

## 原爆判決の国際法的再検討（一）

その他のタイトル	A Reappraisal of the Tokyo District Court's Decision on the Shimoda Case (1)
著者	藤田 久一
雑誌名	関西大学法学論集
巻	25
号	2
ページ	129-174
発行年	1975-06
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10112/00026664">http://hdl.handle.net/10112/00026664</a>

# 原爆判決の国際法的再検討 (一)

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 (以上本号)

(三) 害敵手段に関する規則からみた原爆の評価 (以下次号)

(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

原爆判決の国際法的再検討 (一)

はじめに

広島・長崎への原爆投下が現代の武力紛争における戦争法の有効性さらに妥当性自体にも大きな衝撃を与えてきたことは否定しえない。爾来、将来起こる恐れのある核戦争を防止するためのさまざまな法的規制が模索されてきたが、今日に至るまで核軍縮領域での積極的成果はなく、他方核兵器の著しい技術的進歩のため人類の運命自身この兵器にかかっているといっても誇張ではない。

このような状況に直面して、この核時代における国際法（戦争法）の妥当性、より直接には核兵器使用の合法性の検討こそ国際法研究者に課せられた重大な課題といえよう。もともとこれまですでに多くの学者がこの問題についてさまざまな意見を述べてきた。その多数意見はたとえ現在の実定国際法における核兵器使用の違法性を支持している<sup>(1)</sup>と解しうるとしても（もともとその論拠は一樣ではない）、一致した学説として違法性を確認するには至っていない<sup>(2)</sup>。またこの点についての諸国政府の明白な意思表示はあまりなく、若干の国の軍事提要などで触れられている程度である<sup>(3)</sup>。

ところで、核兵器の合法性の検討に際しての困難さの一つは、その分析や議論が抽象に流れるきらいがあることである。それは幸いにも第二次世界大戦後の武力紛争において核兵器使用の実例がないことにもよるといえる。しかし、抽象的議論の投げ合いから抜け出すためにまずなすべきことは、唯一の使用例である広島・長崎の原爆攻撃をふり返って検討することであろう。この検討が現代の核兵器の合法性の問題一般についての結論を引き出すに十分であるわけではないが、少くともその一部として必要不可欠であることは疑いえない。後にみるように若干の学者が広島・長

崎問題を取り上げたことはあるが、内外の国際法学界でこの事例が正面から詳しく検討されたことはほとんどなかったといつてよい。その理由のなかには、この原爆が全体主義国家に対する勝利の武器とみなされたことや戦後の軍事裁判<sup>(3)</sup>でもその使用が法的批評の対象とならなかったことなどもあげられよう。

ところが、この事例の検討ははからずも一九六三年一月七日の東京地方裁判所判決<sup>(4)</sup>、いわゆる原爆判決によってなされた。この判決は第二次世界大戦の敗戦国でありかつ原爆被害国である日本の下級裁判所が原爆投下後かなりの歳月を経てから下した判決であるという意味での特殊性や限界のあることはいうまでもない。しかし、この判決理由は広島・長崎原爆の合法性の問題を真正面から取り扱った唯一の公式の文書として貴重であることもまた否めない。

原爆判決は内外の国際法学者の注目を引き、判決内容についてさまざまな意見も寄せられた。本稿はこの判決理由を当時の戦争法の観点から再検討し、広島・長崎原爆攻撃の合法性についての詳細な実証的研究の契機とすることを目的としている。

(1) たとえば国際法学会 (Institut) にあける大量破壊兵器問題の検討参照 (Le problème que pose l'existence des armes de destruction massive et la distinction entre les objectifs militaires et non militaires en général, Cinquième Commission, Rapports provisoire et définitif présentés par le baron von der Heyde, Annuaire de l'Institut de Droit International, 1967, Tome II, pp. 1-271.)

(2) たとえば米国の *The Law of Naval Warfare*, 1955, sec. 613; *The Law of Land Warfare*, FM 27-10, 1956, § 35; Headquarters, Department of the Army, *International Law II*, Pam 27-161-2, 1962, pp. 42-44. 英国の *The Law of War on Land*, 1958, § 113.

(3) 極東国際軍事裁判では、原爆問題は関連性が無いとして立証、反証のための提出も却下された(極東国際軍事裁判速記録 第四卷五〇四一五〇五頁)。なお、フィリピンのハラニラ判事はその同意意見の中で、またインドのパール判事はその意見書

においてこの問題に触れている(朝日新聞法廷記者団著「東京裁判」下巻 一八四—一八七、八七二頁)。

(4) 下級裁判所民事裁判例集 第一四卷一二号 二六一 損害賠償請求併合訴訟事件、四一—八四頁。

(5) 判決の英訳は The Japanese Annual of International Law, No. 8, 1964, pp. 212-253.

## 第一章 原爆訴訟の経緯とその反響

### (一) 訴訟の背景

原爆問題は対日平和条約締結後まで日本においては詳しく報道されず、研究や批判の対象とされない状態が続いた。この状態は日本の敗戦までは政府(軍部)の報道統制、また連合国の日本占領後はその報道規制の結果もたらされたとみてよいであろう。

広島原爆投下直後の大本営発表(一九四五年八月七日一五時三〇分)は「新型爆弾を使用せるものの如きも詳細目下調査中なり」として、「原子爆弾」という表現やその被害の甚大さについての説明を避けた。<sup>(1)</sup>長崎原爆についての報道も同様である。<sup>(2)</sup>当時「原子爆弾」の字句を使った新聞の発禁さえ行われた。<sup>(3)</sup>もっとも対外的には、日本政府は八月一〇日米国政府に抗議文を提出している(後述)。

日本の無条件降伏後は原爆記事も自動的に解禁となったが、その取材報道の自由はまもなく占領軍の命令で封じられた。一九四五年九月一〇日の「言論及新聞ノ自由ニ関スル覚書」、これをより具体化した九月一九日の「日本新聞規制ニ関スル覚書」(いわゆるプレス・コード)、九月二二日「日本ラジオ規制ニ関スル覚書」<sup>(4)</sup>が出された。これら覚書には原爆報道を直接禁止する項目はないが、原爆の被害やその非人道性を訴える記事や報道はプレスコード等に違

反するものとして取締りの対象とされた。<sup>(5)</sup> さらに連合軍総司令部による規制は原子力、医学、文芸などの研究、発表の禁止制限という形でも行われた。<sup>(6)</sup> 占領期間中、日本の国際法学者も広島・長崎の原爆問題を法的側面から検討し発表した形跡はない。<sup>(7)</sup>

原爆の被害が公然と報道され、批判や研究が自由に行われようようになるのは、実際には対日平和条約締結後であったといつてよいであろう。<sup>(8)</sup> 問題の原爆訴訟の計画もこの時期になってようやく実現の第一歩が踏み出された。

この訴訟は大阪弁護士会の岡本尚一弁護士が思い立ったもので、その動機は彼が一九五三年に広島・長崎の全弁護士に送った「原爆民訴訟問」と題するパンフレット<sup>(9)</sup>の中に述べられている。それによれば「私は当時から講和条約が発効した後においては、尠くとも広島及び長崎に対する原爆の投下についてはこの責任を民事不法行為の面において採りあげて原爆投下の決定に参与した指導者等及び国家に対して不法行為の管轄裁判所に対し提訴致し度いと念願し」ていたのであり、「この提訴はこれによって今も悲惨な状態のままにおかれて、いる被害者又はその遺族が損害の賠償を受けるといふことだけでなく、この賠償責任が認められることによって原爆の使用が禁止せらるべきである天地の公理を世界の人類に印象づけるであります」とある。

一九五四年一月同弁護士を発起人代表とする原爆求償同盟が結成された。<sup>(11)</sup> この同盟は訴訟において原告となるべき被爆者を「原爆被害者の会」を通してさがしてもらい、<sup>(12)</sup> 他方米国の裁判所への提訴の道を求めた。しかし、米法曹会からの否定的返答のため果せず、結局日本の裁判所への提起に切りかえられた。<sup>(13)</sup>

こうして一九五五年四月二五日、同弁護士は三人の被爆関係者を原告として東京地方裁判所に訴状を提出し、その二日後の二七日には二人の被爆関係者を原告として大阪地方裁判所に同様の提訴を行なった。これらは一九五七年か

ら併合訴訟事件として東京地方裁判所で併合審理されることになった。

この提訴を促した契機として一九五四年ビキニ環礁での米国の水爆実験により被災した第五福竜丸事件があげられよう。<sup>(16)</sup> また提訴後、それを励ます動機となったのは、ビキニ事件以後急速に高まった日本における原水爆禁止運動、

なかでも原水爆禁止世界大会での討論や決議であろう。一九五七年第三回世界大会における「国際法と軍縮に関する法律家会議」では、原爆訴訟の経過報告のあと、核実験禁止問題のみならず原水爆使用の違法性をめぐる議論が展開され、現行国際法上その違法性を宣言する全会一致の声明が出された。<sup>(16)</sup> さらに習年第四回世界大会の法律家会議の声明は、核兵器使用の違法性に関する前年の声明を再確認するとともに、さらに核兵器の使用は「第二次大戦後確立された人道に対する罪や集団殺害罪の如き全人類に対する重大な犯罪を構成すると確信する」と述べている。<sup>(17)</sup>

対日平和条約発効後、わが国の国際法学者もようやく広島・長崎問題を法的に検討し、発表するようになった。<sup>(18)</sup> こうした日本の内外での核問題をめぐる状況の展開やその批判の声を背景にして原爆訴訟は進められた。

(1) 広島原爆投下後のトルーマン声明等を傍受して開かれた七日の情報部長会議では、軍部が原爆の重大報道により国民心に強い衝撃を与えることは戦争指導上反対であると主張して、結局政府方針としては「原子爆弾」の字句を放送、新聞にも使用させないことになった。下村南海「新型爆弾の欺瞞」改造原爆特集 一九五二年一月増刊号 一六六―一六七頁、外務省編「終戦史録」一九五二年 五三五頁、迫水久常「機関銃下の首相官邸」一九五四年 二四一―二四二頁参照。大本營発表につづくいわゆる指導記事の解説では「敵は新型爆弾使用開始とともに各種の誇大なる宣伝を行ひ、既にトルーマンのごときも新型爆弾使用に関する声明を發してゐるが、これに迷ふことなく各自はそれ／＼の強い敵愾心をもつて防空対策を強化せねばならぬ」(朝日新聞 一九四五年八月八日)と述べられている。

(2) 西部軍管総司令部発表(一九四五年八月九日一四時四五分)によれば、「新型爆弾らしきものを使用せり」となっている(朝日新聞 一九四五年八月二二日)。

(3) たとえば読売新聞は原爆の解説記事を社会面トップにのせ発禁になった。原四郎「新聞の終戦 読売」文芸春秋増刊 一九五二年六月二二—二二三頁。しかし終戦直前の検閲の混乱のため八月一日付朝日新聞は第一面に「原子爆弾の威力誇示」という見出しでトルーマン演説を掲げている。

(4) これらの覚書の内容とその解説は「日本管理法令研究」第一巻二号(一九四六・六・一)参照。

(5) たとえば朝日新聞は一九四五年九月一五—一七日に社説等で「比島戦における日本軍の典型的残虐行為」という米報告書が日本における米国の残虐行為(原爆投下を含む)との相殺を示すという趣旨の記事をのせたため、一〇日の覚書第五項に違反するとして一八日発行停止処分(四八時間)を受けた。The New York Times, Sept. 19, 1945. 参照。

また、同年九月八日米国のフォーレル代将など一三名の原爆効果調査団が広島入りし、記者会見で同代将から広島・長崎には原爆で死ぬべき者は死に原子放射能の余燼で苦しんでいる者は皆無であるという趣旨の公式発表が行われ、これがその後のSCAPの方針になり、占領下での検閲の基礎となった。九月三日広島を訪れたW・G・パーチェット記者の記事は東京で検閲され、否定された。W・G・パーチェット「忘れられぬ無言の抗議—私はヒロシマで何を見たか—」世界一九五四年八月号、松浦総三「占領軍の言論弾圧—原爆報道は秘匿された—」思想の科学二二号一九六四—一、大田洋子「屍の街」(潮文庫)一三七頁以下参照。

(6) たとえば、極東委員会は一九四七年二月一二日日本における原子力の基礎的または応用的研究を一切禁止すると発表した(高松棟一郎「原子爆弾の報道—その限界と制限」東京大学新聞研究所紀要三号 一九五四年三月 二二頁参照)。医学面については、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 第一章序参照。また文芸については、大田洋子「屍の街」、原民喜「夏の花」が削除を受けたりした。

(7) たとえば、国際法外交雑誌に掲載された論文中に原子力管理問題を取扱ったものはあるが(伊藤卓也「国際連合と原子力」第四七卷一・二号、山下康雄「原子力管理の諸問題」第四九卷四号)、直接広島・長崎の使用問題に言及したものは見当らない。

他方、外国ではすでにこの時期に原爆に関する公式の報告書や著述も出されている。そのうち代表的なものいくつかを次に掲げる。報告書としてH. D. Smyth, Atomic Energy for Military Purposes—the official report on the development of the atomic bomb under the auspices of the U. S. Government, 1940-1945. (杉本・田島・川崎共訳「原子爆弾



の完成—スマイス報告」岩波書店一九五〇年)。

The Effects of Atomic Weapons, prepared for and in cooperation with the U. S. Department of Defence and the U. S. Atomic Energy Commission under the direction of the Los Alamos Scientific Laboratory (篠原、石川、山口共訳「原子爆弾の効果」主婦之友社、昭和二十六年)。

United States Strategic Bombing Survey 3: The Effect of Atomic Bombs on Hiroshima and Nagasaki, 1946.

