

## 国際刑事裁判所規程と国内公法概念の類推 —— I C C 規程第21条1項cの適用問題を契機として ——

福 王 守

### 問題の所在

国際刑事裁判所 (International Criminal Court, I C C) 規程は、長年にわたる準備過程を経て2002年7月に発効した。これにより、私人による非人道的犯罪については、国際社会が認める共通の手続きを通じて「個人として」裁くことが可能となった。従来、独立した主権国家を前提とした国際社会において、国家相互を法的に規律する唯一の手段は国際法であり、また実定国際法の法源たる条約と慣習国際法は個人を直接規律するものではなかった。この画期的な国際裁判制度の運用にあたり、法実務上注目すべき点のひとつとして国際人権保障に向けた「国内公法」の類推適用が挙げられる。これまで、実定国際法の欠缺補充を契機として、国内法原則の類推は一般国際法の発展に向けて重要な役割を果たしてきた。しかしその一方で、未成熟な国際社会が国内統治に関わる公法原則に依拠することには、多くの問題点も存在する。本稿ではこの点について、I C C 規程における法の適用問題を通じて検証することとする。

### I 国際人権保障に向けた I C C の役割と国内公法の類推適用

#### 1 国際人権保障に向けた I C C の役割と適用法規

##### (1) 国際人権保障に向けた I C C の役割

従来まで、一般に国際法に違反する行為は国内の民事法・刑事法いずれの内容に該当する場合にも、国際不法行為と呼ばれていた。なぜならば、国際法上は民事と刑事の分化が十分に確立していなかったからである。ゆえに、これまで国際不法行為に基づく国家責任は、対外的な主権の独立性に配慮して、主に民事法上の原状回復または金銭賠償の形で解除されてきた<sup>①</sup>。これに対して、I C C は国家の枠組みを超えて、国際社会を通じた人道的観点から刑事犯罪人を個人として裁く機関である。本裁判所の設立は、非人道的行為による人権侵害がもはや国内管轄事項ではなく、国家主権を超えた国際管轄権に属する問題として受けとめられるに至ったことを意味する<sup>②</sup>。

個人の非人道的な国際犯罪を国際刑事裁判によって処罰すべきであることについては、第二次大戦後のニュルンベルク裁判や極東国際軍事裁判を通じて、早い時期から指摘されていた<sup>(3)</sup>。ICC設置に向けて中心的な役割を果たしたのは、国連総会の委嘱を受けた国際法委員会(International Law Commissions, ILC)である。委員会はこれまで国際法の漸進的発達に向けて法典化作業に従事したが、発足初期には「人類の平和と安全に対する犯罪の法典化」とICC規程の起草が、優先的な課題として与えられていた<sup>(4)</sup>。この意図は、すでにジェノサイド条約(1948)において、第6条が集団殺害を管轄とする国際刑事裁判所の設置を予定していたことから窺える<sup>(5)</sup>。さらに、人類の平和と安全に対する犯罪の法典草案(the draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind)の検討作業などを通じて、国連はICCの設置に向けた努力を図ってきた。にもかかわらず、国家主権への介入問題をはじめ、冷戦構造を背景とする各国の利害対立が原因となって、結果的に裁判所の実現には至らなかった<sup>(6)</sup>。

しかし、90年代の社会主義体制の崩壊に伴う民族独立紛争や内戦を契機として、国際人道法に違反する重大な事実が頻発化することとなった<sup>(7)</sup>。安全保障理事会決議に基づく旧ユーゴスラヴィア国際刑事裁判所(1993)およびルワンダ国際裁判所(1994)の設置は、国際刑事裁判所の設置に向けて、再び国際世論を喚起することとなったのである。国連は94年に国際刑事裁判所(ICC)規程草案を総会に提出する<sup>(8)</sup>。これを契機として95年には設立準備委員会が組織され、審議が継続された結果、98年にICC規程が採択されるに至った。

ICC規程前文によれば、本裁判所は「国際連合体制と連携する独立かつ常設の」国際機関である<sup>(9)</sup>。第1条に基づいて「この規程に定める国際社会の関心事であるもっとも重大な犯罪」に対してのみ管轄権を有する。したがって、軽微な犯罪については裁判所の管轄とならない。第5条1項によれば、それらはa.集団殺害罪(The Crime of Genocide)、b.人道に対する罪(Crime against humanity)、c.戦争犯罪(War Crimes)、およびd.侵略の罪(The crime of aggression)に限定されている<sup>(10)</sup>。

また、権限の行使にあたって、裁判所は締約国の領域においてのみならず、非締約国についても特別協定を通じて管轄権を行使することができる(第4条)。対象犯罪の管轄については国内裁判が優先し、ICCは当該国内刑事管轄権を補完する役割を果たすにすぎない(第1条)。これはいわゆる補完性(subsidiarity)の原則といわれる。締約国に対する裁判所の管轄権行使にあたっては、第13条および第14条にその要件が列挙されている。もっとも多

く場合には、ICC付託の前提として国内裁判が機能不全であることが想定されるため、ICCの存在意義は大きい<sup>(11)</sup>。なお、裁判所は、この規定に従って自然人に対して管轄権を有する(第25条)。刑罰の上限は無期刑であり、死刑制度は採用していない(第77条)。裁判は二審制を採り(第34条)、18名の裁判官からなる(第36条)。

## (2) 規程における適用法規と法段階構造

つぎに、裁判上の適用法規に関してICC規程は第21条で定めている。ここには国際司法裁判所(ICJ)規程第38条との類似性が存在する一方で、適用法規の段階構造には異なった複数の独自性が指摘されている<sup>(12)</sup>。

第21条1項によれば、裁判所は以下のものを順次適用する。a. 第1に、この規程、犯罪の構成要件並びに手続及び証拠に関する規則。b. 第2に、適当な場合には、適用可能な条約並びに国際法の原則及び規則(武力紛争に関する国際法の確立された原則を含む)。c. これらを適用できない場合には、世界の諸法体系の国内法(適当な場合には、犯罪に対して通常管轄権を行使する国の国内法を含む)から裁判所により導き出された法の一般原則。ただし、法の一般原則は、この規程、国際法並びに国際的に承認された規範及び基準と矛盾しないことを条件とする。

まず、両規程間の注目すべき相違点として、ICC規程が適用法規の順位をICJ規程よりも明確に定めていることが挙げられる。ICJ規程第38条は文言上、第1項a(条約)、b(慣習国際法)およびc(文明国が認めた法の一般原則)の3つの判断基準を列举するにとどまる。ゆえに、周知のとおり、実定国際法学における「法の一般原則」概念の位置づけをめぐり、解釈上の議論がなされている。一方、ICC規程の場合においても、ILCにおける規程草案の作成段階においては、適用法規に関する両規程間の相違点が明確にされていないとの指摘もなされていた。特に、ICC規程第21条における「国際法の一般原則」については理解の混乱が窺える<sup>(13)</sup>。しかし、第1項cにおける「法の一般原則」についてはICJ規程以上に具体的な位置づけがなされており、この点は後に検証する。

