



外交的保護制度の理論と実際

山下, 朋子

(Degree)

博士 (法学)

(Date of Degree)

2015-03-06

(Date of Publication)

2018-03-06

(Resource Type)

doctoral thesis

(Report Number)

甲第6404号

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/D1006404>

※ 当コンテンツは神戸大学の学術成果です。無断複製・不正使用等を禁じます。著作権法で認められている範囲内で、適切にご利用ください。



博士学位論文

外交的保護制度の理論と実際

神戸大学大学院 法学研究科

専攻：理論法学

指導教授：齋藤彰 教授

学籍番号：076J007J

氏名：山下朋子

提出年月日：平成 27 年 1 月 13 日

論文要旨

外交的保護とは、「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に、「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」とする確立した慣習国際法の制度である。これは18世紀後半から19世紀初頭にかけての国際仲裁の積み重ねにより発展してきた不文法の紛争処理理論であり、自国民の権利保全を目的とする国家が、違法行為国に対して外交交渉や国際裁判などを通じて損害賠償責任を問い、自国民と違法行為国との間の紛争を平和的に処理するという国家的性格の制度である。外交的保護の事例の多くは被害者の人権の保護を目的としながらも、当該被害者が利用可能な国際訴訟制度の欠落を前提として国家間での紛争処理が行われる。

第二次世界大戦後、国連が人権保障をその目的に掲げ国際人権法や国際投資法が発展する中で、外交的保護制度は前世紀的制度としてその役割が急激に縮小したが、1995年から2006年まで国連国際法委員会（ILC）が行った外交的保護条文の法典化作業をきっかけに再び学説の注目を集めている。加えて学説の盛り上がりと呼応する動きが国際司法裁判所（ICJ）の実行の上でも生じた。ICJは2007年のアーマド・サディオ・ディアロ事件の先決的抗弁判決でILCによる外交的保護条文草案を引用し、さらに近年の個人の権利についての国際法の発展により本来は外国人の取扱いについての最低基準違反に限定される外交的保護の事項的管轄が拡大され、人権の保障が含まれるようになったと声明したのである。

このように国際法の間隙において保護を受けることのできない私人が存在するという現状を鑑みて、既存の条約制度を補完するものとしての外交的保護制度の可能性に期待が集まるなかで、これまで別々に発展してきた各種条約制度と外交的保護が交錯しはじめている。しかし外交的保護制度の内容、すなわち「個人損害＝国家損害」とする法原則、訴訟主体の転化による個人訴訟の国家間訴訟への「変形」、あるいは私的請求の国家的性格の請求への「質的」な「転化」は、「既に現実への妥当を喪失」した「原始的形態に妥当する観念形態の遺物」として、戦間期にはすでに多くの学者によって批判されていた。外交的保護の国家的性格が「外国人の権利」保護にあたって私人の直接の出訴を認めるよりも効果的であろうという、制度の成立した当時の政治的・経済的配慮から生じたものにすぎず、制度としての本質を構成するわけではないのであれば、そのような社会背景が消滅した現在国際法秩序においては、外交的保護の国家的性格は払拭されるべきではないだろうか。

本稿はこの古典的論題について、新しい実行を踏まえたうえで論理構造を整理しなおし、現代国際法秩序における妥当根拠とその有用性について検討するものである。外交的保護の制度内容について「不法行為国の責任がどのようにして発生するとされているのか」（責任の「発生」）、そしてそういった責任は「どのようにして解除されるのか」（責任の「解除」）という2つの角度から分析を進める。

第一部 責任の「発生」では、外交的保護においてはどのような理屈で国家間の責任が発生すると理解されるのかを検討する。外交的保護そのものだけではなく、関連する諸原則も慣習国際法上の法制度であるがゆえに、不文法ゆえに内容が不明確である。そこで、国際法委員会（ILC）での国家責任条文及び外交的保護条文の法典化作業の検討を中心に、各種学説及び判例から伝統的規則の理論内容を特定することが第一部の主たる目的である。

第一章は、外交的保護制度成立の歴史的経緯と学説の展開の分析から、外交的保護の根幹をなす法的擬制の伝統的理解の内容について確認する。ここでは、いわゆる伝統的な外交的保護の法的擬制には、実は背景とする国際法観が全く異なる二つの理解が存在していたことが明らかにされる。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「国家有機体説」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る。結論として、私人に視点を置く埋没説の方が、現代国際法秩序との適合性が高いように思われる。

第二章は、外交的保護の発動要件である、国籍の継続性と実効性という2つの原則の成立の経緯と学説の対立をみながら、真の被害者たる自然人又は法人の受けた損害が、なぜその国籍国の損害と読み替えられるのかについて考察する。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、かつ私的請求の国家請求への「変形」の根拠や動機になるものである。国籍継続の原則は、慣習法規則として確立した地位を有する一方で、継続期間の最終日（*dies ad quem*）に関する論争は、実行上も学説上も決着をみておらず、さらにその必要性を理論的に説明することが困難であることからしても、純粹に濫訴防止を目的とした手続的要件であると理解するのが妥当であるように考えられる。国籍の実効性は、少なくとも重国籍者に関しては慣習法上の原則と認めてよく、自然人の場合においては長期居住者や難民にも適用が拡大する傾向がみられる。ただし法人に関しては、

国籍の実効性は非常に限定的に解釈されるべきであり、特に会社の株主本国による外交的保護は、会社が「法的に消滅」した場合に加えて、平和条約における財産の処遇と外国人財産国有化に対する補償の事例に限定されると考えられる。国籍の実効性の原則は私人の権利を国家の権利へと国籍を通じて「変形」という擬制的操作の根幹をなす実体的要件であると捉えるべきである。

第三章は、外交的保護のもう一つの発動要件である、国内的救済完了の原則について検討する。手続規則としての国内的救済完了原則は、実行上も学説上も確立した国際慣習法原則として認められており、そこで求められる救済手段とは当該領域国において私人が利用可能な「法定の救済手段」のことをいう。さらにその適用例外についても緩やかなコンセンサスが存在する。他方で裁判拒否概念は、少なくとも外交的保護の文脈においては、国内的救済完了原則の実体的側面ものとして切り離して捉えることはできず、外交的保護請求の訴因となる国際違法行為の一構成要件たる地位を占めている。国内的救済を尽くしたが適正な救済が受けられず、裁判拒否が決定的となった場合に国家責任が成立するとする複合違法行為仮説は、煩雑に過ぎるとの批判を受けてきたが、例えば2002年の英国アッバシ事件における実際の外交的保護事例における紛争解決過程を参照する限りでは、理にかなった説明であるように思われる。これまでわが国の学説では国内的救済完了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。しかし、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という実体規則の意義を、我々は再評価しなければならない。

第二部 責任の「解除」では、権利者による請求権放棄によって、不法行為国の責任が阻却される条件について考察する。被害を受けた私人あるいはその国籍国が外交的保護を行わないことに同意した場合、当該私人と国籍国の間でどのような調整が法的に行われるのか、実際の紛争処理に着目して考察を進める。

第四章は、直接の被害を受ける国民が、その国籍による外交的保護の可能性を排除する意思表示をしている場合、本国の外交的保護権にいかなる法的効果を与えるのかについて検討する。この点に関して、伝統的に議論の的となってきたのはカルヴォ条項である。カルヴォ条項とは、投資家と投資受け入れ国との間で締結されるコンセッション契約において、投資家本国による外交的保護の可能性を排除とする条項であり、19世紀の外交的保護の成立期にアルゼンチン人の外交官で国際法学者でもあるカルロス・カルヴォ (Carlos Calvo) によって提唱され、欧州列強による内政干渉を排除すべく南米諸国で広く支持され

た学説および実行である。同様に、問題となる私人の行動を重視するものとして、信義則の一つと言われるクリーン・ハンズ原則が存在する。カルヴォ条項及びクリーン・ハンズ原則は、いずれも長年に渡り議論されてきたにせよ、その国際法上の効果についても学説及び実行を通じて見解が一致しないことから、慣習国際法規則としては、確立しているとは言えない。ただしこれらの論点が連綿と続いてきた背景には、私人を通じて国家が侵害を被るといふ、現実とは乖離した法的擬制の抱える矛盾について、多くの論者が疑問を抱いてきたという事実を指摘できる。さらに「カルヴォ条項」は、内外人平等原則の普遍化と国内的救済完了原則の徹底を促進させたという歴史的功績が評価されるべきであり、また「クリーン・ハンズ原則」も、国家間訴訟手続における信義則という法の一般原則の一部として、裁判所は黙示的に受け入れているものと思われる。

第五章は、国籍国が外交的保護権を明示的に放棄する場合に、真の被害者たる国民が受ける法的影響について検討する。外交的保護権が国家の権利であるかぎり、それを放棄することができるのは国家である。第一にどのような方法で「放棄」が表明されるのか、第二に当該放棄がとりわけ私人による国内的救済に与える影響がどのようなものであるのか、第三に現代国際法秩序において私人の権利を保護する多種多様な法規範によって、国家による恣意的な保護の放棄が規制される可能性があるのか否かについて検討を行う。具体的な事例として、本章では戦後補償裁判及びグアンタナモ基地収容者による外交的保護請求を中心に取り上げ分析を進めた。ここで明らかにされたことは以下の通りである。第一に、国籍国による外交的保護の「放棄」の方法としては、条約で明示される場合のほか、明文規定のない条約における含意、政府要人による発言も考慮される。一般に権利放棄は権利保持者により明示的かつ有効になされる必要があることから、通常は条約の形を採用することが多いにも拘わらず、このような黙示的ともいえる「放棄」が許容される背景には、外交的保護権がそもそも不文法上の権利であることに加えて、戦後処理など外交的にデリケートな特定の問題は、司法審査になじまないとする裁判所の判断が存在する。第二に、外交的保護の放棄が私人間訴訟にまで影響を及ぼす理由は、必ずしも裁判所によって明らかにされていない。それは、訴訟当事者が原告被告ともに私人であった場合には、和解あるいは裁判外での金銭支払いで紛争が処理される傾向にあること、また単なる損害賠償請求訴訟として処理できない高度に政治的な問題を孕んでいることによる。すなわち、外交的保護が取りざたされる問題は、本来、司法的解決には馴染まず、専ら政治的に処理されるべき性質のものであるのである。第三に、外交問題を処理する際の行政裁量は絶対的なものではなく、法による一定の制約を受け得るといえる。現代の法秩序においては、被害者の人権保護の観点から外交的保護を放棄した政府の責任が裁判所によって追及されうる。ただしその根拠となるのは、条約や国際法上の強行規範ではなく、あくまで各国憲法の人

権規定である。しかし、政府に対して外交的保護のための個別具体的な行動を起こすよう命じることは難しく、裁判所は政府の不作為の違法性を宣言することで、紛争解決へ向けた自発的な行動を政府に促すことになる。

以上の検討から、外交的保護の国家的性格は払拭されるどころか、現代国際法秩序においても妥当していると結論せざるを得ない。ただし、外交的保護制度そのものは変質していないにせよ、その機能は変化している。投資保護条約における公正衡平待遇などの条約規範の解釈について、先例的機能を果たしているといえる。さらに、国際平面においても私人が自らの手で自らの損害を回復するための国際訴訟手続が整備された現代では、外交的保護制度は被害者が自らの力では救済を得ることが出来ない場合に残余的に機能する、いわば紛争解決のための最後の砦として補完的保護機能を果たすようになっている。このことは人権裁判所や投資仲裁制度など、私人が直接に違法行為国を訴えることが可能な国際的フォーラムの充実により一時影を潜めていたことから、外交的保護が発動されずとも自ら権利救済を行うことのできる強力な私人の出現と増長という国際社会の現実の一端を示している。

目次

論文要旨	i
目次	vi
略字・略称一覧	xi
序 論	1
1 問題提起	2
2 本稿の構成	5
第一部 違法行為責任の発生	9
第1章 法的擬制の内容	10
はじめに	10
1 歴史的経緯	13
1.1 私的復仇の消滅（13世紀～18世紀）	14
1.2 外交的保護の成立（19世紀）	16
2 理論構成	19
2.1 国際法委員会（ILC）による外交的保護条文	21
2.1.1 2人の特別報告者のアプローチの違い	22
2.1.2 第二読草案（2006年）での擬制に関する変更	24
2.2 「伝統的理論」に関する2つの解釈	25
2.2.1 国家有機体説（マヴロマチス定式）	26
2.2.2 埋没説（ボーチャード定式）	29
2.3 小括	31
おわりに	32
第2章 国籍に関する原則	35

はじめに	35
1 国籍の継続性	38
1.1 継続期間起算の初日 (dies a quo) と最終日 (dies ad quem)	40
1.2 被害者の国籍.....	43
1.2.1 国籍の異なる者へ請求が強制的に譲渡される場合	44
1.2.1 請求とは無関係な理由による国籍変更.....	46
1.2.2 法人の国籍継続.....	49
2 国籍の実効性	50
2.1 自然人	52
2.1.1 重国籍者.....	52
2.1.2 長期居住者.....	56
2.1.3 難民	61
2.2 法人	63
2.2.1 会社の法的な消滅と株主保護.....	65
2.2.2 会社が法的に存続する場合における法人格否認法理の適用.....	69
2.2.3 国内法との齟齬.....	71
おわりに	73
第3章 国内的救済の完了	75
はじめに	75
1 手続的要素	78
1.1 原則	78
1.2 例外	82
1.2.1 国内的救済の合理性の欠如.....	85
1.2.2 領域国との連関の欠如.....	89

1.2.3	国内的救済完了原則の適用を排除する意思の存在	93
2	実体的要素	98
2.1	権利侵害の「間接性」と紛争主題決定指標としての「優越性」	101
2.2	違法行為の構成要件としての裁判拒否	107
2.2.1	複合違法行為仮説	110
2.2.2	2002年英国アッバシ（Abbasi）事件	112
	おわりに	114
	第二部 責任の「解除」	116
	第4章 国民による放棄	117
	はじめに	117
1	カルヴォ条項	119
1.1	1926年テキサス北米浚渫会社事件	121
1.2	米州国際会議を中心とする初期の法典化	123
1.3	国際法委員会（ILC）による法典化の断念	126
1.4	条約によるカルヴォ主義の「吸収」	130
2	クリーン・ハンズ原則	133
	おわりに	137
	第5章 国籍国による放棄	139
	はじめに	139
1	「放棄」の方法	141
1.1	条約による明示的放棄の意思表示	142
1.1.1	1951年対日平和条約（サンフランシスコ平和条約）	145
1.1.2	日本と「朝鮮」との平和条約	152
1.2	条約による黙示的「放棄」の意思表示	161

1.2.1	日本と「中国」との平和条約.....	162
1.2.2	「ドイツ」戦後処理の歴史的経緯.....	169
1.3	政府高官の言説における「放棄」の意思表示.....	179
1.4	小括.....	180
2	「放棄」の効果.....	181
2.1	対日企業訴訟の経緯.....	183
2.1.1	日本の判例.....	185
2.1.2	米国・カリフォルニア州裁判所.....	186
2.2	対独企業訴訟の経緯.....	189
2.2.1	ドイツ連邦共和国.....	190
2.2.2	米国・連邦裁判所.....	196
2.3	小括.....	200
3	「放棄」の制限可能性.....	201
3.1	条約による外交的保護制度の補完作用.....	203
3.2	国際人道法.....	207
3.2.1	1907年ハーグ陸戦条約第3条.....	208
3.2.2	強行規範.....	214
3.3	国際人権法.....	218
3.3.1	事項的管轄による制約.....	219
3.3.2	領域的管轄による制約.....	221
3.3.3	時間的管轄による制約.....	223
3.4	国内法.....	228
3.4.1	憲法の人権規定による外交的保護の義務化.....	228
3.4.2	司法判断適合性の問題.....	237

3.5 小括	251
おわりに	252
結 論	254
1. 責任の発生	255
3.6 法的擬制（第1章）	255
3.7 国籍の原則（第2章）	256
3.8 国内的救済完了原則（第3章）	257
2. 責任の「解除」	258
5.1 国民による放棄（第4章）	258
5.2 国籍国による放棄（第5章）	259
3. 外交的保護の機能変化.....	260
6.1 先例的機能	262
6.2 補完的保護機能.....	263
参考文献一覧	i

略字・略称一覧

1. 組織・機関・国名

BGH	Bundesgerichtshof ドイツ・連邦通常裁判所（ドイツ民事訴訟の最高裁）
BVerfG	Bundesverfassungsgericht ドイツ・連邦憲法裁判所
CUP	Cambridge University Press
DRC / RDC	Democrtic Republic of Congo / République démocratique du Congo
ECHR / CEDH	European Court of Human Rights / Cour européenne de droits de l'homme
ECmmHR	European Commission of Human Rights
FCO	Foreign and Commonwealth Office 英国外務省
FRG	Federal Republic of Germany
IACHR	Inter-American Court of Human Rights
ICC	International Criminal Court
ICJ / CIJ	International Court of Justice / Cour internationale de justice
ICSID	International Center for Settlement of Investment Disputes
ILC / CDI	International Law Commission / Commission du droit international
LG	Landgericht ドイツ連邦地方裁判所
NAFTA	North American Free Trade Agreement between the United States, Canada, and Mexico
OLG	Oberlandesgericht ドイツ連邦上級地方裁判所
OUP	Oxford University Press
OVG	Oberverwaltungsgericht ドイツ連邦上級行政裁判所
PCIJ / CPIJ	Permanent Court of International Justice / Cour permanente de Justice international
WTO	World Trade Organization
UN	United Nations
NYU	New York University

2. 雑誌・文献

ADPILC	Annual Digest of Public International Law Cases
AFDI	Annuaire française de droit international
AJIL	American Journal of International Law
BGBL	Bundesgesetzblatt ドイツ・連邦法律公報
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen ドイツ連邦通常裁判所民事判例集
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ドイツ連邦憲法裁判所判例集
BYBIL	British Yearbook of International Law
CTS	Consolidated Treaty Series
EJIL	European Journal of International Law

ETS / STE	European Treaty Series/ Série des Traités Européens
GAOR	Official Records of the General Assembly
GYBIL	German Yearbook of International Law
ILC Yearbook	Yearbook of the International Law Commission
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
ILR	International Law Reports
ILM	International Legal Materials
IUSCTR	Iran–United States Claims Tribunal Reports
JAIL	Japanese Annual of International Law
JYBIL	Japanese Yearbook of International Law
LJIL	Leiden Journal of International Law
LNTS / RTSN	League of Nations Treaty Series/ Recueil des Traités de la Société des Nations
MPEPIL	Max Planck Encyclopedia of Public International Law
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NYBIL	Netherlands Yearbook of International Law
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international
RDILC	Revue de droit international et de législation comparée
RGDIP	Revue générale de droit international public
RzW	Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht
SZIER/ RSDIE	Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht /Revue suisse de droit international et de droit européen
UNTS / RTNU	United Nations Treaty Series / Recueil des traités des nations unis
UNRIAA	United Nations Reports of International Arbitral Awards/ Recueil des sentences arbitrales
YBILC	Yearbook of the International Law Commission
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht
下民	下級裁判所民事裁判例集
訟月	訟務月報
判時	判例時報
判タ	判例タイムズ
民集	最高裁判所民事判例集

序論

外交的保護とは、「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に、「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」とする確立した慣習国際法の制度である¹。これは18世紀後半から19世紀初頭にかけての国際仲裁の積み重ねにより発展してきた不文法の紛争処理理論であり²、自国民の権利保全を目的とする国家が、違法行為国に対して外交交渉や国際裁判などを通じて損害賠償責任を問い、自国民と違法行為国との間の紛争を平和的に処理するという国家的性格の制度である。外交的保護の事例の多くは被害者の人権の保護を目的としながらも³、当該被害者が利用可能な国際訴訟制度の欠落を前提として国家間での紛争処理が行われる。例えば、国家のみが当事者適格を有する常設国際司法裁判所 (PCIJ) やその後継である国際司法裁判所 (ICJ) では⁴、「国家間紛争」という形態を維持しながら実際には自国民保護のための訴訟が数多く提起されてきた⁵。

不文法であるがゆえに、外交的保護制度の制度枠組や内容を知るためには、個別具体的な事件における裁判所の宣明を参照しなければならない。それを端的に言い表すものとし

¹ Commentary to Art. 1 of Draft Articles on Diplomatic Protection (Second reading 2006) with commentaries [hereinafter, “Second Draft on Diplomatic Protection 2006”], in *YBILC 2006*, vol. II (Part Two), paras 8-9.

² 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,” *EJIL*, vol.13, no.5 (2002), pp. 1107-1108; Draft on international responsibility of the State for injuries caused in its territory to the person or property of aliens, in *YBILC 1958*, vol.II, pp.71-73; Revised version, in *YBILC 1961*, vol.II, pp.46-54.

³ Kiss, Ch.-A., « La condition des étrangers en droit international et les droits de l’homme », in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch* (Bruylant, 1972), pp. 499-510.

⁴ 国際司法裁判所規程 34 条 1 項。そもそも、常設国際司法裁判所規程を起草したハーグ法律家諮問委員会において個人の出訴権が否定されたのは、論理的側面からと言うよりは現実的側面を考慮し、個人の場合は外交的保護権の行使によるべきとの理由からであったとされる。杉原高嶺『国際司法裁判制度』（有斐閣、1996）97 頁。現代では個人に直接の出訴権を認めるものとして国際投資紛争解決センター (ICSID)、欧州人権裁判所や、自由権規約の個人通報制度などが存在するが、これらは分野的・地域的に限定されたものでしかない。See Dugard, J. R., “First Report on Diplomatic Protection”, UN Doc. A/CN.4/506 in *YBILC 2000*, vol. II (Part One), para.32, paras.175-184; Final Report by the Committee on Diplomatic Protection of Persons and Property, *Report of the International Law Association (72nd Conference held in Toronto 2006)*, p.370; Jennings, R. & Watts, A. (eds.), *Oppenheim’s International Law, vol.1 Peace, 9th ed.* (Longman, 1992), p.513; Orrego Vicuña, F., “Changing approaches to the nationality of claims in the context of diplomatic protection and international dispute settlement,” *Report of the International Law Association (68th Conference held in London 2000)*, pp.633, 653-636; Dupuy, P.-M., *Droit International Public 8e éd.* (Dalloz, 2006), §191, §477; Shaw, M. N., *International Law 6th ed.* (CUP, 2008), p.809

⁵ Schwebel, S.M., “Human Rights in the World Court,” in Pathak, R.P. & Dhokalia, R.P. (eds.), *International Law in Transition: Essays in Memory of Judge Nagendra Singh* (D.M.Nijhoff, 1992), pp.267-290; Higgins, R., “The International Court of Justice and Human Rights,” in Butler, F. (ed.), *Human Rights Protection: Methods and Effectiveness* (Kluwer, vol.2, 2002), pp.163-185.

て頻繁に引用されるのが、常設国際司法裁判所（PCIJ）の1924年マヴロマチス特許事件判決における次の一節である。

「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。」⁶

1 問題提起

ここで明らかにされた外交的保護制度の内容、すなわち「個人損害＝国家損害」とする法原則、訴訟主体の転化による個人訴訟の国家間訴への「変形」⁷、あるいは私的請求の国家的性格の請求への「質的」な「転化」は⁸、田畑茂二郎が指摘した1937年当時でさえ、「既に現実への妥当を喪失」した「原始的形態に妥当する観念形態の遺物」であった⁹。現に、戦間期にはすでに、多くの学者の関心を引く主題として、外交的保護の法的性質が盛んに議論されていた。

「外交的保護」という用語の起源であると言われるボーチャードの著作『在外自国民の外交的保護』が出版されたのは1915年であり¹⁰、その後彼は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」の報告者を務めている¹¹。外交的保護の国家的性格については、万国国際法学会の1931年ケンブリッジ会期ならびに1932年オスロー会期において有力な反論が加えられ、国家は国際法上自国民の保護義務を負うとする義務説¹²、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*)と位置づけ国家の裁量性

⁶ *Concessions Mavrommatis en Palestine* (Grèce c. Royaume-Uni), *CPJL*, Série A, N°2, Arrêt du 30 août 1924, p. 12; *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (Estonie c. Lituanie), *CPJL*, Série A/B, N° 76, Arrêt du 28 février 1939, p. 16.

⁷ 田畑茂二郎「個人争訟と国際争訟（一）」『法学論叢』37巻3号（1937年）500頁。

⁸ 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）200-204頁。

⁹ 田畑「前掲論文（注7）」522頁。

¹⁰ Borchard, E. M., *Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (Banks Law, N.Y., 1915), pp. 352-354.

¹¹ Borchard, E., “Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigners,” *AJIL Special Suppl.*, vol. 23 (1929), pp. 149-153.

¹² de la Barra, *Ann. de l'Institut de D. Int'l*, t.37 (1932), p.263; de la Pradelle, *ibid.*, pp.492-493; Coudert, *ibid.*, p.500.

を否定する職能説¹³、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提唱された¹⁴。さらに第二次世界大戦後、国連が人権保障をその目的に掲げ¹⁵、国際人権法や国際投資法が発展する中で、外交的保護制度は前世紀的制度とする中で、国家的性格を維持する外交的保護の役割は急激に縮小していった。

20世紀前半の国際法の大半は慣習法であり、それを法典化するという任務を帯びた国連国際法委員会(ILC)が手掛けた中で、最も長い作業時間を要したのは、国家責任条文の起草作業である。その起草過程において最初の特別報告者となったガルシア・アマドールは、「外国人」に対する侵害についての国家責任規則を扱い¹⁶、国家はもはや唯一の国際法主体ではなく、個人や国際機関も国家責任の領域において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を提唱した¹⁷。彼は「(外交的保護の)規則が適用される責任の事例において侵害された利益あるいは権利は、元来、国家のものではなく私人(private individuals)のものである」とし¹⁸、さらに請求は「国民の名において若しくは国民のために」なされるため、国家が被った損害の賠償を得るために国際的請求を提出する権利は、純粹に「代表的(representative)」性格であると主張したのである¹⁹。しかしながらガルシア・アマドールの主張はILC内の議論を大いに紛糾させたため、次の特別報告者であるアーゴによって1962年に二次規則、国際違法行為の結果としての国家の国際責任一般に関する諸規則へと法典化作業の重点が移され、それ以降には外交的保護に関する議論は次第にされなくなっていった²⁰。

¹³ Rolin, H., *ibid.*, p.500; de Visscher, C., translated by Corbett, P.E., *Theory and Reality in Public International Law* (OUP, 1968, original 1957), p.273; Scelle, G., « Règles générale du droit de la paix », *RCADI*, vol. 46 (1933-IV), p. 657, pp. 660-663.

¹⁴ Ralston, J.H., *The Law and Procedure of International Tribunals* (Rev. ed., Stanford Univ. Pr., 1926), pp.147-148; Eagleton, C., *The Responsibility of States in International Law* (NYU Pr., 1928; Kraus reprint 1970), p.221; von der Heydte, F. A., “L’individu et les tribunaux internationaux”, *RCADI*, 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.

¹⁵ Article 1 (3) of the Charter of the United Nations.

¹⁶ Draft on international responsibility of the State for injuries caused in its territory to the person or property of aliens, in *YBILC* 1958, vol.II, pp.71-73; Revised version, in *YBILC* 1961, vol.II, pp.46-54.

¹⁷ García-Amador, F.V., “First Report on International Responsibility,” UN Doc. A/CN.4/96, in *YBILC* 1956, vol.II, pp.188-192, 197-203. 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) 278頁。

¹⁸ García-Amador, *ibid.*, p. 196, para. 122, p. 214, para. 217; “Third Report on International Responsibility,” UN Doc. A/CN.4/111, *YBILC* 1958, vol.II, p. 65, para. 18.

¹⁹ García Amador, “State Responsibility. Some New Problems,” *RCADI*, vol. 94, (1958 II), pp.472-474.

²⁰ Ago, R., Report by Chairman of the Sub-Committee on State Responsibility, UN Doc. A/CN.4/152, in *YBILC* 1963, vol.II, pp.227-237, para.4 and Appendix I.

しかしながら、国家責任についての議論の延長として 1995 年に ILC による法典化作業が開始されたことにより、かつて時代遅れとされた外交的保護は再び脚光を浴びることになる²¹。これは 21 世紀を目前にしてもなお、国際法規範の定立・適用の際の主要な行為者は依然として国家であり、国際法の間隙において保護を受けることのできない個人が存在するという現状への憂慮から、既存の条約制度を補完するものとしての外交的保護制度の可能性に注目が集まった結果でもあった²²。加えて、このような学説の盛り上がりに対応する動きが ICJ の実行の上でも生じた。2007 年のアーマド・サディオ・ディアロ事件の先決的抗弁判決において ICJ は、ILC による条文草案の第 1 条を引用し、近年の個人の権利についての国際法の発展により、本来は外国人の取扱いについての最低基準違反に限定される外交的保護の事項的管轄が拡大され、人権の保障が含まれるようになったと言明したのである²³。

ただしこの判決は、現代国際法秩序における外交的保護の再評価を検討するにあたって乗り越えなければならない、いくつかの重要な理論的問題について注意を促したものにすぎない。第一に、これまで別々に発展してきた各種条約制度と外交的保護が交錯しはじめた現状をみるにあたって、「国籍を問わず認められることを想定する人権規範と、外国人保護義務とはその基盤も性質も異なるはず」という認識をもつことは²⁴、当然であろう。つまり、国家の権利の発動としての外交的保護と個人の「人間としての」人権の保障は、論理的に当然には、結びつかない。第二に、より根本的な問題として、外交的保護制度における保護対象は「全ての人」ではないことが、国際的な人権保障制度の基本的発想とは相容れないのではないか。すなわち、国家の有する外交的保護権の庇護のもとにおかれるのは全ての国民ではなく、専ら国家の自由裁量のもとで選別された者に限定される。田畑も指摘するように、外交的保護が「個人の保護そのものを目的として為されるものであるならば、国家がその要求の提出の適否や要求提出後の訴訟の運命を国家自身の立場に於て任意に決定し、時には個人の欲求と矛盾することも可能であるといふやうな事態や、損害に

²¹ Commentary to Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *ILC Report 2006*, UN Doc. A/61/10, para. 1..

²² Dugard, “First Report on Diplomatic Protection”, *supra* note 4, paras. 175-184. 2006 年に国連総会でテイク・ノートされた ILC 外交的保護条文第 16 条は、外交的保護の発動がその他の損害賠償手続きに影響を与えないとし、同条のコメンタリーでも「外交的保護についての慣習国際法規則と人権保護を規律する規則は補充的 (complementary) である」ことが確認されている。Commentary to Article 16, Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra* note 1, para. 1.

²³ *Ahmadou Sadio Diallo* (Guinée c. République démocratique du Congo), Exceptions préliminaires, Arrêt du 24 mai 2007, para.39.

²⁴ 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 卷 3・4 号 (2006 年) 26 頁。

対する賠償が、個人の損害そのものを基準として決定されることなく、またたゞちに個人の所有に帰属することがないといふやうな事態は全く認めがたい」のである²⁵。

外交的保護制度に関するこのような疑問は、20世紀初めからすでに多くの論者によって議論されてきたものであるが、ILCの法典化作業が完了して数年が経過し、さらに新しい裁判実行が重ねられた現在において、外交的保護の論理構造を整理しなおし、現代国際法秩序における妥当根拠とその有用性についてもう一度検討してみる必要があるように思われる。そもそも外交的保護の国家的性格は、「外国人の権利」を保護するにあたり、個人の直接の出訴を認めるよりも効果的であろうという、制度の成立した当時の政治的・経済的配慮から生じたものにすぎないと指摘される²⁶。制度としての本質を構成するわけではないのであれば、そのような社会背景が消滅した現在国際法秩序においては、外交的保護の国家的性格は払拭されるべきではないだろうか²⁷。

2 本稿の構成

これらの疑問への回答を示すために、本稿では、外交的保護制度を一つの紛争解決プロセスと捉え、第一にどの時点で国際違法行為責任が発生するのか（責任の発生）、第二に当該違法行為の責任追及を行わないという紛争当事者の意思表示があった場合、そのような意思表示は違法性阻却事由たり得るのか、あるいは違法行為阻却事由にあたらぬ場合でも違法行為国の責任は「解除」されうるのか（責任の「解除」）という2つの角度から分析を進めていきたい。

第一部 責任の「発生」では、外交的保護制度ではどのように国家間における国際違法行為責任が発生すると理解されるのかを解明する。外交的保護そのものだけでなく、関連する諸原則も慣習国際法という不文法の法制度であるがゆえに、その内容は不明確である。そこで、国際法委員会（ILC）での国家責任条文及び外交的保護条文の法典化作業の検討を中心に、各種学説及び判例から伝統的規則の理論内容を特定することが第一部の主たる目的である。

第一章は、外交的保護制度成立の歴史的経緯と学説の展開の分析から、外交的保護の根幹をなす法的擬制の伝統的理解の内容について確認したい。ここでは、田畑が提起した「如

²⁵ 田畑「前掲論文」（注8）204頁。

²⁶ Borchard, *supra* note 10, p. 14.

²⁷ 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）403-5頁。

何なる理論的根拠の下に、個人の受けたる損害がそうした国家の生存権・自衛権又は平等権・国際交通権の侵害たるものと理解されうるか」という問いに対し²⁸、再検討を試みる。

第二章は、外交的保護の発動要件である、国籍に関する継続性と実効性という二つの原則の成立の経緯と学説の対立をみながら、真の被害者たる自然人又は法人の受けた損害が、なぜその国籍国の損害と読み替えられるのかについて考察する。ここでは主に、重国籍者やいわゆる「多国籍企業」を分析の対象としながら、国籍という国内法的紐帯と、居住国や外国人株主など事実上の結びつきとの関係性について、国際公法的な評価を明らかにしたい。

第三章は、外交的保護のもう一つの発動要件である、国内的救済完了の原則について検討する。武力攻撃や在外公館への侵害のような国家に対する「直接侵害」の事例とは異なり、一般に外交的保護は、自国民への侵害を通じて「間接的に」国籍国が侵害を被る「間接侵害」の事例であると理解されている。わが国の学説ではしばしば、国内的救済完了の原則は、国際請求提起のための単なる手続的前提条件に過ぎないと指摘されるが、少なくとも外交的保護の文脈においては、外交的保護請求に内在する侵害法益の「間接性」と国内的救済完了原則の実体的側面である裁判拒否との関わりが、国際訴訟提起の前提条件として重要な意義を有しているように思われる。ここではロベルト・アゴ (Robert Ago) の唱えた「複合違法行為仮説」をヒントにししながら、慣習法規則としての国内的救済完了原則について再検討することで、外交的保護の実体の解明につなげたい。

第二部 責任の「解除」では、権利者による請求権放棄によって、不法行為国の責任が阻却される条件について考察する。権利者の同意が違法性阻却事由として、国際違法行為責任を解除する第一の根拠たり得ることは、国家責任条文第 20 条にも明示されるとおりである。ここでは被害を受けた私人あるいはその国籍国が外交的保護を行わないことに同意した場合、当該私人と国籍国の間でどのような調整が法的に行われるのか、実際の紛争処理に着目して考察を進めたい。

第四章は、直接の被害を受ける国民が、その国籍による外交的保護の可能性を排除する意思表示をしている場合、本国の外交的保護権にいかなる法的効果を与えるのかについて検討する。この点に関して、伝統的に議論の的となってきたのはカルヴォ条項である。カルヴォ条項とは、投資家と投資受け入れ国との間で締結されるコンセッション契約において、投資家本国による外交的保護の可能性を排除するとする条項であり、19 世紀の外交的

²⁸ 田畑「前掲論文(注7)」505頁。

保護の成立期にアルゼンチン人の外交官で国際法学者でもあるカルロス・カルヴォ（Carlos Calvo）によって提唱され²⁹、欧州列強による内政干渉を排除すべく南米諸国で広く支持された学説および実行である。同様に、問題となる私人の行動を重視するものとして、クリーン・ハンズ原則が存在する。これは信義則の一類型として、ラテン語法諺の「訴訟は不正行為からは生じない（*ex dolo malo non oritur actio*）」あるいは「誰も自身の不法によって利益を取得しえない（*nullus commodum capere potest de injuria sua propria*）」に対応すると説明される規則であり、ある種の違法性阻却事由³⁰、または請求の受理可能性要件の一つとして議論されてきたが³¹、ILCの外交的保護条文からは最終的に排除された論点である。

第五章は、国籍国が外交的保護権を明示的に放棄する場合に、真の被害者たる国民が受ける法的影響について検討する。外交的保護権が国家の権利であるかぎり、それを放棄することができるのは国家である。どのような方法で「放棄」が表明されるのか、さらに当該放棄がとりわけ私人による国内的救済に与える影響がどのようなものであるのか、そして現代国際法秩序において私人の権利を保護する多種多様な法規範によって、国家による恣意的な保護の放棄が規制される可能性があるのか否かについて検討を行う。

以上の検討から、本稿は、慣習国際法制度としての外交的保護理論の内容を確定し（外交的保護制度の理論）、そのうえで現代国際法における実際の紛争処理機能について論じていきたいと思う（外交的保護制度の実際）。私人の国際法主体性を認める各種条約制度が充実した現代においても、外交的保護は理論的に有効に機能し得るのであろうか。また「国家の外交的保護制度を新しく国家的性格を排除するような仕方で再構成する」ことは可能なのであろうか³²。

なお、本稿においては「外交的保護」と「外交的保護権」とを厳密に区別し、両者を包括する紛争解決プロセス全体を表す言葉として「外交的保護制度」を用いる。この区別に関する議論の成果は、2006年に完成した国連国際法委員会（ILC）の外交的保護条文草案にも反映されている。

²⁹ Calvo, C., *Le droit international théorique et pratique*, 5^e ed (Marcel Riviere, 1888), t.4, p. 231.

³⁰ Bennouna, M., « Rapport préliminaire sur la protection diplomatique », UN Doc. A/CN.4/484 (1998), in *Ann CDI 1998*, vol. II (Première partie), UN Doc. A/CN.4/SER.A/1998/Add.1 (Part 1), para. 25.

³¹ Salmon, J., « Des ‘mains propres’ comme condition de recevabilité des réclamations internationales », *AFDI*, t. 10 (1964), p. 227.

³² 田畑「前掲論文（注27）」406頁。

第一条（定義及び範囲） 本条文の適用上、外交的保護とは、国が、自国民である自然人又は法人が国際法違法行為により被った損害について責任を有する他の国の、かかる責任の履行を、外交的行動その他の平和的解決の手段により、実施することをいう。

第二条（外交的保護を行使する権利） 国は、本条文に従って外交的保護を行使する権利を有する。

ILC も第一条のコメンタリーの冒頭で断わるように、この定義は慣習法たる外交的保護の全てを表しているわけではない³³。ただしここで重要であるのは、「外交的保護権」ではなく「外交的保護」と言及されるときに、国家の権利としての外交的保護権というよりは、国家が国民へ積極的に与える保護としての紛争処理の全体に焦点が当てられていることである。この「外交的保護」と「外交的保護権」の区別は、不文法たる外交的保護制度の内容について、本稿中で詳しく述べるような議論の対立を理解するうえで肝要であるため、くれぐれも留意されたい。

³³ Commentary to Art. 1 of Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra* note 1, para. 1.

第一部 違法行為責任の発生

第1章 法的擬制の内容

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その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のであり¹、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する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権的に拡大解釈し、事実上の法の補完と改廃まで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

¹ 碧海純一『法と社会』（中公新書、1967年）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), pp. 638.

⁴ 栗栖三郎『法とフィクション』（東大出版会、1999年）93-95頁。ベンタム、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。

⁶ Vermeer-Künzli, A., "As if: The Legal Fiction in Diplomatic Protection," *EJIL*, vol. 18 (2007), pp. 42; Dekkers, R., *La fiction juridique : étude de droit romain et de droit comparé* (Sirey, 1935), pp. 24-37.

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、通常の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⁸。その作用として、私人の外国に対する請求を本国が取り上げることで、私的請求が国家的性格の請求へとそのものが質的に転化するという⁹。

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」行為者である状況を考慮して、現在でも通用するものとされている¹⁰。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¹¹、現代国際法秩序と整合する形のものとして、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¹²。外交的保護は、いまや単なる国家責任

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・序論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.* (OUP, 2008), pp.522-523; de Visscher, C., « La responsabilité internationale des États », *Bibliotheca Visseriana*, Vol. 2 (1924), p.116.

⁹ 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）200-204 頁。

¹⁰ 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 Garcia Amador, F.V., “State Responsibility. Some New Problems”, *RCADI*, vol. 94 (1958 II), p.471; Dugard, J. R., “First Report on Diplomatic Protection”, UN Doc. A/CN.4/506 in *YBILC 2000*, vol. II (Part One), 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. I 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.* (CUP, 2008), p.809.

¹¹ Pergantis, V., “Towards a ‘Humanization’ of Diplomatic Protection?,” *Za ö RV*, vol.66, no.2 (2006), p.362.

¹² Bennouna, M., « Rapport préliminaire sur la protection diplomatique », UN Doc. A/CN.4/484, in *Ann CDI 1998*, vol. II (Première partie), paras.49-54; Report of the ILC on the work of its 50th session (20 Apr.-12 Jun. & 27 Jul.-14 Aug. 1998) [hereinafter, ILC Report 1998], UN Doc. A/53/10, in *YBILC 1998*, vol.II (Part Two), para.89; Dugard, “First Report”, *supra* note 10, paras.5-32; paras.75-87; paras.175-184. また、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。

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ずの国際人権法との交錯点として扱われはじめている¹³。

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したい。

ILCによれば、外交的保護制度が成立したとされる当時、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対する侵害へと「変形 (transformation)」する必要性があったとされる¹⁴。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「変形理論」はどのような位置を占めるのか。そして、「変形理論」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

¹³ ILC Report 1998, *ibid.*, para.84; Amerasinghe, C.F., *Diplomatic Protection* (OUP, 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。

¹⁴ Bennouna, *supra* note 12, 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、ILC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 Report 2006, *supra* note 10, 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。

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「変形理論」が、どのように私人の権利から国家の権利への「変形」を説明するものであるのか考察を深めたいと思う。

なお、従来の日本の国際法学説では一般的に、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「変型」や「変型理論」という言葉を¹⁵、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¹⁶。いうなれば、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「変形理論」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、「変形理論」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。

1 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¹⁷。まず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したい。

¹⁵ ハンス・ケルゼンに始まる「変型理論」について、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）。

¹⁶ 日本における外交的保護の泰斗ともいべき田畑茂二郎は、初期においてこの法的擬制による操作を「変型」と表現しているが（「個人争訟と国際争訟（一）」『法学論叢』37巻3号（1937）500頁）、後の外交的保護に関する論文では一貫して「転化」という言葉を使用している（「前掲論文」（注9）、「外交的保護の機能変化（二・完）」53巻1・2号（1947年））。

¹⁷ 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。

1.1 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¹⁸、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¹⁹。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²⁰。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²¹。その淵源は、中世の自力救済による私的戦争の蔓延をうけて、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あると言われている²²。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²³。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²⁴。さらに興味深いのは、復仇の対象が加害者と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²⁵、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）」²⁶ないし「共同責任理論」の存在が指摘されている²⁷。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

¹⁸ 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。

¹⁹ 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.

²⁰ 田畑「前掲論文・外交的保護の機能変化（二・完）」（注16）394頁。

²¹ Clark, G., “The English Practice with Regard to Reprisals by Private Persons”, *AJIL*, vol. 27, no.3, (1933), p. 723.

²² 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。

²³ 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。

²⁴ 寺沢一「前掲論文」（注22）118頁。Freeman, A.V., *The International Responsibility of States for Denial of Justice* (Longmans, 1938; Kraus Reprint, 1970), p. 56.; Clark, *supra* note 21, p. 705.

²⁵ 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。

²⁶ de Visscher, C., « Le déni de justice en droit international », *RCADI*, vol.52 (1935-II), p. 370-371.

²⁷ 寺沢「前掲論文」（注22）123-124頁。

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²⁸。

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²⁹、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³⁰。中央集権的な近代国家の成立とともに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は³¹、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³²。

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³³。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³⁴。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³⁵。

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）

²⁸ 木村「前掲論文」（注25）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。

²⁹ de la Brière, Y., « Évolution de la doctrine et de la pratique en matière de représailles », *RCADI*, vol.22 (1928-II), pp. 251-252.

³⁰ 田畑「前掲論文・外交的保護の機能変化（二・完）」（注16）397頁。

³¹ Politis, *Ann. de l'Institut de D. Int'l*, (1935), p.27.

³² 寺沢「前掲論文」（注22）129頁。

³³ 岩月「前掲論文」（注23）41-42頁。

³⁴ 寺沢「前掲論文」（注22）133-134頁。

³⁵ 小畑「前掲論文」（注8）339頁。

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³⁶。執筆時期を鑑みても、ここで念頭に置かれているのは外交的保護ではなく復讐の議論であって、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³⁷。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、復讐の集団責任の理論（国家有機体説）に基づけば自明のことだからである³⁸。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」となったことは³⁹、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⁴⁰。

1.2 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⁴¹、さらに 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 年代頃から一層の高まりを見せるにつけ⁴²、調停及び仲裁裁判を予定した紛争処理条約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「兵力ニ訴フル先立ち・・・周旋

³⁶ « Quiconque maltraite un citoyen offense 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 », 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). (下線は筆者による)

³⁷ 岩月「前掲論文」(注 23) 35-36 頁。

³⁸ Dunn, F.S., *The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law* (Johns Hopkins Press, 1932) p.52.

³⁹ de Visscher, C., *supra* note 26, p 373.; Tiepel, H., traduit par Brunet, R., *Droit international et droit interne* (Pédone, 1920), p. 214.

⁴⁰ Borchart, E. M., *Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (Banks Law, N.Y., 1915), pp.363-5.

⁴¹ 木村「前掲論文」(注 25) 107 頁。Parry, C., "Some Considerations upon the Protection of Individuals in international law," *RCADI*, vol. 90 (1956-II), p.658; Dunn, *supra* note 38, pp. 52-53.

⁴² Beales, A.C.F., *The History of Peace. A Short Account of the Organized Movements for International Peace* (London, G. Bell, 1931), p.130ff.

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⁴³。

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⁴⁴。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⁴⁵。

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、平和的紛争解決手続としての正当性が疑問視されるようになった⁴⁶。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⁴⁷。ただし、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。私的復讐がもっていた私人の財産的権利の回復という要素と、公的復讐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を可能ならしめたに過ぎない。また、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

⁴³ 岩月「前掲論文」（注23）45-61頁。

⁴⁴ 小畑郁「19世紀中葉における国債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," *BYBIL*, p. 284.

⁴⁵ 小畑「前掲論文」（注17）2頁。

⁴⁶ García Amador, F.V., "Report on International Responsibility," [hereinafter, "First Report"] UN Doc. A/CN.4/96, *YBILC 1956*, vol. II, p. 208; *YBILC 1958*, vol. II, pp. 54-55. 岩月直樹「紛争の『平和的』解決の意義—復讐と対抗措置の非連続性」『本郷法政紀要』7巻（1998年）404-405頁。

⁴⁷ 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。Commentary to Art. 1 of Draft Articles on Diplomatic Protection (Second reading 2006) with commentaries [hereinafter, "Second Draft on Diplomatic Protection 2006"], in *YBILC 2006*, vol. II (Part Two), para. 1.

入を正当化するための政策論として外交的保護をしばしば主張していた。その時の正当化根拠として既存の諸制度の要素が引用され混合されたのであり、歴史的観点からすれば、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。

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⁴⁸。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⁴⁹。この国家的性質について、田畑茂二郎は、外交的保護そのものとの結びつきは本質的ではなく、単に歴史的のものにすぎないとして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つの主体」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⁵⁰。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、それを管理する国家の権利として構成されるというのである⁵¹。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⁵²。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。かくして、国内法平面においてはしばしば私人の権利の「侵害者」である国家が、国際法平面においては「保護者」として立ち現われてきたのである。続いて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てみたい。

⁴⁸ 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。

⁴⁹ 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。

⁵⁰ 田畑「前掲論文・外交的保護の機能変化（二・完）」（注16）411頁。

⁵¹ 藤田久一「国際法における個人請求権の理論的基盤」松井芳郎他（編）『グローバル化する世界と法の課題』（東信堂、2006年）476頁。

⁵² 松井「前掲論文」（注48）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。

2 理論構成

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⁵³、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⁵⁴、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⁵⁵、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⁵⁶。しかしながら、義務説と職能説は、当時においても⁵⁷、そして現在においても、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⁵⁸、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。

⁵³ 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・外交的保護の機能変化(二・完)」(注16)406-411頁。

⁵⁴ 19e Commission, « Protection diplomatique des nationaux à l'étranger », in *Annuaire de l'Institut de Droit international*, vol. 37 (Session d'Oslo, 1932), de la Barra, p.263, de la Pradelle, pp.492-493 & Coudert, p.500.

⁵⁵ Rolin, H., *ibid.*, p.500; de Visscher, C., translated by Corbett, P.E., *Theory and Reality in Public International Law* (OUP, 1968, original 1957), p.273; Scelle, G., « Règles générale du droit de la paix », *RCADI*, vol. 46 (1933-IV), p. 657, pp. 660-663.

⁵⁶ 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* (NYU Pr., 1928; Kraus reprint 1970), p.221; von der Heydte, F. A., "L'individu et les tribunaux internationaux", *RCADI*, t.107 (1962-III), pp.325-326; Maximilian, L., "Governmental Espousal of Private Claims before International Tribunals," *Chicago L. Rev.*, vol.13 (1945), p.189.

⁵⁷ 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。YBILC 2000, Vol. II (2), UN Doc. A/55/10, paras.447-456.

⁵⁸ 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.

その後、第二次世界大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⁵⁹、条約法法典化の影
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⁶⁰、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⁶¹、ガルシア・アマドールは、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限定した⁶²。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⁶³。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⁶⁴、国家による賠償請求権は純粋に代表的性質にとどまると彼は主張する⁶⁵。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⁶⁶。国籍国は、自国民の権利を主張する代理人⁶⁷や保護者と
して⁶⁸、自らのもつ二次的権利を裁量的に行使するのであり⁶⁹、他国による国際法違反とし

⁵⁹ Ago, R., “Report by Chairman of the Sub-Committee on State Responsibility”, UN Doc. A/CN.4/152, *YBILC 1963*, Vol.II, pp.227-237, para.4 and Appendix I.

⁶⁰ Ago, R., “State Responsibility: Note by Special Rapporteur”, UN Doc. A/CN.4/196, in *YBILC 1967*, vol.II, pp.325-327; Summary Records of 934th & 935th meetings on 6 Jul. 1967, in *YBILC 1967*, vol. I, 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”, *EJIL*, vol. 13, no. 5 (2002), p.1109.

⁶¹ Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Nouvelle requête : 1962), (Belgique c. Espagne), Deuxième phase, Arrêt du 5 février 1970, *CIJ Recueil 1970*, para.33.

⁶² Draft on international responsibility of the State for injuries caused in its territory to the person or property of aliens, in *YBILC 1958*, vol.II, pp.71-73; Revised version, in *YBILC 1961*, vol.II, pp.46-54.; Spinedi, *supra* note 60, pp.1099-1101.

⁶³ García Amador, “First Report”, *supra* note 46, pp.176, 188-192, 197-203.; García Amador, F.V., “Third Report on International Responsibility”, UN Doc. A/CN.4/111, *YBILC 1958*, vol.II, pp. 62, paras. 2-5.; García-Amador, F.V., “Sixth Report on International Responsibility”, UN Doc. A/CN.4/134 and Add.1, *YBILC 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。

⁶⁴ García Amador, “First Report”, *ibid.*, p. 196, para. 122, p. 214, para. 217; García Amador, “Third Report”, *ibid.*, p. 65, para. 18.

⁶⁵ García Amador, *RCADI*, *supra* note 10, pp.472-474.

⁶⁶ Bennouna, *supra* note 11, para.49; Mazzeschi, R.P., “International Obligation to Provide for Reparations”, in Randelzhofer, A. & Tomuschat, C. (eds.), *State Responsibility and the Individual* (M.Nijhoff, 1999), pp.145-150.

⁶⁷ Dugard, “First Report”, *supra* note 10, paras.17-19; García Amador, *RCADI*, *supra* note 10, pp. 421, 437-439; García Amador, “Second Report on International Responsibility”, UN Doc. A/CN.4/106, in *YBILC 1957*, vol. II, pp. 112-116. *See also* Bennouna, *supra* note 12, paras. 34- 37.

⁶⁸ Leigh, G. I.F., “Nationality and Diplomatic Protection”, *ICLQ*, 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.

⁶⁹ Bennouna, *supra* note 12, para.49.

て生じる侵害から、自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⁷⁰。このようにして、ガルシア・アマドールは、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によ、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⁷¹、この議論は後年再び注目されることになる。

2.1 国際法委員会（ILC）による外交的保護条文

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、国家責任条文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⁷²、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年に条文第一読草案を⁷³、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・ノートし⁷⁴、第六委員会で条約化の可否も含めた審議が行われたが、各国政府の見解を見る限りでは完全な意見の対立が見られるため⁷⁵、国連総会の議題として度々取り上げられ条約化へ向けて政府に注意喚起を行う決議が採択されているにも拘わらず⁷⁶、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⁷⁷。

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

⁷⁰ Leigh, *supra* note 68, p.455.

⁷¹ Müller, D., "The Work of García Amador on State Responsibility for Injury caused to Aliens," Crawford, J. et al. (eds.), *Oxford Commentaries on International Law: The Law of International Responsibility*, (OUP., 2010), p.72.

⁷² Diplomatic Protection, Report of the Working Group (3 July 1997), UN Doc. A/CN.4/L.537 in *YBILC 1997*, vol. II (Part One), paras.11-12; Report of the ILC on the work of its 49th session (12 May-18 July 1997), UN Doc. A/52/10, in *YBILC*, vol. II (Part Two), 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 2513th meeting on 15 July 1997, in *YBILC 1997*, vol. I, Simma (pp.276-277, para.43).

⁷³ Draft Articles on Diplomatic Protection (First reading 2004) with commentaries [hereinafter, "First Draft on Diplomatic Protection 2004"], in *YBILC 2004*, vol. II (Part Two), paras. 59-60.

⁷⁴ UN Doc. A/RES/61/35.

⁷⁵ 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.

⁷⁶ UN Docs. A/RES/61/35 (4 Dec. 2006); A/RES/62/67 (6 Dec. 2007); A/RES/65/27 (6 Dec. 2010); A/RES/68/113 (16 Dec. 2013).

⁷⁷ Report of the ILC on the work of its 48th session (6 May-26 Jul. 1996), UN Doc. A/51/10, in *YBILC 1996*, vol. II (Part Two), paras. 244-245, 248-249, and annex II, addendum 1.

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⁷⁸。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」を採用することで⁷⁹、2004 年の第一読草案へと議論を収束させることに成功している。

2.1.1 2 人の特別報告者のアプローチの違い

外交的保護条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⁸⁰。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」と指摘する⁸¹。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⁸²、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⁸³、これに特別報告者も賛同している⁸⁴。

⁷⁸ Bennouna, *supra* note 12, 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)

⁷⁹ Dugard, “First Report”, *supra* note 10, para.21; *ibid.* Comments to Article 1, para.33-46; *See also* Summary Records of 2521st meeting on 29 April 1998, in *YBILC* 1998, vol. I, Addo (p.12, para. 7).

⁸⁰ Pergantis, *supra* note 10, p.353-354; Zieck, M., “Codification of the Law on Diplomatic Protection: the first eight draft articles,” *LJIL*, vol. 14, no. 1 (2001), p.210.

⁸¹ Bennouna, *supra* note 12, para.49.

⁸² *cf.* Barcelona Traction, Deuxième phase, *supra* note 61, p.35.

⁸³ Summary Records of 2522nd meeting on 30 April 1998, *supra* note 79, Sepúlveda (p.19, para.5).

すなわち、ベンヌーナは、黙示的にはあるが、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⁸⁵。

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ではあるが、実際には、従来から議論の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⁸⁶。

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⁸⁷、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⁸⁸。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て⁸⁹、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⁹⁰、さらには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発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⁹¹、第一読草案まで維持されることになる。

⁸⁴ ILC Report 1998, *supra* note 13, p.46, para.80.

⁸⁵ 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.

⁸⁶ Pellet, *ibid.*, para.18; Summary Records of 2523rd meeting on 1 May 1998, *supra* note 79, Pellet (pp. 28–29, para. 21); ベンヌーナに対する批判としては 2520th meeting, 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, 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) in *supra* note 79..

⁸⁷ Dugard, "First report", *supra* note 10, paras.22-32.

⁸⁸ Dugard, "First report", *supra* note 10, paras.21-32; *ibid.* Comments to Article 1, para.33-46; *See also* Summary Records of 2521st meeting on 29 April 1998, *supra* note 79, Addo (p.12, para. 7).

⁸⁹ *cf.* Higgins, R., *Problems and Process. International Law and How We Use It* (OUP, 1994) pp. 48-55.

⁹⁰ *cf.* Summary Records of 2617th-2620th meetings on 9-12 May 2000, in *YBILC* 2000, vol. I.

⁹¹ *See, e.g.* Summary Records of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly, 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 of the General Assembly prepared by the Secretariat, 55th session (2000), UN Doc. A/CN.4/513 (2000), paras.191-196, 207-209 and 56th session (2001), UN Doc. A/CN.4/521, para. 69; 57th session (2002), UN Doc. A/CN.4/529, paras. 21-22, 24.

2.1.2 第二読草案（2006年）での擬制に関する変更

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⁹²。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」⁹³。

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⁹⁴。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、コメンタリーでは「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⁹⁵、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

⁹² First Draft on Diplomatic Protection 2004, *supra* note 73.

“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 47.

“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.”

⁹³ 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/.

⁹⁴ Summary Records of the Meetings of the 58th session 2006, 2881st meeting on 30 May 2006, in *YBILC 2006*, vol. I, p. 89, para. 6.

⁹⁵ Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra* note 47, Commentary to Article 1, para. (5).

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主体(subject)である」として、今日では伝統的な法的擬制が用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⁹⁶。

以上で見たように、法的擬制についてのガルシア・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が、それと同時に、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のまま放置し、法的擬制に関する疑問について立場を明示し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、第1条の定義について疑問が残るのは、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いということである。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うのではないか。そのため、ここで伝統的な外交的保護の法的擬制の理論構造についてより詳しく検討する必要があるのである。

2.2 「伝統的理論」に関する2つの解釈

田畑が指摘するように、「国家の提出する要求が個人の要求とは質的に異つたものであるといひうるためには、単に主体の転換をいふだけでは不充分であつて、更に要求の実質そのものを国家的たらしめる何等か別の理由が示されなければならない。(中略)それを個人損害即ち国家損害とする考へ方、個人が外国に於て蒙つた損害は、単に個人のみにかゝる私的なものではなく、その個人の所属する国家全体にかゝる国家的なものだとする考へ方にある」⁹⁷。そのため、個人争訟の国家争訟への転化を基礎づけるヴァッテルの「間接的侮辱」の議論については、次の二通りの解釈が伝統的に存在してきた。すなわち、「個人は国家の中に全的に包括され、個人は国家の構成部分として、その損害は直ちに国家全体の損害であり、従つて、いはゞ、個人に於て国家が損害をうけることを意味し、個人そのものとしての独自の損害なるものは認められない」という国家有機体説、そして、「国家と個人の保護の関係に基づき、個人の損害が国家の損害と認めらるゝことゝなり、個人そのものとしての損害の存在は否定せられてゐない」という理解に基づき、市民に対する

⁹⁶ *ibid.*, Commentary to Article 1, para.(3)

⁹⁷ 田畑「前掲論文(注9)」212頁。

父権者 (*parens patriae*) として行動する国家の機能に着目したパターンリズム的見解である⁹⁸。

2.2.1 国家有機体説 (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⁹⁹、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とされている¹⁰⁰。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(*plaideur*)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 でも引き続き引用されており¹⁰¹、長年にわたって国際裁判実行上の通説としての地位を築いてきたとえる。

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¹⁰²。そのため、自国民の被った損

⁹⁸ 田畑茂二郎「個人争訟と国際争訟 (一)」『法学論叢』37 卷 3 号 (1937) 505-6 頁。

⁹⁹ Bennouna, *supra* note 12, paras. 15-32; Dugard, “First Report”, *supra* note 10, paras. 12-13.

¹⁰⁰ *Concessions Mavrommatis en Palestine* (Grèce c. Royaume-Uni), *CPJI, Série A*, N°2, arrêt du 30 août 1924, p. 12; *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (Estonie c. Lithuanie), *CPJI, Série A/B*, N° 76, arrêt du 28 février 1939, p. 16.

¹⁰¹ たとえば、*Barcelona Traction*, *supra* note 61, p. 46, para. 85.

¹⁰² Anzilotti, D., « La responsabilité internationale des états—à raison des dommages soufferts par des étrangers », *RGDIP* (1906), pp.8-9.

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¹⁰³。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により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う¹⁰⁴。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、対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」保護されるとするのである¹⁰⁵。

このような厳格な二元論の立場からは¹⁰⁶、個人はあくまで国内法上の行為能力を持つにとどまり、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¹⁰⁷、国家の財産の一部¹⁰⁸、統治の客体ないし取引の対象としか認識されない¹⁰⁹。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うことになる¹¹⁰。

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」にすぎないとされた¹¹¹。また、同年のダンチッヒ裁判所の管轄権事件

¹⁰³ *ibid.*, p.10.

¹⁰⁴ デイ・アンチロッチ（著）一又正雄（訳）『国際法の基礎理論』（巖松堂書店、1942年〔復刻限定版、1971年〕）144-148頁。なお、原書は1927年刊行である。

¹⁰⁵ Anzilotti, *supra* note 102, p.12-13.

¹⁰⁶ 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ベル理論の影響を受けている。田中忠「国際法と国内法の関係をめぐる諸学説とその理論的基盤」『国際法と国内法』（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* (CUP, 2010), pp. 35-38, 52-64.

¹⁰⁷ Deen-Racsmany, Z., “Diplomatic Protection and International Criminal Law: Can the Gap Be Bridged?,” *LJIL*, vol.20, no.4 (2007), p.911, footnote 8.

¹⁰⁸ 田畑「前掲論文・外交的保護の機能変化（二・完）」（注16）402頁。

¹⁰⁹ 田畑「前掲論文」（注9）199-200頁。Anzilotti, *supra* note 102, pp.5-8.; Hershey, A.A., *The Essentials of International Law and Organization*, rev. *vir*sion (Macmillan, 1927), p.347.

¹¹⁰ 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。

¹¹¹ *l'Usine de Charzów* (Allemagne c. Pologne), *PCJII, Ser.A, N°17, Demandé en indemnité*, fond, arrêt du 13 septembre 1928, p.28.

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¹¹²。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¹¹³、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ている。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」と再び言明されている¹¹⁴。

この時期までの学説を俯瞰してみると、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¹¹⁵、自己保全権¹¹⁶、通商権¹¹⁷、国家の名誉への損傷などであり¹¹⁸、いずれも侵害法益の国家的性質を強調したものである。要するに、アンチロッチ説とも呼べるマヴロマチス事件判決の定式では、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¹¹⁹、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して捉えられている¹²⁰。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¹²¹。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

¹¹² *Jurisdiction of the Courts of Danzig*, Advisory Opinion asked by the Council of the League of Nations, *Ser. B*, No.15, Judgment of 3 Mar. 1928, pp.17-18.

¹¹³ *Paiement de divers emprunts Serbes émis en France* (Serbie c. France), *CPIJ. Série A*, N° 20, Arrêt du 12 juillet 1929, pp. 41-42.

¹¹⁴ *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, *supra* note 100, p.18.

¹¹⁵ Pomeroy, J. N., *Lectures on International Law in Time of Peace* (Woolsey's ed., Boston, 1886), sec.205 et seq.

¹¹⁶ Hall, W. E., *A treatise on the foreign powers and jurisdiction of the British Crown*, 6th ed.(Atlay, 1909), p. 273, sec. 2.

¹¹⁷ Oppenheim, L., *International law, a treatise*, 2nd ed. (London-N.Y., 1912), sec. 142, 319.

¹¹⁸ Briery, J.L., "The Theory of Implied State Complicity in International Claims," *BYBIL.*, vol.9 (1928), p.48.

¹¹⁹ 小畑郁「『個人行為による国家責任』についてのトリーペル理論—『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。

¹²⁰ 萬歳「前掲論文」(注110)186頁。

¹²¹ 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、自国民とのコンセン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。

に親和的である¹²²。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。

以上のように、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）」のが外交的保護理論であって¹²³、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¹²⁴。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。以下では、この ICJ において通説的な、事実に基づく観点から私人に生じた損害を国家に対する損害として外交的保護理論を、市民と保護国との関係についての集団責任の理論に基づくものとして「国家有機体説」と呼称することにする。

2.2.2 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』は¹²⁵、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¹²⁶、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

¹²² Sohn, L.N. & Baxter, R.R., “Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens”, *AJIL*, 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。

¹²³ *Nottebohm case* (Liechtenstein v. Guatemala), Second Phase, Judgment of 6 April 1955, *ICJ Reports 1955*, p. 23.

¹²⁴ 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。

¹²⁵ 加藤「前掲論文」（注53）966頁。

¹²⁶ Müller, *supra* note 71, p. 70; Jessup, P., *A Modern Law of Nations* (MacMillan, N.Y., 1958), p. 96.

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¹²⁷。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時、当該請求は国際法上、国籍国の公的要求の中に「没入(merged)」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¹²⁸。

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、国家有機体説と変わらない。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」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べき責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¹²⁹。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¹³⁰。

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。明らかな不正を生ぜしめない国内裁判所の過失

¹²⁷ Borchard, *supra* note 40, pp. 352-354.

¹²⁸ *ibid*, pp. 356-357.

¹²⁹ Borchard, E., "Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigners," *AJIL, Special Supp.*, vol. 23 (1929), pp. 149-153.

¹³⁰ Borchard, E. "Theoretical Aspects of the International Responsibility of States", *ZaōRV*, vol. 1 (1929), pp. 233-239.

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、彼は「救済過程の管理 (the administration of the remedial process)」として捉えられるべきであるという¹³¹。

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国家有機体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て」、国際法上の保護をうけるべきであると主張する¹³²。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かと理解される。

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。

2.3 小括

これまでの考察を踏まえて、本稿にいう国内法の国際法への「変形」の意味をもう少し明確に定義するならば、次のようになる。

まず、国家有機体説、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

¹³¹ *ibid.*, p. 173.

¹³² Borchard, *supra* note 40, pp.13-14.

権利侵害のことであり、それとは別の「国際訴訟を提起する権利」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¹³³。ただし、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、国家有機体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。国家有機体説の理解では、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「変形」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「変形」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。国家有機体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ることを念頭に置く必要がある。少なくとも埋没説については、被害者個人の損害そのものの存在は否定されていないという意味で、個人の国際法主体性を認める議論とも親和的であるといえる。

おわりに

本章では、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。

¹³³ 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.

第一に、これまで通説として一つの物と理解されてきた、いわゆる伝統的な外交的保護の法的擬制の内容には、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国家有機体説と、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によって、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、あるべき法 (*lex ferenda*) としての義務説などが強力に提唱されてきた経緯がある。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 内の通説たる国家有機体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えることができる。

第二に、国家有機体説と埋没説では、背景とする国際法観が全く異なっていた。PCIJ における国家有機体説の成立には、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に由来する¹³⁴。国家有機体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違いなかった。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¹³⁵。現代においては、個人を出発点と

¹³⁴ 寺沢一「血讐論」『前掲書』「前掲論文」(注 22) 39-40 頁。

¹³⁵ 石川健治『自由と特権の距離—カール・シュミット「制度保障」論・再考—』(日本評論社、増補版、2007 年) 97、105 頁。

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りべらる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。

ところで、国家責任の発生時期に関する通説的議論として、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¹³⁶、これは国家有機体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、国家有機体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。しかしながら、本章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しているといえる。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『変形』されるのか」という、「変形」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を通して間接的に侵害を被るとされている¹³⁷。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。そこで次章以下では、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、「変形」という擬制との関係で捉え直してみたいと思う。

¹³⁶ 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。

¹³⁷ Bennouna, *supra* note 12, para.17; *l'Usine de Charzów*, *supra* note 111, p. 28; Meron, T., "The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies," *BYBIL*, vol.35 (1959), p.86.

第2章 国籍に関する原則

はじめに

国籍がもつ、通常のかつ重要な機能は、国民が他国により侵害や損失を被った場合に、国籍国の法的利益の侵害を認めることである¹。もし国籍の証明ができなければ、他の請求根拠がない限り、原告国は法的利益を欠き、受理可能性は認められない²。現代国際法秩序においても私人の保護について論じる際には重要な機能を有する「国籍」という概念は、そもそも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るといわれる³。「市民権」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⁴、原則として国内管轄事項とされている。その国際法上の機能は、単に個人を特定の国に付属させる（attachment）という社会的事実にすぎず⁵、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⁶。

アンチロッチ（Anzilotti, D.）に代表されるような、外交的保護が制度として成熟した当時の国際法学説において通説であった厳格な実証主義にもとづく二元論によれば、国際法は、個人に対する損害ではなく、国家に対する損害のみを認知するため⁷、国籍に基づく絶対的属人的主権の行使の結果として、国内法のみが個人に生じた損害を認識し⁸、国内法の下でのみ個人対国家の権利義務関係が構築され得ると理解する⁹。国籍こそが、「個人と、

¹ Brownlie, I., *Principles of Public International Law* 7th ed. (OUP, 2008), pp.477-478.

² Fitzmaurice, G.G., "The Law and Procedure of the International Court of Justice: General Principles and Substantive Law," *BYBIL*, vol.27 (1950), pp.24-25; Okowa, P., "Admissibility and the Law on International Responsibility," in Evans, M. D. (ed.), *International Law* 2nd ed., (OUP, 2006), p.479.

³ Shaw, M. N., *International Law* 6th ed. (CUP, 2008), p.258.

⁴ 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。*Romano v. Comma*, Egyptian Mixed Court of Appeal, 12 May 1925, *Gazette des Tribunaux Mixtes* 1926, p.158, para.3 (*ADPILC*, vol. 3 1925-1926, pp.265-266.)

⁵ *Nottebohm* (Liechtenstein v. Guatemala), Second Phase, Judgment of 6 Apr. 1955, *ICJ Reports* 1955, p. 23.

⁶ Leigh, G. I.F., "Nationality and Diplomatic Protection," *ICLQ*, vol.20 (1971), p.454.

⁷ Anzilotti, D., *La responsabilité internationale des états à raison des dommages soufferts par des étrangers*, *RGDIP*, vol. 13 (1906), p. 10, para. 4.

⁸ *ibid*, pp. 8-9, para.3.

⁹ Deen-Racsmany, Z., *Diplomatic Protection and International Criminal Law: Can the Gap Be Bridged*, *LJIL*, vol. 20 (2007), p. 911, footnote 8.

同人を自国民とした国家とのつながりを法的言葉で表したもの」として、自然人と国家との一種の「形式的関係性」を構成するのである¹⁰。忠誠と保護という相関性に基づく政治哲学にもとづいて、個人の所属する国が彼らの権利義務の内容を決定することができる¹¹。すなわち、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」を背景とした国籍概念こそが外交的保護の法的擬制の正当化根拠であり、国籍の国際法上の効果であると理解される。被害者の国籍こそ、「国家と国民とを同一化する擬制」の根拠となるものである¹²。このように国籍概念は、「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」扱うという外交的保護の法的擬制そのものに含まれると同時に、それ自体が私的請求の国家請求への「変形」の根拠や動機になる。

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¹³、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る¹⁴。現に、常設国際司法裁判所 (PCIJ) もパネヴェジス・サルツティスキス事件で「国家と個人との間の国籍という紐帯こそが国家に外交的保護権を付与する」と指摘するとおり¹⁵、外交的保護の文脈において国籍には、国家請求の発動要件としての重要な法的意義が付加されていることは間違いない。そして外交的保護請求の基礎たり得る国籍が、このように国際法上の効果を生じるためには、国際法と抵触しない方法で取得されたものでなければならないとされる¹⁶。ただし、チュニス・モロッコ国籍法事件で PCIJ がい

¹⁰ *Nottebohm*, *supra* note 5, p. 23.

¹¹ Salmon, J. (dir.), *Dictionnaire de droit international* (Bruylant 2001), p. 727; Dörr, O., *Nationality*, *MPEPIL* (online ed.; last updated on Nov. 2006), paras.4-5.

¹² *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion of 11 April 1949, *ICJ Reports 1949*, Opinion dissidente de Badawi Pacha, p. 212.

¹³ *Mavrommatis Palestine Concessions* (Grèce c. Royaume-Uni), *C.P.J.I., Série A*, N°2, Arrêt du 30 août 1924, p. 16.

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、本稿の検討対象からは除外することとする。cf. Deen-Racsmany, *supra* note 9, 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。

¹⁴ Deen-Racsmany, *supra* note 9, p.911, footnote 8.

¹⁵ *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (Estonie c. Lituanie), *CPJI Série A/B*, N° 76, Arrêt du 28 février 1939, *CPJI Série C*, N°5-1, 61.

¹⁶ Convention on Certain Questions relating to the Conflict of Nationality Laws, *supra* note 17, Article 1; Art. 4 of Draft Articles on Diplomatic Protection (Second reading 2006) with commentaries [hereinafter, “Second Draft on Diplomatic Protection 2006”], in *YBILC 2006*, vol. II (Part Two); Proposed Amendments to the Naturalization Provision of the Political Constitution of Costa Rica, Advisory Opinion, *ILR.*, vol. 79 (1989), p. 296.

うように、条約解釈など国際法の諸原則と関連する場合には、純粋な国内管轄の問題ではなくなる¹⁷。

自然人の国籍取得要件としては一般に、出生地主義（*jus soli*）若しくは血統主義（*jus sanguinis*）に基づく出生時の国籍の付与、帰化、婚姻や国家承継などが認められてきており¹⁸、これらは2006年に法典化作業が完了した国連国際法委員会（ILC）による外交的保護条文の第4条に規定されているとおりである。

他方で法人の国籍については、その存在自体が国内法に依拠するものであることから、統一された国際法上の規則が存在するわけではない¹⁹。ILCによる外交的保護条文の法典化作業では、特別報告者のデュガードが各国国内法の分析から、法人の国籍決定を大まかに次の7つの規則に分類している。すなわち、その国の法に基づき会社が設立された国（以下、設立国）、設立国かつ真正な連関（通常は経済的支配）のある国、登記された事務所所在地の国、経済的支配国、設立国及び経済的支配国の両方、原則的には設立国であるが設立国が保護できない場合には経済的支配国とする、全ての株主の国籍国である²⁰。ただしこれらのうちで国際的なコンセンサスを得られるものは非常に少ないと言わざるを得ない。現に、デュガードも条文案として提示したのは「設立国」と「事務所所在地」の二要件のみであり、その後、ILCおよび国連総会第六委員会での議論、各国政府からのコメントを経てさらに絞られ、2006年に採択されたILC外交的保護条文では、最終的に「設立国」の基準のみが採用された²¹。

「外交的保護を行使する権限を有するのは、国籍国である」とされる²²。しかしながら外交的保護そのものが不文の慣習法規則であることも相まって、国籍国の決定をはじめとする様々な国籍に関する原則について、必ずしもその内容が明らかにされていない。現に、上記の国籍決定の規則に従っても、重国籍者、長期居住者、難民や多国籍企業などについて外交的保護を行いうる「国籍国」を決定することは容易ではない。そこで本章では、国籍の継続性と実効性の出現した歴史的・理論的経緯をみながら、ILCの法典化

¹⁷ *Nationality Decrees in Tunis and Morocco*, *PCLJ Series B*, No. 4 (1923), p. 24.; *Convention on Certain Questions relating to the Conflict of Nationality Laws* (Hague, 1930), *LNTS*, vol. 179, p. 89, No. 4137, Article 1.; *European Convention on Nationality* (1997), *ETS* No. 166, Article 3. 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。

¹⁸ *European Convention on Nationality* (1997), *ETS* No. 166, Articles 6, 14, 18.

¹⁹ Jones, J.M., “Claims on Behalf of Nationals Who Are Shareholders in Foreign Companies,” *BYBIL*, vol. 25 (1949), p. 226.

²⁰ Dugard, J. R., “Fourth Report on Diplomatic Protection”, UN Doc. A/CN.4/530 (2003), in *YBILC 2003*, vol.II (Part One), UN Doc. A/CN.4/SER.A/2003/Add.1 (Part 1), paras. 28-46.

²¹ Art. 9 of Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra* note 16.

²² Art. 3 (1), *ibid.*

作業以降の判例の動向などもふまえたうえで、外交的保護の国籍に関する原則の理論と実際の適用についてみてゆきたい。そして外交的保護の発動要件としての国籍に関する国際法上の原則について、法的な評価を明らかにしてゆきたいと思う。

1 国籍の継続性

「国籍の継続性」という言葉を最初に用いたのは、外交的保護理論の泰斗ボーチャード (Borchard, E.M.) であるとされる²³。彼が1927年に出版した『在外自国民の外交的保護』によれば、それまでの請求権委員会による仲裁判断では、被害者が侵害を受けてから外交的保護請求が提出されるまでの間に、国籍を喪失した場合²⁴、帰化によって国籍を変更した場合²⁵、あるいは侵害を受けた者が死亡し外国人配偶者や子などが請求を相続した場合には²⁶、国は「市民の」請求を代表する法的根拠を欠くとされてきたのであって、ここに国籍継続の原則を見出すことができるという²⁷。国籍継続の原則は、2006年のILC外交的保護条文では第5条にて「国は、損害の日から請求の公式提出の日まで継続的に、その国民である者について、外交的保護を行使する権限を有する」と定式化されており²⁸、国内的救済完了の原則とともに外交的保護の発動のための前提要件として確立された国際法上の原則である²⁹。

しかしながら、同条に付されたコメントリーでも言及されているように、国籍継続原則それ自体が理論的矛盾をはらむものとして、常に学説上の批判的的となってきた経緯があ

²³ Wyler, E., *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international* (PUF, 1990) p. 228; Amerasinghe, C.F., *Diplomatic Protection* (OUP, 2008), p. 100.

²⁴ *Joseph Napoleon Perché (France) v. USA*, 15 Jan. 1880, in Moore, J.B., *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party* (Washington Gov. Printing Office, 1898)[hereinafter, “Moore 1898”], pp. 2401-2418.

²⁵ *Morris(USA) v. Nicaragua*, in Moore, J.B., *A Digest of International Law* (Washington Gov. Printing Office, 1906) [hereinafter, “Moore 1906”], pp.633-634; *Acosta v. Spain*, in *ibid.*, p. 638; *Antonio Maximo Mora (USA) v. Spain*, in *ibid.*, pp. 637-638, 1018-1022; *Mary Santangelo (USA) v. Mexico*, 11 Apr. 1839, in Moore 1898, *supra note 24*, pp. 2550-2551.

²⁶ *José Maria Jarrero (USA) v. Mexico*, 3 Mar. 1849, in Moore 1898, *supra note 24*, pp. 2324-2327; *A.G. Benson (US) v. Peru*, 12 Jan. 1863, *ibid.*, pp. 2390-2396; *Mora and others (USA) v. Spain*, 12 Feb. 1871, *ibid.*, pp. 2397-2398; *Joseph Camy (France) v. USA*, 15 Jan. 1880, *ibid.*, pp. 2398-2401; *Lizardi (USA) v. Mexico*, *ibid.*, pp. 2483-2485; *Eulalia Adorea de Berherand (USA) v. Mexico*, 4 Jul. 1868, *ibid.*, pp. 2485-2486; *Levy (France) v. USA*, 15 Jan. 1880, *ibid.*, pp. 2514-2518; *Massiani(France) v. Venezuela*, France-Venezuela Mixed Claim Commission 1903-1905, in *UNRIIA*, vol. 10, pp. 159-184; *Brignone (Italy) v. Venezuela*, Italian-Venezuelan Claim Commission 1903, pp. 542-551; *Giapolini (Italy) v. Venezuela*, *ibid.*, pp. 594-596; *Miliani (Italy) v. Venezuela*, *ibid.*, pp. 584-591.

²⁷ Borchard, E. M., *Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (Banks Law, N.Y., 1915), pp. 660-666.

²⁸ Art. 5(1) of Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra note 16*.

²⁹ Kren claim, U.S. Int'l Claims Commission 1951-1954 in *ILR*, vol. 20 (1957), p. 234; Leigh, *supra note 6*, p. 475; Sinclair, I.M., “Nationality of Claims: British Practice,” *BYBIL*, vol. 27 (1950), p. 125; Oppenheim, L., *International Law: A Treatise*, vol. I (Longmans Green & Co., 8th ed., 1955), pp. 347-348; Jones, *supra note 19*, p. 244.

る³⁰。また国籍継続の原則は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するムーア（Moore, J.B.）の指摘は、ある程度的を射たものであると言わざるを得ない³¹。さらに社会正義の実現という観点から、厳しい批評を加える論者も少なくはない。例えば、フリードベルグ（Friedberg, S.）は、20世紀に行われた強制移民政策や交通機関の発達による人間の大量移送を考慮すると同則はもはや正義を実現しえない「古代の遺物」と成り果てたとい³²、イーグルトン（Eagleton, C.）は、同原則は「人道性を欠く」ものであると批判する³³。このような学説上の批判が根強く存在することを根拠に、ワイラー（Wyler, E.）は、国籍継続の原則は今や習法規則としての効力が弱まっていると評する³⁴。実際、ILC と同時期に外交的保護について検討を行った国際法協会（ILA）は、2006年トロント会期で採択された決議第5で、「グローバル・ファイナンシャル・サービス市場とそれに関連する操作またはその他の特別な状況」においては、国籍の変更にも拘わらず個人が常に請求権をもちつづけるため国籍継続の原則は不要であり、その役割は潜在的なものにとどまると宣言している³⁵。

一方で ILC による外交的保護条文の法典化作業では、国家実行上、国籍継続原則が国際慣習法としての地位を享受しているという見解に、多くの委員が強力に賛意を表明した³⁶。特別報告者を務めたデュガードは、確立した慣行であつても国際社会の発展を充たすものではなくなった時には ILC の裁量の範囲内で国際法の漸進的發展としての変更を提案すべきとして国籍継続の原則についても数々の提案を行ったが、それに対する支持はごく少数にとどまった³⁷。結論として ILC では、伝統的な規則の法典化を原則としながら、一定程度の例外を設定することで規則に柔軟性を持たせるという方針が採用された³⁸。ここでは ILC

³⁰ Mixed Claims Commission—United States and Germany: Opinion Dealing with Germany's Obligations and the Jurisdiction of the Commission as Determined by the Nationality of Claims and Administrative Decision No. V, Judgment of 31 October 1924, *AJIL*, vol. 13 (1925), pp.613-614. 本判決は *UNRLAA*, Vol.7, pp. 119-155 にも掲載されている。

³¹ Moore 1906, *supra* note 25, pp. 636-637.

³² Friedberg, S., “Unjust and Outmoded-The Doctrine of Continuous Nationality in International Claims,” *The International Lawyer*, vol. 4 (1970), p. 835.

³³ Eagleton, C., « Une théorie au sujet du commencement de la responsabilité de l'Etat », *RDILC*, t. 11 (1930), p. 651.

³⁴ Wyler, *supra* note 23, p.231.

³⁵ Resolution No. 5/2006, Diplomatic Protection of Persons and Property, 72nd Conference of ILA, held in Toronto, Canada, 4-8 June 2006, Nationality of Claims, para.8.

³⁶ Report of the ILC on the work of its 53rd session (23 Apr.–1 Jun. and 2 Jul.–10 Aug. 2001) UN Doc. A/56/10, in *YBILC 2001*, vol. II (Part Two) [hereinafter, ILC's Report 2001], para. 171.

³⁷ *ibid.*, paras. 174, 184.

³⁸ *ibid.*, paras. 147, 184.

で問題となった国籍継続の原則に関する以下の争点を通じて、規則の実体に迫りたいと思う。

1.1 継続期間起算の初日（DIES A QUO）と最終日（DIES AD QUEM）

国籍の継続性に関しては、まず、いつからいつまで同一国籍が継続している必要があるのかという、継続期間起算の「初日（dies a quo）」と「最終日（dies ad quem）」の設定についての論争が存在する。損害発生日を期間起算の初日とすることについては合意が形成されているものの、期間最終日をいつに設定するのかについては議論の余地があるためである。これまでの学説では「最終日（dies ad quem）」として、政府が自国民からの請求を是認した日、外交交渉を開始した日、訴訟を提起した日、当該紛争を仲裁に付託とする条約の署名日・批准日あるいは発効日、訴状の提出日、口頭手続の終結した日、判決の日、最終的解決の日などが提案されてきた³⁹。

この点、確立した統一的な実行があるわけではなく、例えば 1903 年の英国ヴェネズエラ混合仲裁委員会のスティーヴンソン事件では請求の提出日⁴⁰、2005 年の投資紛争解決センター（ICSID）のローウェン事件は最終的解決の日としている⁴¹。このように実行が一致しない理由は、国籍継続の原則が発祥したといわれる 18 世紀終わりから 19 世紀にかけて実行の中心であった二国間での混合仲裁委員会ないし裁判所において、それぞれの設立条約が期間の「最終日（dies ad quem）」について異なる規定をおいたこと⁴²、さらに、紛争処理における実務的重要性の観点からいずれの日を最終日とするかの決定が行われてきたという実行の積み重ねが指摘されている⁴³。

「最終日（dies ad quem）」を請求提出日とする見解は、国籍継続の原則を法典化した、1925 年の米国国際法協会第 16 号草案第 8 条⁴⁴、1929 年にハーヴァード・ロー・スクールに

³⁹ Dugard, J.R., “First Report on Diplomatic Protection: Addendum,” UN Doc. A/CN.4/506/Add (2000), in *YBILC 2000*, vol. II (Part One), UN Doc. A/CN.4/SER.A/2000/Add.1 (Part 1), para. 16; Wyler, *supra note 23*, pp. 75-80; Briggs, H.W., « La protection diplomatique des individus en droit international: la nationalité des réclamations », *Annuaire de l’Institut de Droit international*, Session de Varsovie (1965 I), p.24ff; Sinclair, *supra note 29*, pp. 128-130; García Amador, F. V., *The Changing Law of International Claims* (Oceana Publications, 1984), p. 504

⁴⁰ *Stevenson case* (merits), Great Britain-Venezuela Mixed Claims Commission, *UNRIIAA*, vol. 9 (1903), pp.494, 510.

⁴¹ *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB (AF)/98/3, Award of 26 Jun. 2003, para.225.

⁴² Borchard, *supra note 27*, pp. 662-664; Wyler, *supra note 23*, pp. 31-38; *Administrative Decisions No. V, AJIL*, vol. 19 (1925), pp. 616-617; Commentary to Art. 5, para. (4), Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra note 16*.

⁴³ Amerashinghe, *supra note 23*, p. 101; *Eschauzier*, *UNRIIAA*, vol. 7, p. 209.

⁴⁴ Art. VIII of Project No. 16 on Diplomatic Protection prepared by American Institute of International Law (1925), reproduced in *YBILC 1956*, vol. II, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1956/Add.1, p. 227.

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（1929年ハーヴァード草案）」第15条⁴⁵、さらに1965年の万国国際法学会ワルシャワ会期の「個人が被った侵害のために国が提出する国際請求の国家的性格に関する決議（ワルシャワ決議）」第1条および第3条(c)項で採用されている⁴⁶。そこでILCは2004年に採択された第一読草案は「最終日（*dies ad quem*）」を「請求の公式提出日」と定め、これにオーストリア、オランダ、ノルウェー（北欧諸国）は明示的な賛意を表明している⁴⁷。そして2006年に採択された最終草案でも訴訟の長期化による被害者への不利益という実務的観点から「請求の公式提出日」を期間の終わりとした⁴⁸。混合仲裁委員会の設立条約では一般に「請求の提出日」という文言が用いられてきたが、これに「公式（*official*）」と加えることで、外交ルートあるいは司法機関への提訴の双方に対する形で、政府による最初の公式な照会が行われた時点を期間最終日（*dies ad quem*）として特定する趣旨であるという⁴⁹。

対して、ILCの外交的保護条文を検証した国連総会第六委員会の一部の委員や⁵⁰、米国政府は⁵¹、「最終日（*dies ad quem*）」は「最終的解決の日」と理解するのが正当であると反論している。現に、国籍継続の原則の法典化に際して「最終的解決の日」を支持する立場は、「請求が決定されるまで（*until the claim is decided*）」とする1930年のハーグ法典化会議の準備委員会が用意した「議論の基礎第28号」や⁵²、「請求に判決が下されるまで（*until the claim is adjudicated*）」とするILC国家責任条文法典化作業の特別報告者ガルシア・アマドールに

⁴⁵ Article 15 of Draft Convention on the Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigners prepared by Harvard Law School [hereinafter, “1929 Harvard Draft”], in *ibid.*, p. 229.

⁴⁶ 第3条(c)項で「請求提出の日」とは、「外交チャンネルを通じて請求が提出される場合には国による正式な請求の日、国際裁判所に提訴する場合には裁判所に訴状を提出した日」と定義されている。Art. 1 & 3(c) Resolution on the National Character of an International Claim Presented by a State for Injury Suffered by an Individual, Warsaw Session, 1965 [hereinafter, “Warsaw Resolution”], in *Resolutions de l’Institut de Droit International*, 1957-91 (1992), pp. 55-56 or in *Annuaire de l’Institut de Droit international*, Session de Varsovie (1965 II), pp. 260-262.

⁴⁷ Diplomatic Protection: Comments and Observations received from Governments [hereinafter, “Comments from Governments”], UN Doc. A/CN.4/561, pp. 15-16. ILCでは、ノルウェーがデンマーク、フィンランド、アイスランド、ノルウェー及びスウェーデンを代表する立場で意見を寄せているため本稿では「ノルウェー（北欧諸国）」と記すことにする。

⁴⁸ Commentary to Art. 5, para. (5), Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra note 16*, para. 5.

⁴⁹ *ibid.*, paras. 4-5.

⁵⁰ Topical summary of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly prepared by the Secretariat, 56th session (2001) [hereinafter “Sixth Committee 2001”], UN Doc. A/CN.4/521, paras 74-76 and 58th session (2003) [hereinafter, “Sixth Committee 2003”], UN Doc. A/CN.4/537, para. 76, paras. 75, 77.

⁵¹ Comments from Governments, *supra note 47*, pp. 17-21.

⁵² Basis of Discussion No. 28, National Character of Claims, drawn up in 1929 by the Preparatory Committee of the Conference of the Codification of International Law (The Hague, 1930), reproduced in *YBILC* 1956, vol. II, *supra note 44*, p. 225.

よる 1958 年の第三報告書にて提案された第 21 条第 1 項にて採用されていることを根拠として挙げている⁵³。

ところで、損害発生日から請求の公式提出の日まで国籍の継続性を要求するという伝統的規則に対する批判を分類すれば、以下の二つの立場が存在している。

第一に、期間の初め (*dies a quo*) である「損害発生日」を重視する立場である。ド・ヴィッシャー (*Visscher, C.*) は、外交的保護が認められるためには発生時点で請求が国籍性を帯びる (*claim must be national in origin*) 必要があるとされる限り、私人に対する損害が発生した時点で即ちその国籍国に対する国際違法行為も発生すると理解する⁵⁴。またベケット (*Beckett, E.*) はこの点、損害発生時点で国籍のほうが、その後の継続性よりも実行上はやや重視されてきた傾向にある指摘する⁵⁵。1965 年の万国国際法学会ワルシャワ決議第 3 条(b)項もこの立場をとるものと解される⁵⁶。

ただしこの立場は、紛争解決の現実的側面を見過ごしていると言わざるを得ない。なぜなら次節で詳しく見るように、外交的保護請求の根拠となるような損害発生後に被害者が国籍を変更する場合には、本人の意思にはよらない何らかの不可避の事情が付随するのが常であって、前国籍国は外交的保護請求を提出しえない状態にあることがある⁵⁷。その顕著な例が、国家の解体や分離独立など国境線の変更による国籍変更の場合である。

このような懸念を踏まえたうえで、第二に、期間の終わり (*dies ad quem*) である「請求の公式提出日」を重視する立場が存在する。すなわち、外交的保護が国際請求の提出という点に重きを置くのであれば、損害発生時は外国人または無国籍者であったとしても、被害者個人が国籍取得・変更によって新たに所属するに至った国家によって外交的保護請求が提出されうるとすることで、十分に訴訟の目的が達成されるとする理解である。例えば、1932 年の万国国際法学会オスロー会期において、特別報告者ボーチャードが提案した国籍継続原則の法典化案に対して、ポリテス (*Polites, N.*) が変更後の国籍国による外交的保護請求が多数行われている現実を鑑みた個人保護の観点から行った反論と提出された反対案

⁵³ García Amador, F.V., “Third Report on International Responsibility,” UN Doc. A/CN.4/111, *YBILC 1958*, vol.II, p. 61.

⁵⁴ de Visscher, C., « Responsabilité internationale des États et la protection diplomatique d’après quelques documents récents », *RDILC*, vol. 8 (1927), pp. 261-267.

⁵⁵ Beckett, E., “Diplomatic Claims in Respect of Injuries to Companies,” *in Transactions of the Grotius Society*, vol. 17 (1931), p. 177, note (f).

⁵⁶ Art. 3(b) of Warsaw Resolution, *supra* note 46.

⁵⁷ ILC Report 2001, *supra* note 36, p. 199, para. 184.

にみることができる⁵⁸。これを捉えて、国籍の継続性は外交的保護の理論的要素を重視する立場と実際の保護の効果を重視する立場との対立点とも評価されている⁵⁹。新国籍による外交的保護を認める立場は、1929年ハーヴァード草案の改訂案として1961年にショーン(Sohn, L.N.)及びバクスター(Baxter, R.R.)が米国国際法学会誌に公表した「外国人の経済的利益に対する侵害に関する国家責任条約案(1961年ハーヴァード草案)」でも採用されている⁶⁰。すなわち、同草案は第23条6項で「国は、問題の者が侵害発生後に国民となったという事実を理由として、その者のために請求を提起することを阻まれない」という。

ただしこの目的論的な立場も、手放しで全面的に認められるべきではない。1924年の行政決定第5号事件仲裁判断でパーカー仲裁人が指摘するように、被害者が保護を確たるものとすべく「強い国」の国籍へと変更することが認められれば、濫訴が起こりうる⁶¹。国籍継続原則は元来、被害者による「保護者漁り(protector shopping)」や請求国による外交的保護の極度の政治利用を防ぐために設けられた規則である以上⁶²、侵害発生後の国籍変更と新国籍国による外交的保護請求の提起には一定の制約が課されるべきである。

以上のような議論を踏まえて ILC 条文草案では、「損害発生日」から「請求の公式提出日」の間で過失なく非自発的理由によって被害者の国籍が変更された場合を念頭に、期間の初め(dies a quo)である「損害発生日」あるいは期間の終わり(dies ad quem)である「請求の公式提出日」のみを決定的期日として重視する立場のそれぞれを国籍継続の原則に対する例外規則として法典化することになった。

1.2 被害者の国籍

継続性が争われる国籍は、第一義的には被害者本人の国籍である。先述したとおり、国籍継続の原則が確立した慣習法規則である以上、外交的保護請求を行うにあたって侵害発生日から「最終日(dies ad quem)」までの期間途中での被害者の国籍変更は認められない。よって伝統的に国籍継続の文脈で問題視されてきたのは、被害者が自然人の場合は死亡、

⁵⁸ 19e Commission, « Protection diplomatique des nationaux à l'étranger », in *Annuaire de l'Institut de Droit international, Session de Cambridge* (1931 II), pp. 209-210 and *Session d'Oslo* (1932), pp. 487-488.

⁵⁹ 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)408頁。

⁶⁰ Art. 1 of Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens in Sohn, L.N. & Baxter, R.R., "Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens" [hereinafter, "1961 Harvard Draft"], *AJIL*, vol. 55(1961), p. 548.

⁶¹ *Administrative Decision No. V* (USA v. Germany), 31 Oct. 1924, *UNRIIAA* (1925), p. 141.

⁶² Dugard, First Report: Addendum, *supra note 39*, paras. 3, 23. 最近の事例では、グアンタナモ収容所に収容されていた豪州人ヒックス(David Hicks)が、なかなか行動をしないオーストラリア政府に業を煮やし、当時すでに自国民の釈放・送還を要求していた英国の国籍を自らの母親を通じて取得した事例がある。

法人の場合には消滅といった理由によって、国内法上の請求権が他者とりわけ外国人に引き継がれる場合にも、被害者の国籍国が外交的保護を行いうるだけの「請求の国籍 (nationality of claims)」の継続性が認められるかであった⁶³。

1.2.1 国籍の異なる者へ請求が強制的に譲渡される場合

特に 20 世紀初頭までの外交的保護制度の成立期においては、婚姻により本人の意思とは無関係に自動的に夫の国籍を取得した妻の重国籍や、夫の死亡による妻の無国籍の問題が生じ、それによって生じる問題が外交的保護請求との関係でも多く論じられていた⁶⁴。当時、婚姻中の妻は夫の国籍と居住地に倣うのが法規則上も一般的であったが、それも妻の人種や元の国籍に応じて扱いが異なり、さらに夫の死後に妻は元の国籍に戻るのか夫の国籍を継承するのかという問題についての解決策も、例えば米国一国の実行だけを見ても統一されていなかったからである⁶⁵。

このような女性の国籍に関する問題は、外交的保護との関係では、被害者たる夫が死亡したとき相続人たる妻が外国人であった場合に、被害者の国籍国が引き続き外交的保護請求を行うことができるのかという論点として、国籍の異なる者への「請求の譲渡 (transfer of claim)」の問題として議論された。例えば、1931 年のミニー・スティーブンス・エシャウジア事件で英国メキシコ特別請求委員会は、英国人がメキシコ国内に保有する工場がメキシコ軍の行為によって操業不能となったことによる損害賠償請求について、請求を相続した英国人女性が、訴訟提起から判決言い渡しまでの間に米国人と結婚したことで英国籍を失ったことを理由に、当該請求を棄却している⁶⁶。

被害者と相続人とが同一国籍を有していなければならないとする理解は、学説上も一定の支持を集めた。1930 年のハーグ法典化会議の準備委員会が用意した「議論の基礎第 28 号」では「侵害を受けた者が死亡した場合、その者の国籍国がすでに行った金銭賠償のための請求は、彼の相続人が当該国の国民でありかつ相続人の利益が関与する限度において、彼らの利益のためにのみ維持することができる」とする規則を提案している⁶⁷。ILC 国家責任条文法典化作業の特別報告者ガルシア・アマドール (García Amador, F.V.) が 1958 年の第三報告書にて提案した第 21 条でも、まず第 1 項で侵害発生時から「請求に判決が下されるまで」国籍が継続されなければならないことを確認したうえで、2 項で「外国人が死亡した場

⁶³ Wyler, *supra* note 23, p. 13.

⁶⁴ Borchard, *supra* note 27, pp. 593-606.

⁶⁵ Borchard, *supra* note 27, p. 598.

⁶⁶ *Minnie Stevens Eschauzier (UK) v. Mexico*, 24 Jun 1931, *UNRIIAA*, vol. 5, p. 209, paras. 2-5.

⁶⁷ Basis of Discussion No. 28, *supra* note 52.

合、相続人または後継者の利益のために国が請求を提起する権利も同条件に服するものとする」提案が行われた⁶⁸。いずれの提案も、被害者と相続人が同一国籍であることを根拠として、外交的保護における「請求の国籍」の継続性を説明するものであり、当時の仲裁裁判実行を踏まえたものであった。

他方で1929年のハーヴァード草案は、第15条(b)項(1)号で「受益者が法の適用により国籍を失った場合」、さらに同項(2)号で「法の適用により国民から受益者へ請求の利益が移った場合」には国籍継続の原則は適用されないとして⁶⁹、相続人が外国人であった場合も被害者の国籍国が外交的保護請求をなしうるとする提案を行っている。また万国国際法学会も1965年のワルシャワ決議第2条にて、被害者とその相続人の国籍が異なる場合でも当該国際請求が「国家的性格」を有する限度においては認められるとした⁷⁰。すなわち被害者が「損害発生の日」以降に死亡した場合にも、相続人の国籍に関係なく被害者の国籍国が外交的保護請求を提起できるのであり、その根拠が外交的保護の国家的性格に求められたのである。

このような理解を支える実行としては、1903年の英国ヴェネズエラ請求委員会のステイヴンソン事件における英国政府の主張が指摘される。同事件では、ヴェネズエラ当局から侵害を受けたヴェネズエラ在住の英国人が仲裁開始前に死亡したことにより、ヴェネズエラ国籍である彼の妻子と英国籍の子へと請求が譲渡できるかが争われた。本件で被害者の損害を代弁する英国政府代理人は、ひとたび国民を通じて国家が被った国家に対する侵害については、国家間請求にて損害の回復が求められているにすぎないと主張している⁷¹。このように外交的保護の法的擬制ないし国家的性格を重視する理解は、イタリア・ヴェネズエラ混合仲裁委員会でのミリアニ事件判決でも支持されている⁷²。

以上のように、いずれの立場も根拠となる実行が存在し学説上も議論が分かれていたところ、ILCの外交的保護条文法典化作業で特別報告者のデュガードは第9条2項として、請求が「善意で(bona fide)」異なる国籍の者に譲渡(transfer)された場合には国籍継続の原則が適用されないとする提案を行った⁷³。ただしこの提案の根拠について報告書では詳しい

⁶⁸ García Amador, "Third Report on International Responsibility," *supra* note 53.

⁶⁹ Art. 15(b)(1)&(2) of 1929 Harvard Draft, *supra* note 45, p. 229.

⁷⁰ Article 2 of Warsaw Resolution, *supra* note 46.

⁷¹ *Stevenson (merits)*, *supra* note 40, p. 501.ただし判決でプラムレイ(Plumley)仲裁人は、相続人のうちヴェネズエラ国籍の妻子については請求を引き継ぐことが出来ないが、英国領トリニダードで出生し英国籍であった息子は請求を引き継ぐことができるとし、被害者から相続人への国籍の継続が必要であると結論している。*ibid.*, pp. 507-510.

⁷² *Miliani (Italy) v. Venezuela*, *supra* note 26, p. 591.

⁷³ Dugard, First Report: Addendum, *supra* note 39, Art. 9 (2), p.2.

説明をしていなかったため、ILC は更なる説明を求め、さらに請求の譲渡可能性は自然人についてのみ論じられるべきであること、請求の譲渡は被害者死亡の場合など強制的な

(involuntary) 場合に限定されるべきであることが指摘された⁷⁴。しかしその後の特別報告者報告書や ILC で請求の譲渡可能性に関しては全く議論されず、2006 年の最終条文にもこの論点は存在しない⁷⁵。論点が削除された理由は明らかにされていないが、推察するに、この問題が主として女性の結婚と国籍の問題の文脈で論じられてきたことに由来するようと思われる。なぜならこれについては ILC でも若干議論がされており⁷⁶、2006 年の最終条文でもコメンタリーで女子差別撤廃条約第 9 条 1 項によって本人の意思によらない国籍変更は禁止されていることが確認されているからである⁷⁷。そしてこういった問題が、かつてのように生じることは現代では想定し難く、実際の考慮から結果的に論点としては削除されたように見受けられるのである。

理論的には ILC のこの選択は、「請求の国籍」について「被害者本人の国籍」こそが重視されるということを示したと言える。すなわちスティーヴンソン事件で英国代理人が強調したように、外交的保護の国家的性格が認められるのであれば、あえて相続人の国籍まで精査する必要がないからである。相続人にまで国籍継続の原則が適用されるのであれば、同様の侵害を受けた同国人に対してもその配偶者や子などの相続人の国籍に応じて異なる結論が導かれ、また相続人が複数で異なる国籍を有する場合には法的に複雑な状況を生じ、国際請求提出権としての外交的保護制度の法的安定性を欠くことになる。また本来の被害やその回復とは直接の関係がない相続人の国籍が、外交的保護請求の受理可能性に決定的な影響を与えるという意味で、国籍継続の文脈で被害者と相続人の国籍の同一性を求めることは、外交的保護の国家的性格とは相容れないと言わざるを得ない。

1.2.1 請求とは無関係な理由による国籍変更

先述したとおり、19 世紀から 20 世紀初頭にかけて数多く行われた国際仲裁裁判実行を分析したポーチャードは、被害者が侵害を受けてから外交的保護請求が提出されるまでの間に、国籍を喪失した場合や帰化によって国籍を変更した場合には、元国籍国および新国籍

⁷⁴ ILC's Report 2001, *supra note 36*, paras. 179-180.

