

伝統的国際法の国内法補足的性質について

——武力紛争法・国際人道法を例として——（三・完）

鈴木 淳 一

目次

はじめに

第一章 国際法の間接執行とその前提としての国内法の実効性

第二章 伝統的な武力紛争法・国際人道法の前提としての国内法

——国内法による間接執行の根拠と国際法におけるヴァットレルの伝統——（以上、四九号）

第三章 国家の完全性の規範的根拠——個人の不完全性の克服

第四章 伝統的国際法の役割としての国内法の補足（以上、五二号）

第五章 国内法補足的な伝統的国際法の限界

おわりに

（以上、本号）

第五章 国内法補足的な伝統的國際法の限界

(1) 第一章から第四章において、⁽¹⁾ 伝統的國際法が国家の完全性を想定しており、個人の規律の観点からすれば純一性・一貫性に欠ける不完全な規範であるため、その機能が国内法を補足するという限定的なものであることを示した。本章では、従来の国内法による國際法の間接執行が十分に機能しない新しい状況を説明し、それが国家の完全性の限界を示唆するものであることを明らかにする。

(2) 第三章で既に論じた通り、伝統的國際法が予定している国内法を通じた國際法による間接執行が機能するために、一定の条件が必要となる。すなわち、国家が国内法を通じて國際法上の義務を誠実に履行し、そのような各国の間接執行が一貫して普遍的に行われることである。そのためには、国家の完全性を支える二つの要素である①実力行使の国家による独占と、②国家の代表性の独占と個人の国家への服従という二つの原則が、従来予定されたように機能していることが前提となる。

(3) もっとも、今日では、このような条件が満たされず、従来の間接執行が十分に機能しない新しい状況が生じている。このような間接執行が機能しない状況を、国家による個人支配の実効性の有無を基準として分類すれば、(A) 国家が個人に対する実効的支配を確保しているにもかかわらず、個人を処罰する意志に欠ける場合 (unwillingness) と、(B) 国家による個人の支配が事実上又は国内法上実効的でなくなり、その能力に欠ける場合 (inability) とに大きく二分できる。⁽²⁾

前者の個人を処罰する国家の意志が欠如している場合としては、(A¹) その国家にとって個人処罰よりも国家

利益が優先する場合、そして、(A^{II}) 国家自らが犯罪を犯す場合とが考えられる。このような状況下では、国際法の要請と国内法の要請とが抵触し、法の名宛人である個人はジレンマに陥ることとなるが、多くの場合、個人は国際法よりも国内法を尊重する傾向がある。

また、後者の国家による個人の支配が実効的でなくなる場合としては、(B^I) 国内法秩序に起因する問題から国際法の間接執行が機能不全となる場合、さらに、(B^{II}) 国家の失敗の場合があげられる。以下、これらの要素を順次検討する。

一 個人を処罰する意志に欠ける場合(1) — 国家利益が優先する場合

(1) 国家が自己の利益になる限りにおいて国際的利益に貢献するものであるとすれば、①国際社会の価値の実現が自国の利益とならない場合は、その実現に消極的となるであろうし、さらに、②自らの国益と深刻に対立する国際社会の利益を実現することを、国家は拒むこととなろう。武力紛争法・人道法の分野では国益が特に強調されるため、これはより深刻な問題となる。⁽³⁾

国家利益が国際社会の利益に優先すると判断したとき、国内法廷は行政府の判断を優先したり、又は、そもそも司法府としての判断を回避したりすることがある。⁽⁴⁾ 同様の目的のために利用し得る他の法的技術として、統治行為論 (political question, acte de gouvernement, Regierungssakt)⁽⁵⁾ や恩赦 (pardon, Begnadigung)⁽⁶⁾ がある。たとえば、ベトナム戦争中、アメリカ合衆国 (以下、アメリカ) によるベトナムへの介入が国際法に違反していることに基づき、様々な理由で、アメリカ市民が同国の裁判所へ訴えたが、それらは、統治行為を理由として退けられた。⁽⁶⁾ また、ベトナム戦争中に約一〇〇名のベトナム住民を殺害したというミライ (ソンミ) 事件 (My Lai incident)⁽⁷⁾ に

関する裁判でその責任を問われて懲役を命じられたキャリー中尉 (Lieutenant William L. Calley, Jr.) は、当時のニクソン大統領によって、裁判中も投獄されることなく二審が終わるまで自宅軟禁され、二審が終わって懲役二〇年に減刑された後、恩赦されている。⁽⁹⁾

それゆえ、人権法や人道法の違反に対する国内裁判所による執行は実際には稀であり、それよりも多少頻繁に行われている武力紛争法の裁判であっても、処罰されないままの場合が多々ある。⁽¹⁰⁾

(2) このような公益の優位性を極端に認めた立場にイェリネク (Georg Jellinek) の学説がある。⁽¹¹⁾ イェリネクは、国際法の規範としての性質について、国家は、法的には国家自らの意思に服しているにすぎないという、国家の自己拘束説を提唱した。⁽¹²⁾ この武力紛争法・戦争法への適用が、戦数論 (Kriegsrason) である。⁽¹³⁾ ここで戦数論とは、戦時国際法を逸脱できる正当な事由としての必要ないし緊急な事由のことをいい、戦争の目的達成のためには、戦時慣例を破ることを含む必要なあらゆる行為が許される (Kriegsrason geht vor Kriegsmannier; Necessity in war overrules the manner of warfare) という見解である。⁽¹⁴⁾ この見解に立てば、国際法は国家の便宜によって全く自由に逸脱を許容するものであると考えられる。戦数論のような考え方は、国際法の存在そのものを否定する考え方である。⁽¹⁵⁾

(3) この戦数論の考え方は、決して過去のものではない。現代でも戦数論が復活し得ることの例を、核兵器による威嚇又は使用の合法性に関する国際司法裁判所の勧告的意見の中に見いだすことができる。⁽¹⁶⁾ 以下、同勧告的意見を検討する。

国際司法裁判所は、その結論部分の一〇五パラグラフで、①核兵器を使用する特別の権限は、国際法上存在しない (A項)、②核兵器の使用を禁ずる国際法は存在しない (B項)、③国連憲章二条四項に違反するか又は五一条の

すべての要件を満たしていない核兵器の使用は違法である（C項）、④核兵器の使用は、武力紛争に適用される国際法の要請（特に人道法）や核兵器に関する他の条約上の義務と両立せねばならない（D項）とした上で、⑤「核兵器の威嚇又は使用は、武力紛争に適用される国際法の諸規則、そして、とりわけ人道法の原則および規則に一般的に（generally）違反するであろう。しかしながら、国際法の現状、および裁判所が利用できる事実の諸要素（the current state of international law, and the elements of fact at its disposal）を勘案して、裁判所は、核兵器の威嚇又は使用が、国家の存亡そのもののかかった自衛の極端な事情（extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake）のもとで、合法であるか違法であるかはっきりと結論し得ない」とした（E項）。さらに裁判所は続けて、⑥核軍縮交渉を行いかつ完結させる義務が存在する（F項）と述べている。

（4）この一〇五パラグラフE項をめぐることは、様々な議論が存在する。たとえば、ヒギンズ裁判官（Judge Rosalyn Higgins）は、このE項後段に関する解釈として、裁判不能（non-liquet）を述べたものと理解し、これを批判する。国家存亡の極限状態において法の欠缺を認めるとすれば、本稿の第三章四で述べた「残余的な否定原則」により、当該核兵器の使用の合法性の判断は、それを使用する国家に任せられることとなる。

さらに、国家利益との関係からすれば、ギョーム裁判官（Judge Gilbert Guillaume）の議論が興味深い。⁽¹⁸⁾ ギョーム裁判官は、一〇五パラグラフE項について、次のように述べている。「いかなる法体系であっても、「当該法体系に服する」主体から、自らの存在を自衛しその重要な利益を確保する権利を剝奪することはできない。したがって国際法は、核兵器の使用が国家の存続を確保するための究極的な方法となる場合、同国家から核兵器を使用する権利を剝奪することはできない。当該状況において国家は、あらゆる刑法制度に類似したものが存在する一種の『放

免措置 (excuse absolutoire)』を有する。」と、絶対的な自衛権を提示している⁽¹⁹⁾。しかしながら、このようなE項二文の解釈は、先に説明した戦教論と差異がないことに注目する必要がある⁽²⁰⁾。

この核兵器の使用をめぐる勧告的意見で問題となった国家の存亡がかかる自衛の極限状態こそ、まさに、国家間の法としての実定国際法の極限状態にはかならない。このような実定法の極限状態では、ベジャウイ裁判長 (President Mohammed Bedjaoui) が指摘する通り、国際法上の人道の原則と国家の自己保存権といった国際法の根本的な価値の対立が現れている⁽²¹⁾。しかしながら、もし国際法が国家の「自衛の極限状態」を規律できないとすれば、それらの国々は、自国の自衛を名目として、たとえば人類全体を滅亡させるような権利を獲得することとなる。

(5) この例が示しているように、伝統的国際法は、国家をその存立基盤としてきたため、国家の存亡がかかった限界状況では機能しなくなる。国家の命令に基づいて核兵器を用いて他国の無辜の民を殺害する個人を、国内法が問責することもないであろう⁽²²⁾。そして、伝統的国際法の立場からすれば、このような個人の行為は国家に帰属し、その結果、この行為の帰結に対する責任は国家中心の国際法の中に雲散霧消してしまうのである。これは、国際法の実効性を国家に担保させていることの代償とってよからう。

二 個人を処罰する意志に欠ける場合(2) — 国家による犯罪の場合

(1) 伝統的国際法は、完全な社会である国家が個人の不完全性を補充して社会の共通善を追求するのに最も適した存在であることを、当然の前提としてきた。それゆえ、国家による力の行使とその代表性の独占を認め、国内不干渉を根拠としてその統治について沈黙することで、国家の行為、特に統治に合法性の推定を与えてきた。その結果、政府による少数民族の虐待のような、合法政府が自国民に対して行う行為については、伝統的国際法は見ぬ

振りをして不干渉を装ってきた。⁽²³⁾

しかしながら、国家が外国人又は自らの国民に対して政策として犯罪を行うという国家による犯罪（state crime）が、隠蔽された形で行われることは多々あった。⁽²⁴⁾ たとえば、第二次世界大戦以前でも、一九一五年から一九一六年にかけて、トルコ系アルメニア人がトルコ当局によつて殺害された。⁽²⁵⁾ 第二次大戦中及びその後に行われたものとしては、ナチス・ドイツによるユダヤ人迫害、レーニン・スターリン体制下のソビエト社会主義共和国連邦（以下、ソ連）での殺戮⁽²⁷⁾、一九六五年インドネシアでの殺戮⁽²⁸⁾、共産主義下の中国での弾圧⁽²⁹⁾、カンボジアのクメール・ルーージュによる殺戮⁽³⁰⁾、などをあげることができる。さらに最近では、旧ユーゴスラビアにおける民族浄化⁽³¹⁾、ルワンダでのジェノサイド⁽³²⁾を加えることができる。⁽³³⁾

(2) 個人の規律の観点からこのような国家による犯罪の分析を行うにあたっては、レーリンク（B. V. A. Roling）が行つた戦争犯罪の二つの区別が有用である。⁽³⁴⁾ すなわち、一つは「個人による犯罪（individual criminality）」であり、軍隊としての行動とは無関係に個人が単独で行う戦争犯罪である。たとえば、個人による一般市民の殺害、婦女暴行、私的な略奪などである。もう一つは、「組織的犯罪（system criminality）」と呼ばれる集団による犯罪であり、これは軍事組織全体の扇動あるいは命令に従つて、兵士あるいは将校が行う違法行為をいう。たとえば、軍隊組織として、一般市民に対する組織的な爆撃や大規模な捕虜虐待を行う場合があげられる。

前者の個人による犯罪は一人の人間の暴力衝動の発現であつて、犯罪を行つた個人が属する国家が実効的であれば、その国の軍隊全体に対する信頼が損なわれる不名誉な行為と考えられるため、当該国家の裁判所によつて処罰されることとなる（第二章二を参照）。⁽³⁵⁾ これは国家による実効的統治を前提とした、国家による国際法の間接執行の典型例である。

他方、「組織的犯罪」の場合、犯罪行為が軍隊の指揮系統を利用して行われるため、当該犯罪について、違反者が帰属する国家が処罰することは困難であることが多い。それゆえ、組織的犯罪については、国家による力と代表性の独占という国家統治の実効性が、むしろ犯罪を助長するように機能することとなる。今日の武力紛争法・人道法上の犯罪には、このように国家の政策 (State action or policy) として行われる大規模な組織的犯罪が存在する。⁽³⁶⁾

(3) このような国家による組織的犯罪を、国際法上の犯罪として実際に処罰する重大な契機となったのは、第二次世界大戦であった。⁽³⁷⁾ 第二次世界大戦では、侵略や一般住民・捕虜に対する残虐行為など、ドイツ・日本・イタリアなどの枢軸国による対外的・対内的な実力行使が、連合国から非難された。すなわち、一方では、航空機による大規模な爆撃などの戦争手段の発達により、第一次世界大戦を上回る大量の破壊と殺戮が、合法又は違法な組織的実力行使によってもたらされ、他方、ユダヤ人に対する迫害に代表されるように、枢軸国の領域又は占領地域において残虐で人間性を無視した行為が、捕虜や一般住民に対して大規模且つ組織的に行われた。⁽³⁸⁾ そのため、枢軸国に対しては、戦争中から、これらの行為の責任者に対して処罰を行う旨の宣言が繰り返し返しなされた。⁽³⁹⁾

第二次世界大戦中に行われたこれらの組織的犯罪は、以下の特徴を有した。①これらの組織的犯罪が極めて非人道的なものであったこと、②犯罪の犠牲者は、伝統的国際法が保護の対象としない自国民や無国籍者を含む住民一般であったこと、③犯罪が極めて大規模に行われ、多くの個人が組織的に関与したにもかかわらず、国内法上問責されることは事実上なかったこと、である。

(4) このような国家による組織的犯罪という新しい犯罪に対応するため、戦争終了後に、これらの犯罪に関与した個人を国際法に基づいて裁くことを目的として国際裁判所が作られた。すなわち、一九四五年八月八日の「ヨーロッパ枢軸諸国の主要戦争犯罪人の訴追と処罰のための協定」(ロンドン協定)⁽⁴⁰⁾ 及び国際軍事裁判所条例に

より、ニュルンベルグに国際軍事裁判所 (International Military Tribunal: IMT) (以下、ニュルンベルグ裁判所) が設置された⁽⁴²⁾。また、一九四六年一月一九日の「極東国際軍事裁判所設立に関する連合国軍最高司令官特別宣言」及び極東国際軍事裁判所条例 (連合国軍最高司令官総司令部一般命令第一号)⁽⁴⁴⁾ に基づいて、東京に極東国際軍事裁判所 (International Military Tribunal for the Far East: IMTFE) (以下、極東裁判所) が設置された⁽⁴⁵⁾。これらの裁判所は、政治交渉の偶発的な産物であったが⁽⁴⁶⁾、本稿の関心からすれば、以下のような理論的前提と特徴とを共有していたことが注目される⁽⁴⁷⁾。

① 枢軸国では、指導者の地位にある特定個人又は特定集団が、国家を支配・利用しつつ、国家による組織的犯罪を計画・実行した。それゆえ、これら犯罪行為の法的責任は、国家・国民・民族が負うべきではなく、国家の指導者や犯罪の実行者である個人又は特定集団が負うべきこと (個人責任の原則)。

② 枢軸国の犯罪的行為は、(i) 特定の連合国の領域で行われ当該国内法を用いた裁判が適切である犯罪のほかに、(ii) 侵略など複数の国家若しくは国際社会全体に惨禍を及ぼし、それゆえ連合国が共同して処罰するべき重大な犯罪や、(iii) 他国との関連性を有しない枢軸国の自国民又は無国籍者に対する非人道的な犯罪を含むものであった。それゆえ、(ii) 及び (iii) の犯罪は、個別の国内法廷ではなく、国際法廷において裁判することが望ましいこと (国際裁判の原則)。

③ 枢軸国が占領地域又は自国民に対して行った犯罪は、極めて非人道的であるため、相互主義に基づく従来の戦争犯罪の枠組みを離れて、国際社会全体に対する犯罪を構成し、当該犯罪を犯した者は、国際犯罪人として、国際社会の名の下に処罰されること (国際犯罪の原則)。

個人に対して国際裁判所を通じて国際法を直接適用するこのような立場は、個人の規律を国内法に任せるとい

間接執行を前提とした伝統的国際法の立場に修正を迫るものであった。以下、これらの国際裁判によって表明された①個人責任の原則、②国際裁判の原則、③国際犯罪の原則という一連の諸原則が、伝統的国際法を如何に変容せしめたのかを検討する。

(5) これまで論じてきた通り、個人責任概念は伝統的国際法の中に既に存在していた。しかし、個人による犯罪が国内法廷の管轄権の対象とされてきたことからわかるように、⁽⁴⁸⁾ 伝統的国際法における個人責任概念は、完全な社会である国家が不完全な個人を補完することを前提としていた。⁽⁴⁹⁾ つまり、国家が個人犯罪を実効的に取り締まることは可能であると考え、個人又は国家以外の集団が国家を利用して組織的犯罪を行わせることを想定してはいなかった。⁽⁵⁰⁾ さらに、国家という法人が実力行使と代表性とを独占しているのであるから、⁽⁵¹⁾ 国家による実力行使という国家行為 (act of state) について、政治指導者が個人責任を対外的に負うことは考えられなかった。⁽⁵²⁾ それゆえ、実定国際法においても、個別の戦闘での上官命令 (superior orders) に基づく行為については発令者が責任を負うとの上官命令主義 (又は、上級者責任) ⁽⁵³⁾ がとられ、上官命令に従って戦争犯罪を行った者 (受命行為者) は免責され⁽⁵⁴⁾ た。さらに、元首などの政治指導者は、主権免除 (sovereign immunity) の対象となるため、国際法上責任を問責されることはないと考えられた。⁽⁵⁴⁾

しかし、国家による組織的犯罪こそ、当該犯罪に対する国内法の自浄作用が機能しない場合にほかならない。それゆえ、国家による組織的犯罪を実効的に規律するためには、国家の機関として当該犯罪を計画・決定・実行する自然人又は自然人からなる集団に対して刑事責任を直接に科すことが必要となる。⁽⁵⁵⁾ たとえば、ニュルンベルグ裁判所は、判決の中で次のように述べた。⁽⁵⁶⁾

「国際法に反する犯罪は、人間 (men) によって行われるのであり、抽象的実体 (abstract entities) によつてな

されるのではない。当該犯罪を犯した個人を処罰することをもってのみ、国際法の諸規定を執行することが可能となる。」

ここで注目すべきことは、国家の組織的犯罪を、国家という法人の犯罪としたのではなく、国家機関にあった比較的少数の個人の犯罪にとらえたことである。⁽⁵⁷⁾ それゆえ、これらの裁判では、個人を管轄の対象とし、国家元首であらうとあるいは政府高官であらうとその公務上の地位を問わないこととした。⁽⁵⁸⁾ それゆえ、ニュルンベルグ裁判所は、その判決の中で次のように述べた。⁽⁵⁹⁾

「一定の状況下で国家の代表者を保護する国際法の原則は、国際法によって犯罪として問責される行為に対しては、適用することができない。これらの行為を行った者は、適切な裁判手続による処罰から免れるために、公職の影に隠れることはできない。」

