

罪刑法定主義の相対性（二）

——国際刑法の原点から考える——

安藤泰子

《目次》

はじめに

I 罪刑法定主義の役割

1 厳格性からの解除

II 判例と学説の役割

1 判例の発展に委ねて——平野龍一——

2 学説の役割

(1) 諸説

(2) 学説の意義

III 国際刑法における刑罰観の素描

1 罪刑法定主義と譲渡説

2 先行研究と豊富な示唆

3 契機性の排除

IV 刑法学史に学ぶ

1 国際刑法の原点

2 刑法の淵源

(1) 主だった学説

(2) 検討——木村龜二——

(3) 結論

V 罪刑法定主義の通有性

1 議論の起点

2 慣習法上の犯罪

3 慣習国際法の結実

はじめに

罪刑法定主義は、近代刑法の大原則である。この刑法原則は、汎く各国の刑法や憲法に採られており、我が国においても、憲法第31条、第39条で明記されている。本原則の内容ないし派生原則については諸説あるが、その主だったものとして、①成文刑法による犯罪および刑罰の法定、②慣習刑法の禁止、③遡及法処罰の禁止、④類推解釈の禁止、⑤絶対的不定期刑の禁止などが挙げられよう。

本原則については、国内刑法のみならず、重大な国際犯罪を犯した指導者に対する刑事責任を追及するための常設国際刑事裁判所条約規程（以下、「ローマ規程」と略称）においても第22条でこれに関する規定が置かれている。

そこで、国際刑法が「国際社会に妥当する刑法」であるという点に着目し、この近代国家刑法の大原則である罪刑法定主義——とりわけ、慣習法処罰の禁止——については、いかに把握されるのかという点を中心に以下の課題について検討したい。

国際刑法における罪刑法定主義は、近代刑法の基本原則である罪刑法定主義に関する、従来考察されてきた議論と同じ基軸をもって同一の解釈が求められるのであろうか。あるいはこれをもって足りるのであろうか。この点、「慣習国際法に刑罰権行使の根拠を求めることは、罪刑法定主義に反するのではないか。」——という指摘を一部から受ける¹⁾。近代刑法の基本原則である罪刑法定主義は、絶対的な原理なのであろうか。

「近代」「国家」刑法の原理は、「今世紀」²⁾「国際」刑法に須らく妥当する必要が

1) 日本刑法学会第90回大会（2012年5月、大阪大学）〈個別報告〉安藤泰子「国際刑法における刑罰権の淵源」における第一質疑「慣習国際法に刑罰権行使の根拠を求めることは、罪刑法定主義に反するのではないか。」という指摘。本報告および応答については、刑法雑誌第52巻第2号（2013.4）210－226頁、特に224頁。

2) 本論は、①「前世紀中期に創られたニュルンベルク・極東国際軍事裁判所条例、同じく前世紀末期に創られた旧ユーゴスラヴィア・ルワンダ国際刑事裁判所規程」と、②「今世紀初頭に発効したローマ規程」との比較において前世紀と今世紀という史的展開の上に——罪刑法定主義にかかる③「罪」と④「刑」とを区別し、①から④を相関的に比較検討するものである。特に、①②にかかる各時代的な特徴を明らかにすることによって本論に設定した問題を解いていくため、説明の便宜上、ニュルンベルク・極東国際軍事裁判所条例や旧ユーゴスラヴィア・ルワンダ国際刑事裁判所規程を「前世紀国際刑法」と、またローマ規程を「今世紀国際刑法」と示すこととする。

あるのかという検討にあたっては、近代刑法の「原則性」を強調されるに先立って、その淵源をたずねる必要があると考える。

本論は、近代刑法の原則と謳われる罪刑法定主義が高い通有性をもつものの、国際刑法においては、①必ずしも国内刑法と同一の厳格性が求められるものではないこと、また②その法源が広く認められていること、すなわち本原則が相対性を有するものであること、わけでも①の国内刑法から要求される厳格性については、（国内刑法とは異なり）むしろその解釈においては緩和性が求められることを明らかにするものである。このような観点から、以下では罪刑法定主義を巡って、国際刑法と国内刑法とにおけるその解釈の差異、とりわけ罪刑法定の「法」が求められるべき法源の違いを中心に検討していくこととする。

なお、本論に示す「罪刑法定主義」とは、特に断りがない限り「国内刑法における」罪刑法定主義を意味し、（本論の主要なテーマである）それ以外を「国際刑法における罪刑法定主義」と指称することとする。また、同じく本論にいう刑罰権とは、特に断りがない限り実際の犯罪が行われたときに犯人を処罰することができるという意味で用いられる個別的刑罰権または刑罰請求権とは異なる、一般的・抽象的刑罰権を指すものとする³⁾。

I 罪刑法定主義の役割

1 厳格性からの解除

第二次世界大戦後、法学の分野でも研究対象への拡張化がみられた。とりわけ、憲法、刑事訴訟法などの分野では英米法への関心が高まり、多くの研究者が英米法研究に着手した。刑法学に限っていえば、今日、それが継受であるのか、輸入もしくは移植であったのか議論のあるところであるが、しかし、我が国の法学、特に刑法学は大陸法——わけでもドイツ刑法——の影響を強く受けるものであり、基本的

3) なお、本論は、我が国の罪刑法定主義を巡る解釈のあり方において、国内刑法と国際刑法における相違を明確にすることを目的としたものである。論の展開上、ドイツにおける国際刑法上の罪刑法定主義にかかる文献を参照し解釈の傾向を示しているが、本論ではドイツの国際刑法に対する姿勢や解釈の指針を論じるものではないことを予め注記する。

に大陸法の線上にあるものと位置づけられている。(刑事訴訟法を含む刑事法が、英米法の影響を受けるとはいえ)大陸法的な体系的思考は、我が国の刑法学において基礎を成すものといっても過言ではなかろう。

既述したように、大陸法からの感化を受けた我が国の刑法においては、罪刑法定主義が重視される。他方で、国際刑法における罪刑法定主義を論じる場合、一部においては、犯罪「法」定にいう法が、「法」か「非」法かの判断基準に基づき、「法」のみが「法」とであると結論づける傾向があるように思われる。すなわち、犯罪法定にいう「法」に明確な刑罰がない以上、本原則の本旨からは許されない、という「法」の存否、すなわち形式的ないし外形的な判断によって、罪刑法定主義の趣旨にかかる是非を結論づける偏向があるように思われる⁴⁾。

他方で、国際社会はいわば多元的構造の上に成立しているものであり、国際社会と国民国家とは法の構造において異なるものであるため、国内における法制度を国際社会に直接的に適用することはできない。一般に、国際刑事裁判所がその機能において実効性に欠けると指摘されるのは、国際社会には国内制度に該当する立法機関⁵⁾や執行機関は存在しないと言われるためである。

したがって、国際刑法における罪刑法定主義の検討においては、一面的把握ではなく異なる軸を相関させる必要があるように思われる。すなわち「近代」刑法と「今世紀」国際刑法という(時間)軸と、同時にまた「国内」国家刑法と「国際」社会を背景に形成された国際刑法という法の(構成)軸である。これらの異なる基軸を互いに関連づけ、複眼的な視点から考察する必要性が出てくる。このような考えに基づいて相関考察を加えてみれば、本原則の果たす役割が、国内刑法上のそれとは「決定的」に相違してくるのである。

既述した通り国際社会には(国内と同様の)立法機関がないことも加わり、国際刑法における罪刑法定主義の解釈にあたっては、ローマ規程のみならず慣習法を含む国際法の原則・規則、法の一般原則のほか、先例、すなわち判例(法)が、その

4) 国内刑法において罪刑法定主義を採る以上、厳格性が求められるという点については異論がないことを念のため付言しておきたい。

5) もちろん、条約を国際会議や国連総会で決議するということは国際的な立法という考え方もある。本論においては、立法「機関」として、国内制度と同一の機関を有しないという意義であることを注記する。

重要な役割を担っている。言うまでもなく国内刑法における判例の役割も重要である。しかし、国際刑法においては、慣習法や国際法の原則、法の一般原則ほか、判例の果たすべき役割が、国内法レベルのそれとは著しく異なってくる。この決定的相違は、筆者において国際刑法の特質によって説明されるものとする。以下に詳解していきたい。

国際刑法においては、実体「法」であるローマ規程それ自体のみならず、以下にその法源を見出すものである。

すなわち、ローマ規程第 21 条は、

「1 裁判所は、次のものを適用する。

(a) 第一に、この規程、犯罪の構成要件に関する文書及び手続及び証拠に関する規則

(b) 第二に、適当な場合には、適用される条約並びに国際法の原則及び規則（確立された武力紛争に関する国際法の原則を含む。）

(c) (a) 及び (b) に規定するもののほか、裁判所が世界の法体系の中の国内法から見いだした法の一般原則（適当な場合には、その犯罪について裁判権を通常行使し得る国内法を含む。）ただし、これらの原則がこの規程、国際法並びに国際的に認められる規範及び基準に反しないことを条件とする。

2 裁判所は、従前の決定において解釈したように法の原則及び規則を適用することができる。

3 この条に規定する法の適用及び解釈は、国際的に認められる人権に適合したものでなければならず、また、第七条 3 に定義する性、年齢、人種、皮膚の色、言語、宗教又は信条、政治的意見その他の意見、国民的、民族的又は社会的出身、貧富、出生又は他の地位等を理由とする不利な差別をすることなく行われなければならない。」と規定する。

この観点からは、国際刑法は国際法の影響を受けるものであって、国際法においては、判例の果たす役割もまた国内法のそれとは一致しない傾向がみられる⁶⁾。

そこで、本考察にあたっては、なお第 21 条の設置にかかった審議過程を辿る必

6) ローマ法やヨーロッパでの各国法においては、学説も法源と認める法制もある。

要が出てくる。国内刑法と同様に、国際刑法においても当該規定が画定されるまでに至る起草案や審議検討の経緯を確認する作業は必須となってくる。前世紀(中期)国際刑法=ニュルンベルク・極東国際軍事裁判所で示された判決が国際刑法を進展させていく過程の中で、国際法委員会によって前世紀(末期)ローマ規程草案が示されていくことになったのである。