⁷⁵ ILC と同時期に外交的保護に関する検討を行っていた ILA も、請求の譲渡可能性は国籍継続の原則に従い簡便化されなければならないと述べるにとどまっている。Resolution No. 5/2006, *supra note 35*, Nationality of Claims, para.9.

⁷⁶ Sixth Committee 2001, *supra note 50*, para. 75.

⁷⁷ Commentary to Art. 4, paras. 6, 8, Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra note 16*. 同項に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>> (last access on 22 Dec. 2014)

国のいずれも外交的保護請求を行うことが出来ないという。その正当化根拠としてウェイス（Weis, P.）が指摘するのは、帰化のように自らの意思による国籍変更で国家からの保護が享受できなくなるのは当然であるという点にある⁷⁸。

そうであるならば、本人の意思によらない国籍の変更の場合はどのように取扱われるべきであるのか。この点、婚姻による女性の国籍変更の問題が女性差別撤廃条約締結に象徴される形でほぼ決着を見たと言える現代においてなお重要であるのは、国境変更に伴う国籍の変更である。フィッツモーリス（Fitzmaurice, G.G.）は、1957のハーグ講義ならびに1970年のICJバルセロナ・トラクション事件第二段階判決に付した個別意見で、このような国籍継続の原則の厳密な適用は、国境線の変更に伴う住民の国籍変更に表示されるような、本人の意思によらない形式的な国籍の変更の場合に外交的保護を行うことのできる国がなくなり、重要な法益が保護されないままになるという不当な結果が招来される恐れがあると指摘する⁷⁹。現に、重国籍者について1930年の「国籍法の抵触についてのある種の問題に関するハーグ条約（国籍法抵触条約）」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規定しているように⁸⁰、国籍の決定における本人の意思という要素は、国籍の国際法上の効果を測る上でも重要視されてきた経緯がある。

欧州での実行によれば、先行国が完全に消滅した場合には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⁸¹。1926年の上部シレジア事件は、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事件である。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

⁷⁸ Weis, P., *Nationality and Statelessness in International Law* (Stevens and Sons, 1956), p. 115.

⁷⁹ Fitzmaurice, G.G., “The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law,” *RCADI*, vol. 92 (1957), pp. 206-207; Separate Opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, Deuxième phase, Arrêt du 5 février 1970, *CIJ Recueil 1970*, paras. 62-63.

⁸⁰ *Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws*, *supra* note 17, Article 6.

⁸¹ 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。*Romano v. Comma*, Egyptian Mixed Court of Appeal, 12 May 1925, *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。

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⁸²。すなわち国際法的な観点からは、国境変更の場合も、国籍の選択に関しては原則的に本人の意思が尊重されなければならないと理解されてきたといえる。しかし国際社会の現実としては、必ずしも本人の意思が尊重されてきた訳ではない。この点を考慮して万国国際法学会は、1932年オスロー会期でポリテスらの反論によって一度否決した国籍継続の原則を再確認するにあたり、1965年のワルシャワ決議第1条(b)項で、問題となる侵害発生時点以後に新規に独立を達成した国による外交的保護請求は、国籍継続の原則を理由として拒否されないとする規定を採択している⁸³。

被害者の国籍変更の問題について ILC は、主に必要性の観点から議論を展開している。特別報告者デュガードは「真正な (bona fide) 国籍変更」の場合には、旧国籍国が行使しないことを条件に、新国籍国が外交的保護を行使することができるとする提案を行ない、国籍変更の場合にのみ適用されること、国籍を変更した個人が外交的保護を行使する国を選べるわけではないこと、新しい国籍は誠実に取得されたものでなければならないことを理由として、この提案を導入したからといって外交的保護規則を不安定化し濫訴を誘発する訳ではないと説明した⁸⁴。しかし、この提案について ILC では「真正な国籍変更」要件の曖昧さへの指摘がなされ⁸⁵、さらに第六委員会では確立された国籍継続の原則への挑戦であり人権保護主義に基づくあるべき法 (*lex lege ferenda*) の域を出ず受け入れがたいという厳しい批判がなされた⁸⁶。そこで、2004年の第一読草案および2006年の最終条文では、第5条2項で、このような例外が認められるのは国籍の変更が死亡や国家承継といった強制的 (*involuntary*) 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国籍継続の原則への例外を認める立場が採用された⁸⁷。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⁸⁸、濫訴防止への配慮も盛り込まれている。

⁸² *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, Fond, 25 mai 1926, C.P.J.I., Serie.A, no.7, p.78-80.

⁸³ Art. 1 (b) of Warsaw Resolution, *supra* note 46.

⁸⁴ Dugard, First Report: Addendum, *supra* note39, paras. 25-26.

⁸⁵ ILC's Report 2001, *supra* note 36, para. 178.

⁸⁶ Topical summary of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly during its 57th session prepared by the Secretariat (2002), UN Doc. A/CN.4/529, para. 27

⁸⁷ Art. 5(2) of Draft Articles on Diplomatic Protection (First reading 2004) with commentaries [hereinafter, "First Draft on Diplomatic Protection 2004"], in *YBILC 2004*, vol. II (Part Two) and Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra* note 16.

⁸⁸ *ibid.*, Art.5.3.

1.2.2 法人の国籍継続

本来、国籍継続の原則は、自然人に対する外交的保護に関する 19 世紀末から 20 世紀初頭までの混合仲裁委員会による実行の中で形成された慣習法規則であるが、法人についても論理的に必要な修正を経たうえで同原則が適用されると理解されている⁸⁹。

米国ヴェネズエラ混合仲裁委員会で裁定が行われた 1903 年のオリノコ汽船会社事件は、英国で設立された会社がヴェネズエラ政府に対してもつ請求権が米国で設立された会社に譲渡された事例であり、バージ仲裁人は請求の国籍の継続性は確立された原則であることを認めながらも、同委員会を設立した条約を根拠として当該米国籍企業のヴェネズエラ政府に対する請求を例外的に認めている⁹⁰。すなわち原則としては、外交的保護請求にあたって、法人についても自然人と同様に国籍の継続性が求められるのである。

一方で、国籍変更の例外が認められる事例としては、国家承継の場合が指摘されている⁹¹。1939 年のパネヴェジス・サルツティスキス鉄道事件は、会社への損害発生後に新国家独立による国籍変更が行われた事例である。1892 年にロシア帝国で設立された株式発行会社である「ロシア第二鉄道の第一会社」は、ロシア革命による国有化とバルト三国の独立を経て、1920 年 2 月 2 日にソ連と締結したタルツ (Tartu) 条約によって原告エストニアに譲渡されたことでエストニア企業に変更されたが、同社の保有していたパネヴェジス・サルツティスキス鉄道は 1919 年 9 月から被告リトアニアが保有し続けていた⁹²。このような場合に、法人に対する国籍継続の原則の適用例外が認められるかが注目されたが、PCIJ は適用法規の決定の困難さを指摘するだけでなんら判断を下していない⁹³。この点についてファン・エイジンハ (van Eysinga, J.) 判事は反対意見で、国籍継続原則は国家承継に関する規則に対抗できないと主張している⁹⁴。また侵害発生後、期間最終日 (dies ad quem) までの間に会社が消滅した場合についても、1970 年のバルセロナ・トラクション事件第二段階判決のグロ判事個別意見は、ひとたび会社の国籍国が外交的保護請求を提起すれば、会社が消滅しても外交的保護請求を継続できるという⁹⁵。

⁸⁹ Tournier, A., *La protection diplomatique des personnes morales* (LGDJ, 2013), pp. 335-336.

⁹⁰ *Orinoco Steamship Company Case*, 1903-1905, *UNRIIA*, vol. 9, p. 192.

⁹¹ Dugard, Fourth Report, *supra* note 20, para. 97; O'Connell, D.P., *State Succession in Municipal Law and International Law* (CUP, 1967), pp. 537-542.

⁹² *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, *supra* note 15, pp. 9-11.

⁹³ *ibid.*, p. 17.

⁹⁴ Opinion dissidente de M. van Eysinga, *ibid.* pp. 33, 35.

⁹⁵ Opinion individuelle de M. Gros, *Barcerola Traction*, *supra* note 79, p. 277.

ILC が法人に関する国籍継続の規則の法典化するにあたり、特別報告者デュガードは会社にも国籍継続原則が適用されることを確認したうえで「侵害の結果として会社が存在しなくなった場合、消滅した会社の設立国はその会社について引き続き請求を提起する」とする第 20 条を提案した⁹⁶。これに対して、ILC でも⁹⁷、第六委員会でも⁹⁸、特に異論なく支持が表明され、2004 年の第一読草案では第 10 条 2 項で「国は侵害のときに自国民であり、かつ、当該侵害の結果として、当該国のほうに従って存在しなくななくなった会社について、外交的保護を行使する権利を引き続き有する」と定められた。同項のコメンタリーによれば、濫訴を防ぐために、問題となる違法行為による侵害の結果、当該会社が消滅したことを証明しなければならず、会社の消滅と侵害とが無関係な場合には株主本国が外交的保護を行使できるという第 11(a)条とあわせ読まれることで補完性が保たれるという⁹⁹。この点について米国は、多くの国内法において会社の解体後も一定期間は会社の名において訴訟可能であることを指摘し、会社の消滅は国籍継続原則に対する例外として認められるべきではないと批判している¹⁰⁰。

以上の議論を踏まえて、2006 年の第 7 回報告書でデュガードは、国家承継の場合と侵害の結果として会社が消滅した場合を会社の国籍継続原則に対する例外として提案し¹⁰¹、それがそのまま最終条文第 10 条 1 項および 3 項でも採用された¹⁰²。

2 国籍の実効性

外交的保護の文脈で、国籍に関して重要なもうひとつの議論が、国籍の実効性である。これは、ポーチャードが提唱した「自国利益の実質的利益」に端を発する概念である¹⁰³。実効的国籍は、外交的保護実行の積み重ねの中で漸進的に受け入れられてきた法理であり

⁹⁶ Dugard, Fourth Report, *supra* note 20, p. 39.

⁹⁷ Report of the International Law Commission on the work of its 55th session (5 May-6 June and 7 July-8 August 2003), UN Doc. A/58/10, in *YBILC 2003* (Part Two), paras. 116-122.

⁹⁸ Sixth Committee 2003, *supra* note 50, para.93.

⁹⁹ Commentary to Art. 10 of First Draft on Diplomatic Protection 2004, *supra* note 87, para. (4).

¹⁰⁰ Comments from Governments, *supra* note 47, pp. 30-31.

¹⁰¹ Dugard, J.R., "Seventh Report on Diplomatic Protection," UN Doc. A/CN.4/567 (2006), in *YBILC 2006*, vol.II (Part One), UN Doc. A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (Part 1), para. 59.

¹⁰² Art. 10 of Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra* note 16.

¹⁰³ Borchard, *supra* note 27, p. 621. 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）578頁。

104、レイ (Leigh) はそれを、社会学的な観点からすれば当然の帰結と評する¹⁰⁵。すなわち、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と国籍国の権利侵害とを結び付けることはできないという、実際の紛争解決の場面における必要性への懸念から展開されてきた議論である。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、とりわけ自然人の場合において、国籍が外交的保護の文脈で国際法上の効果を持つための基礎をなしていると理解されてきたのである。

ILC と同時期に外交的保護について検討を行なった ILA では、2006 年トロント会期で採択された決議 5/2006 の「請求の国籍」に関する第 6 項で「請求国国籍との紐帯は、真正かつ実効的なものでなければならず、国籍が競合する場合は優越的なものでなければならない」として、第 8 項の国籍継続の原則に関する規定よりも、実効的国籍の法理をより重視する立場を示している¹⁰⁶。ただし、確立した慣習法規則と一般に認められている国籍継続の原則とは異なり、国籍の実効性ないし「真正な結合」が慣習国際法規則であるかについては、これまでも多く論じられてきたところである。国籍の実効性は、特に帰化の場合に問題とされ、反対論者の多くは 1955 年のノッテボーム事件判決で単一国籍者に対して実効的国籍の法理が適用されたことを批判し¹⁰⁷、また出生地や血統により得た国籍と比べて帰化によって得た国籍のほうが実効性の観点から劣るとする根拠はないことを理由に、外交的保護請求のためには形式的な国籍の保有で十分であると主張する¹⁰⁸。他方で賛成派は、忠誠心や愛着あるいは国籍変更を行った本人の選択など、主に問題となる本人の意思の尊重を根拠とする¹⁰⁹。

オレゴ・ヴィクニーヤ (Orrego Vicuña) は、2000 年に ILA へ提出した報告書の中で外交的保護請求における国籍変更に関して¹¹⁰、実効的国籍原則が問題となるのは第一に問題の

¹⁰⁴ de Visscher, P., « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 136 (1972), p.163; Klein, P., « La protection diplomatique des doubles nationaux : Reconsidération des fondements de la règle de non-responsabilité », *Rev. belge de droit int'l*, vol. 21 (1988), p.184.

¹⁰⁵ Leigh, *supra* note 6, p.469.

¹⁰⁶ Resolution No. 5/2006, *supra* note 35, Nationality of Claims, paras. 6&8.

¹⁰⁷ Parry, C., "Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law," *RCADI*, vol. 90 (1956-II), pp. 707-712; Jones, J.M., "The Nottebohm Case," *ICLQ*, vol. 5 (1956), pp. 239-240, 243-244.

¹⁰⁸ Geck, W.K., "Diplomatic Protection," *MPEPIL* (1992), vol. 3, p. 1050.

¹⁰⁹ van Panhuys, H.F., *The rôle of nationality in international law : an outline* (Leyden: A.W.Sydhoff, 1959), pp. 158, 161; Fitzmaurice, G.G., "The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law," *RCADI*, vol. 92 (1957- II), pp. 206-207; Ruzié, D., « Nationalité, Effectivité et Droit Communautaire », *RGDIP*, vol. 97(1993), p. 113; de Castro, F., "La Nationalité, La Double et Supra-Nationalité", *RCADI*, vol. 102 (1961-I), p. 582; Brownlie, *supra* note 1, p.412.

¹¹⁰ 2014 年 12 月 15 日現在、ILA ウェブサイトから Orrego Vicuña の報告書は入手不能であるが、報告書と同内容と思われる論考が雑誌 (*ICSID Rev.*, vol. 15 (2000), pp. 340-361) および本 (Shclemmer-Schulte, S. & Tung, K.-Y. (eds), *Liber*

私人が原被両国の国籍を有する場合、第二に自然人のように確立された規則の存在しない会社の国籍の決定の場合であると指摘している¹¹¹。そこで以下ではこの分類に従い、自然人と法人の場合に分けて詳しく議論の変遷を見てゆきたいと思う。

2.1 自然人

2.1.1 重国籍者

重国籍の取扱いについては、たとえその重国籍者の国籍の全てが国際法と抵触しない方法で取得されたとしても、様々な法の適用の局面において、法制度の安定性や公正・公平の観点から、何らかの調整を行う必要が生じる。ただし重国籍者に対する外交的保護については、実行上も学説上も統一的な見解が存在しない。

まず、国籍国間同士では外交的保護を行わないとする「責任否定 (non-responsibility) の法理」が存在する¹¹²。これは、主権平等原則の一つの帰結であり、1930年の国籍法抵触条約第4条でも「国は、外交的保護を行う相手方の国の国籍も持つ自国民については外交的保護を付与しない」と明文化されている¹¹³。1929年ハーヴァード草案も第16条(a)項で「請求侵害を受けた者あるいはその者のために行動する者が、かつてあるいは現在自国民であるときには、国は責任を負わない」と規定し¹¹⁴、さらに万国国際法学会も1965年のワルシャワ決議第4条(a)項で「原被両国の国籍を同時に有する個人が被った侵害について国が提出した国際請求は、被告国によって拒絶されうるのであり、当該請求を扱う裁判所において受理可能性を否定される」とするなど¹¹⁵、この法理は伝統的に学説上の支持を得てきたものと評価できる。

他方で、実効的国籍の法理も有力に主張されてきた。これは、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法政策的な経緯から、二重国籍者は請求の目的上、ひとつの国籍のみを有するものとして扱われるという法理であり、

Amicorum Ibrahim F.I. Shihata: Int'l Finance and Development Law (2001), pp. 503-525) に掲載されている。以下では ICSID Rev.掲載論考を ILAへ Orrego Vicuña が提出した報告書として扱う。

¹¹¹ Orrego Vicuña, F., "Changing Approaches to the Nationality of Claims," *ICSID Rev.*, vol. 15 (2000), pp. 346-349.

¹¹² 川岸繁雄「イラン・アメリカ請求権裁判所(一) —当事者適格と許容性—」『神戸学院法学』第28巻4号(1999年)974頁。

¹¹³ Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws, *supra* note 17, Art. 4.

¹¹⁴ Art. 16(a) of 1929 Harvard Draft, *supra* note 45, p. 230.

¹¹⁵ Art. 4(a) of Warsaw Resolution, *supra* note 46.

当該個人がより強固な事実上の結合関係を有する国家の国籍が支配的であると看做される。国籍の支配性、実効性、あるいは優越性という概念をもちいることで「事実と法との組み合わせによる国籍の決定」が行われ¹¹⁶、20世紀前半に行われた多くの仲裁判断で、まず常居所を基準としていずれの国籍が最も実効的であるかが決定されてきた¹¹⁷。「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」第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が国籍国として認められなければならないとも規定されている。

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など¹¹⁸、忠誠心のような心理的結びつきや本人の意思も重要であるとされる。例えば、イタリア・ヴェネズエラ混合仲裁委員会でのミリアニ（Milani）事件では、イタリア人の父が死亡した後に請求を引き継いだ息子がイタリアと不法行為国たるヴェネズエラの重国籍者であったため、国籍国間同士で外交的保護権を行使し得るかが争われた事例であるが、判決では当該息子が法廷でヴェネズエラの賠償責任を問うという選択をしたという本人の意思を理由に、イタリア国籍がヴェネズエラ国籍に優越するとして請求を受理している¹¹⁹。

1930年の国籍法抵触条約第5条はこの法理を採用するものであり、曰く「第三国内では、1以上の国籍を有する者は1つのみ有するかのよう扱われる。個人的地位及び効力を有する条約に関する法の適用を妨げることなく、第三国は、そのような者が、彼が常習的にかつ主として居所を有する国の国籍、または、状況から彼が最も緊密な結びつきを有すると思われる国の国籍の、いずれの国籍を有するのかを自国領域内においてのみ承認する」¹²⁰。国家責任条文法典化作業においても、特別報告者のガルシア・アマドールがそれまでの報

¹¹⁶ *Blumenthal*, French-German Mixed Tribunal, *ADPILC 1925-1926*, Case No. 148, p.216.; *Barthez de Montfort v. Treuhander hauptverwaltung*, etc, French-German Mixed Arbitral Tribunal, 10 July 1926, *ADPILC*, p.279.

¹¹⁷ Dugard, J. R., “First Report on Diplomatic Protection”, UN Doc. A/CN.4/506 (2000), paras. 128-147; Rode, Z.R., “Dual Nationals and the Doctrine of Dominant Nationality,” *AJIL*, vol. 53 (1959), p. 141. *see Mergé claim*, Italo-American Commission, *ILR*, vol. 22 (1955), p. 455; *Stevenson (merits)*, *supra note 40*, pp.438-455; *Mathison (merits)*, British-Venezuelan Mixed Claim Commission, *UNRIAA*, vol. 9 (1903), pp.485-494; *Canevaro case* (Italy v. Peru), PCA, Award of 2 May 1912, in Scott, J.B. (ed.) *The Hague court Reports*, vol.1 (OUP, 1916), p.284; *Alexander Tellech (USA) v. Austria Hungary*, 25 May 1928, *UNRIAA*, vol.6 (1928), pp.248-249; *Barthez de Montfort v. Treuhander*, *ADPILC*, 1925-1926, Case No.206, p.279; *Georges S. Hein v. Hildersheimer Bank*, Anglo-German Mixed Arbitral Tribunal, *ADPILC*, 1919-22, Case No.148, p.216; *Amelia de Brissot, Ralph Rawdon, Joseph Stackpole and Narcisa de Hammer v. Venezuela*, USA-Venezuela Mix Claim Commission, Award of 5 December 1885, *UNRIAA*, vol. 29, pp. 240-260; *Carlos L. Oldenbourg (GB) v. United Mexican States*, *British-Mexican Claims Commission*, Decision No. 11, 19 Dec. 1929, *UNRIAA*, vol. 5, pp. 74-75; *Frederick Adams and Charles Thomas Blackmore (Great Britain) v. United Mexican States*, 3 Jul. 1939, *UNRIAA*, vol. 5, pp. 216-217; *Salem (USA v. Egypt)*, 8 June 1932, *UNRIAA*, vol. 2, p. 1187.

¹¹⁸ 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’Aremberg v. Procureur-General of Brussels, Boulanger Q.Q. and Associate, Cour d’appel de Bruxelles, 27 mai 1925; Cour de cassation, Belgique, 25 mai 1926, *A.D.P.I.L.C.*, p.281 (Pasricise Belge, 1926, I 317 and II 31; La Belgique Judiciaire 1926, 321ff); Prince Elie de Bourbon-Parme, Cour de cassation, Belgique, 14 mai 1923, *Recueil Dalloz de doctrine de jurisprudence et de législation* (Dalloz, 1955), vol. I, p.110.

¹¹⁹ *Milani*, Italian-Venezuelan Claim Commission, *supra note 72*, pp. 585-586.

¹²⁰ Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws, *supra note 17*, Art.5.

告書をまとめる形で提案した条草案の第 23 条 3 項は「国は、個人について、両者の間の国籍の紐帯が真正な結合に基づいていない場合には請求を提起しない」、さらに第 5 項「二重あるいは重国籍の場合、国が当該外国人と、より強くより真正な法的その他の紐帯を有するときのみ請求を提起する権利を行使することができる」として、実効的国籍の法理が定式化されている¹²¹。

外交的保護の検討が行われた 2002 年の ILA ニューデリー会期でベーダーマン (Bederman, D.J.) が提出した報告書によれば、1975 年から 1995 年の間に締結された「一括協定 (lump sum agreement)」を分析した結果、国籍継続の原則が原則として維持されていること、そして 1975 年以降に重国籍者の問題に言及する一括協定は 3 つに過ぎないが、それらでは支配的および実効的国籍の規則が発展させられていることが確認できたという¹²²。そのうちのひとつであるイラン米国請求権裁判所は、イランに対する米国国民と米国に対するイラン国民双方の請求を仲裁判断によって解決するために 1981 年のアルジェ宣言に設置された裁判所であり¹²³、厳密には国家間賠償を行うための制度である外交的保護とは異なるが¹²⁴、二重国籍者によるイラン政府に対する請求が相次いだことで¹²⁵、請求の受理可能性判断における問題となる個人の国籍の実効性の要件が明らかにされた。同裁判所によれば、請求権が発生した期日の支配的実効的国籍を立証するためには、この期日に先行する原告の生涯における出来事、すなわち原告の出生からの全生涯と、この期間における国家に対する忠誠の選択の真実性と誠実性を証明するあらゆる要素としての、常居所、利害関係の中心地、家族関係、公的生活への参加、文化的統合その他の所属の証拠が関係するという¹²⁶。

両法理の根拠とする主権平等原則と法政策的要請を調整しようとした判例として注目されるのが、1955 年の米国イタリア調停委員会におけるメルジェ (Merge) 事件である。これは、出生により米国籍を得た者が結婚によりイタリア国籍を得て二重国籍となり、後にイタリアの行為により生じた個人財産への損害について賠償を求めた事例である。このよう

¹²¹ García Amador, F.V., “Responsibility of the State for injuries caused in its territory to the person or property of aliens: Revised draft,” *YBILC 1961*, vol. 2, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1961/Add. 1, p. 49.

¹²² Bederman, D.J., “Lump Sum Agreements and Diplomatic Protection,” Interim Report submitted to the Committee on Diplomatic Protection of Persons and Property, ILA New Delhi Conference Report (2002), available at <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/14> (last access on 5 Nov. 2014), pp. 12, 20.

¹²³ Art. II (1) of Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran (Claims Settlement Declaration), 19 January 1981, *ILM*, vol. 20(1981), pp. 223-224.

¹²⁴ *Esfahanian v. Bank Tejarat*, *IUSCTR*, vol. 2 (1983), p. 165.

¹²⁵ 提出された請求約 4 千件のうち、二重国籍者に関するものは 130 件程度に上るといふ。Aghahosseini, M., “The Claims of Dual Nationals before the Iran-United States Claims Tribunal: Some Reflections,” *LJIL*, vol. 10 (1997), p. 22.

¹²⁶ 川岸繁雄「イラン・アメリカ請求権裁判所」安藤仁介・中村道・位田隆一（編）『21 世紀の国際機構：課題と展望』（東信堂、2004 年）479 頁。Malek v. Iran, Award No.ITL 68-193-3, 23 Jun. 1988, *IUSCTR*, vol. 19 (1989), pp. 48, 51; Bederman, D.J., “Nationality of Individual Claimants before the Iran-United States Claims Tribunal,” *ICLQ*, vol. 42(1993), pp.129-134.

な請求に対して委員会は、二重国籍者に対する外交的保護については、支配的あるいは実効的国籍が証明される限りにおいて主権平等原則は適用されないと結論した¹²⁷。

ILCでの法典化作業ではデュガードは、実効的国籍概念を重視する立場を当初から明確にし、第6条及び第7条として定式化した¹²⁸。この提案に対して、ILC及び第六委員会では一定の支持が得られたものの、概して1930年の国籍法抵触条約第4条に規定される「責任否定の法理」との抵触の問題が多く指摘された¹²⁹。2002年にILCが第1条から第7条までの条文草案を暫定採択した際には（2002年ILC暫定条文草案）、実効的国籍原則は第6条として「国籍国は、重国籍者について、自らの国籍が損害の日及び請求の公式提出の日のいずれにおいても優越的なものでない限り、その者の他の国籍国に対して外交的保護を行使することができない」とする提案を行い、「優越的（predominant）」という言葉で個人と国家との紐帯を強調しつつ「メルジェ事件を今日における慣習規則の発展の出発点」として「国際人権法の発展と一致する」法理であると位置づけた¹³⁰。

この提案に対して国連総会第六委員会は、優越的国籍の証明基準をILCが明示しなかったことに触れながら、その証明の困難さを指摘し、この規定の有用性に疑問を呈している¹³¹。また外交的保護制度と人権条約体制との根本的な違いを指摘する意見も根強かったために¹³²、2004年の第一読草案時には第7条として「国際人権法の発展と一致する」という記述が削除され¹³³、同草案について政府見解を仰いだところ実効的国籍原則を支持する回答が得られたため¹³⁴、第二読草案でもそのまま維持されることとなった。

¹²⁷ Florence Mergé, *UNRIIAA*, vol. 16 (1955), p. 247.

¹²⁸ Dugard, “First Report on Diplomatic Protection”, *supra note 117*, Art. 6&7, paras. 121-174.

¹²⁹ Report of the ILC on the work of its 52nd Session (1 May–9 Jun. and 10 July–18 Aug. 2000) [hereinafter, “ILC Report 2000”], UN Doc. A/55/10, in *YBILC 2000*, vol. 2 (Part Two), paras. 473-480, 482-485; Topical summary of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly during its 55th session prepared by the Secretariat (2000) [hereinafter “Sixth Committee 2000”], UN Doc. A/CN.4/513, paras. 217-227; Sixth Committee 2001, *supra note 50*, para. 71.

¹³⁰ Art. 6 and its commentary, Draft articles on diplomatic protection provisionally adopted by the Commission [hereinafter, “2002 Provisional Draft on Diplomatic Protection”] in *YBILC 2002*, vol. II (Part Two), p. 73, paras. 3-4.

¹³¹ Summary Records of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly, UN Doc. A/C.6/57/SR.22 (31 Oct. 2002), Yanez-Barnuevo (Spain), para. 40.

¹³² Topical summary of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly during its 59th session prepared by the Secretariat (2004), UN Doc. A/CN.4/549/Add.1, para. 9.

¹³³ その後、条文草案全体から外交的保護と人権との一致性に関する言及は削除された。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.

¹³⁴ Comments from Governments, *supra note 47*, pp. 22-23.

2.1.2 長期居住者

実効的国籍の法理について語る時に避けては通れないのが、リヒテンシュタイン対グアテマラで争われた1955年のノッテボーム事件である¹³⁵。同事件で問題となったノッテボーム氏は生来ドイツ国籍であり、1905年にグアテマラに渡り同地で事業に携わっていたが、第二次大戦開始直後の1939年10月9日にリヒテンシュタインに帰化申請を行い、帰化税および共同体加入金を支払うことで同国国籍法の定める居住要件を特例として免除され、同月13日に帰化を許可された。その後、リヒテンシュタイン旅券にグアテマラ総領事の査証を受けてグアテマラに入国して事業を再開し、グアテマラの外国人登録簿にも彼の国籍変更が記載されたが、ドイツと交戦状態にあったグアテマラは1943年に彼を敵国人として逮捕し身柄を米国に移送し、第二次大戦終了後も彼の再入国を拒否していた。同氏がグアテマラに保有していた財産は最終的に、1949年に制定された戦争損害の精算に関する国内法によって没収されている。本件はノッテボーム氏の要請に基づき、リヒテンシュタインが同氏の財産返還と同国への損害賠償支払いを求めてグアテマラをICJに提訴した事件である。

ICJは同氏の国籍を評価するにあたり次のように述べた。すなわち「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)」であり、「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(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」¹³⁶。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。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、その他の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、ここではむしろ、形式的な国籍の存在よりも常居の要件の方が重視され、公平性が考慮要因として働いたと考えられる。

¹³⁵ Joseph, C., *Nationality and Diplomatic Protection—The Commonwealth of Nations* (A.W.Sijthoff, 1969), p. 11.

¹³⁶ *Nottebohm*, *supra* note 5, p.23.

この ICJ の多数意見に対しては、複数の裁判官から反対意見が寄せられている。リード (Read) 裁判官およびグッゲンハイム (Guggenheim) 裁判官は、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主張する¹³⁷。さらにクラエストアド (Klaestad) 裁判官は、ノッテボーム氏がリヒテンシュタイン国籍を不正に取得したか否かについて、裁判所は審議期間を延長して詳細な検討を行うべきであったと批判する¹³⁸。現に、単一国籍者に対して実効的国籍の概念を適用することに学説は否定的であり¹³⁹、外交的保護条文中で重国籍者に対する実効的国籍法理を定式化した ILC も、ノッテボーム事件とは異なり重国籍者についてのみ同法理を用いるということコメントで度々確認している¹⁴⁰。

しかし単一国籍のみを有する外国人が、長期居住をしている現地の国籍を取得していないにも拘わらず、現地とのつながりがより「実効的」と判断された事例はノッテボーム事件だけではない。同趣旨の国内判例として注目されるのが、英国貴族院の 1946 年ジョイス事件判決である¹⁴¹。本件は、英国のパスポートを保有していた米国人が、第二次大戦後、英国当局に逮捕され大逆罪に問われた事件の上告審である。上告人は、帰化により米国籍を得た元英国人の子として 1906 年に出生した米国人であり、3 歳の時に家族と共にアイルランドへ渡り、15 歳からはイングランドへ移住し、1939 年 8 月 24 日に 33 歳で家族を残して去るまでは同地に滞在していた。1933 年 7 月、原告は観光旅行を名目に「出生により英国国籍を得た」と記された 5 年間有効の英国のパスポートをえて欧州大陸へ渡り、1938 年 9 月 24 日と 1939 年 8 月 24 日にそれぞれ 1 年間の有効期限で更新手続きを行なった。1945 年の逮捕時に上告人はパスポートを所持していなかったが、代わりに所持していた 1939 年 10 月 4 日付でドイツ政府が発行した労働手帳には、彼の国籍は英国 (Great Britain)、特定記載事項イングランド人 (special qualification English) と記されており、同年 9 月 18 日からドイツのラジオ局に英国に対する敵性英語放送を担当するアナウンサーとして雇用されていたことが記されていた。ただし上告人は、現実には一貫して米国籍であり、さらに自らの

¹³⁷ Opinion dissidente de M. Guggenheim, juge « ad hoc », *Nottebohm*, *supra* note 5, p.60; Dissenting Opinion of Judge Read, *ibid*, pp. 41-42.

¹³⁸ Dissenting Opinion of Judge Kaestad, *ibid.*, pp. 28-33.

¹³⁹ Geck, *supra* note 108, p. 1050; Kunz, J.L., "The Nottebohm Judgment" *AJIL*, vol. 54 (1960), p. 707; Parry, *supra* note 107, p. 536; Jones, *supra* note 108, pp. 239-240, 243-244; Dugard, "First Report on Diplomatic Protection", *supra* note 117, paras. 106-111.

¹⁴⁰ Commentary to Art.6, *YBILC 2002*, vol. II (Part Two), *supra* note 130, p. 73, paras. (3); Commentary to Art. 7, First Draft on Diplomatic Protection 2004, *supra* note 87, & Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra* note 16, para.(3).

¹⁴¹ *Joyce v. Director of Public Prosecutions* [1946] A.C. 347.

自由意思で英国へ戻る「道義的権利 (moral right)」がないと判断して帰化により 1940 年にドイツ国籍を得たと主張していた¹⁴²。

本件で検察側は、司法長官ショークロス (Shawcross) 自らがジョイスの訴追にあたった。そのときの論拠は、外交的「保護がなくなれば忠誠義務もなくなる (Allegiance ceases when protection ceases)」というものである¹⁴³。すなわち、上告人は米国人であるため英国を去るにあたって英国のパスポートを得る必要はなく、また米国への帰国が適うにも拘わらず、英国のパスポートの発給を受けるという選択を行った¹⁴⁴。国際条約に照らせば、パスポートの発給国は発給を受けた者の帰国を義務付けられるのであり、またパスポートは発給を受けた者が英国外にあっても英国の保護下にあることの「証明 (evidence)」であり、保護を与えるための「手段 (method)」として機能する¹⁴⁵。パスポートの申請および更新手続を行うことで、「上告人は、自らの意思で、外国を旅行する英国臣民に国王が与える保護を求めたのである。彼は故郷 (home) をイングランドと定めて英国市民権から生じるすべての特権を享受した。一時的不在の間に彼が忠誠の双務的義務を免除され、大逆罪を犯しえないと判断されるのであれば、考えられない許しがたい不法を構成するであろう」¹⁴⁶。

これに対して上告人代理人は、「保護は、英国臣民であるという事実から生じる」のであって、「パスポートが与える保護は日常会話的意味の保護に過ぎず、当該保護と忠誠義務とが対応する訳ではない」と反論した¹⁴⁷。英国臣民のみが外国において英国の保護を享受できるのであり、パスポートを所持しているという事実によって外国人である上告人に与えられる事実上の保護は、英国臣民に与えられるものと同様以下のものであるため、忠誠義務を生むものではないという¹⁴⁸。

以上の議論を踏まえて、貴族院は全会一致で有罪の判決を下し、後日ジョイスは絞首刑に処せられた。判決曰く、「外国で英国のパスポートを所持する外国人は王権による保護を享受するのであり、その保護を放棄しない限りにおいて、当該外国人は国王の敵と関係をもったときには大逆罪を犯したことになる」¹⁴⁹。多数派の判断理由を記したジョウイツ

¹⁴² *ibid.*, pp. 348-349.

¹⁴³ *ibid.*, p. 357.

¹⁴⁴ *ibid.*, p. 358,

¹⁴⁵ *ibid.*, pp. 358-360.

¹⁴⁶ *ibid.* p. 360.

¹⁴⁷ *ibid.*, p.353.

¹⁴⁸ *ibid.*, p.362.

¹⁴⁹ *ibid.*, p. 347.

ト (Jowitt) 卿は、在外自国民を保護する権利を各国が有するという慣習国際法の存在を前提として、パスポート所持者当該規則の適用による保護の要請を行いうることを指摘し、さらにドイツは上告人が英国人として対英国敵性放送に従事することに特別な意義を見出していたことから、彼の持つパスポートが英国外において証拠書類として有効に機能したことを論拠として挙げている¹⁵⁰。またポーター (Porter) 卿は、パスポートの保有によって在外自国民としての保護を享受し得ることには同意しつつも、パスポートの更新それ自体は、パスポートが失効するまでの期間の忠誠義務の継続を法的に証明するものではなく、上告人の側に当該義務の終了を証明する義務はないとする反対意見を付している¹⁵¹。

本件検察側主張でも引用された 1927 年のボーチャードの著書によれば、所定の手続きを経て発給されるパスポートは市民権とそれにより受けることのできる保護を証明するものとして一義的には (prima facie) 外交的保護の根拠となりうるが、パスポートを所持していないからと言って外交的保護が否定される訳ではなく、外交的保護を受ける権利とパスポートの発給を受ける権利とは決定的に区別されるという¹⁵²。これに対してジョイス事件貴族院判決は、有効なパスポートの所持者はその発給国から外交的保護を受けることができること、そして外交的保護の根拠となるべきは国籍よりも、むしろ国家への忠誠義務にあることを明らかにした。本件上告人は英国籍を有しないにも拘わらず、英国のパスポートを不正に取得しあるいは英国当局側の過失によってパスポートが発給された訳であるが、推察するに、そもそもは上告人の父が元来英国人であったこと、更に上告人が幼少時から家族と共に長期間英国に居住していたという社会的事実こそが、英国当局をしてパスポートを発給せしめ、また渡航先のドイツで英国人として登録されるという事態を招いたと思われる。すなわち本件で重視されたのは、パスポートの保持という形式的要素に加えて、上告人の英国との社会的実質的つながりや、ドイツで英国人として敵性放送を行うラジオ局に雇用された 1939 年 9 月 18 日からドイツ国籍取得までの期間における、英国人としての本人の意識にあったとも言うことができる。

このようにノッテボーム事件及びジョイス事件で問題となった状況は、やや特殊なものであるにせよ、そこで裁判所が展開した理論を突き詰めれば、国籍国ではなくとも、社会的あるいは本人の意思として結び付きの強い常居国による外交的保護も可能であることになるのではないだろうか。しかしながらその可能性について英国裁判所は近年、否定的な回答を示した。

¹⁵⁰ *ibid.*, pp. 371-372.

¹⁵¹ *ibid.*, pp. 374, 379-380, 382.

¹⁵² Borchart, *supra* note 27, p. 493.

2006年のアル・ラウィ事件は、英国の永住権や長期滞在許可を持つ者が¹⁵³、米国政府によりグアantanamo収容所に長期間収容されたため、英国政府に外交的保護をおこなうよう要求した事件である。被拘禁者には英国で条約難民に認定された者が含まれていたこともあり、国連高等弁務官事務所の後押しで¹⁵⁴、彼らが原告となり英国政府に保釈交渉を求め裁判が提起された。在キューバ米軍基地内に所在するグアantanamo収容所には、キューバの管轄権が及ばず米国が排他的に管理する一方で¹⁵⁵、当該収容所が米国領域外にあることを理由として、米国政府は国内法及び同国の締結した各種人権条約が適用されないと主張していた¹⁵⁶。2008年に米国最高裁も違憲状態であったと認定したとおり、被収容者に対する訴追手続では人身保護令状（*habeas corpus*）請求を適切かつ実効的に提出する手続がないなど¹⁵⁷、同収容所については人道的観点から数々の問題が指摘されていた。同収容所に収監された英国国民は、すでに2002年に英国政府を相手取った外交的保護請求訴訟を起こしており、裁判所の判決では政府が外交的保護を行う義務は認定されなかったものの¹⁵⁸、英国政府は同収容所に拘禁されている英国国民について米国政府と交渉を開始し、2005年初めまでに全員を釈放させていた¹⁵⁹。しかしその後も、英国政府はアル・ラウィ事件の原告らについてこのような交渉は行わなかったため、このような処遇の違いが、欧州人権条約第3条（拷問の禁止）、8条（私生活及び家族生活の尊重についての権利）、14条（差別の禁止）、第一追加議定書第1条（財産の保護）、難民条約第16条（裁判を受ける権利）および人種関係法（*Race Relations Act 1976*）の違反を構成するという申立てが行われた。これに対し、イングランド・ウェールズ高等法院は、ILC 外交的保護条文第8条のいう難民ま

¹⁵³ 本件原告は、Shaker Aamer（長期居住者、サウジアラビア国民）、Jamil El Banna（英国永住権をもつヨルダン国民）、Omar Deghayes（英国で難民認定され永住権をもつリビア国民）、Binyam Mohamed（英国で政治難民申請中の滞在許可を持つエチオピア国民）、Bisher Al-Rawi（イラク国内の財産を回復するためにイラク国籍を保持するが家族は英国市民権をもつ）、Abdenour Sameur（英国で難民認定され永住権を持つアルジェリア国民である。彼らを取り巻く境遇の詳細については、本件の司法審査適合性を判断した高等法院女王座部の一部門である行政裁判所判決を参照。R (*Al Rawi & Others*) v *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2006] EWHC 972 (Admin), Judgment of 4 May 2006.

¹⁵⁴ 経緯と UNHCR による提出書面については以下を参照。Guy S. Goodwin-Gill, “The Queen (*Al-Rawi and others*) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and another (United Nations High Commissioner for Refugees intervening),” *Int'l J. of Refugee L.*, vol. 20, No. 4 (2008), pp. 675-709.

¹⁵⁵ Article III, Agreement between the United States and Cuba For the Lease of Lands for Coaling and Naval stations, Signed by the President of Cuba, February 16, 1903; Signed by the President of the United States, February 23, 1903.

¹⁵⁶ U.S. Additional Response to the Request for Precautionary Measures, Definition of Enemy Combatants at Guantanamo Bay, Cuba, Inter-American Commission on Human Rights, 15 Jul. 2012.

¹⁵⁷ *Boumediene et al. v. Bush*, 553 US (12 Jun. 2008), 37-8; 54-64.

¹⁵⁸ *R (Abbasi) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State For the Home Department* [2002] EWCA Civ 1598, Judgment of 6 Nov. 2002.

¹⁵⁹ Lorna McGregor, “Legal routes to restoring individual rights at Guantanamo Bay: the effectiveness of habeas corpus application and efforts to obtain diplomatic protection,” in Alice Edwards & Carla Ferstman (eds.), *Human Security and Non-Citizens: Law, Policy and International Affairs* (CUP, 2010), p. 576.

たは無国籍者に対する外交的保護はあるべき法 (*lex ferenda*) にすぎず¹⁶⁰、外国人について英国が外交的保護を行う権利を有しないという原則論を述べて、原告の請求を棄却している¹⁶¹。

ただし本判決を契機として、英国政府は問題となった難民らについても釈放と英国への帰還を求めて米国政府と交渉を開始し、現在までに数名が釈放されている¹⁶²。このような国家実行を重視するのであれば、長期居住者についての外交的保護は現在、制度としては形成期にあると評価できるだろう。

2.1.3 難民

アル・ラウィ事件でも引用された 2006 年の外交的保護条文第 8 条は「国は、損害の日および請求の公式提出の日のいずれにおいても、自国に合法的に居住しかつ常居所を有する無国籍者あるいは難民認定者に対しても、外交的保護を行使することができる」と定める¹⁶³。同条のコメンタリーでも言及されているように、同条は外交的保護実行そのものを反映するものではなく、人道的配慮から提案された伝統的規則への修正としての「あるべき法 (*lex ferenda*)」の観点から提案されたものである¹⁶⁴。

この論点は、現代国際法との適合性の観点から「法の漸進的発展」として伝統的規則に修正を迫るものとして特別報告者デュガードが提起したものである¹⁶⁵。難民は「国籍国の保護を受けることが出来ないもの又は保護を受けることを望まない者」であるため¹⁶⁶、国籍国が彼らに対して外交的保護を与えることはない¹⁶⁷。また国家は「国籍を欠く個人に対して損害を与える国際的過失を犯しえない。ゆえに、いかなる国家も当該損害の前または後で彼のために介入しまたは訴える権限を与えられていない」¹⁶⁸。他方で、1954 年の「無国籍者の地位に関する条約」は、第 1 条 2 項 (2) 号で無国籍者は居住国により「その国の国籍を保持することに伴う権利及び義務と同等の権利を有する」と定め、さらに第 25 条 1

¹⁶⁰ *R (on the application of Al Rawi & Others) v. The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs & Another*, [2006] EWCA Civ 1279, United Kingdom: Court of Appeal (England and Wales), 12 Oct. 2006, paras. 118-9.

¹⁶¹ *ibid.*, para. 78.

¹⁶² *ibid.*, p. 585.

¹⁶³ Art. 8 of Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra* note 16.

¹⁶⁴ Commentary to Art. 8, *ibid.*, paras. (1)-(2), (4), (11)-(12).

¹⁶⁵ Dugard, “First Report on Diplomatic Protection”, *supra* note 117, paras. 175-184.

¹⁶⁶ 難民条約第 1 条 A 項(2)号。

¹⁶⁷ Grahl-Madsen, A., “Protection of Refugees by Their Country of Origin,” *Yale J.I.L.*, vol. 11 (1986), pp. 389-391, 394.

¹⁶⁸ *Dickson Car Wheel Company v. United Mexican States*, Jul. 1931, *UNRIAA*, vol. 4, p. 678.

項では「無国籍者がその権利の行使につき通常外国の援助を必要と知る場合において当該外国の期間の援助を求めることができないときは、当該無国籍者が居住している締約国は、自国の機関により同様の援助が当該無国籍者に与えられるよう取り計らう」こととしている¹⁶⁹。このような法の発展を踏まえた条文案は、デュガード案以前であれば1961年ハーヴァード草案があるのみであり、同草案第21条3項(c)号では条文の適用上、「国民」には「当該国に常居する無国籍者」も含むと規定している¹⁷⁰。

デュガードの当初の提案は「国は、無国籍かつ／または難民である者が通常の合法的住民であり、合法的住民になったあとに侵害発生侵害を受けた場合に限り、侵害を受けた者について外交的保護を行使することができる」というものであった。これについてILCは、国籍に代位するものとしての「状況(circumstances)」の位置づけや難民の出身国への対抗可能性への慎重な考慮を促しつつも、外交的保護権として居住国に発動の裁量が留保されていること、無国籍者や難民がさらに第三国へ移動する状況は考えにくく規定が濫用される可能性が極めて低いことを理由として、大多数の委員が賛意を表明した¹⁷¹。しかし第六委員会では多くの委員がこの提案に難色を示し、無国籍や難民については国連難民高等弁務官事務所による機能的保護の制度の充実で対応すべきとの批判が相次いだ¹⁷²。そこで、2002年ILC暫定条文案ではこの規定について、国籍継続の原則を準用して、外交的保護を行おうとする無国籍及び難民が「侵害発生の日から請求の公式提出の日まで合法的かつ恒常的に(habitually)当該国に居住している」ことを要件とし、さらに難民については国籍国に対抗できないとする要件が追加された¹⁷³。また同条のコメンタリーでは、難民に対する旅行証明書の発給は、パスポートとは異なり外交的保護を担保するものではないことが付記されている¹⁷⁴。この提案は、第六委員会でも受け入れられ¹⁷⁵、2004年の第一読草案にもそのまま反映された¹⁷⁶。第一読草案に対する政府意見では、オーストリア、オランダ、ノルウェー(北欧諸国)、パナマが同規定に賛意を表明する一方、エルサルバドル、ウズベキスタン及び英国は否定的な姿勢を示した¹⁷⁷。特に、上述のアル・ラウイ事件が係争中

¹⁶⁹ Convention relating to the Status of Stateless Persons, *UNTS*, vol. 360 (1954), adopted at New York, on 28 Sep. 1954 and entered into force on 6 June 1960, p. 117.

¹⁷⁰ Art. 21(3)(c) of 1961 Harvard Draft, *supra* note 60.

¹⁷¹ ILC Report 2000, *supra* note 129, paras. 487-494.

¹⁷² Sixth Committee 2000, *supra* note 129, paras. 228-231.

¹⁷³ Article 7 [8] Stateless persons and refugees of 2002 Provisional Draft on Diplomatic Protection, *supra* note 130, pp. 74-76.

¹⁷⁴ Commentary to Article 7 [8], *ibid.*, para. (7).

¹⁷⁵ Sixth Committee 57th session, *supra* note 86, paras. 29-30.

¹⁷⁶ Art. 8 of First Draft on Diplomatic Protection 2004, *supra* note 87, pp. 28-29.

¹⁷⁷ Comments from Governments, *supra* note 47, pp. 24-26 and UN Doc. A/CN.4/561.Add1, p. 8.

であった英国は、無国籍者及び難民の問題は外交的保護の枠組みで扱われるべきではないと強く主張している¹⁷⁸。

この条文案に関する主たる論点は、ILC 条文が 1951 年の難民条約による難民の定義よりも広い難民の概念を導入しようとしたことについての是非であり、2006 年の最終条文では「国際的に受け入れられた基準」によって難民認定されたという要件が追加されたことで解決が図られている。第 8 条が明白に「あるべき法 (*lex ferenda*)」であるにも拘わらず、英国政府を除いては表立った批判もなく採択された背景には、自国から逃れてきた難民が、常居国さらに第三国へ赴き、そこでまた外交的保護の訴因となるような侵害を受けるという状況が想定されにくいという、消極的事情がある。第 8 条 3 項で「難民の国籍国の国際違法行為により生じた損害に関しては適用しない」と明示されているとおり、難民を最も侵害した国籍国に対して行使できないのであれば、常居国が第三国に対して外交的保護を行使したところで、国籍を根幹に据える外交的保護制度の法的安定性には何ら影響を与えないといえる。現にグアンタナモ収容所のような「法のブラックホール」は¹⁷⁹、それを設置した米国の最高裁もその違憲性を認めるところであり¹⁸⁰、アル・ラウイ事件で問題となったような状況はほとんど発生しえないか、あるいは国際世論が許容しないものであることが明白であり、実際に英国も同事件の原告について外交交渉を行っていることから、無国籍者及び難民に対する外交的保護を否定するような実行は、今後は想定し難いに違いない。

2.2 法人

国境を越えた資本の移動が活発になされる近現代においては、法人の中でも特に「資本が一般的に株式によって表される有限責任の営利企業（以下、会社又は企業）」について外交的保護の実行が積み重ねられてきた¹⁸¹。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

¹⁷⁸ *ibid.*, Un Doc. A/CN.4/561.Add1, p. 8.

¹⁷⁹ *R (Abbasi) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for the Home Department*, *supra* note 158, paras. 65-66.

¹⁸⁰ 軍事委員会法 (Military Commissions Act) に基づき設立された戦闘員地位再審裁判所 (Combatant Status Review Tribunal) が、グアンタナモ基地被拘禁者に対して、人身保護令状 (*habeas corpus*) 請求を適切かつ実効的に提出する手順を用意していないことが、憲法違反であるという。 *Boumediene et al. v. Bush*, 553 US (12 Jun. 2008), 37-8; 54-64.

¹⁸¹ Commentary to Art. 9 of First Draft on Diplomatic Protection 2004, *supra* note 87, para. (1) and Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra* note 16, para. (2). ILC 外交的保護条文 (2004 年第一読草案、2006 年最終条文) では、第 13 条会社以外の法人についても会社に関する規則が準用されるとしている。

め、20世紀に入ってから国家の関心事項となったとされ¹⁸²、その意味で自然人に対する外交的保護よりは歴史が浅いと言える。

物理的・空間的に一か所にしか存在しえない自然人とは異なり、複数の利害関係者が様々な立場で関与する法人の国籍の決定には複雑な考慮を要する。特に、ある多国籍企業の現地法人が、現地政府の何らかの措置により損害を受けた場合に、現地法人を実質的に支配している外国企業の本社やその株主の国籍国が外交的保護を行うことができるのかについては長きに渡り論争が繰り広げられ、現在もなお決着はついていない。株主の外交的保護は、米国政府が自国民株主保護のために正式介入した1906年のデラゴア湾鉄道事件を皮切りに、一定の国家実行が積み重ねられてきている¹⁸³。外国人株主の本国による外交的保護の正当化根拠となってきたのは、実効的国籍の法理である。ド・ヴィシエール (de Visshcer, C.) によれば、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与えてこなかったのであり、それが慣習法として法的確信を伴うまでになっているという¹⁸⁴。ただし株主本国による外交的保護を認めると、強国による弱国への政治介入や濫訴への恐れが色濃くなり、更にいわゆる多国籍企業は、租税回避 (tax heaven) などを目的して実質的には関係の薄い国を本社所在地として登記する場合もあることから¹⁸⁵、会社に対する外交的保護権を有する「国籍国」の決定においては、納税状況や営業実績などの実質的要素を考慮し、バランスの取れた観点から会社の国籍の決定を行おうとすることには合理的理由があるといえる。

ILCにおける法典化作業では、後に詳しく見る1970年のバルセロナ・トラクション事件第二段階判決で採用された「設置 (incorporation)」と「登記された事務所の存在」という二つの基準に従って、「会社が設立された [そしてその領域内において登記された事務所をもつ] 国」が「当該国家の国籍をもつ会社への損害について外交的保護を行使する権利を有する」とする第17条を特別報告者のデュガードが提案した¹⁸⁶。この提案はILCで概して支持を集めたが、会社法に関するシビル・ローとコモン・ロー間での対立、本拠所在地を基準にする国際私法の観点、さらに租税回避の抑止から真正連関 (genuine link) の要件を追加する必要性が指摘されたため¹⁸⁷、特別報告者を議長とする暫定作業部会が設置され諸

¹⁸² 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。

¹⁸³ *Delagoa Bay Railway (Great Britain and United States v. Portugal)*, in Moore 1898, *supra* note 24, pp. 1865-1899; Mann, F.A., "The Protection of Shareholder's Interests in Light of the Barcelona Traction Case," *AJIL*, vol. 67 no.1 (1973), pp. 267-268.

¹⁸⁴ de Visshcer, C., *Les effectivités du droit international public* (A.Pedone, 1967), p.134.

¹⁸⁵ ILC Report 2003, *supra* note 97, para. 84.

¹⁸⁶ Dugard, Fourth Report, *supra* note 20, Art. 17(1)(2), para. 53.

¹⁸⁷ ILC Report 2003 *supra* note 97, paras. 78-84.

要素を包括的に条文に盛り込むための検討が行われた¹⁸⁸。その後の第六委員会でも基本的に ILC と同じ論点が繰り返し議論され¹⁸⁹、2004 年の第一読草案では第 9 条として「会社の外交的保護の適用上、国籍国とは、当該会社はその国の法によって形成され、その領域内において登記された事務所または経営の中枢またはそれらと同様の連関を持つ国を意味する」とする妥協案が採用された。同条に付されたコメントリーによれば、自然人に対する外交的保護実行で発展した国籍規則が基本的には準用されるが、会社に関してはいかなる場合も重国籍が認められてはならない、すなわち会社について外交的保護を行使できる国は常に「緊密で永続的な連関」のある一つの国に絞られるべきというのであるという¹⁹⁰。

第一読草案について、オランダ及びカタール政府が「同様の連関」という表現が曖昧に過ぎると指摘し¹⁹¹、さらにグアテマラ政府が会社の国籍の決定については支配的・実効的国籍の要素をより色濃く反映させる形での条文化を提案したことをうけて¹⁹²、2006 年の最終条文では「会社の外交的保護の適用上、国籍国とは、その国の法に基づき会社が設立された国をいう。しかしながら、当該会社が他国民または他国により支配されており、かつ設立国においていかなる実質的な営業活動を行なっておらず、その会社の経営の中枢および財務的支配がいずれも当該他国におかれている場合、当該他国を国籍国とみなす」とする条文が採択され、そのコメントリーでも改めて外交的保護の文脈における会社の国籍の決定に関しては実効的国籍の法理が重視されることが強調されている¹⁹³。

2.2.1 会社の法的な消滅と株主保護

このような ILC における議論の基礎ともなった、会社の国籍の決定と株主本国の外交的保護に関する詳細な検討が行われた唯一の事例ともいべき判例は、ICJ のバルセロナ・トラクション事件である。同事件は、スペインに複数の子会社を有する持株会社のカナダ法人（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 社の株式のうち 88% を保有するベルギー人株主の保護をベルギーがスペインに対して申し立てた事例である。BT 社の国籍国であるカナダは、1952 年まではスペインに対し外交的抗議を行っ

¹⁸⁸ *ibid.*, paras. 90-92. この時点での条文案は次の通りブラケットの多く含まれる提案的なものである。[会社に対する損害に関する]外交的保護の適用上、国籍国は[当該会社が形成された国の法に従い]/[それぞれの特定の事例に沿って決定される]、そして[十分に]/[密接かつ恒久的に]/[行政的な]/[正式な]連関をもつ。

¹⁸⁹ Sixth Committee 2003, *supra* note 50, paras. 86-88.

¹⁹⁰ Commentary to Art. 9 of First Draft on Diplomatic Protection 2004, *supra* note 87, paras. 4-7.

¹⁹¹ A/CN.4/561, A/CN.4/561, p.29.

¹⁹² *ibid.*, pp. 27-28; Dugard, “Seventh Report on Diplomatic Protection,” *supra* note 101, paras. 52, 54-55.

¹⁹³ Commentary to Art.9, Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra* note 16, paras. (5)-(6).

ていたが¹⁹⁴、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おり、またベルギーとスペイン間でも、ベルギー人が株主として被った株主固有の権利に対する損害についてのスペインの賠償責任について争いはない。すなわち本件で争点となったのは、原告ベルギーがベルギー人株主の株主としての固有の権利に対する損失ではなく、BT社という会社の権利に対する違法行為責任を会社本国のカナダに代位して主張することが可能か否かという問題である¹⁹⁵。換言すれば、「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」が争われた¹⁹⁶。

1964年の先決的抗弁判決では、本件の原告適格性については法及び事実に関する複雑な考察が必要であり本案で判断されるべきとして管轄権に関する抗弁が退けられたが¹⁹⁷、1970年の第二段階判決では次のような理由で株主本国である原告ベルギーの請求が却下された。まず、ベルギーが主張するように会社に対する他国の違法行為に関連して株主本国の外交的保護権を否定する国際法規則は存在しないが、同時に株主本国の外交的保護権を明示的に認めた国際法規則も存在せず、このような国際法の沈黙を株主に有利なように解釈することはできないという¹⁹⁸。また法人に関する外交的保護の分野に限定すれば、法人の国籍国を決定するのはあくまで設立準拠法と本部登記地であって、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」と指摘する¹⁹⁹。そして、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²⁰⁰。要するに、法的に消滅したスペイン子会社の持株会社としてBT社の受けた損害について外交的保護をなすのは、カナダ法人であるBT社が法的に存続し続ける限り「緊密で永続的な連関」を有するカナダ

¹⁹⁴ *ibid.*, paras.21-22, pp.11-12.

¹⁹⁵ *Barcelona Traction, 1970, supra note 79, para. 49.*

¹⁹⁶ *ibid.*, p. 33-34, para. 35.

¹⁹⁷ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962), Preliminary Objections, Judgment of 24 Jul. 1964, ICJ Reports 1964, pp.45-46.*

¹⁹⁸ *Barcelona Traction, 1970, supra note 79, paras. 51-52.*

¹⁹⁹ *ibid.*, para.70.

²⁰⁰ *ibid.*, para. 66.

であり²⁰¹、ベルギーの主張するような BT 社とそのベルギー人株主を救済する唯一の手段としての訴訟提起は認められないという²⁰²。

本件判決の示した「法的に消滅」という基準の厳格性は、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²⁰³、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²⁰⁴、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。理論的な観点からは、リップハーゲン判事が反対意見の中で主張したように、会社倒産時の株主本国による外交的保護を従来の国家責任法と整合的に理解することは困難である。すなわち、株主による会社と株主との関係を規律する国内法私法と、国家責任を規律する国際公法上の慣習法とは根本的なアプローチが異なるのであり²⁰⁵、「国内私法のレベルでは、会社が倒産したからと言って会社の財産に対する株主の権利が生じる訳ではない。余剰資金が株主に分配されることがあるとしても、それは倒産による結果にすぎない。そもそも倒産は常に、国際法のレベルで責任があるとされる国家による措置の後に起こるため、国内私法上は当該措置によって株主の権利が侵害されることはない」²⁰⁶。ただし同時に、「会社と株主のそれぞれについて二種類の外交的保護を認める国際法規則は存在しないにせよ、二重の保護を禁ずる国際法規則も存在しない」という田中裁判官の判決も妥当であると考えられる²⁰⁷。いずれにせよ、ネルヴォ裁判官が個別意見で述べているように、株主本国の外交的保護権は、会社の法的な消滅によって生じた、会社の財産の相続人としての株主の新たな権利と評価することもでき²⁰⁸、「法的に消滅」という基準は理論と現実との間での無難な着地点のように思われる。

この「法的に消滅」という基準は、ILC 外交的保護条文の特別報告者デュガードによる最初の草案では事実上の消滅も含む「設立地での消滅」という非常に緩やかな基準が提案されていたが²⁰⁹、合理的な制約が課されるべきとの懸念が示された ILC や第六委員会での議

²⁰¹ *ibid.*, para. 71.

²⁰² paras. 71-84.

²⁰³ Separate Opinion of Judge Jessup, *Barcelona Traction*, *supra* note 79, p. 168, para.14.

²⁰⁴ 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.

²⁰⁵ Opinion dissidente de M. Riphargen, *supra* note 79, para. 5, p. 338.

²⁰⁶ *ibid.*, para. 14, p. 345.

²⁰⁷ Separate Opinion of Judge Tanaka, *supra* note 79, p. 131.

²⁰⁸ Separate Opinion of Judge Padilla Nervo, *Barcelona Traction*, *supra* note 79, p. 257.

²⁰⁹ Dugard, “Fourth Report”, *supra* note 20, Art. 18 (a).

論を経て²¹⁰、その後に ILC の起草委員会が示した第一次草案では「法的」という要素が条文上明示的に追加された²¹¹。この点、米国政府は、少なくとも同国国内法上、倒産した企業について株主が権利主張を行うことはあり得ないとして削除すべきと強く主張したが²¹²、特別報告者はこれに国家実行による支持と法政策的配慮から反論をしている²¹³。「法的」という要素はその後、2006 年の最終条文でも維持されており²¹⁴、1970 年のバルセロナ・トラクション判決から 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。

その後の ICJ の実行においても、この基準は 2007 年のディアロ事件先決的抗弁判決において、黙示的にはあるが、受容されているように見受けられる。同事件は、ギニア国民のディアロ (Diallo) 氏が 1964 年から居住するコンゴ民主共和国 (DRC) で設立した Africom-Zaire 社及び Africontainers-Zaire 社 (ともに有限会社かつ一人会社) に対する DRC 政府の売掛金踏み倒しから始まり、裁判拒否、ディアロ氏を内乱罪で逮捕拷問し、最終的に国外追放令を発令して 1996 年 1 月 31 日に同氏が本国送還されるまでの DRC 政府のエスカレートした違法行為について、ギニアが外交的保護による損害賠償請求を行ったという事例である。本件でギニアは、第一にディアロ氏個人の権利の侵害、第二にディアロ氏の社員 (associé) あるいは株主としての固有の権利への侵害、そして第三に Africom-Zaire 社及び Africontainers-Zaire 社に対する損害について代理人 (substitution) としてディアロ氏の権利への侵害について外交的保護を主張した。2007 年の先決的抗弁判決で ICJ は、第一・第二の主張の受理可能性を認めたもの²¹⁵、第三の主張は株主本国による会社への法人格否認法理の適用を求める外交的保護として捉え、現行の慣習国際法では認められないという²¹⁶。判決には訴訟時点で Africom-Zaire 社及び Africontainers-Zaire 社が別件紛争に巻き込まれていることへの言及があり²¹⁷、両社が「法的に消滅」していないことが推察されることから、本件判断の背景にはバルセロナ・トラクションで示された「法的に消滅」という基準が生きていると評することができる²¹⁸。

²¹⁰ ILC Report 2003, *supra* note 97, paras. 96-97, 102; Sixth Committee 2003, *supra* note 50, paras. 89-90.

²¹¹ Commentary to Art. 11(a), First Draft on Diplomatic Protection 2004, *supra* note 87, paras.4-5.

²¹² Diplomatic Protection: Comments and Observations received from Governments, UN Doc. A/CN.4/561, A/CN.4/561, p. 33.

²¹³ Dugard, "Seventh Report on Diplomatic Protection," *supra* note 101, para. 64.

²¹⁴ Commentary to Art. 11(a), Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra* note 16, paras 5-6.

²¹⁵ *Ahmadou Sadio Diallo (Guinée c. République démocratique du Congo)*, Exceptions préliminaires, Arrêt du 24 mai 2007, paras. 34-75.

²¹⁶ *ibid.*, paras. 89-90.

²¹⁷ *ibid.*, para. 14.

²¹⁸ ちなみに 1989 年のシシリー電子工業会社事件は、米国の持株会社が 100%の株式を所有するイタリアのシシリー電子工業会社 (以下、ELSI 社) に対して、バレルモ市長が発した徴用命令を契機とする債務不履行によって ELSI 社が倒

2.2.2 会社が法的に存続する場合における法人格否認法理の適用

ところで1970年のバルセロナ・トラクション判決は、「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」であることも認めている²¹⁹。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、元来米国会社法にて発展した法理である²²⁰。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形」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。本件で原告ベルギーが主張したように、外交的保護の文脈では法人に対する実効的国籍ないし真正結合の原則の適用が「法人格否認の法理」との関係で論じられることが多い²²¹。要するに、会社が法的に消滅していない場合でも、一定の条件下では株主本国が外交的保護権を「獲得」し会社の国籍国と看做されうる余地があるという法理である。

法人格否認法理が適用される例外的事例として判決が指摘するのは、平和条約における財産の処遇と外国人財産国有化に対する補償の二例のみである²²²。後者についてジェサップ判事は個別意見で、適正な補償の行われぬ外国資本企業の国有化ないし違法収用の場合であると説明している²²³。このように1970年判決は法人に関する実効的国籍原則を「一般には受け入れられていない」と評価すると同時に、その適用を完全に排除する趣旨でなく、個別具体的な事情に応じて国籍の実効性が相対的に判断されるべきであるとする判断基準を示したものとして理解される²²⁴。

産し、競売で廉価にて工場が他社へ払い下げられるなどして株主たる米国社に対する支払いのないままに破産手続きが完了した後に、パレルモ市長の徴用命令が無効とされ、破産管財人が申し立てた損害賠償請求が一部認められたことをうけて、米国がイタリアに対し損害賠償請求を行った事例であるが、米国の訴訟動機が外交的保護に基づくものであるにせよ（Separate Opinion of Judge Oda, *Electronica Sicula S.p.A. (ELSI) (USA v. Italy)*, Judgment of 20 Jul. 1989, pp. 87-88）、同事件はあくまで裁判条項が援用された米伊友好通商航海条約の解釈に終始し、この点に関する判断を回避しているため、先例としては参考にならない。Dugard, Fourth Report, *supra* note 20, paras. 23-26.

²¹⁹ *ibid.*, p. 39, para.56.

²²⁰ 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。

²²¹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, *supra* note 79, ICJ Pleadings, vol. 1, Observations et conclusions, p.178.

²²² *Barcelona Traction*, *supra* note 79, paras. 59-61, pp. 39-40.

²²³ Separate Opinion of Judge Jessup, *supra* note 79, paras. 10&14, pp. 165, 167.

²²⁴ Dugard, “Fourth Report”, *supra* note 20, p. 4, para.9.

この論点については、バルセロナ・トラクション以前の仲裁判断においては一致した実行は全く見られず、学説も、法人格否認法理の適用を支持する論者²²⁵、反対する論者に分かれていた²²⁶。このような論争を踏まえたうえで、ILCの法典化作業でデュガードは、「公平性、理性および正義」への考慮から「会社に生じた損害に責任を有すると主張される国の国籍を、会社が有している場合」が法人格否認法理の適用事例として妥当であるとする提案を行った²²⁷。案の定、ILCではこの提案をめぐって賛否両論に分かれ議論が分断されたが²²⁸、報告者はそれでもなお委員会の大多数はこの提案を受け入れたものとして判断し²²⁹、さらに第六委員会でも国際法の漸進的發展として支持が表明された²³⁰。そのため2004年の第一読草案でもこの要素は残しつつ、やや制限的な内容にすべく、第11条(b)項として「当該損害の時に、生じた損害に責任を有すると主張される国の国籍を会社が有しており、かつ当該国の法に基づいた設立がそこで営業するための前提条件として当該国により要求されていた場合」には法人格否認法理が適用されるとする定式化が行われ、当該国で営業するためには当該国の法に基づく会社の設立が強制であったことの証明が必要であるとする要素が付加された²³¹。この第一読草案に対する政府見解でも、特に米国政府は慣習国際法による支持が全く見られない提案であるとして深い懸念を表明したが²³²、特別報告者はやはり法政策配慮の観点から反論を行い²³³、2006年の最終条文でも第11条(b)項はそのまゝの形で維持された。ただし、コメンタリーにて、同項は株主利益の問題についての法的決定に限定され、株主以外の投資家、すなわち債務証券の保持者、名義人、受託者などの保護に関する規則ではないとする説明を追加している²³⁴。

²²⁵ de Visscher, C., « De la protection diplomatique des actionnaires d'une société contre l'Etat sous la législation duquel la société s'est constituée », *RDILC*, vol. 15 (1934), p. 624; Jones, *supra note 19*, p. 236; de Vissher, P., « La protection diplomatique des personnes morales », *RCADI*, vol. 102 (1960-I), pp. 478-479; Petren, S., « La confiscation des biens étrangers et les réclamations internationales auxquelles elle peut donner lieu », *RCADI*, vol. vol.109 (1963-II), pp. 506-510; Kiss, « La protection diplomatique des actionnaires dans la jurisprudence et la pratique internationale », in *La personnalité morale et ses limites* (Université de Paris, Institut de droit comparé, 1960), pp. 176-210.

²²⁶ de Aréchaga, "International Responsibility," in Sørensen, M., *Manual of Public International Law* (McMillan., 1968), pp. 580-581; O'Connell, D.P., *International Law*, 2nd ed. (Stevens, 1970), pp. 1043-1047; Brownlie, I., *Principles of Public International Law* 5th ed. (OUP, 1998), p. 495; Separate Opinion of Judge Morelli, *supra note 79*, pp. 240-241.

²²⁷ Dugard, "Fourth Report", *supra note 20*, Art. 18 (b), paras. 65-87.

²²⁸ ILC Report 2003, *supra note 97*, paras. 98-100, 104.

²²⁹ *ibid.*, para. 103.

²³⁰ Sixth Committee 2003, *supra note 50*, para. 90.

²³¹ Commentary to Art. 11(b), First Draft on Diplomatic Protection 2004, *supra note 87*, para. (11).

²³² Diplomatic Protection: Comments and Observations received from Governments, UN Doc. A/CN.4/561, A/CN.4/561, pp. 34-35.

²³³ Dugard, "Seventh Report on Diplomatic Protection," *supra note 101*, para. 64.

²³⁴ Commentary to Art. 11(b), Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra note 16*, para. 4.

2.2.3 国内法との齟齬

以上のように、株主が株主として被った損害についての外交的保護とは別に、株主本国が会社の損害を代位請求する可能性は制限的に解釈するのが一般的であるが、株主本国がその国内法で自国民に対する外交的保護を義務付けている場合にも、このような理解が当てはまるのであろうか。

この点が議論されたのが、2008年の南アフリカ最高裁判所におけるファン・ジル(Van Zyl)事件判決である。本件の推移を時系列に沿って要約すると次のようになる²³⁵。まず1986年10月24日、レソト国内の水の供給状況改善のためのダム建設を主たる目的とする開発計画に関する条約が、南ア政府とレソト政府の間で締結された。他方で、1988年8月4日にレソト政府とレソトでの鉱山開発を目的として設立されたスイスポロー社との間で5つの鉱山リース契約が締結された。これらリース契約のうちランパイ地域の契約に基づき、スイスポロー社は同地域での政府によるダム建設工事差止を裁判所に要請し、1991年7月に工事差止命令が発出された。この事態に対抗すべく、レソト政府はダム建設に影響しないものを含めスイスポロー社との間で締結されたすべての鉱山リース契約を破棄し、さらに、1992年3月20日の「特定鉱山リース撤廃命令」によって契約破棄による損害について一切の補償を行わないことを決め、仲裁を含むいかなる法的手段の行使も禁止した。このような政府の事後措置の違法性をめぐりスイスポロー社はレソト国内裁判所に訴訟を提起し、1994年の第一審判決は政府の措置が憲法に反するとして厳しく非難し、さらに控訴審でも「特定鉱山リース撤廃命令」がレソト人権法に違反すると認定された。しかしレソト政府は、これらの判決に対抗する形で、問題の鉱山リース契約はレソト慣習法における契約の要件を満たしておらず無効であるとする訴えを国内裁判所に提起し、1999年4月28日の第一審判決はこの政府の訴えを認め、この結論は控訴院判決でも支持されている。

本件南ア国内裁判所での訴訟で原告となったのは、スイスポロー社および関連会社（いずれもレソト法に準拠してレソトにて設立）、さらにその株主である南ア国民であるファン・ジル氏と、彼とその妻が受託者となっている2つのトラスト（いずれも南ア法に準拠して南アにて設立）である。スイスポロー社の株式は、ファン・ジル氏が5%、2つのトラストがそれぞれ90%と5%を所有し、関連会社の株式はスイスポロー社が99%、スイスポロー社株を5%所有する方のトラストが5%所有している。原告の申立の内容は、レソト政府による鉱山リース契約の撤回による損害について、南ア政府に外交的保護、具体的には、南ア・レソト政府間での調停あるいは国際法廷又は国際仲裁廷への南ア政府によるレソト

²³⁵ *Van Zyl v. Government of the Republic of South Africa*, [2008] 3 SA 294, paras. 10-26.

政府の提訴による賠償金の獲得を要求した²³⁶。南ア憲法は外交的保護に関する明文規定を置いていないが、南ア憲法裁判所が2004年のカウンダ（Kaunda）事件判決で、憲法第3条2項(a)の「全ての市民は、市民から生じる権利、特権及び利益を平等に享受する」という一般的人権規定を根拠として、在外自国民が外交的保護を政府に請求する権利を有するとする解釈を示している²³⁷。そのため、ファン・ジル氏も同条の下での「外交的保護を受ける権利」を主張し、事態への介入を求める書簡を政府に送付するなどしている²³⁸。またスイスボロー社及び関連会社については、先述の ILC 外交的保護条文第11条(b)項を援用し、本件においては「当該損害の時に、生じた損害に責任を有すると主張される国の国籍を会社が有しており、かつ当該国の法に基づいた設立がそこで営業するための前提条件として当該国により要求されていた」ため、法人格否認法理が適用されると主張している²³⁹。

南ア最高裁は、まず、同国憲法第3条2項(a)は市民権の一側面として外交的保護を求める権利を認めていることを確認したうえで、ILC 外交的保護条文のいうように国際法においては本件のような事例で法人格否認法理が適用される余地があるにしても、南ア国内法に基づけばスイスボロー社および関連会社は南ア国民ではなく²⁴⁰、南ア憲法の下で市民権を享受する対象とは認められないという²⁴¹。また国際違法行為の前提として国際的権利が存在しなければならないが、レソト政府には外国からの投資を受け入れる義務はなく、リース契約の撤回は道義的に問題があるにせよ違法行為ではないのであり、また本件リース契約は南アが当事国ではない投資紛争解決条約にいうような「投資」とは認められない²⁴²。原告は実質的に、1999年のレソト国内裁判所による判決がレソト政府による補償なき収用にあたるという主張を行っているが、侵害された「国際的権利」や「正義の基本的欠落」をなんら立証できておらず、一切の国際違法行為が生じていないところに南ア政府が外交的保護を行うことはできない²⁴³。

この判決は、株主本国による外交的保護に関して、実際的な観点から次のようなことを示唆しているものと考えられる。第一に、ボーチャードがすでに1929年の著書で指摘して

²³⁶ *ibid.*, para. 34.

²³⁷ *Kaunda v President of the Republic of South Africa*, Decision of 4 Aug. 2004, *ILM* vol. 44 (2005). 本件詳細については第5章を参照のこと。

²³⁸ *Van Zyl v. Government of the Republic of South Africa*, *supra* note 235, paras. 27-33.

²³⁹ *ibid.*, para. 61.

²⁴⁰ *ibid.*, paras. 73-74.

²⁴¹ *ibid.*, paras. 61-62.

²⁴² *ibid.*, paras. 65-74.

²⁴³ *ibid.*, para. 76-77, 81.

いた通り、市民権こそが外交的保護を受ける権利の淵源となっているがゆえに²⁴⁴、法人あるいは法人格否認法理の適用によって法人を代位する者に対する外交的保護は、国内法によって明文的に規定されていない限り、それを法的義務であるとするのは難しい。第二に、国際法の文脈で株主本国による外交的保護が認められるような事例、すなわち会社が「法的に消滅」したかそれに類するような状況において、国内法が株主に株主としての分を越えて会社の損失補填のために行動する権利を与えることは一般的にはないということである。この点は、ILCの外交的保護条文法典化作業で米国政府が度々批判していた通りである。よって、たとえ国内法が自国民に「外交的保護を受ける権利」を保障し、政府に対して自国民に「外交的保護を与える義務」を課していたとしても、株主その他の利害関係者として外国企業へ投資した投資財産までをその保護の対象に含めることは、国内法の観点からは困難であると言わざるを得ない。従って、国内法との齟齬を懸念する国が、あえて自国民が外国企業へ株主として投資した財産の保護までを求めて外交的保護請求を提出するということは考えづらく、それ故にそのような国際実行が現在に至るまで僅少であるのではないだろうか。現に、投資家と国家の間で行われる国際投資仲裁の基礎となる投資紛争解決条約にほとんどの国が加盟している現状では、加盟国国民については自助努力が求められ、本国が紛争に介入するような事態までに発展しないことが多いと思われる。いずれにしても、田畑や松井が主張したような²⁴⁵、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社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。

おわりに

外交的保護の法的擬制そのものに含まれている国籍という概念について、本章で明らかになったことをまとめると以下のようなになる。

第一に、国籍継続の原則は、慣習法規則として確立した地位を有する一方で、継続期間の「最終日 (dies ad quem)」に関する論争は、実行上も学説上も決着をみていない。ただし、先述したようにボーチャードが指摘した外交的保護制度の成立期にあたる19世紀の実行を見る限りでは、ILCのいうように「請求の公式提出日」とするものが多く、この提案に対する米国の反論も専らローウェン事件のみに依拠していることから、最終日 (dies ad quem)

²⁴⁴ Borcard, *supra* note 27, p. 457.

²⁴⁵ 田畑「前掲論文」(注59)411頁。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)15-18頁。

は「請求の公式提出日」と考えるほうが妥当であるように思われる。また、国籍継続原則に対する例外規則については、十分な実行がないにせよ、特に国境線の変更の場合は適用例外が認められるべきことについて、現在では一致した法的信念が存在すると言ってよい。

第二に、国籍の実効性は、紛争解決の実際的観点から議論されてきたとはいえ、国籍の継続性と並ぶ外交的保護発動のための前提条件としての法的規範性を獲得したといえる。少なくとも重国籍者に関しては慣習法上の原則と認めてよい状況にあり、自然人の場合においては長期居住者や難民にも適用が拡大する傾向がみられる。ただし法人に関しては、国籍の実効性は非常に限定的に解釈されるべきであり、特に会社の株主本国による外交的保護は、ICJ バルセロナ・トラクション事件第二段階判決で認められた基準、すなわち会社が「法的に消滅」した場合に加えて、平和条約における財産の処遇と外国人財産国有化に対する補償の事例に限定されると考えられる。

上記の国籍に関する二つの原則は、いずれも外交的保護の発動要件として確立された国際法上の原則であるといえることができる。国籍継続の原則は、単なる手続要件ではないとも指摘されるが²⁴⁶、その必要性を理論的に説明することが困難であることからしても、純粹に濫訴防止を目的とした手続的要件であると理解するのが妥当であるように考えられる。他方で、国籍の実効性の原則は私人の権利を国家の権利へと国籍を通じて「変形」という擬制的操作の根幹をなす実体的要件であると捉えるべきである。特に自然人の場合に国籍の実効性が要求される根拠は、当該国家と自然人との事實的、經濟的、精神的な連関の強さ、中でも、集団心理たる「国家としての連帯の感情」という²⁴⁷、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—そこでは集団とその構成員は完全に同一視されていた²⁴⁸—に見出される。すなわち、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、実定法の俎上にのせるため、国籍を通じた「変形」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。

²⁴⁶ Wyler, *supra* note 23, p. 25.

²⁴⁷ van Panhuys, *supra* note 109, pp. 183-185.

²⁴⁸ 寺沢一「血讐論」『法と力—国際平和の模索』（東信堂、2005年）22-25頁。

第3章 国内的救済の完了

はじめに

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¹、確立した「慣習国際法の重要な規則」であると理解されている²。換言すれば「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」と理解されている³。外交的保護研究の泰斗ボーチャード（Borchard）が国内的救済完了原則の根拠として指摘するのは、海外へ行く者は現地法による救済手段を考慮に入れていると推定されること、主権下での裁判所の自由、不法行為国に自国での裁判で被害者に救済を与える機会があたえられるべきこと、個人や政府の下級職員による不法行為の場合は責任の所在の明確にするための熟慮期間が必要であること、さらに国内的救済を与えないことで国として不法行為を是認するという意思が明確化されるといった⁴、法政策的観点からの必要性である。ヒメネ・デ・アレチャガ（Jiménez de Aréchaga, E.）は、「その司法機関を通じて問題を扱う管轄権をもつ国家の主権と司法権の尊重」という⁵、主権平等の観点からこの原則を説明する。

第1章でみたように外交的保護の淵源をたどれば中世の復讐制度に行き着くが、その復讐の前提条件として要求されてきたものは、わが国では「裁判拒否」が定訳となっている「正義の拒否（denegatio justitiae）」である⁶。フリーマン（Freeman, A.V.）によれば、復讐

¹ Art. 14 (1) of Draft Articles on Diplomatic Protection (Second reading 2006) with commentaries [hereinafter, “Second Draft on Diplomatic Protection 2006”], in *YBILC 2006*, vol. II (Part Two); Commentary to Article 44(b) of Draft Articles on Responsibility for Internationally Wrongful Acts (Second reading 2001), *YBILC 2001*, Supp. No.10, UN Doc. A/56/10, para. 4.

² *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (USA v. Italy), Judgment of 20 July 1989, *ICJ Reports 1989*, p.42, para.50.

³ *Interhandel* (Suisse c. États-Unis), Exceptions préliminaires, Arrêt du 21 mars 1959, *CIJ Recueil 1959*, p.27..

⁴ Borchard, E. M., *Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (Banks Law, N.Y., 1915), pp. 817-818; Doehring, K., “Local Remedies, Exhaustion of,” *MPEPIL* (1997), vol. 3, p. 238; Sepúlveda Amor, B., “International Law and National Sovereignty: NAFTA and the Claims of Mexican Jurisdiction,” *Houston J. of Int’l L.*, vol. 19 (1996), p.586; de Vissher, C., «Le déni de justice en droit international» *RCADI*, vol. 52 (1935-II), p. 371.

⁵ Jiménez de Aréchaga, E., “International Responsibility,” in Sørensen, M. (ed.), *Manual of Public International Law* (MacMilan, 1968), p. 584.

⁶ Spiegel, H.W., “Origin and Development of denial of Justice,” *AJIL*, vol. 32 (1938), pp. 63-64; Paulsson, J., *Denial of Justice in International Law* (CUP, 2005), p. 13; Amerasinghe, C.F., *Local Remedies in International Law*, 2nd ed. (CUP, 2004), p. 23.

の正当化根拠としての領域国による裁判拒否は 14 世紀から 18 世紀までの実行では一貫して支持されており⁷、例えば 1648 年のミュンスター講和条約第 60 条の規定にも概念として表出しているとフリーマンは指摘する⁸。ただしポールソン (Paulsson, J.) が言うように、この時代には外国人に対するすべての「不正義」が「裁判拒否」として表現されていたため、ここで言及される「裁判拒否」に国際法上の概念としての普遍性はなかった⁹。その後、平和運動の活発化に伴って数多く締結された調停及び仲裁裁判のための紛争処理条約に基づく国際裁判実行が積み重ねられ、外交的保護の理論と実行が形成されるなかで、19 世紀初頭ごろからのイギリスを中心とした在外自国民保護のための外交的介入の前提要件として国内的救済完了が要求されるようになった¹⁰。それ以降、国内的救済完了原則と裁判拒否とは「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として、現代でも同義語的に用いられ続けている¹¹。

両者の区別については、ド・ヴィシエール (de Visser, C.) が明快な解説をしているので、本稿でも彼の分類に従おうと思う¹²。すなわち、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のである。フィッツモーリス (Fitzmaurice, G.G.) の指摘に従えば、裁判拒否はさらに、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という二通りの意味で用いられる¹³。

⁷ Crawford, J.R. & Grant, T.D., "Local Remedies, Exhaustion of", *MPEPIL* (online ed., OUP, www.mpepil.com; last updated on Jan. 2007), paras. 1-2.

⁸ Freeman, A.V., *The International Responsibility of States for Denial of Justice* (Longmans, 1938; Kraus reprint, 1970), p. 56. 1968 年ミュンスター条約 (instrumentum pacis monasteriense) は、所謂ウェストファリア条約のうち神聖ローマ皇帝とフランス国王を主たる当事者とするものである。原文はラテン語であるが、本稿では米国イェール大学アヴァロン計画サイトに掲載されている英訳文を参照した。Treaty of Westphalia Peace Treaty between the Holy Roman Emperor and the King of France and their respective, done, pass'd and concluded at Munster in Westphalia, the 24th Day of October, 1648, available at <http://avalon.law.yale.edu/17th_century/westphal.asp> (last access on 27 Dec. 2014).

⁹ Paulsson, *supra* note 6, pp. 10-11.

¹⁰ Amerasinghe, *supra* note 6, p. 29.

¹¹ 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.

¹² de Visser, C., *supra* note 4, p. 421.

¹³ Fitzmaurice, G.G., "The Meaning of the Term 'Denial of Justice,'" *BYBIL*, vol. 13 (1932), pp. 102-103.

国内的救済の完了は、19世紀前半までの外交的保護制度の成立期における西欧諸国の実行においても内外人平等待遇原則に基づく原則として西欧諸国間で広く受け入れられていた。1850年にギリシャに対して介入的主義的な復讐を行った英国外相パーマストン

(Palmerston, 3rd Viscount) に対して、貴族院が問責決議を採択し在外自国民の保護は領域国法による保護が受けられなかった場合に限定すべきと非難したことから¹⁴、またパーマストン本人が、それ以前に外相を務めた際には「領域国法による平等な保護」を支持する実行を残していることから確認されるように¹⁵、復讐から外交的保護へと制度が変遷する中でも国内的救済完了の原則が受け継がれてきたのである。

ただし国内的救済の完了の原則は、19世紀後半から欧州諸国や米国によるラテン・アメリカ諸国への介入政策が強化されたことに伴い、一時的に動揺を見せる。1861年から翌年にかけてのメキシコ干渉¹⁶、1901年から翌年にかけてのヴェネズエラ干渉¹⁷、在外自国民の損害賠償を求める介入諸国と領域国との間で二国間条約に基づき設置された国際請求委員会では、国内的救済を完了せずとも直接に領域国の違法行為責任を追及できるとするために、違法行為の国家への帰属や国際標準主義といった新しい国家責任論の主張を欧米列強が展開し始めたのである¹⁸。しかしその際にラテン・アメリカ諸国が反論として依拠した、カルボ (Calvo) の国家間の相互義務に関する学説を支える根拠となったものこそ、19世紀前半までの西欧諸国の多数の実行であり¹⁹、欧米列強は自らの過去の実行を否定する訳にはいかず、ラテン・アメリカ諸国による内外人平等原則に基づく主張を尊重しなければならないという事態を招いたと指摘される²⁰。実際、第一次世界大戦後には、領域国が「文明国」であることを唯一の条件として、欧米列強は在外自国民に対し再び国内的救済を完

¹⁴ Lords Sitting of 17 June 1850 Series 3 Vol. 111, Affairs of Greece, HL Deb 17 June 1850 vol. 111 cc.1293-404, in *Hansard's Parliamentary Debates*, available at <http://hansard.millbanksystems.com/lords/1850/jun/17/affairs-of-greece> (last access on 29 Dec. 2014).

¹⁵ 小畑「前掲論文・初期パーマストン」(注20) 6-17頁。小畑の研究によれば、同時代にパーマストンと2人で外相の地位をほとんど独占したアバンディーン (Aberdeen, 4th Earl of) も少なくとも1850年の段階では「領域国法による平等な保護」観念の強力な支持者であったという。小畑郁「パーマストンと『領域国法による平等な保護』観念の凋落—1847-50—」『金沢法学』第36巻1・2号(1994年) 242頁。

¹⁶ 小畑郁「イギリスの外交的保護とメキシコ干渉 1961-62」神戸商船大学紀要第一類文科論集第39号(1990年) 14-22頁。

¹⁷ 山田卓平「国内的救済原則の成立(一)」『法学論叢』第145巻6号(1999年) 56-57頁。

¹⁸ 波多野里望・東寿太郎『国際判例研究 国家責任』(三省堂、1990年) 64-68頁。

¹⁹ Calvo, C., *Le droit international théorique et pratique*, t.3 (5^e ed., revue et complétée, 1888), pp. 118-164.

²⁰ 小畑郁「『個人行為による国家責任』についてのトリーベル理論」『神戸商船大学紀要第一類文科論集』第36号6-7頁、「初期パーマストン外交と外交的保護制度制約原理としての『領域国による平等な保護』観念」同第41巻(1992年) 5頁脚注(16)。山田「前掲論文」(注17) 51-53頁。

了するようになる²¹。ただし以前とは異なり、国家責任の成立要件としてではなく、国際請求提出のための手続的要件としての側面が強調されるようになった²²。

以上のように歴史的観点からは、外交的保護の文脈において国内的救済の完了という規則を否定する実行は存在していない。本章では、これまでの判例、国家実行および学説の展開を包括的かつ多角的な検討を行った国連国際法委員会（ILC）による外交的保護条文の法典化作業を分析の中心に据えながら、国内的救済完了原則が生じた外交的保護制度における規則の内容と論点をあらためて検討することで、現代社会に対する示唆を得たいと思う。

1 手続的要素

国連憲章第 13 条 1 項(a)号に基づき「国際法の漸進的発達および法典化」の任務を帯びた国連総会が設置した ILC は、かつて大部分が慣習法という不文法であった国際法規則の内容の解明に努め、今日のような条約による国際社会の規律に大いに貢献してきた。その ILC が 1949 年から 2001 年の長きに渡り検討を重ねて完成させた国家責任条文において、国の国際違法行為責任を追及する請求の受理可能性要件については、切り離して別途検討されることになった。ゆえに、2001 年に国連総会でテイク・ノートされた国家責任条文の最終草案第 44 条は「請求の国籍に関して適用される規則」と「国内的救済完了の原則」の 2 つこそ国際請求が受理されるための前提条件であることを確認しつつも、同条に付されたコメントリーで、これらの規則の射程や詳細な内容については外交的保護条文の検討作業にて明らかにされると言及されている²³。この流れにおける位置づけからも明らかのように、1995 年から 2006 年まで行われた外交的保護法典化作業も基本的には国家責任条文草案と同様に、二次規則という観点から国内的救済完了原則を法典化していった。

1.1 原則

まず国内的救済完了原則とは、どのような内容の規則であるのか。外交的保護条法典化作業において特別報告者を務めたデュガードが、最初に提案した条文案は以下の通りで

²¹ 山田卓平「国内的救済原則の成立（二）・完」『法学論叢』第 147 巻 5 号（2000）71 頁。

²² 同上、74-75 頁。

²³ Commentary to Art. 44 of Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts [hereinafter, “Draft Articles on State Responsibility 2001”] UN Doc. A/56/10 in *YBILC 2001*, vol. 2 (Part Two), A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), paras. 2, 5.

ある²⁴。

1. 自然人と法人とを問わず、当該損害を受けた国民が、草案第15条の規定を条件として、当該損害について責任があるとされる国において利用できるすべての国内救済手段を尽くした後でなければ、国は自国民への損害から生じる国際請求を提出することができない。
2. 「国内救済手段」とは、通常のものであるか特別のものであるかを問わず、生じた損害に責任を有すると主張される国の司法裁判所もしくは行政裁判所又は司法当局もしくは行政当局において、自然人又は法人に権利として開かれている法的救済手段をいう。

ここで論点となるのは、完了されるべき国内的救済の範囲である。実際、国によって国内統治機構制度は異なるため、司法機関だけではなく行政機関においても救済手段が予定されている場合があることに配慮しつつ、「利用できる (available)」「すべての」「法的救済手段」という3つの要素が盛り込まれている²⁵。これは、「利用可能な全ての行政的、仲裁または司法的救済手段」という定式を採用した1961年にショーン (Sohn) 及びバクスター (Baxter) が米国国際法学会誌に公表した「外国人の経済的利益に対する侵害に関する国家責任条約案 (1961年ハーヴァード草案)」第19条に倣うものであるが²⁶、注意しなければならないのは、司法機関以外での救済手段であっても「法的」かつ「有効な」性質の救済手段でなければならず²⁷、行政的・裁量的・準司法的な性質の救済手段はここに含まれないとされている点である²⁸。すなわちデュガードのいう「法的な救済手段」とは、国内法であらかじめ規定されている通常の「法定の救済手段」という意味であり²⁹、個別の事案に応じて裁量的に利用できるか否かが決せられるような性質のものではないという趣旨である。さらに国内救済では、それが完了した後に提起される国際請求に関係するすべての事実関係および法的主張の検証作業が国内機関によって完了されていないと

²⁴ Dugard, J., “Second Report on Diplomatic Protection,” UN Doc. A/CN.4/514 (2001), in *YBILC 2001*, vol.II (Part One), Art. 10..

²⁵ *ibid.*, paras. 11-14.

²⁶ Art. 19 of Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens in Sohn, L.N.& Baxter, R.R., “Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens” [hereinafter, “1961 Harvard Draft”], *AJIL.*, vol. 55(1961), p. 577.

²⁷ *B. Schouw Nielsen v. Denmark Case*, App. no.343/57 (1985-9), 2.

²⁸ Dugard, “Second Report on Diplomatic Protection”, *supra* note 24, para. 14.

²⁹ *ibid.*, para. 12; *Nielsen v. Denmark*, App. no.343/57, Report of the Commission, 15 Mar. 1960, p. 37; *Ambatielos Claim (Greece v. UK)*, Decision of 6 March 1956, *UNRIIAA*, vol. 12, p. 120.

する 1934 年のフィンランド船事件仲裁判断が示した厳格な基準が採用されるべきであるという³⁰。

デュガードの包括的な条文案に ILC 委員は概して賛意を寄せつつも、伝統的に議論されてきた国内的救済手段の「有効性」の要素が追加されるべき、「国際請求」の明確化、「自然人と法人」への言及は削除されるべき、「法的」という語は不要、国際請求の提起にあたって請求内容の特定は必ずしも求められていないため規則に柔軟性をもたせるべきであるといったいくつかの提案と、行政的救済手段の範囲などに関する質問がなされ³¹、これに対して特別報告者は「有効性」の要素は国内的救済完了原則の適用例外に関する条文で議論する意図であった旨説明しながら、基本的にこれらの提案を受け入れる姿勢を示している³²。当該草案はその後、国連総会第六委員会での審議においても委員から内容や条文の形式について全般的に賛意が寄せられつつも、特に国内的救済手段の「有効性」という要素を導入すべきか否かについては議論が分かれた³³。

以上の議論を経て 2003 年に ILC にて暫定的に採択された草案(2003 年 ILC 暫定条文案)は、第 8[10]条として「国内救済手段の完了」を次のように定式化した³⁴。

1. 国は、自国民または草案第 7[8]条 [無国籍者及び難民] にいうその他の者の損害に関して、当該被害者が、草案第 10[14]条 [国内的救済完了原則の例外] の規定を条件として、すべての国内救済手段を尽くした後でなければ、国際請求を提出することができない。
2. 「国内救済手段」とは、通常のものであるか特別のものであるかを問わず、生じた損害に責任を有すると主張される国の司法裁判所もしくは行政裁判所又は司法機関もしくは行政機関において、被害者に権利として開かれている法的救済手段をいう。

この条文案に付されたコメントリーで ILC は、同条は救済手段が「利用可能 (available)」であったことの証明責任を被告国に課すことが目的であり、尽くすべき国内的救済手段が

³⁰ *Claim of Finnish shipowners against Great Britain in respect of the use of certain Finnish vessels during the war* (Finland v Great Britain) [hereinafter, “*Finnish Ships Arbitration*”], 9 May 1934, *UNRIIAA*, vol.3 (1949), p. 1502..

³¹ Report of the ILC on the work of its 53rd session (23 Apr.–1 Jun. and 2 Jul.–10 Aug. 2001) UN Doc. A/56/10 (2001), in *YBILC 2001*, vol. II (Part Two), UN Doc. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), [hereinafter, ILC Report 2001], paras. 189-195.

³² *ibid.*, paras. 196-199.

³³ Topical summary of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly prepared by the Secretariat, 56th session (2001) [hereinafter, “Sixth Committee 2001”], UN Doc. A/CN.4/521, paras. 80-81.

³⁴ Art. 8 [10] of Draft articles on diplomatic protection provisionally adopted so far by the Commission [hereinafter, “2003 Provisional Draft on Diplomatic Protection”], Report of the International Law Commission on the work of its 55th session (5 May-6 June and 7 July-8 August 2003), UN Doc. A/58/10, in *YBILC 2003* (Part Two), UN Doc. A/CN.4/SER.A/2003/Add.1 (Part 2), pp. 36-37.

「適切で有効な (adequate and effective) 」なものであったかは国内的救済完了原則の例外に関する規定で議論されると解説する³⁵。また「開かれている (open) 」法的救済手段の意味は、国によって異なる利用可能な法定の救済手段を包括する趣旨であるとする³⁶。また国内的救済が完了したといえるためには、国際請求で論じようとしている論点の全てが国内的救済手続においてすでに論じられている必要があるが、1934年のフィンランド船事件仲裁判断の基準は厳格に過ぎるといふ³⁷。そして、1989年のシシリー電子工業会社事件で ICJ が国内法廷と国際法廷では適用法規が異なることを念頭に「請求の本質 (essence of the claim) 」に関する訴訟が権限ある裁判所に提出されたが救済が得られなかったというだけで十分であるとした基準を³⁸、より好ましいもの (preferable) として位置づけている。

2003年 ILC 暫定条文草案はその後、そのままの内容で2004年の第一読草案では第14条となっているが³⁹、コメンタリーにて国内的救済の範疇にはオンブズマンの利用も含まれると付け加えている⁴⁰。同条について国連総会が各国政府に提出を求めた意見書でも概して否定的な見解は示されなかったが⁴¹、米国はシシリー電子工業会社事件判決の解釈について、「請求の本質」である同一の侵害が国内的救済手続と国際請求で共通していればよいのであれば、侵害を受けた被害者本人が国内的救済手続を行う必要はないと指摘した⁴²。この米国の指摘については、これまでの議論の総括である第7回特別報告者報告書でデュガードが支持し、この点を考慮するよう起草委員会に提案したが⁴³、2006年の最終条文ではコメンタリーでは特に明確化されず、フィンランド船事件仲裁判断とシシリー電子工業会社事件の関連する箇所を引用して後者の基準が好ましいことを繰り返すにとどめている⁴⁴。

ただし、2006年の最終条文では、それまで別の独立した条項で扱われていた請求の「優越性」に関する規定が第3項として付け加えられた。国内的救済完了の原則に関する一般

³⁵ Commentary to Art. 8 [10], *ibid.*, para. 4.

³⁶ *ibid.*, para. 5.

³⁷ *ibid.*, para. 6.

³⁸ *ELSI*, *supra* note 2, para. 59.

³⁹ Art. 14 of Draft Articles on Diplomatic Protection (First reading 2004) with commentaries [hereinafter, “First Draft on Diplomatic Protection 2004”], in *YBILC* 2004, vol. II (Part Two).

⁴⁰ Commentary to Art. 14, *ibid.*, para. 6.

⁴¹ Diplomatic Protection: Comments and Observations received from Governments [hereinafter, “Comments from Governments”], UN Doc. A/CN.4/561, pp. 37-40. ただしオランダはコメンタリーの書き直しを提案している。

⁴² *ibid.*, p. 38.

⁴³ Dugard, J.R., “Seventh Report on Diplomatic Protection,” UN Doc. A/CN.4/567 (2006), in *YBILC* 2006, vol. II (Part One), para. 72.

⁴⁴ Commentary to Art. 14 of Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra* note 1, para. 6.

規定たる第 14 条に「優越性」に関する条項が組み込まれたのは、後で詳しく検討するように、国内的救済完了原則の内容に関して論じる際に、その実体的側面を完全には分離できない証拠であるといえる⁴⁵。

1.2 例外

以上にみたように、国内的救済完了原則は慣習国際法の重要な原則として確立しているだけあって、その内容については実行上も学説上も大きな対立はない。外交的保護の起源となった私的復仇及び公的復仇の実行上は一貫して、国内的救済完了の原則を否定する実行は存在しない⁴⁶。それは、次節で検討するように、領域国による裁判拒否こそが被害者本国による介入を正当化する根拠とみなされてきたことに由来する。

しかし外交的保護が法制度として確立した 20 世紀初頭から、国内的救済完了原則が確立した慣習法上の原則であることを前提としつつも、それが適用されるべきではない例外的状況の存在について議論する学説が徐々に表れ始めた。曰く、利用可能な国内的救済手段が存在しない場合には、国内救済が完了されなくとも本国に外交的保護請求の提出が認められるという⁴⁷。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（1929 年ハーヴァード草案）」第 9 条では、保障なき救済手続の遅滞、裁判所へのアクセスの妨害、司法的又は救済的手続の管理における重大な欠陥、適切な司法制度の運営に不可欠と一般に考えられている保障を与えないこと、明らかに不当な判決については裁判拒否が存在すると看做されるとした⁴⁸。また、1956 年の万国国際学会グラナダ会期の「国内的救済完了規則」に関する決議では、国内的救済手段は「侵害を受けた者にとって利用可能な実効的で十分な救済手段」でなければならないとされた⁴⁹。

⁴⁵ 実体的側面を完全には分離不可能であることについては、法典化作業の冒頭においてデュガードも指摘しているとおりのである。Dugard, “Second Report on Diplomatic Protection”, *supra* note 24, para. 10.

⁴⁶ Amerasinghe, *supra* note 6, p. 26.

⁴⁷ Borchard, *supra* note 4, p. 822; Dunn, F.S., *The Protection of Nationals* (J. Hopkins Press, 1932; Kraus reprint, 1970), pp. 156-157; Jennings, R. & Watts, A. (eds.), *Oppenheim’s International Law, vol.1 Peace, 9th ed.* (Longman, 1992), p. 362; Freeman, *supra* note 8, pp. 215-263.

⁴⁸ Art. 9 of Draft Convention on the Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigners prepared by Harvard Law School [hereinafter, “1929 Harvard Draft”], in *YBILC* 1956, vol. II, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1956/Add.1, p. 229.

⁴⁹ Résolution concernant la règle de l’épuisement des recours internes, Session de Grenade, 1956, in *Ann. de l’Institut de D. Int’l*, vol. 46 (1956), p. 364.

