

乙第

五

号證

鑑

定

書

高

野

雄

一

一、総

説

.....

一

(頁)

二、広島、長崎の原爆攻撃は国際法違反の戦斗行為であるか

.....

三

三、相手国の当該被害国民には直接加害国に対する損害賠償請求権があるか

.....

一八

四、平和条約一九条で放棄された国民の請求権とはいかなるものであるか

.....

二一

外交保護権の放棄にとどまるか

国家が主体を異にする国民の請求権を放棄することはありえないか

鑑 定 事 項

一、広島、長崎に投下された原爆は国際法違反の戦行爲か。

二、国際法違反の戦行爲によつて相手国々民（非戦闘員）が被害を受けた場合。

(イ) 相手国は損害賠償請求権があるか。

(ロ) 相手国の当該被害国民は直接加害国に損害賠償請求権があるか。

三、平和条約第十九条で放棄された国民の請求権とは如何なるものか。



鑑定事項三点のうち、重点は第一にあると考えるので、以下その含みにおいて考察を進める。鑑定事項の第二及び第三に関しては昭和三十一年(※)第一八一四号国家賠償事件について、昭和三十三年、本鑑定人が、東京高等裁判所民事第一部に提出した鑑定書が、大体において問題をカバーしている。従って、第二、第三の鑑定事項についてはそれに拠りつつ、それを補足する程度としたい。本鑑定書において右の鑑定書を引用するときは、「前鑑定書」とする。ちなみに「前鑑定書」の鑑定事項は、「日本国との平和条約第十九条(a)項は、第二次世界大戦後に他国等に締結された平和条約等を参照して考慮するときには、国民のいかなる権利を放棄したものと解すべきか」というのであった。

(1) 鑑定事項第一点(広島、長崎に投下された原爆は国際法違反の戦斗行為か)についていえば、これは違反と判断すべき筋が強い。当時の日本政府の態度はもとより、当のアメリカにおいても、これを適法と断定する自信はなく蓋然的には違法とみる空気が強かったこと。そのことは種々の点から判断できる。それなればこそ、このようなケースを含めて、アメリカをはじめとする連合国の利益のために、平和条約第十九条が規定されたと考えられる。「前鑑定書」においても、その四「放棄した請求権の内容」で、「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請求権」の一として、暫定的にはあるが、広島、長崎の爆撃を含む違法な無差別爆撃から生ずる請求権を挙げた。ただ、広島、長崎の原子爆撃については、戦争行為としての爆撃一般の問題と、新兵器としての原爆の問題とに関して、それを違法と断定するのは、

国際法上ないろいろ問題もある。その点をここで吟味したい。

(2) 鑑定事項第二点（国際法違反の戦斗行為によって相手国国民〔非戦斗員〕が被害を受けた場合）のはじめの(イ)（相手国は損害賠償請求権があるか）は、しごく簡単である。ひとたびある戦斗行為が国際法違反と判断されれば、それによってその国には国家責任が生じ、相手国に被害を与えておれば賠償の義務を負うことは、国際法上確立した法理に属する。被害を受けた相手国国民が戦斗員であるか非戦斗員であるかは問題にならない。非戦斗員を捕虜として使役することも、戦斗員の降伏を受けつけずにこれを殺傷することも等しく国際法違反の戦斗行為であり、その国は責任を負わなくてはならない。もちろん、平和条約で特別の定めがなされるならば内容的に矛盾するかぎりにおいて、その定めが特別法として前述の一般規定を当事国の間で排除する。これもまた国際法の一般法理に属する。

鑑定事項第二点の(ロ)（相手国の当該被害国民には直接加害国に対する損害賠償請求権があるか）は、問題はあるが、そうむずかしいことではない。この問題を決するのは、原則として、関係の国内法である。この点は、ある程度、補足的に考察しておこう。

(3) 鑑定事項第三点（平和条約第一九条で放棄された国民の請求権とはいかなるものか）については、すでに「前鑑定書」で考察したことであるが、ここでは、一、外交保護権のみを放棄した。或は、二、国家が主体を異にする国民の請求権を放棄しうる筈がない。という考え方を検討しておきたい。それは理論的にあまり吟味されていない疑問のある考え方であるが、しばしば公けに出されているからである。ここでの解答は、(2)において考えられる被害国民の国内法上の請求権の放棄に帰するが、それが国の請求権の放棄と並べて規定されたのは、およそ連合国が戦争に關していかなる請求権の前に立たされることもないようにしたも

民乃至その財産である場合の国の請求権、即ち一面において外交保護権の行使に当たる場合の国の請求権についても生ずる。国家機関乃至国有財産の被害の場合だけでなく、国民が被害を受けた場合にも国の請求権としてそれも放棄されるのであるから、それによって連合国の前記目的は、じつさいには充分達せられると考えられる。しかし、(2)でふれたように、国内法的に被害国民の請求権が存在し、たとえ同じ被害が外交保護権によって国によって取上げられ、国の請求権として国際法的に行使される場合にも、国民の国内法上の請求権がそれに吸収されて法的に消滅することはない。その請求権の国内機関を通じての行使が別に考えられる。そうである以上、このような請求権を維持しておくのが万全の策といえる。そこに一九条が「国の請求権」と共に「国民の請求権」の放棄にふれていることの法律的な意味がある。このような理解は、東京高裁の昭三一(一)一八一四号事件判決に充分取入れられている。