すなわち、ローマ規程草案第33条は、裁判の適用法規に関し、

「(a) 裁判所規程

(b) 適用可能な (applicable) 条約並びに一般国際法の原則及び規則

(c) 適用可能な範囲内で国内法のいずれかの規則」

と定めていた⁷⁾。

この草案を汲んで創り出された一般原則に関する規定を置くローマ規程第21条は、他方で、国際司法裁判所規程第38条に拠りながら創られた規定である。国際法においては、慣習法や判例のみならず「学説」もまた極めて重要な法源になっている。

すなわち、国際司法裁判所規程第38条1項は、

「裁判所は、付託される紛争を国際法に従って裁判することを任務とし、次のものを適用する。

(a) 一般又は特別の国際条約で係争国が明らかに認めた規則を確立しているもの

(b) 法として認められた一般慣行の証拠としての国際慣習

(c) 文明国が認めた法の一般原則

(d) 法則決定の補助手段としての裁判上の判決及び諸国の最も優秀な国際法学者の学説」と規定する。

国際司法裁判所は、「国際法に従って」国家間の紛争を解決する司法機関であるものの、国際刑事裁判所と同様にその背景に立法機関を有するものではない。本条にいう国際法とは、一般条約または特別の国際条約等、実定国際法規に限定されるものではない。慣習、法の一般原則、「判例」のみならず「学説」にもその法源が求められる。判決の指針として、先例を作り上げる「判例」のみならず、「学説」

7) ILC, Draft Statute for an International Criminal Court 1994, YILC, 1994, Vol.2, Part II, pp.51ff. なお、これについては、以下から参照できる。

http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1994.pdf

に依拠して具体的事件の解決に当たるといふ、国際法における判例および学説に課された役割については、国内刑法と「決定的」に異なることが上記第38条から明らかになる。

我が国の国内刑法には明記されていない、上記の「法の一般原則」とは、具体的事件について、当該条約や慣習国際法に適用法規がない場合、これを補うものを指すとされる。関係各国の国内法における共通規則が、法の一般法として抽出される。

前世紀中期から末期へと時間軸の針が傾く中で、前世紀（末期）国際刑法（旧ユーゴスラヴィア国際刑事裁判所やルワンダ国際刑事裁判所）は、漸次種々の判例を示していくこととなる。そこでは「法の一般原則」が採用されてきた。法の一般原則は、特に旧ユーゴスラヴィア国際刑事裁判では条約規程の解釈指針、適用法規の補充のほか、法的論証の強化に役立ったとされている⁸⁾。法の一般原則に対する認定基準は高いものの、他方で裁判所が果たすこのような機能は、むしろ「法の創設にきわめて近い役割を果たしてきていると考えられている」⁹⁾。

言うまでもなく、我が国においても判例は先例拘束性が認められ、重要な役割を担っている。しかし、上述の通りローマ規程においては、それ自体に①本規程、②慣習法を含む国際法の原則、③法の一般原則、④従前の決定（＝先例に従った原則・規則・解釈）に法源が求められる旨の規定が置かれている。

加えて、先に指摘したように立法機関の不存在に加え国際刑法の特質から、先例の示す判断は、——前世紀に創設された国際裁判所、すなわちニュルンベルク・極東国際軍事裁判や、旧ユーゴスラヴィア・ルワンダ国際刑事裁判などで示された判例が——今世紀国際刑法＝ローマ規程の適用場面において、極めて重要な解釈指針ないし法源となっているのである。国際刑法において、上記①から④に従った原則・規則・解釈に依拠する旨を定めていることは、逆にこれらを積極的に用いることを——むしろ用いられるべきことを——指導するのであって、かつて（近代啓蒙時代の裁判官に対する不信を払拭できない考え方）のように裁判官を、恣意的判断を避

8) F. O. Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, 2008, pp.171-173.

9) 江藤淳一「国際刑事裁判における法の一般原則の意味」上智法学論集第57巻4号（2014.6）146－147頁、特に144頁。江藤教授は、同149頁で「少なくとも当面はICCにおいても法の一般原則が役割を果たす余地が残されていると考えられる」と示される。

けるための「機械的な口」¹⁰⁾に位置づけるものではない。

「国際刑法においては」、①ローマ規程、②慣習法を含む国際法の原則、③法の一般原則、④従前の決定（＝先例に従った原則・規則・解釈）に従い、判決へと導く裁判官の指導理念（または法源）・指針が示されたものと言える¹¹⁾。これは、ローマ規程第21条の列举基準に従って裁判官自身に厳格な要件のもと、これらに依拠した判断を委ねたものと解し得る。国際刑法にあっては、このような観点からも、国内刑法における（大陸法を基礎とする）罪刑法定にいう「法」の厳格性に対する同一基準は要求されてはならず、むしろ解除されているのである。

確かに、ローマ規程第22条は「法なくして犯罪なし」を定めている。

すなわち、本規程第22条は、

- 「1 いずれの者も、問題となる行為が当該行為の発生した時において裁判所の管轄権の範囲内にある犯罪を構成しない限り、この規程に基づく刑事上の責任を有しない。
- 2 犯罪の定義については、厳格に解釈するものとし、類推によって拡大してはならない。あいまいな場合には、その定義については、捜査され、訴追され、又は有罪の判決を受ける者に有利に解釈する。
- 3 この条の規定は、この規程とは別に何らかの行為を国際法の下で犯罪とすることに影響を及ぼすものではない。」と規定している。

前世紀国際刑法（＝ニュルンベルク・極東国際軍事裁判所条例や旧ユーゴスラヴィア・ルワンダ国際刑事裁判所規程）では、罪刑法定主義に関する具体的な明文規定が置かれず、それゆえ事後法禁止等について重大な問題が生じた。これらの問題を克服すべく、ローマ規程は第22条乃至第24条をもって罪刑「法」定主義を明文化し、これを採り入れるに至ったのである。従来、「罪」「刑」法定主義にいう「罪」については、諸種の人権宣言等で謳われてきたものの、今世紀、ローマ規程をもって、わけでも「罪」「刑」法定にいう「刑」が明記されたことは史上初めてのことであり、刑事法学の展開という観点から高い評価が加えられている。

ところで、第22条2項に求められる厳格性については、罪刑法定にいう「法」

10) 瀧川幸辰『犯罪論序説』有斐閣（昭和13年）5頁。

11) 本論は、この関係性について検討するものではないため、これ以上の詳述はしない。

の淵源を指すのではなく、ローマ規程自体に列挙された「犯罪の定義について」厳格な解釈を要求されるというものである。さらに、同条3項によれば、国際刑事裁判所以外の国際裁判所によって（慣習法による）個人処罰の実効性への余地を残している。同時に、国際法に基づき国内での個人処罰を認めるという選択肢を提供している。すなわち、他の国際裁判所における慣習法による個人処罰の実効性を探る、あるいは国際法を根拠として個人処罰の実効性を模索するという選択を与えていると解釈し得る。

他方で、ローマ規程は第23条で「法なくして刑罰なし」を定めている。すなわち、第23条は、「裁判所によって有罪の判決を受けた者については、この規程に従ってのみ処罰することができる。」と規定する。

この点、（特に、我が国の）国内刑法においては、個別条文中に「罰」が定められていることから、国内刑法との相異がみられる。すなわち、「罪」「刑」法定主義という犯「罪」法定については、ローマ規程第5条以下で各犯罪構成要件が明示され、厳格な犯「罪」法定をほぼ充たしていると評価できる。他方で、刑「罰」法定という「罰」に関しては、第77条で包括的な「適用される刑罰」についての一般的規定を置いている。

すなわち、ローマ規程第77条は、

- 「1 裁判所は、第110条の規定に従うことを条件として、第5条に規定する犯罪についての有罪の判決を受けた者に対し、次のいずれかの刑罰を科すことができる。
 - (a) 最長30年を超えない特定の年数の拘禁刑
 - (b) 犯罪の極度の重大さ及び当該有罪の判決を受けた者の個別の事情によって正当化されるときは終身の拘禁刑
- 2 裁判所は、拘禁刑のほか、次のものを命ずることができる。
 - (a) 手続及び証拠に関する規則に定める基準に基づく罰金
 - (b) 1に規定する犯罪によって直接又は間接に生じた収益、財産及び資産の没収。ただし、善意の第三者の権利を害することのないように行う。」と規定する。

本規程は、一般的規定を置くのみで個別条文中で具体的な「罰」を示していない。この点で刑「罰」法定という側面からは問題を有していることが指摘されるべきで

あろう¹²⁾。

以上の検討から、国際刑法にあっては、国内刑法と同様の（大陸法を基礎とする）罪刑「法」定という「法」の厳格性の要求は、むしろ緩和されていることが明らかになる。

II 判例と学説の役割

1 判例の発展に委ねて——平野龍一——

一般に、刑法解釈において国内刑法における罪刑法定主義の厳格性が求められることは言うまでもないが、上述のような国際刑法における傾向は、国内刑法にも全くないわけではない。すなわち、国内刑法における構成要件もすべてを記載することが適わない以上、そこに解釈による補充が行われる点については争いのないところである。国内刑法上は、この解釈の範囲が問題になってくる。他方で、各個別国家によって、その解釈の許容範囲が異なることも想起されよう。本論においては、先ず刑法における法源に関し、罪刑法定主義との関係から判例の役割について説かれた平野龍一教授の見解を確認したい。

周知のように、平野教授は罪刑法定主義の実質的内容が——①民主主義と、②自由主義からの要請を充足させることによって確保されること説かれる。①は「いかなる行為が犯罪であるかについて、国民自身がその代表（機関）を通じて決定しな

12) ただし、本規程は、（法の進化という点からは）英米法・大陸法・イスラム法など多くの法制度や法文化を背景として創られたものであり、法史上巨歩を印したと言えよう。他方で、（異なる刑罰論という観点からは）刑に関する一般的规定には、具体的「事態」（国内刑法における「事案」）における個別の事情を総合考慮し個別的判断を導くというメリットもある。いずれにしても、史上はじめて明文化された国際刑法において罪刑法定主義が採られたということについては、刑法学史の展開という巨視的視点からは新たな学域を成したものであり、それ（法の進化という）自体に顕著な意義が認められると考える。したがって、今後は「成文法の分類」について、従来の分類体系にとどまることなく新しい法域への留意が必要であり、然るべき定置が用意されるべきではなかろうかと考える。この点については、日本法学会2016年度学術大会（2016年5月28日、立命館大学）の個別報告「国際社会における法現象の社会学的分析—責任の分化—」で指摘している。なお、刑法学の文献としてわかりやすい成文法の分類図を扱ったものは少ないが、大谷實『刑事法入門〔第7版補訂版〕』有斐閣（2014）13頁を参照。