このような学説が現れた背景には、外国人待遇義務をめぐる国内標準主義国際標準主義との対立にみられるような、自国民保護を名目として中南米諸国の内政に積極的に介入しようとする欧米諸国の介入的政策があったと言われている⁵⁰。また実際の紛争処理の場面においては、外国人とはいえ、被害者が現地で利用可能な何らの国内的救済にも手を付けないというようなことは考えづらく、ある程度まで国内的救済を行ったが救済が得られないというような状況が存在していたのではないかと。さらにより重要であるのは、20世紀前半の国際裁判において、国内的救済完了原則の適用例外が実際の争点となってきたことを指摘できる⁵¹。

このように、国内的救済完了原則の適用例外に関しては緩やかなコンセンサスが国際社会において形成されてきたといえる。ただしそれが認められる根拠を法理論的に説明することは不可能であると言わざるを得ない。現に ILC における法典化作業で国内的救済完了原則の適用例外に関する条文を提案したデュガードも、それが認められる根拠を主として合理性の観点から例外の必要性を説明している。また、例外を一定の条件の下で認めることについて緩やかなコンセンサスがあるにせよ、具体的な規則内容については全く実行も学説も一致していない⁵²。

2006年の ILC 外交的保護最終条文には第15条に「国内救済原則の例外」という規定が含まれていることとなったが、ここで同条をめぐる条文の変遷をまとめると以下のようになる。

(1) 2002年デュガード第三報告書 第14条⁵³

国内的救済手段は、次の場合には尽くす必要がない。

(a) 国内的救済手段が

- 明白に無益である場合（選択肢1）。
- 成功の合理的な見込みを提供しない場合（選択肢2）。
- 実効的救済の合理的可能性を示さない場合（選択肢3）。

(b) 被告国が、明示的若しくは黙示的に請求を放棄した、または当該請求の提起を禁じられている場合。

⁵⁰ 山田「前掲論文」（注17）47-48頁。

⁵¹ *Robert E. Brown (USA v. UK)*, 23 Nov. 1923, *UNRIIAA*, vol. 6, p. 120; *Rhodope central (fond) (Grèce contre Bulgarie)*, 29 mars 1933, *UNRIIAA*, vol. 3, p. 1420; *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (Estonie c. Lituanie), *CPJI, Série A/B*, N° 76, arrêt du 28 février 1939, p. 19; *Ambatielos Claim*, *supra note 29*, p. 120.

⁵² Dugard, J., “Third Report on Diplomatic Protection,” UN Doc. A/CN.4/523 and Add.1 (2002), in *YBILC 2002*, vol.II (Part One), para.26.

⁵³ *ibid.*, pp. 5-6.

- (c) 被害をうけた個人と被告国との間に任意の連関がない場合。
- (d) 当該国際請求が基礎を置く国際違法行為が被告国の領域的管轄権の中で行われていなかった場合。
- (e) 国内的救済手段の提供の不当な遅滞について被告国に責任がある場合。
- (f) 被害を受けた個人が国内的救済を提供する制度へアクセスすることを被告国が妨害する場合。

(2) 2003年暫定草案 第10条⁵⁴、および2004年第一読草案 第16条⁵⁵

国内的救済規則の例外

国内的救済手段は、次の場合には尽くす必要がない。

- (a) 国内的救済が実効的救済の合理的可能性を全く提供しない場合、
- (b) 責任があると主張される国に、救済手続の不当な遅滞が帰属する場合、
- (c) 被害者と、責任があると主張される国または国内的救済の完了が不合理になる状況との間に、関連性のある結びつきがない場合、
- (d) 責任があると主張される国が国内的救済手段の完了の要求を放棄した場合。

(3) 2006年最終条文 第15条⁵⁶

国内的救済原則の例外

国内的救済手段は、次の場合には尽くす必要がない。

- (a) 実効的救済を提供する合理的可能性のある国内的救済手段が存在しないか、または国内的救済手段がかかる救済の合理的可能性を示すものではない場合、
- (b) 救済過程における不当な遅延があり、責任があると主張される国に当該遅延が帰属する場合、
- (c) 損害の日に、被害者と責任があると主張される国との間に関連性のある結びつきがない場合、
- (d) 被害者が国内的救済手段を遂行することを明白に妨げられている場合、または、
- (e) 責任があると主張される国が国内的救済手段の完了の要件の援用を放棄した場合。

以上の国内的救済完了原則に対する例外規定の起草過程においては、条項数の変動や順序の入れ替わりがあるにせよ、基本的に含まれる要素は増減していない。よって、大まかな論点ごとに要素を分類して議論の内容をあらためたいと思う。

⁵⁴ Art. 10 of 2003 Provisional Draft on Diplomatic Protection, *supra* note 34.

⁵⁵ Art. 16 of First Draft on Diplomatic Protection 2004, *supra* note 39.

⁵⁶ Art. 15 of Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra* note 1.

1.2.1 国内的救済の合理性の欠如

国内的救済完了原則の「原則」に関する議論でも指摘されていたように、救済手段が外国人にとって「利用可能 (available)」ではない場合にはそれを尽くすことが要求されないということについて緩やかなコンセンサスが存在するにせよ、「利用可能」の具体的な内容については一致した見解が存在する訳ではない⁵⁷。まず特別報告者のデュガードが原則の適用例外として提案したのは、国内的救済手段の「無益性 (futility)」(各条文案を通じて(a)項)、裁判所へのアクセスの拒否 ((f)項→2003年暫定草案以降は(a)項)、救済手続の不当な遅延といった ((e)項→(b)項→(b)項)、当該領域国で国内的救済を尽くすことに合理性がない場合である。

1.2.1.1 実効的救済手段の不存在

まず例外として特別報告者デュガードが挙げたのは、外国人の利用できる国内的救済手段が存在するものの、それでは実効的な救済を得られない場合であり、条文案としては「無益さ」の程度に応じた「明白に無益である場合」「成功の合理的な見込みを提供しない場合」「実効的救済の合理的可能性を示さない場合」という3段階の選択肢が提示された(2002年デュガード提案第14条(a)項)⁵⁸。また国内的救済手段が「無益」であることは、それを利用する時点において判断されるが、最終的にそれが無益であったか否かを判断するのは、国内裁判所ではなく、国際法廷であるという⁵⁹。

第一の「明白な無益性 (obviously futile)」という提案は、1934年のフィンランド船事件仲裁判断に基づいて提示された基準であり⁶⁰、この基準は1956年のギリシャ英国仲裁委員会のアンバティエロス事件仲裁判断や⁶¹、1939年パネヴェジス・サルツティスキス事件 PCIJ 判決でも採用されているが⁶²、特別報告者によればこの基準は英国の実行に基づくものようである⁶³。ただしこの基準は一部の論者から厳しく非難されており⁶⁴、例えばアメラシン

⁵⁷ Dugard, "Second Report on Diplomatic Protection", *supra* note 24, para. 17.

⁵⁸ Dugard, "Third Report on Diplomatic Protection," *supra* note 52, paras. 18-22.

⁵⁹ *ibid.*, paras. 24-25; Lauterpacht, H., *The Development of International Law by the International Court* (Stevens, 1958), p. 101; Garcia Amador, F.V., "First Report on International Responsibility," UN Doc. A/CN.4/96, in *YBILC 1956*, vol. 2, *supra* note 48, para. 169; Law, C.H.P., *The Local Remedies Rule in International Law* (E. Droz, 1961), p. 66.

⁶⁰ Dugard, "Third Report on Diplomatic Protection," *supra* note 52, para. 29; *Finnish Ships Arbitration*, *supra* note 30, pp. 1503-1504...

⁶¹ *Ambatielos Claim*, *supra* note 29, p. 119.

⁶² *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, *supra* note 51, p. 19.

⁶³ Dugard, "Third Report on Diplomatic Protection," *supra* note 52, p. 10, footnote. 34.

⁶⁴ *ibid.*, para. 30; Mummery, D.R., "The Content of the Duty to Exhaust Local Remedies," *AJIL*, vol. 58 (1964), p. 401; Simpson, J.L. & Fox, H., *International Arbitrations* (Stevens, 1959), p. 114.

げは実務的観点から、外国人である訴訟当事者が明白に無益な手段に時間とお金を費やすことなど考えられないと批判しているものである⁶⁵。

第二の「成功の合理的な見込みを提供しない場合」とは、「明白な無益性」よりもハードルの低い基準として、アメリカ国際法協会の第2リスティメントや⁶⁶、国家責任条文草案第一読第22条のコメンタリーが解説するような、救済が得られるという「現実の見込み(real prospect)」がない場合をいう⁶⁷。

デュガードの見解では、第一の「明白な無益性」の基準は厳格すぎる一方で、第二の「成功の合理的な見込みを提供しない場合」は寛容すぎるため、これらの中間をとる形で第三の「実効的救済の合理的可能性を示さない場合」という基準を採用すべきであるという⁶⁸。これは、1957年のノルウェー公債事件 ICJ 判決に付されたローターパクト判事の個別意見で提示した「合理的可能性および実効的救済」という基準⁶⁹、あるいはパネヴェジス・サルズティスキス鉄道事件の反対意見でハドソン判事が言及する「尽くすべき国内救済手段が無い場合あるいは国内的救済手段が全く救済をもたらさないことが事前に分かっている場合」という基準に合致するものであるという⁷⁰。

また、国際判例⁷¹や学説⁷²で指摘されてきたものとして、現地の裁判所が当該紛争に管轄権を有しない場合、外国人が原告の訴訟の再審理を行わないとする国内法が存在する場合、

⁶⁵ Amerasinghe, *supra* note 52, p. 752.

⁶⁶ American Law Institute, *Restatement of the Law (Second) of the Foreign Relations Law of the United States* (1965), para. 207.

⁶⁷ Commentary to Art. 22 of Articles 20 to 22, with commentaries thereto, adopted by the Commission at its 29th session [hereinafter, “1977 Draft on State Responsibility”], in *YBILC 1977*, vol 2 (Part Two), p. 47, para. 48.

⁶⁸ Dugard, “Third Report on Diplomatic Protection,” *supra* note 52, para. 34.

⁶⁹ *ibid.*, para. 35; Separate Opinion of Judge Sir Hersch Lauterpacht, *Certain Norwegian Loans (France v. Norway)*, Judgment of 6 July 1957, *ICJ Reports 1957*, p. 39. 本件はノルウェー公債の金約款の有無をめぐってフランスがノルウェーを同国の選択条項受諾宣言に基づき提訴した事件であり、ICJ はフランスの選択条項受諾宣言に含まれる留保を根拠に相互主義に基づいて管轄権を否定したため、国内的救済の不完了に関する抗弁は検討されなかった。 *ibid.*, p. 27.

⁷⁰ Dissenting Opinion by Mr. Hudson, *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, *supra* note 51, p. 48.

⁷¹ *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, *supra* note 51, p. 18; *Finnish Ships Arbitration*, *supra* note 30, pp. 1495-1497; *Interhandel*, *supra* note 3, pp. 27-28; *Ambatielos Claim*, *supra* note 29, p. 119; *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly*, 29 Mar. 1933, reported in *AJIL*, vol. 28 (1934), p. 789; *Claims of Rosa Gelbrunk and the “Salvador Commercial Company”*, et al (El Salvador v. USA), 2 May 1902 and 8 May 1902, *UNRIAA*, vol. 15, pp. 467-477; *Lottie May Incident* (UK v. Honduras), 18 April 1899, *UNRIAA*, vol. 15, p. 31; *Rhodope central (fond)*, *supra* note 51, pp. 1405, 1420; *Vélasquez Rodriguez case*, 1989, *ILM*, vol. 28, pp. 304-309; *S.S. Lisman*, *UNRIAA*, 1937, vol.3 (1937), p. 1773; *S.S. Seguranca*, 1939, *UNRIAA*, vol.3, p. 1868; *Mushikiwabo and others v. Barayagwiza*, 9 Apr. 1996, *ILR*, vol. 107 (1998), p. 460; Moore, J.B., *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, vol. 3 (Washington Gov. Printing Office, 1898), pp. 287, 1655, 1657, 3076 et seq., 4902; Whiteman, M.M., *Digest of International Law* (Washington Gov. Printing Office, 1967), vol. 8, p. 784; Separate Opinion of Judge Sir Hersch Lauterpacht, *supra* note 69, pp. 39-40; Separate Opinion of Judge Tanaka, in *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgique c. Espagne), Deuxième phase, Arrêt du 5 février 1970, *CIJ Recueil 1970*, p. 147; Opinion dissidente de M. Levi Carneiro, *Anglo-Iranian Oil Co.* (UK v. Iran), Judgment of 22 July 1952, *ICJ Reports 1952*, p. 165

⁷² Art. 19 (2)(a) of 1961 Harvard Draft, *supra* note 26; Commentary to Art. 22 of 1977 Draft on State Responsibility, *supra* note 67; Borchard, *supra* note 4, pp. 332, 823-824; American Law Institute, *Restatement of the Law (Second)*, *supra* note 66, p. 618, para

現地の裁判所が独立性を欠いていることが周知の事実である場合、外国人を不利に扱う判例法が確立している場合、外国人に対する適切で十分な救済を保障する権限を現地の裁判所が持たない場合、さらに国際的な人権基準に合致した公正な裁判や法の適正手続を保障する満足な司法制度が現地にない場合を、国内的救済手段が実効的ではない具体的状況として列挙している⁷³。

実効的救済が存在しない場合に国内的救済完了原則の適用例外を認めるというデュガード提案について、ILCでも⁷⁴、第六委員会でも⁷⁵、委員は概して賛意を表明しとりわけ第三の基準「実効的救済の合理的可能性を示さない場合」に対する支持が集まった。実際の救済手段が「合理的」「実効的」という相対的な概念について普遍的な基準を設定することの困難さへの懸念も寄せられたが⁷⁶、条文案としては全会一致で受け入れられ、第三の基準を基礎として起草委員会へ付託されることとなった⁷⁷。その後、2003年のILC暫定草案⁷⁸、2004年の第一読草案を経て、2006年の最終条文にもそのままの形で条文案は引き継がれている。

1.2.1.2 不当な遅延・妨害

国内的救済手続に「不当な遅滞 (undue delay)」がある場合にも、国内的救済完了原則は適用されないという⁷⁹。現に、不当な遅滞や裁判の妨害があった場合に国内的救済完了原則の適用例外を認めるとする提案が、これまで数々の国際会議や学術団体によって度々行われている。1929年にハーグ法典化会議の準備委員会が用意した「議論の基礎第27号」によれば、国内的救済完了原則は、裁判手続の「法外な遅滞 (unconscionable delay)」により外国人に発生した損害について領域国が責任を負うとする一般原則の適用を免れるものでは

208; Amerasinghe, *supra* note 6, pp. 203-210; Amerasinghe, C.F., “Whither the Local Remedies Rule?,” *ICSID Review*, vol. 5 (1990), p. 306; Jiménez de Aréchaga, *supra* note 5, pp. 587-589; Oppenheim’s, *supra* note 47, p. 525; Brownlie, I., *State Responsibility — Part I* (Oxford Clarendon Press, 1983) pp. 499-500; Verzijl, in *Ann. de l’Institut de D. Int’l*, vol. 46 (1956), p. 266; Law, *supra* note 59, pp. 66, 69-70, 86; Mummery, *supra* note 64, pp. 401-403; Doehring, *supra* note 4, p. 240; Fitzmaurice, G.G., “Hersch Lauterpacht — The Scholar as Judge”, *BYBIL*, vol. 37 (1961), p.59; Cançado Trindade, A.A., *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law* (CUP, 1983). pp. 76-78.

⁷³ Dugard, “Third Report on Diplomatic Protection,” *supra* note 52, paras. 38-44.

⁷⁴ Report of the ILC on the work of its 54th session (29 April–7 June and 22 July–16 August 2002), UN Doc. A/57/10 [hereinafter, “ILC Report 2002”], in *YBILC 2002*, vol. II (Part Two), UN Doc. A/CN.4/SER.A/2002/Add.1 (Part 2), paras. 181-182.

⁷⁵ Topical summary of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly during its 57th session prepared by the Secretariat (2002) [hereinafter, “Sixth Committee 2002”], UN Doc. A/CN.4/529, para. 36.

⁷⁶ *ibid.*, paras. 184-185.

⁷⁷ *ibid.*, paras. 187-188.

⁷⁸ Dugard, “Third Report on Diplomatic Protection,” *supra* note 52, Art. 14 (e).

⁷⁹ 「遅滞」も第(a)項の「無益性」に含まれるが、これらの決議を念頭に、別項を立てるほうがより好ましいという。Dugard, “Third Report on Diplomatic Protection,” *supra* note 52, para. 99.

ないという⁸⁰。そして翌年の1930年のハーグ法典化会議で第三委員会が採択した国家責任法に関する「第一読草案（1930年ハーグ国家責任草案）」は第9条第2項で、明らかに国際義務と矛盾する司法的決定について上訴できない場合、国際義務と矛盾する司法手続における正当化不能な妨害や遅滞手続がある場合には、裁判拒否があるものとする規定している⁸¹。さらに、1933年の第7回米州国際会議モンテビデオ会期で採択された「国の国際責任に関する決議」でも、第3項で「明白な裁判拒否または裁判の不合理な遅滞（unreasonable delay of justice）」には国内的救済完了原則の適用例外認めるとされている⁸²。また1961年ハーヴァード草案第19条2項(c)号でも、利用できる救済手段が「明白に遅い」あるいは裁判が「不合理に遅滞」している場合には、国内的救済が利用不能であるとみなされるという⁸³。

ただし「不当な遅滞」がどのくらいの訴訟期間を指すのかについて具体的な基準を与えることは困難であり、この点はデュガードも認識していた⁸⁴。例えば、英国メキシコ請求権委員会のエル・オロ鉱山鉄道事件では9年が長きに過ぎると判断されたが⁸⁵、ICJのインターハンデル事件では原告国民であるインターハンデル社の行為によって訴訟が遅滞したために10年の訴訟期間も甘受されたという先例があるように⁸⁶、期間の長さは個別事例に応じて柔軟に判断されるべきであるからである。他方で、ILCと同時期に外交的保護の検討を行っていた国際法協会（ILA）での特別報告者ココット（Kokott）の議論を参照しつつ⁸⁷、国内的救済制度へのアクセスを領域国が妨害する場合も考慮されるべきとする提案も第(f)項として盛り込まれた。

この2つの提案をILCは概して好意的に受け入れたが、個別の事例に応じて相対的に判断するしかない「不当な遅滞」の決定方法については懸念が寄せられ⁸⁸、また独立した条文

⁸⁰ Basis of Discussion Nos. 5 (3) and 27, drawn up in 1929 by the Preparatory Committee of the Conference of the Codification of International Law (The Hague, 1930), reproduced in *YBILC 1956*, vol. 2, *supra* note 48, pp. 223, 225.

⁸¹ Art.9 of Articles Adopted in First Reading by the Third Committee of the Conference for the Codification of International Law (The Hague, 1930), reproduced in *ibid.*, p. 226.

⁸² Resolution on “International Responsibility of the State” adopted at the 7th International Conference of American States (Montevideo, 1933), reproduced in *YBILC 1956*, vol. 2, *supra* note 48, para.3, p. 226.

⁸³ Art. 19 (2) (c) of 1961 Harvard Draft, *supra* note 26.

⁸⁴ Dugard, “Third Report on Diplomatic Protection,” *supra* note 52, paras. 97-98.

⁸⁵ *El Oro Mining and Railway Company (Ltd.) (UK v Mexico)*, 18 June 1931, *UNRIIAA*, vol. 5, p. 198.

⁸⁶ ただし反対意見でアルモンド・ユゴン判事は、10年にわたる訴訟は遅すぎるために実効的ではないと批判している。Opinion dissidente de M. Armand-Ugon, *Interhandel*, *supra* note 3, pp. 88-89, paras. 3-4.

⁸⁷ Kokott, J., Interim Report on “The Exhaustion of Local Remedies,” in *ILA Report of the 69th Conference (London, 2000)*, p. 624; *Akdivar v. Turkey*, ECHR App. No. 99/1995/605/693, Judgment of 16 Sep. 1996, para. 73.

⁸⁸ ILC Report 2002, *supra* note 74, paras. 184, 233-234.

ではなく第(a)項の「実効的救済の合理的可能性を示さない場合」に含まれる、あるいは時間的に連続した問題であるため条文の位置を第(a)項近づけるべきであるとの指摘が複数の委員によってなされた⁸⁹。また第(e)項の「不当な遅滞」に関する提案は第(a)項とは別個の条文にするべきであるとの意見が多数派を占めたため起草委員会に付託されたが、第(f)項の領域国による妨害に関する条文案は削除されることになった⁹⁰。続く第六委員会の審議でも、第(e)項と第(f)項はそれぞれに支持を集めたが、やはり第(a)項の範疇に含めるべきであるとの意見も示されている⁹¹。

以上の議論の流れから 2003 年の暫定条文および 2004 年の第一読草案では、「不当な遅滞」に関する提案は第(b)項へと移動されて支持を集めたが⁹²、領域国による妨害に関する条文は削除された。しかし、この妨害に関する条文は 2006 年の最終条文では第(d)項として復活しており、主語を入れ替えて「被害者が国内的救済手段を遂行することを明白に妨げられている」とする定式化が行われた。コメンタリーでは、この条項は国内的救済の完了が「明白に不合理 (manifestly unreasonable)」な場合という趣旨で狭義に解釈されるべき旨が説明されている⁹³。

復活の理由は明示されていないが、おそらく、第(a)項に関して最初に提示された 3 つの選択肢のうちの「明白に無益」という基準を 2004 年の第一読草案に対する政府見解で米国が強力に支持したこと⁹⁴、この基準については ILC 委員の間でも一定の支持を得ていたことを考慮し、特別報告者がこの論点を再考するよう ILC に呼びかけたことに⁹⁵、復活の理由があるように見受けられる。

1.2.2 領域国との連関の欠如

次にデュガードが提案した国内的救済完了原則の適用例外は、「被害をうけた個人と被告国との間に任意の連関がない場合」あるいは、問題の「国際違法行為が被告国の領域的管轄権の中で行われていなかった場合」という、領域国との連関が欠如している場合である⁹⁶。曰く、裁判拒否の概念範囲の曖昧さは、第三国からの侵害行為についても国内的救済

⁸⁹ *ibid.*, paras. 231-232, 235-237.

⁹⁰ *ibid.*, paras. 238-239.

⁹¹ Sixth Committee 2002, *supra note 75*, paras. 44-45.

⁹² Topical summary of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly during its fifty-eighth session, prepared by the Secretariat [hereinafter, "Sixth Committee 2003"], UN Doc. A/CN.4/537, para. 82.

⁹³ Commentary to Art. 15, Paragraph (d), Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra note 1*, para. 11.

⁹⁴ Comments from Governments, *supra note 41*, pp. 41-43

⁹⁵ Dugard, Seventh Report, *supra note 43*, paras. 77-78.

⁹⁶ Dugard, "Third Report on Diplomatic Protection," *supra note 52*, Art. 14 (e)& (d).

手段を完了しなければならないのかという問題を惹起する⁹⁷。すなわち近年問題になるようになった越境環境汚染や航空機撃墜などの事例において、私人が居住国以外の第三国から侵害を受けた場合に、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⁹⁸。ただしこの論点については国家責任条文起草過程で一度見送られた経緯があり⁹⁹、さらに越境兵士、放射能や宇宙物体などによって生じる損害は他の法枠組にて問題が処理される可能性もあるため¹⁰⁰、検討には慎重を要するという。

例えば 1941 年のトレイル溶鉱所事件は、カナダ領内の溶鉱所から発生した亜硫酸ガスが米国の森林や農産物に与えた損害について米国がカナダの責任を追及した純然たる越境環境汚染の問題であり、被害者（米国）と加害国（カナダ）の間には任意の連関も領域的結びつきもないため、米国の訴えに対して被告カナダは国内的救済完了の抗弁を提出していない¹⁰¹。1955 年 7 月 22 日のイスラエル民間航空機撃墜事件の責任を問う ICJ での訴訟では、イスラエル政府が「侵害を受けた個人である外国人が、任意で意識的な熟慮の末に彼とその行為が非難される外国との間に連関を形成した、または形成したとみなされた時に限り、この規則が適用される」と主張している¹⁰²。また 1972 年の宇宙損害責任条約の第 11 条 1 項は、宇宙物体の打ち上げ国に対する損害賠償請求については国内的救済の完了が要求されないことを明示するなど¹⁰³、参考になる事例は多少あるものの、比較的近年になってから顕在化した問題だけあって、判例、国家実行、学説のいずれもこの点に関して慣習法を形成していると明言できるまでの回答を示してはいない¹⁰⁴。1961 年ハーヴァード草案第 19 条は、コメンタリーで「侵害を受けた個人が侵害について責任のある国と現実の結びつき（*real connection*）をもたない場合」、例えば単に領域を通過するだけの場合には、国内的救済完了原則が適用されるべきではないとしつつ、そのような例外を支える実行はないと説明している¹⁰⁵。

⁹⁷ *ibid.*, para. 68.

⁹⁸ *ibid.*, paras. 79-80.

⁹⁹ *ibid.*, paras. 65, 82; Report of the ILC on the work of its 29th session, 9 May-29 July 1977, UN Doc. A/32/10 in *YBILC 1977*, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1977/Add.1 (Part 2), pp. 43-45, paras. 38-42.

¹⁰⁰ Dugard, “Third Report on Diplomatic Protection,” *supra* note 52, para. 83.

¹⁰¹ *Trail Smelter case* (USA v. Canada), 11 March 1941, *UNRIIA*, vol. 3, p.1905.

¹⁰² Oral Pleadings of Israel, Aerial Incident of 27 July 1955 (Israel v. Bulgaria), *1959 ICJ Pleadings*, pp. 531-532.

¹⁰³ Art. 11 of the Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects, adopted on 29 Nov. 1971, UN Doc. A/RES/2777 (XXVI), in *UNTS*, No. 961 (1975), pp. 191-192.

¹⁰⁴ Dugard, “Third Report on Diplomatic Protection,” *supra* note 52, paras. 70-80.

¹⁰⁵ Commentary to Art. 19, 1961 Harvard Draft, *supra* note 26, p. 794.

このような例外をみとめる理論的な根拠は、メロン（Meron）が指摘するように、国内的救済完了が要求される根拠は、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）」にあるため、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ことにあるという¹⁰⁶。この議論は、任意に外国とのかかわりを持つ者が負うリスクに国内的救済規則の根拠を見出そうとするものであり¹⁰⁷、このような理解は例えば 1932 年のサレメ事件の「規則として、外国人は彼が居住することを選択した国における司法制度を自身に適用可能なものとして認識しなければならない」という宣明などにもみられる¹⁰⁸。この議論は判例上も支持されており、被害者が加害国に居住していなかったにも拘わらず、加害国での国内的救済の完了が求められた事例では、契約的關係や¹⁰⁹、物理的存在という形で¹¹⁰、加害国との間に任意の連関があった場合に限定されている¹¹¹。

上述の考慮を元にデュガードは、今回の条文草案でこの問題に関する規定を置くべきかどうか迷うとしながらも、侵害を受けた個人と被告国との間に任意的連関若しくは領域的結びつきが存在しない場合、国内的救済完了規則の適用可能性については特別の考慮が与えられる必要があることは明らかであるため、ILC に意見を仰ぎたいとしてこの例外条項を提案した¹¹²。さらに、このような例外が認められる具体的な事例として、特別報告者は以下の状況を指摘した¹¹³。

- (a) 汚染、放射性降下物、人工宇宙物体による越境環境法侵害。
- (b) 被告国領域外の航空機もしくは予期せず被告国領空に侵入した航空機の撃墜。
- (c) A 国に駐屯する B 国兵士による A 国国民の殺害。
- (d) 被告国公務員による外国人の自国または第三国からの越境的拉致。

領域国との任意的連関の欠如を国内的救済完了原則の適用例外とするこの提案に対しては、他の ILC 委員から非常に活発に様々な意見が提示された¹¹⁴。議論を大まかに分けると、

¹⁰⁶ Meron, T., “The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies,” *BYBIL*, vol.35 (1959), p. 94.

¹⁰⁷ *ibid.*, para. 69.

¹⁰⁸ *Salem Case* (Egypt v. USA), 8 Jun.1932, *UNRIIAA*, vol. 2, p. 1202.

¹⁰⁹ *Ambatielos claim*, *supra* note 29, p.83; *ELSI*, *supra* note 2, para. 50.

¹¹⁰ *Finnish Ships Arbitration*, *supra* note 30, p. 1479.

¹¹¹ Dugard, “Third Report on Diplomatic Protection,” *supra* note 52, para. 76.

¹¹² *ibid.*, paras. 89.

¹¹³ *ibid.*, para. 83.

¹¹⁴ ILC Report 2002, *supra* note 74, paras. 184, 222, 233-234.

この問題は例外ではなく国内的救済完了原則自体についての論理的根拠の問題であるとの指摘¹¹⁵、国内的救済完了原則との関係で任意的連関という概念を導入することに疑義を示すもの¹¹⁶、個人と被告国との間の任意の連関のない場合または被告国の行為がその領域外で行なわれた場合に、個人に対して国内的救済が尽くされるべきという要求を課すのは不公正であるため、グローバル化時代における一種の政策的提言として例外規定を置くことに理解を示す意見¹¹⁷、トレイル溶鉱炉事件、チェルノブイリ事故などの越境環境損害・汚染の問題は、環境条約や ILC の越境損害予防に関する条文草案で扱うべき規制されるため外交的保護の文脈で論じることには疑義を呈するもの¹¹⁸、などである。また、デュガードが提案した第 14 条(d)項「国際違法行為が被告国の領域的管轄権の中で行われていなかった場合」は、第(c)項「被害をうけた個人と被告国との間に任意の連関がない場合」に付属するものであるため一つにまとめるべきという提案があり¹¹⁹、それについて委員会内で一般的な合意が形成された¹²⁰。ただし、具体的な事例の検討については、非公式のディスカッション・ペーパーが配布され議論が継続されたが、特別報告者が提示した 4 つの事例はいずれも本条文草案における国内的救済完了原則の範疇に無いという結論になった¹²¹。

つづく第六委員会での議論でも同様に議論が紛糾したが¹²²、その後、2003 年の暫定草案および 2004 年の第一読草案ではこれらの提案が第(c)項として条文が一つに統一され、さらに本文からは「任意的連関」の語が削除され、代わりに「関連性のある結びつき (relevant connection)」という文言が採用されることになった。これは同項に付されたコメントリーによれば、侵害を受けた個人の主観的意図よりも、客観的に確定できる受入国との結びつきの不存在を強調するためであるという¹²³。第一読草案に対するオーストリア政府の提案に従い¹²⁴、最終条文では関連性のある結びつきが侵害発生時点で存在しなかったということが明示されることになった¹²⁵。

¹¹⁵ *ibid.*, para. 212.

¹¹⁶ *ibid.*, paras. 214-216.

¹¹⁷ *ibid.* paras. 209-210, 213.

¹¹⁸ *ibid.*, paras. 219-221.

¹¹⁹ *ibid.*, para. 211, 223.

¹²⁰ *ibid.*, para. 224.

¹²¹ *ibid.*, paras. 225-227.

¹²² Sixth Committee 2002, *supra* note 75, paras. 40-44.

¹²³ Commentary to Art. 16, Paragraph c, First Draft on Diplomatic Protection 2004, *supra* note 39, para. 10.

¹²⁴ Comments from Governments, *supra* note 41, p. 43.

¹²⁵ Dugard, Seventh Report, *supra* note 43, para. 79

1.2.3 国内的救済完了原則の適用を排除する意思の存在

国際法における合意原則の帰結として、国内的救済完了原則の適用は訴訟手続法上、当事国意思によって排除することができる¹²⁶。これは外交的保護請求のもう一つの前提条件である国籍に関する原則とは大きく異なる点である。一般的には、被告国が国内的救済完了の抗弁を放棄するという意思表示を行うことで同原則の適用を排除することができると考えられている。そしてこのことが、国内的救済完了原則に関する手続説の論拠となるどころであり、実体説による同原則の説明を困難にする要因でもある¹²⁷。国際法上、放棄とは一般に、「権利や請求を破棄する意図で、ある国際法主体が意思表示をすること」と定義され¹²⁸、国際法によって保護される権利を諦めるあるいは消滅させるという一方的意思表示として¹²⁹、条約などの形式で明示的かつ有効になされる必要があるとされる¹³⁰。例えば、投資紛争解決条約第 26 条は同条約に基づく仲裁への付託に紛争当事者が同意した場合には、他の救済手段を排除する旨を定めている¹³¹。実行上も、被告国が自ら国内的救済完了の抗弁を放棄することについては、何ら禁止規則は存在しない¹³²。

ただし実際に多くの紛争で問題となるのは、同原則の排除に関する意思が条約のような形で明示されていない場合である。この点については、コスタリカ政府が自国内で発生した民間警備員による囚人殺害事件について政府が米州人権条約違反の責を負うかという問題について、同条約第 62 条 3 項の管轄権受諾宣言に基づき米州人権裁判所の見解を求めた 1981 年の事件において、同政府は国内的救済完了の要求は国家を利する目的で設計された一種の「防御手段」であるため、黙示的にも放棄可能であるとの見解を示している¹³³。他方で ICJ における 1989 年のシシリー電子工業会社事件では、原告米国は紛争が ICJ へ付託される根拠となった米伊友好通商航海条約の裁判条項が言及していないことを根拠として、当該条約の解釈適用に関する問題については国内的救済の完了が要求されないと主張した。

¹²⁶ Amerasinghe, *supra* note 6, p. 247.

¹²⁷ Dugard, “Third Report on Diplomatic Protection,” *supra* note 52, paras. 47-48.

¹²⁸ Feichtner, I., “Waiver,” *MPEPIL* (online ed., OUP 2008- , www.mpepil.com; last updated on Oct. 2006), para. 3.

¹²⁹ Salmon, J., (dir.), *Dictionnaire de droit international* (Bruylant 2001), pp.968-969 ; Venturini, G.C., « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des Etats », *RCADI*, vol. 112 (1964), p. 394 ; Suy, E., *Les actes unilatéraux en droit international public* (Librairie générale de droit et de jurisprudence 1962), pp. 153-155.

¹³⁰ Gattini, A., « La renonciation au droit d'invoquer la responsabilité » in P.-M. Dupuy et. al (eds.) *Völkerrecht als Wertordnung : Festschrift für Christian Tomuschat* (Engel 2006), pp. 319-320

¹³¹ Art. 26 of Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, signed at Washington D.C. on 18 Mar. 1965, *UNTS*, vol. 575, p. 159.

¹³² Dugard, “Third Report on Diplomatic Protection,” *supra* note 52, para. 47.

¹³³ *Government of Costa Rica case (In the matter of Viviana Gallardo et al.) of 13 Nov. 1981*, IACHR Series A No. 101, Decision of 13 Nov 1981, para. 26.

本件の審理を担当した ICJ 特別裁判部は「慣習国際法の重要な原則が、その適用の意図について明示的に言及されていないからといって、その適用が黙示的に免じられるべきであると結論することは受け入れがたい」との判示している¹³⁴。

このように、国内的救済完了原則の適用を当事国の意思に基づいて放棄することができるということについてはコンセンサスが存在するにせよ¹³⁵、実際の紛争の局面においては必ずしもそのような当事国意思が明示されるとは限らず、黙示的な放棄の意思存在するのか、そしてそれはどのように確認されるのかが争点となっているのである。

1.2.3.1 被告国（領域国）の意思

ILC 外交的保護条法典作業においては、被告国が、明示的若しくは黙示的に国内的救済不完了の抗弁を放棄した、または禁反言により他国に対して国内的救済完了を求めることを禁じられる場合には、その適用が排除されるという第(b)項を特別報告者デュガードは提案した¹³⁶。

まず明示的な放棄については、これまでも特別仲裁合意、条約や外国人と被告国との間で締結される契約の中に規定が設けられることが多くあり、学説上も 1956 年の万国国際学会グラナダ会期の「国内的救済完了規則」に関する決議や¹³⁷、国家責任条文の特別報告者ガルシア・アマドールによる条文草案などで度々指摘される所であり¹³⁸、原則として確立したものとの認識があると指摘する¹³⁹。他方で、国内的救済完了原則の抗弁を放棄する意思の表示が明示的ではない場合についてまで適用排除を認めようとする事については、シシリー電子工業会社事件で ICJ は反対的な見解を述べており、また理論的にもシュワルツエンベルガ（Schwarzenberger, G.）が指摘するように権利の黙示的放棄、主権の制限、慣習法に反する条約解釈という困難が伴う¹⁴⁰。個別具体的な事例のそれぞれで適用法規を検討する必要があるため、黙示的放棄が推定される状況を一般化することは不可能であるとしながらも¹⁴¹、紛争前に締結された一般的仲裁合意、紛争発生後に締結された特別仲裁

¹³⁴ *ELSI*, *supra* note 2, para. 50.

¹³⁵ Borchard, *supra* note 4, pp. 819, 825; Witenburg, C.-J. « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales », *RCADI*, vol. 41 (1932-III), p. 55; Amerasinghe, C.F., “The Local Remedies Rule in an Appropriate Perspective,” *ZaôRV*, vol.36 (1976), p.752.

¹³⁶ Dugard, “Third Report on Diplomatic Protection,” *supra* note 52, Art. 14 (b).

¹³⁷ Résolution concernant la règle de l'épuisement des recours internes, *supra* note 49.

¹³⁸ García Amador, F.V., “Third Report on International Responsibility,” UN Doc. A/CN.4/111, in *YBILC 1958*, vol. II, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1958/Add.I, Art.17 p. 55.

¹³⁹ Dugard, “Third Report on Diplomatic Protection,” *supra* note 52, para. 50.

¹⁴⁰ Schwarzenberger, G., *International Law*, 3rd ed. (Stevens, 1957), pp. 610-611.

¹⁴¹ Dugard, “Third Report on Diplomatic Protection,” *supra* note 52, para. 55.

合意、あるいは禁反言の原則に基づいて、被告国が国内的救済完了原則の抗弁を放棄する意思を強く推定できる場合があると指摘した¹⁴²。

デュガードの提案に対し、ILC では多くの委員が明示的放棄について支持を表明した一方で、禁反言を含む黙示的放棄については難色を示したが、被告国による国内的救済不完了の抗弁の放棄が同原則の適用例外に含まれること自体には合意が形成され、起草委員会にこの提案が付託されることになった¹⁴³。第六委員会での審議でも同様に、黙示的放棄の適用事例を具体的に示すべきであるとの指摘や、禁反言や類似の法概念への言及は避けるべきとの提案がなされるなど、黙示的放棄について多く懸念が表明された¹⁴⁴。

以上の議論の流れを受けて、2003 年の暫定草案および 2004 年の第一読草案では、第(d)項として「責任があると主張される国が国内的救済手段の完了の要求を放棄した場合」という明示的放棄と黙示的放棄の区別をしない形での条文化がなされた。第一読草案に付されたコメントリーでは、明示的な放棄を原則として、黙示的放棄の可能性については容易に推定されるべきではないとしつつも「国内救済を放棄する意図が明白であるならば、この意図に効果が与えられなければならない」とされ、概念範囲が不明確な禁反言への言及も削除されている¹⁴⁵。

しかしながら、グアテマラ政府が「国家が明示的に権利を放棄するという原則は、確立された慣習国際法である」としてコメントリーでの黙示的放棄に関する言及を問題視したことを受けて¹⁴⁶、特別報告者もコメントリーが書き直されるべきとしたが¹⁴⁷、2006 年の最終条文及びそのコメントリーは第一読草案と同じ記述内容のままで採択されている。

なお ILC では考察されておらず、また明示的な判例も存在しないが、被告国が国内的救済不完了の抗弁を放棄することで、法的効果としては国内的救済が完了したものと看做されることになり、その放棄の意思の時点で裁判拒否が完成することになるものと考えられる¹⁴⁸。

¹⁴² *ibid.*, paras. 56-63.

¹⁴³ ILC Report 2002, *supra* note 74, paras. 194-201.

¹⁴⁴ Sixth Committee 2002, *supra* note 75, paras. 38-39.

¹⁴⁵ Commentary to Art. 16, Paragraph d, First Draft on Diplomatic Protection 2004, *supra* note 39, p. 41, paras. 15-17.

¹⁴⁶ Comments from Governments, *supra* note 41, p. 45.

¹⁴⁷ Dugard, Seventh Report, *supra* note 43, para. 80.

¹⁴⁸ *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB (AF)/98/3, Award of 26 Jun. 2003, paras.87, 153..

1.2.3.2 原告国（国籍国）の訴訟戦術

ILCで検討対象となったのは被告国の意思による国内的救済完了原則の適用排除であるが、これに加えて、原告国の意思によっても同原則の適用を排除することが場合によっては可能である。すなわち、実質的には自国民に対して生じた損害に起因する訴訟であるにも拘わらず、直接にはそれに言及せず、条約の解釈適用の問題として訴訟を提起するという訴訟戦術を採用することで、援用する条約によっては同原則の適用を排除することができる。なぜなら、原告の提起する請求の性質によって、国内的救済が完了されるべき問題であるか否かは決せられるからである¹⁴⁹。そのため、次節で詳しく述べる国家への「直接侵害」概念を援用することで、国内的救済完了原則の適用を免れることができるのであり、アメラシング（Amerasinghe, C.F.）はこれをひとつの適用例外として指摘する¹⁵⁰。ただし「直接侵害」の援用は、法規則というよりは訴訟戦術であるため、ILC外交的保護条文化典化作業では議論されていない。しかし近年のICJでの訴訟では頻繁に利用される手法であるので、ここで言及しておきたいと思う。

例えば、米国において逮捕された総勢54名（本案段階では申立を52名へ変更）のメキシコ国民について、逮捕後にメキシコ領事から援助を受ける権利を通知されることなく裁判手続が進められ死刑判決を受けたことが問題視されたアヴェナ事件は¹⁵¹、外国（接受国）で逮捕された自国民と派遣国領事の接見交通権について定める領事関係条約第36条1項(b)の解釈適用の問題として同条約の追加議定書の裁判条項に基づいてICJに付託されたために、ICJは同条約に基づく請求については国内的救済完了原則が適用されないと判じた¹⁵²。このICJの判断については、個別の事例について国内的救済の完了の判断をなすことが煩雑であるという訴訟経済的な都合から外交的保護に基づく請求を不問に付したに過ぎないと指摘されており¹⁵³、自国民保護に対する動機とその国家的性格は外交的保護と何ら変わらずキュンズリ（Künzli, A.）は「変装した外交的保護（diplomatic protection in disguise）」の事例であると指摘している¹⁵⁴。ミラノ（Milano, E.）は、このような訴訟を提起するという

¹⁴⁹ *Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France* (USA v. France), Decision of 9 Dec. 1978, *UNRIIA*, vol. 18, p. 415; *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement*, Advisory Opinion of 26 Apr. 1988, *ICJ Reports 1988*, para. 41.

¹⁵⁰ Amerasinghe, *supra* note 6, pp. 145-150.

¹⁵¹ *Avena and other Mexican Nationals* (Mexico v. United States), Judgment 31 March 2004, *ICJ Reports 2004*, para. 15.

¹⁵² *ibid.*, para.40, p.36.

¹⁵³ Künzli, A., "Case concerning Mexican Nationals," *LJIL*, vol. 18 (2005), p.51, 53. Benlolo-Carabot, M., "L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique) du 31 mars 2004", *AFDI*, vol. 50 (2004), pp.268-269; Müller, D., "Procedural Developments at the International Court of Justice", *Law and Practice of Int'l Courts and Tribunals*, vol. 3 (2004), pp.560-565.

¹⁵⁴ Künzli, *ibid.*, p.64.

動機そのものは、在外自国民に対する外交的保護そのものであることは変わらず、現代国際法秩序における外交的保護の役割について重要な示唆を与えるものであると評価する¹⁵⁵。

また、南オセチア・アブハジア両地域の軍事衝突の最中に提訴された 2008 年のグルジア対ロシアの人種差別撤廃条約事件では、原告グルジアは、自国領域内でありながらも実効的支配の及んでいなかった同地域に駐留するロシア軍ならびにロシアの指揮支配の下にある同地域の独立分離軍による、殺人、文民に対する不法な攻撃、拷問、レイプ、国外追放、強制移住、投獄、人質を取る行為、誘拐、軍事的必要のない資産の破壊・収用などの行為が、「グルジア民族住民とその他の住民」に対する広範かつ組織的な「人種差別行為」にあたりと主張し、人種差別撤廃条約 22 条に基づいて ICJ に付託した¹⁵⁶。これに対してロシアは、本件は人種差別ではなく武力行使事例、不干渉・自決権、人道法違反の事例であり、同条約 22 条にいう条約の解釈または適用に関する締約国間の紛争にはあたらないと反論した。

このように、条約の締結時には想定されていなかったような事態が裁判条項に基づいて ICJ へ付託される実行は近年増加の一途にあり¹⁵⁷、それに応えて ICJ も積極的な司法政策を採用している¹⁵⁸。例えば、ジェノサイド条約適用事件（ボスニア、1993 年に提訴）¹⁵⁹、ジェノサイド条約適用事件（ボスニア・ヘルツェゴビナ対クロアチア、1999 年に提訴）¹⁶⁰、コンゴ領域における武力活動事件（コンゴ民主共和国（以下、DRC）対ルワンダ、2002 年新提訴）¹⁶¹、人種差別撤廃条約事件（2008 年に提訴）では¹⁶²、自国民に対する人権侵害に

¹⁵⁵ 例えばミラノは、ラグラン事件の最も革新的な点として、「国際条約によって与えられた経済的・世襲的性質ではない個人の権利を、領事関係条約第 36 条下における告知権という特定の事例で承認し、さらに、当該条約の管轄権条項に基づいてそれらの権利のために国家が外交的保護権を発動する可能性を承認している」という。Milano, E., “Diplomatic Protection and Human Rights Before the International Court of Justice: Re-fashioning Tradition?”, *NYBIL*, vol. 35 (2004) p.127; Tinta, M.F., “Due Process and the Right to Life in the Context of the Vienna Convention on Consular Relations: Arguing the LaGrand Case,” *EJIL*, vol.12 (2001), p.366.

¹⁵⁶ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Order of 15 October 2008, paras. 2, 20-21.

¹⁵⁷ 酒井啓亘「国際司法裁判所における紛争処理手続—訴訟当事国の裁判所間の協働プロセスとして」『国際問題』597 (2010 年)16 頁。

¹⁵⁸ 多数国間条約の裁判条項を利用した国家の訴訟戦略と ICJ の司法政策についての包括的な分析は、石塚智佐「多数国間条約の裁判条項にもとづく国際司法裁判所の管轄権」『一橋法学』第 11 巻 1 号 (2012 年) 355-388 頁を参照。

¹⁵⁹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro))*, Judgment of 26 February 2007, 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*, 20 March 1993, para.135; CR 2006/37, 24 April 2006, p. 60.

¹⁶⁰ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Preliminary Objections, Judgment of 18 Nov. 2008, para.20 (Application (b)), para.21 (Memorial, para.2 (d)).

¹⁶¹ *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (DRC v. Rwanda)*, Provisional Measures, Order of 10 Jul. 2002, in *ICJ Report 2002*, p.226.

ついて「市民の父権者として (as *parens patriae* for its citizens)」の請求が提起されているが、これらの事件について、ILC による法典化作業と同時期に外交的保護の検討を行った国際法協会 (ILA) では「伝統的な」外交的保護概念に変化をもたらすものと位置づけられている¹⁶³。

2 実体的要素

1954年の万国国際法学会エクス・アン・プロヴァンス会期で特別報告者を務めたフェルゼイル (Verzijl, J.H.W.) は、国家責任がすでに発生しているにも拘わらず、国内的救済の完了が要求されるのは「単なる政治的便宜」に過ぎないと説明した¹⁶⁴。また山田は、国内的救済完了原則成立に至る歴史的・学說的経緯を踏まえたうえで、第一次大戦後には違法行為の国家への帰属や国際標準主義といった新しい国家責任法論に基づいて「相手国の国家責任が成立していたとしても、それでもなお外交的請求のためには国内救済が尽くされていなければならない」という認識が一般化し、もはや国内的救済利用の結果として裁判拒否などの帰責事由が生じる必要はなくなったと指摘する¹⁶⁵。冒頭でも述べたとおり、国際裁判実行では、国内的救済完了の原則は専ら受理可能性の問題として扱われていることから、手続説が通説としての地位を占めるには相当な理由があるといえる。

国内的救済完了の理論的理解をめぐっては、我が国の学説では伝統的に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とされ¹⁶⁶、さらに手続説が通説たる地位を占めているとの理解が支持されてきた¹⁶⁷。手続説

¹⁶² *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (Georgia v. Russian Federation), Order of 15 Oct 2008, para.20.

¹⁶³ 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.

¹⁶⁴ Verzijl, J.H.W., *Ann. de l'Institut de D. Int'l*, vol. 45 (1954), pp. 84-85.

¹⁶⁵ 山田「前掲論文」(注21)74-75頁。

¹⁶⁶ 皆川洸『国際訴訟序説』(鹿島研究所出版会、1963年)第6章。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)69-72頁。

¹⁶⁷ 加藤信行「国内的救済原則の法的性格と『複合行為』」『国際法外交雑誌』第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』第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。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日本の研究者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すところにその独自性がある。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・薬師寺公夫・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)480-481頁。

を支持する論者は、常設国際司法裁判所 (PCIJ) のパネヴェジス・サルツティスキス鉄道事件 (1939 年) およびモロッコ燐酸塩事件判決 (1938 年)¹⁶⁸、英国メキシコ請求権委員会のメキシコ・ユニオン鉄道会社事件判決 (1952 年)¹⁶⁹、フィンランド・英国間のフィンランド船事件仲裁判断 (1949 年)¹⁷⁰、ICJ でのインターハンデル事件 (1959 年) およびシリヤ電子工業会社事件 (1989 年) といった国際裁判実行において、国内的救済の完了が専ら請求の受理可能性の問題として処理されてきたことを論拠としている。

しかし外交的保護の文脈に限って言うならば、手続説は外交的保護の法的擬制と整合的に理解することは難しいように思われる。すなわち、外交的保護が国家の権利であり、国家に対する侵害が発生しているという擬制に基づくならば、なぜ国内的救済完了の有無という私人の行動によって当該国家の行動が制約されるのか説明することが出来ないのである。さらに、冒頭で紹介したド・ヴィシェール (de Visser, C.) の見解にもあるように、国内的救済の原則が裁判における手続規則であることは自明である¹⁷¹。少なくとも外交的保護の文脈においては、国内的救済完了原則と表裏をなす「裁判拒否」こそ、国家責任を生じさせる違法行為として認識されてきたという歴史的経緯があり、「国内的救済完了原則」と「裁判拒否」とが用語上厳密に区別されず、同義語的に用いられてきた経緯がある。

現に、規則の実体的側面を表す「裁判拒否」概念と手続的側面を表す「国内的救済手続完了の原則」とを厳密に区別することは非常に困難とされ、また当該原則が手続と実体の両面的性質を有しているという指摘は、国外の論者によって一般的になされてきたところである¹⁷²。著者が確認した範囲では、国内的救済完了原則と裁判拒否との用語上の混乱はみられるものの、我が国の学説にいうような実体説と手続説との対立は存在せず、むしろ論じられてきたのは当該原則の内包する実体と手続の両面性に関する問題であるように思われる。本稿では便宜上、手続規則としての国内的救済完了原則と実体規則としての裁判拒否を区別しているが、通説では当該原則の両面性を区別せずに、単に国内的救済完了原則あるいは裁判拒否と呼んでいるにすぎず、そこで意図されている「原則」は、手続と実

¹⁶⁸ *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, *supra* note 51, p.18; *Phosphates du Maroc* (Italie c. France), arrêt du 14 juin 1938, *CPJI Série A/B*, no.74, p. 28.

¹⁶⁹ *Mexican Union Railway (Ltd.) (Great Britain) v. United Mexican States*, *UNRIIA*, vol.5 (1952), p.122.

¹⁷⁰ *Finnish Ships Arbitration*, *supra* note 30, pp.1501-1503.

¹⁷¹ de Visser, C., *supra* note 4, p. 421.

¹⁷² Dugard, "Second Report on Diplomatic Protection", *supra* note 24, para. 10; Borchard, *supra* note 4, pp. 330-343.; Eagleton, C., *The Responsibility of States in International Law* (NYU Press, 1928), p. 113 and "Denial of Justice in International Law" (1928), *AJIL* vol. 22 no. 3 (1928), p. 542; O'Connell, D. P., *International Law, 2nd ed.* (1970), vol. 2, pp. 945-950; Jennings, R. & Watts, A. (eds.), *Oppenheim's*, *supra* note 47, 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 47, pp. 146-159; Eagleton, *ibid.*, pp. 98, 122-123; Dunn, *supra* note 47, p. 153; *See also*, Amerasinghe, *supra* note 6, pp. 84-106; Paulsson, *supra* note 6, pp. 100-130.

体の両方の側面を含む広義の「国内的救済完了原則」ともいうべき原則なのではないだろうか。国内的救済完了原則は、狭義には国際請求の受理可能性という手続規則の問題であるにせよ、少なくとも外交的保護の文脈においては、これまでの国外の学説の多くが議論してきたものは、国内的救済完了の「結果」という意味での裁判拒否までを含む広義の国内的救済完了原則であるというように理解される。現に、二次規則の法典化にこだわる ILC 国家責任条文において、国内的救済完了原則に関する包括的条項の策定が見送られた原因は、同原則が手続的要素と実体的要素の両面を不可分に併せ持つ性質であることにありとされる¹⁷³。

復讐が時代を経て外交的保護制度へと変容する過程において、紛争解決手段として司法機関の利用が広まるなかで、裁判所の管轄権や受理可能性の判断といった法技術的な観点から国内的救済完了の手続的側面に重点が置かれるようになったにせよ、国内的救済完了原則の実体的側面である「裁判拒否」概念についても、外交的保護制度の内実を探る上では今一度検討してみる必要があるように思われる¹⁷⁴。フィッツモーリス (Fitzmaurice, G.G.) は、そもそも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と指摘している¹⁷⁵。現に、1926年の米メキシコ請求権裁判所のニア事件において「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個別意見の中で述べているように¹⁷⁶、外国人待遇義務違反の一構成要素として裁判拒否を捉えることは、実行上も理論上も広く受け入れられてきた経緯がある。

ここで議論されたように、以下では裁判拒否概念についても権利侵害の発生と違法行為の成立という観点から整理し直し、それが外交的保護制度へ与える影響について考察することとする。

¹⁷³ Dugard, “Second Report on Diplomatic Protection”, *supra* note 24, paras. 7-9.

¹⁷⁴ 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 of the General Assembly during its 55th session prepared by the Secretariat (2000), UN Doc. A/CN.4/513 (2000), para. 196.

¹⁷⁵ Fitzmaurice, *supra* note 13, pp. 95-96.

¹⁷⁶ *L.F.H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States*, 15 Oct. 1926, *UNRIIAA*, vol. 4 (1951), Separate Opinion, Commissioner Fred K. Nielsen, p.64.

2.1 権利侵害の「間接性」と紛争主題決定指標としての「優越性」

国内的救済完了の原則が要求される実体的な根拠として指摘されるのが、訴因となる侵害の「間接性」である。すなわち、武力攻撃や在外公館への侵害のような国家に対する「直接侵害」の事例とは異なり、一般に外交的保護は、自国民への侵害を通じて「間接的に」国籍国が侵害を被る「間接侵害」の事例と表現される¹⁷⁷。そしてこの「間接侵害」の場合にのみ国内的救済の完了が要求されると理解されている¹⁷⁸。

「間接侵害」という用語の淵源をたどれば、ヴァattelの『万民法すなわち自然法の原理』（1758年）に行き着く。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」と述べているのである¹⁷⁹。ただし執筆時期からみて、ここで念頭に置かれているのは外交的保護ではなく復讐の議論であることには留意しておかねばならない。ここ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は、復讐の集団責任の理論（国家有機体説）に基づけば自明のことだからである¹⁸⁰。19世紀初頭から始まったヨーロッパでの平和運動が1870年代頃から一層の高まりを見せるにつけ¹⁸¹、復讐から外交的保護へと制度が変遷する中でもヴァattelの「間接的侮辱」の概念は継受された。調停及び仲裁裁判を予定した紛争処理条約が数多く締結され、このような条約に基づく国際裁判実行が積み重ねられるなかで形成されてきた外交的保護制度は、19世紀中葉の帝国主義が全盛期において、欧米列強が国力増強を目的として中南米諸国に経済的介入を行う際の法的正当化に都合よく引用されたのである。

国民に対する侵害を通して「間接的に」国家の権利が侵害されるという発想は、確かに現象をイメージ化した説明としては分かりやすく、また一般人に対する侵害行為と、領域侵犯など明らかに国家への「直接的」侵害といえるような事例との区別は、我々の法感覚にも合致するものである。しかし外交的保護の法的擬制を念頭に置くなれば、「間接侵害」

¹⁷⁷ Wittich, S., "Compensation," *MPEPIL* (online ed., OUP, www.mpepil.com; last updated on May 2008), para.22.

¹⁷⁸ *Oppenheim's, supra note 47*, p. 523; *Freeman, supra note 8*, p. 404; *Jessup, P.C., A Modern Law of Nations* (Macmillan, 1952), pp. 118-120; *Cançado Trindade, supra note 72*, p. 172; *Meron, T., "The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local remedies," BYBIL*, vol. 35 (1959), pp. 84-85; *American Law Institute, Restatement of the Law (Third) the Foreign Relations Law of the United States, Part II* (1987), para. 902.

¹⁷⁹ *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).

¹⁸⁰ *Dunn, supra note 47*, p.52.

¹⁸¹ *Beales, A.C.F., The History of Peace. A Short Account of the Organized Movements for International Peace* (G. Bell, 1931), p.130ff.

と「直接侵害」のいずれの場合も結論として国家の権利侵害が生じていることに変わりはなく、従って両者を峻別する論理的必然性はないように思われる¹⁸²。

それでもメロン (Meron, T.) が指摘するように、この区別はいまだ判例において放棄されておらず、近年では「紛争の主題」や「請求の性質」の決定及び分類のための指標として用いられるようになってきているのである¹⁸³。そもそも ICJ で請求の性質決定の問題が判決中で論じられるのは、ICJ において訴訟開始要件としての請求訴状における「請求」は、紛争主題を具体化した暫定的な権利主張に過ぎず、申立時点においてはその特定が必ずしも義務とはいえないことから、申立時点における「請求」は漸進的具体化の出発点にあるにすぎないからである¹⁸⁴。サルウェー (Thirlway, H.) は、このような区別に伴う国内的救済完了原則の適用の可否が、むしろ裁判における請求主題を確定するための指標として機能していると指摘している¹⁸⁵。

近年の ICJ 判決では、たとえ私人への権利侵害が問題となる場合であっても、それと同時に発生する国家への「直接侵害」が紛争の主題として「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ている¹⁸⁶。国家の権利への直接侵害が「優越的」であると判断された事例としては、まず 1979 年の在テヘラン米外交領事職員事件が挙げられる。イランの過激派学生が米国大使館を占拠した同事件では、外交・領事職員ではない民間米国人 2 名も人質となっていた¹⁸⁷。仮保全措置請求で ICJ は、外交・領事関係両条約の保障する公館の不可侵に加え、領事関係条約 5 条の定める領事業務遂行の観点から、当該民間人に対する保護も条約による保護の範囲に含まれるものとした¹⁸⁸。この結論は本案判決でも支持されている¹⁸⁹。

¹⁸² Jessup, *supra* note 178, p. 116; Briggs, H.W., *The Law of Nations*, 2nd ed., (Appleton-Century-Crofts, 1953), p. 735; Wittich, *supra* note 177, para. 24.

¹⁸³ Meron, *supra* note 178, p. 87.

¹⁸⁴ 李禎之『国際裁判の動態』（信山社、2007年）14-22頁。

¹⁸⁵ Thirlway, H., “The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1960-1989,” *BYBIL*, vol. 66 (1995), pp. 89-90.

¹⁸⁶ *Interhandel*, *supra* note 3, p. 29; United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (U.S.A. v. Iran), Judgment 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.

¹⁸⁷ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (United States of America v. Iran), [hereinafter, “Teheran case”], Judgment of 24 May 1980, *ICJ Reports 1980*, para.17.

¹⁸⁸ Teheran case, Order of 15 Dec 1979, *ICJ Reports 1979*, para.19.

¹⁸⁹ Teheran case, Judgment, *supra* note 187, paras. 46, 67. 加えて本案判決では、外交人待遇義務違反との関係で、イラン政府による学生らの行為の是認が、イランと米国間の二国間条約である友好経済関係領事保護条約第 2 条 4 項および一般国際法規則に照らして領域国が相手方国民に対して負う安全確保義務に反すると認定された。 *ibid.*, paras.50, 67.

つまり、在外公館への侵害は国家の権利を直接に侵害するものであるため、公館への攻撃によって公館内で侵害を受けた私人の権利は、当該交換を所有する国家の権利侵害に「吸収」されるというのである¹⁹⁰。同様の事例である2005年のコンゴ領域における武力活動事件（DRC対ウガンダ）においても、この結論は支持されている。本件で被告ウガンダは第2反訴請求として、コンゴ軍の兵士が在キンシャサ・ウガンダ大使館を襲撃し外交官らを脅しコンゴ人を解放させたいと金銭を強奪したこと、DRCからの脱出を図るために国際空港にいたウガンダ政府職員と民間人17名をコンゴ軍が襲撃し非人道的待遇を与えたいと金品を強奪したこと、さらに外交官らの脱出後にコンゴ軍が在キンシャサのウガンダ政府事務局及び大使の住居を接収し公用車や家具などの財産を盗難したことが、外交・領事関係条約の違反を構成すると主張した¹⁹¹。ICJは、外交関係条約第44条および45条が定めるように武力紛争時においても外交官や公館に対する接受国の義務が継続することを確認したうえで¹⁹²、ウガンダ大使館襲撃時に構内にいたと推察される民間人の権利も、公館の不可侵の文脈で保護されるとされた¹⁹³。他方で、国外脱出のために空港にいた民間人の保護については、彼らがウガンダ政府職員と行動を共にしていたとはいえ、「ウガンダに対する直接侵害を生じさせるDRCの国際義務違反とは関係がない」外交的保護請求であり、本件では外交的保護発動の前提条件たる国籍の証明と国内的救済完了の要求が満たされていないというDRCの抗弁を裁判所も是認している¹⁹⁴。

ただし在外公館の「外」にいる国民であっても、領域国当局によって逮捕された者に対する不法な待遇については、当該国民の国籍国に対する「直接侵害」と看做される余地がある。領事関係条約第36条1項(b)は、領域国は外国人を逮捕する際に彼らが自国領事から援助を受ける権利を有するということを通知し、彼らから要請がある場合には担当領事に通報するという義務を負うとする規定である。この規定についてICJは2001年のラグラン事件判決で「領事保護の制度の履行を促進するために設計された相互関係的な体制（interrelated régime）」を形成するものであり¹⁹⁵、ここでいう「相互依存的な体制」とはShi判事が個別意見で解説するように、領事関係条約の「趣旨及び目的」に照らせば「もし当該国家間で領事関係が存在しないのであれば、そしてもし派遣国の自国民の保

¹⁹⁰ 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 », *RGDIP*, vol. 111, no. 1 (2007), p. 111.

¹⁹¹ *Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v. Uganda)*, Judgment 19 Dec. 2005, *I.C.J. Reports 2005*, paras. 306-313.

¹⁹² *ibid.*, paras. 322-327.

¹⁹³ *ibid.*, para. 331.

¹⁹⁴ *ibid.*, paras. 333, 315.

¹⁹⁵ *LaGrand (Germany v. USA)*, Judgment of 27 June 2001, *ICJ Reports 2001*, para.74.

護・援助の権利が存在しないのであれば、[個人の] 領事通報・通信の権利は存在しない」という趣旨のものである¹⁹⁶。すなわち国家の権利と同条の下で創設される個人の権利とが別個に存在するのではなく、領事による自国民保護という制度を構成するためのパーツとして捉えられている¹⁹⁷。この理解は2004年のアヴェナ事件判決でも支持されており¹⁹⁸、ICJは「第36条に基づく個人の権利の侵害は派遣国の権利の侵害を引き起こし、そして後者の権利の侵害は個人の権利の侵害を引き起こす」という「派遣国と被拘禁者個人の権利とが相互依存関係にあるという特殊な事情に鑑みて、直接的に若しくは36条1項(b)の下でメキシコ国民に与えられた個人の権利侵害を通じて被った権利侵害につき、ICJに裁定を下すよう、メキシコ自身の名において請求を提起することができる」とし、「このような請求については、国内的救済原則は適用されない」と結論している¹⁹⁹。すなわち、領事業務の妨害は国家への直接侵害を、逮捕時に権利を通知されないことによって国民が被った損害は国家への間接侵害を構成することは認めつつも、逮捕者に対する領事援助の提供という特殊な文脈においては、制度的に直接侵害と間接侵害が不可分一体のものであること、さらに条約の趣旨からしても直接侵害が優越的な請求であることが考慮されて、外交的保護請求の前提条件としての国内的救済が完了されていなくとも、国家は請求を提起できるというのである。

他方で、このような特殊な状況にない一般国民については、問題となる権利侵害に関する国際取極が存在していたとしても、国民を通じた「間接侵害」が請求内容として「優越的」である場合には国内的救済の完了が要求されてきた。1959年のインターハンデル事件は、スイス企業インターハンデル社が所有する米国株式が第二次大戦中に敵性資産（ドイツ資産）と認定され米国政府に接收された件について、戦後、在スイスドイツ資産の精算と在米スイス株式の封鎖解除に関してスイス・米・仏・英国間で締結された1946年のワシントン協定が紛争解決手続として定める仲裁ではなく、スイス再審庁が当該企業に対する資産封鎖を遡及的に取消す決定を1949年1月5日に下し、スイス政府も当該決定がワシントン協定の締約国に対して対抗力を持つと判断して、インターハンデル社の資産の返還を米国に求めたところ、米国が当該決定は米国において効力を有しないとして返還を拒否した事例である²⁰⁰。本件でスイスは、1946年のワシントン協定という「国際法の直接的違反

¹⁹⁶ Separate Opinion Vice-President Shi, *ibid.*, paras.5-7.

¹⁹⁷ Künzli, A., “Case concerning Mexican Nationals,” *Leiden journal of international law*, vol. 18, issue 1 (2005), p.53.

¹⁹⁸ *Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. USA)*, Judgment 31 March 2004, *ICJ Reports 2004*, paras. 50, 99.

¹⁹⁹ *ibid.*, para.40.

²⁰⁰ *Interhandel*, *supra* note 3, pp. 17-18.

が、スイスの権利を間接的に侵害することにつながった」と主張した²⁰¹。しかし ICJ は、スイス政府はインターハンデル社という自国民の請求を取り上げ、同社の財産に対する損害賠償を米国政府に対して要求しているのであり、まずは米国裁判所で利用可能な国内的救済が完了されなければならないという米国の抗弁を認めた²⁰²。この判断は、1989年のシシリ電子工業会社事件でも是認されている²⁰³。すなわち、これらの事例では条約違反は付随的あるいは副次的なものにすぎず、外交的保護請求が紛争の主題として認識されたのである²⁰⁴。

このように ICJ は、問題となる侵害が国家への「直接侵害」であるか「間接侵害」であるかという論点を、紛争の主題の決定のために用いてきた。両方の要素が混合された国際請求において、「直接侵害」と「間接侵害」のいずれの侵害が優越的であるのかを判断することで紛争の主題を決定し、国内的救済完了原則適用の可否を決定し、それにより請求の受理可能性を決定するための指標として扱ってきたのである。

ILC 外交的保護条文で特別報告者を務めたデュガードはこの点をとらえて、2001年の報告書の中で、外交的保護が請求の「優越的な基礎」を構成する場合には国内救済手段が尽くされなければならないとする第11条を提案した²⁰⁵。近年の ICJ 判例からも明らかなように、実際の国際請求の多くは「直接侵害」と「間接侵害」とを混合的に含む紛争であり、紛争主題を決定するための「優越性」という指標は、国内的救済完了原則適用の可否を含め、請求の分類にとって有用であると説明している²⁰⁶。例えば、外国企業であっても、公的に資金が財務管理されている企業の行為は主権的行為として国内的救済完了原則の適用を免れる場合があるという²⁰⁷。彼の提案は ILC 内の議論において、国家実行を反映するものとして一般的な支持が示されながらも、「直接侵害」「間接侵害」という用語の招く誤解への懸念が示されたため²⁰⁸、特別報告者はこの用語を削除したうえで、なお請求の「優越性」基準としての要素は残して起草委員会へ条文案を付託することにした²⁰⁹。

²⁰¹ *ibid.*, p. 28.

²⁰² *ibid.*, pp. 28-29.

²⁰³ *ELSI*, *supra* note 2, para. 52.

²⁰⁴ Dugard, “Second Report on Diplomatic Protection,” *supra* note 24, para. 25.

²⁰⁵ Dugard, “Second Report on Diplomatic Protection,” *supra* note 24, Art. 11, p.10.

²⁰⁶ *ibid.*, paras. 19-24, 27.

²⁰⁷ *ibid.*, para. 6.

²⁰⁸ ILC Report 2001, *supra* note 31, paras. 202-203.

²⁰⁹ *ibid.*, para. 207.

この請求の「優越性」基準の採用については、第六委員会でも強く支持されており²¹⁰、2003年のILC暫定草案²¹¹、2004年の第一読草案でも「請求の分類」という名称の独立の条項として存在していたところ²¹²、各国政府から特に強固な反対意見が寄せられることもなかったため、そのままの形で2006年の最終草案でも採択されている。ただし最終草案では独立の条文ではなく、国内的救済完了原則について規定する第14条に3項として包摂されることになった。すなわち同項は次のように規定する。

「国際請求または請求に関連する宣言判決の要請が、自国民または第8条にいう者〔無国籍者及び難民〕の損害を優越的な基礎としてなされる場合には、国内救済手段が尽くされなければならない。」²¹³

同条に付されたコメントリーによれば、例えば宣言的判決を求められているからといって一概に「直接侵害」とは看做されえず²¹⁴、紛争の主題、請求の性質および要求された救済に優越性基準を当てはめることで国内的救済完了原則の適用の可否が決められるという²¹⁵。

請求の「優越性」という指標はそもそも、1947年の「国連の任務遂行中に被った損害の賠償事件」で国籍国による外交的保護と国連による機能的保護の競合関係が問題となった際に両者が併存関係にあることを明らかにするために用いられたように²¹⁶、本来別の独立した訴訟法上の論点として存在していたと考えられる。しかし現在においては、本来は権利侵害の実体的内容を表現する「間接侵害」という概念が以上のような経緯を経て「優越性」の指標と結びつくことで、紛争主題の決定に関わる受理可能性という手続法上の問題へと転化したと理解することができるのではないだろうか。

²¹⁰ Sixth Committee 2001, *supra* note 33, paras. 85-86.

²¹¹ Art.9[11] of the draft articles on diplomatic protection provisionally adopted so far by the Commission, Report of the International Law Commission on the work of its 55th session (5 May-6 June and 7 July-8 August 2003), UN Doc. A/58/10, in *YBILC 2003* (Part Two), UN Doc. A/CN.4/SER.A/2003/Add.1 (Part 2), pp. 37-38.

²¹² Art. 15 of First Draft on Diplomatic Protection 2004, *supra* note 39.

²¹³ Art. 14(3) of Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra* note 1.

²¹⁴ 宣言的判決が要求されたが国内的救済完了も求められた事例として *Interhandel*, *supra* note 3, at pp. 28-29; *ELSI*, *supra* note 2, p. 43.

²¹⁵ Commentary to Art. 14, Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra* note 1, paras.9-13.

²¹⁶ *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion: *I.C.J. Reports 1949*, 174 at 185.

2.2 違法行為の構成要件としての裁判拒否

フィリモーリア (Philimore, R.) に代表されるように²¹⁷、ヴァッテルが復讐の根拠として認識してきた裁判拒否を外交的保護の文脈で捉えなおした学説は 19 世紀中葉以降には見られるようになったと指摘される²¹⁸。さらに外交的保護の成立に大きく貢献したボーチャードや、カルヴォ (Calvo, C.) に代表される²¹⁹、ラテン・アメリカ諸国の慣行や学説もまた、裁判拒否をもって初めて国家責任が成立すると理解するものであった²²⁰。初期の判例も裁判拒否を外交的保護請求の実質的基礎と捉えるものが少なくはない。例えば、カルヴォ条項の法的効力について争われた 1926 年のテキサス北米浚渫会社事件で米メキシコ請求権委員会は、裁判の遅滞などによる「裁判拒否」が成立して初めて、本国の外交的保護請求が認められるとの立場を明確にしており²²¹、同様の結論は 1930 年の英国メキシコ請求権委員会のメキシコ・ユニオン鉄道会社事件でも支持されている²²²。

裁判拒否を国際請求の訴因として捉える立場では、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、責任を迫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²²³、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ともいうことができる。現に、裁判拒否こそ外交的保護の訴因たるべきという理解は、これまでもいくつかの条文草案で採用されてきた経緯があるがその内容について一致した見解は存在しない。

例えば、1925 年に米国国際法協会が採択した第 16 号草案の第 4 条は次のように規定する。

裁判拒否は次の場合に存在する。

(a)外国人が彼の請求する権利を行使するときに、請求が行われた国の当局が法により正当化されない障害をさしはさむ場合

²¹⁷ Phillimore, R., *Commentaries upon International Law*, 3rd ed, vol. 2 (Butterworths, 1882), p. 3ff.

²¹⁸ 小畑郁「『個人行為による国家責任』についてのトリーペル理論」『神戸商船大学紀要第一類文科論集』第 36 号 (1987 年) 3-4 頁。

²¹⁹ Calvo, C., *Le droit international théorique et pratique*, 5^e ed., revue et complétée, t. 3 (Puttkammer et Muhlbrecht, 1888), p. 133, para. 1271.

²²⁰ Accioly, H., « Principes généraux de la responsabilité internationale d'aspects la doctrine et la jurisprudence », *R.C.A.D.I.*, vol. 96 (1956-1), p.409; Borchard, E., "Theoretical Aspects of the International Responsibility of States", *ZaöRV*, vol. 1 (1929), p.239-240.

²²¹ *North American Dredging Company of Texas (USA) v. Mexico*, *UNRIAA*, vol. 4 (1926), para. 20.

²²² *Mexican Union Railway*, *supra* note 169, pp. 122-123.

²²³ Freeman, *supra* note 8, pp. 115.

- (6)外国人が償還請求した国の当局が、法的理由なく又は法の原則に反する理由で彼の権利を軽視した場合
- (c)当該国で効力を持つ手続の基本規則が破られ上訴が不可能である場合²²⁴

また、1926年に国際連盟における国際法漸進的法典化のための専門家委員会が検討した「領域内で外国人及びその財産へ生じた侵害についての国家責任」についての結論を報告者グエッロ（Guerrero, G.）がまとめた報告書は、次のような定義を行っている。

「裁判拒否とは、国内法が外国人に与える権利を守るために裁判所へ外国人が容易にアクセスを許すことを拒否することをいう。権限ある裁判官が管轄権を行使することを拒否する場合も、裁判拒否に該当する。」²²⁵

1927年の万国国際法学会ローザンヌ会期で採択された「外国人の身体または財産に対する自国領域内での侵害についての国家の国際責任」第5条でも、裁判拒否概念の定式化が図られている。

以下の裁判拒否の項目について国は責任を負う

1. 外国人保護の確保のために必要な裁判所が存在しない又は機能していない場合
2. 外国人は裁判所を利用できない場合
3. 良き司法（*bonne justice*）を確保するために不可欠な保障を裁判所が行わない場合²²⁶

さらに、1929年ハーヴァード草案の第6条でも「国家は通常、被害者である外国人が利用しうる国内的救済を尽くすまでは、（他国に賠償をなす義務の下に）有責ではない」としており²²⁷、少なくとも20世紀前半においては、外交的保護の文脈で国内的救済完了原則と表裏をなす「裁判拒否」こそ、国家責任を生じさせる違法行為として多くの論者によって確認されていたといえる。すなわち、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。

²²⁴ Art. IV of Project No. 16 on Diplomatic Protection prepared by American Institute of International Law (1925), reproduced in *YBILC 1956*, vol. 2, *supra* note 48, p. 227.

²²⁵ Conclusion amended by Rapporteur G. Guerrero of Questionnaire No. 4 on “Responsibility of States for damage Done in their Territories to the Person or Property of Foreigners” adopted by the League of Nations Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law (Geneva, 1926), reproduced in *ibid.*, p. 222, para.7.

²²⁶ Art. 5 of Draft on “International Responsibility of States for Injuries on Their Territory to the Person or Property of Foreigners” prepared by Institute de Droit international (1927), reproduced in *ibid.*, p. 228.

²²⁷ Article 6 of 1929 Harvard Draft, *supra* note 48, p. 229.

そもそも理論的には、義務違反による権利侵害の発生と違法行為の成立、あるいは違法行為の成立と責任の成立とは同視されるべきではない。義務違反の結果として被害者の権利侵害が発生していたとしても、問題となる行為が違法行為として成立するためにはまず、違法行為の構成要件が満たされなければならない、さらに当該行為について行為者の責任を追及するためには違法性阻却事由の不存在が証明されなければならないからである。現に2001年の国家責任条文は、これらの違いを意識的に区別しているものと捉えられる²²⁸。違法性阻却事由については独立した章で「同意」「自衛」「対抗措置」「不可抗力」「遭難」「緊急避難」が列挙されているが²²⁹、本章の関心事項との関係でより重要であるのは、権利侵害の発生と違法行為の成立に関する条文である。第15条の「合成的行為 (composite act / fait composite) から成る違反」と名づけられた難解な条文は、第1項で「全体として違法となる一連の行為又は不作為を通じての国の国際義務の違反は、作為又は不作為が他の作為又は不作為と結合して違法行為を構成するに足りる程度になるときに発生する」と規定する²³⁰。

これは実質的に、義務違反による権利侵害の発生と違法行為の構成要件との関係に関する議論であり、コメンタリーが具体例として挙げる「合成的行為から成る違反」はいずれも、被害者に対する権利侵害の発生によってただちに違法行為が成立するというものではなく、一定の構成要件が満たされてはじめて違法行為が成立するというものである。例えば、ジェノサイドが成立するためには、単に集団的な殺害を行うという客観的要件だけでは不十分であり、行為者の側に「集団を全部または一部破壊する意図」がなければなら

²²⁸ 国家責任条文は、国際義務に違反して発生した権利侵害について、いかにして行為の違法性が認定され、さらに国家の責任を成立させることができるのかという法の解釈・適用に関する規則集である。これを ILC は特別報告者アーゴの提案に従い「二次規則」と呼称しており、義務賦課規範である「一次規則」とは区別される (Report of the ILC on the work of its 22nd session (4 May-10 Jul. 1970) UN Doc. A/8010/Rev.I, in *YBILC 1970*, vol. 2, UN Doc. A/8010/Rev.I, p. 306, para. 66 (c))。国家責任条文の英語正式名称は「国際不法行為に対する国家責任に関する条文 (Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts)」であり、ここでいう“wrong”という概念は、他人の権利を侵害すること、その結果、損害を与えることを意味する (田中英夫『英米法辞典』(東大出版会、1991年) 919頁)。他方、「違法 (illegal)」は法の明示の禁止に違反していること、「不法 (unlawful)」は法の明示の規定には違反していないが、公序良俗に反するなどの理由で法によって承認されず、意図された効果を発生させないものを意味する (同 884頁)。仏語正文で用いられている“illicéité”という用語も、法令違反、公序良俗違反、違法な加害行為、犯罪の構成要素など文脈によって多様な使い分けのされる語であり、単純に違法性を意味する“illégalité”とは異なる (山口俊夫『フランス法辞典』(東大出版会、2002年) 270頁)。このような用語の使い分けからも、国家責任条文では、権利侵害の発生、違法行為の成立と責任の成立とが峻別されていることは明らかであるといえる。

²²⁹ Arts. 20-25 of Draft Articles on State Responsibility 2001, *supra* note 23.

²³⁰ Art. 15.1 of Draft Articles on State Responsibility 2001, *supra* note 23.

ない²³¹。客観的・主観的要件の両方が構成要件として満たされて初めて、違法行為が成立するものである²³²。

2.2.1 複合違法行為仮説

2001年のILC国家責任条文第15条にいう「合成的行為」概念の背景には、国家責任条文化典化作業において特別報告者を務め、草案の理論的基礎を築いたともいべきアゴによる「複合違法行為 (délits internationaux complexes)」仮説の存在を指摘できる。アゴは、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違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)」とは対置される概念である²³³。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ことが可能になるのである²³⁴。

この議論は、アゴが起草したILCの国家責任条草案第一読第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ている²³⁵。第21条2項では特に、加害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、最初に発生した違法の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、国際義務違反が生じるという複合違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」²³⁶、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

²³¹ Art. 2 of Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, signed at Paris on 9 Dec. 1948, *UNTS*, vol. 78, p. 277.

²³² Commentary to Art. 15, Draft Articles on State Responsibility 2001, *supra* note 23, paras. 2-3.

²³³ Ago, R., « *Le délit international* », *R.C.A.D.I.*, vol. 68 (1939-II), pp.506-517.

²³⁴ Ago, *ibid.*, pp. 512-517.

²³⁵ 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 Reuter, P. (ed.) *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; Dupuy, P.-M., “Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats”, *R.C.A.D.I.*, vol. 188 (1984), pp. 43-54; Brownlie, *supra* note 72, p. 241; Tomuschat, C., “What is a ‘Breach’ of the European Convention on Human Rights”, *Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol.3 (M. Nijhoff, 1994), p. 315; Wylter, 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.

²³⁶ 人種差別撤廃条約2条1項c号。

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²³⁷。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²³⁸。

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、煩雑に過ぎるといっているのである²³⁹。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²⁴⁰、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²⁴¹。ゆえに、そのような個別具体的な規則の違反の一部または違反の総体が、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²⁴²。

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「変形」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

²³⁷ 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。

²³⁸ Crawford, J., "Second Report on State Responsibility", UN Doc. A/CN.4/498, in *YBILC 1999*, vol. II (Part One), paras. 53-80.

²³⁹ 加藤信行「国内的救済原則の法的性格と『複合行為』」『国際法外交雑誌』90 卷 6 号(1992 年)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 卷 1 号(1988 年)6-14 頁。山田「前掲論文」(注 21) 81-82 頁。

²⁴⁰ 加藤「前掲論文」(注 239) 710 頁。

²⁴¹ 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)244 頁。同「国際違法行為責任における過失の機能」『国際法外交雑誌』96 卷 6 号(1998 年)13-22 頁。

²⁴² Freeman, *supra* note 8, pp. 50-51.

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。

2.2.2 2002年英国アッバシ (Abbasi) 事件

このような複合違法行為仮説を裏付ける最近の実行として注目されるのが、イングランド・ウェールズ控訴院における2002年のアッバシ (Abbasi) 事件である²⁴³。原告のアッバシ氏はアフガニスタンで米軍に「敵性戦闘員 (enemy combatant)」と認定されて拘束され、そのまま在キューバ米軍基地内に所在するグアantanamo収容所に送還・収監された英国国民であり、本件は原告が代理人を通じて英国外務大臣および内務大臣に対し英国の国内法である1998年人権法第6節に基づく外交的保護を要請した事例である²⁴⁴。同収容所にはキューバの管轄権が及ばず米国が排他的に管理する一方で²⁴⁵、米国は当該収容所が米国領域外にあることを理由として国内法及び同国の締結した各種人権条約が適用されないとしてきた²⁴⁶。同収容所において、収監者に対しては人身保護令状を請求する手続が予定されておらず、これについては2008年に米国最高裁も違憲状態であったと認定している²⁴⁷。

イングランド・ウェールズ控訴院は²⁴⁸、最終的には外交的保護は政府裁量の範疇であるとして原告の訴えを棄却しているが²⁴⁹、アッバシ氏の置かれている状況について「裁判拒否」が生じているとの認定を行った。まず控訴院は、米国の主張する「敵性戦闘員」が法的根拠のないものであり、アッバシ氏は「法のブラックホール」たるグアantanamo収容所に恣意的に拘束されているとして状況を厳しく批判する²⁵⁰。英国外務省が慣習国際法の一

²⁴³ *R (Abbasi) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for the Home Department* [2002] EWCA Civ 1598, Judgment of 6 Nov. 2002, [hereinafter, *Abbasi v. Secretary of FCO*], para. 68.

²⁴⁴ *ibid.*, para. 50.

²⁴⁵ Article III, Agreement between the United States and Cuba for the Lease of Lands for Coaling and Naval stations, Signed by the President of Cuba, February 16, 1903; Signed by the President of the United States, February 23, 1903.

²⁴⁶ U.S. Additional Response to the Request for Precautionary Measures, Definition of Enemy Combatants at Guantanamo Bay, Cuba, Inter-American Commission on Human Rights, 15 Jul. 2012. 同収容における被拘束者に対する非人道的待遇の問題については各種マスメディアの報道にて周知の通りであり、映画化（『グアantanamo、僕達が見た真実』 (The Road to Guantanamo)）もされている。

²⁴⁷ すなわち、軍事委員会法 (Military Commissions Act) に基づき設立された戦闘員地位再審裁判所 (Combatant Status Review Tribunal) が、グアantanamo基地被拘禁者に対して、人身保護令状 (habeas corpus) 請求を適切かつ実効的に提出する手続を用意していないことが、憲法違反であるという。 *Boumediene et al. v. Bush*, 553 US (12 Jun. 2008), paras. 37-38, 54-56.

²⁴⁸ 正確には Supreme Court of Judicature, Court of Appeal (Civil Division) である。 Supreme Court of Judicature (最高法院) はイングランド及びウェールズにおける控訴審裁判所に該当し、Court of Appeal (控訴院)、High Court of Justice (高等法院)、Crown Court (刑事法院) によって構成される。

²⁴⁹ *Abbasi v. Secretary of FCO*, *supra* note 158, para. 99.

²⁵⁰ *ibid.*, paras. 64-66..

般規則に基づいて 1985 年に発行した「国籍に関する規則」第 8 によれば、「国内救済手段を尽くしても請求者が侵害または妨害に直面する場合は裁判拒否であり、英国政府は彼のために介入し正義 (justice) を確保する」と定めていること²⁵¹、また本件の状況についても政府は「すべての法的救済が尽くされ、英国国民と彼らの弁護士は失策 (miscarriage) 又は裁判拒否の証拠を手に入れたとき」には非公式に交渉を行うという大臣の発言から²⁵²、「これらの声明は、失策 (miscarriage) や裁判拒否の証拠がある場合に、在外英国国民の権利を保護する役割を政府が負うことを明白に示している」という²⁵³。

ここでは、国内的救済の完了または国内的救済を完了することのできない例外的事情の存在によって、裁判拒否が生じ、それこそが外交的保護請求の訴因となることが明示的に論じられているのである。すなわち、最初にアッバシ氏がアフガニスタンで拘束された時点では、当該拘束は同氏の権利を侵害するものであるにせよ、彼の国籍国である英国に対する国際違法行為には当たらない。複合違法行為仮説に沿って状況を解釈するならば、裁判拒否が生じた時点で、米国の不法行為が英国に対する「国際違法行為」として「完成」し、英国による外交的保護請求を裏付けるということになる。現にこの判決後、英国外務省は米国政府と交渉を開始し、被拘禁者を訪問するなどして、2005 年初めまでに全員を釈放・帰国させている²⁵⁴。

アッバシ事件で問題とされた状況は、国内的救済完了原則と裁判拒否概念とが不可分のものとして表裏一体をなすことを現代的な感覚で我々の前に示す好例といえるのではないだろうか。外交的保護のリーディング・ケースとされる裁判例の多くは 19 世紀から 20 世紀前半にかけてのものが多く、また ICJ に係争した外交的保護請求も革命や失策、戦争といった不安定な国際情勢に起因する損害に関するものばかりであるが、米国のような「文明国」において「平時」であっても依然として裁判拒否が発生することを本件は示している。

²⁵¹ Rule VIII of Rules regarding Nationality, supplied by Foreign and Commonwealth Office in Oct. 1985, reproduced in Warbrick, C., *Protection of Nationals Abroad (Current Legal Developments of the UK)*, *ICLQ*, vol. 37 (1988), p. 1008. 「規則」は国内法に直接的効果を有しない一般的政策の声明 (statement) とされる。

²⁵² *Abbasi v. Secretary of FCO*, *supra* note 158, paras.90-91.

²⁵³ *ibid.*, para. 92.

²⁵⁴ McGregor, L., “Legal routes to restoring individual rights at Guantanamo Bay: the effectiveness of habeas corpus application and efforts to obtain diplomatic protection,” in Alice Edwards & Carla Ferstman (eds.), *Human Security and Non-Citizens: Law, Policy and International Affairs* (CUP, 2010), p. 576.

おわりに

本章では、外交的保護請求発動の前提要件の一つである国内的救済完了原則について、その手続規則としての内容を明らかにした上で、原則に含まれる実体的側面としての裁判拒否概念についても考察を行い、同原則の内容を包括的に検討した。ここで明らかになったことを簡潔にまとめると次のようになる。

第一に、手続規則としての国内的救済完了原則は、実行上も学説上も確立した国際慣習法原則として認められており、そこで求められる救済手段とは当該領域国において私人が利用可能な「法定の救済手段」のことをいう。さらにその適用例外についても緩やかなコンセンサスが存在する。慣習法上の適用例外として認められるのは、実効的救済手段が存在しない場合、救済手続きに不当な遅滞や違法行為国による妨害がある場合、そして外交的保護請求訴訟の被告国が国内的救済の不完了の抗弁を明示的に放棄する場合である。領域国との連関の欠如についても2006年のILC外交的保護条文に規定があり、その必要性については学説上の議論はあるものの、実行としては不明瞭であり慣習法化しているかは疑わしい。ただしいずれの場合も、個別の状況に応じて例外が認められるかが判断されなければならない。規則としては抽象的な定式化に留まらざるを得ないため、具体的な内容を確定することは困難である。また、外交的保護請求を提起する原告国の訴訟戦術として、裁判条項を有する条約の違反と当該違反による「直接侵害」性を強調することで、実質的には在外自国民保護を目的とする訴訟であっても、国内的救済完了原則の適用を回避することができる場合がある。

第二に、裁判拒否概念は、少なくとも外交的保護の文脈においては、国内的救済完了原則の実体的側面ものとして切り離して捉えることはできず、外交的保護請求の訴因となる国際違法行為の一構成要件たる地位を占めている。国内的救済を尽くしたが適正な救済が受けられず、裁判拒否が決定的となった場合に国家責任が成立するとする複合違法行為仮説は、煩雑に過ぎるとの批判を受けてきたが、例えば2002年の英国アッバシ事件における実際の外交的保護事例における紛争解決過程を参照する限りでは、理にかなった説明であるように思われる。

これまでわが国の学説では、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、第一章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節があるように思われる。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。

ただしこれらの結論は、あくまで外交的保護の文脈に限定した国内的救済完了原則の理解である。例えば人権条約では、条約の国内的な履行の確保が条約の実効性を国際的に担保するために肝要であるとの理解から、国内的救済の完了の後に国際手続を利用するという制度設計がなされている²⁵⁵。ただし欧州人権条約における国家間の事件においては、個人の保護を目的とする場合には個人の申立と同様に国内的救済完了原則が適用されるが、他国の「実行」の予防や再発を目的とする場合には適用されない²⁵⁶。また、最近の国際投資法分野においては、国内的救済が完了していなくても国際手続が利用できるとする仲裁判断が示され²⁵⁷、さらにあらかじめ国内的救済完了原則の適用を排除する米国・2004年モデル二国間投資条約第24条などは、二重の救済が発生する可能性に対する懸念から提案された条文であると説明される²⁵⁸。条約が存在する場合、違反の実体については条約規定の違反ということになるので、そこでは国内的救済完了原則はもっぱら手続規則として扱われることになる。国際法における国内的救済完了原則それ自体を包括的に検討する際には、このような条約体制毎における独自の運用についても検討する必要があることは言を俟たない。

²⁵⁵ 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）96、119頁。

²⁵⁶ *Ireland v. UK*, ECHR App. no. 5310/71, 18 Jan. 1978, p. 64 (1978), para. 159.

²⁵⁷ *CME Czech Republic B.V. (Netherlands) v. Czech Republic*, Partial Award 13 September 2001, UNCITRAL Arbitration Proceedings, para. 410.

²⁵⁸ 阿部克則「二国間投資条約／経済連携協定における投資仲裁と国内救済手続との関係」『RIETI ディスカッション・ペーパー』（2007年）36-37頁。

第二部 責任の「解除」

第4章 国民による放棄

はじめに

外交的保護が自国民という私人の損害を契機として提起されるものであるかぎり、国家間争訟であっても常に個人的要素が介在することは否定できない。そもそも外交的保護の国家的性格は、個人が国際裁判に出訴するよりも、その所属する国家が個人に代替して訴訟するほうが、より適当に個人の利益を保護することができるであろうという理解から生じたと指摘される¹。しかしながら近年では、人権や投資の分野を中心とする法の発展によって、私人が国際法上の法主体として国家に対し直接に家国際訴訟を提起できる制度が構築されている。それを利用するにとどまらず、多国籍企業のような強力な「私人」は、自らの利益を効率的に保護するために国家をコントロールするまでに至っている²。2012年に発生した象徴的事例では、アルゼンチンの対外債務支払停止により被った損害を回復すべく、米国の投資家が米国裁判所による賠償命令を執行する目的でガーナを利用し、アルゼンチン軍艦（ARA Libertad号）が寄港した際に没収させようとする事件が発生し、国際海洋法裁判所（ITLOS）が同軍艦の即時無条件解放を命じるという事態が発生している³。すなわち、国家と対等あるいはそれ以上の実力を備えた法主体の出現によって、国際法秩序は中世の私的復讐とも相通じる自力救済への世界へと回帰する一歩手前まできているとも考えられる。こういった現状を踏まえると、国籍国の裁量によって国際請求を提起できる外交的保護の妥当根拠を、単なる必要性や効率性から説得的に説明することは、極めて困難であるように思われる。

外交的保護理論の泰斗ボーチャードによれば、私人は国家の争訟を否認する権利を有する訳ではないが、争訟が明らかに国家に対する損害を主題とするものではない限り、当該個人が賠償請求を否認することによって、国家自体の賠償請求は道德上の根拠を失うという⁴。現に皆川も指摘する通り、本質的に私的な請求について問題となっている私人の意思と無関係に国籍国が行動し得るものであるかは、甚だ疑わしい⁵。現に田畑が指摘するよう

¹ 田畑茂二郎「個人争訟と国際争訟（一）」『法学論叢』第37巻3号（1937年）495-6頁。

² 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）40-41頁。

³ *ARA Libertad* Case (Argentina v. Ghana), ITLOS Case No. 20, Order of 15 Dec. 2012.

⁴ Borchard, E. M., *Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (Banks Law, N.Y., 1915), p. 372.

⁵ 皆川洸「カルボ条項の国際的効力」『進展する企業法・経済法』（中央経済社、1982年）400-401頁。

に、外交的保護に関する初期の実行では、国際訴訟提起にあたって被害者たる私人の同意を要求した事例⁶、国際訴訟手続への私人の参加が確認される事例⁷、さらに国際訴訟の結果としての賠償金が加害国政府から私人に対して直接支払われるとされた事例など⁸、国際請求それ自体は国家間での訴訟であるにもかかわらず、私人の紛争当事者としての積極的な役割が認められていた事実を否定することはできない。

この点について、2001年に採択された ILC 国家責任条文は、国際違法行為の違法性阻却事由としての「同意」に関する第 20 条のコメンタリーで次のように解説している。

「国際法は、企業や私人といった非国家主体の同意も考慮しうる。投資家が事前合意によって外交的保護規則を放棄することができる範囲については長年議論的となってきたが、投資紛争解決条約第 27 条 1 項の下では、投資家の条約に基づく仲裁への同意が当該投資家の国籍国による外交的保護権を停止する効果を有する。国際人権条約によって付与される権利は、受益者によって放棄されえないが、個人の自由な同意がそれらの適用に妥当する。これらの事例において、国際法の特有的規則が問題の同意を許容しその効果の範囲を定めている。対照的に、第 20 条は問題の国家の権利の享受と義務の履行の範囲について述べている。」¹⁰

すなわち、国家責任条文では非国家主体の同意については特別法としての条約制度にて検討されるべき問題として、一般国際規則たる国家責任法制度の検討対象から外すという解決方法がとられている。しかしながら、国家責任条文では扱いきれなかった論点をフォローするという外交的保護条文の性質上¹¹、ILC における外交的保護条文の法典化作業では、一般国際法規則としての外交的保護制度における私人の同意の位置づけについても検討が行われた。

⁶ *Croft* (UK v. Portugal), 7 fev. 1856, de Lapradelle A. et Politis, N., *Recueil des arbitrages internationaux*, t. II, pp. 23, 27, 29; *Lacaze*, *ibid.*, pp. 198-299; *Georgiana et Lizzie Thompson*, *ibid.*, p. 393; *Macedonian*, *ibid.*, p. 189.

⁷ *Antoine Fabiani* (France c. Venezuela), *UNRIAA*, 31 Jul. 1905, vol. 10, p.84; *Amos B. Corwin v. Venezuela (the schooner Mechanic case)* (USA v. Venezuela), 5 Dec. 1885, *UNRIAA*, vol.29, pp. 260-269; *Hudson's Bay and Pugets Sound Agricultural Companies* (UK v. USA), 10 Sep.1869, de Lapradelle A. et Politis, N., *supra* note 6, p. 517.

⁸ *Cerutti* (Italie c. Columbia), sentence du 6 juillet 1911, *UNRIAA*, vol. 11, p. 393; *Aboilard* (France c. Haïti), 26 juillet 1905, *UNRIAA*, vol. 11, p. 81.

⁹ 田畑茂二郎「個人争訟と国際争訟（二・完）」『法学論叢』第 37 卷 4 号（1937 年）692-701 頁。

¹⁰ Commentary to Art. 20 of Draft Articles on Responsibility for Internationally Wrongful Acts (Second reading 2001), *YBILC* 2001, Supp. No.10, UN Doc. A/56/10, para. 10.

¹¹ Commentary to Draft Articles on Diplomatic Protection (Second reading 2006) with commentaries [hereinafter, “Second Draft on Diplomatic Protection 2006”], in *YBILC* 2006, vol. II (Part Two), para. 1.

そもそも外交的保護の国家的性格と被害者たる私人の意思・意向との関係性については伝統的に、「カルヴォ条項」の有効性という形で従前から盛んに議論されてきたところである。カルヴォ条項とは、投資家本国による外交的保護の可能性を排除する目的で投資家と投資受け入れ国との間で締結されるコンセッション契約に含まれる条項であり、19世紀から20世紀初頭にかけての欧州列強による外交的保護の濫用と内政干渉を排除すべく南米諸国で広く支持された実行である¹²。カルヴォ条項に関する包括的研究を行ったシェア

(Shea, D.R.) が指摘するように、その法的効果は現代国際法において最も議論の紛糾する論点のひとつであり¹³、国家の権利である外交的保護権を私人が放棄しようとするものとして国際法上無効であると主張する論者は少なくない一方で¹⁴、ラテン・アメリカ諸国にとっては国家アイデンティティーともいわれるほどの存在感を持つ重要な地域的慣習として支持されている¹⁵。またフィッツモーリスが指摘するような、衡平性 (equity) の観点から、外交的保護を受ける外国人は損害の発生について善意でなければならないという「クリーン・ハンズ原則」の適用についても¹⁶、同様の観点から学説上の争点となってきた。

これらはいずれも、被害を受けた私人の動向によって外交的保護権という国籍国の権利の発動を制約するものであるが、果たしてこのような制約は認められるのかについて、国際法の観点からは微妙な問題を孕む論点である¹⁷。本章では、ILC 外交的保護条文法典化作業でも検討されたこの「カルヴォ条項」及び「クリーン・ハンズ原則」という論点から、被害者たる私人の同意が国際違法行為へ与える法的影響について、外交的保護という慣習国際法制度上の位置づけを明らかにしたいと思う。

1 カルヴォ条項

19世紀中葉から20世紀初頭にかけての帝国主義の下で、欧米先進国は在外自国民保護のために、アジア、アフリカ、中近東においては治外法権の制度を確立して領事裁判を行い、

¹² Orrego Vicuña, F., “Changing Approaches to the Nationality of Claims,” *ICSID Review*, Vol. 15, No.2 (2000), p. 342.

¹³ Shea, D. R., *The Calvo Clause: A Problem of International Law and Diplomacy* (Uni. of Minnesota Pr., 1955), p. 6.

¹⁴ *ibid.*, p. 19.

¹⁵ Dugard, J., “Third Report on Diplomatic Protection: Addendum,” UN Doc. A/CN.4/523/Add.1 (2002), in *YBILC 2002*, vol. II (Part One), paras. 1, 32.

¹⁶ Fitzmaurice, G.G., “The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law”, *RCADI*, vol. 92(1957-II), p. 119.

¹⁷ Bennouna, M., « Rapport préliminaire sur la protection diplomatique », UN Doc. A/CN.4/484, in *Ann CDI 1998*, vol. II (Première partie), paras.23, 25, 28, 32-33.

ラテン・アメリカに対しては外交的保護権を発動したとされる¹⁸。外交的保護は、内戦・内紛時の外国人の損害に関する領域国の責任の問題や外国人が締結したコンセッション契約に関する請求¹⁹、さらに国債の支払い停止をめぐる債務国の責任と債権者本国の請求権の問題に源泉を有すると指摘されるように²⁰、政情が不安定なラテン・アメリカ諸国に対する様々な資本輸出と自国民の経済活動の保護を目的とした欧米先進国による介入的政策に伴う実行として発展してきた制度である²¹。1845年から47年にかけての英仏によるブエノスアイレス港封鎖、1861年から翌年にかけての英国によるブラジル封鎖、そして1861年から翌年にかけての仏英西によるメキシコ干渉など、従来の復讐制度で要求されてきた裁判拒否を待たない本国介入という形で²²、外国人は特権的地位を濫用するようになり²³、これに対抗するためにラテン・アメリカの法学者によって国家責任法が理論的に深化させられたと言われている²⁴。

そのような理論的深化が最初に国家実行として表出したのは、これは1902年から翌年にかけての英独伊によるヴェネズエラ干渉に対抗するために在米アルゼンチン大使ドラゴ(Drago, L.M.)が提唱した、債務回収は武力行使によっては成し遂げられずこのような自助は禁じられるべきとする主張、いわゆる「ドラゴ主義」である²⁵。これは契約上の債務については仲裁などの平和的解決手段を利用することを第1条および2条にて定めた「契約上ノ債務回収ノ為ニスル兵力使用ノ制限ニ関スル条約(ハーグ第二条約、ドラゴ・ポーター条約)」が1907年のハーグ平和会議で採択されるという形で結実した²⁶。

ただしその後、平和的紛争解決手段である外交的保護は、欧米列強が自国民保護を名目に介入政策を実施するための方便として濫用されることが相次ぎ²⁷、これに対抗する形で、

¹⁸ 原正行「国際裁判におけるカルボ条項の限定的効力」『一橋論叢』第53巻3号(1965年)365頁。

¹⁹ Borchard, *supra* note 4, pp. 793-794.

²⁰ Dawson, F.G., "The Influence of Andres Bello on Latin-American Perceptions of Non-Intervention and State Responsibility", *BYBIL*, vol. 57 (1987), p. 284.

²¹ 小畑郁「十九世紀中葉における国債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一類文科論集』第39号(1990年)2頁。

²² 山田卓平「国内的救済原則の成立(一)」『法学論叢』第145巻6号(1999年)48頁。

²³ Dugard, *supra* note 15, para. 2.

²⁴ 小畑郁「イギリスの外交的保護とメキシコ干渉一八六一—一八六二」『神戸商船大学紀要第一類文科論集』第38号(1989年)2頁。

²⁵ Benedek, W., "Drago-Porter Convention (1907)", *MPEPIL* (online ed., OUP, www.mpepil.com; last updated on Jan. 2007), paras. 1-7, 9.

²⁶ Arts. 1 & 2 of Convention Respecting the Limitation of Employment of Force for Recovery of Contract Debts (Hague II) (Porter Convention), signed at the Hague on 18 Oct. 1907, *CTS*, vol. 205 (1907), p.277.

²⁷ Benedek, *supra* note 25, para. 11.

