

# 法的問題としてのニュルンベルク—— カール・シュミットの鑑定書

牧野雅彦

## 目次

### I 序

法的問題としてのニュルンベルク裁判——グレーヴェルキユスター論争

1 ニュルンベルクの国際法の問題——グレーヴェ報告

(1) ニュルンベルク裁判の法的基礎

(2) 遡及法の問題

(3) いわゆる「戦争犯罪」

(4) 「人道に対する罪」

(5) 「平和に対する罪」

(6) 「null crimen sine lege」と法治国家の原則

2 「勝者の裁き」か国際法の新展開か——オットー・キユスターの副報告

(1) 発展途上の国際法

(2) 「勝者の裁き」の問題

(3) 国家の不法と個人責任の問題

(4) 遡及効の問題

(5) 国際法の現段階

II ケルゼンのニュルンベルク裁判批判

1 敗戦国ドイツの法的地位

(1) 占領権力への主権の移行

- (2) 共同統治
  - (3) 講和とその性格
- 2 事後法 (ex post facto laws) の問題
- (1) 法実証主義の立場と事後法の禁止
  - (2) ハーグ協定からの類推
  - (3) 国際軍事法廷と先例の形成
  - (4) 国際法上の集団責任と個人責任
  - (5) 国際裁判所か占領裁判権か
- 3 ニュルンベルク裁判は先例になりうるか？
- (1) 「平和に対する罪」と個人責任
  - (2) ハーグ協定からの類推
  - (3) 国際軍事法廷と先例の形成
  - (4) 国際法上の集団責任と個人責任
  - (5) 国際裁判所か占領裁判権か
- III カール・シュミットのニュルンベルク裁判批判
- 1 二種類のあらたな戦争犯罪——「人道の罪」と「平和に対する罪」
  - 2 戦争違法化の試み
    - (1) ヴェルサイユ条約
    - (2) ジュネーブ議定書
    - (3) ケロッグ協定
    - (4) 範例としての海賊行為
    - (5) 国際刑事裁判所の挫折
  - 3 侵略戦争と個人責任
    - (1) 侵略戦争の正犯と共犯
    - (2) 国際犯罪に対する市民の責任

結語

## 序

一九九一年に公表された一九四七—一九五一年のカール・シュミットの日記『グロサリウム』は、死後続々と刊行される他の時期の日記とは異なり、シュミットが後に公表することを意図していた形跡が残されている。その意味において『グロサリウム』は第二次大戦後に出された一九五〇年の『救いは獄中から』に続く一種の弁明書と目されるものであるが、一九四八年六月二〇日の記述には次のような行がある。

「もし一九四五年八月の侵略戦争の犯罪化についての私の議論を当時ないしは裁判中に公表することができたら、私は死んでも構わなかっただろう」（Carl Schmitt, *Glossarium: Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951*, Hrsg. v. Eberhard Frihr von Medem, Berlin: Duncker und Humblot, 1991, S. 167）。

ここでシュミットが述べている「議論」とはニュルンベルク裁判に際して彼が作成した鑑定書のことである。一九四五年夏、フリードリヒ・フリック（Friedrich Flick）は産業界の指導者として戦争協力した廉で国際軍事法廷に召喚されることを予想してシュミットに鑑定書を依頼した。フリックは「国際軍事法廷」（一九四五年二月二〇日—四六年一〇月一日）の一二名の被告には入らず、ニュルンベルクで引き続き行われた後続の裁判、アメリカ軍政府による軍事裁判で裁かれることになったが（一九四七年四月一七日—二月二三日）、シュミットの鑑定書は採用されなかったという<sup>①</sup>。

シュミットは一九四八年秋の時点で鑑定書の出版を意図していたが、一九五〇年の『大地のノモス』を初めとする著作や論文が公表されるにともない、ナチス協力者であったシュミットの論壇への復帰に対する批判が高まったこともあり、出版を断念したのである<sup>②</sup>。

鑑定書の公表を妨げる諸般の事情にもかかわらず、彼が公表を望んでいた理由、これが公表できたなら「死んでも構わない」とまで書かせた理由はいったい何であったのか。いいかえれば、シュミットにとつてニュルンベルク裁判とは何だったのか。ナチスの戦争犯罪を裁いたニュルンベルク裁判とその意味を問うことは、ナチスとシュミットとの関係、さらには第二次世界大戦後のドイツと世界に対してシュミットがいかなる姿勢で臨んでいたのかを明らかにする手がかりとなるだろう。まずは一九四六年秋（一〇月二十五日、十一月二十九日、十二月二十八日）に「ニュルンベルク裁判の国際法の問題」をめぐってドイツで行われた討論の記録から、ウイルヘルム・グレーヴェの報告と副報告者キユスターとの討論を見ておくことにしよう。<sup>(3)</sup>二人の議論はこの裁判に対するドイツの側の受け止め方の典型を示していると同時に、この裁判をめぐる基本的な論点を網羅しているからである。

註

(1) Carl Schmitt, *Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz "nullum crimen, nulla poena sine lege"* Duncker und Humblot/Berlin, 1994, S.125ff. (以下「攻撃戦争論」と略記する) 『攻撃戦争論』新田邦夫訳、信山社、二〇〇〇年、一四五頁以下のクヴァーリチュの編者後記参照。

(2) この時期の学問的出版制度変化や、大学の教壇に復帰することができなかったシュミットに鑑定書を学術書として仕上げるのに必要な専門文献などによる補強が不可能であったという事情を編者クヴァーリチュは挙げている (*Angriffskrieges*, S.144-146, 訳一六八—一六九頁)。

(3) *Nürnberg als Rechtsfrage: Eine Diskussion*, Ernst Klett/ Stuttgart, 1947. グレーヴェ (Wilhelm Grewe, 1911-2000) は報告当時ケッティンゲン大学教授、四七年からはフライブルク大学教授であり、アデナウアー政権に協力してドイツが主権回復した一九五二年ボン条約（一九五四年パリ条約）の成立に関与した後、外交官として活動した。一九五八—六二年駐米大使、七一年まで NATO 理事会常駐代表、七九年まで駐日大使を務めている。キユスター (Otto Küster, 1907-1989) は弁護士で、ナチス支配の下での被害に対す連邦補償法 (*Bundentschadigungsgesetz*, 1956) の法案起草に加わっている。

グレーヴェはシュミットの教え子の一人であり、この討論記録については『グロサリウム』に一九四八年三月一四日付の次のよう

な記述がある。「グレーヴェーキユスターの討論（法的問題としてのニュルンベルク「シュミットは *Rechtstahl* と誤記している」、シウトウツトガルト、一九四七年）をすぐに読み終えた。グレーヴェーは私の一九四五年夏の鑑定書を知っているのではないかと思う（国際犯罪としての侵略戦争と *Nullem crimen sine lege* の原則について）。多くの点でキユスターには共感できないし、グレーヴェーは非常に慎重な態度をとっているけれども、本来の法律学的問題と論証についてだけでなく、はるかに重要な点を明確にしている。この討論はつまるところドイツにいるわれわれが現代の問題状況の核心、中心点に位置していて、これらの恐るべき問題すべてをわれわれは自分自身の内で、東あるいは西側の助力なしに自分たちだけで解決せねばならないと言ふことの証左なのである」  
 (*Glossarium*, S.114-115)。

## I 法的問題としてのニュルンベルク裁判——グレーヴェーキユスター論争

### 1 ニュルンベルクの国際法的問題——グレーヴェー報告

#### (1) ニュルンベルク裁判の法的基礎

グレーヴェーがここで扱うのは、ニュルンベルク裁判をめぐる固有の国際法的問題、軍事法廷の裁判権限、その法的根拠、判決の依拠する法規等々の問題である。グレーヴェーは言う、ニュルンベルク裁判が、ナポレオンのセント・ヘレナへの追放やヴェルサイユ条約第二二七条におけるウィルヘルム二世への訴追のような高度に政治的な裁きにとどまるものであれば、これを法的観点から検討する特段の意義はない。ニュルンベルクの訴訟をそれらと区別する特徴は、「厳密な法の適用」が明確に宣言されたところにある。アメリカの検察官ジャクソン (Robert H. Jackson) は一九四五年一月二二日の開会論告で、われわれが行うのはたんなる勝者の裁きではなく、法の裁きであるとした。「もしこれらの者たちが敗戦国の指導者として法の名の下に訴えられる最初の者たちであるとすれば、彼らはまた法

の名において自らの生命を弁護する機会を与えられるべき最初の者たちである」。こうした表明を空虚なレトリックとして扱うのではなく、真摯に受けとめる義務をわれわれは負っている。<sup>(5)</sup> それでは適用されるべき法はどこにあるのか。ジャクソンはこう述べていた。

「……国際法は抽象的で不変の原則の学問的集成にとどまるものではない。それは諸国間の条約や協定や一般に受け容れられた慣行から生まれてきたものである。それぞれの慣行は個別の行為に起源をもち、すべての協定はいずれかの国家の行動によって創始されたものではあるが。国際法のあらゆる発展の原則を放棄するのではない限り、われわれのこの時代が慣行を設け協定を締結して、これを新たな確固たる国際法として発展させる権利をもつことを否定することはできない。国際法は通常の立法という方法をとって発展することはできない、というのも常設の国際的な立法機関は存在しないのであるから。国際法における革新や変更は、転変する状況に適応しようとする諸政府の行為を通じて成立するのである」。

国際法はコモン・ローと同様に事例に応じて発展するというジャクソンのこの議論は、慣習法というものがすべての法仲間の一致する法確信によって担われなければならないという根本的事実を無視している。「勝者は自己の事件の裁判官として敗者を裁くことができる」というような法確信がすでに世界の主要国民の間に形成されているなどと言ふことはできない。

ロシアの検察官ルデンコは一九四六年二月八日の論告で、ジャクソンとは別の基礎を提示している。ニュルンベルク裁判所を設立した偉大な民主主義者は「全世界のすべての民主主義者と同様にファシスト的専制と恣意の体制に反対して確固とした法的基礎に基づいて行動している」。それではニュルンベルク裁判手続きの確固とした法的基礎とは一体何か? 「国際的軍事裁判所は一九四五年八月八日のロンドン協定に基づき主要戦争犯罪人の有罪判決と処罰を

下すことになる、この協定は自由を愛するすべての諸国の利害のために行動する四大国によって署名された。この協定の不可欠の部分としての国際軍事法廷の規約は、主要戦争犯罪人の有罪判決と処罰のための手続きを定め確定する十分な立本文書と見なすことができる」。戦勝国四大国が自由と民主主義を求める諸国民を代表して定めたロンドン協定こそ、国際軍事法廷による裁きの法的基礎である。だが国際条約は当然のことながら当事者の間にだけ通用し、締結に関与した当事国のみを拘束する。そうした「特別」国際法が右の宣言によって他国の構成員に対する刑事裁判権の行使を根拠づけるような一般国際法に昇格できるのかという問題は残されているのである（*Nürnberg als Rechtsfrage*, S.12-14）

## (2) 遡及法の問題

次にグレーヴェが挙げるのがいわゆる事後法、遡及効の禁止の問題である。もちろんジャクソン検事もこの基本原則を否定するものではない。ただし、次のような留保がつけ加わる。

「しかしながらこれらの者たちは、多くの法システムで行われている事後法（*ex post facto law*）の禁止の原則を自分たちにも適用することはできない。自分たち自身がかつてどこかで国際法に従っていた、国際法をいささかなりとも顧慮していたと彼らは証明できないのである」。

みづから法に敬意を払わなかったものは、遡及効の禁止という法治国家の原則の恩恵を受ける資格はないとジャクソンはいう。フランスの検事フランソワ・ド・マントン（*François de Menthon*）も一九四六年一月一七日の起訴状朗読でこう述べていた。「国民社会主義の法理論は国内刑法において裁判官は法律を補完してもいいと認めていたのはなかったか？ 成文法はもはや悪事を為したものにとってのマグナ・カルタではない」。だが「一定の範囲では法

の侵害者自身も法の保護を受けることができる」というのが「法律なくして刑罰なし」(nulla poena sine lege)の原則の法治国家的意義である。ナチス体制における法感覚の崩壊に対して厳格な法治国家的手続きを対置することがニユルンベルク裁判の基本思想だとすれば、こうした議論には明らかに法治国家原理の意義についての基本認識が欠落している。とグレーヴェは言うのである (Nürnberg als Rechtsfrage, S.14-16)。

(3) いわゆる「戦争犯罪」

一九四五年八月八日のロンドン協定附属文書の国際軍事裁判所の規約「国際軍事法廷憲章 (Charter of International Military Tribunal)」の規約第六条では、a 平和に対する罪、b 狭義の戦争犯罪、c 人道に対する罪の三つの刑罰構成要件が定められている。グレーヴェは戦争犯罪、人道に対する罪、平和に対する罪の順で論じている。

規約第六条 b 項は「戦争犯罪…すなわち戦争法と戦争慣習法の侵害」として「占領地の民間人の強制労働や殺害、虐待、拉致、公海上の捕虜や人員の殺害・虐待、人質の殺害、公的・私的財産の略奪、都市や村落の破壊や軍事的な必要性によって正当化できないあらゆる破壊」を挙げている。

一九〇六年ジュネーブ条約や一九〇七年ハーグ陸戦規定などの旧来の戦争法によれば、原則として各国は自国の戦争犯罪人を処罰する義務、またその支配下におかれた敵国構成員で、戦争犯罪の責あるものについてはこれを処罰する権利を有していた。第一次大戦後のヴェルサイユ条約第二二八条はそうした慣行に反してドイツ側の戦争犯罪人の連合国軍事裁判所への出頭を求めたが、ドイツ側はこれを拒否したため、引き渡しは実現しなかった。

一九四五年のドイツ崩壊によって事情は大きく変わった。ドイツの国家権力はもはや機能せず、これらの犯罪被疑者をすでに連合国が掌握しているために引き渡しの問題は現実とならない。ただし戦勝国の処罰権限には限界がある。



敵国の戦争犯罪人の処罰は旧来の国際法では当該行為が本人の動機に基づくものでなく、国家の命令による場合には除外される。例えば第一次大戦後に連合国側が提出した戦争犯罪人引き渡しリストには無制限潜水艦作戦に参与した潜水艦艦長が含まれていたが、彼らの行為は国際法的には帝国に帰属する（*Nürnberg als Rechtsfrage*, S.20）。

これに対してイギリスは一九二二年ワシントンで調印された潜水艦についての議定書第三条に、国際法に違反して船舶を撃沈した潜水艦の艦長を「海賊」として処罰する規定を盛りこんだ。「海賊」の概念を持ち出したイギリスの意図は、行為者と国家との関連を切断することにあつた。国際法上「海賊」は国籍を剥奪され、国旗の下での保護を奪われて、すべての外国艦船によつて拿捕され有罪判決を受けることになる。ジャクソン検事もまたこう宣言する。

「海上略奪や路上の略奪は、長い間国際法上処罰しうる犯罪と見なされてきたが、これに対する個人責任の原則は昔ながらのものであり、しっかりと根拠を持っている」。

だが国家の命令による戦争行為を「海賊」として規定する試みは一度も認められたことはないし、個人責任の原則が国際法上「違法な戦争遂行についても妥当する」ことについての法律的な根拠も示されていない。これは国家を唯一の法的主体とする旧来の古典的国際法に対して、個人が国際法の固有の主体であるという新しい学説を提示するものであるが、そのような学説はこれまでのハーグ常設国際司法裁判所の判決でも適用されてこなかったのである（*Nürnberg als Rechtsfrage*, S.21-22）。

これはニュルンベルクの法廷の性格そのものの問題とも関わる。すなわち当該裁判所は戦勝国であり占領国である四大国が国際法上戦勝国に認めた権限に基づいて設置する軍事裁判権に基づくそれか、それともまったく別の国際法の基礎に基づく国際法廷であるのか、という問題である。

前者の場合、国際法上、占領国はいわばドイツの国家権力を国際法上委託される形で行使し、当該地域に法律を発

布して裁判所を設置する権限を有する。ドイツの高権の行使というかたちで行われるドイツの戦争犯罪人の処罰については国際法上それ自体としては異論の余地はない。しかしながら一九四五年八月八日のロンドン協定ならびに判決根拠の実質的議論は明らかにそれと異なっている。ニュルンベルクに設置される法廷の裁判権は占領四カ国だけでなくロンドン協定に参加した一九カ国が担うものであり、占領国の設置する軍事裁判所とは異なるまったく新たな国際法的基礎に基づく法廷の設置が意図されているのである (*Nürnberg als Rechtsfrage*, S.22-25)。

そうした新たな国際法的基礎に基づいて処罰されるべき犯罪類型とされているのが次の「人道に対する罪」である。

(4) 「人道に対する罪」

規約第六条 a はこう規定している。「人道に対する罪…すなわち、殺人、絶滅、奴隷化、拉致その他の民間人に対する戦前戦中に行われた非人道的扱い、あるいは政治的、人種のないし宗教的理由から行われる迫害で犯罪の遂行あるいは犯罪と結びついたものであり、これについて裁判所は、当該行為がなされた国内法に反しているか否かとを問わず権限を有する」。

ここでまず問題となるのは b のいわゆる戦争犯罪との関係である。両者は起訴状でも判決でも厳密に区別されていない。だが「人道に対する犯罪」は戦争遂行と関わらずとも発生しうる。ここで意図されているのは固有の戦争犯罪をさらに越えて、宗教・人種・政治的な理由からなされる迫害に対する刑法上の一般条項である。その場合には処罰対象となる行為の時間的範囲がさらに問題となる。起訴状では一九三三年から一九三九年までの、すなわちなチスの政権掌握から戦争勃発以前までの事実資料も引証されていたが、裁判所自体はより限定的な解釈を示している。