なければならない」こと、②は「国民の権利ないし行動の自由を守るために事前に成文法により何が犯罪であるかを明示されなければならない」というものである。この二つを充たすことが、今日、我が国の刑法解釈学においても重要な指針となっている。教授は、刑法の解釈にあたり、立法と裁判との関係について、「立法者はある範囲では決定を裁判官に委ねたと見られる場合がかなり多い。」¹³⁾、立法者において、一定の範囲内で「『判例の発展に委ねて』、自らは基本的な決定にとどまらざるをえない。これは立法の宿命」¹⁴⁾であるため、限定された範囲では「裁判官は何が法かを決定する」ことを強いられる点を指摘される。

その上で、教授は我が国の裁判官に課された役割に対する一般的傾向を、次のように示される。すなわち、概括的に「大陸法の罪刑法定主義は、裁判官の不信の上にたってもっぱら裁判官を法規にしばりつけることに重点があったのに対し、英米法ではむしろ裁判官を信用して裁判官に刑罰法規の実質的な適正さを判断させ不当な立法をチェックしようとしている」¹⁵⁾と解される。そして、我が国における刑法学者が「どちらかというといわば、盲目的、形式的に罪刑法定主義を考える考え方が強かった」¹⁶⁾ため、現行憲法の下では、刑法（解釈）における実質的な限界を考慮し、むしろ形式上の法律があった場合であっても、刑罰権の行使を抑制する考え方をとる必要があることを主張¹⁷⁾される。

教授は、従来からの考え方に拠って罪刑法定主義を厳格に解すれば——これを頑なに守った場合——、以下の弊害を避けられないと指摘される。すなわち、（我が国における）裁判官の役割は、法の忠実な適用に求められる¹⁸⁾。「罪刑法定主義を形式的、盲目的に解すると、裁判官は法を忠実に適用すべきであって、犯罪成立の要件がそなわった以上必ず処罰すべきだということになる」¹⁹⁾という帰結への懸念である。

13) 平野龍一『刑法の基礎』東京大学出版会（1986）229頁。

14) 前掲平野230頁。

15) 前掲平野232頁。

16) 前掲平野232頁。

17) 前掲平野232頁。

18) 前掲平野234頁は、従って、上記の弊害を避けるために——刑罰権の行使を回避するため——犯罪を構成しない理論的説明が求められ、その任務を受けて顕された理論が、期待可能性の理論と可罰的違法性の理論であったことを注記する。

19) 前掲平野234頁。

さらに、我が国における刑法解釈に関する特徴を「我が国は制定法の国であって判例法の国ではない、したがって判例は法ではないという考え方が依然として強い。(中略)これはおそらく、罪刑法定主義の原則上、法律だけが法源となりうるのであって、判例は法源とはなりえないという考えにもとづくものであろう。」²⁰⁾と示される。

その上で、制定法（を採る我が国と）と判例法（を採用する他の諸国）との違いを検討され、逆に、「判例は法か」あるいは「判例も法源であるか」というテーゼにこれを置き換え、制定法の不存在にかかわらず判例に基づく処罰は許されないという意味からは、判例を「非法」と位置づけられる。しかしながら、他方で、イギリスではほぼ制定法に拠る処罰制度となっていること、またアメリカの多くの州もコモンローに拠る犯罪処罰を否定している²¹⁾ことから、前者と後者の実体の相違を探究されるに、先の問題は「法」を観念的に考えるのか、経験的なアプローチを採るか——問題提起をどのように把握するのかという構造——の違いに、その答えが導かれることを示される²²⁾。

2 学説の役割

(1) 諸説

次に学説の役割について、言うまでもなく先覚の論考が多くあるが、紙幅の関係上、本論の展開に必要な最小限の紹介にとどめるものとする。

先の平野龍一教授の指摘を受け、本節においても（立論の展開上）はじめに平野教授が説かれる学説の役割を続けて以下に確認したい。平野教授は、法律によらない「生きた法」として、共謀共同正犯を巡る諸問題に触れられながら——犯罪論が機能的観点からの検討の懈怠ないし遅滞ゆえに——刑法がもっぱら構造的に把握されてきた点について反省を求められる。特に、共謀共同正犯については、判例が「生きた法」として採用されていること²³⁾を強調される。また、我が国における刑法学解釈の傾向にみられる短所、すなわち「単なる制定法の解釈に終始している」こと

20) 前掲平野236頁。

21) 前掲平野238頁、木村龜二「英米刑法と罪刑法定主義」刑法雑誌第2巻第3号（1951）1－25頁。

22) 前掲平野236－242頁。

23) 前掲平野246－249頁。

を直視され、自省を促される。敷衍すれば、犯罪の定義に関し「犯罪とは構成要件に該当する違法有責の行為である」という思考回路、すなわち「アプリオリ的な思考からまったくまぬがれてはいない。」²⁴⁾ こと、いわゆる体系的思考を重んじ問題的思考を軽んじてきたきらいがうかがわれること²⁵⁾ に対し、その一面的思考にとどまる閉鎖性を指摘される。学説の役割を——裁判官による立法の契機——積極的に「裁判官にはたらきかけて法をつくらせること」²⁶⁾ に求められる。

次に、前田雅英教授は、①立法的提言を行うもの、また②実務における理論的視座からの監督的役割——国民の規範意識の乖離の防止を図る——としての任務であることを強調される。そのためには、①②の観点から、罪刑法定主義の自由主義的要請の見直しが必要である点も指摘される²⁷⁾。すなわち、本原則からは、国民に対する行動基準としては（その規範の認識基準として）ハードルが高い旨を指摘される²⁸⁾。そして、②の視点からは、国民の予測不可能な行為の不処罰のためには、「言葉の可能な意味」²⁹⁾ や「国民の予測可能性の範囲」の形式論からの判断では充分ではなく、言葉の本来の意味からの距離と要罰性との衡量の必要性を説かれる。

教授は、我が国の刑法解釈の特徴を論じられるにあたり、ドイツにおける幾つかの判例を挙げながら、我が国では「ドイツ型の処理の方が法定主義に適うという感覚が、学説には強い」³⁰⁾ 点を指摘され、学説の立法的提言という立場から、我が国の判例形成の背景事情を考慮すれば、必ずしもドイツ型の解釈に沿う必要がないと主張される。すなわち、我が国の判例解釈の特徴を、立法機関の機能不全性と被疑

24) 前掲平野246－247頁。

25) 前掲平野247頁。

26) 前掲平野243頁。

27) 前田雅英「罪刑法定主義の変化と実質的構成要件解釈」『第3巻 中山研一先生古稀祝賀論文集』成文堂（1997）57－73頁、特に61頁、同「罪刑法定主義と実質的構成要件解釈」現代刑事法第31号（2001.11）22－28頁、特に24頁以下。

28) 前掲前田「罪刑法定主義の変化と実質的構成要件解釈」62頁。

29) この点で、前田教授は、前掲68頁以降で「言葉の可能な意味」を超え「その概念にそのような内容を盛り込むことが、一般人には想定しがたい周縁部分」まで処罰の対象とした場合、このような解釈が罪刑法定主義に反することを示される。他方で、この「言葉の可能な意味」を超えるか否かの判断に問題が起ってくること、さらに解釈にあたって限界があることを指摘される。

30) 前掲前田「罪刑法定主義の変化と実質的構成要件解釈」72頁。

者被告人の人権保障の担保ならびに国民の生活利益保護への規範的評価の結実に求める以上、「膨大な判例や学説が蓄積された現在、我国の解釈論の特色を意識的に展開することは、必ずしも危険なことではない。」³¹⁾ ことを指摘される^{32)・33)}。

続いて、村井敏邦教授によれば、罪刑法定主義は戦前の刑法学における学説の激しい対立をみなくなった今日、形式的・実質的観点からも「だれもが認める刑法上の原則」³⁴⁾であることを示される。この点で村井教授は、今日のこの傾向を必ずしも是とするものではないことを述べられる。すなわち、「学」と「実」との緊張関係の保持の必要性を指摘されるのである。これは、罪刑法定主義を守るべき立場にある裁判官が本原則をもって、逆に「人」への侵害へと（その作用を）反転させ得ることへの危惧から示される提言と思われる。換言すれば、「実」に「学」が積極的に関与し、常に一定の緊張関係を保っていくべきである。「学」は、「実」に以降関わっていくべきであり、緊張関係に弛緩を生じてはいけなない。「学」は、常に「人」の保護を目指し、「実」に対して「批判的機能をも果たさな」なければならない³⁵⁾と述べられる³⁶⁾。

31) 前掲前田「罪刑法定主義の変化と実質的構成要件解釈」72頁。

32) 前掲前田「罪刑法定主義の変化と実質的構成要件解釈」60頁は、罪刑法定主義の民主主義的機能において、従来の民主主義的要請を充たしながら、さらに「裁判官」をはじめとする法律実務家にも独自の役割が期待されることを説く。すなわち、国民の意思を代表する議会「のみ」による立法を、これに限らず判例による立法的機能を積極的に認めるという見解である。

33) この点に関し、他方で、内田博文教授は「罪刑法定主義」法学セミナー第511号（1997.7）42－45頁、特に45頁で以下の諸点に留意すべきことを喚起される。すなわち、第一点として戦前戦後に亘る日本型処罰制度については、大国論の立場から評価が加えられてきた点、第二点として日本型処罰制度の行き詰まりが顕在化しつつあるにも拘らず、これらの問題に対する検討が先送りされ改善の動きが鈍い点、第三点として「日本主義」と「国際化」の矛盾は逆に拡大している点を指摘される。内田教授は、以上のような状況を勘案すれば、我が国においては「罪刑法定主義の自由主義的側面を幾ら強調しても強調しすぎることはない。」民主主義的要請と自由主義的要請を充たすとき、刑法は「市民による市民のための」それに近づくことになると結論づけられる。

