

博士論文

核兵器の使用と国際人道法の諸原則との両立性

平成29年9月

広島大学大学院社会科学研究科

石神 輝雄

博士論文

核兵器の使用と国際人道法の諸原則との両立性

指導教員 西谷 元 教授
森邊 成一 教授
吉田 修 教授

平成29年9月

広島大学大学院社会科学研究所

法政システム専攻

石神 輝雄

【目 次】

| | |
|----------------------------------|-----|
| 序論 | 1 |
| 第一節 問題の所在 | |
| 第二節 研究の特徴 | |
| 第三節 考察対象の限定 | |
| 第四節 本稿の構成 | |
| 第一章 戦闘手段の規制と国際人道法の階層性 | 15 |
| 第一節 兵器の規制と国際法理論 | |
| 第二節 国際人道法の基本原則と国際人道法秩序の階層性 | |
| 第三節 マルテンス条項の法的意義 | |
| 第二章 戦闘手段の規制と国際人道法の基本原則 | 43 |
| 第一節 核兵器の使用をめぐる内在的違法と外在的違法 | |
| 第二節 内在的違法性と外在的違法性の関係性 | |
| 第三節 内在的違法と蓋然性—「いかなる場合」と「通常使用」の相克 | |
| 第四節 人道法の規制原理と基本原則 | |
| 第五節 人道法の諸原則の国際慣習法上の地位 | |
| 第三章 国際人道法における区別原則 | 58 |
| 第一節 区別原則—内在的違法性と外在的違法性 | |
| 第二節 無差別兵器の禁止と国際慣習法 | |
| 第三節 無差別兵器の判断基準 | |
| 第四章 核兵器の使用に対する区別原則の適用 | 80 |
| 第一節 現代における核戦力の現状 | |
| 第二節 区別原則の核兵器使用への適用 | |
| 第五章 国際人道法における不必要な苦痛禁止原則 | 93 |
| 第一節 不必要な苦痛禁止原則の二類型 | |
| 第二節 軍事的必要性とのバランス | |
| 第六章 不必要な苦痛禁止原則の展開と核兵器の使用に対する適用 | 105 |
| 第一節 不必要な苦痛禁止原則の生成と展開 | |
| 第二節 非人道的投射物の禁止 | |

第三節 「死を不可避にする」又は「永続的傷害をもたらす」毒性兵器の禁止

第四節 不必要な苦痛禁止原則の内実

第五節 核兵器の使用がもたらす人体影響

第六節 核兵器の使用と不必要な苦痛禁止原則

第七節 区別原則と不必要な苦痛禁止原則の交錯-軍事的必要性の制約要因

結論 138

文献目録

謝辞

序 論

第1節 問題の所在

本稿は核兵器の使用と国際人道法の諸原則との両立性にかかる法的問題を、国際法の理論を用いて検討するものである。検討される具体的課題は、第一に「国際人道法の諸原則に照らして核兵器の使用は合法か」、そして「戦術核兵器の限定的使用は核兵器使用の合法性の問題にいかなる影響を与えるか」である。当該研究の必要性は、2017年7月に国連において採択された核兵器禁止条約が、核兵器の使用を規制する国際法上の基礎は条約に基づく規則以外に存在しないのかという法的課題を導くことによって説明される。そして、核兵器の限定行使を可能とする戦術核弾頭や運搬手段の近代化が、核の使用に対する軍事的誘因を増大させ、核兵器をタブー視する道義的・政治的敷居を低下させる懸念を生んでいることから説明される。

2016年12月23日、国連総会は「多数国間核軍縮交渉の前進 (Taking forward multilateral nuclear disarmament negotiations)」決議を採択し、核兵器禁止条約の採択に向けた交渉会議を2017年に開催することを決定した。¹これを受け、同年3月の第一回交渉会議そして6月から開催された第二回交渉会議を経て、核兵器の使用禁止を含む広範な禁止事項を規定した核兵器禁止条約が採択された。²一方、核兵器禁止条約が採択され、発効の見込みであるとしても、現時点において、核兵器を実際に保有する国家が、核兵器禁止条約へ加盟する近い将来の見込みはない。

当該状況は、核兵器禁止条約交渉を主導したオーストリアなどが主張する、核兵器をめぐる国際法には「法的空白(legal gap)」が存在するために、当該兵器を法的に禁止する条約の制定が求められるという議論を踏まえると、現実の国際政治に対し看過できない影響をもたらすおそれがある。³つまり、法的空白があるとする主張される分野において、法創設的条約が交渉され且つ成

¹ GA/Res/71/258, December 23, 2016.

² 核兵器禁止条約の概要については第一章第一節(4)を参照。

³ 「核兵器の禁止及び廃棄に向けた法的空白を埋めるための効果的措置」を特定し追求することは当初「オーストリアの誓約」として2014年12月にウィーンで開催された「核兵器の非人道的影響に関する国際会議」(第一回目が2013年3月にオスロで128カ国の参加のもとで開催。第二回目は2014年2月に146カ国の参加のもとナヤリットで開催。第三回目となるウィーンの会議には158カ国が参加した)で表明された。その後、2015年のNPT運用検討会議にて「人道の誓約」(NPT/CONF.2015/WP.29, April 21, 2015)と改称しNPT締約国からの支持を求めるとともに、当該誓約を基に「核兵器の禁止と廃絶に向けた人道の誓約」決議を国連総会に提出し、第70回(GA/Res/70/47, December 7, 2015)及び第71回国連総会(GA/Res/71/47, December 5, 2016)で採択されている。このオーストリアが開始し核兵器の法的禁止に向けた動向を加速させた法的空白(legal gap)の議論については、現在の国際法が「核兵器の使用を禁止していない」という認識から出発し、ICJの勧告的意見の評価を含め核兵器の禁止にかかる法はいわば「法の欠缺」

立する場合、当該条約へ参加しない国家は、条約に参加しない限りにおいて当該条約からも、また国際慣習法上からも何ら法的規律を受けずに、合法的に行動する自由があるという主張が提起されかねないということである。⁴言い換えれば、核兵器禁止条約に参加しない限り、国際法は当該国家を法的に規律しえず、当該国家の核兵器の使用は合法であるという主張が展開される可能性がある。ここに本研究を行う第一の重要性がある。つまり、ある兵器を保有する国家が、当該兵器を特定の条約上の義務を引き受けなかったとしても、当該兵器の使用の合法性は推定しえず、すべての国家を拘束する一般国際慣習法上の原則に従わなければならないのではないか。また仮にそうであれば、それら既存の原則に照らして、核兵器の使用の合法性はどのように考えることができるのかを検証する必要がある。核兵器が非人道的惨禍をもたらす非人道的兵器であるならば、条約に基づく規則に禁止の基礎がなくとも、あるいはそれに先んじて、人道という国際社会全体の利益保護のために当該兵器を違法化する法的基盤を、国際法はもち得ないのであろうか。これが本稿を通しての問題意識である。⁵

第二に、当該研究が必要とされる背景として、冷戦後の国際安全保障環境の変化と核兵器の水平的および垂直的拡散により、核兵器の限定的使用が、現実の軍事的選択肢として検討される事

の状況にあるとの認識に基づきギャップの存在を主張しているのか、それとも、国際慣習法上核兵器の使用が合法となる余地はなく、生物・化学兵器が条約規則によって明示的に禁止されていることと対比してギャップがあると主張しているのか議論がある。ただ、ウィーンで開催された「核兵器の非人道的影響に関する国際会議」の議長総括は「核兵器の使用を包括的に禁止する法規範は存在しない」と結論付けている。これを踏まえれば、オーストリアの言うところのギャップは法的「空白」に向けられているといえよう。オーストリアの議長総括は以下を参照。(Vienna Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons 8 to 9 December 2014, Report and Summary of Findings of the Conference presented under the sole responsibility of Austria) (https://www.bmeia.gv.at/fileadmin/user_upload/Zentrale/Aussenpolitik/Abruestung/HINW14/HINW14_Chair_s_Summary.pdf) (最終アクセス 2017年6月19日)

⁴ ウィーン条約法条約第34条は「条約は、第三国の義務又は権利を当該第三国の同意なしに創設することはない」と規定する。

⁵ 本稿は、核兵器禁止条約の成立が、将来において、国際法上の規範性をもたらし、条約規定の一般国際慣習法化が促される可能性については否定しない。但しある禁止規則の慣習法化が説かれる際には、特別利害関係国たる核兵器を実際に有する国家が条約に参加していないという国家実行の影響は大きく、慣習法化が急速に前進するとは考えにくいと考える。そうであれば、政治的にも、一足飛びに条約規制のみを指向するのではなく、まずは核兵器の使用がもたらす非人道性を基に、「非人道的兵器は禁止される」という国際人道法の原則を明確化し、漸進的に核兵器を有する国家に対して、その非人道性の認識を共有することを迫る方法も同時に追求されるべきである。つまり、このような国際人道法が求める非人道的兵器の禁止という認識が核兵器に対しても共有されることがなければ、条約自体に当該国家が拘束されるという同意自体をもたらすことはないのではないかと思われるのである。核兵器を有する国家の国家実行への留意の必要性については以下の文献を参照。Malcolm N. Shaw, “Nuclear weapons and international law”, Istvan Pogony (ed.), *Nuclear Weapons and International Law*, (Avebury, Aldershot, 1987)

例が増加するとともに、一部国家においては核兵器の使用が実際の軍事ドクトリンとして部分的に採用されることで、当該兵器使用の懸念が高まっている現実を挙げることができる。この核兵器使用にかかるリスク増大の懸念は、冷戦後の安全保障戦略環境の変化によって、戦略核兵器の応酬といった「相互確証破壊（MAD）」的状況下での核戦争の危険が大きく低減する一方、非国家主体によるテロ活動などの非対称的脅威、核兵器や関連技術の開発を進める懸念国家の存在など、核抑止の理論が適用困難な状況の現出により一層深まっている。

特に核兵器使用の敷居を低める誘因と指摘されるのが、出力が低く抑えられ且つ軍事目標のみを精確に標的とすることができる、戦術核兵器の存在である。当該種類に分類される核兵器使用の合法性の検討こそが国際司法裁判所（以下「ICJ」という）による核兵器の合法性にかかる勧告的意見においても未回答のまま残された論点であった。ICJは核兵器の特殊性を考慮すれば、その使用は国際人道法が課す要件と「ほとんど」両立しえないと述べることで、米国・英国が主張した戦術核兵器の限定的使用が国際人道法に違反せずに行使可能という見解を認める解釈上の余地を残した。一方で、上記勧告的意見が下された後も、戦術核兵器の新規取得を宣言する国家、戦術核弾頭の近代化や運搬能力の向上を図る国家、そして核兵器の限定的行使をほめかす国家も現れ、その使用に対する懸念は減少するどころか増大しているといえる。⁶ここにおいて、戦術核兵器の限定的行使という現実の軍事ドクトリンが従来の核兵器使用の合法性の判断にどのような影響を与えるかを検証する必要性が生じているのである。

⁶ 1998年5月、当時パキスタン大統領の主任科学補佐官であったアブドゥル・カディール・カーンは記者とのインタビューにおいて実験に使用された核弾頭が「ひとつは広島に投下された原爆よりも2倍の出力をもつ大きなもので、30から35キロトンの出力を有していた。そして他の4つは低出力小さな戦術兵器であって、小さなミサイルに搭載可能で、戦場において軍部隊に対して使用可能なものであった」と答えていた。

The News Islamabad, “Interview with Abdul Qadeer Khan”, *The News* (30 May 1998) (<http://nuclearweaponarchive.org/Pakistan/KhanInterview.html>) (最終アクセス2017年5月23日)

また、2015年10月、パキスタンのチョードリー（Aizaz Chaudhary）外務次官はインドの「コールド・スタート」戦略に対抗するため、低出力の戦術核兵器を保有し、インドによるパキスタン領内への侵入時には使用する用意があることを述べた。Ankit Panda, “Pakistan Clarifies Conditions for Tactical Nuclear Weapon Use against India”, *Diplomat*, October 20, 2015 (<http://thediplomat.com/2015/10/pakistan-clarifies-conditions-for-tactical-nuclear-weapon-use-against-india/>) (最終アクセス2017年5月23日)

米国は2015年NPT運用検討会議に提出した報告書において、B61核弾頭の4つのサブタイプを、0.3キロトンから50キロトンまで出力が調整可能なB61-12に統合・更新すること。この更新により最後まで残っていたメガトン級の出力を有するB83核弾頭を退役させるとした。Report of the United States of America Pursuant to Actions 5, 20 and 21 of the NPT Review Conference Final Document (NPT/CONF.2015/38, 1 May 2015) p.14.

第二節 研究の特徴

1945年以降、夥しい数なされてきた核兵器使用の合法性にかかる研究と比較して、本稿の独自性を特徴づけるものは第一に、核兵器使用に対する国際人道法に基づく「一般的違法」の内容の明確化を図ったこと、そして第二に、従来までの議論における核兵器の使用に対する人道法の適用問題の「抽象性」の克服を図っていることにある。

(1) 一般的違法の明確化

ICJは核兵器使用の合法性について「核兵器の威嚇または使用は、武力紛争に適用される国際法の規則、とりわけ人道法の原則および規則に一般的に違反する」とする勧告的意見を下した。しかしながら、ここでICJが適用した国際人道法の原則及び規則に核兵器の使用がいかなる形式において「一般的」に違反するのかが述べられなかった。それにより、ICJが当該勧告的意見で述べた「一般的違法性」が、核兵器の使用が「いかなる状況においても」認められないという兵器それ自体の禁止であるのか、それとも、「一般的に違反する」ということは、英・米が審理において主張したように「国際人道法と両立する核兵器の使用があり得る」という例外状況の存在を黙認したものか定かではない。⁷この曖昧性が故に裁判所は「核兵器の使用が武力紛争に適用される法の原則にいかなる状況においても矛盾すると確証付ける十分な要素をもたない」と述べ、核兵器禁止条約の主導国のように核兵器使用にかかる法状況を「法の空白 (legal gap)」とみなす立場や、当該判決を「裁判不能」の宣言と等しいとする専門家の意見を生んだ。その結果、法的議論は裁判所が附言したNPT第6条に基づく核軍縮交渉の完結義務に向けられ「核兵器使用の合法性」にかかる既存の国際法に照らした原則上の議論の進展が抑止される状況が生まれている。当該状況に対し、本稿は国際人道法上の原則が核兵器の使用に適用されるにおいて、「核兵器の国際人道法に照らした一般的違法性」が意味するものを正面から問い、核兵器使用に対する評価の再論証を試みるものである。

(2) 人道法の適用にかかる抽象性の克服

上記法的課題の再論証を試みるにおいて本稿が特に留意する点が、従来までの議論における核兵器の使用に対する人道法の適用問題の「抽象性」の克服を試みることにある。

⁷ 2003年のイラク戦争開戦前の2月、イギリスの国防大臣ジェフ・フーンは、1996年のICJ勧告的意見に依拠しながら、イラクに対する核兵器の使用の権利を留保する旨発言している。Michael Byers, *War Law*, (Grove Press, New York, 2005) p. 125.

従来、核兵器使用の違法性を主張する者が想定する核兵器の使用は、主に、冷戦期の「相互確証破壊 (MAD)」的状況、つまり出力の大きいメガトン級の核弾頭を用いた対都市攻撃といったカウンタバリュー的使用であった。当該使用は、非戦闘員の無差別的殺傷を必然的に伴い、国際人道法の基本原則である区別原則に違反するという結論を導く。これに対し核兵器使用の合法性を主張する者は、核弾頭を積載した弾道ミサイルの格納施設など、軍事目標に極限された核攻撃の可能性を指摘し、国際人道法と両立する核兵器の使用が想定可能であると反論する。これに対する再反論は、ひとたび核兵器が使用されれば、核の応酬・エスカレーションを招くことは必然であり、限定された核兵器の使用はあり得ないというものであった。ここでは両論とも、国際人道法と両立する核の限定的使用があり得る、あるいは核兵器使用は必然的にエスカレーションを招くという推論に基づく理論構築が見受けられる。

本稿はこれら推論を排し、上述の格納施設に対する限定的核攻撃であれば、核兵器運搬手段の精確性の問題に加え、いかなる出力を持つ核弾頭が使用されれば軍事的目的を達成可能であり、その爆発の効果や放射線の被害がどのように拡散するかを、これまで蓄積されてきた核使用の影響をめぐる物理学および医学的情報を加味し具体的に検討を行う。これにより本稿は、核兵器の使用を単なる抽象論に留まらない実際に想定される事例に依拠しつつ、国際人道法上の原則に適った核兵器の限定的使用がありえるかについて検証を行う。

第三節 考察対象の限定

(1) 適用法規

本稿の主要な検討課題は「国際人道法の諸原則に照らして核兵器の使用は合法か」であり、核兵器の使用と国際人道法との関係を考察するものであって、*jus in bello*を対象とし、*jus ad bellum*は検討の対象外とする。後者は開戦原因に関する法規であって、いかなる場合に正当な戦争を開始しうるかを規律する法である。一方前者は戦争過程の法規として、交戦者が戦争の目的を達成するために行使される武力行使の限界を設定する法体系である。そのため、両者の法は戦争や武力紛争を規律するという観点では共通するが、規律対象および規律の文脈は異なり、*jus ad bellum*上の戦争の開始事由によって、*jus in bello*上の規範が影響を受けることはない。つまり開戦事由の適法性は、国際人道法違反を阻却することはなく、また、違法に開始された戦争ある

いは武力紛争であったとしても、国際人道法が差別的に適用されることもない。両体系は異なる検討を要するものであって、本稿は*jus in bello*上の課題を検討対象とするものである。⁸

⁸ 1996年にICJが下した核兵器の合法性にかかる勧告的意見は、主文(2)(E)において「国家の生存そのものが危うくされるような自衛の極限状況(extreme circumstance)において、核兵器の使用が威嚇又は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付けることはできない」と述べた。(Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, dispositif E. 【Hereafter, I. C. J. Reports 1996】) 当該結論が、果たして、従来の*jus ad bellum*と*jus in bello*の厳格な分化に変容を迫るものか議論がある。なぜなら、一方で核兵器の威嚇又は使用は国際人道法の原則及び規則に一般的に違反すると認定しながら、他方で国家の生存そのものが危うくされるような自衛の極限状況においては明確な結論を導くことができないという立論は、「自衛の極限状況」という*jus ad bellum*状況が、国際人道法の原則及び規則という*jus in bello*からの逸脱を容認しようという解釈をもたらしているからである。フライシュハウアー裁判官(Judge Fleishhauer)は、その個別意見において、両法体系は互いに対立関係にあり、現在の国際法は、核兵器の威嚇又は使用に際し、両法体系をどのように調整するかを示した規範の発展が未だ見受けられないという議論を展開した。(I. C. J. Reports 1996, Separate Opinion of Judge Fleishhauer, para. 5) 当該見解は、両法体系が互いに抵触する関係にあることを認めるために、結論的には、19世紀後半ドイツにおいて唱えられた戦教理論に近似し、国家が武力を行使する「正しい」目的を有することを、当該武力の行使に伴う国際人道法違反を正当化する根拠としかねない立場となる。このような*jus ad bellum*と*jus in bello*とを対立的な競合関係として捉える議論は、広島・長崎への原爆投下の合(違)法性を問うにしても、米国の当初の「開戦事由(casus belli)」のみを根拠として、法的に正当化する理論を提供することにつながりかねない。このような立論は勧告的意見の審理において、いかなる国家からも提起されてはいないものである。

そのため、ここでICJが「国家の生存そのものが危うくされるような自衛の極限状況」という、従来の国際法学上存在しない法創造的概念をなんらの説明や裏付けなく主文にて突如導入し、両法体系を結びつけかねない立論を行ったことに対しては当然ながら批判が多い。もちろん、ICJの当該結論は、核兵器国及び核傘下国が依存する核兵器に依存した安全保障体制の構築、すなわち核抑止及び拡大核抑止の慣行を考慮した結果であろう。ICJがここで述べたかった趣旨は、裁判所自身が勧告的意見本文において述べていたように、核兵器の使用が既存の国際法と「いかなる場合においても」両立しないと確定的に答えることはできないことを示すことで、核兵器使用の絶対的違法性にかかる判断を回避することではなかったか。そうであれば、自衛のための武力行使が合法であるためには「国際人道法の原則と規則から構成される武力紛争に適用される法が求める条件と両立したものでなければならない」(I. C. J. Reports 1996, para. 42.) という、ICJ自身の立論を結論においても一貫させるべきであった。英国・米国が審理において行った核兵器の使用にかかる合法化論も、国際人道法と両立する核兵器の使用が想定しようという見解であった。ICJが本来ここで向き合うべきであった法的課題は、「武力行使の開始事由(*jus ad bellum*)」が、国際人道法の原則及び規則(*jus in bello*)の逸脱を許容するか否かではなく、国際人道法に適った核兵器の使用はありえるか」であったはずである。そして当該法的課題こそが、本稿が取り扱う中心的課題でもある。*jus ad bellum*と*jus in bello*の関係性については以下の文献を参照。藤田久一「核兵器をめぐる法と戦略の交錯」『世界法年報』(第18号、1998年) Jasmine Moussa, “The Separation of *jus ad bellum* and *jus in bello*”, Gro Nystuen, Stuart Casey-Maslen and Annie Golden Bersagel (ed.), *Nuclear Weapons under International Law*, (Cambridge, Cambridge University Press, 2014) Christopher Greenwood, “*Jus ad bellum* and *Jus in bello* in the Nuclear Weapons Advisory Opinion”, Laurence Boisson de Chazournes and Philippe Sands (ed.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, (Cambridge, Cambridge University Press, 1999)

また、武力紛争の存在を前提とする核兵器の「使用」に対する国際人道法上の評価を行うことから、核兵器の開発から保有、そして実験をめぐる法的側面についてはとりあつかわない。本稿は、核兵器の使用と国際人道法の関係性を考察するため、国際人道法の適用を前提とする事態、すなわち武力紛争の存在を前提とした議論に限る。そのため、武力紛争状況下でない平時における事態（例えば土木工事における坑道爆破等）での核爆発行為については検討対象から除外する。

（2）兵器それ自体の禁止と行使態様の禁止

本稿の主要課題である「国際人道法の諸原則に照らして核兵器の使用は合法か」という問題設定は、国際人道法の原則に基づく兵器の規制態様の類型に照らせば、二つの問題に分けることが可能であり、また求められてもいる。詳しくは後に詳述するが、国際人道法に基づく戦闘手段あるいは兵器の規制類型は、兵器それ自体の禁止をもたらす内在的違法性に基づく禁止と、ある兵器の行使態様を規律する外在的違法性に基づく規制の二類型存在する。これを「国際人道法の諸原則に照らして核兵器の使用は合法か」という問題設定に適用した場合、第一の問題は、国際人道法の諸原則に照らして核兵器の使用それ自体の違法性を問うものとなり、第二の問題は、国際人道法の諸原則に照らして核兵器の使用態様の違法性を検証するものとなる。ここで本稿が検討の主眼とするのは、いずれの問題であるかを明瞭しておく必要があるだろう。この問題設定如何により、核兵器の使用に適用され、考察される国際人道法上の原則が異なることになるからである。本稿は、当該問題に対し、第一の問題に焦点を当て検討を進めることを前提とすると述べておきたい。理由としては、以下の2点によるものである。

第一に、核兵器の使用それ自体が国際人道法上違法であれば、第二の問題である行使態様の問題は、検討する必要のない課題となるからである。ある兵器の行使態様の違法性を問うことは、当該兵器の使用それ自体の合法性を前提としていることになる。使用そのものが違法である兵器が、使用態様の検討によって合法となる余地はない。つまり、国際人道法の諸原則に照らして、核兵器の規制に内在的違法性を認めることができるか否かが、第二の問題である外在的違法性の検討に進む前提的課題となっているのである。ただ、内在的違法性に基づく議論を主眼とするとしても、このことは、外在的違法性に基づく検証の必要性をまったく排除するというものではない。後に詳述するが、内在的違法性と外在的違法性の文脈は相互に関連し、重複する検討課題を提起する事があり、前者の問題を判断するために後者の問題に取り組む必要性が生じる場合がある。このような場合は、もちろん本稿の検討対象として包含することとする。

第二に、1945年に広島・長崎に原爆が投下されて以来、国際社会で大きく議論されてきた課題は、「核兵器はそれ自体国際法上許容されない兵器なのではないか」という内在的違法性に基づく課題であったということによる。このことは、広島・長崎への原爆投下の他に核兵器の実戦使用はないという事実にも由来するかもしれない。ただ、広島・長崎への原爆投下という具体的問題の国際法上の合法性が争われるにしても、第一の問題が必ず俎上にのぼるのであって、両都市の被爆の実相をつぶさに検討した上で個別の事例検討から一般的違法性への論旨の転換が図られるのが常であった。核兵器それ自体の違法性こそ、国際社会において早急な解答が現実にも求められているものであると考えられるのである。

以上から本稿は、「国際人道法の諸原則に照らして核兵器の使用は合法か」について、内在的違法性の文脈に基づいて検討することとし、検討対象たる国際人道法の諸原則についても、外在的違法性に基づく使用態様の規制に留まらず、内在的違法性、つまりは兵器それ自体の使用禁止を導くことを可能とする法原則に考察対象を限定した上で、論を進めることとする。

(3) 核兵器の定義

(a) 国際条約における核兵器の定義

では、本稿が考察対象とする「核兵器」はいかなるものか。

第二次大戦中における原子爆弾の投下、すなわち人類史における核兵器の出現はその後の国際社会の安全保障観に多大な地殻変動をもたらした。その一方でそれらの開発から使用に至るまでの条約に基づく法規制は限られていることもあり、原子兵器や核兵器といった兵器に対し法的に定義付けを試みた国際文書は多くはない。また核兵器の不拡散を規定するにかかわらず、条約上の定義が置かれていない国際条約も存在する。例えば「核兵器の不拡散に関する条約」(NPT)は、第1条及び2条がそれぞれ核兵器国と非核兵器国に対し、「核兵器その他の爆発装置」の拡散防止を規定するにもかかわらず、不拡散に向けた中心概念である「核兵器その他の爆発装置」の定義は条約上定めなかった。⁹

(b) 核兵器運搬手段の位置づけ

⁹ 「核兵器不拡散に関する条約」第1条・2条。ジョゼフ・ゴールドブラット(浅田正彦訳)『軍縮条約ハンドブック』(日本評論社、東京、1999年)68頁。トム・コッペンによれば、当該定義の不在は実際上の問題としては何ら不都合を生じさせてこなかったという。Tom Coppen, *Preventing the Spread of Nuclear Weapons: The law of arms control and the international non-proliferation regime*, (Doctrinal Thesis, Utrecht University, 2016) p. 97-98.

国際条約において最も早く核兵器に関する定義がなされたのは、1954年に署名された1948年ブリュッセル条約の改正にかかる「軍備管理に関する議定書Ⅲ」¹⁰においてであった。当該議定書の付属書Ⅱは原子兵器 (atomic weapons)¹¹の定義を以下のように定める。

- (a) 原子兵器とは、核燃料若しくは放射性アイソトープを含む兵器、又はそれらを含み若しくは使うために設計された兵器であり、かつ核燃料の爆発若しくは他の制御されない核転換により、又は核燃料若しくは放射性アイソトープの放射能により、大量破壊、大量損傷又は大量中毒を可能とする兵器として定義される。
- (b) さらに、(a)項の下で定められた兵器のために特に設計された部分、装置、組立部品又は原料は原子兵器とみなされる。

類似的な定義は1967年に締結されたトラテラルコ条約（正式名称「ラテン・アメリカ及びカリブ地域における核兵器の禁止に関する条約」¹²）を嚆矢とする、非核兵器地帯条約にみる事が

¹⁰ Protocol No III (with annexes) on the control of Armaments to the Treaty between Belgium, France, Luxembourg, the Netherlands, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for Collaboration in Economic, Social and Cultural Matters and for Collective Self-Defence, (1954年10月23日署名、1955年5月6日発効) UNTS, Vol. 211, No. 304.

¹¹ 1960年代以前、原子爆弾の開発以来、核分裂反応を用いた兵器は原子兵器 (atomic weapons) と呼称され、その後に開発された核融合反応を用いた兵器は熱核兵器 (thermonuclear weapons) と呼称することで区別が行われていた。しかし、両者とも核反応からもたらされるエネルギーを利用することから、両者を区別することに実質的な意義はなく「核兵器」 (nuclear weapons) と総称することが一般化した。Samuel Glasstone and Philip J. Dolan (eds), *The Effects of Nuclear Weapons: Third Edition*, (United States Department of Defense and the Energy Research and Development Administration, Washington, 1977) p. 6.

¹² Treaty for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America (署名:1967年2月14日、効力発生:1968年4月22日) UNTS, Vol. 634, No. 304.

南太平洋非核地帯条約 (ラロトンガ条約) は条約の規制対象を「核爆発装置」とし、その定義を第一条において「その使用目的のいかんにかかわらず、あらゆる核兵器又は核エネルギーを解放することのできる他の爆発装置を意味する」とする。また、運搬手段等については「この用語には、組み立てられていない形及び部分的に組み立てられた形のそれらの兵器又は装置は含まれるが、それらの兵器又は装置の輸送又は運搬手段は、分離可能であり、かつその不可分の部分でない場合には、含まれない」とする。「核兵器」という用語を使わないこと以外はトラテラルコ条約と原則的に同一の規定ぶり。South Pacific Nuclear Free Zone Treaty (署名:1968年8月6日、効力発生:1986年12月11日) UNTS, Vol. 1445, No. 24592.

東南アジア非核兵器地帯条約 (バンコク条約) はその第1条にて「核兵器」を「核エネルギーを制御されない方法で放出できるあらゆる爆発装置をいうが、かかる装置の輸送手段又は運搬手段が当該装置から分離することができ、かつ、その装置の不可分の一部でない場合には、それらの輸送手段及び運搬手段を含まない」とする。トラテラルコ条約と原則的に同一の規定ぶり。Treaty on the Southeast Asia Nuclear Weapon-Free Zone (署名:1995年12月15日、効力発生:1997年3月27日) UNTS, Vol. 1981, No. 33873.

アフリカ非核兵器地帯条約 (ペリンドバ条約) は条約の規制対象を「核爆発装置」とし、の使用目的のいかんにかかわらず、あらゆる核兵器又は核エネルギーを解放することのできる他の爆発装置を意味する」とする。また、運搬手段等については「この定義には、組み立てられていな

できる。例えば、トラテラルコ条約第5条は「この条約の適用上「核兵器」とは、核エネルギーを制御されない方法で放出することができ、かつ戦争目的に使用することに適した一群の性質を有する装置をいう」とする。ただ前記のブリュッセル条約改正議定書と異なり「その装置の輸送又は推進のために使用される器具は、その装置から分離することができ、かつその装置の不可分の部分でない場合には、この定義に含まれない」と規定し、核兵器の運搬手段については、分離しかつその装置の不可分の部分でなければ条約の対象から除外するとしている。本条約は、核物質と核施設を平和目的のために利用することを定め、地域の締約国が上記定義に基づく「核兵器」の実験、使用、生産、取得、受領、配備することを禁止している。¹³そのため本条約上の核兵器の定義は、「装置から分離すること」が可能で「不可分の部分」でない場合の運搬手段を含めてはいない。これら運搬手段の両用性を考慮せず包括的に含めることになれば、地域の締約国の安全保障に過度な制約を課すと考えたからである。

また、廃棄に向けた検証措置を含めた化学兵器禁止条約を基礎に作成されたモデル核兵器条約における「核兵器」の定義は、既述のトラテラルコ条約に依拠して作成されたといわれる。¹⁴その一方モデル核兵器条約は非核兵器地帯条約よりも定義上広義の「核兵器」概念を導入している。当該モデル条約の第2条（「定義」）は「核兵器」を（a）核エネルギーを制御されない方法で放出することができるすべての装置であって、戦争目的の使用に適した一群の性質を有する装置、（b）すべての核爆発装置、（c）すべての放射性兵器、（d）核爆発装置を起爆装置または他の部品として内蔵するように設計されたすべての兵器、と定義する。ここではトラテラルコ条約と同様に、「核兵器」の定義にその運搬手段を含めない。その一方で、第12条において、「核兵器運搬専用」に設計された運搬手段および発射機の配備、開発、実験生産または取得を禁止し、廃棄を義務づけている。そのため「核兵器」の定義にこそ運搬手段を含めないものの、条約上の廃棄対象として運搬手段も加えるものとしている。

このように、「核兵器」を規律する国際条約には、その定義に運搬手段を含めないものも存在するが、本稿が対象とする「核兵器」の概念には、核爆発を引き起こす弾頭部分とその運搬手段

いかもしくは部分的に組み立てられている形態の兵器または装置が含まれるが、そのような兵器もしくは装置の輸送または運搬手段は、それから分離可能であり、かつその不可分の一部ではない場合は、含まれない」とする。「核兵器」という用語を使わないこと以外はトラテラルコ条約と原則的に同一の規定ぶり。（ラロトンガ条約とほぼ同文。）African Nuclear-Free Treaty（署名：1996年4月11日、効力発生：2009年7月15日）

¹³ 黒澤満（編著）『軍縮問題入門（第4版）』（東信堂、2012年）114頁。

¹⁴ メラフ・ダータン/フェリシティ・ヒル/ユルゲン・シェフラン/アラン・ウェア著（浦田賢治編訳）『地球の生き残り—【解説】モデル核兵器条約』（日本評論社、東京、2008年）87頁。

の両者を含めることとする。核兵器の使用と国際人道法との関係性を明らかにするには、核兵器が使用された際の効果を、現在存在する核弾頭の多様な出力を基礎としながら客観的に把握するとともに、その命中精度との関連から、その運搬手段の精密性についても検討することが必要とされる。このことは特に後に検討する、国際人道法の主要原則としての「区別原則」との関連において明らかにされる。

(c) 放射性兵器について

モデル核兵器条約の特徴としてはさらに、核兵器の定義に「すべての放射性兵器」を含めている点が挙げられる。当該兵器はモデル条約中において「放射性物質を飛散させるか、または放射性物質を主要構成物質として用いるすべての兵器」とされる。当該放射性兵器の定義付けは広く、当該定義付けのみを見れば核爆発装置等放射性物質を主に利用する兵器であればほぼすべてが含まれることになってしまう。しかし、第2条(a)が既に「核エネルギーを制御されない方法で放出することができるすべての装置であって、戦争目的の使用に適した一群の性質を有する装置」と規定していることを鑑みれば、当該モデル条約第2条(c)で意図されている兵器は、「放射性物質の放射能にその効果をもっぱら頼る兵器」¹⁵と考えられる。1979年に米国及びソ連はジュネーブ軍縮会議(CD)に対して、放射性兵器の開発、製造貯蔵及び使用を禁止する共同提案を提出した。¹⁶この提案中、放射性兵器は「核爆発性の装置以外のものであって、放射性物質の崩壊により生じる放射能により、破壊、損害または傷害を生ぜしめるよう散布することを通して、放射性物質を使用するために特に設計されたもの」¹⁷とされており、「放射性兵器」の概念は、核爆発によって引き起こされる熱線、爆風および放射線にその効果を依拠する兵器ではない、放射能そのものの効果に頼る兵器と位置づけることができる。

(d) 大量破壊兵器と放射性兵器

当該放射性兵器は、第二次大戦の後の1948年、国連通常軍備委員会の管轄対象外と考えられる「大量破壊兵器」に該当する兵器として、原子爆発性兵器(atomic explosive weapons)、致

¹⁵ 藤田久一『軍縮の国際法』(日本評論社、東京、1985年)165頁。

¹⁶ CD/31, 1979, Joint USSR-United States proposal to the committee on Disarmament on the prohibition of the development, production, stockpiling and the use of radiological weapons.

¹⁷ CD/31, 1979, Joint USSR-United States proposal to the committee on Disarmament on the prohibition of the development, production, stockpiling and the use of radiological weapons. (第二項)

死性化学・生物兵器(any weapons, lethal chemical and biological weapons)とともに列挙されていた。¹⁸その後も、1971年に締結された海底非核化条約(「正式名称:核兵器及び他の大量破壊兵器の海底における設置の禁止に関する条約」)が海底へ貯蔵し、実験または使用することを目的とした構築物、発射設備その他の施設を設置しないことを核兵器とともに禁止する「他の大量破壊兵器」には、「生物兵器、化学兵器および放射性兵器」が含まれることが了解されたという。¹⁹

このように確かに、放射性兵器が大量破壊兵器の中に位置づけられてきたとしても、一般に放射性兵器は「核兵器」と同一視されてはいないといえる。それは当該兵器の特性として、放射能の効果それ自体(のみ)に頼る兵器であるということが挙げられる。これに対して核兵器は放射性物質を基に爆発的效果を得ることを目的とする兵器であり、兵器としての特性には大きな違いがある。そのため、本考察の対象として、放射性兵器については除外する。また、放射性兵器の範疇に加えられることもある劣化ウラン弾についても「核兵器」の定義からは除外し、考察対象から除外する。

第四節 本稿の構成

本研究は、序論及び結論に加えて、全六章から構成される。

第一章は、「戦闘手段の規制と国際人道法の階層性」とし、国際法、特に国際人道法の理論において、害敵・戦闘手段の禁止あるいは規制はいかなる法理に基づいて行われるかを検討する。ここでの主要検討課題は、国際法上特定の禁止されていない兵器の使用は、国家に選択の自由が認められるか、である。現代の国際法理論では、国際法の義務の淵源を国家の同意に求める実証主義が通説的見解であり、ロチュース号判決のいう国家主権に対する制限の推定禁止が一定程度維持されてきた。核兵器をめぐる国際法上の論争においても、条約上又は国際慣習法上の規則に基づき、核兵器の使用を特定の禁止する普遍的妥当性を有する規則が存在するかが争われて

¹⁸ Resolution of the Commission for Conventional Armaments, 12 August 1948, on the definition of armaments, para. 1. “that it considers that all armaments and armed forces, except atomic weapons and weapons of mass destruction, fall within its jurisdiction and that weapons of mass destruction should be defined to include atomic explosive weapons, radio active material weapons, lethal chemical and biological weapons, and any weapons developed in the future which have characteristics comparable in destructive effect to those of the atomic bomb or other weapons mentioned above.”

http://avalon.law.yale.edu/20th_century/decad253.asp (最終アクセス日:2017年3月19日) 藤田久一『前掲書』(注15)164頁。

¹⁹ ジョゼフ・ゴールドブラット(浅田正彦訳)『前掲書』(注9)125頁。

きたが、ICJは1996年の勧告的意見において、そのような特定の規則の存在を否定した。しかし、たとえある戦闘手段が特定の禁止されてこなかったとしても、国際人道法は、人道の原則、公共の良心の要求といった人道の要請により、国際人道法の諸原則に基づく合法性の判定を可能としていることを論証する。

第二章は、「戦闘手段の規制と国際人道法の基本原則」とし、前章の結論を踏まえ、戦闘手段を規律する人道法上の基本原則がいかなるものかを検討し、核兵器の使用に適用可能で、当該兵器それ自体の禁止を導くことのできる法原則の明確化を行う。ここで本稿が考察の際に依拠する原則は、一般国際慣習法としての性格を有する国際人道法の諸原則であって、ジュネーブ第一追加議定書といった条約に基礎を有する諸原則ではないことを説明する。ジュネーブ第一追加議定書は、核兵器保有国の普遍的参加が実現していないために、条約規定のみに直接依拠した上で、核兵器の使用をめぐる一般的規律を考察することは妥当ではない。本稿が依拠する国際人道法の諸原則は、すべての国家に対して適用される一般国際法としての地位を有するものである。当該検討を実施するにあたり、本章ではさらに、国際人道法による戦闘手段の規律の二類型である内在的違法性（兵器それ自体の使用禁止）と外在的違法性（兵器の使用態様の禁止）の別、ならびに両者の関係性についても検討を加えることとする。

第三章は「国際人道法における区別原則」であり、第四章「核兵器の使用に対する区別原則の適用」における、核兵器使用の区別原則に照らした合法性の検討に向け、区別原則の内実の明確化を図る。ここで主に議論されるのは、区別原則が禁止する無差別兵器の定義である。特に無差別兵器か否かを判断する基準として「特定の軍事目標のみを対象とできるか」、そして「制御できない影響をもたらすか」という二つの基準を取り上げるとともに、ICTYの一連の判例を参照しながら議論する。その後、第四章では、第三章において明らかにされた「無差別兵器」の基準に依拠し、第四章では、核兵器それ自体が無差別兵器であるとみなすことができるか否かについて、国際人道法に適う核兵器の限定的使用の可能性が主張されている事例を取り上げつつ、具体的に検討を行う。

第五章は「国際人道法における不必要な苦痛禁止原則」であり、第六章「不必要な苦痛禁止原則の展開と核兵器の使用に対する適用」における、核兵器使用の不必要な苦痛禁止原則に照らした合法性の検討に向け、不必要な苦痛禁止原則の内実の明確化を図る。議論の焦点は、不必要な苦痛禁止原則が使用を禁止する兵器の特定において、いかなる判断基準が用いられるかである。当該原則には、「何に対して不必要な苦痛」といえるのかという、当該原則の適用にかかる定義問題が存在するため、第六章においては、当該原則の生成から展開の歴史的経緯を確認すること

により、当該問題を克服するための客観的・固定的基準抽出の可能性を検討する。ここで検討された客観的・固定的基準を核兵器の使用に適用し、当該兵器が果たして不必要な苦痛を与える兵器であるかについて検討する。

第一章 戦闘手段の規制と国際人道法の階層性

第一節 兵器の規制と国際法理論

国際法はその黎明の時期から戦争発生への制限に関与する過程において、またひとたび開始された戦争の惨禍を制限する目的の下で発展を遂げてきた。²⁰近代国際法の父とされるグロティウスはその「戦争と平和の法」の執筆理由に「キリスト教世界のいたるところで、蛮族でさえ恥ずべきことだと考えるような、戦争に対する身勝手さを見てきた」²¹ことを挙げ、いかなる場合に戦争は合法となるか、そして戦争において許容される行為とは何か説きおこした。前者が開戦原因に関する法規（*jus ad bellum*）であり、いかなる場合に正当な戦争を開始しうるかを規律する法である。一方、後者は戦争過程の法規（*jus in bello*）として、交戦者が戦争の目的を達成するために行使される武力行使の限界を設定する法である。²²近世初期の国際法学は両者の法規を含む形式における戦争法の研究から開始された。ただ、現代において戦争法や武力紛争法、もしくは国際人道法と呼ばれる法体系が規律しているのは後者である。そのため、兵器の使用禁止（規制）の法規制の検討は、後者の法概念において、交戦者が用いる戦闘の手段及び方法と国際法との法的関係性をめぐる考察となる。²³

国際法の伝統的な機能の一つは戦争の遂行過程における戦闘の手段及び方法を制限するものであったといつてよい。ここでいう「戦闘の手段及び方法」の「戦闘の手段」とは、発射あるいは

²⁰ 立は「交戦法規は、中世の頃より、ヨーロッパに於て其の萌芽を發し、漸時發達を為し、殊に第一九世紀の後半以降に於て著大なる發達を為せるものである。正義觀念、人道的思想、俠勇的精神又は精練されたる利己心等に基づき、戦争の惨害を緩和する実践を生じ、同種の實踐が漸く廣く行はるるに至りて、交戦慣例を生じ、而して欺の如き慣例が久しく行はれて、其の終に之に遵依せざるべからずと為す国際団体内の社会的確信に抛り伴はるるに及び、交戦慣習法規を生じ、欺の如くして交戦法規の發達を見るに至ったのである」とする。立作太郎『戦時国際法論』（日本評論社、1944年）19頁。

²¹ Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis*, (Paris, 1625) Prolegomena, para. 28.

²² 田岡良一『国際法Ⅲ [新版]』（有斐閣、1973年）305-306頁。

²³ 害敵手段の制限の問題は、伝統的に軍事的有効性と非人道性の均衡の要請の下、例えば非人道的兵器であったとしても軍事的有効性が認められる場合においては、必ずしも禁止されないとされてきた。樋口一彦「国際人道法ノート（4）」『琉大法学』（89巻、2013年、68頁。）例えば、田岡は「人道的感情は精力集中の法則と結びついてはじめて戦争法の成立を促す（中略）。或る害敵手段の軍事的有効性を考慮しないで、ただこの手段が人道的感情に反することだけを理由として、その禁止を宣言する条約を締結せしめることがある。しかし、この企ては、上に述べた戦争法規成立の理論的根拠に考慮を払わないものであるが故に、不可能事を企てるものであり、戦時の試練に遭えばたちまち打ち破られるのを常とする」（田岡良一『前掲書』（注22）313頁。）と述べる。しかしながら、近年における兵器規制をめぐる特徴として、NGO等市民社会に基づきながら国家安全保障上の考慮よりも人道的考慮を優先させることによって非人道的兵器の禁止を導く人道的アプローチの興隆が見られることは付言しておかなければならない。

は運搬システムを含む、武器、弾薬、投射物及び物質（化学物質や化学兵器を含む）といった兵器一般を指し、「戦闘の方法」とは飢餓作戦といった戦術を指す。²⁴そのため、ある兵器の国際法に照らした合法性の検討を行う際には、主に「戦闘の手段」にかかる法的規律の検討を行う必要がある。

（１） 許容規則と禁止規則

交戦者が選択可能な戦闘手段をめぐる国際法上の問題として第一に検討しなければならない課題は、交戦者が戦闘行為において用いる兵器の許容性は、国際法が許容した兵器の使用もしくは戦闘手段のみが許されるのか、それとも、交戦者は国際法が禁止する兵器もしくは戦闘手段以外について自由に使用することができるかである。当該問題は、核兵器の使用の国際人道法との両立性を検討する場合に核心的な問題となる。なぜならば、ICJ が「核兵器の威嚇又は使用の合法性」勧告的意見において述べるように、通説的見解としては「核兵器の威嚇又は使用自体を特定の禁止する一般的な適用範囲を有する条約上の規則も慣習法上の規則もない」²⁵からである。

²⁶

（２） ロチュース号判決の原則：主権に対する制限の推定の禁止

この問題について、「核兵器の威嚇又は使用の合法性」勧告的意見において ICJ は、「国家実行が示すところでは、ある兵器の使用の違法性自体は、許可の不存在からではなく、反対に、禁止によって定式化されるもの」²⁷と述べた。この考え方は、「国家の独立に対する制約は（中略）推定され得ない」こと、および「国際法は国家に対して広範な裁量権を認め、それは一定の場合に

²⁴ Karen Halme, “Weapons”, Nigel D. White and Christian Henderson (ed.), *Research Handbook on International Conflict and Security Law*, (Edward Elgar, Cheltenham, 2013) p. 319. ジュネーブ第一追加議定書第 54 条 1 項は「戦闘の方法として文民を飢餓の状態に置くことは、禁止する」と規定する。

²⁵ *I. C. J. Reports 1996*, para. 74.

²⁶ 2016 年 12 月には国連総会決議「多国間核軍縮交渉の前進」が採択され、「核兵器の全廃を導くような、核兵器を禁止する法的拘束力のある文書を交渉する国連の会議を 2017 年に開催すること」が決定された。(GA/RES/71/258, December 23, 2016.) しかし、2017 年 3 月にニューヨークで開催された条約交渉へ実際に核兵器を保有する核兵器国の参加はなく、例え条約が成立したとしても、核兵器国の早期の参加が見込まれる状況にはない。(核兵器の法的禁止をめぐる国際社会の 2016 年の動向については、広島県が発行している「ひろしまレポート 2017 年版」(2017 年 3 月) が詳しい。)

²⁷ *I. C. J. Reports 1996*, para. 52.

禁止規則によってのみ制約を受ける」²⁸としたロチューヌ号判決に依拠しているように思われる。

ロチューヌ原則は、常設国際司法裁判所 (PCIJ) の判決において「国家はその主権の反映として禁止されないことは許される」という原則を表明したものとして知られている。常設国際司法裁判所は、フランスの郵便船ロチューヌ号と、トルコ 船ボス・クルト号とが衝突した事故をめぐる、ロチューヌ号の運行責任者であったフランス人ドゥモン大佐に対するトルコ当局の管轄権行使の許容性が争われた事件において、「国際法は、国家がその領域外の人、財産および行為に自国の法律および管轄権を広げること一般的な形で禁止するどころか、この点につき国家に広い裁量を与えており、それは一定の場合に禁止規則によって制限されるに過ぎない」と述べた。²⁹国際法によって制限が課されていない事項においては、国家は主権原則の反映として自由にその管轄権を行使することが広く認められるという立場が示されている。³⁰

この立場を核兵器の使用に適用すれば、条約上もしくは国際慣習法上の特定の禁止規則がない限り、核兵器の使用を違法とみなすことはできないことを示唆する。核兵器の合法性にかかる米国の代表的立場の表明とみなされてきた 1955 年の米国海軍の海戦法規第 613 条は以下のように述べる。

「現在のところ国家の戦争における核兵器の使用を明示的に禁止する国際法規則はない。明示的禁止がない場合は、敵戦闘員及び他の軍事目標に対する核兵器の使用は許される。」³¹

ICJ も「核兵器の威嚇又は使用の合法性」勧告的意見において、まず核兵器の使用そのものを特定して禁止する条約上の規則、あるいは国際慣習法上の規則が存在するかの検討を行った。³²そ

²⁸ *P. C. I. J., Series A, No. 10*, pp. 18 and 19.

²⁹ ただ、もちろん裁判所はこの禁止規則を条約に基づく規則に限られると判断したわけではない。裁判所はこの禁止規則がもたらされる形式について以下のように述べる。「諸国を拘束する法の規則は、諸国の意思、条約において表示されるか、または一般に法の原則を定めるものと認められ、かつ、これらの独立団体の共存を規制し、もしくは共同目的を追求するために確立された慣行において表示されるところの国々の自然意思から生じる。」*P. C. I. J., Series A, No. 10*, p. 18. 訳語は皆川洸『国際法判例集』(有信堂、1975年) 255頁を参考にした。

³⁰ 江藤淳一『国際法における欠缺補充の法理』(有斐閣、2012年) 165頁。

³¹ U.S. Navy, *Law of Naval Warfare*, 1955, para. 613. 当該立場は *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations* でも引き継がれている。*The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations: Edition July 2007, NWP 1-14M/MCWP 5-12.1/COMDT PUB P5800.7A*, para. 10. 2. 1 但し、核兵器の使用が一定の制限の下にあることは、当該立場の表明に続けて以下のように述べることで認める。「しかしながら、核兵器の使用は、紛争当事者が戦闘の手段を選択する権利は無制限ではない、文民たる住民自体を攻撃することの禁止、文民をできうるかぎり保護するため戦闘員と文民とを常に区別すること、といった諸原則に従わなければならない。」これは国際人道法の諸原則の適用を後に述べる外在的違法性の文脈においてのみ認める立場である。

³² *I. C. J. Reports 1996*, para. 53-73.

の結果、核兵器それ自体の禁止を特定の禁止する条約法に基づく規則も、国際慣習法に基づく規則も存在しないと結論付けたことは既述の通りである。

確かに、過去においては、ロチューズ号判決の趣旨に則して、核兵器を特定の禁止する条約及び慣習法の不存在を基礎として、核兵器使用の合法性を説く見解も存在した。例えば MacFadden は「ロチューズ号事件において打ち立てられた包括的原則は核兵器が合法であるという判断を裏打ちする」³³とする。国家安全保障上の利益確保以上に主権概念の重要性が認識される事項を想定することは難しく、国家主権に対する制限は推定されないという原則は、核兵器の合法性をめぐる問題においてこそ特に強調されなくてはならないからである。また、Julius Stone も、兵器をめぐる国際法の役割について「許容される暴力手段を特定するものであるのか、それとも禁止される手段を特定するものであるのか」と問い、「残念なことに、都市爆撃や、原爆の使用に加えて、ハンドグレネードやフレシット弾、火炎放射器、そしてグランドスラム爆弾といった破壊力は比較的低いが革新的兵器群などによって例証される 20 世紀における実行は後者の見解を示しているように思われる」と述べる。³⁴

このように、戦闘手段の規制をめぐる国際法の役割は、一見して、国家の明示的もしくは黙示的合意の下で、特定の兵器について禁止規則を設定することにあるように思われる。但し、この特定の禁止規則の不存在は、その兵器の合法性を推定させ、国家はその使用について自由に行使しうることを認めるものではなく、兵器使用の合法性はさらに国際人道法の基本原則に照らし判定されなければならない。³⁵ ICJ も、核兵器の使用に対して国際人道法が適用されることについて

³³ Eric J. Mcfadden, “The Legality of Nuclear Weapons: A Response to Corwin”, (1988) 6, Penn State International Law Review, p. 317.

