

《論説》

強行規範 Jus Cogens と国際公秩序 (二)

安 藤 泰 子

5 古谷論文の検討

- (1) 検討の対象
- (2) 問題の所在
- (3) 検討
 - (i) 秩序に対する認識
 - (ii) 所論における帰結
 - (iii) 垂直的秩序の水平的秩序に対する侵食現象
 - (iv) ——制度の姿を通して認識する——秩序侵食の帰結
 - (v) 所論における例示
 - (vi) 構造的矛盾
 - (vii) 「秩序」に関する定義の妥当性
 - (viii) 本研究の立場
 - (ix) 責任論との整合性
 - (x) 秩序の侵害主体
 - (xi) 一元的秩序に生じ得る「侵食」ないし「駆逐」現象
 - (xii) 二元的公秩序論
- (4) 結論

おわりに

5 古谷論文の検討

(1) 検討の対象

国際公秩序の問題に関し、これを検討した論考は極めて稀有な存在であるところ、古谷修一の論文「国際刑事裁判システムの国際法秩序像——『介入の国際法』の顕在化」¹⁾ (以下、「古谷論文」という) にその問題意識の端

緒を確認することができると思われる。国際公秩序の探究にあたり、本研究は 2021 年 8 月現在、国際刑法における秩序に関する本格的な先端研究を確認することができなかったため、国際刑法との関係で秩序概念に言及した古谷論文について、以下検討を行う。

（2）問題の所在

所論は、伝統的な国家間に適用される法は主権国家の併存という社会関係を反映して水平的関係を構築してきた。他方で、国際刑事法の創設によって国際刑事裁判機関と責任が追及される個人との間には垂直的な法関係が構築される。これに生じる水平的秩序と垂直的秩序の関係性が問題となる²⁾として、持論を展開している。

（3）検討

（i）秩序に対する認識

所論は考察の冒頭で以下のように論じる。すなわち、「秩序そのものは抽象的な存在であり、具体的な制度の姿を通してしか認識できない」³⁾と指摘している。はたして「秩序」は、所論が指摘するが如く「具体的な制度の姿を通してしか認識できない」ものなのであろうか。

この点、本研究においては、所論が示す「制度」と「制度の姿」との相違を必ずしも明確に区別することはできないが、秩序について本研究は「制度の姿を通してのみ」認識するものではなく、古くは掟（律法：おきて）や風習、慣習それ自体に観念されていたものであり、さらに慣習が漸次慣習法となっていくのであるが、こうした慣習法のみならず、主だって実定法において認識されるものであると考える⁴⁾。本研究にいう制度とは、上に述

1) 古谷修一「国際刑事裁判システムの国際法秩序像——『介入の国際法』の顕在化」法律時報第 85 卷 11 号 (2013.10) 32–36 頁、特に 32 頁。

2) 古谷・前掲注 (1) 33 頁。

3) 古谷・前掲注 (1) 32 頁。

4) この点については、本稿の目的から逸れるため、後述するように別稿に譲る。

べたように法の形成に関する過程を経た結果、最終的に当該社会において慣習や法を実現させるべく長い時間をかけて構築されるひとつのシステムないし機構であって、こうした「制度や機構」自体や所論にいう、その「姿」をもってのみ秩序は認識されるものではないと考える。むしろ、所論が主張する「制度」やシステムを構築する過程に生じる慣習や、その当該制度の構築経緯に顕現することとなる慣習法や条約法、実定法において認識されるものであると考えるのである。

したがって、本研究において秩序は、①主だって「制度の姿を通して」認識するものでもなく、また②制度の姿を「通してしか認識できない」ものでもないと考える。むしろ、既に指摘した通り、「制度」の構築に至るまでの過程において生成されてきた慣習や慣習法のみならず、これらを基礎として採択された——例えば——ジュネーブ諸条約やジェノサイド条約・アパルトヘイト条約のみならず、いわゆる共通利益の確保を主たる目的のひとつとして形成されてきた対世的義務 (Obligations Erga Omnes) や強行規範 (Jus Cogens) をはじめとする、すべての国家に対して課される諸種の義務ないし諸規範、その他国際刑法等、具体的な条約法のほか、さらには各条約が採択される以前の、国際法委員会で作成される各種草案にも——一定の範囲で——それが認識され得るものと考えるのである。そして、いうまでもなく国連「憲章」に（よって形成ないし維持される）も秩序は認められると考える。

(ii) 所論における帰結

続いて所論は、「国際刑事裁判機構の登場が旧来の国際法秩序とは一線を画する」⁵⁾と指摘しつつも、他方でこれによって「伝統的な国際法秩序像は変更を余儀なくされている」⁶⁾と論じている。国際刑事裁判機構の登場によって新たな秩序が構築され、これが旧来の秩序と「一線を画する」概念

