

原爆判決の国際法的再検討(二・完)

藤田久一

はじめに

第一章 原爆訴訟の経緯とその反響

- (一) 訴訟の背景
- (二) 訴訟の経緯
- (三) 判決の反響と批評

第二章 判決理由の再検討

- (一) 判決理由の構造と問題点
 - (二) 太平洋戦争における戦争法の適用可能性 (以上前号)
 - (三) 害敵手段に関する規則からみた原爆の評価
 - (四) 爆撃に関する規則からみた原爆の評価
 - (五) その他の戦争法規およびジェノサイド罪との関連における原爆の評価
 - (六) 違法性阻却事由の存否—原爆投下正当化論の法的検討
 - (七) 原爆投下責任追求の可能性
- おわりに
- (以上本号)

(三) 害敵手段に関する規則からみた原爆の評価

まず、広島・長崎に投下された原子爆弾がその性質上当時の害敵手段の許容性に關する國際法規則に照らして合法であったかどうかという点から検討を始めた。この法的評価を行う前提として、二個の原爆の性質、効果およびその及ぼした被害の特徴を明らかにする必要がある。

(1) そこでまずこれらの原爆の性能や被害の事実を概観してみよう。原爆の性能、効果については原子力に關する科学書の説明に依拠するしかないのであるが、判決理由は米國原子力委員会刊行のサミュエル・グラストン著「核兵器の効果」から核爆発の原理を略述している。要するにウラン²³⁵(広島原爆の場合)またはプルトニウム²³⁹(長崎原爆の場合)の原子核内に中性子が入ると連鎖的に核分裂反応がおこり、巨大なエネルギーが蓄積され爆発が生ずる。広島・長崎の原爆はそれぞれ TNT 爆弾二万トンと同量のエネルギーを放出した。この爆発により生ずる効果は爆風、熱線、放射能に分けられる。

爆風効果とは原爆の空中爆発から生ずる高温高圧の空氣の波(衝擊波)でそれが四方に広がり地上の建物等を破壊し去る。判決理由は長崎の例をあげ「爆心地より一・四マイル以内の家屋は瓦壊し、一・六マイル以内でもかなりひどい被害を受け、一・七マイルの地点でも屋根や壁に損傷を受けた」と述べている。広島の場合は長崎以上の被害状況であった。⁽²⁾

熱効果については、爆発により高温の熱と光からなる熱線(可視光線、赤外線のみならず紫外線を含む)が光と同速度で地上に達し、火災を発生させ、人の皮膚に火傷をおこさせ、状況によっては死亡させる。この効果は通常の高性能爆弾(TNT爆弾)と異なる特異なものである。判決理由によれば「広島と長崎とは、死亡者の二〇ないし三〇パーセントは火傷によるものと推定され、長崎では爆心地より二・五マイル離れた地点で熱による火傷が記録され

ている。」

放射能効果は原爆に特有のもので、爆発後一分以内に放射される初期核放射線と一分以後に主に爆弾の残片から放射される残留放射線からなる。前者は中性子、ガンマ線、アルファ粒子およびベータ粒子からなり、そのうちガンマ線と中性子は長距離の飛程を有し、これが人体に当たるとその細胞を破壊または損傷し、放射線障害を生ぜしめていわゆる原子病（原爆症）を発生させる。判決理由はこの症状を説明して「原子病は人間の全身を衰弱させ、数時間ないし数週間後に人を死亡させる病気であつて、幸にして生命をとりとめてもその回復には長時間を必要とする。その他放射線の照射によつて、白血病、白内障、子供の發育不良等を生じさせ、その他身体の諸器官に種々の有害な影響を与え、遺伝的にも悪影響を生じさせる」という。残留放射線の人体に及ぼす効果もほぼ同様である。なお、広島・長崎の被爆者の具体的事実については、判決理由は「すでにわれわれが見聞しているところである」と述べて、触れていない。

この原爆の兵器としての合法性の検討の際のメルクマールとして重要なのは、他の通常兵器（TNT爆弾など）の効果と比べての原爆の効果の特異性であろう。その特異性として第一にあげられるのは、右の爆風、熱、放射能の三効果の同時的相乗的效果ともいふべき従来の兵器とは比較を絶する大量破壊的、盲目的効果であろう。広島・長崎は原爆投下の瞬間以来、都市全体が比喩的には地獄の餓を呈し、人的物的に無差別の大量破壊を蒙り、今日まで正確な死傷者数の確認さえ不可能なほどである。判決理由の中では「軍関係者を除いて広島市においては少くとも死者七万人以上、負傷者五万人以上、長崎市においては死者二万人以上、負傷者四万人以上を出すに至つた」と述べているが、これらの数字さえかなり低い見積りであるといえる。もつとも原爆の法的評価のためにはその被害の詳細な数字まで

が不可欠なわけではない。原告それぞれが示した被害者数および判決理由中の右の数字からだけでも、この原爆は各々一個づつで当時の日本の中規模の都市をほぼ全滅させたことは確かであり、従来の兵器との比較を絶する大量破壊的効果⁽⁴⁾を及ぼす害敵手段であったことがわかる。

またこの原爆の最も特徴的な性質を示すものとして、右三効果のうちでも主に放射能効果に由来する原爆症があげられる。しかしこれはある意味では把握困難な症状である。原爆症という特定の病気があるわけではなく、放射能をあげたことにより起る白血病、原爆白内症、癌（甲状腺、肺、乳）、小頭症、老化現象、遺伝（被爆二世）といったさまざまの疾病は他の原因によっても発生しうる（単一病因性ではない）というのが医学常識とされている⁽⁵⁾。そして被爆者がこうした疾病に他の者よりかかりやすいことを証明するためには長期にわたる検査、統計が必要であり今までまだ完全な統計は存在しない。このことが、丁度第一次大戦で大量使用された毒ガスに対し同大戦後一時米国の軍関係者などから唱えられた毒ガス人道論にも似た、原爆人道論⁽⁶⁾ともいべきもの、すなわち原爆症は統計的には十分認定ないし証明されないという擁護論を生み出す余地ないし危険性のあることに注意しなければならない⁽⁷⁾。

(2) 右の事実を前提に、害敵手段としての原爆の評価は、まず新兵器に対する戦争法規の適用可能性、それが肯定されるならついで広島・長崎原爆の既存の害敵手段禁止規則に照らしての合法性、の二側面から行われるのが順序であらう。

判決理由はまず原爆投下に関係のある実定法規則を年代順に列挙し、それらが「第二次大戦中に出現した新兵器である原子爆弾の投下について、直接には何の規定も設けていない」としながら、新兵器使用の合法・違法は「既存の国際法規（慣習国際法と条約）の解釈及び類推適用」さらにそれらの法理の基礎となっている国際法の諸原則に照ら

して評価されるという。従って新兵器は常に国際法の対象とならないという議論は十分な根拠がないとして反駁している。

判決理由のこの部分の論理展開はそれなりの説得力がある。すでに見たように有効な害敵手段はそもそも禁止されないという議論は論外としても、新兵器は国際法の対象外という議論の中には、新兵器であるから許されるという意味の外に、明示の禁止がない限り許されるという意味で主張される場合もある⁽⁸⁾。後者の主張の特徴は新兵器の許容性を「新」兵器という兵器の性質によらしめるのではなく、明示の禁止規定という法的評価の基準の存否によらしめる点にある。ここにいう明示の禁止を条約規定に原爆禁止が明示されていることを意味するとすれば、新兵器である原爆にはこの条約規定のないことは明らかであり、結局新兵器は許されるということと同じ意味に帰する。そうではなくこの明示の禁止の意味をより広く、新兵器と類似の性質を有する兵器についての禁止規定また兵器一般を支配する規定がある場合をも含めるとすれば、判決理由の見方と近くなる⁽⁹⁾。

いずれにしても、新兵器に関する判決理由の説明の方がより妥当であり、大方の学者の賛同する見方であることは間違いない。ただこの説明の中で、新兵器の合法性が既存の国際法規の「解釈及び類推適用」に照らして評価されるという点に関連して、田畑鑑定書は類推適用を肯定的に、高野鑑定書はそれを消極的にみている⁽¹¹⁾。「類推適用」(またさらに「拡大解釈」という言葉は国内(刑)法では罪刑法定主義の観点から厳しく戒しめられているが、制定法中心の国内法と異なり主に慣習法からなる国際法の場合、国内法的意味の類推適用禁止はその妥当根拠を欠くと思われる⁽¹²⁾)。国際法上、新兵器の合法性評価の際に使う類推適用という表現の意味は戦争法の一般原則や慣習法規則に該当するかどうかという意味をも含むものとみてよく、これは一般に肯定されているとみてよいであろう⁽¹⁴⁾。さもないければ、

結局すべての新兵器の使用はそれ自体としては許容されることになってしまふ。

そこでつぎに、広島・長崎の原爆という新兵器にいかなる既存の国際法規（条約、慣習法）がその解釈または類推適用により関係するかという点を検討しなければならぬ。判決理由は前述の行論からこの段階で爆撃の国際法的評価の問題にそれではまっているが、まず原爆そのものの法的評価を行うのが順序であろう。判決理由はその「国際法的評価」の最後の箇所、ハーグ規則第二三条(a)（毒または施毒兵器の禁止規定）、一八九九年毒ガス禁止宣言、一九二五年ガス議定書の各禁止規定に原爆が該当するかについて「毒、毒ガス、細菌等と原子爆弾との差異をめぐって国際法学者の間にまだ定説がない」として判断を回避している。しかし続けて、セント・ピーターズブルグ宣言前文、ハーグ規則第二三条(e)（不必要な苦痛を与える兵器等の禁止）から、この原爆を「不必要な苦痛を与えてはならない」という戦争法の基本原則に違反しているということができよう」と結論する。この結論を引き出すために、判決理由は「原子爆弾の破壊力は巨大ではあるが、それが当時において果して軍事上適切な効果のあるものかどうか、またその必要があったかどうかは疑わしいし、広島、長崎両市に対する原子爆弾の投下により、多数の市民の生命が失われ、生き残った者でも、放射線の影響により一八年後の現在においてすら、生命をおびやかされている者のあることは、まことに悲しむべき現実である」と述べている。

こうした判決理由の法的評価やその理由づけは妥当であろうか。

まず広島・長崎原爆が「不必要な苦痛を与える」兵器であるという判断についての判決理由の説明には問題がなくはない。この判断のためには、原爆が「不必要な苦痛」⁽⁶⁾を与えたものかどうか、換言すれば軍事上の要素ないし軍事的効果と人道上の要求の二要素の均衡をみたしていなかったかどうかという困難な問題に遭遇する。原爆が「当時に

において軍事上適切な効果のあるものかどうかまたその必要があったかどうかは疑わしい」という判決理由の説明は兵器の許容性をはかる一要素としての軍事的効果の説明として適切かどうか。右の説明は兵器そのものの効果よりむしろ当時の状況における原爆の必要といういわゆる軍事必要の説明の方に近いように思える。この点に関連して、米国の若干の学者は原爆が終戦を早め失われるべき多数の米軍兵士の命を救ったという説をとり、これを軍事必要として正当化している(後述)。この説の真偽はここで問わないとしても、これを兵器そのものの許容性をはかる一要素としての軍事的効果として評価するのは適切ではない。

ではここでいう軍事的効果およびそれとの関係でいう人道の要求という要素はいかなる基準で計られるか。これについてはこの原則の最初の国際的成文化ともいえるセント・ピーターズブルグ宣言前文が参考になる。要するに、できるだけ多数の兵力を戦闘外におくという軍事上の必要と兵器による戦争の惨禍をできるだけ軽減すべきだという人道上の要素の均衡を考慮する際の基準となるのは、戦闘外におかれた人の苦痛を無益(余計)に増大しあるいはそのような無益の苦痛や死を必然的に伴う兵器であるか否か、という点である。また注意すべきは、この原則は一般に戦闘員に対して使用される場合の兵器を対象として考えられたものであり、もしその兵器の効果が一般市民にも及ぶとすればその場合には右の基準がそのまま必要苦痛とみなされるのではなく、不可侵の原則により保護されている一般市民に対する禍害はすべて人道性の要求からみた不必要な苦痛とみなされなければならないことである。

では、広島・長崎原爆は右の基準に照らして不必要な苦痛を与える兵器であったといえるかどうか。当時とくに広島には日本の軍隊はじめ軍関係者も多数駐屯していた(後述)のであり、原爆は彼らをほぼ完全に戦闘外においた限りにおいて軍事的効果があったともいえるが、他方両市に居住していた数十万の一般市民に対する無差別的大量殺傷

は人道性の要求からみて前者の軍事的効果との均衡をはるかにこえるもので、これだけでも十分不必要な苦痛を与える兵器であったとみなされなければならない。

ところが、原爆はそれのみか、すでにみたように熱、爆風、放射能の相乗的效果とくに原爆症やその不安を生き残った被爆者にもたらすものであった。こうした効果は戦闘外におかれた軍関係者に対してのみもたらされたものであったとしても右の基準に照らして軍事的効果は全く不必要な苦痛であるのに、それが無数の一般市民被爆者にも無差別的にもたらされたものであるから、不必要な苦痛の程度はさらに倍加しているとみなしなければならない。

にもかかわらず、この点に関して前に触れた原爆人道論的発想を持ち込もうとする試みも皆無ではない。たとえばマクドゥーガル(Myres S. McDougal)は核兵器の放射能効果をむしろ副次的偶然的なものともみなし「一定の最小限レントゲン以上のものを受けなかつた者はライフル弾、爆弾の破片で脚に負傷を受けたと同じく「生存の期待」をもちうる⁽¹⁷⁾」と述べている。オブライエン(W. V. O'Brien)も広島後数年で関心は将来の核戦争がおれば世界中に拡大する放射能降下物に移り、将来の世代に対する予測できない遺伝効果による永久的障害という脅威に直面しているとしながら、逆に広島・長崎原爆の放射能効果を(世界中に拡大していないため?)無視ないし過少評価している⁽¹⁸⁾。しかしこうした発想は原爆障害に関する確な事実認識に基づいていないのみならず、核兵器の放射能の量的区別または使用される場所的区別をもちこむ恐れのあるものである。原爆人道論は放射能そのものが不必要な苦痛に該当することを無視しようとするもので、不必要な苦痛を与える兵器の基準からみて到底受入れえない見解である。

以上のことから、広島・長崎原爆はたとえ一定の軍事的効果はあったとしてもそれをはるかにこえる非人道的効果をもたらしたものとして、国際法上禁止された不必要な苦痛を与える兵器に該当するもの、また規模的にも従来の兵

器との比較を絶する大量破壊力をもつものとして右の不必要な苦痛をもたらす兵器であつたとみななければならない。その意味で判決理由のこの箇所の結論は妥当である。

次に、不必要な苦痛を与える害敵手段の特定の兵器への適用規定ともいえる毒禁止および毒ガス禁止規定との関係で原爆を評価してみよう。判決理由は前述のようにこの点について国際法学者の間にまだ定説がないことを理由に判断を避けているが、定着した学説の存否より右諸規定がその解釈または類推適用により広島・長崎原爆をも対象とするかどうかを直接検討しなければならない。

まずハーグ規則第二三条(a)により使用の禁止される毒または施毒兵器と原爆との関係が問題となる。(19) この禁止規定の成立はかなり古く、(20) もちろん第二次大戦当時慣習法規則とみなされていたのであり、(21) またその禁止理由としては毒や施毒兵器の残酷性と秘密性ないし背信性があげられてきた。(22) 毒のこうした性質は一種の不必要な苦痛ともみなされ、これと原爆のとくに放射能効果の性質との類似性が証明できれば、原爆が右規定により禁止されるとみることも可能である。

反対論としてマクドゥーガル(23)は核兵器の放射能効果は周知の事実であるから背信性、秘密性はないという。しかし毒禁止の理由とされる背信性、秘密性とは毒の効果が周知かどうかによるのではない。もしそうならまだ知られていない種類の毒だけが禁止されることになろうが、国際法上禁止されているのはその種類のいかんを問わず毒一般である。その背信性、秘密性とはその効果が外見上わからない非物理的方法で対象(人間)内に吸収されそれを害することを意味する。とすれば原爆の放射能は、爆風や熱線の被害から逃れた被爆者にも知らぬ間に非物理的方法で害を加えるという意味において同じく背信的、秘密的性質を有するといわなければならない。また、たとえマクドゥーガル流の

解釈によるとしても、広島・長崎原爆がその意味の背信性、秘密性をもたなかったとみることはできない。なぜなら、一定の条件の下で核分裂により巨大なエネルギーが生ずるといふ原理そのものはすでにかなり前から科学者の間で知られていたとしても、原爆投下当時広島・長崎の市民はもちろん日本⁽²⁴⁾の戦争指導者の間でもこの新兵器の効果やそのもたらす被害については全く知られていなかったからである。また原爆症の存在や症状についても十分予測された周知のものでなかったことは戦後の日本の医学界の見解のみならず米⁽²⁵⁾国側のABCなどでの調査研究の必要性からもわかるのである。以上のことから、この原爆はハーグ規則第二三条(a)に具現されている毒や施毒兵器禁止規定にも反しているとみなすことは十分可能といえる。

次に、一九二五年ガス議定書に照らしての原爆の法的評価が問題となる。この議定書が核兵器にも適用されるかについては学説上一致をみないとしてもそこで思考を停止することは、結局この議定書の規定により核兵器の使用が禁止されていないという主張を間接的に支持することになる。ここでは広島・長崎の原爆にしばって、それとの関係でこの議定書に定められた禁止の範囲およびその禁止の性質は慣習法の宣言的性質のものかそれとも締約国のみを拘束する契約的性質のものかについて、結論的に述べておこう。⁽²⁵⁾

まず議定書中の「窒息性、毒性又はその他のガス及びこれらと類似のすべての液体、物質又は考案」という表現は当時すでに使用または開発されていたガスのみならず将来開発される可能性のある類似のものをも含むと解されていたこと、また「その他のガス」に一般に非致死性の催涙ガスも含まれるかどうかが当時争点であったことから判断して、逆に議定書の明示するガスや細菌学的戦争手段と同等またはそれより致死性ないし背信性、秘密性の高い類似の効果をもつ物質や考案が当時開発されていたとすればこの禁止の下に入ると解釈されたであろうことは想像に難くない

い。具体的に広島・長崎原爆についてみればその破壊規模の大きさは別として、右の「類似の」⁽²⁶⁾効果とみなしうる放射能効果を有していることはすでにみてきたとおりである。従って、議定書の解釈または類推適用として、原爆が議定書による禁止の範囲に含まれるとみることも可能である。⁽²⁷⁾

では次に、フォークの指摘したように日米両国とも第二次大戦当時議定書を批准していなかったため、議定書の規定内容が慣習法とみなしうるかどうかという点が、原爆投下行為にその適用があったかどうかを判断するために不可欠である。この点についても学説は必ずしも一致をみないが、議定書の成立過程、その文言および議定書の規定をめぐる諸国の態度からみて、結論的には次のようにいえるであろう。