³⁴ Julius Stone, *Legal Controls of International Court: A Treatise on Dynamics of Disputes and War-Law*, (Stevens and Sons Limited, London, 1954) p. 550.

³⁵ 田畑は次のように述べている。「戦争において、交戦国は敵を撃破するため、自己の選択するあらゆる種類の害敵手段を行使するのが普通であるが、しかし、どのような害敵手段を行使しても差支えないわけではなく、それを制限する戦争法規が存在する場合それにしたがわなければならないことはいままでもない。また、直接それを制限する戦争法規が存在しない場合においても、戦争法に関する基本原則にもとづき、あるいは既存の戦争法規による類推解釈によって、一定の制限が認められる場合があることを注意しなければならない。」(田畑茂二郎『国際法新講下』(東信堂、1991年、253頁。)) 石本もまた「現在のところ、政府のいうように、原子兵器の使用を禁止する明示的な国際条約は締結されていない。けれども、このような条約が締結されていないということは、これらの兵器の使用が許されていることを意味するものではない」とする。(石本泰雄「原爆判決の意味するもの」『世界』(218号、1964年)75頁。) サックも、スペートの議論に拠りながら、(1)戦争行為の唯一の正当化可能な目的は敵戦闘員による抵抗を排除することであること、そして(2)戦闘員が用いることのできる手段は無制限ではない、という国際法上の原則を強調する。これら原則によれば、例え原子兵器が新兵器であったとしても、既存の戦争法からの適用を免除される訳ではないとする。Alexander N Sack, “ABC-Atomic, Biological, Chemical

ては争いが無いために、問題は適用について検討すればよいとして、主権の残余原理に基づく禁止規則をめぐる立証責任といった問題は本件において特段の意味をもたないとした。ここで裁判所の立場は、一見して矛盾しているように見受けられる。ただ、この ICJ の一見矛盾するかと思われる見解も、後述するように、第一に、ある兵器の合法性を判断するためには、当該兵器を禁止する特定の規則の有無の検討をすることで違法性の定式化が行われているかを判断しなければならないとする一方で、そこで考察を終えず、第二に、例え禁止規則による違法性の定式化がない場合においても、国際人道法が適用されるとともに、その原則上における合法性の判断が可能であるというものであると考えられる。

(3) 核兵器の使用を禁止する特定の規則

戦闘手段の規制をめぐる国際法の役割が、一見して、国家の明示的もしくは黙示的合意の下で、特定の兵器について禁止規則を設定することにあるのであれば、まずは、条約上又は国際慣習法上そのような規則が存在するか否かを確認しなければならない。当該点に関して、既述のように ICJ は 1996 年の「核兵器の威嚇又は使用の合法性」にかかる勧告的意見において「核兵器の威嚇又は使用そのものを特定の禁止する一般的適用範囲をもつ条約上の規則も国際慣習法上の規則も見いだせない」とし、国際慣習法上も条約上もいかなる包括的かつ普遍的な禁止も存在しないと結論付けた。³⁶当時 ICJ がこのような結論に至る事となった理由を確認するとともに、その後の国際社会の動向を見ることにより、当該結論に変更が加えられていないかを確認する必要がある。

ICJ はまず条約に基づく核兵器の威嚇又は使用の禁止にかかる規則が存在するか否かを確認した。第一に、伝統的な戦闘の手段及び方法の規制として、毒及び施毒兵器あるいは毒ガスの禁止規則に核兵器が該当するか否かを検討する。ここで引用されているのは、窒息性または有毒性ガスの使用を禁止した 1899 年ハーグ第二宣言（「窒息性または有毒性ガスを散布する投射物に関するハーグ宣言」）、毒又は施毒兵器の使用を禁止する 1907 年ハーグ第四条約付属陸戦の法規慣例に関する規則第 23 条 (a)、そして窒息性ガス、毒性ガス又はこれらに類するガス及び細菌学的手段の使用を禁止した 1925 年ジュネーブ議定書である。裁判所は核兵器の使用が上記条約規則によって禁止されているか否かについて、これら条約の規律対象は毒殺又は窒息を主たる目的

Warfare in International Law”, (1950) 10 *Lawyers Guild Review* 161. 他にも以下の文献を参照。Nicholas Grief, “The legality of nuclear weapons”, Istvan Pogany (ed.), *Nuclear Weapons and International Law*, (Avebury, Aldershot, 1987)

³⁶ *I. C. J. Reports 1996*, para. 74 and 105 (2) B

たは唯一の目的とする兵器であることが国家慣行から明白であるとし「核兵器の使用が上述の1899年ハーグ第二宣言、1907年陸戦の法規慣例に関する規則、1925年ジュネーブ議定書に基づいて特定提起に禁止されているとは考えられない」と否定する。³⁷第二に、ICJは、非核兵器地帯設置にかかる条約を検討する。例えば1967年2月14日に署名されたトラテロルコ条約第1条(a)は「締約国自身が、直接若しくは間接に、第三者のために、又は他のいずれかの態様によって、核兵器を方法のいかなを問わず実験し、使用し、製造し、生産し及び取得すること」を禁止した。さらに、地域外の核兵器国に開かれた附属議定書Ⅱ第3条は、トラテロルコ条約の締約国に対し「核兵器を使用しないこと又は使用すると威嚇を行わないこと約する」と規定しており、核兵器国5カ国によって署名・批准されている。しかし、核兵器国は批准に伴い一定の状況下において核兵器を使用する権利を留保しており、核兵器の使用を一般的に放棄するものではないことを明らかにしている。³⁸また、ICJは、第三に、核兵器の不拡散に関する条約（以下「NPT」という）を検討する。もちろん、NPTは、核兵器国に対し核兵器の保有を認めるとともに、核軍縮交渉を誠実に追求する義務を課す一方、非核兵器国に対しては、原子力の平和利用の権利を奪い得ない権利するとともに、核兵器の受領、製造又はその他の方法による取得を禁止するものであって、核兵器の使用を条文上特定の禁止するものではない。しかし、1995年のNPTの無期限延長の決定に際し、核兵器国は、いずれもNPT締約国たる非核兵器国に対し、核兵器を使用しないとの約束を与えた。ただ、当該約束には、自国又は同盟国に対して、侵略その他の攻撃が、当該非締約国により核兵器国と連携しまたは支援された場合を例外と規定する。上記非核兵器地帯設置条約及びNPTとその後の実行について、ICJは、「兵器の将来における一般的禁止を予見するものとみることが可能であるが、それ自体でそのような禁止を形成しているとは考えられない」とし、「これらの要素が、これらの兵器そのものの使用または使用の威嚇についての包括的かつ普遍的な条約上の禁止に等しいとは考えられない」と結論付けた。³⁹1996年の勧告的意見時において、このような評価が下されたとしても、その後20年が経過した現在において、同様の評価となるであろうか。

(4) 核兵器禁止条約の成立

³⁷ *I. C. J. Reports 1996*, para. 55 and 56. 毒や毒ガスといった毒性兵器を規律する条約と、不必要な苦痛禁止原則を基盤とする核兵器の使用との法的関係については、第六章「不必要な苦痛禁止原則の展開と核兵器の使用に対する適用」を参照のこと。

³⁸ *I. C. J. Reports 1996*, para. 59 and 63.

³⁹ *I. C. J. Reports 1996*, para. 62-63.

2017年7月7日、同年3月の第一回交渉会議と6月から開催された第二回交渉会議を経て、核兵器禁止条約が国連の交渉会議において採択された。⁴⁰1996年当時においては、ICJが述べるように核兵器そのものの使用又は使用の威嚇を禁止する包括的かつ普遍的な条約上の禁止は存在しなかった。⁴¹当時と現在における核兵器の使用をめぐる法的状況の相違を最も端的に表すのが当該条約の採択である。

当該条約は、核兵器の非人道的性格、つまりその使用がもたらす非人道的惨禍に対する普遍的理解を基盤としつつ、生物・化学兵器の禁止、そして近年の対人地雷及びクラスター弾の禁止条約の成立の流れを受け、条約交渉が開始され且つ採択されたものであった。そのため、その前文においても、紛争当事者が戦闘の方法及び手段を選ぶ権利は無制限ではないという原則、区別原則及び無差別攻撃の禁止、均衡性及び攻撃における予防に関する規則、不必要な苦痛禁止原則及び自然環境保護に関する諸規則といった国際人道法の原則及び規則に立脚しながら、第1条において、核兵器をめぐる以下の広範な禁止を設定した。

【第1条 禁止】⁴²

- 1 締約国は、いかなる場合においても、次のことを行わないことを約束する。
 - (a) 核兵器又はその他の核爆発装置を開発し、実験し、生産し、製造し、その他の方法によって取得し、保有し、貯蔵すること。
 - (b) 核兵器又はその他の核爆発装置あるいは、当該兵器又は核爆発装置の管理を、いかなる者に対しても直接又は間接に移譲すること。
 - (c) 核兵器又はその他の核爆発装置又はその管理を直接又は間接に受領すること。
 - (d) 核兵器又はその他の核爆発装置の使用又は使用の威嚇をすること。
 - (e) この条約によって締約国に対して禁止されている活動を行うことにつき、いずれかの者に対して、援助し、奨励し、又は勧誘すること。
 - (f) この条約によって締約国に対して禁止されている活動を行うことにつき、いずれかの者から、援助を求め又受けること。
 - (g) 核兵器又はその他の核爆発装置を、その領域内又はその管轄若しくは管理下のいかなる場所においても、配置し、設置し、配備することを認めること。
- ここでは、(d項)において、核兵器又はその他の核爆発装置の使用又は使用の威嚇をすること

⁴⁰ A/CONF. 229/2017/L. 3/Rev. 1

⁴¹ *I. C. J. Reports 1996*, dispositif B.

⁴² A/CONF. 229/2017/L. 3/Rev. 1, Article 1.

が禁止されるとともに、核兵器の実験・生産・製造・取得・保有・貯蔵（a 項）や、他国への移譲（b 項）及び他国からの受領（c 項）、条約が禁止される活動の援助・奨励・勧誘をなすこと（e 項）又は援助を受けること（f 項）、そして領域内又は管轄権内における配置・設置・配備の禁止といった、包括的核実験禁止条約や NPT 及び非核兵器地帯条約等の禁止事項を包括的に取り込んだ極めて広範な禁止が盛り込まれている。さらに、第 2 条において、(a) 核兵器を過去に保有し廃棄したことがあるか、(b) 核兵器を現に保有しているか、(c) 核兵器が領域内に存在するか、を申告することによって、それぞれ同条約第 3 条が規定する保障措置の受入れと核兵器の完全廃絶に向けた第 4 条に基づく措置を適用することとする。⁴³そのため、2017 年に採択された核兵器禁止条約は

⁴³ 【第 2 条 申告】

1 締約国は、この条約が自国について発効した後 30 日以内に、以下について国連事務総長に申告する。

(a) 核兵器又はその他の核爆発装置を保有し、所有しあるいはコントロールをおよぼしたことがあって且つ当該条約が、当該締約国に対して効力を発生させる以前に、すべての核兵器関連施設の廃棄又は不可逆的な転換を含め、その国のすべての核兵器関連プログラムを廃棄しことがあるか否か、

(b) 第 1 条(a)項の規定に拘わらず、核兵器又はその他の核爆発装置を保有し、所有しあるいはコントロールを及ぼしているか否か、

(c) 第 1 条(g)項の規定に拘わらず、その領域内又はその管轄若しくは管理下にある場所に、他の国によって保有あるいは所有され若しくはコントロールされている核兵器又はその他の核爆発装置が存在するか否か、

2 国連事務総長は、受領した申告すべてを締約国に伝達する。

【第 3 条 保障措置】

1 第 4 条第 1 項及び 2 項の適用のない締約国は、最低限、当該条約が発効する時点で有効な国際原子力機関の保障措置上の義務を維持しなければならない。但し、追加的な関連文書を当該締約国が採択することを妨げるものではない。

2 第 4 条第 1 項及び 2 項の適用のない締約国で、まだ締結していない国家は、国際原子力機関と包括的保障措置協定 (INFCIRC/153) を締結し、効力を発生させなくてはならない。協定締結のための交渉は、当該締約国に対してこの条約が効力を発生してから 180 日以内に開始されなければならない。協定は、当該締約国に対してこの条約が効力を発生してから、18 か月以内に効力を発生しなければならない。各締約国は、その後、当該義務を維持しなければならない。但し、追加的な関連文書を当該締約国が採択することを妨げるものではない。

【第 4 条 核兵器の完全廃絶に向けて】

1 2017 年 7 月 7 日以降に、核兵器又はその他の核爆発装置を保有し、所有しあるいはコントロールをおよぼしたことがあって、この条約が、当該締約国に対して効力を発生させる以前に、すべての核兵器関連施設の廃棄又は不可逆的な転換を含め、その国のすべての核兵器関連プログラムを廃棄した締約国は、その核兵器計画の不可逆的廃絶を検証するために、本条第 6 項を遂行するよう指名された権限ある国際組織と協力しなければならない。権限ある国際組織は締約国に報告しなければならない。当該締約国は、申告された核物質が平和的原子力活動から転換されないこと、そして当該締約国すべての領域内に申告されていない核物質若しくは核関連活動が存在しないことに対して信頼できる保証を提供するに十分な国際原子力機関との保障措置協定を締結しなければならない。当該協定にかかる交渉は、当該締約国に対してこの条約が効力を発生してから 180 日以内に開始されなければならない。当該協定は、当該締約国に対してこの条約が効力を発生してから、18 か月以内に効力を発生しなければならない。各締約国は、その後、当該義務

核兵器の使用を禁止するのみならず、その廃絶を目指した核軍縮条約としての側面を強く有するものである。

では、当該条約の採択によって、「核兵器の威嚇又は使用そのものを特定の禁止する一般的適用範囲をもつ条約上の規則も国際慣習法上の規則も見いださない」という ICJ の結論には変更が加えられることになるのか。もちろん、当該条約は、第 13 条が規定するように、「2017 年 9 月 20 日に国連本部にてすべての国家に対して開放される」こととなっており、条約の発効自体も未だ定かとはなっていない。ただ、第 15 条が規定する発効要件である、「50 番目の批准書、受託書、承認書又は加入書が寄託された日の後、90 日後」が充足した後には、国際社会は「核兵器の威嚇又は使用そのものを特定の禁止する一般的適用範囲をもつ条約上の規則」を持つことになるだろう。ただ、上記のような包括的性格と、核兵器に対する一般的適用範囲を有する当該条約の発効は、当該条約が国際社会のすべての国家に対して普遍的に妥当するというを意味するもの

を維持しなければならない。但し、追加的な関連文書を当該締約国が採択することを妨げるものではない。

2 第 1 条(a)項の規定に拘わらず、核兵器又はその他の核爆発装置を保有し、所有しあるいはコントロールをおよぼしている締約国は、それらの運用状態を即座に解除し、可能な限り迅速に、ただし、すべての核関連施設の廃棄又は不可逆的な転換を含む、当該締約国の核兵器計画の検証可能で不可逆的な廃絶をもたらすための、法的拘束力を有し、期限が定められた計画にしたがって、第一回締約国会議が決定する期限以内に、破壊しなければならない。

3 上記第 2 項が適用される締約国は、申告された核物質が平和的原子力活動から転換されないこと、そしてその締約国すべての領域内に申告されていない核物質若しくは核関連活動が存在しないことに対して信頼できる保証を提供するに十分な国際原子力機関との保障措置協定を締結しなければならない。当該協定にかかる交渉は、当該締約国に対してこの条約が効力を発生してから 180 日以内に開始されなければならない。協定は、当該締約国に対してこの条約が効力を発生してから、18 か月以内に効力を発生しなければならない。各締約国は、その後、当該義務を維持しなければならない。但し、追加的な関連文書を当該締約国が採択することを妨げるものではない。本項が規定する協定が効力を発生させた後、当該締約国は本条に基づく義務を果たしたことの最終宣言を国連事務総長へ提出しなければならない。

4 第 1 条 (b) 及び (g) にも拘わらず、その領域内又はその管轄若しくは管理下にある場所に、他の国によって保有あるいは所有され若しくはコントロールされている核兵器又はその他の核爆発装置が存在する締約国は、可能な限り早く、ただし、第一回締約国会議が決定する期限内に、それら兵器の迅速な撤去を確保しなければならない。核兵器又はその他の核爆発装置の撤去の後、当該締約国は本条に基づく義務を果たしたことの宣言を国連事務総長に提出しなければならない。

5 本条が適用される各締約国は、本条に基づく義務が果たされる時点まで、本条に基づく義務の履行に向けた進展について、各締約国会合及び各再検討会議へ報告しなければならない。

6 締約国は、すべての核関連施設の廃棄又は不可逆的な転換を含む、核兵器計画の不可逆的な廃絶を交渉および検証を行う、権限ある国際組織もしくは諸組織を、本条第 1 項、2 項及び 3 項に従って指定しなければならない。この条約が、本条第 1 項又は 2 項が適用される締約国に対し効力を発生させる以前に、当該指定がなされていない場合には、国連事務総長が緊急締約国会議を招集し、必要とされる決定を行う。(A/CONF. 229/2017/L. 3/Rev. 1, Article 2-4.)

ではない。ウィーン条約法条約第34条は「条約は、第三国の義務又は権利を当該第三国の同意なしに創設することはない」と規定し、条約上の義務は非締約国に対して及ぶことはない。当該条約交渉に、核兵器国とその同盟国であり核兵器国の有する核に自国の安全保障を委ねる国家(いわゆる核傘下国。オランダを除く。)の参加はなく、今後近い将来において当該条約へ加盟する見込みもない。そのため、例え当該条約がその効力を発生させたとしても、近い将来において「普遍的な条約上の禁止」に至る可能性は極めて低いと考えられる。

もちろん、核兵器禁止条約の成立自体が、国際法上の規範性をもたらし、条約規定の一般国際慣習法化が促される可能性はある。例えばDan Joynerは以下のように述べる。(核兵器禁止条約の成立により)「禁止を支持する大多数の国家の実行と法的確信によって(中略)、慣習法規が成立すべきであって、成立したとも看做されるかもしれない。そうであれば、当該規則は核兵器保有国を含むすべての国家に対して義務を創出することになる」。⁴⁴ 核兵器禁止条約の推進国が意図する「核兵器の非正当化」「核兵器に汚名を着せる(stigmatization)」も、核兵器国に対して抗えない圧力を生み出し核兵器禁止規則の慣習法化の端緒とするという意図があるといわれている。但しある禁止規則の慣習法化が説かれる際には、特別利害関係国たる核兵器を実際に有する国家が条約に参加していないという国家実行の影響は大きく、慣習法化が急速に前進するとは考えにくい。この意味において、核兵器禁止条約が成立することにより、たしかに、核兵器の禁止を包括的に禁止し且つ一般的適用範囲を有する条約規則が効力を持つ見込みとしても、当該特定の禁止は普遍性を獲得しておらず、ICJの結論である「国際慣習法上も条約上もいかなる包括的かつ普遍的な禁止は存在しない」という結論付けの変更には至っていないといえることができる。

第二節 国際人道法の基本原則と国際人道法秩序の階層性

(1) 戦闘手段選択にかかる無制限の権利の否定

では、上記のように核兵器の使用をめぐる未だその使用を禁止する特定の禁止が普遍的に実現していない場合、その戦闘手段の選択につき合法の推定が働くことになるのであろうか。当該状況に対して、国際人道法は、国際法が明示的もしくは黙示的にある兵器を特定の禁止していないにしても、戦闘手段それ自体若しくはその行使態様の結果としての違法性を問う場合があることを明確に認めてきた。

これを端的に表しているのが「交戦者は害敵手段の選択につき、無制限の権利を有するもので

⁴⁴ Dan Joyner, “Time to outlaw nuclear weapons”, *Arms Control Law blog*, 18 April 2016. (<https://armscontrollaw.com/2016/04/18/time-to-outlaw-nuclear-weapons/>)

はない」という、ハーグ法の基本原則である。⁴⁵当該原則の国際法上の基礎は古く、1625 年に出版されたグロティウスの「戦争と平和の法」(*De iure belli ac pacis*) に遡ることができる。⁴⁶ 彼はここで 30 年戦争が呈した戦争の残忍性から、用いられる兵器の破壊的力に対し制限を課す必要性を説いた。その後、当該原則は、19 世紀半ば以降に興隆した、米国のリーバー法典や 1874 年ブリュッセル宣言⁴⁷、そして 1880 年に国際法学会が採択したオックスフォード・マニュアルとといった戦争の法規慣例の法典化作業の一つの到達点として、1899 年のハーグ平和会議において採択されたハーグ第四条約付属陸戦の法規慣例に関する規則第 22 条において法典化された。⁴⁸

当該原則は、現在においては、国際慣習法としての地位を有し、人道法上の基本原則として存在していると考えられている。⁴⁹1977 年の第一追加議定書は、当該原則の対象を「戦闘手段」のみに留まらず「戦闘方法」へ拡張するとともに、さらに「交戦者」を「紛争当事者」に修正した上で、「いかなる武力紛争においても、紛争当事者が戦闘の方法及び手段を選ぶ権利は、無制限ではない」と規定した。ここでは、条約上も当該原則が「基本原則」であることが明示的に承認されている(第 35 条 1 項)。

一方で、「紛争当事者が戦闘の方法及び手段を選ぶ権利は、無制限ではない」という原則の意味内容は必ずしも明瞭ではないため、意味内容を明らかにしておく必要がある。当該原則単独では、戦闘の方法及び手段に対して規制を及ぼす具体性を有していないからである。ただ、当該原則の意義は、ある兵器の合(違)法性に対して直接法的効果を及ぼすというよりもむしろ、他の原則が兵器に対して規制を及ぼすことのできる原理を提供していることにある。具体的に述べれば、当該原則は、国際人道法が戦闘の方法及び手段に適用される制限の階層性を示していると考えられている。⁵⁰まず、「紛争当事者が戦闘の方法及び手段を選ぶ権利は、無制限ではない」こと

⁴⁵ Morris Greenspan, *The Modern Law of Land Warfare*, (University of California Press, California, 1959) p. 353.

⁴⁶ Hugo Grotius, (the translation by Francis W. Kelsey ; with the collaboration of Arthur E. R. Boak and introduction by James Brown Scott), *De jure belli ac pacis libri tres: Vol. 3, Reprinted ed.*, (Oceana Publications, New York, 1964) Y. Sandoz, C. Swinarski and B. Zimmerman (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, (Geneva, International Committee of the Red Cross, 1987) p. 390.

⁴⁷ ブリュッセル宣言第 12 条は「戦争法規は、交戦者の害敵手段の選択に関し無制限の権利を認めるものではない」と規定する。

⁴⁸ William I. Hull, *The Two Hague Conferences and Their Contributions to International Law*, (Ginn&Company, Boston, 1908) p. 233.

⁴⁹ Stuart Maslen, *Anti-Personnel Mines under Humanitarian Law: A View from the Vanishing Point*, (Intersentia Antwerpen, 2001) p. 183.

⁵⁰ Michael Bothe, Karl Josef Partsch and Waldemar A. Solf, *New Rules for Victims of Armed*

を確認することで、第一の階層として、武力紛争に適用される国際法の諸規則を尊重する義務を課しているとされる。⁵¹ただし、これは、紛争当事者が既に負っている国際人道法の諸規則から導かれる義務に対する尊重を確認していることを意味するに過ぎないために、より重要なのは二段目の階層ということになる。それが、当該原則は、戦闘行為を規律する法の基礎を構成する基礎規範性 (fundamental norms) もしくは当該分野の根本規範 (Grundnorm) 的性格を有する諸原則、つまり人道の原則や当該原則を構成する人道法の諸原則による制限の存在を示しているというものである。⁵²当該原則が意味するものが、戦争手段に対して、既存の諸規則による規律を指し示すだけであれば、当該手段を規律する特定の規則が存在しない場合、実際には戦争手段の選択が無制限となりかねない。当該状況を「戦闘手段の選択は無制限ではない」として否定するには、法の欠缺を埋める原則上の規律を必要とするからである。つまり、国際人道法は、現代において、国家相互間の戦闘行為の規律という相互主義的性格あるいは水平的法体系のみならず、人道という国際社会全体の利益を包含する基礎規範を中心とした階層的法体系を構築していると考えられる。⁵³

当該害敵手段を規律する国際人道法の階層的性格の重要性は、新兵器をめぐる国際法上の合法性について検討を行う際に明瞭となる。

(2) 国際人道法の基本原則の新兵器への適用

もし、現代においても、武力紛争を規律する国際法の役割を、ロチューズ判決において示された原則に基づき、明示的にあるいは黙示的に、ある兵器を特定して規律する特定の規則の存在がなければ、戦闘手段の禁止もしくは規制を導くことができないと制限的に捉える場合、技術革新によって常に生み出される新兵器に対しては法に基づく規律を及ぼすことができないことになる。実際にも、新兵器、つまりは「既存の禁止によって扱われていない新兵器の許容性は法的に問えない」⁵⁴という見解が表明されることもあった。この見解に拠れば、核兵器の使用についても、既存の国際法規からその使用をめぐる合法性を判定しえず、核兵器の使用を包括的に禁止す

Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949, (Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1982) p. 194.

⁵¹ Y. Sandoz, C. Swinarski and B. Zimmerman (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, (Geneva, International Committee of the Red Cross, 1987) p. 399.

⁵² Michael Bothe, Karl Josef Partsch and Waldemar A. Solf, *Supra* (note 50), p. 194.

⁵³ Daniel Thürer, “International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context”, (2011) 388, *Recueil Des Cours*, pp. 64-66.

⁵⁴ Julius Stone, *Supra* (note 34), p. 550.

る国際法規の将来における成立を待つほかないという結論となる。⁵⁵

しかしながら、このような結論は、現在においては維持しえない。この点について下田判決は以下のように述べている。

「もとより、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。しかしながら、そこにいる禁止とは、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（慣習国際法と条約）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。さらに、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してみても、これに反するものと認められる場合をも含むと解さなければならない。ただし、国際法の解釈も、国内法におけると同様に、単に文理解釈だけに限定されるいわれはないからである。」⁵⁶

また、ICJにおける「核兵器の威嚇又は使用の合法性」勧告的意見での審理においても、核兵器に対し、1945年以前から発展してきた国際人道法の原則や規則が適用され規律されることを争う国家はなかった。⁵⁷その反対に以下のように人道法の一般原則に従ってその合法性が判断されることに国家間での合意があったように見受けられる。その結果、ICJも「核兵器の威嚇又は使用の合法性」に関する勧告的意見において、核兵器は人道法の諸原則および諸規則が確立された後に開発されたものであったとしても、また、ジュネーブ条約および議定書の制定会議において同兵器が取り扱われなかったとしても、「このことから、武力紛争に適用可能な確立した人道法の諸原則及び諸規則が核兵器に適用されないという結論を導くことはできない」⁵⁸と述べる。ここでICJは、たとえ成文法（1949年諸条約及び1977年追加議定書）が核兵器を対象としていないという見解を受け入れたとしても、「人道法の諸原則及び諸規則」が適用されるとの立場を示している。⁵⁹

では、このように、国際人道法分野における、戦闘手段に対する制限という国家安全保障に直結する問題においても、ロチューズ判決で示された主権の残余原理、つまりは国家主権に対する制限は推定されえないという原理が排除され、人道法の原則に基づいた合法性の判断を可能とする原理は何に求められるのか。これを検討するにあたっては、裁判所が「人道法の原則と規則が

⁵⁵ Myers S. McDougal and Florentino P. Feliciano, *Law and Minimum World Public Order: The Legal Regulation of International Coercion*, (Yale University Press, New Haven, 1961) p. 667.

⁵⁶ 東京地方裁判所 1963年12月7日判決『下級裁判所民事判例集』第14巻第12号2458頁。

⁵⁷ *I. C. J. Reports 1996*, para. 22.

⁵⁸ *I. C. J. Reports 1996*, para. 86.

⁵⁹ 高嶋陽子『武力紛争における国際人権法と国際人道法の交錯』（専修大学出版局、2015年）66頁。

核兵器に適用されることの確認として、その継続的存在と適用可能性を疑うことのできない、マルテンス条項を指摘しておく」⁶⁰と度々引用し依拠するマルテンス条項の法的意義を考察する必要がある。

第3節 マルテンス条項の法的意義

(1) マルテンス条項

マルテンス条項とは、1899年及び1907年の「陸戦ノ法規慣例ニ関する条約」(ハーグ第四条約)の前文に挿入された一節を指す。1899年のハーグ平和会議において占領国の権利の問題を条約上で規律されることが議論された際、交戦者資格の定義に被占領地の人民の反抗の権利が盛り込まれていないことに反発したベルギー等の中小国の不満を抑えるため、ロシア代表であったマルテンス (Fyodor F. Martens) が発案したことから、この名称がつけられた。⁶¹同前文は次のように述べている。

「一層完備シタル戦争法規ニ関スル法典ノ制定セラルルニ至ル迄ハ、締約国ハ、其ノ採用シタル条規ニフクマレサル場合ニ於テモ、人民及交戦者カ依然文明国ノ間ニ存立スル慣習、人道ノ法則及公共良心ノ要求ヨリ生スル国際法ノ原則ノ保護及支配ノ下ニ立ツコトヲ確認スルヲ以テ適当ト認ム。」

このマルテンス条項は起草時においては、慣習法の法典化とみなされたハーグ条約が明文規定をおこななかった占領軍に抵抗する人民の交戦者資格についても、締約国が人民や交戦者が文明諸国間の「慣習 (usage)」や「人道ノ法則 (laws of humanity)」及び「公共良心 (public conscience)」の要求より生じる国際法の原則の保護の下に置かれることを確認するものであった。⁶²このように起草当初は被占領地における交戦者資格という限定的課題に対処するために前文に挿入された一節であったものの、その後、1949年のジュネーブ諸条約や、1977年の第一追加議定書にも引き継がれることで、国際人道法一般の発展に多大なる影響を与えてきたとされる。同追加議定書第1条第2項は以下のようにマルテンス条項を成文化した。

「文民及び戦闘員は、この議定書その他の国際取極がその対象としていない場合においても、確立された慣習 (custom)、人道の諸原則 (principles of humanity) 及び公共の良心に由来する国際法の諸原則に基づく保護並びにこのような国際法の諸原則の支配の下に置かれる。」

⁶⁰ *I. C. J. Reports 1996*, para. 87.

⁶¹ マルテンス条項の起草過程については以下の文献が詳しい。黒崎将広「戦争法秩序の誕生—総加入条項とマルテンス条項の機能的連続性—」『国際関係論研究』(第19号、2003年)

⁶² 高嶋、前掲書(注59)、64頁。

(2) マルテンス条項の法的意義

このように、マルテンス条項は国際人道法の諸条約に成文化され、起草時の意図を超えて一般化が図られた一方で、その法的意味内容をめぐっては、必ずしも明確な合意が得られていない。特に、「人道の諸原則」や「公共の良心」に由来する国際法の諸原則という概念を人道法に導入している結果、当該条項は国際法に新たな法源を創設したものと否かが争われている。

第一に、通説的見解として、マルテンス条項は、ある事項に対する条約の採択は当該事項に対する慣習国際法の適用を排除しないことを確認するものという見解がある。例えば Yoram Dinstein は以下のように述べている。「マルテンス条項は、条約の採択は国際慣習法が継続して存在することを排除しないことの単なる再確認として機能すべきである。」⁶³

また彼の別の論考においては「人道の諸原則は法規範としてではなく、法外の考慮としてみなされるべき」⁶⁴と述べ、人道の諸原則の法源性を否定する。Green も Dinstein と同趣旨であって、条約が適用されない場合においても、国際慣習法が継続して適用され続けることを確認するものであるとする。⁶⁵このような理解が通説的見解といえるが、条約の成立が慣習国際法の適用を排除しないことは国際法理論としていわば当然であって、「人道の諸原則」や公共の良心といった概念を持ち出す意味がないと批判されている。

そのため、第二に、ロチュース号判決が示した「主権に対する制限の推定禁止」の原則に対す

⁶³ Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict: Third Edition*, (Cambridge University Press, Cambridge, 2016) p. 14.

⁶⁴ Yoram Dinstein, “The principle of proportionality”, in Kjetil Mujezinović Larsen, Camilla Guldahl Cooper and Gro Nystuen (ed.), *Searching for a ‘Principle of Humanity’ in International Humanitarian Law*, (Cambridge University Press, Cambridge, 2013) p. 73.

⁶⁵ Leslie C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict: Second Edition*, (Manchester University Press, Manchester, 2000) p. 34. Mary Ellen O’Connell も「当該条項は、条約上ある事項が単に規定されていないということは、当該事項において国際法が沈黙していると必然的に看做されるということの意味せず、そして問題となっている事項において条約が採択されたとしても、それは慣習国際法上の保護を排除するものではないということを確認している。しかし、議論がある点は、マルテンス条項が、上記以上の意味内容を有し、すべての兵器と戦闘手段は、たとえその使用が不必要な苦痛禁止原則といった慣習国際法上の特定規則に反しない場合においても、「公共の良心 (the public conscience)」の基準に反していないか判断されるという規則を、国際人道法へ導入しているか否かである。… マルテンス条項は、慣習国際法は、人道法にかかる条約採択の後においても継続的に適用されるということの再確認、そして国家を特定の兵器もしくは戦闘手段を禁止に向かわせる要因となる声明として扱われるべきである。」とする。Mary Ellen O’Connell, “Historical Development and Legal Basis”, Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, (Oxford University Press, Oxford, 2013) p. 34.

る反証となり、当該原則の適用排除の効果をもたらすという見解がある。例えば Richard A. Falk は、「新兵器及び害敵手段の法的地位をめぐるロチューズ事件に依拠する見解はまた、陸戦の法規慣例に関するハーグ第四条約の前文に挿入され、それ自体国際慣習法の拘束的要素として一般的にみなされている『マルテンス条項』に直面することになる」⁶⁶として当該見解を採用する。Ingrid Detter も Falk と同趣旨であって、「現代国際法におけるマルテンス条項の最も重要な点は、特に、旧東側諸国やさらにスカンジナビア諸国においてよく見られた主権概念の極端な強調の結果として、国家は、自己の領域内において彼らが望むがままに行動する自由を有するという見解に対する反証となることであった」⁶⁷とする。Mary Ellen O'Connell も「ある戦闘行為が国際条約や慣習法上明確に禁止されていないとしても、このことは、その行為が許容されているということを必然的に意味するものではない。ハーグ平和会議においてニコライ 2 世の名代であったリボニアのフリードリッヒ・フォン・マルテンス教授（1845-1909）によって発案されたマルテンス条項は、1907 年ハーグ第四条約の前文に規定され、そして 1977 年第一追加議定書やその他の国際条約において再確認されている」⁶⁸とする。

第三に、マルテンス条項の構成要素である「人道の諸原則」や「公共の良心」に独自の法源性を認める見解が提起されることがある。⁶⁹例えば、Meryrowitz は「歴史的に、交戦者相互に認められる害敵手段を制限する人道の諸原則 (principles of humanity) は、より重要な戦争法の法源であり続けてきた」⁷⁰と述べる。ただ、彼がここで述べる「人道の諸原則」は、1868 年のサンクトペテルブルク宣言以来、軍事的必要性を制限するものとして主張されてきたものであって、戦争法の最も基本的な原則、すなわち国家が有する交戦者を害する権利は無制限ではないを体現

⁶⁶ Richard Falk, “Towards a Legal Regime for Nuclear Weapons”, in Arthur Selwyn Miller and Martin Feinrider (ed.), *Nuclear Weapons and Law*, (Greenwood Press, Connecticut, 1984) p. 114.

⁶⁷ Ingrid Detter, *The Law of War: Third Edition*, (Ashgate Publishing Limited, Surrey, 2013) p. 186.

⁶⁸ Mary Ellen O'Connell, “Historical Development and Legal Basis”, Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, (Oxford University Press, Oxford, 2013) p. 34.

⁶⁹ 人道性の考慮 (considerations of humanity) に法源性を認める見解としてはコルフ海峡事件判決を基礎とするフィッツモーリスの議論を参照。G. G. Fitzmaurice, “The Law and Procedure of the International Court of Justice: General Principles and Substantive law”, (1950) 27 *British Yearbook of International Law* 1.

⁷⁰ Elliot L. Meryrowitz, “The Laws of War and Nuclear Weapons”, in Arthur Selwyn Miller and Martin Feinrider (ed.), *Nuclear Weapons and Law*, (Greenwood Press, Connecticut, 1984) p. 25.

するものという理解である。⁷¹また、その他の例として、英国の戦争法マニュアル (UK Manual of the Law of Armed Conflict) は以下のように述べていた。

「人道の原則は、ひとたび軍事目的が達成されたならば、さらに苦痛をもたらすことは不必要であるという概念に基礎づけられる。それゆえ、もし敵戦闘員が負傷もしくは捕縛によって戦闘能力を喪失したのであれば、その者に対して攻撃を継続することによって得られる軍事目的は存在しない。同様の理由によって、人道の原則は、文民たる住民及び民用物が攻撃から基本的に排除されることを確認するものである。なぜなら、文民や民用物は軍事行動に何ら貢献するものではないからである。」⁷²

この書きぶりは、「人道の原則」が自立的な法的効果を持つものとして理解されていることを示唆している。しかし Larsen 達が適切にも述べるように「上記の言説を仔細に見れば、『人道の原則』が国際的に確立された原則である不必要な苦痛禁止原則と区別原則の単なる道義的正当化であること、もしくは、これら二つの原則が組み合わされることによって、より広範で、包括的な人道の原則を構成していることを表していると、解釈することも同時に可能」⁷³である。

すなわちマルテンス条項に独自の法源性を一見認めているかのように思われる見解も、Mary Ellen O'Connell が述べるような、すべての兵器と戦闘手段は、たとえその使用が不必要な苦痛禁止原則といった国際慣習法上の特定規則に反しない場合においても、「公共の良心 (the public conscience)」の基準に反していないか判断されることを要求するものとして理解されているわけではない。逆にマルテンス条項は、「人道の原則」が「紛争当事者は戦闘手段及び方法の選択につき、無制限の権利を有するものではない」ことや、後に詳述する不必要な苦痛禁止原則や区別原則といった国際人道法の基本原則を包含し且つその遵守をいかなる場合においても要求するものであると捉えることが正しい理解であるように思われる。

では、このマルテンス条項をめぐる議論は、現在迄において、どのような判例法の展開を得ているのか。上記の学説を確認する上でも、以下マルテンス条項が言及された裁判例を概観する。

(3) マルテンス条項をめぐる裁判判例

⁷¹ Elliot L. Meryrowitz, *Ibid.*, p. 25.

⁷² UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, (Oxford University Press, Oxford, 2004) p. 23.

⁷³ Kjetil Mujezinović Larsen, Camilla Guldahl Cooper and Gro Nystuen (ed.), *Searching for a 'Principle of Humanity' in International Humanitarian Law*, (Cambridge University Press, Cambridge, 2013) p. 8.

(a) クルップ事件

当該事件は、ニュルンベルクの米国軍事裁判所が、ドイツ財界人の戦争犯罪を裁いた事件である。⁷⁴ 当該判決は、以下のように、マルテンス条項が、条約法規が武力紛争における事態に対して特定の規則を設けていない場合に、慣行や人道の法則及び公共の良心を適用可能とする根拠規定となることを以下のように説明する。

「(ハーグ第四条約の)前文は単なる信教上の宣言ではない。それは、条約とその付属規則が戦闘又戦闘に付随して生じる特定の事例に対応していない場合に、文明国間で確立された慣行 (usages established among civilized nations)、人道の法則そして公共の良心の要求を、それら事態に適用されるように法的基準(legal yardstick)へ作り変えるための一般条項なのである。」⁷⁵

当該判決はマルテンス条項の法源性を直接に認め、条約上の適用規則が存在しない場合に、文明国間で確立された慣行、人道の法則そして公共の良心の要求を裁判準則として適用することを認めている。ただ、本件では、適用法規としてのハーグ第四条約及びその付属規則は十分に明瞭且つ明快であるとし、マルテンス条項を用いた法の適用を行うことはなかった。⁷⁶

(b) ニカラグア事件判決

ICJは、ニカラグア事件判決において、はじめてマルテンス条項に言及している。⁷⁷ 当該事件では、米国がニカラグア領内で活動する反政府団体コントラに対して「ゲリラ戦における心理作戦 (Operaciones sicolbgicas en guerra de guerrillas)」と題するマニュアルを作成の上配布し

⁷⁴ ニュルンベルク国際軍事裁判の後に設置された各占領地区司令官による裁判所の設置経緯については以下を参照。本田稔「ナチスの法律家とその過去の克服-1947年ニュルンベルク法律家裁判の意義-」『立命館法学』(2009年、327号・328号)

⁷⁵ *In re Krupp and others*, 15 Ann. Dig. 620, 622 (U.S. Mil. Trib. 1948.) なお、1946年に下されたニュルンベルク国際軍事裁判所の判決では、マルテンス条項への直接の言及はなかったが以下のように述べられていた。「戦争法は、条約のみならず、徐々に普遍的承認を得た諸国家の慣習や実行、そして法律家によって適用され軍事裁判所が実施する、正義の一般原則からも見いだされる。この法は、変容する世界の必要にあわせて途切れなく適応がはかられていくものであって静的なものではない。」*The Nuremberg Judgment, Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal (1945-1946)*, Leon Friedman (ed), *The Law of War: A Documentary History Volume 2*, (Random House, New York, 1972) p. 938.

⁷⁶ 江藤淳一「マルテンス条項-百年の軌跡」村瀬信也・真山全(編)『武力紛争の国際法』(東信堂、2006年) 68頁。

⁷⁷ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment, *I.C.J. Reports 1986*, p.14. 江藤淳一「前掲論文」(注76) 69頁。

ていたことが、人道の最低基準を定めたジュネーブ諸条約共通第三条違反の「奨励 (encouragement)」であり、共通第一条に規定された諸条約の「尊重を確保する」義務への違反となるかが争われた。本件においては、米国が裁判所の強制管轄受諾宣言に付した、多数国条約から生じた紛争を除外するという留保により、ジュネーブ諸条約自体を適用することができなかつた。これに対し裁判所は本件の適用法規について以下のように述べることで、多数国間条約適用に対する留保の問題を解決している。

「裁判所の見解によれば、米国の行動は国際人道法の基本的な一般原則 (the fundamental general principles of humanitarian law) に則り判断することが可能である。裁判所は、ジュネーブ諸条約はいくつかの点においてはそれら原則の発展であって、他の点においてはその表明以上のものではない。この点において重要なことは、諸条約の表現によれば、これら条約の廃棄は、『文明国間の間で確立している慣行、人道の法則、公衆の良心の命ずるところ等に由来する国際法の原則に基づいて紛争当事国が引き続き履行しなければならない義務を害するものではない』(ジュネーブ第一条約第 63 条、第二条約第 62 条、第三条約第 142 条、第四条約第 158 条)」

78

さらに米国が有する国際法上の義務の認定においては、次のように述べている。

「裁判所は、米国政府は、ジュネーブ諸条約共通第 1 条に関連し、『すべての場合において』諸条約を『尊重し』且つ『尊重を確保する』義務を負っていると考える。なぜならそのような義務は、条約自体からだけでなくまた、国際人道法の一般原則から導きだされるからである。条約は単にそれらの特別な表明にすぎない。それゆえ米国は、ニカラグアでの紛争に関与する個人や団体に対して 1949 年ジュネーブ諸条約共通第 3 条に違反する行動を奨励しない義務を有する。」⁷⁹

ここにおいて裁判所は、米国の行動を国際人道法の基本的な一般原則に則して判断可能であると指摘するとともに、マルテンス条項に言及した上で、国際人道法の一般原則を基礎に、ジュネーブ諸条約に定められた条項を尊重し確保する義務を導くとともに、米国の義務違反を認定した。

⁸⁰裁判所はここで、Hugh Thirlwayが述べるように、国際法上の義務の認定において、条約上の規

⁷⁸ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment, *I. C. J. Reports 1986*, para. 218.

⁷⁹ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment, *I. C. J. Reports 1986*, para. 220.

⁸⁰ Hugh Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence Vol. 1*, (Oxford University Press, Oxford, 2013) p. 147.

則のみならず慣習法をも介在させておらず、国家実行や法的確信に関する検討も行っていない。

81

シュウエーベル判事は反対意見において、裁判所は米国による国際人道法の一般原則に反する行為の奨励を認定するが、国際慣習法上「奨励」という不法行為は存在せず「国際人道法違反の教唆(advocacy)によって、1949年の戦争犠牲者保護条約違反の国家責任が認定された前例はない」⁸²と指摘する。しかしながら、その一方で「いかなる政府も戦争法違反の正式な教唆を正当化できない」として裁判所の結論自体には反対しないと説明している。⁸³

裁判所はここで、条約上の規則の適用が妨げられ且つ前例となる国家実行が存在せず国際慣習法上の適用規則もない状況において、国家行動の合法性の検討を国際人道法の一般原則を基礎として判断している。つまりここで裁判所は、マルテンス条項に依拠しつつ、国家は、例え条約や国際慣習法上の規則がない場合においても、国家活動にかかる選択の自由を有するわけではなく、国際人道法の一般原則に基づく義務に従わなくてはならないことを判示していると考えることができる。⁸⁴当該判決は国際人道法の二層性を認めるとともに、原則上の検討から規則を抽出した上で、適用を図った事例と考えることができるだろう。

(c) 「核兵器使用の合法性」にかかる勧告的意見

1996年7月8日、国際司法裁判所(以下ICJという)は「核兵器の威嚇または使用の合法性」にかかる勧告的意見を下した。核兵器の使用が国際法上どのように評価されるかについて、ICJへの勧告的意見を要請するきっかけとなったのは、反核兵器国際法法律家協会(IALANA)や核戦争防止国際医師会議(IPPNW)などが他のNGOとともに「世界法廷プロジェクト」を開始したことにあつた。⁸⁵当プロジェクトは世界保健機関(WHO)と国連総会に核兵器の合法性についてICJへの勧告的意見を要請することを目指し、両機関からの勧告的意見要請に結実した。ICJはWHOからの勧告的意見の付託にはその活動範囲内の問題ではないとして答えなかったが、国連総会からの「核兵器の威嚇又は使用は、国際法の下でいかなる状況においても許容されるか」という意見要

⁸¹ Hugh Thirlway, *Ibid.*, p. 147.

⁸² Dissenting Opinion of Judge Schwebel, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. *I.C.J. Reports 1986*, para. 259.

⁸³ *Ibid.*, para. 260.

⁸⁴ ここで裁判所が「国際人道法の一般原則」という用語を用いているのは、不必要な苦痛禁止原則や区別原則のように具体化された内実を有さず、人道の法則のように、一般的抽象的文脈における法概念の提示であるからに思われる。

⁸⁵ 藤田久一『核に立ち向かう国際法-原点からの検証』(法律文化社、2011年)171頁。

請に答え勧告的意見を下している。

当該勧告的意見の審理において、各国は核兵器使用の合法性をめぐり様々な立場を表明したが、その中でマルテンス条項に言及するものも見られた。例えば最も極端な議論を展開した国家としてはロシアを挙げることができる。ロシアはハーグ第四条約前文に当初規定されていたマルテンス条項は「一層完備シタル戦争法規ニ関スル法典ノ制定セラルルニ至ル迄ハ」という時項的要件が付されていたことを捉え、1949年のジュネーブ諸条約及び1977年の追加議定書の制定を見た今日においては最早マルテンス条項は適用されえないとの見解を展開した。⁸⁶また、英国はマルテンス条項の法的機能について以下のような見解を示した。

「マルテンス条項は、核兵器の使用について特定の条約規定がないことが、それ自体、当該兵器が合法的に使用可能であるということを証明するに十分ではないことを明らかにする。一方、当該条項は、それ自身によって、その違法性を立証するものでもないのである。マルテンス条項の規定ぶり自体が、核兵器の使用を違法化する国際慣習法上の規則が必要であることを例証しており、現在、そのような規則の存在自体が問題となっているのである。ここにおいてマルテンス条項へ言及することへの意味は見いだしがたい。」⁸⁷

この英国の見解は、マルテンス条項の機能として、特定兵器に対する条約規則による不規律はその合法的使用を担保するものではないことを認めるために、ロチューズ原則に基づく主権の残余原理を否定しているようにも一見見受けられる。しかしその一方で、条約上の規則による規律がない特定兵器の合法性を問うためには、それを違法化する国際慣習法上の規則の存在を必要とするのであって、条約上の規則による（不）規律は、国際慣習法上の規律を排除しないというマルテンス条項の狭義の理解につながることになる。この点、米国も同趣旨の見解を示しており、ある戦闘手段に適用される条約法規がないとしても、引き続き国際慣習法の規律の下にあるという意味に限って、マルテンス条項の機能を認めている。⁸⁸

一方、中小国の中には、マルテンス条項及びその概念に依拠することで、核兵器の使用は国家が明示的又は黙示的に同意を与えた規則のみに規律されるわけではなく、国際法及び人道の諸原則の下で合法性の判断が可能であるという見解を表明する国家もあった。例えば、オーストラリア外務大臣ギャレス・エバンス（Gareth Evans）は、裁判所において次のように述べた。

⁸⁶ Letter dated 19 June 1995 from the Ambassador of the Russian Federation, together with Written Statement and Comments of the Government of the Russian Federation, p. 13.

⁸⁷ Written statement of the United Kingdom, Nuclear Weapons, 1996 ICJ Pleadings (June 2, 1994), reprinted in 1995 British Yearbook of International Law 712, para. 32.

⁸⁸ John Burroughs, *The Legality of Threat of Use of Nuclear Weapons*, 102 (1998).

「我々は、核兵器の合法性に最も直接的かつ明確な関連性を持つ国際法の原則は、人道法の一般原則であると考えます。『人道法の基本的な一般原則』に照らして国家の行為が国際慣習法の下で判定されるが、この原則の存在は、この裁判所によって、軍事的及び準軍事的活動事件（ニカラグア対米国）において認められたのである。（中略）この一般的原則は、いくつかの点において、既存のどの条約規則よりも広義であり、またまったく適用されうる条約規則が存在しない状況において適用されることがある。」⁸⁹

では、核兵器の合法性を判断する適用法規をめぐる審理において展開されたこれら見解に対し、ICJ はいかに判断したか。裁判所は、国際人道法の原則と規則が核兵器の使用に適用されうるかの論証において、マルテンス条項を度々引用している。以下、裁判所がマルテンス条項に依拠した箇所について確認する。

「人道法の基礎を構成する文書に含まれている主要な原則は以下のものである。第一の原則は文民たる住民及び民用物の保護を目的とし、戦闘員と非戦闘員との区別をうちたてるものである。ここにおいて国家は決して文民を攻撃対象としてはならず、その結果として、文民と軍事目標を区別できない兵器は使用してはならない。第二の原則に従えば、戦闘員に対して不必要な苦痛をもたらすことは禁止される。従って、そのような危害を戦闘員に与えまたは彼らの苦痛を無益に増大させる兵器の使用は禁止される。この第二の原則の適用において、国家は、彼らが使用する兵器という、手段の選択に関する無制限の自由を有するものではない。

裁判所は、これら原則との関連において、マルテンス条項に言及するものである。当該条項は当初、1899年の陸戦の法規慣例に関するハーグ第二条約に盛り込まれたもので、軍事技術の急速な進化に対応することが出来る効果的な手段であることが証明されている。（中略）

上述の原則に従って、人道法は、極めて早い段階から、それら兵器の非戦闘員に対する無差別的効果を理由とし、あるいは、戦闘員に対する不必要な苦痛、つまり正当な軍事目的を達するために不可避な程度を超える危害を理由として、一定の種類の兵器を禁止してきた。」⁹⁰

⁸⁹ Verbatim Record, 30 October 1995, pp. 44-45, 49. ジョン・バロース著（浦田賢治監訳/山田寿則・伊藤勸訳）『核兵器使用の違法性-国際司法裁判所の勧告的意見』（早稲田大学比較法研究所、東京、2001年）130頁。

⁹⁰ *I. C. J. Reports 1996*, para. 78.

