



外交的保護の法的擬制：国内法から国際法への「変型理論」に関する一考察

山下, 朋子

(Citation)

神戸法學雜誌, 60(1):313-376

(Issue Date)

2010-06

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/81005087>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81005087>



外交的保護の法的擬制

—— 国内法から国際法への「変型理論」に関する一考察 ——

山下 朋子

目次

はじめに

第一章 歴史的経緯

第一節 私的復讐の消滅（13世紀～18世紀）

第二節 外交的保護の成立（19世紀）

第三節 法典化の試み（20世紀以降）

第一項 ベンヌーナとデュガードの違い

第二項 第二読草案での変更

第二章 議論構成

第一節 事実認定説（マヴロマチス定式）

第二節 埋没説（ボーチャード定式）

第三節 小括

第三章 「変型」の操作

第一節 国籍の実効性

第一項 継続性

第二項 実効性

第二節 裁判拒否

第一項 複合違法行為

第二項 国内的救済の不完了

おわりに

はじめに

擬制は常に現実と衝突する。なぜなら、「擬制 (fiction)」とは、「あたかもそうであるかの如く (as if it were / comme si)」扱うという、一種のウソだからである。通常、ウソは一方当事者のみがある虚偽性を知っているが、擬制の場合には全ての関係当事者がその虚偽性を内心では知っている⁽¹⁾のであり、また擬制に含まれる類推や前提は一般に実用性を有するものと認識されているため、一種のウソであるにせよ、人を騙すようなことはない⁽²⁾。ケルゼンは、法的擬制つまり法実践上の擬制として、立法者の擬制と法適用者の擬制があると指摘した⁽³⁾。法適用者の擬制つまり法解釈技術としての擬制とは、裁判官は法を作ることとは許されないという原則の下で、解釈により法を発展させるための技術として古来より広く利用されてきたものである⁽⁴⁾。例えば、共和制期のローマで裁判を司った法務官は、立法権限がないにも拘わらず、「非ローマ市民を市民とみなす」という法適用者の擬制を用いることで、「市民法」による保護対象を職

(1) 碧海純一『法と社会』(1967年、中公新書) 90頁。

(2) Fuller, L.L., "Legal Fictions", *Illinois L. Rev.*, vol. 25 no.4 (1930), pp.366-369.

(3) Kelsen, H., "Zur Theorie der juristischen Fiktionen", *Annalen der Philosophie und philosophischen Kritik*, Bd.1 (1919), S.638.

(4) 栗栖三郎『法とフィクション』(東大出版会、1999年) 93-95頁。バンタム、サヴィニー、ケルゼンなどは法解釈技術としての擬制を批判しているが、事実としてそのような擬制が行われていることは否定できない。殊に、慣習法に関しては裁判所による法の発展の機能を見逃すわけにはいかないであろう。本稿では、特に断りがない限り、法的擬制とは法解釈技術として裁判所が用いる擬制を指すこととする。

(5) ウルリッヒ・マンテ(著) 田中実/瀧澤英治(訳)『ローマ法の歴史』(ミネルヴァ書房、2008年) 91-92頁。

権的に拡大解釈し、事実上の法の補完と改廃までをも行っていたとされる⁽⁵⁾。このように、近代西欧で法形成の技術としての立法が本格化する遙か以前から、法技術としての擬制は「歴史的」に積み重ねられてきたのであって、その動機となってきたのは、社会の変革に既存の法を適合させる必要性であると指摘されている⁽⁶⁾。シュミュエ・ジョンドロの言葉を借りれば、法的擬制とは、実定法上の法的結論を演繹するために、現実とは異なった事実や状況を想定するという技術的手続であって、単なる「理想」や、社会的事実の「抽象化」や、事実認定制度の一端をなす「推定」とは、ある規範の定義や拡大を行うという点で異なるのである⁽⁷⁾。

近代国家制度が成立した18世紀後半から19世紀初頭にかけては、国境を越えた交流が一般的となったことで、いわゆる「国際」紛争が生じるようになった。そして、主に西欧と南米との間で紛争処理のための仲裁裁判が数多く行われるようになり、その裁判実行の蓄積により成立したのが、在外自国民保護のための外交的保護制度である。この国際慣習法上の基本制度は、「私人に対する侵害をその国籍国に対する侵害であるかの如く」扱うという法的擬制を根拠とする。「自国民が他国の国際違法行為により侵害を受け、通常的手段では満足を得ることが出来ない場合に、その本国が自国民を保護する権利を有する」というのである⁽⁸⁾。

(6) Vermeer-Künzli, A., "As if : The Legal Fiction in Diplomatic Protection," *E.J.I.L.*, vol. 18 no.1 (2007), pp. 42 ; Dekkers, R., *La fiction juridique : étude de droit romain et de droit comparé* (1935), pp. 24-37.

(7) Chemillier-Gendreau, M., « Origine et rôle de la fiction en droit international public », *Archives de philosophie du droit*, t. 32 (1987) , pp. 154-157.

(8) 小畑郁「近代ヨーロッパにおける外国人の地位と本国による保護—近代外交的保護制度の史的・研究への序論的覚書—」山形浩之・香西茂（編）『21世紀国際社会における人権と平和：国際法の新しい発展を目指して（上巻）国際法の法構造：その歴史と現状』（東信堂、2003年）323-325頁。See also Brownlie, I., *Principles of Public International Law 7th ed.* (Oxford Univ. Pr., 2008), pp.522-523 ; de Visscher, C., «La responsabilité internationale des Etats», *Bibliotheca Visseriana*, Vol. 2 (1924), p.116.

この擬制は、第二次世界大戦後に、国家以外の法主体が国際法平面で認められるようになったにせよ、依然として国家が国際法規範の定立・適用の局面における「主要な」行為者である状況に与して、現在でもいまだ通用するものとされている。⁽⁹⁾ それどころか近年では、人権裁判所や投資仲裁の発展によって一時は廃れたかに見えた外交的保護の有用性が、ふたたび活発に議論されるようになり、2006年には ILC において外交的保護条文草案が採択されるに至った。すでに1930年代から見られた現象ではあるが、そこで人権保護の「実効性」の観点から、現代国際法秩序と整合する形ものとして、人権保護促進のための「手段」としての外交的保護を主張する論者は数多い。⁽¹¹⁾ 外交的保護は、いまや単なる国家責任法の枠を超え、従来は全く別個の法体系として発展してきたは

-
- (9) ゲックは、外交的保護を、侵害を受けた個人が自ら国際請求を提起するための「実質的権利の欠如による必然的結果」と説明する。Geck, W.K., "Diplomatic Protection," *Encyclopedia of Public International Law* (1992), vol. 1, p.1057. See also García Amador, F.V., "State Responsibility. Some New Problems", *R.C.A.D.I.*, vol.94 (1958 II), p.471 ; Dugard, J. R., "First Report on Diplomatic Protection", UN Doc. A/CN.4/506 (2000), para.32, paras.175-184 ; ILA, "Final Report, Diplomatic Protection of Persons and Property", *ILA Report (Toronto Conference 72nd, 2006)*, vol.72, p.370 ; Jennings, R. & Watts, A. (eds.), *Oppenheim's International Law, vol.1 Peace*, 9th ed. (Longman, 1992), p.513 ; Dupuy, P.-M., *Droit International Public 9e éd.* (Daloz, 2008), § 191, § 477 ; Shaw, M. N., *International Law 6th ed.* (Cambridge Univ. Pr., 2008), p.809.
- (10) Pergantis, V., "Towards a 'Humanization' of Diplomatic Protection?," *Z.a. ö. R.V.*, vol.66, no.2 (2006), p.362.
- (11) Bennouna, M., « Rapport préliminaire sur la protection diplomatique », Commission du droit international, UN Doc. A/CN.4/484 (1998), paras.49-54 ; ILC Report (50th Session 1998), UN Doc. A/53/10, in *ILC Yearbook 1998*, vol.II (Part Two), para.89 ; Dugard, "First Report", *supra note 9*, paras.5-32 ; paras.75-87 ; paras.175-184. また、デュガードの方針に対する肯定的評価として、土屋志穂「個人の国際法上の権利と外交的保護—国連国際法委員会の外交的保護草案の検討から—」『上智法学論集』51巻2号(2007年)157-171頁。

ずの国際人権法との交錯点として扱われはじめて⁽¹²⁾いる。

しかしながら、このような実効性の議論に移る前に、一連の紛争処理過程を「擬制」という言葉で覆い隠すこと、それ自体を批判しなければならないのではないだろうか。そのために、その批判対象たる法的擬制の内容を明らかにする必要があるのではないか。外交的保護の法的擬制と呼ばれるものは、19世紀に成立して以来、国際法の根幹に関わるような様々な社会変革を経てなお、21世紀の現在でも通用するとされている。通用しているからには、擬制が社会変革に対応して変質していったか、それとも、そもそも社会変革に関係なく通用しうる内容であったか、どちらかの理由によるはずである。本稿では、外交的保護の現代的展開とも言うべき実効性の議論は念頭に置きつつも、まずは、かねてより議論されてきた伝統的な法的擬制の内容について、改めて検証してみることにはしたい。

外交的保護においては、本来は私人の被った侵害は領域国の国内管轄問題として処理されるべきところ、国際法上の問題として外交活動や国際裁判を通じて責任追及をなすためには、在外自国民の被った侵害を論理必然的に国籍国に

(12) ILC Report 1998, *supra note 11*, para.84 ; Amerasinghe, C.F., *Diplomatic Protection* (Oxford Univ.Pr., 2008), p.76. ただし、人権を国家間での権利義務関係として捉えようとすれば、個々人の権利保障とは別途に、軍縮や環境保護で想定されるのと同じく、多国間的な権利義務関係における保護法益を見いだす必要がある。それは、外交的保護で問題となる二国間関係での個別国家の法益とは区別される、条約締約国全体や国際社会全体が共有する法益になる可能性がある。cf. Meron, T., *The Humanization of International Law* (M.Nijhoff, 2006), p.256. 兼原敦子「国際義務の履行を『確保する』義務による国際規律の実現」『立教法学』70号(2006年)267-268頁。また西村は、伝統的国家責任法とは法益侵害によって特定される被害国と違法行為国との相対関係を規律する法理であるため、国際公益としての人権保護には馴染まないと指摘する。西村弓「国際法における個人の利益保護の多様化と外交的保護」『上智法学論集』49巻3・4号(2006年)297-290頁。

対する侵害へと「変型 (transformation)」する必要性があるとされる。⁽¹³⁾ 果たして、このような理解はいつどのようにして成立し、広く普及するようになったのか。また、在外自国民保護の根拠となりながらも、実際の裁判実行ではほとんど触れられることのない外交的保護の法的擬制の内容については、20世紀初頭より多様な解釈が提示されているが、一体、通説と呼びうるものはどれで、その中でこの「変型理論」はどのような位置を占めるのか。そして、「変型理論」は、外交的保護の援用を現代国際法秩序においても整合的に説明しうるものであるのか。これらの問いに答えるため、まず第一章では、外交的保護の起源から成立までの歴史的経緯を概観し、第二章では、従来、伝統的な外交的保護理論と考えられてきた主張の内容について再検討する。さらに第三章では、外交的保護の諸要件を紛争処理過程としてとらえることで、外交的保護の「変型理論」が、どのように私人の権利から国家の権利への「変型」を説明するものであるのか考察を深めたいと思う。

なお、従来、専ら国際法の国内的効力について論じる際に用いられてきた

(13) Bennouna, *supra note 11*, paras.15-16. ベンヌーナ報告書の仏語原文は「更改」«novation» としている。これは、フランス民法上の用語としては「既存債務を消滅させて、それに代わる新債務を成立させる」という意味である（山口俊夫『フランス法辞典』（東大出版会、2002年）。他方、同報告書の英訳や ILC の英語話者による議論、ILA 報告書などでは“transformation”となっている。この差異は本稿にとって示唆的であるが、とりあえずここでは、外交的保護の泰斗とされるボーチャードを起源とする英語系文献が一般的に“transformation”の語を用いていることに鑑み、「変型」と翻訳することにする。See e.g. Dugard, UN Doc. A/CN.4/SR.2521 (1998), vol.I, para.33 ; Tomka, A/CN.4/SR.2617 (2000), para.78 ; Candioti, A/CN.4/SR.2619, para.39 ; Orrego Vicuña, F., ‘Interim Report on “The Changing law of Nationality of Claims,” *ILA Report (London Conference 68th, 2000)*, p.632 ; ILA, “Final Report,” *supra note 9*, p.356, para.10. その理由は、現代では地域的・分野的限定があるにせよ私人が直接国際裁判へ直接アクセスする権利が認められているにも拘わらず、「更改」とすれば、外交的保護請求の提起によって私人の加害国に対する訴権が消滅するかの如き不適切な印象を与える恐れがあるからである。

「変型」や「変型理論」という言葉⁽¹⁴⁾を、本稿では、伝統的な外交的保護の法的擬制を説明するものとして用いる。いくなれば、国内法から国際法へという風に変形のベクトルが逆を向いた「変型理論」である。外交的保護では、私人の権利の性質はあくまで国内法上のものにとどまり、それを淵源として、国家の権利が全く別個に国際法上に出現する。そのため、「変型理論」といえど、国内平面と国際平面とでは法主体が異なる点に留意していただきたい。

第一章 歴史的経緯

人権保護手段としての外交的保護は、あるべき法 (lex ferenda) としての必要性だけで議論される傾向にあるが、そもそも外交的保護は、自国経済の海外への拡大という目的にもとづき、西欧諸国による中南米諸国に対する介入主義的な政策論として、国益の実現を念頭に発展してきたという歴史的経緯をもつことを忘れてはならない⁽¹⁵⁾。本章では、外交的保護の起源から最近の ILC 法典化作業までを概観することで、現在、「伝統的」と考えられている外交的保護の歴史的な位置づけを明らかにする。

-
- (14) 岩沢雄司によれば、国際法の国内的効力に関して「変型」という言葉は2つの意味で用いられる。第一は、条約の内容が国内法に書き直されて形を変えること(具体的変型)、第二は、条約の条文はそのまま国内で効力を持つが、その性質が国際法に転換されること(抽象的変型、必然的に self-executing な条約のみが抽象的変型の対象となる)であり、変型理論のという「変型」は第二の意味であるとされる。岩沢雄司『条約の国内適用可能性—いわゆる“SELF-EXECUTING”な条約に関する一考察—』(有斐閣、1984年)21頁、脚注(56)。
- (15) 小畑郁「イギリスの外交的保護とメキシコ干渉1861-62—『外国人が受けた損害についての国家責任』研究ノート」『神戸商船大学紀要』第一類文科論集39巻(1990年)2頁。田畑茂二郎『国際社会の新しい流れの中で—国際法学徒の軌跡』(東信堂1988年)73-74頁。

第一節 私的復仇の消滅（13世紀～18世紀）

「すべての法律は自力救済と復讐とから始まった」といわれるが⁽¹⁶⁾、少なくとも一般には「国家責任法の旧来の理論は全て、復仇に関する古来の法の中に存在する」と理解されている⁽¹⁷⁾。そのため、責任追及手段である外交的保護制度の起源も、13世紀末頃～18世紀頃のヨーロッパで平時に認められていた私的復仇制度であるとされる⁽¹⁸⁾。私的復仇とは、「他国、その君主又は臣民の不法とみなされる行為の結果として生じる請求権の賠償として、彼等の財産を自らの君主の許可の下で押収する」行為である⁽¹⁹⁾。淵源をたどれば、中世の自力救済による私的戦争が蔓延をうけて、拡大する通商交易を保護するため、13世紀頃からイタリアの都市国家を中心に君主が私掠免状（*lettre de marque/ représailles*）の発給により、私人に強制捕獲の権限を付与したことに始まると言われている⁽²⁰⁾。私的復仇は、国家が自らの裁量事項に属する正当な行為として行う報復、自衛、戦争などの報復行為とは異なり、侵害を受けた個人が自ら権利の回復を目的として行う自力救済の一種として、通常であれば違法とされる行為を例外的に国際法により許容するというものである⁽²¹⁾。制度の特徴としては、まず、私掠免状の発給要件として、被害者たる私人に対する外国君主または裁判所による裁判拒否の証明が必要とされていた⁽²²⁾。さらに興味深いのは、復仇の対象が加害者と

-
- (16) イェーリング（著）原田慶吉（監訳）『ローマ法の精神 第一巻』（有斐閣、1950年）177頁。
- (17) de Lapradelle, A., & Politis, N., *Recueil des arbitrages internationaux: tome I*, (Pedone, 1905) p.213. : cf. *Glass v. The Sloop Betsey, U.S. Supreme Court Cases & Opinions [Dallas Reports]*, vol. 3 (1794), p. 6.
- (18) 田畑茂二郎「外交的保護の機能変化（二・完）」『法学論叢』53巻1・2号（1947年）394頁。
- (19) Clark, G., "The English Practice with Regard to Reprisals by Private Persons", *A.J.I.L.*, vol. 27, no.3, (1933), p. 723.
- (20) 寺沢一「復仇制度の成立」『法と力—国際平和の模索』（東信堂、2005年）117-118頁。
- (21) 岩月直樹「伝統的復仇概念の法的基礎とその変容」『立教法学』67号（2005年）24-25頁。

その資産に限定されず、加害者の属する集団の構成員であれば誰の資産を捕獲しても良かったことであり、その背景には、共同体の構成員と彼らが属する共同体とを区別しない「集団責任という発想 (l'idée)⁽²⁴⁾」ないし「共同責任理論」の存在が指摘されている⁽²⁵⁾。また、大航海時代にあたる16～17世紀頃には、必要以上に捕獲された金品は返還又は弁済されなければならないという厳密な要件のもと、公的機関による捕獲品の監査及び評定まで行われるようになっていた⁽²⁶⁾。

