

翻 訳

ヘルムート・ザッツガー著
『国際・ヨーロッパ刑法 —— 刑法適用法、
ヨーロッパ刑法・刑事手続法、国際刑法』
(9・完)

国際・ヨーロッパ刑法研究会 [訳] (監訳・加藤克佳)
加藤克佳=辻本典央=佐川友佳子=金子 博=松倉治代 [共訳]

Helmut Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht : Straf-
anwendungsrecht/Europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht/
Völkerstrafrecht, 6. Auflage (Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-
Baden, 2013) (9)

(ins Japanische übersetzt von der Forschungsgruppe über Internatio-
nales und Europäisches Strafrecht, geleitet von *Katsuyoshi Kato*)

Katsuyoshi KATO/Norio TSUJIMOTO/
Yukako SAGAWA/Hiroshi KANEKO/
Haruyo MATSUKURA

目 次 [訳注：概略のみ]

第6版はしがき (本誌) / 第5版はしがき / 第1版はしがき / 略 語

A. はじめに

§ 1 国際的な文脈における刑法

§ 2 「国際刑法 (Internationales Strafrecht)」における概念の多様性

I. 処罰権限

II. 国際刑法

III. 超国家的刑法, 特にヨーロッパ刑法 (欧州刑法)

IV. 刑法適用法

V. 司法共助法

復習・深化のための問題 (以上, 名城法学62巻1号)

B. 「刑法適用法 (Strafanwendungsrecht)」としての国際刑法

§ 3 刑法適用法の機能

- I. 刑罰権限
- II. 適用可能な刑法
- III. 数度の刑事訴追の危険
- IV. 個々の構成要件の保護領域と刑法適用法との関係
復習・深化のための問題

§ 4 連結モデル

- I. 諸国家の管轄を指定する管轄
- II. 一般に認められた原理
復習・深化のための問題 (以上, 名城法学62巻2号)

§ 5 刑法典 (StGB) の刑法適用法

- I. 成立史
- II. 刑法典3条以下の指導的な基本原理
- III. 刑法3条以下の解釈学的分類
- IV. 刑法3条以下の意味における「行為 (Tat)」と「行為者 (Täter)」
- V. 国内犯に対するドイツ刑法の適用 (1. a) aa) まで, 名城法学62巻4号)
復習・深化のための問題
- VI. 外国での行為へのドイツ刑法の適用

§ 6 ドイツ犯罪構成要件の保護範囲の国内法益への限定

復習・深化のための問題 (以上, 名城法学63巻1号)

C. ヨーロッパ刑法

§ 7 欧州刑法の基礎と基本的問題

- I. 「欧州刑法 (Europäisches Strafrecht)」概念の意義
- II. 刑法に対する欧州連合法の影響
復習・深化のための問題

§ 8 超国家的な欧州刑法

- I. 連合レベルの既存の制裁
- II. 欧州刑事法
- III. 「欧州刑法」に関する将来の計画
復習・深化のための問題

§ 9 国内の実体刑法と欧州法の展開

- I. 総論
- II. 国内刑法に対する第1次法上の諸条件（以上、名城法学63巻4号）
- III. 国内刑法に対する第2次法の有効範囲——特に運営条約83条の指令によるもの
- IV. 国内刑法規定における参照による欧州法規定の組入れ
- V. 国内刑法適用の際の欧州連合法の考慮
復習・深化のための問題（以上、近畿大学法学61巻4号）
- § 10 欧州における刑事訴追
 - I. EU レベルでの刑事訴追機関
 - II. 相互承認原則に基づいた刑事事件における司法上の協働
 - III. 刑事手続法の領域における法の調整
 - IV. 一事不再理
復習・深化のための問題
- § 11 欧州人権条約
 - I. 欧州理事会（Europarat）
 - II. 欧州人権条約（EMRK）
復習・深化のための問題（以上、名城法学63巻3号）
- D. 国際刑法
 - § 12 国際刑法の基礎
 - I. 国際刑法の概念
 - II. 国際法上の刑罰請求権の実現
 - III. 国際刑法と国際法上の犯罪法
 - IV. 国際法に基づく刑法——いわゆる「条約犯罪」
復習・深化のための問題
 - § 13 国際刑法の歴史的展開
 - I. 1919年までの展開
 - II. ヴェルサイユおよびライプツィヒ戦争犯罪手続
 - III. ニュルンベルク軍事裁判所
 - IV. 東京・極東国際軍事裁判所（IMGFO）
 - V. 冷戦と「転機」
 - VI. 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所（ICTY）
 - VII. ルワンダ国際刑事裁判所（ICTR）
復習・深化のための問題

§ 14 国際刑事裁判所 (IStGH)

- I. 規程の構造
- II. 裁判所の機能
- III. 管轄
- IV. 裁判所の活動の開始 (「開始要件」)
- V. 補完性原則
- VI. 組織
- VII. 手続
- VIII. 刑罰およびその執行
- IX. 時効および裁判の確定
復習・深化のための問題

§ 15 国際刑法の総論

- I. 適用可能な法
- II. 解釈のルールと「法律なくして犯罪なし, 法律なくして刑罰なし」
原則
- III. 個人の責任
- IV. 国際犯罪の構造
- V. 正犯と共犯
- VI. 上官の責任
- VII. 未遂と中止
- VIII. 不作為
復習・深化のための問題 (以上, 近畿大学法学62巻1号)

§ 16 国際刑法各論

- I. 集団殺害
- II. 人道に対する罪
- III. 戦争犯罪
- IV. 侵略
復習・深化のための問題

§ 17 国際刑法およびドイツ法へのその変換

- I. 国際刑事裁判所規程法
- II. 基本法旧16条2項の改正
- III. 国際刑事裁判所規程施行法 (IStGHG)
- IV. 国際刑法典

ヘルムート・ザツガー著『国際・ヨーロッパ刑法』(9・完)

復習・深化のための問題(以上, 本号〔近畿大学法学62巻2号〕)

文 献／索 引

〔訳注: 本翻訳(6)までは名城法学に, (7)から(9・完)は本誌〔近畿大学法学〕に掲載されている。〕

§ 16 国際刑法各論

1 本章は、国際刑法の各論を叙述する。国際法上の犯罪構成要件は、——国際刑事裁判所規程でそのように定められているように——概括的に叙述し、論じることとする。このことは、国際慣習法が本規程に定められた構成要件を超える場面で、はっきりわかるであろう。いくつかの箇所、ドイツの国際刑法典（VStGB）——ドイツ法はこれにより国際刑事裁判所規程の実体法部分に適合させられた——に関連づける。この法律は、後述の箇所（§ 17 Rn. 6 以下）で詳細に叙述する。

ローマ規程は、前述のとおり、4つの中核となる構成要件を示している：集団殺害（ジェノサイド）、人道に対する罪、戦争犯罪、侵略犯罪である。

I. 集団殺害

2 事例32：1994年、ルワンダで内戦が勃発した。これに並行して、10万人を超えるツチ族出身者が、多数勢力であるフツ族の者らによって、組織的に殺害された。フツ族の政府高官自らが、そのような行為を呼び掛け、フツ族の将来世代はツチ族を歴史書でのみ知ることになるであろう、と演説した。ツチ族人の死体は、しばしば、「ツチ族人をその起源たる地へ送り返すために」、ナイル川支流に投げ込まれた。フツ族人Hは、それまでに再三にわたってツチ族のいないルワンダを支持する意見を述べてきたが、あるとき1人のツチ族人を殺害し、その死体を自身の手で、前述の河川に投げ込んだ。Hは、集団殺害を実行したことになるのであろうか？（この点について § 16 Rn. 12, 17, 19）

1. 展開

3 集団殺害(ジェノサイド)は、体系的に、国際刑事裁判所規程に定められた国際法犯罪の最たるものである。ルワンダ国際刑事裁判所が集団殺害を「犯罪の中の犯罪」と呼んだことは、この強調された位置づけに合致する。集団殺害は、*Ambos*の表現によると、国際法上の超国家的な「極め付きの」犯罪である⁽¹⁾。しかし、形式的な点で、ローマ規程の4つの構成要件相互に、上下関係はない⁽²⁾。

4 「ジェノサイド」の概念は、*Lemkin*によってはじめて、ギリシャ語の「genos」(人種または民族)と、ラテン語の「caedere」(殺す)の音節を継いだ「cide」からつくられた造語として、ナチス犯罪を表現するために使用された⁽³⁾。もっとも、集団殺害は、ニュルンベルク国際軍事裁判所憲章にも、また東ドイツ国際軍事裁判所憲章にも、独自の犯罪構成要件としては登場していない。ニュルンベルク国際軍事裁判所の訴追官が、「ジェノサイド」の概念⁽⁴⁾をすでに起訴状で用いていたにもかかわらずである。現在は、集団殺害の構成要件に該当する行為は、当時は、人道に対する罪の下位事例と評価されていたのである⁽⁵⁾。

5 国連総会は、集団殺害を、まだニュルンベルクの主犯格の裁判が行われている1946年に、国際犯罪の1つに当たると宣言した⁽⁶⁾。その後、集団殺害は、第2次世界大戦に引き続いて締結された、1948年の「集団殺害の防止及び処罰に関する条約(ジェノサイド条約)」で、はじめて法的に拘

(1) ルワンダ国際刑事裁判所「Kambanda 事件」(公判部)1998年9月4日「判決」Rn. 16; MK-*Ambos*, § 6 StGB Rn. 7.

(2) *Schabas*, Introduction, S. 94 f.

(3) *Lemkin*, *Axis Rule in Occupied Europe*, 1944, S. 79.

(4) もっとも、ドイツの文言ではまだ「大量殺人」と訳されている。IMT, Bd. 1, S. 47を見よ。

(5) *Gropengießer*, ICLR 2005, 329 ff.

(6) 国連総会決議 1/96.

束力のある形で規定された⁽⁷⁾。この間に、142の国が、このジェノサイド条約を批准した⁽⁸⁾。すでに1951年には、国際司法裁判所が、法律鑑定において、集団殺害構成要件の国際慣習法上の妥当性を認め、これによって、条約に加盟していない国に対するその拘束力も承認している⁽⁹⁾。ジェノサイド禁止は、さらに、いわゆる「強行規範 (ius cogens)」⁽¹⁰⁾に含められる。これによって、それは、国際法の不可欠の規範に属し、その他の国際慣習法および国際条約法よりも上位に位置づけられる(ウィーン条約法条約53条参照)。

6 同条約2条に置かれた定義は、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所規程4条およびルワンダ国際刑事裁判所規程2条でも再現されたが、それは、文言をそのままに国際刑事裁判所規程6条にも引き継がれ、これによって、——本規程におかれた犯罪構成要件の最たる地位において——象徴的に強調される地位におかれている。ローマ会議の最中は、——長期にわたって議論された人道に対する罪や戦争犯罪の領域とは異なり——極めて速やかに、条約の文言をこの点においてそのまま引き継ぐことで一致した⁽¹¹⁾。

ドイツでは、集団殺害構成要件は、早くから刑法典(220 a条)におかれてきた。この構成要件は、若干の修正を伴って、現在は、国際刑法典6

(7) 集団殺害の防止及び処罰に関する条約(1948年) 78 UNTS 277。ドイツ連邦共和国では、1955年2月22日に発効された(BGBl. 1954 II, S. 730; Sartorius II, Nr. 48)。

(8) 批准の状況について、次のURLを参照：http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-1&chapter=4&lang=en (2013年3月現在)。

(9) 国際司法裁判所1951年報告 S. 15。異説として、*Safferling*, Int. Strafrecht, § 6 Rn. 6。

(10) 国際司法裁判所「ボスニア・ヘルツェゴビナ対ユーゴスラビア事件」1996年7月11日「予備的異議申立て」国際司法裁判所1996年報告 S. 595 ff. を見よ。同様の見解として、*Cassese*, Int. Criminal Law, S. 98; *Selbmann*, Tatbestand des Genozids, S. 148。

(11) *Triffterer-Schabas*, Rome Statute, Art. 6 Rn. 2。

条に引き継がれている。その文言は、基本的に、集団殺害条約の公訳に合致している。若干の違いは、基本法103条2項が国内刑法に課する高度の明確性の要請によるものである⁽¹²⁾。

2. 保護法益

7 少なくとも保護法益の概念を指向するドイツの理論では、国際刑事裁判所規程6条はどのような法益を保護するものであるのかについて、争いがある⁽¹³⁾。一義的には、これは、国民的、人種的、宗教的または民族的な人の集団の——物理的および社会的な⁽¹⁴⁾——存在、すなわち**集団的法益**である。しかし、これに加えて、——二次的にすぎず、集団への帰属を介してではあるが——個人的法益、特に個別の集団構成員の人間の尊厳も、構成要件の保護領域に捕捉される⁽¹⁵⁾。

3. 構成要件の体系

8 集団殺害構成要件の充足は、客観的には、行為者が列挙された集団の構成員に対して記述された犯罪行為の1つを行うこと(個別行為)を条件とする。主観面においては、故意に加えてさらに、個別行為に関して、侵害される集団自体をその属性において完全にまたは部分的に壊滅する意図

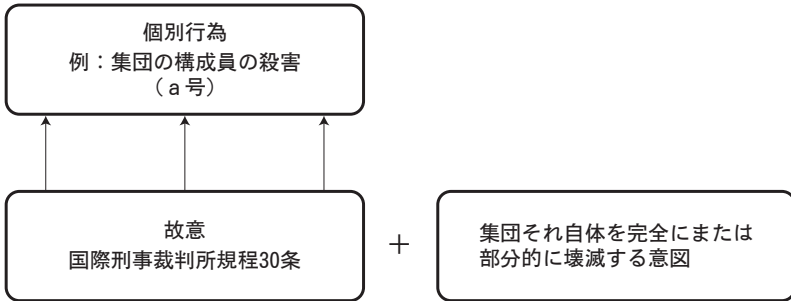
(12) *Gropengießer*, ICLR 2005, 329, 332参照。その要請については、§ 17 Rn. 18以下を見よ。

(13) *Gropengießer*, ICLR 2005, 329, 333.

(14) そのように表現するのは、*Vest*, ZStW 113 (2001), 457, 476. 刑法典旧220 a条について、BGHSt 45, 81; BVerfG NJW 2001, 1848 ff. 参照。異説として——「法律なければ刑罰なし」を援用して——旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「Krstić事件」(公判部) 2001年8月2日「判決」Rn. 574 ff.

(15) *MK-Kreß*, § 220a StGB/ § 6 VStGB Rn. 1 f. は、第3の法益として、国際的平和(平穏)も保護されているとしている。*Werle*, Völkerstrafrecht, Rn. 761. 異説としてBGH NStZ 1999, 396, 401は、これは個人的法益を保護すべき刑罰規定ではないと判示している。*Safferling*, Int. Strafrecht, § 6 Rn. 9 f. も同旨。

が必要である。この点で、集団殺害構成要件は、超過的内心傾向を参照している。



9 国際刑事裁判所規程25条3項e号は、補足的に、集団殺害煽動という独自の構成要件を定めている。この集団殺害への関与という特別の形式は、変更なく、そのままジェノサイド条約から引き継がれている⁽⁶⁾。

4. 一般的な客観的要件

10 個別の犯行態様（この点についてすぐ後の§16 Rn. 18以下）は、国民的、人種的、宗教的または民族的な集団の構成員に対して向けられていなければならない。「集団 (Gruppe)」とは、共通の要素によって不変的に結合した多数の者をいい、その他の市民から切り離された者ら⁽⁷⁾をいう。列挙された4つの集団に限定され、政治的または経済的な集団が挙げられていないことは、確かに、すでにこれまでしばしば批判されてきたが、拡張を求める見解は、ローマ会議でも支持を得ることができなかった⁽⁸⁾。

(6) この点について詳細は、*Werle, Völkerstrafrecht*, Rn. 827 ff.

(7) *LK-Jähnke*, 11. Aufl., § 220a StGB Rn. 9. 保護される集団につき詳細は、*Schabas, Genozid*, S. 139 ff. 集団の同定の問題について、*May in: May/Hoskins (Hrsg.), International Criminal Law and Philosophy*, 2009, S. 91 ff.

(8) *Werle, Völkerstrafrecht*, Rn. 753参照。

11 集団の概念には、確たる集団のみが該当する。その要素は、集団への帰属が基本的に出自によって決定づけられる、ということによって示される。すなわち、集団殺害構成要件の意味での集団の決定的要素は、自動的な——対象者の意思に関わらない——構成員たる資格であり、それは、部分的には不可逆的なものでもある。しかし、このような定義によって列挙された集団の範囲を超え、あらゆる確たる集団に行為客体としての適格を認めようとするルワンダ国際刑事裁判所の試みは⁽⁹⁾、ルワンダ国際刑事裁判所規程および国際刑事裁判所規程の集団殺害構成要件の文言に反しており、それとともに、国際刑法にも通用する明確性原則にも違反する。

■ **国民的集団**とは、通例は同じ国籍を備えた多数の人と理解されなければならない⁽¹⁰⁾。一部でこの形式的基準に代えて「歴史的・文化的な運命共同体」という点に着目されることもあるが⁽¹¹⁾、このような見解は、明確な概念をあっさり不明確な用語に置き換えるものであり、日常用語における国民性の理解とも直ちに調和しうるものではない。本書が支持する見解からは、欠缺は生じないのであり、共通の国籍という要素で結ばれたのではない集団などは、通常は、民族的集団を形成するものであろう。

■ **民族的集団**は、共通の文化および言語によって性質づけられる⁽¹²⁾。

■ **人種的集団**は、遺伝による外形的要素によって特徴づけられ、それは、

(9) ルワンダ国際刑事裁判所「Akayesu 事件」(公判部)1998年9月2日「判決」Rn. 516.

(10) ルワンダ国際刑事裁判所「Akayesu 事件」(公判部)1998年9月2日「判決」Rn. 512.

(11) *Safferling*, JuS 2001, 735, 738; *Selbmann*, Tatbestand des Genozids, S. 171も同様に、「共通の国民的由来」とする。

(12) ルワンダ国際刑事裁判所「Akayesu 事件」(公判部)1998年9月2日「判決」Rn. 513.

特定の地理的な出自を示唆するものである²³⁾。

- 宗教的集団の構成員は、同じ宗教を信仰し、または同じ宗教上の風習に従う者である。およそ無神論者の集団は、——正しい見解によるならば——ここには含まれない。なぜなら、そのように考えなければ、第1に、——あえて規定から除外された——政治的またはその他の集団との限界づけが不可能となり²⁴⁾、第2に、このような文言を超えた理解は「法律なければ犯罪なし」の原則に違反するものだからである²⁵⁾。

12 その際、構成要件に列挙されたいずれかの集団の分類は、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所およびルワンダ国際刑事裁判所の見解によると、客観的基準のみで行われるべきものではない。むしろ、集団の分類として、対象となる集団の構成員自身によるもの（「自己定義づけ」）ならびに行方者または第三者によるもの（「他の者による定義づけ」）も重要である²⁶⁾。この点で、この客観的要素は、主観的要素を含むものであるが、これは、集団としての認知は社会的な意味づけの産物であるという事実を考慮したものである²⁷⁾。

この問題は、事例32においても生じる：フツ族とツチ族は、同じ国籍、同じ宗教、同じ文化を持ち、同じ言語を話し、1つの国で共同で生活してきた。もっとも、ルワンダ国民の身分証明書は、フツ族またはツチ族のい

²³⁾ ルワンダ国際刑事裁判所「Akayesu 事件」（公判部）1998年9月2日「判決」Rn. 514.

²⁴⁾ Werle, Völkerstrafrecht, Rn. 776も同旨。異説として、ルワンダ国際刑事裁判所「Akayesu 事件」（公判部）1998年9月2日「判決」Rn. 515；Safferling, JuS 2001, 735, 738.

²⁵⁾ Selbmann, Tatbestand des Genozids, S. 175.

²⁶⁾ 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「Jelisić 事件」（公判部）1999年12月14日「判決」Rn. 70.

²⁷⁾ 正当にも同旨の見解として、Werle, Völkerstrafrecht, Rn. 771.

ずれに属するかを示す記述がある。さらに、ルワンダ国際刑事裁判所により尋問された全証人は、無意識的にかつ何の躊躇もなくはっきりと、各々の民族的出自に関する質問に答えていた²⁸⁾。すなわち、客観的基準と主観的基準との組合せから、民族的集団としての双方の出自は、同一のものといいうる。

13 これ以外でも、個別集団の識別は、個別の事例で難しいものとなることがある。

例：旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所は、スロベニアの大量虐殺との関連で、どの集団に対して行為が向けられたのかを判断しなければならなかった：当時のユーゴスラビア共和国のムスリム派住民に対してか？ ボスニア派のムスリム人に対してか？ スロベニア地域出身のボスニア派ムスリム人に対してか？ 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所は、ボスニア派ムスリム人を、決定的な集団と認め、スロベニア地域出身のボスニア派ムスリム人をこの集団の一部であるとみなした²⁹⁾。

14 人道に対する罪とは異なり、集団殺害は、その行為が市民に対する大規模または組織的な攻撃と関連して実行されたことを条件としていない³⁰⁾。もっとも個別の行為者、すなわち「大量虐殺狂信者」が対象となるとき、構成要件の主観的要件（後述 § Rn. 15以下を見よ）を証明することが、——個別の例はおくとして——難しい場合がある。これに対して、国際刑事裁判所規程 6 条についての「犯罪の要素」は、集団に対して向けられた、複数の同一態様による犯罪形式という意味での客観的な共同行為の存在を

²⁸⁾ ルワンダ国際刑事裁判所「Akayesu 事件」(公判部) 1998年9月2日「判決」Rn. 702.

²⁹⁾ 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「Krstić 事件」(上訴部) 2004年4月19日「判決」Rn. 15.

³⁰⁾ 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「Jelisić 事件」(公判部) 1999年12月14日「判決」Rn. 100.