この議定書は第一次大戦でのガス使用の経験をふまえ当時すでに毒または施毒兵器からの類推であるいは不必要な苦痛を与える兵器として法的に非難されていた毒ガスの使用禁止を明文化したものであり、またその使用禁止が「世界の大多数の国が当事国である諸条約中に宣言されている」とか「この禁止が、諸国の良心及び行動をひとしく拘束する国際法の一部として広く受諾されるため」という議定書の文言から判断して、その禁止規定の法典的ないし慣習法的性質が認められるかも知れない。⁽²⁸⁾ またたとえ議定書作成当時その内容はまだ慣習法とみなされなかったとしても、その後の諸国の態度と実行により *opinio juris* として慣習法化した（または議定書と並行して同様の慣習法が存在する）とみることも一層確実に可能である。もっともこの場合でもそれがいつ慣習法化したかを正確に証明することは困難であろうが、ここでは原爆使用の頃までにすでに慣習法化していたことがわかればそれで十分である。二九二〇年代後半から三〇年代前半にかけての軍縮会議準備委員会や軍縮会議での毒ガス、細菌兵器をめぐる審議では議定書未批准国を含めて議定書の禁止内容に反対した代表はなく、この禁止をいかに確認しより詳細に軍縮面でも規定

するかが討議の中心であった。⁽²⁹⁾ さらにまた一九三五〜三六年イタリヤ・エチオピア戦争における毒ガス使用をめぐる
両国と国際連盟の態度、第二次大戦中の主要国（とくに米国）の化学兵器に関する宣言や交戦国のガス不使用の實行
からみて、⁽³⁰⁾ 遅くとも第二次大戦までにはすでに議定書の禁止規定は慣習法となっていたとみるのが妥当であろう。

右のような議定書の禁止範囲やその慣習法的性質についてのわれわれの見方が誤っていないとすれば、議定書は広
島・長崎の原爆にも類推適用可能であり、その規定の解釈からは右の原爆使用はこの禁止に反することにならう。

(1) 次の諸文献を参照。日本学術会議原子爆弾災害調査報告書刊行委員会編「原子爆弾災害調査報告集」第一、二分冊一九五
三年、長崎市役所総務部調査統計課「長崎市制六十五年史後編」昭和三四年、日本原水協専門委員会編「原水爆被害白書」—
かくされた真実」日本評論社一九六一年、朝日新聞社編「長崎医大原子爆弾救護報告」昭和四五年、広島市役所「広島原爆
戦災誌」全五巻（とくに第一、五巻）昭和四六年、仁科記念財団編纂「原子爆弾 広島・長崎の写真と記録」光風社書店
一九七三年。

(2) 広島の場合「爆心地付近の建物は、人間とおなじく、炸裂の瞬間、一挙に焼失という状態であつたらうことは想像できる。
爆心地から半径五〇〇メートル以内の地域は、被爆直後に踏みこんだ市民の体験によれば、地域一帯が相当な深さの白い灰
によっておおわれていたという。原子爆弾被害調査報告書にも、木造家は、爆心直下から半径一キロメートルの圏内では、
大部分が瞬間的に粉碎せられ、一・二キロメートルの範囲内では全壊し、二・三キロメートルでは大破、三・四キロメー
トルでは中破の損害を受けたとしている」（「広島原爆戦災誌」第一巻一九二—一九三頁）。なお広島市調査課（昭和二〇年八
月一日日調）による建物被害の内訳表参照（同一九五—一九七頁）。

(3) 広島・長崎原爆による死傷者数についてはこれまでさまざまな統計が出されているが、正確な被害者数（推定）はまだわ
からない。その最大の原因は原爆により両市の行政機関がほぼ全滅し、それにつづく敗戦で軍関係書類も処分されてしまっ
たことにあるといえよう。また原爆症のほか余病併発などで被爆後かなりの歳月を経て死亡した者が多いこともあげられよ
う。日本原水協専門委員会編「原水爆被害白書」かくされた真実」（前掲、二七頁）では、大ざっぱな結論として、一九五
〇年までの広島原爆による死者数は二〇万人前後、長崎のそれは約一二万二千人としている。ほかに「広島原爆戦災誌」第

一卷前掲一五八頁以下、「新修広島市史」前掲七三二—七三九頁参照。

(4) 大量破壊兵器という言葉は、戦後になって使われはじめたものである(国連の通常軍備委員会の一九四八年八月の決議(Doc. S/C. 3/32/Rev. 1)参照)。なお、第二次大戦中のハンブルグや東京に対する爆撃は広島、長崎以上の物的被害をもたらしたともいえるが、それは一発の爆弾によるものではない点に注意しなければならない。

(5) 原爆症という呼び名は一九四五年九月都築正男博士が提唱したもので、それまでは白血球減少症、火傷、外症、骨折など従来からの医学的名称が用いられていた。その後原爆症を熱症、外症、放射能症の三つに分類し、それぞれを第一次、第二次に分けることになり、また都築説を修正した渡辺漸教授の「原爆障害症の病気別分類」も示された(中国新聞社「炎の日から20年」広島の記録2一九六六年一三七頁以下、都築正男「医学の立場から見た原子爆弾の災害」医学書院一九五四年重藤文夫・大江健三郎「対話・原爆後の人間」新潮選書 昭和四六年一三七頁以下)。

(6) Harry L. Gilchrist, Study of World War, Casualties from gas and other weapons, 1928; E. Riesch, L'aéronet militaire et les gaz de combat, Revue Générale de Droit Aérien, 1932, pp. 314-315; Prentiss, Chemicals in War, 1937, pp. 679-680.

(7) 一九五五年にABC Cの発表した一九五四年までの上半期報告書は原爆放射線による後障害として白血病、白内障、胎内被爆による小頭症、歯のほうろう質の減形成の四つしか認めなかった。他方日本側の研究では、ケロイド発生率の高さ、赤血球系への影響、昭和二十六年頃から癌が高率になっているからさらに広範囲の影響を考えていた。従って「もしABC C流にいうなら、一八八〇年に腸チフス菌が発見される以前には、腸チフスという病気はない」ことになりかねない(「原水爆被害白書」前掲四八頁)。

(8) 米國が核兵器の合法性についている立場はこれに当るべきである (Law of Naval Warfare, op. cit., Art. 613; cf. FM 27-10, op. cit., Art. 35)。

(9) Law of Naval Warfare, op. cit., Art. 613 の下註(5)は核兵器の國際法の基本原則に従うべきことを認めている。

(10) H. Meyrowitz, Les juristes devant l'arme nucléaire, Extrait de la R. G. D. I. P. oct.-dec. 1963, No. 4, pp. 3-4.

(11) 両書定書の概要は本稿第一章(3)の註(4)(法学論集第二五卷一号一八一—一九頁)参照。

(12) S. Glaser, L'arme nucléaire à la lumière du droit international, 1964, pp. 39-48.

- (13) なお、高野教授は類推拡張に批判的である一方、新兵器は条約のない限り合法であるという見解にも批判的で、セント・ピーターズブルグ宣言、毒禁止規定、ガス議定書など特別の根拠をあげることが必要とする戦時法においての原爆への類推拡張を非難されているのであって、不必要な苦痛を与える兵器の禁止といった一般原則の新兵器への適用可能性自体は否定されていない。ただ原爆をこの原則に照らしてみても十分違法性を引き出しえず、結局「原爆はそれ自体として違法性をもつ疑いは相当あるが、今日の戦時法の下においては、特別の協定でもないかぎり、原爆の使用を一般に違法とすることは無理であるという判断に達する」とされる（高野雄一、前掲 ジェリスタ二九三号 三二—三三頁）。
- (14) 一九〇七年ハーグ第四条約前文のいわゆるマルテンス条項参照。否定的見解として、城戸正彦「原子兵器と国際法」前掲四五六頁、W. V. O'Brien, *Legitimate Military Necessity in Nuclear War*, *World Polity* II, 1960, pp. 89ff.
- (15) 「不必要な苦痛」という言葉についで、セント・ピーターズブルグ宣言では *souffrances inutiles*、一八七四年ブラッセル宣言（案）以後一八九九年、一九〇七年ハーグ規則でも *maux superflus* という言葉が使われている。ところで、一九〇七年ハーグ規則の唯一の正文（仏文）の英語公定訳は *unnecessary suffering*（一八九九年ハーグ規則の場合は *superfluous injury*）で、独訳は *unnötig Leiden* であり、これはセント・ピーターズブルグ宣言によったものと思われる。メロビッツによれば、*souffrances inutiles* は法的基準を示すに不適切で、これに依拠する英、独訳の不適切さのためアングロサクソン理論やドイツ理論がゆがめられたとみる（H. Meyrowitz, *op. cit.*, p. 25）。日本語訳の「不必要な苦痛」についても同じことがいえるであろう。
- (16) 詳しくは、拙稿「大量破壊兵器と一般市民の法的保護」(一) 金沢大学法文学部論集法学篇第一五卷九〇頁以下参照。
- (17) McDougal-Feliciano, *op. cit.*, p. 662.
- (18) W. V. O'Brien, *op. cit.*, pp. 72-73.
- (19) なお、一八九九年毒ガス禁止宣言はその文言の制限的性質や米国がこれに加わっていないことから、ここでは検討対象からはずしてよいであろう。
- (20) ゲリチリス、グロチウス、ヴァッテルなどいわゆる国際法学の黄金時代の学者の見解にもすでに毒禁止が明瞭に示されている（拙稿、前掲七八—八三頁）。
- (21) ニューレンベルグ国際軍事裁判所の判決でも慣習法と認定されたハーグ規則の諸規定の中にこの規定も含まれていること

は確かである。

- (22) 拙稿、前掲八三頁。
- (23) McDougal-Feliciano, *op. cit.*, pp. 662-663.
- (24) いわゆるマンハッタン計画は米国民に対しても全く秘密裡にすめられ、広島への原爆投下後のトルーマン声明の中ではじめてその効果が公表された。しかし当時の日本国民は軍部の報道統制も手伝ってこの効果について十分な知識をただちにえたととは思えない。長崎原爆の場合、トルーマン声明後だからという理由でその効果が周知のものであったとみることはもちろん正しくない。「長崎医大原子爆弾救護報告」前掲一九七頁参照。
- (25) この詳細については、拙稿、前掲論文(二)(法学篇一六)九一―二頁。
- (26) 議定書のいう「類似の」ものとは効果の類似性を意味するのであり、人体内での毒ガスの化学作用と放射能作用とが性質上異なることは当然であるが、そのことは両者とも非物理的方法で体内に吸収され有害な効果を生ずるという点で右の類似性を妨げるわけではない。
- (27) なお、オブライエンは、第一次大戦中のガス戦争はあてにならない手段であって軍事利益を増大させず戦争を恐ろしいものにしたが核兵器は決定的軍事利益をもたらすとして、ガス戦争と核戦争の類推を危険なものとして非難する(V. W. O'Brien, *op. cit.*, p. 92)。しかし広島・長崎原爆に限ってみれば、それは米国に決定的軍事利益をもたらすものではなかった(後述)。
- (28) 同議定書を作成した一九二五年武器取引取縮会議では、大多数の代表はガス使用禁止を慣習法とみていた(S. D. N., *Actes de la Conférence pour le contrôle du Commerce International des Armes et Munitions et des Matières de Guerre*, Genève, 4 mai-17 juin 1925, pp. 310-321, 344-347, 370-371.)。
- (29) 拙稿、前掲(三三―四八、五四―五六頁)。
- (30) 第二次大戦中、ルーズベルト米大統領は「化学兵器の使用は文明化された人類の一般世論によって違法とされてきた」と声明し(The United States President's Statement of 1943, 8 Dep. of State Publications, No. 207)日本も議定書を諸種の都合上批准していないがその内容を否定する意図はなかった(海軍大臣官房「戦時国際法規綱要」昭和十二年五月)よりである。なお日本の態度については H. Fujita, *Ratification, par le Japon, du Protocole de Genève de 1925, Japanese*

(四) 爆撃に関する規則からみた原爆の評価

次に広島・長崎への原爆投下行為を爆撃に関する国際法規に照らして検討する。判決理由では空襲における軍事目標主義および総力戦や目標区域爆撃という観点からアプローチされているが、国際法による評価の中でもこの箇所に最も力点をおいた説明が行われている。

ところで、判決理由は爆撃に関する法規の存在とその解釈や範囲の検討に続いて、広島・長崎の場合の具体的状況をほとんど検討することなく、自明の理のようにこの場合への適用による評価を行なっている。ここでは空襲に関する判決の論理を再検討し、適用法規の範囲を明確にし、さらに原爆投下をめぐる当時の日米双方の軍事情勢や広島・長崎の状況をも勘案しながら、その投下行為の法的評価を試みてみたい。

まず判決理由は「空襲に関して一般的な条約は成立していないが、国際法上戦闘行為について一般に承認されている慣習法によれば」として、防守都市（地域）に対する無差別爆撃許容の裏返しとしての無防守都市（地域）に対する無差別爆撃禁止をハーグ規則第二五条、一九〇七年戦時海軍力をもってする砲撃に関する条約第一、二条から引き出している。その文脈の中で、防守都市と無防守都市の区別は「地上兵力による占領の企図に対抗しつつある都市」か否かにおかれ、「単に防衛施設や軍隊が存在しても戦場から遠く離れ、敵の占領の危険が迫っていない都市は、これを無差別に砲撃しなければならない軍事的必要はないから、防守都市ということとはでき」ない、と説明されている。判決理由はついで、空襲について空戦規則案第二四条、第二二条を援用し、「陸上軍隊の作戦行動の直近地域とそうでない地域とを区別して、前者に対しては無差別爆撃を認めるが、後者に対しては軍事目標の爆撃のみを許すものと

している」として、これを陸海軍による砲撃の場合の防守都市（地域）と無防守都市（地域）の区別と同様とみる。そして、空戦規則案は未発効であるが、「国際法学者の間では空戦に関して權威のあるものと評価されており、この法規の趣旨を軍隊の行動の規範としている国もあり、基本的な規定はすべて当時の国際法規及び慣例に一貫して従っている」ことからみて、「そこに規定されている無防守都市に対する無差別爆撃の禁止、軍事目標の原則は、それが陸戦及び海戦における原則と共通している点からみても、これを慣習国際法であるといつて妨げないであろう」と結論づけている。

空襲において無防守都市に対する軍事目標主義を引き出すこつた判決理由の論理については、次の二点をめぐつて疑問や批判が寄せられる。すなわち、一つは防守都市と無防守都市の区別の基準の問題であり、もう一つは空戦規則案は慣習法とみなされるか、見方をかえれば軍事目標主義の妥当性、という問題である。

第一の点について、防守・無防守の区別を「古風」とみるフォークのような見解もあるが、この区別が有効であること自体は総力戦の下においても戦争法の妥当性を認めるかぎり（前述）否定しえない。むしろ、区別の基準について異論がみられるのであり、判決のいう防守概念とは異なる概念をもち出す学者もある。これは都市全体を防護する防衛施設や軍隊が存在する都市を防守都市とみなす見解である。日本の学界では満州事変後の南京、広東など中国の都市に対する空襲を契機に、防守都市概念をめぐつて争われた立・田岡論争⁽¹⁾で、立博士は「關係的防守説」と称して右の見解を擁護した。この關係的防守説をとるかぎり、開放都市（open towns）⁽²⁾は別として實際上第二次大戦中の交戦国の多くの都市に対する無差別爆撃が正当化されることにならう。しかし、防守都市概念の沿革からみても、学説上も判決理由のいう概念が有力であることは疑いえない⁽³⁾。また第二次大戦中の諸交戦国の態度をみても、これらの国

は国際法違反とみられる多くの無差別爆撃の実行にもかかわらず、関係的防守説によれば防守都市とみなされる諸都市に対する戦略爆撃において軍事目標主義あるいは後述の目標区域爆撃を理由とする正当化にたびたび腐心した⁽⁴⁾のであり、そのことは占領企図に基づく伝統的都市概念が当時なお妥当するものと考えられていたことを示すものといえる。

第二の点についていえば、空戦規則案の軍事目標主義を定めている条文が判決理由の述べるように慣習法とみなされうるかどうか、またそれを証明するために判決理由の示したような推論すなわち国際法学者間で権威あるものと評価されているとかそれを軍隊の行動の規範としている国があるということ、で十分であるかどうかについてはフォークの指摘をまつまでもなく疑問の余地はある。ただ、大抵の学者は右規則案の規範を過去のものともみているというフォークの推測とは逆に、多くの国際法学者はこの点についての判決の結論には賛成していると思われる⁽⁵⁾。

また空戦規則案そのものが慣習法であるか否かとは別に、問題の陸、海戦に関する規則が空戦の場合にも地上都市に対する爆撃については当然類推適用されうるとみることも可能であり、また同規則案の中心的内容である軍事目標主義が第二次大戦以前から今日に至るまで諸国の *opinio juris* を示すものとして、戦争法の基本原則の一つとして認められてきたことも否定しえない。もっとも軍事目標主義そのものは第二次大戦当時戦争法の基本原則として妥当していたとしても、後にみるように総力戦、目標区域爆撃との関係、さらに軍事目標となる対象の拡大といった問題が残されていることはいうまでもない。

こうした空襲に関する当時の法的状況にかんがみて、広島・長崎原爆投下をめぐる事態はいかに評価されるであらうか。ここで問題となるのは、(i)広島・長崎は当時防守都市とみなされえたかどうか、(ii)もしそれが否定されるなら、

原爆攻撃は軍事目標主義に従っていたかまたは少くとも軍事目標に向けられたものであったか、という点である。

(i) について、判決理由は前述の伝統的な防守都市概念に依拠しつつ、広島・長崎の当時の状況を次のように述べている。「広島及び長崎が当時地上兵力による占領の企図に対して抵抗していた都市でないことは公知の事実である。

また両市とも空襲に対しては高射砲などで防衛され、軍事施設があったからといって、敵の占領の危険が迫っていない都市である以上防守都市に該当しないことは、既に述べたところから明らかである。さらに両市に軍隊、軍事施設、軍需工場等いわゆる軍事目標があったにせよ、広島市には約三十三万人の一般市民が、長崎市には約二十七万人の一般市民がその住居を構えていたことは明らかである。」

伝統的防守概念に従えば、右の判決理由の説明をまづまでもなく、両市が無防守都市であったことは十分明らかである。当時の米国の対日最終戦略においても、原爆投下を契機に米軍の地上兵力による広島・長崎占領の企図があったわけではなかった。