Effects of the Atomic Bombs on Hiroshima and Nagasaki, British Report, HMSO, London, 1946.

著者不明 Ellery C. Stowell, The Law of War and the Atomic Bomb, AJIL, Vol. 39, 1945, pp. 784-788; Elbert D. Thomas, Atomic Warfare and International Law, Proceedings of the ASIL, 1946, pp. 84-89; J. M. Spaight, The Atomic Problem, 1948.; P. M. S. Blackett, Fear, War, and the Bomb, Military and Political Consequences of Atomic Energy, 1948. (田中慎次郎訳 政法大学出版局 昭和二十六年)。

(8) なお、検閲は一九四九年九月に廃止されたとされているが、これにより原爆被害の報道制限が全面的に解除されたか否かについては明確な資料がない(高松、前掲、二五頁)。雑誌「改造」の原爆特集(一九五二年増刊号)は占領下の報道制限からの解放感にあふれている。

(9) その全文は松井康浩「戦争と国際法—原爆裁判からラッセル法廷へ—」三省堂新書 昭和四三年 五〇—五三頁に転載されている。

(10) 岡本氏が極東国際軍事裁判において武藤章被告の主任弁護人となっていた頃を指す。なお、清瀬一郎「故岡本尚一君の第二歌集「人類」を読みおわりて」(岡本尚一歌集「人類」所収) 参照。

(11) 求償同盟は一九五四年一月八日の発起人総会で、対米損害賠償が来る四月二十八日で時効になるので、その前に数名の原爆被爆者を提訴人として米政府、トルーマン前大統領、投下決定の指揮官、乗員を相手どり、米国連邦裁判所に提訴する案を決めた。中国新聞 一九五四年一月八、九日参照。

(12) 中国新聞 一九五四年一月一六日参照。

(13) 一九五四年一月一四日付中国新聞掲載の米法曹協会会員のフロッシュ博士の意見参照。また、原爆求償同盟が自由人権協会理事長海野晋吉の名でニューヨークの国際人権連盟議長ロジャー・N・ボールドウィンに送った手紙(一九五四年二月)

に対する返書には「同僚の弁護士たちと相談の結果この訴訟は法律的に根拠がなく、また日米関係に有害と考えるので全面的に反対する」と述べられていた。返書は反対理由として、(i)米国相手の訴訟は賠償請求裁判所にたいしてなされるのが妥当であり、しかも原爆にかんする訴訟は前例がなく法律上根拠がない。(ii)原爆の使用は人道に反するものとして、その犠牲者にたいしては同情にたえないが、私個人としてはこんな遅い時期に原爆賠償の訴訟を起すことは、日本にとって国際的に非常に不利と思う。の二点をあげ、このほか「原爆賠償の訴訟が成立するなら、焼イ弾による被害者も同様手段に訴えてもよいはずであり、ベルギー、フランス、フィリピン、中国の住民は彼らに焼イ弾攻撃を行つた旧敵国に損害賠償を要求してもよいことにならう」とつけ加えている(中国新聞 一九五四年三月一日)。

(14) 訴訟提起にいたるまでの事情は、松井、前掲書五〇頁以下に詳しい。なお、大田洋子「夕風の街と人——一九五三年の実態」ミリオン・ブックス、昭和三〇年 二二四—二二二頁、「広島は訴える——原爆十一年の記録」広島原爆資料出版会 昭和三十一年参照。

(15) ビキニ水爆実験を契機に、核実験をめぐる問題がわが国の論壇でも討議の的となった。たとえば「思想」三六二号、一九五四年八月参照。

(16) 同法律家会議では、セイロンのベレラの基調報告、「原水爆実験の違法性について」の平野義太郎報告、「原水爆兵器の違法性」の安井郁報告などがあり、それまでの原水禁運動に欠けていた原水爆使用の国際法上の違法性の立証のための討議(とくに山手治之の指摘参照)が行われた(毎日新聞一九五七年八月九日)。今堀誠二「原水爆禁止運動」(新潮書 一九七四年)六一—六二頁。

(17) この法律家会議の声明と問題点について、平野義太郎「核兵器と国際法 原水爆禁止第四回世界大会法律家会議の決議および問題点」法学セミナー三十一号 一九五八年一〇月。

(18) 一九五三年には川上敬逸「序説・原子爆撃の違法性に関する研究(その一)」関西大学法学論集第三卷一号、一九五四年には安井郁「原子兵器と国際法」思想三六二号、前掲、一九五五年には安井郁「原水爆その他の大量破壊兵器の禁止——アジア法律学会議における報告」法学志林 第五三卷一号、一九五六年には城戸正彦「原子兵器と国際法」愛媛大学紀要 社会科学 第二卷三号、一九五八年には入江啓四郎「原子力と国際法」原子力講座5、平野義太郎 法学セミナー三十一号 前掲 Yoshitaro Hirano, The need for an International Agreement on the Prohibitions of Nuclear Weapons, Inter-

national Association of Democratic Lawyers, Contribution to the study of the problems of disarmament, 1958, pp. 59-67. が発表された。

## (二) 訴訟の経緯

本訴訟の原告は広島・長崎の被爆関係者五人で、各々被告である国に対して原爆により引き起こされた損害賠償として一定金額の支払いを請求した。被告(国)はその請求の棄却を求めた。<sup>(1)</sup>

第一回裁判は一九五五年七月一六日開かれ、ただちに準備手続に付された。この訴訟では原爆被災の事実そのものは明瞭でほとんど争いがなく(もっとも広島・長崎の原爆による死傷者数について原告と被告の主張にかなりの差はみられる——後述)、結局二七回の準備手続、一〇回の口頭弁論による審理はほとんど法律解釈の問題にしぼられた。また鑑定人として、被告側は高野雄一教授(東大)、田畑茂二郎教授(京大)を申請し、原告側は安井郁教授(法政大)を申請した。三教授はそれぞれ鑑定事項(なかでも、原爆の国際法上の違法性の問題および国民の損害賠償請求権の問題)について鑑定書を提出した。一九六三年三月五日、最後の口頭弁論(最終準備書面(弁論))が行われ、訴訟提起以来八年半経<sup>(3)</sup>過した一九六三年一月二七日東京地方裁判所民事第二四部の古関裁判長は原告の請求を棄却する判決を言い渡した。この判決に対し原告、被告とも控訴せず、従って第一審判決が確定判決となった。

この訴訟における最大の焦点は広島・長崎原爆の国際法上の評価に関する争いであった。以下この点を中心に原告、被告の相対立した主張と判決理由の要点をみておこう。

### (1) 原告の主張

原告はまず訴状の中で「請求の原因」として一七項目にわたり説明を加えたが、最初に原爆投下事実と効果を述べ、

広島・長崎の被害結果のうち死傷者のみにつき別表に略述する一方「然しながら原子爆弾投下後の惨状は数字等のみで尽すところではない」と断つて、その恐ろしさを「人は垂れたる皮膚を襁褓として屍の間を彷徨号泣し、焦熱地獄なる形容を超越して人類史上に於ける従来の想像を絶した惨鼻なる様相を呈した」と描写している。その原爆投下は「人類に対する塵殺行為であつて、之を敵国戦闘力の破壊を目的とする戦闘行為とは認めることができないことは文明国民の争ひ得ないところである」という。「若し萬一右原子爆弾の投下が米国の行った日本に対する戦闘行為であると仮定しても」その使用は実定国際法（条約および慣習国際法）に違反するとして、(a)ハーグ陸戦条規第二三条(i)、(ii)、同第二七条、ダムダム弾禁止宣言、一九二五年ガス議定書、(b)ハーグ陸戦条規第二五条、(c)同条規第二六、二七条を列挙している。これらの規定の適用可能性について「戦争手段に関する関係条約が原子爆弾の出現によってその適用ないし準用が全然無理な場合には、当該条約を原型の儘では用い得ないが、その場合でも関係条約を含む条規全体の立法精神に則つて当該条項の適用ないし準用を判定すべきである。従つてかかる見地からは前掲の諸条約は原子爆弾の出現によって事情変更によつて無効とならないと解すべきである」。さらに原爆の「その広域破壊力と人体に対する特殊加害影響力は人類の滅亡をさへ予測せしめるのであるから」国際法と到底相容れないのであつて、「仮りに前記実定国際法が適用せらるべきでないとしても、その使用は自然法乃至条理国際法の嚴禁するものであると解すべきである」としている。

こうした訴状中の見解は求釈明申立書や原告準備書面において被告の主張に反論しつつさらに詳しく展開された。求釈明申立書では、原爆投下直後の一九四五年八月一〇日帝国政府がスイス政府を通じて米國政府に対し提出した広島への「新型」爆弾投下に対する抗議文（その全文は判決理由付表の第三表に示されている）を示し、これが現在のの

国(被告)の主張と異なることが指摘された。

また原告提出の準備書面は一〇回に及び内容の重複もかなりあるが、そこで展開されている原爆の違法性に関連する法論理を要約すれば次のようである。すなわち、トルーマンら加害者は原爆の危険を知り、人類の種に対する影響力を知りながら広島・長崎にそれを投下したのであり(準備書面第二、以下同じ)、これは国際法上の害敵手段ではなく、平和的人民に対する残虐な鑿殺行為(皆殺し行為)とくに一都市住民の集団殺害であって国際法の適用対象となりえず、それ以前の問題である(第一一五、七一八)。では投下行為は何らの法適用の対象とならないかについて、とくに原爆の加害からみて社会倫理観念、条理はこれを黙認できず(第三)、条理としてはジェノサイド条約があげられる。同条約は「本件鑿殺行為の行われた以後にできたものであるけれどもこの内容が条理国際法として本件原爆投下以前から人類の間に存在する条理である」(第四)とみななければならない。なお、「国際法以前の問題」というこの見解は準備書面第一〇で撤回された。また、この原爆投下が害敵手段と認められるとしても、この投下は前記諸規則から国際法違反である(第一、五)。なお空戦規則案第二二、二四条も列挙されているが、これは条理国際法として認められ慣習法としての効力も有する(第五)とみなされている。さらに「原爆使用の違法性は、安井、田畑、高野氏等国際法学者の一致して認めるところである」(第一〇)として原告の主張の補強をはかった。

## (2) 被告の主張

被告は訴状に対する答弁書と五度に及ぶ準備書面の中でその見解を表明した。答弁書では、まず原爆投下による多数人の殺傷という事実については、被告もそれを認める。しかし、その被害結果及び原爆の性能については知らないとし、死傷者数についても経済安定本部の調査結果によるものを示している(判決理由の付表第二表)が、原告の示