そればかりか、上官が部下の違法行為を黙認し必要な措置をとらない場合、部下の行為につき、上官に責任が負わされるようになった（上官責任）。⁽⁶⁰⁾

他方、ニュルンベルグ裁判所条例と極東裁判所条例は、上官の命令に従って犯罪を実行した場合、それを根拠として刑事責任を免れることはできないとした（ただし、裁判所の判断による減刑は認められた⁽⁶¹⁾）。この上官命令の抗弁の否定によって、国家による組織的犯罪の法的責任を個人に帰属させることが理論的に可能となった。たとえば、ニュルンベルグ裁判所は判決の中で次のように述べた。⁽⁶²⁾

「ヒトラーは、単独では侵略戦争を行うことはできなかった。彼は、政治家・軍の指導者・外交官・実業家からの協力を獲得せねばならなかった。これらの人々は、ヒトラーの目的を知りつつ、ヒトラーに協力したことによって、ヒトラーが開始した計画の当事者となったのである。ヒトラーが彼らを利用していたとしても、彼らは

自らが何をしているのか知っていたのであるから、無罪であるとは考えられない。彼らに職務を命じたのが独裁者であったことは、彼ら自身の行為を免責することにはならない。指導者と受命者の上下関係は、国内法において厳しい上下関係の存在 (tyranny) が組織的犯罪を免責しないのと同様に、本件においても責任を解除するものではない。」

これら第二次世界大戦後の国際軍事裁判所の先例を踏まえて、実定国際法上は上官命令の抗弁による絶対的免責を認めない立場が有力となり、⁽⁶³⁾ 国家機関としての行為であっても個人責任が問われるという個人責任概念が確立した。⁽⁶⁴⁾ この個人責任原則の確立は、伝統的国際法が前提とした「完全な社会としての国家」という考え方や、国家による実力と代表性の独占という考え方に転換を迫るものであったが、その要点は、国家を組織的犯罪に利用する個人が国際法上の責任を負うことであった。

(6) このような個人責任の追及は、伝統的国際法においては、国内法を通じて行われてきた。これに対して、個人処罰を目的とした国際裁判所を設置するべきだという意見は、その交渉過程においてイギリスが反対したにもかかわらず、⁽⁶⁵⁾ 戦争中から表明されていた。⁽⁶⁶⁾ もっとも、個人責任追及のために設置される国際裁判所は、「国際」という言葉にいかなる意味を付与するかによって、理論的には多様な裁判所を意味する可能性がある。⁽⁶⁷⁾ すなわち、①国際法を適用する通常の国内刑事裁判所、⁽⁶⁸⁾ ②占領軍の司令官が有する国際法上の権限に基づいて設置が許される軍事裁判所 (military commission or tribunal)、⁽⁶⁹⁾ ③個々の国家による軍事裁判所の設置を、連合諸国が共同で行う混合軍事裁判所 (joint or mixed military commission or tribunal)、⁽⁷⁰⁾ ④連合諸国間の (inter-Allyed) 国際法上の合意に基づいて設置される国際刑事裁判所、⁽⁷¹⁾ ⑤敗戦国や中立国を含む諸国の国際法上の合意に基づいて設置される普遍的な国際刑事裁判所、である。ニュルンベルグと極東の国際裁判所が設立される過程では、ここに示した様々な種類

の裁判所案が検討され、いくつかの提案では二種類以上の裁判所が組み合わされていた。⁽⁷²⁾

第二次世界大戦後に実際に設置された裁判所には、①連合国の国際的合意に基づいて設置され、重大戦争犯罪人 (major war criminals) に対して、互いに異なる国籍を有する複数の裁判官が、国際法を適用して裁判を行う国際軍事裁判所と、②各連合国によって設置され、重大戦争犯罪人以外の戦争犯罪人に対して、国内法又は国際法を適用して裁判を行う軍事裁判所 (military or national tribunal or commission) との二種類があった。⁽⁷³⁾

前者の国際軍事裁判所は、国際的合意にその設立の根拠を有していた。たとえば、ドイツの場合、一九四五年五月のドイツ軍の無条件降伏の後、ドイツ政府が消滅していたため、裁判の時点でデベラチオ (debellatio) の状態にあった。⁽⁷⁴⁾ それゆえ、ニュルンベルグ裁判所は、戦勝国となった連合国間の合意であるロンドン協定を基礎として設立された。これに対して、極東裁判所は、日本政府の同意したポツダム宣言及び降伏文書に基づき連合国軍最高司令官の命令によって設置された。ロンドン協定は敗戦国のドイツの同意を得ていないのに対して、ポツダム宣言及び降伏文書には敗戦国の日本も同意しているため、ニュルンベルグ裁判所と極東軍事裁判所では、その設立の根拠が国際法上異なると言われるが、⁽⁷⁵⁾ いずれの国際軍事裁判所も、枢軸国の主権・統治権が顕著に制限された状態の下で設置されたことは共通している。⁽⁷⁶⁾ また、これらの裁判所は国際的合意によって設置されているため、ドイツ管理理事会又は連合国軍最高司令官の審査に付されるだけで、国内裁判所に対する提訴は認められなかった。⁽⁷⁷⁾

他方、後者の各国内裁判所の設置は、戦争犯罪人の個人処罰を行うとの連合国間の合意を前提として、①枢軸国の占領を行った諸国と②枢軸国によって損害を被った諸国とによって行われた。たとえば、ヨーロッパでは、ナチスの戦争犯罪人に対する追及は連合軍の進撃と並行して展開され、連合国は、ドイツを占領するにあたり、それぞれの占領地域に軍事委員会 (Military Commission)、軍事裁判所 (Military Court) 又は軍政裁判所 (Military

「Government Court」を設けた。⁽⁷⁹⁾ さらに、一九四五年二月二〇日、連合国ドイツ管理理事会によって「戦争犯罪、平和に対する罪及び人道に対する罪を犯した者の処罰に関する法律（管理理事会法律一〇号）」（以下、COL一〇）が制定された。⁽⁸⁰⁾ 同法律は、ロンドン協定と不可分の一体とみなされ（一条）、同法に基づいて各占領地区当局は、その地区内で適切な裁判所を設置する権限を与えられた（三条）。このほか、ドイツ以外の諸国の国内裁判所でも、これら個人処罰が行われた。⁽⁸¹⁾ 次に、アジア・太平洋地域においても、連合国はそれぞれ独自の法令を根拠として、その所轄地域における戦争犯罪人に関する軍事裁判を行った。⁽⁸²⁾ これらの裁判所のうち占領地域に設置された裁判所は、連合国間の合意によって設置された国際裁判所とされ、既定の刑の承認手続に付される以外、国内裁判所への提訴は認められなかった。⁽⁸³⁾

これらの裁判所は、連合国の合意に基づいて、枢軸国の軍人及び政治指導者を処罰するために、戦闘終了後に、各連合国が単独又は共同で軍事裁判所を設置し裁判を行ったものである。⁽⁸⁴⁾ これらの裁判所が有する以下の特徴は、これらの裁判所が、国際法上交戦国によって設置される軍事裁判所に準じたものであることを示唆する。すなわち、①枢軸国の無条件降伏によって戦闘は停止していたが、枢軸国は連合国によって軍事占領されていたため、法的には戦争状態が継続していたこと、⁽⁸⁵⁾ ②連合国政府の共同決定によって設置されたニュルンベルグ裁判所を除き、裁判所は占領軍の司令官の権限によって設置されたこと、⁽⁸⁶⁾ ③被告人は枢軸国の国民及びその協力者だけであったこと、⁽⁸⁷⁾ ④裁判官は連合国の国民だけであったこと、⁽⁸⁸⁾ ⑤判決後、司令官による再審査にのみ付されたこと、⁽⁸⁹⁾ である。

しかし、これら裁判所条例の制定及びそれに従って実際に行われた裁判は、相互主義に基づいて紛争当事国が行う伝統的国際法上の裁判の範囲を超えて、復讐的・懲罰的なものであり、同時に旧枢軸国に対しては主権的・立法的であった。すなわち、①平和条約締結前とはいえ、実際の戦闘が終了した後に裁判を行っており、平和条約締結

後も戦争犯罪人は放免（amnesty）されなかったこと、②敵対行為の開始以前の期間に行われた行為についても審理の対象としていること、③国際法に基づいて裁判が行われたが、伝統的な戦争犯罪概念を超えた政治指導者に対する個人責任を問うなど、必ずしも当時の実定国際法として確立したものばかりではなかったこと、④枢軸国の自国民に対する犯罪も扱っていること、⑤当該裁判は、枢軸国の無条件降伏後の連合国による軍事占領と管理とを背景として行われ、結果的にはその後続く連合国による枢軸国の国内改革（憲法を頂点とする国内法の改廃を含む）の先駆けとなったこと、といった性質を有していたのである。

このように、これらの裁判を通じて連合国が通常の軍事裁判所の範疇を超えた権力行使を行うことができたのは、枢軸国が本来有していた当該地域における実力と代表性とを、枢軸国の代わりに連合国が独占していたためである。⁹⁶たとえば、これらの裁判所の性格について、ニュルンベルグ裁判所自身は、その判決の中で次のように述べた。⁹⁷

「条例の制定は、ドイツ帝国を無条件降伏させた諸国による主権的な立法権限の行使であった。そして、これらの諸国が被占領地域について立法することができるという疑い得ない権利は、文明世界によって認められてきた。条例は、戦勝諸国によってなされた恣意的な権力行使ではなく、裁判所の見解によれば、……それはその制定時に存在していた国際法の表明であり、かつ、その限りにおいて、それ自体国際法に対する貢献である。」

ここに、国家の間接執行によっては十分に規律することができない国家による組織的犯罪に対して、国際社会が国際裁判所を通じて直接に規律する実行が始まった。⁹⁸

以上から明らかになることは、国家による組織的犯罪の場合、国際法の国内法による間接執行による自浄作用には、自ずから限界が存在することである。それゆえ、まさに第二次世界大戦の後に行われた国際裁判こそ、そのよ

うな国際法の国内法による間接執行の限界を克服するため、国際法が国内法に積極的に関与した先例であった。このような国際社会による裁判所の設置は、△国際法による国内法の補足 (supplement) √ という伝統的国際法の立場を越えた、△国際法による国内法の補完 (completion or perfection) √ にほかならない⁽⁸⁹⁾。

もっとも、連合国による国際裁判所及び国内裁判所の設置及び個人処罰は、それだけでは決して相互主義を超えた普遍主義を実現したものではなかった。これらは、基本的に各国の領域国・交戦国・占領国としての権利を行使して行われたものであり、国際法廷の設置ですら、連合国・中立国をも含む全国家の領域主権に優越する普遍的な世界法廷を設置したものではなく、あくまで枢軸国の主権のみを限定・排除してそれを補完・代替するに留まったからである。

(7) これまで述べてきた個人責任と国際裁判の原則は、伝統的戦争犯罪の範疇を超えた、新しい個人の国際犯罪の概念を理論的に帰結するものではない。それにもかかわらず、連合国は、「平和に対する罪」や「人道に対する罪」という新しい国際犯罪概念を用いて個人処罰を行った。以下、このような個人を規律する新しい国際犯罪概念が、伝統的国際法が前提としていた相互主義をいかに変容せしめたかについて検討する。

伝統的国際法は、国内統治の実効性を前提とし、国家間においても相互主義に基づいて国際法の実効性を担保している⁽⁹⁰⁾。この国家間の相互主義を個人の規律の観点から分析してみれば、仮に個人が国際法上の犯罪を行ったとしても、当該個人を処罰するという関係国家間の相互的責任が発生するだけであり、個人処罰も復仇に見られるようにこの相互主義の文脈で行われ得るにすぎない。当該個人は、国際法上の国家に対する相互的義務が及ぶ範囲内で、同個人が帰属する国家と、当該個人を拘束した国家とに対して責任を負うだけであり、「人類共通の敵 (hostis humani generis)」である海賊の場合を例外として、国際社会全体に対する責任や義務を負うことはなかった。それ

ゆえ、伝統的国際法においては、海賊以外の国際社会全体に対する犯罪について、①個人が紛争当事国以外の第三国から国際法上問責されず、ましてや対外的な関連性を有しない純粹に国内的な行為については問責されることなく（相互主義に基づき個人の問責を行うことが許される国家の範囲）、さらに、②個人は原則として自ら忠誠を誓った国家の国内法に従ってさいえいれればよく、せいぜい他方当事国の国内法の尊重が求められるにとどまる（相互主義に基づき個人が負う義務の範囲⁽¹⁰⁾）のである。

枢軸国の戦争犯罪人を実際に処罰するにあたっては、まず考えられたのは相互主義的な処罰であった。たとえば、一九四三年一〇月の「残虐行為に関する宣言（モスクワ宣言）」⁽¹¹⁾は、「ドイツ戦争犯罪人が犯行地国に送還され同国の国内法に基づいて処罰されることを述べており、その限りにおいては、伝統的な相互主義の適用を超えた国際犯罪を想定してはいなかった。それゆえ、個人責任が追及されたとしても、それだけでは、国際社会全体に対する個人の責任が問責されることにはならず、あくまで相互主義の範囲内にとどまることになる。もっとも、同宣言は、犯罪行為が特定地域に限定されず、連合国の共同決定（joint decision）によって処罰される犯罪については予断を与えないことも明記していた。これは特に戦争指導者を想定していたが、同宣言が発表された時点では、この「共同決定」がいかなる内容を持つかは不明であった⁽¹²⁾。

この共同決定の内容が最終的に確定したのは、一九四五年八月八日のロンドン協定においてであった⁽¹³⁾。アメリカ・イギリス・フランス・ソ連の代表によって合意されたロンドン協定は、重大犯罪人を国際軍事裁判所において裁くことを明らかにしたが、同協定には、それと不可分の一体をなす裁判所条例が付属していた。同条例中に、従来の戦争犯罪を超えた新しい「平和に対する罪」と「人道に対する罪」が規定されたのである。前者の平和に対する罪（crimes against peace）については、①「侵略戦争、若しくは、国際条約・協定・誓約に違反する戦争」を、②「計

画・準備・開始・実行すること、又は、これら行為のいずれかを達成するための共通の計画や共同謀議へ参加すること」と定義された⁽¹⁰⁾。次に、後者の人道に対する罪 (crimes against humanity) とは、①当該犯罪が、犯罪行為地の国内法に違反するか否かにかかわらず、②本裁判所の管轄に属するいずれかの犯罪の遂行として、又は、これに関連して行われたところの、③戦前又は戦時中に行われた (before or during the war)、④すべての一般住民に対する殺人・殲滅・奴隷化・強制的移送・その他の非人道的行為、又は、政治的・人種的・宗教的理由に基づく迫害 (persecutions) と定義された⁽¹⁰⁾。

本稿の問題意識からすれば、この新しい国際法上の犯罪概念が形成される過程で、厳格な相互主義の適用が緩和されたことが注目される。

まず相互主義を厳格に適用すれば犯行の時点で関係国ではなかった諸国は、それらの諸国が参戦する以前に行われた枢軸国の行為に関して、問責できないこととなる⁽¹⁰⁾。これに対して、枢軸国の行為を国際犯罪とすることによって、たとえ戦争に参加していなくとも、枢軸国の行為を問責できることとなった。特に、アメリカは、参戦する以前から既に中立義務に反する援助を関係諸国に行っていた⁽¹⁰⁾が、この自らの中立義務違反の正当化が政治的に必要であった。たとえば、ロンドン会議にアメリカ代表として参加し、ニュルンベルク裁判では自らアメリカ主席検察官を務めたジャクソンは、次のように述べている。⁽¹⁰⁾

「…ドイツは、アメリカとの条約に違反して、アメリカに対して攻撃ないし侵略を行ったわけではない。「それにもかかわらず」アメリカが本大戦で連合国側を支持したのは、ドイツが戦争に訴えたことが当初から違法であり、国際の平和と秩序を不当に脅かすものであると我々が考えたためである。ドイツの攻撃にさらされている諸国民に対してアメリカが援助を提供するに際しても、國務長官やスチュムソン陸軍長官や司法長官の私は、これら

の援助を一貫して正当化してきたが、それは、この戦争が当初から違法なものであり、正義に反して且つ不法に攻撃されている諸国民を援助することは決して違法ではないためである。」

この結果、枢軸国指導者は、彼らのみを対象とした特定国家の国内法上の犯罪概念ではなく、一般的な国際法上の犯罪概念によって処罰されるようになった。これに対して、ソ連は、平和に対する罪や人道に対する罪を、ナチス・ドイツの指導者に対してのみ適用し、それを犯罪の定義中に明記するべきだと主張したが、アメリカの反対によって犯罪の定義自体にはこのような限定が排除された。このような経緯を通じて、犯罪概念の国際法上の一般性・普遍性は一層高まったと考えられる。

他方、相互主義を厳密に適用すれば、枢軸国の国内で行われ、且つ、枢軸国国民や無国籍の人々に対して行われた非人道的行為は、他国によって問責できないこととなる。すなわち、枢軸国内で行われた非人道的行為は、本来当該国内法上の犯罪であり、他国に対する対外的な行為を含まないため、相互主義の対象とはならない。この問題は、特に条例の人道に対する罪の定義中に平和に対する罪や通常の戦争犯罪との関連性を含めるか否かを廻って争われ、アメリカの主張の結果、人道に対する罪を構成するためには、これらの対外的な犯罪との関連性が要件として必要であると規定された。つまり、枢軸国内の非人道的行為は、対外的な犯罪と関連する場合にのみ国際犯罪とされることとなった。他方、相互主義の問題は、当該犯罪が戦闘の開始以前の行為を問責しえるかという問題としても提示され、人道に対する罪の定義においては、その行為が戦中ばかりか戦前になされたものであっても問責できることとされたため、当該犯罪概念は、犯罪が行われた時点で全く関係のない第三国による問責を限定的に認めたとした⁽¹⁴⁾が、この時間的な相互主義から逸脱も、対外的な犯罪と関連する場合にのみ認められたに過ぎない。したがって、ニュルンベルグと極東の裁判所条例の規定は、本来国内問題である人道に対する罪を、対外的

な犯罪行為と関連付けることで国際化して国際犯罪とした、と考えることができよう(このような対外的な犯罪との関連性の要件による限定は、連合国防務管理理事会が制定したCCL-10⁽¹⁸⁾では排除された。当該規定の対象が国内裁判所であり、まず国内法を適用したことを考慮すれば、当該犯罪を国際化するための限定が排除されたのは理解し得る⁽¹⁹⁾)。

(8) 以上述べてきたような、連合国による国際犯罪概念の採用とそれに伴う相互主義の限定的排除は、連合国の政治的利益を目的とした枢軸国戦争指導者の処罰を正当化するために、国際法を形式的・恣意的に利用したものであると批判されるかもしれない。しかしながら、この国際犯罪概念は、個人の国際法による規律の観点からは、以下に説明する通り、実質的な必要性和意義とを有するものであった。

そもそも伝統的国際法では、国際法は国内法を通じて間接執行されるため、個人は国際法との関係を絶たれて、関係する国内法に従ってさえいけばよいこととなる。完全な規範である国内法は、国際法と比較して個人を実効的且つ包括的に拘束するため、国内法による法的な要請を受けた個人は、それが国際法上合法であるか違法であるかにかかわらず、国内法に従う傾向にある⁽²⁰⁾。既に述べたように、特に軍隊構成員は、上官の職務上の命令に服従する義務がある⁽²¹⁾。この結果、国家によって組織的に行われた犯罪は、各個人からしてみれば、その行為を行わざるを得ないか、場合によっては、自ら進んで行うことが望ましいことと考えられるようになった。