5) 古谷・前掲注(1) 32頁。

6) 古谷・前掲注(1) 33頁。

であるならば、旧来の伝統的秩序は「一線を画すると把握される新秩序によって」変更を余儀なくされるものなのであろうか。所論の主張にしたがって、新たな秩序が他と一線を画すると考えるならば、旧来の秩序は何らの変更も来さず既存のまま存在するものと思われる。他方で、——後述するように——所論は「一線を画する」概念であると示しながら、論考の随所において、新秩序が旧秩序を「侵食」ないし「駆逐」する現象が認められる、と主張する。

もとより所論においては、「伝統的な国際法秩序」がいかなるものであるかにつき、必ずしも正確な定義をもって明らかにするものではないが、論考の「結び」において「『介入の国際法』が働く場としての国際社会は、もはや従来の主権平等を基盤とした水平的秩序を維持できなくなっている。国際刑事裁判機関と個人の関係が垂直的な秩序観に基づくだけでなく（中略）脆弱な国家の国内制度に立ち入ることができる（立ち入るべきである）と考える秩序観を生み出している」⁷⁾と主張し、「それがもたらす秩序が、水平的秩序が内在させていた国家の自立性の要請と対峙し、これを侵食するものであることも認識されなければならない」⁸⁾と帰結している。

(iii) 垂直的秩序の水平的秩序に対する侵食現象

先にも指摘した通り、所論においては国家間の法律関係を規律する法を国際法というのか、国際社会（を成す国家を構成するところ）の構成員たる「人」を保護する人道法や人権法を指して国際法というのか、あるいは両者をもって国際法というのか、それ自体が明確に示されていないわけではない。また、「『介入の国際法』の顕在化」というサブ・タイトルにいう、国際法の定義自体が不明であるばかりか、「『介入』の国際法」にいう「介入」の意義についても必ずしも明らかではない。所論が示す「国際刑事裁判シス

7) 古谷・前掲注(1) 36 頁。

8) 古谷・前掲注(1) 36 頁。

テムの出現と活発な機能は、まさしくこうした『介入の国際法』の構図のなかで展開している」⁹⁾との叙述からは、——本研究に捉える「国際刑法の、国際法からの分化」現象¹⁰⁾という把握¹¹⁾とは異なって——「国際刑法の、国際法に対する介入」を主張する趣意として捉えられ得るものと推察される。いずれにしても、「垂直的秩序が水平的秩序を侵食ないし駆逐する」現象を指摘し、これが顕在化しているとの言説が随所に散見される。

所論は、「伝統的な水平的秩序と国際刑事裁判機構が生み出した垂直的秩序は共存しながらも、両者が交錯する局面では、徐々に後者が前者を駆逐(ママ)する傾向がみられることは間違いない」¹²⁾と断じるものの、所論における説明において——厳格な意味での——「秩序と秩序の交錯」¹³⁾を論じるまでには至らず、所論が指摘する場面は、後述する通り、主だって管轄権の競合ないし交錯場面あるいは国際的な刑事裁判所の設置目的に関する判決への影響の問題であると考ええる。加えるに、この文脈の要旨については、確かに所論の主張である「垂直的秩序が水平的秩序を駆逐する」との意にも解し得るが、上と同様にここでも垂直的秩序とは何か、必ずしも明らかにされたものではない。「国際刑事裁判を実施する機関と責任が追及される個人との間には、国内社会における同様の垂直的な法関係 (vertical relation) が構築される」¹⁴⁾と記されるのみで、その対象とした秩序自体が必ずしも明確ではない。

