

第3章 人道に対する犯罪・戦争犯罪と核兵器
——国際法から読み解く

真山 全

1 国際法からの分析

核兵器を「持つ」・「使う」と「違反への対応」

国家を主要な構成員とする国際社会を規律する法を国際法という。その国際法からして核兵器を「持つ」ことと「使う」ことはどう評価されるであろうか。さらに、核兵器に関し国際法が許容しない状況が発生したとすれば、そうした「違反への対応」として国際法はいかなる措置をとれようか。

この検討のためには、核兵器が使用されるのは大体は戦争の事態においてであることから、戦争に関わる国際法規則の理解が前提的に必要である。こうした規則は比較的簡明で、それらを組み合わせることで考えていけば核兵器に関して国際法上何が問題であるかを理解することはさほど困難ではない。戦争についての国際法の基本的規則概観の後に核兵器を「持つ」、「使う」および「違反への対応」の三側面から見る。

シンポジウム「核兵器と反人道罪のない世界へ」の意義

本稿は、国際シンポジウム「核兵器と反人道罪のない世界へ」(Towards a World Without Nuclear Weapons and Crimes Against Humanity) (二〇一九年二月一日)における報告を基にする。ここでこのシンポジウムの国際法上の意義および本稿との関係に触れたい。本シンポジウムは、「核兵器と反人道罪のない世界」を如何に構築するかを議論することを目的とするもので、二つの特徴がある。

核兵器の保有や使用が国際法上違法であるとすれば、その責任は国際法上まず国家責任として追及される。他に個人の刑事責任の追及があるとしてもそれは核兵器使用の際の戦争犯罪としてであると普通は考えられる。しかるに本シンポジウムは「反人道罪」として

の追及を想定した。これが第一の特徴である。

「反人道罪」は新奇な用語で、非人道的行為を全部包含するものとも解せる。とりあえず本稿ではこれを国際刑事裁判所 (International Criminal Court、ICC) 規程等に定められる人道に対する犯罪 (crimes against humanity) と限定的に捉える⁽²⁾。核兵器使用に関する個人責任として国際法は戦争犯罪としての責任しか考えてこなかったのであるから、本シンポジウムが人道に対する犯罪の観点から検討しようとしたのは新しい企図で興味深い。しかし同時に、戦争犯罪としての責任追及で足りると思われる程度に、人道に対する犯罪との関連性追究という難しい問題が示されたといえる。

もう一つの特徴は、主題設定の仕方からして、法的側面に力点があることがうかがわれる点である。管見の限りではという留保が必要なが、広島長崎所在の關係研究機関では、国際法、特に国際人道法と国際刑事法からする核兵器使用の総合的で組織的な分析が本格的にはなされていなかったようである。かかる状況で本シンポジウムが法的側面にも注目したことは特筆される。「法(律)戦 (legal warfare, lawfare)」という言葉があるように、一定の目的の達成のためには法からの検討も重要で、核兵器の使用禁止やその廃絶の運動もこれを相応に重視すべきである⁽³⁾。

本稿は *lawfare* を意識した法的検討の一部として、核兵器の保有と使用についての国際法規則を分析しつつ、本シンポジウムが示した人道に対する犯罪との関連を探るものである。

2 戦争と国際法

国際社会の構造と国際法の限界

国際社会には集権的立法機関はなく、その法秩序は主に国家間の合意である条約および諸国の慣行から生まれる慣習法（慣習国際法）で維持される。慣習法は全国家を拘束するが、条約はその締約国しか拘束しない。従って、条約上禁止されない行為は、慣習法が禁止していなければ原則として自由にできることになる。

国際社会は統一的な裁判所を持たない。慣習法上裁判等に付託する義務は認められないから、国家間に見解の対立があっても当事国間で解決手段に関する合意の無い限り処理できない。そうなれば戦争その他の武力行使を含む自力救済に頼ることになる。各々が最高の主権国家からできているという構造からして、国際社会は最後は自力救済という実力に訴えざるをえないという致命的な欠陥を抱えている。

最後は実力頼みであるため、「国際法は法に非ず」という評価が生まれるのも無理からぬことである。領域不可侵とかの立派な規則を国際法が持っていて、自力救済で戦争に訴えることが違法でなく、戦争では他国領域侵犯もできるとなれば、領域不可侵なる国際法規則を国際法自らが破ってもいいということになり、規則の拘束性の否定と同じことになるからである。

他方、国際法の拘束性をいずれの国も否定せず、完全に力が支配する世界ではないという認識を持っていることも否定され⁽⁴⁾ない。国家が *lawfare* を闘うのも国際法の拘束性が承認されていればこそである。法としての国際法の完全性を信じることはできないにせよ、条約を紙屑同然とし、慣習法は紙屑ですらないとするのも非現実的である⁽⁵⁾。

戦争それ自体の法的評価

正にこうした限界のため戦争の可能性が残るのであるから、国際法誕生当初から変わらぬ最大の関心事は戦争をいかに扱い、その影響をどう小さくするかであった。戦争を自力救済手段として認めつつも、いつ戦争に訴えることができるかについて国際法の規則があったのである。

主権国家が形成された一六、七世紀の頃は、正しい戦争とそうではない戦争に分けると
いう正戦論という考え方が存在した。「国際法の父」グロチウスによれば、自己防衛、失わ
れた財産の回復および懲罰といった正当原因があれば正戦とした。この正戦論を實際に適
用するとどうなったであろうか。普通、交戦国は自分の側に正当原因があると主張する。
しかし、神聖ローマ皇帝やローマ教皇のような国家を超える権威を持つものが正当原因の
有無を判断してくれる時代ならともかく、対等な主権国家間でいづれが正しいかを定める
ことは不可能である。そこで、自己に正当原因があると確信すれば、それが錯誤によるも
のでも正当原因あるものとして扱い、結局は国家の開始する戦争は全て正しいといういわ
ゆる無差別戦争観に一九世紀から変わっていく⁶⁾。