ただもしすでに批判した関係的防守説からみるとすれば、右の説明だけでは広島・長崎を無防守都市とみなすには不十分であろう。判決理由の述べるように、両市とも（とくに広島について）空襲に対して空射砲などで防衛され、軍事施設があったことは事実としても、それらと両市に居住していた多数の一般市民や非軍事物との割合をみれば、両市におけるその比重がはるかに後者に傾くことは確実であった。⁽⁹⁾ まして日本の敗戦の色濃い当時の状況の下で両市とも都市全体が米軍の攻撃に対して防護された軍事基地と化していたということはできないであろう。従って関係的防守概念によるとしても、両市（とくに長崎市）を防守都市とみなすには無理であろう。

以上のことから、無防守都市とみなされねばならない広島・長崎に対する空襲においては、軍事目標主義に従わね

ばならず、両市の軍事目標への爆撃のみが当時の国際法上許されるものであったといわなければならない。

次に(ii)について、この原爆投下は軍事目標を対象としていたかまたはしうるものであったか、あるいは無差別ないし盲目爆撃に等しいものであったか、が問題となる。この点について、判決理由は、広島・長崎原爆のような小規模なものでも一度爆発すれば「軍事目標と非軍事目標の区別はおろか、中程度の規模の都市一つが全滅する」とほぼ同様の結果となることは明らかである。従って防守都市に対してはともかく、無防守都市に対する原子爆弾の投下行為は盲目爆撃と同視すべきもの」とみている。

この一般論的叙述を広島・長崎の場合にあてはめても何人も異議をさしはさむ余地はないと思われる。原爆による両市の破壊はそこにある軍事目標に限られたわけでもまた軍事目標の破壊に不可避的に付随する偶然的破壊を一般市民や非軍事物にもたらした程度にとどまるわけでもなく、両市の機能そのものを全く停止させるほどの全面的破壊であった。

ただ、結果からみてではなくあえて米国の投下意図を問題にすれば、こうした全面的破壊は予想外のことであって米軍は原爆を両市の軍事目標に投下するつもりであったかどうか、また原爆の効果を軍事目標に限定しうるものと考えていたかどうかという点が一応問題になるかもしれない。しかし、原爆の破壊規模についての、当時マンハッタン計画に従事した科学者や米国の指導者の間での認識、原爆投下を勧めた中間委員会 (Interim Committee) による「二重目標 (dual target) すなわち最も被害を蒙りやすい家屋および他の建物に囲まれたまたは隣接した軍事施設または軍需工場」への使用勧告⁽¹⁾、さらに投下目標 (target) とされた都市の選択方法をみて⁽²⁾も、米国は原爆使用を軍事目標に限定するまたはしうる意図であったかどうかという点についても、否定的に答える外はないであろう。

従つて次のような判決理由の結論は十分肯けるのである。「原子爆弾による爆撃が仮りに軍事目標のみをその攻撃の目的としていたとしても、原子爆弾の巨大な破壊力から盲目爆撃と同様な結果を生ずるものである以上、広島・長崎市に対する原子爆弾による爆撃は、無防守都市に対する無差別爆撃として、当時の国際法からみて、違法な戦闘行為であると解するのが相当である。」

軍事目標主義が当時の状況においてそのまま妥当したと認められるかぎり、右の結論は正しい。ところで、判決理由はさらに念を入れて、第二次大戦当時よく主張された、軍事目標主義を否定または修正する可能性さえ含む総力戦、目標区域爆撃という二つの概念を紹介し論評している。

総力戦については、前述のように当時の総力戦的狀況が戦争法の妥当性ないし適用可能性そのものを否定するわけではないことをみてきた。また「総力戦であるからといって、直ちに軍事目標と非軍事目標の区別がなくなつたというのは誤りである」という判決理由の結論は妥当であるが、総力戦概念が右の区別ないし軍事目標の範圍に何らかの影響を及ぼしているのではないかと懸念も残る。さらにすすんで、判決理由の採用する総力戦概念は「人口、労働力等の人的要因が戦争方法と戦力を大きく規制する事実を指摘する趣旨」であるから、この概念の導入により軍事目標の範圍が拡大する可能性を判決理由自身認めているとも解しうる。しかしそれがどこまで拡大されるかについては「人口、労働力等の人的要因」というだけでは不明確であるが、ただ唯一の歯止めとして学校、教会等は軍事目標となりえないことが指摘されているにすぎない。

判決理由は、総力戦の叙述につづいていわゆる目標区域爆撃 (Target Area Bombing) をとりあげ、それが軍事目標主義を制限するかどうかについて述べている。ここにいう目標区域爆撃とは「第二次大戦中、比較的狭い地域に軍

需工場施設が集中していて、空襲に対する防禦設備も極めて強固であった地域に対しては個々の軍事目標を確認して攻撃することが不可能であったため、軍事目標の集中している地域全体に対して爆撃が行なわれたこと」と定義されている。

そもそも第二次大戦における英空軍の対独爆撃の実行から生れてきたこの種の爆撃方法を法概念としての確に表現することは困難であるが、右の説明でその大体の意味するところは理解されよう。問題はこの目標区域爆撃そのものが当時の国際法上許容されるものであったかどうか、またたとえそれが肯定されても、広島・長崎への原爆投下はその種の爆撃とみなされることができたか、という点にある。

まず目標区域爆撃そのものの評価につき、判決理由はこの爆撃が「軍事的利益又はその必要が大きいのに比べて、非軍事的目標の破壊の割合が小さいので、たとえ軍事目標主義の枠からはみ出ている、これを合法視する余地がないとはいえない」という二重否定的なやや曖昧な表現ではあるが、その合法性を認めている⁽¹⁶⁾。

この法的評価について学者の意見も分れている。スパート(J. M. S. Spaight)⁽¹⁶⁾とシン(Nagendra Singh)⁽¹⁷⁾のよう
にこの合法性を支持する者は、この爆撃を軍事目標主義原則の放棄ではなくいわば発展として、しかも許容の限界的なものとして認めている。しかし彼らがそれによって無差別爆撃を許すものでないことは戦闘員と非戦闘員の区別の原則の維持を認め、一般市民に対する威嚇爆撃(テロライゼーション)を禁止していることから明らかである。

他方、第二次大戦後主に連合国側の多くの学者はこの目標区域爆撃を主に軍事的効率ないし効果性の観点から批判した。つまり、この爆撃理論の結果はその擁護者があてこんでいたものに反した。むしろ的確に定められた目標に対する選択的爆撃の方がより決定的効果をあげたであろう、と考えられる。また法的にも、たとえブラウターパクト

(H. Lauterpacht)⁽⁸⁾ は、目標区域爆撃は戦闘員と非戦闘員の伝統的区別の確立した基準に従って判断するとき違法である、という。とにかく、メロビッツ (Henry Meyowitz)⁽⁹⁾ のいうように、たとえ右の区別を前者のために後者の領域を狭めるような形で実行上変えられたとしても、その実行はこの区別の規範を廃止し無差別爆撃を合法化するに至るものでは決してなかった。

右のように戦後の学説は目標区域爆撃の合法性をめぐり肯定・否定両論に分れているようにみえるが、それぞれの論点を詳しくみると両者の間に本質的差異はなく、その合法性を支持する者もこの爆撃の限界を注意深く示しており逆にこれを支持しない者も第二次大戦において軍事目標とみなされるものが拡大していることは否定していない。両論とも従来の軍事目標の解釈をゆるやかにせざるをえないことを認めながら無差別爆撃は批判するという共通点をもっているといえよう。目標区域爆撃の概念自体かなり漠然としており第二次大戦の実行上無差別爆撃と区別しがたい場合が多かったことを考慮すれば、この概念は乱用に導く危険性があるものとして避けた方が賢明であろう。⁽¹⁰⁾ しかし他方、軍事目標主義の発展ないし軍事目標の拡大は第二次大戦中避けられなかったことも事実であり、この現象を嚴格に制限された目標区域爆撃という言葉で表現しようとすれば、これに照らして広島・長崎原爆を評価しておくことも、第二次大戦当時現実に妥当していた国際法による評価として必要であると思われる。

これを検討するにあたって、当時の広島・長崎にこの爆撃を許すような状況が存在したかどうかがまず問われなければならない。換言すれば、両市の比較的狭い地域に軍事施設や軍需工場など軍事目標が集中していたか、対空防禦が整備され敵機は高々度からの爆撃を必要とする状況にあったか、あるいは軍事目標がカムフラージュされ外から識別困難であったかどうかといった事実問題が明らかにされなければならない。判決理由は「広島、長崎市がこのよう

な軍事目標の集中している地域といえないことは明らかである」としているが、こうした表現がはたして正確であるかどうか。

広島市は太平洋戦争に入ってから重要な陸軍の戦地向け海上輸送基地となった。同市の南部、宇品のかんりの土地が陸軍に買収され、また一九四五年には本土決戦に備え鈴鹿山系以西の西日本を担当する第二総軍司令部が同市北部の二葉の里の元騎兵第五連隊兵舎におかれた。また同年六月新たに中国五県を管轄する中国軍管区司令部がおかれた。その他、当時第二二四師団や他の大隊等が同市で動員編成中であつた。⁽²²⁾ それらの部隊およびその施設は市の南北、主に二葉の里や宇品に集中していた。また、市の中央部では、住宅、商業、工業各地帯は大きっぱな区分はできが必ずしもはっきり区別された状態ではなかつた。⁽²³⁾

他方、原爆投下当時の日本の軍部は本土に侵入してくる敵機に対する対空防衛の能力をもはや失っていた。米軍はすでに事実上日本本土上空の制空権、太平洋や日本近海の制海権⁽²⁴⁾を握り、米爆撃機はほとんど自由に本土上空に飛来し、一九四五年三月の東京大空襲をはじめ主要都市の大部分はすでに焦土と化していた。⁽²⁵⁾ ただ、原爆攻撃目標リストにあげられた都市には爆撃避止命令が出されていたため、⁽²⁶⁾ 広島、長崎両市ともほとんど無きずの状態にあつた。

広島市には当時高射砲陣地も存在した。⁽²⁷⁾ しかしすでに無数の都市が破壊された日本の当時の軍事状況からして、また敵機に対するある種の慣れも加わり、対空防備も実際にはほとんど機能していなかつた。事実、原爆塔載機B29エノラ・ゲイ(Enola Gay)号の直前に偵察機一機が広島上空に飛来したときも対空砲火はなく警戒警報⁽²⁸⁾が出されただけであつた。エノラ・ゲイ号に対してはこの警報さえなかつた。また在広の軍隊や軍事施設の存在およびその場所を米側は識別できないどころか熟知していたと推定する方が適切であろう。

こうした当時の状況から判断すれば、二葉の里近辺や宇品といった軍事施設の集中した地域は一応目標区域爆撃の対象となりうるような地域とみなされたとしても、この爆撃を行わざるをえない必要性があったかどうかは疑問である。まして、住宅、商業、工業地域がはっきり区別されていなかったとはいえ多数の一般市民の居住する広島市全体を対象として目標区域爆撃を行うことは論外であろう。従って、原爆投下をこの種の爆撃としてさえ正当化することはできないといわねばならない。

さらに、米国側もこの原爆投下をヨーロッパ諸都市に対し実行されたような目標区域爆撃と同じようにみなす意図ではなかったと思われる。原爆投下後のトルーマン声明⁽²⁹⁾などでは広島が巨大な軍事基地でありそれを破壊したことが強調された。しかし広島等が目標都市リスト⁽³⁰⁾にあげられてから爆撃が避けられたこと、また前述の「二重目標」という投下目的をみても、原爆使用はむしろその実験的心理的效果ないシテロライゼーションを狙ったもので、広島に集中している軍隊や軍事施設の破壊そのものを主に意図したのではなかったといわざるをえない。十分計算されていたはずの爆心地⁽³¹⁾が軍事施設の集中地域ではなく、市のほぼ中央の一般市民居住地域であったことをみても、これを証明している。被害の点からも、たしかに軍事施設はほぼ全滅したが、一般市民や非軍事物の破壊がそれに伴う副次的偶然的なものでなかったことはいうまでもない。⁽³²⁾

また、長崎市は戦時中軍事面ではあまり重要性はなかったが、三菱の軍需産業(造船所、製鋼所、兵器製作所など)が集中化し、そこでは多数の従業員が働いていた。⁽³⁴⁾しかし、市の中央は住宅地域、湾の左岸は産業、工業、住宅混合地域というように、⁽³⁵⁾広島の場合よりも住宅地域と産業生産地域とは一般によりはっきり区別されていた。

このような状況にあった長崎市の場合、米軍の爆撃機にとって従来の軍事目標主義を貫くことは広島の場合以上に

容易であつたはずである。なぜなら、軍事目標となるべき軍需工場などは市中心の住宅地帯とははっきり区別されていたし、長崎には広島ほどの軍事施設もなく、米爆撃機が高射砲など防空施設による反撃を受ける危険性はより少なかったと思われるからである。ただ左岸の住宅、産業混合地域は目標区域爆撃を許容しうる地域であつたとみることが出来るかも知れないが、広島の場合と同じく長崎の場合もこの爆撃方法によらなければ軍事目標を破壊しえないような状況ではなかつたとみるべきであろう。まして原爆の効果は右地域に限られるわけではないから、たとえ爆心⁽³⁶⁾が工場配置の中心であつたとしても、この原爆も目標区域爆撃の許容の範囲をはるかにこえることは確実であつた。事実、この原爆の被害効果をみれば、三菱軍需産業は造船所を除き崩壊したが他の工場の被害は比較的軽微である一方、それらと比較を絶する一般市民や非軍事物の破壊(なかでも多数の医療要員の犠牲や病院の破壊が顕著⁽³⁷⁾)がもたらされた。

以上のように当時の広島・長崎両市の状況を勘案すれば、軍事目標主義の原則やその延長としての目標区域爆撃の法理の両市への適用について次のようにいうことができるであろう。判決理由が「広島、長崎両市がこのような軍事目標の集中している地域といえないことは明らかであるから、これについて目標区域爆撃の法理を適用することはできない」と述べている箇所の結論は妥当といえるが、その理由づけとしての両市の状況についての説明はやや不正確である。広島・長崎両市とも都市全体として軍事目標の集中した地域とみることはもちろんできないが、両市には軍事施設や軍需産業の集中した地区や軍事目標と非軍事物の混在した地区が当時存在したことは事実である。したがって目標区域爆撃の対象となりうる地区が両市の中にあつたとはいえるであろう。しかし、制空・制海権を失つた当時の日本の軍事状況とくに対空防禦状況、米空軍の対日爆撃能力などから総合的に判断すれば、米軍の対日空襲⁽⁴⁰⁾では一

般に軍事目標主義を貫くことは十分可能であつたはずであり、対独空襲で実行されたような目標区域爆撃を行わざるをえないような状況はほとんどなかった。広島・長崎の場合もその例外ではなく、目標区域爆撃さえ必要とされるような状況ではなかった。まして原爆攻撃は右の爆撃の許容限界さえはるかにこえるものであつたことは何人も疑いえない。

- (1) この論争は昭和二年九月二〇日東京帝大の法理研究会における立教授の「支那事變の國際法問題」と題する報告(法学協会雜誌昭和二年一月号二二一頁以下)をきっかけに、田岡良一「空襲法に關する一學說に付て」(法学七卷一號一頁以下)、立作太郎「支那事變國際法論」(松華堂昭和二年六月二頁以下)の中で展開された。立理論では、戦時海軍力を以てする砲撃に關する條約第一條二項に對する日英仏獨の留保の趣意を空軍力による都市爆撃に推及すれば「陸軍軍隊又は陸戰隊の占領の意圖を以てする作戰行動に關係なく、都市に占拠する兵力又は都市内に在る航空機を撃滅、破壊する目的を以て爆撃を行はんとする場合に於て、之に對して航空機又は空射砲等の手段に依り、都市全体を防護するための事実上の防備が設けられるときは、國際法上に於ける防守されたる都市となり、都市を砲撃し得るに至る」(立、前掲六八頁)と述べ、その結果、南京や広東をこの意味の防守都市とみなした。田岡教授は右の留保についての立教授の解釈に疑義をはさみ、「軍艦又は航空機が占領の意圖なく単に何等かの建造物工作物を砲(爆)撃して破壊する目的を以て敵國都市を襲ひ、防禦砲火を蒙つた場合に、此都市を防守都市と稱して無差別砲(爆)撃を加える権利なきこと」は明らかであると主張し(田岡、前掲六頁)、南京や広東の爆撃は軍事目標主義によつてゐるとすれば正当化しうる(同、二九一三〇頁)とした。
- (2) Cf. R. Y. Jennings, *Open Towns, The British Yearbook of International Law*, 1945, pp. 258-264.
- (3) 田岡良一「空襲と國際法」巖松堂昭和二年七六頁以下、高野、前掲三五頁。
- (4) 城戸正彦「第二次大戰および戦後の國際法學說における軍事目標主義」國際法外交雜誌第五七卷五号五八頁以下。
- (5) 「判決理由の反響と批評」の項における日本の學者の見解、外国でもたとへば Openheim-Lauterpacht, *International Law*, Vol. 2, 7th ed., pp. 208, 349-359. なお、城戸、前掲五二一九二頁参照。
- (6) 判決理由もこの場合同様の類推適用という議論も十分に成り立ち得るとしてゐる。

(7) 日中戦争における日本の中国都市爆撃に対する国際連盟理事会決議による非難 (League of Nations, Official Journal (14/v/1938) May-June, 1938, p. 378. 田畑鑑定書「前掲参照」) 一九三九年九月一日米大統領の無差別空戦を避けることを求めたブールン (Dep. of State Bulletin, Vol. 1, 1939, p. 181) とそれに対する諸国の回答——九月二日英国の回答 (ibid., p. 182) 九月一日ケインの回答 (ibid., p. 183) —— 一九四二年一月二十九日空戦に関する英国の訓令 (CICR, Projet de Regles limitant les risques courus par la population civile en temps de guerre, 1958, annexe IV, p. 161.) など。なお、松山正彦「空襲と軍事目標主義」愛媛大学紀要第四部社会科学第二巻一号六八頁以下、F. Kalshoven, Belligerent Reprisals, 1971, pp. 161-177. 参照。

(8) 第二次大戦後の軍事目標主義をめぐる問題については、竹本正幸「軍事目標主義をめぐる最近の動向」(田畑茂二郎先生還暦記念「変動期の国際法」所収) 参照。

(9) 一九四五年六月一八日ホイットハウスにおける特別最高軍事会議で決定された対日最終戦略では、日本本土の戦略爆撃、海上封鎖の持続と一九四五年一月一日九州に対する上陸作戦(オリンピック作戦)、さらに一九四六年三月一日を一応の攻撃期日とする関東平野を経て日本の産業中心部への進攻作戦(コロネット作戦)などが考慮されていた。この戦略は七月二四日対日作戦のための第一回米英首脳会議で承認された(西島、前掲四七—四八頁)。米軍の中でも全く秘密裡にすすめられていた原爆投下作戦は右の戦略とは無関係にたてられたもので、その戦略による上陸作戦に符合することを予定されたものではなかった。

