

### 第3章 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）

真山 全

#### 1 国際法的議論の重要性

##### 見解の対立の継続

一九四五年に米軍により行われた核攻撃は、広島および長崎に壊滅的な損害を与えた。これら二都市に対する核攻撃が当時の国際法からしても米の違法行為であり、さらに、実行者の刑事責任を追及しえる戦争犯罪であったことに疑いない。核兵器使用に関して、こうして個別的には法的評価が可能な場合がある。しかし、問題は、戦争や武力紛争におけ

るあらゆる核兵器使用が常に国際法上違法で使用国の国家責任を伴い、さらに進んで実行者個人を戦争犯罪人として処罰できると一般にいいうるかである。

核兵器の最初の実戦使用から七〇年余を経て、この核兵器使用の一般的評価問題について見解がなお分かれている。それは、核兵器使用合法論者であれその違法論者であれ、いずれも他方を説得できていないことを示す。国際司法裁判所の一九九六年勧告的意見でも両様に読める箇所が残るのは説得の困難性を示している<sup>①</sup>。しかし、重要な論点を絞り込むことはできる。核兵器使用の法的検討を試みる場合には、こうした論点を正確に認識する必要がある。

以前には、新奇な兵器である核兵器の使用に既存国際法規則がそのまま妥当するかは疑問であるとの核兵器特殊兵器論ともいべき議論があった。今日では、核兵器を知らない時代に成立した規則も、核兵器使用の評価のために適用できると考えられている。その意味で核兵器特殊兵器論は、影が薄くなった。しかし、核兵器特殊兵器論が薄れてなお重要論点で対立があるということは、通常兵器と核兵器に均しく適用される国際法諸規則を適用した結果、核兵器使用がどう評価されるかが依然として割れていることを意味する。

### 法的説得性の確保

核兵器使用合法論者もその違法論者も自己の見解を実現しようとするならば、こうして絞られた論点の全てにおいて整合性のある法的構成を用意し、相手を説得できなければならぬ。国際社会では集権的な解釈機関や執行機関がないだけに、相手方がどうしても反応しなければならぬようなところまで追い込める法的主張を組み立てておく必要は国内社会よりも大きいかもしれない。

例えば、核抑止論をどう扱うかは、安全保障その他の政策的側面から議論され、法的議論が退くことが多い。しかし、政治性が強くとも国際法的議論は可能であり、政策的議論はその枠内でなされなければならない。その法的議論の仕方によっては、核抑止論を封じることが可能かもしれない。他方、核兵器使用が一般に違法とされたとしても、同じく法的処理次第では、第二撃として核兵器使用を許容する法的抜け道を確保し、核抑止論を一層強固にすることもありえる。いずれの立場であれ、実践的な説得性を有する法構成を導けなければその後にく政策の議論も危うくなる。

本稿では、核兵器使用が国際法上違法とされるのか、その場合にはさらに核兵器の使用を戦争犯罪人として裁けるかを判断するにおいてどうしても通らなければならぬ法的

関門を順に紹介する。ここでは、核兵器を急激な核分裂または核融合で生じる爆風、熱線および放射線を利用する兵器と定義する。従って、専ら放射線効果に依存する放射線兵器は検討から除外する。また、兵器としての使用であるから、いわゆる平和的核爆発を扱わず、核兵器保有を論じる軍縮法にも触れない。本稿の中心的検討対象は、戦争や武力紛争での敵国に対する核兵器使用である。<sup>(2)</sup>

## 2 国際法からする検討の順序

### *jus ad bellum* 及 *jus in bello*

戦争や武力紛争に関する国際法は、二種に大別される。いつ武力を行使して戦争を始めることができるかに関する規則群 (*jus ad bellum* (ユス・アド・ベルム)) と、戦争や武力紛争が始まった後に敵を害する方法手段や犠牲者保護についての規則群 (*jus in bello* (ユス・イン・ベロ)) の二つである。<sup>(3)</sup>