ラテン・アメリカ諸国ではいわゆる「カルヴォ条項」が条約、憲法、国内法、及び国と外国人との間で締結される契約に挿入されるようになる²⁸。これは、アルゼンチン人の外交官で国際法学者でもあるカルヴォ（Calvo, C.）が1888年の著作『理論的實際的国際法』のなかで外国人に対する特権的待遇を是正すべく提唱した²⁹、主権平等に基づく不干渉主義と内外国人平等を旨とするいわゆる「カルヴォ主義」を実定法化する試みであり³⁰、1889年から翌年にかけて開催された第一回米州国際会議ワシントン会期にて「米州国際法（American International Law）」の原則としても是認されるものであるが³¹、国家実行としては契約条項以外は失敗したとされている³²。そのため今日「カルヴォ条項」という場合には通常、領域国と外国人との間で締結された契約上の条項を指している。

カルヴォ条項の法的効果については外交的保護請求に関してしばしば問題となり、特に1920年代30年代を通じて行われた米国メキシコ一般請求権委員会においては盛んに議論されてきたが、いずれもカルヴォ条項の有効性そのものを正面から実質的論点として扱ったものではなく明確さに欠けるものであった³³。そのため、カルヴォ条項の法的効果を実質的論点として最初に扱った事例として多くの論者が指摘するのは³⁴、次に見る米国メキシコ請求権委員会が1926年に仲裁判断を下したテキサス北米浚渫会社事件である³⁵。

1.1 1926年テキサス北米浚渫会社事件

本件で問題となったテキサス北米浚渫会社は米国の私企業であり、1912年に同社がメキシコ政府と締結したサリナ・クルス湾の浚渫工事請負契約第18条は、いわゆるカルヴォ条項として次のように規定していた。

「契約者は、（中略）本契約の履行に関して、メキシコ国内のあらゆる事項につきメキシコ人と看做される。本契約日課笑う利益および業務について、契約者は、メキシコの

²⁸ 山野勝由「ラテン・アメリカにおける外交保護権問題」『外務省調査月報』1963年10月号1頁。

²⁹ Calvo, C., *Le droit international théorique et pratique*, 5^e ed (Marcel Riviere, 1888), t.4, p. 231.

³⁰ Hershey, A.S., “The Calvo and Drago Doctrines”, *AJIL*, vol. 1 (1907), p. 26.

³¹ Paragraphs (i) & (ii) of Recommendation on “Claims and Diplomatic Intervention”, *The International Conferences of American States, 1889 to 1928* (OUP, 1931), p. 45

³² Shea, *supra* note 13, pp. 21-27; Dugard, *supra* note 15, para. 4. 原「前掲論文（注18）」366頁。

³³ Shea, *supra* note 13, pp. 121-193; Dugard, *supra* note 15, paras. 20-21; Juillard, P., “Calvo Doctrine / Calvo Clause”, *MPEPIL* (online ed., OUP, www.mpepil.com; last updated on Jan. 2007), para. 8. 原「前掲論文（注18）」366-367頁。

³⁴ *ibid.*

³⁵ *North American Dredging Company of Texas (USA) v. Mexico*, Decision of 31 Mar. 1931, *UNRIIAA*, vol. 4 (1926), p. 4.

国内法に定める以外の権利および権利強制手段を請求または享受することはできず、また、メキシコ人に与えられる以外の権利を享受することもできない。従って契約者は、本契約に関連するあらゆる事項につき外国人としての権利を喪失し、本国外交機関の介入はいかなる条件の元でも許されない」

契約締結後に早速工事が開始されたものの、翌年 1913 年 2 月に発生したクーデター以後、メキシコ政府による支払いがなされなくなったため、テキサス北米浚渫会社は契約を打ち切り撤退することになったが、未払い工事代金やメキシコ政府による機材差押措置によって 23 万ドル余りの損害を被った。クーデターに関連した同様の事例が多数発生したため、米国・メキシコ政府は 1923 年に両国間の請求権問題を処理する一般請求権委員会を設置する条約を締結したが、同条約第 5 条は委員会での紛争処理にあつては国内的救済完了原則が適用されない旨が規定されていた。同条に従い、本件紛争も国内的救済が完了されないままに同委員会に付託されたが、メキシコ政府はカルヴォ条項を含む契約に同意した者は当該契約に関する請求を国際的な委員会に提出する権利を失うとする抗弁を行った。

一般請求権委員会はまず、本件は「国内管轄についての主権と市民の国家的保護についての主権との間の公正かつ適正な (proper and adequate) バランス」が問われる事例であり、外交的保護は一括で放棄されるものとせずとも、個別の事例に応じて逐一保護が放棄されたか否かを判断することが可能であるという³⁶。一般的に、私人に生じた個別の損害の回復に比べて、さらに大きな利益を国際法原則の維持に政府が見出すことは頻繁にあるため、私人が契約によって政府の行動を拘束することはできないが、他方で、合法的な契約を取消すために政府が介入する権利を認める実体国際法規則も存在しない³⁷。よって「このような契約の目的は明白に、保護の権利の乱用防止であつて、当該権利そのものの破壊ではない」とする³⁸。そのうえで、本件について問題となった契約第 18 条のいわゆるカルヴォ条項の目的は、契約の解釈履行に関する請求に関しては、原告をしてメキシコ法に基づく国内的救済の完了をなさしめることにあり、原告はメキシコにおいて同国国民と同じ救済手段を尽くすべきであるからといって、米国市民権を剥奪される訳ではない³⁹。メキシコの国内裁判所あるいはその他の当局で利用可能な救済が、裁判の遅滞又は重大な不正義といった国際法にいう「裁判拒否」に帰結した場合、あるいは本件で問題となった損害に関連してメ

³⁶ *ibid.*, paras. 4-5.

³⁷ *ibid.*, para. 11.

³⁸ *ibid.*

³⁹ *ibid.*, paras. 14, 20.

キシコがその他の国際法違反を行った場合には、原告の本国である米国は外交的保護請求を行うことができるとの判断を示した⁴⁰。

本件判断に対する批判は少なくないが、多くはカルヴォ条項そのものではなく、条約第5条の効力が否定されたことに向けられていることに留意しなければならない⁴¹。本件判断の主眼は、カルヴォ条項とは、外国人に対して国内的救済の完了を義務付けるものであるというところにあつて、本国から外交的保護権を奪うという理解は示されていない⁴²。すなわち、同条項は、専ら契約者を拘束するという限定的効力を有するにすぎないのである⁴³。本件の判断は、その後、1930年に英国メキシコ請求権委員会のメキシコ・ユニオン鉄道事件でも支持されている⁴⁴。

1.2 米州国際会議を中心とする初期の法典化

その発生の経緯からも明らかなように、米州国際会議においては、カルヴォ主義に基づいて国内的救済完了を外国人に求める趣旨の宣言は活発に行われ、一定の成果を収めている。最初に1902年の第2回国米州国際会議メキシコシティ会期で採択された「外国人の権利に関する条約」は、第三として次のように定めている。

「外国人が国又はその市民に対して、民事又は刑事又は行政命令について請求又は不服申立を行うときには常に、彼は当該国の権限ある裁判所に請求を提出しなければならず、当該請求は、裁判所の側に明白な裁判拒否又は常ならぬ遅滞又は国際法原則の明確な違反が無い限り、外交手段を通じて行われてはならない。」⁴⁵

ただし資本輸出国側であった米国は、同会議に参加はしていたものの、同条約の採択に関わる投票を棄権しているが、1933年の第7回米州国際会議モンテビデオ会期で採択され

⁴⁰ *ibid.*

⁴¹ Shea, *supra* note 13, pp. 226-228; Feller, A.H., “Some Observations on the Calvo Clause”, *AJIL*, vol. 27 (1933), pp. 462-463; Freeman, A.V., *The International Responsibility of States for Denial of Justice* (Longmans, 1938; Kraus reprint, 1970), pp. 481-482; Borchard, E.M., “Decisions of Claims Commissions, United States and Mexico”, *AJIL*, vol. 10 (1926), p. 540.

⁴² Dugard, *supra* note 15, para. 28.

⁴³ 原「前掲論文（注18）」369-370頁。

⁴⁴ *Mexican Union Railway (UK) v. Mexico*, February 1930, *UNRIIA*, vol. 5, pp. 122-123.

⁴⁵ Convention relative to the Rights of Aliens signed at the Second International Conference of American States (Mexico City, 1902), reproduced in *YBILC* 1956, vol. II, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1956/Add.1, p. 226.

た決議については米国も支持を表明した⁴⁶。すなわち同決議第3項において、第7回米州国際会議は、

「外交的保護は、当該行動を起こす前に国の法によって確立された全ての法的手段を外国人が尽くさない限り、彼らのために行われえないことを同様に確認する。ただし個別の事例において判断される、裁判（justice）の明白な拒否又は非合理的な遅滞が、紛争の生じた国の主権に有利になるように生じる場合は例外とする。合理的期間内に、当該紛争に関し外交手段を通じて合意に至らない場合には、当該事案は仲裁に付される。」

47

第7回米州国際会議はさらに「国家の権利義務に関する条約」を採択しており、その第9条は次のように規定していたため、米国は条約の締約国でありながら同条については留保を付している⁴⁸。

「国民と外国人は法の下で同じ保護を受け、そして国家当局および外国人は国民の権利とは異なるあるいはより拡張的な権利を主張しない。」⁴⁹

さらに1948年の第9回米州国際会議ボゴダ会期では、米州機構憲章が採択され同会議が米州機構として発足すると同時に採択された「平和的解決のための米州規約（ボゴダ規約）」の第7条で、次のような規定が置かれた⁵⁰。

「締約国は、自国民がそれぞれの国の権限ある国内裁判所にその訴えを提起する手段が利用可能である場合には、自国民を保護するために外交上の申立てを行わず、又は、その目的のため紛争を国際裁判所に付託しないことを約束する。」⁵¹

米国は同条約を批准したものの、署名時に「外交的保護と国内的救済完了に関する第7条を米国政府は受け入れることができない。この点に関して米国政府は、国際法が定める

⁴⁶ Dugard, *supra* note 15, paras. 8-9.

⁴⁷ Resolution on “International Responsibility of the State” adopted at the 7th International Conference of American States (Montevideo, 1933), reproduced in in *YBILC* 1956, *supra* note 45, p. 226.

⁴⁸ Shea, *supra* note 13, pp. 81-83.

⁴⁹ Art. 9 of Convention on Rights and Duties of States, *UNTS*, vol. 165, p. 19.

⁵⁰ このように外交的保護請求を不可とするボゴダ規約は締約後、長らく利用されてこなかったが、1986年以降は領土紛争や航行権など外交的保護とは全く関係のない事例について地域的裁判条約として機能している。石塚智佐「ボゴダ規約にもとづく国際司法裁判所の管轄権」『一橋法学』第9巻2号399-400頁。

⁵¹ American Treaty on Pacific Settlement (Pact of Bogotá), signed at Washington, D.C. on 30 Apr. 1948, OAS Treaty series Nos. 17&61.

外国人による国内的救済完了規則を含む外交的保護規則を支持する」という解釈宣言を發している⁵²。

これらの米州国際会議における成果物から明らかにされたカルヴォ条項ないしカルヴォ主義の特徴は、外国人に利用可能な国内的救済手段を尽くすように求めるものであること、その際に適用される基準については内外人平等原則に基づく国内標準主義が適用されるものであることという二点である。

ただし、国際標準主義を主張する欧州及び米国といった資本輸出国の側からは、ラテン・アメリカ諸国によるこのような主張は受け入れ難いものであった。1930年のハーグ法典化会議に際して、準備委員会が前年に用意した「議論の基礎」では第5号及び6号にいう裁判拒否の場合を例外としながら、第26号で「契約において外国人が現地裁判所のみが管轄を持つことに関する有効な同意を行った場合には、当該条項は契約に基づく請求が提出されるいかなる国際法廷をも拘束する」、第27号で「(行政裁判所を含む)国の裁判所において外国人に法的救済が開かれているとき、当該国はその裁判所が最終判断をなすまではいかなる国際責任に関する論点の追求も一時停止されることを要求し得る」として⁵³、国家責任の違法性阻却事由としてのカルヴォ条項へ理解を示す提案がなされていた。しかしこの点についてハーグ法典化会議では議論が紛糾し、結局は条約化に合意できず延期されている⁵⁴。

また、ボーチャードが特別報告者を務め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(1929年ハーヴァード草案)」では、第17条で、

「国は、自国裁判所の決定を終審とする自国の法または外国人との合意によって責任を逃れようとする如何なる条項によっても、責任を免れない。外国人が国籍国の保護を放棄することによっても責任を免れない。」⁵⁵

という条文が提案され、カルヴォ条項と対決する姿勢が明確にされている。1961年にション(Sohn, L.N.)及びバクスター(Baxter, R.P.)が米国国際法学会誌に公表した「外国人

⁵² Reservations made at the time of signature by United States, para. 4, at [http://www.oas.org/juridico/english/sigs/a-42.html#United States](http://www.oas.org/juridico/english/sigs/a-42.html#United%20States) (last access on 4 Jan. 2015).

⁵³ Bases of Discussion Nos. 5, 6, 26 & 27 drawn up in 1929 by the Preparatory Committee of the Conference for the Codification of International Law (The Hague, 1930), reproduced in *YBILC* 1956, *supra* note 45, pp. 223-225.

⁵⁴ Borchard, E.M., “Responsibility of States”, at the Hague Codification Conference”, *AJIL*, vol. 24 (1930), p. 539.

⁵⁵ Art. 17 of Draft Convention on the Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigners prepared by Harvard Law School [hereinafter, “1929 Harvard Draft”], in *YBILC* 1956, *supra* note 45, p. 230.

の経済的利益に対する侵害に関する国家責任条約案（1961年ハーヴァード草案）」第22条では、4項にて「損害発生後」に外国人が請求を放棄した場合には外交的保護請求を提出することができないと定め、さらに6項で当該放棄は「適正な法手続（due diligence）」の違反の結果として生じた損害に関する放棄に限るとしている⁵⁶。すなわち1961年ハーヴァード草案は、外交的保護の放棄について私人の主体的な役割を認めるものであるが、カルヴォ条項のように事前の放棄を認めない一方で、カルヴォ条項に同じく国内的救済完了を求めるといった折衷的な提案を行うものであった。

いずれにせよ、初期の法典化の試みを見る限り、カルヴォ条項についてはラテン・アメリカ諸国における地域的慣習としては国家実行と法的信念が伴うにせよ、欧州及び米国からの反発は非常に強固であったといえるだろう。

1.3 国際法委員会（ILC）による法典化の断念

以上で見たように、カルヴォ条項は国内的救済完了原則をはじめとする国家責任法の原理に深く関与する実行ないし理論であることから、ILCにおける法典化作業でも検討が行われている。その詳細を最初に検討したのは、1956年から1961年まで国家責任条文案法典化作業の最初の特別報告者を務めたガルシア・アマドール（García Amador, F.V.）である。彼はカルヴォ条項の特徴のうち特に「内外人平等原則」に着目し、上述したカルヴォ条項をめぐる実行を分析したうえで⁵⁷、同条項をめぐる議論に顕著にみられるような従来の国家責任法における国内標準主義と国際標準主義との対立はもはや時代遅れであると指摘し、両者の対立を解消し融合させる「人権及び基本的自由の国際的な承認」が新しい法的基盤として妥当するという⁵⁸。なぜなら、現代においては「国際法自体が内外人の区別なく、あらゆる個人に対して基本的人権を承認したために、かような区別は存在理由を失ってしまった」からであると説明する⁵⁹。

ただし、ガルシア・アマドールの提案は当時、ILCにおいて、個人の国際法主体性の欠如、国際人権法が実定法として未発達であること、そして外国人の地位に関する実体法と国家

⁵⁶ Art. 22 of Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens in Sohn, L.N. & Baxter, R.R., “Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens” [hereinafter, “1961 Harvard Draft”], *AJIL.*, vol. 55(1961), p. 577.

⁵⁷ García Amador, F.V., “Report on International Responsibility”, UN Doc. A/CN.4/96, in *YBILC 1956*, *supra* note 45, pp. 201-202, paras. 145-150.

⁵⁸ *ibid.*, p. 203, para. 156.

⁵⁹ *ibid.*, p. 203, para. 157.

責任法を混同すべきではないということを主たる理由として批判され⁶⁰、次の特別報告者であるアゴの提案した国家の国際責任一般に関する二次規則が法典化対象となるという方針転換も相まって⁶¹、1995年に開始される外交的保護条法典化作業まで議論の対象からは外れることになる。

そもそもカルヴォ条項と外交的保護をめぐる国内標準主義と国際標準主義の対立は、「標準」の基準を先進国と後進国のいずれの国内法体制に求めるかという対立であり、外交的保護条法典化作業で最初の特別報告者を務めたベンヌーナ（Bennouna）も指摘するように各国の「著しく感情的かつ政治的な責務」から生じた問題であった⁶²。安藤は20世紀初頭の外交的保護実行に関する仲裁判断の分析を通じて、国際標準主義は概念としては成立しているもののその定義は極めて曖昧であり、個別事例ごとに相対的に判断されるものであって、かつ基準としてはごく程度の低いものであったことを明らかにしている⁶³。現にガルシア・アマドールが予言したように、その後の国際人権条約による「法の適正手続」の確保や国際投資条約の発展などの影響で、慣習国際法上の「国際標準」よりも高い水準の保護を各国国内法が提供するようになり、21世紀の現代においては国内標準主義と国際標準主義をめぐる対立は自然と霧消したように見受けられる⁶⁴。現に、ギニア国民ディアロ氏に対してコンゴ民主共和国政府が行った非人道的待遇が問題となった2007年のディアロ事件先決的抗弁判決では、ICJは「近年の個人の権利についての国際法の発展により、本来は外国人の取扱いについての最低基準違反に限定される外交的保護の事項的管轄が拡大され、人権の保障が含まれるようになった」と言明していることから⁶⁵、現在では外国人を含むすべての個人に対する待遇の「標準」として人権概念を用いることが一般に受け入れられているように思われる。

よってカルヴォ条項は現代国際法秩序において、かつて主眼が置かれていた内外人平等原則としての機能をすでに喪失した状況にある。ゆえに論じられるべきは、私人の意向がその国籍国による外交的保護の発動に与える影響と、外国人に利用可能な国内的救済手段

⁶⁰ 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』（有信堂、1973年）284-286頁。

⁶¹ Ago, R., “Report by the Chairman of the Sub-Committee on State Responsibility, UN Doc. A/CN.4/152, YBILC 1963, Vol. II, pp.227-237, para.4 and Appendix I.

⁶² Bennouna, *supra* note 17, para. 32.

⁶³ 同上、288-299頁。

⁶⁴ Vinuesa, R.E., “National Treatment, Principle”, *MPEPIL* (online ed., OUP, www.mpepil.com; last updated on Apr. 2011), para. 21.

⁶⁵ *Ahmadou Sadio Diallo* (Guinée c. RDC), Exceptions préliminaires, Arrêt du 24 mai 2007, para.39.

を尽くすように求めるという国内的救済完了原則の再確認としての機能という、カルヴォ条項がもつその他の要素に限定される。

私人の意向が外交的保護の発動に与える影響に関しては、ガルシア・アマドールが 1961 年の最終報告書で提案した「領域内における外国人又はその資産に対する損害に関する国家責任」条文草案の第 19 条「外交的保護の放棄」にて彼の回答が示されている。国籍国による外交的保護の放棄に加えて、2 項で「契約またはコンセンションに規定される義務の不履行について、当該外国人が彼の国籍国の外交的保護を放棄しかつ放棄というにふさわしい状況である場合には、国際請求は認められない」、さらに 4 項で「現地当局と外国人の間で行われた外交的保護の放棄及び解決又は取極めによって」同様の違反の繰り返しを防止する目的で「国籍国が国際請求を提起する権利を奪われない」とする規定を置いていた⁶⁶。すなわち彼が 1958 年のハーグ講義でも述べている通り、カルヴォ条項が効力をもつのは契約の解釈適用に関する問題に限定される⁶⁷。このような理解は他の論者や⁶⁸、外交的保護条文法典化作業で特別報告者を務めたデュガードも支持するところである⁶⁹。カルヴォ条項が存在する場合、外交的保護請求の提起にあたっては重大な裁判拒否があったことが証明されなければならない⁷⁰。

ただしデュガードは、既にみた実行や学説に基づき、カルヴォ条項のラテン・アメリカ諸国における地域的慣行としての意義には敬意を払いながらも、基本的には国内的救済完了原則の再確認に過ぎないという立場をとっている⁷¹。そしてカルヴォ条項を国内的救済完了原則に含めるか、あるいは契約から生じる紛争にその効力を限定するものとして提案した第 16 条を採用するか、という 2 つの選択肢を ILC に示した⁷²。

1. 外国人と彼が業務 (business) を行う国との間での契約条項は、次のいずれかの趣旨であるとする。
 - (a) 外国人が国内的救済に満足するつもりである。

⁶⁶ Art. 19 (2)&(4) of Responsibility of the State for injuries caused in its territory to the person or property of aliens: Revised draft in García Amador, F.V., “Sixth Report on International Responsibility”, UN Doc. A/CN.4/134/Add.1, in *YBILC 1961*, vol. II, p. 48.

⁶⁷ García Amador, F.V., “State Responsibility. Some New Problems”, *RCADI*, vol. 94 (1958-II), p. 456.

⁶⁸ Freeman, *supra* note 41, pp. 489-490; Shea, *supra* note 13, pp. 217-218; Jiménez de Aréchaga, E., “International Responsibility,” in Sørensen, M. (ed.), *Manual of Public International Law* (MacMilan, 1968), pp. 591-592.

⁶⁹ Dugard, *supra* note 15, para. 31.

⁷⁰ *ibid.*; García Amador, *supra* note 67, p. 459.

⁷¹ Dugard, *supra* note 15, para. 1..

⁷² *ibid.*, para. 39.

(b) 契約から生じる紛争を国際請求の手段によって解決しない。

(c) 契約上、外国人は契約国の国民として処遇される。

2. 第1項にいう契約条項は、国際的司法的解決へ訴える前に国内的救済を完了する必要性を尊重する形で解釈される。

第16条について ILC では予想通り賛否両論が噴出したが、委員の出身地による地域的な偏りはなく議論が繰り広げられた⁷³。指摘された論点を大まかに分類すると、第16条は伝統的な意味合いでカルヴォ条項を理解するものではなく国内的救済完了原則を確認するものに過ぎないというもの⁷⁴、カルヴォ条項は専らラテン・アメリカ諸国で認められてきた経緯からみ地域的慣習法であって ILC 条文に含まれるのであれば普遍的規則に昇格するというもの⁷⁵、契約条項に過ぎず国家の権利を私人が放棄することはできないというもの⁷⁶、歴史的には重要であるにせよ既に現代ではすでに役割を終えて国際人権法や国際投資法によって取って代わられていると指摘するもの⁷⁷、外交的保護の放棄に関する一般的規定において検討されるべき問題であるというものなどであった⁷⁸。通常、ILC では特別報告者が提案した条文に基づいて議論の進行を司会するが、あまりに議論が紛糾したためそれが困難な状況に陥り、最終的には第16条は起草委員会には付託しないという決定がおこなわれた⁷⁹。この ILC の決定について、国連総会第六委員会では ILC と同様の論点を指摘しつつ賛成・反対の両方の立場から意見が表明された⁸⁰。

ILC での決定を受けて、2003年に ILC にて暫定的に採択された草案でも2004年の第一読草案でもカルヴォ条項に対する言及はコメントリーにおいても行われず、この点についてオーストリアは同条項が一般的に受容されるものではないことの表れとして評価するとの政府見解を寄せている⁸¹。ただし、2006年の最終条文では、国内的救済完了原則について定

⁷³ Report of the ILC on the work of its 54th session (29 April–7 June and 22 July–16 August 2002), UN Doc. A/57/10 [hereinafter, “ILC Report 2002”], in *YBILC 2002*, vol. II (Part Two), p. 66, para. 269.

⁷⁴ *ibid.*, paras. 261, 263.

⁷⁵ *ibid.*, para. 262.

⁷⁶ *ibid.*, paras. 264-265.

⁷⁷ *ibid.*, para. 266.

⁷⁸ *ibid.*, para. 268.

⁷⁹ *ibid.*, paras. 269, 273.

⁸⁰ Topical summary of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly during its 57th session prepared by the Secretariat (2002) [hereinafter, “Sixth Committee 2002”], UN Doc. A/CN.4/529, paras. 48-49.

⁸¹ Diplomatic Protection: Comments and Observations received from Governments [hereinafter, “Comments from Governments”], UN Doc. A/CN.4/561, pp. 7-8.

める第14条のコメンタリーにおいて、カルヴォ条項を認めない、すなわち、カルヴォ条項の有効性については常に資本輸出国によって疑義が呈されてきたこと、また外交的保護の法的擬制とも相容れないことを指摘したうえで、次のような解説を加えている。「ラテン・アメリカにおける地域的慣習として多くの国の国家的アイデンティティーの一部を構成すると看做されていた」こと、「外交的保護の枠組において保護される権利が個人の権利であり保護を行う国の権利ではないとするならば、『カルヴォ条項』の有効性に対する反論は説得的ではない」ことは認められるにせよ、カルヴォ条項は「裁判拒否や国籍国の直接的懸念を惹起するような外国人への侵害といった、受け入れ国による国際違法行為に関する国際的保護の完全な放棄と解釈するならば、国際法と相容れない」ものである⁸²。

このように ILC の議論は、従来の国内標準主義と国際標準主義をめぐる対立とは異なった観点が考慮されたものの、ブリッグスが1952年に指摘したようにカルヴォ条項は「蛇足であるか無効である」という⁸³、昔ながらの結論に落ち着くことで一応の決着をみたといえる。

1.4 条約によるカルヴォ主義の「吸収」

カルヴォ主義の古典的一側面である内外人平等原則ないし内国民待遇については、国連総会が外国人資産の国有化及び収用に伴う補償問題の文脈で2度にわたって決議を採択している⁸⁴。1962年の「天然資源に対する永久的主権」第4項の「補償の問題が紛争を生じたときはいつでも、このような手段を問った国家の国内裁判手続が完了されるものとする」とする規定⁸⁵、ならびに1974年の「経済権利義務憲章」第2条2項(c)号は、には「国有化を行う国の国内法に基づき、かつその裁判所によって解決されなければならない」と規定である⁸⁶。また国際貿易に関する条約の多くに内国民待遇が規定され、国籍による差別と最恵国待遇を旨として世界貿易の自由化を目指す「1947年の関税及び貿易に関する一般協定（GATT）」及び1994年の世界貿易機関（WTO）協定は、その一つの到達点とも指摘されている⁸⁷。

⁸² Commentary to Art. 14 of Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra* note 11, para. 8.

⁸³ Briggs, H.W., *The Law of Nations* 2nd ed., (Appleton-Century-Crofts, 1953), pp. 648-649.

⁸⁴ Rogers, W.D., “Of Missionaries, Fanatics, and Lawyers: Some Thoughts on Investment Disputes in the Americas”, *AJIL*, vol. 72 (1978), p. 5.

⁸⁵ Paragraph 4 of Permanent sovereignty over natural resources, UN Doc. 1803 (XVII), adopted on 14 dec. 1962.

⁸⁶ Art. 2 (2)(c) of Charter of Economic Rights and Duties of States, UN Doc. A/ Res/3281(XXIX), adopted on 12 Dec. 1974.

⁸⁷ Vinuesa, *supra* note 64, para. 36.

ラテン・アメリカ地域における 20 世紀後半の実行も、カルヴォ主義で強調された内外人平等原則に基づくものが多い。1969 年にボリビア、コロンビア、エクアドル、ペルー、チリ、ヴェネズエラが設立したアンデス地域統合では⁸⁸、1976 年の「決定 24」第 51 条にて外国人投資家に対する「超国民待遇 (super-national treatment)」の禁止が強調され、「投資または技術移転」に関する紛争について彼らが受け入れ国国民と同じく国内管轄に服することが確認された⁸⁹。超国民待遇の禁止という文言は 1987 年の「決定 220」では第 34 条でも維持されていたが⁹⁰、1991 年の「決定 291」第 10 条では「内国民待遇 (equal treatment / national treatment)」へ変化したにせよ⁹¹、基本的な姿勢は一貫している。また、アルゼンチン、ボリビア、ブラジル、パラグアイ、ウルグアイ、ヴェネズエラが加盟する南米南部共同市場 (MERCOSUR) においても⁹²、外国人投資家については、1994 年に採択された「非加盟国から MERCOSUR への投資の促進及び保護に関するブエノスアイレス議定書」第 2 条(c)項 1 号で「公正かつ衡平な待遇 (公正待遇)」が⁹³、同年の「投資の促進保護のためのコロニア議定書」では第 3 条 1 項及び 2 項で「公正待遇」と「最恵国待遇」が定められるなどしている⁹⁴。

他方で、内外人平等原則以外のカルヴォ主義の側面として、外交的保護の放棄が約定された条約として最も有名であるのが、1965 年に署名された投資紛争解決条約 (ICSID 条約) 第 27 条である。同条は、条約締約国の国民と締約国との間に生じた投資紛争を条約に基づいて設立された投資紛争解決国際センターにおける仲裁に付託する場合には、当該仲裁の決定に締約国が従わない場合を除いて、投資家本国は外交的保護を行うことができないと

⁸⁸ 1969 年にこれら諸国が「アンデス地域統合 (ANCOM, Andean Pact) 創設に合意するカルタヘナ協定」に署名して設立された地域統合であり、1996 年に採択された「トルヒーヨ決議書」及びその付属書である「カルタヘナ協定修正議定書」にて、アンデス共同体 (Andean Community) へと発展的に改組された。チリは署名時に加盟していたが、1976 年 10 月に脱退し、ヴェネズエラは 2006 年 4 月に脱退を表明している。

⁸⁹ Art 51 of Decision No. 24 on Common Regime of Treatment of Foreign Capital and of Trademarks, Patents, Licenses and Royalties, 30 November 1976, reproduced in *ILM*, vol. 16 (1976), p. 153.

⁹⁰ Art. 34 of Commission Decision No. 220 on the Andean Code on the Treatment of Foreign Capital and on Trademarks, Patents, Licenses and Royalties, 11 May 1987, reproduced in *ILM*, vol. 27 (1987), p. 986.

⁹¹ Art. 10 of Commission Decision No. 291 on the Common Code for the Treatment of Foreign Capital and on Trademarks, Patents, Licenses and Royalties, 21 March 1991, reproduced in *ILM*, vol. 30 (1983), p. 1291.

⁹² ボリビアは 2012 年 12 月加盟議定書に署名し各国議会の批准待ちであるため、現在議決権はない。またパラグアイは 2012 年 6 月からメルコスール関連会合への参加権が停止されていた。2013 年 8 月 15 日カルテス新大統領就任とともに停止は解除されたが、現在まだ復帰していない。準加盟国に、チリ、コロンビア、エクアドル、ガイアナ、ペルー、スリナムがある。

⁹³ Art. 2 (c)(1) of Buenos Aires Protocol for the Promotion and Protection of Investments in Mercosur from Non-Member Countries, approved by Decision No. 11/94 of the Common Market Council (5 Aug. 1994).

⁹⁴ Art. 3 (1) & (2) of Protocol of Colonia for the Promotion and Protection of Investments, approved by Decision no. 4/91 of the Common Market Council, Resolution GMC N°.77/93 and the Recommendation No. 5 of the Work Subgroup N°.4 “Monetary and Tax policies related to the Commerce”, (17 Jan. 1994).

いうものである⁹⁵。カルヴォ条項が生じた経緯からも明らかなように、ラテン・アメリカ諸国は投資紛争を直ちに国際化する ICSID 体制に懐疑的であった。発足当初に加盟した国はラテン・アメリカの国はジャマイカとトリニダード・トバコのみであったが、1982年のメキシコ金融危機に端を発したラテン・アメリカ諸国における債務危機はこれら諸国をして海外直接投資受け入れへと政策転換をさせ、1990年代にはブラジルとメキシコを除くすべてのラテン・アメリカの国が ICSID 条約に加盟し、これら諸国における投資の自由化が進行した⁹⁶。さらに国内法の改正や国内的救済完了原則を排除する投資協定の締結によって、ラテン・アメリカ諸国のカルヴォ主義からの脱却が徐々に行われていった⁹⁷。

ただし ICSID 体制の下での国際仲裁は、当初ラテン・アメリカ諸国が懸念したような事態が生じたと言わざるを得ない。最初に仲裁に付された 100 件のうちラテン・アメリカ諸国が仲裁当事国となった事例は 25 件 (25%) であったが⁹⁸、2015 年 1 月 5 日現在すでに結審している 300 件のうち 94 件 (31%)、係争中の 200 件のうち 69 件 (34%) と、増加の一途にある⁹⁹。ラテン・アメリカ諸国のうちでも、特に経済政策が失敗した一部の国に仲裁が集中したことから ICSID 体制への不信感が強まり、2007 年のボリビア (結審 3 件、係争中 1 件) を皮切りに、エクアドル (結審 9 件、係争中 3 件)、ヴェネズエラ結審 11 件、係争中 26 件) がすでに ICSID 条約から正式に脱退し、アルゼンチン (結審 27 件、係争中 22 件) でも脱退の手続が進行中であるとされている¹⁰⁰。このような ICSID 脱退の動きに加えて、メキシコは北米自由貿易協定 (NAFTA) には加盟しているにせよ ICSID 条約には加盟していないこと¹⁰¹、さらにラテン・アメリカ地域における地域最大の直接投資受け入れ国であるブラジルは ICSID 条約体制だけではなく MERCOSUR にも加盟せずさらに二国間投資協定 (BIT) も一切締結していないことから、カルヴォ主義は現在もラテン・アメリカにて健在であると指摘する論者もいる¹⁰²。

⁹⁵ Art. 27 of Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, signed at Washington on 18 Mar. 1965, *UNTS*, vol. 575, p. 76.

⁹⁶ Shan, W., "Is Calvo Dead?" *Am. J. Comp. L.* vol. 55 (2007), p. 139.

⁹⁷ *ibid.*, pp. 131-135.

⁹⁸ Fach Gomez, K., "Latin America and ICSID: David versus Goliath", posted on 12 Nov. 2010, p. 1, available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1708325

⁹⁹ 訴訟件数は ICSID ホームページによる, at <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx> (last access on 5 Jan. 2015).

¹⁰⁰ Gomez, *supra* note 98.

¹⁰¹ ICSID 非加盟国であるメキシコが ICSID 仲裁廷にて頻繁に訴えられる (結審 15 件、係争中 1 件) 理由は、いずれの仲裁も NAFTA あるいは個別の BIT に基づいて仲裁廷の管轄が定立しているからである。

¹⁰² *ibid.*, p. 141.

いずれにせよ ILC でも指摘されていたように、外国人による海外直接投資に起因する問題としてカルヴォ条項で議論されてきた内国民待遇、裁判拒否、外交的保護の放棄といった論点が、現在では国際投資仲裁にて非常に活発に扱われており¹⁰³、WTO を中心とする国際貿易法や各種の国際人権法の発展と充実を考慮すると、カルヴォ条項ないしカルヴォ主義はある種の普遍的原理として、すでに各種の条約体制に「吸収」されてしまったと理解するのが妥当であるように思われる。

2 クリーン・ハンズ原則

「良心の裁判所 (court of equity) に救済を求めに来る者は、その手が汚れていてはならない」という法格言で表現される「クリーン・ハンズ (clean hands) 原則」とは、当該事案に関連して原告側に良心に反する行為、信義則を欠く行為、その他衡平の原理にもとる行為がある場合には、たとえこのような行為がなければ原告の主張に正当性が認められる場合であっても、救済を拒否するとする法の一般原則である¹⁰⁴。これは信義則の一類型として、ラテン語法諺の「訴訟は不正行為からは生じない (ex dolo malo non oritur actio)」あるいは「誰も自身の不法によって利益を取得しえない (nullus commodum capere potest de injuria sua propria)」に対応すると説明されることが多い¹⁰⁵。

外交的保護請求の文脈においてクリーン・ハンズ原則は、問題となる私人の行為如何によって領域国は責任から放免されるというある種の違法性阻却事由¹⁰⁶、あるいは請求の受理可能性要件の一つと捉えられうる規則である¹⁰⁷。ただしその内容や、そもそも規則として慣習国際法上で確立しているのかも、実行からは必ずしも明らかではなく、学説においても対立がみられる¹⁰⁸。

ポーチャードは、19 世紀から 20 世紀初頭にかけての国際請求権委員会における外交的保護に関する仲裁の諸判断や米国の実行を詳細に分析したうえで、ここで考慮される「請求者の非難されるべき行動」には、国籍の隠匿、訴訟手続きにおける不正行為、兵役など国

¹⁰³ Juillard, *supra* note 33, para. 22; *Azurix Corp v Argentine*, Decision on Jurisdiction of 8 Dec. 2003, Case No ARB/01/12, *ILM*, vol. 43, p. 262, para. 83.

¹⁰⁴ 田中英夫『英米法辞典』（東大出版会、1991 年）151 頁。

¹⁰⁵ Dugard, J., “Sixth Report on diplomatic protection”, UN Doc. A/CN.4/546, in *YBILC 2005*, vol. II (Part One), p. 2, para. 2.

¹⁰⁶ Bennouna, *supra* note 17, para. 25.

¹⁰⁷ Salmon, J., « Des ‘mains propres’ comme condition de recevabilité des réclamations internationales », *AFDI*, t. 10 (1964), p. 227.

¹⁰⁸ *ibid.*

民としての義務逃れ、現地あるいは国籍国の国内法や国際法の違反行為などが該当すると結論する¹⁰⁹。国際法違反行為としては、海賊行為や奴隷貿易¹¹⁰、戦争法違反行為¹¹¹、中立法規違反などがあり¹¹²、特に中立法規違反は国籍国からの外交的保護を喪失する最大の理由であるという¹¹³。当時は、敵国との交易など¹¹⁴、国内法か国際法かにかかわらず戦時における違法行為、特に中立法規違反が問題視されていたようである¹¹⁵。これは、外交的保護の法的擬制の根拠たる国籍概念において、国家への忠誠心といった実効的な繋がりが重視されていたこととも整合的に理解できる。

しかしながら全ての外交的保護事例で「請求者の非難されるべき行動」が考慮されるわけではない。例えば、1885年から1911年にかけて争われたセルーチ（Cerutti）事件は、イタリア人セルーチ氏が1885年にコロンビアで発生した反乱に際して反徒に加担したとして全財産をコロンビア政府に没収されたことに端を発する紛争であり、長期間の交渉の末に両国間で一時は戦争の危機さえもたらした重大な事件である¹¹⁶。1894年の両政府間での合意に基づいて行われた1897年3月の仲裁ではセルーチ氏の行為に帰責事由があるとの判断がなされたが¹¹⁷、1909年10月に再度仲裁委員会の設置が合意され¹¹⁸、1911年7月判断はこの論点に言及することなくコロンビア政府に対して利息を加えた額での賠償を命じている¹¹⁹。このように、同一人に関する同一の事件であっても、その時の政治状況などによって、請求者に「非難されるべき行動」があったか否かの判断が逆転させられうるからである。

サルモン（Salmon）は、奴隷貿易、中立法規違反、海賊行為、戦争犯罪などの国際法違反行為に私人が関与していた事例においては、クリーン・ハンズ原則によって外交的保護が認められなかったことは認めつつ、これらの仲裁判断の多くが米国の関与する事例であ

¹⁰⁹ Borchard, *supra* note 4, p. 713.

¹¹⁰ *ibid.*, pp. 737-739.

¹¹¹ *ibid.*, pp. 739-745.

¹¹² *ibid.*, pp. 715-716, 752-753, 755-791.

¹¹³ *ibid.*, p. 755.

¹¹⁴ *ibid.*, pp. 748-752, 754-755.

¹¹⁵ Hyde, C.C., *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, 2nd ed. (Little Brown, 1945), vol. 2, pp. 892-893, para. 274.

¹¹⁶ 田畑「前掲論文（注9）」699頁。

¹¹⁷ *Cerutti (Italie c. Columbia)*, sentence du 6 juillet 1911, *UNRIIAA*, vol. 11, p. 395, para.5

¹¹⁸ *ibid.*, pp. 381-384.

¹¹⁹ *ibid.*, pp. 385-393.

ったという偏りを考慮すれば一般的慣行と看做すには不十分であるという¹²⁰。さらに、これらの国際法違反行為については、国家間の直接請求で紛争を処理することができるため、外交的保護を問題にする必要はないという¹²¹。このようなサルモンの見解は、国家責任条文法典化作業において最後の特別報告者を務めたクロフォード (Crawford) にも支持されている¹²²。サルモンは後に、判例や実行による一貫した支持がないことに加えて、2001年に採択された国家責任条文が受理可能性要件として考慮していないことを根拠に、でクリーン・ハンズ原則は全く支持できないとしている¹²³。

ILC 外交的保護条文法典化作業において特別報告者デュガードは、クリーン・ハンズ原則は条文草案に含まれるべきではないと判断していたにも拘わらず、ILC 委員であったペレ (Pellet, A.) が2004年の会合で条文草案に含まれるべきであると2日間に渡り主張したことを契機として、翌年、特別報告者が報告書をまとめたという経緯がある¹²⁴。ペレがクリーン・ハンズ原則を支持する実行として指摘した1869年のベン・ティレット (Ben Tillett) 事件は¹²⁵、英国人の労働運動活動家がベルギーにて逮捕され本国送還された件について、英国がベルギーに賠償金支払いを要求した事例である¹²⁶。ただし本件では、ティレット氏の行為にも拘らず英国が外交的保護権を行使していること、さらにこの事件の最大の論点はベルギーの行為が国際違法行為ではなかったことから、デュガードはクリーン・ハンズ原則を支持する実行とは言えないと結論している¹²⁷。

加えてデュガードは、2003年のパレスチナ壁事件勧告的意見でイスラエルがパレスチナによる「不法行為 (wrongdoing)」を糾弾するなど¹²⁸、国家間での「直接侵害」の事例においてはしばしば主張されてきたにせよ、裁判所でそれが認められたことはないという¹²⁹。間接侵害の事例としては、米国における殺人事件の逮捕者に対する領事援助が問題となっ

¹²⁰ Salmon, *supra* note 31, pp. 233-236, 249, 259,

¹²¹ *ibid.*, p. 262.

¹²² Crawford, J., "Second Report on Stare Responsibility", UN Docs. A/CN.4/498 and Add.1-4, in *YBILC 1999*, vol. II (Part Two), p. 82, para. 332.

¹²³ Salmon, J. (dir.), *Dictionnaire de droit international public* (Bruylant/AUF, 2001), pp. 677-678.

¹²⁴ Dugard, *supra* note 105, para. 3; Summary Records of 2792nd & 2793rd meetings on 4-5 May 2004, in *YBILC 2004*, vol. I, Pellet, paras. 48, pp. 10-11 and paras. 1-17, pp. 11-12.

¹²⁵ Dugard, *ibid.*, para. 3.

¹²⁶ *Ben Tillett (UK c. Belgique)*, sentence du 26 déc. 1898, in *RGDIP*, t. 6 (1899), pp.46-75.

¹²⁷ Dugard, *supra* note 105, para. 12.

¹²⁸ *Legal Consequences of the Constriction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004, *ICJ Reports 2004*, p. 163, para. 63.

¹²⁹ Dugard, *supra* note 105, paras. 5-7.

たラグラン事件及びアヴェナ事件をあげ、これらの事例ではクリーン・ハンズ原則による抗弁が行われた形跡はないとも指摘している¹³⁰。ただし外交的保護の法的擬制を踏まえるならば、いずれにせよ国家の権利への侵害が問題となることから、クリーン・ハンズ原則の適用に際して直接侵害と間接侵害の区別を行うことについてデュガードは懐疑的である¹³¹。

この報告書を受けて ILC では、外交的保護条文中にクリーン・ハンズ原則を含めないとする特別報告者の立場に支持が寄せられつつも¹³²、ラグラン事件及びアヴェナ事件は事例として不適切である点¹³³、報告書における原則の概念の確定が不十分である点などが指摘され¹³⁴、報告者は同原則が国際法における重要な原則の一つであることを認めつつ、ナウル燐鉱地事件において ICJ が指摘した理解を見落としていたことを認めている¹³⁵。同事件では、被告オーストラリアが、原告ナウルが問題となった燐鉱地の修復について信義則に従い一貫した行動をとらなかったとする抗弁を行ったことに対し、ICJ は「ナウルによる申立は、同国が利用可能な救済枠組において適正に提出された」のであり「当該行動は手続の濫用にはあたらない」と判断した¹³⁶。この点を ILC ないし特別報告者が考慮するということの趣旨は、外交的保護で主張されるのはあくまで「国家の権利」であるため、国際訴訟手続において「クリーン・ハンズ」が要求されるのは、訴因となる私人ではなく、請求を提出する国家であるとの理解すべきことを意味する。

さらに国連総会第六委員会でも、外交的保護の場合の受理可能性要件としては国家実行が伴っていない、領域国による国際違法行為が存在するときのみ援用できる、また同原則は強行規範や普遍的人権保障と相容れないなど様々な観点からの指摘を受けて議論が紛糾し、最終的には本原則を法典化しないとする特別報告者の決定に支持が寄せられ¹³⁷、最終的な条文草案ではコメンタリーも含めて一切言及されないということになった。

¹³⁰ *ibid.*, paras. 8-9.

¹³¹ *ibid.*, para. 7.

¹³² Report of the ILC on the work of its 57th (2 May–3 June and 11 July–5 August 2005), in *YBILC 2005*, vol. II (Part Two), para. 231.

¹³³ *ibid.*, para. 231.

¹³⁴ *ibid.*, paras. 234-235.

¹³⁵ *ibid.*, para. 236.

¹³⁶ *Certain Phosphate Lands in Nauru* (Nauru v. Australia), Judgment of 26 Jun. 1992, *ICJ Reports 1992*, pp. 255, para. 37-38.

¹³⁷ Topical summaries of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly prepared by the Secretariat, during its 59th session (2004), UN Doc. A/CN.4/549, paras. 127-128 and during its 60th session (2005), UN Doc. A/CN.4/560, para. 111.

ILCによる法典化作業以降にICJが判決を下した純粋な外交的保護の事例としては、ディアロ事件が存在する。同事件では、ディアロ氏の「存在と個人的行為が、ザイールの公秩序を特に経済的・財務的・財政的な分野において乱した」として被告国にて逮捕拘禁されたことが訴因の一つとなっているが¹³⁸、ここでもクリーン・ハンズ原則に関する検討は全く行われていない¹³⁹。

以上の議論でも度々指摘されているように、クリーン・ハンズ原則をめぐってはその概念範囲だけではなく、「誰の手が綺麗であるのか」についても混乱が生じてきたように見受けられるが、これまでの流れから明らかになった点をまとめると次のようになる。第一に、同原則は歴史的には訴因となる私人の行為の適法性が問題とされてきたが、外交的保護の法的擬制を踏まえたうえでの現在の学説では、外交的保護請求を提起する国がその利用可能な救済手続、特に国際訴訟提起のための手続において不正行為を行っていないことと解釈されている。第二に、訴因となる私人が「クリーン・ハンズ」ではない場合、その国籍国の国内法などを根拠として問題の私人が外交的保護を受けられないことになる可能性はあるにしても、国際法上は当該私人の行為を保護するか否かを決定するのは専ら国籍国であって、そのような国籍国の権利自体は私人の動向による影響をうける訳ではない。問題とされるのは当該国家が「利用可能な救済枠組」を「適正」に利用したか否かという手続における不正であって、その意味で信義則からクリーン・ハンズ原則を独立させて論じる必要は必ずしもないように思われる。

おわりに

本章で検討したカルヴォ条項及びクリーン・ハンズ原則は、いずれも実行においても学説においても長年に渡り議論されてきたとはいえ、国籍の原則や国内的救済完了原則など外交的保護の受理可能性要件に関するその他の論点と比較すれば、やや論点としては小さいと言わざるを得ない。その国際法上の効果についても学説及び実行を通じて見解が一致しないことから、慣習国際法規則としては、確立しているとは言えない。その理由はやはり、外交的保護という実行そのものが「個人損害＝国家損害」とする法的擬制に根拠を置き、国家間での国際請求という形で行われる限り、訴因となる私人の意向は全く取捨されてしまうことにある。そこでは私人は単なる損害算定のための基準に過ぎず、「国家が受

¹³⁸ *Ahmadou Sadio Diallo (Guinea c. RDC)*, Arrêt du 30 novembre 2010, *CIJ Recueil 2010*, p. 659, para. 50.

¹³⁹ もっともディアロ氏逮捕の原因となった行動は、政府に対する売掛金を回収すべく国内訴訟を提起したことなどであり、むしろ本件では被告政府による逮捕こそ恣意的であったといえる。

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¹⁴⁰。むしろこの法的擬制の下では、このような私人の動向は、国家の権利として認識される外交的保護権に影響を与えるべきではないと理解されている。

それでもこれらの論点が連綿と続いてきた背景には、私人を通じて国家が侵害を被るといふ、現実とは乖離した法的擬制の抱える矛盾について、多くの論者が疑問を抱いてきたという事実を指摘できるのではないだろうか。その意味で、いずれの規則も外交的保護制度の文脈では確立した法原則ではないにせよ、「私人による外交的保護の放棄」という要素以外の、より本質的な要素が、近代国際法秩序が現代国際法秩序へと移り変わる中で他の法原則に吸収されて力を増していったと言えるように思う。まず「カルヴォ条項」は、内外人平等原則の普遍化と国内的救済完了原則の徹底を促進させたという歴史的功績が評価されても良いのではないだろうか。また「クリーン・ハンズ原則」も、国家間訴訟手続における信義則という法の一般原則の一部として、裁判所は黙示的に受け入れているものと思われる。換言すれば、国際法理論が精緻化される過程で、これまで議論されてきた諸論点が収斂されていったと理解することができるのではないか。

冒頭で指摘したアルゼンチン軍艦没収の事例は、国家と対等あるいはそれ以上の実力を備えた法主体の出現によって、中世の私的復讐とも相通じる自力救済への世界へと社会が回帰する一歩手前まできているという現状を象徴しているように思われる。そこでは武力ではなく経済力が用いられる点のみが、かつてとは異なっているにせよ、強大な「力」による支配であることに変わりない。そして、そのような無秩序への回帰の歯止めとなるべく機能するのが国際法であることに異論はないだろう。政治的動機による内政干渉への抵抗原理として強力な法理論を生み出した、20世紀初頭のラテン・アメリカの法学者のように、我々も現行法に対して常に鋭い批判の視点を持ち続けることが要求されているように思う。

¹⁴⁰ *l'Usine de Charzów* (Allemagne c. Pologne), *P.C.J.I., Ser.A*, N°17, Demandé en indemnité, fond, arrêt du 13 septembre 1928, p.28.

第5章 国籍国による放棄

はじめに

国際法の歴史は、1648年の「ウェストファリア条約」から始まったといわれる¹。そこで本来唯一の法主体として観念されてきたのは近代主権国家であり、それらによって構成される近代的国際関係を規律する法こそが、実証主義に基づく近代国際法である²。個人はあくまで国内法上の行為能力を持つにとどまり、近代国際法から見れば、国籍という人的管轄に基づく国家の構成要素³、国家の財産の一部⁴、統治の客体ないし取引の対象としか認識されない⁵。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、近代国際法上は単なる「事実」として認識されるにとどまる⁶。このように国家間関係のみを規律する近代国際法秩序において、18世紀後半から19世紀初頭にかけて行われた仲裁裁判の蓄積により生じた慣習国際法制度である外交的保護では、「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」のであり⁷、「自国民に対する侵害は自国に対する侵害」とみなされる⁸。すなわちここで「個人の権利」は、同人の国籍国の公的要求の中に完全に「没入 (merged)」

¹ 明石欽司『ウェストファリア条約 その実像と神話』（慶応大学出版会、2009年）1-34頁。

² Lauterpacht, H., *International Law* (CUP, 1975), p. 489.

³ Deen-Racsmany, Z., "Diplomatic Protection and International Criminal Law: Can the Gap Be Bridged?" *LJIL*, vol. 20 (2007), p.911, footnote 8.

⁴ 田畑茂二郎「外交的保護の機能変化（二・完）」『法学論叢』第53巻1・2号（1947年）402頁。

⁵ 田畑茂二郎「外交的保護の機能変化（一）」『法学論叢』第52巻4号（1946年）199-200頁。cf. Anzilotti, D., « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *RGDIP*, t. 13 (1906), pp.5-8; Hershey, A.A., *The Essentials of International Law and Organization, rev. virsion* (Macmillan, 1927), p.347.

⁶ 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』第94号（2000年）178頁。

⁷ 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—」山形浩之他（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.* (OUP, 2008), pp.522-523; de Visser, C., « La responsabilité internationale des États », *Bibliotheca Visseriana*, vol. 2 (1924), p.116.

⁸ *Concessions Mavrommatis en Palestine* (Grèce c. Royaume-Uni), *CPIJ Série A*, N°2, Arrêt du 30 août 1924, p. 12; *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (Estonienne c. Lithuanienne), *CPIJ Série A/B*, N° 76, Arrêt du 28 février 1939, p. 16; Borchard, E. M., *Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (Banks Law, 1915), pp. 356-357, pp. 366-373; 田畑「前掲論文」（注5）198頁。このような理解が通説的位置を占めていたことは、日本の外務省条約局法規課内部資料（1965年4月6日、文書番号：1312号、2008年に開示決定1164号により太田修らに公開）にも確認される。

し⁹、存在としては消失したかのように扱われ、国家裁量によって恣意的に処分されてしまう。国は自国民が外国において如何に重大な侵害を受け全く救済が得られない場合に、彼らを救済する道義的義務を負うにせよ、法的観点からは救済すべきか否かは国の自由意思によって決せられるということになる¹⁰。このような制度的あるいは規範的な性質を、外交的保護の国家的性格と呼ぶ¹¹。

外交的保護権の範囲には、国民が違法行為国に対し個別に訴訟を提起して賠償を得ようとする行動を阻止するために国家間で「一括協定 (lump sum agreement)」を結ぶ権利まで含まれていると理解される¹²。一括協定の代表例として指摘されるのは、第一次・第二次世界大戦中および後の敵性財産の処分に関する平和条約と、外国人財産の国有化に伴う補償に関する国際合意である¹³。そして、これらの国際合意が外交的保護の制度内容に与える影響は、看過されてはならない¹⁴。現に、近年では国際的な人権意識の高まりとともに、とりわけ重大な人権侵害の場合について、国民の側からの外交的保護の国家的性格の是非を問う訴訟が増加しており、その際にこれらの条約の解釈がしばしば問題となるのである¹⁵。

歴史的・政策的観点から見れば、国家的性格は、「外国人の権利」を保護するにあたり、個人が直接に出訴するよりも国家が保護したほうが効果的であろうという配慮から生じたものにすぎない¹⁶。国家的性格はそれ自体が外交的保護制度の理論的本質を構成するわけではなく、制度の成立した時期の政治的・経済的事情を反映したものにすぎない¹⁷。そうであ

⁹ 小畑「前掲論文」(注7) 356-357頁。

¹⁰ Borchard, *supra* note 8, p. 29.

¹¹ 田畑「前掲論文」(注5) 204頁。

¹² Cannizzaro, E., "Is There an Individual Right to Reparation?," in Alland, D. et. al (eds.), *Unity and Diversity of International Law* (M.Nijhoff, 2014), p.498.

¹³ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgique c. Espagne), arrêt du 5 février 1970, *C.I.J. Recueil* 1970, paras. 59-61, pp. 39-40. パルセロナ・トラクション事件第二段階判決は、これらの一括協定の独自性 (*sui generis*) と特別法 (*lex specialis*) としての性質を強調しているが、それは株主本国による外交的保護を実現するための法人格否認法適用の可否を論じる文脈においては不適切とする趣旨であることに留意しなければならない。同判決は、米イラン請求権委員会の *American International Group, Inc. v. Iran* 事件でモスク判事により支持されているが、これも「賠償の即時性に関する国際慣習 (international custom regarding promptness of compensation)」という観点からは、第二次大戦の戦後処理を参照するのは適切ではないという指摘に過ぎない。Case No. 2, 19 Dec. 1983, *Iran-U.S. C.T.R.*, vol. 4, p.96, 111 (1983-III) (Mosk, J., concurring), at 116 n. 1.

¹⁴ Bederman, D. J., "Lump Sum Agreements and Diplomatic Protection," *Interim Report submitted to the Committee on Diplomatic Protection of Persons and Property, International Law Association New Delhi Conference Report* (2002), pp. 4-5; Lillich, R. B. & Weston, B. H., *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements* (Uni. Pr. of Virginia, 1975), ch. I, note 8, p. 43.

¹⁵ Vermeer-Künzli, A., "Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection," *Nordic J. of Int'l L.*, vol. 75 (2006), p. 280.

¹⁶ Borchard, *supra* note 8, p. 13.

¹⁷ 田畑「前掲論文」(注4) 400-3頁。

るならば、そのような事情が消失した現在においては見直されるべきではないだろうか。この疑問は、田畑茂二郎が指摘した 1947 年から現在に至るまで何ら有効な回答が示されないうまま推移しているといわざるを得ない。

そこで本章では、田畑が指摘した問題について考察するにあたり、外交的保護が「放棄」された事例について国民の側から提起されたその違法性を問う訴訟の分析を通じて、現代の国際法の発展が慣習国際法制度である外交的保護の内容に影響を与えたのかを検討したい。分析の対象となる素材としては、これまであまり外交的保護との関係で詳細に検討されることのなかった日本の戦後補償裁判を多く扱う。戦後補償裁判については、我が国では従来、戦争損害に関する個人の賠償請求権の所在に関する考察が盛んに行われてきたが¹⁸、平和条約締結による外交的保護の放棄とそれが与える影響についてはあまり詳細に議論されてこなかった。そこで分析の手法としてはまず、外交的保護権あるいは請求権放棄の類型を特に第二次大戦後の平和条約との関係で明らかにしたうえで、請求権あるいは外交的保護権の放棄が私人による国内的救済に与える法的影響について評価することとする。さらに放棄を制約しうる規範が存在するのか検討した後に、これらの実行は外交的保護の国家的性質に変更を迫るものであるのかという疑問への回答を示したいと思う。

1 「放棄」の方法

国際法において「放棄（仏：renonciation／英：waiver）」とは一般に、「権利や請求を破棄する意図で、ある国際法主体が意思表示をすること」と定義される¹⁹。国際法によって保護される権利を諦めるあるいは消滅させるという意思表示であり、本質的には一方的行為である²⁰。国家責任の発生を阻止するだけでなく、国家責任の事後的追及の可能性を排除するという法的効果を有するがゆえに、権利放棄は権利保持者により明示的かつ有効になされる必要があるため、条約の形を採用することが多い²¹。

国家が国民に対して外交的保護を与えないことを明示した多数国間条約として最も有名であるのは、投資紛争解決条約第 27 条である。ただしこの規定によって排除されるのは、

¹⁸ そのような観点からの研究として、例えば、田村恵理子「国家による戦争賠償権の放棄—その制限可能性—」『関西大学法学論集』第 61 巻 1 号（2011 年）123-147 頁。

¹⁹ Feichtner, I., “Waiver”, *MPEPIL* (online ed., OUP, 2008-, www.mpepil.com; last updated on Oct. 2006), para. 3..

²⁰ Salmon, J. (dir.), *Dictionnaire de droit international* (Bruylant, 2001) pp. 968-9; Venturini, G. C., « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des Etats », *RCADI*, t. 112 (1964), p. 394; Suy, E., *Les actes unilatéraux en droit international public* (Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1962) pp. 153-5.

²¹ Gattini, A., « La renonciation au droit d'invoquer la responsabilité », in Dupuy, P.-M. et al. (eds.) *Völkerrecht als Wertordnung : Festschrift für Christian Tomuschat* (Engel, 2006), pp. 319-320.

外交的保護の全体ではなく、国家間での訴訟提起のみである。同条は、条約に基づく締約国と他の締約国国民の間での仲裁による紛争解決を尊重する趣旨であり、仲裁判断に当該締約国が従わなかった場合には外交的保護を与えても良く、さらに仲裁の間でも「紛争の解決を用意にすることのみを目的とする非公式の外交上の交渉」は行うことができる²²。2006年の国連国際法委員会（ILC）による外交的保護条文によれば、外交的保護とは国籍国が自らの権利として外交的行動その他の平和的解決の手段により自国民に対する侵害の責任を他国に問う行動のことであると定義されており²³、投資紛争解決条約による外交的保護の排除は部分的なものに過ぎない。他方で、以下に検討するように、対人主権の効果として相手国に対する自国民の私的請求を消滅させる国家の行為と理解される平和条約の請求権放棄条項は²⁴、このような包括的な外交的保護の可能性の全てを排除するものである。

1.1 条約による明示的放棄の意思表示

明示的な請求権放棄条項を有する平和条約としては、1951年の対日平和条約第14条(b)項と第19条、1956年の日ソ共同宣言第6項、1956年の日韓請求権協定第2条、1972年の日中共同声明第5項などがあり、これらの条約で当事国はいずれも第二次大戦に関する「請求権」あるいは「請求」を「放棄」と宣言している。日本の国内法的な観点からこの請求権「放棄」という表現を検討した場合、それまでの平和条約で用いられた「請求又は訴訟を提起することを得ず」や「消滅させる」という直截ない文言とは異なり、多義的な解釈を可能にさせる非常に曖昧な言い回しであると理解され²⁵、そのために、政府、裁判所さらに戦後補償裁判の原告など、様々な立場から示された多様な法解釈が示されることとなった。ゆえにまずは、それぞれの条約・国際合意等の条項に応じて解釈が異なるため、第二次大戦終了後に日本が締結した平和条約について、条項が存在する場合（明示的放棄）と存在しない場合（黙示的放棄）に分けながら、国内判例の分析を通じてどのように外交的保護権の「放棄」がなされたのかを解明したいと思う。

²² Article 27, Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, signed at Washington D.C. on 18 Mar. 1965, *UNTS* vol. 575, p.159.

²³ Commentary to Art. 1 of Draft Articles on Diplomatic Protection (Second reading 2006) with commentaries, in *YBILC 2006*, vol. II (Part Two), paras. 8-9.

²⁴ 広瀬善男『捕虜の国際法上の地位』（日本評論社、1990年）51頁。最二小判2007年4月27日民集第61巻3号1188頁〔1198頁〕（西松建設事件）。

²⁵ 高木喜考「日中共同声明第五項のウィーン条約法条約の原則による私法解釈」『法律時報』第80巻4号（2008年）99頁。

日本のいわゆる「戦後補償裁判」における「請求権放棄」についての考え方を分類すれば、大きく分けて次の3つに集約される。第一に、請求権放棄とは外交的保護権の放棄のことであり、国内法的な意味での個人請求権の行使は何ら制約を受けないとする「外交的保護権のみ放棄説」²⁶、第二に、請求権放棄とは外交的保護権の放棄のことであるが、それにより国内法上の個人請求権は消滅しないまでもその行使が阻害され「救済なき権利」と化すとする「権利行使阻害説」、そして第三に、国内法的にも個人請求権が放棄され実体的に消滅するとする「請求権消滅説」である²⁷。第一の「外交的保護権のみ放棄説」にはさらに細かく、個人請求権の根拠を国内法規定に見いだすもの²⁸、国際法上の個人請求権を与える規定が国内法化されて国内法上の請求権となるもの²⁹、さらに国際法上保護された個人請求権が国内法秩序においても保護されるべきとするものに分けることができる³⁰。ただし、いずれの説に立つにせよ、結論として私人による戦後補償請求は不受理とされてきた。

このように日本の戦後補償裁判の文脈では、しばしば個人の国際法主体性との関係で個人請求権の法的性質が強調され、それと外交的保護権とを分離して理解するという論法が採用されてきた。外交的保護が国家の権利であるという意味を広義に解釈すると、自国民について生じた損害に対する賠償責任を一括して追及すること、その条件として国民が違法行為国に対し個別に訴訟を提起して賠償を得ようとする行動を阻止する条項を挿入する

²⁶ 日本政府は、日韓請求権協定2条1項について、日韓両国が国家として持つ外交保護権を相互に放棄したということであり、いわゆる個人の請求権そのものを国内法的な意味で消滅させたというものではないという理解を表明している。柳井俊二（外務省条約局長）「…いわゆる日韓請求権協定におきまして両国間の請求権の問題は最終かつ完全に解決したわけでございます。その意味するところでございますが、日韓両国間において存在してございましたそれぞれの国民の請求権を含めて解決したということでございますけれども、これは日韓両国が国家として持っております外交保護権を相互に放棄したということでございます。したがって、いわゆる個人の請求権そのものを国内法的な意味で消滅させたというものではございません。日韓両国間で政府としてこれを外交保護権の行使として取り上げることはできない、こういう意味でございます。」第121回国会参議院予算委員会会議録第3号10頁（1991年8月27日）。

²⁷ 宮坂昌利「最高裁判所判例解説【17】『日本国政府と中華人民共和国政府の共同声明』5項と日中戦争の遂行中に生じた中華人民共和国の国民の日本国又はその国民もしくは法人に対する請求権の帰すう」『法曹時報』第60巻11号（2008年）310頁。

²⁸ 平和条約締結による請求権放棄が憲法29条の違法収用にあたるとする主張のほか、民法上の不法行為責任を問うものなどがある。

²⁹ すなわち、個人請求権に関する国際法規範が性質上国内法に「変型」されて国内法規範として妥当するとする見解である（変型理論）。近年の一連の中国人強制労働被害者に対する戦後補償裁判の原告側主張は、この理解にたつものと考えられる。参照、中国人戦争被害賠償請求事件弁護団（編）『砂上の障壁—中国人戦後補償裁判10年の軌跡』（日本評論社、2005年）277頁以下参照。

³⁰ 個人請求権に関する国際法規範は、国内法秩序においても国際法としての性質を失わずに直接適用されるという考え方である。このような見解は、東京地判1963年12月7日下民14巻12号2435頁〔2442頁〕（下田事件）や、東京地判1998年11月30日訟民46巻2号774頁（オランダ元捕虜・民間抑留者損害賠償事件）の原告被害者らの主張に見られる。

ことも、外交的保護の範疇に含まれると解される³¹。その意味で、平和条約の締結による請求権放棄も、対人主権の効果として相手国に対する自国民の私的請求を消滅させるという条件まで含めて、外交的保護権の放棄の問題として捉えられるべきであるところ、「外交的保護権のみ放棄説」では国家間請求を提起する権利という外交的保護権の一側面が強調されるあまり、日本に固有の解釈としての様相を呈しているように見受けられる³²。これは単に、日本の実務界・学会が戦争被害者に一定の理解を示しながらも政府の賠償責任は否定するために編み出した抗弁という側面もあるが、他方で、日本が第二次大戦後に締結した平和条約の特殊性にも原因があるといえる。すなわち、以下のような経緯が指摘できる。

かつての国際社会では、敵国のなした *jus in bello*（戦時国際法・戦争法・武力紛争法・国際人道法）の違反行為に対抗するための自力救済の措置として、被害国も *jus in bello* 違反によって報復するということが交戦国間で認められていた³³。敵国に違法行為を中止させ、法の遵守に戻らせるための唯一の措置として、このような戦時復仇が認められていたのである。そのため、第一次大戦の講和条約では「戦争賠償」とは、主に戦勝国が敗戦国の *jus ad bellum* 違反についての責任を追及し、戦争費用を回収する目的で敗戦国に課す賠償金のことであった³⁴。そして、私人とりわけ戦勝国国民が戦争中の *jus in bello* 違反行為によって被った損害については、敗戦国たるドイツに私人が直接請求するための混合仲裁裁判所が設置された。このように、私人が被った戦争損害の問題は、国家間賠償の問題とは賠償請求手続においても厳格に区別されていたのである。戦間期、捕虜に対する戦時復仇が条約で初めて禁止され³⁵、第二次大戦中の占領地域における一般市民に対する凄惨な戦時復仇の被害を経て³⁶、より包括的に戦時復仇を禁止すべく諸国は1949年のジュネーヴ諸条約を締結し、*jus in bello* 違反行為について「戦争賠償」の文脈で事後的に国家責任 (liability) を問うことにした（第一条約 51 条、第二条約 52 条、第三条約 131 条、第四条約 148 条）³⁷。このよ

³¹ Cannizzaro, *supra* note 12, p. 498.

³² 広瀬は特に、「外交的保護権のみ放棄説」について、「諸外国では全く見られない」「国際的に通用しない議論」として厳しく批判する。広瀬『前掲書』（注 24）51 頁。

³³ 田岡良一『法律学全集 57 国際法 III〔新版〕』（有斐閣、1973 年）353 頁。

³⁴ Shelton, D., “Reparations,” *MPEPIL* (online ed.; last updated on Aug. 2009), paras. 4-5; d’Argent, P., “Reparations after World War II,” *MPEPIL* (online ed; last updated on May 2009), para. 36

³⁵ 1929 年ジュネーヴ捕虜条約第 2 条。

³⁶ 藤田久一「戦時復仇制限と 1949 年ジュネーヴ諸条約」『法学論叢』第 80 巻 5 号（1967 年）44-53 頁。

³⁷ 各条は次のような同一の文言で規定されている。“No High Contracting Party shall be allowed to absolve itself or any other High Contracting Party of any liability incurred by itself or by another High Contracting Party in respect of breaches referred to in the preceding Article.” 1960 年の国際赤十字委員会 (ICRC) による逐条注解によれば、内容的にはジュネーヴ諸条約共通第 3 条と同じであるにも拘わらず、同条が制定された趣旨は、戦勝国の同諸条約違反行為についても休戦協定または平和条約で請求権放棄をするように敗戦国が強制されることを避けるためである。ICRC, 1949 Conventions and Additional Protocols, and their Commentaries, available at <http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreaties1949.xsp> (last

うな国際人道法の発展を踏まえて締結された 1951 年の対日平和条約では、*jus ad bellum*（開戦法規）と *jus in bello* の両方の違反についての賠償請求権を放棄する旨の規定がおかれることとなった³⁸。

第二次大戦後に日本が締結した平和条約において、私人が直接請求を提起するための裁判所が設置されなかった背景には、個人の国際法主体性の欠落というよりは、戦争被害の甚大さを鑑みた紛争処理制度の構築という実務的考慮と人道法の発展があったのではないだろうか。ただし、1951 年の対日平和条約における国家への一元的かつ事後的な *jus in bello* 違反行為責任の追及制度は、締結時の期待とは裏腹に、残念ながら私人の請求権の所在をあやふやにし、かえって戦後賠償の問題をより複雑化させてしまう結果となった。以下にみるように、国家・国民間で相互に請求権を放棄するという制度構築が必ずしも成功せず、混乱を招くことになってしまったのである。

1.1.1 1951 年対日平和条約（サンフランシスコ平和条約）

1951 年の対日平和条約は、第二次大戦中に日本と敵国であった「連合国」の大部分の国との間で締結された多数国間平和条約であり、日本の戦後処理問題の基礎となる条約である。領土・政治・財務・経済などに関する規定を内包した近代的平和協定の典型といえる³⁹。個人請求権に関しては、第二次大戦中に日本と敵国であった「連合国」が自国民の日本国政府に対する請求を放棄した第 14 条(b)と、日本国民が連合国に対して持つ請求権の放棄を規定する第 19 条(a)が問題となる⁴⁰。

条約当事者であり解釈権者でもある日本政府の見解は、当初は「外交的保護権のみ放棄説」を支持していたにも拘らず、2001 年頃になって突然、「請求権消滅説」に変更されたと理解されることが多い⁴¹。このような立場変更の証として引用され対比されるのは、従前の見解として冒頭で言及した「外交的保護権のみ放棄説」をとる 1991 年の柳井俊二による

visited on 5 Jan. 2014). また、一般的に liability は合法行為責任を指す語として違法行為責任 (responsibility) と区別される場合が多いが、損害に対する金銭賠償に関する国家責任の結果を指すために用いられる場合もあるとされる

(Tanzi, A., “Liability for Lawful Acts,” *MPEPIL* (online ed., last updated on Feb. 2013), para. 2)。ゆえに、この規定が念頭に置くのは武力紛争後の交戦国間での賠償責任であると解される。

³⁸ 張新軍「最高裁四・二七判決における解釈の一貫性問題について」『法律時報』80 卷 4 号 (2008) 109 頁。

³⁹ Hofmann, R., “Compensation for Personal Damages Suffered during World War II,” *MPEPIL* (online ed., last updated on Feb. 2013), para. 9.

⁴⁰ Peace Treaty with Japan and Allied Powers, signed at San Francisco, 8 Sep. 1951, *UNTS*, vol. 136 p. 45.

⁴¹ 宮坂昌利「『日本国政府と中華人民共和国政府の共同声明』5 項と日中戦争の遂行中に生じた中華人民共和国の国民の日本国又はその国民若しくは法人に対する請求権の帰す (最高裁平成 19 年 4 月 27 日第二小法廷判決)」『ジュリスト』第 1346 号 (2007 年) 313 頁、山手治之「日本の戦後処理条約における賠償・請求権放棄条項 (一)」『京都学園法学』第 35 卷 (2001 年) 37-79 頁など。

国会答弁⁴²、そして変更後の見解として 2001 年当時の外務省条約局長であった海老原紳が述べた次のような見解である。

「今回の〔オランダ人元捕虜等訴訟控訴審における〕準備書面におきまして、我が国においては、平和条約 14 条(b)によって『これらの請求権ないし債権に基づく請求に応ずべき法律上の義務が消滅したものとされたのであり、その結果、救済が拒否されることになる』と述べておりますのは、改めてこの趣旨を明らかにしたわけでございます。」

43

確かに一見、柳井と海老原の見解は明らかに矛盾する⁴⁴。しかしながら、柳井の答弁は日韓請求権協定、海老原の答弁は対日平和条約に関するものであることに留意しなければならない。現に、柳井は駐米大使時代、第二次大戦中の強制労働について米国などの連合国元捕虜が日本企業に対して起こした一連の損害賠償請求について、カリフォルニア北部地区米連邦地裁が対日平和条約の請求権放棄条項を根拠に個人請求権は消滅したとして原告の訴えを却下した際、記者会見や⁴⁵、外交覚書において⁴⁶、日本政府の見解は「請求権消滅説」を支持する米国司法省や国務省の見解と完全に同意見であると表明している。同一人物が、場所に依じて全く異なる説を唱えることに違和感を覚えるのは当然かもしれないが⁴⁷、対日平和条約第 14 条 (b) 項の解釈については日本政府の立場は一貫して「請求権消滅説」であるといえる。つまり、請求権放棄条項ごとに個別のレジームが形成され、それぞれにおける個人請求権の法的地位が異なっている可能性があるのである。

1.1.1.1 第 14 条 (b)

「この条約に別段の定がある場合を除き、連合国は、連合国のすべての賠償請求権、戦争の遂行中に日本国及びその国民がとつた行動から生じた連合国及びその国民の他の請求権並びに占領の直接軍事費に関する連合国の請求権を放棄する。」

⁴² 柳井俊二（外務省条約局長）「前掲会議録」（注 26）。

⁴³ 海老原紳（外務省条約局長）第 151 回国会参議院外交防衛委員会第 4 号 13 頁（2001 年 3 月 22 日）。

⁴⁴ この点について、小畑郁は「いわゆる戦後補償裁判のほとんどが前提としていたことを覆すようにみえる、衝撃的な内容であった」と述べている。小畑郁「請求権放棄条項の解釈の変遷」芹田健太郎ほか編『国際人権法と憲法（講座国際人権法 1）』（2007 年）361 頁。

⁴⁵ 山手治之「第二次大戦時の強制労働に対する米国における対日企業訴訟について」『京都学園法学』第 33・34 号（2000 年）126-128 頁。

⁴⁶ Murphy, S. D., “World War II Era Claims against Japanese Companies,” *AJIL*, vol. 95 (2001), p. 141.

⁴⁷ 山手治之は、この点について日本政府が国内外で態度を違えていると批判している。山手「前掲論文」（注 45）156 頁及び「前掲論文」（注 41）40-41 頁。

すでに述べたとおり、この条文を文言どおりに解釈するのであれば、日本政府が主張するとおり「請求権消滅説」を採用していると考えるのが適当である。しかしながら日本の裁判所は、同条の解釈に「外交的保護権のみ放棄説」を採用することが多く、その流れを変えて「請求権消滅説」を採用したのがオランダ元捕虜・民間抑留者事件であると指摘される⁴⁸。第14条は個人の請求権放棄について明示的に言及していないという原告の主張を、東京高裁は次のように述べて却下した。

「…サンフランシスコ平和条約一四条（b）の請求権放棄条項により、連合国及びその国民と日本国及びその国民との相互の請求権の問題は終局的に一切が解決されたものと認められる。すなわち、連合国国民の個人としての請求権も、連合国によって「放棄」され、これによって、連合国国民の実体的請求権も消滅したと解するのが相当である。すなわち、上記（2）のオランダ代表と日本代表との交渉の経緯を見ると、両者間においては、「日本政府が自発的に処置することを希望するであろう連合国民のあるタイプの私的請求権」が残るとしつつ、サンフランシスコ平和条約の効果として、そのような請求権につき連合国国民が満足を得ることはできないとして決着を見たものというべきである。

そして、このように、連合国国民の個人としての請求権を含めて、一切の請求権が放棄されたのは、我が国が、敗戦により、海外の領土の没収だけでなく、連合国内のみならず、中国、台湾、朝鮮等にあった一般国民の在外資産まで接収され、さらに中立国にあった日本国民の財産までもが賠償の原資とされるといった過酷な負担の見返りであった。また、それは、将来における日本の復興と国際社会への貢献を期待しての措置であったのである。」⁴⁹

東京高裁は、原則として第14条（b）項は「請求権消滅説」に基づくものとしながら、オランダとの関係では交換公文の結果としてある種の請求権が残ると判示した。ただし、オランダ国民の私的請求権についても、「サンフランシスコ平和条約の効果として、そのような請求権につき連合国国民が満足を得ることはできない」と裁判所はいう。この意味するところについて、裁判所はこれ以上詳しく述べていないが、本稿の関心から補足すると次のようになる。

⁴⁸ 泉澤章「国内裁判所における請求権放棄論の系譜と最高裁四月二七日判決」及び五十嵐正博「サンフランシスコ条約と中国—最高裁判決の『サンフランシスコ枠組み論』『法律時報』第80巻4号（2008年）87、91頁。小松一郎「国際法の履行確保と国内裁判所による国際法の適用」島田征夫ほか（編）『国際紛争の多様化と法的処理』（信山社、2006年）238頁。

⁴⁹ 東京高判2001年10月11日訟月第48巻9号2123頁（オランダ人戦後補償請求事件）。同趣旨の判決として、東京地判1998年11月26日訟月第46巻2号731頁、東京高判2003年3月27日判時第1802号76頁（イギリス等元捕虜・民間抑留者損害賠償請求事件）。

ここで言及された日本とオランダ政府間の交渉経緯とは、いわゆる吉田・スティッケル交換公文、すなわち 1951 年 9 月 7 日付のオランダ外務大臣ディルク・U・スティッケルから日本国総理大臣吉田茂に宛てた書簡のことであり、その中でオランダ政府は、オランダ憲法その他の国内法と整合性を保つという名目で、第 14 条 (b) 項によってオランダ政府が自国民の私的請求権を収用するものではないと解釈するという趣旨の確認を日本政府に要請した。そして、翌日付の書簡で、吉田は「日本政府が自発的に処置することを希望するであろう連合国民のあるタイプの私的請求権」が残ると返答している⁵⁰。このような交換公文の背景には、オランダが、日本軍に占領された旧オランダ領東インドにて捕虜となった約 4 万人のオランダ軍人および約 11 万人の民間人非抑留者に対する賠償問題を対日平和条約締結に含めたかったが、含めることができず、対日平和条約自体への署名に難色を示していたことが指摘されている⁵¹。そこで、両国は日本の道義的責任に関する書簡を交換し、後に私的請求権の問題について二国間で議定書を締結することとなった⁵²。

オランダ以外の連合国はこのような解釈を主張しておらず、例えば米国は対日平和条約締結前に国内的によって捕虜や民間被抑留者に補償を実施するなど、自国民に対する個別補償は各国が国内的に実施すると理解していたものと理解される⁵³。第 14 条 (b) 項の文言によれば、「請求権を放棄する」と明示されているため「請求権消滅説」を採用するものと理解するのが順当であるが、オランダとの関係ではこのような特別合意が形成されたといえよう。従って、この交換公文は日本・オランダの二国間における対日平和条約第 14 条についての解釈宣言とみなすことができる。すなわち、対日平和条約第 14 条 (b) 項は原則として「請求権消滅説」をとりながら、オランダとの関係では特別に 交換公文によってオランダ国民の個人請求権の放棄が一時留保され「外交的保護権のみ放棄説」が採用されたのである⁵⁴。

ここで一時留保と言うのは、その後、吉田・スティッケル交換公文に基づいて締結された 1956 年の「オランダ国民のある種の私的請求権に関する問題の解決に関する議定書」にて、オランダ政府が 1000 万ドル相当の「見舞金」と引換えに、「オランダ国民が、第二次世界大戦の間に日本政府の機関がオランダ国民に与えた苦痛について、いかなる請求をも

⁵⁰ 山田敏之「『道義的債務』をめぐる問題—オランダに於ける日本の補償責任論議—」『外国の立法』第 34 卷 3・4 合併号 (1996 年) 239 頁。

⁵¹ 山手「前掲論文」(注 41) 47-62 頁。山田「同上」237-239 頁。

⁵² 「オランダ国民のある種の指摘請求権に関する問題の解決に関する日本国とオランダ王国政府との間の議定書」1956 年 3 月 13 日署名。

⁵³ 山手「前掲論文」(注 41) 69 頁。

⁵⁴ この交渉経緯の詳細については、山手「前掲論文」(注 41) 47-62 頁を参照。

日本政府に対して提起しないことを、確認」したからである⁵⁵。この1956年の議定書第3条によって、オランダ政府が1950年対日平和条約では「放棄」しなかった個人請求権の行使が阻害され「救済なき権利」と化すことになった⁵⁶。このようにオランダ政府の解釈は、第14条(b)項について、当初採用していた「外交的保護権のみ放棄説」から1956年の議定書で「権利行使阻害説」へと移行したとされる。国際法的な観点からオランダの一連の行動を評価するのであれば、オランダは吉田・スティッケル交換公文によって請求権問題日活処理を規定する第14条(b)項に対する「外交的保護権のみ放棄説」という留保を付したのであって、1956年の議定書によってその留保の内容を変更したと理解することができる。

「権利行使阻害説」と「請求権消滅説」は、国家間合意によって個人請求権が行使不能な状況になるという意味で国際法的には同様の効果を持つが、「権利行使阻害説」は国内法上の個人請求権が消滅はせずに単に行使が阻害されるとする点において異なる。「権利行使阻害説」は第14条(b)項の文理解釈から当然導かれる結論ではなく、オランダとの交渉経緯で当初、同国が違法収用という国内法違反行為を生じさせないために国民の国内法上の請求権を放棄しないとしたことから、そのように理解されているように思われる。しかし、オランダ政府が1956年の議定書締結による「見舞金」を国民への補償に充当したのであれば、国民の請求権を放棄したとしても違法収用にはあらず、同議定書によって1950年対日平和条約への留保を撤回し「請求権消滅説」へ転向したと理解する方が妥当であるように思われる。

1.1.1.2 第19条(a)

「日本国は、戦争から生じ、又は戦争状態が存在したためにとられた行動から生じた連合国及びその国民に対する日本国及びその国民のすべての請求権を放棄し、且つ、この条約の効力発生の前に日本国領域におけるいずれかの連合国の軍隊又は当局の存在、職務遂行又は行動から生じたすべての請求権を放棄する。」

狭義の「戦争賠償」は、戦勝国が戦争費用を回収する目的で敗戦国の *jus ad bellum* 違反に対する国家責任を追及するものであるが、先述したとおり、1951年の対日平和条約は *jus in bello* 違反行為から生じる賠償についても規定している。つまり、戦勝国の請求権放棄に関

⁵⁵ 第3条 オランダ王国政府は、同政府又はオランダ国民が、第二次世界大戦の間に日本政府の機関がオランダ国民に与えた苦痛について、いかなる請求をも日本政府に対して提起しないことを、確認する。

⁵⁶ 「権利なき救済」という言葉は、日蘭の交渉経緯を聞いた米国代表のダレスが日本の主張を聞いて「救済なき権利か。よくあることだ」と言ったとされることに由来する。西村熊雄『サンフランシスコ平和条約』（鹿島平和研究所（編）日本外交史 27、1971年）301-303頁。

する対日平和条約第 14 条(b)は、*jus ad bellum* と *jus in bello* 双方の違反に関する請求権放棄の規定であるのに対し、敗戦国である日本の持つ請求権の放棄について規定する第 19 条(a)は、後者の違反に関する請求権の規定であると考えられる⁵⁷。すなわち、日本国民が日本政府に対して提起した戦後補償裁判では、このような戦争遂行過程における連合国の違法責任を追及する個人の権利を第 19 条にて放棄した日本政府の行為が、国内法上違法行為に当たると争われた。換言すれば、ここで問題となるのは、*jus in bello* 違反行為についても請求権放棄が適法になしえるのかという論点である。しかしながら、対日平和条約発効前に占領軍兵士による職務外の不法行為が問題となった堀本事件で、被告となった日本政府は以下のような主張を行った。

「平和条約第 19 条(a)項において放棄の対象とされているのは同条(c)項と対比してみても、加害国所属国に対する我国の請求権即ち所謂外交的保護権のみであって、被害者から加害者に対する請求権は放棄されていないものと解する。そうでないとしても後者の請求権は講和条約において具体的な取極めの為されない限り権利実行の方向乃至可能性のない全く抽象的な観念に過ぎず、しかも、講和条約に置いて敗戦国側からは当然に放棄すべき宿命をもつものに過ぎないから、これを放棄する条約を締結したところで、これを以て権利侵害とはいえない。」⁵⁸

つまり、第 19 条については「外交的保護権のみ放棄説」が採用されるとの主張である。同説は、遅くとも、この堀本事件の書面準備が行われた 1956 年頃には政府内にて形成され、以後の「請求権放棄に伴う補償請求型」の事件で同様の主張を政府は行っていくことになる⁵⁹。これは一見すると個人の権利を尊重する議論のようであるが、それが主張されてきた経緯を考慮すれば、実際には個人請求権についての法的・政治的責任を逃れるために展開された方便にすぎない。政府がこのような解釈を展開した背景には、上述のオランダ政府とのやりとりからの着想があるように思われる。すなわち「請求権消滅説」は原告の言うように憲法第 29 条に基づく違法収用に該当しうるが、「外交的保護権のみ放棄説」に依拠すれば、相手国の国内裁判所に訴える個人の権利まで奪っていないこととなり、憲法 29 条に基づく補償の対象外であるとして国内法上の不法行為責任を逃れることができるのである⁶⁰。

⁵⁷ 張「前掲論文」(注 38) 109 頁。

⁵⁸ 東京地判 1956 年 8 月 20 日下民第 7 卷 8 号 2239 頁 [2241 頁] (堀本事件)。

⁵⁹ 小畑「前掲論文」(注 44) 370 頁。法制局長官・林修三は、第 19 条は外交的保護権のみ放棄した規定である旨、国会答弁にて回答している。第 40 回国会衆議院外務委員会会議録第 21 号 25 頁 (1962 年 4 月 4 日)。

⁶⁰ 山手「前掲論文」(注 45) 170-171 頁。

堀本事件では、裁判所は、問題となった行為が職務外の行為であったことから、当該不法行為についてはそれを行った占領軍兵士に対してのみ賠償請求権が生じるとして、請求権の論点に踏み込まずに事件を処理している⁶¹。ただし裁判所は、第19条についても「請求権消滅説」を採用していると考えるのが妥当である。つまり、日本政府の見解は、第14条(b)項については「請求権消滅説」、第19条については「外交的保護権のみ放棄説」という錯綜したものとなっているが、裁判所は一貫して「請求権消滅説」を採用していると考えられる。

他方で裁判所は、日本国民の在外資産を戦勝国に対する賠償に充当するとする対日平和条約第14条(a)項2(1)については、「外交的保護権のみ放棄説」を展開した。つまり、同条は第19条のような個人請求権放棄条項ではなく、カナダ在外資産補償請求訴訟最高裁判決によれば、

「わが国は、日本国民の右資産が当該外国において不利益な取扱いを受けないようにするために有するいわゆる異議権ないし外交保護権を行使しないことを約せしめられたにすぎないものといわなければならない」。⁶²

その代わりに、敗戦国の「国民受忍論」という極めて *jus ad bellum* 的な理論を採用することで、第14条(a)項2(1)に基づく個人請求を認めないとの立場を示した。すなわち、「戦争中から戦後占領時代にかけての国の存亡にかかわる非常事態にあつては、国民のすべてが、多かれ少なかれ、その声明・身体・財産の犠牲を堪え忍ぶべく余儀なくされていたのであつて、これらの犠牲は、いずれも、戦争犠牲または戦争損害として、国民の等しく受忍しなければならなかつたところ」という⁶³。カナダ在外資産補償請求訴訟において確立された法理は⁶⁴、憲法上みとめられた人権制約事由として判例上運用されている「公共の福祉」と同一主旨の理論である。同法理は、旧植民地住民の提起した「援護立法の不備主張型」の訴訟や⁶⁵、さらに、連合軍による無防都市への空爆という *jus in bello* 違反行為に関しても、最高裁はこの受忍論の適用を拡大している⁶⁶。このように、二段構えの論法によって、個人の国内法上の戦後補償請求権は「救済なき権利」として形骸化されるのであるが、こ

⁶¹ 前掲判決（注58）22-42頁。

⁶² 最大判1968年11月27日民集第22巻12号2808頁〔2812-2813頁〕。

⁶³ 同上、〔2812頁〕。

⁶⁴ 浅田正彦「日本における戦後補償と国際法」『ジュリスト』第1321号（2006年）27頁。

⁶⁵ 最三小判1992年4月28日民集164号295頁（台湾人元日本兵戦死傷補償請求事件）、東京地判1994年7月15日訟月41巻12号2987頁（在日韓国人元軍属援護法訴訟）など。

⁶⁶ 最二小判1987年6月26日判時第1262号100頁（名古屋空襲訴訟）。

のように国内法上の根拠に基づかず、むしろ国際法的な発想による個人請求権の処理は、実際の法的効果としては「請求権消滅説」と何ら変わらないと言わざるを得ない。

1.1.2 日本と「朝鮮」との平和条約

1951年の対日平和条約は、冷戦と朝鮮戦争の開始により日本問題の早急な解決を望む米国の強力な政治的影響下で締結されたものであるため、ソ連、ポーランド、チェコスロバキアなどはサンフランシスコでの平和会議に出席したにも拘らず、同条約に署名をしなかった⁶⁷。このように、同条約の締約国ではなかった国々と日本は、二国間で徐々に平和条約を結んでいくことになる。その中でもとりわけ重要なのが、対日平和条約でもその受益権に言及された「中国」および「朝鮮」である⁶⁸。両国は、日本軍の侵略行為によって甚大な文民被害を受けたため、日本の戦後処理問題において非常に重要な当事者であったが、政治的障壁により両国との平和条約の締結自体が60～70年代頃まで遅れることとなった。

1951年の対日平和条約に「朝鮮」が締約国として名を連ねなかった理由を法的に説明すれば、1910年8月22日の日韓併合条約によって日本国領土の一部として日本の施政下にあったため、「朝鮮」は独立の交戦国とはみなされないから、ということになる⁶⁹。これに加え、当時の朝鮮半島は朝鮮戦争の最中であつたため、現実問題として対日講和会議に出席できる状況にはなかったといえる。1953年に休戦協定が成立し、「朝鮮」が大韓民国（韓国）と朝鮮民主主義人民共和国（北朝鮮）に分裂してからも、当時の国際政治状況から、日本との第二次世界大戦の平和条約が締結されるまでには相当程度の時間を要した。

とはいえ、東西冷戦の勃発によって、米国を中心とする西側ブロックに共に組み込まれた日本と韓国は比較的早期、第二次世界大戦終結から20年後の1965年に戦後処理に着手することになる。前述の通り、法的には日本国と韓国とは戦争状態になかったため、「日本国と大韓民国との間の基本関係に関する条約（日韓基本条約）」による国交正常化が実現した⁷⁰。これと同時に、伝統的な戦争賠償とは説明できない両国間の請求権問題に対処するため、この問題に特化した「財産及び請求権に関する問題の解決並びに経済協力に関する

⁶⁷ Hayashi, M., "Peace Treaty with Japan (1951)" *MPEPIL* (online ed., last updated on Jul. 2009), para. 3.

⁶⁸ 対日平和条約21条「この条約の第二十五条の規定にかかわらず、中国は、第十条〔中国における権益の放棄〕及び第十四条（a）2〔連合国管轄下にある日本および日本国民の財産の処分〕の利益を受ける権利を有し、朝鮮は、この条約の第二条〔領土権の放棄〕、第四条〔放棄された領土内にある日本および日本国民の財産の処理〕、第九条〔漁業協定〕及び第十二条〔通商航海条約〕の利益を受ける権利を有する。」括弧内は著者注。ちなみに、1951年の対日平和条約の正文は英語・フランス語・スペイン語であり、同時作成された日本語公定訳による「朝鮮」の原語はそれぞれ Korea・Corée・Corea である。

⁶⁹ d'Argent, P., *Les réparations de guerre en droit international public* (Bruylant, 2002), pp. 285, 290-293.

⁷⁰ 日本国と大韓民国との間の基本関係に関する条約（日韓基本条約）Treaty on basic Relations between Japan and the Republic of Korea, signed in Tokyo, 22 Jun. 1965, *UNTS*, vol 583, p. 45.

る日本国と大韓民国との間の協定（日韓請求権協定）」が締結された⁷¹。同協定はその名の通り、相互の請求権放棄と日本から韓国に対する無償供与・経済協力に関する取極であり、戦後補償の個人請求権の問題については第2条1項・3項が次のように規定している。

第二条 1 両締約国は、両締約国及びその国民（法人を含む。）の財産、権利及び利益並びに両締約国及びその国民の間の請求権に関する問題が、千九百五十一年九月八日にサン・フランシスコ市で署名された日本国との平和条約第四条（a）に規定されたものを含めて、完全かつ最終的に解決されたこととなることを確認する。

（中略）

3 2の規定に従うことを条件として、一方の締約国及びその国民の財産、権利及び利益であつてこの協定の署名の日到他方の締約国の管轄の下にあるものに対する措置並びに一方の締約国及びその国民の他方の締約国及びその国民に対するすべての請求権であつて同日以前に生じた事由に基づくものに関しては、いかなる主張もすることができないものとする。

他方で、日本と朝鮮民主主義共和国は現在に至るまで外交関係を有していないが、2002年の日朝平壤声明で「双方は、国交正常化を実現するにあたっては、1945年8月15日以前に生じた事由に基づく両国及びその国民のすべての財産及び請求権を相互に放棄するとの基本原則に従い、国交正常化交渉においてこれを具体的に協議することとした」⁷²。これを見る限りでは、対日平和条約と同じく「請求権消滅説」が念頭におかれていると考えられるが、同声明が条約としての形式を採っていないことに留意しなければならない。韓国との関係で同声明がもつ法的効果の議論は興味深いが、実際の裁判例がないことから本稿では分析対象としては扱わない。

よって以下では、日韓請求権協定第2条について韓国との関係で外交的保護権あるいは請求権がどのような形で放棄されたと理解されているのかを見てゆくこととする。

1.1.2.1 日本の判例

まず、東京韓国人従軍慰安婦等訴訟の原告は、旧日本軍の軍人軍属及び軍隊慰安婦関係者で、1951年対日平和条約によって日本国籍を喪失した大韓民国に在住する韓国人である。日韓請求権協定の締結後も日本国政府が戦傷病者戦没者遺族等援護法附則2項、恩給法9条1項3号の国籍条項を存置したことが憲法14条1項に違反するとして、また、日韓請求

⁷¹ 財産及び請求権に関する問題の解決並びに経済協力に関する日本国と大韓民国との間の協定（日韓請求権協定） Agreement Between Japan and the Republic of Korea Concerning the Settlement of Problems in Regard to Property and Claims and Economic Cooperation, signed in Tokyo, 22 Jun. 1965, *UNTS*, vol. 583, p. 173.

⁷² 日朝平壤宣言 Japan-DPRK Pyongyang Declaration, at MOFA's website, http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/n_korea/pmv0209/pyongyang.html (last access on 30 Nov. 30 2013).

権協定第2条の国内的实施のために制定された「財産及び請求権に関する問題の解決並びに経済協力に関する日本国と大韓民国との間の協定第二条の実施に伴う大韓民国等の財産権に対する措置に関する法律（措置法）」が⁷³、憲法17条、29条2項、3項に違反するとして、日本国政府に対し損失補償ないし損害賠償を求めた事例である。憲法上の論点はさておき、同協定上の個人請求権の問題につき、東京高裁は次のように述べている。

「国家が外国人の生命、身体、人格、財産を、条約等に違反し国際法上不法に侵害した場合、回復されるべき被侵害法益は当該外国人個人の法益ではなく、その外国人の所属する本国である外国の被侵害法益が回復されるべきものであり、その外国に対し侵害した法益を回復すべき義務を負い、それを履行することによって国際法上の国家責任が解除されるものである。（中略）国際法上の国家責任を負った国がその国家責任の解除のためにどのような措置を採るべきか、その解除措置の一態様として個人が個別的、具体的にどのような形態で権利、利益を有するかは、その個別条約自体の解釈上の問題であると同時に、関係当事国の外交交渉による合意や条約を受容する国家の権利、利益の実現を図る国内法秩序との整合や法の執行面など国内法的措置によって定まることである。」

（中略）

日韓請求権協定は、日本国と韓国との間の国交正常化のための外交交渉において提出されていた韓国側の「韓国の対日請求要綱」（いわゆる八項目）の要求の個別的認定判断、試算等の困難を踏まえて、極めて高度の外交的政治的判断によって、日本国による韓国に対する無償供与及び貸付けの形で処理することとしたものであり、日韓請求権協定二条一、三の趣旨は、日韓両国は、両国とその国民の法律上の根拠に基づき財産的価値を認められるすべての種類の実体的権利である「財産、権利及び利益」並びにそれ以外の「請求権」について外交保護権を行使しないこととするとともに、それぞれ相手国がこれについてどのような国内法的措置を採るかを全面的にゆだねることを合意したものであり、これを受けて日本国が国内法的措置として制定した措置法一条により、韓国及び同国国民の財産権であって、日韓請求権協定二条三の財産、権利及び利益に該当するものは、昭和四〇年六月二二日において消滅したものと認められる。」⁷⁴

要するに、東京高裁は、日韓請求権協定第2条の解釈については、1991年の外務省条約局長の国会答弁同様⁷⁵、同条に言う「最終的な解決」とは外交的保護権の放棄と消滅を意味すると説明している。対日平和条約26条が、同条約非締約国との同一条件での平和条約締

⁷³ 1965（昭和40）年12月17日法律第144号。

⁷⁴ 東京高判2003年7月22日訟月50巻10号2853頁。

⁷⁵ 柳井俊二（外務省条約局長）「前掲会議録」（注26）。

結義務が、効力発生後3年、つまり1955年4月2日で満了するとしていることから、対日平和条約と日韓請求権協定で規律する権利の内容が相違しても何ら法的問題は発生しない。他方で、個人請求権はあくまで同協定を実施するために制定された措置法によって消滅するとも述べている。

従来の訴訟では、韓国国民による「戦争遂行過程の違法行為追及型」の請求が日韓請求権協定第2条1項にいう「財産、権利及び利益」と「請求権」のいずれに該当するのかが争われてきた⁷⁶。というのも、措置法は、あくまで担保権・債権・証券・株式のような「財産権に対する措置に関する法律」であるため、当該請求が「請求権」である場合には、国内法上、措置法の適用が無く、同法によっては請求権が消滅させられていないということになるからである。その場合、日韓請求権協定第2条1項の直接適用可能性が問題となるため、同条が1951年の対日平和条約とは異なり「完全かつ最終的に解決された」という微妙な文言から、また前述した条約局長の発言を考慮しても、韓国国民の「請求権」が同条によって消滅したと説明することは困難になる。国際法と国内法の二元論的な立場からは、国内法上の問題にしかかなりえない個人請求権は、措置法によって消滅したという説明の方が簡便であったからかもしれない。ゆえに、この東京高裁の判決に見られるように、これまで日本の裁判所は、原告の請求について広く「法律上の根拠に基づき財産的価値を認められるすべての種類の実体的権利」を措置法によって消滅させられた「財産、権利及び利益」にあたりと解することで、「請求権」に関する問題に立ち入ることを避けてきた⁷⁷。そのうえで、民事請求権に関する国家無問責の法理による免責あるいは時効・除訴期間の経過といった国内法上の根拠によって個人請求権は消滅するとして処理される傾向にあった⁷⁸。

しかしながら、日韓請求権協定の国内実施法たる措置法の適用によって個人請求権が消滅したとするのであれば、それは実質的には「請求権消滅説」を採用したのも同然といえる。その意味で、外務省が唱える「外交的保護権のみ放棄説」は形骸化していると言わざるを得ない。このような矛盾から、現に、東京高裁のように日韓請求権協定について「外交的保護権のみ放棄説」を採用する判例の傾向は変化しつつある⁷⁹。

⁷⁶ 新井京「戦後補償—請求権の根拠と放棄の効力」『ジュリスト』第1420号（2011年）346頁。

⁷⁷ 広島高判2005年1月19日民集61巻8号2805頁も同旨。

⁷⁸ 山手「前掲論文」（注45）155頁。

⁷⁹ 新井「前掲論文」（注76）347頁。

2005年の名古屋三菱挺身隊訴訟で名古屋地裁は、元挺身隊員であった原告らが主張する原告戦争遂行過程の違法行為について、措置法が消滅したとする財産権にあたらぬことは明らかであり日韓請求権協定上の「請求権」にあたると判示し⁸⁰、この結論は控訴審でも支持されている⁸¹。実はこの結論自体は被告となった国の「外交的保護権のみ放棄説」の主張に沿ったものであるが、名古屋地裁は、措置法のような国内実施法のない「請求権」の問題についても、日韓請求権協定の直接適用によって「裁判上訴求する権能は失われた」という。つまり、同協定の適用により、個人請求権の行使が阻害されるという「権利行使阻害説」を採用しているのである。

このように、私人の権利行使を阻害するのは日韓請求権協定そのものであるのか、あるいは国内法であるのかという点については判断が分かれる傾向にあるが、日韓請求権協定第2条によって放棄されたのは外交的保護権のみという理解は日本国内においては共通しているように見受けられる。この点について、以下にみるように2012年の韓国大審院判決も同趣旨の判断を下している。

1.1.2.2 韓国大法院判決 (2012年5月24日)

2012年5月24日、韓国の最高裁に相当する大法院は非人道的な不法行為に起因する個人の賠償請求権は日韓請求権協定第2条によつては消滅しておらず、不法行為発生時から60年以上経過していても行使することができるという、それまで下級審でも一切みられなかった判断を下した⁸²。そしてその差戻し審では、実際に被告となった日本企業に対して多額の賠償金支払いが命じられている⁸³。

本件は、1939年の国民徴用令に基づき1944年に旧三菱重工（現在の三菱重工業の前身である同名の会社）に徴用され、その後広島に投下された原子爆弾によって被ばくした韓国国民5名とその承継人による損害賠償及び未払賃金支払請求訴訟の上告審である⁸⁴。原告は

⁸⁰ 名古屋地判 2005年2月24日判時第1894号44頁。

⁸¹ 名古屋高判 2007年5月31日訟月第54巻2号287頁。

⁸² 韓国大法院第1部判決事件 2009タ22549 損害賠償（他）等（대법원 제1부 판결 사건 2009다22549 손해배상(기)등）2012年5月24日判決。英訳文は、*Gap et al. v. Mitsubishi Heavy Industries Ltd.*, ROK, Supreme Court, Decision of 24 May 2012, No. 2009Da22549, at http://library.scourt.go.kr/jsp/news/w12_13r.jsp?seqno=553 (last access on 20 Jun 2014). 本判決の日本語訳は、中川敏宏「<判例研究>韓国大法院・旧三菱戦後補償請求事件判決（大法院第一部2012年5月24宣告2009다22549判決）」『専修ロージャーナル』第8巻（2013年）153-166頁を参照した。

⁸³ 賠償を命じたソウル高等法院2013年7月10日判決(2012나44947)ならびに釜山高等法院同30日判決(2012나4497)の内容については、菊池勇次「【韓国】戦時徴用工個人の賠償請求権に関する韓国高等法院判決」『外国の立法』No. 257-1（2013年10月：月刊版）を参照。

⁸⁴ 同日に下された、1941年から1943年までの間に日本製鉄（現在の新日本製鉄）に徴用された4人が新日本製鉄を訴えた損害賠償請求訴訟（2009Da68620）の上告審判決も同旨である。

全員韓国に在住しているが、まずは日本の裁判所で強制労働に関する未払い賃金の支払いと損害賠償、ならびに被爆者に対する健康管理手当等の支給等を求めて、三菱重工業株式会社及び被告菱重株式会社および国を提訴した⁸⁵。最高裁は被爆関連については2007年11月1日の判決で国家賠償請求を認容したが⁸⁶、企業に対する強制労働に関する請求は控訴審段階で棄却されたため、原告は韓国にて争訟手続を開始した。棄却の理由として広島高裁が指摘したのは、「法律上の根拠に基づき財産的価値を認められるすべての種類の実体的権利」が、日韓請求権協定第2条の国内的实施のために制定された「財産及び請求権に関する問題の解決並びに経済協力に関する日本国と大韓民国との間の協定第二条の実施に伴う大韓民国等の財産権に対する措置に関する法律（措置法）」によって消滅させられた「財産、権利及び利益」にあたるというものであった⁸⁷。すでに第2章で見たように、日本の裁判所は韓国国民が原告となった戦後補償裁判では、個人請求権はほぼ全て日韓請求権協定にいう「財産権」の問題として措置法によって消滅させられたと判断するか、あるいは措置法の日韓請求権協定第2条1項にいう「請求権」として「完全かつ最終的に解決された」として、原告の請求を却下してきた。本件判決に至るまでの韓国下級審判決も、そして韓国政府も、日本の裁判所ならびに日本政府と同様に、同協定により請求権問題は解決したとの立場で一貫していた。韓国での裁判も、原審、控訴審共に日本の裁判所の判決を承認して原告の請求を棄却していた⁸⁸。

本件大法院判決の争点は、原告の請求を棄却した日本の判決を承認するか否か、旧三菱重工と三菱重工の同一性、1965年の日韓請求権協定の締結により原告の韓国民事法上の請求権が消滅しているか否か、損害賠償の消滅時効が成立しているか否かの4つであり、大法院はその全てにおいて原判決を破棄し、事件を原裁判所に差し戻す判決を言い渡した⁸⁹。ただしここでは、本稿との関係で重要な消滅時効と請求権に関する論点のみに触れることにしたい。なお、本件係争中に、原告が外交通商部長官に対して提起した情報公開拒否処分取消訴訟で勝訴し⁹⁰、これに従い韓国政府は請求権協定の交渉過程の一部資料を開示した後、2005年8月26日に「韓日会談文書公開後統対策関連民官共同委員会」を開催し、従軍

⁸⁵ 広島地裁 1999年3月25日訟月 47巻7号 1677頁（三菱広島重工業・元徴用工被爆者裁判／韓国人元徴用工在外被爆者事件）。

⁸⁶ 最一小判 2007年11月1日民集 61巻8号 2733頁。

⁸⁷ 広島高裁 2005年1月19日「前掲判例」（注77）。

⁸⁸ 釜山高等法院 2009年2月3日判決（2007나 4288）。

⁸⁹ 菊池勇次「【韓国】戦時徴用工個人の賠償請求権に関する韓国大法院判決」『外国の立法』No. 252-1（2012年7月：月刊版）。

⁹⁰ ソウル行政法院 2002 구합 33943. Seoul Administrative Court Decision of 13 Feb. 2004, No. 2002Guhap33943.

