

論 説

当然違法原則・蓋然性分析・二重効果原則 ——核兵器使用の違法性判断をめぐって

浦 田 賢 治*

序

第1章 当然違法の原則

第2章 蓋然性分析の法的意味

第3章 二重効果の原則

結語

序**

さきの論稿において私は、核兵器使用の違法性判断に関する現行実定国際法の法源や解釈、および核兵器へのその適用をめぐる論点を提示したので、今後は適用可能な法の拡張を試み、新たな法を探求するという課題を提起した⁽¹⁾。本稿ではモクスレイ⁽²⁾にならって、すで示した実定国際法の

* 早稲田大学名誉教授

** 本稿の執筆にあたり、伊藤勸氏に英語文献の邦訳作業で助力いただいた。また山田寿則氏には国際法上の訳語の吟味などについて助言をいただいた。このことを記し両氏に厚く謝意を表したい。しかし本稿に現れた誤りや適切でない記述の責任はすべて私自身が負うものである。

(1) 浦田賢治「合衆国から見た国際法の法源と核兵器への法の適用——核兵器使用の違法性研究」比較法学第39巻2号1—51頁（早稲田大学比較法研究所，2005）

(2) Charles J. Moxley, Jr., INTERNATIONAL LAW AND NUCLEAR WEAPONS IN THE POST COLD WAR WORLD, (Lanham, New York, Oxford: Austin & Winfield,

ルールのほかに、さらに適用可能な法原則が存在することを論じる。具体的には、当該事実があればその効果がいかなるものかを問わず違法とする原則 (per se doctrine) である。これとの関連で、核兵器使用の潜在的影響に関する蓋然性分析の法的意味を検討する。なお更なる法原則の問題として、二重効果の原則の制限についても概観する。

第1章 当然違法の原則

1-1 当然違法の原則をめぐる論争

1-1-1 米合衆国の主張への反論 合衆国は、国際司法裁判所 (ICJ) で核兵器使用の適法性を弁護する際に、次のように主張した。すなわち、考えられる変化の要素及び状況のすべてを網羅した上で、すべての使用が違法である場合に始めて、核兵器使用は当然違法だと決定されることになる、というのである⁽³⁾。

だがモクスレイは、これを正面から論駁している。すなわち、法廷における主張の記録及び諸国により提出された法律文書を検討した結果、当然違法のルールの要件に関する上記の定式とりわけその妥当性が法廷で明らかにされたり、あるいはこの問題について判断を求めて直接提示されたとは考えられない、と主張する。ICJ の本件法廷は、表向きは合衆国の見解を採択して、記録には当然違法のルールに該当するものは見当たらないという判断を下した。このことは、核兵器の使用が適法である状況は皆無であると法廷が断定できなかったことから明らかである⁽⁴⁾。

しかしながら、当然違法のルールが成立するためには、100%、80%あるいは一定の適用性の水準が存在しなければならないと命令する国際法の

2000).

[hereinafter *Moxley*]

(3) See *Moxley*, Chapter 1, notes 314-320, Chapter 2, notes 26-27 and accompanying text.

(4) See *supra* Chapter 3 notes 237-245 and accompanying text.

特定の規則は皆無であると、モクスレイはいう⁽⁵⁾。例えば、その論証のために、デューク大学のクリストファ・シュレーダー（Christopher Schroeder）教授の論文：「権利対危険」（Rights versus Risks）をあげる。この論文は、当然違法のルールあるいは「予防のための法理」が、合衆国の慣行において適切と見なされる状況を明らかにしている⁽⁶⁾。シュレーダーは一例として、水中への汚染物質排出にかかわる合衆国の環境法の発展を挙げている。この場合、連邦議会は、“受け入れる側の水域の水質汚染と特定の汚染物質の排出基準とを相互に関連付ける”という措置をまず講じたが、この措置は“汚染物質と水質基準との因果関係を確立することの複雑さの故に窮地に陥った”。その結果、“すべての水源は、水質を管理するために利用可能な最高の実用的技術を導入する”ことを求めるという予防的措置を採用することになった、と述べている⁽⁷⁾。

1-1-2 合衆国の法 合衆国の法廷で当然違法のルールが適用される事例は、行為自体で成立する過失（negligence *per se*）、実害の証明なしに成立する名誉毀損（slander *per se*）、ならびに州際通商の州による規制または反トラスト法といった領域において見出すことができる。

従って、行為自体で成立する過失については、大半の裁判所が、制定法違反は過失の決定的な証拠であると裁定している⁽⁸⁾。しかしこの規則は、原告が所属する範疇の人々を制定法が保護するために施行されており、また被害が防止されるよう求められていた種類の被害であることが証明されねばならないという条件を充たす必要がある。

(5) *Moxley at 255.*

(6) See Christopher Schroeder, *Rights Against Risks*, 86 COLUM. L. REV. (1986) at 503-506 (citing R. SARTORIUS, *INDIVIDUAL CONDUCT AND SOCIAL NORMS* 59-68 (1975)). *Moxley at 256.*

(7) *Moxley at 256-57* (citing 33 U. S. C. § 1311 (b) (1) (A) (1982)).

(8) See, e. g., *Martin v. Herzog*, 228 N. Y. 164 (1920). See also KEETON ET AL., *PROSSER & KEETON ON THE LAW OF TORTS* § 36 (5th ed., W. Page Keeton ed., 1984). *Moxley at 257-58.*

同様に実害の証明なしに成立する名誉毀損については、判決の多数においては、犯罪、忌まわしい疾病、個人の商売、取引、専門的職業又は任務を非難する発言や、あるいは女性の性的なふしだらさを非難する中傷的な発言は、他の場合なら必要とされる特定の損害を証明することなく起訴可能であると見なされている⁽⁹⁾。その発言が、これらの範疇の一つに入るか否かは、裁判所が決定を下す⁽¹⁰⁾。例え発言が実害の証明なしに成立する名誉毀損であることが確定しても、被告は、その発言が事実であること、あるいはそのことを発言する特権を有することを証明することにより法的責任を回避することが可能である⁽¹¹⁾。

同様に、州際通商に対して最高裁判所により適用された当然違法のルールも絶対的な規則ではない。憲法は、州際通商を規制する権限を連邦議会に認めている⁽¹²⁾。州の制定法は、この規定に基づく連邦議会の権限を侵害するため無効であるという主張を決定する際に、連邦裁判所は、まず当該制定法が、その文面上、州内の法主体に経済的な便宜を与えることにより州外の法主体を差別しているか否かを基準として決定を下した⁽¹³⁾。制定法が差別している場合には、当然 (*per se*) 無効と見なされるが、州がその住民の健康及び安全の保護といったやむにやまれぬ利害を実証することにより、制定法を正当化する余地は残されることになる⁽¹⁴⁾。それ自体無効を切り抜けるために、州は、やむにやまれぬ州の利害を非差別的な手段では保護できかねることを証明する必要に迫られる⁽¹⁵⁾。

(9) See KEETON ET AL., *supra* note 6, at § 112. *Moxley* at 258.

(10) See *Meehan v. Amax Oil & Gas, Inc.*, 796 F. Supp. 461, 466 (D. Col. 1992). *Moxley* at 258.

(11) See KEETON ET AL., *supra* note 6, at § 114, 115. *Moxley* at 258.

(12) See U. S. CONSTITUTION. article I, § 8, cl. 3.

(13) See *Healy v. Beer Inst.*, 491 U. S. 324, 337 (1989) ; Amy M. Petragami, *The Dormant Commerce Clause: On its Last Leg*, 57 ALB. L. REV. 1215, 1217 (1994). *Moxley* at 258.

(14) See *Healy v. Beer Inst.*, 491 U. S. 337. *Moxley* at 258.

(15) See Petragami, *supra* note 11, at 1217 (citing *Maine v. Taylor*, 477 U. S.

さらに、シャーマン反トラスト法の第 I 条⁽¹⁶⁾は、契約あるいは協定が、“明らかに競争制限的”であるときには、裁判所に当然違法のルールを用いることを認めている⁽¹⁷⁾。最高裁判所は、価格協定、市場の分割、共同ボイコット及び抱き合わせ契約といった一定の協定あるいは慣行は、文字通り、“不合理であり、それ故に違法”と必然的に見なされる有害な影響を競争に及ぼすと決定した⁽¹⁸⁾。この事例の場合、裁判所は、このような協定あるいは慣行でもたらされたとされる正確な被害を決定するために、他の場合なら求められる詳細な分析を“合理性のルール”といった手法を用いて省略している⁽¹⁹⁾。

連邦最高裁判所は、このような当然違法のルールを定める際に、問題の行為によりすべての状況においてこのような影響が及ぼされるのではなく、むしろこのような影響がほとんどすべての状況あるいは最も一般的、代表的又は重要な状況でもたらされる可能性があるということを必要条件としたのである⁽²⁰⁾。

米合衆国における判例と学説のさらなる提示は、紙数の制約上本稿では差し控えて、次に諸外国の場合について見てみよう。

1-1-3 法の一般原則 諸外国の法制度も、当然違法のルールの要件という問題に取組んでおり、合衆国で一般に採用されている方法と同様、無条件主義的でない方法を選択してきた。このような法制度は、当然違法のルールに対する広義の基準を特定の状況において認めており、様々

131, 138 (1986)). *Moxley at 259*.