要求しているかにみえる⁸⁰⁾。しかし、これは、明白に、国際刑事裁判所規程6条の文言（国際刑事裁判所規程9条3項参照）ならびに国際慣習法に反する。したがって、「犯罪の要素」は、可罰性の制限をもたらさうるものではない⁸²⁾。

さらに、集団殺害の構成要件は、国際的または非国際的な武装紛争との関連性も、条件としない。すなわち、この構成要件は、平時においても実行されうるのである。

5. 一般的な主観的要件

15 行為は、対象となる集団自体を完全にまたは部分的に壊滅させる意図をもって、実行されなければならない。すなわち、いずれにせよ必要とされる犯罪の主観的要素（国際刑事裁判所規程30条。前述§15 Rn. 21以下）とならんで、ジェノサイドに固有の「特別の意図（*dolus specialis*）」が具備していなければならない。これは、目的に向けられた意思、つまり、技術的意味での意図を必要とするが、それは、ドイツ刑法において、確定的故意の第1段階として知られるようなものである⁸³⁾。この意図があってはじめて、ジェノサイドの不法の核心が認められる：集団殺害を特徴づけるのは、行為の客観的側面、個別の行為（例えば、傷害）ではなく、客観的な不法要素を実現しようとする意図である。集団殺害は、これによってはじめて、「普通の犯罪」および人道に対する罪や戦争犯罪と区別される。

80) 「集団に向けられた類似行為の明白な形式の文脈で行われた行為、または、それ自体で壊滅の効果をもちうる行為」。

82) 批判的見解として *Werle, Völkerstrafrecht*, Rn. 802 ff. も、この点で「犯罪の要素」には、せいぜい国際刑事裁判所の管轄を限定つける意義しか与えられないとする。

83) *Selbmann, Tatbestand des Genozids*, S. 166 ; *Gropengießer*, ICLR 2005, 329, 338 ; ルワンダ国際刑事裁判所「Akayesu 事件」(公判部)1998年9月2日「判決」Rn. 498. 異説として、*Greenawalt*, *Columbia Law Review* 1999, 2259 ff.

行為者が対象となる集団を物理的または生物学的に壊滅するという目的に向けられた意思をもって行為したときは、必要とされる意図は、直ちに肯定されうる。行為者が集団を単にその文化的または社会的特性において壊滅しようとした場合には、壊滅的意図如何という問題は、難しいものとなる。連邦通常裁判所(BGH)の支持されるべき見解によると、行為者が集団をその社会的存在において、すなわち、その特性およびその帰属感情における社会的単一体のものとしての存在を壊滅すべく行為した場合には、この要件が満たされる⁶⁴⁾。

16 しかし、その際、常に、行為者が集団を完全にまたは部分的に壊滅する意図を持っていることが、条件である。この関連で、「部分的」とは、集団の本質的な部分を意味している。その際、壊滅的意図は、第1に、狙われた被害者の数の多さから導かれうる。しかし、第2に、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所は、それが集団の少数に対するものであった場合でも、行為者が特に重要な部分の壊滅を意図し、それゆえ集団の本質的な壊滅につながるという場合には、その意図が認められると判断した⁶⁵⁾。すなわち、この「択一的な」アプローチによると、壊滅的意図は、集団の政治的な指導者層に対してのみ向けられたときでも、肯定されうる。

17 ジェノサイドの意図が特に問題となるのは、その証明可能性においてである。この点について、裁判官は、通常、徴表〔間接証拠〕に頼ることとなる。すでに、例えば、差別的行為の重大性、行為の基礎となる相応の主義、集団を壊滅する計画または政策の存在、被疑者・被告人のこれに関連する言動、特にある集団の構成員だけを襲撃し、他の集団の構成員には

⁶⁴⁾ BGH NStZ 1999, 396, 401. これを支持する見解として、*Safferling*, Int. Strafrecht, § 6 Rn. 38. 異説として、例えば旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「Krstić 事件」(公判部) 2001年8月2日「判決」Rn. 574 ff.

⁶⁵⁾ 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「Jelisić 事件」(公判部) 1999年12月14日「判決」Rn. 82.

手を出さないなどという事実が、そのような間接証拠として援用されている。被害者の数（例えば、生殖能力のある年齢の市民）または付随的行為（例えば、教会の破壊、墓地の毀損、死体の損壊）も、集団殺害の意図を示しうるものである。

事例32では、Hがその行為を行った全体的な脈略、すなわちツチ族の計画的かつ重点的な目標とされた「抹殺」も、またHの公然の発言ならびに遺体の象徴的な「片づけ方」も、Hの集団殺害の意図を根拠づけるものである。

6. 個別の集団殺害行為

18 行為者は、構成要件に列挙された行為のうち1つは、実行しなければならない。その際、列挙は限定的であり、付加的要素へと拡張することはできない。

そのようなものとして特に、かつてのユーゴスラビアで行われたいわゆる「民族浄化 (ethnic cleansing)」⁶⁹、すなわち特定の民族集団の構成員をその先祖伝来の居住地から追放することは、それ自体では、集団殺害の犯罪構成要件に含められるものではない。追放と関連して以下5つの実行行為のいずれかが必要とされる集団殺害の意図をもって実行された場合に限り、ジェノサイドも成立する⁶⁹。もっとも、これは、多くの場合に該当する。

a) 殺害

19 集団殺害の意味での殺害とは、ジェノサイドの目的指向性に応じて、他者の死亡を故意に惹起するもののみをいうと、解されなければならない

⁶⁹ 個別の事情に着目する見解として、BGH NStZ 1999, 396, 402; BGH NJW 2001, 2732, 2733 (各々刑法典旧220 a条について)。さらに、BVerfG EuGRZ 2001, 79 f. 民族浄化について深めるものとして、Selbmann, Tatbestand des Genozids, S. 210 ff. (文献付き)を見よ。

い³⁷⁾。

確かに、構成要件は、その文言上、集団の構成員らの殺害を要求しており、これは、少なくとも2人は殺害されなければならないことを意味し、これによってジェノサイドといえるものとなる。しかし、これに対して、「犯罪の要素」の6条a号は、すでに1人の殺害でも足りるとしている。これは、文言とも適合しうる——なぜなら、何人に対する殺害をも禁止することは、個別事例(1人)の場合も、また一般に対する事例(複数人)の場合にも示されうるからである。そこから一貫して、国際刑法典6条も、集団の構成員1人の殺害で足りるとしている³⁸⁾。

事例32では、Hが1人の被害者のみ殺害したという点は、集団殺害を理由とする有罪判決を妨げるものではない。

b) 重大な身体的または精神的危害の惹起

20 ルワンダ国際刑事裁判所は、重大な身体的危害の惹起を、被害者の健康を著しく害する、被害者の身体を傷つける、または被害者の外形的または内面的器官または感覚の著しい損傷を惹起する行為であると解釈した³⁹⁾。もっとも、その際、傷害は、継続的または治癒不能なものである必要はない。

重大な精神的危害の惹起とは、被害者の精神状態の少なからぬまたは一時的ではない侵害であると、解されなければならない⁴⁰⁾。その際、被害者

³⁷⁾ Triffterer-Schabas, Rome Statute, Art. 6 Rn. 17.

³⁸⁾ 同旨の見解として、Selbmann, Tatbestand des Genozids, S. 158; Schabas, Genozid, S. 210 f. これに反対する見解として、Cassese, Int. Criminal Law, S. 134; Ambos, Int. Strafrecht, § 7 Rn. 130.

³⁹⁾ ルワンダ国際刑事裁判所「Kayishema and Ruzindana 事件」(公判部)1999年5月21日「判決」Rn. 109.

⁴⁰⁾ ルワンダ国際刑事裁判所「Kayishema and Ruzindana 事件」(公判部)1999年5月21日「判決」Rn. 110.

におけるその通常の生活を営むうえでの能力を相当かつ長期間にわたって侵害する危害が、必要である⁴¹⁾。

強姦およびその他の性的犯罪も、この間に、重大な身体的および精神的危害を惹起する実行行為となりうるものが、認められるようになった⁴²⁾。これは、特に、いわゆる「組織的な強姦」にとって重要である。これは、かつてのユーゴスラビアやルワンダにおいて、「武器」として行われた行為である。

国際刑法典6条は、明確性を強く意識し、傷害の点において、刑法典226条に列挙された重大な帰結の例示的な参照を定めている。

c) 身体的破壊をもたらしうる生活条件の賦課

21 この要素には、「時間をかけた死」による破壊の概念によって具体的に記述されている、複数の行為が含まれうる⁴³⁾。そのようなものとして、兵糧攻め、被害者の住居の破壊またはそこからの追放、身体的衰弱または厳しい強制労働、ならびに基本的な医療措置を施さないことなどが、身体的破壊をもたらしうる生活条件の賦課とみなされなければならない⁴⁴⁾。強制収容所の設置およびその運営も、これに含まれる⁴⁵⁾。

その際、常に、集団構成員に対する身体的破壊の適格性が、必要である。

(41) 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「Krstić 事件」(公判部) 2001年8月2日「判決」Rn. 513.

(42) ルワンダ国際刑事裁判所「Akayesu 事件」(公判部) 1998年9月2日「判決」Rn. 731. この見解は、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「Furundžija 事件」(公判部) 1998年12月10日「判決」Rn. 126 によって確認された。Kittichaisaree, Int. Criminal Law, S. 78も見よ。

(43) Nsereko in : Kirk McDonald/Swaak-Goldman (Hrsg.), Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law, Vol. 1, 2000, S. 129.

(44) Kittichaisaree, Int. Criminal Law, S. 79参照。

(45) Fronza in : Lattanzi (Hrsg.), Essays, S. 125.

しかし、実際にそのような破壊が生じる必要がない点は、注意が必要である⁴⁶⁾。これに応じて、主観的犯罪要素は、集団の破壊への適格性に向けられていけば足りる。

別の見解によると、身体的破壊の適格性の要素は、単に、主観的に理解すべきとされる。すなわち、これによると、行為者が——客観的適格性に関わりなく——集団構成員を身体的に破壊する意図を有していれば、足りることになる⁴⁷⁾。しかし、そのような理解によると、この要素は、いずれにしても必要とされる集団殺害の一般的な主観的要素と並ぶべき独自の意義を、もはや失ってしまうことになる。

d) 出生の阻止

22 集団内での出生の阻止に向けられた措置には、性的な損傷、断種、強制的な出産制限、ならびに男女間の分離が含まれる。

一見すると、女性を強制的に妊娠させることを出生阻止の行為として取り込むことは、違和感がある。*Kittichaisaree* は、このことを、家長制度社会に関するルワンダ国際刑事裁判所の *Akayesu* 事件の判例に依拠して、そのようにして生まれた子供はその出生後には母親の集団に属せられない、ということによって基礎づけている⁴⁸⁾。この見解は、少なくとも、強姦された女性が精神的に傷つけられたため、一時的にまたは継続的にもはや子供を受胎しまたは出産する状態にはない場合⁴⁹⁾、ないしは、その女性が強

⁴⁶⁾ 国際刑事裁判所規程 6 条 c 号の文言「その身体的破壊をもたらす意図」および *Gropengießer* in : Eser/Kreicker (Hrsg.), Nationale Strafverfolgung, S. 102 f. 参照。

⁴⁷⁾ そのような見解として、例えば *Gropengießer* in : Eser/Kreicker (Hrsg.), Nationale Strafverfolgung, S. 103.

⁴⁸⁾ ルワンダ国際刑事裁判所「*Akayesu* 事件」(公判部) 1998年9月2日「判決」Rn. 507; *Kittichaisaree*, Int. Criminal Law, S. 81参照。

⁴⁹⁾ ルワンダ国際刑事裁判所「*Akayesu* 事件」(公判部) 1998年9月2日「判決」↗

姦によりその集団において「処女」として扱われないため、その女性がその集団の後継者をもはや出産することができないという場合には、支持されなければならない。

対象者の意思を条件とした墮胎の合法化は、正しい見解によると、本構成要件には該当しない。

e) 子供の強制的な移送

23 子供を他の集団に移送することは、その集団への帰属との関係性を永続的に奪うものであり、その子供がその集団から切り離されるという効果を伴うが、このようなことは、集団の社会的および民族的な存在を危険にさせるものである。

「強制的 (forcibly)」という概念には、物理的強制だけでなく、すでに物理的強制を用いることを示した脅迫も含まれる⁵⁰⁾。

ここで、ドイツの国際刑法典6条における表現との関連で、解釈の問題が生じる。すなわち、単なる脅迫は、基本法103条2項の文言上の限界を考えると、(ドイツの)「強制的」という概念には、もはや含めることはできない。連邦憲法裁判所⁵¹⁾ および連邦通常裁判所⁵²⁾ の判例によると、暴力は、いずれにしても被害者における物理的な強制的効果を条件とし、脅迫によってはそれに達しない。したがって、ドイツの法律は、この点について、国際刑事裁判所規程よりも制限的なままとされている⁵³⁾。

24 「子ども」は、国際刑事裁判所規程6条についての「犯罪の要素」に

↘ Rn. 508 ; *Gropengießer* in : Eser/Kreicker (Hrsg), *Nationale Strafverfolgung*, S. 104も見よ。異説として、*Safferling*, *Int. Strafrecht*, § 6 Rn. 27.

⁵⁰⁾ *Kittichaisaree*, *Int. Criminal Law*, S. 82参照。

⁵¹⁾ BVerfGE 92, 1, 18 f. だけは参照。

⁵²⁾ BGHSt 37, 350, 353.

⁵³⁾ そのような見解として、*Werle*, *Völkerstrafrecht*, Rn. 845も。

よると、18歳未満の人である。この解釈は、児童の権利条約を指向しているが⁶⁴⁾、同条約の1条で、この年齢基準が定められている。

ここでも、ドイツ法への置換えにあたり、齟齬の可能性が生じる。刑法典176条1項の法的定義によると、子どもは、ドイツ刑法では、14歳未満の人である。国際刑法典2条は一般刑法を参照しており、そこから、この法的定義は国際刑法典6条1項5号にも通用しうるといえる。その場合、ドイツ法は、この点において、ローマ規程よりも制限的なものとなる。もっとも、この帰結は、この法的定義と性犯罪との密接な関係を考えると、必然的なものとはいえない。このことは、刑法典236条1項の文言も示している。そこでは、「18歳未満の児童」と表現されている。したがって、刑法典176条1項における子供の定義は、その領域に限られた定義であり、年齢の限界は、国際刑法典6条1項5号の目的に照らして——実質的な違いを考慮して——自律的に、ローマ規程に適合するように定めることができるとする見解が、支持されよう⁶⁵⁾。

II. 人道に対する罪

25 事例33 A国の政府は、厳格な反共産主義政治を遂行した。すべての共産主義政党は禁止され、数多くのかつてのそのメンバーと信奉者は「特別刑務所」に移送されたが、彼らは、そこで十分な食事や薬を与えられなかった。収容者の大部分は、食料不足と病気のために死亡した。Iは、収容を管轄する部局に勤務し、非常に多くの人々を、「特別刑務所」に収容するよう命じた。その刑務所は、——Iが予見していたように——ほとんどすべての者がそこで死ぬこととなったところである。Iは、人道に対す

⁶⁴⁾ BGBl. 1992 II, S. 990 (Sartorius II, Nr. 29).

⁶⁵⁾ そのような見解として、例えば *Gropengießer* in: Eser/Kreicker (Hrsg.), *Nationale Strafverfolgung*, S. 104 f.

る罪で可罰的とされるのだろうか？（これについては § 16 Rn. 38, 40, 42）

1. 展開

26 「人道に対する罪」という概念は、フランス、イギリス、ロシア政府による1915年5月28日の宣言において初めて、アルメニア人に対するトルコの大量殺戮を表現するために用いられたが、その際には、刑事訴追も提示されていた⁶⁰。もっとも、この告知には実行が伴わなかった。第1次世界大戦が終結する中で、人道に対する罪を理由とした起訴および有罪判決は遡及禁止に抵触しうる、という疑念が唱えられたのである⁶¹。連合国には、その当時、「人道法」を詳細に決定することは不可能であるように思われた。したがって、人道に対する罪の構成要件の発展における画期的な出来事としては、ニュルンベルク国際軍事裁判所憲章が挙げられねばならない。国際軍事裁判所の管轄は、〔その〕6条(c)により、以下のことにも関わるものとされた。

「…人道に対する罪、すなわち、謀殺、絶滅、国外追放、奴隷化、または他の非人道的な行為を民間人に対して行ったこと、または、戦時に、政治的、人種的、または宗教的理由からの迫害を、当該裁判所に管轄のある犯罪の実行の過程で、または、そのような犯罪と関連して行ったことであり、そのような行為が、その行われた国の法に抵触しているかどうかにかかわらず。」

27 この構成要件が定式化された基礎には、従来 of 国際法ならびに国内刑法という道具では、ドイツ人によって行われた犯行の計り知れない不法を適切に把握するためには十分ではない、という評価がある。戦争犯罪の可罰性が国際法的に一貫して認められてきた一方で、ユダヤ人、社会民主

⁶⁰ *Kittichaisaree*, Int. Criminal Law, S. 85. を見よ。

⁶¹ *Schabas*, Introduction, S. 107.

義者、共産主義者、そして他の宗教的または政治的に集団化された人々のそれぞれの国での迫害は、当時認められていた国際法上の犯罪構成要件に組み入れることはできなかった。そうした行為を国際法上禁止することは、まだなされなかったのである。

そうした犯行の一部（特にホロコースト）は、集団殺害と位置づけられるべきものとはいえ、国際軍事裁判所憲章が——すでに見たように——ジェノサイドをまだ独立したカテゴリーとしてではなく、人道に対する罪の下位分類としていたにすぎなかったということは、考慮しておかなければならない。

28 「人道に対する罪」という構成要件によって、一般市民に対するかのような大量犯罪を処罰することが可能になるものとされた。もっとも、国際軍事裁判所憲章が内容としているような、その構成要件の定式化は、まだ国際犯罪の独立したカテゴリーを意味するものではなかった。むしろ、人道に対する罪の構成要件は、国際軍事裁判所憲章の他の犯罪、すなわち、戦争犯罪または侵略犯罪との関連でのみ充足可能なものであった（「ある犯罪を実行する中で、または当裁判所の管轄する犯罪との関連において行った」）。その限りで、人道に対する罪は、従属的な犯罪構成要件として構成されたものであった。このことは特に、人道に対する罪の構成要件は、国際的な武力紛争との関連でしか充足されない、ということの意味した⁶⁸⁾。それにもかかわらず、国際軍事裁判所憲章における定式化の意義は、過小評価されるものであってはならない。これは、人道に対する罪という独立した構成要件の、その後続く展開のための出発点となったのである。

29 「連合国管理委員会法第10号」は、これに基づいて、連合国の裁判所またはドイツの裁判所によるニュルンベルクの主な戦争犯罪裁判によって、「第三帝国」において行われた多くの犯罪行為が審判されるものとなった

⁶⁸⁾ Mesecke, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, S. 20.

が（§13 Rn.10を見よ）、同法では、こうした従属性が取り除かれたため、人道に対する罪は、国際軍事裁判所憲章のその他の構成要件と関連性を示す必要はないものとなった⁵⁹⁾。このことは特に、ドイツ人によってドイツ人に対してドイツ国内で行われた犯罪も、今では人道に対する罪として審判されうる、という結果をもたらしたのである。

人道に対する罪を理由とした有罪判決は、1946年12月11日の国連総会および「国際法会議」によって、いわゆるニュルンベルク諸原則において確証された⁶⁰⁾。この間、人道に対する罪は個人責任を引き起こす国際法上の犯罪であるということが、慣習法的に認められるようになった。

30 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所規程（5条）ならびにルワンダ国際刑事裁判所規程（3条）も、人道に対する罪の諸構成要件を内容としたものである。それぞれの裁判所の管轄において、他の構成要件に対する従属性は断念されたが、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所規程は、さらに武力紛争との関連性を要件としている。

人道に対する罪を、他の国際法上の犯罪から完全に切り離すための決定的な発展は、ローマ規程によって初めて果たされた。長期にわたる粘り強い審理を経て、最終的には、どのような関連性も放棄された。国際刑事裁判所規程7条は、武力紛争も、国際刑事裁判所の管轄にある他の犯罪行為との関連性も、要件とはしていない。すでにジェノサイド条約で完全に形成された集団殺害の構成要件とは逆に、人道に対する罪の定式化には、非常に争いがあった⁶¹⁾。個々の行為の一覧化は、結局、国際軍事裁判所憲章と旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所規程ならびにルワンダ国際刑事裁判所

59) *Ahlbrecht*, *Geschichte*, S. 96を参照。

60) 国連総会決議1/95および Principle VI. C of the Principles of International Law Recognized in the Judgment of the Tribunal (「ニュルンベルク原則」), *Yearbook of the ILC 1950*, Vol. II, 374-8.

61) *Sunga*, *EJCLCJ* 1998, 60, 64; *Blanke/Molitor*, *AVR* 2001, 142, 153を参照。

規程における構成要件と比較すると、拡張された。特に、すでに国際条約によって禁止されていた行為、例えば、国際軍事裁判所憲章の時代には知られていなかったアパルトヘイト(国際刑事裁判所規程7条1項j号)または、特に南アメリカの独裁制によって知られるようになった、人の「強制失踪」⁶²⁾(国際刑事裁判所規程7条1項i号)がそのカタログの中で承認されてきた。さらには、特に、いわゆる「ジェンダー犯罪」が新たに加えられた。これによって、性犯罪も、人道に対する罪の水準まで高められたのである。

31 こうした態様を挿入することに対しては、国際刑事裁判所規程が新たな——従来の国際慣習法を超えた——法を創設しようとしている、との非難が向けられた⁶³⁾。もっとも、この非難は、すべての先行する構成要件の定式化が、「他の非人道的な行為」を把握する受け皿条項となっている限りで、意味がない。今や明白にこのカタログにおいて認められている行為様式は、この行為の具体化に他ならない⁶⁴⁾。すなわち、ローマ規程は、その限りで、既存の国際慣習法を超えるものではないのである。

2. 保護法益

32 人道に対する罪は、直接に個人に向けられたものである。しかし、彼らは、その構成要件によっては二次的に保護されているにすぎない。こうした行為が国際法上の重要性を獲得するのは、ただ、それらが機能的に、一般市民(非戦闘員)に対する拡張的かつ組織的な侵害の枠内で行われるものであるから、という理由による。この次元において、個々の行為は、

⁶²⁾ これに対する若干の事例を挙げたものとして *Ambos*, NStZ-RR 1998, 161, 170.

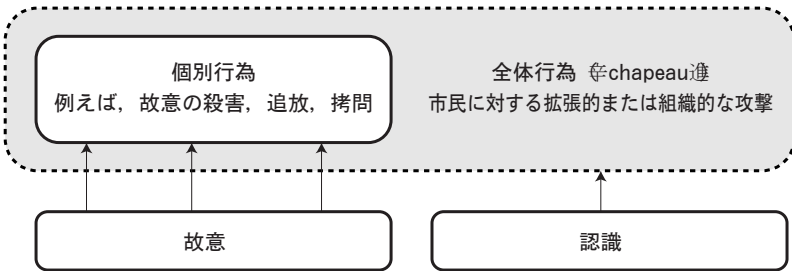
⁶³⁾ 中国の代表は、国際刑事裁判所規程7条は「新しい酒の入った古いボトル」である、との見解であった (*Robinson* in: Lattanzi (Hrsg), *Essays*, S. 168からの引用)。

⁶⁴⁾ *Robinson* in: Lattanzi (Hrsg), *Essays*, S. 166.