慰安婦、徴用によるサハリンへの強制移住や被爆者などの問題を含めた日本政府及び日本軍による「人道に対する罪 (인도에 반한 죄/crimes against humanity)」については、請求権協定による解決の埒外とする趣旨の公式意見を表明している⁹¹。

第一審で原告は、国際法違反行為から生じる損害賠償請求権を主張したが、釜山地裁は直接的な損害賠償請求権を認める条約とか国際慣習法の不存在を理由に原告の主張が棄却されたため、その後、原告は国際法に基づいた損害賠償請求権ではなく、国内法の損害賠償請求権を主張した。ゆえに本件において、原告の主張する請求権はあくまで民事法上の不法行為に関する賠償請求権であり、大法院も本件未払賃金の支払請求権に関する準拠法は日本民法であるとしている⁹²。そして、まずは当該日本民法上の不法行為による被害者個人の損害賠償請求権が、日韓請求権によって消滅したか否かが争点となった。この点について、大法院は、日韓請求権協定は、韓国政府が公開した日韓請求権協定の交渉経緯に関する文書の分析から、1951年の対日平和条約第4条に基づく日韓間の債権債務関係を政治的合意によって解決したものであり、植民地支配に対する賠償を請求したのではないとする。すなわち、

「請求権協定は、日本の植民支配賠償を請求するための協商ではなく、サンフランシスコ条約第4条に基づき日韓両国間の財政的・民事的な債権債務関係を政治的合意により解決するためのものであって、請求権協定第1条により日本政府が大韓民国政府に支払った経済協力資金は、第2条による権利問題の解決と法的対価関係があると見られないこと、請求権協定の協商過程で日本政府は植民支配の不法性を認識しないまま、強制動員被害の法的賠償を原則として否認し、これに従い日韓両国の政府は日帝の朝鮮半島支配の性格に関して合意に至りえなかったが、このような状況で日本の国家権力が関与した反人道的な不法行為や植民支配と直結する不法行為による損害賠償請求権が請求権協定の適用対象に含まれたと見るのは困難であること等に照らしてみると、Xらの損害賠償請求権については、請求権協定により個人請求権が消滅しないのは当然のこと、大韓民国の外交的保護権も放棄されなかったと見るのが相当である。」⁹³

日本政府は植民地支配の不法性と強制徴用被害者に対する金銭賠償を否定したため、両国間で「反人道的行為による不法行為 (반인도적 불법 행위/claim rights for tort against humanity)」あるいは「植民地支配と直結した不法行為 (식민지배와 직결된 불법 행위)」

⁹¹ 中川「前掲翻訳」(注82)159頁。Gap et al. v. Mitsubishi Heavy Industries Ltd, supra note 82, Reasoning, para. 1.H..

⁹² 中川「前掲翻訳」(注82)164-165頁。

⁹³ 中川「前掲翻訳」(注82)163頁。Gap et al. v. Mitsubishi Heavy Industries Ltd, supra note 82, Reasoning, para. 4.C..

については日韓請求権協定では消滅していないという⁹⁴。民事法上の不法行為賠償請求という形式を採った場合に、原告にとって最大の障害となる消滅時効に関しても、大法院は、民事法上の進行を正当に停止する事由として、日韓国交正常化までの国交の断絶に加え、日韓請求権協定関連文書が近年まで非公開であったこと、請求権協定により大韓民国国民の日本国又は日本国民に対する個人請求権が包括的に解決されたものであるという見解が大韓国内で一般的に受け入れられてきた事実、日本の措置法制定と本件原告らの訴えの棄却、旧三菱重工と三菱重工の同一性についても疑問を持たざるを得ない日本での法的措置があったことを指摘し、これらの事情を総合的に民法上の大原則である「信義誠実の原則」と「権利濫用禁止の原則」に照らして考慮すれば、原告が本件訴えを提起した時点である2000年5月1日までは、韓国においても客観的に権利を事実上行使しえない障害事由があったとみて、時効の進行が停止していたと考えるのが相当であると結論している⁹⁵。

「さらに、国家が条約を締結し外交的保護権を放棄するにとどまらず、国家とは別個の法人格を有する国民個人の同意なく国民の個人請求権を直接的に消滅させることができると解するのは、近代法の原理と衝突すること、国家が条約を通じて国民の個人請求権を消滅させることが国際法上許されうるとしても、国家と国民個人が別個の法的主体であることを考慮すると、条約に明確な根拠がない限り、条約締結により国家の外交的保護権以外に国民の個人請求権まで消滅したと解することはできないというべきところ、請求権協定には個人請求権の消滅に関して日韓両国政府の意思の合致があったと見るのに十分な根拠がないこと、日本が請求権協定直後日本国内で大韓民国国民の日本国及びその国民に対する権利を消滅させる内容の財産権措置法を制定・施行した措置は、請求権協定のみをもって大韓民国国民個人の請求権が消滅しないことを前提とするものであると解したときにはじめて理解できること等を考慮すると、Xらの請求権が請求権協定の適用対象に含まれないとしても、その個人請求権自体は請求権協定のみをもって当然に消滅すると解することはできない。ただし、請求権協定によりその請求権に関する大韓民国の外交的保護権が放棄されたことによって、日本の国内措置として当該請求権が日本国内で消滅したとしても、大韓民国がこれを外交的に保護する手段を喪失するに至るだけである。

⁹⁴ 韓国語原文では「日本国の国家権力が関与した反人道的行為による不法行為（일본의 국가권력이 관여한 반인도적 불법행위）あるいは植民地支配と直結した不法行為（식민지배와 직결된 불법행위）」というように、2種類の不法行為が念頭に置かれているが、両者の違いは英訳文では訳し分けられていない。

⁹⁵ 中川「前掲翻訳」（注82）164-6頁。

したがって、XらのYに対する請求権は、請求権協定により消滅しなかったのであり、XらはYに対してこのような請求権を行使することができる。」⁹⁶

要するに、国家と市民は別々の法主体であって、外交的保護権の放棄によって国が市民の権利を本人の同意無く消滅させることは「近代法の原則(근대법의 원리/principle of modern law)」に反すると論じ、条約にその旨明示される場合を除いては、市民の有する個人請求権は外交的保護権と共に消滅したとはみなされないという。ここで言及されている「近代法の原則」とは、権利能力平等・私的所有権絶対・私的自治の近代私法の三大原則のことであり、禁反言など文明国の国内法で共通に認められる「法の一般原則(법의 일반원칙/general principle of law)」とは本質的に異なるものである。

以上のように、韓国大法院は「日韓請求権協定」について、国内法上、個人の不法行為に関する賠償請求権を消滅させるものではなく、当該請求権に関する韓国国家による「外交的保護権のみ放棄説」を採用しており、この限りにおいては日本政府・裁判所とも見解を同じくする。個人請求権があくまで国内民事法上のものであるとする態度は、韓国下級審にて原告が主張した国際法に基づく個人請求権の主張が否定された経緯や、「人道に対する罪(인도에 반한 죄/crimes against humanity)」ではなく「反人道的行為による不法行為(반인도적 불법행위/claim rights for tort against humanity)」という独自の表現が用いられていることから明らかである。ただし、韓国大法院判決は、次の二点において日本の政府および裁判所の見解とは決定的に異なるといえる。

第一に、「反人道的行為による不法行為」による個人請求権の問題は、日韓請求権協定によって解決された「請求権」の問題には含まれないとする点である。すなわち、破られた規範の強行規範性によって「解決」を無効化するのではなく、あくまで同協定による「解決」の対象ではなかったというのであるが、このような新解釈の発見は、2004年に韓国国務総理直属の機関として設置された「対日抗争期強制動員被害調査および国外強制動員犠牲者等支援委員会」による史実の究明作業によるところが大きいと考えられている⁹⁷。

第二に、大法院は「近代法の原則」に基づけば、条約に明示の請求権放棄条項がある場合には国籍国は個人請求権を消滅させることができるが、日韓請求権協定にはそのような文言がないため韓国国民のもつ個人請求権は消滅していないという。これは、1951年の対

⁹⁶ 中川「前掲翻訳」(注82)164頁。Gap et al. v. Mitsubishi Heavy Industries Ltd, supra note 82, Reasoning, para. 4.C..

⁹⁷ 同委員会設置の経緯については、白井京「【韓国】対日抗争期強制動員被害調査関連法の制定」『外国の立法』No.243-1(2010年4月:月刊版)および菊池勇次「【韓国】対日抗争期強制動員委員会の存続期間延長」『外国の立法』No.254-1(2013年1月:月刊版)。

日平和条約第 14 条(b)項が明示的に国民の請求権放棄に言及しているのに対して、日韓請求権協定第 2 条 1 項が両国間における請求権に関する問題は「完全かつ最終的に解決された」という独自の表現を用いた点を重視した解釈といえる。

以上のような判断理由に基づき、日韓で正反対の結論が下されてはいるが、日韓請求権協定第 2 条 1 項の解釈については両国間で司法判断が分かれた訳ではない。すなわち、日韓請求権協定第 2 条にいう「完全かつ最終的に解決された」という独特の曖昧な文言は、個人請求権を消滅させる趣旨ではないという理解で、両国の裁判所見解は一致している。近年、日本の裁判所でも日韓請求権協定の直接適用による「権利行使阻害説」を採用するものが出現したとはいえ、従来の判例や外務省は「外交的保護権のみ放棄説」に基づきつつ国内法を根拠として個人請求権が消滅するという立場をとってきた以上、国内法上の阻害要因がないとされた韓国国内での訴訟に異を唱えることは非常に難しいように思われる。

ちなみにこの大法院判決をきっかけに現在、韓国国内で賠償金支払いを命じる判決が相次ぎ、さらに新たに日本企業が提訴されており、この種の判決は今後さらに増加する見通しとなっている。2013 年 12 月、元徴用工とその遺族計 252 人が、三菱重工業など日本企業 3 社を相手取り、ソウル中央地裁に損害賠償請求訴訟を提起した。韓国では同様の提訴が相次いでいるが、報道によればこれは韓国国内での徴用工を巡る訴訟では過去最大規模である⁹⁸。韓国の「太平洋戦争犠牲者遺族会」と弁護士は 6 日にソウルで記者会見し、さらに約 1 0 0 0 人の元労働者や家族を集め、日本企業 1 6 社を相手取った訴訟を起こす計画を明らかにした⁹⁹。同訴訟の弁護士には、ドイツ企業に対する戦後賠償訴訟を担当した米国人弁護士も参加しており、韓国で原告が勝訴した場合、対象の日本企業の米国内の資産を差し押さえる計画もあるという。さらに韓国国内では、2014 年 6 月 8 日までに韓国政府と韓国企業の出資で強制徴用・強制労働被害者及びその遺族の支援事業を行う財団が発足し、今後同財団は日本政府と日本企業にも協力を求めてゆく方針であると報道されている¹⁰⁰。

1.2 条約による黙示的「放棄」の意思表示

外交的保護の国家的性格は、国家裁量によって外交的保護が行われるか否か決せられるという意味である。よって、外交的保護を明示的に「放棄」する必要は必ずしもなく、単に保護を行わないことも多々あるに違いない。このような明示的「放棄」と単なる不作為

⁹⁸ 『読売新聞』2014 年 06 月 08 日「韓国元徴用工ら 252 人、三菱重など 3 社を提訴」。

⁹⁹ 時事通信社 2014 年 6 月 7 日 14 時 40 分「徴用工問題で韓国の元労働者ら集団訴訟＝日本に圧力強める」。

¹⁰⁰ 『東京新聞』2014 年 6 月 8 日「韓国で元徴用者支援の財団発足補償訴訟に影響も」。

との間に微妙な位置づけであるのが、黙示的「放棄」である。具体的には、上述した平和条約のように外交的保護権を行使しないという意思は明示されていないにも拘わらず、請求権問題の処理を含意していると理解される国際合意の存在である。原則に従えば「放棄」は明示的であるべきであるところ、どのような論理構成で黙示的に「放棄」されたとみなされるのか以下で整理しておきたい。

1.2.1 日本と「中国」との平和条約

1967年の提訴以来いまだ解決を見ない光華寮事件が物語るように、ある特定の時代における「中国」が一体どちらの政府のことを指すのかという問題は、法的に非常に解決が困難な問題である。第二次世界大戦の交戦国でありながら、「中国」が1951年にサンフランシスコでの平和会議に招待されなかった理由は、国共内戦による2つの中国と、それぞれの「中国」を支持する米ソ対立にあったと言われている。1949年に中華人民共和国が成立していたにも拘わらず、西側ブロックに組み込まれた日本は、1952年当時すでに台湾へ撤退していた中華民国政府との間に「中国」との平和条約として日華平和条約を締結した¹⁰¹。20余年にわたり国連にて争われた中国代表権問題が1971年に解決をみた後¹⁰²、日本はその翌年に中華人民共和国政府と国交正常化交渉を行い、両国政府は「日中共同声明」を発出した¹⁰³。その後、1978年に「日中平和友好条約」が締結されている¹⁰⁴。同条約は、戦後処理に関する問題には言及しておらず、締結当時から厳密な意味での平和条約と呼ぶことはできないと考えられており、むしろ日中共同声明こそが事実上の平和条約にあたるとの認識があったとされている¹⁰⁵。

戦争遂行過程における違法行為を追及する個人請求権の問題は、日華平和条約第11条にいう「日本国と中華民国との間に戦争状態の存在の結果として生じた問題」として、1951年の対日平和条約の相当規定に従って処理されると解される¹⁰⁶。しかしながら、ここで問

¹⁰¹ 日本国と中華民国との平和条約（日華平和条約） Treaty of Peace and Friendship between Japan and the Republic of China signed in Taipei on 27 April 1952, *UNTS*, vol. 138, p. 38.

¹⁰² Restoration of the lawful right of the People's Republic of China in the United Nations, UN Doc. A/RES/2758 (XXVI).

¹⁰³ 日本国政府と中華人民共和国政府の共同声明（日中共同声明） Joint Communiqué of the Government of Japan and the Government of the People's Republic of China, at Beijing, 27 September 1972, <http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/china/joint72.html> (last access on 30 Nov. 2013).

¹⁰⁴ 日本国と中華人民共和国との間の平和友好条約（日中平和友好条約） Treaty of Peace and Friendship between Japan and the People's Republic of China, signed in Beijing, 12 August 1978, vol. 1225, p. 257.

¹⁰⁵ According to Kuriyama (the then Director of Treaties Division, Treaties Bureau of MOFA), "it was the view commonly shared by the leaders of the two Governments that as the issues arising from the past abnormal state of affairs between the two countries were dealt with in the Communiqué, a treaty of peace and friendship should not be of such a backward looking nature as to reopen these issues" See Kuriyama, T., "Some Legal Aspects of the Japan-China Joint Communiqué," *Japanese Ann. Int'l L.*, vol. 17 (1973), p. 50.

¹⁰⁶ 宮坂「前掲論文」（注41）316頁。

題となるのは、日華平和条約その法的地位と中華人民共和国への適用可能性である。中華人民共和国は、当初より日華平和条約は無効であると一貫して主張しているが¹⁰⁷、日本政府の立場は法的に非常に曖昧なものとなっている。同条約締結直後の日本政府は、中華民国政府を「中国」の一地方政権として「限定承認」をし、局地的な講和をなすものという立場に立っていたが、批准に向けた国会審議の中でその解釈を変更し、以後は同条約の適用範囲を全「中国」に及ぶものとして、これによって「中国」との戦争状態が終了したと主張するようになった¹⁰⁸。その後、日中共同声明を経て、当時の大平正芳外相が述べたとおり、「日中関係正常化の結果として、日華平和条約は、存続の意義を失い、終了したもの」というのが日本政府の見解となる¹⁰⁹。しかしながら、ここにいう「終了」とは、国際法上の通常の意味でいう「条約の終了」とは異なっているとみられ、このような一方的な宣言により条約は終了可能であるのかという条約法の観点からも整合的に説明できるものではない¹¹⁰。さらに日本政府は、「中国」との戦争状態は法的には日華平和条約第1条により終了したとしながらも、日中共同声明により「最終的に解決している次第でございます」と説明を展開している¹¹¹。日華平和条約は無効であった、あるいは同条約を中華人民共和国が承継したと主張するならまだしも¹¹²、同条約の法的地位に関する日本政府の説明は全く要領を得ない。仮に、平和条約が終了する性質のものであり、さらに中華民国政府の同意無くして日華平和条約が法的に終了するのであれば、中華人民共和国との間に新たに戦後処理に関する平和条約を締結することは可能だったのではないだろうか。

日中共同声明については、交渉に当たった当時の外務省条約課長・栗山尚一によれば、「共同」声明という名称にも拘らず、日中共同声明は法的には両国間の合意に基づく条約とはならず、議事録程度の意味合いしかもたないという見解が両国間で共有されていると

¹⁰⁷ Yang, Z., "From War Reparation to Postwar Reparation," in Yang D. et. al (eds.), *Toward a history beyond borders: contentious issues in Sino-Japanese relations* (Harvard Univ. Asia Center 2012), pp. 381-382.

¹⁰⁸ 井上正也『日中国交正常化の政治史』（名古屋大学出版会、2010年）41-73、526-536頁。第25回国会参議院外交委員会会議録第41号（1952年6月17日）。

¹⁰⁹ 「大平外務大臣及び二階堂官房長官記者会見詳録（九月二十九日共同声明調印後、北京プレスセンターにて）」竹内実編『日中国交基本文献集下巻』（蒼蒼社、1993年）204-205頁。高島益郎（外務省条約局長）「それから日華平和条約につきましては、共同声明の文言の中には出てまいりません。これは共同声明の発出の日に大平外務大臣から口頭によって失効する旨を宣言をいたしておりますけれども、この点につきましても、中国側の主張でありますところの、当初から無効であるから廃棄すべきであるという立場には、わがほうは完全には同意いたしておらない次第でございます。」第71回国会衆議院内閣委員会会議録第45号7頁（1973年7月26日）。

¹¹⁰ 浅田正彦「日華平和条約と国際法（1）」『法学論叢』第147巻4号（1997年）4頁。

¹¹¹ 森誠一外務省条約局長の答弁。第85回国会衆議院外務委員会会議録第2号（1978年10月22日）32-33頁。

¹¹² 日華平和条約の当該条項について、当然に中華人民共和国に承継されるものではないと反対する見解としては、高野雄一「日中平和友好条約のあとさき」『国際法外交雑誌』第78巻1・2号（1979年）11頁。

いう¹¹³。日中国交正常化交渉に際し大平外相が説明した日本政府側見解によれば、共同声明によって初めて「中国」との戦争が終了したとする場合、それまで1952年の日華平和条約締結により「中国」との戦争が終結したと「国民と国会を騙し続けた」ことになる¹¹⁴とされていた¹¹⁴。要するに、日本が二度「中国」と終戦することは、法的にも政治的にも不可能であったと考えられていた。そのため、日中共同声明の国際法的性質だけではなく、同声明の請求権放棄に関する規定ぶりも曖昧なままになっている。同声明5項は以下のように規定する。

「中華人民共和国政府は、中日両国国民の友好のために、日本国に対する戦争賠償の請求を放棄することを宣言する。」

この文言を見る限りでは、請求権ではなく「請求」となっていること、また対日平和条約や日韓請求権協定とは異なり、「請求」の主体が明示されていないことから、国家間での戦争賠償の他に個人請求権の処理を含む趣旨かどうかは自明ではない¹¹⁵。同項が個人請求権を放棄するものか否かについては、最高裁は慎重に判断を避け続けていたが、2007年の西松建設事件最高裁判決にて初の判断を下した¹¹⁶。本件は、全国各地に訴訟が係争した中国人強制連行事件の一つであり、第二次大戦中に中国から日本国内に強制連行され、被告（西松建設）によって過酷な条件の下で強制労働に従事させられたと主張する原告らが、被告に対し、安全配慮義務違反を理由とする損害賠償等を求めた事案である。以下では、本判決の示した「枠組み論」にそって、同項の法的性質をみていきたい。

1.2.1.1 1951年対日平和条約の「枠組み」

「中国」関係の具体的な法規範の検討に移る前に、最高裁は「サンフランシスコ平和条約の枠組み論」という、これまでの政府見解、判例、学説のいずれにおいても全く提唱されてこなかった独自の理論を開拓し、さらに対日平和条約第14条（b）項の連合国民の

¹¹³ “The Communiqué is of course, politically, an extremely important document ... Yet, both the Japanese and Chinese sides ... agreed that a joint communiqué would be the proper form to record the results of the summit talks.” See. Kuriyama, *supra* note 105, 50-51.

¹¹⁴ 井上『前掲書』（注108）526-536頁。「第一回首脳会談」1972年9月25日、石井明他編『記録と考証 日中国交正常化・日中平和友好条約締結交渉』（岩波書店、2003年）52-56頁。

¹¹⁵ 宮坂「前掲論文」（注41）319頁。

¹¹⁶ 五十嵐正博「戦後補償裁判 最高裁は国際法の発展に寄与できるか—日華平和条約・日中共同声明と中国「国民」の請求権」『世界』2007年4月号64頁。

個人請求権の放棄に関しても、これまで判決とは異なる解釈を示した¹¹⁷。判決文の該当箇所を引用すると次のようになる。

「(2) このように、サンフランシスコ平和条約は、個人の請求権を含め、戦争の遂行中に生じたすべての請求権を相互に放棄することを前提として、日本国は連合国に対する戦争賠償の義務を認めて連合国の管轄下にある在外資産の処分を連合国にゆだね、役務賠償を含めて具体的な戦争賠償の取決めは各連合国との間で個別に行うという日本国の戦後処理の枠組みを定めるものであった。この枠組みは、連合国48か国との間で締結されこれによって日本国が独立を回復したというサンフランシスコ平和条約の重要性にかんがみ、日本国がサンフランシスコ平和条約の当事国以外の国や地域との間で平和条約等を締結して戦後処理をするに当たっても、その枠組みとなるべきものであった(以下、この枠組みを「サンフランシスコ平和条約の枠組み」という。)。サンフランシスコ平和条約の枠組みは、日本国と連合国48か国との間の戦争状態を最終的に終了させ、将来に向けて揺るぎない友好関係を築くという平和条約の目的を達成するために定められたものであり、この枠組みが定められたのは、平和条約を締結しておきながら戦争の遂行中に生じた種々の請求権に関する問題を、事後的個別的な民事裁判上の権利行使をもって解決するという処理にゆだねたならば、将来、どちらの国家又は国民に対しても、平和条約締結時には予測困難な過大な負担を負わせ、混乱を生じさせることとなるおそれがあり、平和条約の目的達成の妨げとなるとの考えによるものと解される。

(3) そして、サンフランシスコ平和条約の枠組みにおける請求権放棄の趣旨が、上記のように請求権の問題を事後的個別的な民事裁判上の権利行使による解決にゆだねるのを避けるという点にあることにかんがみると、ここでいう請求権の「放棄」とは、請求権を実体的に消滅させることまでを意味するものではなく、当該請求権に基づいて裁判上訴求する権能を失わせるにとどまるものと解するのが相当である。したがって、サンフランシスコ平和条約の枠組みによって、戦争の遂行中に生じたすべての請求権の放棄が行われても、個別具体的な請求権について、その内容等にかんがみ、債務者側において任意の自発的な対応をすることは妨げられない(以下略)。」¹¹⁸

すでに述べたとおり、対日平和条約第14条(b)項については、オランダとの関係を除いて、裁判所も政府も「請求権放棄説」を採用していたが、ここにきて最高裁は「サンフランシスコ平和条約の枠組み」においては、全ての個人請求権について、実体的に消滅さ

¹¹⁷ 浅田正彦「日華平和条約および日中共同声明と日中戦争遂行中に生じた中華人民共和国国民の日本国および日本国民に対する請求権—西松建設事件・中国人慰安婦二次訴訟」『判例時報』第1993号(2007年)171頁。

¹¹⁸ 最一小判2007年4月27日前掲判決(注24)1197-1198頁。

せられてはいないが、裁判上請求する権能が失われたという、「権利行使阻害説」への判例変更を提唱している。しかしながら、そもそも本件では対日平和条約の解釈は争点ではない。さらに、なぜ権利が消滅していないのに、その行使が阻害されるのかについての論拠が欠落しているとの批判も免れ得ないだろう¹¹⁹。

さらに「サンフランシスコ平和条約の枠組み」という概念そのものは、これまで全く提唱されてこなかったものであり、おそらく、最近国際環境法分野で流行している「枠組み条約」から示唆を得たものではないだろうか。枠組み条約とは、法的拘束力のある条約という形を取りながらも、幅広い参加を促すために一般的なガバナンスに関する規則のみを本体では定め、詳細な規則については、後に締約国間での交渉によって合意し、付属議定書や国内法などの形で定める旨規定している条約のことである¹²⁰。しかしながら、このような枠組み条約は、あくまで最近になって主に国際環境法分野に限定的に出現している条約の形態であり、条約の名称が「枠組み条約」とされるか、詳細な規則については他の議定書等で定める旨規定されているのが通常である¹²¹。それに対し、1951年の対日平和条約は、第26条に日本が同条約の非締約国と同条件で平和条約を締結すべき義務が3年間継続するという規定があるとはいえ、後の合意によって同条約の内容を詳細化しようとする意図があったとはいえ、それによって「サンフランシスコ平和条約の枠組み」なるものを策定しようという趣旨でなかったことは明らかである。むしろ、同条約は多数国間条約としての形状をとりながら、実質的には、戦争終了という古典的な二国間関係を規律する条約の「束」であり、日本とそれぞれの連合国との間での二国間の権利・義務関係に分解することができるものと考えられるべきであろう¹²²。ゆえに、枠組み論に関する最高裁の判断は失当であると評価せざるを得ない。

¹¹⁹ 泉澤「前掲論文」(注48)87頁。

¹²⁰ Matz-Lück, N., “Framework Agreements”, *MPEPIL* (online ed., last updated on February 2011), para. 1.

¹²¹ *ibid.*, paras. 4-5.

¹²² 国家責任条文 ILC 草案の特別報告者であるリップハーゲンは、多数国間条約には、他の一つの条約当事国に対する義務を課すものと、条約の複数当事国の集団的利益に対する義務を課すものがあり、どちらにあてはまるかは条文の解釈から明らかにされると指摘している。Riphagen, W., “Sixth report on the content, forms and degrees of international responsibility (part two of the draft articles); and ‘Implementation’ (mise en oeuvre) of international responsibility and the settlement of disputes (part three of the draft articles),” UN Doc. A/CN.4/389 and Corr.1, in *YBILC 1985*, Vol. II (Part Two), Commentary to Article 5, paras. 14-18, p. 7. このような多数国間条約の二大区分については、条約法の法典化作業における特別報告者のフィッツモーリス及びウォルドックによって明らかにされた。彼らは「互惠的(reciprocal)」若しくは「相互依存的」な条約と、違反が条約の終了ないし条約からの撤退を正当化しない条約、つまり立法条約や一定の国際体制をつくりだす条約という分類をした。Fitzmaurice, G.G., “Second Report on the Law of Treaties,” UN Doc. A/CN.4/107, in *YBILC 1957*, vol. II Articles 18-20 and commentaries, pp. 30-32; Waldock, H., “Second Report on the Law of Treaties,” UN Doc. A/CN.4/156 and Add.1-3, in *YBILC 1963*, vol. II Article 20, pp. 72-77.

1.2.1.2 日中共同声明の性質

上述したとおり、日中共同声明第5項の規定ぶりは非常に漠然としたものであるため、解釈の余地が多いに残されている。しかしながら最高裁は、同項の文言解釈には踏み込まず、「サンフランシスコ平和条約の枠組み」論によって、個人請求権の問題は一括解決されるという立場を取った。

まず日華平和条約について、同条約締結の1952年の時点で、中華民国政府が中国大陆に実効的支配を及ぼしていなかった点を重視しながら、1971年の総会決議2758により国連において「中国」を代表する政府が中華人民共和国政府に変更されるまで、中華民国政府を唯一の合法政権であるとした日本の態度には合理的理由があると認めながら、「戦争賠償及び個人の請求権を含む請求権の放棄を定める日華平和条約11条及び議定書1(b)の条項については、同条約の締結後中華民国政府の支配下に入ることがなかった中国大陆に適用されるものと断定することはできず、中国大陆に居住する中国国民に対して当然にその効力が及ぶものとする事もできない」とした¹²³。このように、中国大陆に対する適用可能性を明確に否定することで、むしろ中華人民共和国政府の「不法にして無効」という公式見解に近い立場を、最高裁はとることとなった。

つづいて、日中共同声明については以下のように判示した。

「…日中国交正常化交渉の経緯に照らすと、中華人民共和国政府は、日中共同声明5項を、戦争賠償のみならず請求権の処理も含めてすべての戦後処理を行った創設的な規定ととらえていることは明らかであり、また、日本国政府としても、戦争賠償及び請求権の処理は日華平和条約によって解決済みであるとの考えは維持しつつも、中華人民共和国政府との間でも実質的に同条約と同じ帰結となる処理がされたことを確認する意味を持つものとの理解に立って、その表現について合意したものと解される。以上のような経緯を経て発出された日中共同声明は、中華人民共和国政府はもちろん、日本国政府にとっても平和条約の実質を有するものにほかならないというべきである。(中略)日中共同声明は、我が国において条約としての取扱いはされておらず、国会の批准も経ていないものであることから、その国際法上の法規範性が問題となり得る。しかし、中華人民共和国が、これを創設的な国際法規範として認識していたことは明らかであり、少なくとも同国側の一方的な宣言としての法規範性を肯定し得るものである。さらに、国際法上条約としての性格を有することが明らかな日中平和友好条約において、日中共同声明に示された諸原則を厳格に遵守する旨が確認されたことにより、日中共同声明5項の内容が日本国においても条約としての法規範性を獲得したというべきであり、いず

¹²³ 最二小判2007年4月27日、前掲判決(注24)〔1200頁〕。

れにせよ、その国際法上の法規範性が認められることは明らかである。そして、前記のとおり、サンフランシスコ平和条約の枠組みにおいては、請求権の放棄とは、請求権に基づいて裁判上訴求する権能を失わせることを意味するのであるから、その内容を具体化するための国内法上の措置は必要とせず、日中共同声明5項が定める請求権の放棄も、同様に国内法的な効力が認められるというべきである。」¹²⁴

これまで学説上は個別規定の内容に応じて法的拘束力の有無を判断すべきであるとの主張も存在していたが¹²⁵、最高裁はこのように日中共同声明を「サンフランシスコ平和条約の枠組み」における事実上の条約にあたるとする全く新しい見解を提示した。最高裁の枠組み論は、おそらく対日平和条約第26条の二国間での平和条約締結に関する日本国に義務に関する規定や、第21条で「中国」の受益権が定められていることに着想を得たものではないかと考えられる。しかし、第26条の義務は条約の効力発生から三カ年を経過した1955年4月で終了しており、非締約国が同条による拘束をうける理由はない¹²⁶。また、第21条のように条約の非締約国が黙示的に権利を取得するような規定は一般的に存在することから¹²⁷、日中共同声明をわざわざ「サンフランシスコ平和条約の枠組み」の中に位置づける法的必然性は見いだされない。最初から「枠組み」の外にある中国という国家とその国民をなぜ拘束できるのかという合理的な理由は示されていない¹²⁸。

以上の議論をまとめると、最高裁は全ての戦後補償に関する個人請求権の問題を「枠組み論」によってまとめたいと考えたようである。時系列的にみれば、西松建設事件判決は、全国に多数係争していた戦後補償裁判に事実条の終止符を打つものであるが¹²⁹、以上で見たように、同判決は非常に問題点の多い判決であるとの評価を免れないだろう。特に、同判決の原則的な立場、つまり「国家は、戦争の終結に伴う講和条約の締結に際し、対人主権に基づき、個人の請求権を含む請求権の処理を行い得る」という立場それ自体は¹³⁰、国際法の観点からは通説的理解である一方、合理的な理由を示すことなく本件と法的な関係性のない対日平和条約の解釈について「外交的保護権のみ放棄説」を採用した意図は全く不明である。最高裁は「枠組み論」を用いることで、一括的に請求権問題に関する日本の司

¹²⁴ 最二小判2007年4月27日前掲判決（注24）〔1202-1203頁〕（下線は著者による）。

¹²⁵ 浅田正彦「日華平和条約と国際法（4）」『法学論叢』第152巻4号（2002年）4-5頁。

¹²⁶ 五十嵐「前掲論文」（注48）90頁。

¹²⁷ 条約法条約第36条1項参照。

¹²⁸ 泉澤「前掲論文」（注48）87頁。

¹²⁹ 宮坂「前掲論文」（注41）326頁。

¹³⁰ 前掲判決（注24）〔1198頁〕。

法の最終見解を示しておきたかったのかも知れないが、これまで日本国内で独自に展開されてきた「外交的保護権のみ放棄説」、「権利行使阻害説」、「請求権消滅説」の系譜を無視して、自体を一刀両断に解決しようとする姿勢は性急に過ぎると言わざるを得ない。諸説入り乱れた解釈は日本に特有のものであるにせよ、それは相手国の事情に応じて意図的に違えられた日本政府の意向を反映するものであり、二国間関係を原則として成立していた戦争状態の終了の処理としては政治的な意味では何ら不適切なものではない。

1.2.2 「ドイツ」戦後処理の歴史的経緯

ドイツの事例を参照しておきたい。ドイツの場合、第二次大戦後の東西分断によって、当事国間での戦後処理が困難を極めた。東西ドイツの戦後処理の経緯を概観すると次のようになる。

1.2.2.1 「賠償」問題の留保

まず1945年のポツダム協定第4部第3条で、ドイツの賠償問題に関する原則が定められ、ソ連、イギリス、アメリカ、フランスは原則としてその占領地域にあるドイツ資産から賠償を受け取ることとなった¹³¹。その後、1946年1月にドイツと戦争状態にあった51か国中18か国の間で「ドイツから受ける賠償、連合国間賠償機関および貨幣用金に関する合意」がパリで締結され¹³²、ソ連とポーランドを除く賠償配分を取り扱う連合国間賠償機関（Agence Interalliée des Réparations）が設立されるとともに¹³³、賠償の徴収期間が1947年から1949年までの間に定められたが、経済政策的な配慮から実際の賠償額は漸進的にかつ大幅に減額された¹³⁴。これらの取極めでは、請求権放棄に関する問題は扱われないうまに、1949年にドイツ民主共和国（東ドイツ）とドイツ連邦共和国（西ドイツ）が成立することになる。

東ドイツについては、強制労働の被害者の大半が在住する東欧諸国は、東ドイツ政府に対する国家賠償請求権の放棄を決めており、この放棄は東西ドイツ統一後のドイツ連邦共和国に対しても及ぶものとされている¹³⁵。ソ連は1953年8月22日に東全ドイツに対する

¹³¹ Hudson, M.O., *International Legislation*, vol. IX, 1942-45, (Oceana, 1950) no. 657a, p. 580ss.

¹³² Agreement on reparation from Germany, on the establishment of an Inter-Allied Reparation Agency and on the restitution of monetary gold, done at Paris on 14 Jan. 1946, *UNTS*, vol. 555 (1966), p. 71.

¹³³ Parry, C., "Inter-Allied Reparation Agency", *BYBIL*, vol. 23 (1946), pp. 485-488.

¹³⁴ d'Argent, 2002, *supra* note 69, p. 159.

¹³⁵ 仲正昌樹「『連邦補償法』から『補償財団』へ：ドイツの戦後補償の法的枠組」『金沢法学』第43巻3号（2001年）93頁。

賠償請求権を放棄する旨を明記した条約を東ドイツとの間で締結しており¹³⁶、ポーランドも同年8月23日に同趣旨の宣言を發出している¹³⁷。ただし、ポーランドの賠償請求権放棄が個人請求権の放棄も含むかどうかについては学説上争いがあるが¹³⁸、ドイツ連邦憲法裁判所は個人請求権も含むものとの解釈を示している¹³⁹。ちなみに東ドイツ政府は、西ドイツへの併合直前の1990年4月12日まで、ナチスによるジェノサイド行為についての国家責任の存在自体を否定し続けていたため¹⁴⁰、ナチスの不法による被害者に対して国内法による個人賠償は行っていない。

西ドイツでは、英・米・仏との間で締結した1952年の「戦争及び戦争から発生する問題の解決に関する条約（移行条約）」にてドイツの賠償問題の解決は東西ドイツ再統一後に旧敵国との間で締結される平和条約によって解決されることを確認し¹⁴¹、さらに1953年の「ドイツの対外債務に関する協定（ロンドン債務協定）」では、個人請求権を含む賠償・補償に関する問題の処理は「最終的解決」すなわち平和条約の締結まで据え置かれることとなった¹⁴²。西ドイツはその後、1957年に「戦争及びドイツ・ライヒの崩壊により発生した損害の一般的処理に関する法律（一般戦争結果法）」を制定し、同法第1条によって別段の定めがない限りドイツ帝国に対する請求権は失効し、西ドイツはドイツ帝国の債務を負わないとした¹⁴³。そしてこの条項が、戦後「賠償（Reparation）」問題に関する国内裁判

¹³⁶ Protocol concerning the discontinuance of German reparations payments and other measures to alleviate the financial and economic obligations of the German Democratic Republic arising in consequence of the war, signed at Moscow, on 22 August 1953, *UNTS*, vol. 221 (1955), p. 129. 文言上は、第1条で「ドイツ民主共和国」に対する請求権放棄と規定しているが、前文で同議定書が「ドイツ全域 (ganz Deutschland)」に言及しているため全ドイツに対する請求権と理解されている。d'Argent, 2002, *supra* note 69, pp. 214-215.

¹³⁷ 同宣言の内容については BVerfG, Urteil vom 07.07.1975, AZ: 1 BvR 274/72; 2 BvR 209/72; 2 BvR 195/73; 2 BvR 194/73; 2 BvR 184/73; 2 BvR 247/72, BVerfGE 40, 141, S. 169 にて引用されている。判決英訳は、Eastern Treaties Constitutionality Case, in *ILR*, vol. 78, p. 177.

¹³⁸ 清野幾久子「ドイツ戦後補償の法理」『法律論叢』第70巻5・6号（1998年）5頁。

¹³⁹ d'Argent, 2009, *supra* note 34, pp. 215-216. BVerfG, *supra* note 137.

¹⁴⁰ *ibid.*, pp. 127-233.

¹⁴¹ Art. 1 (1), Chapitre VI, Convention sur le règlement de questions issues de la guerre et de l'occupation (Überleitungsvertrag), signée à Bonn le 26 mai 1952, *BGBI*, 1954, II, pp. 157-239. d'Argent, 2002, *supra* note 69, p. 176.

¹⁴² “Art. 5(2) Consideration of claims arising out of the second World War by countries which were at war with or were occupied by Germany during that war, and by nationals of such countries, against the Reich and agencies of the Reich, including costs of German occupation, credits acquired during occupation on clearing accounts and claims against the Reichskreditkassen shall be deferred until the final settlement of the problem of reparation.” Agreement on German External Debts, signed at London on 27 Feb 1953, *UNTS*, vol. 333, p.3.

¹⁴³ Gesetz zur allgemeinen Regelung durch den Krieg und den Zusammenbruch des Deutschen Reiches entstandener Schäden (Allgemeines Kriegsfolgenengesetz (AKG), *BGBI*. 1 S. 1747), at <http://www.gesetze-im-internet.de/akg/BJNR017470957.html> 日本語抄訳は、『外国の立法』第34巻3・4号（1996年）159-161頁。

所での請求を棄却する根拠として援用され、憲法裁判所も一貫して同条項の合憲性を確認してきた¹⁴⁴。

西ドイツ政府はロンドン債務協定にいう「最終的解決」まで「賠償」の文脈においける個人請求権の問題は凍結されると主張し、以下にみる西ドイツ国内裁判所の判例でもこの見解が支持されてきた。その後、1990年9月12日にドイツ再統一に際して東西ドイツと英・米・仏・ソ連の間で「ドイツ問題の最終的解決に関する条約（2+4条約）」が締結されたが、同条約は「賠償」問題には言及していない。以上の経緯が、ドイツは「戦争賠償」の問題を国際法によって処理していない¹⁴⁵、としばしば評価される所以である。

1.2.2.2 1952年移行条約による「補償」義務

他方で西ドイツ政府は、移行条約によってナチスの被迫害者および民族を理由に迫害を受け難民となっている人に対する「補償（Entschädigung）」も義務付けられている。そのため、西ドイツでは、移行条約による「補償」義務を履行すべく、ナチズムのイデオロギーに対応した迫害の被害者に焦点を当てた個別的な「償い（Wiedergutmachung）」制度の拡充が図られた。この「償い」は、あくまで「賠償」の問題とは峻別される、法的責任であると同時に、政治的、道義的責任も含んだ概念であり、被害者個人に対する補償のことを指すドイツ連邦共和国基本法上の法概念である¹⁴⁶。狭義の「償い」には、迫害理由により剥奪された財産の民法上の返還請求にかかわる「返還（Rückerstattung）」、社会保険や戦争被害者援護など迫害がなければ得ていたであろう状態の各分野での回復についての「特定分野の補償（Wiedergutmachung）」と、これらの類型に該当しない損害に対する「補償」が含まれる¹⁴⁷。

1949年5月23日に公布されたドイツ基本法は第74条9号で「国家社会主義の行った不正の戦争損害および償いが優先的課題であること」を示しており、それに基づいて1953年には連邦レベルでの「補償」を実現するための「国家社会主義の被害者に対する補償のための連邦補完法（連邦補完法）」が制定され、同法の改正を経て内容を拡充した形で「国家社会主義による迫害の被害者に対する補償に関する連邦法（連邦補償法）」が1956年に制定された。そもそも「補償」は、1953年の連邦補完法制定以前に、占領軍の指導の下で各州が州法に基づき居住者に対し行っていたことから、基本法上も連邦と州の競管事項と

¹⁴⁴ 清野「前掲論文」（注138）6頁。

¹⁴⁵ 山手「前掲論文」（注41）6-14頁。

¹⁴⁶ 清野「前掲論文」（注138）2-3頁。

¹⁴⁷ 山田敏之「ドイツの補償法制（解説）」『外国の立法』第34巻3・4号（1996年）12-13頁。

されている¹⁴⁸。ただしほとんどの州では「補償」申請は1950年代に締め切られたが、ベルリン州では1990年に全面改定された「国家社会主義の政治的、人種的又は宗教的被迫害者の認定及び援護に関する法律」第2条で強制労働も迫害事由にあたり、申請期限も別段定められていないため、同規定に基づく補償請求申請が今後もなされる可能性はある¹⁴⁹。

しかしながら、連邦補償法では「補償」の対象となるためには、ナチズムに対する政治的反対か、人種、信仰、世界観を理由とする「迫害」の被害者でなければならず、それ以外の理由に基づく非人道的行為の被害者は、原則として同法の補償の対象とはならない¹⁵⁰。そのため、連邦法のレベルでは、強制労働のみを理由としては、いかなる保証も受けることができない¹⁵¹。さらに、1952年末日に西ドイツに住所を有する、あるいは1937年末日に旧ドイツ帝国の領土内にあった者という属地的要件があるために¹⁵²、外国に居住する被害者は補償の対象外とされている。このように、連邦補償法はドイツ基本法上、一定の期日および居住地を条件とした個人の補償請求権を根拠づけたものにすぎない¹⁵³。ただし、ユダヤ人に関してはイスラエルや米国へ移住後も次に述べる連邦補償法による補償の対象であり、また連邦補償法の対象外である外国人被害者についても、1964年までに、ロンドン債務協定第5条との整合性を保つために法的責任を伴わない「自主的」な補償金支払いという形での「包括的協定(Globalabkommen)」を西側諸国と随時二国間で締結することで¹⁵⁴、実質的には国家間賠償に近い性格の「償い」が行われた¹⁵⁵。これら西側諸国との二国間協定は、ドイツの補償法政策上、あくまで連邦補償法を国外在住者にも拡大する趣旨であると解されることから¹⁵⁶、協定締約国国民による請求は、「賠償」にかかわる個人請求権の問題とは無関係である。

¹⁴⁸ 基本法第74条9号。ただし二重給付はできない（連邦補償法第10条1項）。

¹⁴⁹ 山田「前掲論文」（注147）24頁。

¹⁵⁰ 連邦補償法第1条1項「国家社会主義に対する政治的反対を理由に又は人種、信仰若しくは世界観を理由に国家社会主義の暴力的措置により迫害され、それによって生命、身体、健康、自由、財物、財産上の利益、職業活動又は経済活動における損害を被った者（被迫害者）をいう。」

¹⁵¹ 山田「前掲論文」（注147）10頁。

¹⁵² Artikel 4, Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung (Bundesentschädigungsgesetz). 連邦補償法の日本語訳は『外国の立法』第34巻3・4号（1996年）55-132頁に掲載されている。

¹⁵³ 清野「前掲論文」（注138）9頁。

¹⁵⁴ イスラエル、ベルギー、デンマーク、フランス、ギリシャ、英国、ルクセンブルク、オランダ、ノルウェー、イタリア、スイス、スウェーデンとの間で、個別に二国間補償協定が締結している。補償金の分配については各国の裁量にゆだねられており、例えば英国は亡命ポーランド人で英国籍を取得した人にもドイツから支払われた補償金を分配するなど、連邦補償法とは補償の範囲が異なっている。山田「前掲論文」（注147）39-41頁。

¹⁵⁵ 仲正「前掲論文」（注135）100頁。

¹⁵⁶ 同上、103頁。

1.2.2.3 国内法に基づく「補償」対象の拡大

西ドイツ政府は、西側諸国のユダヤ人を主たる対象としたナチス迫害被害者の救済のための国内法制度を拡充させてきたが、軍需工場における強制労働被害者については、政府と企業が互いに責任を押し付け合い自らには責任が無かったと主張し続けることで、長年の間実効的解決へむけた道の模索すら行われなかった¹⁵⁷。強制労働被害者の多くはポーランドをはじめとする東欧諸国から強制連行されてきた非ユダヤ人であったにもかかわらず、これらの人々は戦争終了後に西ドイツ領内に移住した場合を除いては、「補償」を受けられない形になっていた。

これに対し、強制収容所での強制労働被害者らは西ドイツの国内裁判所に企業を相手取り損害賠償を求める訴訟を提起した。フランクフルト地方裁判所に提起されたヴォルハイム対 IG フェルベン精算社事件を皮切りに¹⁵⁸、ドイツ国内における数々の訴訟において、企業は強制労働者の受け入れはナチス国家によって強制されたものであるとして法的責任を引き受けることを拒み、これに対して個別企業が個別的に和解金や補償金の支払いを行ってきた。1989年には、緑の党と社会民主党が、強制労働被害者に対する補償財団設立法案及び政府に対する財団設立を求める決議案を提出し、同年12月14日には政府による専門家からの意見聴取によって、強制労働被害者に対する連邦政府の道義的責任を認め人道的立場から法律外の補償があるとする見解が示され、1990年10月31日に連邦議会はこの問題を検討するための内務委員会の決議案を採択している¹⁵⁹。冷戦崩壊後、再統一されたドイツ連邦は、東欧諸国とも随時二国間交渉を行い、1991年に設立された「ドイツ・ポーランド和解財団」をモデルとして、ロシア・ベラルーシ・ウクライナとの間で「相互理解と和解財団」が、チェコとは「未来財団」が設立された¹⁶⁰。しかし依然として戦争「賠償」の文脈で強制労働被害者の個人請求権が肯定されることはなかったため、80年代後半から90年代前半にかけて訴訟による解決へ向けた動きが盛り上がりを見せることになる。

ただし、強制労働被害者の救済の実現へ向けて決定的な影響力を及ぼしたのはドイツ国内での訴訟ではなく、米国における一連のクラス・アクションの動きであった。1996年10月にニューヨーク地裁に提起されたスイスの最大手銀行3行に対する第二次大戦中の没収

¹⁵⁷ Bazylar, M. J., "Nuremberg in America: Litigating the Holocaust in United States Courts," *Uni. Richmond L. Rev.*, vol. 34 (2000), pp. 194-195.

¹⁵⁸ LG Frankfurt, Urteil vom 10.06. 1953, AZ: 2/3/0406/51.

¹⁵⁹ 山田「前掲論文」(注147)39頁。

¹⁶⁰ これらの財団は後に設立された「記憶・責任・未来」財団の「パートナー機関」として各国被害者との補償金受け渡しの基盤となっている。佐藤健生「ドイツ強制労働補償財団の現状と今後の課題」『外国の立法』第210号(2001年)3、9頁。

財産の返還請求訴訟を皮切りに¹⁶¹、強制労働被害者によるドイツ企業に対する損害賠償請求訴訟が質量ともに最大のクラス・アクションとして展開していった¹⁶²。同時期に、ドイツ企業に対するボイコット運動も展開されたため、それまで行われていた個別企業による対応よりも、さらに包括的な「補償」を実現するべく、ドイツ政府ならびにドイツ産業界は強制労働問題に対応する新しい法的枠組みを創設することで、早急に「補償」を実現せざるをえない状況に追い込まれていた¹⁶³。

加えて、1998年9月のドイツ連邦議会選挙の結果、16年ぶりの政権交代によって、かねてより補償財団構想を議会に提出していた社会民主党・緑の党の連立政権が誕生したことも事態の進展を後押しした¹⁶⁴。1999年2月17日、ドイツ首相ゲアハルト・シュレーダー（Gerhard Schroder）は、「訴訟、とりわけクラス・アクションに対処し、ドイツ産業界およびドイツに対するキャンペーンの基盤を除去するために」¹⁶⁵、ドイツ企業12社の出資による合計17億米ドル規模の財団が設立されると発表した¹⁶⁶。このドイツ側による一方的な構想は批判を受けつつも¹⁶⁷、2000年8月12日に「『記憶・責任・未来』財団の創設に関する法律（財団設置法）」がドイツにて発効し、強制労働一般に対する補償を目的とした「記憶・責任・未来」基金が政府・企業の共同出資によって設立されるに至っている¹⁶⁸。

¹⁶¹ *Weissshaus v. Union Bank of Switz.*, No. CV-96-4849 (E.D.N.Y. filed 3 October 1996 & Amended Complaint filed 30 Jul. 1997) (ホロコースト生存者によるスイス三大銀行（Union Bank of Switzerland, Swiss Bank Corporation, Credit Suisse）その他に対するクラス・アクション）; *Friedman v. Union Bank of Switz.*, No. CV-96-5161 (E.D.N.Y. filed 21 Oct. 1996 & Amended Complaints filed 30 July 1997, sub nom. Trilling-Grotch v. Union Bank of Switz. & Sonabend v. Union Bank of Switz) (ホロコースト被害者遺族によるスイス三大銀行に対するクラス・アクション); *World Council of Orthodox Jewish Communities, Inc. v. Union Bank of Switz.*, No. CV-97-0461 (E.D.N.Y. filed 29 Jan. 1997) (ユダヤ人団体によるスイス三大銀行に対するクラス・アクション)

¹⁶² Bazylar, *supra* note 157, p. 6.

¹⁶³ 仲正「前掲論文」（注135）94頁。

¹⁶⁴ 佐藤「前掲論文」（注160）4頁。

¹⁶⁵ “to counter lawsuits, particularly class action suits, and to remove the basis of the campaign being led against German industry and our country”

¹⁶⁶ 参加企業は、DaimlerChrysler, Deutsche Bank, Siemens, Volkswagen, Hoechst, Dresdner Bank, Krupp, Allianz, BASF, Bayer, BMW, Degussa である。Cohen, R., “German Companies Adopt Fund for Slave Laborers under Nazis,” *N.Y. Times*, 17 Feb. 1999, at <http://www.nytimes.com/1999/02/17/world/german-companies-adopt-fund-for-slave-laborers-under-nazis.html?module=Search&abReward=relbias%3Ar> (last access on 20 Jun. 2014).

¹⁶⁷ 主な批判は、総額17億米ドルでは補償額として少なすぎることに、人道的見地から基金が設立されると主張しながらも同時進行していたクラス・アクションがすべて棄却されるまでは一切支払いを行わないとしていたこと、居住国に応じて支払いのレベルが異なること、6か月以上強制労働に従事したことを証明しなければならないことなどである。Bazylar, M.J., “Litigating the Holocaust,” *Uni. Richmond L. Rev.*, vol. 33 (1999), note. 809.

¹⁶⁸ Stiftung „Erinnerung, Verantwortung und Zukunft”, at <http://www.stiftung-evz.de/start.html> (last visited on 10 June 2014).

同財団は、財界の主導で設立された「国家の補償政策の直接的な社会的補完」という意義を有しているが、補償申請の手続で申請者は全ての請求権を放棄しなければならず、米国でのドイツ企業に対する多数の集団訴訟に直面したドイツ企業にとって、世界市場における経済的不利益を回避し法的安定性を確保するために必要不可欠なものであったと指摘されている¹⁶⁹。また、同財団を設立する連邦法の前文によれば、この事業は人道的な見地から行われ、企業については「歴史的責任」、政府については「政治的・道義的責任」を認めるものであり、あくまで法的責任についての言及はない¹⁷⁰。財団の規模は総額 100 億マルクとされドイツ政府は負担分 50 億マルクを財団設立時に拠出したのに対し、企業側は財団への払い込みが遅れていたこともあり、2000 年 7 月 17 日に「記憶・責任・未来」財団準備作業における国際対話を締めくくる最終全体会合にして発表された「共同声明」第 4 条(d)項に基づいて¹⁷¹、企業負担分の 50 億マルクについて発生する金利 1 億マルクを追加的に財団へ支払うよう求める訴訟が受給資格者らによって提起された¹⁷²。その訴訟の過程で「共同声明」は国家だけではなく 36 の私人 (private entities) 「外交的期待」を表明する政治的文書に過ぎず原告に米国民事法上の請求権を与える契約とはみなされず¹⁷³、また共同

¹⁶⁹ 矢野久「ドイツ『記憶・責任・未来』基金の成立とその歴史的意義」『戦争責任研究』第 30 号 (2000 年) 20-27 頁。

¹⁷⁰ Präambel, Gesetz zur Errichtung einer Stiftung „Erinnerung, Verantwortung und Zukunft“, Vom 2. August 2000, BGBl Teil. I Nr. 38 (2000), p. 1263. 日本語訳は、山田敏之 (訳) 「『記憶・責任・未来』財団の設立に関する法律 (2000 年 8 月 2 日 (連邦法律公報第 1 部 1263 頁) 2001 年 8 月 4 日の第一次改正 (連邦法律公報第 1 部 2036 頁) による改正を含む)」『外国の立法』第 201 号 (2001 年) 21-30 頁に、英訳文は、財団 HP (*supra* note 168) に掲載されている。

¹⁷¹ この共同声明には、関係国政府代表 (ベラルーシ、チェコ、イスラエル、ポーランド、ロシア、ウクライナ、ドイツ、米国)、ドイツ企業と対独物的請求ユダヤ人会議に加え、強制労働被害者の代理人弁護士が署名している。第 4 条(d)項の全文は以下のとおり。“4. The participating Governments and other participants will proceed as follows: [...] d) Assuming the request for a transfer referred to in paragraph (e) is granted, the DM 5 billion contribution of German companies shall be due and payable to the Foundation and payments from the Foundation shall begin once all lawsuits against German companies arising out of the National Socialist era and World War II pending in U.S. courts including those listed in Annex C and D are finally dismissed with prejudice by the courts. The initial portion of the DM 5 billion German Government contribution will be made available to the Foundation by October 31, 2000. The remainder of the German Government contribution will be made available to the Federal Foundation by December 31, 2000. Contributions from the German Government will begin earning interest for the benefit of the Foundation immediately upon being made available to the Foundation. The German Government may advance some of its contribution to the partner organizations for certain start-up costs before the lawsuits are finally dismissed. The German companies will make available reasonable advanced funding to provide appropriate publicity of the upcoming availability of Foundation benefits. German company funds will continue to be collected on a schedule and in a manner that will ensure that the interest earned thereon before and after their delivery to the Foundation will reach at least 100 million DM.” Article 4 (d) of Joint Statement: On the occasion of the final plenary meeting concluding international talks on the preparation of the Foundation ‘Remembrance, Responsibility and the Future,’ Berlin, Germany, July 17, 2000, at U.S. Department of State, http://1997-2001.state.gov/www/regions/eur/holocaust/000717_joint_statement.html (last access on 3 Jul 2014)

¹⁷² 一連の訴訟は以下の時系列で進行し、2009 年に合衆国最高裁判所によって原告の請求は棄却されている。 *In re Nazi Era Cases*, 320 F.Supp.2d 204, 6 A.L.R. Fed. 2d 659 (D.N.J. May 20, 2004); Affirmed by *ibid.* 153 Fed.Appx. 819 (3rd Cir.(N.J.) Oct 20, 2005); *ibid.*, 320 F.Supp.2d 235 (D.N.J., July 8, 2004); Reversed and Remanded by *Gross et al. v. German Foundation Industrial Initiative*, 456 F. 3d 363 (Aug 3, 2006); *ibid.*, on remand to, 499 F.Supp.2d 606 (D.N.J. Aug 15, 2007); Affirmed by *ibid.*, 549 F.3d 605 (3rd Cir.(N.J.) Dec 10, 2008); Certiorari Denied by *ibid.*, 129 S.Ct. 2384 (U.S. May 18, 2009).

¹⁷³ *Gross v. The German Foundation Industrial Initiative*, 499 F.Supp. 2d 606, pp. 620-661. マンフレド・ゲンツ博士は、企業側拠出を担当する財団イニシアチヴ (GEFI, この時点では 16 の企業が参加しており (株) ロベルト・ボッホも後に参加) として署名し、さらに 19 名の弁護士が署名している。

声明は一部で法的権利義務を創設するかのよう文言を用いているが、国際条約として個人請求権を創設するものではない¹⁷⁴、ということが明らかにされている。その後、企業側は2001年10月になってようやく負担分50億プラス利息分1億の計51億マルクの財団への支払を完了し¹⁷⁵、財団は合計101億（52億ユーロ相当）から被害者への補償金に充当される43億7千万ユーロを98か国166万人に対して2007年までに給付している¹⁷⁶。

このように、訴訟と裁判外紛争解決が同時的に申告する中で、補償財団の設立により第二次大戦中のドイツ企業による強制労働被害については一定の解決をみた。ただし一連の流れを法的にみれば、たとえ1944年当時の国際法が強制労働を禁止していたとしても、その被害者が個人としての資格で国際法上の「賠償」請求権をもつ可能性は一貫して否定されてきた。彼らを使役した企業の法的責任も同じく一貫して否定され、「道義的責任」に基づいてドイツ法の厳格な区別に従った「補償」が自発的になされたに過ぎないのである。

1.2.2.4 独伊請求権協定

以上で見たように、ドイツは基本的に伝統的な意味での平和条約と呼べるものを締結してこなかったが、イタリアについては例外である。イタリアは第二次大戦中、枢軸国としてドイツ帝国と同盟関係にあったため、通常の平和条約による請求権放棄ではなく、やや複雑な紛争処理が行われたからである。

イタリアは1943年9月に連合国に降伏し、翌月ドイツに対して宣戦布告した。ただしその直後から第二次大戦終結に至るまで、イタリアはドイツ軍によって占領され、文民や捕虜に対する虐殺や強制労働が行われた。1947年2月、連合国21か国はイタリアを含む旧枢軸国5か国との間でパリ平和条約と称される一連の平和条約を締結する。そのうちのひとつである対イタリア平和条約は、第77条でイタリア政府およびイタリア国民の資産がもはや敵性財産とはみなされず、イタリアの宣戦布告以後にドイツ軍によりドイツ国内へと持ち去られたイタリア由来の原状回復義務を確認し、その回復措置の内容はドイツ占領国が決定するとしながら、第4項でつぎのように対独請求権を放棄するとした。

「イタリアおよびイタリア国民に対する上述の又はドイツ占領国がとる措置に影響を与えない限度で、イタリアは、1939年9月1日以前に契約その他の締結された義務または獲得した権利によるものを除く、1945年8月8日時点で未解決のイタリア及びイタリア国民のドイツとドイツ国民に対するすべての請求権を放棄する。当該放棄は、債

¹⁷⁴ *Gross et al. v. German Foundation Industrial Initiative*, 549 F.3d 605, pp. 612-614.

¹⁷⁵ 佐藤「前掲論文」(注160)11頁。

¹⁷⁶ 財団HP参照。at <http://www.stiftung-evz.de/eng/the-foundation/finances.html>. (last access on 30 Dec. 2014)

権、戦争遂行過程において行われた合意に関するすべての政府間請求、および戦争中に生じるすべての損失又は損害に対する請求権を含むものとする。」¹⁷⁷

同様の請求権放棄条項は、パリ平和条約に共通してみられるものである¹⁷⁸。このように非常に包括的な対独請求権放棄条項が採用されたのは、ドイツが連合国に支払うであろう賠償金から旧枢軸国が部分的にでも便益を得る事態を回避するためであったとされる¹⁷⁹。イタリア破棄院は、当該条項の文言が一般的かつ無条件であることを根拠に同条に関する紛争について司法審査適合性がないとし、イタリア政府が請求権放棄によって国民への賠償義務を負うかについても回答も示していない¹⁸⁰。ドイツが当事国ではない条約の請求権放棄条項について、ドイツ連邦通常裁判所はロンドン債務協定第5条4項を通じて同国に対しても効力をもつとしており¹⁸¹、単に請求提起の障害になるのではなく純粹に私的な性質の請求も含めて完全に消滅させる状況であるという解釈を示している¹⁸²。

その後、両国間の請求権問題は1961年に西ドイツとイタリアの間で2つの二国間協定が締結されることにより政治的な解決をみる。第一の協定は、「ある種の財に関係する経済及び財務問題の解決」についての合意であり、第2条1項で「イタリア政府はイタリア共

¹⁷⁷ Art. 77 of Peace Treaty with Italy, signed at Paris, 10 Feb. 1947, *UNTS*, vol. 49, p.3, reads as follows :

“1. From the coming into force of the present Treaty property in Germany of Italy and of Italian nationals shall no longer be treated as enemy property and all restrictions based on such treatment shall be removed.

2. Identifiable property of Italy and of Italian nationals removed by force or duress from Italian territory to Germany by German forces or authorities after September 3, 1943, shall be eligible for restitution.

3. The restoration and restitution of Italian property in Germany shall be effected in accordance with measures which will be determined by the Powers in occupation of Germany.

4. Without prejudice to these and to any other dispositions in favour of Italy and Italian nationals by the Powers occupying Germany, Italy waives on its own behalf and on behalf of Italian nationals all claims against Germany and German nationals outstanding on May 8, 1945, except those arising out of contracts and other obligations entered into, and rights acquired, before September 1, 1939. This waiver shall be deemed to include debts, all intergovernmental claims in respect of arrangements entered into in the course of the war, and all claims for loss or damage arising during the war.”

¹⁷⁸ Art. 28§4, Peace Treaty with Romania, signed at Paris, 10 Feb. 1947, *UNTS*, vol. 42, p.53; Art. 30§4, Peace Treaty with Hungary, signed at Paris, 10 Feb. 1947, *UNTS*, vol. 41, p.191; Art. 30§4, Peace Treaty with Bulgaria, signed at Paris, 10 Feb. 1947, *UNTS*, vol.41, p. 67; Art. 28§4, Peace Treaty with Finland, signed at Paris, 10 Feb. 1947, *UNTS*, vol. 48, p. 243.

¹⁷⁹ d'Argent, 2002, *supra* note 69, p. 266.

¹⁸⁰ *ibid.*; Durante, F., “Nota: Sull’art. 77 n. 4 del Trattato di pace », *Rev. dir. int.*, 1953, pp. 457-460.

¹⁸¹ BGH, Urteil vom 14.12.1955, AZ: IV ZR 6/55, in *ILR*, vol. 22 (1988), p. 611. Art. 5 § 4, Agreement on German External Debts, signed at London on 27 Feb. 1953, reads as follows: “(4) Claims against Germany or German nationals by countries which were, before 1 September 1939, incorporated in, or which were, on or after 1 September 1939, allied to, the Reich, and of nationals of such countries, arising out of obligations undertaken or rights acquired between the date of incorporation (or, in the case of countries allied to the Reich, 1 September 1939) and 8 May 1945, shall be dealt with in accordance with the provisions made or to be made in the relevant treaties. To the extent that, under the terms of such treaties, any such debts may be settled, the terms of the present Agreement shall apply.”

¹⁸² Kammergericht Berlin, 2.6.1965, *Restitution of household effects belonging to Jews deported from Hungary (Germany) case*, *ILR*, vol.44, pp. 315-316.

和国又はイタリア人又はイタリア法人の側からの、ドイツ共和国又はドイツ人又はドイツ法人に対するすべての未解決の請求権について、それが1939年9月1日から1945年5月8日の期間に生じた権利および状況に基づく限り、解決されたと宣言する¹⁸³。第二の協定は、「国家社会主義の迫害措置に服したイタリア国民に対する補償」についての合意であり、第1条で西ドイツ政府は「イタリア国民の利益のために」4000万ドイツマルクを支払うことを約定し¹⁸⁴、さらに第3条では、「ドイツの補償立法に基づくイタリア国民の権利に影響を与えない限りにおいて、第1条に規定する支払いは本条約が規律するドイツ共和国およびイタリア共和国間の全ての問題について最終的解決を構成する」としている¹⁸⁵。ただしイタリアが宣戦布告した後にドイツが行った行為とくに強制労働について、イタリア国民が賠償を求める訴訟が現在に至るまで多数提起され、イタリア破棄院がドイツ政府に賠償支払いを命じた2004年のフェッリーニ（Ferrini）事件などを契機に、ドイツはイタリアによる裁判権免除原則違反をICJに申し立てた。この事件でICJは、戦後処理のための一括協定が締結されるのは一般的実行であることはイタリアも認めていると指摘したうえで、これらの国家間合意の性質について次のように述べている。

「武力紛争後の包括的解決をなす枠組みにおいて資金（sommis/funds）を受け取った国が、自国民のうち被害者であった者に配分するよりは、むしろ、国民経済及びインフラの再建に割り当てると決定したときに、利害関係者が問題の資金の一部を受け取らなかったという事実によって、自国に対する当該資金を提供した国を提訴する権限を彼らに与えると決することは難しい。」¹⁸⁶

¹⁸³ Art. 2 of Agreement between FRG and Italy concerning “settlement of certain property-related, economic and financial questions” on 2 Jun. 1961, which entered into force on 16 Sep. 1963, cited in *Jurisdictional Immunity* (Germany v. Italy; Greek intervening), Judgment of 3 Feb. 2012, *ICJ Reports 2012*, para. 24, reads as follows:

“(1) The Italian Government declares all outstanding claims on the part of the Italian Republic or Italian natural or legal persons against the Federal Republic of Germany or German natural or legal persons to be settled to the extent that they are based on rights and circumstances which arose during the period from 1 September 1939 to 8 May 1945.

(2) The Italian Government shall indemnify the Federal Republic of Germany and German natural or legal persons for any possible judicial proceedings or other legal action by Italian natural or legal persons in relation to the above-mentioned claims.”

¹⁸⁴ Art. 1 of Agreement between FRG and Italy concerning “compensation for Italian nationals subjected to National-Socialist measures of persecution” on Jun. 1961, entered into force on 31 Jul. 1963, cited in *ibid.*, para. 25, reads as follows: “for the benefit of Italian nationals who, on grounds of their race, faith or ideology were subjected to National-Socialist measures of persecution and who, as a result of those persecution measures, suffered loss of liberty or damage to their health, and for the benefit of the dependents of those who died in consequence of such measures”.

¹⁸⁵ “Without prejudice to any rights of Italian nationals based on German compensation legislation, the payment provided for in Article 1 shall constitute final settlement between the Federal Republic of Germany and the Italian Republic of all questions governed by the present Treaty.”

¹⁸⁶ *Jurisdictional Immunity*, *supra* note 183, para. 102, p. 144.

この ICJ の解釈は、日韓請求権協定との関係で争われる「最終的解決」の意義や、日中共同声明について日本の最高裁が採用した「枠組み論」とも通じる理解である。

1.3 政府高官の言説における「放棄」の意思表示

以上では、条約やそのほかの国際合意において、政府が自国民に対する外交的保護を放棄したとされる事例をみてきたが、個別具体的な事例に際して政府が国内的な文脈で問題の自国民に対する外交的保護を与えないという意思表示を行うこともある。そのような意思表示は、しばしば文書の形式によらず、さらに明示的なものと黙示的なものが存在している。いずれの場合も、それが政府による外交的保護放棄の意思表示であると認識されるためには、具体的な証拠が示されねばならず、その際に政府高官の言説が参照されることになる。

まず、政府が外交的保護を与えないという意思表示を明示的に行った事例としては、カナダのカダール (Khadr) 事件が挙げられる。同事件の原告は、在キューバ米軍基地内に所在するグアンタナモ収容所に収監されたカナダ国民であり、代理人を通じてカナダ国内裁判所に訴訟を提起して、裁判所に対して彼の本国送還を要請しないというカナダ政府の決定を破棄しカナダ政府が米国政府と彼の本国送還へ向けた交渉するよう裁判所に命じるよう求めた¹⁸⁷。本件で論点となったのは、果たしてそもそも政府は外交的保護を行わないという「決定」を行ったのかであった。カナダ連邦裁判所のオレリー (O'Reilly) 判事は、「カダール氏の本国送還を要求するのか」という記者からの質問に対してカナダ首相が「回答は、いいえである (The answer is no)」と述べたこと、さらにカナダ下院の外務・国際開発常任委員会の報告書で、同委員会が彼の本国送還請求を行うように政府に勧めたにも拘わらず、政府はテロへの懸念から反論したことが報告されている事実を指摘し、政府による外交的保護の放棄という決定があったことは明白であるという¹⁸⁸。

しかしながら、このように政府が個別具体的な事案について公の場で外交的保護を放棄する意向が明らかにされる事例は稀であり、実際には、政府がただただ何も行動を起こさないという不作為の場合、すなわち外交的保護を放棄するということが黙示的に「決定」される場合のほうが数多いように思われる。不作為が外交的保護の放棄とされた例としては、南アのフォン・アボ (Von Abo) 事件を挙げることができる。南ア国民たるフォン・アボ氏は、長年にわたりジンバブエで大規模農業を営んでいたが、ジンバブエ政府が彼の農

¹⁸⁷ *Khadr v. Canada (Prime Minister)*, 2009 FC 405, [2010] 1 FCR 34, Judgment of 23 April 2009, para. 2.

¹⁸⁸ *ibid.*, paras. 36-38.

地を補償金の支払いなく収用したため、同国にて国内的救済を完了したが何らの補償も得られなかった。そこで、2002年3月24日から2007年1月までの5年間にわたって、同氏は大統領をはじめとする南ア政府高官に対し50通以上の書簡を送付し、「外交的保護という形での」事態への介入と、ジンバブエも締約国となっている投資紛争解決条約への南アの加盟、さらに外交職員からの援助を求めて、国会議員、南ア人権委員会およびグレイン・サウス・アフリカ（穀物生産者の利益保護団体）を通じた政府への働きかけを行った¹⁸⁹。これに対する南ア政府の対応は迅速ではなかったにせよ、外務大臣が、2002年3月27日の国会答弁で南ア国民が海外に所有する財産及び会社の安全の確保に努めると述べ、さらにフォン・アボ氏の送付した書簡に対する10月22日付の返信の中で、同氏の大統領に対する要求が記録されたこと、そして南ア政府はジンバブエ政府に対して自国民の利益を保護すべく働きかけを続けることが記されていたにも拘わらず、これらの約束は反故にされ実際には何ら事態の解決へ向けた取組を南ア政府は行わなかった¹⁹⁰。このような政府の不作为について、南ア最高裁判所は、フォン・アボ氏的外交的保護要求に政府が「適切に行動すべき義務」に従わなかったことを認め¹⁹¹、政府が同氏に対して外交的保護を行う約束を実行しないばかりか、本件訴訟における政府の言動は批判に値すると評価した¹⁹²。換言すれば、南ア政府は、外交的保護を行う約束をしていたにも拘わらず、言説とは裏腹に実際には外交的保護を一切行わなかったという意味において、外交的保護の放棄を黙示的に決定していたのである。

理論上は、これらのような事例のほかにも、国民の側からの請求を政府が黙殺し一切の返答を行わないという純粋な不作为の場合が想定されうるが、実務的な観点からはそのような場合における政府の不作为を立証することは困難であると言わざるを得ない。

1.4 小括

以上の考察から明らかになったことは、次の2点である。

第一に、国際法において権利放棄は明示的になされるべきという原則があるにもかかわらず、実際には黙示的と思われる方法によっても外交的保護権は放棄されていると考えられている。黙示的「放棄」の正当化根拠となるのは、他の類似の法枠組あるいは政府の何

¹⁸⁹ *Government of the Republic of South Africa v. Von Abo* (283/10) [2011] ZASCA 65, Judgment of 4 April 2011, paras. 4-5.

¹⁹⁰ *ibid.*, paras. 6-8.

¹⁹¹ *ibid.*, para. 31.

¹⁹² *ibid.*, para. 39.

らかの意思表示からの類推である。各国国内裁判所は、ほとんどの場合、自国政府の政治判断を綿密に分析することを通じて戦争処理における各国政府の意思を見出そうとするため、裁判所による司法判断も、結局のところ自国政府の主張と非常に整合性の高い結論に至るのは必然のように見受けられる。

第二に、本来、外交的保護権は国家に固有の権利であるため、理論上はそれが放棄されたとしても私人の権利にはなんら影響を及ぼさないはずであるが、実際には当該私人の権利が国際法上のものであるか国内法上のものであるかに関係なく、重大な影響を及ぼしている。これは、すでに第2章（国籍の継続）と第3章（国内的救済の完了）で検討したように、外交的保護の本質を論じる際に実体と手続の問題を完全に分離することは不可能であることに由来する現象である。そこで次節では、外交的保護権の放棄が私人の権利行使にどのような影響を及ぼしているのかを詳しく見ることで、外交的保護権と私人の請求権がどのような関係にあるのかを明らかにしたい。

2 「放棄」の効果

1947年にICJが勧告的意見を示した「国連の任務遂行中に被った損害の賠償事件」では、1948年のパレスチナ戦争に際して国際連合から派遣されたスウェーデン人調査官が現地で殺害された事件について、国籍国による外交的保護と国連による機能的保護（functional protection）の競合関係が問題となった。本件でICJは、「いずれかの請求に優先権を与える、または国なり国連なりに国際請求の提出を差し控えるよう義務付けるといった法規則は存在しない」とし¹⁹³、複数主体による賠償請求が競合する場合、それぞれの請求が相互に影響を及ぼすことなく併存するとの理解を示している。

この訴権の競合に関する問題は、外交的保護の法典化を進めていたILCにおいても議論された。特別報告者デュガードは、はじめ投資紛争に関する特別法（*lex specialis*）制度との関係に議論を限定していたが¹⁹⁴、国際機構による機能的保護と外交的保護との共存関係¹⁹⁵、さらに人権条約制度に基づく個人あるいは第三国の訴権への配慮から¹⁹⁶、留保条項（saving

¹⁹³ *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1949, p. 185.

¹⁹⁴ “Article 21 (Lex specialis) These articles do not apply where the protection of corporations or shareholders of a corporation, including the settlement of disputes between corporations or shareholders of a corporation and States, is governed by special rules of international law.” in Dugard, J., “Forth Report on Diplomatic Protection,” UN Doc. A/CN.4/530/Add.1 (6 Jun. 2003), paras. 106-112.

¹⁹⁵ Dugard, J., “Fifth Report on Diplomatic Protection,” UN Doc. A/CN.4/538 (4 Mar. 2004), paras. 14-36.

¹⁹⁶ *ibid.*, paras. 37-39.

clause)が提案された¹⁹⁷。一連の議論を受けて起草委員会の提案した第一読草案第17条は¹⁹⁸、最終的に採択された第二読草案第16条では船員の保護に関する第19条（第二読草案では第18条）と同じ文法構造に改められたが¹⁹⁹、要素としては全く同じものを含んでいた。すなわち、2006年のILC外交的保護条文第16条は、次のように定める。

「国際違法行為の結果として被った損害の救済を確保するために、国際法に基づいて外交的保護以外の行動または手続に訴える国、自然人、法人その他の実体の権利は本条文により影響を受けない」²⁰⁰

同条のコメンタリーでも、「外交的保護についての慣習国際法規則と人権保護を規律する規則は補完的（complementary）である」ことが繰り返し確認されている²⁰¹。これは第一読草案について、あるILC委員が特別法制度としての人権法の意義を唱え²⁰²、また政府意見でも人権法制度に対して外交的保護が影響を与えることはない点が強調されたという経緯からも²⁰³、とりわけ外交的保護制度が人権法制度を害するものであってはならないという懸念が、ここに強く表明されていたのである。

ところで、平和条約における請求権放棄で問題となるのは、私人の国内法上の訴権へ及ぼす影響である。以上で見たように、日韓請求権協定第2条が「外交的保護権のみ放棄説」に基づいて理解されることを除けば、日本の締結した平和条約における請求権放棄上告は、おおむね「権利行使阻害説」あるいは「請求権消滅説」に分類される。ILC外交的保護条文第16条がいうように、外交的保護権の行使・非行使の問題が他の主体による請求に影響を与えないものであるならば、一括合意（lump sum agreement）による請求権放棄によって私

¹⁹⁷ “Article 26 These articles are without prejudice to the right that a State other than a State entitled to exercise diplomatic protection or an individual may have as a result of an internationally wrongful act.” in *ibid.*, paras. 41-43.

¹⁹⁸ Art. 17 of Draft Articles on Diplomatic Protection (First reading 2004) with commentaries, in *YBILC 2004*, vol. II (Part Two) reads as follow: The present draft articles are without prejudice to the rights of States, natural persons or other entities to resort under international law to actions or procedures other than diplomatic protection to secure redress for injury suffered as a result of an internationally wrongful act.

¹⁹⁹ “Diplomatic protection. Comments and observations received from Governments,” UN Doc. A/CN.4/561, Netherlands’ comment on Article 17, p. 46.

²⁰⁰ 英語原文は次の通り。Article 16 (Actions or procedures other than diplomatic protection) The rights of States, natural persons, legal persons or other entities to resort under international law to actions or procedures other than diplomatic protection to secure redress for injury suffered as a result of an internationally wrongful act, are not affected by the present draft articles.

²⁰¹ Commentary, para. (1) to Article 16, Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra* note 23.

²⁰² Commentary, para. (7) to Article 17, First Draft on Diplomatic Protection, *supra* note 198.

²⁰³ Diplomatic protection. Comments and observations received from Governments,” *supra* note 199, Comments on Article 17, El Salvador & Qatar, UN Doc. A/CN.4/561, pp. 46-47; UK, UN Doc. A/CN.4/561/Add.1, p. 12; Italy, UN Doc. A/CN.4/561/Add.2, pp. 7-8.

人による損害賠償請求が阻害されると結論するには、なにか他の説明が必要であるように思われる²⁰⁴。

「権利行使阻害説」あるいは「請求権消滅説」を請求権放棄が与える影響の中でも、とりわけ解せないのは、国内的救済の完了との関係である。請求権放棄による紛争解決プロセスでは、本来は時系列的に先に行われるべきであった国内的救済の完了が、最後に行われるべき外交的保護権の「放棄」の後に行われるという逆転現象が生じるのはなぜなのだろうか。本来の外交的保護理論では、権利行使の前提条件として国内的救済の完了と、その結果としての裁判拒否が要求されている。第3章で指摘したとおり、外交的保護の成立に大きく貢献したポーチャードや、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う立場をとってきたと指摘されている²⁰⁵。裁判拒否とは、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が²⁰⁶、いずれを採用するにせよ、裁判拒否がなければ外交的保護権の発動を基礎づけるべき違法行為があったとはいえない。つまり平和条約では、実際に裁判拒否が行われる前に、将来裁判拒否が行われることを前提として、あらかじめ外交的保護権を放棄するという形式が採用されていると考えられる。

ここでは国家が訴訟当事者として全く関与しない私人間訴訟の場合にも、なぜ請求権放棄が影響を与えると考えられているのかを検討することを通じて、外交的保護権と私人の請求権との関係を明らかにしたい。なぜ外交的保護権の放棄によって、私人が自らの手で国内裁判所やその他のフォーラムで自らの権利を主張し損害賠償を求める権利の行使までを阻害することが可能となりうるのだろうか。

2.1 対日企業訴訟の経緯

1946年（昭和21年）5月3日から1948年（昭和23年）11月12日にかけて行われた極東軍事裁判（東京裁判）では、実業家は誰一人として訴追されなかった²⁰⁷。これとは別に、

²⁰⁴ Cannizzaro, *supra* note 12, p. 500.

²⁰⁵ Accioly, H., « Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence », *RCADI*, vol. 96 (1956-1), p. 409; Borchart, "Theoretical Aspects of the International Responsibility of States", *ZaöRV*, vol. 1 (1929), pp. 239-240.

²⁰⁶ Fitzmaurice, G.G., "The Meaning of the Term 'Denial of Justice,'" *BYBIL*, vol. 13 (1932), pp. 102-103.

²⁰⁷ 公判準備期間中、軍需企業幹部が逮捕されたが、1947年8月30日のマッカーサー元帥の指令によって全員釈放された。スミルノーフ・ザイツェフ『東京裁判』（大月書店、1980年）31-33頁。

特定の地域で「通例の戦争犯罪」を行ったとされる者、いわゆる BC 級戦犯の訴追が行われた²⁰⁸。これは、連合国が、それぞれの所轄地で戦争国際法規を基礎とした国内法令に従って設置した軍事委員会（軍事裁判所・臨時軍法会議・軍事法廷）による裁判であり²⁰⁹、世界 49 か所に設置された軍事法廷で、総計 2244 件は 5698 人が訴追されたとされている²¹⁰。日本に唯一設置された BC 級軍事法廷は横浜にあり、アメリカの指揮の下で 1945 年 12 月 18 日から 1949 年 10 月 19 日まで 331 件が審理され、その多くは捕虜虐待・殺害に関する事件であったが、企業による強制労働との関係では鹿島組花岡事業所の事件を中心に若干名に有罪判決が出たのみである²¹¹。連合国による戦争犯罪追及に備えて日本外務省が 1946 年に秘密裡に調査・作成した「華人労務者就労事情調査報告書」では、実際に中国人を強制労働させた企業は 35 社、事業所の数は 135 にのぼり、その平均死亡率は 17.5%、最も高い事業所では実に 52%に上ったことが明らかにされている²¹²。この事実からも、中国人強制連行の政策目標として同報告書が説明する「戦争ノ進展ニ伴フ労務受給ノ逼迫ニ対処」とは²¹³、単に移民労働者を増加させることを意味するのではなく、苛烈な条件下で労働者を酷使する強制労働を通じた「対処」であったことは明白である。ただし、最初に発覚した花岡事件に関する損害賠償請求訴訟については、2000 年 11 月 29 日に被害者と企業との間で和解が成立している。両当事者は、「被控訴人〔鹿島建設〕の法的責任を認める趣旨のものではない」こと、「今後日本国内はもとより他の国及び地域において一切の請求権を放棄すること」を了解したうえで、原告 11 名だけではなく鹿島建設による強制労働被害者 986 名のため「花岡平和友好基金」として中国紅十字会に対し 5 億円が信託されている²¹⁴。

²⁰⁸ ロンドン憲章第 5 条は国際軍事裁判所の管轄下にある犯罪として、(a)平和に対する罪、(b)通例の戦争犯罪、(c)人道に対する罪と定めており、日本で A 級・B 級・C 級戦犯と呼ぶ区分は同条によるものである。ただし、主要な政策決定者の訴追が行われた東京裁判とは異なり、BC 級軍事裁判と一般によばれる戦争犯罪裁判では、(b)号と(c)号とを区別せず「通常の戦争犯罪」として一括して扱われたとされる。東京裁判ハンドブック編集委員会（編）『東京裁判ハンドブック』（青木書店、1989 年）84 頁。

²⁰⁹ 一又正雄「BC 級戦犯裁判の全貌」『自由』第 12 巻 8 号（1970 年）113 頁。

²¹⁰ 東京裁判ハンドブック編集委員会（編）『前掲書』（注 208）82-83、85-86 頁。

²¹¹ BC 級軍事裁判は連合国による軍事裁判であったため、日本政府は 1954 年から 1973 年にかけて裁判資料を収集し（茶園義男、重松一義『戦犯裁判の実相』（上巻、不二出版、1981 年）20-22 頁）、現在は国立公文書館に収蔵されている。ただしこの裁判記録には必ずしも判決理由が付されている訳ではなく、今日あらためて個別の判決に法的な分析を加えることは非常に困難である（横浜弁護士会『法廷の星条旗 BC 級戦犯横浜裁判の記録』（日本評論社、2004 年）37-39 頁）。実際、鹿島組花岡事業所の事件以外に、どの事業所でどの企業家が訴追されたのか、また訴因は何であったのかについての評価は、論者によりまちまちである。

²¹² 外務省報告書（『華人労務者就労事情調査報告書』）、事業所報告書、現地調査官報告書の 3 つからなる。NHK 取材班『幻の外務省報告書：中国人強制連行の記録』（日本放送出版協会、1994 年）65-75 頁。

²¹³ 「一、移入事情 戦争ノ進展ニ伴フ労務受給ノ逼迫ニ対処シ政府ハ昭和十七年十一月二十七日ノ閣議決定ヲ以テ華人労務者ヲ移入スル方針ヲ決定セリ。」外務省管理局『華人労務者就労事情調査報告書』第一分冊（1946 年 3 月 1 日）。

²¹⁴ 和解内容については、戸塚悦郎「花岡事件、裁判上の和解成立」『法学セミナー』第 554 号（2001 年）75-79 頁。

2.1.1 日本の判例

このような日本企業による強制労働について、日本の裁判所では被害者に有利な解決を導き出すことは法的にみて困難至極である。なぜなら裁判所は、日本に関係する戦後処理は1951年対日平和条約を中心とする各種平和条約の締結によって、相互請求権放棄という形で法的解決がなされているという見解を支持しているからである。加えて、国際法は強制労働被害者にそもそも請求権を与えていないとする理解も一般的となっている。現に、第二次世界大戦中に女子挺身隊として強制連行され強制労働に従事させられたとして、日本国政府および企業に損害賠償と謝罪広告の掲載を求めた事例で、名古屋高裁金沢支部は以下のように述べて原告の請求を棄却している。

「控訴人らは強制労働条約1条又は14条に基づく請求をするところ、これらの規定は、締結国ないしその権限ある機関に対し、強制労働を禁止し又は労働に対する報酬が支払われるような措置を講ずるよう義務付ける内容を有しているということではできるが、私人間の法律関係を直接規律した規定ということではできないから、同条約を直接の根拠として、当然に私人が他の私人又は国家に対し同条約にいう強制労働に関して損害賠償請求をすることはできないものというべきである。(中略) なお、控訴人らは、奴隷禁止条約、サン・ジェルマン・アン・レイ条約、5号条約、59号条約に基づく請求も主張するようであるが、これらの条約が、締結国又はその権限ある機関に対し、奴隷制度ないし奴隷取引を廃止又は禁止するよう求める内容であると解する余地があるとしても(中略)、私人間の法律関係を直接規律した規定ということではできず、同条約を直接の根拠として、私人が他の私人又は国家に対し、損害賠償請求をすることはできないものというべきである。

また、控訴人らは、慰謝料に関し、国際法上特に損害賠償についての規定がなくとも条約違反国が損害回復の義務を負うことは当然とされているなどと主張するが、国家ではなく私人において特に規定がなくとも当然に条約違反国に対する損害賠償請求を行うことができるとの国際慣習法の存在を認めることはできず、上記主張は採用できない。」

215

すなわち、強制労働禁止条約や奴隷条約は一定の行為を禁ずる規範に過ぎず、禁止規範に触れて生じた実体的権利の侵害から二次的権利としての賠償請求権を引き出すことは、少なくとも明文規定がない限りできないと説明されている。

²¹⁵ 名古屋高裁金沢支部 2010年3月8日判決裁判所ウェブサイト掲載判例。

2.1.2 米国・カリフォルニア州裁判所

後述するように、連邦裁判所の事物管轄権は極めて限定的である一方で、州裁判所は、不法行為に関する賠償請求一般について非常に広範な事物管轄権を有するとされている。加えて、カリフォルニア州民事訴訟法 354.6 条は、明示的かつ具体敵意、第二次大戦中の強制労働について被害者に出訴権を認め、損害賠償請求を提起するための規定をおいている。同条は、1999 年に成立した「カリフォルニア州戦時強制労働補償請求事項延長法（ヘイデン法）」によって民事訴訟法に追加された規定であり、「第二次大戦奴隷労働被害者 (Second World War slave labor victim)」または「第二次大戦強制労働被害者 (Second World War forced labor victim)」が、当該労働が行われた企業に対して、直接またはその子会社たる米国法人から金銭賠償 (compensation) を受けるための訴訟をカリフォルニア州の上位裁判所 (州地裁) に 2010 年 12 月 31 日までに提起した場合、消滅時効の規定を適用しないとしている²¹⁶。これはヘイデン法成立時点で消滅時効が完成していたはずの事例にも遡及適用される²¹⁷。「第二次大戦奴隷労働被害者」とはナチスによるホロコーストの被害者を念頭に置いているが、「第二次大戦強制労働被害者」は日本国内または日本軍占領地域において日本企業での強制労働に従事させられた民間人及び捕虜にも適用されることは明らかな規定ぶりとなっている。米国では 16 の州でホロコースト被害者支援立法がなされているが、第二次大

²¹⁶ Section 354.6 of California Code of Civil Procedure, at http://www.leginfo.ca.gov/html/ccp_table_of_contents.html (last access on 10 Jan. 2015), reads as follows:

(a) As used in this section:

(1) "Second World War slave labor victim" means any person taken from a concentration camp or ghetto or diverted from transportation to a concentration camp or from a ghetto to perform labor without pay for any period of time between 1929 and 1945, by the Nazi regime, its allies and sympathizers, or enterprises transacting business in any of the areas occupied by or under control of the Nazi regime or its allies and sympathizers.

(2) "Second World War forced labor victim" means any person who was a member of the civilian population conquered by the Nazi regime, its allies or sympathizers, or prisoner-of-war of the Nazi regime, its allies or sympathizers, forced to perform labor without pay for any period of time between 1929 and 1945, by the Nazi regime, its allies and sympathizers, or enterprises transacting business in any of the areas occupied by or under control of the Nazi regime or its allies and sympathizers.

(3) "Compensation" means the present value of wages and benefits that individuals should have been paid and damages for injuries sustained in connection with the labor performed. Present value shall be calculated on the basis of the market value of the services at the time they were performed, plus interest from the time the services were performed, compounded annually to date of full payment without diminution for wartime or postwar currency devaluation.

(b) Any Second World War slave labor victim, or heir of a Second World War slave labor victim, Second World War forced labor victim, or heir of a Second World War forced labor victim, may bring an action to recover compensation for labor performed as a Second World War slave labor victim or Second World War forced labor victim from any entity or successor in interest thereof, for whom that labor was performed, either directly or through a subsidiary or affiliate. That action may be brought in a superior court of this state, which court shall have jurisdiction over that action until its completion or resolution.

(c) Any action brought under this section shall not be dismissed for failure to comply with the applicable statute of limitation, if the action is commenced on or before December 31, 2010.

²¹⁷ Section 1 (d) of Act to add Section 354.6 to the Code of Civil Procedure, relating to compensation, and declaring the urgency thereof, to take effect immediately (Senate Bill No. 1245, Chapter 216, Filed with Secretary of State, July 28, 1999. Approved by Governor, July 27, 1999), at California Legislative Information, http://leginfo.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=199920000SB1245 (last access on 30 June 2014).

戦中の強制労働について民事訴訟の出訴期限を延長する州法を制定しているのはカリフォルニア州のみである²¹⁸。

ヘイデン法成立直後から、日本企業に対する訴訟ラッシュが発生した²¹⁹。ドイツ企業を被告とする場合は連邦裁判所を、日本企業を被告とする場合はカリフォルニア州裁判所をフォーラムとして利用する訴訟戦術が多く採用されていたようである²²⁰。その理由は定かではないが、訴訟原因の発生から10年後までを出訴期限と定める「1991年の拷問被害者法」を準用するイワノワ事件の論理に基づくのであれば、訴訟原因の発生、すなわち対日平和条約の発効から10年後の1962年4月27日の時点で対日請求権は消滅時効を迎えていたということになるため、日本企業を被告とする裁判は専らその管轄権の根拠をヘイデン法に求めたのではないかと推察される²²¹。

いずれにせよ日本企業に対する訴訟の急増を受けて、米国司法省は2000年5月、担当判事宛に「条約の解釈が論点となる訴訟の管轄権は連邦裁判所に属する」との意見書を提出している。実際、これら訴訟は対外関係に関する「連邦判例法 (federal common law)」に関連があるとして、広域係争訴訟司法委員会による移送命令に基づき、州裁判所に係争していた事件は、カリフォルニア州北部地区連邦地裁のボン・ウォーカー判事が一括正式事実審理前手続により審理することになった。まず、原告が米国又は連合国元捕虜による13件の訴訟について、1951年対日平和条約第14条(b)項による連合国国民の請求権放棄は、いかなる曖昧さも指摘する余地がないほどに明白であり、条約の交渉記録からも同条約が賠償問題に関する最終的解決であったこと、国務省法が同条約の最終性について度々確認してきたことから追加的補償の議論は認められないと結論している²²²。

次に、1951年対日平和条約の締約国ではない国の国民、すなわち韓国人及び中国人の原告による訴訟については、対日平和条約ではなく、ヘイデン法が違憲であるという立論によって原告らの請求を棄却している²²³。すなわち、カリフォルニア州で提起された7件の

²¹⁸ Anderson, *supra* note 263, p. 143, note 23; *ibid.*, p. 146, note 33.

²¹⁹ 訴訟ラッシュが生じた背景・経緯については、山手「前掲論文」(注45)121-124頁。

²²⁰ Anderson, *supra* note 263, p. 149.

²²¹ *ibid.*, p. 161.

²²² *In re WWII Era Japanese Forced Labor Litigation*, 114 F. Supp. 2d 939 (21 September 2000), pp. 944-948. 日本語訳は、山手「前掲論文」(注45)139-154頁に全文が掲載されている。

²²³ See Section 10 (Powers prohibited of States) of the USA Constitution stipulates as follows: “No State shall enter into any Treaty, Alliance, or Confederation; grant Letters of Marque and Reprisal; coin Money; emit Bills of Credit; make any Thing but gold and silver Coin a Tender in Payment of Debts; pass any Bill of Attainder, ex post facto Law, or Law impairing the Obligation of Contracts, or grant any Title of Nobility. No State shall, without the Consent of the Congress, lay any Imposts or Duties on Imports or Exports, except what may be absolutely necessary for executing it's inspection Laws: and the net Produce of all Duties and Imposts, laid by any State on Imports or Exports, shall be for the Use of the Treasury of the United States; and all such Laws shall

クラス・アクションについて、対日平和条約の請求権放棄条項は原告らには適用されずカリフォルニア州民事訴訟法 354.6 条に基づく請求権が認められる可能性を指摘しつつも²²⁴、354.6 条の適用は「国際関係に永続的かつ複雑な影響を与え、米国内において混乱もしくは当惑を引き起こす可能性が大きく、日本においても付随的もしくは間接的影響が多少なりとも生じる」ことから、同条は違憲であるとしている²²⁵。また、原告は外国人不法行為請求権法に基づく請求の時効の停止理由を十分に説明しておらず、日本国内で同様の訴訟が第二次大戦直後から提起されてきた事実に鑑みても、本件請求権は時効により消滅しているとした²²⁶。ヘイデン法を違憲とする判断は、カリフォルニア中央地区連邦地裁において 354.6 条に基づきドイツ企業が提訴されたドイチェ対ターナー社事件の控訴審に、韓国人及び中国人の原告が日本企業に対して提起した 28 件が併合された事例でも²²⁷、第 9 巡回区連邦控訴裁判所によって支持されている。すなわち、合衆国憲法上、外交関係に関与する権能を行使するのは連邦政府であって、戦争に関する問題は外交関係の中核をなす問題であるにも拘わらず、カリフォルニア州はヘイデン法の制定によって連邦政府が解決済みの外交問題に修正を迫ろうとする権限超越行為を行ったため、同法は違憲である²²⁸。

以上のように、米国、とりわけカリフォルニア州において、強制労働を理由とする日本企業に対する損害訴訟は多数提起されたにも拘わらず、連邦裁判所は一貫して、個人請求権の問題は連邦政府によって解決済みであるとの姿勢を崩していない。その根底にあるのは、平和条約締結による請求権放棄は高度に政治的な問題であるとする政治問題の法理あるいは司法審査適合性の問題であるが、請求権放棄の明示的規定を有する平和条約が締結されていないドイツの企業については諸要素を考慮したうえで受理可能性を否定することどまっていたのに対し、そのような条約が締結された日本の企業との関係では個人請求権の法的性質について議論するまでもなく簡潔に結論が導かれている。

be subject to the Revision and Controul of the Congress. No State shall, without the Consent of Congress, lay any duty of Tonnage, keep Troops, or Ships of War in time of Peace, enter into any Agreement or Compact with another State, or with a foreign Power, or engage in War, unless actually invaded, or in such imminent Danger as will not admit of delay.”

²²⁴ *In re World War II Era Japanese Forced Labor Litigation*, 164 F.Supp.2d 1153 (N.D.Cal. Sep 17, 2001), pp. 1165-1168.

²²⁵ *ibid.*, pp. 1168-1178.

²²⁶ *ibid.*, pp. 1178-1182.

²²⁷ 内訳は、カリフォルニア州上位裁判所から移送された 27 件、カリフォルニア中央地区連邦地裁から公訴された 1 件である。なお、本件判決は元々 2003 年 1 月 17 日に下されたが (317 F.3d 1005)、同 3 月 6 日付の命令で内容が若干修正されているため、本稿では修正後の判決 (324 F.3d 692) のみ引用することとする。

²²⁸ *Deutsch v. Turner Corp.*, 324 F.3d 692 (9th Cir. (Cal.) 6 Mar. 2003), pp. 708-716.

2.2 対独企業訴訟の経緯

第二次大戦中にドイツ国内および占領地域の軍需工場で強制労働に従事させられた被害者数は800~1000万人にのぼり、そのうち70万~230万人が現在も生存していると試算されている²²⁹。強制労働については、ドイツ軍需省と準国家組織である親衛隊(SS)が計画立案に当たったことが知られているものの²³⁰、この強制連行労働計画の直接の受益者は、例えばアウシュヴィッツ強制収容所の「実質的所有者」として振る舞ったIGファルベン社に代表される²³¹、ドイツ民間企業であった。1942年初頭から1944年夏まで、連合軍の爆撃によりドイツ国内の労働力不足は切迫しつつある中²³²、多くのドイツ民間企業が戦時生産目標の達成のために安価な(対価は労働者ではなくナチス親衛隊SSに支払われる)強制収容所労働者を酷使したとされる。

戦後、1945年8月8日に英・米・仏・ソの4カ国がロンドンで調印した国際軍事裁判所憲章(ロンドン憲章)に基づき1945年11月20日から1946年10月1日まで設置された国際軍事法廷では、実業家は誰一人として起訴されていない。その後、米国の指揮のもと連合軍管理委員会法第10号に基づいて1946年12月9日から1949年4月13日にかけて行われた軍事法廷戦争犯罪人裁判(いわゆる継続裁判)では3社(フリック裁判²³³、IGファルベン裁判²³⁴、クルupp裁判²³⁵)の企業幹部に対して財産没収並びに長期禁固刑の有罪判決が下された。しかし、米国高等弁務官のジョン・J・マックロイ(John J. MacCloy)の恩赦によって1951年1月31日には全員が保釈され、アルフレド・クルuppなどに対する財産没収命令もすべて取り消された。ナチス指導者や親衛隊将校が、自殺や有罪判決に基づく処刑によって、ある種の「責任」を果たす中で、多くの企業家たちは刑事訴追から逃れ、有罪判決を受けた者すらも非常にうまく立ち回り、戦後数年にしてドイツ産業界は強制労働計画への法的責任を否定するための共同戦線を張ることができたといわれている²³⁶。

²²⁹ Bazylar, *supra* note 157, pp. 191-193.

²³⁰ 矢野久「外国人労働者の強制連行—1941/1942年を中心に—」井上茂子(他)『1939: ドイツ第三帝国と第二次世界大戦』(同文館、1989年)199-242頁。

²³¹ *The Farben Case (Case No. 6), Trials of war criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council law no. 10: Nuernberg, October 1946-April 1949*, Vol. VIII, pp. 1183-1187.

²³² *The Krupp Case (Case No. 10)*, *ibid.*, vol. IX, p. 839 (Schieber 証人の発言)

²³³ *The Flick Case (Case No.5)*, *ibid.*, vol. VI.