34) 村井敏邦『刑法』岩波書店（1993）206頁。

35) 村井教授は、209頁でこれを果たさなくなった学説には（中略）「今後の刑法理論の先行きに対する不安さえ感じられる」と指摘される。

36) 前掲村井201－209頁。

（２）学説の意義

確かに判例主義の底流には、裁判官への信頼がある。その信頼をもとに裁判官中心主義が展開され、「法」のみによらない解釈学の発展がみられた。他方で学説は、裁判官の立法的役割について検討が重ねられる。すなわち、その裁量をどこまで許容するのか。逆に、これは、「人」への保護を求めて、（国家の裁判）機関＝裁判官へと課した「学」からの拘制であったと考えられる。

そのためには、裁判官の裁量について、どこにどのような一線を画するのかという、裁判官の裁量権を巡る限界を設定するという目的の下に検討が重ねられてきた。その背景には、「人」への保護が刑法学の基底に据えられており、この保護について学説からの厳格な検証が求められていたことが見て取れる。「人」の保護を求めて刑法を機動させるために、刑法学は罪刑法定主義に対し謙抑性を求めつつ、その連続性を現代刑法へと繋いできたと言えよう。

学説の意義を求める諸説からは、主だった共通点が抽出される。それは、判例自体の実質的な内容に対する評価に限らず、裁判官の法的解釈の範囲についてこれを精査に付している点である。先覚の諸論考においては、裁判官への法解釈の権限にかかる範囲または解釈領域について、罪刑法定主義からの厳正な精察とそれに基づく峻烈な批判を、自らを含む「学」と「実」との両者に向けて加えられる³⁷⁾。

その意味からは、刑法学は歴史が創り出した原理を客観的に捉え、謙抑的な立場からその系譜を今に伝えている。ここに、罪刑法定主義という原理の連続性をいまに視るのである。このような観点から「学」は、批判的ないし検証的役割を担っている。国家が理性を保つとき、「人」への保護は、司法権を発動する裁判機関、すなわち裁判官（国家＝裁判所＝裁判官）を介して図られよう、またこれが期待される。

しかし、国家が理性を保てなくなって非理性国家へと化すとき、国家が「人」の法益を侵害する事態が生じ得る、と同様に国家の機関である裁判官にも同様に「人」を害する危険性が生じる。すなわち、罪刑法定主義の駆逐である。歴史の所産である罪刑法定主義を、本来、「人」を保護すべき国家が裁判官を通して侵害する虞を、

37) 実証的観点からその精査を加えた代表的な検証論究として、酒井安行「フランス刑法学における不作為による作為犯論（一）」国士館法学第18号（2007.11）29－57頁、特に37頁他。

刑法学は知覚するものであり、これを恐れるものである。

しかるに、「人」への保護を求めて、罪刑法定主義への「厳格性」を、「国家＝裁判官」に決然と要求する。ここに、（とりわけ国内）刑法「学」のひとつの意義が見出せる。

刑法が、社会防衛刑法と化すのか、自由刑法を維持していくのかについては、「学」の果たす役割は、極めて重要な鍵となろう。時勢を主だった契機性とする「ときの国家」は、理性が保たれるとき「人」の保護に役立つであろう。しかし、これが逆転したとき、その役目は失われる。逆に、「人」への侵害と化す機関となることは史実が示すところである。

Ⅲ 国際刑法における刑罰観の素描

1 罪刑法定主義と譲渡説

罪刑法定主義には既述したように、二つの要請が求められた。犯罪法定に関する、①民主主義的要請と、②自由主義的要請である。

ところで、国際刑法における刑罰権行使の正当性については、国家が有する刑罰権の一部を国際刑事裁判所に譲渡する、これによって国際刑事裁判所は譲渡された範囲内でこれを行行使すると捉える考え方がある³⁸⁾。説明の便宜上、本論においては、これを譲渡説と呼ぶことにする。この譲渡説においては、もとより国際刑法における刑罰権の淵源を国家（刑）法に求めるものである。したがって、上記に示した民主主義的要請も自由主義的要請も、「国家」という機関を既に介在させている点から、（形式的には）満たされていることになる。

譲渡説、すなわち国際刑法における淵源を「国家」刑法に求める考え方の下では、国内刑法学上からは、平野教授も指摘されるように、「罪刑法定主義を堅持するかこれを緩和するかは、社会統制において、刑法の役割、さらには国家の役割をどれだけ重視するかにある。刑法及び国家の役割を重視する考え方は、権威主義あるいは干渉主義的な態度ということができ、重視しない考え方は、自由主義的ないし不

38) 前掲拙稿「国際刑法における刑罰権の淵源」214頁以下。

干渉主義的態度だということができる」³⁹⁾であろう。

そうすると、上記に示した譲渡説は、(国際刑法における刑罰権の淵源に関し)そもそも国家観の異なる、個別国家における刑法の目的・役割の相違のみならず、同時に「ときの」個別国家における刑罰権概念を(国際刑法における刑罰権行使の正当性へと)用いるものである。その観点から評価すれば、我が国の刑法は、制定以来一世紀以上の長きに亘り法的安定性を確保してきたと言えよう⁴⁰⁾。

他方で、その間、敗戦を通じて政治体制が変遷し主権が国民に存することになったことは、革新的転換であったと思われる。その下に公布された新憲法においては基本原則を維持しつつ——刑法改正を巡る諸問題⁴¹⁾への克服に関しては——難儀を伴ったものと推察される。外形的には「時宜に合った柔軟な対応」という表現では説明できない重大な危殆があったと言われている⁴²⁾。

このように、ひとつの国家の中においてさえも、ときの政治的契機性に大きく影響を受ける刑法は、その支柱となるべき罪刑法定主義の解釈を巡り、当該時世の政治体制に強い影響を受けるものであることが判る。歴史の中では、——1926年ソヴィエト・ロシア刑法、1935年ナチス・ドイツ刑法における——罪刑法定主義の否定すらあったことが想起されよう。

39) 平野龍一『刑法 総論 I』有斐閣(昭和58年)41頁。

40) 山口厚「刑法典——過去・現在とその課題」ジュリスト第1348号(2008.1)2-7頁他。

41) 我が国の刑法改正について検討された先行研究は、いずれも極めて有益でありまた豊富な示唆を含むものである。刑法改正を巡る諸問題は、我が国の刑法研究者(特に「若い学者」と記す文献が散見される)を中心に周知の通り積極的に議論検討され、これに関する文献も多数にのぼるが、本論は刑法改正を巡る考察ではないため、これ以上の言及は控える。なお、この概要を端的に纏められ各争点から——とりわけ刑法草案の審議過程に表明された刑法学的観点からの具体的問題を指摘されつつ——批判的見解を示される代表的な論考として、さしあたり西原春夫「刑法制定史にあらわれた明示維新の性格」『刑事法研究 第二巻』成文堂(昭和42年)213-255頁、特に238頁以下、中山研一「改正刑法草案の概括的批判」、吉川経夫「改正草案と罪刑法定主義」、宮沢浩一「改正刑法草案の『刑罰論』について」大谷実「保安処分に対する批判的視点」、中義勝「改正刑法草案各則の批判」、《座談会》「刑法改正手続の問題点」清水誠・内藤謙・平野龍一・松尾浩也・和田英夫《アンケート》刑法改正草案に対する刑事法研究者の意見「特集=刑法改正の問題点」法律時報554号(1974.6)所収、「改正刑法素案の総合的研究」法律時報・臨時増刊(1975.4)他。

42) 刑法学史を扱う論考では、この重大な問題に関して複眼的視点から先鋭な指摘を加えられるものが多い。

以上の検討を通せば、個別国家を基盤とする刑罰観を強く反映させる国家刑法と、汎く国際社会に培われた国際人道法と国際慣習法の結集であるローマ規程⁴³⁾とには、①罪刑法定主義の解釈のみならず、②刑罰観を巡って、大きな隔りがあることが判る。この点で、個別国家刑法におけるひとつの時代の刑罰観の変容・変遷に比較すれば、（一国家における刑罰観によるものではなく、国際共存社会によって示された処罰意思の結実である）今世紀国際刑法＝ローマ規程における刑罰観が、より客観性を有するものであること、また国際刑法における罪刑法定主義を巡っては、と時の一国家刑法における解釈よりもより相対的な解釈が期待されることが判明する。

2 先行研究と豊富な示唆

戦後我が国では、新たな日本国憲法の下に、個「人」の価値を重視した近代化が図られてきた。新憲法の理念に基づき憲法が新たな展開をみせる中、他方で刑法学は——全面改正へと向かったものの——多難に遭遇することとなったのである。名目的な市民刑法は、と時の国家法益や旧体制維持を重視する刑法であったことが指摘されている。ここに、刑法「学」は、改正刑法草案を巡って「実」＝施行への抑制という役目を担うこととなった。旧体制の一部を継ぐ改正草案の施行＝「実」に対し、「学」はブレーキをかける役割を担った。その「歯止め」が功を奏し、成功裏に収めたといわれている⁴⁴⁾。このような観点から、特に戦後の日本刑法史をみれば、「国家」を基底とする刑罰観、あるいは刑法機能は時代や治政に際立った密着性を有するものであることが明らかになる。

ひとつの国家における刑法学においても、「と時の」国家観に重大な影響を受け、変容や転換を含む変遷がみられる。ここに、国内刑法は個別国家における時代的影響を多分に受けるものであることを重ねて主張するものである。その意味から、後に説くように、国際刑法における刑罰権の行使にあたっては、個別国家の刑罰観における諸契機を可能な限り排除することが望まれる。上記に挙げた例は、国際社会を構成するひとつの国家——我が国——における刑法学の史的展開の一例に過ぎない。

しかしながら、戦後刑法史における学派的刑法理論の展開——犯罪論や刑罰論に

43) この点については、拙著『国際刑事裁判所の理念』成文堂（2002）258頁以下。

44) この点に関する詳解は、本論の目的ではないため、これ以上の言及はしない。

据えられるべき本質を巡って積み上げられた多数の諸論究——の中に、国際刑法における刑罰観を素描する上で、欠くことのできない有益な示唆が多く収められている。

3 契機性の排除

ローマ規程の実効にあたり、「国家」刑罰権の行使を一次的に把捉し、これができない一定の場合に国際刑事裁判所は刑罰権を行使するという（補完性原則を議論の出発点としてあるいはこれをあたかも“a priori”なものとして、国際刑法を論じる）立場におかれては、以下の点に留意が求められよう。すなわち、国際刑事司法作用に関しては、各「国家」における時代の権力的契機ができるだけ排除されるべきである。すなわち、何を犯罪とし、どのように処罰するのか、という罪刑に関わる本質的な判断は、繰り返し述べるように、①個別国家の、②ときの「国家」観を反映させるものである。国家刑法においては政治体制や時代の価値から切り離すことができないため、したがって国際刑罰権の行使にあたっては時代性や政治性を含まないことが強く求められる。可能な限り、これらの契機性、換言すれば非司法的要素は排除されるべきである。この点で、合意を基礎とし補完性原則を前提に論を展開される立場は、自ら積極的に国家の権力的契機を求めてられるように思われる。国家が理性を保つとき、「人」への保護は、国家をして実行されよう。