(iv) ——制度の姿を通して認識する——秩序侵食の帰結

ところで、国際刑事裁判機関の創設とその機能ないし秩序を論じるに当

9) 古谷・前掲注(1) 36頁。

10) この分析については、安藤・後掲注(24)「刑法の分化史」に関する続稿に譲る。

11) 安藤泰子「刑罰権の淵源(一)——法の分化」青山法学論集第58巻4号(2017.3) 1-97頁。

12) 古谷・前掲注(1) 35頁。

13) 古谷・前掲注(1) 33頁。

14) 古谷・前掲注(1) 33頁。

たり、既述した通り、所論は現在の国際社会における法の顕現に関連し、その秩序が他の秩序を「侵食」する、あるいは「駆逐」と指摘しているが、もとより秩序概念において「ひとつの秩序が他の秩序を侵食するないし駆逐する」、こうした現象ないし事態は認められるのであろうか。仮に、所論が主張するが如く「秩序そのものは抽象的な存在であり、具体的な制度の姿を通してしか認識できない」のであれば、秩序が「侵食」ないし「駆逐」されるという現象は、前者においては「制度の侵食」いわば制度の一部欠損、後者における「制度の駆逐」いわば制度の消滅ないし崩壊とでもいう事態と把握せざるを得ないのであって、——所論が主張する——「制度の姿を通してしか認識できない秩序」、これを逆説的にいえば「制度の姿を通してのみ認識されるひとつの秩序」が、他の秩序を「侵食」ないし「駆逐」する事態を観念することは、すなわち「制度」の一部消滅ないし解体を意味することに繋がり、こうした論理の展開ないし説明をもっては所論の主張における論理的整合性を図ることはできないと思われる。

(v) 所論における例示

既述した通り、所論はそのタイトルで示すように論文「国際刑事裁判システムの国際法秩序像」において、新しく台頭してきた国際刑法を含む個人責任法において維持される秩序、所論にいう「垂直的秩序」が従来からの「水平的秩序」に変更を来し¹⁵⁾、「両者が交錯する局面では、徐々に前者が後者を駆逐する傾向がみられることは間違いない」と論じるのである。所論はこの点につき、幾つかの具体的な事例を挙げて自らの主張、すなわち秩序の「侵食」や「駆逐」現象について解説しようと試みるが、所論が列挙する逮捕状事件や元リベリア大統領チャールズ・テイラーの免除ほか¹⁶⁾の事例に関しては、上で指摘したように国際社会で維持されるべきあるいは維持されてきた「秩序の問題」ではなく、「国際刑事裁判権と国内刑事裁

15) 古谷・前掲注(1) 34 頁。

16) 古谷・前掲注(1) 33-34 頁。

判権との関係性の問題」または「法の適用における優先性ないし競合可能性の問題」あるいは「刑事裁判所設置目的の判決への影響に関する問題」であると考ええる。

したがって、本研究においては所論に挙げた事例において古谷が主張する「垂直的秩序が水平的秩序を侵食する現象」も、「駆逐する事態」も確認することはできない。さらに、所論は、こうした事態において（シエラレオネ特別裁判所において）認定された「合意原則に対する国際裁判権の優先性」に関し、国際管轄権の優先性につき、持論を補足するように、こうした事例において「垂直的秩序が水平的秩序を侵食する『力学が働いている』と見ることができる」¹⁷⁾ という分析を行っている。

しかしながら、本研究において裁判管轄権の——優先性ないし競合可能性の存否に関する——問題と秩序の問題とは異なる性質の問題であると考ええる。加えるに、シエラレオネ特別裁判所における元大統領チャールズ・テイラーの免除に関する問題については、所論における論考の大前提として定めた、国家間を規律する「伝統的な国際法」——において形成される秩序——ではなく、国際連合と当該国、すなわち「国際社会全体とシエラレオネ」との関係における秩序として言及するものであって、これを自ら設定した分析の基軸である、従来の二国間または多国間を規律する「伝統的な国際法」における水平的秩序として他の事例と同様に扱うことは、分析の基礎を異なる軸に据えるものであって、——厳格な解析視点からは——その帰結として導かれた結論における客観性という観点から問題を残すものといえる。

(vi) 構造的矛盾

もとより、国際刑法の創設にあたっては、以下のような問題点が指摘されていた。すなわち、現行国際法秩序が抱えるとされる基本的な構造的矛

17) 古谷・前掲注(1) 34頁。

盾、換言すれば国際法と刑事法の交錯点に惹起する——私法的契機である——合意原則と、——権力的契機である——国際公法定立という、法の「創設形式と実体」の齟齬ないし乖離をいかに整合させるかという問題である。この点を小和田恒は、以下のように説明する。すなわち、小和田は「国際社会の社会秩序維持のために、国際社会における公権力の行使を可能にする秩序を作らなければならないという要請が出て来た場合これを一体、どういう仕組みで作ったらいいいのか」¹⁸ という問題を指摘している。別言すれば、国際立法の実体は当該条約に対する締約国の合意に基づいた規範の創設であり、締約国自らが自国の国家主権を制限することを受諾することによってなし得るのであって、これによってはじめて当該規範を創設することができ、その秩序の維持が実現可能となる。

ところが、国際刑法は必ずしも合意原則に拠らず、——締約国であると否とを問わず——国際社会を構成するすべての国家に対し、対象犯罪と定められたジェノサイド、人道に対する犯罪、戦争犯罪、侵略犯罪を指導した個人につきその刑事責任を追及することを求める規範である。

