
種 別： 論説

タイトル： 国際刑事裁判における法の一般原則の意義

著 者： 江藤 淳一

所 収： 『上智法学論集』第 57 卷 4 号（平成 26 年 3 月）139-169 頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

論 説

国際刑事裁判における法の一般原則の意義

江藤 淳一

1. はじめに
2. 法の一般原則の位置づけ
3. 法の一般原則の認定の作業と基準
 - (1) 国内法からの原則の抽出
 - (2) 諸国の一般的承認の証明
 - (2) 国際法への移換えの判断
4. 法の一般原則と他の法源との関係
5. おわりに

1. はじめに

国際刑事法廷は、それが国際裁判所である以上、基本的には国際法を適用する裁判所と考えられている⁽¹⁾。しかし、個人の刑事責任を追及

(1) 国際刑事法廷における法の一般原則の適用に関し実証的な分析を行った Raimondo は、国際刑事法は国際法の一部門であり、同じ法源に依拠していると述べ、国際司法裁判所規程 38 条に言及して適用法規を検討した ICTY の二つの事件 (*Prosecutor v. Delalić et al., Judgment, Case No. IT-96-21-T, T.Ch.IIquater, 16 November 1998, para.414. Prosecutor v. Erdemović, Judgment, Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah, Case No. IT-96-22-A, App.Ch., 7 October 1997, para.40*) をあげている。F.O. Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals* (2008), p.166.

する裁判所という性格上、罪刑法定主義（principle of legality）の要請が働くものとされ、その適用法規にも特別の配慮が必要となる。他方、個人の刑事責任にかかわる国際法はいまだ十分に整備されていないことから、重大な犯罪が不処罰に終わることのないよう適用法規の欠缺への対処も求められる。

この問題に関し、一般に刑法学者は罪刑法定主義を重視する傾向にあり、原則として成文法（条約）を適用法規として、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。後述するように、1998年の「国際刑事裁判所（ICC）に関するローマ規程」は、刑法学者の主張に国際法学者が一定の譲歩を示す形で成立したといえる（「国際法学者に対する刑法学者の勝利」⁽²⁾）。

この国際刑事裁判の適用法規の問題のなかで注目を集めたものの一つに、法の一般原則の取扱いがある。法の一般原則は、条約や慣習国際法の規則が不明確である場合や欠けている場合に裁判不能（*non liquet*）を回避するために常設国際司法裁判所規程で採用されたものである。これは、本来は各国で私人間に適用され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。ただ、実際には、これまで常設国際司法裁判所や国際司法裁判所が法の一般原則に依拠する事例はさほど多くなかった。

これに対し、最近では国際平面での個人の活動を規律する需要が高まるにつれて、公法分野の法の一般原則が国際法に組み込まれるようになってきた。国際機関が個人の刑事責任を追及する国際刑事法の分野では、条約や慣習国際法の規律がまだ不十分といわざるを得ず、そのため

(2) V.Degan, "On the Sources of International Criminal Law," *Chinese Journal of International Law*, Vol.4 (2005),p.46.

法の一般原則が適用法規の欠缺補充に果たす役割は大きいと考えられた。実際に、国際刑事裁判において法の一般原則が再生ないし復活したという評価もなされている⁽³⁾。

しかし、これまでその適用が少なかったこともあり、法の一般原則の性質や認定の基準は必ずしも十分に明らかにされてきていない。このため、法の一般原則の適用には裁判官の恣意的な判断が入り込むおそれがあると考えられ、とくに国際刑事裁判においてはその適用には慎重な配慮が必要だと主張された。このことから、法の一般原則の認定に際しては、信頼できる形で行われる必要があると考えられている⁽⁴⁾。しかし、その認定に厳格な基準が適用されれば、法の一般原則に欠缺補充の役割を期待することは困難となり、裁判不能を回避できないという結果になりかねない。

本稿は、国際刑事裁判に関し、このような矛盾をかかえる法の一般原則の適用について考察するものである。これとともに、法の一般原則の認定に関し厳格な基準が適用され、それによってその認定ができないと判断された場合、裁判所はいかに対処するのかという問題もあわせて検討する。この問題は、国際司法裁判所における欠缺補充の問題とも共通するものであるが、個人の刑事責任を追及する国際刑事裁判にはやはり特有の問題があると考えられる。

なお、ここで国際刑事法廷という場合、1990年代の旧ユーゴ国際刑

-
- (3) Cassese は、国際法の新しい領域がかなりの欠缺を含むことが明らかになると、直ちに法の一般原則という法源が再生されると論じている。A.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," Yee and Wang (eds.), *International Law in the Post-Cold War World* (2001), p.46. また、Fan 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も速い変貌を遂げつつある暴力の形態に追いつくことを可能にする」と指摘した。M.Fan, "Custom, General Principles and the Great Architect Cassese," *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10 (2012), pp.1075-78
- (4) J.Verhoeven, "Article 21 of the Rome Statute and Ambiguities of Applicable Law," *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol.33 (2002), p.10.

事裁判所 (ICTY) とルワンダ国際刑事裁判所 (ICTR) および ICC を対象とするものとし、国内法も適用法規とするため法の一般原則の果たす役割が限定されるカンボジアやシエラ・レオネ等におけるいわゆる混合裁判所は含めない。

2. 法の一般原則の位置づけ

法の一般原則は、一般に、条約や慣習国際法に適用法規がない場合にそれを補充する役割を果たすものとされている。それは、各国の国内法に共通の規則から抽出されるもので、国際関係に適用される原則である。国家責任、証明責任・証拠能力、裁判手続等に関する一般原則がその例としてあげられる。

個人の刑事責任を追及する国際刑事法は、実体法と手続法の両方でまだ未整備なところが多い。この欠陥を補充するためには、類似した構造をもつ国内刑事法に依存せざるを得ない面がある。そこで、国際刑事裁判で法の一般原則がいかなる役割を果たすかが注目された。

国連安全保障理事会決議により設置された ICTY や ICTR の裁判所規程には適用法規に関する明示の規定はないが、ICTY の設置に関する国連事務総長報告のなかにその説明がある。それによれば、個人の刑事責任の追及に関しては、「法律なければ犯罪なし (*nullum crimen sine lege*)」の原則の適用により、裁判所は疑いなく慣習国際法の一部となっている国際人道法の規則を適用するものとされる⁽⁵⁾。ただし、これは法の一般原則の適用を排除する趣旨ではなく、とくに個人の刑事責任に関する抗弁に関しては、裁判所が法の一般原則に依拠して決定をくだすことが想定されている⁽⁶⁾。このほか、ICTY 規程 28 条では、恩赦や減刑につ

(5) *Report of the Secretary General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808, 3 May 1993, S/25704, paras.33-35.*

(6) *Ibid.*, para.58.

き裁判官は「正義の利益および法の一般原則」に基づいて決定するものとされている⁽⁷⁾。実際に、ICTY や ICTR の事件で法の一般原則を認定した例は少なくない⁽⁸⁾。

ICTY の *Kupreskić* 事件で、裁判部は、特定の事項について裁判所規程に規律がなく、事務総長報告も解釈の助けにならない場合について次のように述べている。

・・・国際裁判所は、(i) 慣習国際法の規則、または、(ii) 国際刑事法の一般原則、このような原則がない場合には、(iii) 世界の主要な法体系に共通する刑事法の一般原則、このような原則がない場合には、(iv) 国際正義の基本的要請に合致した法の一般原則、に依拠することになる。起草者は、裁判所規程が国際法に基づくべきであり、その結果として、生じうる欠陥はこの法全体を用いて補充されなければならないことを意図していたとみなされなければならない⁽⁹⁾。

ここでは、国内刑事法に由来するが、すでに国際法の一般原則となった国際刑事法の一般原則⁽¹⁰⁾とは区別して、国内刑事法の分野の法の一

(7) そのほか、裁判所の手続証拠規則 89 条(b)では、「規程の精神と法の一般原則」に従った証拠規則を適用することを定めている。

(8) ICTY につき、たとえば、*Tadić* 事件（法律による裁判所の設置）、*Prosecutor v. Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Case No. IT-94-1-AR72, App.Ch., 2 October 1995, para.42. *Delalić* 事件（犯罪の主観・客観の二要素、検察官の証明責任）、*Prosecutor v. Delalić et al., Judgment*, Case No. IT-96-21-T, T.Ch. II quater., 16 November 1998, paras.424, 599. *Furundžija* 事件（強かんの定義）、*Prosecutor v. Furundžija, Judgment*, Case No. IT-95-17/1-T, T.Ch. II, 10 December 1998, para. 181. *Kupreskić* 事件（同一行為が二個の罪名に触れる犯罪の取扱い）、*Prosecutor v. Kupreskić et al., Judgment*, Case No. IT-95-16-T, T.Ch. II, 14 January 2000, paras.680ff. *Blaškić* 事件（刑罰の比例性の原則）、*Prosecutor v. Blaškić, Judgment*, Case No. IT-95-14-T, T.Ch.I, 3 March 2000, para.531. *Kunarac* 事件（強かんの定義、合理的な疑いを越える証明）、*Prosecutor v. Kunarac et al., Judgment*, Case No. IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, T.Ch.II, 22 February 2001, paras.440, 559. *Delalić* 事件（限定責任能力）、*Prosecutor v. Delalić et al., Judgment*, Case No. IT-96-21-A, App.Ch. 20 February 2001, para.590.