す数よりかなり少ない。

原爆の国際法的評価については、その使用が「国際法に違反する違法なものであることは直ちに断定できない」とし、次のように述べる。「原子兵器は、原告等の主張されるとおり、それが広島に使用されるまで世界の人類によって未だ一般に知られなかったものであるから、その当時原子兵器使用の規制について実定国際法が存在しなかったことは当然であるし、また現在においてもこれに関する国際的合意は成立していない。従ってかかる意味の国際法違反という問題は起り得ないことはいうまでもない。しかして、原告等は、海牙陸戦法規その他拳示の条約の解釈上当然これに違反すると主張されるがこれら諸条約はほんらい原子兵器をその対象とするものではないのみならず、その条約の趣旨を拡大してこれを包含するものと解釈することもできないと思う。」

また準備書面第一では、原告の言及した対米抗議文書について「被告は、原子爆弾使用の問題を交戦国として抗議するという立場を離れてこれを客観的に眺めると、原子兵器の使用が国際法上なお未だ違法であると断定されないことに鑑み、にわかになこれを違法と断定はできないとの見解に達し」たとして、政府の見解変更を理由づける。

さらに、準備書面第四では答弁書よりかなり慎重にこの問題を論じている。すなわち、当時原爆の禁止または許容を明示した条約はなく、またこの兵器についての国際慣習法は何等存在しなかったのであるから「広島及び長崎に対する原子爆弾の投下が国際法上違法か否かの問題は、戦時国際法の法理に照らし、決定せらるべきである」とし、戦争の目的や手段についての国際法的観察を行なっている。その中で戦争の手段として、敵兵力の撃破の他「敵国の戦闘継続の源泉である経済力を破壊することとまた敵国民の間に敗北主義を醸成せしめることも、敵国の屈服を早めるために効果があり」これらの目的を達するために必要な害敵手段が行使される、と述べる。そして広島・長崎の原爆

については一方でその破壊力は有史以来のもので多数の死傷者が出たことを痛恨事としながら、他方でこれら両都市への原爆投下を「直接の契機として、日本はそれ以上の抵抗をやめ、ポツダム宣言を受諾することになり、連合軍の意図する日本の無条件降伏の目的は達せられ今次大戦は終結することになったものであるから、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人命殺傷を防止する効果を招来したものである」と述べて、「かかる事情を客観的に考慮するときは」この原爆投下が国際法上違法であるか否かについて俄かに断定しがたいとし、結局、国際法専門学者の鑑定の結果にまつの外ないとしている。

(3) 判決理由の要点

判決理由は「一、原子爆弾の投下とその効果」、「二、国際法による評価」、「三、国内法による評価」、「四、被害者の損害賠償請求権」、「五、対日平和条約による請求権の放棄」、「六、請求権の放棄による被告の責任」、「七、結び」からなるが、ここでは一、二についてのみ取りあげる。

まず、「一、原子爆弾の投下とその効果」では、当事者間で争いのない事実——死傷者数については判決理由は、「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」と見積る——および原爆の効果を略述し、「このように破壊力、殺傷力において、従来の兵器よりはるかに大きいだけでなく、人体に種々の苦痛ないし悪影響をもたらす点において、原子爆弾は従来のあらゆる兵器と異なる特質を有するものであり、まさに残酷な兵器といわなければならない」と原爆を性質づける。

ついで「二、国際法による評価」では、三鑑定人の意見<sup>4</sup>を参照しながら、結論的には広島・長崎に対する原爆投下行為を違法と断定している。その意味で判決理由は原告の主張にそっていると見えるが、原告側が原爆

投下を国際法上の害敵手段ではなくむしろ集団殺害であつて国際法の適用対象外という見方を大前提とし、にもかかわらずなおかつ条理国際法を含む一定の戦争法規の違反ともなるといふ論理を使うのに対し、判決理由は次のように原爆投下行為を戦闘行為としての害敵手段とみなして当時妥当した国際法の枠の中で終始考察している点に注意しなければならぬ。

すなわち、米国の広島・長崎への原爆投下行為が「当時の実定国際法によって違法とされるかどうか」に局限して考察すればそれで十分である、とまず考察対象と方法が限定される。そして、この考察の前提として戦闘行為に関する国際法を年代順に列挙し、これらが新兵器である原爆につき何の規定も設けていないことから、当時それを禁止する慣習国際法も条約も存在しなかつたといふ被告の主張に対して、次のように批判する。すなわち「そこにいう禁止とは、直接禁止する旨の明文のある場合だけを指すものではなく、既存の国際法規（慣習法と条約）の解釈及び類推適用からして、当然禁止されているとみられる場合を含むと考えられる。さらに、それらの実定国際法規の基礎となつている国際法の諸原則に照してみても、これに反するものと認められる場合をも含むと解さなければならぬ」とみる。

ついで、原爆投下行為に関連する当時の実定国際法規（空襲および害敵手段に関するもの）について順次検討が加えられる。まず、原爆投下行為は軍用航空機による戦闘行為としての爆撃であるとし、空襲に関する法規から検討される。空襲に関する一般条約は成立していないが、慣習法によれば陸海軍による砲撃については防衛都市（地域）と無防衛都市（地域）の区別がなされ、前者に対しては無差別爆撃が許されるが後者においては戦闘員および軍事施設（軍事目標）に対してのみ砲撃が許され非戦闘員および非軍事施設（非軍事目標）に対する砲撃は当然違法な戦闘行



為となる。この原則はハーグ陸戦規則第二五条、一九〇七年「戦時海軍力をもつてする砲撃に関する条約」第一、二二条から明らかである。空戦に関しては「空戦に関する規則案」第二四、二二条が無差別爆撃を禁止し軍事目標主義を規定するとともに、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。結局その意味するところは防守都市（地域）と無防守都市（地域）の区別と同様である。空戦規則案はまだ条約として発効していないから実定法とはいえないが、「国際法学者の間では空戦に関して權威のあるものとして評価されており、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習に一貫して従っている。それ故、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、これを慣習国際法と云つて妨げないであろう。」従つて、無防守都市——逆に防守都市とは「地上兵力による占領の企図に対し抵抗しつつある都市をいうのであって、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ぬ軍事必要はないから、防守都市ということとはできない——に対しては無差別爆撃は許されず、ただ軍事目標の爆撃しか許されないのが空襲に関する国際法の原則である。だから無防守都市において非軍事目標を直接対象とした爆撃やいわゆる盲爆は許されないと結論づける。

ところで、原爆は広島・長崎に投下された小規模のものでも従来の TNT 爆弾二万トンに相当するエネルギーを放出し軍事目標と非軍事目標との区別はおろか、中規模の都市が全滅するほどの効果をもつから、無防守都市に対する原爆投下行為は盲目爆撃と同視すべきである。広島・長崎両市は高射砲などで防衛され軍事施設があったとしても防

守都市に該当せず、さらに広島市には約三五万、長崎市には約二七万の一般市民がその住居を構えていた。「従って、原子爆弾による爆撃が仮に軍事目標のみをその攻撃の目的としたとしても、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・長崎両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。」

この結論に対して、当時の戦争は総力戦であったことを理由とする反対論があるが、——判決理由によれば、——軍事目標の概念は総力戦の下ではその範囲が次第に広まってゆくことは否定しえないとしても、軍事目標と非軍事目標の区別が全くなかったということはできない。さらに第二次大戦中に行われたいわゆる目標区域爆撃はたとえ軍事目標主義の枠からはみ出ていてもこれを合法視する余地がないとはいえないが、「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。」

そのほか、害敵手段に関する原則に照らししても、原爆投下は「戦争に際して不必要な苦痛を与えるもの、非人道的なもの、害敵手段としても禁止される、という国際法上の原則にも違反すると考えられる。」この点について、ハーグ規則第二三条(a)、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との関係では、判決理由は「毒ガス、細菌等と原子爆弾との差異をめぐって、国際法学者の間にもまだ定説がない」としながら、セント・ペテルスブルグ宣言前文、ハーグ規則第二三条(e)からみて、毒、毒ガス、細菌以外にも、少くともそれと同等或いはそれ以上の苦痛を与える害敵手段は国際法上その使用を禁止されているとみても差支えないとし、「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、「この意味において、原子爆弾のもたらす苦痛は、毒、毒ガス以上のものといっても過言ではなく、このような残酷な爆弾を投下した行為は不必要な苦痛を与えてはならないという戦争法の基本原則に違反している」と結んでいる。<sup>(5)</sup>

- (1) 原告の請求金額は下田隆一三〇万円、多田マキ二〇万円、浜部寿次二〇万円、岩淵文治二〇万円、川島登智子二〇万円、最初の三人(東京地裁へ提訴した者)についてはそれぞれ一九五五年五月二四日より、あと二人(大阪地裁へ提訴した者)については同二五日より支払済みまで年五分の割合による金員である。なおこの五人のうち、岩淵文治は判決をまたずに一九六一年病死し、また一九七一年八月現在の生存者は岡崎(旧姓多田)マキ(一九七一年現在六四歳)一人である(朝日新聞一九七一年八月二日)。
- (2) 国側は当初横田喜三郎教授を申請したが、同教授が最高裁判所長官に就任したため、高野教授を申請し、さらに田畑教授を追加申請した。
- (3) この間、この事件を審理する裁判官は何度もかわった。一九五五年七月一六日の第一回裁判は高橋正憲裁判官のもとで行われ、その後深谷真也(一九五六年)、花田政道(一九五八年)、畔田英治(一九六〇年)各裁判官と順次かわり、最後に一九六一年五月九日就任した古閑敏正裁判長(他の二裁判官は三淵嘉子、高桑昭各裁判官)の下で判決が下された。
- (4) 三鑑定書の原爆の国際法的評価に関する部分の要点は次の通りである。  
 高野鑑定書(一九六一年七月二九日提出)によれば、原爆攻撃は戦闘行為(害敵手段)であり、その規律制限に関する実定国際法については原爆は新兵器のため直接禁止規定はなく、類似のものに関する条約の制限規定があるとしても「安易な類推解釈は絶対に許されない」し、関係規定についてそのまま原爆に適用できるものはまずないとみる。他方害敵手段を一般的に規律する国際慣習法規(とくに戦闘員と非戦闘員の区別)からは、原爆が必然的に無差別的な性格をもつと判定されれば、国際法上は不法である。結局、広島・長崎原爆攻撃は「実定国際法に違反する」との判断に傾くが、最終的には当時の広島・長崎の「諸事実の客観的科学的調査判断にまつところがあるので、ここでは確定的な断定は差控えることにする」と結んでいる。

田畑鑑定書（一九六二年四月五日提出）によれば、原爆投下の国際法上の違法性の点（鑑定事項一（イ））について、「直接禁止規定がなくとも、既成の国際法規の類推適用によつて」また「既成の国際法規の根底にあるとみられる基本原則」に照らしてみるべきであり、まず「空襲の法理」に照らしてみれば「当時広島も長崎もいわゆる無防都市であった点からみて、軍事目標・非軍事目標の区別なしにあらゆるものを無差別に破壊する効果をもつ原子爆弾を使用することは当然違法と断定せざるをえない。」また総力戦の形態がとられるに従い軍事目標の範囲が次第に拡大されるとしても、この区別の抹殺は、「戦争法の一つの因子である人道主義の要請を無視する」ものであり、また目標区域爆撃についてドイツのルールの場合はまだしもこれと広島・長崎への原爆投下行為とは根本的に相違がある。さらにトルーマンやスチムソンの言明から原爆投下は「日本国民を威嚇する政治的な狙い」をもっていたが、この意味からも威嚇爆撃として違法である。次に、戦争法一般の基調である「不必要な苦痛を与えてはならないという原則」にも背いている。つまり、広島・長崎原爆投下により「多数の生命が失われただけでなく、ようやく死をまぬがれた人々も、放射能の影響によつて今日なお悲惨な運命の下におかれかつ生命の危険にさらされていること」からも、この使用は右原則に反し違法である。その他、ハーグ規則第二三条(イ)、毒ガス禁止宣言、ガス鑑定書との関連については、これらは戦闘員に対し使用される害敵手段の制限に関するものであるから、ここで「論をすゝめる必要はない」としている。

