論 説

核兵器使用の違法性研究
——モクスレイの国際法論概観

浦 田 賢 治*

序

第1章 問題関心の概観

第2章 国際司法裁判所が提起した問題

第3章 米合衆国の立場の問題

第4章 訴訟にかかわる論点の提示

結語

序**

早稲田大学比較法研究所の叢書の一冊として『核兵器使用の違法性——国際司法裁判所の勧告的意見』（2001年）を出版してからかなりの時間が経過した。その監訳者序言のなかで私は、核兵器使用の問題に適用できる国際法の原則を分析したモクスレイの書物に言及した⁽¹⁾。チャールズ J. モクスレイ（Charles J. Moxley, Jr.）の著作『冷戦後の世界における国際

* 2005年4月から早稲田大学名誉教授

** 本稿の執筆にあたり、伊藤勸氏には英語文献の邦訳作業で助力いただいた。また山田寿則氏には国際法上の訳語の吟味などについて助言をいただいた。このことを記し両氏に厚く謝意を表したい。しかし本稿に現れた誤りや適切でない記述の責任はすべて私自身が負うものである。

(1) ジョン・パローズ著『核兵器使用の違法性——国際司法裁判所の勧告的意見』（浦田賢治監訳、伊藤勸・山田寿則共訳、早稲田大学比較法研究所叢書第27号、2001年）9頁。

法と核兵器』(2000年)である⁽²⁾。(以下では、本書または『国際法と核兵器』と略称することがある。)

核兵器使用の違法性に関する研究が、ヒロシマ・ナガサキへの原爆投下後、誰によって、何時始められたかという点は、いまのところ定かでない⁽³⁾。だが国際反核法律家協会 (IALANA) などによって国際司法裁判所の勧告的意見が求められたことを契機に、とりわけ1996年にこの勧告的意見が示されたことをめぐって、この違法性研究はさらに大きく進展したといえることができる。(上記『核兵器使用の違法性』の山田寿則氏作成の文献目録を参照していただきたい)⁽⁴⁾。なかでも800頁を超える大著であるモクスレイの書物は、その大きな研究成果のひとつである。

私は本書の研究成果を通じて、核兵器使用の違法性に関する自らの研究作業をすすめ、研究成果をようやくここに発表できるにいたった⁽⁵⁾。一般に核兵器使用の違法性に関する研究の発展に寄与すること、当面とりわけ

(2) Charles J. Moxley, Jr., *INTERNATIONAL LAW AND NUCLEAR WEAPONS IN THE POST COLD WAR WORLD*, Austin & Winfield, University Press of America, 2000.

(3) 例えば、原子爆弾による広島・長崎攻撃の違法性に関する日本政府の見解表明などについて次の文献を参照、松井康浩著『原爆裁判』(新日本出版社、1986年)；岩垂弘＝中島竜美編『日本原爆論大系』(日本図書センター、1996年)など。なお、日本人研究者による英語で発表された業績として、Hisakazu Fujita, *INTERNATIONAL REGULATION OF THE USE OF NUCLEAR WEAPONS*, Kansai University Press, 1988がある。

(4) 山田寿則氏作成の「核兵器の合(違)法性に関する文献目録」および「核兵器勧告的意見に関する文献目録」がある。前掲註(1)『核兵器使用の違法性』438-462頁。なお、1997年夏の時点での「ICJ 勧告的意見」に関する文献目録のひとつとして、次のものがある。

Peter Weiss (guest editor), *Symposium: Nuclear Weapons, the World Court, and Global Security; Bibliography*, in *Transnational Law & Contemporary Problems*, A Journal of The University of Iowa College of Law, Vol. 7, No. 2, Fall 1997, at 487-493.

(5) 参照。緊急論稿であるため誤りも不適切さもあるが、次の論文がある。浦田賢治「核兵器使用・威赫の違法判断——国際司法裁判の勧告的意見を読む」『法と民主主義』第310号、1996年7月、22-24頁。

モクスレイの見解に関して概観を示すこと、これが本稿の課題である。この中には、核兵器使用の違法性を根拠として例えば米合衆国で訴訟を提起する場合、それに関連するも諸もろの論点を提示することもふくまれている⁽⁶⁾。

第1章 問題関心の概観

1-1 経歴 モクスレーは米合衆国ニューヨークに事務所を置く弁護士である。彼の専門知識は、合衆国全土の連邦及び州の裁判所における複雑な有価証券と商事紛争にかかわる訴訟問題に集中しているという。これは、セント・ジョン大学法学部及びニューヨーク大学法科大学院での訴訟関連科目の授業の経験から得たものを含む。更に、モクスレーは軍備制限の分野において法律家団体の中で長年にわたり活動してきた。現在、出身大学であるフォーダム大学法科大学院で、「国際法と核兵器」に関するセミナーを担当する特任教授である⁽⁷⁾。

1-2 問題関心の要点 モクスレーの本書「まえがき」(Preface)⁽⁸⁾を要約する形でモクスレーの問題関心の要点をまず概観しておきたい。

第一はモクスレーの見解の核心に触れている。「この書物の命題は、核兵器使用は、合衆国により認識されている国際法のルール及び合理的な議論の余地のない事実に基づき当然違法である (*per se unlawful*) とするこ

(6) モクスレイは2003年秋以降、特任教授としてフォーダム法科大学院 Fordham University School of Law でセミナー（論文執筆講座）を担当している。そこで、核兵器の使用又はその威嚇の適法性分析のため重要問題となる様々な研究主題について述べている。The syllabus on Nuclear Weapons and International Law (Fall 2004): <<http://law.fordham.edu/homejump.ihtml?pageid=173>>.

(7) フォーダム大学法科大学院のウェブサイトのうち <<http://law.fordham.edu/homejump.ihtml?pageid=173>> を参照。

(8) Note 2: Moxley *at xx*.

とにある」(xxvii)⁽⁹⁾。この結論にいたる論述を、次のように「法の支配」の重要性から説き起こしている。「我々が国民として法の支配を遵守するか否かは、わが国の国民性にとって重要な大問題である。わが国が法の支配の遵守を基盤に建国されたことを我々は誇りにしている」(xxv)。

しかるに「核兵器に関する法の支配の遵守については、深刻な問題が存在する。」(xxv)これが問題関心の第二であり、モクスレーの情勢判断にかかわる。いまや「冷戦及び合衆国の核兵器への依存状態が終焉した。それと共に、この問題の解決への真剣な取り組みが可能な政治情勢が出現している。よく言われるように、現在は確かに歴史的な機会に恵まれた時である。解決への真剣な取り組みが必要な時でもある」(xxv)。

こうして第三にモクスレーは、核兵器及びその他の大量破壊兵器の拡散並びにテロの脅威に伴って、「核兵器自体が主要な敵、いかなる敵対勢力よりも脅迫的な敵となっている。」(xxv)と指摘する。事態をこのように深刻に受け止めると同時にモクスレーは、次のように可能性を認識している。「国際法による取組は実現不可能ではなく、むしろ合衆国が核兵器問題を收拾する際の突破口を開く最高の見込みを与えてくれる可能性がある。核兵器の正統性の否定ならびに予想される最終的な非核化と規制は、化学兵器及び生物兵器の場合と同様に、少なくとも表向きには、現行の核兵器体制を継続することに比べてより高い次元の安全保障の見込みを与えてくれることになる」(xxv-xxvi)。これは核兵器と安全保障に対する国際法の役割について、その肯定的な側面を強調しているのである。

第四の関心事は核兵器に関する国際法の法的性質についてである。まず核兵器及びその他の兵器に適用可能な武力紛争法のルールを含む国際法が、国土の法 (the law of the land) であると指摘する。合衆国はこのことを長年にわたり認めてきた。次に核兵器の潜在的な使用の領域は政治の領域であり、国家の防衛政策の柱であるかもしれないと言いつつ、「それは実施されている法のルールの支配下に置かれるべきものである。」(xxvi)

(9) Moxley at xxvii を表示する。以下同じ。

とのべている。このようにモクスレイは、武力紛争法のルールを含む国際法が米合衆国憲法の規定に明示されているように⁽¹⁰⁾、それは実定国内法の法源だということを指摘しているのである。

第五点としてモクスレイによると、核兵器体制の擁護者も反対者も、核兵器使用の問題に適用可能な法の規則の概要については一般的に意見が一致している。また事実も一般的に公開され既によく知られており、少なくとも表向きは合理的な議論をするまでもない。しかし意見の不一致が表面化するのには、次の事情によると強調する。「直視するなら認識されている事実と法の歪曲、表向きは政治的かつ戦略的な理由による歪曲、並びに事実に対する法の適用による影響の受け入れを拒否すること、主にこうした結果によるものと考えられる」(xxvi)。こうした歪曲や拒絶こそ、法源認識の不一致を産んでいるというのである。

最後に第六点目として、核兵器使用に関する国際司法裁判所の勧告的意見の問題に論じおよぶ。思い起すと、世界保健機関（WHO）に続いていまから10年余り前（1994年）、国際連合総会は国連の主要な司法機関である国際司法裁判所（ICJ）へ、その勧告的意見を求めて、核兵器の使用又は威嚇が適法であるか否かの問題を提出する決議を採択した。この際出廷した諸国の中に合衆国も含まれており、「合衆国は核時代を通して維持してきた立場、即ち核兵器使用は法のルールに支配されるが、抽象論で査定されるべきものではなく、むしろ個々の特定の使用がそれぞれ査定される必要があるという見解を示した」(xxvi-xxvii)。続けて、モクスレイは言う。「出廷した際の合衆国の立場は衝撃的なものであった。合衆国はその兵器庫の大部分を占めている高度の威力を有する核兵器について、その適

(10) 米合衆国憲法第6条。核兵器使用の法的問題に関して例えば、次の文献がある。

Martin Feinrider, *International Law as Law of the Land: Another Constitutional Constraint on Use of Nuclear Weapons*, in Arther S. Miller & Martin Feinrider (Eds.), *NUCLEAR WEAPONS AND LAW*, Westport, Connecticut: Greenwood Press, 1984, at 83-106. (ISSN 0147-1074; no. 31)

法性を主張するのではなく、大統領の声明によれば、国家政策として実質的に重視されなくなった比較的少数の低威力の高精度核兵器を防衛の限度だと基本的に定めたというのである。(これは) 実質的に事実と法を歪曲するものであったと思われるが、このことによって始めて合衆国は、上記の低威力核兵器を擁護できたのである」(xxvii)。

以上の記述を通じて読み取ることができる核心命題は、次のことであると考えられる。モクスレイの問題関心は、核兵器使用に関する国際司法裁判所の勧告的意見を読み解くこと、この作業を通じて核兵器使用は合衆国により認識されている国際法のルール及び合理的な議論の余地のない事実に基づき、当然違法であると主張することである。

1-3 研究方法 ではモクスレイによる研究方法の特徴は何だろうか。それを次の3点に要約してみよう。

まずそれはモクスレイの経歴に根ざした研究方法であり、いわば厳格な訴訟の手法による分析である点にある (xxvii)。それは核兵器に関する政治的なあるいは法哲学・法思想による批判あるいは分析でもなく、また道徳または倫理によるそれでもない⁽¹¹⁾。モクスレイの分析は、法律家による不法行為法や刑法における法の解釈・適用に通じるような法と事実の関係を対象として展開されている。ここに彼の分析手法の特徴がある。その研究成果の実益の1つは、核兵器使用の違法性論とかかわって訴訟を提起することである。

(11) こうした視点からする論説はきわめて多数にのぼるが、ここでは、次の文献だけを挙げておく。John Rawls, *Fifty Years after Hiroshima* [1995], in JOHN RAWLS COLLECTED PAPERS, edited by Samuel Freeman, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999, at 565-572. 民主制下の人民にとっての武力紛争法 (jus in bello) の原則に照らすと、1945年8月時点では米国は「極限的な危機の場合」ではなかったこと、またトルーマンにステーツマンシップがなかったという事実などを、ロールズは強調している。Jonathan Granoff, *Nuclear Weapons, Ethics, Morals, and Law*, in: Brigham Young University Law Review, Vol. 2000, No. 4 at 1413.