「裁判所の見解は、こうした犯罪がかくも憤激に足り言語を絶するものであるとはいえず、それが侵略戦争の遂行において、あるいはそのような犯罪との結合において行使されたということを十分に証明するものではないというものである。したがって裁判所は、一九三九年以前になされた行為を規約の意味での人道に対する罪であつたとまで一般的な表明をすることはできない。けれども一九三九年の戦争勃発によって大規模に犯罪が犯され、これはまた人道に反するものでもあつた。起訴状でその責任が追求される戦争勃発後になされた非人道的行為のうちで、戦争犯罪には該当しないものは、侵略戦争の遂行において、または侵略戦争との関連でなされたものであり、したがって人道に対する罪に当たるとする。」

これによれば人道に対する犯罪は実際には、ユダヤ人やドイツ、オーストリア、チェコスロヴァキア、ハンガリー、ルーマニアにおける国民社会主義の敵対者に対する暴力行為、とりわけ一九三九年以来のそれが対象となる（*Nürnberg als Rechtsfrage*, S. 25-27）。

さらに法的根拠の問題がある。すでに前項で述べたようにニュルンベルクの軍事法廷が国際裁判所、すなわち占領権力に基づく軍事法廷にとどまらず、直接に国際法に基づく法廷であるとするならば、人道に対する罪はいかなる国際法的根拠に基づくのか。

周知のように国際法は主権国家の自国の管轄事項に対する外国の介入を認めていない。一九世紀になって最も基本的な人権の侵害、生命・自由と法的秩序の権利はその例外となすという学説が登場した。もちろんこれは今日なお論争の対象となっているが、国家の実践においてはそうした人道的介入はしばしば行われてきた。<sup>6)</sup>だがこれら過去百年間の人道的介入は外交的抗議、軍事的示威あるいは遠征、そして極端な場合には軍事行動という形式で行われていたが、「国際裁判所によって責任ある個人を刑事訴追する」という形式では行われていない。これは旧来の主権国家を

基礎とする国際法と国家の構成を破壊することを意味するからである。

かりにそうした方向の発展が国際法の進歩であるとしても、これはいまだ実現されていない。アメリカ大統領ルーズベルトは一九四一年一月の自由についての有名な演説で、窮乏からの自由（社会的保障）、恐怖からの自由（集団的安全保障）とならんで良心の自由と思想表現の自由を挙げ、後の二つの自由を国際法的に認められた個人の基本権であるかのごとく宣言した。だが一九四一年八月一四日の大西洋憲章や国際連合憲章にはこの思想は取り入れられなかった。国際連合の枠内で設立されたハーグの国際司法裁判所はこれらについての権限を有していない。「ニュルンベルク裁判所の処罰権限は国際法の歴史にいかなる法規も先例も見いだすことはできないのであるばかりか、さらに悪いことに、この点でニュルンベルク裁判の判決が予想しうる将来に承認された国際的先例として発展するという見通しはわずかなこと」（*Nürnberg als Rechtsfrage, S.29*）。

さらにここでも遡及効の禁止の問題がある。「人道に対する犯罪」の処罰が遡及的になされるとすれば「*nulla poena sine lege*」（犯罪なければ刑罰なし）の原則に抵触するのではないか。この問題についてグレーヴエはこう述べている。これらの行為は「あらゆる文明国の共通刑法（*gemeine Strafrecht*）」を侵害するという檢察側の立場は、それ自体としては妥当なものである。第三帝国の立法に基づく当該行為の正当化根拠だけを遡及的に廃止するのであれば、「*nulla poena sine lege*」をこれに對置することはできない。この原則を法実証主義的な意味での形式的合法性の絶対化に利用してはならない。ここで問題とされた行為は、「以前から議論の余地なく一般に自明と見なされていた見解によれば倫理的に非難さるべきであるだけでなく、犯罪であり処罰されるべきもの」であって、その処罰可能性のために確固とした法律的構成要件と処罰措置がすでに存在している。したがって「人道に対する罪」の刑罰構成要件にしたがって占領裁判所が有罪判決を下すことは、事後立法の禁止という原則に抵触するものではない。つまり「人道に対する

罪」については、ニュルンベルクの軍事法廷が占領裁判所としての権限において裁くならば問題ではない（*Nürnberg als Rechtsfrage*, S.31）。

しかしながらすでに述べたように、ニュルンベルクの法廷が占領裁判所ではなく、国際法上の基礎を有する国際裁判所であるならば事情は異なる。これまでの国際法では外国国籍のものが外国において外国人に対してなした人道的不法行為を裁く権限を国際裁判所に与えてはいない。かりに近い将来にこれが一般的に認められて国際法として通用するという見通しがあつたとしても、現在そのような裁判権を国際法廷が行使することは大いに議論の余地があるとグレーヴェは言うのである。

(5) 「平和に対する罪」

さてそこで最後の「平和に対する犯罪」の問題である。規約第六条にはこう定められている。

「平和に対する罪…すなわち、侵略戦争あるいは国際条約、協定または確約を侵害する戦争を計画、準備、開始（*Einleitung*）または指導すること、あるいはまた上記の行為の遂行のための共同計画ないし共謀に参加すること」（*Nürnberg als Rechtsfrage*, S.32）。

侵略戦争を国際的犯罪として、責任ある政治指導者個人に刑事責任を問うという根拠のために檢察ならびに判決が依拠したのは一九一九—三九年の一連の国際条約である。

第一次世界大戦までは自由な戦争遂行権の原則が国際法では通用していた。戦争の権利（*Jus belli*）は行為能力あるすべての国家の主権的決定であり、かかる決定は敗戦の結果に対する政治的責任（*Haftung*）という自明の責任以外の何ものをも根拠づけるものではなかつた。したがって連合国が前ドイツ皇帝ウイヘルム二世に対する訴追を求めた

際にも、侵略戦争の責任に対して法律的に定式化された構成要件をもってすることはできなかった。前皇帝に対する訴追を定めたヴェルサイユ条約第二二七条は「国際的道徳律と条約の神聖性」を侵害したという一般的な定式にとどめられた。逃亡先のオランダ政府に対して皇帝の引き渡しを求めた覚書には、さらにベルギーとルクセンブルクの中立侵犯と人質と大量の国外追放、軍事的に不必要な地域での系統的破壊、無制限潜水艦作戦ならびに公海上での非人道的な犠牲などが挙げられたが、オランダ政府の拒否によって皇帝の裁判は実現しなかった。いずれにせよ一九一九年の時点で連合国の側からは、法律的な刑罰構成要件としての「侵略戦争」は提示されなかったのである (*Nürnberg als Rechtsfrage*, S.36-38)。

したがって一九三九年九月の侵略戦争の開始が法的に処罰されるべき「犯罪」であるためには、一九一九年から三九年の間にそれに応じた法規が成立していなければならぬ。そうした法的規定として挙げられるのが、一九二四年のジュネーブ議定書、一九二七年第八回国際連盟総会第八決議、一九二八年第六回パン・アメリカ会議の決議などである。ジュネーブ議定書は批准されなかったし、パン・アメリカ会議の決議はアメリカ大陸内部に限定される。いずれにせよこれらの決議で語られる「国際的犯罪」としての侵略戦争は厳密な法的内容を伴う規定ではないとグレーヴエはいうのである。

そこで重要視されるのが一九二八年八月二七日のケロッグ・ブリアン協定である。たしかにこの協定は国際的紛争解決の手段としての戦争を断罪し、国策 (*nationaler Politik*) の手段としてこれを用いることを放棄し (第一条)、あらゆる争いや紛争、その性質や原因がいかなるものであれ、平和的手段以外の方法を用いないことを謳っている (第二条)。ニュルンベルク裁判判決もこの協定のもつ法的効果についての確に答えている。すなわち、協定調印後に国策手段としての戦争に訴えたすべての国は協定違反の責任を問われねばならない、ただし国際政治の手段としての戦

争はこの協定の義務づけの範囲外にある、と。この確認はケロッグ協定が国際的な安全保障体制の問題と結びついて、いることを明確に示している。いかえれば「戦争放棄の射程は国際的に認められた安全保障組織が存在していて、したがってどの場合が国際的安全保障政策の手段としての戦争に当たるのか正確に決定できる時にはじめて明確に見通すことができる」。その限りにおいてパリ協定の署名国が「戦争を将来の政策手段として無条件に放棄している」というニュルンベルク裁判での確認には限定が付されねばならない。事実、合衆国は防衛戦争については重大な留保をしているし、英国政府はこの協定における戦争放棄についてさらに重大な留保をしている。当時の外相オースティン・チェンバレンが一九二八年五月一九日にロンドンのアメリカ大使に宛てた覚書ではこう記されている。「その福祉と不可侵がわが国平和とわが国の安全にとって特別かつ死活の利益をもつような地域が存在している。陛下の政府は過去において、これらの地域に対する干渉はその甘受しえぬところであること、大英帝国のためにあらゆる攻撃からこれを防衛することは自衛の行為であることを明確にするように努めてきた。陛下の政府が新たな条約を受け容れるのは、この点に関して行動の自由がいかなる損害も被らないことに完全な了解が成立した場合のみである」(Nürnberg als Rechtsfrage, S.38-40)。

もとよりこうした留保や、「侵略戦争」と「自衛」についての明確な定義が欠如しているという問題はさしあたり措くことができる。というのも一九三九年九月一日のドイツによるポーランド侵攻が自衛戦争ではないこと、したがってケロッグ協定の署名国ドイツがこれに違反した侵略戦争を行ったことは明白だからである。問題はこの条約違反からどのような法的結果がもたらされるのである。すなわち「条約に違反した署名国は条約のもたらすあらゆる利益を喪失する」。これがケロッグ協定から議論の余地なく導き出される唯一の法的制裁である。

国策手段としての「侵略戦争」放棄の協定を侵害した国には、当該協定による他国からの侵略からの保護という恩

恵は失われる。さらに、侵略国に対して一種の道徳的制裁を科すこと、つまり国際世論による非難という裁きを行うことが協定起草者ならびに署名国の意図であったし、これについては一般的な了解が存在していた。だがさらに踏み込んで「協定違反の国家に対して戦争法ならびに中立法の部分的停止することをケロッグ協定から正当化しようとする」とは議論の余地があり、条約内容にそくした解釈からは導き出すことができないのである (*Nürnberg als Rechtsfrage*, S.41-42)。

いずれにせよケロッグ協定は条約違反に対して具体的な制裁行動を想定するものではなかったし、ましてや侵略戦争を指導した政治指導者に条約違反の個人的責任を求めることを視野に入れるものではなかった。アメリカがこの条約によって制裁の義務を負うものでないことは国務長官ケロッグ本人や後のステイムソン国務長官がくり返し確認している (*Nürnberg als Rechtsfrage*, S.43-43)。

さらに協定成立後の一九二八年から一九三九年の間に深刻な協定違反が生ずる。一九三二年の日本による満州侵攻、一九三四年のポリビア<sup>11</sup>パラグアイのチャコ戦争 (*Chaco-Krieg*) も一九三五—三六年のイタリア<sup>12</sup>アビシニア戦争、一九三七年の日中紛争、そして最後に一九三九—四〇年のフィンランド<sup>13</sup>ロシアの冬期戦争、これらの戦争のほとんどの場合いずれの側が条約に違反したかは明白であった。にもかかわらず戦争勃発に責任ある個人を刑事訴追するという試みは一度として真剣になされたことはなかった。それどころか大抵の場合には、協定違反をした国家との外交的協議と協調が行われて、これらの国の違法な侵略が部分的には承認されたのである。

一九三四年にはブダペストで国際法協会の大会が行われ、次のような決議が行われた。いわく、ケロッグ協定の侵害は他の署名国に、侵略国に対して戦争遂行国の特権——例えば捕獲権 (*Prisenrecht*)、封鎖の権利等々——を拒否する権利を与える。署名国は侵略国に対して中立法の義務を無視することが認められて、侵略された国に財政その他の



手段で支援をなし、また武力をもって援助することができる、と。しかしながら、制裁によるケロッグ協定の補完を意図したブダペストの決議は私的な学問団体の意見表明にすぎず、ケロッグ協定の公式の解釈を与えるものではないし、その内容を変更するものでもない（*Nürnberg als Rechtsfrage*, S.43-44）。

(6) 「null crimen sine lege」と法治国家の原則

グレーヴェは言う、なるほど判決は、「null crimen sine lege」の原則は正義の一般的根本原則であると強調している。国際法に基づく国際的裁判権もこの原則に従うということから出発している。だが判決で提示されているのは、もしある行為が、なるほど実行当時には処罰不可能であつたけれども違法な行為であると宣告することは、事後立法にはならないという立場である。その行為の違法性を認識しえたはずの者を処罰するのは不正ではなく、むしろそのような不法を放置することこそが不正だと判決は述べている。

「被告人のドイツ政府における地位に鑑みれば、彼らは、少なくともその何人かは、国際紛争の解決の手段としての戦争を不法だと宣言する条約にドイツが署名したことを知っていたはずであり、完全な準備をもって侵入と攻撃の意図に向けて進んでいった時に、自分たちがあらゆる国際法に反して行動していることを自覚していたはずである」。

これに対してグレーヴェはこう応える。なされた行為が道徳的に非難されるべきこと、あるいは一般的な不法性を認識していたに相違ないという想定だけで遡及的刑罰の問題が回避できるとするのは、法治国家の原則に対する重大な侵害である。「法治国家の墓掘り人を相手にしている時に、たんなる復讐を望んではならない。ヘルマン・ゲーリングとその共同被告人たちは、法治国家思想の最も厳格な基準でその罪を量つたとしてもしかるべき処罰を免れない。しかしながらこの基準は、ある行為はそれがなされた時点で法に反し道徳に反するだけでなく、処罰されるべき刑法

上の不正であってはじめて刑罰が科されることを要求する」(Nürnberg als Rechtsfrage, S.45-46)。

報告の最後にグレーヴェは述べる。ユートピア的な国際法の計画ほど国際法の理念と権威を損なうものはない。それは政治的ニヒリズムと法に対するシニシズムを促すだけだろう。「侵略戦争が処罰されるのは、ただそれが失敗した時のみ」であり、侵略戦争が今後は失敗するという根拠ある予想が成立しなければ、そのような原則はただ多くの国民の意識に根づいている確信、「成功したものが権利をもつ」という確信を強めるだけだし、それ以上に「失敗した侵略者は降服よりはむしろ破滅を求める」という結果をもたらしかねない。侵略者が必ずや処罰されるといふ確信を保障するためには、国際裁判所の先例的判決は不十分であり、そのためには政治的な現実在即した、法的に確固とした国際組織が必要となるだろう、と (Nürnberg als Rechtsfrage, S.47-48)。

## 2 「勝者の裁き」か国際法の新展開か——オットー・キュスターの副報告

### (1) 発展途上の国際法

ニルンベルク裁判に批判的なグレーヴェに対してオットー・キュスターは副報告で反論を試みる。判決に対する報告者の批判は、適用された法の「正義」の欠如、「実行可能性」の欠如、「実定性」の欠如に向けられているが、ここでは第三の「実定性」の問題に集中する。報告者の議論の大部分もこれに向けられているし、全二者がいわば程度の問題——「正義」や「実行可能性」と著しく抵触する法は法でなくなる——であるのに対して、「実定性」に欠ける法は直ちに法ではないからである。実定性の欠如という批判に対してキュスターは言う。「憲章あるいは判決はなるほど革命的なもの、これまで法でなかったものを宣告するものであるが、宣告されたものはその宣告によっていまや完全に法規となったのであり、いわばそれによって実定性の敷居を越えたのである」。「われわれが現実的に覚醒した

法意識をもって事態に即するならば、われわれのすべてが、例えば法学者として、弁護士として、あるいはたんに歴史の教師として、家父として、世論の個々の担い手として、あたかも将来の根本的な人類の問題にとって何が法であるかを決定する秤のキャスティングボートを握る者であるかのようにこの問題を扱わねばならない」と（*Nürnberg als Rechtsfrage*, S.60-61）

そこで問題は国際法上になが法であるかである。国際法を一種の慣習法とする検察官ジャクソンの議論に対して、国際法はまさに慣習法と同様にすべての法仲間のコンセンサスを前提するとグレーヴェは反論している。だが、慣習法の発展があらゆる法仲間のコンセンサスをすでに前提しているということはいえない。およそ法の発展を語るうとするならば、一般的なコンセンサスは結果であつて発展の前提ではない。法の形成のためにはコンセンサス以上の何かが必要となる。「それに加えて必要なのは、これが法であると主張して、事実的なものの中に入っていく勇氣であり、一つの先例を創出する勇氣が、法であると主張したものへの自らの信念を証明するものとしての行為が、それに疑念を抱く法仲間に対して説得力をもつことを大胆に信頼する勇氣である」。ジャクソン検察官によつて提起されたのは、まさにそうした新たなコンセンサスの喚起なのである。国際法における個人責任の原則、これまで実定性の敷居の下方におかれて問題とされなかつた原理が、これによつてはじめて問題とされるようになった。これまで不要とされてきた問題が問われるようになった。そうした国際法発展・形成の途上にあることをわれわれは見なければならぬとキュスターいうのである（*Nürnberg als Rechtsfrage*, S.63-64）。

## (2) 「勝者の裁き」の問題

次にいわゆる「勝者の裁き」について、占領四大国がドイツにおける主権を行使していることはグレーヴェの指摘

の通りである。そうであるとするならば、法的にはドイツにおける裁判権を国際法廷に移管する権限を彼らは有しているはずである。さらに重要なことは、国際法上の裁判権の問題それ自体を彼らが改革しようとしたことである。「改革、進歩は次の点にある、すなわち、もはや外国権力に対する屈服 (*Niederwerfung*) は必要ではなく、むしろ個々の国際的犯罪人を捕えて、彼らを裁判にかけることで十分だと言うことである」。そのような国際法上の裁判権が將來法として通用する見通しは、今日の世界組織の現状ではおよそ考えられない、というのがグレーヴェ氏の見解である。だがはそうした発展の見込みはまったくないといえるのか。人道の罪に関する介入裁判のチャンスはますます大きくなっているというのがキュスターの立場である (*Nürnberg als Rechtsfrage*, S.66)。