(9) *Prosecutor v. Kupreskić et al., Judgment*, Case No. IT-95-16-T, T.Ch. II, 14 January 2000, para.591.

一般原則と特定の分野に属しない法の一般原則があげられている⁽¹¹⁾。

実際、ICTYやICTRは、さまざまな形で法の一般原則に言及してきた。具体的には、法の一般原則は三つの機能を果たしてきたと考えられている。すなわち、条約解釈の指針、適用法規の欠缺補充および法的論証の補強である⁽¹²⁾。裁判所は、法の一般原則のこのような利用を通じて、法の創設にきわめて近い機能を果たしてきたと考えられている⁽¹³⁾。ただし、後述のように、裁判所の一般原則の認定の敷居は高く、法の一般原則と認定されなかった事例も多い。

こうした実行が進むなかで国際法委員会での審議⁽¹⁴⁾を経て成立した

-
- (10) この事件で裁判長をつとめた Cassese の分類によれば、国際刑事法の一般原則はこの分野に特有の原則を含むもので、罪刑法定主義、明確性の原則、無罪の推定、武器対等の原則、上官命令の原則等がその例とされるのに対し、国際法の一般原則は、国際法体系に固有の原則であり、世界の主要な法体系の比較調査を必要とせず、国際法秩序の主たる特質からの一般化と帰納によりその認定が行われうるものとされる。A.Cassese, *Cassese's International Criminal Law* (3rd ed.,2013), p.15.
- (11) ただし、実際に裁判所が認定する一般原則が国際法ないし国際刑事法の一般原則か、刑事法ないし法の一般原則かは判然としない場合がある。たとえば、*Tadić* 事件（一事不再理）、*Prosecutor v. Tadić, Decision on the Defence Motion on the Principle of Non Bis in Idem*, Case No. IT-94-1-T, T.Ch.II, 14 November 1995, para.9. *Delalić* 事件（罪刑法定主義）、*Prosecutor v. Delalić et al., Judgment*, Case No. IT-96-21-T, T.Ch.II quater,, 16 November 1998, paras.228, 402-03. *Akayesu* 事件（被告人の無罪の推定）、*Prosecutor v. Akayesu, Judgment*, Case No.ICTR-96-4-T, T.Ch.I, 2 September 1998, para.501.
- (12) Raimondo は、法の一般原則は欠缺の補充のためだけでなく、裁判所規程の解釈や法的論証の補強などの目的のために利用されていると論じ、また、この三つの機能は互いにときにオーバーラップすることがあると指摘する。Raimondo, *supra* note 1, pp. 171-73.
- (13) Swart は、法の一般原則に関する Cassese の一般的な見解（*International Law* (2nd ed., 2005),p.189）に基づきこの立場を支持している M.Swart, “Judicial Lawmaking at the Ad Hoc Tribunals : the Creative Use of the Sources of International Law and ‘Adventurous Interpretation’,” *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 70 (2010), pp. 469-471.
- (14) 国際法委員会の裁判所規程草案（33条）は、裁判所の適用法規に関し、(a) 裁判所規程、(b) 適用のある条約ならびに一般国際法の原則および規則、(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（ILC, *Draft Statute for an International Criminal Court 1994, Yearbook of International Law Commission 1994, Vol.2 (part II)*, pp. 51ff.）。この規定では、法の一般原則は国際法の原則と規則のなかに含まれる。なお、この時点では個別の条約上の国際犯罪が裁判所の管轄事項の対象となることが想定され

ICC 規程は、国際司法裁判所規程 38 条の規定に倣いながら、21 条で次のように適用される法を定めている⁽¹⁵⁾。

- 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の国内法を含む。）。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。

この規定は、国際司法裁判所規程 38 条と比べて、次の点で異なっている⁽¹⁶⁾。第 1 に、適用法規の間に序列を設けている点⁽¹⁷⁾、第 2 に、

ていたため、国内法の適用可能な規則があげられていた。この点に関しては、M.M. deGuzman, “Article 21 Applicable Law,” O.Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (1999), pp.435-38.

- (15) ICC 規程 21 条の規定の成立経緯や趣旨に関し、愛知正博「国際刑事裁判所規程の準拠法に関する規定」『中京法学』34 卷 3・4 号（2000 年）185 頁以下。福王守「国際刑事裁判所規程と国内公法概念の類推— ICC 規程第 21 条 1 項 c の適用問題を契機として—」『敬和学園大学研究紀要』13 号（2004 年）70-72 頁。
- (16) Schabas はローマ規程は法源にかぎり特別なレジームを創設すると指摘した。W.A.Schabas, *An Introduction to the International Criminal Law* (4th ed., 2011), p.207. 同様に、K.Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, Vol.1 (2013), pp.73-74.

(b)で「国際法の原則と規則」と定め、慣習という用語を使用していない点⁽¹⁸⁾、第3に、法の一般原則に関し、「裁判所が世界の法体系の中の国内法から見いだした」と記述し、また、裁判権を通常行使し得る国の国内法を含むとしている点⁽¹⁹⁾、第4に、2項で「従前の決定」に従った原則や解釈を適用できると定めている点である⁽²⁰⁾。なお、3項は、適用法規の序列に関する新たな規定を設けた⁽²¹⁾。

これらの相違は、はじめに述べたように、主として罪刑法定主義と適用法規の欠缺補充という二つの要請にこたえようとした結果と考えられる。罪刑法定主義の要請から、裁判所規程等の成文法を重視しそれに優先順位を与える一方、成文法の欠缺補充の要請から、「国際法の原則及び規則」として慣習国際法の適用を認め、また、法の一般原則に関し新たに説明を加えたうえで適用法規に組み込んだ。しかし、全体としては、成文法を重視する立場から、裁判所規程、構成要件文書および手続証拠規則を重視するものとなっている⁽²²⁾。

(17) Pellet は、この規定は、異なる法源の間に序列を定めた点で国際司法裁判所規程とは根本的に異なると指摘する。A.Pellet, “Applicable Law”, A.Cassese et al (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol.II (2002), p.1076.

(18) 慣習の語を使用しなかった点に関しては疑問が提起されているが、「国際法の原則と規則」のなかに当然に慣習法が含まれるという点では異論はない。deGuzman, *supra* note 14, p.442. Pellet, *supra* note 17, pp.1071-72.

(19) 国内法の考慮は、注14で指摘した国際法委員会の草案から引き継がれているが、その問題点は本文で指摘する。

(20) これは裁量による先例の利用を定めたもので、コモン・ローと伝統的な大陸法の見解の妥協とみられている。deGuzman, *supra* note 14, p.445. この先例への依拠は予見可能性に資するものであり、裁量にとどまるかぎり異論はないと考えられる。Verhoeven, *supra* note 4, p.13.

(21) この規定に関しては、差別の事由としてのジェンダーをめぐる論争があった（同性愛の問題）が、人権の尊重に関しては見解の一致があったといわれている。deGuzman, *supra* note 14, pp.445-46.

(22) Pellet は、これらの重視はアメリカが推進したアプローチであり、それは裁判所の領域に立ち入り、不当に裁判所の解釈の自由を制限するものであって、これにより裁判所が犯罪との闘いに対する有効な手段となる機会を制限したと批判している。Pellet, *supra* note 17, pp.1058-59.