(16) See 15 U. S. C. § 1 (1982).

(17) See Troy Everett Peyton, Note, *Unraveling The Current Rule For Applying The Per Se Rule: Explanations, Solutions, And A Proposal*, 10 J. CORP. L. 1051, 1073 n. 2 (1985). *Moxley at 259*.

(18) *Northern Pac. Ry. v. United States*, 356 U. S. 1, 5 (1958). *Moxley at 259*.

(19) Thomas A. Piraino, *Reconciling The Per Se and Rule of Reason Approaches To Antitrust Analysis*, 64 S. CAL. L. REV. 685 (1991). *Moxley at 260*.

(20) See e. g. *ibid.* at 692-93. *Moxley at 260*.

な例外を認める方向に進んでいる⁽²¹⁾。

このことは、いわゆる行為自体で成立する過失に対する、明示的な当然違法のルール、あるいは制定法義務違反行為の訴権、これらいずれかを採用している他国の法制度の扱い方により窺い知ることができる。世界中で、制定法、しばしば刑法違反の行為により人に危害あるいは損害を与えたことに対する民事責任が様々な規定に従い課せられる⁽²²⁾。被害者は、一般的には義務違反及びその結果生じた損害を立証する必要がある。立証された場合においても、合衆国法の下では、法的責任は様々な抗弁により制約される⁽²³⁾。

英国においては、法的義務違反を犯した者は、“原告に恩恵を与える義務を規定している”⁽²⁴⁾ 制定法に違反した場合、潜在的な法的責任に身をさらすことになる。しかし、潜在的な法的責任は絶対責任ではない。被害者が損害賠償を勝ち取るためには、更に、一般的に合衆国において行われているように、その制定法が、法的義務違反から結果として生ずる損害を防止するよう意図されたものであることを立証する必要がある⁽²⁵⁾。

大陸法国家であるオランダ、デンマーク及びドイツでも、同様の状況において、行為自体で成立する過失の概念が使われている⁽²⁶⁾。

このように、当然違法のルールは、必ずしも絶対的な適用を求めるもの

(21) *Moxley at 270*.

(22) See e.g., INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW, § 2-114 (Andre Tunc. ed., Vol. XI, Part I), (New York : Oceana, 1983). *Moxley at 270*.

(23) *Ibid*.

(24) See e. g., *Anns and others v. London Borough of Merton*, 1978 AC 728, [1977] All ER 492. *Moxley at 270*.

(25) *Ibid*. See also BRYAN M. E. McMAHON, IRISH LAW OF TORTS 377-388 (Dublin : Butterworths, 2nd ed., 1990). *Moxley at 270-71*.

(26) Elizabeth van Schilfgaarde, *Negligence Under The Netherlands Civil Code-An Economic Analysis*, 21 CAL. W. L. J. 265, 273 (1990/1991) ; DANISH LAW : A GENERAL SURVEY 163 (Hans Gammeltoft-Hansen et al. Eds., 1982) ; and B. S. MARKENSINIS, A COMPARATIVE INTRODUCTION TO THE GERMAN LAW OF TORTS 705 (3rd ed. 1994). *Moxley at 270-72*.

ではない。しかしながら、核兵器使用の違法性について、その使用のすべてが、必ずしも違法とならないといった抗弁、正当化、留保等によって制約されるとすれば、核兵器使用の当然違法性を認める意義は、いったいどこにあるのだろうか。このことは、本稿に続く研究で分析を更に進めるべき重要な問題である。しかしいま言えるのは、抑止の慣行を維持することの重要性に関する ICJ での合衆国代理人による次のような主張にその手掛かりを見出すことができる、ということである。

いかなる状況においても、核兵器が個別的又は集団的自衛に使用できないとしたら、侵略に対する核兵器の使用による威嚇は信頼性を失うことになり、抑止政策は、無益かつ無意味な存在に化すであろう。この意味において、抑止政策を、抑止手段行使の適法性と切り離して考えることは不可能である。従って、核兵器使用に関する一般的な禁止の確認は、これら多くの国家の国家安全保障政策の基本的な前提の一つに直接反することになる⁽²⁷⁾。

ここで、核抑止政策の要請からして抑止手段行使の適法性が肯定されるという米合衆国の解釈は、国際法の解釈のありかた一般を改めて再考することを、われわれに促している。

1-2 合目的的な国際法の解釈

条約は起草者の目的及び意図を挫折させるのではなく、実現させるような形で解釈されるべきである。これが、あらゆる解釈の規則の中で最も基本的なものであろう。同様に、慣習法の規則及び法の一般原則も、その目的に照らして解釈され、適用されるべきである⁽²⁸⁾。これらの規則は、均

(27) See ICJ Hearing, November 15, 1995, at 78. *Moxley at 272-73.*

(28) See Articles 31, 32 and 51 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969 1155 U. N. T. S. 331, 8 I. L. M. 679. See Thomas M. Frank, *Legitimacy and the International System*, 82 AM. J. INT'L L. 705, 743 (1988). *Moxley at 275-76.*

衡性、必要性、緩和、攻撃目標の区別、文民の攻撃からの免除、中立、人道の原則並びにジェノサイド及び戦争犯罪の禁止に適用される。これらは、すべて国際条約を通して合衆国により同意されているのである⁽²⁹⁾。

1-3 小括

すでに述べたことからして、国際法の目的を実現できるよう国際法の諸原則を適用するためには、法の適用が兵器使用の前になされる必要がある。この点が、モクスレイの主張の核心である⁽³⁰⁾。このような原則に違反して核兵器が使用された後に、戦争犯罪に関する訴訟で名目的に事後的に処罰するだけでは、何の意味もなさないからである。

米合衆国の軍事教範は、すでに指摘したように、いわゆる類推の原則を認めている。それによると、ある兵器の使用が当然違法となるかどうか否かの問題は、一般原則に従うことによって、あるいは以前に違法であると決定された兵器又は方法からの類推によって決定される⁽³¹⁾。この類推の原則の考え方によると、当然違法のルールに照らして、ある核兵器使用が当然違法となる条件として、核兵器使用があらゆる場合に違法である必要は必ずしもないのである。

第2章 蓋然性分析の法的意味

2-1 核兵器使用の潜在的影響に関する蓋然性分析の法的意味

2-1-1 序 当然違法のルールと関連するが、これとは異なった性質の問題を、モクスレイは当然違法のルールの問題に続けて取り上げている。それは、これまで重点を置いてきた均衡性の規則などの様々な法規制の一側面である。それはまず、この諸規則に基づき特定の核兵器使用の

(29) *Moxley at 277.*

(30) *Moxley at 278.*

(31) *Ibid.*

適法性を評価する際に、違法性が生ずるためには、違法となる影響がどの程度の可能性で存在しなければならないかという問題である。これは、ある意味で、様々な種類の核攻撃の潜在的な適法性の評価に実質的な影響を与える。この点で実は、この問題は当然違法のルールの根拠に関する問題に先行するものである⁽³²⁾。

例えば、法的責任を負うべき軍当局者及び文官が、事前にこの問題を分析して、特定の核攻撃が、約5千の非戦闘員の付随的死者を結果的にもたらす可能性があり、その程度までの死者数は価値ある任務の値に照らして正当化可能であると予想したと仮定する。次に、この当局者が、更なる潜在的な影響に関して次のような蓋然性あるいは確率を推定したと仮定する。

蓋然性（確率）	付随的死者数
60%	5,000
12%	2,000
10%	8,000
9%	30,000
5%	100,000
3%	100,000,000
1%	900,000,000

このような一連の蓋然性を、どのように取り扱うべきか。適法性から違法性への移行点は、どこにあるのだろうか。均衡性原則に違反するかという論点が問われた⁽³³⁾。この点に関連してモクスレイは、つぎのように言

(32) *Moxley at 279.*

(33) Written Statement of the Government of the United States of America (以下、*Written Statement* と略称) と Oral Pleadings (CR 95/34, ICJ Hearing, 15 November 1995; 以下、ICJ Hearing, 15 November 1995 と引用) は、次のウェブサイトで見ることができる (<http://www.icj-cij.org/icjwww/icasess/iunan/iunanframe.htm>). See *Written Statement at 23.*

っている。

このように、大規模なエスカレーションの危険性あるいはその他の違法な影響の法的意味を評価することに関して合衆国は、潜在的なエスカレーションの法的意味を明らかにするさいには、相当程度の危険性が不可避性であり、しかも結果意図が考慮事項となると、示唆又は想定しているように思われる。同様に、結果として違法となる前の段階で、核兵器の特定使用が違法な影響を及ぼす可能性の等級に関する全体的な問題については、「必然的に」といった合衆国代理人の用語の選択は、極めて高い水準の可能性を暗示している。中立国の領土が核兵器使用により容認しがたいほどに侵される必然的な可能性の問題についても、合衆国は、このような影響は、違反が実際に生ずる前の段階で、必然的に違反状態にある必要があると示唆している⁽³⁴⁾。

