

国際刑罰権の間接実施と事項的免除

—— 国家による中核犯罪の訴追と裁判権の免除をめぐる問題の一断面 ——

ファイリップ・オステン
久保田 隆

- 一 はじめに——問題の素描
- 二 ドイツ国際刑法典に基づく中核犯罪の訴追・処罰
- 三 ドイツ連邦通常裁判所(BGH)二〇二一年一月二八日判決
 - (一) 事実の概要および裁判の経緯
 - 1 事実の概要
 - 2 原判決(ミュンヘン上級州裁判所二〇一九年七月二六日判決)
 - 3 本判決における犯罪の成否および量刑に関する変更点
 - (二) 判旨——外国政府職員等による戦争犯罪等に関する免除の否定を中心に
 - 1 総説
 - 2 国際慣習法としての事項的免除
 - 3 国家実行
 - 4 法的確信
- 四 免除の適用範囲——BGH判決の射程
- 五 免除の国内刑事法上の位置づけ——一身刑罰阻却事由か訴訟障害か
 - (一) 総説——諸立場の分類・整理
 - (二) ドイツにおける議論の変遷
 - (三) 日本における議論状況
 - (四) 小括
- 六 おわりに——日本への示唆
 - (一) 日本における議論の必要性と国連国際法委員会(ILC)における議論との関係
 - (二) 通常犯罪に基づく中核犯罪の訴追と事項的免除

一 はじめに——問題の素描

昨今、外国で発生した重大な人権侵害への対応が各国の重要な政策課題として浮上しつつある。⁽¹⁾ その対応策の一つとして、当該行為を行った個人を国際法上の重大犯罪に基づいて刑事訴追するという手段がある。ここでいう「国際法上の重大犯罪」とは、国際法に基づく直接的な可罰性が根拠づけられている犯罪のみを指す。具体的には、ジェノサイド罪、人道に対する犯罪、戦争犯罪および侵略犯罪といった、国際社会全体の共通利益、すなわち国際的法益を侵害する最も重大な犯罪に限られる。これら四つの犯罪は、国際刑事裁判所 (International Criminal Court: ICC) の対象犯罪であって、中核犯罪 (core crimes) と総称される。これらの中核犯罪は国際法上の刑罰権 (*ius puniendi*)、すなわち、国際刑罰権の実体法上の根拠を構成している。換言すれば、これらの犯罪に対しては、国際社会それぞれ自体が刑罰権を有するのである。⁽²⁾

国際刑罰権の実施・貫徹、すなわち、中核犯罪の実際の訴追と処罰を担う裁判体の管轄権の配分には、さまざまな方式がある。歴史的にみれば、国際的な刑事法廷による直接実施の場合が多かったといえる。たとえば、第二次世界大戦後のニュルンベルク裁判 (IMT) と東京裁判 (IMTFE) や、冷戦終結後の旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所 (ICTY) およびルワンダ国際刑事裁判所 (ICTR)、そして ICC がそれにあたる。他方、国際法規範を国内法に受容した国家の国内刑事司法による実施 (いわゆる間接実施) も少なからず行われている。さらに、近年では、両者の中間類型として、国際化された国内法廷 (ハイブリッド法廷) も設立されている (たとえば、カンボジア特別法廷 (ECCC) がそれにあたる)⁽³⁾。

中核犯罪は、多くの場合、国家による関与のもとで行われるため⁽⁴⁾、その実行にあたって国家の政府構成員、公務員や軍人といった公職に就いている者 (以下、政府職員等とする) がそれらの犯罪に関与することがしばしば見

受けられる。そのため、とりわけ国際刑罰権の間接実施の場合、すなわち、国家が外国の政府職員等を訴追する場合に問題となるのが、政府職員等の外国の裁判権からの「免除」(immunity: Immunität)である。

個人を享有主体とする「免除」は、国際法上、主権国家の独立平等に基づく「国家免除」に由来する原理として解されており、伝統的には次の二つの類型に大別される。すなわち、人的免除 (immunity *ratione personae*) および事項的免除 (immunity *ratione materiae*) である。

前者・人的免除は、国際慣習法上、現職の国家元首、政府の長および外務大臣——これら三者をまとめて「トロイカ」と称するのが一般的である——にのみ認められると解されている⁽⁵⁾。そして、この人的免除は、通常犯罪 (ordinary crimes: gewöhnliche Verbrechen) のみならず、国際法上の重大犯罪についても認められうるのである。そこで、その射程、とりわけ、その事項的適用範囲 (いかなる罪種について免除が認められ、あるいは否定されるか) が問題となる⁽⁶⁾。

他方で、後者・事項的免除は、国際慣習法上、外国の政府職員等が公的資格で実施した行為に対して、在職時であるか離職後であるかを問わず付与されるものであるが、その射程 (事項的適用範囲)、特に、国際法上の重大犯罪にまで免除が及ぶのか否かをめぐっては、人的免除の場合とは対照的に、国家実行の蓄積が比較的乏しく、かつ、その適否に関する判断は分かれているとされる⁽⁷⁾。

なお、本稿では、国際刑罰権の直接実施、すなわち、国際刑事法廷による訴追の場合に問題となる「垂直的」(国際法廷と国家との関係における) 免除ではなく、あくまで国際刑罰権の間接実施、すなわち、国家による訴追の場合に問題となる (国家間の関係における) 「水平的」な免除に主眼を置くこととする⁽⁸⁾。

このような免除 (とりわけ、水平的次元における事項的免除) の問題について、二〇二二年一月二八日、ドイツにおける民刑事の最上級審である連邦通常裁判所 (Bundesgerichtshof: BGH) において注目すべき判決 (以下、

本判決⁽⁹⁾が下された。本判決では、戦争犯罪の嫌疑に基づいてドイツで起訴されたアフガニスタン国軍の元兵士に対して、事後的免除が認められるか否かが争われた。仮に外国の軍人等に対して当該免除が認められるとすれば、その帰結として、国家は、(当該外国が免除を放棄しない限り) 反政府武装組織等の非国家主体の構成員(叛徒等)が行った中核犯罪の責任しか問えないこととなる。これはまさに、国際刑法(ないし国際刑罰権)の片面的適用であり、⁽¹⁰⁾ I C C が掲げる「不処罰の文化を終わらせる」という理念にも背馳する。このように、外国の政府職員等の免除の問題は、国家による中核犯罪に対する刑事裁判権の行使の可否に決定的な影響を与えうる問題であり、ともすれば、中核犯罪の分業的な訴追・処罰システム全体の命脈を断つことにもなりかねない重大な問題なのである。

そこで、以下では、まず、ドイツにおける中核犯罪の訴追・処罰の概要と近時の動向について概観したうえで(後出・二)、上述のドイツ連邦通常裁判所の判決を取り上げ(後出・三)、若干の検討を加えることとしたい(後出・四)。くわえて、これまで日本の国際刑事法学においてはほとんど自覚的には論じられてこなかった、免除の国内刑事法上の位置づけについても検討し、実際の訴追実務において生じうる問題点を抽出する(後出・五)。そして、最後に、これらの検討を通じて得られた知見が日本に示唆するところを素描する(後出・六)。

二 ドイツ国際刑法典に基づく中核犯罪の訴追・処罰

国際刑罰権の間接実施の代表的な例として、ドイツ国際刑法典(Völkerstrafgesetzbuch)に基づく中核犯罪の訴追が挙げられる。同法典は、二〇〇二年にドイツが I C C 規程を批准した際に制定された法律である。⁽¹¹⁾ その背景には、I C C 規程が掲げる管轄権の配分方式がある。すなわち、I C C の対象犯罪の訴追・処罰は、第一次的

には各締約国の国内刑事司法に委ねられており、ICCはこれを補完する役割を負うという「補完性の原則」である。これを受け、ドイツは、ICCの管轄権に服する犯罪を常に自ら訴追できることを確保するため、国際刑法典を新たに制定し、中核犯罪に関する規定を整備した。つまり、ドイツは、ICCの補完性の原則を受けて、中核犯罪に該当しうる行為を——ドイツ刑法に既に存在する通常犯罪としてではなく——あくまでも中核犯罪として訴追・処罰するべく、それらを国内法化する道を選んだのである⁽¹²⁾。また、(侵略犯罪以外の)中核犯罪について世界主義(同法一条一文)が適用されることにより、国外犯処罰も広く担保されている⁽¹³⁾。

ドイツにおける国際刑法典に基づく訴追実務に目を向けると、近年、裁判例が一定程度蓄積されていることが目を引く。とりわけ、二〇一五年以降、主にシリアやイラクにおける紛争からドイツへ逃れてきた難民とともに(あるいは、難民として)、これらの地域における戦争犯罪等に関与した多くの被疑者がドイツへ流入してきたことを受けて、国際刑法典に関する司法当局の訴追活動が活発化し、これまでのところ、およそ二〇〇件の捜査手続が行われており、また、一件の国際刑法典上の犯罪に関する有罪判決が確定している(二〇二二年三月現在)⁽¹⁴⁾。

以上のような状況を背景に、この度、BGHが初めて(事項的)免除の問題について判断を示したことが注目される。それまでのBGHや各上級州裁判所の裁判例は、主として国際刑法典の各則(特に同法八条所定の戦争犯罪)をめぐる論点に関するものであった⁽¹⁵⁾。総則については、いわゆる上官責任(同法四条)に関する論点を扱う裁判例などがみられた⁽¹⁶⁾。そして、二〇二一年一月二八日に言渡された判決では、アフガニスタン国軍の元中尉による「捕虜虐待」等の戦争犯罪といった、比較的「凡庸」な(それまでほとんど耳目を集めてこなかった)事例をきっかけに、(外国軍兵士という)下位の公的地位を有する者によつて(その公的地位において)国外で行われた中核犯罪の訴追可能性が初めて狙上に載せられることとなった。

それまでのドイツ国際刑法典に基づく刑事手続では、外国の政府職員をはじめとする(元)公的資格保持者の

ドイツ裁判権からの免除は、争点として顕在化することはなく、いわば「暗黙の了解」をもって否定されてきたといつてよいであろう。少なくとも、これまで公判手続に至った、外国の政府職員を対象とした中核犯罪に基づく訴追の事例では、被告人のドイツ裁判権からの免除の有無が明示的に検討されることはなかった。⁽¹⁷⁾ たとえば、現在、コブレンツ上級州裁判所 (OLG Koblenz) に係属中の、シリア政府の諜報機関の元幹部ら二名に対する (世界主義に基づく) 公判手続⁽¹⁸⁾ においても、当初は、免除の問題が論じられることはなかった。⁽¹⁹⁾

