

ハンス・ケルゼン『法による平和』(訳・その三)

広 井 大 三

第二部 国際法の侵害に対する個別責任

により保障される平和

十一 戦争創始者の個別責任

戦争を防止して国際平和を保障する最も効果的な手段の一つは、戦争に訴えたり、戦争を挑発したりして、国際法を侵害した政府の構成員であつた人物の個別責任を確立する規範の制定である。⁽¹⁾戦争が、その蒙むる不正に対する反作用としてのみ——すなわち、制裁としてのみ、許されるということと、更に、この制裁の性格をもたない戦争は、いっさい不法行為、すなわち、国際法の侵害であるというのが、一般国際法の基本原則であつて、これが、正戦 (bellum justum, just

war) の原則の本質である。⁽²⁾ほとんどすべての国家が、ブリアン・ケロッグ協定の締約当事国であり、それにより、国家の政策の手段としての戦争は不法とされているのであつて、戦争に訴えることは、一般国際法、ないし、ブリアン・ケロッグ協定によるだけではなく、不侵略協定のような二国間で締結される特別条約によつてもまた、不法行為となり得るのである。

ポーランドとソビエト・ロシアに戦争に訴えたことによりドイツが、フランスに対して戦争に訴えたことによりイタリアが、そして、中国と合衆国に対して戦争に訴えたことにより日本もが、一般国際法上の正戦原則だけでなく、枢軸国が締約当事国であるブリアン・ケロッグ協定をも侵害したことは、疑い得ないことであるし、更に、ポーランドとソビエ

ト・ロシアに戦争に訴えたことによりドイツは、これらの諸国と締結した不侵略協定を侵害したのであって、戦争犯罪者を処罰する必要要件は、人類の歴史の中の最大の犯罪の一つに対して道徳的に責任を負う人たちである第二次世界大戦の張本人たちを処罰する要件であり、なかならず、要件になるべきものである。

戦争の張本人たちを処罰するのは、彼らの命令や、或るいは、彼らの権限でもって、彼ら自身によって行われた行為のために、彼らを処罰することにより、或る種の個人に責任を負わせることを意味しているのであって、これは、国家それ自体、すなわち、法人としての国家を処罰することを意味するものではない。国際法が国家それ自体に対して与える制裁、すなわち、復仇 (reprisal) と戦争は、刑法上の意味での刑罰ではないと、多くの著者が主張しているのであるが、しかしながら、国家に対して向けられる国際法上の特殊な制裁と、個人に対して向けられる刑法上の制裁との間の相違は、必ずしも明白ではないのである。刑罰は、報復や予防のための生命、自由、ないしは、財産の強制的な剝奪であるが、この定義は、国際法上の特殊な制裁である戦争や復仇にも、同じよ

うに妥当するのであって、加害者 (perpetrator) は有罪意思 (guilty mind) をもたねばならないということ、つまり、彼は、故意に犯意をもって、或るいは、責められるべき過失でもって、彼の行為から有害な結果を生じさせていなければならぬということとは、時々、主張されているように、国家についての“処罰”を除外するものではない。有罪意思の法則 (rule of mens rea) には例外が無いのではなくて、或る個人が、故意に犯意をもって、或るいは責められるべき過失でもって、行為したのではないにも拘わらず、処罰されるべきだという場合の、いわゆる“絶対責任” (absolute liability) は、近代の刑法においてさえも、完全に排除されてはいないのである。更に、何人かの著者によれば、国家は、その機関の、故意と犯意により、或るいは、責められるべき過失でもって、行われた場合であっても、その行為に対して責任を負うのである。⁽³⁾ 法人としての国家は、心的機能を持ち得ない以上、有罪なる意思をもち得ないという見解は、説得的ではなく、国家は個人を通してのみ行為し、国家の行為は、国家の機関としての法定資格をもつ個人によって遂行される行為であり、したがって、その国家に転嫁される行為である。

もし、国家の機関によって、“故意に犯意をもって、或るいは、責められるべき過失でもって”犯される行為だけが、国家に不法行為 (delict) として転嫁され得るのであれば、国家は、不法行為に対して責任を負わされるためには、“有罪なる意思”をもたなければならぬのだと述べる事が全く可能である。国家は物理的身体をもたないけれども、個人により遂行される物理的行為が国家に転嫁されることが可能であるのであれば、国家が魂をもたなくとも、国家に心的行為を転嫁させることが可能にならなければならない。国家への転嫁は、自然の現実の記述ではなく、法的な構文分析 (construction) である。

広く滲透している教義である“法人は罪を犯し得ない” (societas delinquere non potest) に反駁して、そして、国家は刑事責任 (criminal responsibility) を負い得るということを証明するために、法人格 (juristic person) としての国家は、法的擬制ではなく、実在であり、超個人的有機体 (super-individual organism) である等々のことを論証する⁽⁴⁾ という絶望的な試みをする必要はないのである。決定的に重要な問題は、国家が法的擬制、ないし、実在するものなのか

ハンス・ケルゼン『法による平和』(訳・その三)

