

第4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（下）

真山 全

6 戦時復仇としての核兵器使用

核抑止論の国際法的支柱

戦時復仇は、その定義上、*jus in bello* 違反を行ったものに対して、法の遵守に戻らせるため、同様の違反を構成するような行為で応えることをいう。差別適用も *jus ad bellum* における違法行為に対して *jus in bello* の分野で復仇しているといえるかもしれない。しかし、差別適用は法遵守確保目的でなされる訳ではない。また、差別適用による権利の否

定は最初から違法性を帯びないと観念されるので、違法性阻却事由である復仇とは性格を異にするといふべきであろう。

核兵器使用が違法ではないとする場合には、核兵器使用の根拠を戦時復仇に求める必要もない。例えば、敵国が化学兵器を使用すれば、核兵器で反撃すると警告することがあるが、化学兵器使用が違法としても、核兵器を *jus in bello* に反しない方法で使用するつもりであれば、違法な攻撃に対抗する戦時復仇とは説明しない。他方、同じく違法な化学兵器攻撃に対抗する場合でも、核兵器使用が常に違法と認識しつつ使用するか、または、合法的使用はありうるが違法な使用方法を敢えてとるのであれば戦時復仇になる。核兵器使用が全面的に違法であれば核兵器保有の意味はないと思われるかもしれないが、こうした戦時復仇としての使用が許容されるならば、保有の意味は依然あることになる。

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仇であり、核抑止論の国際法的支柱である。

戦時復仇制限の核抑止論に与える影響

戦時復仇が一般的に許容されているのは、自力救済に頼らざるをえない国際社会では違

法行為に対する「目には目を」式の履行確保手段がなお意義を持つてゐるからである。また、同様の不利益をこうむるのであるから、敵国は、はじめから違法行為に訴えることを思いとどまるであろうという抑止的効果も期待される。

しかし、文民や民物への敵国による違法な攻撃に対抗して戦時復仇に訴える際には、それが敵国の文民や民物に向けられることが多く、違法行為に責任のない文民等を殺傷することになる。このため、やられ損をどうするかの問題を残しながらも、戦時復仇禁止論が主張されるようになった。

ジュネーヴ諸条約や第一追加議定書は、それらが保護する人や物に対する戦時復仇を禁止した。第一追加議定書により敵国内にある敵国文民等に対する戦時復仇が禁止されていることの意味は大きい。つまり、交戦国は自国文民が敵国の核攻撃で殺傷されても、戦時復仇として当該敵国の文民を攻撃することがこの議定書上は禁止されるのである。このため、第一追加議定書の戦時復仇禁止規定が核兵器使用にも適用されるならば、核復仇に依拠する核抑止論の法的基盤は崩壊する。このため核兵器保有国英仏は、第一追加議定書締結の際に、その規定の核兵器使用への適用を限定しようとしたのである。

英、仏、独および伊のような北大西洋条約機構諸国は、さらに重ねて、第一追加議定書

の戦時復仇規定に留保と思われる条件を付した。すなわち、敵国が議定書に違反して執拗に文民を攻撃すれば、国際法に従った対応をとると述べているのがそれである。英仏にしてみれば、核兵器使用への第一追加議定書の適用を否定した上で、同議定書の戦時復仇禁止規定留保という二重の防御線を設定したことになる。

なお、二〇一七年の核兵器禁止条約は、「いかなる」状況でも核兵器の使用またはその威嚇を禁止しているからして（第一条一項（d））、戦時復仇としての使用も禁じるのであろう。しかし、そうであるとしても、慣習国際法の内容を表現したものとされない限りは、これは条約上の禁止にとどまり、従ってその非締約国は拘束されない。

米による核復仇と日本

日本は、第一追加議定書を二〇〇四年に第二追加議定書ともども国会で承認してその締約国となった。韓国（一九八二年）、中国（一九八三年）、北朝鮮（一九八八年（第二追加議定書未批准）、露（一九八九年）、モンゴル（一九九五年）の順で第一追加議定書の締約国となっていたから、東アジア諸国では日本が最も遅かった。米はなお締約国ではない。日本は、締約国になる際を含めて第一追加議定書の核兵器使用への適用を公然とは否定していない。ま

