

《論説》

## 強行規範 Jus Cogens と国際公秩序（一）

安 藤 泰 子

はじめに

1 条約法条約と国際社会における公秩序

- (1) 条約法条約
- (2) 国際社会における公秩序

2 強行規範と二元的公秩序論

- (1) 強行規範
- (2) 公秩序の二元化
- (3) 公秩序に関する研究状況
- (4) 二元的公秩序論

3 国際公秩序

- (1) 国際公秩序形成の萌芽
- (2) 国際公秩序の形成期
- (3) 国際公秩序の確立期

4 強行規範と合意法の限界

はじめに

第二次世界大戦後の国際社会は、その構造において大きな変化を遂げ、諸種の分野において新たな法のシステムが構築されてきた。個人責任法<sup>1)</sup>に限っていえば、1998年に常設国際刑事裁判所設立条約規程（以下、「国際刑法」という）<sup>2)</sup>が採択され、コア・クライム指導者に対する刑事責任を追

---

1) 本稿にいう個人責任法とは、戦争犯罪や人道に対する犯罪などのいわゆるコア・クライムを指導した個人につき、国際刑事裁判所でその刑事責任を追及するための広義の法をいうものとする。

2) The Rome Statute of the International Criminal Court.

及するための国際裁判所が2003年に開所された。いうまでもなく、現在の国際社会においては、いずれの国家も国際社会の秩序のなかで存立し得るものであり、人類の共存という観点から、国際社会での公秩序の維持が求められているものとする。本稿は、こうした21世紀における国際社会での「公秩序」を探究しようとするものである。とりわけ、今世紀初頭に創設された常設国際刑事裁判所で示される判例や国際刑法を介して維持されるべき、あるいは維持されるであろう「公秩序」を探究していこうとするものである。敷衍すれば、刑罰権の行使には、公秩序の存在が前提となるが、果たして国際社会には——国内で認められるような、あるいはこれに類する——公秩序が存在するのであろうか。本研究は、「国際刑事裁判に基づき行使される刑罰権に関し、国際社会にはその前提となる公秩序が存在するのか。存在するとするならば、従来の国際法における秩序とはいかなる点において相違するのか」という問題を中心にこれを探究していこうとするものである。

国際刑法は究極的には国連憲章第1条にいう「国際の平和と安全を維持すること」を目的とし、対象犯罪であるコア・クライムの防止をその役割のひとつとするものであると考えるが、国際社会で観念される公秩序 (international public order) については、いうまでもなく単に国際刑法の検討をもって論じられるべき性質の問題ではなく、核兵器廃絶や軍縮、人間の安全保障や保護責任などとともに多角的な考察のもとに取り組まなければならない課題であるとする。幾つかの論考を介し検討してきた通り、国際社会において確保されるべき共通利益 (common interests) やすべての国家に対して課される対世的義務 (obligations erga omnes)、そして本稿を介して検討する国際社会で形成されてきた強行規範 (jus cogens) についても、こうした広範に亘る巨視的観点からの考察が必要となってくるが、すべての域に亘った網羅的な検討は叶わない。

したがって、多岐に亘る分野における秩序が観念されるなかで、本研究は国際刑法に限定し、とりわけその刑罰権の所在とあり方に関連する範囲

において、①共通利益と、②対世的義務に焦点を当て、前稿「共通利益 Common Interests と国際公秩序」<sup>3)</sup>及び「対世的義務 Obligations Erga Omnes と国際公秩序」<sup>4)</sup>を介し、これを探究してきた。本稿は、これら一連の「国際公秩序」探究に関する論考のひとつとして位置づけられるものであり、さらに研究視座を広げるべく、前記①及び②に加え、③強行規範という視点から以下に検討を重ねるものである。

もとより強行規範は、国家との関係で形成されてきた概念である。したがって、多くの研究においては国家のみとの関係でこれが論じられ、——とりわけ国内研究において——これまでは個人責任法との関係に焦点を絞り考察を加えた本格的な先行研究はなかったように思われる。そこで、本研究においては、「従来、国家に向けられる規範として形成されてきた強行規範が、現在の個人責任法と何らかの関係を有しているのか」という問題意識を有しつつ、その可能性を探るという観点から、国際刑法における刑罰権行使の前提として認められるものと考えられる国際公秩序に関連し、以下に検討していくこととする。

なお、本稿にいう「国際公秩序」とは、国際社会での公秩序 (international public order) が汎く観念され得ると考えるなかで、主だってニュルンベルク・極東国際軍事裁判所条例や同裁判の判決によって定式化されたニュルンベルク諸原則の確立以降、国際社会の平和に寄与するという観点から、同諸原則によって形成されてきたと考えられる秩序と、これに加え国際刑法の目的及び機能に着目し同法によって形成され得ると考えられる秩序を指し、他の国際法秩序とは区別されるものをいうものとする。

現在の国際社会には幾つかの法秩序が観念され得るなかで、敢えてこれらを区別すべく述べれば、本稿にいう①「国際法秩序」とは、旧来からの二国間または多国間条約 (合意) によって維持される秩序を指し、また②従

3) 安藤泰子「共通法益 Common Interests と国際公秩序」青山法学論集第63巻1号 (2012.6) 1-26頁。

4) 安藤泰子「対世的義務 Obligations Erga Omnes と国際公秩序」青山ローフォーラム第10巻1号 (2021.7) 31-58頁。

来からの、すべての国家に対する義務として形成されてきた対世的義務や、強行規範、あるいは国家責任法をもって維持され得ると考える秩序を「国際社会における公秩序」という。そして、③本稿の中心的課題である、国際刑法を含む個人責任法において維持されるべきまたは維持されると考えられる秩序を「国際公秩序」ということとする。

## 1 条約法条約と国際社会における公秩序

### （1）条約法条約

旧来、国家間の条約締結に関する手続やその法的効果ほかについては、具体的な規定がなかったため、主だって慣習国際法に委ねられていた。ところが、条約法に関するウィーン条約（以下、「条約法条約」と略称<sup>5)</sup>が、1969年5月にウィーンで開催された外交会議において採択されるに至ったのである<sup>6)</sup>。本条約は、1949年以来、国際法の発展のなか、法典化作業のひとつとして定立化されたものであり、国際法の基本に関する原則を定めた重要な条約である。本条約は、その冒頭で以下のように規定する。すなわち、

「この条約の当事国は、（中略）『合意は守られなければならない』との規則が普遍的に認められていることに留意し、（中略）人民の同権及び自決の原則、すべての国の主権平等及び独立の原則、国内問題への不干渉の原則、武力による威嚇又は武力の行使の禁止の原則、すべての者の人権及び基本的自由の普遍的な尊重及び遵守の原則等国際連合憲章に規定する国際法の諸原則を考慮し、（中略）国際の平和及び安全の維持、諸国間の友好関係の発展並びに国際協力の達成が推進されることを確信し、この条約により規律されない問題については、引き続き国際慣習法の諸規則により規律されることを確認して」以下に協定する、というものである。

本研究において特筆すべきは、「条約の無効」を規定する第二節の第46

---

5) The Vienna Convention on the Law of Treaties.

