

**国際人道法の強行規範性と核兵器 核兵器の使用及び使用
の威嚇に関する国際司法裁判所勧告的意見における *jus in
bello* と *jus ad bellum*、そして法と政治 ***

篠田 英朗

広島大学平和科学研究センター

**Nuclear Weapons and International Humanitarian Law as
Jus Cogens: The Problem of *jus in bello* and *jus ad bellum* or
Law and Politics in the Advisory Opinion of the International
Court of Justice on the Legality of the Use and the Threat of
Nuclear Weapons**

Hideaki SHINODA

Institute for Peace Science, Hiroshima University

SUMMARY

The Advisory Opinion of the International Court of Justice on the legality of the use and the threat of nuclear weapons on July 8, 1996, was a historic achievement in the history of debates on the legality of nuclear weapons. It drew great attention of academics, governments, and civil society organizations and is now recognized as an important milestone for those who are interested in the issue of nuclear weapons. However, this does not mean that the Opinion concluded the debate on the legality of nuclear weapons. Rather, it stimulated further discussions and created new problems on the issue of the legality of nuclear weapons. This article is intended to examine the Opinion in order to identify the polemics that concern the very normative framework of current international society. The main focal point is the *jus cogens* character of international humanitarian law, which the Court avoided. In so doing, this article identifies the confusion in the Opinion and among the Judges about the relationship between *jus in bello* and *jus ad bellum* applied to the use and the threat of nuclear weapons. The article also argues that the notorious concept of “an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake” was an unfortunate result of sterile understanding of the relationship between law and politics.

はじめに

1996年7月8日に国際司法裁判所（ICJ）が出した核兵器の使用及び威嚇の合法性に関する勧告的意見は、多くの人々の注目を集めた画期的なものだった。ICJの歴史上類をみない数の政府が意見陳述に参加し、実際に政府代表を務めた者を含む国際法学者の間の議論も高まった。本稿はこの問題をめぐって展開された議論を総覧し、ICJの勧告的意見の問題性を指摘するものである。それにあたって本稿が着目するのは、ICJによって判断を回避された国際人道法の強行規範（ユス・コーゲンス）性という論点である。なぜならその点が、多くの国際法学者が指摘するICJ勧告的意見における *jus ad bellum*（武力行使に関する法）と *jus in bello*（武力紛争に適用される法）の関係をめぐる問題の背後にあると考えられるからである。¹本稿はそうすることによって、国際法学的観点からICJ勧告的意見によって何が表明されたと言えるのかを慎重に見極めつつ、それが国際関係における規範という大きな視野の中で持つ意味を探る。その際に筆者が別の機会に探求した国家主権論と国際的規範の関係が、²この核兵器使用・威嚇の合法性の問題において政治と法という対立図式の中で浮き彫りになったことが指摘されるだろう。

まず第一節において、問題の背景としてユス・コーゲンスの概念、そして *jus ad bellum* に対する *jus in bello* としての国際人道法の内容を検討する。次に第二節で、ICJ勧告的意見で表明されたことを確認する。さらに第三節においては、特に問題となった勧告的意見主文（2）E項をめぐって国際法上問題となる *jus ad bellum* と *jus in bello* の問題を、勧告的意見が暗示する政治と法の対比関係の視点から考察し、その問題が国際人道法の強行規範性という論点と結びついているという見解を提示する。第四節では、国際人道法の強行規範性に留意しつつ、勧告的意見から導き出される結論をICJとは異なる法的・政治的文脈で説明することを試みる。本稿は勧告的意見の推論にそって議論を進めるが、その注釈を目指すものではない。しかしある特定の政治的主張をもってそれを批判するものでもない。本稿の主要テーマは、あくまでも国際法体系における人道主義の強行規範性という論点から、勧告的意見を分析するものである。³

1 ICJ 勧告的意見

ICJ に対して 1993 年 5 月 14 日に世界保健機構 (WHO) によって、1994 年 12 月 15 日に国連総会によって、核兵器に関する勧告的意見を求める決議が採択された。これらの決議採択をめぐっては NGO と非同盟諸国の連携、それに対抗する欧米諸国との駆け引きが展開されたが、それは核兵器の問題をめぐって国際社会が大きく二分されていることを物語るものであった。勧告的意見は、そうした極めて「政治的」状況の中で要請されたのである。そのため勧告的意見表明を回避すべきだとの見方も根強かった。⁴ 質問が「政治性」を帯びているとの理由で法的判断を回避することはできないとし、13 名の ICJ 判事が勧告的意見表明を支持した。その結果、この「政治性」の問題は、実は勧告的意見の内容そのものに大きく反映されることになった。本節ではその点を勧告的意見主文にそって分析していく。

ただし勧告的意見の内容を検討する前に確認しておくべきは、ICJ に出された質問の性質である。WHO と総会の質問はほぼ同じ内容ではあるが、厳密にはやや異なったニュアンスを持っている。WHO からの質問は、「健康及び環境への影響という観点から、戦争又は他の武力紛争において国家が核兵器を使用することは、WHO 憲章を含む国際法上の義務の違反となるか」というものであり、総会からの質問は、「核兵器の威嚇又は使用は、いかなる状況においても国際法上許容されるか」というものであった。前者が「健康及び環境への影響」に着目し、国際法上の義務の中で特に WHO 憲章に言及していることは、WHO という組織の性格から当然だったろう。それに対して総会からの質問はより一般的な形での質問となっている。だがそれに付随して生じた重要な相違は、WHO の質問が「戦争又は他の武力紛争において国家が核兵器を使用すること」という問題設定をしているのに対し、総会の質問の内容が「核兵器の威嚇又は使用」と広げられていることである。前者においては、その表現から適用されるべき国際法が、武力紛争に関する国際法、つまりいわゆる国際人道法と呼ば

れるものであることが示唆されているのに対し、後者はそれを当然含みながらあらゆる国際法規則が検討の対象となるべきことを示している。ICJは最終的にはWHOからの質問に対しては、ICJが管轄権を有していないとして勧告的意見を与えることを拒み、総会からの質問のみに答えるという決定を下した。⁵おそらくこの判断は法的に言えば妥当であったと思われるが、結果としてアプローチの視座に微妙な変更がもたらされることになった。WHOの質問においては、核兵器が国際人道法との関係でどのように評価されるかが問題になるはずであった。しかし総会の質問において核兵器と国際法全体との関係が問われることにより、国際法の中で国際人道法がどのように位置づけられるのかという問題が重要なものとなったのである。この点は本稿の主題と関わるものであり、後にまたふれることになる。