(10) 原爆投下直後のトルーマン声明や後に書かれたスチムソンやグローブスの論文などでは、広島・長崎が無差別爆撃を蒙ってもやむをえないような重要な軍事基地または軍事産業都市であったことが強調され、両市に居住していた何十万人の一般市民の存在についてはほとんど無視されている (Text of Statement of Truman, The New York Times, Aug. 7, 1945.; Henry L. Stimson, The Decision to use the Atomic Bomb, Harper's Magazine, Vol. 194, No. 1161, Feb. 1947, p. 105.; Leslie R. Groves, Now it can be told, The story of the Manhattan Project, 1962, pp. 316, 343.) 広島の場合、すでに昭和一六年広島市防空都市計画(「広島原爆戦災誌」第五巻資料編九九—一三〇頁)が作成されていたが、一般市民は昭和二〇年六月の主食配給記録によれば二四万五四三三人(新修広島市史「前掲七〇—二頁)であるが実際にはもっと多いと推定され、また軍人軍属総数は推定(中部復員連絡局広島支部調べ)で約九万余名とされている(同「七一—四頁)。

- (11) Henry L. Stimson, op. cit., p. 100.
- (12) トルーマンが「回顧録」(Memoirs by Harry S. Truman, op. cit., p. 420)の中で「この爆弾の使用決定に際して、私はそれが戦争兵器 (weapon of war) として戦争法に規定された方法で使用されることを確保しようとした。そのことはそれが軍事目標 (military target) に落ちるよう私が望んでゐることを意味した」と述べてゐる。しかしここで使われてゐる「軍事目標」といふ言葉は国際法上の軍事目標 (military objectives) ではなく、むしろ軍事的重要性をもつた都市そのものを指してゐる。その証拠に回顧録 (ibid., p. 420) によれば、スタムソンのスタッフは目標 (target) となる日本の都市のリストを準備した。そのリストにははじめ京都も軍事活動中心地として含まれていたが、最終的には都市の軍事的重要性に従つて、広島、小倉、新潟、長崎の四都市が目標として勧告された。この順番は最初の原爆攻撃の目標となる順番でもあったが、爆撃時の天候条件による選択の余地は残された。
- (13) 軍事目標の定義はともかくその範囲について具体的軍事目標のリストとして空戦規則案第二四条二項に掲げられたものは、第二次大戦中の実行からみて、狭すぎるとみなされてゐた (cf. CICR, *Projet de Règles, op. cit.*, pp. 64-73)。
- (14) この爆撃の原則は一九四四年一月九日英上院における Lord Carbone の発言の中で示された (Oppenheim-Lauterpacht *International Law, Vol. II, op. cit.*, p. 528 note 1.)。スワートの説明によれば、この爆撃は「ドイツ人自身の行動によりわれわれの爆撃隊に対して強いられた発展である。対空防衛はきわめて高度から攻撃を行う必要があり、かつ目標自体が通常巧妙にカムフラージュされていたので空からそれを識別することは実行不可能であった。しかし目標の位置はわれわれの情報機関を通じておよび他の情報源から知られていた」、目標地点となつたのは現実の目標よりむしろその位置である (J.M.S. Spaight, *The Atomic Problem, op. cit.*, p. 15)。なお陸上の戦闘においては、こうした実行は最近のものではなく古くから行われてゐた。その種の攻撃が行われる地帯では、軍事的要素が圧倒的比重を占めていた (CICR, *Projet de Règles, op. cit.*, pp. 89-90)。
- (15) Cf. R. A. Falk, op. cit., pp. 390-391.
- (16) スワートは第二次大戦中の著書 (*Bombing Vindicated, London, 1944*) では目標区域爆撃の熱心な擁護者であったが、戦後の著書 (*Air Power and War Rights, 3rd ed., 1947, p. 276; The Atomic Problem, op. cit.*, p. 15) では「この攻撃地域が合理的に限定されかつ爆撃が巧妙かつ慎重に行われるならば、この新しい実行を軍事目標の原則からの正当化しえな

い逸脱とみなす十分な理由はなかつた」と慎重に述べ、またこの爆撃は許容性の限界に近いもので、原爆は決定的にそれと見解を表明した。

- (17) シン・スノーに同意しつつあるものは (Nagendra Singh, Nuclear Weapons and International Law, 1959, pp. 100, 191-193)。シンによれば、目標区域爆撃の行われた第一次大戦中でも無差別爆撃になるのを避けるため戦闘員と非戦闘員の区別が求められ、この区別の基準として①攻撃対象の性質(一般市民か軍事目標か)に関する攻撃交戦者の意図、②兵器による破壊の範囲およびその効果を使用者が知っているか否かがあげられる。この区別が同大戦中の国家実行において考慮されたのであり、市民をテロライゼーションさせる意図もなくまたそれを知らないかぎり、市民の破壊も許容されるが、これが許容の最大限度でありこれをこえれば戦争の目的一敵の敗北であつて完全否定ではない一を変えねばならぬ」といふ。 Cf. Telford Taylor, Le droit pénal international et la guerre atomique, *Extrait de la Revue de Droit International, de Sciences Diplomatiques et Politiques*, No. 1, 1951, p. 12.

- (18) 米英の学者は、都市に対する核爆撃の想定から回顧的に目標区域爆撃の合法性を疑問視するようになったともいえる。 Robert W. Tucker, *The Law of War and Neutrality*, 1957, p. 55 note 1; W. V. O'Brien, *op. cit.*, p. 54; J. Stone, *Legal Controls of International Conflicts*, 1954, p. 628. ただ、日本に対する米軍の地域爆撃は「フラックネットによれば」かなり成功をおさめた史上最初のものではあつたと結論することができ。他方、この爆撃がなかつたとしても、勝利が達成されたであらうことと「必ず確かである」(P.M.S. Blackett, *op. cit.*, 田中訳「恐怖・戦争・爆撃」五七頁)。

- (19) Oppenheim-Lauterpacht, *op. cit.*, p. 530.

- (20) H. Meyrowitz, *op. cit.*, p. 31.

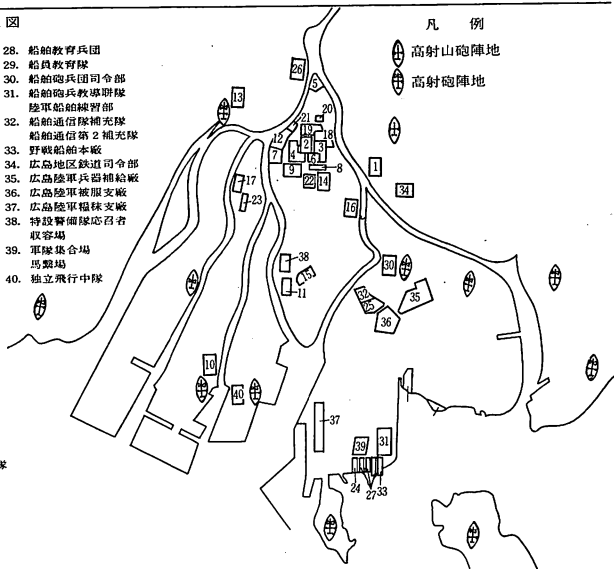
- (21) 戦後の空襲に関する立法作業でも目標区域爆撃をむしろ違法とみなす案や軍事目標主義を再確認することにより右爆撃を否定する考えが示されている(一九五六年赤十字国際委員会で作成した「戦時一般市民が蒙る危険を制限するための規則案」第一〇条、一九七三年に同委員会の提出した一九四九年ジュネーブ条約に対する追加議定書案I第四六条三項(a)、II第二六条三項(a))。

- (22) 広島市の主要部隊の配置図(「広島原爆戦災史」第一巻三六頁による)は次のとおりである(次ページ上段)。

- (23) U.S.S.B.S., *Effects of Air Attack on the City of Hiroshima, Urban Area Division*, 1947, pp. 4ff.

在広主要部隊配置図

1. 第2総軍司令部
2. 中国軍管区司令部
3. 第59軍司令部
4. 歩兵第1補充隊
5. 工兵補充隊
6. 通信補充隊
7. 輜重補充隊
8. 広島防隊区司令部
(広島地区司令部)
9. 広島第1陸軍病院
10. 広島第1陸軍病院
江波分院
11. 広島陸軍病院
赤十字病院
12. 広島第2陸軍病院
13. 広島第2陸軍病院
三滝分院
14. 特設警備隊第251大隊
15. 第205特設警備工兵隊
16. 第1特設警備隊
17. 第2特設警備隊
18. 中国軍管区兵器部
19. 第224師団司令部
20. 第224師団工兵隊
21. 彈薬庫
22. 中国憲兵隊司令部
23. 広島憲兵隊
24. 宇高憲兵隊
25. 大本営陸軍第2通信隊
26. 独立鉄道第2大隊
27. 船舶司令部
船舶輸送司令部
運輸部
28. 船舶教育兵団
29. 船舶教育隊
30. 船舶砲兵団司令部
31. 船舶砲兵教導隊
32. 陸軍船舶隊本部
33. 船舶通信隊補充隊
34. 船舶通信第2補充隊
35. 野戦船舶本廠
36. 広島地区鉄道司令部
37. 広島陸軍被服支隊
38. 広島陸軍福履支隊
39. 特設警備隊司令部
收容場
40. 軍隊集合場
馬繋場
41. 独立飛行中隊



凡例

- (24) 高木惣吉「太平洋海戦史」(改訂版) 岩波新書一四八頁以下。
- (25) U.S.S.B.S., Summary Report, pp. 16-17. 「東京大空襲・戦災誌」第三卷九三五頁以下。(第10)航空軍(B29部隊)「日本本土爆撃概報」参照。
- (26) 「七月三日、統合参謀本部は、アーノルド(陸軍航空部隊司令官)の勧告に従い、マッカーサーとニミッツあて打電した。今後、京都、広島、小倉、新潟の四都市を絶対に爆撃するという命令であった。電文には書かれていなかったが、これが原爆用に温存された目標都市のリストであった」(「もはや高地なし」前掲三三五頁)。
- (27) 前掲主要部隊配置図参照。 Cf. U.S.S.B.S., Effects of Air Attack on the City of Hiroshima, op. cit., p. 15.
- (28) 「六日午前七時九分、ラジオは「敵B29四機が広島市西北方上福を旋回中」と報じたが、まもなく退去し、七時三十分にはこの警戒警報も解除された」(「広島原爆戦災誌」第一卷五五一-五九頁)。
- (29) 右註(10)参照。
- (30) Cf. U.S.S.B.S., Effects of Air Attack on the City of Hiroshima, op. cit., p. 17.
- (31) 爆心地は市の中央からやや西北西よりの細工町一九番地相生橋南、島病院裏手付近と推定される(「広島原爆戦災誌」第一卷九二-一九三頁)。

- (32) 「新修広島市史」前掲七三二—七三三頁。なお工場の被害はそれほど重大ではなかった (U.S.S.B.S., Atomic Bombs on Hiroshima and Nagasaki, op. cit., p. 8)。
- (33) 広島被害状況図 (新修広島市史、前掲七三三頁) 参照。
- (34) 造船所の従業員数は被爆当時在籍八万余名中五万名と推定され、兵器製作所は一万八千名、製鋼所は約六千五百名であった。ほかに三菱電機長崎製作所に従業員五千名がいた。「これら三菱系各工場は、日本の軍需産業の中核を担っており、戦争の激烈化に比例して、飛躍的に生産能力を増大していった。各工場で働いていた者は推定八万人」(調来助編「長崎爆心地復元の記録」昭和四七年二五—二六頁)とらわれている。Cf. U.S.S.B.S., The Effects of Air Attack on the City of Nagasaki, 1947, pp. 4-5.
- (35) なお、長崎市原爆被災市街地復元図 (調来助編「長崎」(前掲)付図) 参照。
- (36) 爆心地は長崎市松山町一七〇番地にあるテニスコートの中央とされている (「長崎市制六五年史後編」前掲、四六九頁)。「長崎医大原子爆弾救護報告」(前掲、一九八頁)によれば「戦術的観点から批評すれば投下目標は北方に偏位したのではないか。或いは大波止附近を狙ったのが過って北方に偏ったものでないかと考えられる。若し大波止附近に投下されたならば長崎市は浦上をも含めて唯一発で全滅したであろう。」なお、調来助編「長崎爆心地復元の記録」(前掲二六頁)では「原爆はこの兵器工場(筆者註—三菱兵器製作所のこと)の潰滅をねらって投下されたといわれる」とあるが、すでに見たように原爆の投下は「二重目標」や実験的、心理的効果をねらったもので長崎の場合も個々の軍事目標の破壊だけを目的としたものではなかったとみるべきであろう。
- (37) 三菱軍需産業の原爆による被害の割合は左表(次ページ)の通りである (U.S.S.B.S., The Effects of Air Attack on the City of Nagasaki, op. cit., p. 14)。
- (38) U.S.S.B.S., Effects of Atomic Bombs on Hiroshima and Nagasaki, op. cit., p. 8.
- (39) Ibid., p. 6. 仁科記念財団編纂「原子爆弾」前掲、七八頁以下。
- (40) 東京空襲はじめ米空軍の対日戦略爆撃は、実際には軍事目標のみならず一般市民の居住する木造家屋に対する焼夷弾攻撃という形での無差別爆撃であった (日本の都市工業地区に対する焼夷弾攻撃に関する特別報告」第二〇航空軍司令部、「東京空襲・戦災誌」第二巻、前掲七三二—七三九頁)。

工場	爆心地からの距離 (マイル)	爆撃前の総面積 (平方米)	爆撃前の総額 (千円)	被害面積 (平方米)	全体の割合 (パーセント)	損害額 (千円)	全体の割合 (パーセント)
三菱兵器製作所	〇・七五	八六、〇四六	五二、三五五	七〇、二二〇	八一・六三〇	六〇六・五八〇	五八・五
三菱製鋼所	〇・七五	七四、一二八	三七、七七八	三八、六〇〇	五二・〇二九	三九五	七七・八
三菱電機製作所	一・七五	三四、九八〇	七九、六五〇	二四、四八〇	七〇・〇一九	五〇一	二四・五
三菱造船所	二・五	四四一、三三七	一三六、四六三	六二、二〇〇	一・四	一、一一二	〇・八
合計		六三六、四九二	三〇六、二四六	一三九、五〇〇	二二・九八〇	六一四・五八〇	二六・三

(五) その他の戦争法規およびジェノサイド罪との関連における原爆の評価

原爆投下行為は国際法上右に述べた害敵手段と爆撃に関する法規からの評価だけにとどまるものであろうか。右以外に他の戦争法規のいずれかに原爆投下が抵触することはなかったか、さらに原爆の諸特徴や投下の状況から総合的に判断するとそれは単に個々の戦争法規違反という側面からとらえられるだけでなく戦争犯罪ないし国際犯罪という側面からの考察も必要ではないか、という疑問も生ずる。こうした側面については判決理由では全く触れられていない。そのことは原爆はこれらの問題とは関係がないことを意味するのであろうか。以下に重要と思われるいくつかの問題点をとりあげてみたい。

(1) 予告に関する法規の適用可能性

原爆が広島・長崎に予告なしに投下されたかどうかという点も争いの対象となってきた。原爆を非難する側はよくそれが全く無警告で投下されたとしてその(道義的)責任を追求し、逆にトルーマンら米国の政治指導者たちは事前

に警告した（ポツダム宣言を意味する）と述べている。⁽¹⁾

事実はどうであったか。すでに明らかにされているところによれば、嚴重な秘密の下に進められていたマンハッタン計画の最終段階でスチムソン陸軍長官指揮下の前述の暫定委員会が全会一致で行なった原爆の対日投下勧告（一九四五年六月一日）の中に「(三)それ（原爆）は（兵器の性質についての）事前警告なしに使用されるべきである」という表現がみえる。⁽²⁾米政府はこの勧告に従った。この勧告の一カ月後の七月二日スチムソンがトルーマン大統領に提出した覚書（Memorandum）⁽³⁾にも原爆に関する言及はなく、この覚書をもとにポツダム宣言が起草され、七月二六日日本に対し発表された。同宣言も原爆には一言も触れず、ただ日本がなお抵抗を続けるならば迅速かつ完全な破壊をもたらすという意味の表現（同宣言第三、一三項）を使ったにすぎなかった。米・英の指導者間ではこの表現のうちに原爆使用がかくされていたことは明らかであるとしても、日本政府も国民もそれを全く予測できなかったことは確かである。トルーマンのようにポツダム宣言を原爆投下の予告とみなすのは無理である。

また原爆投下の直前においても原爆はいうに及ばず爆撃についてもなんらの予告もなされなかった。広島では八月六日朝、前述のように敵機（偵察機）通過後警戒警報も解除され、原爆塔載機にも特別の注意は払われなかった。⁽⁴⁾従って原爆投下は全くのいわば奇襲攻撃ともいうるものであった。また九日の長崎の場合、広島原爆投下直後のトルーマン声明などですでに日本政府は原爆の存在を知っていたといえるが、もちろんそれがまた長崎に投下されるとは予測できなかったはずである。⁽⁵⁾第二の原爆塔載機は小倉を第一目標としていたがその上空は曇りで目視爆撃ができなかったため、そこからあまり遠くない長崎に原爆を投下したのである。長崎市民にとってもこの原爆は予告のない攻撃であったことには変りはない。⁽⁶⁾

では、当時の戦争法規からみてこのような新兵器の性質やその使用についての予告なしの爆撃は許されるものであったかどうか。これと関連をもつと思われる規定は一九〇七年ハーグ規則第二六条および戦時海軍力をもつてする砲撃に関する条約第六条の規定である。前者は「攻撃軍隊ノ指揮官ハ、強襲ノ場合ヲ除クノ外、砲撃ヲ始ムルニ先チ其ノ旨官憲ニ通告スルヲ為、施シ得ヘキ一切ノ手段ヲ尽スヘキモノトス」と規定する。これは陸戦の場合の防守都市砲撃に際して事前通告をすすめた規定である。後者は海戦の場合における空襲の場合にも適用されるものであったかどうか。この点についてはとくに第一次大戦での空襲の実行をめぐる同大戦当時および戦後の学説上右規定の空襲への適用を肯定する説と否定する説に分れたことに注目しなければならぬ。同大戦後の判例には事前通告なしの都市夜間爆撃を国際法違反としたものもあるが、学者の多数はむしろ事前通告不要説に傾いていたといえよう。その論拠は必ずしも同一ではないが最もよくあげられる理由は、不意打ち（奇襲）が空襲成功の不可欠要件であり、予告は飛行士自身にとって自殺行為であるという点におかれた。⁽¹⁰⁾ この予告不要論者の多数はいわゆる戦略爆撃（独立空襲）の場合に予告を不要とみるのであり、戦術爆撃（防守都市を占領する企図での作戦行動の補助としての空襲）には予告を必要とみている。こうした多数説の論拠や右のような空襲の区別による法効果の区別に対する批判もあるが、いまかりにこの説に従って広島・長崎の原爆攻撃をみればどうなるであろうか。