たしかにニルンベルクの法廷は戦勝国による裁きの場であった。それは「勝者の裁き」であり、そこでは「勝者が自分の事件を裁く」ものだとグレーヴェは言う。もとよりしっかりと裁判所がある場合に個人が自分の関わった事件を裁くのは望ましいことではないし、仲裁裁判のような裁きのあるならば、ある国民が他の国民を裁くようなことはできない方がいい。だが「ある国民がある人間を通じて他国民の人間を裁くということは、ありうること (*plausibel*)」であり、ましてや自ら多大な犠牲を払いながらついに人類の敵を打倒した共同体がそうするのはなおさらのことである (*Nürnberg als Rechtsfrage*, S.68)。

さらに自らの事件を裁くというのは当たらない。「自己に関する裁きを大まかな基準においてなしたのはロシアのみであり、侵略戦争の犠牲となった唯一の戦勝国として、そして実際にその国民と軍隊が人道の不法行為と戦争法犯罪の被害を被った唯一の国としてであった。イギリスやフランスは同様な意味で侵略されたと主張しているわけではないし、アメリカ合衆国はそのようなことを根拠にしているわけではない」。 (*Nürnberg als Rechtsfrage*, S.68)。

グレーヴェの立場は、占領裁判所による裁きの可能性については肯定するが、国際法廷による介入裁判については

否定するというものだが、これはキュスターからみれば中途半端である。われわれの前には二つの選択肢がある。敗戦国が自ら非人道的な犯罪を犯したものを裁くか、それとも戦勝国にそれを委ねるか。第一次大戦後に行われたように、敗戦国内に法廷が設立されて、国内の社会階層や官僚制の構造がそのまま残る場合には、「国民的な偏見と同志的感情（Kameraderie）」が司法を阻害することになるだろう。少なくとも自分は今日ドイツの裁判所がそうした偏見なく裁きを行う状態にあると信ずることはできない。なるほど敵国による裁判に対しては国民的な憎悪が向けられることになるだろうが、「事実上の権力が裁判所を維持するというこの任務を引きうけてくれた方がいいし、より適切」であるように見える（*Nürnberg als Rechtsfrage*, S.70-72）。

「tu quoque」（汝もまた）という議論もニュルンベルク裁判に対する反論にはならない。「裁判官自身が殺人者であるという異議は決して究極的に妥当する異議ではない。もし第三の殺人者が第四の殺人者を殺害して、第一と第二のものが彼をそれで絞首刑にしたとしても、それでもなお司法なのである」。したがってわれわれはジャクソン検察官と同様にこう言わねばならない。この基本原則によれば将来あらゆる国の政治家は責任を問われるのであり、「現在この法廷に座しているものも例外とならなご」のである（*Nürnberg als Rechtsfrage*, S.74-75）。

### (3) 国家の不法と個人責任の問題

国家の不正と個人の責任の問題について、キュスターは次のように論じている。国際法上国家が為した不法行為について個人の責任を認めない旧来の国際法の原則からは、ナチスのような体制そのものが不法な体制的犯罪的行為に加わった者たちを裁くことが難しくなる。ニュルンベルク裁判においてなされた革新はまさに不法行為の国家責任と個人責任の二者択一を廃止して、国家と個人へのそれぞれへの責任の帰属を問うたところにある。「完全な不法国家

から自らを守ることはそれ以外には不可能」であるということとでそうした変更は十分に正当化されるだろう。捕虜の射殺を命じた將軍たちについて、彼らはドイツの法律に従って合法的に行動したのだ、ということがよくいわれる。それでは彼らが無罪放免することを我々は望むのか。グレーヴエもそれは望んでいないはずである。国内法によって適法的になされた命令による不正を国内刑法典は想定していない。だがそのような残虐行為を命じる不法な法律自体がすでに自然法に照らして無効であるし、そうであれば、これを発布し、利用し、従ったものをドイツの法廷で裁くことができる。もしこのように「行為の合法性という協力的な障害が自然法に依拠することで排除されるべきである」とするならば、「国家の不法」については個人は責任を問えないという「控えめな障害」もまた同様に自然法に依拠することで排除できるはずである。国家責任と個人責任とは排他的な二者択一ではない。「ある行為者への行為の帰属は同時に国家に帰属させることを妨げるわけではない」(Nürnberg als Rechtsfrage, S.79-81)。

#### (4) 遡及効の問題

つぎに「Nulla poena sine lege」(法律なければ処罰なし)の原則に違反するという議論について、これは根拠がない。ドイツはすでにケロッグ・ブリアン協定に署名している。確かにケロッグ協定自身は侵略戦争の追放(Achtung des Angriffskriegs)という表現を用いていないが、「ドイツ語のテキストによれば、ライヒ官報にあるように、ドイツ国は戦争を国策の手段としては断罪し(verurteilt)、これを放棄した(verzichtet)」。したがって侵略戦争は紛争を解決するための手段ではなく「国際的犯罪」であるということになる。いまや侵略戦争は犯罪的であることは疑問の余地がないし、「意図的な大量殺戮」についてはこれまでの戦争の正当化事由は通用しなくなったのである(Nürnberg als Rechtsfrage, S.82-83)。

遡及法の禁止という意味での「Nulla poena sine lege」はローマ法には存在しない。その最も古い定式はアメリカ憲法における事後法（*ex post facto-law*）であり、ラテン語の定式をそれに与えたのはフォイエルバッハ（*Anselm von Feuerbach, 1775-1833*）であった。自然法哲学に基づくその刑罰理論においては、犯罪者は自ら承知した刑法に違反したことによっていわば自分の処罰を承諾するのである。その核心は第一に、人は、彼の今日の行動が処罰されるのは今日妥当する法によってである<sup>1</sup>と信頼できなければならないこと、第二には、立法は *ab iratio* 「怒りや憎悪からする行動」を排除せねばならないということであって、犯罪者のマグナ・カルタであることではない。「この命題がもしマグナ・カルタであるならば、それは被告人、判決までは無罪であることが推定される人間としての被告人にとってのそれ」なのである（*Nürnberg als Rechtsfrage, S.84-85*）。

たしかに遡及法の禁止をこの法廷に適用することに対するジャクソン検察官の反論、自ら遵守していたと被告人が証明することのできない法を適用することはできないという反論は法律学的には異例のものである。だが、この反論はすべての犯罪者一般について述べられているわけではない。

「犯罪者というものはただ法を侵害するにすぎない。だがこれらの被告人は法を否定したのである。政治家として、神と世界の前に法の番人に任命された人間として、彼らは国際法が存在するということを否定した。彼らは *nulla poena* の命題を百倍も誓っておきながら、それを破ったばかりか、否定し嘲笑して、*Nullum crimen sine poena* 「刑罰なければ犯罪なし」という非道い俗物市民のテーゼを全世界にわめき散らした。彼らに対してジャクソンは反論する。あなた方が述べたとおりのことがあなた方に起こると。私は愛する神とともにこう信ずる、およそ法の裁きを下すと言うことは、こうしたものだ」（*Nürnberg als Rechtsfrage, S.86*）。

(5) 国際法の現段階

キュスターは副報告に先立つ討論で次のように述べていた。

「確かにケロッグ協定は侵略戦争を推進する個人に対する刑事処罰の可能性について明確なことを何も述べてはいない。そこで示されているのは侵略国家に対する法的な断罪にすぎない。この点で個人の責任を問うニュルンベルクのシステムはさらなる一步を示している。しかしながら理解せねばならないのは、ケロッグ協定とニュルンベルク裁判は一つの構想の二つの段階であり、これらは制裁のための戦争のシステム、組織された世界司法のシステムとは根本的に別の構想だということである。後者のシステムは国際連盟というかたちでは失敗したし、その再来としての国際連合は現在までとてころ実践的な成果をもたらしていない。まさにそれゆえにわれわれは次のことを冷静に認識するようになっている。われわれは原始的な段階から始めなければならぬ、ニュルンベルク裁判の規約とともに再びケロッグ協定の構想に立ち戻って、この基盤の上でさらに一步を踏み出さねばならないこと」( *Nürnberg als Rechtsfrage*, S.146)。

キュスターによれば国際法は三つの発展段階に分けることができる。第一は、国際的警察と国際裁判所というかたちで国家に類似した秩序が成立した段階である。国際連盟が追求したのはそのような秩序であったし、現在の国際連合が追求しているのもこれであった。集団的安全保障と自動的制裁の概念はこの目標をめざしている。

第二のより原始的な国際秩序においては、国際警察は存在しないが国際裁判所が存在する。不正を被ったものは自力あるいは隣人や庇護者の助力で犯罪者を「逮捕」して、下された刑罰を執行する。これはいわば中世ドイツの国内法の状態と対応するもので、国際法のシステムとしては、ハーグの常設仲裁裁判所の設立によって生まれてきたものである。



最後に第三の、さらに原始的な国際秩序の類型がある。ここでは法と不法の区別は存在するが、常設の裁判所は存在しない。司法は基本的には自助とアド・ホックに構成される介入裁判権というかたちで行使される。ケロッグ協定が想定しているのはまさにこうした国際秩序の状態である。そこには常設の裁判所はないが、それでもなお法と不法とは——「正当な戦争」と「不当な戦争」というかたちで——区別されている。いかえれば、かりにケロッグ協定の原則が旧来の「名誉ある戦争」の正当化根拠を廃止し、それによって戦争遂行者を通常の刑事司法上の殺人の罪に問うものだ解釈することが可能であったとしても、それはただちに刑罰の執行を遂行する世界政府を想定するものではない。むしろそれは、国際連盟と自動的集団的制裁のシステムは重きにすぎた、世界警察の思想は時期尚早であった、という認識に基づいている。ニュルンベルク裁判は、そうした原始的な発展段階へと回帰するものだとキュスターはいうのである（*Nürnberg als Rechtsfrage*, S.86-89）。

以上のようにグレーヴェとキュスターの論争では、ニュルンベルク裁判をめぐる基本的な争点、国際軍事法廷の裁判権限、「勝者の裁き」と事後法・遡及法の禁止、国際法の本質とその発展段階をめぐって対照的な立場が提示されていたのであった。キュスターの議論をさらに徹底するかたちで、ニュルンベルク裁判の不徹底性を批判したのがナチスの迫害を逃れてアメリカに渡ったオーストリアの法哲学者ハンス・ケルゼンである。

註

- (4) したがって、ここで問題とされるのは厳密な意味での法的責任、刑法上の責任であって、ヤスバースが論じたような形而上学的罪、政治的責任の問題は視野の外に置かれるとグレーヴェは述べている。 *Nürnberg als Rechtsfrage*, S.11.
- (5) *Nürnberg als Rechtsfrage*, S.10.vgl.Robert H.Jackson, Opening Address for the United States, November 21, 1945, in: Michael R.Marrus(ed.), *The Nuremberg War Crimes Trial, 1945-46: A documentary History*, Bedford:Boston, 1997, p.81-82.
- (6) グレーヴェは以下のような人道的介入の事例を挙げている。「イギリスとフランスの外交的異議申し立て、両シチリア王国での政

治的捕虜の残酷で恣意的な取り扱いを理由とする関係の断絶とイギリスとフランス両国艦隊の動員(一八五六年)。／シリアでマロニテの数千人のキリスト教徒をドルーゼ教徒(Drusen)がトルコ当局の黙認の下で虐殺した際のフランス遠征軍の派遣と五大国のトルコ政府への外交的抗議(一八六〇年)。／ポーランド叛徒(一八六三年)あるいはバルカン諸国でのキリスト教徒の臣下の非人道的扱い(一八六三年)ならびにロシアとルーマニアでのユダヤ人の非人道的扱い(一八六七、一八七二、一九〇二年)の際のヨーロッパ諸大国のロシア・トルコ政府に対する外交的介入。／ベルギー政府がコンゴ国の出生者を非人道的に搾取(一九〇六／〇九年)した際の、またベルギー政府によってアマゾン上流の地域で同様の事態が生じた際の(一九一三／一三年)英国ならびにアメリカ政府の外交的介入。／最後にスペイン植民地キューバの国内事情へのアメリカ合衆国の武力介入。これはスペイン・アメリカ戦争にわたったが、人道介入という大義名分で行われた(一八九八年)〔Nürnberg als Rechtsfrage, S.27-28〕。

(7) キュスターはこうも述べている。「わたしは実際アメリカ人はみずから任務をよく果たして、権力をもつことによるこの責任から逃げなかったと信じています」(ebenda, S.65)。

## II ケルゼンのニユルンベルク裁判批判

### 1 敗戦国ドイツの法的地位

#### (1) 占領権力への主権の移行

ケルゼンは一九四五年六月五日の連合国ベルリン宣言を受けた論説「ベルリン宣言によるドイツの法的地位」で次のように論じている (Hans Kelsen, *The Legal Status of Germany according to the Declaration of Berlin, American Journal of International Law*, Vol.39 (1945), pp.518-519)。

ベルリン宣言において、アメリカ合衆国、ソビエト社会主義連邦、連合王国の諸政府ならびにフランス共和国暫定政府は「ドイツに関してドイツ政府、最高司令部ならびにすべての邦、自治体ないし地方政府が所有していたすべて

の権限を含めてその最高権力（supreme authority）を引きうける」ことを宣言した。これによってドイツの領土はそこに居住する住民を含めて四大国の主権の下におかれることになった。これは一九〇七年のハーグ陸戦協定の付属規定四二―四六条のいわゆる「交戦中の占領」（belligerent occupation）ではない。ドイツの無条件降伏の後に、とりわけ最後のドイツ政府、デーニッツ提督の政府が廃止された後にはそれは不可能になった。「交戦中の占領」という法的地位は戦争状態の存続、占領された国家の本来の主権の担い手としての正統な政府の存在を前提しているからである。

「国際法の観点から見た場合に独立の政府の存在は国家の本質的要件である。最後のドイツ政府の廃止によって戦勝国は主権国家としてのドイツの存在（existence）を破壊したのである。無条件降伏以降、少なくともデーニッツ政府の廃止以降、ドイツは国際法の意味において国家としての存在を停止したのである」（Kelsen, *The Legal Status of Germany*, p. 519）。

これにより形式上ドイツ政府によって行使される立法権と執行権の全体はいかなる制約も加えられることなく文字通り占領諸国家に引き継がれた。

ただし宣言によれば、最高権力の掌握は「ドイツの併合をもたらずものではない」。

これは伝統的な国際法学説とは齟齬するように見える。旧来の学説によれば、主権の継承は征服（subjugation）によつてのみ可能であった。敵の武力を殲滅し、領土を征服・併合し、恒久的に当該領土を支配する。これによつて敵の主権国家としての存在ははじめて消滅する。だがこの説は支持しがたい。現状のように主権国家としてのドイツの存在が消滅したにもかかわらず、占領国に併合の意図がないとすれば、ドイツの領土はいかなる国家にも帰属しない領域ということになる。これは不条理である。「領土の主権の確立は新たな主権者がその領土を永久に保持する意図

をもつかどうかに依存するわけではない。正統な政府の廃止と軍隊の解体の後に一国ないし複数の戦勝国の軍事統治と行政の下に置かれた領域を、いかなる国家の国土でもないとするのは馬鹿げた理解でしかない」(傍点引用者)。もし交戦国が占領国家の主権を廃止しなかつその領土をいわば無主の領土として他国の占取に開放することを望まないとするれば、みずからその主権を——一時的にであれ——担わなければならないとケルゼン<sup>8)</sup>はいうのである。

(2) 共同統治

ドイツの領土がその住民とともに置かれる主権は占領諸国の共同主権である。もし複数の国家が特定の領域に対して共同してその主権を行使するとき、それは共同統治 (*condominium*) と呼ばれる。

ベルリン宣言は「全体としてのドイツに影響する事項に関して」、占領国によって引き上げられた最高権限は「共同して (*jointly*)」に、ソビエト、ブリテン、合衆国、フランスの司令官によって「彼らの政府の訓令 (*instructions*) に基づいて」行使されると規定している。他のすべての事項についてはそれぞれの司令官が自己の占領区域について行使する。四人の司令官は共同して「管理理事会 (*control council*)」を形成する。ドイツ全体に関する主要問題に関する決定についての合意はそこでなされる。管理理事会の決定は全員一致で、それぞれの占領区域における司令官の行動の統一性を保障する。管理理事会のもとには四人の司令官の代表によって構成される常設の調整委員会が設置されて、また管理のための職員が陸・海・空の運輸、政治、経済、財政、内務、法務の諸部門に組織される。これらの管理理事会と常設の調整委員会そして管理の諸部門は占領国が彼らの共同主権を行使する、つまり、彼らのコンドミニウム<sup>9)</sup>を行使するための共同機関である。

したがって「複数の占領国のいずれも彼らの占領下に置かれる領土を一方的 (*unilaterally*) に処分する権限をもた

ないし、いかなる本質的な変更も共同統治を行使するすべての諸国あるいはその共通の機関によって採用された決定を基礎にしてはじめて可能となる」とケルゼンはいうのである（*The Legal Status of Germany*, pp.523-524）。

### (3) 講和とその性格

ケルゼンによれば、連合国による占領と共同統治の設立によって、ドイツ国民と取り結ばれる講和条約とその性格も旧来の講和条約とは根本的に異なるものとなる。

「占領国は、領土の主権者となるが、国民政府と講和条約を締結する必要はないし、また締結することはできない。なんとすればそのような政府は存在しないからであり、平和の状態はドイツが主権国家として消滅することによって事実として（*de facto*）達成されているからである。だが平和の形式的な宣告が占領国の一方的な宣言によってなされることはありうるし、これは賢明なことでもある。国境、非武装化、産業組織等々に関する一定の義務を負わせる条約の受け容れを将来のドイツの国民政府の承認とすることもまた可能であり賢明なことだろう。これはそうした義務を敗戦国に課する通常の条約とは本質的に異なっている。……将来のドイツ政府がその承認の条件として調印すべき条約はたんなる宣言的（*declaratory*）性格のもので、その前任者、つまり占領国の共同統治を執行する軍事政府によって創り出された状況を追認するにとどまる」（*The Legal Status of Germany*, pp.524-525）。