6) 1980年1月27日発効。

条から第53条、とりわけ第53条である。同条は、一般国際法の強行規範(jus cogens)<sup>7)</sup>に抵触する条約の効果に関する規定である。すなわち、「締結の時に一般国際法の強行規範に抵触する条約は、無効である。この条約の適用上、一般国際法の強行規範とは、いかなる逸脱も許されない規範として、また、後に成立する同一の性質を有する一般国際法の規範によってのみ変更することのできる規範として、国により構成されている国際社会全体が受け入れ、且つ、認める規範」をいう。

旧来、国家は独立かつ絶対的な主権を有するのであって、主権は何者にも服さない概念として解され、他国との関係においていかなる制限や制約を受けないものとされてきた。しかし、本条約に第53条が置かれたことによって従来の考え方は否定され、国家間合意である条約に上位する強行規範が認められるに至ったのである。同条約の草案過程においては、侵略行為や奴隷売買の禁止のみならず民族自決原則や人権の保護など、11項目に及ぶ法原則が強行規範とされるべきであるという見解が示されていた<sup>8)</sup>。

このような強行規範は、第二次世界大戦以前においてもいわば黎明期として容れられていたものの、それが汎く認められるに至ったのは戦後になってから<sup>9)</sup>といわれている。その意味から、強行規範は国際法のなかでも新た

7) 対世的義務(obligations erga omnes)と強行規範(jus cogens)の相違については、T. Meron, Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law, 1989, p. 192, André de Hoogh, Obligations Erga Omnes and International Crimes, 1996, p. 53, International Law Commission, Draft on State Responsibility, Commentary Art. 19, Part 1, p. 102, Thomas Weatherall, Jus Cogens: International and Social Contract, Cambridge University Press, 2015, p. 8ff. etc.を参照。なお、両者の関係についてのより詳細な解説については、R. Higgins, Problems & Process, International Law and How We Use It, 1994, p. 167ff.

8) Whiteman M. M., Jus Cogens in International Law, Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol. 7, pp. 625-626., 小川芳彦『条約法の理論』東信堂(1989)181-218頁、特に194頁、佐藤一義「条約法条約における強行規範と留保についての一考察」宮崎公立大学人文学部紀要第2巻1号(1995.3)53-67頁、特に64頁。

9) 田畑茂二郎「現代国際法の諸問題——7- 国際法におけるユス・コーゲンス」法学セミナー第190号(1971.11)69-73頁、特に70-71頁。

な概念として台頭してきたものであるといえよう。戦争の世紀といわれた前世紀における二つの大きな世界大戦を通して、国家間のみを規律する法ではなく、国際社会全体が受け入れ、且つ、認めなければならない規範が求められたことを因とするものであると考えられる。この点、詳細に論じれば、強行規範に関する議論につき国際法委員会や（条約法条約を採択した）ウィーン会議でそれが認められるべきであるとの見解に強く賛同したのは、当時の発展途上国や社会主義諸国であった<sup>10)</sup>という。国家は法律を定立する機関である。この点から、社会構造が異なる国家においてはその法制度や権力構造も相違してくる。当時は、国家が他国との間でひとたび合意に至れば、総じていかなる内容の条約も締結し得るものとされていた。発展途上国あるいは人権意識が十分に発達していない国家においては、国家間合意という名目のもとに事実上の支配が行われたという指摘がある<sup>11)</sup>。当時の状況において、新興諸国や社会主義諸国では強行規範の存在につき、賛意を示すこととなったといわれている<sup>12)</sup>。これらの諸国以外においても、戦後は二つの大戦を経て平和を切望する機運が高まったこと、また世界的な人権意識の向上と国際人道法の発展を背景に「いかなる逸脱も許されない規範として」、「国際社会全体が受け入れ」、且つ、「これを認める規範」を形成するに至ったものと考えられる。

本条にいう「強行規範」の定義に関しては、具体的にその内容が明示されてはいない。この点については、強行規範自体が漸次国際法の展開とともに変化していく性質を有する流動的な要素を伴っていると考えられたことから、逆に具体的な例示を置くことによって混乱を来すことが懸念され、敢えて明示的に規定することを避けたものといわれている<sup>13)</sup>。この点で、抽象性は排除されないが、国家間の条約に上位する一般国際法の強行規範の存在を認め、これを条文をもって明確に示した点は、本研究において意

10) 田畑・前掲注(9) 71 頁。

11) 田畑・前掲注(9) 72 頁。

12) 田畑・前掲注(9) 71-72 頁。

13) 佐藤・前掲注(8) 63-64 頁。

義深いものとする。強行規範の具体的な内容に関しては、後に示されるであろう国際裁判所による判例や国家実行によって漸次形成されるものとされた。

## (2) 国際社会における公秩序

権力が集約化されていない国際社会に強行規範が認められるのか、という疑問も呈されるであろう。この点、田畑茂二郎は半世紀前の1971年において「ユス・コーゲンスそのものは、国際社会の構成員の法意識の問題であって、たとえ国際社会が十分組織されない段階においても、法意識の成長につれて、ユス・コーゲンスの原則が成立する可能性は認められなければならない」<sup>14)</sup>と論じていた。また、広瀬善男は、「条約法条約の作成過程で“as a whole”の用語を導入したことは、それによって『すべての国』(all state)によって強行法規として承認されなくても規範の強行性は成立し得ることを認めたものと解された」<sup>15)</sup>と指摘している。

先にも論じてきた通り、同条約第53条によって強行規範が規定され<sup>16,17,18)</sup>、「国によって構成されている国際社会全体が受け入れ、且つ、認める規範」と抵触する条約は、「無効」とされる。侵略行為やジェノサイドは、いわゆる「国際社会の共通利益」に反する犯罪、本研究にいう国際社

14) 田畑・前掲注(9)73頁。

15) 広瀬善男「国際社会のコミュニティ化の条件——1- 国際法上の国家主権概念を軸として」明治学院論叢第362号(1984.3)1-73頁、特に37頁脚注1。

16) M. Virally, “Réflexions sur le 〈Jus Cogens〉”, *Auunuaire Français de Droit International*, Tome, XII, 1966, pp. 9-11 は、Jus Cogens の登場が、かつてより絶対であると考えられてきた国家主権に制限を加えることによって、国際社会に構造的転換をもたらせたことを指摘する。

17) 条約法の法典化と Jus Cogens については、小川芳彦「国際法上のユース・コーゲンス」法学教室第20号(1982.5)65-70頁、特に66-68頁。

18) 条約法条約以前に、国家が国際法上、善良な風俗に反する条約を締結することが禁止され、且つ、この禁止が文明諸国における共通の認識であったと主張する学説として、Alfred von Verdross, *Forbidden Treaties in International Law*, *American Journal of International Law* (hereafter : AJIL), Vol. 31, 1937, p. 572. がある。Verdross 論文の紹介については、小川・前掲注(17)184頁他。

会法益<sup>19)</sup>を害する犯罪であり、これらが条約の内容を構成する場合、無効とされる。国際社会におけるこうした強行規範の形成ないし確立への動きについて、藤田久一は「ユース・コゲーンの登場は『国際社会全体の利益や必要』といった表現で、個々の国家の明示の同意を回避して（一般）国際法規則をつくろうとする努力の一つといえる」<sup>20)</sup>と論じていた。換言すれば、これは、国際社会における公秩序を前提にまたは公秩序を確保すべく、（一般に説明される）共通利益の保護に関する規則の作成へと向かった営為といえる。本研究は以下で論じるように、国際社会においては——潜在的にも——公秩序が観念され、それを前提に（いわゆる）共通利益の確保が求められるものと考ええる。

条約法条約第 53 条は、合意を原則としつつも共通利益を害する内容の条約、すなわち強行規範に反する条約は無効とされ、もって国際社会における公秩序の維持を図ろうとするものであると考えることができる。この点を吉田脩は、「条約法条約 53 条で規定される『強行規範』（jus cogens）は国際法の『斬新的発達』の諸要素をも含むであろうし、かような法的概念は、将来的にも、諸国の『共通利益』の現実に向けた国際立法——『国際公秩序』の構築——の礎となりうるものである」<sup>21)</sup>と karl Zemanek 他を参照しつつ論じている。さらに、強行規範の成立について、金東勲は「国家間の合意＝条約によっても破ることのできない『公序』が存在」<sup>22)</sup>することを明確にした点に、その意義を認めている。