しかし、戦争が法的に自由にできるなら、強国の言い分が法的にも正しいということに
なってしまう。また戦争の惨害は非常に大きくなることが再認識され、戦争を制限する試
みが二〇世紀に入ると開始された。一九一九年の国際連盟規約や一九二八年の不戦条約を
経て、一九四五年の国連憲章(第二条四項)で戦争や武力行使の違法化は規範の上では頂点
に達し、現在は戦争違法化の時代であると評される。国連憲章では個別的と集団的の自衛
権行使(第五一条)、国連の軍事的強制措置(第四二条等)および日独伊といった旧敵国の再

侵略阻止（第五三条、第一〇七条）の他は戦争や武力行使が禁止されるというのが多数説である。

二〇世紀には国際裁判等の平和的な解決手段整備も進み、国連憲章も武力行使禁止と並べて紛争の平和的解決義務を掲げるが（第二条三項、第三三條等）、紛争当事国間に合意のない限り平和的解決手段の選択すら困難であることに変わりなく、戦争という自力救済に訴える可能性は排除できない。違法な戦争を抑圧する国連の集団的安全保障制度も十全に機能せず、自力救済としての戦争がありうることに根本的な問題として残る。

戦争中の行為の法的評価

国際法は戦争自体の合法性を考えるとともに、戦争中になされる戦闘その他の敵対行為の法的規制を行う。すなわち、戦争のやり方、例えば殺傷破壊の対象となる人と物の範囲や、戦闘外にある捕虜や文民等の保護に関する詳細な規則を国際法は設定し、核兵器その他の使用が合法かを判断する規則もそこに含まれる。こうした規則群を戦争法（law of war）、武力紛争法（law of armed conflict）や国際人道法（international humanitarian law）と呼んでいる。本稿では国際人道法の呼称を使用する。それは今日一般に広く用いられ、日本国内法

でも使用される呼称であるからである。ただし、この呼称は美しいが故に曲者といふべきで、その内容が誤解される可能性があることも認識されなければならぬ。⁽⁷⁾

この規則群は無差別戦争観の時代に発展し、戦争違法化の時代にもそのまま維持されている。これは法理的には奇異である。何故なら、戦争が違法化されているのであるから、戦争が発生したなら少なくとも一方の交戦国は違法な戦争をし、他方は自衛権等で抵抗していることになる。この場合、違法な戦争をする侵略国等の行為は全て元より違法なので、個々の戦争のやり方、例えば特定の爆撃が合法であったかの法的評価を別にする必要はないはずである。しかし、いずれが侵略国かはつきりしないことも多く、侵略国か自衛権行使国かを問わず国際人道法に平等に拘束されるという平等適用説が通説である。

平等適用なのであるから、侵略国は違法な戦争を開始しながらも国際人道法では権利を獲得し、自衛権行使国、つまり合法に戦争を遂行する国もこの国際人道法に等しく拘束され、正しい戦争を遂行しているからといって侵略国よりも大きな行動の自由を得ることはない。

国家責任の追及

国家間の戦争で国際法規則の違反があった場合には、国家の責任が当然生じる。国家自体は抽象的な存在でこれが国家であると手で触れて認識はできず、国家の行為も公務員等の国家機関と呼ばれる自然人によってなされる。国際法違反を直接になすのは人ということになるが、実行者である国家機関は人として法的責任を原則的には問われず、国家という抽象的実体に責任が帰属する。

責任が帰属する国家、つまり加害国に被害国は賠償等の救済を求める。しかし、国際法違反が本当に生じたかや、賠償の必要性またはその程度をめぐり見解が一致しないのが常で、そこから紛争（法的な見解の対立）が生じる。紛争当事国は交渉等の平和的手段で解決を目指し、国際裁判に訴える場合もある。もともと、繰り返し述べたように、国際司法裁判所 (International Court of Justice、ICJ) のような国家間紛争処理のための国際裁判所では双方の同意のない限り裁判はできない。平和的な手段が奏功しなければ、自力救済がはかれる。国際社会での主要な救済の方式は自力救済であるといえ、加害国の違法行為に均衡した違法行為に訴え法の遵守に戻らせる対抗措置 (countermeasures) (復仇 (reprisals) と従前呼んだ) はその手段の一である。

戦争に関する国際法の違反をめぐる問題でもそれ自体を取り出して平和的解決手段に委ねるべきことはいわゆる平時における違反の場合と基本的に変わらない。奇妙なことに、戦争という自力救済にも平和的解決が潜り込んでいる。しかし、戦争中になされた違法行為について交戦国に国際裁判等の平和的解決を求めるのは難しく、かといって戦争に関する規則の違反であるので、終戦まで棚上げにするのはあまりに危険であるため、普通は直ちに對抗措置等の自力救済に訴えることになる。⁸⁾異常な心理が支配する戦争の最中に生じた違法行為に対しては自力救済の他に有効な手段がないという二重に危険な状態になる。

個人責任の追及

国家の行為であれば国家が責任をとればよく、その道具に過ぎない国家機関が個人として責任を負わされるのは法理的に問題もある。しかし国際法は、限定的な分野においてながら、違反がある程度の重大性を持つような場合には個人の刑事責任をも国際法に直接基づくかまたは関係国の国内法を介して追及する。

個人責任追及は、国際人道法の一定の範囲の違反である戦争犯罪については以前から見られたが、集団殺害犯罪 (crime of genocide)、人道に対する犯罪、そして侵略犯罪 (crime of

aggression) の追及は二〇世紀、特にその後半になってからの現象である。侵略犯罪では国家指導者のみを裁くが、他の三犯罪については実行者が下級将兵でも処罰対象になる。

こうした犯罪については、戦争犯罪を中心に諸国の裁判所で処罰例がある他、国際的機関によっても追及された。その最初の実施例は、第二次大戦後に連合国を中心に設置され各々独と日本の指導者を裁いた国際軍事裁判所 (International Military Tribunal、IMT) と極東国際軍事裁判所 (International Military Tribunal for the Far East、IMTFE) である。この後、半世紀ほど国際的な刑事裁判所の設置はなく、一九九〇年代に国連安保理事會が国連憲章第七章の非軍事的強制措置として旧ユーゴスラヴィア国際刑事裁判所 (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia、ICTY) およびルワンダ国際刑事裁判所 (International Criminal Tribunal for Rwanda、ICTR) を設けた。この二特設裁判所は特定の事態についてのみ管轄権を持つものであったので、常設刑事裁判所が求められ、一九九八年にICCを設立する条約ができた。

