

鑑 定 書

原告 下田隆一外二名 | 被告 国
昭和三〇 (ワ) 第二九一四 号 損害賠償事件
昭和三二 第四一七七

鑑定事項一

広島、長崎に対する原子爆弾投下行為は

- (1) 国際法に違反するか。
- (2) あわせて日米両国の国際法違反たり得るか。

(1) 広島・長崎に対する原爆投下が国際法上合法か否かについては、国際法学者の間においても論議がある。原子爆弾を直接禁止した条約や慣習国際法規が存在しないことや、あるいは、現代戦の下においては、戦闘員と非戦闘員、あるいは、軍事目標と非軍事目標とを区別することが困難となつ

たことを理由として、その合法性を主張する見解もなくはない。しかし、次のような理由により国際法上違法とみるべきである。

周知のように、原子爆弾は第二次大戦の末期に登場したものであつて、その使用を直接禁止する条約も慣習法規も存在しない。戦争に際しては、国際法が禁止しないかぎり、交戦国はあらゆる害敵手段を行使することが認められており、この建前からするならば、原子爆弾の使用は合法的であるとする見解も一応成立しないわけではない。そうした関係から、例えば一九五五年の米国海軍訓令 (*the United States Naval Instructions*) においても、また、一九五六年の米国陸軍戦闘便覧 (*the United States Army Field Manual*) においても、それを禁止する慣習国際法規も条約も存在しないから、核兵器の使用は合法的であるというふういのべられている。

A

この論理からするならば、新兵器の使用はすべて合法的であるということになるであろう。しかし、国際法が禁止していないかぎり合法的であるという場合における禁止という意味は、かならずしもそれを直接禁止する明文の規定があるということのみをさすのではない。たとえ直接禁止する規定がなくとも、既成の国際法規の類推適用によつて、禁止されていると解釈しなければならぬ場合もあるし、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して、違法と判定を下しうる場合もある。したがつて、広島・長崎に対する原子爆弾の投下が国際法上合法的であつたかどうかを判定するに際しても、既成の国際法規を総合的に分析した上で決定すべきであつて、直接原子爆弾の使用を禁止する国際法規が存在しないという理由だけで、合法的と断定することは適當ではない。

以上のような観点に立つて、広島・長崎に対する原子爆弾の投下を国際法的に考察する場合、まず問題となるのは、それが従来一般に認められてゐる空襲の法理に照し、合法的な空襲の方法であつたといえるかどうかという点であるが、当時広島も長崎もいわゆる無防守都市であつた点からみて、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。空襲に関しても一般条約は成立していないが、しかし、それだからといつて、この場合においても、どのようなかたちで空襲を行つても差支えないわけではない。陸軍砲撃や海軍砲撃に関しては、慣習法上、防守都市あるいは防守地域と、無防守都市あるいは無防守地域との区別を前提し、前者については無差別砲撃、後者については軍事目標のみの砲撃を許すとい

う原則が認められており、これがヘーグ条約においても採択されているが、砲撃と類似した空襲についても、これらの実定法規の類推適用が行われ、一定の地域が防守されている否かによつて區別し、防守されざる地域に対しては、軍事目標のみの爆撃を認め、無差別爆撃は許さないという原則が一般に認められている。日華事変の際、わが国の陸軍および海軍の爆撃機が南京その他の中国都市を空襲したのに対し、国際連盟総会が「中国の開放都市」(open Chinese cities)を日本が爆撃したと非難したのに対し、わが国が南京その他の諸都市に防備施設が存在していることを理由として開放都市、つまり、防守せられざる都市であることを否定し、爆撃の合法性を主張したのは、なお記憶に新たである。この場合、南京その他の都市を防守都市とみうるかどうかについては問題があり、当時学界においても議

論があつたが、無防衛都市に対して無差別爆撃が許されないとする点について、根本的な対立はなかつた。

それでは、なにを基準として、防衛都市と無防衛都市の区別がなされるか。通俗的な觀念からすれば、防衛のための軍事施設が存在すれば、防衛された都市と一般にみられうるが、しかし、国際法においては、そうした防衛施設が存在するからといつて、ただちに防衛都市とはみなされない。

防衛都市・無防衛都市の区別の基準とされているのは、敵の占領の企図に対し抵抗しつつあるかどうかといふことであつて、たとえ都市内に防衛施設があるにしても、戦場から遠くはなれ、敵の占領の危険が差迫つていない状態の場合には、国際法上のいわゆる防衛都市といふことはできない。