- 安井教授は原爆攻撃の違法性に関する鑑定書提出（一九六二年一月七日）後、一九六三年一月二九日出廷して鑑定書を補足的に説明した（鑑定人調査）。右鑑定書によれば結論的に「広島・長崎原爆攻撃は非人道的な兵器の使用と一般国民への無差別爆撃を禁止する国際法の原則に反する。」補足的説明では、原爆の違法性について、自然法原理でなく事件当時に存在する *opinio juris* 現行実定国際法に基づいて論証すると述べて、兵器の性質と攻撃の方法の二側面から追求されている。また過去の国際法のルールを援用するより人道尊重の国際法の原則（プリンシプル）からみるとされ、「国際法の直接の規定をまつ必要が全くないほどに、新兵器の非人道的性が甚だしい場合がありうる。原爆の場合がまさにそれである」と述べている。右のように、三人の学者の鑑定書は、原爆投下の国際法上の違法性について、それぞれアプローチの方法や強調点はかなり異なっているとはいえ、すべて肯定的に結論づけているといえよう（もっとも高野鑑定書は確定的断定は差控えている）。
- (5) なお、原告のいう損害賠償請求権の問題についても、原告、被告の主張と判決理由の骨子を示しておこう。

原告によれば（訴状ととくに準備書面第五参照）、原爆は超危険物であるからそれを製作所持していた米国がその炸裂の

損害につき無過失賠償責任を負う。日本は対日平和条約第一九条(a)により原告等が米国およびトルーマン等原爆投下の加害者に對してもついていた損害賠償請求権を米国を含む連合国に對し放棄した。この請求権は平和条約締結にあたり日本國のために用いられた。原告等の財産権が公共のために用いられたのであるから、憲法第二九条三項により國は原告等に對し正当な補償をしなければならぬ。仮りに補償に關する法律措置がないとしても、以下の理由で原告等は被告に對し損害賠償請求権をもつ。(1)日本全權團は故意をもつて原告等の請求権を無償で放棄するという不法行為をなしたのであるから、原告等は被告に對し國家賠償法第一條に基づきその賠償を求めうる。(2)被告は原告等を含む原爆被災者に對し何ら補償措置を講じることなく權利侵害を継続している。このことは民法第七〇九條にいう不法行為であつてその損害を賠償しなければならぬ。

被告によれば（答弁書ととくに準備書面第二、四、五）、仮りに原爆投下が國際法違反としても、そのことから直ちに被害者たる原告等に損害賠償請求権が発生するものではない。この場合米國に對し賠償を請求しうる地位にあるのは日本國であつて原告等個人ではない。平和條約第一九條により放棄された請求權中に原告等の請求權はないのであるから同條約により放棄されるいわれがなく、また仮に右請求權があるとしても實現の可能性のない抽象的な觀念のもので權利の名に値しない。また英米では「主權の免除」の法理により、國家公務員の公法上の不法行為による國家賠償責任は否定され、一九四六年米國の連邦不法行為請求權法も戰鬪行為および外國において生ずる請求權について例外規定を設けており連邦は賠償の責任を負わない。さらに、米國大統領が戰争の遂行において従來の爆彈と比較にならぬ破壊力をもつ原爆を使用したのは、戰争に勝利をおさめるため、その軍事的効果と政治的效果をねらつたものであつて、裁判所がこれについて違法の判断をする限りではない。これはいわゆる統治行為の理論の當然の帰結である。

判決理由では、「三、国内法による評価」以下において次のように一般に被告の主張の方を認めている。すなわち、まず國際法違反の原爆投下行為が同時に日米兩國の国内法の違反となるかどうかについて、投下當時の大日本帝國憲法でも合衆國憲法第六條二項からも、同時に国内法違反となる可能性は十分あるが、国内法違反行為とその違反の責任を何人に負わせるかまたどの裁判所に提起できるかは切り離して考えなければならない。戰鬪行為から損害を受けた國家については、日本國は國際法上米國に對して損害賠償請求権を有するが、個人については個人の國際法上の權利主体性が一般に認められているわけではないから、國際法上その賠償を請求する途はない。また、国内裁判所に救済を求めうるかについて、日本の国内裁判所による救済は求めえない。なぜなら國家が他國の民事裁判權に服しないことは國際法上確立した原則だからである。

米国の国内裁判所による救済については主権免責の法理から、原告等は米国の国内法上米国外およびトルーマンに対し不法行為に基づく責任を問うことができない。また米国の連邦不法行為請求権法は広汎な例外を設け、陸海軍の戦闘行為についてその責任を負わないと定めている。平和条約第十九条(a)で放棄された「日本国民の請求権」とは、日本国民の連合国及び連合国民に対する、日本国及び連合国における国内法上の請求権と解するのが自然であろう。また同条約は日本国民の個人の国際法上の損害賠償請求権を認めただけではなく、従ってまたそれを放棄の対象としたわけでもない。以上から、放棄の対象とされた国内法上の請求権もその存在を認め難いから、「原告等は喪失すべき権利をもたないわけであって、従って法律上これによる被害の責任を問う由もないことになる。」とはいえ、戦争災害に対しては当然結果責任に基づく国家賠償の問題が生じ、本件に関する原爆医療法の程度では被害者に対する救済、救援とならず、国家が自らの権限と責任で開始した戦争により国民の多くの死傷を招いたのだから、十分な救済策をとるべきである。しかしこれはもはや裁判所の職責ではなく、国会や内閣の職責である。以上の理由から、原告等の本訴請求は棄却を免れない。

### (三) 判決の反響と批評

長期間の準備手続の後やっと下されたこの原爆判決は訴訟当事者の間のみならず世間でも大きな反響を呼びおこし、また内外の国際法学者の注意を引いた。

原告側は判決理由の前半（国際法による評価）を高く評価しながら、それだけに賠償責任の追求ができない点につき不満を表明したが<sup>(2)</sup>、現在の日本の法律ではこれ以上に上訴してもよい判決は期待できないとして、後に控訴を断念した<sup>(3)</sup>。他方被告側は、結論的には国側が勝ったのだから控訴しないとしながら、当時の黒金官房長官は記者会見で、「……原爆投下が国際法上違反だという点だが直ちに違法というのは無理である。核実験、核兵器の使用禁止を国連で決めるよう努力しつつづけている。このような国際協定が存在すれば、原爆投下では違反といえるが、国際協定のない場合違法とはいえない<sup>(5)</sup>」と述べた。このように判決理由に対する原告と被告（国）の評価は対照的である。しかし

一般的にいつて、判決理由——とくに原爆投下が国際法違反と断定された点——について、原告のみならず、日本の世論によつても一般に好感をもつて迎えられたように思われる。またこの判決に対する外国（とくに米国）からの反応も示された。<sup>(7)</sup> さらにこの判決が以後の被爆者救援問題に何ほどかの影響を及ぼしてきたことは否定できないであらう。

また、内外の国際法学者も判決理由についてさまざまの論評を行なつた。次にそれらの論評の内容に若干立入つて紹介しておく。

(1) 日本の国際法学者による論評

原爆判決後、新聞や雑誌にわが国の国際法学者の談話、記事、論文などの形で数多くの論評が掲載された。<sup>(8)</sup> そのほとんどすべては判決理由の前半を支持し、判決全体を国際法上高く評価する態度を示した。判決理由の後半については、多数の学者は現行法上やむをえないとの態度でそれを肯定したが、かなりの異論もみられた。<sup>(10)</sup> しかしこの点についてはここでの検討は差控えたい。

判決理由の前半についても、個々の論旨や理由づけの不十分さの指摘や批判はかなりみられる。次にその若干の例をあげてみよう。

まず、寺沢一教授は、この判決では「原子爆弾そのものの国際法上の許容性がとりあげられたのではなく、「具体的事件、すなわち、広島・長崎に対する原爆投下の国際法上の違法性」が指摘されたことを看過して、原爆投下一般の違法性を判示したかのような誤解や錯覚がみられることは法的には十分要心を要する点と考えられると述べ、判決にも行論の過程で原爆そのものの違法性にまで言及したかのような筆のはしりがあるとすると二点、すなわち

原爆を毒ガスと対比しそれ以上の苦痛をもたらす残酷な爆弾であるとして、点および原爆投下の実定法上の評価の前提として新兵器の使用に言及した部分をあげている。<sup>(11)</sup> 同様の観点から、高野雄一教授も判決は(a)原爆使用はそもそも禁止されているかと(b)広島・長崎に対する原爆使用は違法かという二つの論点の関連を明確にしていな<sup>(12)</sup>いと指摘し、(b)を肯定しても(a)が肯定されるとは必ずしもいえないという。それらは判決理由の論証の仕方そのものに対する基本的批判であるともみることができ<sup>(13)</sup>るが、この点については後に検討したい。

次に目につくのは、判決そのものの批判というよりもむしろ被告(国)側の主張や判決後の政府見解にも示されたように、原爆(新兵器)は国際法上直接それを禁止する協定がないかぎりその使用は違法ではないとする見方に対する批評である。石本泰雄教授は、政府のいうように核兵器禁止条約が結ばれていないことはそれらの兵器の使用が許されることを意味するのではなく、「そのことを判決は明快にのべている」と評している。<sup>(14)</sup> しかしこの点について、高野雄一教授の見解は微妙である。同教授によれば、判決で一般に原爆投下の違法性が明らかならそれを禁止する決議や条約をつくる意味はないが、それをつくろうとする世界の動きが意味をもつのは現行法の下での原爆使用が当然に違法といえないからだともいえるのであって、「そうすると、政府の右の見解に理由がないとはいえない。」換言すれば、原爆や新兵器は新しい条約で禁止されていない限り合法であるとは必ずしもいえないが、他方で、その使用は違法であるという議論も成りた<sup>(15)</sup>たない。この点についても後に検討するが、この問題は当然個々の害敵手段や攻撃方法の禁止制限に関する規則の検討の必要性へと導くことになる。

そのほか、判決が原爆投下の評価を引き出すための前提とされた法原則(不必要な苦痛を与える兵器や無差別爆撃の禁止)の存在(否)やその解釈についても、大多数の学者は判決の論旨が法的評価に十分耐えうることを疑いもな



く認めているが、その論旨に対する若干の批評や不満もみられる。

害敵手段（非人道兵器）の禁止規則の側面について、山手治之教授は、広島・長崎原爆が不必要な苦痛を与える兵器禁止の原則に違反するだけでなく、毒または施毒兵器の使用を禁止したハーグ規則第二三条(a)および一九二五年ジュネーヴ議定書の類推適用としても国際法に違反する<sup>(16)</sup>、という。逆に高野教授は、害敵手段の禁止に関する国際法規の各々が原爆に直接適用困難なこと、とくに問題となる毒および毒を施したる兵器禁止規定も原爆にあてはめるには問題があるといい、必要な苦痛を与える兵器禁止規定についても「原爆の非人道性は十分に認めなくてはならないが、その軍事的効果の著大なことが認められる以上」この禁止規定に入ると断定するには根拠が十分でない、とみる。こうして同教授は「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」と結論する<sup>(17)</sup>。

また、無防守都市の無差別爆撃禁止の原則の側面については、判決の論証を支持する見解が圧倒的である。しかし、詳細にみていくと、この点についても問題が全くないわけではない。第二次世界大戦がいわゆる総力戦であったことは誰れもが認めており、このために軍事目標と非軍事目標の区別という基本原則が消滅したことを意味しないことも大抵の学者が認めている。また、無防守都市（地域）に対する無差別爆撃禁止もハーグ規則や海軍力をもってする砲撃に関する条約で認められていることについては異論はないが、問題は「防衛」の概念についてである。この概念は「地上兵力による占領の企図に対して抵抗する」都市（地域）という意味——判決はこの意味で使っている——のほか、「陸、海、空軍それぞれの攻撃者に対して防衛されている都市」という意味を与える見解（いわゆる相対的防衛説）も主張される。高野教授は後者の見解に理解を示しつつ、原爆に関する軍事目標主義も総力戦の状況に適合する