個人の国際犯罪の概念は、このような代表性の原則に基づく国家への服従のテーゼに変更をもたらした。すなわち、このように、連合国は個人の国際犯罪概念を導入して、枢軸国の行った非人道的行為の責任者を、その行為が国内法に違反するか否かに関わらず、国際社会の名の下に裁いたのであったが、ここにおいて、個人は、自らの行為が特定の国家の国内法に照らして判断されるだけでなく、国際法に照らして判断されることが明確化された⁽¹⁹⁾。

たとえば、ニュルンベルグ裁判所の判決は、次のように述べている。⁽¹²⁰⁾

「裁判所条例の本質とは、個々の国家が課した国内的な服従義務に優越する国際的な義務を、個人が負っていることである。」

この国際犯罪の原則は、国際犯罪という国際法上の概念を用いることで、個人が国内法に従って行為する場合であっても、国家よりも広範な国際社会との関係を有しており、さらに国際社会に対して自らの行為を通じて責任を負うことを明らかにした。これは、個人を規律する国際法が、国内法を通じて間接執行されるか否かにかかわらず、国際法上の純一性・一貫性が求められることを宣言したことにほかならない。

連合国は、実際には第二次世界大戦を戦った諸国の一方の当事者にすぎなかったにもかかわらず、政治的理由から、相互主義の範囲を離れて、国際社会全体を代表して、国際裁判所を設置し、枢軸国の関係者を国際犯罪人として処罰した。個人の国際犯罪に関する国際裁判が、連合国による即決処刑や枢軸国の承継政府による間接執行の形態をとらずに、国際社会の名の下に設置された公開の国際法廷によって行われたことは、（これが紛争の一方の当事者にすぎない連合国の実力と政治的決定に依存する形で実現されたとしても）伝統的国際法の不完全性の帰結である個人の規律の純一性・一貫性の欠如を克服するための試行錯誤が始まったことを意味していた。⁽¹²¹⁾これらの裁判は、個人の国際社会に対する一般的責任を明らかにし、国際社会が個人を直接に規律する可能性を示したことにより、伝統的国際法の有する限界を克服する可能性を有していた。⁽¹²²⁾たとえば、ジャクソンはニュルンベルグ裁判の冒頭陳述において次のように述べた。⁽¹²³⁾

「これら「ナチスの」被告に対して毒杯を差し出すことは、それを我々「連合国」自らの唇に当てることでもあらう。我々は自らの任務にあたり、公平さと理性的純一性 (detachment and intellectual integrity) とを保たねばな

らないが、それは、この任務が、後世に対して、本裁判が正義の実践 (to do justice) という人類の熱望 (humanity's aspirations) を実現するものであることを示すことにほかならないからである。」

ここでは、国際軍事裁判所で被告人となった枢軸国国民ばかりか、連合国国民もが、当該裁判所で適用された原則に一般的に拘束されることが示されており、それゆえ国際法の純一性・一貫性が確保されるべきことが明らかにされている。⁽¹²⁴⁾

(9) このように、伝統的国際法の立場は、第二次世界大戦を契機として揺らいだ。これは、国際刑事法の方法論としては、伝統的国際法からの「飛躍」であった。⁽¹²⁵⁾ この飛躍については、第二次大戦以後の国際社会は、その一部を次のように定着させてきた。すなわち、第二次世界大戦後、ニュルンベルク裁判や極東裁判で適用された原則についてその定式化が試みられ、⁽¹²⁶⁾ その結果、国家によって行われる組織的犯罪に関与する個人は、連合国民であると枢軸国民であるとを問わず、国際法上の刑事責任を負うことが確立した。すなわち、第二次世界大戦後に作成された条約や国際社会の実行においては、国家を含む集団が組織的犯罪を行い得ることを認め、⁽¹²⁷⁾ そのような場合に個人に対して刑事責任を科し、⁽¹²⁸⁾ 上官責任を規定し、⁽¹²⁹⁾ その身分を問わず処罰すると定めたものもある。⁽¹³⁰⁾ このように、個人による国際犯罪概念は、戦後を通じて、定着してきたといつてよい。

もっとも、これらの国際法の実施は、従来通り、国内法によって行われており、各国国内法の介在による補完を通じて国際法を個人に対して間接執行している。⁽¹³¹⁾ 国際社会は、新しい国際法上の犯罪概念に対して、普遍主義に基づく各国国内管轄権の拡張と、「引渡し又は裁判」の原則による手続的な国際協力とによって応じようとしたのである。⁽¹³²⁾ (第四章一を参照)。特に、国際法上、違法な命令に部下は従わない義務を負うこととなったが、⁽¹³³⁾ このような違法な命令に対しては国内法の手続を通じて対応するものとされ、⁽¹³⁴⁾ 違法な上官命令に対する部下の拒否の権利及び

義務の国際的文書による定式化には強い反対が存在する。⁽¹³⁵⁾ それゆえ、第二次世界大戦以降も、国内裁判手続を通じて国際法が実施されるという伝統的国際法の立場は堅持されている。この結果、今日でも国家が組織的に犯罪に關与する場合、国家統治の実効性に依存した国際法は、自らの限界を露呈する可能性を常に有しているのである。

三 個人を処罰する能力に欠ける場合（一）——国内法との不整合

(1) 前節で検討したように、第二次世界大戦を契機として戦争犯罪概念が拡張されたにもかかわらず、国際法は依然として国内法に依拠した間接執行に基づいて個人を規律している。本節では、主として各国憲法秩序・憲法慣行に起因する原因によって、国内法を通じた個人の規律が実効性に欠け、国際法の間接執行メカニズムが十分に機能しない場合を検討する。⁽¹³⁶⁾

(2) 伝統的国際法は、個人を規律する場合であっても、国家を通じた間接執行を行ってきており、その国際法の国内での実現方法は、各国の憲法手続に従って各国毎に定められてきた。⁽¹³⁷⁾ すなわち、①国内憲法は、一般的編入（incorporation）の方式又は変型（transformation）の方式を、条約又は慣習法のそれぞれについて採用することに よって、国際法を国内法上どのように実現するのかを規定する。②一般的編入方式を採用する国の場合、国際法の国内法上の効力順位も、各国の国内憲法秩序によって定められる。⁽¹³⁸⁾ ③国内裁判所の管轄権の及ぶ範囲は、国際法上の管轄権とは別に、当該裁判所を設置する国内憲法秩序によって決定される。⁽¹³⁹⁾ ④国際法が国内法上効力を有するとしても、国内立法なしで国内裁判において自動執行力（self-executingness）を持つか否かについては、各国の憲法秩序に基づいて各国の裁判所が定めることとされてきた。⁽¹⁴⁰⁾ さらに、⑤私人による国際法違反につき国内法に基づいて、被害者である私人が国内裁判所において民事請求を行うことを認めている場合もある。⁽¹⁴¹⁾

(3) このように各国毎に異なる憲法手続が存在するため、国際法を国内法の平面で個人に対して執行する段階で、様々な困難が生ずる。⁽¹⁴⁷⁾ すなわち、①条約や慣習法について一般的編入を採っている憲法の場合、国内法との効力関係において、国際法の位置付けが低い場合があり、特に事後に成立した国内法が、先に存在した国際法に優越する場合があること、⁽¹⁴⁸⁾ ②ジュネーブ諸条約や追加議定書の多くの規定は自動執行力を有さず、国内裁判所も国際法の自動執行力を認めない場合があること、⁽¹⁴⁹⁾ ③条約について変型理論をとっている国や、一般的編入を採用しているも自動執行力が認められない条約の場合、条約の国内法への変型・実施に伴う遅延・困難の問題があること、⁽¹⁴⁷⁾ ④国内措置をとるための国内立法は、通常、裁判所の管轄権に対して、時間的・空間的制限を付しており、多くの諸国は本稿の第四章一や第五章二(9)で示した普遍主義に基づく管轄権の行使や慣習法に基づく処罰に対して消極的であること、⁽¹⁴⁸⁾ ⑤国内裁判所において、国際法違反を根拠とした個人の損害賠償請求権を認めない場合があること、⁽¹⁴⁹⁾ ⑥国内裁判所の裁判官に対する国際法のトレーニングが十分ではなく、裁判所が国際法規則の認定を行う能力に欠け、行政府の見解又は国内の先例をそのまま認める場合があること、⁽¹⁵⁰⁾ ⑦一般に国内裁判所は公正で整備された司法制度が確立している実定国内法に依拠することを好み、国際法に基づく主張を重視しない傾向があること、⁽¹⁵¹⁾ 以上である。

これらの困難は、国際法の間接執行の実現が、各国憲法秩序が有する固有の限界によって妨げられる例である。この結果、国際法上は確立した犯罪であっても、国内法の欠缺が原因で訴追できない状況が生じたり、⁽¹⁵²⁾ 国内で末端の兵士にまで広く国際法が知られていなかったりすることとなる。このような場合、国際法の国内法を通じた間接執行は、純一性・一貫性に欠けることとなる。

(4) さらに、各国国内憲法に起因する間接執行の限界の問題は、国内法を通じて国際法を間接執行された被告

人が行う抗弁（defense）の中にも見出すことができる。すなわち、このような国際法の間接執行に対する抗弁としては、軍事的必要性（military necessity）や復仇（reprisal）など国際法に固有な抗弁のほか、①国内法上の裁判管轄権の欠如、②国家行為や主権免除、③国内法上の罪刑法定主義、④上官命令や国内法上の合法性、⑤国際法の不知や錯誤、⑥国内法上の時効、⑦裁判を行う国の国民も被告人と同じ種類の犯罪を行ったにもかかわらず処罰されていないという意味で「裁く者も汚れた手をしている（tu quoque）」などの抗弁が行われる。個人の規律の純一性・一貫性という本稿の課題からして、ここでは、これらの抗弁のうち、罪刑法定主義、国際法の不知、国内法上の時効、「裁く者も汚れた手をしている」の抗弁を取り上げる。

罪刑法定主義（principe de légalité des délits et des peines）の基底にある「法律なければ犯罪なし、法律なければ刑罰なし（*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*）」の原則は、大陸法系の諸国の国内法ばかりか、多くの国内法体系に見出され、今日では国際条約においても定められている。⁽¹⁵⁴⁾ 国内法上、同原則の具体的内容としては、①犯罪・刑罰の法定（慣習法処罰の禁止）、②事後法（*ex post facto laws*）の禁止・遡及処罰の禁止（principle of nonretroactivity）、③類推解釈の禁止、④明確性の原則が主張される。⁽¹⁵⁵⁾ 国際法が個人を規律している場合、①成文法以外の慣習法や法の一般原則の形式で個人の刑事責任が定められることがあること、⁽¹⁵⁷⁾ ②国内法規範と比較して国際法の規範は曖昧（vague）で厳密性に欠ける（lack of precision）とみなされることが多いことから、⁽¹⁵⁸⁾ これらの規範が国内法廷において間接執行されるとしても、国内法上の実施措置がなされなければ、国内刑法で広く認められている罪刑法定主義と抵触するおそれがある。また、仮に国内法上の実施措置がなされるとしても、事件が発生した後に、明文の条約や国内法への編入のための国内成文法が制定される場合には、⁽¹⁵⁹⁾ 遡及的処罰の問題が発生するともいわれる。実際に、武力紛争法・人道法に関係する国内裁判では、この罪刑法定主義の抗弁がなされる場合

が多い⁽¹⁶⁾。しかしこの種の裁判では、①一般成文法のみならず国際慣習法も罪刑を定め得ることを認め、②犯行時に当該犯罪行為を規律する国際慣習法が存在したという前提の下で、③仮に犯罪行為の後に条約又は国内成文法による明文の刑罰法規が制定されたとしても、それに対して宣言的効果しか認めないことによって、このような罪刑法定主義に基づく抗弁を退ける傾向がある⁽¹⁶⁾。しかしながら、国際法の規則が国内法レベルの罪刑法定主義を実現するまでは、今後もこのような抗弁がなされる可能性がある⁽¹⁶⁾。

また、国際法を知らされていなかったとして、法の不知 (ignorance of law) 又は法の錯誤 (mistake of law) が抗弁として主張されることがある⁽¹⁶⁾。多くの国内法は、「法の不知は誰にも〔許しの〕口実を与えない」(ignorantia legis neminem excusat) や「法の不知は害する (ignorantia juris nocet)」としてこれらの抗弁を認めないが、国際法は国内法と比較して必ずしも法が周知されているとは限らず、国内法又は上官命令によって国際法上の犯罪を行うことが強要されるといった事情が存在するため、国際法の不知や錯誤が主張される場合がある。たとえば、連合国のために運航していたため攻撃され沈没したギリシャ商船の生存者に対して、ドイツ潜水艦の乗組員が発砲・殺害した「ペレウス号事件」(The Pelous Trial) において、被告側は、何が国際法の規則であるかについて諸国家間ですら争いがあるものを、単なる個人が知ることはできないと抗弁した⁽¹⁶⁾。このような国際法の不知・錯誤の抗弁は刑罰の減免の考慮条件とされてきたが、武力紛争法・国際人道法の普及に伴い、この抗弁の妥当範囲は、国内裁判においても今後ますます狭くなることが予想される⁽¹⁶⁾。

国内法上の時効 (statutory limitations) については、国際法上は戦争犯罪と人道に対する罪などに関して時効不適用条約が存在している⁽¹⁶⁾。しかしながら、同条約を批准している国は四〇カ国程度に止まり、実際に時効不適用を定めた国内措置をとるとしても、その実施の方法が各国によって様々であるため、国内法廷では時効が抗弁として

主張されることがある。⁽¹⁷²⁾さらに、個人による損害賠償請求に関しては、国内法上の賠償請求に関する時効が適用される。⁽¹⁷³⁾

「裁く者も汚れた手をしている」の抗弁は、裁判を行っている国の国民も同種類の犯罪を行ったにもかかわらず、処罰されていないという抗弁である。⁽¹⁷⁴⁾実際の裁判でこの抗弁が主張されたとしても、多くの裁判所では、訴追を行うか否かは訴追者の裁量の範囲内であり、当該事件に関係がないとしてこの主張を認めていない。⁽¹⁷⁵⁾ただこのような抗弁は、国際法に基づく個人処罰が紛争の關係諸国によって間接執行されることに起因しており、もし現実の状況が抗弁の主張通りであるならば、法の純一性・一貫性に欠けることとなり、国際法と法廷に対する人々の信頼を損なう恐れがある。⁽¹⁷⁶⁾

(5) 以上のような抗弁は、各国毎に自律的で多様な憲法秩序が存在するがゆえに、国際法の間接執行に対して制限が課される例である。それゆえ、国際法の国家を通じた間接執行は、各国の国内法秩序との不整合が原因で、法としての純一性・一貫性を損なう場合があることを認めねばならない。

四 個人を処罰する能力に欠ける場合(2) — 国家統治の実効性が損なわれる場合

(1) 本稿で論じてきた通り、国家の完全性はあらゆる実力行使が国家によって独占的に行われてきたという歴史的经验によって担保されている(第三章二を参照)。もっとも、国際社会にあっては、たとえ小さい暴力行為であっても、社会一般に対して心理的な混乱・不安・恐怖を与えることで自らの政治目的を實現しようとするテロリズム(terrorism)と呼ばれる手法が知られている。⁽¹⁷⁷⁾さらに、今日では、冷戦後の混乱による国家の地位の相対的低下と科学技術の発達とによって、大量破壊兵器を利用したテロリズムが行われる危険性すら指摘されている。⁽¹⁷⁸⁾本節

では、国際法の間接執行が十分機能しない事例として、このような国家の実効的支配を免れた実力行使について検討する。

(2) テロリズムに対する国際社会の法的対応は、早くも一九三七年の「テロリズムの防止及び処罰に関する条約」⁽¹⁰⁹⁾の中に見出すことができるが、本格的な対応は一九六〇年代以降に多発した航空機のハイジャックや人質行為を契機としたものであった。冷戦下のイデオロギー対立と植民地独立を時代背景として、特に民族解放団体 (national liberation movements) による民族解放戦争 (national liberation war) の国際法上の合法性と、これらの団体の多くが採用したゲリラ行為 (guerrilla)⁽¹¹⁰⁾ やテロリズムの国際法上の合法性がアラブ・アフリカ・アジア・共産主義諸国によって主張され、一方でラテン・アメリカ諸国や欧米諸国からは批判されたのである。⁽¹¹¹⁾

旧植民地の多くが一応の独立を達成し、冷戦が終結した今日、国家以外の主体による実力行使に関する国際法状況は、おおむね次のようにまとめることができる。すなわち、①国家以外の主体による実力行使について、正当な実力行使である民族解放戦争 (及びその目的のためのゲリラ行為) と、不当な実力行使であるテロリズムとを区別し、②前者の民族解放戦争及びゲリラ行為については国家に準じた実力行使であるとして実定法上の合法性を認め、③後者のテロリズムについては違法となる犯罪類型を国際法で定め、各国の国内法を通じて間接執行によって規制しようとしたのである。⁽¹¹²⁾

ここでテロリズムは、合法とされたゲリラ行為とは異なり、国家による秩序形成とは相容れない反社会的活動とみなされた。当該活動は、国家間の武力紛争とは異なり、各国の国内管轄権の範囲内で原則として国内法によって処罰することが求められたのである。ここでテロリズムを行う集団は、国家と比較して相対的に脆弱な私的集団であり、国家による実効的統制が可能であることが想定されている。

(3) しかしながら、科学技術の発達や冷戦終結といった国際社会の構造変化にともない、今日では、テロリズムに対抗するための前提である国家の個人に対する実効的統制が損なわれる現象が見られるようになった。すなわち、①民族紛争などにより国家の統治能力が著しく損なわれる「国家の失敗」や、②国家が自国領域内に所在するテロリストを容認・支援する場合である。

冷戦の終結後、内戦等によって国家統治が実効的でなくなる「国家の失敗 (failed states)」と呼ばれる現象が存在するようになった。⁽¹⁸⁵⁾ そういった地域では、警察・司法機能を含む政府機能の全部又は一部が麻痺し、暴動や民衆による大量殺害など国内的な惨劇 (internal atrocities) が発生することがある。⁽¹⁸⁶⁾ このような場合、現地当局が末端の兵士や現地武装勢力を十分に統轄できない事態が発生し、非戦闘員を含む無差別な虐殺が行われることもある。

さらに今日では、国際法上、自国領域内で他国に対するテロリズムを許容することは禁止されており、⁽¹⁸⁷⁾ 各種条約によって犯人の「引渡し又は裁判」の義務が国家に対して課されているにもかかわらず、⁽¹⁸⁸⁾ 国家が資金援助や訓練を提供することによって私的団体によるテロリズムを支援する場合 (state-sponsored terrorism) や、⁽¹⁸⁹⁾ テロを犯した個人が自国領域内に所在するにもかかわらず処罰せず黙認する (tolerate) 場合がある。⁽¹⁹⁰⁾ このような場合、領域国が当該容疑者の処罰又は引渡しに応ぜず、当該国家に容疑者が留まる限り、他国は、当該個人に対して何ら措置をとれないこととなる。

これらの現象は、国家と個人の力関係の変化により、国家によらずして個人が国際的影響力を及ぼすようになっていともかかわらず、国家が効果的な統治を行わないため、国際法の国家による間接執行が機能しない例である。

