

ハンス・ケルゼン『法による平和』（訳・その四―完）

広井大三

第二部

十六 戦争犯罪の処罰

世論は、戦争創始者に責任を負わせるだけではなく、いわゆる、戦争犯罪人、すなわち、戦争法規を侵害した者、を裁判で処罰することをも要求しているが、この要求は、モスクワ宣言⁽¹⁾の中で重要な役割を果たしている。用語の特別な意味における戦争犯罪は、戦争行為を規制する国際法上の規則が侵害される行為であり、それらは、交戦国軍隊の構成員によって行われるものである。戦争犯罪 (war crimes)⁽²⁾ という言葉は、場合によっては、軍隊の構成員ではない個人によって行われるすべての武力闘争や敵に対して

ハンス・ケルゼン『法による平和』（訳・その四―完）

武装した私的個人によって行われる違法な戦闘行為、更には、謀報や戦争反逆、それに、あらゆる略奪行為をも含んでいるが、戦争法規違反を構成するほとんどの行為は、同時に、殺人、強奪、窃盗、放火、強姦などのように一般的に刑法違反なのであって、ガーナー (Garner) は、「戦争法に違反する行為を犯す個々の兵士は、これらの行為が、同時に一般刑法に違反する犯罪である場合、もし、彼が、相手被害国当局の管理に服するのであれば、その裁判所によって裁判を受け、処罰されることを免れるべきではない、という原則が長きにわたって主張されている…。」と述べている⁽²⁾。当該問題の行為は、被害国の裁判所によって処罰されるべきであると考えられているが、その理由は、それらが国内法による犯罪を構成するからとされるのであるが、しかし、正当な戦闘行

為を含め、ほとんどすべての戦闘行為は、刑法による犯罪を構成するのであって、それは、戦闘行為が、刑法により禁止されている生命、自由、財産の強制的な剥奪行為だからである。それにも拘わらず、正当な戦闘行為は、国民が犠牲者である国の裁判所によって処罰され得ないのである。敵国の軍隊の構成員として、裁判管轄権を主張する国の軍隊の兵士を戦闘で殺害したり、後者の市民の家屋を焼き払ったりした殺人や放火の兵士を処罰する国は、公然と国際法を侵害することになるのであるが、こうした行為から、何が、その犯罪的性格を奪い取ってしまうのだろうか。何が、こうした行為を遂行した個人から、その犯罪的責任を除去してしまうのだろうか。その通常の答えは、こうした行為が、敵の軍隊の構成員から、強制的に生命や自由を奪ったり、敵の市民の財産を破壊したり……等々をすることを、交戦国に認める国際法に一致しているからであるというものであるが、それらは、国際法に従って遂行される場合にのみ、“正当な”戦闘行為であり、「……そうでない場合には、それらは、状況に応じて、殺人、ないし、窃盗であり、更には犯罪人としての処罰を免れない張本人になるのである。」⁽³⁾この教義の趣旨は、次のよ

うに系統だてて表現されよう。すなわち、国内法により犯罪として禁じられる行為が、国際法に“一致している (in conformity with)”——つまり、認められている (permitted by) ——ということは、その行為から犯罪的性格を除去するのであって、もし、その行為が、国際法によってもまた禁じられているのであれば、その場合には、それは、その犯罪的性格を保有し続けるのである、と。

だが、この教義は、擁護できるものではない。正当な戦闘行為が国際法によって“認められて”いるという説明は、国際法が、それらを“禁止しては (forbid)”いないということとを意味しており、法的に“認められて”いるということは、法的に禁止されていないことを意味するものであって、行為が法的に禁止されているということが、場合によっては、制裁の条件である。国際法が、或る一定の行為を禁止してはいないという説明は、国際法が、それに対して何らの制裁も加えないことを意味しているのであるが、国際法が、ある種の行為を、国際法が、それに対して制裁を加えないからという理由によって、禁止してはいないのだという消極的な申し立ては、こうした行為に対して制裁を加え、したがって、そ

れらを禁止する国内法の法的可能性までも否定することはできないのである。国内法は、国際法によって禁止されていない—と言うことは、(用語の消極的な意味において) “認められている”—多くの行為に対して、国際法に違反すること無く制裁を加えるのであって、A国家の市民である一個人が、A国家の領域内で、B国家の市民である一個人に対して、窃盗罪を犯した場合、国際法を侵害してはいないのである。後者は、このような行為を禁止してはいないし、それに対する責任を、A国家に負わせることもないのである。しかし、B国家は、その窃盗犯が、本国当局の管理下に置かれる場合に、彼を処罰することによって国際法を侵害するということもないのである。実際のところ、国内法により犯罪として扱われる行為が、国際法によって、禁止されていない(と言うことは、ここにおいては、消極的な意味において “認められている”) と言うのは、その行為から、その犯罪的性格を除去するものではないのである。

しかしながら、“認可 (permission)” という言葉は、積極的な意味をもち得るので、それは、“授權 (authorization)” を意味し得るのである。法は、個人に、用語の技術

ハンス・ケルゼン『法による平和』(訳・その四—完)

の意味での、“権利 (right)” である法的な力 (power) を授与することによって、その個人に “権限を与える (authorize)” のであり、法は、一個人に、法が法的効果をもたらす行為を遂行する “権限を与える” のであって、その法的効果は、その行為をする個人により意図されるものである。戦争における人間の殺害、傷害、生け捕りは、裁判所にもたらされる法的な措置や訴訟とは違って、法的効果が意図される行為ではなく、それらは、用語の消極的な意味においてのみ、国際法により “認められている” のである。このことは、もし、戦争というものが、多くの著者が推察するように、国際的な “不法行為 (delict)” に対する反作用として、すなわち、“正戦 (just war)” として、国際法により是認される法的行為ではないとするならば、とりわけ、妥当するのであり、その他の場合には不法行為として禁じられているのである。国際法によって認められている行為は、国内法に従って処罰されるべきではないという教義に基づいて、欺瞞性が証明され得るということは、正戦理論 (bellum justum theory) を完全に基礎とするものであり、しかも、論理的結果として、国際法により禁じられている行為は国内法に従って処罰され

得るのである。一般国際法により、或るいは、ブリアン—ケ
ログ協定のよ様な特殊条約によって、禁じられている不正
な戦争にも含まれる軍隊の構成員によって遂行される通常の
戦闘行為は、消極的な意味でも、積極的な意味でも「認めら
れている」とは考えられ得ないのである。と言うのは、戦争
それ自体が禁じられており、しかも、結果的に、全体として
は戦争を構成するあらゆる単一行為が、禁じられているもの
と看做されなければならないのである。⁽⁴⁾ それにも拘わらず、
裁判管轄権を主張する国家の軍隊の構成員を戦闘で殺害した
ために、不正な戦争の罪を犯した敵の軍隊の構成員を処罰す
る国家が、国際法を侵害するのである。行為が国際法によっ
て禁止されているということは、それが国内法に従っては保
持し得る犯罪的性格を、必ずしも保有しないのである。

もし、国家が、国内法に従って、正当な戦争行為のために
敵の軍隊の構成員を処罰するとすれば、その国家は国際法を
侵害することになるといふのは、そうすることによって、或
る国家は、他の国の行為のために、或る個人に責任を負わせ
るのだということによってのみ説明が可能である。国際法に
従って、当該問題の行為は、敵国に転嫁されるべきであって、

その行為を国家に在職中に遂行した個人に転嫁されるべきも
のではないし、それは、その個人の犯罪としては看做され得
ないものである。何故なら、それは、いささかも、彼の人格
的な行為として看做されてはならないものだからである。概
して、一般国際法は、他の国家の行為として犯された行為の
ために、或る人物に個人的に責任を負わせることを禁じてお
り、その結果として、個人で彼の国家の行為として戦争行為
を遂行する者が、その行為のために、敵国によって処罰され
てはならないのである。それは、その行為が、たとえもし、
国際法の侵害を構成するとしても、また、たとえもし、戦争
それ自体が禁止されているか、或るいは、行為それ自身が、
いわゆる、戦争犯罪を構成するとしても、である。と言う
のは、或る個人により、彼の政府の命令や権限に従って遂行
される行為は、国家の行為だからであり、たとえもし、それ
が、国際法の侵害を構成するとしても、そうであり、しか
も、こうした国際法の侵害に対する責任は、共同的に国家に
あって、その行為を彼の国家に在職していて遂行した個人に
は無いのである。⁽⁵⁾ そうでなければ、国家による、一般的な国
際法と特別な戦闘行為に関する原則の侵害は、あり得なくな