具体的内容をもつものとみるなら「軍事目標地域 (Target Area)」はそれに該当する<sup>(18)</sup>とみる。なお同教授はこの基準に基づいても広島・長崎原爆は正当化されないとし「両地に対する原爆攻撃が軍事目標主義(それを若干緩かに理解したとしても)の下に現行法上適法として評される空爆の限度を超えていることは確かであるように考えられる<sup>(19)</sup>」と述べている。

最後に、判決理由を全体的にみて、高野教授は、広島・長崎の原爆攻撃につき国際法規の判断にさらさるべき諸要素が原被告両当事者によっても十分明らかにされず、判決も具体的に取り上げて判断しているとはいえない<sup>(20)</sup>、と評している。

以上見てきたように、日本の国際法学者の原爆判決に対する論評は一般的にいつて原爆に対する被爆国の法的判断が下級審においてではあるが判決理由のように示されたことに好意的である。これは唯一の被爆国の学者という感傷的な面が多少とも作用しているためか、それともそれとは無関係に各々の厳格な法的分析の結果が判決理由の分析や結論と一致したためであろうか。後に判決理由の論点の整理と再検討を行う過程で、これらの学者の見解もあわせて検討してみたい。ここではさしあたり、日本の学者の判決評論と外国の学者のそれとの間に大きな相違が見い出されるかどうか、という点に注目しよう。とくに原爆使用国である米国の学者の見解がわれわれの興味を引くのは当然といえよう。

## (2) 外国の国際法学者による論評

この判決に法的論評を行なった外国の学者は案外少ない<sup>(21)</sup>。ましてこれを正面から取り上げ詳しい分析を行なったものとしては、筆者の知る限り、フォーク (Richard A. Falk) の論文を除いて見当たらない。ここでは彼の「下田ケー

ス、広島および長崎に対する原爆攻撃の法的評価<sup>(22)</sup>」による判決の論評の要点を以下に示そう。

フォークは最初にこの判決が国際法学者の注目を引く理由を八点にわたり指摘し、<sup>(23)</sup> 判決理由を詳細に引用し<sup>(24)</sup> 逐次批評を加えている。

まず、判決理由が国際法上の評価の冒頭に核兵器一般の評価ではなく広島・長崎原爆攻撃の当時の実定国際法による違法性の評価の問題に限ると述べている箇所をとらえ、にもかかわらず判決理由では第二次世界大戦での攻撃という事実をこえていかなる都市であれ人口稠密な都市に対する原子兵器または核兵器の使用に対する国際法の適切性を明らかにするための分析が行われている、<sup>(25)</sup> という。この点はすでにみたように寺沢、高野両教授も類似の指摘をしているところである。

次いで、判決理由のあげている関連戦争法規の列挙について、彼は判決理由が法的権威 (Legal authority) をもつこれらの法規の間に区別を設けずかつ拘束力ある条約義務と正式の批准を得ることを意図されていたのではない宣言的基準 (Declaratory standards) との間の明確な区別をしていない点を指摘する。ハーグ空戦規則案についても、判決理由は資料文献をあげずに「国際法学者の間では空戦に関して権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<sup>(26)</sup>いる国もあ」と述べ、こうした理由から同規則案が慣習国際法を構成するものとして取り扱われている、<sup>(26)</sup> という。この拘束力のない規則の権威性のために有利な主張がなされるのは、この規則案が不必要な空爆を禁止しとくに軍事目標主義の原則を規定しているとやルーズに結論づけるためである、とフォークはみる。そして、無防守都市に対する原爆攻撃は盲目爆撃とみなされ国際法に反するということから、ただちに裁判所が広島・長崎は無防守都市<sup>(27)</sup>で両市とも国際法に反する盲目爆撃に等しい爆撃を蒙ったと結論づけるのは早急にすぎると

批判する。なおまた、総力戦に関する判決の行論にもフォークは若干の混乱があるとみている。<sup>(28)</sup>

最後に、不必要な苦痛を与える害敵手段禁止の問題について、フォークはガス議定書を日米両国とも当時批准していないことがその権威を減じるようには判決理由では思われていないことを指摘し、またある兵器が不必要な苦痛を与えるかどうかは軍事的破壊と非軍事的破壊の間の均衡に基づくと思われるが（判決理由もそのことを認めている）、判決理由は放射能障害に言及するものの広島・長崎攻撃が終戦を早め双方の生命を救ったかどうかについては検討する努力をしていない、と述べている。<sup>(30)</sup> この点については、すでにあげた日本の学者による言及や論評はあまりない。<sup>(31)</sup> ただこの訴訟で被告（国）側はすでにみたように準備書面の中で原爆使用が終戦を早め双方の多数の人命殺傷を防止したという理由で原爆使用をむしろ擁護した。被告のこの見解をとらえて、フォークは「日本政府が補償請求の訴訟における弁論のためとはいえ、米国の採用してきた原子兵器使用の公式の正当化に喜んで組していることは興味深い」と皮肉っている。<sup>(32)</sup>

以上のような判決理由の紹介と批評のあと、フォークは「先例としての下田ケース」の章において、この時点で原爆判決が核戦争の諸条件に適用される発展的戦争国際法に適合するかどうかにつき検討するのはなお時期尚早であるとしながらも、次のように判決を評価している。「下田ケース」の法的先例としての限界のうちには、その範囲が狭く限定されていることおよび審理する法廷が国際法事件を取扱う特別の経験をもたない下級裁判所であることがあげられる。これらのハンディキャップは「下田ケース」の意見がこの事件において提起された法問題の徹底的かつ公平な分析として読者を印象づけるであろうということによってある程度補われる。その法的権威としての価値は、裁判所による理由づけが裁判所に鑑定を与えるために指名された専門家の付託した三つの報告書から大きな影響を受けた

という事実によってさらに高められた。三専門家の各々は係争中の法問題を分析する十分な能力を備えた有名な日本の国際法の教授である。これら専門家の一致とそのガイダンスの裁判所による受け入れは、たしかに「下田ケース」の権威性の評価に関連しているように思われる。<sup>33)</sup>

右に紹介したフォークの論文以後も原爆判決についての外国の学者による詳細な批評は見当らない。しかし、判決後発表された核兵器に関する論文や見解の中で、同判決が直接間接に評価され、あるいは何らかの影響を及ぼしていると思われる場合は少なくない。<sup>34)</sup>

ところで、外国の学者として右にみたフォークの論評と先にみた日本の学者のそれとの間に相容れない距りがあるように思えない。むしろ両者の判決評価にはかなり類似した面がみられる。もっとも個々の法的问题の評価は学者により異なることがあるが、それは日本の学者と外国の学者の間の相違とは限らない。たしかにフォークの論評には、その方法論に由来する評価(後にみるように一定の戦争法規の有効性に対する懐疑を含め)、主に米英の学者の見解のみの引用、原爆投下の日本の敗戦に及ぼした影響ないし軍事的効果のかなり積極的评价が色濃く出ていることは事実である。こうしたフォークの論評の特徴だけをみて外国の学者一般の判決評価の特色を推測することはもちろんできないが、また逆に彼の見解は外国の学者としてきわめて異例であるともみなすことも誤りであろう。客観的にみた場合これまであげた内外の学者の判決論評のうちでフォークの論文が最も綿密に分析を加えていることは疑いえない。

以上のような、判決理由に対するさまざまな反響や論評はたしかに原爆問題の法的评价の必要性ないし重要性を實際的に再認識させる契機をつくったとはいえ、若干の論評の中で指摘されたように、広島・長崎原爆をめぐる客観的な状況(事実)把握とそれに基づく綿密な国際法的分析は今日までほとんど手のつけられていない分野として残って

いることも明らかとなった。この分野の本格的な研究は後日を期するとして、その手がかりをつくるために以下に問題点の指摘をかねて若干の検討を加えてみたい。

- (1) 古閑裁判長の判決直後の談話によると、「とにかくむずかしい問題で、準備手続が長期間にわたり、実際の審理は一昨年の春ごろから軌道にのった。原爆をあくまで法的に解明したまでで、この判決の影響とかあとのことは政治家が考えればよい」(毎日新聞 一九六三年二月七日夕刊)。
- (2) 原告の一人、下田隆一氏の話、松井康治弁護士談(毎日新聞、読売新聞、中国新聞 一九六三年二月七日夕刊)。
- (3) 朝日新聞 一九六三年二月二七日夕刊。
- (4) 法務省総務局の話(朝日新聞など、一九六三年二月七日夕刊)。
- (5) 毎日新聞 一九六三年二月七日夕刊。なお、一九六三年二月一〇日、一日の衆議院本会議で当時の池田勇人首相は原爆判決に関する質問に答えて「原子爆弾投下によります国際法上の違法問題、これにつきましては国際間でいろいろ議論のあるところがございます。私は、わが国の裁判所の判決に対しましてここで批判を加えたくはございません」と述べている(第四五回国会衆議院会議録第六号(その二)昭和三八年二月一〇日、六頁、同第七号 同月二日、一〇頁)。しかし、翌年二月二八日の衆議院予算委員会では原爆判決に批判的な発言をしている。すなわち、賀屋法務大臣(当時)は「あの判決のとおりであると、これは冷静な法律論としては私も同意いたしておらないところがございます」と述べ、また大平外務大臣(当時)も「これは国際法違反であるかどうかという判定につきましては、実定国際法が存在しないわけでございますので、これが国際法違反であると判定する根拠は、私は法律論としてはないと考えております」(四六国会衆議院委員会議録一、予算一、予算委員会議録第一六号、昭和三九年二月二八日 二九―三二頁)と述べている。
- (6) 中国新聞 一九六三年二月八日夕刊『広島』はこう受け止める、同月二二日の中国新聞社説「原爆訴訟の判決と意義」参照。なお、政党の反応について筆者の目にしたものとしては、「月刊社会党」(一九六四年二月号(第八〇号)四四―四七頁)は「この判決はこれまでの社会党の主張を法的に根拠づけたものといえる」といい、「原告の意図はこの判決でなかば達成されたといえよう」としており、「アカハタ」(一九六三年二月九日)は「法律的には原爆の違法性が打出されたのは最初である」としながら、被爆者の損害賠償請求権を認めなかった点を不当とみている。

(7) 中国新聞（一九六三年二月一日）によれば、判決について米国防総省スポークスマンは早急には論評しないと語ったが、米政界の有力議員らは反論を行なった。チャーチ上院議員は「戦争には法律はない。無差別爆撃は相手がやったものだ。法と秩序が維持できるのは平和の間だけである」と述べ、ザブロッキー下院議員は「東京地裁の非難は日本のパールハーバー攻撃に当てはまる。この非難はたとえ正当であったにしても、おそすぎると思う」と述べた。

(8) 一九六四年二月二十八日の衆議院予算委員会での原爆判決をめぐる質疑応答、とくに小林厚生大臣、若松公衆衛生局長、田中大蔵大臣の応答（予算委員会議録第一六号、前掲）参照。同年三月二十七日参議院で、四月三日衆議院で原爆被爆者援護強化決議案が可決された。また一九六五年五月二四日参議院原爆医療法一部改正案が可決された。一九六六年一月日本被団協は「原爆被爆者の特質と被爆者援護法の要求」を行い、現在まで被爆者援護法制定の運動が続けられている。なお、被爆者には外国人やとくに朝鮮人も多数含まれていた（中国新聞社編「ヒロシマ・25年広島島の記録3」一九七一年一七頁以下、深川宗俊「鎮魂の海峡」現代史出版会 一九七四年）。判決は外国人被爆者の請求権は取り扱っていないが、この問題については、小寺初世子「朝鮮人被爆者の法的地位」（広島女子大文学部紀要七）参照。