さてICJは総会からの質問に対して出した勧告的意見において、まず主文(*dispositif*) (1)において総会の要請に答える義務を認定し、さらに主文(2)において総会の質問に対する返答を試みた。本稿が検討対象とするのは、勧告的意見の実体的側面をなす主文(2)である。以下で主文(2)の各項目の内容を一つ一つ確認していく。しかし本稿はそれらに関連するあらゆる問題を包括的に論じることを目的とはしていないので、主文(2)全体の意味内容を確認しつつ、本稿の主題である国際人道法の強行規範性という視点から問題になる部分を特に考察していくことにする。

核兵器の合法性に関する国際法規の不存在

主文(2)はAからFまでの6つの項目から成る。Aは全員一致で、以下のように述べる。「慣習国際法においても条約国際法においても核兵器の威嚇又は使用を特定の認可する(*authorize*)ものはない。」つまり核兵器の威嚇・使用が合法だと明示する国際法規はないということである。この一文が全員一致で採択されたのは、あるいは当然のことかもしれないが、しかしある一定の重要性を持っている。これは決して核兵器に関する国際法規が存在していないことを意味しない。それどころか核不拡散条約、核実験禁止条約、種々の非核地帯条約など、核兵器を対象にした国際法規は多く存在する。これらの国際法規の存在

と、核兵器保有国の実践によって、核兵器の威嚇・使用が慣習的に合法化されているとする見解は、学説上存在する。しかしICJはこの(2)A項によって、「特定の」という留保をつけながら、事実上そうした見解に否定的意見を提示したわけである。

このことが意味するのは、核兵器の違法性が立証された場合、核関連の条約はその意味を変質せざるをえないということである。一連の核関連条約の存在だけでは核兵器の合法性は保証されないということは、理論的に言えば、通常の条約の上位に位置する法規によって核兵器の違法性が証明されうるということの意味する。つまり1969年「条約法に関するウィーン条約」の論理にしたがえば、「強行規範(ユス・コーゲンス：*jus cogens*)」性を持つ法規によって核兵器が違法とされた場合、核兵器の合法性を前提にした条約は無効となる。⁶もっとも現存しているのはあくまでも核兵器の保持や実験に関する条約だけであり、核兵器の威嚇・使用に関する条約は存在しないということは指摘しておくべきだろう。しかしいずれにしても一連の核関連条約によって現存の核保有国による核兵器の威嚇・使用が合法だと推定できるとの議論は、ひとたび違法性を認めるユス・コーゲンスが「認定」もしくは「発見」されれば、崩壊するものではない。

実際にそうした事態を引き起こしかねない国際人道法の強行規範性という点については、ICJは判断を回避した。しかし一連の核関連条約の存在だけでは核兵器の威嚇・使用の合法性を保証しないということは、少なくとも理論的には違法性を示すユス・コーゲンスが存在しうることを意味するはずである。

核兵器の違法性に関する国際法規の不存在

主文(2)B項は、あるいは同じように見える内容を逆の視点から述べている。11対3で採択されたB項によれば、「慣習国際法においても条約国際法においても、核兵器の威嚇又は使用それ自体を包括的かつ普遍的に禁止するものは存在しない。」これも核兵器の威嚇・使用禁止条約といったものがない以上、しかも原爆が広島と長崎に投下されたまま誰にも何の責任も問われていない以上、ある意味では当然のこのように見えるかもしれない。またA項と同じことを逆

の視点から言ったにすぎないようにも見える。しかしここで 3 人の判事が反対意見を表明したように、B 項は決して何の論点もない文章ではない。というのは I C J に意見陳述を行った国々の多数派は、幾つかの国際法規が核兵器を禁止していると主張していたからである。⁷

国際人権法と国際環境法がすでに核兵器の威嚇・使用を禁止しているとする見解もある。⁸しかしそれ以上に有力なのは、一連の国際人道法の諸規定が核兵器を禁止しているというものである。⁹たとえば日本の「原爆裁判」が、その鑑定人となった 3 名の国際法学者とともに、広島・長崎に対する原爆投下を国際法違反としたのは、そうした人道法規のゆえであった。¹⁰あるいはかつてシュワルツェンバーガーが核兵器の違法性を主張したのも、人道法の一部である毒ガス議定書に依拠してのことであった。¹¹人道法の中核部分が慣習法となって非条約加盟国をも拘束することは、今日では広く諸国の政府や国際法学者によって認められている。もちろんいかなる国際人道法も核兵器を明示的には禁止していない。

したがってこの B 項の文章は、国際人道法と核兵器使用が少なくとも常に矛盾するものではないことを含意している。あるいはそれが極めて難しいとしても、理論的には両立する余地があると I C J が判断したことを意味している。果たしてどのようにして両立しうるのかは明らかではない。しかしいずれにしても核兵器は、特に限定的に使用された戦術核兵器は、盲目的な殺戮兵器ではない、という英米などの核保有国の主張を考慮したと推察できる余地を、この B 項は持っているわけである。¹²

核兵器と *jus ad bellum*

主文(2) C 項は核兵器使用と武力行使に関する法、*jus ad bellum* との関係を述べたものである。I C J は全員一致で次のように言う。「国際連合憲章第 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による武力行使又は威嚇は、違法である。」まず憲章第 2 条 4 項に違反する武力行使が違法であることは今日ユス・コーゲンスの地位を与えられている規範であり、これを逸脱することは少なくとも同じユス・コーゲンスの地位を持つ他の規範に依拠する場合

でなければあり得ない。そこで問題となるのは、第 2 条 4 項が最初からその適用外としている自衛権を規定する第 51 条である。

自衛権とは武力行使を受けた国が自衛のために武力を行使する権利であり、これは国連憲章以前から認められた法規だとされている。ただし自衛のためという名目であればいかなる武力行使も許されるわけではない。国際法上違法な兵器を用いることは自衛の場合であっても許されない。また自衛には必要性和均衡性の二要件を満たすことが慣習国際法上要求される。必要性とは武力行使に訴える以外に自衛の手段がないという要件であり、均衡性とは受けた武力行使に対して均衡のとれた形で自衛権を行使するという要件である。ICJ は復仇の問題も均衡性の原則によって規律されると述べている。¹³

C 項に関して全員一致となった ICJ の判事の中には、必要性和均衡性の原則を満たせば核兵器使用は合法であるとする者と、それらの原則を満たすことは不可能であるので核兵器使用は違法であるとする者が混在している。したがって *jus ad bellum* の解釈の余地をどのように考えるかによって、つまり核兵器は必要性和均衡性の原則を満たす形で使用されうると考えるかどうかによって、全員一致で採択された C 項にもかかわらず、核兵器使用それ自体の合法性に関する異なった判断が生まれてくるわけである。