罪のない人々にまで害を及ぼすという弊害については、当時すでに多くの論者により疑問視されていたにも拘わらず⁽²⁷⁾、このような自力救済の制度が近世においても存続した決定的要因は、当時における国家権力の統一が不十分であったことにある⁽²⁸⁾。中央集権的な近代国家の成立とも17世紀末頃から衰退し、さらに代わって行われるようになった国家による公的復讐によって存在意義をなくした私的復讐⁽²⁹⁾は、戦時に私掠船に敵の財産を海上にて拿捕する権限をあたえる国家の機能を意味するようになり、18世紀末から19世紀初頭の植民地戦争の時代に諸国の不信を被って消滅することになる⁽³⁰⁾。

-
- (22) 寺沢一「前掲論文」(注20) 118頁。Freeman, A.V., *The International Responsibility of States for Denial of Justice* (Longmans, 1938/ reprinted by Kraus, 1970), p. 56. ; Clark, *supra* note 19, p. 705.
- (23) 木村實「『裁判拒否』概念の継承と機能転換」『法律時報』55巻8号(1983年) 99頁。
- (24) de Visscher, C., « Le dⁿⁱ de justice en droit international », R.C.A.D.I., vol.52 (1935-II), p. 370-371.
- (25) 寺沢「前掲論文」(注20) 123-124頁。
- (26) 木村「前掲論文」(注23) 99頁。また、「denial of justice / déni de justice」は、「裁判拒否」と訳されるが、ここでの意味は裁判に限定されない。
- (27) de la Brière, Y., « Évolution de la doctrine et de la pratique en matière de représailles », R.C.A.D.I. (1928-II), pp. 251-252.
- (28) 田畑「前掲論文」(注18) 397頁。
- (29) Politis, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, (1935), p.27.
- (30) 寺沢「前掲論文」(注20) 129頁。

ところで公的復讐は、私的復讐に比べて相手国に対する経済的・政治的圧力としての色彩が強く、19世紀には、従来の資産差し押さえ措置に限らず他国領域の占拠や海上封鎖のような、実体としては戦争行為と変わらない措置が執られるようになった。ただしそれでも当時は、交戦意思を持たない実力行使という意味で平和的紛争処理手続として理解され、戦争回避の手段としての意義を認められていた⁽³¹⁾。つまり、私人が復讐制度の中心にあった時代には、純粋な財産法上の利益の保護、価値賠償の思想が支配的であったのに対して、国家による公的復讐では、その正当化事由を裁判拒否に限定せず広い意味での国際不法行為にまで拡張し、そのため非物質的、精神的損害も考慮されるようになり、さらに国際的非行に対する救正や不法行為の再発防止のための最終手段として用いられるようになった⁽³²⁾。ここでは、自国民の被った損害の回復よりも、国家利益追求のための手段としての性格が強められており、当時において在外自国民の保護に貢献していたのは、むしろ現地における法執行過程への直接の介入としての領事制度に他ならないといわれている⁽³³⁾。

そして、この時代に執筆されたのが、19世紀以降に発展した外交的保護理論を基礎づけるものとして頻繁に引用されるヴァッテルの『万民法すなわち自然法の原理』（1758年）である。彼は同書において「市民を不当に扱う者は、当該市民を保護する義務のある国を間接的に侮辱する。市民の主権者は、彼に対する侮辱の仇をとり、可能であるならば、侵略者に全ての賠償を義務づけ、又は侵略者を罰しなければ、市民は安全という市民組織の大いなる目的に全く到達しないからである」と述べている⁽³⁴⁾。執筆時期を鑑みても、ここで念頭に置か

(31) 岩月「前掲論文」（注21）41－42頁。

(32) 寺沢「前掲論文」（注20）133－134頁。

(33) 小畑「前掲論文」（注8）339頁。

(34) de Vattel, E., *Le droit des gens ou les principes de la loi naturelle* (London, 1758), vol. I, book II, p. 309, para. 71, in *The Classics of International Law* (Washington D.C., Carnegie Institution of Washington, 1916). « Quiconque maltraite un citoyen offense

れているのは外交的保護ではなく復仇の議論であって、被害者の国籍国が行う、主観的な紛争処理手続であることに注意しなければならない。⁽³⁵⁾ 在外自国民保護のための本国による実力行使が、ローマ法起源の「あたかもそうであるかの如く (as if it were)」という擬制と結びついた国際法原則として確立するためには、それが援用される第三者機関たる国際裁判所が整備されるまであと100年ほど待つ必要があった。同書で、市民と保護国との関係や「間接的侮辱」の法的評価について議論が展開されていないのも、復仇の集団責任の理論⁽³⁶⁾ (国家有機体説) に基づけば自明のことだからである。ただし、ここで意識されているように、近代国家の成立によって国家こそが国際法の主体として、外国における自国民の利益に関する「排他的な保護者」⁽³⁷⁾ となったことは、私人による自力救済の禁止による秩序維持と言う観点からは、当然の成り行きであったといえる。

第二節 外交的保護の成立 (19世紀)

他方で、1794年に英米間で締結されたジェイ条約が重要な転機となり、さら⁽³⁸⁾ に19世紀初頭から始まったヨーロッパでの平和運動が普仏戦争後の1870年代頃⁽³⁹⁾ から一層の高まりを見せるにつけ、調停及び仲裁裁判を予定した紛争処理条約

indirectement l'État. Le souverain de celui-ci doit venger son injure, obliger, s'il le peut, l'agresseur à une entière réparation ou le punir, puisqu'autrement le citoyen n'obtiendrait point la grande fin de l'association civile qu'est la sûreté ». (下線は筆者による)

(35) 岩月「前掲論文」(注21) 35-36頁。

(36) Dunn, F.S., *The Protection of Nationals : A Study in the Application of International Law* (Johns Hopkins Press, 1932) p.52.

(37) de Visscher, *supra note 24*, p 373. ; Tiepel, H., traduit par Brunet, R., *Droit international et droit interne* (Pédone, 1920), p. 214.

(38) 木村「前掲論文」(注23) 107頁。Parry, C., "Some Considerations upon the Protection of Individuals in international law," *R.C.A.D.I.* (1956), p.658. ; Dunn, *supra note.36*, pp. 52-53.

(39) Beales, A.C.F., *The History of Peace. A Short Account of the Organized Movements for International Peace* (London, G. Bell, 1931), p.130ff.

が数多く締結された。このような条約に基づく国際裁判実行が19世紀を通じて積み重ねられるなかで、外交的保護制度は形成されてゆくことになる。その初期の代表例は、1899年と1907年のハーグ平和会議で作成された国際紛争平和的処理条約である。同条約は、2条で「兵力ニ訴フルニ先立チ…周旋又ハ居中調停〔仲介〕ニ依頼スルコトヲ約定ス」とし、これらの制度の充実が図られると共に、事実問題の調査を行う国際審査委員会の制度について規定している。また、仲裁裁判の利用を容易にするため本条約によりハーグに常設仲裁裁判所が創設された。国家間の権利義務関係を各国の主観的判断ではなく国際法に基づく第三者の客観的評価に委ねる制度は、戦間期に入るとより一層の発展をみせた。⁽⁴⁰⁾

仲裁で扱われる問題のうち、外交的保護制度の発展に貢献したのは、主として、内戦・内紛時の外国人の損害に対する領域国の責任の問題と、国債の支払い停止をめぐる債務国の責任と債権者の本国の請求権の問題であるといわれている。通常の輸出入に関する商活動については通商条約上の問題として処理されえたため、西欧からラテン・アメリカ諸国への資本輸出に伴う様々な活動が、一般国際法上の制度としての外交的保護に重要な発展をもたらしたのである。⁽⁴¹⁾ 1861年から翌年にかけての英・仏・スペインによるメキシコ干渉がきっかけとなり、ラテン・アメリカの法学者は、国家責任法の理論的深化を通じて欧州および米国の介入主義政策に抵抗しようとしたと指摘されている。⁽⁴²⁾

不戦条約により戦争が禁じられるようになった1930年代半ばには、武力復讐の戦争回避手段としての偽善性が指摘されるようになっていたが、非武力復讐についても、主観的・一方的判断を強制するという性質から、平和的紛争解決手

(40) 岩月「前掲論文」(注21) 45-61頁。

(41) 小畑郁「19世紀中葉における国際返済を求めるイギリス外交的保護権の確立」『神戸商船大学紀要第1類文科論集』38巻(1987年) 2頁。Dawson, F.G., "The Influence of Andrés Bello on Latin-American Perceptions of Non-Intervention and State Responsibility," *B.Y.I.L.*, p. 284.

(42) 小畑「前掲論文」(注15) 2頁。

続としての正当性が疑問視されるようになった。⁽⁴³⁾その背景では、国際裁判制度による客観的な紛争処理こそが平和的な紛争の解決に貢献するとの認識が普及し、一層用いられるようになっていった。⁽⁴⁴⁾ここで、裁判実行を通じて外交的保護が理論化されていったとはいえ、まったく新しい制度が創設されたのではない。私的復仇がもっていた私人の財産的権利の回復という要素と、公的復仇がもっていた公的利益の追求手段としての性格、さらに両者に共通する集団責任の理論が混合されて、国際裁判を通じた在外自国民の権益保護が主張されたに過ぎない。当時は帝国主義が全盛を迎え、西欧強国が、国力増強のため中南米諸国に対する経済的介入を正当化するために、政策論として外交的保護をしばしば用いたことも忘れてはならない。その時の正当化根拠として、引用するのに都合が良かったのがヴァッテルの「間接的侮辱」の議論であったということが出来る。理論の詳細については第三章で検討することにして、ひとまず成立した外交的保護がその後、どのような発展を見せたのかを概観することにする。

第三節 法典化の試み（20世紀以降）

在外自国民の外交的保護制度について、万国国際法学会は早くも1931年のケンブリッジ会期ならびに1932年オスロー会期で討議を行っている。ヴァッテルを引用した「私人に対する侵害をその国籍国に対する侵害であるとみなす」という伝統的かつ古典的な理論が、すでに通説的地位を占めていたとはされてい

(43) García Amador, F.V., "First Report on International Responsibility," UN Doc. A/CN.4/96, in *ILC Yearbook 1956*, vol.II, p.208 ; *ILC Yearbook 1958*, vol. II, pp.54-55. 岩月直樹「紛争の『平和的』解決の意義—復仇と対抗措置の非連続性」『本郷法政紀要』7巻（1998年）404-405頁。

(44) ILC 条文草案第二読では、外交的保護を「外交的行動その他の平和的解決手段により、自国民である自然人または法人が国際違法行為により被った損害に関する他国の責任を援用する」と定義されている。Draft Articles on Diplomatic Protection (Second reading 2006) [hereinafter, "Second Draft on Diplomatic Protection 2006"], in *ILC Report 2006*, UN Doc. A/61/10, Art. 1 & its commentary para (1).

るが、これに対しては、国際法上の個人の権利主体性を強調する諸説からの反論、より正確には「伝統的理論」の正しい内容に関する見解の相違が早くもあらわれていた。具体的には、国家は国際法上自国民の保護義務を負うとする義務説、⁽⁴⁶⁾外交的保護を国際社会における正規の法状態を実現するための一つの職能（fonction）としての国家の権限と位置づけ裁量性を否定する職能説、⁽⁴⁷⁾国家自体には損害は生じておらず、構成員たる個人の権利侵害を国が代理（substitution）または代表して（représentation）請求するとする説などが有力に唱えられたのである。しかしながら、義務説と職能説は、当時においても、⁽⁴⁸⁾そしてたとえ現在においても、国家実行による支持はなく、単なる政策・立法⁽⁴⁹⁾

- (45) 加藤信行「外交的保護に関する『埋没理論』の再検討」『北大法学論集』32巻4号（1982年）982-987頁。田畑「前掲論文」（注18）406-411頁。
- (46) de la Barra, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol.37 (1932), p.263 ; de la Pradelle, *Ibid.*, pp.492-493 ; Coudert, *Ibid.*, p.500.
- (47) Rolin, H., *Ibid.*, p.500 ; de Visscher, C., translated by Corbett, P.E., *Theory and Reality in Public International Law* (Oxford Univ.Pr., 1968, original 1957), p.273 ; Scelle, G., «Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, vol. 46 (1933-IV), p. 657, pp. 660-663.
- (48) Ralston, J.H., *The Law and Procedure of International Tribunals, Revised ed.* (Stanford Univ. Pr., 1926), pp.147-148 ; Eagleton, C., *The Responsibility of States in International Law* (1928) (Kraus reprint 1970), p.221 ; Von der Heydte, F. A., "L'individu et les tribunaux internationaux", *R.C.A.D.I.*, t.107 (1962-III), pp.325-326 ; Maximilian, L., "Governmental Espousal of Private Claims before International Tribunals," *Chicago L. Review*, vol.13 (1945), p.189.
- (49) ILC デュガード第一報告書の4条では、「侵害が他国に帰責する強行規範の重大な違反から生じた場合に、当該侵害を受けた私人が当該侵害に関する訴訟を権限を有する国際裁判所に提起できない限りにおいて、国籍国は当該私人の請求に基づき被害者のために外交的保護を行使する法的義務を負う」ことを提案した。外交的保護により国家利益が危険にさらされる場合などの例外規定を設けたにも拘わらず、その後の ILC および第六委員会での議論はおおむね否定的であり、報告者も *lex ferenda* であることを認めていたため、同条の規定は以後の作業では削除されることとなった。ILC Yearbook 2000, Vol. II (2), UN Doc. A/55/10, paras.447-456.

論として *lex ferenda* の地位にとどまっている。また、代理説が実体法上の根拠を獲得するには、第二次大戦後の国際人権法の発展を待たなければならなかった。いずれにせよ、当時の国家実行を見る限りでは、いまだ西欧の要求する国際標準説と南米の抵抗理論としての国内標準説とが対立を見せていたことから分かるように、外国人待遇に関する国際法上の一般合意が存在しないことが前提とされていたため、⁽⁵⁰⁾ 想定される権利保護のレベルも、各国の裁量の範疇で処理しうる問題であった。

その後、第二次世界戦による中断を経て、代理説の展開に貢献したのは、国家責任条文草案の初代の報告者ガルシア・アマドールである。1962年以降、アゴ提案による二次規則、つまり国家の国際責任一般に関する諸規則の法典化作業の中で、⁽⁵¹⁾ 条約法典化の影響を受けた ILC は、多数国間的な権利・義務関係についても扱うようになるが、⁽⁵²⁾ 伝統的には国家責任法の規律対象は専ら二国間における法関係、外交的保護の問題として認識されていたため、⁽⁵³⁾ 彼は、法典化の対象を一貫して「外国人」侵害の二国間関係における国家責任規則に

(50) 木村實「人権条約の履行確保と国内的救済の原則—外交的保護制度とヨーロッパ人権条約との対比を中心に」広部和也、田中忠（編）『国際法と国内法』（勁草書房、1991年）567-571頁。Vermeer-Künzli, *supra note 6*, pp.43-44 ; Dekkers, *supra note 6*, at 117 ff.

(51) Report by Mr. Roberto Ago, Chairman of the Sub-Committee on State Responsibility, UN Doc. A/CN.4/152, in *ILC Yearbook 1963*, Vol.II, pp.227-237, para.4 and Appendix I.

(52) State Responsibility : Note by Special Rapporteur Ago, UN Doc. A/CN.4/196, *ILC Yearbook 1967*, vol.II, pp.325-327 ; Summary Records of the Meetings of the 19th session 1967, 634th meeting on 6 July 1967, *Ibid.*, vol.I, Ago (pp.225-228). cf. Spinedi, M., "From One Codification to Another : Bilateralism in the Genesis of the Codification of the Law of Treaties and the Law of State Responsibility", *E.J.I.L.*, vol. 13, no. 5 (2002), p.1109.

(53) cf. *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Nouvelle requête : 1962), (Belgique c. Espagne), Deuxième phase, Arrêt du 5 février 1970, *C.I.J. Recueil 1970*, para.33.

限定した。⁽⁵⁴⁾そこでは、国際人権法の発展が念頭に置かれながらも、個人も国家責任の領域における能動的かつ受動的な権利義務主体であるとして、このような新しい国際法規則と伝統的な外交的保護に関する規則との統合が提唱された。⁽⁵⁵⁾外交的保護の請求根拠は国家の権利に対する侵害ではなく、専ら個人の権利に対するものであり、⁽⁵⁶⁾国家による賠償請求権は純粹に代表的性質にとどまると彼は主張する。⁽⁵⁷⁾国際法上の権利侵害を被った自国民保護のために請求を提起する「手続的権利」(二次的権利)を国籍国がもつという理解である。⁽⁵⁸⁾国籍国は、自国民の権利を主張する代理人や保護者として、自らのもつ二次的権利を裁量的に行使するのであり、⁽⁶¹⁾他国による国際法違反として生じる侵害から、自

-
- (54) Draft on international responsibility of the State for injuries caused in its territory to the person or property of aliens, in *ILC Yearbook 1958, vol. II*, pp.71-73 ; Revised version, in *ILC Yearbook 1961, vol. II*, pp.46-54. ; Spinedi, *supra note 52*, pp.1099-1101.
- (55) García Amador, "First Report", *supra note 43*, pp.176, 188-192, 197-203. ; García Amador, , "Third Report on International Responsibility," UN Doc. A/CN.4/111, in *ILC Yearbook 1958, vol. II*, pp. 62, paras. 2-5. ; García-Amador, , "Sixth Report on International Responsibility," UN Doc. A/CN.4/134 and Add.1, in *ILC Yearbook 1961, vol. II*, pp.46-56 ; 安藤仁介「国家責任に関するアマドール案の一考察—「国際的な基本的人権」と「国際標準主義」の関係について—」太寿堂鼎(編)『変動期の国際法 田畑茂二郎先生還暦記念』(有信堂、1973年)278頁。
- (56) García Amador, "First Report", *supra note 43*, p. 196, para. 122, p. 214, para. 217; García Amador, "Third report", *supra note 55*, p. 65, para. 18.
- (57) García Amador, *R.C.A.D.I.*, *supra note 9*, pp.472-474.
- (58) Bennouna, *supra note 11*, para.49 ; Pisillo Mazzeschi, R., "International Obligation to Provide for Reparations," in Randelzhofer, A. & Tomuschat, C. (eds.), *State Responsibility and the Individual* (M.Nijhoff, 1999) , pp.145-150.
- (59) Dugard, "First Report", *supra note 9*, paras.17-19 ; García Amador, *R.C.A.D.I.*, *supra note 9*, pp. 421, 437-439 ; García Amador, "Second Report", UN Doc. A/CN.4/106, *ILC Yearbook 1957, vol. II*, pp. 112-116. *See also* Bennouna, *supra note 11*, paras. 34- 37.
- (60) Leigh, G. I.F., "Nationality and Diplomatic Protection," *I.C.L.Q.*, vol.20, no.3 (1971), p.455 ; *See also* van Panhuys, H.F, *The rôle of nationality in international law : an outline* (Leyden : A.W.Sythoff, 1959), pp.61-62.
- (61) Bennouna, *supra note 11*, para.49.

