

# 国際刑法<sup>1)</sup>と罪刑法定主義

小 寺 初世子 \*

広島女子大学

## INTERNATIONAL CRIMINAL LAW AND THE PRINCIPLE OF LEGALITY

(Or the principle of “nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine,  
nullum crimen sine poena legali”<sup>2)</sup>)

Sayoko KODERA \*\*

Hiroshima Women's University

### SUMMARY

The progress realized through the efforts at codification of international law since the First Hague Peace Conference of 1899 is, in this author's opinion, quite remarkable in respect to the law of state responsibility. The topic of state responsibility was already listed among those selected as being suitable for codification when the Conference on the Progressive Codification of International Law was held in 1930 under the auspices of the League of Nations, which ended without success.

This topic was revived by the International Law Commission of the United Nations. As the Commission's work proceeded, a trend has been evolved in the theory of international law on legal responsibility of state for its illegal acts or omission. In other words, criminal responsibility of state

---

\* 広島大学平和科学研究センター兼任研究員

\*\* Guest Researcher, Institute for Peace Science, Hiroshima University

has come to be discussed. In fact, not a few treaties now provide for punishment of individuals responsible for state's international crimes.

Thus, a new kind of international law, "international penal/criminal law" or "penal/criminal international law" has come to attract our attention. And at the same time, the principle of legality has become an important rule in this new law.

This short paper is to sum up a tentative result of the author's research on the question of how the principle of legality is, or is not, observed in international criminal law. Her conclusion is, in short, that the principle of legality is proclaimed in the International Bill of Human Rights. However, neither the principle itself nor provisions in accordance thereto (especially in the provisions of penalties) are yet to be found in any of treaties in the field of international criminal law.

One of the reasons the author chose this theme which is new to her, is, in her belief, that the development of an effective system of punishment of international offences (especially those against peace) will lead to the establishment of peace and security of mankind. Various relevant questions have, however, been left undiscussed here, which the author hopes to deal with in the near future.

- 1) 従来刑法は、その制定も適用も国家の立法・司法機関によって行われ、その意味で本質的に国内法に属すると考えられて来た。したがって、『国際刑法 ( droit pénal international )』という表現には、何か矛盾した響きを感じられる。ところが最近では、この言葉が一般化し、それと呼応して『国際犯罪』という表現も定着して来た。(ジュリスト720号はこの言葉を用いた特集を組んでいる。)しかし国際刑法といい、国際犯罪といっても、それらの言葉の定義は、必ずしも明確でなく、学者間の用例も一致しているとは言い難い。(国際刑法の語義の多様性については、森下忠『国際刑法の新動向』成文堂 1979年 pp. 1~16参照)

ところで、小論が用いる国際刑法の語は、上掲の森下論文によれば、氏がグラーゼルの所説として紹介される『刑事国際法(droit international pénal)』。すなわち国内的次元における刑法の役割に類似した役割を国際的次元において果たす法(森下 *ibid.*,

p. 4) という意味で用いている。ところがこの意味での法は『広義の国際刑法』には含まれるものの、国際刑法の語義として刑法学者の間ではすでに定着しているといわれる『刑法適用法』ないしは『狭義の国際刑法』(刑法の場所的効力範囲に関する法で、本来国内法である)とは完全に区別されている。したがって、小論でも刑事国際法の語を用いるのが順当であったかも知れない。

しかし、国内の刑法学者には、いささか遅れを取ったが、第二次大戦後は国際法学の分野でも、国際法違反の国家行為、つまり国家の国際違法行為に基づく責任の本質を、国際不法行為(民事)と国際犯罪(刑事)とに分けて論ずるようになり(1963年提出のアギー提案に基づき、国連の国際法委員会が1976年に採択した「国家責任に関する国際法の諸規則一般の法典化」案19条参照。YBILC 1976年版 Vol. II, Part 2)、国際法も民事と刑事とに分化して行く段階に入りつつある。ただそうではあっても、民事国際法という呼称が一般化しているわけではないので、ここでも刑事国際法の語を避け、国際刑法の語を用いることとしたのである。それはまた、元来国内的な犯罪がたまたま国際化した(犯人が国外へ逃亡した)から、この犯罪にかかわる法を国際刑法と呼ぶ(国内刑法学者の用語法)よりも、もともと国際的な犯罪(国際法上の犯罪、たとえば侵略)に適用される法を国際刑法と呼ぶ方が、筆者には、適切だと考えられたからでもある。

なお、『国際犯罪』なる言葉の、小論における用例も、ここで簡単に述べておこう。『国際刑法』同様、この語もまたかなり多義的に用いられていることは、すでに先学の指摘されるところである。(太寿堂鼎“国際犯罪の概念と国際法の立場”ジュリスト720号 p.67。山手治之 国際法学会編『国際法辞典』内関連項目 p.221。)

それらは大別すれば、④犯行や犯人が2国以上にまたがるという意味で(本来国内的な犯罪がたまたま国際化した)犯罪と、⑤国際法により、(国際法上の)犯罪と定められた犯罪とに分かれ、後者はさらに、⑥-Ⅰ)犯人の審理・処罰は国家(の裁判所)が行うものと、⑥-Ⅱ)その審理・処罰も国際機関で行うものとに細分されるが、小論では、『国際犯罪』の語を、上述の⑤に該当するものとして用いている。

- 2) わが国で罪刑法定主義と訳されるこのラテン語の文章は、ローマ法に原典をもつものではなく、近代刑法学の父といわれるドイツ刑法学者フォイエルバッハ(1775~1833)によって作られたものである。各所に引用されたラテン文には相当の違いもあるが、ここでは、日本刑法学会編『刑法講座1』有斐閣 昭和44年 所収の論文、植松 正“罪刑法定主義” p. 28引用の文章に拠った。

## 目 次

1. はじめに
2. 国際社会と法による秩序維持
3. 国際法における罪刑法定主義
4. 国際刑法における罪刑法定主義
5. おわりに

### 1. はじめに

小論に選んだテーマは、筆者にとってむしろなじみの薄い分野に属する。なぜなら国際刑法といえば国際法と刑法の双方にかかわる<sup>1)</sup>が、その刑法は筆者にとってほとんど未知の分野に近い。また罪刑法定主義といえば、これも国内法たる刑法の理論として発展したものであり、筆者とはこれまでせいぜい基本的人権の保障との関連で接触があったにすぎない。にもかかわらず、筆者があえてこのテーマを選んだのは、戦争をなくし、平和を維持し、人類の安全を確保するためには、国家（とくにその責任者）に国際社会の公秩序を守らせること — 国内社会のアナロジーでいえば、社会秩序の破壊を反社会的行為、つまり犯罪とし、それに対して刑罰を科すること — が、結局必要だと考えたからである。

いま仮にどこかの国が核兵器の爆発実験をしたとしよう。それに対して他国の国民が抗議の座り込みをし、実験反対の署名を集めたとする。それで核実験を差し止められるか？ 答はおそらくNoである。どこかの市長が抗議の電報を打っても、やはり効果はゼロだろう。では国際会議を開いて核実験停止問題を討議し、条約を作って核実験を禁止したらどうだろう？ それでもまだ効果は期待できない。問題はその条約の実施措置<sup>2)</sup>規定に残っているのが普通だからである。そこで条約のこの実施措置規定を完備し、条約違反国に対する制裁を定めたら充分か？ 答えは、それでさえまだ不充分といわざるを得ない。とすれば、結局そのような核実験強行の国家意思決定責任者に『刑罰』を科するのが、充分とはいえないまで