一九九〇年代以降、個人の刑事責任追及に関する動きが急に活発になったが、個人の国際法違反の処罰に諸国はそう熱心ではなく、ICCでの審理にも関係国の同意が限定的ながら求められるため、全ての戦争犯罪等を実効的に処罰できる訳ではない。こうして個人

の責任追及でも多くの問題を残す。

3 核兵器を「持つ」ことは国際法上合法か

条約上禁止される場合

上記の基本的事項を踏まえ、核兵器に関する国際法上の諸問題の内、それを「持つ」との法的評価に入る。国際法は条約と慣習法からなるが、核兵器保有を禁じる条約は存在する。例えば一九六八年の核不拡散条約は非核兵器国の核兵器取得を禁止し（第二条）、二〇一七年の核兵器禁止条約も締約国の核兵器保有を禁じた（第一条一項（a））。また、一九六七年のラテン・アメリカ核兵器禁止条約（トラテロロコ条約）のように非核兵器地帯を作り出す条約は対象地域にある締約国の核兵器保有禁止を伴う。

条約以外で法的拘束力を発揮するものに安保理事会の国連憲章第七章に基づく決議があり、これにより制裁として核兵器廃棄が求められるということがある。この他やはり条約上の禁止ではないが、国家が一方的に核兵器を保有しないと対外的宣言を行った場合には（二方的宣言）、当該国は国際法上、一方的にそうした義務を法的に引き受けることになるのかという問題が生じよう。日本は核不拡散条約上も核兵器保有ができないが、その国是と

する非核三原則が一方的宣言に当たり一定の国際法的効果を生じるかは改めて検討する価値がある。

慣習法上の禁止はあるか

条約上の義務や安保理事会の制裁を課せられていない場合に、核兵器を持つてはならない慣習法上の義務が認められるかといえ、それは否定的に答えなければならぬ。国家に均しく適用される慣習法によって核兵器保有が禁止されるということになれば、一部の核兵器国については保有が違法とされたことはなかったことの説明が困難になる。核兵器保有禁止の慣習法が存在するとし、特定国の核兵器保有を特権的に許容する条約を作つてそれを特別法として核兵器保有を禁じる一般法たる慣習法に優位させた結果、現在の五大国の核兵器保有は合法となつたという説明は考えられるが、一九四五年の核兵器出現から核軍縮関係条約ができるまでに保有禁止の慣習法が成立していたというのは無理である。また、核不拡散条約は全面的核軍縮のための交渉義務を設定し（第六条）、ICJは一九九六年の核兵器の合法性に関する勧告的意見⁹で軍縮について一定の結果を生む義務まで肯定したが、これらも核兵器保有の慣習法上の禁止がないことが前提である。保有が慣習法上

違法なら軍縮義務などというより全面廃棄を直ちに要求できるからである。

結局のところ、核兵器保有国を含む多くの諸国の法意識が核兵器保有は違法であると変化するまで慣習法上の保有禁止は成立しない。従って、迂遠ながら、核兵器保有国の軍縮促進の他は、核兵器保有禁止を定める条約の締約国増加をはかるという国家の合意を積み重ねていくしかない。なお、核軍縮に関連しては、その努力を怠ったとしてマーシャル諸島が英その他をICJに提訴した事件がある¹⁰。これは英等がICJ管轄権を受諾していたから可能となった提訴で、特定の核兵器保有国が狙い撃ちにされたといえる。しかし、あらゆる法的可能性を追求する反核運動の企図として興味深い。

「持つ」と「使う」の関係―戦時復仇のための保有

ここで核兵器を「持つ」こととそれを「使う」こととの関係について記したい。核兵器使用が国際法違反となるか否かは次項で見るとして、仮に核兵器使用が例外なく国際法違反であるとする。その場合に「持つ」ことも自動的に違法になるかという問題が生じる。使えないのであれば持つっていても意味がないと思われようが、使用の禁止は保有の禁止を直ちには伴わないというべきとの形式的反論に加え、「使えないが持っている」ことに積極的

な意味が見いだされるとの主張がある。

いうまでもなくそれは戦時復仇としての核兵器使用を想定してのことである。核兵器使用が全部違法なら核兵器の第一撃は違法となるが、第二撃は戦時復仇の法理を用いれば違法性が阻却される。つまり、先に説明した通り、相手の違法行為を阻止するために他に手段がなければこちらも違法行為に訴えることができ、国際人道法の違反に国際人道法の違反で応える対抗措置を特に戦時復仇 (belligerent reprisals) と呼ぶ。条約上の戦時復仇禁止は見られるが、慣習法はそれを禁止しない。このため使用は本来的には違法でも、核兵器保有は違法にはならない上に戦時復仇のためにむしろ必要といふことがありえる。この考え方は核抑止論の法的基盤である。^①化学兵器でも同じ考え方がとられていた。一九九三年の化学兵器禁止条約は使用の他保有も禁じるに至ったが、その前の一九二五年ジュネーブ・ガス議定書は化学兵器と細菌兵器の使用を禁止するものの保有禁止には触れていなかった。

日本に違法な核攻撃を行った国に対し米は戦時復仇として核兵器を使用できるか

対抗措置に訴えうるのは違法行為の被害国であるとされる。このことは一九八六年のニカラグア事件 I C J 判決で確認され、国家責任条文も対抗措置をとることができるのは「被

害国」であると定める（第四九条一項）。従つて、違法行為の被害国を助けて他国が一緒に對抗措置に及ぶことはできない。つまり、集団的對抗措置や集団的復仇に訴える権利は認められない。武力攻撃が生じれば被害国ではない国も集団的自衛権を根拠に被害国を支援して武力行使ができるが（しかも自衛権という「権利」行使として）、集団的對抗措置はできないのであつて、対照的な構成になつてゐる。