つてしまふであらう。オッペンハイムは「戦闘行為に関する原則の侵害は、当該交戦国政府の命令無くして行われた場合にのみ、戦争犯罪であり、もし、軍隊の構成員が、彼らの政府の命令によって侵害を犯すのであれば」——つまり、それは、戦闘行為の原則の侵害が、もし、国家の行為の性格をもつのであれば、ということの意味するのであるが——「彼らは戦争犯罪人ではなく、敵によって処罰され得ないのであるが、しかし、後者は復讐に訴えることは可能である。」と述べている。⁽⁶⁾ 復讐によって実現する国家の責任は、個別責任ではなく、共同責任である。もし、戦争犯罪が国家の行為であるとすれば、この行為のための国家の共同責任は、そのための個別責任を排除するのである。⁽⁷⁾ その行為が国際法によって禁じられているということは、それが国内法に従って保有し得る犯罪的性格を主張するものではない。もし、或る行為が戦争犯罪として国際法によって禁じられているとすれば、その犯行者は、その行為が敵国の行為ではないということが認められている場合のみ、捕虜として被害国当局の管理下に置かれるのである。その被害国により、その国内法に従って個人的に処罰され得るのである。⁽⁸⁾

ハンス・ケルゼン『法による平和』（訳・その四—完）

これは、国家は他国の行為に対する裁判管轄権をもたないという一般に認められた原則の帰結であって、この原則の停止は、交戦国間の関係に及ぼす戦争勃発の結果の一つとして看做されてはならない。⁽⁹⁾ 一般慣習国際法上の法則は、戦時には、原則として有効のままであって、その行為に対する国家の共同責任が犯行者の個別責任を排除するという法則は、まさに、その本質そのものによって、平時の場合だけではなく、戦時の場合においても、重要な役割を果たすべく運命付けられているのである。戦争それ自体は、国家の最も特徴的な行為の一つであるが、当該問題の原則は、国内法により、国家の利益にとって必要であると看做される行為を遂行することを、国の機関として義務付けられているか、遂行する権限を授与されている個人の必然的な保護についてのものである。

しかしながら、他国の裁判管轄権からの国家の免除行為を承認する一般慣習国際法上の法則には、指摘されているように若干の例外がある。捕虜は戦争法規の侵害に関して捕獲国の法と裁判管轄権とに従属しているという法則は、他国の裁判管轄権からのその国家の免除の原則についての制限を構成するのだろうか。何人かの著者たちは、国家の免除の原則に

他国の裁判管轄権からの免除が含まれるかという問題の要素を吟味することなく、戦争犯罪が、国家の行為として行なわれるということは、被害国により、その国内法に従って処罰される犯罪としての性格を、その行為から奪うものではないと主張しているのであるが、⁽¹⁰⁾しかしながら、この見解には、きわめて問題がある。捕虜に対する捕獲国の刑事裁判権は、外国の軍隊の構成員は、彼らが滞在する領域の国の裁判管轄権から免除されるという法則についての制限を構成するのであって、捕虜に対する裁判管轄権は、また別の法則に基礎を置いているので、捕獲国に捕虜に対する裁判管轄権を付与する法則についての制限的な解釈には、十分な根拠があるわけである。関係する法則について、もっと違った法則の制限として、すなわち、別の国家の行為に対して国家は裁判管轄権を有しないという法則として解釈したり、更に、捕虜を、彼の国の行為として、後者の同意無くして犯した行為のために処罰することを、捕獲国に認めるについては、根拠が存在しておらず、捕虜として、それ自身の国に滞在している個人に対する国家の裁判管轄権もまた、いっさいの国家は、その領域内のすべての人と物について排他的裁判管轄権を有すると

いう一般原則に基づき得るものである。この原則への制限の中では、外国の免除に関する法則が、確かに、まず最初である。国家は、この一般国際法上の法則について、外国の行為を、その（前者の）国内法上の意味における犯罪だと宣言することによっては、免れることはできないし、更に、捕虜が権限をもつ当局の手に渡るとしても、その行為の個人的な犯行者を、起訴することは不可能である。そもそも、外国の行為として遂行されて来ている行為に対して、或る個人を訴追することは、外国それ自身に対して指向されるものである。判然とした例外が、諜報と戦時反逆に関する規則によって確立されており、一般国際法は、諜報行為と戦時反逆の行為が行われた国に対して、たとえもし、その当該行為が、敵国政府の命令や権限で行われたとしても、その犯行者を犯罪人として処罰する権限を認めている。他の戦争犯罪と対比して、諜報や戦時反逆が、国家の利益をめぐって行われる場合に、その国家は、この性格の行為を防止し、処罰することを義務付けられてはおらず、国家が、それ自身の関心事について、スパイを雇用したり、戦時反逆を利用する場合には、国際法を侵害することにはならないし、⁽¹¹⁾これらの行為に対して責任

を負うことはないのである。しかしながら、こうした行為を犯す個人は、国際法に従って、被害国により処罰されるかもしれないのであって、こうした場合について、一般国際法は、犯行者の個別責任だけを設定しているのである。

国家の行為として行われる戦争法規の侵害に対する個別責任が一般国際法に従って排除される限りにおいて、国際法を侵害すること無く敵国の国内裁判所や国際裁判所により、こうした行為を処罰することは、その犯罪者の本国の同意があつてのみ—すなわち、国家の行為のために個別の犯行者が処罰されることになる国家と締結される国際条約に基づいてのみ、可能なのである。このような条約によつてのみ、当該個人に対する裁判管轄権が、敵国の国内裁判所や或るいは国際裁判所に与えられ得るのであって、個別責任を設定する慣例国際法上の規範が遡及効果をもち得るのである。

もし、捕虜が、国家の行為として犯したのではない戦争法規の侵害のために、講和の締結後に裁かれるとすれば、戦争犯罪人の裁判の法的根拠としての国際条約もまた、必要である。と言うのは、一九二九年のジュネーブ協定と同様の一般国際法に従つて、すべての捕虜は講和の締結後は解放されな

ハンス・ケルゼン『法による平和』（訳・その四—完）

ければならないからである。この規則についての何らかの制限は、捕虜の本国の同意があつてのみ可能であり、戦争犯罪人の本国もまた、彼に対する裁判管轄権をもつというのが道理になつているのである。国家の行為として犯されたのではない戦争犯罪のための捕虜に対する捕獲国 (captor state) の裁判管轄権は、共働原因がある場合だけである。捕獲国が、国際法によつて戦争犯罪のために敵国の軍隊の構成員を処罰する権限を認められるのに反して、本国は、自国の戦争犯罪人を処罰することを義務付けられており、しかも、被害国は、その処罰を要求する権利をもつのである。

一九〇七年の陸戦ノ法規慣例ニ関スルハーグ条約の第三条は、謂く。

前記規則ノ条項ニ違反シタル交戦当事者ハ、損害アルトキハ、之カ賠償ノ責ヲ負フヘキモノトス。交戦当事者ハ、其ノ軍隊を組成スル人員ノ一切ノ行為ニ付責任ヲ負フ。

それは、交戦国が、その軍隊の構成員によつて犯された戦争法規違反に対して、これらの行為が、国家の行為の性格を

有していようと有してまいとに拘わらず、責任を負うことを意味しており、国家の行為の性格を有しない戦争犯罪に対する責任というのは、その犯罪人を処罰する義務を示唆するものである。

(1) アメリカ合衆国、大英帝国、それにソヴィエト・ロシアが、戦争犯罪人の処罰を彼らの戦争目的の一つにしたので、将来の戦争の見地から、戦争の終結後、ないし、戦争の期間中においてさえ、戦争犯罪の処罰のための法的手続きを設けることが妥当であるか否かという問題を提起するのは無駄である。一九二四年にストックホルムで催された第三回国際法協会会議で、グラハム・パワー卿は、次のように述べた。

「世界に戦争法規を侵害しなかった国は無いし、戦争犯罪を犯したことが無い陸軍や海軍は存在しない。」そして、更に「戦争犯罪人の処罰の結果は、どうなるだろう。兵士たちと水兵たちが戦闘を終了させて、講和条約のための握手ができるようになった、そのときに、法律家たちが、告発や反告発、反訴の戦いを始めることになれば、戦争よりも悪くなってしまう。シャーマン将軍は、『戦争は地獄だ。』と言ったが、彼は真実を語ったのだ。私は、この提案が採択されたならば、それなりの敬意をもって、それに従うつもりであるが、それは、平和を地獄にしてしまうであらう。」グラハム・パワーは、「戦争を裁判で解決して、