占領四カ国はドイツの共同主権者として無制限の立法権限を有し、領土変更を含めたいかなる措置をも必要とあらば取ることができる。再建された国民政府との間で条約が結ばれるとしても、それはもはや「講和条約」ではなく、したがって国民政府は占領国とその軍事政府によってなされた措置を受動的に受け容れることができるにすぎない。まさにこの占領国の無制限の立法権力こそ、ケルゼンにとって「ドイツの戦争犯罪人の訴追のための適切な法的基盤

をつくりだす唯一の可能性なのであり、そうした法的基礎は国際法もドイツの現存国内法も、また連合国 (the United Nations) のどの国も提供することができない」ものである。

「ベルリン宣言によって確立された管理理事会は、これまでのドイツ領土に対するコンドミニウムのための主要機関としての権能において、ドイツの戦争犯罪人訴追のための適切な当局である。一般国際法はすべての国に自国の戦争犯罪人を処罰する義務を負わせている。管理理事会によって確立されたドイツの戦争犯罪人訴追のための法廷はドイツ政府の後継者としての権能において課された義務を遂行する」(The Legal Status of Germany, p.525)。

したがってケルゼンによれば、「ベルリン宣言のおかげで、ドイツの戦争犯罪人の法的地位は他のすべての戦争犯罪人のそれとは全く異なるもの」となる。ドイツ人以外の戦争犯罪人の訴追のためには国際的な合意が必要となるが、占領四カ国の共同統治権を基礎になされるドイツの戦争犯罪人の訴追には国際法上のいかなる障害もない。これは戦争犯罪人の追求の上で有利な状況をつくり出すものである。占領下に成立するドイツ政府がどのようなものであれ、彼らは戦争犯罪人の訴追をサポート・ジュする可能性が強い。「したがって、国民政府の成立が認められるのはただ占領国がドイツの領土から軍隊を撤収して主権的ドイツ国家の再建を可能ならしめる準備が整ってはじめてであることが望ましい」。占領国の主権の下で戦犯の裁判が完了して「浄化」が終わった後に、新たなドイツ政府の設立は可能になるのである (The Legal Status of Germany, p.526)。<sup>(6)</sup>

以上のようにケルゼンは占領国が——国民政府への主権委譲ないし返還までの間に担う——主権的な共同統治権に基づいて、より徹底的な戦争犯罪人の訴追をすべきであると主張していたのである。

それではナチス・ドイツの戦争犯罪に対する責任追及はどのような法的根拠に基づいてなされるべきであるとケルゼンは考えたのだろうか。

## 2 事後法（ex post facto laws）の問題

## (1) 法実証主義の立場と事後法の禁止

グレーヴェーキユスターの論争でも明らかにされたように、ドイツの戦争犯罪人処罰の際の最大の論点は「遡及立法の禁止」である。ケルゼンは一九四五年に出された論文「事後法の禁止と枢軸国戦争犯罪人訴訟」でこの論点について論じている（Hans Kelsen, The rule against ex post facto laws and the Prosecution of the Axis War Criminals, *The Judge Advocate Journal*, Published Quarterly by Judge Advocate Association, Vol. II, No.3 Fall-Winter, 1945, pp.3-12, p.46.以下 ex post facto laws と略記）。

ケルゼンはまず法実証主義の立場を明示する。理性的な主体の望ましい行為の実現を目標とする自然法理論とは異なり、法実証主義は制裁を法の本質的な要素と考える。したがって制裁の主体・機関ではなく、対象たる行為に関しては法は事後的でありうる——それが道徳的・政治的に望ましいかどうかは別の問題である——。その意味において事後法の禁止は法の本質に関わるものではなく、その意義は相対的なものでしかない（Kelsen, ex post facto laws, pp.7-8）。

ケルゼンによれば事後的立法を禁ずるルールの基礎にある正義の原則はこうである。法は適用されるためには知られていなければならない。もちろんこの原則には対抗原則が存在する。すなわち、法の無知は理由とならないという原則である。ブラックストーンがいみじくも述べたように、無知を理由として免責がなされるなら、法は効果がなくなるだろう。しかしながら、「法を個人に適用されるためにはその当人に知られていなければならない」という原則を完全に実現するのは不可能であるから、次のような修正が必要となる。「実際に知っているのではなく、知っている

可能性」が要求される。遡及効の問題が生ずるのはここにおいてである。つまり「事後立法を禁ずるルールは、主体に知られていない法の適用を禁ずるルールが必要に迫られて制限された結果なのである」。かくして、知られていない法の適用禁止と、法の無知は弁明できないという原則の二つの原則が対立する場合、いずれが上に立つか判定せねばならない。道徳その他の上位の規範に抵触する行為に対して事後適法の適用が、その遡及性ゆえに拒否される場合には、知られざる法の適用を禁止するルールの方がその行為によって侵害される道徳原則よりも重要だと認めることになるだろうとケルゼンはいうのである (ex post facto laws, p.9)。

さらにケルゼンによれば慣習法も本質的には遡及的性格をもつ。事後法の禁止のルールは、立法に対する敬意があつてはじめて有効となるのであつて、慣習や司法的決定による法創造そのものに反対しているわけではない。「先例によって形成されたいかなる法のルールもそれが最初に適用されたケースにおいては遡及的なのである」(ex post facto laws, p.9)。

他方でまた、法の制定それ自体もそれ以前に獲得していた権利や自由を廃止・変更する限りにおいては遡及的でありうるし、その意味ではあらゆる法は遡及法である。遡及法の概念をこのように広く取るならば、遡及法の禁止はいかなる法の変化も妨げることになるだろう。かくしてケルゼンはこう結論する。「事後立法 (ex post facto legislation) を禁ずるルールは可能な限り限定的に解釈されるべきである」と (ex post facto laws, p.10)。

## (2) 侵略戦争と事後法

それでは枢軸国の戦争犯罪人の訴追の場合に遡及効の問題はどう解決されるべきか、「現存国際法にしたがうならば、ブリアン・ケロッグ協定や他の武力への訴えを禁じたルールに違反して始められた戦争は、非合法ではあるけれ



ども、言葉の真の意味での『犯罪』ではない、というのも現存国際法は非法な武力への訴えについての個人の刑事責任を確立してはいないからである。もしある国際条約が、道徳的あるいは政治的に第二次大戦を始めた枢軸国に責任をもつ個人をこの国際法違反に法的に責任ありとして、ある国際法廷に有罪とされた者に処罰を下す原現を認めたらば、その条約は疑う余地なく遡及力をもったルールを確立したことになる」(ex post facto laws, p.10)。その意味において「平和に対する罪」を定めた一九四五年八月八日のロンドン協定は遡及法である。しかしながら遡及法禁止のルールは、不正な戦争という「非合法」な手段を行使した者の訴追には適用できない。そうした行動は「遂行された時点で国際法を侵害していたという理由で非合法」であった。ロンドン協定は、すでにブリアン・ケロッグ協定その他の国際法によって「違法」とされていた行動に対する集合的な責任に、これを犯した者の「個人責任」をつけ加えたのにすぎないのであって、事後的にかかる行動を「非合法」にするわけではない。

しかも「平和に対する罪」については十分な「予見可能性」が存在していた。「ブリアン・ケロッグ協定と一定の不可侵協定が枢軸国によって侵害された時点で、侵略戦争は犯罪であるという信念は世論に一般的に認められていたので、事後の国際協定がこれらの国際法違反に対する個人処罰を定めることは予見できないことではなかった。しかもヴェルサイユ条約がすでにヴィルヘルム二世を『国際道徳と条約の神聖性に対する重大なる侵害』の過度で処罰するための国際法廷を認めることで先例を確立していたのであれば尚更のことである」(ex post facto laws, p.10)。

さらに「人道に対する罪」に関して言えば、枢軸国とくにドイツの被告人の訴追の対照とされる残虐行為は「被告人の国内法に照らしてもほとんど通常の犯罪であり、それらが犯した時点で有効」である。かりにそうした残虐行為が国家の行為であり個人の刑事責任を構成しないとしても、「それらは文明化された人々によって認められた道徳原則に対する公然たる侵害であり、したがって、少なくとも道徳的にはそれがなされた時点で潔白 (innocent) でも取

るに足りない事柄 (indifferent) でもなかった」。先に述べたように事後法禁止のルールは相対的なものであって、他のより重要な正義の原則に譲らねばならない。したがって「文明世界の世論にしたがえば、戦争犯罪人を裁きにかけることは、彼らの審理において *ex post facto* 法の禁止のルールを尊重するよりも重要だということはいささかも疑う余地がない」とケルゼンはいっているのである (*ex post facto laws*, p.10-11)。

### (3) 戦争犯罪人訴追とドイツの法的地位

さらに前節で述べた占領下ドイツの法的地位との関連が考慮されねばならない。本来「上述の国際条約、それによって枢軸国の戦争犯罪人の訴追のための基礎を確定する条約は、戦争犯罪人を訴追しようとする国と、その国民が訴追される国との間で締結されるべきである。戦勝の連合国あるいはその数カ国だけで締結されて敗戦した枢軸側の参加することのない条約は、後者の関係においては『国際的』ではない」。だが第二次大戦後ドイツの場合には事情は異なっている。ドイツの無条件降伏は主権国家の存在に終止符を打った。四五年のベルリン宣言によって、連合国四カ国はドイツの領土と住民に対する共同統治を確立した。「彼らはドイツ国家の正統な継承者であり、ベルリン宣言によって設立された管理理事会は前ドイツ政府の正統な継承者なのである。当面の間は主権国家としてのドイツとはいかなる国際条約も締結することはできない。占領四カ国が占領地域とその住民に対する主権者としての権限において締結者となった国際条約はドイツと締結された条約と同義なのである」。

したがってドイツに関する限り、戦争犯罪人の訴追のための法的基礎を確立するための国際条約は不必要である。占領四カ国はドイツの領土と住民に対する主権者としての権限において、「ドイツの戦争犯罪人に関してドイツの義務を遂行する権限を有している。この目的のために彼らは特別法廷を設置して、そこで適用されるべき原則を定める

ことが出来る」のである（*ex post facto laws*, p.11）。

さらに加えて、ナチスの戦争犯罪人に対しては、彼ら自身が遡及法の禁止のルールを犯しているという事情がある。遡及的刑事立法禁止の条項は一八七一年五月一日のドイツ刑法典に導入された。

「いかなる行為もその行為がなされる前に制定法成文による規定のない限り処罰されることはない」。

ほとんど同一の規定はワイマール憲法の一一六条に「ドイツ人の基本権と義務」として継承された。ワイマール憲法のこの部分ならびに遡及刑法禁止のルールはナチ体制によって廃止される。上記の刑法第二項 一九三五年六月二八日に次のように修正された。

「何人であれ制定法で処罰されると宣告された行為、あるいは刑法ならびに人民の健全な正義の感覚の基本原則にしたがって処罰さるべき行為を犯したものは処罰される」。

もとより遡及効の禁止を逸脱したナチスの犯罪行為は「文明世界にとって忌むべき手法」であり、ナチ体制に反対してこれを打倒した勢力がナチスが採用した「憎むべき原則」を適用すべきではない、という異論の可能性がある。ナチスと同じ手段をわれわれは用いるべきではないという——それ自体としては傾聴すべき意見——に対してケルゼンはこう応えている。

「しかしながら、何人も彼自身が尊重しなかった正義の原則から利益を得る権利をもたないという思想を、補完的な議論として利用することも、まんざら無用ではなからう。さもなければ、殺人者が死刑に反対して『汝殺すなかれ』と異議を申し立てることできるだろう。法によるいかなる制裁も、生命の剥奪であれ、自由や財産の剥奪であれ、その性質上何らかの害悪を加えることであり、それは制裁として行われるのでなければ、つまり悪に対する反作用（*reaction*）としてでなければ、それ自体は悪だからである。事後法を禁ずるルールの非適用は、まさしくこのルール

を侵害し、それゆえこのルールによって保護されるといふ特権を喪失した者に対する正当な制裁なのである」(ex post facto laws, p.12, p.46)。

### 3 ニュルンベルク裁判は先例になりうるか？

さて、以上のようなケルゼンの立場から実際のニュルンベルク裁判はどのように見ることができているのか、一九四七年『国際法四季報』の論文「ニュルンベルク裁判は先例になりうるか？」で彼は次のように論じている (Hans Kelsen, Will the Judgement in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?, *The International Law Quarterly*, Vol.1, No.2 (Summer, 1947), pp.153-171)。

一九四六年十月十五日付合衆国大統領宛の報告でジャクソンはニュルンベルク裁判において「法の支配」が「司法的先例」として確立されたと述べている。「ナチ指導者とその犯罪に対する処罰としてその生命を奪われることになった原則が法を構成する——制裁を伴う法となる——ことを、何人もこれ以降は否定したり知らずに済ますことにはできない」と。だがケルゼンによれば、ジャクソンのこの発言は正確ではない。

「国際軍事法廷によってニュルンベルク裁判で下された判決は真の先例を構成しない。なぜならばそれは新たな法の支配を確立せず、たんにすでに存在する法の支配、一九四五年八月八日にロンドンで決定された国際協定によって定められたそれをヨーロッパ枢軸国の戦争犯罪の訴追に、大ブリテン、アメリカ合衆国、フランス、そしてソ連による訴追に適用しただけだからである」(The Judgement in the Nuremberg Trial, pp.154-155)。

前節に述べたように一九四五年のロンドン協定は「戦争に訴えることを禁じた国際法のルールの違反についての個人の刑事責任を確立」することによって新たな法を定立した。ニュルンベルク裁判はこれを適用したのであって、自

ら「先例」となるような法を創造したわけではない。それではロンドン協定に言う「平和に対する罪」に対する個人責任の原則はいかなる意味において確立され、どのようなかたちでニュルンベルク裁判に適用されたとケルゼンはいふのだろうか。<sup>10)</sup>

(1) 「平和に対する罪」と個人責任

ケルゼンによれば、ロンドン協定の「平和に対する罪」の前提とされる一九二八年のケロッグ・ブリアン協定をはじめとする一連の「不可侵協定 (non-aggression pacts)」は、違反した侵略国家に対しては「一般国際法の適用による制裁」、すなわち報復行為 (reprisal) としての戦争をその制裁手段としているだけで、侵略行為を遂行した個人に対する刑事責任を定めるものではない。にもかかわらずジャクソン検察官は開廷演説でこう宣言している。

「戦争に訴えることは——いかなる種類の戦争であれ——本質的に犯罪的な手段に訴えることを意味する。戦争は不可避的に殺戮、攻撃 (assaults)、自由の剥奪と財産の破壊の連続である。もちろん誠実な防衛戦争は合法的なものであり、これらの合法的に振る舞う者たちを犯罪性から護る。だが本質的に犯罪的な行為を犯す者たちは、彼らが戦争に関与していることを示すことで弁護されることはない。戦争それ自体が非合法的なものであるならば、侵略戦争を非合法とする条約の最小限の法的結果は、戦争を挑発または行う者からあらゆる法的な保護を剥奪することであり、戦争を引き起こす者たち (war-makers) を通常受け入れられている刑法の原則に基づく裁きに服させることにある」  
(The Judgement in the Nuremberg Trial, p.156).<sup>11)</sup>

制裁を法の本質とする法実証主義の立場からすれば、ある行為が法の下で「合法的」であるということはその法によつて制裁が科されないことを意味するにすぎない。したがって一定の法体系（例えば国内法）のもとである行為に

制裁が科されて「違法」とされることは、別の法体系（国際法）において当該行為が「合法」であることを妨げるものではない。「戦争における殺人、攻撃、自由の剥奪、財産の破壊が国内法の下で犯罪ではないのは、その戦争が国際法の下で合法的なものであるから」という理由ではないし——国際法上合法的でさえあればいいというのではなく——、総体において戦争と呼ばれるこれらの行為に国際法が固有の制裁を科していないからなのである。これらの行為が国内法上処罰の対象とならないのは、死刑の執行が国内法では処罰の対象とならないのと同じ理由からである」。行為が処罰の対象となる、つまり犯罪となるのは、ただ特定の法的秩序においてである。戦争犯罪人が裁かれるのは実定的な刑法に依拠するしかるべき法廷においてのみであって、その際の刑法は特定の国家の国内法か、あるいは個人の処罰を定めた国際法のみである。国際法上不法な行為が国内法上も違法、犯罪となるかどうかは、当該国家の国内法がその行為に対する処罰を提示しているかによるのである。

「国際法上非合法的な戦争を仕掛けられた国家の法のもとではじめて、国家の行為として非合法的な戦争行為を遂行した個人は、犯罪者として扱われる、もし非合法的な戦争を仕掛けられた国家の法がそのような行為に対する処罰を提供しているならばである。現存するどの国家の刑法も正当な戦争行為として以外には、非合法的戦争における殺人、攻撃、自由の剥奪、財産の破壊について規定していないのであるから、これらの行為を国内法で処罰するのは解釈を通じてのみである。当該刑法を有する国家によって国際法上は非合法だが合憲的に起こされた戦争において遂行された行為がそうした犯罪の定義に含まれるという解釈は排除するのが理にかなっている。何人も、彼が兵士として戦争において敵の兵士を殺したという理由で自国の国家の法廷で裁かれることはない、よしんばその戦争が国際法廷によって非合法と宣言されようとも。もしある国家の刑法が自国の軍隊の構成員によって国際法上合法・非合法的な戦争でなした行為について言及していないものと解釈されるならば、同じ法を非合法的な戦争で敵国行為として遂行された殺

人、攻撃、自由の剥奪、財産の破壊を犯罪と解釈するのもほとんど不可能である」(The Judgement in the Nuremberg Trial, p.158)。