以上のように、かつてはその存在自体が疑問とされたが、現在国際社会においては強行規範が汎く容れられ、これに反する内容の条約、すなわち

19) 本研究における「国際社会法益」の意義については、安藤・前掲注（3）「共通利益 Common Interests と国際公秩序」9 頁、脚注（22）を参照。

20) 藤田久一「主権的自由の圧縮——国家は絶対か」岩村正彦ほか編『岩波講座現代の法 2』岩波書店（1997）29–59 頁、特に 43–44 頁。

21) 吉田脩「国際立法と方法論——国際立法と国際法学」法律時報第 89 巻 10 号（2017.9）14–20 頁、特に 17 頁

22) 金東勲「現代国際法における個人の地位」山手治之・香西茂編『国際社会の法構造 その歴史と現状』東信堂（2003）357–388 頁、特に 382 頁。

ジェノサイドや侵略行為などを内容とする条約は無効であり、その結果こうした無効な条約は国際社会における公秩序を害するものであって、金も指摘するように、「条約によっても破ることができない『公序』が存在する」と解されているのである。

## 2 強行規範と二元的公秩序論

### (1) 強行規範

強行規範は、国際社会のなかで発展してきた概念である。上に指摘した通り、かつては国際社会に強行規範は認められるのか、という疑問も呈されていた。しかし、1951年の国際司法裁判所におけるジェノサイド条約<sup>23)</sup>に対する留保に関する勧告的意見は、1948年に採択された同条約によって禁止されるジェノサイドは、既に強行規範 (Jus Cogens) となっていることを示したのである<sup>24)</sup>。既述してきた通り、国際社会は1969年5月に国連総会をもって条約法条約を採択している。そして、同条約が採択された後の1970年に国際司法裁判所は、バルセロナ・トラクション事件<sup>25)</sup>において、「国家の、国際社会に対する義務」の存在を明らかにした。すなわち、「侵略行為及びジェノサイド禁止、人種差別からの保護を含む、人間の基本的権利に関する原則及び規則から、すべての国家は強行規範について国際

23) Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.

24) Advisory Opinion, Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, I.C.J., May 28, 1951., 石塚智佐「国際司法裁判所における原告適格拡大の論理構造——管轄権基礎からみた民衆訴訟の可能性」世界法年報第35号(2016)64-87頁、特に73頁及び75頁、瀬岡直「ジェノサイド条約の防止義務に基づく拒否権の法的制限に関する一考察——J. Heieckの議論をめぐって」Journal of International Studies, No.5, (2020.12), pp. 43-73, especially p. 53.

25) バルセロナ・トラクション事件については多数の参考文献があるが、さしあたり ICJ Reports, 1970 他, [http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1970.02.05\\_barcelona\\_traction.htm](http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1970.02.05_barcelona_traction.htm) などがある。この点については、安藤・前掲注(4)「対世的義務 Obligations Erga Omnes と国際公秩序」31-58頁、特に34頁以下。

社会に対する義務を負う」ことを示したのである。端的にいえば、ジェノサイドの禁止が強行規範に該当するものであり、且つ、これが対世的義務であることを認めたものといえる<sup>26)</sup>。

本研究は、前稿「対世的義務 Obligations Erga Omnes と国際公秩序」<sup>27)</sup>の検討を介し、条約法条約第 53 条の起草過程において人類の共存に必要不可欠な事項が列挙され、それらの列挙事項が強行規範であると主張されてきたことを確認してきた。そして、強行規範が国際社会での共通利益の保護に直接関係する問題であることを、バルセロナ・トラクション事件の第二段階判決（傍論）やジェノサイド条約適用事件の先決的抗弁に対する判決に関する検討を介し確認してきた。こうした観点から、強行規範は本研究にいう国際社会法益を含む共通利益を確保するために課される、すべての国家が負う義務 Obligations Erga Omnes とも強い関連性を有しているものとする。その背景には、合意によって規律される二国間または多国間条約における「国際法秩序」ではなく、「国際社会における公秩序」が存在しているものとする。のみならず、後に詳述するように、本研究は強行規範の生成とその後の展開には、上の「国際社会における公秩序」に加え、前世紀に開廷されたニュルンベルク・極東国際軍事裁判を介して——既に潜在的にも観念され、両裁判以降形成されていくこととなった——「国際公秩序の存在」が少なからず影響を与えていたものとするのである<sup>28)</sup>。国際社会に強行規範が存在し認められることについては、我が国の学説を含んで汎く積極的に解されている。

このような沿革を踏まえ、その後、ジェノサイドは旧ユーゴ国際刑事裁

26) バルセロナ・トラクション事件判決（第二段階）もジェノサイドの禁止を強行規範であると明示した。この点については、前掲注 (25) ICJ Reports, 1970, p. 33, para.34. 64.

27) 安藤・前掲注 (4) 31-58 頁。

28) なお、強行規範についてもっぱら国際社会における公秩序の維持を「根拠」とする見解もあるが、これによれば国際社会における力の支配を是認することになるとの指摘がなされている。この点については、宮崎繁樹「法律時評」法律時報第 53 卷 10 号 (1981.9) 6-7 頁、特に 7 頁。

判所規程第4条及びルワンダ国際刑事裁判所規程第2条にも含まれ、常設国際刑事裁判所で審理が行われる対象犯罪とされるに至っている(国際刑法第5条及び第6条)。これは、強行規範となっているジェノサイドや人道に対する犯罪をはじめとするコア・クライムの禁止について、その趣意が個人責任法に容れられ、具現化されたものと解することができる。以上のような強行規範の形成に関する経緯を概観してみると、旧来、すべての国家に対して課される対世的義務や強行規範と解されているジェノサイドや侵略犯罪の禁止については、主だって国家との関係のみをもって論じられてきたが、後に台頭することになった——別の概念でありながらも——コア・クライムの防止に限っていえば、その趣意が国際刑法を含む個人責任法に具現化されながら継受されたと考えることができる。

いうまでもなく、強行規範や対世的義務については、名宛人を国家とするものであり、その法的効果もまた国家において生じるものである。しかしながら、本研究は強行規範や対世的義務が国際社会で生成ないし発展してきた過程において、個人責任法の展開あるいはその法の創設趣意とまったく無関係または異質なのではなく、強行規範も対世的義務も国家を媒介に国家を構成すると同時に国際社会を構成する「人」を保護するという目的のもとに生じし展開してきたものと考えことができ、究極的には両者の根底にあるものと個人責任法の礎との間には同質性を認めることができると考えるのである。その意味で、強行規範や対世的義務は国際刑法を含む個人責任法の形成ないし展開に少なからぬ影響を与えてきたものと考えることができる。

既に指摘した通り、これまでの研究においては、強行規範と個人責任法との関係性ないし交錯の可能性につき、これを探究した——国内における——本格的な先行論文はなかったと思われる。加えて、対世的義務や強行規範については、実際の運用や適用に関し、問題が山積しているとの指摘を受けている。とりわけ、権力が集約化されていない国際社会ではその実効性が危惧されてきたのである。

## 強行規範 Jus Cogens と国際公秩序（一）（安藤）

この点で、本研究はコア・クライムの防止に限定していえば、そうした批判を回避しその実効性を実現化すべく、同時に当該犯罪が国家ではなく国家を構成するとともに国際社会を構成する（指導者たる）「人」によって犯されるという実体に着目し、——ニュルンベルク・極東国際軍事裁判における個人責任原則の系譜を継ぐ形で、指導者責任を追及するため——常設国際刑事裁判所が創設されたと説明することができると考える。