も、最も有効だろうと考えざるを得なくなるのである。

刑法の本質は、その規制的功能ないしは抑止的功能にあるといわれる。<sup>3)</sup> その抑止的功能に依存し、国際平和と安全の維持を図ることについての研究を試みるのが、小論の目的である。

『平和』を維持するために、『法の威嚇的效果』に頼ることには、もちろん筆者もいささかの矛盾を感じざるを得ない。しかし、いくら戦争を禁止し、紛争の平和的解決を慫慂しても、一向に戦火が絶えない国際社会の現実を見れば、このような方策をとるのもやむを得ないと思われるのである。国際法の分野に、国際刑法理論の発達が期待されるゆえんである。

そのうえ、国際刑法の中に罪刑法定主義が導入されれば、国際犯罪の処罰に際して、国際正義に名を借りた不純な報復<sup>4)</sup>も規制でき、結局は国際的なレベルで、個人の基本的人権を守ることにも通じる。また国際刑法の発達は（とくに国際刑事裁判所による国際犯罪の処罰は）、国家主権の縮少を意味し、それがまた、世界平和実現への本道であると、最近の筆者には思われるのである。

以上がこの度、広島大学平和科学研究センター長栗野先生をお送りするに当たり、国際法を専攻する筆者が、「平和の確立のために」何らかの意義を有すると信じて、本テーマを取り上げた理由である。

- 1) 森下教授は、刑事国際法が国際公法と内国刑法の両者に関係するという混合的性格をもつとされるが、意味されることは同じである。森下 *op. cit.*, p. 5。
- 2) 条約上の義務の履行を確保するための措置のこと。最も一般的なのは、条約当事国の報告義務。最近ではより効果的な実施措置を定める条約もできて来ているが、責任者への科刑を定めた例は、まだ筆者の知る限り、ほとんどない。
- 3) 西原春夫“刑法の意義と役割”(中山研一他編『現代刑法講座第一巻』所収) 成文堂 昭和52年 p.11以下。
- 4) 第二次大戦後に行われた主要戦犯裁判も、罪刑法定主義が敬守されていたら、異った展開を見ていたと思う。これについては後述参照。

## 2. 国際社会と法による秩序維持

国家を構成員とする国際社会と、人(自然人・法人)を構成員とする国家(という単位の社会、以下国内社会ともいう)とを比較した場合の、前者の極立った

特徴は、その社会の組織化の遅れにある。それは、法による社会秩序維持機能の弱さといってもいいだろう。もちろん国際社会にも『法（国際法）』は存在し、その法がこの社会の秩序を維持していることになっているので、その意味では、国家（ここでは国内法が社会の秩序を維持する）の場合と異らないともいえるのだが、両社会に妥当する『法』をめぐる社会の機能性に格段の差があり、その差はほとんど比較に耐えないといっても過言ではないほどなのである。

まず国際社会には統一的な立法機関がない。したがって全ての国家を一様に拘束する制定法がない。たしかに国際社会にも『法』はあるが、それが条約の場合は条約当事国のみを拘束するにすぎないし、<sup>1)</sup> 慣習法の場合はすべての国家を拘束し得ても制定法ではない。現在の国際連合は、ある程度世界的な規模をもつ国際組織であり、いわゆる立法条約<sup>2)</sup>の制定などいくらかの法定立機能を行っているが、それは国家における議会の権力作用とは本質的に異り、あくまでも各国家の主権を前提とした協力作業をしているに過ぎない。

つぎに国際社会には、法の適用機関、すなわち司法機関（裁判所）がない。もっとも現在でも国際裁判所というものは存在し、<sup>3)</sup> その代表的なものが国際司法裁判所（以下ICJ）であるが、しかしICJには、国内の裁判所と異り、いわゆる強制管轄権がない。当事国の合意がないかぎり、ICJはいかなる事件も裁判することができないのである。<sup>4)</sup>

最後に国際社会には、法の執行（行政）機関もない。わが国における内閣やその統轄の下における行政組織や自治行政組織を構成する機関に該当するものは作られていない。ただ社会の構成員たる国家が、条約を履行し、あるいは慣習法を遵守するだけである。不屈きな国家が国際法に違反しても、国家の場合なら警察が行う犯罪の取り締り、裁判所の判決の執行の強制、といったことも、国際社会ではできない道理となる。これでは、折角ICJの判決を得ることができても、相手国が判決を履行しなければお手あげである。とすれば、結局国際社会では、他国の国際法違反によって自国が蒙った不利益に対する救済を、自らの手で行う、つまり自力救済を認めるしかないこととなる。そして、この自力救済の最終形態として認められて来たのが『戦争』であった。しかし、この戦争は今日禁止されている。<sup>5)</sup> 国際法違反国（加害国）と他国（普通は被害国）との間の『紛争（救

済請求)』は、戦争によってではなく、平和的方法によってのみ解決されなければならない<sup>6)</sup>ところが、この紛争解決の平和的手段の中で最も効果的たるべき司法制度に不備がある。つまり、裁判所には強制管轄権もなければ、適用すべき法も未発達なのである。

こうした手詰り状態を打開するには、やはり国際法の整備が必要であろう。実際この作業は、前世紀末から始まった慣習国際法の法典化運動の中で、組織的に進められ<sup>7)</sup>さらに第一次大戦後は国際連盟により<sup>8)</sup>、また今日では国連の下で、精力的に続けられている<sup>9)</sup>。

さて、国際法の整備が進めば、当然それら国際法に違反した国家の違法行為責任(国家責任)に関する法理も発達することとなろう<sup>10)</sup>。国家の国際法違反責任の民事と刑事とへの分化は、その顕著な例の一つといえよう<sup>11)</sup>。実際、これまでの国際法学では、国際法違反に対する国家責任の民事的要素と刑事的要素とを分けて認識することなく、実際には両者が混在していても、民事的な責任要素のみを強くとらえていた。なぜなら、対等な当事者の利害を調整する民事责任とは異り、当事者の利害とは次元の異なる「反社会性」を制裁すべき刑事責任の本質からして、国家主権の絶対性を基礎として来た国際法学では、国際社会における国家の反社会性を制裁すべき超国家的な権力の存在を認めることができなかったからである。

しかし上述したように、最近の国際法学では、国家の国際法違反行為について刑事的責任の追及を論じるようになった。また現に第二次大戦後は、ドイツ及び日本の主要戦犯を、平和に対する罪、通例の戦争犯罪、人道に対する罪といった<sup>12)</sup>国際犯罪について、国際裁判所が直接審理し、有罪を宣告して処刑するという実例も見られた<sup>13)</sup>。また近年制定される条約の中には、特定の行為を『国際法上の犯罪』と規定する例も増えて来た<sup>14)</sup>。そしてこのような国際犯罪は、各国の国内法廷で国内法に基づいて裁判されるばかりでなく、国際刑事裁判所<sup>15)</sup>のような国際機関による裁判を受ける場合さえ予定されているのである<sup>16)</sup>。