また、判決当時すでに原水禁運動はいわゆる分裂状態にあったため、判決の運動に対する影響ははっきりわからない。それとは別に、広島・アウシュビッツ委員会（一九六三年一月十七日発足）は判決の趣旨を受けて一九六四年一月二五日「原水爆の国際法違反について訴える」と題するアピールを出し、原水爆禁止条約の締結を一日も早く達成するために「全世界の国際法学者、法律家が、民族・国家の利害を超えて、人類の未来を守るための国際会議をひらかれるよう」訴えた。同委員会の特別委員である小谷鶴次広島大教授からの筆者宛私信によると、このアピールの発送先の学者やその反応については正確なことは不明であるが、好意的な返事が少しはあったように覚えている、と述べられている。

(9) 新聞に掲載されたものとしては、入江啓四郎（朝日新聞 一九六三年二月七日夕刊）、大平善悟（毎日新聞 同日）、岡良一、寺沢一（中国新聞 同月八日）各教授の談話。寺沢一「原爆判決の法的問題点」法律時報一九六四年二月号（同「国際法と現代」所収二三八―二四二頁）、山手治之「原爆訴訟について」法学セミナー九五号、同「判例研究「原爆訴訟判決」立命館法学一九六三年五・六号、石本泰雄「原爆判決の意味するもの」世界二一八号、安井郁「原爆判決の歴史的意義——鑑定の要旨と判決の評価」一九六四年二月発表（同「国際法学と弁証法」所収四四一―四五七頁）、高野雄一「原爆判決とその問題点——広島・長崎の原爆攻撃に関する国際法と被害者の請求権」ジュリスト二九三号（一九六四年三月一

日号)。

- (10) 安井郁 前掲書、松井康治 前掲書。なお、佐藤功「原爆訴訟と人権——戦争災害と人権(その二)——」法学セミナー 一〇五号(一九六四年 二月号)参照。
- (11) 寺沢一 前掲、二三八—二四二頁。
- (12) 高野雄一 前掲、ジュリスト二九三号三〇—三二、三三八頁。
- (13) この批判が当たっているなら、寺沢教授の指摘するように(前掲、二三九頁)、もし原爆が日本艦隊や陸軍部隊の頭上で炸裂していたとすればその法的評価は全くかわっていたかも知れない、といえるだろうか。
- (14) 石本泰雄 前掲、七五頁。
- (15) 高野雄一 前掲、三〇—三二頁。
- (16) 山手治之 前掲「原爆訴訟について」六六頁。
- (17) 高野雄一 前掲、三〇—三三頁。
- (18) 同右、三六頁。
- (19) 同右、三八頁。このことから、高野教授は「広島・長崎に対する原爆攻撃は国際法上違法とする判断に傾く」と結論する。
- (20) 同右、三七頁。
- (21) 判決内容を国際法的に論評した外国の論文があまりないのはいくつかの理由によると思われる。一つには、判決の下された一九六三年以前にすでに原爆ないし核兵器問題を取扱った多くの論文が発表されており、一般論としては論じ尽くされた感があったこと、また一九六一年国連総会で核兵器禁止宣言(A/RES/1653 (XVI))が採択されたが国際社会における核問題の関心は核実験や核軍縮問題に移行していたことがあげられよう。また原爆判決は国内判決でしかも原文は日本語であるため外国の学者にとって直接判決文を読むのが困難であったとも想像しうる。
- (22) Richard A. Falk, *The Shimoda Case: A Legal Appraisal of the Atomic Attacks on Hiroshima and Nagasaki*, *American Journal of International Law*, 1965, pp. 759-793. (この論文は彼の著書 *Legal Order in a Violent World*, 1968, pp. 371-413. に再録されている。以下の頁数はこの著書による。)
- (23) *Ibid.*, pp. 374-375.



- (24) フォークは判決(の英訳)にかなりあいまいな箇所があると述べ、そのため論文の冒頭に判決の長い引用を行っている(Ibid., p. 375 note 5)°
- (25) Ibid., pp. 385-386.
- (26) Ibid., pp. 386-387. フォークはついで「しかし、空爆を規律するものとして空戦規則案に規定される基準(standards)によらないという一貫したパターンさえ、これらの基準の有効性についての裁判所の信頼をゆるがすに至らないことは意味深長である。(下註23) またこの規則案に訴えることは一国内裁判所が宣言的基準を拘束力ある法的義務にいか容易に変型しうるかを例証する」とやや皮肉混りに述べている。しかし、彼は下註23で「大多数の学者は問題の関連法規範をたえそれらが仮定的存在を認められているとしても、引き続き侵害の結果として時代遅れであるとみなしている」と述べているが、その例としてこの文獻(Myres S. McDougal and Florentino P. Feliciano, *Law and Minimum World Public Order*, 1961)しかあげていない。
- (27) フォークは判決理由のこのような防守・無防守都市の区別を古風な(archaic)ものとみている(Ibid., p. 393, note 38)°
- (28) Ibid., p. 389.
- (29) Ibid., p. 390.
- (30) Ibid., p. 392, note 37. 参照。
- (31) なお、高野教授の論評(右註20)参照。また石本教授は、被告のいう原爆投下が終戦に寄与したという主張につきかりにその効果があったとしてもそれは国際法の禁止規則とは関係がない、とみる(石本泰雄 前掲、七四頁)。
- (32) フォークはさらについで「被告はさらに次のことまで述べている。すなわち、『広島および長崎の原爆により、直接の結果として、日本はそれ以上の抵抗をやめポツダム宣言を受け入れた』(R. A. Falk, *op. cit.*, p. 380)と指摘している°
- (33) Ibid., pp. 398-399.
- (34) たとえば、*コンシキョレール*(R. L. Bindschelder)が、判決理由中の新兵器の合法性についての見解を高く評価してこそ(Rudolf L. Bindschelder, *Das Völkerrecht und die Nuklearwaffen*, 1968, S. 4. cf. Denise Bindschelder, *Reconside-ration du droit des conflits armés*, 1969, p. 51, note 6.)° また、国際法学会(Institut)の「大量破壊兵器の存在をめぐり一般に軍事・非軍事目標の区別が提起する問題」の検討における「ポルトマン Von der Heyde の報告(Exposé préli-

minaire, Annuaire de Droit International, 1967 II, pp. 73-94; Rapport définitif, *ibid.*, pp. 155-209.) および各メンバ  
ーの見解 (*Ibid.*, pp. 99-153.) には、暗黙裡に広島・長崎の原爆ないし原爆判決が念頭におかれていることがうかがえる。

## 第二章 判決理由の再検討

### (一) 判決理由の構造と問題点

ここでも判決理由中引き続き「国際法による評価」の箇所を中心に取りあげる。寺沢、高野、フォーク各教授の指摘したように、判決理由は広島・長崎への原爆投下行為そのものの違法性を論証しようとする過程で、たしかに核兵器一般の違法性の問題とはっきり区別していないところがある。しかし両者はもちろん無関係ではなく、それどころか前者の評価のためには後者の分析が必要かつ有益であることは否定できない。もっとも後者の一般的な法的結論がそのまま前者の具体的場合に妥当するとは限らず、前者の事実在即した検討をも必要とすることはいうまでもない。

ところで、判決理由が広島・長崎原爆を国際法上違法とする論拠を整理すれば次のような構造になるであろう。

(i) 原爆のような新兵器は、新しいというだけで適法となるのではなく、既存の国際法規の解釈・類推適用から、また実定国際法の基礎にある国際法の諸原則に照らして、その合法性が判断されなければならない。

(ii) 広島・長崎に対する原爆攻撃は無防守都市に対する無差別爆撃禁止、軍事目標主義の原則に照らして、違法な戦闘行為である。

(iii) 第二次世界大戦は総力戦であり、またいわゆる目標区域爆撃の合法化の余地もなくはないが、それらは当時の広島・長崎への原爆使用を正当化するものではない。

(iv) 原爆は不必要な苦痛を与える害敵手段(兵器)の使用を禁止する戦争法の基本原則に反するから違法である。右のうち(i)、(iv)は兵器(原爆)そのものの国際法上の合法性の問題であり、(ii)、(iii)は爆撃方法の制限、攻撃目標選択の合法性の問題とみなしうるであろう。これらはともにまず一般問題として論じられ、広島・長崎への原爆投下という具体的事例への適用という論法をとっている。この論法自体は妥当といえる。しかし判決理由で物足りなく思われるのは、抽象的規定の適用にあたり考察さるべき事例の事実やそれをめぐる状況の分析が不十分な点であろう。判決理由の冒頭(「一、原子爆弾の投下とその効果」)で、米国のテキストに依拠しつつ原爆の一般的効果が概説されているが、具体的に広島・長崎の場合の被害については付表として原被告それぞれの提出した死傷者数が掲げられているにすぎない。こうした事例についての具体的検討の欠除は、原被告とも原爆投下事実については争わなかったこと、また、今日まで正確な被害結果がなお把握できないとはいえず、とも日本ではこの原爆の効果や被害は人類史上空前の恐るべきものであるという暗黙の了解があることにもよると思われる。しかし、当時の国際法の観点から原爆投下の合法性を冷静に検討するためには、第二次世界大戦ないし太平洋戦争における政治、軍事、経済など全般的状況の中での原爆投下の意味とその効果、被害をみておくことが必要であろう。こうした状況の的確な把握は多方面からのアプローチを必要とするきわめて困難な作業であり、それは本稿の範囲を逸脱するが、個々の法的分析にとって必要不可欠なかぎりにおいてすでになされた諸分野の研究に依拠しつつ若干の試みはしてみるつもりである。

次に、判決理由中に触れられていないまたはほとんど検討されていない点で、広島・長崎原爆の国際法的評価のためには見落しえないあるいはその評価から当然引き出されるはずのいくつかの問題点について指摘しておきたい。

まず、判決理由は原爆投下行為に対する当時の戦争法規の適用可能性を当然のこととみなしているが、第二次世界

大戦の状況およびとくに日本の行為の侵略性に照らして、右の行為を含む連合国の対日敵対行動に対してはたして戦争法（平等に）適用されえたかまたさるべきであったかという大前提の問題が検討されなければならないはずである。また、判決理由のあげる論理で原爆投下行為が国際法違反であったとしても、その行為の違法性を阻却する何らかの理由がなかったかどうかといった点についても一応の考察は必要であろう。そして、この違法性阻却事由が認められないとき、原爆投下という違法行為に対する国際法上の責任の問題が生ずることになる。裁判所は損害賠償請求訴訟という民事事件の性質上、加害者の民事責任問題（とくに日本国民に対するもの）のみを取扱っており、刑事責任もしくは戦争犯罪責任の問題は未検討のまま残されている。<sup>(2)</sup>

以上に述べたいくつかの問題点について、次に簡単に検討を行うが、問題の複雑さと筆者の資料蒐集不足から明確な結論がなお引き出せない箇所もあることを予めお断りしておきたい。

(1) 高野雄一 前掲、ジュリスト二九三号、三七頁参照。

(2) この訴訟において、原爆投下を「人類に対する襲殺行為」とみる原告の主張の中でこの問題に触れた形跡はある。原告準備書面第一〇は被告のもち出した国家免責理論を批判する過程で「トルーマンの個人責任について、それが国内法的には、国家機関としての行為であってもそれが不法行為責任を免れえないことはすでに指摘したとおりであり、また、国際法上の責任においてもそれを免れえないことはニュールンベルグや東京の各国際裁判所が示すとおりである」と主張した。

## (二) 太平洋戦争における戦争法の適用可能性

問題の原爆投下行為を当時の国際法（戦争法）に照らして法的判断を行う前提として、そもそもこの行為に当時戦争法が適用されるべき状態にあったかどうかをまず問われなければならない。こうした疑問が生ずるのは、第一に侵略国とその犠牲国との間の戦闘行為に戦争法は平等に適用されるかどうかという問題、第二に第二次世界大戦のような

総力戦的狀況に戦争法は実効性をもっていたかどうかという問題に由来する。

(1) 侵略国に対する戦争法の平等適用の問題

検討を要する点は、まず太平洋戦争ないし第二次世界大戦において日本が当時の国際法違反の戦争に訴えた侵略国として認定されうるものであったかどうか、ついでもしそうなら、戦争法は日本と連合国（とくに米国）との敵対行為に平等に適用されるものとみなされるべきであったかまたみなされていたか、という問題である。<sup>(1)</sup>