核兵器と *jus in bello*

続くやはり全員一致で決せられた D 項において、ICJ は武力紛争に適用される法、*jus in bello* の観点から次のように述べる。「核兵器の使用又は威嚇は、武力紛争に適用されうる国際法、特に国際人道法の諸原則や諸規則の諸要件、ならびに核兵器を明文で扱う条約その他の約束の下での特定の諸義務との要請とも両立するべき(should)である。」果たしてこの「べき」から何を汲み取るべきかは必ずしも明らかではないが、少なくとも多数決によって *jus in bello* に反する核兵器使用が違法であるという判断を ICJ は下したのだと言える。もっとも直接的に *jus in bello* 違反の核兵器使用は違法だとの表現にしたならば、核兵器使用合法論者の判事の離反が起こり、全員一致は得られなかったかもしれない。

「核兵器を明文で扱う条約その他の約束」に違反してはならないことは条約法

の観点から当然であると思われるので、D項で論点になるのはやはり核兵器と武力紛争に関する法、国際人道法と核兵器使用・威嚇の関係である。ICJは*jus ad bellum* ほどに強くではないが、しかし極めて明確に*jus in bello* が核兵器使用に関して適用されることを宣言した。D項におけるその点の確認によって、当然核兵器の使用・威嚇は違法となるとの結論に達する判事たちは、「包括的かつ普遍的」に国際法は核兵器を禁止すると考えてB項において反対票を投じた3人である。しかしその一方において、その他の残りの判事たちは、国際人道法が適用されても核兵器使用は少なくとも「包括的かつ普遍的」には禁止されないと考えたわけである。なぜだろうか。

その中には種々の意見がある。一つは*jus ad bellum* での必要性の原則が国際人道法における違法性を阻却する（ギョーム判事）もしくは違法性を論証できなくする（フライシュハウアー判事）という見解である。これは多くの学者の厳しい批判の対象になっている。¹⁴もう一つは核兵器が国際人道法に違反しない形で使われうるとの見解である。実際のところアメリカとイギリスは意見陳述において、戦術的に開発されて使用された核兵器は、特に市民の居住地区以外で使用された場合、国際人道法に違反しないと主張した。シュベール副裁判長（アメリカ出身）とヒギンズ判事（イギリス出身）はそうした主張を支持しているようである。もちろんその場合でもある程度の非戦闘員や環境への被害は予想されるが、期待される軍事的利益に比して違法とは言えない程度におさまらうるのである。こうした見解は、実際にそのような状況がありうるのかという疑問は別にして、少なくとも理論的には、核兵器使用の合法性の余地を認めることになる。これらの諸見解の複雑な関係が、多くの議論の対象となったE項での混乱の原因となる。

一般的違法性

C・D項の*jus ad bellum* と*jus in bello* の検討を通じて、ICJはE項前段において次のような判断を示す。「上記の諸要件から核兵器の威嚇又は使用は武力紛争に適用されうる国際法の諸規則、特に国際人道法の諸原則や諸規則に一般的に反するだろう(would generally be contrary to)ということになる。」この極めて

曖昧で慎重な前段の文章は、後段と一体のものとして票決に付され、7対7の同数の後、裁判長の決定投票で採択された。完全に半分に割れた判事たちが採択したこの曖昧な文章は、あるいは厳密な意味で法規範を表明したものとは言えないかもしれない。ここで用いられている「It follows from the above-mentioned requirements」という表現は、この文章がここまでの観察から当然論理的に導き出されると言おうとしているかのようだ。だが分裂した票決は、その論理的推察がICJの判事をもってしても全く明快ではなかったことを物語る。もちろんそれだからこそ、このE項の背景に根深い法的かつ思想的対立を読み取ることができるわけでもある。

ICJが「一般的に」という表現で何を意味しているのかについての詳しい説明はない。しかしおそらくはD項で示された諸要件を核兵器使用・威嚇が満たすことが極めて困難であるとの認識が、この表現につながっているだろう。具体的に国際人道法のどの規定がここで想定されているのかについての説明はない。しかし主として「差別の原則」と「不必要な苦痛の禁止の原則」が適用されているのだろうということが、理由づけの議論から推論できる。¹⁵ B項で核兵器使用・威嚇は「包括的かつ普遍的に」違法だと考えた3人の判事（彼らはE項には反対票を投じた）とこのE項前段に賛成票を投じた7人の判事たちによって、核兵器の使用・威嚇と国際人道法は少なくともほとんど両立不可能だと認められた。しかしICJは、E項後段によって、この両立不可能性に例外があること、つまり「包括的かつ普遍的」ではないことを容認した。¹⁶ この留保が「一般的」という表現になっていると見られる。「一般」があれば必ず「例外」があるからである。

自衛の極端な状況の例外

勧告的意見において最も批判を集めたのが、E項の後段である。それは次のような表現になっている。「しかしながら、国際法の現状から見て、また確認できる事実の要素から見て、核兵器の威嚇または使用がある国家の生存そのものが危機に瀕しているような自衛の極限的状況において(in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake)合法であるか

違法であるかを、裁判所は明確に決することができない。」司法裁判所としては驚くべき率直さで法的判断の限界を告白したこの一文は、勧告的意見の最大の特徴を表現するものとしてみなされ、またそれゆえ多くの批判を集めてきた。¹⁷ 本稿は以下の諸点を E 項後段から読み取れる特徴として指摘しつつ、この ICJ 勧告的意見主文(2) E 項後段が、ある特定の「国家」観もしくは法と政治の関係の認識から生まれたものであると論じる。

第一にわかるのは、E 項前段がいわば「法的推論」によって導き出されるものを示した形になっているのに対して(事実上半分以上の判事はその推論に納得しなかったのだが)、後段がそうした「法的」なものに対比されるものとしての「現在の状況」や「事実の諸要素」を考慮した結果という構図になっていることである。具体的には何も ICJ は例示しないが、そうした「現在」や「事実」への言及は、核抑止論への信奉や長年の核兵器製造・所有の実践あるいは新型核兵器の開発などの政治的事情を暗示していると考えられる。つまり ICJ は法的推論と事実・現実・政治を相対立するものとして提示し、それによって一般的原則と例外との関係を説明したのである。E 項の前段と後段は全く異なる結論を総会の質問に対して与えることになるが、それは法と政治の間の矛盾によって起こるのだと、ICJ の勧告的意見は言っているように見える。