元來、国際法において防衛都市と無防衛都市の区別が重視されるのは、防

守都市に対しては無差別砲撃（これを空襲に適用する場合には無差別爆撃）が認められるからなのである。交戦国一方の軍隊が敵の都市を占領しようとし、それに対し、他方の軍隊が都市によつて抵抗をこころみつつあると
いうような、戦局の緊迫した状況の下において、敵の都市を占領しようとする
する自国軍隊に掩護砲撃をするに當つて、軍事目標と非軍事目標とを區別
し、前者にしか砲撃が許されないとすれば、砲撃は迅速を欠き、掩護の目
的を達することはきわめて困難である。したがつて、この場合には軍事施
設たると否とを問わず、一般的に砲撃を加えることは、軍事上の必要より
みてやむをえないこととされている。また、このような状況の下において
は、都市になおふみとどまる非戦闘員は戦闘員とともに抵抗する意思ある
ものとみなしても差支えない。そうした事情に基づき、従来から戦時慣行

として交戦国一方の軍隊が敵の都市を占領しようとする際には無差別砲撃も合法的なものとして認められてきているのである。したがって、防守都市か否かについて重要なのは、その都市が現に敵軍の占領の企図に対し抵抗しつつあるかどうかという相対的な関係であつて、単に防衛施設が存在するかどうかだけで、そうした状況の下にない場合には、防守都市ということとはできない。このような場合には、都市を無差別に砲撃しなければならぬ軍事上の必要は存しないからである。その場合には、国際法的にはいわゆる無防守都市として、軍事目標に対する砲撃が許されるにすぎない。

以上の原則は、従来より戦時慣行として一般的に認められているところであるが、一九〇七年のヘーグ平和会議で採択された陸戦規則も、戦時海軍力をもつてする砲撃に関する条約も、いずれもこの原則によつてい

る。陸戦規則第二五条は、「防守セサル都市、村落、住宅又ハ建物ハ、如何ナル手段ニ依ルモ、之ヲ攻撃又ハ砲撃スルコトヲ得ス」と規定している。この場合、「防守」の意味については明確な定義を与えていないが、地上兵力が都市に迫り占領しようとするのに対する抵抗を意味するものであることは解釈上異論がなく、そうした状況の下にない「無防守都市」に対しては無差別砲撃を禁止する趣旨のものであることは明白である。「戦時海軍力をもつてする砲撃に関する条約」の第一条も、「防守セラレサル港、都市、村落、住宅又ハ建物ハ、海軍力ヲ以テ之ヲ砲撃スルコトヲ得ス」と規定しているが、これが陸戦規則第二五条と同趣旨のものであることは、この規定の成立過程における審議よりみても明白である。かつとも、陸戦規則の場合においても、無防守都市に対する無差別砲撃を禁止したのであ

つて、軍事目標そのものに対する砲撃までも禁止したものではなかつた。

「戦時海軍力をもつてする砲撃に関する条約」の第二条が、第一条にひきつづき、「右禁止中ニハ、軍事上ノ工作物、陸海軍建設物、兵器又ハ軍用材料ノ貯蔵所、敵ノ艦隊又ハ軍隊ノ用ニ供セラルベキ工場及設備並港内ニ在ル軍艦ヲ包含セサルモノトス」と、とくに規定したのは、遠方より無防守都市に対して艦砲射撃がなされる可能性が多い関係から、とくにこの趣旨を明確にしたのである。

このように、陸軍砲撃・海軍砲撃に関しては、以前から、敵の占領に対する抵抗を基準として防守都市と無防守都市の区別がなされ、前者に対しては無差別砲撃、後者に対しては軍事目標のみに対する砲撃を認めるといふ原則が行われているが、この原則は、砲撃と形態的に類似した空爆の場合

合にも妥当するものとみななければならぬ。一九二三年の空戦法規案でもそれが認められている。もつとも、空戦法規案では、解釈上誤解をまねくおそれがある。「防守都市」・「無防守都市」という代りに、「陸上軍隊の作戦行動の直近地域」・「陸上軍隊の作戦行動の直近地域でない都市」という表現を用いているが、その意味するところは全く同じである。そして、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、つまり、「軍隊、軍事工作物、軍事建設物又は軍事貯蔵所、兵器弾薬又は明らかに軍需品の製造に従事する工場であつて重要で公知の中枢を構成するもの、軍事上の目的に使用される交通線又は運輸線」のみの爆撃を認めるといふ、軍事目標主義を明確にしている。この空戦法規案については、その規定内容がやや厳格にすぎ、軍事目標たる軍需工場を「重要で公知の中枢