このような合衆国の用語で示唆されている基準を文字通り適用した場合には、上述の潜在的な攻撃はこの基準を満たし、適法状態であるように思われる。仮に72%の蓋然性の場合を想定すると、非戦闘員の死者数はこの基準では容認可能な範囲内あるいは範囲以下である。しかし9%の確率で、3万人の付随的死者があり、5%の確率で10万人の死者が生じ、3%の確率で1億人の死者が出る可能性がある。しかも1%の確率ではあるが、9億人が死ぬ可能性がある。では、これらをどのように取り扱えばよいのだろうか。さらに、0.05%の確率で、地上のすべての生命体を実質的に破壊する可能性があると推定される場合、これと、どのように向き合えばよいのだろうか。モクスレイは、このように問題を提示している⁽³⁵⁾。

2-1-2 国際司法裁判所の態度 ICJ は、特にこの問題を取り上げなかったと認識されている。ただしモクスレイは、ICJ が合衆国により表

(34) *Moxley at 281.*

(35) *Ibid.*

明された見解を基本的には共有しているようにも考えられると言っており、従って、必要性及び均衡性の原則を適用する際に、ICJは、武力行使が“必然的に”これらの原則に違反するか否かが問題であると述べた、という認識を示している⁽³⁶⁾。さらに言えば、より根本的な次元では、裁判所は、適切な事実の欠如を挙げて、この問題を回避している、というのである⁽³⁷⁾。

この点についてモクスレイは、ICJがこの問題を直接取り上げなかったことに、ある種の理解を示しつつも、次のように言っている。

国際法には、この問題に対処するための基礎が存在する。他人に対する不当な危害をおよぼす危険を冒すことにかかわる民事責任あるいは刑事責任の評価は、極くありふれた、実際には典型的かつ必然的な法機能である。合衆国及び世界中のその他の国家は、法、特に不法行為及び刑法の領域において、恒常的に民事又は刑事責任の評価を行っている。特定の広く認められている法原則、特に重大な結果を伴う極めて低い発生確率の危険も、極めて高いレベルの正当化根拠に欠ける場合、違法であることが一般的に認められるという概念が生じている⁽³⁸⁾。

2-1-3 小 括 モクスレイのこの見解を、私はこれから順を追って記述していこう。しかもできるだけ逐次詳しく記述していくのであるが、しかし紙数の許すかぎりでしか記述できない。そのため論理の展開に多くの省略を生じたり、また説明が極めて不足することが懸念される。この点をあらかじめ断っておきたい。

2-2-1 合衆国法 さっそく、ラーニッド・ハンド (Leaned Hand) 判事に登場願うことになる。若き日のハンドは、「キャロル・トー

(36) 『核兵器使用勧告の意見』第48項；『核兵器使用の違法性』（早稲田大学比較法研究所叢書27号，2001）228頁。

(37) 『核兵器使用勧告の意見』第43項；『核兵器使用の違法性』（早稲田大学比較法研究所叢書27号，2001）226頁。

(38) *Moxley at 281-2.*

イング」(Carroll Towing) 事件(1947年)において、不法行為法に関連する危険を評価するための規範の定式化を明確に述べた⁽³⁹⁾。このハンド型の定式と呼ばれる思考によると、不法行為法の場合と同様に、被告の行為が原告に危害を与える可能性とその行為の被告側の利益に反するこのような危害の重大性とを比較検討する必要がある。従ってこれを、核兵器使用の問題に置き換えると、軍事政策決定者は、攻撃の軍事利益に対して、禁止されている影響がどの程度のものになる可能性があるのかを評価しなければならない。

ハンド型の定式は、陪審員により、判事からの適切な法的説示に基づき一般的に適用されているが、必ずしも行為を予定通り進めるか否かの最初の決定を下す際に行行為者が適用する定式とはなっていない。だが、これとは対照的に、モクスレイは、核兵器使用の問題では、該当する政策決定者は、問題の行動に訴える前、そして明らかに実際の影響が判明する前に、まず第一にこのような評価を遂行することが特に求められる、と主張する。このことを認めるならば、詳細な情報に基づく、信頼可能な根拠の下に軍司令官を行動可能にする訓練を行う、その方法及び総体的手順を開発することの重要性を浮き彫りにする。モクスレイは、このように主張している⁽⁴⁰⁾。

実は「キャロル・トーイング」判決の約32年前に、ハリー・テリー(Harry Terry)教授は、過失事件における被告の行為の妥当性を評価する際に適用されるべき諸要素を挙げていた⁽⁴¹⁾。だがその約60年後、テリー教授の諸要素は、次のような条件の下に発生する過失を定める定式で説明されている⁽⁴²⁾。この定式によれば、その行為により達成できるであろう

(39) See *United States v. Carroll Towing, Co.*, 159 F. 2d 169 (2d Cir. 1947). *Moxley at 283.*

(40) *Moxley at 284.*

(41) See Harry Terry, *Negligence*, 29 HARV. L. REV. 40 (1915). *Moxley at 284.*

(42) See Note, *Origin of Modern Standard of Due Care in Negligence*, 1976 WASH. U. L. Q. 447, 453-454. *Moxley at 284-285.*

目的に関して、問題の行為により目的を達成する蓋然性と原告に脅威を与えない別の利用可能な手段により目的を達成する蓋然性との差を、掛け合わせたものが、被告が与える可能性のある被害の蓋然性にその被害を招く蓋然性を掛け合わせたもの以下である場合、被告は過失行為を犯したものと見なされることになる⁽⁴³⁾。

モクスレイは、このような米合衆国法の思考について、クリストファー・シュレーダーの見解をつぎのように紹介している。そうすることを通じて、彼は合衆国の不法行為法の均衡思考について、批判的な注釈をおこなっている。このように利益と負担との均衡を図る前述の方法は、基本的にはジェレミー・ベンサム (Jeremy Bentham) 及びジョン・スチュアート・ミル (John Stuart Mill) に由来する功利主義的なものである。したがって、この方法は、ジョン・ロック (John Locke)、イマヌエル・カント (Immanuel Kant) 及び最近では、ジョン・ロールズ (John Rawls)、ロバート・ノジック (Robert Nozick) 及びロナルド・ドゥオーキン (Donald Dworkin) といった学者により述べられている“権利”の伝統に対立する。更に踏み込んで言えば、このような相殺に支配されない中核的な権利を認めている方法が、被保護者の権利の侵害に対する確固たる禁止を認める根拠となる⁽⁴⁴⁾。この指摘は、全世界の人民の平和に生きる権利を含む日本国憲法の権利思考に照らして、非常に重要であるが、ここではさらなる記述を留保しておきたい。

ただしここで、一言だけ付け加えると、核兵器使用に関する法原則を探求するという当面の文脈において、問題となる権利とはなにかについて、モクスレイは、これ以上には立ち入っていない。

2-2-2 法の一般原則 つぎに、文明国が認めた法の一般原則の

(43) *Moxley* at 285.

(44) See *supra* note 4, Christopher Schroeder, *Rights Against Risks*, 86 COLUM. L. REV. (1986) at 503-506 ; 509-510. (citing Hart, *Between Utility and Rights*, 79 COLUM. L. REV. 828, 829 (1979). *Moxley* at 288.

内容について、極めて短い記述をするにとどめたい。世界中の法制度は、他人に不当に被害を与える者には“予防の負担が、被害の蓋然性に被害の等級を掛け合わせたものを下回る場合には過失があるのであり、したがって不法行為責任を負う”という一般原則を認めている⁽⁴⁵⁾。行為者の行動は、“被害の可能性及びその予想される重大性を考慮した上での、醸成される危険の等級、被告による行為の社会的有用性、並びにそれを防止する可能性”といった要素に照らして、通常人の行為と対照して分析される⁽⁴⁶⁾。

潜在的な被害が甚大であれば、例えその被害の発生蓋然性が低い場合でも、高水準の注意が求められる。同様に、被害がそれほど重大なものでなくとも、その発生の蓋然性が高い場合にも、高に水準の注意が求められる⁽⁴⁷⁾。一方、潜在的な被害が軽度で、その発生の蓋然性が低い場合、それに応じて注意の等級も低減する。通常人は、潜在的な被害の等級及び可能性の両方を考慮する必要がある。

要するに、不法行為法においては、過失は、脅かされている被害の蓋然性、被害の等級及び適切な予防措置の負担対問題の行為の有用性といった要素の比較検討により少なくとも概念的には決定されることが多い。不法行為に関する法の一般原則の内容については、これだけを述べて、先にすむことにする。

(45) IZHAK ENGLAND, *THE PHILOSOPHY OF TORT LAW* 37-38, Aldershot : Dartmouth, (1993). See also XI INT'L ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW PART I, § 2-114 (Andre Tuc. ed., 1983).