現代の *jus ad bellum* の代表例は、国連憲章の武力行使禁止原則(第二条四項)と自衛権規定(第五条)である。*jus in bello* は、ハーグ陸戦規則(一九〇七年)、ジュネーヴ諸条約(一九四九年)、ジュネーヴ諸条約第一追加議定書(一九七七年)および同第二追加議定書(同)

その他多数の条約からなる。この *jus in bello* は、かつては戦時国際法と称され、今では武力紛争法または国際人道法と呼ばれる。*jus ad bellum* と *jus in bello* のそれぞれで核兵器使用が合法であるかを検討する必要がある。

### 差別適用と戦時復仇

戦争や武力紛争において国際法違反が存在しそうに見えながら、結局違法行為ではないとされることがある。一つは、差別適用の結果としてであり、もう一つは戦時復仇として説明される場合である。

差別適用論とは、*jus ad bellum* 上の評価に基づき *jus in bello* の適用を差別的に行うという考え方をいう。例えば、*jus ad bellum* の違反を行った侵略国と *jus ad bellum* からして合法的な自衛権行使国を分けて考え、侵略国は *jus ad bellum* 違反の戦争を行っているからそのような国は *jus in bello* が認める権利を否定されるという理論である。違法行為から権利は生じない法理に基づくこの理論によれば、侵略国文民の保護を奪っても違法とはされなくなるかもしれない。

この差別適用論を支持する見解は少なく、侵略国も自衛権行使国も *jus in bello* 上平等

の扱いを受けるといふ平等適用論が通説である。しかし、日華事変や第二次大戦で日本が違法な戦争を行ったとし、日本は *jus in bello* 上の利益を奪われたといふ主張があるかもしれない。朝鮮戦争でも朝鮮国連軍との関係で北朝鮮軍と中国軍を差別的に扱うべきとの見解が学説上は見られたため、差別適用論にも触れておきたい。

戦時復仇は、敵国による *jus in bello* の違反に対し、こちらも同様に違法な行為に訴えることを指す。戦時復仇は、相手を法遵守の状態に戻らせるという履行確保を目的とするのであって、行為の違法性は阻却される。差別適用では敵国の権利享有を最初から否定するのに対し、戦時復仇では、平等に *jus in bello* が適用されるとした上で「目には目を」式に相手の違法行為にこちらも同種の行為で対抗し、こちらの行為の違法性を消すという操作をすることになる。

戦時復仇の検討が重要であるのは、*jus in bello* からして核兵器使用が違法とされても、戦時復仇という違法性阻却事由を用いれば、その限りで核兵器使用の違法性がなくなるからである。核兵器の違法な使用であっても戦時復仇であれば許容されるという点に核抑止論の法的基盤があるのであるから、核抑止論を否定しようとするれば戦時復仇論を克服しなければならぬ。

## 個人の刑事責任

こうして核兵器の使用の合法性および違法性を判断するための *jus ad bellum* と *jus in bello* という二種の国際法規則群が提示される。さらに、これらの規則に一見反すると思えても、規則の適用を排除したり、違反の成立を妨げる特別の法理がある。これら法的関門を通じてなお違法と評価できれば、そこで国家の国際法上の責任（国際責任）が発生する。広島と長崎への核攻撃から米に国際責任が発生したかはこの段階までの検討で判断される。二〇一七年に採択された核兵器禁止条約も国家の行為の規制を目指す。<sup>4</sup>

国家は抽象的な存在であるから、国家の行為は、実際には公務員のような国家機関である者によって行われる。しかし、国際法からすれば国家機関の行為は、国家の行為と観念され、国家機関の違法行為からは原則として国家の国際責任が生じるとどまっていた。国際責任が生じたとしても、行為の実行者の刑事責任も国際法上同時に追及できるとは限らない。例外的に国家機関個人の刑事責任を問うためには、そうまでして行為を抑圧しなければならぬ必要性が求められる。国家の国際法違反の一部でしか実行者の刑事責任追及ができないのはそうした事情による。