二、広島・長崎の原爆攻撃は国際法違反の戦斗行為であるか

(4) 広島、長崎に対する原爆攻撃が、国際法上適法か違法かの問題はしばらく置いて、それが一つの戦斗行為として行われたことはまちがいない。それは戦争状態の下において一方の交戦国が他方の交戦国に対してその屈服を実現するために用いた害敵手段であり戦斗行為である。戦争を別にして考えれば、このような現象が国際法違反であることは百パーセント明白であるが、それが戦争に関して戦斗行為として行われたとなると事態は一変し、戦時国際法によって適法違法を判定しなければならない。

戦時国際法は、自衛行為や復仇行為として生ずる戦斗、或は集団安全保障の行動として生ずる戦斗においては、部分的に或は基本的に若干の変容を受けなければならないが、通常の戦争のさいには、全面的に適用される。国際連盟が事実上崩壊した状況の下で、今次の戦争が宣戦布告にはじまる一般国際法上の戦争として行われたことをまず認めなければならない。

一般国際法の下で、戦争は紛争解決の最後の手段としてすべての主権国家に一般的に認められる。従来、独立国家にとって、和戦の決は、そのもつとも**究極的な**主権的権利とされる所以である。戦争をすることに於いての特別の制限はなく、したがって、戦争そのものに違法な戦争の存在はない。戦争はこのようなものとして一般国際法上生じ、その戦争の当事国は、等しく交戦国として法律的地位におかれる。この現象は、自衛行為、復仇行為、集団保障行動として生ずる戦斗の場合と異なる「戦争」の場合の戦斗行為に特有のものである。そして、この「戦争」の当事国、即ち交戦国には交戦者として平時には考えられないさまざまな権利が与えられる。しかも、それは「戦争」の特質としていずれの交戦国にも全く平等に同じものとして与えられる。この関係を規律するものが戦時国際法である。それが戦斗行為、害敵手段の適法違法を定める。不戦条約のような条約が存在しても、それに違反する戦争の違法性は生ぜしめるが、そこに生ずる「戦争」における戦斗行為、害敵手段の規律を変えるとは考えられていない。

(5) 戦争のさいの戦斗行為について注意すべきことは、交戦国は戦争目的、即ち相手国を力で屈服させるために、戦時国際法上とくに禁ぜられていないあらゆる手段を用いるということである。これは、自衛行為や復仇行為として行われる戦斗行為については認められないことである。そこでは一定限度の戦斗行為だけが適法と認められる。集団保障の行動についても同じことがいえるだろう。

したがって、戦争のさいには、戦時国際法上禁止がなければ、どのような戦争行為を行って敵国に害を加えても、違法ではない。したがって、広島、長崎の原爆攻撃が違法か適法かということは、戦斗手段の制限に関する国際法規が、それにどうかかわりありかというところで判断されなければならない。

戦斗手段の制限に関する国際法規としてヘーグ条約をはじめいくつかの条約がある。しかし、戦斗手段の制限に関する国際法規はそのような条約以前にも国際慣習として存在した。また条約が存する今日においても、そのような条約の裏に、或はそのような条約の外に、一般国際慣習としての戦斗手段の制限に関する国際法規があることを忘れてはならない。したがって、戦斗手段の制限に関する条約のある規定について、その裏に、同じ内容の或は同じ主旨の一般国際慣習がある場合には、右の条約が総加入条項の制限にふれてげんかくにいつて適用のない場合にも、その規定の内容或は主旨とするところは、交戦国に適用される。

現行の条約についていえば、それは個々の害敵手段の制限に関するものが多い。これに対し、戦斗行為の一般的規律乃至制限は、条約でなく主として国際慣習に記されている。

以上が戦斗行為の規律制限に関する実定国際法の概要である。国際法上の判断は実定法に即して為されなくてはならないから、本件の判断は、もっぱら以上の実定国際法に立脚して行われなくてはならない。それを離れて条理とか人道によって判断することは、この場合には避けなくてはならない。

なお、以上の実定国際法に基く判断にさいして、とくに禁止のない限り戦斗行為が一般的に認められるという一般国際法上の「戦争」の性格から、条約にせよ国際慣習にせよ、類推的な解釈適用はできるだけ厳かくに制限しなくてはならない。

(6) 原爆は新兵器である。それは広島・長崎ではじめて行使された。新兵器であるから特定の害敵手段の

制限に関する国際法規、主として条約であるが、それに直接原爆を禁止し或はその行使を規律しているものがないことはいうまでもない。ただ、類似のものに関する条約の制限規定はある。

しかし、この場合にも、次のような安易な類推解釈は絶対に許されない。つまり、ダムダム弾や毒ガスのような害敵手段が国際法的に禁止されているが、破壊力並びに非人道性においてこれらをはるかに越える原爆が国際法的に許される筈がないというような考え方である。原爆は破壊力がきわめて大きく且つ甚しく非人道的だということは確かだが、国際法上の害敵手段の禁止は、そのような破壊力や非人道性だけを基礎にして成立しているのではない。このことを典型的に示すのは、爆発性の投射物又は燃焼性又は発火性の物質を充填した投射物で重量四百グラム以下のものの使用を禁止した一八六八年のセントピーターズブルグ宣言の存在である。これは現在でも一般に有効とされているが、これによれば、右のような投射物で四百グラム以上の重量であれば使用が禁止されない。破壊力、非人道性がより大きいものが使用を認められ、より小さい方が禁止されている。しかし、この禁止規定の存在理由はこうである。右のような投射物で小さいものは、将兵一人一人の殺傷以外にあまり意味をもたない。将兵一人一人の殺傷となれば普通の銃弾で充分に事は足りる。何も爆発性燃焼性のものを用いて不必要に非人道性を發揮する必要はない。要するに将兵が殺傷できればいいのである。こうして、小さいもので爆発性又は燃焼性の投射物の使用は禁止されることになった。これはダムダム弾の使用の禁止と同じリクツである。ところが、将兵一人一人でない他の軍事目標に向つては、小さいものは役立たないが、爆発性乃至燃焼性の投射物の大きいものなら、充分に効果を發揮する。即ちそのような大きな投射物はこうして禁止されないでいる。このような結果、その後航空機の発達で、空中戦における害敵手段としては、重量の小さい銃弾でも、普通のものではだめだが、爆発性又は燃焼性のものなら

