

国際司法協力としての「引渡」の法的性質（一）

—surrender 概念の整備に向けて—

洪 恵子

第一章 問題の焦点

第二章 戦争犯罪に関する裁判権

- 一 戦争犯罪に関する裁判権の意義
- 二 戦争の法規慣例違反に関する裁判権の発展
- 三 人道に対する罪に関する裁判権
- 四 平和に対する罪に関する裁判権（以上 本号）

第三章 戦争犯罪と犯罪人引渡制度（extradition）

- 一 犯罪人引渡制度の枠外での処理
- 二 戦争犯罪に対する犯罪人引渡制度の適用
- 三 引渡犯罪としての戦争犯罪

第四章 一方的司法共助に協力する義務としての引渡

- 一 安全保障理事会決議に基づく代替的管轄権（replaced jurisdiction）の設定
- 二 国連決議に基づく引渡の義務づけ
- 三 実施のための国内立法（implementing legislation）の意義

第五章 おわりに

国際司法協力としての「引渡」の法的性質（一）

1 犯罪の容疑者の身柄の確保は、刑事手続のなかでも、重要な問題の一つである。通常、国境を越えて逃亡犯罪人を引き渡すことは、犯罪人引渡制度 (extradition) の下で処理される。これに対して、「国際法上の犯罪」¹の容疑者の引渡が問題となる場合に、これを通常の犯罪人引渡制度とは法的性質が異なる手続として位置づけようという試みが行われている。つまり、犯罪人引渡制度は、従来の「国際司法共助」という役割に加えて、国際法上の犯罪の規制に関する刑事手続の一部としての役割が与えられるべきだと主張されているのである。前者の国際司法共助の目的があくまでも関係主権国家の個別的利益の実現にあるのに対して、後者は国際社会の共通利益を害する犯罪を抑圧するために行うものと観念され、主権国家は従来の国際司法共助の実効性の基盤となってきた相互主義の保証の有無にかかわらず、こうした「国際司法協力」への積極的な参加が求められるようになってきている。²本稿では、通常の国際司法共助の任意性を克服した手続を、「国際司法協力」と呼び、以下、用いることとしたい。

最近、特に国際法上の個人の刑事責任を追及するための国際刑事裁判所 (国連安全保障理事会決議に基づくユーゴ国際裁判所ならびにルワンダ国際裁判所)⁴が設立されたこと、さらに国連国際法委員会草案による常設的国際刑事裁判所の設立への実行が進んでいることを受けて、これら国際法上の犯罪に関する裁判権を有する国際刑事裁判所に対して主権国家が行う協力について、従来の国際司法共助との性格の違いが一層強く展開されてきている。⁵例えば、国連安全保障理事会決議によって設立されたユーゴ国際裁判所に対して、裁判所から発せられる被告人の引渡の命令は国際法上の「義務」であると位置づけられ、従来の犯罪人引渡制度との相違が強調されている。⁷ユーゴ国際裁判所を

設立するために招集された法律専門家委員会は、ユーゴ国際裁判所に対する身柄の引渡に対しては、通常の犯罪人引渡制度と概念上区別するために、*extradition*ではなく、*surrender* (ないし *transfer*) の語を用いるべきだとし、ユーゴ国際裁判所規程では *surrender or transfer* と規定された (第二十九条二項 (e))⁹⁵⁾。

しかし、国際法上の犯罪に関する身柄の引渡が積極的な「国際司法協力」としての引渡として (以下、これを *surrender* と呼ぶ⁹⁶⁾)、実定法上定着するためには、未だ克服すべき多くの問題点が残されているというべきである。

2 学説・国家実行上、国際法上の犯罪に関する引渡に関して、被請求国が持っている裁量を制限して、必ず請求が許可されるような手続に転換させるための議論が第一次世界大戦以降から行われてきた。中でも、最も激しく議論されてきたのは、「戦争犯罪」 (*war crime, crime de guerre, Kriegsverbrechen*) に関してである。その背景には裁判権を有する国家 (請求国) が容疑者の身柄を拘束している国家 (被請求国) に対して、身柄の引渡請求をなしても、しばしば引渡が拒否されるという事例が多く発生し、このことが問題視されてきたという事情がある。例えば、第一次世界大戦終結のために締結されたヴェルサイユ平和条約において、戦争犯罪 (「国際道義に反し、条約の神聖を汚した重大な犯行」) に関してヴェイルヘルム二世を (二二七条)、戦争の法規慣例違反について一般兵士を (二二八―二二九条) に関する身柄の引渡を規定したにもかかわらず、ドイツならびに皇帝が亡命していたオランダの抵抗に遭い、引渡は実行されなかった。また、第二次世界大戦においては、連合国戦争犯罪委員会が中心となって、戦争犯罪人の引渡 (*surrender of war criminals*) を義務づける条約草案も作成されたが、結局、国際法上身柄の引渡を義務づける法的枠組みは、交戦国間では成立せず、戦争犯罪の容疑者の身柄はもっぱら連合国の行政的手続によって行われた。⁹⁷⁾

その後、中立国に逃れた容疑者に関して、既存の犯罪人引渡制度を利用して身柄の請求が行われたが、請求が拒否されるという事例が多く発生したのである。¹³⁾ これら諸事例に対して学説の多くが非難を加え、戦争犯罪に関する身柄の引渡は通常の犯罪人引渡制度とは異なり、被請求国は引渡を拒否してはならないと主張した。¹⁴⁾ つまり戦争犯罪に関して、引渡に係る「犯罪」の観点から、それが国内法上の犯罪ではなく、国際法上の犯罪であるということを根拠として、たとえ主権国家間で行われるものであっても、既存の犯罪人引渡制度とは性質の異なる手続へ転換することを論証しようという試みがなされたのである。

これに対して、戦争犯罪に関する容疑者の身柄の引渡であっても、通常の犯罪人引渡制度の枠組みの中で処理すべきである、とする見解も有力であった。もっとも、通常の手続がそのまま適合すると考える論者はほとんどなく、一定の修正を行わなければならないと考えていた。¹⁵⁾ その修正とは、具体的には犯罪人引渡制度上、身柄を拘束している国家（被請求国）が引渡拒否事由の採否および認定において有している裁量を制限するということである。例えば、犯罪人引渡制度上の政治犯不引渡の原則に関連して、戦争犯罪は政治犯罪とはみなされてはならないとして、拒否事由の適用を排除するのである。しかし、犯罪人引渡制度は、身柄の引渡の当否を全て被請求国の裁量に委ねている点（犯罪人引渡制度の任意性）に、まさにその特徴があるのであり、関係国間の引渡条約で、戦争犯罪に関する身柄の引渡が義務づけられているのでない限り、被請求国は例えばその時の政治的考慮によって引渡を拒否することができるし、たとえ条約で当該犯罪的行為が引渡犯罪として規定されていても、なお、被請求国は自らの判断で引渡を拒否する裁量を留保しているのである。さらに、なによりも重要なことは、犯罪人引渡制度を利用するためには、当該犯罪的行為が両国間の国内法で犯罪とされていない（双方可罰性の原則¹⁶⁾）ということ、また同時に、引渡

にかかる犯罪に関する裁判権が請求国に帰属することが前提となることである。戦争犯罪に関しては、通常の犯罪人引渡の場合には自明とされるこのような前提すら争われることが多く、問題を複雑にする要因ともなっている。