*jus in bello* 違反のあるものは戦争犯罪とされ、その危険性から、比較的早くより実行者

の刑事責任を交戦国の刑法によって追及できるものであった。今日では、一定以上の重大性のある戦争犯罪は、交戦国に限らず全諸国がその国内刑法により処罰可能な国際犯罪と観念される。さらに、一九九〇年代半以降、戦争犯罪は、集団殺害罪や人道に対する犯罪と並んで国際的な刑事裁判所でも裁けるようになった。核兵器使用によって生じる *jus ad bellum* & *jus in bello* の違反は、実行者の刑事責任を問うるものであるかを国家の国際責任の分析の後に検討する。

### 3 核兵器使用の *jus ad bellum* 上の評価

#### 現代の *jus ad bellum*

国連憲章第二条四項は今日の *jus ad bellum* の中核にある。武力行使禁止原則といわれる同項は、国連「加盟国は、その国際関係において、武力による威嚇又は武力行使を、いかなる国の領土保全又は政治的独立に対するものも、また、国際連合の目的と両立しない他のいかなる方法によるものも慎まなければならない」と規定する。但し、国連憲章は、この原則の例外として武力行使が可能な場合を明文で三つ挙げる。すなわち、侵略国等に対する国連軍による軍事的強制措置（第四条等）、武力攻撃に抗するための個別的と集団的



の自衛権（第五一条）、および独伊日といった旧敵国の再侵略に対する加盟国の措置（第五三条等）である。

原則と例外の関係がある場合には、原則がなし崩しにされないよう例外の範囲を厳格に解する。この観点からは、二つの問題を指摘できる。一つは、諸国の武力行使で最も頻繁に援用される自衛権の範囲について不明確さが残ることである。武力攻撃が発生すれば自衛権行使が可能であるが、どの時点で武力攻撃発生といえるかや、国家以外の集団による行為に対して自衛権で反撃できるかといった問題が議論されている。もう一つは、武力行使が合法であると明文で定められる三例外の他に武力行使が可能な場合があるかである。よくいわれるのは人道的干渉で、明文三例外には該当しない。しかし、それが第二、四項の文言に反しないと解釈する立場もあり、最近では、コソボにあるアルバニア系住民保護のため一九九九年に北大西洋条約機構軍が行った対セルビア航空攻撃を巡って議論された。

### 使用兵器との無関係性

国連憲章第二、四項に反する戦争や武力行使を始めるのであれば、そこでの核兵器使用も違法である。*jus ad bellum* の説明ができないのであれば、核兵器によるか否かにかかわ

らず全攻撃が違法になる。

核兵器使用について *jus ad bellum* から議論されてきたのは、むしろ自衛権の均衡性要件との関係であった。自衛権行使に際しては、必要性および均衡性の要件を満たすことが求められる。必要性要件とは、反撃のための緊急の武力行使でなければならぬことをい、均衡性要件は、敵国の攻撃を押し返す以上に大きな力を行使してはならないことをいう。

均衡性原則を巡っては、通常兵器による武力攻撃を受けた場合の核兵器による反撃の合法性が議論された。その議論の背景には、北大西洋条約機構とワルシャワ条約機構のヨーロッパ正面での衝突シナリオがあった。ワルシャワ条約機構の機甲兵力は西側の三倍とされ、東西独国境を突破したワルシャワ条約機構軍は短期間でオランダとベルギーの主要港まで突進してくると恐れられた。その阻止のため、東独内補給拠点や西独を進む先鋒部隊の戦術核兵器による制圧が考えられた。その想定では、核兵器使用が個別的または集団的の自衛権行使要件である均衡性を満たすかが主要論点であったのである。