(4) このように国家の統治の実効性が損なわれている場合、犯罪の実効的処罰を求める諸国は、①管轄権行使のための拉致や、②爆撃などの実力行使に訴えることがある。⁽¹⁹¹⁾

管轄権行使のための拉致 (abduction as the precursor for jurisdiction) とは、ある国家がある事件について裁判管轄権を有しているにもかかわらず、容疑者が外国に留まっているため管轄権を行使できない場合、自国で裁判を行うことを目的として容疑者を拉致することである⁽¹⁹⁷⁾。多くの国内裁判所は、たとえこの拉致行為が国際法違反であるとしても、「違法な逮捕であっても、拘留は適法とする (male captus, bene detentus)」の原則に従って、それだけでは当該国内裁判所の管轄権を否定することにはならないとしている⁽¹⁹⁸⁾。

さらに、国内法秩序が実効的に機能せず、これを補完する国際的メカニズムも存在しない場合、他の関係諸国が失望し、爆撃などの実力行使に訴えることがある⁽¹⁹⁹⁾。特にアメリカは、これらの準国家団体と国家との間の紛争を低強度紛争 (low-intensity conflict: LIC) としてとらえ、軍事力によって対応する方針をとっている⁽²⁰⁰⁾。

これらの措置は、国際社会の一般利益実現を目的とした国内法上の「法執行活動 (law enforcement activity)」として主張されるが、本稿で論じてきた属地的な実効的支配を前提とした国際法の間接執行の限界が顕著に示されている例である。

五 まとめ……国家を中心とした伝統的国際法の実効性のゆらぎ

(1) 本章では、国際法が国内法を通じて間接執行される際に直面する様々な限界を検討してきた。国家による国際法の間接執行に関しては、既に多くの学者がその問題点を指摘している。

ブリッジ (Bridge) は、国内裁判所で国際犯罪人を裁判することの問題点を次のようにあげる⁽²⁰¹⁾。すなわち、①いづれの国の裁判所が管轄権を有するのかについて、単一の判断基準が存在せず、不確定であること、②国際法に基づいて裁判管轄権を有する国家が、容疑者を逮捕できるとは限らないこと、③国内裁判所が国際犯罪を裁くために

は、国際法 (Jure gentium) を国内法に編入することが必要となるが、各国で共通した編入と解釈・適用が困難であること⁽²⁰⁾である。

ボーテ (Botté) は、国際人道法を国内法で執行するにあたって以下の問題点を指摘する。⁽²¹⁾ ①国際法を執行するために国内法上の措置が必要であることが、そもそも認識されていないこと、⁽²²⁾ ②国際法と国内法との両方の立法技術・知識に優れた人材・ノウハウの不足、⁽²³⁾ ③国内措置の手續が緩慢 (inertia) であること、⁽²⁴⁾ ④国内での実施や解釈に際して、国家利益に基づく様々な圧力がその過程で加えられること、⁽²⁵⁾ ⑤国際法上の規範と、その実施のために翻訳作業を経て制定された国内法とに差異が生ずること、⁽²⁶⁾ である。

コンフォर्टィ (Conforti) は、国内法体系で、国際法の法的価値が完全に実現されることの障害として、①統治行為論⁽²⁸⁾、②主権免除や条約の解釈などで司法府が行政府の判断を尊重すること、⁽²⁹⁾ ③国家行為理論 (act of state doctrine)、⁽³⁰⁾ ④自動執行力を持たない規範として国際法を扱うこと、⁽³¹⁾ ⑤国際機構の拘束力を有する決議に自動執行力を認めない傾向、⁽³²⁾ ⑥国際法と国内法の関係において後法優先の原理 (Lex Posterior Principle) を用いて、後に定立された国内法を適用すること、⁽³³⁾ をあげる。

またバシウニ (Bassiouni) は、このような「引渡し又は裁判」のような国家による国際刑法の執行のアプローチが、以下のような限界を持つことを指摘する。⁽³⁴⁾ すなわち、①このアプローチは、諸国家に対して、条約上の責務に従って行為する義務しか課していないこと、②国家による遵守を確保するための強制的統制 (authoritative control) について何ら定めていないこと、③複数の国家間に生じた紛争を解決するためのメカニズムについて定めていないこと、④諸国間の協力の対象となるべき個人の人權保障について何ら定めていないこと、⑤包括的なフレームワーク (overall framework) を有しないこと、⑥当該条約に基づいて具体的な禁止規定 (specific

proscriptions) を起草するための標準や一般的規則が存在しないこと、⑦国内執行機関の遵守すべき制度規定に適用可能な統一標準又は一般的規則が存在しないこと、⑧条約の適用と執行が不平等であり、国内執行機関に影響を与える国内の政治的考慮に従属すること、である。

これらの学者の主張は、伝統的国際法が前提としている国家による国際法の間接執行に疑問を投ずるものである。本稿の議論を通じて明らかになったように、国際法の間接執行の根本的問題は、国際法を間接執行すべき各国内の機関が、国内憲法を頂点とする国内法秩序に基づいて権限が付与されているため、それらの機関が国際法よりも国内法上の純一性・一貫性を優先して追求することにある。この結果、個人を規律する国際法の純一性・一貫性は実現されず、国際法による個人の実効的規律は完全さに欠けることとなる。

(2) このような伝統的な国家の間接執行による個人の規律の限界が明らかとなった国際社会の現状において、個人は、むしろ反秩序的行為へと促されてゆくこととなる。たとえば、アロット (Allott) は、国際社会が国家形態を有する複数の民族から構成されるとするヴァッテル的国際社会観⁽²⁶⁾の最大の問題点は、(個人が活動するための) 国際社会の道徳と各国の国内社会の道徳とが乖離し、その結果国際社会に道徳が存在しなくなることだとする⁽²⁷⁾。また、カント (Kant) は『永遠平和のために』の中で次のように述べている⁽²⁸⁾。

「人間の本性に根ざしたある種の邪悪 (Bösartigkeit) があるということは、一国内で共同に生活する人々についてはまだ疑わしいかもしれないし、またかれらの法に反した心情の諸現象の原因として、こうした邪悪の代わりに、多少もつともらしく、まだ十分に開化されていないということ (粗野) があげられるかもしれない。しかしそれでも人間の邪悪は、諸国家相互の外的な関係においては、まったくあからさまに、争う余地なく現われるのである。人間の邪悪は、それぞれの国家の内部では市民法の強制によっておおい隠されているが、それは市民が

相互に暴力をふるう傾向に対して、いっそう大きな力、つまり統治権が強力に対抗し、全体に道徳的な外見（誘因は真の原因ではない）を与えるばかりか、このように法に反した傾向の勃発に対して門がかけられることによって、道徳的素質が法に対する直接の尊敬にまで発展することが現実に極めて容易になるからである。」

この結果、国内社会では国家の完全性によって補完されていたはずの個人の不完全性が、国際社会では表出する可能性がある⁽²⁰⁾。すなわち、国家による拘束を免れた個人は、国家や他の集団を利用することで、国際社会に対して貢献する可能性を持つと同時に、反社会的行為を行う可能性も有しているのである。これについてアロットは次のように述べている。⁽²⁰⁾

「……社会過程の総体のいずれかの段階又は局面でなされた意志・行為であるかにかかわらず、その意志・行為を契機として、社会による害悪が発生することがあり、そこには法による害悪も含まれる。人類がこれまで経験してきた社会的生活の歴史を紐解いてみると、微小なものから世界的・歴史的に甚大な影響を及ぼすに至るいずれの規模の社会的害悪も、神（又は神々）に関する特定の理論から小役人の精神活動（その性格や発想）に至るいかなるものをも契機として発生する可能性があり、どのような種類の言葉・観念・理論・価値であれ、それがもたらす影響を契機として害悪が発生する可能性があることがわかる。」

このような個人の可能性に対して、現行の国際法制度は、個人の規律の観点からすれば純一性・一貫性に欠ける不完全な規範であるため、法的実効性に欠けるばかりか、個人の活動に対して具体的な指針を与えることすらできないのである。

注

- (1) 本稿で用いている諸概念のうち、「伝統的国際法 (traditional international law)」については〈はじめに〉の注 (1) を参照。「国内法による国際法の間接執行 (indirect enforcement)」については第一章及び第二章を参照。「完全な社会としての国家 (state as a complete society)」については第三章を参照。「純一性 (integrity)」については第三章四(5)を参照。「貫性 (coherence)」については第三章四(6)を参照。「国際法による国内法の補足 (supplement)」については第四章を参照。
- (2) このような国家の機能不全の分類は、「国際刑事裁判所に関するローマ規程 (以下、国際刑事裁判所規程)」一七条にも見られる。See Rome Statute of the International Criminal Court, adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court on 17 July 1998, U.N. Doc. A/CONF. 183/9 (1998), 37 INT'L LEGAL MATERIALS 1002 (1998)。ただし、本稿で用いた分類は、国際刑事裁判所規程のそれと同一ではない。
- (3) Michael Bothe, *The role of national law in the implementation of international humanitarian law in STUDIES AND ESSAYS ON INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND RED CROSS PRINCIPLES IN HONOUR OF JEAN PICTET* 309 (Christophe Swinarski ed., 1984).
- (4) BENEDDETTO CONFORTI, INTERNATIONAL LAW AND THE ROLE OF DOMESTIC LEGAL SYSTEMS 17-20 (1993).
- (5) *Id.*, at 14-17.
- (6) ミトナム戦争に関するアメリカ国内裁判所による統治行為理論の援用については多数の判例が存在するが、次の文献に収録された論文が参考となる。3 THE VIETNAM WAR AND INTERNATIONAL LAW (Richard A. Falk ed., 1972)。See also CONFORTI, *supra* note 4, at 15.
- (7) ミトナム事件の詳細については、次の文献を参照。1 DEPARTMENT OF THE ARMY, REPORT OF THE DEPARTMENT OF THE ARMY REVIEW OF THE PRELIMINARY INVESTIGATIONS INTO THE MY LAI INCIDENT (1970).
- (8) キャリリーに関する一連の裁判のうち、軍法会議 (Court Martial) については 2 THE LAW OF WAR 1703-1728 (Leon Friedman ed., 1972) を参照。軍再審裁判所 (Court of Military Review) については United States v. Calley, 46 C.M.R.

- 1131 (1973) を参照。軍機訴訟部 (Court of Military Appeals) のこと。 United States v. Calley, 22 U.S.C.M.A. 543, 48 C.M.R. 19 (1973) を参照。 40 の 2。 第二回田の報復裁判のこと。 Calley v. Callaway, 519 F.2d 184 (5th Cir. 1975), cert. denied. 425 U.S. 911 (1975) を参照。
- (9) ANTONIO CASSESE, *Violence and Law in the Modern Age* 138-139 (1988). (A・カッセセ (魯我英雄訳) 『戦争・ヒロ・特選と国際法』一四〇—一四一頁 (敬文堂、一九九二年))。 ALFRED P. RUBIN, *ETHICS AND AUTHORITY IN INTERNATIONAL LAW* 175 (1997).
- (10) STEVEN R. RATNER & JASON S. ABRAMS, *ACCOUNTABILITY FOR HUMAN RIGHTS ATROCITIES IN INTERNATIONAL LAW* 146-147 (1997).
- (11) GEORG JELLINEK, *ALLGEMEINE STAATSLEHRE* (Walter Jellinek ed., 3rd ed. 1914). (ウ・ヤホシキタ (芦原信喜訳) 『一般国家学 [第三版]』(羊腸書房、一九七六年))。
- (12) JELLINEK, *supra* note 11, at 479. (ヤホシキタ・前掲社 (一一) 三六一頁)。 See also CONFORTI, *supra* note 4, at 10; ARTHUR NUSSBAUM, *A CONCISE HISTORY OF THE LAW OF NATIONS* 234-235 (Revised ed. 1954). (邦訳、一九四七年の初版本のこと。 A・ヨハスホーム (広井大三訳) 『国際法の歴史』三三四頁 (リウ社、一九九七年))。
- (13) 戦数論のこと。以下、の文献を参照。 2 OPPENHEIM'S *INTERNATIONAL LAW* 231-232 (H. Lauterpacht ed., 7th ed. 1952) [hereinafter cited as OPPENHEIM (7th ed.)]; Chris at Jochnick & Roger Normand, *The Legitimation of Violence: A Critical History of the Law of War*, 35 *HARVARD INT'L L. J.* 49, 63 (1994). 本、次の文献を参照。 田園良一『国際法Ⅲ [新版]』三四一—三四三頁 (有斐閣、一九七三年)。
- (14) COMMENTARY ON THE ADDITIONAL PROTOCOLS OF 8 JUNE 1977 TO THE GENEVA CONVENTIONS OF 12 AUGUST 1949, at 391, para. 1386 (Yves Sandoz et al. eds., 1987).
- (15) L. C. GREEN, *THE TEMPORARY LAW OF ARMED CONFLICT* 118-119 (1993). 足立純夫『現代戦争法規論』二八頁 (啓正社、一九七九年)。 藤田久一『新版 国際人道法 [増補]』六五—六六頁 (有信堂、二〇〇〇年)。
- (16) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 1996 I.C.J. REPORTS 226 (July 8). 当該勧告的意見は、つとは多数の論文が存在するが、たゞ、次の文献を参照。 Michael J. Matheson, *The Opinions of the International Court of*

- Justice on the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 91 AM. J. INT'L L. 417 (1997). Dapo Akande, *Nuclear Weapons, Nuclear Law? Deciphering the Nuclear Weapons Advisory Opinions of the International Court*, 1997 BRIT. Y. B. INT'L L. 165 (1998); Mariano J. Aznar-Gómez, *The 1996 Nuclear Weapons Advisory Opinion and Non Liquet in International Law*, 48 INT'L & COMP. L. Q. 3(1999). 註1) 次の文獻を參照。Z.H.H.は島核平和ノモシキタル『核兵器裁判』(Z.H.H.出版)一九九七年)。
- (17) Dissenting Opinion of Judge Higgins, 1996 I.C.J. REPORTS, at 583, para. 2. See also Aznar-Gómez, *supra* note 16.
- (18) Separate Opinion of Judge Guillaume, 1996 I.C.J. REPORTS, at 68, para. 8.
- (19) See also Matheson, *supra* note 16, at 435.
- (20) Marcelo G. Cohen, *The Notion of 'State Survival' in International Law in INTERNATIONAL LAW, THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE AND NUCLEAR WEAPONS* 310-311 (Laurence Boisson de Chazournes & Philippe Sands eds., 1999). 藤田久一「自衛をよける核兵器の威嚇・使用——I.C.J.勸告的意見を讀む——」軍縮問題資料二〇〇〇号一六頁(一九九七年)。國際司法裁判所判例研究会「判例研究・國際司法裁判所 核兵器の威嚇又は使用の合法性(勸告的意見・一九九六年七月八日)」國際法外交雜誌九九卷三号八五頁(二〇〇〇年)。
- (21) Declaration of President Mohammed Bedjaoui, 1996 I.C.J. REPORTS, at 273, para. 22.
- (22) 核抑止に參加する個人の道義的責任については次の文獻を參照。JOHN FINNIS, JOSEPH BOYLE, GERMAIN GRISEZ, *NUCLEAR DETERRENCE, MORALITY AND REALISM* (1987).
- (23) RATNER & ABRAMS, *supra* note 10 at 3-4.
- (24) たゞぞ、次の文獻を參照。FRANK CHALK & KURT JONASSOHN, *THE HISTORY AND SOCIOLOGY OF GENOCIDE* (1990); RUDOLPH J. RUMMEL, *DEATH BY GOVERNMENT* (1994); YVES BEIGBEDER, *JUDGING WAR CRIMINALS* 76-103 (1999).
- (25) CHALK & JONASSOHN, *supra* note 24, at 249-289; RUMMEL, *supra* note 24, at 209-239; BEIGBEDER, *supra* note 24, at 80-87.
- (26) CHALK & JONASSOHN, *supra* note 24, at 323-377; RUMMEL, *supra* note 24, at 111-122.
- (27) CHALK & JONASSOHN, *supra* note 24, at 290-322; RUMMEL, *supra* note 24, at 79-89; BEIGBEDER, *supra* note 24, at

- 87-92.
- (28) CHALK & JONASSOHN, *supra* note 24, at 378-383; BEIGBEDER, *supra* note 24, at 92-93.
- (29) RUMMEL, *supra* note 24, at 91-109; BEIGBEDER, *supra* note 24, at 94.
- (30) RATNER & ABRAMS, *supra* note 10, at 227-287; CHALK & JONASSOHN, *supra* note 24, at 398-407; RUMMEL, *supra* note 24, at 159-207.
- (31) 田村ユーストミンゴの民族浄化とそれに関する法的文書について、次の文献を参照。 VIRGINIA MORRIS & MICHAEL P. SCHARF, AN INSIDER'S GUIDE TO THE INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA (1995) [hereinafter cited as FORMER YUGOSLAVIA].
- (32) ルンメル及びジョンソンとそれに関する法的文書について、次の文献を参照。 VIRGINIA MORRIS & MICHAEL P. SCHARF, THE INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA (1998) [hereinafter cited as RWANDA].
- (33) 国家ごとの他の犯罪について、次の文献を参照。 William J. Chambliss, *State-Organized Crime-The American Society of Criminology*, 1988 *Presidential Address* 27 *CRIMINOLOGY* 183 (1989).
- (34) B. V. A. Roling, *The Significance of the Laws of War in Current Problems of International Law* 137-139 (A. Cassese ed., 1975). See also CASSESE, *supra* note 9, at 125-126. (カマッパヤ・前掲注(九)1110-1111頁)。
- (35) 軍隊及びその他の規律について、たゞせば次の文献を参照。 CHARLES A. SHANOR & L. LYNN HOGUE, *MILITARY LAW* (2nd ed. 1996).
- (36) BASSOUNI, CRIMES AGAINST HUMANITY IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW 254 (1999) [hereinafter cited as BASSOUNI, CRIMES].
- (37) RATNER & ABRAMS, *supra* note 10, at 5. また、以下の文献も参照。奥原敏男「国際連合と戦争犯罪」神谷龍男編著『国際連合の基本問題』二五—一三三〇頁(酒井書店、一九七三年)。山本草二『国際刑事法』九二—一二三頁(三省堂、一九九一年)。藤田久一『戦争犯罪とは何か』二九—一三〇頁(岩波書店、一九九五年)。小長谷和高『国際刑事裁判序説』一四—一五三頁(尚学社、一九九九年)。
- (38) 第二次世界大戦では、枢軸国による組織的犯罪のほか、連合国による無差別爆撃や原爆投下なども行われた。