単なる個人的法益の侵害以上のものを意味している。行為者は、同人自身の態度によって、**全人類**の人権のミニマムスタンダードに反している。したがって、後者が、人道に対する罪の第1次的法益なのである⁶⁵⁾。

3. 構成要件の体系

33 人道に対する罪の遂行は、客観的な観点からすれば、さしあたり、行為者が（少なくとも）国際刑事裁判所規程7条1項に掲げられている単独行為を遂行したことを条件としている。もっとも、追加的には、単独行為が全体行為（いわゆる „chapeau“）を伴って、機能的な文脈全体の中にある、ということが要求される。それは、一般市民に対する拡張的または組織的な侵害の枠内になければならない（国際刑事裁判所規程7条1項）。その際、国際刑事裁判所規程7条2項は、1項で用いられている諸概念のための定義カタログを内容としている。主観的な点では、故意が要求されている。



すなわち、行為者は、単独行為に関してだけでなく、むしろ——国際刑事裁判所規程7条1項が明文上規定しているように——侵害および単独行

⁶⁵⁾ 同旨, *Meseke, Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, S. 118 ff.; その限りで異なるのは, *Gropengießer* in: Eser/Kreicker (Hrsg), *Nationale Strafverfolgung*, S. 116 ff.

為の機能的な全体的連関の認識を有していなければならないのである。

4. 全体行為の客観的要件

34 国際刑事裁判所規程 7 条は、個別行為が、一般市民に対する拡張的または組織的な攻撃の枠内で行われたことを要件としている（全体行為）。

国際刑事裁判所規程 7 条 2 項 a 号は、一般市民に対する攻撃を、一般市民に対して 1 項の個別行為が複数行われることと結びつき、そして、そのような攻撃を目的とした国家ないし組織の政策を実行ないし支援する行為様式として定義している。その場合、組織は、国際刑事裁判所規程 7 条 2 項の要件を充足するために、継続性、共通の目的そして一定の階層構造という意味において、一定の国家性を示していなければならない⁶⁶。

「複数の」遂行というためには、必ずしも同一の行為者による必要はないとしても、少なくとも 2 回以上の個別行為が行われたことが必要である。したがって、1 人の人の個別的な殺害（国際刑事裁判所規程 7 条 1 項 a 号）は、この構成要件を充足しない。もっとも、行為者が殺人罪を 1 つだけ遂行した場合にも、この個別行為が機能的にみて相応の拡張的または組織的な攻撃に相当するならば、それだけで人道に対する罪を意味する。

その定義の中で言及された国家ないし組織の政策は、公式の行為によって決定されていなければならないわけではなく、むしろ、行為の状況（特に組織的または拡大された遂行）⁶⁷ から導きだされることもある。

⁶⁶ 少なくとも *Kaul* 裁判官は同旨。国際刑事裁判所「Ruto, Kosgey, Sang 事件」（第 2 予審部）2011 年 3 月 15 日「出頭を求める検察官の召喚請求に関する裁判所決定に対する反対意見」Rn. 12. 彼の評価によれば、例えば 3 人の被疑者によってケニアで創設された「ネットワーク」は、国際刑事裁判所規程 7 条 2 項 a 号で要求される水準には到達しないので、これには国際刑事裁判所の管轄がないとされる（Rn. 45）。

⁶⁷ 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「Tadić 事件」（公判部）1997 年 5 月 7 日「判決」Rn. 653；現在では同旨のものとして、国際刑事裁判所（第 2 予審部）⁸

35 「拡張的な」および「組織的な」という形容詞は、一般市民に対する攻撃を選択的に（「または」）特徴づけるものであるが、これは、個別行為が国際刑法上の重大性をもつための——詳細な攻撃定義の要請を部分的に（のみ）超過する——量的ないし質的な基準を強調するものである。拡張性は、量的な基準を示すものであり、それは被害者の数に関連づけられる⁶⁸⁾。

その際、その数が厳密にどれほどのものでなければならないのかは、依然として明らかではない。加えて、ここでは、「攻撃」の法律上の定義との部分的な重なり合いが生じる。なぜなら、そこで前提とされている、犯罪行為の「多数の」遂行は、すでに被害者の数が多数であることを含意するものであるように思われるからである⁶⁹⁾。

質的な観点からすれば、攻撃の組織的な性質が要求される。したがって、その攻撃には、広義の政治的な目的、計画、またはイデオロギーが基礎にされていなければならない。もっとも、その事柄上、この基準は、本質的には、すでに国際刑事裁判所規程7条2項a号における攻撃の定義である政治的要素に吸収されている。すなわち、それによれば、攻撃は、いずれにしても、「そうした攻撃を目的とした、国家または組織の政策の遂行または支援において〔行われ〕」なければならないのである。

36 人道犯罪の構成要件の第1次的で集合的な法益に応じて、行為客体となりうるのは、一般市民だけである。したがって、個人々への孤立した攻撃は、想定されていない。一般市民に属するのは、戦闘行為に関与していないか、あるいはもはや関与しなくなったすべての人である。すなわち、

↘ 2010年3月31日「ケニア共和国内への捜査権限に関するローマ規程15条による決定」Rn. 94 ff.

⁶⁸⁾ 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「Tadić事件」（公判部）1997年5月7日「判決」Rn. 648. *Werle, Völkerstrafrecht*, Rn. 875は、領土的拡張に関連しうることを指摘している。

⁶⁹⁾ 類似のものとして、*Schabas, Introduction*, S. 111.

普通の住民と並んで、行為時点ではその武器を放棄している、または負傷するなどして「戦闘能力を失っている (hors de combat)」戦力外にある戦闘員も、そこに含まれる⁷⁰⁾。被害者や行為者の国籍は問題とはならず、とりわけ自国の一般市民の構成員への攻撃も捕捉される。こうした要素を基にして、人道に対する罪は、戦闘員に対する犯行に限定される戦争犯罪(後述 § 16 Rn. 52以下を見よ)からは区別されている⁷¹⁾。

しかし、被害者は市民でなければならないということは、全体行為を肯定するための条件にすぎない。すなわち、被告人の行為の具体的な被害者は一般市民に属していないが、その全体行為が一般市民に向けられたものであり、全体行為と具体的な行為との間に必要とされる関連性が存する場合には、なおも、人道に対する罪が肯定されるのである⁷²⁾。

37 その攻撃は、国際刑事裁判所規程 7 条 2 項 a 号のその点では明白な文言によれば、軍事的な性質のものである必要はない。同様に、国家の権力者がその行為に関与していること——通常はそうであるが——も、絶対に必要というわけではなく、むしろ、その犯罪行為は、例えば独立を唱える組織の政策を実施する中で行われたものでも足りる⁷³⁾。これによって、行為者の範囲も、政権の構成員または軍人には限られない。むしろ、例えば軍隊に準じたグループの構成員も、人道に対する罪について有用な行為者たりうるのである。

⁷⁰⁾ *Dixon/Khan/May*, Archbold, § 12 Rn. 16.

⁷¹⁾ *Safferling*, Int. Strafrecht, § 6 Rn. 66 参照。

⁷²⁾ 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「Mrkšić and Šljivančanin 事件」(上訴部) 2009年5月5日「判決」Rn. 28 ff.; 「Martić 事件」(上訴部) 2008年10月8日, Rn. 307, 311, 313.

⁷³⁾ 「国家に類似した統一性」の要求に対して, *Kaul* 裁判官の国際刑事裁判所における補足意見(第2予審部) 2010年3月31日「ケニア共和国内への捜査権限に関するローマ規程15条による決定」Rn. 51 ff.; 別の見解で、この間ほぼ通説となったものとして、例えば *Werle/Burghardt*, ZIS 2012, 271 ff. (文献付き)を見よ。

38 事例33では、計画的で、大規模な共産主義者の迫害によって、そのように拡張的で組織的な市民への攻撃があると認められる。その際、政府が自国の市民に対して極めて権威的な態度をとったことは、問題とならない。

5. 全体行為に関する主観的要件

39 行為者は、国際刑事裁判所規程7条によれば、全体行為の客観的な諸要件を認識しつつ（「with knowledge」）行為しなければならない。同じことは、国際刑事裁判所規程30条の一般的な故意を要求する文言からも引き出される。その3項によれば、外部的な付随事情の認識がなければならない。すなわち、行為者は、自身の行為が市民たる住民に対する拡張的または組織的な攻撃の一部として評価されるべきことを、認識している必要がある。この点について、行為者が、そのような攻撃がまさに行われるかもしれないとしか考えていなかった、ということでも足りるかどうかは、疑わしいように思われる。この明白な文言は、認識要素についてそのような〔要件の〕引下げをすることを否定するものとなる。国際刑事裁判所規程30条の一般的な——かつその限りで補足的な——規程を、第1予審裁判部と同様に、広く理解しようとした場合でさえ、である（前述§15 Rn.25を見よ）。しかし、その認識が、詳細においてまさに「明白な市民」または「無力の軍人」の場合に攻撃の規模の観点でどのように把握されていなければならないのかは、大きな問題である。ここで、あまりに高い要求をしてしまうと、通常は克服し難い証明問題をもたらすであろう。したがって、*Eser*は、至極当然にも、行為者が非人道的な政策の中にその者自身が属することを認識していることで足りるとし、全体計画の規模や構造を詳細に知っている必要はないとしたのである⁷⁴。

⁷⁴ *Eser* in : Courakis (Hrsg.), Die Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert, 2001, S.351 ; 類似するものとして, die „Elements of Crimes“ zu Art. 7 IStGH- ↗

40 大量殺害とは対照的に、国際刑事裁判所規程7条の基本構成要件は、認識を超える特定の意図を要求していない。ルワンダ国際刑事裁判所規程3条では、人道に対する罪が、国民的、民族的または宗教的な理由から行われなければならない、ということがなお要件とされているが、ローマ規程では、この要件は放棄されている。ルワンダ国際刑事裁判所規程においてこの特別な主観的要件を採用することは、おそらく、それが特別に、全行為がまさしくそうした動機から行われたというルワンダの状況に合わせて作られたという事実によってのみ説明されうるだろう⁷⁵⁾。

すなわち、事例33においては、Iが政府の迫害政策について認識していたということのみが決定的なのであって、ここで詳細についての認識は必要とされていないのである。

6. 個別行為の要件

a) 故意による殺人

41 国際刑事裁判所規程7条1項a号は、個別行為の一覧の先頭に、故意による殺人を規定している。「犯罪の要素」は、その限りで、これによってあらゆる故意の死亡惹起が想定されたものであることを明確にしている⁷⁶⁾。これによって、ドイツの用語法に対応すれば、熟考した上での行為ないし類似のものは要求されていない。

↘ Statut, Einführung. 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所は、さらに「Milutinovic et al. 事件」(公判部)2009年2月26日, Rn. 158, 162において、この構成要件の充足を肯定するためには、その者らに客観的な全体行為についての認識があり、そしてその遂行それ自体が一定の近いな関係になければならない、とした。その者が全体行為について認識しつつ、単なる幫助として寄与した場合では十分ではない、とされたのである。

⁷⁵⁾ Ahlbrecht, Geschichte, S. 312. を参照。

⁷⁶⁾ „Elements of Crimes“ zu Art. 7 I lit. a IStGH-Statut (Nr. 1). Cassese, Int. Criminal Law, S. 74も見よ。

b) 絶滅

42 国際刑事裁判所規程7条1項b号は、さらに別の行為として、絶滅を挙げている。これは、国際刑事裁判所規程7条2項b号により、住民の一部の絶滅をもたらすことに適した生活条件を故意に付加するものと理解される。しかし、「犯罪の要素」は、より具体的に、行為者が1人または複数の人間を死亡させ、この（諸）殺害が大量殺害の一部となることを、要求している⁷⁷⁾。ここでは、集団殺害とは対照的に、行為が一定の集団に向けられたことは問題にはならない⁷⁸⁾。その限りで、集団殺害を理由とする有罪判決が、その意図の証明ができないため下せない場合には、人道に対する罪を理由として有罪とすることが可能である⁷⁹⁾。

事例33では、集団殺害——ジェノサイドの意図が存在するかどうかにかかわらず——は、そもそも、その行為が政治的な集団に向けられているという理由から問題とはならない。もっとも、人道に対する罪の客観的な要件は、「絶滅」という行為の様式の中で充足されている。Iは、「特別刑務所」に収容することによって、複数の人間を、その地での生命を危殆化するような境遇によって死なせるための原因を生じさせた。このことは、しばしば（直接的な殺害の惹起とは対照的な）「間接的な」殺害として示されるが、これは、絶滅という行為類型の場合には十分とされる。Iの態度は、それを超えて、大量殺害の一部を意味している。Iは、主観的な観点からすれば、大量殺害の存在を示す事情を知っている。Iは、彼によって収容を命じられた人の殺害の開始に関して、国際刑事裁判所規程30条の意味における故意を有しているのである。

したがって、Iは、人道に対する罪を理由として可罰的となる。

⁷⁷⁾ „Elements of Crimes“ zu Art. 7 I lit. b IStGH-Statut (Nrn. 1 und 2).

⁷⁸⁾ *Selbmann*, Tatbestand des Genozids, S. 201.

⁷⁹⁾ 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「Krstić事件」(公判部)2001年8月2日「判決」Rn. 500参照。

c) 奴隷化

43 国際刑事裁判所規程7条1項c号に挙げられている奴隷化とは、同規程7条2項c号の法的定義に従えば、人に対して所有権に伴ったすべてのまたはいずれかの権限を行使することである。古典的な奴隷制は、それが世界的に廃止されていることに鑑みれば、今日ではおそらくもはや現実の問題ではない。ここでは、人間を「物として扱うこと(Verdinglichung)」の現代的な形式が問題とされているのである⁸⁰⁾。これらは、人身取引から、強制労働による経済的な搾取、継続的な強姦に伴う長期間の自由の剥奪にまで至りうるものである⁸¹⁾。

d) 住民の追放または強制移送

44 国際刑事裁判所規程7条2項d号の法律上の定義によれば、住民の追放または強制移送とは、対象となる人を、彼らが適法に滞在している領域から追放すること、または他の強制的な措置によって、強制的に、国際法上許容されない連行をすることである。「犯罪の要素」によれば——そして同様に国際刑法典7条1項4号によれば——ただ1人の移送のみでも、構成要件を充足するのに十分であるとされる⁸²⁾。主観的な側面からすると、この構成要件は、単に国際刑事裁判所規程30条の意味における故意だけを要求している。この間に通説となった見解は、規程の文言を参照し、それ

⁸⁰⁾ *Becker*, Der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit, 1996, S. 192 f.

⁸¹⁾ 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「Kunarac 事件」(公判部)2001年2月22日「判決」Rn. 515 ff. これについて、*Werle*, Völkerstrafrecht, Rn. 912 f. もある。

⁸²⁾ このことを、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所は、特に「Krajišnik 事件」(公判部)2009年3月17日、Rn. 309において確認した。その限りで国際刑事裁判所規程6条a号の意味における「殺害」の行為様式の場合と類似する問題につき、前述§16 Rn. 19を見よ。

を超えて対象者を永続的にその領域から追放するという意図を、今日ではもはや要求してはいない⁸³⁾。

住民の強制移送の例としては、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所の *Blaškić* 事件が挙げられる。247人のムスリムが、軍隊に類似した集団によって、人間の盾として悪用されるために、自分たちの街を追われ、別の街まで行軍させられたのである⁸⁴⁾。

e) 国際刑法の原則に抵触する自由剥奪またはその他の身体的自由の強奪

45 国際刑事裁判所規程7条1項e号に列挙されている行為については、法律上の定義は見出せない。犯罪の要素は、行為者が、1人または複数人を監禁すること、または個人の移動の自由を剥奪することを要求している。旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所は、国際刑法の原則の抵触について追加的に必要とされる要素に関し、ローマ規程の定義を援用して、自由の剥奪に決定的であるのは恣意的要素であると判示した⁸⁵⁾。すなわち、国際刑法上の原則に対応した手続が先行している場合、ここでの自由の剥奪には当

⁸³⁾ 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「Stakić 事件」(上訴部)2006年3月22日「判決」Rn. 278, 304 ff., 317; 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「Brđanin 事件」(上訴部)2007年4月3日「判決」Rn. 206; 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「Krajišnik 事件」(上訴部)2009年3月17日「判決」Rn. 304; 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「Popović 事件」(公判部)2010年6月10日「判決」Rn. 905; *Ambos*, Int. Strafrecht, § 7 Rn. 205; *Safferling*, Int. Strafrecht, § 6 Rn. 77; 異説であるが以前の判例でそうであったものとして、例えば旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「Simić 事件」(公判部)2003年10月17日「判決」Rn. 134; 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「Stakić 事件」(公判部)2003年7月31日「判決」Rn. 687; 今日でもなお否定するものとして、*Werle*, *Völkerstrafrecht*, Rn. 930.

⁸⁴⁾ 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「Blaškić 事件」(公判部)2000年3月3日, Rn. 549 f.

⁸⁵⁾ 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「Kordić and Čerkez 事件」(公判部)2001年2月26日「判決」Rn. 302; 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「Krnojelac 事件」(公判部)2002年3月15日判決, Rn. 110.

たらない。

f) 拷問

46 本規程(7条2項e号)は、国際刑事裁判所規程7条1項f号に導入された拷問の行為様式を、拘禁中または被疑者の地位にある人に故意に重大な身体的または精神的な苦痛または苦難を与えられることと理解している。

1984年の国連拷問等禁止条約の定義⁸⁶⁾と比較すると、国際刑事裁判所規程7条1項f号は、本質的に広がっている。公権力との結びつきは、必要ではなくなったのである⁸⁷⁾。

g) 性犯罪

47 国際刑事裁判所規程7条1項g号は、すでに旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所およびルワンダ国際刑事裁判所の規程において明白に列挙された強姦⁸⁸⁾と並んで、性的な奴隷、売春の強要、強制された妊娠、強制的な断種および——性犯罪の多様な形式に対する受け皿構成要件として——同等の重大性を有するその他の性暴力の形式を捕捉している⁸⁹⁾。

国際刑事裁判所規程において初めて規定された「強制された妊娠」⁹⁰⁾という行為に関しては、ローマでの交渉の間、かなりの議論がなされた。その際、国際刑事裁判所規程7条2項f号の法律上の定義は、住民の民族構成

⁸⁶⁾ BGBl. 1990 II, S. 246 (Sartorius II, Nr. 22).

⁸⁷⁾ これについては、*Burchard*, JICJ 2008, 159 ff. で述べられているようなアドホック裁判所の判例、ならびに欧州人権条約3条の枠内の拷問の概念(前述§11 Rn. 35を見よ)を参照。

⁸⁸⁾ 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所規程5条g号、ルワンダ国際刑事裁判所規程3条g号を参照。

⁸⁹⁾ 詳細は、*Ambos*, ZIS 2011, 287, 289 ff. を見よ。

⁹⁰⁾ これについては、すでに前述§16 Rn. 22.

に影響を与える、または国際刑法のその他の違反を行うという意図の下での——必ずしも行為者自身によってなされる必要はないが——強制的に妊娠させられた女性の違法な拘禁を捕捉するものである。若干の国家が国内の墮胎禁止と衝突することを懸念したため、法律上の定義では、国内法は本規程の妊娠状態との関連では影響を受けない、ということが明確化されている⁹¹⁾。

h) 迫害

48 国際刑事裁判所規程7条1項h号は、さらに別の行為様式として、政治的、人種的、国民的、民族的、文化的または宗教的な理由で、あるいは、性的またはその他普遍的に国際刑法によって許容されない理由で、特定の集団または共同体を迫害することを挙げている。国際刑事裁判所規程7条2項g号は、迫害を、ある集団または共同体の身分 (Identität) を理由とした、国際法に反する故意で重大な基本権の剥奪として定義づけている。その際、権利の喪失が法的行為 (とりわけ国内法) によるものか、または物理的または経済的な措置によるものかは、重要でない⁹²⁾。

この行為様式は、人道に対する罪と他の国際法上の犯罪との間の古い関連性が再び復活している点で特殊である。すなわち、迫害は、国際刑事裁判所規程7条1項h号によると、国際刑事裁判所規程の他の犯罪行為、または少なくとも人道に対する罪の他の行為様式との関連で行われる限りにおいてのみ、人道に対する罪として可罰的である。

迫害は、主観的な観点においても、人道に対する罪の個別行為との違いを示している。すなわち、ここでは、一般的な故意を超えて、他人をまさ

91) Meseke, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, S. 227を参照。

92) 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「Tadić 事件」(公判部) 1997年5月7日「判決」Rn. 710.

しくその者たちがある集団または共同体に属しているということを理由に攻撃するという特定の意図(「specific intent」)が要求される⁹³⁾。この意図が存在している限りで、1個の行為でさえ、迫害構成要件を根拠づける⁹⁴⁾。それによって、人道に対する罪は、この行為様式においては、大量殺害に非常に接近したものとなるのである。

i) 人の強制失踪

49 国際刑事裁判所規程7条2項i号によれば、「人を強制的に失踪させること」とは、国家ないし政治的組織によって、または、国家ないし組織の授権、支援、容認を受けて行われた拘束、自由剥奪、人の誘拐であり、長期間その人を法の保護から排除する意図の下で、当該自由剥奪を承認すること、またはこれらの人の運命または所在に関する回答の付与を拒否することによって行われるものをいう。

この様式は、以前は、未だ人道に対する罪の下位事例とは認められておらず、とりわけ、ラテンアメリカ諸国の要求に基づいたものであった。人の強制失踪は、アルゼンチンやチリの軍事独裁制の間、住民をテロによって弾圧するための手段であった。

こうした行為様式も、——一般的な故意と並んで——その人を長期間法の保護から排除することについての、特定の意図を要求している⁹⁵⁾。

⁹³⁾ 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「Blaškić 事件」(公判部)2000年3月3日「判決」Rn. 235.

⁹⁴⁾ 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「Kupreškić et al. 事件」(公判部)2000年1月14日「判決」Rn. 624.

⁹⁵⁾ 詳細については、*Grammer*, Der Tatbestand des Verschwindenlassens einer Person, 2005を参照。

j) アパルトヘイト

50 国際刑事裁判所規程7条2項h号は、「アパルトヘイト犯罪」を、1項で挙げられたのと同様の性質を有する非人道的な行為として定義しているが、これは、ある人種的集団によって、制度化された体制との関連で、こうした体制を維持する意図の下で、1つまたは別の複数の人種的集団の組織的な抑圧または支配として行われるものをいう。

本規程は、この定義にあたり、本質的に、1973年11月30日の国連アパルトヘイト条約に従うものである⁹⁶⁾。いずれにせよ、人道に対する罪のカテゴリーにとってこの新たな様式は、とりわけ、南アフリカの要求に起因するものであった。

k) 同種の他の非人道的行為

51 国際刑事裁判所規程は、7条1項k号により——これまでのあらゆる規程と同様に——受け皿構成要件を用意している⁹⁷⁾。旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所およびルワンダ国際刑事裁判所の規程では、まだ——まさに明確性原則の観点でも重要な——問題に直面していた。すなわち、これらの規程は、実際にこの下に何が包摂されるべきなのかについて、何らの手がかりも提供しない、というのであった。そこで、この受け皿構成要件は、許容された国際的な人権基準を、人道に対する罪の可罰性の中に共に取り込むべきものであると解釈されていた⁹⁸⁾。この基準は、一般的な国際人権条約から引き出されてきたが⁹⁹⁾、それは例えば、1948年の「世界人権宣言」¹⁰⁰⁾、1966年の「市民的及び政治的権利に関する国際規約」¹⁰¹⁾ などであっ

96) アパルトヘイトの抑圧および処罰に関する国際条約, 1015 UNTS 243.