通常兵器であれ核兵器であれ過剰な力の行使は均衡性原則に反し、ここでも使用兵器と無関係であることがいえる。しかし、戦術核兵器といえども相当の破壊力を持つものがあ

るため、均衡性原則の議論で問題となった兵器は、実際には核兵器だけであろう。

#### 4 核兵器使用の *jus in bello* 上の評価

##### 害敵方法手段規制の三段階

戦争や武力紛争が開始された後の交戦国の行為には、*jus ad bellum* に加えて *jus in bello* すなわち武力紛争法が重疊的に適用される。*jus in bello* は、害敵方法および害敵手段を規制する規則群、ならびに傷病者、難船者、捕虜および文民の保護の規則群に区分される。

ここでは、敵目標に対する核兵器投射について害敵の方法と手段の諸規則からの評価を行う。害敵方法の規制には二つの段階がある。第一は、敵を殺傷するか捕らえる際の外見についての規制で、第二は、人的または物的な攻撃目標の選定と攻撃の方法に関する規則である。害敵手段は、適法な外見をとった上で、破壊が許される目標に攻撃を加える際の手段、すなわち兵器をいう。あらゆる物は害敵のために使用でき、その意味であらゆる物は兵器になる。害敵手段規制とは、手段それ自体に着目し、当該手段の性格から使用の可否を判断するものである。

*jus in bello* は、害敵方法手段のこれら都合三段階の全てにおける適法性確保を要求する。

三段階のいずれかで適法性を欠けば、行為全体が違法とされる。

### 害敵方法の規制（第一段階）——戦闘員・兵器プラットフォームの外見——

戦闘その他でなぜ外見が問題になるかといえ、合法的に攻撃を加えることができる対象か否かをその外見で判断するからである。その際に、合法的目標になる戦闘員の外見をしていれば射撃できるが、文民には発砲できない。しかし、戦闘員が文民を装って射撃を免れた上で攻撃に転じると、隙を突かれて損害を受ける。こうしたことがあれば、疑心暗鬼にかられ、不審な点があれば文民に対して射撃を加えることになり、文民が犠牲になる。このため、攻撃から免れる文民や傷病の将兵、または赤十字標章等により特別に保護される物を装い、敵を殺傷するか捕らえる行為が背信行為として禁止されている。背信行為は、違法行為として実行者本国の国際責任を生じる同時に戦争犯罪を構成する。なお、文民の敵対行為参加は禁止されないが、そのような文民は背信行為として処罰される。

背信行為の禁止も使用兵器の別にかかわらずに妥当するが、背信行為による核兵器使用は考えにくいかもしれない。もっとも、後方指揮所で文民の恰好をした戦闘員または文民自身が核兵器発射操作やその発射母機運用を行えば、背信行為に該当するかが問題になる。

そうであれば、大統領や総理大臣といった文民政治指導者による核兵器発射指令についても同じことである。但し、これらの場合には、視覚的にも電子的にも相手方を欺瞞していないことから、背信行為というには無理があるかもしれない。こうしたかたちで敵対行為に直接に参加する文民は、人的攻撃目標となり、捕まえた場合には捕虜資格を与えずに処罰すればよいから、背信行為を構成するかまで議論する要もないのであろう。

害敵方法の規制（第二段階）——目標選定と攻撃方法——

害敵方法規制の第二段階として検討されるのは、攻撃目標の選定と攻撃方法である。*ius in bello* は、攻撃を合法的目標のみに指向することを要求する。合法的目標とは、人的には戦闘員である。戦闘員は、軍隊構成員のうちから衛生要員と宗教要員を除いた者で、軍隊に属するという理由のみによって、敵対行為に現に参加しているか否かを問わず目標となる。文民は、軍隊構成員以外を指し、合法的目標にはならない。しかし、敵対行為に直接参加する文民はその参加中において保護を喪失し、目標となる。つまり、文民が目標になるかは、その従事する行為次第ということになり、戦闘員の場合とは異なる理由付になっている。