こうした對抗措置の一般的な制約が国際人道法違反に国際人道法違反で応える戦時復仇にも妥当するかの問題は、核抑止論との関係で決定的に重要である。何故なら、国際人道法上違法とされるような核攻撃の直接の被害国ではない国（例えば米）がその被害国（例えば日本）のために核兵器で加害国に戦時復仇が可能というには、被害国以外が戦時復仇に訴えうるといわねばならないからである。これができねば米の拡大抑止の法的基盤が失われる。

この問題はかなり厄介といえ、對抗措置に課される一般的制約を戦争という特殊な事態の特別法である国際人道法がそのまま維持しているか否かがそもそも明らかではない。もつとも、相手が武力攻撃に及べば集団的自衛権として被害国以外も反撃可能となるような事態となつて、そこで運命共同体的連帯性が生じ、直接の被害国以外による戦時復仇が可能

という構成はありえるのではなからうか。国家実行もこれを明確に否定するものはないように思われる。いずれにしても核抑止論に法的弱さがあるとすれば、集団的戦時復仇権の存在が必ずしもはっきりしていない点にあることに間違いなく、核抑止論を *lawfare* として批判するならかかる問題を指摘しなければならぬ。¹²⁾

ここで日本が戦時復仇をほぼ全面的に禁止するジュネーブ諸条約第一追加議定書の締約国で、核兵器使用に同議定書適用がないといった留保もしていないことが問題として浮上してくる。すなわち、米は同議定書の締約国ではないから、集団的戦時復仇権さえ肯定できれば日本のために核兵器による戦時復仇ができそうであるが（もちろん米は肯定する）、それ自身で戦時復仇を行えば同議定書違反となる日本が米に核復仇を要請できるであろうかの問題である。これも *lawfare* 遂行上の重要論点になる。

4 核兵器を「使う」ことは合法か

攻撃目標の選定と殺傷破壊

国際人道法は、戦闘員資格を持つ者が戦闘員の表示をしつつ人的と物的の合法的目標 (*lawful/legitimate target*) を合法的兵器 (*lawful/legitimate weapon*) で殺傷破壊することだけを

認める。合法的目標とは人的には敵国の戦闘員で、物的にはその軍事目標をいう。第一追加議定書によれば、戦闘員は軍隊の構成員であつて（第四三条一項、二項）、軍事目標とは軍事活動に効果的に貢献するものでその時点における破壊が軍事的利益をもたらすものとされる（第五二条二項）。

こうした目標を破壊する際に文民（戦闘員以外の人）や民用物（軍事目標以外の物）が付随的損害を被ることがある。国際人道法は、付随的損害発生を直ちには違法とはせず、軍事目標破壊から得られる軍事的利益に比べ付随的損害が過度であつた場合、すなわち無差別的効果が生じた際にはじめて違法と評価する。国際人道法は「人道」法とはいえ、一定の範囲で文民や民用物が巻き添えで殺傷破壊されることを違法とはしていないことに注意が必要である。

さて、目標の選定と破壊に関する国際人道法の規則は、使用兵器にかかわらず適用され、小銃によるか核兵器かの区別はない。小銃を乱射して文民を無差別に殺傷するのと核兵器で広範囲の文民や民用物を一挙に破壊することは同じ基準で違法と評価される。逆にいえば、目標選定の観点からして、どのような兵器でも文民や民用物に過度の付随的損害さえ与えなければ使用して構わない。

無差別的効果を有する兵器の使用禁止

目標選定に関する規則は使用兵器に関わらず適用されるが、さらに展開すると、特定の兵器の全面的な使用禁止規則を導くことができる。兵器によっては使用すれば必ず無差別的効果を發揮する兵器がある。そのような兵器は使えば常に目標選定に関する国際人道法の規則を破るから、使える状況が全くない兵器となつて、兵器そのものとしてそれをどこに向けるかと関係なく使用が禁止されるに至る。これを無差別的効果を有する兵器の使用禁止原則という。小銃のように無差別的効果発生を避けるよう使い方に気を付ければよい兵器は該当しない。他方、化学兵器や生物兵器はその効果を限定できないので兵器としての使用が条約と慣習法の双方で禁止される。

核兵器はどうかというと、国際人道法の条約でこれまで核兵器使用を明示に禁止するのはなかった。核兵器禁止条約は初の核兵器名指しの使用禁止条約として注目されるが、条約であるので発効しても締約国以外には法的効果が及ばない。慣習法に関しては、核兵器使用自体が禁止されるかに関して見解が対立している。小型核兵器ならば破壊の範囲が小さくなるとの主張があるからである。ICJも一九九六年の勧告的意見でいかなる場合でも核兵器使用が違法であるとまではいわなかった。

ここで広島と長崎に対する一九四五年の核攻撃の評価に触れる。この核攻撃が無差別的効果を生じたことに異論はない。従って、一九六三年の東京地方裁判所下田事件判決もいうように違法な核攻撃である。¹³ また、後述の理由から、戦時復仇としても両都市に対する核攻撃を説明できない。しかし、留意すべきは、破壊の範囲が大であつたら核兵器による攻撃ではなくとも同じ結論になるということである。つまり、重慶、コベントリー、ハンブルクや東京に対する通常爆弾による大規模爆撃でも同様の効果があつたので、核兵器故に違法となつたとはいえない。核兵器の特殊性は破壊範囲のみからは見いだせないということになるのであつて、無差別的効果を發揮しない小型核兵器があれば、通常爆弾の精密爆撃の場合同様に違法とはいえないとする見解が少数説ではないことは指摘されなければならぬ。

核攻撃による文民民用物損害は甚大になりうるが、そもそも文民や民用物を目標にするか、それに過度の付随的損害を生じさせるような攻撃は違法である。その点からは核兵器による攻撃も通常爆弾によるそれと同じで、無差別性の観点からする核攻撃の違法性の過度の強調は、通常爆弾による損害の違法性の程度が相対的に低いという印象を与え、文民民用物被害の序列化を招くかもしれない。