### （2）公秩序の二元化

本研究は、对国家のみならず対個人への効果を及ぼし得るとともに、前者における「国際社会における公秩序」ならびに後者における「国際公秩序」が観念されていたと捉えられ得る条約が、1948年に採択されたジェノサイド条約であったと考える。同条約は、第1条で「締約国はジェノサイドが国際法上の犯罪であることを確認し、これを防止し処罰することを約束する」旨の規定を置くとともに、第6条で同条約第3条に規定するジェノサイドにつき告発された者は、「国際刑事裁判所による審理が行われる」と規定している。同条約が国家に対する処罰義務を定めつつ、ジェノサイドの罪に問われる個人に対し国際刑事裁判所で審理が行われる旨を規定していたことは、本条約が国家に対する義務を規定するとともに、個人に対する刑事責任を追及し得る旨を定めたものであり、国家のみならず個人という両者に対しその効果を及ぼし得るものであることを明らかにしたという点において、注視されるべきであると考ええる。ここに、本研究は本条約において、既に①国家に対する「国際社会における公秩序」のみならず、②個人に対する「国際公秩序」という二元的な秩序が観念され、同条約が①及び②両者における——厳に分析すれば、その客体ないし対象及び内容を異にする——秩序の維持を求めたものと考えるのである。この分析に関する考察については、続稿「強行規範 Jus Cogens と国際公秩序（二）」に譲る。

そして、本条約の系譜をひきつつ同様の二元的公秩序を観念し得るのが、

後の1973年に採択されたアパルトヘイト条約<sup>29)</sup>であると考える。同条約はその前文で、「アパルトヘイト政策から生ずる非人道的行為」が人道に対する犯罪とみなされていることを注記する。同条約はまた、その第2条でアパルトヘイトの定義を示し、第3条では個人、団体及び機関の構成員並びに国の代表に国際刑事責任が問われ得ることを定めている。続く第4条では国家に対する義務を規定し、アパルトヘイト及び類似の隔離主義的政策などを防止するために必要な立法上その他の措置をとることを要請し、加えてその犯罪者につき処罰することを国家の義務であることを明示している。さらに、第5条ではアパルトヘイトにつき罪に問われる者は締約国の裁判所または国際刑事裁判所で裁判を受ける旨を規定している。

同条約はアパルトヘイトの実行者につき国家に対する処罰義務を定めるとともに、アパルトヘイトの罪に問われる個人に対し刑事責任を追及する旨を規定したものであり、本条約もジェノサイド条約と同様に、国家及び個人という両者に対し、その効果を及ぼし得る二重構造から成る諸規定を置いているところに大きな特徴が認められる。

いうまでもなく、両条約の採択時には常設国際刑事裁判所は設立されてはおらず、また当時の状況からその創設につき現実的な可能性も低かったことから、両条約に関しては「後に」創設される同裁判所によってジェノサイドやアパルトヘイトの罪が問われる者につき審理が行われるであろう」趣旨を示したにとどまる規定であった。その意味で、両条約における関係規定は、「将来、同裁判所が開所された場合には」という、いわば停止条件付の条文であったといえる。

しかしながら、両条約において、ジェノサイド・アパルトヘイトの罪に問われる個人につき、——多くの議論の展開を経ながらも——国内裁判所にとどまらず国際刑事裁判所での審理が行われる旨の規定を設けたことは、「両罪が国際社会の法益を侵害する重大な国際犯罪であり、国際社会全体の

29) International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid.

問題であって、その解決が国際社会の裁判所によって図られるべきである」という、国際社会の意思を表明したものであると考えることができる。

ここに、本研究は、両条約において「国際社会における公秩序」のみならず、「国際公秩序」が——潜在的にも——観念されていたものとするのである。すなわち、両条約においては——①条約自体の普遍性に加え、②ジェノサイドやアパルトヘイトの禁止が1970年のバルセロナ・トラクション事件等を介して既に強行規範として容れられており、また③対世的義務として汎くすべての国家に対しその禁止が求められているという、両犯罪の罪質及び侵害される法益の甚大性・重大性ほかに鑑み——国家間（ないし国際社会と対国家の関係）において認められるまたは認められるべき「国際社会における公秩序」に加え、さらに——国家を介しつつも——個人間（ないし国際社会と対個人の関係）において維持されるまたは維持されるべき「国際公秩序」という二重構造をもって形成される、いわば二元的公秩序が観念されていたものとするのである。

### （3）公秩序に関する研究状況

旧来は、多くの論考において対世的義務や強行規範につき、国家との関係をもって検討されてきた。確かに、対世的義務・強行規範の両者またはそのいずれか一を検討するにあたり、多くの研究者が「公秩序」との関係に触れ、これを論じている。そして、常設国際刑事裁判所が創設された後には、国際刑法の分野でも「国際社会における公秩序」ないし「国際公秩序」が論じられている<sup>30)</sup>。

30) その例として、齊藤正彰「国際刑事裁判所と日本国憲法（特集 日本と国際公秩序——集団的自衛権・国際刑事裁判所の原理的検討）」ジュリスト第1343号（2007.10）73-79頁、多谷千香子「国際犯罪（ICC 管轄犯罪）と日本の刑事司法——手続面に絞った国内法整備にとどめてICCに加入した意義（同特集 日本と国際公秩序）」同67-72頁、正木靖「国際刑事裁判所（ICC）加入までの道のりとその意義（同特集 日本と国際公秩序）」同57-66頁、小森光夫「国際刑事裁判所規程と裁判過程の複合化（同特集 日本と国際公秩序）」同47-56頁、小寺彰・奥脇直也「国際公秩序への我が国の対応——本特集に寄せて（同特集 日本と国際公秩序）」同6-9頁他。

しかし、そこで論じられる「公秩序」は、国家間で維持されるべき秩序なのか、国際社会を前提に——国家を媒介としつつも——個人間ないし对个人において維持されるべき秩序なのか、両者を指すのか、あるいは「国際社会と国家」の関係に求められる秩序か、または「国際社会と個人」との関係につき維持されるべき秩序であるか、両者を指すのか、について必ずしも厳格に区別されることなく、単に「公秩序」として抽象的に論じられてきた。一例を挙げれば、「国際社会の平和を支える法秩序」を「国際公秩序」として定め<sup>31)</sup>、集团的自衛権や国際刑事裁判所に関する問題について、同じ「公秩序」概念をもって言及されてきたことが指摘されなければならない。総じて、論じられてきた「公秩序」は、サブタイトルに付せられるにとどまり、「公秩序」自体の検討ではなかった。すなわち、その意味する「公秩序」に特化して、精緻な考察を加える論考ではなかった。

他方で、上に指摘したように強行規範や対世的義務につき、「公秩序」に言及する論考も多くみられるが、「公秩序」を媒介としつつこれに焦点を絞って——公秩序の構造ないし公秩序自体の態様につき——仔細な検討を行った先行研究は稀有な存在であり、さらに進んで「公秩序」における二元性を首唱した研究は存在しなかったと思われる。

#### (4) 二元的公秩序論

いうまでもなく、一般に秩序はひとつの概念として捉えられるものであり、これを構造的に把握することは困難である。しかしながら、平和のなかに「人」が「社会」に生きるという、「人」の生存における最も基本的な起点に立ってみれば、個人の生存は「社会」の存続のなかで達成し得るものであり、その個人の生存欲求を充たすためには、社会の秩序が求められることとなる。他方で、社会秩序の維持のためにはいうまでもなく社会自体の存続が求められ、その社会を構成する個人の生存が前提となる。あるいは、個人の集合をもって社会が構成されると考えるならば、いずれか一