他方で、そのシステムを構築する方法としては、従来からの合意原則に基づいた手段を用いなければならないという矛盾¹⁹が存在する、と敷衍する。端的にいえば、「国際社会の社会秩序を維持するための公法定立行為を行うために、国内法でいえば私法上の契約に相当する手段を用いるほかないという今日の国際法秩序が抱えている矛盾」²⁰がある点の指摘である。

この、いわゆる「構造的矛盾」については、一般に「国際公法定立（権力的契機）にあたって合意原則（私法的契機）を用いるほかない」という意味において、前者における垂直的効力、後者における水平的効力という表記をもって、国際刑法創設に生じる矛盾につき解説が加えられている。

18) 小和田恒＝芝原邦爾〔対談〕「ローマ会議を振り返って——国際刑事裁判所設立に関する外交会議」ジュリスト第1146号（1998.12）20頁。

19) 小和田・前掲注（18）〔対談〕「ローマ会議を振り返って」21頁。

20) 小和田恒「国際刑事裁判所設立の意義と問題点」国際法外交雑誌第98巻第5号（1999.12）24頁。

(vii) 「秩序」に関する定義の妥当性

こうした流れにおいて、所論が用いる文言上のみにしたがって古谷の主張を整合的に捉えようとすれば、「水平的秩序」と「垂直的秩序」、すなわち「水平的効果に基づく水平的秩序」と「垂直的効果に基づく垂直的秩序」が——形而上——演繹されるようにも思われる。古谷はこの論理的展開において「伝統的な水平的秩序と国際刑事裁判機構が生み出した垂直的秩序」²¹⁾を論じたもの、と推察される。確かに、法の効果において水平的または垂直的という説明は、説得的であり充分可能である。

しかしながら、法学を含む一般社会科学、とりわけ国際刑法上の秩序概念に関する説明において、当該法における秩序概念につき、「垂直的秩序」という文言を用いて説明することは、①その定義の不明確性のみならず、②「水平」・「垂直」という単純、且つ、雑駁な、③水平「的」ないし垂直「的」という、不明確性や抽象性を排除し得えないことから、必ずしも適切なものではないと考える。所論が指摘する「水平的秩序」は、本研究にいう従来からの二国間または多国間を規律する国際法において維持されるあるいは維持されるべき秩序であり、同じく所論が主張する「垂直的秩序」とは、本研究にいう国際刑法を含む個人責任法において維持されるまたは維持されるべき秩序であると思われる。このような推察において、さらに精確を期せば所論にいう「垂直的秩序」とは、本研究にいう国際刑法における——最終的には——刑罰権の行使、すなわち物理的強制力の行使をもって形成されるまたはこれをもって形成されるべき秩序であると考ええる。

(viii) 本研究の立場

古谷はこうした侵食現象や駆逐事態が生じている①「傾向」が認められるとし、②さらにこの「傾向」が顕在化している現象につき「間違いない」

21) 古谷・前掲注(1)35頁。

と断じるのであるが、上のように——本研究が行ってきた一連の「国際公秩序」探究の論考を介して検討してきた通り、本研究が捉える「国際法秩序」及び「国際社会における公秩序」ならびに「国際公秩序」概念に従って——、国際法と刑事法が交錯する現象を分析し、その秩序の実体を捉えようとすれば、国際刑法を含む個人責任法によって維持されるべき秩序が——古谷が指摘する——伝統的な国際法によって維持されるべき秩序を「侵食」ないし「駆逐」する事態が観念されることも確認されることもない。

それは、以下の理由による。すなわち、もとより国際法において維持されるべき秩序は、(a) 国家間の法律関係を規律するという目的のもとに、(b) 当該国家間の利益を確保するために、(c) 個別国家に対し求められる秩序である。これに対し、国際刑法における秩序は、(α) 国際社会全体の平和を維持しもって重大な国際犯罪を防止するという目的のもとに、(β) 不処罰文化の否定、あるいはかつてより形成されてきた不処罰文化からの克服という観点から、(γ)——国家を媒介としつつも——国際社会における個人に対して求められる秩序である、という違いによるものである。

両者における秩序は、上記に指摘した通りまったく別の秩序概念であり、それぞれ維持すべき目的のみならずその実体、主体、さらにはその法的効果が相違するのであって、異なる法体系における秩序において、特定の法において維持されるべき秩序が他の法において維持されるべき秩序を侵食する必要性も、また結果としての駆逐現象も認めることはできない。