国民とその財産の保護を許す権利が国籍国に留保されている⁽⁶²⁾。このようにして、彼は、人権法を二国間関係で捉えるという議論を提起したが、当時の ILC はこれを拒否し、次の報告者のアーゴ以降の方針転換で、この第一報告者の提起した論点は、国家責任法の法典化作業では完全に放棄されることになる。ただし、議論が紛糾したのは事実⁽⁶³⁾にせよ、放棄されるべき正当化根拠を ILC は十分には示していなかったため、この議論は後年再び注目されることになる。

国際法委員会 (ILC) は、1996年 (第48会期) にはじまる外交的保護に関する規則の法典化作業においても、国家責任条草案と同様に対象を国際違法行為の結果である二次規則に限定し⁽⁶⁴⁾、特別報告者となったベンヌーナ、デュガードの手を経て、2004年に条草案第一読を⁽⁶⁵⁾、2006年 (第58会期) には第二読草案を採択した。その後、同草案については、国連総会が決議61/35でテイクノート⁽⁶⁶⁾し、2010年10月20日に第六委員会で条約化の可否も含めた審議が行われ

(62) Leigh, *supra note 60*, p.455.

(63) Müller, D., "The Work of García Amador on State Responsibility for Injury caused to Aliens," Crawford, J., Pellet, A., Olleson, S., (eds.), *Oxford commentaries on International Law : The Law of International Responsibility*, (Oxford Univ. Pr., 2010), p.72.

(64) Diplomatic Protection, Report of the Working Group (3 July 1997), UN Doc. A/CN.4/L.537, paras.11-12 ; *ILC Report 1997*, UN Doc. A/52/10, Chapter VIII Diplomatic Protection, B. Report of the Working Group, p.61, paras.180-181. ただし、この点について ILC 委員のジンマは、国家責任に関する審議から一次規則が除かれた理由は単純であったとしても、一次規則により規律される外国人の取扱いの問題においては、一次規則と二次規則は不可分であり、ILC は将来、一次規則の問題を検討しなければならないであろうと補足をしている。cf. Summary Records of the Meetings of the 49th session 1997, in *ILC Yearbook 1997*, vol.I, 2513th meeting on 15 July 1997, Simma (pp.276-277, para.43).

(65) Draft Articles on Diplomatic Protection (First reading 2004) [hereinafter, "First Draft on Diplomatic Protection"], *ILC Report 2004*, UN Doc. A/59/10, paras. 59-60.

(66) UN Doc. A/RES/61/35.

たが⁽⁶⁷⁾、事前に提出を要請されていた各国政府の見解を見る限りでは、現時点では完全な意見の対立が見られるため、当面は国際訴訟に関するガイドライン的役割を果たすものと予想される⁽⁶⁸⁾。⁽⁶⁹⁾

外交的保護条文草案の起草過程では、最初に報告者に選出されたベンヌーナがガルシア・アマドールを継承した代理説の立場をとり、ILC に対して「国家は自らの権利を主張しているのか、それとも侵害を受けた国民の権利を主張しているのか」について検討する必要があると主張した。この主張については、予想通り ILC 内で議論が紛糾し、次の報告者となったデュガードは、「通説」として「マヴロマチス定式」を採用すること⁽⁷⁰⁾で、2004年の第一読草案へと議論を収束させることに成功する。⁽⁷¹⁾

第一項 ベンヌーナとデュガードの違い

外交的保護条文草案の起草に関する ILC の議論では、現代国際法の文脈で外

(67) 第65会期（2010）の議論状況については、近日中に第六委員会のウェブページに掲載される予定である。<<http://www.un.org/en/ga/sixth/65/DiploProtect.shtml>>

(68) 現時点で、同草案の条約化に賛成しているのはフランスとポルトガルのみである。反対派では、より進歩的な内容に発展させるべきとするオランダを除いて、オーストリア、エストニア、マレーシア、イギリス、アメリカが時期尚早として消極的な姿勢をとっている。特にマレーシアは、外交的保護は国家裁量権の問題として条約による規律を受けるべきではないとまで明言し、強固な反対の態度を示している。UN Docs. A/65/182 and A/65/182/Add.1.

(69) *ILC Report 1996*, UN Doc. A/51/10, paras. 244–245, 248–249, and annex II, addendum 1.

(70) Bennouna, *supra note 11*, paras.50, 54.

ちなみに英語版の50項はバルセロナ・トラクション事件の説明として、外交使節の権利は“legally protected interest at the national level”と表記されているが、誤植であり、フランス語原文では« d'un intérêt juridiquement protégé » sur le plain internationalと書かれている。（下線は筆者による）

(71) Dugard, “First report”, *supra note 9*, para.21 ; *Ibid.* Comments to Article 1, para.33–46 ; *See also* Summary Records of the Meetings 1998, *Ibid.*, 2521st meeting on 29 April 1998, Addo (p.12, para. 7).

外交的保護が論じられる際にみられる、典型的な2つの主張が対峙していたといえる。つまり、ベンヌーナに代表されるように、法実証主義的な立場から外交的保護の法的擬制に疑義を呈し、あわよくばその内容を変更しようとする立場と、デュガードに代表されるような、手段としての外交的保護を論じる機能主義的な立場である。⁽⁷²⁾ いずれにせよ、通説としての伝統的な外交的保護理論を改革しようとする試みであることには変わりない。

まずベンヌーナは、国家は、国際違法行為の結果として侵害を被った自国民を保護するために国際請求を提起する「手続的」権利を持つのであり、そのような権利を国家は自由に処分することができる⁽⁷³⁾と指摘する。そして、「外交的保護について伝統的な擬制を維持するのであれば、国家が「自らの権利を行使している (fait valoir son propre droit / enforcing its own right)」のか、それとも国家は「国際的に保護される権利」を持つ在外自国民の代理 (le mandataire / agent) 若しくは代表 (le représentant / representative) にすぎないのかについて⁽⁷⁴⁾、再度検討しなければならない、どちらを選択するかによって、国家の義務よりも主権を重視する古い慣習を重視するのか、国際的な人権の承認による現実を考慮に入れた、漸進的発展及び慣習の採用を重視するのかが変わる」と問いかけている。

これを受けた ILC の議論では、国家は、元来個人に付与された権利を代理で (vicariously) 行使したのであり、当該国家は直接的な利益を持たず、保護される権利と当該権利の行使とは区別されるべきとの見解が討議の中で示され、これに特別報告者も賛同している。⁽⁷⁵⁾ すなわち、ベンヌーナは、黙示的にで⁽⁷⁶⁾

(72) Pergantis, *supra note 10*, p.353-354 ; Zieck, M., "Codification of the Law on Diplomatic Protection : the first eight draft articles," *Leiden J. of Int'l L.*, vol. 14, no. 1 (2001), p.210.

(73) Bennouna, *supra note 11*, para.49.

(74) *cf.* Barcelona Traction, Deuxième phase, *supra note 53*, p.35.

(75) Summary Records of the Meetings of the 50th session 1998, in *ILC Yearbook 1998*, vol. I (Part One), 2522nd meeting on 30 April 1998, Sepúlveda (p.19, para.5).

(76) *ILC Report 1998, supra note 11*, p.46, para.80.

はあるが、マヴロマチス定式による伝統的外交的保護の放棄を提案しているといえるのである。⁽⁷⁷⁾

他方のデュガードは、一見したところ伝統的議論を踏襲しているようにも見えるが、実際には、従来から議論的となってきた法的擬制の内容についての考察を単純に放棄しているにすぎない。このような対応は、ベンヌーナならびに国家責任条文起草時のガルシア・アマドールが提唱した「代理ないし代表行使」という概念が、何人もの委員による強固な批判に晒されたことから生まれた、一種の防御策であると推測される。⁽⁷⁸⁾

擬制の議論を放棄する代わりに、彼は「国家が国際関係における支配的行為者」である現状を鑑みて、外交的保護が「依然として人権保護のための最も実効的救済手段である」と強調し⁽⁷⁹⁾、人権保護の実効性の観点から、個人による国際請求権が限定的である「現実を補完するため」に必要であると提唱する⁽⁸⁰⁾。個人を主体でも客体でもない「参加者 (participant)」と位置づけることによっ⁽⁸¹⁾て、独自の国際法観を紡ぎ出そうとしているのである。この手法が ILC 内で

(77) Pellet, A., "The Second Death of Euripide Mavrommatis? Notes on the International Law Commission's Draft Articles on Diplomatic Protection," *The Law and Practice of Int'l Courts and Tribunals*, vol.7, no.1 (2008), para.14.

(78) Pellet, *Ibid.*, para.18 ; Summary Records of the Meetings 1998, *ILC Yearbook 1998*, vol. 1 (Part One), 2523rd meeting, 1 May 1998, Pellet (pp. 28-29, para. 21) ; ベンヌーナに対する批判としては *Ibid.*, 2520th meeting on 28 April 1998, Brownlie (p.7, paras. 26-27), Economides (p. 7, para. 30), Simma (p. 9, para. 49), Goco (p. 10, para. 58), 2521st meeting on 29 April 1998, Addo (p. 12, para. 9), Pambou-Tchivounda (pp.13-14, paras. 21-25), Dugard (p. 14-115, para. 33), Hafner (p.16, para. 45).

(79) Dugard, "First report", *supra note 9*, paras.22-32.

(80) Dugard, "First report", *supra note 9*, paras.21-32 ; *Ibid.* Comments to Article 1, para.33-46 ; *See also* Summary Records of the Meetings 1998, *supra note 78*, 2521st meeting on 29 April 1998, Addo (p.12, para. 7).

(81) *cf.* Higgins, R., *Problems and Process. International Law and How We Use It* (Oxford Univ. Pr., 1994)pp. 48-55.

の議論の対立を回避するのに一定の効果を有したことは確かであり、さらには⁽⁸²⁾難民や無国籍者に対する外交的保護（8条）という従来の枠組みでは捉えきれない事態についても漸進的發展として条文化することに成功した。このようなアプローチ、つまり法的擬制について深慮しないという方針は、各国政府からも取り立てて批判を受けることはなく、第一読草案まで維持されることになる。

第二項 第二読草案（2006年）での変更

しかしながら、ここでまた、ガルシア・アマドールの主張が再び登場することになる。第一読草案（2004年）には明記されていた「自らの権利において（in its own right）」という文言が、第二読草案（2006年）では削除されるのである。⁽⁸⁴⁾この文言の削除については、第一読草案について各国政府が提出した見

(82) cf. Summary Records of the Meetings of the 54th session 2000, *ILC Yearbook* 2000, vol.I, 2617th-2620th meetings.

(83) See, e.g., Summary Records of the 19th Meeting of the Sixth Committee, Spain (UN Doc. A/C.6/55/SR.19, 30 Oct 2000, para. 3), Italy (*Ibid.*, paras.13, 15), Japan (UN Doc. A/C.6/57/SR.21, 30 Oct 2002, para.1) ; Topical summary of the discussion held in the Sixth Committee, UN Doc. A/CN.4/513 (2000), paras.191-196, 207-209 ; UN Doc. A/CN.4/521 (2002), para. 69 ; UN Doc. A/CN.4/529 (2003), paras. 21-22, 24.

(84) First Draft on Diplomatic Protection 2004, *supra note* 65.

“Article 1 Diplomatic protection consists of resort to diplomatic action or other means of peaceful settlement by a State adopting in its own right the cause of its national in respect of an injury to that national arising from an internationally wrongful act of another State.”（下線は筆者による）

Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra note* 44.

“Article 1 For the purposes of the present draft articles, diplomatic protection consists of the invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that State to a natural or legal person that is a national of the former State with a view to the implementation of such responsibility.”

解、殊にイタリア政府による次のような批判が重視され、ILC 内で一定の賛同を得たことが大きく影響している。「とりわけ国家が『自らの権利として自国民の請求を採り上げる (adopting in its own right the cause of its national)』という文言は過度に伝統的である。この文言は、外交的保護権を当該保護行使国家が有することのみならず、同国が国際違法行為によって侵害された権利をも有していることを含意する。しかし、このような理解は現代国際法においては、もはや妥当しない⁽⁸⁵⁾」。

起草委員会の議長が「国家が自らの権利において行動しているのか、個人の権利において行動しているのか、もしくは両方であるのかという問題は留保されている」と説明したとおり、第二読草案では「国家が自らの権利に基づいて行動するという国際法上確立された原則を妨げない」ことに配慮しながら、外交的保護の根拠への言及を避けることで、侵害国の責任に焦点を当てる形の条文に落ち着くこととなった⁽⁸⁶⁾。このような起草委員会の配慮は本会議でも支持され、保護対象である権利の保有者についてさらなる検討は加えられずに、「1条は、外交的保護を行使する国家が自己の権利を行使するのか、自国民の権利を行使するのか、それとも両方なのかについては答えないように定式化されている」としながら⁽⁸⁷⁾、1条以外の条文のコメンタリーからマヴロマチス特許事件に対する言及を削除するという作業が行われた。さらに、同条のコメンタリーでは「個人は、慣習においても条約においても、自国においては自国政府に対して、海外においては外国政府に対して、個人を保護する国際法における多くの一次規則の実体 (subject) である」として、今日では伝統的な法的擬制が用

(85) Diplomatic Protection : Comments and Observations received from Governments, UN Doc. A/CN.4/561/Add.2, Italy (p.2) ; 同様の批判は、オーストリア及びオランダからも寄せられた。See also Australia (p.11) and Netherlands (p.12), UN Doc. A/CN.4/561/.

(86) Summary Records of the Meetings of the 58th session 2006, 2881st meeting on 30 May 2006, UN Doc. A/CN.4/SR.2881, p. 12. 例えば、2条を参照。

(87) Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra* 44, Commentary to Article 1, para. (5).

いられていた時とは状況が全く異なると念を押している⁽⁸⁸⁾。

以上で見たように、法的擬制に対するガルシア・アマドールの主張は、21世紀には伝統理論に対する有力な反論として認識されるようになったのであるが、同時に、ILCは外交的保護の定義についての第1条を、玉虫色の解釈が可能な状態で放置し、法的擬制に関する疑問については立場を示さないまま作業を終了してしまった。このことは、外交的保護の擬制についての共通理解が全く存在しないという、国際社会の現状を反映している。しかしながら、ここで疑問が残るのは、批判する側も擁護する側も、「伝統的理論」の説明として、ヴァッテルやボーチャードの著作、マヴロマチス特許事件判決などの一部の言明を抜き出して言及するにとどまり、それが一体どのような内容の擬制であるのかが、必ずしも明確にしていなかったということである。そのために、「伝統的理論」の理解が共通しておらず、議論が紛糾する原因となってしまっているのではないか。よって次章では、伝統的な外交的保護の法的擬制の理論構造について検討することにする。

第二章 議論構成

伝統的な国家責任法の実体規則は、国際標準主義に基づく外国人待遇義務であり、責任を追及するための手続規則が外交的保護制度である⁽⁸⁹⁾。伝統的多数説では、対象を外交的保護に限定した上で、実体的損害を責任発生要件の一つとし、発生した損害の払拭を国家責任法の目的として認識していたと言われる⁽⁹⁰⁾。この外交的保護制度の国家的性質について、田畑茂二郎が、すでに見たような中央集権的な近代国家の成立に伴う歴史的な現象であると言うだけでは説明さ

(88) *Ibid.*, Commentary to Article 1, para.(3)

(89) 松井芳郎「伝統的国際法における国家責任法の性格—国家責任法の転換(1)」『国際法外交雑誌』89巻1号(1990年)4-20頁。

(90) 西村弓「国家責任法の機能—損害払拭と合法性コントロール—」『国際法外交雑誌』95巻3号(1996年)51頁。

れないとし、その根拠を重商主義に求め、「全体としての国家が単に政治的のみならず経済的にも一個の主体」として認識されていたと指摘したことは、我が国においてはあまりに有名である⁽⁹¹⁾。つまり、差額貿易制度のもとで、個人は対外的に一つの経済単位である国家の構成分子とみなされ、その富の増減が国家の富の増減に直結するとみなされるため、他国の国際違法行為に対する私的請求は、それ管理する国家の権利として構成されるというのである⁽⁹²⁾。このような国家的性質が、重商主義という根拠が消滅した現代においてもこの議論が通用する根拠を、例えば松井芳郎は、アダム・スミスの自由貿易論ないし資本主義国家の性質によって説明する。つまり、在外自国民の保護は、主権者の3つの義務（社会を外敵から保護する義務、厳正な司法を確立する義務、外交使節のような「公共施設」を維持する義務）の全てに関係する極めて重要な位置を占めているために、国際法は自国民の貿易活動を対外的に保護する資本主義国家の目的に資するというのである⁽⁹³⁾。すでに見たように、外交的保護の成立の経緯においては、必ずしも私人の権利保護のみが正当化根拠として考慮されていた訳ではないこと、また現代においても、国家が外交的保護の行使につき裁量権を有することを鑑みるに、このような経済政策的論拠は一定の説得性を持つように思われる。

しかしながら、21世紀の法典化作業で専ら人権保護手段としての性質が強調され、外交的保護の国家的性質が批判の矢面に立たされたのは、国家の経済政策と対立し侵害される可能性のある「人権」が想定されているからに他ならない。国家は権利の「保護者」でありながら、同時に「侵害者」ともなりうるのである。上述したような経済理論は念頭に置くべきではあるが、ここではあく

(91) 田畑「前掲論文」(注18) 389-401頁。

(92) 藤田久一「国際法における個人請求権の理論的基盤」松井芳郎・木棚照一・葉師寺公夫・山形英郎(編)『グローバル化する世界と法の課題』(東信堂、2006年) 476頁。

(93) 松井「前掲論文」(注89) 15-18頁。大内兵衛・松川七郎(訳)『諸国民の富・II』(岩波書店、1967年) 1008頁。

まで、外交的保護の国家的性質がいかなる国際法理論によって説明され正当化されると考えられてきたのかについて検討したい。

第一節 事実認定説（マヴロマチス定式）

外交的保護の伝統的理解は、ILC 条文草案の2人の特別報告者も報告書の冒頭で触れているように、⁽⁹⁴⁾リーディング・ケースとされる1924年のマヴロマチス特許事件判決の一節に明快に表現されている。つまり PCIJ によれば、「自国民が他国の国際違法行為により侵害を受け、通常的手段では満足を得ることが出来ない場合に、その本国が自国民を保護する権利を有するというのは国際法の基本原則である。ある国民の事件を採り上げ、当該自国民のために外交上の活動や国際司法手続に訴えることにより、現実には国家は自らの権利、換言すれば、自国民について国際法規則の尊重を確保する権利を行使している。ゆえに、事実上多くの国際紛争においてそうであるのだが、本件紛争が私人の利益に対する侵害に由来するのか、という問いは、この観点からは不適切である。ひとたび国家が国際法廷において自国民のために事件を取り上げれば、国際法廷から見れば国家は唯一の請求権者（*plaigneur*）である。」

この判決文を素直に解釈するのであれば、事実としては個人に対する侵害が生じているにせよ、国際法的にはあくまで「自国民について国際法規則の尊重を確保する」という国家の権利に対する侵害のみが生じていることになる。マヴロマチス定式は ICJ になってからも引用されており、⁽⁹⁶⁾長年にわたって裁判実行上の通説としての地位を築いてきた。

(94) Bennouna, *supra note 11*, paras. 15–32 ; Dugard, “First Report”, *supra note 9*, paras.12–13.