忘却と希望の平和に生きよう。」と言って、彼の演説を終えたのである。— 国際法協会・第三二回会議報告書（一九二四年九月八日—十三日、ストックホルム開催）、（ロンドン、一九二五年）九三、九五頁。なお、C・アーノルド・アンダーソン（C. Arnold Anderson）「提案された敵国指導者の裁判と処罰の効用（The Utility of the Proposed Trial and Punishment of Enemy Leaders）」アメリカ政治学評論（The American Political Science Review）。一九四三年、第三七卷一〇八一頁参照。

(2) J・W・ガーナー「国際法と世界戦争」（J. W. Garner, *International Law and the World War*）一九二〇年、第二卷四七二頁。

(3) 同書四七三頁と次のルノー「戦闘行為への刑法の適用に就いて」（Renault, *De l'application du droit pénal aux faits de guerre*）国際公法総論（*Revue Générale de Droit International Public*）一九一八年、第二五卷一〇頁を参照。

(4) 一般国際法、ないし、特別国際法によって禁じられている戦争で行われる「合法的」な戦闘行為と「非合法的」な戦闘行為との間の区別は、「合法的」戦闘行為が戦争を禁止する規則の違反だけを構成するのに対して、「非合法的」戦闘行為が、その規則だけではなく、戦闘行為に関する規則の違反をも構成する場合のみ可能である。同一の行為により二つの異なる法規則が侵害されていて、しかも、二つの異なる規則が、その同一の行為に対し二つの異なる制裁を付与することは全くあり得ることである。

(5) ハグ・H・L・ベロット (Hugh H. L. Bellot) 「常設国際刑事裁判所 (A Permanent International Criminal Court)」国際法協会、第三一回会議報告書 (一九二三年) 第一巻七三頁。「…政府による布告は、国際法による不法なものを合法とすることはできない。」それは確かにその通りであるが、しかし、「国際法による不法」である行為は、必ずしも犯行者の個別責任を構成するものではない。概して、それは、政府が命令を発した国の共同責任のみを構成するものである。

(6) L・オッペンハイム (L. Oppenheim) 著「国際法 (International Law)」(第一版、第五版) 第二巻二五三頁。

(7) フォン・フェアドロス (von Verdross) 「国際法 (Völkerrecht)」(一九三七年) 二九八頁は、当該規則を次のように的確に述べている。すなわち、「戦争犯罪のための戦争犯罪人の」処罰は、もし、その行為が「被告人自身の考慮によって行われたのではなくて、彼の本国に転嫁され得るものであれば、承認することはできない。」国家に転嫁されるべき行為は、国家の行為である。

(8) ジョージ・マンナー (George Manner) 「戦争法に反する犯罪的暴力行為の法律性と処罰 (The Legal Nature and Punishment of Criminal Acts of Violence Contrary to the Laws of War)」アメリカ国際法雑誌 (American Journal of International Law) 一九四三年第三七巻四〇七頁。

(9) A・メリニャク (A. Merignac) 「国際法違反の制裁に
ついて (De la sanction des infractions au droit des

ハンヌ・ケルゼン『法による平和』(訳・その四—完)

gens.)」国際公法総論 (Revue Générale de droit international public) 一九一七年、第二四巻四九頁は主張している。すなわち「政府行為説は、平和の理論であって、それは、敵対行為の流れを消滅してしまふ。」と。この主張は、実定国際法における根拠を欠いている。

(10) この見解は、オッペンハイムの第六版でも採択されている。H・ラウターパハト (H. Lauterpacht) 編。前掲書 (一九四〇年) 第二巻二五三頁。ここでは、既に出版されている五つの版のすべてで主唱されている見解が述べられている。すなわち、「それを、健全な法原則を示すものとして看做すことは困難である。」と。第六版においては、戦争犯罪が国家の行為であるということが、それが、上位者の命令で遂行されていることと、はっきりと区別されてはいない。前掲書、一〇四頁参照のこと。

(11) オッペンハイム、前掲、第二巻三二八頁。

十七 国際法、ないし、国内法に違反するものと

しての戦争犯罪

国際法のたいていの著者たちが、戦争犯罪は国内法に違反する犯罪だけを構成すると主張し、更に、それらの犯罪は「国内的」性格だけをもっているが、それは、国際法が、犯罪者の処罰を規定していないからである、と主張しているが、⁽¹⁾

これは当を得たものではない。もし、国際的な戦闘行為についての規則の侵害が、国家の行為だとすれば、それらは、現在の実定法に基づいて、「刑法的」性格を有しておらず、犯行者は国内刑法に従っては処罰できないのであるが、しかし、それらは、国家が責任を負う、すなわち、「処罰」として解積され得る制裁を免れない国際的違法行為なのである。⁽²⁾もし、戦闘行為の規則の侵害が、国家の行為ではなく、しかも、それらが、国内法に従って、同時に犯罪であるとすれば、それらは、二重の性格をもっていて、それらは、国際法に対して犯罪であると同時に国内法に対しても犯罪なのである。確かに、一般国際法は、犯罪人に課せられる刑罰を直接決定はしないが、しかし、国際法は、その国家自身の軍隊の構成員として戦争法を侵害した国民を処罰することを義務付けており、更に、一般国際法は、捕虜になる前に戦争法規を侵害して、国家当局の手中に陥た敵国民を、捕虜として処罰する権限を、交戦国に与えているのである。戦争犯罪が、通常、「敵により犯罪者として逮捕された場合に処罰され得るような兵士や他の個人の敵対的、ないし、その他の行為」として定義されていることは、敵の戦争犯罪人を処罰するの

が、この権限に関係しているからである。⁽³⁾この定義は、まったくもって正鵠を欠いているのであるが、それと言うのも、それが敵との関係における戦争犯罪にのみ言及しており、しかも、戦争犯罪が、国民が犯罪を行った国家との関係においても不法行為であることを無視しているからであって、その場合、これらの犯罪は直接的には国際法によって決定され、犯罪者の本国は、その犯罪者を処罰すべく国際法によって義務付けられているのである。彼ら自身の犯罪者を処罰することを諸国家に義務付け、更に敵の戦争犯罪人を処罰する権限を諸国家に授与することによって、少くとも間接的に国際法は、戦争犯罪人の処罰に対処しているのである。それは、刑罰の具体化を国内法に委ねており、その場合、死刑さえも、国際法によって排除されてはいないのである。その結果として、「国際戦争犯罪の欠如」⁽⁴⁾について語るのは正鵠ではないのである。諸国家の彼ら自身の戦争犯罪人を処罰する義務は、彼ら自身の法秩序の効力の範囲内で国際法を実施するための彼らの一般的義務の帰結にすぎないのであって、こうした義務が、例えば、一八九九年と一九〇七年のハーグ陸戦協定の第一条、一九〇六年の赤十字協定の第八条、一九二九年の赤

十字協定の第二九条、海戦のジュネーブ協定の原則の適用に
関する一九〇七年のハーグ協定の第二一条、とによって明示
的に規定されているのである。戦争犯罪、すなわち、国際戦
争法により禁止される行為に、刑罰を課す国内刑法は、国家
の国力の範囲内で国際法を実施する国家の義務の履行の際に
行われているのであって、戦争犯罪人への国内法の適用は、
同時に国際法の執行なのである。国内法は、国家の立法機
関により創設される規範のみを適用することを、裁判所に権
限として授与する国家の憲法によって必要とされる中間段階
であり、もし、こうした憲法上の規制が存在しないのであれ
ば、或るいは、もし、憲法に従って、国際法が国内法の部分
と看做されるのであれば、国家の裁判所による国際戦法規
の直接的な適用は、可能である。しかしながら、こうした法
規は、処罰を具体的に明示しないがために、戦争犯罪のため
の刑罰を決定する国内法上の行為は、もし、これらの戦争犯
罪が、その国家の刑法に基づく通常の犯罪を同時に構成し
ない場合には、常に必要不可欠なのである。