²³⁴ *The Farben Case (Case No. 6)*, *ibid.*, vol. VII, VIII.

²³⁵ *The Krupp Case (Case No. 10)*, *ibid.*, vol. IX.

²³⁶ 事実経緯についてはドイツ企業による強制労働問題に、法律家として長年携わったベンジャミン・B・フェレンツ『奴隷以下 ドイツ企業の戦後責任』(凱風社、1979年原版、1993年日本語版)に詳しい。

2.2.1 ドイツ連邦共和国

西ドイツ国内では戦争直後の混乱が冷めやらぬ 1950 年代から、戦争遂行過程において重大な人権侵害を受けた被害者らによる多数の損害賠償請求が提起されてきた。強制労働との関係で最初に提起されたのは、アウシュヴィッツでの強制労働被害者が労務と肉体的・精神的苦痛についてノルヴェルト・ヴォルハイム (Norbert Wollheim) 氏が I.G.ファルベンの承継会社である I.G.ファルベン精算会社に賠償を求めた事件であり、フランクフルト地裁は原告勝訴の判決を言い渡したため²³⁷、I.G.ファルベン側は控訴したが、その後、対独物的請求ユダヤ人会議が原告の支援に乗り出したため、5 年間の交渉を経て和解が成立し、I.G.ファルベン社によって強制労働に従事させられたすべての被害者に対する救済財団が設けられることになった²³⁸。この他にも、対独物的請求ユダヤ人会議は、法的手段とは別に、国際世論を利用した裁判外紛争処理によって、クルップ社、AEG 社、ジーメンス社、テレフンケン社、ラインメタル社などから補償金を引き出す交渉に成功しているが、いずれの企業も法的責任ではなく道義的責任に基づく補償金支払いという姿勢を崩してはいない²³⁹。

ニュルンベルク継続裁判において一部企業家が有罪判決を受けたことから明らかなように、「奴隷労働 (slave labor)」とも呼称される過酷な強制労働の実態は当初から認識されていたにも拘わらず、非ユダヤ人を中心とした強制労働被害者による訴訟では、下級審では原告が勝訴した事件もあるにせよ、連邦通常裁判所 (民事事件の最高裁) 段階では、ことごとく原告の敗訴に終わっている。そのため、被害者の大半を占める東欧諸国在住の非ユダヤ人の強制労働被害者は何ら補償を受けられない状態が続いた²⁴⁰。法的救済が成功しない主たる要因は、移行条約における賠償凍結と補償義務という一見矛盾する両者の関係について、ドイツ政府は、ドイツ領に居住したことがある被害者は国内法による「補償」の対象とする一方で、ドイツ占領地での戦争・占領行為による被害者の問題は「賠償」によって解決されるべきと説明してきたことにある。この「主観的・人的な属地主義 (das subjektiv-persönlichen Territorialitätsprinzip)」による区別を裁判所も受け入れ、国家間「賠償」の対象たる強制労働の被害については連邦補償法の対象外であると判断されてきた²⁴¹。

²³⁷ LG Frankfurt, Urteil vom 10.06.1953, AZ: 2/3 0 406/51, S. 27.

²³⁸ 現在ではきっかけとなったノルヴェルト・ヴォルハイム氏の名前を冠した記念館が I.G.ファルベン社敷地内に設立されており、裁判資料などもウェブサイトから閲覧可能である。Wollheim Memorial, at <http://www.wollheim-memorial.de/en/home> (last access on 30 Jun. 2014).

²³⁹ これらドイツ企業との折衝については、フェレンツ『前掲書』(注 236) に詳しい。

²⁴⁰ 山田「前掲論文」(注 147) 41 頁。仲正「前掲論文」(注 135) 109-111 頁。

²⁴¹ 山田「前掲論文」(注 147) 11 頁。

この「賠償」と「補償」との区別以外に、個人請求権との関係で強制労働賠償請求権訴訟において問題となる論点としては、第一に、外国人の個人請求権と国内民事法上の消滅時効との関係がある。当時のドイツ民事法上関連する消滅時効は、民法典第 196 条 1 項 9 号が定める事業労働者の労賃請求権について請求権発生年の終了時から起算した 2 年、不法行為に基づく請求権は民法典第 852 条 1 項の 3 年の定めがあるが、これら請求権の出訴期限は、1950 年 12 月 28 日の法律第 1 条 1 項により 1951 年 3 月 31 日まで期間が延長されている。さらにロンドン債務協定第 5 条 2 項によって、戦争賠償関連の時効の進行は「最終的解決」の日まで停止させられているのであるが、同協定の相手方締約国は英・米・仏であるのに対し、とりわけ強制労働問題については被害者の大半はポーランドを中心とする東欧諸国の国民が占めることから²⁴²、これらロンドン債務協定の非当事国国民による賠償請求はいかに取り扱われるべきなのかという問題が生じる。

この点について連邦通常裁判所は、1963 年の I.G.ファルベン社（被告）対レオン・シュタウヒャーその他（原告）事件判決にて回答を示している。同事件は、ポーランド国民である原告が、ナチス親衛隊によって I.G.ファルベン社の兵器工場に送り込まれ、劣悪な環境下で無賃金での強制労働に従事させられたことが原因で重度の健康被害を受けたことについて賃金支払いと損害賠償を求めた事例である²⁴³。ポーランドはロンドン債務協定の締約国ではないにも拘わらず、連邦通常裁判所は、同協定が 1953 年 8 月 24 日の承諾法によってドイツ国内法となったことを重視し²⁴⁴、「原告の請求権のように請求権が賠償的性質を持つ限り、ロンドン債務協定第 5 条により、賠償請求権の審査を延期しなければならない」と結論した²⁴⁵。すなわち、強制労働に関する外国人による請求権について、「いかなる方法で賠償の解決を行うかが全く未解決である限り、同協定第 5 条 2 項にいう賠償的性質を有した補償請求権を確認し又は棄却する個々の決定を受け入れる余地はない」²⁴⁶。ただし、この時効の停止は、強制労働被害者がドイツ国民である場合には適用されない²⁴⁷。すなわ

²⁴² 1944 年 8 月時点で「大ドイツ帝国」で就業していた外国人労働者の数は 760 万人、そのうち、戦争捕虜は 190 万人、民間労働者は 570 万人、ポーランド人は 170 万人、ソ連人は 280 万人と試算される。Herbert, U., *Fremdarbeiter. Politik und Praxis des „Ausländer-Einsatzes“ in der Kriegswirtschaft des Dritten Reiches* (J.H.W. Dietz, 1986), S. 11.

²⁴³ BGH, Urteil vom 26.02.1963, VI ZR 94/61, *Archiv des völkerrechts*, vol. 11 (1963-64), p. 239. 1963 年 2 月 26 日連邦通常裁判所民事第 VI 部判決『外国の立法』第 34 卷 3・4 号 (1996 年) 180-187 頁。

²⁴⁴ „Gesetz betreffend das Abkommen vom 27. Februar 1953 über deutsche Auslandsschulden,“ vom 24.08.1953, *BGBL* 1953, Teil II, Nr. 15, S. 331.

²⁴⁵ 前掲判例 (注 243) 183 頁。

²⁴⁶ 同上、186 頁。

²⁴⁷ エルンスト・ハインケルン社 (被告) 対エドムント・バルトル博士 (原告) 事件 1967 年 6 月 22 日連邦通常裁判所民事第 VII 部判決、『外国の立法』第 34 卷 3・4 号 (1996 年) 187-193 頁。BGH, 22.06.1967, VII Z R 181/65, *BGHZ*, vol.48, p. 125.

ち、戦争遂行過程で行われた強制労働の請求権について、被害者がドイツ国民あるいは連邦補償法の定める要件を満たすドイツ居住者の請求権は「補償」の問題であるが、外国人の請求権は戦争「賠償」の問題として扱われるべきだというのである。このように、連邦補償法やその他の措置によっても一切補償を受けることができないまま放置された強制労働被害者に関して、さらにロンドン債務協定を根拠に司法審査の凍結が行われた。

このように外国人強制労働被害者の個人請求権の問題を、「賠償」の問題に含めて事項を延長する姿勢は、国家間での戦争賠償請求権と個人請求権とを不可分一体のものとして捉える伝統的な平和条約の解釈に基づくものである。この両者の国際法上の相互依存関係について、連邦通常裁判所は次のように述べている。すこし長くなるが重要と思われる箇所をまとめて引用しておく。

「ロンドン債務協定第5条2項の適用のためには、被告が被抑留者を労役させる範囲においてライヒから自らに授与された公法上の権力を行使したかどうかも、問題とはならない。つまり、被告の使用人が訴えの申立どおり原告に対し重大な義務違反や権利侵害を犯していたことをもって、第5条2項の適用がなくなるということとはありえないのである。なぜならば、このような権利侵害は、親衛隊によって幅広く行われた、政治的な被抑留者を恣意的に取扱い、かつ、不法にその労働力を搾取するというやり口と密接に関係するものだからである。(中略)第5条2項のこのような解釈は、戦争を遂行する国が、戦争の遂行と関係する国際法に合致しない国民の行動についても責任を負うという国際法上の法原則によって支持される。」²⁴⁸

「他国とその国民による戦争にかかわる措置から発生した市民の個人的請求権が問題となっているのであるが、このような請求権は、戦争の終結後に国家から国家に対し主張され、また、その限りにおいて、平和条約や賠償協定によって処理されることが、国家の慣行と合致するのである(詳細は、グラノブ『公法論叢』77巻67頁以下および同誌に引かれている文献を参照せよ)。国家間で協定された賠償の解決は、個人の補償請求権に『尺度と限界』を設定する(グラノブ上掲誌71頁)。」²⁴⁹

「しかし、また、国際法上の賠償問題との切り離せない関係があるからといって、私法上の補償請求権に最初から正当性を認めないというのは、適当なこととはいえない(フォ・デ・クロワ NJW1960年2268頁)。少なくとも、戦争や占領にかかわる措置から生じた完全な民事法上の個人的請求権が初めから排除されるという内容の、一般に認め

²⁴⁸ 「前掲判決」(注243) para. 1 (d)、182-183頁。

²⁴⁹ 同上、para. 4、185頁。

られた国際法上の補償の排他性の原則が、国家の慣習から論証されるか否かについての疑義は存在する。いずれにせよ、賠償の解決と結びついた平和条約で、しばしばその国民の補償請求権の国家による法規が取り決められているという事実は（1960年6月22日 IV Z R47/60）、このような請求権の存在の可能性があるとみなす法的な見解の論拠となるものである。（中略）戦争指導と関係する違法な財産の没収については、国際法上の返還請求権と並んで、利益を得た個人に対する私法上の請求権が存在することは、グッゲンハイム（『国際法教科書』1951年第2巻948頁）によって明確に肯定されている（移行条約第5部第3条、連邦法律公報1955年第II部434頁も参照せよ）。本件は、類似の特徴はあるが、本件との関係で別に挙げられている例（兵士の暴力行為）とは、次の点で明確に区別される。つまり、訴えの申立によれば、迫害を行った民間企業の私的な経済的目的のためにも、戦争を遂行する国の国民の労働力が不法に搾取されたという点である。にもかかわらず、この法的問題を深めることは、必要とされていない。なぜならば、賠償問題に関する問題の審査と決定は、ロンドン債務協定第5条2項の意義と目的により、当面は全く行われることはなく、最終的な解決は、保留されているからである。」²⁵⁰

要するに、連邦通常裁判所によれば、国際法上、「戦争にかかわる措置から発生した市民の個人的請求権」については国家間「賠償」によって解決すべき問題であり、一方で、この賠償問題とは切り離せない形でかつ別個に存在する私法上の個人請求権とは、違法に没収された財産の返還請求権に限定される。強制労働に関する個人請求権は、もっぱら国家間「賠償」の問題に含められるべきであって、ドイツ国内私法上の個人請求権は生じないという。

この連邦通常裁判所の解釈が西ドイツでは長らく通説とされてきたが、ドイツ再統一に際して、ロンドン債務協定にいう「最終的解決」としての「2+4条約」が1990年に締結されたことにより状況が変化した。すなわち、それまでの連邦憲法裁判所が一般戦争結果法第1条1項による請求権の失効の合憲性判断の基礎としてきた状況の「事実上の変化または法律上の変化」があったのである²⁵¹。

この変化を受けて、連邦補償法による補償を受けることのできない22名の強制労働被害者らが1991年にドイツ連邦共和国に対して、ドイツ民法上の不当利得及び不法行為等に関する規定を援用して労働労賃不払い賠償請求を求めた事件で、ボン地裁は、1993年7月2日付で基本法第100条1項および2項に基づく「意見呈示（Vorlegung）」を連邦憲法裁判

²⁵⁰ 同上、para. 5、185-186頁。

²⁵¹ 清野「前掲論文」（注138）6頁。

所に求めた²⁵²。基本法第 100 条 1 項は国内法の違憲審査に関する規定であり、ボン地裁は一般戦争結果法第 1 条による請求権失効について基本法第 3 条の平等原則から合憲性に疑義を呈するという興味深い議論を展開しているが、本稿との関係でより重要であるのは、「法律上の争訟において、国際法の規則が連邦法の構成部分であるかどうか、ならびにそれが個人に対して直接権利および義務を生じさせる（第 25 条）かどうかについて疑義があるときは、裁判所は、連邦憲法裁判所の裁判を求めなければならない」と定める 100 条 2 項に関する疑義である²⁵³。ボン地裁は、物理的な戦争被害についての「賠償」請求は、国際条約に基づいて国家間でのみ主張しうることであり、個人には請求権はないということ根拠づける国際法上の一般的規律が基本法の構成部分として存在するのか、またその妥当範囲について、原告らの請求は「賠償」請求とは分類されないにせよ、本件請求は戦争遂行と密接に関連するために「国際法上の調整における排除性の原則」が適用される可能性があるのかについて、憲法裁判所の意見を仰いだ²⁵⁴。

このボン地裁からの意見呈示請求に対し、1996 年 5 月 13 日、連邦憲法裁判所はいずれも疑義の根拠が明確ではないとして却下する決定を下している²⁵⁵。判断理由によれば、同条 2 項については、基本法第 25 条の意味における国際法の一般的規定、つまり普遍的に適用される国際慣習法及び一般的な法原則のみが対象となるのであって、それ以外のあらゆる国際法規定、特に国際条約については、各裁判所がみずから解釈適用するべきであるという。ゆえに本件では、条約締結によって個人請求権が消滅させられたか否かを判断するのは原裁判所の任務であると指摘した²⁵⁶。

ただし連邦憲法裁判所は、外交的保護権の放棄によっては国内法上の個人請求権は消滅しないと述べている²⁵⁷。すなわち、連邦憲法裁判所は、ドイツ国内法上個人が有する「補償」請求権と、国際法上国家が有する「賠償」請求権とを厳格に峻別したうえで「賠償」請求権を国家が放棄したからといって、個人の国内法上の「補償」請求権は消滅しないという従来からの通説を維持しているに過ぎない。連邦憲法裁判所によれば、近年の人権保護の拡大の動きによってようやく国際法は個人の国際法主体性を認め、国連安保理決議や

²⁵² LG Bonn, Urteil vom 05.11.1997, AZ: 1 O 134/92 (Krakauer v. FRG).

²⁵³ ドイツ基本法第 25 条 [国際法と連邦法] 国際法の一般原則は、連邦法の構成部分である。それは、法律に優先し、連邦領域の住民に対して直接、権利および義務を生じさせる。

²⁵⁴ 清野「前掲論文」(注 138) 14 頁。

²⁵⁵ BVerfG, Entscheidung vom 13.05.1996, AZ: 2BvL33/93, BVerfGE, vol. 94, S. 315.

²⁵⁶ 清野幾久子「ドイツ憲法判例研究 (65)」『自治研究』第 74 巻 5 号 (1998 年) 134-140 頁。

²⁵⁷ BVerfG, *supra* note 255, S. 330.

条約に基づいて個人が自ら請求権を行使できるような制度を構築したにすぎず、国家間で行使される賠償請求に加えて、「加害国の国内法が国際法上の義務を超えて被被害者に認めている請求権」や「被被害者の所属国の請求にかかわらない個人請求権の存在」という、複数の「請求権の平行性 (Anspruchsparallelität)」が観察されるようになったといえる²⁵⁸。

この決定を受けてボン地裁は、連邦補償法による補償を一切受けていない原告のみについて 1997 年 9 月にドイツ政府に支払い命令を行った。その判決理由では、国際法上の個人請求権に関する議論には立ち入らず、ロンドン債務協定第 5 条 2 項にいう「最終的解決」が 2 + 4 条約締結によって達成されたため、もはや同規定に基づく審査の先延ばしは許されないこと、また問題となった強制労働は戦争の一般的な結果というよりは典型的な「ナチスの不法」の概念に属するものとして連邦補償法による補償対象に含まれると述べるにとどまっている²⁵⁹。

1996 年の憲法裁判所判断は、2000 年には連邦労働裁判所によっても確認されており²⁶⁰、当該民事事件に限定されず連邦法制度全体にかかわる解釈として受け入れられているといえる。この点に関連してノルトライン＝ヴェストファーレン州上級行政裁判所（行政事件の第二審）は、2 + 4 条約が賠償問題に言及していないことから、伝統的な意味での包括的な「平和条約」は今後も締結される見込みはなく、ロンドン債務協定第 5 条 2 項による審査の延期はもはや許されないと結論している²⁶¹。

このように、ドイツ連邦共和国では、「賠償」と「補償」の問題を厳密に区別する立場を政府も裁判所も採用してきた。一方で、連邦憲法裁判所が指摘するように、近年の人権法の発展を根拠として、第二次大戦中の強制労働に関する各国国内法や国際法上の「個人請求権」が「国家の請求権」と「平行」して存在する可能性はあるのであるが、その場合の「個人請求権」とは、伝統的な戦後「賠償」における「個人請求権」の問題とは切り離されたところでの特別立法や国際人権法などを念頭に置いているようである。強制労働が連邦補償法による「補償」の対象とはなってもなかつたにも拘わらず、「記憶・責任・未来」財団の設立に関する法律の第 16 条では、受給資格者は「すべての債権の主張、国家社会主義の不正に関してドイツ企業に対するすべての請求権及びオーストリア共和国若しく

²⁵⁸ *ibid.*, S. 330-331.

²⁵⁹ LG Bonn, *supra* note 252, S. 261. 同様の判断はブレーメン地裁でも支持されている。LG Bremen, Urteil vom 02. 07.1998, AZ:1 O 2889/90, S. 290.

²⁶⁰ Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 16.02.2000, AZ: 5 AZB 71/99, NZA 2000, 385, S. 386.

²⁶¹ OVG Nordrhein-Westfalen (Münster), Urteil vom 19.11.1997, AZ: 14 A 362/93, NJW 1998, S. 2302-2303.

はオーストリア企業に対する強制労働を理由とする請求権を最終的に放棄する旨の表明を行う」と確認されていることから²⁶²、消滅時効との関係で議論のあるドイツ民法上の不法行為等に基づく賠償請求権のほかに、外国における特別立法や国際人権法などを「国家の請求権」と「平行」しうる「個人請求権」として想定しているように思われるのである。ただし、ドイツ国内法上はあくまで個人による損害賠償請求は、「補償」の問題として国内特別立法等により処理されるしかない。

このように、示唆のある判断がなされたにせよ、事実経緯をみる限りでは、第二次大戦中の強制労働のみの被害者個人がドイツ国内裁判所において「賠償」ないし「補償」を求めるための道は法的に絶たれてしまった。

2.2.2 米国・連邦裁判所

前述したとおり、1995年以降、米国国内裁判所では、第二次大戦中の強制連行・強制労働について、政府ではなく実際に被害者たちを使役した私企業の賠償責任を追及するクラス・アクションが多数提起された²⁶³。財団設置法第16条2項は、同財団から「補償」給付金を受給者は、受給申請の段階で、ドイツ企業及びオーストリア企業に対する「強制労働を理由とする請求権を最終的に放棄する旨の表明を行う」と定めている²⁶⁴。また、財団設置に際して締結された「アメリカ合衆国とドイツ連邦共和国の間の『記憶・責任・未来』財団に関する合意」は、その前文で「ドイツ企業がその責を負うべき不正を理由として、これ以上の支払いを求められたり期待されたりするべきではないことを確認」していたため²⁶⁵、当時米国の裁判所にて係争中であった対ドイツ企業訴訟53件について、原告からの申出によって49件が取下げられることになり、さらに広域係争訴訟司法委員会に提出された「集中化申立 (motion for centralization)」に基づく移送命令にて、取下げに同意していないものも含む全53が併合され意見確認が行われ、全事件について、訴えの取下げが米国法

²⁶² 山田（訳）「前掲法律」（注170）29頁。

²⁶³ Anderson, K., “U.S. Civil Suits for Forced Labor during World War II,” *Y.B. of Private Int’l L.*, vol. 3 (2001), p. 152.

²⁶⁴ 第16条2項「各受給資格者は、申請手続において、この法律による給付の受領に際し、第3文から第5文までを条件にして、強制労働及び財産上の損害について公的部門に対するこれを上回るすべての債権の主張、国家社会主義の不正に関してドイツ企業に対するすべての請求権及びオーストリア共和国若しくはオーストリア企業に対する強制労働を理由とする請求権を最終的に放棄する旨の表明を行う。（以下略）」山田（訳）「前掲法律」（注170）29頁。

²⁶⁵ Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Federal Republic of Germany concerning the Foundation “Remembrance, Responsibility and the Future,” signed at Berlin 17 Jul. 2000.

の下で有効になされることが保証されたことで²⁶⁶、米国における対独企業クラス・アクションの動きは終息していった。

しかしながらそもそも、問題となる企業活動はすべて米国の外で行われ、そしてほとんどの被害者も外国人であるにもかかわらず、なぜ米国裁判所が管轄権を行使することができたのか。対日企業訴訟がヘイデン法を根拠として主にカリフォルニア州で提起されたのに対して、対独企業訴訟はニューヨークを中心とする米国東海岸の都市において連邦裁判所に提起された。

米国国内裁判所が行使する管轄権の種類には、人的管轄権（personal jurisdiction）と事物管轄権（subject matter jurisdiction）が存在する²⁶⁷。まず人的管轄権を行使するためには、被告となる企業が裁判地と「実質的」または「継続的かつ組織的」な関係を保持している必要がある²⁶⁸、子会社が単に米国内に存在するだけでは不十分であるとされてきたが²⁶⁹、実際には、当該企業が現地会社と直接に代理店契約を締結しているだけで管轄権が認められた事例も存在し²⁷⁰、個別事例によって判断が異なる可能性はあるにせよ、実務上は、いかに問題の外国企業と米国現地法人の関係性が稀薄であったとしても人的管轄権は定立される²⁷¹。

ただし連邦裁判所の管轄権は、州裁判所と比べれば限定的ではあるが、例えば「連邦問題事件（federal question case）」と呼ばれる、合衆国憲法、連邦議会の法律また合衆国と外国との間の条約の適用もしくはその解釈に直接かかわる外国との間の条約の解釈もしくはその適用に関する争点については連邦裁判所が独占的に管轄権を行使することになっている²⁷²。加えて、原告が外国人の場合には、連邦裁判所は「外国人不法行為請求権法（Alien Tort Claims Act）」に基づく管轄権を行使することができる²⁷³。同法は、合衆国憲法第3編に基づく連邦の司法制度に関する1789年裁判所法（Judiciary Act）の一部を構成しており、「[連邦] 地方裁判所は、万民法または合衆国の条約に違反する不法行為のみに関して、外国人

²⁶⁶ *In re Nazi Era Cases*, 198 F.R.D. 429 (5 Dec. 2000), p. 430. 因みに、取下げに同意したうち42件はクラス・アクションであったが、連邦民事訴訟法第60条(b)に基づけば「クラス」の構成員全員への通知をせずとも訴えの取下げが可能である。

²⁶⁷ Restatement (Second) of Judgments, § 1 (1982).

²⁶⁸ *Helicopteros Nacionales de Columbia, S.A. v. Hall*, 466 U.S. 408, 414-16.

²⁶⁹ *Cannon Mfg. Co. v. Cudahy Packing Co.*, 267 U.S. 333, 337 (1925).

²⁷⁰ *Frummer v. Hilton Hotels Int'l Inc.*, 19 N.Y.2d 533 (N.Y. 1967).

²⁷¹ Anderson, *supra* note 263, pp. 144-145.

²⁷² 28 U.S.C. § 1331. 田中英夫（編）『英米法辞典』（東京大学出版会、1991年）338頁。

²⁷³ Judiciary Act of 24 Sep. 1789, § 9, 1 Stat. 73, 77, codified at 28 U.S.C. § 1350.

が提起する全ての民事訴訟の第一審管轄権を有する」という一文のみから成る²⁷⁴、非常にシンプルで、制定された経緯についても不明な点の多い法律である。ゆえに、同法の解釈問題が法廷で争われることになる。1980年代以降、米国連邦裁判所は、企業による国際人権法違反行為について、同法に基づく広範な管轄権を行使してきた²⁷⁵。

ナチスによる不法についてのドイツ企業に対する損害賠償請求は²⁷⁶、第二次大戦中から1996年までの間、米国裁判所に提起されたホロコースト関連の不法行為の損害賠償請求は10件程度に過ぎず、いずれも成功しなかったが²⁷⁷、1980年代以降の訴訟では、国際法違反による「連邦問題事件」管轄の原則あるいは外国人不法行為請求権法を援用することで、フォーラムとして連邦裁判所を選ぶ訴訟戦術が多く採用されており²⁷⁸、連邦裁判所も原告による主張を認め管轄権を定立している²⁷⁹。

このような米国での訴追を免れるため、被告となった企業からは、企業行為の公権力性の抗弁が提起された。すなわち、企業による強制労働が国家による支配の下で行われた主権的行為(*acta jure imperi*)と看做される場合には、当該行為に関する責任は企業ではなく、国家のみが負うべきであり、その結果として外国における裁判権からの免除も享受するのではないかという論点である。そのような議論が最初に主張されたのは、朝鮮半島での強制労働をめぐる提起されたチョン対小野田セメント事件であり、被告側日本企業は、軍

²⁷⁴ “The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.”

²⁷⁵ Bazylar, *supra* note 167, pp. 604-605. 原告・被告ともに米国との関係がなく人的管轄権を確立できない場合は、同法の下で米国連邦裁判所に事物管轄権があることを示さなければならない。しかし連邦最高裁は2013年、同法は超領域的適用を許す趣旨のものではないと判断し、人的管轄権の要件を全く無視した請求の受理可能性を否定している *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S.Ct. 1659 (2013).

²⁷⁶ 1938年にオーストリアはドイツ第三帝国に編入されたため、オーストリア企業に対する訴訟も多数提起されている。そのため、2000年の「『記憶・責任・未来』財団の創設に関する法律（財団設置法）」第16条2項は、同財団からの補償受給者はドイツ企業だけではなくオーストリア企業に対する請求権も放棄する旨の表明を行わなければならないと規定している。また「ドイツ連邦共和国政府とアメリカ合衆国政府の間の『記憶・責任・未来』財団に関する協定の付属書C：『ドイツ企業』の定義」（日本語訳は『外国の立法』第210号（2001年）37-38頁）では、1937年時点の国境でドイツ・ライヒ内に所在していた企業、ならびに、その時点ではドイツ・ライヒ外に所在していたが1933年1月30日以降から「記憶・責任・未来」財団設立までの間にドイツ企業が直接又は間接に25%以上の持ち分を有していた企業が「ドイツ企業」とされており、強制労働について責任を問われた企業は、これらの規定によってもれなく今後訴訟を提起される危険性を回避できると考えられている。

²⁷⁷ Bazylar, *supra* note 157, p. 19; *Buxbaum v. Assicurazioni Generali*, 33 N.Y.S.2d 496, 497 (Sup. Ct. 1942); *Bernstein v. N.V. Nederlandsche-Amerikaansche Stoomvaart-Maatschappij*, 173 F.2d 71 (2d Cir. 1949), amended by 210 F.2d 375 (2d Cir. 1954); *Bernstein v. Van Heyghen Freres Societe Anonyme*, 163 F.2d 246 (2d Cir. 1947); *Handel v. Artukovic*, 601 F.Supp. 1421, 1424 (C.D. Cal. 1985); *Princz v. FRG*, 813 F.Supp. 22, 23 (D.D.C. 1992), rev'd, 26 F.3d 1166 (D.C. Cir. 1994); *Revici v. Conference of Jewish Material Claims Against Germany*, 174 N.Y.S.2d 825, 827 (Sup. Ct. 1958); *Wolf v. Federal Republic of Germany*, No. 93 C 7499, 1995 WL 263471, at p.1 (N.D. Ill. 1 May 1995); *Menzel v. List*, 267 N.Y.S.2d 804 (Sup. Ct. 1966); *Price v. USA*, 707 F.Supp. 1465 (S.D. Tex. 1989), rev'd, 69 F.3d 46 (5th Cir. 1995).

²⁷⁸ Anderson, *supra* note 263, p. 149.

²⁷⁹ *Bodner v. Banque Paribas*, 114 F.Supp. 2d 117, 127 (EDNY 2000).

需会社法（昭和 18 年法律第 108 号）の制定によって指定された軍需企業は国有化され、問題の強制労働が行われた期間は事実上の国家機関であり、外国主権免除法に基づき裁判権免除を享受することができるかと主張したが、カリフォルニア地区連邦地裁は立証が不十分であるとして同法に基づく免除を企業は享有できない結論した²⁸⁰。

しかしこの論点については、対独企業訴訟では正反対の結論が裁判所により導かれている。イワノワ事件では、原告は独子会社フォード・ヴェルケ社が実施した強制労働について、当時ドイツでは多くの米国系企業が敵性財産として国有化されたにも拘わらず、フォード・ヴェルケ社は国有化されることなく親会社である米国法人のフォード社が支配権を保持し続けたため、同社は親会社としての責任を負うと主張した²⁸¹。これに対し連邦地裁は、フォード・ヴェルケ社は、ナチスの指揮のもとに行動していたドイツ・ライヒの事実上の (*de facto*) 国家機関であったと判断している²⁸²。そこでドイツ国内裁判所による判断が引用されており、戦争遂行過程で行われた外国人の強制労働は、公営であったか私営であったかを問わずドイツ企業にナチス体制において割り当てられたものであったこと²⁸³、強制収容所の収容者はナチスの権限下で強制労働に従事していたことが²⁸⁴、事実上の国家機関として認定される理由になるという。この点、近年のドイツ国内判例では、被害者・政府・企業の三者間関係で捉え、賠償請求が政府に対するものである場合には企業の行為も公的なものとして捉え、企業に対する請求である場合には専ら私法的解決を図る傾向にある²⁸⁵。換言すれば、被告の性質によって、同一行為が主権的行為であったか否かが決定されることになる。

イワノワ判決は、フォード・ヴェルケ社が自社の経済利益を追及していたことは、同社が事実上の国家機関であったことを否定する理由にはならないとも述べている²⁸⁶。プリンツ事件の原告が主張したように²⁸⁷、ドイツ企業が経済的利益の追求のために奴隷労働者を

²⁸⁰ *Jeong v. Onoda Cement Co., Ltd.*, 2000 WL 33954824 (C.D. Cal. 18 May 2000), pp. 8-10.

²⁸¹ *Iwanowa*, *supra* note 506, p. 433.

²⁸² *ibid.*, pp. 445-46.

²⁸³ *Staucher v. I.G. Farben*, BGH, *RzW* 1963, 525, S. 4-5; LG Frankfurt, Urteil vom 27.01.1960, AZ: 6 O 182/59, S.2-3.

²⁸⁴ LG Bonn, *Krakauer v. FRG*, *supra* note 252, S. 15.

²⁸⁵ von Hein, J., "The Law Applicable to Governmental Liability for Violations of Human Rights in World War II: Questions of Private International Law from the German Perspective," *Y.B. of Private Int'l L.*, vol. 3 (2001), p. 208. Cf. Bundesarbeitsgericht, *supra* note 260, p. 387; OLG Münster, *supra* note 261, p. 2305; LG Bonn, *supra* note 252, sub A.1.1.; LG Stuttgart, Urteil vom 24.11.1999, AZ: 24 O 192/99 vom 24.11.1999.

²⁸⁶ Cf. BGH, Urteil vom 19.06.1973, AZ: VI ZR 74/70, S. 9-10.

²⁸⁷ *Princz v. FRG*, 26 F.3d 116 (D.C. Cir. 1994), *supra* note 277, 1172.

酷使した事実は、歴史学の視点からは確証されている²⁸⁸。ただしこの「経済利益の追求」という要素こそが、問題の行為が業務管理的行為 (*acta jure gestionis*) であったのではないかという疑問にもつながる。しかし、当該強制労働が主権的行為と看做されるかの判断には、上述の要素以上に、個別具体的な企業の行為がどの程度の指揮と支配を国から受けていたのかに拠ると考えられる²⁸⁹。

2.3 小括

以上の各国国内判例の横断的な分析から分かることは、外交的保護の放棄が私人間訴訟にまで影響を及ぼす理由は、必ずしも裁判所によって明らかにされていないことである。これは特に訴訟当事者が原告被告ともに私人であった場合には、国家が訴訟当事者となる場合よりも、和解あるいは裁判外での金銭支払いで紛争が処理される傾向にあることによる。さらに、外交的保護権の放棄が私人の請求権に影響を与えるとされる事例は、高度に政治的な問題を孕んでいるために、最終的には司法の枠組みの外での解決が行われていることである。外交的保護の国家的性格は主として、それが外交という高度に行政裁量が重視される分野で生じた問題であることを物語っている。すなわち、外交的保護が取りざたされる問題は、本来、司法的解決には馴染まず、専ら政治的に処理されるべき性質のものであるといえる。換言すれば、国家が「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」とき²⁹⁰、すでにそれは国際政治問題として国家間紛争が生じたことを意味する。現に、PCIJ から ICJ に至る歴史の中で、金銭賠償命令判決が下されたのは、1949年のコルフ海峡事件賠償判決と²⁹¹、2012年のディアロ事件賠償判決の²⁹²、たった2件に過ぎないことから、判決の強制執行が見込めない国家間訴訟手続きは、厳密な意味での司法的解決というよりは、ある種政治的な紛争解決の場であると言えるだろう。要するに、外交的保護による私的紛争の国際化は、外交的保護が平和条約のような国家間合意に記述されそれによって外交的保護が放棄される場合も含めて、紛争の政治化を意味し、そのために国内裁判所での解決には馴染まないものへと性質変化してしまっているのである。

²⁸⁸ von Hein, *supra* note 285, pp. 206-208.

²⁸⁹ 2001年 ILC 国家責任条文案第8条参照。

²⁹⁰ *Concessions Mavrommatis en Palestine*, *supra* note 8, p. 12; *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, *supra* note 8, p. 16.

²⁹¹ *Corfu Channel* (UK v. Albania), Assessment of the amount of compensation due from the People's Republic of Albania to the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Judgment of 15 Dec. 1949, pp. 247-250.

²⁹² *Ahmadou Sadio Diallo* (Guinea v. DRC), Compensation owed by the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea, Judgment of 19 July 2012, para. 25.

ただしここで留意しなければならないのは、第二次世界大戦後の個人の権利を主体とする国際法規範あるいは国内法規範の発展が、慣習法制度たる外交的保護の内容に、何らの影響も与えないのかという論点である。すなわち、国際的な人権保障制度や国際法秩序のヒエラルヒー化によって、外交的保護の国家的性格が一定の制約をうける可能性について、次に検討しておきたい。

3 「放棄」の制限可能性

国民の側からの外交的保護の国家的性格の是非を問う、換言すれば外交的保護の「放棄」の有効性を問う訴訟を、その請求内容に応じて大まかに分類すると、政府に対し在外自国民の外交的保護のための行動をとるよう裁判所が命じることを要求する「積極的義務説」、外交的保護に関する政府決定の適法性を事後的に裁判で争い損害賠償を求める「消極的義務論説」に二分される²⁹³。前者はグアンタナモ収容所被収容者の申立に代表されるように不法行為が進行中の場合に、後者は戦後賠償訴訟のように不法行為終了後に時間が経過した損害賠償請求の場合に主張される傾向にあり、両者の実質的な違いは法的根拠ではなく被害者の置かれた状況にあるといえる。

このような義務説自体は、すでに万国国際法学会の1931年のケンブリッジ会期ならびに1932年オスロー会期にて主張されていた²⁹⁴。しかし、21世紀のILCの外交的保護条文法典化作業で特別報告者を務めたデュガードによる強行規範の重大な違反の場合における外交的保護義務の提案が²⁹⁵、ILC及び第6委員会で厳しい批判を受けて否定されたこと²⁹⁶、最終的に採択された外交的保護条文第2条とそのコメントリーでは外交的保護が国家の権利であり義務ではないことが強調されていることを考慮しても²⁹⁷、一般慣習法制度としての外交的保護そのものから義務説を導き出すことは不可能であるように見受けられる。ただし義務説の是非を問うにあたっては、一般法としての外交的保護の国家的性格を制約する特

²⁹³ Flauss, J.-F., « Le contentieux des décisions de refus d'exercice de la protection diplomatique », *RGDIP*, t. 109 (2005), p. 409; Tran, C., "Government Duties to Provide Diplomatic Protection in a Comparative Perspective," *Australian L. J.*, vol. 85 (2011), p. 309.

²⁹⁴ 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.

²⁹⁵ Dugard, J. R., "First Report on Diplomatic Protection," UN Doc. A/CN.4/506 (2000), in *YBILC 2000*, vol. II (Part One), paras. 75-93.

²⁹⁶ Report of the ILC on the work of its 52nd Session (1 May–9 Jun. and 10 July–18 Aug. 2000), UN Doc. A/55/10, *YBILC 2000*, vol. 2 (Part Two), pp. 78-79.

²⁹⁷ Art. 2 & its commentary para (2), Art. 19 & its commentary para (3), Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra* note 23.

別法が存在するのか、現在存在するその他の法制度との相互関係性についても注意を払わなければならないように思われる。

この問題を ILC は、「外交的保護についての慣習国際法規則と人権保護を規律する規則の補完性 (complémentarité / complementarity)」の問題として説明する²⁹⁸。ここで想定されているのは、まず法適用の場面である。すなわち、個人の権利ないし人権の保護に関する条約、強行規範、あるいは国内法などの特別法制度が網の目のように充実したにも拘わらず、依然として残存する法の間隙を埋める役割を外交的保護制度が担うという趣旨である²⁹⁹。ただし、外交的保護が不文法たる慣習国際法上の制度として成立し発展してきた経緯を鑑みると、この「補完性」には二義的な意味があるのではないだろうか。すなわち、法解釈における補完性である。なぜなら不文法たる外交的保護を解釈し内容を解明する場面では、裁判例に加えて条約制度および各国国内法も、各国の実行や法的信念成を抽出するための「証拠」として重要になるからである。

外交的保護は、被害者の人権の保護を目的としながらも³⁰⁰、被害者が自ら救済をえる手段が欠落していることを前提として発展してきた紛争処理制度である³⁰¹。対して、国際人権条約制度内において被害者は損害賠償請求を行うという二次的権利も有することが当然とされる³⁰²。このような本質的な制度設計上の違いを踏まえたとえでもなお、外交的保護と国際的な人権保護制度とは、その内容を解釈する際に「補完的」なものとして作用しあうと考えられているようである。このような観点から、2004年の ILC 第一読草案では、オランダ国民が自国民保護を目的としてフランスを欧州人権裁判所に提訴した事例が指摘され、ILC はこのようなオランダ政府の行動を単なる条約制度の活用ではなく、外交的保護として位置づけている³⁰³。つまり、人権条約に代表されるような個人の権利に関する既存の

²⁹⁸ Commentary para. (1) to Article 16, Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra* note 23.

²⁹⁹ Flauss, J.-F., « Protection diplomatique et protection internationale des droits de l'homme », *SZIER*, vol. 13, no. 1 (2003), pp. 2-3, 7-9.

³⁰⁰ Kiss, C.-A., « La condition des étrangers en droit international et les droits de l'homme », in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch* (Bruylant, 1972), pp. 499-510.

³⁰¹ 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," *EJIL*, vol.13, no.5 (2002), pp. 1107-1108; Draft on international responsibility of the State for injuries caused in its territory to the person or property of aliens, in *YBILC1958*, vol.II, pp.71-73; Revised version, in *YBILC 1961*, vol.II, pp.46-54.

³⁰² 例えば、締約国に自国管轄下の個人に対する救済措置の確保を義務付ける自由権規約第2条の違反は、常に他の具体的権利規定の違反と共に生じるという意味で二次的性質 (accessory character) を有している (Nowak, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary* (2nd rev. ed., N.P.Engel, 2005), pp. 35-37) 権利主体である個人の側からこのことを捉えなおすと、具体的権利侵害とそれに伴う二次的権利があるということになる。

³⁰³ First Draft on Diplomatic Protection, *supra* note 198, Commentary to Article 17, footnote 223, p. 88; *Selmouni v. France*, ECHR App. no. 25803/94, Judgment of 28 July 1999, p. 149. ただしこの事例への言及は、第二読草案のコメンタリーからは削除されている。

条約が、慣習法制度である外交的保護にも規範的影響を与えているのである³⁰⁴。このような認識は、外交的保護条文が国連総会でテイク・ノートされた翌年の2007年、ICJはディアロ事件先決的抗弁判決において行った、以下のような宣明にも現れている。

「近年の個人の権利についての国際法の発展により、本来は外国人の処遇に関する最低基準違反に限定される外交的保護の事項的管轄（*ratione materiae*）が拡大され、とりわけ国際的に保障された人権が含まれるようになった。」³⁰⁵

要するに、全く同一の事実について、国家間訴訟という全く同一の方法によって、異なる2つの制度が重複的に存在しているとき、2つの制度は解釈及び適用の場面で、それぞれに補完し合う関係にあるのである。そして以下にみるように、実際の裁判実行においても、外交的保護の義務説が唱えられるときには、慣習国際法制度としての外交的保護があくまで国家の権利であり義務ではないことを前提としながら、そのほかの法規範と組み合わせた主張がなされる。ILCの法典化作業では詳細に議論されることのなかった法解釈の場面における補完性を念頭に、外交的保護権の放棄を制約し得る法規範が存在するののかについてここで考察してみたい。

3.1 条約による外交的保護制度の補完作用

条約制度と一般慣習法制度たる外交的保護が交錯する現象は、近年のICJの判例においては頻繁に見受けられる。例えば、外国（接受国）で逮捕された自国民と派遣国領事の接見交通権について定める領事関係条約第36条1項(b)の解釈適用と米国による違反について争われた2001年のラグラン事件および2004年のアヴェナ事件である。これらの事件でICJは、保護法益と条文構造上の特異性から「領事保護の制度の履行を促進するために設計された相互関係的な体制（*interrelated régime*）」における³⁰⁶、「派遣国と被拘禁者個人の権利が相互依存関係にあるという特殊な事情」を見出すことで³⁰⁷、派遣国自らの権利主張に付随する形で自国民の権益も保護されるという結論が導かれた。

³⁰⁴ Flauss, J.-F., « Contentieux européen des droits de l'homme et protection diplomatique », in *Libertés, Justice, Tolérance, mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, t. 1 (Bruylant, 2004), pp. 815-816.

³⁰⁵ *Ahmadou Sadio Diallo* (Guinée c. RDC), Exceptions préliminaires, Arrêt du 24 mai 2007, para. 39.

³⁰⁶ *LaGrand* (Germany v. USA), Judgment of 27 June 2001, *ICJ Reports 2001*, p. 492, para.74; *Avena and other Mexican Nationals* (Mexico v. USA), Judgment of 31 March 2004, *ICJ Reports 2004*, paras.50, 99.

³⁰⁷ *Avena*, *ibid.*, para. 40, p. 36.

ここで注目すべきは、これらの事例では領事関係条約第 36 条 1 項(b)の違反があったと単純に結論することが可能であったにも拘わらず、派遣国と被拘禁者個人の権利との関係性についてなぜ裁判所が立ち入った見解を述べたのかというところにある。そしてその理由は、原告であったドイツおよびメキシコが、訴訟提起にあたって領事関係条約第 36 条 1 項(b)に基づく請求が外交的保護によるものであるとの主張を展開したことによると考えられる³⁰⁸。すなわちここで問題とされたのは、「条約上の権利に関わる外交的保護」であった³⁰⁹。

ラグラン事件で被告米国は、自国民に領事による援助を与える権利と自国民の経済的請求を国家が取り上げる外交的保護との間には類似性は存在しないとし、外交的保護請求に基づく管轄権を否定するための主張を行っていた³¹⁰。そして、ある条約規範と慣習法規範が全く同じ内容であったとしても、それぞれが「別個の適用可能性 (separate applicability)」をもつのであって³¹¹、ラグラン兄弟の外交的保護が慣習国際法で規律される限り、領事関係条約選択議定書による裁判所の管轄権は定立されないと主張した³¹²。これに対し ICJ は次のように述べて米国の抗弁を棄却した。すなわち、

「(外交的保護が慣習国際法上の概念であるという) 事実は、個人の権利を定めた条約における一般的な裁判条項に基づき条約当事国が自国民に代わって国際司法手続を利用することを妨げるものではない。」³¹³

ICJ は、「二次規則」である外交的保護の行使と領事関係条約選択議定書 1 条に基づく管轄権が併存するという原告ドイツの主張を受け入れたことになる³¹⁴。このことは、私人に対して権利を保障する条約が ICJ に管轄を与える裁判条項を含む限り、当該私人の権利保護に関する問題の全てを条約の解釈・適用から生じる紛争として ICJ が処理できることを示している³¹⁵。同時に、このような裁判所がフォーラムとして紛争を扱うのに適切かどうかという管轄権定立の問題と、被害者の国籍国が訴訟当事者として適格かどうかという受理可

³⁰⁸ *LaGrand* (Germany v. USA), German Pleadings, Merits, CR 2000/27, (Simma, B., VIII The Remedies Requested by Germany), para. 6; *Avena*, *ibid.*, pp. 21-23.

³⁰⁹ 酒井啓亘「判例研究・国際司法裁判所ラグラン事件（ドイツ対米国）（判決・2001年6月27日）」『国際法外交雑誌』第106巻4号（2008年）522頁。

³¹⁰ U.S. Counter-Memorial, *LaGrand*, paras. 48-48; Jennings, R., “The *LaGrand* Case,” *The law and practice of international courts and tribunals*, vol. 1, No. 1 (2002), p. 20.

³¹¹ U.S. Pleadings (Meron, T.), *LaGrand*, Merits, CR 2000/28, paras. 3.16-3.17, pp. 40-41.

³¹² *ibid.*, CR 2000/31, paras. 3.3-3.4, pp. 15-16.

³¹³ *LaGrand*, *supra* note 306, para. 42.

³¹⁴ German Pleadings (Simma, B.), *supra* note 308, para. 6.

³¹⁵ Deen-Racsmany, Z., “Diplomatic Protection and the *LaGrand* Case,” *LJIL*, vol. 15 (2002), p. 97.

能性の問題が明白に区別されるということも含意している。ラグラン事件同様に領事関係条約第 36 条の解釈が問題となったアヴェナ事件で ICJ は、「外交的保護という別の請求原因の下での違反に関するメキシコの請求を扱う必要はない」と述べているが³¹⁶、これは管轄権定立問題についての議論であって、メキシコの訴訟当事者としての適格性を否定する趣旨ではない。現に、同事件では総勢 54 名(本案段階では申立を 52 名へ変更)ものメキシコ国民の権利侵害が申立てられたため³¹⁷、個別の事例について国内的救済の完了の判断をなすことが煩雑であるという訴訟経済的な都合から外交的保護に基づく請求を不問に付したに過ぎないとも指摘されており³¹⁸、自国民保護に対する動機とその国家的性格は外交的保護と何ら変わらず、キュンズリは「変装した外交的保護 (diplomatic protection in disguise)」の事例であるという³¹⁹。ミラノは、このような訴訟を提起するという動機そのものは、在外自国民に対する外交的保護そのものであることは変わらず、現代国際法秩序における外交的保護の役割について重要な示唆を与えるものであると評価する³²⁰。

現に、外交的保護のリーディング・ケースとされる常設国際司法裁判所 (PCIJ) のマヴロマチス特許事件でも、裁判所の管轄権の根拠となったのは、国家間合意であるパレスチナ委任状に含まれる裁判条項である³²¹。本件では、ギリシャ人マヴロマチスが第一次大戦以前からパレスチナで展開していたインフラ事業のコンセッション契約についての権利を、戦後委任統治国となった英国が完全には承認しなかったことが、同委任状第 11 条のいう国土開発に関する利益の保護についてパレスチナ行政庁が負う義務に反するが争われていた³²²。そして、マヴロマチスの私的利益への侵害に起因する紛争であっても、それについて

³¹⁶ *Avena*, Judgment, *supra* note 306, para. 40, p. 36.

³¹⁷ *Avena*, Judgment, *supra* note 306, para. 15.

³¹⁸ Künzli, A., "Case concerning Mexican Nationals," *LJIL*, vol. 18 (2005), p.51, 53; Benlolo-Carabot, M., « L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique) du 31 mars 2004 », *AFDI*, vol.50 (2004), pp. 268-269; Müller, D., "Procedural Developments at the International Court of Justice," *L. and Practice of Int'l Courts and Tribunals*, vol.3 (2004), pp. 560-565.

³¹⁹ Künzli, *ibid.*, p. 64.

³²⁰ 例えばミラノは、ラグラン事件の最も革新的な点として、「国際条約によって与えられた経済的・世襲的性質ではない個人の権利を、領事関係条約第 36 条下における告知権という特定の事例で承認し、さらに、当該条約の管轄権条項に基づいてそれらの権利のために国家が外交的保護権を発動する可能性を承認している」という。Milano, E., "Diplomatic Protection and Human Rights Before the International Court of Justice: Re-fashioning Tradition?", *NYBIL*, vol. 35 (2004) p. 127; Tinta, M. F., "Due Process and the Right to Life in the Context of the Vienna Convention on Consular Relations: Arguing the LaGrand Case," *EJIL*, vol. 12, No. 2 (2001), p. 366.

³²¹ パレスチナ委任状の裁判条項である第 26 条は次のような規定である。「委任統治国は、委任統治国と他の国際連盟加盟国との間で本委任状の規定の解釈又は適用に関する紛争が生じ、それが交渉によって解決されないときには、それがどのような紛争であれ全て、国際連盟規約第 14 条の規定する常設司法裁判所に提出される。」*Concessions Mavrommatis en Palestine*, *supra* note 8, pp. 11-12.

³²² 第 11 条は次のように規定している。 *ibid.*, p. 17.

原告ギリシャと被告英国が相対しているという事実のみで、裁判条項にいう委任状の解釈適用上の「紛争」としては十分であるという³²³。このように、条約の締結時には想定されていなかったような事態が裁判条項に基づいて ICJ へ付託される実行は近年増加の一途にあり³²⁴、それに答えて ICJ も積極的な司法政策を採用している³²⁵。例えば、ジェノサイド条約適用事件（ボスニア、1993年に提訴）³²⁶、ジェノサイド条約適用事件（ボスニア・ヘルツェゴビナ対クロアチア、1999年に提訴）³²⁷、コンゴ領域における武力活動事件（コンゴ民主共和国（以下、DRC）対ルワンダ、2002年新提訴）³²⁸、人種差別撤廃条約事件（2008年に提訴）³²⁹、自国民に対する人権侵害について「市民の父権者として(as *parens patriae* for its citizens)」の請求が提起されているが、これらの事件について、ILCによる法典化作業と同時期に外交的保護の検討を行った国際法協会（ILA）では「伝統的な」外交的保護概念に変化をもたらすものと位置づけられている³³⁰。

ただし、このような外交的保護に類似の事例について注意しなければならないのが、外交的保護と条約制度とがそれぞれ想定している「保護の範囲」の異同である。領事関係条約第36条のように、国家の権利と国民の権利の関係が明示されている条約については問題

“The Administration of Palestine shall take all necessary measures to safeguard the interests of the community in connection with the development of the country, and, subject to any international obligations accepted by the Mandatory, shall have full power to provide for public ownership or control of any of the natural resources of the country or of the public works, services and utilities established or to be established therein. It shall introduce a land system appropriate to the needs of the country, having regard among other things to the desirability of promoting the close settlement and intensive cultivation of the land.

The Administration may arrange with the Jewish Agency mentioned in Article 4 to construct or operate, upon fair and equitable terms, any public works, services and utilities, and to develop any of the natural resources of the country, in so far as these matters are not directly undertaken by the Administration. Any such arrangements shall provide that no profits distributed by such agency, directly or indirectly, shall exceed a reasonable rate of interest on the capital, and any further profits shall be utilised by it for the benefit of the country in a manner approved by the Administration.”

³²³ *ibid.*, p. 12.

³²⁴ 酒井啓亘「国際司法裁判所における紛争処理手続—訴訟当事国の裁判所間の協働プロセスとして」『国際問題』第597号（2010年）16頁。

³²⁵ 多数国間条約の裁判条項を利用した国家の訴訟戦略と ICJ の司法政策についての包括的な分析は、石塚智佐「多数国間条約の裁判条項にもとづく国際司法裁判所の管轄権」『一橋法学』第11巻1号（2012年）355-388頁を参照。

³²⁶ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), Judgment of 26 Feb. 2007, 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-Herzegovina*, 20 March 1993, para. 135; CR 2006/37, 24 Apr. 2006, p. 60.

³²⁷ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment of 18 Nov. 2008, para.20 (Application (b)), para.21 (Memorial, para. 2 (d)).

³²⁸ *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002)* (DRC v. Rwanda), Provisional Measures, Order of 10 Jul. 2002, ICJ Report 2002, p. 226.

³²⁹ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (Georgia v. Russian Federation), Order of 15 Oct. 2008, para. 20.

³³⁰ 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.

とならないが、個人の権利について規定する国際人権条約などでは特に、この保護の範囲の異同に注意しなければならない。例えば、上述の人種差別撤廃条約事件で原告のグルジアは、自国領域内でありながらも駐留するロシア軍の実効的支配の下にある南オセチア・アブハジアの両地域でグルジアからの分離独立をめざす軍事組織が行った、殺人、文民に対する不法な攻撃、拷問、レイプ、国外追放、強制移住、投獄、人質を取る行為、誘拐、軍事的必要のない資産の破壊・収用などの行為が、「グルジア民族住民とその他の住民」に対する広範かつ組織的な「人種差別行為」にあたることを主張した³³¹。すなわち、条約違反を根拠として ICJ に係争する事例では、保護の対象が厳密に自国民に限定される訳ではないのである。

よって以下では、外交的保護とは本質的に制度的趣旨の異なる法規範が、とりわけ個人の権利を規律する法規範が、どのように外交的保護制度を補完し、あるいは場合によっては、その国家的性格を制約し得るのかについて検討しておきたい。ここでは、外交的保護義務論との関係で実際の争訟にて援用されることの多い国際人道法、国際人権法そして国内法に場合分けして考察を進めることとする。

3.2 国際人道法

常設国際司法裁判所 (PCIJ) の 1928 年ホルジョウ工場事件本案判決が指摘するように、「賠償は、可能な限り、違法行為の全ての結果を除去し、もしその行為が行われなかったならば存在したであろう状態を回復すべき」であり、原状回復が不能な場合には金銭賠償がなされなければならないというのが国際法上の原則である³³²。今日であれば、ICJ が 2001 年の壁建設の法的効果に関する勧告的意見にて、慣習法上、国家は「問題となる全ての自然人及び法人に対して生じた損害を賠償する義務」があると説明したとおり³³³、自然人にも国際違法行為によって被った損害の賠償を請求する権利が国際法上存在することに異論がない。このことは国際的武力紛争についても同様であり、1977 年に採択された「1949 年 8 月 12 日のジュネーブ諸条約の国際的な武力紛争の犠牲者の保護に関する第一追加議定書」

³³¹ *Georgia v. Russia, supra note 329.*

³³² *Usine de Chorzów, CPJI Série A, No.17, Arrêt du 13 septembre 1928, p. 47.*

³³³ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 Jul 2004, ICJ Reports 2004, paras. 152-153.*

第 91 条第 2 文についての国際赤十字委員会 (ICRC) の逐条注解が、紛争当事国だけではなく、当該国の国民も賠償を得る権利を有していることが明らかにされている³³⁴。

ただし、1977 年の第一追加議定書のいう国際的武力紛争が同議定書締結後にほとんど存在しないことも相まって、現代国際社会で問題として顕在化しているのは、むしろ第二次世界大戦の戦後処理における請求権放棄が、国際人権法に照らして「有効に」なされうるのかという論点である。第二次世界大戦に 1977 年第一追加議定書は当然適用されないため、個人の請求権が国際法により保護され、よって国家はそれを平和条約の請求権放棄条項によっては放棄しえないとすることの論拠とされるのは、もっぱら 1907 年のハーグ陸戦条約第 3 条あるいは強行規範である。

3.2.1 1907 年ハーグ陸戦条約第 3 条

第二次世界大戦以前の戦争法、国際武力紛争法あるいは国際人道法においては、極めて例外的な場合を除いて個人の法主体性は認められていなかった³³⁵。この点について、一連の戦後補償裁判における現在まで日本の裁判所の判断は、常に個人の国際法主体性に関する向学上の議論に引きずられ、特定の条約が個人に国際法上の権利を付与することと、その権利を実現するための手続が存在することが論理的には別個の問題であるという点を見過ぎしてきたと批判される³³⁶。そもそも日本の裁判所における個人の賠償を受ける権利と国際法主体性に関する議論の起源となったのは、1963 年の下田事件東京地裁判決である。同事件では、国際法専門家として安井郁、田畑茂二郎、高野雄一が鑑定書を提出したことで、国際法上の論点について詳細な議論が展開された。同事件は、広島および長崎の原爆被害者が、同条約 19(a)で連合国に対する請求権を放棄した日本国の行為が憲法 29 条 3 項の禁ずる違法収容にあたるとして国家賠償法 1 条 1 項に基づき提訴したものである。原告は、国際法違法行為により被害を受けた個人は、国際法上の主体として加害国に対する国際法上の賠償請求権を有すると主張した。

これに対して東京地裁は、慣習法上、交戦国が国際法上違法な戦闘行為によって相手国に損害を加えた場合には、その損害を相手国に対して賠償しなければならないという原則が確立されているとしながらも、そのような違法行為によって損害を受けた個人が加害国に対して国際法上に基づく損害賠償請求権を有するためには、当該個人が国際法主体である必要があり、本件においてはそのような例外的な条約規定が存在しないため、個人賠償

³³⁴ ICRC Commentary, Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 Jun. 1977, paras. 36-56. 下線は筆者による。

³³⁵ Hofmann, *supra* note 39, paras. 26-28.

³³⁶ 古谷修一「香港軍票事件」『ジュリスト臨時増刊』第 1224 号 (2002 年) 302 頁。

請求権はみとめられないと結論した³³⁷。すなわち「国際法上の権利主体が認められるためには、やはり国際法上自己の名において権利を主張しうるとともに、義務を負わされる可能性がなければならない」という³³⁸。とくに第一次大戦後のヴェルサイユ条約その他の講和条約が、ドイツ政府による戦時非常措置又は移転措置の適用によって戦勝国国民が被った損害賠償をドイツに直接請求するために混合仲裁裁判所を設置した先例を重視して、そのような例外的規定が存在しない場合に、国際法上違法な戦闘行為によって被害を受けた個人が国際法主体たりえないと判じたのである³³⁹。

下田事件判決が例外的事例として指摘した、1907年国際捕獲審検所設置に関する条約、同年中米司法裁判所設置に関する条約及び第一次世界大戦後のヴェルサイユ条約その他の講和条約（サン・ジェルマン条約、トリアノン条約、ローザンヌ条約、ヌイ条約）は、いずれも20世紀初頭における戦争法の顕著な発展によって個人の法主体性が認められた実行であるとも考えることも可能である。また、同判決自体が認めるように、広島市及び長崎市に対する原子爆弾の投下行為が国際慣習法上禁止される無差別爆撃・害敵手段として不必要な苦痛を与えてはならないという戦争法の基本原則が確立していたとするならば³⁴⁰、そのような苦痛を受けたのは国家ではなく一般市民であることは自明であり、ある一定の条件下では個人が戦争法条の受範者としての地位にあったことを示唆している。

しかしながら、上述したように特定の条約が個人に国際法上の権利を付与することと、その権利を実現するための手続が存在することが論理的には別個の問題であるという点を下田事件判決は見過ごしていると言わざるを得ない。すなわち、戦後補償裁判という現象についてダルジャン（d'Argent, P.）が指摘するように、賠償請求権という手続的権利とは独立に、戦争遂行過程における *jus in bello* 違反行為の被害者が賠償を受ける権利が存在する³⁴¹。現に、私人に対して損害が生じることを違法行為とみなす実体的規則とは別に、それに基づき訴えを提起するフォーラムに応じた手続規則が存在する。しかし、下田事件で「請求権」と言及されるとき、実体規則に基づく権利と手続規則に基づく権利とが混同されているのである。例えばドイツ憲法裁判所は、両者を明白に区別し、「請求権」は専ら手続規則の問題であるとして次のように述べている。

³³⁷ 東京地判 1963年12月7日、前掲判決（注30）〔2466-2470頁〕。

³³⁸ 同上〔2468頁〕。

³³⁹ 同上〔2470頁〕。

³⁴⁰ 同上〔2462、2464、2465頁〕。

³⁴¹ d'Argent, P., « Le droit de la responsabilité internationale complété? : examen des principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire », *AFDI*, t. 51 (2005), p. 43.

「国家間に適用されるものとしての国際法の伝統的概念は、個人に国際法主体の役割を与えず、ただ間接的な国際的保護を規定するだけである。外国人に対する国際法違反の場合に、請求権は個人に属さずその本国に属する。(中略)この国家の排他的権限の原則は、1943年から1945年の時期における人権の侵害にも適用される。」

この点に関する混同が整理されたのが、いわゆるイギリス等元捕虜・民間抑留者事件と³⁴²、オランダ元捕虜・民間抑留者事件において提出された³⁴³、専門家鑑定書とハーグ陸戦条約第3条の解釈についての東京高裁の判断であった。日本の戦後補償裁判で、ハーグ陸戦条約第3条を根拠に軍隊による*jus in bello*違反行為について被害者個人が賠償請求権をなしか否かという論点が認識されたきっかけは、この分野での研究業績が豊富なライデン大学教授・カルスホーベン (Kalshoven, F.) が、これらの事件で専門意見書を提出し証言を行ったことにあるといわれている³⁴⁴。すなわち、同条は次のように規定する。

「前記規則ノ条項ニ違反シタル交戦当事者ハ、損害アルトキハ、之カ賠償ノ責ヲ負フ (liable to pay compensation) ヘキモノトス。交戦当事者ハ、其ノ軍隊ヲ組成スル人員ノ一切ノ行為ニ付責任ヲ負フ。」³⁴⁵

これらの事件では、日本軍占領地域での捕虜等に対する虐待行為が問題となり、日本の*jus in bello*違反が明らかで争いがなかった³⁴⁶。すなわち、賠償対象の実体的権利が国際法による保護を受けていたことは明らかであり、争点は被害者らが日本の裁判所において賠償請求を提起する手続的権利としての「個人の請求権」の有無に収斂された³⁴⁷。イギリス等元捕虜・民間抑留者事件では、原審・控訴審共に、第3条の文理解釈から同条が被害者個

³⁴² 東京地判1998年11月26日、前掲判決(注49)(イギリス等元捕虜・民間抑留者損害賠償請求事件)。

³⁴³ 東京地判1998年11月30日訟月第46巻2号774頁(オランダ人戦後補償請求事件)。

³⁴⁴ 鈴木五十三「元捕虜・抑留者裁判とカルスホーベン証言」藤田久一ほか(編)『戦争と個人の権利—戦後補償を求め 旧くて新しい道』(日本評論社、1999年)25頁。

³⁴⁵ 「前記規則」とは、同条約付属書の定める「陸戦ノ法規慣例ニ関スル規則」のことを指す(1907年ハーグ陸戦条約第1条)。以下では便宜上、同規則を「ハーグ陸戦規則」と表記する。

³⁴⁶ 具体的には、1907年ハーグ陸戦規則4・7・46・52・53条ならびに1929年ジュネーヴ捕虜条約3・12・13・14・15・89条の違反である。日本は、第二次大戦当時、捕虜待遇に関する最新の条約である1929年ジュネーヴ捕虜条約を批准していなかったが、開戦にあたってジュネーヴ捕虜条約の規定を「準用」する旨、連合国に対して伝達している。藤田久一「国際法からみた戦後補償請求訴訟」藤田『前掲書』(注344)11頁。原告は、これらの規則違反の主張に対する抗弁をしていない。東京地裁は、これら連合国軍元捕虜等損害賠償請求事件判決で、1929年ジュネーヴ捕虜条約は、「一九〇七年以前に存在していた捕虜に対する非人道的行為を禁止する国際慣習法を成文化したもの」とし、日本による違反行為の存在を認定している。

³⁴⁷ 同上、12-14頁。

人に加害国に対する直接の損害賠償請求権を認めたものではないと結論したが³⁴⁸、オランダ元捕虜・民間抑留者事件では裁判所も第3条の起草過程に踏み込んだ検討を行った。同事件では原告側の要請で、カルスホーベンの他にも、ダビッド（Eric David, E.）とグリーンウッド（Greenwood, C.）が、被告国側も小寺彰がそれぞれ意見書を提出しており³⁴⁹、より国際法にフォーカスした議論が展開されているのである。

原告側専門意見書はいずれも、日本の国内法秩序に国際法が直接適用されることを前提に、ハーグ条約第3条が被害者個人に対して賠償請求を提起する手続的権利を付与するものであると主張する。まず、カルスホーベンは、交戦国はその被害者個人に対して賠償金支払い義務を負うとする主張の証拠を、第3条の起草過程に求めた。1899年の第一回ハーグ平和会議にて採択された陸戦の法規慣例に関する条約とその付属規則には、このような交戦国の責任に関する規定がなかったところ、1907年の第二回ハーグ平和会議第二委員会でドイツ代表が第三条の採択を提案したが、第3条導入の主な目的は、当初から、付属規則違反行為の結果被った損害に対する金銭賠償を私人に付与することにあつたと指摘する³⁵⁰。第3条を含むハーグ陸戦条約が1907年に採択されたことにより、締約国の *jus in bello* 違反の結果として個人に生じた損害については、当該国が個人に直接に適正な賠償を与える旨約束したものと考えられる³⁵¹。同条は、そのような金銭賠償を個人が得るための手続を定めていないが、このことは相手国国内裁判所への提訴を含む権利実現のためのいかなる手続的可能性も排除されていないことを示している³⁵²。このようなカルスホーベン意見書について、ダビッドは、第3条の起草過程での諸国代表の発言内容についてより詳細な分析を加える中で賛意を表明している³⁵³。さらに、ニュルンベルク継続裁判米軍事裁判所のクルップ裁判³⁵⁴、旧ユーゴについての国連総会決議³⁵⁵、国内救済完了の根底にある法理

³⁴⁸ 前掲判決（注49）（イギリス等元捕虜・民間抑留者損害賠償請求事件）。

³⁴⁹ 藤田『前掲書』（注344）にそれぞれの専門家意見書が掲載されている。該当頁は以下のとおり。カルスホーベン（和訳31-55頁、原文266-248頁）、ダビッド（和訳56-67頁、原文249-239頁）、グリーンウッド（和訳68-82頁、原文238-226頁）、小寺（83-100頁）。

³⁵⁰ フリッツ・カルスホーベン「専門意見書 1907年10月18日ハーグにて署名された陸戦の法規慣例に関する条約第3条」藤田『前掲書』（注344）38頁。

³⁵¹ 例えば、Kalshoven, F., "State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces," *ICLQ*, vol. 40 (1991), pp. 830-832

³⁵² カルスホーベン「前掲専門意見書」（注350）48-49頁。

³⁵³ エリック・ダビッド「専門意見書 陸戦の法規慣例に関する1907年10月18日のハーグ第4条約第3条の直接的効果」藤田『前掲書』（注344）57-60頁。

³⁵⁴ *Krupp Case*, *supra* note 232.

³⁵⁵ UN Doc. A/RES/49/196 (23 Dec. 1994).

論ないし法哲学などから³⁵⁶、第3条の国内法秩序における直接適用可能性を強調している。グリーンウッドも、カルスホーベン意見書の結論を支持するものであるが、第3条の第2文が「一切の」という言葉を使用している点に注目し、同条による責任は軍隊構成員の職務上でない私的行為にさえも及ぶと付け加える³⁵⁷。さらに、湾岸戦争の戦後処理のために設立された補償委員会について、安保理決議687（1991年）が明示的に文民個人の請求権に言及したことを指摘し、この間、個人の戦争賠償権に関する新規の条約が締結されていないことから、これは1907年のハーグ陸戦条約第3条が被害者個人による賠償請求権を認められていることの確認にあたりと主張する³⁵⁸。

一方、被告国側の小寺意見書は、一般国際法上、法的に損害を蒙ったとみなされるのは国家のみであり、「個人が直接加害国に請求できる権利ではなく、あくまで国家のみが請求できるにすぎない」という基本的立場から、ハーグ陸戦条約第3条は国家責任法理の戦時における国家機関の行為への適用であると主張する³⁵⁹。そして、1907年の第二回ハーグ平和会議参加国の間で、「他国国民に国際法に違反して被害を与えた場合に国家責任が発生し、クレイムの形で個人の被害を補填するという仕組みを、彼等の共通理解が排除しているとする根拠はない」というのが通説的理解であるとして、カルスホーベン意見書に反論する³⁶⁰。

このように、いずれの専門家もハーグ陸戦条約第3条が、個人に対して賠償請求権という手続的権利を付与するものであるのかという観点から検討を加えている。東京高裁は原審の判断を支持しつつも、第3条の解釈について次のように述べた。

「そもそも、ハーグ陸戦条約及びハーグ陸戦規則の趣旨及び目的は、陸戦における軍隊の遵守すべき事項を定めて「戦争ノ惨害」を軽減しようということにある。ハーグ陸戦条約三条は、ハーグ陸戦規則に違反した国家の損害賠償責任につき規定しているものの、賠償の相手方を明記していない。また、個人が国家に対して損害賠償を請求するに当たっての手続規定もない。さらに、ハーグ陸戦条約が締結された当時の国際法において、その法主体性が認められるのは国家を原則としていたことは、すでに述べたとおりである。個人は、国際法においてその権利、義務について具体的な規定が置かれたときに、

³⁵⁶ ダビッド「前掲専門意見書」（注353）62-63頁、paras. 8-10。

³⁵⁷ クリストファー・グリーンウッド「専門意見書 元捕虜及び民間抑留者が、1907年ハーグ第4条や国より補償を求める権利」藤田『前掲書』（注344）74頁、para. 15。

³⁵⁸ 同上、79頁。

³⁵⁹ 小寺彰「意見書」藤田『前掲書』（注344）93-95頁。

³⁶⁰ 同上、97頁。

例外的に国際法上の法主体性が認められるにとどまるのである。(中略)このような事情からすると、ドイツ代表の上記の提案も、個人が加害国に対して直接に損害賠償を請求することを許容すべきであるとの明確な意図によるものとは認め難い。また、各国代表が、ヘーグ陸戦条約三条の起草過程において、ヘーグ陸戦規則違反の行為によって損害を被った個人に加害国に対する損害賠償請求権を与えることを意図していたなどとも認められないというべきである。当時の国際法上の一般的な考え方によれば、ヘーグ陸戦条約三条も、国家間の賠償について規定したにすぎないというべきである。」³⁶¹

そして、同様の理解は、米国国内判例の *Goldstar (Panama) SA* 事件や³⁶²、*Princz* 事件においても³⁶³、支持されていると説明する³⁶⁴。ここでの同条の起草過程についての理解は、主として小寺意見書に賛同するものであり、第二次世界大戦中に香港を占領した日本軍が発行した軍票と香港ドルとの交換を強制した件につき第3条に基づく損害賠償請求が申し立てられた事例でも採用されている³⁶⁵。このような見解は、ドイツ連邦通常裁判所(民事訴訟の最高裁)のディストモ事件も支持するところである³⁶⁶。

このように、第二次大戦についての戦後補償裁判の文脈で外交的保護や請求権放棄が議論されるとき、問題となる個人請求権は専ら国内法上のものとして扱われる。少なくとも第二次大戦の平和条約が前提としていたのは、第1章で指摘したように当時通説的地位を占めていた厳格な実証主義あるいは二元論に基づく国際法観であるのは明らかである。それによれば、国家は、自国民が他国の行為により侵害を受けた場合に外交的保護の請求をなすことのできるものであって、国際法は、個人に対する損害ではなく、国家に対する損害の

³⁶¹ 東京高判2001年10月11日、前掲判決(注49)2123頁。

³⁶² *Goldstar (Panama) SA v. USA*, Federal Court of Appeal, 4th Circuit, 16 Jun.1992, *ILR*, vol.96 (1994), pp. 58-59.

³⁶³ *Princz v. FRG*, Federal Court of Appeal, D.C. Circuit, 1 Jul. 1994, *ILR*, vol. 103 (1996), p. 611.

³⁶⁴ 「アメリカ合衆国第四巡回控訴裁判所の平成四年(一九九二年)六月一六日判決(乙15号証)は、米国のパナマ侵攻後の略奪及び暴動によってパナマの企業(団体名「ゴールドスター」)が受けた損害に関する訴訟につき、「国際条約は個人的に行使する権利を創設するものとは推定されない。」「裁判所は、条約が、個人の出訴権を付与する意思を全体として明示している場合に限り、自動執行性をもつと解する。」「ヘーグ陸戦条約は、個人が行使する訴権を明確に規定していない。我々は、同条約を全体として合理的に解釈しても、締約国がそのような権利を付与する意図があったという結論には達しない。」との判断を示した。また、アメリカ合衆国コロンビア特別区地方裁判所の平成六年(一九九四年)七月一日控訴審判決(乙16号証)も、ナチスのホロコーストから逃れ生き残った米国人のプリンツがドイツ連邦共和国を相手取って提起した訴訟において、「実体的な行動規範を定め、特定の不正行為に対して賠償が支払われるべきものという規定があるだけの国際条約は、(必ずしも)個人の請求権を創設するものではない。」「ヘーグ陸戦条約のいかなる条項も同条約の違反に対して個人に損害賠償請求権を付与することを示唆していない。」との判断を示した。前掲判決(注361)。

³⁶⁵ 東京高判2001年2月8日(香港軍票補償請求)。最三小判2001年10月16日にて上告棄却。

³⁶⁶ BGH, Urteil vom 26.06.2003, AZ: I ZR 296/00, in *BGHZ* 155, S. 279. 英訳は、*ILM*, vol. 42 (2003), p. 1030; *ILR*, vol. 129 (2007), p.556.

みを認知する³⁶⁷。この立場では、国家は国家主権を行使することで、自国民の法的権利能力を恣意的に制限し、彼らが国内・国際裁判所に法的にアクセスさせないようにすることができると理解された。これは国籍に基づく絶対的属人的主権の行使の結果として、国内法のみが個人に生じた損害を認識し³⁶⁸、国内法のみが個人と国家の間の権利義務関係を構築することができたからである³⁶⁹。このような理解は、領域国の外国人保護義務という概念が、そもそも「個人の権利」保護に関する一般国際法の反映であるとは理解されていなかったことから妥当な結論であるといえるだろう³⁷⁰。

3.2.2 強行規範

強行規範は、その性質上、国家間の合意によって形成される一般的な国際法規範よりも上位に存在する、個別国家の意思によって逸脱することはできない規範のことをいう³⁷¹。強行規範の定義としては、「いかなる逸脱も許されない規範として、また後に成立する同一の性質を有する一般国際法の規範によってのみ変更することのできる規範」という1969年に締結されたウィーン条約法条約第53条がしばしば引用されるが、国際法上の強行規範の存在自体は、既に20世紀前半から認識され始めていたといわれている³⁷²。しかし、近代国際法の最たる特徴は、主権国家の対等な併存を前提としてあらゆる法規範を合意に基づいて変更してきた国家実行そのものにあり、具体的にどのような法規範が個別国家の意思と無関係に強制的に適用される強行規範であったかを証明することは非常に困難である³⁷³。そもそも強行規範という概念自体が自然法に由来するものであり、実証主義的手法では簡単に証明することができないとの指摘もある³⁷⁴。

第二次大戦後の条約法法典化作業のなかで国連国際法委員会（ILC）は、国連憲章に反する違法な武力行使の禁止、国際犯罪の禁止、奴隷取引・海賊・ジェノサイド行為の禁止、人権・主権平等・自決権に対する侵害の禁止を強行規範の具体例として挙げており³⁷⁵、さ

³⁶⁷ Anzilotti, *supra* note 5, p. 10, para. 4.

³⁶⁸ *ibid.*, pp. 5, 8-9, para.3.

³⁶⁹ Deen-Racsmány, *supra* note3, p. 911, footnote 8.

³⁷⁰ 小畑郁「近代国際法における外国人の身体・財産の一般的・抽象的保護概念の登場——一九二六年英墨条約における典型条項の成立とそのイデオロギー——」浅田正彦（編）『二世紀国際法の課題』（東信堂、2006年）215頁。

³⁷¹ Orakhelashvili, A., *Peremptory Norms in International Law*, p. 8 (OUP, 2006).

³⁷² 小森光夫「強行規範」国際法学会（編）『国際関係法辞典』（第二版、三省堂、2005）181頁。

³⁷³ Frowein, J. A., “Jus Cogens,” *MPEPIL* (online ed., last updated on Jan. 2009), para. 3.

³⁷⁴ Orakhelashvili, *supra* note 371, pp. 36-38; Kolb, R., « Théorie du ius cogens international », *Rev. belge de d. int'l*, t. 36 (2003), p. 14.

³⁷⁵ Commentary to Article 50 of Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, in Report of the ILC on the work of its 18th session (Geneva, 4 May-19 July 1966), UN Doc. A/6309/Rev.1 in *YBILC 1966*, vol. II, p. 248, para. 3.

らに、国際司法裁判所（ICJ）も、ジェノサイドの禁止が強行規範にあたるとしている³⁷⁶。ただし、ILCもICJもこれらの規範の強行性を実証的に証明したわけではなく、むしろ宣言的に言及したにすぎない。現に、どのような国際法規則が強行規範違反にあたるのかについては、学会実務界を問わず現在でもなお論争的であり続けている。

それでもなお、第二次大戦当時における特定の *jus in bello* 違反が、当時においても強行規範違反であった可能性を完全には否定できない。現に、第二次大戦中のドイツによる戦争法違反行為に関与した個人を処罰するために米国・英国・フランス・ソ連が1945年8月8日に署名した「ヨーロッパ枢軸諸国の主要戦争犯罪者の裁判及び処罰のための協定（ロンドン協定）」の付属書である「国際軍事裁判所憲章」は、第6条で、それまでの戦争法関係の条約規則にはみられなかった個人の戦争責任の訴追・処罰について言及し³⁷⁷、その後実際に、これらの犯罪を第二次大戦中に行ったとされる個人が軍人・文民の区別無く責任追及され処罰された。確かに、個人の戦争責任を追及した実行はこれが史上初であり、遡及処罰にあたることの批判もなされる場所である。しかし、そこで適用された国際法規範の内容、つまり、国際軍事裁判所憲章第6条が同裁判所管轄下におく「犯罪」として定式化された「平和に対する罪」と「人道に対する罪」から、個人処罰の要素を除いた、特定の行動の禁止規範としての内容は、当時既に国家間関係では禁止されていたのではないだろうか。現に、同憲章第6条（a）項の「平和に対する罪」は *jus ad bellum*、（b）項「戦争犯罪」は *jus in bello* の違反行為について、責任者個人の責任を追及する旨の規定であり、これ

³⁷⁶ *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (DRC v. Rwanda)*, Judgment of 3 Feb. 2006, para. 64.

³⁷⁷ *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal*. London, 8 August 1945, *UNTS*, vol. 82, p. 279. ロンドン協定第2条により附属書たる国際軍事裁判所憲章も協定の一部として法的効力を持つ。国際軍事裁判所憲章第の日本語訳は、ペーター・プシビルスキ『裁かれざるナチス — ニュルンベルク裁判とその後』（大月書店、1981年）参照。

「第6条 この規約の第一条で言及するヨーロッパ枢軸諸国の主要戦争犯罪者の裁判及び処罰のための協定により設立された裁判所は、ヨーロッパ枢軸諸国のために、一個人として、又は組織の一員として、次の各犯罪のいずれかを犯した者を裁判し、かつ、処罰する権限を有する。次に掲げる各行為又はそのいずれかは、本裁判所の管轄に属する犯罪とし、これについては個人的責任が成立する。

- (a) 平和に対する罪。 すなわち、侵略戦争もしくは国際条約、協定もしくは誓約に違反する戦争の計画、準備、開始もしくは遂行、又はこれらの各行為のいずれかの達成を目的とする共通の計画もしくは共同謀議への参加
- (b) 戦争犯罪。 すなわち、戦争の法規又は慣例の違反。この違反は、占領地所属もしくは占領地内の民間人の殺害、虐待、もしくは奴隷労働もしくはその他の目的のための追放、俘虜もしくは海上における人民の殺害もしくは虐待、人質の殺害、公私の財産の掠奪、都市町村の恣意的な破壊又は軍事的必要により正当化されない荒廃化を包含する。ただし、これらに限定されない。
- (c) 人道に対する罪。 すなわち、戦前もしくは戦時中にすべての民間人に対して行なわれた殺人、殲滅、奴隷化、追放及びその他の非人道的行為、又は犯行地の国内法の違反であると否とを問わず、本裁判所の管轄に属する犯罪の遂行として、もしくはこれに関連して行なわれた政治的、人種的もしくは宗教的理由に基づく迫害行為。

上記犯罪のいずれかを犯そうとする共通の計画又は共同謀議の立案又は実行に参加した指導者、組織者、教唆者及び共犯者は、何人によって行なわれたかを問わず、その計画の遂行上行なわれたすべての行為につき責任を有する。」

らの規定はその文言からも明らかなように、近代国際法で禁止されていた国家の行為についての責任を、それを「立案又は実行に参加した指導者、組織者、教唆者及び共犯者」という個人への責任転嫁を図る規定である。(c)項の「人道に対する罪」についても同様であるならば、民間人の殺人、殲滅、奴隷化、追放及びその他の非人道的行為が、「政治的、人種的もしくは宗教的理由に基づく迫害行為」と認定される限度において、「戦前もしくは戦時中」であるかを問わず、つまり平時法によっても戦争法によっても、当時既に禁止されていたといえる。戦争中の行為については、各国が第一次・第二次大戦中の大規模な一般市民に対する残虐行為を戦時復讐として弁明したこと、つまりその行為自体は違法行為であるが敵国による違反行為との均衡要件を満たせば違法性が阻却される行為として説明した経緯からも明らかである。

このような強行規範の保護法益が、違反行為によって侵害された場合、被害者は責任国に対して賠償・補償を請求することも可能なのではないだろうか。そのような観点から、近年いわゆる「被害国」国内裁判所で興味深い判決が出現しはじめている。

すでに述べたとおり、ドイツは国家間での平和条約を締結できない状況にあったため、日本のように平和条約の請求権放棄条項の解釈は争点とならない。しかし、それと代替的に充実させられたドイツ国内法における「補償」制度から外れた被害者らが、外国裁判所においてドイツ政府を相手取り訴訟を提起した。問題となったドイツ軍の行為を強行規範に違反する行為であると認定することで、強行規範に違反する行為には裁判権免除が与えられないとする国内判決が 2000 年代になって出現しはじめたのである。

まずギリシャ破棄院のディストモ (*Distomo*) 事件は、第二次大戦中、ギリシャ・ディストモ村を占領したドイツ軍が 300 人以上の住人を殺害し私有財産を破壊行為について、1995 年に 250 人以上にのぼる被害者親族がギリシャで起こした集団訴訟であり、ドイツに賠償支払いを命じた原審が裁判権免除を根拠として控訴審により棄却された事例の上告審である。2000 年、ギリシャの最高裁に相当する破棄院は、私権の尊重について定める 1907 年のハーグ陸戦規則 46 条が強行規範に該当すると認定し、同規則に違反して行われたギリシャのディストモ村での虐殺行為によって、ドイツは「黙示的に」裁判権免除を放棄したため、当該行為は主権的行為としての裁判権免除の対象とはならないとする³⁷⁸。すなわちこれは、外国国家に与えられる裁判権免除が主権平等という国際法原則によって与えられるものである以上、国際法上正当でない行為についてまでそのような特権的待遇を与える必要はないという議論である³⁷⁹。問題の行為が文民一般に向けられた「人道に対する罪」である場合

³⁷⁸ *ibid.*, pp. 520-521.

³⁷⁹ Daivid, E., *Éléments de droit pénal international et européen* (Bruylant, 2009), p. 105.

は裁判権免除が与えられるべきではないとする論旨は、「国際法は強行規範に反する行為を主権的行為とはみなさない」とした米国連邦控訴裁判所のシダーマン・ドゥ・ブレイク (*Siderman de Blake*) 事件と類似しているが³⁸⁰、権利放棄は明示的でなければならないという原則からすれば、およそ支持できるものではない。その後、同様の事件でギリシャ特別最高裁はドイツの裁判権免除を肯定していることから³⁸¹、この判断の妥当性は非常に低いといわざるを得ない。ちなみに、同事件の原告が同時にドイツで提起した民事訴訟でも、ドイツ憲法裁判所はドイツ軍の行為は主権的行為にあると認定している³⁸²。

つぎに、イタリア破棄院の2004年のフェッリーニ (*Ferrini*) 事件は、第二次大戦で連合国軍への降伏後にドイツに占領されたイタリア戦線中のイタリアで、ナチスにより逮捕・監禁・絶滅収容所へ強制移送されうえ、軍需工場で強制労働させられたと主張するイタリア人の原告が、1998年にイタリア国内裁判所で損害賠償を求めてドイツを提訴し、原審、控訴審共にドイツの裁判権免除が認められた事例の上告審である。ここで破棄院は、侵害された「実体的権利」に人権を含めながら、それを主張するための「二次的権利」については別個に検討がなされている。イタリア破棄院は、上述のディストモ事件ギリシャ破棄院判決を検討して、戦争法の重大な違反が裁判権免除の放棄にあるとは言えないと批判する一方で³⁸³、絶滅収容所への強制移送と強制労働が、当時国際慣習法で禁じられていた国際犯罪に該当すると認定し、その根拠として1945年8月8日にロンドンで調印された国際軍事裁判所憲章第6条(b)項と、1907年ハーグ陸戦規則の違反を認定した同裁判所の判決を引用している³⁸⁴。すなわち、特定の重大な犯罪行動に関しては、被害者の基本的人権の保護が裁判権免除による国益の保護に優越するという³⁸⁵。ここでは、強行規範について議論されていないが、国際法規範の階層的構造(ヒエラルヒー)を前提に、基本的人権は裁判権免除に優越する上位規範であると認定されたのである。ICJの裁判権免除事件で被告となったイタリアは、この論点をさらに掘り下げた主張を行った。すなわち、「ある国が重大な国際人道法違反の被害者に対して賠償をする義務を履行せず、被害者が賠償請求す

³⁸⁰ *Siderman de Blake et al. v. Argentina*, US Court of Appeals for 9th circuit, Judgment of 22 May 1992, 965 F.2d 699, para. 58.

³⁸¹ *Margellos et al. v. Germany, Greece*, Special Supreme Court, Judgment of 17 Sep. 2002, pp. 531-533, paras. 14-15.

³⁸² BVerfG, Entscheidung vom 15.02.2006, AZ: 2BvR 1476/03. 英訳は、*Distomo Massacre Case (Greek Citizens v. FRG)*, *ILR*, vol. 135 (2009), p. 186.

³⁸³ *Ferrini et al. v. Germany, Italy*, Court of Cassation, Judgment of 11 March, 2004, *ILR*, vol. 128 (2006), para. 8.2.

³⁸⁴ *ibid.*, p. 666, para. 7.2.

³⁸⁵ *ibid.*, p. 673, para. 10.2.

のための実効的な手段を講じない場合には、当該国は被害者国籍国の裁判所において裁判権免除を主張する権利を剥奪される」という³⁸⁶。

これらの判決について、ドイツは裁判権免除原則違反と主権の侵害を主張してイタリアを提訴し、ICJもドイツの主張を認めている³⁸⁷。すなわちICJによれば、主権平等という国際法の絶対的前提を支える裁判権免除のほうが、基本的人権の保障よりも上位の国際法規範として認定されたということになる。このように、これらの判決は現行の国際法と一致しないものとして捉えられている。

また、欧州人権裁判所の2008年のアル・アドサニ（Al Adsani）事件判決では、強行規範と慣習国際法規則との関係性について、極めて示唆的な回答を示している。同事件は、クウェート政府によるクウェートでの拷問行為及び英国での脅迫による身体的・精神的損害について、申立人は損害賠償請求訴訟を英国で提起したが外国国家の享有する裁判権免除を根拠として訴えが棄却されたことが、英国政府による欧州人権条約第3条（拷問の禁止）および第6条（公正な裁判を受ける権利）に違反するかが争われた³⁸⁸。最大の論点となったのは、条約が保障するこれらの人権と一般国際法上の外国国家の裁判権免除原則が抵触するときに、いずれを優先させるのかという問題であったが、裁判所は、拷問禁止規則の強行規範性を認めながら、それによって民事賠償訴訟における裁判権免除原則の適用が排除される訳ではないと結論した³⁸⁹。換言すれば、国家主権の尊重に深くかかわる慣習国際法規則は、国際法上の強行規範の違反を構成するような個人の人権侵害を契機とする損害賠償請求であっても、民事賠償訴訟においては個人の請求権に優位することがここで示されたのである。

以上のように、侵害された法益が強行規範によって保護されるものであったとしても、そのことのみをもってして、国家主権尊重により外交関係を保持するための慣習法規則が反故にされることは現時点ではありえないと考えるのが妥当であるように思われる。

3.3 国際人権法

外交的保護と国際的な人権保障制度とでは、その制度設計自体が根本的に異なる。私人による国際請求提起の手段の欠如を前提として発展してきた外交的保護に対して、国際人

³⁸⁶ *Jurisdictional Immunity* (Germany v. Italy), Merits, Judgment of 3 Feb 2012, para. 80.

³⁸⁷ *ibid.*, paras. 84-85, 92-96.

³⁸⁸ *Al Adsani v. UK*, ECHR App. no. 35763/97, Judgment of 21 Nov. 2001, paras. 50-51.

³⁸⁹ *ibid.*, para. 61.

権条約制度では被害者は損害賠償請求を行うという二次的権利も有することが当然とされている³⁹⁰。自由権規約や欧州人権条約に代表される地域的人権条約は、自己完結的制度（self-contained regime）を有する条約の代表例であり、個人や国家が申し立てる締約国の違反又は解釈適用に関する紛争を、条約制度内で解決するための紛争処理機関が充実している。

ただし、自己完結的であるはずの人権条約制度においても、現実の紛争処理にあたっては、条約規則の適用が一般国際法あるいは慣習国際法の規則と抵触する場合があります。法制度間での調整を裁判所が行わなければならない局面が生じる。人権条約制度内において、被害者が外交的保護に関する主張を行う場合、外交的保護の制度内容の解釈を補完するものとして人権条約を援用する傾向にあるが、アル・アドサニ事件と同様に考えるのであれば、慣習国際法の規則でありかつ他国への内政干渉である外交的保護制度の実施についても、人権条約違反の主張は認められない可能性が高いと言わざるを得ない。さらに、いずれの人権条約も「外交的保護を受ける権利」に関する明文規定を有しないこと、また以下にみる理由からも、外交的保護を基礎づける根拠として国際人権条約を援用することは非常に困難であることに変わりはない。

3.3.1 事項的管轄による制約

欧州人権条約と外交的保護との関係が最初に議論されたのは、1978年のベルナルド・ラッセル平和財団対英国事件についての欧州人権委員会決定であった。同財団は、英国において世界平和の促進を目的に設立され、ソ連に所在する個人宛に人権問題に関する内容を含む書留郵便を数年にわたり送付していたところ、これら郵便物についてソ連当局が配達を拒否または紛失する事態が多数発生した。そのため、英国郵便当局が万国郵便条約に基づき自国およびソ連の郵便当局での郵便物取扱いについて調査を行ったが責任の所在は明らかにされず、1974年になって英国郵便当局はソ連宛の全ての書留についてモスクワでの郵便物引渡地点まで追跡を行うことにした。翌年、ソ連郵便当局から英国郵便当局に対し、ソ連国内法に抵触する活動に利用された郵便物についてはいかなる賠償も行わないという通達を行い、さらに原告を含む個人からの照会についても賠償を否定する旨の返答を送付した。これに対して、原告はソ連による郵便物没収を違法と主張して、万国郵便連合、英国郵便当局及び英国産業大臣と交渉を行ったが、万国郵便連合は配達先の国内法に抵触する郵便物の没収は合法であるとの態度をとったことから英国当局も消極的態度をとったため、原告は当時、欧州人権条約を締結していなかったソ連による不法に対する英国政府の無作為が条約第8条及び10条を構成するとして問題視し、国際人権法の近代的発展に伴い、

³⁹⁰ *supra* note 302.

外交的保護はもはや排他的に国家裁量に服さず、本件のような人権侵害の程度が甚だしい事例においては、「国家は現在、国民の人権保護を、自国及び海外において、外交的努力の最優先課題とすることが要求されている」と主張した³⁹¹。

これに対し、欧州人権委員会は、次のように述べて請求を棄却した。

「締約国が管轄内にある者に対して外交的保護あるいは締約国によるその他の措置を執ることを求める権利それそのものとしては、条約によって保障されていない。」³⁹²

ラッセル平和財団事件での決定判断は、1987年のカパス対英国事件³⁹³、1998年のレシ対フランス事件の欧州人権委員会決定³⁹⁴、さらに2000年のAC対イタリア事件の欧州人権条裁判所の決定でも支持されており³⁹⁵、外交的保護の問題は条約規定の「事項的管轄 (ratione materiae)」と「両立せず (incompatible)」受理不能であるとしている。

³⁹¹ *Bertrand Russell Peace Foundation v. UK*, ECHR App. no. 7597/76, 14 DR 117, Decision of 2 May 1978, pp. 121-122.

³⁹² *ibid.*, p. 123.

³⁹³ *G.Kapas v. UK*, ECmmHR App. No. 12822/87, Decision of 9 Dec. 1987, p. 203. 原告は英国人であり、英国政府は彼に対し「法的援助」を与えることを拒否したことで第6条1項の公正な裁判を受ける権利を侵害したと主張した。背景事実は次の通りである。1971年にキプロスへ移住し莫大な土地と財産を所有していたが、1974年のトルコによる北キプロス占領に伴いその大部分が収用されたため、英国大使館の斡旋でトルコ系キプロス請求権委員会に補償申し立てを行ったところ、彼がギリシャ人及びギリシャ系キプロス人と関係があるとして却下された。その後、英国政府による事態への介入を求めるも拒否されたため、1960年にキプロスの独立を認めるために同国、ギリシャ、英国及びトルコの間で締結された保証条約を根拠に、英国政府はトルコに対して原告の財産の返還と適正な補償を求める法的措置をとる義務があるとして、本件決定時に英国内で訴訟を継続中であった。

³⁹⁴ *A. Leschi and Others v. France*, ECmmHR App. no. 37505/97, Decision of 22 April 1998, pp. 124-125. 原告は、ロシア債権少額投資家協会会員の433名のフランス国民であり、欧州人権条約第一議定書第1条の財産権侵害を主張している。1860年から1904年の間にロシア政府及び企業がフランス人投資家向けに発行した債権が、1917年のソビエト革命後に無効化されたことをめぐり、1926年にフランス政府が提案した二国間会議を1927年にソ連政府も受け入れる姿勢を示すものの、ソ連崩壊まで一切の交渉は行われず、1992年にフランスロシア間で締結された友好協力条約第22条で両国間の債権問題解決へ向けて可及的速やかに合意に至るべきことが確認されたのを契機として、ここで初めて二国間で交渉が開始された。両国は1996年11月に合意にいたり、1997年5月に合意に署名、ロシア政府は同7月に賠償金を支払った。この間、原告は「フランス当局はソ連政府とその承継国と〔ロシア債権少額投資家〕協会会員のために賠償金を得るための交渉を拒否していた」として行政訴訟を提起したが、1993年パリ行政裁判所は「この件に関してフランス政府が行った如何なる決定も、二国間での国際関係における行為と別に考えることはできないため、原告の請求は裁判所の管轄外にある」として訴えを棄却した。

³⁹⁵ *A.C. et autres c. Italie*, décision du 11 juillet 2000, CRDH requête no. 40812/98, décision du 11 juillet 2000, p. 4. 原告は1946年にポーランド政府が国有化した出版社の50%を相続したイタリア人である。原告らは1949年にイタリア政府に対しポーランド政府と賠償交渉を行うように要求し、その後ポーランド政府から賠償額の提示があるも交渉は難航し、1965年に交渉権限をイタリア政府に付与するよう原告に依頼、1980年第16号法律にて外国政府が国有化したイタリア人の外国財産について補償を得る権利を認定するなどしていたが、実際に原告らに賠償が支払われたのは2000年3月13日である。他方で、同じ出版社の残りの50%を相続した英国国民も同じく国有化に伴う損失の補償を求めてロンドンの外国賠償委員会へ提訴し、1960年5月5日の決定で補償を得ている。本件では、このようなイタリア政府による怠慢な賠償交渉が、欧州人権条約第6条1項違反に該当すると原告らは主張した。

3.3.2 領域的管轄による制約

ラッセル平和財団事件では、この問題を条約との関係で再構成するならば、第1条の下で締約国が「管轄内にあるすべての者」に対する人権保障の義務から導かれるのかということになるとしつつ、次のように判断して本件を不受理とした。

「本件のように締約国がそうしないことで同管轄内の者が不利益 (adverse effect) を受ける場合でも、非締約国が自国管轄内で行う行動についても条約の保障する権利と自由を尊重するように締約国が保障する義務を第1条が創設していると解釈することは、条約法条約第34条に定める一般的 [解釈] 原則に照らしてもできないのである。」³⁹⁶

領域的管轄の問題を克服しようとする主張は、一般に域外適用法理 (extraterritorial jurisdiction) と呼ばれる。これは上記のラッセル平和財団事件決定の1978年当時は認められていなかったが、1991～2001年の欧州人権裁判所判決にて開発され、欧州人権条約が「生ける文書 (living instrument)」と呼ばれる所以ともなった画期的な法解釈・適用方法である。締約国領域外で発生したあるいは発生する予定の行為を実質的根拠として訴訟が提起されるためそう呼称されるが、法的には締約国領域「内」での締約国政府の決定等が問題視されているのであって、厳密な意味では締約国域外の不法行為に対して条約による規律を及ぼそうとしている訳ではない。ただし、実質的には締約国領域外での出来事について介入することになるため、内政干渉への懸念から、以下の2つの要件に合致した場合にのみ例外的に認められる。

第一の要件は、被害者に対する侵害が「重大かつ回復不能な性質 (serious and irreparable nature)」であることである。この基準は、死刑廃止国が死刑存置国に対して犯罪人を引渡たすことが、欧州人権条約第3条の禁ずる拷問禁止に該当するかが争われた、1989年の欧州人権裁判所のゼーリング対英国事件で明らかにされた³⁹⁷。自由権規約委員会の個人通報事例では、このような引渡が自由権規約第6条1項の生命に対する権利を侵害するかが争われ、1991年のキンドラー対カナダ事件では死刑廃止国が同条の下で引渡しを拒否する義務はないという見解が出されたが³⁹⁸、2003年のジャッジ対カナダ事件でこの判断は覆され、死刑を執行しないと保証なしに引渡しを行うことは6条1項に違反するという見解が示された³⁹⁹。委員会は、見解変更の理由として、この間の死刑廃止に関する自由権規約第二選択

³⁹⁶ *ibid.*, p. 124.

³⁹⁷ *Soering v. UK*, ECHR App. no. 14038/88, 7 Jul. 1989, para. 90.

³⁹⁸ *Kindler v. Canada* (470/1991), CCPR/C/48/D/470/1991, para. 14.4.

³⁹⁹ *Judge v. Canada* (829/1998), CCPR/C/78/D/829/1998.

議定書の批准・加盟状況と死刑執行停止の状況を根拠に、国際的コンセンサスの変化を指摘している⁴⁰⁰。これらの事例からも明らかのように、実際に「重大かつ回復不能な性質」として特別の考慮が払われる条約上の権利は、人命に関わるものに限定されている⁴⁰¹。

第二の要件としてより重要であるのは、問題となる不法行為が締約国領域あるいは締約国領域と同視できる地域で発生し、さらに被害者もその不法行為発生の現場にいないなければならない。この議論は、前述のゼーリング対英国事件において、被告英国が問題とされた死刑宣告と「死の順番待ち」現象は米国バージニア州当局の行為によるものであり、英国の「管轄内」にはないため第3条の義務を負わないと主張したことに対し⁴⁰²、欧州人権裁判所は、ゼーリングの米国での待遇について予見可能性が極めて高い中で、死刑執行停止の保証なしに引渡すという「締約国による決定」を問題視したことにはじまる⁴⁰³。この要件についての詳細は、2001年のバンコヴィッチ対ベルギー他16か国事件で明確化された。同事件の原告は、ゼーリング事件判決を根拠として、NATO軍による旧ユーゴ紛争でのテレビ局爆撃について爆撃を行うという「締約国による決定」を根拠として条約違反を訴えたが⁴⁰⁴、実際に被害が発生した地域について公権力を行使して実効的に支配していなければ締約国による違反行為とは言えないとして原告の訴えを棄却した⁴⁰⁵。すなわち、ゼーリング事件では問題の個人が締約国領域内にいたのに対し、本件では締約国領域外にいることを根拠に、締約国による違反が認定されないとした⁴⁰⁶。この2つの事件の間に域外適用が認められた事例では、いずれも被害者の所在する領域について締約国が「実効的支配」⁴⁰⁷、あるいは「究極的権限と支配」を及ぼしていたために⁴⁰⁸、締約国領域と同視できるとされた事例であり、このような被害者及び不法行為は、不法行為発生時点において欧州人権条約が

⁴⁰⁰ 坂元茂樹「条約実施機関の解釈権能—自由権規約2条1項の解釈をめぐって」同(編)『国際立法の最前線』(有信堂、2009年)142-143頁。

⁴⁰¹ ICJの仮保全措置命令でも裁判所の人的管轄の要件を緩和する根拠とされている。Iwamoto (Lee), Y., "The Protection of Human Life through Provisional Measures Indicated by the International Court of Justice," *Leiden Journal of International Law*, vol.15 (2002), p. 346.

⁴⁰² *Soering v. UK*, *supra* note 397, paras. 83-88.

⁴⁰³ *ibid.*, para. 91.

⁴⁰⁴ *Banković and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States*, ECHR App. no. 52207/99, Decision of 12 Dec. 2001, para. 53.

⁴⁰⁵ *ibid.*, para. 71. Such narrower scope of jurisdiction is also upheld by *Issa and others v. Turkey*, ECHR App. no. 31821/96, Decision of 30 May 2000, paras. 71-74; *R (Al-Skeini and others) v. Secretary of State for Defence* [2008] 1 AC 153 (House of Lords) (Al-Skeini HL) and [2007] QB 140 (Court of Appeal) (Al-Skeini CA).

⁴⁰⁶ *ibid.*, para. 68.

⁴⁰⁷ *Loizidou v. Turkey*, ECHR App. no. 15318/89, Judgment of 23 Mar. 1995, para. 63.

⁴⁰⁸ *Behrami and Behrami v. France & Saramati v. France, Germany and Norway*, ECHR App. nos. 71412/01 and 78166/01, Decision of 2 May 2007, para. 133.