た、戦時復仇禁止規定にも宣言や留保を日本は付していない。

これらのことは、日本が米の核の傘の下にあることとの関係で重要である。東アジアのいずれかの国と日本の間で武力紛争の事態となり、日本領域内の文民が違法に殺傷されたとしても、日本が戦時復仇を自ら行うことは第一追加議定書により禁止される。日本への攻撃が核兵器によるものでも、日本が第一追加議定書の核兵器使用への適用を否定していいないので結論は変わらない。それでは、対日核攻撃を行った敵国に対し米が核兵器で戦時復仇を行うことはできるであろうか。

戦時復仇禁止を謳う条約の締約国日本がその非締約国米に戦時復仇を依頼することは、自ら行えば違法となる行為の実施を他国に頼むことになる。こうした違法行為実施依頼が可能か否かよりも深刻な論点は、違法な核攻撃を受けた国以外の国が当該被害国にかわって戦時復仇を行うことがそもそも許容されるかである。

武力攻撃を受けた国を助けるため他国が武力を行使することは、集団的自衛権として認められる。しかし、集団的自衛権は別として、国際司法裁判所ニカラグア事件判決でも指摘されたように、違法行為への対抗措置、すなわち平時復仇に訴えることができるのは直接の被害国のみであるともいわれる。これは、集団的対抗措置の否定であり、そうなれば

被害国ではない米による日本のための核復仇ができるかに疑問も生じる。米が日本を助けて集団的自衛権を行使できることははっきりしているが、これは *jus ad bellum* 上の権利である。問題は、*jus in bello* 違反行為の直接の被害国以外の国が戦時復仇に訴えることを *jus in bello* が認めるかである。

7 戦争犯罪処罰による刑事責任追及

侵略犯罪との区別

核兵器使用から国家の国際責任が生じる場合を特定できれば、そこでようやくそのような核兵器使用に伴う個人の刑事責任を検討できる。これについても、やはり *jus ad bellum* と *jus in bello* の違反を区別しなければならない。

jus ad bellum 違反で個人の刑事責任が実際に問われるということは、国家の行った違法な武力行使そのものについて個人が裁かれることを意味する。第二次大戦後の国際軍事裁判（ニュールンベルク裁判）と極東国際軍事裁判（東京裁判）でそれぞれ独日の指導者が平和に対する罪で処罰されたのがその最初の実例である。国内刑法で *jus ad bellum* 違反を犯罪化することも妨げられず、第二次大戦後の独刑法などにその例がある。国際的な裁判所と

しては、国際刑事裁判所がその一九九八年採択の規程で侵略犯罪処罰を予定し（第五条）、二〇一〇年の規程改正で具体的条文を設けた上で（第八条の二、第一五条の二および三）、二〇一七年の規程締約国会議決議で処罰可能とする手続を了した。

核兵器使用で国家の侵略行為が開始されれば、侵略犯罪の処罰もなされる。もつとも、それは、侵略行為が核兵器によりなされるか否かにかかわらず同じである。また、ニュールンベルクと東京の二つの国際刑事裁判所と国際刑事裁判所のいずれもがそうであるように、処罰は政治軍事指導者に限定され、実際の核兵器運用将兵は侵略犯罪では処罰されない。

なお、国際刑事裁判所は、二〇一〇年侵略犯罪規程改正を受諾した規程締約国の指導者しか処罰できないと解釈されるから、侵略国が規程未締約国であるか、または規程締約国でも改正未受諾国であれば管轄権が及ばない。現在のところ、五大国で国際刑事裁判所規程締約国であるのは英仏のみで、米露中は規程に入っていない。印パ、イスラエル、および北朝鮮も規程締約国ではない。規程締約国英仏にしても、侵略犯罪を対象犯罪として追加した二〇一〇年改正を受諾していない。日本は、二〇〇七年に規程締約国になったが、侵略犯罪改正規定を当面受諾しないと考えられる。