裁判所は、第一追加議定書の規定が議定書の非締約国に対しても適用されうるかという問題の検討においても以下のようにマルテンス条項へ言及する。

「裁判所はまた、1977年の追加議定書が核兵器へ適用されるかという問題について詳しく述べる必要はないと考える。必要なことは、1974年から1977年まで開催された外交会議において、核兵器に関する実質的な議論は行われず、当該問題を解決する特定の立場は提案されなかった一方、第一追加議定書が、核兵器を含むすべての戦争手段及び方法に適用される一般慣習規則こと

ここで裁判所は、兵器の使用それ自体を禁止するにあたっての判断基準となる人道法の二つの主要原則の存在を指摘する。これら原則との関連において、裁判所は、マルテンス条項に直接言及し、当該条項を「軍事技術の急速な進化に対応することが出来る効果的な手段」とみなす。そして人道性の要求に鑑み人道法が、その興隆の極めて早い段階から一定の兵器を禁止してきたことを説明する。この裁判所の立論は、人道法が内包する兵器それ自体を規律する原則の存在を指摘するとともに、それら原則はマルテンス条項に関連し、これら原則が発展し成立した後に開発された新兵器に対しても適用され、且つ、実際に禁止してきたことを説明するものである。つまり、裁判所は、オーストリアや他の中小国が主張するように、マルテンス条項や人道の法則それ自体に依拠して核兵器の使用の合法性を判断したのではなく、兵器一般を規律する既存の国際人道法の諸原則の存在を指摘するとともに、マルテンス条項に対してこれら原則を兵器一般に対する適用法規として導く役割を担わせていると考えられる。このことは、これら原則を実際に核兵器の使用に対して適用できるかを検討した次の裁判所の判旨においてより明確となる。裁判所は、既述の人道法の諸原則及び規則が核兵器の使用及び威嚇に対しても適用可能かという問題において、大多数の国家及び法学者の見解によれば人道法の核兵器に対する適用は疑いを差し挟む余地はないと述べた後に、以下の見解を示した。

「核兵器は武力紛争に適用可能な殆どの人道法の諸原則及び諸規則が存在するようになった後で開発されたものである。1949年や1974年-1977年会議においてかかる兵器は扱われなかった。さらに、核兵器と通常兵器との間には質的量的な相違が存在する。しかしながら、このことから、武力紛争に適用可能な確立した人道法の諸原則及び諸規則が核兵器に適用されないという結論を導くことはできない。そのような結論は、ここで問題となっている、武力紛争法体系の全体を貫き、過去、現在及び将来のすべての戦闘の形態、そしてすべての兵器に適用される法原則の本質的な人道的性格と両立しえないものである。この点に関して、核兵器の新規性が故に人道法の諸規則が適用されないとの主張が本件において支持されなかったことは重要である。むしろ、国際人道法の核兵器への適用を否定する議論としての核兵器の新規性は明確に排除されてきた。

(中略)

ってかわったわけではないことを確認することだけである。裁判所は特に、すべての国家が、第一議定書が採択された当時において、第一追加議定書第1条において再確認されたマルテンス条項のように、単に既存の慣習法の表明である第一追加議定書の規則によって拘束されていることに留意する。」

ここで裁判所は、マルテンス条項の国際慣習法性を認定するとともに、条約法規の成立は国際慣習法規を排除するわけではないという、当該条項の狭義の理解を適用する。*I. C. J. Reports 1996*, para. 84.

最後に、裁判所は、核兵器に対し人道法の原則及び規則が適用されることの確認として、マルテンス条項が存在し且つ適用されることに疑いの余地がないことを指摘する。⁹¹

ここで裁判所は、前述した人道法の原則及び規則が、核兵器という新兵器に対しても適用されることを、マルテンス条項に依拠しつつ確認している。⁹²本件でマルテンス条項が果たした機能について、慣習法上確立した国際法の原則が新兵器に適用されるということを確認したにすぎないとの消極的な見解もある。⁹³一方、本件では、ニカラグア事件の際とは異なり、人道の諸原則を構成し、国際慣習法上も確立したとみなされている、区別原則と不必要な苦痛原則が存在する中、特にマルテンス条項そのものを適用して核兵器使用の合法性の判断を行う必要性は必ずしもなかった。メロンが述べるように「裁判所が用いた基準は、人道の諸法則や公共の良心の要求というよりも、区別原則と不必要な苦痛禁止原則であった」⁹⁴といえる。そうであれば、この指摘はいわば当然のことを指摘しているにすぎない。

ただ、本件で重要なことは、これら原則が「武力紛争法体系の全体を貫き、過去、現在及び将来のすべての戦闘の形態、そしてすべての兵器に適用される」ことがマルテンス条項に依拠しつつ認定された点にあり、ある兵器それ自体の使用をめぐる国際法上の許容性が、特定の規則の介在を経ずとも、人道法の原則に照らして判断可能とされたことにある。つまりは、兵器それ自体の禁止を導く特定の適用規則がなかったとしても、国際人道法の諸原則に基づく判断を可能とする、人道法の二層性を明らかにしているといえるのである。これを例証するように、裁判所は、いかなる状況においても核兵器の使用が武力紛争の原則及び規則に矛盾すると結論付ける要素を持ち合わせていないという留保つきながらも、区別原則と不必要な苦痛原則に反する兵器の使用は禁止されることを確認した上で、裁判所が上述した核兵器の特異な特性を鑑みれば、当該兵器の使用は、実際のところ、これら原則の要求するところとほとんど両立し難いとし、核兵器の使用は「人道法の原則及び規則に一般的に違反する」と結論付けるのである。ここで裁判所は、核兵器の合法性を両原則に基づいて判断している。

⁹¹ *I. C. J. Reports 1996*, para. 86.

⁹² 79 項より裁判所は「人道法の諸規則」の表現についても「国際人道法の原則と規則」という形態で使用するが、ここで「原則」と「規則」の別については特に意味のある区分として用いられているようには思えない。ここで裁判所が述べる「規則」についても「人道法の基礎となる規則」としており、また区別原則及び不必要な苦痛原則以外の検討もないため、本件においては、両原則と「国際人道法の原則と規則」は等位の関係で使用されているように見受けられる。

⁹³ 江藤淳一『前掲書』(注30) 205頁。

⁹⁴ Theodor Meron, *The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience*, 94 *American Journal of International Law*, (2000) p. 87.

(d) Martić 事件 : 旧ユーゴ国際刑事裁判所 (ICTY)

本件は旧ユーゴ国際刑事裁判所 (以下「ICTY」という) が Millan Martić が指揮した 1995 年のザグレブ市への砲撃事件について審理を行ったものである。そこで ICTY 第一審裁判部は、本件に適用可能な国際人道法について以下のように検討を行った。少し長いが引用する。

「文民たる住民及び個々の文民を攻撃の対象としてはならないという慣習法上の規則は、すべての武力紛争に適用される国際人道法の基礎となる規則(a fundamental rule of international humanitarian law)である。(中略) 本上訴裁判部が確認したように、紛争当事者の戦闘の手段及び方法の選択の権利は無制限ではないという一般原則(the general principle)と、文民たる住民若しくは個々の文民それ自体への攻撃禁止(the prohibition)は、両者とも疑いなくこの国際慣習法体系の一部を構成している。(上訴裁判部の決定第 127 項)

これら規則がすべての武力紛争に適用されることについては、1968 年の国連総会決議 2444 (X X III)、そして 1970 年の国連総会決議 2675 (X X V) において明らかにされており、両決議はそれぞれ全会一致で採択されていた。これら決議は当該分野における国際慣習法の宣明であるとみなされている。武力紛争における文民に対する攻撃禁止の慣習法性は、当該禁止が二つの追加議定書に盛り込まれることによっても支持される。上記第一追加議定書第 51 条及び第二追加議定書第 13 条は文民たる住民及び個々の住民それ自体に対する攻撃を禁止している。両規定とも当該規則はすべての状況において遵守されなければならないことを明示的に規定している。本上訴裁判部は両条項とも国際慣習法を構成することを再確認していた。

さらに述べれば、文民たる住民及び個々の文民それ自体への攻撃の禁止(the prohibition)、そして戦闘の手段及び方法を制限する一般原則 (the general principle) は「マルテンス条項」からも導くことができるものである。当該条項は人道法の基礎的な諸条約において『(関連する条約) によって対象とされていない場合においても、文民及び戦闘員は、確立された慣習、人道の諸原則及び公共の良心に由来する国際法の諸原則に基づく保護並びに支配の下に置かれる』との規定の下に取り入れられている。加えて、これら規範 (norms) はまた、すべての武力紛争に適用される国際人道法体系全体の基礎をなす人道の基本的考慮からも導くことができる。」⁹⁵

本件において ICTY 第一審裁判部は、規則、禁止、原則、規範といった用語法の使用にやや一貫性を欠いているように思われるものの、文民に対する攻撃禁止及び紛争当事者が選択可能な戦闘の手段及び方法は無制限ではないという原則が、疑いなく旧ユーゴスラビア内での非国際的武

⁹⁵ Prosecutor v. Martić Review of the Indictment Pursuant to Rule 61, No. IT-95-11-R61, para. 10-13 (Mar. 8, 1996.)

力紛争にも適用されることを論証するに際し、マルテンス条項を引用している。

ここで裁判部が、両原則の国際慣習法としての地位の認定を補強する趣旨においてマルテンス条項に依拠しているのか、それとも、マルテンス条項や人道の基本的考慮自体を国際法の第三の法源とみなし、直接的に国際法上の原則(又は規範)を導きうるとしているのかは定かではない。

ここで裁判部が論証を試みたのは非国際的武力紛争にも適用される慣習国際人道法上の禁止・原則・規範の存在であった。ただ、裁判部が当初から明確に述べるように「文民たる住民及び個々の文民を攻撃の対象としてはならないという慣習法上の規則は、すべての武力紛争に適用される国際人道法の基礎となる規則(a fundamental rule of international humanitarian law)」であるといえる。であれば、ここにおいて、裁判部が意を用いたのは、その規則の裁判準則としての非国際的武力紛争への適用にあったと思われる。これを論証するために、文民に対する攻撃の禁止や紛争当事者が選択可能な戦闘の手段及び方法は無制限ではないという原則、そして最後には人道の基本的考慮に基づくこれら原則の規範性にまで依拠し、非国際的武力紛争における個人の戦争犯罪への適用の論証を図っていたと言えるだろう。

つまり、ここで裁判部は、マルテンス条項に独自の法源性を認めているわけではなく、非国際的武力紛争における個人の戦争犯罪に対する裁判準則の決定について依拠しうる前例がない状況において、マルテンス条項や人道の基本的考慮に基づく原則の規範的地位に依拠し適用可能性を確保している。このように考えれば当該裁判部の判決は国際人道法がその法体系に導入している規則と原則の二層性、そして原則レベルでの適用可能性を非国際的武力紛争にも認めているものと考えられるだろう。

小活

本章で検討した国際裁判所の判断に共通するのは、マルテンス条項自体は、独自の法源というよりは、国際人道法の原則との強い関連を有し、その適用可能性を確保するものという理解であるように思われる。メロンによれば、ICJ は、マルテンス条項を区別原則、不必要な苦痛禁止原則、そして戦闘手段の無制限の権利の否定といった国際人道法の基本原則に関係するものとみなしているとする。⁹⁶

⁹⁶ Theodor Meron, *Supra* (note 94) p. 87. また、「イラク占領下のクウェートにおける人権に関する事態」の国連特別報告者は、マルテンス条項は、国際人道法と人権法の交錯を背景としつつ、人権保護にかかる3つの国際慣習法上の原則が反映されているとして、紛争当事者が戦闘の手段及び方法を選択する権利は無制限ではないこと、戦闘に直接参加している者と保護文民たる住民が区別されなくてはならないこと、文民たる住民そのものに対して攻撃を加えることは禁止され

つまり、国際人道法は 20 世紀を通して実施されてきた法典化においても、特に非国際的武力紛争に適用される規則等において、未だ完成された法典を構成しているわけではない。また、非人道的兵器を規制しあるいは違法化する条約が成立したとしても、それら条約への非締約国の存在は常に問題として残り続ける。さらに科学・軍事技術の急速且つ果てない進化に対応するためには、国際人道法の原則による継続的規律を確保し、過去・現在・将来にわたって、非人道的性格を有する兵器について法の適用を確保していく必要がある。上記してきた判例で確認されてきたことは、マルテンス条項は通説的に考えられてきたように、条約法と平行的に存在している国際慣習法の適用を排除しないという機能に留まらず、特定の禁止規則がない場合であっても、国家行動をめぐる国際人道法に基づく合法性の判断について、原則レベルでの判断を可能とする人道法の階層性を認めたものと解される。これは国際社会全体の利益を包含する人道の諸原則を基本的要素とした、国内法体系類似の垂直的あるいは階層的秩序が国際人道法体系に組み込まれていることを示している。つまり、ある兵器について、それを禁止もしくは規制する特定の条約規則あるいは国際慣習法規則が存在しない場合であっても、その兵器使用の合法性は推定しえず、むしろ、その合法性はいかなる場合であっても、当該法体系の基礎を構成する国際人道法の諸原則に基づく合法性にかかる判断を受けなければならないのである。⁹⁷

この意味において、前章で確認した、核兵器禁止条約に纏わる法の空白 (legal gap) の主張は国際人道法の誤った理解に基づくものであるといわざるを得ない。国際人道法は、戦闘の手段及び方法の規制において、法の空白を認めていない。⁹⁸ そうであれば、核兵器の使用の合法性を

ていることをあげる。Report on the situation of human rights in Kuwait under Iraqi occupation, para. 36, E/CN.4/1992/26, 16 January 1992. 当該報告書は下記文献に所収。Walter Kälin (ed.), *Human Rights in Times of Occupation: The Case of Kuwait*, (Stämpfli for Law Books in Europe, Bern, 1994)

⁹⁷ この点について藤田は以下のように述べている。「個々の種類の兵器を直接規制する明示の規定がなくとも、その使用が直ちに合法化されるのではなく、その許容性はあらゆる兵器ないし害敵手段に妥当する共通の規制ないし前述の基本原則に照らして判断されなければならない。」(藤田久一『【新版】国際人道法』(有信堂、1993年)91頁。) 廣瀬も同趣旨であって以下の見解を示す。「マルテンス条項の意義は、このように明示的に制限されているもののみならず、将来において発明されうる兵器ないし害敵手段にも妥当する一般的原則を提示している点にある。2度の世界大戦を経て、兵器は格段の進歩をし、生物・化学兵器、核兵器などの大量破壊兵器が発明され、その後もレーザー兵器や劣化ウラン弾などの新兵器が開発されつつある。これらの兵器は、その度に直接規制する明示の規定がつくられないからといって、其の使用がただちに合法化されるわけではない。マルテンス条項の精神を前提にすれば規制の可能性はある。」(廣瀬和子「核兵器の使用規制-原爆判決から ICJ の勧告的意見までの言説分析を通してみられる現代国際法の複合性」村瀬信也・真山全(編)『武力紛争の国際法』(東信堂、2004年)432頁。)

⁹⁸ Theodor Meron も、マルテンス条項は、ある兵器の合法性が、不必要な苦痛禁止原則やその他の国際人道法の基本的原則に基づいて判断される際に、考慮されねばならないものであって、「裁

検討するにあたっては、当該兵器を規律する国際人道法の原則とは何かを次に考察する必要がある。

判不能」を防止する法理となりうることを認める。ただ、マルテンス条項は砂上の楼閣を築くことを許すものではなく、人道の諸原則及び公共の良心の要求のみでは、戦争の手段及び方法を違法化することは、極端な事例を除けばできず、合法性の判断基準となるのはあくまでも、一般的に受け入れられた国際人道法の諸原則であることを強調している。Theodor Meron, *Supra* (note 94) p. 88.

第二章 戦闘手段の規制と国際人道法の基本原則

序

前章では、兵器あるいは戦闘手段を規制する国際人道法の機能を考察し、国際人道法はある兵器を特定の規制する規則が存在しない場合であっても、人道法の諸原則に基づく法的規律を可能としていることを確認した。次に検討しなければならないのは、兵器の規制を原則レベルで可能とする、国際人道法の基本原則にはいかなるものがあり、これら原則による戦闘手段の規律は、どのような態様で行われるかである。国際人道法の諸原則は、兵器の使用方法あるいは行使態様を規律するのみに留まるのか、それとも兵器それ自体の使用禁止までもたらすことができるのであろうか。当該議論を核兵器に適用すれば、核兵器の使用はそれ自体、国際人道法の諸原則に照らして違法であり、国際人道法と両立する核兵器の使用は存在しないといえるのか、それとも、核兵器の使用自体は合法であって、国際人道法の諸原則に違反する使用態様において行使された場合においてのみ違法であるといえるのかが議論となる。当該論点こそ、まさに 1996 年の ICJ の勧告的意見の審理において争われた法的論点であった。そのためまずは、国際人道法の戦争手段の規制態様の二類型を確認するために、「核兵器の威嚇又は使用の合法性」における議論を確認する。

第一節 核兵器の使用をめぐる内在的違法と外在的違法

(a) 勧告的意見の内容

ICJ の勧告的意見は、核兵器の使用が現代の国際法の下で違法とされるかという問題に関する初めての国際的司法機関の判断であった。まず、ICJ は核兵器の使用に係る国際法上の適用法規を考察する。

第一に、ICJ は人権法との関連を検討する。核兵器の使用は、その甚大な破壊力に鑑み、対象とされた国家や中立国住民の生命や健康、そして安全な環境への権利を脅かすため国際人権法に違反するとの見解が提起されてきた。この点につき ICJ は市民的及び政治的権利に関する国際規約第 6 条の「生命に対する権利」は、平時のみならず戦時にも適用されるとする一方、何が恣意的な生命の剥奪かは特別法である武力紛争法によって定まるとした。⁹⁹核兵器使用によってもたらされる被害に対する救済の観点、国際人権法の履行確保メカニズムの進展、そして核兵器の使用は国際的武力紛争下においてのみ想定されるものではないといった要素を踏まえれば、裁判所

⁹⁹ *I. C. J. Reports 1996*, para. 24-25.

が核兵器と人権法の関連を明らかにしたことは看過できない重要性を有する。¹⁰⁰

続いて ICJ はジェノサイド条約及び国際環境法規範の核兵器使用に対する適用を考察する。前者については、同条約第二条が定める意図の要件を満たす場合に核兵器の使用に関連するとするが、各事例の特殊事情を考慮した上でのみ当該結論に達することができるとし、環境の保全および保護に関する規範については、核兵器の使用を特定の禁止していないが、武力紛争に適用される法原則及び規則の実施において適切に考慮されるべき重要な要素であるとした。¹⁰¹

以上の検討の後、ICJ は核兵器の合（違）法性と直接的に関連する法規は、国連憲章上の武力行使に関する諸規定、そして武力紛争に適用される法であると判断する。前者について、ICJ は、核兵器使用の違法性を判断する根拠として、第一に国連憲章は核兵器による威嚇又は核兵器の使用を無条件に禁止しているか、第二に自衛権の合法的行使のための基本的要件としての必要性和均衡性の問題、第三に核抑止論の前提となる復讐としての核兵器の使用、そして第四に威嚇と抑止の関係性等を取り上げた。これら検討の後、ICJ は、武力紛争の事態で適用される法の検討に移ることとなった。

(b) 国際人道法による戦闘手段規制の二類型

「核兵器の威嚇又は使用の合法性」における議論の対立点の一つは、いうまでもなく核兵器使用に対する一般国際法上の評価であった。非核兵器国は、核兵器という、特定の兵器それ自体が違法であり、いかなる状況においてもその使用が禁止されていると主張した。例えばエジプトは、核兵器の違法性を判断するに特定の禁止規則は必要ないとして、審理にて以下のような見解を述べた。

「核兵器の使用は、それらが核兵器であり、またそれらが核兵器と呼ばれるが故に禁止されるのではない。それらが核兵器だからではなく、それらが大量破壊の無差別な兵器であるが故に、その効果によって、核兵器のはるか以前に遡る人道法の基本的且つ義務的な規則の禁止の対象となる。」¹⁰²（下線は原文のママ）

当該見解は「国際社会における戦時を規律してきた人道法の観点から核兵器の性質を問い、その

¹⁰⁰ Stuart Casey-Maslen, “The Use of Nuclear Weapons and Human Rights” (2015) 97, *International Review of the Red Cross*, 663-680 and Louise Dosward-Beck, “Human Rights and Nuclear Weapons”, in Gro Nystuen, Stuart Casey-Maslen and Annie Golden Bersagel (ed.), *Nuclear Weapons under International Law*, (Cambridge University Press, Cambridge, 2014)

¹⁰¹ *I. C. J. Reports 1996*, para. 26 and 27-33.

¹⁰² Verbatim Record, 1 November 1995, p. 39. 訳文については、下記を参考にした。ジョン・バロース著（浦田賢治監訳/山田寿則・伊藤勸訳）『前掲書』（注 89）124 頁。

使用そのものが違法」とする立場（内在的違法性）であった。

その一方、核兵器国を中心とする国家群は、国際法、特に国際人道法と両立する核兵器の使用はほとんど想定しがたいとしつつも、核兵器を規律する国際法規と両立する核兵器の使用があり得るとする立場をとった。当該見解を法的に論証するために、例えば、英国は口答陳述にて以下のように述べた。

「我が国は核兵器の使用は戦時国際法(*jus in bello*)の一般原則に規律されることを常に受け入れてきた。しかし、ある兵器が法に拘束されているということは、その兵器が法によって禁止されなければならないということの意味しない。確かに、戦争の手段及び方法を規制する慣習法は、核兵器の一定の使用形態を禁止する。これは戦時国際法がすべての兵器に対し、一定の使用形態を禁止するのとまさに同じである。しかし、この推論は、戦時国際法が、核兵器の使用を、個別具体的な文脈を離れ、いかなる状況においても禁止していることを意味するものではないのである。」¹⁰³

つまり、ここで英国は、核兵器の使用が国際人道法の一般原則に服すことを認める一方、その規制は内在的違法性を課すものではなく、一定の使用形態を禁止するものであって、国際人道法に違反しない核兵器の使用があり得るとする立場をとっている。¹⁰⁴この問題は米国も口答陳述にて取り上げ「現代の核兵器の運搬手段は実際、軍事目標のみを正確に且つ差別的に標的とする能力を有する」¹⁰⁵とし、人道法との両立可能な核兵器使用があり得るとの見解を示した。当該見解は、核兵器それ自体の使用の合法性を前提としながら、核兵器の使用の形態ないし方法が「人道法の基本原則に違反する」（外在的違法性）かを問う立場であった。¹⁰⁶

ICJ の勧告的意見における立論は、両者の立場の折衷的見解として、内在的違法性と外在的違法性の混合物となった。すなわち ICJ の立場は、核兵器の使用は、武力紛争に適用される国際法

¹⁰³ Verbatim Records, 15 November 1995, p. 38.

¹⁰⁴ 当該見解は Malcolm N. Shaw が説く見解でもある。彼は核兵器とひとまとめにいつても、様々な種類が存在するのであって、それらの合法性を包括的に説くことを適切ではないとする。さらに、たとえ通常兵器であっても、19世紀の時代から考えれば、ナパームや火炎放射器等想像すらできなかった破壊力を有する兵器が開発されているが、それらは兵器それ自体が違法であるとはされていない。通常兵器であっても、大量破壊兵器であっても、ある具体的状況における使用態様が違法となることは同様であって、最も重要な要素は、具体的状況である。そしてその具体的状況において均衡性や軍事的必要性、そして文民と戦闘員の区別について考慮される必要があるとする。そのため結論として「兵器の違法性は、核兵器であろうと通常兵器であろうとも、その使用の具体的状況に依存する」とする。Malcolm N. Shaw, *Supra* (note 5) p. 9. この見解は実質的に核兵器それ自体の違法性を説く余地を認めないものとなる。

¹⁰⁵ Verbatim Records, 15 November 1995, p. 70.

¹⁰⁶ 廣瀬「前掲論文」(注97) 425頁。

の規則、とりわけ人道法の原則及び規則に両立しがたく一般的に違反するが、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は判断できない、というものであった。この ICJ の分かりにくい立論が核兵器使用をめぐる国際法上の議論を混乱させる一因となっている。つまり、内在的違法と外在的違法を区別した議論がなされなかったために、「一般的に違反する」とは核兵器の使用はその特質から「常に」不必要な苦痛を伴うために、使用そのものが当該規範の違反となることを示しているのか。それとも、「いかなる状況においても」違法であるとはいえないということは、核兵器の使用は、国際人道法に違反する使用の形態ないし方法を採用した場合に限り当該規範の違反となるという立論の可能性があるのか、不明確なままとなっている。

このことは、判事の中でも当然認識されており、ヒギンズ (Rosalyn Higgins) 判事は、その反対意見において、「裁判所は、自らが特定した国際人道法の基本要素について説明・精緻化した上で、適用すべきであった」¹⁰⁷と批判していた。

第二節 内在的違法性と外在的違法性の関係性

当節では、前節の議論から導きだされる国際人道法による戦闘手段の規制の二類型（内在的違法性と外在的違法性）の関係性の整理を試みる。これにより当該二類型の法的特徴をより詳細に把握することができるだろう。ここでは便宜上、内在的違法性に基づく規制を第一類型、外在的違法性に基づく規制を第二類型として検討を行う。

第一に指摘しなければならないのは、第一類型の規制と第二類型の規制は、ある特定兵器に対する規制形態として同時に併存することはないということである。なぜなら「兵器それ自体の使用禁止」（第一類型）が課された兵器は、その使用そのものが違法であって、兵器それ自体の使用が合法であったとしても、違法な行使方法があるという第二類型の議論とは両立しない。一方で第二類型は、兵器それ自体の使用が合法であったとしても、その行使方法における違法性を問うものであって、兵器の使用それ自体が違法であれば、第二類型の議論を問う必要はない。つまり、ある特定兵器の使用規制は、国際人道法の諸原則との関連において、内在的違法性の類型か外在的違法性の類型かのどちらか一方にのみ属するものとなる。審理においてエジプト等非核兵器国が主張したのはまさに核兵器の法的規律は第一類型に属するという主張であり、一方英米の主張は第二類型に属するという見解であった。国際法における兵器規律の法的性質をめぐる類型論の差異は、下田事件判決に対する評価においても顕在化していた。下田事件判決は、当時の国

¹⁰⁷ *I. C. J. Reports 1996*, Dissenting Opinion of Judge Higgins, pp. 584.

国際慣習法に従って広島・長崎を軍事目標のみへの攻撃を許す無防衛都市と認定し、原爆の投下は、区別原則に違反する無差別攻撃であると認定した。裁判所は、広島・長崎への原爆の投下にかかる具体的状況を考察し、その行使態様における違法性(外在的違法性)を認定したと考えられる。ただ、裁判所はこれにさらに続けて、原爆は不必要な苦痛を与える兵器であるという側面からも国際法違反を構成すると述べた。後者の立論は、広島・長崎への原爆投下の違法性という限定された考察を超えて、核兵器それ自体の違法性(内在的違法性)に繋がる議論である。裁判所の後者の立論が正しいとすれば、そもそも使用が禁止されている兵器の「使用態様」を検討する必要は存在しない。そのため、下田判決に対しては、論理的一貫性が欠けているという批判がある。¹⁰⁸この批判の適否は別として、当該批判の存在は、第一類型(内在的違法性)の議論と、第二類型(外在的違法性)の議論は同時に成立することはないということを端的に示している。ただ、ある特定兵器の規律にかかる違法性概念の二類型が同時に成立することがないといっても、この事実は二類型の結合性・関係性を否定するものではなく、二類型には法的結節点が存在する。

国際法上の一般原則に照らした兵器の規律の場合、考察の対象とする兵器が上記の二類型のどちらに属するかを決定する基準が必要となる。もし条約あるいは国際慣習法に基づく特定の規則が存在する場合には、当該規則によって規律の内実が規定されていることから、二類型のどちらに属するかという問題は生じない。ただ、核兵器の使用のように、特定の規則による規律が及んでいない場合には、果たして国際人道法に基づき核兵器の使用それ自体が禁止されているのか、それとも国際人道法に違反する核兵器の行使態様が禁止されているのかは、核兵器の違法性にかかる勧告的の審理において確認されるように、法的争点となり得る。

では、「核兵器の威嚇又は使用の合法性」の審理過程において、核兵器使用の内在的違法性を説く国家群と、核兵器の使用の違法性は外在的文脈に限定されると説く国家群は、何を基準として本件を争ったか。

審理での諸国の主張を見れば、まず、核兵器の内在的違法性を主張する国家は、核兵器がその性質上、人道法の原則および規則と「いかなる状況においても両立し得ない」ことを根拠として、

¹⁰⁸ 寺沢一「原爆判決の法的問題点」『法律時報』(第36巻2号、1964年)51頁。高野雄一「原爆判決とその問題点-広島、長崎の原爆攻撃に関する国際法と被害者の請求権-」『ジュリスト』(第293号、1964年)38頁。一方、竹本は「もっとも、不必要な苦痛を与える害敵手段を禁止した戦争法の基本原則に違反すると述べた箇所は、原爆そのものの違法性を主張しているかの印象を与えるが、そのように理解するのは正しくない」とする。その理由として、判決は「広島、長崎に対する原爆投下の軍事的必要性の有無、およびそれがもたらした現実の惨禍からみて、不必要な苦痛を与えたと判断している」とする。竹本正幸「原爆判決」田畑茂二郎(編)『ケースブック国際法【新版】』(有信堂、1987年)348～349頁。

核兵器の使用をめぐる第一類型の禁止が課されることが主張されていたことが確認される。言い換えれば、核兵器の使用が外在的違法性（第二類型）に基づく規律といかなる場合においても両立しないことを根拠として、内在的違法性（第一類型）による規律へと適用類型の移行を説いていた。その使用が常に国際人道法違反を構成するのであれば、その使用自体が禁止されているとすることが合理的であるからである。当該見解について、ICJは以下のようにまとめている。

「もうひとつの見解によれば、核兵器の使用は、人道法の原則および規則と両立しうることは決してなく、したがって、禁止されている。使用されれば、核兵器はいかなる状況においても、一般住民と戦闘員との区別、または民用物と軍事目標との区別はいささかもできず、その効果は、多くは抑制のきかぬものであって、時間的にも空間的にも、合法的な軍事目標に限定することができないであろう。かかる兵器は、核爆発によって引き起こされる爆風、熱線および放射線ならびにそれから生じる効果のゆえに、必ず無差別に、殺害と破壊をもたらす。そして、発生する死傷者の数は、膨大なものとなろう。したがって、核兵器の使用は、条約による明示的禁止はないにしても、いかなる状況においても禁止される。まさにこの見解に基づいて、一部の国は、核兵器は、人道の基本原則により、国際慣習法上本質的に違法であると裁判所において主張した。」¹⁰⁹

ここで裁判所は核兵器の使用は、核爆発によって引き起こされる爆風、熱線および放射線ならびにそれから生じる効果のゆえに、「必ず」無差別に、殺害と破壊をもたらす、人道法の原則および規則と両立しうることが「決してなく」、使用されれば核兵器は「いかなる状況においても」国際人道法に違反する。それ故に、核兵器は、人道の基本原則により、本質的に違法とする見解を紹介している。当該見解は、「国際人道法の原則および規則と両立する兵器の使用態様がいかなる場合においても存在しない」ことを根拠に、当該兵器の本質的違法性を導いている。

当該見解に対し、米国・英国そしてICJの一部裁判官は、人道法との両立可能な核兵器使用があり得るとの見解を示した。特にこの問題を、反対意見にて取り上げたのが、シュウェーベル判事である。判事は核兵器の使用と武力紛争に適用される規則、特に国際人道法の原則及び規則とを両立させることが非常に困難であることを認める。ただ、主文にて「一般的」という文言が挿入されているように、核兵器の使用は常に国際法違反を伴うものではなく、軍事目標に限定された戦術核の使用であれば、文民に対する被害をもたらさない形態において行使可能な可能性が残っているとして、伝統的に議論されてきた二つの例を挙げる。¹¹⁰

第一の例は、核弾道ミサイル搭載型の潜水艦が核ミサイルを発射する若しくは発射した際の、

¹⁰⁹ *I. C. J. Reports 1996*, para. 92.

¹¹⁰ *I. C. J. Reports 1996*, Dissenting Opinion of Vice-President Schwebel, p. 321-322.

当該潜水艦に対する核魚雷攻撃であり、第二の例は、第一の例より遥かに可能性は低いという留保つきであるが、砂漠に位置する敵軍に対する核兵器の限定的使用である。¹¹¹ここで判事は、海中における使用であれば、文民に影響を与える放射線の放出は地上での核兵器の使用よりも限定され、その破壊も潜水艦と乗組員に対するものに限られること、そして、砂漠における核兵器の使用については、一定の状況下であれば、国際人道法の区別原則と均衡性の要件を満たす可能性があると主張する。

米国と英国が主張し、シュウェーベル判事がここで検討するのは、戦術核という、より出力が低く、軍事目標のみを正確に標的とする核兵器の使用であれば、海中や砂漠といった一定の状況下では、国際人道法の要件を満たす可能性があるということである。この検討は、核兵器使用をめぐる国際法の問題を外在的違法性の問題に集約するとともに、その例外を示すことで、核兵器使用が合法化される事例が存在することを主張している。

つまり核兵器の使用に対する規律が、兵器それ自体の国際人道法に照らした違法性（内在的違法性）に基づく禁止のレベルに達しているか、それとも、当該兵器の国際人道法に基づく一定の使用態様を規制（外在的違法性）しているにすぎないのかの対立点はまさに、「国際人道法の原則と両立する核兵器の使用はあり得るか」にあることがわかる。

第三節 内在的違法と蓋然性-「いかなる場合」と「通常使用」の相克

ただ、この際に留意しなければならないのは「国際人道法の原則と核兵器の使用がいかなる場合においても両立し得ない」との主張に、どこまでの蓋然性を求める必要があるかである。つまり内在的違法性に基づく兵器それ自体の禁止は、人道法に違反しない行使態様が例え極限され、ほとんど現実的には起こりえない想定であったとしても妨げられるものであろうか。

この問題は、内在的違法性の観点による国際人道法の諸原則に基づいた兵器の規制は、対象となる兵器の使用が「いかなる場合においても」人道法と両立しえない場合に適用されるのか、兵器の「通常の使用」において人道法と両立しえない場合という要件で充足されるものか、という法的議論を生んできた。例えば Röling は以下の見解を述べる。

「文民たる住民へ不均衡な苦痛を引き起こす、あるいは区別する事ができない兵器は禁止されなければならない。それら兵器は、不均衡あるいは無差別的効果を引き起こすことなく使用できるかもしれないが、その使用は住民に対して不均衡な苦痛をもたらす、あるいは無差別的使用を一般的にもなってきた。兵器は、その性質上違法な使用を前提とするものがありえるのである。

¹¹¹ *Ibid.*, p. 321-322.

ここにおいて再度述べなければならないのは、たとえその兵器の合法的使用が想定できるとしても、その兵器のすべての使用を禁止する理由が存在するということである。決定的に重要な要因は、その兵器が通常用いられてきた態様という実際の経験であろう。」¹¹²

この Rölting の見解は、兵器の内在的違法性を確認付けるに際して、例えその兵器が合法的に使用できる場合が想定できるとしても、その「通常用いられてきた態様」が国際人道法違反を構成してきたのであれば、その兵器はそれ自体「完全に禁止」の対象にならなければならないというものである。¹¹³

その一方、Hughes-Morgan のようにある兵器がそれ自体違法とされるには「実行において常に」軍事的利益に対し不均衡な苦痛を引き起こすことを要件とするという見解もある。¹¹⁴

当該見解の対立は、どちらの見解についても、いささか恣意的な基準設定であるという批判を免れることはできないように思われる。「通常使用」の基準については、確かに当該基準を用いることで兵器それ自体の違法性を導くことのできる余地は広がることとなる。その一方で、例え当該基準に依拠してある兵器の内在的違法性を導いたとしても、当該基準に拠る限り、その例外的・合法的使用の可能性が提起され続けることとなる。これはまさに、「核兵器の威嚇及び使用の合法性」に係る勧告的意見において、ICJ が下した核兵器の使用は国際人道法と「ほとんど」両立し得ないという判断に基づく核兵器の「一般的違法性」に他ならない。

その一方で、ある兵器がそれ自体違法とされるために「いかなる場合において」も国際人道法と両立し得ないことを求める基準については、生物・化学兵器の禁止規範が国際慣習法上においても、それら兵器の内在的違法性を確立しているという現実について、見過ごしているように思われる。近年の事例においても、たとえば 2008 年に採択されたクラスター弾の全面的な使用禁止および廃棄を定めた「クラスター弾に関する条約（オスロ条約）」の制定を求める契機となったのは、クラスター弾の低信頼性であったとされている。つまり、「クラスター弾のもたらす被害を軽減するという観点から考えた場合に、自爆、自己無力化または自己不活性化の装置（機能）のいずれかでも採用されてさえすれば十分だと考えるのは誤りであって」¹¹⁵、このような装置が採用されていたとしても、爆発性の子弹の不発化率は高く、戦後一般住民に非人道的被害をもた

¹¹² Bert V. A. Rölting, *The Law of War and Dubious Weapons*, (SIPRI, Stockholm, 1976) p. 10.

¹¹³ Bert V. A. Rölting, *Ibid.*, p. 10-11.

¹¹⁴ I. J. MacLeod and A. P. V. Rogers, “The Use of White Phosphorus and the Law of War”, (2007) 10 *Yearbook of International Humanitarian Law* 75, p. 84.

¹¹⁵ 河野桂子「クラスター弾の信頼性-使用規制交渉における考慮要件として」『防衛研究所紀要』（2010年、第12巻第2・3合併号）112頁。

らす可能性が高いことが認識された。このような高性能クラスター弾の信頼性を突き崩す認識をもたらしたのが、当時最も高信頼性を誇るとされた自爆装置付きクラスター弾 M85 にかかる調査報告であり、当該調査報告による M85 の不発率は 1.38% であると報告された。¹¹⁶つまり、クラスター弾が非人道的兵器であり法的に禁止されるべきであるという認識を生んだのは、「国際人道法の原則と両立する使用はあり得るか」という問題設定ではなく、「国際人道法の原則と両立しない蓋然性が高い」というものであった。これは「いかなる場合においても」国際人道法との非両立性を求める基準ではなく、「通常使用」の基準に近い考え方であったように思われる。

ここにおける差異は、やはり条約規則による規律の有無が存在すると考えることが妥当である。国際人道法の原則に基づいた内在的違法性を求める場合には、「厳密な解釈を維持しなければ、多くの兵器が当該原則によって違法とされることとなり、原則自体が有する現実的価値を妨げてしまう危険がある」¹¹⁷という Shaw の見解を踏まえる必要があるだろう。原則上の規律を求める場合には、主観的且つ恣意的解釈はその主張の説得力を弱めるだけであって、客観的認定にいかにつめるかが重要となる。そうであれば、やはり、条約上の規律がない兵器に対し、その内在的違法性を認定するためには、当該兵器の使用が「いかなる場合においても」国際人道法と両立することがないことを要件とすることが求められるとするのが妥当であろう。

これまで、兵器の使用規制をめぐる内在的違法性と外在的違法性の別とその関係性について考察してきた。では次に、これら規制を導く国際人道法の原則にはいかなるものが存在するかを確認することが必要となる。

第四節 人道法の規制原理と基本原則

国際人道法の基本原則に、いかなる原則を挙げることができるかという問いに対する答えは、論者が拠って立つ国際人道法に対する国際法観により多様なものとなる。例えば、グリーンウッド(Christopher Greenwood)は、兵器の規制に関する法の一般原則 (the general principles of the law of weaponry) として、(1) 区別原則、(2) 不必要な苦痛禁止原則、(3) 背信行為の禁止原則、(4) 環境保護の原則、そして補完的原則に留まるとしながらも、マルテンス条項を挙げる。¹¹⁸ここでグリーンウッドは、マルテンス条項それ自体を自立的原則とみなしておらず、他の原則がなければ国家の兵器選択の権利を制限し得ないという立場をとるため、実質的には兵器の規制に関す

¹¹⁶ 河野「前掲論文」(注 115) 105 頁。

¹¹⁷ Malcolm N. Shaw, *Supra* (note 5) p. 4.

¹¹⁸ Christopher Greenwood, *Essays on War in International Law*, (Cameron May, London, 2006) pp. 235-252.

る法原則として4つの原則を提示していることとなる。また、Thürer はハーグ国際法アカデミーでの講義にて、人道の原則を法体系の頂点におく人道法の階層構造を念頭にしつつ、「人道の原則」、「軍事的必要性」、「均衡性」そして「区別原則」の4原則を国際人道法の基本原則として掲げる。¹¹⁹

また、「紛争当事者が戦闘の方法及び手段を選ぶ権利は無制限ではない」という原則を、戦闘手段規制の基本原則として掲げる者も多い。ただ、当該原則は既述のように、当該原則単独で規制を兵器の規制を図るというよりも、国際法が戦闘手段および方法の規制双方に法的規律を及ぼすための根本的原理であるとみなすことが正しい。マルテンス条項と同様に、それのみで特定兵器の規制を及ぼしうるものではないからである。

また、Solisのように、グリーンウッドの(1)及び(2)の原則に加えて、「軍事的必要性」と「均衡性」を基本原則として加えるものもいれば、「軍事的必要性と人道の原則のバランス」を基本原則として説明する見解もある。¹²⁰また、グリーンSPANは、第一に軍事的必要性、第二に人道性、そして第三に騎士道を人道法の原則とする。このように、何をもって国際人道法の基本原則とみなすかについては、その者が見る人道法をかたちづくる理念、あるいは保護法益の優先度によって多様である。しかし、これら原則の内、本稿が検討課題とする戦闘手段それ自体の禁止を可能とする人道法原則を抽出するとなれば、一定の合意が得られるように思われる。例えば、軍事的必要性と人道の原則の均衡については、1868年のサンクトペテルブルク宣言が戦争の惨禍を軽減するために「戦争上の必要性と人道の法則とを調和させる目的をもって」起草されたように、当初から戦争法あるいは人道法の根幹となる原則であった。ただ、当該原則は戦争法あるいは人道法における規制を可能とし個々の規則を形成する、あるいは、規制を企図する際に考慮されねばならない当該分野における本質的判断原理であって、当該原則それ自体が戦闘の手段を律するわけではないものである。このことは騎士道についても同様であって、軍事的必要性および人道の原則とともに、戦争法の興隆期において個々の規則形成にかかわる要素であったとされる。また、軍事的必要性(military necessity)や均衡性(proportionality)¹²¹に至っても、戦闘手段それ自体

¹¹⁹ Daniel Thürer, *Supra* (note 53) pp. 64-86. 一方鈴木は国際人道法の基本原則として第一に「軍事的必要性」、そして第二に「人道の原則」を挙げ、これら原則からの派生原則として「区別原則」、「均衡性」、「不必要な苦痛禁止原則」を挙げる。鈴木和之『実務者のための国際人道法ハンドブック』(内外出版、2016年)29頁～36頁。

¹²⁰ Gary D. Solis, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, (Cambridge University Press, Cambridge, 2010) pp. 250-300.

¹²¹ ジャン・ピクテは均衡性を「交戦当事者は交戦相手に対し、敵の軍事力を脆弱にし、破壊するという戦争の目的に照らして不均衡な害を与えてはならない」原則であると説明する。ジャン・

の規制原則というよりも、規制原則の適用にかかる判断原理の一つであって上記原則の適用可否の基準となること、あるいは戦闘の方法もしくは兵器の使用態様を規制し、その合法性判断の要素となるものである。後者の理由、つまりは戦闘の方法もしくは兵器の使用態様にかかる規制に関しては、グリーンウッドが掲げる(3)の原則、背信行為の禁止原則にも当てはまる。当該原則は、信義誠実の原則に反する欺瞞を用いて敵の信頼を誘う「行為」を禁止する原則であって、「兵器それ自体」を規制するものではない。なぜならば本質的に背信的兵器というものは存在しないからである。¹²²

以上の考察を考慮すれば、本稿が主な対象とする、戦闘手段それ自体の禁止を導く可能性のある国際人道法の基本原則としては、(1)区別原則、(2)不必要な苦痛禁止原則、そして(3)環境保護の原則がそれぞれ検討対象として残ることとなる。¹²³そしてこれら原則との整合性こそが、核兵器の使用における国際人道法との両立性が争われている原則である。

第五節 人道法の諸原則の国際慣習法上の地位

詳しい原則の内容については、後述するが、ここでは、本稿が次章以降で取り組む核兵器の使

ピクテ（井上忠男訳）『国際人道法の発展と諸原則』（日本赤十字社、2000年）118頁。

¹²² Christopher Greenwood, *Supra* (note 118) p. 246.

¹²³ 藤田は1993年版の『【新版】国際人道法』においては下記の見解を述べていた。「害敵手段・方法を律する共通の基本原則というべきものも存在する。其の一つは、無差別攻撃（破壊）の禁止、文民や非軍事物の攻撃からの保護の原則であり、もう一つは不必要の苦痛を与える害敵手段・方法の禁止の原則である。」ここで藤田は環境保護の原則については扱っていないが、当該原則は1996年の核兵器の合法性にかかるICJの勧告的意見において、一定の条件付きながらもその地位の認定が行われたという比較的新しい法原則であることが関係していると思われる。ジュネーブ第一追加議定書35条「基本原則」の第3項に環境保護の原則が規定されたものの、第1項および第2項が慣習法上の地位を有する一方で、第3項は議定書が導入した新規則とみなされていた。Michael Bothe, Karl Josef Partsch and Waldemar A. Solf (ed.), *Supra* (note 41) p. 198. また、不必要の苦痛禁止原則と区別原則とともに、毒性兵器の禁止を加える者もあるが、当該禁止は兵器一般に及ぶものではなく、また不必要な苦痛禁止原則や背信行為の禁止原則といった他の原則によって導かれた特定規則とも考えられることから、ここでは扱うことはない。ただ、不必要な苦痛禁止原則との関連において、当該原則が反映された規則として、毒性兵器の如何なる効果及び側面が不必要な苦痛に該当すると考えられるに至ったかについては後述する。（毒性兵器の禁止を原則の一つに加える見解は下記を参照。SIPRI, *CBW and the Law of War*, (Almqvist&Wiksell, Stockholm, 1973) pp. 90-98.）

一方最近の論考では環境保護原則も加えた3原則を提示するものが増えている。岩本は、兵器自体に関する法原則として、(1)不必要な苦痛禁止原則、(2)環境保護原則および(3)区別原則の3つの原則を提示する。岩本誠吾「国際法から見た無人戦闘機（UCAV）の合法性に関する覚書」『産大法学』（45巻3・4号、2012年）138頁。ハルメ（Karen Hulme）とブースビィ（William H. Boothby）も同趣旨。Karen Halme, *Supra* (note 24) pp. 320-326, William H. Boothby, *Conflict Law: The Influence of New Weapons Technology, Human Rights and Emerging Actors*, (Asser Press, Surrey, 2014) pp. 158-162.

用それ自体を規制する可能性のある原則について、考察対象の更なる限定を行いたい。結論から言えば、本稿は上述の3つの原則の内、区別原則と、不必要な苦痛禁止原則の二原則を取り上げ、その両立性の検討を実施するものである。

ジュネーブ条約第一追加議定書第35条はその第2項において、「過度の障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」と不必要な苦痛禁止原則を規定し、第3項において、「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」とする。また、ジュネーブ条約第一追加議定書第51条4項は「無差別攻撃は禁止する」とし、その定義として(b)「特定の軍事目標のみを対象とすることのできない戦闘の方法及び手段」と規定する。これら規定を読めば、いずれも不必要な苦痛を与える兵器の禁止、特定の軍事目標のみを対象とすることのできない戦闘手段の禁止、そして環境に対して長期的かつ深刻な損害を与える戦闘の手段の禁止が規定されており、これら原則を核兵器に対して適用すれば、その使用禁止をもたらさうる規定となっているように思われる。しかし、当該3つの原則の国際慣習法上の地位は大きく異なっている。

詳細は次章以降に譲るが、区別原則および不必要な苦痛原則は、国際人道法の形成期を通して、戦争という極限状況においても紛争当事者が守るべき人道性の中核規定として存在し続けており、原則の国際慣習法上の地位について、異論が唱えられることはない。¹²⁴ICJも「核兵器の威嚇又は使用の合法性」勧告的意見において、両原則を「国際人道法の主要原則」と位置づけ、核兵器使用の合法性の検討を主にこの二原則を通して試みた。一方、戦闘の手段および方法を規制する原則としての環境保護の原則については、1960年代後半から1970年代にかけてベトナム戦争においてナパーム弾や枯れ葉剤など、大規模な自然環境の破壊を直接の目的とする戦闘手段や方法が使用されたことを契機として発展を遂げた新しい原則である。¹²⁵ジュネーブ諸条約追加議定書を審議した国際人道法外交会議においても、起草に参加した諸国は当該原則を国際人道法の欠陥を埋める革新的原則とみなしていた。¹²⁶例えば、ドイツはジュネーブ第一追加議定書第35条第1項及び2項を国際慣習法の再確認であるとする一方、第3項については「国際武力紛争にお

¹²⁴ もちろん区別原則については、第二次大戦を通して組織的且つ継続的な違反が繰り返された。

¹²⁵ 村瀬信也「武力紛争における環境保護」村瀬信也・真山全(編)『武力紛争の国際法』(東信堂、2004年)631頁。

¹²⁶ 権南希「武力紛争時における環境保護に関する国際規範の形成-ENMOD、第一追加議定書における環境保護関連規定を中心に-」『関西大学法学論集』(61巻1号、2011年)99頁。

ける自然環境保護のための重要な新しい貢献¹²⁷との見解であった。また、「核兵器の威嚇又は使用の合法性」勧告的意見の審理において、当該原則を国際慣習法の再確認あるいは法典化であるとの見解を陳述した国家はない一方で、国際人道法の「発展」もしくは「革新」であったとの見解は多く表明されている。¹²⁸もちろん、採択当時において当該原則が国際人道法の「発展」もしくは「革新」であったとしても、その後の国家の実行と法的確信の存在によって、条約上の規定が国際慣習法化することはありえる。しかし、現在、当該条約規定が国際慣習法としての地位を獲得したと主張する事は難しく未だ形成途上の規範であるとの見解が通説的見解である。例えば、「核兵器の威嚇又は使用の合法性」勧告的意見の審理において、WHO 及び国連総会からの両勧告的意見の要請において陳述やコメントを行った 43 カ国の内、第 35 条第 3 項の規定内容が国際慣習法としての地位を有するという見解を表明したのは 3 カ国（ソロモン諸島、マレーシア、ナウル及びカタール）に留まる。¹²⁹さらに、1980 年代のイラン・イラク戦争や第一次湾岸戦争、そして旧ユーゴスラビア紛争においても、当該条項の具体的適用検討は行われていない。その結果、もちろん、Daniel Thürer や Doswald-Beck らが主張するように、第 35 条のすべての条項に慣習法性を認める見解もないわけではないが、未だ合意には至っていないといえよう。¹³⁰

戦闘の手段および方法を規制する国際人道法上の原則の慣習法上の地位の確認は、ジュネーブ第一追加議定書が未だジュネーブ 4 条約と比較して普遍性を獲得したと言い難い現在の状況において、核兵器の使用への適用を検討するにおいて特に重要といえる。なぜなら、第一追加議定書には、ロシア、英国および中国を除き、米国・フランス・インド・パキスタン・イスラエル・北朝鮮といった核兵器保有国および核の保有が疑われる国家の加盟が実現していないからである。¹³¹さらに、当該議定書に加盟している国家であっても、英国のように「当該議定書が導入した規則は通常兵器に排他的に適用されるものであって、その他の兵器に適用される国際法上の諸規則に影響を与えることはない。とりわけここで導入された諸規則は核兵器の使用の規制あるいは禁止に対していかなる影響をあたえるものではない」という、いわゆる「核兵器抜き」の留保を付

¹²⁷ CDDH/SR. 39, O.R. Vol. IV, 113, 25 May 1977, 115.

¹²⁸ 権南希「前掲論文」(注 126)、100～101 頁。

¹²⁹ Erik Koppe, *The Use of Nuclear Weapons and the Protection of the Environment during International Armed Conflict*, (Hart Publishing, Oxford, 2008) pp. 231-235.

