

核兵器問題の主な論点整理：

国際人道法編

2023年5月 REC-PP-18

RECNA Policy Paper

レクナ ポリシーペーパー



Research Center for
Nuclear Weapons Abolition,
Nagasaki University(RECNA)

長崎大学核兵器廃絶研究センター(RECNA)

核兵器問題の主な論点整理：

国際人道法編

2023年5月 REC-PP-18

河合 公明 長崎大学核兵器廃絶研究センター（RECNA）教授
真山 全 大阪学院大学国際学部教授／大阪大学名誉教授
（執筆順）

※本稿で述べている見解は、筆者個人のものであり、筆者が属する組織を代表するものではありません。

はじめに

長崎大学核兵器廃絶研究センター（RECNA）は、日本学術振興会の科学研究費助成（基盤研究 B）による研究プロジェクト「安全保障を損なわない核軍縮」（研究代表者・吉田文彦）の成果として、『核兵器問題の主な論点整理：国際政治・安全保障編』をレクナ・ポリシーペーパーとしてすでに刊行している。その第二弾がこのレクナ・ポリシーペーパーで、タイトルは『核兵器問題の主な論点整理：国際人道法編』である。

法の存在価値を語る時、欠かせないキーワードが「法の支配」と言えるだろう。もともとは、国内の「公正で公平な社会」にとって「不可欠な基礎」として発展してきたもので、「全ての権力に対する法の優越を認める」という考え方である。この国内的価値が、パワーポリティクスが跋扈する国際社会にも次第に適用されるようになり、多くの課題を抱えながらも、「友好的で平等な国家間関係から成る国際秩序の基盤」となってきたと、2022年版『外交青書』は記した。

だが、ロシアによるウクライナ侵略が始まるなど、国際社会における「法の支配」をないがしろにする動きが相次ぎ、2023年版『外交青書』では強い懸念が示されている。たとえば、「国際社会においては、法の支配の下、力による支配を許さず、全ての国が国際法を誠実に遵守しなければならず、力又は威圧による一方的な現状変更の試みは決して認められてはならない」と強調している。

核軍縮・不拡散の分野でも「法の支配」よりも「力による支配」が広まる危険な風潮がある。今後、どのようにして「法の支配」を再構築・普遍化していくのか。この問いへの解を求める知的挑戦は、「核のない世界」を目指していくうえで、避けて通れないものである。ここで記す核兵器問題に関する国際人道法の主な論点が、核兵器問題の今後に関心を持つ大学生、大学院生、市民の皆さんの学びの一助になればと願っている。

長崎大学核兵器廃絶研究センター（RECNA）
センター長・教授 吉田 文彦

目次

はじめに

1. 核兵器の「使用の威嚇」と核兵器禁止条約の「使用するとの威嚇」禁止規定の意義
河合公明・・・・ p. 1
2. 自衛としてであれば核兵器使用は許されるか－差別適用論の妥当性
真山全・・・・ p. 8
3. 核兵器先制不使用宣言の法的意味性
真山全・・・・ p. 15
4. 国際的と非国際的の武力紛争
真山全・・・・ p. 19
5. 既存の兵器から隔絶して大きな破壊力を持つ故に核兵器は既存武力紛争法規則の適用を免れるか？
真山全・・・・ p. 22
6. 害敵方法規制からする核兵器使用の評価－その1－目標区別原則
河合公明・・・・ p. 24
7. 害敵方法規制からする核兵器使用の評価－その2－付随的損害
河合公明・・・・ p. 34
8. 害敵方法規制からする核兵器使用の評価－その3－付随的自然環境損害
真山全・・・・ p. 40
9. 害敵手段規制からする核兵器使用の評価
河合公明・・・・ p. 45
10. 害敵手段の条約による禁止の意義と限界
河合公明・・・・ p. 49
11. 核兵器使用へのジュネーヴ諸条約第1追加議定書適用可能性
河合公明・・・・ p. 55
12. 戦時復仇としての核兵器使用の評価－その1－直接の被害国による使用
河合公明・・・・ p. 61
13. 戦時復仇としての核兵器使用の評価－その2－被害を受けた交戦国のための共同交戦国による使用
河合公明・・・・ p. 67
14. 核抑止に関する諸国の国際法的評価
河合公明・・・・ p. 74
15. 東京地裁下田事件判決の評価
真山全・・・・ p. 81
16. 核兵器使用の合法性に関する1996年ICJ勧告的意見の評価
河合公明・・・・ p. 87
17. 核兵器禁止条約の評価－使用禁止規則の慣習法性
真山全・・・・ p. 94
18. 核兵器使用への人権及び環境の保護に関する条約の適用可能性
真山全・・・・ p. 98
19. 核兵器使用と戦争犯罪－国際刑事裁判所における処罰可能性
真山全・・・・ p. 101

著者紹介

1. 核兵器の「使用の威嚇」と核兵器禁止条約の「使用するとの威嚇」禁止規定の意義

河合公明

(1) はじめに

広島と長崎で使用された核兵器の威力に接したバーナード・ブローディは、核兵器を実戦では使うことができない「絶対的兵器」と見なした¹。ブローディの洞察は、その後、「核抑止」(nuclear deterrence)として概念化されていく。グレン・スナイダーは、核抑止の要素をなす抑止について、「何らかの制裁を加えるという脅しにより、自己の利益に反すると思われることを他者に思いとどまらせる力」と定義した²。政治学における「力」(power)の概念から見た抑止の本質は、自らにとって望ましくない相手の行動を思いとどまらせること—不作為—を目的に、相手の認識に働きかける点にある³。

核兵器と抑止が結びついて概念化された核抑止は、相手が受け入れがたいほど有効な反撃が自らの核兵器で行われるとの恐怖を相手に与え、自らに対する軍事的な敵対行動を相手にとらせないことと定義される⁴。その本質は、核兵器の使用の「威嚇」(threat)を通じて相手の行動を断念させることにある。核抑止において核兵器は、「使用」(use)よりも使用の「可能性」により、その保有国が敵対する相手国の認識に働きかける手段であり、核抑止政策はいわば核兵器を使わせないための戦略であるとされる⁵。

こうした論理に基づく核抑止の法的評価は、「武力による威嚇」(threat of force)を禁止する国連憲章第2条4項に照らして行われる⁶。国際司法裁判所(ICJ)は、「抑止力政策として知られる慣行」⁷について、「多くの国が冷戦の大部分でその慣行を堅持し、現在も堅持している」と指摘するにとどめ⁸、法的評価を慎重に回避した。他方でICJは、核兵器の「威嚇」が武力紛争で適用される国際法の規則、特に「人道法の原則と規則」に「一般的に反する」と判断している⁹。本項では、ICJが必ずしも詳細には検討しなかった「武力による威嚇」と核抑止の関係について検討を試みる。

¹ Bernard Brodie (ed.), *The Absolute Weapon: Atomic Power and World Order* (Harcourt, Brace and Company, 1946).

² Glenn H. Snyder, "Deterrence and Defense: A Theoretical Introduction," *Deterrence and Defense* (Princeton University Press, 1961), p. 3.

³ Glenn H. Snyder, "Deterrence and Power," *The Journal of Conflict Resolution* Vol. 4, No. 2 (1960), p. 165. スナイダーは一般に「政治力」(political power)を、「他者に物事を行わせたり、行わせなかったりする能力」(the capacity to induce others to do things or not to do things which they would not otherwise do or refrain from doing)と定義している。 *Ibid.*, p. 163.

⁴ 阪中友久「転換期の核抑止と軍備管理」日本国際政治学会編『国際政治』第90号(1989年)2頁。

⁵ Henri Meyrowitz, "Le Statut des Armes Nucleaires en Droit International - 1e part," *German Yearbook of International Law*, Vol. 25 (1982), p. 223.

⁶ 核兵器の使用を伴わない限り、核抑止の法的評価は国際人道法—*jus in bello*—の射程外となる。

⁷ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 254, para. 67.

⁸ *Ibid.*, p. 263, para. 96.

⁹ *Ibid.*, p. 266, para. 105 (2) E.

(2) 武力による威嚇

ロマナ・サドウルスカは、相手に不安や恐怖などの心理状態を作り出し、相手の行動に影響を与える行為である点に「威嚇」(threats)の本質を見出し¹⁰、それは相手の選択に対する意図的で大幅な制限または抑制を目的とした「強制」(coercion)の一形態であるとしている¹¹。この理解を踏まえるならば、武力を用いて相手に不安や恐怖などの心理状態を作り出し、相手の行動に影響を与える行為—強制—は、武力を用いた威嚇にあたるものと考えられる。用いられる武力が核兵器である場合、核兵器による威嚇にあたるものと考えられよう。

他方、国連憲章第2条4項は「武力による威嚇」を定義していないため、同項で禁止される「武力による威嚇」が具体的にはどのような行為であるかが問題となる。この問題について、まず核兵器の「保有」(possession)が、それに該当するという見解がある¹²。ICJはニカラグア事件判決で、条約上の規制がある場合を除き、軍備の問題は法的審査に馴染まないとした¹³。核兵器の合法性に関する勧告的意見でも、核兵器の保有が直ちに威嚇に該当するとの立場はとっていない¹⁴。核兵器の保有自体は、国連憲章第2条4項との関係で、直ちに合法性を問題にすることはできないものと考えられている¹⁵。

それでは、どのような場合が禁止される武力による威嚇に該当するのか。ICJはまず、武力による威嚇は「予期される武力の行使が違法ならばその威嚇も違法」であるとし¹⁶、「武力の行使」(use of force)と武力による威嚇を「一体」(stand together)として評価の対象としている¹⁷。その上で、国連憲章第2条4項に違反し、第51条の全ての要件を満たさない核兵器を用いた武力による威嚇は違法とする¹⁸。以上を踏まえると、ある国によってなされた武力の行使が国連憲章第2条4項に違反するものと評価され、第51条の全ての要件を満たさない場合、そうした状況下で核兵器を用いた威嚇を行うことは、第2条4項で禁じ

¹⁰ ロマナ・サドウルスカは威嚇の概念について、“an act that is designed to create a psychological condition in the target of apprehension, anxiety and eventually fear, which will erode the target's resistance to change or will pressure it toward preserving the status quo” であるとしている。Romana Sadurska, “Threats of Force,” *The American Journal of International Law*, Vol. 82, No. 2 (1988), p. 241.

¹¹ *Ibid.* またサドウルスカは強制について、フリードリヒ・ハイエクの定義を紹介している。ハイエクは、強制を、その人が自分自身の首尾一貫した計画に従ってではなく、「他人の目的に奉仕するように行動することを強いらられるような、他者による環境または状況または人の支配を意味する」と定義している。Friedrich A. Von Hayek, *The Constitution of Liberty*, the definitive edition, (University of Chicago Press, 2007), p. 71-72.

¹² *I.C.J. Reports 1996*, *supra* note 7, pp. 246-247, para 48.

¹³ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Judgement*, *I.C.J. Reports 1986*, p. 135, para. 269.

¹⁴ *I.C.J. Reports 1996*, *supra* note 7, pp. 246-247, para 48.

¹⁵ 森肇志「武力行使原則の射程」黒崎将広、坂元茂樹、西村弓、石垣友明、森肇志、真山全、酒井啓亘著『防衛実務国際法』(弘文堂、2021年)220頁。

¹⁶ *I.C.J. Reports 1996*, *supra* note 7, p. 246, para 47.

¹⁷ ヨラム・ディンスタインは、国連憲章のもとで違法とされる武力による威嚇は、「違法な(すなわち憲章に違反する)武力行使の予測(a projected use of force)」に関連する場合であると述べている。Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, sixth edition (Cambridge University Press, 2017), p. 91, para. 249.

¹⁸ *I.C.J. Reports 1996*, *supra* note 7, p. 266, para. 105 (2) C.

られる武力による威嚇として違法と評価される¹⁹。

(3) 核抑止における一般性

次に、核抑止は核兵器の「使用の可能性」(possible use)を内在する威嚇であり²⁰、可能性にとどまる点で「使用」(use)とは概念的に異なることから、武力による威嚇の合法性を武力の行使から切り離して検討してみよう。核抑止では、威嚇の相手や状況を特定していないという意味で、「一般性」(generality)を有している場合がある。そこでこの一般性に着目して、核抑止と第2条4項の「武力による威嚇」との関係について考えてみる。

核抑止にはまず、特定の相手に対する特定の状況への言及がないものがある。パトリック・モーガンが概念化した、「一般的抑止」(general deterrence)は、そのような抑止に相当するものと考えられる。モーガンは、ある国家が「広範な軍事力を維持」(maintains a broad military capability)し、攻撃に対する「懲罰的対応の広範な威嚇」(issues broad threats of a punitive response)をすることにより、いかなる相手からの攻撃も阻止することを一般的抑止と定義する²¹。武力の行使および武力による威嚇の適法性を規律する *jus ad bellum* においては、こうした一般的抑止は単なる「警告」(warning)として理解され²²、強制の一形態とされる武力による威嚇には該当しないものと考えられている²³。ICJが「抑止政策」そのものに対する法的評価は慎重に避けている背景には、この一般的抑止に関する法的評価があるものと考えられる。

これに対し、特定の相手に対する特定の状況における抑止も考えられる。モーガンが概念化した「直接的抑止」(immediate deterrence)は、そのような状況における抑止に相当するであろう。モーガンは、ある国家が軍事能力を持ち、相手が「攻撃を考え準備している」(contemplating and preparing an attack)ときに、その対象とされた側が「特定の相手を威嚇」(issues threats to a specific opponent)することを直接的抑止と定義する²⁴。武力攻撃の発生の有無を基準に、その適法性について考えてみよう。

特定の相手による武力攻撃の発生がなければ、国連憲章第51条に規定される「武力攻撃の発生」の要件を満たさないため、特定の相手に対する威嚇を自衛権により適法化はできな

¹⁹ この定式化に当てはまると考えられる事例に、2022年のロシアによるウクライナへの軍事侵攻におけるロシアの行為がある。2月24日、ロシアはウクライナへ軍事侵攻を行った。2月27日、プーチン大統領は自国が核兵器の保有国であることに言及し、核抑止部隊を高度の警戒態勢に置いた。これに対し国連は3月2日、総会決議 A/ES-11/L.1によりロシアの行為を「侵略」(aggression)と認定した。ロシアの行為が侵略という違法行為と認定されたことから、ウクライナやそれを支援する国に対してロシアが核兵器により威嚇する行為は、「武力による威嚇」に該当し違法であるものと解される。

²⁰ Dissenting Opinion of Vice-President Schwebel, *I.C.J. Reports 1996*, p. 314.

²¹ Patrick M. Morgan, "General Deterrence," *Deterrence Now* (Cambridge University Press, 2003), p. 9.

²² Sadurska, *supra* note 10, p. 267.

²³ Nikolas Stürchler, *The Threat of Force in International Law*, (Cambridge University Press, 2007), pp. 58 and 273.

²⁴ Morgan, *supra* note 21, p. 9.

い。つまり、憲章第2条4項が「武力による威嚇」を禁じていることから、ある相手が軍事能力を持ち、その相手が攻撃を考え準備している場合であっても、武力攻撃の発生がない限り、特定の相手を威嚇するための自国による核抑止—モーガンの言うところの直接的抑止—を適法化することはできないものと解される²⁵。

ただし、相手が「攻撃を考え準備している」段階について、攻撃を受ける可能性がある側がどのように認識するかという問題が存在する。そうした段階において、攻撃を受ける可能性がある側が、すでに相手は武力攻撃に「着手」しており、それゆえに武力攻撃が発生しているという認識に立てば、国連憲章第51条に規定される「武力攻撃の発生」の要件を満たすという考え方も成り立ちうるからである。これはつまり、武力攻撃の発生をどの段階で捉えるかという問題であると言えよう²⁶。

これに対し、特定の相手による武力攻撃が発生している場合には、武力攻撃を受けた側の武力による威嚇は、自衛権の行使の二つの要件である必要性および均衡性の要件に照らして適法性が評価されることになる²⁷。ニコラス・シュトゥルヒラーは、ある国が進行する武力攻撃にさらされ、威嚇が抑止となり相手からの武力攻撃を防ぐ場合を、自衛のために威嚇が正当化される例としてあげている²⁸。

(4) 核抑止における強制の度合い

次に、威嚇における強制の度合いに着目して考えてみよう。強制にはまず、自らの望む行動を相手にとらせるよう働きかける場合がある。これは相手に行動させること—作為—を企図するものであり、相手に行動させないこと—不作為—を企図する抑止とは概念の上で区別される²⁹。トーマス・シェリングは、相手の作為を企図する強制を「強要」(compellence)として概念化した³⁰。また強制には、相手をとった行動への対処として³¹、自らの望む行動を相手にとらせるよう働きかける場合も考えられる。こうした場合を、アレクサンダー・ジョージは「強制外交」(coercive diplomacy)として概念化した³²。ジョージは、強要との比

²⁵ 真山全「武力攻撃の発生と自衛権行使」『国家安全保障』第31巻4号(2004年)19頁。

²⁶ 同上22頁。

²⁷ *I.C.J. Reports 1996*, *supra* note 7, pp. 244-245, paras. 40-41.

²⁸ Stürchler, *supra* note 23, p. 273.

²⁹ Robert J. Art, "To What Ends Military Power?" *International Security*, Vol. 4, Issue 4 (1980), pp. 6-10. Robert A. Pape, *Bombing to Win: Air Power and Coercion in War* (Cornell University Press, 1996), p. 4.

³⁰ Thomas C. Schelling, *Arms and Influence* (Yale University Press, 1966), pp. 69-91.

³¹ Jack S. Levy, "Deterrence and Coercive Diplomacy: The Contributions of Alexander George," *Political Psychology*, Vol. 29, No. 4 (2008), p. 539.

³² Alexander L. George, "Coercive Diplomacy, Definition and Characteristics," Alexander L. George and William Simons (eds.), *The Limits of Coercive Diplomacy* (Westview Press, 1994), p. 7. パワーの延長で考えられているシェリングの「強要」と抑止の失敗の延長で考えられているジョージの「強制外交」は、ジャック・レヴィーも指摘するようにその区別は相対的ではあるが、概念的には区別されるものと考えられる。両者の異同については、以下を参照。

Levy, *supra* note 31, pp. 539-540. 土山實男『安全保障の国際政治学 焦りと傲り(第2版)』(有斐閣、2014年)250-252頁。土山實男「危機管理の理論とその変容—冷戦からポスト・ポスト冷戦へ」木村汎編『国際危機学 危機管理と予防外交』(世界思想社、2002年)9-11頁。

較において強制外交は「防御的」(defensive)で「柔軟」(flexible)であるとしている³³。

強要や強制外交に相当するような行為の場合にも、特定の相手による武力攻撃の発生の有無を適法性評価の基準として考えることができる。まず、武力攻撃の発生がない場合における強要について考える。この場合、そもそも国連憲章第51条に規定される「武力攻撃の発生」の要件が満たされていない。シュトゥルヒラーは国家実行に関する実証研究から、相手に作為を強制する強要は「違法性の強い指標」(a strong indicator of unlawfulness)たりうると述べている³⁴。さらにシュトゥルヒラーは、歴史的に見て戦争に至らない強制を伴う措置は、相手の譲歩を引き出すためのものであることが多いことを指摘している³⁵。この指摘は、国連憲章第2条4項の「武力による威嚇」禁止規定の存在意義が、武力の行使に至らない強要のような行為の法的評価を可能とする点にあることを示唆している³⁶。

これに対し、特定の相手による武力攻撃が発生していれば、モーガンによる直接的抑止に相当する状況が生じているものと考えられる。まず、ある国が進行する武力攻撃にさらされて劣勢に置かれ、核兵器の使用の「威嚇」により特定の相手に戦闘の停止を「強要」することが考えられる。先に言及したように、シュトゥルヒラーは、こうした場合を自衛のために威嚇が正当化される例としてあげている³⁷。次に、自国による限定された規模の核兵器の「使用」により、戦闘の停止を相手に「強要」することが考えられる。「エスカレーション抑止」(escalate to de-escalate)³⁸に相当すると考えられるこうした行為に対しては、実際に核兵器が使用された場合には、国際人道法の基本原則に照らした評価—*jus in bello* 上の評価—が行われるが、自衛権の必要性および均衡性の要件を満たすかという点—*jus ad bellum* 上の評価—も問題になる。言うまでもなく、必要性および均衡性の要件を満たさない場合には、違法の評価を受ける。

それでは、相手がすでにとった武力攻撃に至らない軍事的行動に対する対処として、自国またはその同盟国により核兵器を用いた「強制外交」が行われた場合、その適法性はどう評価されるであろうか。例えば、核兵器を保有するある国(A)が、核兵器を保有しない国(B)

³³ George, *Ibid.*, p. 7.

³⁴ Sturchler, *supra* note 23, p. 61. 現代の国際法では、強制による条約は無効とされる(ウィーン条約法条約第51条)。

³⁵ *Ibid.*, p. 57.

³⁶ シトゥルヒラーは、「武力による威嚇が適切に理解されるならば、それが単なる武力の行使の準備ではないことを示す基準として、強制という概念は有用である。…武力による威嚇は、各国が自国の核心的利益に係わる問題への影響力を争う状況において、それ自体が外交政策手段である。こうした国連憲章の本来の読み方は、国連に与えられた機能を強化することを意図しており、無視すべきではない」と述べている。*Ibid.*, p. 61.

³⁷ *Ibid.*, p. 273.

³⁸ エスカレーション抑止はロシアの核戦略であるとされ、一般に、1) 進行中の紛争においてロシアが劣勢に陥った場合、敵に対して限定された規模の核攻撃を行って戦闘の停止を強要する、2) 進行中の紛争や予期される紛争に米国等の大国が関与してくることを阻止するために限定された規模の核攻撃を行うものと理解されている。小泉悠「ロシアの核・非核エスカレーション抑止概念を巡る議論の動向」『「大國間競争時代のロシア」研究プロジェクト報告書』(日本国際問題研究所、2021年)93頁。

に対して武力攻撃に至らない軍事的行動をとった場合に、B の同盟国で核兵器を保有する国 (C) が A に向けて B に提供する拡大核抑止に明示的に言及することは、どのような法的評価を受けるかという問題である。

この場合、A による武力攻撃が発生していると評価されない限り、C は B と共に集団的自衛権を行使する段階にはない。核兵器の使用の威嚇を背景とした C の行為は、ジョージが概念化した「強制外交」に相当するものと考えられるが、シェリングが概念化した「強要」よりは強制の度合いが弱いとされる。しかしながら強制外交が防御的であるとの理解に立ったとしても、A による武力攻撃が発生していない限り、核兵器の使用の威嚇を背景とした C による行為は、国連憲章第 2 条 4 項の「武力による威嚇」禁止規定に照らし適法化は難しい。こうした状況における強制外交も、「違法性の強い指標」たりうる点において強要と異なるところはないものと考えられる。

(5) 核兵器禁止条約による威嚇の禁止—おわりにかえて—

2021 年 1 月に発効した核兵器禁止条約 (TPNW) は、核兵器の「使用するとの威嚇」(threaten to use)を禁止した³⁹。同条約が軍縮国際法であるがゆえの画期的な規定である。ただし「合意は拘束する」の原則⁴⁰により、TPNW の非締約国はこの禁止に拘束されない。

TPNW の交渉会議で当初示された草案では、「使用」のみが禁止され「威嚇」の禁止は含まれていなかった⁴¹。しかしながら、威嚇を禁止すべきとする交渉会議参加国からの声を受け、修正草案では使用のみならず威嚇もまた禁止項目に含まれ⁴²、この修正を踏まえて TPNW が採択された。ただし交渉会議の過程では、「いかなる場合にも」核兵器その他の核爆発装置を「使用するとの威嚇」を行わない義務の範囲に関する合意はみられず⁴³、同条約第 1 条 (d) は何がそれに該当するかを定義していない。そのため、何が「使用するとの威嚇」に該当するかが問題となる。国連憲章上では、兵器の使用の威嚇の法的評価は、「武力による威嚇」を禁止する第 2 条 4 項に照らして行われる。ただし同項も「武力による威嚇」を定義していないことは先に指摘した。そのため、同項で禁止される「武力による威嚇」と核兵器禁止条約第 1 条 (d) で禁止される「使用するとの威嚇」の異同および両者の関係も問題となる。

スチュアート・ケイシー＝マスレンは、核兵器その他の核爆発装置を「使用するとの威嚇」

³⁹ Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, 7 July 2017, Article 1(1)(d), at https://treaties.un.org/doc/Treaties/2017/07/20170707_03-42_PM/Ch_XXVI_9.pdf, accessed March 7, 2023.

⁴⁰ Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), 23 May 1969, 1155 UNTS. 331, Article 26.

⁴¹ UN Doc. A/CONF.229/2017/CRP.1, 22 May 2017, Draft Convention on the Prohibition of Nuclear Weapons, Article 1(1)(d), <https://www.reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/nuclear-weapon-ban/documents/CRP1.pdf>, accessed April 12, 2023.

⁴² UN Doc. A/CONF.229/2017/L.3, 3 July 2017, Draft treaty on the prohibition of nuclear weapons, Article 1(1)(d), at <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N17/185/39/PDF/N1718539.pdf?OpenElement> accessed April 12, 2023.

⁴³ Stuart Casey-Maslen, *The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons: A Commentary* (Oxford University Press, 2019), p. 155, para. 1.77.

は、「宣言」または「行為」により、当該兵器その他の核爆発装置が近い将来、他の国家に対して、またはその領土で使用されることを「表明」または「暗示」し、その威嚇が「信憑性がある」ものでなければならないとしている⁴⁴。もっとも TPNW では、核兵器に関わる活動が包括的に禁止されるとともにその「占有」(possess) が禁止され (第 1 条 1 項(a))、「使用」(use) も禁止されていることから (同(d))、一般的抑止であれ直接的抑止であれ、そもそも核抑止は不可能であるとも考えられる。それゆえ、TPNW において核抑止は当然に禁じられていると解することも可能であろう⁴⁵。

⁴⁴ *Ibid.*, p. 156, para. 1.82.

⁴⁵ 山田寿則は、核兵器を使用するとの威嚇が「核抑止政策・体制を直ちに禁止しているかは必ずしも明らかではない」としつつ、核兵器の使用も占有も禁止されていることからすれば、締約国による「核抑止政策・態勢はその信憑性や正当性が大きく損なわれることになる」と指摘している。山田寿則「解説 核兵器禁止条約 (TPNW) 第 3 回 禁止規定 (第 1 条) について (上)」『反核法律家』第 99 号 (2019 年) 31 頁。

2. 自衛としてであれば核兵器使用は許されるか—差別適用論の妥当性

真山全

(1) 武力紛争法の差別適用

侵略を撃退するための自衛ならば核兵器使用が許容されるかという問題がしばしば議論される。これは、自衛権行使国の武力行使は適法なのであるから、その自衛を全うするためにより大きな行動の自由を与えるべきかに関する議論といえるが、武力紛争法の観点から言い換えれば、自衛ということのみから核兵器使用に関する武力紛争法上の制限を緩和してよいという差別適用の妥当性を問うものである。

武力紛争が発生した場合に、自衛権行使といった *jus ad bellum* からして適法な武力行使をなす国の *jus in bello* 上の、即ち武力紛争法上の義務を免じるか、又は、*jus ad bellum* 上、侵略その他の違法とされる武力行使に訴える国の武力紛争法上の権利を否定又は制限するような適用方式を武力紛争法の差別適用という。武力行使が *jus ad bellum* 違反となるか否かにかかわらず、武力紛争当事国の武力紛争法上の権利義務に差異を設けずにこれを適用することを平等適用と称する。

つまり差別適用論は、武力行使の適法性に関する *jus ad bellum* からする法的評価を武力紛争中のその当事者の敵対行為を規律する規則群である *jus in bello* の適用に直接反映させるものである。平等適用論は、*jus ad bellum* と *jus in bello* は異なる次元で機能するものとし、前者からする評価を後者に適用では考慮しない。

戦争その他の武力行使が違法化される前のいわゆる無差別戦争観の時代、すなわち大体において 18 世紀頃から 20 世紀前半にあつては、戦争を自由になしうる場合があつた。戦争に訴える自由を認めるとすれば、そのいずれの当事国も適法な戦争を遂行していることになり、「どちらも悪くない」状態を見るから、戦争法又は戦時国際法と当時呼ばれていた武力紛争法の差別適用は考えられなかった⁴⁶。

しかし、武力行使や戦争を国際法が違法にってしまうという「武力行使の違法化」が 20 世紀初頭から徐々に進展し、1945 年の国連憲章の第 2 条 4 項によって完成する。そうになると、現実に武力行使が生じ、武力紛争になれば、双方の当事国ともに適法に武力を行使していることは理論上ありえず、少なくとも一方の当事国は違法な武力行使に訴えていることになる。この場合には、違法な武力行使に訴える国の戦闘行為その他の敵対行為は全て違法と評価されるはずであるから、敵対行為を規律する武力紛争法も侵略国に不利に適用すべ

⁴⁶ 国際法上の戦争を構成しないような平時復讐や自衛権行使の場合には、それが向けられる相手方の国際法違反があることになるので、それに基づき武力紛争法の差別適用がありえたともいえるが、そこでも平等適用が普通であった。

きであるという差別適用論が必然的に発生する。

差別適用であれば、例えば、侵略国軍将兵は、侵略という違法行為をなしているのだから、それが捕らえられても捕虜として保護されるべきではなく、敵対行為参加それ自体を以って法的責任を追及できるということになる。平等適用をこの場合にもするのなら、侵略国軍将兵も捕虜として扱われる。

(2) 国際的及び非国際的の武力紛争と差別適用

差別適用論は、国際的武力紛争(international armed conflict)についてのみ意味を持つ。武力紛争の内、国家と国家の間、一国の政府とそれにより交戦団体と承認された反徒の間、及び一国の政府と自決権行使団体の間に生じるものを国際的武力紛争という。これら三種の武力紛争は、武力紛争法の観点からすれば対等なもの同士のそれとみなされ、対等なもの同士であるが故に相互に敵対行為に訴えることが許容される。敵対行為が法的にできるのであるから、そのやり方を定める規則も存在しえると考えられてきた。差別適用か平等適用かの議論は、対等当事者の存在を前提とし、その上で、*jus ad bellum* からの評価を武力紛争法の適用において考慮するか否かというものであるから、武力紛争法の全面的適用をなしうる国際的武力紛争の事態でなければ意味を持たない。

他方の非国際的武力紛争(non-international armed conflict)とは、典型的には一国の政府と上記以外の種類の反徒の間の内戦(internal armed conflict, civil war)である。最近では、国家とその領域の外にある非国家的集団との間の武力紛争も、それが国境を跨いでなされるとしても非国際的武力紛争であるという評価がかたまつた。非国際的武力紛争が国際的武力紛争と決定的に異なるのは、非国際的武力紛争を戦う国家の政府と反徒等の非国家的集団は相互に対等な関係にないことである。政府は法執行として反徒を制圧できるが、反徒の全ての行為は反逆罪その他の国内刑法上の処罰対象となるのであって、国際法もこうした非対等性を前提とした政府による反徒処罰を許容する。つまり、国際法から見ても警察官と犯罪者の間に生じる暴力行為と変わらないから、後者には暴力行使に関する法的な権利や資格は与えられていない。こうした完全に差別的な状況になじまない害敵の方法や手段に関する武力紛争法の諸規則、即ち、ハーグ法(Law of The Hague)は、特別の条約や慣習法で適用が求められる場合を除き非国際的武力紛争への適用が原則としていない。

非国際的武力紛争は主に国内法で規律され、その国内法において非国際的武力紛争の当事者は相互に対等ではないが故に国内法規則も差別的になっているのである。従って、非国際的武力紛争における武力紛争法の適用をわざわざ差別適用という必要もない。

(3) 戦数論、相互主義的適用、及び戦時復讐との相違

武力紛争法上の制限から免れようとして、差別適用論の他に戦数論、相互主義的適用や戦

時復仇が主張されることがある⁴⁷。これらは差別適用論とは全く異なる構成で制限からの解放を説明しようとするものである⁴⁸。

戦数論とは、法の想定を超える状況が生じれば当該の法の制約が解除されるとの理論である。*jus ad bellum* や *jus in bello* はいずれも当事国の武力行使や武力紛争の遂行上の必要、即ち実力によって自己の意思を相手方当事国に強要するため一定の行動の自由を確保するという必要を考慮するが、その自由の限界も設定している。戦数論は、そうした規則の想定を超える軍事的必要が生じた際には法は拘束的ではなくなるとして、その限界を撤廃するという理論といえる。しかし、戦数論には以前から批判があり、肯定的な評価は稀である。何故なら、軍事的必要として考慮すべき事情は全て *jus ad bellum* と *jus in bello* に織り込み済みであるから、それらの制約から免れるために重ねて軍事的必要の援用を許容するなら無法状態を現出させるに同じになるからである。

相互主義的適用と戦時復仇は、いずれも相手の違反があった場合にこちらも類似の行為に及びうるとする点で似ているが、違反に対応してとられるこちらの行為の法的性格において相違がある。

相互主義的適用とは、相手が規則を遵守しない場合には、こちらもその規則に拘束されないというものである。法の拘束性自体を相手の遵守状況にかからしめるものであるから、規則がなくなるに同じといえる。戦時復仇は、相手の武力紛争法違反があれば、こちらもその規則の違反に訴えることができ、こちらの違反の違法性は阻却されるというものである。相互主義的適用とは異なり、戦時復仇では規則の拘束性を否定せず、先行違法行為があればこちらの違反の違法性が阻却されると説明する⁴⁹。

⁴⁷ 総加入条項も武力紛争法の条約規則の適用を排除する効果を持つ。総加入条項とは、武力紛争関係条約中に挿入される条項で、武力紛争の全当事国がその条約に入っていない場合には、条約締約国間においてもその適用をしないと定めるものである。総加入条項のため、武力紛争の全当事国の武力紛争法上の権利義務がいわば均一化されることになる。他方、条約の適用範囲が狭められることになるので、今日の武力紛争法関係条約では総加入条項は設定されていない。総加入条項は、規則の適用を最初からなかったことにするものであるから、その点において一旦適用されることになった規則の拘束性を後の事情から否定する差別適用、戦数論、相互主義や戦時復仇とは異なる。

⁴⁸ これらは、武力紛争法の平等適用を前提としている。

⁴⁹ 復仇は相手の違法行為に対して同様の違法行為をもって応え、相手を法遵守に戻らせることをいう。この内、武力を用いての復仇として平時復仇(*pacific reprisals*)と戦時復仇があった。平時復仇をより広く武力によらないものも含める場合もあったが、武力紛争法以外の国際法規則の違反に対し武力行使で対抗することを指すことが多かった。例えば、相手国の賠償金未払という違法行為に対して占領や封鎖で応えるといったことである。この種の復仇によっては国際法上の戦争状態を成立せしめないで平時復仇といわれたのである。今日では復仇は対抗措置(*countermeasures*)と呼ばれている。対抗措置に訴えることは一般的に認められるが、武力行使を伴う平時復仇は、国連憲章による武力行使違法化達成に伴い適法とはされなくなったとするのが多数説である。結局、武力紛争法以外の規則の違反への武力による対応が認められるのは、武力攻撃の場合の自衛権行使のみということになる。武力紛争法違反に対し同じくその違反で応える戦時復仇の方は、武力行使違法化という *jus ad bellum* における変化の影響を受けずに依然として *jus in bello* の枠組内で適法なものとしてされている。武力行使違法化で戦時が観念できなくなったのに戦時復仇というのは妙であるが、以前の呼称が維持されている。条約や慣習法により特別の制限が設定されていない限り、戦時復仇は適法であり、武力紛争法の履行確保として重要な機能を果たす。

相互主義的適用は、規則の拘束性を失わせるが、相手も法からの利益を失うので相手に法遵守を再開させる契機になる。戦時復仇もその点は同じであって、いわば「目には目を」式の不利益を相手は被るため、相手の違反を抑止し、違反を中止させる効果を持つ。

なお、戦時復仇は、武力紛争法の違反に対する復仇として説明されることに留意が必要である。*jus ad bellum* 違反に対して *jus in bello* の違反で応えることは認められていない。侵略国は *jus ad bellum* 上違法な武力を行使しているからといって、これに対し戦時復仇を向けることはできない。例えば、日本が第 2 次世界大戦で違法な武力行使をなしたからといって、日本に対する原子爆弾投下を戦時復仇として適法化することはできない。

(4) 差別適用論の否定

武力行使違法化は国連憲章によって完了した。武力行使違法化という近代国際法を現代国際法に変貌させるような *jus ad bellum* 上の一大変化は *jus in bello* 適用にも影響し、国際的武力紛争に係る武力紛争法は差別的に適用されるべきであるというのは、法理的には妥当にすら感じられる。武力行使違法化の状況で侵略国の武力紛争法上の権利行使を肯定すれば、違法行為から権利が生じることになるからである。しかし、国連憲章体制下でも武力紛争法は平等に適用されるというのが通説である。そこで何故今だに平等適用であるのかの説明が求められる。その理由は実際的なものである。

いずれの武力紛争当事国も自国による武力行使や武力紛争遂行は、*jus ad bellum* 上適法であると主張する。国連憲章第 24 条で平和と安全の維持について主要な責任を負うとされる安保理事会や、1950 年の平和のための結集決議で国際の平和と安全の維持に関する機能を補充された国連総会によって侵略行為、平和の破壊、又は平和に対する脅威の存在が認定されるのは稀であるが、それによって違法な武力行使に訴えたと非難される国ですら自国の武力行使は適法と主張し続けるのが常である。武力紛争当事国の双方が自国の武力行使の適用性を主張する状況で武力紛争法を差別的に適用すれば、相互に相手方の武力紛争法上の権利を否定することになるから、武力紛争法は機能しなくなる。そうすると、捕虜や文民も武力紛争法上の保護を喪失することになりかねず、人道的な見地から深刻な事態となる。この人道上の必要という実際上の必要から平等適用が維持されているといえる。

第 2 次世界大戦後の武力紛争で差別適用がいわれた事例がないわけではない。朝鮮戦争の際に米軍や韓国軍その他から成る国連軍は国連決議に基づき行動しているのであるから、それに有利な差別適用をすべきと米国際法学会が述べたのはその例である。また、ベトナム戦争で北ベトナムが米軍機搭乗員を捕らえた際に、米は侵略国であってその将兵は捕虜としては保護されないと示唆したことがある。近くでは、2022 年からの露ウクライナ戦争において軍事目標と民用物の隔離の義務にウクライナが反している可能性を指摘された際に、同国は自国が侵略の犠牲国であるにもかかわらず、隔離義務の条約通りの実施を求められたことに反発したのは差別適用的な反応であったといえる。しかし、結局は多くの場合で平