第二に、この政治性への法的推論の屈服によって、「国家の生存そのものがかかっているだろう自衛の極端な状況」という国際法では新奇な概念が導入された。この概念については全く国際法になじまないものだとの批判が強くなされている。¹⁸核保有国ですらこのような主張をほとんどしていない。¹⁹この国際法では新奇な概念によって、いわば勧告的意見に「非」国際法的部分が作り出された。それが「一般的」違法性の抜け穴としての「例外」が位置づけられた法的には真空の場所である。そしてこの真空の場所を措定することによって、完全合法と完全違法の間に作り出された「一般的」違法性という説明が成立した。この「非」国際法的概念の導入は極めて意図的だったと推察できる。²⁰それは結論的な語句を挿入するという分裂した ICJ 判事たちには困難な作業を、かろうじて可能にするための措置だった。法と政治の間の矛盾という構図が、その困難を可能にするための論理であった。

第三に、その結果としてICJが「現在」と「事実」を構成する政治的世界を象徴するものとして考える「国家」が、例外をつくりだすことができる究極的な存在として現れることになった。²¹このE項の前段と後段から読み取れるものは、法的規範は国家による政治的实践を完全には屈服させることはできない、という態度である。あたかも19世紀伝統的国際法時代にドイツを中心とする国家法哲学で概念化された擬似有機的実体としての主権国家の絶対性への信奉が、現代ICJの勧告的意見に「非」国際法的な政治的世界の代表として現れたかのようである。しかしダニエル・ワーナーが指摘しているように、国際政治学の分野ではこのような国家観は次第に時代遅れのものになりつつある。²²また国際法の分野においても、国際人道法の専門家たちが、フライシュハウアー判事の見解を第一次世界大戦後に否定されたドイツ帝国の「戦争理性(Kriegsraison)」の論理に通じる「ヘーゲル的」で「危険なもの」だと非難している。²³

第四に、「自衛の極端な状況」という例外規定は、*jus ad bellum*に関するものであると思われる。E項を一読すると、「自衛の極端な状況」になると*jus ad bellum*における違法性阻却事由が*jus in bello*における違法性阻却事由ともなると言っているように見える。つまり*jus ad bellum*が*jus in bello*を凌駕すると言っているように見えるのである。フライシュハウアー判事は個別意見において、それを率直に認めてしまったかのようである。だがこれに対してはベジャウィ裁判長が、「自衛の極端な状況」における核兵器使用・威嚇であってもやはり*jus in bello*に合致しなければならないと釘をさしている。フライシュハウアー判事の見解は、*jus ad bellum*と*jus in bello*の二つを別個の法体系とみなし、二つの領域における要件を満たさなければ合法性は証明されないという国際法上の原則を逸脱するものである。これに対して法的な一貫性を保つための唯一可能な解釈は、ヒギンズ判事が述べたように、「自衛の極端な場合」が*jus in bello*において比較衡量の対象としての軍事的必要性を構成するとするものである。

第五に、したがってヒギンズ判事の解釈から、国家理性論とは異なる解釈が勧告的意見から引き出されることになる。「自衛の極端な状況」においてもやはり*jus in bello*が適用されるとすれば、後段は単に*jus ad bellum*における自衛権が、核兵器使用・威嚇の場合にはより厳格に、必要性和均衡性の原則にのっとり

適用されるということの意味するにすぎなくなるだろう。そうなると前段の *jus in bello* による「一般的」違法性の意味が重くなる。ICJは明示的には例外的事態を示さなかったということになり、原則禁止としての意味が増すからである。この場合、「一般的」というのは、単に理論的に国際人道法と合致する合法的使用の可能性を抽象的な形で完全に否定することはしないというだけの意味になるだろう。

交渉を遂行し完了する義務

ICJは勧告的意見を異例の一種の政治的アピールで結んだ。全員一致の主文(2)F項は以下の通りである。「厳格かつ実効的な国際的管理の下でのあらゆる面での核軍縮に導く交渉を、誠実に追求し、完了させる義務が存在する。」この一文に国際司法裁判所の勧告的意見として何らかの法的意味があるのかは疑問である。「完了させる義務」に言及したという点で評価する者がいないわけではないが、そうした政治的アピールの有無によってICJが評価されるべきとは思えない。この一文は、E項においてICJが露呈した、あるいは逃げ込んだ、法と政治の間の陥穽を、全面核軍縮条約が埋めてほしいという期待を表明したものにすぎないと言うべきだろう。²⁴ただしそのような条約が生まれればもはやICJの勧告的意見も必要ではなくなるわけだから、ICJがいかに国際「政治」を抗いがたい壁として認識しているかが窺い知れる。

2 国際人道法と核兵器

すでに見たように勧告的意見は核兵器をめぐる国際法規範に重大な示唆を与えながら、最後には法と政治の間にその姿を隠してしまうことになった。結果として、核兵器使用・威嚇はどの程度まで合法なのか違法なのかという問題は解決されないまま残った。勧告的意見主文にそっても、二つの微妙に異なった解釈が与えられる。一つは、核兵器は法的推論を行えば国際法規と合致しないように見えるが、「自衛の極端の状況」において使用されるのであれば、そうした法的議論を逸脱することが許されるという見解である。第二は、核兵器使用・

威嚇は *jus ad bellum* の観点からは「自衛の極端な状況」という通常の武力行使よりも厳しい規準でその合法性を審査せざるをえない。また *jus in bello* の観点からすれば、合法的な使用の場合を想定することは著しく困難である。ただし核兵器が明示的に禁止されておらず、抽象的なレベルにおいてあらゆる核兵器の使用・威嚇が必ず違法となるとは断言しにくいので、具体的事例において違法性が確定されなければならない。

つまり第一の見解によれば、核兵器使用・威嚇は事実上ほとんど合法とみなしてよいという含みがある。核兵器が使用されるのはいずれにしても国家が自衛の状況にある場合だろうから（そうでなければ憲章第2条4項違反となる）、核兵器使用・威嚇を違法と確定できる事態は想像しづらい。なぜなら国家の自己判断による「自衛の極端な状況」の認定という *jus ad bellum* の特別論理で、*jus in bello* の違法性が阻却されてしまうからである。第二の見解は、核兵器使用は常に国際人道法に合致しなければならないというものである。軍事的必要性も認められはするが、それはあくまでも国際人道法における違法性の阻却事由にすぎず、厳しく審査されなければならない。

このような相違を見たとき、核兵器使用・威嚇の合法性に関する議論の焦点が、国際人道法の強行規範性の有無にあることがわかる。ICJはこの論点について意図的に判断を避けたが、しかしそれは決して簡単に看過できるものではないと思われる。なぜなら *jus ad bellum* が *jus in bello* に優越するかどうかは勧告的意見での一つの論点であったが、その問題への回答は、国際人道法の強行規範性の有無によって左右されるからである。もし強行規範性があるのであれば、教条的な国家主権概念が国際人道法を自由に蹂躪できるかのような見解を防ぐことができるのだからである。²⁵