どうかではなくて、国家に対して、国家としての資格において向けられるべき制裁、すなわち、戦争や復仇が、“処罰” (punishment) として解釈され得るか否かということである。こうした解釈は確かに可能なのであるが、しかしながら、国際法が国家に対して規定する制裁と近代刑法が規定する制裁との間には重大な相違が存在するのである。

その相違は、処罰——少くとも近代刑法において——は、個別責任を意味しているのに対して、国際法上の特殊な制裁は、共同責任を意味しているという事実であり、処罰は、みずからの行為により法に違反し、個人として犯罪を犯した、その個人に対して向けられるということ、つまり、刑法は、みずからの行為により、犯罪を構成する行為を遂行した個人のような、まさに決断した個人に対して制裁を定めているのであり、刑法は個別責任を設定しているのである。国際法上の特殊な制裁である復仇と戦争は、国際法違反を構成する個人の行為に対しては定められてはおらず、復仇と戦争は、国家それ自体に対して向けられており、しかも、それは、国家の国民に対するものであり、不法行為 (delict) を犯してはいなかったり、それを防止する能力をもっていなかった個

人に対するものであることを意味するのである。復仇と戦争が向けられる個人は、国際法を侵害した国家の機関の国民であつて、国際法は、「誰に対して制裁が向けられるのか」という間に、国家の刑法のように、或る一定の人間を個人として指定するのではなくて、或る一定の個人の集団、つまり、彼自身の行為により、不法行為を構成する行為を遂行した個人——すなわち、不法行為を犯した国家の機関の国民である個人と或る一定の法的関係にある個人の或る一定の集団を指定することによって、答えているのであるが、これは、共同責任に対する仕組み (scheme) である。国際法に従つて、国家には、その行為に対して責任があるという説明は、国家の機関の行為に対して、国家の国民は共同的に責任があるということの意味しており、更に、国際法は国家に義務を課するのであつて、個人に対してではないという説明は、まず第一に、国際法上の特殊な制裁である復仇と戦争が、個別責任ではなく、共同責任の承認に適用されていることを意味するのである。

(1) ハンス・ケルゼン『特に戦争犯罪人の処罰に関する共同

責任と個別責任 (Collective and Individual Responsibility in International Law)』(カリフォルニア・ロー・レビュー、一九四三年、第三一巻五三〇頁) 参照。

(2) 国際法についての大部分の著者が、実定法の法則としての正戦の原理を承認してはいない。ハンス・ケルゼンの『国際関係における法と平和 (Law and Peace in International Law)』(一九四二年) 三一頁において、この見解をめぐる賛否の主な議論が紹介されている。

(3) L・オープンハイム (L. Oppenheim) 『国際法 (International Law)』(一九三七年、第五版) 第一巻二二七頁を参照。

(4) 例えば、ヴェスパジアン・V・ペラ『国際刑事裁判権の影響について (De l'influence d'une jurisdiction criminelle internationale)』(『国際刑法雑誌』(一九二六年)、第三卷三九一頁参照)。

十二 一般国際法により確立されている個別責任

しかしながら、国際法による共同責任の確立は、重要な例外を伴う法則をつくり出すのであつて、制裁が向けられるべき人物が、彼自身の行為により国際法を侵害した人物として、個別的に決定されるという一般国際法上の規範が存在するのであるが、これらの規範が個別責任を設定するのである。

こうした一般国際法上の規範に、海賊行為禁止の法則がある。公海上で行われる不法行為は、一般国際法により、国家に対し、海賊を襲撃し、拿捕して、処罰する権限を授与することが、直接的に決められているが、国際法は、海賊行為を犯した人物や船舶の国家に対して復讐や戦争に訴える権限を、国家に授与してはしないのである。それが、国家に授与するのは、海賊行為を犯した個人に対してのみ制裁を執行する権限である。海賊を起訴する法的権限を国家に与える一般国際法上の規範は、一般国際法上の他の法則、すなわち、公海の自由を確立する法則、の規制である。もし、国際法が、国家に、海賊を襲撃し、捕獲して処罰する権利を与えなかったとすれば、これらの行為は、公海自由の原則の侵害になるであろう。一般国際法上の規範によってのみ、公海の自由を設定する規範は、制限され得るのである。処罰の明細化が国家に委ねられ、海賊の裁判が国内裁判所に任かされているという事実は、その不法行為と制裁のもつ国際的性格を奪いはいないのであって、その国の刑法で海賊行為に或る一定の処罰を加わえ、その国の裁判所を通して海賊を処罰する国家は、国際法を執行するのであり、更に、国家の権利を侵害した他の国家に対

ハンス・ケルゼン『法による平和』（訳・その三）

して、復讐に訴える国家と同様、国際共同社会の機関として作用する国家は、国際法を施行するのである。復讐は、被害国の機関によって遂行されるけれども、その法的根拠が国際法にあるからには、それは国際的制裁であり、同じことが、国内裁判所による海賊の処罰にも当てはまっているのである。つまり、国家が、復讐を実行する場合、その国の行政機関、ないし、軍隊と同様に、裁判所も、その国の機関である。海賊行為を禁止する一般国際法上の法則は、個人に直接に法的義務を課し、かつ、個別責任を設定する国際刑事法の法則である。その結果として、国際法は、まさに、その本質そのものによって個人を義務付けることはできず、それ故に、刑事法の性格を有し得ないという教理は、当を得てはいないのである。