しかし、国際刑法創設の原点は、何に求められたのであろうか。「国家」による「人」への侵害、「国家」刑罰権に関する機動性への不信であったことを想起すべきであろう。逆説的な評言をするならば、「国家」が「人」への保護を図れたならば、国際刑法はその展開をみなかったであろう。前世紀国際刑法を含む今世紀国際刑法は、「国家」の司法権、とりわけ刑罰権への不信＝不処罰によってを克服すべく顕現された法である。

国際刑法における刑罰権の概念について、筆者が国際刑事裁判機関はその刑罰権について、個別国家からの譲渡によってこれを行行使するものではなく、国際共存「社会」が固有に有するものであると考える見解（以下、「固有説」と略称）⁴⁵⁾を主張する第二の理由がここに求められるのである。すなわち、国際共存社会は刑罰権を有する個別国家から構成されるのであって、既に国家という組織を介して構築され

45) 前掲拙稿「国際刑法における刑罰権の淵源」214頁以下。

ている以上、それはもとより刑罰権を有する個別の組織「社会」から構成されているのであり、(個別国家の刑罰権の一部を結合させて) 諸国家から国際刑事裁判所に刑罰権を譲渡するという擬制的構成をとる必要はないものと考えてのである⁴⁶⁾。敷衍すれば、「譲渡」ないし「一部譲渡」という擬制によって、国際機関の刑罰権を基礎づけようとする場合、ローマ規程自体が認める付託や、本規程採択当時には想定されてはいなかった自己付託にかかる国際刑罰権の正当性を整合的に説明することはできないのである。

加えて、各「国家」刑法は、個別「国家」の憲法を最高法とする下位法と位置づ

46) この点で、多くの論考においては、国家を“a priori”なものとして——国際社会は「国家」から成るという構成を当然の前提として——論じられている。無論、補完性原則を採用以上、それは不整合なものではない。しかしながら、他方で法史の変遷(という時間軸に共存社会を置いてみると、すなわち)その延長線上に国際共存社会を捉えこれを巨視的観点からこれをみれば、その構造は常に流動的ないし可変的要素を有するものであり、必ずしも「国家」という組織のみによって構成されるという必然性はないと考える。

国際共存社会における構成については、国家のみが無二の統治組織ではなく、今後は他の組織形態も考慮し得る余地があると考ええる。すなわち、筆者においては古代社会を含む原始共同体からの組織にかかる遷移から鳥瞰すれば、「国家」という統治組織は、歴史上は採られ得たひとつの共存社会の一形態なのではなからうかとも考えるのである。「国家を“a priori”なものとして論じる国際刑法」ではなく、共存社会は常に可変的形態をとるものであり、国家組織は歴史的産物として捉える必要があるのではなからうか、という考えがある。

逆に、国際刑法に素描される共存社会は、国家を前提に論じなければならない必然性はなく、史的展開の中で法現象が現れた事実考慮される必要があるのではなからうかという考えである。別言すれば、今日の国際共存社会は、自らを含む共存を自覚し始めた原初段階であり、いわば法的には未開社会と言える。そのような中で、部族法から国家法へ、不成文法から成文法へ、犯罪法から刑罰法へ、刑罰法から保護法へと、そのモードを変化させながら法が進化してきた現象が発見される。

旧来、国家法のみで対処された事項にもはやこれのみをもって対応できなくなった事態がある。この事態に求められた法が国際刑法である。そうすると、法の進化という観点からは、国家法のみがあった時代から国際刑法が顕現し、国家法と国際刑法が同時に機動する法構造を創造させることになったのである。

しかし、今後さらに共存社会の自覚が深まるとき、国家法のみをしてこれを整合的に説明することは困難を伴うことになるであろう。これらの点を巨視的観点から、また同時に人類学的法学という観点から鳥瞰すれば、「はじめに国家ありき」あるいは“a priori”なものとしての合意原則」という立論は、国際刑法の始源およびその将来と乖離すると考える。この点については、稿を改めて論じたい。

けられるものの、——例えば、死刑に関する刑罰規定を存置する国と存置しない国など——各「国家」自体の、今日に至る刑罰思想とその系譜、のみならず国際人権思想の発展と受容にかかる程度や独自の歴史的な発展に基づく法文化の相異によって各「国家」刑法における罪刑の内容自体と刑法理論ならびに刑法解釈論は言うまでもなく、刑罰制度も異なってくる。勿論、ローマ規程は、このような問題を可能な限り避けるべく規程第5条以下で対象犯罪を4つの重大な国際犯罪に限定し、また同第77条以下で各国における刑罰制度の差異を可能な限り回避している。

上述のような個別国家の「刑罰」観をもって国際刑法における刑罰権の正当性を基礎づけることは、——（仮に譲渡説に立った場合であっても）国家から国際刑事裁判「機関」への刑罰権に関する一部譲渡か全部譲渡か、またそれは任意的譲渡なのかまたは必要的譲渡なのか、さらには刑罰権譲渡にかかる（ローマ規程の対象犯罪となるべき）当該部のみならず残余部にかかる刑罰権についての説明の必要性はか、逆に国際刑法における刑罰権の行使に関し異なる譲渡概念を前提とする——その行使において、統一性・画一性・公平性他が求められるべき刑罰権概念に異なる要素を入れる危険性が少なくない点が指摘されなければならない。

結局のところ、国際刑法においても、犯罪とは何か、どのような行為が犯罪とされるのか、という問いについては、（一般に）刑罰を科すに値する行為が犯罪である、という公式を採るならば、刑罰に対する考え方いかんによって、各「国家」ごとの犯罪概念が異なることは言を俟たない。それゆえに、この問題は“core crimes”を何にするかという問題に置き換えられるのであり、国際社会が未だに「核兵器の使用」についてこれをローマ規程の対象犯罪とすることができないのは、以上のような理由によるものと考えられる。この問題は、本論の検討にも関わってくるが、——刑罰権の淵源、指導者個人に対して刑罰権を行使する正当性を何に求めるか——理論的解決には、時代性と価値観、法文化、法制度、宗教、政治他の契機性を排除できない以上、引き続き難儀を極める懸案である。

そこで、まずは国際刑法における犯罪論について、深い検討が必要となってくる。この観点から、我が国においては犯罪の成否にかかる検討について、瀧川幸辰教授によれば「犯罪トハ法律ノ保護する利益ノ侵害」⁴⁷⁾を指すと示されるころ、何を侵

47) 瀧川幸辰「罪刑法定主義ノ歴史的考察」法學論叢第1巻第6號（大正8年）56－84頁。

害するものなのか、いかなる主観的要件を具備すれば処罰に値するのか、それが具体的事件を介し罪刑法定主義との関係でどのように解されるのか——例外を認める、すなわち司法的観点からは「国家」の、あるいは政治的な干渉をできるだけ排除する方向には向けられないのか——という法的精査が必要となってくる。

このような検討経路を辿ることは、被疑者・被告人の人権保障を担保することのみならず、法律家の思考経済にも資するように思われる。ただし、国内刑法上採られている、上記に示す、いわゆる「構成要件に該当し、違法かつ有責の行為」という思考型式は、必ずしも唯一無二の絶対法則ではなく、すなわち“core crimes”の成否にかかる判断について、この思考型式が国際刑法に最もふさわしい妥当性を有するものであるか否かについては、再考の余地があるように思われる。この問題は、前世紀国際刑法が混迷してきた（平和に対する罪や人道に対する犯罪についての処罰が、遡及処罰の禁止という争点を含む）罪刑法定主義に関する問題——例えば、目下、ローマ規程の列举犯罪とはされていない「核兵器の使用」——を再び国際共存社会に提起することになろう。このような観点からも、さらに深い思索が必要になってくる。

これは、国際刑法に特徴づけられる、例えば、①「指導者（への個人）責任」という、主体の特殊性、②法益侵害に向けられた規模性、組織性、被害の甚大性および回復不可能性ほか、③（集団、民族という）行為の客体に関する問題など、国際刑法の特殊性から導き出される主だった要素に直接的な関連性が認められるためである。

基本的には、単独犯による通常犯罪を想定しこれを基準とする国内刑法における行為類型とは凡そ異なる特異性を有するという観点からは、従来から採られてきた犯罪にかかる三つの法的評価についての判断を従来の型式に沿って段階的に順序立てて考慮すること——さらに国際刑法に妥当する（その特徴を反映させる）思考型式があるのかまたはないのか、あるとすればどのようなものか——が適切か否かについては、改めて検討する必要があるように思われる⁴⁸⁾。わけても集団の共存にか

48) この検討にあたり、犯罪の性質に着目される鈴木茂嗣教授の「犯罪論に関する実体論的構造論」は示唆に富む。この点については、鈴木茂嗣『犯罪論の基本構造』成文堂（2012）特に393－413頁。同「犯罪論は何のためにあるか——法科大学院・裁判員時代の刑法学——」近畿大学法科大学院論集第1巻（2005.3）111－134頁、特に111－113頁他。

かる法益をどのように評価するのかなどについては、理論的な説明が求められるのである。

Ⅳ 刑法学史に学ぶ

1 国際刑法の原点

次に、国際刑法の機能に関して、国際刑法が何を目的とするのか。（人権保障については、言うまでもないが）国際公序の維持を主だった目的とするのか、あるいは法益保護を目指すのか、という問題で提起され得ると思われる。この点で、国際公序の維持という観点を強調するならば、（国際〔刑〕法においては、立法・行政機関はないものの）我が国における刑法学史が辿った道程——過去の反省——を省み必要があるように思われる。秩序維持に重点を置けば、それが国内刑法であれ、国際刑法であれ、裁判官への裁量の幅を必要以上に拡大することに繋がる可能性が排除されない。