国際人道法の強行規範性については、幾つかの国がICJに提出した意見の中で主張したものであり、²⁶勧告的意見もこれを完全に無視したわけではなかった。しかしICJは以下のように述べて判断を回避したのである。

「(幾つかの諸国の)陳述書において人道法のこれらの諸原則と諸規則が1969年5月23日ウィーン条約法条約第53条に規定されたユス・コーゲンスの一部であるとされた。ある規範がユス・コーゲンスの一部であるかどうかという問

いは、その規範の法的性格による。当裁判所に總會によってなされた要請は、核兵器に訴えた場合の人道法の諸原則と諸規則の適用可能性と核兵器に訴えることの合法性に対してその適用可能性が導き出す結果についての問題を提起した。しかしそれは核兵器使用に適用されるだろう人道法の性格についての問題を提起していない。したがって当裁判所がその事柄に関して述べる必要はない。」²⁷

おそらくICJの見解は、この部分だけをとってみれば、反論の余地のないものかもしれない。²⁸確かにまずもって重要なのは国際人道法が適用されたとき核兵器使用の違法性がどのように判断されるかということであり、国際人道法がユス・コーゲンスであるかどうかは二次的な論点でしかないように思われる。しかしすでに見たように、ICJが主文(2)E項において導き出した結論から逆に考えてみるならば、この問題は決して二次的なものではない。なぜならそこで問われたのは、果たして「自衛の極端な状況」が国際人道法からの逸脱を正当化する理由になるかどうかであったからだ。²⁹もし自衛権行使の延長としてこの表現を捉えつつ、逸脱が正当化されるならば、*jus ad bellum* に対して *jus in bello* が劣位に置かれることになり、ガードムが危惧するように国際人道法は核兵器使用に関して無に等しくなってしまう。³⁰

国際人道法が核兵器使用に関しても適用されることは、核保有国によってすら認められていることである。アメリカもイギリスも国際人道法が核兵器に適用されないとは主張しなかった。ただ核兵器が国際人道法違反とならないような形で使用されうると主張していたのである。勧告的意見の主文(2)E項が持つ最大の危険性は、このような核保有国ですら認めた国際人道法の普遍的適用可能性を逸脱する余地を解釈的に与えてしまうことにある。イギリス政府代表部の一員としてICJでの意見陳述に加わったグリーンウッドは、フライシュハウアー判事の見解を批判し、そのように国際人道法の逸脱可能性を国家主権の拡大解釈から認めることはドイツの戦争理性論にもつながると警告した上で、次のように述べている。

「しかしながら、裁判所はこのような種類のいかなるものをなすことも意図していなかったようである。われわれが見たように、意見の主要部分は武力行使

に関する法と国際人道法の諸原則との関係について正統な見解をとっている。さらに上記の理由により、段落 2 E の前半部分は核兵器のあらゆる使用が人道法に反すると仮定しているものとして読まれるべきではない。裁判所はしたがって核兵器使用が、ある種の状況に置いては、*jus in bello* と両立しうるかもしれないという可能性を残したのだ。...それゆえその段落の後半部分を *jus in bello* に対立するものとして *jus ad bellum* を定立したものとして読む必要はない。」³¹

国際人道法をユス・コーゲンスの一部であると表明するにせよしないにせよ、国際人道法を安易に無視され得ない法規範であるとするは、核保有国ですら認める今日の国際法体系の重要原則なのである。したがって勧告的意見が国家理性論の人道法に対する優越を認めたとして解釈することは、慎まなければならない。核兵器の合法性の問題を核保有国と非保有国の間の政治的駆け引きに還元してしまうとき、国際人道法の強行規範性の重要性が見失われてしまう。法と政治を安易に対立させ、将来の核軍縮に望みを託す以外には、問題を理解する方法がないという結論に陥ってしまう。核保有国が国際法上の原則を認めることをも単なる政治的詭弁と決め付けて、その原則が政治の前では無に等しくなるとすることは、抽象的に設定した「政治」によって現実世界の法的原則を安易に踏みにじることに等しい。

3 国際人道法の強行規範性と核兵器の合法性

ICJ は国際人道法がユス・コーゲンスの一部であるかどうかについての判断を避けたが、事実上同様の結論に達したという指摘もある。なぜなら勧告的意見段落 79 において次のように指摘しているからである。³²「疑いなく武力紛争に適用されうる人道法の大多数の諸規則は人間に関してそして 1949 年 4 月 9 日のコルフ海峡事件判決で当裁判所が述べたように(I.C.J. Reports 1949, p. 22)『人道の基礎的考慮』に関して非常に根本的であるので、ハーグ及びジュネーブ諸条約は広範な加入を得ている。さらに国際慣習法の逸脱されてはならない(intransgressible)諸原則を構成するがゆえに、それらの根本的諸規則は、それらを規定する諸条約に加入しているかどうかを問わず、全ての国家により遵守さ

れるべきものである。」³³

国際人道法がユス・コーゲンスであるかどうかという定義上の問題は回避しながら、しかしICJがこのように国際人道法のある種の強行規範性を確認しているとすれば、われわれはやはりそれにしたがって勧告的意見全体を解釈しなければならないはずである。そのときに *jus ad bellum* によって *jus in bello* の違法性が阻却される可能性はなくなり、あたかも勧告的意見がいびつな国家主権論によって国際法規範が逸脱されることを容認したかのような議論を防ぐことができるだろう。それではこのような国際人道法の強行規範性を確認することによって、核兵器使用・威嚇の合法性をどのように整理して理解できるのだろうか。

たとえば核兵器の放射能をもって「毒」として、毒ガス議定書を適用することによってその使用を違法とする見解は多くの学者の支持を得てきた。その一方でそのような議論は毒ガス議定書の不当な拡大解釈だという主張もなされてきた。少なくとも言えることは毒ガス議定書によって核兵器が禁止されるということは、核保有国が国際人道法の遵守を表明したときに想定していたものではないということである。またICJもこのような解釈をとっていない。