(ix) 責任論との整合性

これを責任という観点から考察してみれば、それゆえひとつの(国家指導者における)行為または(国家)実行によって各秩序が侵害された場合には、それぞれ異なる別の責任が二元的に生じることになるのである。敷衍すれば、本研究において所論にいう「垂直的秩序＝国際刑法において維持されるまたは維持されるべき秩序」が、「水平的秩序＝国際法において維持されるまたは維持されるべき秩序」を駆逐するという事態を観念すること

はできず、両者においては各別の秩序が觀念され、したがって、——責任を含む犯罪成立の可否あるいは侵害形態に関する具体的な問題や賠償確定に関する認否については別に置き、本研究の検討対象である秩序のみに限っていえば——ひとつの行為が両秩序を害する場合、それは国際刑法に求められるまたは求められるべき秩序を害したがゆえに個人責任が生じ、他方で国際法に求められるまたは求められるべき秩序を侵害したがゆえに国家責任が生じ得るのであって、それぞれに別の責任が生じるのである²²⁾。敷衍すれば、前者における秩序が害された場合、それは当該行為につき違法と評価された範囲において国際刑法における個人責任が問題となり得るのであり、同じく後者における秩序が害された場合、損害が生じた範囲において当該国家に対し国際法における国家責任に関する問題が生じ得るのである。

この理論に従えば、ひとつの行為が両者に該当する場合、その責任は二重にまたは重疊的に生じるのであって、同一行為に対し「個人責任」と「国家責任」の両者が問われることとなるのである。このような論理的な展開を踏んで確認される秩序については、所論が示す垂直的秩序とは「個人責任法における秩序」であり、同じく所論が示す水平的秩序は、責任論のステージでは「国家責任法における秩序」と帰結される。ここに、「個人責任法に形成されるないし形成されるべき秩序」と「国家責任法に形成されるないし形成されるべき秩序」とは、——重ねて述べるが——その実体においてまったく異なるものであり、重疊することはあっても、前者が後者を侵食するという事態を考慮することはできず、本研究においてはかつてより形成されてきた国際法における法秩序概念に加え、「単に新たな秩序が形成され台頭してきた」、その単純な現象に過ぎないものと解するものであ

22) 本稿は秩序についての検討であるため、ここでは責任に関する精緻な論理的展開をするものでもなく、刑法学上の行為—結果—責任という関連性について詳述することはしない。なお、本研究は犯罪の成立要件の検討を踏まえ、公秩序の侵害をもって直ちに行為者の責任を問い得る旨の主張をするものではなく、これを念のため付言する。

る。

ゆえに、旧秩序と新秩序は異なる軸に形成されるものとして捉えられ、二重構造をもって別に維持されるべき関係に位置づけられるものであり、したがって——侵略犯罪の構成要件を含む犯罪成立に関する考察や犯罪事実に関する幾つかの検討を除き——基本的に新秩序が旧秩序と拮抗するまたは調整の必要が生じる場面は想定されず、異なる責任が各別の法において認められるに過ぎないものとする²³⁾。

このように本研究において、ひとつの行為につき各別の責任が二元的に生じ得ると主張する所以は、——重ねて付言するが、責任を含む犯罪の成立に関する考察や犯罪事実に関する幾つかの問題あるいは賠償確定他に関する検討を除き、本稿の目的である秩序自体に限って考察すれば——まさに国際法——本研究にいう国際社会における公——秩序を害した結果として生じないし生じた損害に対する賠償あるいはその回復と、国際刑法秩序を害した結果として個人に対し科され得る刑罰とが、その本質において決定的に異なるものであり、両者において維持されるべき秩序が質的に異なるものであるという考えによるものである。前者においては個別国家間の利益、とりわけ損害が生じた国家の賠償ないし回復をその主だった目的ないし実体とするものであるのに対し、後者においては個別国家の利益ではなく国際社会全体の見地から国際社会の平和を維持するため個人に対し刑罰を科すことを——最終的な——目的および手段とするものであって、両者を混在化し同一の軸をもってその秩序概念を観念することは、責任論という観点からも説明し得るものではない。加えるに、両者においては責任のみならず違法概念も各別に異なるのであって、それぞれの法体系の特異性をまったく考慮せず、国家間の利益の調整を図りこれを規律する国際法と、国際社会全体の利益すなわち国際公秩序を前提とする国際刑法とを

23) 国家責任と個人責任につき——主だって侵略犯罪についての考察を介して——両者の関係性に検討を加えた文献として、安藤泰子『個人責任と国家責任』成文堂（2012）。