¹³⁰ Daniel Thürer, *Supra* (note 53) p. 64. Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, and Carolin Alvermann. *Customary international humanitarian law: Vol. 1*, (Cambridge University Press, Cambridge, 2005) pp. 237 *et seq.*

¹³¹ 締約国 174 カ国 (2017 年 5 月 8 日、下記国際赤十字委員会のホームページにて確認。) <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/470>

している国もある。¹³²もちろんこのような「核兵器抜き」の留保の条約法上の妥当性については議論の余地があるが、少なくとも、当該議定書の締約国となっていない核兵器国に対しては、当該条約規則が条約上の義務として課されることはない。これにより、核兵器使用の合法性を判断する原則として、未だ国際慣習法上の地位に議論がある環境保護の原則については、直接取り上げることは尚早であるように思われるのである。

ただし、このことは、核兵器の使用に対する環境保護の観点からの評価を一切捨象するものでは決してない。「核兵器の威嚇又は使用の合法性」勧告的意見において、ICJは環境保護原則と核兵器使用の関係性について以下のように述べた。

「裁判所は、環境が日々脅威にさらされており、核兵器が使用されれば、環境にとっての破局となる可能性もあることを認識している。裁判所はまた、環境が抽象的なものではなく、まだ生まれぬ世代をも含めて、人間の生存の場であり、生活の質と健康そのものにあたることも認識している。国家には、自国の管轄または管理の下にある活動が、他国の環境または国の管轄の外の区域の環境を尊重するように確保すべき一般的な義務があることは、現在では、環境に関する国際法体系の一部である。

しかしながら、裁判所の見解によれば、問題は、環境の保護に関する条約が武力紛争に適用され得るか否かではなく、これらの条約から生じる義務が、武力紛争における全面的な抑制の義務として意図されていたかどうかである。(中略)

裁判所は、環境の保護および保全に関する既存の国際法は、核兵器の使用を特定の禁止するものではないが、武力紛争において適用される法原則および規則の適用に関し適切に考慮されるべき重要な環境上の要素であることを示していると判示する。」¹³³

ICJはここにおいて、現在の一般国際法に包含されている環境保護にかかる原則は、核兵器の使用を禁止するものではなく、その使用の態様において、考慮されるべき要素であると判断した。本稿もICJの判断に則し、環境保護の原則について、兵器の規制原則として自立的原則であると取り扱うのではなく、区別原則や不必要な苦痛原則の適用における判断要素として扱うこととする。このことは特に、後述するように、核兵器使用において必然的にもたらされる放射線の影響と区別原則および不必要な苦痛原則との関連性を考察する際に重要な視点となるといえよう。

¹³² 第一追加議定書加盟にあたっての英国の留保。原文は下記国際赤十字委員会のホームページで確認した。

<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Notification.xsp?action=openDocument&documentId=0A9E03F0F2EE757CC1256402003FB6D2> (2017年5月8日最終アクセス。)

¹³³ *I. C. J. Reports 1996*, para. 29-33.

小活

本章における考察によって明らかとなったものは以下である。国際法における戦闘手段及び方法の規律態様は、兵器それ事態の違法性を問う内在的違法性に基づく禁止と、兵器の使用態様を問題とする外在的違法性に基づく規制の二類型存在した。このうち、核兵器の使用それ自体の違法性を導きうる国際人道法上の基本原則としては、ジュネーブ第一追加議定書第 35 条が、「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」と規定する不必要な苦痛禁止原則、そして「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」と規定する環境保護の原則を設けている。また、同議定書第 51 条 4 項は「無差別攻撃は禁止する」とし、その定義として (b) 「特定の軍事目標のみを対象とすることのできない戦闘の方法及び手段」と規定する。当該第 51 条 4 項は区別原則の反映として、軍事目標と非軍事目標とを無差別的に攻撃する兵器、いわゆる「無差別兵器」の使用禁止をもたらしうる規定である。ただし、ジュネーブ第一追加議定書には、未だ米国・フランス・インド・パキスタン・イスラエル・北朝鮮といった核兵器保有国の加盟が実現していないために、核兵器の使用それ自体をジュネーブ第一追加議定書に直接的に依拠することにより普遍的に規律することは困難である。そのため、上記原則に基づき核兵器の使用の合法性を検討するにおいては、ジュネーブ第一追加議定書という条約上の規定に依拠するのではなく、これら原則の国際慣習法としての地位に依拠する必要がある。そのため、以下の考察においては、不必要な苦痛禁止原則、区別原則そして環境保護の原則の内、国際慣習法上の原則としてすべての国家に対して適用されることについて異論が提起されることのない不必要な苦痛禁止原則と区別原則の両原則を用い、国際人道法の諸原則と核兵器の使用との両立性にかかる検討を実施することとする。

第三章 国際人道法における区別原則

序

国際人道法の諸原則の観点から核兵器使用の規律を検討するに際し、指標となる二つの原則として、紛争当事者はいかなる状況においても軍事目標と文民及び民用物を区別しなければならないという区別原則と、適法な軍事目標に対する攻撃であったとしても不必要で過度な苦痛を与えてはならないという不必要な苦痛禁止原則が存在する。ICJも「核兵器の威嚇または使用の合法性」にかかる勧告的意見において、両原則を国際人道法の主要原則(cardinal principles)と判示し、核兵器の使用は国際人道法の諸規則に「一般的に違反する」とした。しかしながら、両原則と核兵器の使用の関係性ならびに、どのような側面から核兵器の使用がこれら原則に照らして「一般的に違反する」のかは実は定かではない。特に、出力が低く抑えられた戦術核兵器であれば、国際人道法の諸原則に抵触せずに行使可能なのではないかという問題提起に対し、緻密な法理論が提起されてきたとはいいがたい状況にある。

本章では、両原則の内、核兵器の使用と区別原則の関係を考察する。大量破壊兵器と呼ばれる兵器群と国際人道法における区別原則との関係は歴史上常に緊張をはらむものであった。20世紀の初頭の航空機の開発と発展、そして第一次世界大戦における毒ガスの実戦使用により、戦後、生物・化学兵器が航空機を用いて都市に対して使用されるのではないかと、そしてその結末は恐るべき結果を伴うのではないかとという恐れが国際的に議論された。¹³⁴この脅威こそが1945年広島と長崎において当時の想定を遥かに超えた規模で現実となった事態であった。

核兵器使用の違法性を主張する者にとっては、通常兵器とは一線を画する核兵器の甚大な破壊力ならびに、当該兵器の爆発が不可避免的に伴う放射線の放出により、核兵器の使用が区別原則に

¹³⁴ 1915年ベルギーのイーペルにおけるドイツ軍による塩素ガスの大量且つ組織的な使用の残酷性と効果に世界は震撼する。その後、毒ガスの使用を脅威と見る国際世論が危惧したものは、第一次大戦を通してみられた航空機の急速な発達と毒ガスの実戦使用とが合わさることで提起される脅威、すなわち毒ガスを航空機から散布する対都市攻撃の脅威であった。1921年から22年にかけて開催されたワシントン軍縮会議にて討議の基礎となったアメリカ全権の報告書は次のように記していた。

『航空機によって都市に投下された場合における毒ガス使用の恐るべき結果は想像を絶する』。専ら住民の士気を削ぐ明白な意図を持って、人口が密集する無防衛都市、地方村落に対して爆弾が投下された場合に発生した事態に対しては、前大戦においてしばしば行われたように、いかなる軍事上の必要をもってしても正当化する余地は存在しない。しかも、かかる爆弾に致死性のガスが充填されているならば、その結果発生する損害は極めて持久的で広範囲の土地が無人の土地とならないとも限らない。過去数世紀にわたって行われた努力の結晶がすべて破壊し去られないまでも、非常な脅威に晒されるのである。」山下康雄『化学戦と国際法』（東都書籍株式会社、1943年）99頁。

反することは、まるで自明のこととして議論されてきた。しかしながら、核兵器の使用は、具体的使用の文脈において無差別に文民たる住民を殺傷する態様で行使する場合に違法であるのか、それとも、核兵器そのものが無差別兵器であってその使用がいかなる状況においても禁止されるものなのか明白ではないといえよう。特に、ICJ の審理過程において議論され、未解決のままに残された課題として、国際人道法（この場合においては区別原則）に適った核兵器の使用が想定されるのかという課題が存在する。この論点は、冷戦時代から開発され、発展を遂げてきた、従前の核弾頭よりも出力が低く抑えられた戦術核兵器を、精密誘導が可能な運搬手段によって使用することが、核兵器国の具体的な戦略として想定されるに伴い、現実の問題として立ち現れてきたといえるだろう。¹³⁵このような冷戦後そして軍事革命(RMA)後の核兵器の戦略上の地位の変化を鑑みれば、当該兵器の国際法上の地位を再検討する必要がある。その際には、現在の各国の核戦力を具体的に想定した上で、核兵器の使用と区別原則の関係性を抽象論に留まらず具体的に検討しなければならない。

当該問題意識の下、本章では、まず、国際人道法上の区別原則をめぐる法状況の確定を試みる。ここで主に議論されるのは、国際人道法上の区別原則は、その性質として、戦闘員と非戦闘員とを無差別に殺傷する兵器の禁止を含むものであるのか。そしてもし含むのであれば、使用が禁止される無差別兵器か否かを判断する基準はどのようなものである。これらを検討した後、本章で確認した基準を核兵器の実際の使用想定に適用することで、核兵器の使用はそれ自体が禁止される兵器か否かについて次章にて検討を加えたい。

第一節 区別原則-内在的違法性と外在的違法性

(1) ICJによる区別原則の定式化

ICJは「核兵器の威嚇又は使用の合法性」にかかる勧告的意見にて、軍事目標と文民を区別し、軍事目標のみを標的とする区別原則を「国家は文民を標的としてはならず、文民と軍事目標を区別できない兵器は使用してはならない」¹³⁶と述べ、国際人道法の主要原則(cardinal principles)の一つに位置づける。

ここでICJは区別原則を二つの側面から論じている。第一の側面は、国家は「文民を攻撃の標的としてはならない」という原則である。これは第一追加議定書第48条が基本原則として定める「紛争当事国の軍事行動は、軍事目標のみを対象とする」に対応し、区別原則の軍事目標主義

¹³⁵ 1996年当時ICJは、当該問題に対しいかなる国家も証拠を提出しなかったとし論評を避けた。

¹³⁶ *I. C. J. Reports 1996*, para. 78.

を反映している。当該原則は後にジュネーブ第一追加議定書の規定においても説明されるように特に「無差別攻撃の禁止 (prohibition on the launching of indiscriminate attacks)」とみなすことができよう。何をもちて無差別攻撃とみなすことができるかについて確かに議論は残るが、ICTY や ICC をはじめとする国際刑事裁判の進展により、無差別攻撃の認定にかかる相当程度の判例の積み重ねが確認されてきた。無差別攻撃の禁止は国際人道法の存在意義を表明する重要な一側面として、また、学問上も国家実行上もその重要な礎石としての地位を確認されてきたといえる。

第二の側面は「文民を攻撃の標的としてはならない」という第一の側面から導かれるコロラリーとしての、「文民と軍事目標を区別できない兵器の禁止」である。文民と軍事目標を区別できない兵器を「無差別兵器(indiscriminate weapons)」というのであれば、当該禁止は「無差別兵器の使用禁止(prohibition of the use of the indiscriminate weapons)」とみなすことができる。当該禁止については、条約に基づく禁止規則が存在しない兵器に関して、いかなる判断基準をもって無差別兵器との認定を下すことができるのか、長く議論の対象となってきたといえる。

137

(2) 内在的違法性と外在的違法性

この ICJ の区別原則の定式化は、シュミット (Michael N. Schmit) による区別原則の二類型に対応する。シュミットが述べる第一の類型は「合法 (戦闘員や軍事目標) な目標と違法 (非戦闘員や民用物) な目標とを区別できない、その性質上、無差別的性格を有する兵器の使用を制限する」¹³⁷ものである。当該類型は ICJ のいう無差別的兵器の禁止若しくは使用制限に対応し、内在的違法性を課す類型である。一方、第二の類型は、軍事目標を区別できる能力がその兵器に備わっていたとしても、「その兵器の無差別的使用 (indiscriminate use of weapons)」¹³⁹を禁止するものである。前者の類型は「兵器それ自体の違法性」に関連する内在的違法性に関連し、後者は「兵器の使用態様の違法性」を問う外在的違法性に関連する。

当該区別原則の二類型の把握は極めて現代的な重要性を有するとともに、認識に混乱が見受けられる概念でもある。例えば、現在のシリアでの武力紛争では人権・人道を担当する国連の

¹³⁷ Antonio Cassese, *The Human Dimension of International Law: Selected Papers*, (Oxford University Press, Oxford, 2008) pp. 172-191.

¹³⁸ Michael N. Schmitt, "The Principle of Discrimination in 21st Century Warfare", *Yale Human Rights and Development Journal*, vol.2 issue 1, 2014, p.147.

¹³⁹ Schmitt, *Ibid.*, p. 148.

専門機関に加え、国連総会や安全保障理事会によってもシリアにおける兵器の無差別的使用が非難されている。2015年12月18日に安保理で採択された安保理決議2254はシリアのすべての紛争当事者に対して砲撃や空爆を含むすべての兵器の無差別的使用を直ちに停止するように要求した。¹⁴⁰一方、現在のシリアでの武力紛争において無差別兵器が使用されていると非難されることもある。例えば、英国外務大臣であったウィリアム・ヘイグは、2014年1月における議会でのシリア情勢の説明において、体制側による樽爆弾の使用を無差別兵器の意図的な使用であって、戦争犯罪に該当すると述べていた。¹⁴¹前者の無差別的使用については、兵器の使用態様の国際人道法違反を問うものであって外在的違法の文脈にある。一方後者の非難については、ある兵器を「無差別兵器」とみなし、その使用の違法性のみならず犯罪としての性格を付すものとなる。

ここにおいて、本章が検討すべき法的課題は二点存在する。第一に、国際人道法の原則たる区別原則は無差別兵器の禁止を含む原則であるか。あるいはその国際慣習法上の地位はいかなるものか。そして第二に、第一の問題が肯定的に答えられる場合、無差別兵器か否かを判断する基準にはどのようなものが存在するかである。これら法的課題に答えるために、まずは区別原則そのものの国際慣習法性を確認する必要がある。

(3) 軍事目標主義と慣習法

武力紛争の当事者は、あらゆる場合において、戦闘員・軍事目標と文民・民用物とを区別しなければならず、戦闘員・軍事目標のみを直接の攻撃対象としうるという軍事目標主義は、戦闘における文民の保護を確保するための、国際慣習法上の原則として広く一般に受け入れられてきた。

例えば、米州人権委員会 (the Inter-American Commission on Human Rights) は「すべての武力紛争に適用される慣習法原則は、紛争当事国に対し、文民たる住民及び個々の文民への直接的攻撃を差し控えること、そして、標的とするにあたり、文民と戦闘員及びその他の合法的な軍事目標とを区別することを要請している」¹⁴²と述べる。また、ICTYの最初の事件として審理されたTadic事件において、裁判所は、非国際的武力紛争に適用される国際慣習法上の戦闘の方法及び手段に関する規則として、化学兵器の禁止といった特定兵器の使用禁止や背信に加え文民に対す

¹⁴⁰ UNSC/Res. 2254, December 18, 2015, para. 13.

¹⁴¹ <https://www.gov.uk/government/speeches/foreign-secretary-oral-statement-to-parliament-on-syria> (最終アクセス2017年6月12日)

¹⁴² Abella v. Argentina, para. 177. See also Prosecutor v. Martić, Case No. IT-95-11-R61, Trial Chamber, Decision, 8 March 1996, para. 10.

る攻撃の禁止をあげた。¹⁴³また、Kordic 事件において ICTY 裁判部は「文民たる住民に対する攻撃の一般的禁止、無差別攻撃もしくは民用物に対する攻撃の禁止が一般的に受け入れられた義務であることに議論の余地はない」¹⁴⁴とする。さらに当該義務は、国際的武力紛争であろうと非国際的武力紛争であろうと、すべての武力紛争に対し適用されると考えられ、国際人道法の核心的原則を反映する当該原則の慣習法上の地位に疑念が挟まれることはないとする。¹⁴⁵

そのため、次節で確認するジュネーブ第一追加議定書が規定する軍事目標主義（48 条、51 条第 1 項・第 2 項）については、すべての武力紛争の当事者が遵守しなければならない規則として慣習法化しているとの理解に広範な支持がある。

（４）ジュネーブ第一追加議定書における区別原則¹⁴⁶

（１）具体的規定

ジュネーブ条約第一追加議定書第 48 条は、「基本原則」の標題の下で「紛争当事国は、文民たる住民及び民用物に対する尊重及び保護のため、常に文民たる住民と戦闘員とを、また、民用物と軍事目標とを識別することができるようにする。紛争当事国の軍事行動は、軍事目標のみを対象とする」と定める。これは上述した慣習法上の区別原則の内、「軍事目標のみを攻撃の標的とする」という軍事目標主義と、「文民たる住民と戦闘員、そして民用物と軍事目標とを区別する」という区別原則を規定しており、その目的を、「文民たる住民及び民用物に対する尊重及び保護」

¹⁴³ Prosecutor v. Tadic, (2 October, 1995) Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, para. 125. (IT-94-1-AR)

¹⁴⁴ Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez, Decision on the Joint Defence Motion to Dismiss the Amended Indictment for Lack of Jurisdiction based on the Limited Jurisdictional Reach of Article 2 and 3, March 1999, IT-95-14/2, para. 31.

¹⁴⁵ *Ibid.*, para. 31.

¹⁴⁶ 1949 年いわゆるジュネーブ諸条約が採択された後に生じた武力紛争の多くは、国内武力紛争であり、戦争手段の発達、総力戦やレジスタンスなどの一般化といった第二次大戦下の敵対行為の現実に戦争法規を適合させるための取組みは、その補填の必要性に迫られることとなった。(Michal Bothe, Karl Josef Partsch and Waldemar A. Solf, *Supra* (note 50) p.299.) さらに、1950 年代から 1960 年代にかけ高まりを見せた植民地独立闘争や内戦の現実への対応の必要、そして、ゲリラ戦や激しい空爆といったベトナム戦争における経験を踏まえ、拡大を続ける非戦闘員の犠牲に鑑みて、1949 年ジュネーブ 4 条約の内容を再確認し発展させるとともに、内容を補完する必要性が高まった。(Adam Roberts and Richard Guelff (ed), *Documents on the Law of War: Third Edition*, (Oxford University Press, Oxford, 2000), p.419.) さらに、このような第二次大戦後の武力紛争の性質変化に伴う国際人道法の発展要請に留まらず、1949 年の外交会議が積み残した問題も存在した。それが、核兵器をはじめとする大量破壊兵器の禁止問題である。赤十字国際委員会(ICRC)は当該問題意識から、核兵器もしくは無差別的兵器の禁止にかかる協定作成のために努めるよう政府に要請している。(藤田久一『前掲書』(注 85) 80 頁)

とする。

そして、第 51 条 1 項は、48 条の基本原則を、軍事行動からの文民の保護という観点から「文民たる住民及び個々の文民は、軍事行動から生ずる危険に対して一般的保護を享有する」と述べる。そして、この保護を実効的なものとするため他の適用可能な国際法の規則に追加される次の規則は、いかなる状況の下においても、遵守するものとする」と規定することで、慣習法上の規則、ハーグ規則やジュネーブ第四条約といったものを包含しつつ、以下の規則についても、「いかなる状況においても」遵守されるものとする。

第 51 条 2 項は、「文民たる住民全体及び個々の文民は、攻撃の対象としてはならない」と攻撃からの除外を一般的に規定するとともに（攻撃の定義については第 49 条において規定される）、
「文民たる住民の間に恐怖を広めることをその主たる目的とする暴力行為又は暴力に拠る威嚇」を禁止する。また、第 3 項は文民が享受する保護には条件があり「敵対行為に直接参加していない限り、かつ、その期間」において当該節が規定する保護を享有するとする。

第二節 無差別兵器の禁止と国際慣習法

(1) ジュネーブ第一追加議定書

では、ICJ とシュミットが定式化する第一類型である無差別兵器の使用禁止については、どのように考えられるか。

ジュネーブ第一追加議定書第 51 条第 4 項は、軍事目標及び文民又は民用物の区別なしに打撃を与える性質を有する無差別攻撃を禁止し、当該条項が対象とする無差別攻撃として、(a) 特定の軍事目標を対象としない攻撃、(b) 特定の軍事目標のみを対象とすることのできない戦闘の方法及び手段を用いる攻撃、(c) この議定書に規定す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、を列挙する。¹⁴⁷

このジュネーブ第一追加議定書が内包する無差別攻撃の規定は、使用される兵器という戦闘手

¹⁴⁷ 第 51 条第 5 項は「特に、次の攻撃は、無差別とみなす」と規定し、以下を例示する。

(a) 都市、町村その他の文民若しくは民用物の集中している地域に所在する多数の明白に分離した別個の軍事目標を単一の軍事目標として取り扱うような方法及び手段を用いた砲爆撃による攻撃、

(b) 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、過度に、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引き起こすことが予測される攻撃。

第 51 条第 5 項が無差別とみなす「攻撃」の例は、(a) 目標区域爆撃の禁止や、(b) 均衡性を逸脱し過度に文民に被害をもたらす攻撃といった、戦闘の遂行方法、つまり兵器の不適切な使用にかかる規則であり、外在的違法性の文脈における規則である。

段 (means of combat) の問題と、それら兵器が使用される方法もしくは戦術を一般的に意味する戦闘方法(methods of combat)が混在しており、無差別兵器の使用禁止 (内在的違法) とある兵器の無差別的使用の禁止 (外在的違法性) が混在した規定となっている。

では、区別原則を法典化したといわれるジュネーブ第一追加議定書の規定において、内在的違法を起立する規定としてはどのようなものがあるのか。これは第一追加議定書第 51 条第 4 項が定める無差別攻撃の禁止の内「特定の軍事目標のみを対象とすることのできない戦闘の方法及び手段を用いる攻撃」(b 項)、そして「この議定書に規定する限度を超える影響を及ぼす戦争の方法及び手段を用いる攻撃」(c 項) に含まれていると考えられる。

第 51 条 4 項(b)及び(c)について、Breitegger は、「無差別な戦闘方法(methods) という概念は、ある兵器が使用される特定の方法(specific way)に関するものである一方で、無差別な戦闘手段(means)を用いることの禁止は、その兵器が使用される特定の状況に関わらず、その兵器の性質により、特定の軍事目標を対象とすることができない兵器にかかわるものと認識されている」¹⁴⁸とする。つまり、第 51 条 4 項が禁止する無差別攻撃の概念には、(b)項及び(c)項において「特定の軍事目標のみを対象とすることのできない戦闘の手段を用いる攻撃」もしくは「この議定書に規定する限度を超える影響を及ぼす戦闘の手段を用いる攻撃」を含み、兵器それ自体の違法性、つまり核兵器の内在的違法性を問うことのできる規定となっている。

(2) 学説

Stuart Maslen によれば、国際的武力紛争であろうと非国際的武力紛争であろうと、無差別兵器の使用禁止は慣習法として一般的に受け入れられているという。¹⁴⁹Dinstein も、国際人道法の主要原則と認められる区別原則の例示として、第一に、ある特定状況下での使用が区別原則に反する兵器と、第二に、いかなる状況下においても、その性質上又は設計上、目標の区別を維持することが不可能な兵器とを挙げる。¹⁵⁰そして、後者の部類として、第一に、精密性に欠ける誘導システムを用いており、特定の標的を狙うことのできない長距離ミサイル、第二に、伝染病などが広範囲に拡大する生物兵器を例とする。この Dinstein の見解は、国際人道法の枢要原則である区別原則には上記二類型が当然含まれており、慣習法上も認められているという理解と考えられる。

¹⁴⁸ Alexander Breitegger, *Cluster Munitions and International Law: Disarmament with a human face?*, (Routledge, New York 2012) p. 43.

¹⁴⁹ Stuart Maslen, *Supra* (note 49) p. 188.

¹⁵⁰ Yoram Dinstein, *Supra* (note 63) p. 72.

ただ、当該原則の内、無差別兵器の使用禁止が¹⁵¹ 1977年の追加議定書以前に広く一般的に受け入れられ、慣習法化していたかは議論がある。¹⁵¹例えば、1974年ルツェルン会議の討議結果を、Fritz Kalshovenは以下のように要約している。

「無差別性の基準(the criterion of indiscriminateness)については、効力を有するいかなる条約にも、もしくは、その他の同様の効力を有する国際法文書においても未だ明確な文言にて規定されていないけれども、武力紛争法の有効な基準として専門家によって認定されている。しかしながら、このことは、『無差別兵器』の禁止規則の存在を認めるという同様の環境が存在することを意味するものではなかった。」¹⁵²

ここで無差別兵器の禁止規則の存在に対して疑念を呈する見解としては、すべての兵器（当該会議は特に通常兵器）は差別的にも、無差別的にも使用が可能なのであって、具体的状況において区別規則が遵守されているか違反されているかを決定する決定的な要因は、一般的に兵器の属性よりもむしろ、使用方法（method of use）にあるというものであった。¹⁵³この見解は、区別原則の法内容を戦闘手段それ自体（内在的違法性）ではなく、戦闘方法（外在的違法性）の文脈に限定する考え方であって、この文脈においては、兵器それ自体の違法性を区別原則から導くことを前提としていない。¹⁵⁴

当該問題に対し、無差別兵器の使用禁止の国際慣習法性を認める見解としては、大量破壊兵器をめぐる既存の国際法原則を確認した、国際法学会(the Institute of International law)の1969年エジンバラ決議が存在する。同決議第7項は「既存の国際法は、その性質上、軍事目標と非軍事目標、もしくは軍隊と文民たる住民に無差別に影響を与えるすべての兵器の使用を禁止する」¹⁵⁵とする。ここでは無差別兵器の認定基準として後に検討する兵器使用の「影響」の観点を加えていることに特徴があるが、無差別兵器の使用禁止原則を慣習法上の原則として明確に認めている。

¹⁵¹ William H. Boothby, *Weapons and the Law of Armed Conflict: Second Edition*, (Oxford University Press, Oxford, 2016) pp.64-65.

¹⁵² Fritz Kalshoven, “The Conference of Government Experts on the Use of Certain Conventional Weapons, Lucerne, 24 September– 18 October 1974”, *Netherlands Yearbook of International Law* vol.6 (1975) pp.90-91.

¹⁵³ Fritz Kalshoven, *Ibid.*, p.91.

¹⁵⁴ ただもちろん、内在的違法性と外在的違法性の関連性において検討したように、いかなる使用方法においても常に原則上の違反を構成するのであれば、当該兵器それ自体の違法性（内在的違法性）を導くこととなる。

¹⁵⁵ The Distinction between Military Objectives and Non-Military Objectives in General and Particularly the Problems Associated with Weapons of Mass Destruction. Institute of International Law, Edinburgh, 9 September 1969.

(3) 国家実行

条約上の規則による規律が及んでいない兵器に対して、その無差別的性質から兵器の使用禁止が主張された実行が存在する。ここでは、特に核兵器との関連における実行を確認する。

原爆投下直後の8月10日付けにて日本政府がスイス政府を通じて米国政府に提出した抗議文では以下のように原子爆弾の違法性をその性質の観点から述べていた。

「抑々交戦者は害敵手段の選択につき無制限の権利を有するものに非ざること及び不必要の苦痛を与ふべき兵器、投射物其他の物質を使用すべからざることは戦時国際法の根本原則にて、それぞれ陸戦の法規慣例に関する条約附属書、陸戦の法規慣例に関する規則第二二条、及び第二三条（ホ号）に明定せらるるところなり、（中略）米国が今回使用したる本件爆弾は、その性能の無差別かつ惨虐性において、従来かか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遥かに凌駕しをれり、米国は国際法及び人道の根本原則を無視して（中略）、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なり帝国政府は（中略）米国政府を糾弾すると共に即時かかる非人道的兵器の使用を放棄すべきことを嚴重に要求す」（下線筆者）¹⁵⁶

ここで日本政府は、新兵器の合法性についても戦時国際法の根本原則から判断しうるとし、その違法性を、不必要な苦痛禁止原則とともに原子爆弾の無差別的残虐性から導いた。さらに興味深い点は、その無差別性残虐性を導く基準として「使用を禁止せられる毒ガスその他の兵器を遥かに凌駕」していることを挙げていることである。つまり日本政府の抗議の背景にある法認識として、国際社会が無差別性や残虐性にに基づきこれまで禁止してきた兵器がもたらす非人道的効果を、米国が投下した原子爆弾は遥かに凌駕しているが故に違法と主張していると考えられる。¹⁵⁷ 戦闘員と非戦闘員の区別のなき無差別的殺傷をもたらす兵器それ自体の違法性の主張である。

また、1961年11月24日に採択された国連総会決議は、核兵器の無差別的性格を基盤として以下のように兵器それ自体の違法性を規定した。

「核・熱核兵器を使用すれば、前述の国際宣言や協定（1864年サンクトペテルブルク宣言、1874年ブリュッセル宣言、1899年、1907年のハーグ平和会議の条約、1925年のジュネーブ議定書など）で人道の法に反し国際法上の犯罪であると宣言された兵器の使用よりもはるかに大規模な無

¹⁵⁶ 藤田久一・浅田正彦（編）『軍縮条約・資料集—第三版』（有信堂高文社、2009年）173頁。

¹⁵⁷ Antonio Cassese, *The Human Dimension of International Law: Selected Papers*, (Oxford University Press, Oxford, 2008) pp. 177-178.

差別の被害と破壊を人類とその文明にもたらすであろうことを考慮し、

(b) 核兵器・熱核兵器の使用は、戦争の範囲を超え、人類と文明に対し、無差別の苦しみと破壊を引き起こし、国際法規と人道の法に反するものである。

(c) 核兵器・熱核兵器の使用は、戦争に関与しない世界の諸国人民が、そのような兵器の使用によって引き起こされるすべての被害をこうむるが故に、単に敵のみならず、人類一般に対して向けられた戦争である。」¹⁵⁸

当該決議は核兵器の違法性を「人類と文明にたいし、無差別の苦しみと破壊」をもたらすことを基礎として、核兵器の使用それ自体の違法性を認定するものであって、区別原則は決して大量破壊兵器の使用態様のみ規制しうるものでなく、無差別兵器それ自体の使用禁止をもたらすものであることを国際社会が認識している証左である。¹⁵⁹もちろん、国連総会の決議の法的効果は内部事項にかかるものを除き勧告としての地位を有するのみであって、法的拘束力をもたない。さらに、当該決議自体の採択も全会一致あるいはコンセンサス手続によって採択されたものでないために、その規範力も一定程度薄れていることは疑いない。但し、1960年代初頭という、植民地の独立による国際社会の構造変革がまさに進行中の時代に、このような決議が国際社会の大多数の国家の賛成によって採択されていたことの意義は大きいといえよう。¹⁶⁰

(4) 裁判判例 — ICJ

ICJは、既述のように、「核兵器の威嚇又は使用の合法性」にかかる勧告的意見にて、軍事目標と文民を区別し、軍事目標のみを標的とする区別原則を、国際人道法の主要原則の一つであると明確に認めるとともに「国家は文民を標的としてはならず、文民と軍事目標を区別できない兵器は使用してはならない」¹⁶¹と述べることで、区別原則には無差別兵器の使用禁止を含むとした。Dowald-BeckはこのICJによる無差別兵器の使用禁止の国際慣習法性の認定について以下のように述べている。

「(ICJ の) 当該認定は計り知れないほどの重要性を有する。第一に、この認定が重要であるの

¹⁵⁸ UNGA/RES1653 (XVI), November 24, 1961. 邦訳は藤田久一・浅田正彦(編)『前掲書』(注156)183頁を参考にした。投票結果は賛成55カ国、反対20カ国(米国・英国・仏国を含む)、棄権26カ国であった。

¹⁵⁹ Antonio Cassese, *Supra* (note 137), pp. 179–181.

¹⁶⁰ カッセーゼは当該国連総会決議の重要性として、第一に国際社会の大多数の国家が核兵器の無差別的性格を基礎として国際法違反を導くことに同意していること、第二に核兵器の「無差別性」を評価するに過去に無差別的な性格故に禁止された兵器との比較によっていること、を挙げる。Antonio Cassese, *Ibid.*, pp. 180–181.

¹⁶¹ *I. C. J. Reports 1996*, para. 78.

は、無差別攻撃禁止の唯一の条約上の定式化は、未だすべての国家により批准されていない追加議定書に見いだされ、また、当該条約においてのみ、どの種類の兵器がこの規則に抵触するかについての一般的声明が存在することにある。第二に、ICJ の論理に従えば、第二追加議定書が規定する文民に対する意図的な攻撃の禁止規定は、当該議定書が適用される非国際的武力紛争において、無差別兵器を使用してはならないことを自動的に意味する。第三に、このことは、いかなる兵器もこれら基準に則り検証され、もしこれらに抵触する場合には、特定兵器の使用を禁止するいかなる特定の条約や国家実行さえ必要とせず、その使用が禁止されることになるだろう。」(括弧内筆者)¹⁶²

(5) 裁判判例 — ICTY

1990年代以降の安全保障理事会の決議に基づいて設置された国際的刑事裁判の進展によって、条約上あるいは国際慣習法上の特定の規則による規律を受けていない兵器について、その兵器の無差別的な性格により、当該兵器を「無差別兵器」として認定した ICTY の判例が存在する。

(a) ブラスキッチ事件 (Prosecutor v. Tihomir Blaskić)

ブラスキッチ事件は、1993年7月18日に行われたクロアチア防衛評議会 (HV0) による Vitez と Stari Vitez への砲撃を含む戦争の法規慣例違反や人道に対する罪、文民及び民用物に対する攻撃が審理された事件であった。2000年3月に裁判部は以下のように判示した。

「裁判部は使用された兵器によって攻撃の実行者がムスリム住民に対して被害を与えようと意図していたことを導くものである。使用されたのは『ベイビーボム (baby-bombs)』と呼ばれる精確に目標を射撃することが困難な『自家製の迫撃砲』である。それらの弾道は不規則で直線とはならないために非軍事目標に着弾する可能性が高い。本件において、これら盲目兵器は多数のムスリム住民の殺傷が行われていた Stari Vitez へと運び込まれ、さらにこれら兵器が文民に対する重大な被害をもたらしていたのである。」¹⁶³

本件において ICTY 裁判部は砲撃に使用された自家製の迫撃砲について「無差別兵器」との明示的認定は行っていないが、その標的に対する非精確性から「盲目兵器」とあるとの認定を行っ

¹⁶² L. Doswald-Beck, 'International Humanitarian Law and the Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons', *International Review of the Red Cross* 316 (1997) pp. 38-39.

¹⁶³ ICTY, Prosecutor v. Tihomir Blaškić, (Case No. IT-95-14-T) Judgement of the Trial Chamber, 13 March 2000. para. 512.

た。ジュネーブ議定書第51条第4項が規定する「特定の軍事目標を標的とすることができない」に該当する代表的例示としてこのような「盲目兵器」が挙げられてきたことを考慮すれば、実質的に裁判部は本件にて「無差別兵器」であると認定したに等しいと考えられる。現在までに ICTY は4つの事例において「無差別兵器」の認定を行ったといわれるが、ブラスキッチ事件はその嚆矢となる事例であった。後にみる事例と同様に、本件においても使用された兵器の無差別的性格の認定は、攻撃の実行者による非戦闘員を標的とするあるいは文民たる住民に対して被害を生じさせる意図もしくは予見を立証に至る重要な事実として認識されている。

(b) マルティッチ事件 (Prosecutor v. Milan Martić)

国際的刑事裁判手続において、ある兵器がその無差別的な性格から「無差別兵器」と明示的に認定されたと考えられる判例がマルティッチ事件である。マルティッチ事件は既述のように、「クライナ・セルビア人共和国 (Republic of Serbian Krajina, RSK)」と称していたセルビア人自治地域の武装勢力とクロアチア軍との間の武力紛争を扱った。1995年5月2日および3日の二日間にわたり、クライナ・セルビア人共和国はミラン・マルティッチ (Milan Martić) の指揮の下、クロアチアの首都ザグレブ市街に対しロケット砲による砲撃を行った。この砲撃によって、7名が死亡、少なくとも214名が負傷した。¹⁶⁴ 当該砲撃命令によってマルティッチは、文民に対する攻撃等戦争の法規慣例違反や人道に対する罪など ICTY 規程第3条及び第5条に基づいた合計19の罪状によって起訴された。¹⁶⁵

当該砲撃事件において用いられたのは M-87 Orkan と呼ばれる多連装ロケットランチャーであり無誘導のロケット弾12発を一斉に発射可能な投射兵器であった。装填されるロケット弾は様々な弾頭を用いる事が可能だが、ICTY 裁判部は、当該事件において用いられたのは、一つの砲弾が288個の子爆弾 (KB-1 submunition) を着弾前に放出するクラスター弾であったこと、子爆弾それぞれが3mm程度の粒状弾 (pellete) 420個を含んでいたことを確認した。子爆弾は目標上空800mから1,000m地点で放出され、着弾時に炸裂するとともに、粒状弾を周囲にまき散らす性質を有していた。¹⁶⁶ ICTY は当該兵器の使用に対して以下判示した。

「M-87 Orkan の最大射程は50kmである。800mから1,000m上空でのロケットの弾着散布誤差は

¹⁶⁴ ICTY, Prosecutor v. Milan Martić, (Case No. IT-95-11-T) [hereinafter “Martić Case”], Judgement of the Trial Chamber, 12 June 2007. para. 308 and 313.

¹⁶⁵ Martić Case, Summary of Judgement for Milan Martić, 12 June 2007.

¹⁶⁶ Martić Case, Judgement of the Trial Chamber, 12 June 2007. para. 462-463.

射程によって増大する。最大射程からの射撃であればこの誤差は約半径 1,000m におよぶものである。子爆弾の着弾時散布領域は約 2ヘクタールである。各粒状弾は 10m の致死半径を有する。証拠によれば M-87 Orkan は 1995 年 5 月 2 日及び 3 日、ザグレブから 47km から 51km の位置にある Slavsko Polje 近郊の Vojnić 地域から発射されているが、裁判部はこの点において当該兵器はその最大射程から発射されていることに留意する。さらに、当裁判部は、この兵器が非誘導性の広範囲に被害が及ぶ散布兵器であることに留意する。当裁判部はそれ故当該兵器の特徴と本件特定事態における射撃距離から、M-87 Orkan は特定の目標を標的とすることができなかつたと結論付ける。これらの理由から、当裁判部はまた、M-87 Orkan を、ザグレブのような住民密集地域で使用すれば重大な被害を引き起こすことになる無差別兵器であると判示する。¹⁶⁷

本件において、ICTY は M-87 Orkan を無差別兵器であると認定した。その認定に際しての理由としては、非常に広範囲に被害を及ぼす兵器の性質と最大射程からの射撃という本件に特有の状況を鑑み、本兵器が特定の目標を標的とすることができなかつた点が挙げられている。当該理由付けは、ジュネーブ第一追加議定書第 51 条第 4 項 (b) が規定する「特定の軍事目標のみを対象とすることのできない戦闘の手段」に対応する。

この ICTY の無差別兵器との認定、M87 Orkan それ自体がいかなる状況においてもその使用が禁止される内在的違法性に基づく「無差別兵器」であるかという点については議論がある。なぜなら ICTY の認定は非誘導性と散布兵器であるという兵器それ自体の固有の性質に加えて、着弾の誤差が増大する最大射程からの射撃であったことに留意して認定に至っているからである。これを踏まえればもし着弾誤差の少ないより至近からの砲撃であれば裁判部の結論は異なるものとなつたのではないかという点について疑問なしとしない。¹⁶⁸

ただ、この点については、裁判部の無差別兵器認定にあたっての重要な要素として、M87 Orkan の兵器としての性質にあつたと考えるべきである。裁判部は確かに、「特定の目標を標的とすることができなかつた」という点から当該事件における特定の事態・文脈を認定の基礎とし判断していると考えられるが、認定の結果としてもたらされた結論は、M87 Orkan は「ザグレブのような人口密集地域で使用すれば重大な被害を引き起こすことになる無差別兵器」という一般的認定となつた。さらに裁判部は、ザグレブ市街には軍事目標が存在しており、文民に対する被害は避け難い付随的損害であつたという弁護側の抗弁に対して、「M87 Orkan の性質の観点踏まえれば

¹⁶⁷ *Ibid.*, para. 462-463.

¹⁶⁸ 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 (ed.), *Nuclear Weapons under International Law*, (Cambridge, Cambridge University Press, 2014) p. 101.

軍事目標が市街に存在したか否かという点は本件に無関係である」と均衡性の観点からの議論を排している。このように均衡性の議論の捨象という兵器使用の態様を排除する見解を示唆していることを踏まえれば、裁判部はM87 Orkanの性質に主に依拠して無差別兵器との認定を行ったと考える事が妥当である。この見解は、続く2011年に第一審判決が下されたペリシッチ事件をみることにより明白となる。M87 Orkanの無差別兵器としての認定はペリシッチ事件においても維持され、当該判決でICTYは「その兵器としての特徴、特にその高い分散傾向に基づき、Orkan ロケットシステムを無差別兵器である」と結論付けた。ここでは明確に兵器としての性質に焦点があたっており、発射距離の問題は無差別兵器の認定において考慮されていないと考えられる。

であれば、最後に考察しなければならないのは無差別兵器としての認定に付随していた「ザグレブのような住民密集地域で使用すれば重大な被害を引き起こす事になる」という無差別兵器への形容部分である。当該判断は裁判部がM87 Orkanが無差別兵器であるとはいえ、その使用が禁止されるのはザグレブのような人口密集地域といった市街地への砲撃である場合と限定的に認定を行っていると考えられるのであろうか。もしそうであれば、無差別兵器と認定しながらも結局は、市街地への砲撃か否かという兵器の使用態様を考慮した文脈における判断となり、いかなる場合においても使用が禁止される内在的違法性に基づく無差別兵器であるとの認定とは乖離があることになる。ただ、ここでいえることは、「人口密集地域」への攻撃の場合という要素は、今回のザグレブ市街地への攻撃のような都市に対し当該兵器が用いられた場合に重大な被害を引き起こすことの予見性に関係し、国際刑事法に基づき個人の刑事責任を問うための要素であるということである。つまり、ここでICTY裁判部は、Christian Pontiが述べるようにICTYは無差別兵器を用いた違法な無差別攻撃という戦争犯罪にかかる個人の刑事責任を立証するにおいて「当該事件における特段の事情」に依拠したものであって、無差別兵器か否かの認定に個別的な軍事行動の文脈が関係したわけではない。¹⁶⁹ペリシッチ事件においてもICTY裁判部はM87 Orkanを無差別兵器として認定した後に、続けて、このような無差別兵器を人口密集地域に対して使用すれば、「文民に対し重大な被害を引き起こすほかない」と続けている。¹⁷⁰つまり、ICTYの論理構成は第一にM87 Orkanの無差別兵器としての性格を認定し、第二に、そのような性格を有する兵器を非戦闘員が居住する人口密集地域に対して使用すれば、文民に対して重大な被害をもたら

¹⁶⁹ Christian Ponti, “The Crime of Indiscriminate Attack and Unlawful Conventional Weapons: The Legacy of the ICTY Jurisprudence”, *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, 6 (2015), pp. 136-139.

¹⁷⁰ ICTY, Prosecutor v. Momčilo Perišić, (Case No. IT-04-81-T), Judgement of the Trial Chamber, 6 September 2011. para. 586-590.

すことは不可避であるというものであった。これは人口密集地域に対してこのような兵器が使用された場合の結果は特に甚大な被害をもたらすことが明白であるという結論であって、人口密集地域に対して用いられる場合に、当該兵器が無差別兵器として認定されるわけではない。

(c) ドラゴミル・ミロシェビッチ事件

ドラゴミル・ミロシェビッチ事件は、スルプスカ共和国軍(VRS)のサラエボ・ロマーニャ部隊の指揮官であったドラゴミル・ミロシェビッチがサラエボ包囲を指揮していた期間中に発生した、文民の間に恐怖を広める事を目的とするあるいは文民に対する攻撃といった戦争犯罪にかかるミロシェビッチの刑事責任が問われた事件であった。特に本章が検討対象とする無差別兵器との関連において、サラエボ市街への砲撃において用いられた燃料気化弾頭 (fuel-air explosives) を積載した改良型気化爆弾 (modified air-bomb) の使用にかかる法的判断が示されることが注目される。

裁判部は改良型気化爆弾について、その爆風の効果は着弾位置や天候によって変動するものの、「人を死に至らしめる超加圧の衝撃波を生み出し、爆風の中のすべてのものを破壊しつくす」兵器であると認定する。¹⁷¹そして当該兵器の殺傷力は通常の爆弾と異なる傷害をもたらすものであって、当地の病院では多くの文民たる住民が内臓器官に傷害を受けるいわゆる「ブラスト・シンδροーム」と呼ばれる症状にみまわれることとなったと述べる。¹⁷²さらに当該兵器はひとたび発射された後は、投射物の軌跡をコントロールすることはできないため、一定の広域的領域を標的にできるに過ぎない。¹⁷³このことから裁判部は「非常に不精確な兵器であるにもかかわらず、非常に高い爆発力を持つ兵器である」¹⁷⁴と特徴付ける。結論として裁判部は、このような特徴を有する「非常に不正確な無差別兵器である改良型気化爆弾の使用」¹⁷⁵によって住民を恐怖に陥れる意図を有していたと認定した。

(e) 小活

以上によって、確かに無差別兵器の使用禁止規則が国際慣習法上確立した区別原則の内実に含ま

¹⁷¹ ICTY, Prosecutor v. Doragomir Milošević, (Case No. IT-98-29/1-T), Judgement of the Trial Chamber, 12 December 2007. para. 94.

¹⁷² *Ibid.*, para. 94.

¹⁷³ *Ibid.*, para. 97.

¹⁷⁴ *Ibid.*, para. 97.

¹⁷⁵ ICTY, Prosecutor v. Doragomir Milošević, (Case No. IT - 98 - 29/1-T), Judgement of the Trial Chamber, 12 December 2007. para. 912.

められるか否かは議論があったとしても、ジュネーブ第一追加議定書第51条第4項に定められ、また、ICJやICTYの累次の判例によって支持され、現在においては、疑いなく国際慣習法上確立した区別原則の一側面として認められているといえよう。¹⁷⁶さらにこれらICJ及びアドホックな国際刑事裁判所の判例法の累積を経て、国際刑事裁判所規定第8条(2)(b)(xx)においても「本質的に無差別的な兵器を用いること」が戦争犯罪と定められ、その国際慣習法性が確認されている。

このことは、戦闘に直接参加していない非戦闘員の保護は、国際人道法発展の歴史そのものともいえ、国際慣習法上発展してきた区別原則が、第一追加議定書の作成過程で明確化され、戦闘員のみを攻撃の目標とするという軍事目標主義の当然のコロラリーとして、認められた結果であると考えられる。

ただ、国際慣習法上、区別原則の一側面として、無差別兵器の禁止が認められているとしても、何をもって無差別兵器と認定するかの基準については、別途考察しなければならない。

¹⁷⁶ 上記してきたブラスキッチ事件、マルティッチ事件、ドラゴミル・ミロシェビッチ事件、そしてペリシッチ事件では、使用された兵器の無差別的性格の認定があった事例であった。一方このような無差別兵器としての認定がない場合、つまりは使用された兵器が無差別兵器ではない場合に、実行された攻撃が「無差別攻撃」に該当するか否かが激しく争われた事例が存在する。それがゴトヴィナ事件である。当該事件ではクロアチアのゴトヴィナ将軍らによって指揮された「嵐作戦 (Operation Storm)」と呼ばれる大規模な軍事作戦の中で行われた市街地への砲撃によって多数の一般市民に多数の犠牲が生じたことにかかる戦争の法規慣例違反および人道に対する罪等が審理された。第一審である裁判部は1995年8月4日、5日にクロアチア軍(HV)が使用した多連管ロケットランチャー (Multi-Barrel Rocket Launcher) は榴弾砲や迫撃砲よりも一般的に不精確であるが、本質的に無差別的性質を有するとはいえないとした。

(ICTY, Prosecutor v Ante Gotovina, Ivan Cermak and Mladen Markad, (Case No. IT-06-90-T), Judgment in Trial Chamber I, 15 April 2011, para. 1897.) そのためクロアチア軍は合法的な兵器を用いて攻撃を行ったこととなるが、この場合、攻撃によって生じた文民及び民用物への被害にかかる刑事責任を問うには、砲撃態様の適法性を問うことを必要とする。そこで裁判部は「特定された砲撃目標から200m以内に着弾した砲弾は砲撃目標に対し意図的に発射された」ものとした。その結果、Knin市街地への砲撃の着弾点を分析するに、合法的な軍事目標から200m以上離れて着弾している砲弾が多いことから、当該攻撃は「街に対する無差別攻撃を構成し、Kninの文民及び民用物への不法な攻撃」であると結論付けた。

(ICTY, Prosecutor v Ante Gotovina, Ivan Cermak and Mladen Markad, (Case No. IT-06-90-T), Judgment in Trial Chamber I, 15 April 2011, para. 1911.)

これにより第一審においてゴトヴィナは24年の禁固刑が言い渡された。しかしながら、この「200メートル基準」と呼ばれることとなる無差別攻撃か否かを判断するための基準については、なぜ200メートルなのかについて何ら説得的議論を展開できていないという批判があった。そのため、ICTY上訴審では、第一審裁判部の判決を破棄し、ゴトヴィナを無罪とする判決を言い渡すこととなった。ただ、当該上訴審判決については、第一審判決を覆すにあたり何ら説明なく200メートル基準を破棄し、それに代わる判断要素を提示しなかったために、市街地に対する砲撃という、現在の武力紛争において頻発し一般市民に対して多数の死傷者を生み出している戦闘方法について、「無差別攻撃」を構成するために違法とみなす土台を失わせたと批判されている。

第三節 無差別兵器の判断基準

(1) 「特定の軍事目標のみを対象とできるか」

ある兵器がその性質上、本質的に無差別兵器であるかどうかを決定する基準はどのように考えられているのか。

第一に、ある兵器が本質的に無差別か否かの決定は、当該兵器がその性質上「特定の軍事目標のみを対象とすること」ができるか否かという基準によるという見解がある。¹⁷⁷ 当該基準は、ジュネーブ第一追加議定書第 51 条第 4 項 (b) に対応し、同条項は「特定の軍事目標のみを対象とすることのできない戦闘手段」の使用を禁止していた。

この基準によれば、そもそも軍事目標のみを標的とすることができない盲目兵器 (blind weapons)、例えば第二次大戦中にドイツが開発した V1 や V2 ロケットといった誘導システムのない若しくは著しく誘導性能の低い長距離ミサイル等が禁止されることとなる。¹⁷⁸ 最近の例では、湾岸戦争 (1990-91 年) 時のイラクによるスカッドミサイル B の改良型の大量使用の例が挙げられる。¹⁷⁹ ICTY も、ブラスキッチ事件において、目標を正確に射撃する事がそもそも困難な自家製の迫撃砲 (ベイビーボム (baby-bombs)) を「盲目兵器」と認定していた。つまり、無差別兵器か否かを判断する「軍事目標のみを対象とすることができない」という基準は、第一に、ある兵器の標的に対する着弾の精密性を判断基準とする。「核兵器の威嚇又は使用の合法性」にかかる勧告的意見に対する反対意見において、Higgins 判事も「ある兵器は、軍事目標のみを標的とすることが出来ない場合、それ自体違法であると結論づけることができるだろう」¹⁸⁰ と述べていた。ただ、ICTY が実際に使用された兵器に対して「無差別兵器」との認定を積み重ねてきた判例を見れば「軍事目標のみを対象とすることができない」という基準は、兵器の着弾の精確性のみに関係する基準であるかという点に疑問が残る。例えば、先のマルティック事件において、ICTY は目標から半径 1,000m の誤差が生じる M-87 Orkan の非誘導的性質に加えてクラスター弾頭の効果としての被害の広範性にも留意した上で、「M-87 Orkan は特定の目標を標的とすることができなかつた」と結論付け、当該兵器を無差別兵器であると認定した。また、M-87 Orkan を用いた

¹⁷⁷ 当該「特定の軍事目標のみを対象とすることができない」という基準に「意図的な設計」(intended design) の存否という主観的要件を追加する見解もある。さらに当該見解の中には、後に見る「効果基準」の妥当性を排除し、無差別兵器か否かの判断は「特定の軍事目標のみを対象とすることができない意図的な設計」の存在という単一基準に拠るという見解も含んでいる。

¹⁷⁸ Michael Bothe, Karl Josef Partsch and Waldemar A. Solf (ed.), *Supra* (note 50) p. 305.