を構成するものに限つたり（第二四条二項）、陸上軍隊の作戦行動の直近地域^レに対する無差別爆撃を、「兵力の集中が重大であつて、爆撃により普通人民に与える危険を考慮してもなお爆撃を正当とするのに充分であると推定する理由がある場合に限^レつてゐる点（第二四条四項）などについては論議がないではない。また、条約として発効しておらず、そのまま実定国際法ということとはできないが、しかし、その内容は一般に権威あるものと評価されており、無防守都市、つまり、「陸上軍隊の作戦行動の直近地域^レに対しては無差別爆撃もつとも、この場合にも、宗教、学術慈善に関する特殊建造物は除外される」が認められるが、そうでない無防守都市に対しては軍事目標の爆撃のみしか許されないことそのことは、空襲に関する基本原則として認められているといわなければならぬ。

このように、無防守都市に対しては無差別爆撃は認められず、軍事目標の爆撃しか許されていないのが、従来一般に認められた空襲に関する国際法上の基本原則である。もつとも、軍事目標を爆撃する際、それに伴うて非軍事目標が破壊されたり、非戦闘員が殺傷されることがあるが、それが軍事目標爆撃に伴う止むをえない結果である場合には違法とはいえない。しかし、非軍事目標を直接対象として爆撃したり、あるいは、軍事目標・非軍事目標の区別を確認せずに行う爆撃（blind bombardment）は許されない。したがって、その性質上、破壊の効果が甚大であつて、軍事目標・非軍事目標の区別なく、一般的に破壊がおよぶような兵器、例えば原子爆弾を無防守都市に使用することは国際法上違法だといわなければならぬ。

ところで、広島・長崎に原子爆弾が投下された当時、両市にはまだ米国の地上部隊は接近しておらず、両市とも敵の占領に対して抵抗するという事態にはなっていないかつた。もちろん、両市にはともに高射砲があり、軍事施設があつたことは否定されえないが、しかし、ただそれだけでは、前にのべたように、防守都市、すなわち無差別爆撃を合法と認めうるような防守都市たるの条件は備つてはいない。したがつて、広島・長崎とも當時はなお無防守都市とみるべきであつた。とするならば、いずれの都市に対しても、軍事目標の爆撃のみしか許されておらず、破壊が必然的にひろくおよび、無差別爆撃を行うと同様の効果を伴う原子爆弾を投下したことは、国際法上違法な行為であつたと断定せざるをえない。

もつとも、以上のような見解に対して、最近戦争が次第に総力戦の形態

を おびる 傾向があることを根拠として、軍事目標と非軍事目標、あるいは、
戦闘員と非戦闘員を厳密に区別することが困難となつてきていることを主
張したり、あるいは、実際に、第二次大戦の経験において、かならずしも
軍事目標主義がそのまま貫かれなかつたことをあげ、原子爆弾の投下がか
ならずしも違法ではなかつたとする国際法学者も少くない。軍事目標とは
なにをいうかはかならずしも固定したものではなく、総力戦の形態がとら
れるに伴い、軍事目標とされるものの範囲が次第に拡大されつつあること
は否定されえないであろう。しかし、区別が全く失われるに至つたとみる
ことは適当でない。学校や病院などは、それが同時に軍事的に使用されて
いないかぎり非軍事目標であり、また、一般民家は、たとえ軍需工場の工
員がその家庭の一員である場合にも、軍事目標とみなされないことは、今

目といえども変りはない。幼い園児の遊ぶ幼稚園を軍事目標とは、いくら総力戦の下においてもいうことはできないであろう。総力戦の名の下に、両者の区別を抹殺することは、戦争法の一つの因子である人道主義の要請を全く無視するものであり、戦争法そのものの存在根拠を否定するものであつて、シュバルツエンバーガーのいうように（*G. Schwabingerberger, The Legality of Nuclear Weapons, 1958, p. 22*）、総力戦のバーバリズムに完全に屈する結果になるであらう。

第二次大戦中、軍事目標主義が厳格なかたちで貫かれなかつたことも事実である。その中でもとくに注目されることは、いわゆる「目標区域爆撃」(target-area bombing) がしばしば行われ、その合法性が主張されたことである。「目標区域爆撃」とは、第二次大戦中連合国がドイツの軍需工

場地帯を爆撃した際に行つたものであるが、ルールのように比較的狭い地域に軍需工場が密集したところでは、空襲に対する防禦設備もきわめて強化されており、かつ、軍事目標が巧妙にカムフラージュされていた関係から、個々の軍事目標を確認し攻撃するということとは實際上不可能であつた。そうした関係から、この場合には、軍事目標の密集しているとみられる区域全体に対する爆撃が行われたのである。この場合、爆撃は、その区域内にある軍事目標と非軍事目標あるいは一般民衆とを区別せずして行われたが、しかし、その区域に軍需工場が密集し、あたかも区域全体が軍事目標に類する性質をもち、かつ、空襲に対する防禦体制が強力で、区域内の特定の目標を選択することが實際上不可能であることを理由として、地域全体を爆撃することも合法的であるとされた (*Morris Greenpan, The Modern*

