

論 説

国家責任法における違法性判断の特質

— 「相当の注意」概念を素材として—

萬 歳 寛 之

序 問題の所在

第一章 国家責任条文における国際違法行為責任の要素

第一節 国際違法行為の成立要件

第二節 国家責任条文に対する学説上の批判

第二章 国家責任法における人格要素

第一節 過失責任の基礎としての責任能力

第二節 「相当の注意」義務の淵源としての国家性

第三章 「相当の注意」義務の適用基盤の再構成

第一節 「相当の注意」義務をめぐる法律関係の特質

第二節 適用法規としての「相当の注意」義務の特質

第四章 国際法における違法性判断の特質

第一節 国際裁判における「相当の注意」義務違反の認定

第二節 国際義務違反の構成要素の多様性

第五章 結論

序 問題の所在

国際法上の国家責任法は、あらゆる国際義務の違反に対応する一般的規則として、国際法の執行過程の中核を担う慣習国際法上の紛争処理規範と位置づけられてきた⁽¹⁾。しかし、責任の態様に関する理解は一様ではない。

国家責任法の性格規定の困難さは、国際司法裁判所のジェノサイド条約

適用事件 (本案、2007年) の「義務違反から生ずる国家の責任は、……国際法上の責任である」という言明にもあらわれている⁽²⁾。この言明は、国家の刑事責任を否定する文脈で述べられたとはいえ、国家責任とは「国際法上の責任」と述べるだけでは何も説明していないのと同じである。しかしながら、後段において裁判所は「被告の義務の不遵守が認定されたので、賠償 (reparation) の問題に移る」と述べていることから⁽³⁾、実質的には「国際法上の責任」を賠償責任と解しているといえる⁽⁴⁾。このような国家責任法の性格規定は「約定の違反が、適当な形式で賠償をなすべき義務を伴うことは国際法の原則である」と述べた常設国際司法裁判所のホルジョウ工場事件 (賠償・管轄権、1927年) 以来、国際判例上一貫して認められてきた見解でもある⁽⁵⁾。

このような見解は、国際法の違反と賠償責任の関係は、紛争当事国の合

(1) 田畑茂二郎『国際法』(岩波書店、1956年) 311頁。I. Brownlie, “International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations: General Course on Public International Law”, *Recueil des cours*, Tome 225 (1995), p. 90.

(2) *Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment of 26 February 2007, General List No. 91, p. 64, para. 170.

(3) *Ibid.*, p. 163, para. 459.

(4) 本稿では「賠償」を国際司法裁判所規程第36条 2 項 (d) 「国際義務の違反に対する賠償の性質又は範囲」の用語法にならい、国際義務の違反により責任国に発生する責任解除義務の総称的表現として用いていくことにする。国家責任条文は、被害の発生の有無に応じて、第30条で違法行為の中止や再発防止を、第31条で被害に対する賠償の義務を定めている。それゆえ、国家責任条文第30条に関わる紛争が、裁判所規程第36条 2 項 (d) の「賠償」の対象となるか否かが問題となる。この点について、国際司法裁判所のラ・グラン事件 (2001年) において、米国は、再発防止は裁判所規程の「賠償」とは概念上異なる問題との主張を行ったが、裁判所は本件に関する管轄権を認め、米国による領事関係条約違反を理由に、ドイツに対して再発防止を約束すべきことを判示している。*I.C.J. Reports 2001*, pp. 484-485, paras. 46-48, pp. 512-513, para. 124.

(5) *P.C.I.J. Series A*, No. 9, p. 21.

意によって「創設」されるのではなく、当該違反により必然的・自動的に「発生」するものとの理解にもとづく⁽⁶⁾。しかし、賠償責任の根拠とされる「違反」をめぐるのは、学説上、客観的に国際法上の義務の要請と現実の国家の行動との間に存在する齟齬を「違反」と観念する客観責任主義と、特別の事情の下で国家が裁量にもとづいてとった措置の妥当性の欠如を「違反」と観念する過失責任主義とが対立してきた⁽⁷⁾。

国連国際法委員会の「国際違法行為に対する国家の責任に関する条文（2001年、以下、国家責任条文）」は客観責任主義を採用しつつ、国際義務の要請と現実の国家の行為との間の不一致が存在すれば自動的に国家責任が発生するとの立場をとっている⁽⁸⁾。約40年に及ぶ国際法委員会での議論は、国家責任に関する国家実行、国際判例、学説の発展の方向性を規定するなど、これまで与えてきた影響は大きい。しかしながら、国連総会は、国家責任条文に留意したのみで、いまだ条約化を含めた今後の取り扱いについて態度決定をしていない。こうした国連総会の態度は、国家責任条文全体を法規範として受け入れることに対する諸国の逡巡を反映している⁽⁹⁾。この逡巡の背景には、規範と行為との間の客観的な不一致が存在すれば自動的に賠償責任が発生するという国家責任条文の先験的措定に対する懸念がある⁽¹⁰⁾。

確かに、国家実行をみってみると、たとえば環境条約の場合、財政的・技術的基盤の脆弱な途上国が条約上の義務を履行できないとしても、締約国

(6) P. d'Argent, *Les réparations de guerre en droit international public: la responsabilité internationale des États à l'épreuve de la guerre* (2002), p. 753.

(7) たとえば、西村弓「国家責任法における違法性の根拠」『上智法学論集』第43巻4号（2000年）37-38頁。

(8) J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (2002), pp. 12-14.

(9) "State Responsibility: Comments and Observations Received from Governments", UN Doc. A/CN.4/515, pp. 13-14.

(10) 大沼保昭『国際法—はじめて学ぶ人のための』（東信堂、2008年）201-202頁。

は当該途上国の国家責任の追及により問題を解決しているわけではない。また、国際法の発展状況に照らしても、国際法は未だ、慣習国際法や条約が規律する事態が発生しないよう「相当の注意」(due diligence)をもって防止すべき義務を国家に課すにとどまり、防止措置に関する国家の裁量を広く認めているものが多い。このような国家実行や現行法の状況を考えてみると、国家の履行能力や事案の特殊事情を勘案せずに、規範と行為の不一致のみで国家責任が発生するとする国家責任条文の論理体系は、現実の国際社会や国際法の発展状況から乖離してしまっている可能性がある。

実際、伝統的国家責任法の下では、責任主体は文明国に限られ、この文明国基準を前提として騒擾や暴動などにおける国家の「相当の注意」の程度が問題とされていたことに鑑みれば、国家責任の認定にあたって国家の履行能力と事案の特殊事情は理論上密接不可分のものとみなされていた点には注意が必要である。このように、伝統的国家責任法は国家責任条文とは対照的な論理体系を有していたといえるが、国家責任条文の先験的措置の適切性を判断するためにも、伝統的国家責任法から国家責任条文にかけて、いかなる理由により方法論上の転換がなされたのか、その歴史的背景を含めて包括的に再検討していく必要がある。

本稿では、このような問題意識に立脚して、多くの国家責任法事案において適用されてきた「相当の注意」概念を検討の素材としつつ、まずは、国家の履行能力を考慮に入れずに国家責任の認定が可能であるのか否かを考察し、そのうえで、国際判例における推論過程から国際義務の「違反」の構成要素を抽出することにより国家責任法における違法性判断の特質を明らかにしていきたいと思う。

第一章 国家責任条文における国際違法行為責任の要素

国家責任条文は、国際法規範を、国家に一定の作為又は不作為を命じる義務(第一次的規則)と当該義務の違反・不履行の効果を定める規則(第

二次的規則）とに分類し、「責任のすべてを、そして責任だけを」(the whole of responsibility and nothing but responsibility) という命題⁽¹¹⁾のもとで、国家責任法の法典化作業をもっぱら後者に限定する方法論を採用している。そして、国家責任条文は、国際違法行為責任の成立要件を帰属と義務違反に絞り、帰属については二次的規則が、義務違反については第一次的規則が問題となるとし、それぞれで国家責任法の果たすべき役割も異なるとの立場をとっている。このような方法論の問題点を検討するために、本章では、国家責任条文の論理構成を概観したうえで、この論理構成に対する学説上の批判を検討していく。

第一節 国際違法行為の成立要件

本節では、国家責任条文における責任主体の問題と事案ごとの特殊事情の位置づけを検討していく。

(一) 行為の国家への帰属

チェンは、「帰属とは国家責任の概念における基本的な観念であり、根本的には国際法における国家の法的概念と関連している」⁽¹²⁾と述べる。佐古田彰は帰属と国家の法的概念がとくに関連する理由について、「国家は法人つまり抽象的実体であって自ら肉体を備えないため、物理的行為を行うことはできない。そのため、いかなる者の行為が国家の行為とみなされるのかを決定する必要がある」⁽¹³⁾と指摘する。しかし国家責任条文は、国家を「真の組織化された統一体、すなわち国際法の下で行動する完全な権能を備えた法人格者」⁽¹⁴⁾と定義するのみで、国家を一律に扱い、責任主体として

(11) *Yearbook of the International Law Commission, 1973*, Vol. II, pp. 169-170, para. 40 (Introduction). *Ibid.*, 1963, Vol. II, p. 253.

(12) B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (1953), p. 181.

(13) 佐古田彰「国家責任論における『行為』の法的性質」『早稲田大学大学院法研論集』第68号（1994年）30頁。

(14) *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, Vol. II, Part 2, p. 35,

の国家の性格に踏み込んだ考察を行っていない。つまり、国家責任条文は、帰属の規則を第二次的規則と位置づけ、国家性の議論を主体論にゆだねるかたちで、一定の人や実体の行為が国家の行為とみなされる条件のみを⁽¹⁵⁾検討する立場をとっているのである。

他方、特定の事件における特殊事情については、国家責任条文上、帰属判断の段階で問題になるとされている。たとえば、不作為の場合を取り上げて⁽¹⁶⁾下記のように述べる。

『『不作為』を責任の決定に関連のある周辺事情 (surrounding circumstances) から切り離すのが難しいことがある。たとえばコルフ海峡事件で、国際司法裁判所は、アルバニアが自国領水内の機雷の存在を知っていた、あるいは知っていたはずであり、その存在について第三国に警告するため何もしなかったということは、アルバニアの責任の十分な基礎になると判示した。在テヘラン米国外交・領事職員事件では、同裁判所は、イランの責任は、適当な措置が明らかに求められている状況のなかで、『適当な措置を執らなかった』イラン当局の『不活動』(inaction) によって発生すると結論づけた。』

このように国家責任条文は、国家に帰属させるべき不作為的行為の範囲は国家が行動しなかったという事実だけでなく、事情の認識や事態の緊急性などの周辺事情も勘案したうえで特定されるとの考えを示している。国家に帰属させるべき行為は個別の事案における違法性判断の対象である以上、帰属判断の段階で国家責任法上の非難可能性の有無を勘案して当該行為を⁽¹⁷⁾絞り込むとの考えには一定の合理性はある。ただし国家責任条文は、この周辺事情を責任の決定にとって関連があると述べるのみで、これらの

para. 5 (Article 2).