このような現象は、国際刑事裁判所の管轄権のあり方次第で簡単には断定できないが、とに角国際社会を国内社会に一步近づけたものとしてとらえていだろう。それは国際社会がその組織化を一步進めたことをも意味している。もっともそうはいつでも、国際社会に立法・司法・行政(執行)の固有機関が完備する

という状態からは、ほど遠いものであるが。したがって、国際犯罪の処罰といっても、まだまだいろんな問題が残っているといわねばならない。小論ではそうした問題のうち、まず近代刑法の基本原則といわれる罪刑法定主義をとりあげ、国際刑法とこの原則との関係を明らかにしたいと思う。いくら平和が大切であるといっても、やたらな敲罰主義、人権を無視した苛酷な科刑は、決して真の平和を確立することとならないからである。

- 1) 理論的には、地上の全国家が当事国となっている条約は、すべての国家を拘束するといえる。だが筆者の知る限り、そのような条約は現存していない。
- 2) 国連(主として国際法委員会)が条約草案を作り、会議を招集して採択に至らしめる条約。ただ採択されたからといって、ただちに国連加盟国を拘束するわけではない。署名・批准、加入等の手続を経た条約当事国のみを拘束する。
- 3) たとえば地域的な限定はあるが、欧州人権裁判所(欧州人権条約38~56条)、全米人権裁判所(米州人権条約52~69条)など。また地域的限定のないものとして常設仲裁裁判所(1899年及び1907年の両ハーグ条約)もあるが、これは実際には名簿が常設されているに過ぎない。
- 4) ICJ規程36条参照。理論的には地上の全国家がこの規程の当事国となり、かつ本選択条項にしたがって、無留保・無条件で同条2項に基づく管轄権受諾宣言を行えば、ICJは国内の裁判所と一応同列に見ることができよう。しかし現在そのような状況は実現していない。
- 5) 国連憲章2条4項。なお1928年のいわゆる不戦条約も原則的に戦争を禁止している(1条参照)。またわが国のように、自国の憲法で戦争を放棄している場合もある。
- 6) 国連憲章33条以下。なお1907年国際紛争平和的処理条約、1928年国際紛争平和的処理に関する一般議定書も参照。現在、国連憲章は国際紛争解決のための『武力行使(戦争を含む)』を認めず、かかる行為は侵略(憲章39条以下、1974年侵略の定義参照)行為になるとして、国連による制裁を受ける(憲章41条、42条)。
- 7) 1899年のハーグ平和会議は、限られた分野ながら、かなりの成果をあげ、1907年の第二回ハーグ平和会議では、さらに13の法典化条約を採択した。
- 8) 1930年、国際連盟は有名なハーグ国際法典編纂会議を招集したが、会議の成果は期待されたほど大きくなかった。ただこの会議が国際法法典化の将来についての見通しを与えたことの意義は大きい。
- 9) 国連憲章13条1項(a)は「国際法の漸進的発達及び法典化を奨励すること」を総会任務の一つに掲げており、現在では国連自身が国際法法典化の体系的事業に取り組んでいる。もっともその実質的な作業を担当しているのは、国連内に常設された国際法委員会である。



- 10) すでに1930年の国際法典編纂会議において、『国家責任』の問題は議題に挙げられていた。
- 11) 小田滋他編『現代国際法』有斐閣双書 昭和54年 pp.58～74 参照。
- 12) これらの犯罪の定義については、国際軍事裁判所条例6条及び極東国際軍事裁判所条例5条を参照。
- 13) 第一次大戦後の対独講和を定めたヴェルサイユ条約227条は、「国際道義と条約の神聖を傷けた最高の犯罪」について前ドイツ皇帝ウィルヘルム2世を訴追し、特別（国際）裁判所を設置して、「至当と認める刑罰を決定する」と定めていたが、実際にはこの裁判は行われなかった。
- 14) たとえばジェノサイド条約1条、アパルトヘイト条約1条など参照。
- 15) 現在未成立。しかしジェノサイド条約6条を受けて、その設置は早くから国連で計画され、国際法委員会はすでに1950年に同裁判所設置の可能性と必要性を認め、1951年には裁判所規程草案も総会へ提出している。（この草案は、1953年にも修正の上提出された。）1950年3月3日付 Doc. A/CN. 4/15 及び GAOR Supplement No. 12 (A/2645) (ILC報告)参照。以上の資料はともに B. Ferencz : *An International Criminal Court – A step towards world peace – (in two volumes)* oceana 1980年刊行の資料集の部分に採録されている。すなわち、前者（裁判所設置の可能性、必要性と、規程草案）は第2巻の pp.241～258 に、後者（修正草案）は同巻の pp.429～459 にある。以下本書所収の資料は、Ferencz 資料集〇〇頁として引用する。
- 16) ジェノサイド条約6条、アパルトヘイト条約5条参照。

### 3. 国際法における罪刑法定主義

罪刑法定主義とは、「どのような行為が犯罪となるものであり、かつ、それに対してどのような刑罰が科せられるものであるかということが、あらかじめ成文の法規によって定められていないかぎり、どんな行為も、犯罪として罰せられることはない」<sup>1)</sup> という原則であり、1801年にドイツの刑法学者フォイエルバッハが提唱して以来、西洋では『法律なければ刑罰なし (nulla poena sine lege) 』とか、『法律なければ犯罪なく、刑罰なし (nullum crimen, nulla poena sine lege) 』とかいった標語的表現でよばれているものである。

この原則の目的を簡単にいえば、罪と罰をあらかじめ定め、それを成文法に書き込むことによって万人に知らしめ、もって、一方では犯罪の発生を防ぎ、社会の秩序を維持するとともに、他方では刑罰権の恣意的な行使を防ぎ、国民の自由を守ることにある。

ところでこの原則の淵源をたどれば、遠く1215年の英国大憲章にまで遡るといわれる。<sup>2)</sup>そしてそこで謳われた法定手続の保障<sup>3)</sup>が、その後英本国で再三確認された後米国に渡り、1776年ヴァージニア州権利章典8条に取り入れられ、ついで1788年の合衆国連邦憲法1条9節3款及び10節1款に、刑事事後立法の禁止条項となり、さらに1791年の同憲法修正5条及び1868年の修正14条1節に、法の適正手続規定として盛り込まれた。<sup>4)</sup>それから再び欧州に戻って、1789年フランス革命の人権宣言8条がこれを宣言し、1791年の仏憲法に盛り込まれた後、1810年の仏刑法4条に取り入れられ、以来ほとんど全ヨーロッパ諸国の刑法に採用されたという。かくして罪刑法定主義は『近代刑法の大原則』<sup>5)</sup>として承認された。<sup>6)</sup>なおこの原則は今世紀に入ると、ソ連刑法やナチス・ドイツ刑法で一時期否定された<sup>7)</sup>こともあったが、第二次大戦後はいずれも旧に復したとのことである。<sup>8)</sup>

さて、こうして確立した近代刑法の重要原則たる罪刑法定主義は、今日では、類推を許容するデンマーク刑法を除けば、ソ連・東欧諸国を含むほとんどすべての『文明国』の憲法または刑法に規定され<sup>9)</sup>、もちろんわが国でも古くはいわゆる旧刑法<sup>10)</sup>2条に明記され、現行刑法には規定を欠くものの<sup>11)</sup>大日本帝国憲法23条にその命脈を保ち<sup>12)</sup>さらに現行憲法では31条(法定手続の保障)及び39条(事後立法の禁止)によって確保されている。なお昭和49年5月29日法制審議会決定の改正刑法草案では、再びその1条で罪刑法定主義が、また2条で処罰不遡及の原則が規定されている。

