

論 説

合衆国から見た国際法の法源と核兵器への法の適用
——核兵器使用の違法性研究

浦 田 賢 治*

序

第1章 合衆国から見た国際法の法源

第2章 合衆国により核兵器に適用される法

第3章 若干の考察——法源論と適用問題の検討

結語

序**

最近私は「核兵器使用の違法性研究」と題した論稿⁽¹⁾で、国際司法裁判所（International Court of Justice: ICJ）の勧告的意見事件をとりあげ、それを通じて見出された研究の課題と方法を提示した。ここで提起された問題点の1つが“米合衆国の立場”だった。この論稿のなかで、現在合衆国の実務法律家にして法学教授であるチャールズ・モクスレイの著書⁽²⁾

* 早稲田大学名誉教授

** 本稿の執筆にあたり、伊藤勸氏に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) 浦田賢治「核兵器使用の違法性研究——モクスレイの国際法論概観」比較法学第39巻1号1-47頁（早稲田大学比較法研究所，2005）

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

によって、“合衆国の立場の問題”の概要を示した。

この著書においてモクスレイは、核兵器使用に適用できる法の拡張を試みて、当然違法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特定のルールを対象として分析した。しかし同時にモクスレイは、核兵器使用の違法性研究は、現行の実定国際法の解釈と適用に焦点をあてることによって、一応その実践的な目標を達成できる、言ってみれば現行の実定国際法上、核兵器使用は違法だと論断できる、ということを強調している。

その主張の核心はどこにあるのだろうか。モクスレイによると、核兵器体制の擁護派も反対派も、核兵器使用の問題に適用可能な法の規則の要点について建前上ほぼ意見が一致している。しかし擁護派である合衆国には、認識されている事実と解釈される法について実は政治的かつ戦略的な理由による歪曲があり、さらに事実に対する法の適用による違法性判断を素直に受け入れないという事情がある。こうした歪曲の論理や拒絶の姿勢によって、米合衆国の立場は、法源の認識、法の解釈および法の適用にわたって深刻な矛盾をかかえており、また問題を正當に解決できないでいるというのである。この主張が必要かつ十分な論証をなしているかいなか、そのことにはいまは立ち入らない。

そこで本稿の課題は、合衆国が現行の実定国際法に照らして、核兵器使用は必ずしも違法ではないと主張する場合のいくつかの論理を、紙数の許すかぎりつぶさに検証してみようということである。主な検討の対象は、ICJに提出された米合衆国の陳述と米合衆国軍部のハンドブックあるいは教範類である。

本稿の構成は次のとおりである。まず合衆国から見た国際法の法源論の特徴を探ること（第1章）、次いで核兵器使用に関する戦時国際法とりわけ武力紛争法の解釈と適用をめぐる問題点を明らかにすること（第2章）、

そして法源論と解釈論的構成の論理、法の適用をめぐる問題点を検討することである（第3章）。

第1章 合衆国から見た国際法の法源

1-1 序 論

核兵器使用の適法性は、他の多くの場合と同じように、事実と法の相互作用に左右される。我々は事実と法が交錯する地点で、適用可能な事実と法に関する決定を下す場合に始めて、最終的な評価に達することができる。モクスレイは、こう述べて、法の分析から始めている。法的分析は、核兵器に関する極めて特殊な詳細にわたる事実及び核兵器保有国の政策と慣行に左右される。しかしながら、このような事実に関する領域の詳細にわたる厳密な調査が不可欠であることは自明の理とはいえない。必要な詳細さの度合は多様であって、重要な事実が恣意的な情報であると受取られる危険性が伴う。だからモクスレイは、この領域に一般的に適用可能な法の原則をまず明らかにする。こうすれば我々が分析のために、どのような事実を必要とするのかをじかに理解できるはずであるという⁽³⁾。

モクスレイは、できる限り合衆国自身の口から、即ちその正式代表者の陳述に基づいて彼の分析を展開している。その結果わかるのは、核兵器体制の擁護派である合衆国と核兵器体制反対派とは、驚くほどに同じ法源に依存しており、実質的に同じ用語でその法を提示していることだという⁽⁴⁾。

では、合衆国の立場を示す公式陳述をどの情報源に求めるか。こう自問してモクスレイは、まずもって合衆国軍隊の軍事教範を挙げる。これは、合衆国兵士の教練並びに軍事作戦の立案及び遂行のために使用される公式文書であり、従って合衆国が法をどのように考えているかを示す最も単刀

(3) *Moxley* at 15.

(4) *Moxley* at 16.

直入かつ適切な証拠である⁽⁵⁾。またモクスレイは、国際司法裁判所 (ICJ) に対する合衆国の口頭陳述及び陳述書にも依拠して、核兵器使用に一般的に適用可能と認めている法、いわば実定法を明らかにしている⁽⁶⁾。

1-2 ICJ 規程の第38条

「国際法に関する空軍教範」は、兵器使用に関する国際法の法源について ICJ 規程の第38条を次のように引用している。

- a 一般又は特別の国際条約で係争国が明らかに認めた規則を確立しているもの
- b 法として認められた一般慣行の証拠としての国際慣習
- c 文明国が認めた法の一般原則
- d 法則決定の補助的手段としての裁判上の判決及び諸国の最も優秀な国

(5) United States Department of The Navy Annotated Supplement to the Commander's Handbook on the Law of Naval Operations, (Naval Warfare Publication 9, 1987) (With Revision A (5 October 1989). This handbook was adapted by the U. S. Marine Corps as Fleet Marine Force Manual (FM FM 1-10) [hereinafter The Naval/Marine COMMANDER'S HANDBOOK] ; U. S. Department of the Air Force, Commander's Handbook on the Law of Armed Conflict (Air Force Pamphlet 110-34, 25 July 1980) [hereinafter The AIR FORCE COMMANDER'S HANDBOOK] ;

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) [hereinafter The AIR FORCE MANUAL ON INTERNATIONAL LAW] ;

U. S. Department of the Army, The Law of Land Warfare (FM27-10/18 July 1956) with Change No. 1 (15 July 1976) [hereinafter The LAW OF LAND WARFARE].

(6) Written Statements of the Government of the United States of America (以下、*Written Statements* と略称する) と Oral Pleadings (CR 95/34, ICJ Hearing, 15 November 1995 ; 以下、ICJ Hearing, 15 November 1995 と引用する) は、次のウェブサイトで検索することができる (<http://www.icj-cij.org/icjwww/icasess/iunan/iunanframe.htm>)。

際法学者の学説。但し、第59条の規定に従うことを条件とする⁽⁷⁾。

この事実はそのかぎりでは、合衆国のとる法源論がなんら特異なものでなく、したがって法的思考の枠組みを核兵器体制反対派と共有していることを示している。だがしかし、国際法の法源に関連する問題点としてモクスレイは、次のように述べている。国家が法の原則に合意している場合、あるいはその原則が国際慣習法の一部として確立している場合、(a)たとえ当該国家が異議を唱えるものであっても、その原則のすべての含意及び適用により拘束されるのであろうか。(b)それとも、国家による個別の反論が法の当該原則への服従を否定又は制限するのであろうか。法則の完全性 (the integrity of the rule of law) にとっては極めて残念なことではあるが、合衆国は上記の両論(a)、(b)のどちらの側にも組しているように思われる、という問題である⁽⁸⁾。

この問題の考察は国際法の法源論に関する歴史的かつ論理的な立ち入った記述を必要とするが、本稿ではできない。ただ国際法の法源一般に関連する論点について、これからなされる本稿の記述によって若干の検討がなされるにとどまるだろう⁽⁹⁾。

(7) The AIR FORCE MANUAL ON INTERNATIONAL LAW at 1-13 n. 8; *Moxley* at 19-20.

(8) *Moxley* at 19.

(9) 参照。国際法の法源に関する日本語文献には、つぎのものがある。近年の単行書として：中村耕一郎『国際「合意」論序説』東信堂、2002；村瀬信也『国際立法——国際法の法源論』東信堂、2002；森田彰夫『国際コントロールの理論と実行』東京大学出版会、2000。総論的な論文として：奥脇直也「国際システムと国際法」『岩波講座・社会科学の方法IV』岩波書店、1993；藤田久一「国際立法について」『関西大学法学論集』36巻3・4・5号、1986；同「現代国際法の法源」長尾龍一・田中成明編『現代法哲学3』東京大学出版会、1983。個別問題について：竹内真理「国際法における一方的行為の法的評価(1)(2)」法学論叢150巻6号、151巻4号、2002；中谷和弘「言葉による一方的行為の国際法上の評価(1)(2)」国家学会雑誌105巻1・2号、1992、106巻3・4号、1993；小森光夫「国際法の学説における慣習法概念の位置づけの変遷」千葉大学法学論集5巻1号、1990；特集「慣習国際法の再検討」（兼原、江藤、篠原、山本の論説）国際法外交雑誌88巻1号、1989；江藤淳一「漁業事件における『一貫

1-3 条 約

核兵器体制の擁護派と反対派の間で、いくつかの領域において特定の条約法の適用範囲について意見の不一致が存在する、とモクスレイは言う。例えば、1975年に合衆国が批准した1925年「ジュネーブ毒ガス議定書」について見れば、これは“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液体、物質又は考案を戦争に使用すること”を禁止している。一般に、条約により適用される規則は、その後採用される技術に適用可能であることは認識されているが、合衆国や核兵器体制の擁護派はこの特定の文言が核兵器に適用されないといい、反対派は適用されると主張しており、鋭く意見が分かれている。また例えば、環境保護及び人権と政治的権利に関する諸条約についても、そうである⁽¹⁰⁾。

1-4 慣習法

慣習法は条約に比べて更に不定形な存在であるが、しかし米合衆国の示すような慣習法の一般的な説明は、この分野の専門家により広く認識されており、議論の余地のないものである⁽¹¹⁾。実際、合衆国の軍事教範並びに ICJ に対する合衆国の陳述書及び口頭陳述は、一般的に核兵器の反対派と同じ法律文書及び注釈に依存している。当面する問題に適用可能な慣習国際法の内容が一般的に論争の焦点になるのではなく、前にも述べたように、このような事実への法の適用の可否が論争の焦点となっている。もっとも国際法の内容に関する論争が皆無だというわけではない。例えば中立原則及び環境保全原則の範囲については特に論争の焦点になっている。

した反対国』の原則」東洋法学32巻2号、1989など。

(10) *Moxley* at 21.

(11) 慣習法の発展については、参照、「海軍／海兵隊指揮官便覧」*The Naval/Marine Commander's Handbook* at 5-10; *Moxley* at 21. また参照、「国際法に関する空軍教範」*The Air Force Manual on International Law* at 1-3; *Moxley* at 22.

だがしかし全体的に見れば、我々が適用する必要のある法の内容または実体というものは一般的には議論の余地のないものである⁽¹²⁾。

1-5 条約法と慣習法との重複

国際法の定義を複雑にする一つの要因は、条約法も慣習法もいずれも同等の法源であって、しかも両者が重複することに起因する。前にも述べたように、条約法は慣習法及び一般的に認められた法の原則へと成熟する可能性がある。そればかりでなく条約法は、まず第一に、既存の慣習法あるいは一般的に認められている原則を表明したものであるかもしれない⁽¹³⁾。いずれの場合にも、それぞれ異なった媒体で表明することが可能な、いくつかの法体系が存在する。一つの例として1977年のジュネーブ条約第1追加議定書が挙げられる。この議定書は、核時代に入り、均衡性、必要性、攻撃目標区別、文民の攻撃からの免除、人道法、テロ攻撃禁止並びに復仇制限の原則といった問題に関する以前の条約及び慣習による規則を改正したものである。更に、この議定書は、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損害を与えることが予測される戦闘の方法及び手段も禁止している⁽¹⁴⁾。合衆国はこの議定書に署名したが、まだ批准していない⁽¹⁵⁾。この議定書の署名の際に、他の核兵器保有国と共に、合衆国は“この議定書により確立される規則は、核兵器使用に効力を有するよう意図されたものではなく、およびそれを規制し又は禁止するものではない”⁽¹⁶⁾という公式の了解事項を付け加えた。

(12) *Moxley* at 22.