この21条は、適用法規に序列を設けたことにより、法の一般原則が、裁判所規程（構成要件文書・手続証拠規則）、条約および慣習国際法のなかに適用できる規則がない場合に適用される趣旨を明確にした。また、21条1項(c)により、法の一般原則は「世界の法体系の中の国内法から」⁽²³⁾ 裁判所が見いだすものであることが明らかにされた。また、これは、国内法体系に見いだされる具体的な法規則ではなく、それら規則の基礎にある原則を適用するものと解されている⁽²⁴⁾。この規定は、国際司法裁判所規程38条と比べて、より良く正確に法の一般原則を定義しているという評価がある⁽²⁵⁾。

また、21条1項(c)は、法の一般原則を引き出す際に、適当な場合には犯罪に関する裁判権を通常行使する国の法を考慮することを裁判官に許している。これは、国際法の規則に疑いがある場合に裁判所は国内法を適用すればよいと考える立場と国際裁判所が国際法以外のものを適用するのは不適切だとする立場が対立した結果、その妥協として採用されたものである。世界の法体系から一般原則を見いだすという考え方と特定の国内法をも参照するという考え方の間にはある種の矛盾があるが、それは妥協を導くための対価であった⁽²⁶⁾。この規定は、通常裁判権を行使する国の選別を含めて、裁判官に裁量の余地を認めたものである⁽²⁷⁾。

(23) この規定は、フランス語正文では、「世界の異なった諸法体系を代表する国内法から (à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde)」であり、法体系を代表する国内法という趣旨がより明確になっている。

(24) deGuzman, *supra* note 14, p.442. Ambos, *supra* note 16, p.77.

(25) Pellet, *supra* note 17, p.1073.

(26) P.Saland, "International Criminal Law Principles," R.S.Lee (ed.), *The International Criminal Court : The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results* (1999), pp.214-15. この規定に関しては、一方で、一貫した法の適用を妨げることにならないかという懸念が表明されている。deGuzman, *supra* note 14, p.444. 他方、Pelletは、被告人が慣れ親しんでいる法体系に優先順位を与えるのは正当との見解を示している。Pellet, *supra* note 17, p.1075. Verhoevenは、通常裁判権を行使し得る国の国内法を無視することに対する不安を取り除く意味があると指摘する。Verhoeven, *supra* note 4, p.10.

最後に、法の一般原則は、ICC 規程、国際法並びに国際的に承認された規範および基準に反しないことが適用の条件とされている。一般には、十分な比較法分析が行われれば、法の一般原則が国際法に反するという事態は考えにくいかもしれない⁽²⁸⁾。しかし、国際刑事裁判のユニークな性格を考えると、法の一般原則がそこでの適用になじまない可能性がないとはいえない⁽²⁹⁾。その場合、後述するように、法の一般原則を国際刑事裁判に適合するように調整して適用するという場面も生ずる。

なお、この21条は、刑事責任の阻却事由に関する31条3項でも言及されている。前述のICTYに関する国連事務総長報告では、個人の刑事責任の抗弁に関し、裁判所は法の一般原則に従って決定するものとされていた。31条3項は、法の一般原則ではなく21条を指定する形になっているが、ここで主に想定されているのは法の一般原則と考えることができる。

以上のとおり、ICC 規程は、補足的な形ではあるが、法の一般原則の適用を明確に認めている。しかし、規程のなかに実体法および手続法を整備し、さらに、構成要件文書や手続証拠規則を作成するアプローチからすれば、法の一般原則の適用の機会は限られると推測される⁽³⁰⁾。た

(27) ICCの上訴裁判部は、21条1項(c)は、通常裁判権を行使する国の国内法から一般原則を引き出す裁量を認めるが、裁判所にそれを要求するものではないと指摘した。*Situation in the Republic of Kenya, in the Case of the Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Decision on the "Request to Make Oral Submissions on Jurisdiction under Rule 156(3)"*, Case No. ICC-01/09-02/11-4211, App.Ch., 1 May 2012, p.11.

(28) deGuzman, *supra* note 14, p.444.

(29) Pellet, *supra* note 17, p.1074.

(30) Verhoeven, *supra* note 4, pp. 17-19. たとえば、ICTYのKupreskić事件では、事実の法的性質決定の変更の問題に関し法の一般原則の検討が行われたが、ICCのLubanga事件では、手続証拠規則55条があるので法の一般原則の検討は必要ないとした。*Situation in the Democratic Republic of the Congo, in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment, on the appeals of Mr Lubanga Dyilo and the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I of 14 July 2009*, Case No. ICC-01/04-01/06-2205, App.Ch. 8 December 2009,

だ、これまでのところ、ICCの少なからぬ事件で法の一般原則の検討が行われている。認定にいたったものは限られているものの、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⁽³¹⁾。

3. 法の一般原則の認定の作業と基準

法の一般原則の認定と適用に関しては、国内法体系の比較、共通する原則の探求および国際的領域への移換えという三つの作業が必要とされる⁽³²⁾。これは、国内法を比較検討してそこから一般原則を抽出して、それが諸国により一般的に承認されているかを検討し、さらに、それが国際刑事裁判で適用できるかどうかを確認する作業といえる。ここでは、これらの作業についての問題点を検討し、法の一般原則が果たしうる機能について考える。

(1) 国内法からの原則の抽出

法の一般原則の認定の際の第一の作業は、世界の主要な法体系の比較調査から一定の原則を抽出する作業である⁽³³⁾。これは、国内法の規則や制度を直接に輸入するのではなく、その基礎にある原則、理念ないし

para.80.

(31) Schabas は、限られた判例法のなかで ICC はすでに国内法体系から導かれた法の一般原則に依拠してきていると指摘している。Schabas, *supra* note 16, p.209. 実際に法の一般原則の認定を行った例として、Lubanga 事件（請求者証明原則）、*Situation in Uganda, Decision on Victim's Application for Participation*, Case No. ICC-02/04-101, PT-Ch. II, 13 August 2007, para.13. Katanga 事件（被害者の真実への権利）、*Situation in the Democratic Republic of the Congo, in the Case of the Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case*, Case No. ICC-01/04-01/07-474, PT. Ch. I (Single Judge), 13 May 2008, para.32.

(32) Pellet, *supra* note 17, p.1073.

(33) Cassese, *supra* note 10, p.15.

政策を表示するものであるといわれる⁽³⁴⁾。どの程度の規範内容が求められるかは、法の一般原則が果たす機能により事案に応じて異なることになる。なお、自由権規約や欧州人権条約のような人権条約が刑事法に関する法の一般原則を示している場合もある⁽³⁵⁾。

原則の抽出と関連して、ICTYは、*Erdemović* 事件において、一般原則と規則が混同されるべきではないと指摘した後、次のように説明している。

われわれのアプローチは、世界の法体系のなかの各々の特定の規則の直接の比較にかかわるものでは必ずしもなく、そのかわりに、その法理がわれわれにとって実際上利用可能である法域の調査にかかわるものであり、その際に、当該法域の具体的な規則の基礎にある一般的傾向、政策または原則であって、この国際裁判所の設置の趣旨目的に合致するものを識別しようとするのである⁽³⁶⁾。

同様に、*Kunarac* 事件では、次のような見解を示している。

これら国内法体系を考慮する際、裁判部は、法体系の大多数により採用されている具体的法規定を認定するために世界の主要な法体系を調査するのではなく、国内法体系一般の検討から、一定の基本的原則または *Furundžija* 判決の言葉では「共通の指標」を認定することができるか否かを検討するのである⁽³⁷⁾。

(34) この点に関ししばしば引用されるのは、南西アフリカの国際的地位に関する勧告的意見に付された *McNaire* 判事の個別意見の次の一節である。「国際法がこの法源[法の一般原則]から借用する方法は、そっくりそのまま、既製の、一連の規則を十分にそなえた私法制度を輸入することではない。・・・この問題についての国際裁判所の義務の正しい見方は、私法の規則や制度を想起させる特色や用語を、それら規則や制度を直接に輸入するのではなく、政策や原則の表示とみなすことである。」 *I.C.J.Reports 1950*, p.148.

(35) *Cassese, supra note 10*, p.15. *Raimondo* は、国際刑事法廷が法の一般原則を認定する際に人権条約に依拠する場合を指摘している。 *Raimondo, supra note 1*, pp.170-71.