Law of Land Warfare, 1959, pp. 335-337) このように、いわゆる「目標区域

爆撃」の場合には、軍事目標主義は、厳密には、そのままのかたちで貫かれなかつたが、しかし、「目標区域爆撃」と広島・長崎に対する原子爆弾の投下行為との間には、根本的な相違があり、両者を同一に談ずることはできない。前の場合は、軍需工場（＝軍事目標）がかなり狭い区域に密集しており、区域全体に対する爆撃が行われるといつても、その破壊の範囲は、その区域内にある軍事目標に比し、均衡を失するほどひろいものではない。それに対し、広島・長崎の場合は、軍事目標が密集していたわけではなく、また、その区域内に軍事目標が存在していたことは否定されえないにしても、原子爆弾による破壊はきわめてひろい範囲におよび、軍事目標の存在している割合に比し、いちじるしく均衡を失したものであることを

E

知らなければならぬ。また、ルールなどの場合のように、防禦砲火が強
力であり、かつ、軍事目標がカムフラージュされているため、軍事目標と
非軍事目標を識別することが困難だという事情にもなかつた。したがって、
広島・長崎に対する原子爆弾の投下を、連合国のドイツに対する目標区域
爆撃に類するものとして合法化することは妥当でない。さらに、注意しな
ければならないことは、広島・長崎に対する原子爆弾の投下は、トルーマ
ン大統領やスチムソン國務長官が戦争の終結を早めることを目的としたと
のべているように、単なる軍事目標爆撃を目的としたものではなく、日本
国民を威嚇する政治的な狙いをもつていたということである。最近の戦争
の形態からみて、無防衛都市においても軍事目標のみ爆撃を限定するこ
とが困難になつてきたことを主張するラウターパケットでさえも、威嚇の目

的で非戦闘員を爆撃することが許されないことは認めている (H. Kautspacht,

The Problem of the Revision of the Law of War, British Yearbook of International Law,

1952, p. 369)。前記のべた空戦法規案でも、非戦闘員に対する威嚇爆撃は

禁止している (第二二条)。広島・長崎に対する原子爆弾はこの意味から

も違法だといわなければならない。

以上みたように、広島・長崎に対する原子爆弾の投下は、空襲に関する

国際法の原則に照して違法だといわなければならないが、それに付随して、

いま一つ注意されなければならないことは、それが、戦争法一般の基調と

なっている、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

ということである。一八六八年のセント・ピートルスブルグ宣言の前文は、

戦争における唯一に正当な目的は敵の軍事力を弱めることであつて、不必

6
要に、戦闘力を失つた者の苦痛を増大せしめたり、その死を不可避ならしめる兵器を使用することは、人道の法に反してゐるとのべており、また、ヘーグの陸戦規則第二三条(ホ)も、不必要な苦痛を与える兵器、投射物その他の物質を使用することを禁止している。もともと、戦争法は、軍事的必要と人道的要請という二つの因子の調和の上になり立つてゐるものであつて、たとえ人道上禁止されること、が望ましいものであつても、軍事上の必要が大である場合には、それを禁止する戦争法規の成立が阻まれるのが普通である。したがつて、軍事的必要を無視することはできないが、しかし、それをこえて不必要な害を与えることは、戦争法規の基調にも背いてゐるといふなければならぬ。セント・ピーターズブルグ宣言の前文や、陸戦規則第二三条(ホ)は、この戦争法規の基調となつてゐる基本原則を明文化し

たゆめということができる。広島・長崎の原子爆弾の投下により、多数の人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（原子爆弾による被害の詳細については、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、全二冊参照」）。このような残虐兵器を広島・長崎のような都市に使用することは、右の原則からも違法とされるべきであろう。

原子爆弾の使用については、毒物禁止に関する陸戦規則第二三条(イ)や、毒ガスの禁止に関するヘーグ宣言、あるいは、窒息性、毒性またはその他のガスおよび細菌学的戦争方法を戦争に使用することを禁止する一九二五年のジュネーブ議定書に違反しないかどうかの問題があり、この点も国際

F
法学者の間において論議せられているが、これらの規定はもともと戦闘員
に対し使用する害敵手段の制限に関するものである。前に見たように、広
島・長崎に対する原子爆弾の投下が、無防衛都市に対する無差別爆撃、な
らびに、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
していることを理由として違法とされるならば、それですでに結論は出て
いるわけであつて、原子爆弾が毒物あるいは毒ガスに類するかどうかとい
う、国際法学者の間において論議のある問題にまで論をすすめる必要はな
いであろう。

