

## 国家責任法の「一般原則性」の意義と限界

兼原 敦子

- 一 はじめに
- 二 国家責任法の「一般原則性」と「二次規則性」
- 三 違法性阻却事由をめぐる議論
- 四 違法行為の中止 (cessation of an internationally wrongful act) をめぐる議論
- 五 おわりに

### 一 はじめに

近年、国家責任法に関わる国際実践や学説では、国家責任法の「二次規則としての」一般原則性<sup>1</sup>をめぐる議論が、著しく高まりをみせている。たとえば具体的には、条約法と責任法との関係、違法行為の中止命令の位置づけ、違法性阻却事由の意義と機能などの問題である。これらは、従来から学説によっても、また、国連国際法委員会（以下、ILC）による国家責任法の法典化作業においても、しばしば取り上げられてきた。したがって、そうした意味では、これらの問題の所在やそれについての認識は、けっして、昨今の現象から固有に浮かび上がってきたものではない。しかし、他方で、レインボウオーリア号事件の、一九九〇年仲裁裁定<sup>1</sup>や、ガブチコボ・ナジュ

マロシユ計画事件（以下、ダム事件）の、一九九七年国際司法裁判所（以下、ICJ）<sup>(2)</sup>判決を契機として、これらの問題に対する関心が、かつてなく高まっているのも事実である。<sup>(3)</sup>

ここに例示したような議論にあつては、次の傾向が顕著である。それは、国家責任法が、国際義務を規定する一次規則に対して二次規則であり、しかも、二次規則として「一般原則」であることを、その意味や確立についてさほどの説明や証明を伴うこともなく、当然の前提であるかのように論ずることである。たとえば、そのことは、「条約の効力については条約法の適用があり、条約違反については国家責任法の適用がある」という形式的論理に、典型的に現れている。いうまでもなく、国家責任法が「二次規則」であることや、「一般原則」であるという理解には、ILCが法典化作業において採用している方法が、多大な影響を及ぼしている。それは、ロベルト・アゴーが採用して以来、一貫して後続の特別報告者が継承してきている方法であるが、国家責任法は、国際義務を規定する二次規則であり、二次規則「のみ」<sup>(4)</sup>について、国際法の特定の分野に限定しないで、二次規則の「すべて」を法典化する、という方法である。

本稿の目的は、このような国家責任法の「一般原則性」の意義と限界を確認するとともに、「一般原則性」の存立基盤という観点から、近年の議論の方法を批判的に検討することにある。というのも、国家責任法が二次規則として一般原則であるという、いわば「横断的」な一般原則性の理解は、正確ではないばかりか、それ以上に、議論の方向性を誤らせてしまっているからである。上に挙げた問題をめぐる議論をみると、そうした危惧が浮かび上がってくるのである。

国家責任法は、一次規則上の義務違反を前提とする点においては、二次規則である。けれども、一方で、その義務違反には、国家責任の原因行為を特定する意義が含まれており、違法な行為の「すべての」結果が国家責任であるわけではない。その意味で国家責任法は、違法な行為の法的効果に関する「一般原則」ではない。他方で、かつ

てのように、外国人の受けた損害に関する国家責任への限定に回帰しないのであれば、その意味では、「一般」国家責任法を導出していく必要がある。そして、ここでは、一次規則と二次規則の分断を想定して、二次規則「だけ」の定式化という方法とそれに既定された議論の方法が、むしろ、「一般」国家責任法の導出と洗練のための視点をせばめたり、必要な考察を拒んでいる。最近の議論の対象となっている問題群は、まさに、一次規則と二次規則との分断によっては応ずることのできない、多くの論点を含んでいるのである。

たとえば、国際法上、条約法と国家責任法が一見して並行的に確立しているが、両法の趣旨・目的や各々の保護法益などについての、実質的な考察をしなければ、両者の関係を整理することはできない。それは、条約法上の運用停止・終了原因と、国家責任法上の違法性阻却事由との関係についても同様である。違法性阻却事由の定義と機能や、これを国家責任法が規定することの意義も、国家責任法が二次規則であるという機械的な前提によつては、充分に理解することはできない。そして、違法行為の中止についても、これを一次規則か二次規則かという区分によつて説明しても、違法行為の中止が国家責任法上の一つの救済形態であること、実質的な理由にはならない。国家責任法上の意義と機能を明らかにした上で、違法行為の中止が適用される固有の要件論を整備すべきである。

国家責任法の一般原則性の存立基盤は、国家責任法の全体系に関わる問題であり、国家責任の根拠という根底的問題をはじめとして、要件や解除に関する理論にも及ぶ問題である。もとより、そのような壮大な国家責任法の再構築論を展開することは、筆者の能力も本稿の範囲も越える。そこで、ここに示した問題意識に基づいて、最近の議論に現われた争点に限定して、考察することにした。はじめに次章では、国家責任法の「一般原則性」の意義及び限界と、一般原則性と「二次規則性」との関連の検討を行うことにする。

## 二 国家責任法の「一般原則性」と「二次規則性」

### (1) 「一般原則性」の意味

多くの議論では、国家責任法が、「一般原則」であるという前提が繰り返されてはいるものの、その意味が共通したものとして十分に確認されているとはいえない。そのみならず、国家責任法の「一般原則性」の前提は、国家責任法の研究に対しても、その議論の方法を既定してしまう結果を生じている。ここでは、次の二つの観点から、国家責任法の「一般原則性」とそれが生み出す方法論上の傾向を批判的に考察しておく。

第一には、国家責任を生ずる原因行為の性質の観点からである。具体的には、「国際法違反が発生すれば、国家責任法の適用がある」、といった主張の妥当性である。第二には、「特別」国家責任法に対応する「一般」国家責任法という観点からの「一般原則性」である。「特別」国家責任法を設定する基準や要因としては、①一次規則の国際法分野（外国人の受けた損害に関する国家責任に限定されない）、②一次規則上の義務の内容（刑事責任と民事責任、契約責任と不法行為責任などの区別をもたない）、③一次規則の法源（条約か慣習であるかによる区別はない）がある。

### (2) 義務違反の法的効果の法としての国家責任法

① 「条約違反があれば、国家責任法の適用」、「義務違反があれば、国家責任法の適用」といった主張が多くみられるが、国家責任法は、すべての「違法」な原因行為の法的効果を規律する「一般原則」ではない。なお、ここでは原因行為の法的評価の質に焦点をあてているのであって、損害を国家責任の発生要件に含めるか否かという問題は別である。<sup>(5)</sup>

たとえば、国家責任法が、「義務違反」の法的効果の法であることが強調されるのは、次の趣旨である。「義務違反」は、国家責任の原因行為を限定する概念であり、つねに対応する主観的権利への侵害が存在し、国際「規則の

「違反」ではなく、「義務違反」こそが国家責任を発生させるということである<sup>(6)</sup>。また、「違法」な行為は、つねに責任という法的効果と結びつくわけではない。たとえば、一九五一年の漁業事件では、違法な権利主張に対しては、抗議を行うこと以上の請求の根拠はなく、海軍による海域警備や臨検のための乗船、ブイの設置といった行為が伴って初めて、責任追及を目的とする請求を行うことができる<sup>(7)</sup>。さらに、「違法」の内容を厳密に特定すれば、領域権限の取得、国籍付与の基準、国家管轄権の行使などについては、原因行為の「違法」ではなく、国際法上の権限が存在しないとか要件を満たさないことによって、無効あるいは対抗力が争われるともいえる<sup>(8)</sup>。

「義務違反」あるいは「規則違反」や「違法」の定義それ自体は、「違法」には、およそ国際法規則が規定する要件との非適合性なども含まれるかによって変わりうる。しかし本質的なことは、ここにみた学説のすべてが、国家責任を発生する原因行為の法的性質としては、責任を生ずるタイプの義務とその違反の存在が必要であるという、限定を強調していることである。付言すれば、これらの学説は、国家責任法が、「国際違法行為」を要件とするとしても、その概念には限定が存在するべきであり、およそ「違法」や「条約違反」の法的効果は、すべて国家責任法の適用によるといった、無限定な議論を厳しく批判しているのである<sup>(9)</sup>。

② 他方で、このような「義務違反」のもつ限定との関連で、無効という法的効果と国家責任との関係については、学説上明確な整理があるとはいえない。それにもかかわらず、無効認定が国家責任法上の救済の意義をもつことは、度々指摘されている<sup>(10)</sup>。

たとえば、国際義務違反の国内法や国内判決の廃棄ないし破棄が「救済」として請求されたり、裁判所により認定されている<sup>(11)</sup>。ただし、国内法や国内判決は、国際法秩序においてはそもそも「事実」にすぎないのであって、ここで否定される効力は、国内法上の効力であると解される。また、ノッテボーム事件では、ICJは、リヒテンシュタインによる国籍付与が、外交保護権の行使の根拠として、グアテマラに対しては対抗できないと判示した。

これについては、ICJは、違法の認定を行い原告を非難することを避けるとともに、国際法に違反する国籍付与に対する制裁としての、無効の認定も行わなかったという指摘がある<sup>(12)</sup>。ただし、国家による国籍付与が、国際法の定める要件に適合していないときに、その国家行為の無効と、国家責任の追及の前提としての違法認定のいずれもが行われるのか、また、かかる国籍の具体的な適用行為を伴ってはじめて、責任追及を目的とする請求が行われるのか、などについての問題は残されたままである。

さらに、条約法と国家責任法との関係という文脈で、条約の無効が、国家責任法上の救済の意義をもつという見解がある。たとえば、条約法条約の無効に関する規則については、被害国にとっては、無効ゆえに合意の存在が否定されるために、それ以上は法的な問題を生じないが、加害国にとっては、無効は、国際法秩序の回復という点で、国家責任法上の一種の制裁であるという説がある<sup>(13)</sup>。そして、こうした状況では、条約法上の無効の規則が、条約の効力を否定する規則であると「同時に」、責任法としても適用されることになるとする。

そこでは、無効原因を創出した国は、「合意の自由を規定する諸規則から構成される国際法秩序」に侵害を与えたのであり、これについて無効は、国際法秩序の回復（合法性回復）であり、当該国に対する制裁であるという。それらの規則上の義務違反（条約法上の無効原因でもある）の結果を排除するために、条約を無効とすることを救済の一つと解することはできるであろう。しかし、国家責任法の適用があれば、法益侵害を被った国に対する別の態様の救済もありうるはずである。つまり、条約法条約の無効規則に国家責任法を「読み込む」ことで、「二重の機能」などといわなくても、「合意の自由を規定する諸規則」上の義務違反について、国家責任法も適用されることにより、無効その他の救済がはかれると解すればすむ<sup>(14)</sup>。

その上、「合意の自由を規定する諸規則」（ないしはそれらにより構成される国際法秩序）が具体的に明らかにされてはいないが、その意味によっては、国家責任を発生する原因行為を拡大することになる。もし、漠然とした合意

の自由という基本原理を根拠として、それに対する違反に、(条約法上の無効規則に読み込むことによって) 国家責任法の適用を認めれば、上に検討した、「義務違反」が伴う国家責任法の適用範囲の限定の意義が、減殺されるおそれがある。そもそも、合意の自由という法益は、条約法上の無効という制度において、条約関係の安定性と合意の自由との衡量を通じて無効原因を限定する中で、条約法上、その保護がはかられている。無論、これとは別個に、合意の自由それ自体を保護する「合意の自由を規定する諸原則」なるものを想定することはできる。けれども、国家責任法の適用範囲を「義務違反」以外の原因行為にまで広げる危険をおかしてまで、かかる原則の存在を認めたり、条約法上の無効規則に国家責任法を読み込む必要があるかは疑問である。<sup>(15)</sup>

(3) すべての一次規則に対応する二次規則としての一般原則性

① ILCが、新しい方法を採用して国家責任法の法典化作業をはじめて以来、国家責任法を二次規則とよぶことは、学説においても広く定着したといつてよい。ILCが国家責任法を二次規則と定義したのは、くりかえすまでもなく、一次規則の内容に関する対立が障害となって、外国人の受けた損害に関する国家責任の法を法典化する作業が失敗したという経緯をふまえて、その同じ轍をふまないためである。そこで、二次規則「だけ」についての法典化が開始されたのである。しかし、二次規則「だけ」の法典化をめざす「実際的要請」は、当時の議論をみると、国家責任法の地位や性質という、論理的な側面をも強く既定することになった感がある。それは、二次規則「だけ」で、一般原則である国家責任法の法典化を遂行できるのであり、それを支える基盤が存在しているという結論が、この実際的な要請により引き出されたという意味においてである。

ILCによる法典化の方法の転換期において、たしかに、国家責任法の規則の中には一般化できる原則が存在しており、それらを法典化することは可能であるという見解も数々現れている。<sup>(16)</sup> これらの見解は、(外国人が受けた損害に関する国家責任というような) 一次規則の(つまりは国際法の) いずれかの分野に限定することなく、あまねく適

用できる国家責任に関する諸原則が生成していることや、生成過程にあることを肯定していると解することはでき  
るであろう。ただし、それは、そこに挙げられた国家責任法の諸原則が、二次規則「だけ」で、つまり、国家責任  
法は一次規則からは独立に定式化できる、「自己充足的」(閉鎖的)な法原則であるということでは必ずしもない。<sup>(17)</sup>