問題の犯罪が、もし、国内法上の犯罪だけを構成し、もし、
それらの処罰が、国際法の適用ではなかったとするのであれ

ハンス・ケルゼン『法による平和』（訳・その四―完）

ば、その場合には、戦争犯罪について語ることは、ほとんど
可能ではなくなるであろう。それらは、戦法規の侵害を構
成する限りにおいてのみ、戦争犯罪なのであり、しかも、こ
れらの法規は、まずもって、国際法上の規範なのである。国
内刑法は、殺人や窃盗等の普通の犯罪に刑罰を科すものであ
り、もし、軍事刑法の法典が、負傷者の殺害や助命拒否、毒
入り兵器の使用、軍隊構成員による略奪、等々に刑罰を科す
のであれば、これらの行為を禁止する国際法の規範を実施す
るために、そうするのであって、こうした国内法の法典や国
際法の直接の適用の可能性が欠如している場合には、いわゆ
る、戦争犯罪は、普通の犯罪を犯したということだけで罰せ
られ得ることになるのである。赤十字旗の誤用は、もし、国
内刑法にジュネーブ協定を実施する目的が無い場合には、国
内刑法による犯罪とされることは無いのである。

(1) マンナー、前掲書、四〇七頁を参照。

(2) 本書、七三頁を参照。

(3) オッペンハイム、前掲書、第二卷四五一頁を参照。

十八 上位者の命令という抗弁

国内法に基づいて、戦争犯罪のために個人を裁判する国内裁判所は、戦争犯罪を構成する行為が上位者の命令で行われた場合には、重大な困難に直面することになる。これは、その行為が国家の行為であることを必ずしも意味するものではない。それは、その命令自身が、もし、国家の行為であれば、その場合にのみ、それは、国家の行為であり、しかも、それは、その命令が、政府（国家元首、内閣、内閣の構成員、議会）によって発せられたか、或るいは、政府の命令、ないし、政府の権限で発せられたという場合だけである。行為が国家の行為であるということが、まず第一に一般国際法上の問題を構成するのであって、それが、概して国家の行為のための個別責任を排除するのである。行為が上位者の命令で遂行されるということが、国内刑法上の問題を構成するのであるが、その問題というのは、上位者の命令という抗弁が、戦争犯罪の責任を負わされている個人の訴追に対する防備として、国内刑法で認められるものかどうか、その命令を実行した犯行者、または、その命令を発した個人だけが、その行為のために責任を負わされ、処罰され得るかどうかが、というものである。

る。

上位者の命令という抗弁の容認性に関して、法律家の見解と同様、さまざまな実定法秩序が異っているが、軍事的見地からは、その抗弁は確かに認められなければならないものである。規律 (discipline) は、上位者への部下の無条件の服従に基づいてのみ可能であり、部下の服従は、その上位者の排他的な責任の必要不可欠な補完である。一九四〇年にアメリカ陸軍省により発行された基本戦場便覧・陸戦法規 (FM 二七一一〇) の三四七条は、(軍隊による起こり得る違反事項を列挙した後で) 次のように規定している。

「軍隊所属の個人は、これらの違反のために、それらが、政府、または、指揮者の命令、ないし、許可のもとで遂行された場合については、処罰されないものとする。指揮官が、こうした行為の任務を命令する場合や、指揮官の権限のもとで、彼らの軍隊により、それらが遂行された場合には、彼らを逮捕する交戦国により処罰されること、があり得る。」

いくつかの国内法秩序では、もし、命令自体が、不法で、しかも、“最初から無効 (void ab initio)” のものであるれば、上位者の命令という抗弁は認めておらず、法的命令の遂行は、犯罪として処罰され得ないのである。もし、命令が、政府により、或るいは、政府の指示によって権限を与えられた下部機関により、一般的、ないし、個別的な規範として発せられているのであれば、その命令は、“最初から無効” であるという意味での不法であることが、たまにはあるが、政府により発せられる一般的、ないし、個別的規範は、たとえば、それが、国内法の上位規範と一致していないとしても、無効にはなり得るけれども、通常、“最初から無効” ではないのである。これは、もし、戦争犯罪が、“違憲 (unconstitutional)” “法規か、政府の “違法 (illegal) 命令、或るいは、“違法” 軍紀の承認のもとで行われている場合のことであるが、こうした規範が合法的な権威によって無効とされていない限り、それは有効であり、しかも、それが有効である限り、それを法的な命令として実施する個人との関係で、それは斟酌されなければならない。政府の行為で (単なる無効ではなく) 絶対的無効 (absolute nullity) の場合は、非常にまれ

ハンス・ケルゼン 『法による平和』 (訳・その四―完)

であり、更に、国内法により授与される法的権力や、特に、ナチス・ドイツのような独裁国家の法によって政府に授与される法的権力―と言うことは、それは、戦闘行為に関して軍隊の最高司令官としての国家元首に対してと言う意味であるが―は、ほとんど無制限であり、政府は、ほとんど常に国内法の見地から戦争の必要性によって、その行為を正当化する立場に置かれている。その結果、命令が政府により発せられたり、政府の命令に基づいている場合に、その命令は “違法” であったという論拠により、上位者の命令という抗弁を否認することは困難である。上位者の命令という抗弁を否認するための正当化としての命令の違法性の論拠は、実際には、政府側からの委任の無い比較的下位の機関により発せられる命令の場合に限られているのである。

いくつかの国の法によれば、上位者の命令という抗弁は、その命令が、もし、法律に、明白に、かつ、議論の余地の無いほどに違反している場合にのみ、却下できるとされており、その命令が客観的に違法であるだけでは十分ではないのである。その命令は、「まったく何の疑いも無しに法律に違反していることが、被告人をも含むあらゆる人に普遍的に知られ

ているもの」でなければならぬのであるが、このような事⁽²⁾例は、非常にまれである。もし、命令の違法性が、国際法違反の中にあるとするならば、その命令が、「何の疑いも無し」に法律に違反していることが「普遍的に知られている」ということを想定するのは、ほとんど不可能である。この場合、状況は、その命令の違法性が一般的な刑法への侵害を構成している場合とは、まったく異っているのである。誰もが知っていること、或るいは、誰もが知る立場にあるのは、彼の国の一般刑法が何を禁じているかということであるが、しかし、あらゆる兵士が国際法は何を禁止しているかを知っているなどということが、筋道を立てて推察され得るだろうか。され得ないとすれば、国際法の侵害になってしまうことが、同じ国際法によって復仇として許されてしまうのである。これは、戦争法規に関して特に重要なことである。と言うのは、こうした法規の侵害に対して国際法によって与えられる唯一の制裁は、復仇だからである。兵士は、戦争法規を侵害する命令が、復仇ではなくて、したがって許可されてはいないということ、を、どのようにして知ることができるだろうか。どのようにして、彼は、こうした命令が、法律に対して「何の疑い

も無い」ものとして看做すことができるだろうか。国内刑法の基盤である正義、とりわけ、軍事刑法の基盤である正義の観念は、上位者の命令に応じて戦争犯罪を犯す個人の告発には、確かに好都合なものではなく、処罰が要求されるたいていの戦争犯罪、特に、多くの政治的に重要な戦争犯罪は、明白、かつ、絶対的に違法であるとは、ほとんど想定され得ない上位者の命令で行われるために、国内刑法を適用する国内裁判所は、もし、上位者の命令という抗弁が認められない場合には、戦争犯罪人の処罰には、確実に不適合である。この条件のもとでは、被告人の国内裁判所は、とりたてて不適合であって、こうした国内裁判所は、敵国の裁判所よりも、一層、上位者の命令という抗弁を認める傾向があり、このことは、第一次世界大戦後の有名なドイツの戦争犯罪人の裁判によって証明されているのである。⁽³⁾

(1) 勿論、国家の行為についての責任は、国際法の問題であるだけではなく、国内法の問題でもある。前掲、第十四章を参照のこと。

(2) クラウド・ムーランにより引用されているランドベリイ城事件におけるライプツイヒのドイツ大審院判決。『ライ

(3) ムーラン、前掲。

十九 戦争犯罪人に対する裁判権

前述した一般に認められている見解によると、交戦国は、戦争犯罪人に対して、身柄拘束の前に行われた戦争犯罪のための裁判権を享有している。戦争犯罪人に対して裁判権を使用する国家の軍事裁判所は、講和の締結後、敵の戦争犯罪人を軍事法廷は起訴できるか否か、少くとも疑わしいという難事に直面しており、指摘されるように、もし、国際法が侵害されることが無ければ、戦争犯罪人は、たとえもし、彼らが、戦争犯罪を犯したために判決をくだされていたとしても、また更に、たとえもし、彼らの収容期間が、まだ終わっていないとしても、戦争の終了をもって解放されなければならないのである⁽¹⁾が、いずれにしても、戦争犯罪で告訴されていて、まだ裁判されておらず、判決が出ていない戦争犯罪人は解放されなければならないのである。この難事を妥開するため、「休戦協定 (armistice agreement) は、敵国の戦争犯罪人の