(95) *Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c. Royaume-Uni)*, C.P.J.I., Série A, N°2, Arrêt du 30 août 1924, p. 12 ; *Voir aussi Affaire du Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis (Estonie c. Lituanie)*, C.P.J.I., Série A/B, N° 76, Arrêt du 28 février 1939, p. 16.

(96) たとえば, *Barcelona Traction*, *supra note 53*, p. 46, para. 85.

ところで、このような PCIJ の立場に少なからぬ影響を与えている人物として、同事件の裁判官でもあったアンチロッチの存在を忘れることはできない。彼によれば、個人は国内法の見地からは権利義務主体であるにしても、国際法においては国家権力の客体 (*un objet de la puissance de l'État*) にすぎず、「外国に対してその国民を保護することによって、実は国家は、あらゆる不当な侵害から、すなわち、外国による国際法上根拠のない全ての要求から、自己自身の利益 (*son propre bien*) を保護している」とされる⁽⁹⁷⁾。そのため、自国民の被った損害について他国の責任が認められる時に国籍国が援用するのは、「個人の被った損害ではなく、個人に対し国家の有する権利を侵害したことに基づく」権利であり、当該国家の権利と、個人の被った損害の関係は問題ではない。たとえ個人の利益の実現が国際訴訟の目的であっても、当該利益は国家間秩序においては「国家の相互的権利義務の対象」としてのみ考慮され、第一次世界大戦の講和条約設立された混合仲裁裁判所への個人の出訴権さえも、各国憲法の条約の承認・公布手続を通じて国内規範となると理解されるために、個人の権利は専ら国内法によって具体的な保護を受けるとい⁽⁹⁸⁾う。そのため、無国籍者については国際法上の責任追及制度が機能せず、「国籍に関わらず全ての人間について、对人的または対国家的に適用される、各国国内法によってのみ」保護され⁽⁹⁹⁾るとするのである⁽¹⁰⁰⁾。

このような厳格な二元論の立場からは、個人はあくまで国内法上の行為能力⁽¹⁰¹⁾

(97) Anzilotti, D., « La responsabilité internationale des états—à raison des dommages soufferts par des étrangers », *R.G.D.I.P.* (1906), pp.8-9. この箇所の翻訳については、田畑茂二郎「外交的保護の機能変化 (一)」『法学論叢』52巻4号 (1946年) 199-200頁も参照。

(98) Anzilotti, *Ibid.*, p.10.

(99) デイ・アンチロッチ (著) 一又正雄 (訳) 『国際法の基礎理論』(厳松堂書店、1942年 [復刻限定版、1971年]) 144-148頁。なお、原書は1927年刊行である。

(100) Anzilotti, *supra note 97*, p.12-13.

(101) アンチロッチは、個人の国際法主体性を否定する厳格な二元論を説くトリーパー理論の影響を受けている。田中忠「国際法と国内法の間をめぐる諸学説とそ

を持つにとどまり、国際法から見れば、国籍という人的管轄に基づく国家の構成要素、国家の財産の一部、統治の客体ないし取引の対象としか認識されない⁽¹⁰²⁾。つまり、個人のもつ権利はおよそ国内法上の権利であって、国際法上は単なる「事実」として認識されるにとどまるといことになる⁽¹⁰³⁾。

同じ見解はその後、アンチロッチが裁判長を務めた1928年のホルジョウ工場事件本案判決に引き継がれ、個人の被った損害は「国家が受け取るべき賠償を算定するための便宜的な基準を提供する」にすぎないとされている⁽¹⁰⁴⁾。また、同年のダンチツヒ裁判所の管轄権事件勧告的意見では、ダンチツヒ自由都市がポーランドと締結した鉄道会社の職員協定の法的地位が争点となったが、PCIJは、同協定は国際協定であるため原則的に個人の権利義務を直接に規律するものでないことを確認している。そして、「国際協定の客体 (object) そのものは、締約国の意図に従って、個人の権利義務を創設しかつ国内裁判所で執行す⁽¹⁰⁵⁾」

の理論的基盤」『国際法与国内法』（勁草書房、1991年）31-39頁。彼等の議論に対しては、ヘーゲルの国家有機体説やイエリネックの社会的事実としての国家といった、ドイツ公法学における国家観の影響が指摘されている。これらは、国家の存在をその構成員に先行して認め、個人を基本的に国家権力の客体としてとらえる点において、ヴァッテルが依拠するような、個人の自由意思による契約の結果として国家が生じたとする社会契約説的な国家観とは対照的である。

Portmann, R., *Legal Personality in International Law* (Cambridge Univ. Pr., 2010), pp. 35-38, 52-64.

(102) Deen-Racsmany, Z., "Diplomatic Protection and International Criminal Law : Can the Gap Be Bridged?," *Leiden J. of Int'l L.*, vol.20, no.4 (2007), p.911, footnote 8.

(103) 田畑「前掲論文」(注18) 402頁。

(104) 田畑「前掲論文」(注97) 199-200頁。cf. Anzilotti, D., « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *R.G.D.I.P.*, t.13 (1906), pp.5-8. ; Hershey, A.A., *The Essentials of International Law and Organization*, rev. virsion (N.Y. ,Macmillan Company, 1927), p.347.

(105) 萬歳寛之「国家責任の認定過程における国内法の機能と役割」『早稲田大学大学院法研論集』94号（2000年）178頁。

(106) *Affaire relative à l'Usine de Charzów*, P.C.J.I., Ser.A, N°17, Demandé en indemnité, fond, arrêt du 13 septembre 1928, p.28.

ることが可能である締約国による、一定の規則の採択となりうることについては、争われていない」と述べ、個人の法関係のような専ら国内法上の制度についても、条約締約国の意思によっては、国際法上、「客体」として一定程度の考慮要因となることを示した。⁽¹⁰⁷⁾ 1929年のセルビア公債事件でも、PCIJ は国家と私人の間の契約を規律するのは国内法であるとする⁽¹⁰⁸⁾ことで、特定の私法関係を国際法の客体として扱うという合意が国家間で形成されていない場合、当該私法関係が国際法上考慮されないことを確認した。さらに、1939年のパネヴェジズ・サルズチスキス事件では、国内的救済完了原則の根拠として「原則として全ての国で、個人の財産権及び契約上の権利は国内法に属する」ということを再び言明している。⁽¹⁰⁹⁾

(107) Jurisdiction of the Courts of Danzig, Advisory Opinion asked by the Council of the League of Nations, Ser. B, No.15, (3 March 1928), pp.17-18.

(英語正文) “But it cannot be disputed that the very object of an international agreement, according to the intention of the contracting Parties, may be the adoption by the Parties of some definite rules creating individual rights and obligations and enforceable by the national courts.”

(仏語訳文) « Mais on ne saurait contester que l’objet même d’un accord international, dans l’intention des Parties contractantes, puisse être l’adoption, par les Parties, de règles déterminées, créant des droits et obligations pour des individus, et susceptibles d’être appliquées par les tribunaux nationaux.»

英語正文では、下線部（著者注）が、“Parties”にかかるのか、“rules”にかかるのか判然としないため、ローターパクトのように、締約国が意図とするのであれば条約は個人に対して直接適用可能になると解することも可能である。Lauterpacht, H., *The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice* (Longmans, London, 1934), pp.51-53. 正文の不明確さを鑑みても、このような解釈は過度に個人の国際法主体性を強調するものであり、仏文訳並びに同事件の裁判長を務めたアンチロッチの見解に従うならば、ここは Parties にかかると理解するのが妥当である。cf. Portmann, R., *International Personality in International Law* (Cambridge Univ. Pr., 2010), pp. 69-73.

(108) Affaire concernant le paiement de divers emprunts Serbes émis en France (Serbie c. France), C.P.I.J., Série A, N° 20, Arrêt du 12 juillet 1929, pp. 41-42.

(109) Affaire du Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, *supra note 95*, p.18.

この時期までの学説を俯瞰してみるに、在外自国民保護権限の根拠としてあげられているのは、平等権⁽¹¹⁰⁾、自己保全権⁽¹¹¹⁾、通商権⁽¹¹²⁾、国家の名誉への損傷などであり⁽¹¹³⁾、いずれも侵害法益の国家的性質を強調している。

要するに、アンチロッツ説とも呼べるマヴロマチス定式では、厳格な二元論を背景に、国際法の妥当根拠は国内法から完全に独立しており⁽¹¹⁴⁾、私人に対する侵害の有無は、国際法上はむしろ、単に違法行為の構成要件たる事実認定の問題として処理されるべき性質のものと捉えられている⁽¹¹⁵⁾。ここでは、間接侵害と直接侵害との区別は意味をなさない。このような議論は、国籍国に対する損害の発生時点は個人に対する侵害の発生時点であり、請求提起の前提条件としての国内的救済完了や国籍継続といった要件は、単なる手続的要求にすぎないという結論に親和的である⁽¹¹⁷⁾。他方で、そのように理解すれば、コルフ海峡事件（無害通行権の侵害）、テヘラン人質事件およびコンゴ領域における武力活動事件（公館の不可侵等、外交・領事関係条約違反）、逮捕状事件（外務大臣の

(110) Pomeroy, J. N., *Lectures on International Law in Time of Peace* (Woolsey's ed., Boston, 1886), sec.205 et seq.

(111) Hall, W. E., *A treatise on the foreign powers and jurisdiction of the British Crown.*, (6th ed., Atlay, Oxford, 1909), p. 273, sec. 2.

(112) Oppenheim, L., *International law, a treatise, 2nd ed.* (London-N.Y., 1912), sec. 142, 319..

(113) Brierly, J.L., "The Theory of Implied State Complicity in International Claims," *B.Y.I.L.*, vol.9 (1928), p.48.

(114) 小畑郁「『個人行為による国家責任』についてのトリーパー理論—『外国人が受けた損害についての国家責任』研究ノート」『神戸商船大学紀要第1類文科論集』36号（1987年）3－8頁を参照。

(115) 萬歳「前掲論文」（注105）186頁。

(116) 例えば、侵略という違法行為の構成要件として、他国の軍隊が自国領域に侵入したことの認定も、自国民とのコンセッション契約の他国による不当な破棄も、認定されるべき事実にとどまり、国際法の評価対象ではない。

(117) Sohn, L.N.& Baxter, R.R., "Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens", *A.J.I.L.*, vol. 55 (1961), p.548, Article 1.2. 太寿堂鼎「国内的救済原則の適用の限界」『法学論叢』76巻1・2号（1964年）70－72頁。

特権免除)など、私人の権利の侵害が生じていても国家の権利への直接侵害が主たる請求根拠とされる場合との区別が曖昧であり、後者で国内的救済完了等、訴訟提起の前提条件が課されないことを整合的に説明できない。

このように、いわゆるマヴロマチス定式は、第一に、私人の権利義務は全て国内法により規律されること、第二に、国内法上の法関係が国際裁判の場で問題となる際には、あくまで国際法の「客体」または単なる「事実」として扱われることを内容とする。ノッテボーム事件の言葉を使うならば、そのような「事実」を「法律用語へ翻訳する (la traduction en termes juridiques)」⁽¹¹⁸⁾のが外交的保護理論であって、侵害を受けた私人と国家の権利との関連づけはむしろ、事実認定の問題として処理されてしまっている。⁽¹¹⁹⁾冒頭でも触れたとおり、事実認定で用いられる法技術は「推定」である。マヴロマチス定式は、国際裁判における証拠法理のなかで、私人の権利侵害を国家の権利侵害であると「推定」しているのである。そこで以下では、この ICJ において通説的な外交的保護理論を、「事実認定説」と呼称することにする。

第二節 埋没説 (ポーチャード定式)

「外交的保護」という用語の起源であるとされるポーチャードの著作『在外自国民の外交的保護』⁽¹²⁰⁾は、今日に至るまで学説上も実務上も大きな影響力を維持しており、伝統的理解についてのもう一つの流れはここに端を発する。そもそも外交的保護は、強国と弱国の間の仲裁裁判実行により形成された制度であり、⁽¹²¹⁾同書ではそのような米国と南米間の実行を中心に包括的な分析が展開され

(118) Nottebohm case (Liechtenstein v. Guatemala), Second Phase, Judgment of 6 April 1955, *I.C.J. Reports* 1955, p. 23.

(119) 萬歳寛之「国家責任法における個人損害」石川明(編)『国際経済法と地域協力 桜井雅夫先生古稀記念論文集』(信山社、2004年)125頁。

(120) 加藤「前掲論文」(注45)966頁。

(121) Müller, *supra* note 63, p. 70. ; Jessup, P., *A Modern Law of Nations* (MacMillan, N.Y., 1958), p. 96.

ている。

彼によれば、国家は、その集合性ないし国民全体の権利に直接に侵害をうける場合と、自国民に対する権利侵害により間接に侵害される場合があり、後者についても、当該国民の私的解決によっては消滅しない固有の侮辱（specific affronts）が国家に生じる。外交的保護は市民に対する特別の法的救済として作用する一方、国際交易権に対する制裁行為と考えられるべきである。⁽¹²²⁾本質的に外交的保護は国際訴訟手続であり、他国による自国民への侵害行為に関する私的請求を国籍国が取り上げるとき、当該請求は国際法上、国籍国の公的要求の中に「没入（merged）」⁽¹²³⁾するため、国籍国は自国民の権利の代理人ないし受託者として行動する訳ではない。

ここで、請求根拠や賠償範囲が、侵害を受けた私人の意向に関係なく生ずる「国家に固有の侮辱（侵害）」に限定されるところは、事実認定説と変わらない。しかし、同書の記述からは明らかではなかったが、彼は後の議論で、国籍国に対する侵害は個人に対する損害の発生時点ではなく、領域国における裁判拒否があつて初めて生じるという立場を表明している。1929年にハーヴァード・ロー・スクールにて検討された、「自国領域で外国人の身体または財産に対して生じた損害についての国家責任条約草案（以下、ハーヴァード草案）」の報告者として、6条で「国家は通常、損害を受けた外国人が利用しうる国内的救済が尽くされるまでは、（他国に対する賠償義務という意味では）責任を負わない侵害を受けた外国人に利用可能な国内的救済手段が完了されるまでは、責任を負わない」という規定を提案したのである。同草案に付された解説によれば、国家は、外国人についても、自国民と同様の国内的救済手段が利用可能であるようにしなければならず、かような義務の違反としての裁判拒否があつた場合にはじめて、外国人の国籍国に対する侵害とそれを賠償するべき責

(122) Borchard, E. M., *Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (Banks Law, N.Y., 1915), pp. 352-354.

(123) *Ibid*, pp.356-357.

任が国家間で生じる。つまり、加害国の側に、私人の受けた損害を賠償しないまま放置しようとする「意思」が存在したことが証明されなければならない。ただし、賠償の算定については、私人に対して生じた損害が考慮される。外国にて生活する市民が現地の法に従うべきこと、加害国には自国の国内司法制度によって被害者の受けた損害を回復する機会があたえられるべきことは、主権平等や内政不干渉の原則を鑑みても妥当である⁽¹²⁴⁾。このように、国際法上の責任の発生を国内的救済の完了時点としなければ、同原則が国際請求提起の前提条件として要求される理由を論理的に説明することができないとしている⁽¹²⁵⁾。

ちなみに、裁判拒否に関しては同草案の9条に「外国人に対する侵害が裁判拒否によるものである場合、国家は責任を負う。裁判拒否は、裁判所へのアクセスの拒否、不当な遅滞もしくは妨害、適切な司法行政に不可欠であると一般に考えられる保証の不提供、または明白に不当な判決がある場合に生じる。明らかでない不正を生ぜしめない国内裁判所の過失は、裁判拒否にはあたらない。」との規定がなされている。「裁判 (justice)」の語は、通常は司法当局における手続と場合によっては行政手続を指すものと考えられているが、彼によれば救済過程の管理 (administration of the remedial process) として捉えられるべきであるという⁽¹²⁶⁾。

またボーチャードは、外国人の基本的権利や人権は領域国の国内法だけではなく国際法によっても保障されているとする点で、アンチロッチの二元論に基礎をおく事実認定説とは異なっている。最終的には「国際社会の最も適切な機関、つまり個人の国籍国または最も直接的に自国利益に影響をうける国によっ

(124) Borchard, E., "Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigners," *A.J.I.L. Supecial Supplement*, vol. 23 (1929), pp. 149-153.