もともと、国家責任法が、国際義務の違反を要件としている以上、一次規則上の義務の存在に依拠するという点  
では、あえて国家責任法が「二次規則」であるという定義をふりかざすまでもない。そうした国家責任法の「二次  
規則」性は、いわば自明のことである。<sup>(18)</sup>しかし、二次規則「だけ」を法典化するという背景の中で、国家責任法の  
二次規則性は、同法がもっていた自明の性質を越えて、二次規則「だけ」で一般原則を導出できるという、「自己  
充足的」な想定をすべりこませることになった。その結果として、一次規則かそれとも二次規則かの区別にもつぱ  
ら拘泥して、その区別の妥当性を省みることを拒み、一次規則上の義務の内容やその解釈および保護法益などにつ  
いての実質的な考慮を、厳しく排除する傾向を生じたのである。

② この傾向は、国際法上の責任法が、国内法に比較して、刑事責任と民事責任、契約責任と不法行為責任など  
の区別をもたないことによっても強化されている。国家責任法は、責任法として「一般」法の地位にあるという点  
は、たとえば、国際法上は、契約責任や不法行為責任の区別、刑事責任と民事責任との区別をもたないこと、さら  
には、一次義務を規定する規則の法源による区別もないこと<sup>(19)</sup>として、繰り返し主張されてきている。こうした国家  
責任法の一般原則性は、最近では特に、条約法との関係で、条約法に固有の国家責任法は存在しないのであり、条  
約法上の義務の違反があれば、原則として、「一般」国家責任法としての、国家責任法の適用があるという議論に  
も典型的に現れている。つまり、「条約の効力に関しては、条約法の適用があり、条約上の義務違反の効果につい  
ては、国家責任法の適用がある」ということである。<sup>(20)</sup>

③ たしかに、国際法上の責任法では、契約責任と不法行為責任、民事責任と刑事責任といった区別も、義務を



規定する国際法の法源による区別も確立してはいない。けれども、「区別をもたない」ことは、一次規則上の多様な要因を考慮しないということには、必ずしもならないはずである。そもそも、ILCみずからが、これらの区別のない「中立的な」国家責任法の一般原則の定式化を断念している。ILCが国家犯罪概念を第一読段階の条文草案に導入して、通常の間際違法行為に関する国家責任法の諸原則とは異なる原則を規定したのは、独自の内容と機能をもった責任原則の要請を、ILCが認識したからに他ならない。しかも、その国家犯罪を認定する基準は、国際社会の基本的利益であり、重大な義務の違反である。つまりは、一次規則が保護しようとする保護法益と、義務違反の程度の相違を根拠として、「一般的」な国家責任とは別個の、固有の責任が発生するのである。<sup>(21)</sup>

ILCの方法に拘束されて、国家責任法が自己充足的な二次規則であり、多様な機能や性質に関する弾力性を許容しないという前提にたてば、そういう方法は破綻のおそれをはらんでいる。そうでなくても、たとえば、なぜ国際法上は、条約法と国家責任法が一見並行的に確立しており、契約責任のような固有の責任観念をもたないか、両法の機能や目的は各々の分野で別個に実現されるか、といった実質的な考察の機会から目をそらされることになる。こうした危惧は、先にみた「条約の効力に関しては、条約法の適用があり、条約上の義務違反の効果については、国家責任法の適用がある」という、大方の学説の唱える形式論にも該当する。そこで次では、一次規則と二次規則との切断という形式論の拘束を離れて、一次規則（あるいは、条約法であれば、一次規則に関する規則）の基本原則や保護法益に関する考察をふまえて、それらと国家責任法との関係を具体的に検討していくことにする。

### 三 違法性阻却事由をめぐる議論

#### (1) 条約法条約六一条一項と国家責任法上の違法性阻却事由

一九九〇年レインボーウオーリア号事件では、条約法条約六一条一項の条約の終了・運用停止要因（以下、誤解

のおそれのない限り、運用停止要因を停止要因と記す」と責任法上の違法性阻却事由との関係が、主要な争点のひとつであった。ニュージールランドは、条約違反の正当化要因は、条約法条約六一条一項が規定する要因に限定される<sup>(22)</sup>として、条約法の適用を主張した。これに対してフランスは、一応、条約違反とそれに伴い国家責任が発生するとは認めたと上で、責任を阻却する事由を規定する国家責任法こそが適用されると主張した。<sup>(23)</sup> これを受けて仲裁は、フランスよりの論理を用いて、国家責任法条文草案上の阻却事由が本件で存在しているか、そしてその結果として、フランスの責任が阻却されるかを検討した。<sup>(24)</sup>

条約の終了・停止要因と、国家責任法上の阻却事由との関係については、次のように解される。一方で、条約法上の終了・停止要因は、条約の効力の妥当性を決定する要因であり、他方で、国家責任法上の違法性阻却事由は、かかる条約上の義務違反について、その違法性あるいは国家責任という法的効果を発生させない要因である。<sup>(25)</sup> したがって、条約法条約六一条一項と国家責任法上の違法性阻却事由との間に、「交錯」は存在しない。<sup>(26)</sup>

たとえば、ダム事件でICJは、条約の効力問題については、条約法が適用され、条約法に違反する条約の終了や廃棄が国家責任を生ずることについては、国家責任法の適用があるとしている。<sup>(27)</sup> そこで、ハンガリーの緊急事態の主張は、ハンガリーによる条約義務の違反が存在し、その国家責任を阻却する事由としての緊急事態の主張であるとして、国家責任法条文草案の関連規定を参照している。<sup>(28)</sup> 他方で、ハンガリーは一九九二年に条約終了の通報を行ったが、ICJは、終了を正当化する要因は、条約法に規定のある要因に限定されるとした上で、ハンガリーの条約通報は無効であると認定している。<sup>(29)</sup> 学説は、たとえば、後発的不履行と不可抗力とは、同じ事情が国家責任法上の違法性阻却事由としても、条約の終了・停止要因としても援用されうることを認めながら、条約法条約六一条一項と国家責任法上の違法性阻却事由とは、趣旨・目的が異なることを強調する。<sup>(30)</sup> また、同一の事情に二つの法が並行して適用があるとしても、条約法は条約という文書に関する法であり、国家責任法は（条約上の）義務に

関する法であるとして、やはり、両法の趣旨・目的の相違を指摘する学説もある。<sup>(31)</sup>

条約法条約六一条一項の事由と違法性阻却事由との関係は、条約法条約四二条二項と同七三条の解釈にも関連する。この問題をめぐり、学説は、一方で、四二条二項により、条約の効力に関しては条約法が排他的にこれを規定しているとする説と<sup>(32)</sup>、他方で、四二条二項にもかかわらず、条約法が、排他的にかつ網羅的に条約の終了・停止要因を規定しているとはいえない<sup>(33)</sup>ことを理由として、条約法条約七三条の限定においてのみ四二条二項が解されるべきであるという説が<sup>(34)</sup>対立する。後者は、条約の終了・停止要因が、条約法上のそれに限定されず、それ以外の違法性阻却事由を国家責任法が規定できるという立場である。

たしかに、条約法条約四二条二項にもかかわらず、条約法は条約の終了・停止要因を網羅してはいないし、国家責任法との関係が整序されていないという指摘は多い。しかしこれらは、条約法条約六一条一項について、同項により条約の終了・停止を正当化できないときに、条約法条約四二条二項にもかかわらず、国家責任法上の違法性阻却事由を援用できるかという問題を特定して論じているわけではない。<sup>(35)</sup>したがって、条約法が、条約の終了・停止要因を網羅的に規定していないからといって、そのことから、条約法条約六一条一項の不可抗力よりも広い（ゆるやかな）要因により、国家責任法上の違法性阻却事由を援用できるかについての、決定的な論拠は得られない。

いずれにせよ、先に述べたように論理的に考えれば、条約の効力の終了・停止と、国家責任法上の違法性阻却とは、いわば次元が相違しているのであって、両者の問題について交錯を認める必要もなければ調整の必要もないといえる。つまり、論理的に両者が異なる問題である以上、かりに、条約法条約四二条二項が条約の効力に関する条約法適用の排他性を規定しているとしても、たとえば、同一の事情により、一方で、条約の終了・停止を正当化できないが、他方で、違法性阻却事由の存在は認められて、責任という法的効果が伴わないというだけのことである。それにもかかわらず、条約法条約六一条一項の優先性を主張する説が、条約法条約四二条二項の排他性や、同

六一条一項が国家責任法上の違法性阻却事由よりも狭い（厳格な）要因を規定したことを強調するのは、同項を、「責任法」と解するからである。それゆえに、条約違反については、同六一条一項以外の違法性阻却事由を認めないという結論が導かれるのである。それは、この説が、条約法に固有の国家責任法が必要であると主張していることに顕著である。<sup>(36)</sup>

論理的な区別はともかくとして、条約の終了・停止要因であろうと、国家責任法上の阻却事由であろうと、いずれも義務の不履行や違反の正当化要因としての機能をもつ点は同じである。そのことから、条約上の義務の不履行や違反について、同一の事情を根拠として、一方で、条約の終了・停止の正当化は認められないにも関わらず、他方で、責任は免れるということが適当であるかという、実際上の疑問は理解できる。<sup>(37)</sup> けれども、条約の効力の終了・停止要因と、国家責任法上の違法性阻却事由とは、ただ、論理的に問題の次元を異にしているだけではない。これらの二つ、ひいては、条約法と国家責任法という二つの法には、各々の目的や保護する法益の相違という実質的な差異がある。その差異に注目すれば、条約法条約六一条一項を「責任法」とみなすことがそもそも適当であるかという点も含めて、以下のように解される。

条約法に固有の責任法を認める説がみずから強調するように、条約法条約上の条約の終了・停止要因は、国家責任法上の違法性阻却事由とは「相違」している。それは、内容の広狭<sup>(38)</sup>よりもむしろ、各々の制度の目的や保護法益が異なるという意味においてである。条約法条約上の終了・停止要因は、条約関係の安定性と条約義務の履行を不能にする事情に遭遇した国の利益との衡量によつてこそ、特定されている。<sup>(39)</sup> この条約法に適合しない条約の終了・停止要因の援用があれば、そのような一方的行為の法的効果は否定される。すなわち、無効である。条約法上の要請と法益保護の実現は、まさにこの無効によつてこそ担保される。他方で、ある特定の条約上の義務の不履行や違反について、違法性阻却事由は、当該条約それ自体の具体的な権利義務関係のもとで、合法状態の回復並びに被害

国の保護と、加害国の事情の考慮との利益衡量を実現する事由である。そうであるならば、そもそも、条約法条約六一条一項を「責任法」と解して、条約法の目的や条約法の要請する利益衡量をそこで行わないのであれば、それこそ条約法の趣旨に反することになる。条約法の要請が合意原則の尊重であるとしても、それは、条約関係の安定性の考慮であって、特定の条約上の具体的な義務の履行の尊重それ自体とは、同一ではない考慮である。<sup>(40)</sup>

ところで、ダム事件でICJは、「条約法に違反する条約の終了・停止による国家責任」を述べて、これについては、国家責任法の適用があるとしている。<sup>(41)</sup> もし、条約終了の通報が条約法に適合せず、条約法違反の終了原因を援用し、条約が適法に効力を失ってはいないにもかかわらず、条約義務に違反する行動をとれば、それは当該条約に対する違反であり、それによる損害も発生しうる。これとは別に、「条約法に違反する条約の終了・停止による国家責任」をICJが論じているのかは不明である。本件でICJは、ハンガリーの条約終了の通報が、条約法に適合してはおらず、したがって、当該通報は無効であることを認定した。<sup>(42)</sup> この無効に加えて、ハンガリーが条約法に適合しない条約終了の通報を行ったことについて、「条約法違反とその結果としての国家責任」を、ICJは明確には論じていない。

条約法上の後発的履行不能と、責任法上の不可抗力および偶発的な事情では、後者は、前者よりも緩やかに「不可能」の意味を認められる。ただし、両者が一致している範囲では、条約上の義務を履行しない国家は、同じ要因を根拠として、条約法条約六一条一項に基づいて、条約の終了・もしくは停止を主張するか、あるいは、条約違反の責任の追及に対して、違法性阻却事由を理由として、責任が発生しないことを主張することになる。その場合には、実際上の、立証責任の配分と立証の難易度、訴訟技術、訴訟経済などの点からの相違が重要になるであろう。<sup>(43)</sup>

レインボーウオーリア号事件では、ニュージールランドが条約違反については、条約法に固有の正当化要因を適用すべきであるとして、排他的に条約法条約六一条一項の適用を主張した。<sup>(44)</sup> これに対してフランスは、「ニュージール

ランドは、フランスの責任の追及を目的とした請求をおこなっているのであるから、国家責任法上の違法性阻却事由の適用によるべきであるとした。<sup>(45)</sup> 仲裁廷も、国家責任法上の違法性阻却事由を適用した。これは、フランスが義務違反及び国家責任を「一応」認めた上で、本件の争点を一貫して、違法性阻却事由による正当化を争う点に集中した、訴訟戦略を用いたことの成果であるともいえよう。<sup>(46)</sup>