(46) See INT'L ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW, *supra* note 45, at § 2-113. *Moxley* at 289.

(47) See RATANLAL RANCHHOOD & DHIRAJLAL KESHAVAL THAKORE, *THE LAW OF TORTS*, at 408-409 (22nd ed., 1992). *Moxley* at 289.

2-3 刑法の原則に基づく蓋然性分析

一未必の故意及び予見可能性に関する規則

刑法においても不法行為法の場合と同様の比較検討が見受けられる。刑法では有責性は、刑事被告人が冒した危険の等級及び有用性及び危険の醸成に対する被告人の認識の程度といった要素に、しばしば依存することを余儀なくされる⁽⁴⁸⁾。刑法のこのような規則は、不法行為法に関連して先に検討された規則と同様に、極めて広く認められている。そのため、国際法の拘束力を有する典拠として“文明国が認めた法の一般原則”の範疇に属するものと考えられる⁽⁴⁹⁾。

2-3-1 合衆国法 心的態度 刑法は犯罪を通常は行為者の心的態度に基づき規定している。従って多くの州で採用している「模範刑法典」(the Model Penal Code)⁽⁵⁰⁾は、四つの有責性の心的態度、すなわち“意図的に”(purposefully)、“認識して”(knowingly)、“未必の故意で”(recklessly)、“過失で”(negligently)⁽⁵¹⁾を規定している。

「模範刑法典注釈」は未必の故意の要素に関して、つぎのように詳細に述べている。法的責任を問われる危険の閾値を“重大な”(substantial)及び“不当な”(unjustifiable)と表現することは、“有用ではあるが十分ではない”と言う。“いかなる表現を用いても、最終分析において、このような価値判断には必ず疑問が伴い”，このため陪審員は決断を下さねばならない、と記述している。最終的には、陪審員は、二つの明確な機能を果たすよう要請されることになる。第一に、危険がどの程度重大であるかにかかわる、また危険を冒す正当性に関連する危険及び要素を検討するこ

(48) See WAYNE R. LAFAYE & AUSTIN W. SCOTT, JR., CRIMINAL LAW, 2nd ed. 232 (St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1986) [hereinafter LAFAYE & SCOTT]. See also KEETON ET AL., PROSSER & KEETON ON THE LAW OF TORTS § 31 at 182 et seq. (5th ed., 1984). *Moxley* at 293.

(49) *Moxley* at 293.

(50) See LAFAYE & SCOTT, *supra* note 48, at 618. *Moxley* at 293.

(51) See MODEL PENAL CODE § 2.02 (1) (A. L. I. 1985). *Moxley* at 293.

とである。それぞれの場合、行為者の認識、即ち行為者がどの程度、危険、その実体にかかわる要素、及び不当性に関する要素を認識していたかという観点から尋問がなされることになる。第二に、陪審員は、危険の被告人による意識的な無視が、有罪宣告の十分な根拠を示しているか否か、こうした観点から有責性の判断を下すことである。被告人の行為及び被告人が周知の状況の特質及びその目的を考えた場合、被告人による危険の無視は、法を遵守する人ならその状況に置かれた場合遵守するであろう行動規範からの重大な逸脱を伴うものであるか否か、このことが問題となる⁽⁵²⁾。

モクスレイは、刑法学者であるウィリアムズの説を指摘している。

結局、行為が社会的有用性に欠ける場合、未必の故意で有罪を宣告するためには、単なる可能性の認識で十分であるが、例え僅かであれ行為に社会的有用性が存在する場合、被害の蓋然性の等級が審理の対象となり、被害と社会的有用性との均衡が図られることになる。法にかかわる問題である限り、数学上の用語で確率を規定してみても無意味である。それは、未必の故意で該当する確率の等級が、予想される被害の等級及び行為の有用性の等級につれて一件毎に変化するからである⁽⁵³⁾。

公然の意図以下の「犯意」(*mens rea*)でも、故意の殺人には十分であることも明らかである⁽⁵⁴⁾。未必の故意で犯された殺人には故殺責任の可能性が存在するばかりでなく、ある範疇の過失殺人には謀殺責任の可能性も存在する。

「模範刑法典」第210.2 (1) (b) 条は、“人命の価値に対する極度の無関心を明示する状況において未必の故意で犯された場合”，過失殺人が謀殺となる可能性がある」と規定している⁽⁵⁵⁾。コモンローにおいては、ブラ

(52) MODEL PENAL CODE § 2. 02 Comments at 238. *Moxley at* 293.

(53) GLANVILLE L. WILLIAMS, CRIMINAL LAW, THE GENERAL PART § 21 at 55 (London : Stevens & Sons, 1953). *Moxley at* 302-03.

(54) See MODEL PENAL CODE § 210. 2 (1) (b) (A. L. I. 1985). *Moxley at* 303.

ックストーン（Blackstone）の定式に基づき、殺人は、“悪意のある、邪悪な、悪質な感情”に関する証拠が存在したとき、意図的にあるいは意図せずに判断することが可能な“殺意”があった場合、謀殺に相当する⁽⁵⁶⁾。

裁判所は、このような考慮に基づき、意図を欠くこのような悪意を次のように判断している。危険にさらされる人数⁽⁵⁷⁾、行為の結果として、死が生ずる極めて高い蓋然性⁽⁵⁸⁾、および行為の無用な残虐性⁽⁵⁹⁾。

さて、現在の刑法では、4つの異なる方法が、過失殺人の処置を決定付ける方法として確認されてきた、とモクスレイは説明を続ける。それぞれの方法が、“行為者の罪を故殺と区別し、謀殺としての処置を正当化するための行為者の態度又は行為の特定の側面”に重点を置いている。（1）残虐性及び同種の特徴に基づく行為の“客観的状況”に重点を置く方法、（2）行為者が冒した危険が、どの程度死を招く可能性が存在するかに基づく、行為の“危険の等級”に重点を置く方法、（3）行為により何名が危険にさらされるかに基づく、“複数の被害者数”に重点を置く方法、及び（4）行為者の心的態度の有責性に基づく、“犯意”に重点を置く方法、である⁽⁶⁰⁾。

いま、それぞれの方法の詳細に立ち入ることはしないが、当面の目的のため最も重要な点は、故殺を問うためには未必の故意で十分であるばかりでなく、謀殺を問うためにも現実の意図以下の要素で事足りるということである。従って、国内刑法の下では、特に重傷の危険性が存在する場合、確実性をはるかに下回る要素でも法的責任を問うためには事足りることは

(55) Ibid.

(56) See Note, *Defining Unintended Murder*, 85 COLUM. L. REV. 786 (1985) (citing 4 W. Blackstone, Commentaries 198). *Moxley at 303.*

(57) See *ibid.*

(58) See *ibid.*

(59) See *ibid.*

(60) See *ibid.* at 788-793. *Moxley at 304.*

明らかである⁽⁶¹⁾。モクスレイが強調するのは、このことである。

2-3-2 法の一般原則 では、刑法における法の一般原則の内容はなにか。そもそも過度に危険を冒して他人に違法な危害を与えることは刑事責任を生じさせる。合衆国法のこの原則は、世界中の法制度においても広く認められている。意図という概念は融通性に富み、特定の結果を現実に見望む単なる心的態度を意味するばかりでなく、特定の結果が起こるという“蓋然性の予見”までも意味するようになっていることが認められている⁽⁶²⁾。行為が特定の結果をもたらす可能性を行為者が予見しており、それにもかかわらずその行為を遂行した場合、たとえ実際には望んでいなくとも、その結果が現実には生じた場合、行為者はそれを意図していたものと見なされる。このことは世界の法制度において広く認められている⁽⁶³⁾。

このような広い範囲にわたる意図性は、“擬制的意図”(constructive intention)の名称においても見受けられことがある⁽⁶⁴⁾。“擬制的意図”は、行為者が、危害をもたらすことを望んでいなくとも、自分の行為がそのような危害の危険を醸成していることを認識している場合に関係していると見なされる、未必の故意に類似する心的態度を意味する。

世界中の国内法に刑事責任の潜在的な根拠として未必の故意を広く導入していることは、上述のとおりである。このことは、実定国際法にも大幅に反映されているのであって、国際法においても、完全な意図性に至らない心的態度に基づく法的責任の潜在的な可能性が幅広く認められている。先を急いで、つぎにこの点に進もう。

(61) *Moxley at 304.*

(62) CHRISTINE T. SISTARE, *RESPONSIBILITY AND CRIMINAL LIABILITY* 93 (Dordrecht ; Boston : Kluwer Academic, 1989). *Moxley at 304.*

(63) See, e. g., *ibid.* at 96.