97) *Safferling*, Int. Strafrecht, § 6 Rn. 100 (「補足規定」と呼ぶ) も参照。

98) この不一致について批判的なのは、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「Kupreškić et al. 事件」(公判部) 2000年1月14日「判決」Rn. 563 ff.

99) *Kittichaisaree*, Int. Criminal Law, S. 127を参照。

た。

これに対して、国際刑事裁判所規程は、こうした行為様式を2つの要素によって限定している。1つには、身体への、あるいは肉体的または精神的な健康への、重大な苦痛または他の深刻な害を生じさせる行為のみを規定の下に置いているということである。もう1つには、この行為は、——特に国際刑事裁判所規程7条1項k号に関する「犯罪の要素」が明らかにしたように——「形式と重さ」において、国際刑事裁判所規程7条1項の別の個別行為に匹敵するものでなければならない、ということである⁽¹⁰⁰⁾。

III. 戦争犯罪

52 事例34 A国とB国との間の武力紛争において、A国軍の将校であるSは、いわゆる「ダムダム弾」を使用した。それは、人体内において容易に破裂し、またはつぶれるように変形するものであるため、特に殺傷能力の高い弾丸であった。Sは、その弾丸の使用により、戦争犯罪で処罰されるか？(これに関しては、§16 Rn. 71)。

1. 展開

53 平時には根本となる人間相互間の共同生活のルールは、戦時中はその効力を失う。特に、殺害の禁止は、国際法に合致した戦闘行為に関しては効力を失う⁽¹⁰¹⁾。それにもかかわらず、戦時でも無法状態となるものではな

⁽¹⁰⁰⁾ 総会決議3/217A (Sartorius II, Nr. 19).

⁽¹⁰¹⁾ EGBl. 1973 II, S. 1534 (Sartorius II, Nr. 20).

⁽¹⁰²⁾ こうした比較可能性に対する基準については、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「Karadžić事件」(予審部)2009年4月28日「管轄を争う6つの事前申立てに関する決定」Rn. 42.

⁽¹⁰³⁾ Werle, Völkerstrafrecht, Rn. 1023; Ipsen in: Fleck (Hrsg), Handbuch des humanitären Völkerrechts, 1994, Nr. 301; Safferling, Int. Strafrecht, §6 Rn. 111.

いことが認められている。むしろ、戦争法は、「戦争における法 (ius in bello)」⁽⁹⁴⁾として、本来の戦争目的、すなわち、敵を十分に衰退させることに必要ではない、あらゆる過度の残虐行為を阻止しようとするものである⁽⁹⁵⁾。これにより、戦争法は、武力紛争における人道性を可能な限り維持しようとする。したがって、それは「国際人道法」とも呼ばれる。

これに応じて、法的意味における戦争犯罪として理解されるべきなのは、戦争時または戦争に関連して遂行されるあらゆる犯罪行為ではなく、国際法上直接的に可罰的である国際人道法違反のみである⁽⁹⁶⁾。したがって、戦争犯罪は、国際人道法に従属する。

54 その歴史的展開によって、国際人道法は、2つの軸に区別される。

■ 「ジュネーブ法」：これは、戦争犠牲者、すなわち、戦闘不能になった軍隊の要員や敵対行為に参加していない者、特に市民の保護のためのものである。この「狭義の」国際人道法の展開は、ジュネーブで一緒に締結された合意によって促された。その際、元々、傷病の戦闘員の保護および戦争捕虜の取扱い（1864年と1929年のジュネーブ諸条約）のみが問題であったが、その保護は、後に洗練され、市民にも拡張された（1949年のジュネーブ第1-第4条約）。

■ 「ハーグ法」：これは、まずもって、戦闘員を保護するためのものであり、特に残虐または危険なものと考えられている軍事作戦の特定的手段および方法を禁止する（例えば、毒兵器の投入）。この人道法の分野の基盤は、デン・ハーグの会議で決定的なかたちで決められたが、その成果として、特にいわゆる「ハーグ陸戦条約」が挙げられる。

「ジュネーブ」法と「ハーグ」法における厳密な違いは、確かに、この

(94) 戦争における法—戦争のための法 („ius ad bellum“)とは異なる。

(95) *Dixon/Khan/May*, Archbold, § 11 Rn. 9.

(96) *Werle*, Völkerstrafrecht, Rn. 1023.

間、特にジュネーヴ諸条約の第1議定書において初めて国際人道法の兩部分を統合する試みが行われて以後は、本質的にその意味を失った。それでもなお、その厳密な違いは、戦争法を理解する上では極めて有益である。

55 国際人道法違反は、さしあたり、純粹に国内レベルでのみ刑法上重要であった。多くの国家は、国内の犯罪構成要件(例えば、軍刑法)における行為態様を罰則でもって禁止していた。1949年のジュネーヴ諸条約において、署名国は、明示的に、以下のことを義務づけられた。すなわち、諸条約の重大な違反(いわゆる „grave breaches“) に対して国内法により罰則を設け、刑事訴追を保障すること、あるいは引渡し要請を受けた国家に行為者を引き渡すことである⁽¹⁰⁰⁾。その際、すべての国家は、国内刑法により、そのつどジュネーヴ諸条約の重大な違反を訴追することができる。すなわち、世界主義が妥当するのである⁽¹⁰¹⁾。

56 国際的に設置された裁判所が国際刑法に基づく戦争犯罪の有罪判決を下したのは、ニュルンベルクの国際軍事裁判所が初めてである。国際軍事裁判所憲章6条b号で挙げられた戦争犯罪は、陸戦条約のハーグ法および1929年のジュネーヴ条約にその基礎を見出す。戦争犯罪の遂行に関する国際法による個人責任は、その時点で、すでに認められていたが、実務上、いまだ置き換えられていない。

しばらくして後、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所やルワンダ国際刑事裁判所の設置に伴い、ようやく、国際刑法を「直接適用(direct enforcement)」する可能性が最も高まった。旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所規程は、2条において「重大な違反」の可罰性を定めている。さらに、同規程3条は、

(100) ジュネーヴ第1条約49条以下；ジュネーヴ第2条約50条以下；ジュネーヴ第3条約129条以下(Sartorius II, Nr. 53) およびジュネーヴ第4条約146条以下(Sartorius II, Nr. 54) を参照。

(101) O'Keefe, JICJ 2009, 811 ff. を参照；世界主義をあらゆる戦争犯罪に拡張するものとして, Triffterer-Fenrick, Rome Statute, 1. Aufl., Art. 8 Rn. 1.

戦争の法規または慣例に違反したことの可罰性を基礎づけている。これらの行為は、もっぱら、その規定のなかで挙げられるのではなく、むしろ、模範として引き合いに出されるのである。

それに対して、ルワンダ国際刑事裁判所規程4条により、1949年のジュネーブ条約の共通3条または1977年の第2追加議定書に対する重大な違反だけが、ルワンダ国際刑事裁判所の管轄に含まれる。それによれば、ルワンダ国際刑事裁判所規程は、非国際的な紛争において遂行されうる戦争犯罪だけを捕捉する（後述§16 Rn. 59を見よ）。そのことは、ルワンダ国際刑事裁判所が初めから国内上の性質をもつ紛争だけを処理しなければならなかったことから説明される。

国際刑事裁判所規程8条により、戦争犯罪を審判する管轄は国際刑事裁判所に委ねられ、その際、犯罪構成要件は、戦時国際法のこれまでの発展を踏まえたものとなっている。

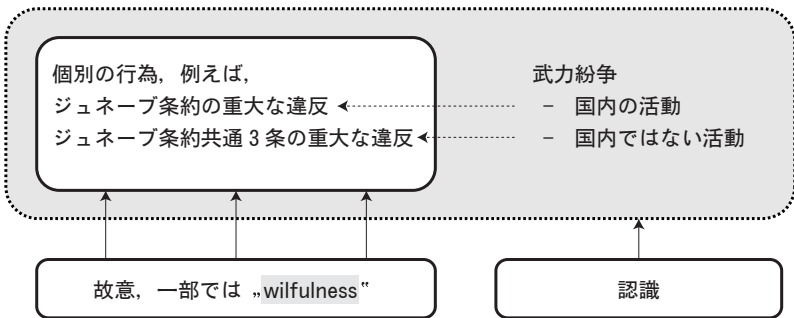
2. 保護法益

57 戦争犯罪は、さしあたり、武力紛争における根本的な個人法益を保護するものであり、一方で、特定の人的集団を当該紛争の特殊な危険から守り（ジュネーブ法の保護的観点）、他方で、許された戦闘手段や方法を制御することによって、不必要な個人法益の侵害を回避する（ハーグ法の保護的観点）ものとされている。これと並んで、すでに生じた平和の攪乱を限定的なものにし、紛争後の講和締結や平穏な共同生活を容易にするものとされることにより、世界平和も超個人的法益として保護財へと高められている⁽¹⁰⁰⁾。

⁽¹⁰⁰⁾ *Werle, Völkerstrafrecht*, Rn. 1066; 異説として, *Safferling, Int. Strafrecht*, § 6 Rn. 125 ff. は, 集団的法益だけを保護すると考える。

3. 構成要件の体系

58 体系的観点においては、戦争犯罪は、人道犯罪に類似する。戦争法の従属性に基づいて、一定の個別の行為は、「武力紛争」を伴った機能的つながりを示す場合にのみ戦争犯罪となりうる。そこでの紛争とは、国際的性質をもつ場合もあれば、単に国内的性質をもつだけの場合もある。もっとも、紛争の両種類におけるすべての実行行為が、等しく国際法上の犯罪として可罰的であるというわけではない。



59 それに応じて、国際刑事裁判所規程8条2項の構成要件群の列挙は、国際的な武力紛争の事例で遂行されうるものと、非国際的な（すなわち、国内の）武力紛争の事例で遂行されうるものを区別する。それに伴い、国際刑事裁判所規程は、伝統的な、いわゆる「二元的手法（two box approach）」を維持している⁽¹¹⁰⁾。

a) 国際的な武力紛争の事例で行われた実行行為：

- 1949年ジュネーブ条約の重大な違反（a号）
- 国際紛争に適用される法規や慣例に対するその他の重大な違反

⁽¹¹⁰⁾ *Ambos*, Int. Strafrecht, § 7 Rn. 232.

(b号)

b) 非国際的な武力紛争の事例で行われた実行行為：

- ジュネーブ条約の共通3条に対する重大な違反(c号)
- 非国際的な性質の武力紛争に適用される法規や慣例に対する重大な違反(e号)

60 国際的な性質をもつ武力紛争とそうではない武力紛争とのこのような根本的な区別は、国際人道法の起源に起因するものであった。この間に、両種類の紛争に関する規定は、この区別がほとんど不要と思わせるほどに歩み寄っている。ドイツの立法者も、ローマ規程を国際刑法典へ転換する際に、「二元的手法」を批判し、原則として両方の紛争を同等に扱っている(国際刑法典8条以下)。同様に、カンパラ会議で採択された、国際刑事裁判所規程8条の控えめな改正(後述§16 Rn. 75を見よ)は、両方の紛争形式を同化させる徴候と理解される⁽¹¹⁾。

4. 「武力紛争」の客観的要件

61 武力紛争の存在は、——人道に対する罪における「全体行為」と同じく——あらゆる戦争犯罪の上位の条件である。そのために、個々の実行行為は、一定の関連性がなければならず、これによって、国際法犯罪として特徴づけられうるものとなる。

国際的な脈絡においては、武力を投入した国家間の対立が、武力紛争として理解され、非国際的な脈絡では、政権とその他の武装グループとの間、あるいは、1国内での政府側とそのような武装グループとの、または武装グループ相互間の対立が、武力紛争として理解される⁽¹²⁾。

(11) *Alamuddin/Webb*, JICJ 2010, 1219 ff.

(12) 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「Tadić事件」(公判部)1997年5月7日「判決」Rn. 561を参照；武力紛争の概念に関して詳細は、*Steiger/Bäumler*, AVR 2010, 189, 192 ff.

もっとも、その際、国内紛争は、それが「暴動、散発的に生じる暴力行為または類する行為(国際刑事裁判所規程8条2項d号、f号1文を参照)のような国内の騒乱」に限定される限りで、国際紛争の危険性には及ばない、ということに注意しなければならない。したがって、国際人道法は、これらの紛争が特別な強度を示すものであり、かつ、敵対的当事者が一定の組織的階級である場合にのみ、適用されるのである¹¹³⁾。

例：アフガニスタンの紛争は、ドイツ政府より、2009年末までは、武力紛争ではなく、「戦争に類する状況」や「頑強な安定化の措置」として位置づけられ、警察権行使〔の事案〕と判断されていた。その結果、例えば、警察法による武器使用の適法性が、判断されなければならなかった。この点につき、基本的には、アフガニスタンで支配的な勢力が極めて下劣であると論拠づけられた。しかし、著しい脅威の状況に直面して、2010年の初めには、国防省や外務省は、国際人道法上の武力紛争であるという、特にアメリカ合衆国、連合王国およびカナダの見解を支持するに至った。この見解は、現在、連邦検察庁によっても認められている。同庁は、クンドゥスのタンクローリーの爆撃で何人もの市民が殺害されたことによる Klein 大佐に対する捜査の過程¹¹⁴⁾、アフガニスタンの紛争は通常の戦闘員である連邦国防軍による国際刑法上の非国際的武力紛争¹¹⁵⁾であることを確認した¹¹⁶⁾。ドイツの軍人にとって、このことは、国内刑法で妥当する絶対的な

¹¹³⁾ 国際刑事裁判所規程8条2項f号2文；旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「Tadić事件」(公判部)1997年5月7日「判決」Rn.562；これに関しては、Ambos, Int. Strafrecht, §7 Rn.239も参照。

¹¹⁴⁾ これに関する情報の詳細は、http://www.spiegel.de/thema/kunduz_affeere/ (2013年3月時点)。

¹¹⁵⁾ その紛争は、国際的なものではない。なぜなら、外国部隊は、元々の紛争当事国であるアフガニスタンの領土内で活動しているからである。

¹¹⁶⁾ Verfügung des GBA v. 16.4.2010, NStZ 2010, 581 ff.

殺害の禁止は妥当せず、したがって、武力紛争内の市民による殺害も、その程度が過剰でない限り許されるという結論に至る。最後に、軍人は、武力紛争においては、戦争犯罪が相当する故意を条件とする以上、過失致死罪についても責任を問われることはない⁽¹¹⁷⁾。Klein 大佐に対する捜査も、そのような故意が欠けるとの理由で、刑事訴訟法170条2項により打ち切られたのである⁽¹¹⁸⁾。

62 国際人道法は、その際、武力衝突の開始から講和締結による敵対行為の終結、また国内衝突においては紛争の友好的解決に至るまで通用する⁽¹¹⁹⁾。それによれば、個別の行為は、本来の戦闘行為が行われている間に遂行されなければならないわけではない。例えば、拘禁施設下での戦争捕虜の取扱いのように、戦争犯罪は、国際人道法の行為規則が通用する限りで、戦争行為が中断または終結されている場合でさえ、遂行されうるのである⁽¹²⁰⁾。

63 個別の行為と武力紛争との間の必要な関連性は、実行行為がまさに紛争のゆえに遂行された、または、遂行されうるという点に認められる。それは、純客観的な基準であり、例えば、行為者にとってその犯行が——そ

(117) これに関しては、Kreßのインタビュー：<http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-67036821.html> (2013年3月時点)を参照。

(118) 同様に、刑法222条の過失致死罪による可罰性は、問題にならなかった。なぜなら、一般刑法における国際法上の許容は、帰責の除外ないし正当化事由と考えられているからである。GBA, Verfügung v. 16.4.2010, NSTZ 2010, 581 ff. および、詳細については、Ambos, NJW 2010, 1725, 1726 f.; 異説によれば、刑法の殺人罪は、問題となる状況には適用されない。Hertel, HRRS 2010, 339 ff. および T. Zimmermann, GA 2010, 507, 514 (国際刑法と刑法との間の排他的関係)を参照；捜査手続の進行に関する批判として、Kaleck/Schüller/Steiger, KritJ 2010, 270 ff.

(119) 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「Tadić事件」(上訴部)1995年10月2日「判決」Rn. 70；これに関しては、Kreß, EuGRZ 1996, 638, 644 ff. も参照。

(120) 法律案理由：連邦政府法案「国際刑法典を導入するための法律案」(2001年6月22日) S. 56を参照。

もそも、またはその具体的形式において——紛争によって容易になった、または初めて可能となったという場合に充足される。同様に、武力紛争との必要な関係は、実行行為が紛争当事者のうちの1人に帰責されうるときにも肯定されなければならない⁽¹¹⁾。単に武力紛争の「機会において」武力紛争とは無関係に実行されたにすぎない行為は、戦争犯罪ではない。

64 国際刑事裁判所規程8条1項の文言によると、国際刑事裁判所は、戦争犯罪についての管轄権を、「特に、それが計画若しくは政策の一部としてまたはそのような犯罪の一部として大規模に行われた場合」に行使できるとされるが、その規定には、独自の(限定された)犯罪要素は含まれていない。この定式化もまた、ローマ会議における妥協の産物なのである。その意味は、捜査が開始されるかどうかという問題において、上記の観点 が特に考慮に入れられるべきとすることに尽きる⁽¹²⁾。

5. 「武力紛争」に関する主観的要件

65 主観的観点においては、行為者は、武力紛争の存在をもたらす事情を認識しなければならない。〔もっとも、〕行為者がそのように評価することや、紛争を国際法的に正しく国際的なものまたは非国際的なものと分類することは必要ではない⁽¹³⁾。

6. 個別の犯行の実行行為

a) 客観的要素と主観的要素

66 国際刑事裁判所規程8条には、国際的武力紛争と国内的武力紛争に関

(11) 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「Kunarac 事件」(上訴部)2002年6月12日「判決」Rn. 58を参照；詳細については、*Werle, Völkerstrafrecht*, Rn. 1094 ff.

(12) *Triffterer-Fenrick, Rome Statute*, 1. Aufl., Art. 8 Rn. 4.

(13) 8条に規定された「犯罪の要素」を参照。

する2つの包括的な実行行為のグループが含まれている。これらの実行行為は、客観的に存在するだけでなく、さらに、——それぞれの実行行為に依拠して——主観的要件も充足されなければならない。原則として、ここでも、同規程30条（前述§ 15 Rn. 21以下を見よ）が妥当する。しかし、戦争犯罪の場合、すでに同規程8条の文言によれば、多くの点で、特に英語では „wilfulness“ で十分と示される限りで、比較的低い主観的基準が定められている⁽¹²⁴⁾。ここでは、イギリス刑法で „recklessness“ をもって特徴づけられる形象が取り込まれているが⁽¹²⁵⁾、その形象は、ドイツのカテゴリーに置き換えると、認識ある過失を未必の故意と同じカテゴリーに統一するほど大まかなものである⁽¹²⁶⁾。

例：国際刑事裁判所規程8条2項a号(i)を「故意の殺人」とすることは、„wilful killing“ の訳としては誤りである。行為者が死の発生を行為のいわば確実な結果として予見していた場合、同規程30条の故意は存在する。もっとも、行為者が結果発生の可能性を予見していたが、それでもなお、例えば危険傷害を実行したという場合、同規程30条の故意の存在は、少なくとも疑わしい——それでもなお、その行為は、„wilful“ となりうるのである。

b) 国際的武力紛争に関する実行行為のグループ1：1949年のジュネーブ諸条約の重大な違反 („grave breaches“) (国際刑事裁判所規程8条2項a号)

(124) 特に、国際刑事裁判所規程8条2項a号(i), (iii), (vi)を参照。

(125) Cassese/Gaeta/Jones-Bothe, Rome Statute, S. 392のみを参照。

(126) 説明に関して（やや）異なるものとして、「増強された過失」を主張する Werle, Völkerstrafrecht, Rn. 1104や、それどころか、「無謀 (reckless)」を実質的に「未必の故意 (dolus eventualis)」と同視できると考える Safferling, Int. Strafrecht, § 6 Rn. 158がある。

67 国際刑事裁判所規程 8 条 2 項 a 号の連結点は、ジュネーヴ諸条約の「重大な違反」である。4 つのジュネーヴ条約はいずれも、国際的武力紛争における異なった人的グループの保護を目的としており、当該紛争の強度とは関係しない。これらのグループには——簡潔に表現すれば——以下のことが共通している。すなわち、これらのグループは、行為者からみて敵対的な国家と密接な関係があるが、その活動部隊に属していないか、またはいまはもはや属しておらず、したがって、敵対勢力による恣意的な人権侵害から十分に保護を受けない状態に置かれている、ということである⁽¹⁷⁾。

68 詳細には、以下のグループが、4 つのジュネーヴ条約の保護範囲に含まれる：

- 戦地における傷病者、医療従事者および宗教家（ジュネーヴ第 1 条約）
- 海上にある傷病者、難船者、医療従事者および宗教家（ジュネーヴ第 2 条約）
- 戦争捕虜（ジュネーヴ第 3 条約）
- 紛争または占領の場合において、いかなる時を問わず、敵対的当事国または占領国の権力内にある市民（ジュネーヴ第 4 条約）

69 保護される人的範囲以外に、条約では、何が同条約の「重大な違反」に当たるかも、定義されている⁽¹⁸⁾。国際刑事裁判所規程は、同規程 8 条 2 項 a 号で、この定義を用いている。法の適用者は、常に、国際刑事裁判所規程で列挙された行為、すなわち、具体的な犠牲者に対して行われたもの

(17) *Trifflerer* in : Hankel/Stuby (Hrsg), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen - Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen*, 1995, S. 179.