本件 B G H (および原審) の公判手続においても、弁護側からも免除に関する主張はなされず、特に争われることはなかった。それにもかかわらず、B G H は、驚くべきことに、第一回公判期日のあとに急遽公判期日を追加し、職権によって、この問題について明らかにすることとした。⁽²⁰⁾ こうして、元公的資格保持者たる被告人の事項的免除に基づく訴訟障害 (すなわち、ドイツの裁判権が及ぶという基本的な訴訟条件の欠如) の有無が争点として浮上したのである。

三 ドイツ連邦通常裁判所 (B G H) 二〇二一年一月二八日判決

本章では、B G H が二〇二一年一月二八日に下した判決について詳述する。

(一) 事実の概要および裁判の経緯

1 事実の概要

本件では、アフガニスタン国軍 (二〇二二年八月の反政府武装組織タリバンによる政権奪還前の、犯行当時における政府軍。以下、国軍) の中尉 (*Lomri Baridman*) であった被告人による、三名の捕虜らに対する虐待 (後出・

(1)。以下、第一行為とする)、および、タリバン司令官の遺体を辱める行為(後出・(2)。以下、第二行為とする)という二つの事実が問題となった。また、両事実に通ずる事実として、アフガニスタンでは、犯行当時、国際部隊に支援された国軍とタリバンおよびその他非国家武装集団との間の「二〇〇一年末より継続している非国際的武力紛争の形式をとった戦争」が存在したことが認定されている⁽²¹⁾。

裁判所によって明らかにされた第一行為および第二行為の概要は、以下のとおりである。

(1) 三名の捕虜らに対する虐待(第一行為)

被告人は、国軍の中尉として、二〇一三年末ないし二〇一四年初頭に、自身が勤務する営舎に三名の捕虜が連行されてきたことを認識した。その前日には、営舎の周辺において叛徒が国軍兵士を射殺する事件が起きていた。被告人は、捕虜らが連行された副司令官の執務室から叫び声が聞こえてきたため、同室へと向かった。被告人が部屋に入ると、副司令官が1mほどの長さの太いホースで捕虜を殴打していた。被告人は、副司令官に頼まれて尋問調査を作成した。その目的は、タリバンの某首謀者と武器の隠し場所に関する情報を得ることであった。尋問の際、被告人および副司令官は、共同の決意に基づいて、脅迫および軽度ないし中程度の暴行を用いて、捕虜らの証言を得るべく協働した⁽²²⁾。

共犯者たる国軍の副司令官は、捕虜V₁に対し、同人を「引き裂く」と告げて脅迫した。被告人は、同人に対してダリー語で「電流を浴びせる」旨を告げ、共犯者がこれをバシュトゥー語に通訳した。被告人は、部屋の壁にもたれかかっているV₁の毛髪を引っ張り、その頭部に連続で四発の殴打を加え、同人を板壁に打ちつけた。副司令官は、V₁の頭部に対して二度ホースを上から叩きつけた⁽²³⁾。

被告人は、捕虜V₂に対して、約三〇秒間同人の毛髪を引っ張り、自白を迫った。右執務室に在室していた別の

兵士が、その捕虜をミサイル発射に利用されていた家屋で捕らえた旨を説明すると、V₃は、すすり泣きを始めた。被告人は、同人の顔を平手で軽く殴打し、泣くのをやめるよう命じた。⁽²⁴⁾

その後、副司令官は、捕虜V₃の額を手の甲で二度ずつ殴打し、肩から地面に引きずり倒したうえで、上から手拳で頭部を殴打した。同人が質問に答え、再び身を起すと、被告人は同人の顔を平手で殴打した。同人は、V₁およびV₂とは異なり、虐待を受けて、タリバン構成員と武器の所在地について供述した。⁽²⁵⁾

そこに保安官が現れ、捕虜らを連れ出したことで、四分間の尋問が終了した。殴打行為は、総じて軽度ないし中程度の強さのものであり、それに相応する疼痛を与えるものであった。ホースによる虐待は、頭部上部を発売させ、軽度の痛みをもたらす程度のものであった。外傷や精神への後遺症は認定されなかった。⁽²⁶⁾

(2) タリバン司令官の遺体を辱める行為 (第二行為)

二〇一四年の第一四半期、被告人は、銃撃戦の末、捜していたタリバンの上級司令官の遺体を発見した。被告人は、その遺体を食肉業者へ運ぶように、との上官の命令に基づいて、軍用車での搬出を命じた。遺体は、ハンヴィー(汎用四輪駆動車)タイプの車両の後部に、手足が下に垂れるような格好で置かれた。車での移動の様子は録画されており、被告人はそのことを認識していた。移動前には、ある警察官が遺体を三回殴打した。被告人は、遺体の手を取って、手を振るようなポーズをとった。移動中、同警察官および同車の屋根に座っていた兵士がアサルトライフルで何度も遺体を殴りつけた。被告人は、同車が一時停止した際、肉を吊るすためのS字フックを遺体に取り付けた。⁽²⁷⁾

被告人は、最終的に、3mほどの高さの防壁へと車を走らせ、輪状にしたロープを遺体の首に巻きつけたうえで、遺体を持ち上げ、鉄格子に固定するよう指示し、自身もこれに手を貸した。そして、被告人は、遺体を「口

バのそののように運び出し、ここに吊し上げた」、仲間を攻撃するような連中を再び捕らえた際には、その者らを殺害する、と述べ、その様子を動画に撮影させた。遺体を防壁に吊るす際、被告人およびその命令を受けた者たちにとって重要だったのは、死者を戦利品のように見せつけ、その死後も続く名誉（ないし尊厳）を貶めること、および、タリバンの指導者を自ら殺害したという事実に基づかない主張によって、自らの昇進を促すことであつた。⁽²⁸⁾

2 原判決（ミュンヘン上級州裁判所二〇一九年七月二六日判決）

被告人は、右犯行後、アフガニスタンを出国し、複数の国を経由して二〇一五年に難民としてドイツへ入国し、二〇一八年に本件公訴事実で逮捕・起訴されるに至つた。

原審のミュンヘン上級州裁判所（OLG München）は、二〇一九年七月二六日の判決⁽²⁹⁾において、被告人を、第一行為につき、三件の危険傷害罪（ドイツ刑法典二二四条。そのうち、V₃に対する行為については強要罪（同二四〇条一項）、V₁およびV₂に対する行為については強要未遂罪（同三項）との観念的競合）、および、第二行為につき、侮辱的な待遇等による人に対する戦争犯罪（ドイツ国際刑法典八条一項九号）で有罪とし、併合刑（Gesamtstrafe）として、二年の自由刑（執行猶予）を言渡した。なお、連邦検察庁は、第一行為につき、拷問等による人に対する戦争犯罪（同八条一項三号）の適用も求めていたが、原判決は、構成要件が満たされていないとして、これを認めなかつた。⁽³⁰⁾これに対して、被告人および連邦検察庁がそれぞれ上告した。⁽³¹⁾

3 本判決における犯罪の成否および量刑に関する変更点

連邦検察庁による上告に関して、本判決は、原判決を次のように一部変更・一部破棄した。すなわち、本判決

は、被告人は、第一行為につき、拷問等による人に対する戦争犯罪（危険傷害罪、強要罪および強要未遂罪との観念的競合）、第二行為につき、侮辱的なまたは対面を汚す待遇による人に対する戦争犯罪に基づいて有罪であるとした。さらに、本判決は、これらに関する事実認定は維持したうえで、第一行為について言渡された刑を破棄した（破棄された部分については、ミュンヘン上級州裁判所の別の刑事部に差戻されている）。その他の点にかかる連邦検察庁による上告、および、被告人による上告は、棄却された。

（二）判旨——外国政府職員等による戦争犯罪等に関する免除の否定を中心に

1 総説

本判決で最も注目すべきは、職権により、いわゆる事項的免除⁽³²⁾に基づく訴訟障害についても検討がなされている点である。結論として、BGHは、事項的免除に基づく訴訟障害は認められず、国際慣習法上、被告人のような（元）軍の公的資格保持者は、戦争犯罪に関して、ドイツの刑事裁判権からの免除を享有しなかったのである⁽³⁴⁾。

先述のとおり、本件では、当初、免除については争われていなかった。それにもかかわらず、BGHは、判決の序盤において、「ドイツが裁判管轄権を有していることは、手続の一般的な前提条件である。その存在および限界は、法的問題として、手続のどの段階においても、職権に基づいて審査され、考慮されうる⁽³⁵⁾」として、この問題について判断を示すことにしたのである。そして、結論として、「国際法の一般規則〔国際慣習法〕によれば、国内裁判所による、拷問による戦争犯罪および重大な態様で侮辱しまたは対面を汚す待遇による戦争犯罪の処罰、ならびに、危険な傷害および強要といった、同時に実現される一般刑法上の犯罪構成要件に基づく処罰は、行為が外国の下位の公的資格保持者によって、その公的資格の行使として、外国において、内国人〔ドイツ人〕

以外の者に対して行われたことを理由としては、「排除されない」⁽³⁶⁾とした。

このように、B G Hは、免除が国際慣習法上確立しているか、という観点から、訴訟障害としての免除について検討を加えている。国際慣習法上の免除がなぜドイツ法上も重要であるのかという点については、「国際慣習法上の免除が存在する限りにおいて、それが裁判所構成法二〇条二項から導かれるのか、または基本法二五条から直接導かれるのかにかかわらず、免除は常に考慮されるべきものである」⁽³⁷⁾とされている。

以下では、B G Hが免除を否定するうえで示した論拠についてみていく。

2 国際慣習法としての事項的免除

まず、B G Hは、国際法秩序における国際慣習法の位置づけ、および、国際慣習法性を検討する際の方法論について、次のように述べている。

国際司法裁判所規程三八条一項bにいう国際法の一般規則とは、国際法上の義務づけとしての確信 (“*opinio iuris sive necessitatis*”) を伴う、数多の、しかし必ずしもすべてではない国家の確立された実行 (“*consuetudo*” oder “*usus*”) により支えられた規則をいう。その認定には、そこに表現されているすべての国家に対する原則的な義務づけのゆえに、厳格な要件が課される〔……〕⁽³⁸⁾。

国家実行の発見には、国際法または国内法に基づく国際法上の交流を所管する国家機関（通常は政府または国家元首）の行動が基準となる。国家実行は、さらに、その行動が直接的に国際法上重大である限りにおいて、その他の国家機関の文書および立法府または裁判所の文書からも導かれる。連邦憲法裁判所の判例によれば、たしかに、裁判所の判断や国際法の学説は、国際慣習法の解明のための補助手段としてのみ援用することができる。もつとも、国家実行の発見の際には、進行する細分化および承認された国際法主体の増加によって特徴づけられる、国際的な次元における近時