個人が直接に義務付けられ、個別責任が設定される一般国際法上の他の規範は、封鎖 (blockade) の侵犯と禁制品 (contraband) の輸送に関する法則であるが、これらの場合には、一般国際法は、制裁が向けられるべき個人を直接に決定するだけでなく、制裁を具体的に指定するのであって、この場合には、船舶と積み荷の没収 (confiscation) である。

国内海上捕獲物審判所 (national prize court) は、封鎖と禁制品の事件を解決することにより、国内法だけではなく、国際法をも執行するので、したがって、ここにおいて、国内法上だけではなく、国際法上の機関としての役目を遂行するのである。その制裁が、これらの場合において、“処罰”の性格を有するのか、或るいは、もっと類似する民事の強制執行 (execution) の性格を有するのか否かは、重要ではない。一般国際法上の法則が、個別責任を設定すること、すなわち、封鎖の侵犯や禁制品の輸送で有罪である船舶と積み荷の所有者の責任を確定するのは明確なのである。

一般国際法により設定されている個人の直接的な義務と個別責任のもう一つ別の例は、“戦争犯罪” (war crimes) として、時々、特徴付けられている違法な戦闘の特殊な行為に関する法則である。これは、私的個人で、敵の軍隊に所属せず、占領国の軍隊に対して武器を手にする者は、後者により犯罪者として看做され得るという一般国際法上の法則であるが、国際法は、占領国に、違法な戦闘行為のために、このような個人を処罰する権限を与えており、それは、たとえば、彼らの行為が彼らの国内法によっては犯罪ではなく、し

かも、概して、占領国が、被占領国の住民に、その住民たち自身の法を適用するように義務付けられているとしてもある。前述した個人の行為は、国際法により直接禁じられていて、その行為を処罰することにより、軍事裁判所は、仮にも、同時に、自国の軍事法上の規範を適用することがあるとしても、国際法を執行することになるわけである。その裁判の法的基盤は、国際法であり、国際法が、違法な戦闘行為を犯した人物の個別責任を設定しているのである。もし、国際法が、占領国に、違法な戦闘行為のために被占領地の住民を処罰する権限を与えているということが認められなければならないのであれば、その場合には、国際法は、諸国家間だけの法として、私的個人が、敵に向かって武器をとり、敵対行為を犯すことを禁止することはできないと言うのは、辻褄が合わないことである。と言うのも、法的に或る一定の行為を“禁止する”ということは、その行為に制裁を与えること以外の何ものをも意味するものではなく、しかも、国際法は、占領国に、違法な戦闘行為を処罰する“権利”を与えることによって、犯行者 (perpetrator) の国内法によっては禁止され得ないこれらの行為を禁じているからである。

国際法の侵害は、私的人物の行為によって、或る国の領域内で行われ、しかも、他国にとって有害な行為によって行われ得るのであって、例えば、或る個人が、A国の領域内でB国に対する軍事遠征を準備するということはあり得るのである。こうした行為は、国家の行為ではないが、しかし、その行為が、国家の領域内で行われて来ている場合、国家は、こうした行為を防止すべく義務付けられ、しかも、防止が不可能であるならば、その犯罪者たちを処罰し、彼らに損害賠償を払わせるべく義務付けられている限りにおいて、その国家に責任があるのであって、これらは、それ自身の行為ではない行為に対する、国家の、いわゆる、代理責任(vicarious responsibility)の事例である。犯行者を処罰することによって、国家は、国内法もまた、その犯罪者たちに適用されるとしても、国際法を施行するのであり、もし、国内法が、当該行為に制裁を与えるとすれば、それは、国際法の執行ということで、制裁を与えるのである。したがって、その結果として、国際法は、個人に対して、他国にとって有害な行為を慎む義務を賦課し、かつ、国際法は、これらの事例において、個別責任をも設定しているものと言うことができるのである。

ハンス・ケルゼン『法による平和』(訳・その三)

十三 特別国際法により設定される個別責任

国際法の侵害に対する個別責任が、特別国際法によって、例えば、国際条約によって設定され得るということは、道理にかなっているのであって、一九二二年二月六日にワシントンで締結された潜水艦の使用に関する失効条約は、その一例である。この条約の第三条は、商船の攻撃、捕獲、破壊に関するこの条約のいっさいの規則を侵害する如何なる国家の如何なる人物も、政府上層部の命令下に有る無しに拘わらず、

「∴戦争法規を侵害したものと看做されなければならぬいし、恰かも海賊行為と同様、裁判と処罰を課せられるべきであり、彼が評決を受けることになる国家の裁判管轄権の範囲内で、民事上、ないし、軍事上の当局の裁判に付せられ得る。」