当該の戦争がケロッグ・ブリアン協定や国際軍事法廷の定義にしたがって「不正」な戦争と判定されようと、そうした戦争において通常の戦闘行為、「合法的な」戦争行為を遂行した自国あるいは敵国の個人を処罰するいかなる刑法も存在しない——いわゆる戦争法規に対する違反としての「戦争犯罪」であればこれは国内法でカバーできる——。したがって「平和に対する犯罪」を処罰しうるいかなる国内刑法も存在しないのである。

さらにケルゼンはいう。「かりに敵国によつてなされた非合法的な戦争における正当な戦争行為の遂行としての殺人、攻撃、自由剥奪、財産破壊を国内刑法によつて処罰できる犯罪であると解釈することが可能だとしても、国内法を適用することはできない。というのも実定的な国際法なルールでは、そのような国内法を他国の行為に適用することは排除されているからである」。一国が他国の裁判権に介入することを禁ずる実定的な国際法規則によつて排除されるのは、一般的な国際法における制裁としての報復行為と戦争であるか、あるいは当該国が服することに同意して設立された国際法廷によつてなされる裁きのみである (The Judgement in the Nuremberg Trial, p.158-159)。

(2) ハーグ協定からの類推

ところで、国際軍事法廷の判決自体は本論で提示したジャクソン検事のドクトリンには従わずに別の論拠を提示している。

「一九〇七年のハーグ協定は特定の方法で戦争を行うことを禁じている。それらの中には捕虜の非人間的取り扱い、休戦を求める旗の不適切な取り扱いなどの事例が含まれている。これらの禁止事項の多くは協定が成立する日付のは

るか以前から守られてきた。一九〇七年以来それらは確かに犯罪となったので、戦争法に対する違反として処罰可能になった。けれどもハーグ協定はどこにもそのような行為が犯罪であると明示していないし、どの文言にも述べていない、違反者を裁いて処罰する法廷についても一言も言及していないのである。しかしながら過去何もの間、軍事法廷はこの協定によって定められた陸戦規則の侵害について個人の罪を裁き処罰してきたのである。当法廷の意見によれば、侵略戦争に打って出るものは非合法法であり、その重要性はハーグ協定の一規則違反を凌ぐものである」(The Judgement in the Nuremberg Trial, pp.159-160)。

しかしながら一九〇七年ハーグの陸戦協定が事実として各国により受容され個人が処罰されていることを「平和に對する罪」に類推適用することはできない。国家の行為によるその侵害に関する限り、ハーグ協定は国家の集合的責任そのものを構成するにとどまる。「いかなる国家も戦争に訴えることを禁じた国際法を——戦争行為のルールではなく——自国の刑法に転換したことはない」のである。

「ハーグの戦争規則についての協定とブリアン・ケログ協定との相違は、前者は国家の行為によっても私人の行為によっても同様に侵害されうるのに対して、後者はただ国家の行為によってのみ侵害されるという点である。ブリアン・ケログ協定は——ハーグ協定のように——私人の行為を禁じていない。従ってその結果、一般国際法は国家、協定参加国に対して自らの国内法によって個人を、国家の機関としてのその権能によって協定を侵害した個人を処罰することを義務づけたり認めたりしているということは推定することができないのである。そのような個人の刑事責任を確定するために、ロンドン協定はブリアン・ケログ協定ではまだ確立されていなかった法、ないしは一般国際法のルールとしては有効ではなかった法を創造したのである」(The Judgement in the Nuremberg Trial, p.161)。

まさにロンドン協定は個人の刑事責任という新たな法を創出したのであり、国際軍事法廷はこの協定に基づいては



じめてドイツの戦争指導者個人を裁いたのであった。そこでは国内法への変換や国内刑法の適用はもはや問題にならないとケルゼンはいうのである。

「国際軍事法廷はただロンドン協定によって定められた法のルールを適用することを認められ、これを適用したのである。この協定が、いかなる国内刑法ではなく、この協定が協定の定めた違法行為を犯した個人を告発した法廷の科する処罰を提供したのである。したがって、これらの個人が裁かれる行為が何らか国内法によって犯罪となるかどうかはもはや問題にはなりえない。この法廷にとって、彼らが犯罪人であり、つまり処罰されるのはただロンドン協定によって創出された法の下でのみであり、この協定だけが判決の合法的基礎となるのである」(The Judgement in the Nuremberg Trial, p.162)。

### (3) 国際軍事法廷と先例の形成

しかしながらそうであるがゆえにこそ、ニュルンベルクの国際軍事法廷の判決は「ロンドン協定を具体的なケースに厳格に適用することに制限されている」。ロンドン協定を唯一の法源としてなされる軍事法廷の判断に、一般ルールを具体的ケースに適用する司法的決定以外のいかなる創造的機能も想定されていないのである。

それではそうした司法的決定は国際法上有効な先例を形成しうるのか。国際法の一般的規則では、拘束的な先例を言わたくす権限を国際法廷の決定に付与したものはない。常設国際司法裁判所 (Permanent Court of International Justice) の規約も国際司法裁判所 (the International Court of Justice)<sup>12)</sup> の規約も第五九条で同じくこう規定している。「法廷の決定は当事国の間以外では、そしてこの特別なケースに関して以外では拘束力をもたない」。

新たな法のルールを確立する裁判所の判決は類似のケースの判決でも追隨される。当該裁判所が先例となる判決だ

けでなく類似のケースについて判決を下す権限を有しているか、あるいは類似の権限を有する下級審が存在する場合である。だが国際軍事法廷は常設裁判所ではなく、追従すべき他の国際裁判所も存在していないのである (The Judgement in the Nuremberg Trial, p.163)。

(4) 国際法上の集団責任と個人責任

すでに前節で述べたように、ロンドン協定とそれに基づくニュルンベルク裁判が遡及法の適用であるという異議をケルゼンは退ける。

「ロンドン協定が個人の刑事責任を確立したところの国際的に非合法的な行為が道徳的に疑義ある最たるものであり、これらの行為を犯した個人がその非道徳性を意識していたのは確かであるから、彼らに適用される法の遡及性が正義とは絶対に適合しえないと考えるのは難しい。正義はこれらの者たちを処罰することを求める、実定法の下では遡及効により処罰可能にされた行為を彼らが犯した時点で処罰できなかつたという事実にもかかわらずである。正義の二つの要請が互いに衝突している場合には、高次のそれが優位に立つ。そして第二次世界大戦の国際的犯罪に道徳的責任をもつ者たちを処罰することは事後法 (ex post facto laws) を禁ずるといふかなり相対的なルール (rather relative rule)、多くの例外に開かれているルールを遵守するよりも重要だと考えてもよいのは確かだろう」。

だが残念ながらロンドン協定は国際法上の個人責任の確定というこの点で不徹底である。

「ロンドン協定は国際軍事法廷に『集団ないし組織』を犯罪者として宣告する権限を認め、署名国の権限ある国家机关 (national authority) に『その構成員であった廉で個人を自国の裁判所、軍事裁判所あるいは占領裁判所で審理する権利』を与えたのである。これは、ある個人が刑事的制裁に、彼自身の行動によって犯罪を犯したからではなく、

有罪と宣告された組織に所属していたがゆえに刑事的制裁を科されるということを意味している。これは集団的な刑事責任を意味している」。

刑事責任は本来個人的なものであり、まずは個人の責任が問われるとするならば、いかにして「集団的な刑事責任」は可能となるのか？ ジャクソン検事は述べている。「法廷はどのような有罪宣告は、無辜の個人が処罰されないことが保証されているという限りにおいてはなされるべきである」。したがって「次のようなものは除外されるねばならない。この組織の犯罪的意図や行為を知らなかった者、国家によってメンバーに選抜された者は、憲章第六条で犯罪と宣言された行為の実行に組織のメンバーとしてその個人が関与していない場合にはである。構成員であることだけではこの宣言の範囲に入れるに足りない」。しかしながら、これらの原則はロンドン協定では明確な定めがなされていない。したがってロンドン協定で定められた犯罪組織の構成員の刑事責任を裁く際にはこの原則は法的拘束力をもたない。そしてロンドン協定それ自体の集合的刑事責任についての規定は、同じ協定が確立した「平和に対する罪」という進歩とは明白に矛盾しているのである（*The Judgement in the Nuremberg Trial*, pp.165-167）。

#### (5) 国際裁判所か占領裁判権か

さらにこの個人責任の原則を国際法において実現する際には、「いかなる国家も他の国家の行為に対する管轄権を持たない」という国家主権の原則との関係の問題が残されている。

ケルゼンによれば、個人の刑事責任の原則を定めたロンドン協定が「現行国際法と一致して実行力をもちうるのはただその行為が他国の国内法廷、あるいは国際法廷の管轄権のおかれた国家の同意による」場合のみである。

占領四カ国は最後のドイツ政府の正統な後継者としてその主権を共同で継承し、その主権的権限は四カ国の代表で

構成される管理理事会を通じて行使される。したがって管理理事会はドイツ人あるいは中立国から構成された法廷を任命するか、あるいはロンドン協定に基づく国際軍事法廷と同様の方法で組織することができたし、その際に設立された法廷で適用される法を制定することもできたはずである。

しかしながら、国際軍事法廷で裁きの対象となるのはドイツの戦争犯罪人であったにもかかわらず、そうした方法は選択されなかった。法廷はドイツの主権の継承者による「国内法廷ないし半国内（共同統治の）法廷」としてではなく、国際法に基づく国際法廷として設立されたのである。

すなわち、一九四五年のロンドン協定はドイツの戦争犯罪人のみならず「ヨーロッパ枢軸の戦争犯罪人の訴追のために」締結され、そこでは四カ国の主権的な共同統治の下におかれたドイツの戦争犯罪人と、署名国がそうした主権的な権限をもたない他の枢軸国の戦争犯罪人とが一括されているのである。

「協定は四大占領国だけでなく多くの他の連合国（United Nations）、協定第五条でそれに加わることを要請された諸国によっても締結された国際条約である。法廷は明示的に『国際』軍事法廷と称しており、その構成員はドイツの管理理事会によって任命されるのではなく、合衆国、大ブリテン、フランス、ソ連政府によって任命され、同意がこの協定に加わる国によって与えられた。署名四カ国は協定の前文で、彼らは——従前のドイツの領土の主権者としてではなく——『すべての連合諸国の利益において』行動すると宣言している」（The Judgement in the Nuremberg Trial, p.168）。

ロンドン協定は戦争犯罪人の法廷を国際法を基盤として設置して、またその目的のために新たな国際法を創出する明白な意図をもっていたのであった。だがそうした「新たな国際法の創設——少なくとも平和に対する罪の個人責任に関して——はヨーロッパの枢軸国の同意があつてはじめて合法的に可能となる」。少なくともこれまでの国際法に従

うならば、不法な戦争行為を遂行した個人の刑事責任という新たな法的基準に基づく新たな国際法廷の設立は、被告人の關係国の同意に基づかねばならない。かくしてケルゼンはいう。

「判決の權威を實質的に損なっているのは、個人の刑事責任の原則は戦争を禁ずる国際法のルールの侵害については法の一般原則として確立されておらず、戦勝国が敗戦国に課するルールとしてのみ適用可能だということである。このことがとりわけ明白になるのは、ロンドン協定でヨーロッパ枢軸の戦争犯罪人の処罰のために確定された原則は国際連合憲章に導入されなかったという事実である。国際連合憲章は将来の国際法の基礎となると想定されるものはあるけれども、なお国家の集合的責任、憲章の侵害のような責任のみを規定していて、責任ある国家に責を負わせることはできるけれども、行為者個人に責を帰することはできないのである」<sup>13</sup>。

ロンドン協定が定めた個人責任の原則は戦勝国が敗戦国に対して有する——敗戦国の主権を一時的に担うかたちで行使用する——占領権力の一環としてのみ適用可能であり、国際法廷に適用される国際法の一般原則としては成立していない。敗戦国の代表も、中立国の代表も判事席から排除されたニュルンベルクの法廷はそのような意味での国際法廷としての要件を満たしていない。さらにこの国際軍事法廷には、「汝もまた」という問題がなお残されている。

「代表としてニュルンベルク裁判の判事や検察官を構成しているこれらの国々の中には、ポーランドに対する戦争に打って出てその戦利品をドイツと分け合ったものが含まれている。ポーランドとの戦争は法廷によって、ロンドン協定にしたがって、不可侵協定（non-aggression pact）を侵害したがゆえに平和に対する罪であると宣告されたのである。これに加えて、この国家は、なお現存する不可侵協定を侵害して日本に対する戦争に訴えることで同じ『犯罪』を犯したのである。もしニュルンベルク裁判に適用された原則が先例となるべきであるならば——司法的先例と言うよりは立法的それとして——、その場合には、次の戦争の後には、戦勝国の諸政府は敗戦国の政府のメンバーを一方

的 (unilaterally) かつ前者により遡及力をともなう犯罪を犯したとして裁きにかけるようとするだろう。望むらくはそのような先例にならないことを」。

「平和に対する罪」を裁きの対象とする限りにおいて、不可侵条約を侵犯したソビエト連邦が裁く側に加わった法廷は、やはり「勝者の裁き」であるとの非難を免れることはできない。その意味でもニュルンベルクの法廷は先例とされるべきではないとケルゼンはいうのである (The Judgement in the Nuremberg Trial, pp.170-171)。

このようにケルゼンは、国際法上の違法な戦争遂行に対する個人の刑事責任の原則を提示したロンドン協定とそれに基づくニュルンベルクの国際軍事裁判の意義を高く評価しつつも、個人責任と集団的責任の問題、さらに法廷それ自体の性格づけにおいてなお不明確な点が残されていると見ていた。ニュルンベルクの国際軍事法廷には、占領四カ国の共同統治とその主権の権限による軍事法廷という性格と、新たな国際法に基づく国際法廷との性格とが混在している。個人責任を問う国際法がいまだ十分に確立されていない以上、四カ国の共同統治による——一時的ではあれ継承された——主権による裁きこそがナチス・ドイツの戦争犯罪を処罰するにふさわしいというのがケルゼンの立場であった。

ケルゼンのニュルンベルク裁判批判は、ナチス・ドイツの明白な不正を戦争犯罪として裁くという立場からするものであるだけに問題の所在を明確に浮かび上がらせるものであったということができるだろう。

註

(8) その場合に占領国の国民は占領国家の「市民」ではなく「臣民」となる。もとよりその権限の範囲は占領国家に依存するし、また外交上は占領国の保護下におかれることになる (The Legal Status of Germany, p.523)。

(9) これに先立ち論説 Current note The International Legal Status of Germany to be Established Immediately Upon Termination of War. *American Journal of International Law*, vol.38, Oct.1944, pp.689-694 でケルゼンは交戦中の占領とコンドミニウムとを区別して、四大国による共同

統治の利点を以下のように整理している。

- 1 国際法的にはドイツの政治的再組織と領土についての必要な変更（オーストリアとの分離を含む）の障害がなくなる。ドイツ將校による国家行為となされた戦争犯罪の裁判はドイツの国民政府の同意の下でなされるだろう。
  - 2 休戦や講和条約を国民政府と結ぶ必要がなくなる。
  - 3 サボタージュでできるような国民政府は存在しない。
  - 4 占領権力の命令によってなされた措置の法的・政治的責任が、その統制下におかれた傀儡政府によってではなく実際に権力を保有しているものによって担われる。
  - 5 後に形成される新たな民主的ドイツ政府はドイツの敗戦によってつくり出された政治状況についての責任をとらずにすむ。この点は第一次大戦の教訓に照らして重要である。
  - 6 ナチス・ドイツと新たな民主的ドイツとの間に法的継続性はなくなる。
  - 7 共同統治を行使する大国のいずれか一国による一方的な領土の処分は不可能になる。
- (10) ここでケルゼンは——この点は後に紹介するシュミットと同様なのであるが——「平和に対する罪」に論点を絞っている。「ロンドン協定はまた他の犯罪についても個人の刑事責任を確立している、協定の定義によれば『戦争犯罪』あるいは『人道に対する罪』のような犯罪についても。だがニュルンベルク裁判の先例的性格についてはここでは『平和に対する罪』に関してだけ議論される。というのも問題が最重要となるのはまさにこの観点だからである」(ibid.p.155)。
- (11) このドクトリンは J.W.Garner, *International Law and the World War* (1930), Vol. II, p.472 で提示されている。ガーナーが従っているのは Renault, "De l'application du droit pénal aux faits de guerre", *Revue Generale de Droit International Public* (1918), Vol.25, p.10. Cf. *my Peace Through Law*, Chapel Hill (1944), pp.91 ff.
- (12) 常設国際司法裁判所は一九二二年設立された国際連盟の国際司法機関、国際司法裁判所は一九四六年に設立された国際連合の司法機関。
- (13) 「ロンドン協定に定められた原則を憲章に挿入するためには、憲章の修正が必要となる。一九四六年十二月十一日の総会で採択された決議はそのような修正と同等のものではない」とケルゼンは註記している。

### III カール・シュミットのニュルンベルク裁判批判

連合国による主権の継承と共同統治のもとでこそナチスの戦争犯罪人の徹底的な処罰は可能となるというケルゼンのような立場は、ニュルンベルク裁判をめぐる討論におけるキュスターの副報告に見られたようにドイツ国内にも一定の共鳴者が存在した。だがそうした立場はシュミットにとつてはドイツの存在を根底から否定するものであった。『グロサリウム』一九四八年六月二日の記述にはこう書かれている。

「ドイツは国際法的に無であるが、現実には無以外の何ものでもなく、連合国によつてはじめて無から (*ex nihilo*) まったく別のドイツは創り出されるのだが、この無 (*das nichts*) はそれ以前「のドイツ」ともまったく関係がない、ということを証明しようとするケルゼンの理由付け (*Raisonnement*) —— 法律的な絶滅手段を熱心に行おうとする者たちのこうした光景は、私にはヒエロニムス・ボツシユの地獄に描かれている小さな幫助者たち (*die kleinen Gehilfen*) を思ひ起しておこしせる<sup>14</sup>」。