物的目標は、地上目標のみを記せば、これまで長らく防守地域の全域および無防守地域にある軍事目標とされた。防守地域は、占領を企図して接近する敵地上部隊に対し抵抗する地域と定義され、その全域を破壊することが許容された。これは、侵入地上部隊にとつて、そこにある建物が軍事目標になるかをひとつひとつ確認することが危険であったからであろう。無防守地域は、防守地域以外の交戦国の全領土である。ここでは、軍事目標とされる物のみが合法的目標となる。軍事目標のみの破壊を認めるといふ考え方を軍事目標主義という。軍事目標以外の全ての物は民用物として攻撃からの免除を享有する。

広島と長崎への核攻撃の違法性が争われた下田事件の一九六三年の東京地方裁判所判決（原爆判決）では、この両市が防守地域であつたか否かが検討された。その際、占領を企図して接近する米軍地上部隊が両市近傍になつたことから両市を無防守地域とした。さらに、軍事目標しか破壊できないはずの無防守地域の全域を破壊したことからも両市への核攻撃が違法といふことができる<sup>5)</sup>と明快に判断した。

防守と無防守の区分は、第一追加議定書によってはとられなかつた。同議定書は、攻撃を軍事目標のみに向けるよう求めるから、交戦国領土は、無防守地域のみになつたというに同じである。この議定書は、軍事目標の定義規定も持つ（第五二条二項）。それは、軍事目

標を「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」物であつて「その全部又は部分的な破壊、奪取又は無効化がその時点における状況において明確な軍事的利益をもたらすもの」と定めた。

さらに第一追加議定書は、ハーグ陸戦条約附属陸戦規則以来、初めて本格的に対地攻撃についての害敵方法規制の条約化を企図し、戦闘員や軍事目標への攻撃に際して生じる文民と民用物の卷添損害（付随的損害）や誤射防止のための目標識別といった軍事目標主義確保のための諸規定を設けた。また、ダムや原子力発電所といった施設の保護規則等注目すべき条項を置いている。

軍事目標定義と並んで重要であるのは、付随的損害の規定である。同議定書は、軍事目標攻撃で「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」文民や民用物の被害が「過度」であれば、軍事目標攻撃自体を違法とした（第五一条五項（ii））。この規定は、文民や民用物の付随的損害と比較されるべき対象を戦争の勝利のような大きな戦略的利益ではなく、より狭い範囲での軍事的利益としたと読める。従つて、核兵器使用により敵国を圧倒し、戦争を早期に終結できるのであれば文民死傷が何万に達しても過度とはいえないという主張は封じられる。

第一追加議定書は、文民と民用物の保護に相応の配慮をしたといえ、一定の範囲の核兵器使用を違法と評価するために有用である。特にその付随的損害関連規定から、都市内軍事目標に対する核攻撃は、過度の付随的損害発生からその多くが違法とされるであろう。また、同議定書が「自然環境に対して広範、長期的かつ深刻な損害を与える」害敵方法手段の使用を禁止したことも核兵器使用との関係で無視できない（第三五条、第五五条）。

まさにその故からか、一九七〇年代初頭からの同議定書起草の過程を通じ、米英仏は、この議定書の核兵器使用への適用を否定している。*jus in bello* は、兵器の種別を問わずに適用され、核兵器を適用除外とする核兵器特殊兵器論は後退したが、それは慣習国際法における議論である。特定の条約が核兵器使用にも適用可能かはその条約の定め方でいかようにもできる。そうであるとすると、第一追加議定書も条文次第ということになるが、そこには核兵器使用を適用除外とする明文規定はないから、その締約国による核兵器使用にも適用可能と考えるのが自然であろう。

しかし、英は、慣習国際法にはないこの議定書の新規定が条約規定として核兵器使用に適用されることを否定する。仏は、この議定書は通常兵器にのみ適用があることを自国の締結の際に述べ、米も議定書署名時に核兵器使用へのその適用を否定した。もつとも、今



も米は議定書締約国ではなく、従つて、通常兵器と核兵器のいずれの使用についても第一追加議定書の拘束を受けない。中露は、ともに議定書締約国であるがこの種の限定に明示的には言及していない。