核兵器の禁止を明言する国際法規はないとのICJの立場に立てば、適用される国際人道法の原則は、「差別原則」と「不必要な苦痛の禁止原則」だということになる。すでに見たように国際人道法によって、戦闘員と非戦闘員を無差別的に攻撃することは禁じられる。また不必要な苦痛を与える兵器の使用も禁止される。そうすると今度は一見したところ核兵器を合法的に使用する余地はないかのように見える。しかし核保有国の主張によれば、核兵器技術の発達により差別的に軍事目標主義を貫いて核兵器を使用することは、付随的な非戦闘員への被害は起こったとしても、可能になったという。非核保有国はもちろんこれを否定する。また核保有国は「苦痛の必要性」は、与えられる苦痛と軍事的効果との比較においてはじめて必要であったかが認定されるとし、核兵器をもってしか達成されない軍事効果を追求するときにやむをえず発生する苦痛は、必要なものだとして主張する。もちろん非核保有国などはこれを否定する。

私見では、ICJはこれらの見解に最終的結論を下す必要はないし、また下す

べきでもない。核兵器は国際人道法にのっとって使用されうるかもしれないし、使用されえないかもしれない。あるいは現在不可能であっても、将来可能になるかもしれない。少なくともICJは、多くの人々の常識的判断にそう形で、核兵器が国際人道法に両立する形で使用されることは極めて困難だとの判断を示し、その「一般的」違法性を宣言した。しかしそれにもかかわらず核兵器の合法的使用の可能性は論理的には全て排除しきれないとする見方もあり、実際のところ具体性を欠いた形で要請された質問に答える限り、ICJがそのような論理的可能性を究極的には排除しきれないのはやむをえないところであろう。われわれは「一般的違法性」をこのように解釈し、その「一般的」という表現が、勧告的意見要請の抽象的性質のために生まれたものだと考えるべきではないだろうか。たとえば要請が広島・長崎への原爆投下、あるいはアメリカのイラクに対する湾岸戦争時の特定の場面を想定しての特定種類の核兵器使用という具体的想定に関するものではあれば、³⁴違法性(もしくは合法性)の判断は「一般的」なものではなく、むしろより明確で具体的なものになったであろう。しかし「一般的」な形で提起された質問に「一般的」な形で返答することは、全く不自然なこととは思われない。³⁵

われわれはこのようにICJの勧告的意見を解釈するべきではないだろうか。あくまでも現存の国際法の原則にてらして、その枠組みの中で、与えられた要請の限界を考慮して、その意味内容を冷静に理解するべきではないだろうか。いたずらにICJの文言から新しい原則や、法則のように信奉される法と政治の関係などを引き出すことは、法解釈機関であり法創造機関ではないICJの性格を無視することに等しい。そしてあくまでも核保有国も非核保有国も承認する国際社会が依拠する枠組みの中で核兵器使用・威嚇の合法性の問題を検討するならば、われわれはICJの勧告的意見とともに、国際人道法の強行規範性を遵守しなければならない。

その遵守が必ずしも核兵器の絶対的禁止を意味しないことは、あるいは残念なことかもしれない。国際人道法と核兵器の両立可能性を、たとえ論理的可能性だけにせよ、認めることは、無意味な学問的思考の産物だとの批判を受けるものかもしれない。しかしわれわれが目的とするべきなのは、人道的原則を維持

し、その遵守を訴えることである。その当然の帰結として「一般的に」、つまり現実的に想定しうるほとんどの状況において、核兵器の使用が許されないことは強調すべきだろう。ただし核兵器禁止をあたかも人道的原則遵守に先立つものであるかのように振る舞うとすれば、むしろわれわれは最も重要なものを見失ってしまうことになるのではないだろうか。

4 結語

政治と法は長い間対立するものとして考えられてきた。国際関係学において現実主義が隆盛した際、彼らの「政治的現実主義」に対置されたのは、法的アプローチであり、それはユートピア的道德主義と同視されてしまうようなものだった。³⁶しかし法を道徳と同一視し、政治を国家間の権力闘争と同一視するのは、過度の単純化だといえよう。³⁷国際法は単なる道徳的規範ではないし、国家中心主義的な性格も強い。また国際政治に非国家的側面があること、道徳・倫理・価値観も国際政治の重要な要素であることは、言うまでもない。政治と法の分離性はどんな国内社会でもあてはまると思われるが、その事情は国際社会で弱まるどころか、むしろより強くなると思われる。

国際社会を倫理的なものにする努力を否定する者はほとんどいない。現実主義でさえ「結果責任」において倫理的であろうとする人々の立場である。ただ国際的倫理がまっすぐに進んでいかないように見えるのは、倫理的価値観とは一元的なものではなく、複雑な状況の中で発達していくものだからなのである。その複雑な倫理性を政治と法という二元法で理解し処理しようとするのは、極めて安易な態度である。政治が法と無縁に存在しうると考えるのは幻想であり、政治と切り離された純粋な法的活動などはない。しかし法と政治が交錯するのは、安易に「国家の生存」などと定義づけられた政治の領域が、純粋な法的領域を侵犯するためなどではない。純粋な法的活動も政治的な意味を持つという点において、両者は重なり合うのである。

ICJの勧告的意見を「国家理性」信奉や「核廃絶」信奉から批判することだけが政治的な活動なのではない。それを倫理的なものとしての国際法体系の中

で理解することこそが、現実的な政治的意味を持つはずなのである。本稿が国際人道法の強行規範性をあくまでも法的に問おうとしたことは、そうした認識に立ってのことである。

註

- * 本稿は広島大学平和科学研究センター（編）『IPSHU 研究報告シリーズ研究報告 NO.27：「ポスト冷戦時代の核問題と日本」プロジェクト報告書』（2001年）掲載の「核兵器使用と国際人道法 1996年核兵器使用と使用の威嚇に関する国際司法裁判所勧告的意見を中心にして」の延長線上にあるが、平成11年度上廣倫理財団研究助成「国際社会における強行規範（ユス・コーゲンス）の研究」の成果の一部でもある。
- ¹ 武力行使に関する法(*jus ad bellum*)は、武力行使の禁止（国連憲章2条4項）とその例外規定としての自衛権（同51条）あるいは強制措置（同7章）などに関する法のことを指す。つまり武力行使を行うことの合法性に関する法である。それに対して武力紛争に適用される法(*jus in bello*)は、いわゆる国際人道法と呼ばれる1949年ジュネーブ諸条約や1977年追加議定書などを中核とし、武力行使の方法を制限する法を指す。つまり武力行使の行い方の合法性に関する法である。中世以来、両者の区別によって、目的において正しい戦争も手段において不正となりうること、またその逆がありうるということが指摘されてきた。今日の国際法も両者を区別し、両面から武力行使を制限している。
- ² See Hideaki Shinoda, *Re-examining Sovereignty: From Classical Theory to the Global Age* (London: Macmillan, 2000)、拙稿「国家主権概念の変容 立憲主義的思考の国際関係理論における意味」、日本国際政治学会編『国際政治第124号：国際政治理論の再構築』、2000年、拙稿「国家主権概念をめぐる近代性の問題 政治的概念の『エピソード』の探求」、広島大学総合科学部紀要ⅠⅠ『社会文化研究』第25巻、1999年12月、参照。
- ³ 勧告的意見にいたるまでの核兵器使用の合法性をめぐる種々の議論や、ICJにおける各国の意見陳述およびICJ判事の個別意見を、日本語での資料提供の意味も含めて扱ったものとしては、上述の拙稿「核兵器使用と国際人道法」、参照。
- ⁴ See, for instance, “Dissenting Opinion of Judge Oda”.以下、各判事の個別意見は、<http://www.icj-cij.org/icjwww/icasess/iunan/iunanframe.htm> 参照。See also Christopher Greenwood, “*Jus ad bellum* and *jus in bello* in the Nuclear Weapons Advisory Opinion”, in Laurence Boisson de Chazournes and Philippe Sands (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), pp. 265-266.
- ⁵ WHOの要請に対して管轄権を認めなかったのは、「本問題が、要請機関の活動の範囲内で生じるものでなければならない」という要件をWHOの質問が満たしていないと判断したためである。これは11対3の票決で決められたが、反対意見はシャハブディーン、ウィーラマントリー、コロマの三判事から出された。総会の要請に対して管轄権を認めることは、唯一勧告的意見を出すことに反対票を投じた小田判事