戦争犯罪該当可能性

戦争犯罪は、*jus in bello* の違反であつて、かつ実行者の刑事責任を追及できるものである。侵略犯罪とは異なり、実行者の地位を問題としない。戦争犯罪は、従来から国内刑法の違反として処罰されてきた。戦争犯罪として構成要件を国内刑法で定める国もあり、戦争犯罪とは呼ばないものの他の罪として裁けるようになる国もある。現在の日本は、原則として刑法上のいずれかの罪として裁くようになってゐる。例えば、航空自衛隊の戦闘爆撃機が他国を長距離対地ミサイルで攻撃し、故意に文民を殺傷したならば、その搭乗員を殺人罪や傷害罪の国外犯として日本刑法で処罰する。戦争犯罪の名称で裁かなくとも、行為に相応した処罰を行うことができれば国際法上の問題は無い。

戦争犯罪の処罰が条約や慣習国際法により義務付けられることがある。ジュネーヴ諸条約と第一追加議定書の重大な違反行為と呼ばれる戦争犯罪に関しては、交戦国のみならず武力紛争に参加しない国にも実行者を訴追するか管轄権を有する国に引き渡す義務が課されている。

核兵器使用が害敵方法手段規制の三段階のいずれかで違法とされれば、戦争犯罪を構成することになる。核兵器の固有の性格からしてその使用が常に違法と評価されなくとも、

つまり害敵手段規制にはかからなくとも、害敵方法規制規則に反すれば核兵器使用も違法になりえ、戦争犯罪としての処罰が可能である。広島と長崎への核攻撃は、少なくとも害敵方法規制規則に違反したことから、当時の国際法からしても戦争犯罪を構成した。今日では、それが第一追加議定書の重大な違反行為、例えば文民殺傷や過度の付随的損害発生をもたらすのであれば、実行者の訴追または引き渡しの義務も発生する。

戦争犯罪は、諸国の裁判所の他に一九九〇年代に国連安保理事会決議で設置された旧ユーゴスラヴィア国際刑事裁判所とルワンダ国際刑事裁判所でも処罰された。条約として採択された国際刑事裁判所規程も戦争犯罪に関する詳細な定めを設ける（第八条）。この規程の起草時には、核兵器使用を名指しして戦争犯罪として罰するかが大きな争点となった。結局、そのような核兵器使用を特定の戦争犯罪化する条文は設けられなかった。¹⁰

仮に核兵器使用を名指しして戦争犯罪化する条文が置かれるとすれば、それは核兵器使用が状況如何に関わらず常に国際法違反であることを認めるに等しい。言い換えれば、害敵手段として常に使用が違法であると認めることになるのである。核兵器使用の評価の対立が害敵手段規制の領域で最も顕著であることを考えれば、こうした意味を持つ核兵器使用名指戦争犯罪化は困難であろう。但し、規程の害敵方法に関する他の定めは兵器の種別

を問わず適用可能であるので、核兵器使用がそうした戦争犯罪として処罰される可能性は残る。

国際刑事裁判所規程で特徴的であるのは、規程非締約国将兵の戦争犯罪処罰を可能にしている点である。規程は、犯罪が行われた国（犯罪行為地国）または被疑者が国籍を持つ国（被疑者国籍国）のいずれかが規程締約国になっていれば、処罰のための管轄権を国際刑事裁判所が行使できると定めた（第二二条）。従って、規程のいう戦争犯罪を非締約国将兵が締約国領域内でなせば、国際刑事裁判所が管轄権を行使できる。例えば、非締約国米の爆撃機が締約国内で過度の付随的損害を発生される攻撃を行い、米にその後帰投したとしても国際刑事裁判所は管轄権を行使できる。⁽¹⁾ もっとも、米は、規程非締約国の軍将兵を国際刑事裁判所が処罰することに強く反発している。そのため、米は途上国を中心とする多くの諸国と協定を締結し、それらの国に米軍将兵がある場合に国際刑事裁判所への引渡をしないよう求めている。

上官責任と上官命令抗弁——戦争犯罪処罰の人的範囲——

戦争犯罪は、文民によるものも少なくないが、多くの場合には戦闘員という軍隊構成員

によりなされる。軍隊構成員の戦争犯罪では、部下による戦争犯罪で上官も刑事責任を負うかという上官（指揮官）責任と、上官命令に従った行為が戦争犯罪を構成する場合に命令の故に実行者である部下は処罰を免れるかという上官命令抗弁の二つの問題が発生する。