(15) 国家責任条文は、この条件を第1部第2章(第4条から第11条)において規定し、これらの類型が慣習法上の原則であるとの立場をとる。Ibid., p. 39, para. 9 (Article 4).

(16) Ibid., p. 35, para. 4 (Article 2).

(17) 佐古田は、帰属判断の段階では、行為が国家の行為とみなされるべきかどうかの判断しか行われないものと考えるべきであり、帰属判断は全くの価値中立的な判断であるとしている。佐古田「前掲論文」注(13)44-45頁。

関連要素をどのように規範的に評価するのかについては詳細に述べておらず、その立場を確定することはできない。

（二）国際義務違反の認定

国家責任条文によれば、国際違法行為の本質（essence）は、義務違反、すなわち、現実の国家の行為と特定の国際義務を遵守するために国家が採用すべきであった行為との不一致（non-conformity）にあるとされ、下記⁽¹⁸⁾のように定義されている。

第12条

国家による国際義務の違反が存在するのは、義務の淵源や性格を問わず、当該国家の行為が国際義務により当該国家に対して要求されるところと合致しない場合である。

国家責任条文上、義務違反の認定は、基本的に第一次の規則の解釈・適用の問題であり、国家責任法の役割は義務違反の概念に関する一般的条件を述べるにとどまるとされて⁽¹⁹⁾いる。

このような形式論にもかかわらず、「義務違反の存在の有無や時点は、義務の詳細な条件、すなわち、義務の趣旨および目的と事案の事実を勘案した当該義務の解釈・適用に依拠⁽²⁰⁾している」と述べ、前述の周辺事情を事案の事実として、義務違反の文脈でも実質的には考慮するかにみえる。また、国家責任条文が、「規則の違反」ないし「規範の違反」とせず、「義務の違反」とした趣旨も、特定の事件において国家が実際に行動した状況を勘案して、国家が遵守すべきであった基準や達成すべきであった結果を判断することに主眼があるからであると述べて⁽²¹⁾いる。しかし、①国際義務の要請と②現実の国家の行動との「不一致」という違法性判断の際に考慮に入れるべき事案の事実は、②との関係で問題とされるとの考え方が示され

(18) *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, Vol. II, Part 2, p. 54, para. 3 (Introduction to Chapter III).

(19) *Ibid.*, p. 54, para. 1 (Introduction to Chapter III).

(20) *Ibid.*, p. 54, para. 1 (Article 12).

(21) *Ibid.*, p. 36, para. 13 (Article 2), p. 54, para 2 (Introduction to Chapter III).

⁽²²⁾ ている。つまり、事案の事実という周辺事情は帰属判断の段階の考慮要因とすることで、国家責任条文は、あくまで義務違反の認定は第一次的規則の解釈・適用の問題であるとの立場を堅持しているのである。

このような立場は過失に対する態度にも影響している。まず国家責任条文は、過失を「害を与える意図の存在」と定義する。そして同条文は、意図とは独立した国家の「行為」に着目するものであるから、第一次的規則がとくに心理的要素を要件として掲げている場合を除き、過失は国際違法行為の不可欠の要素とはみなされないことになる。⁽²³⁾

このようなかたちで、過失を心理的要素として違法行為責任の一般理論から排除することは、個別・具体的な状況の下で判断される不定型な要因を国家責任の発生に関わる考慮要因から排除する国家責任条文の立場からすると、論理一貫した態度といえる。⁽²⁴⁾

このように国家責任条文はあくまで、国際義務違反の認定にあたり、国家の履行能力や特定の事態における履行の期待可能性などの検討は、第一次的規則の解釈・適用の問題であり、国家責任法独自の任務ではないと考えているのである。

第二節 国家責任条文に対する学説上の批判

国際違法行為の本質は義務違反にあるとしながらも、義務違反の認定を第一次的規則の解釈・適用の問題とする国家責任条文の論理には「致命的な思考の放棄」⁽²⁵⁾がみられるという評価がなされるなど、とりわけ違法性判断に関する国家責任条文の論理には批判が多い。わが国でも、国家責任法事案において多くの適用をみてきた「相当の注意」概念に注目し、国家責

(22) *Ibid.*, p. 54, para. 2 (Article 12).

(23) *Ibid.*, p. 36, para. 10 (Article 2).

(24) 安藤仁介「国際法における国家の責任」『岩波講座基本法学 5—責任』(岩波書店、1984年) 125-127頁。

(25) 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』第96巻 6号 (1998年) 45頁。

任条文の論理の問題性が繰り返し指摘されている。⁽²⁶⁾なかでも、過失責任主義の妥当する基盤の存在を主張し、客観責任主義に純化した国家責任条文の論理体系を根幹から批判する山本草二と兼原敦子の学説は注目に値する。

山本はまず、国有化・収用の際に問題となる公益の原則や他国の政治的独立に対する侵略の意図などの例をあげ、国際法には国家の動機や目的を考慮に入れた規範は少なくないと指摘する。こうした認識を背景に「個々の場合の注意義務の相当性や、非難可能性の程度は、国家の裁量で選定された措置・手段の当否とか、各国の国家機関の能力・特性などの具体的な事情により、認定され特定されるのであって、その点で過失責任主義が妥当する基盤を容認せざるをえない」と結論する。ここでいう過失責任主義とは、合理的な予見可能性にもとづき国家自身の側の主観的要因に対して法的非難を加える考え方のことをいう。山本は、国際裁判所も適用法規の遵守の有無を判断するにあたり、国家の作為・不作為の決定にいたる意図・動機を検討しているなかで、国家責任条文が実効的に機能できるか否かについて疑問を呈している⁽²⁷⁾のである。

兼原は、国家責任の発生要件そのものについては国家責任条文を支持し⁽²⁸⁾ている。その一方で、「客観説が、事実のずれとして義務違反を定義する点に対する疑問」を提起し、この定義の呪縛を断ち切らない限り、国家責任法の胎動を正しく認識することはできない⁽²⁹⁾としている。兼原は、国際判例を詳細に検討し、「これらの事例では、義務内容を特定するというよりもむしろ、損害の予見可能性・個別の事情において領域国に合理的に期待

(26) たとえば、薬師寺公夫「国家責任法典化作業における私人行為と国家の注意義務—伝統的アプローチの軌跡—」『立命館法学』第286号（2002年）288-316頁。

(27) 山本草二「国家責任成立の国際法上の基盤」『国際法外交雑誌』第93巻3・4号（1994年）26-27頁。

(28) 兼原敦子「法実証主義の国家責任法論の基本原則再考」『立憲法学』第59号（2001年）159頁。

(29) 兼原「前掲論文」注（25）5、18頁。

できる能力・領域国が実際にとりえた手段ないし措置・侵害行為に関する領域国の了知、などを考慮することによって、領域国に相当の注意あるいは非難に値する過失 (culpable negligence) がある場合に、国家責任が認定されている」と述べる。⁽³⁰⁾このように兼原も山本と同様、過失の機能に注目するが、ここでいう過失は、国際違法行為成立の二要件とは別個・独立の要件ではなく、義務違反の認定を左右する要因とされている。⁽³¹⁾つまり、国家の目的や動機・行為の相当性などに照らした非難に値する過失の有無は、義務違反の認定において不可欠の機能を果たしているが、これらの要因は第一次的規則が個々に定めているのではなく、国家責任法独自の要因であるとして、国家が何故問題の作為・不作為について責任という非難・制裁を受けるのか、その理由の解明に腐心してきた過失責任論の意義を強調するのである。それゆえ、兼原は義務違反を事実のずれとのみ定義する国家責任条文の論理は「血と肉の通わない」形骸的論理以上のものではないと厳しく批判するのである。⁽³²⁾

国家責任条文も、山本や兼原が指摘するような主観的要因を全く検討の対象外においているわけではない。前述のように、事情の認識や事態の緊急性などの要因を「責任の決定に関連のある周辺事情」として責任の認定過程における一定の位置づけを与えている。しかしこの周辺事情は、帰属判断の段階で問題とされているのであり、山本や兼原が問題としている違法性判断の段階ではない。国際法委員会も過失責任論からの反論を知りつつ、2001年に最終採択した国家責任条文において、違法性判断ではなく、帰属判断の段階に周辺事情の検討を位置づけている点に、あくまで義務違反の認定は第一次的規則の解釈・適用の問題であるとの見解を堅持している姿勢をみてとることができるのである。

国家責任条文とこれを批判する学説の対立からは、周辺事情ないし主観

(30) 同上、15頁。

(31) 同上、40頁。

(32) 同上、43-45頁。

的要因を国家責任の認定過程においてどのように位置づけるのか、とくに違法性判断の考慮要因とみなすことができるのか否かに議論が集約されているとあってよい。

その際、山本が「各国の国家機関の能力・特性」に言及する⁽³³⁾ように、責任主体としての国家の性格も重要な論点になると考える。本来、過失責任論のように特別の事情の下で国家が裁量にもとづいてとった措置の妥当性（注意の相当性）に注目する場合、この妥当性は一定の国家の能力を前提として判断されることになる。つまり、責任を負担すべき能力を有しているにもかかわらず、特定の事態において国家が主体的に選択した措置が妥当でなかった場合に、責任という制裁を科されることになる⁽³⁴⁾のである。それゆえ、過失責任論にもとづき国家の主観的要因を国際義務違反の認定にとって不可欠の考慮要因とするのであれば、その前提である責任主体の性格は避けて通れない論点のはずである。

以下では、国際義務違反の認定における考慮要因の問題を検討する前に、まずは国際法上の国家責任論において責任能力の問題が取り上げられてこなかった背景も含めて、国際法における人格要素の問題を取り上げていくことにする。

第二章 国家責任法における人格要素

国際法の規範内容を実現するためには国家が中核的な役割を果たすものと考えられてきたため、国際法上の責任論は「国家」の責任を中心に論じられてきた。それゆえ、国家の履行能力は、国際法の規範内容の実現のための前提であると同時に、国際義務の不履行にもとづく責任の根拠ともいえるのである。本章では、国家性のいかなる要素が責任を課すための前提的要素とみなされてきたのか、国家責任法が注目してきた責任主体の内実