一般国際法によれば、国家への奉職中に、国際法を侵害した者には責任が無いが、しかし、国際条約によると、そのような者は責任を負わされ得るのである。ワシントン条約は、

その効力を締約国に限定していいない限りにおいて、問題があり、後で見ると、国家の機関としての資格において、国際法を侵害した個人は、彼の本国の同意だけをもって、他の国家によって行われるそうした行為に対して責任を負わされ得るのであって、この困難を、一般国際法が個別責任を設定していることを理由にして、ワシントン条約の規範の侵害は海賊行為として看做されるべきだという擬制を使って克服しようとする試みは、無駄なことである。何故なら、ワシントン条約の侵害は海賊行為ではないからである。海賊は、国家の行為ではあり得ないのに対して、ワシントン条約によって決定される不法行為は、国家の行為であり得るし、また、ほとんどが、そうなのである。

一八八四年三月一四日にパリで調印された海底電線の保護のための国際協定もまた、個人を直接に義務付けて、個別責任を設定する国際法上の規範の一例であって、その協定の第一一条の規定によると、

「故意、または、咎められるべき過失をもって行われ、かつ、電信の全面的、ないし、部分的な不通や妨害を生じ

させる海底電線の切断、ないし、損害は、罰せられるべき犯罪であるが、しかし、科せられる処罰は、民事の損害賠償訴訟の妨げになつてはならない。」

国際法上の規範は、この規範によって決定される個人によって犯される行為について、直截的に不法行為として規定し、民事上の制裁と同様、刑事上の制裁をも付与しており、その協定は、第二条で規定される制裁（処罰と民事強制執行）を、国内法によって具体的に規定することを、諸国家に義務付け、かつ、第二条で定義する不法行為を遂行した船舶が所属する国家に対して、その制裁の執行を義務付けているのである。国内裁判所は、海底電線の切断、ないし、損壊のために、個人を処罰したり、あるいは、その不法行為によって生じさせた損害の補償を命ずることによって、たとえもし、同時に、彼らの国内法を適用するとしても、国際法を執行するのであって、当該個人は、国際法によって決定されている不法行為を差し控えるように、たとえもし、彼らの国内法でもまた、同じことを命じているとしても、それは、国際法により義務付けられているのである。彼らの刑事上の責任は、民事上の

責任と同様に、国内法による設定に加わえて、国際法によって直接的に設定されているのであって、この解釈は、たとえば、彼らの国の憲法により、裁判所が、国際法上の規範を国内で実施するためには、いわゆる、国際法上の規範の国内法への変換 (transformation) を必要とするという理由で、国内法のみを適用するように義務付けられているとしても、正鵠を得ているのである。国内の憲法により課せられる国際法の国内法への変換の必要性は、その変換が実行されることによる規定の制定であり、裁判所によるその適用は国際法の実施であり、その国家の国際的義務の履行であり、その立法上、および、司法上の機関は、この場合、国際法上の機関として機能している、という事実までも変更することはできないのである。

十四 国家の行為に対する個人の責任

今次の戦争の創始者であり、戦争に対して道徳的に責任を負っている個人であり、国家の機関として、一般国際法、ないし、特別国際法を無視して、この戦争に訴えたか、或るいは、この戦争を惹き起こした人たちは、被害諸国により法的

ハンス・ケルゼン『法による平和』(訳・その三)

に責任を負わされねばならない、ということを経論は要求しているのであるが、もし、この要求が、国際法との一致を得られるのであれば、有罪者が処罰されるべき行為というのは、国家の行為、すなわち、一般国際法によるところの政府の行為、ないし、政府の命令か、或るいは、その権限をもって遂行された行為、であることを斟酌する必要がある。

行為は、国家の行為であるという説明の法的な意味は、この行為が、その行為を遂行した個人に帰せられるのではなく、国家に帰せられるべきであるということであって、もし、個人により遂行される行為が——そもそも、国家のすべての行為は個人により遂行されるのであるが——国家に帰せられなければならないのであれば、後者は、この行為に責任を負うのであって、しかも、それは、一般国際法に関する限り、この行為により損害を蒙る国家は、法の侵害を構成する行為国家に対して、戦争に訴えるか、或るいは、復仇することが是認されていることを意味しているのである。こうした是認は、指摘されるように、個別責任ではなく、共同責任を示唆するものであり、もし、行為が、国家に帰せられ、それを遂行した個人に帰せられないのであれば、その個人は、一般国

際法によれば、その行為に係る国家の同意無くしては、他の国家によって、この行為に対する責任を負わされるといふことはあり得ないのである。国家と、それ自身の機関や国民との関連性に関する限り、国内法が考慮されることになり、しかも、国内法においては、同じ原則が一般に有力なのである。つまり、個人は、もし、それが国家の行為であるならば、すなわち、その行為が、その個人に対して負わされ得るものではなく、その国家に対してのみ負わされ得るものであるならば、彼の行為には責任を負わないのである。⁽¹⁾ こうした行為によって損害を受ける他の国家は、国際法を侵害すること無しに、国家の行為が国際法の侵害を構成する国家にだけ、その行為に対する責任を負わせることができ、しかも、その被害国は、その責任がある国家に対して、復讐、ないし、戦争に訴えることができるのであるが、しかし、国際法によれば、他の国家の行為とされる行為のために、被害国の裁判所による個人の訴追は、結局、他の国家に対する裁判管轄権の行使に相当しており、これは、国家は他の国家の裁判管轄権には従属しないという一般国際法上の規範の侵害になるのである。国家の法的存在は、国際法によれば国家の行為である個人の