この点では、何よりも「国際刑法の原点」に遡る必要がある。国内刑法と異なり、国際刑法においては、不処罰文化を回避すべく、国家の枠を外して個人責任の追及を目指したものである。この沿革を辿り、国際刑法の展開における起点を確認することが求められる。その原点に戻ってみれば、公序維持については、結果として享受されるものと考えられる。この趣旨からは、国際刑法の目的は、（現今の国際社会における「力」の論理が通有する今日的様相を考慮すれば）第一義的には特別予防に重点が置かれ、それが（刑法の一機能として言及されるべきもの、すなわち）副次的または結果的に一般予防に資することとなり得ると考えることが適切であろう⁴⁹⁾。

2 刑法の淵源

以上の考察を踏まえた上で、次に刑法の淵源について、国内刑法と国際刑法からはどのように解されようか。この点、特に法形式とその法源についての相違を明確

49) なお、公「序」と公「益」とは、似て非なる概念であり、また刑法の「目的」と「役割」は必ずしも同義ではないため、本論においては犯罪の予防的観点からの言及にとどめる。

にすることを目的として、以下、考察に必要な範囲に限定し、伝統的な国内刑法および国際刑法の主だった学説を挙げ比較検討する。

(1) 主だった学説

国内刑法について、木村亀二教授は、以下のように示される⁵⁰⁾。「刑法の淵源は、どこまでも、成文法でなければならない。」⁵¹⁾と。この点で、国際刑法における刑罰権の淵源は、「決定的」に相違するのである。本論を含む一連の著述⁵²⁾を通して示してきたように、国際刑法における犯罪概念は、慣習国際法・国際人道法に依拠し、これに基づき醸成されてきたものである。“core crimes”にかかる慣習法によって国際法上認められ、それが漸く今世紀初頭に実定法に結実された。これが、ローマ規程である。換言すれば、国際刑法における刑罰権の淵源は慣習法に求められ、もとより本規程における犯罪構成要件自体が、慣習国際法の結実として画定されたものである。

筆者の立場からは、ローマ規程を採択した外交会議を国際刑法上の犯罪構成要件の画定（に関する「一部交渉を含む」確認）にかかる「契機」と捉える。ここでより重要なことは、指導者の個人責任追及に関しては、慣習国際法による処罰意思が「汎く認められていた」という「事実」、また国際社会に確立していたその「処罰意思」を成文法化するという国際的な「意思」が示されていたという史実である。そして、これを「成文法」化するための場が、ローマ外交会議であったと言える。国際社会においては、“core crimes”にかかる指導者の個人処罰は、国際人道法を含む慣習法に拠ったものであった。ジェノサイド条約の第6条において、国際刑事裁判所の創設が予定されていたことは、それを証左するものと言える。

この点、国際刑法における罪刑法定主義について、国内刑法における罪刑法定主義と同じ基準をもってその厳格性を求める立場は、——「慣習」という外観上の表記に執心されるためか——国際刑罰権行使の正当性が慣習国際法に求められる点に

50) 罪刑法定主義について解説を加える著書または論考は枚挙に暇なく、これをすべて挙げることは叶わない。本論においては、数多い論考の中、自論の展開上、便宜的に一先ず木村教授の表記にかかる一部を引用することにした。

51) 木村亀二『新刑法読本』法文社（昭和47年）27頁。

52) 拙著『国際刑事裁判所の理念』成文堂（2002）、同『個人責任と国家責任』成文堂（2012）他。

指摘を加えられる。この背景には、（先に指摘したように我が国の刑法解釈学がドイツ刑法解釈学の影響を多分に受けていることから、本原則の厳格性については国内刑法と等しい基準を求める、すなわち）今世紀国際刑法にも当然通有する絶対原則である、といういわば原則性に（潜在的にあるいは盲目的に）拘制されているように推察される。

そこで、近時の国際刑法に関するドイツ⁵³⁾ 文献を確認してみると、Helmut Satzger 教授は、近著“Internationales und Europäisches Strafrecht. Strafanwendungsrecht”⁵⁴⁾ において、この点、明確な解説を付されている。すなわち、国際刑法については、「当然のことながら、文面による確定（『成文法』）も、国内刑法に匹敵しうる。刑罰を根拠づける法的内容的明確性（『明確な法』）も要求されてはならない。国際刑法は、国際慣習法として誕生し、慣習法は、国際法の範囲では（国内法と違って）、最も重要な法源の1つなのである。したがって、国際法上の犯罪構成要件は、架空の立法者の『完結品（großer Wurf）として生まれたのではなく、最初から、徐々に、ダイナミックな発展に基づくものだったのである。』⁵⁵⁾ と。そして、この点で、「国際法の領域では、国内法で認知された『犯罪なし』原則の一定の相対化」⁵⁶⁾ を認められている。国際刑法における罪刑法定主義への緩和を含む解釈については、

53) なお、ドイツにおける国際刑法に対する法整備については、松葉真美「国際刑事裁判所規程履行のための各国の国内法的措置」レファレンス（2004.5）37－63頁、特に44－45、48－49、51－52、55、58、62頁他。国際刑事裁判所条約を採択した外交会議では、ローマ規程における罪刑法定主義に関し、アメリカからの——犯罪構成要件の明示化に関する——要請に対し、ドイツを中心とする大陸法諸国が（刑罰規定および証拠に基づく心証主義による有罪認定を主張する見解を採ることから）異なる立場を示した。本規程第9条が現行の規定ぶりとなったのは、この妥協点を求めたもの言われている。この点については、小森光夫「国際刑事裁判所規程と裁判過程の複合化」ジュリスト第1343号（2007.10）47－56頁。

54) Helmut Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Europäisches Straf und Strafverfahrensrecht, Völkerstrafrecht, 6. Auflage 2013.

55) Ibid., Helmut Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht については、国際・ヨーロッパ刑法研究会〔訳〕（監訳・加藤克佳）加藤克佳＝辻元典央＝佐川友佳子＝金子博＝松倉治代〔共訳〕による一連の訳出が「同上（1）から（9・完）」として近畿大学法学に掲載されている。「〔翻訳〕ヘルムート・ザッツガー著『国際・ヨーロッパ刑法——刑法適用法、ヨーロッパ刑法・刑事手続法、国際刑法』（8）」近畿大学法学第62巻第1号340－341頁。

56) 前掲国際・ヨーロッパ刑法研究会〔訳〕341頁。

(本論では紙幅の関係上これを詳述しないが)前世紀国際刑法——旧ユーゴスラヴィア国際刑事裁判 Zejnil Delalić et al 事件公判部判決⁵⁷⁾——にも示されるように国内刑法における罪刑法定主義への厳格解釈がむしろ制限されているのである⁵⁸⁾。

57) 1998.11.16 Zejnil Delalić nulla poena sine lege; no punishment without law.

58) IT-96-21-T, 参考資料として、判決文の一部を掲載。

http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf

—H. Construction of Criminal Statutes—

402. The principles *nullum crimen sine lege* and *nulla poena sine lege* are well recognised in the world's major criminal justice systems as being fundamental principles of criminality. Another such fundamental principle is the prohibition against *ex post facto* criminal laws with its derivative rule of non-retroactive application of criminal laws and criminal sanctions. Associated with these principles are the requirement of specificity and the prohibition of ambiguity in criminal legislation. These considerations are the solid pillars on which the principle of legality stands. Without the satisfaction of these principles no criminalisation process can be accomplished and recognised.

403. The above principles of legality exist and are recognised in all the world's major criminal justice systems. It is not certain to what extent they have been admitted as part of international legal practice, separate and apart from the existence of the national legal systems. This is essentially because of the different methods of criminalisation of conduct in national and international criminal justice systems.

404. Whereas the criminalisation process in a national criminal justice system depends upon legislation which dictates the time when conduct is prohibited and the content of such prohibition, the international criminal justice system attains the same objective through treaties or conventions, or after a customary practice of the unilateral enforcement of a prohibition by States.

405. It could be postulated, therefore, that the principles of legality in international criminal law are different from their related national legal systems with respect to their application and standards. They appear to be distinctive, in the obvious objective of maintaining a balance between the preservation of justice and fairness towards the accused and taking into account the preservation of world order. To this end, the affected State or States must take into account the following factors, *inter alia*: the nature of international law; the absence of international legislative policies and standards; the *ad hoc* processes of technical drafting; and the basic assumption that international criminal law norms will be embodied into the national criminal law of the various States.

406. The result of this difference has been well expressed by Professor Bassiouni, expressing the view that,

[i]t is a well established truism in international law that if a given conduct is permitted by general or particular international law, that permissibility deprives the conduct of its criminal character under international criminal law. But if a given conduct is prohibited by general or particular international law it does not mean that it is criminal *ipso jure*. The problem thus lies in distinguishing between prohibited conduct which falls within the legally defined criminal category and that which does not.

407. This exercise being one of interpretation generally, and of the criminal law in particular, we now turn to general principles to consider the interpretation of the criminal provisions of the Tribunal's Statute and Rules.
408. To put the meaning of the principle of legality beyond doubt, two important corollaries must be accepted. The first of these is that penal statutes must be strictly construed, this being a general rule which has stood the test of time. Secondly, they must not be given retroactive effect. This is in addition to the well-recognised paramount duty of the judicial interpreter, or judge, to read into the language of the legislature, honestly and faithfully, its plain and rational meaning and to promote its object. This rule would appear to have been founded on the firm principle that it is for the legislature and not the court or judge to define a crime and prescribe its punishment.
409. A criminal statute is one in which the legislature intends to have the final result of inflicting suffering upon, or encroaching upon the liberty of, the individual. It is undoubtedly expected that, in such a situation, the intention to do so shall be clearly expressed and without ambiguity. The legislature will not allow such intention to be gathered from doubtful inferences from the words used. It will also not leave its intention to be inferred from unexpressed words. The intention should be manifest.
410. The rule of strict construction requires that the language of a particular provision shall be construed such that no cases shall be held to fall within it which do not fall both within the reasonable meaning of its terms and within the spirit and scope of the enactment. In the construction of a criminal statute no violence must be done to its language to include people within it who do not ordinarily fall within its express language. The accepted view is that if the legislature has not used words sufficiently comprehensive to include within its prohibition all the cases which should naturally fall within the mischief intended to be prevented, the interpreter is not competent to extend them. The interpreter of a provision can only determine whether the case is within the intention of a criminal statute by construction of the express language of the provision.
411. A strict construction requires that no case shall fall within a penal statute which does not comprise all the elements which, whether morally material or not, are in fact made to constitute the offence as defined by the statute. In other words, a strict construction requires that an offence is made out in accordance with the statute