(13) *The Law of Land Warfare* at 6; *Moxley* at 22.

(14) 1125 U. S. T. S. 4, 16 I. L. M. 1391; *Moxley* at 23.

(15) See *The Naval/Marine COMMANDER'S HANDBOOK* at 5-16 to 5-17 n. 30; *Moxley* at 23.

(16) Written Statements at 26-27. See also *DIGEST OF UNITED STATES PRACTICE IN INTERNATIONAL LAW* (J. Boyed ed., 1977), *quoted and discussed in* Peter Weiss, Burns H. Weston, Richard A. Falk & Saul H. Mendlovitz, Draft Memorial in Support of the Application of the World Health Organization

1-6 法の一般原則

法の一般原則は慣習法と比べると、その標準的な研究資料を簡単に入手できないという意味でより不定形であるが、しかし法律家たちがこの種の法原則を、少なくとも各自の国内法体系の中において対処する方法を知っているという点でより定型的である⁽¹⁷⁾。こう述べてモクスレイは、例えば「海軍／海兵隊指揮官教範」を取り上げ、「最近、武力紛争法の法源として、多くの国家により国内制定法で採択されている特定の法原則を編入する著しい傾向がある」と記述している⁽¹⁸⁾。

しかしモクスレイは、“この一般原則”は、戦時国際法（the law of war）の未開拓かつ十分に活用されていない法源である⁽¹⁹⁾、と指摘している。例えば「陸軍交戦法規」（The Law of Land Warfare）の中では、「一般原則に関する同意の要素は、諸国家による広範囲にわたる承認に本来内在しているものである。」⁽²⁰⁾とされている。だがモクスレイによると、この同意は、性格上実質的なものでなく、むしろ解釈上のものである。とすれば、この点に留意することが当面の問題と関連してくることになる⁽²¹⁾。

この論点は、法の生成における法的確信と国家実行の並行という議論とかわってくる。けれども、ここでモクスレイが留意しているのは、すぐあとで記述するように、合衆国が上記の一般原則を拘束力ある国際法として明確に認めていることである。

for an Advisory Opinion by International Court of Justice on the Legality of the Use of Nuclear Weapons Under International Law, 4 Transnational Law & Contemporary Problems 721, 781 (1994). イギリス、フランス、その他諸国も、米合衆国と同じ立場をとった。Moxley at 23.

(17) Moxley at 24.

(18) The Naval/Marine COMMANDER'S HANDBOOK at 5-11; Moxley at 24.

(19) Moxley at 24.

(20) The LAW OF LAND WARFARE at 6; Moxley at 25.

(21) Moxley at 25.

1-7 国際法の補助的法源

モクスレイは、「国際法に関する空軍教範」と「海軍／海兵隊指揮官便覧」をあげて、この補助的法源について説明している⁽²²⁾。「国際法に関する空軍教範」は、補助的範疇に属する判決、学術的及び専門的著作物は、既存の法の考察であるばかりでなく、それを言明するものとして存在すると述べ、「パケット・ハバナ事件」における合衆国最高裁判所の判決を引用している⁽²³⁾。

モクスレイがこのように述べた点は、補助的法源についての具体的な説明になっている。

1-8 合衆国による拘束力ある一般原則の認識

ニュールンベルグ国際軍事法廷は、条約や慣習だけでなく、「法律家により適用され、軍事法廷により実行される一般原則」⁽²⁴⁾も国際法に含まれると判決した。このように「国際法に関する空軍教範」は指摘している。しかしながら、このような主張を合衆国が承認するか否か、それが主要な問題となっている。というのは、これはICJにおいて合衆国が認めることを敬遠した命題だからである⁽²⁵⁾。

1-9 武力紛争法（Law of Armed Conflict）の性質と目的

1-9-1 武力紛争法の目的 戦争の目的は満足できる平和を創造することであり、武力紛争法の目的は平和の回復が可能となるように戦争に

(22) The AIR FORCE MANUAL ON INTERNATIONAL LAW at 1-3; The Naval/Marine COMMANDER'S HANDBOOK at 5-10 n. 12; *Moxley* at 25-6.

(23) The AIR FORCE MANUAL ON INTERNATIONAL LAW at 1-3; 1-13 n. 9, the Paquete Habana, 175 U. S. 677, 700 (1900); *Moxley* at 26.

(24) 1 Trial of the Major War Criminal before the International Military Tribunal 221 (1947), in: The AIR FORCE MANUAL ON INTERNATIONAL LAW at 1-6; *Moxley* at 26.

(25) *Moxley* at 27.

理性の枠をはめることである。このべてモクスレイは、「海軍／海兵隊指揮官便覧」,「国際法に関する空軍教範」,さらに「陸軍交戦法規」のいくつかの記述を紹介している。例えば,武力紛争の終局の目的は,“敵対国間の友好関係及びより堅固で永続する平和の再構築である”⁽²⁶⁾。また例えば,敵対行為の終結と同時に,あるいは終結後のある時点で必ず発生する“平和及び友好関係の回復を促進”⁽²⁷⁾しようとするものだ。

また「陸軍交戦法規」によれば,武力紛争法は,下記の手段により“戦争の惨禍を少なくしたいという”願望から生じたものだと述べている。

- a. 戦闘員及び非戦闘員の双方を不必要な苦痛から保護すること,
- b. 敵側の手に落ちた者,特に捕虜,傷病兵及び文民の一定の基本的人権を保護すること,
- c. 平和の回復を促進すること⁽²⁸⁾。

さらに,武力紛争法の目的に内在する厳しい限界は,「クルップ裁判」⁽²⁹⁾における合衆国軍事法廷により最も力強く描き出されていると,モクスレイは述べている。

1-9-2 武力紛争法の政治的性格 国際法は“国内法と同様に,政治的過程の産物である”⁽³⁰⁾と「国際法に関する空軍教範」は述べている。この点に関連して,モクスレイは次のように強調している。「冷戦の終焉,ソ連の崩壊並びに数多くの“ならず者”国家及びテロ集団を伴う多極化された不安定な世界の出現は,現行の核兵器体制が,抑止を支持するための核兵器の適法化を含めて,もはや合衆国の政治的利益に適う体制ではなくなったと,私は主張する」⁽³¹⁾と。

(26) The Naval/Marine COMMANDER'S HANDBOOK at 5-7 n. 7; *Moxley* at 29.

(27) The AIR FORCE MANUAL ON INTERNATIONAL LAW at 1-5; *Moxley* at 29.

(28) The LAW OF LAND WARFARE at 3; *Moxley* at 30.

(29) The Krupp Trial, 10 LRTWC 139 (1949), in: The Naval/Marine COMMANDER'S HANDBOOK at 5-6; *Moxley* at 30.

(30) The AIR FORCE MANUAL ON INTERNATIONAL LAW at 1-3; *Moxley* at 31.

(31) *Moxley* at 31.

モクスレイのこの主張は、私の本稿の課題にとって、きわめて重要な論調である。以下、これに関連する論点について若干の指摘をしておきたい。

1-9-3 武力紛争法を構成する主な法規 今日の核兵器体制の擁護派も反対派も、一般に同じ条約、慣習、原則及びその他の法源に依存している⁽³²⁾。「戦争の法規慣例」は国際人道法として知られる⁽³³⁾ “一つの複合法体系”である慣習法の大系であって、その多くは“ハーグ法”及び“ジュネーブ法”に法典化されている。

「ハーグ法」（1899年及び1907年の条約を含む）は、ハーグで法典化に着手されたものであり、部分的に1868年の「ペテルスブルグ宣言」及び1874年の「ブラッセル会議」の結果に基づき法典化されたものから構成されている。また、ジュネーブで法典化に着手されたものからなる「ジュネーブ法」（1864年、1906年、1929年及び1949年の条約）は、“戦争の犠牲者”を保護し、“傷病兵及び敵対行為に参加しない者”に対する保護の供与を目的にしている。より最近の「ジュネーブ条約」の1977年「第1及び第2追加議定書」の規定が、国際人道法の“一体性及び複雑性を示し、かつ証明している”。この国際人道法典は、合衆国により認識されており、軍事教範及びICJでの陳述書にも含まれている⁽³⁴⁾。上記の資料の中で、「ハーグ規則」、「第1追加議定書」及び「マルテンス条項」が、特に包括的な特質を

(32) 例えば次のとおり。Hackworth, Digest of International Law, 7 vols. (1940 - 1943); Whiteman, Digest of International Law, 15 vols with index. (1963 - 1973); Stone, Legal Control of International Conflict (1973); McDougal & Felicano, Law and Minimum Public Order (1961); Schwarzenberg, International Law, International Courts, The Law of Armed Conflict (1968); Falk et al., The International Law of Civil War (1971); Bishop, International Law, Cases and Materials (3rd ed. 1971); Brownlie, Principles of Public International Law (1973); Friedman, Lissitzn, & Pugh, International Law (1969); O'Connell, International Law, 2 vols. (1970).

(33) The Naval/Marine COMMANDER'S HANDBOOK at 5-10 to 5-12. Moxley at 34.

(34) Moxley at 35.

持ち、従って、当面する問題にとり特に重要なものとなる。

1-10 武力に訴える権利 (Jus ad Bellum) 及び交戦法規 (Jus in Bello)

国家が合法的に武力に訴えることが許される根拠と、武力に訴えた場合に使用することが許される武力の水準とが区別される。これらは伝統的に、それぞれ「武力に訴える権利」及び「交戦法規」と呼ばれてきた。

1-10-1 武力に訴える権利 合衆国軍部の文書も、次の諸点を認めている。歴史上国家は戦争に訴える権利を有すると一般に見なされ、この権利は国家主権に内存するものとされた。だが国連憲章がこれを一変させ、武力行使を禁止した。ただし個別的又は集団的自衛権の行使あるいは国連の強制行動という2つの場合を除くとされた⁽³⁵⁾。これらの規則に違反して開始された戦争は、“侵略”又は“違法な”戦争である⁽³⁶⁾。

「海軍／海兵隊指揮官便覧」は次のように述べている。

4.3.2. 自衛権。国連憲章はすべての国家が武力攻撃に対する固有の個別的及び集団的自衛権を享受していることを認めている。「合衆国軍隊のための統合参謀本部平時交戦規則」に定められている自衛に関する合衆国の原則によれば、武力攻撃又は差し迫った武力攻撃の脅威に対する自衛における武力行使は、次の二つの要素に基づく」と規定されている。

(1)必要性：武力行使は敵対的行為又は敵対的意図に対応するものでなければならぬという要件。

(2)均衡性：いかなる状況においても、攻撃又は攻撃の脅威に反撃するために及び米合衆国軍の継続的安定を確保するために当然求められる強烈度、継続期間及び手段の範囲において、武力行使は制限されねばならないという要件⁽³⁷⁾。

(35) The Naval/Marine COMMANDER'S HANDBOOK at 4-9 to 4-12; See also The AIR FORCE MANUAL ON INTERNATIONAL LAW at 1-10. *Moxley* at 37.

(36) The AIR FORCE COMMANDER'S HANDBOOK at 1-10. *Moxley* at 37.