適用される「法空間 (the legal space /espace juridique)」に同時に存在していなければならない⁴⁰⁹。このように欧州人権条約における「管轄」概念は極めて領域との結びつきが強く、被害者が締約国国籍を有していることのみを根拠としては、彼らが締約国管轄下にあるとはいえないという判決もでている⁴¹⁰。そして、同様のことは自由権規約にもあてはまる。現に、同規約の準備作業で「国家は、自国管轄に服する個人 (person) がたとえ自国領域の外にいたとしても、彼らの権利を保護することは可能である」が「そのような場合には、外交的手段(channels)を通じてのみ行動が可能」⁴¹¹、すなわち締約国領域外での人権侵害については外交的保護に頼るのが原則であるという。

欧州人権条約のいうような「法空間」内に被害者が所在する場合には、条約制度に基づいて加害国の違反認定が行われるので外交的保護の出る幕はない。要するに、領域的管轄との関係では、人権条約制度と外交的保護制度は全く相容れないため、両者を組み合わせで論じることは不可能であると言わざるを得ない。

3.3.3 時間的管轄による制約

以上のような条件を満たしたとしても、その原因となる行為が条約発効以前に発生したのであれば条約によって規律されない。ただし、上述したようにドイツの戦後「補償」制度が漸進的拡張されてゆく複雑な経緯の中で、「補償」を得られないまま法の間隙に取り残された人々が、その取り残された状態の違法性を問う訴訟が欧州人権裁判所に提起される。すなわち、戦時中の強制労働から立法不作為あるいは裁判拒否までを、「全体として違法となる一連の作為又は不作為」として捉えようとする主張である⁴¹²。

2007年のANRP対ドイツ事件では、原告は「解放戦争による禁固抑留に関する全国旧軍人協会」およびその会員275名(強制労働被害者本人または相続人)であり、主として1943年のドイツによるイタリア占領後に捕虜となったイタリア人元兵士である⁴¹³。彼らは1944年夏に同意なくその地位を民間雇用者(Ziviles Arbeitsverhältnis)に変更され、軍需工場で強制労働に従事させられた。1961年に西ドイツとイタリアとの間で締結された「国家社会主

⁴⁰⁹ *ibid.*, para. 80.

⁴¹⁰ *Gentilhomme, Schaff-Benhadj and Zerouki v. France*, CEDH requête nos. 48205/99, 48207/99 et 48209/99, décision du 14 mai 2002.

⁴¹¹ GAOR 10th Session (1955), Annexes, UN Doc. A/2929, Part II, Chap. V, para. 4; Nowak, *supra* note 302, Article 2, para. 27, p. 43.

⁴¹² 合成的行為から成る違反の概念については、2001年ILC国家責任条文第15条を参照。

⁴¹³ *Associazione Nazionale Reduci Dalla Prigionia dall'Internamento e dalla Guerra di Liberazione (ANRP) & 275 others v. Germany*, ECHR App. no.45563/04, Decision of 4 Sept 2007 [hereinafter, “ANRP v. Germany”]. ただし本件原告のうちフェッリーニ(Ferrini)氏及びアッチディーニ(Accidini)氏は、拘束当初から捕虜ではなく文民であった。

義の迫害措置に服したイタリア国民に対する補償」についての合意では、補償金の支給対象はナチズムによる「迫害」の被害者に限定される一方で、同時に締結されたイタリア人のドイツ政府に対する請求権は放棄されることになった⁴¹⁴。強制労働被害者はドイツ連邦補償法による「補償」の対象ではないため、原告らは長らくいかなる補償も得ることができない状況にあり、強制労働被害者を救済するためにドイツが制定した国内法である財団設置法第 11 条 3 項も元捕虜を補償受給資格者から明示的に除外しているため⁴¹⁵、同財団から個人補償を受け取るための窓口「パートナー機関」の一つである国際移住機関 (IMO) に原告らが提出した補償請求も却下されている⁴¹⁶。

また原告は、財団設置法によってドイツ民法および国際法の下で原告らが享受すべき金銭賠償の権利 (ドイツ基本法第 14 条の定める財産権) が侵害されたとする憲法異議をドイツ連邦憲法裁判所申し立てている⁴¹⁷。これに対しドイツ連邦憲法裁判所は、2004 年 6 月 28 日の決定で、戦争法違反行為についての「賠償」請求権はハーグ陸戦条約第 3 条からは導かれないこと、ハーグ陸戦法規第 6 条では捕虜を労務者として使役することが認められていること、このような法状況を鑑みれば一般の戦争罹災者とナチズムによる「迫害」被害者との区別は合理的であり財団設置法第 11 条 3 項による捕虜への補償受給除外は差別的規定とはいえないこと、および補償受給者の請求権排除は立法裁量内であることなどを指摘し、原告らの違憲異議申立を却下している⁴¹⁸。一部原告は、ベルリン行政裁判所およびベルリン上級行政裁判所において、イタリア人元捕虜が財団設置法の下で補償受給者たることの確認請求 (Feststellungsklage) や、彼らが財団による補償を受給できるように連邦財務大臣が財団を指導すべき義務の確認請求 (Verpflichtungsklage) をしたが、いずれも財団設置法はパートナー機関に対する個人請求権を確立するものではないという理由で請求が棄却されている⁴¹⁹。

本件欧州人権裁判所における訴訟で原告は、ドイツによる第二次大戦中の強制労働そのものではなく、戦後における上述の「IOM、ドイツ連邦憲法裁判所、ベルリン行政裁判所お

⁴¹⁴ Art. 3 of Agreement 1961 between FRG and Italy, *supra* note 185.

⁴¹⁵ 第 11 条 (受給資格者) (3) 「戦時捕虜であったことは、受給資格の根拠とならない。」 「前掲法律」 (注 170) 27 頁。

⁴¹⁶ *ANRP v. Germany*, *supra* note 413, p. 5.

⁴¹⁷ *ibid.*, pp. 3-5. 憲法異議とは、ドイツ基本法第 93 条に基づき、最終審判決や行政行為だけでなく、一定条件下の立法行為にまでを対象として個人から申し立てられる違憲審査の一種であり、基本権貫徹のための特別の権利救済手段である。アルブレヒト・ヴェーバー 「連邦憲法裁判所—その基礎と最近の発展—」 『比較法学』第 41 巻 3 号 64-65 頁。

⁴¹⁸ BVerfG, Entscheidung vom 15.02.2006, AZ: 2 BvR 1476/03, *NJW*, vol. 59 (2006), S. 2543. またフェッリーニ氏については、受給資格のひとつである強制収容所への収監 (財団設置法第 11 条 1 項 1 号) が確認されないため、同法による補償の対象外であるとされた。

⁴¹⁹ *ANRP v. Germany*, *supra* note 413, pp. 5-6.

よびベルリン上級行政裁判所による決定」によって「強制労働の違法性を是認し損ねた」ことこそが、欧州人権条約に違反すると主張したのである⁴²⁰。すなわち、欧州人権条約第5条4項及び5項（自由及び安全についての権利）の違反、IMO決定の再審査の否定による第6条1項（公正な裁判を受ける権利）違反、および外国人又はイタリア人捕虜に対する差別による第14条（差別の禁止）違反、さらに第一議定書第1条（財産の保護）の違反を訴えた。

このような原告の訴えに対し、欧州人権裁判所は、まず第二次大戦中の強制労働それ自体は時間的管轄（*ratione temporis*）から条約による規律の対象外であり第5条違反を構成しないという⁴²¹。さらに、欧州人権条約は条約の批准前に生じた損失または損害に対する救済を行うべき義務を条約は締約国に課すものではないと指摘する。条約の適用上、ドイツは原告らの強制連行および強制労働それ自体に対する救済義務がないこと前提に、締約国は補償範囲の設定について「広範な評価の余地」を有するのであり、その補償対象とならなかったからといって財産保護に必要な「現実の所有（*existing possessions*）」または「正当な期待（*legitimate expectation*）」があったとはいえない⁴²²。よって、本件は第14条および第一議定書第1条（財産の保護）の違反があったとはいえないという。

次に、捕虜であったか文民であったかに拘わらず強制労働被害者が金銭「賠償を求める権利」というものが存在しないこと理由として、ドイツ国内立法や裁判実行によって補償を得られるという「正当な期待」原告は持ちえなかったと指摘する。すなわち、

「財団設立法が発効するまでは、国際公法も国内法も強制労働についての賠償請求権を認めていた訳ではない。強制労働に対する請求を唯一認めている法律は、財団設立法である。（中略）財団設立法の下で原告は明示的に受給者から除外されており、かつ強制労働についての金銭賠償（*compensation*）は近年になって、ドイツ連邦共和国史上初めて財団設立法のみが規定するところに過ぎないことから、本裁判所は、原告は賠償請求権を有していたと言うことはできず、この結論に議論の余地はないと考える。」⁴²³

以上のように述べて欧州人権裁判所は、ドイツの立法不作為あるいは国内裁判所の判決が、裁判拒否として第6条1項（公正な裁判を受ける権利）の違反にあたるとはいえないと結論した。

⁴²⁰ *ibid.*, pp. 10-12.

⁴²¹ *ibid.*, pp. 11-12.

⁴²² *ANRP v. Germany*, *supra* note 413, p. 13.

⁴²³ *ibid.*, pp. 15-16.

同様の判断は、連合国民による訴訟の中でも繰り返されている。2011年のスフントリウス事件は、第二次大戦中のギリシャ・ディストモ村を占領したドイツ軍による住民の虐殺と私有財産を破壊行為について争われた事件である。ギリシャは1941年4月のギリシャの戦いに敗北し、ドイツ・イタリア・ブルガリア3国による分割占領状態におかれて傀儡国家ギリシャ国体制になったが、第二次大戦後にイギリスに亡命していた政府が帰還した。そのため、第二次大戦の戦後処理は連合国として参加し、現に1946年1月にパリで締結された「ドイツから受ける賠償、連合国間賠償機関および貨幣用金に関する合意」にも参加しているが、すでに見たようにドイツと連合国間では「賠償」問題は棚上げされたままになっていた。そこで、西ドイツは「自主的」な補償金支払いという形での二国間「包括的協定」をギリシャとの間で1960年3月18日に締結し、1億1500万ドイツマルクの補償金をギリシャに支払った⁴²⁴。

原告はまず、ドイツ国内裁判所に損害賠償請求を提起したが⁴²⁵、第一審のボン地裁はドイツ国内法および国際法上原告に請求権存在しないとして請求を棄却し⁴²⁶、控訴審のケルン上級地方裁判所⁴²⁷、そして上告審の連邦通常裁判所（民事事件の最高裁）も原判決を支持した⁴²⁸。すなわち、被害者に対して生じた損害も国際公法上はその国籍国に対する損害と看做されるが故に被害者の国籍国たるギリシャのみが「賠償」請求権を有するのであって⁴²⁹、そのような理解は少なくとも1944年当時には支配的であったことを確認している⁴³⁰。ドイツ連邦憲法裁判所も、戦争法違反行為についての「賠償」請求権がハーグ陸戦条約第3条からは導かれえないとする結論を定説として支持している⁴³¹。

原告は、このようなドイツ裁判所の態度が欧州人権条約第一議定書第1条（財産の保護）の違反を構成し、また被害者救済のためのドイツ国内立法の不作为は欧州人権条約第14条（差別の禁止）の違反にあたりと主張して、欧州人権裁判所にドイツ政府を提訴した⁴³²。これに対して被告ドイツ政府は、「国際人道法違反の被害者の損害の賠償は、原則として

⁴²⁴ *Sfountouris et autres c. Allemagne*, CEDH requête no. 24120/06, décision sur la recevabilité en 31 mai 2011, p. 2.

⁴²⁵ *ibid.*, pp. 3-9.

⁴²⁶ LG Bonn, Urteil vom 23.06.1997, AZ 1 O 358/95, *BeckRS (Rechtsprechung)* (2011), p. 248664.

⁴²⁷ OLG Köln, Urteil vom 27.08.1998, AZ 7 U 167/97, S. 5.

⁴²⁸ BGH, *supra* note 366, S. 279. 英訳は、*supra* note 366, p. 1030.

⁴²⁹ OLG Köln, *supra* note 427, para. 50.

⁴³⁰ BGH, *supra* note 428, S. 291.

⁴³¹ BVerfG, *supra* note 418, S. 2543.

⁴³² *Sfountouris c. Allemagne*, *supra* note 424, p. 11.

戦争補償制度によって保証される」のであり、戦争補償については国家に広範な裁量権があるという⁴³³。上述のドイツ国内裁判所での判断理由に加えて、「ハーグ陸戦条約第3条及び同条約附属書第23条h)項の解釈は、ウィーン条約法条約第31条及び32条の定める解釈手法に合致し、国際法学説における通説ならびに日本及び米国国内裁判所判例と当裁判所の判例に一致していた」と反論した⁴³⁴。

欧州人権裁判所は、まず、本件で原告が主張する私有財産の破壊は、第一議定書第1条の意味での現実の財産ではないこと、欧州人権条約は加盟国にその先行国による不正あるいは被害を賠償する義務までは課していないことを確認したうえで以下のように述べた。

「本件において〔ドイツの〕民事裁判機関は、国際公法、特にハーグ陸戦条約第3条及び同条約附属議定書第23条g)に直接基づいて金銭賠償を得る原告個人の権利の存在を考慮に入れなかったことに、本裁判所は留意する。(中略)すべての要素を考慮に入れても、本裁判所は、ドイツ裁判所が行った国際法及び国内法の適用と解釈が、不合理で恣意的であったと結論するだけの確信があるわけではないと考える。ゆえに原告の金銭賠償請求訴訟は、国際法あるいは国内法による規定にも、判例にも基づくものではない。」

435

よって、戦争賠償の処理は国家裁量の範疇にあるため、本件係争事実による損害についての金銭賠償について原告は正当な期待を有していたとはいえず、欧州人権条約第14条は適用されないと結論する⁴³⁶。

以上のように、人権条約が適用される以前の政府行為を根拠として、賠償を得るべき「正当な期待」を根拠にすることはできないという原則が、ドイツ戦後「補償」の文脈でも確認されたのである。

条文の発展的解釈手法によって広範な人権保障を実現してきた欧州人権裁判所が、戦後補償裁判に対して消極的姿勢を示すこと極めて示唆的である。すなわち、他の人権条約の枠組みにおいても、戦後補償問題は扱うことができないと推察されるのである。少なくとも1944年当時における強制労働に関する個人の賠償請求の問題は、国際人権条約の保障範囲には取り込まれえない、両者は法的に交わらない別次元に存在する問題であることが明

⁴³³ *ibid.*, p. 17.

⁴³⁴ *ibid.*, p. 12.

⁴³⁵ *ibid.*, p. 16.

⁴³⁶ *ibid.*, p. 17.

らかにされた意義は、第二次大戦の戦後処理が行われた時期までは、国家間合意によって人権も法的に処分可能であったという事実を裏付けるところにあるように思われる。

3.4 国内法

ICJは、1962年のバルセロナ・トラクション事件第二段階判決で次のように述べている。

「国内法制定者は、国家に対して在外自国民の保護義務を課しうるものであり、国民に対しても当該義務の履行を要求する権利を与えることができ、そして権利に対応する制裁を付与する。しかし、これらすべての問題は国内法の範疇にとどまるのであって、国際的地位に影響は与えない。」⁴³⁷

以上でみたように、国際法から外交的保護義務を導き出すのが困難である以上、ICJも認めるように、各国の国内法こそが外交的保護義務の根拠としては最も有用であるように見受けられる⁴³⁸。なぜなら、「国際法は、自国領域外の人、財産および行動に対して国家が管轄権を及ぼすことを一般的に禁止しているどころか、むしろ禁止規則が存在する特定の場合を除いてこの点に関する広い裁量権を国家に残している」からである⁴³⁹。

国内法による在外自国民外交的保護の義務化は、外国で発生した不法行為そのものではなく、被害者の本国が事態に介入しないという政府の決定にこそ違法の根拠を見出す議論であり、その意味で、人権条約の域外適用法理と同趣旨の議論であると理解できる。

3.4.1 憲法の人権規定による外交的保護の義務化

国民が外交的保護を受ける権利あるいはそれに対応する外交的保護義務を政府に課するという憲法規定をもつ国として、ILC 外交的保護条文の特別報告者デュガードが提出した第一報告書が指摘するのは、アルバニア、ベラルーシ、ボスニア・ヘルツェゴビナ、カンボジア、中国、クロアチア、エストニア、グルジア、ガイアナ、ハンガリー、イタリア、カザフスタン、ラオス、ラトビア、リトアニア、ポーランド、ポルトガル、韓国、ルーマニア、ロシア、スペイン、マケドニア、トルコ、ウクライナ、ベトナム、ユーゴスラビアである⁴⁴⁰。憲法上の明文規定は、政府に対し在外自国民の外交的保護のための行動をとるよう裁判所

⁴³⁷ *Barcelona Traction*, *supra* note 13, p. 45, para. 79.

⁴³⁸ Vermeer-Künzli, A., "Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection," *Nordic J. of Int'l L.*, vol. 75 (2006), pp. 281-282.

⁴³⁹ *S.S. Lotus* (France v. Turkey), PCIJ Series A, No. 10 (1927), p. 19.

⁴⁴⁰ Dugard, "First Report," *supra* note 295, para. 80.

が命じることを要求する「積極的義務論」、あるいは外交的保護に関する政府決定の適法性を事後的に裁判で争い損害賠償を求める「消極的義務論」のいずれをも基礎づける強力な根拠となりうる。韓国憲法裁判所が2011年8月30日の判決で、韓国政府が日韓請求権協定の紛争解決条項に基づき個人に対する戦後補償問題に対する実効的措置を執らないことは不作為による人権侵害を構成し憲法違反にあたると判断しているが⁴⁴¹、これも憲法規定が外交的保護を義務化しているからこそその結果と評価することができる。他方で以下にみるように、明文規定がなくとも解釈によって自国民に対する外交的保護を義務化する国も存在している⁴⁴²。

3.4.1.1 ドイツ連邦共和国

伝統的にドイツの憲法は、国民の外交的保護を義務化してきたことで有名である⁴⁴³。例えば、1867年北ドイツ連邦憲法第3条、1871年帝国憲法第3条、1919年ワイマール憲法第112条2項などは、国民が政府に対して在外自国民保護を求める権利を明示的に規定してきたが、現行の1949年ドイツ連邦共和国基本法では当該規定は存在しない⁴⁴⁴。これは第二次大戦後にドイツを占領した連合国がドイツの越境行動を警戒したことによるとされているが、在外自国民保護に関するドイツ憲法学の伝統がある以上は、明文規定を欠く現行法においてもそのような確立した原則が存在することが学説だけではなくドイツ連邦憲法裁判所の判決によっても度々確認されている⁴⁴⁵。すなわち、ドイツ憲法学の伝統に従えば、現行のドイツ基本法のもとでも、

「連邦共和国の機関は、外国国家からドイツ国民とその財産を保護する憲法上の義務を負う。当該義務の違反は、明白な憲法違反を構成する。」⁴⁴⁶

ただし、外交的保護を行う義務があるといえども、実際に保護を行うか否かの決定は広範な行政裁量に服する。このことは1980年のヘス事件判決で連邦憲法裁判所によって確認さ

⁴⁴¹ *Victims of "comfort women" v. ROK*, Constitutional Court of Korea, Decision of 30 Aug. 2011, 2006Hun-Ma788, at http://english.court.go.kr/home/english/decisions/rcnt_decision_view.jsp?seq=844&pg=4&sch_sel=&sch_txt=&nScale=10&sch_code=9&actype= (last access on 30 Nov. 2014).

⁴⁴² *ibid.*, paras. 81-86.

⁴⁴³ Geck, W.K., "Diplomatic Protection," in *MPEPIL* (1997), p. 1052.

⁴⁴⁴ Ress, G., "La pratique allemande de la protection diplomatique," in Flauss, J.-F. (dir.), *La protection diplomatique*, (Bruylant, Bruxelles, 2003), pp. 121-122.

⁴⁴⁵ Tran, *supra* note 293, p. 306.

⁴⁴⁶ BVerfG, *supra* note 137, in *ILR*, vol. 78, p. 192.

れている⁴⁴⁷。すなわち、ドイツ政府には外交政策や社会全体の利益を考慮したうえで⁴⁴⁸、「外国国家に対抗して保護を提供するのか、またいかなる方法で行うのか」を決定する広範な裁量があるという⁴⁴⁹。そして「外交政策への考慮も踏まえた合理的立場から完全に理解不能な恣意的な国民の処遇」である場合にのみ、外交的保護に関する行政裁量の妥当性は裁判所の審査を受けるという⁴⁵⁰。

3.4.1.2 イギリス

2002年のアッバシ (Abbasi) 事件では、憲法の存在しない英国において、国内法である人権法 (Human Rights Act) と国際人権条約との組み合わせから外交的保護義務が導かれるのか否かが争われた⁴⁵¹。本件原告は在キューバ米軍基地内に所在するグアンタナモ収容所に収監された英国国民であり、英国外務大臣および内務大臣に対して外交的保護を要請した。同収容所にはキューバの管轄権が及ばず米国が排他的に管理する一方で⁴⁵²、米国は当該収容所が同国領域外にあることを理由として、米国国内法及び同国の締結した各種人権条約が適用されないとしていた⁴⁵³。本件で原告は、上述のラッセル平和財団事件で欧州人権条約の外交的保護を受ける権利の存在が否定されたことを認めつつ、「アッバシ氏に対して外交的保護を提供し損ねたことと、彼が恣意的に拘禁され続けていることとの間に因果関係があるのであれば、外務省の行動は、アッバシ氏が条約第5条に基づき有する自由についての権利と両立せず [公機関に条約上の権利と両立しない行動を禁ずる] 人権法第6節⁴⁵⁴に違反する」と主張した⁴⁵⁵。

⁴⁴⁷ 原告はヒトラーの補佐官を務めたドイツ国民であり、国際軍事法廷において平和に対する罪に問われ、1947年以降、占領国である英米仏ソにより共同管理されるベルリン所在の監獄にて終身刑に処されていた。1967年に原告が行政裁判所に訴訟を提起するまでの間に他の囚人は全て釈放されていたが、ドイツ政府が占領国に対して再三行った人道的配慮に基づく Hess の釈放請求は認められなかった。そのため、原告はドイツ政府に対して即時釈放のために必要なあらゆる手段をとることを要求し、彼の長期にわたる勾留拘禁が国連憲章違反を構成するとして本件を ICJ へ付託することを要求した事例である。憲法解釈に関わる争点につき、本件は憲法裁判所に移送された。

⁴⁴⁸ *Rudolf Hess v. Federal Republic of Germany*, Case No. 2 BvR 419/80, 16.12.1980, in *ILR*, vo. 90 (1992), p. 396.

⁴⁴⁹ *ibid.*, p. 395.

⁴⁵⁰ *ibid.*, p. 398.

⁴⁵¹ *R (Abbasi) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for the Home Department*, [2002] EWCA Civ 1598, Judgment of 6 Nov. 2002, [hereinafter, *Abbasi v. Secretary of FCO*], para. 68.

⁴⁵² Article III, Agreement between the United States and Cuba for the Lease of Lands for Coaling and Naval stations, Signed by the President of Cuba, 16 Feb. 1903; Signed by the President of USA, 23 Feb. 1903.

⁴⁵³ U.S. Additional Response to the Request for Precautionary Measures, Definition of Enemy Combatants at Guantanamo Bay, Cuba, IACmmHR, 15 July 2012, at <http://www.state.gov/s/l/38642.htm> (last access on 10 Jan 2015)..

⁴⁵⁴ Section 6 Acts of public authorities reads as follows: “(1) It is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right,” Human Rights Act 1998, UK.

⁴⁵⁵ *Abbasi v. Secretary of FCO*, *supra* note 158, para. 50.

これに対しイングランド・ウェールズ控訴院は⁴⁵⁶、まず他国の行政行為についても、とりわけ人権の文脈では英国裁判所が何を国際法に明白に違反すると考えるのか見解を述べる自由を規制する制定法は存在しないとしたうえで⁴⁵⁷、収監者が人身保護令状を請求する手続が予定されていないグアantanamo収容所を「法のブラックホール」と批判する⁴⁵⁸。また ICJ での外交的保護条文法典化作業において、1999 年に英国政府代表が自国の外交的保護実行について国連総会に提出した報告書を引用し⁴⁵⁹、「国王大権の範疇」にあり「この問題に関する一般立法又は判例法は、国内法において存在しない」が、外交的保護は「公式請求」と「非公式な代表」に区別され、前者については政策要綱として外務省が慣習国際法の一般原則として制定する「規則 (rules)」に含まれ、後者については英国国民が外国で拘禁された場合の領事援助が含まれるとする⁴⁶⁰。1999 年 12 月 16 日の政府高官による国会答弁を引きながら、政府は「失策または裁判拒否の証拠がある場合に、在外英国国民の権利保護についての役割を政府は明示的に受け入れた」と指摘する⁴⁶¹。本件原告の処遇について英国政府が方針を明示したことはないが、他のグアantanamo収容所収監者によって提起された米国のラッセル事件では、外国人は外交的保護を受けるべきである旨が指摘されたことを受けて⁴⁶²、これらの見解は、

「それは海外で基本権侵害に服した際に『すべての市民が抱く通常の期待』であり、英国政府は単に問題から手を引いて彼の運命に任せようとはしないであろう」⁴⁶³

として原告の立場に一定の理解を示しながらも、続くパラグラフで外交的保護に関する政府見解は非常に狭いものであることを指摘している。すなわち、

⁴⁵⁶ 正確には Supreme Court of Judicature, Court of Appeal (Civil Division)である。Supreme Court of Judicature (最高法院)はイングランド及びウェールズにおける控訴審裁判所に該当し、Court of Appeal (控訴院)、High Court of Justice (高等法院)、Crown Court (刑事法院)によって構成される。

⁴⁵⁷ *Abbasi v. Secretary of FCO*, *supra* note 158, para. 57.

⁴⁵⁸ *ibid.*, paras. 65-66. 同収容所については、米国最高裁も 2008 年に違憲状態であったと認定している。すなわち、軍事委員会法 (Military Commissions Act) に基づき設立された戦闘員地位再審裁判所 (Combatant Status Review Tribunal) が、グアantanamo基地被拘禁者に対して、人身保護令状 (habeas corpus) 請求を適切かつ実効的に提出する手続を用意していないことが、憲法違反であるという。 *Boumediene et al. v. Bush*, 553 US (12 Jun. 2008), 37-38; 54-64.

⁴⁵⁹ Observation by the FCO Legal Adviser Berman at the Sixth Committee (A/C.6/53/SR.14, pp. 2-3) and UK Governmental Comments on ILC Draft Articles on State Responsibility, reproduced in Marston, G., (ed.), "United Kingdom Materials on International Law 1998", in *BYBIL*, vol. 69 (1999), pp.557-559.

⁴⁶⁰ *Abbasi v. Secretary of FCO*, *supra* note 158, paras. 88-90.

⁴⁶¹ *ibid.*, paras. 90-91.

⁴⁶² *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004), p. 2; *In re Guantanamo Detainee Cases*, 355 F. Supp. 2d 443 (D.D.C. 2005).

⁴⁶³ *ibid.*, para. 98.

「上述の政策要綱は、当該期待が非常に限定的性格であることを強調している。それによれば、特定の要件を満たせば、政府は抗議を「検討する」であろうことを示している。特定の事例について抗議するか否かは、抗議する場合の方法も含めて、外務大臣の完全なる裁量に任されている。」⁴⁶⁴

以上のように、アッバシ事件では在外自国民が重大な人権侵害に瀕する事態に陥った時でさえ、国際法は国家に外交的保護を義務付けず、外交的保護権を行使するか否かは政府の裁量に服するという通説通りの結論に至っている。この判決後、英国外務省は自主的に、グアantanamo収容所に拘禁されている英国国民が公正な裁判をうける、あるいは英国に帰還することを米国政府に求める交渉を開始し、被拘禁者を訪問するなどして、2005年初めまでに全員を釈放させた⁴⁶⁵。

実はグアantanamo収容所には、英国籍は有しないものの英国の永住権や長期滞在許可を持つ者も多く拘禁されていたが、彼らについて英国政府は釈放のための交渉を行わなかった。被拘禁者には英国で条約難民に認定された者が含まれていたこともあり、国連高等弁務官事務所の後押しで⁴⁶⁶、彼らが原告となり英国政府に保釈交渉を求める裁判が英国内で提起された。これが2006年のアル・ラウィ（Al Rawi）事件である⁴⁶⁷。本件で原告は、英国国民との処遇の違いが、欧州人権条約第3条（拷問の禁止）、8条（私生活及び家族生活の尊重についての権利）、14条（差別の禁止）、第一追加議定書第1条（財産の保護）、難民条約第16条（裁判を受ける権利）および人種関係法（Race Relations Act 1976）の違反を構成すると申し立てた。イングランド・ウェールズ高等法院はこの申立に対して、ILC 外交的保護条文第8条のいう難民または無国籍者に対する外交的保護が *lex ferenda* にすぎず⁴⁶⁸、ま

⁴⁶⁴ *ibid.*, para. 99.

⁴⁶⁵ McGregor, L., “Legal routes to restoring individual rights at Guantanamo Bay: the effectiveness of habeas corpus application and efforts to obtain diplomatic protection,” in Edwards, A. & Ferstman, C. (eds.), *Human Security and Non-Citizens: Law, Policy and International Affairs* (CUP, 2010), p. 576.

⁴⁶⁶ 経緯と UNHCR による提出書面については以下を参照。 Goodwin-Gill, G. S., “The Queen (Al-Rawi and others) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and another (United Nations High Commissioner for Refugees intervening),” *Int’l J. of Refugee L.*, vol. 20, No. 4 (2008), pp. 675-709.

⁴⁶⁷ 本件原告は、Shaker Aamer（長期居住者、サウジアラビア国民）、Jamil El Banna（英国永住権をもつジョルダン国民）、Omar Deghayes（英国で難民認定され永住権をもつリビア国民）、Binyam Mohamed（英国で政治難民申請中の滞在許可を持つエチオピア国民）、Bisher Al-Rawi（イラク国内の財産を回復するためにイラク国籍を保持するが家族は英国市民権をもつ）、Abdenour Sameur（英国で難民認定され永住権を持つアルジェリア国民である。彼らを取り巻く境遇の詳細については、本件の司法審査適合性を判断した高等法院女王座部の一部門である行政裁判所判決を参照。 *R (Al Rawi & Others) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2006] EWHC 972 (Admin), Judgment of 4 May 2006.

⁴⁶⁸ *R (on the application of Al Rawi & Others) v. The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs & Another*, [2006] EWCA Civ. 1279, United Kingdom: Court of Appeal (England and Wales), 12 Oct. 2006, paras. 118-9.

た外国人について英国が外交的保護を行う権利を有しないことを根拠に原告らの請求を棄却したのであるが、その中で非常に興味深い説明を行っている。曰く、

「外国人が国民と異なる処遇を受けるのは、人種（国籍）によるのではなく、一方の集団は外交的保護を受ける権利がある（entitled to diplomatic protection）が他方はそうではないからである。」⁴⁶⁹

ここでは、2002年のアッバシ事件とは異なり、外交的保護を国民の権利として捉えられている⁴⁷⁰。国民の権利という定式を採用することで、差別禁止規範への抵触を回避したのであるが、アッバシ事件以後の英国政府の対応を踏まえたうえで判例法が変化したとも評価できる。また本判決を契機として、英国政府は問題となった難民らについても釈放と英国への帰還を求めて米国政府と交渉を開始したため、現在までに数名が釈放されている⁴⁷¹。

3.4.1.3 南アフリカ

憲法の一般的人権規定から外交的保護義務を導いたものとしておそらく最も有名であるのが、2004年のカウンダ（Kaunda）事件南ア憲法裁判所判決である。同判決は、近年の外交的保護請求訴訟においてはイギリスのアッバシ事件と併せて必ず引用されると言っても過言ではない。本件の原告はジンバブエで拘束された南ア国民計69名であり、ジンバブエでの拘禁環境と同国及び彼らの身柄の引渡請求を行っている赤道ギニアでの裁判手続の非公正さを問題視して、憲法規定を根拠に外交的保護として彼らの保釈と南アへの引渡要請をジンバブエ政府に対して行うよう南ア政府に請求した⁴⁷²。加えて原告は、事態の緊急性を根拠に通常とは異なる訴訟手続が適用されると主張しており、当初プレトリア高裁に請求を申し立てたが棄却されたために、本件は南ア憲法裁判所への直接提訴という形をとっている⁴⁷³。南ア憲法第3条2項(a)が、政府の国民に対する外交的保護義務を創設するかが争われた。同条は次のように定めている。

⁴⁶⁹ *ibid.*, para. 78.

⁴⁷⁰ McGregor, *supra* note 159, p. 584.

⁴⁷¹ *ibid.*, p. 585.

⁴⁷² 原告は、コンゴ民主共和国の鉱山会社で反発対策の警備員として働くため飛行機で移動中に、燃料補給と警備に必要な小火器の満載された貨物（ジンバブエ資本の南ア法人が用意したもの）を積むために立ち寄ったジンバブエの空港で逮捕されたという。その2日後に、赤道ギニアの首都マラボで、同国大統領に対するクーデターを企てたとして南アフリカ人を主体とする15名のグループが逮捕されるという事件が発生しており、原告も赤道ギニアに引渡されて公正な裁判を受けることなく死刑宣告を受ける恐れがあると主張している。 *Kaunda v. President of the Republic of South Africa*, South African Law Reports, vol. 4 (2005), p. 235 (CC) and *ILM*, vol. 44 (2005), Decision of 4 Aug. 2004, paras. 2-3.

⁴⁷³ *ibid.*, paras. 7-9.

全ての市民は、市民から生じる権利、特権及び利益を平等に享受する⁴⁷⁴。

原告は、南ア憲法 232 条に基づき慣習国際法が南アにおいて適用されることを確認したうえで、上述のバルセロナ・トラクション事件判決に加え、本件訴訟の 2004 年当時まだ法典化作業中であった ILC の外交的保護条文について特別報告者デュガードが提起した強行規範違反の場合の外交的保護義務説を援用し⁴⁷⁵、憲法上の人権保障規定から外交的保護を受ける権利が導き出されると主張した。これに対して、憲法裁判所は全会一致で本件では政府には原告らの引渡請求を行う義務はないと結論している。ただし、それぞれの判事の議論の中で、南ア憲法にもとづく外交的保護義務を政府が負う可能性について言及している。

シャスカルソン (Chaskalson) 首席判事は、原則として国際法は「在外自国民を保護する権利を有するが、保護する義務を負わない」ことを認める⁴⁷⁶。さらに、南ア憲法が国民に付与する権利は南ア領域外では認められないが、他国の主権を侵害しない限りにおいては南ア憲法の域外適用が認められる場合があるという⁴⁷⁷。すなわち、

「国際法の義務と整合する形で、政府には国際人権法規範の重大な濫用から市民の一人を守るために行動する義務があると言いうる。証拠が明白なこのような状況で、政府に援助の請求を行うことは困難であろうし、極端な事例においては拒否することは不可能である。このような請求がこれまでに政府によって拒否されたということは想定し難いのであり、仮にあったとしても、当該決定は司法審査適合性をもつものとして裁判所が適切な行動をとるように命じることになるだろう。

極端な事例においては、明らかになった国際人権の著しい違反に対抗するために自国民に援助を与える義務があると言いうる。当該違反の被害者は、援助を求めよう、そしてそのような状況において当該違反を認識しようとする地位にはないかもしれず、政府こそが主導権を持つことを義務付けられるのが当然である。」⁴⁷⁸

さらに結論のなかで、次のように述べた。

⁴⁷⁴ 原文は次の通り。Section 3 (1) There is a common South African citizenship; (2) All citizens are— (a) equally entitled to the rights, privileges and benefits of citizenship; and (b) equally subject to the duties and responsibilities of citizenship; (3) National legislation must provide for the acquisition, loss and restoration of citizenship.”

⁴⁷⁵ *Kaunda v. South Africa*, *supra* note 472, paras. 23-28.

⁴⁷⁶ *ibid.*, para. 23.

⁴⁷⁷ *ibid.*, paras. pp.18, 22, paras. 36, 44.

⁴⁷⁸ *ibid.*, p. 173, paras. 69-70.

「5. 外国において有害な国家行為に直面した南アフリカ国民は、しかし南アフリカ政府に対して国際法の許容する規範の違反行為に対する保護を提供するよう要求する権利がある。政府は、このような請求を検討し適切に処理する義務を負う。

6. 当該事案について政府が行う決定は、違憲審査に服する。裁判所は、当該事案を扱うときにはしかし、政府の外交に関する特別な責任と高度な専門知識に一定の重み (particular weight) と、当該事案をどのように処理するのかを決するにあたり政府が有すべき広範な裁量を与えることが要請される。」⁴⁷⁹

ただし本件については、原告らがジンバブエ法の下で死刑に処されるという法的根拠はなく、南アがジンバブエに対して外交的圧力をかける理由はないという⁴⁸⁰。また、赤道ギニアへ引渡されれば死刑になる現実の危険があるとはいえるが、実際に引渡し手続きが進んでいるという証拠はない⁴⁸¹。また ILC 外交的保護条文の報告書によれば、外交的保護は国際法の下での侵害に関して行われるものであり、死刑は国際法の下で許されていないとはいえないこと⁴⁸²、さらに南ア政府は他国の国内司法制度には意見しないという方針を採用していることから、本件について原告が主張するような救済は得られない⁴⁸³。このシヤスカルソン判事の意見に対しては、ランガ (Langa) 判事、モセネケ (Moseneke) 判事、スクエイヤ (Skweyiya) 判事、ファン・デア・ヴェツイツェン (van der Westhuizen) 判事、およびヤコブ (Yacoob) 判事が賛同している⁴⁸⁴。

ングコボ (Ngcobo) 判事は多数意見の結論に賛同しながらも、補足意見で南ア市民が基本的国際的人権の侵害を被るまたは被る恐れのあるときは、南ア政府は憲法第3条(2)(a)に基づき外交的保護請求を適正に考慮する義務を負うが、実際に国民を保護するか否かの決定は政策的考慮に基づく政府の広範な裁量に服するとし⁴⁸⁵、より伝統的な外交的保護の解釈を採用しており、サッシュ (Sachs) の補足意見もほぼ同趣旨である⁴⁸⁶。他方、オーレガン (O'Regan) 判事は補足意見で次のように述べて、政府の役割に更に期待を寄せている。曰く、

⁴⁷⁹ *ibid.*, para. 144.

⁴⁸⁰ *ibid.*, paras. 95-96.

⁴⁸¹ *ibid.*, paras. 104, 106.

⁴⁸² *ibid.*, para. 112.

⁴⁸³ *ibid.*, paras. 122, 133.

⁴⁸⁴ *ibid.*, para. 145.

⁴⁸⁵ *ibid.*, para. 210.

⁴⁸⁶ *ibid.*, para. 275.

「他国の刑事司法の検討及び評価は我が政府にとって慎重な対応を要する主題であることは非常に明白であるが、礼讓と慎重さが要求されるからといって、他の管轄権によって自国民の人権が著しく侵害される危険に政府が目をつぶるべきではない。本件につき自国民に外交的保護を提供するために適切な段階を踏むよう政府に検討を要求する憲法上の義務だけではなく、人権保護の地球的そして地域的義務も、政府に対してこれらの問題に敏感であることを要求するのである。」⁴⁸⁷

以上のように、著しい人権侵害の場合に限定されるとはいえ、憲法第3条2項(a)から外交的保護を請求する権利と在外自国民を保護する義務が導き出された南アでは、その後も明示的に外交的保護請求という形での訴訟が提起されている。

その後、2008年ファン・ジル（Van Zyl）事件で最高裁判所は、このカウ ندا事件で明らかにされた「枠組」ないし「原則」について精査している⁴⁸⁸。本件は、レソト政府が鉱山のリース契約を不当に撤回したことで損害を被ったとして、スイスポロー社および関連会社（レソト国籍）が、株主のファン・ジル氏とその妻及び彼らが代表を務めるビジネス・トラスト（南ア国籍）と共に、南ア外務省に書簡を送付するなどして複数回にわたり外交的保護を求めたが、政府は有効な行動を起こさなかったとされる事件である。原告は、外交的保護の具体的内容として、南アとレソト間で本件につき調停を行うか、あるいは国際法廷または仲裁廷にレソト政府を提訴して原告のために賠償金を得ることを要求していた⁴⁸⁹。

最高裁判所は、国際法ではなく南ア憲法こそが外交的保護を受ける権利の基礎足り得ることを確認したうえで、南ア憲法の解釈として示されたカウ ندا原則によれば問題となって居る権利はあくまで「外交的保護要求が考慮される権利」であり、「外交的保護を受ける権利」や「特定の形態の外交的保護を政府が提供する義務」の存在を前提とするものではないという⁴⁹⁰。そして、「外交的保護を求める権利は、市民権の一側面として憲法第3条から生じる」のであり、本件のように会社に対して生じた損害について株主が賠償を求める権利は、当該市民権の範疇には含まれないと結論している⁴⁹¹。

⁴⁸⁷ *ibid.*, para. 267.

⁴⁸⁸ *Van Zyl v. Government of the Republic of South Africa*, [2008] 3 SA 294, para. 53.

⁴⁸⁹ *ibid.*, para. 34.

⁴⁹⁰ *ibid.*, paras. 52-53.

⁴⁹¹ *ibid.*, para. 61.

南ア最高裁が明快に説明したように、在外自国民の外交的保護を義務化していると一般に説明される各国の国内法の多くは、いずれも国民が「外交的保護を受ける権利」を確約するものではなく、国民が自国政府に対して「外交的保護の要請を行う権利」にすぎない。さらに、当該要請を考慮するにあたって、政府は広範な裁量を有するとされる。結果、国内法による基礎があったとしても、外交的保護の国家的性格は否定されない。

3.4.2 司法判断適合性の問題

以上のような憲法規定の解釈の問題とは別に、国内法制度においては、裁判所が政府に対して外交的保護を命じることは権力分立の観点から権限踰越にあたると判断される傾向にある。すなわち、裁判所が政府に対して外交的保護を行わないことが憲法の人権規定に違反する場合も、外交的保護は外交という行政裁量の範疇にあるため司法判断適合性を欠くとされるのである⁴⁹²。人権の保障を終極の目的とする民主制において、本来は人権保障と権力分立原理は融合して国家の統治機構の基本を構成するものであるにも拘わらず⁴⁹³、外交的保護義務をめぐる論争では両立し難く、「行政権と司法機能との間の法の縁 (legal edge)」で深刻なジレンマが生じるのである⁴⁹⁴。

3.4.2.1 権力分立原理に基づく外交政策への非介入

グアタナモ収容所被収容者の事例にみられるように不法行為が現在進行中である場合には、外交的保護のための積極的行動をとるよう裁判所が政府に命じることを要求する被拘禁者側の主張と、権力分立原理に基づく外交問題への裁判所の非介入を強調する政府の主張との対立が先鋭化し、裁判所の抱えるジレンマも大きなものとなる。このジレンマについて、上述の英国アッバシ事件でイングランド・ウェールズ控訴院は次のように説明している。

「外務省は、英国市民を保護する権利を疑いなく持つが、それを行使するか否かについては裁量を持つ。それは、英国市民が期待しうるものとして説明されると指摘されてきた。期待は限定的なものであり、裁量は非常に広範であるが、当該決定あるいは不作為が正当な期待に対して不合理または正当な期待に反するときに司法判断適合性がない

⁴⁹² Vermeer-Künzli, *supra* note 15, p. 281. この点について例えばフランス行政裁判所は、外交的保護を行使しないという「決定の取消は、性質上、行政裁判所によって判断できない問題を含むものである。」と述べている。Société Sapvin Conseil d'Etat, 25 Mar. 1998, *ILR*, vol. 89 (1994), p. 7.

⁴⁹³ 芦部信善『憲法 第五版』（岩波書店、2011年）277頁。

⁴⁹⁴ *Lord Laws in Al Rawi & Ors, R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs & Anor*, [2006] EWCA Civ 1279, para. 148.

とする理由はない。ただし、裁判所は外交政策に影響する決定を含む禁止領域に立ち入ることはできない。

外交レベルで抗議を行うかに関する外務省のいかなる決定も、我が国の外交政策に関する決定と密接に関連している可能性が非常に高いが、ある英国市民の地位を検討し、彼のためにどのような行動を起こすことができるのかを検討する義務は、それ自体としては、いかなる禁止領域をも侵害するものとは看做しがたい。」⁴⁹⁵

グアンタナモ収容所の被収容者による本国への外交的保護請求は、オーストラリアでも提起されている。2007年のヒックス(Hicks)事件の原告はオーストラリア国民であり、2001年11月にアフガニスタンのタクシー乗り場で北部連盟の軍人により拘束され、その後米国に引渡されて以来、何らの有効な刑の宣告もなく、また米国政府も彼を訴追する意向を示さないままに、2002年1月から本件訴訟が提起された2006年12月までの間、グアンタナモ収容所にて拘禁され続けていた⁴⁹⁶。オーストラリアの司法長官および外務大臣が自国での訴追が不能であることを理由として原告の釈放を米国に要求しないことは「不適切な考慮(irrelevant consideration)」であり、オーストラリア政府は釈放と本国送還を求めて原告を保護するために手段を講じるべきであったとして、このような政府の外交的保護を行わないとする「決定」を不服として、原告はこれら政府の対応の違法性の宣言と人身保護令状の発給を裁判所に要求した⁴⁹⁷。すなわち、オーストラリア憲法第61条の行政権に関する一般的規定を根拠に⁴⁹⁸、国民がオーストラリア政府に誓う忠誠義務に対応する形で、オーストラリア政府は国民を保護する義務を負うのであって、当該政府の義務は性質上、法的拘束力のある義務として執行することは不可能であるにせよ、原告が米国で訴追されるべきであるとオーストラリア政府が「決定」することを阻害する効果を有するという⁴⁹⁹。

このような原告の主張について、連邦裁判所のタンバリン(Tamberlin)判事は「議論可能(arguable)」なものとして、司法判断適合性を認定した。曰く、行政権能の範囲の確定に関する憲法上の問題について検討するにあたっては、「司法的または管理可能な基準

⁴⁹⁵ *Abbasi v. Secretary of FCO*, *supra* note 158, para. 106.

⁴⁹⁶ *Hicks v. Ruddock*, [2007] FCA 299.

⁴⁹⁷ *ibid.*, para. 9.

⁴⁹⁸ Section 61 – Executive power The executive power of the Commonwealth is vested in the Queen and is exercisable by the Governor-General as the Queen’s representative, and extends to the execution and maintenance of this Constitution, and of the laws of the Commonwealth.

⁴⁹⁹ *Hicks v. Ruddock*, *supra* note 496, paras. 61-62.

(judicial or manageable standards) 」が必要であるため⁵⁰⁰、憲法第 61 条にいう「コモンウェルスの法」の維持に原告の主張するような保護的機能が含意されているのかについて裁判所で議論すること自体は少なくとも可能である⁵⁰¹。ただし、このような義務に関する政府の裁量は、外交政策というある種の最優先課題については非常に広いものとなる一方で、それに対する国民の期待は限定的なものとならざるをえないと指摘する⁵⁰²。すなわち、

「司法判断適合性」の意味に関する近代法と、外交関係の領域における政府の活動および国家の行為を裁判所が審査する範囲が、基礎的法原則 (black-letter law) として決定されている訳では全くない。」⁵⁰³

以上のように、権力分立原理を念頭に、外交という特殊領域に関わる問題については、裁判所ではなく政府が紛争処理にあたるのが妥当であり、裁判所は判断を差し控えるべきであると判断されるのが一般的になっている。

3.4.2.2 法の適正手続 (due process) の確保

外交的保護を行うか否かという決定は、外交という行政裁量の範疇にあるため、司法判断になじまないとの理解が一般的であるにせよ、在外自国民に対する重大な人権侵害が発生したときに、政府が外交的保護を行わないことが、常に権力分立原則によって説得的に正当化されるわけではない。

米国のイワノワ (Iwanowa) 事件は、外国人不法行為請求権法に基づいて米国で最初に提起された第二次大戦中の強制労働被害に関する損害賠償請求であり、第二次大戦中はソ連国民であり現在ではベルギー国籍を得て同国に在住している原告による、米国自動車会社大手のフォード社と同社のドイツ現地子会社 (Ford Werke A.G.) に対するクラス・アクションである⁵⁰⁴。1999 年 9 月 13 日の判決で、ニュージャージー地区連邦地裁のグリーンウェイ (Greenaway) 判事は、訴訟原因が生じてから 10 年後までを出訴期限と定める「1991 年拷問被害者法」を準用し⁵⁰⁵、ドイツ企業に対する訴訟の出訴期限は訴訟原因が生じたとき、

⁵⁰⁰ *ibid.*, para. 21.

⁵⁰¹ *ibid.*, para. 62.

⁵⁰² *ibid.*, paras. 84-85.

⁵⁰³ *ibid.*, para. 93.

⁵⁰⁴ 外国人不法行為請求権法に基づく管轄権行使の場合、同法には明示の規定がないため、請求権の消滅時効については類似の連邦法の規定が準用されることになる。 *Ree v. United Transp. Union*, 488 U.S. 319, 324 (1989). そのような規定がない場合は、最も類似した州法の規定を準用するとされている。 *Del Costello v. Int'l Brotherhood of Teamsters*, 462 U.S. 151 (1983), p. 152.

⁵⁰⁵ Sec.2.(c) of Torture Victim Protection Act of 1991, Bill Text 102nd Congress (1991-1992), H.R.2092.ENR.

すなわちロンドン債務協定にいう「最終的解決」である 2 + 4 条約の発効から 10 年後の 2001 年 3 月 14 日まで延長されるという解釈を示すなど⁵⁰⁶、原告の提示した様々な論点について包括的に検討しながら、最終的にはロンドン債務協定第 5 条 3 項の解釈から⁵⁰⁷、「第二次大戦から生じる請求権については、個人請求権も含めてすべて、政府間交渉を通じて追求される」として受理可能性を否定している⁵⁰⁸。このように本件では、対外政策にかかわる政治問題は米国司法制度上、司法判断には馴染まないことを明白にした⁵⁰⁹。この判決と同日に同じ連邦地裁に係争していた、東欧出身者の米国市民によるデグザ社 (Degussa AG) 及びジーメンス社 (Siemens AG) に対する第二次大戦中の強制労働についての 4 件のクラス・アクションについて行われた一括審理においても⁵¹⁰、デヴェボワーズ (Debevoise) 判事は、たとえ人的管轄権及び事物管轄権があるとしても、本件は「裁判所が判断を差し控えなければならない政治的問題である」として専ら司法判断適合性の観点から、受理できないと結論した⁵¹¹。

ただし国際法における「政治問題の法理」は、政治と法の矛盾が法秩序に現れたものであり、政治的紛争が解決されない場合に実力で法秩序を破壊し現行の権利義務関係を変更するのが戦争であると説明される⁵¹²。しかし戦争が禁止された現代においては、司法審査が許容されることで法秩序の回復が図られるしかない。そうであるならば、外交・政治問題であることのみを理由として、行政府の行動に全く司法的コントロールが及ばないとするのは、平和的な国際紛争の解決という観点からは、必ずしも好ましくないように思われる。

この問題について、「法の適正手続 (due process)」概念を導入することで均衡を図ろう

⁵⁰⁶ *Iwanowa v. Ford Motor Company and Ford Werke AG*, 67 F.Supp.2d 424 (US Dist. N.J. 1999), p. 466. ただし、親会社である米国法人に対する請求権は時効により消滅している。

⁵⁰⁷ “Art. 3 (3) Consideration of claims, arising during the second World War, by countries which were not at war with or occupied by Germany during that war, and by nationals of such countries, against the Reich and agencies of the Reich, including credits acquired on clearing accounts, shall be deferred until the settlement of these claims can be considered in conjunction with the settlement of the claims specified in paragraph (2) of this Article (except in so far as they may be settled on the basis of, or in connexion with, agreements which have been signed by the Governments of the French Republic, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America and the Government of any such country),” *supra* note 142.

⁵⁰⁸ *Iwanowa case*, *supra* note 506, pp. 460-461. 米国法およびドイツ法に基づく請求も、消滅時効を理由として受理可能性が否定されている。

⁵⁰⁹ *ibid.*, pp. 483-489.

⁵¹⁰ *Burger-Fischer et al. v. Degussa AG*, Civil Action No. 98-5019 (D.N.J. filed Nov. 5, 1998); *Klein et al. v. Siemens AG*, Civil Action No. 98-4468 (D.N.J. filed 24 September 1998); *Lichtman v. Siemens AG*, Civil Action No. 98-4252 (D.N.J. filed 9 Sep. 1998); *Vogel et al. v. Degussa AG*, Civil Action No. 98-5019 (D.N.J. filed Nov. 6, 1998). デグザ社については、強制収容所で被害者から採取した「金 (gold)」に関する賠償も問題となっている。

⁵¹¹ *Burger-Fischer et al. v. Degussa AG*, 65 F.Supp. 2d 248 (US Dist. N.J. 1999), p. 282.

⁵¹² 加藤陽「国際機構の法的拘束力を有する決定による政治的紛争の解決 (一)」『法学論叢』第 165 巻 2 号 (2011 年) 102-106 頁。

とする米国国内判決がいくつか存在する。法の適正手続とは、1215年のマグナ・カルタ (Magna Carta Libertatum) を起源とするコモン・ロー伝統の法概念であり⁵¹³、元来は手続き適正であることを保障するためのみに用いられていたが、19世紀中頃より立法等が実体面で適正であることを保障するためにも用いられるようになった⁵¹⁴。国際法では、自由権規約第14条1項にいう「公正な裁判 (fair trial) を受ける権利」として「法の適正手続」の概念が具体化されている。類似規定である世界人権宣言の第10条および11条が、ラテン語法諺の「法なくして処罰なし (nulla pena sine lege)」に基づいた刑事訴訟における被疑者の権利についてのみ定めるのとは対照的に、自由権規約第14条1項には刑事上の罪の決定に関する被告人の権利だけではなく、不法行為や契約など民事法上の権利義務の確定に関する司法手続全般における請求者の権利の保障も含まれるとされる⁵¹⁵。自由権規約は第9条 (身体の自由及び逮捕又は拘留の手続) で“tout individu /everyone”として権利の享有主体を個人に限定する一方、第14条では“tous / all persons”という文言を用いて個人だけではなく法人にも「法の適正手続」が保障されることを明らかにしている。米国法では、「法の適正手続」の構成要件は制定法や判例法にて明確化はされていない⁵¹⁶。法人 (legal person) たる外国企業の財産を恣意的で不合理な立法から保護するという文脈でも用いられるほどに⁵¹⁷、「法の適正手続」概念は広義に解釈されるものである。

第9巡回区連邦控訴裁判所はドイチェ対ターナー社事件の傍論では、カリフォルニア州民事訴訟法354.6条による「補償責任 (liability) の復活は、たとえそれが民事上の補償責任であったとしても、困難でありかつ重大な法の適正手続 (due process) に関する問題を引き起こす」と指摘している⁵¹⁸。米国がある事件について管轄権を及ぼす場合、その管轄権行使を正当化するに最低限必要な関係性 (connection) の存在は必須であり、第二次大戦中に欧州で外国人に対して行われた不法行為について、全く関係のないはずの米国とりわけ外交に関する権限のない各州が米国での訴訟提起を可能ならしめる法律を制定することは、「法の適正手続」原則に反することになる⁵¹⁹。

⁵¹³ Nowak, *supra* note 302 p. 305.

⁵¹⁴ 田中『前掲書』(注272)281頁。

⁵¹⁵ この点、英語正文は“his rights and obligations in a suit at law”という曖昧な表現になっているが、仏語正文は“ses droits et obligations de caractère civil”と明確であり、日本語公定訳も仏文に倣い「民事上の権利及び義務の争いについての決定」となっている。ここには行政機関における昇進拒否に対する不服申立は含まれないが、不当解雇についての申立は含まれる。Human Rights Committee, *Casanovas v. France*, No. 441/1990, para. 5.2; *Kolanowski v. Poland*, No. 837/1998, para. 6.4. Joseph, S. et al. (eds.), *The International Covenant on Civil and Political Prights*, 2nd ed. (OUP, 2005), pp. 390-394.

⁵¹⁶ 「法の適正手続」事態については、アメリカ合衆国憲法修正第1条が「いかなる者も法の適正手続なくして、生命、自由、または財産を奪われてはならない (no person shall ... be deprived of life, liberty, or property without due process of law.)」と定めている。法人については「財産」のみについて考慮される。*Kentucky Finance Corp. v. Paramount Auto Exch. Corp.*, 262 US 544, 67; *Seaboard Air Line Ry. Co. v. Railroad Commission of Alabama*, 155 F 792.

⁵¹⁷ “Due process clause,” in *Fletcher Cyclopeda of the Law of Corporations Database*, vol. 17 (updated June 2014), § 8395.

⁵¹⁸ *Deutsch v. Turner Corp.*, 317 F.3d 1005 (9th Cir. (Cal.), Jan 21, 2003), p. 708.

⁵¹⁹ *Gerling Global Reins Corp. of Am. v. Nelson*, 123 F. Supp. 2d 1298 (N.D. Fla., Nov. 11, 2000), p. 1304.

米国コロンビア特別区巡回区連邦控訴裁判所が1966年4月7日に下したケルベリン (Kelberine) 事件判決では、被告のスイス法人の持ち株会社であるインターハンデル社⁵²⁰が保有していた米国株式を米国政府が1942年に敵国資産と認定し接収したが、戦後にその売却益が同社に返還されることになった。現在、原告は米国市民であるが、第二次大戦当時はナチスによる不法によって財産を没収され強制労働に従事させられた者であり、原告の主張によればインターハンデル社はこの強制労働に加担したI.G.ファルベン社の親会社である。そして本件は、原告が当該売却益の返還の前日の1965年3月16日に、返還の差止と売却益をもとに強制労働被害者の救済を求めてコロンビア特別区連邦地裁に提起したクラス・アクションの控訴審である。

裁判所は原告の訴えに一定の理解を示しながらも、原告が求めるような形での強制労働問題の処理は、本判決のでた1966年の時点の適用法規に基づく限りでは不可能であるため、立法府による解決が必要であると指摘したうえで、次のように述べて原告の請求を棄却した。

「あまりに時間が経過しすぎているのである。申立てられた不法行為者の正体は、あまりに漠然としている。本件で、20ないし30年前に欧州地域で権勢をふるっていた政府による侵害で生じた雑多な損害に関する約20万件の請求について裁定を下すことは、複雑に過ぎ、費用が掛かりすぎるのであり、処理すべき方法について法の定めのない事項について裁判所が正当に処理することが求められている。」⁵²¹

これはクラス・アクションという訴訟形態、すなわち共通点を持つ一定範囲の人々（クラス）全員のために一人または数名が訴えを起こすことができるとする制度に内在する問題でもあるが、本件では「クラス」の範囲があまりに広く、かつ外国で発生したあまりに過去の事柄について判断を下すことは、裁判所に与えられた権能を超えるものであるという。この判決を引用した30年後のイワノワ事件では、この問題を5つの観点から掘り下げている。

「50年以上も前の戦争から生じる数千もの請求について裁定することの不安材料は、ケルベリン事件で裁判所がかつて検討しえたよりも、本裁判所にとって取り組むのがより厳しい作業になることである。第一に、本件の当事者は、世界中に散らばる潜在的な原告の発見と彼らに対する通知を行う作業をすることになる。第二に、本裁判所は、ド

⁵²⁰ 本件被告の一般的な呼称は Interhandel 社であるが、正式な登録名称は Societe Internationale Pour Participations Industrielles et Commerciales, S.A. である。See *Kaufman v. Societe Internationale*, 343 U.S. 156 (April 07, 1952), footnote 2.

⁵²¹ *Kelberine v. Societe Internationale*, 363 F.2d 989 (D.C.Cir. Apr 07, 1966), p. 995.

イツ連邦共和国とドイツ民主共和国の両方または一方と、潜在的原告の〔国籍国〕政府それぞれが締結したすべての条約について検討し、当該条約は個人請求権を包括する趣旨であるのか、または個人的救済はすでにこの間に締結された条約で提供されているのかを分析することになる。例えば、本裁判所が仮にロシア、ベラルーシ、ウクライナ、フランス、ギリシャ、ドイツ、オーストリアの原告を含む〔クラス・アクションにおける〕クラスを認定するにあたっては、本裁判はこれらの国とドイツ連邦共和国との間の各条約をすべて検討し、同じことをこれらの国とドイツ民主共和国との間の条約についても行い、さらにこれらの国と1991年以後の統一ドイツとの間の条約についても行うことになる。第三に、関連のある資料は、複数の法源から、次々と出現するために、個別の裁判所が扱うには量が多すぎるため潜在的に対処不能であること⁵²²。第四に、世界中に法源が散在しているとすれば、本当事者が関連する資料のすべてを収集できる見込みがないこと⁵²³。まずは関連する資料を全て収集することなくして、一つの裁判所が、合衆国の対外関係に潜在的に影響する請求について判断することはできない⁵²⁴。第五に、これは厳密には司法的な考慮ではないが、潜在的原告らの年齢は、特に彼らが世界中にいることを考慮すると、無比の挑戦になるであろうこと。このように、本裁判所はケルベリン事件で裁判所が示した判決理由は説得的であると考え。政府の政治的部門からの指導なくしては、裁判所は、50年以上も前の外国で戦時中に発生した行為を理由とする強制労働請求を管理し解決することは不可能である。」⁵²⁵

これらの問題点は、戦後補償裁判が提起された全ての裁判所が直面するものであり、実際の司法判断にも確実に影響を与えている考慮でもある。ここでは、戦争遂行過程で国家が一定の関与をした行為について戦争終結後に損害賠償請求がなされる場合、戦争によって変更された法秩序の安定、あるいは、厳密な三権分立に基づいた裁判所機能の維持による適正な紛争処理というマクロな視点こそが「法の適正手続」につながると考えられているように見受けられる。政治問題に司法が介入しないことにより、戦争によって変更された法秩序の安定を図ることを通じて「法の適正手続」は守られる。結果、個別の被害者の人権が制約されることになっても、それはシステムとしての「法の適正手続」の確保によって正当化されるという理解が、米国国内訴訟における基本構図となっているように見受けられる。

⁵²² *Atlee v. Laird*, 347 F.Supp. 689 (Aug 07, 1972), p. 702.

⁵²³ *ibid.*

⁵²⁴ *ibid.*

⁵²⁵ *Iwanowa*, *supra* note 506, pp. 488-489.

3.4.2.3 宣言的救済

在外自国民が重大な人権侵害を被り、さらにそれに対する政府の対応が明らかに憲法に違反するような場合、権力分立との関係で、裁判所に重大なジレンマに直面する。それに対する一つの解法としてカナダおよび南アの最高裁が示したのが、違法性の宣言による救済である。すなわち以下で見ると、政府に外交的保護を行うように命ずるのではなく、外交的保護を行わない政府の行動が違憲であると宣言することで、政府による自発的な行動を促そうとするものである。

3.4.2.3.1 カナダ・カダール事件

カナダにおけるカダール (Khadr) 外交的保護請求事件は、外交的保護の司法審査適合性の問題を裁判所が正面から議論した数少ない事例であると同時に、原告が未成年者であったことで注目を集めた⁵²⁶。2002年、15歳の時にアフガニスタンで米兵を殺害したとして捕えられた原告は、キューバのグアンタナモ収容所にて拘禁され、さらに同基地内に設けられた軍事委員会にて戦争犯罪者として訴追された。加えて、原告の拘禁中にカナダ政府から収容所へ派遣されたカナダ政府職員が、カダール氏に対する尋問を繰り返す中で拷問を行い、得られた情報を米国当局と共有したことが問題視された。2008年の最高裁判決では、同収容所が米国の排他的管轄下にあるとはいえ、カナダ政府の行為がカダール氏の自由の剥奪に貢献したことは明らかであり、問題の行為についてはカナダ人権憲章が域外適用され政府による違反があったことが確認されている⁵²⁷。原告は本件訴訟に至るまでに、彼に領事援助を与えないとする外務省の決定についての不服申立や⁵²⁸、尋問資料を非公開とした司法省の決定に対する不服申立を数多く連邦裁判所に提出している⁵²⁹。

以上の経緯を踏まえて提出された本件請求で原告は、これらカナダ政府の行動が、カナダ人権憲章第6条（国民の出入国の自由）、第7条（生命、自由、安全の権利）および第12条（異常な待遇又は処罰の禁止）に違反するため、第24条1項（保障された権利及び自

⁵²⁶ 例えば米州人権委員会は2006年3月21日付で米国に対し、カダール氏に対する拷問を行わないように要請している。Annual Report of the IACHR 2006, para. 44.

⁵²⁷ カナダ安全情報局 (CSIS) 及びカナダ外務省から派遣された職員が、2003年から2004年にかけてカダールを複数回訪問し尋問を行ったが、その際に frequent flyer program と呼ばれる手法を用いた睡眠妨害などの拷問を行った。尋問により得た情報は米国当局と共有されたことから、当該尋問はカダール氏の弁護を目的とするものではなく諜報活動の一環であったとされる。このような海外での政府職員活動による行為も、カナダ人権憲章により規律される。Canada (Prime Minister) v. Khadr, [2008] 2 SCR 125, para. 28.

⁵²⁸ Khadr v. Canada (Minister of Foreign Affairs), 2004 FC 1145, 123 C.R.R. (2d) 7.

⁵²⁹ この点については、カナダ政府が領事援助を行わないことにしたのか、カナダ政府は申し出たが米国が拒否したのか争われている。Khadr v. Canada (Minister of Justice), 2006 FC 509, 290 F.T.R. 313; Khadr v. Canada (Minister of Justice), 2007 FCA 182, [2008] 1 F.C.R. 270; Canada (Minister of Justice) v. Khadr, 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125; Khadr v. Canada (Attorney General), 2008 FC 807, 59 C.R. (6th) 284; Khadr v. Canada (Minister of Justice), T-1319-07.

由の確保)に基づく救済として、カダール氏の本国送還を要請しないというカナダ政府の決定を破棄し、カナダ政府に対して米国政府と交渉するよう裁判所に命じることを求めた⁵³⁰。すなわち本件の争点は、カナダ政府が米国政府に対して原告の本国送還要請を行う義務の有無と、そのような外交交渉を行うよう政府に命じることができるのかという裁判所の権限の範囲の問題であり、その根拠としてカナダ人権憲章第7条の解釈がとりわけ重視された⁵³¹。同条は、次のように規定する。

「すべての者は、生命、自由および人間の安全に対する権利を有し、当該権利は基本的正義 (fundamental justice/ justice fondamentale) の原則に従う場合を除いて剥奪されない。」

⁵³²

第一審の連邦裁判所でオレリー (O'Reilly) 判事は、まず外交関係に関する決定は行政府の特権の範疇にあり、カダール氏に対して外交的保護を行わないとした「国際関係及び外交に影響を与える事柄をどのように扱うのかに関する政府見解が、本件審査に『一定の重み (particular weight) 』を与える」と南ア憲法裁のカウンダ事件を引用する⁵³³。同事件に加え、イギリスのアッパシ事件およびアル・ラウィ事件、オーストラリアのヒックス事件などでも外交的保護請求に対する司法審査が認められたこと⁵³⁴、さらにカナダ国内判例でも「政府の特権は司法審査に服さないが、カナダ人権憲章によって保障された権利が侵害された場合は当然に例外である」とされていることを根拠に⁵³⁵、そのような「政府の決定はカナダ人権憲章の下で司法審査を受けなければならない」という⁵³⁶。

そのうえで、拷問禁止条約、子どもの権利条約、武力紛争への子どもの関与に関する子どもの権利条約の選択議定書の関連規定を遵守する義務をカナダは負うことを指摘する⁵³⁷。さらに未成年者には特別の配慮が必要である点を最高裁も認めていることを重視すれば⁵³⁸、

⁵³⁰ *Khadr v. Canada*, 2009 FC 405, *supra* note 187, para. 2.

⁵³¹ *ibid.*, para. 33.

⁵³² Section 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms (Part I), Constitution Act, 1982, reads as follows: “Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.”

⁵³³ *Khadr v. Canada*, 2009 FC 405, *supra* note 187, para. 49.

⁵³⁴ *ibid.* paras 42-46.

⁵³⁵ *ibid.*, para. 40; *Copello v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, 2003 FCA 295, 3 Admin. L.R. (4th) 214, para. 16, relying on *Black v. Canada (Prime Minister)* (2001), 54 O.R. (3d) 215 (C.A.); *Smith v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 228, [2010] 1 F.C.R. 3, para. 26.

⁵³⁶ *Khadr v. Canada*, 2009 FC 405, *supra* note 187, para. 49.

⁵³⁷ *ibid.*, paras. 56-70.

⁵³⁸ *ibid.*, paras. 69-70.

「これら条約に含まれる義務が、基本的性質をもつというコンセンサス」が存在し、「基本的正義原則の下で、カナダ政府は国際人権規範に合致した待遇を確保するために適切な手段を講じることでカダール氏を保護する義務を負う」という⁵³⁹。また、本件で適切な救済手段は、第24条1項に依拠せずとも第7条自体から導かれるとする⁵⁴⁰。

裁判所命令で政府にカダール氏の返還要請を義務付けることが可能であるのかという論点については、被告カナダ政府は「カナダに対してカダール氏を保護するために積極的措置をとるように命じることで、カナダと米国との外交関係に関する特権を裁判所が行使することになる」ため、裁判所はカダール氏の本国送還要請を行うように政府に命じるべきではないと主張した。最高裁のゴッセリン事件は、はカナダ人権憲章第7条の下の積極的措置は極めて例外的事例に限られることが明らかにされたのであり⁵⁴¹、「裁判所は一般的に外交関係時間については政府に任せるべきである」という⁵⁴²。

これに対して、オレリー判事は、本件とゴッセリン事件とでは、「積極的」義務という用語の用いられ方が異なると指摘する。ゴッセリン事件の原告は、ケベック州の社会保障制度において一定程度の生活水準を保てるよう州には原告を保護する義務があると主張し、裁判所は第7条の定める「権利の剥奪を予防」するために特定の状況では政府の積極的措置が必要とされた事例であるのに対して、本件で請求されたカダールの本国送還要請は「第7条の下で保護された権利の剥奪の効果を軽減するために政府の側には積極的行動が要求された」にすぎない⁵⁴³。また政府が懸念するような彼の本国送還要請がカナダと米国間の外交関係に及ぼす悪影響には具体性がないという⁵⁴⁴。

またカダール氏に対する権利侵害はカナダ人権憲章上の権利を法律による合理的な制限に服せしめるとする同第1条によっては正当化されえず、第7条の下でカナダ政府はカダール氏を「保護する義務」を負うことから、結論として、米国政府とカダール氏の本国返還要請を行うようカナダ政府に命じた⁵⁴⁵。

⁵³⁹ *ibid.*, paras 71-75.

⁵⁴⁰ *ibid.*, para. 76.

⁵⁴¹ *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 SCR 429.

⁵⁴² *Khadr v. Canada (Prime Minister)*, *supra* note 187, para. 79.

⁵⁴³ *ibid.*, para. 82.

⁵⁴⁴ *ibid.*, para. 84.

⁵⁴⁵ *ibid.*, para. 91.

第二審の連邦控訴裁判所で、エヴァンズ (Evans) 判事とシャルロウ (Sharlow) 判事は、原審の結論を全面的に支持しながら⁵⁴⁶、いくつか些末な変更ないし補足を加えている。まず、一審の命令がカナダ人権憲章第 24 条 1 項に基づく救済措置であることを確認している⁵⁴⁷。加えて、収容所での拷問行為に関する責任をカナダ政府は免れえず「政府がカダール氏に対して提供できる唯一の保護こそ彼の本国送還要請であるにも拘わらず、政府はそれを拒否したため、当該本国送還要請の拒否がカナダ人権憲章第 7 条に基づく彼の権利を侵害する」と原審は述べたとして⁵⁴⁸、それが唯一の手段であったことを根拠に、本国送還要請を命じた原審の決定は司法の越権行為ではなかったと認める。

これに対して、ナドン (Nadon) 判事は、原審及び多数意見の結論に反対意見を唱えている⁵⁴⁹。すなわち、カダール氏に対する領事援助の申し出を含む待遇改善へ向けたカナダ政府の外交努力を考慮すれば違反があったとは認められず⁵⁵⁰、また彼の本国送還要請を命ずることは外交政策を担う行政権への介入であり越権行為であるという⁵⁵¹。

以上の議論を踏まえて、カナダ最高裁判所は 2010 年 1 月 29 日の判決でカナダ人権憲章第 7 条違反の事実は認めつつも、連邦控訴裁判所がカナダ政府に対してカダールの帰国を要請するよう命じたことは、同憲章の違反について第 24 条 1 項の定める救済手段としては適切ではないとして、次のように結論する。

「権力分立および外交関係事案に裁判所は介入しないという正当な沈黙 (*réticence légitime/ well-grounded reluctance*) に照らせば、カダール氏に対する適切な救済は彼の憲章上の権利が侵害されたと宣言することであり、政府にはどのような返答をなすべきか決める若干の裁量を残しておくことである。」⁵⁵²

まず最高裁は、原審の重視した外交的保護の拒否ではなく、2008 年最高裁判決で認定されたカナダ政府職員による違法行為の影響でカダール氏の自由が剥奪されつづけているという現状を重視し⁵⁵³、それがカナダ人権憲章第 7 条の定める「基本的正義の原則に従う場

⁵⁴⁶ *Khadr v. Canada (Prime Minister)*, 2009 FCA 246, [2009] F.C.J. No. 893, Judgment of 14 Aug. 2009, para. 60.

⁵⁴⁷ *ibid.*, para. 32.

⁵⁴⁸ *ibid.*, para 54-56.

⁵⁴⁹ *ibid.*, para. 85.

⁵⁵⁰ *ibid.*, paras. 90, 98.

⁵⁵¹ *ibid.*, paras. 106-108.

⁵⁵² *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, [2010] 1 SCR 44, Judgment of 29 Jan. 2010, para. 2, p. 50.

⁵⁵³ *ibid.*, paras. 14-16, 19, pp. 54-56.

合」という例外条項によっても正当化されえず⁵⁵⁴、同条の違反状態が継続しているという⁵⁵⁵。すなわち、カナダ政府職員の行為によるカナダ人権憲章第7条違反行為に対する救済措置として、原告の本国送還要請が適切であるのかという問題に読み替えられているのである⁵⁵⁶。本国送還要請と違反行為との連関は十分に証明されていることは認めつつ⁵⁵⁷、さらに本件原審の命令を、行政行為に対する司法審査適合性の観点から捉えなおすなかで、カナダ裁判所の違憲審査権能について次のように説明している。

「王権 (royal prerogative) の下でのコモン・ロー権力を行使するにあたっては、行政府は違憲審査からは免れえない⁵⁵⁸。どのように権力を行使するのかを決定するのは行政府であり裁判所ではないが、裁判所は政府の主張する特権が実際に存在するのか、存在するならば特権の行使が人権憲章その他の憲法規範を侵害するのかについて決定する管轄権と義務を明白に有している⁵⁵⁹。

特権行使の合憲審査について裁判所の権限が制限されるのは、立憲民主主義においてはすべての政府権力が憲法に従って行使されなければならないという事実を反映している。換言すれば、政府の執行部が当該権力の下での決定に責任を持ち、そして立法府はそのような決定をおこなうによりふさわしいという事実に対して、特権行使についての合憲性審査は慎重であらねばならない。」⁵⁶⁰

要するに、三権分立原則を尊重するのであれば、裁判所の司法審査権は絶対的ではなく、憲法の委任によって行政府が決定すべき事象が存在するという。そして、カナダ政府にカダール氏の本国送還要請を行うよう命じた第一審判決は、「カナダのより広範な国益を念頭に置けば、複雑かつ絶え間なく変化する状況における外交事案について決定を行う行政府の憲法上の責任を軽視しすぎる」ものであり、裁判所は外交関係にかかわる事柄については「より狭い」司法審査なり介入の権限をもつと指摘する⁵⁶¹。

⁵⁵⁴ *ibid.*, paras. 22-24, p. 58.

⁵⁵⁵ *ibid.*, paras. 26, 30, pp. 60-61.

⁵⁵⁶ McGregor, L., “Are Declaratory Orders Appropriate for Continuing Human Rights Violations? The Case of *Khadr v Canada*”, *Human Rights L. Rev.*, vol. 10 (2010), p. 494.

⁵⁵⁷ *ibid.*, paras. 30-32, pp. 61-62.

⁵⁵⁸ *Operation Dismantle v. The Queen*, [1985] 1 SCR 441.

⁵⁵⁹ *Air Canada v. British Columbia (Attorney General)*, [1986] 2 SCR 539.

⁵⁶⁰ *Canada v. Khadr*, [2010] 1 SCR 44, *supra* note 552, paras. 36-37, pp. 63-64.

⁵⁶¹ *ibid.*, paras. 38-39, p. 64.

ただし、外交が行政権の範疇にあるからと言って、政府の恣意的な権限行使で憲章上の権利が侵害されたという個人の請求を検討しなければならないという⁵⁶²。グアンタナモ収容所の他の被収容者は現在ニューヨーク地区連邦裁判所で訴追されているにも拘わらず、カダール氏は7年間にわたりグアンタナモ収容所に拘禁され続け同収容所内の軍事委員会による訴追が継続している状況を憂慮しつつも、2009年の連邦控訴裁判所の判決の後にカナダ政府が開始したカダール氏の本国返還要請について現在も両国間で交渉が継続中であり、交渉の成果がいつ現れるのかは不明確な状況を考慮すると、本件について裁判所が管轄権を行使するのは差し控えるべきであるという⁵⁶³。

「本件においては、証拠の不明確さ、裁判所の制度的権限のあるべき姿、そして行政府の特権を尊重する必要から、適切な救済は宣言的救済であると結論する。違憲性の宣言が任意の救済である⁵⁶⁴。それは『現実の紛争の解決にとって効果的かつ柔軟な救済として』本裁判所が認めてきたものである⁵⁶⁵。裁判所は、係争する事例に対して管轄権を持つ限り、宣言的救済を適切に発することができるのであり、裁判所に提出される問題は現実のものであり論理的なものではなく、そして当該問題を提起する人はそれを提起する現実の利益を有するのである。本件はこのような事例である。」⁵⁶⁶

結論として、最高裁は2003年から2004年にかけてカナダ政府職員が行った拷問及び尋問内容の米国当局への提供によって、「カナダは、カナダの負う国際人権義務に反するプロセスに積極的に参加し、カダール氏の今なお続く拘禁に貢献し、結果として基本的正義の原則に反して、カナダ人権憲章第7条によって保障された自由と人間の安全の権利を剥奪した」と宣言するにとどまった⁵⁶⁷。

この最高裁判決を受けて、2010年2月16日、カナダ政府職員の尋問によって得た情報を利用しないように米国政府に要請する外交書簡を送達した。この政府の行動についてカダール氏への事前通告がなされなかったことを理由として、同氏は再び連邦裁判所に訴訟を提起した。連邦裁判所は7月5日の判決で、政府が最高裁判決を履行するにあたっては手続的公平性の観点から原告への通知義務とそれに伴う書面提出の機会が与えられるべきで

⁵⁶² *ibid.*, para. 40, p. 64.

⁵⁶³ *ibid.*, para. 45, p. 66.

⁵⁶⁴ Operation Dismantle, at p. 481, citing *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 SCR 821.

⁵⁶⁵ *R. v. Gamble*, [1988] 2 SCR 595, at p. 649.

⁵⁶⁶ *ibid.*, para. 46, pp. 66-67.

⁵⁶⁷ *ibid.*, para. 49, p. 67.

あったことが認められ、第7条違反を救済するために政府が検討中であるすべての手段について判決から7日以内に原告に通知し書面提出の機会を与えることを命じた⁵⁶⁸。その後、政府が原審命令の差止を連邦控訴裁判所に求め、7月22日の判決で当初よりも執行期日の17日間の延長が認められた⁵⁶⁹。その後、米国軍事委員会は10月31日に懲役40年の有罪判決と共に答弁についての合意によってカダール氏は最大8年間服役することが明らかにされた。そのため、控訴審となる2011年3月9日の判決で、カナダ連邦控訴裁判所は、カダール氏が米国軍事委員会による有罪判決を受けたことを理由として、カナダ政府によるカナダ人権憲章第7条違反を理由とする拘禁状態にもはやないとして、本件は争訟性を喪失したと宣言した⁵⁷⁰。2012年4月、カダール氏はカナダ政府に対しカナダへの送還を要請し、同9月29日にカナダへ送還され、現在も服役中である⁵⁷¹。

3.4.2.3.2 南アフリカ・フォン・アボ事件

南アのフォン・アボ (Von Abo) 事件は、国民による外交的保護請求を政府が無視したという事例である。原告は、長年にわたりジンバブエで大規模農業を営んでいた南ア国民であり、ジンバブエ政府に農地を補償金の支払いなく収用されたため国内的救済を完了したは何らの補償も得られなかったところ、南ア大統領に対して外交的保護およびICSID条約への加盟を求めたが返答がなかったため、彼の外交的保護請求を考慮しなかった南ア大統領による憲法違反を問う訴訟を提起した。これに対して2009年、憲法裁判所は、外交的保護義務は政府全体としてもつものであるため、大統領に対してのみが当該義務を負うわけではないことを明らかにした⁵⁷²。そのため原告は、南ア政府を第一被告とする外交的保護請求訴訟を再提起し、それに対してプレトリア高裁は原告の主張を認め賠償を命じたため⁵⁷³、政府が最高裁に上告した。

2011年の判決で最高裁はまず、上でも触れたカウ ندا事件およびファン・ジル事件の判決が明らかにしたのは、国際法は国民に対する外交的保護の権利を認めておらず、国内法が当該権利を与える場合にのみ認められるということを確認したうえで⁵⁷⁴、次のように続けた。

⁵⁶⁸ *Khadr v. Canada*, [2010] FC 715, Judgment of 5 July 2010, paras. 62, 71, 75, 96.

⁵⁶⁹ *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, [2010] FCA 199, Judgment of 22 July 2010.

⁵⁷⁰ *Canada v. Khadr* [2011] FCA 92, Judgment of 9 March 2011.

⁵⁷¹ *USA v. Omar Ahmed Khadr*, International Crimes Database by the T.M.C. Asser Instituut Hague, <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/810/Khadr/> (last access on 11 Nov. 2014).

⁵⁷² *Von Abo v. President of the Republic of South Africa*, [2009] ZACC 15.

⁵⁷³ *Von Abo v. Government of the Republic of South Africa*, [2010] 3 SA 269.

⁵⁷⁴ *Government of the Republic of South Africa v. Von Abo (283/10)* [2011] ZASCA 65, Judgment of 4 April 2011, para. 20.

「国家が自国民に外交的保護を与えようと決めたとき、既存の外交ルートを用いて他国に接触する。この過程における成否は、国家間関係の性質と、請求に関与し受け入れ実行するあるいは圧力に屈する他国の意向に大いに依拠する。外交的保護とは単に請求することではなく、成功するかが複数の変数に依存する複雑な問題であることを説明するには、このような主題の構造の表面的説明で十分である。」⁵⁷⁵

本件で問題となる唯一の違反は、フォン・アボ氏の外交的保護要求に政府が「適切に行動すべき義務」に従わなかったことであり⁵⁷⁶、政府はフォン・アボ氏に対して外交的保護を行う約束をしていたと見受けられるにも拘わらずそれを実行せず、本件訴訟全体を通じた政府の行動は批判に値するという⁵⁷⁷。その一方、「当裁判所は、権力分立と既存の法原則を尊重したうえで、外交的保護の要求を適切に考慮する憲法上の義務の遵守を確保する適切な方法を見出さなければならない」とする⁵⁷⁸。すなわち、

「裁判所は、政府の政策の内容あるいは認知された手続と外交儀礼に基づき特定の公務員がとるべき特定の手段の内容について委ねられていない。端的に言えば、裁判所は原告〔南ア政府〕が何を行い何を行わないのかということについて、その合理性あるいは適切性を評価する立場にない。」⁵⁷⁹

ゆえに、本件で裁判所は、フォン・アボ氏による外交的保護要求に対する政府の対応の性質について見解を述べるにとどまるべきであるという⁵⁸⁰。そして、原告政府による上訴は論理的には認められるが、「原告〔政府〕の返答は、憲法の要請にこたえるものではない」と宣言し、訴訟費用も双方が負担することと結論している⁵⁸¹。

3.5 小括

本節で明らかとなったのは、次の3点である。第一に、外交的保護義務説の根拠としてしばしば言及される国際人道法や国際人権法の条約体制は、それぞれ独自のレジームを築

⁵⁷⁵ *ibid.*, para. 21.

⁵⁷⁶ *ibid.*, para. 31.

⁵⁷⁷ *ibid.*, para. 39.

⁵⁷⁸ *ibid.*, para. 40.

⁵⁷⁹ *ibid.*, para. 39.

⁵⁸⁰ *ibid.*

⁵⁸¹ *ibid.*, paras. 41-42.

くものであって、慣習法制度としての外交的保護には直接の影響を与えない。第二に、一部の国で行われているように、憲法の一般的・包括的人権規定の解釈から、外交的保護義務を導き出すことは可能である。ただし第三に、国内法が在外自国民に対する外交的保護義務を規定している場合も、それは国民からの外交的保護の要求を政府は考慮しなければならないという限度に留まり、裁判所が政府に対して外交的保護のための積極的「行動」を命じることは不可能とされる。しかし、外交的保護を放棄する政府の決定が違法であると宣言すること、そしてそれにより政府の自発的な行動を促すことは可能である。

おわりに

外交的保護権が国家の権利であるかぎり、それを放棄することができるのは国家である。ただし現代国際法秩序において私人の権利を保護する多種多様な法規範によって、国家による恣意的な保護の放棄が規制される可能性があるのか否かについて本章では検討を行った。国籍国による外交的保護の「放棄」に関する判例と現実の紛争処理に対する横断的な分析から、明らかになったことをまとめると次のようになる。

第一に、外交的保護の「放棄」の方法としては、条約で明示される場合のほか、明文規定のない条約における含意、政府要人による発言も考慮される。一般に権利放棄は権利保持者により明示的かつ有効になされる必要があることから、通常は条約の形を採用することが多いにも拘わらず、このような黙示的ともいえる「放棄」が許容される背景には、外交的保護権がそもそも不文法上の権利であることに加えて、戦後処理など外交的にデリケートな特定の問題は、司法審査になじまないとする裁判所の判断が存在する。

第二に、外交的保護の放棄が私人間訴訟にまで影響を及ぼす理由は、必ずしも裁判所によって明らかにされていない。それは、訴訟当事者が原告被告ともに私人であった場合には、和解あるいは裁判外での金銭支払いで紛争が処理される傾向にあること、また単なる損害賠償請求訴訟として処理できない高度に政治的な問題を孕んでいることによる。すなわち、外交的保護が取りざたされる問題は、本来、司法的解決には馴染まず、専ら政治的に処理されるべき性質のものである。

第三に、外交問題を処理する際の行政裁量は絶対的なものではない。現代の法秩序においては、被害者の人権保護の観点から外交的保護を放棄した政府の責任が裁判所によって追及される。ただしその根拠となるのは、条約や国際法上の強行規範ではなく、あくまで各国憲法の人権規定である。しかし、政府に対して外交的保護のための個別具体的な行

動を起こすよう命じることは難しく、裁判所は政府の不作为の違法性を宣言することで、紛争解決へ向けた自発的な行動を政府に促すことになる。

第二次大戦の平和条約に含まれた請求権放棄条項は、敗戦国に対する賠償請求権を一切放棄したという意味では、ドイツ及び日本の経済的發展と国際の平和と安全に大いに寄与し、政策的成功をおさめたといえるにしても、後 70 年経って 21 世紀に入ってからもなお、依然として続く多数の戦後補償裁判を見る限りでは、多くの法律家が疑問を抱くような性質のものであることは言を俟たない。

実は、これらの動きと連動して、学界では「外交的保護の人間化 (humanise)」の議論が 2000 年代には一定の盛り上がりを見せかけていた。しかし現在では、この議論も収束に向かっていると言わざるを得ない。なぜなら、外交的保護制度の理論的根拠が、本来は国民の権利であったものが「国家の権利」として再構成されるという法的擬制にある限り、国家に国民を保護する意思がない場合に、保護を強制することはできないからである。他方で、そのような国家の意思の表明として有力な根拠となりうるのが憲法の人権規定である。南アの 2004 年カウ ندا事件判決は、民主制においては必ず憲法に含まれるような市民権に関する一般的規定から外交的保護義務を導いた点において、非常に意義深いと評価されよう。

ただし、外交的保護を個人の権利保障に関する法規範と結びつける議論は、憲法学において、純粋な人権保護というよりは、制度体保障に関する議論と親和性が高いように思われる。同理論は、憲法の権利保障には、「前国家的な人権」の保障だけではなく「後国家的な制度」の保障が含まれており、ある条項が制度的保障の条文とみなされる場合、個人にとっての主観的権利性はないから、当該制度が現実に法律によって侵害されても、裁判所に出訴して争う途は閉ざされているとするものである⁵⁸²。ただしここにいう「制度」それ自体は非常に曖昧な概念であり、これまで様々な研究がなされてきているにも拘わらず十分な定義は与えられていない⁵⁸³。このような「後国家的な制度」としての権力分立原理と外交問題の適切な処理、市民権概念と外交的保護制度との関係については、また稿をあたためて検討する必要がある。

⁵⁸² 石川健治『自由と特権の距離—カール・シュミット「制度体保障」論・再考—』（日本評論社、増補版、2007年）3-6頁。その典型例は、地方自治制度、政教分離制度、私有財産制度、大学の自治制度である。

⁵⁸³ 高橋正俊「制度保障について」香川法学第7巻3・4号（1988年）615頁。米谷隆三「制度法学の展開」『一橋論叢』第1巻5号（1938年）705頁。米谷隆三「オーリユーの制度理論への理解」『政治経済論叢』第7巻3号（1958年）14頁。三代川潤四郎「二つの社会生命論」『法学』第15巻1号（1951年）109頁。

結論

外交的保護は、本来は国民の権利であったものを「国家の権利」として再構成するという近代国家主義的な法的擬制に立脚するものであり、国際的な人権保障に代表されるような、第二次大戦後の法秩序において発展してきた現代国際法規範と衝突する。近代国際法から現代国際法への構造的変革は、ある「できごと」を機に、ある日突然もたらされたのではない。日々連綿と続く国家実行の積み重ねこそが、このような構造的変革を漸進的に実現した動因であり、ふたつの法構造の間に決定的な断絶があるわけではない。ヒギンズの言葉を借りれば、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¹。外交的保護制度のように、近代国際法の時代に成立した法制度のなかには今日でも通用するものが少なからず存在するが、それらの法制度が前提とする法的擬制や原則などが、現代国際法における正義の概念とは根本的に合致しないことも少なくはない。

国家的性格はそれ自体が外交的保護制度の理論的本質を構成するわけではなく、制度の成立した時期の政治的・経済的事情を反映したものすぎないならば、そのような事情が消失した現在においては見直されるべきではないだろうか²、という田畑の提示した疑問に対して現代国際法の発展を踏まえたうえでの回答を示すため、本稿では国際法上の外交的保護制度についての多角的な考察を行った。不文法の慣習国際法上の制度である外交的保護について、その内容を確認するためには、明文法とは多分に異なるアプローチが必要である。そのため本稿では、学説や ILC での議論、さらに個別具体的な実際の紛争解決の局面における司法判断、特に解釈の変更を徐々に積み重ねながら外交的保護制度の理論的精緻化に寄与してきた貢献してきた ICJ や各国の国内裁判所の判例を包括的に分析することで³、19 世紀に成立したとされる外交的保護制度が今日においてもそのまま妥当しているの

¹ Higgins, R., "Policy Considerations and the International Judicial Process", *ICLQ*, vol. 17, no.1 (1968), p.59.

² 田畑茂二郎「外交的保護の機能変化（二・完）」『法学論叢』53 卷 1・2 号（1947 年）403-5 頁。

³ 条約の改訂作業も容易ではないため、裁判所による解釈の発展によって状況の変化に対応するという手法が国際法では好まれる傾向にある。条約を「生きた文書（living instrument）」とする発展的解釈を、最初に明示的な形で採用したのは欧州人権裁判所であるが（*Tyrrer v. UK*, Judgment of 25 April 1978, *ECHR Series A* no. 26; pp. 15-16, para. 31; *Marckx case*, Judgment of 13 June 1979, *ECHR Series A* no. 31; p.19, para. 41; *Loizidou v. Turkey* (Preliminary Objections), Judgment of 23 March 1995, *ECHR Series A*. no. 310; p. 26, para. 71)、条約締結時に想定されていなかった状況の変化を考慮して時勢に応じて解釈が変更されてゆくべきことについては、条約締結の時点ですでに締約国が黙示的に合意していたという解釈を ICJ は採用している（*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion of 5 Aug. 1970, *ICJ Rep.1971*, p. 31; *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment of 13 July 2009, pp. 242-243, paras. 64-66; WTO, Report of Appellate Body, *US Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products AB-1998-4*, para.130)。

か、それとも何らかの発展がみられるのかについて考察を行った。以下ではまず、本稿の構成に則して各種国際・国内判例や ILC の国家責任及び外交的保護条文の分析から得られた検討結果をまとめておきたい。

1. 責任の発生

国際法委員会 (ILC) での国家責任条文及び外交的保護条文の法典化作業の検討を中心に、各種学説及び判例から明らかにされた伝統的規則の理論内容は以下の通りである。

3.6 法的擬制 (第 1 章)

これまで人権保護に力点をおく論者たちによる代理説や義務説といった批判の対象としての通説としての、いわゆる伝統的な外交的保護の法的擬制には、実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「国家有機体説」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。

国家有機体説と埋没説では、背景とする国際法観が全く異なっていた。PCIJ における国家有機体説の成立には、アンチロッチが実務上も大きく関与しており、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、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。国家有機体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⁴。結論として、私人に視点を置く埋没説の方が、現代国際法秩序との適合性が高いように思われる。

3.7 国籍の原則（第2章）

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、かつ私的請求の国家請求への「変形」の根拠や動機になるものである。

国籍継続の原則は、慣習法規則として確立した地位を有する一方で、継続期間の最終日（*dies ad quem*）に関する論争は、実行上も学説上も決着をみていない。ただし外交的保護制度の成立期にあたる19世紀の実行を見る限りでは「請求の公式提出日」とするものが多く、これを最終日と捉える考えるほうが妥当であるように思われる。また、国籍継続原則に対する例外規則については、十分な実行がないにせよ、特に国境線の変更の場合は適用例外が認められるべきことについて、現在では一致した法的信念が存在しているといえる。国籍継続の原則は、その必要性を理論的に説明することが困難であることからしても、純粋に濫訴防止を目的とした手続的要件であると理解するのが妥当であるように考えられる。

国籍の実効性も、国籍の継続性と並ぶ外交的保護発動のための前提条件としての法的規範性を獲得したといえる。少なくとも重国籍者に関しては慣習法上の原則と認めてよく、自然人の場合においては長期居住者や難民にも適用が拡大する傾向がみられる。ただし法人に関しては、国籍の実効性は非常に限定的に解釈されるべきであり、特に会社の株主本国による外交的保護は、ICJ バルセロナ・トラクション事件第二段階判決で認められた基準、すなわち会社が「法的に消滅」した場合に加えて、平和条約における財産の処遇と外国人財産国有化に対する補償の事例に限定されると考えられる。国籍の実効性の原則は私人の権利を国家の権利へと国籍を通じて「変形」という擬制的操作の根幹をなす実体的要件であると捉えるべきである。特に自然人の場合に国籍の実効性が要求される根拠は、当該国家と自然人との事実的、経済的、精神的な連関の強さ、中でも、集団心理たる「国家としての連帯の感情」という⁵、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—そこでは集団とその構成員は完全に同一視されていた⁶—に見出される。すなわち、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

⁴ 石川健治『自由と特権の距離』（日本評論社、1999年）97、105頁。

⁵ van Panhuys, H.F, *The rôle of nationality in international law : an outline* (Leyden: A.W.Sythoff, 1959), pp. 183-185.

⁶ 寺沢一「血讐論」『法と力—国際平和の模索』（東信堂、2005年）22-25頁。

たたび統合し、実定法の俎上にのせるため、国籍を通じた「変形」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。

3.8 国内的救済完了原則（第3章）

手続規則としての国内的救済完了原則は、実行上も学説上も確立した国際慣習法原則として認められており、そこで求められる救済手段とは当該領域国において私人が利用可能な「法定の救済手段」のことをいう。さらにその適用例外についても緩やかなコンセンサスが存在する。慣習法上の適用例外として認められるのは、実効的救済手段が存在しない場合、救済手続きに不当な遅滞や違法行為国による妨害がある場合、そして外交的保護請求訴訟の被告国が国内的救済の不完了の抗弁を明示的に放棄する場合である。領域国との連関の欠如についても2006年のILC外交的保護条文に規定があり、その必要性については学説上の議論はあるものの、実行としては不明瞭であり慣習法化しているかは疑わしい。ただしいずれの場合も、個別の状況に応じて例外が認められるかが判断されなければならない。規則としては抽象的な定式化に留まらざるを得ないため、具体的な内容を確定することは困難である。また、外交的保護請求を提起する原告国の訴訟戦術として、裁判条項を有する条約の違反と当該違反による「直接侵害」性を強調することで、実質的には在外自国民保護を目的とする訴訟であっても、国内的救済完了原則の適用を回避することができる場合がある。

裁判拒否概念は、少なくとも外交的保護の文脈においては、国内的救済完了原則の実体的側面ものとして切り離して捉えることはできず、外交的保護請求の訴因となる国際違法行為の一構成要件たる地位を占めている。国内的救済を尽くしたが適正な救済が受けられず、裁判拒否が決定的となった場合に国家責任が成立するとする複合違法行為仮説は、煩雑に過ぎるとの批判を受けてきたが、例えば2002年の英国アッバシ事件における実際の外交的保護事例における紛争解決過程を参照する限りでは、理にかなった説明であるように思われる。これまでわが国の学説では、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が、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。

2. 責任の「解除」

被害を受けた私人あるいはその国籍国が外交的保護を行わないことに同意した場合、当該私人と国籍国の間でどのような調整が法的に行われるのか、実際の紛争処理に着目して考察を進めた。

5.1 国民による放棄（第4章）

そもそもカルヴォ条項と外交的保護をめぐる国内標準主義と国際標準主義の対立は、「標準」の基準を先進国と後進国のいずれの国内法体制に求めるかという対立であり、各国の「著しく感情的かつ政治的な責務」から生じた問題であった⁷。国際人権条約による「法の適正手続」の確保や国際投資条約の発展などの影響で、慣習国際法上の「国際標準」よりも高い水準の保護を各国国内法が提供するようになり、21世紀の現代においては国内標準主義と国際標準主義をめぐる対立は自然と霧消したように見受けられる⁸。現に、結論冒頭で印象した2007年のディアロ事件先決的抗弁判決の宣明は、現在では外国人を含むすべての個人に対する待遇の「標準」として人権概念を用いることが一般に受け入れられていることを示すものである。

またカルヴォ条項及びクリーン・ハンズ原則は、いずれも長年に渡り議論されてきたとはいえ、その国際法上の効果についても学説及び実行を通じて見解が一致しないことから、慣習国際法規則としては、確立しているとは言えない。外交的保護の法的擬制の下では、このような私人の動向は、国家の権利として認識される外交的保護権に影響を与えるべきではないと理解されている。ただしこれらの論点が連綿と続いてきた背景には、私人を通じて国家が侵害を被るという、現実とは乖離した法的擬制の抱える矛盾について、多くの論者が疑問を抱いてきたという事実を指摘できる。その意味で、いずれの規則も「私人による外交的保護の放棄」という要素以外の、より本質的な要素が、近代国際法秩序が現代国際法秩序へと移り変わる中で他の法原則に吸収されて力を増していったと言えるように思う。「カルヴォ条項」は、内外人平等原則の普遍化と国内的救済完了原則の徹底を促進させたという歴史的功績が評価されるべきであり、また「クリーン・ハンズ原則」も、国

⁷ Bennouna, M., « Rapport préliminaire sur la protection diplomatique », UN Doc. A/CN.4/484, in *Ann CDI 1998*, vol. II (Première partie), para. 32.

⁸ Vinuesa, R.E., “National Treatment, Principle”, *MPEPIL* (online ed., OUP, www.mpepil.com; last updated on Apr. 2011), para. 21.

家間訴訟手続における信義則という法の一般原則の一部として、裁判所は黙示的に受け入れているものと思われる。

5.2 国籍国による放棄（第5章）

外交的保護権が国家の権利であるかぎり、それを放棄することができるのは国家である。ただし現代国際法秩序において私人の権利を保護する多種多様な法規範によって、国家による恣意的な保護の放棄が規制される可能性があるのか否かについて検討を行った。

まず、国籍国による外交的保護の「放棄」の方法としては、条約で明示される場合のほか、明文規定のない条約における含意、政府要人による発言も考慮される。一般に権利放棄は権利保持者により明示的かつ有効になされる必要があることから、通常は条約の形を採用することが多いにも拘わらず、このような黙示的ともいえる「放棄」が許容される背景には、外交的保護権がそもそも不文法上の権利であることに加えて、戦後処理など外交的にデリケートな特定の問題は、司法審査になじまないとする裁判所の判断が存在する。

次に、外交的保護の放棄が私人間訴訟にまで影響を及ぼす理由は、必ずしも裁判所によって明らかにされていない。それは、訴訟当事者が原告被告ともに私人であった場合には、和解あるいは裁判外での金銭支払いで紛争が処理される傾向にあること、また単なる損害賠償請求訴訟として処理できない高度に政治的な問題を孕んでいることによる。すなわち、外交的保護が取りざたされる問題は、本来、司法的解決には馴染まず、専ら政治的に処理されるべき性質のものであるのである。

そして、外交問題を処理する際の行政裁量は絶対的なものではなく、法による制約を受け得る。現代の法秩序においては、被害者の人権保護の観点から外交的保護を放棄した政府の責任が裁判所によって追及されうる。ただしその根拠となるのは、条約や国際法上の強行規範ではなく、あくまで各国憲法の人権規定である。しかし、政府に対して外交的保護のための個別具体的な行動を起こすよう命じることは難しく、裁判所は政府の不作為の違法性を宣言することで、紛争解決へ向けた自発的な行動を政府に促すことになる。

3. 外交的保護の機能変化

以上の論証から得られた結論を、簡略ながらまとめると次のようになる。

第一に、残念ながら田畑の期待に反して、外交的保護制度の成立時期とは全く異なる社会状況である現代においても、外交的保護の国家的性格は全く払拭されていない。外交的保護制度変革への期待は、我が国では例えば国内的救済完了の理論的理解をめぐって手続説が通説たる地位を占めているとの理解が支持されてきたことにも伺える⁹。即ち、近年の国際人権条約にみられるように国内的救済完了を専ら手続要件と扱うのが現代的であり、中世の復讐制度に由来する裁判拒否の要求は旧態依然たるものとして放棄されるべきとの理解が、手続説優勢とする論調の背景にあったように見受けられるのである。しかし第3章で検討したように、少なくとも外交的保護の文脈においては、国内的救済完了原則の実体的側面である裁判拒否が、国籍国に対する国際違法行為の構成要件として理論的に必要であると考えられる。さらに第4章でみたカルヴォ主義ないしカルヴォ条項をめぐる歴史的経緯にみられる、内外人平等主義に基づく国内的救済完了の絶対的な要求は、本国の外交的保護権発動の前提要件として裁判拒否が実体的に要求されてきたことを物語っている。要するに、19世紀から20世紀初頭にかけて成立した外交的保護制度は、制度はそれ自体としては全く変化していないといえるのである。

外交的保護制度を根拠づけ正当化する思想や法概念は時代によって変化してきたものの、制度の成立基盤がそもそも無力な私人に代位して国籍国が保護を行うというパターンリズムにあることから、本来的にそのような国家的性格を完全に払拭することは不可能であり、かつ現代国際法においても望まれていないといわざるをえない。このような理解は、結論冒頭で引用したアーマド・サディオ・ディアロ事件において、その後の下された判決でも支持されている。すなわち ICJ は、本案判決にてコンゴ民主共和国による自由権規約第6条違反を認定するなどして被害者たるディアロ氏個人に生じた損害であることを強調しつつ

⁹皆川洗『国際訴訟序説』（鹿島研究所出版会、1963年）第6章。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）69-72頁。加藤信行「国内的救済原則の法的性格と『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。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日本の研究者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すところにその独自性がある。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）480-481頁。

も¹⁰、賠償命令判決では賠償金が何の留保もなく彼の国籍国であるギニアに支払われるべきとしたのである¹¹。2006年のILCによる外交的保護条文では第19条(c)項の「推奨される実行」として賠償金が被害者に引渡されるべきことが明示されているにも拘わらず、これらの判決ではあくまでディアロ氏が被った損害を彼の国籍国に対して支払われるべき損害賠償金の算定根拠として扱い、本件を伝統的な外交的保護事例として処理しているのである。

第二に、国家的性格を外交的保護制度に認めるにせよ、国家による外交的保護権行使に一定の制約を課すことは可能である。現時点で、そのような制約を課す国際法規範は確認されていないが、少なくとも、各国の憲法規定に基づいて政府が国民に対し外交的保護を提供すべき義務がある場合には、外交的保護権を行使するか否かを決定する政府の裁量は制約を受けることになる。南アフリカのように市民権に関する憲法の一般人権規定から外交的保護を求める権利を見出す実行が現れたことは、各分野での法規範の条約化ならびに国際協力の深化が進み国際法と国内法との規範内容としての境界が曖昧になる現代法秩序においては、そのような権利が国際人権規範としての地位を確立するための一助となるとも言えるだろう。

ただし、外交的保護制度そのものは変化していないにせよ、現代において外交的保護に期待される役割や機能が大きく変化しつつあるとすることができるだろう。第4章の冒頭で指摘した2012年に発生した米国投資家によるアルゼンチン軍艦（ARA Libertad号）没収未遂事件や¹²、近年の国際投資仲裁の激増に象徴されるように、一部の私人はもはや国家と対等あるいはそれ以上の実力を備えた国際法あるいは国際政治における主体として行動している。他方で、冷戦崩壊後の非国際的武力紛争の増加など、伝統的な国家の枠組みでは対処できない非人道的な状況において、法の間隙で何らの保護も受けられない人々も存在している。本稿の目的とはやや外れるが、このような国際社会の現状を踏まえたうえでの近年における外交的保護制度の興味深い機能変化ともいえるものが観察されたため、今日の外交的保護の機能変化について触れて、本稿の締めくくりとしたい。

¹⁰ *Ahmadou Sadio Diallo* (Guinée c. RDC), Arrêt du 30 novembre 2010, *CIJ Recueil* 2010, para. 165.