(64) PETER GILLIES, *CRIMINAL LAW* 50 (Sydney : Law Book Co., 1993). *Moxley at 304-05.*

2-4 確立された武力紛争法に基づく未必の故意

潜在的な法的責任は、国家の法的責任、個人の法的責任、及び指揮官の法的責任という3つの観点から評価することが可能である。国家は個人を通して行動することは明らかであるから、まず戦争犯罪を犯すのは、一般に国家を代表して行動する個人、あるいは行動すると称している個人である。そのため、国家と同様に、個人も国際法に基づき法的責任を問われる可能性が存在する。だが、紙数の制約上、本稿では、このことを指摘するにとどめる⁽⁶⁵⁾。

2-5-1 核兵器使用と関連する危険に対する蓋然性分析の適用 さてこれまで、不法行為法や刑事法において蓋然性分析を適用する可能性を綿密に調べる方法について一応述べてきた。では、上述したような方法を、核兵器使用の適法性を決定するにあたって、どのように蓋然性審査の実施過程に組入れることができるのか。このことが、ここでの問題である。ここでモクスレイは、他者からの引用を一切することなく、この問題を提起し、この問題に答える試みを勇敢に、しかも立ち入って示している。

すでに述べたとおり、ここで蓋然性とは、付随する軍事利益と釣り合わない戦闘員並びに文民及び民用物への危害を事前に禁止及び防止するよう意図された条理の法則（a rule of reason）である⁽⁶⁶⁾。この蓋然性審査を行うにあたって、当該政策決定者は、核兵器の予想される使用の適法性を評価する際に、比喩的にいえば、次のような操作をすることを要求されている。すなわち、まず秤を取り出し、左側には（1）核兵器使用により達成を求める軍事目的の値、即ち等式の“利益”項目を置き、右側には（2）核兵器使用から結果として生ずる可能性のある戦闘員並びに文民及び民用物に対する被害、即ち等式の“費用”項目を置く、といった操作をするこ

(65) 国家の法的責任について、See *Moxley at* 313-15；個人の刑事責任について、See *Moxley at* 315-30；さらに指揮官の法的責任について、See *Moxley at* 330-37.

(66) *Moxley at* 339.

とを要求されているのである⁽⁶⁷⁾。

本章「蓋然性分析の法的意味」の「序」に示した例に立ち戻ると、核攻撃が、付随的被害をもたらす72%の蓋然性は、その状況において容認可能と判断される蓋然性の範囲内にあると想定されるだろう。しかしながら、こうした事実だけでなく、核攻撃が、1億の死者を招く3%の蓋然性が存在しており、さらに9億の死者を招く1%の蓋然性も存在している。これらを含む、過度な被害をもたらす28%の蓋然性をも伴っている。こうした事実を、考慮すべきか否か、考慮するとして、いかに考慮するかという点はまだ明らかではない。

そこで、理路整然とした論理の展開や丁寧な説明を省略しながら、重要な命題だけに焦点を絞って、ここで記述しておくことをお許しねがいたい。

つぎの図について、説明しよう。

$$\frac{(P-P^1) \cdot V \cdot (P^2-P^3) \cdot V^1}{(P^4-P^5) \cdot A}$$


ここで、モクスレイは、つぎのように説明している。

- ・ “P” は、核兵器使用により短期目的を達成する蓋然性を指している（例えば、橋梁を破壊する蓋然性）。
- ・ “P¹” は、通常兵器の使用により同じ短期目的を達成する蓋然性を指している。
- ・ “V” は、短期目的を達成する具体的かつ直接的な軍事的な値を指している。
- ・ “P²” は、核兵器使用により短期目的を達成することが、全体的な軍事目的の達成に実質的に寄与するであろう蓋然性を指している。
- ・ “P³” は、通常兵器の使用により短期目的を達成することが、全体

(67) Ibid.

的な軍事目標の達成に実質的に寄与する蓋然性を指している。

- ・ “V¹” は、全体的な軍事的目的の値を指している。
- ・ “P⁴” は、核兵器使用が、戦闘員並びに文民及び民用物に対して壊滅的な付随的影響をもたらすであろう蓋然性を指している。
- ・ “P⁵” は、通常兵器の使用が、戦闘員並びに文民及び民用物に対して壊滅的な付随的影響をもたらすであろう蓋然性を指している。
- ・ “A” は、壊滅的な付随的影響の評価を指している⁽⁶⁸⁾。

ある意味で、とモクスレイは言うのであるが、このテストは、ひとたび定式化されると、比喩的なものとなる。そこでモクスレイは、直ちに深刻な問題を提起する。「その値は、次のような根本的な疑問に我々の注意を集中させることになる。いかなる軍事目的が黙示録的な大破壊の危険を冒すことを正当化できるのであろうか。」⁽⁶⁹⁾ ここでは、“全体的な軍事的目的の値”を指し示すことへの根本的な疑問を示唆している。

更にモクスレイは、言う。「潜在的な軍事利益と、潜在的な付随的影響ではなく、極度の付随的影響の蓋然性との均衡を図るこの第二の試金石は、手緩いという異議が申し立てられる可能性がある。核攻撃がこのような影響の危険を冒す場合には、核攻撃は間違いなく違法であり、また当然違法となるはずである。」こう述べて、つぎの場合を提示する。「しかし、潜在的な負担と利益との均衡が図られており、容認し得ない影響ではあるが黙示録的な極度の付随的影響とは言えない場合にはどうなるのであろうか。」⁽⁷⁰⁾

このような線に沿った試金石は、次のようなものになるのであろうという。

(68) *Moxley at 342.*

(69) *Moxley at 343.*

(70) *Ibid.*

$$(P-P^1) \cdot V \cdot (P^2-P^3) \cdot V^1$$

$$(P^6-P^7) \cdot C$$



- ・ “P⁶” は、核兵器使用が、戦闘員並びに文民及び民用物に過度な、従って違法な付随的影響を結果的にもたらすであろう蓋然性を指している。
- ・ “P⁷” は、通常兵器の使用が、戦闘員並びに文民及び民用物に過度な、従って違法な付随的影響を結果的にもたらすであろう蓋然性を指している。
- ・ “C” は、違法な付随的影響の評価を指している。

これらすべてをまとめると、 $((P-P^1) \cdot V \cdot (P^2-P^3) \cdot V^1)$ が、次の各項目（1—3）より大きい場合に始めて、核兵器使用は、均衡性の要件に固有の均衡のテストを通過することが可能となる。

- 1) (V^2-V^3) ;
- 2) $((P^4-P^5) \cdot A)$;
- 3) $((P^6-P^7) \cdot C)$

各項目の意味は、前述の通りである⁽⁷¹⁾。

モクスレイによれば、この均衡のテストに基づいて、われわれは、核兵器使用の潜在的な軍事利益の増分が、潜在的な付随的影響の値のみならず、黙示録的な影響の値、最終的にはいかなる違法な影響の値をも上回る必要がある、と主張しているのである。では、戦争という緊急事態の中で、ここに述べられているどちらかと言えば複雑かつ難解な計算を詳細に検討するであろうと、当該政策決定者に期待することは、現実的だろうか。このように問題を提起して、モクスレイは、それは「明らかに非現実的である」⁽⁷²⁾と断定している。そして、つぎのように言っている。

(71) Moxley at 344.

実際、政策決定者が、誠実にこのような課題を詳細に検討したいと考え、必要な情報を得たとしても、緊急事態がこのような贅沢を許すであろう可能性には疑問を投げ掛けざるを得ない。

このような問題の複雑な要素自体が、それらが人力の及ぶ限り徹底的に事前に分析される必要性を際立たせる。均衡性の試金石が適用されることを政策決定者に期待できれば、その恩恵にあずかり、規則の単なる陳述から得られる指針以上のものを提供できることになる⁽⁷³⁾。

2-5-2 小 括 核政策決定者ばかりでなく、核兵器攻撃の司令者が核兵器使用を決断する前に、それによって獲得されるだろうと潜在的に認識かつ評価される必要かつ十分な軍事利益を確定することさえ、至難であろう。しかも、それ同時にその核兵器使用の結果生じる付随的影響の値を計量し、さらにはわずかな蓋然性であるとしても、黙示録的な影響の値を想像することも、期待可能性があるだろうか。もしないとすれば、こうした比較考量をした上で、必要かつ十分な均衡性を確保することは、予想される緊急事態においては、ありえないであろう。これが、モクスレイのこの問題についての認識と判断である。

2-6 善意の第三者が、別の場合では合法的な実力行為の行使により脅かされる範囲に関する制限

2-6-1 序 合衆国法及び世界中の国家の法は、正当防衛といったその他の点では合法的な実力行為の行使においてさえも、無関係の第三者が脅かされる範囲に関しては厳しい制限を設けている。この制限は、一方では、正当防衛の過程で引き起こされる善意の第三者に対する被害を正当化し、あるいは容認し得る正当防衛の権利の行使が可能な範囲に関する制限という観点から述べられることもあれば、また他方では、この制限自

(72) Ibid.