このように、罪刑法定主義は、今日各国法制にほとんど例外なく定着しているようであるが、原則自体の内容は時代が移るにつれて若干の変容をとげて来たと言われる。既述のように、罪刑法定主義とは、端的には、「あらかじめある行為を犯罪とし、その行為に科せられる刑罰を法律<sup>13)</sup>が規定しておかなければ処罰できない」ということを意味しているが、この簡単な命題から派生する幾つかの原則が、やはりこの主義の内容をなすものとして論じられている。

その派生原則として、伝統的に説かれて来たのは、①慣習刑法の排除、②刑法不遡及の原則つまり事後法の適用禁止、③絶対不確定刑の禁止、④類推解釈の禁止の四つであった。このうち①は、慣習法の成立時期の不明確なことを思えば、当然の原則といえる。もっとも成文に抛りうるかぎりには、構成要件の意味内容が

慣習法によって定められることを妨げないともいわれている。<sup>14)</sup> ㊦の原則もまた余りにも明白である。<sup>15)</sup> もっとも後述するように、刑罰法規の利益変更の遡及は許容されている。<sup>16)</sup> ㊦は法が定める刑罰の種類と刑期の問題である。通常、法定刑には幅があり、<sup>17)</sup> 刑の種類、程度とも、裁判官に裁量の余地を残すのを例とする。しかし法律中に刑の種類を定めず、裁判官の決定にまかせたり、刑期についても上限も下限も定めず、いわゆる不定期刑を科するに当たっても、三日で刑期を終了させたり、逆に無限の拘禁を許容するような科刑が許されないのは当然であろう。<sup>18)</sup> 最後の㊦は、過去にソビエト・ロシアやナチス・ドイツで否定された例もあり、特に法の合目的的解釈が尊重される今日では、それほど厳密には守られていないようである。<sup>19)</sup> 以上四原則は、罪刑法定主義の伝統的派生原則ともいわれている。

ところで最近では、この伝統的原則を一層発展させた形で、さらにいくつかの原則が派生して来ている。その第一は明確性の原則である。つまり罪刑が法定されていても、その内容が不明確であれば、罪刑法定主義本来の目的は達せられないから、不明確な罪刑規定は憲法31条に反し、違憲無効だというのである。<sup>20)</sup>

第二の派生原則は判例の不遡及的変更といわれるものである。これは判例法主義をとるアメリカで発生して来た原則で、判例を被告人の不利に変更する時は、将来の事件に対してのみ適用し、当該被告人には適用しないというものである。わが国はいわゆる判例法主義国ではないが、判例を「間接（補充）法源」と認める学者は、<sup>21)</sup> この原則を重視している。

第三は実態的 due process の理論といわれるものである。アメリカの連邦憲法修正5条は適正手続（due process）条項と呼ばれ、わが憲法31条の「法律の定める手続（procedure established by law）」に該当する部分は、「正当な法（律）の手続（due process of law）」<sup>22)</sup> となっている。そしてこの条項は、単なる手続の正当性だけでなく、刑事立法の実体的内容の正当性をも要求しており、後者を欠く時は due process に反し、違憲だとするのがこの理論である。日本では、法律の定める手続が法律の定める正当な手続の要求となり、それがさらに手続だけでなく内容も正当でなければならぬという理論になる。<sup>23)</sup> なおこの理論は、筆者に1789年フランス人権宣言8条の冒頭の文章を想起させる。そこでは「法律は、厳格かつ明白に必要な刑罰のみを定めなければならない」と規定していた。これ

は実態的 due process 理論と一脈通じるといってはいい過ぎであろうか。

最後は、重い刑罰の不遡及、軽い刑罰遡及の原則ともいうべきものである。<sup>24)</sup> この原則については、すでに事後立法禁止の伝統的原則のところでも触れたから、ここでは再言しない。

さて、以上のような諸原則を内容とする罪刑法定主義は、これまではいうまでもなく国内法としての刑法の原則として発達して来たものであった。では、近頃説かれるようになった国際刑法において、罪刑法定主義はどのように位置づけられているであろうか。

わが国の刑法学者である金沢教授は、罪刑法定主義の現代的発展の一形態として、この主義の国際化現象を指摘しておられる。<sup>25)</sup> それは当主義の国際的普及と国際法化とを指したものであるが、その後者は、この主義が戦後の各種国際文書—主として人権の国際的保障にかかわる—の中に採用されていることを意味している。すなわち、1948年の世界人権宣言9条は「専断的な」逮捕・拘禁等を禁じ、<sup>26)</sup> さらに11条2項は、「その行為の時に国内法又は国際法により犯罪を構成しなかった作為又は不作為のために有罪とされない」と、刑法の不遡及を規定して、罪刑法定主義を宣明している。

世界人権宣言は法的拘束力のある条約ではないから、ここでの罪刑法定主義の宣言は単にスローガンを述べたにすぎない。しかし、1966年の市民的政治的権利に関する国際規約（以下B規約）15条1項が、宣言9条と同様の規定を設けていることは、この条約が、国際犯罪の処罰に際して、罪刑法定主義の遵守を締約国に義務づけたといっていいただろう。<sup>27)</sup> なお本条で注意を惹くのは同条2項の規定で、そこでは、「国際法上の犯罪」でなく「国際社会の認める法の一般原則により、実行の時に犯罪とされていた作為又は不作為」の処罰が認められている。

国際人権規約のように締約国が一般的でなく、もう少し地域的に限定<sup>28)</sup>された人権条約であるが、1950年の欧州人権条約もその5条1項で法定手続を保障し、7条1項で刑法の遡及的適用を禁止して、罪刑法定主義を宣明している。なお、本条約7条2項も人権規約と同じく、「国際法上の犯罪」ばかりでなく、「犯行の当時、文明国の法の一般原則に従って犯罪であった作為又は不作為（傍点筆者）」の処罰を認めている。また、同じく地域的な人権条約に分類される1969年

の米州人権条約にあっても、まず7条1～3項で法定手続の保障を定め、9条で刑法の遡及的適用を禁止して、罪刑法定主義を採用している。

このように、罪刑法定主義は、国際犯罪<sup>29)</sup>の処罰についても、国際法(いくつかの条約ならびに宣言)において、明白に採用されている。<sup>30)</sup>つまり、罪刑法定主義は、国際法の世界においても、その刑事法的分野を支配する原則として、疑いもなく、取り入れられているのである。

ただ、ここで一つ注目しておきたいのは、これら国際法における罪刑法定主義の規定が、もっぱら『人権条約』の中に規定されているという事実である。<sup>31)</sup>これは、国際法の総体の中では、日本国憲法第三章の人権宣言部分に該当するものであり、その意味で、国際法における罪刑法定主義の採用は、もっぱら、基本的人権保障との兼ね合いで行われており、罪刑法定主義が目的とし、現に国内刑法において果していると考えられている同主義のもう一つの役割、すなわち、「国際犯罪の発生を抑止して、国際社会に秩序の維持を図り、ひいては人類の平和と安全を守る」という方の機能は、目下のところは、余り重視されていないように思われる。おそらくこの機能を発揮するためには、国際法においても、その刑事法分野で罪刑法定主義が具体化されることが必要であろう。

