



# 極東裁判と国際法

極東国際軍事裁判所における弁論

高柳賢三

書肆心水

## 序言

「侵略戦争は個人責任を伴う犯罪である」というテーゼをわたくしは否定する。この否定はわたくしの学問的研究と熟慮の結果なのである。しかし、この立場は世人の誤解を予防するための若干のコメントを必要とする。

クライムという言葉は「罪悪」、「責任」という言葉を「道義的責任」と解して、右の提言が純道徳的志向をもつ提言であるとするなら、わたくしはこの提言に対し、全幅の賛意を表する。世界各国の政治家が侵略戦争は罪悪なりという道義的意識を強めこれを堅持し、各国民がかような政治家を支持しこれを監視することは、誠に望ましい道義的態度である。この場合には、侵略戦争と防衛戦争との限界が不明確である事実は大した問題ではない。むしろ侵略戦争がより広義に解せられるなら、ますます望ましい態度であるとわたくしは考える。「防衛戦争は道徳的である」という提言は、現代において世界輿論の一般的支持を得ている。しかし純道義の見地からこれを肯定しうるかどうか、わたくしとしてはすこぶる疑わしいのである。ガーンディは断乎としてこ

の提言を否定した。かれは政治的闘争における真理の力を深く信じ、自衛のための武力の行使を否定しつづけてその一生を了えた。そして、インドは独立しえたのである。わたくしはキリストの聖訓を想起せしめるガンディのこの態度が、現代世界の支持する道徳意識よりも、遙かに高次の道徳意識を表現するものと思うのである。そしてそれが又、世界平和の真の礎石たるべき唯一の道徳であることを信ずるのである。

道義は主体性を基礎とするが、法は相互主体性を基礎として成立する。道義は各主体の至上的意味での義務にその本質があるが、法は他の主体に一定の行態を強要しうる限界いかにその本質がある。道義は現実の世界を超越した高い立場に立つことによって、その価値は高まるのである。しかし、法は現実の特定社会に妥当するような規範であるところにその価値がある。かくして例えば、正当防衛権に関する法原理についても国内法に妥当である規範が、直ちに国際法において妥当であるとはいえない。それは国家とよばれる社会と国際社会とは、その性格がいちじるしく異なるがゆえである。国際法は主権国家から成る社会の現実には照らし、理性と経験にみちびかれつつ、過去数世紀にわたって、徐々に成立した法であり、それは国内法に対比すれば、はるかに弱いアグレッシヴでない法の体系である。国際社会なるものの現実が、国際法のこうした在り方を決定したのである。

「侵略戦争は個人責任を伴う犯罪である」というテーゼも、やはり右の見地から考察せねばな

らないのであって、わたくしは道義的立場ではなく、この法的立場からこれを否定したのである。ガンディのより高い道徳のアナロジーに基いて「防衛戦争も個人責任を伴う犯罪である」ということを国際法上主張するものがあるとしたら、わたくしはさらにつよく、この提言を否定するであろう。日本国新憲法は戦争そのものを抛棄した。これはまことにガンディの道義思想に合致し、日本国民の新たな道義的決意を表明するものであって、主体性の表現としてわたくしはつよくこの立場を支持する。しかし、日本国民は、他国の為政家に対して、国際法上の提言として、この行態を強要することは許されない。

かくしてわたくしは、検察側の理論的挑戦に応じて、法理論として二つのことを主張した。第一は国際条約及び国際慣習法に照らして、「侵略戦争は個人責任を伴う犯罪である」という法的提言は国際法上存在しないということである。国際連合憲章もかかる提言を認めてはいないのである。もしこれが正しいとすれば、法に非ざるこの提言にもとづいて、個人を処罰することは、人類多年の政治的闘争によって確立した正義の初歩的原理たる事後法禁止の原理、ないし罪刑法定主義の侵犯となるから、裁判所はこれを避けねばならないということである。

第二は立法論的見地からみても、かかる提言は、国際法によって立つ各国民の受諾をうくる可能性なき法的原理であるということである。ある特定の戦争が侵略戦争であるかどうかの決定に必要な公正な裁判機関について、戦勝国の政治家に対しても裁判管轄権をもち、その判決に服せ