(125) Borchard, "Theoretical Aspects of the International Responsibility of States", *Z.a.ö.R.V.*, vol. 1 (1929), pp. 233-239.

(126) *Ibid.*, p. 173.

て」、国際法上の保護をうけるべきであると主張する⁽¹²⁷⁾。領域国の国内法に従った救済手続を利用することで賠償を得ようとする私人に対し、領域国が不当にかつ意図的に「裁判拒否」をおこなうことが、「公正な裁判についての内国民待遇義務」ともいうべき外国人待遇義務の違反を、新たに発生させるのである。彼の所論によれば、外国人個人の公正な裁判を受ける権利が、その国籍国の権利により担保されることで、事実上、国際法による保護を受けることになる理解される。

その意味で、私的請求の公的請求への「没入」とは、私的請求が消えて無くなる、または事実認定のように私的請求が国際法上は法的意味をもちえないということではなく、国際法が保障する「公正な裁判をうける外国人の権利」という個人の権利が、国家間の訴訟では「在外自国民が領域国において公正な裁判を受けられるよう確保する権利」という国家の権利に読み替えられるということを指している。後者への侵害が成立したからと言って、前者への侵害が国際法平面で消える訳ではない。つまり、ボーチャード理論は、証拠法理としての「推定」ではない。個人に対する権利侵害を契機として、裁判拒否という新たな国際違法行為が発生することで、その国籍国の権利が侵害されるという、いわば、国際違法行為の形成過程に関する議論なのである。そこで、以下では事実認定説と区別するために、彼の説を「埋没説」と呼ぶことにする。

第三節 小括

これまでの考察を踏まえながら、ここでひとまず本稿にいう「変型」の意味をもう少し明確に定義しておきたい。

まず、事実認定説、埋没説に共通するのは、加害国による外国人待遇義務の違反が、被害者の国籍国のもつ「何らかの権利」を侵害し、それによって国籍国は「国際訴訟を提起する権利」を得ることである。この「何らかの権利」とは国際責任を生じさせる実体的権利侵害のことであり、それとは別の「国際訴

(127) Borcard, *Diplomatic Protection*, *supra* note 122, pp.13-14.

訟を提起する権利」こそが外交的保護権である。さらに、この「何らかの権利」が私人の権利とは区別される「国家に固有の権利」であることについて争いはない。⁽¹²⁸⁾

そして、本稿の関心はこの国家の「何らかの権利」の内容ではなく、それが如何なる操作を通じて生ずるのか、「私人の権利侵害を国家の権利侵害であるかの如く『擬制』する」という「変形」がどのように行われるのかということにある。これについて、事実認定説と埋没説では以下の相違点が認められる。

第一に、国際違法行為とそれに伴う国家責任が生じる時点、つまり、国籍国に対する権利侵害の発生時期が異なっている。事実認定説の理解では、私人に対する最初の侵害の時点で国際違法行為が成立するため、その時点で「変型」が行われていることになる。この理解は、私人の権利侵害を国家の権利侵害であると「推定」という証拠法理と、問題の法的擬制の守備範囲とが重なっているように見えることから、裁判所は同一の事象として処理している。一方で、埋没説では、最初の侵害の発生から国籍国に対する侵害ないし国家責任が発生するまでに時間差があるため、この間に裁判拒否による「変型」の操作が行われていると理解される。ここで裁判拒否は、国際違法行為責任が成立するための実体的要件として扱われる。

第二に、被害者個人の権利は、国内法上の保護を受けるのみか、それとも国際法上の保護を受けているとするのかについて、両説は反目している。事実認定説が厳格な二元論をとることははっきりしているが、埋没説がどの程度まで個人の法主体性を許容しているかは判然としない。この点に関しては、それぞれの論者の国際法観に関わる問題であり、念頭に置いておくべきではあるが、今後の課題として本稿ではこれ以上は扱わない。ゆえに以下では、違法行為成

(128) 伝統的理解には、このように実体的要素と機能的要素（または手続的要素）の両方が国家に固有の権利のなかに含まれているのであるが、ガルシア・アマドール等が主張した職能説では、前者の要素は私人の権利に、後者の権利は国家の権利に含まれることになる。cf. Touzé, S., *La protection des droits des nationaux à l'étranger* (A. Pedone, 2007), pp. 135-136.

立に関する時間差に着目して議論を進めることにする。

ところで、国家責任の発生時期に関する議論として、義務違反と違法性との関係につき、「義務と実際の国家行為の間の客観的なずれにより違法性を決定する」客観説と、「義務違反に際して具体的な行為に具現される国家の主体的選択や関連事情に照らした行為の相当性欠如に違法性をみとめ、付加的要件として過失を要求する」主観説との区別が存在するが、これは事実認定説と埋没説の区別に完全に対応するわけではない。確かに、事実認定説は客観説と整合的であり、埋没説はより加害国の意図を問う形式にはなっている。⁽¹²⁹⁾

しかし、本稿の検討対象たる法的擬制は、あくまで現実とは異なった事実や状況を実定法の議論に結びつけるため手続の全体をさす。そのため、そのような違法性の推定方法は擬制の一部を構成しうるが、論ずるべきは私人に対する権利侵害が「一体どのようにして国家に対する権利侵害へと『変型』されるのか」という、「変型」操作の全体である。そして、それを解く手がかりとなるのが、直接侵害と間接侵害の区別であるように思われる。直接侵害が生じた場合、例えば領域侵犯や外交官に対する待遇義務違反などでは、国家は直ちに国際請求権を得るとされるのに対して、外交的保護の場合には、本国は外国領域における自国民への侵害通して間接的に侵害を被るとされている。⁽¹³⁰⁾ 国際訴訟の提起に際しては、間接侵害の場合にのみ、国籍継続原則と国内的救済完了原則が前提条件として要求されることになっている。これらはなぜ要求されるのか。そこで次章では、外交的保護権の発動要件として認められてきた二要件を、「変型」という擬制との関係で捉え直してみたいと思う。

(129) 西村弓「国家責任法における違法性の根拠」『上智法学論集』43巻4号（2000年）37-39頁。

(130) Bennouna, *supra note 11*, para.17; *Affaire relative à l'Usine de Chorzów*, *supra note 106*, p. 28; Meron, T., "The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies," *B.Y.I.L.*, vol.35 (1959), p.86.

第三章 「変型」の操作

まず、国籍継続とは、被害をうけた私人が侵害発生時から国籍国による訴訟提起時まで同一の国籍を保有し続けていなければならないという原則である。⁽¹³¹⁾ ムーアは、この原則はそもそも濫訴防止が目的であって、論理的に導かれたものではないと指摘する。そして、国内的救済完了の原則とは、外国で被害を受けた私人がその国で利用可能な全ての司法的・行政的救済手段を尽くした後でなければ、国籍国による外交的保護請求を提起できないというものであり、確立された「慣習国際法の重要な規則」であるとされている。⁽¹³²⁾ こちらもやはり、「侵害発生国は自らの手段により自らの国内制度内で救済を行う機会を得るべきである」という、⁽¹³³⁾ 国際義務の監視と領域主権とをバランスさせる配慮から、濫訴を防止する政治的便宜に基づいて認められてきたため、国際裁判の受理可能性に関する手続規則であるといわれる。⁽¹³⁴⁾ 国内的救済完了をめぐるのは、国際違法行為の成立要件とする実体説と、国際訴訟提起のための手続要件とする手続説とが対立してきたのであり、今日の通説は手続説であるとの理解が一般的である。⁽¹³⁵⁾ パネヴェジス・サルヅティスキス鉄道事件、メキシコ・ユニオン鉄道

(131) Administrative Decision, *A.J.I.L.* (1925), pp.613-614.

(132) Moore, J.B., *Digest of International Law* (U.S. Dept. of States, 1906), p. 637.

(133) Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra note 44*, Commentary to Article 14. : Draft Articles on Responsibility for Internationally Wrongful Acts (Second reading 2001), *ILC Yearbook 2001*, Supplement No.10, UN Doc. A/56/10, Article 42 (b).

(134) Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy), Judgment of 20 July 1989, *I.C.J. Reports 1989*, p.42, para.50 ; *Affaire de l'Interhandel* (Suisse c. États-Unis), Exceptions préliminaires, Arrêt du 21 mars 1959, *C.I.J. Recueil 1959*, p.27.

(135) *Affaire de l'Interhandel*, *Ibid.*, p.27.

(136) Okowa, P., "Admissibility and the Law on International Responsibility," in Evans, M. D. (ed.), *International Law 2nd ed.*, (Oxford Univ. Pr., 2006), p.481-482. Cf. : Crawford, J., "Second Report on State Responsibility", UN Doc. A/CN.4/498(1999), 53-61. ; ILC Report 1999, UN Doc. A/54/10(1999), ch.V, 187-246.

(137) 太寿堂「前掲論文」(注117) 69-72頁。加藤信行「国内的救済原則の法的性格

会社事件仲裁判決⁽¹³⁸⁾、フィンランド船事件仲裁判決⁽¹³⁹⁾、モロッコ燐酸塩事件判決⁽¹⁴⁰⁾、インターハンデル事件⁽¹⁴¹⁾、ESLI 事件などにおいて、国内的救済完了は専ら受理可能性要件として、つまり手続的要件として処理されてきたことが、その根拠となっている。

すでに指摘したように、事実認定説はこの手続説とは親和的である。なぜなら、事実認定説をとりながらも、訴訟提起のためには二要件が満たされている必要があるとするためには、それら二要件は外交的保護という類型で訴訟を提起する際に手続上必要とされていると説明するほかないからである。例えば、国籍継続の原則について、私人に対する最初の侵害行為が、仮に「それ自体として国家に対する侵害であるならば、その時点で国家は当該請求権を得るのであり、国際訴訟提起までの間に侵害を受けた個人が国籍を変更したところで請求権を失い得ない」⁽¹⁴²⁾のではないだろうかという批判がある。さらに、被害者は善意でなければならぬというクリーン・ハンズ原則や、コンセッション契約で本国による外交的保護を排除するカルヴォ条項などは、いずれも既に成立し

と『複合行為』『国際法外交雑誌』90巻6号（1992年）692-699頁。山田卓平「国内的救済原則の成立（二）・完」『法学論叢』147巻5号（2000年）70-89頁。広瀬善男『外交的保護と国家責任の国際法』（信山社、2009年）196頁。日本の研究者では、著者が確認した範囲では、いわゆる実体説を明示的に採用しているのは高野雄一のみである。『国際社会における人権』（岩波書店、1977年）33-34頁。また、藤田久一は、国内的救済原則の意味を「個人が自己に損害を与えた滞在加害国の管轄権（領域権）の下で国内裁判に訴える権利」として、個人の側からみたときに外交的保護を求めるための手続的要求であると捉え直している。藤田久一「前掲論文」（注92）480-481頁。

(138) Mexican Union Railway (Ltd.) (Great Britain) v. United Mexican States, *U.N.R.I.A.A.*, vol.5 (1952), p.122.

(139) Claim of Finnish shipowners against Great Britain in respect of the use of certain Finnish vessels during the war. Finland, Great Britain. Stockholm, May 9, 1934, *U.N.R.I.A.A.*, vol.3 (1949), pp.1501-1503.

(140) Phosphates du Maroc, Arrêt du 14 juin 1938, P.C.I.J., Series A/B, no.74, p.28.

(141) Affaire de l'Interhandel, *supra note 134*, p.28.

(142) de Visscher, C., *R.C.A.D.I.*, *supra note 24*, p.331.

ているはずの国際違法行為責任を追及する国籍国の権利を、被害を受けた私人の動向によって制約することになるが、果たして国家の権利が私人の動向如何により制約されうるのか⁽¹⁴³⁾とも指摘されている。これらの批判に対抗するために、二要件を手続法の問題として切り離せば、都合良く問題を処理することができるだろう。

他方で、埋没説は、国内的救済完了原則をめぐる実体説と整合的である。正確には、国内的救済完了の結果として生じる裁判拒否こそが、国際違法行為責任を生じさせるということになるのである。ただし、それがいかにして外国人待遇義務違反と結びつくのか、つまりは被害私人の権利がどのようにして国家の権利へと「変型」されるとするのかについて詳細に検討する必要がある。

いずれの説も、被害者の国籍の存在については、「国家と国民とを同一化する擬制」⁽¹⁴⁴⁾の根拠たり得るため、まずは国籍にまつわる概念について検討し、その後で、埋没説における「変型」の操作に必要とされる裁判拒否について見ていきたい。

第一節 国籍の実効性

国籍は、国家と個人とを結ぶものとして歴史的に認められてきた制度であり⁽¹⁴⁵⁾、そもそもは市民権 (citoyenneté) に端を発する概念として、公法上の制度として専ら選挙権との関連で問題とされた経緯から、原則として国内管轄事項とされている。ただし、チュニス・モロッコ国籍法事件で確認されているとおり、条約解釈など国際法の諸原則と関連する場合には、純粋な国内管轄

(143) Bennouna, *supra note 11*, paras.23, 25, 28, 32–33.

(144) Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion of 11 April 1949, *I.C.J. Reports 1949*, Opinion dissidente de Badawi Pacha, p. 212.

(145) Shaw, *supra note 9*, p.258.

(146) ただし、政治的権利の享受は市民権の主要な要素であったとしても、それが国籍の本質的な要素ではない。Egyptian Mixed Court of Appeal, 12 May 1925, *Romano v. Comma*, *Gazette des Tribunaux Mixtes 1926*, p.158, para.3 (*Annual Digest of Public Int'l L. Cases* [hereinafter, *A.D.P.I.L.C.*], vol. 3 1925–1926, pp.265–266.)

の問題ではなくなる。⁽¹⁴⁷⁾国際法上の機能は、単に個人を特定の国に付属させる(attachment)という社会的事実⁽¹⁴⁸⁾にすぎず、それ自体として国家に対する個人の権利・義務を創設するものではないとされている。⁽¹⁴⁹⁾外交的保護請求の際に、国籍の証明がなければ原告国は申立が受理されるに必要な法的利益を欠くと判断されてきたのは、⁽¹⁵⁰⁾いうまでもなく国民が国の構成要素として認識されてきたからであって、⁽¹⁵¹⁾そのような事實的「付属」が「変型」の基礎となっていることは自明である。このような国際法上の効果を生じるためには、国籍は国際法と

(147) Nationality Decrees in Tunis and Morocco case, P.C.I.J., Series B, No. 4 (1923), p. 24.; Convention on Certain Questions relating to the Conflict of Nationality Laws (Hague, 1930), *L.N.T.S.*, vol. 179, P.89, No. 4137, Article 1.; European Convention on Nationality (1997), E.T.S. No. 166, Article 3. 現代的には、人権条約との関係で問題となりうる。参照、立花美也子「実効的国籍原則の変容－近時の国際私法裁判所事例を参考として」『山形大学法政論叢』37・38号(2007年)117-116頁。奥田安弘、館田晶子「1997年のヨーロッパ国籍条約」『北大法学論集』50巻5号(2000年)99頁。

(148) Nottebohm case, *supra note 118*, p.23.

(149) Leigh, *supra note 60*, p.454.

(150) Affaire du Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, *supra note 95*, ; Fitzmaurice, G.G., "The Law and Procedure of the International Court of Justice : General Principles and Substantive Law," *B.Y.I.L.*, vol.27 (1950), pp.24-25 ; Okowa, *supra note 136*, p.481.

国籍を根拠に自国民の利益保護を行う制度としては他に、受動的属人主義に基づく刑事管轄権の域外適用の法理が存在するが、これは加害者の処罰による統治機能の補完、国家管轄権の他国への延長として理解されるため、本稿に検討するような「変型理論」は問題とならない。cf. Deen-Racsmany, Z., *supra note 102*, pp.911-912. 竹内真理「域外適用法理における受動的属人主義の理論的位置づけ」浅田正彦(編)『二一世紀国際法の課題』(有信堂高文社、2006年)73-84頁。

(151) Deen-Racsmany, *supra note 102*, p.911, footnote 8.

抵触しない方法で取得されたものでなければならない。⁽¹⁵²⁾

まず、自然人については、一般に、出生（出生地主義（*jus soli*）若しくは血統主義（*jus sanguinis*））、帰化、婚姻や国家承継などが認められており、⁽¹⁵³⁾ ILC 条文草案4条に規定されているとおりである。かつては、婚姻により自動的に夫の国籍を取得した妻の重国籍や夫の死亡による無国籍の問題が多く生じていたが、現在では本人の意思によらない国籍変更は認められない。⁽¹⁵⁴⁾ 国家承継に関しては、先行国が完全に消滅した場合、住民の国籍は自動的に承継国国籍へと変更されるが、単なる領土変更の場合であれば、通常は住民に対して国籍の選択権が付与される。⁽¹⁵⁵⁾ 1926年の上部シレジア事件では、1922年ジュネーブ条約による国境線の変更で所有する土地が分割されたラチボア公爵（Duke of Ratibor）のポーランド側の土地について、ポーランドが同国に居住しないドイツ人財産の没収を認める同条約12条の措置を執ったことに関し、同氏の国籍国たるドイツが二国間での国籍の選択権を同氏に与えるよう申立てた。これに対し PCIJ は、ひとつの居住地（*domicile*）が国境変更により複数国にまたがる可

(152) Convention on Certain Questions relating to the Conflict of Nationality Laws, *supra* note 147, Article 1. ; Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra* note 44, Article 4 ; Proposed Amendments to the Naturalization Provision of the Political Constitution of Costa Rica, Advisory Opinion, *I.L.R.*, vol. 79 (1989), p. 296.