- (39) たとえば、一九四二年一月三日、ドイツの占領下にあった九カ国の亡命政権の代表は、ロンドンにおいて「セント・ジェームズ宣言 (St. James Declaration)」を行った。同宣言は、ナチス・ドイツによる犯罪行為について、「これらの犯罪について有罪であるか責任を有する者を、犯罪を命令したか実行したか参加したかにかかわらず、組織された司法の手段を用いて処罰すること」を、「主要な戦争目的のひとつとする」とした。See PUNISHMENTS FOR WAR CRIMES: THE INTER-ALLIED DECLARATION SIGNED AT ST. JAMES'S PALACE, LONDON, ON 13 JANUARY 1942, AND RELATED DOCUMENTS 3-4 (1942)。同宣言の邦訳は、『法務大臣官房司法法制調査部編『戦争犯罪裁判関係法令集 第一巻』一—三頁(一九六三年)』。また、一九四三年一〇月、連合国戦争犯罪人委員会 (United Nations War Crimes Commission: UNWCC) が設置された (同委員会の活動については、次の文献を参照。Egon Schwelb, *The United Nations War Crimes Commission*, 1946 BRIT. Y. B. INT'L L. 363 (1946); UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, HISTORY OF THE UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION AND THE DEVELOPMENT OF THE LAWS OF WAR (1948)。また、次の文献も参照。清水正義「先駆的だが不発に終わった連合国戦争犯罪委員会の活動 一九四四年—ナチ犯罪処罰の方法をめぐって—」東京女学館短期大学紀要二〇号二七一—四〇頁(一九八八年)。
- さらに、一九四三年一〇月三日、アメリカ・イギリス・ソ連の三国外相がモスクワにおいて「残虐行為に関する宣言 (モスクワ宣言)」を発表し、同宣言は、①ドイツ戦争犯罪人については、被疑者は犯行地国に送還され、同国の法に基づいて裁かれること、②犯行地が地理的に限定されない犯罪で、連合国の共同決定によって処罰される犯罪について、同宣言が予断を与えるものではないことを明記していた。Declaration on Atrocities issued after the Moscow Conference of the Foreign Ministers of the United Kingdom, the United States, and the Soviet Union, 18-30 October 1943, *reprinted in DOCUMENTS ON GERMANY UNDER OCCUPATION 1945-1954*, at 1-2 (Beate Ruhm von Oppen ed., 1955) [hereinafter cited as DOCUMENTS]。同宣言の邦訳は、『戦争犯罪裁判関係法令集 第一巻』・前掲四一—六頁)。
- このほか、一九四五年七月二六日のポツダム宣言の一〇項では、戦争犯罪人の処罰が定められている。 Potsdam Declaration, July 26, 1945.
- (40) Agreement by the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, the Government of the United States of America, the Provisional Government of the French Republic and the Government of the Union

of Soviet Socialist Republics for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, August 8, 1945, *reprinted in* DOCUMENTS, *supra* note 39, at 50-52. 邦訳は、『戦争犯罪裁判関係法令集 第一巻』・前掲注(三九) 一〇一—一〇三頁。

- (41) Charter of the International Military Tribunal at Nuremberg, August 8, 1945, 82 U.N.T.S. 279, *reprinted in* DOCUMENTS, *supra* note 39, at 52-58. 邦訳は、『戦争犯罪裁判関係法令集 第一巻』・前掲注(三九) 八—一三〇頁。なお、本稿では Charter の訳出が広く一般に流布している「条例」という訳語を採った。

- (42) ニルンベルグ国際軍事裁判所規則は、多くの文献が存在するが、たとえ以下にの文献を参照。 Sheldon Glueck, *The Nuremberg Trial and Aggressive War*, 59 HARV. L. REV. 396 (1946); George A. Finch, *The Nuremberg Trial and International Law*, 41 AM. J. INT'L L. 20-37 (1947) *reprinted in* 2 STATE CRIME 137-154 (David O. Friedrichs ed., 1998); ROBERT K. WOETZEL, THE NUREMBERG TRIALS IN INTERNATIONAL LAW (1960); BRADLEY F. SMITH, THE AMERICAN ROAD TO NUREMBERG (1982); ANN TUSA & JOHN TUSA, THE NUREMBERG TRIAL (1984); THE NUREMBERG TRIAL AND INTERNATIONAL LAW (George Ginsburgs and V. N. Kudrjavtsev eds., 1990); TELFORD TAYLOR, THE ANATOMY OF THE NUREMBERG TRIALS (1992); ARIEH J. KOCHAVI, PRELUDE TO NUREMBERG (1998); MICHAEL R. MARRUS, THE NUREMBERG WAR CRIMES TRIAL 1945-46 (1997); DREXEL A. SPRECHER, INSIDE THE NUREMBERG TRIAL (1999). また、次の文献も参照。野村二郎『ナチス裁判』(講談社、一九九三年)。

- (43) Special Proclamation, Establishment of an International Military Tribunal for the Far East, January 19, 1946. 『戦争犯罪裁判関係法令集 第一巻』・前掲注(三九) 三二五—三三八頁。

- (44) Charter of the International Military Tribunal for the Far East, January 19, 1946. 『戦争犯罪裁判関係法令集 第一巻』・前掲注(三九) 三二七—三二九頁。同条例は、一九四六年四月二十六日に一部改正が行われた。

- (45) 極東国際軍事裁判所については、多くの文献が存在するが、たとえば以下の文献を参照。 RICHARD H. MINEAR, VICTOR'S JUSTICE: THE TOKYO WAR CRIMES TRIAL (1971) (リチャーズ・H・マイニア(安藤仁介訳)『東京裁判 勝者の裁判』(福村出版、新装版、一九九八年); B. V. A. ROLING, THE TOKYO TRIAL AND BEYOND (Antonio Cassese ed., 1993) (B・V・A・ローリントク&A・カッセーゼ(小菅信子訳)『ローリントク判事の東京裁判 歴史的証言と展望』(新曜社、一九九

六年)』TIM MAGA, JUDGMENT AT TOKYO: THE JAPANESE WAR CRIMES TRIALS (2001). また、次の文献も参照。高柳賢三『極東裁判と国際法』(有斐閣 一九四八年)。細谷千博・安藤仁介・大沼保昭編『東京裁判を問う』(講談社、一九八九年)。東京裁判ハンドブック編集委員会編『東京裁判ハンドブック』(青木書店、一九八九年)。

(46) 山本・前掲注(三七)『国際刑事法』一三三頁。

(47) 第二次世界大戦後に枢軸国に対して行われた裁判の特徴については、本稿で著者が用いた分類とは別に、様々な類型が存在するが、たとえば奥原は、以下の六点をあげる。すなわち、①平和に対する罪と人道に対する罪という新しい犯罪概念を戦争犯罪のカテゴリーに加えたこと、②国家行為を理由とした第三国からの裁判管轄権の免除を否定したこと、③国家行為として行った戦争犯罪の責任はこのような犯罪行為に関係した国家機関に属するとして、いわゆる個人責任の原則を明確にしたこと、④国家機関としての地位にあるものであってもその者が戦争犯罪について責任を有するときは、第三国からの裁判管轄権を免除されるとする特権を享受しえないとされたこと、⑤上官命令にしがっておこなわれた戦争犯罪であっても、そのことよって行為の違法性が阻却されないとしたこと、⑥特定の集団又は組織が裁判所によって犯罪性あるものと宣言されたときは、このような集団又は組織の構成員を起訴できること、である。奥原・前掲注(三七)二五一—二五二頁。

(48) 本稿の第二章二を参照。

(49) 本稿の第三章一を参照。

(50) もっとも、国家による組織的犯罪を「国家の国際法上の犯罪 (international crimes of state) として法典化し規律する」とも主張されることがある。国家による国際犯罪の国際法上の位置付けについては、たとえば、次の文献を参照。INTERNATIONAL CRIMES OF STATE (Joseph H. H. Weiler, Antonio Cassese and Marina Spinedi eds., 1989); ROSALYN HIGGINS, PROBLEMS & PROCESS 165-168 (1994)[hereinafter cited as HIGGINS]; I OPPENHEIM'S INTERNATIONAL LAW 533-536 (Robert Jennings & Arthur Watts eds., 9th ed. 1992) [hereinafter cited as OPPENHEIM (9th ed.)]; また、次の文献も参照。大森正仁「国家の国際犯罪と国際責任—国際法委員会の法典化作業を中心に—」法学研究五九卷三号二一—六七頁(一九八六年)。山本・前掲注(三七)『国際刑事法』一五—二二頁。国連国際法委員会(ILC)の「国家責任に関する暫定条文章案 (Draft Articles on State Responsibility)」(一九八〇年)の一九条二項では、国家による国際犯罪の概念が、「国際

- 共同体の根本的利益の保護のために不可欠であるので、その違反が国際共同体全体により犯罪と認められるような国際義務に対する国の違反から生じる国際違法行為」と規定され、同条三項では、国家による国際犯罪として、侵略、力による植民地支配の確立・維持、奴隷、ジェノサイド・アパルトヘイト、大気・海洋の大量汚染が例示された。Report of the International Law Commission to the General Assembly on the work of its Thirty-Second Session, U.N. Doc. A/35/10 (1980), reprinted in [1980] 2 Y. B. Int'l Comm'n, part two, at 32. (本稿で利用した条文草案の翻訳は、大沼保昭・藤田久一編集代表『国際条約集 二〇〇〇年版』五九頁(有斐閣 二〇〇〇年)に拠った)。もっとも、ILCは「第一九条について再検討を行ってらる」。Report of the International Law Commission to the General Assembly on the work of its Fifty-fifth Session, U.N. Doc. A/53/10 and Corr. 1 (1998), paras. 241-331. See Robert Rosenstock, *The Fifty-fifth Session of the International Law Commission*, 93 Am. J. Int'l L. 236 (1999). 山田中正「国連国際法委員会第 五〇会期の審議概要」国際法外交雑誌九七巻六号四八—七三頁(一九九九年)。
- (51) 本稿の第三章二及び三を参照。
- (52) たとえば、国際軍事裁判所を設置するためのロンドン会議において、フランス代表の David Maxwell Fyfe は「国家の行為に対して個人の責任を追究するとはびきなると主張した。ROBERT H. JACKSON, INTERNATIONAL CONFERENCE ON MILITARY TRIALS, DEPARTMENT OF STATE PUBLICATION No.3080, at 297 (1949) [hereinafter cited as JACKSON. CONFERENCE]. See also MINEAR, *supra* note 45, at 43. (「トイニム」前掲注(四五)六三—六四頁)。
- (53) BASSOUNI, CRIMES, *supra* note 36, at 267, 451. 足立・前掲注(一五)二九九頁。藤田・前掲注(一五)『新版 国際人道法 [増補]』二〇〇—二〇二頁。
- (54) ロンドン会議においてアメリカを代表し、後にニュルンブルグ裁判アメリカ首席検察官となるジャクソン (Robert H. Jackson) は「アメリカ合衆国大統領に提出した報告書の中で、国家元首の免除の原理と上官命令主義とが結びつくこと、責任を負う者が誰かとならざることを指摘した。Robert H. Jackson, Report to the President of the United States, June 7, 1945 reprinted in ROBERT H. JACKSON, THE NURNBERG CASE 8-9 (1947) [hereinafter cited as JACKSON, NURNBERG].
- (55) Wright, *War Crimes under International Law*, 62 L. Q. REV. 40, 50-51 (1946). 横田喜三郎『戦争犯罪論』(有斐閣) 1

九四七年) 一一七一—二〇頁。

(56) 22 TRIAL OF GERMAN MAJOR WAR CRIMINALS 447 (1950) [hereinafter cited as 'TRIAL']. また、ニルンベルグ裁判所条例六条と極東裁判所条例五条は、犯罪の共通の計画又は共同謀議の立案・実行に参加した指導者・組織者・教唆者・共犯者のすべてが、当該犯罪の責任を負った。

(57) たとえば、JACKSON CONFERENCE, *supra* note 52, at 95-96. このような罪の個人化については、清水正義「ドイツにおけるナチ犯罪処罰と『罪の個人化』」東京女子大学短期大学紀要一八号(一九九六年)一〇一—一二六頁。ただし、国家の行為を個人に帰属させているわけではなく、個人が国家を通じて犯罪を行ったという論理構成をとっていることに注意する必要がある。それゆえ、いわゆる「国家の集団としての罪」を、個人に帰属させているわけではない。

(58) ニルンベルグ裁判所条例七条。なお、極東裁判所条例六条では、「国家元首(天皇)」について、個人責任規定を設けなかった。

(59) TRIAL, *supra* note 56, at 447.

(60) OPPENHEIM (7th ed.), *supra* note 13, at 572-574. 藤田・前掲注(一五)『新版 国際人道法〔増補〕』二〇一—二〇三頁。上官責任については、次の文献を参照。SHANOR & HOGUE, *supra* note 35, at 275-278; Ilias Bantekas, *The Contemporary Law of Superior Responsibility*, 93 AM. J. INT'L L. 573 (1999).

(61) ニルンベルグ裁判所条例八条。極東裁判所条例六条。

(62) TRIAL, *supra* note 56, at 448-449.

(63) 第二次世界大戦後の上官命令の抗弁に関する実行については、たとえば、次の文献を参照。RATNER & ABRAMS, *supra* note 10, at 121-123; OPPENHEIM (7th ed.), *supra* note 13, at 568-572; 上官命令の抗弁の絶対性を否定した例としては、U. S. DEPARTMENT OF THE ARMY, FM27-10, THE LAW OF LAND WARFARE 182-183, para. 509 (1956) [hereinafter cited as FMJ].

(64) 藤田・前掲注(一五)『新版 国際人道法〔増補〕』二〇三頁。これに対して、クヌート・イブセン(Knut Ipsen)は、実定国際法上、特に平和に対する罪が個人責任として確立してはいないとする。細谷ほか編・前掲注(四五)三六一—三九四、三、四六、九三—九四、三五六—三五七頁。

- (65) UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, *supra* note 39, at 443. イギリスが、ドイツ重大戦争犯罪人を裁判形式で処罰するのを反対した例として、Aide-Memoire from the United Kingdom, April 23, 1945, *reprinted in* JACKSON, CONFERENCE, *supra* note 52, at 18-20.
- (66) 前掲注 (三九) を参照。
- (67) Sheldon Glueck, *By What Tribunal Shall War Offenders be tried?* 56 HARV. L. REV. 1059 (1943); WOETZEL, *supra* note 42, at 41-42.
- (68) Glueck, *supra* note 67, at 1060-1063; WOETZEL, *supra* note 42, at 42.
- (69) Glueck, *supra* note 67, at 1063-1074.
- (70) Glueck, *supra* note 67, at 1074-1077; WOETZEL, *supra* note 42, at 42.
- (71) Glueck, *supra* note 67, at 1078-1089. 戦争犯罪人処罰のための国際法廷に関するアメリカ案に対する一九四五年三月二八日付けイギリスのメモランダムの中に、「国際軍事法廷 (International Military Tribunal)」を「連合国間軍事法廷 (Inter-Allied)」と変更するよう求める記述がある。British Memorandum of May 28, 1945, *reprinted in* JACKSON, CONFERENCE, *supra* note 52, at 39-40.
- (72) たとえば、一九四三年のモスクワ宣言は、「特定の地理的制限を有する犯罪と、特定の地理的制限を有しない犯罪とを區別し、前者については当該地域の裁判所が、後者については連合国の共同決定によることが定められた。また、一九四四年に連合国戦争犯罪委員会は、「占領軍の司令官の権限で設置できる連合国軍事法廷案 (inter-allied or mixed court or tribunal)」と「条約に基づく連合国戦争犯罪法廷案 (United Nations War Crimes Court or Tribunal)」の両案を提出した。Schweib, *supra* note 39, at 372-373.
- (73) UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, *supra* note 39, at 454-475. 東京裁判ハンドブック編集委員会・前掲注 (四五) 四一六、八二一八三頁。竹前栄治・中村隆英監修 (竹前栄治解説 竹前栄治・今泉眞理訳) 『GHQ 日本占領史序説』一九頁 (日本図書センター、一九九六年)。
- (74) 高野雄一「第二次世界大戦の占領・管理—日本の場合を中心として—」国際法学会編『国際法講座 第三卷』二五〇頁 (有斐閣、一九五四年)。

- (75) 小堀桂一郎編『東京裁判日本の弁論』一三三—一三六頁(講談社、一九九五年)。小長谷・前掲注(三七)三九頁。
- (76) 極東裁判所を設立した「連合国軍最高司令官特別宣言」の中で、連合国軍最高司令官が裁判所を設置する根拠の一つとして、「降伏文書によつて、日本国家を統治する天皇及び日本政府の権限は、……連合国軍最高司令官に從屬せられるに至つた(is made subject to)」云々をあげている。Special Proclamation, Establishment of an International Military Tribunal for the Far East, January 19, 1946.『戦争犯罪裁判関係法令集 第一巻』・前掲注(三九)三六頁。
- (77) ニュルンベルク裁判所条例一九条。極東裁判所条例一七条。
- (78) ニュルンベルク裁判所条例二六条。たとえば極東裁判所については、極東裁判所による判決の後、一部の被告によつて、アメリカ連邦最高裁判所へ人身保護令(habeas corpus)を求める請願が提出された。裁判所は、マッカーサー元帥が連合国の機関として設立した裁判所はアメリカの裁判所ではなく、したがつてアメリカ連邦最高裁判所は国際軍事裁判所が日本人被告に対して下した決定を審理する権限を有しないとした。Hirota v. MacArthur, 338 U.S. 197 (1948)。
- (79) Military Government, Germany, Supreme Commander's Area of Control: Ordinance No.2, on Military Government Courts, reprinted in DOCUMENTS, *supra* note 39, at 11-13. See also UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, *supra* note 39, at 461-467.
- (80) Control Council Law No.10: Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes against Peace and against Humanity, December 20, 1945, reprinted in DOCUMENTS, *supra* note 39, at 97-101.
- (81) たとえば、ポーランド、チェコスロバキア、ソ連、オランダ、オーストリア、デンマーク、ノルウェー、ルクセンブルク、ベルギー、ユーゴスラビア、イスラエル、フランスなど。これらの裁判については、たとえば、次の文献を参照。UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, *supra* note 39, at 469-474.
- (82) 戦争犯罪人の裁判は、アメリカ、フュリビンの裁判では軍事委員会、イギリス、オーストラリア、フランスでは軍事裁判所、中華民国では審判戦犯軍事法廷で行われた。各国毎の裁判については、たとえば、次の文献を参照。UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, *supra* note 39, at 467-469, 474. 東京裁判ハンドブック編集委員会・前掲注(四五)八五一-八六頁。竹前栄治・中村隆英監修(小菅信子・永井均 解説・訳)『BC級戦争犯罪裁判』(日本図書センター、一九九六年)。