一九二三年
の空戦規則に「航空機により又は航空機に対し、えい尾弾又は爆発性の投射物を使用することは禁止しない」
その規定（一八条）がおかれたのはそのためである（空戦規則は正式に発効していないが、この規定は一般に認められている。）

以上のことで分るように、害敵手段の制限禁止が成（成）とは、軍事的効果が大きくないわりに非人道的要素が強く、徒に中立国その他の世論の反感を買って結局得るところがないという認識が基礎となっている。従って、原爆などについて、その非人道性が非常に大きくても、同時にその軍事的効果が著しく大きいということになる、それが国際法上一般に不法とされる基礎を充分にもたない。そのような意味で、原爆の問題について既存の禁止された害敵手段からの安易な類推は実定法的には慎まなくてはならないのである。

(7) 害敵手段の禁止に関する国際法規で原爆になんらかの関係のあるものには、次のようなものがある。

第一に、爆発性の投射物又は燃焼性又は発火性の物質を充填した投射物で重量四〇〇グラム以下のものを使用を禁止した一八六八年のセント・ピートルスブルグ宣言——これは前述のようにいまでも生きているが、原爆は四〇〇グラム以上の重量をもつことは間違いないから、問題にならない。

第二に、ダムダム弾、即ち、人体内に入ると容易に開披し扁平になる弾丸の使用の禁止に関する一八九九年のヘーグの第三宣言——原爆は直接に人体に入るのでないから問題にならない。

第三に、「毒又は毒を施したる兵器」の使用を禁止する一九〇七年のヘーグの陸戦規則二三条a——原爆がこの規定にいう「毒又は毒を施したる兵器」に該当するかどうかは疑問である。放射能を「毒」と認めえないこともない。この規定が、「毒」そのものだけでなく、「毒」が主要な作用をする兵器の使用を禁止し

たものなら、強力な放射能の降下を目的とする原爆の場合は、この規定に該当するといえよう。ただ、陸戦規則のこの規定は、そのような兵器の「背信的な」使用方法を問題にしているので、該当する場合にもきわめて限定される。その上、この規定の「毒を施された」というのは、核融合現象によるような「毒」の発生は考慮していない。

第四に、毒ガスの禁止に関する一八九九年のハーグの第二宣言、正式には「窒息セシムベキ瓦斯又は有毒性質ノ瓦斯ヲ散布スルヲ唯一ノ目的トスル投射物ノ使用ヲ各自ニ禁止スル宣言」——これも窒息性或は有毒性のガスの散布を唯一の目的としない原爆に対しては適用されない。

第五に、毒ガス及び細菌戦の禁止に関する一九二五年のジュネーヴ議定書、正式には「窒息性、毒性又はその他のガス細菌学的戦争方法を戦争に使用することを禁止する議定書」——これも一部に議論はあるが、原爆の放射能はその発生と作用の性質が在来のガス及び細菌物質と本質的に違う。それで、若干の類似点はあるが、「類似の物質又は作用」として本議定書の対象となることはない、という考え方が一般である。

第六に、「不必要ノ苦痛ヲ与フヘキ兵器、投射物其ノ他」の使用を禁止する一九〇七年のハーグの陸戦規則二条。——この規定は、問題の兵器がその軍事的効果に比して「不必要に苦痛を与える」場合を対象としているものであるから、原爆の軍事的効果がその与える苦痛にも増して大きいものでありうる限り、この規定の対象とすることはできない。

このように、直接に害敵手段の禁止を定める従来の国際法規は、きわめて限られた例外の場合に考えられる適用を除いては、そのまま原爆に適用できるものはまずない

(A. Euler, Die Atomwaffe im Luftk-

今日拡大されている)を狙うことが意味を為さず、非戦闘員・非軍事目標にも必然的に無差別な被害を与える性質と規模のものである場合には国際法上禁止される(8参照)ということである。

(8) 一方、害敵手段、戦斗行為を一般的に規律する国際慣習法規の方から考察すると、次のようなことがいえる。戦争においては、相対的な流動と変化はあるが、戦斗員(兵力)と非戦斗員(平和的住民)との区別が国際法的に一貫して存在する。戦斗員は、国際法上認められる害敵手段の行使を認められるに反し、非戦斗員がそれを行行使することは許されない。非戦斗員が敢てそれを行行使すれば、戦時犯罪として処罰される。戦斗員の場合には、せいぜい捕虜になることはあっても害敵手段の行使によって処罰されることはない。一方、戦斗員に対しては国際法上認められた害敵手段を自由に行行使してよい。しかし、非戦斗員に対しては国際法上認められた害敵手段(とくに兵器)といえども行使することは許されない。以上のことは、戦争法を貫く根本的な法規である。