¹⁷⁹ スカッド B は CEP が 900m と命中精度が非常に低かつた。A. P. V., Rogers, *Law on the Battlefield: Third Edition*, (Manchester University Press, Manchester, 2012)

¹⁸⁰ Dissenting Opinion of Judge Rosalyn Higgins, Nuclear Weapons Advisory Opinion, para. 24.

砲撃という同種の事例が争われたペリシッチ事件では、ICTY は当該兵器の特徴である広範囲にわたる拡散傾向に直接依拠して無差別兵器と認定した。このように、ICTY の判例では「特定の軍事目標を対象とすることができない」という基準の認定において、放出される子爆弾の着弾範囲が2ヘクタールという被害が広域にわたる兵器であるという観点からも、無差別兵器の認定が行われていることに留意する必要がある。これは、ジュネーブ第一追加議定書第51条第5項(a)が規定する無差別攻撃の例示である「都市、町村その他の文民若しくは民用物の集中している地域に所在する多数の明白に分離した別個の軍事目標を単一の軍事目標として取り扱うような手段を用いた砲撃による攻撃」を認定に取り込んだ結果であるとも考えられる。但し、当該認定の基準となる区域爆撃の概念は本来、「都市、町村その他の文民若しくは民用物の集中している地域に所在する多数の明白に分離した別個の軍事目標を単一の軍事目標として取り扱う」という兵器の使用態様の違法性を問う概念である。また、ICTY はマルティック事件において、弁護側からの抗弁として提出された、ザグレブへの砲撃によって生じた市民への損害は避け難い付随的損害であったという見解を M-87 Orkan の兵器としての性質に依拠すれば、軍事目標が存在したか否かは本件に無関係であるという見解を示していた。これを鑑みれば、「軍事目標のみを対象とすることができない」という基準は、被害が広域にわたって拡散する兵器の特質についても包含する基準として考えられていたといえる。

(2) 制御できない影響の問題

無差別兵器の認定基準としては、第二に、ある兵器の通常もしくは典型的な使用が「制御できない影響」(uncontrolled effects)をもたらすか否かについても基準に含まれるべきであるという見解がある。¹⁸¹当該基準は、ジュネーブ第一追加議定書第51条第4項(c)項の「この議定書に規定す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」に対応する見解といえる。第4項(c)は第4項(b)と異なり、この議定書に規定する限度を超える「影響」を及ぼす戦闘手段を規律しており、Breitegger によれば当該条項は、兵器の使用が一般的に軍事目標に対するものであったとしても、それらが引き起こす影響が、その後、時間的又は空間的に制御できず、この議定書が規定する限度を超える戦闘方法及び手段を禁止するものであるという。¹⁸²当該基準は投射物の着弾にかかる精確性に加えて、当該兵器がひきおこす影響が、時間的にも空間的にも制御できない場合、文民に対して無差別の影響を引き起こす可能性が高いと

¹⁸¹ Alexander Breitegger, *Supra* (note 148), p. 43.

¹⁸² Alexander Breitegger, *Ibid.*, p. 45.

いう懸念を、無差別兵器の概念に取り込む必要性を強調する。上述した Dinstein の見解に従えば、たとえ着弾地に軍事目標を精確に標的とすることができたとしても、その後時間の経過の観点を踏まえて「目標の区別を維持」しえなければ、それは軍事目標主義に反する結果をもたらすのではないかという問題意識である。

ある兵器がもたらす時間的にも空間的にも「制御できない影響」という概念のうち、空間にかかる概念は、特に生物・化学兵器や、核兵器といった大量破壊兵器の特徴を特に捉えたものである。たとえば大量破壊兵器をめぐる既存の国際法原則を確認した、国際法学会 (the Institute of International Law) の 1969 年エジンバラ決議は、既存の国際法は「性質上軍事目標と非軍事目標に無差別に影響を与えるすべての兵器の使用を禁止」するとともに、「特に、特定の軍事目標に限定することができない、もしくはさもない限り制御できない (self-generating weapons) 甚大な破壊的影響を有する兵器の使用」¹⁸³を禁止すると規定する。このような兵器の代表的な事例は生物兵器であって、一度使用されると使用者の制御を超えた領域的な広がりを持つ恐れが高いものである。

第二に、「制御できない影響」の内、時間にかかる概念は、着弾時のみならず、着弾後の時間の経過を経て、文民に影響を与えるおそれを提起するものである。たとえば、対人地雷のように設置時とその後の爆発に時差のある兵器の使用や、クラスター弾のように、例えその使用によって効果を及ぼす範囲が広域とはいえ一定領域に限定される兵器であっても、紛争終結後に不発弾となった小爆弾が、長期的に若しくは広範囲に市民生活に影響を及ぼす状況が想定される。このような、武力紛争終結後に意図せざる影響 (unintended effect) が文民に及ぶことがある点について、「着弾時であろうがその後の意図せざる爆発であろうが保護対象たる文民等への被害発生という点で変わりはないのであるから、その被害の評価を時間的な区分で変化させるべきではないともいえる」¹⁸⁴という評価が存在する。

核兵器の使用においては、「制御できない影響」という基準における「時間」及び「空間」の

¹⁸³ The Distinction between Military Objectives and Non-Military Objectives in General and Particularly the Problems Associated with Weapons of Mass Destruction. Institute of International Law, Edinburgh, 9 September 1969.

¹⁸⁴ 真山全「爆発性戦争残存物 (ERW) 議定書の基本構造と問題点-文民・民用物に生じる unintended effect の武力紛争上の評価-」浅田正彦 (編)『安藤仁介先生古稀記念 二一世紀国際法の課題』(有信堂、2006 年) pp. 430-431. 一方、次のようにも述べる。「他方、軍事目標であった施設や場所が時間の経過に伴い法的性格を変えることは当然ありえる。軍事目標に向けられた爆発物が不発弾となり、武力紛争中あるいはその後に当該の目標が民用物化した際に爆発したとすれば、その被害を区別原則、過度の付随的損害発生回避原則や予防措置原則の適用で処理することには問題があるかもしれない。」

両尺度が関係する。なぜなら、核兵器がたとえ正確に「特定の軍事目標」を標的とすることができ、さらにその効果が及ぶ範囲が弾頭出力の調整によって限定し得たとしても、核兵器の爆発に必然的に伴う放射線の拡散は空間的に限定しえない拡がりをもたらし、また、人体や生態系、自然環境に対する長期的影響も時間的に限定することができないと主張しうるからである。

もし、無差別兵器の決定の基準として、ジュネーブ第一追加議定書第 51 条第 4 項 (b) が規定する「特定の軍事目標のみを対象とすることのできない戦闘手段」を戦術核兵器に対しても適用すれば、「核兵器の威嚇又は使用の合法性」勧告的意見の審理において米国及び英国が主張したように、軍事目標のみを精密に打撃する低出力核兵器の使用が想定しうるのであれば、第 51 条第 4 項 (b) 違反を問うことは困難となる可能性がある。Angel Anastassov は「議論の余地はあるけれども、特に地中の掩蔽壕 (bunker) を破壊するために設計されたとされているものなど、最新の核兵器の使用は、この第一の基準 (第 51 条第 4 項 (b)) を満たすほど十分に精確である可能性がある」¹⁸⁵とする。一方、ブリューは「区別原則は現時点での使用のみに限定することはできず、核兵器の長期的効果も考慮に含まれなければならない」¹⁸⁶とする。また、劣化ウラン弾の使用と区別原則の関係性を考察したハルメ (Hulme) も区別原則は、武器の使用時点のもの、人間の健康と環境に対し問題をもたらしかねない武器の潜在性による紛争後の時点の両方に関連する問題であるとする。¹⁸⁷

では、このような着弾時に兵器が及ぼす効果を超えた「制御できない影響」が文民に及び被害をもたらす観点からは、区別原則の下で無差別兵器を判断する基準として確立しているといえるか。当該基準は、実際にいかなる兵器がこの基準によって使用禁止とされるかについて議論がある一方、「無差別兵器」を認定するための基準として諸国の軍事マニュアルに反映され、広範な支持を受けている事が確認される。例えばオーストラリアの Commander's Guide は「軍事目標を標的とすることができない、又はその影響が限定できない兵器は禁止されている」¹⁸⁸とする。イスラエルの戦争法マニュアルも、ある兵器がもたらす危害が戦場と戦闘員のみ限定され、文民など戦闘に関わりのない者へ制御を超えて拡大しないことが確保されなくてはならないこ

¹⁸⁵ Angel Anastassov, “International humanitarian law, nuclear weapons and the prospects for nuclear disarmament” p. 12.

¹⁸⁶ Susan Breau, “Civilian Casualties and Nuclear Weapons: The Application of the Rule of Distinction” in Jonathan L. Black-Branch and Dieter Fleck (ed.), *Nuclear Non-Proliferation in International Law - Volume 1*, (T.M.C. Asser Press, The Hague 2014) p. 130.

¹⁸⁷ Karen Hulme, “Radiation warfare: a review of the legality of depleted URANIUM weaponry”, (2005) *Canadian Yearbook of International Law*, p. 197.

¹⁸⁸ Australia, *Commander's Guide* (1994), para. 931.

とを要求するとともに、「標的を区別することのできない兵器は禁止されている」¹⁸⁹とする。また、米国の空軍パンフレットは以下のように述べている。

「ある兵器は、たとえ軍事目標のみを標的とする能力を有するとしても、制御できない影響を有し、文民に対し不均衡な傷害あるいは損害を引き起こすことがある。生物戦は、そのような影響をもたらす無差別兵器として、普遍的に合意された例である。制御できない影響は、この文脈において、他国の文民たる住民に対して、また敵国の文民たる住民に対しても、傷害をおよぼしうる。ここで制御できないとされる効果は、兵器の使用者による制御を、時間的にも空間的にも超えて、文民又は民用物に対して、予期される軍事的利益との比較において過度の危険を常にもたらすものである。」¹⁹⁰

これらを踏まえれば、ある兵器の使用が「制御できない影響」を文民に対して及ぼす場合、その兵器の使用は禁止しなければならないことに幅広い支持があるように見受けられる。但し、解釈上の課題は、無差別兵器の認定においては「制御できない影響」が文民に対して「常に過度に引き起こされる」ことが認められなければならないという見解があることである。上述した米国の論理構成を見ても、「制御できない影響」を「文民又は民用物に対して、予期される軍事的利益との比較において、過度の危険をもたらすもの」と定義付けていた。ここにおいて、既述のように、ある兵器の内在的違法性を主張する基準は、兵器の通常使用においてそのような不均衡な危害が文民に引き起こされる蓋然性が高いことで充足するのか、あるいは当該兵器の使用が「いかなる場合」においても、不均衡な危害が引き起こされることが求められるのが問題となる。この問題は、当該基準に基づく認定は、内在的違法性に基づく兵器それ自体の禁止に関わる基準であるのか、それとも不均衡な損害を文民にもたらした場合に適用される外在的違法性に基づく使用態様の規制に関わる基準なのかという問題を提起する。「核兵器の威嚇又は使用の合法性」にかかる勧告的意見においても、ギルモア判事は、軍事目標と文民とを区別する事ができない兵器は慣習国際人道法上明確に且つ絶対的に禁止されるとしながらも、「核兵器がこの禁止のカテゴリーに必然的に含まれるとは言えないことは明白である」という見解をとる。なぜなら、文民たる住民に対する付随的損害は、予期される軍事的利益との比較において、常に過度であるとは限られないと考えるからである。

¹⁸⁹ Israel, *Manual on the Law of War* (1998), pp.11-12.

¹⁹⁰ US, *Air Force Pamphlet* (1974), para6-3 (c).

小活

本章は、国際人道法の主要原則としての「区別原則」が、軍事目標主義から逸脱した兵器の使用態様の規制に留まらず、兵器それ自体の禁止（内在的違法性）を導く「無差別兵器の禁止」を含む原則であるのか。そして、当該第一の課題が肯定される場合に、無差別兵器か否かを判断する基準はどのようなものであるかを確認した。

国際慣習法上の区別原則が兵器の使用態様の規制を超えて無差別兵器の禁止を導く法内容を包含するかという問題に対しては、確かに過去においては、国際慣習法上の基礎を有さないという見解が存在した。しかしながら、多くの規定が国際慣習法の法典化とみなされているジュネーブ第一追加議定書に明確に規定されるとともに、ICJの勧告的意見においても区別原則が無差別兵器を禁止する法内容を有することが確認された。また、ICTYの累次の判例において、使用された兵器の性質に鑑みた無差別兵器の認定が実際に行われ、さらには国際刑事裁判所の対象犯罪としても含まれることにより、国際慣習法上の原則としての「無差別兵器の禁止」は国際人道法上の確固たる基盤を有するに至ったと考えられる。

また、無差別兵器の認定の基準としては、「特定の軍事目標のみを対象とすることができない」という着弾の精確性及び与える影響の広範性の基準とともに、着弾後の兵器の効果が「制御できない影響」をもたらすか否かという二つの基準が存在する事を確認した。ただし、これら基準を適用するにしても、ある兵器が無差別兵器としての性格を客観的に認定するには、兵器の使用がこれら基準に「いかなる場合」にも該当するものなのかという観点が重要であることが確認される。

これら無差別兵器の禁止の内実を踏まえれば、ICJが「核兵器の威嚇又は使用の合法性」をめぐる勧告的意見の内容を再度検討する必要があるといえるだろう。ICJは区別原則を国際人道法の主要原則の一つと位置づけるとともに、核兵器の使用は国際人道法の諸規則に一般的に違反すると述べた。ここで問題となるのが、上記の区別原則の議論を踏まえ、ICJが核兵器の使用が、区別原則における無差別兵器の使用禁止を巡る二基準に照らし、どのような観点から「一般的に違反する」という判断を下したかである。当該問題の検討は、現代の核兵器の軍事目標に対する命中精度の問題や爆発にかかる威力、そして放射線の影響といった、その特質の検討なしには、判断できない。そのため次章において、核兵器の兵器としての特質を明確化するとともに、実際の使用を想定することで、上記基準と核兵器の使用がいかなる関係性にあるのか一定の判断を導きたい。

第四章 核兵器の使用に対する区別原則の適用

序

前章では国際人道法上の区別原則の法的地位を検討した。その結果、区別原則は無差別兵器の使用禁止という内在的違法性を含む規制を内包していることを確認した。ただ、当該無差別兵器の使用規制は、無差別兵器とは何かという定義問題において、議論があることを確認した。国際法上の狭義の無差別兵器概念は「特定の軍事目標のみを対象とすることができない兵器」という兵器の命中精度にかかる問題に関係し、一方広義の無差別兵器概念は、通常もしくは典型的な使用が「制御できない影響」(uncontrolled effects)をもたらす兵器を含むという着弾後の影響についても考慮の対象に加えるものであった。

本章では、当該二概念に照らし、核兵器が国際法上の無差別兵器に該当するか否かについて検討を加える。核兵器の合法性にかかる勧告的意見時の審理において米国は「核兵器は軍事目標を標的とすることができることから、軍事目標とそれ以外を区別して使用可能であって、それらは本質的に無差別兵器ではない」¹⁹¹と主張した。その一方で、ウィーラマントリー判事は「核兵器は、それ自体、その性質中に無差別的性格が組み込まれている兵器である」¹⁹²という見解を反対意見において表明している。ここでの対立点はまさに国際法上の無差別兵器の概念上の構成にある。この対立は現代の核兵器の特質を明確化することによってこそ浮き彫りとなるだろう。

以下ではまず、冷戦期の核兵器開発、そして冷戦後現在に至る核兵器の現状について概観した後、上記二概念を巡る核兵器の特質について検討を加える。その後 ICJ が核兵器の使用が国際人道法に「一般的」に違反するという判示内容について検討を加え、核兵器の使用が禁止される無差別兵器の使用に該当するか否かにつき一定の結論を導きたい。

第一節 現代における核戦力の現状

冷戦期、通常戦力と核兵器の境界線は、核兵器の無差別的性格により、比較的明瞭で曖昧さの低いものであった。¹⁹³ 冷戦期の米ソ間の核開発競争は、原爆の開発から破壊力のより大きな水爆へと移行し、弾頭の多弾頭化、運搬手段の精緻化が進められ、世界が幾度となく破壊されるに足

¹⁹¹ *Written statement of the Government of the United States of America*, International Court of Justice, 15 September 2012, 23.

¹⁹² Dissenting Opinion of Judge Weeramantry

¹⁹³ Brendan Thomas-Noone, *Tactical Nuclear Weapons in the Modern Nuclear Era*, (Low Institute for International Policy, September 2016), p. 4.

る数の核兵器とその運搬手段の開発が進められてきた。冷戦期、核保有国の安全保障政策における核兵器開発及び維持の主目的は、仮想敵国からの核攻撃もしくは通常戦力による先制攻撃を防止するための核抑止力の増強及び同盟国への拡大核抑止の提供であって、先制的に核兵器の使用を想定するものではなかった。核兵器の開発及び取得、そして維持の目的は抑止であって、戦場において通常兵力と同様の頻度と規模において使用可能な第一撃能力を追求したものではなかったのである。核戦略論もローレンス・フリードマンが述べるように「これらの兵器を使わないことについての研究」¹⁹⁴という側面が強調されていた。

一方、冷戦後に顕著になってきた傾向として、巡航ミサイル等精密誘導兵器へ出力の低い核弾頭を搭載するといった、核兵器の先行使用に対する抑止を主眼としない小型の核兵器の開発と配備が注目されることとなった。たとえば西欧諸国に対して通常戦力で劣勢にあるとの認識を持つロシアは、戦術核兵器への依存を強めている。¹⁹⁵冷戦下においては核兵器の使用は、核兵器による報復を招きエスカレーションの危険があるとされてきた。一方で現在のロシアの周縁部の地域紛争における戦術核使用のドクトリンは「他国の勢力による介入をエスカレーションととらえ、そのようなエスカレーションを防止するために、予防的に核兵器を使用すること」を想定している。¹⁹⁶

このような、一般に戦略核兵器との比較において、「戦術核兵器」と総称される核兵器の存在はもちろん冷戦後の新しい事象ではない。冷戦期を通して、NATO 諸国には、旧ソ連の通常戦力に対抗するため、米国の戦術核兵器が配備され続けた。旧ソ連の脅威が消滅した現在においても、米国の戦術核を欧州に配備しつづける軍事作戦上の正当な理由はないとされながらも、政治的象徴性などを理由とし未だ配備が続いている。

このように歴史的に戦術核兵器の存在自体は新しいものではない一方、現在の戦術核兵器の問題が国際人道法上の新たな課題をもたらすのは、精密誘導兵器群の開発をはじめとする RMA を経たことによる標的を攻撃する精確性の向上による。核兵器と通常兵器の違いについて、第二次大戦後の米国原子力委員会は、以下のように認識していた。

¹⁹⁴ ローレンス・フリードマン「核戦略の最初の二世代」、ピーター・パレット（編）（防衛大学校「戦争・戦略の変遷」研究会訳）『現代戦略思想の系譜—マキャベリから核時代まで』（ダイヤモンド社、1989年）635頁。

¹⁹⁵ 小泉悠「ロシアの安全保障政策における戦術核兵器の位置づけと展望」『国際安全保障』（第40巻第4号、2013年、63頁。）

¹⁹⁶ 秋山信将「『核兵器の非人道性』と日本の核軍縮政策」『核兵器不拡散条約（NPT）第6条に基づく「効果的措置」及び核兵器の非人道性に係わる核軍縮政策』（日本国際問題研究所：平成27年度外務省委託調査）53頁。

「第一に、原子爆弾によって放出されるエネルギー量は、最も強力な TNT 爆弾によって放出されるそれよりも何千倍も巨大である。第二に、原子爆弾の爆発は、高密度の熱と光に加え、高い貫通性と有毒性を持つ目に見えない光線を伴う。第三に、爆発後の残留物は、生体にとって有害な結果をもたらす放射線を放射する放射性物質となる。」¹⁹⁷

一方で、現代の戦術核兵器は、戦略核兵器より爆発威力が小さく、射程も短いものとして一般に認識されている。技術力の進展、ロシアや中国の接近拒否戦術といった新たな傾向、そして対テロ戦争における使用の想定などから、巡航ミサイル等精密誘導兵器に、出力が低い核弾頭を搭載したバンカーバスターの使用や、米国大統領選挙戦中のトランプ大統領の発言に代表されるように、イスラム国 (ISIS) といった非国家主体に対する使用などが想定されている。¹⁹⁸

2015 年にはパキスタンが戦術核の保有を宣言するなど、戦術核兵器の使用の可能性が高まった。ここにおいて、戦術核兵器の国際法上の評価は喫緊の課題といえる。その際には、冷戦期における核兵器の使用に伴うエスカレーションの危険や、MAD 戦略に基づく対都市への核兵器の使用とは異なった、新たな文脈における検討が必要とされる。

これらを検討するに際し、まず必要とされる考察は、現代において「核保有国が有する核兵器の特質はどのようなものか」である。特に、核兵器保有国の内、「核兵器の威嚇又は使用の合法性」勧告的意見の審理において、核兵器の使用と国際人道法の両立性を主張した、米国の核戦力の現況を中心に見ることで、その主張の根拠を確認したい。

(1) 核弾頭の出力

米国の核兵器には戦略核兵器に分類される ICBM 搭載型核弾頭、SLBM 搭載型核弾頭そして長距離爆撃機に搭載される核弾頭が存在し、非戦略核兵器としては、戦闘機搭載型の低出力核弾頭が存在する。¹⁹⁹

ストックホルム国際平和研究所の「SIPRI 年鑑 2016」によれば、これら米国の現在の核弾頭数はおよそ 7,000 発であり、そのうち、最も威力の大きいものは、B-2A 長距離爆撃機に搭載される B-83-1 核弾頭であり、1.2Mt の破壊力を有する。また、最も出力が低いタイプの核弾頭は戦闘機

¹⁹⁷ *Effects of Atomic Weapons*, prepared by the United States Atomic Energy Commission in co-operation with the Department of Defense, 1950.

¹⁹⁸ *The Washington Times - Thursday, April 28, 2016*

¹⁹⁹ 従来は攻撃型原子力潜水艦 (SSN) に搭載することができる TLAM-N (トマホーク:巡航ミサイル) も存在したが退役している。

搭載型の B61-4 核弾頭であり、0.3kt から 170kt までの出力調整が可能となっている。²⁰⁰

米国は冷戦期から大陸間弾道弾（ICBM）に搭載するメガトンタイプの戦略核弾頭である W-78（335kt）や W87（300kt）の開発・配備に加えて、欧州地域における戦術核弾頭配備のために低出力タイプの核弾頭も開発してきた。現在戦術核兵器と呼ばれるタイプの核弾頭は B61-3 及び B61-4 という、B61 の二つのサブタイプが存在し、2020 年からはこれら老朽化した戦術核兵器に替わって、B61-12 という B61 シリーズの最新式核弾頭が配備されて行く予定となっている。B61-12 は、後述するように精密誘導兵器としての誘導能力を大幅に高めたものであるが、核弾頭は B61-4 を使用しており 0.3kt から 50kt まで出力を調整可能な出力可変型の弾頭となっている。

（2）核弾頭の運搬手段の命中精度

では米国はこのように多様な出力の核弾頭を有しているが、これら弾頭の運搬手段の命中精度はどの程度のものであると考えられているか。第一に米国の戦略核兵器を代表する ICBM である LGM-30G ミニットマンⅢの命中精度（CEP：半数命中界）は 120m であると考えられている。第二に、潜水艦発射型の核弾頭（SLBM）であるトライデントⅡ（Mk-4 核弾頭、出力 100kt）の CEP は 100m である。²⁰¹また、長距離爆撃機から発射される空中発射型の核巡航ミサイル（ALCM）の命中精度は 30m となっており、非常に高度な精密誘導性能を有している。²⁰²さらに、先述した新型の核弾頭である B61-12 は JDAM（Joint Direct Attack Munition）²⁰³の装着によって精密誘導兵器としての能力を格段に高めたもので、その CEP は 30m とされる。²⁰⁴

（3）命中精度の向上と低威力核兵器の要請について

第二次大戦中英国に落下し、無差別兵器の代表的事例として度々引用される、A4（V2）ミサイルの命中誤差は 12～15km（射程のほぼ四～五パーセント）であったという。²⁰⁵これと比較すれば、現代の核弾頭の運搬手段の精密誘導性能は大幅に高度化していることが分かる。このような

²⁰⁰ SIPRI Yearbook 2016, 612.

²⁰¹ Hans M. Kristensen, “How US nuclear force modernization is undermining strategic stability: The burst-height compensating super-fuze” *Bulletin of the Atomic Scientists*, (March 2017)

²⁰² 松山健二「核の拡大抑止と日本の安全保障-核トマホーク退役の論点」『レファレンス』（2011年1月号）58頁。

²⁰³ 無誘導弾に精密誘導能力を付与するシリーズ名。

²⁰⁴ <http://www.strategic-culture.org/news/2016/08/04/new-us-nuclear-weapon-cleared-production-engineering.html>

²⁰⁵ 読売新聞社（編）『兵器最先端7：ミサイルと核』（読売新聞社、1986年）9頁。

軍事目標のみを精確に核兵器によって打撃する能力の向上は、人道的観点からの要請があると主張されるとともに、軍事的観点からも求められてきた。²⁰⁶

第一に、現在の戦闘行為はグローバル化した報道ネットワークによって即時的に世界へと報道されることによって、誤爆や付随的被害によって文民たる住民の被害が拡大することは、軍事力行使の政治的正当性が問われかねない事態をひきおこす可能性があり、政治的に忌避される傾向にある。例えば、オバマ政権時に核兵器の現代化計画に携わった James N. Miller は、より小さく、より精確な核兵器は、敵の軍事目標の至近にいる文民に対する危険を減らしながらも、国家の核抑止力を維持することができる。そして「文民の被害を極小化することは、抑止が破れた際に、より信頼性が高く、より倫理的なアプローチとなる」と、述べている。²⁰⁷その一方で、米国科学者連盟などは、核兵器の高い精確性と低い破壊性の意味するところは、放射性降下物と付随的被害が限定されるという認識を通し、軍の指揮官に対して戦闘においてこれら兵器を使用するよう促す危険性があることを指摘する。²⁰⁸

第二に、命中精度の向上と低威力核兵器の必要性は、抑止力の信頼性の維持という軍事的観点からも説かれることがある。例えば、Keith Pain はこの要請を地中貫通型核兵器の議論の必要性が登場した背景を用い説明している。第一次湾岸戦争時に注目を浴びた米国の精密誘導兵器による地上配備型の兵器群に対する圧倒的な破壊によって、米国が脅威と指定するいわゆる「ならず者国家」の指導者達は地下の掩蔽壕に大量破壊兵器を隠匿することで米国の報復攻撃を切り抜けようとしている。当該状況に対し、文民に対する付随的被害を極限しながらも、米国の抑止力の信頼性を向上させるには、威力の限定された地中貫通型の核兵器によって、周辺の住民に対する付随的被害を抑えつつ、掩蔽壕に隠された戦略資源に対して確実に打撃を与えると敵に認識させるしかない。²⁰⁹このような議論の趨勢を鑑み、エリノア・スローンは「これらの議論全体の特徴として挙げられるのは、より精密な低威力の核兵器の追求によって核ドクトリンが先制核攻撃へとシフトしつつあるという大きな流れであろう」²¹⁰と指摘する。軍事技術の向上と人道の要請、

²⁰⁶ William H. Boothby, *Supra* (note 151), p. 61.

²⁰⁷ New York Times, “As U.S. Modernizes Nuclear Weapons, ‘Smaller’ Leaves Some Uneasy” (Jan. 11, 2016) https://www.nytimes.com/2016/01/12/science/as-us-modernizes-nuclear-weapons-smaller-leaves-some-uneasy.html?_r=0 (最終アクセス 2017 年 2 月 22 日)

²⁰⁸ New York Times, *Ibid.*

²⁰⁹ Keith B. Payne, “The Nuclear Posture Review: Setting the Record Straight” *Washington Quarterly* 28, no. 3 (Summer 2005), 144.

²¹⁰ エリノア・スローン (奥山真司・関根大輔訳) 『現代の軍事戦略入門—陸海空からサイバー、核、宇宙まで』 (芙蓉書房出版、2015 年) 293 頁。

そして新たな国際環境における脅威認識の変化が、核兵器使用の敷居を徐々に引き下げているのではないかという現実認識が生まれている。

第二節 区別原則の核兵器使用への適用

それでは、第一節にて確認した核兵器国が有する核兵器の現状に鑑み、もしこれらが使用されれば、どのような被害が想定され、そこにどのように区別原則が適用されるのか、について以下検討を加える。

その際には、核兵器の使用を抽象的文脈において想定するのではなく、実際にこれまで使用が検討されてきた具体的文脈の中で考察し、区別原則との関係性を考察しなければならない。

(1) 対都市攻撃、あるいは都市内もしくは都市に隣接する軍事目標への攻撃

核兵器が対都市攻撃に使用される場合、国際人道法上の区別原則に違反することに対し疑義が提起されることは現代においては無いといつてよい。核兵器の合法性事件における ICJ の審理においても、非戦闘員の居住地である都市に対し核兵器を投下することの合法性を主張する国家は存在しなかった。この際使用される核兵器の出力についても議論となることは少ないと思われる。このことは核兵器の人類史上初の実戦使用の事例であり、当時 35 万人の非戦闘員及び戦闘員が居住していた都市に対する核兵器の使用の事例である広島に対する原爆投下の被害を概観することで足りる。

(a) 広島への原爆投下²¹¹

核兵器の爆発は核反応エネルギーの放出が極めて急速に行われるよう設計されており、その爆発力は核弾頭の出力により様々であるが、TNT 爆弾の数千～数万倍の威力がある。その爆発エネルギーは、爆風、熱線、放射線の 3 要素となって放出される。

広島原爆はウラン 235 が使われ、TNT 火薬 16kt のエネルギーに相当した。爆発の瞬間に数 100 万°C で数 10 万気圧という超高温超高圧が形成され火球が形成された。爆心地の表面温度は約 3,000～4,000 度となったといわれ、火球表面からは衝撃波が発生しこれが爆風となることで大気中を伝播していった。また、核反応に伴う爆発の結果として放射線が発生し、爆発の瞬間や上昇

²¹¹ 本項における広島の原爆被害の既述は、広島県や広島市による原爆被害の概要報告書や外務省による委託調査等、被爆地の自治体及び中央省庁の委託研究など以下に掲載した文献に基づいている。広島県健康福祉局被爆者支援課『原爆被爆者援護事業概要』（平成 28 年 7 月）

する火球からもたらされる初期放射線、ならびに爆心近辺の土壌などが中性子線によって放射化されてできる誘導放射線、そして黒い雨などとともにより地表に降下した放射能からもたらされる残留放射線によって被曝がもたらされる。

広島への原爆の投下による死亡者数については正確な数値は明らかになってはいないが、広島市の推定によれば1945年12月31日までの死亡者はおよそ14万人である。日米合同調査団報告資料によれば、爆心地から1.0kmから1.5kmの地点であっても死亡率は59.6パーセントにのぼり、負傷率は26.4パーセントにのぼる。衝撃波と爆風によって爆心地から2km以内の木造家屋は壊滅的損害を受け、0.5km以内では鉄筋コンクリートの建物ですらその多くが崩壊した。また、熱線の影響も広範囲に渡り、露出した皮膚の熱線熱傷は、爆心地から3.5kmにおよび、1.2km以内で無遮蔽であった人は致命的な熱線熱傷を受けた。さらに、放射線の影響として、初期放射線のみならず、黒い雨などの残留放射線による人体影響が生じたと考えられている区域は、被曝者援護法に基づけば、爆心地から10km以上にまで及ぶ。

(b) 広島型の核兵器と区別原則

では、広島のような都市に存在する軍事目標への核兵器の使用について、国際人道法上の区別原則に照らせば、いかに判断されるか。前章においては、当該原則の狭義の概念によれば、無差別兵器か否かを判断するのは対象となる兵器が「軍事目標のみを標的とすることができない」ほど、標的に対する精密性に欠けるか否か、また、被害が広範囲に亘って拡散されるか否かが判断基準であった。

現代における核兵器の運搬手段の精確性を踏まえれば、例えば、住民が多数居住する地域内に存在する軍事施設といった軍事目標を標的とすることは可能である。ただ、その爆発力と放射線の影響は、16ktの広島型原爆の場合においても、非常に広範囲にもたらされ、核弾頭の運搬手段の精確性の問題にかかわらず、「軍事目標のみを標的とすること」は不可能であると考えられる。つまり「無差別兵器」の判断基準として狭義の概念を採用する Higgins 判事の見解、「ある兵器は、軍事目標のみを標的とすることが出来ない場合、それ自体違法」²¹²を採用したとしても、当該兵器の使用は無差別攻撃であると当然にみなすことができる。当該結論は、広島型原爆よりもより出力の大きな核兵器を使用した場合においては、いずれも同じ結論をもたらすこととなるだろう。例えば、英国議会は、マンチェスター市に英国が保有するトライデントII (100kt) が投下された際の被害想定を想定するが、当該場合においてはより区別原則との両立性は一層困難

²¹² Dissenting Opinion of Judge Rosalyn Higgins, Nuclear Weapons Advisory Opinion, para. 24.

になると思われる。

(c) 都市内もしくは都市に隣接する軍事目標に対する戦術核兵器の限定使用

では一方で、B61-12 核弾頭といった 0.3kt から出力の調整が可能な核弾頭が、軍事目標に局限され行使される場合はどのように考えることができるか。この場合、もし当該軍事目標が居住区域から十分に隔絶されている場合は、区別原則との両立性ははかられる可能性は十分に考えられる。²¹³ただ、核兵器の出力が低くなればなるほど、爆発の規模において通常爆弾との差がなくなるため、通常戦力によって対応可能な軍事的目標に対し、核兵器をあえて使用することの意味もたなくなることを指摘しなければならない。そのため、核兵器の限定行使の可能性によって核兵器の合法性を主張するものは、「出力が限定された核兵器の軍事的有用性」という一見矛盾する要素を両立させるために、ミサイル格納施設や地下掩蔽壕といった硬化された目標に対する使用を想定している。

(2) 軍事目標への攻撃（カウンターフォース）

(a) 核搭載型大陸間弾道ミサイル格納施設（サイロ）

国際人道法、特に区別原則に適った核兵器使用の可能性について論じられる際に、冷戦期から指摘され議論されてきたのは、核兵器搭載型大陸間弾道ミサイル（ICBM）の格納施設に限定された核攻撃であった。例えば、Eric J. McFadden は David M. Corwin との核兵器の合法性をめぐる論争において、文民たる住民の居住地区から離れた指令施設や ICBM の格納施設（サイロ）に対する戦術核兵器による攻撃であればハーグ規則に反することは考えにくいとする。²¹⁴ここで問題となるのが、このような文民に被害のない（「つまり無差別攻撃と観念できない」）核兵器の限定使用が実際にあり得るかである。特に、ICBM の格納施設及びそれに付属する指令施設は、他国からの核兵器の第一使用に耐え、核兵器による報復攻撃を可能とするよう硬化（hardened）された地下施設となっていることを考慮する必要がある。このような施設に対する核兵器による攻撃としては、実際にどの程度の出力を有する核兵器の使用が想定されているのか。

Hans M. Krinstensen の最近の論稿によればロシアの核兵器搭載型大陸間弾道弾（ICBM）である SS-18（サタン）及び TOPOL の収容施設である硬化（hardened）された核兵器格納施設（サイロ）

²¹³ 米国の Effects of Nuclear Weapons (1977) や、広島市核兵器被害報告書 (2007 年) によれば、1.2kt や 1 kt の核兵器使用の際であっても、人体に影響を及ぼす放射性降下物の拡散状況は、5km までという広範囲におよぶ可能性はある。

²¹⁴ Eric J. Mcfadden, *Supra* (note 33), p. 322.

ロ) は 10, 000PSI (重量ポンド毎平方インチ) までの圧力に耐えられる構造であると見積もられているという。当該目標を破壊するためには、出力 100kt のトライデント II 型 (SLBM) である W76-1/Mk4A を、当該ミサイルの CEP (半数命中界) である 100m 内で起爆する必要があるという。

²¹⁵CEP 内での起爆自体は、米国の核弾頭寿命延長化プログラム (warhead life-extension program) の一環として実施され、2009 年より W76/Mk5 に実装された新型の起爆装置である「Arming, Fuzing & Firing」(AF&F) により可能であるとされる。²¹⁶

ここで使用が想定されているのは、W76-1/Mk5 という出力が 100kt の核弾頭であり、W88/Mk5 という出力 475kt の弾頭の使用も想定されている。ここにおいて問題であるのが、このように出力の大きな核弾頭の使用は、例え ICBM サイロのみを標的とし、限定的に使用したとしても、周辺環境や文民への破壊的影響は甚大なものとなるということである。NATO の ABC 防護作戦手引書によれば、100kt の核兵器が使用された場合の LD50 (50% Lethal Dose) の距離は 1, 600m であり、860m 内にいた者の半数が爆風で死傷、3, 190m 内にいた者の半数が熱線により死傷する。

²¹⁷この場合例え、軍事目標を標的とする攻撃としても、文民に対する被害がないとは決していえない。

つまり、ミサイル格納施設に対する出力が低く抑えられた戦術核兵器の使用という前提は維持することができず、100kt クラスの核弾頭の使用が要請され、当該クラスの核弾頭の使用は、対都市攻撃の事例にて検討されたように、広範囲にわたって、その空間内に存在するものすべての大規模破壊とそこに存在する者の人体への非人道的影響が容易に予想されるために、無差別兵器の使用であるという前提から脱することはできないと考えられる。

(b) 地中貫通核兵器 (バンカーバスター)

地中貫通型核兵器 (バンカーバスター) は、(1) 「堅固で地中深く埋められた目標 (hard and deeply buried targets)」の撃破、(2) 「移動式及び再配置可能な目標 (mobile and re-locatable targets)」の探知と攻撃、(3) 化学・生物剤の撃破、という目的をもって開発が議論されている。米国が現在保有する唯一の地中貫通核兵器である B61-11 は、1997 年に配備が始まったものであるが、自由落下式の単弾頭の核兵器であり、精密誘導兵器ではないために上記

²¹⁵ Hans M. Kristensen, *Supra* (note 201).

²¹⁶ Hans M. Kristensen, *Ibid.*

²¹⁷ NATO HANDBOOK ON THE MEDICAL ASPECTS OF NBC DEFENSIVE OPERATIONS AMedP-6(B) PART I - NUCLEAR. (<https://fas.org/nuke/guide/usa/doctrine/dod/fm8-9/toc.htm>) (最終アクセス 2017 年 3 月 14 日)

の軍事的要求を充たさないと考えられている。²¹⁸さらにB61-11の導入は従前の9Mtクラスの核弾頭の更新のために行われたものであるが、その弾頭は300ktの出力を有する。たしかに従前の弾頭と比較すればより限定された出力といえるが、上述の検討を踏まえても、当該核爆弾の破壊力は限定的使用とはいえないと思われる。このように、例え出力が低く抑えられたとはいえ、未だ「限定的」と呼べない弾頭が用いられている背景としては、例えば100m以上地中深く掩蔽された施設を破壊するためには、Robert W. Nelsonの研究によると、100kt以上の出力を有する弾頭を必要とすると考えられているためである。²¹⁹つまり、Anguel Anastassovが述べる「地中の掩蔽壕(bunker)を破壊するために設計されたとされているものなど、最新の核兵器の使用は、区別原則の第一の基準(第51条4項(b))を満たすほど十分に精確である可能性がある」²²⁰という理解は、核弾頭の運搬手段の精確性の理解に留まり、必要とする弾頭の出力とその着弾後の影響については考慮されていないと思われるのである。核弾頭が地中深くにおいて爆発し、その爆発の威力および放射性降下物の影響が地下のみに留まることができる想定距離は、1ktの核弾頭の場合であっても、90m以上の地中であるとされる。現在存在する地中貫通式の弾頭を用いたとしても、10mから20mほどの地中貫通性を有するのみであって、例え1ktという限定された出力の弾頭が存在するとしても、その影響を地下施設のみに限定することは困難であるとされる。²²¹つまり、地中の掩蔽壕に対し、出力が限定され且つ地中貫通式の戦術核兵器の使用という想定は、軍事的観点からみれば成り立つことはないと思われるのである。この意味において、現在の地中貫通型核兵器の使用は、確かに運搬手段の精確性により、軍事目標を精確に打撃することができるとしても、当該兵器に用いられる核弾頭の出力が「限定された」ものとは考えられないがために、「軍事目標のみを標的とすること」を担保するものではないと考えられる。

小活

ICJは区別原則を「国家は文民を標的としてはならず、文民と軍事目標を区別できない兵器は使用してはならない」²²²と述べた。ICJの当該定式化が、国家は「文民を攻撃の標的としてはなら

²¹⁸ 松山健二「米国の核政策における地中貫通核兵器及び低威力核兵器の役割」『レファレンス』(平成16年6月号)

²¹⁹ Robert W. Nelson, “Nuclear Bunker Busters, Mini-Nukes, and the US Nuclear Stockpile”, *Physics Today*, (November, 2003) p. 33.

²²⁰ Anguel Anastassov, *Supra* (note 185), p. 12.

²²¹ Robert W. Nelson, *Supra* (note 219), p. 33.

²²² *I. C. J. Reports 1996*, para. 78.

ない」という軍事目標主義と「文民と軍事目標を区別できない兵器の使用禁止」の表明であることを確認した。

では、本章が検討してきた、現代の核兵器の特徴である、低威力且つ命中精度の高い核兵器の存在とその使用想定事例を踏まえれば、核兵器と区別原則の関係性をいかに捉えることができるか。

第一に、無差別兵器か否かの基準としては、「特定の軍事目標のみを対象とすること」ができるかという基準が存在した。これを本章で考察した核兵器に当てはめれば、核弾頭の着弾の命中精度という意味においては、核兵器は「特定の軍事目標のみを対象とする」ことができる兵器であると言えることができるであろう。現代の核弾頭の運搬手段のCEP（半数命中界）は30mの精度を誇るものも開発されており、野砲や通常弾頭による巡航ミサイル等と比較しても、着弾の命中精度の観点から無差別兵器とみなすことはできない。

ただ、本章が検証を行った、弾頭ミサイルの格納施設や地中に掩蔽された核施設に対する戦術核兵器の使用が当然に区別原則に適ったものであるとはいえない。核兵器の場合は、命中精度の問題のみではなく、出力（威力）の問題も考慮にいれなくてはならないからである。現代の戦術核兵器の命中精度（CEP）が30m以下であったとしても、1Mtクラスの核弾頭の使用によって半径10～20km内の構造物が破壊されるような状況では命中精度の問題はその無差別性の判断にさして重要ではないと考えられるからである。

本章が検討した二つの事例においても100ktクラスの核弾頭の使用想定が行われており、これら核弾頭の使用が「限定的」であって、国際人道法上の区別原則と両立するほどその破壊的影響が抑えられるという見解は、広島に対し用いられた原爆の使用が16ktの出力を有するものであったことを踏まえれば、現実的な想定といえるものではない。

この場合、無差別兵器の定義として狭義の「目標の区別を維持できない兵器」を採用するか、広義の基準である、武器の通常もしくは典型的な使用が「制御できない影響」（uncontrolled effects）をもたらすか否かという基準を採用するかという問題は、核兵器の場合、その破壊力の甚大性が故に副次的な問題といえるのではないかと思われる。このように考慮すれば、ICJが「核兵器の威嚇および使用の合法性」にかかる勧告的意見において、核兵器の威力・命中精度の別なく、核兵器の使用が区別原則に「一般的」に違反すると考慮したことは適切であったといわなくてはならない。

ただ、本章が検証してきたように、冷戦期より開発が進められてきた核弾頭には0.3ktから出力が設定可能なものもあり、破壊力を1km内の破壊に抑えることも可能であるとされる。そうで

あれば、現実の使用の想定を離れ、あるいは当該兵器の軍事的必要性および通常兵器において代替可能かという議論を脇に置けば、文民たる住民の居住地区より遠く離れた軍事目標に対する使用が、区別原則の観点からみて、正当化されうると主張される可能性は引き続き残る。区別原則の観点からの非戦闘員に対する影響がない事例を科学的に証明することが困難であるのと同様に、非戦闘員に対する付随的影響が常に生じるということの証明もまた困難であるからである。真山は「100キロメートル四方にわたり無人でかつ民用物であるような施設のない砂漠に布陣する戦術核ロケット1個大隊上空100メートルで1キロトンの核兵器を爆発されたら付随的損害はないとの指摘は可能かもしれない」²²³とする。このような想定を踏まえれば、もちろん当該想定が果たして現実的なものであるかという議論はあるとしても、区別原則の観点のみから、核兵器が無差別兵器に該当し、それ自体違法な兵器であるという見解には、今後も疑義が提起され続けることになる。そのために、軍事目標に局限され、非戦闘員に対する被害がないという想定においても機能する「不必要な苦痛禁止原則」と核兵器との関係性を検証する必要があるといえる。

本稿でのここまでの議論を整理すれば以下のようになる。核兵器の使用はそのほとんどの事例において、その破壊力の甚大性と放射線の放出という固有の特徴により、無差別原則に抵触する可能性が高いと一般的に考えられる。一方、出力が低く抑えられた戦術核兵器による精密攻撃能力の向上を踏まえれば、無差別原則と両立する使用想定が不可能とまでは言い切れない。つまり、核兵器の使用が「いかなる場合」においても常に区別原則に違反するとは言えず、「核兵器」という戦略核兵器及び戦術核兵器すべてを包含する一般的形式において、その使用が禁止される「無差別兵器」とはみなすことができない。このことは、現実には想定し難いほど限定された使用の想定であるとはいえ、国際人道法上の区別原則との関係のみにおいては、核兵器の使用が合法的に行きうる事例が存在するとの主張に一定の合理性があることを示す。もちろん、このような非常に限定された戦術核兵器の使用が「想定しえる」ということのみをもって、戦略及び戦術核兵器すべてを含めた核兵器一般の使用そのものの合法性の問題に議論を拡大することの問題性は大きい。そのため、このような非常に局限された事例においてであっても、その使用の絶

²²³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『核兵器廃絶への取り組み』『人道研究ジャーナル』(Vol. 3, 2014年) 11頁。

この点については、松井も以下のように述べている。

「人里はなれた場所に存在するミサイル・サイロのような軍事目標に対する、命中精度が高く爆発力が低い核兵器による「外科手術的」な攻撃、飛来する爆撃機やミサイルの迎撃、洋上にある艦隊への攻撃など、軍事目標主義の観点からみて合法的な核兵器の使用の例を想像することは、まったく不可能とはいえない。」松井芳郎「核兵器と国際法—使用禁止を中心として—」『季刊科学と思想』(第59号、1986年) 11頁。

対的違法性を問いうる国際人道法原則として、次章が扱う不必要の苦痛禁止原則と核兵器の使用との関係性を検討する必要性が存在する。すなわち、たとえ戦闘員に対してのみ被害を生じさせる核兵器の使用であったとしても、国際人道法上、そのような非人道的兵器の使用は、内在的に禁止されているのではないかということを確認しなければならない。当該検討は、出力が低く設定された戦術核兵器の軍事目標に極限した限定的行使という新たな軍事的想定が、区別原則との関係において生じさせた例外的抜け穴を塞ぐ議論となりうるかを見る重要な法的検討となる。

第五章 国際人道法における不必要な苦痛禁止原則

序

前章では、区別原則の核兵器使用に対する適用を考察した。そこで残された課題として、出力が非常に低く抑えられた戦術核兵器を文民たる住民の居住地区より遠く離れた軍事目標に対する使用であれば、区別原則に適った使用が想定しうるという問題があった。しかしながら、核兵器の使用をめぐる国際法上の考察は、区別原則のみの検討で終えることはできない。ICJ が国際人道法上の主要原則の一つであると措定した不必要な苦痛禁止原則との関係性も考察しなければならない。

ICJ は不必要な苦痛原則を「戦闘員に対して不必要な苦痛もたらすことを禁止」(下線筆者)²²⁴するものと説明する。つまり、当該原則の保護対象は、戦闘員であって、非戦闘員ではない。このことは、そもそも、国際人道法上、非戦闘員を攻撃の標的とすることは厳格に禁止されていることから理解できる。²²⁵つまり、戦術核兵器を軍事目標に限定した上で使用した場合に、文民への被害がなく、区別原則を仮に満たすことがあったとしても、そのことは自動的に不必要な苦痛禁止原則を満たすことにはならない。国際人道法との両立性を考えるならば核兵器の使用が戦闘員に対し不必要な苦痛をもたらすものか否かが検討要因として引き続き残るのである。

ICJ が指摘するように、核兵器使用による国際人道法上の法的帰結を考える際に、主に指標とされてきたのは「戦闘員と非戦闘員の区別」原則と、「不必要な苦痛を与える兵器の使用禁止」原則であった。もちろん前章で検討した区別原則の文脈においても、核兵器使用による放射性物質の飛散の予見不可能な広がりを見、核兵器はそれ自体違法であると結論づけることの合理性は確かに高い。²²⁶ただ、可能性の問題としては、米英が主張したように文民への被害のない核兵器使用の想定が不可能とまでは言い切れない。そのため、例え「文民」に対する被害がなく、区別原則の要件を満たすとしても、そのような核攻撃が果たして不必要な苦痛の禁止原則を満たすかは別途検討しなければならない。この点について ICJ は当該原則に基づく一般的違法性を導く一方で、「判断する十分な要素を持ち合わせていない」と説明をさけ、シュウェーベル判事も、

²²⁴ *I. C. J. Reports 1996*, para. 78

²²⁵ しかし、軍事目標に限定された核兵器使用による場合においても、放射線による急性傷害及び後傷害が広範囲にわたって発現し市民に影響を与えた場合、これを市民に対する「不必要な苦痛」として構成するのか、区別原則に基づいて違法と構成するかという問題は残る。

²²⁶ Stuart Casey-Maslen and Sharon Weil, “The Use of Weapons in Armed Conflict”, in Stuart Casey-Maslen (ed.), *Weapons under International Human Rights Law*, (Cambridge University Press, Cambridge, 2014) pp. 253-254.

当該要件との適合性については、何をもって不必要といえるかは完全に個別の事案によると立ち入ることを避けた。²²⁷

本章は、核兵器の使用に適用される国際人道法規則の内、ICJ によって主要原則であると明示された「不必要な苦痛禁止原則」と核兵器の使用との関係性を考察する。広島・長崎の両都市は、原爆投下の惨禍・核兵器使用による破壊的結末を経験した都市として、無差別且つ言語に絶する残虐な兵器の実相を伝え、二度と「誰に対しても」核兵器の使用があってはならないと訴えてきた。しかし、ICJ の勧告的意見を含め、このような被爆の実相の訴え、言い換えれば核兵器の非人道性の訴えは国際法の法原則に適切に反映されてきたといえるのか。非人道的惨禍をもたらす核兵器の使用は ICJ のいう一般的違法であるという認定に留まらず、例外を許容しない絶対的違法性の認定にまで至る事ができるであろうか。

本章は上述の問題意識の下、不必要な苦痛禁止原則は、慣習国際法上も条約国際法上も核兵器の使用それ自体を包括的且つ普遍的に禁止する規則は存在しないと評価される現状において、他の規則の媒介を必要としない自立的規範として、核兵器の使用それ自体を禁止する内在的違法性を導くことができるかを検討する。

第一節 不必要な苦痛禁止原則の二類型

(1) 不必要な苦痛禁止原則の展開

不必要な苦痛禁止原則は、その発展段階において常に、人道性及び人類の良心という人道的側面と、軍事的必要性の考慮から、いかなる状況においてもその使用が禁止される特定の兵器の種類が存在するという内在的違法性の宣明と、兵器の使用の形態によっては当該原則違反となる外在的違法性の宣明との間を揺れ動いてきた。このことは不必要な苦痛の禁止原則を基盤とする条約規則と慣習法規則との相互補完関係とも捉えることができる。Oeter はこの不必要な苦痛禁止原則をめぐる法状況を「ある特定の分類の兵器に対する明確に定義づけられた禁止と、不必要な苦痛をもたらす戦闘手段に対するより抽象的禁止というとりわけ複雑な混合物」²²⁸と表現している。

不必要な苦痛 (*maux superflus*) をもたらすたらず兵器、投射物及び物質の禁止が最初に明文

²²⁷ Written Statement of the Government of the USA to the ICJ, *Nuclear Weapons Advisory Opinion*, 20 June 1995, p. 23.