(18) ジュネーヴ第 1 条約 50 条、ジュネーヴ第 2 条約 51 条、ジュネーヴ第 3 条約 130 条 (Sartorius II, Nr. 53)、ジュネーヴ第 4 条約 147 条 (Sartorius II, Nr. 54)。

が、4つの条約のうちの1つに対する重大な違反であるかどうかを検討しなければならない。それは、被害者が条約によってまさにそのような行為から保護されるべきグループに属することを、条件とするのである。

例：違法な拘禁^(vi)は、それが市民に対して行われるとき、第4条約の重大な違反となる。第3条約が適用される戦争捕虜に関しては、同一の行為は、「重大な違反 (grave breaches)」ではない——したがって、国際刑事裁判所規程8条2項a号による可罰性に関する連結点もない。

c) 国際的武力紛争に関する実行行為のグループ2：武装した国際紛争において適用される法規または慣例に対するその他の重大な違反（国際刑事裁判所規程8条2項b号）

70 国際刑事裁判所規程8条2項b号は、国際的武力紛争における戦争法規または慣例の十分に重大な違反を含む、さらに別の行為を列挙する。この戦争犯罪は、様々な起源に起因するが、一貫してその国際法上の妥当性が——条約法上または国際慣習法上——認められている⁽²⁹⁾。

71 ここで、一方では、古典的な「ハーグ法」に対する違反が問題となる。なぜなら、特定の戦闘方法や特定の兵器の使用が、処罰の下におかれているからである。

禁止される戦闘方法の例：市民や民間物資に対する攻撃(i), (ii), 非武装地帯に対する攻撃(v), 人間を盾として使用すること(xxiii), 一般市民の兵糧攻め(xxv)。

禁止される兵器の例：毒(xvii), 毒ガス(xviii), 過度の傷害または苦痛を与えることに適した武器(xx)。

事例34では、Sは、「ダムダム弾」を使用したことについて、国際刑事

(29) Triffterer-Fenrick, Rome Statute, 1. Aufl., Art. 8 Rn. 20.

裁判所規程8条2項b号により処罰されうる。この弾丸は、無用な苦痛を与えるため、禁止されている。Sの行為は、国際的武力紛争と関連している。Sはその弾丸の使用が許されていないことを認識していた、ということができる。また、Sは、国際的武力紛争の存在も認識していた。したがって、Sは、同規程8条2項b号(xvi)の要件を充足している。前述の規程の可罰性に関しては、実際に誰かがその弾丸により傷害または死亡したかどうかは重要ではない。このような弾丸使用の抽象的危険だけで、可罰性が基礎づけられるのである⁽³⁰⁾。

72 さらに、その他の戦争犯罪も含まれる。例えば、少年兵の登用、すなわち15歳未満の少年を軍隊に編入すること(xxvi)、侮辱的または屈辱的取扱い(xxix)、あるいは——一定の新しい観点として——強姦やその他の形態での性的暴力(xxii)がある。性犯罪は、従来、これに相当する条約においては、少なくとも明示的に列挙されていなかった。

73 気になる点といえば、同規程8条2項b号では、個別の行為の詳細な列挙はあまりされておらず、むしろ、僅かな——しかし、決定的な——間隙があることである。それらは、ローマ会議のときにも採択されえなかったものである。相当する国際条約法上の基盤があったにもかかわらず、派遣代表者らは、地雷、細菌兵器、焼夷弾および失明に至るレーザー兵器の使用の可罰性、ならびに化学兵器の開発、製造および使用の可罰性について、ほとんど合意できなかった。この関係において、核兵器使用が不処罰とされていることも、あまり意外なことではない。この点について、公式または事実上の核保有国が処罰されることは、予期できなかった⁽³¹⁾。しかし、同規程8条2項b号(xx)は、その際、さらに別の武器を同規程の構成

⁽³⁰⁾ Werle, Völkerstrafrecht, Rn. 1358.

⁽³¹⁾ インドは例外である。なぜなら、インドの代表団は、核兵器の使用を国際刑事裁判所規程8条に含めることを猛烈に支持したからである。

に挿入する可能性を含ませている。もっとも、それは、同規程改正の諸条件、すなわち、原則として締約国の3分の2以上の多数決でもってのみ可能となる（同規程121条3項を参照）。

d) 国内武力紛争に関する実行行為のグループ1：1949年のジュネーヴ諸条約の共通3条に対する重大な違反（国際刑事裁判所規程8条2項c号）

74 国際紛争の場合とは異なり、国際刑事裁判所規程8条2項c号は、人道上の諸規定の最低基準に対する重大な違反のみに関連する。これは、4つのジュネーヴ条約すべてに共通する3条によって、国際的性質を有しないあらゆる紛争に関して決定される。もっとも、適格性を有する行為客体は、ここでは、規程それ自体で挙げられている。それによれば、敵対行為に直接参加しない者だけが保護される。同規程8条2項c号は、限定的に⁽¹³³⁾、身体または生命に対する攻撃、個人の尊厳を侵害すること、人質ならびに法治国家的な審判によることなく刑の言渡しや執行を行うことを、相応する実行行為として挙げている。長期化した紛争の存否に関係なく（§16 Rn. 75を見よ）、当該規則は、最低限の保障として、あらゆる非国際的紛争に適用可能である⁽¹³³⁾。

e) 国内武力紛争に関する実行行為のグループ2：武装した国内紛争において適用される法規または慣例に対するその他の重大な違反（国際刑事裁判所規程8条2項e号）

75 国内武力紛争における戦争犯罪がジュネーヴ諸条約3条の重大な違反に限定されていないことは、ローマ規程の特に大きな成果とみななければならない。むしろ、e号とb号との広い類似性を確認することができる。す

⁽¹³³⁾ Triffterer-A. Zimmermann, Rome Statute, Art. 8 Rn. 284.

⁽¹³³⁾ Safferling, Int. Strafrecht, § 6 Rn. 141.

なわち、ここにおいて、国内武力紛争と国際武力紛争を同視する、国際刑法の一般的傾向が表れている。少なくとも、このことは、——8条2項f号2文から明らかのように——「長期化した武力紛争」、すなわち、外見上の形態によれば国際紛争に匹敵しうる国内紛争に当たる限りで、妥当する⁽³³⁴⁾。したがって、最終的には、同規程は、2つの異なった非国際武力紛争の類型を区別した。すなわち、同規程8条2項e号、f号の意味における長期化した武力紛争と、同規程8条2項c号、d号だけが妥当するその他の国内武力紛争とである。この重要な問題に関して紛争の期間のみに着目することが適切であるかという疑問が呈されうるとしても⁽³³⁵⁾、この点で明確な同規程8条2項f号2文の文言を無視することはできない⁽³³⁶⁾。

しかし、ローマ会議の派遣代表者は、この長期化した武装した国内紛争に関しても、国際武力紛争の諸規定を完全に転用させることに合意することができなかった。例えば、国際刑事裁判所規程8条2項e号では、従来、特に禁止される武器の指定が欠けていた。カンパラ会議の決議により——もっとも、未発効であるが——、両方の実行行為のグループの包括的な同化が図られ、その結果、毒または有毒な武器の使用、同種のガス、類似の液体、物質の使用、または、人体内において容易に破裂または押しつぶれる弾丸の準備および使用は、長期化した非国際的武力紛争でも可罰的とされることになったのである⁽³³⁷⁾。

⁽³³⁴⁾ Safferling, Int. Strafrecht, § 6 Rn. 138.

⁽³³⁵⁾ MK-Ambos, Vor §§ 8 ff. VStGB, Rn. 25参照。彼は、その問題に基づき、限定解釈を支持する。

⁽³³⁶⁾ 反対するものとして Werle, Völkerstrafrecht, Rn. 1076は、国際刑事裁判所規程8条2項f号2文の条件を同規程8条2項c号の紛争にも準用しようとする。

⁽³³⁷⁾ カンパラ決議のこの部分について詳細は、Alamuddin/Webb, JICJ 2010, 1219 ff.

IV. 侵略

76 事例35：1999年の5月から6月まで、NATOに属するいくつかの国家は、ユーゴスラビアの一部であるコソボにおける持続する重大な人権侵害を終結させるために、いわゆる「人道的介入」の範囲内で当時のユーゴスラビア連邦共和国の領土を爆撃した。これは、国際法上重要な侵略に当たるか？（それに関しては、§ 16 Rn. 78）。

1. 国際慣習法上の侵略犯罪

77 遅くとも、国際連合憲章2条4項で一般的な武力の禁止（Gewaltverbot）が定められて以降、軍事対決は、もはや正当な政治手段と理解することはできない。しかし、国際法の現在の水準によれば、国際法上の武力禁止に対する違反が、すべて国際法上の犯罪に当たるわけではない。国際軍事裁判所憲章（6条a号）や極東国際軍事裁判所憲章（5条a号）の平和に対する罪の構成要件、および、ニュルンベルクの戦争犯罪訴訟および東京の戦争犯罪訴訟におけるその構成要件の適用に基づいて、侵略戦争の計画、準備、開始または実行の可罰性が問題となる限りで、慣習法上基礎づけられた国際刑法は展開することができた⁽¹³⁹⁾。これに対して、その強さの点で侵略戦争より劣る侵略行為に関しては、国際慣習法上の可罰性が基礎づけられなかった。したがって、国際法上の可罰性の射程は、明らかに、国際法的に禁じられたものの範囲よりも狭く、深刻かつ明白な侵略形態に限定される⁽¹⁴⁰⁾。

78 その際、一方で、国際法に違反する戦争は、侵略戦争と理解されなければならない。したがって、国際法上許された武力の行使、例えば、個別的または集団的自衛（国際連合憲章51条）の目的あるいは同憲章7章の国

(139) 国際慣習法による援用について詳細は、*Werle, Völkerstrafrecht*, Rn. 1430 ff.

(140) *Werle, Völkerstrafrecht*, Rn. 1430.

際連合安全保障理事会の強制措置のようなものは、はじめから捕捉されていない。

他方で、可罰性は、従来、国際法違反に加え戦争を遂行する当事者の特殊で侵略的な目的設定によっても特徴づけられる戦争に関してのみ、国際慣習法上、確保されている。すなわち、他国家の併合または征服のような目的がなければならない。

事例35のコソボにおける人道的介入は——その行動の国際法的適法性がはげしく議論されるが⁽¹⁰⁾——いずれにせよ、国際刑法上重要な侵略戦争ではない。なぜなら、行動の目的がコソボのアルバニア人に対する重大な人権侵害の阻止であり⁽¹¹⁾、侵略を構成する特殊で侵略的な目的設定はなかったからである。

最後に、侵略戦争は、武力行使の一定の範囲および一定の強度が条件とされることによって、武力の使用の最小限の程度を超えることを要求する⁽¹²⁾。したがって、単なる準備行為や軽微な敵対的行為（例えば、国境の小競り合い）は、除くものとされている。

79 侵略犯罪の行為者となりうるのは、軍事的または政治的な指導的地位の構成員で、自ら影響を与える実質的可能性を有した者のみである。したがって、身分犯、すなわち、いわゆる「指導者犯罪 (Führungsverbrechen)」である⁽¹³⁾。主観的には、構成要件は、目的に向けられた意図までは不要であり、故意、特に、戦争の侵略的な目的設定に関する認識だけを要求する⁽¹⁴⁾。

(10) これに関して、*Deiseroth*, NJW 1999, 3084 ff. は見よ。

(11) これに関して、例えば *Kreß*, NJW 1999, 3077, 3081 を参照。

(12) *Ambos*, Int. Strafrecht, 2. Aufl., § 7 Rn. 255 を参照。

(13) *Cryer/Friman/Robinson/Wilmschurst*, Introduction, S. 318 を見よ。

(14) *Werle*, Völkerstrafrecht, Rn. 1450.

2. 国際刑事裁判所規程の侵略犯罪

80 国際刑事裁判所規程5条1項d号によれば、確かに、原則として、侵略犯罪も国際刑事裁判所の事物管轄に含まれる。しかし、同規程5条2項によれば、国際刑事裁判所は、犯罪を定義し、裁判権を行使する条件を詳細に定める規定が採択された場合に初めて、これに関する裁判権を行使するとされる。ローマ会議では、確かに、同規程5条のカatalogueで侵略戦争を取り上げる必要性は、多数決で認められたが、刑事訴追の方法や構成要件要素の正確な規定に関する合意は、得られなかった。したがって、同規程5条2項により侵略の犯罪構成要件の「確固たる地位 (Platzhalter)」を定着させるという妥協の道が選ばれたのである⁽⁴⁹⁾。

81 侵略犯罪に関する争点は、国際連合憲章24条1項により世界平和の維持に主要な責任を負う国連安全保障理事会と国際刑事裁判所の関係をめぐって生じる。それに応じて、草案は、侵略犯罪による手続の条件として、国際連合の安全保障理事会により侵略が確定的に認定されることを定めた。しかし、これに対して、安全保障理事会より侵略行為と認められた場合には、すでに可罰的である可能性が部分的に決定されることになる、という異論が出された。その上、——問題となっている常任理事国の拒否権行使の可能性をもつ——国際連合の安全保障理事会のような政治的機関に犯罪行為の認定を委ね、これによって国際刑事裁判所の独立性が妨げられることへの懸念もあった⁽⁴⁹⁾。

82 ローマ会議の大詰めにおいて、「準備委員会」が、侵略の構成要件に関する草案の起草を委託された。この委員会の作業を引き継いだ特別作業

⁽⁴⁹⁾ *Irmscher*, KritJ 1998, 472, 477.

⁽⁴⁹⁾ 全体については、*Irmscher*, KritJ 1998, 472, 478 ; *Triffterer-A. Zimmermann*, Rome Statute, Art. 5 Rn. 18 ff. ; *May*, *Aggression and Crimes against Peace*, 2008, S. 207 ff.

部会が、その脈絡の中で最も重要な問題を討議した⁽⁴⁴⁾。国連安全保障理事会の役割は何かという問題と並んで、特に、将来の犯罪構成要件の射程が問題であった。すなわち、多数の国家による見解によれば、当該構成要件は、国際慣習法を超えて、侵略戦争だけでなく、その他のこれに匹敵する強度をもつ侵略行為も捕捉すべきとされたのである⁽⁴⁵⁾。特別作業部会がまとめた草案が、ウガンダのカンパラで2010年5月30日から6月11日までに
行われた検討会議に関する提案⁽⁴⁶⁾として、国際刑事裁判所規程121条1項により、リヒテンシュタインより提出された⁽⁴⁷⁾。

この会議で⁽⁴⁸⁾、締約国は、侵略犯罪の定義を採択した。これは、新たに創設された国際刑事裁判所規程8条の2において、以下の文言⁽⁴⁹⁾で規定されている。

8条の2：侵略犯罪

1. この規程の適用上、「侵略犯罪」とは、国の政治的または軍事的行動を実質的に管理しまたは指示する地位にある者による、その性質、重大性および規模により国際連合憲章の明白な違反を構成する侵略行為の計画、

(44) これまでの成果については、die Übersicht im Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court, UN - Doc. PCNICC/2002/2/Add.2を参照。

(45) 国際慣習法に対する拡張に関して批判的なものとして、例えば *Werle, Völkerstrafrecht*, Rn. 1436.

(46) 国際刑事裁判所規程の時間的條件(最も早くて発効後7年後)について、同規程123条1項を見よ。

(47) http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/ICC-ASP-8-Res.6-ENG.pdf (2013年3月時点)。

(48) 会議の成り行きについて詳細は、*Schmalenbach*, JZ 2010, 745 ff. および *Kreß/von Holtzendorff*, JICJ 2010, 1179, 1201 ff.; カンパラ会議による同規程のその他の改正について、*Marschner/Olma*, ZIS 2010, 529, 533 f.

(49) Amtliche Übersetzung gem. Art. 1 II des Entwurfs des Zustimmungsgesetzes zu den Änderungen des IStGH-Statuts, BT-Drucks. 17/10975, S. 13 f.

準備, 開始または実行をいう。

2. 第1項の適用上, 「侵略行為」とは, 他国の主権, 領土保全または政治的独立に反する, また国際連合憲章と両立しない他の方法による国による武力の行使をいう。次のいずれかの行為は, 宣戦布告に関わりなく, 国際連合総会の1974年12月14日の決議3314(XIX)により侵略行為とされる。

a) 一国の兵力による他国の領域への侵入もしくは攻撃, 一時的なものであってもこのような侵入もしくは攻撃の結果として生じた軍事占領または武力の行使による他国の領域の全部もしくは一部の併合

b) 一国の兵力による他国の領域に対する砲爆撃または一国による他国の領域に対する兵器の使用

c) 一国の兵力による他国の港または沿岸の封鎖

d) 一国の兵力による他国の陸軍, 海軍もしくは空軍または船隊もしくは航空隊に対する攻撃

e) 受入国との合意に基づきその国の領域内に駐留する軍隊の合意に定められた条件に反する使用または当該合意終了後の右領域内における当該軍隊の駐留の継続

f) 他国の使用に供した領域を, 当該他国が第三国に対する侵略行為を行うために使用することを許容する国の行為

g) 前記の諸行為に相当する重大性を有する武力行為を他国に対して実行する武装部隊, 集団, 非正規兵または傭兵の国による派遣もしくは国のための派遣またはそのような行為に対する国の実質的関与

a) 構成要件

83 8条の2によれば, 侵略犯罪には, その性質, 重大性および規模により国際連合憲章の明白な違反を構成する⁽⁵⁵⁾侵略行為 („act of aggression“)

(55) (原文では, 注(55)) 国際刑事裁判所の決議 RC/Res. 6

の計画、準備、開始⁽⁵⁵⁾または実行が含まれるが、その際、8条の2第2項における侵略行為の定義は、法定原則や特に規定の要素に鑑みれば、限定的なものとして理解されなければならない⁽⁵⁶⁾。国際連合憲章の十分に重大な違反に構成要件を限定すること(いわゆる制限条項)は、国家間の武力行使がすべて国際刑事裁判所の管轄とされるわけではないことに、着目したものである⁽⁵⁷⁾。制限条項の条件は——少なくとも通説によれば——客観的に存在しなければならず⁽⁵⁸⁾、その際、同じくカンパラで取り決められた改正の解釈⁽⁵⁹⁾によれば、憲章違反の3つの要素である「性質」、「重大性」および「規模」が重疊的に存在しなければならない。それによれば、個別に考察することによって、構成要件を充足させることはできない。もっとも、この「最小限に関する(de minimis)」条項は、規範の明確性を強く疑わせるものとなる。したがって、規範の名宛人にとって、その行為がどのような場合に犯罪構成要件を充足するのかを十分確実に予見することができるかどうかは、疑わしい⁽⁶⁰⁾。したがって、新たな構成要件を適用する際、特に、国際刑事裁判所規程22条2項の解釈規定が用いられなければな

(55) (原文では、注(55))行為の前段階における、この「過度の犯罪化(Überkriminalisierung)」に批判的なものとして、*Ambos*, ZIS 2010, 649, 660 f.

(56) *Ambos*, ZIS 2010, 649, 657; 8条の2第2項に含まれている定義を完全なものと理解することに賛同するものとして、*Schmalenbach*, JZ 2010, 745, 747 f.; 異説として、*Clark*, GoJIL 2010, 689, 696; *ders.*, EJIL 2009, 1103, 1105; *Kreß*, EJIL 2009, 1129, 1137.

(57) *Ambos*, ZIS 2010, 649, 655; *Werle*, Völkerstrafrecht, Rn. 1458を参照。

(58) *Ambos*, ZIS 2010, 649, 655 f.を見よ; 追加の主観的に限定する規程に関する——傾聴に値する——手法については、*Kreß*, EJIL 2009, 1129, 1139の概観を見よ。

(59) 決議 RC/Res. 6の Annex III を参照。

(60) 同旨として、*Schmalenbach*, JZ 2010, 745, 747; *Glennon*, YJIL 2010, 70, 101; これに対して、*Ambos* は、構成要件の正確な定式化は存在しえないという見解に立っているようであり、その代わり、主観的観点における構成要件の限界づけに賛同する。*Ambos*, ZIS 2010, 649, 655 f.

らない⁽⁶⁰⁾。

84 行為者となりうるのは、国の政治的または軍事的行動を実質的に管理しまたは決定する地位にある者のみである。したがって、侵略犯罪は、身分犯である。新たな25条3項の2の創設によって、幫助という間接的な方法による下位者の処罰が除外されている。それによれば、25条の適用は、侵略犯罪との関係で、8条の2第1項に挙げられている指導者に限定される⁽⁶¹⁾。もっとも、行為者として問題となる指導者は、公式に国家首脳部に所属している必要はない。事実上そのような影響を持つことで足り、その結果、軍隊に準じるグループの先導者や経済または宗教の指導者も、侵略犯罪の責任を問われうる。

主観的観点においては、8条の2には特別な要件は含まれていない。この点で、同規程30条のルールはなおも適用される⁽⁶²⁾。

b) 管轄権/トリガー・メカニズム

85 カンパラの決議によれば、国際刑事裁判所の活動は、いくつかの性質に分かれうる。まず、安全保障理事会は、侵略の事態を裁判所に付託することができる（国際刑事裁判所規程15条の3）。さらに、同規程15条の2は、国家付託および検察官の「職権調査」を定めるが、その際、同規程は、この限りで（15条の2第4項－第8項を参照）安全保障理事会による付託よりも高度な条件を立てている。特に、調査の開始は、6項および7項により、安全保障理事会による侵略行為の認定、あるいは——6か月以内にそのような認定が行われなるときは——8項による許可を要する。後者は、

⁽⁶⁰⁾ Schmalenbach, JZ 2010, 745, 748 f.

⁽⁶¹⁾ Werle, Völkerstrafrecht, Rn. 1460; これにつき批判的なものとして, Ambos, ZIS 2010, 649, 659 f.

⁽⁶²⁾ これに関して詳細は, Ambos, ZIS 2010, 649, 662 f.; Safferling, Int. Strafrecht, § 6 Rn. 186 f.

「強化された内なるフィルター」として、——同規程15条のように——予審裁判部 (Vorverfahrenskammer) によってではなく、同規程39条の予審裁判部門 (Vorverfahrensabteilung) (少なくとも6人の裁判官で構成される) によって判断される。

したがって、裁判権の行使に関しては、国連安全保障理事会が事前に侵略の存在を認定することは、条件ではない。このことは、国際刑事裁判所の政治的独立性にとって決定的である⁽⁶⁶⁾。それにもかかわらず、安全保障理事会は、国際刑事裁判所の活動に対し、依然として影響を及ぼす。すなわち、検察官は、侵略犯罪による捜査を開始する際には、15条の2第6項および第7項の規準により、安全保障理事会の決議を考慮しなければならない。結局のところ、安全保障理事会には、なおも、同規程16条により侵略犯罪による検察官の捜査を——場合によっては、長期にわたって——阻止する可能性が残されているのである。

非締約国に関しては、カンパラ決議は、「害がない」ものである。なぜなら、同規程12条2項a号に該当しないとき、15条の2第5項は、犯人とされる者が非締約国の国民であるか、または調査されるべき事象がその国の領域で生じた場合には国際刑事裁判所の管轄権は否定されると定めているからである。したがって、同様に、同規程12条2項b号の規定は適用されない。もっとも、例外は、安全保障理事会による付託に基づき国際刑事裁判所の手続が開始される場合である。この場合、安全保障理事会は、国際連合憲章7章によるその活動に基づき、裁判権を非締約国に拡張することができる⁽⁶⁷⁾。

締約国にも、侵略犯罪に関する国際刑事裁判所の管轄権から免れる可能性が残されている。例えば、15条の2第4項は、いわゆる「選択的離脱」

⁽⁶⁶⁾ Schmalenbach, JZ 2010, 745, 749; Ambos, ZIS 2010, 649, 663.