混同し、両者を一元的な秩序として捉え論じることが適切ではないと考える。この点については、続稿「刑法の分化史」²⁴⁾に関する論考に譲る。

所論においては、秩序の侵食事態を強調するのみで、その結果についての言及はまったくなされてはいない。上で指摘した通り、①そもそもひとつの秩序が他の秩序を侵食する、こうした現象は認められるのであろうか。認められると仮定した場合であっても、侵食の結果、侵食された水平的秩序は、②いつ、③どこに、④どのように消失するのか。あるいは、⑤消失せずにどこかに潜在し、後に顕在化するのか。また、⑥同じく伝統的な国際法によって維持されるべき秩序が侵食された結果、その責任はどのような構成をもっていかに追及され得るのか。既述した通り、——賠償の確定や責任を含む犯罪成立の可否あるいは侵害形態に関する具体的な問題は別に置き、本研究の検討対象である秩序のみに限っても——こうした説明は一切行われてはいない。

本研究は、新たに台頭してきた国際刑法を含む個人責任法において維持されるあるいは維持されるべき秩序については、かつてより国際法において形成されてきた秩序と拮抗するものでも矛盾を生じさせるものでもなく、両者は異なる次元において形成され、また維持されるものであると考える。したがって、両者のいずれかが他を侵食する事態を観念することはない。

(x) 秩序の侵害主体

もとより秩序概念については、それが対象となる領域によって相違するのみならず、本概念をどのような意義において捉えるのかという把握の方法によって、さらには考察視点等によって概念自体が異なってくるのであるが、少なくとも国際刑法を論じるにあたり考察の対象とされる秩序は、同法によって形成されるまたは維持されるべき秩序をいうのであって、上の秩序が国際刑法を含む個人責任法以外の法によって維持または——古谷が

24) 安藤泰子「刑法の分化史」青山法学論集第63巻3号(2021.12)107-156頁。

指摘する「伝統的な国際法」によって——形成されてきた秩序を侵食ないし駆逐する事態を観念することはできない。こうした現象を確認することは、例えば国内法における民事責任と刑事責任においても同様に困難であると思われる。

もとよりひとつの既成秩序を害するのは、——現在の国際社会における統合化の状況や社会構造を考慮すれば、今日では国際的な経済組織やいわゆるグローバル企業他もその対象として考慮される時代に入ってきたもの²⁵⁾と考える²⁵⁾が——「他の秩序」ではなく、「人」の行為あるいは国家実行である²⁵⁾と考える。すなわち、秩序を侵害し得る主体については、集団を含む「人」や国家、あるいは時の国家体制である²⁵⁾と考える。したがって、本研究において秩序を侵害する主体について、他の「秩序」を観念することはできない。

所論においては、ひとつの秩序が他の秩序を駆逐ないし侵食するという解説のみならず、これに加え既述した通り、国際刑法における秩序概念の説明において、「垂直的」秩序ないし「水平的」秩序という表記を用い、当該現象を説明することは必ずしも適切な方法ではないと考える。

(xi) 一元的秩序に生じ得る「侵食」ないし「駆逐」現象

所論における秩序概念は、水平的秩序と垂直的秩序が共存しながらも後者が前者を駆逐する現象が見られる²⁶⁾との分析を行うものである。これは、両秩序の併存を認めつつも、両秩序を一面的に捉える、換言すれば一元的に把握するがゆえに、両者において調整の必要性が生じた場合、両者を対

25) この点については、1998年7月に開催された常設国際刑事裁判所創設のためのローマ会議で、フランスから重大な国際犯罪の主体につき、個人のみならず組織や企業も含まれるべきであるという具体的な提案がなされていた。この点については多くの論点を含んでいるため、本稿においてこれ以上言及することはしない。なお、この詳細については、安藤泰子『国際刑事裁判所の理念』成文堂(2002)173、215–216頁脚注(194)を参照。

26) 古谷・前掲注(1)35頁。

立ないし拮抗する構図と捉えざるを得ず、したがって新秩序と旧秩序が交錯ないし重畳する場合には、「伝統的な国際法秩序像は変更を余儀なくされる」²⁷⁾と帰結したものと思われる。一元的構造のなかで現状の秩序を維持するためには、新秩序が台頭しこれに矛盾や調整の必要性が求められた場合、旧秩序を「侵食」するほかなく、あるいはまたその逆の結果、いずれかの秩序において一部消滅ないし一部崩壊に帰するという論理であると考えられる。端的に言えば、両秩序の共存は認めるものの、秩序自体の存在を一元として捉え認識していると推察される。いうまでもなく、秩序概念は可視化することはできず、対象物に対する各論者の考え方や捉え方、あるいは分析視点によって異なるものである。