無条件降伏による政府の解体と軍事裁判所による戦争犯罪人の処罰を通じてそれ以前のドイツとは断絶したまったく新しい存在に生まれ変わらねばならない、とするケルゼンの立場は、いわばドイツそのものを殲滅しようとするものである。そうした法律的な「絶滅手段」に対抗してドイツを守ること。<sup>15</sup>これが鑑定書の背後にあるシュミットの秘かな目標であった。

#### 1 二種類のあらたな戦争犯罪——「人道の罪」と「平和に対する罪」

すでに述べたように一九四五年八月八日のロンドン協定では 1 旧来からの戦争法の違反としての「戦争犯罪」、2



「人道に対する罪」、3「平和に対する罪」の三種類の戦争犯罪の類型を定めていた。シュミットがここで主として扱うのは——ケルゼンと同じく——第三の「平和に対する罪」の類型である。

ロンドン協定Ⅱニュルンベルク法廷が新たに設定した二つの戦争犯罪の類型のうち前者、「人道に対する罪」についてシュミットはまず次のように論じている。<sup>16)</sup>

「それは特有の意味での残虐行為 (atrocities) であり、無防備の人間を犠牲者とする計画的な殺人や非人間的な残虐さである。それらは軍事的行為ではないが、一九三九年から始まる戦争と一定の関連がある、というのも戦争の準備過程ならびに戦争の経過の中でこれらの犯罪は犯されたのであり、一九三九年からの世界大戦で頂点に達する特有の非人間的なメンタリティーを特徴的に表現するものだからである。この悪行の野獣のごとき粗暴さ残酷さは正常な人間の理解を超えるものである。それは言葉の完全な意味での「許し難い犯罪 (scelus infaustum)」の構成要素であり現象である。それは従来の国際法と刑法のあらゆる枠を打ち破るものである。そのような犯罪を犯したものは法の外に置かれて無法者 (outlaw) とされることよって完全に追放されることになる。上司の命令はこのような悪行を正当化したり免責する理由にはならない。せいぜいのところ特定の事情において命令を受けた行為者がやむをえぬ緊急事態におかれていたのか、したがってそれが免責の事由になるかが問題になりうるだけである」(Angriffskrieges, S.16, 訳五頁)。

この意味での特有な残虐行為は、いわゆる「自然犯 (malum in se)」と見なされるべきものである。すなわち「普通の人間のもつ健全な法感情からすれば常に変わることなく犯罪である」ものが、あらためて人道を逸脱した犯罪として明示されたものであるにすぎない。こうした「自然犯」は実定法によってはじめて「犯罪」とされる「法定犯」とは異なり、既存の法の犯罪構成要件への適合、犯罪的意図の論証を必要としない。したがって「法律なければ犯罪も

刑罰もなし」の原則はここではもはや問題とはならないとシユミットは言うのである。<sup>(17)</sup>

もとよりナチスの行った数々の残虐行為が人間の自然の法感情からみて自明の犯罪であり、だからこそ遡及法の禁止はここでは問題にならないというのはケルゼンやキユスターの議論でもあった。問題は、そうした「人道に対する罪」を新たな「戦争犯罪」の類型として構成すること、そして「人道に対する罪」の争点を、今一つの新たな類型である「平和に対する犯罪」と結びつけることにある。いかえればナチスの残虐な犯罪の自然犯としての自明性が、厳密な法的条件や手続きの無視や安易な改変につながることは避けねばならない。<sup>(18)</sup> そうした——まさにケルゼンとは正反対の——理由から、シユミットは第三の戦争犯罪の類型としての「平和に対する罪」に論述の焦点を絞るのである。

## 2 戦争違法化の試み

### (1) ヴェルサイユ条約

不正な戦争、侵略戦争を国際法上の犯罪として処罰するという構想の最も重要な萌芽は最初の世界戦争の後のドイツ皇帝ヴェルム二世の訴追であった。

ヴェルサイユ条約第二二七条は前ドイツ皇帝ウイヘルム二世を「国際道徳および条約の神聖性に対する重大な侵害」を犯したとして、「国際政策の最高動機に従って (by the highest motives of international policy)」裁くことを定めていた。裁判は(主要)五カ国から任命された裁判官により行われることが想定されていた。従来の国際法は国家を主体としており、一国家の国家元首に対する裁判権を認めていなかった。したがって新規の犯罪の構成要件も不明確であり、裁判の準則としては「道徳」と「政策」を基準として引き合いに出し、もっぱら皇帝個人に対する刑事処罰を結論として先行させるこのような規定は、「法律なければ犯罪も刑罰もなし」の原則からも、また特定個人を指名す

る例外法という点でもあまりに問題を含んでいた。皇帝が亡命していた中立国オランダは英国・フランス両国の引き渡し要求を拒否し、英・仏政府もそれ以上にこれを追求ことはできなかった。こうして第二七条に含まれていた「あらたな戦争犯罪」の萌芽は、ヨーロッパにおいては定着しないばかりか、むしろ「反対方向の先例」として受けとめられることになったのである（*Angrißskrieges, S.25-26, 訳一八頁*）。

アメリカはこの条項に対してやや異なる態度をとっていた。第二七条ならびに従来の戦争犯罪を扱った第二二八条を検討した「戦争責任委員会」の場で、国務長官ランシングをはじめとするアメリカ側委員は通常の「交戦法規に對する違反」と「人道的な犯罪」とを明確に区別して、第二二八条で後者の問題を扱うことを拒否した。だが他方でアメリカ側委員は第二二七条においては、「人道に反する道徳的意味での犯罪としての侵略戦争」の罪について国家元首の処罰を要求したのである。この点で彼らは明らかに従来の国際法上の見解からの逸脱を意図していた。ただし、アメリカ合衆国はみずからの決定において、最終的にこれを受け容れることはなかった。合衆国はヴェルサイユ条約を批准せず、一九二一年八月二五日にドイツと単独講和を締結したが、ヴェルサイユ条約からの繼承を明示した条項では第二二七条ならびに第二二八条を含む部分は排除された。アメリカ政府はドイツとの講和において戦争責任をめぐる条項は意図的にその対象としなかったのである（*Angrißskrieges, S.26-28, 訳一九—二二頁*）。

なおヴェルサイユ条約の今ひとつの「戦争責任条項」といわれる第二三二条についてもシュミットは言及している。この条項は賠償問題を扱うものであり、戦勝国の財政的・経済的要求の根拠を旧来の戦費補償から損害賠償請求権へと転換しようとしたものだが、その際には、中欧列強が「不正な戦争」を起こしたことに賠償請求の根拠を求めめるのか、あるいは一九一八年一月五日の「ランシング・ノート」の受諾を根拠とするのか、いくつかの論拠がありえた。なるほど侵略戦争の非難は賠償の範囲を——ベルギーなどの中立侵犯と非戦闘員への損害に限定するのでなく——拡

大することに寄与したが、侵略戦争が刑法上の国際犯罪となったことを意味するものではない (*Angriffskrieges*, S.29, 訳二二—二三頁)。

さらにこの「戦争責任条項」での戦争概念についても議論の余地がある。条約をめぐる審議過程で第二三一条成立のきっかけを与えたと言われるアメリカ代表ダレスは「戦争それ自体は現行国際法によれば非合法ではない」と明言していた<sup>19</sup>。大統領ウィルソン自身は「不正な戦争」としての侵略戦争とこれに対する「正当な戦争」としての防衛戦争とを区別するいわゆる「正戦論」の立場をとっていたが、講和会議と条約に表現されているところの「法的な結論」は明確なものではない。たしかにランシング・ノートには「侵略」という言葉が挿入されている<sup>20</sup>。だがそこで問題とされていたのは経済的・財政的な賠償支払いであって、刑事法上の意味での犯罪の設定ではなかった。総じてヴェルサイユ条約では「侵略戦争」というあらたな国際法上の犯罪の創出については一致は見られなかった。もしそうした新たな戦争概念と国際法条の犯罪の創出が意図されていたならば、国際連盟規約にそれが盛り込まれねばならなかったはずである。しかしながらそうはならなかった。先に述べたようにアメリカ合衆国はこれを批准せずにヨーロッパの政治問題から撤退して、戦争をめぐる刑事責任の問題を意図的に回避した講和をドイツと締結した。これはヨーロッパの法意識にとって決定的であったとシュミットはいうのである (*Angriffskrieges*, S.29-31, 訳二二—二六頁)。

(2) ジュネーブ議定書

一九一九年の国際連盟規約は戦争防止のための規定(第一〇—一七条)を含んでいた。紛争解決に際してこの規約に従わずに戦争に訴えるものは平和破壊者として金融、経済、軍事的制裁が加えられる(第一六条)。ただし戦争そのものの刑罰化は、国家の主権平等の前提が強力であったために、ここでは問題にならなかった。「侵略戦争が国際

犯罪である」という命題がはじめてヨーロッパで公けに表明されたのは一九二四年一〇月二日のジュネーブ議定書においてである。

ジュネーブ議定書の思想的発案者をシュミットは、コロンビア大学教授でパリ講和会議の合衆国派遣団の一員でもあったシヨットウエル（James J. Shotwell）と見ている。アメリカ合衆国は国際連盟には加盟していなかったが、シヨットウエルを中心とするアメリカ側私設委員会が作成した草案は公式文書として回覧され、議定書に決定的な影響を及ぼしたと言われている。この草案は「防衛以外の目的で行われる戦争」を「国際犯罪」として規定するというかたちで、「侵略戦争の違法化（Outlawry of Aggressive War）」へと一歩を踏み出したのである（*Angrißskrieges*, S.34. 訳二九—三〇頁）。

ただし議定書に定められた制裁は刑法上のものでなくもっぱら経済的な性質なものにとどまっていた。議定書は侵略戦争を「犯罪」と宣言したが、これに対する「制裁」として国家を対象とした経済的、金融的、軍事的措置を想定しているという点では、なお国家主権を尊重している。そこでは国際犯罪の行為者は「国家」であり、戦争の特定首謀者に対する刑罰は意図されていない。しかも第一五条二項では制裁対象国の政治的独立や領土には手を触れるものではないことが明記されている（*Angrißskrieges*, S.34-35. 訳二〇頁）。

しかしながらこうした「戦争の違法化」の試みには、新たな国際犯罪としての「侵略戦争」の構成要件を如何に定めるかという点で決定的な問題を抱えることになる。最初に相手に対して攻撃を加えたもの、領土への侵入を行ったものが全体としての戦争を引き起こしたものと同一とは限らない。その意味において、「攻撃」（*Angriff*）と「侵略戦争」（*Angrißkrieg*）とは区別されねばならない。さらに——不当な「攻撃」や「侵略戦争」に対する防衛や制裁手段としての戦争を認めるとするならば——戦争一般と侵略戦争との区別が必要となる。いいかえれば「攻撃」と「侵略

戦争」の定義の問題は、戦争の「正義」の問題と切り離すことができない (*Angriffskriege*, S.36-37, 訳三二—三三頁)。  
 国際連盟規約からジュネーブ議定書、さらに後述のケロッグ協定ではこの問題、つまり不正な侵略戦争と侵略者についての法律学的に有効な定義をめぐってさまざまな試みがなされてきた。例えば、最初に軍事的暴力に訴えたもの、領土を侵犯したもの、予め定められた手続きに従わずに戦争を宣言するものを「侵略者」とする等々のかたちで。特にフランスの法律家によって追求されたこうした方法は、戦争の「正当原因」、何が「正しい戦争」であるかという実質的かつ決定困難な問題を回避して、対象を「攻撃行為」に限定して暴力行為や攻撃を早急に停止させ戦争の勃発を回避することを意図していた。その際には現在の占有状態の実質的な不正を問うことなく法的に保護するという外面的・形式主義的方法が有効であるとされたのである。国際連盟規約第一〇条はそうした意味での「攻撃」からの擁護について協定するものであったし、一九二五年のロカルノ条約やその他の不可侵協定もまた「攻撃」と「戦争」とを法律学的に分離して、「攻撃」に反対する制裁や援助を条約上の義務とすることによって「戦争」そのものの勃発を回避しようとする努力に連なるものであった (*Angriffskriege*, S.37-39, 訳三三—三六頁)<sup>21</sup>。

そうした努力の特質は、攻撃・侵略と侵略者の煩瑣な定義を積み重ねることによって、最終的には「不正な戦争」の防止に役立つことを意図しているとしても、その際にはまず「戦争そのものの正義」や「正当原因」を意図的に度外視していることにある。国際紛争の平和的規制の先駆者であったロバート・セシル卿はいみじくもこう述べている。

「理事会が決すべきことは、係争においていずれの側に正当な権利があるかではなく、いずれがまずはじめに敵対行為を行ったかである。そのため条約は他国の領土を意図的に侵す国は侵略者と見なされると明記するだろう」 (*Angriffskriege*, S.39, 訳三六—三七頁。引用原文は仏語)。

しかしながらこうした法律学的方法と政治的思考方法との間にはジレンマが存在する。戦争を違法化するためには法律学的に明確な規定、形式的な構成要件が必須となるが、他方で戦争をめぐる実質的な正不正の問題、戦争責任をめぐる問題は背景に退かざるをえない。ジュネーブ議定書に対する一九二五年三月一二日のイギリス政府の反対声明はそうした問題を率直に表明するものであった。

「これらの条項に対してすでに提起されている明白な異論に加えて、これらの条項が非常に曖昧であり、純粹に防衛を意図し専ら防衛のために行われる軍事行動と、侵略的意図を隠した行動とを区別することは、紙上の定義によってはそもそも不可能であつて、無実の者を守るよりも不注意な者を危険にさらす結果を必ずやもたらさざらう（*Angriffskrieges*, S.40, 訳二八頁）。

かくしてジュネーブ議定書は流産したのであつた。それはまさしく「正当な戦争」の実質的な規定を回避して法律的形式的な「侵略」の定義を与えようとしたがゆえに流産したのである。

### (3) ケロッグ協定

シュミットにとって一九二八年八月二七日のケロッグ＝ブリアン協定は、ヨーロッパの法律的形式思考に基づくジュネーブ議定書とその失敗に対するアメリカからの反撃であつた。<sup>(22)</sup> この協定はアメリカにおいて始められた「戦争違法化運動」(outlawry-Bewegung) に思想的起源をもつ。それを定式化したといわれるボラー (William Edgar Borah) 上院議員が一九二七年一月一二日に提出した決議では、戦争の追放 (Acht und Bann) 、戦争に代わる司法的解決のための強制力を伴う国際裁判所の設置が求められている。アメリカ大統領ウィルソンがヨーロッパより退いて以来、仲裁裁判的な権威がほとんど意識の外におかれていたヨーロッパの人々にとって、国際裁判所による戦争の廃止という

構想はおよそ実現不可能なものと思われた。ヨーロッパとアメリカの世論の相違が、ジュネーブ議定書とケロッグ協定におけるアプローチの相違の背後には存在した (*Angriffskrieges*, S.42, 訳四〇頁)。

ただしケロッグ協定はアメリカ起源の戦争違法化構想そのものの実現ではない。なるほどこの協定は「戦争追放協定 (*Kriegsächtungspakt*)」と呼ばれているが、その規約には「違法化 (*outlawry*)」という文言は含まれていないのである。他方ではジュネーブ議定書が試みたような法律学的に厳密な規定は追求されていない。そこでは「攻撃」や「戦争」についての概念規定も、戦争原因についての言及もまったく与えられず、「国策手段としての戦争」が非難 (*condemn*) されているにとどまる。したがって放棄されるべき「戦争」についての解釈がただちに問題とならざるをえなう。

「ケロッグ協定の本文における『非難する』 (*to condemn*) という文言は、ヨーロッパ諸政府の法律家たちによってすぐに、署名国が服すべき正確な法的義務がどの点にあるのかという観点から考察された。それはたんに諸国が条約によって国策手段としての戦争の行使を断念するにとどまるのか、それとも完全な「禁止 (*Ächtung*)」 (*outlawry*) をその内容としていたのか? 単なる断念の場合には当然のことながら「戦争」という事態を処罰 (*Pönalisierung*) するものではない。ケロッグ協定についてのヨーロッパの支配的見解では、この協定はジュネーブの連盟規約と矛盾するものではないという留保が認められていた。すでにその理由からしてこの協定は戦争の断念であるほかなかったのである。『*Ächtung*』 (*outlawry*) という言葉は先述のようにケロッグ協定にはない。だが、たとえその言葉が用いられたとしても、ヨーロッパ大陸の法律家の思考様式にとつては、一九二四年のジュネーブ議定書における使用法と同様に、刑罰化を意味するものにはならなかっただろう。大陸ヨーロッパ的思考様式は構成要件、行為者、刑罰の威嚇と刑事裁判所についての明確な規定を要求する。それは、いかなる一般的な違法化 (*outlawry*) を知らないし、少なくとも原



始的あるいは中世的な意味での平和喪失（Friedloslegung）を知らなかった」（*Angriffskrieges*, S.44, 訳四二—四三頁）<sup>(22)</sup>。

ケロッグ協定は、不正な戦争として想定するある種の戦争を「非難」するが、戦争一般を犯罪として違法化するものではなく、ヨーロッパ諸国民の法意識にとつては、むしろそれによって「正義の戦争」を要請するものなのであった。協定それ自体が不正な戦争についての明確な定義も、具体的な制裁も、そのための組織を欠いている以上、個々具体的な戦争について、それが不正であるか否かを判定し、不当な戦争に対して対抗することは、それぞれの国家に委ねられることになる。すでにアメリカ合衆国自身が一九二八年六月二三日付の各国への通達において次のように述べていた。

「アメリカの反戦条約案は自衛のための権利を制約したり弱めたりするものではまったくなく。この権利は主権国家に固有のものであり、あらゆる条約に含まれているものである」。