⁽⁶⁷⁾ Kreß/von Holtzendorff, JICJ 2010, 1179, 1211.

条項を定めているが、締約国は、カンパラで採択された決議を批准する際にこの規定を援用できる⁽¹⁶⁵⁾。このような条項は、一見すると意外なこともかもしれないが、カンパラの難航した交渉状況に鑑みれば、そもそも会議を終結させるために、必要不可欠な条件だったのである⁽¹⁶⁶⁾。

しかし、侵略犯罪における国際刑事裁判所の管轄権の例外やさらに別の例外を含む様々な数多くの規定に鑑みれば、国際刑事裁判所が個別の事例で活動することが許されるかという問題の回答を予見しがたいことは、否定できない⁽¹⁶⁷⁾。

c) 発効

86 カンパラ会議で合意が得られたにもかかわらず、そこで決議された国際刑事裁判所規程の改正の発効は、まだ確定していない。発効には、同規程121条5項に応じた締約国による決議の批准だけでは足りないのである。むしろ、15条の2第3項および15条の3第3項は、国際刑事裁判所は事後の会議で3分の2の締約国が決議によりその管轄権を受諾する場合にはじめて管轄権を行使できる、と定めている。もっとも、この決議は、2017年1月2日まで行うことはできない。時間的観点における管轄権の更なる制限は、15条の2第2項および15条の3第2項から生じる。これによれば、国際刑事裁判所は——裁判権の発効を条件に——30か国の批准書の寄託から1年後以降に行われた侵略犯罪についてのみ、審判できる⁽¹⁶⁸⁾。これまで、リヒテンシュタイン、ルクセンブルク、サモアおよびトリニダード・トバ

(165) この「選択的離脱」条項の法的性質について、*Schmalenbach*, JZ 2010, 745, 750.

(166) *Marschner/Olma*, ZIS 2010, 529, 534.

(167) 様々な想定されうる状況については、*Stahn*, LJIL 2010, 875, 878 f.

(168) したがって、この説明によれば、2017年1月2日より前に行われる犯罪の管轄権も問題とならない。このことは、決議 RC/Res. 6の Annex III で定められ

ゴのみが、批准手続を終わらせた⁽¹⁰⁶⁾。ドイツでは、連邦大統領が2013年2月20日、それに相当する承認法⁽¹⁰⁷⁾を作成したため、その批准書がまもなく寄託される。

d) まとめ

87 カンパラにおける難航した交渉の状況に鑑みるならば、結論として、締約国が総じて侵略犯罪の定義の統一を達成したことは、評価されなければならない⁽¹⁰⁸⁾。「トリガー・メカニズム」の規定も、安全保障理事会の解釈権と国際刑事裁判所の政治的独立性との間の衝突の解決に向けた妥協である⁽¹⁰⁹⁾。しかし、これらによって、決議された規定の問題点について誤解してはならない。すなわち、構成要件の限界づけは、広い表現によって発見しづらくなっている。ここでは、国際刑事裁判所は、相当な具体化作業を行わなければならない。同時に、その構成要件は、単に国家による侵略行為を捕捉する点では狭い。したがって、テロリストによる国家によらない侵略の問題は、看過されている⁽¹¹⁰⁾。「選択的離脱」条項の効果も、予見でき

ゝた解釈の合意と矛盾する。それによれば、国際刑事裁判所は、30か国による批准書の寄託または決議の受諾から1年より後に行われた侵略犯罪についてのみ管轄権を行使でき、その際、両法の出来事のうち遅いものが基準となるとする。この矛盾がどのように扱われるかは、予見できない。なぜなら、これは、それぞれの出来事（決議の受諾、30か国による批准書の寄託、侵略犯罪）が行われる時期にかかっているからである。全体については、*Schmalenbach*, JZ 2010, 745, 752.

(106) http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtdsg_no=XVIII-10-b&chapter=18&lang=en (2013年3月時点).

(107) BGBl. 2013 II S. 139.

(108) 同旨として、*Ambos*, ZIS 2010, 649, 668; *Schmalenbach*, JZ 2010, 745; *Barriga*, ZIS 2010, 644, 647 f.; 異説として、*Creegan*, JICJ 2012, 59 ff.

(109) 同旨として、*Kreß/von Holtendorff*, JICJ 2010, 1179, 1215 f.; *Ambos*, ZIS 2010, 649, 663.

(110) これに関して詳細は、*Ambos*, ZIS 2010, 649, 657 f.; *Weisbord*, Duke J. of Comp. & Int. L. 2009, 1, 23 ff.; *Kreß/von Holtendorff*, JICJ 2010, 1179, 1211を参照。

ない⁽¹⁷⁾。現在のところ、当該条項が頻繁に使用されることを阻止するために、締約国相互の政治的影響で足りるかどうかは、明らかではない。最後に、批准手続の結果と事後会議によってはじめて、目覚めつつあるカンパラの規定が基礎づけられるか、または、その決議が「ほら吹き」となるかが、示されることとなる。

88 復習・深化のための問題

- どの犯罪が国際刑事裁判所の管轄下にあるか？（§ 16 Rn. 1, 2 以下, 25以下, 52以下, 76以下）
- 集団殺害の構成要件は、どの点で過剰な内的傾向を示すか？（§ 16 Rn. 8, 15以下）
- 「民族浄化」とは何か。それによって、集団殺害は常に遂行されたこととなるか？（§ 16 Rn. 18）
- いわゆる「強制された妊娠状態」は、集団殺害として可罰的となりうるか？ その国際刑法上の重要性は、どこからもたらされるか？（§ 16 Rn. 22, 47）
- 人道に対する犯罪の体系を示しなさい！（§ 16 Rn. 33）
- 国際刑事裁判所規程 7 条 1 項の「住民」に含まれるのは誰か？（§ 16 Rn. 36）
- 「ハーグ」法と理解されるものと、「ジュネーブ」法と理解されるものは何か？（§ 16 Rn. 54）
- どのような体系が、国際刑事裁判所規程の戦争犯罪の基礎にあるか？（§ 16 Rn. 58以下）
- 侵略は、国際法上の犯罪であるか。国際刑事裁判所は、侵略を理由に

(17) 妥協一般の不完全な射程について批判的なものとして、*Scheffer*, *LeJIL* 2010, 897, 903 ff.

有罪判決を下すことができるか？ (§ 16 Rn. 77, 80以下)

- カンパラ会議の譲歩によれば、侵略戦争はどのような場合に存在するか？ (§ 16 Rn. 83以下)

近時の文献：*Aires de Sousa*, The Legal Interest protected in the Crimes against Humanity, in：Manacorda/Nieto (Hrsg.), War and Peace, S. 451 ff.；*Ambos*, Das Verbrechen der Aggression nach Kampala, ZIS 2010, 649 ff.；*ders.*, Sexuelle Gewalt in bewaffneten Konflikten und Völkerstrafrecht, ZIS 2011, 287 ff；*Byron*, War crimes and crimes against humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court, 2009；*Cassese*, On Some Problematical Aspects of the Crime of Aggression, LJIL 2007, 841 ff.；*Clark*, Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court Considered at the first Review Conference on the Court, GoJIL 2010, 689 ff.；*Creegan*, Justified Uses of Force and the Crime of Aggression, JICJ 2012, 59 ff.；*Divac Öberg*, The Absorption of Grave Breaches Into War Crimes Law, International Review of the Red Cross 2009, 163 ff.；*Dungel*, Defining Victims of Crimes Against Humanity：Martić and the International Criminal Court, LJIL 2009, 727 ff.；*Gropengießer*, The Criminal Law of Genocide. The German Perspective, ICLR 2005, 329 ff.；*Jacobs*, The Sheep in the Box：The Definition of the Crime of Aggression at the International Criminal Court, in：Burchard/Triffterer/Vogel (Hrsg.), The Review Conference and the Future of the International Criminal Court, 2010, S. 131 ff.；*Kreicker*, National Prosecution of Genocide from a Comparative Perspective, ICLR 2005, 313 ff.；*Kreß*, The Crime of Aggression before the First Review of the ICC Statute, LJIL 2007, 851 ff.；*Kreß/von Holtzendorff*, The Kampala Compromise on the

Crime of Aggression, JICJ 2010, 1179 ff. ; *dies.*, Der Kompromiss von Kampala über das Verbrechen der Aggression, GA 2011, 65 ff. ; *Mundis*, Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court, Sources and Commentary, JICJ 2004, 929 ff. ; *Ntanda Nsereko*, The Kampala Review Conference of the Rome System, CLF 2011, 511 ff. ; *Schmalenbach*, Das Verbrechen der Aggression vor dem Internationalen Strafgerichtshof: Ein politischer Erfolg mit rechtlichen Untiefen, JZ 2010, 745 ff. ; *Schmid*, War Crimes Related to Violations of Economic, Social and Cultural Rights, ZaöRV 2011, 523 ff. ; *Van Schaack*, Par in Parem Imperium Non Habet — Complementarity and the Crime of Aggression, JICJ 2012, 133 ff. ; *Werle*, The Crime of Aggression between International and Domestic Criminal Law, in : Manacorda/Nieto (Hrsg.) : War and Peace, S. 405 ff. ; *ders./Burghardt*, Erfordern Menschlichkeitsverbrechen die Beteiligung eines Staates oder einer „staatsähnlichen“ Organisation ?, ZIS 2012, 271 ff.

§ 17 国際刑法およびドイツ法へのその変換

1 ドイツは、ローマ規程の成立に向けた発展を、国際舞台で大きな責務をもって支援し、推進してきた。同規程に署名した後、これを批准し、ドイツの法秩序に変換すればそれで足りるというわけではない。むしろ、ローマ規程を国内法秩序に据えるという要請に応じて、若干の規定を変更し、または新たに創設しなければならなかった⁽¹⁾。

I. 国際刑事裁判所規程法

2 国際刑事裁判所規程法は、ローマ規程に関する、基本法59条2項の意味でのドイツの同意法である。これによって、一方で、連邦大統領が、この国際法上の条約を批准する権限を与えられ、それと同時に、同規程が国内法に変換された。国際刑事裁判所規程法は、連邦官報第2部において、国際刑事裁判所規程128条により正規言語とされる英語とフランス語による条約本文と併せて、(非正規の)ドイツ語による公訳が公表されている⁽²⁾。正規というのは、この関係で、そのつどのテキスト本文が法適用者をすべて等しく拘束することを意味する(ウィーン条約法条約33条1項参照)。

II. 基本法旧16条2項の改正

3 基本法旧16条2項は、外国へのドイツ国民の引渡しをすべて禁じていた。〔ローマ〕規程によると、ドイツ国は、国際刑事裁判所が、ドイツ国

(1) *Wirth/Harder*, ZRP 2000, 144 ff. における概観を参照。スイスにおける変換について, *Gless*, Int. Strafrecht, S. 237 ff. を参照。

(2) BGBl. 2000 II, S. 1393. 国連事務総長への批准書の寄託は、2000年12月11日に行われた。正規の言語は、これ以外の国連公用語であるアラビア語、中国語、ロシア語そしてスペイン語である。

籍を有する者が犯人と推定される事件について管轄を有し、その裁判権を行使すると表明している場合に、自国民を引き渡すことができるのでなければならない（国際刑事裁判所規程89条1項2文を見よ）。国際刑事裁判所規程120条は規程に対する留保を許さないことから、自国民の引渡しを除外できるような一般的留保は、これに反するものであった。

4 基本法の国際法に親和的な解釈を指摘する非常に説得的な見解⁽³⁾に反して、国際刑事裁判所への引渡しも、基本法旧16条2項の意味での「外国への引渡し」に当たるとされていた⁽⁴⁾。したがって、この規定は、——少なくとも明確性という理由から歓迎されることであるが⁽⁵⁾——第2文が付け加えられ、法治国家原理が保持される限りで、国際刑事裁判所（ならびにEU加盟国）への引渡しを許容するものとされた。基本法16条2項の改正は、国際刑事裁判所規程法と同時に施行された⁽⁶⁾。

Ⅲ. 国際刑事裁判所規程施行法 (IStGHG)

5 国際刑事裁判所規程86条によると、条約加盟国は、国際刑事裁判所に包括的に協力するよう義務づけられる。その協力は、国際刑事裁判所規程93条1項により、国際刑事裁判所からの条約加盟国に対する司法共助要請に基づいて行われる。条約加盟国は、基本的にその要請に応えることを義務づけられている。

ここでも、この司法共助要請の実現のために、ドイツ法の調整が必要であった。2002年には、1998年7月17日国際刑事裁判所ローマ規程施行法が発効された⁽⁷⁾。この一連の法律の中核は、国際刑事裁判所との協働に関す

(3) *Bausback*, NJW 1999, 3319 f. だけは見よ。

(4) BVerfGE 113, 295を参照。

(5) *MacLean*, ZRP 2002, 260, 262も同様の立場である。

(6) BGBl. 2002 I, S. 1633 ff.

(7) BGBl. 2002 I, S. 2144 ff.

る法律 (IStGHG) である⁽⁸⁾。国際刑事裁判所との協働に関する法律は、ドイツ当局と国際刑事裁判所との間の協力を規定する。容疑者の引渡し、通過護送、裁判所の決定および命令の執行による司法共助や、その他司法共助事項が扱われている⁽⁹⁾。

IV. 国際刑法典

6 しかし、ローマ規程をドイツ法へ変換するための「一連の法律 (Gesetzesmosaik)」の中核を構成するのは、国際刑法典 (VStGB) である⁽¹⁰⁾。この法律は、「国際法に反する犯罪を処罰することによって」、「ドイツの実体刑法を…国際刑事裁判所ローマ規程に」適合させ、また、「独自の規定形式」として、「…人道的国際法および国際刑法の発展を反映」させるべきものである⁽¹¹⁾。国際刑法典は、——刑法典ならびに刑事訴訟法典の改正と並んで⁽¹²⁾——国際刑法典施行法 (VStGBEG) 1条に置かれている。同法は、著名な専門家グループによって起草された草案に依拠しており、2002年6月30日に発効している⁽¹³⁾。

1. 立法趣旨

7 国際刑事裁判所規程は、——前述のとおり——国際刑法の二重の(す

(8) Nomos Gesetze Strafrecht, 21. Aufl., 2013, Nr. 60を見よ。

(9) 政府草案に関しては, *MacLean*, ZRP 2002, 260 ff.; *Wilkitzki*, ICLR 2002, 195 f. を参照。

(10) この点について詳細は, *Satzger*, NStZ 2002, 125 ff.; *Werle/Jeßberger*, JZ 2002, 725 ff.; *A. Zimmermann*, NJW 2002, 3068 ff.; *ders.*, ZRP 2002, 97 ff.; *Wirth*, JICJ 2003, 151 ff. を参照。

(11) 連邦政府による法律案——国際刑法典, BR-Drucks. 29/02.

(12) 刑事訴訟法新153 f 条に関して, 後述 § 17 Rn. 38を参照。

(13) BGBl. 2002 I, S. 2254. 国際刑法典は, Nomos Gesetze Strafrecht, 21. Aufl., 2013, Nr. 19に掲載されている。

なわち、直接および間接の)適用可能性を出発点としている。その際、本規程は、署名した国家に、そこで挙げられている犯罪構成要件を国内刑法に変換することを、明確に義務づけてはいない⁽⁴⁾。国際刑法典の法律案は、その目的の1つとして、「国際刑事裁判所の訴追権限の補完性を顧慮して、明白に、ドイツ国が、常に国際刑事裁判所の管轄に含まれる犯罪を自ら訴追できることを確保すること」を挙げる⁽⁵⁾。そのようなことが立法者の活動なしには保障されえなかったということは、国際刑法典発効前のドイツの法状況における「不十分さ」を手がかりにして、明らかにされるであろう。

a) 国際刑法典発効前のドイツ刑法の不十分さ

8 国際刑法典発効前のドイツ刑法典の不十分さは、2002年6月30日以前に適用されていた刑法を国際刑事裁判所規程の犯罪構成要件に対置させることで、明らかとなる⁽⁶⁾。

9 そうすると、ドイツの刑法は、ローマ規程に対していくつかの「真の間隙」を示していた。それに関連して、補完性原則を顧慮すると、修正が必要であった。いずれにせよ、そのことは、規程の以下の犯罪構成要件に関して妥当する⁽⁷⁾：

■ 戦争指揮者による、容赦しないとの宣言（国際刑事裁判所規程8条2項b号(xii)）

(4) 同旨、*Werle*, JZ 2012, 373, 375 ; *Dietmeier* in : Graul/Wolf (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Dieter Meurer, 2002, S. 335 ; *Kreicker*, ICLR 2005, 313, 314 f. ; *Ambos*, Int. Strafrecht, § 6 Rn. 34. 例外は、国際刑事裁判所の司法の不可侵性に対する犯罪行為である。国際刑事裁判所規程70条4項a号を参照。

(5) 補完性原則に関しては、前述 § 14 Rn. 17 ff. を参照。

(6) 不十分さに関しては、MK-*Werle*, VStGB, Einl. Rn. 25 ff. を見よ。

(7) この点について、*Kreß*, Nutzen eines dt. VStGB, S. 12 f. も見よ。

■ 占領国の一般市民の一部を、国際法に反して占領地域に移送すること
(国際刑事裁判所規程 8 条 2 項 b 号(vii))

■ 外国人による、国際刑法上重要な法の無視。刑法339条は、外国人を
含んでいないからである(国際刑事裁判所規程 8 条 2 項 a 号(vi))。

10 さらにそれと並んで、一般的なドイツの刑法は、別の質的な不十分さ
も含んでいた。それは、確かに、ローマ規程に挙げられている行為態様を、
すべて「単なる」軽罪または重罪として処罰するが、しかし、本来の国際
法上の不法内容を特別に含んだものではなかったのである。

例えば、国際刑事裁判所規程 7 条 1 項 a 号-k 号において人道に対する
罪として挙げられている行為は、広く刑法の犯罪構成要件に該当する⁽¹⁸⁾。
しかし、その際、人道に対する罪の特別な広がり、すなわち犯行と一般市民
に対する広大あるいは組織的な攻撃との機能的連関は、顧慮されていな
い⁽¹⁹⁾。戦争犯罪の領域に関しても(国際刑事裁判所規程 8 条参照)、同様の
ことが当てはまる：武装闘争と犯行を容易にさせる組織化された暴力行使
との不法を加重する連関性は、刑法の個々の構成要件では捉えられていな
い⁽²⁰⁾。

11 最後に、その他の不十分さは、ドイツの刑法適用法の範囲でみられる。
普遍主義は、国際刑法典の発効前には、単に、刑法(旧) 6 条 1 項 1 号に
よるジェノサイドと、刑法 6 条 1 項 9 号(武装闘争の被害者の保護に関す
るジュネーブ協定の規定を参照している)よる戦争犯罪についてのみ、適
用されていた⁽²¹⁾。すなわち、世界主義は、特に人道に対する罪については、

(18) 刑法174 a, 176, 176 a, 176 b, 177, 178, 179, 182, 211, 212, 223, 224, 226, 232,
234, 234 a, 239, 240, 340, 343条。

(19) *Kreß*, *Nutzen eines dt. VStGB*, S. 14 も、そのような見解である。この構成要
件要素に関して詳細は、*Vest*, *ZStW* 113 (2001), 457, 467 ff.

(20) 連邦政府草案——国際刑法典, BR-Drucks. 29/02, S. 25.

(21) この点について、前述 § 5 Rn. 74 も見よ。

定められていなかったのである²²⁾。

b) 国際慣習法によって基礎づけられた犯罪構成要件は直接適用できない

12 ドイツ刑罰規定のこの不十分さは、ドイツの刑事裁判所が国際法上の犯罪構成要件を直接適用するという方法では取り除くことはできなかった。確かに、犯罪構成要件が国際慣習法を反映する限りで、これは、基本法25条に基づいて、いわゆる「国際法の一般規定」の一部として、ドイツの法秩序に取り込まれうる。しかし、ドイツ憲法は、この国際慣習法に優位する²³⁾。その結果、国際慣習法上定着した構成要件も、憲法に根拠をもつ罪刑法定主義 (Gesetzlichkeitsprinzip) (基本法103条2項) を満たすものでなければならぬ。そこから導かれる、慣習法による可罰性基礎づけの禁止に鑑みると、ドイツの刑事訴追を、国際慣習法に直接に基づいて行うことはできない²⁴⁾。

c) 国際刑事裁判所規程法の公布によっても、国際刑事裁判所規程の犯罪構成要件の直接適用はできない

13 国際刑事裁判所規程法の公布によって、ローマ規程は、ドイツ法に変換された (基本法59条2項; すでに前述 § 17 Rn. 2 を見よ)。それによって、規程の内容は、国内において、変圧器としての地位、すなわち法律としての地位を得た²⁵⁾。しかし、それは、国際刑事裁判所規程の犯罪構成要

²²⁾ Werle, JZ 2001, 885, 886.

²³⁾ この点について, BVerfGE 6, 363を見よ。

²⁴⁾ Kreß, Nutzen eines dt. VStGB, S. 10; Hermsdörfer, Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften 1999, 22 ff.; Werle, JZ 2001, 885, 889; Blanke/Molitor, AVR 2001, 142, 165. しかし、これに対して、「国際法の一般規定」は、違法性の問題にとって直接に重要である。この点について, Werle, ZStW 109 (1997), 808, 825を参照。

²⁵⁾ この点について, すでに前述 § 11 Rn. 12を見よ。

件が自動的にドイツの犯罪構成要件となり、これによって、前述の欠陥が除去されるということの意味するものではない。すなわち、そのようなことは、規程の犯罪構成要件が「執行可能」(「自力執行」)であること、つまり、文言、目的および内容から、条約当事者たる国家を義務づけるだけでなく、個人も——他の国内の法規範にかかわらず——拘束すべきものである、ということを前提とする²⁶⁾。しかし、規程に列挙された犯罪構成要件は、国際刑事裁判所の管轄規程として形成されている²⁷⁾。その構成要件は、すでにその文言上、規程が国際刑事裁判所規程5条によって²⁸⁾、この犯罪を国際刑事裁判所の裁判権のもとに置くというかたちで、個別の行為者ではなく、国際刑事裁判所それ自体に向けられている。さらに、規程に内在する補完性システムは、犯罪構成要件は、規程の意味および目的によって、国内刑法典への変換が自動的に行われるものではない、ということを示している。そのためには、国際刑法典が必要とされる。

2. 国際刑法典の内容

14 国際刑法典は、形式的に二分されている：伝統的な法体系に応じて、その第1章(国際刑法典1条-5条)は、総則を定めている。それは、国際刑事裁判所規程によって不可避の、刑法典総則との齟齬に限定するという形で、非常に抑えられたものとなっている：国際刑法典2条は、「中心的な転換規定」²⁹⁾として、国際刑法典が特別規定を設けていないときには、

²⁶⁾ *Schweitzer*, Staatsrecht III, Rn. 438. 国際刑法典に関して、*Gropengießer* in: Eser/Kreicker (Hrsg.), Nationale Strafverfolgung, S. 56も見よ。

²⁷⁾ この点で同様のものとして、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所規程については、同規程1条-6条参照、ならびに、ルワンダ国際刑事裁判所規程に関しては、同規程1条-5条参照。この点で疑わしい文献である *Safferling*, Int. Strafrecht, § 8 Rn. 5 は、「…管轄規定だけでなく…」としている。

²⁸⁾ 「…裁判所は、…以下の犯罪に関して…裁判権を有する…」。

²⁹⁾ *Werle*, JZ 2001, 885, 886.