を含めて、異論のないことであった。小田判事の反対意見は裁量権に基づくものであった。

- ⁶ 条約法条約第 53 条「締結の時に一般国際法の強行規範に抵触する条約は、無効である。」条約法条約第 64 条「一般国際法の新たな強行規範が成立した場合には、当該強行規範に抵触する既存の条約は、効力を失い、終了する。」なお国際社会におけるユス・コーゲンスの意味については、拙稿「国際社会における強行規範（ユス・コーゲンス）の持つ意味 国家主権原則と人道的価値の倫理的統一性」（平成 11 年度上廣倫理財団研究助成報告論文）を参照。
- ⁷ See the website of the ICJ: <http://www.icj-cij.org/icjwww/icasess/iunan/iunanframe.htm>
- ⁸ たとえば国際人権法については、市民的及び政治的権利に関する規約第 6 条の「生命に対する権利」があげられる。しかしこれは ICJ によれば、「恣意的に生命を奪われない権利」を意味しているのものであって、合法的に開始されて行われる戦争における生命の剥奪は「恣意的」なものとはいえない。何が恣意的であるかどうかは武力紛争法に依拠して決められるので、結局のところ問題は国際人道法に還元されることになる。また 1948 年ジェノサイド条約によるジェノサイドの禁止は、ジェノサイドの意図があったときのみ適用される。ICJ は国際環境法に基づく国家の一般的義務は認定するが、これは武力紛争中の特定の兵器使用を禁止するものというよりは、自衛権行使にあたっての必要性(necessity)と均衡性(proportionality)を評価する際に考慮されるものにすぎないとする。結論として ICJ は *jus ad bellum* と *jus in bello* の観点から核兵器の威嚇・使用の合法性を検討するとする。See “Advisory Opinion of 8 July 1996” on the “Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons,” paragraphs 24-33.
- ⁹ 3 名の判事のうち、シャハブディーンは B 項の表現では核兵器の使用が禁止されていないと解釈されることを恐れて反対した。ウィーラマントリーとコロマは、1899 年と 1907 年のハーグ陸戦法規慣例規則第 23 条(a)や 1925 年のジュネーブ・毒ガス使用禁止議定書によって禁止されているとした。
- ¹⁰ 松井康浩『原爆裁判:核兵器廃絶と被爆者援護の法理』（新日本出版社、1986年）参照。特に収録された高野雄一、田畑茂二郎、安井郁の鑑定書を参照。また原爆裁判を国際法における議論との関係で詳細に検討した上で原爆投下の違法性を結論づけたものとして、藤田久一「原爆判決の国際法的再検討」(一)(二)『関西大学法学論集』第 25 巻 2 号、3 号、1975 年、参照。
- ¹¹ See Georg Schwarzenberger, *The Legality of Nuclear Weapons* (London: Stevens & Sons Limited, 1958), p. 27.
- ¹² “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 Statement of the Government of the United Kingdom.” See also Oral Pleadings, CR/95/34 (15 November 1995), and “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.” See also Oral Pleadings, CR/95/34 (15 November 1995).
- ¹³ See “Advisory Opinion of 8 July 1996,” paragraphs 37-50.
- ¹⁴ See Greenwood, “*jus ad bellum* and *jus in bello*”, pp. 263-264, Rein Müllerson, “On the Relationship between *Jus ad bellum* and *Jus in bello* in the General Assembly Advisory Opinion”, in Boisson de Chazournes and Sands (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, p. 271-272, and Judith Gardam, “Necessity and Proportionality in *Jus ad bellum* and *Jus in bello*”, in *ibid.*, pp. 284-292.
- ¹⁵ 繁田泰宏「核兵器の合法性に関する国際司法裁判所勧告的意見の国際法的意義」、『戦争と平和』（大阪国際平和センター）第七号、1998 年、10 頁、参照。