さらにはケロッグ國務長官自身が一九二八年一月七日上院外交委員会で、この協定は侵略者に対する制裁行動のために合衆国がヨーロッパに出向くことを何ら義務づけるものではないことを明言しているのである。同様に多くの調印国は暗黙のまたは明示的な留保を行った。フランス、イギリス政府も同様の留保を表明していた。<sup>(24)</sup> さらにそうした各国主権による留保とは別に、ケロッグ協定を国際連盟規約の諸規定と整合させる問題も残されていた。一九三一年九月二五日の連盟決議はそのための委員会の組織を決定したが、この委員会は開催されることはなかったのである（*Angriffskrieges*, S.45-47, 訳四四—四七頁）<sup>(25)</sup>。

#### (4) 範例としての海賊行為

個人が国際的犯罪の主体となりうるかという問題に関して、アングロサクソン系の論者によって「国際犯罪」の範

例とされてきたのがいわゆる海賊行為である。大陸法において「公海上の略奪行為」はあくまでも国内的規範・審級の管轄領域の延長上に位置づけられるのに対して、イギリスでは、国内法令上の海賊行為とならんで「万民法上の海賊行為」が並置されている。これは無差別にすべての国家に敵対する文字通りの「人類の敵」(hostis generis humanis)とされる。すべての国家は彼を処罰しうるし、いかなる国家も彼を保護することはできない。海賊は国籍を剥奪されて国家の保護を受けない「無法者」(outlaw)なのである。

戦争を国際犯罪として弾劾するという発想はまさにこうした「万民法上の海賊」に端緒をもっている。新たな国際犯罪としての戦争の責任者は海賊と同様に「無法者」(outlaw)とされて、法の保護の外におかれる。海賊行為の概念が戦争犯罪に適用された典型的事例は、第一次大戦中ドイツの潜水艦作戦であった。海戦法の規則を無視して商船を撃沈したドイツ潜水艦の艦長と乗組員は他の捕虜とは区別されて特別の収容所に抑留された。一九一七年四月二日アメリカ大統領ウィルソンの演説では、ドイツの潜水艦戦は「人類に対する戦争」として非難された。一九二二年のワシントン会議の協定(批准はされなかったが)でも海戦法に違反した潜水艦の戦闘行動を海賊行為が等置されている。

しかしながらこうした海賊行為と戦争との類推には限界がある。海賊行為との類推に基づいて国際裁判所の設置が国際連盟ギリシア代表ポリテイスなどから提案されたが、ジュネーブ議定書もケロッグ協定もこれを考慮しなかった。<sup>(26)</sup>すでに述べたようにこれらの協定で焦点とされたのは「正義の戦争」と「不正な戦争」の区別であって、戦争それ自体の否定ではなかった。海賊行為の概念においては、正義の海賊と不正な海賊との区別は不可能であり、海賊行為は絶対的な悪という意味での「自然犯(malum in se)」なのである。さらに海賊行為は本質的に非政治的な性格をもっている。非政治的な動機からする盗賊、略奪者と、政治的な動機から行動する反逆者とは区別される。海賊が国際的

な犯罪であると一般的に認識されているにもかかわらず、その処罰が個々の国家の国内裁判所に委ねられてきているのも、海賊行為のそうした非政治的性格の故である。まさにそうした意味において、海賊行為は国際法上の「戦争」ではないし、海賊に対する国家の行動もまた「戦争」ではない。海賊が通常の犯罪人として刑事処罰されること、これが国際法上の「戦争」と「海賊」との相違を明確に示しているとシュミットは言うのである（*Angriffsstrafes*, S.51-54. 訳五二—五六頁）。

#### (5) 国際刑事裁判所の挫折

国際法に基づく刑事裁判所の設立についてシュミットは次のように論じている。たとえばハーグの常設国際司法裁判所に刑事部門を設置するというポリティスの提案をはじめとして、国際刑事裁判所の設立をめぐる多くの計画が提案され、また関連する膨大な文献が出されたが、今日まで実現にいたっていない。いずれにせよ国際刑事裁判所は国際法の一部となるものであり、少なくとも曖昧で議論の余地ある規範について事後法禁止の原則は刑法上認められており、当然のことながら刑事裁判所の事後的設立の禁止もこの原則に含まれる。もとよりここで問題とされているのは「国際犯罪」としての侵略戦争についてであり、非人道的行為や残虐行為についてはその限りではない。

国際連盟による侵略戦争の犯罪化と侵略者に対する制裁の試みは実際には挫折した。一九三五—三六年にイタリアのエチオピア侵攻の際に、国際連盟理事会はイタリアが連盟規約に反して不正な戦争を起こしたと認定した。これは連盟によって「侵略者」の宣告がなされて制裁が科された唯一の例であったが、イタリアが三六年五月九日エチオピアの併合を宣言すると、連盟は三六年七月四日総会決議で経済制裁を解除し、イギリスとフランスはイタリアのエチオピア併合を承認したのである。

さらにスイスの中立への復帰がこれに加わった。新たな国際秩序の失敗という確信を深めさせることになった。一九三七年にスイスは連盟の制裁には加わらず、完全な中立の立場に復帰することを宣言した。三八年五月一四日連盟理事会はこれを了承した。中立という制度が主権国家の権利としての戦争を前提とするものである限りにおいて、このことはとりもなおさず、不正な戦争を否定する新たな国際秩序の挫折を意味していた。一九三九年秋にはすべての中立国が従来の国際法の意味における中立を確認し、アメリカ合衆国もそこに含まれていたのである (*Angriffskrieges*, S.55-58, 訳五八—六一頁)。

### 3 侵略戦争と個人責任

#### (1) 侵略戦争の正犯と共犯

すでに述べてきたようにシムミットによれば、国際法上の違法行為と刑事法上の違法行為とは本質的に異なる。旧来の国際法上の違法行為がもたらすものは財政的・経済的ないし政治的・国際法的な、賠償義務、制裁、復仇、戦争であって、刑事罰、個人の刑事責任を結果しない。戦争を違法化する新たな国際秩序の推進者の側からは、こうした国家と個人の分離、国際法と国内法の厳格な分離は法律学的・技術的な構成にすぎないと考えられている。しかしながら戦争を犯罪として処罰しようとする場合には、この戦争という国際犯罪の主体、その遂行に当たって真に責任ある個人は誰であるのか、つまり新たな国際犯罪の刑法上の正犯者と共犯者をどう確定するかという問題が生じてくる。その場合には戦争という行為が政治的性格を持つ以上、侵略戦争を遂行した当該国家の国内憲法状況の勘案しなければならぬ。戦争遂行の政治的決断の責任はそれによってのみ確定できるからである。これをヒトラーのナチス体制にあてはめた場合に、ヒトラー個人が最大の正犯者となるのは当然であるとしても、その「体制」もまた責任を負わ

されねばならない。<sup>(27)</sup>

「このような体制の下では、『戦争』という国際犯罪の正犯者は、ヒトラー個人の周囲に形成されたより狭い『結託した共同体』に属する者でしかありえないというのが私の見解である。この本来の陰謀、『ギヤング』、政治・犯罪結社（association politico-criminelle）、まったく具体的な人物からなる『結託した共同体』をそのようなものとして確定して世界に示すことに成功しないならば、世界の世論や数百万人の法感情が抱いているヒトラー体制に対する刑事裁判への期待は膨大な訴訟にもかかわらず悲劇的な仕方であらうこと（失望を味わうことになるだろう）」（*Angrißskrieges*, S.65, 訳七二頁）。

ナチスの体制が通常の「政府」という言葉によって表現されるような、単独または合議的な「大臣」によって構成されている——したがって所轄部門の責任は大臣に帰することができる——のではなく、すべての政治的意思決定がヒトラーをとりまく「結託した共同体」に集中しているという「体制」の特徴をよく勘案する必要がある。こうした一党制の体制では「党」の性格と機能も多様でこれも具体的に確定せねばならない。かくしてシュミットは次のようにいう。

「戦争の事実上の結果は、民族全体と各個人の両方に影響を与える。封鎖、占領、復仇、その他の行動効果は善人と悪人、正義の者と不正義の者とを区別することなく影響を与える。戦争と敗戦の不幸は正義のものも不正義のものも区別なく襲う。これは大きな不幸だが、それ自体として法と道徳の観念を動揺せしめるものではない。だが人が人を裁くために組織する地上の刑事裁判では、正義のものと不正義のものを区別することが必要である。厳粛な形で手続きが進められるべき刑事裁判がこの決定的な点で誤るならば、それはありふれた人間的な誤りとして甘受できるような通例の裁判における間違いと異なる。そうした過誤がもたらす不正や不幸は世界的な犯罪の大きさに匹敵する

だろう、その償いのためにこそ大規模な訴訟が定められたのであるから」(Angriffskrieges, S.68, 訳七五頁)。

さらに侵略戦争という国際犯罪が国内的のみならず国際的外政的である以上、その正犯、共同正犯、共犯は国際的にも問われることになる。事実、侵略戦争犯罪化を推進してきた論者は、正当な戦争と不正な戦争とを区別し、交戦国のいづれにも加担しないという意味での中立は許されないと立場をとっていた。不正な戦争を遂行している国との交易を自国民に禁じない中立国は、侵略戦争の共犯者だということである。そうであるならば侵略国と不可侵条約を結んでいた国も国際犯罪の犯罪者ということになるだろう。一九三九年独ソ不可侵条約ならびに四〇年に経済協定、四一年に拡大経済協定を締結を侵略国ドイツと締結していたソ連の行動もそうした観点から検討されねばならないし、一九三九年に中立を宣言しているアメリカ合衆国の行動もまたしかりである (Angriffskrieges, S.69-70, 訳七七一七頁)。

(2) 国際犯罪に対する市民の責任

シュミットは最後に「政治指導者のサークルに属さず、戦時法規違反にも非人間的行為にも関与しない国民の責任」という、フリックという民間人を対象にした鑑定書の本題に一番関わる問題について論じている。すなわち、「不正義の戦争」を遂行する政府に対して兵役拒否や服従拒否の義務を市民は負うのかどうかという問題である。

平和主義で著名なドイツの国際法学者ヴェーベルクは『戦争の弾効』(Die Ächtung des Kriegs, Berlin, 1931) で、ケロッグ協定を批准した国家の国民はみな、今後侵略戦争の際に兵役拒否を義務づけられると主張した。そうした極端な立場は例外であって、国際連盟の法律家であったポリテイスがコロンビア大学で行った講義『国際法の新傾向』(Les Nouvelles Tendances de Droit International, 1926) が強調するように、個人に対して国際法上の義務を直接要求する

ことは、旧来の「世俗的伝統」政府への忠誠や服従義務と衝突するがゆえに、実践上重大な困難に直面する。

「不正な戦争」を行う国家に対する個人の抵抗を義務づけるためにあらためて注目されたのがスコラ哲学的な自然法理論であった。一九一九年のパリ講和会議において、ウィルヘルム二世に対する訴追問題に関して「正戦論」を展開していたアメリカの指導的な国際法学者ジェームズ・ブラウン・スコットはビトリアやスアレスなどの一六世紀スコラ的自然法理論を新たな国際法の先駆者として称揚していたのである。こうしたスコラ哲学的自然法に基づく「正戦論」について、シュミットは次のように述べている。

「かのスコラ哲学的神学者たちは一般的にいつて、なお依然として中世的に組織された封建法・身分法的な共同体で立憲的な抵抗権を伴うそれを前提しているか、あるいは一六世紀、一七世紀の宗教的内戦状態を前提としている。明白に不正な戦争に対して個人は（ただし多くの場合に身分的な拘束の下にある個人が想定されているのだが）抵抗権と服従を拒否する権利ならびにそれに応じた義務をもつことを彼らは承認する。このような理論が今日引用される場合には、状況と社会組織が根本的に変化していることを無視してはならない。これらのスコラ学者たちは彼らの教会の確固たる精神的秩序（ordo spirituel）に立脚して、教会の精神的権力（spirituell potestas）という承認された権威を前提として議論しているのである。服従を拒否する個人は彼らの教会、つまり自己の聴罪司祭と教会の権威に確固とした超自然的拠り所をもっているのである。個人は空虚な空間にあつて己の個人主義的な判断に指示されるのではなく、明確な制度によって指示されるのであり、自己の良心に関しても聴罪司祭に代表される確実な内的法廷（forum internum）をめぐらさるゝのである」。

一六世紀のスコラ哲学的神学者はなお当時存在していた教会（教皇）の精神的権力を拠り所として、世俗権力の服従義務に対する拒否権を認めていたのであった。問題は今日それに取って代わるような拠り所があるかである。国家

の服従義務を拒否する個人を保護しうるような確固として国際的制度が存在しないならば、不正な戦争に対する抵抗の義務を市民に要求することはできない、とシュミットは言うのである (*Angriffskrieges*, S.72-73; 訳八一—八二頁)。

国際連盟はそうした制度への発展を遂げることができなかった。第一次大戦後当初ウィルソンのヨーロッパへの登場によって与えられた国際連盟への権威は、アメリカの撤退によって失われた。ハーグの国際司法裁判所は「戦争」の問題に関して権限をもたなかった。一九一九—一九一九年のこうした状況は中世キリスト教会の「精神的秩序」と比較するにはほど遠いものであることを示している。三九年の戦争勃発の際には、アメリカ合衆国政府も含めた多くの諸国が中立を宣言することによって、正義の戦争と不正義の戦争の区別に立つ新たな国際秩序を支持しないことを表明したのである (*Angriffskrieges*, S.73-74; 訳八一—八三頁)。

したがって戦争の問題について国家に対する個人の抵抗権には明確な限界が存在するとシュミットは結論する。特定の政治的範囲に属さない国民、特に——鑑定書の対象となっているフリックのような——経済人にとっては、戦争の正・不正についての判断を自国政府に委ねなければならなかった。自己の所属する国家が不正な戦争を企てた場合に、国家への忠誠義務と——あらたな国際的義務としての——不正な戦争に対する反対する義務の間に葛藤が存在する場合、抛り所となるような整備された国際的制度がない以上、内戦を企てるかあるいは殉教を決意するしか選択肢は残されていない。不正な戦争に抵抗を試みる者が保護される十分な保障がなければ、そうした不服従と抵抗の義務を彼に求めることはできない。有効な保護の存在しないところ、義務もまた存在しない。まさに自然法の理論が主張するところの「保護と服従の相互関係」がこゝには妥当する、と (*Angriffskrieges*, S.78-79; 訳八八—八九頁)<sup>(28)</sup>。

そのような意味において侵略戦争を「平和に対する犯罪」として処罰しようとするニュルンベルク裁判の試みは、第一次世界大戦後になる戦争違法化運動、新たな「正戦論」の終着点を示すものであった。ピトリアやスアレスに代



表される一六世紀スコラ的自然法の「正戦論」を再興することによって戦争違法化のあらたな国際法を作り出そうとするそうした潮流は、シュミットにとつては、宗教内戦の熾烈な経験を経て形成される「ヨーロッパ公法」とその成果を崩壊させるものでしかなかった。かくして中世キリスト教的共同体を基礎としながら形成されるヨーロッパ公法と、第一次世界大戦後の戦争違法化論によるその解体について検討すること。これが『大地のノモス』におけるシュミットの課題となったのである。

#### 4 ふたたび「人道の罪」について

すでに紹介したように、シュミットはこの鑑定書の主題をニュルンベルクの法廷（その基礎となったロンドン協定）が提起した三つの戦争犯罪類型のうち、戦争法規違反という意味での本来の「戦争犯罪」でも、「人道に対する犯罪」でもなく、まさに戦争違法化論が追求してきた「平和に対する犯罪」の類型に定めていたのであった。もとより「平和に対する犯罪」とは区別された「人道に対する犯罪」をシュミットが否定したり軽んじていたというわけではない。大戦前から大戦中にナチス・ドイツによって行われた特別の意味での「残虐行為（atrocities）」は「自然犯（*malum in se*）」として処罰されるべきであるとして次のように述べていた。

「このような犯罪に直面して『法律なければ犯罪も刑罰もなし』という異議を申し立てたり、これまでの実定的な刑法規定を引用しようとする者は、憂慮すべき立場へと自らを追いやることになるだろう。このような残虐行為の特別な非人間性が、実定法の既存の構成要件で把握されない時には、『なぜあなたは父親殺しを特別な違法行為として刑法に取り入れれないのか』と問われた際に与えた答えて説明できる。その有名な立法者は答えた、『このような恐ろしい犯罪に絶対に言及してはならないし、その可能性も述べてはならない』と」(Angriffskräftiges, S.23. 訳一五頁)<sup>(26)</sup>

かかる犯罪を犯した者はいわば自らを「法の外」におくものであって、その犯罪性は明白かつ重大であるから、「法律なければ刑罰なし」という遡及法の禁止の原則はもちろん、一切の実定的規範を考慮することなく処罰しうるし、また処罰されねばならないというのである。鑑定書末尾につけた英文覚書でシュミットはあらためてヒトラーとその共犯者たちのそうした「許しがたい犯罪」の処罰についてこう論じている。

「いうまでもなく——この第二次世界大戦の終わりに——人類は、ヒトラーとその共犯者たちの『許しがたい犯罪 (scelus infandum)』に有罪判決を下すことを余儀なくされている。この判決は、その形式においては莊重に、その効果においては強烈でなければならない。一八一五年のナポレオンの敗北後に、ヨーロッパの政府はナポレオンを非難するための莊重かつ効果的な形式を発見した。ヒトラーの犯罪はナポレオンのそれを凌駕しているのだから、ナチズムに対する今日の非難はそれだけ一層厳しく印象的でなければならない。／その上、ヒトラーの『許しがたい犯罪』および特にSSとゲシュタポの極悪非道の残虐行為は、通常の実定法の規則や範疇によつては本質的に分類不可能である。旧来の国内刑法や憲法の助力をもつてしても、現在の国際法、ヨーロッパ公法 (Jus publicum Europaeum) すなわち一六世紀から一九世紀にいたるヨーロッパのキリスト教主権者の間の関係に起源をもつところの国際法の助けを借りても分類することは不可能である」(Angriffskrieges, S.80-81, 訳九二頁)。