また、裁判における法規の適用基準に関して、ICC規程はICJ規程と異なった法段階構造を有している。第21条3項によれば、本条に従った法の適用および解釈は、国際的に認められた人権と両立しなければならず、かつ第7条3項に定義された「性、年齢、人種、皮膚の色、言語、宗教若しくは信仰、政治的その他の意見、国民的、民族的若しくは社会的出身、財産、出生その他の地位のような理由に基づく、不利な区別」があってはならない。

すなわち、規程は一見すると第21条1項で明確な法段階構造を示しつつ、実際は国際的な人権概念をさらに上位の判断基準として捉えることによって、適用法規に制限を加えているのである。この点から、ICC規程の法段階構造については、形式的段階（適用可能な法淵源間の優位性）と実質的段階（内容または真の実体）があるとも指摘されている。つまり、第21条3項により本規程はICJ型の法段階構造に加えて、一般的な国際人権保障のために、ある種の国際的な「超合法性(super-legality)」基準を生み出しているとされるのである<sup>(14)</sup>。

したがって、本規程が実際に運用されるならば、人間の尊厳の普遍性は国際人権保障の基本原則として明確に把握され、個々の人権の内容は適正な国際裁判手続きを通じて実現されることになる。敷衍するならば、国際社会における抽象的な「人間」は、さらに国内裁判の保障対象にも類似した「個人」として捉えなおされることになる。なぜならば、一般に国内法上の個人は、適正な手続きを経て公的に確保すべき具体的な内容を意味するからである<sup>(15)</sup>。こうして今後のICCの実践からは、国家主権の枠組みを超えて、個人の尊厳を国際的に確保する過程が徐々に窺えることとなろう。

## 2 ICC規程第21条1項cにおける国内公法概念の導入

### (1) ICC規程第21条1項c設置の経緯

さて、実定国際法における国内公法原則の類推適用の必要性和問題点については、すでに旧ユーゴ法廷(the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, ICTY)で指摘されている。例えば1997年の*Blaškić*事件判決では、「国内司法上の見解または接近方法は、国際刑事手続の独自性に十分な考慮を払うべく、国際法段階では最大限注意して扱われねばならない」と判示されている。このことから窺えるとおり、特に国内法原則の変換性(transposability)は「法の一般原則」を定義する上で重要な一要素を構成しているといえる<sup>(16)</sup>。このことは、ICC規程第21条1項cの但書として、法の一般原則が本規程、国際法並びに国際的に承認された規範及び基準と矛盾しないこと(not inconsistent with... international law and internationally recognized norms and standards)を条件とする、という表現に反映されている。

また、第21条1項cは、法の一般原則を条約および慣習国際法が欠缺した場合の、第3番目の適用法規の淵源として位置づけている。ここにおいて、裁判所が本原則を演繹しなければならない世界の諸法体系の国内法には、「当該犯罪行為に対して一般に管轄権を行使するであろう諸国家の国内法」が適切なものとして含まれている。この条項は、適用可能な法規について規

定した、1994年の I L C 草案第33条を基本的に引き継いでいる<sup>(17)</sup>。

94年草案の第33条における適用可能な法規としては、a. この規定、b. 適用可能な条約並びに一般国際法上の原則及び規則、および c. 適用可能な範囲における、あらゆる国内法規則(To the extent applicable, any rule of national law)が列挙されている。本条 c 項が I C C 規程第21条 c の原型をなすことは明らかである。すでに国際法分野への国内法の類推適用という問題が、ここにおいても議論の対象となっている。本項に関する当時の注釈によれば、国内法上の規則(rules of national law)という文言は特別な重要性を有する。なぜならばそこには、当該犯罪が条約上の規定であるとともに、これが補足的には国内法上の犯罪をも構成するという想定が明らかに含まれていたからである<sup>(18)</sup>。

ここにおいて「国内法」という表現については、その解釈をめぐってかなり活発な議論が委員会で行なわれている。それらの議論の多くは、各国の法的伝統の違いに基づくものであったとはいいい切れない。むしろ、普遍的な刑法原理に依拠しようとする立場と、国際社会の趨勢に照らしたいわゆる国際主義者(internationalist)的な接近方法を支持する立場との間に、議論は交わされた<sup>(19)</sup>。

さらに、98年段階の準備委員会に提出された草案では、代替案として「裁判所が適用する第3の段階の法源に関しては、諸国内法から本裁判所が導く法の一般原則、または予め名簿記載されたような特定国から導かれる、特定の国内法のいずれか」という表現がなされている。後者の特定国とは、例えば、(主として)当該犯罪が犯されたり、自国民が被告人であったり、または自国民が収監された領域国などが意味されていた。このような過程を経て示された国内法概念の最終的な解釈は、今日の I C C 規程第21条1項 c の文言に示されているとおりである。また、本項における国家概念は、全世界的規模でありかつ人為的な階層を排除したものであると理解される。

## (2) 規定内容および適用規準について

こうして、I C C 規程第21条1項 c では、これに対応する I C J 規程第38条1項 c と比べて、より明確に法の一般原則概念を定義するに至っている。I C C 規程第21条 c によれば、個々の法の一般原則は世界中の諸国内法体系から裁判所が導き出すものである。また、同裁判所は本原則の性質に関する不確実性を払拭するとともに、国際法の一般原則からそれらを明確に区別しようとしている。

通常の実務上、法の一般原則を適用する場合には複数の段階的な検証が必

要となるが、国家を対象としたICJと比べて、犯罪人個人を対象とする国際刑事裁判においては、本原則の適用に際してより細心の注意が払われるべきであるとの指摘がなされている。すでに、ICTYの実践を通じてこの問題は議論されている。例えば、*Erdemović*事件控訴審判決(1997)において、カセーゼ裁判官は反対意見として「どの程度まで国際刑事裁判所が国内法概念を引用したり、またはこれらの概念を国際刑事手続に変形したりすることが可能または必要か」という点について詳述している。本件は、旧ユーゴスラヴィア領域内における1995年の集団殺害事件をめぐる裁判であり、人道に対するユーゴスラヴィア国内法の欠缺がひとつの重要な論点となっていた。第1審において、人道的犯罪に関する国内法の欠缺は率直に認められている。また、同国内刑事法は国際裁判における積極的な参照事項として捉えられていない<sup>(20)</sup>。