(36) *Prosecutor v. Erdemović, Judgment, Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah*, Case No. IT-96-22-A, App.Ch., 7 October 1997, para.57

このように法の一般原則は、国内法体系の規則とは異なり、抽象的で柔軟な性質をもち、それゆえ、その一般的承認の証明も容易となる。この性質が、法の内容を新たな発展や新たな理念に適合させるダイナミックな解釈を可能にする⁽³⁸⁾。しかし、抽象性のレベルがあまりに高くなるとそこで得られた原則は役に立たなくなる。その意味で抽象化と一般化のプロセスは自己破壊的であると指摘される⁽³⁹⁾。

とくに法の一般原則が直接の適用法規とされるような事案では、一般原則といっても明確な規範内容が求められよう。たとえば、すでにふれたように、一般に刑事責任の阻却事由に関しては、法の一般原則の適用が想定されている。この場合、「不処罰の回避」と罪刑法定主義という二つの要請をみたすためには、具体性を欠く原則では十分とはいえないだろう⁽⁴⁰⁾。

これに対し、法の一般原則に解釈の指針または法的論証の補強の役割が求められる場合には、かなり一般的、抽象的な概念や政策を参照することもある。裁判所は、法の一般原則を適用するというよりも、公正な裁判や武器対等といった一般概念に基づく原則を描くこともると指摘される⁽⁴¹⁾。ただし、そうした一般概念から一定の結論を導く場合には、そこに裁判官の恣意的な判断が入り込む危険は否定できない。

実際には、裁判所が扱ってきた一般原則はラテン語で表記されるものが多い。たとえば、*nullum crimen nulla poena sine lege*（罪刑法定主義）⁽⁴²⁾、*non bis in idem*（一事不再理）⁽⁴³⁾、*res iudicata*（既判力）⁽⁴⁴⁾、

(37) *Prosecutor v. Kunarac et al., Judgment, Case No. IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, T.Ch.II, 22 February 2001, para.439.*

(38) R.Kolb, "Principles as Sources of International Law," *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol.53 (2006), p.9.

(39) P.Weil, "Le droit international en quête de son identité, Cours général de droit international public," *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, Vo.237 (1992-VI), pp.148-49.

(40) 実際、Erdemović 事件で強迫の抗弁が議論された際、殺人に関し強迫の抗弁が認められるかといった形で具体的レベルで法の一般原則が論じられた（注 58 の本文参照）。

(41) Cassese, *supra* note 10, p.54.

unus testis, nullus testis (一人の証言は証言にあらず)⁽⁴⁵⁾、*lex mitior* (より寛大な法)⁽⁴⁶⁾、*in dubio pro reo* (疑わしきは被告のために)⁽⁴⁷⁾ 等である。ラテン語の用語または格言は、法の一般原則の抽出においてわかりやすい指標になると考えられる。

いずれにしても、裁判所は、付託された事案の解決に適切な原則を抽出しなければならない。事実関係に照らし合わせて、また、各国の国内法の規律に応じて、原則の範囲を広げたり、反対に、絞り込むという作業が必要になることがある。それは、その原則が一般的に承認を得ているか否かの判断につながることになる。

(2) 諸国の一般的承認の証明

法の一般原則の認定に際し、裁判官の主観的判断が大きく作用すると考えられているのが、諸国の一般的承認の証明である。このため、この一般的承認の証明に関し明確な基準を設ける必要性が認識されている。また、その際に比較法の方法を採用すべき必要についてもほぼ見解の一致がみられる⁽⁴⁸⁾。

(42) *Prosecutor v. Delalić et al., Judgment*, Case No. IT-96-21-T, T.Ch.II quater., 16 November 1998, para.402.

(43) *Prosecutor v. Tadić, Decision on the Defence Motion on the Principle of Non Bis in Idem*, Case No. IT-94-1-T, T.Ch.II, 14 November 1995, para.9.

(44) *Prosecutor v. Delalić et al., Judgment*, Case No. IT-96-21-T, T.Ch.II quater, 16 November 1998, para.205.

(45) *Prosecutor v. Tadić, Opinion and Judgment*, Case No. IT-94-1-T, T.Ch.II, 7 May 1997, para. 537.

(46) *Prosecutor v. Nikolić, Sentencing Judgment*, Case No. IT-94-2-S, T.Ch.II, 18 December 2003, para.160.

(47) *Prosecutor v. Delalić et al., Judgment*, Case No. IT-96-21-T, T.Ch.II quater, 16 November 1998, para.601.

(48) Cassese, *supra* note 10, p.15. Schabas, *supra* note 16, p. 209. D. Akande, "Sources of International Criminal Law," A.Cassese (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice* (2009), p. 52. Raimondo, *supra* note 1, p.45. ただし、これまでの国際刑事裁判での国内法の提示はせいぜい比較法のものまねだったと指摘される。 *Ibid.*, p.183.

この証明の基準に関して、かつては常設国際司法裁判所規程が採用した文明国という基準が論じられたが、現在では文明国の概念自体がすでに放棄されたといつてよい。現在、これに代って一般に支持されているのは、世界の主要な法体系に共通する原則という基準である。これは、さきに検討した ICC 規程 21 条 1 項(c)にも反映されており、国際刑事裁判の判決の多くでも採用されている⁽⁴⁹⁾。

ただし、世界の主要な法体系を代表する諸国の承認という基準に問題がないわけではない。一般的に、世界の主要な法体系にコモン・ローとシビル・ロー（ないしローマ・ゲルマン法）の体系が含まれることに異論はない。それに加えて、イスラム法、中国や日本等のアジア諸国の法、アフリカ諸国の法等があげられる⁽⁵⁰⁾。しかし、主要な法体系を選別する基準、また、その法体系を代表する諸国を選別する基準に関し見解の一致があるわけではない⁽⁵¹⁾。そのため、実際に裁判所の裁量を制限す

(49) ICTY につき、*Prosecutor v. Furundžija, Judgment*, Case No. IT-95-17/1-T, T.Ch.II, 10 December 1998, para.177. *Prosecutor v. Delalić et al., Judgment*, Case No. IT-96-21-T, T.Ch.II quater., 16 November 1998, para.402. *Prosecutor v. Kupreskić et al., Judgment*, Case No. IT-95-16-T, T.Ch. II, 14 January 2000, paras.669,680,728. *Prosecutor v. Kunarac et al., Judgment*, Case No. IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, T.Ch.II, 22 February 2001, para.439. *Prosecutor v. Tadić, Judgment on Allegations of Contempt against Prior Counsel*, Case No. IT-94-1-R77, App.Ch., 31 October 2001, para.13.

(50) Cassese, *supra* note 10, p.16.

(51) この点に関し、世界のすべての法体系による全会一致の承認は必要ではなく、世界の主たる法体系を含む代表的な多数の承認で十分との考え方が広く支持されている。deGuzman, *supra* note 14, pp.443-44. ただし、*Tadić* 事件では、共犯に関する共通目的の法理が問題となった際、それが法の一般原則といえるためには、すべてではないにしても、大部分の国が同じ共通目的の概念を採用していることを示す必要があると指摘した。*Prosecutor v. Tadić, Judgment*, Case No. IT-94-1-A, App.Ch., 15 July 1999, para.225. Swart は、この ICTY の立場を支持して、一般原則の認定の敷居が高いと述べているのは重要だと指摘する。Swart, *supra* note 13, p.470. これに対して、Pellet は、世界の主要な法体系のなかに当該規範が実効的に見出されることを選別して確保するだけでよく、これはおそらく現代世界では少ない数におさえることができるとして、シビル・ロー、コモン・ロー、それと、おそらくイスラム法であるとする。Pellet, *supra* note 17, pp. 1073-74. また、いずれの国内法体系を考慮するかは大幅に裁判官の裁量に委ねられており、実際には、裁判官が慣れ親しむ国内法、資料の入手が便利な国内法、犯行地の国

る役割を果たすことができないとも指摘されている⁽⁵²⁾。

ICTY の *Furundžija* 事件で裁判部は、世界の主要な法体系に共通の刑事法の原則をさぐる必要に言及した後、次のように指摘した。

国際刑事規則が刑事法のある概念を定義していないときには、次の条件で国内立法への依拠が正当と認められる。(i)国際規則により指示されていないかぎり、コモン・ローやシビル・ローのような一つの国内法体系のみを参照すべきではない。そうでなく、国際裁判所は、世界のすべての主要な法体系に共通の一般概念や法制度に依拠しなければならない⁽⁵³⁾。・・・

実際のところ、裁判所が法の一般原則を認定する際に主として依拠する国内法はシビル・ローとコモン・ローの体系である⁽⁵⁴⁾。また、Raimondo によれば、国際刑事裁判の場合、圧倒的にヨーロッパ法系を参照する例が多く、ドイツ、オーストラリア、フランス、イングランド、ウェールズ、アメリカ、イタリア、カナダの順で、裁判所が検討した国内法の43%を占めるといふ分析を行った⁽⁵⁵⁾。こうした片寄りとは法

国内法が選ばれることが多くなるとの分析がある。Raimondo, *supra* note 1, p. 181.