しかしながら、所論にいう水平的秩序＝伝統的な国際法が形成してきた秩序と、垂直的秩序＝国際刑法を含む個人責任法が形成する秩序に関しては、上に指摘した通り、もとより各別の法における目的のみならず、秩序を維持すべき主体、秩序自体の内容・実体が異なるのであって、これを一元的に捉えることは適切ではないと考える。古谷論文においては、秩序を一元的に捉え、従来の国際法において形成ないし維持されてきた秩序を基礎として国際刑法における秩序を同一の視座ないし座標で考察する結果、こうした「侵食」・「駆逐」事態、すなわち新秩序である垂直的秩序が従来の水平的秩序を「侵食」・「駆逐」という現象を認め、その結果としてサブ・タイトルに記された「『介入の国際法』の顕在化」を主張しているものと思われる。

この点、所論の如く、国際社会における法秩序をその全体として一元的に解する見解も存在するであろう。すなわち、国家あるいは国際社会における法秩序が一元的に観念され则认为の立場である。しかしながら、末川博が指摘するように、「法秩序全體というようなものは、一應、抽象的には観念することができるとしても、それは、實定法規範がそれぞれの法體

27) 古谷・前掲注(1) 33頁。

系にそうて定立する秩序のいわば集積として、きわめて普遍的な形式において観念せられるものにすぎない」²⁸⁾ のである。

したがって、法秩序全体を観念する場合にあっても、それは結局のところ「各別の法体系」や実定法規範によるものであると考える。そもそも、個人責任法と国家責任法にいう、①「違法」概念も、②「責任」概念も相違する別の法体系において、③両者異なる「法体系の相違」に着目することもなく、さらにその④特異性を看過し、これを一元的に捉えることは適切ではないと考える。

(xii) 二元的公秩序論

国際刑法においては、その主体が個人とされたのである。その意味で秩序維持についても個人にそれが求められている。すなわち、国際刑法において維持されるまたは維持されるべき秩序の個別的な主体については、これを——国家を媒介としつつ——最終的には個人と解することが適切であるとする。国際社会（共同体）に国際刑法が創設されたことにより、一方で個人は同法によって（集団を含む）人の生命・身体・財産ほか、護られるべき法益²⁹⁾を保護されるとともに、他方で他の（集団を含む）個人の法益を犯すことは許されず、国際刑法によって形成されるべき秩序を害してはならないことが明らかにされた。簡略に言えば、これが国際刑法の主だった実体である。とするならば、伝統的な国際法によって形成されてきた秩序と国際刑法を含む個人責任法によって維持されるまたは維持されるべき秩序を同じ軸をもって論じることの妥当性を見出すことはできない。端的に

28) 末川博「不法行為の違法と犯罪の違法」民商法雑誌第 28 巻 4 号 (1953.12) 201–209 頁、特に 204 頁。ここに、末川はその究極において観念される一元的な法秩序に対し、高度に抽象性を排除し得ない点を批判的に論じているものと推察される。なお、末川の当該指摘は一国内における法秩序について加えたものであるが、本研究においては国際社会における法秩序についても、同様の指摘が加えられ得るものとする。

29) 本稿は、国際刑法の対象犯罪に関する保護法益について、その考察を目的とするものではないため、この点について詳細な言及をすることはしない。

いえば、一方で伝統的な国際法によって維持される秩序は「国際法秩序」であり、他方で国際刑法によって維持されるべき国際「刑」法秩序（本研究における一連の論考にいう国際公秩序）は異なるものであり、両者は区別されるべきものとする。

ここに、両者における秩序は、二元的に捉えられるべき性質のものであると考える。古谷論文における秩序概念に拠っては、①行為と②侵害＝結果、そして③その責任について整合的な理論をもって説明することができないことが判明するのである。これに対し、両者を二元的に捉える秩序論に拠れば、①行為と②侵害＝結果、そして③その責任について整合的な説明を加えることが可能となるのである。この点の理論的構成については、本稿の目的を超えるため、ここで詳細な言及をすることはしない。

(4) 結論

本稿の冒頭でも述べた通り、本研究において秩序は「制度によってのみ」認識されるものではないと考える。慣習によって異なる秩序が観念され、それが慣習法となって、さらにやがてこれが実定法へと繋がり、法体系へと牽連していくものとする。そして、それぞれの具体的な実定法や各別の法体系においては異なる秩序が次元的に観念されるのであって、異なる秩序の間で一の秩序が他の秩序を「侵食」ないし「駆逐」する、という現象を認めることはできないものとする。