(2) 以上見たように、広島・長崎に対する原子爆弾の投下は、国際法上違
法な行為だといわざるをえないが、それでは、国際法上違法であるという
ことから、当然日米両国の国内法違反といいうるかどうか。

この問題は、国際法と国内法との関係に関する問題に係している。ところで、国際法と国内法の関係についてまず注意しなければならぬことは、この問題は結局それぞれの国家の憲法体制にかかっている問題であつて、抽象的かつ一般的に、国際法違反だから当然国内法違反だという結論を導くことはできないということである。例えば、スウェーデンのように裁判所は裁判準則として国内法のみを適用することを憲法上要求されていゝる場合には、国際法は直接国内法に適用されず、国内法のかたちにより変えられること（II変型）が必要である。したがつて、前記の問題については、日米両国の憲法体制を検討する必要があるであらう。なお、条約については、その内容上そのままのかたちで国内的に適用されうる性質のものすなわち、*self-executing Treaty* と国内的に適用するためには、新たな

国内立法の制定を必要とするもの、すなわち、*non-self-executing treaty* と
が区別せられ、憲法上条約の国内的効力を認める体制の下においても、後
者については当然には国内的効力は認められないが、当面の問題である、
原子爆弾投下に関する国際法について考える場合に問題となる陸戦規則な
どのヘーグ条約は、国内立法の制定なしに国内的に適用することは可能で
あつて、その点はとくに検討する必要はないであらう。

ところで、まず、日本の場合であるが、広島・長崎に対し原子爆弾が投
下された当時の憲法体制の下においては、国際法の国内的効力はどのよう
に理解されていたか。当時は旧憲法、つまり、大日本帝国憲法の受当して
いたときであるが、旧憲法においては、国際法の国内的効力に関する規定
はなかつた。しかし、国際慣習法が国内的にも効力をもつという建前ではな

された裁判は^例かなりあり（例之ば、盛岡地裁民判明治四二(一)三八号、大
審院民二決定昭三(四)二一八号）、また、条約も公布によつて国内的効力を
もつという見解が公式にとられていた（高野雄一、「憲法と条約」、一二
六一—一三二頁参照）。したがつて、日本の場合、広島・長崎に対する原子
爆弾投下行為が国際法上違法ならば、日本の国内法の下においても違法と
される可能性は十分あるといわなければならない。もつとも、原子爆弾投
下が日本の国内法の下において違法だと判断されるにしても、原子爆弾を
投下したのは米軍、したがつて、米国である。したがつて、一般国際法上
認められた国家の裁判権免除の原則（この原則に関して、国家の商業活動
など、私法的な行動について例外が認められるかどうかの問題があるが、
この場合には、それについて論議する必要はないであらう）に基づいて、

4
日本の国内裁判所において、米国の原子爆弾投下を違法として判定し、その責任を追求することはできないといわなければならない。

それでは、原子爆弾投下行為は米国内法の下においてはどのような理解されるであろうか。アメリカの場合、条約については、憲法第六条二項によつて、合衆国の締結する条約は、憲法や憲法に準拠して制定される合衆国の法律とともに、「国の最高の法」としての効力をもつことが明文をもつて規定されており、これによつて、*self-executing treaty* は当然国内的効力をもつものとされているし、また、慣習国際法についても、「国際法は国の法の一部である」という法諺が、判例の上において認められている（例えば、一九〇〇年の *The Paquete Habana* 事件における *Justice Gray* の言葉）。したがつて、米国においても、条約・慣習国際法を問わず、国

際法は国内的な効力を認められており、原子爆弾投下が国際法上違法ならば、国内法上も違法だと判定することは可能であろう。もつとも、米國憲法第六條二項の下においても、國際條約と内容の異なる制定法が制定されたならば、後法優先の原則（米憲法第六條二項の解釈として、條約と制定法は同等の効力をもつものとされている）に基づいて、條約の適用は排除されるし、また、慣習國際法も、それに反する国内法が制定されれば、それが優先的に適用されることは否定されえない。前にふれた一九五五年の米國海軍訓令や一九五六年の米國陸軍戰鬥便覽も、核兵器の使用を禁止する慣習國際法規も條約も存在しないから、核兵器の使用は合法だとしているが、もつとも、前者は敵の戰鬥員および他の軍事目標への使用の合法性を認めためたものであつて、無防守都市への原子爆弾使用を合法であるとした