(153) European Convention on Nationality (1997) , *supra* note 147, Articles 6, 14, 18.

(154) 女子差別撤廃条約9条1項について実質的留保を付しているのはイラクのみであり、イスラム圏諸国の多くは婚姻により夫の国籍を外国人妻に付与する国内法を維持しているが、本人の意思によらずに国籍が変更されることは基本的にはない。Declarations, Reservations and Objections to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, at < <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reservations-country.htm> >

(155) たとえばローマ教皇領の消滅により、住民は自動的に併合国のイタリア王国の臣民になったとされる。Egyptian Mixed Court of Appeal, 12 May 1925, *Romano v. Comma*, *Gazette des Tribunaux Mixtes* 1926, p.158, para.4 (*A.D.P.I.L.C.*, vol. 3 1925-1926, pp.265-266.) 最近の事例では、香港とマカオの返還に関して住民に国籍の選択権が付与されている。

能性を認めつつも、同条約29条の規定に基づき「個人的または経済的利益が主に集中されている場所」ないし「活動と利益の主要な中心」であり所有する領地の全体ではないとして、公爵のポーランド領域での居住を否定している⁽¹⁵⁶⁾。

次に、法人については、自然人のように一致した見解があったわけではなく、デュガードは報告書の中で次の7つの可能性に言及している。すなわち、(1) 設立国、(2) 設立国かつ真正な連関（通常は経済的支配）のある国、(3) 登記された事務所所在地、(4) 経済的支配国、(5) 設立国と経済的支配国、(6) 原則は設立国で、設立国が保護できない場合には経済的支配国、(7) 全ての株主の国籍国である⁽¹⁵⁷⁾。ただし、条文草案の形で提示されたのは、設立国と事務所所在地要件あって、これについては英米法と大陸法との違いがあるにせよ、ILC 条文草案9条が原則として設立準拠法を採用したことについては、とりわけ大きな反論はなされなかった。

このように、国際法平面においては通常、私人は物理的・精神的にもっとも強い結びつきを持つ一国の国籍を有するとされてきた。19世紀から20世紀初頭にかけて、数多く行われた外交的保護に関する国際仲裁裁判では、国籍について、その国内的性質と国際法上の効果を必ずしも意識的に区分されてはいなかったが、本人の意思とは無関係に、かつ国際法上の不利益を生む形で国籍が一方的に変更されることはないことが確認されてきた。このような本人の意思という要素は、例えば1930年の国籍法の抵触についてのある種の問題に関する条約第6条が、自己の意思表示なしに重国籍を有する場合にはそのうちの1つを放棄することが出来なければならぬとしていることから、尊重されるべきものとして国際法上扱われてきたと理解される。

(156) *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (Fond, 25 mai 1926), C.P.J.I., Serie.A, no.7, p.78-80.

(157) Dugard, "Forth Report on Diplomatic Protection", UN Doc. A/CN.4/530 (2003), Art. 17

(158) *Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws*, *supra* note 147, Article 6.

第一項 継続性

国籍の継続を「変型」のために必要な操作と仮定するならば、国籍継続の例外事由として、請求の提起とは無関係な理由で侵害発生時点から請求提起までの期間中に国籍が変更された場合に、請求時の国籍国による外交的保護をみとめるという議論とも整合的にとらえることができる。ILC は主に必要性の観点から議論を展開しており、国籍の変更が死亡や国家承継といった非自発的な場合に限定すべきとしつつも、最終的には前の国籍の喪失を条件として例外を認める立場をとっている。⁽¹⁵⁹⁾ この場合、侵害発生時に国籍国に対して同時に侵害が発生するのであれば、国籍変更に関係なく前の国籍国が外交的保護請求を行うべきところ、やはり現代国際法秩序を前提とすれば、侵害発生時において侵害は個人にのみ付属するとする共通認識が暗黙に確認されているように思われる。ただし、国籍の変更が効力を持つのは第三国に限定され、侵害発生時の国籍国に対して、請求提起時の国籍国が対抗することはできないとされたことから⁽¹⁶⁰⁾、濫訴防止という政策的考慮も完全に排除されるわけではないことに留意しなければならない。国籍継続期間については、請求提起の時点までかそれとも最終的な解決時点までかについて、特に第六委員会⁽¹⁶¹⁾で争点とされた。国際仲裁上は、例えばスティーヴンソン事件では前者が⁽¹⁶²⁾、ローウェン事件は後者の立場⁽¹⁶³⁾が取られるなど、確立した統一の実行があるわけではないが、一定期間の国籍継続が「変型」のために必要とされていることには変わりはない。

(159) Second Draft of Diplomatic Protection 2006, *supra* note 44, Art. 5.2.

(160) *Ibid.*, Art.5.3.

(161) Topical summary of the discussion held in the Sixth Committee, UN Doc. A/CN.4/521 (2002), paras 74–76; A/CN.4/537 (2004), para. 76.

(162) Stevenson case (merits), Mixed Claims Commission Great Britain–Venezuela, *U.N.R.I.A.A.*, vol. 9 (1903), pp.494–510.

(163) Loewen Group Inc. v. USA, *ICSID Reports*, vol.7 (2005), p.442, para.225.

第二項 実効性

では、一定期間、ある国の国籍を保有し続ければ、その国籍のみを根拠として「変型」という擬制的操作はなされるのだろうか。そうであるならば、たった一人の重国籍者に対する権利侵害が、複数国の権利侵害へと「変型」されることで、侵害を行った領域国に何重にも国際請求が提起される可能性が出現する。たとえ、その重国籍者の全ての国籍が国際法と抵触しない方法で取得されたのであり、そして各国籍国間で主権平等原則が適用されるにせよ、そのような事態は法の安定性や公正・公平の観点からは好ましい状況ではない。そのため、重国籍者の外交的保護に際しては、従来、支配的国籍や国籍の実効性という概念をもちいることで調整がはかれてきた。すなわち「事実と法との組み合わせによる国籍の決定」の原則である⁽¹⁶⁴⁾。これは多くの仲裁裁判の事例で、常居所を基準とした実効的国籍の決定をなす時に用いたれてきたものである⁽¹⁶⁵⁾。また、実効的国籍の決定については従軍経験も重要な考慮要因であるとされる⁽¹⁶⁶⁾。つまり、忠誠心のような心理的結びつきも場合によって法的意味を持つのであ

(164) Blumenthal case (France v. Germany), *A.D.P.I.L.C. 1925-1926*, case No. 148, p.216. ; Barthez de Montfort v. Treuhander hauptverwaltung, etc, French-German Mixed Arbitral Tribunal, 10 July 1926, *A.D.P.I.L.C.*, p.279. (Recueil VI 1926, p.806)

(165) Mergé claim, Italo-American Commission, *I.L.R* (1955 ; Miliani Case, Italy v. Venezuela, *Ralston Venezuelan Arbitrations of 1903*, pp.754-761 ; Stevenson Case, UK v. Venezuela, *Ralston*, pp.438-455 ; Mathison case, *U.N.R.I.A.A.*, vol. 9 (1903) , pp.42-38 ; Canevaro case, 1912, Italy v. Peru, PCA, Scott, *The Hague court Reports*, vol.I, p.284 ; Alexander Tellech Case, *U.N.R.I.A.A.*, vol.VI, 1956, pp.248-249 ; Barthez de Montfort v. Treuhander, *A.D.P.I.L.C.*, 1925-1926, Case no.206, p.279 ; Georges S. Hein v. Hildersheimer Bank, Anglo-German Mixed Arbitral Tribunal, *A.D.P.I.L.C.*, 1919-22, case no.148, p.216

(166) 軍隊に在籍中の重国籍者は、所属している軍隊の国が実効的国籍国とされる。 Prince d'Arenberg v. Procureur-General of Brussels, Boulanger Q.Q. and Associate, Brussels Court of Appeal, 27 May 1925 ; Belgian Court of Cassation, 25 May 1926, *A.D.P.I.L.C.*, p.281 (Pasicrise Belge, 1926, I 317 and II 31 ; La Belgique Judiciaire 1926, 321ff) ; Prince Elie de Bourbon-Parme, Cour de cassation, 14 mai 1923, *Recueil Dalloz de doctrine de jurisprudence et de législation* (Dalloz, 1955) , vol. I, p 110

る。このような配慮から、二重国籍のある場合における軍事的義務に関する議定書1条は、複数の国籍を有する個人で、それらのうちの一国の領域に常居し、かつ事実上その国に最も結びついている場合、他国の軍事的義務を免除されると規定している。さらに同議定書5条では、第三国において個人は1つの国籍を持つ者とみなされねばならず、その者の主たる常居所または事実上最も親密に結びついている国の国籍が認められなければならないとも規定されている。国際法的な観点からは、政策的にも、国際法上の効果を有するのは一人につき一つの国籍であることが望ましいとされてきたと理解される。

1. 自然人

まず、自然人の国籍について、第二次大戦後の実行で注目されるのは、1955年のノッテボーム事件である。⁽¹⁶⁷⁾ 同事件で ICJ は、「国籍とは、結びつき (rattachement) という社会的事実と、権利義務の相互性に付随する存在、利益及び感情の実効的連帯 (solidarité effective/genuine connection) に基づく法的紐帯 (lien juridique)」であると述べ、さらに続けて「国籍は国家により与えられるのであるが、それが当該個人を国民にした国家に対する愛着 (l'attachement) を法的用語で表現したものでないならば、他国に対抗して [外交的] 保護を行使する権限を [国籍] 国に与えない」とした。⁽¹⁶⁸⁾ つまり、国籍が外交的保護の発動を正当化するだけの効力を国際法平面において有するためには、問題となる個人が形式的な法的紐帯として国籍を有するだけでは足りず、その法的紐帯が「実効的連帯」や「愛着」に基づいたものでなければならないという、これまでの重国籍者に関する裁判実行から導き出される要件を、単一国籍者についても課したのである。この多数意見に対しては、クラエストアド、リード、グッゲンハイム各裁判官が反対意見を付しており、これら判事の否定

(167) Joseph, C., *Nationality and Diplomatic Protection—The Commonwealth of Nations* (A.W.Sijthoff, 1969), p. 11.

(168) Nottebohm case, *supra note 118*, p.23.

的見解は、基本的にノッテボーム氏が他の国籍を有していなかったことに起因して、本来の同原則は重国籍者に限定されるべきであるというものである。⁽¹⁶⁹⁾特にグッゲンハイムは、実効的国籍原則が、裁判所規程38条の慣習規則でも法の一般原則でもないとして批判している⁽¹⁷⁰⁾が、既に述べたように、これまで国際仲裁裁判や条約によって認められてきた実効的国籍概念に、全く法的意義を見いださないとこのにも問題があるように思われる。⁽¹⁷¹⁾裁判所の判断では、彼のリヒテンシュタイン国籍は常居国たるグアテマラに対抗できないとされたのであって、その他国に対しては外交的保護請求をできる可能性は否定されていない。同氏は被告国グアテマラで34年にわたり生活の基盤を築いてきた一方、リヒテンシュタインは同氏に対して国内法で要求されていた居住年数の条件を緩和しなければ国籍を付与できなかったほどに、極めて薄い関係しか有していなかった。そのため、公平性が考慮要因として働いた側面もあるが、⁽¹⁷²⁾変型理論との関係ではむしろ、形式的な国籍の存在よりも常居の要件の方が重視された点に注目すべきである。要するに、形式的な国籍だけでは、その国籍を有する個人の権利侵害を国籍国の権利侵害へと「変型」することはできないのである。ある国に自らの居所や家族や経済的基盤を一定期間継続的に保有し、税金や社会保障などの制度を通じて国と一定の権利義務の相互的關係を結ぶ状態を社会

(169) Geck, *supra note 9*, p. 1050 ; Kunz, J.L., "The Nottebohm Judgment" *A.J.I.L.*, vol. 54, no. 3 (1960), p. 707 ; Parry, *supra note 38*, p. 536 ; Jones, J.M., "The Nottebohm Case", *I.C.L.Q.*, vol. 5, no. 2 (1956), pp. 239-240, 243-244.

(170) Opinion dissente de M. Guggenheim, juge « ad hoc », Nottebohm case, *supra note 180*, p.60

(171) van Panhuys, *supra note 60*, pp. 158, 161 ; Fitzmaurice, G.G., "The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law", *R.C.A.D.I.*, vol. 92 (1957-II), pp. 206-207 ; Ruzié, D., «Nationalité, Effectivité et Droit Communautaire », *R.G.D.I.P.*, vol. 97 (1993), p. 113 ; de Castro, F., "La Nationalité, La Double et Supra-Nationalité", *R.C.A.D.I.*, vol. 102 (1961-I), p. 582 ; Brownlie, *supra note 9*, p.412.

(172) Dugard, "First report", *supra note 9*, pp.37-38.

学的に観察すれば、その国ないし社会の構成員として実効的連帯に参画することになる。このような社会学的な観察から得られる実効的連帯の状況こそが、国籍が国際法上の効果を持つために必要な「変型」の基礎をなしているといえる。実効的国籍の主張は、重国籍者に関しては主権平等原則に対する制約要因となりうるにせよ、社会学的な観点からすれば当然の帰結であり、外交的保護の規則に漸進的な変更を加えてきた⁽¹⁷³⁾。ノッテボーム事件の理論を突き詰めれば、国籍国ではない常居国による外交的保護も可能であることになりうるが、これについては実行上の支持はない。ただし、ILC 草案の8条で難民と無国籍者に対する外交的保護が漸進的発展の例として定式化されている。

2. 法人

株主の外交的保護は、自由主義的経済の破綻による外国資産の国有化との関連で、外交政策の重要な補助手段ともなっていた自国民の対外投資を保護するため、20世紀に入ってから国家の関心事項となった論点である⁽¹⁷⁵⁾。アメリカ政府が自国民株主保護のために正式介入したデラゴア湾鉄道事件を皮切りに、その後、一定の国家実行が積み重ねられている。法人の国籍については、自然人にはない特殊な事情として、このような株主の国籍国による外交的保護との関係を考慮に入れなければならない。

一般に、法人に対する実効的国籍ないし真正結合の原則の適用は、バルセロナ・トラクション事件でベルギーが主張したように、「法人格否認の法理」と

(173) Leigh, *supra* note 60, p.469.

(174) de Visscher, P., *R.C.A.D.I.*, vol. 136 (1973-II), p.163 ; Klein, P., « La protection diplomatique des doubles nationaux : Reconsidération des fondaments de la règle de non-responsabilité », *Revue belge de droit international*, vol. 21 (1988), p.184.

(175) 川岸繁雄「株主の外交的保護（一）」『神戸学院法学』5巻4号（1975年）557頁。

(176) Delagoa Bay Railway case, More, *Digest of Int'l L.* (1906), vol. 6, p. 648. ; Mann, F.A., "The Protection of Shareholder's Interests in Light of the Barcelona Traction Case," *A.J.I.L.*, vol. 67 no.1 (1973) , pp. 267-268.

の関係で論じられることが多い⁽¹⁷⁷⁾。しかし、会社の国籍の実効性と法人格否認法理は、一部重なる部分があるにせよ、本来適用される状況または主張する主体が異なるといえる。

まず、国籍の実効性は、被害を受けた会社の国籍が、その会社の被害を、「会社の国籍国の被害へと変型」するのに十分な連関をもつかを検証するための概念であり、ポーチャードによって初めて主張された「自国利益の実質的利益」に端を発する概念である⁽¹⁷⁸⁾。国家は自国民が実質的利益を有しない会社については、たとえ当該会社が自国の国籍を有していたとしても外交的保護をあたえない実行があり、それが慣習法として法的確信をとまうものであるという議論と結びつく⁽¹⁷⁹⁾。実効性は、主として租税回避 (tax heaven) などとの関係⁽¹⁸⁰⁾で、国籍国における納税や営業実績などをもとに判断されるべきである。

他方、法人格否認法理とは、「会社の存在を全面的に否定しようとするのではなく、会社の法人としての存在は認めながら、ある特定の法律関係についてのみ、第三者との関係で会社と株主等社員の法人格の異別性を否認して同一人格とみなす取扱をする」という、元来アメリカ会社法にて発展した法理である⁽¹⁸¹⁾。その国際法上の効果は、ある特定の法律関係（たとえば社債利息の支払いなど）について、会社が事実上消滅していると認められるような例外的場合に、株主の国籍国による外交的保護を認めることである。つまり、会社の被害を「株主の国籍国の被害へと変型」するための理論であり、会社の存在が完全に消滅してしまっている場合には、当然この法理を用いることができない。

ICJ のバルセロナ・トラクション事件は、スペインに複数の子会社を有す

(177) Barcelona Traction, *supra* note 53, ICJ Pleadings, vol. 1, Observations et conclusions, p.178.

(178) Borcard, *Diplomatic Protection*, *supra* note 122, p. 621. 川岸「前掲論文」(注175) 578頁。

(179) de Visscher, C., *Les effectivités du droit international public* (A.Pedone, 1967), p.134.

(180) ILC Report 2003, UN Doc. A/58/10, para. 84.