これに対し、カセーゼは国際裁判への国内法の類推適用問題について、より明確な言及をしている。彼の根本的な議論とは、「国内法上支持される法構造および条文の文言は、自動的に国際標準に適用されるべきではない。それらを機械的に国際刑事手続に持ち込んではいならない」ということであった。この慎重な意見には3つの根本的な理由が存在する。「第1に、国内法概念に対する国際裁判所の伝統的な立場からは、国内法を参照する以前の国際的な段階で、あらゆる有効な手段を講じなければならないことが示唆されている。」第2に、国際刑事法は市民法(civil law)とコモンロー(common law)体系の結合の結果から生じている。「この結合および異種混合は独特のものであり、また生み出される法的な論理性は、双方いずれの国内刑法体系上の論理性とも質的に異なる。すなわち、国際裁判の背景にある哲学は、双方いずれの国内法体系を基定する哲学とも著しく異なるのである。」第3に、「国際裁判が示す多くの特徴は、国内刑事手続とは異なっている<sup>(21)</sup>。」ゆえに、第21条への言及部分は、上で示された個別の国内法原則ではなく、それらから導かれ、世界規模で構想された法の一般原則の意味で正当化されることになる。

これらの理由に照らして、「世界の諸法体系の国内法」という表現からは、当該規範があらゆる法体系の体系的な比較に基づく必要はなく、実効的に「世界の主要な法体系に」見出されることが「調査(polling)」によって確保されることで十分である、とも指摘されている<sup>(22)</sup>。すなわち、法の一般原則を類推適用する際に重要なのは、個々の原則の根拠を特定国に限定することではない。むしろ、刑事法の特性および罪刑法定主義原則の普遍的必要性に照らして、裁判所による類推適用の指示が正当化されるのである。その際に、まずは被告人にとって関係の深い法体系が優先的に考慮されるべきである

う。

## II ICC規程における国内公法概念類推の課題

### 1 第21条1項cにおける類推適用を通じて

#### (1) EUにおける基本権保障問題を契機として

今後、ICC規程に基づく裁判実務を実施するにあたって、従来の地域的国際人権保障機構である欧州人権裁判所や、基本権保障をめぐるECJの法実務からは多くの示唆が得られることとなろう。なぜならば両裁判所においては、すでに国内公法の類推適用が「法の一般原則」概念を通じて実施されてきているからである。しかし他方で、このことは新たな問題点を提起しはじめている。

例えば、近年におけるEU法の実務においては、ECJを通じて法の一般原則概念の適用範囲が急速に拡大しており、裁判において複雑な問題を提起している。旧EC時代より、共同体には明文上の基本権保障規定が欠如していた。これに対し、1993年に発効したヨーロッパ連合条約第6条2項によって、欧州人権条約は明示的に共同体における法の一般原則として認められるに至った。2003年に欧州議会で採択されたEU憲法最終草案(*Draft Treaty establishing a Constitution for Europe*)においても、この内容は第7条3項において踏襲されている<sup>(23)</sup>。こうした経緯から、今日では経済問題の背景にある人権問題も、形式上はEUの管轄事項となったといえる。しかし、一方ではこのことを通じて、EUの厳密な実定法ではない「法の一般原則」と構成国の国内法規範との衝突問題が新たに生じることとなった<sup>(24)</sup>。すなわち、近年のECJ判決では、本原則を通じて「国家の独立性」が「共同体の共通利益」という名目で恣意的に制限される場合が生じてきているのである。

ICCと同様に、EUも国内法実務を優先させる「補完性」原則に基づいて国際機構の役目を担うことになっている(同条約第2条)。その上でEUの目的と権限を踏まえ、いかに客観的に妥当な基準に基づいて国内公法原則を類推適用するのが、今後の課題となるであろう。少なくとも、国内法に対するEU法の優位性を確保するために、国家主権を制限する目的で恣意的に国内法の一般原則が適用されてはならない。基本権保障を通じて国家主権を国内公法の一般原則で規律することには、次のような矛盾が現時点で指摘されうる<sup>(25)</sup>。

一般国際法の裁判実務においては従来から「法の一般原則」概念を通じて国内私法の類推適用が行われてきた。これらの多くはローマ市民法(*jus civile*)

に起源をもつ「キリスト教的ヨーロッパ文明諸国の国内法に共通な一般原則」であった。そして、ローマ市民法には自然法の要素が強く残されていたとされる<sup>(26)</sup>。つまり条約と慣習国際法の欠缺による裁判不能(*non liquet*)を回避するための、いわば実定国際法における妥協の産物こそ、P C I J 規程に明文文化された法の一般原則だったのである。そして、法の一般原則概念は、依然としてE U 法実務においても自然法の要素を残している。共同体法は基本権規定のみならず、共同体の行政に関する法体系も極めて不十分であった。そのため行政法分野における法の一般原則への依拠も、共同体の設立当初から積極的になされていたのである。ここにはもちろん成文法として高度に発達したフランス法やドイツ法の行政法の原則も含まれている。しかし一方では、イギリスで発達した自然的正義 (*natural justice*) の原則も採用されているのである<sup>(27)</sup>。

これに対して、少なくとも自由権的基本権は国家以前の権利であって、厳密に実定法が規律すべき公法分野に属する。この点に照らせば、本来、法の一般原則は必ずしも成文化される必要がないため「人権の分野は極めて抽象的な法の一般原則のカテゴリーには含まれない」とも指摘される<sup>(28)</sup>。言い換えれば、厳密に基本的人権を保障するためには、法の実効性を確保するための統一的な社会基盤と法体系が前提となるのである。しかし、いかにE U と構成国の関係を共通の法文化的背景をもつ地域的国際社会と捉えたとしても、現時点でそれを国内社会と同様の必然社会の枠組みへと拡大して把握することは尚早である。ある意味で、戦後の国際社会が超大国の力の均衡と抑制によって保たれてきた事実是否めない。今日まで、国際社会は統一的な立法機関をもたず、法の実効性を確保するための執行機関も未整備である<sup>(29)</sup>。

上述のとおり、本来P C I J 規程第38条の3としての「文明国が認めた法の一般原則」は、裁判不能を回避するための裁判規範に過ぎなかった。立法論上、これが通常の状態を実行を通じて行為規範性が備わるならば、当該規範はもはや国内法の一般原則としてではなく、新たな慣習国際法として把握されなくてはならない。

このような矛盾を抱えたまま、基本権保障に向けてE U 法と構成国国内法が急速に接近した結果、改めてE U および構成国の双方から互いを牽制する事態が生じているのである<sup>(30)</sup>。

## (2) 国際社会における「個人の尊厳」の未成熟性

さらに、一般国際法を通じた人権保障をめぐるのは、「個人の尊厳」という概念自体が国内社会の基本原則ほどには成熟していない点が、基本的な問



題として挙げられる<sup>(31)</sup>。

近年では、人道的観点に基づいた主権国家への国際的介入問題が、これまで以上に議論されつつある。特に、国連を通じて人権問題は国際社会の強い人道的関心事項として把握されてきている。しかし、一方では国際社会による人権保障の試みが、国家主権をめぐる深刻な問題を提起してきていることも明らかになってきた。人道的介入(humanitarian intervention)とは、人権侵害を国際社会の共通利益(common interests of mankind)の侵害として捉え、当該国家の主権を越えて被害者の救済を試みようとすることを意味する。これまでも、天災や戦災による被害国民や難民に対して物資面や医療面での援助を行うこと自体は、人道的な支援や救済として肯定的に理解されてきた<sup>(32)</sup>。