そこで第二にモクスレイは、本書「序文」によると、まずもって、法と対比される事実について、次のようにのべている。核兵器使用に関する審理と判断において「裁判所は、事実を掌握していなかったのかもしれないし、あるいはおそらく関連性があるであろう事実の限界を十分に認識していたのかもしれない。しかし、事実は実在しており、一般的に機密扱いにはなっておらず、公に入手可能なのである。我々はそれらを確認し、議論のテーブルに乗せ、適用可能な法の観点からそれらを査定する必要がある」⁽¹²⁾。モクスレイは、このために「情報公開法」(FOIA)に基づいて多くの関連文書を入手し、検討している⁽¹³⁾。

さらに第三点として、モクスレイの分析は法の性質に応じて展開される。次の2つの段階に区別して進められるのであって、ここにも、分析手法の特徴があるということが出来る。第一段階はさらに2つに分けられる。まずモクスレイは合衆国により明確に述べられている適用可能な法を明らかにし、次に核兵器に関する広く認められ、表向きは議論の余地のない事実⁽¹⁴⁾に、その法を適用する⁽¹⁴⁾。この法は、いってみれば米合衆国が認めている実定国際法である。第二段階では、合衆国が認めている実定法に対し追加できる法、つまり国際法の拘束的原則であると見なされるほど広く認識されていると考えられる特定の法の原則を明らかにし、それらを核兵器に関する事実⁽¹⁵⁾にありのままに適用するのである⁽¹⁵⁾。

1-4 本書の構成 総じてモクスレイが認識した合衆国の立場及び国際司法裁判所の示した判断は、本書の第I部（第1章から第3章まで）に収められている。また追加される法原則は第II部及びIII部（第4章から第14章まで）で記述されており、さらに事実は第IV部（第15章から第28章ま

(12) Moxley at 1.

(13) 本稿の末尾にしめした「参考資料」のうち、米合衆国の軍事教範などがそれである。

(14) Moxley at 2, see Chapters 2 & 3.

(15) Moxley at 3, see Chapters 4-14.

で)に取められている。モクスレイの結論は、第V部(第29章と第30章)に示されている⁽¹⁶⁾。

1-5 本稿の研究方法 それはまずもってモクスレイの分析手法にならうものである。そこで本稿ではとりわけ次の点に注目したい。それはモクスレイの分析の出発点とされていることであって、核兵器使用に関する合衆国の立場及び国際司法裁判所の判断である。(国際司法裁判所について、以下単に当裁判所あるいはICJと略記することがある。)モクスレイの研究は、国際司法裁判所の判断で到達した研究課題を提示し、そこから研究を始め発展させている。しかもモクスレイの研究の特質は、自分がその市民である米合衆国の政府の立場について明確な分析をおこない、その見解にたいする忌憚のない批判をおこなっていることにあるということができらるだろう。

1-6 本稿の構成 本稿ではまず国際司法裁判所の判断の問題点を明らかにし(第2章)、次に合衆国の立場を分析してその問題点を明らかにする(第3章)。その上で訴訟提起上の問題をめぐる諸々の論点を整理し、そのいくつかを提示して見たい(第4章)。

第2章 国際司法裁判所が提起した問題

2-1 経緯と特徴 モクスレイが強調している諸点を、ここで概観しておきたい。

いまではよく知られているように国連総会は1994年12月15日に採択された決議第49/75号によって、国際司法裁判所の勧告的意見を求めて、次のように問題を提起した。“いかなる状況においても、核兵器の使用又は核兵器による威嚇は、国際法の下で許されるのか”⁽¹⁷⁾。

(16) Moxley at 3.

これを受けて当裁判所は、1996年7月の勧告的意見の結論《主文 (dispositif)》である105項において、核兵器の使用又は核兵器による威嚇は、“武力紛争に適用可能な国際法の規則、特に人道法の原則及び規則に一般的に反することになるであろう”と述べたが、“国際法の現状及び利用可能な事実の要素を考慮すると、当裁判所は、核兵器による威嚇又は核兵器の使用が、国家の存亡が危機に瀕している自衛の極限状況において、適法であるか違法であるかを断定的に決定し得ない⁽¹⁸⁾”とも述べた。

モクスレイによると、当裁判所は勧告的意見において、核兵器使用の適法性の問題に関して微妙かつ終局的には曖昧な均衡を図る形で、その考察結果を公表したが、その考察には核兵器の破壊性、人道法の制約、自衛権、核抑止の慣行、進行中の核兵器抑制の政治的措置及び核兵器保有国が世界における最強国であるという現実が含まれていた。当裁判所は、起こり得る影響を考えると、核兵器使用は一般的に武力紛争法に違反することになるであろうが、現行国際法の下では、当裁判所は、国家の存立自体が危機に瀕しているという極限の状況における使用が、適法となるのかそれとも違法となるのかを決定するに足る十分な事実を持たないとの結論を下した⁽¹⁹⁾。

モクスレイは当裁判所の判断には、次のようないくつかの重要な特徴があると指摘する。

- ・ 核兵器の使用又は威嚇は一般的に違法性だという力強い宣言である⁽²⁰⁾,

(17) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C.J. Reports 1996*, [hereinafter Nuclear Weapons Advisory Opinion] ¶ 1, at 4-6, General List No. 95 (July 8, 1996) available at <<http://www.icj-cij.org/>>.

(18) Nuclear Weapons Advisory Opinion ¶ 105. E., at 44.

(19) Moxley at 155.

(20) 核兵器の使用とその使用の威嚇との同義性については、国連憲章第2条4項の規定が参照されている。Nuclear Weapons Advisory Opinion ¶ 47, at 24. Cf. Judge Weeramantry's dissenting opinion, Nuclear Weapons Advisory

- ・ 遠隔地の攻撃目標に対するごく限られた数量の低威力戦術核兵器使用の影響は制御可能かについて問題を提起している、
- ・ 自衛権に対して重点的な関心を集中している、
- ・ 核兵器の擁護派及び反対派双方に安堵感を持たせるような言葉遣いをしている⁽²¹⁾。

2-2 事実に関する確信のなさ モクスレイによると、当裁判所の事実に関する確信のなさは、低威力戦術核兵器は放射線影響を含む影響を制御可能な精度を持って目標を定め、使用できるのか否か、高威力核兵器の使用あるいは低威力核兵器の多重使用へのエスカレーションを招かない形で使用できえるのか否か、これらに関する争点に明らかに集中していた。「適用可能な証拠が欠如していたため、ひとつには明らかにその役割が勧告的な性格のものであるという理由で、当裁判所は、このような問題に関する危険要因の分析に引き込まれることを拒否した」⁽²²⁾ というのである。

2-3 法的判断の曖昧さ モクスレイは、当裁判所の判断には曖昧さが残るとして、つぎのように分析している。まず判断の主要な法律上の曖昧さである。これは「自衛権が人道法に優先するか否か、たまたもし優先するとしたら、すべての核兵器についてそうなのか、それとも低威力戦術核兵器についてのみそうなのか」^(22a)、これらに関する問題に集中していた。

最初の曖昧さは主に法的なものである。それは公表した決定の論理構築の仕方に由来している。すなわち当裁判所は、一般的な、あるいはもしか

Opinion at 429.

(21) Moxley at 156.

(22) Moxley at 156-7.

(22a) Moxley at 157.

すると全面的な違法性を認める決定に繋がったかもしれない武力紛争法の要件を詳細にわたって検討した。しかしそれに続いて、それとはまるでまったく異なる審議の帰結として結論の文言を追加したかのように、少なくとも国家存亡の危機に瀕しているという極限の状況においては、自衛権が優先することを示唆している。このように間違いなく解釈できる言葉遣いを用い、さらに続いて自衛権の広範にわたる記述をおこなったのである⁽²³⁾。

2-4 自衛の例外的状況 2つ目の曖昧さは核兵器使用の影響に関する事実問題に主によるものである。しかしこの曖昧さはまた、勧告的意見の本文における詳細にわたる論述とその主文の文言との間の明らかな不一致にも由来している。すなわち、まず当裁判所が焦点を当てたのは低威力戦術核兵器の影響に関する事実について確信のなさであり、このような兵器については未だ判断できないと表向きは示唆しておきながら、次には自衛の例外的な状況においては核兵器使用が適法でありうるということに関する判断を広範囲にわたり述べた。自衛の場合において、このような適法の可能性を低威力戦術核兵器の限定的使用に明確に限定することなく、結論づけたのである⁽²⁴⁾。

2-5 解釈の指針 事実上このような曖昧さを認め、おそらくその勧告的意見の組み立てに内在する避け難い政治的過程を示唆する目的であると思われるが、当裁判所はその結論に先立つ最終パラグラフの中で、この意見全体を実効性のあるものにするため、この意見を構成するすべての部分は他の部分との相互関係を踏まえて解釈されるべきであると述べたのである⁽²⁵⁾。

(23) Moxley at 157.

(24) Ibid.

(25) Nuclear Weapons Advisory Opinion ¶ 104, at 43. In: Moxley at 157.

2-6 法廷意見と個別意見 15名の判事のうち欠員1名を除く14名の判事⁽²⁶⁾が審理に加わったが、その全員が出廷して決定の言い渡しが行なわれた。当裁判所の総合的な結論は表向き7対7で対立したので、裁判所長であるベジャウイ判事の決定投票で法廷意見が形成された⁽²⁷⁾。しかしこの裁判では15の意見が存在したのであって、すなわち、法廷意見、5つの宣言《ベジャウイ、ヘルツェグ、史、ヴェレシエチン及びブラボー各判事》、3つの個別意見《ギョーム、ランジェバ及びフライシャウア各判事》及び6つの反対意見《シュベール、小田、シャハブディーン、ウィーラマントリー、コロマ及びヒギンズ各判事》があり、全体的にこの問題に関する多種多様な意見を構成している。法廷意見及び個々の判事の意見は、この問題を解決するものではないが、更なる分析及び法の継続的な発展のための基礎を築くものとなっていることは確かである、とモクスレイは分析している⁽²⁸⁾。

2-7 一般的違法説が圧倒的多数 様々な意見を分析すると、一般的な違法性に関する当裁判所の判断は、単に7名ではなくより大きな支持を受けていたことが明らかになってくる。3名の反対意見の判事であるシャハブディーン、コロマ及びウィーラマントリーは、当裁判所の判断が十分満足できるものではないという根拠で反対した。かれらは核兵器のすべての使用又は使用の威嚇は、当然違法となるとの判断を下した⁽²⁹⁾。これにより、核兵器使用が一般的に違法となると決定した判事の数10名に達

(26) Judge Shahabuddeen (Guyana), Koroma (Sierra Leone), Weeramantry (Sri Lanka), Bedjaoui (Algeria), Herczegh (Hungary), Bravo (Italy), Ranjeva (Madagascar), Fleischhauer (Germany), Vereshchetin (Russia), Shi (China), Schwebel (U.S.), Higgins (U.K.), Guillaume (France), and Oda (Japan).

(27) 国際司法裁判所規程 (I.C.J. Statute) 第55条2項の定めによる。

(28) Moxley *at* 158.

(29) Nuclear Weapons Advisory Opinion ¶ 105 (2) B, *at* 44.