どの国の刑法も、犯罪の直接の実行者の他に犯罪を教唆した者等についても定め、どの範囲の者まで罰すかの定めを持つ。また、正当防衛や心神喪失のような違法性または責任の阻却事由の規定も設ける。国内裁判所で戦争犯罪を裁く場合には、関係国内法のこうした規定を用いる。上官責任と上官命令抗弁も国内刑法諸規定に従い判断される。他方、条約等で別段の定めが用意されることがある。そうした条約の締約国ならば、その特別の定めを国内法化するなどして国内裁判もそれに従うことになる。

第一追加議定書は、上官責任の規定も持つが、上官の部下監督上の責任を定めたに留まる（第八七条）。国際刑事裁判所規程では、軍隊の上官と警察等の文民機関の上官で責任の範囲に差異を設けた上で、軍隊の上官は、部下の戦争犯罪を知りうべき状況にあり、それを阻止のためのすべての合理的な措置を講じなかったという不作為により刑事責任が問われることになった（第二八条）。例えば、爆撃機部隊指揮官が違法な核攻撃を実施した場合に、空軍参謀総長といった上官も右の条件で戦争犯罪人となる。さらに、米大統領や日本

の内閣総理大臣のような軍の最高指揮官まで遡る可能性があり、法令上の指揮系統以外に実質的な指揮者も含まれる。

上官責任と同じく上官命令抗弁も各国裁判所や国際的な刑事裁判所で問題となってきた。しかし、次の事情から条約規定作成は困難であった。抗命には死刑をもって応えることがあるように、軍隊にとり命令服従関係維持は重要である。命令実施は違法行為を構成すると部下が判断して命令を拒否すれば軍隊は機能しなくなるので、上官命令の絶対性が強調される。その反面、命令で戦争犯罪を行った部下の刑事責任は問いにくくなる。命令拒否に刑罰という強制を用意しているので一層そうである。他方、犯罪実行者が上官命令故に免責されれば、法遵守確保の上で問題を残す。軍規律確保と法遵守確保の調整が難しいことから、条約規定としては、国際刑事裁判所規程を待たねばならなかったのである。

同規程は、集団殺害犯罪と人道に対する犯罪については上官命令抗弁を一切認めず、戦争犯罪についてのみ条件付きでこの抗弁を認めた（第三三条）。その条件とは、犯罪実行者が「命令に従う法的義務を負っていたこと」、「命令が違法であることを知らなかったこと」、および「その命令が明白に違法ではなかったこと」である（同条一項）。この三条件は、ベトナム戦争中の米軍によるソンミ村虐殺事件等の経験を念頭に置き起草されたが、第二条

件と第三条件が問題になる。そこでは、行為者の主観的な違法性判断と客観的な違法性判断を重ねている。例えば、幼児殺傷の命令は、実行者や上官がそれを合法と信じてても、第三条件を到底充足しないと容易に判断できるから上官命令抗弁は成立せず、部下も処罰される。しかし、明白に命令が違法であるということはむしろ稀であり、様々な問題が発生するのであろう。例えば、部下は違法性を認識し攻撃発動に反対したが、上官は違法性がなるとの判断を変更せず、結局命令のままに部下が核攻撃を行うような場合である。これが戦争犯罪として起訴されれば、第二条件を充足しないので部下の免責は困難かもしれない。違法性認識を持った下級者は抗命できるようにすべきともいえるが、それにも困難がある。第二次大戦終結までの独軍その他による大規模な非人道的行為が命令によってなされたため、将兵の抗命について今日一定の配慮をする国もある。日本の自衛隊では、合法的で職務の範囲内のもののみを命令とするという前提を置いた上で、服務規則等により部下に上官への意見具申を認めるが、上官の決心が変更されない場合には部下は命令の実施を要求される。