行為において示されるので、国家は他の国家に対する裁判管轄権を主張することはできないとする一般に認められた原則は、国家は他国の行為に対する民事上、ないし、刑事上の裁判管轄権を主張することができないということの意味している。他国の裁判管轄権からの免除は、この原則が、通常、公式化されて表明されているので、国家のまさに“人 (Person)”——国家の“人”は法的構造物である——に付与されるものではなく、政府によって、その命令や、その認可を得て、遂行される行為としての国家の行為に対して付与されるものである。国家の裁判所が、他国に関して裁判管轄権をもたないという一般に認められた原則は、国家の裁判所は、他国の行為に関して裁判管轄権を有しないことを意味しているのであって、結果として、この原則は、被告が“X国家”とか、X国家の“人”として、はっきりと明示されている場合だけではなく、被告が個人であって、X国家の行為として、彼により遂行された行為のために個人的に訴えられている場合にも適用されるのである。⁽²⁾ 国家の、それ自身の行為のための共同責任は、一般国際法によれば、政府の構成員として、政府の命令や認可を得て、その行為を遂行した人 (Person)

son) の個別責任を排除するものであり、これこそが、他国の裁判管轄権からの国家の免除の帰結である。この原則には例外が無くはないが、しかし、その何らかの例外は、前例を規制する慣習国際法上、ないしは、因習国際法上の特別の原則に基礎を置くものでなければならぬ。⁽⁴⁾

この点で、国家元首とその他の国家公務員との間に差異は無いのであって、⁽⁵⁾ 国家元首が、国家機関としての彼の資格において、彼により遂行される行為のために、他国に対して個人的には責任を負わないということは、一般国際法によって国家元首に与えられる他国の刑事上、民事上の裁判管轄権からの人的免除特権に起因するものではないのである。国家元首が彼の国家行為に対して責任を有しないということは、国家は、その裁判所によって行使される裁判管轄権を、他国の行為に対して主張できないとする国際法上の原則の結果なのであって、国際法により国家元首に授与される他国の刑事上、民事上の裁判管轄権の人的免除特権は、まず第一に、国家元首により遂行される国家の行為に帰せられるものではなく、むしろ、私人 (private person) としての資格において、国家元首により国外で関与される行為に起因するものである。

ハンス・ケルゼン『法による平和』(訳・その三)

その結果として、同じ特権が、国家の行為を遂行し得ない国家元首の妻に対しても国際法によって授与され得るし、授与されているのである。治外法権 (extraterritoriality) の人的特権は、国家元首が現実には在職している限りにおいてのみ授与されなければならないものであって、彼が、解職されたり、或るいは、退任したり、彼の地位が任期満了になった後には、授与されないのである。しかしながら、彼の国家行為に対して、彼は、他国への責任を個人としては負わないのであって、それは、彼の解任や退任、任期満了の後でさえも、そうであるが、その理由は、彼が、まだ在職期間中に、その行為が遂行されたからであり、そうでない場合には、その行為は国家の行為ではなかった筈である。国家元首に国家の行為に対して責任が無いということは、国家は他国の行為について裁判管轄権を主張できないという原則に基づくものであるが、それは、国家元首が戦時捕虜として敵の手中に陥った場合においても作用するのであって、たとえ、治外法権という個人的特権が、平時に限定されていて、戦時には適用されないために機能しないとしても、その原則は作用するのである。国家が他国の行為に対して裁判管轄権を主張できないという一

般慣習法上の原則が、戦争の勃発によって停止され、その結果として、その原則が交戦国間の関係には適用され得ないものと推断するに足る十分な論拠は存在しないのである。⁽⁶⁾

個別責任の除外は、国家自身の行為に対する国家の共同責任、すなわち、国家の“本来 (original)”責任と、国家自身というよりも他の行為に対する共同責任、すなわち、政府の命令や是認によらないで個人によって犯される或る種の国際法の侵害——国家の“代理 (vicarious) 責任”、との間に存在する違いを構成するのであって、国家の代理責任は、国際法の侵害を構成する行為を遂行した人達の個別責任を排除するものではなく、むしろ逆に、彼らの個別責任は、国家の責任さえも、後者が、こうした個人を処罰したり、不法に惹き起こした損害を彼らに補償させたりすることを、国際法によって義務付けられている限りにおいて、包含しているのである。

もし、諸個人が、国家の行為として彼らが遂行した行為のために、他国の裁判所により、或るいは国際裁判所により、処罰されることになるのであれば、その場合には、概して裁判の法的根拠は、その行為が処罰されることになる国家と締結