し、この最も重要な問題に関する過半数を実質的に占めているのである⁽³⁰⁾。

2-8 法廷意見の中の当然違法説 法廷意見に賛成した7名の判事のうち、2名の判事、ベジャウイ及びヘルチェグは、核兵器のすべての使用は当然違法であるとするシャハブディーン、コロマ及びウイーラマントリ各判事の反対意見と同意見であった。3人目のブラボー判事は、このような見解に近い見解を持ち、核兵器使用は、国連憲章の基盤形成にかかわる決議での、当初からのこのような違法性の認識に基づき禁止されるとの判断を下した。だが彼は更に幾分曖昧ではあるものの、このような違法性の明確化は、冷戦の出現により阻害されたが、禁止自体は実行されていなくとも依然有効であるという趣旨の判断を示した⁽³¹⁾。

この判断によって、6名の判事が核兵器使用は当然違法という見解を一般的に支持したことになる。7人目の判事であるランジェバは、核兵器使用は一般的に違法であり、自衛のためにこのような兵器を使用することは法のルール (the rules of law) に服すること、また“一般的な”違法性の決定は、“大多数の場合及び原則として”という意味であることという幅広い判断を示した⁽³²⁾。

2-9 合衆国の見解を支持するもの 法廷意見に加担した残りの3名の判事の中で、フライシャウア判事は自衛のための例外を支持し、ヴェレシェチン判事は、国際法が包括的で総合的なルールにまで発展していないことによる「裁判不能」(non liquet) の存在を一般的に支持した。史判事は詳細を公にしなかった。4名の残り反対意見を公にしたシュペーベ

(30) Moxley at 158.

(31) Moxley at 158-9.

(32) Individual opinion of Judge Ranjeva, Nuclear Weapons Advisory Opinion at 72.

ル、ヒギンズ、ギョーム及び小田の各判事は、法廷の判断を行き過ぎであるとして反対した。これらの判事は、いかなる威嚇又は使用についても、その適法か否かは、個々の場合に基づきなされるべきだとの判断を示した。これらは基本的には合衆国の全体的な見解を支持するものになっている⁽³³⁾。

2-10 回答されていない問題 しながら法廷意見には、回答されていない問題が多く残されているとモクスレイは言う。例えば、それには次の6つの事項を含むとしている。

(a) 裁判所は、軽微かつ制御可能な放射線影響を持つ低威力高精度戦術核兵器のみが、仮にそのような兵器が存在するとしたら、適法となる可能性を秘めていると主張しているのか、それとも戦略核兵器の大規模な使用も適法となる可能性が残されているのか。

(b) 武力紛争法（人道法）の一般的規則と自衛に関する法とはどのような関係にあるのか。国家の自衛権は人道法に制約されるのか、あるいは自衛権は、人道法とは無関係に存在しており、また人道法に優先するものなのか。

(c) “自衛の極限の状況”という区分が意味するものは何か。

(d) 核兵器保有国が抑止政策に追随しているという事実は、法的にどのような重要性を持つのか。

(e) 武力紛争法には“裁判不能”とするような欠落部分が存在するのか——例えば、核兵器に対応する、又は完全に対応するまでに発展していないといった欠落部分である。

(f) 違法な結果に関する蓋然性は、法的にどのような重要性を持つのか⁽³⁴⁾。

モクスレイによると、当裁判所の判断が核兵器使用に対する実行可能な

(33) Moxley at 159.

(34) Ibid.

制限をどの程度まで反映しているかは不明である。国連憲章の下では、国家は強制措置の場合を除き、個別的自衛あるいは集団的自衛の場合にのみ武力を行使できることを考えれば、核兵器が自衛の場合にのみ使用可能だとする制限では、あまり意味のある制限とはならないと思われる⁽³⁵⁾。だが当裁判所は“国家存亡の危機に瀕している”ときの“自衛の極限の状況”に言及しているから、おそらくこれが制限となるのであろう⁽³⁶⁾と指摘している。

2-11 欠落している事実 そして「更なる、おそらくより重要な制限は、欠落している事実及びその潜在的な重要性に関連しているのであろう。」といい、「もしこのような事実が発見され、合法的な使用と矛盾したとすれば、そのような事実は、法廷の手法に従い、当然違法であることを確立できるのであろうか。」⁽³⁷⁾と続けている。

2-12 小括 モクスレイは、このように少なくとも10数点にわたって国際司法裁判所が提起した問題の特徴を示し、これを整理している。

この小括では、本章の記述の要約をするのでなく、今後の記述に重要な関連を有すると思われるいくつかの点を指摘するにとどめる。

まず、モクスレイが挙げた当裁判所による判断には4つの特徴が指摘されたが、それらは、次の2つの側面に分けられる。(a) 核兵器の使用は一般的に違法性という力強い宣言があると同時に、(b) 他面で、低威力戦術核兵器使用の影響を制御できるかという事実問題が確認されており、また自衛権に関心が集中していることである。

次に裁判所の判断の曖昧さである。これには法律上の曖昧さと事実上の

(35) Dissenting opinion of Judge Shahabuddeen, *Nuclear Weapons Advisory Opinion at 375*.

(36) *Moxley at 160*.

(37) *Ibid.*

曖昧さがあるが、それはとりわけ裁判所の事実に関する確信のなさに由来するものでもある。この点は、低威力戦術核兵器が放射線影響を制御可能な精度を持って目標を定め、攻撃できるか否かといった軍事技術的な側面の認識や評価に集約されるのである。

さらに、法廷意見には回答されていない問題が多く残されており、それには6つの事項を含む。これらは、今後それぞれに多様な解釈を生んでゆくのである。

第3章 米合衆国の立場の問題

3-1 「序文」による要約 モクスレイが捉えた「合衆国の立場」(U.S. Position) は、まず本書「序文」(Introduction)⁽³⁸⁾にその要約が述べられている。これを基にして、第2章「合衆国の観点から解釈された法」および第3章「合衆国により適用される法」の記述にも触れながら、「合衆国の立場」を次の4点に要約してみよう。なお、本書の記述は合衆国がICJに提出した文書とそこでの口頭陳述を素材とするところが多い。このことを付記しておきたい⁽³⁹⁾。

まず核兵器の使用は推定上適法だ、なぜなら特に核兵器使用を禁止する条約上又は慣習法上のルールは存在しないからだ、というのが合衆国の立場である⁽⁴⁰⁾。

(38) Moxley *at I*.

(39) Written Pleadings (合衆国の陳述書 (U.S. ICJ Memorandum/GA App.) を含む) と Oral Pleadings (CR 95/34, 15 November 1995を含む) は、次のウェブサイトで見ることができる (<http://www.icj-cij.org/icjwww/icasess/iunan/iunanframe.htm>)。合衆国の口頭陳述は、CR 95/34の55頁以下に記載されている。

(40) See JOINT CHIEFS OF STAFF, DOCTRINE FOR JOINT NUCLEAR OPERATIONS, Joint Pub 3-12, (Dec. 15, 1995), available at http://www.dtic.mil/doctrine/jel/new_pubs/jp3_12.pdf [hereafter DOCTRINE FOR JOINT NUCLEAR OPERATIONS]. In: Moxley *at 105-107*.

しかし第二に合衆国は、武力紛争法の既存のルールが、いかなる兵器の使用にも適用されることを認めている。このルールには必要性、均衡性、攻撃目標の区別、文民の敵対行為からの免除、中立性、制限及び人道を含む。更に核兵器の使用は、もしこの条件の下で、これらのルールのいずれかに違反することがあれば違法になるであろうことも認めている。さらに核兵器は通常兵器と区別できないのであり、その使用の適法性はそれぞれの潜在的使用の特定の状況に基づき、ケース・バイ・ケースの基準で決定されるべきだと合衆国は主張している⁽⁴¹⁾。

第三に、このような立場を表明する中で、合衆国は、これらの規則の下では、核兵器使用の適法性は核兵器使用による潜在的な影響に主に左右されることを認めている。核兵器使用の潜在的な適法性に関する国際司法裁判所（ICJ）での合衆国の弁論は、その大部分が、合衆国の主張するある種の核兵器（表向きには、低威力精密戦術核兵器）を、放射能及び表向きにはエスカレーションに対する影響を含むその影響を制限及び制御できる方法並びに状況で使用可能な能力を前提としていた⁽⁴²⁾。

第四点として、使用の影響が制御不可能であり、攻撃中に実際に制御されなかった場合、更に、特定の任務を遂行するために核兵器を使用する必要が実際になかった場合即ち、通常兵器で事足りた場合には、また被保護者に対する影響が攻撃の具体的かつ直接的な軍事利益と不均衡であったと考えられる場合、同様に、影響が、被保護者に対する不均衡な付随的損害を回避できるよう軍事目標と非軍事目標とを区別できなかった場合、そのような核兵器使用は違法となるであろうことを認めている。この点は、とりわけ第2章「合衆国の観点から解釈された法」の詳しい記述を通じて論じられている⁽⁴³⁾。

(41) See Conrad K. Harper, Michael J. Matherson, Bruce C. Rashkow, and John H. McNeill, Written Statement of the Government of the United States of America (June 20, 1995), in Moxley *at* 132.

(42) See U.S. ICJ Memorandum/GA App *at* 23. In: Moxley *at* 126.

(43) See Moxley, Chapter 2: The Law as Applied by the United States (*at*

しかしながら ICJ における合衆国の弁論は要するに核兵器使用は適法だということであり、その論拠は核兵器（表面上は、少数の低威力精密戦術爆弾）を、遠隔地の個々の軍事目的に対して正確かつ直接に着弾させること、これに伴う核放射能を制御及び限定すること、そして多数の非戦闘員を危険にさらさないことが可能であるという論旨に基づくものであった。更に、合衆国は、核兵器使用の潜在的な影響は、実質的に現行の通常兵器の使用による影響と異ならないと述べたのであり、また低威力核兵器の限定的使用が、必然的に戦略核兵器の交戦へと段階的に拡大するであろうという主張に反論したのである⁽⁴⁴⁾。

3-2 拘束的法規範の存在 さらにモクスレイは、合衆国が核兵器使用の問題で、拘束力のある法規範が存在することを認めた点に、今一度注目している。

「現存する明確な政治的な問題及び国家安全保障上の問題があるにもかかわらず、この領域にも法が存在すること、また合衆国はこのような法⁽⁴⁵⁾を認めていて、この後明確になるように、その軍事教練及び不測事態対応計画に実際それを組み込んでいることは驚くべきことである。更に驚くべきことは、核兵器体制の支持者も反対者もこのような根拠となる法の規則の実体について一般的に意見が一致しているように考えられることである」⁽⁴⁶⁾。

3-3 モクスレイは、ここから「法に関する合衆国の陳述に基づく分析」に進む。

205).

(44) See ICJ Hearing, CR 95/34, November 15, 1995 at 68. In: Moxley at 132.

(45) Moxley at 2. ここでモクスレイは、事実上争点となっている国際法のその他の側面があることを注記している。

(46) Moxley at 2. See ICJ Hearing, CR 95/34, November 15, 1995 at 78 (quoting Preamble, 1907 Hague IV). In: Moxley at 123.

3-3-1 分析の基盤 モクスレイは分析の基盤を「合衆国自身の適用可能な法に関する陳述及び本質的に議論の余地のないほど広く認識されている事実の陳述」⁽⁴⁷⁾に置いている。第1章は「米合衆国の観点から解釈された法」を論じており、そこで例えば「教練、目標立案及び軍隊指導という目的で、作戦活動を遂行する際の法的制限に関する法を解説した軍事教範を通して、『武力紛争法』は合衆国軍隊に伝達されている」と述べている⁽⁴⁸⁾。第2章は「米合衆国によって適用される法」を論じており、ここでは例えば、ICJでの合衆国の陳述にみられる軍事教範からの引用や核兵器使用に対するこのような規則の適用の問題を検討している⁽⁴⁹⁾。また第2章では、第1章に記述されている適用可能な規則に関する包括的な陳述がある程度省略されていることが分かるが、しかし核兵器使用に対する合衆国の弁論は、その大半が依然事実に基づくものとなっている。即ち、核兵器の影響を法的制限の枠内にどめる方法で、合衆国は核兵器を使用することが可能であるという弁論をおこなったのである⁽⁵⁰⁾。

3-3-2 事実及び適用可能な法 モクスレイは、ここから「事実及び適用可能な法に関する問題」を検討する。「ICJでの核兵器の弁論において、合衆国が遠隔地の攻撃目標に対する低威力核兵器の精密使用の断定的な適法性に重点を置いたことは、核兵器及びその運搬システムの特質と影響に関する事実に基づく立場であるのみならず、その分析に関連する事実の限界に関する潜在的な法律上の立場をも主張したことになる」⁽⁵¹⁾という⁽⁵²⁾。

(47) Moxley at 3.