**害敵手段の規制（第三段階）——兵器の固有の性格からする全面的使用禁止——**

*jus in bello* による害敵方法規制の第一段階と第二段階で設けられる諸規則は、条約による別段の定めのない限り、兵器種別を問わず妥当する。外見や目標選定に関する法的関門で合法の評価を与えられる攻撃でも、使用兵器の観点からさらに評価を受けねばならない。これが第三段階としての害敵手段規制であり、そこでの評価基準は、無差別的効果を有する兵器の使用禁止、および戦闘員に過度の傷害または無用の苦痛を与える兵器の使用禁止の二原則である。特別の条約や慣習国際法の規則で明示に禁止されない兵器の使用の合法性は、慣習国際法上のこの二原則によって判断される。

使用すれば常に無差別的効果を発生させる兵器の使用禁止は、第二段階で述べた無差別攻撃禁止から導かれる。過度の傷害または無用の苦痛を与える兵器の使用禁止というもう一つの原則は、兵器の使用目的から説明される。一八六八年のサンクト・ペテルブルク宣

言が定めたとように、戦争における唯一の正当な目的は敵軍の弱体化であり、その目的達成には、「できる限り多くの者の戦闘能力を奪えば足りる」から、「既に戦闘能力を奪われた者の苦痛を無益に増大させ」ることは目的の範囲を超える。これが、使用すれば常に過度の傷害または無用の苦痛を敵国戦闘員に与える兵器の使用禁止の理由である。

なお、いうまでもなく、過度の傷害または無用の苦痛を与える兵器の使用禁止原則は、文民には適用がない。これは、文民は保護対象であり、過度ではない付随的損害が文民に生じる場合および文民が敵対行為に直接参加している場合を除き、それに傷害や苦痛を与えることが禁止されることによる。戦闘員に対しては、戦闘外に置くための「必要な」傷害または苦痛が考えられるが、戦闘外にある文民には傷害または苦痛を与えることは原則的にはできない。二〇一七年の核兵器禁止条約の前文は、「核兵器使用の犠牲者（被爆者）」に生じた苦痛に言及するが、被爆者が文民ならばそもそも傷害や苦痛を与えられないから、この前文でいう苦痛は、害敵手段規制規則のいう過度の傷害や無用の苦痛とは異なるものである<sup>⑥</sup>。

いずれの兵器も無差別的に使用したり、過度の傷害や無用の苦痛を与えるように使用できる。小銃も特定の点目標に射撃せず、乱射すれば無差別的効果を生む。また、負傷して

戦闘意思を喪失した敵戦闘員にさらに小銃で射撃すれば過度の傷害を与える。しかし、第三段階の害敵手段に関する二原則は、いかなる使用方法をとっても兵器の固有の性格からして常に無差別的効果または過度の傷害もしくはは無用の苦痛を生じる兵器の使用禁止をいうのである。つまり、小銃は、特定の目標のみに向けられ無差別的ではない射撃が可能であるから、この第三段階の害敵手段規制を受けない。小銃のような兵器は、使用方法に注意すればいいだけであるので、第二段階までの規制で足りる。

問題は、害敵手段規制のための二原則のいずれかまたは双方に反することで、常に使用が禁止される兵器は何かである。通常兵器ではダムダム弾その他がこれに該当する。大量破壊兵器についていえば、生物兵器と化学兵器が二原則双方に反するという見解で一致している。しかし、核兵器に関してはそのような一致がない。

無差別性については、核兵器にも大小あり、文民や民用物の存在しない場所での使用も考えられ、その使用法次第で無差別的効果を回避できるとの見方がある。広島と長崎のような破壊をもたらすならば、無差別的効果発生の故に違法であるということは妥当で、有効な法的主張を構築できる。しかし、非常に小型の核兵器であったり、核兵器の投射場所次第では、無差別性が消滅する可能性があるというのである。それが正しいならば、核兵

器の使用でも評価が状況によって異なることになり一般化できなくなる。第三段階の害敵手段規制規則上、無差別的効果が常に発生するが故に核兵器使用が全面的に禁止されるといふ主張はこうして反駁される可能性を残す。