ハンス・ケルゼン『法による平和』(訳・その四―完)

引き渡しについて、戦勝国に、講和の締結前に、彼らの国内裁判所を通して、その犯罪人を裁判する機会を与えるための規定を含まねばならない。⁽²⁾」ということが提言されている。しかし、国際条約―休戦協定―に基づいて一方の交戦国から他方の交戦国へ引き渡される個人が、本当に「戦争犯罪人」かどうか疑わしいのである。戦争犯罪人については、一九二九年七月二七日に、海戦と航空戦で捉らわれた捕虜のために、ジュネーブで調印された捕虜の取り扱いに関する条約の第二章・第一条に規定された定義によると、

「交戦国軍隊に所属し、海上戦、ないし、空中戦の展開中に敵国により捉われた者…。」

であるが、休戦条約の実施の中で、交戦国の一方から他方の交戦国に引き渡される人物が、軍事作戦中に捕捉されたとは、ほとんど看做され得ない。こうした人物に対して敵国により主張される裁判管轄権の法的根拠は、捕虜に対する裁判管轄権に関する国際法上の規範ではなく、国民が裁判を求められている国家は敵国による裁判に同意するという国際条約であ

る。休戦協定の規定により、当該問題の人物に対する裁判管轄権は、敵国に与えられ得るのであるが、こうした人物は、用語の厳格な意味における捕虜ではないので、敵国の裁判所は、講和の締結前に裁判を強いて終了させる必要は無いのである。被告人は、平時の犯罪人引渡条約に従って引渡される個人と同じ法的立場にあるのであって、法的見地から言っても、こうした同じ条項を内包する休戦協定と講和条約の間に本質的相違は無いのである。戦争犯罪人に対する敵国の戦後の裁判管轄権を妨害する法的障害物は、こうした条約により除去され得るし、更に、こうした条約により、裁判管轄権は、国家の行為の性格をもつ戦争犯罪に拡張され得るし、個人は、国家の行為に対する責任を負わされ得るのである。

これが、ヴェルサイユ講和条約の第二二八条の本当の機能であって、それは、次のように規定されているのである。

「ドイツ政府は、戦争の法規と慣行に違反する行為を犯したために告訴された人物を軍事裁判にかける連合国諸国の権利を承認する。このような人物は、有罪の判決を受けられる場合には、法律により規定された処罰を宣告されなければならぬ。」

ばならない。」

「承認する (recognize)」という言葉を選ぶことによって、講和条約の発案者たちは、第二二八条には宣言的な性格だけがあるものと考えたようである。しかし、第二二八条で認められるドイツ政府の同意が無ければ、連合国諸国の軍事裁判所には、講和締結後、戦争犯罪のために人を裁判する権利は無かったわけであり、第二二八条は、国家の行為の性格をもつ戦争犯罪をはっきりとは含んではないのである。しかし、実際には、それは、それらを排除してはいないし、更に、その用語に従って、戦争の法規と慣行に違反して遂行されたあらゆる行為のために、ドイツ政府が、敵国国内の軍事裁判所による起訴に同意しているので、第二二八条は、国家の行為の性格をもつ戦争犯罪を犯したドイツ人を処罰するためには、当該問題の人物の個別責任を設定するものとして、ドイツ政府の同意が必要不可欠であると解釈され得るのである。第二次世界大戦の終結時に、いっさいの疑念を避けるために、国内、または、国際の裁判所に、戦争犯罪人に対する裁判管轄権を与える将来の何らかの国際条約の中に、国家の行為の性

格をもつ戦争犯罪を含む明示の規定を挿入することが当を得ているであろう。⁽³⁾

(1) W・E・ホール(Hall)著『国際法論(A Treatise on International Law)』(一九二四年)一三五章。オッペンハイム、前掲書、第二卷四五九頁では、交戦国は、戦争期間を越えてさえも戦争犯罪人に科せられる処罰を実施する権利があると主張している。

(2) 一九四二年一〇月、イギリス上院における大法官(Lord Chancellor)の提案で、マンナーによって言及されている(前掲書、四三三頁)。

(3) 一方の交戦国の領土が、他方の交戦国の軍隊によって占領されている場合に、その占領国は、戦争犯罪を犯したために被占領地で占領国当局により休戦後に逮捕された敵国の国民を、政府の構成員を含め、裁判するため特別の裁判所を設立し得る立場にあるように思えるが、これは、マックス・ラディン(Max Radin)の『最後の審判日(Day of Reckoning)』(一九四三年)が論拠としている仮説である。しかしながら、占領国の権利と義務を規定している一般国際法上の規則が、こうした手続きに対して好都合なものであるかどうかは疑問である。

二十 国際刑事裁判権

国内、または、国際の、どのような種類の裁判所が、戦争犯罪人を裁判する権限を与えられるべきかという問いに関しては、国際裁判所が、国内の民事、または、軍事の裁判所よりも、この仕事には、ずっと適していることについては、ほとんど疑いはあり得ないのである。⁽¹⁾ この場合、戦勝国だけではなく、敗戦国もまた締約国である国際条約によって設立される裁判所だけが、国内裁判所では直面するであろう或る種の困難には遭遇しないだろうと思う。と言うのは、戦争犯罪人に対する裁判管轄権を国際裁判所に与える条約は、国家の行為の性格をもつ戦争犯罪に対する個別責任を設定し得るからである。それは、また、上位者の命令という抗弁を排除することが国際裁判の発展にとって必要であると思える場合には、排除できるのである。現在、国際裁判所―その法的基盤に関するだけではなく、その構成に関しても国際的な―だけが、不公平についてのいっさいの疑惑を超越していられるのであって、国内裁判所と、特に国内の軍事裁判所においては、不可避免的に疑惑に対して寛容であり、戦争中の軍事裁判所で行われる戦争犯罪人の裁判では、敵に同じ種類の報復的な手

段をとらさせることが可能であるけれども、戦争の捕虜に対する復仇はジュネーブ協定で禁止されている。こうした法の誤用は、講和の締結後に活動を開始し、その結果として、その仕事を、戦争の感情によっては悪化していない雰囲気の中で達成することができるとある立場にある国際裁判所に、戦争犯罪人の処罰を移管することによって、回避され得るのである。戦争犯罪人に対する法的手続きの国際化は、処罰を或る程度まで画一的にするという大きな利益をもたらすであろうし、もし、戦争犯罪人が、ヴェルサイユ条約の第二二九条に規定されているように、多種多様の国内裁判所に従属するのであれば、これらの裁判所が「判決が抵触し、刑罰を変更させる結果に」⁽²⁾なることは、非常にあり得ることである。

モスクワで調印された三国宣言 (Three Power Declaration) が要求するのは、敵の戦争犯罪人に対する戦勝国の裁判管轄権であって、戦争犯罪を犯した者は、「彼らの犯罪の現場に連れ戻され、彼らが害を加えた人たちによって、その場で裁かれる：」ことになるであろうし、「特別の地理的な位置判定の無い」戦争犯罪は、「連合国の諸政府の合同判決：」によって処罰されることになろう。戦争期間中、戦争犯

罪の犠牲者である人たちが、彼ら自身の手で法を用いて、彼らが犯罪人であると判断する者たちを処罰することを希望するのは、まったくもって理解できることであるが、しかし、戦争が終了して以後は、閉じられていた心が、再び開かれて、敵の国民に対して被害国によって行使される刑事裁判権は、正義よりも、むしろ、復讐として看做され得るし、結果として、それは将来の平和を保障する最善の手段ではないという考え方を、受け入れやすくする。このことは、敵性国家の行為である犯罪に関して特に当てはまっている。

たとえば、国家には他国の行為に対する裁判管轄権は無いという原理が、戦時には適用できないものと看做されたならば—⁽³⁾—少くとも非常に疑わしいことであるが—こうした行為から告発された人物を、彼ら自身の国家の同意を得て国際裁判所で裁判するというのは、政治的見地から言って非常に当を得たものである。戦勝国と締結される休戦、ないし、講和の条約の中で、この同意を得るといふことは、そう難しいことではない。と言うのは、敗北の後に設立される新政府には、その前任者の国際的な不法行為を、彼ら自身の利益のために拒否する十分な理由があるからである。