等適用がなされたと考えられ、国家実行が平等適用を支持していることに間違いはない⁵⁰。

但し、武力紛争法が平等に適用されても、*jus ad bellum* 違反の違法な武力行使の結果生じた損害については賠償を請求でき、武力紛争法上は合法的な行為であったとしても国家の国際責任の追及は別途なされうる。武力紛争後の処理はその意味では *jus ad bellum* 上の判断に戻るといえる。

(5) 平等適用論とその理論上の脆弱性－人道的介入の場合

武力紛争法を差別的に適用するとその規制を實際上無意味にし、武力紛争犠牲者保護という人道的な要請にも反する結果となる。こうして人道的な理由から平等適用が通説となっているが、実際的理由から支持されているというのは、理論的には脆弱であるということの裏返しである。つまり、武力紛争犠牲者保護という人道的な要請を上回る別段の人道的な要請が生じれば、その新たな要請から差別適用に転換してしまう可能性があるのである。

例えば、ある国の領域内に居住する特定の集団に対する当該領域国による集団殺害(ジェノサイド)を阻止するための他の諸国によるいわゆる人道的介入としての軍事行動が開始される際に、武力紛争法が攻撃を禁止している目標を破壊しないと集団殺害を効果的に阻止できない状況が認められるかもしれない。その場合には、集団殺害阻止のため、武力紛争当事国の一方のみに武力紛争法からの逸脱を許容することができるかの問題が生じる。武力紛争犠牲者保護の確保という人道的な観点から武力紛争法は平等に適用されるべきとしても、その差別適用が集団殺害阻止という別の人道的目的から求められるのであれば次元の異なる二つの人道的な要請が衝突する⁵¹。

この場合に前者の人道的な要請から平等適用が貫徹できるであろうか。よく引かれる例は、集団殺害罪や人道に対する犯罪を扇動する文民運営の放送局の破壊である。扇動のみで放送局がジュネーブ諸条約第 52 条 2 項の定義する軍事目標にならない場合でも、集団殺害阻止のためにはその破壊が不可欠と判断されたとすれば、放送局という民用物とそこにある文民放送従事者の保護という人道的な要請よりも集団殺害対象の集団の保護という人道的な要請を優位させたことになり、それは次の意味で差別適用といえることができる。つまり、人道的介入先の民用物たる扇動放送局の破壊をこうして許容する一方、人道的介入を行う側の国の領域にある民用物たる放送局の破壊は引き続き違法とされるからである。セルビアや

⁵⁰ この立場を確認した比較的新しい例としてニュージーランドが国際刑事裁判所規程批准時に付した宣言がある。

⁵¹ 自国内にある自国民に壊滅的な損害が発生することを阻止するためならば、敵国にある核弾道弾発射基地を核兵器で攻撃し、それにより相手国民に大きな付随的損害を与えても構わないかの問題がここでいう二つの異なる人道的な要請の対立の問題、つまり二つの文民集団のどちらを助けるかの問題であると考えられるのは誤りと考えられる。この場合には、自国民が核攻撃から免れることを核弾道弾発射基地を核兵器で破壊することから得られる軍事的利益として扱うことができると仮定すれば(自国民被害軽減をそのように扱えないとの異論もあるが)、それが相手国民に生じた付随的損害と比較されることになる。この場合には二つの人道的な要請の衝突ではなく、自国民を防護する軍事的必要性和敵国民に過度の付随的損害を与えないという人道的な必要の対立ないし調整の問題となる。

リビアに対し NATO 諸国により 1999 年と 2011 年にそれぞれなされた爆撃との関連で正にこうした問題の存在が指摘された。

人道的介入のために武力紛争法が禁止する方法で核兵器を使用しなければならないという状況が発生することは容易には想像できないとしても、平等適用が実際的な人道的要請に基盤を持つのであるから、別種の人道的要請が生じた際にその貫徹が困難になるかもしれないことに留意したい。

(6) 自衛の場合における核兵器使用

自衛か侵略かといった *jus ad bellum* からする武力行使の法的評価とは無関係に武力紛争法が適用されるという平等適用からすれば、自衛権行使国であるが故に武力紛争法上の制限から免れることはないはずである。人道的介入におけるような異なる人道的要請間で選択が求められる場面では平等適用が揺らぐことがあるかもしれないが、ここは自衛権行使故の差別適用がありうるかであって、人道的要請からの差別適用ではなく、*jus ad bellum* 上の評価を武力紛争法の適用に反映させうるかの古典的な問題である。それへの回答は、通説からすれば否定的である。この差別適用の否定を疑う見解は稀であった⁵²。

しかし、1996 年に出された国際司法裁判所(ICJ)の核兵器の合法性に関する勧告的意見によってあらためて差別適用に関する議論が生じた。この勧告的意見はその主文 E 項後段で、「国家の存続そのものが危うくなる自衛の極限状態では核兵器の威嚇又は使用が合法か違法かを確定的に判断できない」と述べた。E 項前段では核兵器使用が武力紛争法に一般的には反すると判断したから、前段内でも例外的に武力紛争法に反しない核兵器使用があると読めるかが議論になったが、これとは別に E 項後段では「自衛の極限状態」に言及した⁵³。

主文 E 項後段が自衛である場合には核兵器使用が合法か違法か判断できないとしたのであるから、差別適用の可能性をそこに見出しようとも思えた。しかし、勧告的意見では自衛権行使であっても武力紛争法に合致する必要がある旨を論じている箇所が他にある。E 項後段は、自衛の要素に加えて極限状態に言及しているから、法が予定しないような緊急の場合に法の拘束を解くという戦数論に近い考えをとったのかもしれない。

自衛の極限状態では武力紛争法の諸規則がそのまま適用されないとは ICJ は断言してはいないのであるが、そのまま適用される訳ではないと解する余地も排除しなかったため、これまでの通説的な立場とは異なる見解をとったことになろう。なお、ナチスのような集団の世界支配を阻止するためであれば、武力紛争法上の制限にかかわらず、極限状況においては自己保存の至上の権利を行使して国際法に合致しない方法で核兵器を使用できるという

⁵² 私は武力紛争法は自衛権行使を棄損しないと従前から主張する。私が第 1 追加議定書及び国際刑事裁判所(ICC)規程の締約国となる際にもそのような宣言を行った。これが自衛権行使の場合の差別適用をいうかは必ずしも明らかではないが、武力紛争法は自衛権行使を棄損しないとといった言い方を条約批准時等に公然とする国は稀である。

⁵³ *ICJ Reports 1996, supra note 7, para.105.*

主張がなされたことはあり⁵⁴、E項後段はそれをも想起させた。

核兵器国の核兵器使用方針において、他に手段のない緊急の状態での核兵器使用が言及されることがあるとすれば、ICJ 勧告的意見のそれらへの影響について改めて検討する必要がある。もともと、核兵器国は核兵器使用が武力紛争法に一般には反するとは考えていないとすれば、緊急のないし極限的な状態でのみ使用が適法となりうるとは考えていないということになる。その場合には、他に手段のない緊急の場合のみに使用を限定するというのは法的な要請からではなく、政治的自制ということになる。

⁵⁴ H. Lauterpacht ed., *Oppenheim's International Law*, Vol.2, 7th ed., 1952, p.351.

3. 核兵器先制不使用宣言の法的意味性

真山全

(1) 核兵器使用を制限する国の一方的宣言－権利や自由の制限と義務の制限

核兵器先制不使用といった核兵器使用の制約条件を自ら設定し、それを宣言によって内外に表明することがある。こうした宣言はそれを発出した国を法的に拘束するであろうか。

国際法の法源は、条約、慣習国際法及び法の一般原則とされ、一方的宣言はそれ自体として独立した法源には含まれないとするのが一般的見解である。しかし、一方的宣言であって拘束性を帯びる場合もあるのかについては様々な議論がある。一方的宣言でも拘束性を帯びるといえるのであれば、宣言に反した場合に關係する諸国は、宣言国を法的に非難でき、その国際責任の追及もありうることになる。法的拘束性がなければ、宣言は単に政治的な意味しか持たなくなる。核兵器使用制限を自ら設定する宣言といった国家の存続にかかわる重要性をもつ宣言の意義については、国際法からすれば一方的宣言の法効果の問題として扱われよう。

一方的宣言によって宣言国の国際法上の権利又は自由を行使するとしたり、逆にこれをなさないと表明したりすることは勿論妨げられない。権利や自由であればそれを行使する義務はないから、それをするしないも当然に宣言できる。従って、そこでの問題はどのような権利や自由の不行使を法的義務として自ら課したか否かになる。

他方、国の国際法上の義務を自ら制限する旨を宣言しても、その義務から免れることはできないのはいうまでもない。従って、国際法上確立した義務をなさないとの一方的な宣言は法的効果を持たない。状況によっては義務の不遵守の表明のみで国際責任を生じる。従って、核兵器先制不使用宣言の意義も宣言が想定する核兵器使用が国際法上どのように評価されているか次第となる⁵⁵。

(2) ICJ 核実験事件判決

一方的宣言の法効果が注目されるようになったのは、1974年のICJ核実験判決からであると思われる。豪とニュージーランドがそれぞれ仏の大気圏内核実験の停止を求めてICJに提訴したこの事件では、仏が今後は大気圏内実験をせずに、地下核実験のみとすると宣言したことから、ICJは、そうした表明が公に且つ拘束される意図をもってなされたとし、法的効果を持つ約束を構成すると判示した。その上で原告国の訴訟目的がそれによって消滅したと述べた⁵⁶。但し、ICJが一方的宣言の拘束性を認めたことは核実験事件判決の他にはな

⁵⁵ ここでは国際法を変更することを意図した一方的措置をなす旨の宣言については論じない。つまり、一方的な宣言による法の生成を扱わず、既存の国際法上認められる国の権利や自由を自ら制限するような一方的宣言のみを扱う。

⁵⁶ *Nuclear Test Case (Australia v. France, New Zealand v. France), Judgments, ICJ Report 1974.*

いように思える。

(3) ILCの「一方的宣言に関する指導原則」

法効果について議論が分かれる一方的宣言について国連国際法委員会（ILC）は2006年に「一方的宣言に関する指導原則」案を作成し、同年の国連総会はこの原則の普及を促進する旨の決議を採択した⁵⁷。

この指導原則は、国の宣言や行動で当該国が法的に拘束されることがあることを認めた上で、「国際法上義務を生じさせる意図をもって国より表明される公式の宣言の形式をとる一方的行為」に関する「指導原則」として採択されている（指導原則前文）。

指導原則は、そもそもいかなる宣言が「国際法上義務を生じさせる」ものであるかを直接的に述べるものではないとはいえ、拘束的となる宣言の要素に言及しているところがある。即ち、「宣言の内容、宣言がなされた全ての事実状況及び宣言が引き起こした反応を考慮」し（3項）、国家元首、政府の長や外務大臣のような対外的に国を代表する権限ある機関によってなされる宣言で（4項）、「明確で特定された文言で述べられる」（7項）ものは宣言国に義務を生じるものがあることを否定していない。その上で、宣言による義務の創出は制限的に解されるべきとし、義務の内容の解釈は、「宣言がなされた文脈及び状況」と「特に宣言の文言に最大の重点」が置かれるべしという（7項）。

指導原則は、「拘束される意図を表明する宣言」の拘束性を信義誠実に求める（1項）。従って、一方的宣言はそれ自体が条約、慣習法や法の一般原則と並ぶ法源である訳ではない。しかし、拘束的となる以上、その宣言の違反は宣言国による国際法違反にはなる。宣言遵守を他国が信頼することは法的保護に値し、その違反について関係国は国家責任を追究することができることになる。また、宣言の撤回についても指導原則は、「恣意的に」これをなしてはならないとする（10項）。

指導原則は、一方的宣言が国際社会全体や特定の国に向けてなされうるという（6項）。他国がこうした「宣言を明確に受諾」したならば当該他国は一方的宣言との関係で義務を負うことを承認する（9項）。これは、通常の条約作成過程を経ずに権利義務関係が宣言国と受諾国の間に成立したことになることを意味すると考えられる。

(4) 核兵器先制不使用宣言

核兵器先制不使用宣言には様々なものがありうるが、不使用というかたちで設定される使用制限が解除されるための条件は何か特に問題となる。何が生じれば制限が解除されて核兵器使用に踏み切れるかということである。それが具体的には相手方による核兵器使

⁵⁷ Guiding Principles Applicable to Unilateral Declarations of States Capable of Creating Legal Obligations, ILC, 58th Session, included in UN Doc. A/61/10(2006).

用であるのか、核兵器以外の大量破壊兵器であるか、又は大規模な通常兵力による攻撃であるかは個々の先制不使用宣言ごとに確認していく必要がある。

いずれにしても、核兵器使用が *jus ad bellum* 又は *jus in bello* からしていかなる場合にも違法とされるなら、核兵器先制不使用宣言は違法行為を率先してはなさないということの確認にすぎないから、宣言をしてもしなくとも変わりはない。他方、核兵器を合法的に使用できる場合や、又は、使用は違法であるが戦時復仇等の違法性阻却事由が認められる場合には、その使用が適法化される。そのような場合でも先制的には使用をしないという宣言は、権利ないし自由の放棄であるから一方的宣言として表明する意味が生じる⁵⁸。そしてそのような宣言が法的拘束性を持つ宣言となるかは、核実験事件判決の基準を用いれば、あるいはその判断を肯定したともいえる指導原則によれば、公に表明され、拘束される意図があるかどうかである。そうした要素がなければ、兵器先制不使用宣言は政治的には重大な意味を持つが非法的なものとなる。

(5) 日本の非核三原則は拘束的な一方的宣言となるか

核兵器先制不使用宣言の問題ではないが、日本の非核三原則は、国際法上何等かの効果を持つ一方的宣言であるかについてここで触れておきたい。

1968年に表明された日本の非核三原則は、核兵器に関する一般国際法上の日本の権利ないし自由を制限する。それには核兵器不拡散条約のような日本が負う条約上の義務と重なる部分もある(同条約1976年日本批准)。そうした義務と重なる部分については条約上の義務の再確認となる一方、国際法上の権利や自由である部分についてそれを放棄し、それを対外的に表明するのであれば、一方的宣言として扱うことができるかという論点を提起できるかもしれない。

しかしながら、国是とはされつつも(国内法化はされていない)、非核三原則が国際法的に自らを拘束する意図をもって日本が対外的に公然と表明してきたといえるかは問題である。例えば、日米安保条約第6条の実施に関する交換公文では、核兵器持込が念頭に置かれているとされる。また、米軍核兵器持込疑惑が生じてもそれを諸国が日本の一方的宣言違反という形で問題にしたことはないであろう⁵⁹。そのようなことからしても、非核三原則が国際法的拘束性を有する宣言を構成しないと考えるのが妥当なのかもしれない。そうであれば、非核三原則を外国が信頼することは法的な保護を受けないということになる。

もっとも、宣言が単なる国内的政策の表明であるとしても、その実施が国際法に違反すれ

⁵⁸ 拘束的とみなされる核兵器先制不使用宣言を発している場合には、通常兵器や生物化学兵器による侵略を受けた際に核兵器で反撃すると、一方的宣言違反の核兵器使用で損害を受けた当の侵略国から国際責任を追及されることも生じよう。

⁵⁹ このことは、関係諸国が日本の非核三原則が政治的意味しか持たず、従っていつでも核兵器持ち込みがありうると醒めた目で見ていることを示すともいえる。

ばそこから国際責任が生じる。こうしたことは非核三原則との関連でも生じうる。即ち、日本の領海で覆われた海峡が国際航行に使用されていれば、それは海洋法条約上の通過通航権の適用がある国際海峡になり、通過通航権は核兵器搭載の艦艇と航空機にもあるから、日本はそれらの通過を認める国際法上の義務を負う⁶⁰。非核三原則からそうした通過を阻止すると、日本に国際責任が生じる。核兵器の領域内持ち込みを許可するか否かという日本の自由の自発的放棄どころではなくなり、義務の不履行となって日本の国際法違反を構成することになる。

⁶⁰ いうまでもなく特定の海域はそのような国際海峡ではない。

4. 国際的と非国際的の武力紛争

真山全

(1) 武力紛争の種別

武力紛争法は武力紛争を国際的と非国際的の二種に区分する。国際的武力紛争とは、武力紛争法の観点からして対等なもの同士の武力紛争をいう。国家間武力紛争がその典型である。他にも、一国の政府がそれと争う反徒を交戦団体と承認した武力紛争⁶¹、及び一国の政府とジュネーヴ諸条約第1追加議定書第1条4項のいう自決権行使団体が戦う武力紛争では⁶²、相争う当事者は武力紛争法上対等とされ、国家間武力紛争と同じ国際的武力紛争とみなされる。

非国際的武力紛争は、国際的武力紛争以外の全ての武力紛争と消極に定義される。即ち、武力紛争法上、対等なもの同士の闘争とはされない武力紛争をいう。一国の政府とそれに対抗する反徒がその国の領域内で争う内戦は、非国際的武力紛争の代表例である。ところが、対等なもの同士の武力紛争ではないのであるが、例えば2001年9月の対米大規模テロ以降の米とアルカイダの闘争のように国境を跨いでなされる武力紛争もあるのであって、それは非国際的ともいえないのではないかとの見解も生じた。つまり、第三カテゴリーの武力紛争があるのではないかとの立場である。しかし、2006年の米連邦最高裁判所判決でこうした見解が否定されたこともあり、第三カテゴリー武力紛争の存在はいわれなくなった。やはり、「非国際的」武力紛争は「国際的」武力紛争以外の全ての武力紛争を意味し、「一国内」でなされる武力紛争を指すという訳では必ずしもないのである。

(2) 国際的武力紛争における核兵器使用

国際的武力紛争が対等なもの同士の闘争であることから次のことが帰結される。まず、対等性故に、相互に相手方の人や物を殺傷破壊したり捕獲したりするという敵対行為(hostilities)が許容される。相互に敵対行為をなしうるので、戦闘その他の敵を害する(害敵)ための方法や手段の規制のための武力紛争法規則を設けることができるようになる。敵対行為の実施がそもそも禁止されるならば、そうした規則は設定しえないのである。害敵の方法と手段に関する武力紛争法の規則群をハーグ法(Law of The Hague)と総称する。

さらに、敵対行為に積極的に参加できる人の資格要件や範囲についても規則を設けることができる。敵対行為に積極的に参加できる資格を戦闘員資格という。戦闘員の敵対行為参

⁶¹ 外国が反徒を交戦団体として承認することも認められる。しかし、外国による承認の効果は当該外国と反徒の間にしか生じないから、外国による承認があっても政府が反徒を交戦団体として扱わなければならない義務は生じない。

⁶² ここでは自決権行使団体か否かの認定が問題となる。

加は違法ではないので、それらの者は相手方に捕まっても相手方の戦闘員や軍事目標の殺傷破壊の故のみをもって法的責任を迫及されることはない。捕らえられた戦闘員は、犯罪者ではなく捕虜として保護される。傷病兵、難船者、捕虜と文民という武力紛争犠牲者を保護する武力紛争法規則をジュネーヴ法(Law of Geneva)とまとめて呼ぶが、捕虜概念は国際的武力紛争においてのみ認められる。

こうした国際的武力紛争では核兵器の使用は主にハーグ法から判断されることになる。即ち、戦闘員が背信行為にならないようにその外見を整え、目標区別原則に従い且つ過度の付随的損害が生じないように目標を選定し、使用が禁止されない兵器を当該の目標に投射したかという三段階の評価を核兵器使用の場合も受ける。

(3) 非国際的武力紛争における核兵器使用

非国際的武力紛争におけるその当事者の行為を規制する武力紛争法規則の構造は、国際的武力紛争に適用される武力紛争法規則のそれとは全く異なる。非国際的武力紛争の代表格である内戦を例にとれば、国際法は内戦を起こすことを禁止しないが、同時に国際法は領域国政府にその国内法秩序を実力をもって維持することも認める。つまり、反徒を国内法秩序維持のため制圧し、犯罪者として処罰することは国際法の認めるところなのである。

その場合の戦闘その他の暴力行使は、武力紛争法のいう対等なもの同士の敵対行為ではなく、政府から見れば、反徒の犯罪行為を政府の軍や警察が制圧し彼らを処罰するという法執行活動ないし警察行動となる。反徒は自己の闘争を正当と認識しても、国内法上は反乱が成就して反徒が権力を掌握するまではその行為は政府設定の法秩序の下では犯罪を構成するから国内法的正当化はありえない。

かかる状況ではハーグ法適用は理論上困難である。また、非国際的武力紛争は国内法上、警察と犯罪者との闘争と同じで戦闘員が観念できないことから、ジュネーヴ法のいう捕虜の概念も認められない。捕らえた反徒に捕虜と同じ待遇を与えることは国際法上禁止されないとしても、そのような待遇付与は政府にとって義務ではなく、刑事裁判を経て捕らえたものを処罰できる。また、いうまでもなく、反徒側には政府軍や警察の構成員を捕らえる国内法上の権限は一切ない。武力紛争法の条約規則も、ジュネーヴ諸条約共通第 3 条やそれに追加される第 2 議定書にあるように、政府の法秩序維持を妨げない限定的範囲でジュネーヴ法的な犠牲者保護規定を設けているにすぎない。

このように政府と反徒がそれぞれ行う暴力行為は全く異なる法的評価を受けるのであって、政府の行為は法執行活動であるから、警察比例や警察必要といった国内法の原則で規律される。但し、反徒の身柄拘束のためには、まずは武力紛争の水準に達する反乱を制圧しなければならず、そうした場面では司法警察的というよりは行政警察的な性格が前面に出る。まさにその故に、大規模反徒制圧行動を国内法ではなく武力紛争法で規律すべきとの見解が近時強くなり、国際的武力紛争に適用される武力紛争法規則、特にハーグ法の適用をいう

見解が強くなった。

しかし、そうした国際的武力紛争に適用される規則は、文民や民用物に生じる付随的損害を過度でなければ許容するなど、暴力行為の制限を緩めるものが少なくないことに注意しなければならない。大規模反徒制圧を国内法ではなく武力紛争法で規律すべきという主張は理解できるが逆効果を生むことがある。特にジュネーブ諸条約第 2 追加議定書のいう烈度に至らず、同諸条約共通第 3 条が想定するような非国際的武力紛争にも警察比例原則等を含む国内法にかわりより強力な措置を認めるハーグ法を適用するには問題がある。

非国際的武力紛争では政府は一国の法秩序の維持回復のために行動しているのであるから、そこでの核兵器使用は普通はないであろう。もっとも、交戦団体承認が可能なような状態が出現し、国家が事実上分裂して反徒が一部領域を実効的に支配するようになったり、国外の非国家的集団が越境攻撃を反復したりするのであれば、そうした反徒やテロ集団の強固に防御された根拠地に対する核兵器使用は戦術的には考えられないことではない。こうした場合に非国際的武力紛争における政府の行動は法執行であるとの原則的な立場を離れ、ハーグ法に従ってその使用の適法性を判断すれば使用の敷居を下げることもなる。

5. 既存の兵器から隔絶して大きな破壊力を持つ故に核兵器は既存武力紛争法規則の適用を免れるか？

真山全

(1) 核兵器使用は既存武力紛争法の埒外にあるという特殊兵器論とその否定

特定の兵器についてそれを名指しして使用を制限又は禁止する慣習法や条約がないことは、当該兵器の使用に武力紛争法の適用がないことを意味しない。こうした兵器の使用も、兵器種別にかかわらずに適用される武力紛争法の原則的規則に服するからである⁶³。

しかし、核兵器は通常兵器とは比較にならないような大きな破壊力を発揮しえ、それは既存規則が想定していなかった破壊力であるから、核兵器使用には既存規則が適用されるとは直ちにはいえないという議論は存在した。例えば、1945年の広島と長崎に対する米の核攻撃直後には日本政府は、既存の規則を基に核攻撃を非難したのであるが、1963年に判決の出された東京地方裁判所における下田事件の審理の際に、被告の立場にあった日本政府は、そのような主張を行った⁶⁴。

国家実行や学説を見ると、既存規則適用を免れるという意味でのこうした核兵器特殊兵器論は支持されていない。破壊力が大きいことのみから既存規則適用除外をいうのは説得的ではなく、またそもそも核兵器にも大小様々ある。下田裁判においても裁判所は慣習法規則を適用して、広島と長崎に対する原爆攻撃の違法性を指摘した。その際に生物化学兵器使用に関する武力紛争法規則の類推適用的な手法を用いている箇所もあるが、それは核兵器の使用を規律する法の欠缺故にそうした訳ではなく、戦闘員に不必要の苦痛や過度の傷害を与える兵器の使用禁止という慣習法上の基本原則の適用において核兵器のもたらす傷害と苦痛の大きさを示すための一種の指標として用いたのである。

核兵器には従前の規則の適用がないとの見解はその後あまり現れず、核兵器の合法性に関する1996年の国際司法裁判所勧告的意見にあっても兵器の別を問わずに同じ使用規制規則が適用されることを確認した。その上で、核兵器使用は武力紛争法の原則に一般的には反するとした。この部分は、核兵器が既存の武力紛争法の適用の外にあるという意味での核兵器特殊兵器論の否定の再確認として意味を持つ⁶⁵。

⁶³ とはいえ、明文規定はもちろん原則的規定も見出しがたい場合はあるかもしれない。武力紛争法はそうした場合の議論も行ってきた。文民及び戦闘員は、明文の規則がなくとも人道の法則及び公共良心の要求から生じる国際法の原則の保護及び支配の下にあることを謳うマルテンス条項(ハーグ陸戦条約前文、第1追加議定書第1条2項)や、武力紛争当事者は害敵手段の選択につき無制限の権利を持たないとする条約規定(ハーグ陸戦規則第22条、第1追加議定書第35条1項)がそれであって、これら自体も慣習法化されている。

⁶⁴ 「東京地裁下田事件判決の評価」の項(☞15)を参照。

⁶⁵ 兵器の種別を問わずに規則の適用があるとする条約規定も存在している。第1追加議定書第36条がそれで、「新たな兵器又は戦闘の手段若しくは方法の研究、開発、取得又は採用」に際してその既存規則適合性を確認しなければなら

なお、ICJ 勧告的意見では、「自衛の極限状態では判断できない」としている。この箇所は、*jus ad bellum* の要素から武力紛争法の妥当範囲が変更される可能性がありうることを示しているとも解せるが、武力紛争法が核兵器にも適用されることが大前提となっている。

(2) 核兵器は常に使用が禁止される害敵手段であるという意味で特殊な兵器か？

核兵器使用には既存武力紛争法は適用されないという核兵器特殊兵器論は、国家実行や判例学説のいずれによっても支持されていない。しかし、武力紛争法を適用した場合にその使用が常に違法と評価されるという意味で核兵器が特殊な兵器であって、禁止される害敵手段であるかについては見解の対立がある。

この意味における特殊兵器であるかが核兵器使用の武力紛争法の枠内での評価を巡る論争の焦点である。ICJ も武力紛争法の原則と規則に「一般には」反するというにとどまり、確定的な判断を避けた。

ないというから、新兵器への既存規則適用を前提とする。もっとも主要な NATO 諸国は、第 1 追加議定書起草過程における議論を根拠に同議定書規定のうち慣習法化していたとされるもの以外の核兵器への適用を否定する。この見解がそもそも正しいか否かには議論があるものの、新兵器等の適法性審査は、どの段階でこれをすべきかは別にして、いわば当然の義務といえ、その慣習法性を否定するのは難しいのではなかろうか。

6. 害敵方法規制からする核兵器使用の評価—その1—目標区別原則

河合公明

(1) はじめに

核兵器の使用の法的評価は、国際人道法の2つの「基本原則」(cardinal principles)⁶⁶とされる「区別原則」(rule of distinction)および「不必要な苦痛の禁止原則」(rule of the prohibition of unnecessary suffering)⁶⁷に照らして行われる。これらは、「国際慣習法の侵すことのできない原則」(intransgressible principles of international customary law)とみなされている⁶⁸。「害敵手段」(means of warfare)として禁止されるのは、少なくとも二つの基本原則のいずれかに違反する「性質」(of a nature)を持つ兵器である⁶⁹。それに対しそうした性質を持たない兵器は、害敵手段として直ちには禁止されず、「害敵方法」(methods of warfare)の規制を受けるにとどまる⁷⁰。不必要な苦痛の禁止原則については別項で扱うことから(☞9)、本項では、核兵器の使用と区別原則の関係について概観する。

(2) 区別原則

害敵方法に関わる区別原則は、文民たる住民および民用物の保護を目的とし、軍事目標と非軍事目標、戦闘員と非戦闘員の区別を確立するものである。軍事目標と非軍事目標は背反し、軍事目標でないものが非軍事目標として消極的に定義される。非軍事目標に対する攻撃は区別原則により禁止され、区別原則について包括的に規定するジュネーブ諸条約第1追加議定書(第1追加議定書)は、禁止される「無差別攻撃」を第51条4項で、特定の軍事目標を持たない攻撃(a)、特定の軍事目標のみを標的とできない攻撃(b)、この議定書の定める限度を超えた影響を与える攻撃(c)と定義している。

武力紛争における敵対行為で使用される害敵手段としての兵器は、戦闘員を含む軍事目標に対して使われるものであって、文民および民用物に対して使われるものではない。区別原則は兵器の種別にかかわらず適用され、その限りにおいて核兵器に特有の議論ということではない。国際司法裁判所(ICJ)で判事を務めたロザリン・ヒギンズが、「核兵器であれ他の兵器であれ、文民を攻撃することはいかなる場合も絶対に許されない」と述べるのもその趣旨である⁷¹。「文民を攻撃することは絶対に禁止」されていることは、武力紛争におけ

⁶⁶ *ICJ Reports 1996, supra note 7, p. 257, para. 78.*

⁶⁷ 正当な軍事目的を達成するに際し不可避である苦痛よりも大なる苦痛を戦闘員に与えることを禁止する原則である。

⁶⁸ *I.C.J. Reports 1996, supra note 7, p. 257, paras. 78-79.*

⁶⁹ ジュネーブ諸条約第1追加議定書第35条1項、同2項および第51条4項。

⁷⁰ 真山全「国際赤十字赤新月運動による核兵器使用法的評価—2011年代表者会議決議1『核兵器廃絶への取組』—」『人道研究ジャーナル』Vol. 3(日本赤十字国際人道研究センター、2014年)9-11頁。

⁷¹ Dissenting Opinion of Judge Higgins, *I.C.J. Reports 1996*, p. 363, para. 12.

る敵対行為の際に見落とされてはならない重要な点である⁷²。

(3) 軍事目標

軍事目標は、人的軍事目標と物的軍事目標に分けることができる。前者は戦闘員がそれにあたり、戦闘員は「戦闘外」(*hors de combat*)に陥らない限り、その地位を理由として常に軍事目標となる⁷³。後者は、かつては敵の軍が使用する物に限定され、当該物のカテゴリーに即して攻撃目標を定義していた。しかし今日では、当該物の機能に着目した基準による定義に変化している⁷⁴。その基準とは、1) その「性質、位置、用途または使用」(nature, location, purpose or use)が「軍事活動」(military action)に「効果的」(effective)に「資する」(contribution)ものであること、および2) 攻撃の時点における状況において「明確な」(definite)「軍事的利益」(military advantage)をもたらす物であることが要件とされる。このように、物的軍事目標であるためには、軍事活動に資すること (contribution to military action) と軍事的利益 (military advantage) という2つの要件を累積的に満たす物であることが必要である⁷⁵。

(4) 物的軍事目標：戦争実行 (war-fighting) 能力

物的軍事目標については、第1に、軍事活動に「資する」ことがない物は軍事目標とはみなされない⁷⁶。しかもその貢献が「効果的」でない場合には、軍事目標と見なされない⁷⁷。「資する」か否かの評価をどのような基準で行うかについては、「性質、位置、用途または使用」という4つの基準が参照される。民用物であっても、その「性質、位置、用途または使用」が軍事活動に「効果的に資する」物であると評価されれば、軍事目標と見なすための1つ目の要件は満たされることになる⁷⁸。

米国統合参謀本部 (JCS) は、1985年3月、米国が第1追加議定書を批准する可能性を

⁷² *Ibid.* なお、以下も参照。William H. Boothby, *Weapons and the Law of Armed Conflict*, second edition, (Oxford University Press, 2016), p. 65; Christopher Greenwood, "The Law of Weaponry at the Start of the New Millennium," in *International Law Studies*, Vol. 71 (1998), pp. 200-201.

⁷³ ジュネーブ諸条約第1追加議定書第41条1項および2項。

⁷⁴ 例えば、ハーグ陸戦規則第25条

⁷⁵ ジュネーブ諸条約第1追加議定書第52条2項。2つの要件については、以下を参照。Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (ICRC, Martinus Nijhoff Publishers, 1987), p. 635, para. 2018.

⁷⁶ したがって、商業施設などが経済を通じて間接的に戦争遂行能力に資することは、ここに言う contribution に該当しない。Robert Kolb, *Advanced Introduction to International Humanitarian Law* (Edward Elgar, 2014), pp. 160-161.

⁷⁷ したがって、潜在的に、仮説的に、また憶測において、当該物が軍事活動に資すると考えられるに過ぎない場合は、ここに言う effective に該当しない。*Ibid.*, pp. 160-161.

⁷⁸ Michael Bothe, Karl Josef Partch, Waldemar A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, second edition, reprint revised by Michael Bothe (Martinus Nijhoff Publishers, 2013), pp. 365-366, para. 2.4.3; Gary D. Solis, *The Law of Armed Conflict*, third edition (Cambridge University Press, 2022), pp. 508-509.

考慮して条文の包括的な検討を行った⁷⁹。その結果 JCS は、第 52 条 2 項の定義は「慣習国際法に合致」し、「軍事的要求を満たすのに十分に広」く、「敵の戦争努力を支援する (support the enemy's war effort) 政治的および経済的活動」を含むことができると結論づけた⁸⁰。米国は第 1 追加議定書の非締約国ではあるが、第 52 条 2 項における「攻撃は、厳格に軍事目標に対するものに限定する」という原則は慣習法を反映すると見なしている⁸¹。

ただし米国は、軍事目標について NATO 加盟国を含む他の国よりも広い解釈をとっている⁸²。その違いは、第 52 条 2 項に規定される「軍事活動に効果的に資する」の解釈にある。多くの国や赤十字国際委員会 (ICRC) が支持してきた解釈は、敵の「戦争実行」(war-fighting) 能力に価値のある物だけが正当な目標になりうるというものである⁸³。ICRC による第 1 追加議定書のコメントリーは、ICRC が作成した軍事目標の分類リストに言及し、「戦争実行にとって基本的に重要な産業」として、国防のためにエネルギーを供給する施設、例えば「石炭、その他の燃料、原子力エネルギー、主として軍事消費のためにガスまたは電気を生産するプラント」がそのリストに含まれている⁸⁴。

(5) 物的軍事目標：戦争維持 (war-sustaining) 能力

これに対し米国は、敵の「戦争維持」(war-sustaining) 能力に価値のある物も軍事目標になると解釈している⁸⁵。米国の解釈は、軍事活動に間接的に貢献する物が正当な軍事目標とみなされる可能性を示唆している。こうした解釈は米国の歴代政権による核兵器の使用に関する標的政策と整合しており、米国はその同盟国が民用物と見なす特定の対象を軍事目標として合法的な攻撃対象と見なす可能性がある。「戦争維持」能力を含める米国の解釈に

⁷⁹ The Joint Chief of Staff, “Appendix to John W. Vessey, Jr., Chairman, Joint Chiefs of Staff, Review of the 1977 First Additional Protocol to the Geneva Conventions of 1949,” 3 May 1985, p. 90. At <https://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2022/02/just-security-1985-JSC-Joint-Chiefs-of-Staff-Review-GC-AP-I-Geneva-Conventions-Protocol-I.pdf>, accessed March 8, 2023.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 51.

⁸¹ Harold Hongju Koh, Legal Adviser, US Department of State, “The Obama Administration and International Law,” Speech at the Annual Meeting of the American Society of International Law, Washington D.C. (Mar 25, 2010). At <https://2009-2017.state.gov/s/l/releases/remarks/139119.htm>, accessed March 8, 2023.

⁸² Kenneth Watkin, “Coalition operations: a Canadian perspective,” in Michael D. Carsten (ed.), *International Law and Military Operations, U.S. Naval War College International Law Studies*, Vol. 84 (2008), p. 255.

⁸³ Marten Zwanenburg, “International humanitarian law interoperability in multinational operations,” *International Review of the Red Cross* Vol. 95, Issue 891/892 (2013), p. 692; Ryan Goodman, “The Obama Administration and Targeting ‘War-Sustaining’ Objects in Noninternational Armed Conflict,” *The American Journal of International Law*, Vol. 110, No. 4 (2016), p. 664.

⁸⁴ Sandoz, Swinarski and Zimmermann, *supra* note 75, pp. 632-633, fn. 3(8).

⁸⁵ 米国の解釈については、以下を参照。Military Commissions Act of 2009, Pub. L. No. 111-84, para. 950(p), 123 Stat. 2190 (codified at 10 U.S.C. para. 47A (2006)); US Department of Defense, *Law of War Manual* (June 2015, updated December 2016), p. 214, para. 5.6.6.2; Headquarters, Department of the Army and Headquarters, US Marine Corps, *The Commander's Handbook on the Law of Land Warfare, FM 6-27/MCTP 11-10C*, (2019), para. 2.5.2. At https://armypubs.army.mil/epubs/DR_pubs/DR_a/pdf/web/ARN19354_FM%206-27%20C1_FINAL_WEB_v2.pdf, accessed March 8, 2023. また、以下も参照。Maj Ryan Fisher (ed. and ca.), *Operational Law Handbook* (National Security Law Department, 2022), p. 68. At <https://tjaglcs.army.mil/documents/35956/56931/2022+Operational+Law+Handbook.pdf>, accessed March 8, 2023; Department of the Navy, *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations, Edition March 2022*, p. 5.3.1. At https://usnwc.libguides.com/ld.php?content_id=66281931, accessed March 8, 2023; Zwanenburg, *supra* note 83, p. 692; Goodman, *supra* note 83, p. 664.