の法発展が考慮されなければならない。それゆえ、国際組織、および、特に国際裁判所の機関の行為に対して、特別な注意が向けられる。くわえて、国内裁判所の裁判は、外国の裁判所における免除の領域のように、国内法が国内裁判所に国際法の直接適用を許容している場面においてとりわけ考慮される。さらに、国連国際法委員会の作業は、法的確信の存在の傍証たりうる。³⁹⁾

そして、BGHは、次のように結論づける。

右に述べた基準を用いると、国際慣習法によれば、外国の下位の公的資格保持者、特に兵士の一般的な事項的免除は戦争犯罪に基づく国内刑事訴追を妨げない。⁴⁰⁾

まず明らかであるのは、国家は、国家の主権平等に鑑みて、少なくとも主権的行為 (*acta iure imperii*) に関しては、原則として外国の裁判権には服しないということである。国家は通常、自然人によってのみ行為しうることから、自然人の事項的免除も、国家免除の発露として、そこから導出される。ただし、ここでは、裁判手続に関与していない外国国家一般の主権的行為ではなく、ある国家の、国家組織において特に際立っているとはいえない公的資格保持者として行った戦争犯罪に関する、自然人たる個人の刑法上の責任が、手続の対象および免除の有無の基準点なのである。そのような事件において考慮されるべき事項的免除は、その他の免除、特に人的なそれ (*ratione personae* (人的免除)) とは区別されるべきである。同様のことは、民事法上の責任の排除にも妥当する。⁴¹⁾

3 国家実行

国際慣習法上の規則が成立するには、客観的要件としての国家実行および主観的要件としての法的確信が必要であるが、BGHは、前者・国家実行に関して、以下のとおり判示している。

既に示された本事実の事実関係に照らせば、国内裁判所による刑事訴追が可能である、という一般的な国家実行が存在する。国家の機関および裁判所は、幾度となく、外国の公的資格保持者を、戦争犯罪、ジェノサイド罪または人道に対する犯罪に基づいて刑事訴追し、有罪判決を言渡してきた⁽⁴²⁾。

これら免除を否定する裁判が数多くあり、また重大な意義を有するのである〔……〕。〔……〕国内の裁判権は、通常、存在するものとして考えられてきた⁽⁴³⁾。

たとえば、国民社会主義（ナチス）体制の多数の責任者らに対しては、ニュルンベルク国際軍事裁判所（IMT）のみならず、他の国家の刑事裁判所によっても有罪判決が言渡されている⁽⁴⁴⁾。

これと類似したことが、旧ユーゴスラビアにおける犯罪の処罰に関しても妥当する。とりわけ、ドイツにおいては、たとえば、現地のセルビア人の軍隊の構成員および現地の警察署の署長等に対して、ジェノサイド罪の幫助およびその他の犯罪に基づいて有罪判決を言渡している。さらに、ジェノサイド罪に基づくルワンダの市長に対する有罪判決に対しても、同人のかつての地位は妨げとならなかった⁽⁴⁵⁾。

行為時に公的資格を有していた被告人による犯罪については、補充的に、さらなる国内裁判所による手続を挙げることもできる。近年、たとえば、複数のイラク軍の元構成員が、欧州〔各国〕の裁判所によって、戦争犯罪に基づいて有罪判決を言渡されている⁽⁴⁶⁾。

4 法的確信

次に、B G Hは、国際慣習法の要件としての法的確信について、次のように検証している。

一貫した国家実行に対応する形で、国際法によれば、——主権的行為について、そもそも職位を問わず外国の公的資

格保持者の事項的免除が仮に認められるとする限りにおいて——、少なくとも、下位の公的資格保持者に対する、戦争犯罪または一定のその他の国際社会全体をゆるがす犯罪に基づく国内裁判所による刑事訴追は許容される、という一般的な確信が存在する。⁽⁴⁷⁾

「ニュルンベルク原則」の一つに数えられる、一九四五年八月八日の国際軍事裁判所〔IMT〕条例七条は、明文上、被告人の公的な地位は、国家の元首であろうと、政府の部門における責任ある公務員であろうと、刑罰阻却事由または刑罰減輕事由として妥当することはないと定めている。同条は、これにより、明らかに、「国際軍事」裁判所の管轄権に服する犯罪——平和に対する罪、戦争犯罪、人道に対する犯罪（条例六条）——に関して、右に掲げた者らに対する裁判権があることを前提としている。「国際軍事」裁判所がもつばら欧州の枢軸国の主要戦争犯罪人の断罪および処罰のために構成されたものであるといえども（条例一条）、条例によって承認された諸原則は、既に一九四六年に国際連合の総会によって確認され（UN Doc. A/RES/95〔I〕）、その後、次第に一般的な原則として援用されてきたのである。たとえば、国際刑事裁判所に関するローマ規程の創設の際などに、あわせて考慮されたのである。⁽⁴⁸⁾

旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所〔ICTY〕は、国家的機能の行使として犯罪を行ったとしても、戦争犯罪、人道に対する犯罪またはジェノサイド罪の実行について、責任者は自ら国内のまたは国際的な裁判権からの免除を主張することはできないとした。それに対して、国際刑事裁判所〔ICC〕は、免除の問題との関連で、国際社会全体の利益を体現して行為する国際法廷を、一国の利益のための国内司法とは区別したが、戦争犯罪に関して国内裁判所において事項的免除が存在するかどうかについては、見解を表明していない。⁽⁴⁹⁾

国内裁判所は、多くの場合、戦争犯罪、人道に対する犯罪またはジェノサイド罪について判断するにあたって障害があるとは考えていない。⁽⁵⁰⁾

〔……〕本裁判部自身は、国家免除の原則が民事訴訟法においてと同様の通用力をもって「刑事訴追においても意味をもち、いわゆる人的免除を享有する者ら（国家元首、外交官）の域を超えて、外国の国家機関を保護するか」という点に関するかつての裁判において、当初、明示的な判断を示さなかった。しかしながら、本裁判部は、その後、幾度と

なく、この問題を明示的に取り上げる契機があったにもかかわらず、ドイツの裁判所による、国際刑法典または以前は刑法典四二〇条 a 所定の犯罪〔民族謀殺罪Ⅱジェノサイド罪〕に関する外国の（元）公的資格保持者の刑事訴追に対して特に異を唱えずにきた。⁽⁵¹⁾

さらに、BGHは、近時の国連国際法委員会（ILC）における、政府職員の外国刑事裁判権からの免除に関する作業⁽⁵²⁾についても詳細な検討を加えたうえで、次のように結論づけている。

刑法上の免除に関する近時の国連国際法委員会の作業は、いまだ完了していない。そこからは、現段階では、少なくとも、戦争犯罪についても事項的免除を認める国際法規則は導出されない。ゆえに、この作業は、外国の下位の公的資格保持者に対する、少なくとも戦争犯罪または国際社会全体をゆるがす一定のその他の犯罪に基づく国内裁判所による刑事訴追は許容されるという、統一的な実行および確信によつて裏づけられた国際慣習法の一般的規則を変更するものではない。⁽⁵³⁾〔……〕

そして最後に、BGHは、学説においても事項的免除が認められない傾向にあることを以下のように確認している。

学術文献の圧倒的多数は、少なくとも、下位の公的資格保持者については、国際法上の犯罪に関する事項的免除を部分的に異なる理由づけおよび細分化はありつつも――否定⁽⁵⁴⁾している。

5 その他の免除

BGHは、事項的免除以外の免除、特に、いわゆる人的免除についても、以下のとおり言及している。

本件とは異なる文脈において、国家のために行為する者の免除が肯定されたことは、ここでの判断にとつて肝心な、下位の公的資格保持者の事後的免除の問題には影響しない。場合によつては戦争犯罪に基づく刑事手続においても存在しうる、一定の極めて高い地位を有する国家の代表者の免除は、「……」被告人に対して提起された本件公訴事実には妥当しない。⁵⁵⁾

たしかに、国家元首、政府の長または外務大臣といった一定の高位の官職の保持者は、他の国家の刑事裁判権からの免除を享受するということが承認されている。もつとも、これは、——その他の要件およびその範囲はさておき——原則として、下位の国家の公的資格保持者には及ばない、いわゆる人的免除のことである。その際、事後的免除の側面も一部では問題になっているとしても、国家元首、政府の長または外務大臣に該当するような状況からは、ここで検討されるべき軍の構成員の事後的免除を決定的に推論することは許容されない。⁵⁶⁾

6 刑法典上の犯罪に関する免除

さらに、BGHは、刑法典上の犯罪（通常犯罪ないし一般犯罪）に関する免除についても、次のとおり付言している。

原審が被拘禁者の虐待に関して肯定したような、一般犯罪のみに基づく刑事訴追に対して、事後的免除がどの程度妨げとなるのかに関する説示は不要である。というのも、被告人に嫌疑がかけられている行為は、国際刑法典八条所定の戦争犯罪に該当し、それに対応する国際慣習法上承認された犯罪が実際に存在するからである。⁵⁷⁾

したがって、免除という訴訟障害が存在しないのであるから、起訴された現実の事案（公訴事実）は、法的観点から包括的に検討されなければならない。このことは、国家の国内の一般の犯罪構成要件が戦争犯罪を捕捉しうる場合があり、したがって、これらの戦争犯罪は「通常犯罪」[„gewöhnliche Verbrechen“]として犯罪化されている場合がある、

ということからも導かれる。⁽⁵⁸⁾

四 免除の適用範囲——B G H判決の射程

前章でみたB G H判決は、ドイツにおける国際刑法の発展にとつてはもろんのこと、国際的にみても極めて重要なものである。というのも、国家による中核犯罪の訴追、すなわち、国際刑罰権の間接実施にあたって、外国の公務員等の刑事裁判権からの免除がどの程度認められるかは、(少なくとも理論上)すべての国が直面しうる問題であるからである。この点、ドイツ刑事司法の最上級審であるB G Hの本判決は、この問題に関する国家実行として、大きな意義を有する。そこで、以下では、本判決の射程と免除の適用範囲について、若干の検討を加える。

本判決では、その主要な結論として、外国の下位の公的資格保持者がその公的資格において、国外で戦争犯罪(または「一定のその他の国際社会全体をゆるがす犯罪」)を行った場合には、国際慣習法上、事項的免除は国家による訴追の妨げにはならない、とされたのであった。⁽⁵⁹⁾ いわば、B G Hは、このような場合に事項的免除の享受が国際慣習法規則から導かれなければならないのであれば、仮に被疑者を訴追しても国際法違反にはあたらないことを突破口として、有罪判決にまでこぎつけたことで、少なくとも一定の範囲においては事項的免除が否定されるという国家実行の蓄積に寄与したと評しうるのである。もともと、免除が認められる範囲ないし本判決の射程については、必ずしも明らかではない。これについては、少なくとも次の二つの論点を検討する必要がある。