3 さて、すでに述べたとおり、国際法上の犯罪に関する引渡は従来の犯罪人引渡制度とは法的性質が異なると主張する根拠としては、二つの理由があげられている。第一は、引渡を行う「主体」に着目する考え方である。最近の国際刑事裁判所をめぐる国家実行の動きを受けて、主権国家間は従来の犯罪人引渡制度が妥当し、他方、主権国家が国際刑事裁判所に対して一方的に行う場合は、別種の手続であるという。これに対して、第二は、引渡に係る「犯罪」の性質に着目する見解である。すなわち、国内法上の犯罪は従来の犯罪人引渡制度の下で処理され、国際法上の犯罪にはこれとは異なる手続が妥当するという。第二次世界大戦時の連合国戦争犯罪委員会に代表される見解である。

しかし、これら二つの根拠は、従来の犯罪人引渡制度とは法的性質を異にする積極的な「国際司法協力」としての引渡概念 (surrender) を主張するためには、十分であるとは言いがたい。なぜならば、これらの見解は、国際法上の刑事責任を追究するための国際刑事法の法概念や手続の発展を十分に反映させていないと思われるからである。

つまり、一九世紀後半以降、国際法が個人に刑事責任をおわせ、一定の作為ないしは不作為に対して処罰を科す場合のあることが、一般に認識されるようになった。この国際法上の個人の刑事責任は、適切に権限を与えられた国際裁判所または国内裁判所若しくは軍事法廷によって追及されるようになってきている。¹⁷ もっぱら国際裁判所によってのみ追及されるわけではないのである。もし、国際法上の犯罪に関する裁判権が国際刑事裁判所のみ帰属するのであれば、国際法上の犯罪の容疑者の身柄の引渡は、通常の主権国家間の「共助」とは全く異なり、主権国家が国際刑事裁

判所に対して一方的に行う「協力」として、国際法上の犯罪を規制するための手続として制度化されよう。すなわち、国内法上の犯罪のための共助は主権国家間の犯罪人引渡制度の下で処理され、他方、国際法上の犯罪のための協力は、主権国家が国際刑事裁判所に対して一方的に行うものであると観念することも可能であるかもしれない。しかし、今日、国際法は、国際法上の犯罪をも各国の国内法上の犯罪として位置づけ、その裁判権を国内裁判所に帰属させる場合がある。従って、国際法上の犯罪に関する身柄の引渡の問題を考えるに際して、つまり「国際司法協力」としての身柄の引渡 (surrender) の法的性質を説明するためには、前述のような、引渡の主体や犯罪のみに着目して当然に区別する考え方は十分な論拠を持たないと言わねばならない。

そもそも逃亡犯罪人の身柄の引渡の目的は、裁判権を有する国家（ないしは裁判所）が適正且つ公平な裁判を行うことを可能にすることである。そうだとすれば、国際法上の犯罪のための積極的な「国際司法協力」としての引渡 (surrender) の問題を考える出発点も、規制の対象となっている犯罪に関する裁判権の所在を確定することにあり、つまり、まず必要なことは、国際裁判所ならびに国内裁判所の裁判権が混在するという現在の状況を整理する作業なのではないだろうか。

4 このような問題意識のもとに本稿では、複雑に発展してきた戦争犯罪に関する裁判権の態様を明らかにすることから始める。次に、通常の犯罪人引渡制度の下で、戦争犯罪に関する身柄の引渡が処理される場合の問題点、ならびにそれらの問題点に国際法が与える解決とは何であるのかを示す。その上で、安保理決議に基づくユーゴ国際裁判所に対する身柄の引渡の法的性質について検討する。この裁判所は、国内裁判所と国際裁判所の裁判権が混在する現在

の国際刑事法が生み出した、一つの到達点として評価できるからである。このような作業を通じて、国際法上の犯罪の容疑者の引渡の法的性質を明らかにし、「国際司法協力」として実定法上定着するために必要な点を示したいと考える。

(1) 個人の国際刑事責任の成立が認められる「国際法準拠の国際犯罪」である。これには、内国刑法の規定を介することなく、個人の刑事責任が直接に国際法に準拠して追及される「国際法違反の犯罪」と国際慣習法又は条約で特定の行為を犯罪として処罰すべきものとし、各国がこのような国際法規を受容して内国刑法を整備し、これにより個人の訴追・処罰を行う「諸国の共通利益を害する犯罪」の二つが含まれる。山本草二『国際刑事法』(一九九一・三省堂) 八三―八四頁。

(2) 山本草二『国際法【新版】』(一九九四・有斐閣) 五四―五頁。
(3) 山本・前掲注(1)―一九四頁

(4) 設立の根拠はユーゴ国際裁判所は一九九三年五月二五日決議 S/RES/825 である。なお、正式には「一九九一年以降旧ユーゴスラヴィア社会主義連邦共和国の領域内で行われた国際人道法に対する重大な違反について責任を有する者の訴追のため」の「国際裁判所」という。以下ユーゴ国際裁判所と略称。ルワンダ国際裁判所の設立根拠は一九九四年一月八日決議 S/RES/955。

(5) 国連国際法委員会草案による国際刑事裁判所設立の動きに関して、条約締結会議までの過程と問題点を検討したものとす。例えば Shunichi Furuya, *Setting up an International Criminal Court: Some Critical Issues Left to the Diplomatic Conference, KAGAWA LAW REVIEW*, vol.18 (1998), pp.308-376. ローマにおける会議の概要ならびに法的問題点については、小和田恒・芝原邦爾「ローマ会議を振り返って―国際刑事裁判所設立に関する外交会議」ジュリスト一一四六号(一九九八・三・一)四―二九頁。

(6) この点を指摘するものとして、芝原邦爾「国際刑事裁判所の設立」法学教室一九四号(一九九六・一一)七二頁、鶴岡公二「国際刑事裁判所の設立について」ジュリスト一〇七九号(一九九五・一一・一五)八三―八五頁。

- (7) 例えば、ユーゴ国際裁判所裁判長は国連加盟国の代表に通知を送り、その中で身柄の引渡に関する規定は非常に重要であって既存の犯罪人引渡制度上の法令や条約を適用しないようにした (not to apply) と加盟国に要請している。Annual Report of the International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, 1994, Paragraph 174; Anne-Mari La Rosa, *Réflexions sur l'apport du tribunal pénal international pour l'ex-Yugoslavie au droit à un procès équitable*, R.G.D.I.P., vol.98 (1997), pp.952-955.
- (8) 今夏ローマで規程が採択された国際刑事裁判所についても、裁判所規程の作成の段階で、準備委員会の議論において、国際刑事裁判所に対する引渡を、既存の制度と類似するものと見るべきだという考え方と、この手続は既存の制度とは根本的に性質を異にするのだという考え方の対立があった。Furuya, *supra* (n.5), pp.323-325. 採択されたテキストでは国際刑事裁判所と国家の間の引渡は surrender であり (第一〇二条 (a))、国家の引渡は extradition と規定し (第一〇二条 (b))、両者に区別を設けている。A/CONF.183/9, p.77.
- (9) 本来 'surrender (なごし transfer)' とは事実上物理的に身柄を移動することを示す。第二次世界大戦終結のための戦争犯罪委員会 (United Nations War Crimes Commission) 以来、犯罪人引渡制度の適用ではない身柄の引渡について、surrender (なごし transfer) の語があてられる場合が多い。本稿では、国際司法共助とは区別された国際司法協力の一形態としての引渡を surrender と呼ぶことにする。
- (10) 戦争犯罪とは、敵、征服した国家、または強制的に占領した中立国の文民や財産に対して、交戦国の機関が行った戦時国際法規の全ての重大な違反を言う。詳しくは後述第二章を参照。
- (11) 一定の国内法制度は欠席裁判 (trial in absentia) を許容し、例えば第二次世界大戦以後、戦争犯罪に関して欠席裁判が行われたこともある (例、フランス・トゥビエ事件、藤田久一『戦争犯罪とは何か』(一九九五・岩波書店) 一八八—一八九頁)。しかし適正手続の観点からは欠席裁判には批判が多く、国際刑事裁判所について議論した専門家委員会でも否定され (S/25504, p.21)、ユーゴ国際裁判所規程では出廷を原則としている (規程二二条四項 (d)、裁判所規則第八八条 (A)、一〇一条 (a))。Karine Lescure and Florence Trintignac, INTERNATIONAL JUSTICE FOR FORMER YUGOSLAVIA, THE WORKING

OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL OF THE HAGUE (1996), pp.85-88.

(2) United Nations War Crimes Commission (UNWCC), HISTORY OF THE UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION AND THE DEVELOPMENT OF THE LAWS OF WAR (1948), pp.392-399.

(13) 例えは、一九四七年 Denmark Case, *Annual Digest & Reports of Public International Law Cases* (1947), pp.146-147; 一九四八年 Re Kahrs, *Annual Digest & Reports of Public International Law Cases* (1948), pp.301-302 等。詳しくは後述第三章参照。なお、中立国のみならず、米国も第二次世界大戦に関係する戦争犯罪人の引渡を拒否した事例がある。一九五六年 Artukovic v. Boyle, (140 F. Supp. 245).

(14) 例えは、H. Lauterpacht, The Law of Nations and the Punishment of War Crimes, XXXI *BYBIL.* (1944), pp.58-95.

(15) 例えは L. C. Green, Political Offenses, War Crimes and Extradition, *I.C.L.Q.*, vol.11 (1962) pp.329-354; Geof Gilbert, ASPECTS OF EXTRADITION LAW (1991), pp.209-229.

(16) 引渡の請求にかかる犯罪の行為が、被請求国・請求国双方の国内法で犯罪とされていないと言ふ原則である。詳しくは後述第三章で検討する。

(17) Ian Brownlie, PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW, 4th edition (1990), p.561

第二章 戦争犯罪に関する裁判権

一 戦争犯罪に関する裁判権の意義

いかなる犯罪に関してであれ、身柄の引渡は、適切な裁判権 (jurisdiction) を有する裁判所に対して行われる。換言すれば、引渡は、これを請求する国が、請求にかかる犯罪について有効な裁判権を持っていることが前提となる。¹⁸⁾そこで、戦争犯罪に関する身柄の引渡の問題を考えるに際しても、まず戦争犯罪に関する裁判権の帰属の態様を明らかにする必要がある。

(1) 戦争犯罪とは、敵、征服した国家、または強制的に占領した中立国の文民や財産に対して、交戦国の機関が行った戦時国際法規 (law of war) のすべての重大な違反をいう。¹⁹⁾戦争犯罪の概念は、戦時国際法規 (武力紛争法規) の発達に伴って、変化・拡大してきた。戦時国際法規には、戦争その他の武力行使に訴える原因そのものを規制する法規 (jus ad bellum) と、戦争を構成する具体的な行為 (戦争の実施方法) を規制する法規 (jus in bello) の二つの系譜がある。さらに後者の jus in bello、交戦法規には、敵対行為の実施に関する法規 (ヘーグ規則) と戦争犠牲者の保護に関する法規 (ジュネーブ規則) の二種類がある。

(a) 前者、すなわち違法な戦争を開始したことについて、実定法上初めて個人の責任を規定したのは、ヴェルサイユ条約 (一九一九年) 第二二七条であり、当該犯罪に関する裁判権の帰属先は国際裁判所であった。²⁰⁾

(ア) ヴェルサイユ条約第二二七条は、ホーエンツォレルン家のヴィルヘルム II 世を「国際道義と条約の神聖性を害する最高の犯罪」(supreme offence against international morality and the sanctity of treaties) について糾弾し、連合国 (米国、英国、フランス、イタリア、日本) の裁判官からなる特別法廷で処罰すると規定した。

(イ) とはいえ、この条文の採択に到るまでは連合国の内部にも見解の対立があった。平和条約について議論したパリ平和会議で設置された戦争責任委員会の報告²¹⁾では、当初、戦争の開始については個人の責任を追究しないとしなが

ら、他方で、ベルギーとルクセンブルグの中立を侵害したという特別な点については、国際法 (Law of nations) と国際の信義誠実 (good faith) に対する非道な行為であり、会議の正式な非難の対象とすべきであること、戦争をもたらしたる行為とその開始に付随した行為 (特にベルギーとルクセンブルグの中立違反) を含めて、全体として前例のない問題に際して、会議としては特別な措置、そしてそのような行為の主体に値する特別な機関 (special organ) を設立するのが正しいと結論した (報告書第四章 (a) に関する結論)。

さらに委員会は「重大な戦争犯罪」つまり、戦争の法規慣例と人道の法 (Laws of humanity) 違反について、通常の内裁判所或いは軍事裁判所の裁判権に含まれない「重大な戦争犯罪」を四種 (a) 捕虜収容所で行われた残虐行為など、連合国の軍人と文民に対する犯罪、(b) 命令を出す上級当局者による犯罪であつて、戦場で行われたものの他、連合国軍隊の作戦行動を害したもの、(c) 戦争の法規慣例の違反を命じ、またはそれを防止しなかつた軍・文民当局 (階級の如何を問わない) による犯罪、(d) 敵国に属するその他の者に対する訴因であつて、いずれかの交戦国の国内法上の犯罪の性質から見て、国際裁判所の手続に付するのが適當と考えられるもの) 列挙し、これについては階級を問わず刑事責任が生じるとし、高等裁判所 (High Tribunal) の設立を提唱した。

(ウ) この委員会の報告に対しては、米国ならびに日本が反対した。報告に付された米国の留保²²によれば、反対の理由は特に国際裁判所の裁判権にあった。すなわち、①「個人責任」(委員会報告第三章) に関して、委員会報告では国際法廷で処罰されるべき違反を戦争の法規慣例と人道の法違反であるとしているが、「人道の法」の違反について刑事責任が追及されるのは、国内法上および国際法上いずれも未知であり、先例もないこと、また国家元首が、いかなる司法的手続からも免責になるのではないとしても、責任を負うのは他の主権国家に対してではなく自国の人民に

対してであること、②「適切な法廷の構成と手続」(委員会報告第四章)に関して、委員会報告ではとりわけ「全く前例のない」(in a matter so unprecedented)ベルギーとルクセンブルグの中立を侵した違反については特別法廷こそが必要としたが、前例のないということは犯罪とされていなかったことを示すのであって、そのような行為に対する責任は道義上のものではあっても、刑事法上のものではない。また、戦争の法規慣例違反に関する審理・処罰に關しては、既存の軍事委員会ないしは軍事法廷が適切な機関である。さらに、この種の違反行為については、その違反を防止しなかった不作為に対して責任を問うことは困難である。③新しい特別な国際法廷の設立に関しては、第一に適用法規(とりわけ人道の法)に関して不明確性が残ること、第二に、国家元首を人的管轄権の対象とすることに異議を唱えている。日本の代表も、報告に留保を付し、敵側の個人を戦争が終わったあとに交戦国によって構成される高等法廷が審理することは、国際慣習法の原則から果たして認められるかどうかについて疑問を示し、さらに違反を防止しなかった不作為に責任を認めている点を批判している。