- (83) たとえば、連合国最高司令官総司令部「戦争犯罪被告人裁判規程」五項h。また、Flick v. Johnson, 174 F.2d 983 (1949) (No.9883)。ただし、アメリカ合衆国の主権が及ぶ範囲でなされた行為であり、且つ、合衆国の軍事委員会が行った裁判に対して、合衆国の通常裁判所は、人身保護令状 (habeas corpus) を発する権限を有する。田中英夫『英米法総論 下』五七三頁（東京大学出版会、一九八〇年）。
- (84) OPPENHEIM (7th ed.), *supra* note 13, at 579-581. 小長谷・前掲注(三七)三八頁。
- (85) 第二次世界大戦後に枢軸国に対して行われた占領は、戦闘中の一時的な軍事占領とは異なる平時占領であったが、平和条約が締結されるまでは法上の戦争状態は継続したと考えられる。安藤仁介「占領」国際法学会編『国際関係法辞典』五〇二—五〇三頁（三省堂、一九九五年）。たとえば、アメリカ陸軍によってマニラで行われた裁判に対して、アメリカ連邦最高裁判所に人身保護令状の発給等を求めた山下事件において、同裁判所は次のように述べた。「少なくとも条約又は政府の政治的部門の宣言によって平和が公式に確認されるまでは、停戦前になされた戦争法の違反を裁くことを目的として、敵対行為が終了した後に軍事委員会を召集する権限が存在しないと断言することはできない。実際、もしそのような権限が停戦と同時に消滅すると考えられるのであれば、戦争法に基づく軍事裁判制度の実際の運用は、ほとんどの場合において上手く機能しないこととなる。停戦後においてのみ、より多くの犯罪人と主要な犯罪人を逮捕し、裁判に付することが可能となる。」*In re Yamashita*, 327 U.S. 1, 12 (1945)。
- (86) 前掲注(四三)（七九）（八〇）（八二）を参照。これに対してイブセンは、国際軍事裁判所が、占領国又は抑留国の国家管轄権に基礎を持つ共同の軍法会議ではなく、国際裁判所であるとす。細谷ほか編・前掲注(四五)七五頁。
- (87) ニュルンベルク裁判所は、欧州枢軸諸国の重大戦争犯罪人 (Major War Criminals of the European Axis) を裁くものとされた。ニュルンベルク裁判所条例一条、六条。これに対して、極東裁判所条例は、「極東における重大戦争犯罪人」(極東裁判所条例一条)や「極東戦争犯罪人」(同五条)とのみ定められたが、起訴状では日本人のみを対象とした。MINEAR, *supra* note 45, at 93-94. (マイニア・前掲注(四五)一一六頁)。また、アジア・太平洋地域で日本人として裁かれた戦争犯罪人の中には、日本の植民地出身者で、サンフランシスコ講和条約により日本国籍を失った者もいた。東京裁判ハンドブック編集委員会・前掲注(四五)一〇二頁。
- (88) ニュルンベルク裁判所条例二条。極東裁判所条例二条。東京裁判ハンドブック編集委員会・前掲注(四五)九二頁。

- (89) このように司令官による審査のみを認め、通常裁判所への上訴を原則として認めないことは、軍事裁判の特徴でもあろう。SHANOR & HOGUE, *supra* note 35, at 179. 東京裁判ハンドブック編集委員会・前掲注(四五) 九五頁。
- (90) これに対して、第二次世界大戦以前では、交戦国による処罰は、その国の安全と利益の観点からのみなされたため、休戦時や平和回復時には、抑留中の戦争犯罪人でも通常処罰されなかった。藤田久一「犯罪の国際化と国際法」国際問題四四〇号一〇頁(一九九七年)。藤田・前掲注(一五)『新版 国際人道法〔増補〕』一九七頁。
- (91) 山下康雄「戦争の終了・平和条約」国際法学会編『国際法講座 第三卷』二二八頁(有斐閣、一九五四年)。
- (92) 一九四五年一月二日のアメリカ政府の覚書によれば、問題となる犯罪行為は少なくとも一九三三年まで遡るとしていた。Memorandum to President Roosevelt from the Secretaries of State and War and the Attorney General, January 22, 1945, reprinted in JACKSON CONFERENCE, *supra* note 52, at 4-5. 人道に対する罪のニールンブルク裁判所の時間的管轄に関して、同裁判所条例六条(c)項は、「戦前若しくは戦時中 (before or during the war)」に行われた犯罪と規定していたが、同時に「本裁判所の管轄権に属するいずれかの犯罪の遂行として、又は、これに関連して」なされる犯罪と限定されていた。[REAL, *supra* note 56, at 468. 奥原・前掲注(三七) 二六〇—二六一頁。清水正義「国際軍事裁判所憲章第六条C項『人道に対する罪』に対する覚書」東京女学館短期大学紀要一四号九〇—九二頁(一九九一年)。ただし、実際の裁判では、①一九三九年九月一日の戦争開始以前に平和に対する罪と関連して行われた行為のほか、②問題となる非人道的行為が戦争開始以前に行われたため、本来であれば戦争犯罪を構成してはいないはずの場合ですら、この戦争との関連が裁判所によって推定され、人道に対する罪とされた。藤田・前掲注(三七)『戦争犯罪とは何か』一四四頁。これに対して、極東裁判所条例五条(ハ)項も同様の規定ぶりであったが、一九二八年から一九四五年にいたる日本の侵略行動を対象とした。『極東国際軍事裁判速記録 第二〇巻』五八七頁(雄松堂、一九六八年)。パル(Judge Radhahind Pal)裁判官は、極東裁判所の時間的管轄権の及ぶ範囲が、一九四五年九月二日の日本の降伏をもって終了した敵対行為及びそれに関連して犯された犯罪に限るとして、一九三七年七月の蘆溝橋事件以降の敵対行為とする反対意見を書いた。東京裁判研究会編『共同研究パール判決書(下)』五〇五—五一九頁(講談社、一九八四年)。さらに、アメリカのBC級裁判では、犯罪が行われた期間は、一九三一年九月一八日の奉天事件、あるいは事件の直前からとされた。竹前ほか・前掲注(八二)『BC級戦争犯罪裁判』五一頁。

- (93) 一九四五年四月二三日のイギリスの覚書は、侵略戦争が「通例の意味における戦争犯罪ではなく、これらが正当に国際法上の犯罪とされるかも全く明らかではない」と述べた。Aide-Mémoire from the United Kingdom, April 23, 1945, *reprinted in* JACKSON, CONFERENCE, *supra* note 52, at 19. 極東軍事裁判所のハル裁判官は、連合国による枢軸国戦争犯罪人に対する裁判が、戦勝国による主権的な国際法の立法によってなされたとして批判した。東京裁判研究会編『共同研究ハル判決書(上)』二八〇—三〇三頁(講談社、一九八四年)。これに対して、ニュルンブルク裁判と極東裁判の法的貢献について、カッセーゼは、「法は不正より生まれる (ex iniuria, jus oritur)」という諺を引用している。ROJING, *supra* note 45, at 90. (ローレンク&カッセーゼ・前掲注(四五)一四七頁。)
- (94) ニュルンブルク裁判所条例六条(c)項は、「一般住民 (civilian population)」を対象とした人道に対する罪を定めるが、この一般住民には自国民も含まれるとされた。UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, *supra* note 39, at 193. 藤田・前掲注(三七)『戦争犯罪とは何か』一一一頁。これに対して、極東軍事裁判所条例には、自国民をも含む一般住民を対象とした人道に対する罪の規定は存在せず、日本領土内にいる日本国民に対する犯罪を理由に起訴されることはなかった。藤田・前掲注(三七)『戦争犯罪とは何か』一二二頁。
- (95) たとえば、日本の戦争犯罪人の処罰は、アメリカ政府による日本の非軍事化政策の一環でもあった。「降伏後ニ於ケル米國ノ初期ノ対日方針」(一九四五年九月二二日)(細谷千博・有賀貞・石井修・佐々木卓也編『日米関係資料集 1945—1967』二二頁(東京大学出版会、一九九九年)に集録)。
- (96) ドイツのごとくは、以下の宣言を参照。Declaration regarding the defeat of Germany and the assumption of supreme authority with respect to Germany by the governments of the United Kingdom, the United States, the USSR, and the provisional government of the French Republic, June 5, 1945, *reprinted in* DOCUMENTS, *supra* note 39, 29-35; Control Council Proclamation No.1: Establishment of the Control Council, August 30, 1945, *reprinted in* DOCUMENTS, *supra* note 39, at 58-59; Control Council Proclamation No.2: Certain Additional Requirements imposed on Germany, September 20, 1945, *reprinted in* DOCUMENTS, *supra* note 39, at 68-81. 日本のごとくは、次の文書を参照。Authority of General MacArthur as Supreme Commander for the Allied Powers, September 6, 1945. (細谷ほか編・前掲注(九五)二二頁に集録)。竹前栄治・中村隆英監修(高野和基解説・訳)『占領管理の体制』一一五—一二五頁(日本図

書センター、一九九六年)。

(97) TRIAL, *supra* note 56, at 443-444.

(98) このように国家による組織的犯罪の処罰は国際裁判所又は連合国の国内裁判所によって開始されたが、次第に旧枢軸国の国内裁判所に引き継がれるようになった。たとえば、ドイツについては、前述のCCCL一〇の三条一項(d)は、ドイツの市民、国民若しくは無国籍者に対して、ドイツの市民若しくは国民が行った犯罪について、占領当局の授權があれば、ドイツ国内裁判所が裁けることとなっていた。それゆえ、同規定に基づき、一九四六年にイギリス軍政府、一九五〇年にはソ連及びフランスの当局は、ドイツ当局に対して裁判権を授權した。また、アメリカは、個々の事例毎にドイツ当局に対して裁判権を授權した。清水・前掲注(九二)九六頁。このようにドイツでは、これらの裁判の多くは、ドイツ国内裁判へと引き継がれたのであり、その結果、戦後、これらの枢軸国で行われた犯罪は、国際法上の犯罪ではなく、国内法上の刑法犯罪として扱われるようになっていた。細谷ほか編・前掲注(四五)三五六、三五八一三五九頁。なお、一九五一年にイギリス及びフランスは、占領の解除とドイツの主権回復に伴い、ドイツへの授權を撤回した。これに対して、日本は、サンフランシスコ講和条約一一条に基づいて国際裁判を受諾し、戦争犯罪人の刑を引き続き執行することを約束した。東京裁判ハンドブック編集委員会・前掲注(四五)一三七—一三八頁。

(99) 国際法による国内法の補足と補完の関係については、本稿の第四章三を参照。

(100) 本稿の第二章三を参照。

(101) もっとも、個人が国際法ではなく国内法に従うように要求されるのは、相互主義の直接的帰結ではなく、国際法が間接執行されることの帰結である。

(102) 前掲注(三九)を参照。

(103) *Tusa, supra* note 42, at 28.

(104) 前掲注(四〇)を参照。

(105) ニュルンベルグ裁判所条例六条(a)項。極東裁判所条例五条(イ)項。ただし、極東裁判所条例では、「宣戦を布告せる又は布告せざる」という文言が「侵略戦争」の冒頭に加えられた。平和に対する罪については、大沼保昭『戦争責任論序説——平和に対する罪——の形成過程におけるイデオロギー性と拘束性』(東京大学出版会、一九七五年)を参照。

- (106) ニュルンベルグ裁判所条例六条（c）項（なお、同条項について、英文・仏文と露文との間には相違があったため、一九四五年一〇月六日のベルリン議定書で露文が正しいとされ、「本裁判所の管轄に属するいずれかの犯罪の遂行として、又は、これに関連して」が、「迫害」だけではなく、六条（c）項全体にかかることとなった。Protocol Rectifying Discrepancy in Text of Charter, October 6, 1945. 『戦争犯罪裁判関係法令集 第一巻』・前掲注（三九）三一一—三四頁）。極東裁判所条例五条（ハ）項。ただし、極東裁判所条例では、「すべての一般住民に対する」と「宗教的理由」という字句が削除された。平和に対する罪については、以下の文献を参照。Egon Schweib, *Crimes against Humanity*, 23 BRIT. Y. B. INT'L L. 178 (1946); BASSOUNI, *Crimes*, *supra* note 36.
- (107) イギリスとフランスが対ドイツ戦を開始したのは一九三九年九月であるが、対日本戦は一九四一年一二月である。これに対して、ソ連が、対ドイツ戦に参加したのは一九四一年六月であり、対日本戦は一九四五年八月であった。また、アメリカが、対ドイツ戦と日本戦に参加したのは一九四一年一二月であった。
- (108) アメリカは、一九三九年一月中立法を改正して、交戦国への武器輸出禁止を撤廃した。一九四〇年九月には、イギリスと行政協定を結び、英領カリブ海諸島の軍事基地を借用するかわりに、駆逐艦五〇隻をイギリスに提供した。さらに、一九四一年三月には、武器貸与法を成立させ、連合国に武器などを供給することとした。
- (109) JACKSON CONFERENCE, *supra* note 52, at 383-384.
- (110) JACKSON CONFERENCE, *supra* note 52, at 298, 327.
- (111) JACKSON CONFERENCE, *supra* note 52, at 330. ただし、裁判所の権限が、欧州枢軸諸国の重大戦争犯罪人の処罰に限定されたことで（ニュルンベルグ裁判所条例一条、六条）、ソ連の意図は実現されたといつてよからう。
- (112) たとえば、フランスは、ナチスのユダヤ人に対する計画でさえも他の諸国に対する明らかでない侵略を含むものではなく、そのため、同計画が純粹に国内問題として主張できずともした。JACKSON CONFERENCE, *supra* note 52, at 361.
- (113) たとえば、アメリカは、枢軸国によって枢軸国民に対して行われる非人道的行為は、それだけでは国内問題であると主張した。JACKSON CONFERENCE, *supra* note 52, at 332-333.
- (114) 前掲注（九二）を参照。
- (115) 前掲注（八〇）を参照。

- (116) Schwelb, *supra* note 106, at 218. 藤田・前掲注(三七)『戦争犯罪とは何か』一二八—一三〇頁。
- (117) モーゲンソー(Hans J. Morgenthau)は「インターナショナルな倫理と国家の道義的要求とが対立するとき、個人は、国家の名において行わなければならない自らの行為の重大性と国家が個人にかける道義的圧力の圧倒的な強さ」とに直面するため、個人がこれらの要求を退けるためには、超人的な道義的強靱さが要求されるとする。HANS JOACHIM MORGENTHAU, *POLITICS AMONG NATIONS* 252 (5th ed. 1973). (モーゲンソー(現代平和研究会訳)『国際政治』二六九頁(福村出版、一九九八年))。
- (118) 本稿の第三章三(七)を参照。
- (119) CASSESE, *supra* note 9, at 131-132. (カッセゼ・前掲注(九)一二九—一三〇頁)。この限りにおいて、個人を規律する国際法は、実定国内法に対する判断の基準となる自然法や道徳を実定法化したものとみなし得る。
- (120) TRIAL, *supra* note 56, at 447.
- (121) たとえば、一九四四年九月一五日付のアメリカ陸軍省の内部文書「欧州戦争犯罪人裁判」には次の記述がある。「枢軸国の犯罪人の処罰に関する」代替案として、枢軸国の継承政府に対して、当該諸国の国内法過程を利用して犯罪人を処罰するように圧力をかけることが提案されている。仮に全ての継承政府にそのように行う意図があり、且つ、幾つかの国内法体系の下でそのように行うことが可能となるとしても、全ての政府が本来求められる程度にまで、精力的且つ効率的に「処罰を」行うとは考えられなく。」Trial of European War Criminals, September 15, 1944, *reprinted in* SMITH, *supra* note 42, at 33-37.
- (122) しかし、①枢軸国の国民のみが裁かれ、連合国の国民の行った罪については裁かれなかったこと、②各国際裁判・国内裁判で適用される法の内容が異なったこと、以上の理由から、実際には純一性・一貫性に欠けたと言える。
- (123) JACKSON, NURNBERG, *supra* note 54, at 34.
- (124) ちなみに、連合国は、第三国(中立国)に対しても、これら枢軸国の戦争犯罪人に庇護を与えないように要求した。UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, *supra* note 39, at 427-434; KOCHAVI, *supra* note 42, at 172-200.
- (125) 山本・前掲注(三七)『国際刑事法』一一三頁。
- (126) たとえば、一九五〇年に、ILCは、ニュルンベルグ裁判所条例及び判決によって承認された国際法の諸原則を定式化

した（ニュルンベルグ原則）。Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, July 29, 1950, U.N. GAOR, 5th Sess., Supp. No.12, U.N. Doc. A/1318 (1950), paras. 95-127 *reprinted in* 44 Am. J. Intl. L. 125-134 (1950) (Supp.); INTERNATIONAL CRIMINAL LAW 501-502 (Christine Van den Wyngaert & Guy Sessens (assistant editor)/eds, 1996). また、一九五四年にICCは、「人類の平和と安全に反する犯罪 (Offences) にこころの法典案 (以下「犯罪の法典案 (一九五四年) 」) を採択した。Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, June 3, 1954, U.N. GAOR, 9th Sess., Supp. No.9, U.N. Doc. A/2693 (1954), paras. 41-54 *reprinted in* 49 Am. J. Intl. L. 17-23 (1955) (Supp.) のこと。冷戦終結後の一九九六年に、ICCは「人類の平和と安全に対する罪 (Crimes) にこころの法典案 (以下「罪の法典案 (一九九六年) 」) を完成させた。Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, [1996] 2 Y. B. Intl Comm'n 15-56, U.N. Doc. A/CN.4/SER. A/1996/Add. 1 (Part. 2) *reprinted in* RATNER & ABRAMS, *supra* note 10, at 336-340. 冷戦とこの関係の定式化の過程にこころが、次の文献を参照。BASSIOUNI, A DRAFT INTERNATIONAL CRIMINAL CODE AND DRAFT STATUTE FOR AN INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL 3-11 (1987) [hereinafter cited as BASSIOUNI DRAFT]. 奥原・前掲注 (三七) 二七九—三二〇頁。小長谷・前掲注 (三七) 五四—六六頁。

- (127) たとえば、「集団殺害罪の防止及び処罰に関する条約 (以下「ジュネサイド条約」) (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, December 9, 1948) の四条は、同条約に定められた犯罪が、私人人によって行われるばかりか、憲法上の責任ある統治者や公務員によって行われ得ることを示唆している。また、一九六八年の「戦争犯罪及び人道に対する罪に対する時効不適用に関する条約 (以下「時効不適用条約」) (Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity, November 26, 1968) の二条は、戦争犯罪又は人道に対する罪が行われた場合、この条約の規定が、①その犯行に参加し、他の者を直接教唆し、もしくはその犯罪を共謀する「国家当局の代表」(および私的個人) と、②これらの犯行を許容する「国家当局の代表」とに対して適用されるとしている。時効不適用条約については、後掲注 (一六八) を参照。

- (128) 個人責任について規定した文書としては、たとえば、次の文書を参照。ニュルンベルグ原則一条。犯罪の法典案 (一九五四年) 一条。罪の法典案 (一九九六年) 二条。旧ユーゴスラビア国際裁判所規程七条。International Criminal Tribunal

- for the Former Yugoslavia, S.C. Res. 827 (1993), May 25, 1993, *reprinted in* 32 INT'L LEGAL MATERIALS 1192 (text statute), 203 (text resolution) (1993), ルワンダ国際裁判所規程六条。International Tribunal for Rwanda, S.C. Res. 955 (1994), November 8, 1994, *reprinted in* 33 INT'L LEGAL MATERIALS 1598 (1994), 国際刑事裁判所規程二五条。
- (129) 上官責任について規定した文書としては、たとえば、次の文書を参照。「千九百四十九年八月十二日のシユネーザ諸条約に追加される国際的武力紛争の犠牲者の保護に関する議定書(以下「第一追加議定書」)(Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, December 12, 1977) 八六条二項。旧ユーゴスラビア国際裁判所規程七条三項。ルワンダ国際裁判所規程六条三項。罪の法典案(一九九六年)六条。国際刑事裁判所規程二八条。また、上官責任については、前掲注(六〇)も参照。
- (130) たとえば、ニュルンベルグ原則三条。シエノサイド条約四条。時効不適用条約二条。旧ユーゴスラビア国際裁判所規程七条二項。ルワンダ国際裁判所規程六条二項。国際刑事裁判所規程二七条。
- (131) たとえば、オーストラリアの「ジュブテ」Act to provide for the Trial and Punishment of War Criminals (War Crimes Act), 1945; Act to amend the War Crimes Act 1945 (War Crimes Amendment Act), 1988。フランスの「ジュブテ」War Crimes Act of 1996, 18 U.S.C.A. §2441 (1996)。オランダの「ジュブテ」Law of June 16, 1993 as amended by the Law of February 10, 1999 concerning the punishment of serious violations of international humanitarian law。ドイツの「ジュブテ」War Crimes Act, 1946, S.C. 1946, c.73; Geneva Convention Act, R.S.C. 1985, ch. G-3; Act to amend the Criminal Code, the Immigration Act, 1976 and the Citizenship Act, S.C. 1987, ch. 37。オーストリアの「ジュブテ」Law No. 64-1326, Journal Officiel de la République Française [J.O.] Dec. 29, 1964; Law of July 22, 1992 [CODE PÉNAL], arts. 211-1, 212-1, 212-2, 212-3。イギリスの「ジュブテ」Act to Enable Effect to Be Given to Certain International Conventions Done at Geneva on the Twelfth Day of August, Nineteen Hundred and Forty-nine, and for Purposes Connected Therewith (Geneva Convention Act), 1957, 5 & 6 Eliz. 2, ch. 52; Act to Give Effect to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Genocide Act), 1969, ch. 12; Act to Confer Jurisdiction on United Kingdom Courts in Respect of Certain Grave Violations of the Laws and Customs of War Committed in German-held Territory During the Second World War and for Connected Purposes (War Crimes Act), 1991, ch. 13。イ

ナチスとドイツ兵、Nazis and Nazi Collaborators (Punishment) Act, 1950, *reprinted in* 1950-51 Y. B. ON HUM. RTS. 163-165.