しめるごとき機関を設けることは、事実上不可能である。国際政治の複雑な現実にてらして、侵略戦争と防衛戦争とを分かち基準を定めることは、過去二十年にわたり各国の学者、政治家によって多大の研究的努力がはらわれたにもかかわらず、遂に失敗に帰したのである。なんらの基準なくして、又はある独断的基準によつて、これを判定しうるものとするならば、戦敗国政治家がいつも侵略者であるとの判定をうける、危険な傾向を伴うこととなるので、それはかえつて国際法そのものの權威をきずつけることとなる。又政治家の行動を対象とする公正な刑事裁判は、各国政府からこれに關聯性ある、あらゆる國家機密的な文書や証言の提出が、前提要件となるのである。しかるに各国政府はかかる用意をもっていないのが現実である。国際的關聯をもつ政治家の国内的刑事裁判は、証拠の問題でゆきづまるゆえに、法律家はかかる裁判をきらったのである。国際裁判についても、証拠問題についてのこの基本的困難は未だ克服しえないのである。さらに又かりに、かかる提言が國際法上の原理として真に成立したと仮定する場合、刑罰による威嚇が将来の侵略的政治家を防止する一般予防的効果を生むものとはいえないであろう。交戦国の政治家は自らの首を救うために、反つて勝利のみに熱中して慣習と条約で成立した交戦法規を無視し、又敗戦の色濃厚な場合でも、国民をかつて戦争完遂に盲進せしめ、無用な犠牲を生ぜしめる逆効果を生ずるかも知れない。けだし戦に勝ちさえすれば、戦争犯罪者とされるおそれはないという心理に、為政者が動かされ易いからである。

尤も各国に対し優位に立つ世界国家が現実成立すれば、事態はおのずから異なってくる。そして右の提言は世界国家のレジームには妥当する法的原理となることであろう。かかるレジームの出現は、同時に現在におけるような性格の国際法が姿を消すことを意味する。しかし現在及び近き将来については、われわれは国際法のレジームを前提として、この提言の法的価値を考察せねばならない。

わたくしは、一九四八年三月三日から三月四日にかけて、極東国際軍事裁判所で、検察側の冒頭陳述と最終陳述における戦争犯罪法理論を、全体として又個別的に反駁する形式で、以上のような私の思想を展開し、又その他の法律上の論点に対し意見を陳べることを許された。検察官と弁護人とが、原告としての国家と被告としての個人とが、刑事裁判において対等の地位にたち、公正なアンパイアとしての裁判所に対し、相互に自由に反対な意見を陳べうることは、英米刑事裁判の特色である。極東裁判は聯合國を原告とする軍事裁判ではあるが、右の英米的裁判方式に従って公判が行われたので、検察側も弁護側も平等の地位を与えられ、右のごとき法理論をわたくしは、大胆かつ率直に述べる事が許され、多くの日本人と均しくわたくしも又、法廷にただよったフェア・プレイの精神に感銘をうけたのである。

弁護人として裁判所を補助するという、わたくしに課せられた任務を果たすために、わたくしは先ず、共同謀議罪、事後法、宣戦、等この歴史的事件にふくまれた個々の問題について、いくつ

かの論文を起草し、それら論文を基礎として、検察側冒頭陳述の反駁を書きあげた。それが第一部である。しかるに検察側は、最終陳述において更に新しい法律論を提出したので、約二週間のうちに至急これに対する反駁を書きあげた。それが第二部である。かくして出来あがったファイナル・ドラフトは、簡潔且つ力づよくということを目指として起草されたのである。本書に収録された英文テキストがそれである。法廷における弁論では、論旨をきずつけない範囲で、若干省略した箇所があるが、ここには右のファイナル・ドラフトをそのまま収めた。日本文はその訳文であるが、この方には、公刊にあたって若干の修正を加えた。