過度の傷害または無用の苦痛を与える兵器の使用禁止

兵器の使用規制には目標選定の側面からの規制の他に、兵器が戦闘員に与える効果の観点からの規制がある。すなわち、使えば必ず戦闘員に過度の傷害または無用の苦痛を与える兵器も使用が禁止されるのである。いうまでもなく、これは戦闘員に兵器を指向する場合の規則であつて、文民に対する場合には適用がない。それは、敵対行為に直接参加しない文民には、過度ではない付随的損害の場合を除き、いかなる傷害や苦痛も与えてはならないからである。

「過度の」傷害とか「無用の」苦痛とかいうと、それでは「適度の」傷害や「必要な」苦痛があるのかということになるが、国際人道法はそのような傷害や苦痛があると考えられる。早くも一九世紀後半の条約に兵器の目的は戦闘員の戦闘能力を奪うことであるという表現が見られ、それに必要な傷害や苦痛を与えてもよいことが前提となつていた。そこから今度には必要ではない傷害や苦痛を与える兵器の使用禁止が導かれる。化学兵器や生物兵器は無差別的効果の他にもこのような傷害と苦痛を与えることから兵器としての使用禁止が条約および慣習法の双方で確立している。

核兵器についてもそれが放出する熱線と放射線による戦闘員の傷害と苦痛からして、慣

習法がいうところの過度の傷害または無用の苦痛を与える兵器に該当するという見方は成立するかもしれない。下田事件判決もこうした考えをとったと思われる。無差別的効果については小型核兵器の場合にこれを否定する見解があるが、過度の傷害と無用の苦痛は小型核兵器使用からですらいつでも発生することは否定しにくい。この点でも見解はなお完全には一致しないとはいえ、他の兵器と異なる核兵器の特殊性を見いだし核兵器名指しの全面使用禁止を導くには、無差別性よりも過度の傷害または無用の苦痛の観点からする方が立論は容易であろう。

環境損害を生ぜしめる兵器

特定の兵器の使用禁止は、従前、使用すれば常に無差別的効果を生じるか、過度の傷害または無用の苦痛を戦闘員に与えるかという基準で考えられてきたのであって、重大な環境損害を生じせしめる兵器の特定のな名指しの全面使用禁止規則の成立には至っていない。もつとも国際人道法の条約には、いずれの方法や手段を用いるのであれ一定以上の環境損害を発生させる行為を禁止する規定がある。第一追加議定書の第三五条と第五五条がそれである。⁽¹⁴⁾これらは自然環境に「広範、長期的かつ深刻」な損害を与えることを禁止するが、

そうした損害により「住民の健康又は生存を害する」ことを要件とする（第五五条一項）。

この条約規定はかなり重大な環境損害を想定し、従ってそれ以下の環境損害であれば過度の付随的損害と認識されても違法ではないという問題がある他（そのため環境自体が民用物と同じ意味において保護対象ではないとの解釈が生じる）、そもそも人に影響が生じなければならぬということから「人間中心主義的（anthropocentric）」と批判される（ICC規程ではこの人的損害要素は除去された（第八条二項（b）（iv））。さらに、米はこの議定書に入っておらず、同議定書締約国たる核兵器国英仏露中のうち英仏は第一追加議定書の核兵器使用への適用を一貫して否定する）。

とはいえ、核兵器使用に伴う環境損害が第一追加議定書の要件を満たす場合は考えられ、その関連規定の慣習法化の議論もありえる。また、交戦国が敵に向け使用した核兵器で中立国の領域や排他的経済水域が汚染されるなら、第一追加議定書のいうほど大きな環境損害ではなくとも中立法に基づき交戦国に中立国は賠償を請求できる（低濃度放射能汚染のみで損害と認識できるかの問題はあ）。

内戦その他の非国際的武力紛争の場合

国際人道法の上記の諸規則は、国家間の戦争や武力紛争（国際的武力紛争）を念頭においてた規則である。一国内の内戦や、国境を越えた国家と非国家主体の闘争、すなわち非国際的武力紛争の場合はどうなるであろうか。非国際的武力紛争で核兵器使用がありうるかといえ、それは内戦でも完全には否定できず、国外にあるいわゆるテロ集団の根拠地に向けての使用も考えられようから、そのような場合の法的評価も無視できない問題である。

こうした非国際的武力紛争でも国家間の戦争と同じ国際人道法の規則を使用すべきとの見解が段々強くなっている。しかし、国家と非国家主体の間の闘争は基本的には国家による国内法の執行、即ち警察行動として説明する方が合理的であろう。そのため非国際的武力紛争に適用される国際人道法規則は少数であつてしかも法執行と矛盾しないものに限定されてきた（主要なものとしてジュネーブ諸条約共通第三条およびその第二追加議定書がある）。

法執行は、警察必要と警察比例の原則に支配されるから、制圧の方法や手段は国家間の戦争の場合より抑制的になるべきことを導ける。そうであれば核兵器使用は国際的武力紛争よりも厳しい制限下に置かれることになるはずである。

5 核兵器を「持つ」または「使う」ことが違法である場合にどのような措置がとれるか

国家責任の追及

条約で核兵器保有を禁止されているにもかかわらず、それを取得したのであればその国の国家責任が生じる。この際に責任を追及できるのは誰かという問題がある。なぜなら、条約違反でも核兵器保有に留まればなお具体的な損害がどの締約国にも発生していないからである。条約締約国全部が国家責任条文のいう被害国になると観念されるかにもよるが（第四二条（b）、第四八条）、いずれにしても少なくとも違反の中止をどの締約国も要求できる。それ以上の対抗措置をとれるかは議論がある。

かかる状況で安保理事会として新たに制裁を当該保有国に課することはもちろん妨げられない。既に存在する安保理事会決議に反して保有に踏み切ったのであれば、安保理事会が追加的な制裁措置を講じようが、個別の国連加盟国が如何なる措置をとれるかの問題が別に生じるのは条約違反の保有の際と大体において同じである。