すでにみたように、当時の広島・長崎は米軍の占領企図の対象となっていた都市ではなく、従って原爆投下は防守都市の占領企図の作戦行動に対する補助としてなされたものではなく、いわば戦略爆撃の一種とみるべきものであるから、予告に関する規定はその適用の前提を欠いていたことになる。ただ当時の日米両国の軍事情勢からみて、予告

をしないことが空襲成功の不可欠要件であるという状況ではなく、米空軍の対日空襲（戦略爆撃）は多くの場合爆撃目標都市を宣伝ビラ等の手段により事実上予告して行われていた⁽¹⁴⁾であり、しかもそれらの場合にも一般に米空軍飛行士はほとんど身の危険を伴わなかった。従ってこのような状況下で、空襲成功の不可欠要件を不意打ちに基礎づけあるいは飛行士の安全を論拠とする予告不要説をとることは必ずしも適切ではないのではないかという疑問も生ずる。

では、逆にハーグ規則第二六条は無防守都市の砲撃に関する第二五条と同じく戦争に適用ある一般的性質を有する規定であるから空襲にも類推適用されるという見方⁽¹⁵⁾（予告必要説）に従うとすれば、広島・長崎の原爆はこの規定によりどのように評価されるであろうか。ここで注意すべきは、同規定はすべての砲撃の場合に必ず予告を義務づけているのではなく「強襲ノ場合」（また戦時海軍力をもつてする砲撃に関する条約第六条では「軍事上ノ必要上、己ムヲ得サル場合」）は除外されていることである。従ってかりにこの原爆投下が強襲または軍事上の必要に該当するとすれば、予告規定の適用は免れることになる。（しかし無防守都市は強襲の対象となりえず⁽¹⁶⁾、また軍事必要による正当化は後述する。）原爆投下の場合がこの除外例に含まれないとすれば、当時は右規定の適用可能な状況であったとみることができよう。

では米国が原爆投下の予告をしなかったことはこの規定に反することになるかどうか。この規定は攻撃軍隊指揮官が砲撃を行う旨官憲に通告するため施し得べき一切の手段を尽すことを要求しているのであり、この趣旨に照らしてみれば、通告内容は使用兵器の性質について知らせることではなく砲撃を行うことそのことであり、しかも攻撃軍隊指揮官がその通告のための最大限の努力をすれば足りるものである⁽¹⁷⁾。従ってこれまで議論されてきた新兵器としての原爆であることを通告したかどうかという問題は予告規定の要求する通告内容ではなく、単に広島・長崎が爆撃さ

れることの通告が米軍の指揮官から日本（広島・長崎両市）の官憲になされるための手段が尽されたかどうか、という点が問題になるにすぎない。⁽¹⁸⁾そしてこの問題は日本の他都市に対する米軍の戦略爆撃の場合の通告問題と同質の問題である。宣伝ビラ等による爆撃予告がハーグ規則による通告に該当するか、また米軍指揮官は通告のための手段を尽したかどうかという一般問題は検討の余地あるものとして残るであろう。従って、たとえ空襲にも通告規定の適用を認める少数説からみても、原爆投下の予告がなかったということは、（その新兵器の違法性は別として）国際法上そのことからただちに予告規定違反とみなされるわけではない、といわざるをえない。

(2) 人道に対する罪、ジェノサイド罪との関連性

原爆攻撃の特徴はすでにみたように従来の害敵手段との比較を絶する大量破壊行為にあり、またテロライゼーションや実験的モルモットの効果をもちあわせた行為でもあった。こうした特徴をそなえた敵対行為はそれ以前には恐らく存在しなかったとさえいいうる。しかし戦争の歴史においてそれと類似するともみなしうる残酷な行為により大量殺傷が行われた例はなくてはならない。なかでも第二次大戦におけるナチス指導者のユダヤ人等を対象とする残虐行為がまず念頭に浮ぶ。戦後の国際軍事裁判では右の行為を主に念頭において人道に対する罪が定立され、さらに後にジェノサイド（集団殺害）罪という国際犯罪も条約規定として確立されるに至ったことを想起しなければならぬ。

これに対して、同じく第二次大戦中に使用された原爆については、すでに述べたさまざまな理由により、戦後もその使用を国際犯罪視し、そのことを明文化する動きは国家間にはほとんどなかったといつてよい。また、人道に対する罪やジェノサイド罪の主たる対象とみなされたナチスの犯罪行為と原爆投下行為の間には種々の要件の相違があることも否定できない。しかし両者の行為には全く共通点がないわけではない。右にあげた原爆の特徴はナチスの犯罪

行為の特徴にも通ずるものであるといえる。⁽¹⁹⁾ このことから、原爆投下行為を人道に対する罪やジェノサイド罪に照らしてみることも可能かつ必要であると思われる。なお、これらの犯罪概念が第二次大戦当時または遅くとも原爆投下当時すでに実定法上の概念として存在していたかどうかという点については別に検討を要する問題であり、⁽²⁰⁾ 本稿では取り扱わない。ここでは右の犯罪概念の構成要件に原爆投下行為も該当するかどうかという問題を検討するにすぎない。

(i) 人道に対する罪

人道に対する罪については、国際軍事裁判所条例第六条(c)に「犯罪の行われた国の国内法に違反すると否とにかかわらず、本裁判所の管轄に属する犯罪の実行のために行われ、またはこれに関連して行われたところの、戦争前または戦争中の、一般市民に対して行われた殺害、絶滅的の大量殺人、奴隸化、強制的移動、その他の非人道的行為、もしくはは政治上、人種上または宗教上の理由にもとづく迫害」⁽²¹⁾とその概念ないし構成要件が述べられている。この概念により元来カバーしようと思図されていたものが、ナチス・ドイツの同国内または占領地域でのとくに一般市民を対象とする残虐行為であったとしても、この罪は戦時中その手段のいかんを問わず一般市民に対して行われた絶滅的な大量殺人、その他の非人道的行為を一般に含むものである。

こうした現象が広島・長崎への原爆投下という手段によって惹起されたことも否定しえない。しかし、そのことからただちにこの原爆使用が右の人道に対する罪に該当すると断定することはできるであろうか。

この犯罪は従来の戦争犯罪だけでは第二次大戦中犯されたとくに自国民を含む一般市民に対する残虐行為を有効にカバーできないため、戦争犯罪のカテゴリーに必ずしも入らない行為を行なった者をも処罰するために定立された国

際犯罪のカテゴリーである。従つてすでに戦争法規の違反として戦争犯罪とみなされる行為については、人道に対する罪でカバーする必要はないわけである。すでに述べたように原爆使用がいくつかの戦争法違反の行為として戦争犯罪に該当するとみなされうるなら、もはや人道に対する罪にも該当するか否かを問う必要がないともいえる。ただ、原爆使用という一つの行為が戦争犯罪と人道に対する罪の二重の犯罪を構成するとみることとも不可能ではないかも知れない。⁽²²⁾しかし、右裁判所条例の規定する人道に対する罪は、平和に対する罪や戦争犯罪との関連において行われることが要件とされている。⁽²³⁾原爆使用は、他の戦争犯罪行為の実行のためまたはそれと関連して行われたものとみることとはできず、また当時の米國が平和に対する罪を犯していたとみなすこともできないから、右の要件をみたしているとみるのは無理であろう。

(ii) ジェノサイド罪

次にジェノサイド罪との関連で原爆投下行為をみてみよう。この点について、判決理由では触れられていないが、原告側は準備書面の中でこの原爆を平和的人民に対する残酷な塵殺行為とくに一都市住民の集団的殺害とみなしジェノサイド条約の適用を要求したことは既述のとおりである。⁽²⁴⁾しかしそこにおいても十分な論理展開はなされていない。ジュノサイド条約は⁽²⁵⁾一九四八年国連總會で採択され一九五一年一月一二日に発効したが、第二次大戦中の経験に基づいて成文化されたものであるから、もしその規定内容が同大戦中の行為の国際犯罪性の一基準を示すとするならば、そのかがりで広島・長崎原爆の犯罪性の基準としても考察に価するといえる。前述のようにここではジェノサイド罪そのものが同大戦中すでに一般国際法上の犯罪概念として妥当していたかどうかという点については取り扱わず、⁽²⁶⁾その妥当を一応前提として原爆投下行為がジェノサイド罪の構成要件に該当するかどうかという問題を検討するにとど

めたい。

同条約第二条は「集団殺害とは、国民的、人種的、民族的又は宗教的集団を全部又は一部破壊する意図をもって行われた次の行為のいずれをも意味する」として(a) (e)に列挙しているが、とくに原爆の場合に関係すると思われるものは「a、集団構成員を殺すこと」、「b、集団構成員に対して重大な肉体的又は精神的な危害を加えること」といった行為である。ジェノサイド罪は人道に対する罪の一種とも考えうるが、前述の国際軍事裁判所条例の規定する人道に対する罪のように他の戦争犯罪の遂行と関連して行われる必要はなく、それらと無関係に独立した国際犯罪である。なお右の定義も第二次大戦中のナチス・ドイツのユダヤ人等に対する殺害や非人道的行為を基準にして作成されたものであって、原爆など使用兵器の種類・性質そのものへの適用を意図されたものではなかったが、一定の兵器の所与の状況における使用がこの定義に該当する行為となりうる場合のあることも否定できない。⁽²⁷⁾

広島・長崎原爆の場合、すでにみた効果や被害の面から考慮すれば、この投下行為は右の第二条(a)、(b)にほぼ該当すると思われる。しかし次のような疑問点も存在する。

まず原爆により殺されあるいは重大な肉体的または精神的危害を加えられた広島・長崎の住民（被爆犠牲者）は右第二条のいう「集団構成員 (members of the group)」に該当するかどうか。ここでいう「集団」とは「国民的、人種的、民族的又は宗教的集団」であり、これは必ずしも少数派集団に限定されておらず、その中には戦争中の敵国の全体としての国民的集団も含まれると解しうるであろう。⁽²⁸⁾ 当時の両市には既述のようにかなりの数の朝鮮民族に属する人々その他外国人も居住していたが、⁽²⁹⁾ 住民の圧倒的多数は日本国籍をもつ国民的集団ないしは日本人という人種的民族的集団の一部を構成するものであったことは疑いえない。従って、両市の在住者が第二条の規定する集団の構成

員であつたとみることが可能であらう。

次に原爆投下はこの集団の「全部又は一部を破壊する意図をもって行われた」行為であるかどうか。ここで証明困難な「意図」の問題に遭遇する。つまり、米国（またより広く連合国側）が日本国民ないしは日本民族という集団の全部または一部を破壊する意図をもってこの集団の構成員の一部の存在する広島・長崎に原爆を投下したかどうか、という問題である。当時枢軸国側に対する反ファシズム統一戦線の形態を一応とっていた連合国側の基本的対日戦争目的が日本軍国主義の敗北を旨とするものであり、日本の国民または民族を滅亡させまたは奴隷化するものでなかつたことは、たとえばポツダム宣言第一〇項からも明らかである。しかしなお、原爆投下作戦に限定してみれば、米国首脳や原爆投下実行者の間でこの投下によって日本の国民または民族の一部を破壊する意図があつたかどうかを検討する余地はあらう。とはいえ、投下決定や実行に関係した者の各々について右の意図を直接知るすべはもちろんない。しかし、ここで問題とされる「意図」とは表面にあらわれない各人の内心の問題でなく、所与の状況下で外的、客観的に示された発言、行動、決定などから当然推定されるものとみるべきであらう。たとえば、ある兵器のもたらす効果を知りながら、その使用を命じたまたは決定することはその効果の及ぼす結果（被害）を当然期待ないし意図しているものと推定される。では、当時の状況下での米国の指導者の発言や決定などから、彼らは日本国民または民族そのものの少くとも一部を破壊する意図を有していたと推定されうであらうか。この点は正確を期すには詳述を要するがここでは結論的にのみ述べれば、次のようにいえるであらう。米国の指導者がニューメキシコの実験で成功をみた原爆の大量破壊効果を知っていたこと、従つて目標都市に対するその使用が都市住民を抹殺する結果になることを当然予測できたこと、それにもかかわらず彼らが二重目標への投下とか心理兵器といった表現を使ったことからわか

るように、原爆使用は集団構成員である住民の抹殺をも目標の一つとしその及ぼす心理的效果やモルモットの実験効果をさえ狙っていたことはすでに述べてきたように明らかである。このことから、少くとも原爆投下決定に関係した米國指導者は、その使用によって日本國民または民族の一部である目標都市住民の破壊の意図を有していたと推定することは十分可能である。

もっともこれに対する反論として、広島・長崎原爆は日本民族の一部の破壊ではなく、戦争の早期終結をはかり戦争が継続すれば増大したであろう米軍兵士の生命損失やひいては日本國民の生命さえ救うためのものであったという見解、または原爆がジェノサイド罪に該当するとすれば、戦争におけるあらゆる大量破壊行為は同罪に入ることになり、このことは同罪が定立された目的と異なるまたは一致しないという見解が予想される。しかし、前者については、たとえ戦争の早期終結、人命救助が原爆投下の目的であったと仮定しても(後述)、そのことはジェノサイドの意図の存在を必ずしも排除しないし否定するものではないといわなければならない⁽¹⁰⁾。また後者については、大量破壊兵器がもし戦場においてあるいは非軍事物から明確に区別された位置にある軍事目標に対して使用されるなら必ずしもジェノサイドになるとはいえないが、一般市民の密集地域を対象に使用されれば同罪を構成するとみなされる可能性は大きい、といわなければならないだろう。なぜならこの場合一定の集団構成員の少くとも一部を破壊する結果になることは通常その使用決定者にとって明白であり、それにもかかわらずその兵器を使用することはジェノサイドの意図があると一応推定してもよいからである。

(1) 広島への原爆投下直後の「トルーパーン声明」(The New York Times, Aug. 7, 1945). H. L. Stimson, op. cit., p. 104 参照。

- (2) H. L. Stimson, op. cit., p. 100.; Memoirs by Harry S. Truman, Vol. 1, op. cit., p. 419. なお同委員会の一人 Ralph Bard は後に意見を交え、その勧告に不同意の意思表示を行なった(H. Feis, *The Atomic Bomb and the End of World War II*, p. 47 note (32)). また米国内でもこの無警告投下に対する反対論もあった。六月十一日のいわゆるマンハッタン・レポート (Bulletin of the Atomic Scientists, Vol. 1, May 1, 1947, No. 10) は原爆の対日使用を非難し、原爆の奇襲使用は軍事的利益よりも米国の信用喪失の方がはるかに大きいことを指摘した。シカゴ冶金研究所 (Metallurgical Laboratory) の六四人の科学者もこのレポートを強く支持し、大統領に直接請願書を送った。またシカゴ研究所の一五〇人以上の科学者を対象に原爆の対日使用についての世論調査が行われ、事前警告や無人地域でのデモンストレーションに賛成する者が多数を占めた。しかし暫定委員会はこれらの提案を実行不可能として放棄した(H. L. Stimson, op. cit., pp. 100-101.)。
- (3) "Proposed Program for Japan" と題する覚書の全文は H. L. Stimson, op. cit., pp. 102-104.
- (4) トルーマン回顧録によれば「ボッダムでも、他のところにおけると同じく、原子爆弾の秘密は厳重に守られたままであった。われわれはそれについて知っているごく少数のアメリカ人の範囲を拡げなかった。チャーチルはもちろん、その最初から原爆計画について知っていた。なぜならそれは英米の技術のプールを含んでいたから」(Memoirs by Harry S. Truman, op. cit., p. 416.)。
- (5) なお、原爆投下に先立って広島市に警告ビラがまかれたかどうかについて、確かなことはなお不明のようである(広島原爆戦災誌「第一巻、前掲五一―五四頁」)。
- (6) 仁科記念財団編纂「原子爆弾」前掲四七―五二頁。なお大本営調査団による陸海軍合同研究会が原爆であるという結論をえた記録、「一八・一〇広島陸軍兵器補給部ニ於テ新型爆弾ニ関シ研究会」(「広島原爆戦災誌」第五巻七九五頁以下)参照。
- (7) 「長崎医大原子爆弾救護報告」前掲一九七頁。
- (8) Cf. U.S.S.B.S., *The Effects of Strategic Bombing on Japanese Morale*, Morale Division, June 1947, pp. 91-100. この第三章の邦訳は「東京大空襲・戦災誌」第五巻三九六―四二二頁。
- (9) 戦時海軍力をもってする砲撃に関する条約第六条ではハーグ規則のように「強襲ノ場合ヲ除クノ外」ではなく、「軍事上ノ必要上已ムヲ得サル場合ヲ除クノ外」となっている。

- (10) 両説の紹介と批判は、田岡良一「空襲と国際法」昭和二年二八六一—三〇一頁。
- (11) ドイツ・ギリシャ混合仲裁裁判所の二判決 (Coena Brothers v. Germany 事件 (一九二七年)、Kiriadoulou v. Germany 事件 (一九三〇年)) 参照。たとえば前者について同裁判所は一九二六年ツェッペンリンによる三千メートル上空からの事前警告なしのサロニカ夜間爆撃は国際法に反するとしてハーグ規則第二六条に言及した。同判決はこの規定がこの問題についての *communis opinio* を示すものとみなし、かつ陸戦における砲撃のために採り入れられた規則が同様に空からの攻撃に適用されない理由はなすと述べた (L. C. Green, *International Law through the Cases*, 2nd Ed., pp. 653-655)。
- (12) 田岡良一、前掲一九一頁。
- (13) 同右、二九八—二九九頁。但し田岡教授も「砲撃の予告に関する従来の法規の精神を空襲に適用する時、爆撃を予告する義務なしとの結論に達せざるをえない」(同二九八頁)とされる。
- (14) 米国防略爆撃隊は対日空襲において「次の数日間に」破壊する都市名を予告する声明を出し、それを示す宣伝ビラも多数まかれた(「東京空襲戦災誌」第三卷九一〇頁以下)。
- (15) 前述註(10)の判例参照。第二次大戦の実行に關して Spaight, *Air Power and War Rights*, 1947, op. cit., pp. 242-243. Cf. G. Schwarzenberger, *The Law of Armed Conflict*, 1968, pp. 144ff.
- (16) Oppenheim-Lauterpacht, op. cit., p. 418.
- (17) *Ibid.*, p. 420.
- (18) 原爆投下のための戦略空軍を指揮したスパーツ (General Spaatz) に宛てられた一九四五年七月二四日付命令には、「この兵器の日本への使用に関するいかなるかつあらゆる情報の流布は、国防長官および米國大統領に留保される。この問題に關するいかなるコミュニケまたは情報の発表も特別の事前許可なしに現地指揮官によりなされてはならぬ」とある (Memoirs by Harry S. Truman, op. cit., p. 420)。従って、原爆投下について現地の指揮官はその情報の発表を禁止されてきた。このことは現地指揮官がすべての手段を尽したことを意味するかどうか。
- (19) パル意見書参照(「東京裁判」下巻、前掲八七二頁)。
- (20) 人道に対する罪について、ニールンベルグや東京の国際軍事裁判では弁護側はこれを事後法で罪刑法定主義に反するとして反論したが、裁判所はこの反論を否定し敗戦国の被告はこの罪によっても処罰された。なお、エストッペル(禁反言)

を適用すれば、連合国側も同大戦中の自らの行為につき同犯罪の責任を負わないとはいえないはずであろう。 Cf. G. Schwarzenberger, *The Legality of Nuclear Weapons*, 1958, pp. 44-45.