- 1) カッコ内の文章は植松教授のそれによった。植松前出論文 p. 27。この主義の定義はどれも本質的には変りがないが、ただ引用文中の『成文の法規』に当る語が、『成文法』、『法律』、『成文の法』、『成文の法律』などとマチマチなのが目を惹く。
- 2) マグナ・カルタと罪刑法定主義との関係については、大野真義 『罪刑法定主義』世界思想社 1980年 第三章に詳しい。
- 3) マグナ・カルタ 39条。
- 4) 米国における罪刑法定主義規定はこれより古く、1774年のフィラデルフィア人権宣言5条に遡りうるとする説もある。田中耕太郎・末広巖太郎責任編集『法律学辞典Ⅱ』岩波書店 昭和10年 p. 961。
- 5) 金沢文雄 “罪刑法定主義の現代的課題” (中山研一他編 『現代刑法講座第一巻』所収) p. 85における表現を拝借した。
- 6) 罪刑法定主義の歴史的発展過程は、大筋において大差ないものゝ、各学者の説は、細部で多少の食い違いがある。ここでは、主に、植松、金沢両教授の説に拠らせていただいた。
- 7) 1926年のソビエト・ロシア刑法16条、ナチス・ドイツの改正刑法2条。いずれも『類

推解釈』を許容している。

- 8) 第二次大戦後、ドイツは1953年に、ソ連は1958年にそれぞれ刑法を改正して、罪刑法定主義を復活させた。もっともソ連の改正はたてまえだけで、本質は変わっていないとの批判もある。植松 *op. cit.*, p.33次下。
- 9) 金沢 *op. cit.*, p.87。
- 10) 明治13年太政官布告36号で公布、明治15年元旦から施行、明治41年10月1日、現行刑法施行とともに失効した。
- 11) ただし6条参照。
- 12) この当時は憲法23条に加え、憲法57条、裁判所構成法2条、刑事訴訟法360条も、この原則を補強すると考えられていた。田中耕太郎他編 前出辞典参照。
- 13) 厳密に言えば、国会の制定する法律だけでなく、法律の範囲内で地方議会が制定する条例、法律の委任を受けて内閣が制定する政令も罰則を設けることができる。日本国憲法73条6号、94条及び地方自治法14条5項参照。宮沢俊義『日本国憲法』（法律学体系 コンメンタル篇1）日本評論社 昭和51年 p.284 及び、法学協会編『註解日本国憲法上巻』有斐閣 昭和41年 p.304参照。
- 14) 同じことが違法性についても責任についてもいわれている。植松 *op. cit.*, p.35。
- 15) 日本国憲法39条はこれを明記している。
- 16) 現行刑法6条参照。
- 17) たとえば、刑法199条の「死刑又ハ無期若クハ三年以上ノ懲役」といった幅をいう。
- 18) 金沢教授は『絶対不確定刑』（金沢 *op. cit.*, p.86）、植松教授は『絶対不定期刑』（植松 *op. cit.*, p.36以下）、法律学小事典（中川善之助・木村亀二編 有信堂（刑法）p.4）では『絶対不確定法定刑』と表現は一致しないが、ここでは、金沢教授の用語例に拠った。なお、植松教授は単なる『不定期刑』にも問題があると、詳しく論じておられる。植松 *op. cit.*, p.37以下参照。
- 19) とくに被告人に有利な拡張解釈は許すとするのが今日の通説となっている。植松 *ibid.*, p.37以下。
- 20) 三井誠“罪刑法定主義と明確性の理論”（法学セミナー228号）p.83以下参照。
- 21) 金沢 *op. cit.*, p.95。なお、わが国でこの立場をとる学者の意見として、金沢教授は小暮得雄氏の名をあげておられる。
- 22) 『法』と訳しているのは高木八尺他編の人権宣言集（岩波文庫 1977年）の場合、『法律』と訳しているのは大石義雄編『改訂世界各国の憲法』有信堂 昭和34年の場合である。
- 23) 実態的 due process 理論の問題点については、金沢 *op. cit.*, p.98 参照。
- 24) この原則を文言化している条文はすくなくない。たとえば改正刑法草案2条2項、世界人権宣言11条2項、B規約15条1項、欧州人権条約7条1項、米州人権条約9条、ドイツ刑法2条2項、わが国現行刑法6条など。

- 25) 金沢 *op. cit.*, p. 87。
- 26) 本条は「法律の定める手続によらなければ」という表現を用いてはいないが、同宣言3条と合わせて、わが憲法31条の法定手続条項と比較される。岩波基本六法 比較憲法条文集参照。
- 27) もっともB規約2条2項によれば、この規約当事国は、まず自国の法制を整えるという段階を経るだけの猶予が与えられている。
- 28) この限定とは当条約の当事国たりうる国家についての限定であって、当該条約当事国にいる個人は、たとえ非当事国の国民であっても、条約の恩恵を受けることができる。条約25条の定める中立権者には、国籍制限が設けられていない。
- 29) 各条約の文言は、“any act or omission which constitutes a penal offence under international law”（人権宣言）とか、“any act or omission which constitutes a criminal offence under international law”（人権規約）と、少しずつ違っているが、まとめて国際犯罪とよぶ。なお、規約や欧州人権条約がいう『国際社会（文明国）の認める法の一般原則により犯罪とされるもの』が、国際犯罪になるのかどうかは、格別に吟味を要する問題であり、別の機会に論じたい。
- 30) 本文ではわざとはふいたが、これらの宣言や条約は、「国内法上の犯罪の処罰」についても罪刑法定主義によるべきことを規定しているのである。ただ、それは条約当事国が各々自国内で実行すればよいことであるから、国際刑法の問題とは認めず、ここから除外した。
- 31) おそらく筆者の不勉強のせいであろうが、国際法上の犯罪を規定している各種条約、つまり実定国際刑法の中には、筆者の見限り、罪刑法定主義を規定した条項を見出すことができなかつた。ただわずかに、後出する国際刑法典（人類の平和と安全に対する犯罪法典）草案の審議の途中で、同法典中に罪刑法定主義を満足させるべき規定を入れるよう、セル委員が、国際法委員会で主張しているのを目にしたのみである。しかし、同法典草案には、1951年案にも1954年案にも、罪刑法定主義条項はもとより刑罰規定さえ盛り込まれていない。まさに文字通り犯罪法典である。日本の軽犯罪法には刑（拘留・科料）の規定があるのに。上記法典案については、Ferencz 資料集 Vol. II pp. 333～336（1951年案）及び pp. 460～464（1954年案）参照。この法典案については後述も参照。

#### 4. 国際刑法における罪刑法定主義

現代の国際法が国際犯罪の処罰に関して罪刑法定主義を採用していることは、前節に述べた通りである。では、この罪刑法定主義は、実定の国際刑法においてどのように具現されているであろうか。