ここに示された二つの要件は、「敵対的意図に対応するもの」とか、「攻撃の脅威に反撃するために当然求められる…範囲」という文言が示すように、曖昧かつ広範であると言えよう。

1-10-2 交戦法規 「海軍／海兵隊指揮官教範」は次のように説明している。戦争又は武力に訴えることと、敵対行為とを区別することが重要である。武力行使が違法であるか否かにかかわらず、敵対行為を遂行する仕方は、武力紛争法により規制される（この出版物の目的上、“law of armed conflict”（武力紛争法）という用語は、“law of war”（戦時国際法）と同義語である）⁽³⁸⁾。

1-11 小 括

この章で合衆国から見た国際法の法源論を扱った結果、つぎの諸点が明らかになった。まずもって兵器使用に関する国際法の法源は、ICJ 規程の第38条の定めに戻って、これを認めている。条約及び慣習が主要な法源であり、法の一般原則及び判例・学説が国際法の補助的法源であることを認めている。したがって、一般論としては、合衆国と反対派とは、驚くほど同じ法源論に依存しており、実質的に同じ用語でその法を提示している。

しかしながら次に、合衆国は兵器使用に関する条約及び慣習、また法の一般原則及び判例・学説のそれぞれについて見れば、一般に米合衆国独自の見解をとっている。例えば、武力紛争法に関する条約や慣習、とくに法の一般原則について独自の解釈論をとり、その適用の範囲を限定しようとしている。法の一般原則について、その一般的な拘束力を認めてはいるが、具体的な場合について拘束が及ばないように、その意味を極めて限定

(37) The Naval/Marine COMMANDER'S HANDBOOK at 4-9 to 4-12, 5-1. *Moxley* at 37.

(38) *Ibid* at 5-1 to 5-2. See also The AIR FORCE MANUAL ON INTERNATIONAL LAW at 1-15 n. 30. *Moxley* at 38-39.

解釈している。

さらに、武力に訴える権利については、国連憲章を援用しつつ自衛権に論及して、その意味を曖昧かつ広範に解釈している。なお、本稿では、武力紛争法の各論（例えば、心的態度の問題や戦争犯罪）および当然違法の原則に及ぶ、いわば立ち入った記述をする余裕がなかった。

第 2 章 合衆国により核兵器に適用される法

2-1 序 論

第 1 章では、国際法の法源一般について、そして兵器使用の適法性判断に適用できると合衆国が認めている法の規則について記述してきた。では合衆国は、このような法の規則を核兵器の使用に適用することについて、どのように考えているのか。本章ではこの問題を、モクスレイの記述に即して取り上げることにする。

この問題について合衆国の立場を表明するものとして、ICJ に対する合衆国の口頭陳述及び陳述書があり、また合衆国の軍事教範⁽³⁹⁾がある。これらを読み解くことによって、問題を解明したい。

2-2 合衆国の公式見解の概観

2-2-1 概 括 適用可能な法の規則はその大部分が議論の余地のないものではある。だが、これらの規則をどのように解釈し、適用するか、この問題が核兵器体制の擁護派と反対派の主要な葛藤の場となっている。そこでまずモクスレイが、合衆国の見解を次の 3 つの命題によって概括している点に注目しておこう。

(39) See JOINT CHIEF OF STAFF, DOCTRINE FOR JOINT NUCLEAR OPERATIONS, Joint Pub 3-12, (Dec. 15, 1995) [hereinafter JOINT NUCLEAR OPERATIONS]; JOINT CHIEF OF STAFF, DOCTRINE FOR JOINT THEATER NUCLEAR OPERATIONS, Joint Pub 3-12. 1, (Feb. 9, 1996) [hereinafter JOINT THEATER NUCLEAR OPERATIONS].

第1命題は、核兵器使用に適用される当然違法原則というものは存在しないし、また特に核兵器使用を禁止している条約又は慣習法は存在しないということである。

第2命題は次のとおりである。核兵器は他のどの兵器と比較してもまったく差異がない。したがって特定核兵器の使用の適法性は、状況に照らして決定される必要がある。他の兵器と同様に、核兵器の使用も使用状況次第で違法となり、あるいは適法となる可能性を秘めている。

そして第3命題は復讐に関するものである。万一他国が合衆国を違法に攻撃した場合、たとえ核兵器使用が他の場合には違法であったとしても、合衆国は核兵器で復讐する権利を有するということである。

以下、この3つの命題に収斂させて、本章の問題を解明することにした。

2-2-2 当然違法原則・条約・慣習法 まずもって、核兵器の使用に適用される当然違法原則について合衆国は、ICJにおいて次のように断定した。「科学的証拠が、核兵器使用にかかわるあるゆる可変要因及び状況を網羅しているとすれば、このような証拠は核兵器使用に関する一般的禁止を単に正当化するものになるであろう」⁽⁴⁰⁾。だがしかし、核兵器使用が当然違法であるためには、核兵器の考え得るすべての使用が違法でなければならないと、なんらの法源を示すことなく断定したと、モクスレイは述べている。当然違法の原則についての考察は、別の機会に詳細になされる必要があるのです、ここでは触れない。

次に条約について述べよう。ICJに提出した陳述書において、合衆国は核兵器の使用を禁止する条約は存在せず、従って条約法により核兵器使用が一般的に禁止されていることにはならず、むしろ状況に応じて個別に評価されるべきものであると主張した⁽⁴¹⁾。

(40) ICJ Hearing, November 15, 1995 at 71.

(41) See Conrad K. Harper (Legal Advisor, Department of State), Michael J. Matheson (Deputy Legal Advisor, Department of State), Bruce C. Rash-

さらに慣習法に関しては、合衆国は核兵器使用の権利に関する長年にわたる自国の主張に言及して、次のように述べた。「核兵器国の、すなわちその利益が最も甚大な影響を受ける諸国家の反対を押し切って慣習法がつくられることなどあり得ない」⁽⁴²⁾と。さらに合衆国は、「核兵器使用の自制を法が求めているという確信からではなく、人道的、政治的あるいは軍事的な理由からその使用を自制したことにより」⁽⁴³⁾慣習法がつくられることなどあり得ないと主張した。

2-3 軍事教範にみる作戦計画

さて、合衆国の核兵器使用の適法性に対する関与について見ると、それは核兵器の作戦段階にまで浸透している。このことは、核戦争遂行を目的とする作戦計画を定めている合衆国の現在の軍事教範からも明らかである、とモクスレイは述べている⁽⁴⁴⁾。以下、モクスレイが指摘する諸点のごく一部を紹介する。

例えば、1996年統合戦域核作戦教範によると、つぎのとおりである。

核兵器で攻撃する能力を有する部隊は、通常兵器との併用、共同作戦行動という形態で、他の部隊と統合されるべきである。核兵器が使用された場合、図表 I-1 に示される結果が当然予想される⁽⁴⁵⁾。

図表 I-1 は次のように述べている。

kow (Assistant Legal Advisor, Department of State), and John H. McNeill (Senior Deputy General Counsel, Department of Defense), *Written Statement of the Government of the United States of America* (June 20, 1995) at 2, 8-14 ("U. S. ICJ Memorandum/GA App.") (citing U. S. Army Field Manual 27-10, Change Mo. 1, THE LAW OF LAND WARFARE at 4 ¶ 40 (a)); *Moxley* at 109.

(42) *Written Statement* at 9.

(43) *Ibid.* at 9.

(44) *Moxley* at 109.

(45) Joint Chief of Staff, JOINT PUB 3-12. 1, DOCTRINE FOR JOINT THEATER NUCLEAR OPERATIONS at 5 (February 9, 1996).

核兵器使用によりもとめられる結果：

勝利の可能性にかかわる敵対国指導者の認識を決定的に覆す

敵対国の指導者に、紛争が継続あるいは拡大した場合、予想される利益より確実な損失が上回ることを明示する

合衆国及びその同盟国に有利な条件での紛争の迅速な終結

敵対国の目的達成を阻止する

合衆国及び／又は多国籍軍の奮闘の成功を確実にする

敵対国の大量破壊兵器への対抗

この教範は、「最高軍事指揮権者」(National Command Authority: NCA)⁽⁴⁶⁾が核兵器使用の是非に関して考慮する事項として、武力紛争法に先立って、政治的並びに軍事的事項を次のように列記している。

5 「最高軍事指揮権者」の核兵器使用にかかわる考慮事項

a 政治的

- ・合衆国の死活的利益 (US vital interests), 条約上の義務, 外交上の合意並びに地域の拒絶及び拡大の確実な見通し (escalation implications) との関連
- ・合衆国の意思及び決意に関する認識
- ・国際反応及び地政的反動

b 軍事的

- ・目的達成のための代替手段が存在するか否か

(46) 冷戦下にあった米合衆国の軍事及び統治の関係者間で使われた特殊な用語であって、軍事上の指揮について最高の合法的命令権者を意味する。現実には大統領及び国防長官を意味する。しかし戦略核兵器に関する SIOP (Single Integrated Operational Plan) の命令権者であって、彼らのいずれも単独ではこれを発動できない。SIOP は2003年3月名称を変更して、“OPLAN 8044”となっている (OPLAN=Operation Plan)。なお大統領の SIOP 本は、かつて“フットボール”と呼ばれたことがある。See, http://en.wikipedia.org/wiki/National_Command_Authority/ & SIOP

- ・使用する地理的範囲
 - ・運搬システムの種類
 - ・攻撃する攻撃目標の種類
 - ・核兵器使用の時期及び期間
 - ・付随的損害の抑制
 - ・攻撃目標分析
 - ・利用可能な兵器の数量、種類及び威力
- c 法的 武力紛争法（以下、略）

これらに加えて、核兵器使用に影響を与える可能性がある要因があり、これに関する補足的な指針も定められている⁽⁴⁷⁾。

統合戦域核作戦教範では、大統領だけが兵器発射の権限を有することに言及しているけれども、核攻撃目標の決定における方面戦闘軍指揮官の役割を強調している。「方面戦闘軍指揮官は、核支援を速やかに要請する責任を負う。攻撃目標設定の責任を負う下級指揮官は、方面戦闘軍指揮官に要請を提出する。」⁽⁴⁸⁾。指揮統制の劣化の危険性を論ずる中で、この教範は「方面戦闘軍指揮官は配置された核兵器に対する統制権を行使できる」⁽⁴⁹⁾と敢えて述べている。軍部の心的態度及び基本的な有事計画の重要性の強化を図るために、合衆国軍部は、その統合戦域核作戦教範において、軍事局面に関する事前計画の必要性を次のように確認している。「責任地域及び／又は統合作戦地域及び戦域内での作戦計画を考えると、可能な限り多くの予想される作戦を平時に計画しておくことが有利である。その目的は、万一必要が生じた際に、即座に使用可能な、しかも紛争が深まるにつれて出現するであろう環境激変に十分対応可能な融通性に富む核作

(47) これは統合戦略能力計画の核補遺 (the Nuclear Supplement to the JSCP) に記載されている。JSCP=the Joint Strategic Capabilities Plan; Ibid at III -7-8; *Moxley* at 111.

(48) Ibid at vii; *Moxley* at 113.

(49) Ibid at II-2; *Moxley* at 113.

戦計画を準備することである。」⁽⁵⁰⁾。

以上にみたように、核兵器の作戦段階にまで、合衆国の核兵器使用の適法性に対する関与は浸透しているといえることができる。では、その適法性をめぐる次の論点はなにか。

2-4 法規則の適用可能性

2-4-1 問題 核兵器は他のどの兵器とも本質的にまったく差異がないというのが、米合衆国の立場である。したがって特定の核兵器の使用について論じるとき、それが適法であるか否かは、事実としての状況に照らして決定されることになる。だが別の視点から論じれば、核兵器の使用も法規則のもとにある。だから、使用状況次第で違法となり、あるいは適法となる。ここでいう法の中には法の一般原則があるが、しかし法をこのように狭くとらえる前に、条約や慣習法を含む法の規則一般を取り上げ、その適用可能性について、モクスレイの記述を要約してみよう。

2-4-2 法の支配の適用可能性 ICJ における口頭説明及び陳述書において、合衆国は均衡性、必要性、緩和、攻撃目標の区別、文民の攻撃目標からの免除、中立及び人道に関する規則が、核兵器使用に一般的に適用されることを認めた。だが、核兵器使用が必ずしもこのような規則に違反するとは限らないと合衆国は主張した。

合衆国の見解では、条約又は慣習国際法には核兵器使用又は使用の威嚇に関する一般的な禁止は存在しない。それどころか、核兵器保有又は使用を規制する数多くの協定及び他の諸国の実行は、核兵器使用及び使用の威嚇が一般的に違法とは見なされていないことを実証している。

更に、武力紛争に関する国際人道法には核兵器が当然に (*per se*) 禁止されていることを示す文言は一切見当たらない。他の兵器使用と同様

(50) Ibid at IV-3; *Moxley* at 113.