(エ)これらの議論を受けて、結局ヴェルサイユ条約では「国際道義と条約の神聖性を害する最高の犯罪」について責任を問うとし、戦争の法規慣例や人道の法違反であるとは規定しなかったのである。従って厳密には、戦争を開始したことを「国際法違反の犯罪」として刑事責任を追究したものではない。²³⁾なお、このヴェルサイユ条約二二七条はヴィルヘルム二世が亡命していたオランダが、彼の身柄の引渡を拒否したので、履行されることがなかった。²⁴⁾

(b) 後者の交戦法規(jus in bello)に関しては、敵対行為の実施に関する法規(ヘーグ規則)と戦争犠牲者の保護に関する法規(ジュネーブ規則)の二種類がある。これら両者を含めて、通常、戦争の法規慣例(laws and customs of war)と云う。本来、戦争犯罪とは、この戦争の法規慣例の重大な違反のものを示していた。²⁵⁾(c) 第二次世界大

戦後は、さらに一九四九年戦争犠牲者の保護のためのジュネーヴ四条約の「重大な違反」、(d)一九四八年集団殺害に関する条約で規定される集団殺害罪、(e)さらには一九七七年ジュネーヴ条約に関する第一・第二追加議定書により、一層内容が明確にされ、規制の方法に関して国際法の整備が進んでいる。以下、節をあらためて、それぞれの裁判権の帰属先に関する展開を紹介する。なぜならば、そのことが容疑者の身柄の引渡の法的性質を決定する重要な要素だからである。

二 戦争の法規慣例違反に関する裁判権の発展

1 国際慣習法上の戦争の法規慣例違反に関する裁判権

(1) 無差別戦争観のもとで、戦争自体は違法とはされなかったが、個々の戦闘行為について、一定の禁止法規が慣習法上成立するようになった。²⁷ これら禁止法規は、軍隊の行動の指針として、一定の国内法や軍隊のマニユアル等に規定された(例、一八六三年米国リーバーコード (Lieber Code)、²⁸一八八〇年万国国際法学会陸戦に関するオックスフォードマニユアル)。²⁹ 他方、国際条約として一定の行動が禁止されていることを明らかにするようになった(例、一八五六年パリ宣言(海上法の要義を確立する宣言)、³⁰一九〇九年ロンドン宣言(海戦法規に関する宣言))。³¹ さらに、一八九九年・一九〇七年ヘーグ平和会議によって、ヘーグ条約が採択された。特に第四条約に付属する戦争の法規慣例に関する規則は戦争の法規慣例の一部を法典化したといわれる。³² しかし、戦争の法規慣例として一定の行動が国際法上禁止されているという認識は高まったものの、禁止を規制するための方法として、直ちに実行行為者の刑事処罰

という方式が確立したわけではない。

(a) 一九世紀前半までは、今日の戦争犯罪に該当する行為は各国の国内法に基づいてその通常の裁判管轄に属するものとして扱われた、という。³⁵⁾その後、国際条約が結ばれるようになり、各種の一般条約が作成されるのに伴って、その違反についても各締約国に対して国際法が個人刑事責任の追及を義務づけるようになった。

(b) この点に関しては、害敵手段の規制に関するヘーグ規則と戦争犠牲者の保護に関するジュネーブ規則とを区別する必要がある。

(i) 害敵手段に関する国際条約の締結は、各種の一般条約を成立させたが、それらの条約の違反については、通常の国際法上の条約違反に対する措置が規定されたに過ぎない。つまり、条約の違反は国際法上の国家の違法行為であり、それに基づいて国家の国際責任が生じる。しかしそれによって個人の刑事責任が生じるのではない。上記ヘーグ条約(一九〇七年)では、条約に付属して採択される規則の違反については、金銭賠償を規定していたのであり(第三条)、国家は条約を遵守するために必要と判断すれば、その限りで、自国の国内法で、条約違反となりうる行為を行った者に刑罰を科すこともできたが、国際法上の「義務」の履行として、条約が直接個人に対して刑事責任を負わせるという規定が成立することはなかった。³⁶⁾各国は自国法(刑法・軍法規・軍マニユアル)で、条約違反の行為を規定したのであり、これらの違反行為の裁判権は、当該国家の軍事法廷に帰属するのが通常であった。³⁷⁾交戦国は、戦闘行為が継続中、自国民或いは自国の軍隊の手中に落ちた外国人兵士に対してもこの裁判権を行使する「権能」が慣習法上認められていたのである。³⁸⁾この点は以下のジュネーブ法規の発展が「義務づけ」の方向にあったこととの相違に注意しなければならない。なお、ヘーグ法規の違反行為の裁判権は、自国の国内裁判所(軍事法廷)に帰属するので、

自国の裁判管轄を外国人に対して及ぼす正当化の根拠としては、属地主義のほか、受動的属人主義或いは保護主義が主張された。

(ii) これに対して、戦争犠牲者の保護に関するジュネーブ規則では、違反行為を抑止するために、個人の刑事責任を追究することの必要性が認識され、そのための国内法の整備を条約が国家の「義務」として規定するようになった(一九〇六年ジュネーブ傷病者条約第二十八条)³⁷。ジュネーブ規則の違反については、それを国内法上の犯罪として、国内裁判所の裁判権に帰属させ、犯罪とすべき行為を国際条約の規定が示したのである(国際法準拠の刑事責任)。

(2) 第一次世界大戦においても、戦争の法規慣例違反の取り扱い(いかなる行為が戦争の法規慣例違反に当たるかという実体法的问题および裁判権をどの国に認めるかという手続的問題等)が、議論の焦点となった。

(a) すでに述べたとおり、第一次大戦に関するパリ講和会議で設置された戦争責任委員会の報告では、平和条約において、敵国政府は国内裁判所と高等裁判所(High Tribunal)の管轄を承認し、戦争犯罪人を審理のために引き渡すことを約束させるべきだと勧告した³⁸。また、戦争犯罪の定義に関しては、リストを作成し、三二の諸行為を戦争犯罪として列挙し、これを各国の国内裁判所の管轄に委ねることにした。

(b) これらの勧告を受けて作成されたヴェルサイユ条約では、勧告どおり、通常の戦争の法規慣例違反の行為については、ドイツ兵士に関しても、連合国の国内軍事裁判所が審理する権限があるとし、ドイツ政府に対して、自国の刑事管轄権を放棄して、連合国の要請に従って被告人を連合国側に引き渡すように求めた(第二二八条)。ところが、ドイツ政府が、引渡のもたらす政治的混乱と、自国民の引渡を禁ずる憲法の規定を理由に引渡を拒否したために、実際の審理は、連合国の国内裁判所ではなく、ドイツの国内裁判所がドイツ刑法と軍刑法に基づいて行った。ただし、