したがって、あきらかなことは、国際法上認められている害敵手段(とくに兵器)といえども、非戦斗員に対する関係ではその行使は違法なのである。いいかえれば、国際法上、禁止されている害敵手段とは、本来的に行使される筈の戦斗員に対する関係でその行使が禁止されるという意味になる。

ということとは、また特定の害敵手段の禁止に関する国際法規が成立しておらずその対象とならない適法な害敵手段——現在のところ原則として原爆もこれに含められるであろうが——であっても、その行使が常に適法であり、適法な戦斗行為となるわけではない。これは至って簡単明瞭な事実である。小銃や機関銃が禁止されない適法な害敵手段であるとはいってもない。これを敵兵との戦斗で使用することには何の問題も生じない。けれども、非戦斗員を対象に行行使するならば、小銃や機関銃の使用は不法となり、違法な戦斗

行為となる。

以上のことから、害敵手段としての違法性については、次のようなことを一つ附加えなくてはならない。特定の害敵手段が、その手段の性質上、使用の仕方如何にかかわりなく必然的に、戦闘員と非戦闘員との区別なく破壊力を及ぼすものであるときはそれは害敵手段として禁止されると。毒ガスの禁止が成立した裏には、毒ガスの害敵手段としての性質に右のようなことがあるていどあることも、一半の理由をなしている。このことは、原爆について大いに問題になるところである。原爆が種類及び使用方法のいかに問わず、必然的に右のような無差別的な性格をもつて判定されれば、国際法上はそれは不法な害敵手段と判断しなければならぬ。そのような種類の或は使用方法の原爆であるならば、そのような原爆は、禁止の条約が結ばれても、国際法上使用を許されないものと判断しなくてはならない。これは新兵器としての原爆一般について慎重に判断しなくてはならないところだが、広島・長崎の原爆がこれに該当するかどうか、これについてなお若干立入った考察が可能であろう。

(9) 即ち、使用が禁止されていない害敵手段といえども、これを戦闘員その他敵の軍事施設、一括して軍事目標に対して用いるときに法的に認められるのであって、非戦闘員その他非軍事施設（中には、一定条件の下に、とくに保護の要求される人員や施設がある）、一括して非軍事目標に対して用いるときは、違法な戦闘行為となる。しかし、戦場での戦闘で、そこに居合せた非戦闘員乃至所在する非軍事目標がたまたま害されることは違法ではない。また敵の軍事的拠点、昔ながら城、今なら防衛都市などは、それに対し一体として害敵手段を行使しうる。即ち無差別攻撃をなしうるのであって、その城や防衛都市の地域内に、非戦闘員或は非軍事施設があることは、右の攻撃を違法としない。この防衛都市はハーグの陸戦規則二五条にも明文

化されているが、その概念については学説上争いがある。即ち第一説は、地上兵力による占領に対して抵抗し、防守されている都市が防守都市で、その場合には、陸海空その害敵手段（禁止されているものはもちろん除く）のいかに問わず、それを行使してその都市を無差別に攻撃することが許される。したがって、空軍或は海軍による攻撃に対して防衛されているだけでは、防守都市とならず、右のような無差別攻撃は許されない。これに対して、別説（第二説）は、空軍に対して防衛され、或は海軍に対して防衛されている都市は、空軍或は海軍との関係では防守都市であり、たとえ地上兵力による占領に対し抵抗していなくても空軍或は海軍による無差別攻撃が認められるという。

「戦時海軍力を以てする砲撃に関する条約」が、「防守セラレサル港、都市、村落……」に対する海軍力による砲撃を禁止しつつ（一条一項）、いずれの地域でも「ソノ港前ニ自動触発海底水雷ヲ敷設シタル事実」のみを以て、右の砲撃が許されることにはならぬ（一条二項）と規定している。これは、右の相対的な「防守都市」の概念（第二説）を排斥しているものと考えられる（右の場合の海軍力による砲撃は、条約の第二条が右地域内の軍事的諸目標の砲撃を禁止外としているところから明かなように、無差別砲撃を意味する）。ただ、正に、右の一条二項の規定について、イギリス、フランス、ドイツ、日本などの有力海軍国による留保がなされていることは、「防守都市」の概念が第一説の場合だけに固まっているとの実定法上の判断を本条約から導き出すことを困難にしている。いづれにしても、地上兵力の占領の企画に抵抗して防衛される「防守都市」に対しては少くとも無差別攻撃が認められることは（防守都市の概念に攻撃国の主観的要素が加わる問題点は別として）一般性があるといえるが、海軍や空軍との関係で海軍又は空軍による無差別攻撃を可能とする相対的な「防守都市」の概念は、一般的に固まっているといえなう。

本件の場合、広島も長崎も、地上兵力による占領が試みられていたわけではないから空爆を含めて、無差別攻撃が確実に許される場合でない。空襲に対して高射砲その他で防衛されていたとしても、それによつて広島や長崎が相対的意義の「防守都市」として空軍による無差別攻撃が許されることになるとは、国際法上確立している考え方ではない。したがつて、その点から問題を解決するわけにも行かない。