原爆判決自身はこの問題に取り組んだわけではなく、日米間の敵対行為従って原爆投下行為にも戦争法が平等に適用されることを当然の前提としている。もっとも判決理由は最後に「国家は自らの権限と自らの責任において開始した戦争により、国民の多くの人々を死に導き、傷害を負わせ、不安な生活に追い込んだのである」として、日本の戦争開始責任を認めているが、そのことが原爆投下行為の国際法的評価に対して何らかの影響を及ぼしたとはみていないといえる。またこの問題を本格的に取りあげた論文もあまり見当らない。<sup>(2)</sup>

ところで、第二次世界大戦当時の国際社会において侵略戦争の確定的定義やその認定機関が存在しなかったことは事実であるが、国際連盟規約や不戦条約による戦争の禁止・制限が国際的に確立していたことは否定しえない。この戦争違法化の下において、当時日本が自衛という名目ではじめた一連の行動<sup>(3)</sup>——一九三一年満州事変、一九三七年日華事変、一九四一年パールハーバー攻撃など——が国際法違反ないし侵略戦争としての烙印を押される可能性は十分あったといえよう。この点の詳細な検討は本稿では省くが、日本の中国における軍事行動に対する国際連盟の非難<sup>(4)</sup>、極東国際軍事裁判所の判決などが参考になる。たとえば後者の判決における多数意見は日本が一九四一年二月七日に開始した攻撃について、これは「挑発を受けない攻撃であり、その動機はこれらの諸国の領土を占拠しようとする

欲望であった。『侵略戦争』の完全な定義を述べるのがいかにむずかしいものであるにせよ、右の動機で行われた攻撃は、侵略戦争と名づけないわけにはいかない<sup>(5)</sup>と述べた。当時の日本の行動を侵略戦争とみなすこうした見解の妥当性は戦後疑問が提起されるよりもむしろ一層確定し定着化したと思われる<sup>(6)</sup>。

では次に、太平洋戦争中、侵略戦争を勃発させた日本（ないし枢軸国側）と連合国側との敵対行動において、当時の戦争法は平等に適用されず、日本は戦争法に基づく一定の保護や権利を享有しえないとみなされたであろうか<sup>(7)</sup>。この問題は一般化すれば、第一次大戦後の戦争違法化（*jus contra bellum*）がその下で発生する武力紛争（侵略国とその犠牲国の存在が当然想定される）に対する戦争法（*jus in bello*）の適用に何らかの影響を及ぼしたか、という問題である。たしかに戦争法規は無差別戦争観時代に発展したまたは法典化されたものが多く、それらが戦争違法化時代の武力紛争にそのまま適用可能かどうかについて理論的検討が加えられたことはあった<sup>(8)</sup>。しかし、それまで確立していた戦争法の紛争当事者への平等適用の原則が崩れたことを立証する材料は見当らない。敵対行為における非人道的性の緩和という戦争法規の目的や役割をみても、それは差別戦争観の下でも一般に十分機能しうるものであり、また連盟規約や不戦条約にも *jus in bello* の差別適用を示唆する表現は存在しない。それどころか、これらの文書による *jus ad bellum* の変化（*jus contra bellum*）にかかわらず *jus in bello* の存続ないしその平等適用を支持する見解が国際連盟においても一般的であった<sup>(9)</sup>。

また、太平洋戦争ないし第二次世界大戦の実行において、交戦国は双方とも多くの戦争法違反行為を行ない、それらに対し相互に相手を非難した。しかし、米国を含む連合国側は日本を含む枢軸国の行動の侵略性のゆえに日本などが戦争法の保護や利益を享有しえないとかまたは連合国自らは戦争法に拘束されず自由に敵対行為を行なうるとか

いう趣旨の意思表示をしたことはない。<sup>(10)</sup> 逆に、たとえば阿波丸事件のように、米国がその戦争法違反行為を戦争中に日本に対して自ら認めその賠償問題を戦後に交渉することを約束した事例<sup>(11)</sup>さえある。

戦後の軍事裁判においても、戦争中の行為について敗北した侵略国に対する戦争法の差別適用ないし不適用を認められた判例はほとんどない。<sup>(12)</sup> ニュールンベルグと東京の国際軍事裁判所が平和に対する罪と区別して戦争法違反行為としての通常の戦争犯罪概念の適用を認めたのも、当時の戦争法規の同大戦における平等適用を前提としているからであると解しうる。同裁判所が敗戦侵略国の被告のみを処罰したのはその管轄権が敗戦国の行為に対してのみ認められたものであったからであって、戦勝国の敵対行為は侵略犠牲国であるからという理由で戦争法の規制を受けないことを意味するものではなかった。<sup>(13)</sup> なお戦争違法化をより一層徹底させた国際連合憲章体制の下で作成された戦争法規（たとえば一九四九年ジュネーブ条約）においても、その差別適用を示唆する表現はない。<sup>(14)</sup>

右にみてきたことから、太平洋戦争における侵略国と認定されうる日本に対するその犠牲国米国による原爆投下という敵対行為にも当時の戦争法規は等しく適用されなければならないものであったといわなければならない。

(2) 総力戦的状况における戦争法規の実効性

次に、実態面からみて、一定の戦争法規の適用可能性ないし実効性に対する懐疑も提起されてきた。この懐疑は戦争法規のなかでもとくに兵器や空襲など害敵手段や方法に関する規則について、第二次世界大戦の経験をふまえて、若干の学者から表明された。たとえばバクスター (R. Baxter) によれば、「国際法は兵器の取り扱いにおいて比較的実効性のないものであることをおそらく証明してきた。なぜなら、武力行使に訴えなければならぬとひとたび決定した国家は自ら自由に処分しうる最も効果的な武力手段の使用をその法が禁止することに納得しえない。潜水艦、航

空機、誘導ミサイルおよび原子装置といった兵器は戦争に影響を与えるためにもたらされたテクノロジーな技術の単なる結果にすぎない。そしてこうした兵器が合法的目標に対して効果的である限り、諸国はそれらが非戦闘員に対して付随的影響を及ぼすとしても、その使用をやめるよう説得されることはおそらくできないであらう。」<sup>(15)</sup>

しかし、交戦国が効果的と考える手段を規制されることを望まないまたは規制しても実効性を欠くということは、たとえ事実としても、単に害敵手段の規制問題に限られるわけではなく、戦争法全般の実効性に関係する問題である。なぜなら、戦争法の適用が要求される武力紛争の状況において、その適用不適用は平時にもまして全く各交戦国の意図、態度いかにかかっているからである。しかし、注意すべきは、所与の武力紛争において戦争法が適用されるべき状態にあるつまり妥当していることとそれが十分に実効性をもつかどうかということとは、一応切り離して考えるべきである。たとえ一定の規定の実効性が乏しくともそのことからただちにその規定の妥当性そのものが否定されるわけではない。そうでなければ、武力紛争において多くの戦争法規が実効性に乏しいすなわち交戦国が守ろうとしないというだけでもはや妥当しなすなわち遵守の必要がなくなることになり、事実上交戦国のあらゆる行動の自由を許してしまうことになろう。

太平洋戦争当時<sup>(16)</sup>、戦争法の妥当性そのものは否定されていたわけではない。いま日米両国に限っても、両国とも當時有効な多くの戦争法に関する条約の締約国であった。<sup>(17)</sup> 両国間の敵対行為に当時妥当していた戦争慣習法や右のような条約が適用されるべき状態にあったことは否定しえない。もっとも当時の条約の多く（とくに一八九九年と一九〇七年のハーグ諸条約）にはいわゆる総加入条項が付されており、しかもそれらの条約に加わっていない交戦国も若干存在した。<sup>(18)</sup> しかしそれらの条約の規定内容のなかには慣習法化<sup>(19)</sup>しているとみられるものもあり、その限りでそれらも日



米両国間の敵対行為においても妥当していたとみななければならない。

戦争法の実効性と関連していま一つ注目すべき点は、第二次世界大戦がいわゆる総力戦であったといわれていることである。もっとも総力戦の意味について必ずしも統一した見解があるわけではなく、その不一致が総力戦と呼ばれる現象にはもはや戦争法規（とくに爆撃や兵器に関する規則）が適用されないかどうかまたは実効性を欠くかどうかについての判断にも誤差を生じさせているように思われる。しかしここでは総力戦概念を詳しく分類・整理することを目指すのではなく、戦争法規の適用可能性との関連で原爆判決の示す二概念を比較検討するにとどめたい。<sup>20</sup>

判決理由は軍事目標主義との関連で、まず「交戦国に属するすべての人民は戦闘員に等しく、またすべての生産手段は害敵手段である」という総力戦の理解の仕方を紹介し、この場合軍事目標と非軍事目標の区別などは無意味になるとみている。こうした総力戦概念が太平洋戦争ないし第二次世界大戦の諸交戦国の現実を如実に示すものとすれば、たしかに戦闘員と一般市民、軍事目標と非軍事物の区別といった戦争法の基本原則やそれに由来する個々の規則はその存在理由を失うことになる。しかしこうした概念は同戦争中の諸交戦国の一般的状況を示す事実からはほど遠く、特殊例外的な場合を除けば、一般市民の大多数は戦闘員に等しいわけではなくまた生産手段の多くは必ずしも害敵手段といえるものではなかった。後にみるように当時の広島・長崎両市の状況を含む日本の場合もその例外ではなかった。<sup>21</sup> また諸交戦国の態度、戦後の国際軍事裁判所や学者の見解においても、この総力戦概念に依拠して戦争法規の適用を全く否定するものはほとんどないといえる。<sup>22</sup>

判決理由は右の総力戦概念の否定に続いて、次のような別の概念を示している。すなわち「近時に至って、総力戦ということが唱えられたのは、戦争の勝敗が軍隊や兵器だけによって決めるのではなくて、交戦国におけるその他の要

因、すなわちエネルギー源、原料、工業生産力、食糧、貿易等の主として経済的な要因や、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。この概念を採り入れて、判決理由は軍事目標と非軍事目標の区別がなくなったというのは誤りであると判断する。

たしかにこの概念は第二次世界大戦中の多くの交戦国の現実的状況を示すものであり、またこれは戦争法の適用可能性そのものと矛盾するものではないであろう。もっとも、戦争の勝敗が単に軍事的要因のみならず経済的、人的要因により規制されるという事実は疑いえないとしても、このことが戦争法の適用に際して何らの影響も及ぼさないかどうかについては、さらに検討を必要とする。この点についてフォークの次のような指摘は傾聴に値する。すなわち「裁判所はこの一連の問題についていくぶん混乱しているように思われるといわなければならない。なぜなら、それは「食糧、貿易」および「人口、労働力等の人的要因」を、その採用する総力戦のより狭い概念に入るものとして列挙する。しかし、もし人民が軍事目標なら、広島および長崎に対する攻撃はそれ自らの条件内において合法である。公平にみれば、どこにも述べられていないとはいえ裁判所の見解はおそらく人民一般ではなくて、むしろ直接戦争努力に寄与している人民に対する攻撃だけを許す意図であろう。しかしながらこの限定的解釈さえ、もし食糧や貿易に関する活動が戦争努力の一部であるとみなされるなら、十分満足*(28)*のいくものではないであろう。」*(29)*

この批評は判決理由の叙述をやや一方的に解釈しすぎているくらいとはいえない。判決理由は列挙した経済的、人的要因が戦争方法や戦力を規制する事実を指摘したにとどまり、それらの要因がただちに軍事目標となりうることを述べているのではない。しかし右の事実の指摘が法的意味をもつとすれば、総力戦においては経済的、人的要因が軍事目標の具体的決定に何らかの影響を及ぼすことを意味するであろう。この影響の程度や範囲については判決

理由の中では十分明らかにされていない。ただ「学校、教会、寺院、神社、病院、民家は、いかに総力戦の下でも、軍事目標とはいえないであろう」として、消極的表現で、その影響が学校等に及ばないことだけは明示されている。ここではこの影響の程度や範囲をさぐるのが目的ではなく、右のような総力戦概念がたとえ第二次世界大戦中の諸国の状況をかなりの確に表現しているとしても、それが同大戦中の交戦国の敵対行為に対する戦争法の妥当性を否定するものではないことさえ確認すればそれで十分である。