核兵器使用が違法とされる場合には、その直接の被害国の特定は容易であろう。もっと

も、その違法性が何に由来するかを確認しなければならない。つまり、①侵略戦争その他の違法な戦争での使用であるが国際人道法には違反しない使用、②違法な戦争における使用でかつ国際人道法にも反する使用、③自衛権等による合法的な戦争での国際人道法に反する使用、および④非国際的武力紛争で法執行の限界を超えた政府軍による使用の四状況が考えられる。

①から③では使用国の被害国に対する国家責任が発生する。その内①と②の場合でかつ侵略の際には侵略が国際法の強行規範の違反を構成するから、直接の被害国以外の諸国もその他の違反の場合よりも強い措置がとれよう。ただし、核兵器使用に伴い放射能汚染が生じる場合には多くの国が被害国と観念されるかもしれない。③については被害国以外の諸国がとりうる措置は前述の違法な保有の場合に被害国以外の国がとれる措置と同様であろう。④では、一国内の内戦の場合には国家責任が生じないであろうが（集団殺害防止処罰条約違反となるような場合を除き）、放射能汚染が他国に及べばそこから国家責任が生じうる。また、他国の領域内に根拠地を有する非国家主体と戦うのであれば当該の領域国との関係で国家責任が生じる場合があるろう。

戦時復仇が可能な場合

上記の①から④のいずれで戦時復仇に被害国が訴えうるかも違法行為への対応の観点から確認する必要がある。上記①の状況では侵略等の武力不行使原則の違反が生じているが核兵器使用は国際人道法違反になっていない。侵略は国際人道法の違反ではないから、ここでは国際人道法違反に国際人道法違反で応える戦時復仇として核兵器を使用することはできない。これは侵略国と自衛権行使国の区別なく国際人道法が平等に適用されることの帰結である。それでは侵略という違法行為にどう対応するかといえば、それが武力攻撃を伴うなら自衛権で対抗すればよく、これ以上の法的説明は不要である。②はその前半については①と同じながら、国際人道法違反となる核兵器使用が見られるので、戦時復仇が可能である。③は自衛権行使国が侵略国に対して国際人道法違反の核攻撃を行う場合である。そこでは今度は侵略国による戦時復仇が許容される。これもまた国際人道法の平等適用の故である。

ところで、①と②は広島と長崎に対する核攻撃が戦時復仇としても説明ができないこととの関係で重要である。太平洋戦争が日本の対米侵略（または他の種類の違法な戦争）を構成したとしても、侵略は戦争法、即ち今日いうところの国際人道法の違反ではない。日本の

行為に国際人道法違反がなかったとすれば、米は侵略の被害国であっても戦時復仇として核攻撃を正当化することはできなくなる。真珠湾攻撃は「だまし討ち」といえるが、主に合法的目標に対する攻撃であるから、それに対する戦時復仇として核攻撃を説明することも不可能である。しかし、日本が比島等で行った米将兵捕虜虐待その他の違法行為は国際人道法違反ではあったのでそれに対する戦時復仇という説明はありえる。これは上記の②に相当する状況である。とはいえ、違法行為に均衡する違法行為しか戦時復仇によつては正当化されないから、米捕虜被害と広島長崎核攻撃による文民民用物被害が均衡するかの問題に転化する。おそらく後者の方が格段に大きいであろう。

④の非国際的武力紛争では戦時復仇は理論上考えられない。そこでは反徒は反逆罪に問われるべき犯罪者で、政府軍警察は法執行として反徒と戦う。この非対称的関係を国際法も承認し、政府は国際人道法の敵対行為に関する規則に拘束されず、反徒も犯罪者故にその適用主体にならない。敵対行為に関する国際人道法の適用関係がなければ戦時復仇も考えられない。

戦争犯罪としての個人責任の追及

核兵器の保有が国際法上違法である場合にはその法的責任として生じるのは国家責任のみで、そうした判断を行った国家指導者個人の責任は国際法上ほとんど考えられない。かろうじて想定できるのは、核兵器保有がI C C 規程第八条の二の一項にいう侵略犯罪の計画や準備にも該当する場合くらいであるが、これは核兵器に限っていえることではない。一方、核兵器の違法な使用からは国家責任の他にI C C 規程が列挙するような類の犯罪として個人の刑事責任が発生しうる。この内、侵略犯罪は、小銃を使っても核兵器を使用しても生じるから特に核兵器との関係で論じる必要はない。

戦争犯罪も同様で、無差別的効果や過度の傷害・無用の苦痛の発生があれば、使用兵器と無関係に戦争犯罪となりえる。I C C 規程第八条二項(b)は、特定の兵器使用を戦争犯罪とするとともに、使用兵器にかかわらず戦争犯罪となる場合も定める。核兵器使用はこの部分を使えば戦争犯罪に問えるということであって、そのことを認識することは重要である。I C C 規程の締約国となっている核兵器保有国英仏がI C C の対象犯罪に核兵器使用がならないようわざわざ解釈宣言をしているのもこのためである。なお、唯一の被爆国日本は、英仏宣言がI C C 規程の禁止する留保に該当し、実体的にも容認できないと唱

えなかつた。そう唱えなかつたことがいかなる国際法上の意味を持つのかも興味ある問題である。⁽¹⁵⁾

核兵器使用それ自体をもって直ちに戦争犯罪となるかに関しては、前述ように見解が分かれる。I C C 規程起草時も核兵器使用だけで戦争犯罪とすべきかは大きな問題となつたが、核兵器を名指しての戦争犯罪規定は設定されていない。かわつて特定の兵器の使用を今後戦争犯罪としうるような条文が設けられた(第八条二項(b)(xx))。しかし、そこでは対象の兵器が「包括的な禁止の対象」とされることが条件で、核兵器使用の法的評価をめぐり対立がある現状からして核兵器使用それ自体をI C C 規程上の戦争犯罪として追加することは難しい。この「包括的」禁止要件はかなり厳しく、核兵器禁止条約締約国数が百を超えるようになっても「包括的」禁止未達成といわれよう。同条約の歴史的意義は承認されるが、現在の締約国数は包括的禁止の困難性を際立たせている。