連合国は自国による裁判権を留保した。⁴¹

(3) 第二次世界大戦における戦争の法規慣例違反に関する裁判権は、連合国が発したモスコウ宣言(一九四三年一月三〇日)⁴²により、枠組みが示された。連合国は枢軸国に対して戦争犯罪人を処罰すること、さらに処罰のために身柄の引渡を求めることを正式に表明し、「残虐行為や虐殺や処刑に関して責任ある者、およびそれに参画した者は、それらいまわしい行為が行われた国に送り返され、解放されたそれらの国々の法に従って、審理・処罰を受けること」および「特定の地理的な限定が不可能な主要な戦争犯罪人については、連合国の共同決定によって処罰される」と表明し、連合国の国内裁判所による審理・処罰と、連合国の共同による審理・処罰(国際軍事裁判所)⁴³を決定したのである。

(a) 各国の国内裁判所は、それぞれの国内法に基づいて審理を開始した。各国の国内法が、国際法と国内法の関係をどのようにとらえているかの相違を受けて、その実行は二つの類型に分けることができる。⁴⁴

(i) 米国では、憲法上、国際慣習法(law of nations)に違反する犯罪は連邦議会が構成要件を定め処罰する権限を与えられており(第一条第八節十項)、戦争犯罪に関しても、関連の国内法を制定している(「陸海軍条例」(Articles of War))。他方、大統領は最高司令官(Commander in Chief)として(第二条第二節一項)、戦争犯罪人を処罰する軍事委員会(Military Commission)を設置する権限を有する。議会は、戦争犯罪は軍事裁判所で処罰されると規定することによって(陸海軍条例第一五条)、この大統領の権限を認めている。

さて米国が、戦争犯罪の法的性質をどう理解していたかを示す裁判例がある。軍事委員会による審理を不服として、米国最高裁判所に人身保護の請求(habeas corpus)がなされた事件である。米国最高裁判所は、軍事裁判所や軍事

委員会が審理・処罰される犯罪は、国際法 (law of nations) である戦争法 (law of war) 上の犯罪 (offenses against the law of war) であり、それらに関する手続は通常の刑事手続きとは法的性質が異なる。従って、米国内法上、刑事被告人に与えられている保護や証拠法のルールの適用はないと判示したのである (Ex Parte Quirin, 1942, 63 S. CT., pp. 1-21, Application of YAMASHITA, 1946, 66 S. CT., pp. 340-379)。⁴⁵ つまり国内裁判所 (軍事委員会) による審理であっても、それは実質的に国際法上の責任を追及しているのだと言う見解である。

(ii) これに対して、例えばフランスでは、戦争の法規慣例違反に該当する行為は、国内法上の犯罪であると観念されてきた。第二次世界大戦終了以前、連合国内部における議論でも、戦争犯罪は通常の国内法上の犯罪と法的性質が全く異なるという意見に反対し、一定の国際法上の定義を受け入れることに抵抗を示した。その見解によれば、戦争犯罪はあくまでも国内法上の普通犯罪である。但し、当該行為は、もし戦時に行われ、戦争の法規慣例によって違法性が阻却されるならば犯罪として成立しないと言う点に特徴があるのだと考えたのである。実際、フランスでは戦争犯罪に関する個人の処罰については、当該行為が、国内法上ならびに国際法上違法であって初めて訴追可能であるとする方式を採用したのである (一九四四年八月二四日のオールドナンス、第一条)。⁴⁶

(iii) 戦争犯罪に関して国内裁判所の裁判権が認められる場合、その裁判権の範囲は国際法の制限に服さなければならぬ。そのため、外国人を対象としたり、犯行地が外国であった場合、自国の国内裁判所の裁判権の正当化根拠についての議論が盛んに行われた。正当化根拠とされたのは、属地主義、受動的属人主義または保護主義だったが、その他、普遍主義の適用を認めるかどうかについて見解の対立があった。連合国の裁判所が、外国で行われた同盟国の国籍を有する外国人が被害者となった事件も審理・処罰したためである。⁴⁸ これを普遍主義の適用と解釈する論者も多

いが、訴追の対象となつたのが旧枢軸国の国籍を有するものに限られていたため、眞の普遍性に欠けるとして、これを普遍主義とは解さず、拡大された保護主義と解釈する論者もいる。⁴⁸⁾

(b) 以上見てきたとおり、第二次世界大戦後、戦争犯罪に関して、国内裁判所の裁判権が認められたが、個人の刑事責任に関しては、①実体法上確立している戦争犯罪について訴追されているのだから、国内裁判所が利用されるとしても、それは依然として国際法上の刑事責任が問われているという見解と、②通常であれば国内法上の犯罪が成立するが、当該行為が戦争の法規例違反であると証明できれば違法性が阻却される、つまり、当該犯罪は実質的に国内法上の犯罪であり、個人は国内法上の刑事責任が問われているとする異なる見解が対立してきたことは注意すべきである。なぜならば、このような見解の相違が、犯罪の容疑者の身柄の引渡に際して、通常の国内犯罪に利用される犯罪人引渡制度を利用するべきであるのか、或いはそれとは別種の手続を用いるべきなのかについての判断の相違に反映したからである。

2 一九四九年ジュネーブ四条約の「重大な違反」(grave breaches) に関する裁判権

第二次世界大戦後は、戦争の法規例違反の行為のうち、とりわけ戦争中に行われる非人道的行為の規制に国際的関心が向けられ、⁴⁹⁾活発な立法活動が行われることになる。一定の行為を禁止し、その実行者に刑事的制裁を科す場合、国内裁判所に裁判権を与える方向が主流になって行くが、その際にも、当該犯罪は国際法が禁止しているのであり、締約国は国際法上の義務としてその処罰を行わなければならないとすることによって、国際法準拠の方向を強めていった。

(1) 第二次世界大戦終了後、ジュネーブ法規に関しては、一九四九年に成立した四つの条約（戦地にある軍隊の傷病者の状態の改善に関する条約（第一条約）「海上にある軍隊の傷病者・難船者の状態の改善に関する条約（第二条約）」「捕虜待遇条約（第三条約）」「戦地における文民保護に関する条約（第四条約）」（以下、ジュネーブ四条約と略）によって、さらに内容が明確化された。これらの条約は戦争犠牲者の保護を目指すために締結されたものである。

(a) 戦争犯罪の処罰という問題に関してこのジュネーブ四条約が持つ重要な進展は、条約に規定される義務を負うのは、交戦国であったかを問わず、すべての締約国であるとしたことにある。つまり紛争に対して中立或いは第三国の立場にあった国でも、この条約の締約国であれば義務を負うことになる。³³ 戦争犯罪の処罰に関する交戦国と中立国の利益の差を、条約の重大な違反については解消し、重大な違反を行った者は必ず審理・処罰されるような体制を作ることが企図されたのである。

(b) ジュネーブ四条約は、一定の行為を「重大な違反」として規定しており、それらの行為に関しては、国内法上の犯罪とし、その犯罪に対応する刑罰を定める立法義務を締約国に負わせている（第一条約四九・五〇条、第二条約五〇・五一条、第三条約一二九・一三〇条、第四条約一四六・一四七条）。

(c) さらに、「各締約国は、前記の重大な違反行為を行い、又は行うことを命じた疑のあるものを捜査する義務を負うものとし、また、その者の国籍のいかんを問わず、自国の裁判所に対して公訴を提起しなければならない」と規定している（同上）。締約国は、犯行地や犯人の国籍に拘わらず自国の法令を適用する根拠を整備することを義務づけられた。³⁴ つまりジュネーブ四条約の重大な違反に関する裁判権は、普遍主義に基づいて外国人の国外犯に対しても、