わたくしのこの弁論は、第一次的には弁護人として、被告の弁護のためになされる主旨であったことは勿論である。しかしここに論議されたいくつかの国際法上の論点は、当面の判決いかなを越えて、永く法学界において論議されることであろう。このことを期待しつつ、わたくしは敗戦国民の一人ではあったが、何人をも恐れず、何人をもはばかりず、ひとえに学的良心に導かれつつ、二箇年にわたって研究を重ね、この短い草稿の完成に力をそいだのである。それは通俗的意味での「被告人弁護」を目標とするのではなく、国際法に関する世界的イッシェに対し向けられた、わたくしの拙い学問的アルバイトであった。有斐閣の好意によって、これを一冊の書として公刊するのも、主としてそのためである。(一九四八・一〇)

著者

目  
次

SAMPLE  
Shoshi-Shinsui.com



序	言
17	5

第一部

第一	降服文書と裁判所条例	25
----	------------	----

第二	共同謀議	40
----	------	----

第三	侵略戦争	47
----	------	----

第四	国際法条約等を侵犯する戦争	81
----	---------------	----

第五	殺人の罪	85
----	------	----

第六	「通例の」戦争犯罪	90
----	-----------	----

第七	個人責任	93
----	------	----

第八	検察側の提唱する新国際法理論	110
----	----------------	-----

第二部

一 「戦争犯罪人」 119

二 不戦条約と自衛権 123

三 共同謀議 126

四 殺人の罪 133

五 「通例の」戦争犯罪 136

六 被告人の責任 147

結語 155

SAMPLE  
Shoshi-Shinsui.com

極東裁判と国際法

極東国際軍事裁判所における弁論

SAMPLE  
Shoshi-Shinsui.com

## 凡例

一、本書は、高柳賢三著『極東裁判と国際法 極東国際軍事裁判所における弁論』（一九四八年、有斐閣刊行）の新組復刻版である。

一、本書では新字体漢字、新仮名遣いに変更して表記した。（但し「欠缺」を除く。）「廿」は旧字体ではないが便宜的に「二十」に置き換えて表記した。

一、送り仮名を現在一般の慣例により加減したところがある。

一、踊り字（繰り返し符号）は「々」を除いて使用せず、文字に置き換えて表記した。

一、読み仮名ルビを付加した。（ ）で括ったルビは読み仮名ではなく意味を示すものである。「ママ」など校訂上の注記もルビで記した。

一、現在一般に漢字表記が避けられるものは仮名に置き換えて表記した。（例 独逸↓ドイツ、海牙↓ハーグ、蘇聯↓ソ聯。）又、「しゅん敵」と「峻敵」は「峻敵」に統一した。その他、漢字表記と仮名表記の不統一は、著しく目立つ場合（平和に対する罪及び人道にたいする罪）の如きのみ統一した。

一、元の本の片仮名語の表記は、例えば「モスコオ」のように長音符（音引き）を使わない例が大多数であるが、「モスコ」の表記も混在しており、また、「ハーヴァード・ロオ・レヴェウ」と「ハーヴァード・ロオ・スクール」のように一名詞において長音符の使用／不使用の不統一が見られる上に、同一語においても「ハーヴァード」と「ハーヴァード」、「ジャックスン」と「ジャクスン」のような不統一もみられる。本書では長音符を使用しうる場合は長音符を使用し、同一語の表記不統一を統一した。（「海牙」「エイグ」の不統一は「ハーグ」に、「寿府」「ジュネヴァ」の不統一は「ジュネーヴ」に統一した。）

一、元の本では多くの片仮名語（そのほとんどが固有名詞）が「」で括られているが（前半においてはほとんどすべて）、この「」は、強調でもなく、引用でもなく、古い時代の慣習の残滓と見るべきもので、現在ではむしろなくもがなのものであるから、この版では削除した。又、鍵括弧内の鍵括弧は『』の使用で統一した。