(2) 検討——木村龜二——

他方で、国内刑法においては、一般にいかなる把握がなされようか。木村龜二教授は、以下のように指摘される。「刑法典をはじめ、その他の刑罰法規は、『すべて』（鈎括弧筆者加筆）、成文法の形式をとっている。これは罪刑法定主義の結論であって、その理由は、刑法が成文をもって規定せられることによって、その明確性が維持せられ、裁判官の専断を排除して、個人自由を保障することになるからである。そこで、罪刑法定主義の派生原則として、成文法以外の慣習法や条理法としての刑法を排斥することになっているのである。」⁵⁹⁾と。

これを、主だって国際刑法における罪刑法定主義という観点から、便宜上、以下に分けて考察すると、「①刑法典をはじめ、その他の刑罰法規は、すべて、成文法の形式をとっている。②これは罪刑法定主義の結論であって、その理由は、刑法が成文をもって規定せられることによって、③その明確性が維持せられ、④裁判官の専断を排除して、個人自由を保障することになるからである。そこで、⑤罪刑法定主義の派生原則として、成文法以外の慣習法や条理法としての刑法を排斥することになっているのである。」と区分される。

上記の①「刑法典をはじめ、その他の刑罰法規は、すべて、成文法の形式をとっている。」に関しては、ローマ規程自体に刑罰規定が置かれていることから、先ず

creating it only when all the essential ingredients, as prescribed by the statute, have been established.

412. It has always been the practice of courts not to fill omissions in legislation when this can be said to have been deliberate. It would seem, however, that where the omission was accidental, it is usual to supply the missing words to give the legislation the meaning intended. The paramount object in the construction of a criminal provision, or any other statute, is to ascertain the legislative intent. The rule of strict construction is not violated by giving the expression its full meaning or the alternative meaning which is more consonant with the legislative intent and best effectuates such intent.

413. The effect of strict construction of the provisions of a criminal statute is that where an equivocal word or ambiguous sentence leaves a reasonable doubt of its meaning which the canons of construction fail to solve, the benefit of the doubt should be given to the subject and against the legislature which has failed to explain itself. This is why ambiguous criminal statutes are to be construed *contra proferentem*.

59) 前掲木村27頁。

はこれに拠ることになろう。しかしながら、既述したように、ローマ規程が第 21 条 1 項で（1）本規程のみならず、（2）慣習法を含む国際法原則、（3）法の一般原則、（4）従前の決定を淵源とするものである以上、刑罰法規にかかる「法」は、すべて成文の形式を採用するものではないことを重ねて示す必要がある。

続いて、②「成文法が罪刑法定主義の帰結である」については、同第 21 条 1 項（c）に基づき国際刑事裁判所は「従前の決定において解釈したように法の原則及び規則を適用することができる。」と規定されている。この点、国際刑法においては、成文「法」のみならず、上記①に同じく、国際法の原則、法の一般原則、判例も（また本項（c）における従前の決定に）含まれると解される。なお、この点に関連しては、国内刑法においても例外があることが想起される。すなわち、（国内）刑法第 94 条にいう「外国交戦の際における局外中立命令違反」については、刑罰のみを規定し、いかなる行為を違反行為とするものか、行為自体についての明文規定は不存在であり、命令に委任している。

次に、③「その明確性が維持せられ」については、何をもって犯罪とするかについては、既述したところであるが、時代や宗教、地域のみならず、各個別国家における政治的契機性を排除できないものである。したがって、各国によって異なるところである。また、英米法において、特に罪刑法定主義を明示していない国々によっては、明確性の原則が必ずしも採られていない場合もある点が指摘されなければならない。言うまでもなく、慣習法においては、明確性は厳守されるべき要素とはなっていないのである。

続いて、④「裁判官の専断を排除して」については、繰り返し論じることになるが、裁判官に対する疑心（＝恣意的判断の抑止）が働く場面か、裁判官に対する信頼（＝判例解釈に、後の法的判断への期待）を寄せる場面か、当該国によって裁判官への役割・任務について相違がある点が指摘されよう。国内刑法における専断主義は、国家成立の歴史的観点からみれば、いわば近代国家の正負にいう「負」であり、その排除は「負」への克服に当たる。近代刑法の原則である罪刑法定主義はこのような悪弊を排除すべく求められたものである。換言すれば、人権を保障するため君主制に基づく権力の恣意的行使を防止するという目的から要請されたものである。他方で、国際刑法は、国家刑罰権行使の無機動性ないし不信から求められたものであり、この点が「決定的」に相違するのである。

最後に、⑤「罪刑法定主義の派生原則として、成文法以外の慣習法や条理法としての刑法を排斥することになっている」については、本文にいう排斥が、罪刑法定主義の本旨を指すのか、あるいは罪刑法定主義の機能を指すのか定かではないが、この派生原則が厳守されてきたならば、逆に、慣習法に拠るローマ規程は結実（＝国際刑法の飛躍的な（〔定立化＝成文化への〕展開）することはなかった、と言えよう。

確かに、教授が示される通り、「刑法の解釈は刑法の生命である。解釈なくしては刑法は死んだ文字に等しい。」⁶⁰⁾ と言説は適切であろう。しかしながら、国際刑法においては「その解釈は、どこまでも、刑法の成文を基礎」⁶¹⁾ とすることはできない。

（3）結論

以上の検討から、木村教授の（国内刑法における罪刑法定主義に関する）論述は、国際刑法には必ずしも妥当しないことが判明する。

国際刑法における刑罰権の淵源に対しこれに指摘を加える見解は、（行為に先立って成文法の存在を要求する）罪刑法定主義への厳格解釈こそが刑法の本来的趣旨に沿うものとする立場と思われる⁶²⁾。ドイツ刑法の影響を受けた我が国の刑法解釈においては、規範的公理として高い通有性を保つ罪刑法定主義は、成文の法を求めるがゆえに、非成文法、条理、社会慣習、学説のみならず、従来（あるいは見解によっては今日においても）判例をその法源として（基本的には）認めないという見解が伝統的な立場であり、このスタンスに立つものと推察される。

それゆえに、本論は、国内刑法における罪刑法定主義と国際刑法におけるそれへの解釈を巡り、同義性が求められるか否かを検証すべく国際刑法の淵源をたずねようとするものである。他方で、国内刑法においても法源の研究は遅れてきたと説明される。（特に国内刑法において）罪刑法定主義の対象とされたのは主だって成文法のみであり、非成文法である条理や学説は、犯罪と刑罰の直接的な根拠とはなり

60) 前掲木村37頁。

61) 前掲木村37頁。

62) 勿論、筆者において、この考え方が間違いであると主張する趣意では全くないことを念のため付記する。

得ないという解釈が、換言すれば罪刑法定主義への厳格性を厳守することが、刑法の目的と解されてきたように思われる。

この点で、上記に示したように、Helmut Satzger 教授は「国際法の領域では、国内法で認知された『犯罪なし』原則の一定の相対化」⁶³⁾を認められるものであり、筆者と同様の見解を採られるのである。

V 罪刑法定主義の通有性

1 議論の起点

国際刑法における刑罰権の淵源について、それが慣習法による処罰であり罪刑法定主義に反するものではないかという指摘は、国際刑法を論じるにあたり潜在的または無意識のうちに、「近代」刑法の大原則である罪刑法定主義を採る国内刑法を前提とされているものと推察される。このような指摘または見解は、罪刑法定主義という「近代」刑法の原則を、「刑法」という実体法のみに着目され、その大原則ゆえの通有性をもって淵源をたずねることなく、これが「今世紀」国際刑法に採用されるのか否かという、いわば粗放な構造的把握の上に指摘を加えるものと考えられる。

端的に言えば、国際刑法における罪刑法定主義を巡る議論の起点において、既に齟齬を来しているのである。国際刑法を論じるにあたり、（ローマ規程が補完性原則を採る以上）国家刑罰権概念は、必然的に考察の前提となろう。他方で、国際刑法の指導原理は、——むしろ（不処罰文化の形成を黙認してきた）個別「国家」における刑罰権の無機動性ゆえに国家を捨象した形で——「人」の保護が図られるべきであることを目指したものであったことが想起されるべきである。

罪刑法定主義は、近代「刑法」の大原則であり普遍的な原則である。しかしながら、（我が国を含む）汎く大陸法諸国に採られている厳格な罪刑法定主義が、国際刑法においても同じ厳格性をもって刑法の原則に置かれている、また置かれなければならない、あるいは罪刑法定主義の「厳格性は、国内刑法と等しく」国際刑法にも求められるという指摘や見解は適切ではないと考える。

63) Ibid., Helmut Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 国際・ヨーロッパ刑法研究会〔訳〕340－341頁。

2 慣習法上の犯罪

国際刑法における刑罰権の淵源について、罪刑法定主義に反するものではないかという指摘は、ローマ規程の起草経緯および規程に引き継がれてきた思想的系譜、実体——“core crimes”の列挙犯罪にかかる犯罪構成要件自体が慣習法に拠って画定されたという事実——を考慮されず、単なる外観上の法形式、すなわち一義的に「法」か「非」法かという基準で、それが罪刑法定主義の本旨に沿うか否かまでも判断されるように思われる。または現実的な国家主権問題との関係を配慮されてか、法の定立における形式を重視される傾向、あるいは実質と形式の両者を同一レベルで捉えられる傾向があるようにも見受けられる。

この点、国際刑法においては、Antonio Cassese⁶⁴⁾教授や M. Cherif Bassiouni⁶⁵⁾教授が認められるように、その法源には、(もとよりその淵源を自然法に求める)条約、慣習法の他、法の一般原則(の適用)が汎く承認されているのである。

本論に設けた問題の取組み方とその姿勢について、江藤淳一教授は、端的に「一般に刑法学者は罪刑法定主義を重視する傾向にあり(中略)、もっぱら裁判所規程に基づいて裁判を行う立場を支持する。これに対して、国際法学者は、国際法がいまでも不文法(慣習国際法と法の一般原則)に大きく依存することから、成文法を補充する不文法を適用法規に加えるのは不可欠であるとの立場を支持する」⁶⁶⁾傾向がある点を指摘される。

その上で、教授は「法の一般原則」の系譜を示される。すなわち、法の一般原則は、条約や慣習国際法の規則の不明確性や規則が欠缺している場合に生じる審理不能という状況を回避するためこれが常設司法裁判所規程で採用されたものであること、本来は各国での私人間適用を前提とする法原則を国家間に類推して適用することを想定するものであったことを示される⁶⁷⁾。

本論に示してきた通り、前世紀末から今世紀にかけて飛躍的に発展した国際刑法は未だ完全性を有するものではなく、——(特に、何をもって“core”とするのか、

64) Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 2003, p.25ff.