(33) 山本「前掲論文」注(27)26頁。

(34) 深津栄一『国際法総論』（北樹出版、1984年）268-269頁。

について検討する。

第一節 過失責任の基礎としての責任能力

国内法では刑事法・民事法を問わず、ある者が他人の法益を侵害した場合、行為者の責任の有無を判断する際には、外形的に認識可能な侵害行為の違法性だけでなく、行為者の責任能力と意思的側面に関わる故意・過失も問題とされることになる。⁽³⁵⁾つまり、責任という制裁を科すためには、違法行為者であったとしても、行為者人格に非難可能性がなければならず、故意・過失といった行為者の主観的要因にもとづく有責性の判断も、行為者の人格要素を前提としているがゆえに、責任無能力者には問うことのできない「平均的一般人」という基準に従って行うことが可能になるのである。⁽³⁶⁾このように、国内法上、行為者の人格要素と過失は密接不可分の関係にあるといえるのである。

伝統的国際法においては、完全な法主体性を有するのは「文明国」であるとされ、領土・住民・独立の政府という要件の他に、西欧式の法制度を備えていることが条件とされていた。⁽³⁷⁾この点について、1929年のハーバード・ロースクール国際法研究会による「自国領域内で生じた外国人の身体または財産に対する損害に関する国家責任法」条約草案の第4条は「国家は、通常の状態において、国際法および条約上の自国の義務の履行にとって適切な統治組織を維持する義務を有する」と規定する。第4条の注釈によれば、ここでいう国家の義務は、すべての国家の一般的義務であり、外

(35) 西原春夫「民事責任と刑事責任」有泉亨編『現代損害賠償法講座1：総論』（日本評論社、1976年）52頁。加藤一郎『不法行為〔増補版〕』（法律学全集）（有斐閣、1974年）140頁。

(36) 近江幸治『民法講義VI〔第2版〕事務管理・不当利得・不法行為』（成文堂、2007年）155-156頁。前田雅英『刑法総論講義〔第4版〕』（東京大学出版会、2008年）377-379頁。

(37) 筒井若水「現代国際法における文明の地位」『国際法外交雑誌』第66巻5号（1968年）51頁。

国人の待遇に関する国家責任法にとって「必要かつ基礎となる部分」であると指摘している。⁽³⁸⁾つまり、国際義務の履行能力を有する国家のみが慣習法や条約の違反に対する責任能力を認められると観念されていたのである。

この責任能力の有無の判断が国家承認制度を通じて行われていたことを指摘したのは松井芳郎である。松井は、伝統的国家承認制度のもとでは①文明人の国に対する完全な政治的承認と②「野蛮人」の国に対する部分的な政治的承認とが区別され、更に③未開人の国に対しては自然のまたは単なる人間としての承認しか与えられず無主地として先占の対象とされていたと分析する。⁽³⁹⁾そして、伝統的国家責任法は、おもに①の国家承認を通じてヨーロッパを中心とする国際社会に受容された南米などの後進国に文明国の基準に合致する法と行政の体制を維持することを義務づけるための手段であったと述べている。⁽⁴⁰⁾このように伝統的国家責任法における国家の責任能力は、国家承認制度を通じて社会的に決定され、この責任能力を前提として国際法上の法律関係が構築されていたということが出来る。しかし、その背景には「現在の目から見ればあまりに偏見に満ちた」⁽⁴¹⁾見解があったことはいうまでもない。

そして、責任能力を有する文明国間で問題となる「相当の注意」の基準について注目すべき判断をしているのは、モロッコのスペイン地区請求事件（1924年）である。本件は、モロッコ内のスペイン地区で発生した暴動とその鎮圧のための軍事活動による英国人の損害に関する国家責任が問題となった事例である。本件においてフーバー判事は、領域国は反乱・暴

(38) The Research in International Law, Harvard Law School, “Responsibility of State for Damage Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigners”, *A.J.I.L.*, Vol. 23, Special Supplement (1929), p. 146.

(39) 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』第89巻1号（1990年）25頁。

(40) 同上、29頁。

(41) 同上、25頁。

動・内戦などに起因する有害な結果をできる限り最小化するための監督・防止の義務を負うとしたうえで、この義務の程度は、個別の状況や事情における当該国家の取りうる手段に依拠すると判断した。そして、ローマ法上の「自己の物に対するのと同一の注意」を類推適用するかたちで国家責任が認定されたのである。⁽⁴²⁾ 国内民事法でいう具体的過失との関係で議論される「自己の物に対するのと同一の注意」とは、個別の事件における特定の個人の具体的能力ないし行為者の注意能力を意味するが、この能力も民事責任能力を前提としている。⁽⁴³⁾ それゆえ、「自己の物に対するのと同一の注意」とは国際平面においても単に自国民と外国人を同等の待遇におけばよいという国内標準主義を単純に意味するのではなく、あくまで事案で問題となっている特定の文明国による「相当の注意」の程度が問題となっているのである。⁽⁴⁴⁾

また、アメリカとメキシコ間の一般請求権委員会のニア請求事件(1926年)では、文明国概念にもとづく「相当の注意」の基準は次のように定式化されている。⁽⁴⁵⁾

「政府の行為の妥当性は、国際的基準という判断基準に付されなければならないが、……外国人の待遇が国際的不履行 (international delinquency) となるためには、それが非道、不誠実、義務の故意の怠慢、つまり、政府の行為が国際的基準に達していないため、分別をわきまえかつ公平な者ならば誰でも容易にその不十分さを認めうるほどに不十分なものになっていなければならない。」

本件の国家責任の認定は、国内民事法でいう抽象的過失の議論に類似し⁽⁴⁶⁾

(42) *Reports of International Arbitral Awards (hereinafter, R.I.A.A.)*, Vol. II, p. 644.

(43) 近江『前掲書』注(36) 112頁。内田貴『民法II〔第2版〕債権各論』(東京大学出版会、2008年) 318頁。

(44) I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (6th ed., 2003), p. 504 ; 島田征夫他訳『ブラウリー国際法学〔補正版〕』(成文堂、1992年) 463頁。

(45) *R.I.A.A.*, Vol. IV, pp. 61-62.

(46) 近江『前掲書』注(36) 112頁。

た「分別をわきまえかつ公平な者」という基準、すなわち責任能力を具備した文明国であれば当然に果たすべき「相当の注意」を基準として行われている。

こうしたモロッコのスペイン地区請求事件やニア請求事件にみられるように、文明国概念にもとづく「相当の注意」の基準は、国内法上の過失理論を踏まえたものになっている。他方で、問題となっている過失概念には相違が存在し、必ずしも一様な対応がなされているわけではない。しかし、「分別をわきまえかつ公平な者」という一般的基準であれ、「自己の物に対するのと同様の注意」という個別事情の下で判断される基準であれ、裁判所は、国家ないし国家機関の地位にある者の心理的要素に注目しているわけではなく、責任能力を有する文明国として適切な対応をしたか否かという観点から国家責任の有無を認定するために、これらの基準を用いているのである。ただし、伝統的国家責任法が、責任の発生には必ず過失を要件とする「過失責任主義」を採用していたか否かについては学説上争い⁽⁴⁷⁾がある。しかし、少なくとも伝統的国家責任法においては、国内法上の過失理論を踏まえた国家責任の認定事例が存在していたと指摘できるのである。

このように、伝統的国家責任法上、責任能力を有するか否かという人格要素は、国家承認制度を通じて文明国たる資格を社会的に決定され、責任能力を欠く実体には問うことのできない文明国の基準に従って適切な行動・注意をしたのかという考慮要因とも関係し、国家責任の発生を左右する重要な前提として機能していた。したがって、責任能力は、国家責任法適用の人的範囲や「相当の注意」の基準という伝統的国家責任法の論理構

(47) 過失をすべての責任発生の要件とするものとして、R. Ago, “Le délit international”, *Recueil des cours*, Tome 68 (1939-II), pp. 450-498. 包括的な過失の問題については、R. Pisillo-Mazzeschi, “The Due Diligence and the Nature of the International Responsibility of States”, *German Yearbook of International Law*, Vol. 35 (1992), pp. 9-51.

成を支える背骨のような役割を果たしていたと評価できるのである。

他方で、伝統的国家責任論とは異なり、最近の学説においては、国家の人格要素と過失を国家責任法の射程の外におくことが多い。こうした変化の背景について、松井は、途上国を中心とする「国際法変革の要求」に言及するが、この変革要求のなかでも国家責任法に大きな影響を与えたものとしては、とくに自決権の確立をあげることができる。⁽⁴⁸⁾ 自決権概念の下では、独立の国家を形成する人民の権利は、特定の国家・社会体制を備えているかどうかには依存しないことになる。それゆえ、現在の国家性の議論は、国家をその内実に照らして区別せず、領域・住民・独立の政府といった形式的条件にのみ注目している。つまり、西欧的・資本主義的体制の欠如を理由に国家性を否定することはできず、様々な国家・社会体制を平等に承認する必要性が出てきたのである。⁽⁴⁹⁾ そして、ここでの承認行為には、特定の国家体制に裏うちされた責任能力の有無を社会的に判断・決定するという要素がなくなり、すでに成立した国家を単に確認するだけの性格しかもたないことになった。⁽⁵⁰⁾ ここにおいて、伝統的国家責任法の下で発展してきた文明国概念にもとづく過失責任は、その存立基盤を失うことになったのである。このような現代国際法の発展状況に鑑みれば、国家責任条文が、国家を一律に扱い、国際義務の履行能力の点において多様性を有する諸国の内実を問わないとする態度をとっているのも首肯できるのである。では、伝統的国家責任法上、多くの事案において適用されてきた「相当の注意」概念は、現在ではもはや適用法規として妥当しないのであろうか。

(48) 松井芳郎「国際連合における国家責任法の転換—国家責任法の転換 (2・完)」『国際法外交雑誌』第91巻4号(1992年)26頁。

(49) 松田竹男「現代国際法における在外自国民の保護」松井芳郎・木棚照一・加藤雅信編『国際取引と法(山田録一教授退官記念論文集)』(名古屋大学出版会、1988年)356頁。

(50) 同上、357-358頁。

(51) 芹田健太郎『普遍的国際社会の成立と国際法』(有斐閣、1996年)73頁。

第二節 「相当の注意」義務の淵源としての国家性

文明国概念が否定されている今日でも、「相当の注意」は、多くの条約において規定され、また国際裁判においても一貫して適用されている。伝統的国家責任法の存立基盤が失われたなかでも、「相当の注意」概念の一貫した適用を可能にしている理由とはいかなるものであろうか。