31) 小寺彰・奥脇直也・前掲注(30)6頁。

をもって生存ないし存続し得るものではなく、そこには両者の必要な関係性が求められ、「人」の生存を前提とする「社会」または「社会」の存続のなかに「人」の生存が認められる。あるいは、「社会」の存続とともに「人」の生存が認められるなどの考え方に基づけば、国際社会での秩序は、個人と国家、そして国際社会という相関関係のなかに「国際社会における公秩序」と「国際公秩序」という公秩序の二元性を観念することができ、国際刑法を含む個人責任法において維持されるべき公秩序は、後者すなわち、「国際公秩序」を指すという分析が可能であると思われる。その意味で、強行規範や対世的義務、国家責任法を含む旧来からの二国間または多国間を規律する国際法との関係に限っていえば、本研究は現在の国際社会での公秩序が個人責任法との関係において、その維持主体を国家と個人に二分することができ、二元的構造をもって形成されているものと考え<sup>32)</sup>。

こうした観点から、本研究は上のようにすべての国家に課される対世的義務や国際社会で形成されてきた強行規範、あるいは国家責任法を含む旧来からの国際法においては、「人」の権利を保障するないし「人」を保護するという観点から、個人責任法の根底にあるものと通底するものであり、国際社会の組織化ないし統合化にともなって、「公秩序」も——両者の影響を受けながら——その形成過程において漸次二分化してきたものと考えるのである。その、先駆けとなって国際社会に顕現したのが、上に指摘したジェノサイド条約であり、それに続くアパルトヘイト条約であると考え。コア・クライムの防止に限っていえば、「国家責任法を含む国際法やすべての国家に課される対世的義務、あるいは国際社会において形成されてきた強行規範」と「個人責任法」は概念的には異なるものでありながら、両者はまったく異質のものではなく、「人」を保護する趣意において連続性ないし同質性が認められるものと考え。

他方で、上に指摘した通り、「公秩序」については、国家責任法を含む国

---

32) 両者の関係性については、本稿の目的を超えるため、別稿に譲りここで詳述することはしない。

際法と個人責任法に限定して考察すれば、その形成過程において漸次二分化してきたものとして、二元的な公秩序が観念され得るものと考えることができる。すなわち、本研究は両者が相互に影響を及ぼしつつ、発展してきたものであると考えるのであるが、国際刑法を含む個人責任法に限って仔細な検討を加えれば、対世的義務・強行規範や国家責任法を含む国際法に観念される——国家において維持されるあるいは維持されるべき——秩序一元論ではなく<sup>33)</sup>、国際社会の統合化ないし組織化のなかで、公秩序もその形成とともに必要的に二分化が求められ、二元的な構造をもって形成されるに至っていると考えることが可能であると思われる。

そして、本研究は両者を包含しつつ嚆矢となって採択された条約が、既述したジェノサイド条約やアパルトヘイト条約であると考えるのである。敷衍すれば、「国際社会における公秩序」と「国際公秩序」の両者の存在を——潜在的にも観念ないし——前提としていたと捉え得るのが、上に指摘した両条約であり、さらに国際社会の——統合化ないし組織化という——進化のなかで国家に対する責任を捨象し、個人間（ないし——国家を媒体としつつ——国際社会と対個人の関係）において維持されるべき国際公秩序を観念したものが国際刑法であると考えるのである<sup>34)</sup>。

こうした観点から、本研究はこれまで抽象的に論じられてきた「公秩序」については、諸種の分野における秩序が観念されるなか、かつてより二国間または多国間を規律する国際法のほか国家責任法や対世的義務・強行規範との関係で言及され、対国家またはすべての国家をもって論じられてきた一元的公秩序、すなわち、本研究にいう「国際法秩序」や「国際社会における公秩序」のほかに、現在の個人責任法に観念される（対個人をもつ

33) この点で、対世的義務・強行規範や国家責任法においても考え方によっては、または関係する各領域ごとに多元的公秩序が観念されることはいうまでもない。

34) 但し、国際刑法においては管轄権行使の条件として、第12条により「締約国であること又は3の規定に従い（国際刑事）裁判所の管轄権を受諾している」ことが求められることから、無論、国内刑法における公秩序と同一の公秩序概念ではないことを付言する。

て論じられる）「国際公秩序」が存在し、後者をもって国際刑法学上維持されるべき公秩序と考える、二元的公秩序論を主張することが可能であるように思われる。この点の詳細については、続稿に譲る。

### 3 国際公秩序

#### （1）国際公秩序形成の萌芽

強行規範は国際社会のなかで生起し、「国際法上いかなる逸脱も許されない規範」として形成されてきたと説明されてきた。本研究では、その背景には「国際社会における公秩序」ないし「国際公秩序」の存在がひとつの形成要素となっていると考えることを幾つかの論考を通し、また本稿でも上に論じてきた。このように本研究は、強行規範の形成には国際公秩序の存在が認められ、これが間接的にも同規範の成生及び展開に影響を与えてきたものとするのであるが、この点は注意を要する。すなわち、本研究は間接的とはいえ、（前稿「対世的義務 Obligations Erga Omnes と国際公秩序」で論じた対世的義務に加え）強行規範をひとつの——副次的な——形成要素とする国際公秩序を観念するのであるが、他方で国際公秩序は（対世的義務や）強行規範の成立以前にも観念されていたと考え得る点は、特筆されるべきである<sup>35)</sup>。

その萌芽と認め得るのが、第一次世界大戦を終結づけたベルサイユ条約第 227 条<sup>36,37,38)</sup>であると考え<sup>39)</sup>。同条は「連合国は、前ドイツ皇帝、ホー

35) 本稿における当該行論に関する趣意は、国際公秩序の維持を強行規範の「根拠」とするという意味ではない点を付言する。

36) The Versailles Treaty June 28, 1919, Article 227.

37) 本条の起草経過については、Adatci, M., Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties : Report. Presented to the Preliminary Peace Conference March 29, 1919, AJIL, Vol. 14, 1920, pp. 95–154, Wegerer, A., A Refutation of the Versailles War Guilt Theses, Translated by Zeydel. E.H, 1930.

38) Reports on Punishment of War Crimes, London International Assembly, 1943, p. 384.

39) 岡田泉「戦争犯罪に対する管轄権の基礎——第二次大戦までの国家実行を中心

エンツォレレン家のヴィルヘルム2世 (Friedrich W. Viktor Albert, 1859–1941, 以下, 「カイザー」と略称) を, 国際道義及び条約の神聖に対する重大な犯罪のゆえをもって (a grave violation of international morality and the sanctity of treaties) 訴追する。被告人を裁くための特別裁判所が設置される。それによって被告人に対し弁護権に不可欠の保障が与えられる」と定めたものである<sup>40,41)</sup>。本条はそれ以前の無差別戦争観と主権者無問責の観念を改め, 戦争違法観と個人処罰観を連結させた<sup>42)</sup>という点において, 画期的なものであったといえる<sup>43)</sup>。本条は, 「国際道義及び条約の神聖に対する重大な犯罪のゆえをもって」という条文上の文言からも明らかなように, 極めて抽象的であり漠然性を払拭し得ず, こうした観点から当時の認識は, カイザー訴追を純粋な法的問題としてではなく, 高度の政治的な問題と捉

---

に」愛知教育大学社会科学論集第16号(1976)77–125頁, 特に85頁は「国際法の分野でいち早く戦争法違反の処罰問題を取りあげたのは, 1874年のブリュッセル会議」であると論じている。この点については, 追って国際刑法史という観点から精査する必要があると考えるが, 本稿の目的から逸れるためこれ以上は言及しない。