他方、核兵器使用には爆風、熱戦と放射線の発生を伴い、それが過度の傷害または無用の苦痛を戦闘員に常にもたらすといえるなら、害敵手段としての核兵器の使用禁止を導ける。核兵器使用で常に生じるこれらの効果に着目すれば、使用場所を問わないことになる。害敵手段規制の観点から使用禁止を導くとすればこれは一層説得的なものである。

但し、過度や無用の概念をどのようにとらえるかで結論が異なってくるかもしれない。戦闘員を戦闘外に置くための苦痛には絶対的な基準があり、それ以上を過度の傷害または無用の苦痛とするという考え方であれば、一定の固定的基準を超える傷害や苦痛を常に発生される兵器は、その軍事的効果とは無関係に使用が禁止されることになる。

しかし、軍事的効果が増大するならば、傷害や苦痛が大きくとも、過度の傷害または無用の苦痛にはなおあたらなとの立場もありえよう。例えばダムダム弾は、過度の傷害や無用の苦痛を与えるので敵戦闘員に対して使用できない。しかし、ダムダム弾の効果発生が懸念された小口径小銃弾（口径五・五六mm前後のもの）は、その軍事的効果の増大、すなわち

従来の小銃弾（口径七・六二mm前後のもの）に比しての一步兵当たり携行弾数の増による軍事的効果増大で、傷害や苦痛の発生を論拠とする違法性の主張は下火になってしまった。核兵器もその大きな軍事的効果から同様のことがいえれば、戦闘員に与えられる傷害や苦痛の許容限度が上昇する。もつとも、この構成に従えば、過度の傷害や無用の苦痛の概念は、軍事的必要性に従属することになり、過度の傷害や無用の苦痛を与える兵器の使用禁止原則の意義も失われる。核兵器使用について見解の相違が最も顕著にあらわれるのは、この第三段階の害敵手段を巡ってであり、さらにそこでの焦点は、過度の傷害と無用の苦痛を常に伴うかである。

意外にも国際司法裁判所勧告的意見は、傷害と苦痛の基準にほとんど言及しない。下田事件判決は、「非人道的な結果が大きくとも軍事的効果が著しければ、それは必ずしも国際法上禁止されるものとはならない」という学説に言及している。しかし、続けて「毒、毒ガス、細菌以外にも、少なくともそれと同等或いはそれ以上の苦痛を与える害敵手段は、国際法上その使用を禁止されているとみて差し支えあるまい」という<sup>7</sup>。ここでは毒ガス等よりも遙かに軍事的効果の大きい核兵器についても毒ガス等の生じる傷害および苦痛と比較しているので、傷害苦痛許容上限固定説を採っているのかもしれない。

## 5 差別適用論と平等適用論

### 平等適用論の基盤

*jus ad bellum* 上の評価に基づき *jus in bello* の差別適用をすれば、例えば、第二次大戦で日本は不戦条約違反の戦争を遂行しているのであるから、日本軍将兵の捕虜資格を否定するといったことになる。しかし、第二次大戦でも差別適用はなされず、通説的には差別適用論は否定され、侵略国でも自衛権行使国でも *jus in bello* 適用上平等である。

法理的にはありうる差別適用が否定されるのは、実際の理由からである。侵略は、国家の政治指導者により決心され、一般将兵や文民には侵略遂行の法的責任はない。しかるに差別適用を行えば、それにより保護を喪失するのは一般将兵や文民である。それでは戦争が一層悲惨な様相を呈する。また、どちらが侵略国であるかの有権的判断は国際社会では見い出せないから、双方が相手方を侵略国と非難し、いずれもが差別適用を開始すれば *jus in bello* の適用がないのと同じ状態になる。

一九四一年の真珠湾攻撃が対米戦意通告前（宣戦前）に開始されたことが米の日本との *jus in bello* 適用関係に影響を与えたかが議論されることがある。無通告開戦が *jus ad bellum*