- (132) 藤田・前掲注(一五)『新版 国際人道法(増補)』二〇三—二〇五頁。山本・前掲注(三七)『国際刑事法』一一九—一二〇、三四三—三五七頁。藤田・前掲注(三七)『戦争犯罪とは何か』一八二—一八九頁。第二次世界大戦後に行われた国内裁判所による国際犯罪への対応の例として、たとえは、以下の文献を参照。RATNER & ABRAMS, *supra* note 10, at 146-158; BEGDEDER, *supra* note 24, at 125-136; BASSIOUNI, *CRIMES, supra* note 36, at 543-546; THE LAW OF WAR CRIMES: NATIONAL AND INTERNATIONAL APPROACHES (Timothy L. H. McCormack & Gerry J. Simpson eds., 1997) [hereinafter cited as McCormack & Simpson]; 3 INTERNATIONAL CRIMINAL LAW, ENFORCEMENT 217-391 (M. Cherif Bassiouni ed., 2nd ed. 1999) [hereinafter cited as ENFORCEMENT]; THE PINOCHET CASE, A LEGAL AND CONSTITUTIONAL ANALYSIS (Diana Woodhouse ed., 2000).

(133) 前掲注(六三)を参照。ニュルンブルク原則四条。

- (134) 上官命令に関する各国の制度の一般的傾向については、次の文献を参照。L. C. GREEN, SUPERIOR ORDERS IN NATIONAL AND INTERNATIONAL LAW (1976), 足立・前掲注(一五)二九八—三〇一頁。たとえは、アメリカは国内法を通じて規律してゐる (FM, *supra* note 63, at 182-183, para. 509) が、アメリカの軍事提要における上官命令に関する記述の歴史的変遷については、DONALD A. WELLS, THE LAWS OF LAND WARFARE 115-125 (1992) を参照。

- (135) 一九四八年のジュネーブ条約、一九四九年のジュネーブ諸条約、一九七七年の追加議定書において、違法な上官命令に関する規定を設ける提案がなされたが実現しなかった。CASSESE, *supra* note 9, at 142-146 (カッセゼ・前掲注(九))一四六—一五三頁); BASSIOUNI, CRIMES, *supra* note 36, at 477-480。これに対して、定式化が実現した例としては、以下の文書をあげることができる。犯罪の法典案(一九五四年)四条。旧ユーゴスラビア国際裁判所規程七条四項。ルワンダ国際裁判所規程六条四項。罪の法典案(一九九六年)五条。国際刑事裁判所規程三三三条。

(136) ただし、統治行為論(政治問題)については、本稿の第五章一で既に検討したため、本節の検討対象からは除外する。

- (137) 国内法秩序における国際法の地位については、一般に以下の文献を参照。IAN BROWNLIE, PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 41-56 (5th ed. 1998) [hereinafter cited as BROWNLIE, PRINCIPLES]; 1 OPPENHEIM (9th ed.), *supra* note

- 50, at 54-81. また、次の文献も参照。高野雄一『憲法と条約』(東京大学出版会、一九六〇年)。田畑茂二郎『国際法新講』五七一六一頁(東信堂、一九九〇年)。山本草二『国際法【新版】』九一一—二頁(有斐閣、一九九四年)。
- (138) 一般的編入は、包括的受容又は一般的受容ともいう。一般的編入方式とは、締結・批准された条約や確立した慣習法が、直ちに国内法上効力を持つことを、国内憲法規定又は憲法慣行が認めている方式をいう。慣習法については、多くの国が一般的編入方式を採用している。また、条約について一般的編入方式を採用している国は、たとえば、日本国憲法九八条二項。アメリカ合衆国憲法六条二項。一九五八年のフランス第五共和国憲法五五條。また、ドイツ連邦共和国基本法二五條は、「国際法の一般原則 (die allgemeinen Regeln)」が連邦法の構成部分であるとす。
- (139) 変型方式とは、締結・批准した条約が、同趣旨の国内法に変型されない限り国内法上効力を持たない方式をいう。条約について変型方式を採用する国は、たとえば、イギリス、カナダ、オーストラリア。ただし変型方式をとる国であっても、欧州連合法の場合は、直接適用される。
- (140) 国際法の国内法上の効力順位については、たとえば、以下の文献を参照。田畑・前掲注(一三七)五九一六一頁。山本・前掲注(一三七)『国際法【新版】』一〇九—一二頁。
- (141) Anthony D'Amato, *National Prosecution For International Crimes in ENFORCEMENT*, *supra* note 132, at 218-221.
- (142) 条約の自動執行性に関しては、たとえば、次の文献を参照。Jordan J. Paust, *Self-Executing Treaties*, 82 *AM. J. INT'L L.* 760 (1988); Thomas Buergenthal, *Self-executing and Non-self-executing Treaties in International Law*, 235 *RECEUIL DES COURS* 303-400 (1992-IV); Carlos Manuel Vazquez, *The Four Doctrines of Self-Executing Treaties*, 89 *AM. J. INT'L L.* 695 (1995); 岩澤雄司『条約の国内適用可能性』(有斐閣、一九八五年)。小森光夫『条約の国内的効力と国内立法』山本草二先生古稀記念『国家管轄権—国際法と国内法—』五四三—五四五頁(勁草書房、一九九八年)。
- (143) たごさば、アメリカごごさば、Alien Tort Claims Act, 28 U.S.C. §1350.
- (144) John W. Bridge, *The Case for an International Court of Criminal Justice and Formulation of International Criminal Law*, 13 *INT'L & COMP. L. Q.* 1255, 1258-1260 (1964); Bothe, *supra* note 3, at 307-309; Krzysztof Dżwiewicki, *National legislation as a measure for implementation of international humanitarian law in IMPLEMENTATION OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW* 109 (Frits Kalshoven and Yves Sandoz eds., 1989).

- (145) 村瀬信也「国内裁判所における慣習国際法の適用」山本草二先生還暦記念『国際法と国内法—国際公益の展開』一四八頁（勁草書房、一九九一年）。小長谷・前掲注（二七）八八頁。たとえば、アメリカでは、連邦法と条約との間に矛盾があれば、後に効力を生じた方が優先される。田中・前掲注（八三）五〇二頁。
- (146) Bothe, *supra* note 3, at 302-303; CONFORTI, *supra* note 4, at 25-34. アメリカ国内裁判所での最近のこのような実行に対する批判として、Jordan J. Paust, *Suing Saddam: Private Remedies for War Crimes and Hostage-Taking*, 31 VA. J. INT'L L. 351, 365-368 (1991).
- (147) Drzewicki, *supra* note 144, at 112. たとえば、ジュネーブ諸条約の加盟国による国内的措置が不十分であるため、一九八六年にジュネーブで開催された第二五回の赤十字国際会議（International Conference of the Red Cross）は、これらの諸国が国内的措置を取るよう促した。National measures to implement international humanitarian law, Resolution No. V of the 1986 Geneva International Conference of the Red Cross, reprinted in HANDBOOK OF THE INTERNATIONAL RED CROSS AND RED CRESCENT MOVEMENT 782 (13th ed. 1994). また、ルワンダは、一九六四年にジュネーブ諸条約を承継し、一九七五年にジェノサイド条約に加入し、一九八四年に「千九百四十九年八月十二日のジュネーブ諸条約に追加される国際的武力紛争の犠牲者の保護に関する議定書（以下、第二追加議定書）」（Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, December 12, 1977）に加入したにもかかわらず、一九九六年まで必要な国内措置をとってこなかった。1 RWANDA, *supra* note 32, at 119, 328-330.
- (148) Christine Van den Wyngaert, *War Crimes, Genocide and Crimes Against Humanity—Are States Taking National Prosecutions Seriously?*, in ENFORCEMENT, *supra* note 132, at 230. たとえば、ジュネーブ条約を国内で実施するために立法された国内法の多くは、普遍的管轄権を認めておらず、時間的制限を付している。前掲注（一三二）にあげた各国の国内法を参照。
- (149) たとえば、日本の国内裁判所は、戦争法違反行為により損害を被った個人の国家に対する民事上の損害賠償請求権を戦後一貫して認めていない。藤田久一・鈴木五十三・永野貫太郎編『戦争と個人の権利』一七一—一八頁（日本評論社、一九九九年）。

- (95) L. F. Damrosch, *Application of Customary International Law by U. S. Domestic Tribunals*, 76 Proc. Am. Soc'y Intl. L. 252-253 (1982); BROWNLE, PRINCIPLES, *supra* note 137, at 56.
- (96) RATNER & ABRAMS, *supra* note 10, at 294; BROWNLE, PRINCIPLES, *supra* note 137, at 56, n.144; YUJI IWASAWA, INTERNATIONAL LAW, HUMAN RIGHTS, AND JAPANESE LAW 292-306 (1998).
- (97) 山本・前掲注(三十七)『国際刑事法』三四六頁。
- (98) いろいろな抗弁のごとくは一般に次の文献を参照。RATNER & ABRAMS, *supra* note 10, at 19-22, 121-130; BASSIOUNI, CRIMES, *supra* note 36, at 123-176, 448-509; D'Amato, *supra* note 141, at 218-226; WYNGAERT, *supra* note 148, at 229-238; A. Eser, "Defences" in *War Crime Trials in War Crimes in International Law* 251 (Yoram Dinstein & Mala Tabory eds., 1996). また、次の文献も参照。足立・前掲注(一五)二九七-三〇一頁。アメリカ国内法で認められた抗弁のごとくは、次の文献を参照。SHANOR & HOGUE, *supra* note 35, at 207-210; MICHAEL J. DAVIDSON, A GUIDE TO MILITARY CRIMINAL LAW 111-127 (1999).
- (99) BASSIOUNI, CRIMES, *supra* note 36, at 123, 127-137. たとえば、ドイツ連邦共和国基本法一〇三条二項(「遡及処罰の禁止」)、一〇四条一項(法定手続の保障)。フランスの「人および市民の権利宣言」(一七八九年)七条(適法手続)、八条(罪刑法定主義)。アメリカ合衆国憲法一条九節三項(事後法の禁止)、一条一〇節一項(事後法の禁止)、第五修正(デュー・プロセス)、第一四修正(デュー・プロセス)。日本国憲法三二一条(罪刑法定主義)、三九条(事後法の禁止)、七三条六号(政令による罰則の制限)。もっとも、ロモン・ロー上の犯罪を認める英米法系の適法主義(legality)の中に、大陸法的な意味での罪刑法定主義が存在するかについては議論がある。田中・前掲注(八三)五八〇-五八三頁。木下毅『アメリカ公法』三二九-三三三頁(有斐閣、一九九二年)。
- (100) たとえば、世界人権宣言(Universal Declaration of Human Rights, December 10, 1948, G.A. Res. 217A (III)) 一一条二項(「遡及処罰の禁止」)。「捕虜の待遇に関する千九百四十九年八月十二日のジュネーブ条約(以下「第三条約」) (Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War of August 12, 1949) 九九条(「遡及処罰の禁止」)。「人権及び基本的自由の保護のための条約(以下「欧州人権条約」) (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, November 4, 1950) 七条(法に基くかならぬ処罰の禁止)。「市民的及び政治的権利に関する国際規

約（以下、自由権規約）「International Covenant on Civil and Political Rights, December 16, 1966）一五条（遡及処罰の禁止）。第一追加議定書七五条四項（C）（遡及処罰の禁止）。第二追加議定書六条二項（C）（遡及処罰の禁止）。国際刑事裁判所規程二二条一項（遡及処罰の禁止）、二二条二項（類推解釈の禁止）、二三条（刑罰の法定）、二四条（遡及処罰の禁止）。

ただし、罪刑法定主義が国際法上の原則であるか否かについては議論がある。国際法上の罪刑法定主義については、次の文献を参照。BASSOUNI, *CRIMES*, *supra* note 36, at 140-176.

(156) 竹内昭夫・松尾浩也・塩野宏編集代表『新法学辞典 第三版』五二四—五二五頁（有斐閣、一九八九年）。愛知正博「国際刑事裁判所規程の刑法総則的規定—刑事法の視点から—」国際法外交雑誌九八巻五号一四二—一四六頁（一九九九年）。前田朗「戦争犯罪論」一六一—一九頁（青木書店、二〇〇〇年）。

(157) 条約の中には、罪刑法定主義によって、犯行時成立していた法の一般原則の適用が妨げられることはないとして、不文のままでも処罰が許される旨を規定するものもある。たとえば、欧州人権条約七条二項。自由権規約一五条二項。

(158) Gerry J. Simpson, *War Crimes: A Critical Introduction* in McCormack & Simpson, *supra* note 132, at 11-13. また、慣習国際法の規則が曖昧であるため、アメリカ国内裁判所によるその解釈・適用が司法的法形成にあたるこの批判については、次の文献を参照。Curtis A. Bradley & Jack L. Goldsmith, *Customary International Law as Federal Common Law: A Critique of the Modern Position*, 110 HARV. L. REV. 815 (1997). 横山真紀「慣習国際法の国内適用と司法的法形成—“Modern Position”の再検討—」中央大学大学院研究年報二九号六三頁（二〇〇〇年）。

(159) 愛知・前掲注（一五六）一四五頁。たとえば、前掲注（一四七）を参照。

(160) BASSOUNI, *CRIMES*, *supra* note 36, at 170-171. たとえば人道に対する罪について罪刑法定主義の抗弁が国内法廷でなされた例として、イスラエルの国内裁判所で行われたアイヒマン事件（Attorney General of Israel v. Adolf Eichmann, 36 INT'L. L. REP. 5 (Dist. Ct. Jerusalem 1961), *aff'd*, 36 INT'L. L. REP. 277 (Israel 1962)) があげられる。

(161) BASSOUNI, *CRIMES*, *supra* note 36, at 171-172. 小長谷・前掲注（三七）八三一—八五頁。愛知・前掲注（一五六）一四二—一四六頁。

(162) Simpson, *supra* note 158, at 11-13.

- (163) RATNER & ABRAMS, *supra* note 10, at 121-123; BASSOUNI, CRIMES, *supra* note 36, at 411-419; Eser, *supra* note 153, at 267-268. 足立・前掲注(一五)二九八頁。
- (164) BASSOUNI, CRIMES, *supra* note 36, at 412.
- (165) The Peleus Trial, (British Military Court for the Trial of War Criminals held at the War Crimes Court, Hamburg 1945) in 1 THE UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, LAW REPORTS OF TRIALS OF WAR CRIMINALS 1, 8 (1947).
- (166) 足立・前掲注(一五)二九八頁。
- (167) 1 RWANDA, *supra* note 32, at 280-281. なお、国際刑事裁判所規程三三条二項は、ジェノサイド又は人道に対する罪に於ける行為を命ずることの違法性は、明白であるとする。
- (168) 時効不適用条約については、以下の文献を参照。Robert H. Miller, *The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity*, 65 Am. J. INT'L L. 476 (1971); BASSOUNI, CRIMES, *supra* note 36, at 224-227. また、次の文献も参照。岡田泉「戦争犯罪及び人道に対する罪に対する時効不適用に関する条約」国際法学会編『国際関係法辞典』四九三頁(三省堂、一九九五年)。筒井若水編集代表『国際法辞典』二二〇頁(有斐閣、一九九八年)。このほか、時効不適用を定めた条約としては、「人道に対する罪及び戦争犯罪に対する時効不適用に関する欧州条約(European Convention on the Non-applicability of Statutory Limitations to Crimes against Humanity and War Crimes, January 25, 1974)」や国際刑事裁判所規程一九九条がある。
- (169) 当該犯罪に対する時効不適用は、慣習法上の義務であるとはいえない。Wynngaert, *supra* note 148, at 233. また、「ドイツと日本は時効不適用条約の当事国ではない。ただしドイツは謀殺について時効を廃止した。この経緯については、野村・前掲注(四二)九九一〇九頁を参照。
- (170) たとえば、フランスは時効不適用条約が成立する以前から人道に対する罪については時効にかからないとしてきた。Law No. 64-1326, Journal Officiel de la République Française [J.O.] Dec. 29, 1964. むしろ、一九九四年三月一日から施行された新刑法典は、ジェノサイド・人道に対する罪・重大な戦争犯罪について時効にかからないとした。CODE PENAL, art. 213-5.
- (171) Wynngaert, *supra* note 148, at 234.