対しては、軍事的利益と「距離があり過ぎる」(too remote) とする強い批判がある⁸⁶。「戦争維持」能力を正当な軍事目標と考えるのは、国家の中で米国だけとの指摘もある⁸⁷。上記のような軍事目標の解釈の幅は、軍事目標を定義することの実際上の難しさを物語っている⁸⁸。

(6) 明確な軍事的利益

2つ目の要件にある「軍事的利益」とは、ICRCのコメンタリーによれば、「敵の軍隊の殲滅および弱体化」を意味する⁸⁹。反対に、自国の軍隊を支援して強化することも軍事的利益である⁹⁰。以上を踏まえ、敵の軍隊の殲滅および弱体化および自国の軍隊を支援して強化に直接的な結びつきを有する軍事活動が、軍事的利益として評価されるための条件となる。また「軍事的利益」は、「明確な」ものでなければならない。したがって、「潜在的または未確定の利益をもたらすだけの攻撃」による利益は、「明確な」ものとは認められない⁹¹。

当該利益は、軍事的なものでなければならず、政治的なものであったり、心理的なものであったりすることは許されない。軍事的利益が明確であるという基準は、敵の軍事行動を経済的に支援する物に対する攻撃を合法と解釈する米国の立場であっても、攻撃による軍事的利益が「強い因果関係」(strong causal connection) を通じて確実に追跡される必要があることを要求する⁹²。

兵器の使用において問題となるのは、都市に対する戦略爆撃の合法性である。そもそも都市に対する戦略爆撃は、それが文民たる住民および民用物への攻撃を意味するものであれば、軍事目標以外への攻撃を禁じる区別原則に反するものとして違法である。戦略爆撃が、相手国の士気(morale)を弱めるために、空爆による都市への大規模攻撃で人的および物的破壊を行うことを目的とするのであれば、その攻撃による利益は軍事的なものではなく政治的なものであることを指摘する必要がある⁹³。

軍事的利益は戦術的利益に限定されるものではなく、またその評価は、「攻撃の孤立した

⁸⁶ Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict* (Cambridge University Press, 2004), p. 87. 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所の検察官への最終報告書は、NATOの行動を検証し戦争維持目標を含むような軍事目的の解釈に反対している。Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia (13 June 2000), paras. 40-41. At <http://www.icty.org/x/file/Press/nato061300.pdf>, accessed March 8, 2023.

⁸⁷ Goodman, *supra* note 83, pp. 665-666.

⁸⁸ Edward Kwakwa, "Belligerent Reprisals in the Law of Armed Conflict," *Stanford Journal of International Law*, Vol. 27, No. 1 (1990), pp. 61-62.

⁸⁹ Sandoz, Swinarski and Zimmermann, *supra* note 75, p. 685, para. 2218. 同様にステファン・オーターは、「明確な軍事的利益」という言葉は通常、「財産の破壊と敵軍の打倒との間に合理的な関係がなければならない」という意味で理解されているとしている。Stefan Oeter, Methods of Combat, in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts* (2021), p. 185, para. 7.03 9.

⁹⁰ Kolb, *supra* note 76, p. 162.

⁹¹ Sandoz, Swinarski and Zimmermann, *supra* note 75, p. 636, para. 2024. See also Bothe, Partsch and Solf, *supra* note 78, p. 367, para. 2.4.6; Solis, *supra* note 78, p. 398, para. 13.1.

⁹² Goodman, *supra* note 83, p. 677.

⁹³ Solis, *supra* note 78, p. 398, para. 13.1.

部分や特定の部分」(isolated or specific parts of the attack)とは異なり「全体としての攻撃」(an attack as a whole)に照らして行われるという見解が支配的とされる⁹⁴。つまり軍事的利益は、「全体としての攻撃」に照らして個々の攻撃を評価すべきであって⁹⁵、例えば、それ自体では軍事的利益を見出せないような爆撃であっても、敵の戦略的視線を誤った戦線の区域に移行させることにより得られる軍事的利益により当該爆撃が適法化される、との主張である⁹⁶。

しかしながら「全体としての攻撃」と言っても、それは「有限の出来事」(a finite event)であり、「戦争全体(the entire war)と混同されるものではない」ことが指摘されるべきであろう⁹⁷。それ自体では軍事的利益を見出せない爆撃を適法化するためには、当該爆撃が有限の出来事である「全体としての攻撃」による明確な軍事的利益と関連していることが必要であり、有限の出来事である「全体としての攻撃」による明確な軍事的利益は、戦争全体としての利益—戦略的利益—と混同されてはならない。

(7) 使用における目標の区別と目標の区別可能性

区別原則は、兵器使用の実際においてどのような判断基準を提供するのであろうか。スチュアート・ケイシー=マスレンの整理を参考に、区別原則の具体的な内容について考えてみよう。第一に、当該攻撃が特定の軍事目標を区別しているか、第二に、当該兵器が特定の軍事目標を区別できるか—区別可能性—という基準である⁹⁸。これらの二つの基準は、議定書の第51条4項(a)および(b)に関わる。第三に、当該兵器の使用が「制御不可能な影響」(uncontrolled effects)をもたらしつか否かという基準である⁹⁹。これは、使用のもたらす影響が人道法の原則が要請する範囲に限定できるか否かを問うものであり、第1追加議定書の規定では第51条4項(c)に関わる。区別原則におけるこれら三つの基準に照らすと、核兵器の使用の法的評価はどのようなになるのであろうか。

第一に、攻撃者が兵器の使用において軍事目標と非軍事目標を区別しているかという問題である。これは、標的設定における主観的要素—意図(intent)—に関わる。意図的に非軍事目標を攻撃することは、区別原則に照らし許されない。この点について米国は、すべて

⁹⁴ Yoram Dinstein, "Legitimate Military Objectives under the Current Jus in Bello," *International Law Studies*, Vol. 78 (2002), pp. 144-145. この点に関連してオーターは、現代の戦争戦略において作戦内の個別行動はそれ自体が目的であることはほとんどないとし、個別行動は通常、一種の分業体制で構想された複雑な統合作戦の一部として単一の行動の外側にある目標に向けられており、その目的は紛争当事者の総合戦略に依存すると指摘している。Oeter, *supra* note 89, p. 185, para. 7.03 9.

⁹⁵ Dinstein, *supra* note 94, p. 144.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 145.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Stuart Casey-Maslen, "The use of nuclear weapons under rules governing the conduct of hostilities," in Gro Nystuen, Stuart Casey-Maslen and Annie Golden Bersagel (eds.), *Nuclear Weapons under International Law* (Cambridge University Press, 2014), pp. 104-107. なお、均衡性原則に関わる付随的損害については、項目を改めて扱う(☞ 7)。

⁹⁹ *Ibid.*

の戦争計画が武力紛争法の基本原則に合致し、「区別原則と均衡性を適用し、文民たる住民と民用物に対する付随的損害を最小限にするよう努める」とし、「意図的に文民や民用物を標的にすることはない」ことをたびたび確認している¹⁰⁰。

第二に、使用される兵器が軍事目標と非軍事目標を区別できるか—区別可能性—という問題である。核兵器が区別原則に違反する「性質」を持つ兵器であるならば、核兵器は害敵手段として禁止される¹⁰¹。例えばエジプトは、1995年11月、核兵器の使用および威嚇の合法性に関するICJの審理に際しての口頭陳述で、「核兵器の使用は、…大量破壊の無差別兵器であるため、その効果により、核兵器のはるか以前に遡る人道法の基本的かつ強制的な規則の禁止の対象となる」と述べている¹⁰²。1945年に広島と長崎に投下された今日では比較的小規模と考えられる核兵器であっても¹⁰³、両市は壊滅的な被害を受けた。この事実は、核兵器は人口密集地における複数の軍事目標を一括して攻撃し、個々の目標を区別できないことを示す根拠とされる。

核兵器の使用における目標の区別可能性について下田事件判決は、「原子爆弾の加害力と破壊力の著しいことは、既に述べたとおりであって、…このような原子爆弾が一度爆発すれば、軍事目標と非軍事目標との区別はおろか、中程度の規模の都市の一つが全滅するとほぼ同様の結果となること明らかである」と指摘している。そうしたことから同判決は、「無防衛都市に対する原子爆弾の投下行為は、盲目爆撃と同視すべきものであって、当時の国際法に違反する戦闘行為であるといわなければならない」と結論付けている¹⁰⁴。

核兵器が無差別的効果という性質を持つという考え方に対して、米国は、軍事目標に照準を合わせることができる核兵器は本来的に無差別なわけではないと主張している¹⁰⁵。この主張は、核弾頭の運搬手段の正確性に関わるものではあるが、核兵器の性質そのものに関わるものではないと考えられる。区別原則の焦点は、核兵器—厳密に言えば核兵器の弾頭に用いられる核物質—が区別原則に違反する「性質」を持つか否かにある。米国のような立論を

¹⁰⁰ 例えば、以下を参照。Executive Order 13732 of July 1, 2016, “United States Policy on Pre- and Post-Strike Measures to Address Civilian Casualties in U.S. Operations Involving the Use of Force,” *Code of Federal Regulations (annual edition)* AE 2.106/3:3/ (2017). At <https://www.govinfo.gov/app/details/CFR-2017-title3-vol1/CFR-2017-title3-vol1-eo13732>, accessed March 8, 2023.

¹⁰¹ ジュネーヴ諸条約第1追加議定書第51条4項(b)。

¹⁰² Verbatim Record 1995/23, Public sitting held on Wednesday 1 November 1995, p. 34.

¹⁰³ 広島と長崎に投下された核兵器は、それぞれTNT換算で15キロトンと21キロトンの威力とされている。John S. Malik, *The Yields of the Hiroshima and Nagasaki Nuclear Explosions* (Los Alamos National Laboratory, 1985), p. 1.

¹⁰⁴ 東京地裁昭和30年(ワ)2914号、昭和32年(ワ)4177号損害賠償請求併合訴訟事件昭和38年12月9日判決下級裁判所民事裁判例集14巻2435-2478頁。

¹⁰⁵ Letter dated 20 June 1995 from the Acting Legal Adviser to the Department of State, together with Written Statement of the Government of the United States of America, pp. 1-48. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/8700.pdf>, accessed March 8, 2023.こうした立場の背景には、核兵器で特定の軍事目標を狙うことができる運搬システムの能力とさまざまな種類の軍事目標に対する核兵器の効果を調整する兵器設計者の能力を無視するべきではないという考えがある。この点については、以下を参照。Charles J. Dunlap, Jr., “Taming Shiva: Applying International Law to Nuclear Operations,” *Air Force Law Review*, Vol. 42 (1997), pp. 161-162.

すれば、化学兵器—厳密に言えば化学兵器に用いられる化学物質—や生物兵器—厳密に言えば生物兵器に用いられる生物剤やそれを保有または媒介する生物—であっても、特定の軍事目標を狙うことができる正確な運搬システム—例えば弾頭を運搬するミサイル—で使うことができれば、区別原則に反しないという主張も可能になりかねない。

また英国は、文民のいない地域での使用を念頭に、区別原則に反しない核兵器の使用は可能であるとの立場に立っている¹⁰⁶。ただし文民のいない地域での使用を主張する立場は、念頭においた特殊な状況においてのみ、核兵器の使用が適法化される可能性があることを意味しているに過ぎないことを指摘する必要がある。このような立論をすれば、区別原則に違反する「性質」を持つ害敵手段としての兵器はそもそも存在しないことになる。なぜなら、いかなる兵器も文民のいない地域で使うことができるからである。仮にこうした立論で核兵器の使用の一般的な適法化を試みるのであるならば、「国際慣習法の侵すことのできない原則」であるはずの区別原則は、その意義の多くを失うであろう。

さらに、核兵器の使用が文民および民用物を攻撃対象としないのであれば、なぜ壊滅的な破壊力を有する核兵器が必要なのかという疑問も生じる。英国の立論は、核兵器の壊滅的な破壊力をもとに概念化された核抑止において想定されている本来の核兵器の役割とは異なるものであろう。バーナード・ブローディは、核兵器の役割について説明する際に、「象がいる場合は特に、象撃ち用の銃でウサギを撃つべきではない (One does not shoot rabbits with elephant guns, especially if there are elephants available.)」と述べている¹⁰⁷。英国のような立論で核兵器の使用を適法化しようとする事自体が、核兵器の使用と区別原則との両立が困難であることを示している。

(8) 使用のもたらす影響の制御可能性

第三に、核兵器の使用のもたらす影響の制御可能性について考える。核兵器の使用のもたらす影響は、国境を超えて地球的な規模に拡大しうる。問題は、その制御不可能な影響が空間にとどまるものではないところにある。核兵器の使用がもたらす影響について、長崎市長であった伊藤一長は、1995年11月に行ったICJにおける口頭陳述で、「放射性降下物に由

¹⁰⁶ 英国は、「公海における軍艦や人口が密集していない地域における軍隊に向けた、低威力核兵器の使用といった場合には、文民の犠牲者の発生が比較的少ない核攻撃も考え得るかもしれない」と述べ、「軍事目標に対する核兵器の使用すべてが、不可避的に大変に大きな文民の犠牲者を付随的被害として引き起こすわけでは決してない」と主張している。以下を参照。Letter dated 16 June 1995 from the Legal Adviser to the Foreign and Commonwealth Office of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, together with Written Comments of the United Kingdom, p. 53. At <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/8802.pdf>, accessed March 8, 2023. また米国は、自国の核計画及び標的化政策は「武力紛争法を遵守している」とし、何十年もの間、「意図的に民間人を脅かす抑止戦略を拒否し」ており、「意図的に民間人を標的にすることはない」と宣言している。US Department of Defense, *Report on the Nuclear Employment Strategy of the United States – 2020 Specified in Section 491(a) of Title 10 U.S.C.* (2020). At https://www.esd.whs.mil/Portals/54/Documents/FOID/Reading Room/NCB/21-F-0591_2020_Report_of_the_Nuclear_Employment_Strategy_of_the_United_States.pdf, accessed March 8, 2023.

¹⁰⁷ Brodie, *supra* note 1, pp. 36,.

来する特別の問題がある。実際に、核兵器と通常兵器の根本的な違いは、前者は爆発時に放射線を放出することである」と述べている¹⁰⁸。

ICJは1996年7月の勧告的意見で、放射線による影響は敵対行為が行われている期間にとどまらず、その終了時を超えて長期的に持続しうることを指摘した¹⁰⁹。放射線の影響の問題は、核兵器の使用がもたらす影響が国際人道法の適用範囲として想定される時間的範囲内¹¹⁰で制御され得ない点にある¹¹¹。ICJは勧告的意見で、「将来の世代にまで被害を及ぼす力 (their ability to cause damage to generations to come)」という表現を用いて¹¹²、核兵器の「ある独自の性格 (certain characteristics)」である放射線の影響の時間的要素に言及している¹¹³。

国際人道法の慣習法規則に関する包括的な研究によれば、国際人道法の要請に従ってその効果を制限することができない戦闘の方法または手段を用いる攻撃は、「無差別攻撃」であるとされ¹¹⁴、この規則は「その効果が時間的、空間的に制御できない兵器」に適用されるとされている¹¹⁵。また第1追加議定書は、「議定書で定める限度を超える影響を及ぼす戦闘の方法及び手段を用いる攻撃」を「無差別」攻撃として禁止すると規定している（第51条4項(c)）。国際人道法の観点からクラスター爆弾の問題を分析するアレクサンダー・ブレイテガーは、兵器の使用の影響に関わる第1追加議定書第51条4項(c)について、一般論として、「意図として当初は一般的に軍事目標に向けられていたかもしれないが、その後、時間および空間において制御不可能になる兵器や戦術に対する禁止を意味している」と述べている¹¹⁶。

国際慣習法や第1追加議定書の「定める限度を超える影響」と、核兵器の使用に伴う放射線のもたらす時間的に制御不可能な影響との関係に焦点を当てることは、文民の保護という区別原則の目的に適うものであろう。核兵器による攻撃でもたらされる放射線の影響は長期にわたり、国際人道法が要求する制限の範囲に制御できない。それゆえに無差別攻撃にあたるという議論は十分に可能であると考えられる。放射線のもたらす時間的に制御不可

¹⁰⁸ Casey-Maslen, *supra* note 98, p.106. 引用している長崎市長の声明には “the most fundamental difference between nuclear and conventional weapons is that the former release radioactive rays at the time of explosion” との指摘がある。Statement of the Mayor of Nagasaki to the International Court of Justice, Nuclear Weapons Advisory Opinion, Verbatim record 1995/27, Public sitting held on Tuesday 7 November 1995, p. 36. At <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/095-19951107-ORA-01-00-BI.pdf>, accessed March 8, 2023.

¹⁰⁹ *I.C.J. Reports 1996, supra* note 7, pp. 243-244, paras. 35-36.

¹¹⁰ ジュネーブ諸条約第1追加議定書第3条(b)。

¹¹¹ 核兵器の有する3つの特徴（熱線、爆風、放射線）のうち、放射線の影響は時間的要素から切り離して考えることはできない。区別原則を考える際には、空間的要素のみならず時間的要素も考慮する必要がある。

¹¹² *I.C.J. Reports 1996, supra* note 7, p. 244, para. 36.

¹¹³ *Ibid.*, pp. 243-244, para. 35.

¹¹⁴ Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law* (Cambridge University Press, 2005), p. 43.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ Alexander Breitetger, *Cluster Munitions and International Law: Disarmament With a Human Face?* (Routledge, 2012), p. 45.

能な影響は、通常兵器とは異なる核兵器の特殊性を主張する根拠となる。

核兵器は、放射性降下物や残留放射能により、敵戦闘員に不必要な苦痛を与えるのみならず、文民に無差別に危害を加える害敵手段であると評価することには一定の合理性がある¹¹⁷。医学専門家による研究では、「原爆被爆は生涯にわたる健康影響を持続させている」と指摘し、「その影響は、生存者が全員死亡する 2045 年（広島・長崎の）被爆から 100 年）まで継続することは間違いない」とされ、核兵器は無差別に「虐殺」することができる兵器であると結論付けられている¹¹⁸。文民に対する放射線の制御不可能な影響を考えると、議定書で定める限度を超える影響を及ぼす戦闘の方法及び手段を用いる攻撃を禁ずる第 1 追加議定書の 51 条 4 項 (c) は、核兵器の使用を実質的に禁止していると見ることができる。

(9) カウンターバリュー戦略の法的評価—おわりにかえて—

以上のような区別原則は、核兵器の使用—害敵方法—とどのように関係するのだろうか。冷戦期に米国の国防長官を務めたマクナマラは、相手国による先制攻撃を受けても、自国の残存核戦力で相手国に耐えがたい損害を与える能力を備えるという「相互確証破壊」（mutual assured destruction）により、相手国の人口の約 20-30%、産業の約 50-70%の損害を与えることを想定した¹¹⁹。このような破壊を実行することは、区別原則によって禁止される。つまり、敵対国の都市における文民および民用物を攻撃の対象とするカウンターバリュー戦略による核兵器の使用は違法である¹²⁰。このことは、「懲罰的抑止」¹²¹としての核兵器の使用が文民および民用物への攻撃を伴うものであるならば、そのような核兵器の使

¹¹⁷ Meyrowitz, *supra* note 5, p. 248.

¹¹⁸ 朝長万左男他「平成 25 年度外務省委託 核兵器使用の多方面における影響に関する調査研究」（2014 年）36 頁。At <https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000034833.pdf>, 2023 年 3 月 8 日アクセス。同研究には、「被爆者の受けた精神的影響と社会的差別は深刻かつ生涯持続性である。遺伝的影響についての懸念もまだ払拭されていない。原爆の人間に対する総合的な影響はまだ解明されていない」との指摘もある。以下も参照。Masao Tomonaga, “The Atomic Bombings of Hiroshima and Nagasaki: A Summary of the Human Consequences, 1945-2018, and Lessons for Homo Sapiens to End the Nuclear Weapon Age,” *Journal for Peace and Nuclear Disarmament*, Vol. 2, Issue 2 (2019), pp. 503-511.

¹¹⁹ Robert S. McNamara, Statement of Secretary of Defense Robert S. McNamara, in the House Committee on Armed Services, Hearings on Military Posture and H.R. 4016 before the Committee on the Armed Services, 89th Congress, 1st Session, 1965, pp.172-173, on the Hathi Trust Digital Library. At [https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=uc1.\\$b655549&view=1up&seq=54](https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=uc1.$b655549&view=1up&seq=54), accessed March 8, 2023. なお、以下も参照。Robert S. McNamara, “Statement Secretary of Defense Roberts S. McNamara before the House Armed Services Committee on the Fiscal Year 1968-72 Defense Program and 1968 Defense Budget, pp. 42-44, on the website of Berlin Information-center for Transatlantic Security. At https://www.bits.de/NRANEU/others/strategy/1968_DoD_Annual_Report-Sanitized.pdf, accessed March 8, 2023. Robert S. McNamara, Statement Secretary of Defense Roberts McNamara before the Senate Armed Service Committee on the Fiscal Year 1969-73 Defense Program and 1969 Defense Budget, pp. 49-50, on the website of the Historical Office, Office of the Secretary of Defense. At https://history.defense.gov/Portals/70/Documents/annual_reports/1969_DoD_AR.pdf?ver=N_8787fYup2aOHCCFw91sQ%3d%3d, accessed March 8, 2023.

¹²⁰ Scot D. Sagan and Allen S. Weiner, “The Rule of Law and the Role of Strategy in U.S. Nuclear Doctrine,” *International Security*, Vol. 45, Issue 4, pp. 128-130.

¹²¹ グレン・スナイダーによれば、「懲罰的抑止」とは、相手の行動に対する自らの「報復」（retaliation）により、相手に「耐えがたい破壊」（unacceptable destruction）の可能性を想起させ、相手の行動を思いとどまらせることを意味する概念である。Snyder, *supra* note 3, p. 165.

用は国際法上の根拠を有しないことを意味する¹²²。核抑止および拡大核抑止の運用をめぐる議論では、しばしばこの点が触れられていないように思われる。

¹²² 抑止の用語については、「懲罰的抑止」や「拒否的抑止」など、冷戦中にソ連を対象に考案されたものが北朝鮮や中国に関する議論の中で使われているが、どの程度のダメージを相手に与えれば懲罰になるのか、判断基準が明確に示されていないようである。

7. 害敵方法規制からする核兵器使用の評価—その2—付随的損害

河合公明

1. はじめに

武力紛争における敵対行為で攻撃対象が「軍事目標」(military objective)とされ、区別原則に従い害敵手段としての兵器が使用されたとしても、結果的に文民および民用物に被害が生じることが考えられる。国際人道法において、こうした被害は「巻き添え被害」(incidental harm)¹²³として観念される。巻き添え被害の合法性の評価は、文民および民用物に「過度」(excessive)の損害を与えることを禁止する国際人道法上の一般的原則である「均衡性」(proportionality)に照らして行われる¹²⁴。

ジュネーブ諸条約第1追加議定書(第1追加議定書)は、巻き添えにより文民および民用物に「過度に」損害を引き起こす攻撃を禁止する(第51条5項(b))¹²⁵。第1追加議定書はまた、攻撃側に対しては文民および民用物への攻撃を避ける「不断の注意」(constant care)を払う義務(第57条1項)および攻撃の際の「予防措置」(precautions)の義務(同2項)、被攻撃側に対しては「攻撃の影響に対する予防措置」(precautions against the effects of attacks)の義務(第58条)を規定する。「過度」の評価を受けなかった巻き添え被害は、許容されることになる。このことは、国際人道法が巻き添え被害の発生自体を禁止せず、一定程度の文民および民用物の被害を黙認する立場にあることを意味する。

旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所(ICTY)で判事を務めたセオドア・メロンは、「人道法や戦争法の人間化について語ることは多くの点で矛盾を孕んでいる」と述べている¹²⁶。しかしながらメロンは、「戦争法の人間化」が人間の苦痛を軽減し人間の尊厳を守ることができる限り、「たとえ不完全であってもそれは切実な目標であり、幅広い政治的、道徳的支持を受けるものである」とも述べている¹²⁷。以上を踏まえて、本項では、核兵器の使用と巻き添え被害の関係について概説する。

2. 過度の巻き添え被害

¹²³ 付随的損害 (collateral damage) とも呼ばれる。

¹²⁴ 必要性と均衡性は *jus ad bellum* と *jus in bello* の双方で機能する。ジュディス・ガードムは、“Necessity and proportionality are general principles of international law, with differing applications.” と述べている。Judith Gardam, “Necessity and proportionality in jus ad bellum and jus in bello,” in Laurence Boisson de Chazournes and Philippe Sands (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons* (Cambridge University Press, 1999), p. 275.

¹²⁵ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (API), 8 June 1977, 1125 UNTS. 3, Article 51(5)(b).

¹²⁶ Theodor Meron, “The Humanization of Humanitarian Law,” *The American Journal of International Law*, Vol. 94, No. 2 (2000), p. 240.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 241.

どのような巻き添え被害が「過度」と評価されるのだろうか。均衡性の考え方によれば、過度の損害であるか否かは、「予期される具体的かつ直接的な軍事的利益」(concrete and direct military advantage anticipated) に照らして決定される¹²⁸。この考え方は、想定される軍事的利益が大きければ、それだけ大きな損害を許容する。損害と軍事的利益を比較して、はじめて当該兵器の使用がもたらす損害を過度と評価することができ、損害の大きさそれ自体によって評価されることはないというのが基本的な考え方である。

ここで問題となるのは、軍事的利益とは何かである。軍事的利益について、議定書の規定には、「明確な軍事的利益」(第 52 条 2 項)、「予期される具体的かつ直接的な軍事的利益」(第 57 条 2 項)との文言がある。赤十字国際委員会(ICRC)のコメンタリーによれば、「軍事的利益」は、自国の軍事行動の「前進ならびに敵の軍隊の殲滅および弱体化」を意味するが¹²⁹、「潜在的なまたは未確定の利益をもたらすだけの攻撃を行うこと」だけでは認められないとされる¹³⁰。ただし、被害についての評価が攻撃側の主観に委ねられているという点で、攻撃側の利益に有利に働く可能性があることも否定できない¹³¹。

3. 均衡性における比較の要素

均衡性の解釈にあたっては、相手国による核攻撃を自国の核攻撃で阻止することにより回避される自国の被害は、軍事的利益に算入されるかという問題がある。この点について国際司法裁判所(ICJ)で副所長を務めたステファン・シュウェーベルは、ICJによる1996年の勧告的意見に対する反対意見で、核兵器を搭載した潜水艦に対する戦術核兵器の使用は均衡性の基準に合致すると述べた¹³²。相手国の潜水艦の核ミサイルが標的国の人口や領土に与える損害は、潜水艦と乗組員の破壊に伴う損害よりもはるかに大きく、核兵器による潜水艦の破壊が海中に放射能を発生させても、ミサイル攻撃が陸上で発生させる放射能に比べればはるかに少ないとの見解である¹³³。

これに対しスチュアート・ケイシー=マスレンは、シュウェーベルが比較しているのは、攻撃者が合法的な軍事目標一敵の潜水艦とその乗組員一を破壊することと、おそらく違法であると想定された敵の攻撃により自国の文民たる住民に生じる可能性があった損害であるとし、この比較について「均衡性原則の誤認(mischaracterization of the proportionality rule)ではないかと思われる」と指摘している¹³⁴。均衡性による比較は、合法的な軍事目標

¹²⁸ API 51(5)(b) and 57(2)(a)(iii).

¹²⁹ Sandoz, Swinarski and Zimmermann, *supra* note 75, p. 685, para. 2218.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 636, para. 2024. See also Bothe, Partch and Solf, *supra* note 78, p. 367, para. 2.4.6. Solis, *supra* note 78, p. 398, para. 13.1.

¹³¹ 黒崎将広、坂本茂樹、西村弓、石垣友明、森肇志、真山全、酒井啓巨『防衛実務国際法』(弘文堂、2021年)372-373頁、バラ773。

¹³² Schwebel, *supra* note 20, pp. 98-99.

¹³³ *Ibid.*, pp. 98-99.

¹³⁴ Stuart Casey-Maslen, "The use of nuclear weapons under rules governing the conduct of hostilities," in Gro Nystuen, Stuart Casey-Maslen and Annie Golden Bersagel (eds.), *Nuclear Weapons under International Law* (Cambridge University Press, 2014), p.118.

を攻撃することで期待される「軍事的利益」とその攻撃で予期される文民および民用物の「付随的損害」—巻き添え被害—との関係で行われるからである。

確かにシュウエーベルの仮設例における比較は、一般に均衡性で考えられている比較とは異なっている。シュウエーベルの議論では、比較の二つの要素のうちの「巻き添え被害」に相当する要素が見当たらない。ケイシー=マスレンが指摘する「違法であると想定された敵の攻撃により自国の文民たる住民に生じる可能性があった損害」は、巻き添え被害ではない。そのような損害を防止することから得られるのは、自国にとっての政治的利益と言うべきであろう。均衡性の適用に関する議論を踏まえれば、そのような政治的利益を相手国の潜水艦を自国の核ミサイルが攻撃することから得る「軍事的利益」と比較することは、均衡性の適用として正しくないものと考えられる。

3. 低威力の戦術核兵器の使用

ICJは1996年の勧告的意見で、文民の犠牲者の発生が比較的少ない核使用が正当化される状況については十分な根拠が与えられていないとし、より小さく低威力の戦術核兵器の「きれいな (clean)」使用も含めて、一定の状況において核兵器の使用が合法であるとする国の主張を検討している¹³⁵。そしてそのような国が、「その使用を正当化する正確な状況」を示さず、こうした限定的使用が「高威力の核兵器の全面的使用に拡大しがちではないか」という点に答えていないとし、「この見解の妥当性を判断するに足る十分な根拠があるとは考えない」と述べている¹³⁶。

この検討でICJは、法的な観点から二つの問いを投げかけている。第一に、文民および民用物に対する攻撃の禁止に違反しない方法で核兵器を使用することが可能かどうかという点である。第二に、過度の巻き添え被害の禁止に違反しない方法で核兵器を使用することが可能かどうかという点である。これら二つの法的な観点からの問いとは別に、第三に、限定的な核兵器使用のエスカレーションのリスクという政治的な問題を指摘している。

ICJは、小型で低出力の戦術核兵器の「クリーンな」使用を含め、特定の状況下での核兵器の使用の合法性を主張する国のうち、仮にそのような限定的な使用が可能であったとして、その使用を正当化する状況が何であることを示している国は「皆無」(none)であるとした¹³⁷。また、そのような限定的な使用が、高出力の核兵器の「全面的な使用へとエスカレートする」傾向がないことを示した国も「皆無」であると指摘した¹³⁸。これらの問いについて、核兵器を保有する国からの答えは、今日もなお示されていない。

ただしICJ自身も、「『クリーンな』使用」という見解の「有効性に関する判断のための十

¹³⁵ *ICJ Reports 1996, supra note 7, p. 262, para. 94.*

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ *Ibid.*

分な根拠」を持ち合わせないとして、それ以上の判断を回避している¹³⁹。しかしながらそれは、裁判所が判断の根拠を持ち合わせないということの意味するに過ぎず、判断することの能力が否定されたわけではない。核兵器を保有する国が軍事目標を攻撃対象として核兵器を使用する場合であっても、ICJが提起した第二の問題について核兵器を保有する国が答えを示す必要があることに変わりはない。核兵器の保有国に対しては、「過度の巻き添え被害を伴わない核兵器の使用が可能か」という点が問われ続けているのである¹⁴⁰。

4. 故意の概念

付随的損害の法的評価に当たっては、もたらされた巻き添え被害が過度であるかを検討すると同時に、巻き添え被害を引き起こす行為に主観的要素としての「犯意」(*mens rea*)が存在したか否かを検討することで、当該巻き添え被害を引き起こした行為が、戦争犯罪に該当するか否かについての検討の道が開かれる点を指摘しなければならない¹⁴¹。

第85条3項は、関連諸規定に違反して、以下の行為が「故意に」(*willfully*)行われる場合、議定書に対する国家の「重大な違反行為」としている。「文民たる住民又は個々の文民」を攻撃の対象とすること(a)、攻撃の際の予防措置に関する第57条2項(a)(iii)の規定¹⁴²を「知りながら」(*in the knowledge*)文民たる住民又は民用物に影響を及ぼす「無差別な攻撃」を行うこと(b)、第57条2項(a)(iii)の規定を「知りながら」(*in the knowledge*)危険な力を内蔵する施設に対する攻撃を行うこと(c)¹⁴³。このような重大な違反行為については、国家責任が問われる(第91条。また陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約第3条)。

こうした「重大な違反行為に」対しては、個人の刑事責任を問う道が開かれている(国際刑事裁判所規程(ローマ規程)第8条2項)。ローマ規程は、裁判所の管轄権が国際社会全体の関心事である「最も重大な犯罪」に及ぶとし、「最も重大な犯罪」として、「集団殺害犯

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ ここでは、米国の戦略軍司令官を務めたケーラー空軍大將が、「私は司令官として、核計画に法的原則を適用するという米国の政策を全面的に受け入れ、その原則に関する学術的、政策的な議論によってもたらされる明確性を歓迎した。しかし、通常戦争に適用されるますますの制限や法解釈は、核兵器やその不可避な付随的影響に適用された場合、達成できない(極端に実施されるのであれば、望ましくない)可能性があることを懸念していた」との言葉を想起する必要がある。General C. Robert Kehler, “Commanding Nuclear Forces,” in Charles L Glaser, Austin Long and Brian Radzinsky (eds.) *Managing U.S. Nuclear Operations in the 21st Century* (Brookings Institution Press, 2022), p. 150.

¹⁴¹ Solis, *supra* note 78, p. 231, para. 7.4. 標的選択における故意(*intent*)の概念の分析については、以下を参照。Jens David Ohlin, Targeting and the Concept of Intent, *Michigan Journal of International Law* Vol. 35, Issue 1 (2013), pp. 79-130.

¹⁴² 第57条2項(a)(iii)は、「予期される具体的かつ直接的な軍事的利益との比較において、巻き添えによる文民の死亡、文民の傷害、民用物の損傷又はこれらの複合した事態を過度に引き起こすことが予測される攻撃を行う決定を差し控えること」と規定する。

¹⁴³ ICRCは故意の概念について、被告は「意識的」かつ「意図的」に行動しなければならない、行為とその結果を「念頭に置き」、それらを「望んでいなければならない」とする。他方、人が行為やその結果について「意識せず」に行う通常の過失や予見の欠如は対象外であるとしている。この点については、以下を参照。Sandoz, Swinarski and Zimmermann, *supra* note 75, p. 994, para. 3474.