第一に、免除の否定の事項的範囲、すなわち免除が否定される犯罪の種類ないし範囲である。これに関して、B G Hは、国際慣習法上、「戦争犯罪または一定のその他の国際社会全体をゆるがす犯罪」⁽⁶⁰⁾ について刑事訴追が

許容されると述べている。ここにいう「その他の国際社会全体をゆるがす犯罪」とは、本稿の冒頭で述べた、国際社会全体の共通利益に関わる犯罪、すなわち国際的法益を侵害する最も重大な犯罪（中核犯罪）のことであると考えられる⁽⁶¹⁾。このことは、判決理由において、戦争犯罪のみならず、ジェノサイド罪、人道に対する犯罪および平和に対する罪（現在の侵略犯罪）にも言及されていることから看取されうる⁽⁶²⁾。他方で、中核犯罪以外の（通常）犯罪の成否のみが問題となる場合にも、同様に免除が否定されるのかという点については、BGHは立場をあえて明らかにしていない⁽⁶⁴⁾。

第二に、免除の否定の享有主体、換言すれば人的範囲である。具体的には、本件被告人のような「下位」の公的資格保持者に限られるのか、という点が問題となる。本判決では、主に、本件被告人のような「下位」の公的資格保持者が（その公的資格において）行った行為の事項的免除について論じられている。ここで注目されるのは、判決理由では、「少なくとも、下位の公的資格保持者に対する〔……〕刑事訴追は許容される」（圏点引用者）という書きぶりとなっていることである。この「少なくとも」（*jedentfalls*）という付加語は、免除が否定される人的範囲が必ずしも下位の政府職員等に限られない（すなわち、上位の公的資格保持者などにも及びうる）ことを示唆するものと解されている⁽⁶⁶⁾。

これらを総合すると、本判決は三つの「読み方」ができるように思われる⁽⁶⁷⁾。第一に、下位の政府職員等は、国際慣習法上、外国刑事裁判権からの事項的免除を一切（すなわち、罪種を問わず）享受しない、という解釈である。第二に、国際慣習法上、下位の公的資格保持者がその公的資格において行った行為については、原則として事項的免除の対象となるが、中核犯罪に基づく刑事訴追に関しては免除の例外（否定）が認められる、という解釈である。そして、第三に、事項的免除は、原則として、公的資格において行為を行う限り、すべての公的資格保持者に対して認められるが、中核犯罪については、免除が一切（すなわち、職位の高低を問わず）認められない、と

いう解釈も可能である。

これらの「解釈」については、BGHは本判決では明示的な態度表明をあえて行っていないが、連邦検察庁は、上記のうち、第三の見解を支持していると思われる。⁽⁶⁸⁾この見解によれば、下位の公的資格保持者のみならず、高位の(元)官職者、とりわけ(国際慣習法上、中核犯罪についても本来なら適用されうる人的免除を、職を辞したことによって喪失した)元職の、国家元首や政府の長、外務大臣(いわゆるトロイカ)、その他国務大臣、将校などについても、外国の国内刑事司法の手による訴追が可能となる。換言すれば、国際刑罰権の国家による実施・貫徹の射程がより一層拡張されることとなる。そのため、今後も、その解釈運用の動向を注視していくことが肝要である。

五 免除の国内刑事法上の位置づけ——一身の刑罰阻却事由か訴訟障害か

事項的免除の問題については、上記・三でみてきたように、BGH判決では主としてその国際法上の根拠づけや範囲について検討が行われているが、本章では、国内刑事法に目を転じて、国際法上承認されている(事項的)免除の国内刑事法体系における位置づけやその具体的効果について、若干の検討を加えることとしたい。

(一) 総説——諸立場の分類・整理

国際法学にいう(裁判権の)「免除」(immunity; Immunität)は、刑事法上、主として訴訟障害(Verfahrenshindernis)の問題、すなわち、手続法上の訴追の制約として論じられており、BGHもそのように位置づけている。⁽⁶⁹⁾もっとも、後述のように、ドイツおよび日本の学説においては、免除を実体法上の一身の刑罰阻

却事由ないし人的処罰阻却事由とみる見解などもあり、免除の法的性質と効力に関する捉え方については、その評価が必ずしも一貫しているとはいえない。

これら免除に関する諸見解は、次の二つの基本的立場に大別される。第一に、免除に刑事実体法上の効力を認め、免除享有者には刑法の適用（効力）が及ばない、ないしは、刑罰を科しえない（刑罰権が発生しない）とする見解である（第一類型）。第二に、免除には刑事手続法上の効力（のみ）を認め、訴追の妨げ（訴訟障害）とする見解である（第二類型）。換言すれば、第一類型では、刑法（刑罰権）の適用範囲（ないし可罰性）が問題となるのに対して、第二類型では、刑事手続における扱い（すなわち、訴追可能性）が問題となるのであって、その位置づけ如何によっては法的効果・帰結の点において大きな差異が生じうるのである。

これらの基本的立場を、以下のように、さらに細密に分類・整理することが可能である。⁽⁷⁰⁾

- ① まず、免除享有者（が行った行為）について、刑罰法規の（人的）適用範囲がそもそも及ばない（刑法の適用がない）とする説（刑法適用除外説）。
- ② 次に、免除を（①と同様に）実体法上の概念として捉えつつ、刑法の適用それ自体は肯認し、免除享有者について一身的刑罰阻却事由（ないし人的処罰阻却事由）を認めるとする説（刑罰阻却説）。
- ③ さらに、免除を手続法上の概念として捉え、もっぱら訴追の制約（訴訟障害）とみる説（訴訟障害説）。
- ④ 最後に、免除に実体法と手続法の双方にまたがる「二重の機能・効力」（二面的な法的性質）を認め、刑罰法的には一身的刑罰阻却事由、訴訟法的には訴訟障害を構成すると解する説（折衷説）。

上記のうち、①および②の見解は前述の第一類型、③は第二類型にそれぞれ分類され、また、④は両類型の中

間に位置づけられる。

(二) ドイツにおける議論の変遷

歴史的にみれば、ドイツでは、①（刑法適用除外説）が最も古く、一九世紀においては支配的見解であったといつてよいであろう。⁽⁷¹⁾この時代における、国家主権を絶対視する古典的国際法の理解のもとで、免除享有者はいわば（外国の）法秩序の外に置かれ、刑法の（人的）適用範囲（ないし実体的刑罰権の効力）がその者には及ばないと解されていた。⁽⁷²⁾しかしながら、このように刑法の適用自体を否定し、免除享有者（による行為）を刑事実体法の射程から除外することは、その者の行為に基づく犯罪が成立しえないという帰結をもたらすため、さまざまに重大な不都合を生じさせうる。そのため、①の見解に対しては、当初から批判があった。⁽⁷³⁾その批判は主に次の二点に向けられていた。第一に、①の見解の帰結として、免除享有者の（本来なら犯罪が成立するような、すなわち、違法な）行為に対して、正当防衛が認められないこととなってしまう点である。なぜならば、刑法の適用除外によって個人に対する刑法による規範的な評価それ自体が否定されることで、当該行為には、（正当防衛の成立に必要な）刑法上の違法性（の評価）も否定されることになるからである。そして、第二に、（いわゆる責任共犯論などの立場から正犯の処罰根拠とは関係のない独自の処罰根拠を共犯に認めない限りは）当該（正犯）行為に加担した免除享有者でない（すなわち、非身分者たる）共犯者の（たとえば幫助犯としての）可罰性までもが排除されてしまう点である。

このような批判を受け、この見解は、一九世紀末以降、ドイツの判例・学説の双方において次第に放棄されることとなり、現在ではまったく支持されていない。⁽⁷⁴⁾それに代わり、上記②および③の見解が（長年、併存ないし混在するような形で）主張されるようになった。以下では、これら②および③の見解の異同についてみることに

する。

まず、②および③の両見解の共通点として挙げられるのは、両説とも刑法の適用を肯定することで上記の批判を解消しうる点である。すなわち、刑法の適用（人的効力が及ぶこと）を認めることによってはじめて免除享有者が（刑）法秩序に服することになり、その者による侵害行為の違法性（正・不正の法的評価）が根拠づけられること（すなわち、不正の侵害に対する正当防衛が可能）になるのである。⁽⁷⁵⁾そして、同様に、身分なき共犯の処罰も（正犯の行為について処罰条件や訴追可能性を具備することを要するとする、狭義の共犯に関するいわゆる誇張従属性説などによらない限りは）可能になるのである。したがって、このような実践的な帰結という点に限ってみると、両説の間にはほとんど差異が認められないともいえる。

他方で、理論的にみれば、両説の間には顕著な相違点も存在する。具体的には、②の見解によれば、免除享有者の行為については犯罪の成立が認められるが、一身の刑罰阻却事由のため不可罰とされるので、結果的には国家の実体的処罰権能それ自体を放棄する効果が生じる。これに対して、③の見解においては、犯罪の成立に加え、理論的には刑罰を科すことも認められる（国家の実体的処罰権能そのものは放棄されない）ので、免除享有者の行為が可罰的行為とみなされ、潜在的な処罰可能性それ自体は排除されないが、免除のためその享有者に対する刑罰権の行使ができないだけである。そのため、免除が及ぶ限り、訴追は（實際上）制約され、（訴追の一環としての、免除享有者に直接向けられる強制処分等をも含む刑事手続に対する）訴訟障害としての効果が生じるのである。⁽⁷⁸⁾

ドイツの学説では、長い間②の見解が主流であったが、現在の通説は主として③（あるいは、一部では④⁽⁷⁹⁾）に転じており、あらゆる種類の免除について訴訟障害としての法的位置づけを与える傾向にあると思われる。⁽⁸⁰⁾なお、ドイツの判例は、二〇世紀に入ってからは、ここ一〇〇年の間、一般のBGH判決と同様に、一貫して訴訟障害説に依拠している。⁽⁸¹⁾

(三) 日本における議論状況

最後に、日本の学説における議論状況についても、以下、ごく簡潔に概観する。

日本の刑法学説においては、これまで免除の問題について正面から扱ったものはほとんど見当たらないが、多くの刑法総論の教科書等では、免除の国内刑事法上の位置づけ・効力(ないし法的性質)に関する一定の記述があり(もつとも、言及がまったくないものもあるが)、ほとんどの場合、刑法の「人的適用範囲」ないし「人的効力」の問題として論じられている。

免除の法的根拠(発生根拠)については、各種免除を同列に論じ画一的に扱う論稿もあるが、多くの場合、講学上、国内法(憲法等)に基づくものと国際法に基づくものとが区別された形で論じられている。国内法に基づく免除を享有する者については、天皇ないし摂政(皇室典範二一条)、國務大臣(憲法七五条)、国会議員(憲法五一条)に関する議論がみられる。そして、国際法上の免除享有者に関しては、外国の元首や外交官のほか、事項的免除との関連では、主として(駐留または滞在中の)外国軍隊の構成員についても一定の検討がなされている。