ここでは、条約法と国家責任法との趣旨・目的や具体的な状況で保護する法益の観点から、条約の終了・停止と違法性阻却事由の適用関係に関する議論を考察してきた。それにとどまらず、「条約違反」あるいは「義務違反」の認定それ自体と違法性阻却事由との関係、一次規則と二次規則との関係という点からも、違法性阻却事由の意義と機能をめぐっては議論がある。

## (2) 違法性阻却事由の定義と機能

違法性阻却事由を、①違法性それ自体を発生させない要因、②違法性の法的効果（たとえば国家責任）を発生させない要因の、いずれと解するかについて、見解の相違がある。<sup>(47)</sup> ILCは、「違法性」阻却事由という定義を採用し、①の違法性それ自体を発生させない要因であるとする。<sup>(48)</sup> それは、第一に、「責任阻却」と「違法性阻却」を同義とする見解は、「責任」という法的効果が伴ってはじめて、原因行為が違法という性質をもつという基本的立場にたっているが、これは、違法性の問題を一次規則、責任の問題を二次規則にわけるといふILCの法典化の方法には適合しないからである。第二に、違法性が発生しているにもかかわらず、その法的効果が発生しないのであれば、国際法の実効性や法体系としての意義を失わしめるのであり、違法性そのものが発生しないと解されるべきであるとする。<sup>(49)</sup>

そこで、「違法性」が発生しないということについて、ILCは、阻却事由の存在により、国際義務が機能しない（inoperative）と説明する。<sup>(50)</sup> ここにいう「機能しない」ことの意味は、義務の効力および存在そのものは不変で

あるが、義務の適用がなくある行為の法的な評価基準とはならず、したがって、義務違反という評価が下されないということであろう。そのように解すれば、義務の効力および存在そのものが、暫定的にであれ永久的にであれ失われることとは異なるのであり、つまりは、条約法上の終了・停止要因と区別されることになる<sup>(51)</sup>。他方で、「責任」という法的効果を阻却する要因と解すれば、阻却事由は、国際義務の効力が存在しその適用もあり、したがって義務違反も認定されるが、その法的効果としての責任を阻却する事由ということになる。

阻却事由を、義務の適用がなく違法性を発生させない要因であると解することに対しては、それならばなぜ、ILCの方法上、こうした要因が、「二次規則」に包含されるのかという疑問はある。しかし、このことよりも、すべての違法に伴う法的効果は国家責任に限られるわけではないこととの関連の方が重大である。阻却事由を、義務の適用を排除して違法性それ自体を阻却する事由と解するか(Aとする)、義務の適用により義務違反はあるが責任という法的効果を阻却すると解するか(Bとする)の区別は、ILCのように、国家責任の原因行為である「義務違反」を限定するという意識をもたなければ、意義をもつ。ILCは、阻却事由により違法性それ自体を排除しないで(Aの解釈をとらないで)、Bの解釈により阻却事由の存在ゆえに、責任という効果が排除されると、(すべての違法に伴う効果であるはずの国家責任が排除されるのであるから)法的効果を伴わない違法性が存続することになり、これは、国際法秩序の実効性を損なうことになるという。けれども、すべての違法な行為に国家責任が伴うわけではないという立場からすれば、ILCの主張は論理的とはいえない。国家責任法は、むしろ、国家責任を発生させる原因行為である「義務違反」を特定していかなければならないという前提からすれば、AかBかの区別よりも、国家責任の原因行為である「義務違反」と阻却事由との関係こそが問題である。(もし、Aにおいて、「違法性を阻却する」ことは、ある行為から国家責任の原因行為となる性質を阻却するという意味であれば、これと、Bの責任という法的効果を排除することとの相違は、少なくとも実際上は大きくはない。)そして、それに答えることこそが、国家責任

法において阻却事由を規定することの意義でもある。

近年の条約法と国家責任法との関係をめぐる議論では、「（条約の効力については、条約法の適用があるが）、一旦、義務違反が発生すれば、国家責任法の適用の問題である」という論理が繰り返されている。こうした論理にしたがえば、「義務違反」を認定することは、おそらく、一次規則の問題と解されるのであろう。けれども、国家責任の原因行為となる「義務違反」を認定することが、二次規則と切り離して一次規則の問題といえるかは疑問である。<sup>(52)</sup>

この点は、過失<sup>(53)</sup>をめぐる議論にも顕著である。過失は、たとえば、「適当な措置を取る」とか、「可能な限り必要な措置を取る」といった義務の規定である場合に、その意義をもつ。当該国家が、自己の能力や事情に応じて、平均的に要求される基準にかなった措置をとったとか、また、意思選択の余地がある状況で、意図的にそうした措置を選択した、といった衡量を通じて、過失は、国家責任を課することが適当であるかを決定する要因である。これは、「適当な措置を取る」という義務規定の解釈であるという点では、一次規則の解釈の問題であらう。けれども、他方で、過失という要因により、責任を課することが、衡平の考慮や利益衡量を通じて適当であるかを判断しているという点では、それは国家責任法上の問題である。それゆえに、ここで、一次規則と二次規則と区別することにどれほどの意義があるかは不明である。<sup>(54)</sup> 過失が、国家責任を特定の国家に帰属させるための要因として解されることがあるのも、こうした、過失の独自の機能に注目するがゆえであるといえよう。<sup>(55)</sup>

また、ILCは、過失を国家責任の要件とは認めていないが、違法性阻却事由の検討において、過失の存否が国家責任の認定にとって重要であった事例を数多くとりあげており、過失を考慮しているに等しいという指摘もある。<sup>(56)</sup> こうした指摘が正しいのであれば、ILCが違法性阻却事由とする事由のうちで、不可抗力・偶発的な事情・緊急事態は、過失との関連で、過失が阻却されるがゆえに「違法性」が発生させられない事由であり、つまり



は、ある行為から、「責任を発生させる原因行為としての性質を阻却する事由」であるとみることでもできる。学説上も、「過失阻却事由」という定義を採用するものがあるが、これも同様の趣旨である。<sup>(57)</sup> さらに、ILCが規定する要因の中で、ここに挙げた事由を、発生した違法性を阻却する要因ではなく、そもそも違法性を発生させない要因であるという理由で、それ以外の要因からは区別する学説もある。<sup>(58)</sup> これも、国家責任を発生させる原因行為としての「義務違反」の認定の重要性と、その認定に関わる要因としての阻却事由の意義に注目する立場と解することでもできる。義務違反の認定における、過失の意義を認める立場を前提とすれば、不可抗力・偶発的な事情・緊急状態を、「過失阻却事由」とみるか、そもそも過失が存在しないがゆえに、義務違反が認定されないとみるかに、判断はわかれる。これらの事由が存在する場合に、そもそも過失という主観的要因を考慮することの意味を完全に否定すれば、過失の存在はないと解されるし、加害国に故意や注意の懈怠があっても、いずれにせよ、これらの事由により法益侵害が発生したとみれば、過失阻却事由と解されよう。

国際実践に注目すると、レインボウウォーリア号事件では、フランスは、一応義務違反と国家責任を認めたとすべしであるとして責任法の適用により、「責任が阻却される (a l'exoneration de sa responsabilité)」事情が存在するかを認定すべきであるとしている。その限りでは、フランスは、「責任」という効果が阻却されると解しているとみることができるとができる。他方で、仲裁廷は、「違法性を阻却する事情で、義務違反を外観上だけのものにする事情」としている。この「違法性」阻却事由と解しているようである。また、ダム事件で、ハンガリーが、条約上の義務を履行していない期間に、「条約の適用自体は停止していないし、条約を拒否したわけでもない」という主張をしたが、ICJは、これを受け入れなかった。ここでのICJによる違法性阻却事由の理解は、必ずしも明確ではない。ICJは、ハンガリーの緊急事態の主張について、国家責任法の適用の中でこれを主張している以上、義務違反を認めたとすべし「違法性」を阻却するために主張する趣旨であったとした。その上でICJは、ハンガリーの行動が「違法」

ではなかったとか、条約の効力が停止していたといふことはできず、緊急事態の主張は、もしそれが認められれば、ハンガリーは、国家責任を負わないといふにとどまるとした。ICJは、違法性阻却事由を、「違法性」を阻却する事由とも「責任」を阻却する事由とも解しているようにみえる。

このように、裁判実践からは、「違法性」阻却事由の定義と機能に関する、一貫した明確な指針を得ることは容易ではない。けれども、先に論じたように、重要なことは、「義務違反の法的効果については国家責任法」といった形式論理では、処理しきれない側面が存在することである。一次規則と二次規則の分断というILCの方法は、法典化の方法としてすらも成功しているとはいえない。しかしそれよりも、ILCの方法の影響をうけて、国家責任法が、一次規則とは切断された「自己充足的」な法であるという想定が及ぼす影響の方が、一層深刻である。そうした問題を、違法性阻却事由の定義と機能をめぐる議論が、顕著に示しているといえよう。次にみる違法行為の中止も、一次規則と二次規則との分断に関わる問題である。

#### 四 違法行為の中止 (cessation of an internationally wrongful act) をめぐる議論

##### (1) 議論の状況

違法行為の中止の意義をめぐっては、多くの点で、見解が別れている。そうした理論状況は、たとえば、レイポーウオーリア号事件における対立点に現れている。

一方で、ニュージーランドは、国家責任法上の救済 (reparation) の一つである原状回復 (restitution) として、違法行為の中止 (実際には特定行為の履行命令) を請求した。<sup>(59)</sup> さらに同国は、条約違反の場合には、違法行為の中止という形態の restitution が優先されると主張した。それは、原状回復 (ここでは、特定行為の履行命令) が、金銭賠償に取って代わられるのであれば、条約法の基本原理である合意原則がそこなわれるという理由による。<sup>(60)</sup> これに

対してフランスおよび仲裁廷は、学説やILC草案が、原状回復と違法行為の中止とを区別していることに注目して、ニュージーランドの請求は、原状回復というよりも違法行為の中止であるとして、違法行為の中止という救済が適用される要件をみたさなければならぬとした。<sup>(61)</sup> さらに、フランスを支持する学説は、違法行為の中止は、条約法に固有の方法ではないとするが、それは、違法行為の中止が、条約違反の場合に固有の優先性をもつわけではないという意味である。<sup>(62)</sup>

このような議論から、そもそも、違法行為の中止を国家責任法上の救済に含めることができるかという点に加えて、いくつかの争点を抽出できる。それらは、違法行為の中止が国家責任法上の救済であるとするれば、違法行為の中止と他の救済の方法との関係や、違法行為の中止の適用がある要件は何かに関わるものである。以下に、これらの点を検討する。

## (2) 違法行為の中止の意義

① 違法行為の中止を、国家責任法上の救済に含めない見解は、次のような根拠に基づいている。第一に、違法行為の中止は、違反された一次義務の効果であり、一次規則上の法関係への回帰を意味するのであって、被害国は、義務違反によって生じた新しい法関係（国家責任法上の関係）の新しい権利に基づいて、違法行為の中止を請求するわけではない、ということである。<sup>(63)</sup> 第二には、国家責任法上の救済の一環として違法行為の中止をとらえること、それ以外の救済方法（たとえば金銭賠償）によって代替されることを認める場合には、一次義務の履行がはかられなくなり、一次義務の実効性を減殺するという懸念があるからである。<sup>(64)</sup> 第三には、違法行為の中止は、一次義務の履行以上の内容をもたず、違法行為の「すべての結果」を排除することが救済であるとするれば、違法行為の中止では、救済として不充分であるからである。<sup>(65)</sup>

第一の点に対しては、国家責任法の機能が、国際違法行為の結果の排除であるとするれば、その「結果」に、継続

している違法行為がそれ自体を含むことを否定する、論理的必然性はないといえる<sup>(66)</sup>。国家責任法が、損害救済とともに合法状態への回復をその機能としていることから、違法行為の中止による合法状態の回復（その意味では、一次規則上の法関係への回帰も排除されない）を、国家責任法上の救済と解することもできるからである<sup>(67)</sup>。

また、損害との関連からすれば、ILCのように損害を国家責任の独立の発生要件とは認めない立場にたてば、国家に帰属する違法行為があれば常に国家責任が発生する。それゆえに、損害発生の有無にかかわらず、違法行為が継続しており違法行為の中止が請求されるような場合には、ILCの立場からすれば、これに国家責任法上の位置づけを与えるか、もしくは一次規則の問題であることを論証できなければ、みずからの方法が破綻することになる。そこでILCは、違法行為の中止に、一次規則と二次規則の中間的存在という曖昧な位置づけを与え、みずからの方法を相対化した<sup>(68)</sup>。違法行為の中止による合法状態の回復が、一次規則上の法関係への回帰と同義であり、それのみが責任の内容となる場合には、これを一次規則か二次規則のいずれの結果であるかを区別するのは困難である。損害の救済という意義により、違法行為の中止を二次規則上の問題であると断定することもできず、ILCは、みずからの方法を相対化する他なかったといえよう。他方で、「損害」概念それ自体の問題もあるが、損害を国家責任の発生要件として認める立場にたてば<sup>(69)</sup>、損害を発生しないで継続している義務違反に対して違法行為の中止が請求されていても、国家責任が発生していない以上、それは、国家責任法の問題ではないということではできない。ただし、損害の要件性を認める立場に立つても、違法行為の中止をめぐる問題が消滅するわけではない。義務違反が継続しており、損害も発生しているような場合に、違法行為の中止に国家責任法上の意義と機能を認めるかという問題は、依然として残るからである。