一、出典文献名を括る「」の有無は原則としてそのままに表記した。又、出典文献等を示す丸括弧の直前に句点がある場合と直後にある場合の不統一は後者に統一した。

一、明らかな誤植と誤記（英文版に照らしてそう言える場合も含む）のうち一義的に訂正しうるものはそれと指摘することなく訂正した。（英文版も同様に訂正した。）

## 序 説

裁判長並びに裁判官各位

法は共通の義務意識である。

刑法は、これを見せしめたら罰を受ける義務を伴う、共通の義務意識である。

政治家は、共通の国際法上の義務意識の下に、その比類なく重要な任務を行う。

しかし政治家はこれまで、国際法上の義務に違反したら軍法によって専断的に刑罰を課せられるという共通の義務意識の下に、その任務を行ってはいなかった。

かかる刑事責任意識の存在しないことが、明白な事実であるがゆえに、かくのごとき刑法は成立していないのである。かかる刑事責任意識が存在すべきであるかどうかは本件には関係性が無い。かくのごとき法なきにかかわらず、刑罰が課せられるとすれば、それは無法なる暴力行為に外ならない。スピクマン教授やウォルター・リップマン氏のように戦略的立脚点から世界の政治

外交を眺め、かかる観点のみから三国軍事同盟（スピクマンはそれを世界情勢の論理的締結とした）の促進とか、「大東亜共栄圏」の樹立とかについて、共同謀議を行ったものが被告人のうちに仮りにあったとするならば、こうした行態はたしかにソ聯米国又は英国の感情を極度に刺戟する種類のものであるにちがいない。又世界政治に対するこうした行態は、戦争そのものの廃止を理念としつつ、軍備の撤廃を規定する日本国新憲法の明文及び精神とは氷炭相容れないものである。こうした政治的行態は心ある人々から見れば好ましからざるところであろう、しかしそれは言論及び結社の自由の範囲に属する事柄であって、国際法はこれを禁止し又はこれを犯罪とはしていないのである。又もしも日本政府の為した行為が、国際法上違法であって、日本があらかじめその判決に服することに同意した国際的機関によって、それが違法と宣言された場合、又は日本が敗戦した場合には、国民全体がその結果を甘受せねばならぬのである。日本国民は或いは損害を補填し、賠償を支払い、或いは領土を奪われることになる。かような場合において、日本の指導者がかれらの政治上の失策について、自国民に対して負う政治上の責任はまことに重且つ大である。しかしかれらの行為が国際法の法則に照らして犯罪を構成するかどうかは、これとは全く別個の問題である。もしそれが犯罪を構成するならば、同じような事態の下において、アメリカやイギリスやソ聯の指導者達も、国際法の定める刑罰をうけねばならない。しかしもしもそれが国際法上犯罪を構成しないのなら、国際法そのものの名において、かれらは無罪の宣告をうく

べきである。又国際法の認めるならかの犯罪を被告人が犯したことが合理的疑いをのこさぬ程度に証明せられない以上、かれらは無罪であると推定されるべきである。

本条例の犯罪規定が単に実力行為にすぎぬのなら、すなわち降服文書の条項と一般に承認せられた国際法上の法則にかかわらず、聯合國が発した命令にすぎないのなら、弁護側が国際法に照らして本条例の規定を論議することは、たしかに無駄な努力である。しかし、首席検察官の劈頭陳述によると、検察側もこうした立場に立つてはいない。被告人の行為が、聯合國政府の政策に基いて一方的に決定せられた犯罪規定に該当するがゆえにではなく、それらの行為が国際法上犯罪を構成するがゆえに、「有罪」の宣言が与えらるべきであるというのが、検察側の主張である。検察側は、かような立場から、その博識と犀利な論理を縦横に駆使しつつ、本条例の犯罪規定が現行国際法の法則を宣明したものであることを論証せんとしているのである。弁護側は、本条例の規定はこれを国際法に照らして解釈すべきであるとの検察側の見解に心から賛同する。しかしながら上述の犯罪規定が現行国際法を宣明したものであるとの見解には、絶対に承服できないのである。

ニュルンベルグ裁判においては、裁判所は条例の規定に関する検察側の解釈を一部排斥している。このことは弁護側の意を強うせしめるものである。弁護側の見解によれば、ドイツと日本とは事実的状态、従って又法的事態が全くちがっている。本裁判では降服文書と条例の規定との