- 40) なお, 本節3「国際公秩序」本項(1)「国際公秩序形成の萌芽」のカイザー訴追及びその問責に関する方法については, 大沼保昭『戦争責任論序説』東京大学出版会(1975)37頁以下に拠る。
- 41) この点については, M. Cherif Bassiouni, Introduction to the History of Establishing an International Criminal Court, International Criminal Law, Transnational Publishers, 1987, p. 181, pp. 182–183 etc.
- 42) 森下忠『国際刑法の基本問題』成文堂(1996)3頁は, 「この『戦争犯罪人の刑事責任の原則』(Prinzip der strafrechtlichen Verantwortung der Kriegsverbrecher)という原則が確立され, この原則がベルサイユ条約227条に盛り込まれた」と指摘する。
- 43) 横田喜三郎『戦争犯罪論』有斐閣(1947)30頁は, 「注意すべきことは, 戦争後において戦敗國の戦争犯罪人を戦勝國に引渡し, これを戦勝國の軍事裁判所で處罰するということである。これは新しいことである。いままでは, 戦争犯罪人の處罰は, 戦争中に捕らえた交戦國が戦争中に行うのであった。戦争後に處罰するということではなかつた。まして, 戦争中に捕らえたものでも, 戦争が終了したのちは, もはや裁判し, 處罰することはできなかつた。まして, 戦争中は捕らえていないものを, 講和條約によつて引渡させ, 戦争後に處罰するということはおさらである。講和條約でかような引渡を規定し, 處罰をしようとした點において, ヴェルサイユ條約は最初のものである」と論じている。

えていたといえる。

しかしながら、第一次世界大戦を終結させるための極めて重要な公的記録の作成において、当時の戦争違法観を背景に戦争指導者の責任を迫り出した<sup>44)</sup>という点で、従来の国際法における戦争観及びその処罰観とは大きく相違するものであった<sup>45)</sup>。このように大戦を最終的に評価し後世への歴史的意義を確定させるにあたり、戦争法規及び慣例を犯した行為につき、これが明確に国際法に対する違反であり、当該戦争の関係国における裁判所ではなく、「特別裁判所」が設置されそこで指導者責任が問責されるべきである旨を明示したことは、従来の国際法における戦争観及び処罰観とはまったく異なるものであり、この史実は世紀を経て2003年に開所された常設国際刑事裁判所創設への道のりの起点として、国際刑法史という観点からは極めて重要な意義を有するものであったと考えられる<sup>46)</sup>。ベルサイユ条約第227条は、後述するニュルンベルク国際軍事裁判所規程（憲章）の対象犯罪のひとつであった「平和に対する罪」（crimes against peace）の萌芽的前例<sup>47)</sup>であり、また、国際刑法第8条の2で規定された侵略犯罪（crime of aggression）の前身と位置づけられるものであった。

44) 広瀬善男「『平和に対する罪』と国際法」明治学院論叢第350号（1984.1）1-30頁、特に14頁は、この点「国家全体としての国際責任に関するものであり、国民的責任から分離し区別することのできない性格のもの」と解している。

45) 横田・前掲注（43）『戦争犯罪論』32-33頁は、「講和條約において、戦勝國が戦敗國の戦争犯罪人を處罰するために引渡すべきことを規定し、自己の裁判所で處罰しようとしたことは、全く新しいことで、注意にあたいることで」ある、と論じている。

46) 柴田正男「国際刑事裁判所創設への努力と挫折——第二次世界大戦前」国学院法政論叢第1輯（1980）128-151頁、特に135頁は「1919年代に、第一次世界大戦を契機に国際的な犯罪たる戦争犯罪を国際法廷において審理処罰しようとする意図がパリ講和會議の初めに打ち出されたという歴史的・事実的は将来の国際刑事裁判所創設に対する布石として重要な意義を持ったものであった」と述べる。

47) 大沼・前掲注（40）『戦争責任論序説』57頁、清水正義「第一次世界大戦後の前ドイツ皇帝訴追問題」白鳩法学第21巻（2003.5）133-155頁、特に139頁。なお、B. V. A. Röling, Crimes Against Peace, A. Cassese ed., The Current Legal Regulation of Use of Force, 1986, pp. 386, 388 は、平和に対する罪についてベルサイユ条約締結時が発生期（in statu nascendi）であった、と指摘している。

連合国は1919年6月以降、3度に亘ってカイザーの引渡しを求めたが、カイザーはオランダに亡命しており、同国は政治犯人不引渡原則に従って、この要請を受け入れることはなかった。結果としてカイザー訴追は未達に終わったものの、同条が従来の主権者無問責原則を逆転させ、不正な戦争を開始ないし遂行した指導者責任を追及した点は、同時に指導者の個人処罰観を国際法のレベルに挙げたという点において、重要な意義を有するものであったといえる<sup>48)</sup>。このように、第一次世界大戦を終結づけたベルサイユ条約、とりわけ第227条において——戦争関係国の国内裁判所ではなく——「特別裁判所」において指導者の刑事責任を追及しようとした試みは、当該犯罪が個別国家に対する犯罪ではなく、当時の「文明諸国」に対する犯罪であるという把握を前提とするものであり、コア・クライムについては国際社会の裁判所で審理されるべき問題であるという現在の個人責任論に関する考え方の萌芽と認められる。

同裁判が戦後の賠償責任ほかを含むさまざまな問題を有し、政治性を色濃くもった裁判であったことは否定し得ないとしても、そこには——戦争の当事国を超えた——「文明諸国」の良心に鑑み、「(平和の確立には国際公秩序の維持が求められ、)戦時法または人道法に対する犯罪については、これを不処罰とすることはもはや許されない」という、個人責任法との関係における国際公秩序形成の萌芽を、1919年1月25日のパリ講和本会議において設置された「戦争を開始した者の責任及び処罰の執行に関する委員会」(Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties)<sup>49,50)</sup>におけるカイザー訴追に関する見解に確認し

48) 安藤泰子『国際刑事裁判所の理念』成文堂(2002)8-12頁。

49) Adatci, M., op.cit., Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, pp. 95-154.

50) 米・英・仏・伊・日の五大国の代表各二名と、その他の連合国であるベルギー・ギリシャ・ルーマニア・ポーランド・セルビアの代表者各一名から構成され、敗戦国であるドイツ、オーストリア、ハンガリア、ブルガリア、トルコは審議に招かれることはなかった。

得るものとする。

## （2）国際公秩序の形成期

第二次世界大戦後、その戦争指導者の責任を追及すべく開廷されたのがニュルンベルク国際軍事裁判所と極東国際軍事裁判所である。両裁判については「勝者の裁き」であって、戦勝国によって設置された臨時裁判所自体の合法性、のみならずそこで行使された刑罰権の正当性の問題についてはいまでも議論になるところである<sup>51)</sup>。とりわけ、罪刑法定主義や裁判の公平性という観点から、強い批判が向けられた。

しかしながら、両裁判によって国際社会は重大な国際犯罪の存在を確認し、対象犯罪について責任を問われる者は、戦争関係国の国内法ではなくニュルンベルク国際軍事裁判所規程（憲章）やポツダム宣言・降伏文書に従って審理が行われ、有罪が確定した場合には刑罰権が行使され得ることが明らかとされた。これは戦争の関係国家ではなく、（連合国を介し）「国際社会の名において」当該犯罪を指導した個人に対し、刑罰を科すことを明らかにしたものである。国際社会に対する法益の侵害が認められるがゆえに、刑罰が科され得ることを示したものと見える。換言すれば、当該戦争の関係国家間で保護されるべき法益ないし維持されるべき秩序ではなく、そこでは国際社会における法益や秩序、すなわち国際社会において保護されるべき法益や維持されるべき国際公秩序が観念されていた、ということができる。

第二次世界大戦後には、このように重大な国際犯罪を指導した個人に対しては、関係「国家の刑罰権を行使する」という把握ではなく、（連合国を介し）国際社会が「国際社会の名において刑罰権を行使する」という考えが、二つの国際裁判を介し明確な形をもって展開されてきたといえる。