しかしながら、これらの免除の法的性質、すなわち、国内刑事法上の位置づけ・効力に関しては、必ずしも上記の法的根拠に関する区分とパラレルな形で議論が展開されているわけではなく、むしろ免除類型ごとにさまざまな見解が見受けられる。これら免除の法的性質に関する諸見解は、これを実体法的に捉え人的処罰阻却事由とみる説と訴訟障害(訴追の制約)とみる説とに大別されうる。すなわち、上述のドイツ学説における分類を当てはめてみれば、それぞれ②および③の見解に概ね相当するものである。しかし、必ずしもいずれかの説の立場から明確に(一貫した)議論が展開されているとはいえず、両説が、以下でみるように、むしろ混在しているような議論状況にあると思われる。

まず、現在の学説の共通点として挙げられるのは、日本刑法の場所的・時間的効力が及ぶ限り、刑法が、免除

享有者も含め、すべての者に適用されることが前提とされている点である（すなわち、上記①のような見解は今日の日本の刑法学説では見当たらない⁽⁸⁴⁾）。現在では、先述のとおり、免除類型ごとに個別に検討を行う論者が多いので、免除類型ごとに上記②と③の説の対立がみられる。なお、あらゆる免除を一律に人的処罰阻却事由とみる見解⁽⁸⁵⁾もあるが、現在では少数説といえる。

国内法上の免除享有者についてみれば、これを人的処罰阻却事由として位置づけている見解が一定程度見受けられる⁽⁸⁶⁾一方、これを訴訟障害として捉える見解⁽⁸⁷⁾も有力に主張されているといえる。また、国内法上の免除享有主体をさらに細分化して区別を図ろうとする見解⁽⁸⁸⁾、あるいは、②・③の見解双方の法的性質を認めているようにも見受けられる（ないしは、断定的な態度表明を行わない）見解⁽⁸⁹⁾もある。

それに対して、国際法上の免除享有者については、（事項的免除の観点からも特に重要である）外国軍事関係者も含め、ほとんどの学説は現在ではこれを訴訟障害の問題（③）として位置づけていると思われる⁽⁹⁰⁾。判例も（免除の問題に関連するもの自体が非常に少ないものの）、国際法に基づく免除を（単に）裁判権行使の制約と解しているように見受けられる⁽⁹¹⁾。

（四）小括

以上のような、免除の国内刑事法上の位置づけについての議論の動向を総括するなら、日本における議論では、上記の分類にしたがえば、（かつての）ドイツの学説と同様に、各種免除について②と③の見解の対立がみられるが、現在では総じて③の見解の立場に傾きつつあると思われる。また、近年では、日独双方とも、少なくとも国際法上の免除については訴追の制約とする立場（③の見解）が広く支持されるようになったので、その意味で、一定の共通の方向性が鮮明になったといえる。

この点、(BGH判決において詳細に検討されている) 免除に関する国際法上の一般規則からは、国家に対して、免除享有者への国内法上の対応について、その者の不訴追を超えて、刑法の適用(効力)の除外や刑罰権自体の放棄までを義務づける(ないしそれを推奨する)ような規範を導出することはおそらく困難であろう。そのため、少なくとも、国際法に基づく免除を訴訟障害として把握することは、国際法上の「母規範」と親和的であると評する⁽⁹²⁾。また、訴訟障害説(③説)は、実際上も、これらの国際法の「要請」に対して(国内刑事実体法体系への波及を最小限にとどめながら)必要十分に対応しうる国内法上の位置づけ方であるため、理論的にも実践的にも妥当な見解であると思われる。

六 おわりに——日本への示唆

本稿では、これまで日本の刑事法学においては立ち入った検討がほとんどなされてこなかった、外国の政府職員等による(中核)犯罪に関する事項的免除の問題について、ドイツBGHの近時の判決を題材として、詳論を試みた。この問題は、先述のとおり、ドイツ法固有の問題ではない。そこで、本稿を締め括るにあたり、ドイツの議論が日本への示唆を提供しうる箇所を抽出し、若干の検討を加えたい。

(一) 日本における議論の必要性と国連国際法委員会(ILC)における議論との関係

外国の政府職員等による犯罪に関する事項的免除は、日本の検察・裁判実務にとっても決して看過できない問題である。外国の政府職員等の訴追、たとえば、国際会議で訪日中の外国の(外務大臣以外の)国務大臣や軍人⁽⁹³⁾といった、いわゆるトロイカ以外の外国政府職員等に対する訴追が日本国内で行われることになった場合、検察

庁および裁判所は、行為者に事項的免除を認めるか否かの判断を迫られることになるからである。本件 B G H 判決では、国際慣習法上の免除がなぜドイツの国内法上も効力を有するのかという点について、裁判所構成法 (G V G) 二〇条二項および基本法二五条が法的根拠として挙げられているところ、日本法上も、憲法九八条二項という「確立された国際法規」(国際慣習法) が国内的効力をもつことは広く認められている。したがって、外国の政府職員等による犯罪に対して日本が刑事裁判権を行使できるか否かは、主として、国際慣習法上の事項的免除の否定の射程 (事項的・人的適用範囲) 如何によって決せられるのである。

そして、国際慣習法上の免除の有無および範囲をめぐる議論に一定程度の影響を与えうるのが、先にみた B G H 判決においても比較的詳細に論じられている、今後の国連国際法委員会 (I L C) (および国連総会第六委員会) における作業なのである。なかでも、事項的免除の例外として、ジェノサイド罪、人道に対する犯罪、戦争犯罪、アパルトヘイト罪、拷問および強制失踪を掲げる I L C 暫定条文草案七条一項の帰趨に大きな注目が集まる。

さらに、I L C においては、これと並行する形で、「人道に対する犯罪の防止及び処罰に関する条文草案」が採択され、⁽⁹⁸⁾ 国連総会第六委員会へと舞台を移して審議が進められている。⁽¹⁰⁾ しかしながら、同条文草案をめぐる審議においては、条約の普遍性の確保という観点から、免除の問題は取り扱わないこととされ、これまでどおり、国際慣習法をはじめとする関連する国際法規則によって規律されることとなったのであった。⁽¹⁰⁾

このように、日本において事項的免除の問題に関する検討を進めるにあたっては、国際的な次元における動向をも注視する必要がある。

(二) 通常犯罪に基づく中核犯罪の訴追と事項的免除

日本においては、周知のとおり、中核犯罪が国内法化されておらず、国際 (慣習) 法上は中核犯罪に該当しう

る行為が殺人罪等の通常犯罪に基づいて訴追されることになる。⁽¹⁰⁵⁾そこで問題となるのは、通常犯罪に基づく訴追の場合であっても事項的免除が否定されるのか、という点である。この点について、本稿で紹介したドイツのBGH判決では、「被告人に嫌疑がかけられている行為は、国際刑法典第八条所定の戦争犯罪に該当し、それに対応する国際慣習法上承認された犯罪が実際に存在する」ことを理由として、通常犯罪のみに基づく訴追の場合にも事項的免除が認められるのか否かという論点については、「説示は不要である」⁽¹⁰⁴⁾とされている。しかし、ここでは、国際刑法典および国際慣習法上戦争犯罪を構成しない、いわば純然たる通常犯罪については検討しない、と述べられているにすぎないのであって、戦争犯罪に該当する行為について、同時に通常犯罪（本件では、危険傷害罪および強要〔未遂〕罪）も成立しうる場合については、通常犯罪についても——いわば付随的に⁽¹⁰⁶⁾——事項的免除が否定されているのである。つまり、事項的免除の有無については、あくまでも、問題となる行為が国際慣習法上、どのような評価を受けるのか（すなわち、中核犯罪に該当しうるのか否か）が問題とされているのであって、国内法上いかなる罪名（ラベル）で訴追されているのかは、いわば無関係であるとされたのである。⁽¹⁰⁷⁾

ここで示唆的であると思われるのは、本判決において第一行為について適用が認められた通常犯罪と戦争犯罪とが、観念的競合（ドイツ刑法典五二条）の関係に立つとされてきている点である。すなわち、本件では、「第一行為」という「同一の行為」が、通常犯罪を構成すると同時に、戦争犯罪をも構成すると法的に評価されたのである。つまり、ここでは、あくまでも、通常犯罪を構成する行為が、同時に、ドイツ国際刑法典上および国際慣習法上、戦争犯罪をも構成する場合について、免除が否定されているのである。このような見解を、中核犯罪固有の処罰規定をほとんど⁽¹⁰⁸⁾もたない日本に当てはめてみると、次のようになる。すなわち、日本刑法上、殺人罪等の通常犯罪に基づいて訴追・処罰をする場合であっても、国際慣習法上、中核犯罪を構成する行為については、事項的免除が否定される。

他方で、国際慣習法上、中核犯罪を構成しない行為（すなわち、純然たる通常犯罪）についてまで事後的免除が認められるか否かという問題については、B G H は立場を明らかにしていない。仮に、外国の軍人等が行った、中核犯罪には該当しない行為を日本において殺人罪で訴追・処罰することになった場合、事後的免除は否定されるのであるか。たとえば、国際人道法上違法ではあるが、戦争犯罪は構成しない無差別な攻撃（ジュネーヴ諸条約第一追加議定書五一条四項）による文民等の殺害や、武力紛争とは関連性を有しない（金銭トラブルによる）友軍兵士の殺害などが問題となりうる。特に、これらの行為が、中核犯罪該当行為と同時に——本稿でみた B G H 判決でいえば、「第三行為」として——起訴され、併合罪として処理されることになった場合には、「第三行為」についてだけ、免除が認められることになるのであろうか。この問題は、ドイツの議論においても未解決のまま残されている。また、先にも述べたように、事後的免除の射程については、I L C（及び第六委員会）の動向をも注視する必要がある。これについては、今後の課題としたい。

なお、この（免除の「扱い」が場合によっては異なり得る）問題と密接に関連する（ないしその前提となる）論点として、日本刑法の場所的適用範囲がそもそも及ぶのか否かという問題がある。すなわち、（国際的武力紛争における）戦争犯罪に該当しうる行為は（ジュネーヴ諸条約の重大な違反行為に該当する限り）刑法四条の二で対処しうるとしても、（上述のような、国外で外国軍人によって外国人に対して行われた）通常犯罪行為にも——たとえば B G H の以前の判例で認められた「付随的管轄」⁽¹⁰⁾の法理等を援用し——刑法の適用を及ぼしうるのが疑問である。この（究極的には、純代理処罰主義等に関する規定をもたない日本刑法の国外犯処罰規定の間隙にかかわる）問題は、本稿の検討の射程を超えるが、免除の問題がさまざまな領域に波及しうることに留意する必要がある。