関係を決定する、より大なる任務が裁判所に課せられているのである。又ニュルンベルグ裁判所の条例とは異なり、本裁判所条例は国際法の真の法則と原理を確定するがための便宜的指標にすぎぬので、被告人等の有罪無罪は国際法の真の法則と原理によってのみ定まるのである。

かくしてわれらは、首席検察官が一九四六年六月四日の劈頭陳述（英文記録三八三ないし四七五頁、特に三九四ないし四三五頁）中に解明された本条例の犯罪規定に関する解釈をば、逐一的に且つ全体として反駁するために、主として国際法との関連において該規定を論述する。われらはなるべく首席検察官による主張展開の順序を追うこととし、本論を次の八項目に分ける。

一、降服文書と本裁判所条例

二、共同謀議

三、侵略戦争

四、条約等を侵犯する戦争

五、殺人の罪

六、「通例の」戦争犯罪

七、個人責任

八、検察側の提唱する新国際法理論

なお最終弁論において検察側の提出した、新しい議論に対しては、第二部において別にこれを



反駁するであらう。

SAMPLE  
Shoshi-Shinsui.com

第  
一  
部

SAMPLE  
Shoshi-Shinsui.com

## 第一 降服文書と裁判所条例

ニュルンベルグ裁判の判決は、その裁判所条例の規定について次の如くいう。

「本裁判所条例の制定は、ドイツ国が無条件降伏をなした諸国の至上立法権の行使に他ならない。これら諸国が、その占領地に対して立法を行う権利をもつことは、従来文明世界の認めるところであることは疑いの余地がない。」（ニュルンベルグ記録一六八七一頁）。

ドイツ政府は、一九四五年五月連合国の征服によつて、国際法において通常用いられる用語に従えば、デバラチオによつて、消滅するに至つた。従つて連合国は、その完全な支配下にある地域に対して、主権を行使しうるのである。連合国は該地域においてその思うがままの統治を行っている。いわばルイ十四世のような専制君主の如く振舞うこともできる。従つて又、裁判所を設けて、自己の好まざる人物を、いわゆる事後の法律によつて、処罰することもできる。ただし、かかる事後立法禁止の法則は、正義の原則であつて、必ずしも連合国の主権を拘束するものではない。

いからである（ニュルンベルグ記録一六八七一頁）。いな、さらにすすんで、全然裁判を行わず行政処分によって、これらの人達を処断することもできるかも知れない。少なくともかくのごとき主権の行使は、国際法の原則に抵触するものではないともいえるかも知れない。それ故「侵略戦争の計画、準備もしくは開始がロンドン協定以前において、個人的責任を伴う国際法上の犯罪であったか否かを考慮することは、必ずしも当裁判所にとって必要」ではなかったのである（ニュルンベルグ記録一六八七一頁）。従つて、ニュルンベルグ判決における国際法上の論議は、英米法律家のいわゆる、オビタ・ディクタすなわち判決自体には必ずしもこれが必要としない附随的な論説である。少なくともニュルンベルグ判決は、右のような立論をその論拠とするのである。われわれは、連合国の各政府と日本政府との法的関係は、連合国とドイツとの間のそれとは、まったく異なる基礎の上に立つのだという明白な事実について、まず裁判所の注意を促そうとする。

連合国政府の権限、及び連合国によつて最高司令官として任命せられ、降服条項実施のため適当と認める一切の措置を執る権限を附与されたマッカーサー元帥の権限は、まことに広汎なものといえる。とはいえこれらの権限は、無制約的のものではない。マッカーサー元帥は、降服条項実施に適当且つ必要と認めらるる範囲において、至上権を附与されているにすぎない。それ故同元帥によつて代表せらるる連合国の地位は、ルイ十四世のそれに似たものではなく、むしろ、ウィリアム及びメリーのような近代立憲君主のそれに類似するものである。