この問題は、国際法が国際犯罪の処罰に関して定めていた二つの異なる方式<sup>1)</sup>ど

とに、分けて検討する必要があるだろう。第一の方式は、国際法が犯罪とする行為を、個々の国家がその国内で処罰することを当該国際法が規定している場合をいう。たとえば、1958年の公海条約は、長年にわたって慣習法上の国際犯罪と認められて来た『海賊』について規定を設けたが、その19条は「(海賊船舶等の) 拿捕を行った国の裁判所」が「科すべき刑罰を決定することができる」として、海賊行為<sup>2)</sup> が刑罰の対象となるべき犯罪であることを明らかにしている<sup>3)</sup>。しかし、その刑罰の具体的内容は、条約規定上何ら現われていない。

こうしたことは、この種の他の条約についてもいえることで、たとえば1970年の航空機不法奪取防止条約では、その1条でハイジャックを『犯罪行為』として明記したものの、やはり2条はこの『犯罪行為』について『重い刑罰』を科し得るようにすることを、条約当事国に義務づけているにすぎない<sup>4)</sup>。具体的にどんな刑罰が科せられるのか、ただ『重い刑罰』という言葉からは、窺い知る余地もない<sup>5)</sup>。同じことは、ジェノサイド条約についてもいえることで、この条約では1条で集団殺害が『国際法上の犯罪』である旨を明記しているもの<sup>6)</sup>、6条によれば、その犯罪の処罰は、国際刑事裁判所で行われない場合(後述参照)は、「行為がなされた国の権限のある裁判所により」行われるにすぎず、各締約国はそのため「犯罪者に対する有効な刑罰を規定する」べく必要な立法措置を講ずるよう義務づけられている<sup>7)</sup>。だが、その『有効な刑罰』の具体的内容は、もちろん各国の自由に定めるところにより決まるわけである。

したがって第一の方式における問題は、このように条約が犯罪行為に科すべき刑罰を自ら定めず、各締約国に委せている場合に、はたしてこれを罪刑法定主義にそった国際刑法と認めることができるかどうかという点にしばられて来るが、筆者は、こういう条約規定のあり方が、罪刑法定主義に悖るものとは考えない。なぜなら、これらの条約は、条約当事国に対して刑罰を定めるための国内立法を義務づけているのであり、各当事国はそれぞれ自国で確立している罪刑法定主義の原則に基づいて、刑罰を具体的に法定するであろうから、結局、犯罪(は条約とそしておそらくは国内法によって)も、刑罰(は国内法によって)も、あらかじめ法定されるという要件は充されているといわざるを得ないからである。ただこの方式で、一つの問題として残るのは、各国が定めた刑罰の間に食い違いが生



じうることである。とくに死刑を廃止した国と、そうでない国との間に、『重い刑罰』をめぐる不均衡が予想されるのである<sup>8)</sup>

国際犯罪の処罰につき、条約が予定した第二の方式は、国際刑事裁判所が事件を審理するというものである<sup>9)</sup> この方式を規定している実定国際刑法は、現存するものとしては、ジェノサイド条約(6条)と、アパルトヘイト条約(5条)があるだけである<sup>10)</sup> 两条項ともその文言はほとんど変らないが、ただいっているのは、「事件が国際刑事裁判所によって審理される」ということだけで、刑罰についての言及などカケラもない。この限りでは、两条約とも『犯罪』についてはたつぷり規定しているが『刑罰』に関しては空白であり、罪刑法定主義のたてまえからは、全く片手落ちといわねばならない。

もっとも、そうはいっても、两条約とも第二方式による処罰は、第一方式による処罰の *alternative* として採用しているにすぎず<sup>11)</sup> また国際刑事裁判所も現実に設置されていない実情からすれば、おそらく問題の『刑罰』は1954年以来審議がストップされ、最近それが復活したという<sup>12)</sup> 国際犯罪法典<sup>13)</sup> もしくは国際刑法典<sup>14)</sup> (草案)の中で規定されることが予定されていたと考えるべきなのかも知れない<sup>15)</sup> とすれば、国際犯罪の処罰について、第二の方式を採用している国際刑法を、罪刑法定主義との関連で検討するには、この法典案も見過してはならないこととなる。なおこの法典案の審議と並行して、国際法委員会(以下 I L C)は総会から、国際刑事裁判所設置の可能性と必要性との検討を求められていた<sup>16)</sup> 討議の結果、I L Cは1950年と1953年に、いずれの点についても肯定の回答を行い<sup>17)</sup> かなり詳細な国際刑事裁判所規程草案を添えていた<sup>18)</sup>

ところで、本題に戻る前に、前出の犯罪法典について、もう少し説明しておこう。この法典は、ニュールンベルグ裁判所条例や同裁判判決で処罰の対象とされた犯罪、および集団殺害罪など、いわゆる『正統的な国際犯罪』ないしは『重大な国際犯罪』<sup>19)</sup>を盛り込んだ、国際刑法の中心的地位を占める条約となるべきものであった。もっとも、この法典制定の動機となったのは、第二次大戦後の戦犯裁判に対する批判であり、総会が法典案起草を I L C に急がせたのは、その批判封じの意味があつてのことだったと思われる<sup>20)</sup>

とに角 I L Cは1949年の第一会期から、法典案作成の作業を開始し、1950年に

定式化されたニュールンベルグ原則<sup>21)</sup>に対する各国の意見も参照して、1951年には草案を完成し、総会に提出したが、その後さらに同案に対する各国政府の意見を入れて、前案に若干の修正を加えた案を1954年再度提出した。<sup>22)</sup> ところでこの法典案に規定される犯罪の中心ともなるべき『平和に対する罪』は、結局『侵略戦争』を行うことに他ならず、したがって、この犯罪を定義するためには、『侵略』がまず明確に定義されていなければならない。<sup>23)</sup> ところが時あたかも1950年には朝鮮戦争が勃発し、ベトナムでも戦火は拡大する一方……という東西冷戦のさ中で、米ソは互に相手方を侵略者と罵って対立し、到底侵略を定義できる雰囲気ではなかった。その結果、折角の1954年案の審議も行われず、以後長期にわたってタナざらし状態が続くこととなったのである。

しかしやがてデタントの風が国際情勢を変え、1974年には『侵略の定義』<sup>24)</sup>も国連総会で採択される運びとなったので、法典案の審議を再開する機運が熟して来た。<sup>25)</sup>

こうして再び審議の俎上にはのぼることとなった法典案は、すでに30年近いブランクと、その間における国際条約の著しい増加、国際社会の変化などを反映して、修正を求める意見が多数の国から寄せられているが、<sup>26)</sup>とに角現在も生きている筈の1954年法典案では、2条の犯罪の定義こそ、他の条約より群を抜いて詳細であるが、<sup>27)</sup> 刑罰に関する規定は全く設けられていない。<sup>28)</sup> したがって、本法典を勘案しても、第二方式の国際刑法は、罪刑法定主義を依然満足させていないというべきであろう。

それでは、この法典案とさらに並行して特別委員会が検討していた国際刑事裁判所規程(案)に刑罰規定は入れられるのであろうか。1951年の国際刑事裁判所規程案および1953年の同裁判所規程修正草案<sup>29)</sup>は、たしかに刑罰と題する一条(32条)を設けているが、しかしそこでは、この裁判所が有罪を宣告された被告人に対し、“such penalty as the Court may determine”を科すると規定しているだけである。これでは、やはり、罪刑法定主義が守られているとはとてもいえない。