罪]、「人道に対する犯罪」、「戦争犯罪」、「侵略犯罪」を挙げている（第5条1項）。文民たる住民又は民用物に影響を及ぼす「無差別な攻撃」は、第1追加議定書に対する国家の「重大な違反行為」であり、「戦争犯罪」に該当する（第85条5項）。

さらにローマ規程第30条1項は、「故意に及び認識して」（with intent and knowledge）客観的な要素を実行する場合、当該個人は、「裁判所の管轄権の範囲内にある犯罪」について「刑事上の責任を有し」かつ「刑罰を科される」と規定する。その上で第30条2項は、「故意」（intent）について以下のように規定する。

- (a) 当該個人がその「行為」を行うことを「意図している場合」には「故意がある」
- (b) その「結果」を生じさせることを「意図しており」または「通常の成り行きにおいて」（in the ordinary course of events）その「結果が生ずることを意識している場合」には「故意がある」

ローマ規程第30条2項(b)は、通常の成り行きにおいて、どのような結果が生ずるかを意識することなしに核兵器を使用することは可能かという論点を提起する。つまりこの論点は、「通常の成り行きにおいて」核兵器の使用の結果を意識するならば、それにより生ずる損害には「故意がある」と評価される可能性があることを含意している。故意が存在すると評価される場合には、もたらされた巻き添え被害が過度であるか否かを均衡性の観点から評価するのではなく、区別原則により評価する判例も存在する¹⁴⁴。これは、許される巻き添え損害の範囲を狭めるものであり、文民および民用物の保護に資する解釈となる¹⁴⁵。

4. おわりに

区別原則は、文民および民用物を対象として故意に攻撃することを害敵方法として禁止する。区別原則に従った核兵器の使用が可能だとしても、結果的に文民および民用物に巻き添え被害が起こることは十分に考えられる。核兵器の破壊力と放射線の影響を考えると、「過度でない」巻き添え被害があり得るかとの問いには十分な理由がある。軍事技術の進歩を考慮したとしても、そのような核兵器の使用は、観念的にはあり得ても実際的にはあり得ないように思われる。

故意の概念は今日、害敵手段の使用の結果に対する認識を問うものになってきている。下

¹⁴⁴ ICTY ストルガー事件第1審判決。Prosecutor v. Strugar, IT-01-42-T, Trial Chamber Judgment (31 January 2005), pp. 109-110, paras. 277-280. ただし同上訴審判決 (Prosecutor v. Strugar, IT-01-42-A, Appeal Chamber Judgment (17 July 2008)) は、この論点をほとんど検討していない。

¹⁴⁵ この点について真山全は、「文民損害があればまず文民を狙ったのかの区別原則違反を検討し、そうでなければ付随的損害として過度かを評価する二段階で判断するが、ICTY では、文民損害という結果の一定以上の認識があれば殺人の故意を認める傾向も見られるようになった」と指摘している。真山全「武力紛争法と人道化逆説—付随的損害の扱い—」『世界法年報』第36巻(2017年)19-20頁。

級審判決ではあるが、巻き添え被害の範囲を狭めて解釈する判例も見受けられる。国際人道法として理解される *jus in bello* は、核兵器の使用における標的化政策 (targeting policy) としてカウンターフォース戦略を採用したとしても、巻き添え損害の適法化に高い制約を課していることを指摘する必要があるだろう。前世紀において戦争の違法化がなされ、それにあわせて文民および民用物の保護を強化する方向に国際人道法が進んできた歴史を考えあわせるならば、いかなる核兵器の使用の適法化にも合理的な疑いが残るとの主張にも十分な理由がある。

8. 害敵方法規制からする核兵器使用の評価—その3—付随的自然環境損害

真山全

(1) 民用物と自然環境

自然環境は、地球や他の天体の岩石圏、水圏、気圏と宇宙空間、及びそこにある生物並びにそれらの運動を包含する概念である。武力紛争法はこうした多様なものを含む自然環境をどう認識していたのであろうか。

武力紛争法は、国際的武力紛争の当事者に属するものについては、人以外に関して軍事目標と民用物に二分し、前者を攻撃の対象とし、後者を保護対象とする。非国際的武力紛争の場合には政府側の行為が法執行活動であることから、軍事目標と民用物の区分は原理的には考えにくく、本項でも国際的武力紛争の場合についてのみ論じる。

軍事目標になる自然環境も考えられるが、そうではない自然環境は民用物になるのだろうか。第1追加議定書第52条1項は民用物を「軍事目標以外のすべての物」と定義していることからそのようにも解せる。しかし、同議定書で自然環境保護をいう第35条3項及び第55条1項からして自然環境が民用物とは異なるカテゴリーを形成するという解釈も生じうる。

害敵方法手段の基本原則を定める第35条3項は「自然環境に対しては、広範、長期的かつ深刻な損害(widespread, long-term and severe damage)を与えることを目的とする又は与えることが予測される戦闘の方法及び手段を用いることは、禁止する。」と規定した。第55条1項では「戦闘においては、自然環境を広範、長期的かつ深刻な損害から保護するために注意を払う。その保護には、自然環境に対してそのような損害を与え、それにより住民の健康又は生存を害することを目的とする又は害することが予測される戦闘の方法及び手段の使用の禁止を含む。」とされた¹⁴⁶。第55条2項は、「復讐の手段として自然環境を攻撃することを禁止」している。

民用物の場合には、軍事目標攻撃に伴い生じる付随的損害が過度となれば当該の軍事目標への攻撃が違法と評価されるから、「広範、長期的かつ深刻」な損害が生じる必要はなく、それによって住民の健康や生存が脅かされるかも問題外である。ところが、自然環境損害の場合にはそうはなっていない。「広範、長期的かつ深刻」でさえなければ軍事目標ではない自然環境に損害を与えることは許容されると読み、ここから自然環境は民用物とは別であるということができるようと思われる。

自然環境が民用物ではないとなれば、第1追加議定書の第51条5項(b)や第57条2項

¹⁴⁶ 第1追加議定書適用の地理的範囲を定める第49条3項からして、第55条は陸上に影響しない海戦空戦には適用がない。

(a)(iii)が付随的損害を文民や民用物の巻き添えによる損傷と定義しているため、付随的損害が過度か否かの評価に際して自然環境損害が算入されることもなくなってしまう。自然環境を構成する特定の有形物が民用物として扱われることはありうるとしても、気圏や水圏のような自然環境に生じた損害は、「広範、長期的かつ深刻」でなければ武力紛争法上の問題とはされなくなる。さらに、第1追加議定書の重大な違反行為は、物に関しては衛生部隊、宗教部隊や特別保護地域を除けば民用物に対しての行為に限られていることから、自然環境損害を生じさせる行為は重大な違反行為からも外れる。

軍事目標への攻撃から自然環境に生じる巻き添え損害が「広範、長期的かつ深刻」となれば当該軍事目標への攻撃は違法になるとはいえども、「広範、長期的かつ深刻」ではない損害についてこの議定書は何もいわない。自然環境にそのような損害が生じても議定書はそれに頓着しないともいえる。

しかもこれらの条文のいう「広範」、「長期的」と「深刻」の要件は、この議定書起草過程の議論では非常に程度の高いものと捉えられ、例えば長期的損害とは10年から30年に及ぶ損害をいうとされた。こうした厳しい要件が「かつ」で連結され、この三要件を同時に満たさないと違法とはされないため、第35条3項や第55条1項からして違法とされるような自然環境損害は極めて大きいものに限られる。

(2) 自然環境が軍事目標である場合

国際的武力紛争で自然環境が軍事目標になることはあり、そのことをいう条約規定もある。特定通常兵器使用禁止制限条約の焼夷兵器使用禁止制限議定書(議定書 III)はその例である。同議定書第2条4項は、植物群落への焼夷兵器攻撃を原則として禁止するものの、植物群落が軍事目標になった場合にはそれへの攻撃を許容する。また、軍事目標定義規定である第1追加議定書第52条2項は、その性質、位置、用途又は使用が軍事活動に効果的に貢献するものであれば軍事目標になるというから、例えば峠のような重要な移動経路となる地形が軍事目標になることも排除されない。特定の自然環境がこのように軍事目標を構成するならば、それに対する攻撃はそれ以外のものへの過度の付随的損害が発生しなければ武力紛争法からすれば適法ということになる。

第1追加議定書の第35条3項と第55条1項が自然環境が軍事目標である場合にも適用されるかは必ずしも明らかではない。第55条1項が自然環境に巻き添え損害が生じる場合を念頭に置くとの見解はあるが、第35条3項については同項が自然環境に損害を与えることを「目的」とする戦闘の方法及び手段の使用も禁止していること、並びに第35条全体が基本原則として包括的な制限を課していると思われることから、自然環境が軍事目標を構成する場合にも適用があるというのが妥当であるように考えられる¹⁴⁷。

¹⁴⁷ この点では第56条が原則的な保護を与える危険な力を内包する工作物及び施設と同じである。こうした条約規定

(3) 第1追加議定書以降の展開とICC規程

第1追加議定書を含む武力紛争法は、「人道」の原則を基盤の一とし、人的物的損害に着目してきたのであって(その故に国際人道法とも呼ばれる)、そのような損害ではない自然環境損害は武力紛争法の土俵に上がらなかったといえる。そこに上がっても、通常の民用物よりも大きな損害でないという二重の制約が設けられていた。

しかしながら、1991年の湾岸戦争でイラクがその支配下の油田を破壊して大気や海洋に大規模な汚染が生じたことから、自然環境損害を武力紛争法でどう捉えるかの議論が改めてなされるようになる。ICRCも1994年に「武力紛争時環境保護軍事教範訓令のための指針(Guidelines for Military Manuals and Instructions on the Protection of the Environment in Times of Armed Conflict)」を作成した。

こうしたことから環境損害を武力紛争法上の付随的損害と明記する条約が登場する。1998年の国際刑事裁判所(ICC)規程がそれで、その第8条2項(b)(iv)は、攻撃から得られる軍事的利益「全体」との比較で、巻き添えによる文民の死傷、民用物の損傷又は「自然環境に対する広範、長期的かつ深刻な損害(widespread, long-term and severe damage to the natural environment)」であって、これらが「明らかに」過度となることを知りながら攻撃することを戦争犯罪とした。ICC規程は個人処罰のための条約であって、武力紛争を戦う諸国にそのような行為の禁止を求めるものではないが、それをなした将兵が処罰されるのであるから、国に向けられた禁止規範が存在することが前提である。

ICC規程は、軍事目標ではない自然環境を民用物と同一視せず、別に扱っているものの、自然環境損害を付随的損害として認識できると明記したことが注目される。しかし、第1追加議定書は「広範、長期的かつ深刻な損害」を自然環境に与えることを禁止していたが、ICC規程はそうした損害を与えただけで戦争犯罪になるとはいわず、そうした損害が攻撃から得られる軍事的利益に比し「明らかに」過度でなければ処罰対象とはならないとしてしまった。「広範、長期的かつ深刻」の要件自体がそもそも敷居の非常に高いものであったことに加え、軍事的利益に比べて明白に過度となっていなければならないとの追加要件によって適用範囲は一層限定的となった。つまり、過度であっても広範、長期的かつ深刻でなければ戦争犯罪にならないのである。第1追加議定書が自然環境損害を発生させる行為を普遍主義で刑事責任を追及しうるその重大な違反行為にしなかった一方、ICC規程は自然環境を破壊する行為を戦争犯罪として取り込んだのは評価されようが、その処罰範囲は極めて限定的である。

(4) 核兵器使用による付随的自然環境損害

が設けられた背景には、ベトナム戦争における枯葉剤使用による自然環境破壊があった。

第 1 追加議定書からしてその発生が違法とされるような付随的な自然環境損害や、ICC 規程上処罰対象となるような自然環境の破壊は非常に大きなものであり、通常兵器や小型の戦術核兵器ではなかなかそうした損害を生じさせないであろうと思われるほどである。

しかし、出力の大きな核兵器であれば、その熱線、爆風及び放射能による付随的損害は、こうした高い敷居を超える激しいものとなる可能性はある。但し、放射能汚染のみが及んだ場所については、物理的破壊は認識しにくくなる。そのような場合にいかなる程度の放射能汚染から付随的損害と認識すべきかとの核兵器使用に特別の問題が生じる。

英仏をはじめとする主要 NATO 諸国が核兵器使用に対して第 1 追加議定書の適用がないと一貫して主張し、さらに自然環境に対するものを含む同議定書の戦時復仇禁止規定に留保を付しているのは、第 1 追加議定書の第 35 条や第 55 条を含む関連規定によって核兵器使用が違法と評価されることを懸念したからである。

第 1 追加議定書採択からほぼ 20 年後に作成された ICC 規程については、明示的に核兵器使用への不適用をいう宣言を行ったのは仏のみである。英も第 1 追加議定書に付した宣言に言及する宣言を ICC 規程批准時に付したが、それが核兵器使用不適用をいうのかは必ずしもはっきりしない。

なお、第 1 追加議定書締約国である NATO 諸国も同議定書の関連規定で慣習法の表現とされたものについて核兵器使用に適用されることを否定しない。米も慣習法の核兵器使用への適用を肯定する。第 1 追加議定書作成当時の慣習法をこの議定書が取り入れた部分については確かにそうなるであろう。これは、ICJ の核兵器に関する勧告的意見において、核兵器使用への適用を念頭に置いていなかったとしても既存のつまり現行の武力紛争法規則は核兵器使用に適用があるという判断に同じである。しかし、核兵器使用を適用外に置く条約規定が新たに慣習法化する際に、やはり核兵器使用には適用がないということを持続したまま慣習法になるといえないであろうか。NATO 諸国が第 1 追加議定書作成時の慣習法について核兵器に適用があるというのか、それ以降に慣習法化した同議定書規定もそうであると考えているのかという問題は残る。

第 1 追加議定書の第 35 条と第 55 条が慣習法化したという見解はありえ、そうであるからこそ ICC 規程にこれらの規定と同様の文言が取り入れられたともいえる。さらに、こうした自然環境損害発生後の処理だけではなく、国際環境法が重視する予防措置を武力紛争時の自然環境保護のために武力紛争法から検討すべきとの議論も生じている。こうした傾向は、国連国際法委員会(ILC)における「武力紛争に関連しての環境保護原則草案(Draft Principles on Protection of the Environment in Relation to Armed Conflicts)」でも見られる¹⁴⁸。

¹⁴⁸ ILC, 73rd Session, A/CN.4/L968, 20 May 2022.

(5) 武力紛争非当事国に生じた自然環境損害

国際的武力紛争の当事者によるその相手方当事者に対する核兵器使用により非当事国の領域に放射能汚染その他の影響が及ぶ場合には、それを武力紛争法の付随的損害として扱い、過度でなければ当該の非当事国はこれを受忍すべきというのは妥当ではない。なぜならば、非当事国の領域は不可侵であるから、そこに生じた損害を容認する義務は、中立法からしてもない。非当事国の排他的経済水域や大陸棚にある施設、資源やその自然環境への放射能汚染についてもその管轄権と主権的権利からして同様にことがいえるように思われる。しかし、どの程度の汚染から非当事国に生じた損害とどういうかが中立法の観点からも問題になる。

なお、交戦団体承認のないような非国際的武力紛争における核兵器使用で他の国に放射能汚染等の影響が生じた場合には、中立法の適用もなく、領域管理責任の問題に直ちになるのであるから、いわゆる平時の国際環境法によって責任が追及される。ここでもどの程度の汚染からそれが可能かは問われる。ソ連チェルノブイリ原子力発電所事故により諸国に生じた汚染の事例も参考になりうるが、この場合には賠償の権利を留保するとした国はあっても、実際に請求した国はなかったとされる。

9. 害敵手段規制からする核兵器使用の評価

河合公明

(1) はじめに

核兵器の使用の法的評価は、「逸脱不可能な国際慣習法の原則」(intransgressible principles of international customary law)¹⁴⁹とされる国際人道法上の2つの基本原則(cardinal principles) — 区別原則と不必要な苦痛の禁止原則 — に照らして行われる¹⁵⁰。これらの原則から、軍事目標と非軍事目標を区別することのできない兵器、換言すれば、いかなる害敵方法をもってしても無差別的効果をもたらす「性質」(of a nature)を持つ兵器は禁止される。また、区別原則に従い文民および民用物を攻撃の対象とせず、当該兵器を使用したとしても、軍事目標とされる戦闘員に不必要な苦痛を与えることは禁止される(不必要な苦痛の禁止原則)。この原則に反する性質を持つ害敵手段もまた禁止される。

核兵器については、無差別的効果や戦闘員に不必要な苦痛を与える性質を持つ害敵手段であるかについては争いがある¹⁵¹。無差別的効果を持つ兵器の規制にかかわる区別原則については別項で扱うことから(☞ 6)、本項では、害敵手段の規制にかかわる不必要な苦痛の禁止原則に照らし、核兵器の使用の法的評価について概観する。

(2) 不必要な苦痛の禁止原則

戦闘における唯一の正当な目的は「敵の軍事力を弱めること」であり、そのためにはできるだけ多数の者を「戦闘外におけば足りる」¹⁵²。その帰結として、正当な軍事的利益を達成するに際し、不可避である苦痛よりも大なる苦痛を戦闘員に与えることを禁止するのが、不必要な苦痛の禁止原則である。「陸戦ノ法規慣例ニ関スル規則」は、「不必要ノ苦痛ヲ与フヘキ兵器、投射物其ノ他ノ物質ヲ使用スルコト」を禁止する(第23条ホ)と規定している¹⁵³。ジュネーヴ諸条約第1追加議定書(第1議定書)は、「過度の傷害又は無用の苦痛を与える兵器、投射物及び物質並びに戦闘の方法を用いることは、禁止する」と定める(第35条2

¹⁴⁹ *ICJ Reports 1996*, *supra* note 7, p. 257, para. 79.

¹⁵⁰ *Ibid.*, para. 78.

¹⁵¹ 例えば米国は、核兵器を「本質的に不均衡とみなさない」(regards nuclear weapons not be inherently disproportionate weapons)との立場をとっている。Department of Defense, *Law of War Manual* (June 2015, updated December 2016), p. 367, para. 6.74. At <https://dod.defense.gov/Portals/1/Documents/pubs/DoD%20Law%20of%20War%20Manual%20-%20June%202015%20Updated%20Dec%202016.pdf?ver=2016-12-13-172036-190>, accessed March 8, 2023.

¹⁵² 1868年サンクト・ペテルブルク宣言。At <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=568842C2B90F4A29C12563CD0051547C>, accessed March 8, 2023.

¹⁵³ Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907, Article 23(e). At <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/ART/195-200033?OpenDocument>, accessed March 8, 2023.

項)¹⁵⁴。しかしながらこれらの規則は、「不必要」、「過度」、「無用」の内容について述べていないことから、どのような傷害や苦痛がそのように評価されるかという点が問題となる。この問題を考えるに当たり留意すべきは、不必要な苦痛の禁止原則の適用対象は戦闘員であり、文民ではないという点である。文民は攻撃の対象としてはならないからである。

当該戦闘員に与える傷害や苦痛が不必要であるか否かは、害敵手段として当該兵器を選択する必要性とその使用によりもたらされる傷害や苦痛の度合い、つまり「軍事的側面」(military aspect)と「人道的側面」(humanitarian aspect)の「均衡」(equation/balancing act)により決定されるものと考えられている¹⁵⁵。この考え方は、「軍事的必要性」(military necessity)¹⁵⁶が大きければ、それだけ大きな傷害や苦痛を許容する。傷害や苦痛と軍事的必要性を比較して、はじめて当該兵器の使用がもたらす傷害や苦痛に関する評価が可能になるのであり、傷害や苦痛の大きさそれ自体が評価の対象となるわけではない¹⁵⁷。

当該戦闘員に与える傷害や苦痛が不必要であるか否かは、軍事的側面と人道的側面の均衡により評価が行われるという点では合意が見られるものの、両者の均衡を具体的にどう図るかという問題は容易ではない¹⁵⁸。人道的側面については、1997年に赤十字国際委員会(ICRC)が、SIrUSプロジェクトに関する報告書を公表した¹⁵⁹。同報告書は過度の傷害や不必要な苦痛について、①特定の疾患、特定の異常な生理状態、特定の永続的な障害または特定の損傷、②戦場での死亡率が25%以上、または病院での死亡率が5%以上、③赤十字の分類で測定される第3度の傷、④十分に認識され証明された治療法がない、という4つの基準を提示した。この提案は、知られていない影響を持つ兵器に対する厳密な審査の必要性を認めた点で重要とされるが、専門家から広く受け入れられたとは言い難い¹⁶⁰。

¹⁵⁴ API, Article 35.2

¹⁵⁵ ICRC, Report, Conference of Government Experts on the Use of Certain Conventional Weapons, Lucerne, 1974, (1975), p. 9, para. 24.

¹⁵⁶ Sandoz, Swinarski and Zimmermann, *supra* note 75, p. 392, paras. 1389-1398.

¹⁵⁷ こうした考え方を示すものとして、以下を参照。Letter dated 20 June 1995 from the Acting Legal Adviser to the Department of State, together with Written Statement of the Government of the United States of America, p. 2. International and Operational Law Department, *Law of Armed Conflict Deskbook 5th edition* (US Army Judge Advocate General's Legal Center and School, 2015), p. 150, para. 2. At https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/LOAC-Deskbook-2015.pdf, accessed March 8, 2023.

¹⁵⁸ ICRC, *supra* note 155, p. 9, para. 24; Simon O'Connor, "Nuclear weapons and the unnecessary suffering rule," in Gro Nystuen, Stuart Casey-Maslen and Annie Golden Bersagel (eds.), *Nuclear Weapons under International Law* (Cambridge University Press, 2014), p. 143.

¹⁵⁹ SIrUSプロジェクトは、“Superfluous Injury or Unnecessary Suffering”という言葉に由来し、ICRC主催による“The medical profession and the effects of weapons”と題されたシンポジウム(1996年3月、モントルー)をきっかけに発足した。Robin M. Coupland and Peter Herby, “Review of the legality of weapons: A new approach — The SIrUS Project,” *International Review of the Red Cross*, Vol. 81, No. 835, (September 1999), p. 583. At <https://international-review.icrc.org/sites/default/files/S1560775500059800a.pdf>, accessed March 8, 2023. 報告書は以下を参照。At <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/l1mlp/SIrUS-project/SIrUS-project.pdf>, accessed March 8, 2023.

¹⁶⁰ Isabelle Daoust, “ICRC Expert Meeting on Legal Reviews of Weapons and the SIrUS Project Jongny sur Vevey, 29-31 January 2001,” *International Review of the Red Cross*, Vol. 83, No. 842 (June 2001), pp. 541-542. At <https://international-review.icrc.org/sites/default/files/S156077550010584Xa.pdf>, accessed March 8, 2023. 医学的な手段による測定や判断が困難であることの指摘については、以下を参照。Solis, *supra* note 78, p. 227.

サイモン・オコンナーは、不必要な苦痛の禁止原則を考える際に、苦痛と軍事的必要性の均衡が取れているとの評価がなされなければならないにしても、「その影響（effects）を評価することは重要」であると述べている¹⁶¹。兵器の使用の目的—軍事的必要性—と兵器の使用もたらす影響—傷害や苦痛—とを関連づける考え方は、軍事的側面と人道的側面の均衡を具体的に図るための実際的な方法であると考えられる。兵器の使用の影響を軍事的必要性と関連づけて考えれば、当該兵器の使用の影響のうち、何が軍事的必要性に資し、何が資するものでないかを精査することが求められる。当該兵器の使用の影響を軍事的必要性と関連づける説明が困難な場合には、代替兵器を考える必要もあろう。

ヨラム・ディンスタインは、過度の傷害や不必要な苦痛の禁止は、回避可能な傷害や苦痛と回避不可能な傷害や苦痛の区別にかかっているとし、問題となる兵器と他の選択肢の比較の必要性を指摘している¹⁶²。ディンスタインは、代替兵器がより少ない傷害や苦痛をもたらすかどうか、代替兵器によってもたらされる効果が敵兵を無力化するのに十分有効であるかどうかという基準を提示する¹⁶³。クリストファー・グリーンウッドは、不必要な苦痛の禁止原則はその本質において、ある特定の兵器によって引き起こされる傷害と苦痛が必要であったか否かを決定するに当たり、「異なる兵器を比較すること」を含んでいると指摘している¹⁶⁴。

(3) 核兵器の使用と不必要な苦痛の禁止原則

以上の一般論を、核兵器の使用の文脈に当てはめてみよう。ここでは、放射線が戦闘員に対してもたらす影響を軍事的必要性とどのように関連づけて説明するかが問題となる。放射線のもたらす影響について長崎市長の伊藤一長は、1996年の国際司法裁判所（ICJ）における勧告的意見のための口頭陳述で、「放射性降下物に由来する特別の問題がある。実際に、核兵器と通常兵器の根本的な違いは、前者は爆発時に放射線を放出することである」と述べている¹⁶⁵。

戦闘員に対する放射線の影響と軍事的必要性の関連性の説明が困難であれば、ディンスタインやグリーンウッドの指摘する代替手段の選択の可能性という論点が検討される必要が出てくると言えよう。核兵器の使用に伴う放射線の影響を軍事的必要性との関連で説明

¹⁶¹ O'Connor, *supra* note 158, p. 144.

¹⁶² Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict* (Cambridge University Press, 2004), p. 60.

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ Christopher Greenwood, "The law of weaponry at the start of the new millennium," in Leslie Green and Michael Schmitt (eds.), *International Law Studies*, Vol. 71: The Law of Armed Conflict: Into the Next Millennium (Newport, RI: US Naval War College, 1998), p. 197.

¹⁶⁵ Stuart Casey-Maslen, "The use of nuclear weapons under rules governing the conduct of hostilities," in Gro Nystuen, Stuart Casey-Maslen and Annie Golden Bersagel (eds.), *Nuclear Weapons under International Law* (Cambridge University Press, 2014), p.106. 引用している長崎市長の声明は、以下を参照。Statement of the Mayor of Nagasaki to the International Court of Justice, Nuclear Weapons Advisory Opinion, Verbatim record 1995/27, Public sitting held on Tuesday 7 November 1995, p. 36, at <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/095-19951107-ORA-01-00-BI.pdf>, accessed March 8, 2023.

できない限り、そうした核兵器の使用は不必要であったという議論には十分な理由がある。

また放射線には、核兵器の使用時における影響とともに残留放射線による影響や内部被曝¹⁶⁶という時間軸を異にする影響があり、後者のような長期的な影響をどのように評価するかという問題がある¹⁶⁷。核兵器の使用により軍事的利益がもたらされた後、当該武力紛争の終了後も長期にわたり核兵器の使用に伴う放射線が戦闘員の人体に悪影響を及ぼすような場合、そのような影響は不必要な苦痛の禁止原則に照らしどのように評価されるのかという問題は、重要な論点であろう¹⁶⁸。

(4) おわりに

1996年の勧告的意見でICJは、核兵器の使用に伴う放射線の影響を「ある独自の性格」(certain unique characteristics)¹⁶⁹と表現し、「将来の世代にまで被害を及ぼす力」(their ability to cause damage to generations to come)¹⁷⁰という言葉を用いて、害敵手段の使用の法的評価において、その使用がもたらす影響が長期にわたる場合についての考慮を示唆した。ICJが述べているように、核兵器の使用に対して武力行使に関する法や国際人道法を「正しく適用するため」(in order correctly to apply)には¹⁷¹、文民および民用物に対する攻撃を禁止する区別原則という空間的要素に対する考慮のみならず、戦闘員に対する不必要な苦痛の禁止の原則について、放射線による長期的な影響という時間的要素についても考慮する必要があるろう。

¹⁶⁶ 一般に、「被爆」は原爆の爆撃を受けること、「被曝」は放射線の照射を受けることを指し、本項の表記もそれに従う。従来の原爆被爆関連資料には内部被曝に関する記述が少ないことを指摘するものとして、水本和美「核軍縮と広島・長崎」浅田正彦・戸崎洋史編『核軍縮不拡散の法と政治 黒澤満先生退職記念』（信山社、2008年）253-255頁。

¹⁶⁷ 内部被曝の影響に関する研究として、肥田舜太郎、鎌仲ひとみ『内部被曝の脅威—原爆から劣化ウラン弾まで』（筑摩書房、2005年）73-76頁。他方、放射線の健康影響の説明の難しさを指摘するものとして、長瀧重信「放射線の健康影響の説明の難しさ 原子力災害に関係してきた医師として」『日本原子力学会誌 ATOMOS』第53巻6号（2011年）402-403頁。

¹⁶⁸ この問題に関連して、自然環境の保護を規定する第1議定書第55条1項には、害敵方法および害敵手段がもたらす長期的な影響に関する考慮が働いている。同項は、「広範」にわたり「長期的」かつ「深刻」な損害を与えることから自然環境を「保護」するための「注意」を規定し、自然環境に対してこうした損害を与えることにより、「住民」(population)の「健康」や「生存」を害することを目的としたり、それを害することが予測される戦闘の方法や手段を用いたりすることを禁止する。ここで留意する必要があるのは、第55条1項が規定する自然環境の保護による受益者は「すべての住民」(whole population)であり、そこでは文民たる(civilian)という限定が行われていないことである。こうした限定がなされなかったのは、環境に対する損害は長期に継続するものであり、そこにいる人間—文民たる住民も戦闘員も一に区別なく影響を及ぼすことを意図的に強調するためであるとされる。Sandoz, Swinarski and Zimmermann, *supra* note 75, p. 663, para. 2134.

¹⁶⁹ *I.C.J. Reports 1996, supra* note 7, pp. 243-244, para. 35.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 244, para. 36.

¹⁷¹ *Ibid.*

10. 害敵手段の条約による禁止の意義と限界

河合公明

(1) はじめに

第2次世界大戦以前に戦争法と呼称された *jus in bello* は、今日では国際人道法 (International Humanitarian Law) へと呼称を変化させた。この変化は、戦争の違法化という20世紀における戦争観の大きな転換に呼応するものであり、国際人道法という用語は、武力紛争における「人道」(humanity) の重視という視点の変化を反映している¹⁷²。国際人道法は、慣習法、1949年のジュネーブ諸条約やジュネーブ諸条約第1追加議定書などの条約および法の一般原則 (general principles of law) を主たる法源とし¹⁷³、「戦闘の方法及び手段を選択する権利は、無制限ではない」ことは、国家間で合意され確立された規則となっている¹⁷⁴。

これに対し軍縮条約は、武力紛争における敵対行為で「害敵手段」(means of warfare) として使用されうる兵器を平時に規制する法である¹⁷⁵。軍縮条約は、兵器の規制を通じて、武力紛争の発生を防止し国際の平和と安全の維持を図ることを目的とする¹⁷⁶。1986年のニカラグア事件判決で国際司法裁判所 (ICJ) が述べるように、軍縮に関する慣習国際法上の規則は存在しないと考えられていることから、軍縮に関する国際的な規則は条約など国家間の合意という形式をとる¹⁷⁷。

一般に国際法において多国間条約が締結される際には、それまでの国家実行とは異なる新たな価値に裏打ちされた規範が当該条約に規定される。安全保障上の価値は国家により異なり、とりわけ安全保障は軍事にも関わることから国家間の主張の対立が激しくなる。国際人道法においては、「軍事的必要性」(military necessity) と「人道」(humanity) が個別規則を解釈する際の指針であり¹⁷⁸、軍縮条約に対しては、「人道」を重視する国家からの支持を得られたとしても、「軍事的必要性」を重視する国家からの支持を得られないことが起こりうる。本項では、多国間合意により兵器を規制する軍縮条約の意義と限界について考える。

¹⁷² 真山全「自衛権行使における武力紛争法の適用—戦時国際法と武力紛争法の連続性・非連続性」『国際問題』556号 (2006年) 33頁。

¹⁷³ Kolb, *supra* note 76, p. 49.

¹⁷⁴ Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907, Article 22. API Article 35(1).

¹⁷⁵ 岩沢雄司『国際法』(東京大学出版会、2020年) 765頁。

¹⁷⁶ Stuart Casey-Maslen and Tobias Vestner, *A Guide to International Disarmament Law* (Routledge, 2019), p. 1. 黒澤満『軍縮国際法』(信山社、2003年) 29頁。

¹⁷⁷ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Judgement, I.C.J. Reports 1986*, p. 135, para. 269.

¹⁷⁸ Geoffrey S. Corn, Victor Hansen, Richard Jackson, M. Christopher Jenks, Eric Talbot Jensen, James A. Schoettler, *The Law of Armed Conflict: An Operational Approach* (Wolters Kluwer, 2012), pp. 119-120.

(2) 兵器規制の二つの基本原則

敵対行為における害敵手段としての兵器の合法性の評価は、「逸脱不可能な国際慣習法の原則」¹⁷⁹とされる国際人道法上の二つの基本原則に照らして行われる。第一に、区別原則（☞ 6）である。区別原則は、文民たる住民および民用物の保護を目的とし、戦闘員と非戦闘員の区別を確立するものである。第二に、不必要な苦痛の禁止原則（☞ 9）である。戦闘における唯一の正当な目的は「敵の軍事力を弱めること」であり、そのためにはできるだけ多数の者を「戦闘外におけば足りる」¹⁸⁰。その帰結として、正当な軍事目的を達成するに際し、不可避である苦痛よりも大なる苦痛を戦闘員に与えることを禁止するのが不必要な苦痛の禁止原則である。

二つの基本原則から、軍事目標と非軍事目標を区別することのできない兵器、換言すれば、いかなる方法をもってしても無差別的効果をもたらす「性質」(of a nature)¹⁸¹を持つ兵器は、慣習法上禁止される。また、軍事目標とされる戦闘員に不必要な苦痛を与えることは禁止されることから、いかなる方法をもってしてもこの原則に反する「性質」を持つ兵器も、慣習法上禁止される。これに対し、二つの基本原則のいずれにも違反する「性質」を持つとは考えられない兵器は、害敵手段として直ちには禁止されず、害敵方法における規制を受けるとどまる¹⁸²。さらに今日では、自然環境に対して広範、長期的かつ深刻な損害を与えることが予測される害敵手段も禁止されるが¹⁸³、これはジュネーヴ諸条約第1追加議定書に規定された新しい規則である（☞ 8）。

(3) 条約による害敵手段の禁止

問題は、いかなる兵器が害敵手段として慣習法上禁止されるかに関する理解が国によって異なるという点にある。つまり、いかなる兵器が無差別的効果や不必要な苦痛をもたらす性質を持つかについて、各国の考えが一致しているわけではないのである¹⁸⁴。こうした事情を背景に、壊滅的な破壊力を有する核兵器について、国際司法裁判所（ICJ）は1996年の勧告的意見で、「慣習法にも条約法にも、核兵器による威嚇や使用を包括的かつ普遍的に禁止するものは存在しない」との見解を示している¹⁸⁵。

当該兵器について、慣習法により害敵手段としての使用が禁止されないと考えられる場

¹⁷⁹ *ICJ Reports 1996, supra note 7, p. 257, para. 79.*

¹⁸⁰ Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight, Saint Petersburg, 29 November / 11 December 1868 (St. Petersburg Declaration). At <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=568842C2B90F4A29C12563CD0051547C>, accessed March 10, 2023.

¹⁸¹ ジュネーヴ諸条約第1議定書第35条2項、第55条1項。

¹⁸² この点については、真山「前掲論文」(注70)9-11頁を参照。

¹⁸³ 議定書第35条3項、第55条。

¹⁸⁴ 藤田久一は、慣習法上の規則の個々の種類の兵器への適用の困難を指摘している。藤田久一『新版 国際人道法 再増補』(有信堂、2003年)92頁。

¹⁸⁵ *I.C.J. Reports 1996, supra note 7, pp. 266, para. 105(2)B.* ただし判断は11対3であり、全員一致ではない。

合、条約など国家間の合意で個別に禁止するアプローチがとられる。このアプローチに基づくのがいわゆる軍縮条約である。国家の意思の合致に基づく軍縮条約によれば、理論上、いかなる兵器も害敵手段として禁止することが可能である。

通常兵器をみると、炸裂弾 (explosive bullets)¹⁸⁶、拡張弾 (expanding bullets)¹⁸⁷、毒物または施毒兵器 (poison or poisoned weapons)¹⁸⁸が禁止されてきた。1980年に採択された枠組み条約の形式をとる特定通常兵器使用禁止制限条約 (CCW) により¹⁸⁹、破碎兵器 (議定書 I)、地雷およびブービートラップ (議定書 II)、焼夷兵器 (議定書 III)、盲目化兵器 (議定書 IV) が禁止され、さらに CCW の枠組みの外では、多国間条約により 1997 年に対人地雷¹⁹⁰、2008 年にクラスター弾¹⁹¹が禁止されてきた。CCW の枠組みでは現在、自律型致死兵器システム (LAWS) の規制のあり方について議論が行われている¹⁹²。LAWS の問題は、自律型兵器 (autonomous weapons systems) が国際人道法を遵守できるかという技術 (technologies) に関わる問題を提起するとともに、機械が人間を殺傷することについて倫理的な問題を提起している¹⁹³。

大量破壊兵器についてみると、これまで化学兵器¹⁹⁴や生物兵器¹⁹⁵を禁止する国際条約が締結されている。核兵器については、2017 年 7 月に国連の交渉会議で採択された核兵器禁止条約¹⁹⁶が 2021 年 1 月に発効した。先に見たように、国際人道法においては、いかなる方法をもってしても差別原則および不必要の苦痛の禁止原則という少なくとも二つの基本原

¹⁸⁶ 1986 年サンクト・ペテルブルク宣言は、重量 400 グラム未満の炸裂弾の使用を禁止した。

¹⁸⁷ Declaration (IV,3) concerning Expanding Bullets, The Hague, 29 July 1899. At <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=F5FF4D9CA7E41925C12563CD0051616B>, accessed March 10, 2023.

¹⁸⁸ Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 18 October 1907, Article 23(a). At <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/ART/195-200033?OpenDocument>, accessed March 10, 2023.

¹⁸⁹ Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May be Deemed to be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects (and Protocols) (As Amended on 21 December 2001) (CCW), 10 October 1980, 1342 UNTS 137.

¹⁹⁰ Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction, Oslo, 18 September 1997, 2056 UNTS 211.

¹⁹¹ Convention on Cluster Munitions, Dublin, 30 May 2008, 2688 UNTS 39.

¹⁹² CCW の枠組みでは、2019 年に採択された 11 項目の「指針」(Guiding Principles) が、LAWS の問題をめぐる議論の今日における到達点となっている。At <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/285/69/PDF/G1928569.pdf?OpenElement>, accessed March 10, 2023.

¹⁹³ 例えば赤十字国際委員会は、「生死に関わる判断が、人間ではなくセンサーやソフトウェア、機械の工程により下されることで、人類にとって根本的な倫理上の懸念を提起する」と指摘している。ICRC, “ICRC position on autonomous weapon systems,” 12 May 2021. At <https://www.icrc.org/en/document/icrc-position-autonomous-weapon-system>, accessed March 10, 2023. 国際人道法との関連で言えば、人間ではなく機械に殺傷されることは不必要な苦痛に該当するかという問題を提起すると思われる。この点を指摘するものとして、岩本誠吾「AI 兵器をどう規制するか」『世界』(岩波書店、2019 年) 110 頁。

¹⁹⁴ 窒息性ガス、毒性ガス又はこれらに類するガス及び細菌学的手段の戦争における使用の禁止に関する議定書 (1925 年 6 月 17 日のジュネーヴ・ガス議定書)。Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction, 3 September 1992, 1974 UNTS 317, 1975 UNTS 3 (No. 33757).

¹⁹⁵ Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction, 10 April 1972, 1015 UNTS. 163.

¹⁹⁶ Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, 7 July 2017, (No. 56487).

則のいずれかに違反する性質を持つ兵器は、害敵手段として禁止される。核兵器禁止条約は、この2つの基本原則をはじめとする国際人道法の原則に立脚し（前文パラ9）、核兵器のいかなる使用のもたらす「壊滅的な人道上の帰結」に対する深い「懸念」が、核兵器の完全な「廃絶」を必要とするとしている（前文パラ2）。

(4) 条約による規制の限界

軍縮条約による害敵手段の規制には、国家間の意思の合致の範囲での禁止という限界があり¹⁹⁷、この限界は「合意は拘束する」の原則に由来する¹⁹⁸。そこで、禁止義務に拘束される国家の範囲の限定性を克服するために、規定された義務の普遍化が軍縮条約にとっての課題となる。核兵器禁止条約には、「締約国は、全ての国によるこの条約への普遍的な参加を目標として、この条約の締約国でない国に対し、この条約に署名し、これを批准し、受諾し、承認し、又はこれに加入するよう奨励する」とし、条約自体に普遍性に関する規定がある（第12条）。この規定は結果的に、害敵手段としての核兵器を普遍的に禁止する慣習法の規則が存在しないことを示唆しているともいえる。

全ての国が核兵器禁止条約の締約国になれば、条約の慣習法化を追求する必要はなくなる。同条約については、核兵器の保有国が反対していることから¹⁹⁹、差し当たりそのような状況が現出するとは考えにくい。そこで、同条約の全部または一部が、条約の締結後に新たに慣習法となる可能性はないかが問題となる。

(5) 条約上の規則の慣習法化

まず考える必要があるのは、大多数の国が条約の締約国になった場合には、当該義務に係る国家実行は条約上のものとなることから、慣習法としての国家実行の認定が困難になるのではないかという問題である。ICJは北海大陸棚事件判決で、条約締約国の実行は慣習法の証拠にならないとしている²⁰⁰。条約義務に基づく国家実行と、慣習法の成立要件としての国家実行および法的信念を区別することは容易ではない。リチャード・バクスターは、「条約の締約国の数が増えれば増えるほど、条約とは別に国際慣習法がどのような状態にあるかを示すことは難しくなる」と指摘している²⁰¹。

¹⁹⁷ 法格言には「契約は第三者を益しも害しませず」とある。

¹⁹⁸ Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), 23 May 1969, 1155 UNTS 331, Article 26.

¹⁹⁹ Joint Press Statement from the Permanent Representatives to the United Nations of the United States, United Kingdom, and France Following the Adoption, 7 July 2017, New York City, at <https://usun.usmission.gov/joint-press-statement-from-the-permanent-representatives-to-the-united-nations-of-the-united-states-united-kingdom-and-france-following-the-adoption/>, accessed March 10, 2023.

²⁰⁰ *North Sea Continental shelf Cases (Federal Republic of Germany/Denmark)*, I.C.J. Reports 1969, p. 43-44, para. 76.