戦争犯罪人の処罰は、国際的正義からの行為であるべきであって、復讐のための渴望を履行する行為であってはならず、敗戦国だけが、戦争犯罪の処罰のための国際裁判所の裁判管轄権に、彼らの国民を引き渡すように義務付けられるべきであるといふことは、国際的正義の理念と両立するものではなく、戦勝国もまた、戦争法規に違反した彼ら自身の国民に対する裁判管轄権を同じ独立的で公平な国際裁判所へ、自発的に移管すべきである⁽⁴⁾。ただ、勝者が、もし、敗戦国に対して賦課したいと彼らが望むのと同じ法律に、彼ら自身も従うのであれば、国際的正義の理念も維持されることであろう。刑罰に関する限り、裁判所の管轄権を設定する条約は、有罪者に、彼自身の国の刑法で規定されている刑罰を科す権限を、裁判所に認めるべきであって、もし、裁判所が、国家の機関としての資格で戦争に訴えたり、戦争を誘発させたりして国際法を侵害した人物に対して裁判管轄権を有するのであれば、その裁判所を設立する条約は、刑罰を決定できるか、或るいは、その裁判所に、刑罰を、その判断に従って決定する権限を認めることができるのである。

国際裁判所による戦争犯罪の処罰、とりわけ、国家の行為

ハンス・ケルゼン『法による平和』(訳・その四―完)

の性格をもつ犯罪の処罰は、もし、それが国際法の全般的な改革の枠組の中で実行されても、それは、必ずや、多少の抵抗運動に遭遇することであろう。と言うのは、それは、国民感情を多少なりとも侵害するからである。この改革の目的は、国家の代行者 (agent) として、国際法を侵害している行為を犯した人物の個別責任による国際法の侵害のために、国家の共同責任を達成することにあるべきであって、⁽⁵⁾ こうした改革は、目下の研究の最初の部分で提起したような強制管轄権を授与される裁判所が主要な機関である諸国家の連盟を構築する条約に基づいてのみ、上首尾に実行され得るのである。

刑事裁判権は、連盟構成国間の紛争を解決する権限をもつ裁判所に、或るいは、裁判所の特別会議室に対して、与えられ得るが、もし、裁判所が刑事問題に権限を有するのであれば、何人かの裁判官は刑法の専門家であるにちがいないのである。⁽⁶⁾ もし、国家のあらゆる国際関係における個別責任が、有罪者の処罰を規定することによって設定されることになれば、国際法の侵害を構成する行為は、用語の厳格な意味における罰的犯罪 (punishable crime) の性格をもっているという条件に関して問題が発生する。法律の侵害を構成するあらゆる

行為が、必ずしも可罰的犯罪ではないのであって、国家によって犯される国際法のどのような侵害が、国家の機関としての資格において法律の侵害を構成する行為を遂行した個人を処罰することが妥当性を得るような性質のものになるのであろうか。戦争犯罪の場合と同様に、もし、その行為が国際法の侵害であり、同時に国内刑法の侵害でもあるのであれば、この問題への解答は決して困難ではない。しかしながら、もし、その行為が、国内刑法によれば「犯罪」ではないのであれば、国際条約によって規定されているその処罰は、もし、それが、本来的に「犯罪」である場合にのみ当を得ているのである。しかし、法律の他の侵害と区別されている「犯罪」とは、どのようなものであり、そして、どのようなものが、「処罰」として特徴付けられる特殊な制裁を正当化する犯罪の基準 (criterion) なのであろうか。この問に対する通常の答は、もし、立法者の見解に従って、或る行為が、それにより直接に被害を受けた個人にとってだけでなく、共同社会全体にとって有害であるのであれば、それは可罰的犯罪であるというものであるが、この定義は、国際法の侵害にも適用され得るのである。国家により犯された国際法の侵害は、も

し、その行為が、それによって直接に損害を受けた国家にとつてだけでなく、国際共同社会全体にとつても有害であるならば、個人的な犯行者が可罰的になる犯罪である。常設国際司法裁判所設立のための準備計画のために、一九二〇年二月に国際連盟理事会により任命された法律家諮問委員会 (Advisory Committee of Jurists) は、刑事事件の権能を裁判所に与える問題を討議したが、その討議の過程で、デスキャンプス男爵 (Baron Descamps) は、「国際法に対する犯罪は存在するのか。」という問題を提起して、彼は、この問題について、「あらゆる国家の安全保障が、それらによって危険にさらされるような本質をもった」行為として、これらの「犯罪」を定義することにより肯定的に答えているのであるが、「あらゆる国家の安全保障を危険にさらす」という公式化された表現は、「国際共同社会にとつて有害」という、おそらくもっと至当な公式的表現と同じようなものを意味している。委員会は、国際法のどのような侵害が「あらゆる国家の安全保障を危険にさらす」のかということについての問題を決済しなかったのであるが、デスキャンプスは、国際法上のすべての侵害が、彼の定義する意味での「犯罪」ではな

いということ、当然のことと看做したようである。彼は、国際司法裁判所に「犯罪の性格を明確にする」権限を与えることが必要不可欠だと考えたのであるが、彼は、それによって、違反行為が「犯罪」の性格をもっていたか否かを裁判所が決めるべきだということを、おそらく言おうとしているのであろう。しかしながら、国際共同社会にとって有害であり、したがって、その犯罪のためには個別的な犯行者は処罰され得るといふ国際法の侵害と、そうした本質的なことではない国際法の侵害との間に明確な一線を画することは、ほとんど不可能である。法のいっさいの侵害は、法的共同社会にとって有害であるので、法秩序は、いっさいの侵害に制裁を付属させているのである。存在する唯一の相違は、不法行為 (delict) が共同社会にとって有害となる程度問題に關係している。非常に有害であると看做される行為に対しては、国内の法秩序は、制裁を与え、さほど有害ではないと看做される行為には、民事強制執行を与えるのであるが、処罰と民事強制執行への制裁の相違は、ほとんど国際法には導入されない。しかし、後に見るように、国際法侵害のために責任を負う個人に対して向けられるべき制裁は、それらが、通常、

ハンス・ケルゼン『法による平和』(訳・その四—完)

国内刑法の中にある以上に、ずっと区別されたものになり得るのである。この性格をもたない制裁と「処罰」を絶対的な基準で区別することは可能なことではなく、したがって、国際法の侵害に対する個別責任の問題との關係で「処罰」という用語を使用するのではなくて、一般国際法上の共同的制裁との対比で個別責任を用いるほうが賢明であるが、或るいは、もし、「処罰」という用語が用いられるとするならば、国際法の侵害に対する責任を負った個人に直接向けられる制裁として、それを明確にすることが得策かもしれないのである。

国際法の侵害のために設定される個別責任に関して、われわれは、国家の行為による国際法の侵害と、こうした性格を有しない行為による侵害とを区別しなければならぬのである。前者のグループの間では、四つの違反 (offense) が区別され得る。すなわち、(1) 一般国際法、ないし、特別国際法を無視して戦争に訴えることによる (ブリアン・ケロック協定、および、その同種のもの)。(2) 戦争を誘発させることによる—すなわち、戦争が正当な反発であるのに対して国際的な不法行為を犯すことによる (戦争を誘発させる不法行為は、もし、裁判所を設立する規約が、共同的制裁として

のみ戦争を認める場合と、それが連盟の權威によるか、權威のもとで実施される場合とについては、説明は無用である。)

(3) 戦争法規を侵害することによる。(4) 一般国際法、ないし、特別国際法上の他の規範を侵害することによる。⁽⁹⁾

個人の裁判で、国家の機関としての彼の資格において、彼が、彼の国家による国際法の侵害のために責任を負っている場合には、それは、前記(1)から(4)の違反の一つを犯したために告訴される国家に対する国家による訴訟、或るいは、(連盟理事会のような) 国際機関による訴訟における裁判所の訴訟手続きに関連して行われ得るのであるが、国家が国際法を侵害したということが決定した後には、裁判所は、被害国の要求で、加害国の機関として、後者による法の侵害のために責任を負わざるを得ない個人に対して、訴訟手続きを開始することが可能であり、前記(1)と(2)の違反の場合には、有責の個人に対する訴訟手続きは、国際機関の要求であっても開始され得るのである。

国際法に対する自分の国の侵害のために責任を負う個人に、裁判所により科せられる処罰というものは、裁判所が、加害国に対して、行われた不正を補償する義務を課すことの支障