に、核兵器使用の適法性は、特定の使用が核兵器に適用可能な規則と整合するか否かに左右される。次にこのことは、使用される特定兵器の特性、問題になっている攻撃目標破壊の軍事的要請及び文民に対する危険性の規模を含む、ただ推測のみに基づく要因に左右されることになる。我々の見解では、このような根本的に重要な問題に関しては、仮説に基づく未来の状況についての司法的推測は不適切と考えられる⁽⁵¹⁾。

同じ趣旨の見解が、「海軍／海兵隊指揮官便覧」、「空軍指揮官便覧」、「国際法に関する空軍教範」、陸軍はその「国際法教範」に説明されている⁽⁵²⁾。これら国際法の規則が一般に適用可能であること、しかし核兵器使用の適法性は特定の使用が核兵器に適用可能な規則と整合するか否かに左右されること、このことを米合衆国が承認したのである。このことは、将来的に大きな影響力を持つ重大な出来事である。核兵器は法により支配される。問題は、核兵器に適應される法の範囲と意味ということになる⁽⁵³⁾。

2-4-3 核兵器に関する国際協定、ならびにその他の兵器に関する国際協定 「国際法に関する空軍教範」及び「海軍／海兵隊指揮官便覧」は、合衆国が、様々な点で核兵器を規制しているが、しかし他方で合衆国は、その使用の一般的な禁止を規定していない数多くの国際協定の締約国であることにも言及している⁽⁵⁴⁾。この後者の中には、合衆国と旧ソ連及びその他の諸国との軍備管理協定が含まれる。ICJ への陳述書の中で、合衆国

(51) *Written Statement* at 2.

(52) The Naval/Marine COMMANDER'S HANDBOOK at 10-1; The AIR FORCE COMMANDER'S HANDBOOK 10-1; The AIR FORCE MANUAL ON INTERNATIONAL LAW at 6-5; US Department of the Army, *International Law*, vol. II, 27-161-2, at 42 (Oct. 1962); *Moxley* at 114 -116.

(53) *Moxley* at 116.

(54) The AIR FORCE MANUAL ON INTERNATIONAL LAW, at 6-6; 6-10 n. 17; *See also* The Naval/Marine COMMANDER'S HANDBOOK at 10-3 to 10-10; *Moxley* at 116 -118.

は、これらの多くの条約が核兵器に対する部分的な制限のみを規定していると指摘し、このことは核兵器使用の全般的な適法性を証明していると主張した⁽⁵⁵⁾。

更に、ICJ への陳述書の中で、合衆国は、その他生物・化学兵器など特定範疇の兵器に関し国際法が数多くの禁止規定を定めていることに言及し、このような禁止の形態から判断して、「もし核兵器使用が禁止されているのであれば、類似の国際協定の中に明記されていたはずである。従って、核兵器使用に関するこのような一般的な禁止は存在しない」と論断した⁽⁵⁶⁾。

このような見解が一般論として提起するのは、次の点である。ある特定兵器の使用が条約により禁止されるのは、このような禁止条項が採択される以前に、すでにその兵器の使用が、慣習、その他の条約法あるいは法の一般原則、これらいずれかの適用のによって既に禁止されていたことを意味するのか、否かという問題である⁽⁵⁷⁾。

2-4-4 核兵器使用に関する国際法の法源　すでに述べたように一般論として、合衆国は法の一般原則が独立した法源であるばかりか、当然違法原則が特定の兵器使用を禁止することを認めている。しかしながら核兵器使用に関しては、ICJ における陳述の中で、合衆国はこのような認識から後退している。条約及び慣習法については、表向きは国際法の法源としてこれらを認めてはいるものの、実際には条約法規の範囲を狭く限定解釈する見解を示した。

米務省の首席副法律顧問（Principal Deputy Legal Advisor）であるマイケル・J・マテソン（Michael J. Matheson）は、ニカラグア事件における ICJ の判示に基づき、次のように述べた。「国際法には、関係国が、条

(55) See *Written Statement* at 2, 9-14 (citing U. S. Army Field Manual 27-10, Change No. 1, *The Law of Land Warfare* at 4 ¶ 40 (a)).

(56) *Written Statements* at 10.

(57) ICJ Hearing, November 15, 1995, at 36.

約あるいは別の方法により認めている規則以外の規則は存在しない。このような規則により、主権国家の軍備の程度は制限可能なのである」。マテソンは更に続けて、「逸脱が一切許されない規範として国際社会により受け入れられ、認められる必要のある国際法の強行規範の存在を確立するため」には「より高度な基準が」適用可能であると主張した⁽⁵⁸⁾。更にマテソンは次のように主張した。「北海大陸棚事件」(the North Sea Continental Shelf case)に基づき、ある規範が慣習法としての資格を獲得するためには、その規範の適用によりその利益が「特に影響を受ける」国家が、その適法性に同意する必要がある。従って、「核兵器使用を禁止する慣習法が、核兵器を保有しているあるいは安全保障の目的で核兵器保有国に依存している国家の反対を押し切って創設されることは有り得ない」というのである⁽⁵⁹⁾。

従ってモクスレイは、言っている。合衆国は武力紛争法が核兵器に適用されることは理論上認めてはいるものの、ICJにおいては、次のようなより狭義の見解を事実上主張しているように思われる。条約法規、慣習法あるいは法の一般原則のいずれであれ、合衆国がこのような法の規則に同意しているだけでは足りず、更に個別の事例において、その規則が適用可能あるいは拘束力をもつためには、合衆国がそのいかなる適用にも同意する必要がある⁽⁶⁰⁾。いかなる法の規則も、その適用に合衆国が同意しない場合、合衆国に不利な形で適用されることは許されない。従って、合衆国がこのようないかなる禁止にも同意していないため、武力紛争法の規則が核兵器使用を禁止しているとは見なされないのである。モクスレイは、このように述べている。

さらにこの論拠を更に拡大して、米国防省の法律家であるジョン・マク

(58) ICJ Hearing, November 15, 1995, at 60.

(59) ICJ Hearing, November 15, 1995, at 63.

(60) 他方、ICJにおいてイギリスの法律家は、国連憲章第2条4項の禁止が核兵器にも及ぶとしても、同様に第51条に定められた自衛権も核兵器にも及ぶと述べた。ICJ Hearing, November 15, 1995, at 32-33 (Sir Nicholas Lyell).

ニール（John McNeill）は、次のように述べている。

法廷において数カ国が、武力紛争法（時には、戦争法あるいは国際人道法として言及される）は核兵器使用を禁止していると提案した。合衆国は、武力紛争法が、通常兵器使用とまったく同様に、核兵器使用を規制しているという見解を長年に渡り共有してきた。しかし、それが核兵器使用自体を禁止すると主張することは武力紛争法の本質及び仕組みに反するものである。武力紛争法によれば、明確な禁止が存在しない場合、核兵器を含むいかなる兵器使用の適法性も、基本的には問題となる使用の事実及び状況に左右されるのである⁽⁶¹⁾。

更に、米國務省の法律顧問（Legal Advisor）であるコンラッド・ハーバー（Conrad Harper）は次のように主張した。

人道の原則が武力紛争での行為を制限することは確かであるが、これらの原則は、この法廷が法的規範の確立を決定するものとして認めてきた基準を満たすとき初めて慣習国際法としての効力を発揮するのである。もしそうなら、慣習国際法が核兵器使用を一切禁止することにはならない⁽⁶²⁾。

このような陳述は、条約上の一般条項の適用により、あるいは文明国が認めた法の一般原則に従って、核兵器が当然違法となる可能性があるか否かという問題を提起することになる。モクスレイは、このように述べてい

(61) ICJ Hearing, November 15, 1995, at 68.

(62) ICJ Hearing, November 15, 1995, at 79. また同様に、イギリスの法律家 Sir Nicholas Lyell は、コルフ海峡事件（I. C. J. Reports 1949, p. 22）とニカラグア事件（I. C. J. Reports 1986, p. 14）の2つをとりあげて、慣習法の新しいルールは人道の一般原則から単純に引き出すことはできない、と主張した。ICJ Hearing, November 15, 1995, at 45-46.

る⁽⁶³⁾。

2-4-5 マルテンス条項 これに関連して、前述の合衆国による国際法の法源の最小化は、つぎのことを想起させる。すなわちハーグ条約の規定であり、特に条約により規定されない状況において、戦闘員及びその他の者が、“文明国により確立された慣習、人道及び公的良心の命令に由来する国際法の原則”⁽⁶⁴⁾の保護下に置かれるという意味で、最近「第1追加議定書」に再規定されていることである。これがマルテンス条項であるが、「第1追加議定書」に再規定されていることは、「マルテンス条項」の解釈において更に明らかになる。

ICJ での陳述において、合衆国は「マルテンス条項」を単に“条約により明示的に取り扱われていない問題を、慣習国際法が独自に規定することを明確にした条項”と述べるにとどまった。そして“これこそが、「マルテンス条項」に内容と意味を与えているものである。”とも述べている。合衆国は、“本件の場合、慣習国際法により核兵器使用はそれ自体として(categorically) 禁止されておらず、「マルテンス条項」もこのような禁止を独自に生み出してはいない”⁽⁶⁵⁾と主張した。

2-5 必要性の規則

2-5-1 広義の解釈 ICJ での陳述の中で、合衆国は必要性の規則を広義に解釈した。

不必要な苦痛に対する禁止は、軍事目的を達成するために必要な程度を越えて、攻撃された者の損害又は苦痛を悪化させるよう設計された兵器を禁止するよう意図されたものであった。その兵器の使用が軍事目的を達成するために必要な場合には、この規則により甚大な損害又は苦痛

(63) *Moxley* at 123.

(64) ICJ Hearing, November 15, 1995, at 78.

(65) ICJ Hearing, November 15, 1995, at 78.

をもたらす可能性のある兵器が禁止されることはない。例えば、運動エネルギーあるいは焼夷性能により装甲を貫通させる必要のある対戦車砲弾の使用は、戦車搭乗員に過酷かつ苦痛に満ちた熱傷をもたらす可能性があるが、この規則により禁止されることはない。同様に、核兵器は過酷かつ苦痛に満ちた損害を引き起こす可能性があるが、核兵器使用が禁止されることにはならない⁽⁶⁶⁾。

ここで合衆国は、ある特定の兵器の使用が必要性の規則に違反すると見なされる以前に、その兵器が特に過酷かつ不必要な性能を加えるよう設計されている必要があるという要件を暗に意味しているように思われる。放射線が、兵器の特別に意図された性能ではなく、単にやむをえぬ副産物である限り、問題はないのである。

マクニールは、特に口頭陳述においてこの点について次のように述べている。「不必要な苦痛の原則は、特定の軍事目的を達成するために必要な程度を超えて、攻撃された者の苦痛を悪化させるよう特に設計された兵器の使用を禁止している。」⁽⁶⁷⁾

核兵器は、“軍事目標を選択的に攻撃可能である”という事実に関する主張を前提にするならば、合衆国の見解は、つぎの難問につきあたる。すなわち通常兵器の比較可能な性能と関連して、核兵器及びその効力の制御可能性についての事実に関する問題と、軍事的必要性および人道法とをどのように均衡せるべきか、また違法性が発生するためには違法な結果に関する制御可能性がどの程度存在すべきか、こういった法的かつ法理的な問題を提起することになる⁽⁶⁸⁾。

2-5-2 核兵器の効果の制御可能性 核兵器の効果を制御できるかという問題は、武力紛争法のほとんどすべての規則の適用に関して提起さ

(66) *Written Statements* at 28- 29.