(10) しかし、空爆に関しては、その害敵手段としての特殊性に応じて、若干特殊な規律制限、戦斗行為としての規律制限が行われてきている。これは軍事目標主義といわれるものである。「防守都市」を別にして、害敵手段の行使が一般に軍事目標に対しては許され、非軍事目標に対しては許されないという原則は、陸、海、空を問わず、戦斗行為一般に通じている。海軍による砲撃についても、前記(9)の条約の第二条がそれを明瞭に規定している。即ち海軍力による「無防守都市」の砲撃の「禁止中」には、「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ヘキ工場及ヒ設備並ニ港内ニ在ル軍艦」を包含しない。海軍指揮官は「相当ノ期間ヲ以テ警告を与ヘタル後、地方官憲ニ於テ右期間内ニ之ヲ破壊スルノ措置ヲ執ラサリシ場合ニ於テ、全ク他ニ手段ナキトキハ砲撃ニ依リ之ヲ破壊」できる。この場合、無防守都市には非戦斗員や非軍事施設もあるわけだが、右の「砲撃ノ為ニ生スルコトアルヘキ故意ニ出テサル損害」については、なんら責任を負わない。

これは、海軍の砲撃について規定された軍事目標主義であるが、空軍についても、その特性に基いて、軍事目標主義が明瞭に規定された。そして、「防守」、「無防守」に関連のある觀念が新しい形で、無差別攻撃に関連して規定されている。それは、一九二三年の「空戦に関する規則案」に規定されている。即ち、

「普通人民を攻撃し、軍事的性質を有しない私有財産を破壊し若くは損し、又は非戦斗員を損傷すること

とを目的とする空中爆撃は、禁止する」(二二条)
とした上で、

「空中爆撃は、軍事的目標、即ち、その破壊又はき損が明かに軍事的利益を交戦者に与えるような目標に
対して行われた場合に限り適法とする」(二四条一項)
と軍事目標主義を基本的に規定し、その軍事的目標を具体的に

「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、明かに、軍事品の製造に従事する工場、
あつて重要で、公私の中樞を構成するもの、軍事上の目的に使用される交通線又は運輸線」(二四条二項)
と規定する。

これに対し、地上兵力の占領企図に関係させて把える第一説の「防守都市」とそれに対して許される無差
別爆撃とに近い考え方が次のような形で出てくる。

「陸上軍隊の作戦行動の直近地域においては、都市、町村、住宅又は建物の爆撃は、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り、適法とする」(二四条四項)。
これに対し

「陸上軍隊の作戦行動の直近地域でない都市、町村、住宅又は建物の爆撃は、禁止する。軍事的目標が普
通人民に対して無差別の爆撃をなすのでなければ爆撃することができない位置にある場合には、航空機は、
爆撃を避止することが必要である」(二四条三項)。
そして、

「交戦国は、その士官又は軍隊がこの条の規定に違反したことによって生じた身体又は財産に対する損害につき、賠償金を支払う責任がある」(二四条五項)

とはつきり定める。

広島、長崎は「陸上軍隊の作戦行動の直近地域」であつたとはいえない。また、本規定にかかげられる軍事的目標の攻撃であつたということも困難のようである。そうとすれば、それは違法な戦斗行為であり、一般国際法上或は本規定上交戦国は賠償の責任を負わなくてはならないことになる。しかし、なお法的に吟味すべき点が残っている。

(11) 前節(10)に取上げた空戦規則は、批准されず、発効していない。したがって、実定国際法とはいえない。ただ、空戦に関して、その価値は高く評価されている。軍事目標主義を具体化した点についてとくにそうである。そのために、じつさいに当って、この規則を無視することはできない(田岡鑑定書第一項の四参照)。

この規定を若干補正したところが、やはり実定法としての意味をもつであろう。空戦規則が批准発効しなかつた主な理由は、それが主義としてはいいが、交戦権の行使にきびしすぎる。制限が強すぎる。ということである。効果的な戦斗手段として空中爆撃の比重は刻々に大きくなってきつた。それをあまりしぱりすぎたのでは、実定法として受入れられ通用するようにはならない。

第一に、空戦規則は、第一次大戦の空爆である程度慣行化していることを否定し制限している。そして、

その慣行は、第二次大戦でも行われ、否定し難いものになっている。

第二に、第一次大戦以来あらわになってきた傾向として、戦争が経済戦、総力戦の形をとるようになってきた。その現実を空戦規則は充分に取入れていない。



空戦規則が実定法規として欠けるところがあるのは、右のような点である。今日でも、戦斗行為を貫く基本原則として、戦斗員（兵力）と非戦斗員（平和的住民）、^{（非戦斗員を区別）}軍事施設の区別があることは確かであるが、第一次大戦以来の総力戦の傾向は戦斗員に準ずるもの（*quasikombattanten*）軍事施設に準ずるものの存在を大きく浮び上らせている。これは、軍事目標主義に立つて戦斗行為を規整するさいに充分考慮に入れられなくてはならない。それは、あたかも、海戦において、第一次大戦以来、戦時禁制品に属するものが、品質の点からも仕向地の点からも、急速に増大したのと軌を一にする。

これを空戦規則との関係でいうと、第一に軍隊（空戦規則二四条二項）ではなくても、兵器工場、軍需工場で作業中の労働者の如きは、戦斗員に準ずるものとしてとらえなくてはならない。

第二に、軍事施設又は「明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樞を構成するもの」というようなきゆうくつな把え方（空戦規則二四条二項）ではだめで、それ自体は軍需品でなくても、軍需品の製造加工にとって、したがって国防にとって、重要な意味をもつ工場施設は、軍事施設に準ずるものに含めなくてはならぬ。（*A. Euler, Atomwaffe im Luftkriegsrecht, SS. 48-49*）。