- (52) こうした状況から、より明確な基準として国連で採用されている衡平な地理的配分を基準とすべきという見解もある。*Ibid.*, pp.55-56. これは、よりわかりやすい基準であり、それだけ説得力をもつが、しかし、この基準でも一定の地域を代表する国をどのように選別するかについては依然として不明確なところが残る。
- (53) *Prosecutor v. Furundžija, Judgment, Case No. IT-95-17/1-T, T.Ch.II, 10 December 1998, para.178.*
- (54) Kupreskić 事件では、世界の各種法体系に共通の原則、とくに多くのシビル・ローとコモン・ローの刑事法体系で共有されている原則に依拠するだろうと述べた。*Prosecutor v. Kupreskić et al., Judgment, Case No. IT-95-16-T, T.Ch. II, 14 January 2000, para. 669.* Delalić 事件では、コモン・ローとシビル・ローの両体系が依ってたつ法の一般原則によれば、被告人の心神耗弱は刑の宣告に関係するもので、無罪を導く抗弁ではないと論じた。*Prosecutor v. Delalić et al., Judgment, Case No. IT-96-21-A, App.Ch., 20 February 2001, para.590.* 比較法分析をシビル・ローとコモン・ロー体系に限定するのはあまりに限定されているという指摘がしばしばなされている。Cassese, *supra* note 10, p. 16. Ambos, *supra* note 16, p.77.
- (55) Raimondo, *supra* note 1, p.183. Raimondo は、文明国という表現は用いられないが本質は同じままであると論じている。

の一般原則の権威を弱めるといわざるをえない。

他方、法の一般原則の認定に際してかなりの数の国内法が参照されている例もないわけではない。強迫の抗弁が法の一般原則として認められるかが争われた *Erdemović* 事件の多数意見 (McDonald 判事と Vohrah 判事の共同意見) は、はじめて広範な比較法調査を行った⁽⁵⁶⁾。その結果、一般に、強迫の下で一定の禁止された行為を行ったときは非難可能性の度合いは下がり、完全な形の刑罰を受けるものではないという法の一般原則の存在は認めた⁽⁵⁷⁾。しかし、無実の者の殺害については、コモン・ローでは強迫を抗弁と認めていないため、この問題にこたえる一貫した具体的な規則はないと結論した⁽⁵⁸⁾。

このように比較法的検討の結果、一定の問題に関し法の一般原則が存在しないとされることは少なくない⁽⁵⁹⁾。その場合、その結果として事

(56) その調査は、シビル・ロー、コモン・ローおよびその他の諸国 (日本、中国、モロッコ、ソマリア、エチオピア) の 30 ほどの刑事立法のほか、裁判上の判決や学説にわたっている。 *Prosecutor v. Erdemović, Judgment, Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah*, Case No. IT-96-22-A, App.Ch., 7 October 1997, paras.57-71.

(57) *Ibid.*, para.66.

(58) *Ibid.*, para.72.

(59) ICTY につき、 *Tadić* 事件 (一人の証言は証言にあらず)、 *Prosecutor v. Tadić, Opinion and Judgment*, Case No. IT-94-1-T, T.Ch.II, 7 May 1997, para.537. *Tadić* 事件 (無罪判決に対する上訴と一事不再理)、 *Prosecutor v. Tadić, Judgment, Declaration of Judge Nieto-Navia*, Case No. IT-94-1-A, App.Ch., 15 July 1999, paras.3-9. *Tadić* 事件 (共通目的遂行の法理)、 *Prosecutor v. Tadić, Judgment*, Case No. IT-94-1-A, App.Ch., 15 July 1999, para.225. *Kupreskić* 事件 (同一行為が二個の罪名にふれる犯罪の取扱い)、 *Prosecutor v. Kupreskić et al., Judgment*, Case No. IT-95-16-T, T.Ch. II, 14 January 2000, para.738.、 *Nikolić* 事件 (より寛大な法) *Prosecutor v. Nikolić, Sentencing Judgment*, Case No. IT-94-2-S, T.Ch.II, 18 December 2003, para.164.

ICC につき、 *Lubanga* 事件 (審理前の証人の準備手続) *Situation in the Democratic Republic of the Congo, in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision Regarding the Practices Used to Prepare and Familiarise Witnesses for Giving Testimony at Trial*, Case No: ICC-01/04-01/06-1049, T.Ch.I, 30 November 2007, para.41. *Katanga* 事件 (被告人の接触の禁止)、 *Situation in the Democratic Republic of the Congo, in the Case of the Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision Revoking the Prohibition of Contact and Communication between Gemain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Case No. ICC-01/04-01/07-322, PT.Ch.I, 13 March 2008, p.12. *Kenyatta* 事件 (元検察職員の見護団

案に適用できる規則がないと認定されたときに裁判官はどのように対処するのかという問題が残る。この点に関して、*Erdemović* 事件においてきわめて興味深い見解が示されている。

多数意見は、コモン・ローでは、犯罪の抑止という実際的な「政策的考慮」に基づき無実の人の殺害に関し強迫を抗弁として認めていない点に注目する。そのうえで、国際裁判所は大規模な殺人を扱うものである以上、このコモン・ローの政策がより適合するとして、人道に対する犯罪や戦争犯罪に関し強迫は完全な抗弁を与えないと結論した⁽⁶⁰⁾。このように多数意見は、法の一般原則から離れて、裁判所規程の趣旨に合致する特定の政策的考慮を選択するという立場をとった⁽⁶¹⁾。

これに対して、*Stephen* 判事は、強迫の抗弁が多くの国により正義の基本的規則として認められているという先例にふれつつ、コモン・ローの例外のためにその基本的概念を害してはならないとし、道義的選択の余地がないような場合にはこの抗弁は否定されないと論じて、この抗弁を法の一般原則として認める見解を示した⁽⁶²⁾。*Stephen* 判事は、現実の規則を越えて、その定立の理由や適用の態様を検討することが必要だとしたうえで、例外の射程を限定することにより、法の一般原則の存在を肯定したといえる。

参加の制限)、*Situation in the Republic of Kenya, in the Case of the Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, "Decision with Respect to the Question of Invalidating the Appointment of Counsel to the Defence"*, Case No. ICC-01/09-02/11-185, PT.Ch.II, 20 July 2011, para.27.

(60) *Prosecutor v. Erdemović, Judgment, Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah*, Case No. IT-96-22-A, App.Ch., 7 October 1997, paras.75-78.

(61) これに対し、裁判長であった Cassese が、その反対意見のなかで、超法規的分析は控えるべきだと厳しく批判した。*Prosecutor v. Erdemović, Judgment, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese*, Case No. IT-96-22-A, App.Ch., 7 October 1997, para.11. このような批判が多くの論者により共有されている点に関し、佐藤宏美『違法な命令の実行と国際刑事責任』(2010年)192-93頁参照。

(62) *Prosecutor v. Erdemović, Judgment, Separate and Dissenting Opinion of Judge Stephen*, Case No. IT-96-22-A, App.Ch., 7 October 1997, paras.57-71.