しかし1990年代以降、人道的観点に基づく国連の問題解決策の多くは、結果として武力介入を伴わざるを得なかった。さらに、国連の承認に基づく介入に際しても、依然として国際的な政治力や経済力をもつ超大国主導の判断に従わざるをえなかったのである。この覇権主義的傾向の人道的介入を、被介入国の多くは違法な干渉(intervention)として捉え、主権の侵害を理由に拒みつつけてきたのである<sup>(33)</sup>。この抵抗は、結果的に覇権国の意思を国際社会の総意としかねない、国連の意思決定過程に対する抗議として受け取ることができよう。

たしかに、人間の尊厳が「人類の共通の利益」における核心的な要素であることは明らかである。しかし、人間の尊厳が至上の価値観であることについては一定の理解が得られるものの、人類の共通利益という概念自体について、国際社会で一貫した認識が得られているとはいえない。この根本の理由には、やはり国内社会と国際社会の構造上の相違が強く影響している。

国内社会において、基本的人権は国家の統治権にかかわる公法分野に属する。公法分野は一般に、基本法としての憲法に基づく統制的な法体系の中で発達してきた。憲法は、基本原理としての「個人の尊厳」を確保するために、国民の総意に基づいて制定される基本法である。国民の総意とは、国家が確保すべき究極の共通利益を個人の尊厳として承認することに他ならない。この国民的な合意を前提として、国家の基本法としての正当性を付与されたのが憲法である。ゆえにこの共通利益の実現のために、権力の行使のあり方を憲法典に定めた結果、これまで立法・行政・司法の各権力が抑制と均衡を保ちつつけてきた。つまり、国内社会における人権保障の前提として、国民全体による共通利益の認識と憲法に対する正当性の付与がなされているのである。

これに対して、事実として国際社会は独立性を保った国家が個別に合意し

た範囲で成立してきたに過ぎない。実定国際法学も主権国家の独立性を前提として発展してきた。たしかに、抽象的な「人間」の尊厳は国家に優先する普遍的な価値原理である。しかし、現時点の実定国際法学を前提するかぎり、国内法水準の具体的な「個人」の尊厳を国際社会の基本原理として、個別の国際法規の総体を法段階的に把握することは困難である。国内社会における個人とは、これまで主に公的手続保障の対象としての国民を意味してきた。現時点の国際人権保障にあたって、人間の尊厳を個人の尊厳と同一の基本原理と捉えることはできない。

したがって、今日多く主張される国際公益または人類の共通利益という概念も、依然としてそこから演繹的な価値体系を構築するまでには至っていないと指摘される<sup>(34)</sup>。このような背景ゆえに、国家間関係は平等な法主体間の関係にとどまってきたのである。さらに国家間関係における政治的および経済的格差は厳然として存在する。その限りでは、人権保障を国際法上の国家の基本的義務として画一的な条約にまとめることは極めて困難である<sup>(35)</sup>。

## 2 第21条3項における「国際人権との両立性」の基準を通じて

### (1) 国際人権保障規準との両立性について

以上を踏まえ、ICCの実践と「個人の尊厳原理」の国際的普遍性との関わりからは、適用法規決定に際する「国際人権との両立性」の基準が特に問題となるであろう。適用法規の決定の際には、第21条3項に基づく国際的な人権概念に矛盾しないことが、本質的な要件として課せられている。さらに、そこには国際社会が共通に認める具体的な人権保障規準の程度とともに、人権保障に向けた国際的管轄の正当性が問われることとなる。現時点でのICC規程第21条3項をめぐる具体的な問題としては次の点が指摘されている。

第1に、第3項の形式については「国際的に認められた人権(internationally recognized human rights)」の定義と検証の問題が挙げられる。すなわち、ここで定義された「人権」は形式的法源ではなく、また明確に記された具体的内容をもたない。そして、一般的に認められた何らかの法的枠組みに対応するものでもない。結局は、裁判所自身がそれらを定義しなくてはならないであろう<sup>(36)</sup>。

第2に、「国際的に認められた人権」の中でも、さらに差別禁止(non-discrimination)原則が個別化され、あたかも「超・超合法性(super-super legality)」の基準であるかのように強調されていることが問題点として指摘されている。98年の準備委員会において本項が活発に議論されたのは、差別動機への詳述が含まれるべきであるのかという点、および用語として

“gender”または“sex”のいずれが用いられるべきかという点についてであった。最終的に第7条3項では、性差の表現に関する従来の男女格差の印象を払拭し、社会内部の男性及び女性の二つの性を意味するために“gender”が用いられるに至っている。しかし、結果として本項には多くの差別理由が列挙されているものの、これらは依然として不完全である。この点で、規程の起草作業に一層の厳格性が必要であったと指摘される<sup>(37)</sup>。

第3に、第21条の本質に関わることとして、第3項は規程の適用上最も強い効力を有するにもかかわらず、「国際的に認められた人権」の強行規範(*jus cogens*)性への明確な言及がなされていない点が指摘されている。本規程において、国際的に認められた人権は条約および慣習国際法の上位概念として、これらを規律する。ゆえに、本概念はいわば実質的な強行規範としての超合憲性の規準であり、伝統的に把握されてきた基本的人権に対してのみならず、さらに今日の国際社会に認められた全ての人権にまで及ぶこととなろう。すなわち、国際的に認められた人権概念は、実質的な基本原理として、あらゆる法規の適用可否を決定する上位基準または一種の根本規範となりうる。

この点において、たしかに実質的な法規適用規準としての「国際的に認められた人権」概念は、むしろ本規程起草者の明確な良心を付与することを主な目的とするものであろうし、適用法規としての要件を充たす上で、具体的な影響力を恐らくほとんどもたないであろうとも指摘されている。国際社会が「個人」の人権保障を国内法水準にまで高めて徹底させることは、事実として困難である<sup>(38)</sup>。

しかし、規程における強行規範への明言の回避によって、裁判所が国際人権保障の普遍的必要性から逃げることは許されないといえる。このことはICTYの先例からも明らかである。例えば、裁判所は*Furundžija*事件(1998)において「拷問の禁止(prohibition of tortures)は万人に対する(*erga omnes*)義務を国家に課すのみならず、本原則は保護される価値の重要性に照らして強行規範にまで進化したものであり、条約及び通常の慣習法規よりも上位を占める国際法段階構造の規範である」と判示する。その上で「国内的には立法または司法部によって、拷問の禁止原則に対する違反が公認される可能性があるにもかかわらず、これまで個別国家は本原則を遵守し続けている」として、普遍的な管轄権の原則を適用している<sup>(39)</sup>。同様に、*Kupreškić*事件(2000)においても、「ほとんどの国際人道法上の規範について、特に戦争犯罪、人道に対する犯罪及び集団殺害の禁止を定めているものは、同様に国際法の強行規範またはユス・コーゲンスでもあり、換言するならば、逸脱が許されないとともにこれに対する上位規範を認めない性格を有している」と判示されている<sup>(40)</sup>。