²⁰¹ Richard Baxter, *Treaties and Custom*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, (Martinus Nijhoff, 1970), p. 64. バクスターの逆説と条約の慣習法創出効果については、以下を参照。岩沢雄司『国際法』（東京大学出版会、2020年）81-82頁。

確かに、条約上の実行は慣習法上の実行と外見上の区別がつかない。しかしながらテオドル・メロンは、条約の締約国による国家実行が、条約上の義務だけでなく慣習法によっても求められていると信じ、そう認識して行われていたことが証明できれば、そのような法的確信は慣習法の存在の証明につながるかもしれないと指摘している²⁰²。メロンは、法的確信は「条約の一般法への転換に不可欠である」とし、それは「証明の問題」(a question of proof)であると述べている²⁰³。このように、累積された条約上の実行が法的確信を伴うものであることを示すことが、条約による核兵器の禁止を慣習法による禁止に転じる戦略として重要となる。条約の慣習法性に関する判例を見ると、1986年のニカラグア事件判決でICJは、ほとんどの国が締約国である国連憲章第2条4項が慣習法であることを認定している²⁰⁴。

次に、核兵器禁止条約の締約国数が増加し、核兵器の保有国以外の全ての国が締約国となった場合、核兵器禁止条約は慣習法化したといえるかという問題である。核兵器の保有国が非締約国として残っている場合、条約の締約国から非締約国に対し、条約上の義務の慣習法化を理由に義務の履行を求めることができるのだろうか。利害関係国たる核兵器の保有国が入っていない場合には、条約が慣習法化したといえるかについては議論の余地がある。

ICJは北海大陸棚事件判決で、従来の規則が国際法の一般規則とみなされるためには、相当な期間が経過していなくても、その利益に「特別に影響を受ける国」(States whose interests were specially affected)が含まれていれば、条約への「広範かつ代表的な参加」(a very widespread and representative participation)で「十分な場合がある」(might suffice)と述べている²⁰⁵。この判決に言及しつつ、ジュネーヴ諸条約第1追加議定書と慣習法の関係についてメロンは、地理的状況、軍事力や利益にかかわらず、すべての国家の慣行が国際慣習戦争法の形成において「等しい役割を担う」との見解を受け入れることは「困難」だと述べている²⁰⁶。メロンは、国家の平等性を否定する意図はないと述べる一方で、「特別に影響を受ける国」である核兵器の保有国、その他の主要軍事大国などの国家実行は、「実際に重要である」(practically telling)と指摘している²⁰⁷。以上の判例や議論からは、「特別に影響を受ける国」である核兵器の保有国が反対している限り、核兵器禁止条約の慣習法化は困難となる。

さらに、慣習法形成の当初から一貫してその成立に反対してきた国は、仮に慣習法が成立

²⁰² Theodor Meron, "The Geneva Conventions as Customary Law," *The American Journal of International Law*, Vol. 81, No. 2 (1987), p. 367.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Judgement, I.C.J. Reports 1986*, pp. 99-100 135, para. 188.

²⁰⁵ *I.C.J. Reports 1969*, *supra* note 200, p. 43, para. 73.

²⁰⁶ Theodor Meron, "The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law," *The American Journal of International Law*, Vol. 90, No. 2 (1996), p. 249.

²⁰⁷ *Ibid.*

したとしてもそれに拘束されないという主張がある（一貫した反対国）²⁰⁸。この主張によれば、核兵器の保有国は、核兵器の使用を違法とする慣習法の生成に当初から反対すれば、核兵器の使用の違法性が慣習法化したとしても拘束されないことになる²⁰⁹。しかし、普遍的に受け入れられている国際法に対して、国家が長期にわたり執拗に異議を唱え続けることは必ずしも容易ではない。南アフリカは、アパルトヘイトに反対する国際法に執拗に反対していたが、最終的にその立場を放棄することを余儀なくされた。ジョナサン・チャーニーは、慣習法は、国際社会における「法の支配を形成するために必要な措置を講じる政治的決断から生まれる」と指摘している²¹⁰。

(6) おわりに

核兵器禁止条約については、核兵器の保有国が反対していることから、差し当たりそうした国が締約国となる状況が生まれるとは考えにくい。そこで、同条約の全部または一部が、新たに慣習法となる可能性はないかが問題となる。同条約を推進する側が、核兵器の禁止を慣習法による禁止に転じさせる戦略をとる場合、利害関係国たる核兵器の保有国による条約への参加の有無が、同条約の慣習法化という点で争点となろう。

²⁰⁸ 「一貫した反対国」は、漁業事件においてノルウェーが主張したものである。ノルウェーは、慣習国際法に関する前提的考察として、「慣習規則は、その承認の拒否を絶えずあいまいさなく表明した国家を拘束しえない」との主張を展開した。以下を参照。江藤淳一「漁業事件における『一貫した反対国』の原則」『東洋法学』32巻2号(1989年)295-323頁。

²⁰⁹ 文民を攻撃対象とする戦時復讐の禁止の国際慣習法化に対し、米国が一貫して反対してきたとの主張に疑義を示す研究として、以下を参照。Scott D. Sagan and Allen S. Weiner, “The Rule of Law and the Role of Strategy in U.S. Nuclear Doctrine,” *International Security*, Vol. 45, Issue 4 (2021), pp 153-160.

²¹⁰ Jonathan I. Charney, “Universal International Law,” *American Journal of International Law*, Vol. 87, No. 4 (1993), p. 539.

11. 核兵器使用へのジュネーブ諸条約第 1 追加議定書適用可能性

河合公明

(1) はじめに

ジュネーブ諸条約第 1 追加議定書（第 1 追加議定書）が核兵器の使用に適用されるかについては議論がある。英国やフランスおよびいくつかの NATO 加盟国は、核兵器の使用に対する議定書の適用を否定する宣言を行っている。こうした国々が、核兵器の使用に対して第 1 追加議定書が適用されないと宣言したのはなぜなのだろうか。この宣言に対して、日本はどのような立場にあるのだろうか。本項では、核兵器の使用に対する第 1 追加議定書の適用に関する議論を検討した上で、この問題が、米国が日本に提供する拡大核抑止の運用に対しどのような含意を有するかについて考える。

(2) 外交会議における議論

1974 年から 1977 年にかけて行われた国際人道法の再確認と発展に関する外交会議（外交会議）の参加国は、核兵器に対する議定書の適用をめぐり、議論の初期に意見対立を見せた²¹¹。核兵器の保有国は、核兵器への適用に反対した²¹²。外交会議の 4 回の会期では、最終的に核兵器について「議論しない」という合意がなされた²¹³。この合意について、赤十字国際委員会（ICRC）のコメンタリーは、核兵器を含むすべての戦闘の方法と手段に適用される一般規則を議定書が無効にするものではないと指摘している²¹⁴。

こうした背景から第 1 追加議定書の批准に際して英国は、「議定書によって導入された規則」は、他の種類の兵器に適用される国際法の他の規則に影響を与えることなく、「通常兵器にのみ適用されるというのが英国の理解である」との宣言を行った²¹⁵。英国は、導入された規則は、「核兵器の使用を規制または禁止するものではなく、いかなる効果も持たない」と述べている²¹⁶。英国の宣言は、「議定書によって導入された規則」の核兵器への適用を否定する立場を確認するものであった²¹⁷。ただし英国は、慣習法上の規則が核兵器に適用されることまで否定するものではない。フランスは加入に際して、議定書の諸規定は「もっぱら通常兵器に関する」ものであり、「核兵器の使用を規制し禁止することはできない」と「引

²¹¹ Sandoz, Swinarski and Zimmermann, *supra* note 75, p. 591, para. 1844.

²¹² *Ibid.*, p. 591, para. 1845.

²¹³ *Ibid.*, p. 593, para. 1852.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ Corrected Letter of 28 January 1998 sent to the Swiss Government by Christopher Hulse, HM Ambassador of the United Kingdom. ICRC, IHL Database. At <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/api-1977/state-parties/gb>, accessed March 10, 2023.

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ *Ibid.* 以下も参照。樋口一彦「1977 年ジュネーブ諸条約追加議定書の『普遍化』：作成から 25 年後の評価」『法大法学』No. 69 (2003) 409-438 頁。

き続き考える」と宣言した²¹⁸。核兵器を保有しないいくつかの NATO 加盟国も、議定書の規定が核兵器の使用には適用されない旨を宣言して加入している²¹⁹。

(3) 国際司法裁判所の見解

1996年の勧告的意見で国際司法裁判所(ICJ)は、外交会議では核問題に関する実質的な議論は行われず、この問題に関する具体的な解決策も提示されなかったと述べた²²⁰。その上でICJは、「第1追加議定書は、核兵器を含むあらゆる害敵手段と方法に適用される一般的な慣習規則に何らとってかわるものではないことを確認すればよい」と指摘している²²¹。さらにICJは、「採択当時、第1追加議定書の第1条で再確認されたマルテンス条項のような既存の慣習法の表現に過ぎなかった第1追加議定書の規則に、すべての国が拘束されることを想起する」と述べている。以上のことからICJは、「ある種の兵器が1974-1977年会議で具体的に扱われなかったという事実は、そのような兵器の使用が提起するであろう実質的な問題に関するいかなる法的結論も引き出すことを許さない」と結論付けている²²²。

ICJの見解は、慣習法上の国際人道法の規則は害敵手段のいかににかかわらず適用されることを確認するものであった。この見解は、第1追加議定書を批准しなかった米国、核兵器の使用に対する議定書の不適用を確認する宣言を行って締約国となった英国、同様の宣言を行った NATO 諸国と立場を共有するが、議定書に反映された慣習法を含めたすべての規定が核兵器には適用されないと考えているとみられるフランスの立場とは異なっている。

(4) 英国等の宣言の法的性格

それでは、英国等の宣言の法的性格はどのようなものであろうか。まず、第1追加議定書は核兵器の使用に適用されないとする、非公式な意見の一致が外交会議に存在するという立場がある²²³。その立場に立つアンリ・メロヴィッツは英国の宣言の分析を通じて、以下のように議論している。核兵器の使用については「慣習戦争法に委ねるという原則」が確認

²¹⁸ ICRC, IHL Database. At <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/api-1977/state-parties/fr>, accessed April 20, 2023. 第1追加議定書には慣習法を反映する規則があることから、フランスは、核兵器の使用に対して慣習法の規則も適用されない立場であるのかという論点が生まれることになった。英国や米国と異なり、第1追加議定書の規則は核兵器の使用に一切適用されないとフランスが考えているとみられることについては、以下を参照。Philippe Breton, “Les Protocole de 1977 additionnels aux Conventions de Genève de 1949 sur la protection des victims des conflits armés internationaux et non internationaux dix ans après leur adoption,” *Annuaire français de droit international*, Vol. 33 (1987), p. 550.

²¹⁹ いくつかの NATO 加盟国とは、ベルギー、カナダ、ドイツ、イタリア、オランダ、スペインである。以下を参照。William H. Boothby, *The Law of Targeting* (Oxford University Press, 2012), p. 79. その中で、ベルギー、ドイツ、イタリア、オランダの基地には米国の核弾頭 (B61) が配備されている (その他トルコの基地にも配備)。この点については、以下を参照。Hans Kristensen, “NATO Steadfast Noon Exercise And Nuclear Modernization in Europe,” (October 17, 2022), on the website of the Federation of the American Scientists. At <https://fas.org/blogs/security/2022/10/steadfast-noon-exercise-and-nuclear-modernization/> accessed March 10, 2023.

²²⁰ *I.C.J. Reports 1996*, *supra* note 7, p. 259, para. 84.

²²¹ *Ibid.*

²²² *Ibid.*

²²³ Meyrowitz, *supra* note 5, pp. 229-251.

されている。英国が条約の締約国となる際の宣言である「核条項」(nuclear clause)は、議定書が核兵器の使用に適用されないとする「文書として公式化されていない意思の一致」(consensus)を確認するもので、法的には「必要ない」。「核条項」は、留保ではなく受諾や異議の対象とならない。メロヴィッツの立場は、英国の宣言を条約または条約の一定の規定の意味もしくは範囲を特定しまたは明確化する「解釈宣言」(declaration of interpretation)として理解することにつながるものと考えられる。解釈宣言とは、「国又は国際機関が、条約又は条約の一定の規定の意味若しくは範囲を特定し又は明確化することを意図して単独に行う声明」のことである²²⁴。

これに対し、コンセンサスの存在を認めない立場がある。その立場に立つミハエル・ポータ等の議論を要約すると、以下のようなになる²²⁵。第1追加議定書第51条、第52条、第57条の文言、体系的な連動性、規制目的によれば、核兵器の使用も対象となることは明らかである。ウィーン条約法条約(VCLT)²²⁶第31条で確認されている解釈の客観的アプローチは、核兵器の使用の影響も議定書の対象であるという明確な結論を導く。議定書の一般的な文言に反し、核兵器の使用を議定書の対象とすべきではないというコンセンサスがあると推察するのは妥当ではない。核兵器の使用に対する議定書の適用を除外したい国は、その趣旨を明らかにする「留保」²²⁷を避けることはできない。

(5) 沈黙する他の締約国

問題は、第1追加議定書の締約国が、これらの二つの立場のうちどちらの理解に立っているかという点にある。コンセンサスの存在を前提にした解釈宣言と解する前者の立場だとすると、英国の宣言によれば議定書の新規則が、フランスの宣言によれば議定書に反映された慣習法の規則を含めた全ての規定が、核兵器の使用に対しては適用されないという条約の解釈となる。これに対し留保と解する後者の立場だとすると、議定書に留保を付すこと

²²⁴ 「条約の留保に関する実行ガイド」1.2。解釈宣言は、条約上の義務を変更するものでなく、条約の解釈に関する一般規則に従って条約を解釈する際に考慮すべき要素となることができる(同4.7.1)。つまり解釈宣言により、第1追加議定書は核兵器の使用に対して適用がないという解釈を特定しまたは明確化することになる。なお留保と異なり、解釈宣言はいつでも行うことができる(同2.4.4)。International Law Commission (ILC), 63rd, “2011 Guide to Practice on Reservations to Treaties,” A/RES/66/98, (2011), 66 UN GAOR Supp. (No. 49) at 574, Supp. (No. 10) A/66/10 (IV.F.D). At https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_8_2011.pdf, accessed March 10, 2023.

²²⁵ Michael Bothe, Knut Ipsen, Karljosef Partsch, “Die Genfer Konferenz über humanitäres Völkerrecht. Verlauf und Ergebnisse,” *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Band 38 (1978), pp. 43-44, para. 2.5.3.

²²⁶ Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), 23 May 1969, 1155 UNTS 331.

²²⁷ 留保とは、「国が、条約の特定の規定の自国への適用上その法的効果を排除し又は変更することを意図して、条約への署名、条約の批准、受諾若しくは承認又は条約への加入の際に単独に行う声明(用いられる文言及び名称のいかんを問わない。)をいう(VCLT第2条1項(d))。英国の宣言については、核兵器の使用に対する規定の法的効果の「適用の排除」または「変更」することを「意図」する(VCLT第2条1項(d))のものであるとし、解釈宣言と解することは困難との指摘もある。藤田久一「核兵器と国際人道法—1977年追加議定書の適用問題」『核に立ち向かう国際法 原点からの検証』(法律文化社、2011年)105頁。

が許されるかが問題となる。留保については、議定書に議定書は留保を禁止していないことから、留保すること自体は許されるものと解される²²⁸。問題は、その内容が議定書の目的や趣旨に適合するかにある。ここで参照されるのは、留保に関する「両立性」の基準である（VCLT 第 19 条 (c)）。ただし、議定書の目的および趣旨に適合しない可能性がある留保が付されたとしても、実際にそれにどう対応するかは、「留保していない国の態度次第」である²²⁹。

英国等の宣言に対する他の締約国の対応を見ると、核兵器を保有するロシア²³⁰、中国²³¹、北朝鮮²³²は、これらの宣言に対し「沈黙」(silence)している。三カ国が宣言を解釈宣言と解する立場だとする場合、英国等の宣言によれば第 1 追加議定書の新規則が、フランスの宣言によれば第 1 追加議定書に反映された慣習法の規則を含めた全ての規定が、核兵器の使用に適用されないという条約の解釈になる。

これに対し、留保と解する立場だとすると、三カ国は、期限以内に留保に「異議」を申し立てていないため、留保は「受諾」されたものとみなされ (VCLT 第 20 条 5 項)、留保に係る条約の規定は留保国との関係で「留保の限度において変更」され (同 21 条 1 項 (b))、その効果として核兵器に対する議定書の適用がない (同 21 条 3 項) ことになる。また、ロシア、中国、北朝鮮は英国と同様の留保を行うことはできない (同第 19 条)。

日本も、英国等やフランスの宣言に対し沈黙している。日本が、両国の宣言を解釈宣言と解する立場だとする場合、英国等の宣言によれば議定書の新規則が、フランスの宣言によれば議定書に反映された慣習法の規則を含めた全ての規定が、核兵器の使用に対しては適用されないという条約の解釈になる。

これに対し、留保と解する立場だとすると、期限以内に留保に「異議」を申し立てていないため、留保は「受諾」されたものとみなされ (VCLT 第 20 条 5 項)、留保に係る条約の規定は留保国との関係で「留保の限度において変更」され (同第 21 条 1 項 (b))、その効果として核兵器に対する議定書の適用がない (同第 21 条 3 項) ことになる。また、日本は英国と同様の留保はできない (同第 19 条)。

²²⁸ 同上 107 頁。Julie Gaudreau, “The Reservations to the Protocols Additional to the Geneva Conventions for the Protection of War Victims,” *International Review of the Red Cross*, No.849 (2003), pp. 1-3.

²²⁹ Françoise J. Hampson, “Belligerent Reprisals and the 1977 Protocols to the Geneva Conventions of 1949,” *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 37, No. 4 (1988), p. 834.

²³⁰ 旧ソ連は批准に際し、「ソ連邦最高会議は議定書をいかなる留保もなく批准することを選択したことが指摘されるべきである。同時に、国際人道法の違反が生じた場合には、国際的事実調査委員会の権限を承認した」と宣言した。

2019 年 10 月、ロシアはその宣言を撤回した。ICRC, IHL Database. At https://www.dfae.admin.ch/dam/eda/fr/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/genevenotifications/191030-GENEVE_e.pdf, accessed March 10, 2023.

²³¹ 中国は第 51 条に関する留保を行っていない。ICRC, IHL Database. At <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Notification.xsp?action=openDocument&documentId=4DCE0A2FC589B132C1256402003FB334>, accessed March 10, 2023.

²³² 北朝鮮は留保なしで第 1 追加議定書を批准している。ICRC, IHL Database. At https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByCountrySelected.xsp?xp_countrySelected=KP, accessed March 10, 2023.

(6) 戦時復仇における文民攻撃禁止規定

核兵器の使用に対する第1追加議定書の適用の問題は、文民に対する戦時復仇を禁止する第51条6項の規定との関係で、核抑止および拡大核抑止を前提とした安全保障政策を採用する国にとって重要な意味を持つ。核兵器の使用に対する第1追加議定書の適用を認めない立場をとると、核抑止および拡大核抑止を前提とした安全保障政策を採用する締約国にとって、通常兵器では許されないカウンターバリュー戦略による文民を対象とする攻撃が、核兵器であれば許されることになる。

これに対し、核兵器の使用に対する第1追加議定書の適用を認める立場をとると、核兵器の保有国にとっては、核兵器を用いたカウンターバリュー戦略による敵国の文民への攻撃が禁じられることになる。核兵器を保有する同盟国の拡大核抑止を前提とした安全保障政策を採用する締約国にとっては、違法であるカウンターバリュー戦略による核攻撃を行うよう、核兵器を保有する同盟国に要請することが法的に許されるかという問題が生じる。英国、フランスおよびいくつかのNATO加盟国が、核兵器の使用には第1追加議定書が適用されないと宣言したのは、この問題を回避するためであるとみることができよう²³³。

要請を受けた同盟国について言えば、被害を受けていないという意味での第三国が、被害国に代わり加害国に対する戦時復仇を行うこと—集団的戦時復仇—が許されるかという問題が存在する。この点は、拡大核抑止の国際法上の基礎そのものを問う論点であると言える(☞13)。

(7) 日本にとっての含意—おわりにかえて—

米国が日本に提供する拡大核抑止の運用についての法的問題は、第1追加議定書第51条6項の規定が核兵器の使用に適用されるか否かにある。この問題は、そもそも第1追加議定書が核兵器の使用に対して適用されるかという問題に関わっている。この問題を回避するために、英国やフランスおよびいくつかのNATO加盟国は、核兵器の使用には第1追加議定書が適用されないと宣言を行っているが、日本はそうした宣言に対して沈黙を保ってきた。そのため日本が、核兵器の使用に対して第51条6項の規定が適用されると解しているのか、それとも適用されないと解しているのかが問題となる²³⁴。この問題は、日本が、英国等による宣言の法的性格を留保と解しているのか、それとも解釈宣言と解しているのかによって議論が異なってくる。

英国等の宣言を留保と解する立場であるならば、日本は英国等による留保に「異議」を申

²³³ See *supra* notes 215, 218 and 219.

²³⁴ この論点については、拙稿も参照。Kimiaki Kawai, “Japan’s Reliance on US Extended Nuclear Deterrence: Legality of Use Matters Today,” *Journal for Peace and Disarmament*, Vol. 5, No. 1 (2022), pp. 162-184. Kimiaki Kawai, “Mission Unaccounted: Japan’s Shift of Role in US Extended Nuclear Deterrence,” *Journal for Peace and Disarmament*, Vol. 5, No. 2 (2022), pp. 422-451.

し立てていないため、留保は「受諾」されたものとみなされ、留保に関わる条約の規定を英国等の留保国との関係で「留保の限度において変更」し、その効果として核兵器に対する第 1 追加議定書の適用がないことになる。実際には、留保国は英国等の西側諸国であるため、日本にとって安全保障上の懸念は考えにくい。

ただし、ロシア、中国、北朝鮮の三カ国が、英国等の宣言を留保と解しているのか、それとも解釈宣言と解しているのかという問題は別に存在する。これらの三カ国が留保であると解している場合、留保国ではない日本との関係では第 51 条 6 項の適用関係に変更はないため、日本との関係で、これらの三カ国は戦時復仇による文民を攻撃対象としたカウンターバリュー戦略に基づく核兵器の使用が禁止される。解釈宣言であると解している場合には、これらの三カ国が英国等による宣言と同様の解釈に立っているとの意思表示をすれば、核兵器に対する第 1 追加議定書の適用がないことになる。その場合、戦時復仇による文民を攻撃対象としたカウンターバリュー戦略に基づく核兵器の使用は合法となり、日本には安全保障上の懸念が生じる。

これに対して日本が英国等の宣言を解釈宣言と解する立場であるならば、解釈宣言に対する「沈黙」(silence)からは「承認」(approval)は推定されない²³⁵。そのため、核兵器を使用するのであれば、文民を攻撃対象とする戦時復仇が許されると考えているか、そのように考えていないかという論点が生じる。

核兵器の使用に対する第 1 追加議定書の適用を肯定する解釈であるとの意思表示を日本が行えば、文民を攻撃対象としたカウンターバリュー戦略に基づく核兵器の使用は、第 51 条 6 項の義務に違反することになる。日本は核兵器を保有していないため、核兵器を使用する立場にはない。しかしながら第 1 追加議定書の締約国である日本にとっての違法行為を、非締約国でそれが違法行為にはならない同盟国の米国に要請できるかという問題は別に存在する。

これに対し、核兵器の使用に対する第 1 追加議定書の適用を否定する解釈であるという意思表示を日本がすれば、ロシア、中国、北朝鮮の三カ国が日本と同様の立場をとった場合、通常兵器によっては許されないカウンターバリュー戦略による文民を攻撃対象とする戦時復仇が、核兵器によれば相互に許されることになる。つまり、日本の文民を攻撃対象とした相手国による戦時復仇が、通常兵器によって行われた場合には違法であっても、核兵器によって行われた場合には合法となる。核兵器の使用に対する第 1 追加議定書の適用の問題と関連して、第 51 条 6 項についてはこうした問題が潜在している。

²³⁵ 「条約の留保に関する実行ガイド」2.9.9。

12. 戦時復仇としての核兵器使用の評価—その 1—

直接の被害国による使用

河合公明

(1) はじめに

広島と長崎への原爆投下から核兵器について考察したバーナード・ブローディは、原爆が本質的に必要とする臨界質量条件は、「敵戦力が密集していない標的に対する使用を正当化する」には、個々の原爆の「破壊エネルギーの最小値をあまりにも高い水準に置いている」と指摘した²³⁶。ブローディは、今後しばらく続くと思われる技術的条件のもとでは、原爆の「主な標的は都市であろう」(the primary targets for the atomic bomb will be cities)とし、攻撃側には「他の種類の標的を求める誘因はほとんどない」と記した²³⁷。ブローディのこの記述は、相手国の都市や「文民たる住民」(civilian population)に被害を与えたとの核兵器の使用の威嚇により相手を抑止する、後に「カウンターバリュー」(countervalue)戦略と呼ばれた標的政策に理論的基礎を与えるものであった²³⁸。

核兵器の使用が文民および民用物を攻撃の対象とするカウンターバリュー戦略に基づく場合、国際人道法における区別原則(☞ 6)により違法となる。カウンターバリュー戦略を適法化する法理が、「戦時復仇」(belligerent reprisals)である。本項では、核戦略におけるカウンターバリュー戦略の国際法上の究極的な根拠となる戦時復仇について概観する。

(2) 戦時復仇の概念

戦時復仇とは、両当事国に国際人道法の適用があることを前提とした上で、相手国による違反行為に対抗するためにとられる被害国の違反行為について、その違法性を阻却する *jus in bello* 上の法理である²³⁹。戦時復仇は、両当事国間における国際人道法の適用を否定しな

²³⁶ Brodie, *supra* note 1, pp. 36 and 62.

²³⁷ *Ibid.*, p. 36.

²³⁸ カウンターバリュー攻撃の概念について、ハドソン研究所 (Hudson Institute) の共同設立者ハーマン・カーンは、カウンターフォース攻撃と対比して説明をしている。カウンターフォース攻撃は、防御者を最も痛めつける恐れのある相手の「戦略戦力」(strategic forces) に対する攻撃である。これに対してカウンターバリュー攻撃は、攻撃者が「防御側が最も高く評価しているものを、その破壊が攻撃者の直接的または本質的な軍事目的の達成に役立つかにかかわらず破壊すること」である。カーンは、カウンターバリュー標的は主として「人々と財産」(people and property) であるとし、人々と財産に対する攻撃は、「相手が価値を置くものを叩くというだけの動機」に基づくことが多いと指摘している。Herman Kahn, *Thinking about the Unthinkable* (Horizon Press, 1962), pp. 60-65.

²³⁹ これとは別に、相手国による *jus ad bellum* における規則の違反に対抗するために、被攻撃国が *jus in bello* における規則に違反する復仇を行うことが許されるかという問題が存在する。歴史的には、第2次世界大戦における広島および長崎への原爆投下をパールハーバー攻撃に対抗する戦時復仇として正当化できるかという議論がある。また今日では、国連憲章第2条4項の義務に違反する武力の行使に対抗するために、戦時復仇が許されるかという差別適用の問題がある。しかしながら現代の国際法においては、*jus ad bellum* における規則に違反する相手国とその攻撃を受けた国

い点で「相互主義」(reciprocity)とは概念的に区別される。また戦時復讐は、それ自体が違法行為である点で、非友誼的行為であっても違法行為ではない措置である「報復」(retortion)とは概念的に区別される²⁴⁰。

1949年のジュネーヴ諸条約やジュネーヴ諸条約第1追加議定書が、戦時復讐の禁止について個別具体的に定めているように、国際人道法において一般的に禁止されているとみることはできない²⁴¹。平時においては、被害国による武力の行使を伴う復讐は国連憲章第2条4項により違法とされたが(jus ad bellum)²⁴²、戦時復讐については、国際条約に特段の規定がない限り、分権化された国際社会において国際人道法の違反者を遵守に戻すための履行確保措置とみなされている²⁴³。

(3) 戦時復讐の法理とカウンターバリュウ戦略

それでは、核兵器の使用におけるカウンターバリュウ戦略との関連で、戦時復讐の法理を検討する意味はどこにあるのであろうか。カウンターバリュウ戦略に基づく核兵器の使用は、敵対行為において攻撃してはならない文民および民用物を攻撃対象とするため、国際人道法における区別原則に照らして違法である。ICJ 副所長を務めたシュウェーベルは1996年の勧告的意見の反対意見で、「結果として無差別な業火と広範囲に及ぶ放射性降下物により何百万人もの人々を殺戮し、空間および時間の両面できわめて有害な影響を及ぼし、かつ地球の大部分またはすべてを居住不能と化すであろう規模の核兵器使用が、合法であるという主張は受け入れがたい」と述べている²⁴⁴。しかし、相手国による国際人道法に違反す

の間にも *jus in bello* における規則は平等に適用され、相手国の敵対行為の違法性ゆえにその攻撃を受けた国が *jus in bello* に違反することは許容されないと解されている(平等適用の原則)。以上の点については、真山「前掲論文」(注70)14頁、真山全「核兵器使用と戦争犯罪：戦争犯罪処罰に至るまでの国際法上の関門(上)」『広島平和研究所ブックレット』第5巻(広島平和研究所、2018年)53-54頁、浅田正彦「国際安全保障法」浅田正彦編著『国際法 第4版』(東信堂、2019年)497頁を参照。

²⁴⁰ William Boothby and Wolff Heintschel von Heinegg, *Nuclear Weapons Law: Where Are We Now?*(Cambridge University Press, 2022), p. 161.

²⁴¹ 例えば、ジュネーヴ諸条約第1追加議定書第20条は、「この編の規定によって保護される者及び物に対する復讐は禁止する」と規定している。

²⁴² 武力の行使を伴う平時復讐の禁止である。1970年の「国連憲章に従った諸国間の友好関係および協力についての国際法の原則に関する宣言」は、「国は、武力の行使を伴う復讐行為(acts of reprisal involving the use of force)を慎む義務を負う」として、武力の行使を伴う平時復讐行為の禁止を確認した。UN General Assembly, Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations, 24 October 1970, A/RES/2625(XXV). At https://treaties.un.org/doc/source/docs/A_RES_2625-Eng.pdf, accessed March 10, 2023.

²⁴³ 田岡良一は、復讐について、「ある国が他の国家に対して国際法上の不法行為を行う場合に、現に行われつつあるものを中止させ、すでに行われたものの救済を求めるために、他の国家が強力を使用することである」との横田喜三郎による定義を引用している。田岡良一『国際法上の自衛権 新装版』(勁草書房、2014年)23頁。「強力」の概念は武力を含み、戦争違法化前の国際法では復讐において武力の行使が許されていた。しかし今日、平時において、被害国による武力を用いた復讐は国連憲章第2条4項により禁止されている。戦時復讐については以下を参照。Bristol II, Matt C. C., "The Laws of War and Belligerent Reprisals against Enemy Civilian Populations," *Air Force Law Review*, Vol. 21, No. 3 (1979), p. 397.

²⁴⁴ Schwebel, *supra* note 20, p. 320.

る核攻撃に対抗する場合であれば、戦時復讐の法理は攻撃の対象としてはならない文民および民用物を攻撃対象とするカウンターバリュ戦略に基づく核兵器の使用について、その国際人道法上の違法性阻却を主張する根拠を提供する。つまりカウンターバリュ戦略に基づく核兵器の使用に究極の法的根拠を与えているのは、戦時復讐の法理である²⁴⁵。

この考え方をよく示しているのが、核兵器の使用および威嚇の合法性に関する ICJ による審理に際してのオランダの見解である。オランダは陳述書で、「たとえ国家による核兵器の使用が現在の国際法のもとではそれ自体違法だと考えられても、このことにより、報復的措置をとる国家が合法的な復讐のために国際法が定める条件に必ず従う場合、…兵器の違法な使用に対する戦時復讐の方法としての核兵器の使用の許容性は必ずしも排除されないだろう」と述べている²⁴⁶。このように戦時復讐の法理は、カウンターバリュ戦略に基づく核兵器の使用の法的な根拠を提供しているとみることができることから²⁴⁷、それに対し国際人道法がどのような規制を備えているかが論点となるのである。

(4) 戦時復讐に対する規制

第 2 次世界大戦の深い反省に立ち、国際社会は戦時復讐に対する実定法上の規制を進めてきた。1949 年 8 月 12 日のジュネーヴ諸条約は、以下の対象について復讐禁止を規定した。ジュネーヴ第 1 条約は、保護対象である傷病者、要員、建物または材料（第 46 条）²⁴⁸、ジュネーヴ第 2 条約は、保護対象である海上にある傷病者、難船者、要員、船舶、小舟艇または材料（第 47 条）²⁴⁹、ジュネーヴ第 3 条約は、捕虜（第 13 条）を復讐の対象とすることを禁止している²⁵⁰。文民に関する規定はジュネーヴ第 4 条約にあり、そこでは被保護者たる文民およびその財産（第 33 条）を復讐の対象とすることを禁止している²⁵¹。

もっとも第 4 条約における文民に対する復讐の禁止は、「紛争当事国又は占領国の権力内にある者でその紛争当事国又は占領国の国民でないもの」で、かつ条約締約国の国民に限定されている（第 4 条）。したがって、征服も占領もされていない相手紛争当事国の管轄領域

²⁴⁵ 真山「前掲論文」（注 70）13-14 頁。

²⁴⁶ Letter dated 16 June 1995 from the Minister for Foreign Affairs of the Netherlands, together with Written Statement of the Government of the Netherlands, p. 12, para. 29.

²⁴⁷ この点について藤田は、「核兵器使用を違法とみる見解も、相手の核兵器先制使用に対する核復讐を法的に許容されるところが多い（これは核抑止論の論拠ともなりうる）」と指摘している。藤田『前掲書』（注 184）187 頁。また真山は、「大量破壊兵器による無差別的攻撃が都市に対して行われる場合に、核兵器で反撃して同様の効果を与えることの根拠は戦時復讐であり、核抑止論の国際法的支柱である」と指摘している。真山全「核兵器使用と戦争犯罪：戦争犯罪処罰に至るまでの国際法上の関門(下)」『広島平和研究所ブックレット』第 5 巻（広島平和研究所、2018 年）76 頁。

²⁴⁸ Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field (First Geneva Convention), 12 August 1949, 75 UNTS 970.

²⁴⁹ Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea (Second Geneva Convention), 12 August 1949, 75 UNTS 971.

²⁵⁰ Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War (Third Geneva Convention), 12 August 1949, 75 UNTS 972.

²⁵¹ Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Fourth Geneva Convention), 12 August 1949, 75 UNTS 973.

内にいる相手紛争当事国の文民を復仇の対象とすることを禁じているわけではない。そのため、相手紛争当事国の文民たる住民を攻撃の対象とするカウンターバリュー戦略に基づく核兵器の使用を違法とするものではなかったのである。

こうした制約はあったものの、ジュネーブ諸条約以後、国際社会は文民および民用物を標的とした戦時復仇の規制を試みていく。ジュネーブ諸条約第 1 追加議定書（第 1 追加議定書）における戦時復仇の禁止に関わる規定を見ると、「復仇の手段として文民たる住民又は個々の文民を攻撃することは、禁止する」ことを規定し（第 51 条 6 項）、民用物は攻撃又は復仇の対象としてはならない」（第 52 条 1 項）ことを明確にしている。これらの規定は、文民たる住民および民用物を攻撃の対象とするカウンターバリュー戦略に基づく核兵器の使用を違法としうるものである。

その他、傷病者・難船者、衛生要員、宗教要員、建造物、輸送手段、航空機等（第 20 条）、民用物（第 52 条 1 項）、国民の文化的または精神的遺産を構成する歴史的建造物、芸術品および礼拝所（第 53 条(c)）、文民の生存に不可欠な物（第 54 条 4 項）、危険な威力を内蔵する工作物・施設およびこれらに近接する他の軍事目標（第 56 条 4 項）を復仇の対象とすることを禁止した。また、広範にわたって長期的にかつ深刻な損害を与える戦闘手段を用いて自然環境に対する復仇を行うことも禁止している（第 55 条 1 項および 2 項）。

このように第 1 追加議定書の規定を見ると、1949 年のジュネーブ諸条約の復仇禁止規定からは大幅な拡充が図られていることがわかる。第 1 追加議定書において許される戦時復仇は、人的および物的軍事目標に対するものだけである。ただしこうした新たな規定が、必ずしも広範な国にそのまま受け入れられているとは言えないことも事実である（⇒ 11）。ジュネーブ諸条約を端緒とする戦時復仇に対する規制の試みは、核兵器の保有国の標的政策と緊張関係を孕んでいる。

なお国家責任の分野では、国際的な不法行為に対する国家責任に関する条文案が、「対抗措置は、復仇を禁止する人道的性格の義務」に影響しないものと規定している²⁵²。

(5) 戦時復仇に対する規制と核兵器の保有国

第 1 追加議定書の第 51 条 6 項および第 52 条 1 項の規定によれば、締約国は、戦時復仇において文民および民用物を攻撃することが禁止される。ロシア²⁵³、中国²⁵⁴、朝鮮民主主

²⁵² International Law Commission (ILC), 52nd, “Comments and Observations Received from Governments,” A/CN.4/515 and Add.1-3, (2001), p. 131, Article 50(1)(c). At https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_515.pdf, accessed March 10, 2023.

²⁵³ ICRC, IHL Database. At <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Notification.xsp?action=openDocument&documentId=74BABBD71087E777C1256402003FB5D4>, accessed March 10, 2023.

²⁵⁴ ICRC, IHL Database. At <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Notification.xsp?action=openDocument&documentId=4DCE0A2FC589B132C1256402003FB334>, accessed March 10, 2023.

義人民共和国²⁵⁵は、これらの規定に留保をすることなく締約国となっているため²⁵⁶、規定の義務に拘束されている。これらの国々が文民および民用物の攻撃を禁止する義務の拘束のもとにある点は、見逃されるべきではないだろう。

他方、核兵器を保有する英国とフランスは、第1追加議定書のこれらの規定に関する宣言を行った。英国は、第51条と第55条の義務は「交戦する敵対紛争当事国が自らその義務を厳正に遵守することを前提として受け入れられる」としている²⁵⁷。もし敵対紛争当事国が、「文民たる住民あるいは文民に対してもしくは民用物」または「第53条、54条および55条により保護される物や種目」に対して「重大かつ意図的な攻撃」を行うならば、それらの違反行為を「止めさせるためのみ」において、英国は議定書の規定により「本来禁止されている措置を取る資格を有する」としている²⁵⁸。もっともこのような措置は「それをもたらしただけで不均衡なものではなく、ジュネーヴ諸条約により禁止されるいかなる行為も含まない」としている²⁵⁹。フランスは、敵国による「重大で明白かつ計画的な」ジュネーヴ諸条約および第1追加議定書に対する違反がある場合には、国際法に従って文民を守るために必要な手段をとるとしている²⁶⁰。

第1追加議定書の非締約国である米国は、文民および民用物を攻撃対象とする戦時復讐の禁止規定に拘束されない。第1追加議定書には署名したが批准しないことを決定したロナルド・レーガン大統領は、1987年1月の上院への書簡で「第1議定書は根本的かつ決定的な欠陥がある (fundamentally and irreconcilably flawed)」と述べている²⁶¹。その大きな要因の一つは、国務省の法律顧問アブラハム・ソフィアが説明したように、核兵器を用いた戦時復讐により文民を攻撃の対象とすることが禁じられたことであった²⁶²。戦時復讐の

²⁵⁵ ICRC, IHL Database. At https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByCountrySelected.xsp?xp_countrySelected=KP, accessed March 10, 2023.