實際上、被害国にとっては、損害を発生しつづけている原因である違法行為がそれ自体を中止することこそが、緊要な救済となる<sup>(70)</sup>。また、損害が、有体損害に限定されるのであればともかく、非有体損害であるときや侵害法益の

とらえかたによつては（主権侵害、国家の名誉や威信の侵害など）、義務違反と損害とは、論理的には区別できても、発生の様態と時点に関しては、つねに区別が可能であるわけではない。<sup>(71)</sup> 有体損害であっても、それが継続的でないしは反復して発生している場合には、義務違反それ自体については、一次義務の効果として義務違反の中止が請求され、損害については、国家責任法上の救済が適用されるという区別に、実際上の意味があるとはいえない。<sup>(72)</sup> 義務違反も損害も継続している場合のように、被害国が緊要な救済として違法行為の中止を必要とするのであれば、むしろ、被害国の要請を受け止めて、国家責任法上の救済としての、違法行為の中止に関する要件論を整備することが重要である。それは、国家責任法の射程の中で考察されるべき課題である。そして、そのためには、違法行為の中止を一次義務の効果としてのみ解していても、あるいは逆に、一次義務の考察を排除して、二次規則だけの定式化という方法を採用しても、有意義な結論は得られない。一次義務の内容や法益ならびに、法益侵害の様態などの考慮が不可欠となるのである。

実践に目を向けると、モロッコ保護領事件では、違法行為の中止という概念は特に用いられてはいない。しかしイタリアは、独占を一九二〇年の立法に始まる継続的行為ととらえて、責任の追及を目的とする請求であることを明らかにした上で、法律の廃棄とそれだけでは救済されない損害についての金銭賠償を請求している。<sup>(73)</sup> また、イラン大使館襲撃事件では、原告は、義務違反の認定、即時の人質解放義務および、金銭賠償を受ける原告の権利の認定を請求している。ICJは、判決において、義務違反が存在し継続していることを認定したのに続けて国家責任の発生を決定し、「事態を回復するあらゆる措置をとる義務」の一環として、違法な人質の抑留の終了と人質の解放その他の義務を、具体的に認定している。<sup>(74)</sup> これらの事件では、違法行為の中止が、国家責任法上の救済としての意義と機能を与えられていると解することができるが、ニカラグア事件では、この点が必ずしも明確ではない。原告は、少なくとも本案では、「継続的」義務違反、その即時の中止義務、金銭賠償の義務の認定を請求している。

ICJは、不干渉義務違反、武力行使の禁止義務違反、主権侵害、友好通商条約違反があることを認定するが、特に「継続的」違法行為である旨が強調されては<sup>(75)</sup>ない。これに続いて、ICJは、すべての義務違反の即時の中止、金銭賠償義務を順に認定している。また、金銭賠償の算定を後の手続きに委ねたことはともかく、金銭賠償義務を認定している以上、国家責任の認定を行ってはいるが、義務違反の中止を、責任法上の救済と位置づけているかについては明らかにされていない<sup>(76)</sup>。

ところで、違法行為の中止を一次義務の効果であるとする説が実際に懸念するのは、むしろ、上記の第二の点である。この懸念は、レインボウオーリア号事件で、ニュージールランドが、条約違反に対して、金銭賠償により救済がはかられるのであれば、条約義務の履行が放棄されて、ひいては合意原則を損なうことになるという主張にも典型的に現れている。

なお、一次義務の効果の尊重や一次義務の履行が金銭賠償に代替されるべきではないという考慮は、なにも、条約上の義務に限ったことではない。それゆえに、こうした考慮はより一般的に、国際義務の実効性の確保に関わることである。そうであるならば、問題は、違法行為の中止について、条約法に固有の国家責任法が存在するかではない。それは、違法行為の中止という国家責任法上の救済方法が要請されるとしても、一次義務の実効性を損なう結果を生じないように、この救済方法を適用することができるか、そしてそれを、国家責任法上の違法行為の中止の適用要件として、理由づけることができるかにある。

一次義務の効果に関するこのような懸念が示されるのも、ホルジョウ工場事件以来、国家責任法上の救済としては、原状回復の「原則性」が議論されてきてはいるものの、実践においては、この「原則性」が柔軟に例外を許容しているからである。そしてこのことを、多くの学説が確認しているからである。原状回復の「原則性」には、法的あるいは物理的な困難を伴う場合には、金銭賠償に代替できるという例外が柔軟に認められているのである<sup>(77)</sup>。

そうであるとすれば、たしかに国家責任法は、損害の救済と合法状態の回復という機能をもつが、金銭賠償による救済をかなりの頻度で認めてきたのである。つまり、多くの場合に、金銭賠償による責任の解除という方途によって、責任法が国際法秩序の回復ないしは実効性を担保すると解されてきたといえる。したがって、違法行為の中止を救済の一環に加えるとしても、一次義務の実効性の確保のために、違法行為の中止（作為による違法行為の中止、あるいは、不作為による違法行為については作為の請求）に無制限に優先的適用を認めるのであれば、それは、従来の国家責任法の救済の原理に適合的とはいえない。

たとえば、ILC条文草案では、違法行為の中止を、他の救済方法とは独立の条項により規定した。それは、違法行為の中止が、一次義務の効果であることを認めつつ、かつ、継続している違法行為そのものも広く解した違法行為の「結果」であり、これを排除するのは国家責任法の適用による、という趣旨である<sup>(78)</sup>。独立の条項を設けたのは、違法行為の中止が一次義務の効果であることを尊重するためである。つまり、原状回復の適用を制限する条件を違法行為の中止には適用しないで、違反されている義務の履行が、金銭賠償という救済方法により代替されることを防ぐためである。このような方法によれば、一次義務の効果を損なうことを理由として、違法行為の中止を国家責任法上の救済に含めることに対する批判に、一応はこたえることができるであろう。

けれども、論理的にいえば、一次義務の効力それ自体は、国家責任法の適用によっては影響をうけないはずである。違法行為の中止に国家責任法上の救済の意義を認めるのであれば、むしろ、違法行為の中止が原状回復とは区別されて固有の要件に従うことについても、違法行為の中止がもつ救済としての機能に、その根拠を求めるべきである。そもそも、違法行為の中止を救済の一環に含めたうえで、従来の救済の原理にしたがって、原状回復と同様に金銭賠償に代替されることを許容するのであれば、原状回復とは別に違法行為の中止という救済形態を認める必要もない。なぜなら、下記のように、内容という点では、違法行為の中止は原状回復の一部をなすからである。し

たがって、違法行為の中止は、国家責任法上の救済として他の救済形態から区別すべきであるが、それは、国家責任法上の根拠に基づいた独自の要件によって説明されるべきである。<sup>(79)</sup>

上記の第三の点、すなわち、違法行為の中止は、違反されている義務の履行を求めにすぎず、原状回復のような救済としての十分な内容をもたないという点も、消極的ではあるが、違法行為の中止を原状回復とは別個に解する理由を示しているともいえよう。

違法行為の中止を国家責任法上の救済と認める学説であつても、これを、原状回復の一形態とするか、それとも、原状回復とは区別するかについては、見解がわかれる。<sup>(80)</sup> 上記のレインボーウオーリア号事件でも、ニュージールランドは、特定行為の履行を、原状回復として請求し、仲裁廷およびフランスは、これを違法行為の中止として、原状回復とは区別した。<sup>(81)</sup>

内容においては、違法行為の中止は、違法行為のすべての結果を排除して、合法状態を回復する原状回復の、あくまで一部にすぎない。たとえば、違法な船舶の抑留とか人の留置の場合に、船舶や人を解放することによって、違法行為は中止されるが、抑留や留置に伴う損害の救済がはからなければならない、違法行為が行われる前の合法状態が完全に回復されるわけではない。実践をみても、国家責任の追及を目的とする訴訟においては、原告が、違法行為の中止を独立に請求し、それ以外の救済方法も別途請求することが殆どである。<sup>(82)</sup>

このように、違法行為の中止が、一方で、一次義務の履行請求以上には救済としての内容をもたないことから、違法行為の中止は、他の救済形態から区別される。他方で、原状回復と同様に金銭賠償への代替を認められるのであれば、原状回復と区別する意義が減少するともいえる。そこで、残る問題は、違法行為の中止の特別な地位が、国家責任法上、違法行為の中止が被害国にとって救済の意義をもつ条件として、すなわち、違法行為の中止を適用する固有の要件として整備されるかである。それは、国際違法行為の「継続性」に関わる問題である。



## (3) 国際違法行為の「継続性」

レインボウウォーリア号事件では、フランス及び仲裁廷は、違法行為の中止が救済として適用される要件として、第一に、国際違法行為が継続的性質をもち、救済の認定の時まで継続していること、第二に、違反されている国際義務が、救済の認定の時に有効であることをあげた。<sup>(83)</sup> 第二の点については、第一の点で、救済の認定時に国際「違法」行為が継続するためには、当然に、国際義務が有効でなければならぬので、二つの点は、第一の点に集約することができる。もつとも、第二の点は、他の国家責任法上の救済であれば、過去において有効であった国際義務の違反についても適用できるので、それとの相違を確認する意義はもつ。<sup>(84)</sup> フランス及び仲裁廷は、この要件については、ILC条文草案にしたがっているとす。その他の実践でも、モロッコ保護領事件やイラン大使館事件で、被害国は、継続している国際違法行為の中止を、金銭賠償と並べて請求している。<sup>(85)</sup>

このように、救済の認定の時に国際違法行為が継続していることが、違法行為の中止を適用する要件である点については、ほぼ見解の一致をみることができ。そこで問題は、(救済の認定時まで継続する)「継続的性質」をもつ国際違法行為の意味である。<sup>(86)</sup>

たとえば、第一読段階のILC条文草案二五条一項は、継続する国際違法行為を規定しているが、コメンタリーは、条約に適合しない国内法の維持、外国官僚の違法な抑留、植民地の武力による占領、外国の沿岸の違法な封鎖などを列挙している。ILCは、継続的違法行為と条文草案二四条の「即時国際違法行為」との対比において、「行為」の継続 (le delict continu) と、「効果」のみの継続との区別を強調している。

ILCによると、継続性は「行為」についての性質であり、即時国際違法行為として行為は完結しているのに、その効果が継続 (残存) する例としては、警察や軍隊による外国人の身体への障害 (身体への効果は残る)、外国人に対する掠奪 (外国人の財産は、暫時あるいは救済がなければ永久に失われたまま)、中立船舶あるいは航空機の破壊

（中立国の輸送・国防力を奪うという効果が残る）などがある。<sup>(87)</sup> これらの例では、一方で、行為が物理的に瞬時もしくは一定期間に完結すること、他方で、その効果が物理的に存続していることを確認しやすい。これらの行為が完結した後に効果が残留している段階で、違法行為の中止を適用しても、そもそも中止すべき行為が終了しているし、被害国にとって救済にならないことも理解しやすい。

しかし、裁判実践に現れた例や学説をみると、「行為の継続」と「効果の継続」との区別は、それほど単純明快ではない。モロッコ保護領事件でイタリアは、独占は、一九二〇年の立法 (statute) 以来、それに続く財産の収容その他の「一連の措置」の総体であり、制度としての独占は、一九二〇年より継続している「状況」を構成したとする。<sup>(88)</sup> これに対して PCIJ は、独占とは、状況ではなくひとつの法的立場であり、イタリアが「状況」とよぶものは、一九二〇年の立法の結果 (result) にすぎないとした。個別意見を出したチェン判事は、独占の「状況」は、一九二〇年の立法以来今日まで存続しており、独占という違法行為の継続により、条約上の権利が日に日に侵害されているのであり、独占を規定した立法が継続する限り、新たな損害が創出されるという。<sup>(89)</sup>

なお、イタリアは、一九二〇年の立法だけを独立にとりあげているのではなく、立法後のその他の国家机关による行為（私人によるライセンス取得申請の却下の決定、裁判所による裁判拒否）を含めて、「一連の行為」による「状況」とよんでいる。これは、本件では、フランスの PCIJ 管轄権受諾宣言における時間的制限に対抗するためである。<sup>(90)</sup> また、複数の行為や措置を「一連の行為」ととらえて、その期間の「継続」を認めるか、違法成立の時点<sup>(91)</sup>どこに定めるかは、第一読段階の ILC 条文草案二五条二項および三項との関連で議論されている問題である。しかしここでは、一つの行為の継続の意味を確認するために、国際法に違反する国内法の問題に焦点をあてる。

国家の「行為」という観点からすると、上記のように、国際義務に適合的ではない国内法の維持は、継続的国際違法行為と解されている。<sup>(92)</sup> また、ILC 条文草案が規定する違法行為の中止の適用要件（「継続的国際違法行為」）