の観点から違法な戦争の開始を意味するならば、差別適用論で *jus in bello* 適用関係を変更できたかもしれない。しかし、米も差別適用論はとらなかつたから、対日核攻撃による文民殺傷についても差別適用以外の説明が求められる。また、仮に差別適用をしたとしても、無通告開戦という *jus ad bellum* 違反によつて *jus in bello* 全領域で差別適用を行うのは均衡を失するであろう。

### 平等適用論の脆弱性

平等適用が通説的とされながら、差別適用的な主張は、朝鮮戦争時の他にもときに見られる。ベトナム戦争の際には、米を侵略国と考え、米軍搭乗員の捕虜資格否定も示唆された。特に注目されたのは、核兵器の合法性に関する国際司法裁判所勧告の意見である。よく知られているように、勧告的意見主文E項前段で裁判所は、核兵器使用が「武力紛争に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は反するであろう」と述べ、同後段において「しかしながら、……国家の生存そのものが危殆に瀕する自衛の極限的状态において」は、核兵器使用が合法か違法か判断できないとしている<sup>8)</sup>。前段において「一般的には」反するとされたことで、*jus in bello* からして例外的に核兵器使用が合法な場合

があることを示すのではないかとの指摘がなされたことの他に、後段が差別適用的な要素も含むことが指摘された。*jus ad bellum* の領域で合法とされる自衛のための武力行使であれば、その「極限的状态」では、前段のいう *jus in bello* からの「一般的には」違法という評価が維持できるかは分からないとしたからである。そこには緊急の状態における法の拘束解除という戦数論的要素の他に、自衛に言及したことでの差別適用的要素が見られる。侵略国対自衛権行使国の場面の他にも、差別適用が主張されることがあるかもしれない。例えば、集団殺害を阻止するための人道的介入において、*jus in bello* を差別的に適用し、集団殺害阻止という作戦目的を一刻も早く達成しようとすることが想像できる。平等適用が法理上というより実際の理由から支持されてきたことを考えると、他のより大きな実際上の必要があるとされれば、平等適用に修正が生じるかもしれない。平等適用の基盤は意外に脆いかもしれない。

## 註

- (1) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226ff. 国際司法裁判所判例研究会、「判例研究・国際司法裁判所 核兵器の威嚇



又は使用の合法性」、『国際法外交雑誌』、第九九卷三号（二〇〇〇年）、六二一―八七頁。

(2) 内戦のような非国際的武力紛争に適用される国際法規則は、国家間武力紛争を中心とする国際的武力紛争の規則とは異なる性格を持つ。核兵器を内戦で使用することはあるかもしれないが、本稿では国家間の闘争で使用される場合を論じる。

(3) ラテン語の *jus ad bellum* と *jus in bello* に比べて *jus* は法をいひ、*bellum* や *bello* は戦争を指す。この両表現が国際法文献に現れるのは意外にも新しく、一九三〇年代であるという。

(4) 核兵器禁止条約、Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, A/CONF.229/2017/8, 7 July 2017.

(5) 下田事件判決、東京地方裁判所昭和三八年二月七日判決。『判例時報』、第三五五号（一九六四年）、二八頁。敵地上部隊への抵抗が防衛地域の要件であるから、防空戦闘機や高射砲による来襲敵機への反撃だけでは防衛地域にならない。第二次大戦中の日本の主要四島についていえば、米軍本土上陸がなかったことから防衛地域は存在せず、そこへの無差別爆撃も違法となる。日華事変中の中国の諸都市で重慶のような無防衛地域への日本による無差別爆撃も違法である。独軍がついに上陸しなかった英本土のコベントリやロンドン、そして連合軍が独本土に突入していなかった状況におけるドレスデンやベルリンその他も無防衛地域であった。

- (6) 核兵器禁止条約、前掲注(4)、前文第六項。
- (7) 下田事件判決、前掲注(5)、二八—二九頁。
- (8) *I.C.J. Reports 1996, supra note 1, p. 266.*