国家主権の独立性を尊重する一方で、人間の尊厳の普遍性に照らした人権内容を確保するために、どのように国際的規準を決定するかが今後とも問題とされるであろう。

## (2) 国際機構の民主的運営を通じた一般法形成について

最後に、一般国際法の形成との関わりから、ICC規程の適用法規をめぐる問題については次の点が強く懸念されている。すなわち、本規程が非常に詳細な内容規定を有したために、そのこと自体が結果的に法の発展を阻害し、また本規程が硬直した実定法規範に後退しかねない、と指摘されているのである。

例えば、第6条、7条および8条2項については、当該裁判所の管轄を受ける犯罪の定義が、本規程の適用上(for the purpose of this Statute)という枠組みに限定されている。また、第10条、22条3項、および80条は、法発展の可能性を裁判所規程の外に委ねたままである。したがって、国際刑事法が将来二つの体制または総体をもって存在するという可能性を、本規程自体がすでに前提としているようにも窺える。

しかし、このことをむしろ肯定的に評価することも可能であろう。刑事法に関する一般国際法も依然として形成過程にある。国際刑事法の内容について本規程以外場で発展する可能性を残すことは、人権保障水準が最低の共通分母へと退行して均一化されるといった事態の回避に通じる。換言するならば、現在の国際社会において、むしろ二つの国際刑事法体系の存在は、現存しまたは形成過程にある慣習国際刑事法のために有効である。なぜならば、ICC規程に国際刑事法体系を限定するならば、同体系を現行法規よりもすでに部分的に遅れつつある本規程の条文へと後退させたり、限定したりする事態を招く可能性があるからである<sup>(41)</sup>。

このような視点は、実定国際法の形骸化を避ける意味をもつこととなろう。のみならず、ICCという国際機構が国際世論の支持を得てさらに普遍性を備えるためにも、異なった法発展の機会が必要であるといえる。これは、国際機構の民主的な運営と、主権国家における人権保障及び人権法の固有的性格と普遍的性格への配慮に通じることになる。この点においても、すでにEUの実践から問題点が指摘されている。

EUにおいては各構成国が独立権の一部を委譲している事情に照らして、主権概念を段階的に捉えることが必要とされた。ゆえに、主に国内法の観点から国家主権は、委譲可能な高権的主権(Hoheitsrechte)と、不可能な絶対的主権(Souveränität)として把握されている<sup>(42)</sup>。1933年の「国家の権利およ

び義務に関する条約（モンテヴィデオ条約）」第1条において明示されたように、一般国際法上、国家を構成する要素としては、領域、永久的住民、政府、および外交能力（国際法を遵守する意思と能力）が把握されている。特に、永久的住民としての国民は、主権国家の不可欠な構成要素である。ゆえに、人権の扱いについては個別国家の意思を尊重して、従来までいわば国内管轄事項として扱われてきたのである。ここに基本的人権の内容と取扱いをめぐる普遍的性格と固有的性格を見出すことができよう。これに対し、EUでは不可譲な主権的要素である基本権が、共同体の共通利益の下で一律的に把握されつつある。しかし、人権保障を通じて絶対的主権の範囲を急速に制限しつつある一方で、2000年におけるEUの「基本権憲章（A Charter of Fundamental Rights）」宣言は、いまだ将来の条約に向けた道義的指針にとどまっているのである<sup>(43)</sup>。

今日では国内社会における実効的な人権保障も、国家の独力によっては果たしえなくなっている。国家間関係は一層緊密化されていくであろう。一方で、超大国を頂点とした圧倒的な政治力の格差は、公正で客観的な国際人権保障を困難にしている。だからこそ、国際機構の真の民主的な運営にとって、加盟国の絶対的主権への配慮が必要である。その根拠となるのが、国内社会の国民主権概念を通じた、「正当性の要素」と「権力性の要素」という二重の要素の存在である。国内法上の国民主権原理は、治者と被治者の自同性を旨とする、民主主義社会における国民の最高意思決定権を意味する。さらに本原理は、全国民の総意が憲法を制定するという正当性の要素と、制定後も国民が統治のあり方を決定するという権力性の要素を含んでいるのである<sup>(44)</sup>。

この考え方は、ある意味で国際機構とその加盟国の関係にも敷衍させることができよう。例えば、EUの実効性を確保する上で、構成国には高権的主権の委譲後も共同体のあり方を統制する民主性を残しておかねばならない。そのためには、各構成国の基本権の普遍的性格と、国家主権におけるその不可譲性への配慮が必要とされる。ここにおいてこそ、EUが補完性原則に基づいて運営されることの意義は存在する。2003年のEU憲法最終草案においても、補完性原則及び比例性原則が採用されている。EUが今日まで国家主権の独立性を前提としており、依然として超国家的な存在ではないことは明らかである<sup>(45)</sup>。

同様に、ICCにおいても補完性原則は採用されている。裁判管轄受諾国家のもつ絶対的主権と基本的人権の固有性への配慮に基づいてこそ、裁判所の運営自体についても、国際社会による民主制が確保されることとなろう。そして、当該法廷以外にも法発展の機会を認めることは、各国に対して裁判

所の適正な運営を監視する機会を与えることに通じる。すなわち、二つの法体系を通じて、裁判所の設置後もそのあり方を決定する権力性の要素と、適正な一般国際法発展の機会が国際社会に与えられるといえる。

## 小 結

国際刑事裁判所は83カ国の原加盟を得て発足した。国際人道的な観点に基づいた公平な裁判は、国際社会を通じた適切な「個人の尊厳」の確保に向けて寄与することとなろう。ただし、本裁判所の運営に消極的であり、依然として規程の批准を拒否しているのが今日の超大国である。例えば、近年における国連の安全保障政策への参加に際しても、自国軍隊の行動に関してはICCの管轄を拒否しようとする姿勢が窺える<sup>(40)</sup>。国際機構の民主的な運営にあたっては、超大国によるものであれ、行過ぎた権力性の要求は許されない。未成熟な国際法を発展させる上で、国際法と国内法との連携はますます必要とされることが予測される。しかし、国内公法概念の類推適用に際しては、保障すべき権利の性質や国際社会の構造上の特徴を踏まえた判断が必要であり、とりわけ各国籍を有する裁判官の利害関係によらない民主的な裁判運営が望まれる。