かどうかは明白でない。しかし、これらの法規は後からのものであつて、
広島・長崎に原子爆弾が投下された当時時において、無防衛都市に対して無
差別爆撃を禁止する、空襲に関する国際法との原則へしたがつて、結局は、
広島・長崎に対する原子爆弾の投下を違法とする原則をはつきり否定し
た国内法が制定されていたわけではない。したがつて、以上にみた国際法
上の原則はそのまま国内的に妥当しているとみるべきであつて、米国内
法上も広島・長崎に対する原子爆弾の投下行為は違法とみることができ
る。米政府は原子爆弾の投下を違法とすることには、おそらく反対するであ
らうが、このことと以上のような法理的な判断とは別であるし、また、裁
判所は三権分立の原則によつて独立性を認められており、政府（行政）
の判断にかかわりなく、違法の判断を下すことは可能である。

このように、米国内法の下においても、広島・長崎に対する原子爆弾の投下は違法とみななければならぬが、しかし、このことと、そうした原子爆弾投下による責任を米国の国内法上問うことができるかどうかということとは別の問題であつて、この後の点は、別に（鑑定事項一の(2)）検討せられるであらう。

鑑定事項二

違法な戦闘行為によつて被害をうけた国の非戦闘員は、相手国又はその実行者に対して

- (1) 国際法上損害賠償を請求することができるか。
- (2) 交戦国の双方又は一方の国内法に基き損害賠償を請求することができるか。

H
きるか。

(3) 違法な戦斗行為から生ずる請求権の存否は、講和条約（平和条約）で合意されないかぎり実定法上請求権として発生しないのでないか。

(4) 違法な戦斗行為から生じた請求権について、被害国民が講和条約等にもとずかずして加害国の国内法によつて直接請求した事例があるか。

(1) 違法な戦斗行為によつて被害をうけた国の非戦斗員自身が、相手国又はその実行者に対して直接国際法に基づき損害賠償を請求する資格は、一般には認められていない。ただし、条約によつてそれが認められた場合は別である。

そのように、条約によつて、被害をうけた非戦斗員に損害賠償請求権が

認められた先例としてあげられるのは、第一次大戦の際締結されたヴェルサイユ平和条約の第二九七条(ホ)ならびに、他の平和諸条約のそれに該当する規定である。これらの規定によつて、同盟および連合国の国民は、戦時非常措置または移転措置の適用によつて、旧敵国領土内にあつた各自の財産、権利または利益についてうけた損害に関して、旧敵国政府を相手どり、戦勝国と戦敗国のそれぞれ間に設置される混合仲裁裁判所に直接損害賠償の訴を提起することが認められた。この場合は、被害をうけた国民が個人自身の立場において出訴する資格が認められたのであつて、個人が混合仲裁裁判所に出訴する上に、国家の手を通ずること、国家の認可も必要ではなかつた。もつとも、この場合、混合仲裁裁判所への出訴が認められたのは、同盟および連合国の国民だけであつて、戦敗国の国民には出

訴は認められなかつたし、また、同盟および連合国の国民が出訴しうるといつても、旧敵国の戦時非常措置または移転措置に基ずく損害に限られており、戦争による損害一般に関するものではなかつた。

このように、条約によつて被害者たる非戦闘員が国際法上損害賠償を請求する資格を認められる例もないではないが、そうした例はきわめて稀であり、しかも、とくに条約によつてはじめて認められるものであつて、そうした条約の根拠なしに、一般国際法上、当然に損害賠償を請求する資格が認められているわけではない。国家だけでなく、個人にも国際法主体性が認められるかどうか、認められるとすれば、どの範囲にまでおよぶかについては、国際法学者の間に議論があるが、しかし、そのように論議が分れているのは、国際法主体をどのよう理解するかの点に相違があるからで

あつて、国際法主体の意味を国際法上の手続によつて権利を主張しうる資格をさすものとして理解するならば、現在の国際法の下においては、とくに条約によつて認められていないかぎり、個人にそうした国際法主体性は一般に認められていない。個人が外国や外国人によつて被害をうけた場合、直接個人の名において損害賠償を請求しうるのは、国内法上の手続によつてのみであつて、国内法をはなれて国際的に請求する道はかえられていない。むつとも、国内法上の手続によつて救済が与えられない場合、本国の外交的保護を求め、本国の手によつて国際的に相手国に損害賠償を請求する手続は認められるが、しかし、外交的保護は国家自身の外交的保護権に基ずく行為である。国家が外交的保護権を発動し、相手国に要求を提出するか否かは、国家自身が自らの判断に基ずいて自由に決定するのであつて、

個人の要求があつたからといつて、当然外交的保護を与えなければならぬといふ關係にはなつていない。個人の要求が国家の手によつて取上げられるにしても、そこには、ボーチヤードのいわゆる「個人のクレームの國家のクレームへの没入」(merger of the private claim into the national claim of the State) という現象 (E. M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, 1938, p. 356) が認められるのであつて、個人の要求は國家自身の要求の中に包摂せられることによつてのみ國際的に問題とされ、個人の要求がそのままのかたちでもちだされるのではない。したがつて、個人の要求が本國の外交的保護により相手國にもちだされるにしても、個人の代理として、個人の名においてなされるものではなく、個人の國際法上の請求權が認められたといふふうなことはできないのである。