ここで再び、伝統的国家責任法上の文明国概念の役割をみてみると、同概念は①責任能力を有する国家の峻別と②「相当の注意」の程度をはかる基準として機能していた。しかし、文明国概念は、何故国家が「相当の注意」義務を負うのかという義務の淵源までも構成するものでなかった。つまり、①と②に関する存立基盤を喪失したなかでも、「相当の注意」義務は、その淵源を文明の要素に依拠せずに発展してきたのであれば、現在でも依然として妥当する可能性を有していることになるのである。

一般に、この点に関する考察の出発点とされるのが、パルマス島事件判決（常設仲裁裁判所、1928年）である。本件において裁判所は、大部分の国際問題の解決にあたって出発点となるのは領域主権の原則であるとしたうえで、「国家間の関係においては、主権とは独立を意味する。地球の一部分に関する独立とは、他のいかなる国家をも排除して、そこにおいて国家の機能を行使する権利である⁽⁵²⁾（傍点筆者）」と述べる。そして、人間の活動が行われる空間を諸国に配分するのは、国際法が設定する最低限の保護をすべての場所で保障するためであるので、領域主権はその結果として、自国領域内における他国とその国民の権利を保護する義務を伴うことになると判示した⁽⁵³⁾。

本件は、国家責任に関する事例ではないが、領域主権を外国人の待遇に関する国際義務の根拠としてあげ、その後、領域使用の管理責任として、領域主権を環境保護などの他の分野の義務の淵源へと拡大していく端緒と

(52) *R.I.A.A.*, Vol. II, p. 838.

(53) *Ibid.*, p. 839.

なった事例として国家責任法の観点からも注目されている。⁽⁵⁴⁾ パルマス島事件判決は、国家性のなかでも文明の要素ではなく、「独立の政府」の「独立」の要素に注目し、とりわけ「国家機能の排他性」という属性に責任の基礎となる義務の淵源を求めたのである。

このような意味における国家機能の排他性は、トレイル溶鉱所事件（米加仲裁裁判所、最終判決、1941年）でも確認されている。裁判所は、在カナダ私企業の排出した煤煙を通じて米国に発生した損害に対してカナダの国家責任を認定するにあたり、下記のように述べて、いわゆる「領域使用の管理責任」⁽⁵⁵⁾を定式化した。

「事態が重大な結果を伴い、かつ、被害が明白で人を納得させるに足る証拠により立証される場合には、いかなる国も、米国法ならびに国際法の諸原則の下で、他国の領域またはそこにある人命と財産に対して煤煙による被害を引き起こすようなやり方で、自国の領域を使用しまたはその使用を許可する権利をもたない。」

このように本件では、カナダの国際法上の制約に適合した領域使用義務は、領域主権から導き出され、領域主権の制約要因として位置づけられている。この判断について、山本は「この判決は漠然とではあるが、国家が排他的な管轄権をもつ領域において自ら行動しまたは私人の行動をゆるす場合に、科学・産業上の予見可能性に基づく相当に高度の注意義務をつくしてはじめて、国家の免責事由がみとめられるとしたものである（傍点筆者）」と述べ、損害発生に関する「事前の認識」と「相当の注意」義務⁽⁵⁶⁾を関連させつつ、領域に対する国家機能の排他性の重要性を指摘している。

このように国家性のなかでも「独立」の要素に注目し、とりわけ「国家機能の排他性」という属性に義務の淵源を求める国際判例上の態度は、学説においても支持されてきた。たとえば、ホールは「独立の共同体 (in-

(54) 松井芳郎編集代表『判例国際法〔第2版〕』（東信堂、2006年）129頁（パルマス島事件、松井芳郎担当）。

(55) *R.I.A.A.*, Vol. III, p. 1965.

(56) 山本草二『国際法における危険責任主義』（東京大学出版会、1982年）122頁。

dependent community) によって占有されている領域内で、当該独立の共同体の意思によって保有されている排他的な強制力 (exclusive force) は、当然に、この強制力に相応する責任を伴う」と述べ、独立と排他性の要素に着目しつつ、権利の制約要因としての義務に国家責任の根拠を求めて⁽⁵⁷⁾いる。つまり、一定の場所に対する支配権の「排他性」こそが「相当の注意」義務の淵源になるとの考え方が示されているのである。またレヴィも、個別の事件において国家が行動を効果的に行う可能性を有していたか否かが義務違反の認定にとって不可欠の要素として問われるのも、国家責任の基礎には「排他的な領域支配権」(le contrôle territorial exclusif) が存在しているからであると指摘している⁽⁵⁸⁾。

したがって学説上も、領域主権の排他的な側面が、「相当の注意」義務の淵源とみなされてきたということができるのである。このように、国家機能の排他性とは、一国の統治権限は他国の統治権限から「独立」していることに由来し、国際法による規律を排除するというよりもむしろ、国際義務の履行の責任を負うことを意味しているといえるのである⁽⁵⁹⁾。

国家責任法は、文明の要素以外の国家性の要素、すなわち「独立」の要素に由来する国家機能の排他性に着目することにより、その安定的適用を確保する努力をしてきた。現代国際法上、文明国や半主権国といったかたちで、責任能力の観点から国家責任法の適用の人的範囲を条件づけることは当然認められない。それゆえ、国際法の主体として承認された国家であれば、すべての国家に責任能力を一律に認めることになるのである。しかし、文明の要素ではなく「独立」という国家性の要素は現在でも妥当して

(57) W. E. Hall, *International Law* (1880), p. 45.

(58) D. Lévy, “La responsabilité pour omission et la responsabilité pour risque en droit international public”, *Revue générale de Droit international public*, Tome LXV (1961), pp. 751, 754.

(59) V. Lowe, *International Law* (2007), pp. 156-157; K. Doehring, “State”, R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 4 (2000), pp. 602-603.

おり、この独立の要素に由来する国家機能の排他性が「相当の注意」義務の淵源としての役割を果たしてきたといえるのである。

第三章 「相当の注意」義務の適用基盤の再構成

「相当の注意」義務は、第四章で検討するように、現在でも国際裁判において頻繁に適用されている概念である。本章では、伝統的国家責任法から現代国家責任法への変容のなかで「相当の注意」義務の一貫した適用を可能にしている原因をさぐるためにも、「相当の注意」義務の適用法規としての性格を考察していく。

第一節 「相当の注意」義務をめぐる法律関係の特質

まず「相当の注意」概念の法的性格を検討するにあたり注意しなければならないのは、第二章第二節で取り上げた各判例からも、「相当の注意」義務や領域使用の管理責任は、国家機能の排他性に淵源を求めると同時に、これらの義務は国家が保有している権利の内在的制約要因として発展してきた⁽⁶⁰⁾という点である。

国家は自己の権利の尊重を欲するが、自己の権利を他国に尊重してもらうためには、他国の権利を自国で尊重する必要がでてくる。かくして、法的権利は、これに対応する自己の行動の自由を制限する義務を伴うことになるのである。このように主権国家が相互に権利を尊重しつつ、自由で平等なものとして承認しあう関係にある場合、そこでの国際関係は、双務性 (*mutualité*) だけでなく、相互主義 (*réciprocité*) に基礎をおくことになる。ここでいう双務性とは、与えるものと受け取るものとの間に必ずしも

(60) ある法源の非同意的要素 (*non-consensual element*) と判例・国家実行等の法経験との関係性について、たとえば、Sir R. Jennings and Sir A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law: Peace, Vol. 1, Introduction and Part 1* (1992), p. 25.

明確な均衡がなくとも、「与える」と「受け取る」という相互的な行為があれば認められる広い概念である。これに対して、相互主義とは、与えるものと受け取るものとの間に同等性（égalité）が存在する状態のことを意味する。⁽⁶¹⁾ こうした相互主義にもとづく交換の同等性は、伝統的国家責任法の主要な事例である外国人の待遇をめぐるまことに問題とされてきた。

第一次世界大戦に至るまで、外国人は、少なくとも生命・身体・財産の基本的な市民権に関しては内国民と同等の保護を享有し、これらの権利の保護につき、外国人なるがゆえの不利な差別待遇を受けないという「内外人平等主義」が広く採用されるようになっていた。⁽⁶²⁾ しかし、国際社会の拡大とともに、同じ文明国と位置づけられていたにせよ、とくに南米の新興独立諸国とヨーロッパ諸国との間で、内外人平等主義の内容に関する理解にずれが生じてきた。つまり、国家は、外国人を内国民と同等に扱う限り、一切の国際法上の責任を免れるのか、内外人平等をめぐる解釈に差が出てきたのである。そしてこの解釈の差こそが、国際標準主義と国内標準主義の主張の対立としてあらわれ、多くの国家責任法の適用事例を生み出すことになったのである。⁽⁶³⁾

外国人の待遇の分野にもあらわれているように、相互主義的法律関係が問題となる場合、国際社会の構成員は、この社会の既存のルールを受諾している同質の構成員であることが前提とされ、⁽⁶⁴⁾ 国家責任法も、もともと各構成員がこの社会のルールを受諾していることにその基礎をおいていた。つまり、パクタ・スント・セルヴァンダの原則の下で問題とされる合意も

(61) M. Virally, “Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain”, *Recueil des cours*, Tome 122 (1967-III), p. 9.

(62) 香西茂「外人財産の取用と国際法」『法学論叢』第61巻3号（1955年）24頁。

(63) 島田征夫『庇護権の研究』（成文堂、1983年）237-238頁。

(64) 戦時復仇行使の際の国家と敵対武装集団の同質性の欠如を問題視するものとして、尋木真也「非国際的武力紛争における戦時復仇の存立基盤—軍事的必要性及び相互主義の観点から—」『早稲田大学大学院法研論集』第132号（2009年）191-194頁。

「社会の既存のルールを受諾」という意味であり、文明国概念の下で理論構築されていた伝統的国際法はまさにこの合意に基礎をおいていたのである。そして、社会の既存のルールへの違反とは、相互主義にもとづく法律関係のバランスを破壊する行為と認識されていたのである。⁽⁶⁵⁾

また、一方の当事国の違反により法益侵害を被った他方の当事国は、相互主義的法律関係のバランスを回復するために「復讐」を通じた自助手段をとることが国際法上認められてきた。⁽⁶⁶⁾つまり、統一的上位機関を欠く国際社会では、国際法の自己執行に依拠する部分が多く、相互主義は、同等のものを「与えられるために与える」⁽⁶⁷⁾というかたちで国際法の遵守を期待する積極的側面と、違反のあった場合には返報としての復讐をうけるという消極的側面を併せもつことにより、国際社会における法的安定性を確保する機能を果たしてきたのである。⁽⁶⁸⁾

このように、相互主義は国家責任法に通底するものであり、個別の規則のなかにとけ込んでそれを支える柱になっているからこそ、いったん相互主義の基盤が失われると内外人平等主義のように多くの紛争事例を誘発し、法的安定性を損ねる結果を招くことになるのである。⁽⁶⁹⁾しかし、相互主義の内容は抽象的で、具体的な規則のように国家に対して特定の行動をとるよう義務づけるものではない。それゆえ、相互主義にいかなる規範的価値が付与されるかは、違反を含めた相互主義の法的帰結と密接に関連し、

(65) C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law* (1928), pp. 4-5.