- (172) 時効が問題となった例としては、たとえば、フランスの国内裁判所で争われた「ムンロー事件」(Fédération Nationale des Déportés et Internés Résistants et Patriotes and Others v. Klaus Barbie, 78 INT'L L. REP. 125 (Cour de Cassation, 1983, 1984, 1985)) や、トウヴリエ事件 (Touvier, 100 INT'L L. REP. 338 (Cour d'appel de Paris 1992, Cour de Cassation 1992)) がある。また、ロンドン条約の事件については次の文献を参照。Axel Marschik, *European National Approaches to War Crimes in McCormack & Simpson*, *supra* note 132, at 82-87; Leila Sadat Wexler, *The Interpretation of the Nuremberg Principles by the French Court of Cassation: From Touvier to Barbie and Back Again*, 32 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 289 (1994); Leila Sadat Wexler, *The French Experience in ENFORCEMENT*, *supra* note 132, at 273-300; Wynaert, *supra* note 148, at 234-235. また、次の文献を参照。藤田・前掲注(三七)『戦争犯罪とは何か』一八七—一八八頁。野村・前掲注(四二)一六四—一六五頁。
- (173) RATNER & ABRAMS, *supra* note 10, at 209. たとえば、アメリカの拷問犠牲者保護法は、一〇年の時効を定める。Torture Victim Protection Act of 1991, 82 (c).
- (174) BASSIOUNI CRIMES, *supra* note 36, at 502-505; D'Amato, *supra* note 141, at 223.
- (175) D'Amato, *supra* note 141, at 223.
- (176) たとえば、第二次世界大戦後に枢軸国国民のみが裁かれたことは、これら一連の裁判に対する信頼を失わせ、敗戦国国民に国際法に対する不信の念を生ぜしめた。大沼保昭『東京裁判から戦後責任の思想へ』(第四版)二五—二九頁(一九九七年、東信堂)。
- (177) テロリズムと国際法の関係については、たとえば、次の文献を参照。TERRORISM AND INTERNATIONAL LAW (Rosalyn Higgins & Maurice Flory eds., 1997) [hereinafter cited as Higgins & Flory]; LYAL S. SUNGA, THE EMERGING SYSTEM OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW 191-226 (1997); M. Cherif Bassiouni, *International Terrorism in I. INTERNATIONAL CRIMINAL LAW, CRIMES 765* (M. Cherif Bassiouni ed., 2nd ed. 1999). また、次の文献も参照。西井正弘「国際テロリズムと国際法」国際問題三二〇号一九頁(一九八六年)。山本条太「国際テロリズム規制のための法的枠組み—国連において採択された最近の条約例—」ジュリスト七八七—七九号五〇頁(一九八六年)。小林宏晨「国際テロリズムと法的対策—新防衛論集—」五巻二号三四頁(一九八七年)。宮坂直史「国際テロリズムとトランス・ガバメントリズム」外交時報一三四九号四頁(一

- 九八年)。西井正弘「テロリズム」国際法学会編『国際関係法辞典』五六九―五七〇頁(三省堂、一九九五年)。筒井・前掲注(一六八)『国際法辞典』二四八頁。藤田・前掲注(一五)『新版 国際人道法〔増補〕』一二二―一二三頁。
- (178) GAVIN CAMERON, NUCLEAR TERRORISM (1999); Gideon Rose, *It Could Happen Here: Facing the New Terrorism*, 78 FOREIGN AFFAIRS 131 (1999)。加藤朗「冷戦後のテロ」東海大学平和戦略国際研究所編『テロリズム 変貌するテロと人間の安全保障』四六―五〇頁(東海大学出版会、一九九八年)。
- (179) Convention for the Prevention and Punishment of Terrorism, November 16, 1937, *reprinted in* 7 INTERNATIONAL LEGISLATION 862-878 (Manley O. Hudson ed., 1941)。同条約については、西井・前掲注(一七七)『国際テロリズムと国際法』二〇―二二頁及び小林・前掲注(一七六)三六―三七頁を参照。
- (180) ゲリラ行為とは、軽火器を用いた奇襲の方法で行われる、移動集団による戦闘方法をいう。足立・前掲注(一五)五六―五八。藤田・前掲注(一五)『新版 国際人道法〔増補〕』一二二―一二三頁。糟谷英之「ゲリラ」国際法学会編『国際関係法辞典』二〇八―二〇九頁(三省堂、一九九五年)。筒井・前掲注(一六八)『国際法辞典』八一頁。筒井若水『国際法Ⅱ』二二七―二四四頁(青林書院新社、一九八二年)。
- (181) 西井・前掲注(一七七)『国際テロリズムと国際法』二五―二六頁。宮坂・前掲注(一七七)六一―八頁。
- (182) 民族解放戦争については、第一追加議定書一条四項。ゲリラ行為については、第一追加議定書四四―四六項。
- (183) たとえば、以下の条約を参照。「航空機の不法な奪取の防止に関する条約」(Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, December 16, 1970)。「民間航空の安全に対する不法な行為の防止に関する条約」(Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation, September 23, 1971)。「国際的に保護される者(外交官を含む)に対する犯罪の防止及び処罰に関する条約」(Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents, December 14, 1973)。「人質をとる行為に関する国際条約」(International Convention against the Taking of Hostages, December 17, 1979)。「第一追加議定書 五一条二項。また、冷戦下においては、テロリズムを民族解放戦争の合法的な手法とする主張もあったが、冷戦後、国連でのテロリズムに対する絶対的非難は定着した。G.A. Res. 40/61 (1989); G.A. Res. 49/60 (1994)。
- (184) たとえば、このような国家の地位の低下を引き起こしている新しい国際社会の状況について、シャクター(Oscar

- Schachter) は、① 国家の権威に対するグローバル化した資本主義の影響力、② 市民社会と反市民社会 (Civil and Uncivil Society) の役割の増大、③ 国家の分裂を引き起こす党派主義 (Particularism) の再活性化、④ 国家の失敗・違法な統治・人民主権に表現される既存の国家統治に対する不信¹⁸⁷を指摘している。Oscar Schachter, *The Decline of the Nation-State and its Implication for International Law*, 36 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 7 (1997).
- (185) *Supplement to An Agenda for Peace*, para. 13, January 3, 1995, U.N. Doc. A/50/60-S/1995/1 (1995); Preparatory Document Drafted by the International Committee of the Red Cross for the First Periodical Meeting on International Humanitarian Law, Geneva, January 19-23, 1998, *reprinted in* MARCO SASSOLI & ANTONIE A. BOUVIER, *HOW DOES LAW PROTECT IN WAR?* 482-491 (1999).
- (186) たとえば、ソマリヤは、一九九二年四月の段階で実効的に統治を行っている中央政府が存在せず、軍閥が相対立する状況となった。
- (187) たとえば「国際連合憲章に従った諸国間の友好関係及び協力についての国際法の原則に関する宣言（友好関係原則宣言）」は、「すべての国は、他の国において内戦行為又はテロ行為を組織し、教唆し、援助し若しくはそれらに参加すること、又はこのような行為を行うことを目的とした自国の領域内における組織的活動を黙認することを、前記の行為が武力による威嚇又は武力の行使を伴う場合には憤む義務を有する」とした。Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in according with the Charter of the United Nations, October 24, 1970, G.A. Res. 2625 (XXV).
- (188) 本稿の第四章一及び第五章二(9)を参照。
- (189) Yves Daudet, *International action against State terrorism* in Higgins & Flory, *supra* note 177, at 201. 西井・前掲注(一七七)「国際テロリズムと国際法」二六—三一頁。なお、国家とテロリズムの関係としては、このほかにも国家が直接テロリズムを計画・実施する場合があるが、これは本稿の第五章二で論じた「国家による組織的犯罪」に相当する。
- (190) たとえば、アフガニスタンは、一九八一年三月に発生したパキスタン航空のハイジャック事件の犯人を庇護したとして、サウジアラビア参加国から非難された。Ottawa Economic Summit Conference, *Statement on Terrorism*, para. 3, July 20, 1981, *reprinted in* 20 INT'L LEGAL MATERIALS 956 (1981).

- (161) McCormack & Simpson, *supra* note 132, at xxi.
- (192) Higgins, *supra* note 50, at 69. たゞ、United States v. Humberto Alvarez-Machain, 504 U.S. 655 (1992). また、一九八九年末から翌年にかけての、アメリカによるパナマへの武力干渉の目的の一つは、麻薬取締に関するアメリカ国内法に違反したノリエガの拘束であった。United States v. Noriega, 746 F.Supp. 1506, 1511 (S.D. Fla. 1990). やつ、マイヒマン事件では、アイヒマンは、逃亡先のアルゼンチンからイスラエル官憲によって拉致され、イスラエルに連行された。See Attorney General of Israel v. Adolf Eichmann, 36 Int'l L. Rep. at 5, 12-13.
- (193) 1 RESTATEMENT (THIRD) OF THE FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES §432 Com. c, RNI-3; §433 Com. b (1987). 山本・前掲注 (三七) 『国際刑事法』二一一—二二二頁。このような国際法に違反した拉致に対する批判としては、M. Cherif Bassiouni, *International Extradition in American practice and World Public Order in 2 A TREATISE ON INTERNATIONAL CRIMINAL LAW* 347, 357-358 (M. Cherif Bassiouni & Wed P. Nanda eds., 1973) を参照。
- (194) Greenwood, *International Law and the United States, Air Operation against Libya*, 89 W. Va. L. Rev. 933 (1987); RICHARD J. ERICKSON, LEGITIMATE USE OF MILITARY FORCE AGAINST STATE-SPONSORED INTERNATIONAL TERRORISM (1989). 西井・前掲注 (一七七) 『国際テロリズムと国際法』二六一—三二二頁。小林・前掲注 (一七七) 四一—四三頁。宮内靖彦「国際テロ行為に対する報復爆撃の問題提起—国際法強制システム形成への胎動?—」国学院法学三八巻一号七五頁(二〇〇〇年)。
- (195) たとえば、西ベルリンのディスコの爆破に対するリビア爆撃(一九八六年)、ブッシュ元大統領暗殺未遂に対するバグダット爆撃(一九九三年)、ケニアとタンザニアの米国大使館爆破事件に対するアフガニスタン及びスーダンへの爆撃(一九八八年)などがある。低強度紛争については、加藤朗『現代戦争論』(中央公論社、一九九三年)を参照。
- (196) たとえば、爆撃などの実力行使については、次の文献を参照。山本・前掲注(三七)『国際刑事法』五三頁。宮内・前掲注(一九四)一一四—一七頁。
- (197) Bridge, *supra* note 144, at 1258-1260.
- (198) *Id.*, at 1256-1257.
- (199) *Id.*, at 1257-1258.

- (200) *Id.*, at 1258-1260.
- (201) Bothe, *supra* note 3, at 307-310.
- (202) *Id.*, at 307-308.
- (203) *Id.*, at 308.
- (204) *Id.*, at 308-309.
- (205) *Id.*, at 309.
- (206) *Id.*, at 310.
- (207) CONFORTI, *supra* note 4, もつとが、コンフォティは、国際法を国内法で実施することの重要性を強調し、その実施の障害の克服を主張する。
- (208) *Id.*, at 14-17.
- (209) *Id.*, at 17-20.
- (210) *Id.*, at 20-24.
- (211) *Id.*, at 25-34.
- (212) *Id.*, at 34-40.
- (213) *Id.*, at 41-47.
- (214) BASSOUNI, DRAFT, *supra* note 126, at 53.
- (215) たむぎは、プロットは、諸国政府が、市民の心に対する統制を失いつつあることを指摘する。PHILIP ALLOTT, *EUNOMIA* 292, para. 15.78 (1990).
- (216) ヴァッテル的国際社会観については、本稿の第二章四を参照。
- (217) ALLOTT, *supra* note 215, at 248, para. 13.105.
- (218) IMMANUEL KANT, ZUM EWIGEN FRIEDEN (1795), *reprinted in* IMMANUEL KANT, KLEINERE SCHRIFTEN ZUR GESCHICHTSPHILOSOPHIE ETHIK UND POLITIK 157 (Karl Vorländer ed., 1973). 引用部分の翻訳は、カント(平野啓芳明訳)『永遠平和のために』八七一-八八頁(岩波書店、一九八五年)によったが、一部改めた。

(219) 完全な社会である国家によって個人の不完全性が補完されることについては、本稿の第三章一を参照。

(220) ALLOTT, *supra* note 215, at 185-186, para. 12.21. このような悪の陳腐さについては、 HANNAH ARENDT, EICHMANN IN JERUSALEM, A REPORT ON THE BANALITY OF EVIL (revised and enlarged edition, 1965) (ハンナ・アレント (大久保和郎 訳) 『イェルサレムのアイヒマン 悪の陳腐さについての報告』(みすず書房、一九六九年)) を参照。

おわりに—国際法と国内法の新しい関係としての補完性原理

(1) 個人を規律するための国際法は、国家の実効性に依存しつつ、国内法を通じた間接執行という形態を長年にわたりとってきた。それは、国際社会において国家が実力とその行使の正当性を独占し、また、国際社会での代表性を占有してきたという歴史的経験に裏打ちされた国家の完全性を根拠としていた。伝統的国際法の使命は、これら完全であると想定されていた国家社会を補完することにとどまり、個人の規律の観点からすれば純一性・一貫性に欠けるため、国際法は国内法と比較して二次的な法秩序であった。

しかしながら、今日では、国際社会で活動する個人に対する純一・一貫的統制が求められるようになってきた。本稿の議論を通じて明らかとなったように、国内法を通じた個人の間接執行という伝統的国際法の方法は、その社会的要請に十分対応しておらず、むしろその限界を露呈している。

(2) このような伝統的国際法の限界を克服するための要件は、国際法が純一性・一貫性を獲得できるか否かにある。

そのためには、これまでのように国家によって国際法の間接執行が行われる場合であっても、国際法を解釈する各国の国内裁判所は当該法規範を国際法として一貫して解釈適用するべきであり、その限りにおいて、国内裁判所

は、「仮に国際裁判所であればどのように判断するか」を常に考慮し、国際法上の問題と、三権分立・政治問題などの国内法上の限界とを明確に区別する必要がある。

さらに、個人を規律するための国際法は、新しい現実に対応するため、従来の国家による間接執行に加えて、国際社会自身による直接執行（direct enforcement）のための手続を持たねばならない。旧ユーゴスラビアやルワンダでの国際刑事裁判所の設置や常設的な国際刑事裁判所の設置などは、不完全な国内法秩序の補完を目的とした国際法の直接執行の試みとして位置付けることができる。さらに今日では、一国内において行われる政策的・組織的な大規模人権侵害や国家の民主的な正統性が損なわれる場合に、国際社会の名の下に、武力行使を含む措置がとられる可能性も考えられるようになった。⁽²¹⁾ これらの新しい動きの評価については、今後の実行の集積とその分析を待たねばならないが、このような新しい動向も、本稿で論じてきた間接執行の限界に対応せねばならない国際社会の必要から生じたものである。

(3) もっとも、たとえ国際裁判所が設置された場合であっても、容疑者の身柄拘束とその引渡し、政治的圧力など各国の協力と国内法手続なくしては実効的に機能できないという限界が存在する。⁽²²⁾ また、国際社会が積極的に関与したニュルンベルグ裁判及び極東裁判は、領域国家の主権に代替する国際社会による介入が可能であった特異な例外であり、今日の国際社会の状況とは異なるため、適用には限界があるとする指摘もある。⁽²³⁾

それゆえ、国際社会の現状では、力と正当性の独占という国家の完全性を維持しつつも、これと調和をする国際法秩序が求められているといえよう。そこでは、個人を規律する国際法の純一性・一貫性が確保された国際社会と、完全性を保持した下位社会としての国家諸社会が並存することとなり、両者の調整原理が必要となる。

(4) ここで注目されることは、完全な社会である国家に対する調整・制限原理として、「補完性原理（subsidi-

um, Principle of Subsidiarity, Principe de subsidiarité, Subsidiaritätsprinzip)」が既に存在しており、一定の機能を果たしていることである。⁽²²¹⁾ここで補完性原理とは、ある単一の共同体が複数の下位共同体によって構成されている場合、上位の共同体が下位の構成共同体の問題に介入するのは、下位の共同体が自ら責任を負うことができない場合に限定されるという原理であり、本来は、完全な社会としての国家が下位団体に作用する際の権限配分とその限界一般に関する原理であった。⁽²²²⁾今日では、同原理は、国家機能の調整・制限原理としてばかりか、国際社会と国家の自律性とを調整する原理としても主張され、実定国際法の中に既に導入されている。⁽²²³⁾

(5) このような補完性原理は、完全な社会の法である国内法の自律性を尊重しつつ、国際法としての純一性・一貫性を実現するという本来相容れない二つの要請を止揚するための法学的な技法である。この補完性原理の分析と、本稿では十分に検討することができなかった国際社会の組織化の問題とを含めて、国際社会における個人の規律の実効性に関する課題を、今後の研究テーマとしたい。

*本研究は、尾崎重義先生(筑波大学名誉教授・二松学舎大学教授)の指導の下に行われている「世界法・世界社会論研究会」での議論から有形無形の示唆を受けている。また、本稿で用いたアロットの『ユーノミア』を同研究会のメンバーで翻訳・出版する準備を進めている。

注

(221) このような事例としては、第二次世界大戦後のドイツおよび日本に対する民主化政策をあげることができる。KARIN

VON HEPPEL, DEMOCRACY BY FORCE 11-18 (2000)、筒井若水「ケルゼン理論と現代国際法学」鶴飼信成・長尾龍一編『ハンヌ・ケルゼン』九三頁(東京大学出版会、一九七四年)。最近の例としては、一九九三年から一九九四年にかけてハイチに

対して強制的な政権の変更が行われる可能性があったことや、旧ユーゴスラヴィアのコンボ地域での人権侵害に対して、一九九九年に北大西洋条約機構軍が行った爆撃があげられる。

- (22) 岡田泉「国際刑事裁判所の管轄権」国際法外交雑誌九八巻五号七五—七六頁（一九九九年）。藤田・前掲注（一五）『新版国際人道法〔増補〕』二九〇頁。

- (23) たとえば、奥原は、ニュルンベルグ裁判及び東京裁判という例外的なものを一般化して適用することを批判している。細谷ほか編・前掲注（四五）七二頁。また、イラクによるクウェートに対する侵略に対して、その責任者を処罰しようとする試みは、第二次大戦時とは異なり、実現しなかった。藤田・前掲注（一五）『新版 国際人道法〔増補〕』二八三頁。

- (24) 補完性原理については、次の文献を参照。JOHN FINNIS, *NATURAL LAW AND NATURAL RIGHTS* 159 (1980); JOHANNES MESSNER, *DAS NATURECCHT* 255-264 (4th ed. 1960). (モクネス・メスナー（水波朗・栗城壽夫・野尻武敏訳）『自然法』三二六—三三六頁（創文社、一九九五年）)。このような補完性原理は、キリスト教の伝統の中で定式化されたものである。たとえば、一九三一年に公布された、ピオ十一世 (Pius XI) の回勅『クアドラゲシモ・アノ（Quadragesimo Anno）』の中で、補完性原理が定式化されている。PUSXI, *QUADRAGESIMO ANNO* (1931), para. 79. (同回勅全文の邦訳は、ピオ十一世（岳野慶作訳）『クアドラゲシモ・アノ』（中央出版社、一九六六年）)。また、CATECHISM OF THE CATHOLIC CHURCH 460 (2nd ed. 1997), para. 1883 [hereinafter cited as CATECHISM] を参照。

- (25) MESSNER, *supra* note 224, at 255-264. (メスナー・前掲注（二二四）三二六—三三六頁)。

- (26) CATECHISM, *supra* note 224, at 460, para. 1885.

- (27) Herbert Petzold, *The Convention and the Principle of Subsidiarity in The European System for Protection of Human Rights* 41-62 (R. St. J. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold ed., 1993). たとえば欧州人権条約の運用にあたり、ヨーロッパ人権裁判所は、補完性の原則を発展させてきた。FREDERIC SUPRE, *LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME* 38-43 (4th ed. 1997). (F. スュードル（建石真公子訳）『ヨーロッパ人権条約』五〇—五七頁（有信堂、一九九七年）)。また、欧州連合（EU）では、その専属的権能に属さない分野については、加盟国による行動では十分に目的を達成できない場合に限り、EU が行動するという補完性原理が明定されている。「欧州連合条約」（TREATY ON EUROPEAN UNION, February 7, 1992, *amended and renumbered by the Amsterdam Treaty of 1999*）二条。「欧州共同体を

設立する条約」(TREATY ESTABLISHING THE EUROPEAN COMMUNITY, March 25, 1957, *amended and renumbered by the Amsterdam Treaty of 1999*) 五条。 See RALPH H. FOLSOM, *EUROPEAN UNION LAW* 33-34 (3rd ed. 1999)。また、武力紛争法・人道法の分野では、国際刑事裁判所規程において、「補完性 (complementarity) の原則」が採用されている(前文一〇項、一条二文後段、一七条)。

【訂正】

獨協法学第五十二号に掲載した拙稿「伝統的国際法の国内法補足的性質について——武力紛争法・国際人道法を例として——(二)」について、次の誤りがありました。お詫びして訂正いたします。

一二七頁 注(一) 八〜九行目

(誤) 古稀記念『国家管轄権——国際法と国内法——』……一九九八年

(正) 還暦記念『国際法と国内法——国際公益の展開』……一九九一年