した国際条約でなければならず、こうした条約により、このような諸個人に対する裁判管轄権が、国内的、ないし、国際的な裁判所に授与されることになるのである。もし、その裁判所が国内裁判所であれば、その場合には、それは、少くとも間接的には国際裁判所として機能するわけであって、裁判の構成に関して、その裁判官が、一つの政府によってのみ任命される限りにおいて、もっぱら国内的ということになるが、しかしながら、その裁判管轄権の法的根拠に関しては、国際的なのである。

国家の法は、国際法を侵害する他国の行為に制裁を加える規範を内包しておらず、一般、ないし、特別の国際法上の法則を無視して戦争に訴えることは、国際法の侵害であるが、戦争行為を規制する国際法の法則の侵害であっても、国内刑法の侵害ではないのである。戦争をしかけた罪のために個人を処罰する権能を有する裁判所によって適用される実体法 (substantive law) は、国際法だけになるはずであり、ここにおいて、前の段落で言及した国際条約が、不法行為を決定するだけではなく、処罰をも決定しなければならぬか、或るいは、裁判所に、裁判所が相応であると看做す処罰を取り

決める権限を授与しなければならないのである。もし、国内裁判所が権限を授与され、かつ、もし、国家の憲法が、裁判所に、国家の立法権をもつ（或るいは、その他の立法）機関によってつくられる規範だけを適用することを義務付けるとすれば、他の国家の機関として国際法を侵害した諸個人を処罰する権限を、その国家に授与する国際法上の規範は、こうした諸個人が条約によって従属させられている裁判管轄権について、その国家の国内法上の規範に変換されなければならないのである。諸個人を、彼らが、彼らの国家の行為として遂行した行為のために、処罰する権限を裁判所に与えている国際条約は、もし、彼らが遂行した時点では、その行為は、個別的な加害者が責任を負うような犯罪ではなかったとするならば、遡及効果（retroactive force）を伴った国際刑事法上の規範を構成するものである。一般慣習国際法上、遡及効果をもつ規範、いわゆる、事後法（ex post facto law）の制定を禁ずる法則は存在しないのであるが、しかし、若干の国家の憲法では、その型の規則を明示的に禁止しており、しかも、行為の遂行時点で法的に処罰できない行為に対しては刑罰を付与してはならないというのが、たいいていの文明諸国

ハンス・ケルゼン『法による平和』（訳・その三）

によって承認されている刑法上の原則なのである。何人かの著者は、実証主義者（positivist）的見解を放棄することによって、慣習や条約だけではなく、法の一般原則もまた、国際法の淵源として看做されるべきだと主張しており、この主張には、きわめて問題があるのだが、たとえもし、認められるとしても、それは、第二次世界大戦に道徳的に責任がある人たちを処罰する権限を裁判所に認める国際条約を、排除はしないのである。実定国内法の法則として遡及効果をもつ規範の制定を禁ずる原則には、多くの例外が無いわけではない。その土台にある考え方は、もし、個人が、行為を遂行するときに、彼の行為が不正を構成していたことを知らなかったり、知ることができなかったのであれば、その行為に対し個別責任を負わせることは正当ではないというのが道徳的考え方であるというものであるが、しかしながら、その行為が、実行の時点では、法的には不正ではなかったのだが、道徳的には不正であったとして、その行為に事後的な制裁を与える法は、法的観点からのみ、遡及しているのであって、道徳的観点からは、そうでないのである。このような法は、ここで問題にしている原則の土台にある道徳的な考え方に反するものでは

なく、これこそが、個人が、国家機関としての資格において国際法を侵害したことに對して、責任を負わされる国際条約について特に言えることである。彼らは、道徳的観点のみならず、法的観点からも不正を構成する行為を遂行した時点で、国際法の侵害に對しては、彼らは、道徳的に責任を負つていたのであって、条約だけが、彼らの道徳的責任を、法的責任へと交換させているのである。事後法を禁ずる原則は、道理上、こうした条約には適用できないのである。

(1) この法則には、例外が無くはないようである。国家の機関としての資格において不法行為を遂行した個人は、そのために責任を負わせられ得るのであって、したがって、若干の国家の法によれば、閣内の大臣や国家元首でさえも、彼の行為の一つによって憲法を侵害したことに對しては、告発され、処罰され得るわけであるが、しかし、その行為が、権能を有する当局により、国家自身の法に關して違法であると宣言される場合には、それは、国家の行為ではないのである——すなわち、その行為は、無効にされ得ようと、され得まいと、もはや、その国家のせいにはさせられ得ないのである。権能を有する当局によって、その国家自身の法に關して違法であると宣言されている行為が、国家に轉嫁されるといふことは、その行為をする人格として想定さ