(67) ICJ Hearing, November 15, 1995, at 72.

(68) *Moxley* at 125.

れる諸問題の一つである。ICJ での陳述において、マクニールはこの点について次のように述べた。「核兵器の使用が敵対国の行為及び行為の特質により余儀なくされたものであるか否か、及びどの程度までやむを得ない状態に追い込まれたか次第で、核兵器使用は適法ともなり、違法ともなる。」⁽⁶⁹⁾。

核兵器はその効果において本質的に無差別であり、特定の軍事目標を確実に攻撃することは不可能であると主張されてきた。このことに言及して、マクニールは次のように述べている。「このような主張は、まったく事実に矛盾している。実際、現代の核兵器運搬システムは、正確に個別の軍事目標を攻撃する性能を備えている。」⁽⁷⁰⁾。

核兵器のそれぞれの使用は、“抽象論に”基づくのではなく個別に査定されねばならないというこの主張の裏付けとして、マクニールは、法廷において次のように述べた。核兵器の効果は、「気候及び天候の状況のみならず、爆発力及び個々の兵器の爆心高度、攻撃目標の特質」並びに「爆発地点での地表と攻撃目標との関連での当該兵器の放射線の放出量を決定する技術」⁽⁷¹⁾といった要素に左右される。

合衆国は再び核兵器の放射線効果の技術的な制御可能性を主張しているように思われる。軍事教範である「統合戦域核作戦計画」(Doctrine for Joint Theater Nuclear Operations) は、実際的な用語を用いて起こり得る付随的損害の問題を取り上げ、起こり得る付随的損害の程度と関係するいくつかの事実に関する考慮事項を確認している。

核による付随的損害　このような損害には、友軍、文民及び非軍事関連施設、障害物の山積及び残存放射線汚染に対する危険が含まれる。戦域核作戦を計画する際、友軍及び文民の死傷者を回避することが最大の

(69) ICJ Hearing, November 15, 1995, at 69.

(70) Ibid. at 70. See also *Written Statement* at 23.

(71) ICJ Hearing, November 15, 1995, at 69, 71.

考慮事項となる。このため、文民及び友軍に対する近接核攻撃を確認及び制限するために、除外制限分析が実行される必要がある。損害の程度は、文民及び友軍の防御状況、運搬システムの精度、兵器の破壊力及び爆心高度により変化する。更に、このような作戦は、友軍及び敵軍双方の行動を妨げる障害（例えば、拭き倒された樹木、火災、地域汚染及び瓦礫）を新たにもたらす可能性がある。付随的損害の可能性及び程度の決定は、統合軍司令官段階でなされ、合衆国戦略司令部が責任を負う。“核兵器使用効果資料”（Joint Pub 3-12. 2. Nuclear Weapons Employment Effects Data）に回避一覧表が掲載されている⁽⁷²⁾。

「統合戦域核作戦計画」は、付随的損害に効果する危険に対応する手段について詳細に論じており、付随的損害を低減するための特定技術には次のものが含まれるとしている。低威力の兵器を使用する、命中精度を高める、多弾頭兵器を使用する、爆心高度（HOB）を調整する、想定爆心地点（DGZ）を補正する、というものである⁽⁷³⁾。

合衆国の見解は、危険分析の意味及び適用性に関する問題も提起する。爆心高度、攻撃目標の特性、気候及び天候状況等に関する上記のような要因の予想される効果に言及して、マクニールは、「このような差異、区別及び可変要因を無視することはできない。これらは法の分析にとり極めて重要である」⁽⁷⁴⁾と主張した。

このことは、使用後に、天候状況及びその他の可変要因がどのように作用するかを静観する必要があることを意味するのであろうか。それとも事前に、様々な可能性に数値データを当てはめる必要があるのであろうか。もし後者だとすれば、このような査定及び比較考察はどのようになされるのであろうか⁽⁷⁵⁾。モクスレイは、このように論点を提起している。

(72) JOINT THEATER NUCLEAR OPERATIONS at III-1-2 (Feb. 9, 1996), *Moxley* at 127.

(73) Ibid. at III-2-3. *Moxley* at 128.

(74) ICJ Hearing, November 15, 1995, at 69.

2-5-3 低威力核兵器に関する問題 1987年世界保健機関（WHO）は、核兵器の効果に関する包括的研究報告を発表した。その中でなされた“四つの筋書き”に言及して、マクニールは、それらが「極めて選択的である」こと、なぜなら「相当数の市街地目標あるいは相当数の軍事目標を巻き込む核攻撃によって結果的にもたらされることが予想される文民の死傷者数」だけを取り上げ、市街地でない目標を取り上げていないからだ⁽⁷⁶⁾と反論した。

「その他の説得力のある筋書き」に関する論点を補強して、マクニールは次のように述べている。このような説得力の根拠は、「ロートブラット（Rotblat）教授による世界保健機関の報告で言及されている次の事実から得られた。即ち、近年の核兵器の性能における‘顕著な改良’が結果として‘はるかに高い精度’をもたらした」こと、更にこのような筋書きは「均衡性又は攻撃目標区別の問題を必ずしも提起しない」こと、このように主張した。

ところで合衆国は、その ICJ での陳述において、“低”威力核兵器の意味を明確にしなかった。だがこの用語は軍事教範「統合戦域核作戦計画」に次のように定義されている。

最低威力 — 1 キロトン以下

低威力 — 1 キロトンから10キロトン

中威力 — 10キロトン以上、50キロトン以下

高威力 — 50キロトン以上、500キロトン以下

最高威力 — 500キロトン以上（Joint Pub 1-02）⁽⁷⁷⁾

低威力核兵器とは、1 キロトンから10キロトン相当のものである。

核兵器使用の適法性に関する合衆国の答弁は、市街地でない地域で発射される低威力高精度核兵器を前提とするものであるという。この事実は、

(75) Moxley at 129.

(76) ICJ Hearing, November 15, 1995, at 71.

(77) JOINT THEATER NUCLEAR OPERATIONS at GL-3. Moxley at 130.

いくつかの問題を提起するが、ここでは触れない。

2-5-4 エスカレーションに関する蓋然性の重要性 「核兵器作戦教範」(Doctrine for Joint Nuclear Operations) は作戦上の臨戦態勢とエスカレーションとの関連性に言及している。

エスカレーション 万一合衆国にそのすべての核戦力を厳戒態勢下に置くよう駆り立てるまでに危機的状況が悪化した場合、合衆国は、可能な限り迅速にその核戦力を使用する態勢を整える必要がある。持続的な厳戒態勢を確保できるよう、核戦力は生成かつ運用される必要がある。通常戦力及び情報活動は、不注意によるエスカレーション又は核攻撃の誤った警告を確実に回避できるよう慎重に運用されねばならないであろう⁽⁷⁸⁾。

エスカレーションの危険性に関しては、合衆国軍部は、敵対国の大量破壊兵器を運搬可能な運搬システムに対する先制攻撃 (preemptive strikes) の必要性を認識してきた。合衆国軍事教範「統合戦域核作戦計画」は次のように述べている。

作戦計画は、敵対国が大量破壊兵器を使用する可能性を考慮すべきである……。作戦は、敵対国が友軍を攻撃する前に、敵対国の大量破壊兵器運搬システム及び支援施設を破壊あるいは排除するよう計画かつ実行される必要がある⁽⁷⁹⁾。

合衆国のこのような先制攻撃を行使する可能性が、重大な危機における大量破壊兵器の全体的な不安定化にかかわる危険要因であることは明らかである。これは、最初に合衆国の先制攻撃政策に影響を与えた“使うか、

(78) JOINT NUCLEAR OPERATIONS at II-3-4. *Moxley* at 135.

(79) JOINT THEATER NUCLEAR OPERATIONS at ix. *Moxley* at 135.

それとも失うか”という思考方法を敵対国に強いることになる。先制攻撃政策あるいは政策のほのめかしでさえ、本質的に対先制攻撃政策を誘発させるものであり、一触即発状態を拡大させる可能性がある⁽⁸⁰⁾。

「核作戦教範」(The Nuclear Operation Manual) は、急激なエスカレーションの危険性に特に言及している。

エスカレーションの制御 核兵器は、通常戦争の目的及び行為に影響する可能性がある。更に、通常戦争は、結果的に核戦力及び支援システムの消耗(対潜水艦戦、戦域における通常攻撃、破壊工作あるいは対衛星戦を通して)を招くことになり、核使用のために利用可能な戦力に、偶然あるいは意図的に影響を与えることもあり得る。このような消耗が、中間的な報復手段の壊滅により、戦略戦力状況に根本的な変化を結果的に招いた場合には、急激なエスカレーションにつながるおそれがある。通常戦力及び核戦力の消耗を正確に測定する能力は、戦争の終結後核戦争へのエスカレーションに関する予測に直接的な影響を与えることになる⁽⁸¹⁾。

したがって、核兵器の小規模な使用でさえ、結果として生ずるエスカレーションの危険性を考えると、国際人道法に違反するか否かという問題がある。しかしながら、この問題に関して合衆国は、ICJ への陳述書の中で、次のように述べた。「核兵器のいかなる使用も、必然的に敵対国の人口密集地の意図的な破壊を伴う大量の戦略核兵器の応酬に拡大するであろうと推測されているように思われる。」と言い、このような推測を「極端な憶測だ」として退けた⁽⁸²⁾。口頭陳述においても、マクニールは同じ見解を述べている⁽⁸³⁾。

(80) *Moxley* at 136.

(81) *JOINT NUCLEAR OPERATIONS* at I-5 6. *Moxley* at 136.

(82) *Written Statements* at 21.

ここでモクスレイは、指摘している。問題は、違法な影響に関する高い程度の必然性が、結果として違法性が起こる前に必要であるか否かである。世界中の法制度は、恒常的に蓋然性分析を行い、民法及び刑法に基づき、意図性の必要の程度を決定するよう要求される。したがって、間違いなく国際法に組み込まれており、この問題を分析する際に検討されることになる一定の広く受け入れられているこの原則が浮上してくる⁽⁸⁴⁾。

2-6 均衡性

2-6-1 この論点に関する合衆国の公式見解は合衆国の陳述書で示されており、それは均衡性の審査基準について次のように述べ、これを適用している。

核兵器による攻撃が不均衡であるか否かは、まったく、敵対国の脅威の本質、目標を破壊する重要性、兵器の特質、規模、予想される影響及び文民に対する危険の程度を含む状況次第である。核兵器は本質的に不均衡なものではない⁽⁸⁵⁾。

このような定式化、特に核兵器の“起こり得る”影響及び“文民に対する危険の程度”を強調することは、核兵器使用の結果に関するある種の蓋然性分析の必要性を前提にしているように思われる、とモクスレイは言う。たとえ黙示的であれ、関連する問題は、文民に対する起こり得る様々な影響及び危険の可能性であって必ずしも必然性ではないことを認めた場合には、なおさら蓋然性分析が必要であるように思われる⁽⁸⁶⁾。

更に、この審査基準は、次の未定な状態にある要因が比較検討されるべ

(83) ICJ Hearing, November 15, 1995, at 68.

(84) *Moxley* at 132.

(85) *Written Statements* at 23.

(86) *Moxley* at 136-7.