これらのことは、第一次大戦から第二次大戦にかけて次第に強く一般の慣行になってきたことで、且つ戦争の総力戦としての性格を考慮する場合にそれに正当な基礎を認めなくてはならないものである。さらに、このような実定法の形成の認識を助けるものとして、軍事目標に関する国際法協会の一九二四年の決議、ユネスコがスポンサーとなった一九五四年の「武力紛争のさいの文化財の保護のための条約」の規定（八条一項）、国際赤十字委員会の一九三一年の軍事目標に関する専門家決議及び一九五七年の「戦時に市民がさらされる危険の制限に関する規則案」における軍事目標の規定（七条）を、指摘することができる（*A. Euler,*

op. cit., ss. 50-56 にくわへる。

右の文化財保護条約の規定（八条一項）は、一定の文化財の特別保護の条件に、それが「大きな工業地区又は攻撃を受けやすい地点たる重要な軍事目標（たとえば飛行場、放送局、国防のために使用される施設、比較的重要な港若しくは停車場又は交通幹線」から離れて存在することを要求する。これは軍事目標を直接に規定したものではないが、間接にはそれを充分に示している。また、このような軍事的目標が数多く密集してゐるところでは、軍事目標主義によつても、実質的にその地域では無差別爆撃が許される結果になるであらう。軍事生産の中心地などについては、このような意味で「軍事目標地域」（Target Area）とすることを考えることもできる。いづれにしても、空戦規則の「軍需工場」に関するきわめてげんかくな定義、また「軍事的上の目的に使用される交通線又は運輸線」の規定（以上二四二条二項）、無差別爆撃の基準となる「兵力の集中が重大であつて」の規定と、「軍事的目標」の基準（二三三、四項）は、実定法規としては、せまかつげんかくに過ぎる。第一次大戦、第二次大戦において広く行われた慣行と総力戦が正当に要求するものからみて、空戦規則が正当に定義した「軍事的目標」、即ち「その破壊又はき損が明かに軍事的利益を交戦者に与えるような目標」（二四二条一項）は、それ自体は正しい概念規定であるか、その内容は以上のように拡大せざるを得ない。もとより、この場合にも、(3)に言及したように、戦斗行為の規律を貫く基本原則としての、戦斗員、非戦斗員、軍事目標、非軍事目標の区別は重要なものとして維持されなくてはならぬ。それが空戦或は空爆にどうあらわれるかが、実定法として意味をもつ問題なのである。

(12) 以上のような実定法的検討の下に、広島、長崎の原爆攻撃についてみるときは、一般的には、なお且つこれを国際法違反の戦斗行為とみるべき筋が強いと判断される。しかし、そこには、なお事実に確かめ

うるべき若干のものがある。

広島原爆攻撃に対して、その直後の一九四五年八月一〇日に日本政府が発した対米抗議では、次のようにいつている。

「広島市は、なんら特殊の軍事的防備乃至施設を施し居らざる普通の一地方都市にして同市全体として一つの軍事目標たるの性質を有するものに非ず。本件爆撃に関する声明において米国大統領トルーマンは、われらは船渠工場及び交通施設を破壊すべしといひおるも、本件爆撃は落下傘を付して投下せられ、空中において炸裂し、きわめて広き範囲に破壊的効力を及ぼすものなるを以て、これによる効果を右の如き特定の目標に限定することは、技術的に不可能なこと明瞭にして、右の如き本件爆弾の性質については、米国側においてもすでに承知しておるところなり。また実際の被害状況に徴するも被害地域は広範囲にわたり、右地域内にあるものは、交戦者、非交戦者の別なくまた男女老幼を問わず、すべて爆風、及び放射熱により無差別に殺傷せられ、その被害状況よりみるも、未だ見ざる惨虐なるものと言うべきなり」、……、これは、攻撃の直後における戦斗中の交戦国としての発言ではあるが、その点を頭においても、実定法的判断に充分考慮しなくてはならない要素を含んでいる。当時並びにその後におけるアメリカの議論も必ずしも広島原爆の違法性を否定する主旨のものばかりではない（城戸正彦「原子兵器と国際法」愛媛大学紀要第四部、二卷三号、第一節、第四節）。

広島、長崎の原爆攻撃の適法不適法の判断の基礎は、空戦規則二四条一項二項を実定法的に修正したものを基礎にしなくてはならない（11参照）。適法な無差別爆撃に関する同規則二四条三項は、実定法的に修正しても、その前提（「防守都市」、「陸上軍隊の作戦行動の直近地域」等）が、広島、長崎について国際法

上一般に認められるとは到底いえないであろう。軍需工場等が広島（長崎）の全体に地域的に密集しているというような事実があれば、実質的に無差別爆撃が認められることは考えられる。そうでなければ、広島、長崎については、「軍事目標」が攻撃され、それに伴って附随的な被害が他に及んだとみられうるかどうか、問題の中心である。

それには、広島、長崎における兵力及び軍需工場内にいる労務者等の存在と分布、軍事施設、国防産業施設、重要交通通信施設等の存在と分布、さらに被害のデータの側からする攻撃手段のそれらに対する集中度

合、これらの事実的要素が以上の実定法的判断を支えなくてはならない。そのような事実に関する本鑑定人の一般的知識を以てしては、広島、長崎に対する原爆攻撃は、実定国際法に違反するとの判断に傾くのであるが、この点は、なお、本鑑定人の詳かにしえない右のような諸事実の客観的科学的調査判断にまっところがあるので、ここでは確定的な断定は差控えることにする。