も、レインボーウオーリア号事件で仲裁廷が判示した違法行為の中止の適用要件も、「行為」に注目した継続性を意味している。けれども、上記のモロッコ保護領事件における見解の相違や学説をみると、継続性についての異なる判断要因を導入しているように解される。

そうした判断要因の一つとしては、国家の意思決定がある。この説によると、もし、一九二〇年の立法により、国家の独占という意思決定が最終的であつ改廃の可能性が存在しないのであれば、独占は、一九二〇年に完結して、その後は、「効果」が存続していくだけである。他方で、国家の意図が、継続的な独占を創出することになり、その状況を維持するための行為を行ったのであれば、それは「継続」する行為である。<sup>(93)</sup>「継続性」をみるもう一つの判断要因としては、侵害される権利や法益およびそれらの侵害態様がある。これは、モロッコ保護領事件における上記のチェン判事の見解に顕著に現れている。

先に述べたように、「継続性」の要件は、国家責任法上の救済として、違法行為の中止が意義をもつ場合を特定するための条件である。しかも、それは、違法行為の中止が他の救済の態様、特に原状回復とは区別されるための固有の適用要件である。そのように違法行為の中止による救済という機能に注目すれば、継続性の要件は、侵害される権利や法益及びその侵害態様を考慮することによって定義されるのが適当である。もつとも、意思という要件も、義務違反及び法益侵害を認定するために意義をもつことがあり、その機能を全く否定されるわけではない。<sup>(94)</sup>

そこで、侵害法益や侵害態様の観点からモロッコ保護領事件における国内法をみると、たしかに、PCIJのいうように、独占という法的立場は、立法により即時に宣言されることができ、けれども、本件で問題となっている経済的自由を保障する条約は、「独占という法的立場を示されないこと」を法益としているのではなく、「独占による影響をうけずに、経済的自由を確保すること」を法益としている。そのように解すれば、独占立法が存続していることは、経済的自由を「継続的」に侵害しているとみることができるのであつて、国際法に違反する国内法の

維持は、継続的国際違法行為である。<sup>(95)</sup> もっとも、法益の解釈として、条約当事国が「(自国民に関する) 経済的自由の確保」という法益を国家として享受しているのか、それとも、具体的に、当該国家の国民が経済活動の自由を保障されるのかという区別がありうる。前者であれば、独占立法それ自体が、条約当事国に対する法益侵害になるといえるが、<sup>(96)</sup> 後者については、自国民が独占立法の具体的な適用行為により損害を被った場合に、国内救済を尽くした後に、国家が外交保護権を行使することになる。<sup>(97)</sup>

また、イラン大使館襲撃事件でも次の点で、義務違反および侵害態様によって、「継続性」の認定が行われたといえる。同事件で、ICJはいくつかの「継続的国際違法行為」を認定して、違法行為の中止命令を判示している。反米暴徒による大使館の攻撃と占拠までの段階は、私人の行為であるとして、ICJは、イランが防止措置を取らなかったことを、ウイーン外交関係条約の関連条項上の義務違反であるとした。これらは、「継続的」違法行為とは認定されていない。大使館占拠後の行為は、イラン政府の是認があったとして、イラン自身の行為と認めたと、ICJは、同条約上のいくつかの義務の「継続的」違反を認定している。ただし、その中でICJは、ウイーン外交関係条約二二条の一項（公館の不可侵）及び三項（公館の用具・財産などの搜索・徴発・差し押さえなどからの免除）に関しては、「継続的」違反を認定したが、同条二項については、「継続的」違反という認定は行っていない。<sup>(98)</sup> これは、二二条二項は、公館に対する侵入や侵害を防止する義務を規定しており、一旦侵入されてしまえば（防止に失敗や懈怠があれば）、防止義務違反も侵入されること自体による安寧の妨害という法益侵害も、その時点で完結するという解釈に基づいているといえよう。この点は、大使館占拠以前の段階の、イランによる防止義務違反でも同様であるとICJが判断したものといえよう。

レインボーウオーリア号事件については、「行為」の観点からの継続性は、仲裁廷をはじめとして学説も認めてはいる。上述のように、仲裁廷は、義務違反の継続を認めるとともに、「義務違反が継続していたのであるから、

義務の存在も継続していた」という批判の多い論理を用いて、その期間後に義務が終了したと認定した。それゆえに、違法行為の中止（本件では特定行為の命令）請求は、根拠となる一次義務の効力が存在しないとして却下された。侵害法益の点で、ニュージーランドは、法的損害（条約上の権利が侵害されたことによる）と道徳的損害（名誉・威信・威厳に対する侵害）を主張した。フランスは、損害が国家責任の発生要件であることを主張するが、それが、道徳的損害や法的損害でありうることも認めている。仲裁廷も、本件で、ニュージーランドに道徳的・政治的・法的損害が発生したことは認定した。<sup>(99)</sup>そして、違法宣言とともに、友好関係の回復・維持のための基金を設立して、フランスが出資するように勧告した。<sup>(100)</sup>

本件で、義務の効力が存続していたとすれば、違法行為の中止命令が判示されたのか、そして、それと違法宣言及び友好関係基金の勧告とはいかなる関係でとらえられたかは明らかではない。ただ、ニュージーランドの請求する、「名誉・威信・威厳」に対する道徳的損害や条約違反による法的損害が、継続的違法行為に対する中止命令により救済されるといえるかについては、疑問がないではない。特に、条約違反による法的損害は、およそ一般的に条約違反が存在すれば、その条約当事国について発生するとされる損害である。そうであるならば、具体的な特定条約義務の違反により、まさに当該条項により保護されるべき法益侵害が継続している場合とは相違している。もつとも、そもそも条約違反による「法的損害」が、条約の（違反国以外の）すべての当事国に発生しており、それが、国家責任を追及する根拠になる損害として確立しているかという疑問もある。<sup>(101)</sup>いずれにしても、条約上の義務違反が継続していれば、つねに、違法行為の中止が、かかる法的損害の救済の意義をもつとはいえない。

本件では、当該条約上の義務が、レインボウウォーリア号の爆破に始まる一連の紛争において、一九八六年の国連事務総長裁定が認定した、ニュージーランドへの救済の一環をなしている。したがって、本件での条約違反は、その趣旨からすれば、ニュージーランドのこのような救済をうける利益の侵害といえなくはない。かりに、違法行

為の中止により救済されるべき法益侵害があるとするれば、むしろこうしたニュージールランドの法益侵害であり、条約違反による法的損害にそのような救済を求める意味は、より希薄である。もともと、フランスの義務違反によりレインボーウオーリア号爆破以来の国民の悪感情が再燃しているというニュージールランドの主張は、道徳的損害の中に、ここに述べたような法益の侵害を含める趣旨であるともいえよう。<sup>(102)</sup>

## 五 おわりに

本稿では、「国際違法行為が発生すれば国家責任法の適用がある」という、国家責任法の一般原則性をめぐる議論を考察してきた。

国家責任法の「一般原則性」の前提について、ILCにおける一次規則と二次規則との分断、二次規則「だけ」の法典化という方法は、国家責任法の研究においても多大な影響を及ぼしている。たとえば、本稿でみたような、「国際法（条約）違反があれば、国家責任法の適用」といった論理の無制限な肯定、国家責任法論の対抗措置への議論の集中（二次規則上の国家責任の解除の実現を目的とする、被害国の権限行使という意味では、三次規則ともいわれる）などがある。他方で、同じ前提に立ちながら、二次規則としての国家責任法の一般性を限定ないしは否定する理論として、セルフコンティインド・レジーム論の展開がある。

これらの研究の発展それ自体の意義は、無論、否定されるものではない。けれども、もしこれらの議論が、国家責任法は「二次規則」であるとして、一次規則との関連を意識することもなく、あたかも、国際法が、「一次」「二次」「三次」と横断的に区分されると想定しているのであれば、それは、国家責任法の体系に関する基本的考察の視点を欠くおそれがあるといえよう。このような状況で、近年の国際実践は、国家責任法と条約法との関係、違法性阻却事由の意義と機能、違法行為の中止の意義といった問題を浮かび上がらせた。これらは、一次規則（および

条約法)と二次規則との関係を問う契機を与えているのであり、むしろ、「横断的」に国家責任法を「二次規則」ととらえることに対して、国家責任法の体系の再検討を迫っているといえよう。<sup>(103)</sup>そして、これらの問題に対してILCは、一次規則と二次規則の相対化を認めて、自らの方法の破綻を露呈したのである。

本稿で考察したように、違法性阻却事由は、国家責任の原因行為である「義務違反」の限定と、義務違反の認定において作用する要因との関わりの中で、国家責任を免ずることが適当であることを根拠づけるため事由として、その意義と機能を理論化される。それが、国家責任法が違法性阻却事由を規定することの意義である。また、違法行為の中止が、国家責任法上の責任解除の一形態と解されるのは、一次規則上の侵害法益や侵害態様に着目するからであり、それを通じてこそ、他の責任解除の方法とは別の、違法行為の中止に固有の要件を導出することができる。違法行為の中止の適用要件として、抽象的に違法行為の「継続性」を規定しても、有意義ではないのである。

こうした、国家責任法と一次規則との「縦断的」な関連に加えて、「違法な」行為の国家責任法とは別の法的効果との関係、そして、条約法といういわば一次規則をめぐる規則と、国家責任法との関係のそれぞれの整序も求められている。これらの問題の所在や意義それ自体が、「国際法違反があれば、国家責任法の適用がある」とか、国家責任法の二次規則としての一般原則性といった前提により、その認識を阻まれてきたのである。

国家責任法が、外国人の受けた損害に関する国家責任法に限定されていた時期には、一次規則と国家責任法の関連性はむしろ当然のことであった。国家責任法が、特定の国際法分野に限定されない法原則であるという方法論には、依然として根強い疑義も存在する。<sup>(104)</sup>けれども、他方で、たとえば、本稿でもとりあげた、イラン大使館襲撃事件、ニカラグア事件、レインボーウォーリア号事件をみても、外国人の受けた損害に関する国家責任には限らない国家責任の実践が、すでに集積してきてもいる。そこで、国家責任法を特定の国際法分野にその適用を限定しない規則として、一般原則を導出するためには、二次規則「だけ」の国家責任法という方法が明らかに破綻している以

上、一次規則との関わり方を理論化することは、不可欠の前提的考察となる。そして、国際法上の内容・性質・強制力において多様な一次義務は、かかる考察により導出される「一般」国家責任法に依ってこそ、その機能を一貫して確保することができるのである。<sup>(15)</sup>

このような国家責任法の一般原則性の体系的な確立は、いうまでもなく、国家責任法の全体系の再構築を要求する。その成否は、国際法違反の他の法的効果と国家責任との整序、一次規則と二次規則の関連の理論化に加えて、国家責任の根拠および要件の再考という論理的な作業が、有機的かつ総合的に進展することに依存しているのである。

- (1) *Journal du droit international*, Tome 117, 1990, pp. 861-896; *International Law Reports*, Vol. 82, 500-590. 長谷川正国「レインボウウォーリア号事件再論—一九九〇年四月三〇日フランス・ニュージールランド仲裁判断判決の国際法的意義—」(一)〜(三)「福岡大学法学論争」第三六巻、一・二・三号一九九三頁以下、一九九一年、四号四一九頁以下、一九九二年、第三七巻、一号二五一頁以下、一九九二年。
- (2) *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, 25 September 1997.
- (3) Mazzeschi, R. P., Termination and Suspension of Treaties for Breach in the ILC Works on State Responsibility, in Spinedi, M., and Simma, B., eds., *United Nations Codification of State Responsibility*, New York, 1988, p. 57. Weil, P., *Droit traité et droit de la responsabilité, El derecho internacional en un mundo en transformación, Liber Amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jimenez de Aréchaga*, Montevideo, 1997, p. 523; Dupuy, Pierre-Marie, Dorit des traits, codification et responsabilité internationale, *Annuaire français de droit international*, Tome XL III, 1997 p. 7.; ダム事件及びレインボウウォーリア号事件を題材とするものとして、河野真理子「条約違反と条約の継続性に関する一考察—ガブチコヴォ・ナジユマロシュ計画事件を手がかりとして—」杉原高嶺編「小田滋先生古稀祝賀 紛争解決の国際法」、一九九七年、三省堂、五三頁以下、長谷川正国「条約違反に対する対抗措置—条約法と国家責任法の交錯—」(一)〜(三)「福岡大学法学論争第三二二巻三・四号四五九頁以下、一九八八年、第三四巻二・三・四号三七三頁以下、一九九〇年、第三五巻一・二・三号一七三頁以下、一九九〇年など。
- (4) 国家責任法の方法論の推移について、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—(二・完) 国際法外交雑誌第九一巻四号、一九九二年、一頁以下。
- (5) Brownlie, I., *System of the Law of Nations, State Responsibility Part I*, Oxford, 1983, p. 30; Ago, R., *Le délit international*, *Revue*



*des cours*, 1939-II, p. 434.