以上のように、中核犯罪に関する国際刑罰権の間接実施と事後的免除の問題は、日本が中核犯罪の国際的な訴追・処罰のネットワークにより積極的に参画する上で、決して看過できない問題である。折しも、日本版「国際

刑法典」の制定⁽¹¹⁾や日本版マグニツキー法（人権侵害制裁法）の制定、ジェノサイド条約への加入⁽¹²⁾などを求める声が国会の内外で高まり、重大な人権侵害に対する国際的な包圍網の構築に向けて、各国と足並みを揃えることが日本でも具体的な政策課題として浮上しつつある。今後は、各課題の解決・実現に向けて、専門的な見地からの議論が求められるであろう。本稿がその一助となれば幸いである。

- (1) その概要につき、西田道成・依田和彩「ジェノサイド条約 国内法の壁」読売新聞二〇二一年五月二十九日付朝刊 一頁など参照。さらに、近時の動向として、二〇二一年一月一日、第二次岸田内閣の組閣にあたり、内閣総理大臣補佐官（国際人権問題担当）のポストが新設されたことが注目に値する。
- (2) フィリップ・オステン「国際刑法における『中核犯罪』の保護法益の意義——ICC規程批准のための日本の法整備と刑事実体法規定の欠如がもたらすものを素材として——」慶應義塾大学法学部〔編〕『慶應の法律学 刑事法——慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集』慶應義塾大学出版会（二〇〇八年）所収二二七頁以下、同「東京裁判における犯罪構成要件の再訪——初期国際刑法史の一断面の素描——」法学研究八二巻一号（二〇〇九年）三一五頁以下、*Jeschek/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, S. 123（邦訳として、西原春夫〔監訳〕『イエシエック・ヴァイゲント ドイツ刑法総論〔第五版〕』成文堂（一九九九年）七九—八〇頁〔新倉修翻訳〕、*Werte/Jelberger, Völkerstrafrecht*, 5. Aufl. 2020, Rn. 97-99; *Kreß, International Criminal Law*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2009, para. 10.
- (3) *Werte/Jelberger* (Fn. 2), Rn. 303-306, 363.
- (4) *Werte/Jelberger* (Fn. 2), Rn. 800, とりわけ、侵略犯罪は、その定義上、国家による侵略行為が行われることが前提とされているため（国際刑事裁判所規程八条の二）、必然的に、国家による関与が必要となる。
- (5) もっとも、その人的範囲（人的免除の享有主体となりうる者の範囲）をめぐる争いがある。詳しくは、坂巻静佳「政府職員の外国の刑事管轄権からの免除」法律時報九〇巻一〇号（二〇一八年）四八—四九頁参照。
- (6) 人的免除に関するリーディングケースである国際司法裁判所（ICJ）のいわゆる逮捕状事件判決（コンゴ民主

共和国対ネルキー、ICJ, Judgment of 14.2.2002 - 837 - ICJ, Reports 2002, p. 24 para. 58) では、現職の外務大臣につき、国際法上の犯罪（戦争犯罪および人道に対する犯罪）についても他国の刑事裁判権からの人的免除が肯定されると判示された。

(7) 坂巻（前掲注5）五〇—五一頁参照。

(8) 上の区別（類型化）については Mücko StGB/Ambos, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, Vor. § 3 Rn. 105 ff.; Ambos, Anmerkung zu Urteil vom 28. Januar 2021, StV 2021, S. 557; Werle/Jelberger (Fn. 2), Rn. 809 ff. 参照。

(9) BGH, Urt. v. 28.1.2021 - 3 StR 564/19 (=BGH NJW 2021, 1326).

(10) *Suffering*, Das Völkerstrafrecht auf der Kippe?, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 16.1.2021 <https://www.faznet/einspruch/vor-ogh-urteil-das-voelkerstrafrecht-auf-der-kippe-17149505.html> (alle Links wurden zuletzt am 28.3.2021 abgerufen).

(11) Völkerstrafgesetzbuch vom 26. Juni 2002 (BGBl. I S. 2254), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 22. Dezember 2016 (BGBl. I S. 3150). ドイツ国際刑法典は、二〇二二年六月に制定二〇周年を迎える。同法典の邦訳（全訳）として、フィリップ・オステン＝久保田隆「ドイツ国際刑法典全訳（関連規定含む）——二〇一七年一月一日現在」法学研究九〇巻四号（二〇一七年）三七頁以下がある。同法典の起草過程における議論やその条文内容・目的については、既に日本でも広く紹介されている。たとえば、フィリップ・オステン「国際刑事裁判所規程と国内立法——ドイツ『国際刑法典』草案を素材として」ジュリスト一二〇七号（二〇〇一年）一二六頁以下。

(12) もっとも、ICC規程上、締約国には、対象犯罪を中核犯罪として、犯罪化する義務はおろか、通常犯罪として犯罪化する義務すらも課されているわけではない。ICC締約国が負う義務について詳しくは、真山全「国際刑事裁判所の対象犯罪と国内的対応」法律時報七九巻四号（二〇〇七年）三一頁以下参照。

(13) 上記の世界主義に関する規定と密接に関係する規定として、ドイツ刑事訴訟法一五三条fがあり、これらの規定を通じて、ドイツとの連結点を有しない国外犯の訴追については、ドイツの刑事司法には（あくまで）補完的な役割が与えられているにすぎない点に留意する必要がある。この点、フィリップ・オステン＝久保田隆「ドイツ国際刑法典の現状と課題——近時の動向を中心に——」法学研究九〇巻四号（二〇一七年）四頁参照。

- (14) *Werte*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 28. Januar 2021, JZ 2021, S. 732 参照。
- (15) これらの裁判例に「*Burghardt*, Zwischen internationaler Solidarität und „not in my backyard“. Eine Bilanz der bisherigen Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen auf der Grundlage des VStGB, KJ 2018, S. 21 ff.; *Ritscher*, Aktuelle Entwicklung in der Strafverfolgung des Generalbundesanwalts auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts, ZfS 2019, S. 589 ff.; オステン＝久保田（前掲注13）ハ一一八頁を参照。さらに、二〇二一年一月三〇日、フランクフルト上級州裁判所において、IS（イスラミック・ステート）の構成員によるヤジデイ教徒に対する虐殺行為に関して（国際刑法典六条の）ジェノサイド罪が初めて適用され、終身自由刑が（世界に先がけて）言渡された」とも注目される（OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 30.11.2021 - 5-3 StB 1/20 - 4 - 1/20）。
- (16) ルワンダ解放民主軍（FDLR）の指導者に対して上官責任の成否が争われた事件と「*W*」BGH, Beschl. v. 17.6.2010 - AK 3/10 (=BGHSt 55, 157); BGH, Urt. v. 20.12.2018 - 3 StR 236/17 (=BGHSt 64, 10) がある。同事件に関して詳しくは、横濱和弥『国際刑法における上官責任とその国内法化』慶應義塾大学出版会（二〇二一年）二六五―二六六頁参照。
- (17) なお、国際刑法典制定後の初期の数年間、ドイツ連邦検察庁（G B A）による捜査（ないし予備的調査）の段階では、告発を受けた外国の政府高官（現職首相や大臣等）の一部について、ドイツの裁判権からの免除を理由に捜査が打ち切られた（ないし捜査不開始が決定された）例があるとされているが、これらの事例はおそらく（事項的免除ではなく）いわゆる人的免除（*Immunität ratione personae*）に関するものであったと思われる。少なくとも、これらの事例においても免除が争点として正面から論じられることはなく、むしろドイツによる訴追の（行為地国や被疑者国籍国の刑事管轄権に対しての）補充的性質（*Subsidiarität*）が打ち切り等の主たる理由とされていた。米国・ラムズフェルド元国防長官に関する刑事告発に対して二〇〇五年二月に連邦検察庁が下した手続打ち処分につき、*Generalbundesanwalt*, Keine deutschen Ermittlungen wegen der angezeigten Vorfälle von Abu Ghraib/Irak, JZ 2005, S. 311 f. を参照。このほか、*Keller*, Das Völkerstrafgesetzbuch in der praktischen Anwendung: Eine kritische Bestandsaufnahme, in: *Jelberger/Geneuss*, (Hrsg.), Zehn Jahre Völkerstrafgesetzbuch, Bilanz und Perspektiven eines „deutschen Völkerstrafrechts“, 2013, S. 141 ff. (141-148); *Werte/Jelberger* (Fn. 2), Rn. 496 を参照。

(18) この、国際的にも注目を集めている裁判の概要に関する邦文献として、久保田隆「コブレントツ高裁におけるシリア・アサド政権元幹部らに対する裁判」Die Brücke 架け橋七一四号 (二〇二〇年) 五頁参照。なお、公判手続は途中から分離され、被告人二名のうち一名 (Eyad A.) については、人道に対する犯罪の補助につき四年六月の自由刑が言渡された (OLG Koblenz, Pressemitteilung v. 24.2.2021, <<https://olgkojustiz.rlp.de/de/startseite/detail/news/News/detail/urteil-gegen-einen-mutmasslichen-mitarbeiter-des-syrischen-geheimdienstes-wegen-beihilfe-zu-einem-ver/>>)。同判決におおつて、コブレントツ上級州裁判所は、刑事訴訟障害 (Strafverfolgungshindernisse) の有無を検討するなかで、その前月に言渡された本 BGGH 判決を引用しながら、免除を否定した (OLG Koblenz, Urt. v. 24.2.2021 - 1 StE 9/19, S. 190)。このことから、本 BGGH 判決がドイツの国際刑事法実務においてすでに先例的効力を發揮していることを看取することができよう。さらに、もう一名の被告人である諜報機関の元大佐 (Anwar R.) についても、二〇二二年一月二三日、人道に対する犯罪および謀殺罪等に基づいて終身自由刑が言渡された (OLG Koblenz, Urt. v. 13.1.2022 - 1 StE 9/19)。

(19) ほかに、中核犯罪を行ったとされる外国軍人に関する近時の事例として、イラク軍の元兵士に対して戦争犯罪に基づいて有罪判決が言渡された事件 (OLG Stuttgart, Urt. v. 11.1.2018 - 6 - 32 OJs 9/17 (=StV 2018, 746))、シリア空軍の情報機関の長に対して人道に対する犯罪および戦争犯罪に基づいて逮捕状が発付された事件 (TRIAL INTERNATIONAL, JAMIL HASSAN, 22.3.2019, <<https://trialinternational.org/latest-post/jamil-hassan/>>)、カンビア国軍の元軍人が人道に対する犯罪の嫌疑で逮捕・勾留された事件 (Generalbundesanwalt, Pressemitteilung v. 16.3.2021, <<https://www.generalbundesanwalt.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/aktuelle/Pressemitteilung-vom-16-03-2021.html?nn=478184>)、などがある。