- ¹⁶ ただし賛成票を投じた判事たちのうちの少なくとも4人(ベジャウィ裁判長、ランジェヴァ、ヘルツェグ、フェラリ=ブラヴォ判事)は、(2)E項後段には反対である。
- ¹⁷ ICJの判事たちの中では、核兵器違法論者の3人に加えて、シュベール副裁判長、小田、ヒギンズ判事が(2)E項に特に批判的であった。それに対してフライシュハウアー、ベレシェチン判事には肯定的容認の態度が見られる。
- ¹⁸ コロマ判事は、この概念はICJによって作り出されたものであり、ICJはむしろ法創造機能を果たしてしまっただとする。またシャハブディーン判事が言うように、もし国家生存がそれほどの強い権利であれば、核不拡散条約に加盟した非核保有国の行動を説明することができない。なお市民的及び政治的権利に関する国際規約第4条の「国民(nation)の生活に脅威を与える公の非常事態」での nation は国家構成員という意味で用いられており、抽象的人格としての state とは違う。Marcelo G. Kohen, “The Notion of ‘State Survival’ in International Law”, in Boisson de Chazournes and Sands (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, pp. 297-298.
- ¹⁹ 唯一フランスだけが国家生存権を強調する主張を行った。イギリスは、具体的事例に基づいて軍事的利益と核兵器使用の比較をしなければ違法性は判断できないと主張した際に、「国家生存」にとって重要な軍事的目標破壊の必要性の可能性について論じた。See “Lettre en date du 20 juin 1995 du Ministre des affaires étrangères de la République française, accompagnée de l’exposé écrit du Gouvernement de la République française,” Oral Pleadings, CR/95/23 (01 November 1995), and “Written Statement of the Government of the United Kingdom.”
- ²⁰ 則武輝幸は「国際人道法に違反せずに核兵器を使用することは、まず不可能に近い」としながら、勧告的意見を評して「非核保有国・非核開発国側の要求を満たし、しかも、核保有大国の側の顔を立てるために、綱渡りのにぎりぎりの妥協点を見いだした、唯一の現実的な選択だったと言えるのではないだろうか」とし、勧告的意見が政治的考慮によってまとめあげられたとの観察を示している。則武輝幸「核兵器による威嚇または核兵器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、1997年3月、52、55頁。
- ²¹ 勧告的意見主文(2)E項に国家主権と人間保護の二つの要請の葛藤を見る見解としては、Pierre-Marie Dupuy, “Between the Individual and the State: International Law at a Crossroads?,” in Boisson de Chazournes and Sands (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*.
- ²² See Daniel Warner, “The Nuclear Weapons Decision by the International Court of Justice: Locating the *raison* behind *raison d’etat*,” *Millennium: Journal of International Studies*, vol. 27, no. 2.たとえばドイツからの亡命知識人ハンス・モーゲンソーが第二次世界大戦後に『国際政治(*Politics among Nations*)』を著して冷戦時代の国際政治学を「政治的現実主義」の名の下に刷新した際、国家の主権は絶対不可分のものとして、そして国際法体系の分散性を必然的にするものとして、説明した。だが実はそれはE・H・カーら他の現実主義政治学者の国家主権観とも異なるものであった。拙稿「国際政治学における主権、現実主義、そしてウェストファリア カー、モーゲンソー、ブル、ウォルツに焦点をあてて」、『広島大学総合科学部紀要 II 『社会文化研究』、第26巻、2000年、参照。
- ²³ Greenwood, “*Jus ad bellum* and *jus in bello*,” p. 264; Müllerson, “On the Relationship,” p. 271; and Gardam, “Necessity and Proportionality,” p. 292.なお藤田久一も「いわば戦数否定論は、ユス・コーゲンス的色彩の濃い人道法の性質に照らしても、またジュネーブ条約の規定や米英の軍事提要の動向(...)からみても正当であるといえよう」とする。藤田久一『国際人道法』(新版)(有信堂、1993年)、65頁。

- ²⁴ 「核兵器の威嚇または使用を明示的に禁止する条約ができれば難問は解決する。裁判所はもっとも機微な問題の判断を回避したが、核兵器撤廃にいたる道を示すことによって、問題を政治の世界にゆだねたのである。」杉江栄一「核兵器と国際司法裁判所」、『中京法学』、第32巻2号、1997年、19頁。
- ²⁵ 国際人道法の強行規範性を認める見解としては、たとえば以下を参照。Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status* (Helsinki: Finnish Lawyers' Publishing Company, 1988), Chapter 12; Jacob Werksman and Ruth Khalastchi, "Nuclear Weapons and *Jus Cogens*: Peremptory Norms and Justice Pre-empted?," in Boisson de Chazournes and Sands (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, pp. 194-196.
- ²⁶ ソロモン諸島、ニュージーランド、マレーシア、エジプト、メキシコが意見陳述において、国際人道法はユス・コーゲンスであると主張した。判事の中ではベジャウィ裁判長、ウィーラマントリー判事、コロマ判事がこれを認めた。
- ²⁷ "Advisory Opinion," paragraph 83.
- ²⁸ しかしコロマ判事はこのICJの見解を誤りとした。
- ²⁹ たとえば主文(2)E項を国際法上の「緊急状態(state of necessity)」にてらして解釈しても、それがユス・コーゲンス規範を逸脱する理由にはならないという見解と衝突することになる(国際法委員会国家責任条文案第33条参照)。それこそがICJがユス・コーゲンスについての判断を回避し、また「緊急状態」自体にも言及できなかった理由だという指摘もある。See Kohen, "The Notion of 'State Survival,'" pp. 307-308.
- ³⁰ Gardam, "Necessity and Proportionality," pp. 287-292.
- ³¹ Greenwood, "*Jus ad bellum* and *jus in bello*," p. 264.
- ³² Werksman and Khalastchi, "Nuclear Weapons and *Jus Cogens*," p. 183. ウェルクスマンとカラスチは国際人道法の強行規範性を指摘しながら、それが核兵器問題に適用されれば核保有国によって否定されてしまうだろうとも結論づける。しかし本稿が指摘するのは、核保有国は国際人道法が核兵器使用を全面禁止するという見解は否定しつつ、国際人道法の重要性を否定する意思は見せていないという点である。核保有国の国際人道法に対する立場については、たとえば藤田久一「核兵器と一九七七年追加議定書」、『関西大学法学論集』、第31巻1号、1981年、参照。
- ³³ "Advisory Opinion," paragraph 79.
- ³⁴ シュベール副裁判長は、湾岸戦争前のアメリカ政府のイラクに対する核兵器使用の威嚇が効果的で望ましいものであったことを、核兵器使用の合法論の論拠としてあげている。しかし私見では、シュベールはその事例を紹介するだけで、それが本当に合法的であったのかどうかを十分に論証していない。
- ³⁵ マルセロ・コーヘンも同様の趣旨のことを述べている。「国家生存」が根源的権利であるとの見方を斥けつつ、具体的事例への参照なくしてなされた勧告的意見の性質にもふれ、ヒギンズ判事のように核兵器使用が *jus ad bellum* と *jus in bello* の両方を満たす可能性について認めるとしても「国家生存のような新しい法的範疇だと主張されたものに訴えることは全く不必要である。」Kohen, "The Notion of 'State Survival,'" pp. 312-313.
- ³⁶ See E.H. Carr, *The Twenty Years' Crisis 1919-1939* (London: Macmillan, 1939), and Hans J. Morgenthau, *Politics among Nations: The Struggle for Power and Peace* (New York: Alfred A. Knopf, 1948). なお注22参照。
- ³⁷ 国際政治をチェス盤になぞらえるモーゲンソー流の単純化の例を、核違法論者のウィーラマントリーの論文において見ることができる。See Christopher Weeramantry, "The

Law, Nuclear Weapons, and the Real World,” William M. Evan and Ved P. Nanda (eds.), *Nuclear Proliferation and the Legality of Nuclear Weapons* (Lanham, MD: University Press of America, 1995), pp. 218-219.