(66) G. Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals, Vol. II, The Law of Armed Conflict* (1968), pp. 452-453.

(67) G. J. Perrin, *Droit international public: Sources, sujets, caractéristiques* (1999), p. 760.

(68) Virally, *supra* note (61), pp. 53-54.

(69) A. Lenhoff, "Reciprocity: The Legal Aspect of a Perennial Idea", *Northwestern University Law Review*, Vol. 49 (1954), pp. 619-634. 山本草二「国際経済法における相互主義の機能変化」高野雄一編『国際関係法の課題（横田先生鳩寿祝賀）』（有斐閣、1987年）245頁。

この法的帰結を規定しているものの1つが国家責任法といえるのである。⁽⁷⁰⁾そこで次節では、相互主義を媒介とした主権や高権の制約要因としての「相当の注意」義務がいかなる調整原理のもとで適用されてきたのか、その適用法規としての特質について検討していく。

第二節 適用法規としての「相当の注意」義務の特質

国家は、慣習国際法上、外国人の入国を認めた場合、領域国として、当該外国人の生命・身体・財産を相当の注意をもって保護する義務を負っている。⁽⁷¹⁾しかし、外国人の待遇の基準をめぐっては、国際標準主義と国内標準主義が激しく対立し、現在の法状況は、いずれもその適用には限界があるといわれている。⁽⁷²⁾では、外国人の待遇に関する国際法は欠缺状態にあるといえるのであろうか。

この点についてケッケンベックは、仲裁裁判における「適用法規」としては国際標準主義が一貫して用いられてきたことに着目し、裁判官は当該事件の個別・具体的な事情を勘案したうえで、何が公正と正義にかなうのかを決定しなければならなかったと述べる。⁽⁷³⁾つまり、ケッケンベックのように個別・具体的に発生した事件への国際標準主義の「適用」という視点にたつ場合、裁判官は、侵害を受けた財産の性質や価値、侵害に対する補償を支払う国の財政状況など、事案ごとに異なるものを判決の考慮要因として決定を下すことになるわけだから、そこではもはや「生」の状態のま

(70) Virally, *supra* note (61), p. 11.

(71) 外国人の財産権保護は国際交通上の便益の確保という観点から問題となるのに対し、生命・身体の保護は社会的正義の実現を目的としているが、本稿ではとくに両者の違いが問題とならない限り、外国人待遇の全般的問題点を扱っていくことにする。広瀬善男『外交的保護と国家責任の国際法』（信山社、2009年）25頁。

(72) 松田「前掲論文」注（49）358-362頁。

(73) G. Kaeckenbeeck, “The Protection of Vested Rights in International Law”, *B.Y.B.I.L.*, Vol. 17 (1936), pp. 16-17. なお、ケッケンベックは、外国人財産が侵害された場合の補償との関係で論じているが、彼の問題意識は外国人待遇義務全般に広がりをもつものである。

まの文明国の基準に固執することはできなくなるのである。

ダンも、国際標準主義の法的性格について、国際法はもともと西欧を中心に発達してきたものであるから、西欧における共通の原理が不可避的に反映されることになった概念にすぎないとし、現在でも非常に示唆に富む指摘を次のようなかたちで行っている。⁽⁷⁴⁾

「このような規則は、恣意的または不正な政府の行為によって外国人に損害を引き起こすのを防止する一方で、同時に様々な人民の特殊性から生ずる、世界の特定地域における新しい条件や特別な条件を現行の制度において満たすために必要な柔軟性を提供するものである。この柔軟性は実際に変化している世界にこの規則をより受諾可能なものとすることによって現行制度の永続に役立つものなのである。」

ダンは、国際標準主義を、それぞれ特殊性を抱えるもの同士の橋渡しし役、つまりは一種の「調整原理」として捉えていたということができ、単なる先進国による文明国の基準の一方的押し付けではなく、その内容も時と場所によって変わりうる非常に柔軟性をもつ概念と認識していたのである。また、安藤仁介もダンと同様、外交的保護制度は「詰まるところ領域主権と対人主権の均衡のうえに成り立っている制度であり、国際標準主義はかような均衡を調整する原理の1つである」と述べている。⁽⁷⁵⁾

このように国際標準主義の機能的性質を調整原理として把握すれば、その特徴は、異なった文脈で多くの様々な特徴をもつものと微妙な関係を必要とするあらゆる規範と同様に、①当然経験的アプローチにもとづく高度に一般的・抽象的なものにとどまり、②その具体的内容は個別の事件ごとに決めざるをえない、ということになる。⁽⁷⁶⁾

(74) F. S. Dunn, "International Law and Private Property Rights", *Columbia Law Review*, Vol. 28, No. 2 (1928), p. 180.

(75) 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』の関係について—」田畑茂二郎先生還暦記念論文集『変動期の国際法』(有信堂、1973年) 301頁。

(76) M. S. McDougal, H. D. Lasswell and L. Chen, "The Protection of Aliens from Discrimination and World Public Order: Responsibility of States Con-

マクドゥーガルたちは、このように高度に抽象的な概念を「決定の過程」(the process of decision)と呼び、国家が外国人の損害に対して国際法上責任を負うか否かの問題は、個別の請求のもつ特定の関連性や種々の事実にしたがって評価・決定されうる過程と捉えている⁽⁷⁷⁾。換言すれば、国際標準主義とは、個々の事件における紛争解決権者（たとえば、裁判の場合は裁判官）に対して、決定のための規則というよりもむしろ、「決定に至るまでの問題への取り組み方 (approach)」を指示・命令するものなのである⁽⁷⁸⁾。

この点についてダンは、外国人の待遇について国際法上違法であるか否かの結論には「外国人に対する損害との関係で、国際責任の観念の一般的目的を考慮することによってのみ到達することができる」と述べ、彼は、その目的を「国際貿易や交流の継続のために必要なものとみなされる最低条件を維持する」という点に見出していた⁽⁷⁹⁾。つまり、ダンは、外国人待遇義務違反にもとづく国家責任は、外国人待遇義務という第一次的規則の解釈のみによって認定できるものとは考えておらず、広く国家責任法全体の一般的目的との関係で認定できるものと考えていたといえるのである。

以上の検討から、「相当の注意」義務は、意思決定権者に決定の過程において問題への取り組み方を指示・命令する規範であり、かつ非常に柔軟で分野横断的な法的性格を有しているため、国際法の変容過程のなかでも適用法規として妥当する基盤を有してきたと結論づけることができる。そ

joined with Human Rights”, *A.J.I.L.*, Vol. 70, No. 3 (1976), p. 450.

(77) M. S. McDougal and W. T. Burke, “Crisis in the Law of the Sea: Community Perspectives Versus National Egoism”, M. S. McDougal and Associates, *Studies in World Public Order* (1960), p. 869. マクドゥーガルは当初この概念を海洋法の分野で用いていたが、後に外国人待遇義務の分野にもこの概念を敷衍するようになった。

(78) R. B. Lillich, “Duties of States regarding the Civil Rights of Aliens”, *Recueil des cours*, Tome 161 (1978-III), p. 352.

(79) F. S. Dunn, *The Protection of Nationals* (1932), p. 133.

れゆえ、今後の課題は、現代国際法における「相当の注意」義務の内容を客観化していくことであり、そのためには、第二次世界大戦後の現代国際法の発展のなかで、「相当の注意」義務がどのように適用されてきたのか、国際裁判を含めた実行を検討していく必要があるのである。次章では、外国人の待遇の問題のみに限らず、広く「相当の注意」義務違反にもとづく国家責任の認定が問題とされた事例を取り扱うことで、「決定の過程」において「相当の注意」義務の違反がどのように認定されてきたのか、国際法における違法性判断の特質を考察していきたいと思う。

第四章 国際法における違法性判断の特質

本章は、第二次世界大戦後の自決権の確立により、文明国概念に依拠して国家の注意の相当性を判断できない状況のなかで、国際司法裁判所が、紛争解決の「決定の過程」において、いかなる考慮要因にもとづき「相当の注意」義務の違反を認定してきたのか、その推論過程を検討することで、国際違法行為責任の本質とされる「義務違反」の構成要素を明らかにしていく。

第一節 国際裁判における「相当の注意」義務違反の認定

国際司法裁判所における「相当の注意」義務の適用事例では、慣習国際法と条約、領域内と領域外の事例で、それぞれ特徴のある判断がなされている。本節では、適用法規の違いに着目しながらも、領域の内と外に分類して、「相当の注意」義務違反の認定の特質を考察する。

(一) 領域内の事例 (1) —コルフ海峡事件 (本案、1949年)

①コルフ海峡事件における国家責任の認定

本件は、英国の軍艦がアルバニア領海内を通航中、同海域に敷設されていた機雷に触雷・爆発したことにより被った損害と人命損失につき、アルバニアが領海内にある機雷の敷設を黙認 (connivance) あるいはその存在

を認識 (knowledge) していたことを理由として、英国に対して国家責任を負うか否かが争われた事件である。本件は、事件の発生が領海内というアルバニアの排他的支配権の及ぶ場所であったことを前提として、⁽⁸⁰⁾ 機雷の敷設ないし存在に対するアルバニアの「相当の注意」の程度が問題となった事案である。⁽⁸¹⁾

裁判所は、本件の損害と人命損失につき、アルバニアが英国に対して国家責任を負うか否かについて、まずアルバニアの責任の根拠 (foundation) を検討するのが適切であると述べ、爆発を引き起こした機雷の敷設が、⁽⁸²⁾ アルバニアの「黙認」ないし「認識」のうえで行われたか否かを検討した。黙認については、機雷敷設の実行者は結局不明であり、この実行にアルバニアがどのように関わったかは立証できないので、⁽⁸³⁾ 機雷敷設に関する黙認は認定できないとされた。

他方で、裁判所は、係争海域におけるアルバニアの警戒度や地理的形状等を考慮に入れて、爆発を引き起こした機雷の敷設は、アルバニア政府が知らないで (without the knowledge of Albanian Government) 実施されたはずはないとの結論に至っている。⁽⁸⁴⁾ そして裁判所は、アルバニア政府補佐人が明示に「もしアルバニアが……機雷敷設作業や機雷の存在を知らされていた (had been informed) のであれば、アルバニアの責任を伴うことになる」と述べていた点に注目して、本件で問題となる義務の定式化を行った。すなわち、「アルバニア当局に課せられる義務は、航海の利益一般のためにアルバニア領海内の機雷源の存在を通告し、そして急迫した危険につき、機雷源の危険にさらされて接近しつつあった英国艦隊に警告を行うことにあった」と述べ、アルバニアが本件で負っていた国際法上の義務

(80) Lévy, *supra* note (58), p. 752.