(2) したがって、とくに条約によつて認められる場合以外には、個人は国際法上損害賠償を請求する資格をもつておらず、請求するとすれば、国内法上の手続によらなければならぬが、それでは、違法な戦闘行為によつて被害をうけた非戦闘員は、交戦国の双方又は一方の国内法に基づき、相手国またはその実行者に対して、損害賠償を請求することができるか。

この問題は、それぞれの国内法の規定いかんによるものであつて、一概にいうことはできないが、しかし、一般的にいつて、国内法においても、戦闘行為による損害賠償の請求（訴訟）は、国内裁判所の管轄外とされているのが普通だということはできるであらう。例えば、米国でもそうであつて、この種の請求権は認められていない。例えば、米国の一九四六年の

The Federal Tort Claim Act は、以前に比べ、不法行為に対する政府の責任

をかなり認める傾向を示したものとされているが、しかし、なお幾多の例外を、残しており（それについては、K. C. Davis, *Administrative Law Treaties*, 1958, pp. 467-471 参照）、その中の一つとして、「戦時における陸・海軍または沿岸警備隊の戦闘活動 *Combatant activities* から生ずる請求」については、政府の不法行為責任を追求しえないことを規定している（U. S. C. A. Title 28 § 2680）。広島・長崎に対する原子爆弾の投下は一九四五年に行われたものであるが、当時においても軍の戦闘活動が不法行為責任から除外せられていたことは否定できない（なお、広島・長崎における原爆投下は、陸軍所属の航空部隊によつて行われたものであつた）。なお、米憲法修正第一条によつて、米国民は議会に対する請願権を認められているが、外国人にはこの権利は認められておらず、外国人が、本国政府を通ずるこ

となく、直接に請願を提出しても、議会はそれを受理しなければならぬ義務を負っていない (George Cyren Thorpe, *International Claims*, 1924, pp. 15-17)。

以上は政府の不法行為責任についてのべたものであるが、実際に原子爆弾を投下した実行者についても、軍の構成員として、政府の指令の下に行つたものであるから、それと同様にみるべきであつて、実行者の個人責任とみることはできない。

(3) 次に、第三の点、すなわち、違法な戦闘行為から生ずる請求権の存否は、講和条約で合意されないかぎり実定法上請求権として発生しないのではないか、という点であるが、この場合の請求権が、被害をうけた非戦闘員の請求権の意味であるとするならば、すでにのべたところから明らかによつて、個人の請求権は、国内法あるいは国際条約によつて認められない

かぎり、存在しないものであるから、国内法によつてそれが認められていないとするならば（例之ば、前にみた米国内法の場合の如く）、講和条約あるいはそれに類する条約によつて認められるほかなく、一般国際法上当然に非戦闘員の損害賠償請求権が存在するということとはできない。もつとも、講和条約によつて個人の請求権が認められることもごく稀であつて（前にみたヴェルサイユ条約第二九七条）はこれに類するものであるが、しかし、この場合でも、敵国の戦時非常措置または移転措置に伴う損害に關するものであつて、純然たる戦時行為に關するものでなく、また、同盟および連合国民のみに認められたものであつて、戦敗国国民の損害は、戦敗国の戦勝国への賠償から差引くといふかたちで処理された）、通常は國家の請求権の中に包摂されるにすぎない（この場合の個人と國家との關

係については、外交的保護について行つた前の説明を参照されたい。

もつとも、以上は非戦斗員たる個人の請求権に関するものであるが、国家の場合については、かならずしも講和条約あるいはなんらかの取決めをまつて請求権が発生するということはいえない。例えば、一九〇七年の「陸戦の法規慣例に関する条約」の第三条は、陸戦規則違反に対し交戦当事国が損害賠償の責任を負わなければならないことを規定しているが、この場合、相手の交戦当事国としては、講和条約をまたず当然に損害賠償請求権を認められているといわなければならない。しかも、これは陸戦規則違反に限つたことではなく、国家が国際法上の違法行為を犯した場合、損害をうけた国家がその国際法上の責任を問ひ、損害賠償を請求する権利をもつことは、一般国際法上認められた原則だといわなければならない。対日平

和条約第一九条(2)において、「戦争から生じ、又は戦争状態が存在したためにとられた行動から生じた連合国およびその国民に対する日本国およびその国民のすべての請求権を放棄し」としたのは、請求権そのものが講和条約をはなれ、予め存在することを前提しているものといわなければならぬ(この場合、日本国民の請求権というのがなにを意味するかについては、後でのべる)。昭和二四年四月一四日になされた阿波丸事件に関する日米間の協定において、日本の阿波丸の撃沈に関して米国に対して有する請求権を放棄することを約束したのも、国家の損害賠償請求権が一般国際法に基^づいて認められるものであることを示している。