れる国家が、この法、すなわち、その国家の法秩序の擬人化 (personification) 以外の何ものでもないといふこと、(ないしは、それと同じことではあるが、この法秩序によって構成される共同社会の擬人化) である。国内法の内部においては、一人の個人によって遂行される行為は、法原則に基づいてのみ国家に轉嫁させられ得るのであって、国家への行為の轉嫁は、法の特殊な原則のもとにおける行為の包摂 (subsumption) であり、しかも、個人は、その国家に轉嫁させられ得る行為を遂行する限りに於いてのみ、その国家の機関として看做され得るのである。もし、行為が、その国家の法に關して違法であると看做されるとするならば、この行為を国家の行為として解釈することは、ほとんど不可能であり、更に、国内法の内部においては、属性的な「国家の行為」というのは、個人により遂行される行為についての特殊な解釈である。国家は、国際法に關しては、誤りを犯すことも十分あり得るけれども、それ自身の法に關しては、誤りを犯すことはできないのである。

(2) 一九二七年三、四月・国際法漸進法典化専門委員会・第三会期で採択された報告書において、マツダ委員は、「外国政府の主権的行為に關して、裁判管轄権を行使するための裁判所の無能力は：被告人が、官公吏としての資格において——たとえ、彼が、訴訟手続きの時点で、最早、その資格を保有していないとしても——、或るいは、外国から彼に授与された権限のもとで、彼によって行われた行為に對して個人的に訴追される場合に適用されるべきである。」と報告したとされている(一九二七年、国際連盟出

出版物、法律篇、第九版。一九二八年、アメリカ国際法雑誌、第二二巻・付録・一二五頁。)

(3) (一八三七年にキャロライン号の捕獲のためにアメリカ合衆国の領土内に派遣されて、ニューヨーク州で逮捕され、キャロライン号の拿捕の際に一アメリカ市民を殺害したとして起訴されたイギリス軍の隊員) マックリード (McLeod) の有名な事件において、アメリカ國務長官ウエブスター氏 (Mr. Webster) は、一八四一年三月一五日に、法務長官のクリッテンデン氏 (Mr. Crittenden) に、「目下、言われるべく意図されている万事は、キャロライン号への襲撃国家の行為として認められているのですが、もし、アメリカ合衆国政府が、その処置と、みずからの義務とを形成することになる判断において、決定が妥当であると認識すべきであるとすれば、復仇や全面戦争さえも正当化され得るものであり、しかも、それは、全く公的で政治的な問題で、独立国家間の問題を提起しており、かつ、その問題に関係した個人は、国内法違反のためとして逮捕され得ないし、普通裁判所では裁判され得ない、というものである。もし、キャロライン号への襲撃が、わが政府が主張したように、正当化され得なかった場合には、侵害された法は、国際法であり、求められるべき補償は、このような場合において、法典の規定によつて是認された補償である。」と書き送った。(ジョン・バセット・ムーア著『国際法要覧』一九〇六年刊、第二巻一七九章を参照。John Basset Moore, A Digest of International Law (1906), Vol. II, Sec. 179.) 更に、カール・シュトラップ編『国際

ハンス・ケルゼン『法による平和』(訳・その三)

法・外交辞典』一九二五年刊、第二巻二頁 (Woerlerbuch des Voelkerrechts und der Diplomatie, Herausgegeben von Karl Strupp (1925), Vol. II, p. 2.) の「国家は、そのすべての機関の行為に対して責任があるが、しかし、その機関は、その国家の機関としての資格において行為しているすべてについて、責任があるわけではない。」を参照のこと。

(4) 九八頁を参照のこと。

(5) 第一次世界大戦の終結に際して、予備講和会議で設立された責任追求委員会のアメリカ側委員の覚え書においては、「在職中の個人に対する…訴訟手続き」は、「事実上」「国家に対する」訴訟手続きであるとされている(『アメリカ国際法雑誌』一九二〇年刊、第一四巻一三六頁)。責任追求委員会のアメリカ側委員は、ヴィルヘルム二世を国際裁判で処罰するための意向に対する彼らの反対を正当化するために、この論法を推進して、彼らは、国家元首 (Chief of State) を「これまで、国内法、ないし、国際法で知られていない責任の程度に」委ねることを拒否したのである。(6) 七八頁を参照のこと。

十五 第一次世界大戦と第二次世界大戦における戦争犯罪の問題

一九一九年三月二九日に予備講和会議に提出された報告書において、戦争の開始者の責任と処罰の実施に関する委員会

は、「二種類の有罪行為、すなわち、(a)世界戦争を惹起し、その開始を随伴した行為、(b)戦争の法規と慣習、および、人道法 (Jaus of humanity) への侵害」を区分し、戦争を喚起した行為が、彼らの開始者に対して告発されるべきではないし、裁判所の訴訟手続きの主題にされるべきではないと勧告した⁽¹⁾。にも拘わらず、ヴェルサイユ講和条約は、第二二七条において、

「国際道徳と条約の尊厳に対する最高の犯罪のために、前ドイツ皇帝ホーエンツォレルン侯ヴィルヘルム二世を、連合国は公然と告発する。特別の法廷が、被告人を裁判するために構成され、それにより、彼に抗弁権 (right of defense) にとって不可欠の保証を確保することにならう。その法廷は、次の五ヶ国の各々から、すなわち、アメリカ合衆国、大英帝国、フランス、イタリア、それに日本によって一名ずつ任命される五名の裁判官から構成されるものとする。」