(73) *Moxley at 344-45.*

体が均衡性の原則に事実上含まれていると見なされることもある。更に、より小さな害の原則（レサー・イーブル）（あるいは必要性の原則）という観点から述べられることもある。いずれにしても、確かに善意の第三者に対する危害が別の場合では合法的な実力行為の行使において正当化される場合もあるが、だが最も重要な点は、このような場合及び許される危害の程度が、厳しく制限されることである⁽⁷⁴⁾。

2-6-2 正当防衛の権利に関する制限 ここでは、善意の第三者に危害を及ぼすという観点から、正当防衛の権利に関する制限だけを記述し、次の章において、これと密接に関連する必要性の原則に焦点を当てることにする。

「模範刑法典」第3.09条は、次のように規定している。

第3.03条から第3.08条におよぶ条項に基づき、行為者が他人に、あるいは他人に向けての実力行為の行使を許されていても、無関係な善意の第三者に未必の故意あるいは過失により危害を与え又は危害の危険を醸成した場合、上記の条項により与えられる正当化の根拠は、無関係な善意の第三者に対するこのような未必の故意又は過失による訴追においては援用することができない⁽⁷⁵⁾。

この条項に対する「注釈」は、次のように述べている。

従って、自らの命を守るために致死的な実力行使が必要だと信じた行為者が、自らの命を救う過程で、未必の故意又は過失により他人の命を脅かしたことで告発されることもあり得る。同様に、犯人が致死的な実力行使により行為者を脅迫している強盗行為の遂行を阻止するために、致死的な実力を行使することが…正当化されることもあり得るが、その

(74) *Moxley at 347.*

(75) MODEL PENAL CODE § 3.09 (3) (A. L. I. 1985). See also Ferdinand S. Tinio, *Annotation, Unintentional Killing of or Third Person During Attempted Self Defense*, 53 A. L. R. 3d 620 (1974). *Moxley at 347.*

行為の過程で、無関係な善意の第三者を危険にさらす、あるいは実際に危害を及ぼした場合、未必の故意又は過失の廉で告発されることもあり得る。言い換えれば、正当だと理由付けることが可能な事件でも、無関係な善意の第三者に対する未必の故意ある行為又は過失行為に対する根拠とはならないのである⁽⁷⁶⁾。

2-6-3 法の一般原則 正当防衛の正当な行使においてさえも、無関係な善意の第三者を危険にさらすことが許される範囲には、このような制限がある。このことは、他の法制度によっても認められている。

南アフリカの法は、その好適例である。第三者に対する危害は、正当防衛の権利の限界を超える行為として一般的に禁止されている。「正当防衛の権利は、攻撃者に対してのみ行使可能であり、第三者に対しては行使できない。従って、Xが、Yの攻撃に対する正当防衛のためにYに石を投げ、Yに当たらず通行人であるZに当たった場合、XはZへの暴行罪に対する正当防衛の権利を申し立てることはできない。」⁽⁷⁷⁾

この例はローマ法に由来すると言われている。インドの私的自衛法に関する解説者は、「ローマの法律家は、自衛のために石を投げた者は、石が攻撃者以外の人に運悪く当たった場合、罪を免れないとの評決を下した」と記している⁽⁷⁸⁾。

2-7 より小さい害の原則（必要性の原則）

2-7-1 序 他の点では正当な又は容認可能な行為に関する制限は、比較最小害悪あるいは必要性の原則の役割によっても明らかにされ

(76) MODEL PENAL CODE § 3. 09 (3) Comments ¶13 at 154 (A. L. I. 1985). *Moxley at* 347-48.

(77) E. M. BURCHELL and P. M. A. HUNT, SOUTH AFRICA CRIMINAL LAW AND PROCEDURE 276 (1970). *Moxley at* 351.

(78) ANUKUL CHANDRA MOITRA, THE LAW OF PRIVATE DEFENCE 398 (Allahabad: University Book Agency, [1930] 1987, 5th ed./revised by B. L. Yadav.). *Moxley at* 351.

る。世界中の多くの法制度で認められているこの原則によれば、“被告が危害を避けようとして、自分自身又は誰か他の人の身を守るために、法を破ることを余儀なくされた”とき、他の場合では違法な行為が、ある場合には、必要性という理由で正当化され、あるいは罪を免れる可能性が生じる⁽⁷⁹⁾。このような状況では、被告は2つの害悪、即ち、法を遵守するか、あるいは遵守から結果的に生ずることになる危害から身を守るために法を破るか、この選択を余儀なくされたものと見なされる。必要性の原則は、小さい方の危害の選択を正当化するために発動されることがある。

こうした原則についての説明は、ここでは一切省略して、国際法における重要な論点に進むことにする。

2-7-2 中立国の権利 D. W. バウエット (Bowett) は、自衛に関する国際法を論じた権威ある論文の中で、国際法の原則に基づく中立国の権利と関連させ、これらの問題を検討している。

自己保存及び必要性が、違法ではあるが免責されうる行為(従って、正当防衛とは異なる)を正当化する諸概念として利用価値を有する限り、その範囲は必然的に制限される。それらの諸概念は、“人々の安全が最高の法”(salus populi suprema lex)という格言を例証すると称してはいるが、国際法上のいかなる義務にも違反していない国家に対する、すべての明白な(prima facie)違法行為を正当化することは不可能である⁽⁸⁰⁾。

(79) See Danielle R. Dubin, *A Woman's Cry for Help : Why the United States Should Apply Germany's Model of Self-Defense For the Battered Woman*, 2 ILSA J. INT'L & COMP. L. 235, 249-250 (1995). See MODEL PENAL CODE § 3. 02, Comments 6-7. See also Sanford H. Kadish, Respect for Life and Regard for Rights in the Criminal Law, 15 CAL. L. REV. 871, 885, 888-89 (July 1996). *Moxley at* 353.

(80) DEREK W. BOWETT, *SELF-DEFENCE IN INTERNATIONAL LAW* at 10 (Manchester, Eng.: Manchester University Press, 1958). See also John-Alex Romano, Note, Combating Terrorism and Weapons of Mass Destruction: Reviving

パウエットは、第三国に対する侵害を自由に認めるという正反対の立場は、“法秩序全体を破壊するもの”になるであろうと断定している⁽⁸¹⁾。パウエットは、必要性に基づく違法行為の免責の根拠は、（問題の行為を適法にする）自衛の正当化根拠に比べて、その範囲において一層限られていると言っている。必要性に基づく免責の根拠は、“相対的に小さな害”を及ぼすものでなければならない。

武力行使を制約する国際法により課せられた義務の不履行を必要性により免責する状況とは、正当防衛の権利の行使に付随する場合のように、無関係の国家の諸権利が侵害される状況にはかならない。無関係の国家に対するこのような行為が免責される特質は、つぎのような事実の中に存在する。すなわち、自衛において、国家がその必要不可欠な利益を違法国家から保護するために、必要性に基づき行為する権利を否定されたとすれば、違法国家から被っていたであろう害悪と比較すれば相対的に小さな害悪に遭うであろう無関係の国家の権利を無視することが必要であるという場合があるという事実である⁽⁸²⁾。

パウエットは、次のように述べている。

交戦国が中立国の権利を侵害し、その侵害を正当防衛の権利に基づき正当化する特定の状況が発生するであろう…（中略）。おそらくこのような状況に対する正確な答えは、交戦国は、正当防衛の権利ではなく、必要性の権利に基づくことにより始めて、中立国に対して不利な行為を遂行できるということである⁽⁸³⁾。

パウエットは、中立国の権利に対する侵害は、中立国が何らかの理由

the Doctrine of A State of Necessity, 87 GEO. L. J. 1023 (April 1999).
Moxley at 360.

(81) BOWETT, *supra* note 80, at 10. *Moxley* at 361.

(82) *Ibid.* at 10. Romano, *supra* note 80, at 1046-47. *Moxley* at 361.

(83) *Ibid.* at 173. *Moxley* at 362.

で、その法的義務の遂行をなし得なかった場合に限り許される、という主張に言及している。

国際法において自衛権の限界を主張することが可能だろうといえるのは、国家の権利の侵害が、その国家による義務違反に対応する限りで正当化されるという場合である⁽⁸⁴⁾。

このような理論の基礎となっている概念は、“国家領土の不可侵性の尊重は、領土を支配する能力と意思を持ち、それが全領土における広い意味での司法の運営をある程度まで保証するに足るものであるという理論に基礎を置く”ということである⁽⁸⁵⁾。中立国家の領土は、国家がその領土及び領土内で起こされる行動を支配する限り、侵されない状態を維持できるのである。支配し得ないことが、自らの利益を保護する必要がある交戦国による侵害を招くことになる⁽⁸⁶⁾。

これに基づいて、“領土保全の権利は、絶対的なものではなく、保全を主張する国家の境界内において別の国家の安全に対する現実的な脅威が存在しないことを条件にしている”と述べられており、この意味で“絶対的な不可侵性”は、国連憲章により付与されていない⁽⁸⁷⁾。だが、保全が規範なのであり、進入は正当化される必要があるのであって、“いかなる交戦国も、中立国の権利を尊重する義務があることが、伝統的に強調されてきた。”⁽⁸⁸⁾

国家が不可侵性を剥奪される主要な例は、戦闘員がその領土を使用することを許可あるいは黙認し、それによってもう一方の側の戦闘員によりその領土が攻撃される結果を招く場合である⁽⁸⁹⁾。

(84) Ibid. at 173-4. *Moxley at 362*.