(20) 免除が争点化した経緯については、報告するものとして、Haneke, Bundesgerichtshof urteilt zur Staatenimmunität, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 28.1.2021 <<https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/auslaendische-kriegsverbrechen-bundesgerichtshof-urteilt-zur-staatenimmunitaet-17170052.html>>。そして、Frank Barthle, Immunitätsschutz fremdstaatlicher Funktionsträger vor nationalen Gerichten. Eine Zerreißprobe für das moderne Völkerstrafrecht?, ZStW 133 (2021), S. 236 を参照。なお、同論稿の英語版として、Kreis/Frank/Barthle, Functional Immunity of

Foreign State Officials Before National Courts: A Legal Opinion by Germany's Federal Public Prosecutor General, JICJ 19 (2021), pp. 697 et seq. 『外務省』『Epi』 No Functional Immunity for Crimes under International Law before Foreign Domestic Courts. An Unequivocal Message from the German Federal Court of Justice, JICJ (2021) にも判決文の抄訳および評釈が掲載されている。

- (21) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 10.
- (22) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 3.
- (23) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 4.
- (24) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 5.
- (25) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 6.
- (26) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 7.
- (27) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 8.
- (28) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 9.
- (29) OLG München, Urt. v. 26.7.2019 – 8 St 5/19 (=BeckRS 2019, 52732).
- (30) OLG München, BeckRS 2019, 52732, Rn. 116-128.
- (31) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 1.
- (32) 判決原文では「機能的免除」(funktionelle Immunität)の語が用いられているが、*ratione materiae* (事物・事項の性質)による免除と同義で用いられるため、日本の講学上の一般的用語法にならい「事項的免除」と訳出した。
- (33) 判決原文では「主権享有主体」(Hoheitssträger)とあるが、邦文献では「政府職員」や「公務員」の語が主に用いられていることに鑑み、それと同義の「公的資格保持者」と訳出した。坂巻(前掲注5) 四七頁以下、同「人道に対する犯罪」条文草案における政府職員の外国の刑事管轄権からの免除とアムネステイ「国際法外交雑誌」一九巻四号(二〇二一年)二六頁以下、稲角光恵「外国刑事管轄権からの公務員の免除―国際犯罪は例外となるか―」金沢法学五五巻二号(二〇一三年)一五五頁以下も参照。
- (34) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 11.

- (35) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 12. なお、判決原文にはカッコ書きで注が付されているが、訳出にあたっては、原則として削除する「ふたつ」適宜、脚注に記載するにとどめた（以下同様）。
- (36) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 13.
- (37) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 12.
- (38) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 14.
- (39) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 15.
- (40) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 16.
- (41) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 17.
- (42) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 18.
- (43) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 19.
- (44) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 20. 「ふたつ」第二次世界大戦後の国連戦争犯罪委員会の報告書も引用されている（United Nations War Crimes Commission [UNWCC], Law Reports of Trials of War Criminals VII, pp. 1 et seq., 23 et seq.; XIII, pp. 70 et seq.; XIV, pp. 23 et seq.）。
- (45) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 21. ドイツの市民が犯す犯罪を判決でどう扱うか、BGH, Urt. v. 21.5.2015 - 3 StR 75/14 (=1Z 2016, 103; BeckRS 2015, 126410); OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 29.12.2015 - 4 - 3 StE 4/10 4 - 1/15 (=BeckRS 2016, 515) を参照。また、後藤啓介「シエノサイドにおける『行為支配』と『破壊する意図』——ドイツ連邦通常裁判所ルンボロンク事件判決 (BGH, Urteil des 3. Strafsenats vom 21.05.2015 - 3 StR 575/14 -) を契機として——」
 亜細亜法學五十二巻一号（二〇一七年）一七四頁以下も参照。
- (46) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 22.
- (47) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 23.
- (48) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 24. ICC 規程二七条参照。
- (49) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 25. 「ふたつ」引用された ICC の判例は「ICC, Judgment of 6.5.2019 - ICC-02/05-01/09 (AC) (Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal ["Jordan Appeal Judgment"]), para. 113.」

- シール事件に関する邦文献として、竹村仁美「国家元首の免除」論究ジュリスト三七号（二〇二一年）六二頁以下、岡田陽平「公的資格は無関係か——現職国家元首に対する逮捕状発付にみる国際刑事裁判所と国連安全保障理事会の関係」法律時報九三巻七号（二〇二一年）三四頁以下、および、妻木伸之「国際刑事裁判所によるコア・クライムの訴追と公的地位に基づく免除——バシール大統領の逮捕・引渡の拒否をめぐる国際刑事裁判所の一連の決定を題材に——」白門六八巻四号（二〇一六年）七六頁以下なども参照。
- (50) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 26.
- (51) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 34. かつ、前述のルワンダの市長に対するBGH判決（前掲注45）が再び引用されている。
- (52) 国連国際法委員会（ILC）は、二〇〇七年七月、政府職員等の外国の刑事裁判権からの免除というテーマを作業プログラムに採用し（Yearbook of the International Law Commission 2007, Vol. II Part 2, para. 376 参照）、その後、定期的なこれに取り組んできた。二〇一九年のILC第七一会期における審議の概要については、国際法委員会研究会「国連国際法委員会第七一会期の審議概要」国際法外交雑誌一一八巻四号（二〇二〇年）九〇—九二頁（安田侑樹）を参照。二〇二一年の第七二会期については、ILCのウェブサイトを（<https://legal.un.org/ilc/guide/4.2.shtml>）を参照。なお、坂巻（前掲注5）も参照。
- (53) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 35.
- (54) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 38. その根拠として、BGHは主に次の文献を挙げている：MüKo StGB/Ambos, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, Vor § 3 Rn. 135 ff.; *Werte/Jebberger* (Fn. 2), Rn. 811; *Ambos/Kreb*, Rome Statute of the International Criminal Court: Article-by-Article Commentary, 4th ed. 2022, Art. 98 mn. 31; Trifflerer/Ambos/*Burchard*, Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, 3rd ed. 2016, Art. 27 mn. 16; *Folz/Sophe*, Zur Frage der Völkerrechtmäßigkeit von Haftbefehlen gegen Regierungsmitglieder anderer Staaten, NSZ 1996, S. 578 f.; *Talmon*, in: Paulus, Internationales, nationales und privates Recht: Hybridisierung der Rechtsordnungen? – Immunität, 2014, S. 324 ff.; *Tomuschat*, in: Paulus, aa.O., S. 405; *Mettraux/Dugard/du Plessis*, Heads of State Immunities, International Crimes and President Bashir's Visit to South Africa, International

- Criminal Law Review 18 (2018), pp. 577, 593 et seq.; Cassese et al., Cassese's International Criminal Law, 3rd ed. 2013, pp. 240 et seq.; Pedretti, Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes, 2013, pp. 190, 307 et seq.; Kreicker, Völkerrechtliche Exemtionen. Grundlagen und Grenzen völkerrechtlicher Immunitäten und ihre Wirkungen im Strafrecht, 2007 (*passim*).
- (55) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 39.
- (56) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 40. ヲリドハ国際司法裁判所 (ICJ) のつわゆる逮捕状事件判決 (前掲注 6, ICJ, Judgment of 14.2.2002 - 837 - I.C.J. Reports 2002, pp. 20-21 para. 51) も参照されよう。
- (57) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 48.
- (58) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 49. ヲリドハ 謀殺罪 (ドイツ刑法典二二一条) とシモノサイド罪 (同法二二〇条 a) の幫助等との観念的競合が認められた BGH, Beschl. v. 21.2.2001 - 3 StR 244/00 (= NJW 2001, 2732) のほか、国際刑法典制定時の法条理由書 (BT-Drs. 14/8524, S. 12) も引用されよう。
- (59) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 13, 16.
- (60) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 23, 35.
- (61) 同様に、Krebs, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 28. Januar 2021, NJW 2021, S. 1335 も、免除の否定の射程にこのキ「すべての狭義の国際刑法犯」すなわち「可罰性が一般的な国際慣習法に直接根拠している犯罪のすべてにまば及ぶ」というべきである。
- (62) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 18, 21, 24-34.
- (63) ヲリドハ Kreß (Fn. 61), S. 1335 のほか、Jelberger/Epik, Immunität für Völkerrechtsverbrechen vor staatlichen Gerichten - zugleich Besprechung BGH, Urt. v. 28. Januar 2021 - 3 StR 564/19, JR 2022, S. 14 を参照。この点、Ambos, StV 2021 (Fn. 8), S. 557 も、免除が否定される射程にこのキ「戦争犯罪以外の」上記の二つの中核犯罪の重大性が、通常、戦争犯罪のそれを超えることに鑑み、「自ずとすべての中核犯罪に及ぶ」とする。なお、Merle (Fn. 14), S. 733 は「本判決ではすべての中核犯罪の「同価値性 (Gleichwertigkeit)」(すなわち、免除との関係において、すべての中核犯罪が同等に扱われること) が「暗黙的」に示唆されているとする。

- (65) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 48.
- (66) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 23, 35.
- (67) *Werte* (Fn. 14), S. 735; *Kreß* (Fn. 61), S. 1335; *Jebbinger/Epik* (Fn. 63), S. 14 f. 41 判決の国内外への波及効をめぐり国際慣習法に鑑み、下位の公的資格保持者に限定すべきであるとみなした点に関する。⁹⁰
- (68) *Kreß* (Fn. 61), S. 1335 を参照。⁹¹
- (69) 連邦検事総長および連邦検察庁上級検事（本件公判担当）による本件判決を扱った共著論稿 *Frank/Barthe* (Fn. 20), S. 238-242 を参照。⁹²
- (70) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 11, 49, 60.
- (71) *Kreischer* (Fn. 54), S. 1243 ff. 参照。⁹³
- (72) *Kreischer* (Fn. 54), S. 1244 m.w.N.
- (73) RGSSt 17, 51, 54 [1888]; *Schütze*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts auf Grund des Reichsstrafgesetzbuches, 1871, S. 56.
- (74) *Beling*, Strafrechtliche Bedeutung der Extraterritorialität, 1896, S. 64 ff., 90 ff.
- (75) *Kreischer* (Fn. 54), S. 1247.
- (76) *Beling* (Fn. 73), S. 82 f.
- (77) *Beling* von *Liszt/Schmidt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl. 1927, S. 106-107, 137-138 („persönlicher Strafausschließungsgrund“); *Blöy*, Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, 1976, S. 38 ff., 53 ff.; *Schönke/Schröder/Eser*, StGB, 26. Aufl. 2001, Vor § 3 Rn. 44.
- (78) *Beling* LK StGB/*Werte/Jebbinger*, Bd. 1, 13. Aufl. 2019, Vor § 3 Rn. 393 ff.; *MüKo StGB/Ambos*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, Vor § 3 Rn. 105 ff., 126; *Schönke/Schröder/Eser/Weißer*, StGB, 30. Aufl. 2019, Vor § 3 Rn. 72; *Jeschek/Wengend* (Fn. 2), S. 190 (邦記ドイツ) 西原〔譯記〕〔前掲注 9〕 一三七頁〔李海東翻訳〕⁹⁴。
- (79) 1) 5点 *Oehler*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 1983, S. 363 (Rn. 529) をめぐり森下忠『国際刑法の潮流』成文堂（一九八五年）九七頁以下・一三〇頁を参照。⁹⁵