¹¹ *ibid.*, Compensation owed by the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea, Judgment of 19 July 2012, para. 61.

¹² *ARA Libertad* Case (*Argentina v. Ghana*), ITLOS Case No. 20, Order of 15 Dec. 2012.

6.1 先例的機能

まず指摘できるのが、外交的保護実行で積み重ねられてきた理論の蓄積が、外交的保護そのものが問題となっていない局面において、他の国際法規則の解釈・適用に関する先例として参照されうる点である。具体的には、領事関係条約第36条1項の違反訴訟における外国で逮捕された国民の国籍の継続性が議論され¹³、また人権条約の解釈適用の際に国際法の一般原則として国内的救済完了原則が援用されるなど¹⁴、外交的保護事例において発展してきた法原則が各種の条約体制に組み込まれながらも中核的な要素はそのまま維持されていることが伺える。

外交的保護に由来するより重要な論点としては、外国人待遇義務の「標準」の問題がある。かつては国内標準主義と国際標準主義との対立という形をとっていたが、今日では一般に「公正衡平待遇原則」という形で論じられる。外交的保護の文脈における外国人待遇義務違反に関して、米国人殺害に関するメキシコ政府の責任が問われた1926年のニア事件で仲裁を行った一般請求権委員会が示した「理不尽かつ不誠実かつ故意による義務の懈怠」¹⁵、あるいは1989年のシシリ電子工業会社事件 ICJ 判決で示された「法的妥当性の感覚に与える衝撃あるいは驚き」といった基準は¹⁶、現在では投資家と投資受入国との間で争われる投資仲裁において、問題となる二国間投資協定等における「公正衡平待遇」の規定の解釈に際して仲裁廷によって頻繁に参照されている¹⁷。また近年注目を集めている「審査の標準 (standard of review)」という概念もこの系譜に位置づけられるものであり、投資家・国家間での国際投資仲裁において、条約の文言だけではなく問題となる一次規則の性質や国際的なコンセンサスなど様々な要素を総合的に考慮したうえで、国家が投資家に課す公的規制が公共の福祉との関係で適法であるかを判断するための「標準」として重要視されている¹⁸。これは判断事実の評価、適用法規および事実への法のあてはめという三段階で、政府の措置の適法性を国際的なフォーラムが評価するために用いる「標準」のことを

¹³ *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment of 27 June 2001, *ICJ Reports 2001*, para. 13; *Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States)*, Judgment 31 March 2004, *ICJ Reports 2004*, paras. 13-14, 57.

¹⁴ *Government of Costa Rica case (In the matter of Viviana Gallardo et al.)* of 13 November 1981, IACHR Series A No. 101, Decision of 13 Nov 1981, para. 26; *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, ECHR App. nos. 2832/66, 2835/66 and 2899/66, 18 Jun. 1971, para. 55; *ELSI*, *supra* note 16, p. 42, para. 50.

¹⁵ *L.F.N. Neer and Pauline Neer(USA) v. Mexico*, 15 Oct. 1926, *UNRIAA*, vol. 4, pp. 61-62.

¹⁶ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (USA v. Italy)*, Judgment of 20 July 1989, *ICJ Reports 1989*, p. 76, para. 128.

¹⁷ 江藤淳一『国際法における欠缺補充の法理』（有斐閣、2012年）248-250、270-275頁。

¹⁸ Henckels, C., “The Role of the Standard of Review and the Importance of Defence in Investor-State Arbitration”, in Lukasz Gruszczynski, L., et al. (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation* (OUP, 2014), pp. 113-115.

指し¹⁹、当初 WTO パネルや上級委員会で用いられていたが、最近では投資仲裁や人権保護など他分野で応用されているものである。「実効的救済」や「裁判へのアクセス」が保証されているかを判断する際にこの言葉が用いられていることから明らかなように²⁰、ここで議論されるのは法技術的に進化しているとはいえ、内容的には紛れもなく伝統的な外交的保護における外国人待遇ならびに裁判拒否と同じものであり、「標準」考慮の際に外交的保護実行も先例として考慮されていることは言を俟たない。

このように、外交的保護の血脈を受け継ぐ諸制度における実際の紛争処理の局面に際して、外交的保護からの判例実行の積み重ねが、先例的機能を果たしていると評価することができるだろう。

6.2 補完的保護機能

外交的保護が 19 世紀に成立した在外自国民の外交的保護制度は、常設国際司法裁判所の言葉を借りるならば、「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できない場合に、その本国が自国民を保護する権利を有する」という慣習国際法上の制度である²¹。すなわち、相手国の違法行為によって国民が侵害を受けたとき、被害者は通常、不法行為地の国内裁判所を通じた損害の回復を図る（国内的救済の完了）。しかしそれでは満足を得ることができない、つまり請求が不当に拒否された場合（裁判拒否）に、被害者の国籍国が最終手段として国際請求を提起する。

ただし、カルヴォ条項をめぐるかつての対立からも明らかなように、かつての外交的保護は国内的救済の完了を待たないうちに発動されるなど、強国による弱国への介入主義的政策を支える制度でもあった²²。しかし、国際平面においても私人が自らの手で自らの損害を回復するための国際訴訟手続が整備された現代における外交的保護制度は、被害者が国内的救済完了に加えて、このような国際手続の完了もしたうえでもなお、自らの力では救済を得ることが出来ない場合に残余的に機能する、いわば紛争解決のための最後の砦であ

¹⁹ Bohanes, J., and Lockhart, N., “Standard of Review in WTO Law”, in Bethlehem, D., et al (eds.), *The Oxford Handbook of International Trade Law* (OUP, 2009), p. 379.

²⁰ Petersmann, E.-U., “Judicial Standards of Review and Administration of Justice in Trade and Investment Law and Adjudication”, in Lukasz Gruszczynski, L., et al. (eds.), *supra* note 18, p.23.

²¹ *Concessions Mavrommatis en Palestine* (Grèce c. Royaume-Uni), *C.P.J.I. Série A*, N°2, Arrêt du 30 août 1924, p. 12; *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (Estonie c. Lituanie), *C.P.J.I. Série A/B*, N° 76, Arrêt du 28 février 1939, p. 16.

²² 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 卷（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。

るにすぎない²³。このことは人権裁判所や投資仲裁制度など、私人が直接に違法行為国を訴えることが可能な国際的フォーラムの充実により一時影を潜めていたことから、外交的保護が発動されずとも自ら権利救済を行うことのできる強力な私人の出現と増長という国際社会の現実の一端を示している。

しかしながら近年では、特に人間の安全保障との関係で、被害者保護が必要な「重大な損害」が発生した場合に事態の解決へ向けて国家が介入するという外交的保護制度の有用性が見直され²⁴、人道的見地に基づく外交的保護の「人間化 (humanise)」の必要性が指摘されてきた。国際人権法及び国際投資法の分野を中心として、私人による自力救済のための法手続を予定する各種条約制度が充実する中でも、いまだに法の間隙で救済を受けられない者が存在することを考慮し、彼らに対する一種の安全網として機能し得る外交的保護制度の有用性が論じられるようになったのである²⁵。

これを ILC は「外交的保護についての慣習国際法規則と人権保護を規律する規則の補完性 (complémentarité / complementarity)」の問題として説明する²⁶。ここで強調されるは、個人の権利ないし人権の保護に関する条約、強行規範、あるいは国内法などの特別法制度が網の目のように充実したにも拘わらず、依然として残存する法の間隙を埋める役割を外交的保護制度が担うという法適用の場面における補完性である²⁷。このような外交的保護制度に対する期待値の高まりは現に、2006 年の外交的保護条文に多数の発展的内容の条文が盛り込まれたことにも表れている²⁸。例えば、船舶の損害と関連して船員が損害を受けた場合に、船舶の国籍国が船員についても外交的保護を行う可能性について言及し、さらに推奨されるとして、外交的保護を行うにあたり被害者の見解への考慮や補償金の引渡について規定されている²⁹。

²³ Dugard, J. R., “First Report on Diplomatic Protection”, UN Doc. A/CN.4/506 (2000), para. 69.

²⁴ Commentary to Art. 19 of Draft Articles on Diplomatic Protection (Second reading 2006) with commentaries, in *YBILC 2006*, vol. II (Part Two), para. 2.

²⁵ Vermeer-Künzli, A., “As if: The Legal Fiction in Diplomatic Protection,” *EJIL*, vol. 18 (2007), pp. 43-44 and “Diplomatic protection and consular assistance of migrants”, in Chetail, V. & Bauloz, C. (eds.), *Research Handbook on International Law and Migration* (E.Elgar, 2014), pp. 265-266; Deen-Racsmany, Z., “Diplomatic Protection and International Criminal Law: Can the Gap Be Bridged?,” *LJIL*, vol.20, no.4 (2007), pp. 910-915; Touzé, S., *La protection des droits des nationaux à l'étranger : recherches sur la protection diplomatique* (Pedone, 2007), pp. 136-222.

²⁶ Commentary to Art. 16, Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra* note 24, para. 1.

²⁷ Flauss, J.-F., « Protection diplomatique et protection internationale des droits d el'homme », *SZIER*, vol. 13 (2003), pp. 2-3, 7-9.

²⁸ 特に発展的内容の条文としては、第 8 条（無国籍者および難民に対する外交的保護）、第 15 条（国内的救済原則の適用例外）、第 19 条（推奨される実行として、「重大な損害」発生時の外交的保護の積極的行使、被害者への賠償金分配）を指摘できる。国連総会は ILC 外交的保護条文を条約化すべく、各国政府に対する勧告を度々発出している。UN Docs. A/RES/61/35(4 Dec.2006); A/RES/62/67 (6 Dec.2007) ; A/RES/ 65/27 (6 Dec.2010); A/RES/68/113 (16 Dec. 2013).

²⁹ Arts. 18, 19 (b) & (c) of Draft Articles on Diplomatic Protection (Second reading 2006), *supra* note 24.

このような外交的保護の補完的機能は、特に武力紛争などの人命保護の緊急事態における弱者保護の手段として有用であるように思われる。なぜなら近年の ICJ では、人命の尊重という人道上の配慮から仮保全措置が命じられる事例が急増しているからである³⁰。例えば、南オセチア・アブハジア両地域の軍事衝突の最中に提訴された 2008 年のグルジア対ロシアの人種差別撤廃条約事件では、原告グルジアは、自国領域内でありながらも実効的支配の及んでいなかった同地域に駐留するロシア軍ならびにロシアの指揮支配の下にある同地域の独立分離軍による、殺人、文民に対する不法な攻撃、拷問、レイプ、国外追放、強制移住、投獄、人質を取る行為、誘拐、軍事的必要のない資産の破壊・収用などの行為が、「グルジア民族住民とその他の住民」に対する広範かつ組織的な「人種差別行為」にあたると主張し、人種差別撤廃条約 22 条に基づいて ICJ に付託した。これに対してロシアは、本件は人種差別ではなく武力行使事例、不干渉・自決権、人道法違反の事例であり、同条約 22 条にいう条約の解釈または適用に関する締約国間の紛争にはあたらないと反論した。この事例のように、問題となる条約の締結時には想定されていなかったような事態を裁判条項に基づき ICJ へ付託する実行が実際に相次いでいるのである³¹。グルジアの事例は厳密な意味では在外自国民の保護ではないが、例えば同じ ICJ のラグラン事件及びアヴェナ事件は³²、訴訟動機という観点からは紛れもなく在外自国民保護であって、この点を捉えてこれらの事例を「条約上の権利に関わる外交的保護」という形で理解する論者も存在する³³。いずれにせよ、現代国際法秩序における外交的保護の役割について重要な示唆を与える実行であることには変わりはなく³⁴、その意味でも今後の ICJ における判例の展開が注視される。

³⁰ 酒井啓亘「国際司法裁判所における仮保全措置の目的の展開」『外務省調査月報』2001/No.2(2001年)59-67頁。Iwamoto (Lee), Y., “The Protection of Human Life through Provisional Measures Indicated by the International Court of Justice,” *LJIL*, vol.15 (2002), p.346.

³¹ 多数国間条約の裁判条項を利用した国家の訴訟戦略と ICJ の司法政策についての包括的な分析は、石塚智佐「多数国間条約の裁判条項にもとづく国際司法裁判所の管轄権」『一橋法学』第 11 巻 1 号 (2012 年) を参照。酒井啓亘「国際司法裁判所における紛争処理手続」『国際問題』第 597 号 (2010 年)16 頁。

³² *LaGrand case*, *supra* note 13, p.492, para.74; *Avena and other Mexican Nationals*, *supra* note 13, p. 36, para.40.

³³ Deen-Racsmany, Z., “Diplomatic Protection and the LaGrand Case,” *LJIL*, vol. 15 (2002), p.97; 酒井啓亘「判例研究・国際司法裁判所ラグラン事件 (ドイツ対米国) (判決・2001 年 6 月 27 日)」『国際法外交雑誌』第 106 巻 4 号 (2008 年) 522 頁。

³⁴ Milano, E., “Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice: Re-fashioning Tradition?” *NYBIL*, vol. 35 (2004) p.127; Tinta, M.F., “Due Process and the Right to Life in the Context of the Vienna Convention on Consular Relations: Arguing the LaGrand Case,” *EJIL*, vol.12 (2001), p.366.

参考文献一覧

I. 国際判例

1. 常設国際司法裁判所・国際司法裁判所

Ahmadou Sadio Diallo (Guinée c. RDC), *Exceptions préliminaires*, Arrêt du 24 mai 2007; Arrêt du 30 novembre 2010, CIJ Recueil 2010; *Compensation owed by the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea*, Judgment of 19 July 2012.

Activités Armées (RDC v. Rwanda), Mesures conservatoires, Ordonnance du 10 Juillet 2002.

Aerial Incident of 27 July 1955 (Israel v. Bulgaria), 1959 ICJ Pleadings.

Ahmadou Sadio Diallo (Guinée c. RDC), *Exceptions préliminaires*, Arrêt du 24 mai 2007; Arrêt du 30 novembre 2010.

Anglo-Iranian Oil Co. (UK v. Iran), Judgment of 22 July 1952.

Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement, Advisory Opinion of 26 Apr. 1988.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), Judgment of 26 Feb. 2007.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment of 18 Nov. 2008.

Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Order of 15 Oct. 2008.

Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v. Uganda), Judgment 19 Dec. 2005.

Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (DRC v. Rwanda), Provisional Measures, Order of 10 July 2002; Judgment of 3 Feb. 2006.

Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States), Judgment 31 March 2004.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (*Nouvelle requête* : 1962), (Belgique c. Espagne), Objection préliminaire, arrêt du 24 juillet 1964; Deuxième phase, arrêt du 5 février 1970.

Certain Norwegian Loans (France v. Norway), Judgment of 6 July 1957.

Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), Judgment of 26 Jun. 1992..

Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, Fond, 25 mai 1926, C.P.J.I., Serie.A, no.7.

Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis (Estonie c. Lituanie), CPJI, Série A/B, N° 76, arrêt du 28 février 1939.

Concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c. Royaume-Uni), C.P.J.I., Série A, N°2, Arrêt du 30 août 1924.

Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire Palestinien occupé, Avis consultatif du 9 juillet 2004..

Corfu Channel (UK v. Albanie), Assessment of the amount of compensation due from the People's Republic of Albania to the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Judgment of 15 December 1949.

Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment of 13 July 2009.

Electronica Sicula S.p.A.(ELSI) (USA v. Italy), Judgment of 20 Jul. 1989.

Interhandel (Suisse c. États-Unis), Exceptions préliminaires, Arrêt du 21 mars 1959..

Jurisdiction of the Courts of Danzig, Advisory Opinion asked by the Council of the League of Nations, Ser. B, No.15, Judgment of 3 Mar. 1928.

Jurisdictional Immunity (Germany v. Italy; Greek intervening), Merits, Judgment of 3 February 2012.

LaGrand (Germany v. USA.), Judgment of 27 June 2001.

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion of 5 Aug. 1970.

Legal Consequences of the Constriction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004.

Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (RDC c. Belgique), Arrêt du 14 février 2002..

Mavrommatis Palestine Concessions (Grèce c. Royaume-Uni), C.P.J.I., Série A, N°2, Arrêt du 30 août 1924.

Nationality Decrees in Tunis and Morocco, PCIJ Series B, No. 4 (1923).

Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala), Second Phase, Judgment of 6 Apr. 1955.

Paiement de divers emprunts Serbes émis en France (Serbie c. France), C.P.I.J., Série A, N° 20, Arrêt du 12 juillet 1929.

Phosphates du Maroc (Italie c. France), arrêt du 14 juin 1938, CPJI Série A/B, no.74.

Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal) (20 juillet 2012).

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion of 11 April 1949.

S.S. Lotus (France v. Turkey), PCIJ Series A, No. 10 (1927).

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (USA v. Iran), Judgement of 24 May 1980.

Usine de Charzów (Allemagne c. Pologne), PCIJ Ser.A, N°17, Demandé en indemnité, fond, arrêt du 13 septembre 1928.

2. 欧州人権裁判所・欧州人権委員会

A.C. et autres c. Italie, décision du 11 juillet 2000, CEDH requête no. 40812/98, décision du 11 juillet 2000.

A. Leschi and Ohters v. France, ECmmHR App. No. 37505/97, Decision of 22 April 1998.

Al Adsani v. UK, ECHR App. No. 35763/97, Judgment of 21 November 2001.

Akdivar v. Turkey, ECHR App. No. 99/1995/605/693, Judgment of 16 Sep. 1996.

Associazione Nazionale Reduci Dalla Prigionia dall'Internamento e dalla Guerra di Liberazione (ANRP) & 275 othres v. Germany, ECHR App. No.45563/04, Decision of 4 September 2007.

Banković and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States, ECHR App. no. 52207/99, Decision of 12 Dec. 2001.

Behrami and Behrami v. France & Saramati v. France, Germany and Norway, ECHR App. Nos. 71412/01 and 78166/01, Decision of 2 May 2007.

Bertrand Russell Peace Foundation v. UK, ECmmHR App. no. 7597/76, 14 DR 117, Decision of 2 May 1978.

B. Schouw Nielsen v. Denmark Case, App. no.343/57 (1985-9).

Gentilhomme, Schaff-Benhadj and Zerouki v. France, CEDH requête nos. 48205/99, 48207/99 et 48209/99, décision du 14 mai 2002..

G.Kapas v. UK, ECmmHR App. No. 12822/87, DR 54, Decision of 9 December 1987.

Issa and others v. Turkey, ECHR App. No. 31821/96, Decision of 30 May 2000.

Loizidou v. Turkey, ECHR App. No. 15318/89, Judgment of 23 March 1995.

Ireland v. UK, ECHR App. no. 5310/71, 18 Jan. 1978, p. 64 (1978).

Marckx case, Judgment of 13 June 1979, Series A no. 31.

Selmouni v. France, ECHR App. no. 25803/94, judgment of 28 July 1999.

Sfountouris et autres c. Allemagne, CEDH requête no.24120/06, décision sur la recevabilité en 31 mai 2011.

Soering v. UK, ECH App. no. 14038/88, Ser. A, No. 161, 7 July 1989.

Tyrer v. UK, Judgment of 25 April 1978, Series A no. 26.

3. 米州人權裁判所

Government of Costa Rica case (In the matter of Viviana Gallardo et al.) of 13 November 1981, IACHR Series A No. 101, Decision of 13 Nov 1981

Proposed Amendments to the Naturalization Provision of the Political Constitution of Costa Rica, Advisory Opinion, *ILR*, vol. 79 (1989).

Vélasquez Rodríguez case, 1989, *ILM*, vol. 28.

4. 自由權規約委員会

Casanovas v. France, No. 441/1990.

Judge v. Canada (829/1998), CCPR/C/78/D/829/1998.

Kolanowski v. Poland, No. 837/1998.

Kindler v. Canada (470/1991), CCPR/C/48/D/470/1991.

5. 國際投資仲裁（投資家・国家間）

Azurix Corp v Argentine, Decision on Jurisdiction of 8 Dec. 2003, Case No ARB/01/12, *ILM*, vol. 43

CME Czech Republic B.V. (Netherlands) v. Czech Republic, Partial Award 13 Septmber 2001, UNCITRAL Arbitration Proceedings.

Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, ICSID Case No. ARB (AF)/98/3, Award of 26 Jun. 2003.

6. 國際仲裁（国家間）

A.G. Benson (US) v. Peru, 12 Jan. 1863 in Moore, J.B., *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party* (Washington Gov. Pringing Office, 1898).

Aboilard (France c. Haïti), 26 juillet 1905, *UNRIAA*, vol. 11.

Acosta v. Spain, in Moore, J.B., *A Digest of International Law* (Washington Gov. Printing Office, 1906) p. 638.

Administrative Decision No. V (USA v. Germany), 31 Oct. 1924, *UNRIAA*, vol. 7 (1925).

Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France (USA v. France), Decision of 9 Dec. 1978, *UNRIAA*, vol. 18.

Alexander Tellech (USA) v. Austria Hungary, 25 May 1928, *UNRIAA*, vol.6 (1928).

Ambatielos Claim (Greece v. UK), Decision of 6 March 1956, *UNRIAA*, vol. 12.

Amelia de Brissot, Ralph Rawdon, Joseph Stackpole and Narcisa de Hammer v. Venezuela, USA-Venezuela Mix Claim Commission, Award of 5 December 1885, *UNRIAA*, vol. 29.

American International Group, Inc. v. Iran, Case No. 2, 19 December 1983, *Iran-U.S. C.T.R.*, vol. 4, p. 111 (1983-III) (Mosk, J., concurring).

Amos B. Corwin v. Venezuela (the schooner Mechanic case) (USA v. Venezuela), 5 Dec. 1885, *UNRIAA*, vol.29.

Antonio Maximo Mora (USA) v. Spain, in Moore, J.B., *A Digest of International Law* (Washington Gov. Printing Office, 1906).

Antoine Fabiani (France c. Venezuela), 31 July 1905, *UNRIAA*, vol. 10.

ARA Libertad” Case (Argentina v. Ghana), ITLOS Case No. 20, Order of 15 Dec. 2012.

Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly, 29 Mar. 1933, reported in *AJIL*, vol. 28 (1934).

Barthez de Montfort v. Treuhander, ADPILC, 1925-1926, Case No.206.

Ben Tillett (UK c. Belgique), sentence du 26 déc. 1898, in *RGDIP*, t. 6 (1899).

Blumenthal, French-Gerrnan Mixed Tribunal, ADPILC 1925-1926, Case No. 148.

Brignone (Italy) v. Venezuela, Italian-Venezuelan Claim Commission 1903, in *UNRIAA*, vol. 10.

Canevaro case (Italy v. Peru), PCA, Award of 2 May 1912, in Scott, J.B. (ed.) *The Hague court Reports, vol.1* (OUP, 1916).

Carlos L. Oldenbourg (GB) v. United Mexican States, British-Mexican Claims Commission, Decision No. 11, 19 Dec. 1929, *UNRIAA*, vol. 5.

Cerutti (Italie c. Columbia), sentence du 6 juillet 1911, *UNRIAA*, vol. 11.

Claim of Finnish shipowners against Great Britain in respect of the use of certain Finnish vessels during the war (Finland v Great Britain), 9 May 1934, *UNRIAA*, vol.3.

Claims of Rosa Gelbrunk and the “Salvador Commercial Company”, et al (El Salvador v. USA), 2 May 1902 and 8 May 1902, *UNRIAA*, vol. 15.

Croft (UK v. Portugal), 7 fev. 1856, de Lapradelle A. et Politis, N., *Recueil des arbitrages internationaux, t. II*.

Delagoa Bay Railway (Great Britain and United States v. Portugal), in Moore, J.B., *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party* (Washington Gov. Pringing Office, 1898).

Dickson Car Wheel Company v. United Mexican States, Jul. 1931, *UNRIAA*, vol. 4.

El Oro Mining and Railway Company (Ltd.) (UK v Mexico), 18 June 1931, *UNRIAA*, vol. 5.

Esphahanian v. Bank Tejarat, IUSCTR, vol. 2 (1983).

Eulalia Adorea de Berherand (USA) v. Mexico, 4 Jul. 1868, in in Moore, J.B., *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party* (Washington Gov. Pringing Office, 1898).

Florence Mergé, UNRIAA, vol. 16(1955).

Frederick Adams and Charles Thomas Blackmore (Great Britain) v. United Mexican States, 3 Jul. 1939, *UNRIAA*, vol. 5.

Georges S. Hein v. Hildersheimer Bank, Anglo-German Mixed Arbitral Tribunal, ADPILC, 1919-22, Case No.148.

Giacopini (Italy) v. Venezuela, in UNRIAA, vol. 10.

Hudson's Bay and Puget Sound Agricultural Companies (UK v. USA), 10 Sep. 1869, de Lapradelle A. et Politis, N., *Recueil des arbitrages internationaux*, t. II.

José Maria Jarrero (USA) v. Mexico, 3 Mar. 1849, in Moore, J.B., *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party* (Washington Gov. Printing Office, 1898).

Joseph Camy (France) v. USA, 15 Jan. 1880 in Moore, J.B., *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party* (Washington Gov. Printing Office, 1898).

Joseph Napoleon Perché (France) v. USA, 15 Jan. 1880, in Moore, J.B., *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party* (Washington Gov. Printing Office, 1898).

L.F.H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. Mexico, 15 Oct. 1926, UNRIAA, vol. 4.

Levy (France) v. USA, 15 Jan. 1880, in Moore, J.B., *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party* (Washington Gov. Printing Office, 1898).

Lizardi (USA) v. Mexico, in Moore, J.B., *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party* (Washington Gov. Printing Office, 1898).

Lottie May Incident (UK v. Honduras), 18 April 1899, UNRIAA, vol. 15.

Malek v. Iran, Award No. ITL 68-193-3, 23 Jun. 1988, *IUSCTR*, vol. 19 (1989) pp. 48, 51.

Mary Santangelo (USA) v. Mexico, 11 Apr. 1839, in Moore, J.B., *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party* (Washington Gov. Printing Office, 1898).

Massiani (France) v. Venezuela, France-Venezuela Mixed Claim Commission 1903-1905, in UNRIAA, vol. 10.

Mathison (merits), British-Venezuelan Mixed Claim Commission, UNRIAA, vol. 9 (1903).

Mergé claim, Italo-American Commission, ILR, vol. 22 (1955).

Mexican Union Railway (Ltd.) (Great Britain) v. Mexico, 21 Feb. 1930, UNRIAA, vol. 5.

Miliani (Italy) v. Venezuela, in UNRIAA, vol. 10.

Minnie Stevens Eschauzier (UK) v. Mexico, 24 Jun 1931, UNRIAA, vol. 5.

Mora and others (USA) v. Spain, 12 Feb. 1871 in Moore, J.B., *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party* (Washington Gov. Printing Office, 1898).

Morris (USA) v. Nicaragua, in Moore, J.B., *A Digest of International Law* (Washington Gov. Printing Office, 1906).

North American Dredging Company of Texas (USA) v. Mexico, Decision of 31 Mar. 1931, UNRIAA, vol. 4 (1926).

Orinoco Steamship Company Case, 1903-1905, UNRIAA, vol. 9.

Rhodope central (fond) (Grèce contre Bulgarie), 29 mars 1933, UNRIAA, vol. 3.

Robert E. Brown (USA v. UK), 23 Nov. 1923, UNRIAA, vol. 6.

Romano v. Comma, Egyptian Mixed Court of Appeal, 12 May 1925, Gazette des Tribunaux Mixtes 1926, (A.D.P.I.L.C., vol. 3 1925-1926, pp. 265-266.)

S.S. Lisman, UNRIAA, 1937, vol. 3.

S.S. Seguranca, 1939, UNRIAA, vol. 3.

Salem (USA v. Egypt), 8 June 1932, UNRIAA, vol. 2.

Stevenson case (merits), Great Britain-Venezuela Mixed Claims Commission, UNRIAA, vol. 9 (1903)

The Farben Case (Case No. 6), Trials of war criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council law no. 10: Nuernberg, October 1946-April 1949, vol. VIII.

The Flick Case (Case No.5), Trials of war criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council law no. 10: Nuernberg, October 1946-April 1949, vol. VI.

The Krupp Case (Case No. 10), Trials of war criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council law no. 10: Nuernberg, October 1946-April 1949, vol. IX.

Trail Smelter case (USA v. Canada), 11 March 1941, UNRIAA, vol. 3.

II. 国内判例

1. 日本

最大判 1968 年 11 月 27 日民集第 22 卷 12 号 2808 頁。

最二小判 1987 年 6 月 26 日判時第 1262 号 100 頁（名古屋空襲訴訟）。

最三小判 1992 年 4 月 28 日判タ第 787 号 58 頁（台湾人元日本兵補償請求事件）。

最三小判 2001 年 10 月 16 日。

最二小判 2007 年 4 月 27 日民集第 61 卷 3 号 1188 頁（西松建設事件）。

最一小判 2007 年 11 月 1 日民集 61 卷 8 号 2733 頁。

東京高判 2001 年 2 月 8 日（香港軍票補償請求）。

東京高判 2001 年 10 月 11 日訟月第 48 卷 9 号 2123 頁（オランダ人戦後補償請求事件）。

東京高判 2003 年 3 月 27 日判時第 1802 号 76 頁（イギリス等元捕虜・民間抑留者損害賠償請求事件）。

東京高判 2003 年 7 月 22 日訟月 50 卷 10 号 2853 頁。

東京地判 1956 年 8 月 20 日下民第 7 卷 8 号 2239 頁（堀本事件）。

東京地判 1963 年 12 月 7 日下民 14 卷 12 号 2435 頁。

東京地判 1994 年 7 月 15 日判時第 1505 号 46 頁（在日韓国人元軍属援護法訴訟）。

東京地判 1998 年 11 月 26 日訟月 46 卷 2 号 731 頁（イギリス等元捕虜・民間抑留者損害賠償請求事件）。

東京地判 1998 年 11 月 30 日訟月 46 卷 2 号 774 頁（オランダ人戦後補償請求事件）。

名古屋高判 2007 年 5 月 31 日訟月第 54 卷 2 号 287 頁。

名古屋高裁金沢支部 2010 年 3 月 8 日判決裁判所ウェブサイト掲載判例。

名古屋地判 2005 年 2 月 24 日判時第 1894 号 44 頁。

広島高裁 2005 年 1 月 19 日民集 61 卷 8 号 2805 頁。

広島地裁 1999 年 3 月 25 日訟月 47 卷 7 号（三菱広島重工業・元徴用工被爆者裁判／韓国人元徴用工在外被爆者事件）。

2. 米国

Atlee v. Laird, 347 F.Supp. 689 (7 August 1972).

Bernstein v. N.V. Nederlandsche-Amerikaansche Stoomvaart-Maatschappij, 173 F.2d 71 (2d Cir. 1949), amended by 210 F.2d 375 (2d Cir. 1954)

Bernstein v. Van Heyghen Freres Societe Anonyme, 163 F.2d 246 (2d Cir. 1947).

Black v. Canada (Prime Minister) (2001), 54 O.R. (3d) 215 (C.A.).

Bodner v. Banque Paribas, 114 F.Supp. 2d 117, 127 (EDNY 2000).

Boumediene et al. v. Bush, 553 US (12 Jun. 2008).

Burger-Fischer et al. v. Degussa AG, 65 F.Supp. 2d 248 (US Dist. N.J. 1999).

Buxbaum v. Assicurazioni Generali, 33 N.Y.S.2d 496, 497 (Sup. Ct. 1942).

Cannon Mfg. Co v. Cudahy Packing Co., 267 U.S. 333, 337 (1925).

Copello v. Canada (Minister of Foreign Affairs), 2003 FCA 295, 3 Admin. L.R. (4th) 214.

Del Costello v. Int'l Board of Teamsters, 462 U.S. 151,1983.

Deutsch v. Turner Corp., 317 F.3d 1005 (9th Cir.(Cal.) 21 January 2003), 324 F.3d 692 (9th Cir. (Cal.) 6 March 2003).

Friedman v. Union Bank of Switz., No. CV-96-5161 (E.D.N.Y. filed 21 October 1996 & Amended Complaints filed 30 July 1997, sub nom. Trilling-Grotch v. Union Bank of Switz. & Sonabend v. Union Bank of Switz).

Frummer v. Hilton Hotels Int'l Inc., 19 N.Y.2d 533 (N.Y. 1967).

Gerling Global Reins Corp. of Am. v. Nelson, 123 F.Supp. 2d 1298 (N.D. Fla. 11 November 2000).

Goldstar (Panama) SA v. United States, Federal Court of Appeal, 4th Circuit, 16 June 1992, ILR, vol. 96 (1994).

Gosselin v. Quebec (Attorney General), 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429.

Gross et al. v. German Foundation Industrial Initiative, 129 S.Ct. 2384 (U.S. 18 May 2009), 456 F.3d 363 (3 August 2006), 499 F.Supp.2d 606 (D.N.J. 15 August 2007), 549 F.3d 605 (3rd Cir.(N.J.) 10 December 2008).

Handel v. Artukovic, 601 F.Supp. 1421, 1424 (C.D. Cal. 1985).

Helicopteros Nacionales de Columbia, S.A. v. Hall, 466 U.S. 408.

In re Guantanamo Detainee Cases, 355 F. Supp. 2d 443 (D.D.C. 2005).

In re Nazi Era Cases, 198 F.R.D. 429 (5 Dec. 2000); 320 F.Supp.2d 204, 6 A.L.R. Fed. 2d 659 (D.N.J. 20 May 2004); 320 F.Supp.2d 235 (D.N.J. 8 July 2004); 153 Fed.Appx. 819 (3rd Cir.(N.J.) 20 October 2005).

In re World War II Era Japanese Forced Labor Litigation, 114 F. Supp. 2d 939 (21 September 2000); 164 F.Supp.2d 1153 (N.D.Cal. 17 September, 2001).

Iwanowa v. Ford Motor Company and Ford Werke AG, 67 F.Supp.2d 424 (US Dist. N.J. 1999).

Jeong v. Onoda Cement Co., Ltd., 2000 WL 33954824 (C.D. Cal. 18 May 2000).

Kaufman v. Societe Internationale, 343 U.S. 156 (7 April 1952).

Kelberine v. Societe Internationale, 363 F.2d 989 (D.C.Cir. 7 April 1966).

Kentucky Finance Corp. v. Paramount Auto Exch. Corp., 262 US 544.

Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., 133 S.Ct. 1659 (2013).

Klein et al. v. Siemens AG, Civil Action No. 98-4468 (D.N.J. filed 24 September 1998).

Kren claim, U.S. Int'l Claims Commission 1951-1954 in *ILR*, vol. 20 (1957), p. 233.

Lichtman v. Siemens AG, Civil Action No. 98-4252 (D.N.J. filed 9 September 1998).

Menzel v. List, 267 N.Y.S.2d 804 (Sup. Ct. 1966).

Mushikiwabo and others v. Barayagwiza, 9 April 1996, *ILR*, vol. 107 (1998).

Price v. United States, 707 F.Supp. 1465 (S.D. Tex. 1989), rev'd, 69 F.3d 46 (5th Cir. 1995).

Princz v. FRG, 813 F.Supp. 22, 23 (D.D.C. 1992), rev'd, 26 F.3d 1166 (D.C. Cir. 1994); Federal Court of Appeal, D.C. Circuit, 1 July 1994, *ILR*, vol. 103 (1996).

Rasul v. Bush, 542 U.S. 466 (2004).

Ree v. Unted Transp. Union, 488 U.S. 319, 324 (1989).

Revoli v. Conference of Jewish Material Claims Against Germany, 174 N.Y.S.2d 825, 827 (Sup. Ct. 1958).

Seaboard Air Line Ry. Co. v. Railroad Commission of Alabama, 155 F 792.

Siderman de Blake et al. v. Argentina, US Court of Appeals for 9th circuit, Judgment of 22 May 1992, 965 F.2d 699.

Smith v. Canada (Attorney General), 2009 FC 228, [2010] 1 F.C.R. 3.

United States of America v. Omar Ahmed Khadr, International Crimes Database by the T.M.C. Asser Instituut Hague, <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/810/Khadr/> (last access on 11 Nov. 2014).

Vogel et al. v. Degussa AG, Civil Action No. 98-5019 (D.N.J. filed 6 Nov. 1998).

Weisshaus v. Union Bank of Switz., No. CV-96-4849 (E.D.N.Y. filed 3 October 1996 & Amended Complaint filed 30 July 1997).

Wolf v. Federal Republic of Germany, No. 93 C 7499, 1995 WL 263471, at *1 (N.D. Ill. 1 May 1995)

World Council of Orthodox Jewish Communities, Inc. v. Union Bank of Switz., No. CV-97-0461 (E.D.N.Y. filed 29 January 1997).

3. カナダ

Air Canada v. British Columbia (Attorney General), [1986] 2 S.C.R. 539.

Canada (Prime Minister) v. Khadr, [2008] 2 SCR 125, [2010] 1 SCR 44, Judgment of 29 Jan. 2010; [2010] FCA 199, Judgment of 22 Jul. 2010; [2011] FCA 92, Judgment of 9 Mar. 2011.

Khadr v. Canada (Minister of Foreign Affairs), 2004 FC 1145, 123 C.R.R. (2d) 7.

Khadr v. Canada (Minister of Justice), 2006 FC 509, 290 F.T.R. 313; 2007 FCA 182, [2008] 1 F.C.R. 270; 2008 FC 807, 59 C.R. (6th) 284; T-1319-07.

Khadr v. Canada (Prime Minister), 2009 FCA 246, [2009] F.C.J. No. 893, Judgment of 14 Aug. 2009; 2009 FC 405, [2010] 1 FCR 34, Judgment of 23 Apr. 2009; [2010] FC 715, Judgment of 5 Jul. 2010.

Operation Dismantle v. The Queen, [1985] 1 S.C.R. 441.

R. v. Gamble, [1988] 2 S.C.R. 595.

Solosky v. The Queen, [1980] 1 S.C.R. 821.

3. 英国

Joyce v. Director of Public Prosecutions [1946] A.C. 347.

Lord Laws in Al Rawi & Ors, R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs & Anor, [2006] EWCA Civ 1279.

R (Abbasi) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for the Home Department [2002] EWCA Civ 1598, Judgment of 6 Nov. 2002.

R (Al Rawi & Others) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs [2006] EWHC 972 (Admin), Judgment of 4 May 2006.

R (Al-Skeini and others) v. Secretary of State for Defence [2008] 1 AC 153 (House of Lords) (Al-Skeini HL) and [2007] QB 140 (Court of Appeal) (Al-Skeini CA).

R (on the application of Al Rawi & Others) v. The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs & Another, [2006] EWCA Civ. 1279, United Kingdom: Court of Appeal (England and Wales), 12 October 2006.

4. ドイツ

BGH, BGH, Urteil vom 14.12.1955, AZ: IV ZR 6/55. 英訳は in *ILR*, vol 22 (1988), p. 611.

BGH, *RzW* 1963, 525. *Staucher v. I.G. Farben*.

BGH, Urteil vom 26.02.1963, AZ: VI ZR 94/61, *Archiv des völkerrechts*, vol. 11 (1963-64), p. 239. 連邦通常裁判所民事第 VI 部 1963 年 2 月 26 日判決『外国の立法』第 34 卷 3・4 号 (1996 年)。

BGH, Urteil vom 22.06.1967, AZ: VII Z R 181/65, BGHZ 48, 125. 連邦通常裁判所民事第 VII 部エルンスト・ハインケルン社 (被告) 対エドムント・バルトル博士 (原告) 事件 1967 年 6 月 22 日判決『外国の立法』第 34 卷 3・4 号 (1996 年) 187-193 頁。

BGH, Urteil vom 19.06.1973, AZ: VI ZR 74/70, in *NJW* 1973, 1549.

BGH, Urteil vom 26.06.2003, AZ: I ZR 296/00, in *BGHZ* 155. 英訳は、*ILM*, vol. 42 (2003), p. 1030; *ILR*, vol. 129 (2007).

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 16.02.2000, AZ: 5 AZB 71/99, *NZA* 2000, 385.

BVerfG, Urteil vom 07.07.1975, AZ: 1 BvR 274/72; 2 BvR 209/72; 2 BvR 195/73; 2 BvR 194/73; 2 BvR 184/73; 2 BvR 247/72, *BVerfGE* 40, 141. 英訳は、*Eastern Treaties Constitutionality Case*, in *ILR*, vol. 78, p. 177.

BVerfG, Entscheidung vom 13.05.1996, AZ: 2BvL33/93, *BverfGE* 94.

BVerfG, Entscheidung vom 15.02.2006, AZ: 2 BvR 1476/03, *NJW* 59

BVerfG, Entscheidung vom 15.02.2006, AZ: 2BvR 1476/03. 英訳は、*Distomo Massacre Case (Greek Citizens v. FRG)*, *ILR*, vol. 135 (2009).

OLG Köln, Urteil vom 27.08.1998, AZ 7 U 167/97.

OVG Nordrhein-Westfalen (Münster), Urteil vom 19.11.1997, AZ: 14 A 362/93, *NJW* 1998, S. 2302-2303.

LG Bonn, Urteil vom 05.11.1997, AZ: 1 O 134/92 (*Krakauer v. FRG*).

LG Bonn, Urteil vom 23.06.1997, AZ 1 O 358/95, *BeckRS (Rechtsprechung)* (2011).

LG Bremen, Urteil vom 02. 07.1998, AZ: 1 O 2889/90.

LG Frankfurt, Urteil vom 27.01.1960, AZ: 6 O 182/59.

LG Frankfurt, Urteil vom 10.06. 1953, AZ: 2/3/0406/51.

LG Stuttgart, Urteil vom 24.11.1999, AZ: 24 O 192/99 vom 24.11.1999..

Kammergericht Berlin, 2.6.1965, *Restitution of household effects belonging to Jews deported from Hungary (Germany) case*, *ILR*, vol. 44, p. 301.

Rudolf Hess v. Federal Republic of Germany, Case No. 2 BvR 419/80, 16.12.1980, *ILR* vol. 90 (1980), p. 387.

5. ギリシャ

Margellos et al. v. Germany, Greece, Special Supreme Court, Judgment of 17 September 2002.

6. イタリア

Ferrini et al. v. Germany, Italy, Court of Cassation, Judgment of 11 March, 2004, *ILR*, vol. 128 (2006).

7. 南アフリカ

Government of the Republic of South Africa v. Von Abo (283/10) [2011] ZASCA 65, Judgment of 4 April 2011.

Hicks v. Ruddock, [2007] FCA 299.

Kaunda v President of the Republic of South Africa, Decision of 4 Aug. 2004, *ILM* vol. 44 (2005) or in *South African Law Reports*, vol. 4 (2005), p. 235 (CC).

Von Abo v. President of the Republic of South Africa, [2009] ZACC 15.

Von Abo v. Government of the Republic of South Africa, [2010] 3 SA 26.

Van Zyl v. Government of the Republic of South Africa, [2008] 3 SA 294.

8. 韓国

韓国大法院第1部判決事件 2009 다투 22549 損害賠償 (他) 등 (대법원 제1부 판결 사건 2009 다투 22549 손해배상(기)등) 2012年5月24日判決。英訳文は、*Gap et al. v. Mitsubishi Heavy Industries Ltd.*, ROK, Supreme Court, Decision of 24 May 2012, No. 2009Da22549, at http://library.scourt.go.kr/jsp/news/w12_13r.jsp?seqno=553 (as of 20 June 2014). 日本語訳は、中川敏宏「<判例研究>韓国大法院・旧三菱戦後補償請求事件判決(大法院第一部 2012年5月24日宣告 2009 다투 22549判決)」『専修ロージャーナル』第8巻(2013年)153-166頁。

Victims of "comfort women" v. ROK, Constitutional Court of Korea, Decision of 30 August 2011, 2006Hun-Ma788, at http://english.court.go.kr/home/english/decisions/rcnt_decision_view.jsp?seq=844&pg=4&sch_sel=&sch_txt=&nScale=10&sch_code=9&actype= (as of 30 November 2013).

ソウル高等法院 2013年7月10日判決 (2012 나 44947)。

釜山高等法院 2009年2月3日判決 (2007 나 4288)。

釜山高等法院 2013年7月30日判決 (2012 나 4497)。

ソウル行政法院 2002 구합 33943. Seoul Administrative Court Decision of 13 Feb. 2004, No. 2002Guhap33943.

9. ベルギー

Cour de cassation, Belgique, 25 mai 1926, *ADP.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, Belgique, 14 mai 1923, *Recueil Dalloz de doctrine de jurisprudence et de législation* (Dalloz, 1955), vol. I,

Prince d'Arenberg v. Procureur-General of Brussels, Boulanger Q.Q. and Associate, Cour d'appel de Bruxelles, 27 mai 1925.

10. フランス

Société Sapvin Conseil d'Etat, 25 Mar. 1998, ILR, vol. 89 (1994).

III 国際連合

1. 国際法委員会 (ILC)

A) 条文草案

Articles 1 to 7 of the draft articles on diplomatic protection provisionally adopted by the Commission and its commentary, in *YBILC 2002*, vol.II (Part Two).

Draft articles on diplomatic protection provisionally adopted so far by the Commission, Report of the ILC on the work of its 55th session (5 May-6 June and 7 July-8 August 2003), UN Doc. A/58/10, in *YBILC 2003* (Part Two).

Draft Articles on Diplomatic Protection (First reading 2004) with commentaries, in *YBILC 2004*, vol. II (Part Two).

Draft Articles on Diplomatic Protection (Second reading 2006) with commentaries, in *YBILC 2006*, vol. II (Part Two).

Articles 20 to 22, with commentaries thereto, adopted by the Commission at its 29th session, in *YBILC 1977*, vol II (Part Two).

Draft Articles on Responsibility for Internationally Wrongful Acts (Second reading 2001), *YBILC 2001*, Supp. No.10, UN Doc. A/56/10.

Draft on international responsibility of the State for injuries caused in its territory to the person or property of aliens, in *YBILC 1958*, vol. II.

Responsibility of the State for injuries caused in its territory to the person or property of aliens: Revised draft in García Amador, F.V., "Sixth Report on International Responsibility", UN Doc. A/CN.4/134/Add.1, in *YBILC 1961*, vol. II.

Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, in Report of the ILC on the work of its 18th session (Geneva, 4 May-19 July 1966), UN Doc. A/6309/Rev.1 in *YBILC 1966*, vol. II

B) 特別報告者報告書

Ago, R., "Report by the Chairman of the Sub-Committee on State Responsibility", UN Doc. A/CN.4/152, *YBILC 1963*, Vol.II; "State Responsibility: Note by Special Rapporteur", UN Doc. A/CN.4/196, in *YBILC 1967*, vol.II.

Bennouna, M., « Rapport préliminaire sur la protection diplomatique », UN Doc. A/CN.4/484, in *Ann CDI 1998*, vol. II (Première partie)

Crawford, J., "Second Report on State Responsibility", A/CN.4/498 and Add.1-4, in *YBILC 1999*, vol. II (Part One).

Dugard, J.R., "First Report on Diplomatic Protection", UN Doc. A/CN.4/506 (2000), in *YBILC 2000*, vol. II (Part One); "Second Report on Diplomatic Protection", UN Doc. A/CN.5/514 in *YBILC 2001*, vol. II (Part One); "Third Report on Diplomatic Protection", UN Doc. A/CN.4/523 and Add.1 in *YBILC 2002*, vol. II (Part One); "Forth Report on Diplomatic Protection", UN Doc. A/CN.4/530 in *YBILC 2003*, vol. II (Part One); "Fifth Report on Diplomatic Protection," UN Doc. A/CN.4/538 in *YBILC 2004*, vol. II (Part One); "Sixth Report on diplomatic protection", UN Doc. A/CN.4/546, in *YBILC 2005*, vol. II (Part One); "Seventh Report on Diplomatic Protection," UN Doc. A/CN.4/567 (2006) in *YBILC 2006*, vol. II (Part One).

Fitzmaurice, G. G., "Second Report on the Law of Treaties," UN Doc. A/CN.4/107, in *YBILC 1957*, vol. II.

García Amador, F.V., “Report on International Responsibility,” UN Doc. A/CN.4/96, in *YBILC 1956*, vol. II; “Second Report on International Responsibility,” UN Doc. A/CN.4/106, in *YBILC 1957*, vol. II; “Third Report on International Responsibility,” UN Doc. A/CN.4/111, *YBILC 1958*, vol. II; “Sixth Report on International Responsibility,” UN Doc. A/CN.4/134 and Add.1, in *YBILC 1961*, vol. II.

Riphagen, W., “Sixth report on the content, forms and degrees of international responsibility (part two of the draft articles); and ‘Implementation’ (mise en oeuvre) of international responsibility and the settlement of disputes (part three of the draft articles),” UN Doc. A/CN.4/389 and Corr.1, in *YBILC 1985*, vol. II (Part Two)

Waldock, H., “Second Report on the Law of Treaties,” UN Doc. A/CN.4/156 and Add.1-3, in *YBILC 1963* vol. II.

C) 議事録

Report of the ILC on the work of its 22nd session (4 May-10 Jul. 1970) UN Doc. A/8010/Rev.1, in *YBILC 1970*, vol. II; 29th session (9 May-29 July 1977), UN Doc. A/32/10 in *YBILC 1977*, vol. II; 48th session (6 May-26 Jul. 1996), UN Doc. A/51/10, in *YBILC 1996*, vol. II (Part Two); 49th session (12 May-18 July 1997), UN Doc. A/52/10, in *YBILC 1997*, vol. II (Part Two); 50th session (20 Apr.-12 Jun. & 27 Jul.-14 Aug. 1998), UN Doc. A/53/10 in *YBILC 1998*, vol. II (Part Two); 52nd Session (1 May-9 Jun. and 10 July-18 Aug. 2000), UN Doc. A/55/10, *YBILC 2000*, vol. II (Part Two); 53rd session (23 Apr.-1 Jun. and 2 Jul.-10 Aug. 2001) UN Doc. A/56/10 (2001), in *YBILC 2001*, vol. II (Part Two); 54th session (29 April-7 June and 22 July-16 August 2002), UN Doc. A/57/10, in *YBILC 2002*, vol. II (Part Two); 55th session (5 May-6 June and 7 July-8 August 2003), UN Doc. A/58/10, in *YBILC 2003* (Part Two); 57th session (2 May-3 June and 11 July-5 August 2005), in *YBILC 2005*, vol. II (Part Two), UN Doc. A/CN.4/SER.A/2005/Add.1 (Part 2).

Report of the Working Group on Diplomatic Protection (3 July 1997), UN Doc. A/CN.4/L.537 in *YBILC 1997*, vol. II (Part One)

Summary Records of 934th & 935th meetings on 6 Jul. 1967, in *YBILC 1967*, vol. I; 2513th meeting on 15 July 1997, in *YBILC 1997*, vol. I; 2520th meeting on 28 April 1998, 2521st meeting on 29 April 1998, 2522nd meeting on 30 April 1998, 2523rd meeting, 1 May 1998, in *YBILC 1998*, vol. I; 2617th-2620th meetings during 9-12 May 2000, in *YBILC 2000*, vol. I; 2792nd & 2793rd meetings on 4-5 May 2004, in *YBILC 2004*, vol. I; 2881st meeting on 30 May 2006, in *YBILC 2006*, vol. I.

D) その他

Diplomatic Protection: Comments and Observations received from Governments, UN Docs A/CN.4/561, A/CN.4/561/Add1, and A/CN.4/561/Add.2

2. 国連総会第六委員会議事録

Summary Records of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly, UN Docs. A/C.6/55/SR.19 (30 Oct 2000), A/C.6/57/SR.21 (30 Oct 2002), A/C.6/57/SR.22 (31 Oct. 2002)

Topical summary of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly prepared by the Secretariat during its 55th session (2000), UN Doc. A/CN.4/513 (2000); 56th session (2001), UN Doc. A/CN.4/521; 57th session (2002), UN Doc. A/CN.4/529; 58th session (2003), UN Doc. A/CN.4/537; 59th session (2004), UN Doc. A/CN.4/549 and Add.1; 60th session (2005), UN Doc. A/CN.4/560.

3. 国連総会決議等

Charter of Economic Rights and Duties of States, UN Doc. A/ Res/3281(XXIX), adopted on 12 Dec. 1974.

Diplomatic Protection, UN Docs. A/RES/61/35(4 Dec.2006); A/RES/62/67 (6 Dec.2007) ; A/RES/ 65/27 (6 Dec.2010); A/RES/68/113 (16 Dec. 2013).

Permanent sovereignty over natural resources, UN Doc. 1803 (XVII), adopted on 14 Dec. 1962.

Restoration of the lawful right of the People's Republic of China in the United Nations, UN Doc. A/RES/2758 (XXVI).

Situation of human rights in the Republic of Bosnia and Herzegovina, the Republic of Croatia and the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro), UN Doc. A/RES/49/196 (23 Dec. 1994).

GAOR 10th Session (1955), Annexes, UN Doc. A/2929.

IV. その他の国際機関・国際会議

1. 国際連盟

Conclusion amended by Rapporteur G. Guerro of Questionnaire No. 4 on “Responsibility of States for damage Done in their Territories to the Person or Property of Foreigners” adopted by the League of Nations Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law (Geneva, 1926), reproduced in *YBILC* 1956, p. 222

2. ハーグ法典化会議

Bases of Discussion Nos. 5, 6, 26, 27 & 28 drawn up in 1929 by the Preparatory Committee of the Conference for the Codification of International Law (The Hague, 1930), reproduced in *YBILC* 1956, vol. II, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1956/Add.1.

Articles Adopted in First Reading by the Third Committee of the Conference for the Codification of International Law (The Hague, 1930), reproduced in *YBILC* 1956, vol. II, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1956/Add.1.

3. 米州国際会議

Recommendation on “Claims and Diplomatic Intervention”, The International Conferences of American States, 1889 to 1928 (OUP, 1931).

Resolution on “International Responsibility of the State” adopted at the 7th International Conference of American States (Montevideo, 1933), in *YBILC* 2002, vol.II (Part One).

4. WTO

Report of Appellate Body, US Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products AB-1998-4

5. アンデス地域統合

Decision No. 24 on Common Regime of Treatment of Foreign Capital and of Trademarks, Patents, Licenses and Royalties, 30 November 1976, reproduced in *ILM*, vol. 16 (1976).

Commission Decision No. 220 on the Andean Code on the Treatment of Foreign Capital and on Trademarks, Patents, Licenses and Royalties, 11 May 1987, reproduced in *ILM*, vol. 27 (1987).

Commission Decision No. 291 on the Common Code for the Treatment of Foreign Capital and on Trademarks, Patents, Licenses and Royalties, 21 March 1991, reproduced in *ILM*, vol. 30 (1983).

6. 南米南部共同市場 (MERCOSUR)

Buenos Aires Protocol for the Promotion and Protection of Investments in Mercosur from Non-Member Countries, approved by Decision No. 11/94 of the Common Market Council (5 Aug. 1994).

Protocol of Colonia for the Promotion and Protection of Investments, approved by Decision no. 4/91 of the Common Market Council, Resolution GMC N°.77/93 and the Recommendation No. 5 of the Work Subgroup N°.4 “Monetary and Tax policies related to the Commerce”, (17 Jan. 1994).

V. 国家機関

1. 米国政府

U.S. Additional Response to the Request for Precautionary Measures, Definition of Enemy Combatants at Guantanamo Bay, Cuba, Inter-American Commission on Human Rights, 15 July 2012.

2. 英国政府

Lords Sitting of 17 June 1850 Series 3 Vol. 111, Affairs of Greece, HL Deb 17 June 1850 vol. 111 cc.1293-404, in *Hansard's Parliamentary Debates*, available at

<http://hansard.millbanksystems.com/lords/1850/jun/17/affairs-of-greece> (last access on 29 Dec. 2014).

Rules regarding Nationality, supplied by Foreign and Commonwealth Office in Oct. 1985, reproduced in Warbrick, C., *Protection of Nationals Abroad (Current Legal Developments of the UK)*, *ICLQ*, vol. 37 (1988).

Observation by the FCO Legal Adviser Berman at the Sixth Committee (A/C.6/53/SR.14, pp. 2-3) and UK Governmental Comments on ILC Draft Articles on State Responsibility, reproduced in Marston, G., (ed.), “United Kingdom Materials on International Law 1998”, in *BYBIL*, vol. 69 (1999), pp.557-559.

3. 日本政府

「大平外務大臣及び二階堂官房長官記者会見詳録（九月二十九日共同声明調印後、北京プレスセンターにて）」竹内実編『日中国交基本文献集下巻』（蒼蒼社、1993年）。

「第一回首脳会談」1972年9月25日、石井明他編『記録と考証 日中国交正常化・日中平和友好条約締結交渉』（岩波書店、2003年）。

第25回国会参議院外交委員会会議録第41号（1952年6月17日）。

第40回国会衆議院外務委員会会議録第21号（1962年4月4日）。

第71回国会衆議院内閣委員会会議録第45号（1973年7月26日）。

第85回国会衆議院外務委員会会議録第2号（1978年10月22日）。

第121回国会参議院予算委員会会議録3号（1991年8月27日）。

第151回国会参議院外交防衛委員会第4号（2001年3月22日）。

外務省管理局『華人労働者就労事情調査報告書』第一分冊（1946年3月1日）。

外務省条約局法規課内部資料（1965年4月6日、文書番号：1312号）。

VI. 学術団体

1. 万国国際法学会 (Institut de droit international)

Draft on “International Responsibility of States for Injuries on Their Territory to the Person or Property of Foreigners prepared by Institute de Droit international (1927), reproduced in *YBILC* 1956, vol. II.

19e Commission, « Protection diplomatique des nationaux à l'étranger », in *Annuaire de l'Institut de Droit international*, vol. 36-II (Session de Cambridge, 1931) and vol. 37 (Session d'Oslo, 1932),

Résolution concernant la règle de l'épuisement des recours internes, Session de Grenade, 1956, in *Ann. de l'Institut de D. Int'l*, vol. 46 (1956).

Verzijl, J. H. W., « La règle de l'épuisement des recours internes », *Ann. de l'Institut de D. Int'l*, vol. 46 (1956).

Resolution on the National Character of an International Claim Presented by a State for Injury Suffered by an Individual, in *Annuaire de l'Institut de Droit international*, Session de Varsovie (1965 I).

Briggs, H.W., « La protection diplomatique des individus en droit international: la nationalité des réclamations », *Annuaire de l'Institut de Droit international*, Session de Varsovie (1965 I).

2. 国際法協会 (ILA)

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

Kokott, J., Interim Report on “The Exhaustion of Local Remedies,” in ILA Report of the 69th Conference (London, 2000).

Bederman, D. J., “Lump Sum Agreements and Diplomatic Protection,” Interim Report submitted to the Committee on Diplomatic Protection of Persons and Property, International Law Association New Delhi Conference Report (2002).

Orrego Vicuña, F., ‘Interim Report on “The Changing law of Nationality of Claims,” ILA Report (London Conference 68th, 2000).

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.

Resolution No. 5/2006, Diplomatic Protection of Persons and Property, 72nd Conference of ILA, held in Toronto, Canada, 4-8 June 2006, Nationality of Claims.

3. ハーヴァード・ロー・スクール

Sohn, L.N.& Baxter, R.R., “Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens”, *A.J.I.L.*, vol. 55(1961).

Draft Convention on the Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigners prepared by Harvard Law School, reproduced in *YBILC* 1956, vol. II.

Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens in Sohn, L.N.& Baxter, R.R., “Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens”, *A.J.I.L.*, vol. 55(1961).

4. アメリカ法律協会

American Law Institute, *Restatement of the Law (Second) of the Foreign Relations Law of the United States* (1965).

American Law Institute, *Restatement of the Law (Third) the Foreign Relations Law of the United States*, Part II (1987).

5. アメリカ国際法協会

Project No. 16 on Diplomatic Protection prepared by American Institute of International Law (1925), reproduced in *YBILC* 1956, vol. II, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1956/Add.1.

VII. 書籍

- Amerasinghe, C.F., *Diplomatic Protection* (OUP, 2008).
- Amerasinghe, C.F., *Local Remedies in International Law, 2nd ed.* (CUP, 2004).
- Beales, A.C.F., *The History of Peace. A Short Account of the Organized Movements for International Peace* (London, G. Bell, 1931).
- Borchard, E. M., *Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (Banks Law, N.Y., 1915).
- Briggs, H.W., *The Law of Nations, 2nd ed.*, (Appleton-Century-Crofts, 1953).
- Brownlie, I., *Principles of Public International Law 7th ed.* (OUP, 2008) and *5th ed.* (OUP, 1998).
- Brownlie, I., *State Responsibility — Part I* (Oxford Clarendon Press, 1983).
- Calvo, C., *Le droit international théorique et pratique, 5e ed, revue et complétée*, t. 3 (Puttkammer et Muhlbrecht, 1888).
- Cançado Trindade, A.A., *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law* (CUP, 1983).
- d'Argent, P., *Les réparations de guerre en droit international public* (Bruylant, 2002).
- Daillier, P. & Pellet, A., *Droit international public* (Nguyen Quoc Dinh), 6th ed. (1999).
- Daivid, E., *Éléments de droit penal international et européen* (Bruylant, 2009).
- de Lapradelle, A., & Politis, N., *Recueil des arbitrages internationaux*, t.1 (Pedone, 1905) .
- de Vattel, E., *Le droit des gens ou les principes de la loi naturelle* (London, 1758), vol. I, book II, in *The Classics of International Law* (Washington D.C., Carnegie Institution of Washington, 1916).
- de Visscher, C., *Les effectivités du droit international public* (A.Pedone, 1967).
- de Visscher, C., translated by Corbett. P.E., *Theory and Reality in Public International Law* (OUP, 1968, original 1957).
- Dekkers, R., *La fiction juridique : étude de droit romain et de droit comparé* (Sirey, 1935)
- Dunn, F.S., *The Protection of Nationals* (J. Hopkins Press, 1932 ; Kraus reprint, 1970).
- Dupuy, P.-M., *Droit International Public 9e éd.* (Daloz, 2008).
- Eagleton, C., *The Responsibility of States in International Law* (NYU Press 1928; Kraus reprint 1970).
- Freeman, A.V., *The International Responsibility of States for Denial of Justice* (Longmans, 1938; Kraus Reprint, 1970).
- García Amador, F. V., *The Changing Law of International Claims* (Oceana Publications, 1984).
- Hall, W. E., *A treatise on the foreign powers and jurisdiction of the British Crown.*, 6th ed. (Atlay, 1909).
- Herbert, U., *Fremdarbeiter. Politik und Praxis des „Ausländer-Einsatzes“ in der Kriegswirtschaft des Dritten Reiches* (J.H.W. Dietz, 1986).
- Hershey, A.A., *The Essentials of International Law and Organization, rev. virsion* (N.Y., Macmillan Company, 1927).
- Higgins, R., *Problems and Process. International Law and How We Use It* (OUP, 1994).
- Hudson, M.O., *International Legislation*, vol. IX, 1942-45, (Oceana, 1950) no. 657a.
- Hyde, C.C., *International Law Chiefly as Interpreted and applied by the United States, 2nd ed.* (Little Brown, 1945), vol. 2.

- Jennings, R. & Watts, A. (eds.), *Oppenheim's International Law, vol.1 Peace, 9th ed.* (Longman, 1992).
- Jessup, P.C., *A Modern Law of Nations* (Macmillan, 1952).
- Joseph, C., *Nationality and Diplomatic Protection—The Commonwealth of Nations* (A.W.Sijthoff, 1969).
- Joseph, S. et al. (eds.), *The International Covenant on Civil and Political Rights, 2nd ed.* (OUP, 2005).
- Lauterpacht, H., *International Law* (CUP, 1975).
- Lauterpacht, H., *The Development of International law by the International Court* (Stevens, 1958).
- Law, C.H.P., *The Local Remedies Rule in International Law* (E. Droz, 1961).
- Lillich, R. B. & Weston, B. H., *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements* (Uni. Pr. of Virginia, 1975).
- Meron, T., *The Humanization of International Law* (M.Nijhoff, 2006).
- Nowak, M., *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, 2nd rev. ed.* (N.P.Engel, 2005).
- O'Connell, D.P., *State Succession in Municipal Law and International Law* (CUP, 1967).
- O'Connell, D.P., *International Law, 2nd ed.* (Stevens, 1970).
- Oppenheim, L., *International law, a treatise, 2nd ed.* (London-N.Y., 1912).
- Orakhelashvili, A., *Peremptory Norms in International Law* (OUP, 2006).
- Paulsson, J., *Denial of Justice in International Law* (CUP, 2005).
- Phillimore, R., *Commentaries upon International Law, 3rd ed, vol. 2* (Butterworths, 1882).
- Pomeroy, J. N., *Lectures on International Law in Time of Peace* (Woolsey's ed., Boston, 1886).
- Portmann, R., *Legal Personality in International Law* (CUP, 2010).
- Ralston, J.H., *The Law and Procedure of International Tribunals* (Revised ed., Stanford Univ. Pr., 1926).
- Salmon, J. (dir.), *Dictionnaire de droit international public* (Bruylant/AUF, 2001).
- Shea, D. R., *The Calvo Clause: A Problem of International Law and Diplomacy* (Uni. of Minnesota Pr., 1955).
- Shaw, M. N., *International Law 6th ed.* (CUP, 2008).
- Simpson, J.L. & Fox, H., *International Arbitrations* (Stevens, 1959).
- Suy, E., *Les actes unilatéraux en droit international public* (Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1962).
- Tiepel, H., traduit par Brunet, R., *Droit international et droit interne* (Pédone, 1920).
- Tournier, A., *La protection diplomatique des personnes morales* (LGDJ, 2013).
- Touzé, S., *La protection des droits des nationaux à l'étranger* (A. Pedone, 2007).
- van Panhuys, H.F., *The rôle of nationality in international law : an outline* (Leyden: A.W.Sythoff, 1959).
- Weis, P., *Nationality and Statelessness in International Law* (Stevens and Sons, 1956).
- 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).
- Wyler, E., *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international* (PUF, 1990).
- デイ・アンチロッチ (著) 一又正雄 (訳) 『国際法の基礎理論』 (巖松堂書店、1942年 [復刻限定版、1971年])。

イェーリング (著) 原田慶吉 (監訳) 『ローマ法の本質 第一巻』 (有斐閣、1950 年)

ウルリッヒ・マンテ 『ローマ法の歴史』 (ミネルヴァ書房、2008 年)。

碧海純一 『法と社会』 (1967 年、中公新書)。

明石欽司 『ウェストファリア条約 その実像と神話』 (慶応大学出版会、2009 年)。

芦部信善 『憲法 第五版』 (岩波書店、2011 年)。

石川健治 『自由と特権の距離—カール・シュミット「制度保障」論・再考—』 (日本評論社、増補版、2007 年)。

井上正也 『日中国交正常化の政治史』 (名古屋大学出版会、2010 年)。

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)。

江頭憲治郎 『会社法人格否認の法理』 (東大出版会、1980 年)。

江藤淳一 『国際法における欠缺補充の法理』 (有斐閣、2012 年)。

NHK 取材班 『幻の外務省報告書：中国人強制連行の記録』 (日本放送出版協会、1994 年)。

大内兵衛・松川七郎 (訳) 『諸国民の富・II』 (岩波書店、1967 年)。

栗栖三郎 『法とフィクション』 (東大出版会、1999 年)。

杉原高嶺 『国際司法裁判制度』 (有斐閣、1996)。

スミルノーフ・ザイツェフ 『東京裁判』 (大月書店、1980 年)。

田岡良一 『法律学全集 57 国際法 III〔新版〕』 (有斐閣、1973 年)。

高野雄一 『国際社会における人権』 (岩波書店、1977 年)。

田中英夫 (編) 『英米法辞典』 (東京大学出版会、1991 年)。

田畑茂二郎 『国際法 I〔新版〕』 (有斐閣、1973)。

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)。

中国人戦争被害賠償請求事件弁護団 (編) 『砂上の障壁—中国人戦後補償裁判 10 年の軌跡』 (日本評論社、2005 年)。

東京裁判ハンドブック編集委員会編 『東京裁判ハンドブック』 (青木書店、1989 年)。

西村熊雄 『サンフランシスコ平和条約』 (鹿島平和研究所編・日本外交史 27、1971 年)。

波多野里望・東寿太郎 『国際判例研究 国家責任』 (三省堂、1990 年)。

広瀬善男 『外交的保護と国家責任の国際法』 (信山社、2009 年)。

広瀬善男 『捕虜の国際法上の地位』 (日本評論社、1990 年)。

藤田久一ほか編 『戦争と個人の権利—戦後補償を求める旧くて新しい道』 (日本評論社、1999 年)。

ペーター・ブシビルスキ 『裁かれざるナチス — ニュルンベルク裁判とその後』 (大月書店、1981 年)。

ベンジャミン・B・フェレンツ 『奴隷以下 ドイツ企業の戦後責任』 (出版社、1979 年原版、1993 年日本語版)。

皆川洗 『国際訴訟序説』 (鹿島研究所出版会、1963 年)。

山口俊夫 『フランス法辞典』 (東大出版会、2002 年)。

横浜弁護士会 『法廷の星条旗 BC 級戦犯横浜裁判の記録』 (日本評論社、2004 年)。

李禎之『國際裁判の動態』（信山社、2007年）。

ルドルフ・フォン・イェーリング『ローマ法の精神 第一卷』（有斐閣、1950年）。

VIII. 論文

“Due process clause,” in Fletcher Cyclopedia of the Law of Corporations Database, vol. 17 (updated June 2014).

Accioly, H., « Principes généraux de la responsabilité internationale d’après la doctrine et la jurisprudence », *RCADI*, vol. 96 (1956-I).

Aghahosseini, M., “The Claims of Dual Nationals before the Iran-United States Claims Tribunal: Some Reflections,” *LJIL*, vol. 10 (1997).

Ago, R., « Le délit international », *RCADI*, vol. 68 (1939-II).

Amerasinghe, C.F., “The Local Remedies Rule in an Appropriate Perspective,” *ZaöRV*, vol.36 (1976).

Amerasinghe, C.F., “Whither the Local Remedies Rule?,” *ICSID Review*, vol. 5 (1990).

Anderson, K., “U.S. Civil Suits for Forced Labor during World War II,” *Y.B. of Private Int’l L.*, vol. 3 (2001).

Andrea Gattini, « La renonciation au droit d’invoquer la responsabilité » in P.-M. Dupuy et al (eds.) *Völkerrecht als Wertordnung : Festschrift für Christian Tomuschat* (Engel 2006).

Anzilotti, D., La responsabilité internationale des états à raison des dommages soufferts par des étrangers, *RGDIP*, vol. 13 (1906).

Bazyler, M.J., “Litigating the Holocaust,” *Uni. Richmond L. Rev.*, vol. 33 (1999).

Bazyler, M. J., “Nuremberg in America: Litigating the Holocaust in United States Courts,” *Uni. Richmond L. Rev.*, vol. 34 (2000).

Beckett, E., “Diplomatic Claims in Respect of Injuries to Companies,” in *Transactions of the Grotius Society*, vol. 17 (1931).

Bederman, D.J., “Nationality of Individual Claimants before the Iran-United States Claims Tribunal,” *ICLQ*, vol. 42(1993).

Benedek, W., “Drago-Porter Convention (1907)”, *MPEPIL* (online ed., OUP, www.mpepil.com; last updated on Jan. 2007).

Benlolo-Carabot, M., “L’arrêt de la Cour internationale de Justice dans l’affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d’Amérique) du 31 mars 2004”, *AFDI*, vol. 50 (2004).

Bohanes, J., and Lockhart, N., “Standard of Review in WTO Law”, in Bethlehem, D., et al (eds.), *The Oxford Handbook of International Trade Law* (OUP, 2009), p. 379.

Borchard, E., “Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigners,” *AJIL Special Supp.*, vol. 23 (1929).

Borchard, E., “Theoretical Aspects of the International Responsibility of States”, *ZaöRV*, vol. 1 (1929).

Borchard, E.M., “‘Responsibility of States’, at the Hague Codification Conference”, *AJIL*, vol. 24 (1930).

Borchard, E.M., “Decisions of Claims Commissions, United States and Mexico”, *AJIL*, vol. 10 (1926).

Brierly, J.L., “The Theory of Implied State Complicity in International Claims,” *BYBIL*, vol.9 (1928).

Cannizzaro, E., “Is There an Individual Right to Reparation?,” in Alland, D., Chetail, V., de Frouville, O. & Viñuales, J. E. (eds.), *Unity and Diversity of International Law* (M. Nijhoff, 2014).

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

- Clark, G., "The English Practice with Regard to Reprisals by Private Persons", *AJIL*, vol. 27, no.3, (1933).
- Combacau, J., "Obligations de résultat et obligations de comportement: quelques questions et pas de réponse", Reuter, P., (ed.), *Mélanges offerts à Paul Reuter : le droit international, unité et diversité* (A. Pedone, 1981).
- Crawford, J.R. & Grant, T.D., "Local Remedies, Exhaustion of", *MPEPIL* (online ed., OUP, www.mpepil.com; last updated on Jan. 2007).
- d'Argent, P., "Reparations after World War II," *MPEPIL* (online ed.; last updated on May 2009).
- d'Argent, P., *Le droit de la responsabilité internationale complété? : examen des principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, *AFDI*, t. 51 (2005).
- Dawson, F.G., "The Influence of Andres Bello on Latin-American Perceptions of Non-Intervention and State Responsibility", *BYBIL*, vol. 57 (1987).
- de Aréchaga, "International Responsibility," in Sørensen, M., *Manual of Public International Law* (McMillan., 1968).
- de Castro, F., "La Nationalité, La Double et Supra-Nationalité", *RCADI*, vol. 102 (1961-I).
- de la Brière, Y., « Évolution de la doctrine et de la pratique en matière de représailles », *RCADI*, vol. 22 (1928-II).
- de Visscher, C., « De la protection diplomatique des actionnaires d'une société contre l'Etat sous la législation duquel la société s'est constituée », *RDILC*, vol. 15 (1934).
- de Visscher, C., « La responsabilité internationale des États », *Bibliotheca Visseriana*, vol. 2 (1924).
- de Visscher, C., « Le déni de justice en droit international », *RCADI*, vol.52 (1935-II).
- de Visscher, P., « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 136 (1972).
- de Visscher, P., « La protection diplomatique des personnes morales », *RCADI*, vol. 102 (1960-I).
- Deen-Racsmany, Z., "Diplomatic Protection and International Criminal Law: Can the Gap Be Bridged?," *LJIL*, vol. 20 (2007).
- Deen-Racsmany, Z., "Diplomatic Protection and the LaGrand Case," *LJIL*, vol. 15 (2002)
- Doehring, K., "Local Remedies, Exhaustion of," *MPEPIL* (1997).
- Dörr, O., Nationality, *MPEPIL* (online ed.; last updated on Nov. 2006).
- Dupuy, P.-M., « Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats », *RCADI*, vol. 188 (1984).
- Durante, F., « Nota: Sull'art. 77 n. 4 del Trattato di pace », *Rivista di diritto internazionale*, 1953.
- Eagleton, C., "Denial of Justice in International Law" (1928), *AJIL*, vol. 22 no. 3 (1928).
- Eagleton, C., « Une théorie au sujet du commencement de la responsabilité de l'Etat », *RDILC*, t. 11 (1930).
- Fach Gomez, K., "Latin America and ICSID: David versus Goliath", posted on 12 Nov. 2010, available at: http://papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1708325
- Feichtner, I., "Waiver," *MPEPIL* (online ed., OUP 2008- , www.mpepil.com; last updated on Oct. 2006).
- Feller, A.H., "Some Observations on the Calvo Clause", *AJIL*, vol. 27 (1933).
- Fitzmaurice, G.G., "Hersch Lauterpacht — The Scholar as Judge", *BYBIL*, vol. 37 (1961).
- Fitzmaurice, G.G., "The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law," *RCADI*, vol. 92 (1957- II).

- Fitzmaurice, G.G., "The Law and Procedure of the International Court of Justice: General Principles and Substantive Law," *BYBIL*, vol.27 (1950).
- Fitzmaurice, G.G., "The Meaning of the Term 'Denial of Justice,'" *BYBIL*, vol. 13 (1932)
- Flauss, J.-F., « Contentieux européen des droits de l'homme et protection diplomatique », in *Libertés, Justice, Tolérance, mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. 1, (Bruylant, Bruxelles, 2004).
- Flauss, J.-F., « Le contentieux des décisions de refus d'exercice de la protection diplomatique », *RGDIP*, vol. 109, No. 2 (2005).
- Flauss, J.-F., « Protection diplomatique et protection internationale des droits de l'homme », *SZIER*, vol. 13, No. 1 (2003).
- 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 », *RGDIP*, vol. 111, no. 1 (2007).
- Friedberg, S., "Unjust and Outmoded-The Doctrine of Continuous Nationality in International Claims," *The International Lawyer*, vol. 4 (1970).
- Frowein, J. A., "Jus Cogens," *MPEPIL* (online ed., last updated on January 2009).
- Fuller, L.L., "Legal Fictions," *Illinois L. Rev.*, vol. 25 no.4 (1930).
- García Amador, F.V., "State Responsibility. Some New Problems", *RCADI*, vol. 94 (1958-II).
- Gattini, A., « La renonciation au droit d'invoquer la responsabilité », in Dupuy, P.-M. et al. (eds.) *Völkerrecht als Wertordnung : Festschrift für Christian Tomuschat* (Engel, 2006).
- Geck, W.K., "Diplomatic Protection," *MPEPIL* (1992), vol. 3.
- Goodwin-Gill, G. S., "The Queen (Al-Rawi and others) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and another (United Nations High Commissioner for Refugees intervening)," *Int'l J. of Refugee L.*, vol. 20, No. 4 (2008).
- Grahl-Madsen, A., "Protection of Refugees by Their Country of Origin," *Yale J.I.L.*, vol. 11 (1986).
- Guy S. Goodwin-Gill, "The Queen (Al-Rawi and others) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and another (United Nations High Commissioner for Refugees intervening)," *Int'l J. of Refugee L.*, vol. 20, No. 4 (2008).
- Hayashi, M., "Peace Treaty with Japan (1951)," *MPEPIL* (online ed.; last updated on July 2009).
- Head, I. L. , "A Fresh Look at the Local Remedies Rule," *Canadian Y.B. of Int'l L.*, vol. 5 (1967).
- Hershey, A.S., "The Calvo and Drago Doctrines", *AJIL*, vol. 1 (1907).
- Higgins, R. "The International Court of Justice and Human Rights," in Butler, F. (ed.), *Human Rights Protection: Methods and Effectiveness*, (Kluwer, vol.2, 2002).
- Higgins, R., "Policy Considerations and the International Judicial Process", *ICLQ*, vol. 17, no.1 (1968)
- Hofmann, R., "Compensation for Personal Damages Suffered during World War II," *MPEPIL* (online ed.; last updated on Feb. 2013).
- Iwamoto (Lee), Y., "The Protection of Human Life through Provisional Measures Indicated by the International court of Justice," *LJIL*, vol.15, no.2 (2002).
- Jan von Hein, "The Law Applicable to Governmental Liability for Violations of Human Rights in World War II: Questions of Private International Law from the German Perspective," *Y.B. of Private Int'l L.*, vol. 3 (2001).
- Jennings, R., "The LaGrand Case," in *The law and practice of international courts and tribunals*, vol. 1 (2002).
- Jiménez de Aréchaga, E., "International Responsibility," in Sørensen, M. (ed.), *Manual of Public International Law* (MacMilan, 1968).

- Jones, J.M., "Claims on Behalf of Nationals Who Are Shareholders in Foreign Companies," *BYBIL*, vol. 25 (1949).
- Jones, J.M., "The Nottebohm Case," *ICLQ*, vol. 5 (1956).
- Juillard, P., "Calvo Doctrine / Calvo Clause", *MPEPIL* (online ed., OUP, www.mpepil.com; last updated on Jan. 2007).
- Kalshoven, F., "State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces," *ICLQ*, vol. 40 (1991).
- Kelsen, H., „Zur Theorie der juristischen Fiktionen," *Annalen der Philosophie und philosophischen Kritik*, Bd.1 (1919).
- Kiss, « La protection diplomatique des actionnaires dans la jurisprudence et la pratique internationale », in *La personnalité morale et ses limites* (Université de Paris, Institut de droit comparé, 1960).
- Kiss, Cf.-A., « La condition des étrangers en droit international et les droits de l'homme », in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch* (Bruylant, 1972).
- Klein, P., « La protection diplomatique des doubles nationaux : Reconsidération des fondements de la règle de non-responsabilité », *Rev. belge de droit int'l*, vol. 21 (1988).
- Kolb, R., « Théorie du ius cogens international », *Rev. belge de droit Int'l*, t.36 (2003).
- Kunz, J.L., "The Nottebohm Judgment" *AJIL*, vol. 54 (1960).
- Künzli, A., "Case concerning Mexican Nationals," *LJIL*, vol. 18 (2005).
- Kuriyama, T., Some Legal Aspects of the Japan-China Joint Communique, *Japanese Ann. Int'l L.*, vol. 17(1973).
- Leigh, G. I.F., "Nationality and Diplomatic Protection," *ICLQ*, vol.20 (1971).
- Lorna McGregor, "Legal routes to restoring individual rights at Guantanamo Bay: the effectiveness of habeas corpus application and efforts to obtain diplomatic protection," in Alice Edwards & Carla Ferstman (eds.), *Human Security and Non-Citizens: Law, Policy and International Affairs*, (CUP, 2010).
- Mann, F.A., "The Protection of Shareholder's Interests in Light of the Barcelona Traction Case," *AJIL*, vol. 67 no.1 (1973).
- Masa'deh, A.K., "International Rules for Investment and Investors", *European Business L. Rev.*, vol. 11 (2000).
- Matz-Lück, N., "Framework Agreements", *MPEPIL* (online ed.; last updated on Feb. 2011).
- Maximilian, L., "Governmental Espousal of Private Claims before International Tribunals," *Chicago L. Rev.*, vol.13 (1945).
- Mazzeschi, R.P., "International Obligation to Provide for Reparations," in Ranzelzhofer, A. & Tomuschat, C. (eds.), *State Responsibility and the Individual* (M.Nijhoff, 1999).
- McGregor, L., "Are Declaratory Orders Appropriate for Continuing Human Rights Violations? The Case of Khadr v Canada," *Human Rights L. Rev.*, vol. 10 (2010)
- McGregor, L., "Legal routes to restoring individual rights at Guantanamo Bay: the effectiveness of habeas corpus application and efforts to obtain diplomatic protection," in Alice Edwards & Carla Ferstman (eds.), *Human Security and Non-Citizens: Law, Policy and International Affairs*, (CUP, 2010).
- Meron, T., "The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies," *BYIL*, vol.35 (1959).
- Milano, E., "Diplomatic Protection and Human Rights Before the International Court of Justice: Re-fashioning Tradition?", *NYBIL*, vol. 35 (2004).
- Müller, D., "Procedural Developments at the International Court of Justice", *Law and Practice of Int'l Courts and Tribunals*, vol. 3 (2004).
- Müller, D., "The Work of García Amador on State Responsibility for Injury caused to Aliens," Crawford, J. et al. (eds.), *Oxford commentaries on Int'l Law: The Law of International Responsibility* (OUP, 2010).

- Mummery, D.R., "The Content of the Duty to Exhaust Local Remedies," *AJIL*, vol. 58 (1964).
- Murphy, S. D., "World War II Era Claims against Japanese Companies," *AJIL*, vol. 95 (2001).
- Okowa, P., "Admissibility and the Law on International Responsibility," Evans, M. D. (ed.), *International Law 2nd ed.*, (OUP, 2006).
- Orrego Vicuña, F., "Changing Approaches to the Nationality of Claims," *ICSID Rev.*, vol. 15 (2000).
- Parry, C., "Some Considerations upon the Protection of Individuals in international law," *RCADI*, vol. 90 (1956-II).
- Parry, C., « Inter-Allied Reparation Agency », *BYBIL*, vol. 23 (1946).
- Pellet, A., The Second Death of Euripides Mavrommatis? Notes on the International Law Commission's Draft Articles on Diplomatic Protection, *Law and Practice of Int'l Courts and Tribunals*, vol. 7 (2008).
- Pergantis, V., "Towards a 'Humanization' of Diplomatic Protection?," *Za ö RV*, vol.66, no.2 (2006).
- Petersmann, E.-U., "Judicial Standards of Review and Administration of Justice in Trade and Investment Law and Adjudication", in Lukasz Gruszczynski, L., et al. (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation* (OUP, 2014).
- Petrén, S., « La confiscation des biens étrangers et les réclamations internationales auxquelles elle peut donner lieu », *RCADI*, vol. vol.109 (1963-II).
- Ress, G., "La pratique allemande de la protection diplomatique," in Flauss, J.-F. (dir.), *La protection diplomatique*, (Bruylant, 2003).
- Rode, Z.R., "Dual Nationals and the Doctrine of Dominant Nationality," *AJIL*, vol. 53 (1959).
- Rogers, W.D., "Of Missionaries, Fanatics, and Lawyers: Some Thoughts on Investment Disputes in the Americas", *AJIL*, vol. 72 (1978).
- Ruzié, D., « Nationalité, Effectivité et Droit Communautaire », *RGDIP*, vol. 97(1993).
- Salmon, J., « Des 'mains propres' comme condition de recevabilité des réclamations internationales », *AFDI*, t. 10 (1964).
- Scelle, G.,« Règles générale du droit de la paix », *RCADI*, vol. 46 (1933-IV).
- Schwebel, S.M., "Human Rights in the World Court," in Pathak, R.P. & Dhokalia, R.P. (eds.), *International Law in Transition: Essays in Memory of Judge Nagendra Singh* (D.M. Nijhoff, 1992).
- Sepúlveda Amor, B., "International Law and National Sovereignty: NAFTA and the Claims of Mexican Jurisdiction," *Houston J. of Int'l L.*, vol. 19 (1996).
- Shelton, D., "Reparations," *MPEPIL* (online ed.; last updated on August 2009).
- Sinclair, I.M., "Nationality of Claims: British Practice," *BYBIL*, vol. 27 (1950).
- Spiegel, H.W., "Origin and Development of denial of Justice," *AJIL*, vol. 32 (1938).
- 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," *EJIL*, vol.13, No. 5 (2002).
- Tanzi, A., "Liability for Lawful Acts," *MPEPIL* (online ed.; last updated on Feb. 2013).
- Thirlway, H., "The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1960-1989," *BYBIL*, vol. 66 (1995).
- Tinta, M. F., "Due Process and the Right to Life in the Context of the Vienna Convention on Consular Relations: Arguing the LaGrand Case," *EJIL*, vol. 12 (2001).

- Tomuschat, C., "What is a 'Breach' of the European Convention on Human Rights", *Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol.3 (M. Nijhoff, 1994).
- Tran, C., "Government Duties to Provide Diplomatic Protection in a Comparative Perspective," *Australian L. J.*, vol. 85 (2011).
- Venturini, G. C., La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des Etats, *RCADI*, vol.112 (1964).
- Vermeer-Künzli, A., "As if: The Legal Fiction in Diplomatic Protection," *EJIL*, vol. 18 (2007)..
- Vermeer-Künzli, A., "Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection," *Nordic J. of Int'l L.*, vol. 75 (2006).
- Vinuesa, R.E., "National Treatment, Principle", *MPEPIL* (online ed., OUP, www.mpepil.com; last updated on Apr. 2011).
- von der Heydte, F. A., "L'individu et les tribunaux internationaux", *RCADI*, t.107 (1962-III).
- Witenburg, C.-J. « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales », *RCADI*, vol. 41 (1932-III).
- Wittich, S., "Compensation," *MPEPIL* (online ed., OUP, www.mpepil.com; last updated on May 2008).
- Yang, Z., "From War Reparation to Postwar Reparation," in Yang D. et. al (eds.), *Toward a history beyond borders: contentious issues in Sino-Japanese relations* (Harv. Univ. Asia Center 2012).
- Zieck, M., "Codification of the Law on Diplomatic Protection: the first eight draft articles," *LJIL*, vol. 14, no. 1 (2001).
- 浅田正彦「日華平和条約と国際法（１）（４）」『法学論叢』第147巻4号（1997年）『法学論叢』第152巻4号（2002年）。
- 浅田正彦「日本における戦後補償と国際法」『ジュリスト』第1321号（2006年）。
- 浅田正彦「日華平和条約および日中共同声明と日中戦争遂行中に生じた中華人民共和国国民の日本国および日本国民に対する請求権—西松建設事件・中国人慰安婦二次訴訟」『判例時報』第1993号（2007年）。
- 阿部克則「二国間投資条約／経済連携協定における投資仲裁と国内救済手続との関係」『RIETI ディスカッション・ペーパー』（2007年）。
- 阿部浩己「戦後補償」国際法学会（編）『国際関係法辞典』（第二版、三省堂、2005年）。
- 新井京「戦後補償—請求権の根拠と放棄の効力」『ジュリスト』第1420号（2011年）。
- アルブレヒト・ヴェーバー「連邦憲法裁判所—その基礎と最近の発展—」『比較法学』第41巻3号。
- 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）。
- 五十嵐正博「サンフランシスコ条約と中国—最高裁判決の『サンフランシスコ枠組み論』」『法律時報』第80巻4号。
- 五十嵐正博「戦後補償裁判 最高裁は国際法の発展に寄与できるか—日華平和条約・日中共同声明と中国「国民」の請求権」『世界』2007年4月号。
- 石塚智佐「ボゴタ規約にもとづく国際司法裁判所の管轄権」『一橋法学』第9巻2号。
- 石塚智佐「多数国間条約の裁判条項にもとづく国際司法裁判所の管轄権」『一橋法学』第11巻1号（2012年）。
- 泉澤章「国内裁判所における請求権放棄論の系譜と最高裁四月二七日判決」『法律時報』第80巻4号（2008年）。
- 一又正雄「BC級戦犯裁判の全貌」『自由』第12巻8号（1970年）。
- 岩月直樹「伝統的復讐概念の法的基礎とその変容」『立教法学』67号（2005年）。
- 岩月直樹「紛争の『平和的』解決の意義—復讐と対抗措置の非連続性」『本郷法政紀要』7巻（1998年）。
- エリック・ダビッド「専門意見書 陸戦の法規慣例に関する1907年10月18日のハーグ第4条約第3条の直接的効果」藤田久一ほか編『戦争と個人の権利—戦後補償を求める旧くて新しい道』（日本評論社、1999年）。

- 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)。
- 小畑郁「『個人行為による国家責任』についてのトリーペル理論」『神戸商船大学紀要第一類文科論集』第36号(1987年)。
- 小畑郁「イギリスの外交的保護とメキシコ干渉一八六一—六二」『神戸商船大学紀要第一類文科論集』第38号(1989年)。
- 小畑郁「十九世紀中葉における国債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一類文科論集』第39号(1990年)。
- 小畑郁「初期パーマストン外交と外交的保護制度制約原理としての『領域国による平等な保護』観念」同第41巻(1992年)。
- 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)。
- 小畑郁「近代国際法における外国人の身体・財産の一般的・抽象的保護概念の登場—一九二六年英墨条約における典型条項の成立とそのイデオロギー—」浅田正彦編『二世紀国際法の課題』(東信堂、2006年)。
- 小畑郁「請求権放棄条項の解釈の変遷」芹田健太郎ほか編『国際人権法と憲法(講座国際人権法1)』(2007年)。
- 加藤陽「国際機構の法的拘束力を有する決定による政治的紛争の解決(一)」『法学論叢』第165巻2号(2011年)。
- 加藤信行「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)。
- 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)。
- 加藤信行「国内的救済原則の法的性格と『複合行為』」『国際法外交雑誌』90巻6号(1992年)。
- 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)。
- 兼原敦子「国際違法行為責任における過失の機能」『国際法外交雑誌』96巻6号(1998年)。
- 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)。
- 川岸繁雄「イラン・アメリカ請求権裁判所(一)—当事者適格と許容性—」『神戸学院法学』第28巻4号(1999年)。
- 川岸繁雄「イラン・アメリカ請求権裁判所」安藤仁介・中村道一・位田隆一(編)『21世紀の国際機構：課題と展望』(東信堂、2004年)。
- 菊池勇次「【韓国】戦時徴用工個人の賠償請求権に関する韓国大法院判決」『外国の立法』No.252-1(2012年7月：月刊版)。
- 菊池勇次「【韓国】対日抗争期強制動員委員会の存続期間延長」『外国の立法』No.254-1(2013年1月：月刊版)。
- 菊池勇次「【韓国】戦時徴用工個人の賠償請求権に関する韓国高等法院判決」『外国の立法』No.257-1(2013年10月：月刊版)。
- 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)。
- 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)。
- 清野幾久子「ドイツ戦後補償の法理」『法律論叢』第70巻5・6号(1998年)。
- クリストファー・グリーンウッド「専門意見書 元捕虜及び民間抑留者が、1907年ハーグ第4条や国より補償を求める権利」藤田久一ほか編『戦争と個人の権利—戦後補償を求める旧くて新しい道』(日本評論社、1999年)。
- 小寺彰「意見書」藤田久一ほか編『戦争と個人の権利—戦後補償を求める旧くて新しい道』(日本評論社、1999年)。

- 小松一郎「国際法の履行確保と国内裁判所による国際法の適用」島田征夫ほか（編）『国際紛争の多様化と法的処理』（信山社、2006年）。
- 小森光夫「強行規範」国際法学会（編）『国際関係法辞典』（第二版、三省堂、2005年）。
- 酒井啓亘「国際司法裁判所における仮保全措置の目的の展開」『外務省調査月報』2001/No.2(2001年)
- 酒井啓亘「判例研究・国際司法裁判所ラグラン事件（ドイツ対米国）（判決・2001年6月27日）」『国際法外交雑誌』第106巻4号（2008年）。
- 酒井啓亘「国際司法裁判所における紛争処理手続—訴訟当事国の裁判所間の協働プロセスとして」『国際問題』第597号（2010年）。
- 坂元茂樹「条約実施機関の解釈権能—自由権規約2条1項の解釈をめぐる」坂元茂樹編『国際立法の最前線』（有信堂、2009年）。
- 佐藤健生「ドイツ強制労働補償財団の現状と今後の課題」『外国の立法』第210号（2001年）。
- 白井京「【韓国】対日抗争期強制動員被害調査関連法の制定」『外国の立法』No.243-1（2010年4月：月刊版）。
- 鈴木五十三「元捕虜・抑留者裁判とカルスホーベン証言」藤田久一ほか編『戦争と個人の権利—戦後補償を求める旧くて新しい道』（日本評論社、1999年）。
- 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）。
- 高木喜考「日中共同声明第五項のウィーン条約法条約の原則による私法解釈」『法律時報』第80巻4号（2008年）。
- 高野雄一「日中平和友好条約のあとさき」『国際法外交雑誌』第78巻1・2号（1979年）。
- 高橋正俊「制度保障について」香川法学第7巻3・4号（1988年）。
- 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）。
- 田畑茂二郎「個人争訟と国際争訟（一）（二・完）」『法学論叢』第37巻3号（1937年）『法学論叢』第37巻4号（1937年）。
- 田畑茂二郎「外交的保護の機能変化（一）（二・完）」『法学論叢』第52巻4号（1946年）第53巻1・2号（1947年）。
- 田村恵理子「国家による戦争賠償権の放棄—その制限可能性—」『関西大学法学論集』第61巻1号（2011年）。
- 茶園義男、重松一義『戦犯裁判の実相』（上巻、不二出版、1981年）。
- 張新軍「最高裁四・二七判決における解釈の一貫性問題について」『法律時報』第80巻4号（2008年）。
- 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）。
- 寺沢一「復讐制度の成立」「血讐論」『法と力—国際平和の模索』（東信堂、2005年）。
- 戸塚悦郎「花岡事件、裁判上の和解成立」『法学セミナー』第554号（2001年）。
- 仲正昌樹「『連邦補償法』から『補償財団』へ：ドイツの戦後補償の法的枠組」『金沢法学』第43巻3号（2001年）。
- 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）。
- 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）。
- 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)。
- 原正行「国際裁判におけるカルボ条項の限定的効力」『一橋論叢』第53巻3号（1965年）。
- 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』第94号（2000年）。

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）。

藤田久一「戦時復仇制限と1949年ジュネーブ諸条約」『法学論叢』第80巻5号（1967年）。

藤田久一「国際法からみた戦後補償請求訴訟」藤田久一ほか編『戦争と個人の権利—戦後補償を求める旧くて新しい道』（日本評論社、1999年）。

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）。

フリッツ・カルスホーベン「専門意見書 1907年10月18日ハーグにて署名された陸戦の法規慣例に関する条約第3条」藤田久一ほか編『戦争と個人の権利—戦後補償を求める旧くて新しい道』（日本評論社、1999年）。

古谷修一「香港軍票事件」『ジュリスト臨時増刊』第1224号（2002年）。

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）。

皆川洗「カルボ条項の国際的効力」『進展する企業法・経済法』（中央経済社、1982年）。

宮坂昌利「『日本国政府と中華人民共和国政府の共同声明』5項と日中戦争の遂行中に生じた中華人民共和国の国民の日本国又はその国民若しくは法人に対する請求権の帰すう（最高裁平成19年4月27日第二小法廷判決）」『ジュリスト』第1346号（2007年）。

宮坂昌利「最高裁判所判例解説【17】『日本国政府と中華人民共和国政府の共同声明』5項と日中戦争の遂行中に生じた中華人民共和国の国民の日本国又はその国民もしくは法人に対する請求権の帰すう」『法曹時報』第60巻11号（2008年）。

三代川潤四郎「二つの社会生命論」『法学』第15巻1号（1951年）。

矢野久「外国人労働者の強制連行—1941/1942年を中心に—」井上茂子（他）『1939：ドイツ第三帝国と第二次世界大戦』（同文館、1989年）。

矢野久「ドイツ『記憶・責任・未来』基金の成立とその歴史的意義」『戦争責任研究』第30号（2000年）。

山田卓平「国内的救済原則の成立（一）（二）・完」『法学論叢』第145巻6号（1999年）『法学論叢』第147巻5号（2000年）。

山田敏之「『道義的債務』をめぐる問題—オランダに於ける日本の補償責任論議—」『外国の立法』第34巻3・4合併号（1996年）。

山田敏之「ドイツの補償法制（解説）」『外国の立法』第34巻3・4号（1996年）。

山手治之「第二次大戦時の強制労働に対する米国における対日企業訴訟について」『京都学園法学』第33・34号（2000年）。

山手治之「日本の戦後処理条約における賠償・請求権放棄条項（一）」『京都学園法学』第35巻（2001年）。

山野勝由「ラテン・アメリカにおける外交保護権問題」『外務省調査月報』1963年10月号。

米谷隆三「制度法学の展開」『一橋論叢』第1巻5号（1938年）。

米谷隆三「オーリユーの制度理論への理解」『政治経済論叢』第7巻3号（1958年）。

IX. 条約・国際合意・解釈宣言

Agreement between the United States and Cuba For the Lease of Lands for Coaling and Naval stations, Signed by the President of Cuba, February 16, 1903; Signed by the President of the United States, February 23, 1903.

Agreement between FRG and Italy concerning “compensation for Italian nationals subjected to National-Socialist measures of persecution” on Jun. 1961, entered into force on 31 Jul. 1963

Agreement between FRG and Italy concerning “settlement of certain property-related, economic and financial questions” on 2 Jun. 1961, which entered into force on 16 Sep. 1963

Convention on Certain Questions relating to the Conflict of Nationality Laws (Hague, 1930), *LNTS*, vol. 179, p. 89, No. 4137.

Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects, adopted on 29 Nov. 1971, UN Doc. A/RES/2777 (XXVI), in UNTS, No. 961 (1975).

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, signed at Paris on 9 Dec. 1948, *UNTS*, vol. 78.

Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, signed at Washington D.C. on 18 Mar. 1965, UNTS, vol. 575.

Convention relating to the Status of Stateless Persons, UNTS, vol. 360 (1954), adopted at New York, on 28 Sep. 1954 and entered into force on 6 June 1960, p. 117.

Convention relative to the Treatment of Prisoners of War, signed at Geneva on 27 July 1929. 1929年ジュネーヴ捕虜条約

Convention sur le règlement de questions issues de la guerre et de l'occupation (Überleitungsvertrag), signée à Bonn le 26 mai 1952, BGBl, 1954, II, pp. 157-239.

Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran (Claims Settlement Declaration), 19 January 1981, *ILM*, vol. 20(1981).

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>> (last access on 22 Dec. 2014).

European Convention on Nationality (1997), *ETS* No. 166.

Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, signed at The Hague on 18 October 1907. 1907年ハーグ陸戦法規

International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, signed at New York, on 7 March 1966, *UNTS* vol. 660.

International Covenant on Civil and Political Rights, signed at New York, on 16 December 1966, *UNTS* vol. 999.

Joint Statement: On the occasion of the final plenary meeting concluding international talks on the preparation of the Foundation ‘Remembrance, Responsibility and the Future,’ Berlin, Germany, July 17, 2000, at U.S. Department of State, http://1997-2001.state.gov/www/regions/eur/holocaust/000717_joint_statement.html (as of 3 July 2014).

Treaty of Westphalia Peace Treaty between the Holy Roman Emperor and the King of France and their respective, done, pass'd and concluded at Munster in Westphalia, the 24th Day of October, 1648, available at <http://avalon.law.yale.edu/17th_century/westphal.asp> (last access on 27 Dec. 2014).

Vienna convention on Diplomatic Relations, signed at Vienna, on 18 April 1961, *UNTS*, vol. 500. 外交関係条約

Vienna Convention on Consular Relations, signed at Vienna on 24 April 1963, *UNTS*, vol. 596, p. 261 領事関係条約

Vienna Convention on the Law of Treaties, signed at Vienna on 23 May 1969, *UNTS*, vol. 1155, p. 331. 条約法条約

X. ニュースソース等

ICSID Website, at <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx> (last access on 5 Jan. 2015).

Stiftung “Erinnerung, Verantwortung und Zukunft,” at <http://www.stiftung-evz.de/start.html> (last access 10 June 2014).

映画『グアantanamo、僕達が見た真実』（The Road to Guantanamo）