(21) 極東国際軍事裁判所条例第五条(〇)の人道に対する罪の概念は「または宗教上の」という文言がない点を除けば全く同一文である。なお、この概念の不明確な点などについて、「国際法学辞典」中の「人道に対する罪」(山手治之執筆)参照。

(22) 核兵器一般についていえば、その使用は一定の条件の下で人道に対する罪に該当する行為ともなりうる。シュバルツェンバーガー (G. Schwarzenberger, op. cit., p. 45) はよれば「言葉のまじとも制限された意味において一般市民の保護を否定する規模の核兵器」の使用の場合、またシン (N. Singh, op. cit., p. 196) も「いかなる兵器の使用も不可避的にこの結果を生み出すとすれば」、人道に対する罪を構成すると認めているようである。

(23) なお、一九五四年国連国際法委員会の採択した「人類の平和と安全に対する犯罪についての法典草案」第二条一項では、通常の戦争犯罪や平和に対する罪とは独立して、人道に対する罪が規定されている。

(24) 前稿、法学論集第二五卷二号一二頁。

(25) 正式には「集団殺害罪の防止および処罰に関する条約」(A/RES/260 (iii))。

(26) シュノサイド罪が第二次大戦中すでに国際犯罪とみなされていたかどうかにつき考える一つの手懸りとして同条約前文および第一条が参考になる。前文には「集団殺害は……文明世界によって罪悪と認められた国際法上の犯罪であるから、……歴史上のあらゆる時期に集団殺害が人類に対し重大な損失を被らしめたことを認め」とある。また第一条は「締約国は、集団殺害が……国際法上の犯罪であることを確認」と規定している。こうした文言から、条約成立以前からこの犯罪が国際法上存在しており、しかも時期的にみて第二次大戦当時まで遡ると考えることは不可能ではないともいえる。もしそうなら日米両国が同条約を批准ないしそれに加入していないことは両国の同大戦中の行為について同条約の規定内容の不適用の理由とはならぬ。 Cf. Pieter N. Drost, *The Crime of State II Genocide*, 1959, pp. 74-80.

(27) 核兵器一般の法的評価に「ついで、その違法性、犯罪性をシュノサイド条約と関係つけて述べる学者も少くない。 G. Schwarzenberger, *The Legality of Nuclear Weapons*, op. cit., pp. 45-46; N. Singh, op. cit., pp. 153-153; G. Fischer, *L'énergie atomique et les Etats Unis*, 1957, p. 389.

(28) Cf. P. N. Drost, op. cit., pp. 84-86.

(29) 「広島原爆戦災誌」第一巻、前掲一六八頁以下参照。

(30) ほかに、原爆の効果については十分知らされずただ投下命令を受けたとみられるテニアン基地の責任者や原爆機塔乗員なども同様の意図をもっていたと推定されるかどうかは、別に検討を要する問題である。

(31) ドロスト (P. N. Drost) はジェノサイド条約起草過程における「意図」の問題をめぐる提案や見解を検討した後、結局次のように述べる。「その行為の窮極の目的が何であれ、その犯罪を犯すための理由が何であれ、保護される集団の生命に向けられた行為または措置の公然のまたは秘密の動機がいかなるものであれ、集団そのものの構成員の生命の破壊が行われるときには、ジェノサイド罪は犯されているのである」(P. N. Drost, op. cit., p. 84)。

(六) 違法性阻却事由の存否——原爆投下正当化論の法的検討

これまで検討してきたように原爆投下は当時の国際法の諸規則からみて一応違法と断定されるが、この違法性を阻却する何らかの事由が存在したかどうかという点もみておく必要があるであろう。この点については、原爆使用決定に関係した米国の政治家やそれを擁護する国際法学者等により主張されたいわば原爆正当化論ともいべきものが今日までかなり流布してきたように思える。こうした主張がはたして法的評価に耐えうるかどうか。この正当化論はこれまであまり法的検討を加えられてきていないが、ここでは軍事必要と復仇という観点からの若干の考察をしておこう。

(1) 軍事必要による正当化論

トルーマン、スチムソンなど米国の原爆投下責任者たちは戦後の論文や回顧録(1)の中で、原爆投下が日本の降伏を早め、多くの米兵の生命を救ったのみならず、失われるはずであった日本人の生命をも救ったという意味のことをくり返し述べてきた。米国の若干の代表的学者(2)も彼らの文章に依拠しつつそれに法的衣を着せ、原爆使用を軍事必要に基づくものとして法的正当化を試みた。

軍事必要に基礎づけるこうした正当化は国際法上どのように評価されるであろうか。判決理由はこの点には全く触れていない。しかし被告側はその準備書面(第四)の中で「原子爆弾の使用は日本の屈服を早め、戦争継続による、より以上の交戦国双方の生命殺傷を防止する効果を招来したものである」と述べて右の米国の政治家等の主張をそのまま受入れているが、フォークがこの点をやや皮肉って指摘したことはすでに見たとおりである。またフォークも他方では判決理由がこの問題について検討を加える努力をしていないと批評しているが、むしろ判決はこれを取り上げないことよって被告の主張を退けていると見る方が妥当ではなかろうか。

ここでは判決理由の評価を離れて、広島・長崎への原爆使用を軍事必要という理由ではたして法的に正当化しうるかどうかを、①軍事必要の法的意味、および②原爆使用はこの軍事必要により正当化されるか、という二点から検討してみよう。

①まず軍事必要の法的意味について、ここでは右にみた米国の若干の学者の主張する軍事必要の概念を中心にその法的意味や軍事必要が国際法上許容されるかという点を明らかにするにとどめる。

その代表的見解を示すマクドゥーガルやオプライエンは、法的制限からの自由を主張するドイツ流の古い戦数論(Kriegsrason)を批判しつつ、正当な軍事目的のために必要不可欠で均衡性のある措置としての合法的軍事必要(Legitimate military necessity)原則を主張する。マクドゥーガルによれば「この概念は、正当な軍事目的のすみやかな表現のために必要な、適切なかつ均合つた破壊、しかもそのような破壊のみを許可するもの」ということができるとしている。またオプライエンによれば「軍事必要とは、戦争法または自然法により禁止されていない限り、正当な軍事目的に直接不可欠でかつ均合つたすべての措置にある。但しそれは責任ある指揮官の決定によりとられ、司法

的再審査に従うものとする。」⁽⁵⁾と云う。

たしかにドイツ流の戦数論は戦争法の拘束力の否定に導くものとして今日多くの批判を受け、第二次大戦後の軍事裁判でもこれを理由にする違法行為の正当化の主張は拒否されてきた。⁽⁷⁾しかしまた右に示した合法的軍事必要原則の主張にも問題がないわけではない。マクドゥーガルの定義による「必要な、適切なかつ均合った破壊」は、破壊を行う側の交戦者の状況判断に一任され結果的にはドイツ戦数論のそれと大差なくなるのではないかと思われる。その点オブライエンの定義では「戦争法または自然法により禁止されていない限り」という制限が入るから、主観による乱用の危惧は一応防止されうるとみてよいであらう。

もっとも今日有力な見解は、個々の戦争法規はすでに軍事必要の要素を考慮に入れて作成されているのであり、法規中に軍事必要に言及されている場合は別として軍事必要を戦争法上独自の法概念として認める余地はないとする見解⁽⁸⁾である。一九四九年ジュネーブ条約をはじめとする戦後の戦争法の成文化もこの見解にそってなされているといえよう。

また一九五六年米国陸戦提要は次のように一方で軍事必要を認めつつ右の見解に近い内容を規定している。すなわち「戦争法の禁止的效果は、できるかぎりすみやかに敵の完全な服従を得るために不可欠な、国際法により禁止されていない措置を正当化する原則として定義されてきた。軍事必要」⁽⁹⁾によって縮少されない。軍事必要は、慣習および条約戦争法が軍事必要の概念を考慮に入れて発表、作成されてきたのであるから、この戦争法により禁止された行為を弁護するものとしては一般に拒否されてきた。⁽⁹⁾第二次大戦中の米国の軍事行動の基準を提供していたと思われる一九四〇年作成の同提要⁽¹⁰⁾も右ほど明確にはないが、戦争の法規慣例によって禁止されていない措置に訴えることを

軍事必要が正当化する、と述べている。こうした概念は先にみたオプライエンの定義に近いものといえる。

ところで、右の合法的軍事必要概念をとる米国の学者は一般論として核兵器使用の違法性を前提とせず、彼らのいう「自由世界」防衛のための限定的核戦争の合法性が前提とされている。⁽¹⁾ この軍事必要の許容性には戦争法により禁止されていない限りという条件がつけられている以上、もし核兵器使用が違法とされるならばやこの軍事必要の主張によってその使用を正当化する余地はなくなるはずである。彼らがこの軍事必要により広島・長崎原爆を正当化するののは、逆にいえばこの原爆投下がそもそも戦争法上違法なものとみなされなかったことを意味するはずである。しかし、すでに見てきたようにこの原爆投下は当時の国際法上も違法行為であったとみなしうるのであるから、もはや右の合法的軍事必要原則の適用の余地さえないとみるのが適当であると思われる。しかしいまわれわれのこの確認をしばらく棚上げにし、右のような米国流の軍事必要原則の原爆投下当時の状況への適用によって、はたしてこの原爆使用が正当化されたものかどうかを検討してみたい。

② 早期終戦、米兵（および日本人）の人命損失を減らすための原爆投下という前述の主張が、右の合法的軍事必要の要件ともいえる正当な軍事的目的のための必要不可欠なかつ均合った措置に該当したといえるかどうか。

この主張を軍事必要の要件からみると、原爆投下の軍事的でないし軍事利益とは戦争の早期終結によりその継続の場合には失われたであろう多数の米兵の人命さらに日本人の生命を救うこと、そして、それに付随する必要不可欠の破壊としては広島・長崎の人的・物的破壊であり、両者を計算すると前者の方に傾くか均衡性を保つ、ということであろう。要するに、早期終戦、人命救助のための原爆投下による両市の壊滅は必要不可欠で均衡性のとれたものであった、ということである。たしかに両市の破壊の方は米国指導者の予想さえ上廻るほどの「成果」をおさめた事実で

あった。これに対し、早期終戦、人命救助という目的の方は正当な軍事目的でありかつ原爆投下なくしては実現不可能なものであったかどうか。この点については、当時の国際情勢とくに日米間の政治、軍事、経済等の諸状況を正確に把握しなければ結論を引き出すことは困難であろう。軍事必要による原爆使用の正当化を主張する米国の学者はトルーマン、スチムソンなど政治家の戦後の論文や回顧録の叙述をうのみにしてそのまま引用しているにすぎない。しかし、今日まで歴史、外交史、国際関係などの諸分野でなされた研究成果をみると、次のような当時の日米間の状況は事実としてまたそれに基づく合理的推測としてほぼ立証されているといえよう。

第二次大戦も一九四五年に入り米軍の沖縄占領、ドイツの敗北という軍事情勢の中で、日本の空海軍とくに海軍はすでにほぼ壊滅状態にあった。⁽¹⁴⁾ 制空・制海権を失った日本の本土に対する相次ぐ米戦略爆撃の結果、主要都市はほとんど焦土と化し、戦争経済力も破産にひんしていた。⁽¹⁵⁾ この状況において日本の敗北はほとんど決定的であった。日本の和平工作は当時中立の立場にあったソ連などを介してあるいはスイスを舞台に試みられていた。⁽¹⁶⁾ こうした日本の軍事・経済状況や和平工作の動きも米国の戦争指導者たちには周知のことであった。⁽¹⁷⁾ また米国は一九四四年末以来ソ連に対日参戦を勧めその約束をとりつける一方、沖縄占領後早やければ一九四五年秋を目標に日本本土上陸計画（オリソンピック計画）⁽¹⁸⁾ をたてていた。しかしヨーロッパ戦線での共同交戦国であった米ソ間にはドイツ敗北後すでに冷戦の風が吹きはじめており、米国は敗北間近に迫った日本に対する戦後の支配権の独占をソ連に破られることを望まなくなっていた。七月中旬の原爆実験成功から八月初旬の原爆使用までわずかの期間しかおかなかったことも、右の事情を考慮に入れると、予定されていたソ連参戦までに日本を降伏させる政治的需要が米国にあったからであるという推測は十分合理性があるといえよう。⁽²⁰⁾

このような見方がより事実に近いとすれば、八月当初に投下された原爆が秋に予定されていた米軍の日本本土（九州）上陸による米軍や日本人の生命の損失を救ったという理由づけはきわめて皮相的かつ一方的見方であることがわかる。

また原爆投下によって終戦が早く実現したかという点についても、疑問がないわけではない。日本側の敗戦決定すなわちポツダム宣言受諾決定に原爆投下が決定的役割を果たしたといえるであろうか。二つの原爆投下後の一九四五年八月九日深夜に開かれた第一回御前会議では従来どおり東郷外相案を支持するいわゆる停戦派と阿南外相案を支持するいわゆる戦争継続派とが同数のまま対立し、天皇は外相案をとるよう裁決した。さらに、一四日の第二回御前会議でも両者同数の対決は解けないまま、最後に天皇の再度の裁決（いわゆる聖断）によりポツダム宣言の無条件受諾が決った。このような歴史的⁽²⁾事実からすれば、原爆投下が日本側の終戦意思決定を早めた⁽²⁾と断定するにはきわめて躊躇を感じる。

右のようにみてくれば、原爆投下が米兵等の生命を救うために必要不可欠であったのではなくて、むしろソ連の参戦による日本領土侵入前に日本を敗北させ戦後処理においてソ連の日本への影響力行使を阻止し米国の独占をはかるという政治的狙いにとって必要な手段と考えられた、ということができであろう。そしてこの見方からすれば、原爆投下は前述の合法的軍事必要原則に照らしてもはや正当化されるものではなくなる。ソ連の日本への影響力阻止という米国の政策（政治・外交的理由）が右の軍事必要の要件ともいえる対日戦争に不可欠の軍事的であるとみなすことはできないし、ましてこの米国の政策の重要性と広島・長崎原爆の被害の重大性の均合いをはかること自体不可能もしくは無意味であるからである。

また、たとえ米国の学者の主張するように原爆が終戦を早め米兵を救ったということが事実であったと仮定しても、そのことが彼らのいう軍事必要の要件に合致することになるかどうかさえも疑問である。早期終戦、人命救助という利益が広島・長崎の破壊の規模と均衡を保ちうるかまたはその比重が前者に傾くということができるかどうか。そもそも交戦国の敵対行為は一般に戦争のできる限りすみやかな終結（敵国の降伏）を目ざして行われるものであり、さもなくば敵国民の皆殺しを目ざすことになる⁽²⁾。従って終戦を早めるという理由は合法的軍事必要の要件たる戦争目的として援用できないのではなからうか。そうでなければ、すべての敵対行為は戦争を早く終結させるという理由から軍事必要として正当化されることになり、結局ドイツ流の戦数論と選ぶところはなくなるであろう。

また人命救助という理由は戦争がなお継続し日本への上陸作戦の強行による人命および物的損失が原爆による広島・長崎の人命および物的損失よりはるかに大きかったであろうという意味と思われるが、これはある意味では仮定の問題と現実の問題とを比較しようとするに等しく、この比較自体成り立ちうるかどうかも疑問であろう。

以上のように、原爆は当時の国際法上違法であったという点を一応考慮の外において、米国の学者の主張する合法的軍事必要に従って原爆使用を判断しても、当時の状況と事実に基づく合理的推測に照らしてみれば、この使用を右の軍事必要を理由に正当化するのは無理である、と結論せざるをえない。

(2) 復仇による正当化論

原爆裁判では被告の主張でもまた判決理由でも、原爆使用を国際法上の戦時復仇に基礎づけてその違法性を阻却しようとする試みについての評価は全くなされなかった。また米国の政治家等の原爆正当化の主張でも復仇に関する明白な言及はなされていない。しかし日本のパールハーバー攻撃や日本軍による連合軍捕虜の虐待などを引き合いに出

して原爆を正当化する主張はよく見受ける。⁽²⁴⁾これを法的に整理すれば、原爆投下を違法とする批判に対し日本側も戦争中同じく違法行為を行なったという反論とみてよい。そこで戦時復仇制度に照らして原爆投下を評価しておくことも必要と思われる。

ところで、第二次大戦当時の戦時復仇に関する正確な規則がいかなるものであったかを知ることが容易ではない。なぜなら一九二九年捕虜条約上の復仇禁止規定を除き、⁽²⁵⁾害敵手段に関する復仇制限についての明文の規定はなかったからである。しかしそのことはもちろん交戦国が自由に復仇という名目で戦争法違反行為を行いうることを示すものではなく、戦時復仇に関する従来の許容条件は第二次大戦中の原爆使用を含む敵対行為の場合においても遵守されるべきものであったとみなければならぬ。この許容条件としては、⁽²⁶⁾③まず敵国が事前に戦争法違反行為を行なったこと、⁽²⁷⁾④復仇行為は他の手段で敵国を戦争法遵守に戻らせることが不可能な場合にやむをえず許される補助的、例外的手段であること(補助性)、⁽²⁸⁾⑤復仇行為は敵国の事前の違法行為との均衡性を失するほど重大な違法行為であってはならないこと(均衡性)が普通あげられる。そのほか、⁽²⁹⁾④あまりにも非人道的な行為はたとえ復仇としても許されないと、⁽³⁰⁾いう人道性の要求を許容条件の一つとみる学者もある。

そこで、原爆使用をめぐって、(i)日本側に事前の違法行為があったか、(ii)米国は原爆を復仇の意図の下に日本の違法行為の矯正という効果を期待して使用したか、(iii)米国の意図いかんにかかわらず、原爆使用は復仇の許容条件なくならず補助性、均衡性をみたしたか、といった点について簡単に見てみたい。

(i) まず満州事変以来太平洋戦争中日本が犯した戦争法違反行為は数多い。しかしここで復仇の対象となると考えられる違法行為は原爆使用によって矯正さるべき性質の違法行為でなければならない。それに該当するものとして次