(4) それでは、違法な戦行行為から生じた請求権について、被害国民が講和条約等にもとずかずして加害国の国内法によつて直接請求した事例が

あるか。

このような事例は、知るかぎりにおいて存在しない。 *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases* (一九五〇年より *International Law Reports* と改称) は、一九一九年以来、国際裁判所および各国の国内裁判所の国際法に関するケースを集め、毎年刊行されているものであるが、交戦国の国民が相手国の戦行行為によつてうけた損害について、相手国の国内裁判所に訴えた事例は、この中においても発見されない。

鑑定事項三

平和条約第一九条(a)により放棄された日本国民の請求権は前項の請求権をすべて包含するか。

平和条約第一九条(a)は、前にもみたように、「連合国およびその国民に
対する日本国およびその国民のすべての請求権を放棄」すると規定してい
る。ここでいう日本「国民の請求権」の意味については、日本国民たる個
人の請求権を意味するのか、それとも、日本国民の請求権に基^づく国家自
身の請求権を意味するかについてまず問題があるが、日本国家自身の請求
権でなく、国民自身の請求権とみるのが正しい。このことは、サンフラン
シスコで平和条約が調印された直後開かれた第一二国会において、政府自
身も認めているところであつて、例えば、羽仁五郎議員の質問に答えて、
西村熊雄条約局長は、請求権放棄に関する第一九条(a)の如き規定は、政府
としても希望しなかつたが、「ヴェルサイユ条約の規定、対イタリヤその

他四国の平和条約におさましても、やはり戦敗国といたしましては、戦勝国に対し、戦争から生れる国又は個人の賠償請求権を放棄させられて来てゐるのでございます。日本もこれを容認せざるを得なかつた次第でございます。まずしというふうのべている（平和条約及び日米安全保障条約特別委員会会議録第一七号二三頁）。日本国家と国民とは別個の法人格だから、国家が国民の請求権を放棄しうる筈がない。したがつて、第一九条(ウ)で国民の請求権というのは、国民の請求権について日本国自身が外交的保護権に基づいて有する請求権であるとする見解があるが、このような見解は第一九条(ウ)の文面からみて、適切なものといえないばかりでなく、理論的にいつても、かならずしも妥当とはいえない。日本国家が他の国家の国民の請求権を放棄するならばとにかく、この場合は、日本国家がその統治権の作

用としてその法的地位（権利・義務）を変更しうる関係にある国民の請求権を放棄するのである。そのこと自体が適当であるか否かは別として、日本国家が日本国民の外国に対する請求権を放棄することは、国家がその法令によつて国民の権利を否定、あるいは制限することが可能であると同いように、法理論的には可能である。もしも、日本国家と国民とが別人格であり、国家が国民の請求権を放棄できないとすれば、平和条約第一四条（1）で、連合国内にある日本国民の財産を連合国が処分する権利を日本が認めることもできない筈である。

以上によつて明らかなるように、第一九条（4）でいう国民の請求権とは、日本国民自身の請求権であるといわなければならないが、それでは、その請求権の中には、戦斗行爲によつて被害をうけた日本国民たる非戦斗員の損

害賠償請求権を包含するかどうか。この問題はすでにのべたところで一部答えられているといえるであらう。つまり、戦斗行為による損害について、非戦斗員に賠償請求権が認められるかどうかによつて決まるものであつて、非戦斗員にそうした請求権が認められないとするならば、第一九条(四)にいう日本国民の請求権の中には当然含まれない。もつとも、前にのべたように、戦斗行為に基づいて非戦斗員が相手国に対して損害賠償請求権をもつかどうかは、それぞれの国内法（国際法上の請求権は条約によらないかぎり認められない）の規定によるものであつて、一概にいうことはできないが、認められていないのが普通である。したがつて、「戦争から生じ、又は戦争状態が存在したためにとられた行動から生じた」国民の請求権といふ中には、国内法のいかんによつては、戦斗行為に基づくものも含まれない

いわけではないが、むしろ、多くは、それ以外の、例えは戦時の非常措置に基ずく損害に対する請求権などを内容とするものとみるべきであろう。

鑑定事項四

米国政府が公式に、原爆攻撃を国際法違反と言明したことがあるか。

そのような事例は存在しない。

以上のように鑑定いたします。

昭和三十七年四月五日

東京地方裁判所

民事第二四部

御中

京都大学法学部教授

田畑茂二郎 (印)