(85) Ibid. at 38. *Moxley at 362*.

(86) See *ibid.* at 168, citing B. C. RODICK, *THE DOCTRINE OF NECESSITY IN INTERNATIONAL LAW* 698 (New York, Columbia university press, 7th ed. 1928).

(87) Ibid. at 33-34. *Moxley at 362*.

(88) Ibid. at 167. *Moxley at 362*.

(89) Ibid. at 167-74. *Moxley at 363*.

関連する例は、敵対国が中立国の領土又は財産を不当に利用することを阻止するために、戦闘員が中立国の領土又は財産を攻撃する状況である。例えば、フランスがデンマーク艦隊を徴発するのを阻止するため、1807年イギリスがデンマーク艦隊に対する攻撃をおこなったのが、その例である⁽⁹⁰⁾。

バウエットは、無関係な国の領土に影響を及ぼす緊急事態に基づく正当化は、過度に申し立てられるおそれがあるため、法律上否定されうると言及している。ニュールンベルグ裁判では、ドイツによるノルウェーの侵略は、例えば、連合軍の攻撃を阻止するため必要な、第三国の領土に対する国際法違反であったというドイツの主張は却下された⁽⁹¹⁾。

2-7-3 犠牲にされる無関係な善意者の命 無関係な善意者の命を奪うことが正当化される可能性があるというこの見解の容認は、別の問題を提起する。どの無関係な善意者の命が犠牲にされるべきか、という問題である。この点について、ロビンソン（Robinson）は、つぎの4つの要素を提示している。いずれも、正当化の根拠が有効である状況において、どのような無関係者の命が犠牲にされるべきかを決定するのに影響する要素である。（1）侵略者でない者の命は保護されるべきである。（2）既に危機に瀕している命は、そうでない命より先に犠牲にされることが許される。（3）先の長い命を助けるために先の短い命を奪うことは、正当と認められる可能性がある。（4）当該脅威にかかわりのない無関係の第三者は保護されるべきである⁽⁹²⁾。

2-8 過激な実力に訴える必要を自ら招いた場合の法的結果

2-8-1 合衆国法 行為者自身が必要性を醸成した場合、行為者

(90) See IAN BROWNLIE, *INTERNATIONAL LAW AND THE USE OF FORCE BY STATES* 310 (Oxford, Clarendon Press, 1963). *Moxley at 363.*

(91) BOWETT, *supra* note 80, at 173. *Moxley at 363.*

(92) PAUL H. ROBINSON, *CRIMINAL LAW DEFENSES* § 124 (g) (A)-(D) (St. Paul, Minn.: West, 1984). *Moxley at 365.*

が一定水準の実力の行使を正当化できないことことは、一般的に認められている法の原則である。従って、正当防衛の権利は、一般的に行為者が対決を醸成した状況においては制限される⁽⁹³⁾。

「合衆国対ピーターソン」事件において、コロンビア特別区巡回裁判所は、正当防衛による正当化を行使する可能性が限定されていることに次のように言及している。

自己保存の要件に基づき、殺人に対する正当防衛の原則が刑法体系から生じてきたが、それは、致命傷となりかねない個人紛争の解決の際、自力救済の領域における正当な法外放置に対する、限定されたかつ重要な例外としてである。従って、正当防衛のさいに殺害又は傷害を認める権利には法が課している極めて明確な条件が存在するのであって、これに関する周知の原則は、必要性の原則である⁽⁹⁴⁾。

「合衆国対ムーア」事件において、軍事上訴裁判所は、行為者は、確かに武装し、被害者を追求めていたからといって、それだけで正当防衛の権利を失うことにはならないと判決を下した⁽⁹⁵⁾。行為者は、正当防衛の権利が失われる前に、“闘争又は致命的な紛争を招くよう合理的に計算された行為を…積極的かつ認識をもって行っている”必要がある⁽⁹⁶⁾。これに基づけば、致命的な武器で武装して強盗事件を犯す行為者は、強盗の被害者が武器で反撃した場合、正当防衛の正当化を主張することはできない⁽⁹⁷⁾。

このような考え方は当面の探求課題と関連性があるように思われる、とモクスレイは言う。それは、どういうことか？ いわく：良識の問題とし

(93) ROBINSON, *ibid.* § 123 (a). *Moxley at 367.*

(94) *United States v. Peterson* 483 F. 2d 1222, 1229-31 (D. C. Cir. 1971) *cert. denied.*, 94 S. Ct. 367 (1973). *Moxley at 368.*

(95) See 35 C. M. R. 159, 166 (1964). *Moxley at 368.*

(96) *Ibid.* (quoting 26 AM. JUR. 2d, Homicide, sec.131). *Moxley at 369.*

(97) See *United States v. Thomas*, 34 F. 3d 44, 48 (2d Cir. 1994). *Moxley at 369.*

て、必要性の要件は、行動する前に時間に恵まれていた国家が、その期間中に、合理的に何を準備することが可能であったかということに照らして適用されるべきである。例えば、国家の予想される軍事的必要に対応するに足る通常兵器能力を増強することである。したがって国家が、ある不作為を選択した、即ち十分な通常兵器能力を構築しないことを意図的に選択した場合、このことを理由に、核兵器の使用が“必要”であるという状況を醸成することは、法的に許されるべきではない⁽⁹⁸⁾、ということである。

この点に関連する、次の証言がある。冷戦期間中、下院外交委員会の意見聴取においてゲイラー提督（Admiral Gayler）が述べたものである。「核戦争を始める能力が存在しなければ、核戦争が始まる可能性がそれだけ低くなる」⁽⁹⁹⁾。

2-8-2 法の一般原則 世界中の法制度においては、自ら無防備な状態を招いた被告が、他の状況なら有効であったであろう正当化の抗弁を失う場合がよく見られる。正当防衛及び酩酊の抗弁についての事例を挙げることができる。被告は、被告自身が加害者であったり、また危害を与えることなく危険を回避可能であった場合、正当防衛の特権を失うことになる。同様に、多くの法制度は、被告が自発的に酩酊した場合、被告に酩酊による免責を許すことはない⁽¹⁰⁰⁾。

2-9 一応の総括

これまで、当然違法の原則との関連で問題となり、しかもその根拠に先行する問題である核兵器使用の潜在的影響に関する蓋然性分析について、その法的意味を検討してきた。

(98) *Moxley at 369.*

(99) Testimony of Adm. Noel Gayler, U.S. Navy (Retired), in Hearings on The Role of Arms Control in U. S. Defense Policy, before the Committee on Foreign Affairs, House of Representatives, 98 Congress, 2d Session, June 20, 21, 26, July 25, 1984 at 126. *Moxley at 369-70.*

(100) *Moxley at 370-73.*

ここでモクスレイが提示したのは、合衆国とICJの態度に正面から挑戦する法律論争である。米合衆国が示す一定の基準を文字通り適用する場合には、核兵器を使った攻撃はこの基準を満たし、適法状態であるように思われる。しかし1%の確率にもせよ、9億人が死ぬ可能性があり、0.05%の確率で地上の全生命体が絶滅する可能性があるという理由を挙げて、この問題を回避している、とモクスレイは述べた。

しかし、あるいは、それだからこそモクスレイは、特定の核兵器使用の適法性を評価する際に、特定の広く認められている法原則、特に重大な結果を伴う極めて低い発生確率の危険も、極めて高いレベルの正当化根拠に欠ける場合、違法であることが一般的に認められるという概念を、米合衆国と法の一般原則のレベルで、詳細に提示したのである。核攻撃に先立って、政策決定者と司令官は、いわばあらかじめ、この審査基準に合格するかどうか、必要かつ十分な認識と評価をおこない、その上で判断しなければならないことを、モクスレイは主張した。そのため、ICJの法廷でとりあげられた実定法の諸原則に加えて、さらに特定の不法行為及び刑法の領域で日常的に民事責任又は刑事責任の評価を行っている、広く認められている法原則について、解明したのである。

これは、米合衆国で市民たちが、核兵器使用の違法性判断に関する訴訟を適する場合、事件への適用法条をしめすことになるが、それに先立ってわれわれ研究者にとって、本件の問題において、いかなる事実が裁判所において審理の対象となるのか、こういう法的な事実をあきらかにするための新たな法の探求でもあるであろう。