²⁵⁶ 留保とは、国または国際機関が、条約の特定の規程の自国または自己への適用上その法的効果を排除または変更することを意図して、条約への署名、条約の批准、正式確認、受諾もしくは承認または条約への加入、条約の承継の通告を行う際に単独に行う声明をいう。その用いられる文言および名称のいかんを問わない。「条約の留保に関する実行ガイド」1.1. Guide to Practice on Reservations to Treaties, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, Part Two (2011).

²⁵⁷ ICRC, IHL Database. At <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Notification.xsp?action=openDocument&documentId=0A9E03F0F2EE757CC1256402003FB6D2>, accessed March 10, 2023.

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ *Ibid.* 英国の宣言については、真山「前掲論文」(注247)76-78頁および樋口「前掲論文」(注217)412-413頁を参照。

²⁶⁰ ICRC, IHL Database. At <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Notification.xsp?action=openDocument&documentId=D8041036B40EBC44C1256A34004897B2>, accessed March 10, 2023.

²⁶¹ Ronald W. Reagan, Address to the Nation on Strategic Arms Reduction and Nuclear Deterrence, 22 November 1982, on the National Archives, Ronald Reagan Presidential Library and Museum. At <https://www.reaganlibrary.gov/archives/speech/address-nation-strategic-arms-reduction-and-nuclear-deterrence>, accessed March 10, 2023.

²⁶² Abraham D. Sofaer, “The Position of the United States on Current Law of War Agreements,” *American Journal of International Law and Policy* (1987), p. 469. At <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1660&context=auilr>, accessed March 10, 2023.

法理が否定されれば、敵が米国の都市を攻撃しても、米国がそれに対して核兵器で応じることが法的に禁止されてしまうという懸念である²⁶³。核兵器の使用におけるカウンターバリュー戦略に国際法上の基礎を与える戦時復讐の法理は、米国にとって重要なものであった。

(6) おわりに

米国が提供する拡大核抑止の運用に日本が積極的に関与することで、中国や北朝鮮はどのような対応をしてくるであろうか。この問題を考える際には、両国が第1追加議定書の締約国であることを考えあわせる必要がある。大沼保昭は、国際政治との関わりで国際法には、「意思伝達・交渉媒介」の機能があると指摘している²⁶⁴。つまり国際法には、政治とは異なるアプローチで国益を守るための議論の共通の糸口を提供する機能があるのだ。国際法とりわけ国際人道法は、核兵器を保有する中国や北朝鮮といった国々との間で、日本の安全保障をめぐる「法を通じた戦闘」(lawfare)²⁶⁵を可能にする有益な手段であることは指摘されてよいだろう。

²⁶³ *Ibid.*, p. 469.

²⁶⁴ 大沼保昭「国際社会における法と政治—国際法学の『実定法主義』と国際政治学の『現実主義』の呪縛を超えて」国際法学会編『国際社会の法と政治』(三省堂、2001年)19-21頁。

²⁶⁵ 米国空軍のダンラップ将軍(法務官)は、伝統的な軍事手段を「法を通じた戦闘」(lawfare)の手法に置き換えることで、戦争の頻度はともかく、その破壊力を低減できると論じている。Charles J. Dunlap, Jr., Lawfare Today: A Perspective, *Yale Journal of International Affairs*, Vol. 3, Issue 1 (2008), p. 147.

13. 戦時復仇としての核兵器使用の評価—その2— 被害を受けた交戦国のための共同交戦国による使用

河合公明

(1) はじめに

拡大核抑止とは、核兵器の保有国がその同盟国に敵対する相手国に対して、核兵器による軍事的報復を行うことで軍事的行動を阻止しようとする試みである²⁶⁶。本項では、拡大核抑止の国際法上の根拠を検討するために、武力の行使に関わる *jus ad bellum* (自衛権) および *jus in bello* (国際人道法) の2つの規則群の観点から分析を行う。

(2) カウンターバリュー戦略の法的根拠

自国に対して相手国による「武力攻撃が発生した場合」(国連憲章第51条)、自国の同盟国による拡大核抑止に基づく核兵器の使用は、国際法上どのような根拠に基づくのであろうか。武力攻撃により被害を受けた国の同盟国は、当該被害国からの要請を受けて²⁶⁷、集団的自衛権 (collective self-defense) により加害国に対する武力の行使を適法化できる。ただし集団的自衛権は、同盟国による武力の行使を *jus ad bellum* 上で適法化するとどまり、武力紛争における敵対行為の害敵手段および害敵方法の選択は、*jus in bello* である国際人道法の規則に従うことが要求される²⁶⁸。

拡大核抑止では、武力攻撃で被害を受けた国に代わり、被害を受けていない同盟国が核兵器を使用することが想定されている。被害を受けていない同盟国による核兵器の使用が、軍事目標を攻撃対象とするカウンターフォース戦略に基づくものであれば、区別原則の観点からは違法の問題は生じない²⁶⁹。それゆえ戦時復仇に関する問題も生じることもない。これに対して、文民および民用物を攻撃対象とするカウンターバリュー戦略が想定されるとすれば、文民や民用物を攻撃対象とするという点で *jus in bello* の規則上は違法という問題が生じる。カウンターバリュー戦略による違法な核兵器の使用を適法化する法理が戦時復仇であった (☞ 12)。戦時復仇は、区別原則で禁止される文民および民用物を対象とし

²⁶⁶ ポール・ハースは、拡大抑止を「(防御側の) 政策決定者が (攻撃側の) 他国に軍事的報復の脅しをかけて、防御側の同盟国への軍事力の行使を防ぐ試み」と定義している。Paul K. Huth, *Extended Deterrence and the Prevention of War* (Yale University Press, 1988), p.16.

²⁶⁷ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Judgement, I.C.J. Reports 1986*, p. 105, para. 199.

²⁶⁸ 現代の国際法においては、*jus ad bellum* における規則に違反する相手国とその攻撃を受けた国の間にも *jus in bello* における規則は平等に適用され、相手国の敵対行為の違法性ゆえにその攻撃を受けた国が *jus in bello* に違反することは許容されないと解されている (平等適用の原則)。真山「前掲論文」(注70) 14頁。

²⁶⁹ ただし、攻撃により生じる「巻き添え被害」(incidental harm) が「過度」(excessive) でないかという点は、均衡性の観点から別途の評価を受ける。

た攻撃の違法性を阻却し、カウンターバリュウ戦略のもとでの核兵器の使用の究極の法的根拠となる。

(3) 共同交戦国による集団的戦時復仇

戦時復仇で問題となるのは、被害を受けていないという意味で第三国である「共同交戦国」(cobelligerent)たる同盟国が、カウンターバリュウ戦略に基づいて被害国である同盟国に代わり加害国に対する戦時復仇を行うことが許されるかという点である²⁷⁰。これは、「集団的戦時復仇」(collective belligerent reprisals)として観念される行為の国際法上の根拠は何かという問題である。一般に復仇は、分権的な国際社会における当事国間の一方的な自助努力の措置と解されていることから²⁷¹、第三国が関与することが許されるかが問題となるのである。

今日、武力の行使は国際連合憲章 2 条 4 項により違法とされている。武力攻撃が発生した場合には、国連憲章第 7 章に基づき集団安全保障措置が発動されることが想定され、そうした措置がとられるまでの間、個別的または集団的自衛権の行使が認められている(国連憲章第 51 条)。ICJ はニカラグア事件判決で、「自国が被害者でない」不法な行為に対する国家の武力の行使は、この不法な行為が「武力攻撃でない」場合には認められないとし、不法な行為が「武力攻撃」であった場合にのみ認められるとしている²⁷²。

ここで注意が必要なのは、武力攻撃により直接の被害を受けていない国が、集団的自衛権で自らの戦時復仇を根拠づけることはできないという点である²⁷³。集団的自衛権は武力の行使を適法化する根拠—*jus ad bellum*—とはなっても、武力紛争においてどのように敵対行為を実施するか—*jus in bello*—とは別の問題だからである。(☞ 12) また、集団的戦時復仇を集団的自衛権で根拠づけることは、*jus in bello*の規則は*jus ad bellum*上の評価にかかわらず紛争当事者に等しく適用されるとする平等適用の原則に反することにもなる²⁷⁴。

集団的戦時復仇を集団的自衛権で根拠づけることはできないが、それでは国際法の他の

²⁷⁰ Michael Akehurst, "Reprisals by Third States," *British Yearbook of International Law*, Vol. 44 (1970), p. 1.

²⁷¹ Martin Dawidowicz, *Third-Party Countermeasures in International Law*, Cambridge University Press, 2018), pp. 3-4.

²⁷² *I.C.J. Reports 1986, supra note 267*, p. 110, para. 211. なお武力攻撃について ICJ は、「単に正規軍による国境を越えた行動だけでなく、正規軍による実際の武力攻撃に相当するような重大な武力行為を他国に対して行う武装勢力や武装集団、非正規軍または傭兵を国家が派遣し、または国家のために行うこと、またはそれに実質的に関与することを含むものとして理解しなければならない」と指摘している。 *Ibid.*, p. 103, para. 195.

²⁷³ 藤田久一は、このような考え方は「復仇による差別理論」に基づくと指摘している。すなわち、侵略はそれ自体国際法に対する最大の違反であり、「犠牲国およびその同盟国は、侵略国に対して禁止兵器の復仇としての使用を含むすべての手段を行使されることが正当化される」という考え方である。この考え方について藤田は、「国連憲章第 51 条の個別的自衛権または集団的自衛権を根拠として核攻撃(核兵器先制使用)を正当化するもので、西側の核兵器国によってくり返し主張されてきた」と指摘している。藤田『前掲書』(注 184) 43 頁(章末注 12)。

²⁷⁴ 平等適用とは要するに、*jus in bello*の適用は*jus ad bellum*上の評価に依存しないことを意味する(☞ 2)。以下を参照。Christopher Greenwood, "The relationship between *jus ad bellum* and *jus in bello*," *Review of International Studies*, Vol. 9, No. 4 (Cambridge University Press, 1983), p. 231.

分野の法理で根拠づけることは可能であろうか。集団的戦時復仇の議論の内容は、被害国以外の国家による他国の「責任の発動」(invocation of responsibility)²⁷⁵や、被害国以外の国家による「措置」(measures)²⁷⁶に関する国家責任の分野における議論の内容と並行している。被害国以外の国家による他国の「責任の発動」や被害国以外の国家による「措置」は、安全保障に密接に関わる問題としても議論されている。そこで、国家責任の分野でどのような議論が行われてきたかを検討してみよう。

(4) 国家責任の分野における議論

国家責任の分野では、被害国以外の国家による責任の追及や被害国以外の国家によりとられる措置が議論されている²⁷⁷。第三国による対抗措置に関する国家実行を調査した、国家責任に関する特別報告者ジェームズ・クロフォードは、第三国による対抗措置の権利の存在について、最終的に明確な結論を導き出すことはできなかった。国家実行は限定的で一貫性がなく、西側諸国に支配されており、法的確信の明確な証拠に欠けていたというのがその理由である²⁷⁸。国際法上、「対抗措置」(countermeasures)とは、相手国の違法行為に対して自国も同様な違法行為で応じることをいう。対抗措置は先行違法行為に対抗して取られる行為を違法性阻却事由として扱うものである²⁷⁹。

議論の過程でクロフォードは、国家実行は、二つの異なる状況において第三国による対抗措置の行使の可能性がある」と指摘していた。第一に、直接被害を受けた国が関与する場合、他の国がその国の要請により、またその国のために第三国による対抗措置を採用する場合である。クロフォードは、このような実行には、「集団的自衛権との類似性がある」(There is here an analogy with collective self-defence.)と述べている²⁸⁰。第二に、国際社会全体に対して負っているが自国民にのみ影響を及ぼす人権侵害のように、どの国家にも直接損害を与えない対世的義務(*erga omnes*)違反の場合には、第三国が行動する権利を持たないということは想定しがたいと述べている²⁸¹。こうしてクロフォードは、議論の過程における暫定的な結論として、被害国の同意があれば、第三者による対抗措置の使用を認めることは、

²⁷⁵ International Law Commission (ILC), 53rd, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, November 2001, Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IV.E.1, p. 126, Article 48. At https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, accessed March 10, 2023.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 137, Article 54.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 126 and 137, Article 48 and Article 54.

²⁷⁸ International Law Commission (ILC), 52nd, “Third report on State responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur,” A/CN.4/507 and Add. 1-4 (2000), p. 104, para. 396. At https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_507.pdf, accessed March 10, 2023; Dawidowicz, *supra* note 271, p. 94.

²⁷⁹ 西村弓「武力紛争法の履行確保」村瀬信也、真山全編著『武力紛争の国際法』(東信堂、2004年)686頁。真山全「武力紛争法の履行確保」黒崎将広、坂元茂樹、西村弓、石垣友明、森肇志、真山全、酒井啓亘著『防衛実務国際法』(弘文堂、2021年)556頁。

²⁷⁹ ILC, 53rd, *supra* note 275, Article 22.

²⁸⁰ ILC, 52nd a, *supra* note 278, p. 105, para. 400.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 106, para. 403.

国家責任条文案第 48 条の原則と矛盾しないように思われると述べていた²⁸²。

しかしながら国際法委員会 (ILC) は、第三国による対抗措置の問題が、異なる立場をとる国家間で「極めて論争的」(highly controversial)であることを考慮して立場をとらなかった²⁸³。ILC は、第三国による対抗措置は国際法によって支持されず、国連憲章下の集団的安全保障システムとも両立しないという批判²⁸⁴、第三国による対抗措置はしばしば「武力による復讐」(armed reprisals)の口実となるとの批判²⁸⁵、また、国際法の下では二国間の対抗措置だけが許容されるという基本原則に反するとの指摘²⁸⁶を無視できなかったのである。

第三国による対抗措置の問題については、日本政府も討議の過程で以下のように述べている。

「第 54 条 1 項では、『集団的利益の保護のために設立された』多国間の義務や『国際社会全体に対する義務』の場合、『被害国以外の国』(本文書では『利益国』と呼ぶ)が『被害国の要請により、その国に代わって』対抗措置をとることができるとしている(第 49 条)。これは要するに、被害国が対抗措置を講じる権利を『利害関係国』が代行することを認めるものである。これは、損害を受けた国が自ら対抗措置をとることができない場合に、不法な状況が放置されることがないという点で一定の意味があるかもしれない。しかし、このような対抗措置の代位制度には国際法上の根拠がない。このような発展は一次ルールの問題である。このような新しい制度を二次ルールとして導入することは、一次ルールの発展に悪影響を及ぼす可能性がある。また、利益よりも悪用される危険性の方が高いと思われる。」²⁸⁷

この見解を踏まえるならば、戦時における国際人道法違反行為の対抗措置—戦時復讐—として、日本が米国にカウンターバリュ戦略による核兵器の使用を要請することの「国際法上の根拠」は何かが問題として浮上することになる。他方で米国については、被害を受けていないという意味で第三国である同国が、日本に代わり加害国に対する戦時復讐を集

²⁸² *Ibid.*, p. 105, para 401. さらに以下を参照。Dawidowicz, *supra* note 271, pp. 270-271, para. 5.2.5.

²⁸³ International Law Commission (ILC), *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. 1 (2001), A/CN.4/SER.A/2001, p. 110, para. 48. At https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2001_v1.pdf, accessed March 10, 2023. See also Dawidowicz, *supra* note 271, pp. 107-110.

²⁸⁴ UN. Doc. A/CN.4/515/Add.1, p. 91. Mexico. At. https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_515.pdf, accessed March 10, 2023.

²⁸⁵ UN. Doc. A/C.6/55/SR.18, 11, para. 60. Cuba. At <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/713/79/PDF/N0071379.pdf?OpenElement>, accessed March 10, 2023.

²⁸⁶ 中国は以下のように述べている。“This would run counter to the basic principle that countermeasures should and can only be taken by States injured by an internationally wrongful act.” UN. Doc. A/CN.4/515 and Add.1-3, p. 79. At https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_515.pdf, accessed March 10, 2023. さらに以下を参照。Dawidowicz, *supra* note 271, p. 106.

²⁸⁷ International Law Commission (ILC), 52nd b, “Comments and observations received from Governments,” UN Doc., A/CN.4/515 and Add.1-3 (2001), p. 93. At https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_515.pdf, accessed March 10, 2023.

国的に行うことを適法化する「国際法上の根拠」は何かが問題として浮上することになる。

もっとも、安全保障に関わる戦時復仇の議論に国家責任における第三国による対抗措置の議論がそのまま適用できるかについては、議論の余地があるかもしれない。個別の法分野で違法行為への独自の対処手段が定められている場合にはそれらの規則が適用され、国家責任条文案は責任に関するそうした特別法が存在しない場合に適用される「残余規則」(residual rules)として位置づけられているからである²⁸⁸。

ただし別の機会にはあるが、外務省の東郷和彦条約局長は、国際違法行為に対する対抗措置における報復と復仇について以下の整理をしている。

「国際違法行為があったときに、これに対して国家は何らかの対抗行動をとり得る、それを全般的に対抗措置と考え、その措置の中には合法的な行動、これを一般に報復といい、違法な行動ではあるけれどもほかの国が違法な行動をとったことによってその違法性が阻却される、そういうような行動を一般に復仇というふうにするのではないかとと思いますが、その復仇の一つの形としまして、敵の交戦法規違反をやめさせその遵守を確保するために他の手段のないとき、やむを得ずみずからも交戦法規違反に訴える、これを戦時復仇というふうに一般的には呼んでおります。」²⁸⁹

この整理は、国際人道法の履行確保措置としての戦時復仇を、国家責任の分野における対抗措置の文脈で理解していることを示すものであることを指摘する必要があるだろう。

最終的に国家責任条文案 54 条では、違法性阻却事由として用いられる「対抗措置」(countermeasures)の用語は避けられ、代わりに「合法的措置」(lawful measures)が用いられることになった²⁹⁰。国家責任条文案のコメンタリーは、一般的または集団的な利益のためにとられる対抗措置に関する国際法の現状は「不確実」(uncertain)で、国家実行も限られた国による「まばらな」(sparse)状態であるとし、第 48 条にいう「集団的利益」(collective interest)のために対抗措置を講ずる「国家に認められた資格」は、現時点では「明確に認められていない」(no clearly recognized entitlement of states)ようであると指摘している²⁹¹。国家責任条文案第 48 条にいう集団的利益のために対抗措置を第三国が講ずる資格は明確に認められていないというのが、現時点での議論の到達点である。

²⁸⁸ 西村弓「国の責任」黒崎将広、坂本茂樹、西村弓、石垣友明、森肇志、真山全、酒井啓亘著『防衛実務国際法』(弘文堂、2021年)759頁。

²⁸⁹ 『第145回国会参議院日米防衛協力のための指針に関する特別委員会会議録』第5号(平成11(1999)年5月12日)39頁(東郷和彦)。At <https://kokkai.ndl.go.jp/#/detail?minId=114514963X00519990512&spkNum=320¤t=1>、2023年3月10日アクセス。

²⁹⁰ ILC, 53rd, *supra* note 275, Article 54.

²⁹¹ James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (Cambridge University Press, 2002), p. 305, (6); see also Dawidowicz, *supra* note 271, p. 109.

以上のことから、集団的戦時復讐を集団的利益のための第三国による対抗措置で根拠づけることは難しいものと考えられる。拡大核抑止が米国の同盟国の安全保障政策において重要な位置を占める一方で、集団的戦時復讐の国際法上の根拠は何かという問題は、国際法学においては未検討の課題として残されている。

(5) 日本にとっての課題—おわりにかえて—

以上を踏まえて、被害を受けていないという意味で第三国である共同交戦国たる同盟国が、カウンターバリュー戦略に基づいて被害国である同盟国に代わり加害国に対する戦時復讐—集団的戦時復讐—を行う場合、どのように適法化するのだろうか。武力攻撃による被害を受けた日本とその共同交戦国たる米国という想定で考えてみよう。

まず、武力の行使が許されるかに関わる *jus ad bellum* の問題である。核兵器による攻撃を受けた日本を支援するために、日米安保条約に基づく集団的自衛権により米国は共同交戦国として武力の行使を適法化できる。次に、どのように武力を行使するかに関わる *jus in bello* の問題である。文民および民用物を攻撃の対象とするカウンターバリュー戦略による核兵器の使用は、*jus in bello* の規則上は違法である (☞ 6)。違法性阻却事由としての戦時復讐についてみると、日本は第 1 追加議定書の締約国であり、第 51 条 6 項は文民を攻撃の対象とする戦時復讐を禁止している。同項は、第 1 追加議定書の締約国との間において、戦時復讐において文民を対象とした攻撃から日本を保護する規定であるが、他方でそうした攻撃を日本に禁ずる義務を課す規定でもある。

問題となるのは、第 51 条 6 項の義務が核兵器に対しても適用されるか否かである。核兵器の使用に対し、第 1 追加議定書が適用されるか否かについては議論があった (☞ 11)。核兵器の使用に対する議定書の適用を認める解釈をとる場合、カウンターバリュー戦略による核兵器の使用は日本にとって違法であり、日本にとっての違法行為を第 1 追加議定書の非締約国である米国に要請することが法的に許されるかが問題となる。

仮に要請が許されるとしても、被害を受けていないという意味で第三国である共同交戦国の米国が、被害国である日本に代わりカウンターバリュー戦略に基づいて集団的戦時復讐を行うことが許されるかが問題となる²⁹²。日本からの要請を受けた米国が、日本に代わり加害国に対してカウンターバリュー戦略により核兵器を使用することは、*jus in bello* 上の法理による適法化を必要とする。米国は第 1 追加議定書の非締約国であることから、自国が被害を受けた場合には第 51 条 6 項の文民を攻撃対象とした復讐の禁止規定に拘束されることなく、戦時復讐の法理を援用して加害国に対しカウンターバリュー戦略により核兵

²⁹² 2015 年の新ガイドラインでは、日米両国は、各々、米国又は第三国に対する武力攻撃に対処するため、当該武力攻撃への対処及び更なる攻撃の抑止において緊密に協力するとされている。「日米防衛協力のための指針」(2015 年 4 月 27 日)。At https://www.mod.go.jp/j/approach/anpo/allguideline/shishin_20150427j.html、2023 年 3 月 10 日アクセス。

器を使用することが可能である。しかし戦時復讐の法理は米国と相手国との二国間の行為を根拠づけるものであって、日本に代わって行う集団的戦時復讐について国際法上の根拠を与えるものではない。

一つの考え方として、米国は日米安保条約に基づき集団的自衛権を行使する日本にとっての共同交戦国であり、両国は保護される法益を共有すると考えるのであれば²⁹³、その限りにおいて両国の利益は切り離せないという考え方も可能かもしれない。そうした立場に立てば、「同盟国の共通の利益」(the commonality of interests of the allies)が侵害されたという理由で²⁹⁴、両国それぞれが自国にとっての保護法益の侵害を主張できるという考え方も成り立ちうる。その場合には、米国は集団的自衛権—*jus ad bellum*—により自国の武力の行使を適法化し、戦時復讐—*jus in bello*—により自国のカウンターバリュ戦略による核兵器の使用を適法化することになる。これは見かけ上は集団的戦時復讐と言えようが、本質的には米国による個別の戦時復讐であると考えられる。

以上のように、米国が日本に提供する拡大核抑止の運用には、そもそも集団的戦時復讐の国際法上の根拠は何かという問題が潜在していることを指摘する必要がある。

²⁹³ 集団的自衛権は、自国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃によって自国の死活的な利益侵害がされた場合に行使できるという考え方がそれに当たる。この考え方については、以下を参照。Lassa Oppenheim, in Hersh Lauterpact (ed.) *International Law: a Treaties*, Vol. 1, Seventh edition, (Longmans, 1952), pp. 155-156.

²⁹⁴ Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict* (Cambridge University Press, 2004), p. 222.

14. 核抑止に関する諸国の国際法的評価

河合公明

(1) はじめに

核兵器と抑止が結びついて概念化された核抑止は、相手が受け入れがたいほど有効な反撃が自らの核兵器で行われるとの恐怖を相手に与え、自らに対する軍事的な敵対行動を相手にとらせないことと定義される²⁹⁵。その本質は、核兵器の使用の「威嚇」を通じて相手の行動を断念させることにある。核抑止において核兵器は、「使用」よりも使用の「可能性」により、その保有国が敵対する相手国の認識に働きかける手段であり、核抑止政策はいわば核兵器を使わせないための戦略であるとされる²⁹⁶ (註 1)。

以上の論理に基づく核抑止の法的評価は、「武力による威嚇」を禁止する国連憲章第 2 条 4 項に照らして行われる²⁹⁷。しかしながら抑止に使用の可能性が存在しなければ、抑止は抑止としての信憑性を持たない²⁹⁸。武力紛争の敵対行為における核兵器の使用の法的評価は、国際人道法の問題となり、その法的評価は、国際人道法の二つの「基本原則」²⁹⁹とされる「区別原則」および「不必要な苦痛の禁止原則」に照らして行われる。(註 6 および 9) これらは、「国際慣習法の侵すことのできない原則」とみなされている³⁰⁰。「害敵手段」として禁止されるのは、少なくとも二つの基本原則のいずれかに違反する性質を持つ兵器である³⁰¹。それに対しそうした性質を持たない兵器は、害敵手段として直ちには禁止されず、害敵方法における規制を受けるにとどまる³⁰²。

それでは核兵器は、害敵手段として禁止されるのであろうか。または害敵方法として規制すれば足りるのであろうか。本項では、核兵器の使用の可能性をもって相手を抑止する核抑止について、その前提となっている核兵器の使用そのものの合法性に焦点を当てて、害敵手段の禁止と害敵方法の規制という対立軸から、諸国の見解を概観する。

(2) 害敵手段の禁止と害敵方法の規制

核兵器の法的評価においては、二つの異なる考え方が対立している。第一に、核兵器は、二つの基本原則のいずれとも両立しえない性質を有する兵器であるがゆえに、害敵手段として全面的に違法であり、害敵方法を検討するまでもないとする考え方である。

核兵器は、熱線、爆風、放射線の三要素の複合作用を利用した爆発兵器であり、その特性

²⁹⁵ 阪中「前掲論文」(注 2) 2 頁。

²⁹⁶ Meyrowitz, *supra* note 5, p. 223.

²⁹⁷ United Nations, *Charter of the United Nations*, 24 October 1945, 1 UNTS XVI.

²⁹⁸ Schwebel, *supra* note 20, p. 314.

²⁹⁹ *I.C.J. Reports 1996*, *supra* note 7, p. 257, para. 78.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 257, paras. 78-79.

³⁰¹ ジュネーブ諸条約第 1 追加議定書第 35 条 1 項および第 51 条 4 項。

³⁰² 真山「前掲論文」(注 70) 9-11 頁。

から区別原則と不必要な苦痛禁止という基本原則に必然的に両立しないため、害敵手段の規制の観点から禁止されるというものである。これは、核兵器の性質に対する特別な評価を前提としているものと見ることができる。

例えばエジプトは、「核兵器の使用は、・・・大量破壊の無差別の兵器であるために、その効果により、核兵器のはるか以前に遡る人道法の基本的かつ強制的な規則の禁止の対象となる」と述べている³⁰³。1996年のICJによる勧告的意見では、シャハブディーン判事が、通常兵器とは異なり核兵器は「人類と文明を破壊する」との考えを示し³⁰⁴、ウィラマントリ判事は、核兵器の使用は「いかなる状況のもとでも違法」であると述べ³⁰⁵、コロマ判事は、武力紛争に適用される国際人道法の原則や規則に違反しないような核兵器の使用を「考えることはできない」と主張している³⁰⁶。

第二は、核兵器は二つの基本原則に場合によって両立しうる兵器であるがゆえに、害敵手段として全面的に違法になるわけではなく、害敵方法の規制に服するにとどまるという考え方である。核兵器の種類や使用方法によっては、必ずしも無差別的効果をもたらさない可能性もあり、そうした可能性を排除できない以上、兵器そのものが必然的に害敵手段として禁止の対象になるわけではない。それは害敵方法の規制の問題として検討すべきであると主張する立場である。

例えば英国は、「公海における戦艦や人口が密集していない地域における軍隊に向けた、低威力核兵器の使用の場合には、文民の犠牲者の発生が比較的少ない核攻撃も考え得るかもしれない」と述べ、「軍事目標に対する核兵器の使用すべてが、不可避免的に大変に大きな文民の犠牲者を付随的被害として引き起こすわけでは決してない」と主張している³⁰⁷。ICJによる勧告的意見では、シュウェーベル副所長が、核兵器の使用が「常に国際人道法と対立するとは限らない」と主張し³⁰⁸、ギョーム判事は、文民と軍事目標を区別できない盲目的兵器は人道法上禁止されるが、核兵器は「この範疇に入るとは限らない」³⁰⁹と述べ、ヒギンズ判事は、兵器開発の現段階を考えるならば、人道法の要請に適った核兵器の使用の可能性について「大変に限られてはいるが展望が存在する」との考えを示している³¹⁰。

最終的にICJは、勧告的意見において双方の考え方を退けた。一つ目の考え方については、核兵器の使用が武力紛争に適用される法と本来的にまったく両立しえないために、いかなる状況においても違法であるという見解の妥当性について決定できないとした。そして核兵器の使用は、人道法の要件と実際のところほとんど両立しないであろうが、「いかなる状況においても」人道法の原則および規則に必然的に違反すると確信をもって結論するに

³⁰³ Verbatim Record, Public sitting held on Wednesday 1 November 1995, p. 34.

³⁰⁴ Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, *I.C.J. Reports 1996*, p. 399.

³⁰⁵ Dissenting Opinion of Judge Weeramantory, *I.C.J. Reports 1996*, p. 433.

³⁰⁶ Dissenting Opinion of Judge Koroma, *I.C.J. Reports 1996*, p. 581.

³⁰⁷ Letter dated 16 June 1995 from the Legal Adviser to the Foreign and Commonwealth Office of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, together with Written Comments of the United Kingdom, p. 53.

³⁰⁸ Schwebel, *supra* note 20, p. 321.

³⁰⁹ Separate Opinion of Judge Guillaume, *I.C.J. Reports 1996*, p. 289, para. 5.

³¹⁰ Higgins, *supra* note 71, p. 589, para. 26.

足る十分な証拠がないとした（パラ 95）³¹¹。

二つ目の考え方については、文民の犠牲者の発生が比較的少ない核使用が正当化される状況がいかなるものであるかについて、妥当性を決定するに十分な根拠が与えられていないとし、より小さく低威力の戦術核兵器の「きれいな (clean)」使用も含めて、一定の状況において核兵器の使用が合法であるとする国の主張を検討している³¹²。そしてそのような国が、「その使用を正当化する正確な状況」を示さず、こうした限定的使用が「高威力の核兵器の全面的使用に拡大しがちではないか」という点に答えていないとし、「この見解の妥当性を判断するに足る十分な根拠があるとは考えない」と述べている³¹³。

このように2つの考え方を否定した上で、ICJは主文(2)Eで、核兵器の使用は国際人道法に照らし一般的には違法であるが、例外的に合法となる可能性も否定しないという立場をとった³¹⁴。ところが主文(2)E後段の見解は、*jus ad bellum*上の評価が*jus in bello*の適用に影響を与えるかのように読めることから、*jus ad bellum*と*jus in bello*がどのような関係にあるかという問題が生じることになった。(☞ 15)

(3) 米国の見解

核兵器の保有国は、国際法上の区別原則の厳しい制約を理解した上で、核兵器の標的政策を立案している。米国の見解は、1995年5月、核兵器の使用および威嚇の合法性に関するICJの審理に際して米国が提出した陳述書から知ることができる。陳述書における米国の主張は、以下のように要約される³¹⁵。

- 米国は、武力紛争に関する国際法の諸原則は、核兵器の使用にも他の戦争の手段や方法と同様に適用されるとの立場をとってきた。しかしこのことは、核兵器の使用が戦争法によって禁止されていることを意味しない。
- 核兵器の使用は、必然的に大規模な戦略的核の応酬に発展し、相手側の人口密集地を意図的に破壊するとの想定がある。このような仮定は極端に推測的であり、他の条件を満たす核兵器の使用の合法性について、裁判所が判断する根拠になり得ない。
- 核兵器の使用は、文民に対する攻撃なので違法との主張がある。武力紛争法は、文民を攻撃の対象にすることを禁じる。しかしながら武力紛争で見られるように、文民を巻き添えにし、損害を与える可能性があるからといって、軍事目標への攻撃が禁止されるわ

³¹¹ *I.C.J. Reports 1996, supra note 7, p. 262, para. 95.* 核兵器に関する国際人道法上の議論で見られる “in any circumstance” という用語であるが、初めてこの用語が用いられたのは、核兵器の合法性に関する勧告的意見のパラ 95 である。

³¹² *Ibid.*, p. 262, para. 94.

³¹³ *Ibid.*

³¹⁴ *Ibid.*, p. 266, para. 105.

³¹⁵ Letter dated 20 June 1995 from the Acting Legal Adviser to the Department of State, together with Written Statement of the Government of the United States of America, pp. 1-48. At <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/8700.pdf>, accessed March 17, 2023.

けではない。この規則は、合法的な軍事目標である標的を攻撃するための核兵器の使用を妨げず、いずれにせよ「復讐権」(right of reprisal)のもとに置かれる。

- 核兵器は、軍事目標に照準を合わせられないので違法との主張がある。この議論は、核兵器で特定の軍事目標を狙うことができる運搬システムの能力と、さまざまな種類の軍事目標に対処するために核兵器の効果を調整する兵器設計者の能力を無視している。核兵器は、軍事目標に照準を合わせることができ、区別的な方法で使用することができるので、本来的に無差別なわけではない。
- 核兵器の使用は、攻撃から予想される軍事的利益に比較して文民または民用物へ過度な付随的傷害や損傷を引き起こすので違法であるとの主張がある。しかし、核兵器による攻撃が不均衡であるかどうかは、状況によって完全に異なる。核兵器が本来的に不均衡なわけではない。
- ジュネーブ諸条約第1追加議定書には、害敵手段や害敵方法に関する多くの新しい規則が含まれるが、批准した国にのみ適用される(例えば、復讐や環境の保護に関する規定は、慣習法にはない新しい規則である)。第1追加議定書の交渉と批准の記録から明らかなのは、そこに含まれる新しい規則は核兵器に適用されないということである。
- 核兵器の使用は、過度の傷害や不必要な苦痛を与える性質の兵器の使用禁止に違反するとの主張がある。この禁止は、軍事目的を達成するために必要以上に攻撃された人の傷害や苦痛を増大させるように設計された兵器を排除することを意図したものである。しかし、軍事的任務の遂行に必要であれば、大きな傷害や苦痛を与える可能性のある兵器の使用は禁止されていない。
- 1977年の環境改変技術敵対的使用禁止条約³¹⁶は、たとえ当該兵器の使用が環境に深刻な損害を与えるとしても核兵器あるいは他の兵器の使用を禁止しているわけではない。破壊を引き起こすために「環境の力」(environmental forces)を「意図的に操作すること」(deliberate manipulation)のみが禁止されている。

この陳述書が示すのは、核兵器の使用が「戦争法」(国際人道法)で「害敵手段」として禁止されていないことを前提に、合法的な害敵手段である核兵器の適法な使用は可能という、米国の今日に至る立場である。

(4) ロシアと中国の見解

米国とならぶ核兵器の保有国であるロシアも、区別原則に関する立場を明確にしている。ロシアは、旧ソ連の軍事教範で「文民および個々の文民は攻撃の対象としてはならない」と

³¹⁶ Convention on the prohibition of military or any other hostile use of environmental modification techniques, 10 December 1976, 1108 UNTS 17119.

し³¹⁷、ロシアの教範でも「文民および個々の文民は、他の国際人道法の規則に加えて、それらを攻撃の対象とすることを禁止する保護を受ける」としている³¹⁸。国家実行を見ると、ロシアの国連常駐代表は、2008年5月の武力紛争における文民の保護に関する国連安保理での会合で、文民の保護は紛争に関与する各国政府の最優先事項でなければならないとし、文民の保護は理事会の最優先事項であり、文民を標的とすることまたは過剰な武力行使で文民に害が及ぶことを非難している³¹⁹。

またロシアの軍事ドクトリンでは、一般に認められた国際法の原則および規範ならびにロシア連邦の国際条約に従って、自国および／または同盟国に対する侵略を撃退し、国連安全保障理事会または他の集団安全保障機関の決定に従って平和を維持（回復）し、ならびに国外において自国民を保護するために軍、その他の部隊および組織を用いる正当な権利を有するとしている³²⁰。他方で核兵器については、「自国および／または同盟国に対する核兵器およびその他の種類の大量破壊兵器の使用に対処する場合、および国家の存立が危ぶまれる場合に通常兵器を使用してロシア連邦を侵略する場合に核兵器を使用する権利を有する」としている³²¹。ただしこの項目には武力紛争法に関する明示的な言及はない。

中国は、1997年3月、国防に関する法律を成立させ、他国との軍事関係において締結、加入または受諾した条約を「遵守する」と規定している³²²。2004年11月の国連総会におけるジュネーヴ諸条約追加議定書に関する討議では、中国政府の代表が、自国の法律にはジュネーヴ諸条約と追加議定書の違反に対する罰則があり、「無辜の文民」に対する残虐行為を行った軍隊の構成員は「処罰の対象となる」と述べている³²³。また中国政府の代表は、「1949年のジュネーヴ諸条約と追加議定書を非常に重要視」し、これらの文書に対する「い

³¹⁷ Instructions on the Application of the Rules of International Humanitarian Law by the Armed Forces of the USSR, Appendix to Order of the USSR Defence Minister No. 75, 1990 § 8(f). At https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_ru_rule1, accessed March 17, 2023.

³¹⁸ Regulations on the Application of International Humanitarian Law by the Armed Forces of the Russian Federation, Moscow, 8 2001, § 54 and also § 7. At https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_ru_rule1, accessed March 17, 2023.

³¹⁹ ロシアの国連常駐代表ヴィタリー・チュルキン (Vitaly Churkin) 大使の発言。Security Council Expresses Deepest Concern at Continued Civilian Suffering during Conflict, Condemns All Violations of Humanitarian Law Threatening Non-Combatants, SC/9340, Security Council, 5898th Meeting. At <https://press.un.org/en/2008/sc9340.doc.htm>, accessed March 17, 2023.

³²⁰ Russian Federation, “The Military Doctrine of Russian Federation, Approved by the President of the Russian Federation on December 25, 2014,” No. Pr.-2976, 22. At <http://rusemb.org.uk/press/2029>, accessed March 17, 2023.

³²¹ *Ibid.*, 27.