- (79) *Oehler* (Fn. 78), S. 362 (Rn. 528).
- (80) 前掲注(77)で挙げた文献のほか *Kreischer* (Fn. 54), S. 1254 (dort Fn. 38) m.w.N.
- (18) RGSt 52, 167 [1918]; BGHSt 14, 137, 139. (=NJW 1960, 1116); BGHSt 32, 275, 276 (=NJW 1984, 2048, 2049); BVerfGE 96, 68, 95 (=NJW 1998, 50, 56).
- (82) たとえば、井田良『講義刑法学・総論(第二版)』有斐閣(二〇一八年)六六頁、前田雅英『刑法総論講義(第七版)』東洋大学出版会(二〇一九年)七五頁。
- (83) 免除享有者についても刑法の適用自体が排除されるわけではない点に鑑みれば、免除を刑法の(人的)「適用範囲」の問題として論じることが、厳密に言えば妥当ではないといえるかもしれない。この点、松宮孝明『刑法総論講義(第五版補訂版)』成文堂(二〇一八年)三七頁も参照。
- (84) 井田(前掲注82)六六頁(「これらの者(免除享有者)については刑法の適用があり、犯罪自体は成立する」)参照。なお、高橋則夫『刑法総論(第四版)』成文堂(二〇一八年)四七頁は、免除の場合に「例外的に日本刑法は適用されない」としながらも、外国元首や外交官について訴訟障害とみるので、結局のところ刑法の適用を前提としていると思われる。
- (85) 莊子邦雄『刑法総論(第三版)』青林書院(一九九六年)四六頁以下。
- (86) たとえば、高橋(前掲注84)四七―四八頁、前田(前掲注82)七五頁。
- (87) たとえば、松宮(前掲注83)三七頁、大塚仁ほか(編)『大コンメンタール刑法(第三版)第一卷』青林書院(二〇一五年)七六―七七頁(古田佑紀「渡辺咲子」)。
- (88) 山中敬一『刑法総論(第三版)』成文堂(二〇一五年)一一九―一二〇頁および大谷實『刑法講義総論(新版第五版)』成文堂(二〇一九年)五一九―五二〇頁は、天皇と国務大臣について訴訟障害として捉える一方、国会議員については人的処罰阻却事由とする。それに対して、川端博『刑法総論講義(第三版)』成文堂(二〇一三年)七八―七九頁は、国務大臣については訴訟障害の問題とする一方で、天皇および国会議員については人的処罰阻却事由が存在すると述べている。
- (89) 井田(前掲注82)六六頁(「それぞれの理由から人的処罰阻却事由が認められて刑罰権が発生しないか、または、

- 単に手続法上、訴追が制約されているに過ぎない)、浅田和茂・井田良(編)『新基本法コンメンタール刑法(第二版)』日本評論社(二〇一七年)一四頁(辰井聡子)〔処罰ないし訴追の制約がある〕。これらの見解は、上述のドイツの議論の分類にしたがえば、④(折衷説)にあたりと評しうるかもしれない。
- (90) 森下(前掲注78)一二七頁以下、同『新しい国際刑法』信山社(二〇〇二年)三八―三九頁、西田典之ほか(編)『注釈刑法 第一巻 総論 §§1~72』有斐閣(二〇一〇年)三四頁(高山佳奈子)、山中(前掲注88)一二〇頁、高橋(前掲注84)四八頁、大塚ほか(編)(前掲注87)七六―七七頁(古田・渡辺)、大谷(前掲注88)五二〇頁。
- (91) 大判大正一〇・三・二五刑録二七輯一八七頁参照。
- (92) この点、国際司法裁判所(ICJ)も、ベルギー逮捕状事件(前掲注6)において、免除は実体法上の個人の刑事責任にかかわる問題ではなく、訴追の障害を根拠づける手続法上の概念であると判示したこと(ICJ, Judgment of 14.2.2002 - 837 - ICJ Reports 2002, p. 25 para. 60, 坂巻(前掲注5)五一頁も参照)、事項的免除については公的資格保持者の所属国による援用が必要(裏を返せば、実体法上は可罰性が生じているのであり、免除が援用された場合にのみ訴追が不可能となる)との見解があること(争いあり。坂巻(前掲注35)三二頁参照)が示唆的であると思われる。
- (93) 外国軍人のうち、日本が地位協定を締結している米国の軍人については、日米地位協定(日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第六条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定)によって規律されることになる。詳しくは、黒崎将広ほか『防衛実務国際法』弘文堂(二〇二一年)一六―一七頁(黒崎将広)、岩沢雄司『国際法』東京大学出版会(二〇二〇年)二二五頁など参照。
- (94) 国際法の一般規則(国際慣習法) または国際合意等に基づいて免除が認められる者については、ドイツの裁判管轄権からも免除されるとする規定。
- (95) 国際法の一般規則(国際慣習法) がドイツ連邦法の一部をなし、法律に優位することを定めた規定。
- (96) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 12.
- (97) 岩沢(前掲注93)五三八頁など参照。

- (98) BGH NJW 2021, 1326, Rn. 35-37.
- (99) UN Doc A/72/10 (2017), p. 176 (<https://legal.un.org/icc/reports/2017/english/chp7.pdf>). ILC 暫定条文章案七条をめぐる論争については、坂巻(前掲注5) 五一―五二頁参照。
- (100) ILCの人道に対する犯罪条文章案について詳しくは、広見正行「国際法委員会『人道に対する犯罪の防止および処罰に関する条文章案』の歴史的意義と将来的課題」国際法外交雜誌 一一九卷三号(二〇二〇年) 七一頁以下、東澤靖「人道に対する犯罪に関する防止及び処罰に関する条文章案―国際法委員会の第二説会を終えて―」明治学院大法学研究一〇八号(二〇二〇年) 八五頁以下。その他、竹村仁美「人道に対する犯罪の法典化の系譜」法律時報九〇巻一〇号(二〇一八年) 二九頁以下も参照。
- (101) その後、国連総会第六委員会へと舞台を移したものの、結論が出ず、二〇二一年秋に開催予定の第七六回会期において再度審議される予定である。国連ウェブサイト第六委員会第七六回会期のページを参照(https://www.un.org/en/ga/sixth/76/76_session.shtml)。
- (102) 人道に対する犯罪条文章案をめぐる審議における免除の取り扱いにつき詳しくは、坂巻(前掲注33) 二六―二九頁、Krebs/Gariban, Laying the Foundations, Concluding Observations, JICJ 16 (2018), pp. 938-948 参照。
- (103) その経緯について詳しくは、中内康夫「我が国の国際刑事裁判所(ICC)加盟と今後の課題―国際刑事裁判所に関するローマ規程」立法と調査二六六号(二〇〇七年) 二二頁以下、正木靖「日本と国際刑事裁判所」村瀬信也・洪恵子(編)『国際刑事裁判所(第二版)』東信堂(二〇一四年) 所収三五頁以下など参照。
- (104) BGH NJW 2021, 1326, Rn. 48.
- (105) 刑法の場所的適用範囲に関しても同様の論点が提起されうる。本事件の原審は、戦争犯罪については世界主義(国際刑法典一条一文)、通常犯罪については、純代理処罰主義(ドイツ刑法典七条二項二号)を根拠として挙げているのに対し(OLG München, BeckRS 2019, 52732, Rn. 113-115)、BGHは、戦争犯罪と通常犯罪とで法的根拠を区別することなく、それらすべてについて後者・純代理処罰主義の規定で足りるとしている(BGH NJW 2021, 1326, Rn. 61)。これに加えて世界主義の規定の適用もあつたのか否か、および、それに伴って(通常犯罪に関する)付随的管轄(Annexkompetenz)が生じるのか否かについては判断が見送られている(BGH, aaO)。

- (106) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 49 ♪ 参照。
- (107) 同様の見解を示すものとして、*Jelberger/Epik* (Fn. 63), S. 15 および *Epik*, *supra* note 20, p. 16 を参照。
- (108) 国際（慣習）法上、戦争犯罪に該当しうる行為のうち、「既存の刑法等では処罰することができない行為類型」（大河原昭博「ジュネーブ諸条約第一追加議定書／第二追加議定書」ジュリスト一二七五号（二〇〇四年）一〇一頁）については、二〇〇四年に成立した「国際人道法の重大な違反行為の処罰に関する法律」（国際人道法違反処罰法）によって立法手当が施され、同法三条から六条までの四つの犯罪類型が新設された。これら四類型を除けば、日本刑法には、中核犯罪に特化した処罰規定は存在しない。
- (109) 他方で、武力紛争との関連において行われた（すなわち、国際人道法によって規律される）行為であって、国際人道法上適法なものに関しては、日本刑法上も正当行為として違法性が阻却されると考えられるため（久保田隆「自衛官による加害行為と刑法三五条に基づく違法性阻却——防衛出動等における武力の行使を中心に——」法学政治学論究一二〇号（二〇一九年）一三九—一四六頁参照）、仮に免除が否定され、訴追・処罰が可能であっても、実体法上不可罰であるから、この問題を論じる意義は乏しい。
- (110) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 61. 付随的管轄については、前掲注(105)も参照。
- (111) 二〇二〇年四月三日、学者・国会議員・弁護士らからなる「国際刑事法典の制定を求める会」によって「国際人道法違反を裁けない日本の法体系を考える集い」が衆議院第二議員会館で開催され、「国際人道法及び国際人権法の違反行為の処罰等に関する法制度について（骨子案）」が公表された。なお、「集い」においては、共著者・オステンに於て「コメント」（<https://doi.org/10.3848/4214-aa63-bb730b273900.filesusr.com/ugd/790b3e-73132ee20c3c4ac985f5aca9e2c40ac.pdf>）（コメント改訂版）が共著者・久保田によって代読された。日本版「国際刑法典」制定に向けた動きについて詳しくは、「求める会」のウェブサイト（<http://kokusaikeijihou.org/>）も参照。
- (112) これらについては、西田＝依田（前掲注一）および *Osten*, *Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Japan – vom Tokioter Prozess zu den Draft Articles*, in *Jelberger/Vormbaum/Burghardt* (Hrsg.), *Festschrift für Gerhard Werle*, 2022 (im Erscheinen) ♪ 参照。