と規定したのである。

「国際道徳と条約の尊厳に対する最高の犯罪のため」の方式^{ミユラ}は、不誠実で節操の無いものであり、前皇帝 (ex-Kaiser) を刑事裁判所へと付託する要求の真の理由は、彼が戦争の主要な張本人と看做され、しかも、この戦争に訴えたことが犯罪であると看做されたことであった。二二七条は、国際法の侵害と言うのを避けるために、「国際道徳に対する犯罪」について言っているのだが、しかし、もし、法規範——国際条約によって確立された法規範——が、道徳違反に処罰を与える場合には、裁判所により犯罪者に課せられるべき処罰であり、その犯罪は、遡及的に (ex post facto) 法の侵害という性格を帯びるのである。二二七条は、「条約の尊厳」に対する犯罪についても言っているのであるが、これは、条約の侵害を意味しており、それは、国際法に基づく不法行為である。

責任に関する委員会の消極的な勧告の主要な根拠は、まず第一に、その委員会の見解によれば、「侵略戦争は、実定法に直接に違反する行為とは看做され得ないか、或るいは、その委員会が、関連する条件のもとで考慮する権限が是認され

るような裁判所に首尾よく提訴され得るようなものとは看做され得ないということ」であり、第二には、「戦争の根源についての一切の審理は、徹底をはかるためには、ヨーロッパのさまざまな国で多くの年月をかけて生起した事件に波及しなければならぬし、更に、戦争の法規や慣習に対する違反者の裁判にふさわしい裁判所によるよりも、歴史家や政治家たちによるほうが、ずっと適切に審査されるかもしれないような多数の困難で複雑な問題を提起しなければならないということ」であった。

侵略戦争は実定法に反する行為ではないという主張の妥当性は、少くとも非常に疑わしいものであり、正戦 (bellum iustum) の原理が、多数の卓越した著述家によるのではないが、若干の傑出した著述家によって、実定国際法の原則として看做されているのは確かである。しかしながら、正戦 (just war) 理論を確認するのは、正確には一九一九年から二〇〇年にかけてのベルサイユ講和条約、ないし、その他の講和条約である。その講和条約は、敗戦国に戦争賠償金の支払いを義務付けることはしなかったが、しかし、賠償することを余儀なくさせ、その賠償の義務は、一般国際法により法の

ハンス・ケルゼン『法による平和』(訳・その三)

侵害に付随させられる帰結であると看做されている。講和条約が、一般国際法によって設定され、講和条約により具体化される賠償義務を戦争賠償金に代替するということは、戦争により蒙る損害は不法に引き起こされるものと看做されるということ为前提としており、これが、ドイツの戦争犯罪を確定するベルサイユ講和条約の第二三一条の意味なのである。

「連合国政府は、ドイツとその同盟国の侵略によって賦課せられた戦争の結果として、連合国政府、ならびに、その国民が被ることになったすべての損失と損害を生じさせたドイツとその同盟国の責任を、確認し、ドイツはそれを、受諾するものとする。」

戦争が、連合国政府に「ドイツとその同盟国の侵略によって」賦課せられたという記述は、ドイツとその同盟国が、戦争に訴えることにより国際法を侵害したことを意味しており、そうでなければ、戦争によって生じた損害を補償する義務は正当化され得なくなってしまうのである。と言うのも、損害というものが不法に生じさせられたというものではないから

である。「戦争犯罪」は、ひたすら正戦理論に基づいてのみ、可能なのである。

第二次世界大戦が勃発した時、法的状況は第一次世界大戦の勃発時とは違っていた。枢軸国側は、侵略戦争に訴えることは、犯罪になるといふブリアン・ケロッグ協定の締約当事国であつて、しかも、ドイツはポーランドとロシアを攻撃したことにより、ブリアン・ケロッグ協定に加えて、被攻撃国との不侵略条約をも侵害したのである。第二次世界大戦の根源についての調査が、すべて、特別に複雑な問題を提起するわけではなく、法的な不平 (questio juris) も行動の不平 (questio facti) も、裁判に何らの重大な困難を提起することは無いのであつて、したがつて、第二次世界大戦の勃発に道義的に責任を負う人物に対して行われる刑事上の告発を断念する理由は無いのである。これが、また、枢軸諸国の憲法の問題でもある限り、その答えは、これらの諸国が、多少、独裁体制のもとにあつたということと単純化されており、そのため、彼らの国を戦争へと導いた法的権力をもつていた人物たちの数は、各々枢軸諸国の中では非常に少数なのである。ドイツにおいては、それは、おそらく、フューラー 総統だけであり、

イタリアでは、ムッソリニ 首領と国王、そして、日本では、総理大臣と天皇である。もし、ルイ十四世の「国家、そは朕なり。」(「l'Etat cest moi」)と同類の主張が独裁政権のすべてに該当するのであれば、独裁者の処罰は、おおかたのところ、国家の処罰と同然である。そこで、別の問題は、こうした人物を、国内裁判所や国際裁判所で裁判により処罰するために身柄を拘束することが、実際に可能かどうかということである。

(次号に続く)