## 註

- (1) 一般国際法上、狭義では対外的な国家の不可侵権（独立権）が国家主権として包括的に理解されている。また、国際不法行為の成立要件としては、国際法に違反する行為の存在とともに、国家や国際団体といった国際法上の責任能力のある主体によって、当該行為がなされることが必要である（經塚作太郎『現代国際法要論（補訂版）』中央大学出版部、1992年、177頁、371頁以下）。
- (2) なお、1996年にILCを通じて完成された「国家責任条文案」によれば、国家の違法行為は国際違法行為(international delict)と国際犯罪(international crime)に二分された。さらに、2001年に国連国際法委員会で採択された「暫定条文案」によれば、国際犯罪に関する第19条は削除され、国際犯罪自体への直接的な言及はなされていない（小長谷和孝『国際刑事裁判序説〔改訂版〕』尚学社、2001年、9頁以下；小田滋・石本泰雄編『解説条約集 第10版』三省堂、2003年、75頁以下）。
- (3) 一般に国際法違反の犯罪とは、個人の刑事責任が国内刑法の規定を介さずに、直接に国際法に基づいて成立するものをいう（山本草二『国際刑事法』三省堂、1991年、8頁以下）。
- (4) ニュルンベルク裁判所条例および同判決を通じて国際犯罪の諸原則が示されたことから、1946年に国連総会は「人類の平和と安全に対する罪」の定式化に取り組みはじめた（同書、54頁以下；長嶺安政「国際刑事裁判所規程の成立」『ジュリスト1146号』有斐閣、1998年、29頁以下）。
- (5) 小笠原一郎「国際法委員会の国際刑事裁判所規程について」『世界法年報』、1996年、73頁以下；Felix Ermacora, Manfred Nowak, Hannes Tretter (eds.),

*International Human Rights*, 1993, p.13.

- (6) 国際法委員会は、1950年にニュルンベルク裁判所条例および同判決で認められた国際法上の諸原則の定式化を行うことを採択している。1954年にこれらの諸原則は、注釈書とともに総会に提出された。続いて委員会は、「人類の平和と安全に対する犯罪の法典草案」を採択し、さらにこれを注釈書とともに総会に提出した。しかし、同年の総会決議897によれば、総会は法典草案における侵略(aggression)の定義と密接な問題について疑義があるとして、本件を特別委員会に付託するとともに、同委員会の報告がなされるまで法典草案の検討を延期することに決定した(Y I L C 1994, Vol II/2, p.18)。
- (7) 国際人道法(international humanitarian law)について、現時点で画一的な定義を行ったり、内容を網羅して示したりすることは難しい。ただし、これが共通して主に武力紛争に関わり、人道的な観点から個人の尊重を確保するための国際法規則の総称であるということ是可以する(国際法学会編『国際関係法辞典』三省堂、1995年、267-268頁)。
- (8) Y I L C 1994, *op. cit.*, pp.26ff.
- (9) Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R. W. D. Jones(ed.), *The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary*, 2002, Materials, pp.3f., Volume I pp.667ff. (Chap.18.1: John T. Holmes, Complementarity: National Law versus the I C C )。
- (10) 対象犯罪について、I L Cによる初期の国際刑事裁判所規程草案は、条約犯罪を含む広範な国際犯罪を管轄としていたとされる。しかし結果的には、事項的管轄を条約に基づかない4つの主要なコア犯罪に限定した(真山全「国際刑事裁判所の対象犯罪」『ジュリスト1146号』有斐閣、1998年、35頁以下)。
- (11) 旧ユーゴ法廷やルワンダ法廷では、すでに当事国の司法機関が機能不全であったため、あらかじめ国家の裁判権に対する国際法廷の優越性が認められていた。一方、I C Cの場合は加盟国への参加を促すためにも、補完性原則を十分に確保して国内裁判所の管轄を優先させることが必要とされた。また、1994年のI L C草案第35条によれば、I C Cによる事件の許容性(Issues of admissibility)の問題に関して、国内管轄権を補完する趣旨で具体的な諸要件が示されている(Y I L C 1994, *op. cit.*, p.52; 長嶺安政、「国際犯罪と国際刑事裁判所」『国際問題450号』、日本国際問題研究所、1997年、23頁以下; 松田誠「国際刑事裁判所の管轄権とその行使の条件」『ジュリスト1146号』有斐閣、1998年、45頁以下)。
- (12) Cassese, Gaeta, Jones (ed.), *op. cit.*, Materials, pp.14f., Volume II, pp.1070ff. (Chap.25: Alain Pellet, Applicable Law)。
- (13) 例えば、国際法の一般原則について、(1) I L C草案において十分議論されておらず、I C J規程第38条1項cとの混同がみられる。(2)「武力紛争法上の確立された原則」に関する補足的な詳述が、準備委員会報告に付随するI C C規程草案には含まれている。(3) 文言第1段における形容詞表現「一般的な」の削除と、第2段における表現「国際的な」の付加がローマ会議で行われたが、これらの修正の目的について明確な説明が何もしなされていない。ただし、第21条1項bが「確立された国際武力紛争法」が核心部分を明確に形成するような、慣習国際法について排他的に言及していることは明らかである(*Ibid.*, p.1070f.)。
- (14) *Ibid.*, Volume II, p.1077. 「超合法性」をめぐる問題点については、本稿II-2-(1)参

照。

- (15) 自然権としての人權（自由の原理）と国民主権（民主の原理）とが、ともに「個人の尊厳」原理に支えられて、不可分に結び合っている共存の関係にあるのが近代憲法の本質であり理念である（芦部信喜『憲法（第3版）』岩波書店、2002年、357-358頁）。

日本国憲法第13条前段は、一人ひとりの人間が「人格」の担い手として最大限尊重されなければならないという趣旨であって、これを「人格の尊厳」ないし「個人の尊厳」原理と呼ぶ。第14条は「人格の平等」原理を規定しており、13条と14条とあいまって、日本国憲法が「人格」原理を基礎とすることを明らかにするものである。人格の尊厳原理は二つのことを要請する。第一に、およそ公的判断が個人の人格を適正に配慮するものであることを要請する。第二に、そのような適正な公的判断を確保するための適正な手続を確立することを要求するものである（佐藤幸治『憲法（第3版）』青林書院、1995年、444頁；根森健編著『資料集・人権保障の理論と課題』尚学社、2002年、38頁以下）。