刑法の規定が基本的に適用できることを示している。そのような特別規定は、刑法適用法（国際刑法典1条）、命令行為（国際刑法典3条）、軍指揮官およびその他の上官の責任（国際刑法典4条）、ならびに時効（国際刑法典5条）に関する。

この関係で、国際刑法典草案⁹⁰が第3条でまだ国際刑事裁判所規程31条1項c号に相応する正当防衛の規定を含んでいたことは興味深いが、その規定は、立法手続の過程で「姿を消した」。刑法32条による正当化と非常に狭い国際刑事裁判所規程31条1項c号との間で起こりうる衝突がどのように解消されるべきかは、いまだ解明されていない⁹¹。

15 法律の第2章（国際刑法典6条-14条）は、各則を形成し、国際法に反する個々の犯罪行為を挙げる。国際刑事裁判所規程に応じて、この各則は、第1に、これまで刑法220a条の中に置かれていた「ジェノサイド」の構成要件（国際刑法典6条）を含む。第2に、「人道に対する罪」が、国際刑法典7条におかれている。最後に、国際刑法典8条-12条は、「戦争犯罪」を創設する。ジェノサイドおよび人道に対する罪の構成要件は、広く元の姿に忠実にローマ規程から国際刑法典に引き継がれている一方で、国際刑法典は、戦争犯罪の領域では、特有の——明らかに規程のそれとは異なる——体系を示している。国際刑法典は、特に、国際的な武装闘争と非国際的な武装闘争とを区別せず、すでに述べたとおり（前述§16 Rn. 59以下を見よ）両闘争形態を国際刑法上は等しく取り扱うという現代的傾向に従っている。むしろ、それは、「ジュネーブ法」と「ハーグ法」との間で区別されている⁹²。これによると、国際刑法典8条は、人に対する戦争

⁹⁰ BR-Drucks. 29/02.

⁹¹ Ambos, *Völkerstrafrecht* AT, S. 830 f. は、ドイツの正当防衛権の社会規範的制限が国際刑法上の位置にも転用されるのであり、その結果、双方の規定は完全に一致する、という見解を主張する。

⁹² MK-*Werle*, *VStGB*, Einl. Rn. 50 ff.; MK-*Ambos*, Vor § 8 ff. *StGB* Rn. 17. ↗

犯罪、国際刑法典9条は、財産およびその他の権利に対する戦争犯罪を定め、国際刑法典10条は、人道的な作戦ならびに象徴を対象とする。これに対し、国際刑法典11条は、戦争遂行の禁じられた方法を、国際刑法典12条は、その禁じられた資材〔毒ガス等の〕使用を処罰している。

16 最後に、国際刑法典13条、14条は、監督義務違反および犯罪報告の懈怠における刑法上の責任に対する特別規定を定める。

17 国際刑事裁判所規程は、法律効果に関して、科されるべき刑罰についてのただ一般的な、そしてほとんど不明確な基準のみを定めているが⁶³⁾、これと異なり、国際刑法典では、個別の犯罪構成要件には具体的な刑の範囲が定められており、それが、その重さにおいて、国際法上の犯罪の特別な不法内容を認識させるものとなっている⁶⁴⁾。

3. 補完性原則と基本法との間の緊張の中にある国際刑法典

18 前述のとおり、補完性原則は、国際刑法典に定められる犯罪構成要件を、できる限り国際刑事裁判所の管轄内にある全犯罪を捉えるように整えるべき——法的ではないまでも、少なくとも法政策的な——強制を生み出す。それによって、広くドイツの裁判所による優先的な審判を可能にするためである。しかし、そのために国際刑事裁判所規程本文を文言上できるだけ引き継ぐこと、そしてドイツの犯罪構成要件を包括的な表現にすることへの要求には、国際刑法典が——あらゆる他のドイツ刑事法のように——特定の憲法上の基準をも顧慮すべきことによる限界がある。すなわち、特に、——国際的に比較して厳格な⁶⁵⁾——基本法103条2項の明確性原則を満

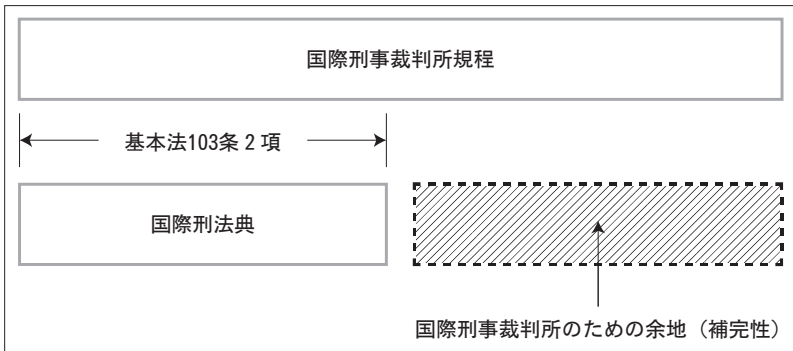
ゝまた、連邦政府草案——国際刑法典、BR-Drucks. 29/02, S. 55も見よ。

⁶³⁾ この点について、国際刑事裁判所規程77条、78条、110条を見よ。この基準は、2000年11月2日手続および証拠規定によって補完されている。

⁶⁴⁾ *Gropengießer*, ICLR 2005, 329, 340.

⁶⁵⁾ *Werle*, JZ 2001, 885, 889も参照。

たさなければならない。この両要求——一方では、ローマ規程に定められた犯罪を汲み尽くすこと、他方では、憲法への適合——は、国際刑法典の完成を非常に危いものとした⁶⁶⁾。基本法に沿った国際刑法典は、ローマ規程が——ドイツの基準によると——非常に曖昧なものであることから、必然的に、規程の文言をそのまま構成要件に記述することを憚らせる。しかし、そのような実体国際刑法の「修正された変換」⁶⁷⁾は、規程本文に対する齟齬をもたらす。他方また、そのようなことは、補完性原則により、ドイツ法上捕捉されない構成要件またはその変形に関する国際刑事裁判所の管轄を基礎づけることになる——しかし、そのような帰結は、国際刑法典プロジェクトによって回避されるべきはずのものであった。



19 このような複雑な結論をみると、国際刑法典が全ての要求を等しく満たすことはできず、一部ではおよそ満たそうとすらしていないことは、不思議なことではない。そこで、国際刑法典は、多くの点で、国際刑事裁判所の管轄をはじめから排除するという、国際刑法典が自ら設定した目的を

⁶⁶⁾ ローマ規程の変換による憲法上の潜在的な問題は、*Duffy*, *Duke Journal of Comparative and International Law* 2001, 5 ff. に詳しく書かれている。

⁶⁷⁾ *Werle*, *JZ* 2001, 885, 889 ; *Gropengießer*, *ICLR* 2005, 329, 340.

達成しないものとなっている。他方、別の点で、憲法適合性に関する疑念が生じる。以下では、例示的に、若干の問題がある範囲のみ言及することとする。

a) ローマ規程に遅れた国際刑法典

aa) 国際刑法典総則

20 国際刑法典2条で定められた「一般刑法」の基本的な引継ぎと、それに伴う刑法典の総則規定によって、国際刑法典の中に、(ドイツの)正当化事由および免責事由が取り込まれているが、これが、補完性問題を生じさせうる。国際刑事裁判所は、31条に刑事責任阻却事由を規定するが、ここに、刑法典と比較して一定の齟齬がある。

21 例えば、ローマ規程には、国際刑法典2条と結びつき、刑法33条で規定されているように、「過剰防衛」はない。その規定は、結果として、国際刑法典の犯罪構成要件に包摂される行為態度の不処罰をもたらす。国際刑事裁判所規程と国際刑法典とのこのような齟齬に照らすと、ここでは、刑法総則と結びついた国際刑法典によると有罪にすることはできないが、ローマ規程に基づいて国際刑事裁判所による処罰は考えられる、などという事態が想定される⁶⁸⁾。

この危険は、規程31条3項によって、若干緩和される。それによると、国際刑事裁判所は、審理の際に、国際刑事裁判所規程21条により適用可能な法に基づいて、国際刑事裁判所規程31条1項に挙げられた刑法上の責任を免除させる事由以外のものも顧慮する権限を与えられている(前述§15 Rn. 49を見よ)。

22 齟齬は、錯誤論の領域にもある。それは、「正当化事情の錯誤」の例

⁶⁸⁾ もっとも、MK-Weigend, §2 VStGB, Rn. 19は、裁判所がそのような場合に「その裁判権の行使に対する関心を有してはならない」と指摘する。

に明らかである。ここでは、国際刑事裁判所規程と国際刑法典とで、——前述 § 15 Rn. 43 で見たように——結論が異なる。なぜなら、前者には、正当化事情の錯誤の規定がないからである。もっとも、本書が提案するように、国際刑事裁判所規程32条が正当化事情の錯誤の状況に類推適用されるのであれば、ドイツの刑法と国際刑法とは、再び一致する³⁹⁾。

23 同様のことは、「回避不能な禁止の錯誤」にも妥当する。これは、刑法17条に定めがあるが、国際刑事裁判所規程32条2項によっては「解釈上の修正」が図られる場合に限り捕捉されるものである（前述 § 15 Rn. 42 を見よ）⁴⁰⁾。

24 国際刑事裁判所の裁判権を基礎づけるような、本規程と国際刑法典との間の明らかな間隙は、時効規定に関して生じる。国際刑事裁判所規程29条は、ここで、国際刑事裁判所の管轄にある全犯罪について、時効を排除している。国際刑法典は、その第5条において、確かに、同じく時効が適用されないことを定めているが、それは、「重罪」に限定されている。この概念は、——国際刑法典2条にある一般刑法の参照に応じて——刑法12条によって決定される。したがって、時効排除は、「軽罪」とされる監督義務違反（国際刑法典13条）および犯罪行為を報告しないこと（国際刑法典14条）には妥当しない。ここで、刑法78条の時効期間が適用されるが、それは、国際刑法典13条および14条による犯罪は時効によりもはや訴追できないのに対して、国際刑事裁判所は同じ行為を——その管轄内にある犯罪は時効の対象とはならないので——審判できるという——補完性の観点のもとで望ましくない——結果を導きうる。法律草案理由書は、国際刑法典の時効規定を——国際刑法典13条および14条の軽微さを考えると——

³⁹⁾ この点について、MK-Weigend, § 2 VStGB Rn. 13を見よ。

⁴⁰⁾ 実務上あまり重要でないことに関しては、MK-Weigend, § 2 VStGB Rn. 12 ; Safferling, Int. Strafrecht, § 8 Rn. 11を見よ。

「適切である」とみている⁴¹⁾。ここで、基本法3条1項を背景にして、刑法典上の軽罪と国際刑法典上の軽罪を時効体系に関連してそれぞれで異なる取扱いをすることへの疑問は、およそ明らかであった。

しかし、ローマ規程に応じた規定が実際に基本法3条1項に違反するかどうかは、疑わしい。なぜなら、国際法上の犯罪——あまり重大ではないが——であり、国際刑事裁判所の(補完的な)管轄内に該当し、したがって、ドイツ法上は時効にかかる場合でも、国際的なレベルで訴追可能であるという事実は、異なる時効規定を正当化するに十分な「実質的根拠」となるからである⁴²⁾。

25 最後に、国際刑法典4条と13条は、極めて意識的かつ明確に、軍指揮官およびその他の上官の責任の領域で、規程28条の規定に遅れている。国際刑法典では、(軍の)上官の刑法上の責任は、上官が国際刑法典上可罰的な部下の行為を故意に阻止しなかった場合、および同様に部下の行為に関する故意が帰責される場合にのみ、部下の責任と同様に扱われる。〔これに対し、〕規程は、それを超えて、上官に部下の行為または自身の阻止に関する過失のみ帰責される場合にも、部下と同等の処罰を拡張する⁴³⁾。これらの事案は、確かに、国際刑法典13条によっても捕捉されているが、そこでは、ただ軽罪としかされていない。しかし、ただ過失で行動した上官を故意に行動した部下と等しく取り扱うことは、ドイツの刑法体系と合致しない。そこでは、上官の可罰性は、刑法13条の要件のもとで、または同357条の特別規定によってのみ認められるのであり、そのため、上官の

41) 連邦政府草案理由書——BR-Drucks. 29/02, S. 41を見よ。

42) *Kreicker*; ZRP 2002, 371も同旨である。この問題を未解決とするのは、*Kreß*, *Nutzen eines dt. VStGB*, S. 29, dort Fn. 86. 異説として、*MK-Weigend*, § 5 VStGB Rn. 10.

43) この点について、*Ambos*, CLF 1999, 1, 16 ff.を見よ。

側に常に故意が要求されている⁴⁴⁾。

26 しかし、先述の事例とは異なり、ここでの齟齬は、国際刑法典には処罰の間隙があるということの意味するものではない。ローマ規程によって捕捉される行為態様の処罰は、およそ可能ではあるが、国際刑法典は、上官の責任の量的評価の点で、規程の基準に遅れている。すなわち、ここで、ドイツ司法は、およそ規程17条の意味での真摯な刑事訴追を行う「つもりであり、かつ、行うことができる状況」にある。したがって、ドイツの裁判所による国際刑法典に基づく審判は、規程20条に基本的に定められている原則である「一事不再理」の観点のもとで、国際刑事裁判所の裁判権を排除するものとなる。ドイツの手続が「その者〔行為者〕を、裁判所の管轄下にある犯罪に対する刑法上の責任から保護するという目的に〔資する〕」という意味での濫用は（前述 § 14 Rn. 18を見よ）、規程20条の例外として裁判所の面前での手続を許すものではあるが⁴⁵⁾、ここで論じている国際刑事裁判所規程28条と国際刑法典との齟齬というだけでは、適用されるべき厳密な基準に関しておよそ不明確さが残されているとはいえ、まだそのような濫用に当たるとはいえない。

bb) 国際刑法典各則

27 各則部分には、さしあたり齟齬がみられるが、それは、補完性原則の観点で問題ないものと位置づけられるべきものである。国際刑法典は、一連の犯罪につき、一定の重大な行為に処罰を限定しているが、規程のしか

(44) MK-*Ambos*, § 4 VStGB Rn. 7; MK-*Weigend*, § 13 VStGB Rn. 5を参照。連邦政府草案理由書, BR-Drucks. 29/02, S. 40 f. も見よ。軍刑法41条は、確かに、「部下に対する不十分な監督」の構成要件を定めており、これは、過失による監督義務違反の場合に、上官の可罰性を認めるものであるが、これは、直接的故意と同視されるのではない。

(45) 国際刑事裁判所規程20条3項a号およびb号と結びついた17条1項c号を参照。

るべき構成要件には、そのような対応関係は見られない⁴⁶⁾。このような「軽微事犯」については、すでに次の理由から、ローマ規程の基準に遅れているとはいえない。すなわち、国際刑事裁判所の管轄は、規程5条1項1号により「国際的な共同社会全体にかかわる重大犯罪に限定」されているのであり⁴⁷⁾、その結果、すでに規程自体に重大性の要素が含まれているのであって、ドイツの立法者は、これをただ——個別の犯罪構成要件に関して——具体化したにすぎないからである⁴⁸⁾。この結論は、国際刑事裁判所規程17条1項d号の補完性規定からも確認されなければならない。これによると、ある事件が、裁判所のさらに別の措置を正当化するために十分な重大性を有しないというときも、国際刑事裁判所の審理に付することはできない。

28 これに対して、いくつかの構成要件について、それらは、——刑法に對するドイツの明確性要求に適うべき正当な要請において——一部には明らかに規程の匹敵する規定よりも狭く定式化され、その点において規程に對する欠陥が生じていることから、問題がある。

例えば、「強制された妊娠状態」の事案は、ある者が強制された妊娠状態にある女性を民族的な構成に影響を与える意図で監禁しているとみなされるとき、国際刑法典(7条1項6号)では、人道に対する罪と捉えられる。これに対し、ローマ規程の匹敵する構成要件(7条1項g号, 2項f号)は、付加的な類型も含むという形で、より広く捕捉する主観的犯罪要素を含んでいる:なぜなら、それによると、強制された妊娠は、「民族的な人口構成に影響を与えること、または他の重大な国際法違反を実行する

46) 例えば、国際刑法典8条1項7号および9条1項2項を見よ。

47) 前文4項も見よ。

48) この点について、Triffterer-A. Zimmermann, Rome Statute, Art. 5 Rn. 8 f. も見よ。

この意図をもった、強制的に妊娠させられた女性の違法な監禁」と定義づけられるからである⁴⁹。

29 国際刑法典7条1項8号は、「重大な身体的あるいは精神的な害悪、特に刑法226条に示されている方法の」付加を、一般市民に対する広範あるいは組織的な攻撃の中で行われた場合に、人道に対する罪として捕捉するものであるが、これも、——規程7条1項k号の基礎となる規定のように——捕集構成要件として形成されてはいない：この条文は、「他の類似の方法による非人道的な行為で、それによって故意に、身体の完全性または精神的または身体的健康への大きな苦痛または重大な侵害を惹起する」ものを捕捉している。すなわち、この極めて曖昧な規定は、国際刑法典において、明確に捕捉されうる中核に限定されているのである⁵⁰。

30 それは、当然ながら、国際刑法典がローマ規程に対してところどころで欠缺を示し、それに関して少なくとも、国際刑事裁判所による裁判権の補足的行使が個別事例において根拠づけられることを排除できない、という結果をもたらす。それにもかかわらず、このような慎重さは、およそ支持されるべきものである。ドイツの立法者の国際法に対する親和性は、刑法上の明確性の要請のような基本的な憲法上の原則が部分的に放棄される、というほど広いものであってはならない。その点で、国際刑法典とローマ規程とが完全に一致するという理想は、個別の点に関しては実現されえない。しかし、国際刑事裁判所がこのようなどちらかといえば周辺的な齟齬に基づいてその裁判権を重大な範囲で行使することは、おそらくないであろう。むしろ、大きな危険は、逆の方向にある：国際刑法典にある犯罪構成要件は、明確性の要請をすべて満たすとは限らない点である。

(49) 強調は筆者による。同旨のものとして、MK-*Werle/Burchards*, § 7 VStGB Rn. 83.

(50) これ以外の類似形式の齟齬は、例えば国際刑法典7条5項（アパルトヘイト）の中にある。

b) 基本法103条2項との衝突

31 国際刑法典は、ドイツの刑法として起草されている。その結果、そこに含まれているそれぞれ個別の規定は、基本法103条2項の罪刑法定主義に合致しなければならない。そこで要請される犯罪構成要件の明確性は、起草者の極めて高い関心事である。なぜなら、国際刑法典の目的は、「統一の規定として定めることによって、実務における法的明確性と運用可能性を促進すること」と、考えられているからである⁶¹⁾。ここで、国際刑法典は、——前述のとおり——特に戦争犯罪の領域で、付加的な体系化についてこれを十分に実現した。しかし、基本法103条2項の明確性の原則を満たすためには、常に「犯罪構成要件の射程と適用範囲が認識され、解釈によって探究される」ことが保障されなければならない⁶²⁾。すなわち、思慮深い市民の見地からみて、期待しうる方法で、刑罰規範の内容を把握できるものでなければならないのである⁶³⁾。

aa) 満たす必要のある構成要件メルクマール

32 この点で、さしあたり、国際刑法典が——しばしばローマ規程の表現に依拠する中で——一般条項的な表現と補充の必要がある構成要件要素を用いる点は、問題がないであろう。

例：国際刑法典7条1項3号は、人道に対する罪による可罰性を、行為者が「…人間を取引し…または…他の方法で人間をしかるべき所有権の行使によって奴隷化する」という点に結びつける。戦争犯罪は、国際刑法典8条3項2号によると、国際的な武装闘争との関係において、ある者が占領国の構成員として「自らの一般市民の一部を」占領した領域に移送するとき、これに該当する。

61) 連邦政府草案理由書 BR-Drucks. 29/02, S. 23を見よ。

62) 刑事判例については、BVerfGE 25, 285 ; 55, 152 ; 75, 340 f. を参照。

63) § 9 Rn. 67ならびに *Satzger*, *Europäisierung*, S. 241 ff. を見よ。

連邦憲法裁判所の判例によっても、明確性の要請は、過剰に求められてはならない。なぜなら、一般的、規範的、価値を充足する必要がある概念を用いなければ、「立法者は、多様な生活をすべて把握することなどできない」からである⁵⁴⁾。それは、ドイツの刑事立法者が不文の国際刑法に基づく処罰化義務に従おうとし、これによって複雑でしばしばほとんど不明確な輪郭しか持たない基準に結びつけるとき、特に妥当する。ここで、基本法が国際法に親和的であるということは⁵⁵⁾、適用されるべき明確性の基準の点で、立法者にとって一定の特権をもたらさざるをえない⁵⁶⁾。少なくとも、法律に従う者が処罰の危険を認識でき、かつ、司法権が大きな問題なく——国際法上の関係に立ち戻ることによっても——解釈によって構成要件の具体化を行いうる限りで、国際刑法典の刑罰規定は、まだ十分に特定されているとみなされるべきである。

33 しかし、この特権は、構成要件の射程がまったく不明確であり、かつ、国際法上の背景が具体化の根拠を提供しえないという場合には、限界にぶつかる⁵⁷⁾。

したがって、例えば国際刑法典10条1項1号の規定に関して、基本法103条2項との適合に関する強い疑念が存在する。同規定は、「国連憲章に合致する平和維持活動に関与する」人またはいくつかの客体への攻撃を、「彼らが、人道的な国際法により一般市民または市民的客体に与えられる保護請求権を持つ限りにおいて」処罰している。今日、国際連合の平和維持活動がこのような保護を受けるということが基本的に承認され、彼らは武力

54) BVerfGE 11, 237を見よ。

55) 特に基本法25条を参照。この点について、例えば BVerfGE 31, 75; 58, 34; 64, 20; Bleckmann, DÖV 1979, 309, 312; Dreier-Pernice, Art. 24 GG Rn. 1 も見よ。

56) この点について詳細は、Satzger, JuS 2004, 943 ff.