(81) 山本『前掲書』注 (56) 125頁。

(82) *I.C.J. Reports 1949*, p. 15.

(83) *Ibid.*, p. 17.

(84) *Ibid.*, pp. 18-22.

を導き出したのである。裁判所は、これらの義務について、人道の基本的考慮、海上交通自由の原則、他国の権利に反する行為のために自国領域を使用されることを知りながら許可してはならないすべての国の義務という「一般的で十分に承認された原則」(general and well-recognized principles)⁽⁸⁵⁾ にもとづくものであるとしている。

通告に関しては、機雷が敷設されたのは最近であることに鑑み、すべての国に対して一般的通告を行うことは困難ないし不可能でさえあったとして、通告に関する不作為は国家責任を伴うものではないと判断された。他方、警告に関しては、「すべての必要な措置」をとるべきであったが、アルバニア沿岸に設置された監視所より沿岸防備の司令官に英国艦隊の接近の報告がなされてから爆発の発生する 2 時間の間に危険を警告することは完全に可能であったにもかかわらず、アルバニアは、この惨事を防止するために何も試みず、こうした重大な不作為はアルバニアの国家責任を伴うものであると判示されたのである。⁽⁸⁶⁾

②コルフ海峡事件における「決定の過程」の特質

本件では「すべての必要な措置」をとるという意味で、アルバニアが「相当の注意」を果たしか否かが問題となった。相当の注意の有無を認定するにあたり、①機雷敷設の存在の「認識」と②英国艦隊へ危険を「警告」しなかったことによる不作為が、国際義務の違反の認定にとって決定的要素とされた。とりわけ、機雷の敷設から事件発生までの時間的要素を勘案して、アルバニアが本件において用いることのできた手段やとりうる措置をとったのであれば効果的に損害の発生を防止することのできた可能性があったにもかかわらず、この効果的手段・措置をとらなかつたという⁽⁸⁷⁾ アルバニアの不作為が「違反」として評価されたのである。それゆえ、本件は過失責任を認定したものの⁽⁸⁸⁾ 評価が存在するが、一応形式論理として

(85) *Ibid.*, p. 22.

(86) *Ibid.*, pp. 22-23.

(87) Lévy, *supra* note (58), p. 753.

は、過失ではなく、不作為的行為にもとづく国際義務の違反が問題とされている。しかし、ブラウンリーも指摘するように、本件は過失責任と客観責任のいずれに依拠しているのかは明確にいうことができない⁽⁸⁹⁾。

確かに、義務違反の対象となった不作為的行為（警告しなかったという行為）は、国家責任条文が指摘する通り、責任の決定に関連のある「認識」との関係で特定されている⁽⁹⁰⁾。そして、この認識が、非難に値する認識（*connaissance coupable*）であったがゆえに、「責任の根拠」として「通告」と「警告」の義務の淵源とされた点は注目に値する。つまり、本件の「決定の過程」における「問題への取り組み」は、過失という用語を採用するかどうかは別にして、国家責任を伴うような非難可能性（*chargeability*）を有するかどうかを認定するための要素（以下、責任非難の要素）を特定し、そこから適用可能な義務を導き出すという方法であったのである。

そして、本件で問題となった通告・警告義務は、認識から生じる（*resulting from*）とされつつ、一般的で十分に承認された原則にもとづく（*are based on*）として、二重のかたちで導出されている。ただし、これは本件に特有の認定方法ではない。外国人損害に関する判例においても、国家機能の排他性が外国人の待遇に関する国際義務の淵源とみなされつつ、この待遇基準は文明国という当時一般的に認められていた国家性概念によって導き出されていた。このことから、コルフ海峡事件では、責任非難の要素である「認識」が、本件で適用されるアルバニアの義務の淵源とされているのである。しかし、責任非難の要素は特定の行動までも指示する

(88) J. Hostie, "The Corfu Channel Case and International Liability of States", A. Malmstrom (ed.), *Some Aspects of Characterisation in Private International Law: Liber Amicorum of Congratulations to Algot Bagge* (1956), pp. 89-100.

(89) Brownlie, *supra* note (44), p. 425; 島田他訳『前掲書』注(44) 386頁。

(90) *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, Vol. II, Part 2, p. 35, para. 4 (Article 2).

(91) Lévy, *supra* note (58), p. 747.

内容を有していない。それゆえ、この義務は、本件の事情、すなわち機雷敷設という武器使用や安全保障問題、領海という海洋法特有の問題、領海という領域に関わる問題という事情に対応するかたちで、人道の基本的考慮、海上交通自由の原則、領域使用の管理責任という一般的で十分に承認された原則を基礎にしながら、具体的な通告と警告という義務内容が特定されたと考えられるのである。

このように、本件の国家責任の認定に関する「決定の過程」は、アルバニアの不作为の存在を前提として、責任非難の要素の特定、義務の導出、事件発生に関する時間的要素などを総合的に検討したものと評価でき、裁判所は多様な要素を勘案して違法性判断を行ったといえるのである。

(二) 領域内の事例 (2) — 在イラン米国大使館占拠事件 (1980年)

① 在イラン米国大使館占拠事件における国家責任の認定

本件は、1979年11月に学生を中心とする武装集団が在イラン米国大使館・領事館を襲撃・占拠して大使館員と一般の米国国民を人質にとった事件である。一連の襲撃・占拠・人質行為が発生した際、イラン政府から派遣された警備要員は事件直前に姿を消して襲撃を阻止せず、米国大使館による再三の救助要請にもイラン政府は何らの措置も講じなかった(第1段階⁽⁹²⁾)。さらにイランの最高指導者であるホメイニ師が武装集団の行為を承認し、大使館・領事館の占拠と人質行為の継続を決定した(第2段階⁽⁹³⁾)。本稿では、「相当の注意」義務と関係する第1段階の方を取り扱う。

本件の適用法規は、侵害の態様にあわせて、外交関係条約(1961年)、領事関係条約(1963年)、米国とイラン間の友好・経済関係及び領事上の権利に関する条約(1955年)および一般国際法上の義務が問題となっている⁽⁹⁴⁾。裁判所は、主に外交関係条約の解釈を行い、それを他にも援用する

(92) *I.C.J. Reports 1980*, pp. 12-13, paras. 17-19.

(93) *Ibid.*, p. 13, para. 21, pp. 33-34, para. 71.

(94) *Ibid.*, pp. 24-27, paras. 45-46, 50-51.

かたちで議論を進めている。

まず裁判所は、国家責任の発生要件について帰属と義務違反の二要件説の立場をとり、武装集団の行為のイランへの帰属について否定的な結論を下したが、⁽⁹⁵⁾ 本件の一連の襲撃・占拠・人質行為を防止しなかったというイランの不作为に注目するかたちで違法性判断を行っている。

イランは本件の襲撃・占拠・人質行為を防止するための保護措置を全くとっておらず、イランの不作为は外交関係条約第22条や第29条などの「適当なすべての措置を執る」義務に合致していないことが明白であった。しかし裁判所は、イランの不活動（inaction）の存在だけでは満足せず、「すべての適当な措置を執らなかったのは、単なる不注意や適当な手段の欠如⁽⁹⁶⁾以上のものに起因している」として、不活動の理由にまで踏み込んでいる。そして裁判所は、イランは自己の義務も当局として行動すべき緊急の必要性も十分に承知し（aware）、かつ義務履行のための手段を有していたが、武装集団の襲撃等を阻止するための適当な措置を全くとらなかった⁽⁹⁷⁾として、不活動の理由に正当性はなく、イランの懈怠は本件で適用のある国際義務の違反を構成し、国家責任を伴うものと結論している⁽⁹⁸⁾。

②在イラン米国大使館占拠事件における「決定の過程」の特質

裁判所は、国家責任の発生要件につき、国家責任条文と同じく、二要件説にたち、イランが防止措置をとらなかったという不作為的行為に着目する違法行為責任の立場を明確に採用している。本件ではコルフ海峡事件とは異なり、適用法規として条約上の規則が存在していたため、責任非難の要素は義務の淵源としての役割を果たす必要はなかった。このように明確な条約上の義務が存在したにもかかわらず、裁判所は、イランの不作為にもとづく国家責任発生の「決定の過程」において、単に国際義務の

(95) *Ibid.*, pp. 28-29, paras. 56, 58.

(96) *Ibid.*, p. 31, para. 63.

(97) *Ibid.*, pp. 32-33, para. 68.

(98) *Ibid.*, p. 44, para. 95.