以上論じて来たように、現在の国際法では、人権関係の条約が誠に威勢よく罪刑法定主義を謳いあげているのに対して、国際刑法(とくに第二の方式の)では、一向にこの原則が守られていない模様である。それでも、国際犯罪の方だけは、

かなり詳しく定義されているといってもよいだろうが、刑罰規定の方がひどく立ち遅れている実情である。

これが国際刑法における罪刑法定主義の実態であるが、最後に、国際犯罪の処罰が国際的に行われた実例として、ヨーロッパ及び極東の主要戦犯裁判を取り上げ、これらの裁判に適用された『法』における罪刑法定主義のありようを調べてみよう。まず両裁判に適用されたのは、1945年8月8日のロンドン協定とそれに付属する国際軍事裁判所条例<sup>30)</sup>(以下A条例)ならびに、1946年4月26日の極東国際軍事裁判所条例<sup>31)</sup>(以下B条例)である。両条例とも処罰の対象となるべき犯罪については具体的な定義を与えており、細部においては若干の違いがあるものの、大筋では一致している(A条例6条、B条例5条)。ところが刑罰については、両条例とも、「裁判所は有罪決定を受けた被告人に対し、死刑又は裁判所が妥当(公正)と認めるその他の刑を科する権利(権限)を有する」(A条例27条、B条例16条、カッコ内は後者の文言)と規定するのみである。これでは、『刑』を『法定』しているというには、余りにもお粗末である。<sup>32)</sup>

のみならず、この両裁判所条例による戦犯裁判は、事後法による遡及的処罰であり、罪刑法定主義に反するとする見解もあり、<sup>33)</sup>市ヶ谷の法廷でも弁護側はこの点を主張しようとしたが、<sup>34)</sup>裁判所の採るところとはならなかった。東京裁判では、しかし、インド人のパル判事がこの弁論主旨に同調し、これだけを理由としてではないが、全被告人の無罪を主張した<sup>35)</sup>ことは有名である。I L Cのセル委員などは実に卒直に、「罪刑法定主義は、ニュールンベルグでは無視された。これを守っておればあの犯人達の処罰はあり得なかった」と述べている。<sup>36)</sup> 罪刑法定主義は、これら戦犯裁判の実例に見る限り、守られていなかったと結論してよいようである。

なお、第二次大戦の戦犯裁判に関する初期の文書中、1943年6月12日にロンドン国際会議で採択された結論<sup>37)</sup>(conclusion)を見れば、その第3項で、国際的な刑事裁判所を設立して以下の犯罪につき管轄権を認めるとし、その犯罪の第一に、“Crimes in respect of which no national court of any of the United Nations has jurisdiction”を挙げている。これでは、新設の国際裁判所の管轄権の根拠を示したとはいえず、むしろこの裁判所における裁判自体が罪刑法定主義に

反することを暴露しているようなものではないか。

いずれにせよ、実行された国際刑事裁判（戦犯裁判）では、罪刑法定主義はふみにじられていた。それから30余年をへだてた今日でも、国際刑法は、依然として犯罪は定義するものの、刑罰についてはあいまいである。この偏向が是正されない限り、国際人権章典における罪刑法定主義規定は無意味な存在でしかなくなってしまおうといわざるを得ない<sup>38)</sup>

- 1) 1における注1)の㊸ - (I), ㊸ - (II)参照。
- 2) この定義は15条にかなり詳しい。
- 3) 海賊行為につき、これを『犯罪』と明記している規定はない。
- 4) なお、裁判権設定につき、4条参照。
- 5) これらの部分は、1971年モントリオール条約1条、3条と酷似している。なお1973年の外交官等保護条約や1979年の人質行為防止条約なども同じ構造をもつ。ただ後二者は『重い刑罰 (severe penalties)』の代りに『適切な刑罰 (appropriate penalties)』といっている点が違うだけである。
- 6) また、可罰行為も詳しく定義している。2条及び3条参照。
- 7) ジェノサイド条約5条。
- 8) この問題は、後述する『国際犯罪法典』の起草の際にも、ILCの委員達の間で論議を呼んでいる。国際法委員会年鑑 (YBILC) 1951年版 pp. 253~257 参照。
- 9) 判決の執行機関は明白ではない。
- 10) より古くには、実行されなかったが、ヴェルサイユ条約 227 条の例があった。
- 11) したがって、当分の間、これら国際犯罪の処罰は各国で個別に行われるしかない。
- 12) 法典案の最近の審議経過については、B. Ferencz : "The Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind" *AJIL* Vol. 75, No. 3 1981 pp. 674-679 に詳しい。
- 13) 正式の名称は、『人類の平和と安全に対する犯罪についての法典』という。
- 14) 初期の国連資料によれば、国連総会はこの人類の平和と安全に対する犯罪法典と国際刑法典とを、全く同一ではないにしても、かなり近似したものとしてとらえていたと思われるふしがある。もっとも国際法法典化委員会は、両者を別々に起草する意思をもっていただけの部分もあるので、その真意は明白ではない。Ferencz 資料集 Vol. II p.130 参照。
- 15) この法典の作成が急がれた理由はこの辺にあったのかも知れない。要するに、国連はニュールンベルグ原則の定式化とその条約内への位置づけの形でこの問題の取り扱いを "as a matter of primary importance" として処理しよう命じている。Ferencz 資料集 Vol. II p.127 及び p.130 参照。

- 16) これは1948年のジュノサイド条約成立を機として、要求されたものである。同6条をいつ迄も空文にしておくわけには行かないとの配慮の下であろう。
- 17) Ferencz 資料集 Vol. II pp. 241～258 (1950年報告)。規程案については pp. 337～364 (1951年案)及び pp. 435～459 (1954年案)参照。なお pp. 429～435 も参照。
- 18) 1953年案は1950年案を修正したもの。
- 19) 山手教授がいわゆる「国際社会の一般法益を侵害する」と観念される犯罪。これに対し、同教授は第一方式で処罰される国際犯罪を、「各国家の法益の侵害であると同時に、諸国家に共通な法益ないしは人類全体に共通な法益を侵害する」犯罪として区別される。国際法辞典 p. 221。極めて興味ある区別ではあるが、筆者は、両種の処罰方式に大きな違いはあっても、なお、もとの国際犯罪には、本質的な差を余り認めない。たとえば、アパルトヘイトの罪は、本質的には人種差別の罪(4条(a)参照)と変わらぬと思われるが、前者は第二方式による処罰を、後者は第一方式による処罰を規定している。だからといって両犯罪の侵害法益に本質的な差があるといえるのか。もっとも1965年人種差別撤廃条約4条は特別な委員会(国際機関)の設置を定め、条約義務履行の確保のための措置規定を設けているが、この委員会は裁判所ではなく、ましてや処罰を行う権限などもっていない。むしろ従来典型的な人権条約義務履行確保措置に当るだけである。とすれば、筆者の見解では、国際刑法が、国際犯罪の処罰に第一方式を採るか、第二方式を採るか、全くその犯罪の『重大性』によって決るにすぎないように思われるのである。
- 20) このことは、総会が法典作成とニュールンベルグ原則の定式化とを結合したことからも窺える。
- 21) Ferencz資料集 Vol. II pp. 235～240。
- 22) Ferencz資料集 Vol. II pp. 333～336 (1951年案), pp. 460～464 (1954年案)。両案の間には、本質的な差は認められないが、それでも1条の平和に対する罪が“shall be punishable”だったのを“shall be punished”と改めたり、4条の「上官の命令に従ったという事実が」“does not relieve him from responsibility, . . .”を“does not relieve him of responsibility in international law, . . .”と変えるなど、全体的に文章のトーンが歯切れよくなっている。しかし、1951年案にあった刑罰規定(5条)が1954年案では削除されている。
- 23) I L C の侵略の定義特別委員会も、総会第6委員会も、1957年までは討議を続けたが、結論は得られなかった。
- 24) 国連総会決議3314 (XXIX)号。
- 25) Ferencz *op. cit.*, (AJIL) 参照。
- 26) GAOR [A/C. 6/35/SR 10-15] 参照。各国の意見の中で、筆者の注目を惹いたのは、ソ連代表の意見で、法典内には部分核停条約など軍縮関係の条約を受けた犯罪規