結局のところI C C 規程でも核兵器かどうかを問わず全ての兵器使用に適用できる条文を使って核兵器使用を戦争犯罪として追及する他ないが、実質的にはかなりの範囲の核兵器使用をその射程に捉えることができるのではないかと思われる。

ここで再び戦時復仇との関係に触れなければならぬ。I C C 等で戦争犯罪処罰が確保

されるなら、違法行為の責任は個人責任として追及できるので、戦時復仇として相手に「返し」をする必要はなくなるのではないかという議論はありえる。しかし、核兵器使用のかなりの部分が処罰対象となりうるとはいえず、ICC等の国際的な刑事裁判所が全ての戦争犯罪を実効的に処罰できる訳ではなく、またその発生後直ちに対応して処罰することも不可能である。従って、違反の即時の停止と抑止の効果を持つ戦時復仇を代替できるものではない。¹⁶⁾

人道に対する犯罪としての個人責任の追及の可能性

二〇一九年の国際シンポジウムの最大の特徴は、核兵器の問題と人道に対する犯罪の問題を組み合わせたところにある。論理的に段階を踏んでいくと戦争犯罪の次のこの段階に至ってようやく核兵器と人道に対する犯罪の関係を論じることができる。

人道に対する犯罪としての処罰は独指導者を裁いたIMTによるものを嚆矢とする。独は独国民たるユダヤ人も虐殺したが、連合国は、独による自国民殺害であるため戦争犯罪としてユダヤ人虐殺を行った者を処罰しにくく（戦争犯罪は敵国の国民との関係で成立するとされてきたためである）、その故にこの犯罪類型をIMT条例で設定し（第六条（c））、処罰を確

保した。つまり当初は特定の人種的集団の虐殺を犯罪化するための概念であったのである。今日ではこれは集団殺害犯罪として扱われ（集団殺害罪防止処罰条約、ICC規程第六条）、人道に対する犯罪はそのような特定集団に限らずになされる大規模な殺害や迫害を指す。ICTY、ICTRやICCの規程でもそうである（それぞれ第五条、第三条、第七条）。

核兵器使用に伴う個人責任は戦争犯罪の問題として扱えばよく、人道に対する犯罪との関連性は薄いと認識されている（以下は核兵器使用と集団殺害犯罪の関係にも原則的に妥当する）。もつとも、例えばICC規程上の人道に対する犯罪の一である「殺人」や「絶滅させる行為」（第七条一項（a）、（b））は核兵器によるか否かを問わず成立するので、戦争犯罪（特に第八条二項（b）、（e））と同時に成立する可能性はある。

核兵器使用が戦争犯罪を成立させずに人道に対する犯罪のみを構成することは、核兵器使用を戦争犯罪から除外する解釈宣言等が付され、それが有効と判断されて人道に対する犯罪としてしか訴追できない場合くらいであろう。他にありうるとしても、一国内で内戦もない状況で核兵器が特定地域の住民を絶滅させるために突如使用され、使用自体では非国際的武力紛争にならないとされて仕方なく非国際的武力紛争の存在を前提としない人道に対する犯罪と構成するくらいである（しかしこれも普通は非国際的武力紛争とされよう）。

核兵器使用を人道に対する犯罪として構成する必要はほとんどないと思われるが、戦争犯罪と同時に、かまたは単独で成立する状況もない訳ではないのでその限りで核兵器と人道に対する犯罪の関係を論じる意味がある。

6 実定国際法からの議論の必要性あるいは *lawfare* について

核兵器の使用禁止や廃絶については、現行国際法の「正統的」議論からは閉塞的状态になつてしまつてゐることからして、それを打破すべく、ICC 規程四対象犯罪のような国際犯罪をより広い概念と思われる新奇な「反人道罪」としてまとめ直し、法的議論ができないかとの本シンポジウム主催者の意図はよく理解できる。しかしながら、核兵器使用と人道に対する犯罪との関連性は結局のところほとんど見いだせないことになつてしまつた。今後はこうした議論を実定国際法とどう結びつけることができるのか、つまり国際法の「正統的」議論とどう関連させるかの検討が進められることを期待する。

他方、核兵器と「反人道罪」の関連性の検討過程で、実定法的議論あるいは *lawfare* として追究できる問題を抽出することはできたと思われる。例えば、集団的戦時復仇が許容されるかは米の拡大抑止との関連で重要な論点である。その検討に際しては、英仏とは異

なり日本は第一追加議定書やI C C 規程が核兵器使用には適用されないとは明言していないことを改めて想起すべきである。加えて、やはり英仏や他の北大西洋条約締約国と相違し、日本は同議定書の戦時復仇禁止規定を何らの留保もなく受け入れている極めて人道的な国であることも忘れてはならない。保守的すなわち正統的な国際法学者すらも、これらの論点を効果的に提示すれば核兵器の使用禁止と廃絶を目的とする*lawfare*で相当の善戦ができると考えるのである。

註

(1) シンポジウム表題にある「反人道罪のない世界」の箇所は、「罪」がないとあるのであるから、文理的には、反人道的行為を行っても「罪」にならない世界となる。「不敬罪のない世界」といえば「不敬」行為はあっても「罪」に問わない良い世界を指すに同じである。しかし、前後関係からは「反人道罪」追及の要もない「反人道的行為のない世界」の意である。

(2) 集団殺害犯罪、人道に対する犯罪および戦争犯罪をあわせて「国際人道法の重大な違反」とする例は、旧ユーゴスラヴィア国際刑事裁判所規程第一条のように僅かながらある。それでもこれらをまとめて「反人道罪」や広義「人道に対する犯罪」とはいわれない。本シン

ポジウム主催者も右用語問題を認識し、本シンポジウムのチラシ「核兵器と反人道罪のな
い世界へ」で「反人道罪」ではなく「人道に対する犯罪」概念を説明している。

(3) 国際法専攻者からすれば核兵器の保有や使用が国際法上禁止されているか否かが唯一の
関心事で、禁止されていないとなれば後は政策の問題であるから思考を停止させる。他方、
国際政治学者にしてみれば国際法は一要素に過ぎない（また、国際法学者は法規範以外に
規範というに値するものはないということが多いが、国際政治分野では法規範以外の規範
があるという）。そこで、行為や政策が正当である（合法であるのみならず）という評価を
得るためには「法的」側面を含む全側面で正当の評価を得なければならぬ。