³²² “In its military relations with other countries, the People’s Republic of China observes the relevant treaties and agreements that it has concluded with them or acceded to or accepted.” Law of the People’s Republic of China on National Defence, Article 67. At http://www.npc.gov.cn/zgrdw/englishnpc/Law/2007-12/11/content_1383547.htm, accessed March 17, 2023.

³²³ UN Doc, A/C.6/59/SR.5, 4 November 2004, p. 4, para. 22. At <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/549/85/PDF/N0454985.pdf?OpenElement/>, accessed March 17, 2023. 中国の刑法第 446 条は、「戦時下において、軍事作戦地域内の無辜の住民を残酷に傷つけまたはその金品を掠奪した軍人は 5 年以下の有期徒刑に処し、情状が重いときは 5 年以上 10 年以下の有期徒刑に処し、情状が特に重いときは 10 年以上の有期徒刑、無期徒刑または死刑に処すものとする」と規定する。Criminal Law of the People’s Republic of China, Article 446. At <https://www.cecc.gov/resources/legal-provisions/criminal-law-of-the-peoples-republic-of-china>, accessed March 17, 2023.

かなる違反も非難する」と述べている³²⁴。

中国政府の説明によれば、中国の核兵器の開発は防衛のためであり、米国が核戦争を仕掛ける危険から中国人民を守ることが核兵器の役割であるとされる³²⁵。この役割は、いかなる時も、いかなる状況下でも、中国は核兵器を最初に使用しないとする「先行不使用」(No First Use: NFU)として政策化されている。人民解放軍上級大佐(Senior Colonel)を務めた徐□地(Xu Weidi)は、核兵器の先行不使用は中国の核戦略の「核心」であり、他の保有国の核戦略との「根本的な相違点」だと指摘している³²⁶。中国では、通常兵力の不足を補うための核兵器の使用は考えられておらず、通常兵器の紛争における核兵器の使用も考えられていない³²⁷。これに対して他の保有国では、通常兵器では軍事的目的を達成できない場合に核兵器の使用が想定されていると徐は分析する。徐はそのことを端的に、他の核保有国において「核ミサイルは兵器であり、兵器は使用するものである」と表現している³²⁸。

ただし徐は、中国の先制不使用政策が、核兵器を「絶対に使用しないという政策」と同義ではないことにも注意を喚起し³²⁹、もし敵国が中国に対して核兵器を使用した場合、中国は必ず自国の核戦力で「報復」と指摘している。「報復」の意味するところは必ずしも明らかではないが、核兵器の使用が正当化され、核兵器の政治的および軍事的機能が発揮されるのは、敵に核兵器を使用された後に使用せざるを得なくなった場合のみであるとの説明がなされている³³⁰。もっともそれが国際法上の戦時復讐を意味する場合、「報復」による反撃については、中国もその拘束のもとにあるジュネーブ諸条約第1追加議定書の規則との関係において合法性が問われることを指摘する必要がある。人民解放軍の戦略教本である『戦役学』、『戦略学』、『第二砲兵戦役学』では、核戦力を全て使い果たす単一の大規模反

³²⁴ UN Doc, *Ibid.*, p. 4, para.21.

³²⁵ “Statement of the Government of the People’s Republic of China,” 16 October 1964, History and Public Policy Program Digital Archive, PRC FMA 105-01262-01, pp. 22-26. Obtained by Nicola Leveringhaus. At <https://digitalarchive.wilsoncenter.org/document/134359.pdf?v=b1e04ac05705>, accessed March 17, 2023. 以下も参照。Advocate No-First Use of Nuclear Weapons, Devoted to Preventing Nuclear War. At <http://www.china.org.cn/e-caijun/e-caijun2.htm>, accessed March 17, 2023.

³²⁶ Xu Weidi (徐□地), “China’s Security Environment and the Role of Nuclear Weapons,” in Li Bin (李彬) and Tong Zhao (□通) (eds.), *Understanding Chinese Nuclear Thinking* (Carnegie Endowment for International Peace, 2016), p. 38.

³²⁷ Pan Zhenqiang (潘振強), “China’s No First Use of Nuclear Weapons,” in Li Bin (李彬) and Tong Zhao (□通) (eds.), *Understanding Chinese Nuclear Thinking* (Carnegie Endowment for International Peace, 2016), p. 53. At https://carnegieendowment.org/files/ChineseNuclearThinking_Final.pdf, accessed March 17, 2023.

³²⁸ *Ibid.*, p. 38. 潘振強も、中国が目指す抑止効果と欧米諸国が実施する抑止戦略は性質が全く異なるとし、その理由として、欧米諸国、特に米国の抑止戦略は、核戦争に参戦し勝利することを前提にしていると述べている。潘は、冷戦の最盛期に米ソ合わせて6万発以上の核弾頭を保有していたことはほとんどすべての論理を無視した数であり、合理的な防衛上の必要性を完全に超えていたが、これは彼らの抑止戦略の結果であったと分析している。*Ibid.*, p. 57.

³²⁹ *Ibid.*, p. 39.

³³⁰ *Ibid.*, p. 39. ひとたび中国が原爆を持てば、それを無責任に使用することを恐れている、とのジャーナリストの質問に対し、毛沢東は、「そんなことはない。原爆が無責任に使われるわけがない。そんなことはない。もし持てば無責任な使い方はできない。無責任に使うということは、犯罪を犯すということだ」と応じている。The Ministry of Foreign Affairs of the People’s Republic of China and the Party Literature Research Center under the Central Committee of the Communist Party of China, *Mao Zedong on Diplomacy*, first edition, (Foreign Language Press, 1998), p. 347.

撃ではなく、様々な規模の反撃を波状的に実施して耐えがたい損害を与えるとされ、核攻撃の際には軍事目標のみならず都市や産業基盤が標的に含まれるカウンターバリュー戦略も想定されているとの指摘がある³³¹。そのような標的政策に基づき核兵器が使用されるのであれば、ジュネーヴ諸条約第1追加議定書第51条6項に照らして違法である。

(5) おわりに

以上、核兵器の使用の可能性をもって相手を抑止する核抑止について、その前提となる核兵器の使用そのものの合法性に焦点を当て、害敵手段の禁止と害敵方法を規制という対立軸から諸国の見解を概観してきた。ICJは、「『クリーンな』使用」という見解の「有効性に関する判断のための十分な根拠」を持ち合わせないとして、核兵器の限定的使用についてはその合法性の判断を回避した³³²。しかしながらそれは、裁判所が判断の根拠を持ち合わせないことを意味するに過ぎず、判断をする能力が否定されたわけではない。核兵器の限定的使用を可能にする正確な状況が核兵器の保有国により提示されなかったことから、ICJは勧告的意見において、そうした「見解の妥当性を判断するに足る十分な根拠があるとは考えない」ことを指摘した。したがって核兵器の保有国に対しては、「過度の巻き添え被害を伴わない核兵器の使用が可能か」という点が依然として問われ続けているのである³³³。

³³¹ 栗田真広「中国・インド関係における核抑止」『防衛研究所紀要』（2017年）66頁。At http://www.nids.mod.go.jp/publication/kiyo/pdf/bulletin_j20_1_3.pdf, accessed March 17, 2023. Gaurav Kampani, “China-India Nuclear Rivalry in the ‘Second Nuclear Age,’” *IFS Insights*, No.3 (November 2014), pp.15-17. At https://fhs.brage.unit.no/fhs-xmlui/bitstream/handle/11250/226454/Insight2014_3.pdf?sequence=1&isAllowed=y, accessed March 17, 2023. Fiona S. Cunningham and M. Taylor Fravel, “Assuring Assured Retaliation: China’s Nuclear Posture and U.S.-China Strategic Stability.” *International Security*, Vol. 40, No. 2 (2015), pp. 7-50.

³³² *I.C.J. Reports 1996, supra note 7, p. 262, para. 94.*

³³³ ここでは、米国の戦略軍司令官を務めたロバート・ケーラー空軍大將が、「私は司令官として、核計画に法的原則を適用するという米国の政策を全面的に受け入れ、その原則に関する学術的、政策的な議論によってもたらされる明確性を歓迎した。しかし、通常戦争に適用されるますますの制限や法解釈は、核兵器やその不可避な付随的影響に適用された場合、達成できない（極端に実施されるのであれば、望ましくない）可能性があることを懸念していた」との言葉を想起する必要がある。General C. Robert Kehler, “Commanding Nuclear Forces,” in Charles L Glaser, Austin Long and Brian Radzinsky (eds.) *Managing U.S. Nuclear Operations in the 21st Century* (Brookings Institution Press, 2022), p. 150.

15. 東京地裁下田事件判決の評価

真山全

(1) 主要な論点

米による 1945 年 8 月の広島及び長崎に対する原子爆弾投下で損害を被った下田隆一外 4 名は、日本国を相手取ってその賠償を求めて東京地方裁判所に訴えを起こした。本件事件を下田事件とか原爆事件といい、今日においても原子爆弾を含む核兵器の使用から生じた損害の賠償が司法裁判所に提起された世界で唯一の事件である。東京地方裁判所は、1963 年 12 月 7 日に原告の請求を棄却する判決を下した³³⁴。原告及び被告とも控訴せず、この判決が確定した。

本件事件で国際法的観点から関心が持たれるのは次の二論点である。第一は、広島と長崎に対する原子爆弾投下が当時の国際法からして違法と評価されるか否かである。特に原子爆弾を知らない時代に生成した国際法規則の適用が原子爆弾使用にあるかであった。第二は、個人の国際法主体性にかかわるもので、被害者個人が加害国の国内法制度によらずに直接にそれに賠償を請求しうるかである。

(2) 原告の申立て

原子爆弾攻撃の国際法上の評価について原告は、原子爆弾が新兵器であるとしても、既存の関係条約「条文の全体の立法精神」に従ってそれらの「適用又は準用」ができ、そのまま適用又は準用ができない場合にも「その精神は自然法ないし条理国際法」として効力を認められると主張した。1945 年の原子爆弾投下には、サンクト・ペテルブルク宣言、ハーグ陸戦規則、ダムダム弾禁止宣言やジュネーヴ・ガス議定書が適用可能であって、さらに条約として発効しなかった空戦規則案も「条理国際法として、あるいは慣習国際法」として効力を認められるとした。

その上で、原爆投下は無防衛都市である広島と長崎に対する無差別攻撃で、人体に対してダムダム弾や毒ガスよりもはなはだしい苦痛を与えたのであるから、これらの規定に照らして違法であったという。

原告は、第二の論点に関しては、個人も国際法主体として賠償請求権を有するが、対日平和条約第 19 条が連合国とその国民に対する日本国と日本国民の請求権を放棄したことにより、原告の米に対する請求権も失われ、加えて米国内裁判所での賠償請求訴訟提起もできなくなったとし、そういう状態となったのは条約締結という日本国の公権力行使によるから、

³³⁴ 東京地裁判決昭和 38 年(1963 年)12 月 7 日判決(損害賠償請求併合訴訟事件、東京地裁昭 30(ワ)2914 号、昭 32 年(ワ)4177 号、38・12・7 民 24 部判決、棄却)(下民集 14 卷 12 号 2435 頁、『判例時報』第 355 号(1964 年 1 月 1 日号)、17 頁。

被告は原告に対し国家賠償法により損害賠償責任を負うという構成をとった。

(3) 被告の答弁

被告は、原子爆弾が新兵器であって、その使用の禁止を明言した条約はなく、慣習法もなかったのであるから、実定国際法上違反という問題は起こりえないと答弁している。ハーグ陸戦規則等の既存条約規則の適用も、それらが本来原子爆弾を対象とするものではなく、その趣旨を拡大解釈することはできないとした。空戦規則案に関しては、条約として成立していないから適用できない旨主張した。被告は原子爆弾投下が戦時国際法の適用から一切外れるとまではいわず、国際法の「法理」に照らして判断されるべきとはしているものの、条約や慣習法の制限を受けない限り、国際法は、敵国の早期屈服のため必要なあらゆる手段の適用を認めるのであるから、原子爆弾投下は国際法違反であるとは断言しがたいと主張した。

日本が1945年8月10日にスイスを通じて米に対し原子爆弾投下が国際法と人道の根本原則の無視である旨抗議した点については、被告は、交戦国という立場を離れて客観的にみれば必ずしもそう断言できないとして、当時とは異なる見解を示した。

第二の論点に関して被告は、原子爆弾投下が仮に違法としても原告は損害賠償請求権を有することにはならないと主張した。その理由として、個人は原則的には国際法主体ではなく、米に対しそうした請求ができるのは日本という国だけであることが挙げられた。その上で、対日平和条約第19条で日本が日本国民の権利についての請求権を放棄したが、放棄したのは国民の請求権を基礎とした日本国の請求権(外交的保護権)のみを指すから個人の請求権を日本国が放棄したことにはならず、対日平和条約による放棄が原告の権利を侵害したことにもならないと論じた。

さらに被告は、原告に請求権があってそれが講和条約によって放棄せしめられたとしても、法令によって具体的な請求権規定が設けられていない場合には、憲法第29条に基づいて原告が直ちに補償請求権を得るとはいえないと答弁した。

(4) 判決とその評価－原子爆弾投下

裁判所は、広島及び長崎に投下された原子爆弾をTNT爆弾換算20キロトンの威力のものとし、それがもたらした爆風、熱線並びに初期放射能及び残留放射能によって従来の兵器よりはるかに大きい破壊と殺傷をもたらしたと認めた。その威力と非人道性から裁判所は原子爆弾を「従来のあらゆる兵器と異なる特質」を持つ「残虐な兵器」と評する。

こうした認識を前提に裁判所は、「米国が広島市及び長崎市へ原子爆弾を投下した行為が、当時の実定国際法によって違法とされるかどうか争点」であるとした。そこで裁判所は、19世紀以降の戦争や戦闘行為に関する国際法を概観し、それらに原子爆弾に関する何の規定もないことを確認する。被告はこれをとらえて原子爆弾使用は実定国際法の問題ではな

いとしたのであるが、裁判所は、「国際法が禁止していないかぎり、新兵器の使用が合法であることは当然」であるが、「そこにいう禁止とは、直接禁止する旨の明文のある場合だけを指すものではなく、既存の国際法規(慣習国際法を含む)の解釈及び類推適用からして、当然禁止されているとみられる場合を含むと考えられる」と判示した。このような国際法規の他に裁判所は「それらの実定国際法規の基礎となっている国際法の諸原則に照らす」必要も指摘する。国際法の諸原則も慣習国際法と考えられるが、ここではより一般的ないし根源的な慣習国際法規則を国際法の諸原則と認識しているようである。

続いて裁判所は、「新兵器は常に国際法の規律の対象にはならないという議論」を「十分な根拠がない」として否定し、「たとえ法規に明文がなくとも」禁止されるものはあるとして、既存国際法の新兵器への適用を明確に承認する。原子爆弾はその新奇性の故に既存規則の適用から外れる特殊な兵器であるという意味での核兵器特殊兵器論はここで否定された。

こうして既存国際法規則の原子爆弾使用への適用を裁判所は肯定する。その上で裁判所は、広島と長崎への原爆投下が無防衛都市(地域)への無差別攻撃であって、さらに人に「不要な苦痛を与え」たとして、それが既存の国際法からして違法であったと判断する。

裁判所は、「地上兵力による占領の企図に対し抵抗しつつある」都市をハーグ陸戦規則にいう防衛都市と認識し、それへの無差別攻撃を適法とするが、防衛都市以外の都市と定義される無防衛都市に対する攻撃はそこにある軍事目標への攻撃のみが許されるという通説的理解を示す。さらに、条約としては発効しなかった 1922 年の空戦法規案を権威あるものとして承認してそこに防衛都市と無防衛都市の区分と同種の考えがあり、「それは慣習国際法であるといつて妨げない」と判示し、無防衛都市への空中からの無差別爆撃も違法と断じた。なお、その際に慣習国際法論とはやや異なる「地上都市に対する爆撃については、それが陸上であるということから、陸戦に関する法規が類推適用されるという議論」にも言及し、それも「十分に成立し得る」と述べている。

さらに裁判所は、無防衛都市内軍事目標への攻撃に際して「非軍事目標」や「非戦闘員」、即ち民用物や文民が損害を受ける場合に言及し、「それが軍事目標に対する爆撃に伴うやむをえない結果である場合」にはそうした損害発生は許容されると述べる。これは今日いうところの付随的損害であるが、裁判所は付随的損害の合法性判断について「やむをえない」損害か否かという基準を設定した。

このような無防衛都市への無差別攻撃の禁止規則、及び「やむをえない」範囲を超える付随的損害を発生させる攻撃の禁止規則から裁判所は、広島と長崎への原子爆弾投下を違法と評価したのである。裁判所は、当時の広島及び長崎が防衛都市ではないことは「公知の事実」であり、爆撃は両都市に所在する軍事目標にのみ向けられなければならなかったにもかかわらず、そこに出力 20 キロトンの原子爆弾を投下したのは、「盲目爆撃と同視すべきで、当時の国際法に違反する戦闘行為」とし、両都市の「軍隊、軍事施設、軍需工場等いわゆる軍事目標」を狙ったとするにせよ、「原子爆弾の巨大な破壊力から盲目爆撃と同様な結果を

生」した以上、「違法な戦闘行為」と断じた。なお、総力戦故に戦闘員と文民の区別、そして軍事目標と民用物の区別が消滅したとの議論を裁判所は否定する。

軍事目標と民用物が混在してさらに対空防御も嚴重な比較的狭い地域をまるごと一つの目標とする目標区域爆撃の方式にも裁判所は言及し、「たとえ軍事目標主義の枠からはみ出ている、これを合法視する余地がないとはいえない」という興味深い見解を示すが、「広島、長崎市がこのような軍事目標が集中している地域とはいえない」と判断している。なお、判決では復仇としての正当化の可能性には触れていない。それは本件の被告ですらも言及していなかった論点である。

無防衛都市無差別攻撃の他に、原子爆弾が人に対して「不要な苦痛」を与えたことから裁判所はこの原子爆弾攻撃を違法と評価している。無用の傷害や不必要の苦痛を与える兵器の使用禁止は、確立した慣習国際法原則である。注意を要するのは、これは戦闘員に向けて兵器が使用される場合の原則であることである。文民にはそれが敵対行為に直接に参加している場合を除いては兵器を向けてはならず、文民の死傷が許容されるのは過度ではない付随的損害として説明できる場合のみである。戦闘員にはそれを戦闘外に置くために必要な苦痛を与えるが、文民にはそれはできない。裁判所がこのことを認識していたかどうかははっきりしないが、文民に無用の傷害や不必要の苦痛を与えることはできないと敢えていう必要もないともいえる。

戦闘員に対し無用の傷害や過度の苦痛を与えてはならないとはいえ、何が無用で過度かについて裁判所は、「原子爆弾がその性能の非人道性において従来の兵器と異なる特質を有するから当然に許されない、というような安易な類推が許されないことはいうまでもなく、「戦争に関する国際法」は「軍事的有効性と人道的感情」という「二つの要素の調和」の上に成立していることを考慮すべき」という。従って、「非人道的な結果が大きくとも、軍事的効果が著しい兵器であれば「それは必ずしも国際法上禁止されるものとはならない」という。その上で、既存規則で明示に使用が禁止される毒ガスよりも大きな苦痛を原子爆弾が与えるのであるから国際法上その使用が禁止されると判示する。裁判所は軍事的効果と人道的要素の調和をいうが、ここでは原子爆弾の軍事的効果を毒ガスのそれと比較せず、苦痛の程度を独立して取り出して判断しているようにも見える。

裁判所は、既存国際法が原子爆弾には適用されないという核兵器特殊兵器論を否定した。しかし、そうであっても、既存国際法から判断して、核兵器の使用が常に違法とされ、従って、核兵器が禁止される害敵手段であるという意味で特殊な兵器であるとまで言い切ったかについては議論がある。無防衛都市無差別攻撃を構成したという判断は、広島と長崎のような規模の都市への出力 20 キロトンの核兵器の投下という前提条件付きの判断であって、核兵器使用が常にそうなるという一般化はここからはできない。他方、無用の傷害や不必要の苦痛についてはより一般的に論じており、毒ガスより苦痛が大きいからそのような「不要の苦痛」というのであれば、それで広島と長崎への原子爆弾投下の場合以外についても適用

できる基準を設定してしまったようにも思える。そこからすれば、核兵器はその観点から使用が禁止されるという意味での特殊兵器であるということになる。但し、裁判所が自ら認めるように、兵器が「不要の苦痛」を与えるか否かは当該兵器の軍事的有効性と人道的感情の双方を考慮しなければならないというのであれば、核兵器使用の軍事的有効性が大きい場合には論理的には別の結論が導かれることになる。

(5) 判決とその評価－個人の国際法主体性

裁判所は個人は条約で特別に認められる場合を除いては、「その者の名において権利を追求し、義務を負わされる」という意味での国際法主体にはならないとした。条約は国家等の他の国際法主体によって作られるから、そうした他の国際法主体の認める範囲でしか個人は主体性を持たないということになり、この裁判所の見解は通説的な理解に沿ったものである。

原告が加害国に対して直接に賠償請求を行うことはできないのであるから、残るところは日米の国内裁判所に救済を求めうるか否かである。裁判所は、前者は外国国家の裁判権免除により困難とし、後者も、米国内裁判所の管轄権の範囲を日本の裁判所が論じるというかたちで、米の連邦不法行為請求権法が戦闘行為により生じた損害の賠償請求を認めないことを指摘する。

(6) 判決とその評価－対日平和条約による請求権放棄

裁判所が原子爆弾投下の違法性を認めながらも、国際法と日米の国内法のいずれからしても原告は請求をなしえないことになる。しかし、裁判所は、「まだ問題の全てが終わったわけではない」として、対日平和条約第 19 条による請求権放棄によって個人の請求権がどのように規定されたかを論じている。

対日平和条約第 19 条は連合国とその国民に対する「日本国及びその国民のすべての請求権を放棄」した。個人が国家とは異なる国際法主体であれば国家は個人の国際法上の請求権を放棄できないが、そのような主体性は原則として否定されるから、ここでは国家が個人の国内法上の請求権を放棄できるかが問われる。裁判所は、国家の有する統治権を根拠にこれを肯定する。

結局のところ、国際法上も国内法上も請求権が原告にはなかったことになるので、裁判所は、「原告等は喪失すべき権利をもたない」ということになり、「従って法律上これによる被告の責任を問う由もないことになる」と判示した。

なお、判決末尾において裁判所は、「国家は自らの権限と自らの責任において開始した戦争により、国民の多くの人々を死に導き、傷害を負わせ」たのであって、それは「とうてい一般災害の比ではない」から、「被告がこれに鑑み、十分な救済策を執るべきこと

は、多言を要しない」とした上、原子爆弾被害者全般に対する救済策を立法府と行政府において講ずべきと述べた。

16. 核兵器使用の合法性に関する 1996 年 ICJ 勧告的意見の評価

河合公明

(1) はじめに

国際司法裁判所 (ICJ) は、1996 年 7 月、国連総会の要請を受けて³³⁵、「核兵器の・・・使用は、国際法のもとでいかなる状況においても許容されるか」との質問に対する勧告的意見を与えた。ICJ は、主文(2)E の前段では、「核兵器の・・・使用は、武力紛争に適用される国際法の規則、特に人道法の原則および規則に一般的には違反するであろう」との見解を示した³³⁶。それに対し後段では、「国際法の現状および利用しうる事実の要素に鑑みると、国家の生存そのものにかかった自衛の極限状況において、核兵器の・・・使用が合法であるか違法であるかについて確定的に結論することはできない」との見解を示した³³⁷。後段の見解は、*jus ad bellum* 上の評価が *jus in bello* の適用に影響を与えるかのように読めることから、*jus ad bellum* と *jus in bello* がどのような関係にあるかという問題が生じることになった。主文(2)E をどのように解するかは、核兵器の使用の法的評価についていかなる立場をとるかにより、今日も意見が分かれている。

本項では、2017 年 7 月に採択された核兵器禁止条約が 2021 年 1 月に発効する一方で、ロシアとウクライナとの間で生じている武力紛争に際してロシアが核兵器の使用を示唆したと受け止められる発言をしたことから、改めて注目を集めている核兵器の使用の合法性について、勧告的意見の主文(2)E をめぐる論点を再検討する。

(2) 核兵器使用の法的評価の基本的な構造と ICJ の勧告的意見

核兵器の使用の法的評価を考える場合、武力の行使の合法性および武力紛争における敵対行為を規律する国際法の基本的な構造を見る必要がある。一般に、相手国から武力攻撃を受けた場合に、被攻撃国の武力の行使が適法であるためには、*jus ad bellum* における規則—武力の行使の適法性に関わり自衛権がその中核をなす—で適法化されなければならない。そして、武力紛争における敵対行為は、*jus in bello* における規則—武力紛争の当事者を規律する国際人道法—により適法化される必要がある。さらに、*jus in bello* における規則は、*jus ad bellum* 上の評価にかかわらず、紛争当事者に等しく適用されるのが国際法上の原則である³³⁸。

³³⁵ UN Doc. “Request for an advisory opinion from the International Court of Justice on the legality of the threat or use of nuclear weapons,” Resolutions Adopted by the General Assembly, A/RES/49/75K (9 January 1995), p. 15.

³³⁶ *I.C.J. Reports 1996*, *supra* note 7, p. 266, para. 105.

³³⁷ *Ibid.*

³³⁸ これは平等適用原則と呼ばれ、*jus in bello* の適用は *jus ad bellum* における評価に依存しないことを意味する (≡ 2)。この点については、Christopher Greenwood, “The relationship between *jus ad bellum* and *jus in bello*,” *Review*

これに対し ICJ は、主文(2)E の後段で、「国際法の現状および利用しうる事実の要素に鑑みると、国家の生存そのものにかかった自衛の極限状況において、核兵器の…使用が合法であるか違法であるかについて確定的に結論することはできない」と述べている。そのため ICJ は、「国家の生存そのものにかかった自衛の極限状況」については特別の事情が働くことを示唆しているようであり、しかも「確定的に結論することはできない」と述べたことより、*jus ad bellum* と *jus in bello* の関係が不明確になるという問題が生じることになった。

(3) 主文 2(E)前段における例外 (*jus in bello*)

主文(2)E の前段は、「核兵器の…使用は、武力紛争に適用される国際法の規則、特に人道法の原則および規則に一般的には違反するであろう」としている。したがって前段は、一般的な違法の場合に当てはまらない、例外的な合法の場合を想定していると解釈することもできる。その解釈に立てば、主文(2)E の前段における例外は何かという点が問題となる。

例外的に合法と評価されると考えられるのは、軍事目標を攻撃の対象とし (☞ 6)、文民および民用物に過度の巻き添え被害をもたらさず (☞ 7)、戦闘員に不必要な苦痛を与えない (☞ 9) 核兵器の使用であると考えられることができる³³⁹。ただし、そのような核兵器の限定的な使用が可能かとの問いには、核兵器の保有国からは答えが示されていない³⁴⁰。

(4) 主文 2(E)後段における例外 (*jus ad bellum*)

それに対し後段では、「国際法の現状および利用しうる事実の要素に鑑みると、国家の生存そのものにかかった自衛の極限状況において、核兵器の…使用が合法であるか違法であるかについて確定的に結論することはできない」と述べた。この見解は、「核兵器の…使用は、武力紛争に適用される国際法の規則、特に人道法の原則および規則に一般的には違反するであろう」とする前段に対する例外と解釈することもできる。

この解釈に立てば、*jus ad bellum* 上の評価が *jus in bello* の適用に影響を与えるかのように読めることから、第一に、*jus ad bellum* と *jus in bello* がどのような関係にあるかという問題が生じることになった。また、後段の見解に示された「国家の生存そのものにかかった自衛の極限状況」について ICJ は、「それぞれの国家の生存という基本的な権利を度外視することはできない」と述べている³⁴¹。そのため第二に、主文 2(E)後段で ICJ が提示した「自衛の極限状況」という概念が、自衛権の範疇に属するのか、それとも自衛権とは別の範疇に属する「国家の生存」という基本的な権利に属するのかという論点が生じることになっ

of International Studies, Vol. 9, No. 4 (Cambridge University Press, 1983), p. 231 を参照。

³³⁹ ただし、そのような核兵器の限定的な使用が可能かとの問いには、核兵器の保有国からは答えが示されていない。

I.C.J. Reports 1996, supra note 7, p. 262, para. 94.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 262, para. 94.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 263, para. 96.

た。

以下では、まず第二の論点である「自衛の極限状態」の概念について検討を行い、続いて第一の論点である *jus ad bellum* と *jus in bello* の関係について検討を行う。

(5) 自衛の極限状況の概念

「自衛の極限状況」をどのように解するかについては、三つの考え方がある。第一に、自衛権とは別の「国家の基本的な権利」とする考え方である。トマス・ホブズ (Thomas Hobbes) に由来し、19 世紀末から 20 世紀初頭にかけて定式化され、国家の存在という事実により備わる固有の権利として、いかなる条件や承認にかかわらず存在し、修正や譲渡のできないものであるとされる³⁴²。第二に、国際人道法からの逸脱を許す原理との考え方がある³⁴³。「戦数論」(Kriegsräson) がそれで、主として第 1 次世界大戦前にドイツの学者によって唱えられた³⁴⁴。第三に、自衛権の問題として扱う考え方である³⁴⁵。

主文(2)E 後段は、自衛権で法的評価ができない場合が存在する可能性を排除していないようにも見える。その場合、第一の立場に立つか、第二の立場に立つことになる。第一の立場は、実定法というよりは自然法に近い概念であり、いかなる種類の法的規則や規制にも従わない絶対的権利としての含意が汲み取れると批判されている。第一の立場について国際法委員会 (ILC) の特別報告者ロベルト・アゴは、「国家の『基本権』の理論は国際法の現実に基礎をもたない純粋に抽象的な憶測で、それゆえに時代遅れのものになった」と述べ、「とりわけ『自己保存の権利』という観念は完全に放棄されている」と指摘している³⁴⁶。第二の立場の戦数論については、「軍事的必要性の無制限の適用」(unlimited application of military necessity) であるとされ、必要性が戦争法を否定することはできないと批判されている³⁴⁷。第二次世界大戦後に行われた戦争犯罪裁判は、この議論に決定的な終止符を打った³⁴⁸。ドイツ軍の将兵が、占領下での文民に対する復讐による殺戮などの行為は軍事的必要性から正当化されると主張したが、アメリカ軍事裁判はこの主張を退けた³⁴⁹。国際法学では、こうした考え方は受け入れられていない。

³⁴² Marcelo G. Kohen, “The notion of ‘state survival’ in international law,” in Laurence Boisson de Chazournes and Philippe Sands (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons* (Cambridge University Press, 1999), p. 299-300.

³⁴³ Guillaume, *supra* note 309, p. 291, para. 9.

³⁴⁴ Solis, *supra* note 78, pp. 222-225, para. 7.2.1. 藤田『前掲書』(注 184) 64-66 頁。

³⁴⁵ Kohen, *supra* note 342, p. 299.

³⁴⁶ UN Doc, State Responsibility for internationally wrongful acts (part 1), Roberto Ago, “Addendum to Eighth Report on State Responsibility,” A/CN.4/318/ADD.5-7, International Law Commission 1980, Vol. II, part 1 (United Nations, 1982), p. 16, para. 7.

³⁴⁷ Solis, *supra* note 78, p. 223, para. 7.2.1.

³⁴⁸ Michael N. Schmitt, “Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance,” *Virginia Journal of International Law*, Vol. 50, No. 4, p. 795, (2010), p. 797.

³⁴⁹ *United States Military Tribunal (Nuremberg), Case No. 47: The Hostage Trial; Trial of Wilhelm List and Others; 8th Jul., 1947-19th Feb., 1948; The Judgement of the Tribunal; No (ix) The Plea of Military Necessity*, in The United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. 8 (1949), p. 66. At https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-8.pdf, accessed March 17, 2023.

先に見たように、相手国から武力攻撃を受けた場合に、被攻撃国の武力の行使が適法であるためには、*jus ad bellum* における自衛権で適法化されなければならない。そして敵対行為においては、*jus in bello* の規則に従う必要がある。さらに *jus in bello* における規則は、*jus ad bellum* 上の評価にかかわらず、紛争当事者に等しく適用される。以上は、核兵器の使用の法的評価を考えるにあたっての国際法の基本的な構造である。

主文(2)E 後段が、当該武力の行使を自衛権による法的評価ができない状況について述べているとするならば、ICJ の見解は、国際法の基本的な構造からの逸脱を容認していることを意味する。そのような逸脱を回避し、全員一致で示された主文(2)C³⁵⁰および主文(2)D³⁵¹の見解を保つためには、ICJ 所長のモハメド・ベジャウイ³⁵²や同判事のゲザ・ヘルツェグ³⁵³が述べたように、主文(2)E 後段に示された「自衛の極限状況」は、自衛権の範疇に属する概念と解する必要がある³⁵⁴。

(6) *jus ad bellum* と *jus in bello* の関係

次に、*jus ad bellum* と *jus in bello* はどのような関係にあるのかという問題である。ICJ 判事のロザリン・ヒギンズは、ICJ による「判断を下さないという定式」は人道法に違反する核兵器の使用さえも「合法となり得る可能性を未解決のまま残す」とし、それは「核兵器国によりなされたいかなる主張をも越える」として、主文(2)E を批判した³⁵⁵。また ICJ 副所長シュテファン・シュウェーベルも、主文(2)E の定式化を「武力の行使という我々の時代でも重要な問題に関して、(裁判所は) 何の意見も持たない」という「驚くべき結論」であると述べた³⁵⁶。

ICJ が見解を示さなかったことは、「禁止されないことはすべて許される」との主張に根拠を与えることになった。核兵器を用いた武力の行使は、当然に適法化されるというという

³⁵⁰ 裁判所は全員一致で、国連憲章第 2 条 4 項に違反し、第 51 条のすべての要件を満たさない核兵器を用いた武力の行使を違法とした。I.C.J. Reports 1996, *supra* note 7, p. 266, para. 105.

³⁵¹ 裁判所は全員一致で、核兵器の使用に対する *jus in bello* の規則の適用を肯定した。Ibid.

³⁵² Declaration of President Bedjaoui, I.C.J. Reports 1996, p. 273, para. 22.

³⁵³ Declaration of Judge Herczegh, I.C.J. Reports 1996, p. 276.

³⁵⁴ 真山全は、ICJ は「自衛の極限状態という事情が国際人道法の適用を左右しうることを積極的に否定はしなかった」と述べているが、「自衛の極限状態というのであるから、*jus ad bellum* 上の要素及び切迫性の要素が別段の効果を持つ可能性を示唆する」と指摘している。真山「前掲論文」(注 70) 12 頁。則武輝幸は、極端な自衛状況という裁判所の定式化は、「裏を返せば、国家の生存がかかっていないような場合には、一般論に戻って違法ということになる」とし、「国家の生存そのもののかかった自衛の極限状況」とそうでない通常の自衛権という二つの場合を想定するのであるならば、「自衛の極限状況」における自衛権は、そうでない通常の自衛権との対比で、異なる要件があるのかを検討する必要があると指摘している。則武輝幸「核兵器による威嚇または核兵器の使用の合法性に関する国際司法裁判所の勧告的意見」『外交時報』1336 号(外交時報社、1997 年) 52-53 頁。しかし管見の限り、国際法学においても実務においてもそのような検討は行われていないようである。

³⁵⁵ Higgins, *supra* note 71, p. 590, para. 29. なおヒギンズは、裁判所が主文(2)E 後段で、「合法であるか違法であるかについて確定的に結論することはできない」と述べたことを「裁判不能」とであると批判する。

³⁵⁶ Schwebel, *supra* note 20, p. 322.

主張である。それでは、「禁止されないことはすべて許される」との主張は、何を意味しているのだろうか。

第一に、国家主権を根拠に、「法的に禁止されないことは法的に許容される」と主張する考え方がある³⁵⁷。ICJ 判事のジルベール・ギョームは、「裁判所は、自衛の極限状況においては、国際法は国家に指針を示していない」とし、「もし法がこうした場合に沈黙しているのであれば、国家は自らの意図するところに従い自由に行動できるままである」と主張する³⁵⁸。第二に、「残余原理」(residual principle)による説明である。これは、「法的に禁止されないことは法的に許容される」の論理構造を解析し、法は許容か禁止かであり、積極的許容と積極的禁止が同時に存在しない場合には、消極的許容が存在すると考えるものである³⁵⁹。この立場に立てば、必ずしも国家主権を持ち出さなくても、法的に禁止されないことは法的に許容されるとの論理を導くことができる。第三に、「自由の推定」による説明である³⁶⁰。これは、国家の行動を制限する証拠がなければ、国際法により国家は行動を制約されないばかりか、行動の自由の存在が推定され、行動の自由を否定する举证責任は、否定する側にあるとする³⁶¹。

しかし、「禁止されないことはすべて許される」という理解に立つこれらの三つの立場とは異なる説明も可能である。主文(2)E 後段を見ると、ICJ は、「国際法の現状および利用しうる事実の要素に鑑みるとき、国家の生存そのもののかかった自衛の極限状況において、核兵器の…使用が合法であるか違法であるかについて確定的に結論することはできない」と述べている。主文(2)E 後段には、「国際法の現状および利用しうる事実の要素に鑑みるとき」という一文と「国家の生存そのもののかかった自衛の極限状況」という一文が併存している。そのため、核兵器の使用の法的評価について「確定的に結論することはできない」理由が、前者にいう「事実の要素」によるのか、それとも後者にいう「自衛の極限状況」によるのか、またはそれら二つの事項によるものなのか、判然としにくい。これが、主文(2)E の解釈に複雑性をもたらした要因である。

ベジャウイは勧告的意見に付した宣言で、ローチュス号事件判決において常設仲裁裁判所は、禁止する規則が国際法上発見できないことから国家の行為を認める判断をしたが、「本件ではどちらの意図も示すことはできない」と述べている。ベジャウイは、ICJ は「法と事実を取り巻く不確定性から…立場をとるためのいかなる自由も推論していない」とし、「いかなるものであれ、そこからそのような許容が演繹されることを示唆するようなこと

³⁵⁷ 江藤淳一『国際法における欠缺補充の法理』(有斐閣、2012年)158頁。

³⁵⁸ Guillaume, *supra* note 309, p. 291, para. 9.

³⁵⁹ 消極的残余原理とも呼ばれる。Ole Spiermann, “Lotus and the double structure of international legal argument,” in Laurence Boisson de Chazournes and Philippe Sands (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons* (Cambridge University Press, 1999), pp. 132-134. 朴培根「国際法規則の不存在と国際法上の合法性の判断」『法政研究』第63巻2号(九州大学法政学会、1996年)359頁。

³⁶⁰ Spiermann, *Ibid.*, p. 133.