ヒトラーとSSの固有の犯罪については、旧来の国内法ならびに国際法のいかなる範疇によつてもこれを分類し裁くことはできない。いわばヨーロッパ公法の「法外」のものとしてしかるべくその処罰は——ナポレオンに対する処罰と同様に「印象的」に——なされねばならないというのである。<sup>30)</sup>しかし、他方ではまさにヒトラーとSSのような組織的犯罪の「異常さ」は、誰の目にも明白であるがゆえにこそ、今ひとつの問題、すなわち「平和に対する罪」というかたちでニュルンベルクの法廷が提起した侵略戦争の問題とは区別されねばならなかったのである。覚書は次の

ように結ばれている。

「許しがたい犯罪」は決して「国際犯罪の問題の際の」先例になつてはならない。刑法に属する「罪 (crime)」のような述語は、正犯者と共犯者、幫助、共犯、隠匿などの刑法上の他の述語を使用することに繋がりが、それらの述語が一九三九年九月のポーランド分割などの外交政策の行動に適用することは、前代未聞の帰結をもたらす問題を孕んでいるのである」(Angriffskrieges, S.81, 訳九三頁)。

註

(14) *Glossarium*, S.163ケルゼンの殲滅の法学にはある種の「ユダヤ性」が潜んでいるとシュミットは見ていたように思われる。引用本文の一文後にはこう述べられている。「一七世紀にはスピノザが蜘蛛と蠅の殲滅戦を大いに喜んで眺めた。これは彼にとつて思考の唯一の休養であった」。

(15) シュミットにとつて連邦共和国の設立とボン基本法の制定は、この課題をひとまず達成するものであった。変名で出した論説「ドイツ連邦共和国の基本法」(Dr. Hausstein, Bielefeld[Carl Schmitt], *Der Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland*, Eisenbahnerzeitung, Fachzeitschrift für Unterricht und Ausbildung, Ausgabe B / Betrieb, Verkehr, Bahnunterhaltung, Verwaltung, Aml.zugehassen von der Hauptverwaltung der Deutschen Bundesbahn, 2.Jahrgang (1949), Heft 9A (Allgemeine Bedeutung des Grundgesetzes), Heft11A (2) Die Grundrechte--Art.1-19), Heft12A (3) Der Bund und die Länder, 3.Jahrgang (1950), Heft 1A (4) Die obersten Organe der Bundesrepublik), Heft3A (5) Bundesgesetzgebung), Heft5A (6) Rechtspflege), in: Klaus Hansen, Hans Lietzmann (Herg.) *Carl Schmitt und die Liberalismuskritik*, Opladen: Leske u. Budrich, 1988, S.175-194)でシュミットは述べている。「多くの文筆家が主張する見解、ドイツは一九四五の崩壊によつて完全に破壊されたという見解は貫徹されなかった。今日認められていることは、確かにドイツの国家権力は一九四五の経緯によつてまったく変わってしまったけれども、破壊しつくされたわけではないということである。ドイツは国家として存続している。連合国はドイツの領土の占領を維持している。だが彼らは自国にその領土を編入してもいいなし、他の国家に編入させてもいいない。連合国はドイツを併合してはいないのである。／しかしながら統一的なドイツの国家権力は一九四五年五月八日の無条件降伏以来停止した。占領諸国は連合国管理理事会を通じて、また個別の占領区域の軍政を通じてドイツの国土の上の最高権限 (höchste Autorität (supreme authority)) を行使する。……存続するべきドイツ国家には独自の国家機関が欠けているのである。とりわけそこにはいかなるドイツ政府も存在しない。そこにあ

るのはラントと区域の行政共同体への集合 (Zusammenfassung) であるが、立法、統治、行政そして司法における統一なドイツの国家性の確認が欠けているのである。／すべてのドイツ国家性の停止というこの状態は四年間続いていた。いまやボンでの基本法評議会が、一九四八年九月一日に開会して、一九四九年五月八日にドイツ連邦共和国の基本法を採択して、この基本法は西部三区域の占領国からドイツの諸邦に対して受け容れ (批准) が許可され、これらの諸邦がそれを受け容れたのである。…／ボン基本法の重大な意義は次の点にある、すなわち四年間の停止の後に、再び行動可能なドイツの国家権力が成立したこと、それは占領国のみが掌握しているわけではないし、たんなるラントの権力の総計でもないのである。これは疑いなくノーマルで、行動能力ある統一的なドイツの共同体の再建への重要な一歩である」(S.176)。

- (16) シュミットがこの鑑定書を作成したのは一九四五年六月の半ばあるいは終わりであったと編者クヴァーリチュは推定している (Angriffskrieges, S.128, 訳一五一頁)。そのためか八月八日のロンドン協定で明示される「人道に対する罪」という用語をシュミットは(11)では用いていない。

- (17) Angriffskrieges, S.21-23, 訳二二―二五頁。ここでさしあたり主張されているのは、ユダヤ人の殲滅を典型とするナチスの残虐行為は「法的」には「自然犯」として扱うべきである——その限りでは何ら「新たな犯罪カテゴリー」を定立する必要はない——ということであり、ナチスの非道な残虐行為がそれ自身が通常の意味で人間の犯罪的行為の枠内に収まりきるものなのかどうかとはさしあたり別である。ナチスのユダヤ人殲滅などの一連の行動が、その体制の特異な性格からもたらされるものではないかという問題は別に存在する——他方でこの問題は、ナチスの「犯罪」が歴史的に特異なものであるとすることは、ナチスの「犯罪」を——ということはその被害者ということでもあるのだが——を歴史的にあるいはその他の意味で特権的地位におくことになるのではないか、という問題とも連なっている。シュミット自身はナチスの「犯罪」を「近代性」のもたらす極限的な帰結の一つであると見ている——同時にそれはある種の「ユダヤ性」と関連すると見ている——ように思われるが、この点については別に検討を要する。

- (18) グレーヴェも「人道の罪」それ自体は旧来の軍事裁判所の権限で処罰しうるものであり、新たな「戦争犯罪」の類型を設置する特段の理由はないと見ている点で、基本的にはシュミットの立場と同じである。

- (19) したがってダレスの意図は、法的責任よりも政治的・道徳的責任の表明の方にあった。

- (20) 前掲拙著『ヴェルサイユ条約』参照。

- (21) そうした意味で国際連盟規約はヴェルサイユ条約によって定められた領土変更を「status quo」として維持することを本質としてい

るとシュミットはすでに一九二〇年代に批判していた。Schmitt, *Der Kernfrage des Völkerbund*, in: Günter Maschke (Hrsg.), *Frieden oder Pazifismus? Arbeiten zum Völkerrecht und zur internationalen Politik 1924-1978*, Duncker und Humbröt / Berlin, 2005, S.100. 拙著『ロカルノ条約——シュトレーゼマンとヨーロッパの再建』中央公論新社、二〇一二年、第一〇章を参照。

こうした文脈に鑑みれば、「Angriffskrieg」の訳語は「攻撃戦争」よりも「侵略戦争」の方が適当であろう。最初の「攻撃 (Angriff)」という形式的要件で「侵略戦争 (Angriffskrieg)」の法的・形式的規定を——「戦争の正義」「正当原因」に立ち入らずに一見ニュートラルなかたちで——果たそうとするのは主にフランスなどのヨーロッパの法的思考だった。もとよりそうした法的思考とその意義をシュミットは高く評価しつつも、「正当原因」に触れずにそうした「侵略戦争」の規定はできないし、それは結局「侵略戦争 (war of aggression)」の aggression にそもそも含まれている「不正、不当な攻撃」の意味を形式化、隠蔽するものだというのがシュミットの立場だからである。英仏語では aggression と技術的な attack, атаque との区別が可能となるために——Angriff が両方を包括するドイツ語よりも——法律学的な事態が明確になるという指摘を見よ (S.37, 訳三三頁)。逆に言えば、独語の場合に Angriff, Angriffskrieg は文脈に分けて「攻撃」「侵略戦争」と訳し分ける必要があることを意味する。いずれにせよ「Angriffskrieg」を何らかの価値的・道義的な非難から切り離された「中立的」技術的概念として理解して、そうした中立的観念としての「攻撃戦争」を擁護するというのはシュミットの立場ではない。その点で訳書三二八―三二九頁で示されている「攻撃戦争」選択の理由はいささかそぐわない。

なお付言すれば、わが国で「侵略戦争」の訳語に反対する議論は、すでにシュミットが指摘している第一次大戦後の「侵略戦争」の法的規定、形式的規定への試みの段階での「国際法的常識」の上に立脚しているように見受けられる。シュミットからすれば「war of aggression」を明らかに「戦争」一般から区別して——ということとは背後に何らかの「正当戦争」観念を忍ばせて——用いることがそもそも問題の出発点であったのであり、その点では「侵略戦争」の「侵略」を「攻撃」などの技術的、中立的な訳語でおきかえることはまさに事態を曖昧にすることによってそうした潮流に棹さすことに他ならない、ということになるだろう。

(22) ジュネーブ議定書に大きな影響を及ぼしたショットウエルは一九二七年三月フランス外相ブリアンと会見してケロッグ協定の制定のきっかけを与えている。シュミットもショットウエルが渡欧した際にベルリンで行った講義をケロッグ協定の準備として見ている (*Der Nomos der Erde*, S.247, 訳三三三頁)。ただしその思想的起源はアメリカ、ショットウエルにあるとしても、それはドイツを封じ込めるヨーロッパの安全保障体系にアメリカを巻き込もうとするフランス外相ブリアンの意図から発していた。もとよりブリアンの意図をなにかばわす形で戦争放棄の多国間協定に転換したという意味では、アメリカ的な応答であるという評価は当たっている。拙

著「ロカルノ条約」、ならびに編者クヴァーリチユによる註解 (*Angrijskriegas, S.104-105*, 訳一三二—一三四頁)。

- (23) 新田訳は *Ächtung* に「付」で「法的保護の停止」と言う訳語をあてている。法史上の原義は確かに法的保護停止であるが、ここでの文脈で用いられる *Ächtung* は不当な戦争行動に出た国に対して条約その他で保障された法的保護を解除すること (他国が反撃に出ることを公認すること) とはいささか異なるように思われる。引用文の文脈では「単なる戦争の断念」と「*Ächtung*」とが対比されて、前者は「刑罰化」を含んでいないのに対して、後者が「刑罰化」と重ねられている。その意味ではむしろ国際連盟規約やそれと整合的に解釈されたケロッグ協定の「国策手段の戦争放棄」の方が、違反国に対する反撃を制裁として想定する古来の「法的保護停止」としての「*Ächtung*」に近い。

こうした後者の方向は、相互の血讐を制裁手段とする原始的な法の延長に国際法ならびに国際連盟からケロッグ協定にいたる「戦争不法化」の方向を見るケルゼンと重なるところがある。ただし、原始的な血讐法からそうした「戦争不法化」への国際法の発展をいわば本来の法の発展として、「正当戦争」の観念と結合させた相互の「制裁」によって実証主義的法観念の枠に納めようとするケルゼンとは異なってくる。

- (24) イギリス、フランス、ポーランド政府の行った留保については「ロカルノ条約」付録二七七—二七九頁を参照。

- (25) さらに一九三四年九月にブダペストで開催された国際法協会の第三八回大会で「ケロッグ協定の解釈のための諸条項」を決議したが、これはあくまでも非政府的な私的提案にとどまったことをシュミットは指摘している (*Angrijskriegas, S.47-49*, 訳四七—四九頁)。

- (26) ただしジャクソン検察官はこれを受けて一九四五年一月二一日の起訴状朗読で、違法な戦争遂行を海賊行為と等置したと編者クヴァーリチユは註記している (*Angrijskriegas, S.111, Ann.11*, 訳一三二頁)。

- (27) 以下の議論はもちろんシュミットの立場からすれば、「侵略戦争」という立場を受け容れた上で、その真の責任者をいかに確定するのかという観点から書かれている。ただしすでに述べたように——また最後に触れるように——ヒトラーのナチス体制の固有の「残虐行為」は「自然犯」として——いかなる法と形式の下でそれを果たすかという問題はおいて——「平和に対する罪」とは区別してこれができるだけ明確なかたちで処罰すべきだというのがシュミットの立場であるから、そうした観点からの責任者の範囲を彼がどのように想定していたのかを示すものとしても読むことができるだろう。

- (28) シュミットがホップズに注目するのはまさにこの論点である。

(29) 編者クヴァーリチュはプラタークのロムルス伝がその典拠だろうと註記している（*Angrißkriegeres*, S.91, 訳一〇五頁）。プラターク英雄伝には次のようにある。「また父殺しに対する刑罰は何ら定めずに、すべての殺人を父殺しと称して、殺人は呪われたことであるが父殺しはありえないこととしているのも独特である。そして長い間、このような罪を認めないことは正当なことだと考えられていた。というのもローマでは、ほとんど約六百年たっても、この種の罪を犯す者が一人もいなかった。ところがハンニバル戦争の時に初めてルキウス・ホステティウスが父殺しとなったと伝えられている」。村川堅太郎編『プラタルコス英雄伝 中』ちくま学芸文庫、一九九六年、一三四頁。

(30) もとよりその場合にどのような形式でなすべきか、その際の裁判権はどこにあるかについてシュミットはそれ以上語ってはいない。そもそもユダヤ人の「最終解決」に代表されるナチスの「犯罪」をそうした意味での「残虐行為」として扱いるのか、通例の人間的な「残虐行為」のカテゴリーを超えるところにナチスとその体制の犯罪の本質はあるのではないか、という問題はありうる。シュミットがこの点について語っていないというこの意味については改めて検討が必要だろう。

### 結語

カール・シュミットにとつてニュルンベルク裁判は第一次世界大戦後にはじまる戦争違法化による「ヨーロッパ法」の解体の終着点であった。シュミットが依頼人フリックの弁護という鑑定書当初の目的を越える形で「平和に対する罪」の問題に集中した理由、さらにそこで行った国際連盟からジュネーブ議定書にいたる「戦争違法化」の試みに対する批判的検討の部分がほとんどそのまま一九五〇年の『大地のノモス』に組み込まれた理由も、まさにそこにあった。

もとより「ヨーロッパ法」の最終的解体を促したのは、アメリカ由来の平和主義に発する戦争違法化運動や、大陸法とは異質なアングロ・サクソンの法的思考だけではない。『グロサリウム』一九四八年三月二一日には次のよう

に記されている。

「第二次世界大戦はドイツから見てたんに二正面戦争だけでなく、二つの種類の戦争が結びついた戦争だった。H「ヒトラー」は二つの異なる戦争を遂行しようとした(間の抜けたことにそれでもちたえられると考えて)。西側に対しては無差別的戦争を、ロシアとスラブ諸国民に対しては差別的戦争を。／その結果として、本来の応答は東方から、ロシアから来た。ニュルンベルク裁判の主人公はソビエト連邦であり、彼らはアメリカの道義的憤激を利用した。ロシアがニュルンベルク裁判で演じた役割は(私が言うのは基礎とされる軍事法廷での主要裁判のことだけである)カチン事件の取り扱い、ルデンコのヘルマン・ゲーリングに対する攻撃 (Schulz) や訴訟のその他多くの局面に一目瞭然に示されている。本当の問題はただ、ドイツがロシアの大圏域(干渉領域)に入るかアメリカの大圏域に入るかということではない。チェコの問題<sup>31)</sup>も国際法的な大圏域問題、つまり干渉領域の問題なのである」(Glossarium, S.117)。

この大戦においてドイツはまさに二つの戦争を遂行した。一つは西側諸国に対する無差別的戦争、これは旧来のヨーロッパ公法にしたがった主権国家の権利としての戦争であった。だがヒトラーは同時にソビエト・ロシアに対しては差別的な殲滅戦争を遂行し、そして敗れたとシユミットは言うのである。先に述べたようにシユミットは「人道の罪」、すなわちなチスのユダヤ人その他に対する大量虐殺について述べることをほとんどしていない——あるいは意図的に避けている<sup>32)</sup>——が、東部における差別的な戦争を大量虐殺ともなう殲滅戦として遂行したことにナチスの、ヒトラーの最大の罪はあつたし、ユダヤ人に対する「残虐行為」もそこに伴うものと——ポリシエヴィキのロシアに対する殲滅戦とユダヤ人の殲滅とイづれが先か、いづれが主従かはともあれ——考えていた可能性はある。ともあれヒトラーのそうした「愚かな」戦争遂行の結果として、熾烈な殲滅戦を戦い抜きこれに勝利したソビエト・ロシアが勝



者としてニュルンベルクにおける主導権を握る結果になったのであり、米国はその平和主義的な志向もあいまって「道義心」からこれに追隨することになった、とシュミットはいうのである。

その意味においてはニュルンベルクは戦争の終結ではなかった。たしかにヒトラーが始めた戦争はドイツの敗北によって終わったけれども、東西のいずれの陣営にドイツが属するかを決着はまだつけられていない。ヒトラーが始めた戦争は、まさにヨーロッパ公法という無差別的戦争概念の戦争としては——そうした戦争概念そのものとともに——終焉を迎えたが、他方でヒトラーが始めた差別的殲滅戦としての戦争は、世界内戦としてかたちを変えて継続することになるだろう。その行く末にもたらされるのは何か、そしてドイツはこれにどう対応していくのか、これが戦後のシュミットの最大の関心事であった。

註

(31) 一九四八年二月のいわゆる「プラハのクーデター」とチェコの選択については四八年三月一三日の『グロサリウム』の記述を参照 (Schmitt, *Glossarium*, S.113-114)。

(32) その理由は定かではないが、少なくともヒトラーの権力掌握後の一時期ナチスの反ユダヤ主義的政策に積極的に加担したという過去がある以上、これに対するどのような発言も批判を呼び起こしたであろうし、ナチスの「最終解決」に対してどのような立場をとるにしても、それは彼の意図通りにとられることは期待できなかつただろう。