(4) 多くの国で自力救済を国内法上否定しなかった時代があるが、そうした時代の国内法が
法ではないという主張はなかったのではなからうか。国内法が自力救済を否定するに至っ
たのは近代になってからで、自力救済許容の法は法でないというのは近代国内法に過度に
引きずられたものであるように思える。

(5) 国家間紛争が生じればその当事国は自国の行為を国際法上正当化するのが常で、その正
当化が身勝手なものでも国際法の拘束性を前提とした行為といわねばならぬ。国際法の拘
束性を公然と否定することは稀といえる。しかし、翻って考えれば、なぜ強国でも国際法
を遵守する意思を完全には捨て去らないかは不思議といえは不思議である。

(6) 「いわゆる」無差別戦争観としたのは、文字通りいつでも戦争が合法とされるならば、国

国際法が規則を設定することは無意味となり、国際法は法的性質を喪失するからである。このためこの時代でも戦争は最後の自助としてのみ許容されたと考えるべきであろう。

(7) 国際人道法の語は赤十字国際委員会 (International Committee of the Red Cross、ICRC) が戦争法と呼ばれてきたこの規則群を人道的観点から再検討しようとして一九七〇年代に用い始めた。当初、戦争法のうち傷病兵、捕虜や文民等の戦争犠牲者の保護に関する規則 (ジュネーヴ諸条約に代表されるジュネーヴ法 (Law of Geneva)) を指していたが、次第に戦闘員間の戦闘その他敵対行為を規律する規則 (一九〇七年ハーグ陸戦規則や一九七七年第一追加議定書等のハーグ法 (Law of The Hague)) を包含するようになった。従って、国際人道法はハーグ法を今日含み、人や物の殺傷破壊を公然と合法とする法でもある。殺人を合法とする国内法は正当防衛や死刑執行を含む正当業務行為の違法性を阻却するもの他にはほとんどなからう。かかる法を「人道」法と呼ぶことはやはり問題がある。また、国家と国民の関係において前者の適切な作為不作為を求める「人権」法とも混同されやすい。さらに、警察必要や警察比例の国内法規則で暴力行使が制限され、国際人道法の規制からその点で外れていた内戦等の非国際的武力紛争にも国際人道法の全面的適用を行うべきとの主張が最近強くなっている。これも「人道」的な国際人道法で非国際的武力紛争も国際的のそれと同様に規制されるべきという考えによる。しかし、国際人道法が許容する殺傷破壊の範囲は警察必要や警察比例が許す範囲より広く、国際人道法の適用でかえつ

て被害が拡大する「人道化逆説」を見るであろう。国際人道法の呼称がこうした動きの一要因となったと思われる。

(8) ここでは自力救済は対抗措置を包含する広義の概念とする。対抗措置は二〇〇一年の国家責任条文のいうように被害国が加害国に「義務の履行を促す」ため自力で行う措置である(第四九条)。平時戦時の二元的構成で説明していた時代にあつては、武力を用いた平時復仇 (*pacific reprisals*) がこれに含まれ、法上の戦争もそのように説明できる場合があつた。自力救済には、対抗措置の他に事後的な懲罰が含まれよう。

(9) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996.*

(10) 二〇一四年にマーシャル諸島は核兵器国九カ国をICJに提訴した。ICJはこのうちICJ規程選択条項受諾を宣言しているインド、パキスタンおよび英について管轄権の有無を審理し、二〇一六年に管轄権を否定する判決を出した。英に関する先決的抗弁判決については以下を見よ。*Obligation concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgement of 5 October 2016, I.C.J. Reports 2016.*

(11) 敵による核兵器の第一撃が違法と評価されても、反撃としての核兵器使用が国際人道法違反を構成しなければこれを戦時復仇で説明する必要はない。従つて、戦時復仇は核抑止

- 論の主要な法的基盤ではあるが、核抑止論が戦時復仇のみに依存している訳ではない。
- (12) 集団的戦時復仇の問題は、本シンポジウムで討論者として登壇された吉田文彦長崎大学教授によりの確に提示された。国際法専攻者も詳細には検討していなかった論点である。
- (13) 東京地方裁判所昭和三八年一月七日判決。『判例時報』、第三五五号（一九六四年）。
- (14) 他に環境改変技術敵対的使用禁止条約がこの議定書と同時期に作成された。いわゆる平時を念頭に置く環境法関係条約が戦争時にも適用されればそれによる規制も考えられる。
- (15) こうした事項をとりあげて日本政府の姿勢を追及し、国会答弁等をえておくのが反核運動の *lawfare* としてとるべき戦術だったはずである。
- (16) 国際人道法違反行為にその違反行為で応えるのが戦時復仇であるから、戦時復仇としてなされる行為はその文脈から切り離せば違法と評価される。そうした場合に戦争犯罪として処罰対象になるかの問題もある。これを英は懸念し、ICC 規程締約国となる際に対象犯罪化を回避するための宣言を付した。

《主要参考文献》

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

真山全（二〇一四）「国際赤十字赤新月運動による核兵器使用法的評価——二〇一一年代表者会議決議——『核兵器廃絶への取り組み』日本赤十字社日本赤十字学園日本赤十字国際人道研究センター』『人道研究ジャーナル』第三号、六〇—一八頁

真山全（二〇一八）「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）（下）」広島市立大学広島平和研究所編『戦争の非人道性——その裁きと戦後処理の諸問題』広島平和研究所ブックレット第五巻、四九—九四頁

岩沢雄司編集代表（各年度版）『国際条約集』有斐閣

*謝辞

二〇一九年度国際シンポジウム「核兵器と反人道罪のない世界へ」における報告の機会を与えられたことについて関係各位に感謝申し上げます。