65) M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, 1999, 2th ed, p.282ff.

66) 前掲江藤140頁。

67) 前掲江藤140頁。

という点についての国際的な確認を反映する）過程法（“Process Law”）であり——それ自身の未熟性のために、具体的な法の適用の場面にあたっては、法規欠缺への補充という役割が期待されている。

この点で、Cassese 教授は、新たな法分野における法の欠缺は避けられないものあり、法の一般原則である法源が再び用いられることになることを指摘される⁶⁸⁾。この点、江藤教授が引用される Mary Fan 教授は「ICTY は法源としての慣習と一般原則を復活させたとし、これらの不文の国際法の法源は、国際刑事法の緩慢な法典化より」⁶⁹⁾も目下世界で起きている戦争や紛争への対応を可能にしていたことを詳解される。ここにも、前世紀国際刑法においても、近代刑法における罪刑法定主義の厳格性とは異なる緩和的な特徴をみることができる。

以上、本検討を介せば、（前世紀国際刑法、また）今世紀国際刑法における罪刑法定主義の厳格性は、近代刑法における罪刑法定主義とは同義では「ない」。むしろ緩和されている傾向がみられ、それが同時に特徴となっている。このような観点からは国内刑法における罪刑法定主義とは「決定的」に相異することが明らかになるのである。

戦争犯罪やジェノサイド他の“core crimes”については、「国際法違反の犯罪」⁷⁰⁾と称されるものの、以上のような所以から国際法では慣習法上の犯罪⁷¹⁾と呼ばれているのである⁷²⁾。

3 慣習国際法の結実

罪刑法定主義を巡り、今世紀国際刑法（＝ローマ規程）における刑罰権の淵源について、近代刑法の派生原則のひとつである「慣習法による処罰の禁止」という観

68) 前掲江藤141頁、注釈(3)、Antonio Cassese, “The Contribution of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia to the Ascertainment of General Principles of Law Recognized by the Community of Nations”, p.46 (Sienho Yee & Wang Tieya eds., 2001)。

69) 前掲江藤141頁、注釈(3)。

70) 山本草二『国際刑事法』三省堂（1991）8頁以下。

71) Theodor Meron, “International Criminalization of International Atrocities”, Vol. 89, No. 3 American Journal of International Law, 1995, July. pp.558- etc.

72) 言うまでもなく慣習国際法上の犯罪と呼ばれる“core crimes”に対し、これが全てローマ規程における犯罪構成要件に挙げられたものではないことを注記する。

点からこれを認めない見解は、国際刑法法理の解釈にあたり自らが既に（譲渡説を含む）非固有説を採っている、あるいは非固有説を前提に論を進められるということをして失念している故と考えられる。それ——国際刑法の淵源についてこれが罪刑法定主義に反するものではないかという指摘——は、「近代刑法の大原則」をもって一義的解釈の上に今世紀「国際刑法」の本源への探究なく、また本法域の特質、法の醸成背景ほかを考慮されずに、近代「国家」刑罰権を前提とする罪刑法定主義という原理性を絶対視し、これに拘制されているためと思われる。

敷衍すれば、発効から僅かに15年を経たばかりの今世紀国際刑法＝ローマ規程を、約110年にも亘る歴史の中で精緻な理論を構築し同時に厳格な原理を貫いてきた国内刑法と比較すること自体において、規範の完結性およびその程度、のみならず本原理の所産に至った沿革他の考慮されるべき枢要な点を見失われていると考えられる。

確かに、国際刑法は、前世紀後半から今世紀にかけて飛躍的な展開をみせている。しかし、2002年7月に発効されたローマ規程は、未だ完結性を有するものではなく、先に示した通り「過程法」とも称される——政治的契機性や時世性をも要素とする——いわば「動態法」である。この点で、今世紀国際刑法の国内刑法への導入、すなわち国内法整備にあたって採ったカナダの履行措置が注視されよう。

カナダは、刑法典への再編成という形を採らず、敢えてカナダ法へ再編成した。カナダ法第4条第4項、第6条第4項は、「コア・クライムが国際慣習法上の犯罪であると規定している。また、第6条第5項は、人道に対する罪が、ニュルンベルグ及び極東国際軍事裁判以前から国際慣習法の一部を構成し、あるいは法の一般原則によって犯罪と認識されていたと規定する。」⁷³⁾ これは、まさに“core crimes”が時世的素を含んでおり、国際社会のコンセンサスによって可変性を有しているという考えを反映させたものと評価できる。要言すれば、カナダは国際慣習法が時代とともに展開することを前提として、（カナダ刑法ではなく、“core crimes”に対する国際社会の時代的変容を先見し）カナダ法による責任追及への道を拓いたと言える⁷⁴⁾。

73) 前掲松葉47頁。

74) 筆者においては、このような法の形態現象については、法社会学的観点から（ローマ規程という国際刑法に関する実定法化を「法の分化」と把握し、さらに分化現象の上に）

何をもって“core crimes”とするかについては、ローマ会議以降も重ねて締約国会議が開かれ、2010年ウガンダ・カンパラ会議において、（ローマ規程〔2002年発効〕では名目的にとどまっていた）侵略犯罪が正式に列举犯罪とされたことについては、前著⁷⁵⁾に記したところである。罪刑法定主義を巡る「近代」国家刑法から「今世紀」国際刑法への系譜、また近代「国家」刑法から今世紀「国際」刑法へと受け継がれてきた系譜は、今世紀国際刑法から、さらに次世紀、すなわち22世紀国際刑法へと発展をみせながら連続性を保っていくであろう。

この点で、罪刑法定主義の嚴格性を貫き国際刑法における刑罰権の淵源に指摘を加える見解は、国際刑法の発展度や法整備の完結度についての留意が欠落されているのみならず、国内刑法と国際刑法の有機性を担保すべく、逆に積極的に考察を加えられる必要があるように思われる。国際刑罰権の行使に関し、補完性原則を採るローマ規程においては、言うまでもなく国家刑罰権の行使が優先されている。

しかしながら、仮に、上述のような（国際刑法における罪刑法定主義について国内刑法と同義に解する）立場に立つならば、優先される国家刑罰権の行使の正当性について、国際刑法の淵源に対する批判に先立って、あらかじめ国際刑罰権行使とを相関させ理論的に説明する必要があるだろう。ここに、国内刑法学からの考察が喫緊の課題であることを指摘したい。

加えて、国内刑法の観点から、従来戦争犯罪の審理方式として採用されてきた「特別」裁判所条例や「軍事」裁判所創設にかかる“ad hoc”条例や（旧ユーゴスラヴィア・ルワンダ国際刑事裁判所）規程の、当時における国内刑法との整合性や今世紀的意義、ローマ規程＝「常設」国際刑事裁判所規程への（非継受も含める）継受性——非連続性と連続性——も検討されるべきであると考ええる。

我が国においてはローマ規程に加入した以上、“core crimes”が国内刑法上どのように解釈されていくべきか、すなわち——国内刑法から国際刑法への考察——という観点から課題に挙げられる必要があるように思われる。言うまでもなくローマ規程は、政治力学が働く国際社会において、多国間交渉の上に成立したものであり、いかに非締約国への垂直的効力を及ぼす——新効果規定を有する——国際「刑法」

「法の進化＝細分化」が視られるものと考えている。この点については、稿を改めて論じたい。

75) 前掲拙著『個人責任と国家責任』49頁以下。

であっても、国内刑法における罪刑法定主義における法定の「法」に関し、これと同一の精粹性は保てない。そこには常に——とりわけ、力学上の作用と反作用という、すなわち国際政治を背景とする力関係を契機として——非司法的契機が入り混じることも否めない。

罪刑法定主義の厳格性を厳守する、わけでも犯罪構成要件の明確性を強調する立場からは、この、非司法的要素が指摘されるところである。しかしながら、逆説的に言えば、これが国際刑法の特質であるということをここに記すものである。再述するところとなるが、ローマ規程は、過程法であるものの、「規程自体が慣習法の総結集」であり、特に「構成要件自体が、慣習国際法の結実したもの」と把握されている、また解されるべきであろう。

本論は、ローマ規程に示された列举犯罪にかかる各構成要件自体が、慣習国際法と国際人道法に依拠しながら画定された点を指摘しつつ、刑法原理である罪刑法定主義を巡って、国内刑法と国際刑法における、「求められるべき厳格性の相違」を明らかにするものである。また、異見との間に——罪刑法定主義を巡る「国家」刑法と今世紀「国際」刑法との——議論の起点において齟齬が生じていることへの要因を検知するものである。

以上、本論においては、罪刑法定主義の厳格性——わけでも慣習法による処罰の禁止——について、国際刑法におけるそれは必ずしも国内刑法における罪刑法定主義から求められる基準とは同一ではないこと、むしろ緩和が認められること、また国際刑法における淵源について慣習法による処罰が罪刑法定主義に反するものではないか⁷⁶⁾、という指摘が（議論の起点を異なる軸に置くものであり）必ずしも妥当性を有するものではないことを検証した。

(追記)

本稿は、青山学院大学判例研究所 2015 年度特定課題研究プロジェクト（国際刑法における罪刑法定主義）による研究成果の一部である。また本稿は、「罪刑法定主義の相対性（二）」の表題が示すように、青山法務研究科論集第 13 号所収の「罪

76) なお、この点に関しては、日本刑法学会第93回大会（2015年5月、専修大学）で開催されたワークショップ国際刑法（オーガナイザー：安藤泰子）で討議されている。拙稿「国際刑法における基本原理」刑法雑誌第55巻第3号（2016.5）567－672頁。

罪刑法定主義の相対性（二）

刑法定主義の相対性（一）」に続くものであるが、内容的には独立のものである。そのことを示すため——「国際刑法の原点から考える」——という副題を付した。