- (16) Cassese, Gaeta, Jones(ed), *op. cit.*, Volume II, p.1074; *Blaškić Case*, Appeals Chamber, 29 October 1997, IT-95-14-AR108, para.23 at <http://www.un.org/icty/blaskic/appeal/decision-e/71029JT3.html>.
- (17) 1993年のILC草案によれば、第33条は規程中の管轄権を扱う章に当てられている。しかし、管轄権と適用可能な法規との間には本来区別が存在することから、審理に関する第5章に置くことが適当であると判断されている（YILC 1994, *op. cit.*, p.51f.）。
- (18) 例えば、「罪刑法定主義(*nullum crimen sine lege*)原則の命じるところによれば、裁判所は必然的に、国内法を本規程、適用可能な条約、及び一般国際法と一致する限りにおいて適用できるということになる」と指摘される。「なぜならば、国際法は依然として完全な実体刑法の文言を有していないからである。本裁判所が将来に向けて必要とされるのは、国内刑法上の規則を適用する基準を拡大して、それらが適切に一定の状況に対して適用できるようにすることである。国内法が国際法と衝突した場合には、（罪刑法定主義がすでに国際法の一部に含まれているので）後者が優ることとなるであろう(*Ibid.*, pp.51f. para.(3))」。
- (19) Cassese, Gaeta, Jones(ed.), *op. cit.*, Volume II, p.1075 note 35.
- (20) *Ibid.*, Volume I, pp.760f. (Chap.19: Susan Lamb, *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege* in International Criminal Law); *Erdemović case*, Trial Chamber, 29 November 1996, IT-96-22, para.35: at <http://www.un.org/icty/erdemovic/trialc/judgement/erd-tsj961129e.pdf>.
- (21) *Ibid.*, Volume II, 1075f.; *Erdemović case*, Appeals Chamber, 7 October 1997, IT-96-22-A, para.2ff.(Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese) at <http://www.un.org/icty/erdemovic/appeal/judgement/erd-adojcas971007e.htm>.
- なお、控訴審判決では被告人に対する上官の命令の妥当性をめぐって、強制力と正当防衛の関係について複数の個別意見がなされている（*Ibid.*, Volume I, pp.964f. (Chap.24.2: Andreas Zimmermann, Superior Orders)）。
- (22) フランス語訳の条文によれば、ここでいう国内法とは「世界の異なった諸法体系を代表する諸国内法(*le lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde*)」となっており、むしろ国内的な法(national law)の要素が強調されて、よ



り明確に定義されることになる(*Ibid.*, Volume II, p.1073.; Statute de Rome de la Cour penale internationale, 1998 at [http://www.icc-cpi.int/library/basicdocuments/rome\\_statute\(f\)](http://www.icc-cpi.int/library/basicdocuments/rome_statute(f))).

- (23) Official Journal C 169 of 18 July 2003 at <http://european-convention.eu.int/docs/Treaty/cv00850.en03.pdf>.
- (24) 拙稿「法の一般原則」と国内法の衝突に関する一考察『敬和学園大学研究紀要10号』2001年、185頁以下。
- (25) 拙稿「実定国際法における国内公法概念の類推」『敬和学園大学研究紀要12号』、2003年、114頁以下。
- (26) Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, 1927, p. 9,11; 筒井若水「現代国際法における文明の地位」『国際法外交雑誌66巻6号』、1968年、41頁; 拙稿「法の一般原則」の今日的意義と問題点(一)『法学新報103巻9号』、1997年、132-133頁。
- (27) デイビッド・A O エドワード&ロバート・C レイン(庄司克弘訳)『EU法の手引き』国際書院、1998年、78頁。
- (28) それゆえに、これまで本原則は権利濫用の禁止や法的安定性といった、統治権発動のための行為基準としての役割にとどまってきたと指摘される(Lammy Betten/Nicholas Grief, *EU Law and Human Rights*, 1998, p.57)。
- (29) 一般国際法の分野では、近年特に国際連合憲章を国際社会の憲法として解釈しようとする試みがなされつつある。この見解は1990年代以降の安全保障理事会の活発な活動に負うところが大きい。たしかに、ここでの憲法(consitution)について、国内法体系との比較から類推されたものといえる。ただし、国連憲章が国内社会の憲法に対応する機能を果たしようという意味で、国際社会の憲法と見なせるかという点に関して、学説は大きく分かれている。また、これら二つについては概念の意味と背景が基本的に異なっているため、区別して理解されるべきであるとも指摘される(佐藤哲夫「国際社会における“consitution”の概念」『変動期における法と国際関係』所収、2001年、503頁以下)。

この意味で、欧州憲法草案はまさに「欧州憲法に関する条約」であり、欧州統合に関する条約の再編と簡略化を目指したものである。現時点でもEUは依然として主権の一部的な委譲を前提としており、当該憲法草案を通じて欧州超国家(ein europäischer Superstaat)を目指すものではない(バルテルス石川・アンナ「いわゆる「欧州憲法草案」について」『ジュリストNo.1252』有斐閣、2003年、165頁)。

- (30) 欧州連合の設立に関する条約の合法性をめぐる、1993年のドイツの国内裁判はいわゆる「マーストリヒト判決」とよばれ、極めて重要な示唆に富んでいる。すなわち、裁判所は、EUへの加盟が民主主義原理とは矛盾しないものの、前提として「国民に由来する正当性と影響力の行使が当該国家連合の内部においても確保されていなければならない」と判示する。すなわち、同じ基本原理でありながら、人権および民主主義の原理は連邦主義の原理とは区別されるべきである。人権や民主主義の原理は国家を問わず本質的に必要とされるため、その普遍性については到達レベルの差が問題となるにすぎない。しかし、連邦制とは、ドイツをはじめとして限定された国家の固有のあり方である。この意味での国家の固有性は不可譲なものとして尊重されねばならない(川添利幸「欧州統合とドイツ憲法」『国際社会における法の普遍性と固有性』所収、中央大学出版社、1995年、184頁以下;

ドイツ憲法裁判研究会編『ドイツの憲法判例』信山社、1996年、325頁以下；vgl. BVerfGE, 89, 155, Urteil v. 12.10. 1993; vgl. Thomas Flint, *Die Übertragung von Hoheitsrechten*, 1998, S.112ff.).

一方、こうした判決を受けて、欧州理事会はECが欧州人権条約に加盟する際の法的問題について、ECJに意見を求めている。ECJは1996年に注目すべき勧告的意見を述べた。判示によれば、基本的人権の尊重はEU構成国共通の一般原則であり、共同体の行為の合法性を審査する根拠となる。ただし、ECが欧州人権条約に加盟するには二つの法的問題が存在する。第1に、本条約締結の前提としてのEC自身の権限が欠如している。すなわち、ECには基本的人権についての立法権限が一般に欠如しており、この分野での対外的権限も存在しない。第2に、ECの基本条約と欧州人権条約は根本的に立法趣旨が異なっている。よって、例えばECJと欧州人権裁判所の管轄権の問題については、具体的な提案と十分な情報が得られない限り、回答ができない (Betten/Grief, *op.cit.*, p.111ff.; 山根裕子、『ケースブックEC法』東京大学出版会、1996年、96-97頁；See, Opinion 294 Accession by the Community to the EHCR [1996] ECR I-1759)。