²²⁸ Stefan Oeter, “Methods and Means of Combat”, Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law: Second Edition*, (Oxford University Press, Oxford, 2008) p. 129.

において規定されたのは、1868年のサンクト・ペテルブルク宣言の前文においてであった。当該宣言は、「重量 400 グラムに満たない発射物で、炸裂性のもの、又は爆発性若しくは燃焼性の物質を充填したものを軍隊又は艦隊が使用すること」を禁止した。この宣言の重要性は、この条約規則を支える前文に記載された禁止規則にかかる一般原則の部分にあるとされる。当該前文は以下のように規定する。

「戦争中に国家が達成するための努めるべき唯一の正当な目的は敵の軍事力を弱めることであることにある。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。すでに戦闘外におかれた者の苦痛を無益に増大し又はその死を不可避ならしめる兵器の使用は、この目的の範囲を超える。それ故、そのような兵器の使用は人道の法則に反する。」²²⁹

つまり、サンクト・ペテルブルク宣言は、前文に規定されたすでに戦闘外におかれた者の苦痛を無益に増大し又はその死を不可避ならしめる兵器の使用は人道の法則に反するという一般原則を用いて、重量 400 グラムに満たない発射物で、炸裂性のものといった特定の兵器の使用禁止を導いている。この人道の法則に基づいた特定兵器規制の流れは、1899年の「ダムダム弾禁止宣言」²³⁰に受け継がれ、「1899年ハーグ陸戦の法規慣例に関する規則」そして「1907年の同規則」第23条(e)項において「不必要の苦痛を与える兵器、投射物その他の物質を使用すること」が禁止され、不必要の苦痛を与える兵器の禁止が一般原則の形式において規定されることとなった。

²³¹当該一般原則の定式化については、ニュルンベルク裁判所が述べるように、1939年までには「すべての文明国によって認識され且つ戦争にかかる法規慣例を宣明したもの」²³²とみなされていたと考えられており、多数の国家の武力紛争時の行動規範にも採用されている。

また、1977年採択されたジュネーブ条約の第一追加議定書は、第35条第2項において「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」の禁止を、国際人道法の「基本原則」として規定する。この追加議定書を採択した1974年から1977年に開

²²⁹ Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles under 400 Grammes Weight, 11 December 1868 (1907 Supp.) 1 *American Journal of International Law* (1907), p. 95.

²³⁰ J. B. Scott (ed.), *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907*, (Oxford University Press, New York, 3rd edn., 1918) pp. 227-228.

²³¹ 1899年のハーグ規則23条(e)項は「過度の傷害を与える性質を持つ(‘of a nature to cause superfluous injury’)」兵器又は物質を禁止するという表現を用いていたが、1907年のハーグ規則同条項においては、「不必要の苦痛を与える兵器、投射物その他の物質を使用すること(‘calculated to cause unnecessary suffering’)」と仏文は同一であるものの、英訳に変更が加えられた。

²³² The Nuremberg Judgment (International Military Tribunal 1945-1946), reprinted in L. Friedman, ed., *The Law of War: A Documentary History*, (New York, Random House 1972) p. 961.

催された人道法会議では、過度の苦痛または無差別的効果を及ぼす性質を有する通常兵器の規制を巡る議論を延期し、後の外交会議に委ねることとした。その結果として、1980年には「過度に傷害を与え又は無差別に効果を及ぼすことがあると認められる通常兵器の使用の禁止又は制限に関する」条約と、その不可分の一部を構成する三つの付属議定書、「検出不可能な破片を利用する兵器に関する議定書」(議定書Ⅰ)、「地雷、ブービーとラップ及び他の類似の装置の使用の禁止又は制限に関する議定書」(議定書Ⅱ)、「焼夷兵器の使用の禁止又は制限に関する議定書」(議定書Ⅲ)を採択している。²³³また、1995年には追加議定書として「失明をもたらすレーザー兵器に関する議定書」(議定書Ⅳ)が採択され、1999年には対人地雷禁止条約が採択された。

(2) 不必要な苦痛禁止原則の二類型

上記一般国際法規ならびに「不必要な苦痛」禁止原則を規制要因とする各種条約規定、そして各国の国内法規を整理すれば不必要な苦痛の禁止原則には以下の二類型が存在する。

第一の類型は、「不必要な苦痛をもたらす兵器それ自体の使用禁止」である。当該形式を反映した国際条約としては、「検出不可能な破片を利用する兵器に関する議定書」や「失明をもたらすレーザー兵器に関する議定書」、そして対人地雷禁止条約や生物・化学兵器禁止条約などが挙げられる。国内法規としては、例えばオーストラリアの *Commander's Guide* が、「生物化学兵器は不必要な苦痛をもたらすため」²³⁴に禁止するとする。この形式における禁止は、いかなる状況においても対象兵器の使用を禁ずる内在的違法性を課す点に特徴があり、軍事行動における個別状況や軍事的必要性との均衡といった後に述べる要件が考慮されることはない。

第二の類型は、「兵器の使用の形態が不必要な苦痛をもたらす場合における禁止」である。当該例は、各国の軍事マニュアルに多く見受けられる。例えば、オーストラリアの *Defence Force Manual* は「すべての合法的兵器は、その使用において無制限ではない。特に、不必要な傷害もしくは苦痛を与える方法で使用してはならない」²³⁵と規定する。また、カナダの *Code of Conduct* における「合法的兵器であっても、不必要な苦痛を引き起こす方法で使用してはならない」²³⁶とする。つまり、兵器それ自体の使用が合法であったとしても、その行使方法によっては違法とな

²³³ 藤田久一『前掲書』(注15)173頁。

²³⁴ Australia, *Commander's Guide* (1994), § 306.

²³⁵ Australia, *Defence Force Manual* (1994), § 415. ほぼ同文の規定として、カナダの *LOAC Manual* は “Legal weapons are limited in the way in which they may be used…in such a way as to cause superfluous injury or unnecessary suffering.” Canada, *LOAC Manual* (1999), § 32.

²³⁶ Canada, *Code of Conduct* (2001), Rule 3, §§ 1, 5 and 6.

る場合として、不必要な苦痛を引き起こす場合と規定するのである。当該例が禁止するのは、ある兵器の使用の形態ないし方法が不必要な苦痛をもたらす場合の禁止であり、外在的違法性を課すものであると考えられる。この場合、当該禁止規則に対する違法性の有無は、軍事行動の具体的な状況において判断されることになる。²³⁷

第二節 軍事的必要性とのバランス

(1) 軍事的必要性との比較

では、具体的に不必要な苦痛禁止原則の内実はいかなるものであるか。戦闘手段あるいは兵器によって敵の軍事力に対し苦痛や傷害を与え軍事的目的の達成を試みる行為は、武力紛争の存在が必然的にもたらす不可避的現象であるといえる。しかしながら、苦痛や傷害を与える戦闘行為は法の枠外にあるのではなく、法の下であるいは法が許す限りにおいて遂行されなければならない。であれば、武力紛争という事象に不可避の要素として認識される苦痛あるいは傷害と、国際法に基づいて許されざる苦痛あるいは傷害との分水嶺は、どの地点に存在し、また何をもって隔てられることとなるのか。

この問題は伝統的に不必要な苦痛禁止原則の法内容の定義付けを試みるにおいて、何をもって、また何に対して「不必要」な「苦痛」とするのかという問題としてたちあらわれてきた。当該問題に対する通説的見解は、規制の対象とする兵器の使用によって戦闘員が被る傷害・被害という人道的側面と、当該兵器の使用によって得られる軍事的利益・必要性 (military necessity) という軍事的側面との比較によるとされる。例えば ICJ は不必要な苦痛を「正当な軍事目的を達す

²³⁷ 当該議論の二類型は、コーリング (MG Cowling) が述べる兵器の設計に依存する効果 (design-dependent effects) と兵器の使用者に依存する効果 (user-dependent effects) の区別と同様の結論をもたらす。前者の効果は特定の兵器に固有の性質から引き起こされる結果であり、後者は、兵器使用者の行使態様によって、誰に対し、どのような規模で傷害が引き起こされるかが定まる効果をいうとされる。前者の効果に基づく禁止は、特定の兵器の固有の性質に基づき、当該兵器の通常の行使によって引き起こされる傷害が、いかなる軍事的利益とも均衡をとることができないという事実から演繹される。そのため、この部類の禁止原則はいかなる状況における使用においても国際人道法の違反を構成するという意味において、均衡性の議論を捨象し、一般的・抽象的文脈において作用する原則となる。一方で、後者においては、兵器使用者の判断と行使方法に依存する問題であるため、国際人道法違反の有無を考察するには、軍事的必要性との比較を事例毎に行う必要が生じるとする。このようにコーリングの分析は不必要な苦痛が、兵器の固有の性質からもたらされるものか、兵器の使用者からもたらされるものかという、効果の淵源の相違に着目した分類であるが、禁止の法的効果という結論的に意味するところにおいては同様の分類となる。MG Cowling, “The relationship between military necessity and the principle of superfluous injury and unnecessary suffering in the law of armed conflict”, (2000) 25, South African Yearbook of International Law, pp. 145-146.

るために不可避な程度を超える危害」²³⁸と定義づける。また、Oeter も「傷害は、軍事的必要性のいかなる要求によっても正当化されない場合、もしくは、兵器の使用から合理的に予見される軍事的利益に対し、兵器もしくは投射物によって通常もたらされる傷害が明らかに不均衡である場合に『過度』であるといえることができる」²³⁹とし、軍事的必要性の存否とその比較によって、「不必要な苦痛」を導く見解をとる。これら見解は、軍事目的や軍事的必要性から不必要な苦痛を導きだしていることから、相対説に基づく不必要な苦痛概念と呼ぶことができるだろう。

相対説に基づく不必要な苦痛の禁止は、「身体的又は精神的損害を与えることは、真に意図する軍事的利益を獲得する必要性が存在する限りにおいてのみ正当化される」²⁴⁰というサンクト・ペテルブルク宣言前文の裏返しであって、その必要性に裏打ちされない過度な又は不必要な害的行為を禁止していると考えられている。では、仮に不必要な苦痛の内実として当該概念を採用するとすれば、このような人道性と軍事的利益との比較衡量は、上述の不必要な苦痛禁止原則の二類型とはどのように関係するのか。

第一に、「不必要な苦痛をもたらす兵器それ自体の使用禁止」における、人道性の考慮と軍事的必要性は、兵器それ自体の使用禁止をもたらす対象兵器の選定に関わる。すなわち、ある特定の兵器がその性質上有する非人道的性格と、当該兵器が有する軍事的利益、言い換えれば安全保障上の利益との比較衡量ということになる。既述のように、当該文脈における軍事的利益は決して、個別具体的な戦闘行動の文脈における軍事的利益とは関連がない。いわば広義の意味での軍事的必要性概念と位置づけることができるだろう。不必要な苦痛禁止原則の有効性にかかる批判の一つに、軍事的要求と兵器の使用によって生じる戦闘員の傷害という比較衡量は「通常事後的にしか適用されない」²⁴¹というものがあつた。しかしながら、当該内在的違法と結びついた不必要な苦痛原則における人道性の考慮と軍事的利益との比較は、一般的文脈における判断となり事前の規制を可能とする。

一方、「兵器の使用の形態が不必要な苦痛をもたらす場合における禁止」における人道性の考慮と軍事的必要性は、個別具体的な戦争行動の文脈における戦術上の軍事的利益とまさに関係する。当該文脈における軍事的必要性との比較は、個別具体的な戦闘行動における比較であり、第一の類型とは逆に、抽象的文脈において判断することはできず、個別具体的な状況において判断される事項となる。上記の広義の軍事的必要性概念に対して、狭義の軍事的必要性概念と呼ぶこと

²³⁸ *ICJ Reports 1996*, para. 78

²³⁹ Stefan Oeter, *Supra* (note 228), p. 130.

²⁴⁰ Stefan Oeter, *Ibid.*, p. 130.

²⁴¹ Antonio Cassese, *Supra* (note 137), p. 212.

ができる。

このように兵器それ自体の禁止と使用態様による禁止に対応する、広狭二つの軍事的必要性の概念が未整理のままで不必要な苦痛禁止原則に適用されてきたことが、当原則の適用に混乱をきたした一因であった。例えば次のような分析を挙げることができる。Kransy と Kawano は化学兵器と核兵器がもたらす人体影響を不必要な苦痛の観点から比較の上で、核兵器がもたらす後障害は戦闘員に不必要な苦痛をもたらすとし、生物化学兵器にかかる完全な禁止を踏まえれば、核兵器がいまだ合法であると説かれることは矛盾であると説く。当該論証自体はそれ自体非常に有益な医学的分析である。ただその一方で、不必要な苦痛禁止原則が定める苦痛とは、軍事的必要性和均衡性とを合わせて評価することを要求するものであって、低出力の戦術核弾頭の使用範囲と技術的条件によっては、その使用は完全に合法となるかもしれないと付言する。²⁴²つまり、戦略核兵器の使用は不必要な苦痛をもたらす兵器として一見して違法であると言えるが、戦術核兵器の使用であれば、その使用態様によっては合法となりうることを示唆する。この議論は、不必要な苦痛原則に基づく兵器それ自体の禁止の議論を、使用の態様と結びついた軍事的必要性の議論に懸からしめるため、つまるところ、この論文が指摘する「生物化学兵器禁止規範が確立する一方で、核兵器使用禁止規範が存在しない事の矛盾」の前提となる兵器それ自体の違法性の議論の成立を阻む議論となる。なぜなら、「戦術核兵器の使用態様によっては」という実際の軍事的オペレーションにおける使用方法によって違法性を判断するということは、核兵器使用の事前の規制を排除し、外在的違法性の文脈に議論を限定するものだからである。狭義の概念に基づく軍事的必要性を内在的違法性の議論に適用する場合、そこから兵器それ自体の違法性を引き出すことは難しい。狭義の概念に基づく軍事的必要性の検討は結局のところ事後審査になるからである。もし仮に、実際に使用される、あるいは使用された軍事的文脈を評価しなければ、不必要か否か判断できないという論理に当該原則の意義が限定されるならば、非人道的兵器の使用禁止を課すという原則上の意味を失うこととなろう。この理解は、原則自体の存立基盤を掘り崩すものであって、論理的矛盾をきたす解釈でもあり、誤りであると考えざるを得ない。

(2) 核兵器の使用と軍事的必要性

では、不必要な苦痛禁止原則と核兵器の使用との内在的違法性の観点に基づく一般的関係性は、

²⁴² Jaroslav Krasny and Noriyuki Kawano, “Weapons of Mass Destruction and the Principle of Unnecessary Suffering: The Use of Nuclear Weapons in an Armed Conflict”, (2014) 36, *Hiroshima Peace Science*, p. 116.

どのような議論となるのか。この軍事的必要性との比較を核兵器使用にもそのまま適用することは問題が多い。例えば、米国は核兵器使用の合法性勸告的意見の書面陳述において以下の論理において核兵器の合法性を肯定した。

「兵器が多大な傷害または苦痛をもたらすとしても、その兵器の使用が軍事目的を達成するために必要であるならば禁止されない。例えば、当該原則は、戦車の装甲を運動エネルギーと燃焼効果によって貫通する対戦車砲弾の使用について、たとえその使用が戦車の乗員に対して非常に重大な苦痛を伴う激しい火傷をもたらすとしても禁止していない。これと同様に、当該原則は、核兵器の使用についても、例えひどい苦痛を伴う傷害をもたらすとしても、禁止していないのである。」²⁴³

この米国の見解は軍事的必要性が認められる限り、いかに重大な苦痛をもたらすにしても、不必要な苦痛とは認められないという見解に限りなく近づくこととなり、実質的に当該原則の存在意義を否定しかねない。なぜなら、Oeter が適切にも述べるように、軍事的必要性のない軍事行動は極めてまれな事例であり「意図的に傷害をもたらす効果は、一般的に、軍事目的つまりは敵戦闘員若しくは軍用品の無効化に資する」²⁴⁴からである。軍事的必要性が認められない場合という要件は、軍事的利益が皆無な軍事行動の想定は非常に例外的であるがために、軍事的必要性の人道原則に対する優越を常態化してしまうおそれがある。²⁴⁵

また、核兵器の兵器としての特性、つまり核兵器が通常兵力および他の大量破壊兵器と一線を画す特性は、広島・長崎への原爆投下によって証明されたように、一つの都市を消滅させるほどの破壊的效果にある。このような戦略核兵器の使用が、軍事的必要性なく使用されるとは考えにくい。その一方で、使用された際の軍事的効用は限りなく大きい。これを鑑みれば、核兵器使用をめぐり、軍事的必要性との比較によって不必要な苦痛禁止規範内容との適合性を判断するとすれば、以下に表明される見解を典型とするように、人道問題から軍事・政治問題に議論が移行してしまう。

(核兵器使用の合法性を判断する国際法規として)「残るのは、戦争行為は、不必要な苦痛、すなわちその行為から得られる軍事的利益とまったく均衡のとれない苦痛を引き起こすべきで

²⁴³ Written Statement of the Government of the USA to the ICJ, *Nuclear Weapons Advisory Opinion*, 20 June 1995, pp. 28-29.

²⁴⁴ Stefan Oeter, *Supra* (note 228), p. 130.

²⁴⁵ McFadden もハーグ規則第 23 条(e)項の“calculated to cause unnecessary suffering”という規定は適正な軍事目的がない場合を規制することが起草者の意図であったことを示唆するとする。Eric J. Mcfadden, *Supra* (noet 33), 319.

ないという原則である。核兵器は、途方もない苦痛を引き起こすが、しかし、それらはまた巨大な軍事的利益を生み出す。もし、1945年に核兵器が日本に対して使用されなかったならば、対日戦争は、少なくともあと1年は続いたであろう。それゆえ、核兵器の使用は、いかなる事情の下でも違法であると結論するのは賢明ではない。」(括弧内筆者)²⁴⁶

当該構成は、人道性の法則の反映である当該原則を、常に軍事的必要性和相対化するに留まらず、軍事的必要性の存在が人道性の原則に対して常に優越する状況を創出してしまふのである。

(3) 代替兵器との比較-戦術核兵器との関連性

そのため、軍事的必要性和の対比において不必要又は過度な兵器の使用を導きだすことは認めるにしても、軍事的必要性を達成する手段に比較の尺度を求める見解が説かれることがある。軍事的必要性の存否や、その必要性和と身体的・精神的「苦痛」という感覚を比較することは、困難を伴うからである。この見解は、軍事行動という具体的文脈において、用いられる兵器又は手段の選択において比較を要求する。

例えばDinsteinは、過度な傷害または不必要な苦痛の禁止の本質は、「避けられる「傷害または苦痛」と避けられない「傷害又は苦痛」との区別に存在する。このことは問題となっている兵器と、その他の手段との間の比較を要求する」²⁴⁷とする。そして比較の判断基準として、第一に、傷害と苦痛がより少ない代替兵器が存在するか、第二に、代替兵器によってもたらされる効果が、敵戦闘員の無力化にとって十分に効果的かどうかを提案している。「代わりとなる兵器が、同様の軍事的利益を効果的に達成可能で、もたらす苦痛がより小さいか」²⁴⁸を判断基準に加えるSolf、当該原則を「必要とされる特定の兵器が傷害又は苦痛をもたらしかどうかを、様々な兵器の間で比較すること」²⁴⁹と定義するGreenwoodも同様の見解である。

このように不必要な苦痛禁止原則の本質を代替兵器との比較にあるとする見解は、確かに核兵器使用に対しより制限的立場となることができる。つまり、他の兵器、例えば通常兵器による対応が可能で、核兵器の使用が不要な場合における、核兵器の使用を「不必要な苦痛をもたらし」行使方法として禁止することができる。

²⁴⁶ Michael Akehurst, *A Modern Introduction to International Law: Six Edition*, (Allen & Unwin, London, 1987) p.274. 和訳は、エイクハースト＝マランチュク(長谷川正国訳)『現代国際法入門』(成文堂、1999年)567頁を参考にした。

²⁴⁷ Yoran Dinstein, *Supra* (note 63), p.60.

²⁴⁸ Michael Bothe, Karl Josef Partsch and Waldemar A. Solf, *Supra* (note 50), p.196.

²⁴⁹ Christopher Greenwood, *Supra* (note 118), p.240.

当該見解は、戦略核兵器よりも、戦術核兵器の使用との関連において有益な視角を提供する。戦略核兵器との関連において当該代替兵器の議論は、核兵器と同等な破壊力を持ち、同等の軍事的効果を挙げることができる兵器が出現し、そして当該兵器が核兵器と比較してより少ない苦痛を伴うという条件が満たされた場合に限り、「不必要な苦痛原則」は、核兵器の使用に対する実質的法規制と成りうるという結論を導きかねない。一方で、戦術核兵器との関連であれば、その出力が低くなればなるほど、爆発力の観点から見れば通常兵器との差異が縮小するために、通常兵器で代替することはできないかを厳密に問う必要が生じるといえる。

これを踏まえれば、不必要な苦痛原則と戦術核兵器の問題は、区別原則と戦術核兵器の関係性との比較において、興味深いトレードオフの関係にあるといえる。つまり、区別原則と戦術核兵器の問題においては、核弾頭の出力が極限されればされるほど、区別原則上との両立可能性は高まる関係にあった。低出力の戦術核兵器であれば、軍事目標を精確に打撃し、非戦闘員への被害がないあるいは非常に限定される行使方法が可能と主張されるからである。一方で不必要な苦痛原則との関連においては、核弾頭の出力が極限されればされるほど、通常兵器による代替可能性は高まると考えられるため、原則との両立可能性は低下すると考えられる。

ただ、核兵器の使用が保有国において想定されるシナリオの多くは、通常兵器で対応できないとされる場合がほとんどであるとも考えられる。前章で検討した弾道ミサイルの格納施設や掩蔽された壕に対する戦術核兵器の使用は、通常兵器による打撃では軍事的目的の達成が難しいと考えられている事例であった。また、ICJの審理において核兵器搭載型潜水艦への戦術核兵器の使用を想定しうるとしたシュウエーベル判事は「通常魚雷の使用が軍事目的を成功裏に果たすか否か不明確な場合であっても、核兵器のより強大な破壊力によれば、通常魚雷によって破壊できないかもしれないものを確実に破壊することができる」²⁵⁰と述べていた。これも通常兵器よりも爆発の規模が高い戦術核弾頭の必要性を強調したものだろう。これを考慮すれば結局のところは、前章の区別原則との関係性の議論に立ち戻ってしまうこととなる。つまり、不必要な苦痛禁止原則の適用を、代替兵器の採用可能性も含めた軍事的必要性との関連において、相対的に検討する限りにおいて、核兵器それ自体の禁止という内在的違法性を導く議論は困難に見受けられる。議論の相対性はつまるところ、具体的な軍事行動と核兵器使用の結果という、外在的違法性の文脈に議論の焦点が移ってしまうからである。「核兵器使用の威嚇または使用の合法性」にかかる勧告的意見の審理において、米国は「いかなる特定の場面における核兵器の使用も、結果的に不均

²⁵⁰ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, Dissenting Opinion of Vice-President Schwebel, p. 321.*

衡な付随的破壊又は文民に対する偶発的な傷害をもたらすものであるか否かは、抽象的に判断できるものではない。このような判定は、特定の目標を破壊する軍事的必要性を含む、予期された使用の状況に全面的に左右される」²⁵¹と述べていた。当該見解は核兵器使用の合法性は個別具体的な使用の状況に左右されるものであって、事前の合法性の判断は不可能であるという、核兵器それ自体の違法性を否定し、議論を外在的違法性の文脈に押しとどめるものである。²⁵²

小活

以上検討してきたように、不必要な苦痛禁止原則の内実を相対説に基づいて把握する限り、本来非人道性という普遍的概念の下で兵器を規制するはずの原則が、軍事的利益によって相対化されることで、伸縮してしまうおそれがある。絶大な破壊力を有する兵器であればあるほど、その非人道性に基づいた違法性の根拠が縮小するという関係性は法概念として適切であるとは思えない。さらに、不必要な苦痛原則の生成から展開の過程を仔細にみれば、果たしてこのような相対的理解に基づく不必要な苦痛概念の把握が行われてきたのかについても再検討する必要があるといえるだろう。相対性を限定的に認めるとしても、その軍事的利益の反映方法については、果たして軍事的利益自体が人道性概念を超克することを正面から認めるものであったのであろうか。本章の検討課題は、不必要な苦痛禁止原則は、国際慣習法上も条約国際法上も核兵器の使用それ自体を包括的且つ普遍的に禁止する規則は存在しないと評価される現状において、他の法規則の媒介を必要としない自立的規範として、核兵器それ自体を禁止する内在的違法性を導くことができるかを検討するというものであった。これを検討するためには、やはり核兵器それ自体の違法性を導く可能性のある不必要な苦痛概念に何らかの客観性は認められてこなかったのかについての探求を行わなければならない。当該探求を行うには、不必要な苦痛禁止原則の展開とある兵器の使用禁止に至る過程について実行を通し分析する必要がある。

これまでも「不必要な苦痛禁止原則」の内実について、客観的定義を設定する試みは存在した。一例としては ICRC の「過度な傷害又は不必要な苦痛プロジェクト」(“Superfluous Injury or Unnecessary Suffering (SIrUS) Project”)が存在する。²⁵³当該プロジェクトは、過度な傷害又は不必要な苦痛の程度に関する合意がないことを認める一方で、ICRC の野戦病院において収集された、約 26,000 名の通常兵器によって生じた症例情報の分析を基に、当概念の該当性を決定する

²⁵¹ Verbatim Record, 15 November 1995, p. 85.

²⁵² ジョン・バロース著(浦田賢治監訳/山田寿則・伊藤勸訳)『前掲書』(注89)125頁。

²⁵³ 岩本誠吾「「新」兵器の使用規制—レーザー兵器を素材として」村瀬信也・真山全(編)『武力紛争の国際法』(東信堂、2004年)392頁。

ツールとして以下の基準を提案していた。

「基準Ⅰ：特定の疾患、特定の異常な生理学的状態又は心理学的状態

基準Ⅱ：戦場での致死率が25%以上又は病院での致死率が5%以上のもの」

基準Ⅲ：赤十字の傷害分類によるグレード3の傷害

基準Ⅳ：普及し立証された治療方法がない効果」

当該基準は、通常兵器による傷害症例を分析し抽出されたものであるが、「兵器の効果の一般的な検討は、核兵器への言及なしに考察することはできない」²⁵⁴とし、火傷や放射線障害といった核兵器への基準の適用を考慮するが、核兵器の問題は他のフォーラムにおいて議論されることとしたため、これ以上核兵器使用と当該基準の関係が深められることはなかった。このような不必要な苦痛の客観化の取り組みについて、考察を深める必要がある。

その際に欠かせない視点として、不必要な苦痛の禁止という一般原則は、核兵器がもたらす特性の一つである放射線傷害について、どこまで包含することができるかという問題がある。下田事件判決は、「広島、長崎両市に対する原子爆弾の投下により、多数の市民の生命が失われ、生き残った者でも、放射線の影響により十八年後の現在においてすら、生命をおびやかされている。… この意味において、原子爆弾のもたらす苦痛は、毒、毒ガス以上のものといって過言ではなく、このような残虐な爆弾を投下した行為は、不必要な苦痛を与えてはならないという戦争法の基本原則に反している」と述べていた。²⁵⁵

このような放射線と不必要な苦痛の関係を法理論として精緻化する必要がある。当該議論は劣化ウラン弾の法的規制の議論にも関係し、「不必要な苦痛」とは何かという議論は、さらに広い妥当性を持つ可能性もある。次章では、不必要な苦痛原則の生成から発展の経緯をたどることで、当該原則が相対的な原則として発展してきものであるのか、あるいは、何らかの客観的・固定的基準を基に展開してきたものであるのかについて検討したい。

²⁵⁴ Simon O'connor, "Nuclear Weapons and the Unnecessary Suffering Rule", in Stuart Casey-Maslen (ed.), *Weapons under International Human Rights Law*, (Cambridge University Press, Cambridge, 2014) p. 141.

²⁵⁵ 昭和三〇年(ワ)第二九一四号、昭和三二年(ワ)第四一七七号損害賠償請求併合訴訟事件 松井康浩『原爆判決-核兵器廃絶と被爆者援護の法理』(新日本出版社、1986年)236頁。

第六章 不必要な苦痛禁止原則の展開と核兵器の使用に対する適用

序

1996年ICJは「不必要な苦痛禁止」原則を、軍事目標と非軍事物の区別原則と共に国際人道法上の主要な原則と位置づけ、核兵器の使用はこれら主要原則に一般的に違反すると結論付けた。

256

しかしながら、国際人道法上の「不必要な苦痛禁止」原則ほど、その規範内容の曖昧さと適用方法の不明確さ故の批判にさらされる原則は珍しい。²⁵⁷批判の中には、主要原則でありながらも、極端な事例を除けば禁止原則としての法的価値はないとの評価も存在する。²⁵⁸これは不必要な苦痛禁止原則は、過度な傷害もしくは不必要な苦痛をもたらす兵器の使用は禁止されるという原則を表明しながらも、「過度な傷害」または「不必要な苦痛」とは何かという問題に合意が未だ存在しないという事実に一因がある。²⁵⁹一般法原則としての「不必要な苦痛原則」の内容が指定されないために、条約に基づく兵器の特定の禁止が伴わなければ、兵器の使用制限規範として実効性を持ち得ないのではないかという批判があるのである。ここには、シタロポーラス (Nicholas Sitaropoulos) が適切に述べる当該原則をめぐるパラドックス、主要な国際人道法関係条約に規定され、人道法分野の主要二原則と評価を受ける一方で、原則の定義について国際的合意がない現状が存在する。²⁶⁰このパラドックスは、不必要な苦痛禁止原則は、特定の兵器を禁止制限する条約規定が成立しなければ、兵器禁止規範として機能しない証左ではないかと、原則としての法的自立性に疑義を生んできたのである。

本章は、前章までの議論を踏まえ、不必要な苦痛禁止原則の生成から展開の過程を追い、「不必要な苦痛」がどのように捉えられてきたかを検討する。不必要な苦痛禁止原則の核兵器使用への適用を考察するには、この客観化あるいは相対説の相対化の試みが必要となる。これを検討することで、人道性の原則の反映とされる「不必要な苦痛」原則は、批判のように中身の無い空虚な法原則であるのか。それとも、国際人道法の主要原則として、国際人道法の枢要原則としての

²⁵⁶ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, Dissenting Opinion of Judge Higgins, para. 238.*

²⁵⁷ Antonio Cassese, *Supra* (note 137), p. 194, Stuart Maslen, *Supra* (note 49), p. 212.

²⁵⁸ Antonio Cassese, *Ibid.*, p. 212

²⁵⁹ Nicholas Sitaropoulos, “Weapons and Superfluous Injury or Unnecessary Suffering in International Humanitarian Law: Human Pain in Time of War and the Limits of Law”, (2001) 54(1), *Revue hellénique de droit international*, p. 81.

²⁶⁰ Nicholas Sitaropoulos, *Ibid.*, p. 72.

役割を有しているのか。そして、核兵器の使用に対して適用した場合、その合法性をいかに判断することができるのかを考察したい。本章で確認するのは特に以下の点である。

第一に、不必要な苦痛概念における「苦痛」がいかに把握されてきたかを具体的に把握する。前章で確認したように、相対説に基づく不必要な苦痛禁止概念は、特に何をもって「不必要」な苦痛とするかという、苦痛・傷害の必要性の把握を、軍事的必要性との比較において認定する概念構成を有していた。この場合、当該原則が対象とする、人道の観点から許容できない苦痛・傷害をどのように理解するかという視点は、武力紛争下においては苦痛や傷害は不可避であるという理解から重点がおかしていない。しかし、不必要な苦痛禁止概念の展開においては、普遍的に認められる人道の観点から許されざる苦痛・傷害の程度が客観的に存在するという概念構成が認められてきたのではないか。

第二に、非人道的兵器の禁止に向けた過程において、相対説が主張する軍事的目的・軍事的利益との比較がいかなる態様で具体的に行われてきたかを確認する。相対説は、非人道的兵器の概念や不必要な苦痛概念の人道的・医療的アプローチによる把握に対して、曖昧で抽象的概念設定であって、特に「苦痛」という概念の非普遍性を説いてきた。しかし、その一方で、相対説が主張する軍事的利益についても、果たして客観性をもつ比較の尺度であるかについて疑問なしとしない。ある兵器を保有し使用する軍事的必要性の存否は、各国が直面する安全保障環境によって様々であろう。ある兵器の様々な国家安全保障の状況によって変化する軍事的利益に対し、国際社会はどのように兵器の禁止・規制を整合させてきたのだろうか。

上記二点を確認するために、以下では、不必要な苦痛禁止原則の展開から発展の過程を概観することとする。

第一節 不必要な苦痛禁止原則の生成と展開

暴力手段が極限に達する戦争状態においても、使用されるべきではない戦闘方法および手段が存在するという認識は、戦闘の遂行方法は国家間において対等且つ公正であるべきであるという認識と結びつき、古代の戦時慣行から継続して存在してきた。中世においては、1139年ローマ教皇インノケンティウス2世 (Innocentius II) が弩弓 (クロスボー) を封建社会における騎士の存在を脅かすもので、キリスト教徒が用いてはならないと使用禁止を呼びかけている。²⁶¹

²⁶¹ Jonathan Crowe and Kylie Weston-Sheuber, *Principles of International Humanitarian Law*, (Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2013, p. 52.) 足立研畿『国際政治と規範-国際社会の発展と兵器使用をめぐる規範の変容』有信堂、2015年、54-55頁。

また、グロティウスは毒の使用を国家の情念に反するものと批判し、近代国際法においては害敵手段としての毒の使用は許容されないという共通認識が存在していたとする。²⁶²彼は毒の使用禁止について以下のように述べる。「諸国民の法（すべての国家の法でないとしても、より良き国家間の法たるもの）は古くより毒物により敵を殺害することは許されないとしてきた。この点に関し、古来より意見が一致してきた理由は、既に頻繁になり始めていた戦争の惨禍を余りにも広範なものにしてはならないという共通利益への配慮から生じた」²⁶³とする。ここでグロティウスは毒殺の抑止という諸国の共通利益と、戦争の惨禍拡大の防止という人道的側面から説明している。

毒又は施毒兵器の使用は古来の戦闘においてもみられたものであって、中世においては井戸や河川といった水源への投毒の合法性について議論されている。例えばゲンチリは戦争下において水源へ毒を投じる行為を、毒は投与される量がたとえ僅かであっても落命に至らしめることや、国家の主権者たる君主の行為として認め難いことなどから許されざる行為とみなしていた。²⁶⁴さらに、毒を施したる兵器についても同様であり、ヴァッテルは以下のように述べていた。

「毒を施したる兵器の使用を許容し且つこれを擁護する理由は殆ど存在しない。これら兵器に関連して背信性や秘密性が伴わないことがあるかも知れない。しかし、それにもかかわらず戦争の惨禍が際限なく拡大する事を禁じる自然法は、かかる武器の使用を禁止している。敵の企画を挫折させるために敵に一撃を加えることは実際に必要であるが、ひとたび敵が戦争不能になった際に、なお彼がその傷のために必ず死なねばならない必要性が果たして存在するだろうか。さらに、敵対する一方が毒を施したる兵器を使用すれば、その敵もまた同じように毒を施したる兵器を使用することとなり、結局戦争の勝敗を決定するにあたりいかなる利益もなく、ただ戦争の残酷さと悲惨さを助長するだけに過ぎない。戦争にあたって国家に許されているものは『必要』のみである。全ての国家は戦争を更に破滅的なものとする様な一切のことを慎むべきであるのみならず、それらに反対する義務を有する。」²⁶⁵

一方、現代に通じる普遍的人道性観念と結合とした現代国際法原則としての害的方法及び手段の規制の創設の歴史は 19 世紀に遡り、国際人道法（戦争法）の興隆の極めて初期の段階から戦

²⁶² T. J. Lawrence, *The Principles of International Law*, (Macmillan, London, 1895, 435-438.)

²⁶³ Hugo Grotius, *Supra* (note 46), p. 652.

²⁶⁴ 信夫淳平『戦時国際法講義第二巻』（丸善、1941年）342頁。

²⁶⁵ E. de Vattel (Translation by Charles G. Fenwick with an introduction by Albert de Lapradelle), *The Law of Nations or the Principles of Natural Law : Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns: Vol. 3*, (Oceana Publications, New York, 1964) p. 289.

争法体系の中核原則として存在してきた。18世紀後半から19世紀にかけ欧州諸国において国民国家の形成が進み、戦争の主体が貴族軍から常設の国民軍へ移行した。この変化に加え人道性概念の興隆と普及によって、敵戦闘員の無力化による戦争又は戦闘の目的の達成と関連しない苦痛の増進は、人道性の理念から許容されないという認識が戦争法において受け入れられることとなった。²⁶⁶

例えばローレンス (T. J. Lawrence) によれば、人体に過剰な傷害をもたらす砲弾の使用禁止原則が一般国際慣習法の形式で存在し続けてきたという。当該原則が禁止してきたと考えられる兵器の例としては、砲弾にガラス片や鎖の切れ端等を詰め込んだ「ラングリッジ (langridge)」が挙げられている。当該砲弾は戦闘目的を効果的に達成することに何ら寄与しないために、長い間禁止されてきたとされ、スペート (J. M. Spaight) も当該禁止原則は、数百年の間、実際の戦闘行為における実行およびそれを反映した法学者の著作に見受けられてきたとする。²⁶⁷

第二節 非人道的投射物の禁止

(1) サンクトペテルブルク宣言

不必要な苦痛禁止原則を最初に明文規定として、明記したのは1864年のサンクトペテルブルク宣言である。同宣言は以下のように規定する。

「文明の進歩はできる限り戦争の惨禍を軽減する効果をもつべきであること、

戦争中に国家が達成するために努めるべき唯一の正当な目的は敵の軍事力を弱めることであること、

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こと、

すでに戦闘外におかれた者の苦痛を無益に増大し又はその死を不可避ならしめる兵器の使用は、この目的の範囲を超えること、

それ故、そのような兵器の使用は人道の法則に反すること」

当該宣言は、国際人道法の発展にとって、極めて重要性の高い法文書であり、「以後に発展した国際人道法全体の基礎を打ち立てた」²⁶⁸とも評される。同宣言は戦争の必要性が人道上の要求に一步を譲る義務の存在を宣明するとともに、苦痛を無益に増大し又はその死を不可避ならしめる

²⁶⁶ T. J. Lawrence, *Supra* (note 262), p. 436.

²⁶⁷ J. M. Spaight, *Supra* (note 7) p. 197

²⁶⁸ Frits Kalshoven, “The Soldier and His Golf Club”, in Christophe Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles*, (Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1984).

兵器の使用を禁止した。これは不必要な苦痛をもたらす兵器を禁止する一般原則の表明であった。一方、当該宣言は、上記一般原則の趣旨に照らし「重量 400 グラムに満たない発射物で、炸裂性のもの、又は爆発性若しくは燃焼性の物質を充填したもの、を軍隊又は艦隊が使用する」ことを禁止した。²⁶⁹当該宣言は不必要な苦痛をもたらす兵器の使用は、人道の法則に反するという一般原則の下で、重量 400 グラム未満の爆発性の弾丸等の使用という特定兵器の禁止を導いているのである。

では、400 グラム未満の炸裂性若しくは燃焼性の投射物の禁止という特定兵器の禁止規則は、どのような兵器としての特徴あるいは人体に対する効果を持ち、禁止されるに至ったのであろうか。

サンクトペテルブルク宣言の端緒となったのは、19 世紀半ば、ロシアが敵軍の弾薬車の破壊のために着弾時に炸裂し破片を周囲に飛散させる弾丸を発明したことであった。この弾丸は専ら堅牢な物体に着弾した際に爆発する構造を有していたが、ほどなくした 1867 年、柔らかい標的（つまり人体）に着弾した際にも炸裂する弾丸の開発に成功する。ただ、この弾丸は不必要に戦闘の惨禍を増大するものではないかとロシア陸軍内部で検討が行われた結果、ロシア帝国軍事大臣が使用の禁止をアレクサンドル 2 世へ提案する。これを受けアレクサンドル二世は、自国のみを使用禁止に留まらず列国においても使用を禁止する必要性を感じ、当該問題を審議するための列国会議をサンクトペテルブルクにて開催することを諸国へ要請した。²⁷⁰それが「重量 400 グラムに満たない発射物で、炸裂性のもの、又は爆発性若しくは燃焼性の物質を充填したもの」の使用禁止へとつながる。

ここで「重量 400 グラムに満たない」という条件が付いているのは、より重量がある弾丸であればその破片で多数の兵士を殺傷し、戦闘外におくことが可能であると考えられたからである。一方 400 グラム以下の弾丸が兵士ひとりに対して使用された場合、その効果はひとりの兵士を殺傷するに留まり、通常の弾丸に比して軍事上の効果が高いわけではないのに拘らず、その銃創は

²⁶⁹ 400 グラム以下という基準が幾分根拠に乏しい形で導入されてしまったがため、また、当該基準は軍事技術の進展によって急速に廃れてしまったことから、当該宣言に対する評価として、特定の兵器を禁止した実質規定よりも前文により重要性があると指摘される。(William H. Boothby, *Supra* (note 151), p. 136.) しかし、不必要な苦痛原則という一般原則の定式化とともに、特定の兵器の禁止を人道性を基盤とし、明文規定によって導いた鎗矢としての重要性は看過されるべきものではない。

²⁷⁰ Gary D. Solis, *Supra* (note 120), p. 49. 同言が署名される直前、ロシア政府は禁止の対象を拡大し、上記砲弾のみではなく、科学的破壊をもたらす他の様々な新兵器についても禁止の対象に加えることを提案した。しかし当該提案は、陸上戦力の劣位が固定化されることを恐れた英国政府によって拒否されている。J.M. Spaight, *Supra* (note 7), p. 197

縫合が困難で止血することができず、死に至らしめる性質を有していた。これは従来から存在していたラングリッジに代表される人体に過剰な傷害をもたらす非人道的投射物の系譜に属する規制であって、サンクトペテルブルク宣言は、一般国際慣習法として存在していた不必要な苦痛の禁止という一般原則の法典化の側面と、新たに開発された非人道的投射物の特定の禁止という立法的側面が混在した規定内容を有する条約であったといえる。キャメロン (P. J. Cameron) も、当該宣言が禁止した弾丸はたとえサンクトペテルブルク宣言がなかったとしてもいずれの国家も使用をためらう性質の兵器であったが、当該宣言の新規性として、戦闘手段の禁止というハーグ法を明文規定として法典化することを試みた最初の例であったという点を評価する。²⁷¹ここでは、軍事的利益を増進するわけではない一方で、非人道的な傷害を人体にもたらすという、弾丸の効果の観点を不必要な苦痛と認識していたことが伺われる。

(2) ハーグ陸戦規則と不必要な苦痛禁止原則

(a) 規定内容

1899年のハーグ平和会議において採択され、1907年に改訂された「陸戦の法規慣例に関する条約」の付属書「陸戦の法規慣例に関する規則」の第22条は「交戦者は、害敵手段の選択につき、無制限の権利を有するものではない」と国際人道法上の原則を述べるとともに、第23条(e)において「不必要な苦痛をもたらす兵器、投射物その他の物質を使用すること」を禁止した。ここにおいて不必要な苦痛禁止原則という国際人道法の基本原則が、国際条約中にて、現代につながる明確な形式をもって規定された。

(b) 採択経緯

1899年のハーグ条約は、戦争の法規慣例を、従来の試みと比較して包括的形式において且つ国際条約の形式にて初めて法典化を試みたという重要性を有する。²⁷²ハーグ平和会議を招集したロシアが、提案した会議開催の目的の一つに「現在においても未批准のままとなっている、1874年のブリュッセル会議で明確化された戦争の法規関連に関する宣言を改訂すること」²⁷³を掲げていた通り、1899年ハーグ条約は、戦争の法規慣例を明確化することで、戦闘の非人道性を抑制することを目的としていた。ブリュッセル宣言は、徴兵制が開始され国民国家軍の形成が進む中、軍

²⁷¹ P. J. Cameron, “The Limitations on Methods and Means of warfare”, (1985) 9 *Australian Yearbook of International Law*, p. 250.

²⁷² Adam Roberts and Richard Guelff (ed), *Supra* (note 146) p. 68.

²⁷³ William I. Hull, *Supra* (note 48) p. 213.

隊の権利と義務を定めることが必須であるとしてロシアの求めによって開催されたブリュッセル会議で採択されたが、各国の批准が進まず発効していなかった。²⁷⁴当該宣言の第12条は「戦法規は、交戦者の害敵手段の選択に関し無制限の権利を認めるものではない」、また、第13条は、上記原則に基づいて「不必要の苦痛をもたらす兵器、投射物その他の物質を使用すること並びに1868年のサンクトペテルブルク宣言において禁止された投射物を使用すること」は禁止される、と既にハーグ条約とほぼ同様の規定を確認することができる。また、1899年の会議中、マルテンス(Friedrich von Martens)は、18世紀半ばからのロシア政府による戦戦の法規慣例の法典化の試みはすべてが新しい試みというわけではなく、米国のリーバー法典が先例として存在することを指摘する。1899年のハーグ条約は、個別国家による法規慣例の法典化作業、そしてブリュッセル宣言、また1880年に国際法学会が採択したオックスフォード・マニュアルといった19世紀を通して興隆した戦戦の法規慣例の法典化作業の一つの到達点を示す国際条約となった。そのため、ハーグ平和会議において、第22条及び第23条の規定は、特に議論されることもなく参加国の全会一致で条約規定として定められることとなった。²⁷⁵

(3) ダムダム弾の禁止に関するハーグ宣言(1899年)

(a) 規定内容

1899年に採択されたダムダム弾の禁止に関するハーグ第三宣言は「外包が強固な弾丸で中心部が完全に被覆されておらずまたは切り込みを施されているような、人体内で容易に展開し又は扁平になる弾丸の使用」²⁷⁶を禁止した。当該宣言は、明記こそされていないものの、採択当時、英国の植民地であったインド・カルカッタ近郊のダムダムにて製造されていたダムダム弾を念頭に作成されている。²⁷⁷当該弾丸は、人間に着弾した際に、人体内で弾頭が大きく変形、膨張もしくは飛散する構造を有する。それゆえこの弾丸は、切り込みがなく又弾丸中心部が完全に被覆されている通常の弾丸と比較した場合、より大きな銃創をもたらす、重大な苦痛と治療の困難性をもたらすものであった。同弾丸はサンクトペテルブルク宣言が禁止する「爆発性又は燃焼性」の弾丸とは異なり、人体内で「展開」という新たな弾丸であって、1898年のオムドゥルマンの戦いにおいて英国がマフディー軍に対し使用したとされる。当該性質を有する弾丸は1868年のサ

²⁷⁴ 足立研畿『前掲書』(注261)77頁。

²⁷⁵ William I. Hull, *Supra* (note 48) p. 233.

²⁷⁶ J. B. Scott (ed.), *Supra* (note 230) pp. 227-8 邦文は以下を参考にした。藤田久一『前掲書』(注97)93頁。

²⁷⁷ Gary D. Solis, *Supra* (note 120) p. 55.

セントペテルブルク宣言作成時においては開発・使用されておらず、当該宣言に照らし特定の禁止されているとはみなされることはなかった。ただ、同宣言が掲げて立つ根本的趣旨に反するものであるとして、1899年のハーグ平和会議にて議論されることとなった。²⁷⁸

(b) 採択経緯

このような弾丸の設計及び効果から、ダムダム弾禁止宣言は、前文において1868年セントペテルブルク宣言の趣旨に基づき特定の禁止を導くことを明記する。一方、ダムダム弾の禁止にかかる宣言は、当初からロシアの提案に含まれていたわけではなかった。ハーグ平和会議における当初のロシア提案は、新たな形態の火器及び爆発物全般の禁止の導入を目指すものであった。当該提案が他の国家に受け入れられなかったことから、スイス代表が、ダムダム弾を例示しつつ、兵士の苦痛を増大せしめ傷害を重傷化させる投射物を禁止すること、を提案したことが端緒となった。当該提案に対しオランダ代表は、政府より、治療困難な裂傷を生じせしめる非人道的投射物であるとしてダムダム弾の「公的な禁止(formal prohibition)」²⁷⁹を求めるよう訓令を受けていると提案に賛同する。これに対し、英国は自己の植民地住民との戦闘において、自国の兵士を守るために当該弾頭の使用の必要性が存在することを以下の理由で説明する。

「我々は弾丸の外包又は中心部の構造に修正を施すことの完全な自由を、不必要な苦痛を増大させるのではなく、衝撃を与えることによって兵士を戦闘外におくという目的のために留保したい。

(中略) 弾丸の構造という詳細規定を削除した規定とし、すべての国家が賛同できる原則であるセントペテルブルク宣言に定められた原則、つまり、戦闘外におかれた者の苦痛を無益に増大し又はその死を不可避ならしめる効果を有する弾丸の使用禁止の確認を望む。」

つまり、セントペテルブルク宣言が定めた、不必要な苦痛をもたらす弾丸の禁止という原則が国際慣習法化していることを認めつつも、ダムダム弾は不必要な苦痛をもたらすものではなく、兵士に衝撃をもたらす、その前進を止めるという軍事的必要性があることを強調したのである。

(4) 新兵器に対する不必要な苦痛禁止原則の適用

1868年のセントペテルブルク宣言において禁止されたのは、400グラム以下の爆発性もしくは燃焼性の投射物であった。一方ダムダム弾は、そのような特徴を有せず、人体内で「容易に展開し又は扁平になる弾丸」である。

²⁷⁸ 信夫淳平『戦時国際法講義第二巻』(丸善、1941年)364頁。

²⁷⁹ William I. Hull, *Supra* (note 48) p.181.

当該会議では、この弾丸の設計が「治療困難な裂傷を生じせしめる非人道的投射物」か否かについて議論が生じていた。サンクトペテルブルク宣言が禁止した投射物と変わらぬ傷害あるいは苦痛をもたらす新規に開発された弾丸に対して、不必要な苦痛禁止原則を適用することができるか否かが争われていたのである。

例えば、米国代表のクロツィエール(Crozier)大佐は、人体内で容易に展開し又は扁平になる弾丸の使用の禁止を提案したハーグ平和会議におけるオランダ代表の報告書の趣旨を、サンクトペテルブルク宣言における禁止を「爆発性の弾丸以外に対しても拡張させる」²⁸⁰のものであるとみなしていた。²⁸¹また、会議中、オランダ代表は、ダムダム弾の特徴として「人体内で炸裂することから、着弾の際の銃創は小さくとも、人体から弾頭が抜ける際の銃創は非常に大きくなる。戦闘が行われている間、彼らを戦闘外におくことで足りるのであって、彼らの人体を切断に追いやることは無意味であり、このような傷害は不要である」と説明する。これに対し、議長を務めていたベルギーのベールナールト (Auguste Beernaert) は、オランダ政府の提案を支持するにあたり「1868年サンクトペテルブルク宣言において支持された原則の拡張である」²⁸²と総括する。²⁸³当該議長の総括を受け、スイス代表もこの種の弾丸は「1868年サンクトペテルブルク宣言の趣旨に反するために禁止されるべきものである」²⁸⁴と発言している。

つまり、ここにおいて、当該禁止が導かれたのは、1868年サンクトペテルブルク宣言の実質部分の趣旨、「治療困難な裂傷を生じせしめる非人道的弾丸」という諸国から「不必要」とみなされた効果が、新規弾丸に対しても適用が図られた結果であると考えられる。さらに注目すべきことは、英国が会議中に行った反論のように一部国家は当該弾丸の軍事的必要性を認めていたことである。当該反対がありながらも会議では当該宣言は採択されることとなった。1868年のサンクトペテルブルク宣言以前から慣習法規則として存在していた、非人道的な傷害をもたらす投射物の禁止という、もたらされる傷害の残酷性に着目した原則が、ここで新兵器に対して適用(拡張)されていることが確認される。「治療困難な裂傷を生じせしめる非人道的弾丸」としてのダムダム弾の禁止は、その後も幾度もこれに反する実例が挙げられてきたが、国際人道法上の原則とし

²⁸⁰ J. B. Scott, *The Hague Proceedings of the Hague Conferences: Translation of the Official Text*, (Oxford University Press, New York, 1920, at 80.)