(1) 法理的にはこの問題と関連して提起される侵略国の世界支配の企てや極端な非人道的行為に対する原爆使用の例外的許容性に関する問題は後に違法性阻却事由のところで検討する。

(2) Oppenheim-Lauterpacht, *International Law*, Vol. II 第六版 (6th ed. 1944, p. 174) は戦争原因のいかんを問わず国際法規の適用を認めていたが、第七版 (7th ed. 1952, pp. 217 ff, p. 351) はこの立場を修正し侵略者の世界支配の企てを防止するための原爆使用に特別の地位を与えている。

(3) 太平洋戦争がいつから始ったかについては歴史家の間で検討されてきた問題であるが(家永三郎「太平洋戦争」岩波書店一九六八年二頁以下参照)、これは法的観点からも無視しえないはずである。東京裁判は日本の戦争責任を満州事変当時の行動から追求しており、パールハーバー攻撃以前にそれにつながる軍事行動(武力紛争)が中国大陸で日中間に行われていたのであるから、ここでも日中間の武力衝突の契機となった一九三一年九月一八日関東軍による柳条溝附近の満鉄線路の爆破にはじまる満州事変または遅くとも日中間の全面的長期戦の端緒となった一九三七年七月七日の芦溝橋事件以降一九四五年八月の日本の無条件降伏までを一連の軍事行動すなわち太平洋戦争とみなしておきたい。なお、日本政府は満州での軍事行動を「事変」と呼び(一九三一年九月二日閣議決定)、また芦溝橋事件も「支那事変」と呼んで(一九三七年九月二日)正式の宣戦布告を行わず(いわゆる事実上の戦争)、パールハーバー攻撃後の一九四一年一月二日になってやっと「今次の対米英戦は支那事変をも含めて大東亜戦争と呼称す」と発表した。

(4) 満州事変に関する連盟の調査委員会(リットン团长)の報告書(外務省編纂「日本外交年表並主要文書 下 昭和三〇年二二三―二三六頁)は「宣戦ヲ布告スルコトナクシテ疑モナク支那ノ領土タル広大ナル地域カ日本軍隊ニ依リ強力ヲ以テ押

収、占領セラレ且右行動ノ結果トシテ該地域ヲ支那ノ他ノ部分ヨリ分離セラレ獨立ヲ宣言スルニ至レルハ事實ナリ」と明言し、この報告書は一九三二年二月四日連盟総会で四四カ国中四二カ国の賛成により採択された。また芦溝橋事件以来の日中間武力紛争について連盟総会は一九三七年一〇月五日日華紛争諮問委員会の報告書（その一つは日本による条約上の権利侵害を認める）を採択した（同上 三七二頁）。

(5) 朝日新聞法廷記者団著「東京裁判」下巻 昭和三十七年 九五頁。ニュールンベルグ国際軍事裁判所の判決も日本のパールハーバー攻撃を侵略戦争と述べている（Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International Nuremberg, Tome I, pp. 227-228）。なお、東京裁判におけるインテリゲンツァの裁判官の意見書「東京裁判」下巻 前掲 三四六頁以下）参照。

(6) 太平洋戦争中、日本の行動を生存権や自衛の名目で弁護する見解が一般的であったが、たとえば松原一雄「満州事変と不戦条約・国際連盟」（昭和七年）や立作太郎「ロバート委員会報告と日米開戦に関する法律上及道義上の責任」（国際法外交雑誌第四二巻昭和一八年）参照。なお横田喜三郎「満州事変と国際連盟」（帝国大学新聞昭和六年一〇月五日）は軍部の自衛権を理由にする主張に批判的であった。戦後の日本の学界は一般に当時の日本の行動の自衛権による正当化を批判し、不戦条約違反であることを認めた。また、パールハーバー攻撃も開戦条約違反であったことを認めているといえよう（横田喜三郎「戦争犯罪論」昭和二年六六頁以下、同「自衛権」昭和二年一三〇—一三五頁、なお田岡良一「国際法Ⅲ」（新版）有斐閣昭和四八年三八—三八二頁参照）。但し、大平善悟「太平洋戦争と開戦法理」（「太平洋戦争原因論」昭和二八年所収）は異論を述べた。

なお、国連憲章体制の下で確認され、その定義化のための努力が払われてきた国際犯罪や侵略の概念（一九五四年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の規約案」、一九七四年国連総会の採択した「侵略の定義」（A/RES/3314 (XXIX)）参照）の中に、当時の日本の行動も当然含まれることは確かである。

(7) 米国の責任者の発言（たとえば、トルーマン大統領の一九四五年八月六日「原子爆弾に関する宣言」(The New York Times, Aug. 7, 1945) や世論(米国ハリス世論調査(朝日新聞一九七一年三月一五日)参照)によく見受けられるように、広島・長崎原爆に対比させて日本のパールハーバー攻撃をもち出し前者を正当化する見解は法的には侵略国への戦争法の差別適用の問題と関連をもつといえる（後述）。

- (8) たとえば一九三四年国際法協会 (ILA) の採択したブダペスト解釈条項は、不戦条約の下での戦争・中立法について差別を導入しようとする試みであるが、固有の *ius in bello* に属する規則についてはすべての交戦国に平等に適用されるものとして分類している (International Law Association, Report of 38th Conference, 1934, pp. 1 ff.)。なかばバーベール・ロー・スクールの二条約案 (AJIL, 1939, Suppl. pp. 169 ff.) 参照。
- (9) たとえば、一九三〇年不戦条約との調整のため連盟規約に加える必要のある修正を研究するために連盟理事会により設置された一カ国委員会の報告書 (Journal Officiel de la Société des Nations, 1930, pp. 354-355) やイタリヤ・エチオピア戦争に際し同理事会により設置された二三カ国委員会が一九三六年四月九日両国に訴えた戦争行動に関する条約の尊重を要請するブジュール (Ibid., 1936, pp. 363, 392-393) 参照。
- (10) ドイツがヨーロッパで敵対行動を開始した当初、英、仏、独、米などは相次いで宣言や声明を出し、相手国が違反しない限りまたは相互主義の下で戦争法規 (とくに害敵手段に関するもの) を遵守すると表明した (Revue de Droit International, Tome XXV, 1940, pp. 294-296; Department of State Bulletin, Vol. VIII, Jan. 2-June 26, 1943, p. 507)。
- (11) Department of State Bulletin, July 15, 1945, p. 85, Aug. 12, 1945, p. 249, など。後に日本は国会決議中の事件による賠償請求権を放棄したが、その理由は戦後の米国の援助を多とするという趣旨であって日本の侵略性のために撃沈は違法ではなかったとかやむをえなかったという趣旨ではなかった (田畑茂二郎編「ケースブック国際法」八一「阿波丸事件」参照)。
- (12) 数多い国内裁判でも例外的にオランダ、ポーランドのいくつかの判決では侵略国に対する差別適用を認めたとも受け取れる表現が使われている。cf. H. Meyrowitz, Le principe de l'égalité des belligérents devant le droit de la guerre, 1970, pp. 66-71.
- (13) そのことを示す一例として、連合国側も同様の違法行為 (潜水艦による無差別撃沈) を行なったという理由で、枢軸国 (とくにドイツ) の違法行為を免責した事例がある。ニールンベルグ国際軍事裁判所によるデニッツ (Karl Doenitz) 提督に対する判決 (Procès des grands criminels de guerre, op. cit., Tome XXII, p. 598.) 参照。なかばこの事件は後述の *tu quoque* の法理に関係する。
- (14) しかし、国連憲章下における戦争法の差別適用問題の理論的検討は今日も続けられている。なかでも国際法学会 (Institut)

は、一九六三年ブラッセル会期において、国連憲章に反して武力に訴える交戦国に対し戦争法規適用についての完全な平等はありえないという趣旨の決議を採択した。この決議も他方では、戦争法規中人道的理由で交戦者に課せられた義務はすべてのカテゴリーの武力紛争における当事者にとりつねに有効である、と述べている点に注意しなければならぬ(Annuaire de l'Institut de Droit International, 1963, II, p. 368.)。

- (15) R. Baxter, *The Role of Law in Modern War*, Proceedings of the American Society of International Law, 1965, pp. 91-92. なおバクスターは戦争犠牲者の取り扱ひについては戦争法適用における実効性を認めつつも (Ibid., p. 92)。  
「ハークもバクスターの兵器に関する見解はかなり同調しつつあるように思われる (R. A. Falk, op. cit., pp. 400, 412-413)。  
」と云ふ W. V. O'Brien, *The Meaning of Military Necessity in International Law*. Yearbook of World Polity, 1967, pp. 109-176.

(16) 前述のように太平洋戦争の当初日本は日中間の武力紛争を「事変」と呼び、それに対する戦争法の適用を避けようとしたが、この態度は東京裁判でも批判の対象となった(「東京裁判」下巻、前掲 九九頁以下)。

(17) 戦争法に関する一九〇七年ハーグ諸条約中、米國は「海戦の際における敵の商船取扱に関する条約」、「商船を軍艦に変更することに關する条約」を批准していない。日本は一九二九年ジュネーヴ捕虜条約を批准してはなかったが、戦争中日本政府は右条約規定の準用を認めた(米英の照会に対する一九四二年一月二九日の日本政府の回答)。また一九二五年ジュネーヴ・ガス議定書については日米兩國とも当時未批准であったが、その規定内容は慣習法化しているとみなしうる。

(18) 一九四二年一月一日に対日参戦したギリシャ、ホンジュラスをはじめ、その後には参戦したいくつかのラテン・アメリカ諸國などは一九〇七年ハーグ第四条約の締約國ではなかった。

(19) ニュールンベルグと東京の國際軍事裁判所の判決はハーグ規則の慣習法化を確認した (Procès des grands criminels de guerre, op. cit., Tome I, p. 267, 「東京裁判」下巻、前掲七〇―七二頁)。また、水交社事件に関する東京地方裁判所昭和四一年二月二八日判決(判例時報四四一―四四二頁)参照。

(20) 総力戦一般については E. Speizer, *Kultur und Menschlichkeit*, 1956, S. 195-204; G. Schwarzenberger, op. cit., pp. 150-159; D. Bindschedler, op. cit., pp. 16-17.

(21) もっとも、一九四五年五月のドイツ降伏後、大本營は本土決戦体制の確立を急ぎ、同年六月「國民義勇兵役法」と「國民

義勇戦闘隊統率令」を制定し、一五―一六〇歳の男子、一七―一四〇歳の女子は義勇兵役に服し国民義勇隊に編成されることになった(新修広島市史 第二巻政治史編 昭和三年 七〇―二頁)。こうした体制でさえ現実にはすべての人民が戦闘員と等しいという総力戦概念からはほど遠いものであった。

(22) なお立作太郎「総力戦の一部分たる経済戦と国際法」外交評論 昭和一七年二月号二―四〇頁、同「総力戦と戦時占領」国際法外交雑誌 四二巻三号(昭和一八年)五七―七三頁参照。

また、ニュールンベルグ国際軍事裁判所は大多数のドイツの戦争犯罪の起因をすべてのものを戦争の圧倒的命令に服従させるナチの総力戦観念から引き出そうとしているようであるが(*Procès des grands criminels de guerre*, op. cit., Tome I, p. 238)、無差別爆撃については起訴状も判決も沈黙してゐる(*cf. G. Schwarzenberger*, op. cit., p. 152)。なお東京裁判の判決では、フィリピンのハラニラ(Harania)判事は、彼の「同意意見」の中で総力戦では国そのものが基地として攻撃の対象となることを認めている(「東京裁判」下巻 前掲 一八四―一八七頁)。

(23) R. A. Falk, op. cit., p. 390.

(24) フォークは判決理由の英訳に依拠しているが、英訳ではややもすると日本語(原文)の微妙なニュアンスが十分伝えられないことがある。

(つづく)

付記―この研究は昭和四九年度文部省科学研究費一般研究D「広島・長崎原爆の戦争法上の評価」による研究成果の一部である。