定とそれに対応する “concrete measures for the prevention and punishment of crimes against peace and humanity” が必要だと述べた点(A/C. 6/35/SR.13 at p. 4) 及びザイル代表が人類絶滅兵器の使用を犯罪として, “strict sanction” を用意し, 罪刑法定主義を守ると述べた点である。〔 A/C. 6/35/SR. 13 at p. 7 〕いずれも法典制定賛成論。これに対し, わが国代表は犯罪法典作成時期尚早論を述べ, 要するに反対の立場を表明している。〔 A/C. 6/35/SR. 15 at p. 6 〕

- 27) 法典案2条は極めて詳細な犯罪の定義を行っているが, その(1)~(9)はニュールンベルグ原則6(a)の平和に対する罪を敷衍したもの, (10)はジュノサイド条約2条そのまま, (11)は欧州戦犯裁判所条例及びニュールンベルグ原則6(c)の人道に対する罪を手直ししたものの, (12)は『戦争犯罪』を簡潔に書いている。
- 28) 法典案に刑罰規定を設けるか否かは1951年案作成の際にもILCで議論され, 特にセル委員など強く主張したが, 容れられなかった。YBILC 1951年版 pp. 252~257。
- 29) 2の注15)参照。
- 30) Ferencz 資料集 Vol. 1 pp. 453~468。
- 31) 条例は初め1月19日に出され, 後4月26日付で修正された。極東国際軍事裁判研究会編 極東国際軍事裁判研究第一巻 平和書房 1947年 所収の資料参照。
- 32) この規定の仕方は, 国際刑事裁判所規程修正草案32条と似ている。ただ死刑を加えているだけ, より具体的というべきか。
- 33) 植松 *op. cit.*, p. 36 参照。大体日本の刑法学者は, 極東戦犯裁判が罪刑法定主義に反すると明言されることが少いようである。それは余りにも明白なことだからなのか, 筆者には興味のある点である。なおわが国の代表的国際法学者, 横田喜三郎博士は本裁判について, 最も問題の多い「平和に対する罪」と「人道に対する罪」とを採りあげ, いずれもが, 罪刑法定主義に反しないと説いておられる。日本管理法令1巻3号(1946.6.15)所収の基本研究 横田喜三郎 “戦争犯罪の基本問題” pp. 17~19および pp. 28~29 ならびに, “戦争犯罪と罪刑法定主義” pp. 31~43 参照。
- 34) 朝日新聞法廷記者団著 『東京裁判上』 東京裁判刊行会 昭和38年 p. 176 以下参照。
- 35) 東京裁判研究会著 『共同研究パール判決書』 東京裁判刊行会 昭和41年 p. 161 以下, 田中正明編 『日本無罪論』 太平洋出版社 昭和47年 p. 54 以下 植松慶太 『極東国際軍事裁判』 人物往来社 昭和37年 pp. 285~6 など参照。
- 36) YBILC 1951年版 p. 253 ( para. 96 )。
- 37) Ferencz 資料集 Vol. 1, p. 400。
- 38) 原典に当ることはできなかったが, 森下教授の紹介によれば, フランスの学者グラールは国際刑法と国内刑法の違いとして, 前者にあつては①犯罪(国際犯罪)の処罰が世界主義に服すること, ②近代刑法の基本原則たる罪刑法定主義( *nullum crimen sine lege* )は適用されないが, 「法なければ犯罪なし」( *nullum crimen sine jure* )

の原則がこれに代る、の2点をあげているそうであるが、前者は第一方式とそぐわないし、とくに後者は世界人権宣言や国際人権規約と矛盾するように思われるのである。ここにいう *jure* が、前出の『国際社会（文明国）の認める法の一般原則』を指すのかどうか、今後の研究課題としたい点である。小論3注29)参照。

## 5. おわりに

国際法の中でも、国際法違反の違法行為責任の追及に関して刑事法的な分野がようやく分化して来た。だが、現実には制定されている国際刑法（条約）は、刑法の基本原則たる罪刑法定主義の原則に照してさえ、全く未熟である。しかし、国際法におけるかかる法分野の発達、国際社会秩序の維持、ひいては人類の平和と安全の維持に役立つとあれば、我々はその成熟のために、努力を惜しんではならない。

また、国際刑法の分野において、罪刑法定主義の原則に期待される効果は極めて大きい。それは、一方でその抑止的機能によって、国際社会に犯罪的秩序破壊行為（主として侵略戦争）の発生を防止し、ひいては、人類の平和と安全を守り、他方でその人権保障機能によって、国際犯罪人を、政治的復讐に墮しやすい国際法廷の苛酷な裁判から守り、ひいては国際的なレベルで基本的人権保護の範となることができるからである。

国際刑法については、国際犯罪行為、それもとくに戦争のような国家（法人）行為の刑事責任を個人に問うていることの妥当性<sup>1)</sup> 未成立ではあるが、国際刑事裁判所の管轄権行使の基礎を依然として、関係国家による「管轄権受諾」意思のうえにおき、国家主権に一步譲っている点の当否<sup>2)</sup> なども、格別に法的吟味が必要であるし、また国連が1968年11月26日、突然人道に対する罪と戦争犯罪の時効を延長する条約を採択したが<sup>3)</sup> これなども事後立法禁止の原則にふれないのか、今後の宿題として、別の機会に研究したい問題である。

- 1) どの国際刑法条約でもよいが、たとえばアパルトヘイト条約3条。この問題点は、戦争の「指導者責任」観の名稱の下に、すでに膨大な研究成果が発表されているが、筆者も一度手をふれて見たい興味ある問題点である。大沼保昭『戦争責任論序説』東京大学出版会 1975年 関係各項参照。
- 2) ジェノサイド条約6条後段参照。この条項に関しては、「国際刑事裁判所の管轄権を受諾する締約国」というのが、犯罪者の本国か、又はその他の国家か、いずれの国家

を指しているのか、おそらく第一のケースが正解と思うが、まずこの点を明らかにする必要があるだろう。しかし、それより前に、こうした国際裁判所の管轄権(裁判権)を他の方法で設定することは不可能であろうか？ 不可能とすれば、国家(の責任者)が将来自分の首をしめる(被告人として)かも知れないような裁判所設立条約の制定に賛成し、その管轄権を受諾することなどありうるのだろうか。

3) 1970年11月11日発効。