ドイツと日本との間に存する、かかる法的地位の根本的相違は、休戦に至ったそれぞれの経緯の差違に基くのである。日本はドイツと異なり、降服当時未だ連合軍のじゅうりんするところとなっていなかった。日本本土はまだ占領されてはいなかった。なおしばらくはつよい武力抵抗を行って、連合軍に若干の損害を与えうる立場にあった。かかる状況の下において、日本政府は連合国の和平申入れを受諾することとなったのである。そして受諾の条件はポツダム宣言の条項に示されている。降服文書自体も正式に明文を以てポツダム宣言の条項を援用している。すなわち「下名はここに、ポツダム宣言の条項を誠実に履行すること、並びに右宣言を実施する為、連合国最高司令官の要求することあるべき一切の命令を発し、且つかかる一切の措置を執ることを天皇、日本政府及びその後継者の為に約す。」又「天皇及び日本政府の国家統治の権限は本降服条項を実施する為、適当と認むる措置を執る連合国最高司令官の制限の下に置かるるものとす。」とあるのがこれである。

右の文書は「降服文書」という形式をとってはいるが、日本軍隊の無条件降服のみならず、その他締約当事国を拘束する若干の条項を定めた一つの国際協定の性質をもつものである。

降服文書に基く連合国に対する日本国の義務が、無制限のものでなく、該文書の条項に限られているのであるならば、ドイツの場合とはちがひ、連合国各政府が、日本に対してなしうる要求には、一定の限度があるわけである。日本はこれらの制限の遵守を要求する権利を有する。そう

THE TOKIO TRIALS  
AND  
INTERNATIONAL LAW

Answer to the Prosecution's Arguments on International Law  
Delivered at the International Military Tribunal for the Far East  
on 3 & 4 March 1948.

SAMPLE BY  
KENZO TAKAYANAGI  
Shoshi-Shinsui.com

FORWORD .....	3
---------------	---

## PART I

1. THE INSTRUMENT OF SURRENDER AND THE CHARTER.....	6
“WAR CRIMES”	8
EX-POST FACTO LAWS — “JUSTICE”?	12
2. CONSPIRACY .....	16
3. WAR OF AGGRESSION .....	20
A. Is Aggressive War an International Crime?	20
(a) The United States	28
(b) Great Britain	31
(c) France	31
(d) Japan	32
B. AGGRESSIVE WAR AS A JURIDICAL CONCEPT	38
4. WAR IN VIOLATION OF INTERNATIONAL LAW, TREATIES, ETC. ....	43
5. MURDER .....	46
6. “CONVENTIONAL” WAR CRIMES .....	49
7. PERSONAL RESPONSIBILITY .....	51
8. THE NEW DOCTRINE OF INTERNATIONAL LAW PROPOSED BY THE PROSECUTION .....	62

## PART II

1. “WAR CRIMINALS” .....	66
2. THE PACT OF PARIS AND SELF-DEFENSE.....	69
3. CONSPIRACY .....	71
4. MURDER .....	75
5. “CONVENTIONAL” WAR CRIMES .....	77
6. LIABILITY OF THE DEFENDANTS .....	83
CONCLUSION .....	88

## FORWORD

Law is a common consciousness of obligation.

Criminal Law is a common consciousness of obligation coupled with an obligation to suffer penalties if it is disregarded.

Statesmen perform their transcendently important functions under a common consciousness of obligation under International Law.

But statesmen have not hitherto performed their functions under any common consciousness of obligation to suffer the arbitrary penalties of military law in case the obligations of International Law are broken.

The absence, *as a patent fact*, of any such common penal consciousness, prevents the existence of such a penal law. Whether there ought or ought not to be such a consciousness of penal liability is irrelevant. In the absence of such a Law, the imposition of such penalties would be nothing but lawless violence.

If any of the accused conceived, like Professor Spykman and Mr. Walter Lippmann, world politics and diplomacy in terms of military strategy, and ever conspired with others to promote the Triple Military Alliance (which to Spykman lay in the logical sequence of world events), or to establish a Greater East Asian Sphere of Common Prosperity in those terms of military strategy alone, such behavior might most certainly be offensive to the Soviet Union or the United States or Great Britain. Such an attitude towards world politics is indeed incompatible with the tenor and spirit of the New Constitution of Japan which provides for her total disarmament and is inspired by the ideal of abolition of the institution of war itself. But such political behavior, however unpalatable to enlightened minds, falls, in our submission, within the sphere of freedom of opinion and of combination which has not been banned nor declared a criminal offence by the law of nations. If any act done by the Government of Japan was illegal under international law or was declared so by an international body to whose determination she had agreed to submit, or, if Japan was defeated in her war, the entire nation would have to bear the consequences. She must pay reparations or indemnities or be de-