になつてはならないのであるが、加害者個人に対して科せられるべき刑罰は、被告人の国の刑法に従つて裁判所によって決定されるべきものである。しかしながら、前記(1)と(2)の行為は、国内法による犯罪を構成していないので、裁判所は、前記(1)と(2)の違反の場合には、裁判所が適當であると看做す何らかの刑罰を、有罪の個人に科す権限を授与され得るのである。しかし、死刑は、もし、被告側の刑法が、この刑罰を規定していない場合には排除されるべきであり、前記(3)の違反(戦争犯罪)の場合には、裁判所は、被告側に、彼の国の刑法が、その行為について、もし、それが、国家の行為の性格を有しておらず、普通の犯罪の性格を有するという場合、規定している刑罰を科すべきである

こうした前記(1)と(2)と同様、(4)の違反は、国内法によれば、それらが国家の行為でなかったならば、犯罪になるような行為を、概して構成要素とはしていないのであって、こうしたほとんどの場合に、国際法に対する彼の国の侵害について責任を有する機関の不法行為 (delict) は、前記(1)から(3)の場合におけるよりも、国際共同体にとって、多少とも有害であり、結果として、これらの不法行為に与えられる個別的な制

裁は、もし、後者が一般的な刑法による犯罪を構成要素としない場合には、戦争犯罪人、または、戦争の発起人に対して科せられるものよりも、多少、厳しいものにならざるを得ない。前期の違反(4)の場合における刑罰の目的は、有罪者に、投獄 (imprisonment) か罰金 (fine) のような物理的損害を科すよりも、むしろ、彼らを、道徳的、政治的に非難するようなものにすべきであろう。そうした刑罰には、政治的権利の喪失、公職保持資格の喪失、等があるが、裁判所は、被告人が国際法を侵害した (或るいは、個人的に彼の国による国際法の侵害に責任がある) という陳述に、その判決を限定することも可能である。

国家の行為ではなく、個人の行為による国際法の侵害は、二つの集団グループに分類され得る。すなわち、(1) 個人が主体であることに国家が処罰するべく義務付けられている行為、つまり、この集団グループに属するのは、政府の命令ではなく、また、政府の委任でもなく行われた戦争犯罪 (犯罪者が被害国の官憲の手に陥ちた場合には、概して、後者の競合的管轄権が存在するものである。) (2) 個人が主体であるが、国家には処罰の義務は無く、あらゆる国家、または、被害国のいずれかが、

国際法により。処罰すべく授權されているか、或るいは、厳密には処罰の性格を有しない制裁を課すべく授權されている行為、つまり、この集団グループには、海賊行為 (piracy)、封鎖侵犯 (breach of blockade)、禁制品の輸送 (carriage of contraband)、謀報 (espionage)、軍事反逆 (war treason) 等のような行為が属する。

もし、国際裁判所が、国際法の侵害のための国家に対してだけではなく、こうした侵害に責任のある個人に対しても、制裁を決定すべく管轄権をもって設立されるのであれば、最初の場合の裁判に関して、国家の行為の性格を有しない行為によって国際法を侵害したために告発された個人に対する裁判管轄権を、この裁判所に与えることは必要ではない。前記(1)の場合のように、彼らの国家は、彼らを処罰すべく義務付けられており、それに、彼らの国家が、この義務を履行しないのであれば、被害国は、有罪国とその有責の機関を、国際裁判所で処罰すべく裁判することが可能である。しかしながら、被害国に、もし、国内裁判所の判決に満足できないような場合には、国際裁判所に訴える権利を与えることが可能であるし、得策である。もし、犯罪者が、連盟加盟国である第

三国の法的権限の中にある場合、彼を処罰すべく義務付けられてゐるその国は、彼の引渡しを要求する必要がある、その第三国は、それを承認しなければならぬ。犯罪者が、彼自身の手で裁判所ではなく、外国の裁判所、とりわけ、被害国の裁判所によって判決を下される場合には、判決を宣告される個人は、彼の国と同様、国際裁判所に控訴する権利をもっているのである。国際裁判所により適用される実定法 (substantive law) は、控訴が行われた裁判所の法でなければならぬ。同様に、前記(2)の場合には、国内裁判所により判決を宣告される個人に対して与えるのが当を得ている。そして、もし、被告人が他の加盟国の市民であるならば、国際裁判所へ控訴する権利を、彼自身の国に与えることが賢明である。もし、国内裁判所が、海賊事件の場合のように、その判決の中で国内刑法を適用した場合には、控訴裁判所としての国際裁判所は、同じ国内法を適用しなければならない。もし、その国内裁判所が、国際法により直接に決定される制裁を決めた場合には、封鎖侵犯や禁制品の輸送(船舶や積み荷の没収)の事件のように、国際裁判所は、国際法を適用しなければならないのである。

国家の行為ではない個人の行為は、概して国際法の侵害であり、それと云うのも、それらが国際的に有害だからである。"国際的に有害"という用語は、その行為に対して代理責任(vicarious responsibility)をもっている国以外の国に、その行為が損害を与えることを意味しており、その理由は、その行為が、例えば、外国の国旗への侮辱のように、その領土上で行われているからである。例えば、海賊行為のように国家には責任が無い私的個人の行為は、それらを処罰するために国際法によって権限を与えられている国家の利益を侵害する限りにおいて、それらが、国際的に有害なのである。しかしながら、国際条約は、締約国に対し、他の国家には有害にはならない或る種の犯罪のために処罰を与えることを義務付けることが可能であるが、しかし、その処罰は、亜片の取引等のように、締約国の共通の利益になるのである。こうした事件においてもまた、国際裁判所は、控訴裁判所としての管轄権をもち得るのであり、また、各締約国と同様、被告側は、管轄権のある国内裁判所から国際裁判所へと控訴する権利をもち得るのであって、後者は、また、国内裁判所間の権限の抵触を解決することも可能である。

司法手続きの主因である不法行為により直接に損害を受けた人は、誰でも、裁判所により権限を与えられているのであれば、また、裁判所が課し得る何らかの条件に基づいて、民事原告人 (partie civile) を、みずから構成可能であるが、こうした人物は、裁判所が損害賠償金を扱っている場合を除いては、口頭弁論 (oral proceeding) に参加してはならないのである。⁽¹⁰⁾

国際裁判所の要請で、連盟加盟国としてのいっさいの国家は、関係する国家の裁判管轄権のもとにあり、更に、権限内にあるいっさいの個人を、その裁判所に係わらせるべく義務付けられているのであって、裁判所は、その係わっている個人が、逮捕拘留されるか、どのような条件で解放され得るかを決定できるのである。裁判所が、その地で開廷されている国家は、適当な拘留場所や、逮捕拘留のもとに置かれる者の保護のための刑務所員、等のような有効な司法手続きに必要なあらゆる手段が、裁判所の自由になるように対処しなければならぬ。⁽¹¹⁾

国際裁判所の指示や判決は、その裁判所の指示や判決の中で指定された国家によって執行されるべきであって、もし、

ハンス・ケルゼン『法による平和』(訳・その四—完)

国家が、国際裁判所の指示や判決を執行する義務の履行に失敗する場合には、司法共同体としての連盟を構成する規約により規定される集団的制裁が実施されるべきである。

(1) (一九四三年) ワシントンで開催された第三七回年次会議のアメリカ国際法学会々報の C・C・ハイド『戦争犯罪人の処罰 (C. C. Hyde, "Punishment of War Criminals.")』四三頁で、「連合国は、彼らに降服する外国人である敵の行為者を、こうした個人の行為について判断をくだし、刑罰を適用すべく権限を与えられた国内裁判所で、裁判し、処罰することを、各々別々に自由にやることを好むということとは、あり得ることである。一見して、これは、単純、かつ、当り障りの無い処置のようであるし、他の場合には遭遇する或る種の困難を免れるもののようにあるが、しかしながら、もし、この方法に頼ることが、大雑把な確信の生産であり、数えきれない刑罰の適用であったとすれば、起訴する側の勝利者は、目的のために用いられる裁判所が、政治的道具以外のものであるということを一般社会に確信させるのは困難であろうし、更に、その処罰を受ける人たちは、本国同様に海外でも殉教者 (martyr) と看做されるであろう。∴裁判所、或るいは、中立国の国民から構成される裁判所は、被告人の請求や弁明にとって不利な決定に関して容易に命令することになろうし、もし、関連する条約の条項によって過度に束縛されていないのであ