(48) 本稿の「参考資料——米合衆国の軍事教範」がそれである。例えば、THE NAVAL/MARINE COMMANDER'S HANDBOOK at 8-1. In: Moxley at 39.

(49) See U.S. ICJ Memorandum/GA App at 2, See also 7-47. In: Moxley at 114.

(50) See ICJ Hearing, CR 95/34, November 15, 1995, at 69. In: Moxley at 125.

(51) Moxley at 4.

(52) See ICJ Hearing, CR 95/34, November 15, 1995, at 71. In: Moxley at 128. DOCTRINE FOR JOINT THEATER NUCLEAR OPERATIONS (Feb. 9, 1996).

特に合衆国の立場は次の点を暗示している。すなわち「低威力精密戦術核兵器の限定的使用の適法性査定においては、抽象的に仮説に基づく試験管的な態度で考察すべきであること、また誤った目標を直撃したり、核兵器、化学兵器あるいは生物兵器による反撃の誘発並びに核兵器のより広範囲に及ぶ使用へと結果的に拡大する危険性を含めて、最も限定的な核兵器使用においても必然的に存在する危険要因とは無関係に問題を考察すべきだ」⁽⁵³⁾というのである。しかし合衆国が実際に核兵器使用を検討する可能性のある状況は何か。それは、兵員と装備に対する相当の圧力を伴う明らかに極度の軍事的難局、従って一触即発の状況になるであろう。こうした事実は、ただ上記の危険要因の範囲を拡大することに貢献しているに過ぎない⁽⁵⁴⁾。モクスレイは、このように述べている。

3-3-3 蓋然性に基づく査定 モクスレイは、ここから「蓋然性に基づく査定の必要性」を指摘する。すなわち「攻撃が許される限界を超えると判明した場合、もしも戦争犯罪の訴追が可能であるという少なくとも理論上の見通しをもって、何が起こるかを予期し確認することができるのなら、法による保護（及び抑止）の完全性は維持されることになる。」しかし、とモクスレイは言っている。「核兵器については、このよう事後の判断という贅沢は許されない。もし法が仮にも適用されるのであれば、それは事前になされる必要がある。この時点では、蓋然性による推定値のみを知ることができるだけである」⁽⁵⁵⁾。このように、事前審査を行う必要があると主張している。またモクスレイは次の点を認める。ICJでの米合衆国のこの件の取扱い方⁽⁵⁶⁾から明らかなように、「我々の思索は、問題のこの側面を完全に掌握するに至っていない」⁽⁵⁷⁾。「関連性を持つ事実と蓋然性の適正な処理の限界に関する問題は、合衆国のICJに対する論拠の

(53) Moxley at 4.

(54) Ibid.

(55) Ibid. See Moxley, Chapters 1, 15, 29 & 30.

(56) Moxley, Chapters 2 & 3.

(57) Moxley at 4.

中でも焦点が当てられなかったし、ICJの決定の中で掘り下げて扱われることもなかった」。これらの問題は核兵器問題の中核をなすものだと考えられるのに、これらの問題は核兵器関連の文献の中でもそれほど重要視されてこなかったように思われる⁽⁵⁸⁾とモクスレイは述べている。

またこれらの問題は、「法体系の対応能力の限界を超える問題」でもない。ちなみに正当化できない危険醸成に対する民事責任及び刑事責任の賦課は、世界各国の法の中心的な機能である⁽⁵⁹⁾と、モクスレイは強調している。第1章および第2章で「合衆国の立場」について、また第3章で「ICJの判断」について論述したさいに再検討された適用可能な法のルールは、この文脈において、関連する事実の限界に関する指針、従ってまた法的分析を実行する際に蓋然性に対してなされるべき配慮に関する指針を与えてくれるはずである。そこで必要性、均衡性あるいは攻撃目標区別ならびに文民の敵対行為からの免除と中立性、こうしたルールは条理法（rules of reason）である。したがって法の遵守は、特に核兵器使用の潜在的な影響に関する事実を含む、すべての合理的に得られる事実の観点から評価されねばならない⁽⁶⁰⁾。モクスレイは「蓋然性に基づく査定の必要性」について、このように指摘している。

3-3-4 事実に関する問題の範囲 モクスレイは次のような広範囲に及ぶ事実を分析に取り入れている。

- ・ 核兵器及びその運搬システムの特質、性能及び影響（第15章）。
- ・ 合衆国が核兵器を使用する可能性のある状況に関する合衆国の断定的な政策及び作戦計画並びに他国がどのように行動するかに関する合衆国の想定（第16-18章）。
- ・ 使用可能な核兵器からなる合衆国の核戦力構成及び核兵器の潜在的な

(58) Ibid.

(59) Ibid.

(60) See Moxley, Part V: APPLICATION OF THE LAW TO THE FACTS *at* 651. Also Moxley *at* 5.

使用が、合衆国軍隊の教練及び不測事態対応作戦の主題である（第19章）。

- ・ 合衆国が核兵器の使用あるいは威嚇を検討した時代に関する実際的経験。合衆国がどのような種類の核リスクを冒してきたかの回顧。将来の重大な対立の際の潜在的危険要因（第20章）。
- ・ 合衆国が指定された攻撃目標まで核兵器を誘導できると考えられる正確度に関する蓋然性（第21章）。
- ・ 不注意な使用及び意図的誤使用誘発の危険性を含む、核兵器体制に固有の危険性（第22章）。
- ・ 重大な国際紛争の際に使用される可能性のある核兵器に関する一触即発状況の範囲を示す他国の核兵器保有量（第23章）。
- ・ エスカレーション及びその他の過度の影響の危険性（第24-26章）。
- ・ 核兵器の限定的使用でさえ化学兵器又は生物兵器の使用を誘発するであろうという危険性並びにその逆の危険性（第27章）。
- ・ 今日のハイテク通常兵器が、以前であれば核兵器が検討されたであろう任務を遂行する可能性（第28章）⁽⁶¹⁾。

これは実に広範な問題領域に及ぶものであって、かなり包括的な事実論の展開がされていると思われる。

3-3-5 包括的な事実に基づく当然違法の可能性

その上でモクスレイは、「包括的な事実に基づく当然違法の可能性」を論じる。すなわち、問題はなにかと問えば、「核兵器が使用される可能性のある状況においては、最小限度の核兵器使用でさえも違法化するほど上記の危険要因（Risk Factors）は核兵器使用に固有のものであり、そして深刻なものであるか否かである」⁽⁶²⁾。これが危険要因に関連する各章（第15-28章）の中核的なテーマであり、第29章と30章でその総括を試みている。

(61) Moxley at 5-6.

(62) Moxley at 6.

3-3-6 確立された法原則の適用 更に合衆国は、合衆国が特にこのようなルールに同意しない限り、核兵器使用を禁止する当然のルール (*per se rule*) は存在しないと ICJ に対して主張した⁽⁶³⁾。しかしこのことは、国際法の本質及び起源に関する、また特に上に指摘されているような武力紛争法の一般原則の使命に関する法的問題を提起するのである。では、その意義如何にかかわらず、当然のルールは拘束力を有するのだろうか。それともその当然のルールの適用は、これらの原則が適用される個々の国家の同意に左右されるのであろうか⁽⁶⁴⁾。モクスレイはこの問題を第1章及び第29章で取り上げている。

3-3-7 戦争犯罪責任に不可欠な心的態度 さて、危険の醸成に対する潜在的な有責性を扱う一つの方法は、当該違反に必ず伴う心的態度に依存させる方法である。例えば合衆国の核兵器使用が違法であるためには、核兵器のある特定の使用が許されざる影響を意図的に招くものである必要が必ずあると、合衆国はこのように建前として折に触れ強く主張してきた⁽⁶⁵⁾ が、そのように、心的態度は戦争犯罪責任の要件であらうか。それとも、無謀、気まぐれ、重大な過失あるいは単純な過失でも十分なのか⁽⁶⁶⁾。モクスレイは、この問題に関する合衆国の立場を第1章および第2章、ならびに第29章で取り上げており、第6章から第9章までと第30章でこの問題をより広範な観点から分析している。

3-3-8 法の目的に基づく法解釈 第5章で扱われているように、一般の法と同様に、国際法もその目的という観点から解釈され、適用されるのが基本原則である⁽⁶⁷⁾。モクスレイは、第1章では、武力紛争法の目的に関する合衆国の陳述を取り上げ、更に第29章で、このような目的の含

(63) ICJ Hearing, CR 95/34, November 15, 1995 at 57. See Chapter 2, notes 42-49 and accompanying text. In: Moxley, Jr., at 654.

(64) Moxley at 6.

(65) See ICJ Hearing, CR 95/34, November 15, 1995, at 68. In: Moxley at 132.

(66) Moxley at 6.

(67) Moxley at 6-7.

意を検証している。

3-4 一般的に認識されている法原則に基づく分析 モクスレイは適用可能な法に関する合衆国の陳述に基づく研究方法と並んで、適用可能な法の拡張を試みている。言い換えれば少なくとも新しい焦点、即ち当然のルール並びに危険の醸成に対する民事責任法及び刑事責任法に関するある特定のルールを対象として分析した⁽⁶⁸⁾。この研究方法は、国際法の拘束的ルールが責任法と関連すると見なす認識と確かに関連している。

3-4-1 当然のルール (*per se rule*) の要件 当然のルールが発生するためには、考えられる限りすべての個々の使用が違法であることが必要であろうか、それともこのような使用が起こる可能性が十分に考えられる状況において、その大部分の使用が違法であれば十分なのか、あるいは圧倒的多数の起こり得る使用が違法であれば十分なのであろうか⁽⁶⁹⁾。モクスレイは、この問題を第1章、第2章、第4章及び第30章で取り上げている。

3-4-2 蓋然性の比較検討 さらに問題は、違法性が問われるために存在しなければならない許されざる影響の危険水準の問題である。特に極度に過酷で、終末論的な影響を及ぼすが、それが生じる蓋然性の低い危険を含めて危険性はどのように比較検討されるべきなのか。このような問題は、戦争犯罪責任に必要な心的態度に関する犯意の問題あるいは許容される危険の醸成の限度に関する実質的な問題の提示と同様に概念的に説明することが可能である⁽⁷⁰⁾。モクスレイは、このような問題を第6章から第8章にかけて取り上げ、次に第9章において、核兵器の危険性に関する蓋然性を評価するための様々な定型的な研究方法を提案している。

(68) Moxley at 7.

(69) Ibid.

(70) Ibid.