その設定が義務づけられたのである。

3 一九七七年ジュネーブ条約に対する追加議定書（第一議定書）（以下、追加第一議定書と略）における「重大な違反」(grave breaches) に関する裁判権

(1) 追加第一議定書の裁判権についての規定は、ジュネーブ四条約を踏襲している（第八五条第一項）。

(2) 他方、追加第一議定書では、条約の重大な違反に関して、幾つかの新しい特徴がある。まず第一に、「重大な違反」の対象を拡大したことにある。すなわち一九四九年ジュネーブ四条約が、ジュネーブ法規の違反のみを扱ったのに対して、追加第一議定書では、ヘーグ法規も加えられたのである。追加議定書に取り入れられたヘーグ法規は一八九九年・一九〇七年ヘーグ条約ならびにニュルンベルグ憲章に起源を持ち、全く新規な内容ではないが、これらが条約の重大な違反として、ジュネーブ四条約が規律する統制の枠組み、つまり、これらの法規を国内法上の犯罪とし、引き渡さない場合には自国の公訴の対象とすべき制度に組み入れられたことは重要である。²⁵⁾

以上見てきたとおり、戦争の法規慣例は、第二次世界大戦後、多数国間条約の対象となり、内容の特定・明確化が進んでいる。それら多数国間条約では、条約が規制の対象とする国際法上の犯罪を各国の国内法上の犯罪とするように義務づけ、審理・処罰に関しては裁判権を締約国の国内裁判所に帰属させている点が注目される。なぜならば、このことは、容疑者の引渡に関して、通常の国内法上の犯罪に利用される犯罪人引渡制度の適用が前提となることを示すからである。さらに、引渡に関して条約ごとに一定の規定を用意しているが、それらについては第三章で詳しく検討する。

三 人道に対する罪に関する裁判権

第二次世界大戦後、国際軍事裁判所の訴因の一つであるとされた「人道に対する罪」(ニルンベルグ国際軍事裁判所条例六条c、極東国際軍事裁判所条例五条八)については、条約によって内容を特定化する試みが行われた。³⁶⁾ 中でも、次の一九四八年「集団殺害罪の防止および処罰に関する条約」(以下、ジェノサイド条約と略)は重要である。

(a) 第二次世界大戦時に、ナチスドイツが行ったユダヤ人に対する迫害に関連して、一つの民族集団を絶滅させるような行為(ジェノサイド)は一国にとって脅威になるばかりではなく、国際社会全体の利益を害すると考えられるようになり、多数国間条約による規制の対象となった。それが、一九四八年国連総会で採択されたジェノサイド条約である。この条約では、まず集団殺害という行為は、「平時に行われるか戦時に行われるかを問わず」国際法上の犯罪であることを確認し(第一条)、条約目的である集団殺害の防止のために次のような体制を作った。すなわち、まず第一に、各締約国に対して違反を処罰する国内法を立法するように命じ(第五条)、集団殺害を各締約国の国内法上の犯罪とすることを目指した。その上で、第二に、犯行地(属地主義)と国際刑事裁判所に対して当該犯罪に関する裁判権を与えている(第六条)。

(b) これを受けて加盟国は国内法を整備し、自国で犯罪が行われた場合に自国の裁判所で集団殺害罪を審理・処罰できるように求められた。第六条に規定する国際刑事裁判所が設立されるまでの間は、集団殺害罪は各締約国の国内法によって処罰されることになったのである。ただし、前述のジュネーブ四条約とは異なり、普遍主義の適用は否定されていることに注意すべきである。³⁷⁾ 裁判権を持つのは、犯行地の国内裁判所と(裁判権を受諾した国家間では)国

際刑事裁判所である。

つまり、ジェノサイドについては、上記のジュネーブ四条約・追加議定書とは異なり、犯行地の国内裁判所の裁判権と国際刑事裁判所の裁判権が並記されている。ジェノサイドに関して「専属的」裁判権を持つ国際刑事裁判所は長らく設立されなかったが、一九九三年に設立されたユーゴ国際裁判所がジェノサイドを、その事項的管轄権の対象とした(第四条)。ユーゴ国際裁判所の設立をひとつのきっかけとして、国際犯罪の容疑者の引渡の法的性質に関して議論が高まっているのははじめに述べた通りである。このユーゴ国際裁判所に対する引渡の法的性質については、後述第四章で詳しく検討する。

四 「平和に対する罪」に関する裁判権

これまで述べてきたとおり、現在、国際法上の個人の刑事責任も、当該国際法規範を受容した国内法によって、その責任が追及されるのが通例となっている。³⁸⁾但し、違法な戦争を開始したことに對して、個人の刑事責任を問う「平和に対する罪」については、国際裁判所の裁判権に服せしめることが一貫して主張されてきた。

1 平和に対する罪とは、「すなわち、侵略戦争、若しくは国際法、条約、協定または保証に違反した戦争の計画、準備、開始、または実行、もしくはそれら諸行為のいずれかを達成するための共通の計画または共同謀議への参加」をいう(ニユルンベルグ憲章六条 a・極東軍事裁判所条例五条イ)。第二次世界大戦終了時、ナチスドイツと日本の指導者達が国際軍事裁判所で審理された訴因の一つである。

2 このような *jus ad bellum* に関する個人の国際法上の刑事責任の観念は、すでに述べたヴェルサイユ条約二二七条に表れているが、³⁰⁾ 実定法上、この犯罪に関して個人が訴追されたのは、第二次世界大戦後の国際軍事裁判(ニュルンベルグ裁判と極東軍事裁判)のみである。なお、ニュルンベルグ憲章六条に言う「国際法、条約、協定又は保証」には不戦条約(一九二八年)や国際聯盟規約が含まれるとされるが、これらの条文では個人の刑事責任は規定していない。従って、この点、ニュルンベルグ憲章と極東軍事裁判所条例は創設的なものであったと認められる。³¹⁾

3 その後、国際軍事裁判所による審理が罪刑法定主義や事後法の禁止に違反するとの批判が強くなされたこともあり、³²⁾ この点を克服するために、第二次世界大戦後の国連では、まず、国連総会において平和に対する罪を一九四九年に「ニュルンベルグ規則」として一般国際法上の原則として承認した。その後、一九五〇年には国際法委員会が「ニュルンベルグ諸原則」を作成し、国際軍事裁判所の三つの訴因(「戦争犯罪」「人道に対する罪」「平和に対する罪」)を国際法上の犯罪であると確認した。さらに、国際法委員会は、当該犯罪を国際法違反の犯罪として(「人類の平和と安全に対する犯罪」)法典化する試みを行っている。この「人類の平和と安全に対する罪」に関する裁判権の帰属先としては、常設的国際刑事裁判所があげられてきた。

以上見てきたとおり、「平和に対する罪」に関しては、国内裁判所の裁判権が予定されていないので、通常の犯罪人引渡制度の利用は妥当しない。したがって、この種の国際犯罪に関しては、通常の犯罪人引渡制度とは法的性質を異にする引渡概念(surrender)が成立すると言える。ただし「侵略の罪」については、その構成要件や責任の範囲など実定法上の問題が多く残されていることに注意しなければならない。³³⁾