その後、国際社会では旧ユーゴスラビアでジェノサイドや人道に対する犯罪などが繰り返し犯される事態となった。このようなジェノサイドを含

---

51) 安藤泰子『公訴権と二元的刑罰権論』成文堂（2020）360頁他。

む武力紛争に関し、国連安全保障理事会（以下、「安保理」と略称）は1993年、決議808及び827により同国において惹起された国際人道法の重大な違反に対する行為に関し、審理を開始するためのアド・ホック国際刑事裁判所を設置したのである<sup>52,53)</sup>。その結果、紛争過程で行われた非人道的行為に対し、指導者の刑事責任が問われることとなった。続いて、ルワンダにおけるエスニック・クレンジングといわれた残虐行為ほかに関し、安保理は決議955によって、その迅速な防止及び指導者の刑事責任の追及を目的とした臨時の国際刑事裁判所を1994年に設置した<sup>54,55,56)</sup>。両国で惹起されたジェノサイドや人道に対する犯罪については、たとえそれが一国内の内戦から発生したものであっても、国際社会全体の法益を犯す重大な国際

52) さしあたり、S/RES/955, S/RES/808, S/RES/827, General Assembly Report A.53/219, Aug 10, 1998, Virginia Morris & Michael P. Scharf, *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Vol. 1/2, 1995, Roger S. Clark and Madeleine Sann, *The Prosecution of International Crimes*, 1996, pp. 165–481.

53) さしあたり、坂本一也「国際刑事裁判所設立構想に関する一考察——旧ユーゴ国際刑事裁判所と常設国際刑事裁判所設立構想」法学（東北大学）第59巻3号（1995.8）326–362頁、小長谷和高「強制措置としての特設国際刑事法廷」秋田論叢第11号（1995.3）43–85頁、同「安全保障理事会特設法廷の基本理念と戦犯裁判の実状」外交時報第1327号（1996.4）31–45頁、同「旧ユーゴ国際法廷における刑事裁判の現状と問題点」ジュリスト第1085号（1996.3）63–69頁、伊藤哲雄「旧ユーゴ国際裁判所の法的な枠組と問題点」立教法学第40号（1994）253–283頁、種田玲子「旧ユーゴーに関する国際裁判所の設立について」ジュリスト第1027号（1993.7）106–111頁他。

54) S/1994/1405, S/1994/1125, Roger S. Clark and Madeleine Sann, *op.cit.*, pp. 483–502.

55) 安保理の権限とルワンダ国際刑事裁判所の管轄権に関する決定については、Virginia Morris, *Prosecutor v. Kanyabashi, Decision on Jurisdiction*, Case No. ICTR-96-15-T, International Criminal Tribunal for Rwanda, June 18, 1997, Vol. 92, No. 1, AJIL, 1998, pp. 66–70.

56) さしあたり、小長谷和高「ルワンダ国際刑事裁判所」外交時報第1349号（1998.6）、鶴田綾「ルワンダにおける民族対立の国際的構造——1959年–62年」一橋法学第7巻3号（2008.11）779–816頁、片山夏紀「ガチャチャ裁判が命じた賠償をめぐる当事者の交渉——ルワンダ・ジェノサイドに関連する罪の赦しと和解」アフリカレポート第57号（2019）22–33頁他。

犯罪であり、関係国家の国内法によるものではなく、国際社会全体の問題として国際法に基づき犯罪者個人に刑事責任が問われなければならない<sup>57)</sup>、という国際世論の存在が両裁判所創設の基底にあったことが指摘されよう。

とりわけ、ニュルンベルク・極東国際軍事裁判によって確立された個人責任論に関し、人道に対する犯罪などの防止については、両軍事裁判からほぼ半世紀を経た旧ユーゴ・ルワンダ国際刑事裁判時には、——国際社会では条約法条約が採択され——既に、すべての国家が国際社会全体に対して負う対世的義務（obligations erga omnes）として認められており、——さらに国際社会の統合化が図られつつあったことや人権意識の高まりに伴って——これに対して刑罰をもって処するという規範意識が形成されていたものとする。同じく、ジェノサイドや人道に対する犯罪などの防止については、——両国際軍事裁判の後に採択されたジェノサイド条約やアパルトヘイト条約またはこれに関する判例を介し、強行規範であることが汎く容れられ、この点で——強行規範が旧ユーゴ・ルワンダ国際刑事裁判所規程や国際刑法のみならずこれに関する判例などにも強い影響を与えていたものと解し得る点については、特段に注視されるべきである。

それは、従来、国家責任に関する研究や論考については、その多くが国家責任にとどまるものであったし、また個人責任についても、国家責任との関係でこれを考察した国内における本格的な研究は僅かに確認されるにとどまり、加えて個人責任と国家責任に関する論考<sup>58)</sup>につき、両者を「国際公秩序」という視点を媒介として考察を加えた論考が、ほぼ存在しないと思われるためである<sup>59)</sup>。

57) 小長谷・前掲注(56)「ルワンダ国際刑事裁判所」41頁。

58) 安藤泰子『個人責任と国家責任』成文堂(2012)。

59) その例外として、小森光夫『一般国際法秩序の変容』信山社(2015)、特に237-240頁以下他がある。同書第III章第I節(237-240頁)は、個人責任法と国際公秩序との関係に焦点を当てこれを検討した研究という観点からは、先端的でありまた稀有な論考であるといえよう。他方で、公秩序自体ないし公秩序の実体や構造への検討までには至っていない。

### (3) 国際公秩序の確立期

このような国際公秩序の維持の必要性については、2003年の国際刑事裁判所の開所をもってより汎く認められるに至ったものと考えられる。敷衍すれば、国際刑法創設以前は、国連憲章に基づき「国家」に対し行使される強制力が認められていた。ここに国家に対する主権の制限が認められ、国際社会においては公秩序を観念し得るものと考えられることができるが、これに加え国際刑法では「人」に対する物理的強制力を行使することとなった。ここに国際社会で行使される強制力が、——従来の「国家」のみならず——「人」にも向けられることとなったのである。このことは、国際社会を構成する国家が国際法の主体であり、国家を構成する「人」が国際刑法の主体であることを意味し、同時にコア・クライムが——総じて（集団を含む）「人」に対する（生命・身体・自由ほかの）法益侵害<sup>60)</sup>であり——国際公秩序を害するものであるということを明らかにしたものであると考えることができる。ここに、強制力の発動主体とその法的性格は異なるものの、その構造において次元性を認めることができる。そして、両者の強制力を支える要素のひとつとして、本研究は前者における「国際社会における公秩序」を含む「国際社会での広義の公秩序」と、後者における「国際公秩序」を観念し得るものであると考える。

かつて、国家ないし国家指導者の「違法」な行為は、「不法」ととどまり、可罰的評価の対象外に置かれた。換言すれば、「不法」ととどまりそれは一般に「実行」という文言で表記され、——国家実行を国家指導者と結合させることをむしろ避け——刑法上の可罰性を基礎づける「人」の「行為」と把握されることはなかったのである。これは、国際法の主体の問題であり、指導者無問責ないし国家無答責原則から導出される帰結である。

60) 国際刑法の対象犯罪であるジェノサイド、人道に対する犯罪、戦争犯罪、侵略犯罪に関する法益が、各別に異なることはいうまでもない。本稿はコア・クライムに関する法益論に関する検討を目的とするものではないため、この点について詳述することはしない。