の諸行為がよく援用される。

まず前述のようにパールハーバー攻撃をはじめとする日本の侵略行為があげられることがある。しかしこれはいわば戦争禁止の法 *jus contra bellum* に対する違反行為であり、この種の違反行為に対して戦争法規 *jus in bello* の違反行為としての戦時復讐に訴えることが許されるかという問題が提起されることになる。しかしこの点はすでにみたように *jus contra bellum* 違反の侵略国とその犠牲国の間にも *jus in bello* は平等に適用されるのであり、侵略国に対する敵対行為においてその侵略性のゆえに犠牲国による *jus in bello* 違反が許容されるわけではない。⁽²⁷⁾ 従ってパールハーバー攻撃⁽²⁸⁾を戦時復讐に関連する事前の違法行為とみなすことはできない。

次に、原爆正当化論の中でよく触れられるのは、バタン死の行進など日本軍による連合軍捕虜の虐待という種類の行為である。⁽²⁹⁾ こうした行為は極東国際軍事裁判⁽³⁰⁾その他の軍事裁判でも事実として確認された戦争法違反行為であった。日本は一九二九年捕虜条約を批准していなかったがその規定の準用を認めていたのであり、⁽³¹⁾ 捕虜虐待行為に対する責任を免れるわけではなかった。

しかしこうした行為以上に注目されねばならないのは、日本軍が中国大陸や東南アジア諸地域で行なった主に一般市民に対する残虐行為であろう。その代表的なものとしてたとえば南京事件やマニラ事件などがあげられる。⁽³²⁾ これらの行為の大部分は当時の成文化の不十分な国際法状況においても戦闘行為としてあるいは占領軍の権限として許される範囲をはるかに逸脱した違反行為さらに犯罪行為とみなされるものであった。⁽³³⁾ これらの地域は中国を除きおおむね当時連合国であった西欧諸国の支配下にあった地域であり、また中国は対日戦争において米國との共同交戦国、連合國の一員であったことからみても、右の一般市民に対する残虐行為は日本に対する復讐行為の前提となる日本側の違

法行為の最も重大な例として必ずしも不適切であるとはいえない。

(ii) 次に、米国が原爆を日本軍による右の違法行為に対する復仇のつもりで、その効果を期待して使用したものであったといえるかどうか。たしかに米国の指導者たちが原爆投下後に書いた原爆正当化の記述の中では日本による連合国捕虜虐待などが例示されていることがあるが、原爆開発・製造計画はいうに及ばずその対日使用計画も日本側の違法行為とは無関係に進められたのである。³⁴⁾ まして原爆が日本の違法行為を止めさせ法遵守に戻らせるためのやむをえない行為であり他に方法がないというように当時の米国指導者が考えていたと推測することもできない。むしろ原爆投下決定はすでにみたように当時の国際情勢の中で復仇とは次元の異なる政治的目的や意図の下になされたとみる方がより事実に近いであろう。すなわち、原爆は戦時復仇行為のつもりで投下されたのではなく、右の政治目的のために直接には日本の指導層や国民に恐怖心をおこさせる心理的效果をねらって使用された、というのである。要するに、原爆使用の主たる意図が日本側の戦争法違反行為を止めさせようとするものでなかったことは確かである。

(iii) では、原爆使用は、一応米国の意図を抜きにしても、客観的には復仇許容のための諸条件をみたしていたといえるかどうか。

すでに述べたように、原爆使用は日本の違法行為を止めさせるため他に方法のないやむをえない例外的補助的措置であったとみることはできない。日本の違法行為に対する連合国側の抗議はくり返しなされていたが、³⁵⁾ 原爆投下計画はそれとは無関係に以前から予定されていたものであり、また違法行為を続けるなら原爆を使用するといった内容の事前警告も全くなさなかったのであるから、広島・長崎への原爆投下は（とくに長崎の場合は広島以上に）戦時復仇の第一条件ともいえる補助性の要件をみたしていないとみなければならぬ。

また、日本の事前の違法行為の例として連合軍捕虜の虐待もしくは中国や東南アジア諸地域の人民に対する非人道的行為をあげるとすれば、これらの違法行為の重大性と原爆による被害のそれとの均衡性が問われなければならない。敵の違法行為と同一種類の復讐行為が行われる場合すなわち同種復讐の場合には、³⁶⁾両行為の均衡性をかなり正確にはかることは可能であろうが、現在の場合のように性質を異にする種類の行為の間の重大性を比較すること自体至難のことである。広島・長崎の被害の重大さは死傷者数や物的損失量だけでははかりえない側面（被爆二世への遺伝的影響など）があり、これと他の種類の行為による被害とを単純に比較し均衡性を探ることはほとんど不可能とさえ思われる。³⁷⁾ただ少くとも常識的には、原爆による被害の重大さは捕虜虐待の比ではないとはいいうるのであろう。中国その他の地域における人民に対する残虐行為による被害については今日までまだ十分に調査・統計がなされていないようであるが、これはナチス・ドイツのヨーロッパでの占領地域における蛮行と類似した面をもつともいえるものであり、もし原爆の被害の重大さが何らかの形で比較される可能性のあるものとすれば、そのようなものとしては太平洋戦争中日本軍の行なった蛮行のうち右の行為がおそらく筆頭にあげられよう。もっともすでにみたように、日本軍のこのような残虐行為を止めさせることが原爆投下をめぐる米国の意図の中にあつたとは思えないから、意図されていない事実を均衡性の条件を理由に事前の違法行為とみなして原爆投下行為と機械的に関係づけること自体適切さを欠くという批判を受けることにはなろう。

最後に、疑問の残る人道性の条件に照らして原爆をみるとすれば、その効果や及ぼした被害のこれまでの害敵手段との比較を絶する甚大さから判断して、復讐行為としてもあまりにも非人道的な行為は許されまいというかなり漠然とした従来の人道性の条件自体原爆にあてはめるにはあまりにも現実離れがしている感じを受ける。あえてこの条件

から判断しても、原爆の効果や被害は復仇行為として許容される非人道性の限界をこえているとみるのが妥当であろう。

以上のように、この原爆投下が当時の状況において戦時復仇の観点から正当化されるかどうかを検討したが、それは復仇許容のための諸条件をほとんどみたしておらず、正当な戦時復仇の措置として違法性を阻却される余地はない⁽⁸⁾。

- (1) Harry S. Truman, *Memoirs*, op. cit., p. 426. 一九五八年三月三日トルーマンの広島市議会議長宛手紙(朝日新聞一九五八年三月一五日)では「軍当局者たちは原爆投下の数日後日本が降伏したときに、この降伏で少なくとも連合国軍將兵二十五万人および日本人二十五万人が完全な破壊から救われ、双方ともその倍の人間が一生不具となるのを免れたと推定した。」と書かされた。H. Stimson, op. cit., pp. 105-106.; Karl T. Compton, *If the Atomic Bomb Had Not Been Used, The Atlantic Monthly*, Dec. 1946, p. 56.; 等々 Winston Churchill, *The Second World War*, Vol. VI, *Triumph and Tragedy*, pp. 552-553.
- (2) E. C. Stowell, op. cit., p. 786; McDougal and Feliciano, op. cit., pp. 660-661 note 421; O'Brien, op. cit., p. 103.
- (3) F. A. Falk, op. cit., pp. 402-403.
- (4) McDougal and Feliciano, op. cit., p. 72; cf. Myres S. McDougal and Norbert A. Schlei, *The Hydrogen Bomb Tests in Perspective: Lawful Measures for Security*, *The Yale Law Journal*, Vol. 64, No. 5, p. 689.
- (5) O'Brien, op. cit., p. 48.
- (6) 戦教肯定説、否定説についての批評は、田岡良一「国際法Ⅲ(新版)」法律学全集53四二―三三二頁参照。G. Schwarzenberger, *Military Necessity: A Misnomer*, *Extrait des "Mélanges Sefériades"*, 1961.
- (7) High Command Case, *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals*, Vol. XI, p. 541; *Hostages Case*, *ibid.*, pp. 1253-1254; *Krupp Case*, *ibid.*, Vol. IX, p. 1347. Cf. N. C. H. Dunbar, *Military Necessity in War Crimes Trials*, *British Yearbook of International Law*, 1952, pp. 442-452.

- (8) G. Schwarzenberger, Report on Self-Defence under the Charter of the United Nations and the Use of Prohibited Weapons, I. L. A. Report, 1962, pp. 192ff.; E. Castrén, The Present Law of War and Neutrality, 1954, pp. 65-66; D. Bindschedler, op. cit., pp. 23-25.
- (9) United States War Department, Rules of Land Warfare, 1956, op. cit., p. 4.
- (10) Ibid., 1940, Sec. 23, p. 7.
- (11) O'Brien, op. cit., p. 42.
- (12) 右註(9)参照。
- (13) U.S.S.B.S., Japan's Struggle to end the War; The Effects of Strategic Bombing on Japan's War Economy (正木十冬訳「日本戦争経済の崩壊——戦略爆撃の日本戦争経済に及ぼす諸効果」日本評論社昭和四七年)。P. M. S. Blackett, op. cit. Fletcher Knebel and Charles W. Bailey II, High Ground, 1960 (『おぼや高地なご——原爆第一号の秘密』朝日ジャーナル一九六〇年八月一四日号)。Fred Freed and Leon Giovannitti, The Decision to drop the Bomb (堀江芳考訳「原爆投下決定」原書房一九六七年)。Herbert Feis, Japan Subdued The Atomic Bomb and the End of the War in the Pacific, 1961; The Atomic Bomb and the End of World War II, op. cit., 西島有厚「原爆はなぜ投下されたか——日本降伏をめぐる戦略と外交」青木文庫一九七一年。
- (14) 林三郎「太平洋戦争陸戦概史」岩波新書二六〇—二六一頁参照。
- (15) 正木訳「日本戦争経済の崩壊」前掲八三頁以下。
- (16) 西島、前掲一一一頁以下。
- (17) Admiral Ellis M. Zacharias, The A-Bomb Was Not Needed, United Nations World, Aug. 1949. 「おぼや高地なご」前掲四三頁。「原爆投下決定」前掲一八四—一八五頁。
- (18) 一九四四年二月四—十一日のヤルタ会談でソ連の対日参戦をとりつけたヤルタ秘密協定が成立し、一九四五年四月五日ソ連は日本に日ソ中立条約の廃棄を通告した。同年五月二五日のモスクワ会議でソ連の八月八日参戦が明らかとなった。
- (19) Herbert Feis, The Atomic Bomb and the End of World War II, op. cit., pp. 7ff.
- (20) P. M. S. Blackett, 前掲一〇六頁以下参照。彼は次のように結論する。「原子爆弾の投下は、第二次大戦の最後の」

軍事行動であったというよりも、寧ろ目下進行しつつあるロシアとの冷たい外交戦争の最初の大作戦の一つであった。」(同二二頁)。

(21) 外務省編纂「終戦史録」昭和二七年五八六—六〇〇、六九六—七〇九頁。西島、前掲七七頁以下。

(22) パルはその判決意見書の中で、終戦を早めるために人民を殺戮するというドイツ皇帝ウィルヘルム二世の書翰に示されている内容に近いものとして原爆使用決定をあげた (Pal, Crimes in International Law, 1955, pp. 393-394. 「東京裁判」下巻、前掲八七—二頁)。

(23) もっとも米国が原爆投下を決定した時点ではどちらも仮定の問題であったといえるかも知れない。しかし軍事必要を理由とする原爆正当化は戦後になって主張されたもので、すでに原爆の結果は明らかとなっていた。また原爆が投下されなくても九州上陸計画が実行されずとも日本が一九四五年中に降伏する可能性は大きかった (U.S.S.B.S., Japan's Struggle to End the War, op. cit., p. 13) が、米国の学者の右の主張においてはこの仮定は無視され、上陸作戦の仮定のみが強調されている。

(24) たとえばトルーマンの広島市議会宛手紙、前掲。

(25) 同条約第二條三項。

(26) 拙稿「戦時復仇制限と一九四九年ジュネーブ諸条約」法学論叢第八〇巻五号四五一—四九頁。 Cf. Fritz Kalshoven, *Belligerent Reprisals*, 1971, pp. 33-34.

(27) 前稿、法学論集第二五巻二—三六頁以下。なお、シンはパールハーバー攻撃はすでに日本がその防衛力を失うほどの戦略爆撃により復讐されたと述べている (N. Singh, op. cit., p. 249) が、これはパールハーバー攻撃とこの爆撃とを法的に関連づけている意味であるとすれば不適切な表現といえる。

(28) なお、この攻撃はパールハーバー停泊中の米艦隊に向けて行われたのであって、*ius in bello* からみればそれ自体違法行為とはいえないと思われる。

(29) Cf. *Japanese Atrocities, Report of the Department of State, Dept. of State Bull.* Sept. 9, 1945, pp. 343-357; L. R. Groves, op. cit., (富永・実松訳「私が原爆計画を指揮した——マンハッタン計画の内幕」恒文社昭和三九年三—三三頁)。

(30) 「東京裁判」下巻、前掲一一九—一二〇頁。

(31) 戦争中赤十字条約、捕虜条約の遵守に関する米英の照会に対して、一九四二年一月二九日日本は次のような通牒で米国に

回答した。「日本帝国政府は一九二九年七月二七日のジュネーヴ赤十字条約の締約国として同条約を嚴重に遵守し居れり。日本帝国政府は俘虜の待遇に関する一九二九年七月二七日の國際条約を批准せず、従って何等同条約の拘束を受けざる次第なるも、日本の権内にあるアメリカ人たる俘虜に対しては、同条約の規定を準用すべし。」英、カナダ、オーストラリア、ニュージールランドなど他の連合国にも同様の通牒が送られた(同右、一一三—一一四頁)。

(32) 南京や上海での日本軍による残虐行為は、極東國際軍事裁判の際に明るみに出された。そのうち南京事件關係の記録等は、「南京事件 I、II」(日中戦争史資料八、九、河出書房新社) 参照。

(33) 極東國際軍事裁判判決中、南京事件について、「東京裁判」下巻、前掲一〇二—一〇五頁参照。

(34) 原爆開発計画についていえば、早くも一九三九年米大統領は原子力開発着手命令を出しており、一九四二年八月一七日にいわたるマンハッタン計画が発足している。対日使用決定については、一九四四年九月一八日第二次ケベック会談で原爆が完成すればそれを日本に對し使用することが了解されていた。そして一九四五年四月一五日原爆投下計画(センターポード作戦)が決まり、ドイツ降伏直後の五月一八日原爆部隊先発隊がテニアン基地についている。

(35) 「東京裁判」下巻一一七—一二〇頁参照。

(36) なお戦前の軍縮會議では、化学兵器の復仇としての使用は相手が先にそれを使用した場合の同種復仇に限るという解釈が示された(拙稿「大量破壊兵器と一般市民の法的保護」)金沢大学法文学部論集法学篇一七卷五頁以下)。

(37) シンは広島・長崎原爆投下は同種復仇の行為ではないから復仇として正当化できない、と述べている(N. Singh, *op. cit.*, p. 249)。

(38) 復仇と似ているが別の概念として相互主義がある。これは一般には当事国の一方が一定の戦争法規を適用しないなら、他方もそれを遵守する義務を負わないことを意味する。従って相互主義を援用する交戦国は以後いわばフリーハンドをもつことになり、復仇以上に乱用の危険性のあることは注意を要する。では原爆投下という性質の行為に相互主義の援用が可能かどうか、また可能としてもこれにより原爆投下を正当化しうるかどうか。もし化学・細菌兵器に関する規則に相互主義が適用可能とすれば(ガス議定書の批准の際かなりの国の行なつた留保)、原爆の場合にも相互主義をもちだすことは必ずしも否定されないかも知れない(核兵器の「わゆる No First Use 提案はこの相互主義に基づいている」といえる)。これを広島・長崎の原爆にあてはめれば、投下以前に原爆使用を許すことになるような日本側の關係法規不遵守の行動があったことが必

要である。日本が先に原爆を使用したわけではないから、復仇のところでは述べた捕虜虐待や一般市民に対する非人道的行為が問題となる。しかしこれらの行為は主にジュネーブ条約に属する分野であり、原爆を含む害敵手段の法規制の分野とは異なるもので、双方を相互主義で結びつけることは困難と思われる。

また、相互主義とも関連するが、それ以上に疑問の多い概念としてあげられるものに *tu quoque* がある。これは自国がある法規を犯せば相手国が同様の法規を犯しても、それが違反であるという事実は否定されないうまでも非難・告発できないという意味に解されている。(この例としてよく引用されるのはニュールンベルグ国際軍事裁判所における *Doenitz* 事件 (Procès des grands criminels de guerre, op. cit., Tome XXII, p. 559) *Pléno.*) 原爆の場合、日本も同様の違法行為を行なったから日本側から原爆を非難できない、という *tu quoque* の適用の余地はあるだろうか。日本側の違法行為として原爆と同様のものを採るのは困難ではないだろうか。また、日本は投下直後それに抗議声明を出したし、米国ははじめ他の連合国もこの声明を *tu quoque* を理由に非難した事実はないと思われる。

(七) 原爆投下責任追求の可能性

原爆投下が戦争法上違法行為でかつ当時の諸状況からみてその違法性を阻却する事由もなかったとすれば、国際法上の問題として最後に検討すべき点は、この違法行為に基づく国際責任が誰れに帰せられいかに追求されるか、という問題である。原爆判決は既述のように原爆投下から生じた損害賠償責任につき原爆犠牲者である日本国民個人にそれを追求する途がないと判示した。しかしここで検討するのは原爆投下の違法性に基づく刑事責任の問題である。この点は民事事件としての原爆判決では全く取扱われておらず、ただ原告の主張の中にトルーマンの責任として触れられてはいたが法的展開はなされなかった。そこでこの点に関する当時の国際(刑)法の状況を考慮しつつ、(i)原爆投下行為は国際法上刑事的処罰の対象とされるべき国際犯罪行為とみなされるか、(ii)もしそうなら、この犯罪行為の責任は誰れに帰せられるか、(iii)今日までこの責任追求がなされていない理由と将来におけるその可能性、という問題

点について順次簡単に検討しておこう。

(i) すでにみたように、原爆投下行為が当時妥当した戦争法のいくつかの基本原則に違反するのみならず、ジェノサイド罪の構成要件にも該当するとすれば、それは戦争犯罪ないし国際犯罪を構成するといつてよいであろうか。