きことを確認している点で有益でもある、とモクスレイはいう。(1) “実用的” な面で軍事目標に照らしての核兵器使用の価値と敵対国により突きつけられている脅威、(2) “人道的” な面で核兵器使用の起こり得る影響と文民に対する危険の程度である。審査基準のこのような精緻化によって解決可能な問題もある。だが一方で、このような蓋然性分析がどのように実行されるべきかに関しては、多くの問題が未解決のまま残されることになる⁽⁸⁷⁾。

こうした合衆国の公式的な見解が示されている一方で、作戦方針及び計画——全体的な軍部の心的態度——はまったく異なったものである。これは上記の「核兵器作戦教範」から窺い知ることができる。

合衆国の核戦力は、あらゆるレベルにわたる軍事作戦で、大量破壊兵器の使用を抑止する役割を果たしている。合衆国の核能力は、万一敵対国が大量破壊兵器を紛争に持ち込んだ場合、核兵器の大規模な交戦から地域的な戦闘における限定的な使用に至るまで、容認できない損害及び不均衡な損失の危険を及ぼす覚悟で、敵対国と対決する必要がある⁽⁸⁸⁾。

2-6-2 適法性を決定する時間枠組 核兵器使用の適法性を抽象論で決めるのは適切でないと強く主張して、合衆国の陳述書は次のように述べた。

この要請は、必然的に複雑な法的、技術的、政治的かつ実地的な考慮を伴うことになるであろう極めて一般的かつ曖昧な問題を象徴している。

このような問題は、核兵器のいかなる使用も、その使用が意図される特定の状況への言及を抜きにして、抽象論で有益に対処できる問題では

(87) *Moxley* at 137.

(88) *JOINT NUCLEAR OPERATIONS* at I-2; *Moxley* at 137.

ない。このような根本的に重要な問題については、法廷は未知の将来的な状況に関する推測にかかわるべきではない⁽⁸⁹⁾。

ここでモクスレイは、二つの問題点を指摘している。まず、抽象論でこのような問題を査定することが不可能であるという主張は、このような考慮に照らして、核兵器のいかなる使用も適用可能な法の原則を満たし得るか否かという論点を回避していることである。更に合衆国の見解が、適法性の決定が下されるべき時点に関する問題を提起していることであり、この問題が封じこめられていることである⁽⁹⁰⁾。

2-6-3 核兵器と通常兵器のもろもろの影響 合衆国は核兵器使用の適法性は、特定の状況に依存すると主張したが、それ以外にも、合衆国は核兵器と通常兵器との差異を最小限に評価した。これに関連してマクニールは次のように主張した。

第一次及び第二次世界大戦により、通常戦争が環境に付随的損害を及ぼす可能性があることが劇的に証明されている。実際、いかなる種類の武力紛争によっても、広範囲にわたる、持続的な破壊がもたらされることが起こり得る。法廷は、司法的な考察を加えるために、このように明白な事実に対して科学的な証拠を検討する必要はないのである⁽⁹¹⁾。

この主張は、実は根本的な事実に関連する問題を提起する。これら二種類の兵器は、質的に異なるものか、それともその差異は単なる程度の問題であろうか。法廷は様々な種類の武力紛争の影響に関する科学的証拠について司法的な考察を加え得るというマクニールの論旨は、次に続く我々の大半の事実に関する分析に機会を与えることになる。

(89) *Written Statements* at 4.

(90) *Moxley* at 140.

(91) ICJ Hearing, November 15, 1995, at 70-71.

しかしながら合衆国軍部は、核兵器と通常兵器の相違点をより率直に認めている。とりわけ「統合戦域核作戦教範」の中でも、武力紛争法の適用にさいして、すべての兵器の相対的な効力が比較検討され、また核兵器使用は、重要な利益をもたらす必要がある。予防的制限分析が、友軍及び文民の損害を回避するため実施されねばならない、と述べている⁽⁹²⁾。

2-7 攻撃目標の区別および文民の攻撃からの免除

2-7-1 上記のように、ICJにおいて、合衆国は、核兵器が文民と軍事目標とを容易に区別可能な精度で核弾頭を命中させ、また確実に放射線及びその他の影響を制御可能であると主張した。

文民の攻撃からの免除に関しては、合衆国は、軍事目標攻撃に伴う文民に対する付随的な損害は、文民が“それ自体として (as such)” 攻撃目標とされない限り、容認可能であるという立場に固執した。合衆国は、文民の攻撃からの免除の規則が、“正当な軍事目的の構成要素である目標を攻撃する、またいかなる場合にも、復讐の権利を前提とする核兵器使用により犯されることにはならない”と主張した⁽⁹³⁾。

この“それ自体として”という審査基準の意味及び含意に関して多くの問題が提起される、とモクスレイは指摘している。その中には、これが意図の主観的又は客観的な基準に基づくものであるか否か、また違法性を問うためには予見の可能性又は不可避性だけで十分なのか否かということが含まれる⁽⁹⁴⁾。なお人道法、ジェノサイド禁止、以下は省略する。

2-8 復讐

合衆国は、そのICJへの陳述書の中で、復讐の適法性は、個々の場合に依じて決定されねばならないという見解を示した⁽⁹⁵⁾。もっとも、復讐

(92) JOINT THEATER NUCLEAR OPERATIONS at viii. *Moxley* at 142.

(93) JOINT THEATER NUCLEAR OPERATIONS at viii; *Written Statements* at 22.

(94) *Moxley* at 142.

が、敵対国に武力紛争法違反を終わらせる意図を持ち、遵守を確保するすべての他の手段が使い尽くされた後で行使され、また犯された違反と釣り合いを保つ必要のあることは認めた。だが更に、合衆国は、例えば、文民の集団又は個々の文民、民用物、文化財、礼拝所、文民の生存に不可欠な物、自然環境及び危険な力を内蔵する施設といった特定の種類の人又は物に対する復讐に関する禁止を含む「第1追加議定書」の規定を、核兵器には適用されない、また慣習法に組み込まれていない新しい規定であるとして退けた⁽⁹⁶⁾。

合衆国は、法廷において、たとえ核兵器使用がそれ自体違法と見なされたとしても、このような兵器は復讐に使用可能であると主張した。

たとえ核兵器使用が必然的に違法であるとの結論が下されたとしても（我が国がそのような結論を下していないことは明らかであるが）、復讐に関する慣習法は、交戦国が、敵対国の武力紛争法違反に対して、他の場合なら違法行為となるであろう手段に訴えて、単独で反撃することを認めている⁽⁹⁷⁾。

2-9 抑 止

合衆国は、ICJにおいて、核抑止は、“過去50年間に渡り、戦略的安定性の強化、世界的な紛争の回避及び国際平和と安全の維持に大いに寄与しており”⁽⁹⁸⁾ たこのような成功は、事実上核兵器使用の適法性の基盤であるという見解を示した。

マテソンは、法廷での口頭陳述において次のように述べた。

(95) *Written Statements* at 30. See also U. S. ICJ Hearing, November 15, 1995, at 75.

(96) *Written Statements* at 31 (citing Additional Protocol I, arts. 52 (6), 52 (1), 53 (c), 54 (4), 55 (2), and 56 (4)).

(97) ICJ Hearing, November 15, 1995, at 76.

(98) See *Ibid.* at 55.

国連安保理各常任理事国は、大量の核兵器及びその運搬システムを獲得及び維持するために、膨大な人的及び物的資源を投入してきた。そして多くの他の国家は、安全保障をこのような核能力に頼ることを決定した。これらの兵器が、いかなる状況においても、個別的あるいは集団的自衛において合法的に使用できないとすれば、侵略に対する核兵器使用による威嚇は信頼性の無いものとなり、抑止政策は無益かつ無意味なものとなるであろう。この意味で、抑止政策を抑止の手段の使用と切り離すことは不可能である。従って、核兵器使用に関するいかなる一般的な禁止の主張も、これら多数の国家それぞれの国家安全保障政策の基本的な前提の一つと直接相反することになるであろう⁽⁹⁹⁾。

これは自発的な発言でもなければ不用意な発言でもなかった。合衆国は、ICJ への陳述書の中で次のように述べている。

安保理の常任理事国が核兵器を保有し、武力紛争において使用するためのシステムを開発及び配置していることは周知の事実である。これらの国家は、もし核兵器使用が一般的に禁止されていると確信していれば、このような兵器並びに運搬システムを獲得及び維持する経費と努力を負担することはなかったであろう。それどころか、実行可能な核兵器使用は、各国の軍事体制の構築、安全保障政策及び戦略の開発、侵略の防止努力における重要な要素となっており、また自衛権の行使の不可欠な要素を提供している⁽¹⁰⁰⁾。

マクニールは、法廷におけるその口頭陳述の中で、「復讐の法は、核兵器使用を明確に禁止しておらず、またそのように解釈されることも許され

(99) Ibid. at 62-63.

(100) *Written Statements* at 14.

ない。実際、そのように解釈されたとしたら、戦略的抑止に対する否定的な含意が明確かつ悲観的なものとなるであろう」^{〔101〕}と述べた。

これに対してモクスレイは、強い口調で批判し、問題を明確にしている。すなわち、まずもって、これらは驚くべき陳述であり、政治としての法という概念に我々を逆行させるものである。合衆国及び他の大国は、その国家安全保障政策の構築を中心的な政策としてきた、即ち抑止が“抑止の手段の使用”の適法性から切り離すことが不可能な程度まで、核兵器使用による威嚇に依存してきた。だからこそ、核兵器使用は、なにがなんでも適法でなければならないと指摘している^{〔102〕}。

更に、上記の陳述は、避け難い“それでどうだというのだ”という問題に答えている点でも驚くべき陳述である、とモクスレイは言う。即ち核兵器の発明を取り消すことは不可能であり、従って都合次第で使用されるのだから、核兵器が違法だとしても、どのような違いがあるのか、と開きなおるという問題である^{〔103〕}。

マクネイルは、戦争中に、核戦力の程度を調整して使用することにより、敵対国の行動を抑止及び制御することを可能にする戦時抑止政策を強く主張した。「武力侵略に対して、エスカレーションを制御し、武力紛争をできる限り迅速に終結させるための一連の選択肢を準備するよう合衆国の抑止戦略は計画されている」^{〔104〕}。マクニールはまた、抑止政策の下では、合衆国は自衛においてのみ核兵器を使用することになると述べている^{〔105〕}。

だがしかし、核兵器の潜在的使用及び使用の威嚇の正当化にあたり、合衆国の抑止政策に依存することは、適法性の分析に対する核の論理及び政策（及び関連軍事教練及び有事計画）の重要性を明らかにする、とモクスレ

〔101〕 ICJ Hearing, November 15, 1995, at 75.

〔102〕 Moxley at 152.

〔103〕 Moxley at 152.

〔104〕 ICJ Hearing, November 15, 1995, at 68.

〔105〕 Ibid.

イは言う⁽¹⁰⁶⁾。

2-10 小 括

この章では「合衆国により核兵器に適用される法」について、3つの命題に集中することを通じて、概観した。特に核兵器使用を禁止している条約又は慣習法は存在しないこと、しかし兵器使用に適用される法の規則は存在するのであって、核兵器の使用も使用状況次第で違法となること、なお万一他国が合衆国を違法に攻撃した場合、合衆国は自衛権を行使しうるし、あるいは核兵器で復讐する権利を有する、ということである。その結果明らかになった諸点は次のとおりである。

まず慣習法の形成について、核兵器使用を自制すべきだということを法的確信からではなく、核兵器国が人道的政治的軍事的な理由から自制したことによって慣習法がつくられることはあり得ない、このように合衆国は主張したことがあげられよう。慣習法の形成に関して反対派から当然反論がある重大な論点がここに提起されている。

しかしながら第二に、核兵器使用上の考慮事項として武力紛争法を挙げ、そこに法の制約をみとめる見解をしめした軍事教範が存在する事実も明らかになった。合衆国は武力紛争法の適法性の審査基準である均衡性、必要性、緩和、攻撃目標区別、文民の攻撃からの免除、中立性及び人道に関する規則について、それらが核兵器使用に一般的に適用されることを認めた。だが、核兵器使用が必ずしもこのような規則に違反するとは限らないと強調した。しかし、ある具体的状況における事実を照らし、そこに特定の武力紛争法のルールが適用されることによって、核兵器使用が違法となる場合があることを合衆国は否定できなかった。

したがって核兵器使用が違法となる場合とはなにか？ とりわけ具体的状況での特定事実に適用される法のルールとは何か？ この論点が反対派

(106) Moxley at 153.