(181) 江頭憲治郎『会社法人格否認の法理』(東大出版会、1980年) 133-137頁。

る持株会社であるカナダ法人（バルセロナ・トラクション社、以下、BT社）が、スペイン内戦に端を発する子会社の破産手続に関連し、スペインがとった一連の措置により損害を被ったとして、BT社の株式の大半を保有するベルギー人株主を保護するために、ベルギーがスペインを提訴した事例である。ここでベルギーは、株主の権利ではなく会社の権利に対する違法行為についての責任を、会社本国に代わって株主本国が主張可能であるとしていることに注意する必要がある。⁽¹⁸²⁾ 株主固有の損害について、スペインが賠償責任を負うことには、両国間に争いはない。ちなみに、BT会社の国籍国であるカナダは、1952年までは外交的抗議を行っていたが、その後、私的当事者間での合意解決へと方針転換し、国際訴訟の提起は見送っている。⁽¹⁸³⁾

本件における問題の本質は、裁判所がたてた「ベルギー国籍ではない会社の株主として、権利侵害を受けたベルギー国民に関して、ベルギーの権利は侵害されたのか」という問いに集約される。⁽¹⁸⁴⁾ 裁判所は、法人に関する外交的保護の分野に限って言えば、国籍国を決定するのは設立準拠法と本部登記地であって、本件ではノッテボーム事件にいうような「実効的連関 (lien effectif) に適用される絶対的基準は、一般的には受け入れられていない」とした。⁽¹⁸⁵⁾ 一方で、「特定の状況で法人格否認法理を適用することは正当かつ公正」であると認め、⁽¹⁸⁶⁾ 同法理の適用については排除していない。

ここで裁判所は意識的に議論していないが、上述の分類に基づくならば、本件はあくまで法人格否認法理の適用に関する事例であって、会社の国籍の実効性（実効的連関）が争われる余地はない。つまり、本件では、法人に関する実効的国籍原則の適用一般が排除されたのではなく、また国籍の実効性は相対的

(182) Barcelona Traction, *supra note 53*, para. 49.

(183) Barcelona Traction, *Ibid.*, paras.21-22, pp.11-12.

(184) *Ibid.*, p. 33-34, para. 34.

(185) *Ibid.*, p. 42, para.70

(186) *Ibid.*, p. 39, para.56.

に判断されるべきであるとしたまでと理解するべきである。⁽¹⁸⁷⁾

また判決は、一定の条件下では法人格否認法理によって株主本国が外交的保護権を「獲得」することを明らかにした。株主が会社を通じた救済手段を奪われるのは、会社が「法的に消滅」した場合に限定されるとし、企業活動の麻痺や危機的な財政状況による事実上の消滅では不十分とする、非常に高い基準を設定した。⁽¹⁸⁸⁾この「法的に消滅」という基準は、外交的保護条文草案の特別報告者の最初の草案では言及されていなかったにも拘わらず、起草委員会⁽¹⁸⁹⁾の出した第一次草案以降では明示されており、30年以上経った現在では一定の法規範性を有していると考えられる。判決の厳格な基準は、ジェサップ裁判官のいうように衡平性の観点から真の利益保持者たる株主保護を考えれば軟化させる余地があるかもしれないが⁽¹⁹¹⁾、今日の国際投資法の発展による外交的保護事例の縮小傾向を勘案すれば⁽¹⁹²⁾、あえて株主の外交的保護の範囲を広げる必要はないように思われる。また、この基準に従うのであれば、法人格は否認するまでもなく消滅しているため、法人格否認法理が適用されているわけではない。ネルヴォ裁判官が個別意見で述べているように、会社の法的な消滅によって生じた、会社の相続人 (successors) としての株主の新たな権利と評価するのが妥当である⁽¹⁹³⁾。ゆえに同法理は、外交的保護条文草案11条(b)項に規定されたような設立強

(187) *Ibid.*, p. 42, paras. 70–71. ; See also Dugard, “Forth Report”, *supra note 157*, p. 4, para.9.

(188) *Ibid.*, pp. 40–41, para. 66.

(189) Dugard, “Forth Report”, *supra note 157*, Art. 18 (a).

(190) First Draft on Diplomatic Protection 2004, *supra note 65*, Commentary to Art. 11(a), paras.4–5.

(191) Separate Opinion of Judge Jessup, Barcelona Traction, *supra note 53*, p. 168, para.14.

(192) Kokott, J., Interim Report on “the Role of Diplomatic Protection in the Field of the Protection of Foreign Investment,” *ILA Report (17th Conference held at New Delhi 2–6 April 2002)*, vol. 70, pp. 276–277. Masa’deh, A.K., “International Rules for Investment and Investors”, *European Business L. Rev.*, vol. 11 (2000), p. 160.

(193) Separate Opinion of Judge Padilla Nervo, Barcelona Traction, *supra note 53*, p. 257.

制などの場合に限定して適用されるということになる。いずれにしても、田畑や松井が主張したような、外交的保護の妥当根拠としての経済的共同体的な概念に従えば、株主本国による外交的介入は広く認められるべきであるが、少なくとも BT 事件以降の国際社会は、そのような立場に否定的であると言わざるを得ない。

このような国籍の実効性の議論はある示唆を与える。国民は全体として見れば国家の事実的な構成要素となるにせよ、国民ひとりひとりが国家という法主体の一部を構成するわけではなく、法主体として両者は完全に区別されている。互いの行動が互いに帰属することはないのであり、一方が他方を「代表して」何らかの法律行為をおこなうということは、法的には不可能なはずである。それを可能ならしめるため、私人の権利を国家の権利へと国籍を通じて「変型」という擬制的操作が必要なのであるが、そのような操作を、外交的保護請求の提起により国家が行うことを正当化する根拠は、当該国家と私人との事実的、経済的、精神的な連関の強さに見いだすよりほかない。中でも、集団心理たる「国家としての連帯の感情」⁽¹⁹⁴⁾は、個人が「単位」として存在しなかった原始社会に淵源を有する思想であり、そこでは集団とその構成員は完全に同一視⁽¹⁹⁵⁾されていた。近代社会は個人を発見し、両者を法的に区別したにもかかわらず、限定的に両者をふたたび統合し、実定法の祖上にのせるため、国籍を通じた「変型」という擬制を外交的保護請求において取り入れることにしたのである。

第二節 裁判拒否

上述したように、現在では国内的救済完了をめぐる手続説が通説であるとされている。しかしながら、そもそもこの手続説と実体説との対立は、ILC

(194) van Panhuys, *supra note 60*, pp. 183–185.

(195) 寺沢一「血讐論」『前掲書』（注20）22–25頁。

条文草案の起草過程でデュガードも指摘しているように、これまで多くの学説が国内的救済手続完了の規則と裁判拒否との区別を意識的に論じてこなかったことに起因するといえる⁽¹⁹⁶⁾。「国内救済完了」と「裁判拒否」という用語は、「同じコインの表裏」と評されるほど不可分に結びついた概念であり⁽¹⁹⁷⁾、歴史的な観点からみれば、私的復讐の時代から必要とされてきた要件であるだけに、単なる訴訟提起の手続要件以上の意義を有するというべきである⁽¹⁹⁸⁾。

救済措置発動の前提要件としての裁判拒否は、14世紀には国内的救済完了によって生じるとされ、20世紀までに国内的救済完了原則とも呼ばれるようになり⁽¹⁹⁹⁾、しばしば同義語的に用いられてはいるが、正確には両者の内容は同一ではない。この点について、シャルル・ド・ヴィシユールが次のように解説している。すなわち、ボーチャードも強調しているように、国内的救済の原則が手続規則であることは自明であって、国家責任を生じさせる原因となるのは、外交的保護成立の歴史的経緯からも明らかのように「裁判拒否」である。後者は国家責任を生む実体法上の概念、つまり不法行為として、前者とは区別されるも

(196) Dugard, "Second Report on Diplomatic Protection", UN Doc. A/CN.5/514, p. 6, para. 10. See also, Amerasinghe, C. F., *Local Remedies in International Law* (1990), chap. 3; Borchard, *supra note 122*, pp. 330-343.; Eagleton, C., *The Responsibility of States in International Law* (1928), p. 113; "Denial of Justice in International Law" (1928), *A.J.I.L.*, vol. 22 no. 3 (1928), p. 542; O'Connell, D. P., *International Law, 2nd ed.* (1970), vol. 2, pp. 945-950; Jennings & Watts, *Oppenheim's International Law, supra note 9*, pp. 525, 544; Head, I. L., "A Fresh Look at the Local Remedies Rule" *Canadian Y.B. of Int'l L.*, vol. 5 (1967), p. 149; Dunn, *supra note 36*, pp. 146-159.

(197) Adede, A. O., "A Fresh Look at the Meaning of the Doctrine of the Denial of Justice", *Canadian Y.B. of Int'l L.*, vol. 14, (1976), p. 76

(198) 国内的救済完了原則とは異なり、裁判拒否が一次規則との関連で意義を有することについては第六委員会でも指摘されている。Topical summary of the discussion held in the Sixth Committee, UN Doc. A/CN.4/513 (2000), para. 196.

(199) Freeman, *supra note 22*, p. 56.

のである。⁽²⁰⁰⁾ 国内的救済手続が完了された結果として発生する裁判拒否こそが、外交的保護の実体的請求根拠となるのである。⁽²⁰¹⁾

この分類は、米メキシコ請求権裁判所の個別意見で、「裁判拒否は、概して外交的介入の一般的基礎として正当とみなされる」とニールセン判事が述べる⁽²⁰²⁾ ところとも整合的である。より最近の事例では、インターハンデル事件で ICJ が、「国際的手続が開始される前には、国内救済手段が尽くされていなければならないとの規則は、確立した国際慣習法規則である」とし、更に続けてその意義を「国際裁判所に訴えられる前に、違反が行なわれた国が当該国の手段により、当該国の国内制度の枠組みにおいて、救済のための機会を持つべきである⁽²⁰³⁾ と考えられてきた」としたこととも矛盾しない。つまり、国内的救済完了は、領域国での司法手続の利用という、あくまで手続的な問題を意味するのであって、違法行為成立の実体規則との関係では、裁判拒否という「結果」こそが、領域国による外国人待遇義務違反の構成要件となり、国際違法行為責任を生じさせるのである。

そこで本節では、裁判拒否の要件と、埋没説の擬制に含まれる「変型」操作との関係について検討したい。

第一項 複合違法行為

そもそも、外交的保護の成立に大きく貢献したボーチャードや、ラテン・アメリカ諸国の慣行や学説は、裁判拒否をもって初めて国家責任が成立するとい

(200) de Vissher, C., « Le déni de justice en droit international » *R.C.A.D.I.*, vol. 52 (1935-II), p.398.

(201) Fitzmaurice, G.G., "The Meaning of the Term 'Denial of Justice,'" *B.Y.I.L.*, vol. 13 (1932), pp. 95-96.

(202) L.F.H.Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States, 15 Oct. 1926, *U.N.R.I.A.A.*, vol. 4 (1951), Separate Opinion, Commissioner Fred K.Nielsen, p.64.

(203) *Affaire de l'Interhandel*, *supra note 134*, p. 27 ; *ELSI Case*, *supra note 134*, p. 42, para.50.

う立場をとってきたといわれている。⁽²⁰⁴⁾ 彼らの埋没説を理解するにあたっては、ILCにおける国家責任条作文作成に大きな影響を与えたアーゴの「複合不法行為 (délits internationaux complexes)」の仮説を参照したい。

アーゴは、1939年の「国際不法行為」と題されるハーグ講義の中で、不法行為の分類の一つとして複合不法行為という仮説を紹介した。これは、一つの国家機関により行われる単一の義務違反行為から生じる「単純不法行為 (délits internationaux simples)」⁽²⁰⁵⁾とは対置される概念である。複合違法行為の仮説では、たとえ領域国による外国人待遇が国内法に違反していたとしても、それに裁判拒否による国際法義務違反が付加されなければ領域国の国際責任は生じ得ないとされる。このように複数の異なる国家機関の行為が結合されることによって初めて、外国人待遇に関して領域国に国際的な結果の義務を課することが可能になるのである。⁽²⁰⁶⁾

この議論は、アーゴが起草した ILC の国家責任条文案第一読20条と21条に行為義務と結果の義務という形で取り入れられた。⁽²⁰⁷⁾ 21条2項では特に、加害

(204) Accioli, H., « Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence », *R.C.A.D.I.*, vol. 96 (1956-I), p.409 ; Borchard, *Z.a.ö.R.V.*, *supra* note 125, p.239-240.

(205) Ago, R., « *Le délit international* », *R.C.A.D.I.*, vol. 68 (1939-II), pp.506-517.

(206) Ago, *Ibid.*, pp. 512-517.

(207) この理論は次の著作にも影響を与えている。See, e.g., Combacau, J., "Obligations de résultat et obligations de comportement : quelques questions et pas de réponse", in *Mélanges offerts à Paul Reuter : le droit international, unité et diversité* (A. Pedone, 1981), pp. 181-204 ; Daillier, P. & Pellet, A., *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, 6th ed. (1999), paras. 139, 473 ; P. M. Dupuy, "Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats", *R.C.A.D.I.*, vol. 188 (1984), pp. 43-54 ; Brownlie, I., *State Responsibility—Part I* (Oxford Clarendon Press, 1983) p. 241 ; Tomuschat, C., "What is a 'Breach' of the European Convention on Human Rights", in *Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol.3 (M. Nijhoff, 1994), p. 315 ; Wyler, E., *L'illicéité et la condition des personnes privées : La responsabilité internationale en droit coutumier et dans la convention européenne des droit de l'homme*, (A. Pedone, 1995), pp. 17-43.

国による違反後の行動による違法性阻却を許容する違反については、違反後の行動により結果の義務を達成されなかった場合にのみ義務違反が生じるという複合不法行為概念が導入された。この二種類の義務の区別の基準は、義務履行のための手段・方法について国家に選択の自由があるかどうかであり、行為の義務の典型例として、「国内法を制定又は改廃すべき義務」⁽²⁰⁸⁾、結果の義務については一定の成果を達成するために「あらゆる適当な措置」を講じることを義務づける規定があげられている⁽²⁰⁹⁾。この区別は、のちに国家責任条文の最後の報告者となったクロフォードによって第二読から撤回されてしまうが、その理由は単純で、このように義務を区別するのは大陸法上の伝統であって英米法にそのような区別は存在しないこと、一次規則の問題であるため法典化の対象からは除外されるべきであること、また行為義務と結果の義務との区別は抽象的に過ぎるため、裁判実行においては何ら区別されていないこと等であった⁽²¹⁰⁾。

複合違法行為に対する批判は、違反の開始時点と成立の時点が乖離するという規則の変則性に起因する。侵害の成立要件の高度な複雑化が、煩雑に過ぎるというものである⁽²¹¹⁾。しかし、これら批判は、専ら国際裁判所における法適用の便宜性を念頭に置いたものであって、「複合的不法行為」の向学上の価値を損なうものではない。「複合行為」をもたらす義務にはいろいろな種類の義務が含まれることになるとの批判があるが⁽²¹²⁾、そもそも外国人待遇義務は高度に抽象性を帯びているため、個別具体的な実施にあたっては、詳細な国内法による補完を受ける必要がある⁽²¹³⁾。ゆえに、そのような個別具体的な規則の違反の一部ま

(208) 人種差別撤廃条約2条1項c号。

(209) 人種差別撤廃条約1条1項本文、自由権規約2条2項、9条1項、国連憲章33条、外交関係条約22条2項。

(210) Crawford, "Second Report", *supra note 136*, paras. 53–80.

(211) 加藤信行「前掲論文」(注137) 711–712頁。同「国内的救済原則に関する一考察(三)」『北海学園大学法学研究』24巻1号(1988年) 6–14頁。山田「前掲論文」(注142) 81–82頁。

(212) 加藤信行「前掲論文」(注137) 710頁。

(213) 兼原敦子「前掲論文」(注12) 244頁。同「国際違法行為責任における過失の機

たは違反の総体が、裁判拒否にあたると理解するのは当然であり、これは一種の司法行政の失敗ともいべき事態を指している。⁽²¹⁴⁾

この仮説にしたがって、埋没説の言うように、私人の権利を国籍国の権利へと「変型」する契機として裁判拒否を位置づけるなら、最初の侵害行為が私人間で生じた場合についても、領域国の裁判拒否によって最初の侵害行為に事後的に「加担」することで、外国人待遇義務違反が生じるということになる。ただし埋没説では、裁判拒否という領域国の行為のみを国際違法行為であると捉えるのに対して、アーゴの複合違法行為仮説では、最初の侵害行為により国際違法行為が開始して、裁判拒否によって完成するという違いがあることには留意しなければならない。しかしながら、外国人待遇義務という漠たる義務の違反は、義務遵守のために予定されていた具体的な諸規則の違反、つまり小規模な義務違反が累積することで生じると解すべきであるため、埋没説も広義の複合違法行為と位置づけることができる。

第二項 国内的救済の不完了

埋没説の理解に立てば、国内的救済の完了によって裁判拒否が生じ、それによって国際違法行為が成立することになる。これは、外交的保護権の根拠となる国籍国の「何らかの権利」への侵害行為は、つねに領域国の国内裁判所の司法活動によるものであることを意味するのだろうか。

ジェラルド・フィッツモーリスは、裁判拒否の行為類型として、裁判所または司法機関内での不法行為ないし外国人待遇義務違反の懈怠により国家責任が生じるとする狭義の裁判拒否と、司法機関もしくは他の国家機関による司法行政関連の不法行為によって国家責任が生じるとする広義の裁判拒否の存在を指摘する。⁽²¹⁵⁾ 埋没説のように、裁判拒否を国際請求の訴因として捉える立場では、

能)『国際法外交雑誌』96巻6号(1998年)13-22頁。

(214) Freeman, *supra note 22*, pp. 50-51.

(215) Fitzmaurice, G.G., "Denial of Justice", *supra note 201*, pp. 102-103.