在日米軍將兵の戦争犯罪

戦争犯罪が在日米軍將兵によってなされる場合も検討しておく必要がある。日米安保条約第六条に基づく在日米軍地位協定により、米軍構成員の公務遂行中の行為に関する第一次の刑事裁判権は米が持つ。それらについて日本は二次的な裁判権を認められ、日本刑法その他の関係国内法の範囲でこれらに管轄権を行使できる（第一七条）。在日米軍地位協定は、米の属人的な管轄権を日本の管轄権に優位させているといえる。

日本国外の作戦行動で戦争犯罪をなした上で日本に帰投した米軍將兵についても、公務遂行中の行為であれば米が第一次の刑事裁判権を在日米軍地位協定上は行使し、日本は刑法の国外犯規定で処罰可能な範囲で二次の裁判権を持つ。なお、犯罪行為地国も当該米軍將兵に管轄権を行使できることはいうまでもない。

こうして戦争犯罪についても様々の根拠で複数の国が管轄権を持つことがあるが、身柄の引渡がないと実際の処罰はできない。慣習国際法上の引渡義務はなく、条約で特別の定めのない限り身柄を持つ国も処罰義務を課せられない。しかし、ジュネーヴ諸条約とその第一追加議定書では、それらの定める「重大な違反行為」について締約国は処罰または引渡の措置をとらねばならない。国際刑事裁判所規程では、その対象犯罪である戦争犯罪を

関係国が処罰しない場合には、国際刑事裁判所は、身柄所在国に対してその引渡を求めることとなっている。規程締約国は、原則としてそれに応じる義務を負い、日本の場合には、引渡を含む国際刑事裁判所への協力を定めた国際刑事裁判所協力法に従って引き渡す。

米軍将兵の戦争犯罪を米が裁くのであれば、国際法上の問題は生じない。犯罪行為の発生それ自体を米が否定したり、適切に処罰せずに済ませる場合には、管轄権を持つ他の諸国が引渡を求めるであろう。しかし、条約上の特別の定めがない限り米は引渡義務を負わない。国際刑事裁判所が引渡を要求しても、米は規程締約国ではないからそれに応じる義務はない。それどころか米は、前述の通り、米軍将兵所在国である規程締約国が米軍将兵を拘束して国際刑事裁判所に引き渡さないようにする二国間協定を締結している。もっとも主要な西欧諸国と日本は、そのような特別の協定を米と締結していない。また、米との地位協定も国際刑事裁判所への引渡を妨げないと解されている。

8 法への期待と法解釈の現実

一九四五年八月一〇日に日本政府は、スイス政府を通じ、広島に対する核攻撃について米政府に抗議を行った。この際の抗議文は、広島が「普通の一地方都市にして同市全体と

して一つの軍事目標たるの性質を有するものに非ず」とした上で、「本件爆弾は、……極めて広き範囲に破壊的効力を及ぼすものなることを以つて……攻撃の効果を……特定目標に限定することは技術的に全然不可能なこと明瞭」であると述べ、無防守地域広島への無差別攻撃を非難している。さらに「不必要の苦痛を与うべき兵器……を使用すべからざることは戦時国際法の根本原則」であるにもかかわらず、「本件爆弾は、その性能の無差別かつ惨虐性において、従来かゝる性能を有するが故に使用を禁止せられる毒ガスその他の兵器を遙かに凌駕しをれり」とし、「今や新奇にして、かつ、従来のいかなる兵器、投射物にも比し得ざる無差別性惨虐性を有する本件爆弾を使用せるは人類文化に対する新たな罪状」とした。⁽¹²⁾

この日本政府の抗議では、核兵器を新奇な兵器としながらも、既存国際法規則を適用して違法性を導いている。このことは、下田事件審理において被告日本国が「この新兵器についての慣習国際法は全くなかったから……実定国際法違反という問題は起りえない」と核兵器特殊兵器論に基づく法の欠缺を主張したことと対照的である。⁽¹³⁾

核兵器特殊兵器論を否定すれば、特定の核兵器使用については、その法的評価を既存の国際法諸規則に基づき行うことは可能である。その諸規則は、*jus ad bellum* と *jus in bello*