要請と一致しない不活動の存在のみで違反を認定するのではなく、イランの側の事件の承知、事態の緊急性、とりうる手段の保持を責任非難の要素として考慮に入れたうえで義務違反の認定に取り組んだのである。

そして裁判所は、これらの要素について、外交関係条約の解釈にのみあてはまるものとしていない。⁽⁹⁹⁾ 本件の違法性判断は、外交関係条約の他にも、領事関係条約や米国・イラン間の友好条約および一般国際法上の外国人の待遇に関する規則の義務違反すべてに上述の3つの責任非難の要素が関係するとしているのである。このような裁判所の推論は、個々の第一次的規則がこれらの要素の適用を指示しているとの解釈にもとづくものではない。裁判所は、イランの不活動が関連する国際義務の要請と一致していないことを前提に、国家責任をイランに負わせるような責任非難の要素を本件事案における特殊事情に照らして抽出したうえで、国家責任を伴うような義務違反の存在の認定を行っている⁽¹⁰⁰⁾のである。

(三) 領域外の事例—ジェノサイド条約適用事件 (本案、2007年)

①ジェノサイド条約適用事件における国家責任の認定

本件で問題となるジェノサイドは、ボスニアのスレブレニツァで発生したムスリム人の大量殺害である。当該大量殺害の実行者はボスニア国籍のセルビア人勢力であり、ユーゴスラビアは同勢力と密接な政治的・軍事的・財政的連関を有していた。本件は、多岐にわたる論点が問題とされているが、本稿ではユーゴスラビアによるジェノサイドの防止義務違反に関わる論点に絞って論を進めていく。

本案段階に至るまでに、本件は2つの仮保全措置命令が出されているが、第二次仮保全措置命令において、裁判所はジェノサイド条約上の権

(99) E. Zoller, “L’affaire du personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran”, *Revue générale de Droit international public*, Tome 84, N° 4 (1980), pp. 1013-1014.

(100) 本件の第2段階の作為の場合については、兼原敦子「私人の行為に関する国家責任—在テヘラン米国大使館員人質事件—」『国際法判例百選』(2001年) 127頁。
I.C.J. Reports 1980, pp. 35-36, paras. 76-77.

利・義務は対世的な (*erga omnes*) 権利・義務であり、地域的限定はないとして、ジェノサイド条約上の防止義務は自国領域内での履行に限定されないと述べている⁽¹⁰¹⁾。それゆえ、本案段階において、ジェノサイド条約の締約国のなかでも、何故ユーゴスラビアのみが本件ジェノサイドについて防止義務違反を問われることになるのかを検討することになった。この点について裁判所は次のことに注目すべきであると述べている⁽¹⁰²⁾。

「一方ではユーゴスラビア連邦共和国と他方ではスルプスカ共和国および VRS との間の政治的・軍事的・財政的連関の強度を理由として、ジェノサイド条約の他のすべての当事国とは異なり、ユーゴスラビア連邦共和国は、スレブレニツァにおけるジェノサイドを企画し実行したボスニア国籍のセルビア人に対する影響力をもつ立場にあった (*in a position of influence*)。]

この「影響力」には、その行為がユーゴスラビアに帰属可能な人や実体だけでなく、ユーゴスラビアが密接な連関を有していた人たちをも、その対象に含むものとされている⁽¹⁰³⁾。

裁判所は、本件の適用法規であるジェノサイド条約第1条における防止義務の範囲のみを決定するとの限定的態度を示しているが、その解釈はジェノサイド条約にとどまるものではなく、「相当の注意」(*due diligence*) という一般的概念に依拠しながら検討を進めている。裁判所は「責任が発生するのは、国家が、自国の権力内にあったり、その防止に貢献しえたようなジェノサイドを防止するためのあらゆる措置を明白にとらなかった場合である」と述べ、ジェノサイドの遂行を現実にも止めるのに十分な手段を有しているかどうかではなく、ジェノサイドを遂行しようとしている、あるいは、すでにジェノサイドを遂行した人間の行動に「効果的に影響を与える能力」に着目している。この能力は、国家によって大いに異なりうることを認識しながら、事件の発生場所からの地理的距離、そして関係国の当局と事件の主たる実行者との間の政治的連関やその他あらゆる種類の連

(101) *I.C.J. Reports 1996*, p. 616, para. 31.

(102) Judgment of 26 February 2007, *supra* note (2), p. 156, para. 434.

(103) *Ibid.*, p. 156, para. 435.

関の強度に依拠するとしている。また、国家は国際法によって認められた範囲でのみ行動しうるので法的基準も問題⁽¹⁰⁴⁾になるとしている。このようなかたちで裁判所は、「影響力」を基準としてユーゴスラビアの被告適格を問題としているのである。

裁判所は、更に、影響力を有しているだけでは義務違反を問うための条件が十分でないとして、ジェノサイドの重大な危険が差し迫っていることをユーゴスラビアが承知 (awareness) することができるような情報 (information) が入手可能でなければならないが、様々な証拠からベオグラードの当局がこの危険を承知していなかったとはとてもいえず、ユーゴスラビアは本件情報を知っていたと認定⁽¹⁰⁵⁾した。

このような認定にもとづき裁判所は、「彼らの否定しえない影響力と彼らが保有していた重大な懸念を知らせる情報に照らせば、裁判所の見解によると、ユーゴスラビア連邦当局は自己の権力の範囲内で、当時起こりつつあった—その規模は、明確に予見しえなかったかもしれないが、少なくとも推測はできたであろう—悲劇的な事件を審議し防止する最善の努力を果たすべきであった」と判断している。そして裁判所は最終的に、ユーゴスラビアは事件の危険性を認識しながらも、発生したことを防止するためのイニシアティブをとったり、遂行された残虐行為を回避するための措置をとったりする姿勢を示さず、スレブレニツァの大量殺害を防止するために何もしなかったとし、これらの行為によりユーゴスラビアは国家責任を伴うかたちでスレブレニツァのジェノサイドを防止する義務に違反したと結論⁽¹⁰⁶⁾づけた。

②ジェノサイド条約適用事件における「決定の過程」の特質

本件では、ジェノサイド条約第 1 条の「防止義務」の解釈にあたり、国家責任の適用事例のなかで発展してきた「相当の注意」概念に依拠してい

(104) *Ibid.*, p. 154, para. 430.

(105) *Ibid.*, pp. 156-157, paras. 436-437.

(106) *Ibid.*, pp. 157-158, para. 438.

るが、あくまでジェノサイド条約第1条という第一次的規則の解釈の形式をとっている。⁽¹⁰⁷⁾これは一応、国家責任条文の論理構成に沿うものである。

しかし、実際の解釈にあたって、裁判所は、本件特有の^具体的な^な (*in concreto*) 事情を評価しながらユーゴスラビアが「相当の注意」を果たしたか否かを認定している。なかでも、本件では領域外における他国民の行為に対する「相当の注意」が問題となっており、一定の場所に対する排他的支配権に基礎をおいてきた従来の場所的制約から解放する必要があった。

確かに、国家責任法の適用事案は領域内の事例に限定されない。「相当の注意」の適用事例ではないが、責任国の領域外で起きた事態に関する国際司法裁判例には、ナミビアにおける南アフリカの居すわりの法的効果に関する勧告的意見（1971年）がある。本件は、1966年に国連総会が南アのナミビアにおける施政権の根拠となっていた委任状の終了を決定したなかでのナミビアにおける南アの無権原の居すわりに関する法的効果について検討しているが、ナミビア自体は南アの領域ではないので領域外の事態について⁽¹⁰⁸⁾国家責任が発生するか否かが問題となった。

「現在の違法な状態を維持し、【ナミビア】領域を無権原で占有することによって、南アフリカは国際義務の継続的違反から生ずる国際責任を負っている。……南アフリカがもはや当該領域のいかなる施政権原も有していないという事実は、南アフリカを、この領域に関する権力の行使につき、他の諸国に対する国際法上の義務及び責任から解放するものではない。ある領域の物理的支配（Physical control）—主権や権限の正当性ではなく—が、他国に影響を及ぼす行為に対する国家責任の基礎（the basis of State liability）なのである。（【 】内筆者）」

本件において裁判所が、領域外で、しかも違法な占有によるものであっても、国家が「物理的支配」を行使している場合には「国家責任の基礎」が存在すると指摘している点は重要である。本件において「国家責任の基

(107) W. A. Schabas, *Genocide in International Law* (2nd ed., 2009), p. 525.

(108) *I.C.J. Reports, 1971*, p. 42, para. 118.

礎」は、そもそも国家責任法が適用される事案であるのか否かを問う論点との関係で問題となっている。つまり裁判所は、領域の内・外、あるいは権力行使の権原・無権原を問わず、領域主権 (territoriale Souveränität) に限定しないかたちで、一定の場所に対する高権 (Gebietshoheit) の排他的な行使が認められれば国家責任法適用の前提が存在すると判示したといえるのである。このことから、国家機能の排他性は、国家責任法適用の前提としても機能し、たとえ合法性を欠く一定の場所に対する支配権の行使であっても、それが他者を排除するかたちでの物理的支配であれば、独立した高権的権力 (Hoheitsgewalt) の行使として「国家責任の基礎」を構成するものと考えられているのである。⁽¹⁰⁹⁾

他方、ジェノサイド条約適用事件で問題となったのは、一定の場所に対する排他的な国家機能の行使ではなく、領域外の他国民に対する「影響力」である。裁判所は、国家責任法適用の前提として「影響力」という要因に依拠することになったのだが、この点についてガッティーニは、本件判決は最大限まで第 1 条の範囲を拡大し、『管轄権』という伝統的概念に代わって、『効果的に影響力を与える能力』という新しいがずっと曖昧な概念を用いている⁽¹¹⁰⁾と批判的に評価している。つまり、責任の基礎に関する国家の「権力」(power) について、従来の主権や管轄権といった場所に対する排他的な国家権力の行使ではなく、一定の人に対する影響力という新しい基準に従ってジェノサイド条約第 1 条の「防止義務」の解釈を行っているのである。

(109) A. Verdross, B. Simma und R. Geiger, "Territoriale Souveränität und Gebietshoheit", *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, Band 31, Nr. 3-4, pp. 224-225.