57) 基本法が国際法に親和的であることに基づく明確性原則の放棄に対しては、すでに前述 § 17 Rn. 30を見よ。

を「自己防衛」目的でのみ用いるものであるとしても、なお、「自己防衛」概念はどこまで及ぶものであるのか、また、そのような活動の人や物資はその一部が戦闘に巻き込まれる場合にどの範囲で人道的国際法上市民または市民的客体としての保護を失うものであるのかという点が、不明である⁵⁸⁾。Cottierは、この国際法上の基礎的問題を、あきらめ気味に、「要するに、より明確な基準もなしに、いかなる状況のもとで一般市民として保護を享受するかあるいは滅亡するかを決定することは難しい」⁵⁹⁾とまとめているが、これによると、国際法が明確な解釈指針を用意するということができず、ましてや法律に従う者が処罰の危険を認識できるなどということできない。ここでは、十分な明確性は、もはや肯定することができない。

bb) 国際慣習法の参照

34 さらに、基本法103条2項を背景にして、国際刑法典の形成に対する反論が、その犯罪構成要件が多かれ少なかれ包括的に国際慣習法を参照する限りで、考えられる。ここでは、とりわけ国際刑法典7条1項4号を挙げなければならない。この構成要件は、「一般市民に対する広大あるいは組織的な攻撃の中で、適法に領土内に滞在する人間を、国際法の一般規定違反のもとで⁶⁰⁾他国あるいは他の領土に追放しまたは他の強制措置によって連行するという方法で追い出す、または強制的に移送する」者に、刑罰を定めている。その要件の中で、国際刑法典7条1項4号は、国際慣習法をはっきりと参照している：その実行行為は、——部局草案理由書によると——基礎にある国際法違反によってはじめて、国際法犯罪になる。その

⁵⁸⁾ まとめとして、Triffterer-Cottier, Rome Statute, Art. 8 Rn. 53 ff. また、MK-Ambos/A. Zimmermann/Geiß, § 10 VStGB, Rn. 11 ff. も見よ。

⁵⁹⁾ Triffterer-Cottier, Rome Statute, Art. 8 Rn. 55.

⁶⁰⁾ 強調は筆者による。

際、「国際法の一般規定」という表現は、基本法25条を援用し、それによって特に国際慣習法を参照する⁶¹⁾。このような参照テクニックにより、国際刑法典は、国際慣習法上の規定を構成要件の中に取り入れている。

35 このようなことは、基本法103条2項に関して、二重の点で憂慮すべきである：第1に、この憲法規範は、慣習法に基づく処罰の基礎づけも、刑の加重も禁じている（「法律なくして犯罪なし」）⁶²⁾。しかし、国際刑法典は、国際慣習法上の義務違反という形で、ある犯罪構成要件の要件を定めているが、それは、（国際）慣習法上でのみ形成され、もはや「成文法」によっては輪郭を描かれてはいない。第2に、国際慣習法の内容を確認することは、裁判官にとって大変な困難をもたらす。特に、刑罰規定の根拠となる禁止は常に変化しやすい国際慣習法のそのつどの立場に左右される、ということを経験しなければならぬため、不文法の「動的参照」に関する問題である。刑罰規定における動的参照は憲法上の明確性の要請を前にしてすでに一般的に問題がないわけではないのであれば⁶³⁾、基本的に不文かつ分散した法源の参照は、そもそも容認できるものではない。ここで、ドイツの立法者は、可罰性の要件を詳細に記述することを避けられない。それは、相当困難なことであろう——しかし、裁判官にとって、そしてなおのこと市民にとって、犯罪構成要件を解釈する目的で関連する国際慣習法の現状調査と内容決定を行うことは、なお相当に複雑で、まさに不可能な課題を意味するであろう⁶⁴⁾。

61) 連邦政府草案理由書 BR-Drucks. 29/02, S. 46を見よ。

62) 全体について、SK-Rudolphi, § 1 StGB Rn. 17 ff.

63) この点については、すでに前述 § 9 Rn. 70f. を見よ。

64) 批判的なものとして、Gropengießer in: Eser/Kreicker (Hrsg.), Nationale Strafverfolgung S. 126 f. もある。異説として明確なのは、MK-Werle/Burchards, § 7 VStGB Rn. 63; Kuhli, ZIS 2012, 124, 129 ff. である。

cc) 国際法上の条約の参照

36 国際刑法典が国際法上の条約——すなわち明文化された法——を参照する限りでも、明確性に対する疑念は排除されえない⁶⁵⁾。ここでは、確かに、参照対象の発見は、通常はほとんど問題をもたらさない。なぜなら、これは、静的参照に関する問題だからである。しかし、このような参照対象は、それ自体も、基本法103条2項の意味での明確性の要請を満たさなければならない。それは、まったく疑わしいものとなることがある：

例えば、国際刑法典の中に新たに規定された、国際的な武装闘争のためにの人に対する戦争犯罪の「中核概念」の定義に関して、「ジュネーブ条約や追加議定書 I（本法律の構成）の意味で保護される者、特に傷病者、難船者、戦時捕虜および一般市民」が参照されている（国際刑法典8条6項1号）。しかし、保護される者の範囲の確認は、この表現が想定しているほどには単純ではない。なぜなら、それが参照するジュネーブ条約および追加議定書 I の規定は、本質的に異なっているからである。特定の人的グループが、自ずと保護されているのではなく、追加的に、一定の状況または条件が加わらなければならない。例えば、ジュネーブ第3条約は、その第4条において、民兵は、その者が戦闘行為の際に「戦争の法と慣習」を遵守しているときに限り、保護される人的グループとする。これがどのような場合に該当するのかは、条約それ自体からは、十分確実に決定することができない。

37 法に従う者の立場からは疑問のある、明文化された立法措置の帰結は、特に、国際刑法典の理由が、一方で、「保護される者」の範囲はジュネーブ第4条約4条により自国の国籍に属さない一般市民のみ捕捉することを参照している点で、明らかになる。しかし同時に、法律理由書は、他方で、

⁶⁵⁾ ドイツ法に変換された国際法上の条約にも、基本的に、基本法103条2項の明確性要求が妥当する。Maunz/Dürig-Schmidt-ABmann, Art. 103 II GG Rn. 251.

——旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所の判例に依拠して⁶⁶⁾——国籍にとって「そのつどの形式的な国籍法上の分類ではなく、被害者が実際にそのつどの反対側に分類できるかどうか」が問題である」という限りで、ジュネーブ条約本文の修正を要求する。しかし、このような「修正」は、結果的に、構成要件を拡張している。すなわち、行為者にとって不利に作用するのである。

4. 刑法適用法の拡張としての無制限の世界主義

38 国際刑法典1条は、世界主義の無制限の有効性を定める。その結果、ドイツの国際刑法典は、「その行為が外国で行われ、かつ、国内との関係を示さないときも、すべてそこに定められた「重罪」⁶⁷⁾に〔適用される〕」。ドイツや他国の国内刑法を世界的に適用するために国際法上必須の連結点は、すでに行為の反価値内容自体のみから導かれる⁶⁸⁾。これによって、連邦通常裁判所よりジェノサイド事例に対して刑法旧6条1号の解釈との関係で不運にも挙げられた、付加的な「正当な国内的連結点」⁶⁹⁾の要求は、幸いにも、立法者によって修正された。

もっとも、訴訟上の観点で、刑事訴訟法153 f 条によって、行為が国内的関係を示さず、かつ犯罪地国、行為者または被害者の本国あるいは国際裁判所が訴追を引き受けるときには、刑事訴追機関は、捜査の放棄を求められる。それによって、「ドイツの捜査資源への過剰な負担」が回避され

66) 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「Kordić and Čerkez 事件」(公判部)2001年2月26日「判決」Rn. 152を参照。

67) 強調は筆者による。監督義務違反(国際刑法典13条)ならびに犯罪行為を届け出ないこと(国際刑法典14条)は、刑法12条1項と結びついた国際刑法典2条による重罪を意味しない。

68) この点について、*Gil*, ZStW 112 (2000), 381, 386 f. を見よ。

69) BGHSt 45, 65を参照。批判に関しては、*Lagodny/Nill-Theobald*, JR 2000, 205 ff.; *Lüder*, NJW 2000, 269 f. を参照。

るという⁷⁰⁾。

しかし、国際刑法典の犯罪構成要件への無制限の世界主義の適用は、重大な限定的結果を伴う：すなわち、必要とされる国際法上の連結点は、犯罪の定義が国際法によって捕捉される限りでのみ、すなわち、国際法上承認された犯罪が問題になる限りでのみ、行為の不法から導き出されうる。ドイツの立法者が、国際刑法典の創設によって人道的な国際法の促進や普及に寄与するというその明示された関心を通じて示唆的に、国際法を具体化するだけでなく、国際法をさらに自己形成するよう活動するときには、国際法原則の適用がもはや正当化されえず、その他の国内的な連結点が必要となる。なぜなら、さもないと、国際法上の不干渉要求に違反することになるからである⁷¹⁾。法律理由書は、ローマ規程に比べて進歩的な犯罪構成要件の形成を、現在の国際慣習法に適合するよう叙述することに、非常に配慮している。それは、本質的に説得力もある。もっとも、今後は、ドイツにおいて外国での行為との関連で外国人に対する刑事訴追が行われる場合にまさにこの点が援用されるであろうことは、予測に難くない。その場合、重大な国際法上の先行問題の解明が、必要となるであろう。

39 この関係で実務上問題を投げかけかねない、国際刑法典の特別に進歩

⁷⁰⁾ BT-Drucks. 14/8524, S. 14を見よ。この点についてのまとめとして、L/R-Beulke, § 153 f StPO Rn. 4 ff. のようにして、Donald Rumsfeld らに対する手続開始も認められなかった。Gierhake, ZStW 120 (2008), 375 ff. 参照。批判、および連邦検事総長の意見表明の「裁判所によるコントロール」提案に関しては、MK-Ambos, § 1 VStGB Rn. 24 ff., 33を見よ。Oberst Klein の事案では、まさに国内関係のために、さしあたり捜査手続が開始されたが、その手続は、後に刑事訴訟法170条2項によって停止することになる。連邦検事総長2010年4月16日命令 NStZ 2010, 581 ff. 参照。両事例に関して、以下も見よ。Safferling/Kirsch, JA 2012, 481, 484 ff.; Keller, in: Jeßberger/Geneuss (Hrsg.), Völkerstrafgesetzbuch, S. 91 ff., 101 ff.

⁷¹⁾ この点についての一般的な文献として、例えば Stein/v. Buttler, Völkerrecht, Rn. 606 ff.

的な部分は、戦争犯罪の範囲において、例えば国際刑法典10条2項⁷²⁾(承認された保護のしるしの濫用)あるいは国際刑法典11条2号-5号⁷³⁾の領域で、国際的な武装闘争と非国際的な武装闘争とが、ローマ規程を超えて広範囲に及び同等に取り扱われていることである。

5. まとめ

40 挙げられた批判はあるにせよ、国際刑法典は、ドイツ法秩序を国際刑事裁判所規程と適合させるという課題を、よく果たしている。国際法犯罪およびその特別の不法内容は、今や、国内の刑法によっても適切に捕捉されているといえる。確かに、国際刑事裁判所の管轄にある犯罪をできるだけ完全にドイツの裁判所によって国内刑法を踏まえて審判できるようにするという法政策的「理想」は、国際刑法典によって完全に実現されているわけではない。もっとも、滅多にない例外事例においてしか国際刑事裁判所による手続の引受けを導きえないという欠陥は、甘受することができ、十分な理由によって正当化されるように思われる。ドイツ刑法へのローマ規程の常時形成されるべき「完全な変換」⁷⁴⁾は、国際法上の見地からは必要ではなく、かつ基本法103条2項の憲法上の要求と適合しない。したがって、法律は、——まさに規程に比べて明確かつ体系的なかたちをとるため

72) 連邦政府草案理由書 BR-Drucks. 29/02, S. 73は、ここで、「確立した国家実務」、特に人道的使命への攻撃に対する統一的な有罪判決 (UN Doc. S/PRST/2000/4 v. 9.2.2000; UN Doc. A/Res52/167 v. 16.12.1994)、ならびに、国連職員および付添職員の安全についての1994年12月15日の協定を参照する (BGBl. 1997 II, S. 230)。

73) 連邦政府草案理由書 BR-Drucks. 29/02, S. 75 ff. は、国際裁判所の最近の判例ならびに国家共同体の確認に関連付けるが、これに加えて、個別の犯罪構成要件類型の同等扱いも、一般的考慮(のみ)から導き出されている。これに賛同するものとして、例えば *Werle*, JZ 2001, 885, 894がある。

74) この点について、*Werle*, JZ 2001, 885, 887がある。

に——模範的性質を備えており、他国が自国の法秩序をローマ規程に適合させるための有益な示唆を与えるものである⁷⁵⁾。

この間に、国際刑法典は、実務においても広く確証されうるものとなった。例えば、2011年5月から、シュトゥットガルト高裁において、コンゴ民主共和国において行われたとされる人道に対する罪ならびにいわゆる上官責任の範囲内での戦争犯罪を理由として、ルワンダ人 *Ignace M.* と *Straton M.* に対する国際刑法典に基づく最初の手続が行われている⁷⁶⁾。

41 復習・深化のための問題

- ドイツの立法者は、国際刑事裁判所規程の変換のために、どのような重要な法律を制定したか？ (§ 17 Rn. 1 以下)
- 国際刑事裁判所規程は、どの点において、ドイツの立法者に実体刑法の改正を義務づけたか？ (§ 17 Rn. 8 以下)
- 国際刑法典の背後にある立法動機は、何であったか？ (§ 17 Rn. 7 以下)
- 国際刑法典は、いかなる緊張状態にあるか？ (§ 17 Rn. 18 以下)

近時の文献：*Ambos*, Völkerrechtliche Kernverbrechen, Weltrechtsprinzip und § 153 f. StPO - Zugl. Anm. zu GBA, JZ 2005, 311 und OLG Stuttgart, NStZ 2006, 117, NStZ 2006, 434 ff. ; *Barthe*, Der Straftatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit in § 7 VStGB in der staatsanwaltschaftlichen Praxis - Zur Abgrenzung von Völkerstraftaten und allgemeinen Delikten, NStZ 2012, 247 ff. ; *Engelhart*, Der Weg zum Völkerstrafge-

⁷⁵⁾ また、*Wirth/Harder*, ZRP 2000, 144, 146 ; *Kreß*, Nutzen eines dt. VStGB, S. 31 ; *Werle*, JZ 2012, 373, 375 も見よ。

⁷⁶⁾ この点について、*Safferling/Kirsch*, JA 2012, 481, 485 f. ; *Keller*, in : Jeßberger/Geneuss (Hrsg.), Völkerstrafgestzbuch, S. 98 ff. を見よ。

setzungsbuch - eine kurze Geschichte des Völkerstrafrechts, Jura 2004, 734 ff. ; *Eser/Kreicker* (Hrsg.), Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen, Bd. 1, 2003 ; *Geneuss*, Interplay of National and International Jurisdictions: the German Code of Crimes Against International Law, in : *Burchard/Triffterer/Vogel* (Hrsg.), The Review Conference and the Future of the International Criminal Court, 2010, S. 263 ff. ; *Gierhake*, Das Prinzip der Weltrechtspflege nach § 1 Völkerstrafgesetzbuch und seine prozessuale Umsetzung in § 153 f der Strafprozessordnung, ZStW 120 (2008), 375 ff. ; *Gropengießer*, The Criminal Law of Genocide. The German Perspective, ICLR 2005, 329 ff. ; *Hertel*, Soldaten als Mörder ? - Das Verhältnis von VStGB und StGB anhand des Kundus-Bombardements, HRRS 2010, 339 ff. ; *Keller*, Das Völkerstrafgesetzbuch in seiner praktischen Anwendung : Eine kritische Bestandsaufnahme, in : *Jeßberger/Geneuss* (Hrsg.), Zehn Jahre Völkerstrafgesetzbuch - Bilanz und Perspektiven eines „deutschen Völkerstrafrechts“, (im Erscheinen 2013) ; *Kreß*, Versailles, Nürnberg, Den Haag : Deutschland und das Völkerstrafrecht, JZ 2006, 981 ff. ; *ders.*, Nationale Umsetzung des Völkerstrafgesetzbuches, ZIS 2007, 515 ff. ; *Kuhli*, Punishment Based on Customary Law ?, ZIS 2012, 124 ff. ; *Lüder/Vormbaum* (Hrsg.), Materialien zum Völkerstrafgesetzbuch, 2002 ; *Ritscher*, International Criminal Law in the Domestic Legal Order : An Introduction from the Perspective of German Legal Practice, in : *Burchard/Triffterer/Vogel* (Hrsg.), The Review Conference and the Future of the International Criminal Court, 2010, S. 255 ff. ; *Safferling/Kirsch*, Die Strafbarkeit von Bundeswehrangehörigen bei Auslandseinsätzen : Afghanistan ist kein rechtsfreier Raum, JA 2010, 81 ff. ; *dies.*, Zehn Jahre Völkerstrafgesetzbuch, JA 2012, 481

ff. ; *Satzger*, Das neue Völkerstrafgesetzbuch - Eine kritische Würdigung, NStZ 2002, 125 ff. ; *ders.*, Die Internationalisierung des Strafrechts als Herausforderung für den strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz, JuS 2004, 943 ff. ; *Volkmann*, Die Strafverfolgung des Völkermordes nach dem Weltrechtsprinzip im internationalen Strafrecht und im Völkerstrafrecht : Untersucht am Beispiel der deutschen Rechtsordnung, 2009 ; *T. Walter*, Das Handeln auf Befehl und § 3 VStGB, JR 2005, 279 ff. ; *ders.*, Der deutsche Strafprozess und das Völkerrecht, JR 2007, 99 ff. ; *Werle*, Konturen eines deutschen Völkerstrafrechts—Zum Arbeitsentwurf eines Völkerstrafgesetzbuchs, JZ 2001, 885 ff. ; *ders.*, Völkerstrafrecht und deutsches Völkerstrafgesetzbuch, JZ 2012, 373 ff. ; *ders./Jeßberger*, Das Völkerstrafgesetzbuch JZ 2002, 725 ff. ; *A. Zimmermann*, Auf dem Weg zu einem deutschen Völkerstrafgesetzbuch - Entstehung, völkerrechtlicher Rahmen und wesentliche Inhalte, ZRP 2002, 97 ff. ; *T. Zimmermann*, Gilt das StGB auch im Krieg ? Zum Verhältnis der §§ 8 - 12 VStGB zum Besonderen Teil des StGB, GA 2010, 507 ff.

(加藤克佳=辻本典央=佐川友佳子=金子 博=松倉治代 [共訳])

監訳者あとがき

今回で、本書の翻訳は最終回を迎えることとなった。この間、原著が改訂され、それに応じて翻訳も最新版によることとしたため、その点の統一は図られていない。しかし、共同翻訳者には、翻訳作業の進捗に合わせて、適任の刑事法学研究者⁽¹⁾に加入していただき、ともかくも訳業として完結をみた。これにより、わが国の国際・ヨーロッパ刑法の研究にも、何らかの寄与をもたらすことが期待されるところである。

国際刑法はかねてから大きなテーマであり続けているが、ヨーロッパ統一後のヨーロッパ連合（欧州連合）内での法制度・法運用の調和・調整・統合を目指す動きはめざましく、それに伴って、ヨーロッパ刑法（欧州刑法）を扱う著作や論稿は飛躍的に増えている。本書でも「近時の文献」が一層充実してきていることが、これを物語っている。例えば、本翻訳開始後も、（監訳者はしがきでも紹介した）*Bernd Hecker, Europäisches Strafrecht*, Springer-Verlag は 4. Auflage, 2012となり、また、*Martin Böse (Hrsg.), Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit*, Nomos Verlagsgesellschaft, 2013の大著から、*Robert Eser, Europäisches und Internationales Strafrecht*, Verlag C. H. Beck, 2014のコンパクトな概説書に至るまで、類書が多く公刊されている。ドイツの大学では、この分野が正規科目として位置づけられる例が増え、受講者も増えている。その中で、本書は、ドイツ刑事法学の解釈論・運用論を基軸に据えながら、欧州連合についてはもとより、国際的な最新の動向や課題を踏まえて、総論的および各論的考察をバランスよく行ったものであり、この分野にお

(1) 本翻訳の担当者は、以下の通りである。加藤克佳（名城大学法学部・大学院法学研究科教授。監訳者）、辻本典央（近畿大学法学部教授）、佐川友佳子（香川大学法学部准教授）、金子博（近畿大学法学部専任講師）、松倉治代（大阪府立大学大学院法学研究科准教授）。

る最もスタンダードな著作の1つであることは、すでに定評を得ているといえよう⁽²⁾。

翻訳継続中は、原著者ザツガー教授から、常に、友情溢れる励ましと、私たちとの共同作業への喜びが伝えられてきた。この間、台湾の王士帆(*Shi-Fan Wang*)氏による中国語への翻訳『國際刑法與歐州刑法』(元照出版公司。2014年)が、英語版に続いて公刊され、その意味でも原著に対する評価は高まっている。したがって、本翻訳を基礎として、全体をできる限り早急に一書にまとめることが、訳者一同の願いである。もとより、訳語・訳文の精査・統一など、そこに至る道のはまだ長い、そのための努力を引き続き継続していく所存である。国際・ヨーロッパ刑法研究会としても、本翻訳を土台として、日本に適した国際法的・比較法的研究を続けてゆくことを念じつつ、ひとまずの結びとしたい。

(2) 書評(Rezension)として、以下がある。第1版：*Prengel*, in: *Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny*, ROK LXVII, 2005, 311; *Heger*, in: *Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaften* 117 (2005), 630; *Norouzi*, in: *Juristische Ausbildung (JURA)* 2006, 318; *Rosenau*, in: *ZIS Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2006, 458; *Gazeas*, in: *ZIS Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2006, 459; *Gless*, in: *Neue Kriminalpolitik* 2006, 155. 第2版：*Rosenau*, in: *ZJS Zeitschrift für das Juristische Studium* 2008, 98-99; *Krenberger*, in: *StudJur-Online*, Rezensionen Mai 2008; *Ferner*, in: *Literatur zum europäischen Strafrecht* (<http://www.jurakopf.de/literatur-zum-europaischem-strafrecht> (Stand 03/14)). 第3版：*Weigend*, in: *Goltdammer's Archiv (GA)* 2010, 115-118; *Stefanopoulou*, in: *ZJS Zeitschrift für das Juristische Studium* 2010, 458-459.