- (19) The American Law Institute, 1 RESTATEMENT OF THE LAW, THIRD, THE FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES (1987), § 475 (a), pp.559-562.
- (19) Hans-Heinrich Jescheck, "War Crimes", R. Bernhardt (ed.by), 8 ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW (1985), p.294.
- (20) 山本・前掲注(一) 九六一-九七頁。
- (21) Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, Report Presented to the Preliminary Peace Conference, March 29, 1919, *A.J.I.L.* vol.14 (1920), pp.95-126.
- (22) *Id.*, pp.127-151.
- (23) *Id.*, pp.151-152.
- (24) 山本・前掲注(一) 一〇七頁。
- (25) オランダの引渡拒否の理由は次のようなものである。第一にオランダはヴェルサイユ条約の当事国ではないこと、第二に連合国の高邁な国際政策に関与すべき国際的義務は受け入れがたいこと、第三に国際連盟が事実に基づいて審査する国際的な機関を設立した場合は協力すること、第四にオランダは伝統的に国際紛争の敗北者に対する庇護国であったことをあげた。
UNWCC, *supra* (n.11), pp.240-242.
- (26) 山本・前掲注(一) 九〇頁。Jescheck, *supra* (n.19), p.294。横田喜三郎『戦争犯罪論』(一九四七・有斐閣) 一―一三頁。但し戦争の法規慣例違反の全てが個人の刑事責任を生じさせる戦争犯罪であるかどうかについては議論があり、一定の重大性を持つものだけが、戦争犯罪であるといふべきだとされている。なお、ジュネーブ条約ではこの区別を重大な違反という概念を導入することによって明確化した。B.V.A. Röling, *The Law of War and the National Jurisdiction Since 1945*, *RECUEIL DES COURS*, Tome 100-II (1960), pp.340-342.
- (27) 西欧の中世では、国家はどのような場合に戦争を合法的におこなない得るかという「正戦論」が盛んであり、*ius ad bellum* が議論の中心となっていた。しかし、近代国家の主権が強調されることもない、戦争は、国家間の全面的な闘争であり、ま

た相手国の違法行為に対する制裁であるとされたので、戦争に訴えるという国家行為自体を規制する実定法上の根拠は認められなかった。無差別戦争観のもと、当時の一般国際法上、法の適用の前提として平時と戦時が区別され、戦時に関しては戦争の「原因」よりもその「しかた」すなわち交戦法規の整備に関心が向けられていたのである。交戦法規は、戦時における交戦者間のルールであり、具体的には、交戦者の資格、捕虜が受ける待遇とは何か、決して使用してはならない害敵手段とは何か、などその他戦争に伴う基本的なルールのことである。きわめて古くから、戦争というものに内在する惨害を極力軽減することを目的とするルールは求められてきたのであるが、それが慣行を通じて、一定の法規として認識されるようになったのは、実定国際法規の発達に伴うものであり、しだいに戦争の法規慣例 (laws and customs of war) として捉えられていった。田畑茂二郎『国際法Ⅰ』(新版) (一九七三・有斐閣) 一七一一九、四四頁。横田・前掲注(26) 五〇一五一頁。石本泰雄『国際法の構造転換』『国際法の構造転換』(一九九八・有信堂) 三―四頁。

- (28) この法典は、南北戦争(一八六一―一八六五)の際、軍の規律を指示するためのマニュアルとして制定されたもの(一八六三年四月二四日リンカン大統領による法令第一〇〇号)であるが、交戦者の守るべき慣習法上のルールを明文化したものと評価されている。軍事占領地での軍事裁判権の根拠(一三条)や敵側の住民に対する恣意的な暴力は兵士が属する国の刑法上の犯罪とみなされること(四四、四七条)等を規定している。これによって、戦争の法規慣例違反の行為は、軍隊の規律を乱すものであって、国内法に対する違反行為であり、また実行行為者である個人(自国民)は、国内法上の制裁を加えられるようになった。条文は Dietrich Schindler and Jiri Toman (eds. by), *The Laws of ARMED CONFLICTS* (1988), pp.3-23.

(29) *Id.*, pp.35-48

(30) *Id.*, pp.787-790.

(31) *Id.*, pp.843-856.

(32) ヘーグ条約は、戦争の法規慣例に関する慣習法を宣言したものとみなされているが、むしろ、実際に起こりうるあらゆる状況を対象としたものではない。さらに、規則は網羅的ではないので、規律が及んでいない部分についてはなお慣習法が妥

当するとし、慣習法の法源として「人民及び交戦者ガ依然文明国ノ間ニ存立スル慣習、人道ノ法則及ビ公共良心ノ要求ヨリ生ズル国際法ノ原則ノ保護及ビ支配ノモトニ立ツコトヲ確認」している（マルテンス条項 de Martens-clause）。L.C. Green, *THE TEMPORARY LAW OF ARMED CONFLICT* (1993), pp.31-32; なお、マルテンス条項が戦闘行為に関する法規を直接に創設する法源とみなしうるかどうかについては反対論がある。Röling, *supra* (n.26), pp.350-354.

(33) 山本・前掲注(一)九〇頁。

(34) ただし、前述の条約に付属する規則（陸戦ノ法規慣例ニ関スル規則）は休戦協定を故意に破棄することならびに歴史的芸術的価値を有する建築物を故意に破壊した場合には、実行者の刑事責任を規定している（四一・五六条）。

(35) Sheldon Glueck, *By What Tribunal Shall War Offenders Be Tried?*, *LVI Harvard Law Review* (1942-1943), pp.1063-1074. なお、かつては戦闘行為が終了すると当該軍事法廷も終了していたが、ヴェルサイユ条約以来、戦闘行為終了後の裁判が問題となることになった。

(36) Georg Schwarzenberger, *The Problem of an International Criminal Law, Current Legal Problems* vol.3 (1950), pp.269-270.; Röling, *supra* (n.26), pp.335-337. 第二次世界大戦後締結された文化財の保護に関するハーグ条約（一九五四）（249 U.N.T.S.240）でも、違反者の裁判は既存の国内法に従って行われるべきことを定め、国際法による新たな義務づけは行っていない（二八条）。

(37) 一九〇六年ジュネーブ傷病者条約において、締約国は、自国の軍刑法が不十分な場合、戦時における軍隊の傷病者に対する略奪や虐待行為に関して、抑制し、実行行為者を処罰するために必要な措置をとることを、或いはとるように立法府に勧告することを義務づけられた（第二八条）。同種の条約として、例えば一九〇七年赤十字の原則を海戦に応用するハーグ条約（第二一条）。

(38) *Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, supra* (n.21), pp.95-126.

(39) 山本・前掲注(一)九三一九四頁。Remigiusz Bierzanek, *War Crimes: History and Definition*, Mch. Bassouni/V.P. Nanda (eds. by), *1 A TREATISE ON INTERNATIONAL CRIMINAL LAW* (1973), pp.562-569.