3-5 小括 私は「合衆国の立場」を上記のように4点に要約した。だがさらなる諸論点があるけれども、それを本稿で例示することは紙数の制約上避けておきたい⁽⁷¹⁾。要するに、モクスレイは、本書を合衆国の立場に焦点をあてて書いてきた。その目的は核兵器使用の違法性が、適用可能な法に関する合衆国の陳述ならびに本質的に議論の余地のない事実からどの程度明白になるか、この点を検討することだった。だが、モクスレイはさらに進んで適用可能な法の拡張を試み、本来的ルール並びに危険の醸成に対する民事責任法及び刑事責任法に関する特定のルールを対象として分析したのである。

しかしながらモクスレイは、核兵器使用の違法性研究は、現行の実定国際法の解釈・適用に焦点をあてておこなうことによって、一応その実践的な目標を達成できるということを強調している。まずもって、この点に注目しておきたい。

次に核兵器使用についての米合衆国の立場は武力紛争法の既存のルールが、いかなる兵器の使用にも適用されることを認めており、また核兵器使用は武力紛争法のルールのいずれかに違反するならば違法になることも認めている。さらに、核兵器は通常兵器と区別できないのであり、その使用の適法性は個々の潜在的な使用の特定の状況に基づきケース・バイ・ケースの基準で決定されるべきだと主張している。しかし使用の影響が制御不能であり、また攻撃中に実際に制御されなかった場合核兵器使用は違法となることを合衆国は認めている。

これとの関連で、武力紛争法のルールである必要性、均衡性、攻撃目標の区別とりわけ攻撃目標選択における武力紛争法の役割、また中立法、危険分析、さらには犯意 (*mens rea*) /故意 (*scienter*) の意味といった事柄を再検討することが論点となる。ここでは、核兵器の特殊性という事実に着目し、解釈あるいは適用されるルールの意味と役割を抜本的に見直す必

(71) Moxley at 6-7.

要があると、私は考える。だが本稿では紙数の制約上これらに触れることができない。

さて、モクスレイによると合衆国は、これらのルールの下では、核兵器使用の適法性は核兵器使用による潜在的な影響に主に左右されることを認めている。私はとくにこの点に注目しておきたい。ちなみに核兵器使用の潜在的な適法性に関する国際司法裁判所 (ICJ) での合衆国の弁論は、その大部分が、合衆国の主張するある種の核兵器 (表向きには、低威力精密戦術核兵器) を前提としていたのであって、それには放射能及び表向きにはエスカレーションに対する影響を含むその影響を制限及び制御できる方法並びに状況で使用可能な能力を含んでいる。この点に特に留意しておきたい。

第 4 章 訴訟にかかわる論点の提示

4-1 さまざまな研究主題 モクスレイは『核兵器と国際法』(2000年)を出版したあと、核兵器その他の大量破壊兵器の拡散を懸念する弁護士等を構成員とする非営利の協会を設立した⁽⁷²⁾。またモクスレイ

(72) それは核兵器法律協会 (NWLA) という。http://www.nuclearweapons-law.org またモクスレイは、次のような仕事をしている。

2002年のブッシュ政権による「核態勢見直し」(Nuclear Posture Review, the “2002 NPR”)に関する分析は、「2002年核態勢見直し：戦略及び法律上の派生問題」(2002 Nuclear Posture Review: Strategic and Legal Ramifications)に掲載されている。

核抑止に関する連合王国政策の適法性に係わる問題の分析は、「核抑止に関する連合王国政策の違法性：ゼルターにおけるスコットランド高等裁判所判決の無効性」(The Unlawfulness of the United Kingdom's Policy of Nuclear Deterrence: The Invalidity of the Scottish High Court's Decision in Zelter, Disarmament Diplomacy No. 58, June 2001)並びに「核抑止に関する連合王国政策の違法性」(The Unlawfulness of the United Kingdom's Policy of Nuclear Deterrence, Juridical Review, Part 6, 2001.)に掲載されている。なお参照：Lord Advocate's Reference No. 1 of 2000, 2001 SCCR 296 [March 30, 2001] Misc 11/00 H.C.J. (Scot.)。法務総裁の参考意見を含む大部分のゼル

は2003年秋以降、特任教授としてフォーダム大学法科大学院でセミナー（論文執筆講座）を担当している。そこで、核兵器の使用又は使用の威嚇について、その適法性分析のため重要な問題となる様々な研究主題について述べている⁽⁷³⁾。

そこで本稿ではこれから、この研究主題を、国際司法裁判所の判断と米合衆国の主張とに共通する若干の論点に絞り、しかも武力紛争法のとりわけ執行方法の問題と関連づけて整理してみよう。ただし本稿紙数の許す範囲内で記述するので、圧縮した記述になることをご理解いただきたい。

4-2 武力紛争法の執行方法 (Enforcement)⁽⁷⁴⁾ の問題 この問題には、例えば次のような一連の論点が含まれている。

ター裁判記録は、トライデント・プラウシェアズ (Trident Ploughshares) のウェブ・サイト <<http://www.gn.apc.org/tp2000/lar/index.php>> で入手可能である。この裁判は、United Kingdom Library of Case Law のスコットランド判決項目下に掲載されている。

核兵器使用又は核兵器使用による威嚇の違法性に関する総合的な分析は、「ニューヨーク郡法律家協会涉外・国際法委員会」(the Foreign and International Law Committee of the New York County Lawyer's Association) を代表して、主としてモクスレイ教授が著したこの問題に関する報告書に要約されている（参照：Report of the Foreign and International Law Committee of the New York County Lawyer's Association, "On the Unlawfulness of the Use and Threat of Use of Nuclear Weapons," September 11, 2000）。

またモクスレイは、「2001年ニューヨーク市法曹協会国際法の週末」(the 2001 International Law Weekend of the Association of the Bar of the City of New York) でのパネル・ディスカッションで、発言している（参照：Charles J. Moxley, Jr., "The Unlawfulness of the Use or Threat of Use of Nuclear Weapons," 8 ILSA J. of Int'l and Comp. Law 477 (2002)）。

(73) The syllabus on Nuclear Weapons and International Law (Fall 2004) <<http://law.fordham.edu/homejump.ihtml?pageid=173>> and <<http://www.nuclearweaponslaw.org>>.

(74) アメリカの国際法教材文献に見られる執行方法については、たとえば次の書物がある。Damrosch, Henkin, Pugh, Schachter & Smit (eds.), INTERNATIONAL LAW: CASE AND MATERIALS, Fourth Edition, US St. Paul, Minn.: West Group, 2001, see, generally at 16-40, Judgements at 30, 645-49, 736-37.

(1) そもそも武力紛争法は、それを執行する人も方法も存在しないとすれば、この点で“法”と言えるのか。では武力紛争法を執行する人が存在するとすれば、一般に核兵器の使用又は使用の威嚇の適法性に関する法的問題は、どのような手段によって提起されるのか。また、いかなる手段によって執行されるのか⁽⁷⁵⁾。

(2) 次に、誰がこの適法性に関する問題を裁判所に提起する当事者適格を備えているのか。どの政府部門あるいは裁判所が武力紛争法を適用し、また適用されるべき方法に関する判断を下すのか。武力紛争法を執行する際どのような刑事責任を問えるのか。この法を執行する際どのような民事責任を問えるのだろうか⁽⁷⁶⁾。

(3) 武力紛争法違反の恐れ又は違反未遂の廉で刑事責任あるいは民事責任を問うた判決例が、仮にあるとすれば、どのような形で存在しているのか。例えば国際法に基づく民事責任の廉で合衆国の現在及び元政府職員をベルギーの裁判所に提訴することを許可したベルギーの制定法があったが、これはどのような原則と有効性を持つものだろうか⁽⁷⁷⁾。

核兵器の使用及び使用の威嚇が違法性であることを理由として国家、その文民及び軍人に対する刑事責任と民事責任とを問う際に、合衆国及びその他の国家の法には、免責特権にかかわるどのような制約が存在するのか。とりわけ政治問題の法理⁽⁷⁸⁾が武力紛争法の執行に関する合衆国裁判所での裁判にどのような制約を課するか、これも重要な論点である。

(4) 抑止政策の適法性に抗議して軍事施設を汚損あるいはこれに損害を与える抗議者は、どの程度まで核兵器の使用又は使用の威嚇の適法性と

(75) See THE AIR FORCE MANUAL ON INTERNATIONAL LAW at 15-1, 15-2; THE LAW OF LAND WARFARE at 181, in Moxley at 47-48.

(76) See Moxley at 313-337.

(77) See Comment, “Belgian Waffle,” Nat’l Rev., July 31, 2003.

(78) See Stone, Seidman, Sunstein & Tushnet (eds.), CONSTITUTIONAL LAW, Fourth Edition, New York: Aspen Law & Business, 2001 at 123-133.

の関連において正当に裁判に付せられるだろうか。例えば「核政策法律家委員会」（LCNP）から入手可能な関連情報があり、また核兵器の使用又は使用の威嚇の適法性に関する問題について世界各国で起こされている裁判があり、またその他の関連資料がある。これらを分析の対象に含める必要がある⁽⁷⁹⁾。

（５）核兵器の使用が違法だと仮定した場合、合衆国は広島及び長崎に対する核兵器の使用の廉で刑事責任及び民事責任を問われることになるのか。この告発又は訴訟を阻害するどのような法的障害要因が存在するのか。前述の告発又は訴訟を制限・制約するどのような制定法があるのか。なんらかの根拠に基づき、前述の請求金額は徴収されるであろうか⁽⁸⁰⁾。

(79) LCNP のウェブサイトは、以下のとおり。

〈<http://www.lcnp.org/wcourt/Court%20cases.htm>〉

〈<http://www.j-n-v.org/prisoners.htm>〉も参照。

(80) See generally Moxley at 101, 327-28, 721-22, 313-37.

See Ryuichi Shimoda et al. v. The State, 355 Hanrei Jiho 17, translated into English at 8 Japanese Ann. Int'l L. 212 (1964) (“Shimoda” case); Richard A. Falk, The Shimoda Case: A Legal Appraisal of the Atomic Attacks upon Hiroshima and Nagasaki, 59 AJIL, 759 (1965). 下田事件判決に関する文献目録を示せば、次のとおり。〈単行本〉松井康浩『戦争と国際法—原爆裁判からラッセル法廷へ』（三省堂、1968）；松井康浩『原爆裁判——核兵器廃絶と被害者援護の法理』（新日本出版社、1986）；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）；〈論文〉山手治之「判例研究 原爆訴訟判決」立命館法学51・52号（1963）；山手治之「原爆訴訟について」法学セミナー95号（1964）；石本泰雄「原爆判決の意味するもの」世界218号（1964）；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293号（1964）；寺沢一「原爆判決の法的問題点」法律時報36巻2号（1964）；安井郁「原爆攻撃と国際法上の損害賠償—原爆裁判の鑑定の大要と判決の評価」法律時報36巻2号（1964）；松井康浩「原爆投下は国際法に違反する—原爆裁判判決の意義」自由と正義15巻2号（1965）；布施勉「交戦法規の適用に関する一考察—空爆法規の実効性の問題をめぐって」法学新報79巻10号（1972）；藤田久一「原爆判決の国際法的再検討（一）（二・完）」法学論集（関西大学）25巻2, 3号（1975）；小寺初世子「原爆災害の法的研究—非戦闘員犠牲者の法的地位を中心に」広島女子大学文学部紀要16号（1981）；リチャード・フォーク, エリオット・L・メイロウィッツ, ジャック・サンダスン（三好正弘訳）「核兵器と国際法（1）（2完）」国際法

4-3 2つの訴訟の可能性 そこで、すくなくとも合衆国市民の立場からすると、さらに次の2つの訴訟の可能性がある。

(a) 核兵器の使用及び使用の威嚇が違法であり、合衆国の核抑止政策が核兵器使用の威嚇に該当するものと仮定した場合、合衆国において訴訟を提起する理論上の可能性はある。すなわち、核兵器の部品の製造に係わる企業に対する潜在的な株主代表訴訟 (shareholders derivative action) である⁽⁸¹⁾。

また (b) 「外国人不法行為請求権法」(the Alien Tort Claim Act) に基づき、外国政府職員、軍人、防衛関連請負業者及び/又はその幹部職員、重役、従業員に対して法的責任を問うことがありうるかという問題がある⁽⁸²⁾。

外交雑誌80巻5, 6号(1981—82); 松井芳郎「国内裁判所と国際法の発展—原爆判決を手がかりに」潮見俊隆ほか編『現代司法の課題』(勁草書房, 1982); 竹本正幸「原爆判決(下田事件)」田畑茂二郎・太寿堂鼎編『ケースブック国際法[新版]』(有信堂高文社, 1987); 城戸正彦「大量破壊兵器と軍事目標主義」松山大学論集3巻5号(1991); 小倉康久「核兵器使用の規制について—軍事目標主義の観点から」明治大学社会科学研究所紀要38巻2号(2000); 樋口一彦「原爆投下の違法性—原爆判決—」山本草二・古川照美・松井芳郎編『国際法判例百選』(有斐閣, 2001); 山田寿則・小倉康久「下田事件判決と核兵器勧告的意見の比較考察(1)(2・完)」明海大学教養論文集13号, 14号(2001—02); 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—」広島大学平和科学研究センター編『ポスト冷戦時代の核問題と日本: 1999-2000年度広島大学平和科学研究センタープロジェクト報告書』IPSHU 研究報告シリーズ研究報告第27号(2001); 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)。

(81) See as to “shareholders derivative action,” *U.S. Constitution: Seventh Amendment in: Find Law for Legal Professionals*, <<http://supreme.lp.findlaw.com/constitution/amendment07/02.html>>.