prived of territory as the case may be. In such cases the political responsibility of her leaders to the nation for their mistakes in policy would indeed be serious. However, whether their acts constitute criminal offences on the part of such leaders by the canons of international law is entirely a separate and distinct question. If they do constitute such offenses, American, British and Soviet leaders in similar situations should also be subjected to penalties provided by international law. If they do not constitute such offenses by that law these accused should be pronounced "not guilty." The accused must, in our submission, be declared innocent, unless it is proved beyond a reasonable doubt that they committed some criminal offense known to the established law of nations.

If the law of crimes provided in the Charter had been designed as an act of force, a fiat issued irrespective of the terms of the Instrument of Surrender and of the well-recognized rules of international law, it would be futile for the Defense to discuss the law of the Charter in the light of that law. Judging from the Opening Statement of the Chief of Counsel, however, that is not the position taken by the Prosecution. Its contention is that the accused should be declared "criminals" not because their acts fall under the formula of crimes unilaterally decided upon by the policy of the Allied Governments, but because they constitute criminal offenses under the law of nations. The Prosecution, therefore, endeavors with an ingenious display of learning and much logical acumen to prove that the law of crimes laid down in the Charter is declaratory of the current rules of international law. The Defense readily agrees with the Prosecution that the law of the Charter ought to be interpreted in the light of international law. They flatly deny, however, that the said law of crimes is declaratory of the law of nations.

It is a source of encouragement to the Defense that the Nuremberg Tribunal rejected some of the interpretations placed thereon by the Prosecution. It is respectfully submitted that inasmuch as the factual and the consequent legal situations in Germany and Japan are entirely different, the Tribunal here has the broader task of deciding on the relations between the Instrument of Surrender and the law of the Charter, and that the Charter, contrary to what was the case at Nuremberg, should serve only as a convenient guide for ascertaining the real rules and principles of international law, under which latter alone the guilt or innocence of the accused should be decided.

We propose, therefore, to discuss the criminal provisions of the Charter

mainly in their relation to international law, with a view to refuting *seriatim* and as a whole the interpretations placed upon them by the Chief of Counsel in his Opening Statement made on June 4, 1946 (Record, pp.383-475, esp. pp.394-435). As far as possible we shall here follow the order in which the Chief of Counsel developed the thesis of the Prosecution, and divide our discussion into the following eight sections:

1. The Instrument of Surrender and the Charter.
2. Conspiracy.
3. War of Aggression.
4. War in violation of International Law, Treaties, etc.
5. Murder.
6. "Conventional" War Crimes.
7. Personal Responsibility.
8. The new doctrine of international law proposed by the Prosecution.

SAMPLE  
Shoshi-Shinsui.com

## PART I

### 1. THE INSTRUMENT OF SURRENDER AND THE CHARTER

The judgment in the Nuremberg Trial concerning the law of its Charter states as follows:

“The making of the Charter was the exercise of the sovereign legislative power by the countries to which the German Reich unconditionally surrendered; and the undoubted right of these countries to legislate for the occupied territories has been recognized by the civilized world.”  
(Trans. p. 16,871)

The German Government ceased to exist in May 1945 through conquest by the Allies, or by what is commonly known as *debellatio* in the language of the law of nations. The Allied Powers could, therefore, exercise rights of sovereignty in the territories over which they had complete control. They could govern the country in whatever way they pleased. They could, if they liked, behave as an absolute monarch like Louis XIV. They could, if they were so minded, set up a Tribunal to punish those persons they disfavored by laying down an *ex-post-facto* law, the rule of abstention from such legislation being a principle of justice not absolutely binding on their sovereign authority. (Trans. p. 16,871). Or perhaps they might have gone further and disposed of them by executive action without any trial at all. At least such an exercise would not contravene the tenets of the law of nations. It was therefore:

“not strictly necessary for the Tribunal to consider whether or not the planning, preparation or initiation of an aggressive war was an international crime involving personal responsibility before the conclusion of the London Agreement” (Trans. p. 16,871).