²⁸¹ 足立研畿『前掲書』(注261)105-106頁。

²⁸² J. B. Scott, *Supra* (note 280) p. 332.

²⁸³ このベールナールトの見解は、人体内で容易に展開し又は扁平になる弾丸の禁止は、確立された原則である1868年サンクトペテルブルク宣言の「単なる」拡張であって、反対を生じせしめる新規性はないという、反対論に対する牽制の意味合いが含まれていた。*Ibid.*, p. 286.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 286.

て確固たる地位が与えられてきたといえる。これについては当初 1899 年の会議で反対していた英国も同様であって、第一次対戦中においては、ドイツがダムダム弾を使用しているとしてドイツ政府の不履行を訴えている。これに対しドイツは当時未だ中立国としての地位を守り、また当該宣言の批准も行っていなかった米国に対し以下打電している。

「人道を重んずる最も顕著な国家である貴国に対し吾は左記事実を通告することを吾の義務と信じる。即ち吾の軍隊はフランスのロンウィー要塞攻略後、フランス政府の特別兵器廠において製造されたダムダム弾数千発を同地において発見した。同種の弾丸は戦死あるいは捕虜とした英兵の弾囊からも発見した。これらの弾丸のもたらす傷害がどれほど残酷で、その使用が確立した国際法の諸原則の禁止するところであることは貴国政府の了知されているとおりである。」²⁸⁵

これに対し英仏両政府ともにドイツに対し反駁している。第一次大戦のさなかにおける、ダムダム弾の使用をめぐる英仏独による応酬は、第一次大戦までには、諸国の間において国際法の原則に基づき禁止されているという法認識が存在したことを示していると考えられる。ここまでの検討の結果、国際人道法の興隆期から存在し続けている不必要な苦痛禁止原則の内実として「治療困難な裂傷を生じせしめる非人道的弾丸」という系譜が存在することが確認されるだろう。国際人道法上の一原則としての不必要な苦痛禁止原則が、人道性を基盤としながら各時代における新兵器に柔軟に対応してきたことが分かる。

(5) 小活

中世の時代からハーグ平和会議まで行われてきた非人道的弾丸にかかる規制について、概観してきた。ここで当該兵器が不必要な苦痛禁止原則の下で規制されてきた要因と態様について整理を試みる。

第一に、ラングリッジの禁止にかかる国際慣習法や 1864 年尾サンクトペテルブルク宣言、そして 1899 年のダムダム弾禁止宣言などが規制を意図してきたのは、非人道的な投射物という特徴に共通点を置きつつ、人体に着弾した際に及ぼす効果にあることが確認できる。つまり、重量 400 グラム未満の炸裂性若しくは燃焼性の投射物の禁止、あるいは、人体内で容易に展開し又は扁平になる弾丸の使用禁止は、弾丸という分類において共通するものの、異なる兵器であると認識されてきたものである。しかしこれら弾丸が「非人道的」投射物であるとして規制されるに至ったのは、人体に及ぼす効果の観点からであった。

²⁸⁵ Brand Whitlock, *Belgium under the German Occupation vol. 1*, (W. Heinemann, 1919) pp. 172-173.

第二に、サンクトペテルブルク宣言と 1899 年ダムダム弾禁止宣言が起草された背後にあったのは、「非人道的弾丸」は使用されるべきではないという人道の要請であって、その内実には、より重度の傷害をもたらすことによる重大な苦痛に加え、戦闘員に治療困難な裂傷を生じさせること、そしてこの治療困難性からもたらされる結果として、戦闘員に四肢の切断を強いるという永続的傷害をもたらすというものであった。要約すれば、非人道的弾丸は、第一に苦痛の重篤性、第二に治療困難性、第三に永続的傷害という 3つの要素を含む兵器群としてとらえることができるだろう。

第三に、非人道的弾丸という人道性概念からの兵器の概念化に対する相対説に基づく軍事目的及び軍事的必要性の認識からは、どのような比較衡量がされていたか。特に 1899 年のダムダム弾禁止宣言の起草にあたっては、起草に関与した諸国家の間には当該弾丸の苦痛の内実に基づいた非人道性については広範な理解が存在した。当該弾丸を通常弾丸と比較して人道的であるという理由から反論する国家は皆無であった。一方、軍事的観点からは、英国がその植民地戦争における軍事的必要性から反論していた事が興味深い点としてあげられる。英国は通常弾頭とは異なるダムダム弾の重大な苦痛をもたらす弾丸の特徴そのものに依拠し、通常弾頭では進軍をとめることがない（と主張された）植民地の戦闘員に対し有効な弾頭であると主張した。この反論は次の意味で非常に限定的であったといえよう。第一に、英国の議論の差別性である。当時英国が行った議論は、文明国とその他の国家という旧来の差別的國家性に縛られたものであって、文明諸国間での戦闘に用いるのではなく、非文明国との戦闘においてであれば非人道的弾丸の使用も認められるのではないかという差別性に依拠する見解であった。第二に、英国の議論の限定・狭小性である。非文明国に対する非人道的弾丸の使用可能性というのは、決して一般化できる議論ではなく、軍事的に非常に限定された事例から、弾丸の使用一般の合法性を認めさせるという論理的に飛躍がある議論であった。その結果として、弾丸の非人道性に対する有用な反証とは決してならなかったことが確認される。

第三節 「死を不可避にする」又は「永続的傷害をもたらす」毒性兵器の禁止

(1) 毒ガスの禁止に関するハーグ宣言 (1899 年)²⁸⁶

1899 年の第一回ハーグ平和会議で採択された毒ガスの禁止にかかる 1899 年ハーグ第二宣言(正式名「窒息性または有毒性ガスを散布する投射物に関するハーグ宣言」)は、すでに戦闘外におかれた者の苦痛を無益に増大しまたはその死を不可避ならしめる兵器の使用が人道の法則に反

²⁸⁶ J. B. Scott, *Supra* (note 230) pp. 225-6.

するという、一般国際慣習法上の不必要な苦痛禁止原則に基づき、特に窒息性または有毒性ガスの使用禁止についてはじめて明文化した条約規定である。²⁸⁷既述のダムダム弾禁止宣言と同様に、毒ガスの禁止に関するハーグ宣言前文もサンクトペテルブルク宣言の趣旨に則り禁止を導くことを明記した上で、「締約国は、窒息性又は有毒のガスを散布することを唯一の目的とする投射物の使用を禁止することに同意する」と規定する。²⁸⁸

(a) 採択経緯

当該宣言はハーグ平和会議の海戦に関する小委員会で採択された。当該委員会では、毒ガスという化学兵器の問題が議題に上っていたわけではなく、ロシア政府は、軍隊や艦隊における新たに開発される爆発物や火薬といった種類の新たな火器兵器の規制を提案していた。²⁸⁹これに対し、会議では「新たな火器兵器」の意味するところをめぐる紛糾する。²⁹⁰例えばシャムは、爆発物の使用は小国にとって防衛手段として特有の重要性を有するという理由で反対し、英国・フランスもシャムの反対意見に同調する。²⁹¹この結果、会議が膠着状態に陥ってしまったことに対し、ロシア代表のシェーヌ (Schéine) は急遽、将来発明の可能性のある爆発物の規制を諦め「窒息性および有毒性のガスを散布する炸薬を装填した投射物」の禁止する提案を行った。²⁹²

当該提案は、オーストリア＝ハンガリー帝国の代表より「すべての爆発物は多かれ少なかれ有毒ガスを含むもの」と反論された。これに対してロシアは、禁止の範疇には爆発に伴い付随的に

²⁸⁷ Adam Roberts and Richard Guelff (ed), *Supra* (note 146) p. 59. 阿部達也『大量破壊兵器と国際法-国家と国際監視機関の協働を通じた現代的国際法実現プロセス』(東信堂、2011年、18頁。)

²⁸⁸ サンクトペテルブルク宣言が「締約国または加入国は、科学がもたらす軍隊の兵器の将来の発展にかんがみて詳細な提案をなすべき場合はいつでも、ここに確立した諸原則を維持し、かつ、戦争の必要を人道の法に調和させるため、さらに協議することを留保する」と規定していたことの発展であると考えることができる。

²⁸⁹ William I. Hull, *Supra* (note 48) p. 83. 会議の具体的議題として「すべての新たな火器兵器の火薬及び現在において小銃及び大砲に用いられる装薬よりも更に強力なものを陸軍及び海軍において使用することの禁止」が掲げられていた。

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 87.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 87.

²⁹² 山下によれば毒ガスといった化学兵器の禁止が提案されるのはハーグ平和会議が始めてではなく、サンクトペテルブルク宣言起草時にも当時のプロイセンがその覚書にて「余はダンナルド卿 (クリミヤ戦争におけるセバストーポリ要塞攻略において化学兵器の使用を提案) によってイギリス政府に提案されたが結局イギリス政府の拒否するところとなった、かの発明を想起するものである。それは新聞の報じるところによれば、全部又は一個師団の敵兵の占領する地方を致死的气体の濃雲を以て覆ふところのものであったとふことである」(括弧内筆者) と提案していたという。山下康雄『前掲書』(注134) 91-92頁。

ガスを発生させるものは除かれる旨説明し、窒息性ガスの散布を目的とする投射物のみを宣言の対象とした。その結果として、窒息性又は有毒のガスを散布することを「唯一の目的とする投射物」を禁止するという規定ぶりに至ることとなった。²⁹³

当該規定は「唯一の目的とする投射物」の解釈によっては、ガス散布以外の効用を有する投射物等に対して法的抜け穴を提供しかねないために、議論を生み、最終的には第一次大戦における毒ガスの大量使用の防止を阻害する要因ともなった。これを裏付けるように、当該規定に対しては、伝統的に、当該条項の「唯一の目的」の規定は制限的に解すべきであり、ガス砲弾等性質として炸裂性の弾頭に毒ガスを充填する兵器等については禁止されないという解釈が存在してきた。²⁹⁴他方、「毒物使用禁止や不必要な苦痛を与える手段の禁止と同じ理由でガス使用が禁止されること」²⁹⁵という宣言の精神に鑑み、当該宣言内容が単に毒ガス禁止の国際法慣習法性を確認したものにすぎないため、禁止の範囲を狭く解することは正しくないという異なる解釈も生んできた。つまり、当該規定が禁止する窒息性又は有毒性ガスの使用禁止は、当該宣言が採択される以前に国際慣習に基づく規則として存在していたといえるか、あるいは1899年の平和会議にて創設されたものか議論があったのである。

(b) 毒及び施毒兵器の禁止と不必要な苦痛禁止原則との関係性

毒及び毒を施した兵器の使用が古くから慣習法上確立していたことに関しては疑いがない。²⁹⁶ シュワルツェンバーガーによれば、少なくとも18世紀初めには欧州各国において戦争法の一部を構成していると受け入れられていた。²⁹⁷1863年のリーバー法典は「軍事的必要性は... 如何な

²⁹³ 当該宣言に対して最後まで反対した米国代表マハンが毒ガスの使用は弾丸による殺傷に比せば人道的であることや、水雷によって船舶が撃沈されたときの兵士の溺死よりも毒ガスの効果が非人道的とはいえないという理由とともに以下述べていた。「新兵器に対して野蛮的であるという非難が行われる事はいつもみられるところであるが、新兵器が結局されるに至ることもまた常に見るところである。中世における火器がそれで、人はその残酷性を非難したものである。その後においては榴弾が又最近において水雷が同様に扱われた。それゆえに、私のみるところによれば、窒息性ガス弾が非人道的且つ不必要に残酷な兵器であってなんら決定的効果をもたらさないものであるということの証明とはならないと思われる。」(山下康雄『前掲書』(注134)177頁。)

²⁹⁴ J. M. Spaight, *Supra* (note 7) p. 189.

²⁹⁵ 藤田久一「大量破壊兵器と一般市民の法的保護(2)」『金沢大学法文学部論集 法学編』(16巻、1968年)2頁。

²⁹⁶ William H. Boothby, *Supra* (note 151) p. 104.

²⁹⁷ George Schwarzenberger, *The Legality of Nuclear Weapons*, (Stevens & Sons Limited, London, 1958) pp. 30-31.

る方法においても毒の使用を許容しない」²⁹⁸と規定し、1874年のブリュッセル宣言も12条において、戦争における害的手段は無制限に認められるものではないという原則を確認した上で、13条にて毒又は毒を施したる兵器の使用禁止を規定する。また、ハーグ陸戦規則第23条(a)項もブリュッセル宣言と同様の規定で毒性兵器を禁止する。

ただ、ここでいう毒および毒性兵器の使用禁止がいかなる理由をもって導かれたかを確認する必要がある。当該禁止は、果たして、毒および毒性兵器が不必要な苦痛をもたらすという理由において禁止されてきたといえるのか。それとも、「不必要な苦痛禁止」原則以外の戦闘手段を規律する原則によって導かれているのであろうか。

第一に、国際慣習法上の規則として毒及び毒を施したる兵器の使用禁止が成立した背景要因として、背信行為との関係性が挙げられてきた。スペートは(J. M. Spaight)は「戦闘における害敵手段は無制限ではない」という国際法上の原則を裏打ちする害的手段の規制として、毒性兵器の使用禁止と不必要な苦痛を与えることの禁止を挙げる。そして前者の禁止を「最も古い規則の一つであり、戦争法に最も深く根ざした」禁止規定であると位置づけるとともに、この害敵手段の行使は、使用者に対して汚い軍隊であると容易には拭いされない汚名を課すとともに、毒の使用は文明国の兵士すべてに対する背信行為であるとする。ここでスペートは毒ガスの禁止規定を、その背信性・不名誉から導きだしている。このような論拠は他にもオックスフォード・マニュアルも採用するものである。当該マニュアルは「戦闘行為は公正(honourable)でなければならない」²⁹⁹と規定し、毒の使用禁止の根拠としてその背信的性格を示唆する。この背信的性格は井戸や河川といった水源に対して毒を投じる戦闘行為は、敵戦闘員に対して之を秘匿することで飲用させることから、背信行為として禁止されることは容易に説明がつく。但し、当該背信性からのみの説明は、公然と飲料水たる水源を毒によって汚染した行為を喧伝すれば、禁止される行為とならないのかという疑問によって批判される。これを鑑みれば、毒および施毒兵器の使用は、その背信的性格のみならず、人道主義に反することから禁止されてきたという理解が正しいように思われる。ここでいう人道主義とは不必要な苦痛禁止原則を指すことになろう。³⁰⁰

(c) 毒ガス禁止の論拠

²⁹⁸ Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, US Army General Order No. 100, 24 April 1863 (Lieber Code), Art. 16.

²⁹⁹ The Laws of War on Land, Oxford Manual, 9 September 1880 (Oxford Manual), Art. 8 (a).

³⁰⁰ Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, and Carolin Alvermann, *Supra* (note 130) p. 244.

では、1899年の時点において、正規の戦闘の手段として軍隊内に組織的に組み込まれることなく、また未だ大規模且つ大量の使用を実戦において経験していなかった毒ガスという化学兵器は、いかなる法的理由のもとにおいて、違法であるあるいは違法とすべきとみなされていたのか。³⁰¹

第一に、毒及び毒を施したる兵器の概念には、窒息性または毒性効果をもつ致死性物質一般が該当するため、国際慣習法上の毒性兵器禁止は、毒ガスを含む化学兵器一般の禁止をめぐる根拠規定であるという見解がある。例えば、Oeter は、化学兵器の使用禁止一般の問題として、窒息性または毒性効果をもつ致死性物質の使用禁止規則は、ハーグ陸戦規則第23条(a)項「毒又は毒を施したる兵器を使用すること」に既に法典化されているという立場をとる。³⁰²既に確認したように、ハーグ陸戦規則第23条(a)項は、長く存在してきた毒性兵器禁止にかかる国際慣習法の表明であることから、当該立場をとれば、毒ガスという新兵器であったとしても、より広範に化学兵器一般の問題として、国際慣習法上禁止されてきたことになる。当該見解は、毒性兵器の禁止という国際慣習法上の規則を、毒ガスという物質が有する毒類似の性質、そしてそれがもたらす結果や効果の類似性によって、毒および毒を施したる兵器という範疇に毒ガスをも含めるという立場であると考えられる。

同見解に対しては、毒および毒を施したる兵器の使用禁止規則に対する違反を構成するためには、背信的行為を構成要件とするため、背信行為に該当しない毒ガスの使用は上記使用禁止規則に含まれないという批判があった。例えば、リーシュは毒ガスの使用は背信的性質を有せず、毒の部類に入らないとの見解から、当時における国際慣習法上の毒ガス使用禁止規則の存在を否定した。たしかに、国際慣習法上において毒及び毒を施したる兵器の使用禁止がもたらされる背景理由として、その秘密的・背信的性質が挙げられることは疑いを得ない。そのためリーシュは、毒ガスの使用はこのような秘密的・背信的性質を有さないとの理由で毒使用禁止規則に含まれないと考えた。リーシュと同意見のものとしてはクンツが挙げられ、毒ガスの使用は秘匿性をもって実施されるわけではなく、公然と実施されるがために、背信行為に該当しない。そのため、

³⁰¹ 戦闘手段としての毒ガスが、最初に戦争において大規模且つ大量使用された事例としては、1915年4月22日のベルギー領イーペルにおけるドイツ軍による塩素ガスの使用が挙げられる。ただ、当該日が「化学兵器の誕生した日」として記憶される一方で、イーペル事件以前にも、化学兵器の発明や実行が皆無であったわけではない。古代においては硫黄煙の毒性に着目した実行やいわゆる「ギリシャの火」といった化学兵器類似の着想と実行が存在した。ただ、化学兵器の研究が構想の段階を超えて実用の域に達する事になったのは特に化学産業が勃興した19世紀以降といわれる。この時期においては、フランス軍による植民地戦争での使用や、クリミア戦争におけるセバストポリ要塞攻略のために英国軍内で化学兵器の使用が検討された事例等が存在するという。山下康雄『前掲書』(注134)15-29頁。

³⁰² Stefan Oeter, *Supra* (note 228) p. 170.

毒および施毒兵器の禁止に毒ガスの使用は含まれることはないとした。

しかし、毒使用禁止規則は、背信的性質からのみ禁止が導かれているわけではなく、不必要な苦痛を与える残酷な戦闘方法であるという理由からも禁止が導かれていることは既述のとおりである。³⁰³そのため、毒ガス兵器が背信行為にあたらないという理由で、毒禁止規則に該当しないという論理構成は一面的にすぎる理解といえよう。³⁰⁴

第二に、毒ガスは、毒または毒を施したる兵器に含まれるか否かに関わりなく、不必要な苦痛をもたらすがために違法であるという立場がある。毒ガスの禁止に関するハーグ宣言の前文は、「1868年のサンクトペテルブルク宣言にて表明された趣旨に則り」と明記しており、毒ガスの禁止と不必要な苦痛禁止原則との関連を示している。³⁰⁵カルスホーヘンは1899年のハーグ平和会議にて禁止に至った認識として「投射性のガス（当時は、空からの爆弾投下と同様に、まだ未来の概念であると考えられていたが）の使用は野蛮で不必要に残酷である、つまりは非人道的性格を有するという理由で禁止されるべき」³⁰⁶という見解が大勢であったことをあげる。オッペンハイムは、第一次大戦における窒息性ガス等の毒ガス兵器の広範な使用が見受けられたことを確認しつつも、毒又は毒を施したる兵器を構成するかどうかにかかわらず、戦闘員を不必要な苦痛にさらす限りにおいて違法であったとする。³⁰⁷当該見解は、毒ガス兵器の使用を不必要な苦痛禁止という一般原則に依拠して合法性を判断しており、毒ガスの使用は、毒及び毒を施したる兵器と同一の基盤において、不必要な苦痛をもたらす兵器として国際慣習法上違法とみなされていたことを示唆する。つまり、毒ガスの禁止に関するハーグ宣言自体、不必要な苦痛禁止原則を基盤としてい
ると考えられている。

（2）ジュネーブ毒ガス議定書（1925年）

1914年から1918年にかけて行われた第一次世界大戦では、特にヨーロッパにおいて窒息剤である塩素ガスやホスゲン、糜爛剤であるマスタードやレイサイトなどの化学兵器が使用された。

³⁰³ Adam Roberts and Richard Guelff, *Supra* (note 146) p. 59 and 155.

³⁰⁴ 藤田久一「前掲論文」(注295) 87頁。

³⁰⁵ 松井は化学兵器および生物兵器の禁止を不必要な苦痛禁止原則のコロラリーとみる。松井芳郎「前掲論文」(注223) 13頁。

³⁰⁶ F. Kalshoven, “Arms, Armaments and International Law”, (1985-II) 191 *Recueil des cours*, p. 216.

³⁰⁷ H. Lauterpacht (ed.), *Oppenheim's International Law: Vol. 2*, (Longmans, Green and Co., London) p. 341.

³⁰⁸戦争の集結までに最低でも12万5000トンの化学兵器が使用され、これによる死傷者は130万人、そのうちの10万人余りが死亡したという。³⁰⁹これを受け、戦間期において、化学兵器の規制に向けた機運が高まった結果、1925年5月4日から6月17日に国際連盟理事会の招集の下で開催された武器貿易をめぐる国際会議の結果、1925年6月17日にジュネーヴ毒ガス議定書（正式名「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」）が採択された。³¹⁰ジュネーヴ議定書は以下のように規定している。

「窒息性ガス、毒性ガス又はこれらに類するガス及びこれらと類似のすべての液体、物質又は考案を戦争に使用することが、文明世界の世論によって正当にも非難されているので、前記の使用の禁止が、世界の大多数の国が当事国である諸条約中に宣言されているので、この禁止が、諸国の良心及び行動をひとしく拘束する国際法の一部として広く受諾されるために次のとおり宣言する。

締約国は、前記の使用を禁止する条約の当事国となっていない限りこの禁止を受託し、かつ、この禁止を細菌学的戦争手段の使用についても適用すること及びこの宣言の文言に従って相互に拘束されることに同意する。」

当該規定は、毒ガス禁止にかかるハーグ宣言における禁止を、敷衍し、解釈による規則からの逸脱を防止するとともに、その禁止対象を細菌学的戦争手段にも拡大した。ただ、シュワルツェンバーガー（G. Schwarzenberger）が述べるように、当該議定書の規定内容は国際慣習法を法典化したものであることは、既述の毒ガスの禁止規則の検討ならびに条約規定自体からも明らかであるといえる。³¹¹

第一次大戦後に同様の禁止が規定された条約としては、例えば、ベルサイユ条約第171条が「窒息性ガス、毒性ガス又はこれらに類するガス及びこれらと類似のすべての液体、物質又は考案」の禁止を規定する。また、1922年ワシントン条約第5条も「窒息性ガス、毒性ガス又はこれらに類するガス及びこれらと類似のすべての液体、物質又は考案の使用」という同内容の規定により禁止規則を謳っている。さらに当該条約は、これら化学兵器の使用は「文明世界の世論として正当に非難され、その使用が禁止されていることは大多数の文明国が加入する条約によって宣言されている」と、議定書と同様の規定により、当該条約上の禁止が国際慣習法の宣明であることを

³⁰⁸ 特に1915年4月22日のベルギー領イーペルにおけるドイツ軍の塩素ガスの大量使用が、化学兵器の大規模な計画的使用の最初の例とされる。山下『前掲書』（注134）30-31頁。

³⁰⁹ 阿部『前掲書』（注287）18-19頁。

³¹⁰ 1928年2月8日発効

³¹¹ George Schwarzenberger, *Supra* (note 297) p. 38.

強調する。³¹² ここで特に、ワシントン条約交渉のための軍縮会議において、毒ガス問題審議のために設立された毒ガス分科委員会の討議資料である米国海軍将官会議の報告書が注目される。当該報告書は、毒ガス禁止規則の法的地位について、「敵を殺傷するに不必要な苦痛を与えるべきでないという原則及び平和的人民は保護されなければならないという原則は、共に、百年以上既に文明世界において認められてきた原則である。それゆえに、毒ガスを戦争に用いることは、世界大戦の例にもかかわらず、前述二原則に反する限りにおいて今日一般に禁止されている」³¹³と規定していた。このような認識については、1925年ジュネーブ議定書の議論においても受け継がれており、特にスイスは、毒ガスに代表される化学兵器は不必要な苦痛を与える兵器の一種であり、「国際法によって禁止された兵器」であるという見解を表明していた。また、米国もジュネーブ議定書が武器取引取締に関する条約案を起草する会議にて審議された結果として、会議の権限外ではないかという批判が噴出し成立が危ぶまれた際、ワシントン条約第5条の精神を基礎とした条約案の起草を主張し採択に導いている。³¹⁴

すなわち、1925年ジュネーブ毒ガス議定書は、不必要な苦痛原則に基づき、国際慣習法上の規則として確立していた化学兵器の禁止規則の法典化であるとみなすことができる。

(3) 小活

上記までの議論において、古代の戦闘慣行から、現代に至る毒及び毒を施したる兵器、そして毒ガスの規制に至る過程を概観してきた。

第一に、毒性兵器の規制を通していえることは、毒にかかる兵器の種類規制ではなく、人体にもたらす効果や傷害の観点からの規制が行われているということである。そして第二に、毒性

³¹² Treaty Relating to the Use of Submarines and Noxious Gases in Warfare, Washington, 6 February 1922. (未発効。潜水艦にかかる条項を理由としたフランスの未批准による。) 当該条約を契機とし中米五カ国軍縮条約 (Convention on the Limitation of Armaments of Central American States, Signed at Washington, February 7, 1923) 第5条も下記のように規定した。「締約国は、窒息性ガス、毒物又は類似の物質及び類似の液体材料又は考案を戦争に使用することは人道の原則及び国際法に反することにかんがみ、本条約に依り上記物質を戦争にしないことを相互に約束する。」Manley O. Hudson (ed.), *International Legislation: A Collection of the Texts of Multipartite International Instruments of General Interest Vol.2 (1922-1924)*, (Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1931) p. 945.

³¹³ 山下康雄『前掲書』(注134) 101頁。このように毒ガスを禁止する理由として不必要な苦痛禁止原則があげられる一方、区別原則の観点から非戦闘員の保護についても言及があることも注目される。特にガスという一度拡散されれば實際上コントロールが及ばないという兵器の性質に加え、高度化する航空機の技術と毒ガスの利用が合わり「航空機によって都市に毒ガスが投下される場合」の危険性が議論されていた。

³¹⁴ 山下『前掲書』(注134) 116-124頁。

兵器がもたらす、苦痛の内実として「死を不可避にすること」、そして永続的傷害をもたらすことが挙げられる。一方で、毒ガスがもたらす効果は、「人道的」であるという主張も存在した事を指摘しておかなければならない。ハーグ平和会議において米国が毒ガスの規制に反対した理由は、米国代表であったマハンが説くように、窒息性の毒ガスがもたらす呼吸器障害という残酷性は、水雷によって船舶を沈没させ戦闘員を水死に追いやる行為となんら変わる事はないというものであった。ただこのような反論は、毒ガスをはじめとする生物・化学兵器の質的特徴を無視するものであって、成り立つ事がないことは明白である。毒性兵器による攻撃は通常兵器による攻撃と質的に異なり、生命維持に必要な人体の器官や組織等に直接作用し、死に至らしめるあるいは永続的な傷害をもたらすことにある。

第三に、軍事目的・軍事的必要性の観点においては、特に毒ガスの使用規制においては、毒ガス兵器の有用性は相手の防護措置の存否およびその充実度によって異なるため、戦場において、必ずしも有用な兵器であると常に認識されているわけではなかった。一方当時において議論されていたのは、発達する航空機を利用した対都市攻撃に毒ガスを用いる事であって、総力戦の様相を強める当時の安全保障環境において、銃後の社会に打撃を与え、戦争継続能力及びその意思を削ぐ観点からの使用のおそれが高まっている事が議論されていた。戦線に滞在する軍隊に於いては、奇襲的な先制攻撃を除き、防毒のための装備が支給されれば、兵器がもたらす効果は限られる。その一方、非戦闘員に対してはそのような防護措置を行き渡らせる事は困難であるからである。しかしながら、このような毒ガスが有する軍事的効果は、毒ガス使用に関し、その禁止規範に対する反証を構成するのではなく、むしろその禁止の必要性を肯定する根拠となった。つまり、想定される軍事的利用は区別原則に違反する結果を伴うものであって、そもそも法の枠内に存在する反証事由ではなかったということである。

第四節 不必要な苦痛禁止原則の内実

最後に、非人道的投射物の禁止と毒性兵器の禁止の二つの系譜に共通する視点として、本章が明らかにしてきた不必要な苦痛禁止原則の内実について確認する必要がある。不必要な苦痛禁止原則の生成から展開の過程において確認されることは、当該原則は、過去に禁止された兵器が人体にもたらす効果の基準を、他の（新たな）兵器へ適用し、兵器それ自体の禁止（内在的違法）へと導くものであったといえる。非人道的投射物の系譜における不必要な禁止原則は、不必要に治療困難な裂傷を生じせしめるという観点から、ラングリッジなど硝子片等を詰め込んだ砲弾から、サンクトペテルブル宣言に規定された400グラム未満の炸裂性若しくは燃焼性の弾丸へ、そ

してまたダムダム弾へと人体への効果を基準として類推適用されてきた。毒性兵器の系譜においては、生命維持に必要な人体の器官や組織等に直接作用し死を不可避にするあるいは永続的な傷害をもたらすという観点から、毒および施毒兵器から、毒ガスそして生物・化学兵器一般へと原則の適用拡大が図られてきたことが確認される。³¹⁵

本章は、ここまで、第二次大戦までの不必要な苦痛禁止原則の適用事例を基に、当該原則の法的位相を確認してきた。1864年のサンクトペテルブルク宣言から、1925年のジュネーブ毒ガス議定書の採択までの不必要な苦痛禁止原則の展開あるいは各時代における適用を見れば、当該原則の内実は、第一に、「治療困難な裂傷を生じせしめる非人道的弾丸」という兵器がもたらす効果に基づく他の兵器への適用（類推・拡張）、そして第二に、毒及び毒を施したる兵器そのものの概念及びそれがもたらす効果に基づく、毒ガス及び化学兵器一般といった新兵器に対する拡張によってもたらされていた。不必要な苦痛禁止原則の発展において、当該原則の趣旨と新兵器への類推適用は非常に密接な関係にあり、不必要な苦痛禁止規範の発展にとって不可欠であったとさえ考えられる。ダムダム弾禁止規則の形成においてはサンクトペテルブルク宣言の趣旨の類推、また、毒ガス禁止規則の形成においては、毒性兵器の禁止規則からの類推と規則自体の拡大という、もたらされる傷害の「効果」、および「兵器の性質」という二側面から不必要な苦痛禁止原則の適用が行われていた。ハーグ平和会議において採択された二つの禁止宣言は、どちらもサンクトペテルブルクの趣旨を反映して、禁止を導いている。

それでは、第二次大戦迄に発展してきた、「治療困難な裂傷を生じせしめる非人道的弾丸」そして「非人道的毒性兵器」という不必要な苦痛禁止原則の内実に鑑みて、核兵器の使用はいかにとらえるのであろうか。これら不必要な苦痛禁止原則の展開が示してきたのは、国家の戦闘手段の選択の自由の限界点である。毒ガスや生物化学兵器の使用は、現代においても超えてはならないレッド・ラインと表現されることがある。それでは、核兵器の使用はこれら限界点からいかに捉えることができるのであろうか。当該問題は核兵器の使用とその人体への影響の検討を必要とする。

³¹⁵ 不必要な苦痛禁止原則を含む兵器の禁止規範の展開過程の政治学の視点からの研究としては以下の足立の研究が有用である。足立は兵器禁止規範にかかる原則から特定の兵器の禁止に至る過程を原則への「接ぎ木」と捉えている。足立研畿『前掲書』（注 261）、足立研畿「毒禁止規範から化学兵器禁止規範へ：「変容し続ける規範」という分析視角による事例研究」『グローバル・ガバナンス』（第2号、2015年）

第五節 核兵器の使用がもたらす人体影響

(1) 核兵器の使用による破壊的効果と烈度

「核兵器の威嚇又は使用の合法性」勧告的意見において ICJ は核兵器の特質を以下のように認定した。

「(核兵器は) 膨大な熱とエネルギーを放出するばかりか、強力で長期にわたる放射線をも放出する。裁判所の手元にある資料によれば、傷害の最初の2つの原因は、他の兵器による傷害よりはるかに強力である一方、放射線の現象は、核兵器に特有であるといわれている。これらの特徴のゆえに、核兵器は潜在的に破滅的なものである。核兵器の破壊力は、空間にも時間にも閉じ込めておくことができない。(中略) 核爆発によって放出された放射線は、きわめて広範な地域において、健康、農業、天然資源および人口動態に影響を及ぼすことになる。さらに核兵器の使用は、将来の世代に対する重大な危険となる。電離化を引き起こす放射線は、将来の環境、食料および海洋生態系に損害を与え、ならびに将来の世代の遺伝的欠陥や疾患を引き起こす潜在力を持っている。(中略) 裁判所は、核兵器の独自の特性、とりわけその破壊力、筆舌に尽くしがたい人間の苦しみを引き起こす能力、そして将来の世代にまで被害を及ぼす力を考慮にいれなくてはならない。」³¹⁶

ここで裁判所が核兵器の「独自の特性、とりわけその破壊力、筆舌に尽くしがたい人間の苦しみを引き起こす能力」に附言していることは重要であるといわなくてはならない。ただ、ここで第一に検討を要する問題として、ICJ が述べる核兵器の効果、すなわち膨大な熱とエネルギー、そして放射線の放出の内、いかなる側面が不必要な苦痛禁止原則の対象となるかを検討しなければならない。これまで検討してきた「不必要な苦痛禁止原則」の展開過程で確認されたのは、当該原則が適用される兵器が及ぼす人体に対する効果・影響の観点であった。しかし、当該原則が対象としてきたのは、兵器が及ぼす人体に対する効果・影響のすべての側面というわけではない。例えば、1868年のサンクトペテルブルク宣言が禁止したのは重量400グラム未満の爆発性の弾丸であった。これが意味していたものは、400グラム以上の重量を有し、より広範囲にわたって多数の兵士を殺傷することを目的とする砲弾等については禁止されないということであった。また、ICJの審理において、米国代表が対戦車砲弾の使用を例にとり陳述していたように、ある兵器が多大な傷害や激しい火傷を生じさせ、堪え難い苦痛をもたらす兵器であったとしても、それだけで兵器が禁止される事もない。つまり、不必要な苦痛禁止原則が対象とするのは、人体に対する効果・影響であるといっても、兵器が有する破壊力の烈度や甚大性のみからもたらされる傷害に

³¹⁶ *I. C. J. Reports 1996*, para. 35-36.

については包含しないと考えられる。もし、兵器の烈度や甚大性がすべて問題となるとすれば、現代の武力紛争において用いられる爆弾・砲弾の類いが包括的に禁止の対象となるという見解に陥りかねい。当該見解は戦闘による多数の戦闘員の殺傷行為そのものの否定につながり、現実的な規制とはなりえない。これを踏まえれば、確かに核兵器がその爆発時に放出する莫大なエネルギーは主に「爆風」「熱線」「放射線」の三要素から構成されるとしても、前二者については、通常兵器との差異を考慮すれば、圧倒的とさえいえる破壊力の規模の相違であって、性質として核兵器に特有の現象ではないと考えられる。³¹⁷特に、戦略核兵器であろうと、戦術核兵器であろうと、核兵器の爆発が必然的に伴う放射線が人体に対しいかなる影響を与えるかの検討が、不必要な苦痛禁止原則を核兵器の使用に適用するに際し、特段の重要性を有すると思われる。もちろんこの見解は、「爆風」「熱線」がもたらす複合的破壊の甚大性を看過するわけではない。しかし、これまで検討してきた「不必要な苦痛禁止原則」の内実に従い、さらには、内在的違法性をもたらすものとして、その兵器の性質により禁止される効果が引き起こされるという厳格な基準に沿うものでなければならない。

(2) 核兵器の爆発に伴う放射線の種類

(a) 初期放射線

核兵器が起爆された後、可視的な現象が生じる前から、ウラン 235 やプルトニウム 239 の原子核分裂反応に伴う中性子線やガンマ (γ) 線などの電離放射線が放出される。³¹⁸これら起爆直後に放出される放射線を初期放射線といい、Glasstone と Dolan の定義では「初期核放射線とは、

³¹⁷ 核爆発の直接的効果として電磁パルス (EMP:electromagnetic pulse) の発生が挙げられる事も多い。(UN Department of Disarmament Affairs;Report of the Secretary General, *Comprehensive Study on Nuclear Weapons*, A/35/392, 12 September 1981, para. 146.)核兵器の爆発に伴う電磁パルスの発生は、その開発段階から 1960 年代に至るまではその危険性が認識される事がなかった現象である。このことは、電磁パルス自体は人体に対し直接的悪影響を生じさせるものではないということが影響している。ただ、電磁パルスは爆発高度や核兵器の出力によっては、非常に広範囲にわたって電子機器・電子系統を破壊するおそれがある。例えば、高度 400km 上空という高高度において 1Mt の核兵器が爆発した場合、その影響は爆発地点から 2,200km 先までおよぶという。そのため、電子機器による社会インフラ制御が高度に発達した現代社会において、人体に悪影響を与えずとも、社会・経済活動に甚大な影響を及ぼす危険が指摘されている。また、電子機器に直接的影響を与えるという性質によって、ペースメーカー等の医療機器を使用するものに対しては悪影響を及ぼす可能性はある。ただ、本稿がここで検討を行うのは、核兵器使用による人体に対する影響であって、電子機器に影響を与える結果としての社会混乱といった間接的影響ではない。そのため、本章は当該問題を対象外の問題とし取り扱わない。

³¹⁸ UN Department of Disarmament Affairs, *Ibid.*, para. 153. 電離放射線とは「物質を通過中に、その物質を構成する原子の軌道電子をその軌道から引き離す(電離する)能力を有する放射線」という。広島市『核兵器攻撃被害想定専門部会報告書』(2007年11月)13頁。

起爆後最初の1分以内に火球と放射能雲から放出される放射線³¹⁹とされる。この時点で放出される放射線のエネルギーは、もちろん爆発の種類にもよるが、核分裂反応による核爆発の場合、全爆発エネルギーのうち5%と考えられており、主に中性子線とガンマ(γ)線を放出する。この二つの放射線の放出は、爆発に核融合を用いるか核分裂反応を用いるかに関わらず同様である。中性子線とガンマ(γ)線は、核爆発の後、光速で拡散し大気を伝播していくが、それらが有する強い透過能力と電離作用により直接又は間接にDNAに傷害をもたらす、人体に種々の傷害を引き起こす。一般に「中性子爆弾」と呼ばれる放射線強化型兵器(Enhanced Radiation Weapon)はこの初期放射線の放出能力を可能な限り高めるよう設計されたものである。McNaughtは「熱線及び爆風の観点における出力は極めて小さいが、中性子の放出能力が極めて高められている」³²⁰ため、当該兵器は「放射線強化・爆風低減型兵器」と呼ぶ事が適切だとする。この種の核弾頭が放出する初期放射線のエネルギーは、全爆発エネルギーの50から60%程度となり、理論上は80%まで強化することが可能という。³²¹このような放射線強化・爆風低減型兵器は、一般に爆風・熱線にかかる出力と後にみる残留放射線の放出の限定性から、「クリーン」な核兵器と呼ばれる事がある。しかし、ここでいう「クリーン」であるという意味は、放射線を放出しないことを指し示すのではなく、逆に初期放射線の極めて高い放出によって、人間に対する殺傷力を高めた兵器であるという事ができる。

(b) 残留放射線

残留放射線とは、先のGlasstoneとDolanを再び引けば、「爆発の瞬間から1分経過以後に放出される放射線」³²²と定義付けられる。核分裂反応による爆発の場合、残留放射線が放出するエネルギーは全爆発エネルギーの内10%程度であり、核融合反応及び熱核兵器の場合は5%ほどであると考えられている。残留放射線の発生源となるのは、放射性降下物(フォールアウト)と中性子起因の誘導放射能(Neutron Induced Activity)である。後者は爆発直後に放出された中性子の一部が核反応を引き起こし、爆心地付近の兵器残留物や大気そして地表の物質に放射能をおびさせたものである。これらは、ベータ(β)線やガンマ(γ)を放射し、爆心地付近ではかな

³¹⁹ Samuel Glasstone and Philip J. Dolan, *The Effects of Nuclear Weapons: Third Edition*, (United States Department of Defence and the Energy Research and Development Administration, 1977) p. 42.

³²⁰ L. W. McNaught, *Nuclear Weapons and Their Effects*, (Brassey's Defence Publishers, 1984) p. 20-22.

³²¹ Erick Koppe, *Supra* (note 129) p. 80. Brendan Thomas-Noone, *Supra* (note 193) p. 4.

³²² Glasstone and Dolan, *Supra* (note 319) p. 387.

り強度の放射線量となることがある。ただ、一般に放射性降下物による放射能と比較した場合、相対的にはかなり低いとされる。³²³一方放射性降下物は、主に兵器残留物や核分裂生成物からなり、爆風や熱線そして初期放射線が及ぼす破壊や被害の範囲よりもはるかに広範囲に拡散する危険性がある。³²⁴

(3) 放射線の身体的影響

(a) 放射線の急性効果

核爆発の瞬間に放出される放射線量は著しく高く、破壊的な爆風と熱線を生き延びた人に対して急性の被曝症状を生み、浴びる線量によっては致死的な身体的影響 (somatic damage) を生じさせる。この放射線の急性効果が人体に引き起こす「急性放射線症」と呼ばれる疾患は、「高線量の放射線 (約 1-2Gy から 10Gy) に被曝した直後から数ヶ月の間」³²⁵に現れるものと定義される。主な症状としては、被曝直後から出現し始める胃腸管系の前駆症状である吐き気、嘔吐、下痢、食欲不振に加え、造血組織、とりわけ骨髄への影響による血液細胞数の減少や出血、ならびに神経・筋肉系への影響による疲労、脱力感、無気力、発熱、頭痛や低血圧などである。³²⁶

では、武力紛争における唯一の核兵器の使用例である広島・長崎への原爆投下における放射線の急性効果がどのようなものであったかを確認しておきたい。

広島・長崎への原爆投下とも、爆心地から 1.2km の距離における死亡率はほぼ半数の 50% に達するとされるが、爆心地から 2km 以内の死亡時期の区分によれば、原爆投下からの最初の 2 週間に 88.7%、第 3 から 8 週の間には 11.3% の急性期死亡が見られたと言われる。³²⁷ 当該数字が表すものは、爆心地から 2km 以内にあった者が、例えば爆風による家屋の破壊や熱線による影響を免れ生き延びたととしても、その後 2 週間以内に原爆による放射線の影響によって、死に至った者が多数

³²³ UN Department of Disarmament Affairs, *Supra* (note 317) para. 155. Erick Koppe, *Supra* (note 129) p. 101. 放射線被曝者医療国際協力推進協議会『原爆放射線の人体影響-改訂第2版』(文光堂、2012年) 54頁。ただし、広島・長崎における被曝の例として、爆心地付近に投下後3日間の間に入市したものが誘導放射線による影響によって相当程度の被曝線量を浴び白血病といった後傷害を発生させたという報告もあるという。ジョセフ・ロートブラット(小野周監訳)『核戦争と放射線』(東京大学出版会、1982年) 111頁。

³²⁴ Glasstone and Dolan, *Supra* (note 319) p. 387. ジョセフ・ロートブラット『前掲書』(注323) 102頁。UN Department of Disarmament Affairs, *Ibid.*, para. 156-159

³²⁵ 丹羽太貫「ヒロシマから福島へ、そして広島へ」『グローバル化の限界-変容を迫られる平和・安全保障秩序』(広島市立大学広島平和研究所、2017年) 16-17頁。公益財団法人放射線影響研究所「要覧」(http://www.rerf.jp/shared/briefdescript/briefdescript_j.pdf) (最終アクセス2017年8月25日)

³²⁶ ジョセフ・ロートブラット『前掲書』(注323) 46頁。

³²⁷ 放射線被曝者医療国際協力推進協議会『前掲書』(注323) 10頁。

存在したということである。この時期に熱線や外傷が軽度であった一方で、高度の放射線を浴びた者は、直後から脱力感や吐き気、嘔吐等の症状に襲われ、2～3日の間に、発熱、下痢、吐血、下血などをおこし死亡していった。この時期の人体影響としては、「放射線による骨髄、リンパ節などの造血組織の破壊、および腸の上皮細胞、生殖器や内分泌細胞における腫脹と変生」³²⁸などが見られ、その後第3週から8週の間には、主要な症状として、脱毛、紫斑を含む出血、白血球の減少などが見られた。

(b) 放射線の長期的効果-身体的影響における確定的影響と確率的影響

放射線がもたらす身体的影響は急性放射線症に限られない。被爆時に急性放射線症による死を免れたもの、また被爆時に浴びた線量によって被爆症状が現れなかったものにおいても、その後の潜伏期間を経て身体的障害を発症することがある。それらは、放射線が人体にもたらす晩発的影響あるいは長期的影響によるものであって、広島・長崎の事例では「昭和21年以降に発生した放射線に起因すると考えられる人体影響」³²⁹と区分される。ここで急性放射線症による急性障害と後障害との差異を明確にするために、後障害の定義に放射線に起因すると「考えられる」という推定表現が使用されている意味を確認しなければならない。これは後障害が放射線による確率的影響の結果として出現する人体影響であることによる。³³⁰放射線の確率的影響とは、被爆した集団の中で確率的法則のもとランダムに出現する影響である。もちろん影響を受けた放射線量が高い程影響が発現する頻度は高くなる。しかし、発症した症状の重篤度は線量に依存せず、さらに、放射線に特有の徴候を指し示すことはない。そのため発現した症状が放射線に起因ものであるか否かを判断する事は一般的には難しい。³³¹そのため、放射線の晩発的影響あるいは長期的影響を確証付けるためには、放射線に被爆した集団を追跡調査し、放射線に被爆していない集団との比較を実施することで特定の影響が過剰に出現しているか否かという疫学的調査が必要とされた。この結果として確認された、放射線の晩発的影響あるいは長期的影響の結果による人体影響の例としては、白血病、固形癌、白内障といったものがある。広島・長崎において1946年以降に生じた原爆放射線起因と考えられる後障害の症状は、白血病や白内障、身体各部位のがん

³²⁸ 放射線被曝者医療国際協力推進協議会『前掲書』(注323)12頁。

³²⁹ 放射線被曝者医療国際協力推進協議会『前掲書』(注323)14頁。

³³⁰ ジョセフ・ロートブラット『前掲書』(注323)57頁。放射線被曝者医療国際協力推進協議会『前掲書』(注323)14頁。

³³¹ ジョセフ・ロートブラット『前掲書』(注323)58頁。放射線被曝者医療国際協力推進協議会『前掲書』(注323)14頁。

等多岐にわたる。平成6年に改正施行された「被爆者援護法」³³²は認定被爆者に対する各種援護施策を規定するが、その中には原爆放射線起因による疾患、つまりは「原爆症」を発症していると国に認定された被爆者への医療特別手当の支給も規定されている。当該認定を受けている者の数は、被爆後70年以上が経過した現在においても8,511名にのぼる。³³³

第六節 核兵器の使用と不必要な苦痛禁止原則

では、上記において確認した核兵器使用がもたらす人体への影響に対し、これまで検討してきた不必要な苦痛禁止原則の適用可能性について、考察する必要がある。従前の検討においては、第一に、治療困難な裂傷を生じしめる非人道的弾丸の系譜と、第二に、死を不可避とするあるいは人体に永続的障害をもたらす毒性兵器の系譜とが存在したが、核兵器の使用は両系譜とどのような関係性を有するといえるか。

(1) 治療困難な裂傷を生じしめる非人道的弾丸

第一に、治療困難な裂傷を生じしめる非人道的弾丸との関係性についてであるが、核兵器の使用は強力な熱線と爆風をもたらすことによって、兵士に対し重度の熱傷や爆風による堪え難い苦痛をもたらすことに疑いはない。しかし、核兵器の使用を不必要な苦痛禁止原則との「治療困難な裂傷を生じしめる非人道的弾丸」の系譜に位置づけることはできない。不必要な苦痛禁止原則の展開過程で確認されたことは、人体に着弾した際に爆発あるいは膨張・扁平することによってより治療困難な重度の障害を人体に与えることを意図した弾丸の規制であって、核兵器というある空間そのものを爆風・熱線によって破壊し尽くすという性質の兵器についてではない。たしかに以下の松井の見解のように、爆風・熱線の効果をもって不必要な苦痛禁止原則違反を説く見解も存在する。

「爆風の効果が通常爆弾のそれとくらべて比較を絶する威力をもっていることをべつにしても、熱線による各種の障害（とくに長期的なそれ）は核兵器の効果を通常爆弾のそれとくらべて質的にことなるものとしている。また、これらの効果は相乗作用によって、それぞれ単独に作用する場合とくらべて、いっそう障害を深刻にし、死亡率を高めることになる。このような効果をもつ核兵器は、たとえ戦闘員にたいしてだけ使用されたとしても、『すでに戦闘外におかれた者の苦

³³² 正式名称「原子爆弾被爆者に対する援護に関する法律」

³³³ 厚生労働省「原爆症認定」

(http://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/kenkou_iryou/kenkou/genbaku/genbaku09/08.html) (最終アクセス：2017年6月27日)

痛を無益に増大し又はその死を不可避ならしめる』ことは、議論の余地なく明らかであって、この意味で核兵器はその性質からして違法な兵器であるという結論はさげられないであろう。」³³⁴ 確かに、核兵器の破壊力と爆風や熱線が引き起こす複合的作用は看過できない障害を人体に対して及ぼすことは明白である。ただ、先述の通り、これまでの不必要な苦痛原則の内実をみるに、当該原則が対象とする苦痛・傷害は、兵器がもたらす非人道的且つ「特異な性質」を有するものであって、傷害や苦痛をもたらす「烈度」については対象としていない。ただ、当該弾丸の原則に基づく規制を確認するに、弾丸の構造や性質という観点からも、それが人体にもたらす効果の観点から、不必要な苦痛禁止原則が展開してきたことは特筆しておかなければならない。

(2) 死を不可避とするあるいは人体に永続的傷害をもたらす兵器

次に、不必要な苦痛禁止原則が内包してきた、死を不可避とするあるいは人体に永続的障害をもたらす毒性兵器の系譜との関連においては、核兵器の使用はどのように捉えることができるか。当該論点について、下田事件判決は以下のように述べていた。

(不必要な苦痛禁止原則は)「毒、毒ガス、細菌以外にも、少なくともそれと同等或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。原子爆弾の破壊力は巨大であるが、それが当時において果たして軍事上適切な効果のあるものかどうか、またその必要があったかどうかは疑わしいし、広島、長崎両市に対する原子爆弾の投下により、多数の市民の生命が失われ、生き残った者でも、放射線の影響により十八年後の現在においてすら、生命をおびやかされている者のあることは、まことに悲しむべき現実である。この意味において、原子爆弾のもたらす苦痛は、毒、毒ガス以上のものといって過言ではなく、このような残虐な爆弾を投下した行為は、不必要な苦痛を与えてはならないという戦争法の基本原則に違反しているということができる。」³³⁵

当該下田事件判決は、原子爆弾がもたらすいかなる特性をもって、また不必要な苦痛禁止原則のいかなる文脈において、その苦痛を「毒、毒ガス以上のものといって過言ではない」という評価を下しているのかいささか不明瞭ではある。但し、初期放射線の影響によって生じる急性放射線症による急性死亡に加えて、放射線の晩発的影響あるいは長期的影響によって原子爆弾の投下後十数年が経過した後も生命がおびやかされているという現実を考慮している事は疑いない。一

³³⁴ 松井芳郎「前掲論文」(注223)13頁。

³³⁵ 昭和三〇年(ワ)第二九一四号、昭和三二年(ワ)第四一七七号損害賠償請求併合訴訟事件 松井康浩『原爆判決-核兵器廃絶と被爆者援護の法理』(新日本出版社、1986年)236頁。