(82) See Anthony J. Sebox, *The Alien Tort Claims Act: How Powerful a Human Rights Weapon Is It? The Supreme Court Gives Some Guidance, But Not Much*. July 12, 2004 at <<http://supreme.lp.findlaw.com/constitu->

4-4 株主代表訴訟 核兵器の部品の製造に係わる企業に対する潜在的な株主代表訴訟では、例えば次のような論点がある。

(1) 核兵器（運搬システムを含む）及びその部品の製造及び組立（以下、この仕事という）は、国際法及びその他の法により適法と見なされるのか⁽⁸³⁾。

(2) もしあるとすれば、この仕事に係わる者は、どのような刑事責任及び民事責任を問われる可能性があるのか⁽⁸⁴⁾。もしあるとすれば、この仕事に係わる企業はどのような刑事責任及び民事責任を問われることになるのか。この仕事に係わる企業に対してどのような種類の訴訟が起こされるのであろうか。企業を核兵器又はその部品に関する製造、組立あるいはその他の活動に従事させた幹部職及び重役に対する代表訴訟についてはどのような見透しがあるのか⁽⁸⁵⁾。特に、次の命題が確立される場合には、何が言えることになるか？

- ・ 核兵器の使用又は核兵器の使用による威嚇は、国際法の下では違法となる。
- ・ 合衆国の核抑止政策は、核兵器使用による威嚇に相当する政策である。
- ・ それでは、企業が運搬システム及びその部品（特に、「核兵器勧告的意見事件」でICJが表向きには適法と認めた可能性のある小型戦術核兵器ではなく、大型の核兵器専用の運搬手段）を含め、前述の兵器を製造することは違法（国際法の違反）となるのであろうか。これは戦争犯罪なのか、それと

tion/amendment07/02.html>.

(83) C.G. Weeramantry, *NUCLEAR WEAPONS AND SCIENTIFIC RESPONSIBILITY*, New Hampshire, 1987. 邦訳書：『核兵器と科学者の責任』（原善四郎、桜木澄和・共訳、中央大学出版部、1987年）。

(84) See Moxley *at* 47-48, 99-101, 327-28, 721-22 ; 313-37.

(85) Moxley *at* 332-33. 一般的に、犯意／故意に関する資料は、see Moxley *at* 94-98, 245-47, 313-37, 722-26, 753-59.

も平和に対する罪になるだろうか。

- ・ もしそうであれば、核兵器を企業が製造することを許可した企業幹部職員あるいは重役は、受託義務 (fiduciary) 又はその他の義務違反を問われることになるのであろうか。

- ・ もしそうであれば、企業の株主は、前述の幹部職員及び重役に対して、企業を代表して法的十分性を備えた株主代表訴訟を起こすことができるのであろうか。

- ・ 企業は損害を受けておらず、それどころか実際には核兵器製造活動により十分な利益をあげていることは、前述の訴訟の法的十分性にとり重要な問題となるのか。あるいは活動そのものが違法 (例えば、価格操作、略奪的価格構成等と同様に) であるだけで十分であり、企業の刑事責任及び/又は民事責任を問うことができるのであろうか⁽⁸⁶⁾。

- ・ 企業が違法な活動において外国政府を援助する活動を行った廉で、刑事責任又は民事責任を問われた類似の分野が存在するか。

- ・ 前述の線に沿う株主代表訴訟の実行の可能性は、訴訟を起こす裁判所あるいは管轄権を行使する国内法次第でどの程度の差が出てくるのか。

- ・ この株主代表訴訟を連邦あるいは州のどの裁判所で起こすかの問題については：約定登記 (the posting of a bond) に関するどのような要件があるのか。どのような他の約因が裁判所の選択に影響を与えるのか。

(3) その他の問題としては例えば、前述の訴訟において被告である幹部職員と重役並びに企業は、核兵器の使用又は使用の威嚇の適法性という根本的かつ実質的な問題について裁判所の判断を回避するために、政治問題の法理を首尾よく行使できるだろうか。政治問題の法理は裁判所管轄によってどの程度差があるだろうか。政治問題の法理の適用を回避する最も

(86) See *Diamond v. Oreamuno*, 24 N.Y. 2d 494, 248 N.E. 2d 910, 301 N.Y.S. 2d 78 (1969); *Biondi v. Beekman Hill House Apt., Corp.*, 257 A.D. 2d 76, 692 N.Y.S. 2d 304 (1st Dep't 1999); *Amfesco Industries, Inc. v. Greenblatt*, 172 A. D. 2d 261, 568 N.Y.S. 2d 593 (1st Dep't 1991).

高い見込を持つのは、どの連邦巡回裁判所（または州の裁判所）であろうか。

また、政府請負業者に民事責任を実質的に回避させている連邦法は⁽⁸⁷⁾、民事責任を無効にするため、被告である企業、幹部職員及び重役によってどの程度行使できるであろうか。

これらの理論問題は、裁判実務においてどのように受け止められるのだろうか？

4-5 「外国人不法行為請求権法」⁽⁸⁸⁾ この法律に基づき、外国政府職員、軍人、防衛関連請負業者及び/又はその幹部職員、重役、従業員に対して法的責任を問うことがありうるか。

この問題では、次のような論点がありうるだろう。

(1) 核兵器の使用または使用の威嚇が国際法に違反し、かつ核兵器保有国がとっている核抑止政策が核兵器使用の威嚇に該当する場合、核抑止政策の実行に係わった廉で、他の核兵器保有国の現又は元政府職員、軍人、政府請負業者、その幹部職員、重役及び従業員に対して、「外国人不法行為請求権法」に基づき、どの程度まで合衆国内の裁判所において訴追することが可能だろうか。

(2) 潜在的な申立及び異議の申立を想定し、両方の側の最善の弁護を分析して、最後に前述の訴訟の有効性に関する自らの結論について説明することが必要である。前述の訴訟のための場を提供する類似の制定法は他国には存在しているのか。たとえ他の諸国が類似の法を制定していても、

(87) See Defense Production Act, 50 U.S.C. Appx. & sect ; 2157 (1994) (部分的に廃止；Susan Rousier, Note and Comment, *Hercules v. United States: Government Contractors Beware*, 19 Whittier L. Rev. 215 (1977); Boyle v. Techs. Corp., 487 U.S. 500, 101 L. Ed. 2d 442, 108 S. Ct. 2510 (1988); In re “Agent Orange” Product Liability Litigation, 597 F. Supp. 740 (E.D.N.Y. 1984); Hercules Inc. v. United States, 25 Cl. Ct. 616 (1992).

(88) 28 USC & sect ; 1350.

合衆国はそのような制定法を認めるであろうか。

こうした諸々の論点は、米合衆国の実定法の定めにも則して周到な調査、研究および慎重な検討がなされる必要があるだろう。

4-6 法廷による執行 国際刑事裁判所 (ICC) による武力紛争法の執行及びその他の戦争犯罪法廷による執行の問題がある⁽⁸⁹⁾。

そもそも国際刑事裁判所 (ICC) は、核兵器の使用又は威嚇の適法性に関する問題に対してどのような権限を持っているか。当該条約を審議したローマ会議 (1998年) において、国際刑事裁判所の設置を求めた NGO の中には、核兵器の使用又は使用の威嚇を国際犯罪の一類型に含めるよう主張したが、容れられなかった。しかし今後 ICC 条約改正の主張を行うと構想する場合、どのような状況下で、合衆国あるいはその他の核兵器保有国の核政策又は行動について国際刑事裁判所に申立てできるとすべきであろうか⁽⁹⁰⁾。

(2) 他の戦争犯罪法廷の憲章は、核兵器の使用又は使用の威嚇の問題を通して、どの程度まで武力紛争法の執行に到達することができるだろうか。武力紛争法の違反のおそれあるいは違反の未遂を訴追した判例がすでに存在するだろうか。核兵器の場合、この判例の存在は武力紛争法執行の見込みという点でどのような意味を持つのであろうか⁽⁹¹⁾。

4-7 これに関連する事実と法 以上提起した執行の諸問題とも関連して、主に事実論にかかわるが、次のいくつかの論点にも触れたいと思う。

4-7-1 通常兵器、生物兵器・化学兵器・核兵器および小型核爆弾

(89) See Moxley at 47-48, 317-22, 336-37.

(90) See Elaina I. Kalivretakis, Comment, Are Nuclear Weapons Above the Law? A Look at the International Criminal Court and the Prohibited Weapons Category, 15 Emory Int'l L. Rev. 683 (2001) も参照

(91) See Moxley at 47-48, 317-22, 336-37.

(Mininukes) まず核兵器，化学兵器及び生物兵器と小型核爆弾とのそれぞれに適用可能な法制度の比較並びに相違点の根拠について分析することが必要である⁽⁹²⁾。また核兵器と通常兵器のそれぞれの影響及びその法的意味について，さまざまな論点あるいは争点がある。その一端をここで探ってみよう。さらに自衛のための核兵器の使用は適法かなどの論点にも触れたい。

4-7-2 危険分析 必要性，均衡性及び攻撃目標の区別のルールの下では，潜在的な核兵器使用が違法と見なされるためには，許容しえない影響の可能性がどの程度実在する必要があるのか。核兵器使用又は使用の威嚇の適法性あるいは違法性の査定に対して，危険分析はどのような関連性を持つのか。この状況で危険分析を適用するため，どのような法的根拠があるか。危険分析を適用した合衆国，他の国家，あるいは戦争犯罪裁判の判決は存在するのか⁽⁹³⁾。

4-7-3 犯意/故意 この問題について次の2点だけを指摘しておきたい。

(1) もし必要だとすれば，国家による核兵器使用又は使用の威嚇に適用可能な武力紛争法違反には，どのような心理状態が必要か。また必要だとすれば，個々の政府高官あるいは軍人による武力紛争法違反には，どのような心理状態が必要なのか。核兵器使用又は使用の威嚇にかかわる武力紛争法違反に対する責任は，合衆国文民及び軍人指導者の指揮系列の中で，どのような形で割り振られるか。特定の武力紛争法違反を犯罪と見なすためには，どのような心理状態が現在の合衆国立法府⁽⁹⁴⁾には必要とされるのか。武力紛争法の規則違反に対する犯意という要素は，当該規則によって差があるだろうか。特定の規則を制定する条約の条件次第で差が出

(92) See Moxley at 143-44.