³⁶¹ 江藤『前掲書』(注357)167頁。

もしていない」と述べている³⁶²。その理由としてベジャウイは、勧告的意見の主題の問題の特定の文脈において、ローチュス号事件判決は「極めて限定的な適用があるものとして理解されるべき」とし、「判決が下された司法的、時代的な特定の文脈から切り離されれば、常設国際司法裁判所の決定の重要性を誇張し、その射程を歪める」からだとする³⁶³。さらにベジャウイは、「不確定性」とは「法と事実を取り巻く不確定性」のことだと述べている³⁶⁴。

ベジャウイは後に、「裁判所は法を完璧に分析した」が、「実際は、理由付けにおける『事実の諸要素』（つまり、『クリーン』な爆弾の製造を可能とするかもしれない技術的進歩）の悪影響こそが、ある人々の頭を不当に悩ませ、核兵器の禁止の宣言のちょうど入口で裁判所を立ち止まらせた」と述懐している³⁶⁵。イエルク・カマーホファーは、主文(2)Eの後段について「認識論上の不確定性 (epistemological uncertainty) は、許可を与えることやそのような含意を与えることと同じではない」と指摘している³⁶⁶。ICJは法の欠缺を認めているのではなく、「有効な法を完全に認識することの認識論的な問題を認めているに過ぎない」との指摘である³⁶⁷。ベジャウイの述懐とカマーホファーの指摘をあわせ読むと、主文(2)E後段の解釈について、先に見た三つの立場とは異なる方向性が見えてくる。

ベジャウイの述懐は、核兵器を用いた武力の行使の合法性につき「確定的に結論することはできない」理由は、「事実の諸要素」であったとする。「事実の諸要素」とは、『クリーン』な爆弾の製造を可能とするかもしれない技術的進歩であった。核兵器の技術的進歩という「事実の諸要素」は本来、*jus in bello*の規則による評価にかかわるものである。技術的進歩の可能性が「核兵器の禁止の宣言のちょうど入口で裁判所を立ち止まらせた」のであるならば、*jus ad bellum*の評価にかかわる「自衛の極限状況」の議論とは区別すべきであったろう。つまり主文(2)E後段は本来、国際法の現状および利用しうる事実の要素に鑑み、核兵器の使用が*jus in bello*における規則に必然的に反すると「確定的に結論することはできない」とすべきであった。その上で、*jus ad bellum*上の「自衛の極限状況」について議論したのであれば、このような混乱は生じなかったはずである。

(7) おわりに

しかしながら主文(2)E後段は、こうした *jus in bello* における議論と *jus ad bellum* におけ

³⁶² Declaration of President Bedjaoui, *supra* note 352, p. 271, para. 14.

³⁶³ *Ibid.*, p. 270, para. 12.

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 271, para. 14.

³⁶⁵ モハメド・ベジャウイ「国際法、信義誠実、そして核兵器の廃絶」浦田賢治編著『核不拡散から核廃絶へ』（日本評論社、2010年）170頁。H. E. Judge Mohammed Bedjaoui, Good Faith, International Law and Elimination of Nuclear Weapons, in Rebecca Johnson and Angie Zelter (eds.) *Trident and International Law: Scotland's Obligations* (Luath Press, 2011), p. 58.

³⁶⁶ Jörg Kammerhofer, "Gaps, the *Nuclear Weapons* Advisory Opinion and the Structure of International Legal Argument between Theory and Practice," *The British Yearbook of International Law*, Vol. 1, Issue 1 (2009), p. 349.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 349.

る議論の区別を行うことなく、核兵器の使用が「合法であるか違法であるかについて確定的に結論することはできない」と述べた。つまり主文(2)E 後段では、*jus in bello*に関する議論と *jus ad bellum*に関する議論が混在している。この混在が、自衛の極限状況において、国際人道法に違反する核兵器の使用でさえも合法となり得るとの主張を許す余地を残すことにつながった。この混在は、主文(2)E が ICJ の高度な政治的判断に基づいて生み出されたことを物語るものであろう。同時にその政治性は、「核兵器国によりなされたいかなる主張をも越える」³⁶⁸とも解される法の見解を生み出すことになったのである。

³⁶⁸ Higgins, *supra* note 71, p. 590, para. 29.

17. 核兵器禁止条約の評価—使用禁止規則の慣習法性

真山全

(1) 核兵器禁止条約の武力紛争法関連規定

2017年に採択され2021年に発効した「核兵器の禁止に関する条約(Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons)」(TPNW)は、核兵器の開発、実験、生産、取得、占有、貯蔵、委譲、条約の禁止する活動への援助、条約が禁止する活動について援助を求めることや、核兵器の自国管轄内配備といった広範な行為を禁止する(第1条1)。このうち武力紛争法、特にその害敵手段使用の規制規則に係わるのは、核兵器の使用とその威嚇を禁止した第1条1(d)である。それは、「締約国は、いかなる場合にも、次のことを行わないことを約束する。……(d)核兵器その他の核爆発装置を使用すること、又は使用すると威嚇すること。……」と定める³⁶⁹。

本項ではTPNWの武力紛争法からの評価を試みるが、その際、論点ごとに肯定的と否定的の評価を併記するという様式を取ってとってみた。

(2) 使用禁止規定の評価

① 肯定的評価説

TPNWは普遍的に開かれた条約で且つ禁止規定に地理的適用制限のない条約として初めて核兵器使用を禁止した史上初の条約である。条約がその非締約国の義務を創出できないとしても、こうした条約が成立したことは一つの前進として評価されるべきであろう。締約国間には条約規則として拘束的な禁止規則が妥当するのであって、これは法的禁止の範囲の拡大であることに間違いない。

核兵器使用禁止が慣習法化しているというなら特に条約は要らないともいえる。しかし、慣習法の法典化として宣言効果を持つ条約もありうる。従って、条約作成が慣習法規則不在の間接的な証明になるということは論理的にはいえない。

核兵器使用が常に禁止されるとの慣習法があるか否かで長らく見解が対立しているとされるが、1945年以降の核兵器不使用実行は使用禁止の普遍的な法意識を伴っているとの評価はありうる。また、ICJ勧告的意見主文E前段は、核兵器使用が一般的に違法であると承認した。これは使用禁止慣習法規則の確認ともいえよう。慣習法の存在の証明が積極的にできなければ、かかる慣習法はないというべきであるが、以上のように慣習法の存在がいえる

³⁶⁹ 同条英語正文では、「Each State Party undertakes never under any circumstances to: … (d) Use or threaten to use nuclear weapons or other nuclear explosive devices; …」とある。邦語訳は、植木俊哉他編、『国際条約集』(有斐閣、2023年)によった。

かもしれない。

条約起草開始時点でそのような慣習法が仮になかったとしても、大陸棚条約の一部の規定がそうであったとされるように、生成途上の慣習法が起草過程を通じて結晶化することがある。また、条約の全部又は一部が後に新たに慣習法となる可能性もある。

また、核兵器保有国という利害関係国が一つも TPNW 締約国にはなっていないにもかかわらず慣習法化がありうるかについては、圧倒的多数の諸国が禁止規範を認めている状況にならそれを肯定しているとの見解もありうる。

条約締約国数が増えれば増えるほど諸国の実行は条約義務に基づくものとされるものが増え、条約を離れた法的信念を見いだせなくなるという Baxter's paradox は、締約国と非締約国の関係又は非締約国間での遵守状況の確認によって克服できる。締約国間の適用に関しても、締約国が条約義務の実施に際し、当該義務は慣習法上の義務でもあるといった認識を別途に示すとその累積で慣習法化する。実際、ニカラグア事件 ICJ 判決では、ほとんどの国が入っている国連憲章の第 2 条 4 項を慣習法と認めた。

慣習法との関係では一貫した反対国の理論にも触れなければならない。一貫した反対国の理論には問題が多く、そもそも慣習法には合意の要素はないというべきである。合意の要素があるなら、新国家がその誕生時から既存慣習法に拘束されることの説明がつかなくなる。また、慣習法規則が強行規範に昇格したとしても、その慣習法化に当初から反対であった国を拘束できないという不都合も生じる。

一貫した反対国の理論は、以前からあった訳ではなく、国際社会の構造変化に伴う法意識の変化に追従できない少数派諸国の身の置き所として構想されたと評せる。この理論には問題も多く、また、仮にそうした理論が成立するとしても慣習武力紛争法についてもいいうるとは直ちにはいえない。

慣習法規則では、そもそも適用の普遍性に疑問はなく、全ての国の間でいわば凸凹のない適用が確保された。武力紛争法では、条約規定よりも低い水準の保護でもよいから全国家が「打ち揃うこと」が慣習法によって確保されていた。しかし、一貫した反対国の理論を慣習武力紛争法で認めるとそうした普遍的な適用が失われる。

② 否定的評価説

TPNW は、一般的なかたちで核兵器使用を禁止した史上初の条約である。しかし、「契約は第三者を益しも害しもせず」の法格言を持ち出すまでもなく、条約はその非締約国の義務を創出しない。TPNW があってもなくてもその非締約国には同じことである。

慣習法化しているなら特に条約は要らないはずで、条約化はかえって慣習法規則不存在を示唆するともいえる。実際、核兵器使用が常に禁止されるとの慣習法があるか否かで長らく対立しており、ICJ 勧告的意見も明言を避けた。このような対立は、1945 年以降の核兵器不使用実行も使用禁止の普遍的な法意識を伴ったものではなかったことを示すといえ

よう。

この状況でこれ以上慣習法化の有無について議論することは意味がない。そもそも、国家の行動を制約する慣習法の規則の有無を問題にしているのだから、その存在の証明が積極的にできなければ、かかる慣習法はないというべきではなかろうか。

但し、条約の全部又は一部が後に新たに慣習法となる可能性はどの条約にもある。条約の慣習法創出効果とでもいうべきものである。締約国数が増加し、核兵器保有国以外の全ての国が締約国となったら TPNW は慣習法化したといえるかは確かに問うてみるべきである。しかし、核兵器保有国のような利害関係国が入っていないにもかかわらず慣習法化がありうるとはいえない。

また、大多数の国が締約国になると、国家実行はほとんどが条約上の実行となる。条約義務に従っているという実行であるので、慣習法が成立するために必要な国家慣行や法的信念が見いだしにくくなるという Baxter's paradox として知られる状況になる。全ての諸国が締約国になれば何も慣習法化を追求する実質的な意味はなくなるが、いくらかの国が非締約国として残っている場合に、締約国から非締約国に対し、条約上の義務が慣習法化しているとしてその実施を求めにくくなる。

また、慣習法に合意の要素を見出す一貫した反対国の理論からすれば、慣習法生成の当初から変わらずその成立に反対の国は、慣習法が成立したとされてもそれに拘束されない。核兵器国は核兵器使用を違法とする慣習法規則生成に当初から反対であったから、それが慣習法化したとしても拘束されないことになる。

(3) 戦時復仇禁止の明文規定不存在の評価

① 戦時復仇の禁止達成説

TPNW 第 1 条 1 項柱書は、「締約国は、いかなる場合にも (under any circumstances)、次のことを行わないことを約束する。(a)~(g).」と定めており、「いかなる場合」という文言から戦時復仇禁止も導かれると考えられる。このことは、化学兵器禁止条約、対人地雷禁止条約やクラスター弾条約といった軍縮法と武力紛争法に跨がる諸条約の場合と同じである。

1977 年に採択された専ら武力紛争法に関連する第 1 追加議定書第 1 条も同様に「締約国は、すべての場合において (in all circumstances)、この議定書を尊重し・・・」と定めるが、同議定書は別個にそれが保護する人やものに対する戦時復仇を禁止する規定を設けている。このため第 1 条の「すべての場合」には戦時復仇の場合が含まれず、核兵器禁止条約の場合も同様ではないかと考えられるかもしれない。しかし、同議定書が戦時復仇を具体的に禁止しているのは同議定書第 1 条の包括的な禁止の確認のためであると解せるのかもしれない。また、第 1 追加議定書第 1 条だけでは戦時復仇が禁止されないとしても、同議定書は武力紛争法のみに係わる条約であるから、そこでの解釈を軍縮条約でもある核兵器禁止条約に持ち込むことは不適當であるともいえる。

一層重要なことは、第 1 追加議定書採択以降の法意識の変化である。諸国の軍事教範は文民や民用物に対する戦時復仇を禁止するようになった。TPNW はそのような文脈から解されなければならない。

② 戦時復仇の禁止未達成説

第 1 条 1 項柱書の「いかなる場合にも」から戦時復仇禁止を導けるかは疑問である。これは、化学兵器禁止条約、対人地雷禁止条約、クラスター弾条約に類似の規定ながら、TPNW には締結時や後にそのような戦時復仇禁止の合意があったのかには疑問もある。

戦時復仇は大量破壊兵器使用との関係で常に最重要の問題であった。そのような重要な問題について起草時に諸国の間に一致がなかったからこそ大量破壊兵器に係わる条約では明示の戦時復仇禁止規定が挿入されずに「いかなる場合にも」なる文言でいわば「お茶を濁した」にすぎないとも考えられる。いわゆる like-minded 諸国を中心に作成された条約でありながら戦時復仇禁止明文規定を挿入できなかったことの意味は小さくない。

TPNW 第 1 条 1 項柱書から戦時復仇禁止を読み取るのはいささか無理であろう。第 1 追加議定書は戦時復仇禁止規定を別に設けているから、議定書は第 1 条の表現のみから戦時復仇が禁止できるとは考えていなかったはずである。TPNW の文言もこれと同様であることからして、TPNW 締結に関連した文脈の要素から別段の結論の導けない限り、文言だけから戦時復仇禁止という非常に重要な帰結を導くことは難しいのではなかろうか。

TPNW 第 1 条 1 項柱書から戦時復仇禁止が読み取れるとしても、その慣習法性の承認はもちろん別問題である。また、TPNW の核兵器使用禁止規定の慣習法性が証明されたとしても、そこから直ちに核兵器による戦時復仇禁止を導けないのはいうまでもない。戦時復仇は禁止された行為に訴えることの違法性阻却事由だからで、核兵器使用禁止が慣習法であることが証明されても、核兵器による戦時復仇の禁止もそこに含まれるとは直ちにはいえないからである。

18. 核兵器使用への人権及び環境の保護に関する条約の適用可能性

真山全

(1) 平時戦時の二元的構成における適用関係問題の処理

武力紛争における核兵器使用の適法性は、国連憲章第2条4項のような *jus ad bellum* の他には専ら *jus in bello*、即ち武力紛争法のみから判断されるのであろうか。この問題は、武力紛争の生じていないいわゆる平時に適用される国際法の規則は、武力紛争中には適用が排除されてしまうのかという問題である。適用されないのであれば武力紛争法のみで判断されるが、適用されるのであれば、そして当該の平時の規則と武力紛争法が衝突ないし抵触するのであれば、いずれの規則を選択して適用するのかの問題が現れる。

国際法は、近世以来の正戦論の時代を経た後、18世紀頃から20世紀前半まで主権国家が戦争に訴える自由を認めてきた。戦争開始には正当原因が必要という正戦論の主張は、誰がその正当原因の有無を判断できるかという実際上の困難もあって後方に退き、国家は自ら正当と思えば戦争に訴ええた。ここでいう戦争とは、*jus in bello* と中立法が禁止しない限りであらゆる暴力を許容とするような闘争であって、相手方当事国の征服までも許容された。

このような闘争は、国家による戦争意思、即ち上述のような暴力行使を行うという意思を相手方当事国に対し明示又は黙示に一方的に表明することで開始され、その終結は双方の当事国の合意である講和(平和)条約によるとされた。この戦争意思の表明と講和条約で区切られる期間が戦時と平時と対置的に観念され、その期間において法上の戦争(*de jure war*)の状態があるといわれた。

自衛権行使や平時復讐のように戦争意思の表明を欠く武力行使もあり、それを事実上の戦争(*de facto war*)といい、そこでも *jus in bello* の適用は排除されなかったが、*jus in bello* は主に戦時における戦争の当事国の行為を規律するものとして戦時国際法と呼ばれた。こうした戦時という法的な状態ないし期間が生じると、そこを戦時国際法が支配し、平時国際法の規則で戦時国際法と衝突するものはその適用を停止すると考えられた。

(2) 平時一元化とその意義

平時戦時の二元的構成は、最終的には国連憲章によって変更を受けることになる。国際連盟規約や不戦条約を経て、国連憲章は武力による威嚇及び武力の行使を禁止するに至った。これによって法上の戦争は存在しえなくなる。武力行使が発生することがあってもそれは事実上の戦争とされて戦時状態を生じない。戦時が観念できなくなったことを平時一元化という。

この状況では、武力紛争が生じたということのみで平時の適用を想定する条約や慣習法の適用が停止することはなくなる。つまり、そのような国際法規則と武力紛争法が同時に適

用可能な状態が生じる。この両者の内容に衝突がないか、又はそれを回避するようにも解釈できるのであれば特に問題はない。しかし、衝突があるのであれば同時適用可能な規則のどれを適用するかを決めなければならなくなる。国際法規則には強行法規を除けば効力順位といった序列はないので、「特別法は一般法に優位する」や「後法は前法に優位する」との原理で適用規則を特定しなければならなくなる。

具体的には、武力紛争の相手方当事国の軍艦を公海上で撃沈するのは公海の自由という平時の海洋法上の原則に反するが、武力紛争法中の海戦法規からすればそれは合法的な目標であってその撃沈が許される。この場合には、双方の法のいずれにも反さないといった解釈は難しいので、どちらかを選んで適用しなければならなくなる。平時戦時の二元的構成では、戦時国際法と両立しない平時国際法は戦時状態ではその適用を停止することになるから、法規則間の選択という問題にまで入り込むことはないといえようが、平時一元化ではそのような選択が必要になる。なお、いうまでもなく、条約の規定中に武力紛争時の適用に関する特別の規定があればそれによればよい。

(3) 特別法優位の原則

この種の平時の規則と武力紛争時の規則の適用関係ないし効力関係の問題は、海洋法、航空法や宇宙法といった一定の空間の秩序を定める国際法規則群との関係で議論されてきた。最近では人権法や環境法のような一定の人やものを保護する規則群と武力紛争法との関係の議論が多くなされる。

この議論があらためて活発になされるようになったのは、ICJ が核兵器の合法性に関する1996年の勧告的意見で、市民的及び政治的権利に関する人権規約の第6条1項のいう「何人も、恣意的にその生命を奪われぬ」という生命権が核兵器使用によって侵害されるかについて以下のように述べたからである。ICJ は、この人権規約が「戦争中(in times of war)」も適用を停止しないとしたが、第6条のいう恣意的な生命剥奪か否かは、武力紛争法という特別法(*lex specialis*)により判断されるとした³⁷⁰。

ここでは人権規約第6条の「恣意」性判断は武力紛争法によるとあっており、武力紛争法が特別法であるから一般法である人権規約にかわってそれが適用されるという直截な特別法優先原則をとったとあってよいかやや躊躇される。しかし、この勧告的意見は、武力紛争時の適用規則選択問題は一般法と特別法の問題として処理されるという見解を支持したものとされた。確かに、海洋法と海戦法規の実際の適用状況を考えると、武力紛争法が特別法として優位するという立場は説得的といえた。

(4) 調和的適用の理論

³⁷⁰ ICJ Reports 1996, *supra* note 7, para.25.

特別法優位の原則は、複数の規則群のいずれが特別法であるかがはっきりしている場合には有効に機能する。しかし、どちらが特別法であるかの判断は簡単ではない場合もある。また、特別法の後で一般法が成立した場合、前法と後法の適用関係の問題も絡んで一層複雑な問題となってくる。

人権法と武力紛争法の関係については、学説も ICJ の判断も次第に特別法優先原則への言及を抑えていく傾向を見せる。2004 年の「パレスチナの壁」に関する勧告的意見では、武力紛争法を人権法との関係で特別法とはいいますが、規則ごとに判断すべきともいい、武力紛争法が常に特別法となるとは考えていないようである。2005 年の ICJ 「コンゴ領域における武力行動事件」判決では特別法という語を使用せず、人権法や武力紛争法の適用関係にも踏み込まず、適用可能規則を列挙するだけとなった。

環境法でも同様で、例えば、核兵器の合法性に関する勧告的意見で ICJ は、環境保護については、環境保護条約や文書は武力紛争法の適用において考慮されるべき環境要素を提示するという程度である。環境保護条約の方が武力紛争法関係条約より多く、そして環境保護を当然ながらはるかに詳細に定めており、前者がむしろ武力紛争法に対し特別法的優位性を持つとすらいえそうであるが、判例学説における傾向は、武力紛争法の枠組みのなかで環境法を反映させるというものである。この故にこれを調和的適用の方式ともいっていいであろう。

なお、最近、国連国際法委員会(ILC)が「武力紛争に関連する環境の保護の諸原則」案を作成している³⁷¹。その第3部「武力紛争において適用される諸原則」には第1追加議定書等の関連規定の中核部分をだいたいそのまま用いている。同時に、環境法の適用も排除しておらず、両者の重畳的適用を認めているのであるが、その両者の適用関係を明らかにしていない。

調和的適用というのは規則の特定の原理を示していないので、実際の適用上の問題が残る。適用規則を特定できないのであれば、適用法選択機能を持つというべきかがそもそも問われるであろう³⁷²。但し、調和理論について少なくともいえることは、武力紛争法の適用を排除して人権や環境に関する条約のみで処理するという判例や学説は見当たらないということである。このことは核兵器使用の場合についてもいえる。

³⁷¹ ILC, Draft Principles on Protection of the Environment in Relation to Armed Conflict, A/CN.4/L.968, 20 May 2022.

³⁷² 人権や環境の保護条約は保護の増進という方向性で一致しているが、武力紛争法のいう保護は常に武力紛争遂行上の必要との関連で考えられているのであるから、保護の手厚い方を選択するのは、武力紛争法を劣位に置くことを意味する。なお、武力紛争法の方が詳細な規定を持ち保護も厚い場合はあるがそれは例外的である。

19. 核兵器使用と戦争犯罪－国際刑事裁判所における処罰可能性

真山全

(1) 国際刑事裁判所の管轄権と処罰対象犯罪

1998年に採択され2002年に発効した国際刑事裁判所(International Criminal Court(ICC))規程は、補完性の原則(第17条等)と関係国同意の原則(第12条)に基づいて、四対象犯罪(第5条1項)、即ち、集団殺害(ジェノサイド)犯罪(第6条)、人道に対する犯罪(第7条)、戦争犯罪(第8条)、及び侵略犯罪(第8条の2(2010年改正))を行った個人を処罰すると定める。

集団殺害犯罪、人道に対する犯罪、及び侵略犯罪は、その構成要件さえ満たされれば、いかなる手段でなされようとも処罰対象になりうる。戦争犯罪についても原則的に同様であって、文民や民用物を攻撃することといった害敵の方法に係わる戦争犯罪は、そこで使用される害敵手段、即ち兵器の如何を問わずに成立する。但し、それが向けられる対象とは無関係に、特定の害敵手段の使用それ自体が戦争犯罪を構成するものがある。こうした害敵手段使用による戦争犯罪は、従来、国際的武力紛争の場合についてのみ成立するとされ、ICC規程も僅かの例外はあるがその立場を維持している。

核兵器が目標の如何に係わらずその使用が常に違法とされる害敵手段とみなされるかに関しては、武力紛争法上、見解が大きく割れる。このため、武力紛争法の違反であって且つ個人の刑事責任を追及しようと諸国が認識する行為である戦争犯罪に核兵器使用自体が該当するかについても見解は割れている。

(2) 核兵器使用自体を対象犯罪化するかを巡る規程起草過程における対立

① 対象犯罪化を支持する立場

核兵器使用が常に武力紛争法違反となると考える諸国は、ICC規程の起草過程において、核兵器使用が国家責任だけを生じる単なる武力紛争法違反のみならず、個人の刑事責任を追及できる戦争犯罪をも構成すると主張した。これは、その使用が常に無差別的効果又は戦闘員に無用の傷害若しくは不必要の苦痛を生じ、国家責任に加えて使用者個人に刑事制裁を加えるのが妥当なほど非難の程度が高いと考えたからである。

また、いわば「貧者の核兵器」たる化学兵器と生物兵器という害敵手段の使用それ自体がICC規程対象犯罪とされる一方、五大国その他の若干の国のみが持ち、化学兵器や生物兵器よりも広範な破壊をもたらしうる核兵器使用が処罰から外されることの不均衡からしても核兵器使用は戦争犯罪化されるべきとされた。

② 対象犯罪化に反対する立場

核兵器使用が常に武力紛争法違反とはならず、合法的な使用がありうると考える諸国は、

核兵器使用それ自体がいつでも戦争犯罪を構成するとの見解を受け容れられないのは当然である。もちろん、核兵器が無差別的に文民や民用物に対し使用されるなどした場合には、戦争犯罪になることに間違いない。しかし、それは使用される害敵手段が核兵器でも小銃でも同じであるから、特に核兵器を名指ししてその使用が全部違法で戦争犯罪にもなるという主張をする必要はないとした。

(3) 核兵器使用自体の戦争犯罪化否定と代替規定に関する解釈の対立

① 代替規定挿入とその発効根拠規定を巡る解釈の対立

ICC 規程は、結局のところ、核兵器使用それ自体で戦争犯罪を構成するという立場をとらなかつた。規程第 8 条「戦争犯罪」2 項で(a)と並んで国際的武力紛争における戦争犯罪を列挙する(b)では、害敵手段使用に関する戦争犯罪に関するその(xvii)から(xix)のサブパラグラフに核兵器使用は含まれない³⁷³。しかし、同項(b)(xx)に、無差別的効果又は無用の傷害若しくは不必要の苦痛を生じる兵器が「包括的な禁止の対象とされ」かつ規程「第 121 条及び第 123 条の関連する規定」に基づく改正で ICC 規程附属書に処罰対象犯罪として追加されうるとした。

これは、核兵器使用それ自体が規程対象戦争犯罪から除外されたことに対する諸国の不満を宥め、核兵器使用自体が規程対象犯罪として追加される道筋を明示し、将来に期待すべきを述べる代替規定といえる。しかし、この条項の解釈を巡っても見解が対立した。即ち、核兵器使用戦争犯罪化の改正をこの手順で行うとしても、その発効が第 121 条 4 項に従ってなされるか又は同条 5 項によるかで結果が大きく異なるのであって、第 8 条 2 項(b)(xx)はどちらによるかを明示していないため解釈上の対立となりうるのである。

② 第 121 条 4 項改正発効説－核兵器保有国を絡め取る方策

改正発効規定第 121 条 5 項は、「第 5 条から第 8 条までの規定」改正に適用されるから、第 8 条 2 項(b)(xx)を通じての核兵器使用戦争犯罪化も第 121 条 5 項によると読めそうである。しかし、核兵器使用戦争犯罪化を目指す立場は、「第 5 条から第 8 条までの規定」以外の改正のための第 121 条 4 項による改正と発効を指向する。それは、第 8 条 2 項(b)(xx)による追加は既に枠組みの存在している手順による附属書への追加であって第 8 条そのものの改正にはあたらず、従って、第 121 条 4 項に基づくべきだからである。

第 121 条 4 項に従い発効すると、改正の批准又は受諾が締約国の八分の七に達すると残り八分の一の締約国も改正規定に拘束されることになる。核兵器国である規程締約国(現時点では英仏のみ)が改正に反対でも、こうしてそれらの諸国をいわば絡め取ることができる。

³⁷³ 非国際的武力紛争での戦争犯罪を列挙する第 8 条 2 項(c)と(e)にある各サブパラグラフにももちろん核兵器使用は含まれない。

③ 第 121 条 5 項改正発効説－改正に同意しない核兵器国への拘束性の否定

これに対し第 8 条 2 項(b)(xx)による附属書への追加も第 8 条の改正であって、第 121 条 5 項に基づかねばならないとの見解もある。そのような改正ならば、第 121 条 5 項第 2 文からして、実質的には、改正受諾国の国民によるか又はその領域内での行為しか処罰対象にならなくなる。規程第 12 条 2 項は、犯罪行為地国か被疑者国籍国のいずれかの同意だけで ICC が管轄権を行使でき、従って、非締約国国民も処罰対象になりうるという革新的な規定であったが、第 121 条 5 項で改正され追加された部分については、それが及ばなくなるのである。核兵器国である規程締約国が第 121 条 5 項改正案を支持したのは当然であった。

④ 侵略犯罪関係規定が第 121 条 5 項改正発効となったことの影響

いずれの場合に第 121 条 4 項を用い、いずれの場合に同条 5 項に依拠するかは、2010 年の規程検討会議で侵略犯罪関連規定が審議された際に初めて大きな問題になった。侵略犯罪は、1998 年に採択された規程では第 5 条 1 項において既に対象犯罪の一として掲げられていたが、同時に同条 2 項でその定義と管轄権行使に関する規定が将来設けられるまでは ICC は管轄権を行使できないと定められていた。

この侵略犯罪の定義規定(第 8 条の 2)と管轄権行使規定(第 15 条の 2、第 15 条の 3)は、2010 年の規程検討会議で採択された。その際に、改正規定が第 121 条の 4 項か 5 項のいずれで発効するかが激しく争われたのである。侵略犯罪への言及は第 5 条でなされているので、やはり第 121 条 5 項で改正発効を見るというのが文理解釈上は自然であるという立場が示された。しかし、既に第 5 条 2 項で侵略犯罪関連規定の追加が予定されているのであるから、それは単に後からの追加ないし補充というべきであって、第 5 条から第 8 条までの改正ではなく、従って、第 121 条 4 項で改正発効さるべきとの見方もあった。しかし、この争いは 2017 年の規程締約国会合で第 121 条 5 項改正によるという解釈をとることで最終的な決着を見た。そうであれば、同様の構造を持つ第 8 条 2 項(b)(xx)による追加戦争犯罪も第 121 条 5 項により発効することになると想像される。そうなれば、核兵器という害敵手段の使用それ自体を戦争犯罪とする改正がなされても、第 121 条 5 項で発効するから、その使用国が改正を受諾しない限り、ICC は管轄権を行使できない³⁷⁴。

要するに ICC は、核兵器使用のみでは戦争犯罪としてこれを処罰することは現在ではできない。しかし、使用兵器にかかわらず処罰可能な害敵方法に関する戦争犯罪については、核兵器による場合も排除されず処罰できる。

³⁷⁴ 安保理事会が事態を ICC に付託する場合には、関係国の同意は不要であるから、核兵器使用国が締約国でなくとも ICC の管轄権行使は認められる。しかし、核兵器使用の事態を安保理事会が ICC に付託することはあまり考えられないであろう。

(4) 戦時復仇としての核兵器使用の処罰可能性を巡る対立

① 違法性阻却事由

核兵器の使用が武力紛争法上違法と評価される場合でも、相手方武力紛争当事国の違法行為に対する戦時復仇としての核兵器使用であればその使用の違法性は阻却される。しかし、ICC 規程は戦時復仇が違法性阻却事由たりうるかについて明文の定めをもたない。このため規程解釈上の問題が残る。

ICC 規程第 119 条 1 項は、「裁判所の司法上の任務に関する紛争については、裁判所の決定によって解決する」と規定する。従って、戦時復仇が問題となる事態が裁判所に付託されれば、その判断で戦時復仇が違法性阻却たりうるかが決まることはいうまでもない。有権的な解釈機関がない条約とは異なり、ICC 規程という条約は刑事裁判規範として ICC が司法上の任務に関する最終的な判断権を持つ。

しかし、ICC の判決は、国家や個人を拘束する現行武力紛争法に基づくものとはいえ、個人に向けられるものである。従って、戦時復仇が違法性阻却事由となるかどうかの ICC の判断も規程締約国を直ちに拘束するものではないことに留意を要する。ICC 判決が現行の武力紛争法規則の権威ある解釈として諸国に受け容れられたら、そのような条約や慣習法を通じて諸国はその判断に拘束されていくことになる。

このことを念頭に置きつつ、以下では核兵器禁止条約の項と同様に、肯定的と否定的の評価を併記するという様式をとってみたい。

② 処罰肯定説

戦時復仇は、先行する違法行為について責任のない文民等に向けられることが多く、武力紛争法の履行確保手段としては大きな難点を抱えていたといえる。このため旧ユーゴスラヴィア国際刑事裁判所の判決や諸国の最近の武力紛争法マニュアルが示すように、武力紛争法は戦時復仇を禁止する方向に向かっているのである。

ICC 規程上も戦時復仇は明示的には違法性阻却事由として認められていない。これは、ICC による戦争犯罪処罰によって武力紛争法の履行が確保されるなら、問題の多い戦時復仇に訴える必要はなくなるからでもある。

③ 処罰否定説

武力紛争法に關係する判例や各国軍事マニュアルで戦時復仇禁止の傾向が看取されることに間違いはない。しかし、これにかわる効果的な履行確保手段が用意されなければ戦時復仇の全面的禁止はありえない。

ICC による戦争犯罪処罰がそうした代替手段たりうるかといえば、到底そのようなことはいえない。ICC が裁く戦争犯罪は大規模性や組織性が求められ、従って、全ての戦争犯罪

にその管轄権は及ばない。管轄内に入るものとしてそれを全て実際には処罰できないことも明らかである。

この状況では ICC による処罰にそもそも全面的には期待できないのであり、又、処罰がありうるとしても、裁判を待つ余裕がなく緊急に相手方の違法行為を停止しなければならない状況もあるため、戦時復讐に及んだ者を処罰することは適当ではない。

ICC 規程本体では、第 8 条(戦争犯罪)2 項(b)柱書の「確立された国際法の枠組み」³⁷⁵、第 21 条(適用される法)1 項(b)の「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。）」、及び第 31 条(刑事責任の阻却事由)3 項の「1 に規定する刑事責任の阻却事由以外の刑事責任の阻却事由であって、第 21 条に定める適用される法から見いだされるものを考慮することができる」の箇所には戦時復讐の許容性を読み込むことが可能である。

(5) 規程処罰対象から核兵器使用が除外されるという仏英宣言の妥当性を巡る対立

① 核兵器使用処罰可能性の残存の確認

ICC 規程は、害敵手段としての核兵器使用を処罰対象とはしていない。しかし、害敵方法に関する戦争犯罪は使用兵器の如何を問わず成立するから、その意味で核兵器使用は戦争犯罪になりうる。また、戦時復讐としての核兵器使用の違法性が阻却されるかは、ICC 規程の文言からははっきりしない。

こうしたことから、仏は、2000 年に ICC 規程を批准する際に、核兵器使用が ICC 規程の適用を受けないと宣言した。英は、それが第 1 追加議定書締約国となった際に核兵器使用は同議定書で盛り込まれた新规定適用から外れるとの宣言を 2001 年に ICC 規程締約国となる際に再確認している。核兵器国でありながら仏英が ICC 規程に入ったことは高く評価されるが、その核戦略との両立性の確保からかかる宣言をしたと考えられる。この仏英宣言の有効性についてやはり肯定説否定説併記式に記す。

② 仏英宣言有効説

ICC 規程は、第 120 条で留保を禁止する。しかし、仏英は、自らの宣言を留保とはしておらず、解釈宣言であってこれを有効とする。また、特に英の宣言は、第一追加議定書締約国になる際の宣言への言及にすぎない。実際、留保として直接に仏英宣言を名指しして異議を唱える国はない。

③ 仏英宣言無効説

³⁷⁵ 非国際的武力紛争では戦時復讐は観念しにくいので、非国際的武力紛争における戦争犯罪を列挙する第 8 条 2 項(e) 柱書に同じ文言があってもそこには読み込みにくい。

ICC 規程の対象犯罪は、害敵手段に関する戦争犯罪のように特別の手段を用いることが犯罪構成要件とされていない限り、いずれの手段でもって成立しえる。核兵器使用故に規程対象犯罪とならないという見解は、戦争犯罪との関連でも全く許容されない解釈であって、規程起草過程を通じて支持されたことは一度もない。つまりは、仏宣言は解釈宣言ではなく留保を構成し、規程第 120 条からしてそれは無効である。英宣言も仏宣言と実質的に同じ内容であるから、規程への留保となって同様に無効とされなければならない。

確かに仏英の宣言に名指しで異議を唱えた国はなく、規程が通常兵器にしか適用されないという主張は認めがたいという一般的な宣言を締約国としてはニュージーランドとスウェーデンが発したにすぎない。被爆国日本は、2007 年の規程加入時にそうした一般的異議すらも提示していない。しかし、仏英宣言は、明らかに留保であって、しかも規程の趣旨目的と両立しない。当初から無効というべきであって、明示的に異議を提起する必要すらないともいえる。

著者紹介（執筆順）

河合 公明 (KAWAI, Kimiaki)

長崎大学核兵器廃絶研究センター (RECNA) 教授

専門は国際人道法。創価学会平和委員会事務局長等を務めた後、2019年10月より戸田記念国際平和研究所主任研究員を経て2023年4月より現職。2017年7月の核兵器禁止条約交渉会議には市民社会の一員として参加し、核兵器廃絶日本NGO連絡会では事務局を務めた。国際政治学修士（青山学院大学）。主要業績に、“Japan’s Reliance on US Extended Nuclear Deterrence: Legality of Use Matters Today,” *Journal for Peace and Nuclear Disarmament*, Vol. 5, Issue 1 (2022), pp. 162-184; “Mission Unaccounted: Japan’s Shift of Role in US Extended Nuclear Deterrence,” *Journal for Peace and Nuclear Disarmament*, Vol. 5, Issue 2 (2022), pp. 422-451.

真山 全 (MAYAMA, Akira)

大阪学院大学国際学部教授／大阪大学名誉教授

専門は国際法。甲南大学法学部助教授、防衛大学校国際関係学科教授、大阪大学大学院国際公共政策研究科教授をつとめた後、2022年4月より現職。法学修士（京都大学）。主要業績に、『武力紛争の国際法』（東信堂、2004年）(共著)、『防衛実務国際法』（弘文堂、2021年）(共著)、“Combat Losses of Nuclear-Powered Warships: Contamination, Collateral Damage and the Law,” *International Law Studies*, Vol. 93, (US Naval War College, 2017), pp.132-156)、「露ウクライナ戦争における原子力発電所攻撃の国際人道法上の評価」『人道研究ジャーナル』（日本赤十字国際人道研究センター、第12巻）69-94頁。

**Research Center for Nuclear Weapons Abolition,
Nagasaki University(RECNA)**
長崎大学核兵器廃絶研究センター (RECNA)

1-14 Bunkyo-machi, Nagasaki, 852-8521, Japan
〒852-8521 長崎市文教町1-14

TEL. +81 95 819 2164 / FAX. +81 95 819 2165
[E-mail] recna_staff@ml.nagasaki-u.ac.jp
<http://www.recna.nagasaki-u.ac.jp>