の二群に大別される。一九四五年の対米抗議文は、*jus in bello*における害敵方法手段規制の第二および第三の段階をこの順番で適用し、違法性の証明が極めて説得的になされている。下田事件判決も同じ構成で広島と長崎に対する核攻撃の違法性を導いた。

しかし、一般的に核兵器使用に法的評価を与える段になると見解が分かれたままである。害敵方法までの基準は核兵器か否かを問題としないから、他の全ての兵器と同様に、核兵器も使い方次第であるとの結論しか出せないことになる。但し、核兵器一般を論じられないとしても、害敵方法規制規則は、核兵器を含む全兵器の使用の違法性を個別的に判断できるという意味で有効な評価基準を提供している。国際司法裁判所勧告的意見の關係箇所もそのように読まれるべきであろう。その次の第三段階の害敵手段規制では、核兵器の性質の評価次第で結論が決まるから、そこに見解の対立が最も顕著にあらわれる。

こうした諸規則により核兵器使用が違法となる場合が特定できるとしても、戦時復仇のような違法性阻却事由をさらに検討しなければならぬ。この点については、戦時復仇が慣習国際法上も禁止されるといふのはやはり困難で、核抑止論の法的基盤はなお強固であるといわざるをえない。

違法性阻却事由も見い出せずに核兵器使用の国際法違反が確定すれば、そこで戦争犯罪

としての実行者個人の刑事責任追及を考えることができる。国家に対する責任追及が実際上困難であることから、戦争犯罪処罰を通じての実行者の刑事責任の追及が履行確保手段として期待される。確かに一九九〇年代以降、戦争犯罪が国際的な刑事裁判所で裁かれる事例が生じ、注目を集めている。害敵方法規制規則に違反して核兵器を使用した者を戦争犯罪人として処罰することは、現行の国際刑事裁判所規程でもありえる。

しかし、核兵器使用を名指して戦争犯罪化する条項を国際刑事裁判所規程に挿入するのは困難であろう。それは、害敵手段規制規則上、核兵器使用が常に違法であることを前提としなければならぬからである。既に述べたように、害敵手段規制規則上の評価について激しい対立があることを考えれば、核兵器使用名指戦争犯罪化規定の挿入が難しいことも理解できる。

註

(9) *jus in bello* に従った戦闘行動で敵の戦闘員や軍事目標を殺傷破壊した場合には、刑法上の殺人その他の構成要件を満たしたとしても処罰はできない。刑法上は、正当行為として違法性が阻却されるという説明になろう。

- (10) 国際刑事裁判所規程起草時の核兵器使用名指戦争犯罪化を巡る激しい対立の結果、特定の兵器使用を戦争犯罪として規程対象犯罪に追加するための特別の仕組みが設けられた。これが第八条二項b (xx) であるが、これを用いた戦争犯罪規定の追加はまだない。
- (11) しかし、二〇一〇年と二〇一七年の二回の規程改正で戦争犯罪がいくらか対象犯罪として追加された際には、将兵の国籍国が規程締約国になった上でそのような改正を受諾しない限り、新規追加分の戦争犯罪については裁判所の管轄権行使を認めないとされた。これは、当初の規程では犯罪行為地国または被疑者国籍国の一方が締約国であれば戦争犯罪を処罰できたことと比べて大きく異なる。核兵器使用名指戦争犯罪化が規程に将来盛り込まれるとしても、二回の改正での新規追加戦争犯罪の扱いに倣うと想像され、そうなれば、核兵器使用国自身が改正受諾をしない限りは国際刑事裁判所では裁けなくなる。
- (12) 下田事件判決、前掲注(5)、二二三頁。
- (13) 同、二二二頁。

主要参考文献

- 田岡良一、『戦時国際法』、日本評論社（一九三七年）
- 藤田久一、『戦争犯罪とは何か』、岩波書店（一九九五年）

竹本正幸、『国際人道法の再確認と発展』、東信堂（一九九六年）
藤田久一、『国際人道法』（新版再増補）、有信堂（二〇〇三年）
村瀬信也・真山全編、『武力紛争の国際法』、東信堂（二〇〇四年）
岩沢雄司編集代表、『国際条約集』、有斐閣（各年度版）