(93) See Moxley at 131-36, 162-71, 186-192, 279-92, 293-311, 313-37, 339-45, 729-59.

(94) 例えば，18 U.S.C. & sect ; 2441を参照。

るのだろうか。

(2) 核兵器使用及び使用の威嚇の適法性問題について伝統的な思考分析を行う場合、犯意/故意の問題がどのような役割を担うのか。これは最も重要な争点となる。この争点は、ニュールンベルグ及びその他の戦争犯罪訴訟において、どのような役割を担ったか。核兵器の使用及び威嚇の適法性に関する伝統的な分析の中で、この争点がこれまでさほど重大な役割を果たしてこなかったとすれば、それはなぜか。この争点より重大な役割を担うべきであろうか。仮に武力紛争法に基づき核兵器使用の威嚇が違法であり、合衆国の抑止政策が核兵器使用の威嚇に該当するとしよう。この場合、どのような犯意/故意に関する要素が、核抑止政策を執行する合衆国民及び軍人、並びに抑止政策を維持する核兵器の製造に係わる防衛産業関係者の有責性/法的責任に対して影響を与えるだろうか⁽⁹⁵⁾。

4-8 小型核爆弾 小型核爆弾に関する論点あるいは争点はさまざまあるが、例えば次のとおりである。

(1) 小型核爆弾とは何か。それは低核爆発力の核兵器を指しているのか。それとも戦術核兵器を意味するのか。これらはすべて同じものなのかどうか。もし差異があるとすれば低核爆発力の核兵器と戦術核兵器との間にはどのような差異があるのか。合衆国の核政策及び作戦において小型核爆弾といわれる核兵器はどのような役割を担っているのか。将来どのような役割を果たすものと現在推定されているのか。過去においてどのような役割をは果たしたのか。

小型核爆弾は、より大型の核兵器と比べてどの程度より少ない放射能を放出するのか。5キロトン以下の核爆発力を持つ核兵器の研究及び開発を禁止する合衆国の現行制定法が最近改定されたが、それはどのような地位と意味を持つのであろうか⁽⁹⁶⁾。

(95) See Moxley at 94-98, 245-47, 313-37, 722-26, 753-59.

(96) See <[http:// www.nuclearweapons.org/](http://www.nuclearweapons.org/) Mini_Nukes_Bunker_Busters.

この制定法の立法の歴史とその修正は、この制定法を支持あるいはこれに反対する議論に関して、どのような事実を明らかにするのか。小型核爆弾の使用及び使用の威嚇は、より大型の核兵器と比較すれば、多少は擁護し易いのか。小型核爆弾、小型の核兵器及び戦術核兵器の使用と使用の威嚇は、武力紛争法によれば適法なのか。この種の兵器の使用は当然違法なのか。どのような状況において、それらは違法となるのか。

(2) “現代の核兵器運搬システムは、実際個々の軍事目標を正確に攻撃する性能を有する⁽⁹⁷⁾”という合衆国の論拠がある。この論拠にいう事実に関する主張は、核兵器の放射能の影響に関する限り正確なものだろうか。もしそうでなければ、合衆国が放射能の影響を制御不能であるという事実はどのような法的意味を持つだろうか。小型核爆弾の使用は、その名が示すようにこの兵器の影響は恐らくそれほど広範囲に及ぶことはないのだから、大型の核兵器に比べて適法と見なされる確率が高いと言えるのだろうか。

より確実に軍事目的を達成するうえで、小型核爆弾よりも通常兵器のほうが確実性があるとすれば、そういう理由からして、小型核爆弾の使用は違法となる可能性がより高いのだろうか。では核兵器だけに達成可能な特別の軍事目標が存在すると言えるのだろうか。もし言えるとすれば、それはどのような軍事目標なのか。通常兵器は何ゆえに特別の目標に到達できないのか。特別の目標を達成する通常兵器の性能を開発できる状態ほどの程度近づいているのか⁽⁹⁸⁾⁽⁹⁹⁾。

4-9 相違の理由の分析 次は核兵器、化学兵器及び生物兵器はそ

html>.

(97) ICJ Hearing, CR 95/34, November 15, 1995, at 70. In: Moxley at 126.

(98) See Moxley at 129-31, 171-74, 190, 483-500, 506-14, 585-98.

(99) John Burroughs, *The Lawfulness of “Low Yield,” Earth-Penetrating Nuclear Weapons*, January 20, 2003 at <<http://www.lcn.org/wcourt/nwlawfulness.htm>>.

れぞれに適用可能な法制度並びに相違点が存在するが、その理由の分析である。この問題にはさまざまな論点があって、例えば次のとおりである。

(1) 核兵器、化学兵器及び生物兵器に関しては、これらに適用可能な「武力紛争法」の間にどのような相違点があるのか。その相違点が生ずる理由はなにか。核兵器の放射能の影響は、毒物、有毒ガス又は類似の物質であるとは言えないのか。

(2) 核兵器の放射能の影響は、爆風及び熱の影響が適法である可能性が高いことから考えて、核兵器を違法にするものではないという合衆国の見解がある⁽¹⁰⁰⁾。果たしてこの見解は正しいのだろうか。この見解は、兵器がある合法的な効果を有する可能性がある限り、その兵器が推定上違法な結果を引き起こす恐れがあるという事実に関係なく、その使用も適法であるというルールを意味するのだろうか。毒物兵器使用の禁止は、「たとえ核爆発が有毒放射性副産物を放出することがあっても、被爆者を毒殺するのではなく、他の手段によって傷つけあるいは破壊するよう意図された核兵器を禁止することにはならない」⁽¹⁰¹⁾という点で合衆国は正しいのだろうか。もしそうであれば、前述の規則はどのような根拠に基づいているのか。それはどこに出ているのか。それに対してどのような支持が存在するのか。またこれは有効なのか。前述のルールに対する“二重の効果”の原則とどのような関連性があるのか⁽¹⁰²⁾⁽¹⁰³⁾。

(100) See Moxley at 143-144.

(101) Ibid.

(102) See Moxley at 387-90.

(103) See *Biographical Note to Thomas Aquinas: I, Summa Theologica, appearing in 19 GREAT BOOKS OF THE WESTERN WORLD v* (Robert Maynard Hutchins, ed. in chief, 1952). See also AUSTIN FAGOTHEY, S.J., RIGHT AND REASON, ETHICS in THEORY AND PRACTICE 113 n. 1 (The C/V. Mosby Company 1963); MICHAEL WALZER, JUST AND UNJUST WARS, A MORAL ARGUMENT WITH HISTORICAL ILLUSTRATIONS (New York: Basic Book, 1992); Judith Jarvis Thomson, *Self-Defense*, 20 PHILOSOPHY & PUBLIC AFF. 283 (1991); Thomas Nagel, *War and Massacre*, 1 PHILOSOPHY & PUBLIC AFF. 123 (1972); Christopher H. Schroeder, Rights and Risks, 86 CULUM.L. REV. 495 (April 1986),

(3) 不必要な苦痛の原則は、特定の軍事目的を遂行するために必要な程度を超えて、攻撃された相手の苦痛を強めるよう特別に設計された兵器を禁止している。だが、その他の許されうる影響の中で、単にその影響を有するからといって、その兵器の使用を禁止するものではないと合衆国はいう。その表向きの見解については合衆国は正しいのであろうか。正しいとすれば、二重の効果の原則に逆戻りすることになるのか。もしそうだとすると、それは有効なのであろうか⁽¹⁰⁴⁾。

4-10 核兵器と通常兵器の影響及び法的意味 核兵器と通常兵器のそれぞれの影響及びその法的意味をめぐっては従来論議されてきたが、訴訟上主張・立証される論点には、次のようなものがありうる。

(1) 現有の通常兵器又は必要な資金を投入したら開発できると思われる通常兵器について考えるとして、今日合衆国には、これらの通常兵器によっては達成できないような現実の、あるいは潜在的な軍事目標があるのだろうか。また現在核兵器の使用及び使用の威嚇においては、関連する潜在的な二次的な影響がどのようにあるのか。また現在の通常兵器では、関連する潜在的な二次的な影響はどの程度なのだろうか。

(2) 核兵器及び通常兵器それぞれがもつ潜在的な影響の相違はどのような法的意味を持つか。合衆国は国際司法裁判所において通常兵器と核兵器の影響には比較できる程度の違いしかないと主張したが、これは正しいのだろうか。核兵器の使用又は使用の威嚇の適法性は、直面している軍事上の必要を満たすために国家が使用可能な状態で保有しているか、あるいはもしかすると保有できたかもしれない通常兵器に、どの程度まで依存するのであろうか。国家は、武力紛争法あるいはその他の法に基づき、軍事的必要が生じた場合いつでも通常兵器を使用できる状態を保つ法的な義務を負うのであろうか。あるいは国家は、直面している特定の軍事的必

quoted in Moxley, NUCLEAR WEAPONS AND INTERNATIONAL LAW, at 387-8.

(104) See Moxley at 76-84, 143-45, 197-99, 387-92, 605-32, 708-12.

要に対処するため使用可能だったはずの通常兵器を保有していないがために、核兵器の使用又は使用の威嚇に頼らざるを得ない状況に追い込まれないよう、十分な供給量の通常兵器を開発、購入及び保持する法的な義務を負うのであろうか。もし後者であるとすれば、このことは、敵対者同士が、技術的な洗練及び経済的な資力に照応する程度でもって決定される異なる法的及び倫理的な制度の支配下に置かれることを意味することにならないであろうか。例えば、通常兵器による攻撃を遂行する際に、合衆国は、そうすることが可能な態勢を取るための措置を講ずる能力を保有しているという理由で、無差別兵器ではなく精密誘導の兵器を使用するよう一般的に求められるであろうか⁽¹⁰⁵⁾。

4-11 自衛のための核兵器使用は適法か この問題の論点には、次のようなものがありうる。

(1) どのような状況下で、核兵器は自衛のために使用できるのか。これに関連して、自衛権は武力紛争法に優先するか。もし優先しなければ、武力紛争法の制約は、国家がその存亡を賭けて防衛している際の国家の行動にも適用されるか。もし適用されるのであれば、国家存亡の危機状況で武力紛争法の遵守を期待する根拠は何か。もしその状況下での遵守を期待できないのであれば、武力紛争法は“法”(law)としての資格さえもないのであろうか。

(2) 最も重要な問題となるのは、次の点である。ICJでの弁論書面あるいは口頭陳述において、自衛権は必要性、均衡性及び攻撃目標の区別といった武力紛争法のルールに優先すると主張した国家は存在したか、しなかったかである。もしあったとしたら、その見解を支持するためどのような法的根拠が提出されたのか。その法的根拠の有効性についてはどうか。

(105) この問題を扱っている Andru E. Wall, ed., *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, in 78 INTERNATIONAL LAW STUDIES (Naval War College, Newport, Rhode Island 2002) 中の諸論文を参照。

ICJ で審理された別の事件あるいはその他の審理決定において、国家の自衛権の範囲が取り上げられた場合、その事件はどのような決定を下し、またどのような根拠に基づいて決定が下されたのか。この判例は、自衛のための核兵器使用に関して「核兵器に関する勧告的意見」事件において ICJ が申し渡したことを解釈する際にどのような意味を持つであろうか⁽¹⁰⁶⁾。

ではこれから、以上の訴訟上の諸問題から目を転じて、法政策上の論点にすすむことにしよう。とすれば、以下のような基本問題があることがわかる。

4-12 新しい理論的枠組みの開発 もし冷戦後における合衆国のための合法的な核政策を追及するとすれば、そのさい論点となるものには、次のものがあるだろう。

(1) 核兵器使用又は使用の威嚇の適法性あるいは違法性に関する伝統的な分析の多くは、冷戦時代の戦略状況の査定から生じたものである⁽¹⁰⁷⁾。冷戦後現在の状況と冷戦時代の状況にはどのような相違点が存在するか。前述の相違点にはどのような含意があるか。では冷戦後の現在、新しい戦略状況の中で核兵器問題についてどのような新しい考察が加えられるべきであろうか⁽¹⁰⁸⁾。9.11以後「新しい地球規模の脅威」への対応という言葉で括られる世界戦略において、合衆国の核兵器はどのような位置と役割をあたえられているのか⁽¹⁰⁹⁾。

(106) See Moxley at 174-184, 347-51, 717-21.