れば、国際法の解説者として非常に有益であるということにならう。更に、中立国の判事に対し、連合国側の彼らの苦情を調査し、立証することの自発性は、彼らの立場に対する広範、かつ、上品な尊敬の念を鼓舞することになるであらう。」と述べている。

(2) 前掲、ベロット、四二二頁。一九二六年の国際法協会 (International Law Association) 第三四回会議で採択された国際刑事裁判所規程 (Statute of the International Penal Court) の第二一条 (第三四回会議報告書、一一八頁) は次のように規定している。

裁判所の管轄権は、

(a) 一国の国民、または、市民によって、或るいは、他の国、ないし、その国民、または、その市民に対して *heimatlos* によって行われた刑法上の性格をもつ国際的義務の侵害。

(b) 戦闘の方式と行為を規律するもので、○日付 (場所) の協定の締約当事国を拘束するいっさいの条約、協定、また、宣言の侵害。

(c) 拘束力があるものとして、文明諸国によって一般に受け入れられている戦争の法と慣行の侵害。先に明確にしたような裁判所の本来の裁判管轄権への偏見無しに、裁判所は、国際連盟の理事会や総会によって、裁判のため、或るいは、調査と報告のために、それに関係する刑事的性格の事件を扱う権限をもたねばならない。―裁判所に管轄権があるかどうかに関する紛争の場合に、問題は裁判所の決定により解決されねばならない。

前述した「常設国際刑事裁判所委員会報告」の中で、「国際刑事裁判所の創設を支持する見解をもつ一団は非常に重要であって、一九一六年三月にグロチウス学会 (Grotius Society) で閲読され、『一九世紀』 (Nineteenth Century) の九月号で発表された文書の中で、ベロット博士 (Dr. Bellot) は、こうした裁判所の設立を支持したのである。それは、イギリスの戦争法違反研究委員会 (British Committee of Enquiry into Breaches of the Laws of War.) によって推薦され、更に、そうした推薦は、ヴェルサイユ会議により任命された戦争犯罪国際委員会 (Dr. Bellot) は、こうした裁判所の設立を支持したのである。それは、イギリスの戦争法違反研究委員会 (British Committee of Enquiry into Breaches of the Laws of War.) によって推薦され、更に、そうした推薦は、ヴェルサイユ会議により任命された戦争犯罪国際委員会で八対一の多数によっても得られたのであるが、しかしながら、この推薦は、最高評議会で拒否されたのである。その後、それは、常設国際司法裁判所規程起草したハーグ法律家委員会により推薦されて、一九二二年に国際法協会のブエノス・アイレス会議で閲読された文書で、フィリモア卿 (Lord Phillimore) とベルット博士により支持されたのである。これらの文書の両執筆者は、裁判所の管轄権が、軍事的犯罪同様に非軍事的なものにも拡大されるべきことを提案したが、しかし、その会議は、それを軍事的犯罪に限定し、『この会議における意見では、国際刑事裁判所の創設は、司法 (Justice) の利益にとって本質的なものであり、かつ、会議は、問題は急を要するという意見であった。』ことが決議された。」のである。一九二六年に、国際刑事法協定は、ブリュッセルで催された会議において、常設国際司法裁判所に刑事事件の管轄権を付与することを提案し、国際連盟理事会の発議で、一九三七年一月一日

から一六日までジュネーブで開かれたテロリズムの抑圧に関する国際会議で、テロリズム行為で告訴された人物の裁判のための国際刑事裁判所の創設についての協定が調印されたのである。国際連盟出版シリーズ、『テロリズムの抑圧に関する国際会議事録』(Proceedings of the International Conference on the Repression of Terrorism) 法律篇、一九三八年、第三巻を参照のこと。なお、M・O・ハドソン『提案された国際刑事裁判所』(M. O. Hudson, The Proposed International Criminal Court) アメリカ国際法雑誌(一九三八年)第三二巻五四九頁も参照のこと。

(3) 前掲、九七頁参照。

(4) ハイド、前掲、四三頁で、「いっさいの裁判所の仕事は、客観的に枢軸構成国の裁判と蓋然性のある有罪宣告に限られるべきか、或るいは、戦争法に対する違反を犯したとして、敵によって告発された連合国の構成国をも、それは、含むべきなのか。この問題については綿密な思考を必要とする。連合国の高度の目的における確信は、使われる裁判所が、もし、いっさいの国籍の何らかの人物の行為について、彼の仕えた側の交戦国とは関係無しに、裁決する包括的な管轄権を与えられたのであれば、疑い無く、あらゆる面で増進されることであろう。しかしながら、連合国の一構成国が、告発されたように、有罪であると判った場合には、刑罰を科すという問題は、明確な取り決める必要とすることであろう。連合国は、その有罪の連合国軍の構成員を、枢軸国に、その保護下での処罰のために引き渡すことに同意することを拒絶するように期待されるかもしれない

いのであるが、疑い無く連合国は、告発に従わざるを得ないのであれば、それ自身の領域内で、それ自身の機関によって、それ自身の部署の構成員の処罰のための組織を主張することにならう。」と述べている。

(5) 一九二六年にブリュッセルで催された国際刑事法協会会議は、次の決議を満場一致で可決した。すなわち、「1、刑事裁判管轄権が、常設国際司法裁判所に与えられること。2、さまざまな諸国間で生じ得る司法上、立法上の管轄権の抵触の解決に関して、協議がなされること。3、常設刑事裁判所には、不正な侵略に対する当然の結果として、国家に生ずる刑事責任のためと、国際法の侵害のために、すべての訴訟を審理させること。それは、その違反国に対し、刑事上の制裁を課し、保安措置を講じさせることになる。

4、常設裁判所は、犯罪や従犯(accessory crime)、ないしは、軽罪(misdemeanor)、それに、平時や戦時に行われる国際法のあらゆる侵害、更には、推定犯罪人の犠牲者の国籍を理由に、国際的犯罪であるとか、世界平和にとつての脅威を構成するものとか、さまざまな国家で考えられ得る特別なコモン・ロー犯罪、などから生ずるかもしれない個別責任についての訴訟を審理させること。5、常設裁判所には、犯罪が行われた場所がわからないか、或るいは、その主権者が競い合っているという事実のために、特定の国家の裁判管轄権に従わざるを得ない犯罪、または、違法行為を犯したかもしれない個人に対して、裁判管轄権をもたせること。『国際刑事法雑誌』(Revue Internationale de Droit Pénal) 一九二六年刊、第三巻四六六

頁を参照。

(6) 本書の「付録Ⅱ」(この訳稿)において、国際法の侵害のための個別責任(国際刑事裁判権)が設定される事件の場合に、常設平和維持連盟(P. L. M. P.)のための規約草案に挿入されるべく、条約規程の草案が提示されている。

(7) 常設国際司法裁判所、法律家諮問委員会、『委員会議事録口述文書、一九二〇年六月一六日―七月二四日』(Procès verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16-July 24, 1920) ハーグ、一九二〇年発行、四九八頁参照。

(8) 前掲、五一二頁。デスキャンプス男爵は、彼の考えを、彼の国の憲法により設定される行政責任 (ministerial responsibility) 制度から取り入れていっている。彼、いわく(五一二頁)。「ベルギー憲法は、きわめて自由であり、刑罰の執行面において、きわめて慎重であるが、下院が諸大臣を告発して、破棄院 (Court of Cassation) で彼らを裁判にかけることができることを規定することに躊躇しておらず、破棄院は、犯罪を明確にして、処罰を決定する権限を明示的に授与されているのである。」国際法の侵害に対する国家機関の個別責任は、実際に、憲法、ないし、国内法上の他の規則の違反に対する政府構成員の個別責任(イギリスにおける弾劾)に類似している。

(9) 法律家諮問委員会における討議で、フィリモア公は、1、平時に行われた行為。2、戦争犯罪。3、戦争をしかけた罪。に区分けした。前掲、五〇七頁参照。

(10) テロ行為の制圧に関する国際会議議事録・国際連盟シリ

ーズ・法律編・一九三八年版・第三卷二三頁・国際刑事裁判所創設のための協定第二六条を参照のこと。

(11) 右に引用した協定の第三一条・前掲書、二五頁を参照のこと。

(完)

(付記)

本書の「付録Ⅰ」"常設平和維持連盟規約"と「付録Ⅱ」"国際法侵害の個別責任(国際刑事裁判権)設定約定条約"は割愛する。