(110) A. Gattini, "Breach of the Obligation to Prevent and Reparation thereof in the ICJ's Genocide Judgment", *European Journal of International Law*, Vol. 18, No. 4 (2007), pp. 699-700. また、薬師寺公夫「ジェノサイド条約適用事件 ICJ 本案判決—行為の帰属と国の防止義務再論」坂元茂樹編『国際立法の最前線 (藤田久一先生古稀記念)』(有信堂、2009年) 359頁。

しかしながら裁判所が「影響力」という基準を用いた理由は他にもある。すなわち、義務の履行範囲が地域的に限定されない対世的性格を有するジェノサイド条約第1条の「防止義務」について、本件ではどの国が、義務の履行とその違反に対する責任を負うのかという被告適格を特定するためでもあったのである。この点、国家責任条文は、義務履行の場所的範囲に関する検討を行っていなかった結果、二国間義務と対世的義務との間に生じる国家責任法上の相違は責任の追及（原告適格）との関係でのみ問題とされており、本件のような事態を想定していない⁽¹¹²⁾。

以上の検討から本件においても裁判所は、国家責任発生「決定の過程」において、ユーゴスラビアが何もしなかったということだけに満足せず、責任非難の要素として「影響力」と「事情を承知することができるような情報」も勘案して義務違反の認定に取り組んだといえるのである。

第二節 国際義務違反の構成要素の多様性

上記の国際裁判例の解釈から、「相当の注意」義務の違反の認定は非常に複雑な推論過程をへて行われることが分かった。国家責任の成立要件である「義務違反」を認定するにあたって、国家責任条文第12条の定義にある通り、国際義務の要請と現実の国家の行動との間に不一致があることは前提といえる。しかし、これはあくまで必要条件であって、義務違反を構成するための十分条件ではない。たとえば、「相当の注意」義務の典型である外交関係条約等の「すべての適当な措置を執る」という義務の違反が

(111) この点について「確保する義務」との関連ではあるが、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』第70号（2006年）244頁参照。

(112) *Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II, Part 2, p. 35, para. 8 (Article 2)*. 国家責任条文の国際義務の分類の問題性を、同条文の論理に影響を及ぼした条約法条約の議論にまで遡って検討するものとして、長谷川正国「フィッツモーリス報告書における条約義務の類型—国際義務類型の祖型に関する一考察—」『福岡大学法学論叢』第54巻4号（2010年）110頁。

あったか否かを認定するにあたり、国家が全く何らの行動をとらなかった場合でさえも、裁判所は国家の行動と国際義務の要請との間に不一致があるということだけでは満足せず、国家の不作為的行為の周辺事情にまで踏み込んで検討を行っている。

条約が適用法規となっていない場合には、国家機能の排他性や事情の認識といった責任非難の要素が義務の淵源になり、この責任非難との関係で導き出された義務の内容は、事案に関連する一般的で十分に確立した原則にもとづいて定式化されている。

これに対し条約が適用法規の場合、責任非難の要素は、条約上の義務の要請と現実の国家の行動との間に存在する不一致が国家責任を伴う義務違反とみなされるか否かを判断する決定的な考慮要因とみなされている。また、条約上の規則が対世的性格を有し、その履行範囲が場所的に限定されない場合には、実行行為者に対する「影響力」という責任非難の要素が、当該規則の履行を確保する責任を有していた被告適格を決定する基準としても機能している。このように、責任を根拠づける義務違反の認定の際の条約解釈は、責任非難の要素とも関連させながら行われているのである。それゆえ、義務違反の認定の問題は第一次的規則の解釈が基本であるとしても、国家責任法とは無関係にそれだけで独立したものとして自己完結するものではないといえるであろう。⁽¹¹³⁾

つまり、「相当の注意」義務の場合、国家責任を伴う義務違反を構成するためには、国際義務の要請と現実の国家の行動との間の不一致だけでなく、責任非難の要素という「+α」が必要とされているのである。なかでも、国際司法裁判所の判例においては、認識 (knowledge) や承知 (awareness) といった、事情を知っていることが重視されている。

このように国際司法裁判所は、個別・具体的な事案の特性を勘案して、

(113) 条約規定の解釈における一般法の役割について、皆川誠「国際法規の適用関係における『一般法』の性格規定」『早稲田法学会誌』第58巻2号(2008年)574-582頁。

ある国家の行為により発生した事態が、賠償責任を課せられるような責任非難の要素を含むものであったかどうかを判断し、この判断を第一次的規則の解釈と組み合わせるかたちで多角的に国際義務違反の認定を行っていると評価できる。それゆえ、ある事態において適当なすべての措置をとったか否かという「相当の注意」義務違反の認定は、小畑郁が述べるように、具体的な基準から論理的に導き出すのではなく、「特定の結論をあとから説明する」ことと評価されるかもしれないが、すべての起こりうる事態を想定しえないなかで、紛争解決の意思決定権者に個別・具体的な事情に照らした判断をゆだねているという意味で、すぐれて柔軟な意思決定過程であるといえるのである。

したがって、「相当の注意」義務は、国家責任法の適用事案における裁判所などの意思決定権者に、「決定の過程」において「国際責任の観念の一般的目的」を考慮に入れながら個別事例ごとの責任非難の要素を抽出するよう指示・命令する規範であると結論することができるのである。そして、ここでの「国際責任の観念の一般的目的」とは、ダンのいう「国際貿易や交流の継続」という社会的機能がその背後にあるといえるが、法の適用の観点からは、賠償請求の可否の判断ということになろう。つまり、国際義務違反の存在の有無は、賠償の可否の判断と密接に関係しており、賠償責任を負う程の責任非難が存在していたかどうかは違法性判断の決定的考慮要因とされているのである。

それゆえ、国家責任法の機能は、責任非難の要素により適用範囲を特定されたなかで、とりわけ賠償との関係で議論されるべき問題であるといえよう。本稿は紙幅との関係でこの点について深く検討する余裕はないが、

(114) 小畑郁「国際責任の法制度における『相当な注意』概念の再検討—国際連盟の法典化作業におけるその一般化—」 桐山孝信・杉島正秋・船尾章子編『転換期の国際法の構造と機能（石本泰雄先生古稀記念論文集）』（国際書院、2000年）75-76頁。

(115) 賠償と国家責任法の機能との関係については、別稿で検討する。

責任非難の要素は、コルフ海峡事件の時に顕著に表れているように、⁽¹¹⁶⁾「適用できる特定の義務が存在しない場合にも、国家責任の機能が阻害されないために、国家責任法が生み出してきたひとつの発展である」⁽¹¹⁷⁾と指摘できる。つまり、法が不明確ないし欠缺している場合に、責任非難の要素を媒介として新たな義務が発見されていくような適用と形成の混交のなかで⁽¹¹⁸⁾違法性判断が行われていることを認識する必要があるといえるのである。

第五章 結論

現代国際法は条約による規律が増え、コルフ海峡事件のように適用法規の存在が不明確である事案は減少してきている。しかし、条約規定のなかには一般的概念である「相当の注意」に依拠するものも多く、一般国際法上の「相当の注意」概念は現在でも国際裁判において重要な役割を果たしている。

適用法規としての「相当の注意」概念は、紛争解決の「決定の過程」において、国家の国際義務の履行能力や事案の特殊事情を勘案しながら適正な結論に至るよう紛争解決権者に「問題への取り組み方」を指示・命令する規範である。

伝統的国家責任法においては、国家の履行能力は文明国概念と密接に関連づけられ、また、事案の特殊事情に照らした注意の相当性の判断は文明国基準にもとづく過失概念に従って判断されていた。他方、自決権の確立により文明国概念が否定されている今日において、国家の履行能力については、国家性ではなく、侵害の発生した場所で国家機能を排他的に行っているという事実や有害行為を行っている個人と国家との関係性などから

(116) 西村「前掲論文」注(7) 50頁。

(117) 兼原「前掲論文」注(25) 44頁。

(118) 山本「前掲論文」注(27) 7頁。また、A. E. Boyle, “Marine Pollution under the Law of the Sea”, *A.J.I.L.*, Vol. 79, No. 2 (1985), p. 349.

判断されている。つまり、ここでいう国家の履行能力とは国家体制や財政的・技術的なものではなく、事案の特殊事情に照らした国際義務の履行の期待可能性が主たる基準になっているといえるのである。また、事案の特殊事情を勘案した注意の相当性の判断についても、国家責任を伴うような非難可能性の存否が不可欠の考慮要因とされており、このような責任非難の要素は、国際判例上、排他性・黙認・認識・承知など、徐々に客観化されてきている。なかでも対世的義務違反の場合、たとえばジェノサイド条約適用事件では、ジェノサイドの実行主体に対する影響力と入手可能な情報の保有といった新しい責任非難の要素が導出された点は注目に値する。

このように、多くの国家責任事案で適用されてきた「相当の注意」義務の違反の認定にあたっては、国家の履行能力や事案の特殊事情を踏まえた責任非難の要素が重要な鍵を握っている。それゆえ、すべての国際義務に妥当する一般理論の構築を目指していながら、「相当の注意」義務の違反認定の特殊性を検討の対象に入れていない国家責任条文の論理構成には紛争解決における実地的有用性の観点からも疑問を提起せざるをえないのである。

これまで国際法は「違法行為責任」の観念を発展させてきており、責任の根拠を「義務違反」に求めることは妥当である。しかし、国家責任条文のように、義務違反を、国際義務の要請と現実の国家の行動との間の不一致と定義して、この不一致は第一次的規則の解釈・適用によってのみ解決できるとする立場に拘泥する必要はない。実際の国際判例で認定されているように、少なくとも「相当の注意」義務の違反については「不一致+ α 」とし、この「+ α 」という責任非難の要素の存在を認めることで、あらゆる国際義務の違反を規範と行動の不一致と定義づけなければならない先験的措定の呪縛から解放されることになるのである。

しかし、義務違反を「不一致+責任非難」とすることは、賠償という国家責任法上の制裁の根拠は国家間の契約的合意違反にある、とする法源論的命題に疑問を提起することにつながる⁽¹¹⁹⁾。このことは同時に、国家責任法

の機能を「合法性の回復」と捉えることの意義と限界を再検討する必要性も意味することになる。⁽¹²⁰⁾それゆえ、紛争解決における国家責任法の機能を再定義するためにも、違法性判断における責任非難の要素と責任の効果に関する賠償との関係性をどのように捉えていくかが、国家責任法の射程を特定していくうえで今後の重要な課題になるといえるであろう。⁽¹²¹⁾

〔付記〕本稿は、平成22年度科学研究費補助金（基盤研究（C））「国際法の履行確保制度の構築に関する国際立法過程モデル」（課題番号22530051）の研究成果の一部である。

(119) この点は、アンチロッチ以来、意思主義にもとづいて理論構築されてきた国家責任論全体を再検討することにつながる。D. Anzilotti (traduit par G. Gidel), *Cours de droit international, Premier volume: Introduction - Théories générales* (1929), p. 467; D. Anzilotti (übertragen von C. Bruns und K. Schmid), *Lehrbuch des Völkerrechts, Band 1: Einführung - Allgemeine Lehren* (1929), p. 361; デイ・アンチロッチ（一又正雄訳）『国際法の基礎理論』（酒井書店、復刻限定版、1971年）492頁。また、西村弓は「国家が何に対して責任を負うのかは、法源論とも連関して国際法による規律の性質を浮かび上がらせる」と述べる。西村「前掲論文」注（7）62頁。

(120) *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, Vol. II, Part 2, p. 88, para. 1 (Article 29).

(121) E. Decaux, “Responsabilité et réparation”, Société française pour le droit International (ed.), *La responsabilité dans le système international* (1991), pp. 147-148.