- (31) 一方、戦後のアメリカにおいては、より社会学的な視点を踏まえながら法の運用に着目する立場が注目されてきた。これは法政策学説 (Policy-Oriented Jurisprudence) と呼ばれている。本学説によれば、人間の尊厳 (human dignity) の確立が国際社会の究極の目的であり、国際法秩序はその目的の達成に向けて形成されるべきであるとされる (大内和臣「H. Lasswell & M. S. McDougal, Jurisprudence for a Free Society, Nijhoff, 1992 (紹介)」『国際法外交雑誌95巻1号』、1996年、122-123頁；拙稿「人権保障の基本原則に関する比較法的考察」『法学新報109巻5・6号』、2003年、300頁以下)。
- (32) これに伴って、近年ではフランスを中心として人道的救援権 (droit d'assistance humanitaire) が新たな国際法上の権利として提唱されてきている。例えば、赤十字国際委員会などの私的人道団体の活動は、武力紛争や自然災害の犠牲者を中立的かつ公平な方法で救済してきた。このような活動については受入国同意の前提をとらず、領域主権に優先して、生存権としての犠牲者の救済権を確保することができるとされる (西海真樹「人道的救援」論『法学新報102巻3・4号』、1995年、189頁以下)。
- (33) 国際法上の“intervention”とは、国家の自由な決定・処理に委ねられている事項に関して、他の国家が強制的な方法で関与し、自己の意思の従わせようとすることを意味する。その典型は武力を伴う行為である。今日、国連憲章第2条4項に示されたとおり、一般に武力による威嚇または武力の行使は原則として禁止されている。これに対して、当該行為が人道的な根拠に基づけば違法性は阻却され、人道的介入であると説明される。しかし、結果的に介入行為は軍事的形態を伴う場合がほとんどである (国際法学会編、前掲書、159-160頁、447-448頁)。
- (34) また、人類の共通利益自体が広範で曖昧な性格を含んでいる。さらに一方では「現在においても、なお、特別国際法に対応する少数の国家間の共通利益は存在」するため、これらの実現のためには「依然として、主権国家相互の双務的な関係を自律的に調整する従来の合意原則が適用されることになる」と指摘される (大谷良雄『共通利益概念と国際法』国際書院、1993年、23頁)。
- (35) このことから、人権保障は今日においても基本的には各国憲法の中心課題であり、

国家が国際法上負っている実定法上の義務というよりも、やや立法論的な要求であると指摘される。ゆえに、現状では自由権の基本権の保障は確立しているのに対して、社会権の基本権の実現は、国家の立法措置による「漸進的達成」を要求されるにとどまっているのである（経塚作太郎、前掲書、183頁）。

- (36) もっとも、すでにICTYの幾つかの事例においても、国際人権規約(1966)、拷問禁止条約(1984)、さらには欧州人権条約(1950)を含めた「国際的に認められた人権保障手段に(with internationally recognized human rights instruments)」適用法規を一致させる道を探求してきている。例えば、裁判所は*Furundžija*事件(1998)において、人間の尊厳を尊重するための一般原則(the general principle of respect for human dignity)が国際法全体に浸透するほどの深い重要性をもつに至ったと宣言している(Cassese, Gaeta, Jones (ed.), *op. cit.*, Volume II, p.1080ff.; *Furundžija Case*, Trial Chamber, 10 December 1998, IT-95-17/1-T, para.183 at <http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/judgement/fur-tj981210e.pdf>).
- (37) 例えば、「ナチス軍における不幸な根絶の前例にもかかわらず、同性愛者(homosexuals)への言及は欠如している。」その一方で、「政治的その他の意見(political or other opinions)への言及は、草案では『否定論者(negationist)』または修正論者(revisionist)の行為を正当化するものとして捉えられうる内容であった(Cassese, Gaeta, Jones (ed.), *op. cit.*, Volume II., p.1081 notes 170,171).」
- (38) 一般に、国内法秩序における「強行規範(法規)」とは、法規の適用当事者の意思とは無関係に、絶対強制的に適用される法規範を意味する。これは総じて公法分野に属する概念であり、国家の公共的利益の観点から当該法規が強制されることになる。また、「任意法規」とは、公序良俗や商取引の安全を害さない範囲で、私的自治に基づく当事者の任意意思が認められる法規を意味する。  
従来までの主権国家並存の国際社会によれば、国際公益の概念は未成熟であって両者を区別してこなかった。このため、国際社会における強行規範の概念も一般的ではなかった。例外的に国際社会における「条約法秩序」に本概念を導入したのが、条約法に関するウィーン条約(1969)である。本条約の第53条によれば、「その締結時に一般国際法の強行規範に抵触する条約は、無効となる。一般国際法上の強行規範とは、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、かつ、認める規範をいう(*Ibid.*, p.1082; 国際法学会編、前掲書、174-175頁).」
- (39) *Furundžija Case*, *op. cit.*, Trial Chamber, paras.153, 155, and 156.
- (40) *Kupreškić Case*, Trial Chamber, 14 January 2000, IT-95-16T, para. 520 at <http://www.un.org/icty/kupreskic/trialc2/judgement/kup-tj000114e.pdf>.
- (41) 将来的な二つの国際刑事法の存在を前提としている点については、ICTYでもすでにこのことが確認されている。すなわち、*Kupreškić* 事件において、人道に反する罪としての迫害(persecution)に関するICC規程第7条1項が、慣習国際法とは一致しないと判示されている(Cassese, Gaeta, Jones(ed.), *op. cit.*, Volume II, p.1083, note 180)。
- (42) Vgl. Flint, a.a.O., S.89ff.(96). 例えば、ドイツ連邦共和国基本法第24条1項は「連邦は、法律により、主権を国際機関に委譲することができる」と規定する。ここにおける主権とは委譲可能な高権的主権(Hoheitsrechte)を意味している

(Hans D. Jarass, Bodo Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar* (6. Aufl.), 2002, S.602ff. (605); 樋口陽一・吉田善明編『解説 世界憲法集 第4版』三省堂、2001年、200頁)。

- (43) これは、欧州委員会 (European Commission)、欧州理事会 (European Council)、および欧州議会 (European Parliament) を通じて採択された宣言である。さらに、2001年の欧州連合条約改正 (ニース条約) を契機としてEU憲法の策定が具体化されることとなった (O J 2000, C 364 at [http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2000/c\\_364/c\\_36420001218en00010022.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2000/c_364/c_36420001218en00010022.pdf); Jürgen Meyer(Hrgs.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2002, S.45ff.)。
- (44) 芦部信喜、前掲書、41-42頁；佐藤幸治、前掲書、98頁以下。
- (45) 欧州憲法草案第1条9項および附属「補完性及び比例性原則の適用に関する議定書(Protocol on the Application of the Principle of Subsidiarity and Proportionality)」第1条参照；バルテルス石川・アンナ、前掲論文、162頁以下。
- (46) 2003年8月に国連安全保障理事会は、内戦の続くリベリアに対して国連憲章第7章に基づく多国籍軍派遣と、これを引き継ぐ国連平和維持軍(PKF)の派遣に関する決議案を採択した(賛成12、反対3)。しかし提案国であり、ICC規程の未批准国であるアメリカ合衆国は、派遣部隊の要員の犯罪に関して非締約国に対する訴追免責条項を盛り込んだため(第7条項)、フランス、ドイツ、およびメキシコは決議を棄権している (U.N. Security Council, Res/1497(2003) at <http://ods-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/449/48/PDF/N0344948.pdf?OpenElement>)。