方で、放射線の影響によると考えられる後障害が不必要な苦痛禁止原則の対象となるか否かについては、その確率的影響によって発現する症状としての側面の検討が必要である。なぜなら、確率的影響による身体的影響は、放射線の被曝線量によって頻度こそ高まるものの、被曝したすべてのものに発現する症状ではないということを示しているからである。ただ、ここで強調すべきはこれまでの疫学的調査により、放射線の影響によって白血病、癌、白内障といった身体的影響が発現する蓋然性を高める事実である。このことは、長期に亘って被曝した者の人体を蝕み続けるという放射線の特徴を示し、さらには、いつ後障害が発現するかわからないという精神的苦痛をも内包している。これは放射線の被害が、被曝した者の生涯を通して堪え難い身体的・精神的苦痛をもたらし続けることを示しており、下田判決が述べた原爆の投下がひきおこした苦痛は「毒・毒ガス以上のものといっても過言ではない」という文脈において特に強調されるべき側面として考えられる。

これら原爆放射線に起因する急性障害と被曝後 70 年が経過した現在においても多くの被曝者を苦しめる後障害の存在に鑑みれば、核兵器の使用は「生命維持に必要な人体の器官や組織等に直接作用し死を不可避にするあるいは永続的な傷害をもたらす」という要件に該当すると考えられる。これら核兵器使用が必然的に伴う放射線の放出による被曝症状は、戦術核兵器・戦略核兵器の区別なく現れるものである。確かに区別原則との関連において検討したように、戦術核兵器のように出力が低く抑えられた弾頭を用いる事によって、当該放射線の影響をもたらす距離的範囲については、メガトンタイプの戦略核兵器と比較して限定的であり得るかもしれない。しかし、これら兵器が個々の人間に影響を与える内実は変わる事はない。

不必要な苦痛禁止原則の内実は、過去の実行によって積み重ねられた「不必要な苦痛」の内実と文脈を踏まえ、それを過去から現在に投影し、その違法性を導くものであった。上述の検討を踏まえれば、核兵器の使用は、その放射線の影響により、戦闘員に対してであれ、また非戦闘員に対する使用であれ、死を不可避としあるいは人体に永続的障害をもたらす効果を引き起こすものである。従って、不必要な苦痛禁止原則に明白に違反する兵器であり、その使用自体禁止されるものであると考えられる。

(3) 不必要な苦痛禁止原則と類推

上記結論を導くにあたり、留意しなければならない論点として、不必要な苦痛原則と法の解釈手法としての「類推」との関係性があげられる。特に、毒性兵器と核兵器使用の関連性は、伝統的に多く議論されてきた問題であり、国際慣習法上の規則として確立している毒又は施毒兵器あ

るいは毒ガス禁止規則、あるいは1899年ハーグ陸戦規則第23条（毒および毒を施したる兵器の禁止）や1899年の毒ガスの禁止に関するハーグ宣言、あるいは1925年のジュネーブ議定書といった条約規則について、核兵器の使用に類推適用できるのではないかという見解が多く表明されてきた。特にジュネーブ議定書が規律する対象は、「窒息性ガス、毒性ガス又はこれらに類するガス及びこれらと類似のすべての液体、物質又は考案」と規定され生物化学兵器一般すべてを包含する包括的規定となっている。それ故核爆発がその性質上必然的に伴う放射線について、ここにいう「毒性を有する物質」とみなすことができるかが議論されてきたものである。例えば ICJ の「核兵器使用の威嚇または使用の合法性」勧告的意見において、長大な反対意見を付したウィーラマントリー判事や、1950年代に既に核兵器の違法性を同条約が適用されることから説明したシュバルツェンバーガーなど、当該見解を表明する法学者は多数にのぼる。当該見解は、条約に基づく規則である毒及び毒を施したる兵器の禁止や毒ガス禁止規定が対象とする兵器を、核兵器という条約成立後に登場した新兵器に類推適用を図る見解である。

一方、このような核兵器が開発される前に成立している条約規則を、解釈を通し類推適用を図ることについては批判も多い。たとえば、マクドゥーガルは国家政策に対する明示的且つ実効的な評価を経ないままで、字義上の解釈のみで過去の実行から現在の政府に対する義務を抽出することになるという観点から「シュバルツェンバーガー博士や他の者が主張する類推 (analogical interpretation) は、ことばが絶対的な意味をもち、作られた当時の文脈を離れて将来に投影され」ことになると批判する。³³⁶このような批判は、過去の条約の字義上の解釈によって、当時においては規制対象となることが想定されていなかった兵器に禁止を拡張することに対する批判である。

しかし、本稿が検討し、明らかにしてきたのは、不必要な苦痛禁止原則の内実は、過去に禁止された兵器が人体にもたらす効果基準を、他の兵器にも適用し、それを禁止に導いて行くものであって、過去の条約規則の内容を、現在に照らして拡張するものではない。真山も、不必要な苦痛禁止原則が適用される「戦闘員単位で考えてそれを戦闘外に置くに必要な傷害と苦痛という固定的基準」が存在するという見解を紹介した上で、下田事件判決を「既存条約の類推適用ではなく、慣習法上の基準の抽出に既存条約を使ったというべきであろう」³³⁷と肯定する。本稿が用いた不必要な苦痛禁止原則の核兵器の使用に対する適用も、当該原則に基づく禁止の積み重ねによ

³³⁶ Myers S. McDougal and Florentino P. Feliciano, *Supra* (note 55) p. 664. 訳語については、廣瀬論文を参考と下が適宜変更を加えた。(廣瀬和子「前掲論文」(注97) 435頁。

³³⁷ 真山全「前掲論文」(注223) 12頁。

って明確化されてきた、許容されざる兵器の特定の効果を基準とし、機能的に同等あるいはそれ以上の効果を与える兵器に対して、不必要な苦痛禁止原則を適用するものであった。これを踏まえれば、毒性兵器と核兵器使用の関係性の考察において提起されてきた条約規則の類推適用は、戦争法の文脈においては制限的でなければならないという批判はあたらぬと考えられる。³³⁸

第七節 区別原則と不必要な苦痛禁止原則の交錯—軍事的必要性の制約要因

最後に、不必要な苦痛禁止原則の近年の適用対象の拡大傾向と軍事的必要性との関連について述べ、本稿が導いた核兵器の使用が不必要な苦痛禁止原則に反し、その使用自体が禁止される兵器であるという見解に対する、軍事的必要性の観点からの批判について附言したい。

本来、不必要な苦痛禁止原則の保護対象は戦闘員あるいは戦闘に直接参加する者である。例えば既述のように ICJ は不必要な苦痛原則を「戦闘員に対して不必要な苦痛もたらすことを禁止」(下線筆者)³³⁹するものと説明する。つまり、当該原則の保護対象は、戦闘員であって、非戦闘員ではない。このことは、そもそも国際人道法上、非戦闘員を攻撃の標的とすることは厳格に禁止されていることから理解できる。ただ、近年不必要な苦痛禁止原則の対象として、非戦闘員についても含める議論がなされることが増加する傾向にある。例えば、既述の下田事件判決は、サンクト・ペテルブルク宣言とハーグ陸戦規則第 23 条 (e) 項を引用した後、不必要な苦痛禁止原則を考察するに際して、原爆の投下が多数の市民の生命を奪うのみでなく、生き残った者に対しても、放射線の後障害からその後も苦しみを与え続けている現実を踏まえ、「この意味において」原子爆弾の苦痛は毒や毒ガス以上のものであって、不必要な苦痛原則に違反するとの見解を述べた。つまり、ここで同判決は、非戦闘員に与える不必要な苦痛をも原則の保護対象と考えていると見受けられる。もちろん、国際人道法上、非戦闘員に対する攻撃は厳に禁じられていることから、当該放射線に基づく障害を区別原則の観点から違法性を説く事ができるであろうことはすでに述べたとおりである。ただ、日本の国際法学者においても、当該原則に対する理解を、原則の意味内容の誤解とみなすのではなく、当該判決の見解に積極的意義を見いだす見解がある。例えば、岩本は以下のように述べる事で、下田事件判決が述べる不必要な苦痛禁止原則の意義を強調する。

「当該原則は、本来、戦闘員保護のための法原則であったけれども、判決は生き残った市民の苦

³³⁸ 類推適用にかかる批判については以下を参照。高野雄一「原爆判決とその問題点—広島、長崎の原爆攻撃に関する国際法と被害者の請求権—」『ジュリスト』(第 293 号、1964 年)

³³⁹ *I. C. J. Reports 1996*, para. 78

痛にも言及している。第二次世界大戦以降の武力紛争での非戦闘員の犠牲者数が著しく増加している傾向からして、本来、害敵手段の対象ではない文民に対する苦痛の程度も、当該原則を判断する上での補足的資料となり得る。」³⁴⁰

ここで岩本は、下田事件判決が非戦闘員も不必要な苦痛禁止原則の射程内においた議論を展開する事を、第二次大戦以後の総力戦や内戦における非戦闘員の犠牲の増加を踏まえ積極的に評価しているといえよう。ただここで岩本が述べる「原則を判断する上での補足的資料」の意味内容は定かではないといえよう。

第一に、非戦闘員に対する苦痛であれば戦闘員に対する苦痛よりもより「不必要な苦痛」と認識されるため、戦闘員に対して「不必要な苦痛」を構成しない場合においても、非戦闘員に被害が及ぶのであれば「不必要な苦痛」に該当するという意味において補足的であるという理解があり得る。ただこの理解は、兵器がもたらす非人道的苦痛や障害の程度に基づく概念であれば、戦闘員に対してであろうと、非戦闘員に対してであろうと禁止されるべきであるという、人道という普遍性を基盤とする原則の理解を踏まえれば、非戦闘員に対する苦痛であればより「不必要な苦痛」であって非人道的であるという理解は、適切ではないのではないかという疑問が生まれる。

そもそも、非戦闘員に対する攻撃は区別原則の下で許されるものではなく、軍事目標に対する攻撃から非戦闘員に生じる付随的被害も均衡性概念の下で限定的に許容されるに留まる。であれば、ここでいう放射線被害の非人道性は、区別原則の概念から把握されるべきものではないのかという疑問がもたげてくるだろう。一方で、もちろん、近年の非人道性の高まりと 20 世紀を通して高まった非戦闘員に対する惨禍の継続的増加を鑑みれば、その「付随的被害」は許容できるものではなく、非人道的兵器であることが疑われる兵器の使用であれば、非戦闘員が巻き込まれた際の犠牲はより看過し得ないものとなることは間違いない。そうであればこそ、地雷禁止条約やクラスター弾禁止条約の制定における議論においても、半ば意図的に非戦闘員に対する被害であっても「不必要な苦痛」であると再構成し議論が行われたと考えられる。例えば足立の分析によれば、地雷禁止を国際世論に訴えてきた NGO は「イベントを通して、(地雷がいかにか) 無辜の市民に対して、無差別の被害を生み、不必要な苦痛を与えているのかを強調した。無差別兵器禁止規範や、不必要な苦痛を与える兵器使用禁止規範、文民保護規範に接ぎ木することで、対人地雷禁止規範支持を訴えていた」。(括弧内筆者)³⁴¹さらに、「こうしたキャンペーンの結果、地雷が

³⁴⁰ 岩本誠吾「原爆投下の違法性-原爆判決」『国際法判例百選【第2版】』(有斐閣、2011年) 233頁。

³⁴¹ 足立研畿『前掲書』(注261) 165頁。

多くの文民被害を生み、またその被害が非人道的であるという点については、先進国、途上国を問わずに認識されるようになっていった。… 対人地雷が、いかに不必要な苦痛を与えているか、無差別な効果を生んでいるのかということが、冷戦期とは比較にならないくらい説得力を持って提示されるようになった³⁴²という。これを踏まえ Stuart Maslen も「埋設式対人地雷は、作動させた兵士を戦闘外におくのに必要とされる以上の爆発を相当程度伴う。その爆発は少なくとも足や下腿の外傷性切断を引き起こすよう特に設計されている。… 埋設式対人地雷はまさに「その性質として (of a nature) 過度の傷害又は不必要な苦痛」を引き起こす程度の爆発を一般的に伴うと結論付けざるを得ない³⁴³と指摘し、その被害が戦闘員のみでなく、非戦闘員に対しても及ぶことを説明する。これを踏まえれば、不必要な苦痛原則の射程を拡大し、非戦闘員をも包含する事には一定の意義があることに疑いはない。Ingrid Detter も「軍事行動中においては、いかな状況においても、過度な傷害および損害を避ける義務が存在する。この義務は文民に対する場合、より明確に強化され、危害が生じた人数については必ずしも関係するものではない³⁴⁴と当該傾向を肯定する。

第二に、上記考察を踏まえ、非戦闘員に対し「不必要な苦痛」がおよぶ恐れ又は被害の発生は、不必要な苦痛禁止原則が内包する、軍事的必要性和非人道性のバランスの考慮に影響を与える補足的資料であると理解し得る。戦闘員であろうと非戦闘員であろうと、「不必要な苦痛」に該当する苦痛であれば、それは誰に対してであっても妥当する概念である。その一方で、非戦闘員に対する「不必要な苦痛」の提起は決して「付随的」被害と観念しえないために、軍事的必要性の主張を排除する効果を有するという理解である。つまり、不必要な苦痛禁止原則における人道性と軍事的必要性の相対性を減じ、後者の議論が成り立つ余地を狭める、あるいは、「不必要な苦痛」をもたらす事のないという意味で法の枠内に留める効果をもたらすという見解が成り立つことを主張するものである。

区別原則のみでは、核兵器の絶対的違法性を導く事はできない。また、不必要な苦痛禁止原則にも、核兵器の使用が当該原則違反を客観的に構成するとしても、常に相対説に基づく軍事的必要性の観点からの反論が提起され続けることになるだろう。但し、区別原則と不必要な苦痛禁止原則という、両原則を合わせた観点から、核兵器の使用を見た場合、当該兵器の使用が合法となる、あるいは一般的違法性を認めた上での例外的使用が許容される余地は残されていないと考え

³⁴² 足立研畿『前掲書』(注261)169頁。

³⁴³ Stuart Maslen, *Supra* (note 49) p. 224.

³⁴⁴ Ingrid Detter, *Supra* (note 67) p. 194.

られる。

つまり、核兵器の使用は、不必要な苦痛禁止原則が使用を禁止する過度な障害を、当該兵器が用いられる対象、それが戦闘員に対してであれ、また非戦闘員に対してであれ引き起こすこととなる。さらに、軍事的必要性との当該苦痛の比較においても、核兵器の使用は区別原則の観点から非戦闘員もしくは民用物に対する損害なく行使されることはほとんど想定できないために、軍事的必要性の観点による反論は阻却され、人道性の考慮が優先されることとなる。現代における軍事的必要性の概念は、違法性の阻却を可能とするとされた「戦数」の概念から脱却し、人道によって限定を受けた概念へと変容を遂げていると考えられる。これを鑑みるに、不必要な苦痛禁止原則の核兵器の使用に対して予想される、軍事的必要性を基準とする相対説に基づく批判も排することができるように思われるのである。

結 論

戦闘手段を一般的に規律する国際人道法の区別原則及び不必要な苦痛禁止原則の役割について、カッセーゼは、原則の中身が曖昧で適用が困難であって、これら原則によって禁止される戦闘手段について諸国家の合意を条約上の規則によらずに導く事は難しく、兵器の使用禁止を導く規範としての機能をほとんど見いだせないと批判的であった。³⁴⁵しかし、カッセーゼは、この国際人道法の基本原則に基づく兵器の規制に対する悲観的見解を提起するに際し、常にある例外状況を附言することを忘れなかった。それが広島・長崎に対する原爆の投下である。国際人道法上の基本原則に基づく戦闘手段の規律は、通常の戦闘行為においては適用に重きが置かれな一方、核兵器の使用といった極めて例外的状況においては、法的規範としての意義を明確に果たすことができるという見解であった。しかしながら、カッセーゼにしても、また、他の「核兵器の威嚇又は使用の合法性」にかかる ICJ の勧告的意見にしても、上記二原則に照らし、どのように核兵器の使用が違反を構成するかという具体的な検討は試みられていなかった。本稿は、これまでの検討によって、両原則の内実を明確化することを試みるとともに、両原則と核兵器の使用との関係性を出来る限り客観的に把握する事に努めてきた。

本稿の具体的検討課題は、第一に「国際人道法の諸原則に照らして核兵器の使用は合法か」、そして第二に「戦略核兵器と比較し出力の低い戦術核兵器による限定的使用は核兵器使用の合法性の問題にいかなる影響を与えるか」の二点であった。

本稿は、核兵器の使用をめぐる既存の国際法の検討において、未だ核兵器の使用を特定の禁止する条約あるいは国際慣習法上の普遍的規則は存在せず、仮に核兵器禁止条約の成立を見たとしても、近い将来において核兵器保有国を含むすべての国家に対する義務を創出する一般国際法上の特定の禁止規則の生成は見込めないと結論付ける。その一方で、国際人道法は戦闘手段の規律において、例え条約あるいは国際慣習法上の特定の規則による禁止が存在しない場合においても、国家に戦闘手段選択の自由を認めておらず、国際人道法上の諸原則による法的規律を及ぼしうることを確認した。国際人道法は「戦闘の手段を選択する権利は無制限ではない」という兵器の規律原理を基盤として、国家相互間の戦闘行為の規律という相互主義的法体系に留まらず、人道という国際社会全体の利益を包含する階層法体系を導入していた。これにより、ある戦闘手段は、例え特定の規則による規律が存在しない場合においても、その戦闘手段の合法性は推定しえ

³⁴⁵ Antonio Cassese, *Supra* (note 137) pp. 172-250. A・カッセーゼ (曾我英雄訳) 『戦争・テロ・拷問と国際法』(敬文堂、1992年) 11-16頁。

ず、その合（違）法性は国際人道法の諸原則に照らし判断されなくてはならないことを確認した。

当該結論を踏まえ、内在的違法性と外在的違法性の特質を踏まえた上で、核兵器それ自体の禁止を導きうる国際人道法上の原則として区別原則と不必要な苦痛禁止原則の抽出を行い、核兵器の使用に対し適用を試みた。また、この両原則をある戦争手段に対して適用し、内在的違法性に基づく、例外的使用を認めない絶対的禁止を導くためには、対象とする戦闘手段とこれら原則が「いかなる場合においても」両立しえないことが要求されており、「通常使用」の基準では不十分であるとした。これにより導きだされた結論は以下である。

- (1) 核兵器の使用は一般的に国際人道法上の区別原則が禁止する無差別攻撃に該当し、その使用自体禁止されるものである。しかし、現実には使用が想定される事例とはみなし難いとはいえ、一定の条件下においては、区別原則に違反しない核兵器使用の想定が皆無とはいえない。これにより核兵器の使用は「いかなる場合においても」区別原則に違反するとは確定できず、核兵器はそれ自体無差別兵器であって、その使用が絶対的な禁止の下におかれているとはいえない。
- (2) 核兵器の使用は、当該兵器に固有の特性により、戦闘員に対する使用であれ、非戦闘員に対する使用であれ、また、戦略核兵器であれ、戦術核兵器であれ、いかなる場合においても、広範な後遺症も含め、国際人道法上の禁止される不必要な苦痛をもたらす、そのため、その使用自体絶対的に禁止される。

上記結論を踏まえた、本稿の検討課題に対する結論は以下のようなものであった。核兵器の使用は国際人道法の諸原則に照らし一般的に違法である。その一方で、戦術核兵器による限定的使用が国際人道法上の区別原則と両立する想定は、可能性の問題としては排除できない。しかしながら、たとえ区別原則と両立する核兵器の限定使用があり得るとしても、当該兵器の使用はさらに不必要な苦痛禁止原則に基づく合法性の審査を経なければならない。不必要な苦痛禁止原則に照らせば、核兵器の使用は、戦闘員あるいは非戦闘員に対する使用であるか否かにかかわらず、その性質上不必要な苦痛を常にもたらす非人道的兵器であって、戦術核兵器及び戦略核兵器といった、当該兵器の区分に関わらず例外なく禁止される。それゆえ、国際人道法と両立する核兵器の使用は存在し得ず、核兵器はそれ自体国際法上違法な兵器であると結論付けられなくてはならない。

2017年7月7日、国連において核兵器禁止条約が採択された。本稿脱稿時点において、条約の

発効に必要な 50 カ国の批准も早期に達成の見込みとされる。但し、当該条約交渉には核兵器を保有する国家、そしてそれら核兵器国が有する核兵器に自国の安全保障を依存している国家は、NATO 加盟国であるオランダを除き参加していなかった。そして、これら核兵器国及び核の傘の下にある国家が当該条約に普遍的に参加する環境に近い将来整う見込みも低い。このような国際環境下では、核兵器禁止条約の成立そのものは核兵器廃絶という国際社会共通の目的のために歓迎される一方で、核兵器禁止条約の主導国及び当該条約の加盟国と、当該条約の交渉及び加盟を拒否する国家の間において、核兵器の使用に対する条約上の規則に基づく規律に差異が生じ、長期に亘り固定化される危険が存在する。このような国際状況においては、条約上の規則を引き受けるか否かに関わらず、すべての国家に対して適用される国際人道法の諸原則を通じた核兵器の使用に対する法的評価の重要性は、従来以上に高まることが想定される。現在、核兵器禁止条約の交渉及び採択をめぐり、核兵器国と非核兵器国の間の溝が深まることによって、実際の核軍縮の進展が阻害されることが懸念されている。ただし、当該条約の成立によって深まると比喩的に表現されている溝は、実際には、従前から存在し、1996 年の「核兵器の威嚇又は使用の合法性」にかかる ICJ 勧告的意見が固定化し、解決される事なく国際社会に厳然として存在してきた、核兵器使用の一般国際法に基づく評価である。これに対して、一般国際法に基づく評価を解決の上、廃絶へむけた道を前進させる手法として、条約に基づく禁止規則の導入のみにとらわれれば、核兵器の使用が引き起こす非人道的惨禍の本質を見誤ることにつながりかねない。条約上の禁止規則が成立したとしても、国際社会が当該規則の規範性を普遍的に受け入れるとともに、諸国家がそれを内面化し、核兵器を保有する国家が現実には廃絶に向けた取組みを行わない限り、「核兵器のない世界」への道程は遠きものになってしまう。現在必要とされているのは、核兵器が非人道的惨禍を引き起こす兵器であるという国際社会が合意しうる、広島・長崎の被爆の実相の現実を下にした国際法理論の展開と深化であろう。本稿が検討し、確認してことは、国際人道法は戦闘手段の選択にかかる無制限の権利を認めておらず、国際人道法の諸原則に基づいて、核兵器の使用それ自体、絶対的に禁止されているということであった。この意味において、核兵器を規律する国際法に法の空白は存在せず、また、核兵器国と非核兵器国との間の法解釈をめぐるいわゆる溝も本来的には存在しない。当該認識の共有によって核兵器禁止条約の普遍化を進展させ、核兵器なき世界に向けた道程を前進させることが求められていると思われる。

文献目録

【外国語文献】

【著書】

- Akehurst, Michael, *A Modern Introduction to International Law: Six Edition*, (Allen & Unwin, London, 1987)
- Boothby, William H., *Conflict Law: The Influence of New Weapons Technology, Human Rights and Emerging Actors*, (Asser Press, Surrey, 2014)
- Boothby William H., *Weapons and the Law of Armed Conflict: Second Edition*, (Oxford University Press, Oxford, 2016)
- Bothe Michael, Karl Josef Partsch and Waldemar A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, (Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1982)
- Breitegger, Alexander, *Cluster Munitions and International Law: Disarmament with a human face?*, (Routledge, New York 2012)
- Burroughs, John, *The Legality of Threat of Use of Nuclear Weapons*, 102 (1998).
- Byers, Michael, *War Law*, (Grove Press, New York, 2005)
- Carr, Edward Hallett, *The Twenty Years' Crisis 1919-1939: An Introduction to the Study of International Relations*, (Macmillan, London, 1951)
- Casey-Maslen, Stuart, (ed.), *Weapons under International Human Rights Law*, (Cambridge University Press, Cambridge, 2014)
- Cassese, Antonio, *The Human Dimension of International Law: Selected Papers*, (Oxford University Press, Oxford, 2008)
- de Chazournes, Laurence Boisson, and Philippe Sands (ed.), *International law, the international court of justice and nuclear weapons*, (Cambridge University Press, Cambridge, 1999)
- Detter, Ingrid, *The Law of War*, (Ashgate Publishing Limited, Surrey, 2013)
- Dinstein, Yoran, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict: Third Edition*, (Cambridge University Press, Cambridge, 2016)
- Fleck, Dieter (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, (Oxford University Press, Oxford, 2013)

- Fiedman, L., (ed.), *The Law of War: A Documentary History*, (New York, Random House 1972)
- Green, Leslie C., *The Contemporary Law of Armed Conflict: Second Edition*, (Manchester University Press, Manchester, 2000)
- Greenwood, Christopher, *Essays on War in International Law*, (Cameron May, London, 2006)
- Greenspan, Morris, *The Modern Law of Land Warfare*, (University of California Press, California, 1959)
- Grotius, Hugo (the translation by Francis W. Kelsey; with the collaboration of Arthur E. R. Boak and introduction by James Brown Scott), *De jure belli ac pacis libri tres: Vol. 3, Reprinted ed.*, (Oceana Publications, New York, 1964)
- Glasstone, Samuel and Philip J. Dolan (eds), *The Effects of Nuclear Weapons: Third Edition*, (United States Department of Defense and the Energy Research and Development Administration, Washington, 1977)
- Henckaerts, Jean-Marie, Louise Doswald-Beck, and Carolin Alvermann. *Customary international humanitarian law: Vol. 1*, (Cambridge University Press, Cambridge, 2005)
- Hudson, Manley O. (ed.), *International Legislation: A Collection of the Texts of Multipartite International Instruments of General Interest Vol. 2 (1922-1924)*, (Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1931)
- Hull, William I., *The Two Hague Conferences and Their Contributions to International Law*, (Ginn&Company, Boston, 1908)
- Kälin, Walter (ed.), *Human Rights in Times of Occupation: The Case of Kuwait*, (Stämpfli for Law Books in Europe, Bern, 1994)
- Koppe, Erik, *The Use of Nuclear Weapons and the Protection of the Environment during International Armed Conflict*, (Hart Publishing, Oxford, 2008)
- Larsen, Kjetil Mujezinović, Camilla Guldahl Cooper and Gro Nystuen (ed.), *Searching for a 'Principle of Humanity' in International Humanitarian Law*, (Cambridge University Press, Cambridge, 2013)
- Laurence, T. J., *The Principles of International Law*, (Macmillan, London, 1895)
- Lauterpacht, H., (ed.), *Oppenheim's International Law: Vol. 2*, (Longmans, Green and Co., London, 1952)

- Maslen, Stuart, *Anti-Personnel Mines under Humanitarian Law: A View from the Vanishing Point*, (Intersentia-Transnational Publishers, Antwerpen, 2001)
- Meyrowitz, Elliott L., *Prohibition of Nuclear Weapons: The Relevance of International Law*, (Transnational Publishers, New York, 1990)
- McDonald, Avril, Jann K. Kleffner and Brigit Toebes (eds.), *Depleted Uranium Weapons and International Law: A Precautionary Approach*, (T.M.C. Asser Press, The Hague, 2008)
- McDougal, Myers S., and Florentino P. Feliciano, *Law and Minimum World Public Order: The Legal Regulation of International Coercion*, (Yale University Press, New Haven, 1961)
- Miller, Arthur Selwyn and Martin Feinrider (ed.), *Nuclear Weapons and Law*, (Greenwood Press, Connecticut, 1984)
- Nystuen, Gro, Stuart Casey-Maslen and Annie Golden Bersagel (ed.), *Nuclear Weapons under International Law*, (Cambridge University Press, Cambridge, 2014)
- Pogany, Istvan (ed.), *Nuclear Weapons and International Law*, (Avebury, Aldershot, 1987)
- Roberts, Adam and Richard Guelff (ed), *Documents on the Law of War: Third Edition*, (Oxford University Press, Oxford, 2000)
- Rogers, A. P. V., *Law on the Battlefield: Third Edition*, (Manchester University Press, Manchester, 2012)
- Sandoz, Y., C. Swinarski and B. Zimmerman (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, (Geneva, International Committee of the Red Cross, 1987)
- Shwarzenberger, George, *The Legality of Nuclear Weapons*, (Stevens & Sons Limited, London, 1958)
- Scott, J.B., (ed.), *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907*, (Oxford University Press, New York, 3rd edn., 1918)
- Scott, J.B., *The Hague Proceedings of the Hague Conferences: Translation of the Official Text*, (Oxford University Press, New York, 1920, at 80.)
- Singh, Nagendra and Edward McWhinney, *Nuclear Weapons and Contemporary International Law: Second Revised Edition*, (Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1989)
- Solis, Gary D., *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*,

- (Cambridge University Press, Cambridge, 2010)
- Spaight, J.M., *The Atomic Problem*, (Arthur Barron LTD, London, 1948)
- Spaight, J. M., *Air Power and War Rights: Third Edition*, (Longmans, Green and CO., Aberdeen, 1947)
- Stone, Julius, *Legal Controls of International Court: A Treatise on Dynamics of Disputes and War-Law*, (Stevens and Sons Limited, London, 1954)
- Thirlway, Hugh, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence Vol. 1*, (Oxford University Press, Oxford, 2013)
- Thomas-Noone, Brendan, *Tactical Nuclear Weapons in the Modern Nuclear Era*, (Lowy Institute for International Policy, September 2016)
- Tucker, Robert W., *The Law of War and Neutrality at Sea*, (United States Government Printing Office, Washington, 1957)
- Vattel, E. de, (Translation by Charles G. Fenwick with an introduction by Albert de Lapradelle), *The Law of Nations or The Principles of Natural Law : Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns: Vol. 3*, (Oceana Publications, New York, 1964)
- Whitlock, Brand, *Belgium under the German Occupation vol. 1*, (W. Heinemann, 1919)

【論文】

- Anastassov, Anguel., “International humanitarian law, nuclear weapons and the prospects for nuclear disarmament” (2013)
- Breau, Susan, “Low-Yield Tactical Nuclear Weapons ad the Rule of Distinction” , (2013) 15 *Flinders Law Journal* 219.
- Breau, Susan, “Civilian Casualties and Nuclear Weapons: The Application of the Rule of Distinction” in Jonathan L. Black-Branch and Dieter Fleck (ed.), *Nuclear Non-Proliferation in International Law - Volume 1*, (T.M.C. Asser Press, The Hague 2014)
- Baxter, R.R., “Criteria of the Prohibition of Weapons in International Law” in *Festschrift fuer Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag*, (Duncker & Humblot, Berlin, 1973)

- Cassese, Antonio, “Weapons causing unnecessary suffering: Are they prohibited?” , *Rivista di Diritto Internazionale*, (1975).
- Cassese, Antonio, “Means of Warfare: The Traditional and the New Law” , Antonio Cassese (ed.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, (Editoriale Scientifica s.r.l., Napoli, 1979)
- Cameron, P. J., “The Limitations on Methods and Means of warfare” , (1985) 9 *Australian Yearbook of International Law*, 250.
- Carnahan, Burrus M., “Unnecessary Suffering, the Red Cross and Tactical Laser Weapons” , (1996) 18, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 705.
- Coppen, Tom, *Preventing the Spread of Nuclear Weapons: The law of arms control and the international non-proliferation regime*, (Doctral Thesis, Utrecht University, 2016)
- Cowling, MG, “The relationship between military necessity and the principle of superfluous injury and unnecessary suffering in the law of armed conflict” , (2000) 25, *South African Yearbook of International Law*.
- Doswald-Beck, L., ‘International Humanitarian Law and the Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons’ , *International Review of the Red Cross* 316 (1997)
- Ewing, Russel H., “Legality of Chemical Warfare” , (1927) 61 *American Law Review* 58.
- Fitzmaurice, G. G., “The Law and Procedure of the International Court of Justice: General Principles and Substantive law” , (1950) 27 *British Yearbook of International law* 1.
- Hulme, Karen, “Radiation warfare: a review of the legality of depleted URANIUM weaponry” , (2005) *Canadian Yearbook of International Law*, 43.
- Halme, Karen, “Weapons” , Nigel D. White and Christian Henderson (ed.), *Research Handbook on International Conflict and Security Law*, (Edward Elger, Cheltenham, 2013)
- Haruna, Abdulrashid Lawan, “Unnecessary Suffering and Chemical Weapons under IHL and Islamic Law: The Syrian Conflict Paradigm” , (2014) Vol. 4 No. 1 *GSTF Journal of Law and Social Science* 39.
- Kalshoven, Fritz, “The Conference of Government Experts on the Use of Certain Conventional Weapons, Lucerne, 24 September– 18 October 1974” , *Netherlands*

Yearbook of International Law vol.6 (1975)

- Kalshoven, Fritz, “Arms, Armaments and International Law” , (1985–II) 191 *Recueil des cours*, 183.
- Kalshoven, Frits, “The Soldier and His Golf Club” , in Christophe Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles*, (Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1984).
- Krasny, Jaroslav and Noriyuki Kawano, “Weapons of Mass Destruction and the Principle of Unnecessary Suffering: The Use of Nuclear Weapons in an Armed Conflict” , (2014) 36, *Hiroshima Peace Science*, 101.
- Kristensen, Hans M. and Matthew G. Mckinzie, “Nuclear arsenals: Current developments, trends and capabilities” , (2016) 97 (899) *International Review of Red Cross* 563.
- Kristensen, Hans M., “How US nuclear force modernization is undermining strategic stability: The burst-height compensating super-fuze” *Bulletin of the Atomic Scientists*, (March 2017)
- Kristensen, Hans M., and Robert S. Norris, “United States nuclear forces, 2017” (2017) 73.1 *Bulletin of the Atomic Scientists* 48.
- Kristensen, Hans M., and Robert S. Norris, “Russian nuclear forces, 2017” , (2017) 73.2 *Bulletin of the Atomic Scientists* 115.
- MacLeod, I. J. and A. P. V. Rogers, “the Use of White Phosphorus and the Law of War” , (2007) 10 *Yearbook of International Humanitarian Law* 75.
- Mcfadden, Eric J., “The Legality of Nuclear Weapons: A Response to Corwin” , (1988) 6, *Penn State International Law Review*, 317.
- Meron, Theodor, The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience, 94 *American Journal of International Law*, (2000)
- Nelson, Robert W., “Nuclear Bunker Busters, Mini-Nukes, and the US Nuclear Stockpile” , (2003) (November) *Physics Today* 32.
- Payne, Keith B., “The Nuclear Posture Review: Setting the Record Straight” *Washington Quarterly* 28, no. 3 (Summer 2005)
- Ponti, Christian, “The Crime of Indiscriminate Attack and Unlawful Conventional Weapons: The Legacy of the ICTY Jurisprudence” , *Journal of International Humanitarian Legal*

Studies, 6 (2015)

Ritchie, Nick, “Nuclear Disarmament and Nuclear Weapons Ban Treaty”, *The NPT and the Prohibition Negotiation: Scope for Bridge-building*, (UNIDIR, 2017)

Rosas, Allan, “International Law and the Use of Nuclear Weapons” in Kari Hakapää (ed.), *Essays in Honour of Erik Casrén*, (Finnish Branch of the International Law Association, Helsinki, 1979)

Sack, Alexander N., “ABC—Atomic, Biological, Chemical Warfare in International Law”, (1950) 10 *Lawyers Guild Review* 161.

Schmitt, Michael N., “The Principle of Discrimination in 21st Century Warfare”, (2014) 2 (1) *Yale Human Rights and Development Journal* 143.

Sitaropoulos, Nicholas, “Weapons and Superfluous Injury or Unnecessary Suffering in International Humanitarian Law: Human Pain in Time of War and the Limits of Law”, (2001) 54(1), *Revue hellénique de droit international*, 81.

Stowell, Ellery, “The Laws of War and the Atomic Bomb”, 39 *A. J. I. L.* 784 (1945)

Thürer, Daniel, “International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context”, (2011) 388, *Recueil Des Cours*.

Wiebe, Virgil, “Footprints of Death: Cluster Bombs as Indiscriminate Weapons under International Humanitarian Law”, (2000) 22 *Michigan Journal of International Law*, 85.

Wirz, Christoph and Emmanuel Egger, “Use of nuclear and radiological weapons by terrorists?”, *International Review of Red Cross*, (vol.87, 2005, 497.)

Woolf, Amy F., “Nonstrategic Nuclear Weapons”, (2016) (March) *Congressional Research Service*, 1.

【邦語文献】

【著書】

秋山信将『NPT 核のグローバル・ガバナンス』(岩波書店、2015年)

足立研畿『国際政治と規範-国際社会の発展と兵器使用をめぐる規範の変容』有信堂、2015年

阿部達也『大量破壊兵器と国際法-国家と国際監視機関の協働を通じた現代的国際法実現プロセス』(東信堂、2011年)

- C. G. ウィーラマントリ (原善四郎・桜木澄和訳) 『核兵器と科学者の役割』 (中央大学出版部、1987年)
- 江藤淳一 『国際法における欠缺補充の法理』 (有斐閣、2012年)
- A・カッセーゼ (曾我英雄訳) 『戦争・テロ・拷問と国際法』 (敬文堂、1993年)
- 黒澤満 『核軍縮と世界平和』 (信山社、2011年)
- 黒澤満 (編著) 『軍縮問題入門 (第4版)』 (東信堂、2012年)
- 黒澤満 『核兵器のない世界へ—理想への現実的アプローチ』 (東信堂、2014年)
- 吉川元・水本和実 (編) 『なぜ核はなくなるのかII』 (法律文化社、2016年)
- ジョゼフ・ゴールドブラット (浅田正彦訳) 『軍縮条約ハンドブック』 (日本評論社、東京、1999年)
- ジョン・バロース著 (浦田賢治監訳/山田寿則・伊藤勸訳) 『核兵器使用の違法性—国際司法裁判所の勧告的意見』 (早稲田大学比較法研究所、東京、2001年)
- 鈴木和之 『実務者のための国際人道法ハンドブック』 (内外出版社、2013年)
- 田岡良一 『国際法III [新版]』 (有斐閣、1973年)
- 高嶋陽子 『武力紛争における国際人権法と国際人道法の交錯』 (専修大学出版局、2015年)
- 立作太郎 『戦時国際法論』 (日本評論社、1944年)
- 田畑茂二郎 『国際法新講下』 (東信堂、1991年)
- 多谷千香子 『戦争犯罪と法』 (岩波書店、2006年)
- 新妻清一 『誘導弾と核兵器』 (中外出版社、1958年)
- P. J. ヘルツォグ (小林珍雄訳) 『戦争と正義』 (創文社、1955年)
- ピーター・パレット (編) (防衛大学校「戦争・戦略の変遷」研究会訳) 『現代戦略思想の系譜—マキャベリから核時代まで』 (ダイヤモンド社、1989年)
- 藤田久一 『軍縮国際法』 (日本評論社、東京、1985年)
- 藤田久一 『【新版】国際人道法』 (有信堂、1993年)
- 藤田久一 『核に立ち向かう国際法—原点からの検証』 (法律文化社、2011年)
- 松井康浩 『原爆判決—核兵器廃絶と被爆者援護の法理』 (新日本出版社、1986年)
- 水本和実 『核は廃絶できるか—核拡散10年の動向と論調』 (法律文化社、2009年)
- 宮崎繁樹 『戦争と人権』 (学陽書房、1976年)
- 村瀬信也・真山全 (編) 『武力紛争の国際法』 (東信堂、2006年)
- メラフ・ダータン/フェリシティ・ヒル/ユルゲン・シェフラン/アラン・ウェア著 (浦田賢治編

訳)『地球の生き残り―【解説】モデル核兵器条約』(日本評論社、東京、2008年)
モーリス・トレッリ(斉藤恵彦)『国際人道法』(白水社、1999年)
山下康雄『化学戦と国際法』(東都書籍株式会社、1943年)
読売新聞社(編)『兵器最先端7:ミサイルと核』(読売新聞社、1986年)

【論文】

浅田正彦「特定通常兵器使用禁止制限条約と文民の保護(一)」『法學論叢』(第114巻2号、1983年)
浅田正彦「特定通常兵器使用禁止制限条約と文民の保護(二)」『法學論叢』(第114巻4号、1984年)
浅田正彦「国際法における新兵器の取り扱い」『世界法年報』(第7号、1987年)
浅田正彦「国際法における規則の明確性と実効性―兵器の使用規制をめぐって―」『岡山大学法学会雑誌』(第37巻第1号、1987年)
足立研畿「毒禁止規範から化学兵器禁止規範へ:「変容し続ける規範」という分析視角による事例研究」『グローバル・ガバナンス』(第2号、2015年)
伊津野重満「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―その概要と論点―」『早稲田法学』(第七十四巻第三号、1999年)
阿部達也「化学兵器の使用禁止に関する規範の位相―国際刑事裁判所(ICC)規程の改正を契機として―」『国際法外交雑誌』(第110巻第3号、2011年)
石本泰雄「原爆判決の意味するもの」『世界』(218号、1964年)
一政祐行「非戦略核兵器の軍備管理・軍縮を巡る課題と展望」『防衛研究所紀要』(第15巻第2号、2013年)
岩本誠吾「国際法から見た無人戦闘機(UCAV)の合法性に関する覚書」『産大法学』(45巻3・4号、2012年)
岩本誠吾「致死性自律型ロボット(LARs)の国際法規制をめぐると新動向」『産大法学』(第47巻第3・4号、2014年)
岩本誠吾「武装ドローンの悲劇を阻止するために―法的、心理的及び政策的な解決策」『人道研究ジャーナル』(Vol.6, 2017)
エリノア・スローン(奥山真司・関根大輔訳)『現代の軍事戦略入門―陸海空からサイバー、核、宇宙まで』(芙蓉書房出版、2015年)

- 落合淳隆「核兵器の使用は合法か違法か（Ⅰ）-国際司法裁判所の勧告的意見-」『立正法学論集』（第三十四巻第二号、2001年）
- 落合淳隆「核兵器の使用は合法か違法か（Ⅱ）-国際司法裁判所の勧告的意見-」『立正法学論集』（第三十五巻第一号、2001年）
- 河野桂子「クラスター弾の信頼性-使用規制交渉における考慮要件として-」『防衛研究所紀要』（第12巻第2・3合併号、2010年）
- 城戸正彦「原子兵器と国際法（一）」『愛媛大学紀要第四部社会科学』（第二巻二号、1955年）
- 城戸正彦「原子兵器と国際法（二）」『愛媛大学紀要第四部社会科学』（第二巻三号、1956年）
- 城戸正彦「核兵器と国際法—ハーンの論文を中心に」『松山大学論集』（第5巻第6号、1994年）
- 黒崎将広「戦争法秩序の誕生-総加入条項とマルテンス条項の機能的連続性-」『国際関係論研究』（第19号、2003年）
- 小泉悠「ロシアの安全保障政策における戦術核兵器の位置づけと展望」『国際安全保障』（第40巻第4号、2013年、63頁。）
- 河野勉「岐路に立つ核軍縮-交渉の歴史と最近の動向」『人道研究ジャーナル』（Vol. 6, 2017）
- 権南希「武力紛争時における環境保護に関する国際規範の形成-ENMOD、第一追加議定書における環境保護関連規定を中心に」『関西大学法学論集』（61巻1号、2011年）
- 権南希「環境犯罪としての武力紛争時における環境損害-国際刑事裁判所規程第8条2項(b)(iv)の適用における実効性-」『国際法研究』（第2号、2014年）
- 斉藤彰彦「被爆七〇年目の人道理念-核兵器廃絶を目指す人道的アプローチにみる」『人道研究ジャーナル』（Vol. 5, 2016年）
- 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』（Vol. 7, 1998年）
- 篠田英朗「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 in bellum*、そして法と政治-」『広島平和科学』（第23号、2001年）
- 篠田英朗「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-」『広島大学平和科学研究センタープロジェクト報告書』（No. 27, 2001年）
- 篠田英朗「武力紛争における劣化ウラン兵器の使用」『IPSHU 研究報告シリーズ』（No. 29, 2002年）
- 高野雄一「原爆判決とその問題点-広島、長崎の原爆攻撃に関する国際法と被害者の請求権-」『ジ

- ユリスト』(第293号、1964年)
- 竹本正幸「軍事目標主義をめぐる最近の動向」『変動期の国際法』(有信堂、1973年)
- 寺沢一「原爆判決の法的問題点」『法律時報』(第36巻2号、1964年)
- 中山雅司「『テロとの戦争』と核兵器の使用-核兵器使用の合法性に関する国際司法裁判所勧告的意見の意義と人道主義-」『創価法学』(第37巻第1号、2007年)
- 西平等「『戦争法』から『国際人道法』へ—藤田久一教授の解釈論的実践が目指した一元的構想」『国際法研究』(第2号、2014年)
- 樋口一彦「国際人道法ノート(4)」『琉大法学』(89巻、2013年)
- 藤田久一「大量破壊兵器と一般市民の法的保護(二)」『金沢大学法文学部論集 法学編』(第16巻、1968年)
- 藤田久一「大量破壊兵器と一般市民の法的保護(三)」『金沢大学法文学部論集 法学編』(第17巻、1969年)
- 藤田久一「核兵器先制不使用と国際法(一)」『関西大学法学論集』(第33巻第1号、1983年)
- 藤田久一「核兵器先制不使用と国際法(二)」『関西大学法学論集』(第33巻第2号、1983年)
- 藤田久一「核兵器をめぐる法と戦略の交錯」『世界法年報』(第18号、1998年)
- 本田稔「ナチスの法律家とその過去の克服-1947年ニュルンベルク法律家裁判の意義-」『立命館法学』(2009年、327号・328号)
- 松井芳郎「核兵器廃絶、国際法、および世論」『季刊 科学と思想』(第26号、1977年)
- 松井芳郎「核兵器と国際法—使用禁止を中心として—」『季刊 科学と思想』(第59号、1986年)
- 松山健二「米国の核政策における地中貫通核兵器及び低威力核兵器の役割」『レファレンス』(平成16年6月号)
- 松山健二「核の拡大抑止と日本の安全保障-核トマホーク退役の論点」『レファレンス』(2011年1月号)
- 真山全「爆発性戦争残存物(ERW) 議定書の基本構造と問題点-文民・民用物に生じる unintended effect の武力紛争上の評価-」浅田正彦(編)『安藤仁介先生古稀記念 二一世紀国際法の課題』(有信堂、2006年)
- 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『核兵器廃絶への取り組み』」『人道研究ジャーナル』(Vol. 3、2014年)
- 水本和実「核兵器の非人道性と戦争の非人道性-被爆七〇年のいま、広島が訴えるべきこと」『人道研究ジャーナル』(Vol. 5、2016)

安井郁「原爆攻撃と国際法上の損害賠償-原爆裁判の鑑定の概要と判決の評価」『法律時報』（第36巻2号、1964年）

山手治之「原爆訴訟判決」『立命館法学』（第51・52巻合併号、1963年）

山手治之「原爆訴訟について」『法学セミナー』（第95号、1964年）

【判決】

東京地方裁判所 1963年12月7日判決『下級裁判所民事判例集』第14巻第12号2458頁。

Krupp and others, 15 Ann. Dig. 620, 622 (U.S. Mil. Trib. 1948.)

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996
Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment, *I.C.J. Reports 1986*, p.14.

Prosecutor v. Martić Review of the Indictment Pursuant to Rule 61, No. IT-95-11-R61 (Mar. 8, 1996.)

Prosecutor v. Tadic, (2 October, 1995) Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (IT-94-1-AR)

Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez, Decision on the Joint Defence Motion to Dismiss the Amended Indictment for Lack of Jurisdiction based on the Limited Jurisdictional Reach of Article 2 and 3, March 1999, IT-95-14/2, para. 31.

【その他】

「ひろしまレポート2017年版」(2017年3月)

SIPRI, *CBW and the Law of War*, (Almqvist&Wiksell, Stockholm, 1973)

UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, (Oxford University Press, Oxford, 2004)

SIPRI Yearbook 2016

Effects of Atomic Weapons, prepared by the United States Atomic Energy Commission in co-operation with the Department of Defense, 1950.

NATO HANDBOOK ON THE MEDICAL ASPECTS OF NBC DEFENSIVE OPERATIONS AMedP-6(B) PART I - NUCLEAR.

Australia, *Commander's Guide* (1994),

Australia, *Defence Force Manual* (1994),

Canada, *LOAC Manual* (1999)

Canada, *Code of Conduct* (2001)

謝 辞

本論文は筆者が広島大学大学院社会科学研究科博士後期課程に在籍中の研究成果をまとめたものである。同科教授西谷元先生には、指導教官として、本研究の実施の機会を与えて戴くとともに、研究を行うにあたり終始ご指導戴いた。ここに深謝の意を表す。私の学究生活は社会人としての仕事と平行したものとなり、順調に進んだものとは言い難かった。そんな私の遅々として進まない研究を先生はいつも温かく見守ってくださり、ここまで導いてくださった。先生の温かいご指導がなければ、このような小論であっても、纏めることなどとても適わなかった。さらに言えば、広島に帰郷した折、なんのつながりもなかった私を先生が温かく迎えてくださらなければ、学究を継続する機会すらつかむ事ができなかつただろう。働きながら博士課程をやり遂げたいという私の無謀な思いも、何の疑問も挟まずに受け入れて下さった。深く感謝申し上げたい。本研究をまとめることで、先生から頂いた学恩に対して米粒ほどでも報いる事ができていたら望外の喜びである。また、同科教授森邊成一先生、並びに、同科教授吉田修先生には副査としてご助言を戴くとともに本論文をまとめるにあたり貴重なご指導を戴いた。ここに深謝の意を表す。

広島市立大学広島平和研究所副所長（教授）水本和実先生、並びに、同研究所准教授の福井康人先生からは、現在の職場に配属されて以来、軍縮問題一般について、あるいは人道法と兵器の規制の問題について、折に触れてご意見を拝聴する機会に恵まれた。福井先生からは、先生の御論考を公刊に先駆けて拝読させていただいたことなど、日頃から学究への刺激を与えて戴いた。本研究中の不必要な苦痛禁止原則の考察は、広島平和研究所が発刊している「広島平和研究」第4号への投稿論文を基礎としている。転載を認めて頂いた広島平和研究所の皆様に対してもここに深く感謝の意を表すものである。

社会科学の研究を行うにあたり、調査研究の基本となる、資料集めが重要である事は言をまたない。本研究をまとめるにあたり、広島大学東千田図書館の皆様に変にお世話になった。ここに記して感謝したい。

また、筆者が在籍している広島県平和推進プロジェクト・チームの同僚や上司にも、感謝の意を表す。「核兵器の使用と国際人道法との両立性」というテーマでの論文執筆を決めたのは、当チームが主催した国際会議の議論を聴講する機会に恵まれたことがきっかけだった。担当として関わった「ひろしまレポート」作成事業では、(公財)日本国際問題研究所の연구원の方々とともに仕事をする機会にも恵まれた。これも核軍縮問題一般への理解を深めることに繋がった。提出へ向けた最終期に仕事を休みがちとなった私に対し常に「期待している」と励ましてくれた下

崎課長、直属の上司であり県の平和行政一般について常に温かくご指導頂いた坊田主幹、そして研究者としての先輩でもある田澤主任に対し深く感謝を申し上げる。さらに、県の被爆者支援課にて勤務していたおり、在外被爆者援護事業を懇切に教えて下さった福原参事にも深く感謝を申し上げたい。また、前職である(公財)広島平和文化センターの皆様にも感謝を申し上げたい。本研究の執筆にあたって、くじけそうになる際、いつも思い返していたのは、前職で学んだ被爆の実相の悲惨さ、そして被爆者の方々の核廃絶に向けた思いであった。

最後に、私事ではあるが、広島大学での学究生活を常に傍で支えてくれた妻と、二人の子供への感謝を記す事を許してほしい。妻は自身も公務員として勤務する傍ら、育児を放ったらかして学究にいそむ私を理解し、研究に向かう時間を絶えず確保してくれた。家族の支えがなければ、本研究はととも成り立たなかつただろう。妻は日頃から「私が書いているようなもの」と公言してはばからない。ある意味その言は正しい。研究内容については、もちろん筆者に全責任があるが、纏める事ができたのは彼女の力による。思えば大学院への進学を後押ししてくれたのも彼女だった。ここに深く感謝したい。6年間ありがとう。