裁判拒否概念の範囲によって国家責任の範囲も決まることになる。裁判拒否という曖昧な概念について共通認識がないのは、責任を追及する強国と追求される弱国の政策的考慮が多分に含まれていたことは指摘できるが⁽²¹⁶⁾、その概念の範囲が漠然としているのは、当該違法行為に対応する義務である外国人待遇義務が漠然としているからである。ゆえに、ここでは広義の裁判拒否概念が採用されるべきである。

このような裁判拒否概念の範囲については、ILC では第三国からの侵害行為についても国内的救済手段を完了しなければならないのかという議論の中で念頭に置かれている⁽²¹⁷⁾。これは、越境環境汚染や航空機墜落など、私人が居住国以外の第三国から侵害を受けた場合、被害者の非居住地である加害国で国内的救済完了を要求することの不当性に鑑みて、適用例外を認めようとする主張である。ILC 外交的保護条草案は15条で、第三国からの侵害の事例については国内的救済原則適用が例外的に排除されるとしており、(e)項の当事国による同意⁽²¹⁸⁾以外は、すべて裁判拒否概念に関連する規定である。

デュガードは例外が認められる根拠を、「国内的救済原則が適用されるべきではない合理的理由の存在」⁽²¹⁹⁾、「実効的救済の合理的可能性」としたように、専ら合理性の観点から説明した。被害者が加害国に居住していなかったにも関わらず、国内的救済の完了が求められた事例では、契約的關係（アンバチエロス事件⁽²²¹⁾、シシリー電子工業事件）もしくは物理的存在（フィンランド船事件⁽²²²⁾）という形で、被告国との間に何らかの連関があった場合に限定されているとい

(216) Freeman, *supra note 22*, pp. 115.

(217) Dugard, "Third Report on Diplomatic Protection," UN Doc. A/CN.4/523 and Add.1 (2002), para. 68.

(218) Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra 44*, Article 15.

(219) Dugard, "Third Report," *supra note 219*, para.30 ; Amerasinghe, "The Local Remedies Rule in an Appropriate Perspective," *Z.a.ö.R.V.*, vol.36 (1976), p.752.

(220) Dugard, *ILC Report 2002*, UN Doc. A/57/10, para. 237.

(221) Ambatielos claim, *U.N.R.I.A.A.*, vol. 12 (1956), p.83.

(222) Finish Ships Arbitration, *U.N.R.I.A.A.*, vol. 3 (1937), p. 1479.

う。実際に、トレイル溶鉱炉事件では、任意の連関または領域的結びつきのない越境汚染が問題となったが、カナダは国内的救済完了規則を主張していない⁽²²³⁾。ダム建設の結果損害を被った米国市民への損失補償についての合意が結ばれた時に、カナダは国内的救済完了の要求を放棄している⁽²²⁴⁾。1972年の宇宙損害条約の第11条も、同様の見解に立つと説明される⁽²²⁵⁾。

これらの事例では、いずれも領域国に対する主権侵害も同時に引き起こされるため、損害発生地国が直接侵害を根拠に加害国に対して国際請求を提起する可能性が高い。あえて間接侵害の論拠を得るには、私人に対する最初の侵害行為を国際違法行為と理解しなければならない。報告者は、メロンの見解を参照しながら、国内的救済完了の要求の根拠は、永続的か一時的かを問わず、外国人が他国に入国することで両者の間に確立する任意の連関 (voluntary link) に求められるため、そのような連関がない加害国との間では、国内的救済を完了する合理性はないと説明する⁽²²⁶⁾。このような例外的状況においては、国内的救済の完了がなされなくとも、直ちに裁判拒否が生じたというのだろうか。埋没説によるのであれば、答えは否であり、このような事例は外交的保護に該当する事例ではないと説明せざるを得ない。

さらに、たとえ私人への権利侵害が問題となる場合であっても、それと同時に条約違反が生じる場合には、その条約違反が国家への直接侵害と理解され、条約違反が裁判で優越的に主張される限りにおいて、国内的救済の完了は要求されないとされる⁽²²⁷⁾。これは、ラグラン事件やアヴェナ事件のように、一見した

(223) Trail Smelter case (USA v. Canada), 11 March 1941, *U.N.R.I.A.A.*, vol. 3 (1907).

(224) United States–Canada Lake Ontario (Gut Dam) Arbitration Agreement, *I.L.M.* (1965), p.468.

(225) Dugard, “Third Report”, *supra note 219*, paras. 72–80.

(226) Meron, “Local Remedies,” *supra note 130*, p. 94.

(227) *Affaire de l’Interhandel*, *supra note 134*, p. 29 ; United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (U.S.A. v. Iran), Judgement of 24 May 1980, *I.C.J. Reports 1980*, p.25, para.46 ; Mandat d’arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), Arrêt du 14 février 2002, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 17, para. 40.

ところ典型的な外交的保護に類似する事案であっても、自国民の国際法上の個人の権利と国籍国の権利との相互依存関係を指摘し、領事関係条約違反として⁽²²⁸⁾ 処理することで、より迅速な自国民保護を可能にする議論である。さらにアヴェナ事件では、明示的に外交的保護ではないとまで判示されている⁽²²⁹⁾。加えて、コンゴ領域における武力活動事件（DRC 対ウガンダ）では、在外公館内の民間人の権利は国籍に関わりなく、公館の不可侵の文脈で保護されるとされた⁽²³⁰⁾。つまり、ここでは私人の受けた損害が国籍に関わりなく、ある国家の権利侵害に「吸収（absorbé）」⁽²³¹⁾ されているのである。

加害国による裁判拒否が存在しない場合には、国籍国に対する国際違法行為が成立せず、それにより侵害される国家の権利を根拠とした外交的保護請求をなすことは不可能となる。ゆえに、埋没説の立場をとるのであれば、かかる場合には他の制度により被害者救済が図られる必要が生じることになる。それを念頭においてか、近年では、国籍国が外交的保護という言葉を用いず、「自らの権利および自国民のための父権者として（in its own right and as *parens patriae* for its citizens）」、自国民保護のための国際訴訟を提起するという国家実行が出現してきている⁽²³²⁾。ジェノサイド条約適用事件（ボスニア・ヘルツェゴビ

(228) LaGrand case (Germany v. United States of America), Judgment of 27 June 2001, *ICJ Reports 2001*, p. 492, para. 74.

(229) Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States), Judgment 31 March 2004, *I.C.J. Reports 2004*, p. 36, para. 40.

(230) Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment 19 Dec. 2005, *I.C.J. Reports 2005*, p. 276, para. 331.

(231) Forlati, S., « Protection diplomatique, droits de l'homme et réclamations « directe » devant la Cour Internationale de Justice : quelques réflexions en marge de l'arrêt Congo/Ouganda », *R.G.D.I.P.*, vol. 111, no. 1 (2007), p. 111.

(232) First Report by Committee on Diplomatic Protection of Persons and Property, *Report of the International Law Association (68th Conference held in London 2000)*, p.608.

ナ対ユーゴスラビア⁽²³³⁾、ジェノサイド条約適用事件（クロアチア対セルビア⁽²³⁴⁾）、コンゴ領域における武力活動事件（コンゴ民主共和国対ルワンダ、2002年新提訴⁽²³⁵⁾）、人種差別撤廃条約事件などの、原告の主張である⁽²³⁶⁾。ここで、従来の外交的保護とこれらの事例の決定的な相違点と呼べるのは、国内的救済手段が全く尽くされていないことである。「父権 (*parens patriae*)」概念と外交的保護の異相については何ら詳細な説明が加えられていないため、今後の裁判動向を注視する必要はあるが、このことは、裁判拒否によって国籍国の権利への侵害が生じ、それに基づいて外交的保護請求がなされるという埋没説の理解を支持するものと言うべきである。

(233) Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), Merits, Judgment of 26 February 2007, at <<http://www.icj-icj.org/>>, para.64 (Application (r)), para.65 (Memorial para.7, Reply para.7), para.66 (Final submissions on behalf of Bosnia and Herzegovina, para.6 (b)); Application of the Bosnian-Herzegovinian, The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Judgment of 20 March 1993, *ICJ Reports 1993*, para.135

(234) Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment of 18 Nov. 2008, at <<http://www.icj-icj.org/>>, para.20 (Application (b)), para.21 (Memorial, para.2 (d)).

(235) *Activités Armées (DRC c. Rwanda)*, Mesures Conservatoires, Ordonnance du 10 Juillet 2002, *C.I.J. Recueil 2002*, p.226. なお、2006年2月3日の管轄権・受理可能性判決に際しては、DRCは父権についての主張を行っていない。

(236) Case Concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 15 Oct 2008, at <<http://www.icj-icj.org/>>, para.20.

おわりに

本稿では、外交的保護の伝統的理論における法的擬制の内容について論じてきた。伝統的理解が、いつどのようにして成立したのか、その内容は如何なるものであるのかを検証する中で、明らかになったことまとめると次のようになる。

第一に、これまで通説とされてきた、いわゆる伝統的な外交的保護の理解には、二つの理解が存在していた。つまり、アンチロッチに由来する厳格な二元論に基礎をおく事実認定説と、私人の権利が国際法による保障をうけるとする埋没説である。前者は、あくまで私人の権利は国内法の規律対象であり、そのような私人に対する権利侵害は単に国際法上の「事実」とみなすという、証拠法理上の「推定」の問題として処理してきた。後者は、私人に対する権利侵害と裁判拒否という二つの要素が揃うことで領域国の国際違法行為が新たに成立するとし、国際違法行為の成立過程について論じるものであった。両者の違いが無視されてきた背景には、濫訴の予防や国益の尊重といった観点から伝統的外交的保護で国家性が強調されることに対抗して、人権保護に力点をおく論者たちが、訴因となる侵害を受ける実体的権利はあくまで個人に属するとする代理説や、*lex ferenda* としての義務説などを提唱してきた経緯を指摘できる。両者の対立構図があまりに鮮明であったがために、ボーチャードの名は有名でありながらも、ICJ 内の通説たる事実認定説と埋没説の違いが特に意識されることなく、むしろ同一のものとして一括りに扱われてきたということが出来る。第二に、手続規則である国内的救済完了と、実体規則である裁判拒否の混乱が原因で、これらを訴訟提起のための手続的要件とする立場が優勢を占め、これまで国際違法行為として裁判拒否について論ずる学説の内容が十分に理解されてこなかった。それにより、第一で述べた外交的保護に関する 2 つの伝統的理解の混同が助長されてきたのである。私人の自力救済による損害の回復が容認されていた時代より、裁判拒否が一貫して国際違法行為と国家責任を生じさせる要因として要求され続けてきたことの意義を、我々は再評価しなければなら

ない。

第三に、事実認定説と埋没説では、背景とする国際法観が全く異なっていた。PCIJにおける事実認定説の成立には、アンチロッチが実務上も大きく関与している。彼の国際法観はドイツ公法学における「国家有機体説」や「事実としての国家」といった概念に影響を受けていると指摘されており、個人を国家権力の客体としてとらえる国家ありきの厳格な二元論で構成されている。その理論は、国際法主体が多様化した今日であっても、国連加盟国のみを訴訟当事者と認める ICJ においては有効に通用しうる。他方で、ボーチャードによる埋没説は、個人の法主体性を認めるものであって、ヴァッテルが依拠するような、個人の自由意思による契約の結果として国家が生じたとする社会契約説的な国家観と親和的と考えることもできる。寺沢によれば、個人の属する社会が当該個人の保護者たりうるという考えは、最古の「平和団体」とされる古ゲルマン社会における氏族団体間での血讐⁽²³⁷⁾に由来する。事実認定説のように集団と構成員を完全に同視する方法論は、暴力の蔓延する原始的な国際社会において、個人の権利を効果的に保護するためには有用にちがいがなかった。他方で、近代国家の成立は、国内法の文脈でそれまでは法主体性が自明ではなかった個人を、彼が属する組織体、法共同体から切り離されても法律論の単位として認められ得る、自由な存在にしたことを忘れてはならない⁽²³⁸⁾。現代においては、個人を出発点とする法思想が国際社会においても通用するべきであって、埋没説の方がそのようなベラルな国際社会の実現に寄与することが可能なのではないだろうか。

最後に、外交的保護の伝統理論の命題は擬制的ではあるにせよ、そこで行われる「変型」の操作は、極めてプラクティカルなものであった。国籍概念は、外交的保護が「私人に対する侵害をその国籍国に対する侵害であるかの如く」扱うという法的擬制の命題そのものに含まれており、それ自体擬制的で、かつ

(237) 寺沢「前掲論文」(注195) 39-40頁。

(238) 石川健治『自由と特権の距離』(日本評論社、1999年) 97、105頁。

「変型」の根拠や動機になるものである。ただし、我々が問題としてきたような「どのようにして変型されるのか」といった「変型」操作そのものには関与しない。むしろそういった操作は、事実認定説では「裁判所は法を了知している (*jura novit curia*)」原則に基づく証拠法理として、埋没説では国際違法行為の形成過程の理論によって説明される。これらは、国籍を根拠として「私人に対する侵害をその国籍国に対する侵害であるかの如く」扱うという命題に沿って、実体法上の規則を構成したにすぎず、「なぜ変型が可能であるのか」を説明するものではない。この「なぜ」の問題は、国際法における国籍概念そのものに含まれる擬制であり、国民と国家とを事実的、経済的、精神的に強力に繋ぐ「国家としての連帯の感情」がその根拠となるらしいという以上の結論を本稿では出すことができなかった。この点については研究を継続させていきたいと思う。

ところでヒギンズは、国際法とは、権威ある法律的決定の連続的過程であり、意思決定過程の全体であって、単なる過去の傾向の蓄積である「規則」を公平に適用する物ではないと主張しているが、⁽²³⁹⁾確かに国際紛争処理は「過程」というべきものであり、国家間紛争は常に政治的色彩を帯びるため、それに合わせて国際法は動的に展開しつづけていると言わざるを得ない。そして実際に、最近の ICJ 判決は、国際法秩序全体の変化をふまえて外交的保護の理解に関して従来の立場を変更しつつあるように見受けられる。2007年に「近年の個人の権利に関する国際法の実質的な発展により、本来は外国人待遇の最低基準違反に限定される外交的保護の事項的適用範囲が拡大され、特に国際的に保障された人権が含まれるようになった」と宣明したのである。⁽²⁴⁰⁾また、最近の ICJ で係争された、外交的保護や、在外自国民の権益保護一般に関する諸事例にお

(239) Higgins, R., "Policy Considerations and the International Judicial Process", *I.C.L.Q.*, vol. 17, no.1 (1968), p.59.

(240) Ahmadou Sadio Diallo (Guinée c. République démocratique du Congo), Exceptions préliminaires, Arrêt du 24 mai 2007, à <<http://www.icj-icj.org/>>, para.39.

いて、もはやマヴロマチス判決が引用されなくなっているのも、そういった変化の兆しといえるのではないか。

今日では、公正な裁判を受ける権利は数多くの国際人権条約で保障されているため、裁判拒否によって国籍国に対する国際違法行為が生じると同時に、私人の当該権利に対する侵害つまり私人に対する国際違法行為が成立することになる。また ICSID における係争事案の急激な増大は、投資家が国家とほぼ対等な力を持つ訴訟当事者として国際社会で認められつつあることを示している。ICJ の裁判例を見る限りでは、当事者資格が国家に限定されているため、国際法がいまだに純粋な国家間関係法であるかのごとく錯覚しがちであるが、実際には国連賠償事件勧告的意見以降、ICJ においても非国家主体への当事者資格の拡大が盛んに議論されてきており⁽²⁴¹⁾、もはや国際法、ひいては国家責任法が国家間関係のみを規律する法ではないことは自明である。事実認定説が成立した時代には、ICJ で適用される法規と、社会で適用される国際法規則の全体が一致していたのかもしれないが、現代では、後者は ICJ で適用される規則の範囲を大きく超えており、国際法秩序の全体を整合的に捉えようとすれば、外交的保護制度にも一定の修正が加えられる必要がある⁽²⁴²⁾。

ただし、我々がこの ICJ の判断を文面通りに理解しようとするれば、多少の違

(241) この文脈では、国際機構への訴訟当事者資格拡大である。杉原高嶺『国際司法裁判制度』（有斐閣、1996年）102-105頁。また、H. ローターパクトは、「政府間での紛争処理という伝統的な役割に限定されるものではなく—実際、裁判所規程にも記されている通りであるが—すべての多様な政策表明（manifestations）について、それらが司法的決定および勧告を要求する限り、国際社会の司法機関として構成するものとして」、ICJ の活動の拡大を提唱していることで有名である。Lauterpacht, H., "The revision of the Statute of the International Court of Justice : with an introduction by Sir Elihu Lauterpacht," *The law and practice of int'l courts and tribunals*, vol. 1, no. 1 (2002), p.125.

(242) 本稿とはアプローチが異なるが、トゥーゼは裁判手続としての外交的保護の機能的側面に着目した詳細な検討を通じて、外交的保護の定義が変容してきたことを強調している。Touzé, *supra note* 128.

和感を覚えずにはいられない。なぜなら、本来は国籍に関係なく認められ、対国家的性質をもつはずの人権が、外交的保護請求によって保護されるのであれば、国籍国の権利に「変形」されてしまうと理解しなければならないからである。他にありうる解釈としては、外交的保護にいう外国人待遇義務の基準が、部分的に人権条約と合致するレベルに引き上げられただけであって、外交的保護はあくまで国家間訴訟上の制度にとどまっていると理解することもできる。国家責任法の文脈で人権保護を捉えようとすれば、保護対象となるのは私人の権利ではなく、あくまで国家の権利であるため、保護法益も常に後国家的性質を帯びざるをえない。このような理解が、はたして現代国際法秩序において整合的に認められうるのかという疑問が依然として残る。これらの問題に関しても、今後の課題としたいと思う。

【付記】 筆者は日本学術振興会特別研究員（DC）であり、本稿は科学研究費補助金（平成21年度・22年度）による成果の一部である。

(243) Report of Sub-Committee on Responsibility of States for Damage done in Their Territories to Person or Property of Foreigner, Supplement to *A.J.I.L.*, vol.20 (1926), p.182.

(244) 例えば、国家裁量によって発動の可否が決定されるという、外交的保護の国家的性質は、普遍的な保障をめざす国際人権の制度とは相容れないのではないか。Gaja, G., "Is a state specially affected when its nationals' human rights are infringed?," *Man's inhumanity to man—Essays on international law in honour of Antonio Cassese* (Kluwer, 2003), p.382; Jennings, R., "The LaGrand Case," *The law and practice of international courts and tribunals*, vol. 1, no. 1 (2002), p.47-48.