なお、さらに新たな法原則の問題として、二重効果の原則の制限についてもつぎに概観しよう。

第3章 二重効果の原則

3-1 二重効果の原則

繰り返して述べてきたとおおり、非戦闘員は攻撃目標にされることが許されない被保護者である。にもかかわらず、非戦闘員が直撃されるであろうことが分かっている状況においてすら、非戦闘員に対する損害が意図されたものでなく、軍事目的に対して不均衡でない限り、軍事目標に対する攻撃は許される⁽¹⁰¹⁾。このような考え方は二重効果の原則と呼ばれており、これは1200年代の書物である『神学大全』（Summa Theologica）の中で、トマス・アキナス（St. Thomas Aquinas）によって構築された由緒ある中世の教義に基づく。ちなみに、合衆国は二重効果の原則を、核兵器の物理的影響にまでも適用し、このような兵器は、放射線的作用により、違法と見なされる有害な影響も及ぼす可能性はあるものの、爆風あるいは熱といった合法的な効力により破壊する力があるので、適法であると主張している。ここでいう放射線は“副産物”である。実際“核兵器の主要な又は最も顕著な特性ではない副産物”であるが故に、この放射線は無視されることになる⁽¹⁰²⁾。

皮肉なことに、2000年現在でも、二重効果の原則は、主要な点で武力紛争法の方向付けに大いに寄与している⁽¹⁰³⁾。トマス・アキナスは次のように述べている。

正当防衛行為も二つの効果をもたらす可能性がある。その一つは自らの命を救うことであり、もう一つは加害者を殺害することである。さ

(101) See Moxley Chapter 1, notes 140-195, 243-245. See also Chapters 7-10.

(102) See *supra* Moxley Chapter 2, notes 103-110.

(103) See *Biographical Note to Thomas Aquinas : I, Summa Theologica, appearing in 19 GREAT BOOKS OF THE WESTERN WORLD V* (Robert Maynard Hutchins, ed. In chief, 1952). *Moxley* at 387.

て、自分自身の命を救うよう意図されたこのような種類の行為を、何人であれ、できることならば、自らの命の存続を図ることは当然違法の行為であるが故に、道徳的に認められない行為と見なすことはできない。…その理由は、他人の命より自分自身の命を守らざるを得ないからである⁽¹⁰⁴⁾。

3-2 二重効果の原則の制限

マイケル・ウォルツァー (Michael Walzer) は、その著『正しい戦争と不正な戦争』において、二重効果原則の諸要素を要約している⁽¹⁰⁵⁾。またオースチン・ファゴシー (Austin Fagothey, S. J.) も、この原則に関する同様な要約を提示している⁽¹⁰⁶⁾。

ウォルツァーは、この原則に対する現代の不満感を次のように述べている⁽¹⁰⁷⁾。軍事作戦を進める許可と被保護者に対する影響の制限との間で、どこで線を引くべきかに関するジレンマに言及して述べている。「私は、単に、“相当の注意” が払われる権利を文民は有すると申し上げることが最善であると考え。」⁽¹⁰⁸⁾ しかし、ウォルツァーは、軍部が払うべき注意の程度、特に軍部が自らに課すべき限度を検討する中で、その限度を“[軍部] が更なる危険を冒すことがほぼ確実に軍事的冒険と見なされる、あるいは犠牲があまりにも大きいため繰り返されることが不可能な点で…

(104) AQUINAS, SUMMA THEOLOGICAE, I-II, Quest. 64, Art. 7, quoted in Stephen R. Latham, *Aquinas and Morphine: Notes on Double Effect at the End of Life*, 1 DEPAUL J. HEALTH CARE L. 625, 633. *Moxley at 388.*

(105) MICHAEL WALZER, JUST AND UNJUST WARS, A MORAL ARGUMENT WITH HISTORICAL ILLUSTRATIONS (New York: Basic Books, [1968] 1977) at 153, 129. *Moxley at 388.*

(106) AUSTIN FAGOTHEY, S. J., RIGHT AND REASON, ETHICS IN THEORY AND PRACTICE 113 note 1 (3d ed. St. Louis, Mosby, 1963.) at 107-08. *Moxley at 389.*

(107) WALZER, *supra* note 103, at 153. *Moxley at 389.*

(108) Ibid. at 156, referencing Charles Fried, Imposing Risks on Others, in: FRIED, AN ANATOMY OF VALUES: PROBLEMS OF PERSONAL AND SOCIAL CHOICE Ch.XI (Cambridge Mass.: Harvard University Press, 1970.).

大体固定される”と考えているように思われる⁽¹⁰⁹⁾。言い換えれば、ウォルツァーの見解では、正当な目標を攻撃する過程での被保護者の殺害は、目標のこのような攻撃方法が軍事的に必要とされる場合、容認しうることになる⁽¹¹⁰⁾。

すでに指摘したように、合衆国が二重効果の原則を核兵器の物理的影響にまでも適用し、核兵器は爆風あるいは熱といった合法的な効力により破壊するが故に、適法であると主張している。しかしながら、核兵器戦略から目をそらすことなく、その戦略の意義に忠実に事柄を認識するなら、核兵器は爆風あるいは熱により破壊するために存在するのでもなければ、また使用されるのではないことがわかる。核兵器というのは、放射能効果を有するがゆえに、通常兵器から区別される特殊な兵器である。

だからして、文民及びその他の被保護者に対して、核兵器の影響を“意図的でなく”及ぼすことを容認するために、二重効果の原則を適用すること許されない。それは、創始者により考えられていた限界を超えて、この原則を拡大解釈することになるからである。確かに、意図性は重要ではある。確かに、通俗的な表現を借りれば、“犬でさえ”故意に叩かれたのか、それとも無意識に叩かれたのかの違いが分かる”のである。それにもかかわらず、被害の閾値を超える“付随的な”影響を及ぼす危険を知っていたか、又は知っているべきだった場合、行為者が何を意図したかが問題になるとは考えられない⁽¹¹¹⁾。更に、二重効果の原則は、過度の影響を禁止している均衡性、必要性及び攻撃目標区別の原則と矛盾するものと考えられる。これらの原則は、軍事攻撃において、その影響が、たとえ単に予期されるだけで望まれてはいなかった場合においても、過度の影響を禁止している。二重効果の原則は、未必の故意による行為及び重大な過失行為に対する潜在的責任の原則とも矛盾することになる⁽¹¹²⁾。

(109) Ibid. at 157.

(110) Moxley at 390.

(111) Moxley Chapter 11, notes 7-14. Moxley at 392.

二重効果の原則を核兵器の物理的影響に適用する合衆国の主張は誤りだとするモクスレイの結論は正当であり、その論拠と論証の仕方には合理性と説得性があると思われる。

結 語

本稿の記述を要約することは、今回紙数の制約上ここではおこなわない。ただ若干の問題点を示し、その考察を断片的に行うことで、本稿を閉じることをお許しいただきたい。

本稿は、モクスレイによる国際法研究の全体像の中で、どのような位置を占めるのか。それは、モクスレイが探求するあらたな法原則の解明にあたる部分である。しかも、モクスレイが独自に開拓する分野である。この意味で、とても重要な位置にあるのである。しかも、研究の方法論上の意義に思いをいたすと、法に照らして問題となる核兵器使用の危険性とはなにか、このことを規定するという意味でも重要な性格を持っている。

しかしながら、この問題の解決にききだって、モクスレイは、「確立された法原則の適用」を主張した。さらに、当然違法の原則は拘束力を有するのであり、しかもこの拘束力は、個々の国家の同意に左右されるのではないだろうという主張を提示した。モクスレイはこの問題を、すでに『核兵器と国際法』の第1章と第2章でとりあげていたが、いま本稿では、この問題を立ち入って論じたのである。彼の研究方法は、国際法の拘束的ルールが責任法と関連すると見なす認識と関連している。この分野の研究が、通常兵器との類推論においてばかりでなく、核兵器の特殊性論とも結合して、さらに深められるよう希望したい。

さらにモクスレイは、違法性が問われるために存在しなければならない許されざる影響の危険水準の問題を論じた。小規模の危険から、特に極度

(112) See *Moxley* Chapter 6-8. *Moxley* at 392.

に過酷で、終末論的な影響を及ぼす危険に及ぶまで、危険性はどのように認識され、評価されるべきなのか。戦争犯罪の責任に必要な心的態度に関する犯意の問題あるいは許容される危険の醸成の限度に関する実質的な問題の提示と同様に概念的な説明がなされた。モクスレイは、このような問題を第6章から第8章にかけて取り上げ、次に第9章において、核兵器の潜在的な危険性に関する蓋然性を評価するための様々な定型的な研究方法を提案した。こうした研究方法による研究成果の意義と限界を、例えば功利主義の危険性分析といった事例の検討を通じて、さらに明らかにする作業が今後持続されるように期待したい。

当然違法の原則を問題にしたモクスレイは、核兵器が使用される可能性のある状況においては、最小限度の核兵器使用でさえも違法化するほど危険要因（Risk Factors）は核兵器使用に固有のものであり、そして深刻なものであると考えているようである。だがこの点は、本稿ではまだ本格的な検討の対象にならなかった。これは今後の課題である。