三、相手国の当該被害国民には直接加害国に対する損害賠償請求権があるか

(13) 国際法上は、一般的にそのような請求権が問題になることはない。（前鑑定書第二節の(4)参照）。国際法上問題になるのは、次のような場合だけである。

即ち、自ら乃至自己の名において（国家を代理としてでもよい）、加害国に対し国際的に行使される請求権が、当該被害国民に国際法上認められる場合がそうである。右の場合、「国際的に」というのは、加害国に対して直接に（その国内法や国内機関によらず国際法上対等に）ということだが、それは国際裁判所その

他の國際機關を通ずるものであればよい。また、じつさいに考えられるのは、そのような場合である。第一次大戰の平和条約では、丁度そのようなことがあった。各連合國の被害國民はドイツに対して混合仲裁裁判所（アド・ホックな國際裁判所）によって自らその請求權を行使することを認められた。これは、一般に本鑑定事項について肯定的に答えられる可能性を示す一つの歴史的ケースである。ただ、そのようなことは、法或は權利義務について、原則として國家を主体としてとらえる國際法秩序では、例外的現象にとどまっている。今度の平和条約にもそのような例はない。

國際法的に一般には、この場合の國民の被害は、その所屬國家が「その市民の身體において」受けた國際法上の國家の法益そのものの侵害である。したがって、その國家が相手國に対して自己の請求權を行使する。つまり、被害を受けたのが、國家機關であるか一般國民であるか、或は國有財産であるか私有財産であるかは、この場合關係ない。いずれの場合にも、國家が國際法上の被害者として國際法上その請求權を行使する。このさい、その被害を事實的に受けたのが一般國民乃至その財産であるときには、國家の右の請求權の行使は、原則として、同時に外交保護權の行使となる。

このことは、今度の平和条約の場合を含めて一般にいえることである。權利の主張、行使に關して國際裁判所が設けられている場合についても同じである。相手國による被害が國家機關や國有財産でなく一般國民や私有財産について生じているときでも、その所屬の國家のみについて條約上の請求權が認められ且つ行使される（平和條約二二條の特別請求權裁判所或は國際司法裁判所についてそうである）。平和條約一五條は、連合國人に在日財産の返還又は補償についての權利を認めており、これに關して「平和條約一五條(a)に基いて生ずる紛争の解決に關する協定」によって一種の國際裁判所である國際財産委員會による解決が規定され

ている。しかし、連合国人の被害についてこの委員会では日本を相手に請求権を行使するのは当該連合国人の所属国家である。連合国人としては、その前段階で自ら日本国政府（大蔵省）を相手に訴願できるが、これは直接には日本の国内法によって処理される。それで、満足な解決が得られないとみると、次にその連合国人の本国が右のような形で国際法的にその問題を取上げる（同協定一条）。これは、被害が一般国民或はその財産である場合に相手国との関係で生ずる通常の国際法的現象である。

したがって、本鑑定事項について、国際法の問題として考える限り、否定的に答えなくてはならない。

(14) ただ、被害国民が相手国に対して「直接」に、ということは、国内法的にも問題になる（前鑑定書第二節の(6)で詳細にふれた）。国際法は、それについて、国内法で認めなくてはならないとか、認めてはいけなまいとかいうことには、いっさい関知しない。問題は全く関係国内法に依存する。関係の国内法といえば、本件では、アメリカ法か日本法である。加害者の他、被害の生じた場所及び被害者の関係で、アメリカの法だけでなく日本の法も問題となろう。それぞれ国内法の問題としては、加害者が国家機関であることを考慮に入れて、（原告準備書面、第六節、被告第四回準備書面第二節）、法の適用範囲及び裁判の管轄範囲を問題にしないではないだろう。そのさい、加害者が国家機関であることに加えて、或はそれが国外で行った行為に関する（アメリカの側からみて）、或はそれが外国の国家機関であること（日本の側からみて）も考慮に入ってくるであろう。これは、それぞれの国内法の問題であるが、この場合には、本鑑定事項について、肯定的に答えることも充分ありうべきことである。これはまた、東京地裁の昭二九(ワ)九〇〇四号事件判決、東京高裁の昭和三一(ホ)一八一四号事件判決のいずれも認めるところであり、田畑「鑑定書」（第三）も認めるところである。平和条約一九条は、一般にそのような可能性を前提として、包括的に相手側の請求

権を封じようとするのが主旨だと考えられる。私法上の請求権も放棄したのだということは、本条について政府が公式に国会等で答えているところである。ただ、本鑑定事項に即して、アメリカ法上乃至日本法上それがあつかないかを具体的に確定することは、国際法を中心とする本鑑定書の性質上、これ以上立入らない。

四、平和条約一九条で放棄された国民の請求権とはいかなるものであるか

。 外交保護権の放棄にとどまるか

。 国家が主体を異にする国民の請求権を放棄することはありえないか

(15) 平和条約一九条の「国民の請求権」を放棄することを、被害国民についてその所属国家が加害国家に対して外交保護権を行使することを放棄するものだと理解がある。本件被告もそのように主張する。(第四回準備書面第四節)。この論者は、別に、この場合の被害国民には加害国家に対して国内法上の請求権は生じないといい、またかりに生ずるとしても本条項はそのような請求権を放棄するものではないという。且つ、右の論者は、後の仮定の場合について、主体を異にする国民の国内法上の請求権を国家が条約によって放棄しうる限りではないという。これらは、いずれも充分に根拠のある議論と思われない。前者については(14)で言及したが、後者については次の(16)において論及しよう。なお、右の考え方は、東京地裁昭二九(ワ)九〇〇四号事件判決、東京高裁昭三一(ホ)一八一四号事件判決において、いずれも否定されている。