The discussion of international law in the Nuremberg decision is, therefore, a Sort of *obiter dictum*, a display of learning which was not strictly necessary

for the judgment itself. That, at least, is the doctrine on which the Nuremberg decision is based. We respectfully direct the attention of this Honorable Tribunal to the undoubted fact that the legal relation between the Government of Japan and the Allied Governments is altogether on a different footing from that subsisting between Germany and the Allies.

The powers of the Allied Governments are indeed comprehensive, yet those powers are not unlimited. General MacArthur is invested with the supreme power only in so far as its exercise is deemed proper and necessary for the effectuation of the terms of the Instrument of Surrender. The Allies as represented by him are not, therefore, in a position similar to that of Louis XIV, but one resembling that of modern constitutional monarchs like William and Mary.

This basic legal distinction between the position of Germany and that of Japan is, of course, owing to the circumstances upon which the armistice was predicated. Unlike Germany, Japan was not at the time of its surrender overrun by the Allied forces. The Japanese mainland was still unoccupied and Japan was then in a position to offer strenuous armed resistance for some time to come, necessarily involving losses to the Allied forces. The Japanese Government consented in such circumstances to accept the peace offer of the Allies, the “terms” of which are laid down in the Potsdam Declaration. The Instrument of Surrender formally and expressly referred to the terms of that Declaration. That document states:

“We hereby undertake for the Emperor, the Japanese Government and their successors to carry out the provisions of the Potsdam Declaration in good faith, and to issue whatever orders and take whatever action as may be required by the Supreme Commander *for the purpose of giving effect to that Declaration.*”

“The authority of the Emperor and the Japanese Government to rule the State shall be subject to the Supreme Commander for the Allied Powers *who will take such steps as he deems proper to effectuate these terms of surrender.*”

The document styled the Instrument of Surrender is in the nature of an international agreement by which not alone the unconditional surrender of the Japanese Armed forces but several other terms are provided which are binding on the contracting parties. If Japan’s obligations to the Allied Powers under that Instrument are not unlimited, but confined to the terms of the

Instrument of Surrender, it naturally follows that, unlike the situation in Germany, there are certain limits to the demands which the Allied Governments can make of her. Japan is in duty bound to perform all the demands made by the Allies within those limits but, at the same time, it has a right to insist that those limits shall not be overridden. If so, there are corresponding duties involved which the Allied Powers too must observe. For no legal relation can be unilateral. And the criteria for those reciprocal rights and obligations are set forth in the terms of Potsdam Declaration constituting part and parcel of the Instrument of Surrender.

Do not the noble words of the Supreme Commander for the Allied Powers at the time of the surrender proceedings in Tokyo Bay stress the high importance of the strict observance by the victor and the vanquished alike of the understanding embodied in the Instrument of Surrender:

“It is not for us here to meet, representing as we do a majority of the people of the earth, in a spirit of distrust, malice or hatred. But rather it is for us, both victor and vanquished, to rise to that higher integrity which alone benefits the sacred purpose we are about to serve, *committing all our people unreservedly to the faithful compliance with the understanding they are here to assume.*”

The juridical basis on which this trial in the International Military Tribunal for the Far East is conducted lies in that term of the Potsdam Declaration, embodied by reference in the Instrument of Surrender, which says: “..... stern justice shall be meted out to all war criminals, including those who have visited cruelties upon our prisoners of war.”

### “WAR CRIMES”

Now, we respectfully request the Tribunal to consider the interpretation of the term, “war criminals” in above passage — not at this stage of the proceedings from the point of view of Jurisdiction, but from the entirely different one presented by the interpretation of the law of the Charter.

1. “War Crimes” and “war criminals” are well-established terms in the law of nations. War crimes, according to Oppenheim, are such hostile or other acts of soldiers or other individuals as may be punishable by the enemy on capture of the offenders (Oppenheim, *International Law*, Vol. II, 5th Ed. (1935) edited