また、戦争犯罪を含む国際人道法に「違反」する「行為」に関しては、かつては国際法上関係国が処罰し得るものという把握であった<sup>61)</sup>。

しかし、今世紀初頭に創設された常設国際刑事裁判所では、——補完性を原則としつつも——これらが重大な国際「犯罪」として、その指導者個人が訴追され処罰されることになったのである。このことは、国際社会には——従来から認められていた国家間合意によって保護される国家利益の他に——概して（集団を含む）個人の生命・身体・自由ほかの法益が存在し、その法益を侵害することが犯罪であると同時に国際刑法には国際公秩序が観念され、コア・クライムの実行行為がこれを乱すものであると評価されることを明らかにしたものと考えられることができる。

国際刑法の主体である個人は、国際刑法によってその法益を保護されるとともに、個人は他の（集団を含む）個人の法益を侵してはならないことが明らかとされた。個人に法の主体性を認めた国際刑法において、個人は他者の保護されるべき法益を侵してはならないのであって、これに反する行為は可罰的評価の対象となることが明らかにされたのである。その前提には国際公秩序の存在が認められると考えることができる。国際刑法は（集団を含む）「人」の生命・身体・自由ほかを保護するとともに、国際公秩序を維持することをその役割ないし機能のひとつとすると考えることができる。その役割ないし機能をもって（集団を含む）個人の法益を保護し、国際社会における平和に寄与するという国際刑法の目的が認められると考える。

国際刑法においては補完性原則を採用していることから、対象犯罪を指導した個人に関する審理を開始するためには、特定の場合を除き、関係国

61) なお、この点に関し山本草二『国際刑事法』三省堂（1991）131頁は、以下のよう注記している。「ただしこの場合に、どんなに略式なものであれ必ず軍事裁判手続に付して、戦争犯罪の事実の有無とか国内刑法の適用の可否を確定するよう義務づけられるなど、『文明諸国により認められた法の一般原則』に基づいて各国の裁量が制限されることは、いうまでもない。その意味で、各交戦国が通例の戦争犯罪について敵国の軍隊構成員に対し行使する刑事管轄権は国際法により与えられた権能に属するものである」と論じている。

の同意が求められ、且つ、関係国家の管轄権が優先される。そのような枠組みにおいて、「非」締約国の指導者個人にも刑事責任を問い得る第12条2項が設けられた意義を、国際刑法の役割や機能という観点から探究していけば、国際社会には国際公秩序が存在し、秩序維持の観点から締約国「以外」の個人にもその効果を及ぼし得る、という国際刑法の特徴を整合的に説明し得ることが明らかになるのである。

#### 4 強行規範と合意法の限界

第二次世界大戦以降は、従来の主権国家を超える「人の共存や人類の存続」に価値を見いだす法体系の構築が求められ、国家主権に対し一定の制約が認められるに至った<sup>62)</sup>。人の共存や人類の存続に関しては、普遍的な共通利益の確保が前提となる。このような共通利益の確保については、前稿「共通利益 Common Interests と国際公秩序」<sup>63)</sup>で論じた通り、核兵器の保有・使用にとどまらず、海洋法、平和と安全に関する外交関係、コア・クライムに対する個人責任の追及など、多岐に亘って求められるものである。従来からの、国家間の national interests を目的とした二国間条約あるいは多国間条約とは質的に異なる、“international” common interests、否、より正確には“transnational” common interests の確保を目的としたものであると考えられる。共通利益の保護を目的とする条約における当該利益に関する確保の優先性とその根拠は、最終的には国家の主権概念を超えた——国家を構成する——国民、すなわち「人」の人権に関する至高性に求められると考えられるが、その前提には一般に説かれる国際社会における公秩序や共通利益、本研究にいう国際公秩序や国際社会法益、あるいは以下で

62) Richard A. Falk, The Nuclear Weapons Advisory Opinion and the New Jurisprudence of Global Civil Society, 7 Transnational Law & Contemp. Probs, 1997, p. 352 は、とりわけ「核兵器の使用につき、従来の国家主権主義に拠っては現在の国際社会における法の形成力を理解し説明することができない」と指摘する。

63) 安藤・前掲注(3)「共通法益 Common Interests と国際公秩序」1-26頁。

論じられる国際公益の存在が認められるものと考えらえる。

この点、稲原泰平は「国際公序と国際公益とはいわば形影相伴うべきものであり、法とその保護法益との関係に立つ。公序という以上、それは国家間の合意的、契約的規範ではなく、国家が相互の合意によっても逸脱し得ない客観的、一般的、上位規範である」<sup>64)</sup>として、国際社会における公秩序が合意法に上位することを指摘している。続いて、稲原は「国際法上強行法規 *jus cogens*, *peremptory norm* の存在について議論のあるところであるが、国際公序は国家の意思に優先する上位規範としての性格をもっている」<sup>65)</sup>ことを認め、「各国々内法秩序に公序良俗観念が必然的な形で成立しているように、国際法秩序全体の中に国際公序 *international public order* の観念の成立を看て取ることも可能である。国際公序はその規範としての特質上、慣習国際法の形で成立している」<sup>66,67)</sup>と論じ、国際公序におけるデロゲートできない上位規範性を指摘する<sup>68)</sup>とともに、これが国家間合意に優先することを確認している。ここに本研究と同様の、①国際社会における公秩序の存在を認め、②公秩序が合意法に優先されるという稲原の主張を認めることができる。

さらに、「ユス・コゲンスの成立基盤としての国際社会の法秩序は、『合意法』社会から『構成法』社会への転換を遂げることによって、ユス・コ

64) 稲原泰平『新国際法体系論』信山社（2000）78頁。

65) 稲原・前掲注（64）78頁。

66) 稲原・前掲注（64）76頁。

67) この点、広瀬善男「国際慣習法に関する新たな視座——自生・国益慣習法と制度・人道慣習法」明治学院論叢第578号（1996.3）1-75頁、特に22頁を参照。

68) 稲原泰平「国際法上の戦争観に関する一考察」金沢経済大学論集第33巻2号（1999.12）59-74頁、特に70頁は、国際公序を示す規範として、武力行使そのものを禁止する規範の他に「紛争の平和的解決の義務や民族自決権、それに基本的人権尊重の原則及び国際犯罪の普遍的処罰原則を指摘することができる。国際公序を構成するこれらの原則は既に条約上の規範ないし義務としても成立しているが、本来的論理的に慣習国際法規として確立したものであり、同時に、一般国際法の性格を有する強行法規 *peremptory norm*, *jus cogens* でもある」と論じている。

ゲーンズ自体の性格的変更をもたらした。たとえば海賊の違法性が国際犯罪上の犯罪 (crime in international law) と捉えられながらも、伝統的なユス・コゲーンズ観 (主権国家の共通利益の相互保障) の中では、単に関係国への処罰の権能を付与したのにとどまるに反し、今日では人道法規違反の戦争犯罪を国際社会自体か、或いは関係国かのいずれかが必ず処罰すべき義務のある違法行為として理解する国際犯罪 (international crime) の観念にまで昇化させている (中略) 国際法のユス・コゲーンズ概念が導入されたのは、今日の国際社会の歴史的進化の結果であって (中略) 国際的公序の存在を必須としただけではなく、逸脱の許されないいくつかの具体的規範の存在を不可欠<sup>69)</sup> のものと認識し、新たな社会構成秩序のなかで伝統的ユス・コゲーンズが内容的、性質的な変化を強いられ、また新たなユス・コゲーンズが生起しているとする広瀬善男の分析も、本研究と同様の見解に立脚し、——①国際社会における公秩序の存在を認め、②前記①とは異なる「国際公秩序」の存在を指摘しつつ——従来の合意法が国際公秩序を媒介とする (人道法規違反の戦争犯罪に関する) 個人責任法との関係において限界を示していることを指摘する。

(未完)

69) 広瀬善男『主権国家と新世界秩序』信山社 (1997) 189-190 頁。