こゝでは、「国民の請求権」の放棄を外交保護権の放棄として把える考え方の不充分さを指摘しておこう。この考え方では、国家が国家機関或は国有財産などについて被害を受けた場合も国民乃至その財産について

の本国（ソ連）が右の外国（アメリカ）又はその国（第三国人の在留国、日本）に対して享有し且つ行使しうるのである。

以上のようなことは、「国民の請求権」の放棄を、外交保護権という国家の権利の放棄と同一視する考えの根拠の乏しさを証明することになる。それはすでに実体的な「国家の請求権」の放棄の中に包含されていることであり、そうである以上それについて手続的な外交保護権の行使がありうるわけがない。しかも、「国民の請求権」の放棄は、それ以外に考えようがないというのではない（14参照）。したがって、一九条の国民の請求権放棄の規定を、「日本国はその国民の請求権を基礎とする賠償請求を国家としてなさない」と解すること（田岡「鑑定書」第四項の一）も、やはり充分な根拠がないであらう。右の場合は、やはり「国家の請求権」なのであるから。

(14) 「国民の請求権」の放棄について、それが外交保護権の放棄でなく、なんらかの実体的な権利の放棄を意味するとしても、それは主体を異とするものゝ権利であり、国家が条約によつて放棄しうるかぎりでない、という見解がある。これは本件の原告被告に通じている。これには次のような欠陥がある。第一に、げが貴方との契約で彼の権利を放棄するというのなら正に主体を異にし、法律的に不可能なことである。このことは、ここでいう「国民の請求権」が国民を国際法上の主体とする国際法上の請求権であるとする場合（13参照）にはあてはまる。そのさうは、国民は同じ国際法秩序における主体として国家と対等のしかも別個の主体である。国家が勝手に自ら（国内法的に）或は他国との条約で放棄しうるかぎりではない。ただし、一九条の場合、国民を主体とするその国際法上の権利という前提は存在しない。それはすでにふれた(13)とお

りである。

しかし、国家は、一定の手續を経て、国民の權利を設定し變更し或は廢止しうる。それは国家の立法の作用である。しかし、この作用は、條約に国内的効力を認めてそれを国内法の一形式として認める体制の國にあっては、條約についても等しく認めることができる。これらの場合には先と同じ意味で「主体を異にする」ということは通用しない。右のような現象は、最近の條約内容が国民の權利義務を規定することが多くなり、しかも国内法の体制が、そのような條約内容をセルフ・エキユゼキューティングなものとして、別に国内立法の形式をふまずに、單に條約を公布するだけで国内的に効力を認めるようになってきたことに関係がある。そのさい、そのような條約の締結について、多くの場合に、国内立法と同じような表決手續による国会の承認を要件としていることも注目しなくてはならない。

このことは、日本の憲法についていえることであり、新憲法についてはなおさら強く妥当することである。そして、新憲法の下で結ばれた平和條約、その第一九條についてそれを考えなくてはならないところである。即ち、ここでは、一九條の「国民の請求權」放棄の條項について、少くともそれが国内的効力をもつセルフ・エキユゼキューティングな性質の規定でありえないか。それとも、そのような權利の放棄の国内的实施を約するにとどまるノン・セルフ・エキユゼキューティングな規定か。このことを少くとも吟味するのでなくはない。この点を、東京高裁の昭三一(一)一八四号事件の判決はよく考慮している。即ち、關係の国内法上この場合の「国民の請求權」を考えうるものであり(14参照)、そうとすれば、そのような權利がこの一九條の規定によつて放棄され消滅するということは、それぞれの條約當事國について考えられるのである。憲法に條約を含む最高法規條項を有し、且つ條約のセルフ・エキユゼキューティングな国内的効力を判例上

認めてきているアメリカ法について当然それが考えられてよいし、（田岡「鑑定書」第三項の註参照）、それに近い伝統を有する日本国憲法の下でも充分考えられて然るべきである。日本の平和条約とイタリアの平和条約との間の規定の若干の差異（イタリア平和条約七六条三項の存在）はとくに問題にならないと考える。例えば、同じ平和条約の当事国であつてもイギリスの如きは、伝統的に条約に国内的効力を認めずそれをセルフ・エキゼキューティングなものとして扱わなう。そこでは、同じ効果は、*The Peace Treaty with Japan Act* とさう国内立法上生じてゐる。

このようにして、本件の場合を含めて、相手国に対する「国民の請求権」は国内法的に考えうるのでありその権利の条約による放棄ということも考えられる（前鑑定書第三節で詳しくふれた）。そのさいに、平和条約一九条が、「国家の請求権」と別に「国民の請求権」の放棄を規定しているのに対し、それは外交保護権という国家の権利の放棄のことであるとする法的な根拠はきわめて薄弱である。まして、そのような考え方自体法的に非常な無理を犯すもの(14)である以上、なおさらのことである。

昭和三十六年七月二十九日

東京大学法学部教授

高野雄

一

右正写しました。

指定代理人

南