(6) アゴーは、ILC草案が、国際「義務」の違反という定義を採用し、国際「規則」の違反という定義は用いないとした関連で、国家責任と法的結果との区別を認識していることは明らかである。アゴーは、規則の場合には、国際法は、その違反行為に対して、法的な結果を認めないだけであるとする。たとえば、条約上、占領による領域主権の獲得のためには、通報を要件として規定する規則があるにもかかわらず、かかる規則に違反して通報を怠って占領による領域主権を主張しても、国際法は、領域主権の成立という法的結果を認めない。すなわち、無効であるとする、Ago, *op cit.*, Le delit, pp. 441-2, 433-434; アゴーの国家責任法条草案第二報告書, paras. 45-46, *Yearbook of the International Law Commission*, 1970, Vol. II, 11のよ様な限定は、ILCでは、それ以後特に意識されることもなかったようである。「条約違反」と「国際違法行為」の概念上のすみわけという観点からILCの議論を考察するものとして、Roseanne, Sh., *Breach of Treaty*, Cambridge, 1985, pp. 48-50, 54.

(7) 山本草二「国家責任成立の国際法上の基盤」国際法外交雑誌第九三卷三・四号、一一一―一二頁。Brownlie, *op cit.*, System, p.29 及びブレウンリーによれば、「司法機能」という観点からすれば、裁判所による宣言として判示されるときには、法的な権限の確認（ブレアビヘア寺事件や漁業事件）と合法もしくは違法の確認（核実験事件）との区別すら必ずしも意義をもたないとする。Brownlie, I., *Remedies in the International Court of Justice*, Lowe, V., and Fitzmaurice, M., eds., *Fifty Years of the International Court of Justice*, Cambridge, 1996, pp. 561-562; By the same author, *Remedies for Breaches of Obligations*, in *The Rule of Law in International Affairs*, *International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations*, 1998, pp. 127-128.; Schachter, O., *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht/Boston/London, 1991, p. 205. また、宣言判決が請求された事件で、その目的が議論になった事例として、北部カメルン事件がある。こので原告は、イギリスの信託統治協定上の義務違反の宣言を求めたが、賠償請求は伴っておらず、義務違反も信託統治協定もすでに終了していた。本件でICJは、司法相当性 propriety の点から、判断を回避した。本件の請求は、フィッツモーリス判事の個別意見が説くように、賠償請求も伴わない。過去に終了した条約の違反の認定請求は、本質的に係争性を欠き (moot)、過去の条約違反の認定及び救済請求を伴う国家責任の追及を目的とする請求とは異なっている。ICJ Reports, 1963, pp. 18, 34-35, 37; フィッツモーリス判事個別意見, *ibid.*, pp. 97-100.

(8) 山本草二「前掲、一〇―一二頁および、同「国際紛争要因としての対抗力とその変質」八千代国際大学紀要国際研究論集第六巻一号、一九九三年、六四、七〇頁。

(9) Brownlie, *op cit.*, System, p. 30.

(10) アランシオルイス第一報告書, *Yearbook of International Law Commission*, 1988, Vol. II, Part One, paras. 76, 84. 特、国家責任法が、被害国の救済（主観的救済）とともに、国際法秩序の回復（客観的救済）の機能をもつことを強調する見解は、無効を法的原状回復の「環とすべ」 Dupuy, *op cit.*, p. 14, et les ouvrages citées dans la note (25).

(11) マルティニニ事件では、裁判拒否を理由として違法と認定された国内判決について、判決にあるマルティニニの支払い義務を破棄することを被告が承認する義務が、救済の一環として認定された。Reports of International Arbitration Awards, Vol. II, p. 1002. また、モロッコ保護領事

件では、原告は、国家責任の追及を目的とする請求であることを明らかにした上で、独占を規定する法律の廃棄を請求している。PCIJ Series A/B, Vol. 4, pp. 15-16. 他方で、東部グリーンランド事件における国際法上の違法及び無効認定も救済と解されることがあるが、ノルウェーの政府宣言が違法であり無効である旨の宣言は、権限の確認とみなすべきであって、国家責任法上の救済とはいえない。

(12) ICJ Reports, 1955, p. 26; Reuter, P., *Le développement de l'ordre juridique international*, *Ecrits de droit international*, 1995, Paris, pp. 511, 429.

(13) Dupuy, *op. cit.*, pp. 13-14; Reuter, P., *Introduction au droit des traités*, Paris, 1985, p. 153, para. 268 quater, p. 158, para. 280.

(14) 同じ学説は、無効が救済として不可欠でも唯一でもなく、「違反される義務の内容」によっては「たとえば、強行法規違反の条約が適用されることは違法行為であり、また、絶対無効であるにもかかわらず条約が成立して適用されることによつて、損害が発生することがあるという」Dupuy, *op. cit.*, pp. 14-15, note (28). しかしこれらの場合には、強行法規上の義務違反があるとか、あるいは、別個の国際法上の義務違反が想定できるであろうので、それらについて国家責任法を適用すればすむ問題である。

(15) なお、条約の廃棄の権利を、条約違反による被害を被った当事国にとっては一種の救済であると考え、この被害国には、裁判機関に条約の無効の宣言を要請する権利を認めるべきである、という見解もある。McNair, L., *The Law of Treaties*, Oxford, 1961, p. 513. ただし、この説では、そこに言う「救済」が国家責任法上の救済であること、そして、国家責任法の適用が同時に存在するといった明確な認識が示されているわけではない。同様に、条約法に関するハーヴマード草案二七条a項「Research in International Law on Treaties, Supplement to 29 *American Journal of International Law*, 1935, p. 1093.

(16) たとえば、一九六二年ILC四〇会期の議論における「ウォルトドン発言」, *Yearbook of International Law Commission*, Vol. 1, p. 9; ヤーン発言, *ibid.*, p. 10; アゴー発言, *ibid.*, pp. 15-16; キャストラン発言, *ibid.*, p. 17; フェムテロス発言, *ibid.*, p. 27 など。

(17) むしろ、「一次規則を切断して」「抽象的に」国家責任法を定式化できるかという疑義は、ILCの議論でもすでに示されていた。たとえば、一九六二年ILC四〇会期、グロ発言, *ibid.*, p. 21; アレンチャガ発言, *ibid.*, pp. 26-26 など。同様の危惧を理由として、外国人の受けた損害に關する国家責任こそが、法典化に適した題材であったとするものとして、Baxter, R. R., *Reflections on Codification in Light of the International Law of State Responsibility for Injurious to Aliens*, *Syracuse Law Review*, Vol. 16, 1965, pp. 747-749.

(18) アゴー自身も、すでに「一九三九年発表の論文において、二つの種類の法規則を区別している」Ago, *op. cit.*, *Le délit*, pp. 446-447.

(19) 第一段階のILC国家責任法条文草案第一七条参照。本条を含めて、ILCでは第二読作業が進行中であり、内容及び条文番号の変更が予測される。しかし、依然として流動的側面も残るので、本稿では、原則として、一九九六年に暫定的に採択された条文草案による。第二読作業の経過については、*Report of the ILC on the Work of its 51st Session*, A/54/10 (1999) 参照。

(20) レインボーウォーリア号事件仲裁判決において仲裁廷は、条約法と国家責任法とはいずれも本件に適用があるが、条約違反の法的結果（違法性阻事由の決定も含む）や救済については、国家責任法の適用があるとする。そこで、国家責任法上の一般原則が、条約上の義務違反にも適用されるとするが、それは、契約責任と違法行為責任との区別は存在しないことを理由として、*op. cit.*, p. 880, para. 75, フランスの主張、

*ibid.*, pp. 879-880, para. 74; タム事件' *op cit.*, para. 47; Weil, *op cit.*, pp. 528-529; Dupuy, *op cit.*, pp. 19-20 など

(21) この点に関しては、あれほど、一次規則とは切斷された二次規則「だけ」の法典化を唱えておきながら、ILCは、みずからその禁を破り、方法上の首尾一貫性の破綻を露呈したという指摘は、つとに示されてきているところである。たとえば、松井前掲、三四頁。しかし、より根本的な問題は、ILCの方法の破綻といったささやかな点ではなく、それとは別にところにある。第一には、国家責任法は、「一般」国家責任法である以上、多様な機能を包含する豊かで弾力的な原則の生成が何よりも必要である。それにもかかわらず、ILCは、国家犯罪に対する国家責任については、独自の異なる原則が必要であることを認め、これを「一般」国家責任法原則から排除することによってしか、処理することができなかつたことである。第二には、国家犯罪概念と一次規則との密接な関連にみるように、国家責任法が、多様な性質と機能をもつためには、一次規則と切斷された、「自己充足的」な二次規則という前提が障害になる危険性が高いということである。

(22) *Op cit.*, p. 879, para. 73.

(23) *Ibid.*, pp. 879-880, paras. 73-74.

(24) *Ibid.*, p. 880, para. 75.

(25) 条約法条約の起草過程における議論でも、混乱がみられないでもないが、条約の終了・停止要因は条約の効力(妥当性)を決定する要因であり、責任は、条約の効力を前提としてその条約上の義務の違反に対する結果であるとして、その相違が度々確認されている。たとえば、一九六六年のILC会期におけるアノー発言、*Yearbook of International Law Commission*, 1966, Vol. I, Part I, p. 72, para. 20; 同トウンキン発言 *ibid.*, pp. 70-71, Para. 2 など。さらに、不可抗力の問題は、義務の違反に関する責任阻却の問題として、一般的には国家責任法に委ねられるが、履行不能がある期間継続する場合には、条約の停止の根拠になることは、条約法において(傍点筆者)規定されるべきこと、条約法上の条約の終了・停止要因は、条約関係の安定性の保護のために狭く限定されることが確認されている *ibid.*, pp. 72-73, para. 23; *Yearbook of International Law Commission*, 1966, Vol. II, p. 256. 違法性阻却事由の定義と機能については、「違法性」を阻却する事由か、責任という法的効果を阻却する事由かといった議論や、そもそも違法性や過失を発生させない要因であるといった議論があるが、詳しくは次に検討する。

(26) 条約法条約六一条と国家責任法上の不可抗力との間の「交錯 (*riyalte normative*)」を論ずる学説もある *Dupuy, op cit.*, pp. 15-16, 26-27. これが、後述のように、同じ内容の事情が、条約法条約六一条一項の要因として条約の終了・脱退・停止原因になると同時に、国家責任法上の違法性阻却事由でもありうるという意味であれば理解できる。けれども「交錯」にそれ以上の意味があるとすれば、それは、前注でも確認したように、違法性阻却事由を、条約(合意)の効力自体を否定する事由と解さない限り、論理的には理解しにくい。もともと「交錯」を、同じ事情が、条約法条約六一条一項の要因であると同時に、国家責任法上の違法性阻却事由であるという意味でとらえた場合に、次のような疑問が生ずることは推測できる。同一の事情が、一方では条約上終了・脱退・停止要因であり、他方で、かかる条約義務の違反の違法性を阻却する要因であるということは、同一の事情を理由として、前者では、義務の根拠である条約自体が存在を否定されているのに、後者では、義務が存在するがゆえに、違法性ないしは責任の阻却があることになる。そこで、条約の終了・脱退・停止を正当化する事情が存在する場合には、(援用という行為をまたなければならぬという制限はあるが)条約上の義務が存在根拠を失うのであるから、義務違反を前提とした違法性阻却事

由は、この事情とは相違するべきであるという考え方もありうる。

- (27) *Op cit.*, paras. 47-48.
- (28) *Ibid.*, paras. 49-58.
- (29) *Ibid.*, paras. 98-115. ノンボーウオーリア号事件' *op cit.*, p. 880, para. 75.
- (30) Weil, *op cit.*, pp. 533-534.
- (31) Roseme, *op cit.*, pp. 70-72.
- (32) Bowett, D. W., *Treaties and State Responsibility, Le droit international au service de la paix, de la justice et du developpement, Mélanges Michel Virally*, Paris, 1991, pp. 138-139.
- (33) たじら<sup>24</sup> Sinclair, I., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, 1984, pp. 163-165.
- (34) Dupuy *op cit.*, pp. 22, 26-27.
- (35) 他方で、条約法条約六一条二項について、みずから履行不能の要因に寄与した国家が、条約の終了・廃棄を正当化することができず、その義務の不履行については、国家責任法の適用をうける。この点について、Reuter, *op cit.*, pp. 153-154, para 268 quater ; Sinclair, *op cit.*, p. 191.
- (36) レインボーウオーリア号事件においてニュージールランドは、条約違反の正当化は条約法上の終了・停止要因に限定されると主張した、*op cit.*, p. 879, para. 73 ; Bowett, *op cit.*, pp. 141-143.
- (37) これは、前注26で想定した、論理的な首尾一貫性の観点からの疑問とは異なる。ここでは、ある事情に直面して条約義務の履行不能に陥った国家が、条約の終了・廃棄という方法では行為を正当化できないのに、義務違反を認めればその結果としての国家責任を免れるという正当化が可能であることに對する、実際上の疑問を意味している。
- (38) 条約法条約六一条一項と国家責任法条文草案との比較について、*Yearbook of International Law Commission*, 1979, Vol. II, Part One, pp. 49, 59-61, paras. 106, 129-133 ; *Ibid.*, Vol. II, Part Two, pp. 123-127, 132-135.
- (39) このことは、条約法条約の起草過程で、「後発的履行不能」の要因を拡大するメキシコ提案が、条約関係の安定性を維持するためには受け入れられないというする国が多く、採用されなかったことにも明らかである。メキシコ提案については、*ibid.*, pp. 124-125, para. 10 ; また、Roseme, *op cit.*, p. 70-72 ; Weil, *op cit.*, pp. 533-534.
- (40) このような条約法と国家責任法との関係に関する議論は、条約法条約六〇条についても該当する。同条五項が「復仇」規定を参照していることから明らかなように、同条を復仇に関する規定と解すれば、救済の次元ではなく、対抗措置について国家責任法との関係が問題となる。つまり、国家責任法条文草案が条約として成立すれば、この対抗措置規定と条約法条約六〇条との適用関係が問題になりうる。重大な条約違反に對する国家責任法上の救済と、条約法条約六〇条の規定する措置とは、後発的不履行をめぐる議論と同様に、各々が保護しようとする法的利益が一致してはいない。しかも、同六〇条は条約上の違反国に對して、条約義務の「履行を得るために」条約の終了・停止により対抗するこ