(107) See I THOMAS B. COCHRAN, ET AL., NUCLEAR WEAPONS DATABOOK, UNITED STATES NUCLEAR FORCES AND CAPABILITIES 32 (1984); UNITED NATIONS DEPARTMENT FOR DISARMAMENT AFFAIRS, NUCLEAR WEAPONS: COMPREHENSIVE STUDY 6 (1991), in Moxley at 397.

(108) 政府系の文献としてはたとえば、Ivan Oelrich, *Missions for Nuclear Weapons after the Cold War*, Federation of American Scientists (FAS Occasional Paper No. 3) 2005; Ivan Oelrich, *Sizing Post-Cold War Nuclear Forces*, Institute for Defence Analyses, (IDA Paper P-3650) 2001.

(2) 現在直面しているような敵対者の抑止を図る(言い換えれば「グローバルなテロとの戦い」という点から見て、今日の核抑止政策の利点はなにか。また大量破壊兵器(WMD)の使用及び使用の威嚇、拡散の進行及び全体としてのWMD体制を制限するという点から見てこの政策の経費はどのような額にのぼるのか⁽¹¹⁰⁾。これら利点と経費の両者はどのように釣り合っているのか。もしあるとすれば、今日の核兵器はどのような役割を担っているのか。

(3) 核兵器自体が安全に対する最大の脅威になっていると主張する言説が存在する。こう言う主張は正当か。それとも今日でさえ、核兵器は防衛において重要な役割を担っているのだろうか。もし仮に重要な役割があるとすれば、現在の情勢の中で合衆国が核兵器を使用するあるいは使用の威嚇をする意味があるためには、どのような状況が必要か。

(4) 現在、核兵器の限定的な使用でさえ、大規模な核交戦へと段階的に拡大する恐れがあることは今日でも当てはまるのだろうか⁽¹¹¹⁾。合衆国による限定的な核兵器の使用が、化学兵器及び/又は生物兵器の使用を誘発する恐れはないのか⁽¹¹²⁾。

(5) 最も重要な問題となるのは、確認され、提案される政策の理論的枠組みに適用可能な法的考慮を分析することである⁽¹¹³⁾。

<<http://www.fas.org/main/content.jsp?formAction=297&contentId=377>>.

(109) 反核運動の立場から書かれたものとしてたとえば、Andrew Lichterman & Jacqueline Cabasso, *War is Peace, Arms Racing is Disarmament: The Non-Proliferation Treaty and the U.S. Quest for Global Military Dominance*, Western States Legal Foundation Special Report, May, 2005.

(110) Tables showing the costs of nuclear weapons programs, missile defense, jet fighters, and the military budget as a whole vs. elementary school teachers, head start slots, childrens' health care, and housing units. The tables are both for the nation as a whole and broken down by state. In: Western States Legal Foundation, at <<http://www.wslfweb.org/milspend.htm>>.

(111) See Moxley at 585-98.

(112) See Moxley at 605-32.

4-13 小 括

4-13-1 本稿第4章では、国際司法裁判所の判断と米合衆国の主張とに共通して見られる諸論点を、できるだけ武力紛争法の執行方法の問題と関連づけておよそ10点に整理してみた。

そのうち例えば、広島及び長崎に対する核兵器使用の刑事責任及び民事責任について、これを告発したりこれに対して訴訟提起することをめぐる障害要因はなにか、またこれらを制限あるいは制約する制定法があるのかという問題ひとつ取り上げても、立ち入った調査と検討が必要であるように思われる。例えば、合衆国の主権免責の法理なども、すぐに挙げられるだろう。しかしながら、これに対する武力紛争法の側からする反論もありうるだろう。とすれば、それは何かということになる。

また、例えばすでに世界各国で起こされている核施設への直接行動をめぐるおよそ2000件にもものぼるといわれる裁判例から関連資料を入手し分析する作業も必要であろう。しかしとりわけ注目されるのは、合衆国市民の立場から提起する2つの訴訟、すなわち核兵器の部品の製造に係わる企業に対する潜在的な株主代表訴訟や、「外国人不法行為請求権法」に基づく訴訟である。さらにまた、国際刑事裁判所による武力紛争法の執行の問題があり、その他の戦争犯罪法廷による執行の問題がある。ここで争点となるかもしれない事実論上の問題や自衛権の問題がある。これらの点にも一応触れておいた。

最後に、冷戦後における合衆国のための合法的な核政策はななかという論点にも触れた。

4-13-2 しかし本稿紙数の許す範囲内で記述したため、触れなかった論点も多々ある。例えば国際人道法上の基本原理やさまざまな最先端の論点、同じく国際人権法や国際環境法上の原理と論点、さらに核兵器をめ

(113) See Moxley at 741-42.

ぐる法政策論などである。これを研究することは今後に残された大きな課題である。

結 語

1 本稿の主題は「核兵器使用の違法性」に関する研究である。私はアメリカ合衆国の実務法律家にして法科大学院教授であるチャールズ・モクスレイがみた「核兵器使用の違法性」という問題を捉え、この視点から国際司法裁判所の判断に関連する国際法上の若干の論点を、本稿の限られた紙数内で概観した。だから本稿の性格は、この意味で「核兵器使用の違法性研究」の一側面をしめしたに過ぎない。しかしながら同時に、本稿は「核兵器使用の違法性研究」をおこなうにあたり合衆国の立場から問題とされた法と事実に関する事柄のうち重要な論点を明示した。しかも合衆国の熟達した実務法律家にして市民的な自律性の強い法学教授による自国政府やその軍部の見解への率直な批判が公刊されていることを記述し、これを通じて重要と思われる問題点を概観した。だからこの意味で私は、特徴ある数少ない研究作業に着手することが出来たと思う。

さらに本稿の問題考察は、モクスレイのいう厳格な訴訟の手法で捉えられたものであり、またこの問題にかかわる訴訟をめぐるさまざまな論点の提示をおこなったのである。だからこの意味では、もとより伝統的で正当な研究方法を示すものであるということが出来る。さらにまた本稿を通じて、初歩的あるいは基本的な情報・知識の取得から核兵器の専門知識の習熟へ、さらに国際法の複雑で深遠な法理論の考察へと進む、いわば研究作業の一步を踏み出した、あるいはその足場を得たのではなかかと考える。もしそうだとすれば、「核兵器と法」の問題の研究に貢献するところがあると思われる。

それにしても敢えていえば、本稿の作業を通じて「核兵器使用の違法性研究」は、国際法研究を中心とするが、しかし憲法を含む法律学の諸部門

の共同活動を必要とすることを感じる。それとともに、できれば自然科学と社会科学の諸部門に及ぶ組織的あるいは学際的な研究として進められる必要があるだろうと痛感する。また学問研究をすすめるうえで必要な国内外の関係情報の入手・伝達もまた学問的な意見の交換も重要であると思う。

なお本稿では、モクスレイが作成した参考資料を末尾に提示してある。これは、本稿の課題と方法に照らし、有意義であろうと考えたからである。

2 今後は、本稿第3章で取り上げた「アメリカ合衆国の立場の問題」を追跡して行きたいと希望している。その問題は「合衆国の観点から解釈された法」と「合衆国の観点から適用される法」の両者の関係に及ぶことになるだろう。

A：参考資料——米合衆国の教範，核兵器に関する同種の出版物及び武力紛争法

- ・ The U.S. Department of the Navy, Annotated Supplement to the Commander's Handbook on the Law of Naval Operations, (Naval Warfare Publication NWP 1-14M (formerly NWP 9), FMFM 1-10 COMDTPUBP5800. 7),
<http://www.nwc.navy.mil/ILD/Commander's%20Handbook.htm>;
- ・ The U.S. Department of the Navy, The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations, (Naval Warfare Publication NWP 1-14M (formerly NWP 9), FMFM 1-10 COMDTPUBP5800. 7),
<http://www.cpf.navy.mil/pages/legal/NWP%201-14/NWP1-14%20COVER.htm>;
- ・ U.S. Department of the Air Force, International Law-The Conduct of Armed Conflict and Air Operations (Air Force Pamphlet 110-31, 19 November 1976);
- ・ U.S. Department of the Air Force, Commander's Handbook on the Law of Armed Conflict (Air Force Pamphlet 110-34, 25 July 1980);
- ・ U.S. Department of the Army, The Law of Land Warfare (FM27-10/18 July 1956) with Change No. 1 (15 July 1976),

- <http://www.adtdl.army.mil/cgi-bin/atdl.dll/fm/27-10/toc.htm>;
- U.S. Army, Judge Advocate General's School, International and Operational Law Department, Law of War Workshop Deskbook, [http://www.jagcnet.army.mil/JAGNETInternet/Homepages/AC/TJAGS-AWeb.nsf/0/9dc02ec-\\$FILE/LOWW%20Master%20Document.pdf](http://www.jagcnet.army.mil/JAGNETInternet/Homepages/AC/TJAGS-AWeb.nsf/0/9dc02ec-$FILE/LOWW%20Master%20Document.pdf) or <http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/law/low-workbook.pdf>;
 - Joint Chiefs of Staff, Doctrine for Joint Nuclear Operations (Joint Pub 3-12, Dec, 15, 1995), http://www.dtic.mil/doctrin/jel/new_pubs/jp3_12.pdf;
 - U.S. Department of the Air Force, Strategic Attack (Air Force Doctrine Document 2-1. 2, May 20, 1998) http://www.dtic.mil/doctrine/jel/service_pubs/afd2_1_2.pdf;
 - U.S. Department of the Air Force, Nuclear Operations (Air Force Doctrine Document 2-1. 5, July 15, 1998), http://www.dtic.mil/doctrine/jel/service_pubs/afd2_1_5.pdf.

B : 核兵器問題を扱う書籍

- Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford University Press (New York, 1991) pp. 262 & divide ; 64, 436 ; see also, p. 373;
- John Burroughs, *The (Il) legality of Threat or Use of Nuclear Weapons*, Lit Verlag (Münster, Germany, 1997);
- Makhijani Deller & John Burroughs, eds., *Rule of Power or Rule of Law?* Apex Press (2003);
- Myres S. McDougal and Florentino P. Feliciano, *Law and Minimum World Public Order*, Yale University Press (New Haven, Connecticut, 1967) pp. 23 & divide ; 24, 32, 77, 244, 356, 388 & divide ; 90, 472 & divide ; 74);
- Adam Roberts and Richard Guelff, *Documents on the Law of War*, 3rd Ed., Oxford University Press (Oxford, 2002);
- Stephen I. Schwartz, ed., *Atomic Audit*, Brookings Institution Press (Washington, D.C., 1998);
- Nagendra Singh & Edward McWhinney, *Nuclear Weapons and Contemporary International Law*, Martinus Nijhoff Publishers (Dordrecht, Netherlands 1988) (also Boston, London);
- Andru E. Wall, Ed., *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, *International Law Studies Vol. 78*, Naval War College (Newport, Rhode Island 2002);
- C.G. Weeramantry, *Nuclear Weapons and Scientific Responsibility*, Longwood Academic (Wolfeboro, New Hampshire 1987);

Burns H. Weston, Richard A. Falk, & Hilary Charlesworth, *Basic Documents in International Law and World Order* 3rd Ed., West Publishing Co. (St. Paul, Minnesota 1997);

(E)