Furundžija 事件における強かんの定義に関しても、諸国の法の不一致が問題となった。この事件では、口腔への性器の強制的挿入を強かんとみなすことができるかが争点となった。裁判部は、国際法に強かんの定義はないことを確認したうえで、18カ国の国内法体系の調査を行った。その結果、それを性的暴行として扱う諸国とそれを強かんとして扱う諸国にわかれており、国内立法に統一性はないと認めた⁽⁶³⁾。

このため、裁判部は、それに代わって、より高次の一般原則として人間の尊厳の尊重という国際刑事法ないし国際法の一般原則に依拠した。人間の尊厳の尊重は、国際人道法と人権法の基本的支えであってその存在理由そのものであり、現代においてそれは国際法の全体に浸透するほどの至高の重要性を有しているとされる。そこから、口腔への性器の強制的挿入のようなきわめて重大な性的暴行を強かんに分類するのがこの原則に合致するという結論が下されている⁽⁶⁴⁾。

この二つの事例が示すように、法の一般原則に関する諸国の一般的承認の証明は必ずしも簡単なものではない。これまでに定式化されてきた要件に従うならば、世界の主要な法体系に明らかに不一致がある場合には、それを無視して法の一般原則の認定を行うことは許されない。その点で、法の一般原則の認定につき裁判所に裁量の余地が広く認められているというのは正しくない。ただし、もちろん、そうした要件に従っていないと考えられる判決がないわけではない⁽⁶⁵⁾。

(63) *Prosecutor v. Furundžija, Judgment, Case No. IT-95-17/1-T, T.Ch.II, 10 December 1998, paras.177-82.*

(64) *Ibid.*, para.183. Akande は、国内刑事法に一般原則を見いだせない場合に、どこに国際刑事法の一般原則を見いだすことができるか疑問であり、人間の尊厳の尊重は決して法の一般原則ではなく、法規則が促進を求める価値というのがよりふさわしいと指摘する。Akande, *supra* note 48, p.52.

(65) Cassese は、ICTR の上訴裁判部は、*Barayagwiza* 事件 (*Barayagwiza v. Prosecutor, Decision, Case No. ICTR-97-19-AR72, App.Ch., 3 November 1999, para.73-101*) で、ローマ・ゲルマンの伝統の多くの諸国には知られていないが、コモン・ロー諸国では支持されている「手続濫用の法理 (abuse of process doctrine)」の概念を国際刑事法に機械的に移換えたようにみえると指摘している。Cassese, *supra* note 10, p.16 (note 20).

以上のとおり、諸国の一般的承認が証明できず、一般原則の存在が否定される事件は少なくない。しかし、そこで適用法規の探求が終わるわけではなく、裁判官はさまざまな方法を用いて事案の解決をはかっている。裁判所規程の趣旨目的に合致する政策的考慮を選択するとか、規則の存在理由やそれを支えている価値に立ち返って原則を再定式するという方法である。この点に関し、*Kupreskić* 事件では、一個の行為が二以上の罪名にかかわる犯罪の取扱いにつき、国内法体系の不一致を指摘した後、次のような見解が示された。

・・・公正な解決は、裁判所規程の規定の趣旨目的のほか裁判所規程の基礎にある一般的概念、ならびに、ニュルンベルグ国際軍事裁判所により言及された「法学者が用い、軍事裁判所が実践した正義の一般原則」から見いだすことができる・・・⁽⁶⁶⁾。

かりに実践的な裏付けを欠いたまま正義の一般原則のような脆弱な法源に直接に依拠する解決を求めるならば、それは、ある法 (*lex lata*) とあるべき法 (*lex ferenda*) の混同という批判、また、法の解釈ではなく司法立法という批判にさらされるのは避けられないであろう⁽⁶⁷⁾。

(3) 国際法への移換えの判断

世界の主要な法体系に共通の一般原則と認められたものであっても、国際裁判において適用できないと判断されるものがある⁽⁶⁸⁾。この問題

(66) *Prosecutor v. Kupreskić et al., Judgment, Case No. IT-95-16-T, T.Ch. II, 14 January 2000, para.717.*

(67) Fan, *supra* note 3, p.1067.

(68) この点に関し、マケドニアとギリシャ間の暫定協定適用事件の *Simma* 判事の個別意見が目される。この事件では、履行されなかった契約の抗弁、いわゆる同時履行の抗弁が問題となったが、*Simma* 判事は、この抗弁が国内法で一般に認められた原則であることを認めたとうえで、国内社会では履行の有無に関し裁判所が判断する保証があるが、国際社会ではその保証がないため、この抗弁が濫用されるおそれがあるとし、条約法条約や国家責任条文の審議過程での議論を検討したうえで、この抗弁は国際社会では

は、移換えの可能性（transposability ないしは transferability）として議論されてきた。これは、国内社会と国際社会の法的構造の違いに起因する問題である。

国際刑事裁判において国内法上の一般原則の移換えに対する懸念は繰り返し表明されてきた⁽⁶⁹⁾。一般原則の移換えは、国際刑事裁判手続のユニークな性格について適切な配慮を怠ることのないように最大の注意をもって取扱われなければならないとされる⁽⁷⁰⁾。ICC 規程 21 条 1 項 (c) のただし書きはこの点に注意を促すものと考えられる。

ICTY は、*Furundžija* 事件において次のような見解を示している。

国内法の観念を利用する場合、国際刑事手続の特性を考慮しなければならない。このようにして国際刑事手続への国内法からの機械的な移入または移換えは回避され、同様にその手続のユニークな特徴に関し移入に伴う歪曲も回避される⁽⁷¹⁾。

また、*Kupreskić* 事件でも同様の見解を示している

・・・国際裁判所により適用される国際刑事法のユニークな体系に国内法の原則を一括して組み込む危険に留意することが常に必要である⁽⁷²⁾。

しかし、実際に各国により承認された法の一般原則の移換えが国際刑

採用できないと結論した。I.C.J. Reports 2011, pp.700-01 (paras.12-13).

(69) Cassese は、国内法体系に典型的な法解釈について、その解釈が国際法体系に特有の性質に調和しない場合には、国際法に移換えるべきではないことがしばしば強調されていると述べている。Cassese, *supra* note 10, p.16.

(70) *Prosecutor v. Blaškić, Judgment on the Request of the Republic of Croatia for the Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997*, Case No. IT-95-14-AR108, App.Ch., 29 October 1997, para.23.

(71) *Prosecutor v. Furundžija, Judgment*, Case No. IT-95-17/1-T, T.Ch.II, 10 December 1998, para.178.

(72) *Prosecutor v. Kupreskić et al., Judgment*, Case No. IT-95-16-T, T.Ch. II, 14 January 2000, para.677.

事裁判において完全に否定された事例はこれまでにない。被告人の審理という点で国際刑事法廷での審理は国内裁判所での審理と実質的に変わりはないことがその理由としてあげられる。多くの場合、国内刑事法により一般に認められた法の一般原則は、その内容や適用範囲になんら調整なく国際刑事法に移換えられてきた⁽⁷³⁾。

もっとも、国際刑事裁判において、国際法と国内法の相違が意識されていないわけではない。ICTYは*Delalić*事件において、罪刑法定主義が、国内法体系と離れて、国際的実行の一部としてどの程度認められているかは定かではないと述べ、これは国内法体系と国際法体系では犯罪を定める方法が異なること(立法と慣習)によると指摘した⁽⁷⁴⁾。それに加えて、さらに次のように説明している。

・・・国際刑事法における罪刑法定主義の原則は、その適用と基準に関し、関連する国内法体系とは異なるとみなすことができる。それは、被告人に対する正義および公正の維持と世界秩序の維持の考慮との均衡を保つというはっきりした目標の点で区別されるように見える。このため、影響を受ける国は、次の要因を考慮しなければならない。とくに、国際法の性質、国際的な立法の政策と基準の欠如、専門技術的な起草のアド・ホックなプロセス、国際刑事法の規範が各国の国内刑事法に具体化されるという基本的前提、である⁽⁷⁵⁾。

このような観点から最も注目されたのは*Tadić*事件である。この事件では法により設置された裁判所で起訴される権利は法の一般原則であるという主張がなされ、「法により設置された」という文言の解釈が問題

(73) Raimondo は、構造、法源、主体および執行メカニズムに関する国内法体系と国際法との間の相違は、国際刑事法の分野における法の一般原則の主たる障害とはなっていないと論じている。Raimondo, *supra* note 1, p.196.

(74) *Prosecutor v. Delalić et al., Judgment, Case No. IT-96-21-T, T.Ch.II quater, 16 November 1998, paras.403-404*

(75) *Ibid.*, para.405.