- とを規定しており、それにより条約関係の安定性をはかっているのであれば、具体的な条約義務の違反に対する「国家責任法上の救済を実現するために」取られる対抗措置とは、目的が完全に一致するわけではない。Bastid, S., *Les traités dans la vie internationale*, Paris, 1985, p. 136; *Dubuy, op cit.*, pp. 22-24. したがって、その意味では、条約法条約六〇条と国家責任法が競合するとか、条約法条約六〇条が国家責任法の特別法であるという議論は成立しない。ダム事件では、ハンガリーは条約法条約六〇条による終了・停止を主張せず、ICJもこの問題にはふみこまなかった。条約上の権利義務関係における連帯性および共通利益の性質を詳細に論じたのもとして、たとえば、Hutchinson, D. N., *Solidarity and Breaches of Multilateral Treaties, The British Year Book of International Law*, 1988, p. 151.
- (41) *Op cit.*, para. 47.
- (42) *Ibid.*, paras. 92-114.
- (43) ダム事件でハンガリーは、一九九二年に条約の終了を通報するまでは、条約の終了を意図しなかったとし、また、スロヴァキアによる条約違反を、条約終了の正当化要因としては構成しなかった。というのは、それまでの期間のスロヴァキアの条約違反を主張するためには、条約の効力を否定するべきではないと判断したためといえる。 *ibid.*, paras. 40-41.
- (44) ダム事件におけるスロヴァキアの同様の主張、 *ibid.*, para. 43.
- (45) *Op cit.*, pp. 879-880, para. 74.
- (46) この点については、指摘および、本件をめぐる事実背景をフランスの立場で「J. Charpentier, J., L'affaire du rainbow warrior : la sentence arbitrale du 30 avril 1990 (Nouvelle-Zéland c/France), *Annuaire français de droit international*, Tome XXXVI, 1990, pp. 395-398.
- (47) Report of the International Law Commission on the Work of Its Thirty-First session, pp. 106-107, *Yearbook of International Law Commission*, 1979, Vol. II, Part Two; Wiyler, E., *L'illisité et la condition des personnes privées—La responsabilité internationale en droit coutumier et dans la convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 1995, pp. 188-189.
- (48) *Op cit.*, *Yearbook of ILC*, 1979, pp. 196-197.
- (49) *Ibid.*, p. 197; Wiyler, *op cit.*, p. 189.
- (50) *Op cit.*, *Yearbook of ILC*, 1979, pp. 108-109.
- (51) この点では、アギーの第八レポートでも表現に混乱がある。たとえば、阻却事由が存在する状況では、「義務が存在しない」としたり、あるいは、「義務の適用がない」としている。しかし、義務の存在については、それが条約法上の義務であれば、条約法上の条約の妥当性の問題であるし、慣習法上の義務であるとしても、国家責任法が義務の妥当性を決定する要因を規定するのは、論理的な整合性を欠く。また、ダム事件においてICJは、緊急事態は、条約を終了する要因ではなく、「責任」を阻却する要因であり、この要因が存在する限り、「条約が」効力をもたない (ineffective) が、それは休止 (dormant) であり、緊急事態が存在しなくなった時には、条約上の「義務」が復活するとしている。 *Op cit.*, para. 101: 条約の効力を休止するという表現の趣旨は不明であるが、もし、条約の終了と停止との間に区別を認めて、停止の場合に

は、違法性阻却事由が条約の停止要因でもあるという立場であるとすれば、それは正確ではない。そのような立場としてたとえば Weckel, Ph., *Convergence du droit des traités et du droit de la responsabilité internationale, Revue générale de droit international public*, Tome 102, 1998-3, pp. 664-666. 条約の終了でも停止でも「効力」自体が停止するか終了するかであり、この点は、条約の終了と停止で相違はない。前注25に確認したように、条約法条約の起草過程でも、この点で、条約の終了・停止を区別しているとはいえない。

(52) たとえば、レインボウウォーリア号事件では、フランスは、阻却事由をめぐる争点について、条約法を条約の範囲や内容を決定する法であるとし、責任法を、義務違反の効果に関する法であるとした。「義務違反」そのものを決定する法、という記述がないことは、ここら問題の所在を意識しているのかもしれない。

(53) ここでは「過失」は、主観的要因に関する客観的行為基準論と意図的要因論との区別をしないで、広く「主観的要因」の意味で用いることにする。なお、拙稿「国際違法行為責任における過失の機能」国際法外交雑誌第九六卷六号、一頁以下。

(54) 一次規則に対する国家責任法の自律性が指摘されるのも、このような意味であれば、本稿の趣旨と同様である。Reuter, *op. cit.*, *Le développement*, pp. 40 ; 拙稿同上、一七頁。

(55) Ago, *op. cit.*, *Le délit* pp. 486, 497.

(56) 一九六三年の作業段階では、アギーは、阻却事由としては、合意・制裁・緊急事態・正当防衛を挙げているが、不可抗力と偶発的事情は挙げておらず、一九三九年の著作でアギーは、この二つを過失の存在を否定する事由としてあげている。第八報告書でアギーが、これらの要因を「違法性」阻却事由とし、国家責任の客観的要件（義務違反）の成立を妨げる要因であると解するのは、アギーが、この時点では、客観説に与っているからである。Ago, *ibid.* pp. 493-498 ; Gattini, A., *La notion de faute à la lumière du projet de convention de la Commission du Droit International sur la responsabilité internationale, Journal européen de droit international* Vol 3, 1992, pp. 270-281 ; Salmon, J., *L'intention en matière de responsabilité internationale, dans Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Mélanges Michel Virally*, Paris, 1991, pp. 421-422.

(57) Zemanek, K., *Responsabilité internationale pour fait internationalement illicites, ainsi que pour faits internationalement licites*, Paris, 1987, pp. 35, 39. この見解は、過失を意図的要因と解した上で、不可抗力は「客観的に」義務の履行を要求できない場合であるから「違法性」阻却事由であること、緊急事態は、主観的に義務の履行を要求できない場合であるから、「過失」阻却事由であるとする。

(58) 山本章二「前掲」「国家責任成立の国際法上の基礎」二四二―二五頁。Dupuy, P. M., *Droit international public*, 4e édition, p. 417.

(59) *Op. cit.*, pp. 891-892, para. 111.

(60) *Ibid.*

(61) *Ibid.*, pp. 892-893, paras. 112-114.

(62) Weil, *op. cit.*, p. 542, Dupuy, *op. cit.*, *Droit des traités*, ..... p. 20 et sa note (51).

(63) Dominice, Ch., *Observations sur les droits de l'état victime d'un fait international illicite, Droit international 2*, Paris, 1982, pp. 16-19,

Decaux, E., Responsabilité et réparation, *La responsabilité dans le système international*, Société française pour le droit international, *colloque du mans*, 1990, pp. 159-161.

(64) Decaux, *ibid.*, p. 161; Deman, C., La cessation de l'acte illicite, *Revue belge de droit international* 1990/2, pp. 484-485; トリンミンホーン イズ第一報告書' *ibid.*, p. p.20, para. 57.

(65) 原状回復に関する議論でも、たとえば人質の解放や、違法な抑留からの解放は、原状回復とも違法行為の中止とも解されるが、これらは個人の損害を考慮した場合には損害の救済としては不十分であることが指摘されている。Paolillo, F.H., On Unfulfilled Duties: The Obligation to Make Reparation in Cases of Violation of Human Rights, in Goetz, V., Selmer P., und Wolfrum R. Hrgs., *Liber Amicorum Guenther Jaenicke Zum 85. Geburtstag*, Berlin/Heidelberg/New York/Barcelona/Hong Kong/Mailand/Paris/Singapur/Tokio, 1998, pp. 304-305; Tammes, A. J. P., Means of Redress in the General International Law of Peace, *Essays on the Development of the International Legal Order, in Memory of Haro F. Van Panhuys*, Kalshoven et als eds., Alphen aan den Rijn, Rockville, 1980, pp. 4-5; 同様の趣旨を、Wylter, *op cit.*, p. 239.

(66) ILC特別報告者のアランジオリズは、違法行為の中止の根拠は一次規則にあるとして、二次規則とは区別するが、他方で、国際違法行為の法的結果を広義にとらえれば、継続中の違法行為を終了せよという意義もここに含まれるとする。第一報告書' *Yearbook of International Law Commission*, 1988, Vol. II, Part One, p. 13, para. 32, p. 19, para. 52.

(67) 不作為による義務違反の場合の違法行為の中止に関連する分析ではあるが、義務の履行を救済 (reparation) に含める見解や実践については、アランジオリズ第一報告書' *ibid.*, pp. 16-17, paras. 44-46.

(68) ILC特別報告者のアランジオリズ自身が、違法行為の中止の議論において、一次規則と二次規則の区別が相対的であり、違法行為の中止は、両者の中間的存在であるとする。' *ibid.*, p. 21, para. 61.

(69) 損害の要件性については、損害を国家責任の発生要件と認めるか否かを抽象的に論じていても、有意義な結論は得られない。特に非有体損害の場合には、「損害」の実質内容が問題である。あらゆる義務違反には法益侵害が伴うという「法的損害」論や、「義務が履行されることについての法的利益の侵害」といった議論に答えるためには、国家責任の追及の根拠となる非有体損害 (法益侵害) を、国際法がいかに確立しているかを特定していく必要がある。この点については、拙稿「国家責任法における『一般利益』概念適用の限界」国際法外交雑誌第九四巻四号一頁以下。損害の要件性については、たとえば、Reuter, P., Le dommage comme condition de la responsabilité internationale, in *Etudios de derecho internacional, Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, Madrid, 1979, p. 837; Bollecker-Stern, B., *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, 1973.

(70) たとえば、アランジオリズは、物にくらべて人が違法に抑留されていたり人質になっている場合には、緊急に解放される必要性が大きく、これが違法行為の中止と原状回復を区別する重要な理由であるとす、アランジオリズ第一報告書' *ibid.*, p. 19, paras. 50-51. 人と物との区別が論理的であるとはいえないし、原状回復であっても、即時に実施するように命ずれば、緊急の要請にこたえられなくもないので、違法

行為の中止と原状回復との区別が、人と物の区別に依存するともいえない。けれども、このような見解は、違法行為の中止が救済として要求される、実際上の理由のひとつを示しているとはいえない。Mann, F. A., *The Consequence of an International Wrong in International And National Law, The British Year Book of International Law*, Vol. 48, 1976-1977, p. 10.

(71) Anzilotti, D., *Cours droit international*, Premier Volume : Introduction-théories générales, traduction française par Gidel, G., Paris, 1929, pp. 493 (439), 522 (465).

(72) アゴーに続く二人目の特別報告者リップハーゲンは、侵害法益の内容と違法行為の態様により、違法行為の中止と救済との関係も、一次規則と二次規則の区別の程度もかわるとする。リップハーゲンの第二報告書 *Yearbook of International Law Commission*, 1981, Vol. II, Part One, pp. 97-98, paras. 137-144; Wylter, *op cit.*, p. 239.

(73) *Op cit.*, pp. 15-16.

(74) *ICJ Reports*, 1980, paras. 8, 95.

(75) *ICJ Reports*, 1986, paras. 15, 292.

(76) いうまでもなく、国家責任法の適用を伴わない違法行為の中止の請求もありうる。これは、先にのべた、国家責任の原因行為となる「義務違反」の特定の問題と関連する。たとえば、南西アフリカ事件での違法行為の中止命令は、国家責任の追及を目的とした請求の一環として解することはできなかつた。拙稿前掲、「一般利益」二九頁以下；*ICJ Reports*, 1966, pp. 10-14. 国際法上の権限がないにもかかわらず、占有していた物を返却したり、占拠していた陸地から退去することを命じられるような場合もある。(たとえば、ブレアビヘア寺事件) これらとは異なり、レインボーウオーリア号事件では、特定の履行命令が、救済 (reparation) の一環として請求されたのであるし、違法行為の中止 (ニュージールランド自身は原状回復とした) という救済として解されている。なお、イラン大使館襲撃事件やニカラグア事件で、原告の請求も裁判判決でも、違法行為の中止と、その他の救済とが別個に処理されたことを根拠として、違法行為の中止を国家責任法上の救済には含めない説もある。Decaux, *op cit.*, pp. 160-161. しかし、この説が違法行為の中止を国家責任法上の救済から区別する理由は、一次義務の効果が責任法上の救済の原理によって制限されるべきではないことにある。この点については、次に検討する。

(77) Aréchaga, J. de E., *International Reponsibility*, in Sørensen, M., ed., *Manual of Public International Law*, London, 1968, pp. 565-567; Brownlie, *op cit.*, *System*, pp. 211, 218-222; ブラウンジョルイス第一報告書, *op cit.*, pp. 28-33, paras. 85-98.