本研究に観念する秩序は、一連の論考を通じて検討してきた、従来からの強行規範や対世的義務ならびに（国家責任法を含む）国際法をもって維持されるまたは維持されるべきあるいは維持されるであろう——国家をその主体とする——「国際社会における公秩序」に対し、国際刑法を含む個人責任法において維持されるまたは維持されるべきあるいは維持されるであろう「国際公秩序」をいう。本研究に主張する国際刑法をもって維持される国際公秩序は、古来より法人類学上、未開法において観念されてきた「平和」を維持するための社会「秩序」を起源としこれに由来するものであり、

既述した通り古くは掟(律法：おきて)や風俗や慣習にも観念されていた秩序である。この点については、本稿の目的から逸れるため、その詳細な検討については、続稿「刑法の分化史」³⁰⁾ および別稿「刑法の起源」に譲る。

おわりに

以上、本研究は「共通利益 Common Interests と国際公秩序」³¹⁾ 及び「対世的義務 Obligations Elga Omnes と国際公秩序」³²⁾ ならびに「強行規範 Jus Cogens と国際公秩序 (一)」³³⁾ に加え、本稿「同 (二)」を介して、国際刑法における公秩序について探究してきた。国際刑法においては、創設以来「個人にも国際法の主体性が認められる」という説明が加えられてきた。そして、同法の構成や原則、解釈や具体的な判例における詳解がなされ、国際刑法学は大きな発展をみるに至っている。

しかしながら、さらに進んで国際刑法における公秩序に関する探究あるいは秩序を媒介とする国家責任法と個人責任法との関係ないしその異同または両者における構造的把握に関する考察は行われず、こうした問題についてはその存在自体に着目されることもなく、看過されてきたことが指摘されなければならない。いうまでもなく、国際社会における秩序に関する探究や考察は、その対象とする国際社会の歴史的形成の沿革やその統合に関する組織化へと向かう現状を客観的に把握していることが求められ、——換言すれば、研究自体においても主観性を捨象することが前提となることから——抽象性を排除し得ず、多分に困難を伴う問題といえよう。また、秩序に関する考察においては、何をもって対象とする秩序と定めるのか、

30) 安藤・前掲注(24)「刑法の分化史」107-156頁。

31) 安藤泰子「共通利益 Common Interests と国際公秩序」青山法学論集第63巻1号(2021.6)1-26頁。

32) 安藤泰子「対世的義務 Obligations Elga 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。

33) 安藤泰子「強行規範 Jus Cogens と国際公秩序 (一)」青山法学論集第63巻3号(2021.9)51-79頁。

その基準のみならず、対象とした秩序に変容を見出す基準や態様における変化について分析の客観性が求められることから、研究対象の現状分析のみではなし得ず、そこには秩序が形成された基盤となる社会組織がその構築に向かった歴史的事実の把握と、当該秩序が生成ないし形成されてきた社会構造を含む諸要素の変化や変容についての知見と精確な分析結果の確認が求められる。

国際法における秩序概念を検討してきた本研究は、前著『刑罰権の淵源』³⁴⁾でも首唱してきたように、国際刑法現象を——国際法と関係を有しつつも——「国際法からの分化」であると捉えるのである。これに拠れば、分化を挟んだ両法における秩序は異なるものとする。相違する各別の秩序をもって同一の軸に据えこれを一元的に捉えた上で考察を行うことは、——伝統的な国際法における原則、すなわち指導者無問責ないし主権者無答責原則を否定し、個人責任論を確立させた——国際刑法の創出趣意に悖るものであり、むしろ「法の進化」を阻み、「法の回帰」へと牽連させるものではないかとの懸念を抱くものである。

本研究は、幾つかに亘る一連の論考を介して国際公秩序を探究してきたが、この問題は「国際刑法の位置づけ」ないし「同法に関する把握の問題」であると言い換えることができると考える。国際刑法を所論の如く「国際法の一部あるいは国際法の拡大ないしそのサブ」³⁵⁾と捉える立場においては、いうまでもなく同法における秩序については、秩序一元論が導き出されよう。他方で、国際刑法を「国際法からの分化」現象³⁶⁾と捉える見解に拠るならば、同法に形成され維持される秩序に関しては、その理論的展開において——従来の国際法における秩序とは異なる——これまでは検討されることも主張されることもなかった、二元的公秩序論³⁷⁾が導かれるのである。

34) 安藤泰子『刑罰権の淵源』成文堂(2018)73頁以下。

35) 古谷・前掲注(1)36頁。

36) 安藤・前掲注(11)「刑罰権の淵源(一)——法の分化」1-97頁。

37) 安藤・前掲注(33)「強行規範 Jus Cogens と国際公秩序(一)」。