少くとも重要な戦争法規違反行為が戦争犯罪を構成することは第二次大戦の時点では理論上のみならず実行上もほぼ確立していたとみてよいであろう。⁽²⁾ 国際軍事裁判所条例⁽³⁾では同大戦中の敵対行為の実行を考慮に入れて戦争の法規慣例違反の犯罪性が確認された。そののみか同条例では、平和に対する罪、人道に対する罪も広義の戦争犯罪ないし国際犯罪に入るものとされた。もつともこれらの犯罪概念については裁判過程においても後に学説上も事後法ではないかという疑問は提起されてきた。⁽⁴⁾ しかしニュールンベルグと東京の国際軍事裁判所判決はこれらの犯罪概念に従い敗戦国の被告を処罰した。そしてこの犯罪が戦勝国の行為にも妥当しうることはニュールンベルグ国際軍事裁判におけるジャクソン (Robert H. Jackson) 米首席検察官の次のような言葉からも読みとりうる。すなわち「ある行為または条約侵犯が犯罪であるとしたら、そのときにはそれが米、ドイツのいずれが犯したものであれ犯罪である。われわれは自分に対して適用するつもりがないとしたら、他人に適用する犯罪行為の原則を定める気にはならない。⁽⁵⁾」

ひるがえって原爆投下行為を右の法状況に照らしてみると、それは少くとも従来から戦争犯罪とみなされている重大な戦争の法規慣例違反行為に該当することは明らかであろう。明示的に原爆使用を違法としその犯罪性を規定した条約が存在しないことは、広島・長崎原爆投下行為の犯罪性を必ずしも否定することにはならないと思われる。なぜなら国際違法行為の場合、その違法性や犯罪性はまず国際慣習法から引き出されるのであって、条約のみによるのではない。⁽⁶⁾ またこの原爆投下は戦争法の原則ないし具体的規則そのものに違反しているのであるから、その犯罪性はこ

これらの違反から直接引き出されてくるのであり、原爆そのものの違法性、犯罪性を明示する条約の存在を持つまでもないということもできる。

右のような見方に対する反論としていわゆる罪刑法定主義 (Nullum Crimen sine lege) の原則を援用して原爆投下の犯罪性を否定する主張が予想される。この原則はその論理的帰結として刑事責任における不遡及と類推の禁止に導くものといえる。ただこれは制定法の場合にのみ妥当する原則であり、慣習法には適用されない。しかし国際法にとってもこの原則は無関係なものではなく、ある行為に由来する刑事責任はその行為より以前にそれが犯罪化されている場合にのみ課せられるのである。この犯罪化の法源は慣習法であると条約であるとを問わない。ところで原爆投下行為についていえば、すでにその行為に先立ちそれを戦争法規違反の戦争犯罪とみなす国際法が慣習法としてあれ存在していた(なお、既述のジェノサイド罪も当時国際犯罪として成立していたかどうかについては判断を差し控えておきたい)ことはすでに見たとおりであるから、右の原則の援用から原爆投下の犯罪性を否定するのは正しくないであろう。

(ii) では次に、この原爆投下の犯罪行為としての責任は誰れに帰せられるかという問題が生ずる。

国際違法行為に対する責任は損害賠償の面では国家と個人に帰せられることが可能であるが、刑事責任については団体人格としての国家そのものに課することはできず、国家機関であれ私人であれその犯罪行為の責任者個人(自然人)に課せられるしかない。

原爆投下の場合、その行為は私人が恣意的に犯しうる性質のものではなく原則として国家によってのみ犯される犯罪行為の中に数えられよう。しかし国家そのものは刑事責任の対象となりえず、その責任はその行為を命じたまたは実

行した国家機関としての個人に帰せられる。⁽⁷⁾ 先例としてよく引用される第一次大戦後のヴェルサイユ条約第二二七条は、同盟および連合国が「国際道義と条約の神聖を傷つけた最高の犯罪について」前ドイツ皇帝個人を訴追することを定めた。⁽⁸⁾ また国際軍事裁判所条例は団体としての国家の刑事責任を斥けて、国家の名で行為した者の個人責任を原則として認めた。⁽⁹⁾ (ジェノサイド条約はこれをより明確に規定している。)

この個人責任を広島・長崎への原爆投下行為の場合に当てはめればどうなるであろうか。この行為に由来する刑事責任は、一方では原爆の使用決定や命令に関与した者、他方では命令を受けそれに従って実際に広島・長崎に原爆を投下した者に帰せられるはずである。前者としては当時の原爆投下計画に参与した米国の指導者たちとくに使用の最終決定を行なったトルーマン大統領⁽¹¹⁾があげられよう。しかしその責任がどの範囲に及ぶかは当時の米内閣政府内の原爆使用決定過程を跡づけてみなければ正確には判断できないであろう。これはこの問題を審理する裁判所(もしあるとすれば)の判断すべき分野であるともいえよう。ただその際注意すべき点として、原爆判決理由で取扱われた損害賠償責任の問題とは異なり、刑事責任については国家の最高責任者であっても統治行為の理論や主権免責の法理は適用されず、それによる免責は認められないことである。⁽¹²⁾

また、後者すなわち米政府の決定した原爆投下命令を受けてそれに従い投下行為に関与した者としては、当時のテニアン前進基地の米軍責任者および広島・長崎に原爆を投下したパイロット・グループが考えられよう。この場合に注意すべきはいわゆる上官命令を理由とする免責の問題である。ある違法行為が上官命令により行われたことが国際刑法上免責事由を構成しないことは国際法上確立しているといえる。⁽¹⁴⁾ 国際軍事裁判所条例や戦後の軍事裁判でも上官命令を理由とする免責は認められなかった。⁽¹⁵⁾ もっとも同条例は、正義の要求上必要ありと認める場合には「刑の軽減」

のため事情を考慮しうる余地を残しているが、これは国際軍事裁判所が判断すべき問題であつた。

(iii) 最後に訴追の可能性の問題であるが、今日まで原爆使用のかどで刑事責任を負うと考えられるいかなる者についても、その道義的非難や各自の良心の苛責は別として、法的に刑事責任を問われた形跡はない。その最大の原因は現在の国際社会の組織構造の未熟さ、すべての戦争犯罪行為の責任者を訴追し適切な処罰を加えることを制度的に保障する国際刑事裁判所の不存在によると思われる。前述のジャクソン検察官の言葉にもかかわらず、第二次大戦後の国際軍事裁判所もドイツや日本という敗戦国の戦争犯罪人のみを処罰の対象とするとどまった。もし日本が原爆を製造し連合国のいずれかの都市に対して使用していたなら、あるいは原爆を使用した米国が敗戦国であつたなら、その原爆投下の責任者は同じ国際軍事裁判所により訴追、処罰されていたであろうことは想像に難くない。⁽¹⁷⁾では今日の国際社会においてはこの犯罪の責任を追求する途は全く残されていないかどうか。

国家機関の犯した戦争犯罪に対する国家の国際責任は、その国家が右の犯罪を国家の名で犯した責任者を訴追することを義務づけているともいえよう。この場合の訴追権限もしくは責任は右の違反国に排他的に属するものではなく、その違反行為により被害を受けた国にも属する。このことから、たとえば敵対行為中、交戦国は自国または敵国の戦争法違反行為を処罰する権限もしくは責任を慣習法上認められている。⁽¹⁸⁾従つて、米国はもちろんのこと日本も原爆投下行為の責任者をその権限内に有するときは処罰する権利をもっていたとみることも理論上は可能かも知れない。

また現行国際法上もその訴追の方法が全くないわけではなく、ジュネサイド条約(や一九四九年ジュネーブ条約)⁽¹⁹⁾の関連条文が十分履行されるならば——かつこれらの条約が第二次大戦中の敵対行為にも適用可能であることが証明できれば——その可能性は皆無ではない。

最後に、原爆投下後三〇年を経過し、その責任者と推定される人々の中にもすでに世を去った者もあり、この犯罪自体時効にかかっているのではないかと疑問も生ずる。しかしこの点については、一九六六年国連総会で採択された「戦争犯罪および人道に対する罪に対する時効不適用に関する条約」⁽²⁰⁾（一九七〇年一月一日発効）を想起しなければならぬ。この条約第一条は、その犯行の時期に関係なく時効の適用されない犯罪中に「一九四五年八月八日のニュールンベルグ国際軍事裁判所条例において定義され、且つ、国際連合総会の一九四六年二月一三日付決議三(1)号及び一九四六年二月一日付決議九五(1)号により確認された戦争犯罪、とくに戦争犠牲者保護のための一九四九年ジュネーブ諸条約に列挙された「重大な違反行為」」さらにジェノサイド罪を含む「人道に対する罪」を挙げている。広島・長崎原爆投下行為が右第一条の挙げる犯罪概念中に入ることはこれまで述べてきたところから明らかである。今日日米両国ともこの条約に加わっていないが、⁽²¹⁾国際犯罪には国内法上の時効の適用がないという見解は理論⁽²²⁾上も実行上も有力になっているとみてよい。従ってこの原爆投下が国際法上の戦争犯罪であったとみなされるなら、それは時効にかからないとみることも今日の国際刑法状況からみて可能であり、その責任者の訴追問題は将来国際刑事事管轄権が認められることがあれば、⁽²³⁾その時点でも問題となりうるというてよいのではなからうか。

(1) 訴状、準備書面第一。

(2) 一九一九年平和準備会議の設置した法律家委員会は第一次大戦中犯された戦争の法規慣例違反行為のリストを作成し、それらを戦争犯罪とみなした (Documentation Internationale, La Paix de Versailles III, Responsabilités des auteurs de la guerre et sanctions, 1930, pp. 400, 403, 486)。このリストには三種類の行為が列挙されていたが、完全なものではなく必要の際補われることが予定されていた。一九二二年ワシントン条約 (未批准) 第三条も戦争法違反行為の犯罪性を再確認した。第二次大戦中の一九四三年一月二〇日ロンドンに設置された連合国戦争犯罪委員会は一九一九年のリストの犯罪

性を確認し、他の行為をもそれに加えて拡大した (History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Law of War, 1948, pp. 171ff.)。なおラウターベクトは同大戦中に書いた論文の中で「戦争犯罪という用語はその残虐さ、人間の生命・身体に対する尊厳の無視また合理的にみて軍事必要とは無関係の財産の広汎な破壊といった理由で人類の共通良識により非難されるべき行為に限らるべきである」という主旨のことを述べている (H. Lauterpacht, The Law of Nations and the Punishment of War Crimes, British Yearbook of International Law, 1944, pp. 79.)。

(3) 同条例第六条(b)は「戦争犯罪、即ち戦争の法規慣例違反」として戦争犯罪例を列挙している。なお極東国際軍事裁判所条例第五条の戦争犯罪中にはその列挙はない。

(4) この点をめぐる論争としては、横田喜三郎「戦争犯罪論」(有斐閣、昭和二年)、高柳賢三「極東裁判と国際法―極東国際軍事裁判所における弁論―」(有斐閣、昭和十三年)参照。

(5) 同檢察官の冒頭陳述 (Procès des grands criminels de guerre, op. cit., tome II, pp. 106-166.) 参照。

(6) S. Glaser, op. cit., p. 35. なお「たことえぬ一九〇七年ハーグ第四条約前文や国際軍事裁判所条例の戦争犯罪の定義といった条約自体に明示されているともいえる。

(7) なお、原爆投下行為に対する損害賠償責任について判決理由は「この行為を命令した者は個人としての責任を負うものではなく、従って、原子爆弾の投下を命じた米国大統領トルーマンに対しては、国際法上損害賠償を請求することができないと解される」と述べているが、刑事責任についてはその限りではない。

(8) なお、ヴェルサイユ条約(他の諸平和条約も同様)には、戦争の法規慣例違反の行為を行なった者を連合および同盟諸国の軍事裁判所で訴追する規定(第二二八、二二九条)が挿入されていた。しかし平和条約の予定した軍事裁判は実現せず、ドイツ政府がライプツヒヒの帝国最高裁判所で処罰するにとどまった (History of the United Nations War Crimes Commission, op. cit., pp. 46-48)。

(9) 同条例第六条一項、極東国際軍事裁判所条例第五条一項。

(10) 同条例第四条。また「人類の平和と安全に対する犯罪の法典草案」第一条参照。

(11) Memoirs by Harry S. Truman, op. cit., pp. 419, 421.

(12) 国際軍事裁判所条例第七条、極東国際軍事裁判所条例第六条参照。

- (13) 陸軍省 (War Department) からラニオン基地の米戦略空軍司令官スパーツ將軍 (General Spaatz) 宛の指令 (Memoirs by H. S. Truman, op. cit., p. 420) では、原爆をいつ投下するかまた四〇〇の目標のうちのどれに投下するかについてある程度の裁量権は現地指揮官に与えられていた。
- (14) Conférence des préliminaires—Documentation internationale : La paix de Versailles, 1930, pp. 476 et suiv.
- (15) 国際軍事裁判所条例第八條、極東国際軍事裁判所条例第六條。History of the United Nations War Crimes Commission, 1948, pp. 449, 542.
- (16) なお、「人類の平和と安全に対する犯罪の法典草案」第四條は、上官命令による行動の事実が「当時の情況においてその命令に従わないことが可能であったならば」國際法上の責任を免れしめない、としている。これは逆にいえば、命令不服従が不可能なら刑の軽減ではなくて免責することを意味し、第二次大戦後の軍事裁判当時の考え方との距りを示している。奥原敏雄「國際連合と戦争犯罪」(神谷龍男編著「國際連合の基本問題」所収) 参照。
- (17) Cf. Lord Hankey, Politics, Trials and Errors, 1950, p. 47.
- (18) 一九〇七年第四ハーグ條約第三條参照。
- (19) ジェノサイド條約はジェノサイド罪で告発された者に対しまだ実在しない國際刑事裁判所のほか「行為がなされた地域の属する国の権限のある裁判所」による審理を認め(第六條)、そのため締約国はこの行為の犯罪者に対する「有効な刑罰を規定するために、必要な立法を約束する」(第五條)とし、さらに「この場合、自国の実施中の法律及び條約に従って、犯罪人引渡しをすることを誓約する」(第七條)と定めている。すでに見たように原爆投下行為がジェノサイド罪に該当するとみなし、かつ日米兩國ともこの條約の締約国となれば、日本は原爆の投下された地域の属する国として管轄権をもち、その犯罪者に対する有効な刑罰規定がなければそのための立法を行い、また原爆投下責任者を日本に引渡すよう米國に要求することも可能とみなしうるであらう。
- また兩國とも締約国となっている一九四九年ジュネーブ條約によれば、同條約の各締約国(交戦國に限られず)は刑事管轄権を認められ、とくに原爆投下行為も該当すると思われる「重大な違反行為」については「その一を行い、又は行うことを命じた者に対する有効な刑罰を定めるため必要な立法を行うことを約束」(文民條約第一四六條)している。さらに各締約国は右の者を捜査する義務を負い、その者の国籍の如何を問わず、自國裁判所に対し公訴を提起し、また希望する場合に

は自国の法令の規定に従って、その者を他の関係締約国に裁判のため引渡すこともできる(同条)のである。もし原爆につきこの条約の適用が可能と仮定すれば、日米両国のみならず他の締約国にもこの責任者についての捜査や公訴提起の可能性があるとさえいえる。とくに米国はこの重大な違反行為に関して「自国が負うべき責任を免れ」ることができない(同第一四八条)ともいえよう。

なおジュネーブ条約も原爆投下後に作成された条約であり、たとえジュネーブ罪や重大な違反行為に該当するものが第二次大戦当時戦争犯罪あるいは人道に対する罪として慣習法上も認められていたとみなすとしても、これらの犯罪の責任者を処罰する権限や手続についてこれらの条約の規定するところが第二次大戦中の犯罪行為の責任者の訴追にも妥当するかどうかについてはかなりの疑問が投げかけられよう。しかし国際刑法の場合、犯罪行為より後に設置された裁判所や定められた手続に従って訴追した例はニュールンベルグや東京の国際裁判のほかいわゆるアイヒマン裁判(一九六一年エルサレム地方裁判所)にもみられるのである。

(20) この条約はナチ犯罪が西独の国内法上時効にかかる時期が迫ったためそれを妨げることを主たる契機として作成されたものである。この条約の成立過程については拙稿「戦争犯罪及び人道に反する罪に対する時効不適用に関する条約の成立」(金沢法学第一五巻一・二合併号一七四—二二三頁、またその問題点については、奥原敏雄、前掲三〇五頁以下参照)。

(21) この条約を付属に含んだ国連総会決議(A/ARES/2391 (XXIII))は賛成五八、反対七、棄権三六で採択されたが、米国は反対投票し、日本は棄権した。

(22) Antoine Sottile, *La prescription des crimes contre l'humanité et le droit pénal international*, *Revue de Droit International et de Sciences Diplomatiques et Politiques*, 1965, pp. 5-18; Jean Graven, *Les crimes contre l'humanité peuvent-ils bénéficier de la prescription?*, *Extrait de la "Revue Pénale Suisse"*, Tome 81, 1965, Fasc. 2.

(23) ナチ犯罪に対する時効不適用は東欧諸国、ソ連、フランスなどの国内法令中に規定され、ヨーロッパ理事会も一九六五年一月二八日の決議(勧告)でそれを表明した(Recommendation 415 (1965), Conseil de l'Europe, *Assemblée consultative*, Doc. 1868, *rapport de la Commission juridique*)。J. Graven, *op. cit.*, pp. 395-396.

(24) 一九六八年一月二六日国連総会は時効不適用条約に関する決議の採択について、国際刑事管轄権に関する選択議定書に関する決議案を賛成八〇、反対なし、棄権二三で採択した(A/RES/2392 (XXIII))。なお一九七四年「侵略の定義」が

国連総会で採択された結果、それと関係の深い国際刑事裁判所問題の検討が再開される可能性もあるといえよう。

おわりに

本稿の目的は、原爆判決で示された原爆の国際法上の評価を手懸りに、広島・長崎への原爆投下行為をめぐる国際法上の問題を再検討する糸口をつくることにあった。これまで述べてきた点をふり返ると、一方では本稿で触れていないがなお原爆に適用可能とみられる法規もあり、他方では本稿で取り上げた諸法規のうちには広島・長崎の場合に厳密な意味で適用しうるかどうかについて十分しぼりのかけられていないものもあり、今後さらに法的にも事実的にも詳しく検討されなければならない箇所も多い。

この検討の前提となる、太平洋戦争や原爆投下の諸状況の的確な把握には国際法外の諸分野あるいは学際的研究からの援助を必要とし、また当時妥当した国際法規の内容や範囲を正確に知ることが微妙かつ困難な作業であることも認めざるをえない。しかし困難さのゆえにこの研究をおろそかにして原爆投下を単なる過去の出来事とみなして放棄するには問題はあまりにも重要である。もし原爆使用国が敗戦国であったなら、おそらく原爆の法的評価はよりはっきりしていたかも知れないし、その詳細な研究はずっと早くより容易になされたかも知れない。しかし仮定を前提にして社会現象を考えることはあまり意味がないともいえるであろう。

当時の諸状況の下での原爆投下行為とその被害という客観的事実を直視した冷静な研究こそ、原爆による犠牲を無駄にせず核戦争の脅威を除去するためのささやかではあるが確実な第一歩としてぜひ必要なことであると思う。

(完)