(40) リストに列挙された行為は以下の通りである。殺人と虐殺、組織的なテロ・人質の殺害・文民の拷問・故意に文民を飢餓状態におくこと・強姦・強制売春のための少女と婦人の誘拐・文民の強制送還・非人道的な環境のもとでの文民の抑留・軍事的作戦に関連した文民の強制労働・軍事占領中の主権の強奪・占領地域での強制的な徴兵・占領地域の文民の国籍の剥奪・略奪・財産の没収・不法或いは法外な寄付と徴用の不法請求・貨幣の価値の引き下げと偽造紙幣の発行・集団的刑罰・節度を越えた財産の破壊・非防衛地域への爆撃・宗教的、教育的建造物に対する節度を越えた破壊・警告なしの商船の破壊・漁業船舶と救助船の破壊・病院への爆撃・病院船に対する攻撃・その他の赤十字規則の違反・有害或いは窒素性ガスの使用・破裂性爆薬の使用・助命嘆願を受け入れないこと・傷病者と捕虜の虐待・捕虜の労働力の不正使用・休戦旗の誤用・井戸に毒を投入する事。

(41) G.H. Hackworth, *DIGEST OF INTERNATIONAL LAW*, vol. VI (1943), pp. 279-280. このような政治的理由その他、ドイツ側が国民の引渡を命じる規定は国際法ならびに法の一般原則に違反すると強く申し立てたこともこの条文が履行されなかった原因の一つであると思われる。M. Cherif Bassiouni, *The United Nations Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992)*, *A.J.I.L.*, vol. 88 (1994), pp. 784-787. 後述第三章を参照。

(42) この宣言は、イタリー、オーストリア並びにドイツの残虐行為に関する宣言から構成されている。A.J.I.L. *Supplement* vol. 38 (1944), pp. 6-8.

(43) ドイツについてロンドン協定・国際軍事裁判所憲章(以下、ニュルンベルグ軍事裁判所条例と略)によって設立され (A.J.I.L. *Supplement* vol. 39 (1945), pp. 257-264)、日本については極東軍事裁判所条例によって設立された。国際軍事裁判所の訴因は「平和に対する罪」(ニュルンベルグ軍事裁判所条例六条 a、極東軍事裁判所条例五条イ)「人道に対する罪」(ニュルンベルグ軍事裁判所条例六条 c、極東軍事裁判所条例五条ハ)「通例の戦争犯罪」(ニュルンベルグ軍事裁判所条例六条 b、極東軍事裁判所条例五条ロ)であり、個人が国際裁判所で直接審理・処罰されたので、学説上、これら三つの犯罪は「国際法違反の犯罪」(crime against international law/völkerrechtliche Delikte von Individuen)として分類される。これらに關しては、従来の内国刑法の適用準則とは無関係に直接国際法に基づいて責任を負うとされた。

- (44) R.R. Baxter, *The Municipal and International Law Basis of Jurisdiction over War Crimes*, XXVII BYB.I.L. (1951), pp.382-387.
- (45) ただし、これに対しては、実際の裁判では国際法を国内法に変型させて用いているのもあり、実質的には国内法の適用を行っていると見るべきとの説がある。Id., p.382-383.
- (46) このように、戦争犯罪に関して、国際法上の国内法上の二段階の違法性の証明を必要とする方式は、フランスのみならず、ノルウェーや、初期のオランダにも見られた。Id., pp.383-384.
- (47) A.R. Carnegie, *Jurisdiction over Violations of the Laws and Customs of War*, XXXVIII BYB.I.L. (1963), pp.410-424.
- (48) Michael Akehurst, *Jurisdiction in International Law*, XXXXVIII BYB.I.L. (1972), p.160.
- (49) Carnegie, *Ibid.*, pp.420-424; Röling, *supra* (n.26), p.359.
- (50) 例として A. Verdross, *VÖLKERRECHT*, 5. Auflage (1964), SS.218-221.
- (51) 例えは Schwarzenberger, *supra* (n.36), pp.269-270.
- (52) 戦争の違法化(国連憲章第二章四項)の影響を受け、交戦法規もその存在意義が再検討された結果じあることであろう。
- (53) 山本・前掲注(一)一一八頁。他方、中立国には適用がなるとする反対論もある。B.V.A. Röling, *Aspects of the Criminal Responsibility for Violations of the Laws of War*, Cassese (ed. by), *The New HUMANITARIAN LAW OF ARMED CONFLICTS* (1979) p.202; D.W. Bowett, *Jurisdiction: Changing Patterns of Authority over Activities and Resources*, LIII BYB.I.L. (1982), p.12. ただし、条約起草過程において、捜索と処罰義務は紛争当事国のみに限定するよう提案は否決されている。
- (54) Carnegie, *supra* (n.47), p.408.
- (55) もっとも、この国際法上の義務に締約国が積極に込んでいるとは言えない。たとえば、米国は国内立法(War Crimes Act of 1996, 35 I.L.M. (1996), p.1539)を整備したが、一九九六年であり、その際にも、条約で義務づけられている普遍主義に基づいて自国の法令の適用は採用せず、属地主義、属人主義ならびに受動的属人主義に基づいて適用だけを規定している。Remarks by Mark Zaid, *The American Society of International Law, Proceedings of the 91st Annual Meeting* (1997), pp.274-276. その他の国のジュネーブ条約を履行するための国内立法の動きについては岡田泉『人道に対する罪』処罰の今日的展

開一国内立法および国内裁判に着目して」世界法学会・世界法年報第十五号（一九九六）四九一七〇頁。

(55) Christine van den Wyngaert, *The Suppression of War Crimes under Additional Protocol I*, Asrid J.M. Delissen/Gerard J. Tanja, *HUMANITARIAN LAW OF ARMED CONFLICT, CHALLENGES AHEAD-ESSAYS IN HONOUR OF FRITS KALSHOVEN* (1991) p.199.

(56) フォルトヘント防止条約（一九七三）も人道に対する罪を特定化した（R.Jennings/A.Watts, *OPENHEIM'S INTERNATIONAL LAW*, 9th Edition (1992), p.997）。「戦争犯罪の問題とは文脈を異にするので、ここでは検討の対象としない。なお、人道に対する罪は、戦後、条約による授權にかわりなく、国内法による処罰の対象ともなっている。それら「人道に対する罪」を国内法化する試みについては岡田・前掲注（54）四九一七〇頁、藤田久一「人道に対する罪」法学教室一六七号（一九九四）・八）二一三頁。

(57) 稲角光恵「ジェノサイド条約第六条の刑事裁判管轄権―同条約起草過程の議論を中心に―」（二）完）名古屋大学法政論集第一七〇号（一九九七）二二二―二二七頁。

(58) この場合、国内裁判所は国際法の執行を行っていると解釈される。例えば Rüdiger Wolfrum, *The Decentralized Prosecution of International Offences through National Courts*, Yoram Dinstein/Mala Tabory (eds, by), *WAR CRIMES IN INTERNATIONAL LAW* (1996), pp.233-249, *Reiling, supra* (n.53), p.202.

(59) 大沼保昭『平和に対する罪』の形成過程（一）」国家学会雑誌第八七巻第三・四号（一九七四）一四七―一五六頁。

(60) 山本・前掲注（一）一四頁。André Huef/Renee Koering-Joulin, *DROIT PÉNAL INTERNATIONAL* (1993), p.51.

(61) この点を批判するものとして、例えば Hans Kelsen, *Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law? The International Law Quarterly*, vol.1 (1947), pp.153-171.

(62) 一九九八年ローマ国際刑事裁判所規程は、「一方で侵略を裁判所の事項的管轄権の対象として規定し（第五条一項（a）」、他方、侵略の罪の定義と管轄権行使の条件が新たに規定されてはじめて裁判所は管轄権を行使するとしている（同条二項）。真山全「国際刑事裁判所の対象犯罪」ジュリスト一一四六号（一九九八・三・一）四三頁。

〔未完〕

（本学法学部助手）