との間に共有されるという点が注目される。

さらに、自衛権行使の要件の曖昧さと広範さが明らかとなり、また復讐の権利に関する合衆国見解の特徴も把握された。

第3章 若干の考察——法源論と適用問題の検討

3-1 序

本稿では、国際法の法源一般を対象にするのではなく、とりあえず対象を限定し、文明国で認められた法の一般原則に絞って、これを検討の対象にしたい。その認識と解釈方法に関して、核兵器体制擁護派である合衆国の主張には、どのような特徴があるだろうか、このように論点を設定して、このことに限って考察してみたい。とくに、法の一般原則の認識と解釈方法に関して、考察したい。また法の一般原則について、その解釈と適用の比較をしたい。

3-2 法源論

すでに指摘したように、核兵器体制の擁護派である合衆国と核兵器体制の反対派とは、例えば ICJ 規程第38条に依拠して同じ法源を承認しており、実質的に同じ用語でその国際法を提示している。そのかぎりでは、合衆国のとる法源論はなんら特異なものでなく、したがって法的思考の枠組みを核兵器体制の反対派と共有している。

しかしながら米合衆国の立場は自らの国家主権と意思主義を強調するものであって、国際法の普遍性を実現しようという立場⁽¹⁰⁷⁾とは対極にある。国際法の普遍性を実現するには、国際法の法源を広く解釈し、しかもこれを広く適用する必要がある。条約法を狭く解釈することに反対し、国際慣習法を普遍的かつ人道主義的に解釈することが必要である。今日国際レベルで見ると、関連の著作や見解表明が慣習国際法の内容全体とその権威を奪っている。また国内レベルでは、慣習国際法のルールは、例外的に

当該事件に拘束されると特定して認めないかぎり、国民国家を拘束しないという判断が多くなっている。こうした傾向に対して、慣習国際法は現在も将来いおいても、国際法の主要な源泉でなければならないと私は考える。

一定の形式をとる条約はその解釈においては、厳格かつ文言主義的な態度よりも、普遍性を反映した態度を採用する余地がある。また、条約、慣習法および文明国が認めた法の一般原則という3つの法源は、国際法の普遍性を実現しようという立場から検討するのにふさわしい。その他の法源、すなわち裁判所の判決と学説は、ある意味では、第2次的な法源である。なぜなら、それら2次的な法源は上述の3つの法源にもっぱら依拠しなければならないからである。この後は、法の一般原則に焦点を絞って論述したい。

3-3 法の一般原則

法の一般原則は、およそ法律家が各自の国内法体系に内在する法の対処方法を知っているという点で、慣習法と比べてより一層定型적である。例えば「海軍／海兵隊指揮官教範」は、「人質事件」における合衆国軍事法廷の判決を引用して、次のように述べている。

最近武力紛争法の法源として、多くの国家により国内制定法で採択されている特定の法の原則を編入する著しい傾向がある。……国際法と同様

(107) Christopher G. Weeramantry, *UNIVERSALISING INTERNATIONAL LAW*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004. Part B: Sources of International Law, at 215-323. Rutgers Law School の国際法教授であった Roger S. Clark は、ICJ の核兵器勧告的意見事件で Weeramantry 判事の見解に連なる意見を述べた著名な学者であるが、Weeramantry 判事の本書を、「普遍化」という信念のもとに基づいて集められた論文集であると特徴づけている。*The American Journal of International Law*, January 2005, Vol. 99, No. 1, at 298-302.

に、武力紛争法に限り“一般的に文明国が認めた慣例及び実行”という用語を適用する傾向がある。しかし、この原則には上記のような限定的な意味は存在しない。一般的に文明国が認め採択している正義の基本原則にも適用される。上記の法の原則が国際法の原則と宣言される資格を有するか否かを決定する際には、諸国家の国内法を考察することによりその可否が明らかにされる。大半の諸国の国内法において正義の基本規則として一般的に認められていると判明した場合には、それを国際法の規則として宣言することには、十分な根拠があるものと考えられる⁽¹⁰⁸⁾。

この「一般原則」は、武力紛争法の未開拓かつ十分に活用されていない法源であるように思われる、とモクスレイは述べている。誰もがこの法源を認めており、まったく異論の余地のないものだが、我々が検討している問題に対する潜在的な影響は、その大半が未開拓の状態に置かれている。こう指摘した上でモクスレイは、その著書『核兵器と国際法』において、国家行為の結果生ずる、非戦闘員、中立国又はその他の者に対する必要のない、不均衡あるいは無差別な損害、様々な程度の蓋然性の法的な重要性にかかわる一般原則に特に焦点を当てている。

少なくとも始めの段階では、合衆国と核兵器体制の反対派との間で国際法の基盤について意見の一致が見られる。「国際法に関する空軍教範」は、文明国が認めた一般原則を認識する中で、他の法源と同様に、この法源は同意に基づくものであることを強調した。いわく、国際法の“基盤は主に条約、慣習又はすべての国家もしくは主要な法体系が認めた法の一般的原则という形態で示される国家の慣行及び国家の同意に由来する”⁽¹⁰⁹⁾と説明している。また「国際法に関する空軍教範」は、国際法の補助的法源として、“国内及び国際裁判所及び法廷の判決並びに優秀な学者の著作物”

(108) THE NAVAL/MARINE COMMANDER'S HANDBOOK at 5-1, 5-2. (quoting The Hostage Case). *Moxley* at 24.

(109) Ibid. at 1-3. *Moxley* at 25.

に言及しており⁽¹¹⁰⁾、国際法に関する“権威ある言明”には、“その権限に応じた国際司法法廷及び国際仲裁機関、並びにその真価に応じた大学の教科書及び国際法学者の著作物のみならず国内裁判所及び法廷の判決”が含まれるであろうというホワイトマンの陳述を是認した上で引用している⁽¹¹¹⁾。

だが他方「陸軍交戦法規」では、「一般に認められている原則に関する同意の要素は、広範囲にわたる諸国家の承認に本来内在しているものである。その上実際に、このような広範囲にわたる承認の結果、慣習国際法は生成されるものと考えられる。」と述べている⁽¹¹²⁾。第1章で述べたように、この「陸軍交戦法規」のいう意味での同意は性格上実質的なもの（real nature）ではなくむしろ解釈上のもの（constructive）であること、この点に留意することが当面の問題と関連してくることになる。“すべての主要な法体系”が、原則そのものとして、ある法の原則を採択することにより、国際法の新しい規則としてその原則が制定されることになるが、そのことは国家が条約又は多国間協定の交渉及び署名、あるいは長年にわたる国際舞台での国家による特定慣行の実行を通して国際法を制定するというより聞き慣れた概念とは、理論的に異なっている⁽¹¹³⁾。私のみるところこれは、“主権者の権威が法を創る”という法の生成における国家主権論と意思主義の立場があり、これに対し共同体の規範的拘束力を認める立場があって、両者の論争という問題にかかわってくるであろう。

3-4 武力紛争法の一般規則

例えば「海軍／海兵隊指揮官教範」は、この一般規則は必要性、均衡性、攻撃目標の区別、緩和、人道、文民の攻撃からの免除及び中立の規則

(110) The AIR FORCE MANUAL ON INTERNATIONAL LAW at 1-3. *Moxley* at 25.

(111) Ibid. at 1-3. *Moxley* at 26.

(112) THE LAW OF LAND WARFARE at 6. *Moxley* at 25.

(113) *Moxley* at 25.

を含む、数多くの重複する規則で具体化されていると認めている。ここで均衡性だけを取り上げても、これについて米合衆国は、独自の見解を展開している。

3-4-1 均衡性という審査基準 合衆国は、核兵器は本質的に不均衡なものではないと主張し、一般に次のような解釈を述べた。核兵器による攻撃が不均衡であるか否かは、まったく、敵対国の脅威の本質、目標を破壊する重要性、兵器の特質、規模、予想される影響及び文民に対する危険の程度を含む状況次第である、と⁽¹¹⁴⁾。

このように核兵器の“起こり得る”影響及び“文民に対する危険の程度”を強調する立場にたてば、具体的状況と法の一般規則の具体的意味について極めて立ち入った検討をしなければならない。モクスレイによると、理性のルール（rule of reason）による審査であるべきことを強調している。

3-4-2 理性のルール ここでいう理性のルール（rule of reason）としての均衡性とはなにか、またそれはどのように解釈されねばならないか。モクスレイは、つぎのように記述している。均衡性は理性のルールである、いいかえれば合法的軍事利益と付随的效果との理性に基づく均衡のことである。そして、この審査基準の特質が均衡性分析を一変させるのである。この特質が理性のルールに関する法の膨大な経験を拡大し、人智の可能性の限界を飛躍的に高めるだけでなく、国際法のこの領域の特質を変貌させるのである。このような研究方法は、最も重要な含意を伴う法学上の選択である。慣習法の発展に極めて重要な役割を果たしてきた理性が、法体系発展の最も有力な推進力であるように思われる。

問題は、理性の特定の命令に対する合意を、法としての理性に基づき保留する特権を国家が保有するか否か、“核兵器使用は、その違法性に合意しないが故に適法である”と主張する選択権を国家が保有するか否かであ

(114) 前注 (85)。

る。

これは、次のような国際法の特質に関する最も根本的な問題とかかわってくる。このような法は単に合意に基づく存在に過ぎないのであるか、それとも国家による合意の欠如又は拒否を無効にできる要件を含んでいるのであるか。均衡性の決定といった典型的な事実関連の件に関して、どの程度まで当然違法の原則が存在し得るかという法及び事実についての問題も浮上してくる。

理性固有の発展的な特質の故に、この査定の特質は分析ともかかわってくる。最も起こりそうもない、一見偶発的な事実が、理性の法則から見るとき、突然決定的な重要性を帯びることもある。この理由から、モクスレイは、この後の各章で、広範囲にわたる事実関連の分析に着手し、当面する問題への均衡性及びその他の法の規則の適用という理性的な分析に関連する中核的な事実と考えられるものを、膨大な研究領域の中から総括することになる。提訴中の訴訟者並びに訴訟事件に判決を下す裁判官及び陪審員と同様に、我々は、少なくとも真っ先に、事実という深くかつ厄介な奈落へ降りていく必要がある。法律図書の分析では不十分である。有意義な解決策という成果を得るためには、軍事戦略家、科学者、心理学者及びその他の様々な専門家からの情報提供が必要不可欠となる⁽¹¹⁵⁾。

3-4-3 考慮すべき諸要素 モクスレイは、このように述べた上で、つぎのような諸点について考察を進めている。均衡性決定の客観性、言い換えれば理性への客観的な適合性という要件は、決定が下される時点での道理にかなう形で利用可能な事実依存している⁽¹¹⁶⁾。攻撃の適法性の決定は攻撃に先立ってなされる必要がある。これは成り行きを見守るといった状況ではない。ハルマゲドンという卵は、炒り直すことはできないのである⁽¹¹⁷⁾。合衆国の最高の地位にある文民指導者のみが、核兵器を使

(115) *Moxley* at 43-44.

(116) *Moxley* at 44.

(117) *Moxley* at 45.