となった。上訴人側は、これは立法府によって制定されたという意味だとし、欧州人権条約でもその解釈が支持されているとしたが、裁判所は国内法における権力の分立は国際社会の枠組みでは適用されないとして、法の支配に従って公正な裁判のあらゆる保障を与えている裁判所は、「法により設置された」とものと解釈できるとして、上訴人の主張をしりぞけている⁽⁷⁶⁾。

この事例は、裁判所が法の一般原則の内容を国際法の特徴に合わせて調整して適用したものと理解される。言い換えれば、裁判所は、法の一般原則が引き出される国家法制度とそれに対応する国際法制度との間に関連する類似性がある範囲でそれを適用することになる⁽⁷⁷⁾。また、国内法原則の移換えが可能であるとしても、国際法の仕様に適合させることが必要であるとも指摘される⁽⁷⁸⁾。

これらの事例とは異なり、法の一般原則と裁判所規程の両立性という問題もある。ICCの *Lubanga* 事件では、予審裁判部が共同正犯につき支配説を採用し⁽⁷⁹⁾、裁判部もこれを支持する判断を下した⁽⁸⁰⁾。この点に関し、Fulford 判事は次のような反対意見を示した。

(76) *Prosecutor v. Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Case No. IT-94-1-AR72, App.Ch., 2 October 1995, paras.42-45.

(77) ただし、本件における「法により設置された」の文言の解釈に関しては異論も提起されている。J.Crawford, *The “Drafting of the Rome Statute,”* Sands (ed.), *From Nuremberg to The Hague: The Future of International Criminal Justice* (2000), pp.129-33.

(78) Weil は、国際法の一般論として、このようにして行われる調整が法の一般原則の内容と範囲を完全に容容させることもあると指摘し、不可抗力、パクタ・スント・セルバンダ、事情変更、既判力をその例としてあげた。Weil, *supra* note 39, p.147.

(79) *Situation in the Democratic Republic of the Congo, in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges*, Case No. ICC-01/04-01/06-803-tEN, PT.Ch.I, 29 January 2007, paras.330-67. この事件に関し、フィリップ・オステン「国際刑法における『正犯』概念の形成と意義—ICCにおける組織支配に基づく間接正犯概念の胎動—」川端博ほか編『理論刑法学の探究3』（成文堂、2010年）119-25頁。

(80) *Situation in Democratic Republic of the Congo, in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, Case No. ICC-01/04-01/06-2842, T.Ch.I, 14 March 2012, paras.976-1018.

(支配説を採用する際に予審裁判部が引用した ICTY の *Stakić* 事件および ICTR の *Gacumbitsi* 事件の Schomburg 判事の個別意見で) 裁判官は共同正犯の支配説の主たる権威としてドイツの学者 Claus Roxin に大きく依拠し、その結果、このアプローチはドイツ法体系から直接に移入された。裁判所規程の 21 条 1 項(c) は、国内法体系から引き出される「法の一般原則」に依拠することを裁判所に許可しているが、私の見解では、このステップをとる前に裁判部は国内法理の根底にある政策的考慮がこの裁判所で適用できるか否かについて慎重な評価を行い、その法理とローマ規程の枠組みとの両立性を調査すべきである。・・・全体的な文脈が著しく異なる可能性を考えると、たんに文言の類似性により国内法上の解釈を適用するのは危険であろう⁽⁸¹⁾。

この見解は、支配説を法の一般原則として認定したうえでの見解ではない。しかし、国内法理を ICC が採用する際の注意を促している点では移換えの可否の問題に通ずるところがある。そこでは、国内法理の根底にある政策的考慮を評価したうえで、その法理と裁判所規程の枠組みとの両立性の調査が必要とされている。

ICC では、裁判所規程の実体法が優先的に適用される以上、法の一般原則がそれと整合しないと判断されれば適用されないのは当然といえる。ましてや、一部の国内法でしか採用されていない法理であれば、それに基づいて裁判所規程を解釈することについては十分に慎重を期すべきである。国際刑事裁判における法の一般原則の適用に関しても、移換えの可否について、また、移換えの際の調整について十分な配慮が必要であろう。

(81) *Ibid.*, *Separate Opinion of Judge Adrian Fulford*, Case No. ICC-01/04-01/06-2842, T.Ch.I, 14 March 2012, para.10. Fulford 判事は、ドイツでは量刑が責任の態様により決まるため正犯と共犯を区別する必要があるが、それは ICC にはあてはらまないと指摘した。*Ibid.*, para.11.

4. 法の一般原則と他の法源との関係

(1) 慣習国際法との関係

国際刑事法の慣習規則の大部分は、国際犯罪（主に戦争犯罪）に関する国内判例法から発展してきたといわれる⁽⁸²⁾。実際に、国際刑事裁判で慣習国際法の認定を行う際に、国内立法や国内判例が参照されることも多い。そのため、慣習国際法の認定と法の一般原則の認定はどのように区別されるのかという問題が生じる。

国際刑事法廷の実践では、その区別が果たしてなされているのか疑問とされるものもないわけではない。たとえば、*Tadić* 事件で問題となった「一人の証言は証言にあらず」の原則は、もっぱら国内法の規則に関し検討が行われたが、裁判所は、この原則が慣習国際法であると結論づけるいかなる根拠もないと判示している⁽⁸³⁾。この判断は、法の一般原則と慣習法という二つの法源の区別を混同したとの批判を受けている⁽⁸⁴⁾。

一般には、国内の立法や判例は、あくまでも当該国の法であって、そこに慣習国際法の規則の成立要件である法的確信 (*opinio juris*) を見いだすのは難しいと考えられる。たとえば、*Tadić* 事件では、共犯責任 (*accomplice liability*) の一形式としての共通の計画という概念につき主として判例法に基づき慣習国際法の確立を認定しているが、判例に加えて、爆弾テロ条約と ICC 規程をあげて、これらが大多数の諸国により支持されたことを根拠として、諸国の法的立場、すなわち、法的確信を

(82) Cassese, *supra* note 10, p.6.

(83) *Prosecutor v. Tadić, Opinion and Judgment*, Case No. IT-94-1-T, T.Ch.II, 7 May 1997, para. 537. *Akayes* 事件もこの判決を引用している。 *Prosecutor v. Akayes, Judgment*, Case No. ICTR-96-4-T, T.Ch.II, 2 September 1998, para.134.

(84) Raimondo, *supra* note 1, p. 100. このほかに、正当防衛の原則につき法の一般原則と慣習国際法を混同した例として *Kordić* 事件をあげている。 *Ibid.*, pp.137-38.

論じている⁽⁸⁵⁾。これは、法的確信を証明するためにはなんらかの国際的な実行が必要になることを示しているようにみえる。

これに対し、慣習国際法にまだ移行していない国内法の規則でも、一般原則として引き出せるほど十分に主要な法体系で広まっている場合は考えられる⁽⁸⁶⁾。この場合、それは法の一般原則として、裁判所規程の解釈や慣習国際法の欠陥を補充する役割を果たすことができることになる。この場合、法の一般原則が果たす役割はあくまで補充的なものであって、慣習国際法にとってかわるようなものではない。

反対に、慣習国際法としては確立していても法の一般原則としては認められないという場合もある。*Tadić* 事件では、上記のとおり、共犯責任の一形式としての共通の計画という概念の慣習国際法としての確立を認めた⁽⁸⁷⁾。しかし、世界の主要な法体系がこれと同一のアプローチをとっているわけではないとして、法の一般原則としての存在は否定している⁽⁸⁸⁾。

ある原則が慣習国際法として確立しているし、法の一般原則としても認められるという場合もあろう。各国の国内法で共通に認められており、しかも、国家実行を通じて法的確信が成立している原則である。*Delalić* 事件では、ジュネーヴ諸条約共通3条は慣習国際法として確立しているという見解を示す一方、自由権規約15条2項の文言にいう

(85) *Prosecutor v. Tadić, Judgment, Case No. IT-94-1-A, App.Ch., 15 July 1999, paras.221-22.*

(86) *Fan, supra note 3, p.1075.* たえば、強迫の抗弁は、ICC 規程に規定されなかったことから、慣習国際法として確立していたか疑わしかったが、*Erdemović* 事件では、少なくとも刑の減輕事由としての法の一般原則の存在が認められている。*Prosecutor v. Erdemović, Judgment, Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah, Case No. IT-96-22-A, App.Ch., 7 October 1997, para.66.*

(87) *Prosecutor v. Tadić, Judgment, Case No. IT-94-1-A, App.Ch., 15 July 1999, para. 220.* *Milutinović* 事件でも、同様に、慣習法の規則により共同犯罪企図への参加に基づく刑事責任が確立していると判示した。*Prosecutor v. Milutinović, Decision on Drgoliub Ojdanić's Motion on Challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise—, Case No. IT-99-37-AR72, App.Ch., 21 May 2003, paras.40-43.*