(78) ILC 条文草案四一条。なお、同条の「発生している責任にはかかわらず」という規定は意味が不明である。アランジョルイス第一報告書 *ibid.*, p. 15, paras. 40-41, p. 19, para. 52.

(79) なお、違法行為の中止は、違法行為が作為である場合には、かかる行為の中止を意味するが、違法行為が不作为である場合には、論理的には、作為の請求になる。学説上も、違法行為の中止の適用においては、違法行為が作為か不作为であるかによって区別はないとする、アランジョルイス第一報告書 *ibid.*, p. 17, para. 47. また、レインボーウオーリア号事件でも、この点は確認されている、*op cit.*, p. 893, para. 113. ただし、現実には、作為による違法行為に対する中止義務 (すなわち行為の中止) が認定されるときに比較して、不作为による違法行為に対して



中止義務が判示されても、特定の作為をもって国家がそれに従う可能性は實際上低いという主張もある。レインボーウオーリア号事件で、ニュージーランドはそれを懸念したからこそ、違法行為の中止命令を請求するにとどまらず、特定の行為——二人の仏人のアオ島への送還——の命令という請求を行ったのである。これに対して仲裁廷は、違法行為が作為でも不作為でも、違法行為の中止という救済の適用に相違が存在するわけではないことを根拠に、不作為による違法行為であるからといって、特定の行為の履行命令という請求の形態をとることは理由がないとしたのである。

(80) 学説の状況については、アランジオリズ第一報告書 *op. cit.*, pp. 17-18, paras. 48-50.

(81) そもそも、このニュージーランドの請求については、条約義務の履行を求めているのか救済の請求であるのかの区別が困難であるとの指摘もあせ、Pinto, R. *L'affaire du rainbow warrior, A propos de la sentence arbitrale du 30 avril 1990, Journal du droit international*, Tome 117, 1990, p. 850. しかし、ニュージーランド自身が、特定行為の命令を救済として請求することを明らかにしている。また、原状回復には、物理的回復及び法的回復の両者があり、ニュージーランドの請求も原状回復であると解する説としては、たとえば、Charpanier, *op. cit.*, p. 404.

(82) モロッコ保護領事件、イラン大使館事件について、前注73、74参照。

(83) *Op. cit.*, p. 893, para. 114.

(84) レインボーウオーリア号事件でも、争点となった国際義務の効力が消滅しており、違法行為の中止を命ずることはできないと結論した上で、宣言判決や金銭賠償に類似した事後処理については、これらを判示している、*ibid.*, pp. 894-986, paras. 116-128. たとえば、先にみた(注7) 北部カメルン事件における宣言判決の請求は、ICJは裁判所により退けられた。それは、レインボーウオーリア号事件では、条約義務が終了していても、過去における条約義務違反の認定は、国家責任法上の救済の意義をもつが、北部カメルン事件の違法宣言の請求は、国家責任の追及を目的とする請求とは解されないという相違があるからである。

(85) 前注82参照。

(86) レインボーウオーリア号事件でも、違法行為が継続した (*le délit continu*) ことは認めており、違法行為が「継続」した期間は義務が継続しており、それゆえに、義務の有効期間である三年間という時間が経過した、という批判の多い解釈を導いた。仲裁廷を支持する見解によれば、ニュージーランドの主張は、フランスが義務違反を行っていた時間と同じ期間、フランス軍人二人をアオ島に送還してとどめよということであるが、それは条約の変更であり、条約違反に対して条約の修正をもって救済とするという固有の責任原則は存在しないとする、Weil, *op. cit.*, p. 530. なお、この点については、平和条約解釈事件に関する勧告的意見(第二段階) 参照、*ICJ Reports*, 1950, p. 228. その他、仲裁廷の論理を支持するものとして、Decaux, *op. cit.*, pp. 175-176. しかし、そもそも、①継続的に義務違反を行ったことと②条約義務が三年間の継続という条件を規定していることが、なぜ論理的につながるのかは理解不能である。Pinto, *op. cit.*, p. 856, note 32; キース判事の分離意見 *op. cit.*, *International Law Reports*, para. 16; Davidson, J. S., *The Rainbow Warrior Arbitration Concerning the Treatment of the French Agents Mafart and Priver, International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 40, 1991, pp. 453-454. フランスが送還しなかつたという不作為が「事実」として継続したことを、「義務違反」の継続とみなすのであれば、すでにそこに義務が「継続」していたことが証明もなく前提と

されている。仲裁廷は、三年間継続的な不作為が存在した間に、「義務も継続して存在して」おり、そうであるがゆえに、「義務違反」も三年間継続したのであり、義務は三年の期間を過ぎて終了した、という論証をすべきであったと解される。

(87) 「継続する国際違法行為」と「継続する効果をもつ即時国際違法行為」との区別は、条文草案一八条で、国際義務の遡及効との関連でもふれられている。

(88) *Op cit.*, pp. 13, 18, 23.

(89) *Ibid.*, pp. 25-26.

(90) フランスは、PCIJの管轄権受諾宣言を一九三一年四月二五日に行ったが、「この宣言の発効の後に発生する紛争で、その発効以後の事情や事実に関して発生する紛争」という時間的制限を付していた。紛争自体がこの宣言の発効以後に発生していることについては、フランスも同意しているが、「事情や事実」が宣言の発効以前のものであることから、フランスは、管轄権の存在を否定した。これに対してイタリアは、当該宣言以前の行為はそれ以後の行為と一連でとらえられる継続的行為であり、宣言以前の行為（特に一九二〇年の立法）が独占という継続的状况を創出したとして、それらの一連の行為に裁判管轄権が及ぶことを主張した。

(91) Wiyler, *op cit.*, pp. 57, 73.

(92) Triepel, H., *Völkerecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899, p. 289. 多くの学説やモロッコ保護領事件におけるイタリアなどが、このトリペルの「継続的違法行為 (Dauerdelikt)」を根拠として、「継続的」違法行為という類型化を主張する。しかし、トリペル自身は、ここでは国内法が国際法に違反する態様に焦点をあてて議論しているのであって、継続的違法行為概念をそれ以上に展開しているわけではない。なお、国際法上、「国家の」行為として注目すれば、国内法の維持は、国家の行為の「継続」といえるが、他方で、国内法上は、国内法が一旦成立すれば、後は、その効果のみが継続する、という見方の相違がある。アランジオリズは、国際法上「国家」の行為は、国内法上の行為とは異なり、集合的にとらえられることを指摘する、アランジオリズ第一報告書、*op cit.*, pp. 14-15, para. 38.

(93) Wiyler, F., *Quelque réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite*, *Revue générale de droit international public*, Tome 95, 1991, p. 901. 同様に、レインボーウオーリア号事件で、フランスが二人の軍人をアオ島から連れ出して、かつ、アオ島に送還しなかったことについて、①アオ島から連れ出さない義務に対しては、即時に違反が成立しているが、②アオ島に二人を少なくとも三年間と定める義務については、フランスの意図如何によって、継続的な行為か、それとも即時の行為による効果の継続か結論が別れる。アオ島に送還しないという不作為の開始時に、決定的な意思が存在していれば、行為は即時に完結して効果が存続することになり、そうした決定的な意思が不作為開始時にはなく、返還しないという意図が随時更新されていくのであれば、「継続」する行為である、*Ibid.*, pp. 902-903.

(94) たとえば、政治的な報復の意図に基づいた外国人財産の収容立法は、無差別原則の違反であり、差別的な収容を被らないという権利の侵害を構成するという場合には、そのような法益侵害が継続ないしは反復しており、違法行為の中止が適用されるかの判断において、意図という要因の意義が存在する、Salmon, *op cit.*, pp. 417-418. 第一読段階のILC条文草案の二五条の二項及び三項との関係についても、国家の意図という主観的要因を考慮しなければ、両者を区別できないという見解がある。Wiyler, *op cit.*, *Quelque réflexions sur la réalisation dans le*

temps, もっとも、二五条二項及び三項に規定する「継続」国際違法行為は、法益侵害や義務違反の態様という観点から、国家による複数の措置を総体として一個の違法行為 (practice) と解することや、継続的で重大な侵害といった法益侵害の態様が確立していなければ、その意義に乏しいという批判がある。Brownlie, *op cit.*, System, pp. 197-198. この点で、国際人権法の分野における「慣行 practice」概念について Rancharan State Responsibility for Violations of Human Rights Treaties, in Cheng, B. and Brown, E. D. eds, *Contemporary Problems of International Law: Essays in Honour of George Schwarzenberger on His Eighties Birthday*, London, 1988, p. 253. 第一読段階、二四二五条の大幅な変更が予定されている。前注19参照。

(95) マルティニ事件では、国際違法行為 (裁判拒否) であるヴェネズエラの国内裁判所判決が、仲裁裁定の時点でも効力を有していることに対して、ヴェネズエラには救済 (reparation) として、同判決上のマルティニの支払い義務の廃棄を承認する義務が認定された。これは、ホルジョウ工場事件を参照して、国際違法行為の「結果」の排除と説明されているが、国際違法行為とその「結果」とを特に区別しているわけではない。したがって、実質的には、国内判決の国際違法行為である部分の破棄を義務づけたと解するのであれば、かかる国内判決が継続的国際違法行為であり、その中止が命じられたと解することができる。 *op cit.*, p. 1002; Tammes, *op cit.*, p. 11.

(96) たとえば、条約に基づく請求は国家のみが行うことができるという二元論的発想において、マルティニ事件で仲裁裁定は、一般的に独占禁止を規定する条約条項の違反に対しては、損害を受けた私人ではなく、条約当事国である国家のみが国際請求の実施を判断することができる。 *ibid.*, pp. 984-985.

(97) イタリアの請求が、このような法益およびその享受主体を区別しているかは必ずしも明確ではない。ただ、独占を規定する法律の廃棄の請求との関係で、具体的な独占法規の適用及び鉱物省の決定における裁判拒否に対する救済の請求を、「代替」請求としているのは、そうした区別に基づくと解することもできる。 *ibid.*, pp. 13-15. イタリアが、独占を同じ目的をもった一連の行為としてとらえるのは、裁判所管轄権の時間的範囲に関連した主張であるが、これは、国内救済原則の問題とも関連する。国内救済原則の実体説と手続き説という見解の対立においても、「法益侵害」の解釈が重要な要因となっている。つまり、私人が被る損害に焦点をあてるのかそれとも国家の損害を強調するのかという相違であるが、この問題は指摘のごとく Borchard, E. M., *Theoretical Aspects of the International Responsibility of States*, *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1929, Bd. I, p. 233 et seq.; Wylter, *op cit.*, *L'illicite et la condition des personnes privées* ..... p. 65 et seq. など。

(98) *Op cit.*, paras. 67, 76-78.

(99) *Op cit.*, p. 891, paras. 107-108.

(100) *Ibid.*, pp. 894-895, paras. 123, 128.

(101) 拙稿前掲、「一般利益」一一一五頁。また、条約違反による直接の被害を受ける国以外の条約当事国でも、条約法条約六〇条二項(c)にみるように、条約違反に対抗する法益をもつという主張があるが、条約当事国は、あくまで条約が脅威にさらされることに対抗するという共通利益をもつのであって、国家責任法上の請求を根拠づける利益がこれらの国に存在していることを必ずしも意味しない。Reuter, *op cit.*,

*Introduction au droit des traités*, pp. 159-160, para. 282.

(20) *Ibid.*, p. 891, para. 108. 本件は「トランスは」違法宣言判決が救済として充分であると主張してゐるが、これに対して「違法宣言判決だけでは救済として稀少な衡を欠く」との批判がある。Migliorino, L., Sur la déclaration d'illicite comme forme de satisfaction : à propos de la sentence arbitrale du 30 avril 1990 dans l'affaire du rainbow warrior, *Revue générale de droit international public*, Tome 96, 1992-1, pp. p. 73 ; Dominicé, Ch., De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un état, in *op cit.*, *El derecho internacional en un mundo en transformación*, p. 508. トランスの条約違反が「一九八六年国連事務総長裁定により」ニューシールランドに認定された救済を「この法廷を侵害してゐることを考慮する」と「これらの主張は妥協してゐる」。

(31) Gray, Ch., Is There International Law of Remedies?, *The British Year Book of International Law*, Vol. 56, 1986, p. 25.

(32) 大久保邦彦 Parry, C., Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law, *Recueil des cours*, Tome 90, 1956-II, p. 657; Baxter, *op cit.*

(33) Reuter, P., Principes de droit international public, *Recueil des cours*, Tome 103, 1966-II, pp. 596-597.