用する適切な決定を下すべきだという憲法上の論争も存在する⁽¹¹⁸⁾。審査に関する最も重要な問題は、特別に恐ろしい敵対国に対する軍事目的が、自国の存亡そのものにとって不可欠である場合、具体的な軍事目的の価値をどのようにして決めることができるのかということである⁽¹¹⁹⁾。核兵器使用の適法／違法な効果の可能性に関する比較検討は、核兵器使用に先立ってなされねばならないが、この事実が蓋然性を論ずる必要性を我々に負わすことになる。蓋然性を論ずることは、世界中の法体制が、特に不法行為法及び刑法において、日常的に行わねばならないことである。だが国際慣習法又は国際条約法には明示的な指針が欠如している。そのため我々は他の典拠に依存することができる。その最も顕著なものが、これらの問題に広範な法制度により適用される法の一般規則である⁽¹²⁰⁾。では均衡性分析に適用可能な立証責任は誰が負うのか。軍事教範では、個人及び国家責任の問題に関する限り、暗示的に示されているに過ぎないように思われる⁽¹²¹⁾。さらに均衡性の決定は、利用可能な代替兵器及び攻撃方法に照らしてなされる必要がある。このことは軍事政策及び行動の計画、教練及び運用の段階において、道理上十分な通常兵器の性能の開発及び維持を図る国家責任に関する法的問題を提起する⁽¹²²⁾。

要するに米合衆国が独自に主張する均衡性の審査基準を考察するためには、考慮すべき様々な要素があることがこれまでの記述で例示された。こうした慎重な考慮は、均衡性についてばかりでなく、同様の慎重さをもって、必要性、攻撃目標の区別、緩和、人道、文民の攻撃からの免除及び中立の規則を含む、数多くの重複する規則について、それぞれ具体的に実施されなければならない。だが本稿では、紙数の制約上省略せざるを得ない。

これまでで、核兵器使用に関する戦時国際法とりわけ武力紛争法の解釈

(118) *Moxley* at 48.

(119) *Moxley* at 49-50.

(120) *Moxley* at 50-51.

(121) *Moxley* at 51.

(122) *Moxley* at 51-52.

に関する問題を終えて、核兵器使用に関する法の解釈から法の適用にかかわる問題に進むことにしたい。

3-5 核兵器への法の適用にかかわる問題：自衛権と復讐

米合衆国は法源の認識においては、特異な思考方法をとることなく、ただし武力紛争法の規則の解釈では一定の独自の見解を示した。では合衆国は、核兵器への法の適用にかかわる問題で、どのような特徴ある態度や見解を示したか。これが、ここでの論点である。具体例として自衛権と復讐という2つの領域をとりあげて、考察してみよう。

3-5-1 自衛権 すでに指摘したように、「合衆国軍隊のための統合参謀本部平時交戦規則」によれば、武力攻撃又は差し迫った武力攻撃の脅威に対する自衛上の武力行使は、次の二つの要素に基づくと規定されている。武力行使は敵対的行為又は敵対的意図に対応するものでなければならないという要件（必要性）と、いかなる状況においても、攻撃又は攻撃の脅威に反撃するために当然求められる強烈度、継続期間及び手段の範囲に武力行使は制限されねばならないという要件（均衡性）とである。国連憲章に定める自衛権の範囲に関する詳細な議論は、まったく武力攻撃同然の武力侵略や武力攻撃を予期してなされる自衛、さらに均衡性と必要性の要請の自衛権への適用可能性といった問題に及ぶ。「海軍／海兵隊指揮官便覧」は、キャロライン号事件を引用して、武力攻撃を予期してなされる自衛のため武力行使が認められる必要性の要件は、即時の、不可抗的な、かつ平和的手段を合理的に選択する余地がないということだと述べている⁽¹²³⁾。

だが自衛権に関連して読むと、マクニールは抑止政策の下では、合衆国は自衛においてのみ核兵器を使用することになると述べている。彼は、戦争中に核戦力の程度を調整して使用することにより、敵対国の行動を抑止

(123) The Naval/Marine COMMANDER'S HANDBOOK at 4-9 to 4-19, 5-1; The AIR FORCE MANUAL ON INTERNATIONAL LAW at 1-10 and 1-16 to 1-17; Moxley at 37.

及び制御することを可能にする戦争内抑止政策を強く主張している。いわく、“武力侵略に対して、エスカレーションを制御し、武力紛争をできる限り迅速に終結させるための一連の選択肢を準備するよう合衆国の抑止戦略は計画されている”と⁽¹²⁴⁾。

このような抑止戦略の下で自衛権の行使が、反撃するために当然求められる手段の範囲に制限されねばならないという均衡性の要件を十分に満たすことができるか、きわめて疑わしいと思われる。ICJの勧告的意見で、法廷意見は国家存亡の危険にさらされている自衛の極端な状況で核兵器使用の適法性について確定的な結論をくださなかった。だがウィラマントリ一判事はこの点について反対意見述べている⁽¹²⁵⁾。しかし合衆国の抑止戦略の下でなされる自衛権行使をめぐるより一層立ち入った論点の考察については、これ以上触れることができない。

3-5-2 復 仇 「国際法に関する空軍教範」は、合衆国の軍事法廷を引用して、復仇とは、“それ自体は違法であるが、所定の事件にかかわる特定の状況において、責任のある敵対国自らが違法な行動に訴えたことを理由として、正当化される行為並びに敵対国による今後の違法行為を阻止するための最後の手段として講じられる行動である”⁽¹²⁶⁾と定義している。また国連憲章に基づく復仇の継続的な適法性をめぐる問題について合衆国は、復仇の原則が特に陥りがちな濫用という理由を挙げて、合法的な自衛行為と違法な復仇との区別を維持するよう努力することが望ましいと言っている。合衆国は、「国際法に関する空軍教範」に示めされているように、復仇の権利に対する厳しい規制を認識している。「復仇に関する均衡性の要件」も、「復仇の攻撃目標となることを禁止されている目標」

(124) The AIR FORCE COMMANDER'S HANDBOOK at 6-1; *Moxley* at 59.

(125) 参照：ジョン・パロウズ著、浦田賢治監訳『核兵器使用の違法性——国際司法裁判所の勧告的意見』（比較法研究所叢書第27号，2001）360-370頁。

(126) The AIR FORCE MANUAL ON INTERNATIONAL LAW at 10-3 and 10-6 n. 12; The AIR FORCE COMMANDER'S HANDBOOK at 8-1; *Moxley* at 59. The Law of Land Warfare at 177; *Moxley* at 89.

も、そうである⁽¹²⁷⁾。

合衆国は、その ICJ への陳述書の中で、復讐の適法性は、個々の場合に依じて決定されねばならないという見解を示した⁽¹²⁸⁾。更に合衆国は、例えば文民たる住民又は個々の文民、民用物、文化財、礼拝所、文民の生存に不可欠な物、自然環境及び危険な力を内蔵する施設といった特定の種類の人又は物に対する復讐に関する禁止を含む第 1 追加議定書の規定を、核兵器には適用されない、また慣習法に組み込まれていない新しい規定であるとして退けた⁽¹²⁹⁾。合衆国は、法廷において、たとえ核兵器使用がそれ自体違法と見なされたとしても、このような兵器は復讐に使用可能であると主張した。

たとえ核兵器使用が必然的に違法であるとの結論が下されたとしても（我が国がそのような結論を下していないことは明らかであるが）、復讐に関する慣習法は、交戦国が、敵対国の戦時国際法違反に対して、他の場合なら違法行為となるであろう手段に訴えて、単独で反撃することを認めている⁽¹³⁰⁾。

ICJ は勧告的意見で、復讐の原則を受容するという見解を表明しなかった。だがウィラマントリ判事の反対意見は、この点を遺憾であると述べるとともに、現在の国際法によって復讐の権利の合法性は否定されていることを明確にしている⁽¹³¹⁾。したがって、米合衆国の見解、すなわち復讐上の禁止を含む第 1 追加議定書の規定が核兵器に適用されないとする解釈や、慣習国際法は復讐に関して核兵器使用を禁止していないという主張につ

(127) Ibid. at 10-6 to 10-7 n. 13; Moxley 89.

(128) *Written Statements* at 30; See also ICJ Hearing, November 15, 1995 at 75.

(129) *Written Statements* at 31.

(130) ICJ Hearing, November 15, 1995 at 75.

(131) 参照：前注 (125)『核兵器使用の違法性——国際司法裁判所の勧告的意見』399-402頁。

いて、さらに立ち入った批判的な考察が必要である。

3-6 小 括

この章では、米合衆国による法源論と法の一般原則、とりわけ武力紛争法の一般規則についての認識と解釈方法に関して考察した。その結果、合衆国のとる法源論そのものはICJ 規程38条に依拠しており特異なものでなく、したがって法的思考の枠組みを核兵器体制の反対派と共有しているといえる。だが、条約や慣習国際法、また法の一般原則の解釈と適用については、米合衆国の立場は自らの国家主権と意思主義を強調するものであって、国際法の普遍性を実現しようという立場とは対極にあるということも明らかになった。そして武力に訴える権利に関する自衛権の問題と、違法な武力行使をも容認する復讐の権利の問題とに関して、米合衆国による解釈と適用の特徴を明らかにした。

結 語

1 要 約

本稿の課題は、合衆国が現行の実定国際法に照らして、核兵器使用は必ずしも違法ではないと主張する場合の論理を検証することだった。主な検討対象として、ICJ に提出された合衆国の陳述と軍部のハンドブック類を分析した。

第1章では、合衆国から見た国際法の法源論を扱った結果、兵器使用に関する条約、慣習、法の一般原則、そして判例・学説、それぞれの法源の認識について見れば、一般に米合衆国独自の見解をとっていること、また法の一般原則の一般的な拘束力を認めてはいるが、具体的な場合について拘束が及ばないように、その意味を極めて限定解釈していることもわかった。さらに自衛権や復讐の権利に論及して、その意味を曖昧あるいは広範に解釈していることも明らかになった。

第2章では、核兵器国が人道的政治的軍事的な理由から自制したことによって慣習法がつくられることはあり得ないと合衆国が主張したことが注目される。また合衆国は、核兵器使用上の考慮事項として武力紛争法を挙げ、そこに法の制約をみとめる見解をしめした。合衆国は武力紛争法の適法性審査基準である均衡性、必要性、緩和、攻撃目標の区別、文民の攻撃からの免除、中立性及び人道に関する規則について、それらが核兵器使用に一般的に適用されることを認めた。だが核兵器使用が必ずしもこのような規則に違反するとは限らないと強調した。しかしある具体的状況における事実を照らし、そこに特定の武力紛争法のルールが適用されることによって、核兵器使用が違法となる場合があることを合衆国は否定できなかった。したがって核兵器使用が違法となる場合とはなにか、とりわけ具体的状況での特定事実に応用される法のルールとは何か、この論点が反対派との間に共有されるという点が注目される。

第3章では、合衆国のとる法源は ICJ 規程38条に示されており、また法的思考の枠組みも核兵器体制の反対派と共通するものがある。だが条約や慣習国際法、また法の一般原則の解釈と適用については法実証主義を強調するものであって、国際法の普遍性を強調する立場とは対極にあることが明らかになった。武力に訴える権利に関する自衛権の問題と、違法な武力行使をも容認する復讐の権利の問題とに関して、米合衆国による解釈と適用の特徴を明らかにした。

モクスレイが捉えた合衆国の解釈と適用の立場を、私はさきに次の4点(a-d)に要約した⁽¹³²⁾。(a)まず、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と主張することである。(b)つぎに戦時国際法や武力紛争法という法規則が存在するが、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特定の使用状況に基づき、ケース・バイ・ケースの基準で決定されるべきだということである。この2つの点に

(132) 前注(1) 16-26頁。

関しては、本稿で不十分ながら、問題の一端を一応立ち入って取り扱うことができた。しかしながら、モクスレイが捉えた次の2つの点について本格的に検討することは、本稿ではほとんどできなかった。すなわち、(c)合衆国は、これらの法規則の下では、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という主張についてである。(d)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主張した点についてである。これらの論点について本稿で立ち入った検討や考察をすることができなかった。

2 今後の課題

そこで私はモクスレイにならって、核兵器使用に適用できる法の拡張を試みて、当然違法の原則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いと思っている。本稿では、現行の実定国際法の解釈と適用をめぐる論点を提示したので、今後は「さらに適用可能と考えられる法原則」について記述したい。（終）