(88) *Prosecutor v. Tadić, Judgment, Case No. IT-94-1-A, App.Ch., 15 July 1999, para.225.*

「文明国が認めた法の一般原則による犯罪である」とも指摘した⁽⁸⁹⁾。この場合は、法の一般原則は慣習国際法上の原則の正当性を補強する役割を果たすものとなる。

(2) 判例との関係

ICTY や ICTR は、適用法規を立証する助けになる一連の先例として判例（法）を用いてきた⁽⁹⁰⁾。それは、自己または相互の判例ばかりでなく、国際司法裁判所、欧州人権裁判所、国際軍事裁判所等の国際判例から、国内裁判所の判例まで多岐にわたる。それらの多くは、慣習国際法や法の一般原則の証拠として判例を検討したものである。しかし、なかには判例法がそれだけで用いられたようにみえる例もある⁽⁹¹⁾。

国際司法裁判所規程は、38条1項(d)で、法則決定の補助手段として、司法上の判決をあげている。これには、国際裁判所の判例ばかりでなく、国内裁判所の判例も含まれると理解されている。条約、慣習国際法、法の一般原則から国際法の内容が明らかにならない場合には、判例に依拠して適用法規を決定できることになる。ごくまれではあるが、国際司法裁判所が「判例法（case law）」について言及した例もある⁽⁹²⁾。

このように判例が補助的な法源としての役割を果たすことは一般に認められている。したがって、法の一般原則の認定にあたって裁判所が判

(89) *Prosecutor v. Delalić et al., Judgment*, Case No. IT-96-21-A, App.Ch.II, 20 February 2001, para.173. なお、自由権規約 15条2項の法の一般原則は、ニュルンベルグ裁判所規程で認められたものをさすという解釈として、M. Nowak, U. N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary (2nd rev. ed., 2005), p. 368.

(90) Cassese, *supra* note 10, p.14.

(91) ICTY は、*Kvočka* 事件で、共同正犯者と援助者（aider and abettor）との区別につき多数の判例が助けになると指摘し、自らの判例と第二次大戦後の軍事裁判所等の判例を検討した。*Prosecutor v. Kovačka et al., Judgment*, Case No.IT-98-30/1-T, T.Vh., 2 November 2001, paras.290-312. この判決につき、Cassese は、おそらくは裁判所は慣習国際法の内容を見つけるべく努めていたと理解している。*Ibid.*, p.14 (note 15).

(92) 国際司法裁判所は、ヤン・マイエン事件で、海洋境界画定に関する関連事情の考慮につき判例法に言及した。*I.C.J.Reports 1993*, p.38 (para.55).

例に依拠することになんら問題はない。むしろ、判例に求められる役割が解釈の指針とか法的論証の補強であれば、法の一般原則の認定を経ることなく、判例が単独でその役割を果たしうるとも考えられる。

ICC 規程には、国際司法裁判所規程 38 条 1 項(d)のような規定は存在していない。代わりに、すでに指摘したように、21 条 2 項は、ICC は従来決定において解釈したように法の原則および規則を適用することができるのと定めるのみである。国内裁判所の判例や他の国際裁判所の判例をどのように取り扱うことができるのか定かではない。

この点に関し、ICC の予審裁判部は、*Katanga* 事件において次のように述べている。

ICC 規程 21 条 1 項(c) によれば、国内判例法は、「世界の法体系の中の国内法」から見いだされ、この規程並びに国際法と国際的に承認された規範と基準に反しないかぎり、裁判所における補助的な法源を構成するにすぎない⁽⁹³⁾。

これは、国内判例法に関して、法の一般原則のなかでのみ補助的な法源となりうることを示し、判例の単独での役割を認めない立場をとっているようにもみえる。

また、*Lubanga* 事件の裁判部は、ICTY と ICTR の先例に関して次のように判示した。

44・・・裁判部は、アド・ホック裁判所の手続規則と判例が詳細な分析なく自動的に ICC に適用されるとは考えない。

45・・・[ICC] 規程は、アド・ホック裁判所の手続制度から離れて、真

(93) *Situation in the Democratic Republic of the Congo, in the Case of the Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision Revoking the Prohibition of Contact and Communication between Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Case No. ICC-01/04-01/07-322, PT.Ch.I, 13 March 2008, p.12.*

実の証明過程を助けるため追加的な新規の要素を導入している。かくして、審理前の証人の準備手続は、規程と規則によって創設された法体系に容易に移換えることはできない⁽⁹⁴⁾。

これは、慣習国際法の成否の文脈において手続規則について示された判断ではあるが、ICTY や ICTR の判例に関し ICC 規程との整合性を詳細に分析する必要を指摘している。

さらに、実体法に関し ICTY や ICTR の立場と異なる解釈をとる例もある。前述のとおり、*Lubanga* 事件では、ICTY や ICTR で採用された共通の計画や共同犯罪企図の概念ではなく、共同正犯に関し支配説に基づく判断を示した。これは、支配説が ICC 規程により整合するとの判断に基づくものである。ただし、これに対して Fulford 判事が異論を提示していることもすでに指摘した⁽⁹⁵⁾。

国際裁判所および国内裁判所の判例は国際刑事裁判で大きな役割を果たしてきた。ただし、その役割がもっぱら慣習国際法や法の一般原則との関連でのみ認められるのか、それとも単独で一定の役割を果たしうるのかは明らかではない。この点に関し、これまで ICC は、みずからの判例は別として、裁判所規程との整合性を強調することにより、判例の役割を限定する方向を示しているように思われる。

5. おわりに

国際刑事法廷の実践は法の一般原則に新たな光を照らした。これまで十分な検討がないままであった認定の基準や適用の可否についての問題

(94) *Situation in the Democratic Republic of the Congo, in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision Regarding the Practices Used to Prepare and Familiarise Witnesses for Giving Testimony at Trial*, Case No: ICC-01/04-01/06-1049, T.Ch.I, 30 November 2007, paras. 44-45.

(95) 注の 79-81 を参照。

点が明らかになった。法の一般原則の認定や適用の方法に関する豊かな法理が現れたと評価されている⁽⁹⁶⁾。

認定の基準が明確になるに伴い、法の一般原則の存在が否定される例も顕著になった。この場合、裁判所は、法の一般原則を離れて一定の諸国の政策のなかで裁判所規程に適合するものを採用したり、法の一般原則よりも高次の理念や価値に照らして原則を再定式することにより欠缺の補充に努めている。これによって、裁判所の判断に主観的な要素が入り込む危険が高まることは否定できない。

法の一般原則の取扱いについて、ICTY や ICTR と ICC では相違があるように見える。ICTY や ICTR は、一般国際法の法源に照らして適用法規を検討するよう求められ、実際に慣習国際法や法の一般原則を適用する事例は少なくなかった。とくに手続法に関しては、法の一般原則が重要な役割を果たしてきた。

これに対し、ICC の場合は、裁判所規程で法源に関し特別のレジームを設定しており、一般国際法から一定の距離をおいている。それは、裁判所規程、構成要件および手続証拠規則のなかで実体法および手続法の詳細な規定を設け、それを第一次的な法源とするアプローチに鮮明にあらわれている。これは、適用法規の決定にあたって裁判所がもつ裁量をできるかぎり制限することを意図したものであって、それだけ法の一般原則の役割を限定することにつながる。

国際刑事裁判のこのような展開からみて、ICC は一般国際法から離れてさらに特別なレジームを形成する方向に向かう可能性がある。将来的には、国際刑事法に関し、ICC 規程により設定されたレジームと一般国際法により定められたレジームが併存するようになるのではないかとみられている⁽⁹⁷⁾。それぞれの国際刑事法廷が、一体的な単一の国際刑事秩序を構成するというよりは、国際刑事法の断片化をもたらすという

(96) Raimondo, *supra* note 1, p.190.

(97) Pellet, *supra* note 17, p.1083.

危惧もある。

これは、ICCが裁判所規程という条約により設立されている以上、ある程度はやむをえないものといえるだろう。しかし、一般国際法からの乖離が著しくなれば、それは国際法秩序を支える制度としては機能しえなくなるおそれがある。その観点からすれば、世界の主要な法体系に共通の一般原則を慎重に吟味し適用法規のなかに取り込むことにそれなりの意義があるように思われる。ただし、その役割は、裁判所規程に定める規則が不明確であったり、そこに欠陥があるような場合にとどまるのはもちろんである。

〔本学法学部教授〕