

法実証主義の国家責任法論の基本原理再考

兼 原 敦 子

一 問題の所在

二 國家責任法論における「國家性」

三 「特定事態」発生防止の義務の意義

四 侵害法益の根拠をめぐる議論

五 むすびにかえて

一 問題の所在

国家責任の発生のために、第一に、国際義務違反（客観的要件）、第二に、国家に帰属する行為（主体的要件）を要件とすることについては、裁判先例・国家実践・学説のいずれにおいても、ほとんど一致をみて⁽¹⁾いる。こうした国家責任法要件論の理論化の方法は、法実証主義の立場から、一九世紀終わりから二〇世紀の初頭にかけて国家責任法の体系化が精力的に促進されて以来、確立してきている。

法実証主義の国家責任法における基本原理は、主権国家が国家責任を負うのは、主権国家自身が受諾した国際義

務に違反したからである、ということにある。なによりも、その根底には、国際法と国内法との関係に関する二元論に立脚して⁽²⁾、国家と私人とを厳格に峻別し、国際法上の主体は国家のみであるという基本的な前提がある。そうした前提にしたがって、法実証主義のもとで、「国家の行為」「(国家の)国際義務違反」という、各々の要件に独立の機能を付与して、主体的要件と客観的要件からなる、単純にして明快な要件論が導出されたのである。

ここでは、国家のみが国際法の主体（国際違法行為の主体であると同時に、法益侵害を被る主体）であり、同時に、国家は他の「国家」に対しても責任を負う。こうした国家責任法における「国家性」の反射的帰結は、要件論では、「国家は、私人の行為については国際法上の責任を負わない」という原則である。救済論でも、国家責任法の救済の対象となる法益侵害は、外国人の国内法上の法益侵害ではなく、国際法上の国家の法益侵害である。

ところが、この国家と私人との峻別は、国家責任法の体系全体をみると、いくつかの綻びをみせてている。

第一に、要件論において、「国家は、私人の行為については国際法上の責任を負わない」という原則が確立しているとしても、これが救済論でも一貫しているかという疑問である。ジェーンズ事件は、この問題を惹起した。メキシコ・アメリカ一般請求委員会は、私人の有害行為の結果と国家の義務違反の結果とを厳格に区別して、後者についてのみ、国家の賠償責任を認めた。けれども、学説・実践において、委員会の立場は、ほぼ孤立している。つまり、多くの学説・実践は、国家が私人の有害行為の結果について（も）、国家が賠償責任を負うべきであるとしている。そうであるならば、要件論で確立している原則は、救済論では、意義をもたないことになる。たとえば、テヘランにおけるアメリカ外交職員および領事職員に関する事件（以下、大使館事件）やニカラグア事件で、国際司法裁判所（以下、ICJ）は、多大な精力をさいて、私人の行為と国家の行為とを区別している。けれども、私人の有害行為に関連した防止義務の違反であっても、国家自らの有害行為であっても、いずれにせよ責任国が原初の有害行為の結果についても救済義務を負うのであれば、その限りで、国家の行為と私人の行為との区別は、意義

を失う。

第二に、侵害法益の点で、外国人の法益侵害に関する国家責任において反復されているように、「外国人の法益侵害を通じて、外国は自らの法益侵害を負う」⁽⁴⁾のであり、国家は、自らの法益侵害を理由として、他国の国家責任を追及する。この「外国人の法益侵害」は、二元論に立脚すれば、国内法上の権利・利益の侵害である。そうであるならば、たとえば、領域国が「外国人の既得権を保護する」国際義務や「外国人に国際法にしたがつた処遇を与える」国際義務を負う場合に、その「既得権」や保護の対象となる外国人の権利や利益は国内法が決定することになる。つまり、国内法上の権利侵害が成立しない限り、国際法上も、領域国の国際義務の違反も（あるいはその権利・利益に限れば、そもそも国際義務も）成立しないことになる。しかし、バルセロナトランクション事件（第一段階）で、株主の権利・利益の根拠が論争的となつたことにも典型的に現れているが、この点について、学説も実践も、一貫しているわけではない。

これらの点における「綻び」は、共通した理由によつている。法実証主義の国家責任法論は、自然法論に基づく加担説に対する批判を重要な課題としており、国家と私人、国際法と国内法との峻別を、形式的にかつ厳格に徹底する。しかし、他方で、国際法が、本来的には国際法上の「事実」である私人の行為や国内法を、それとしてではなく、国際法上の意義を付与した上で、国家責任法論に統合していく論理が認識もしくは洗練されていない。国家のみが国際義務および国家責任の主体であり、国家のみが、国家責任の追及主体であることは、二元論に立脚すれば、定義上、当然の帰結である。国家と私人、国際法と国内法の峻別を前提にしても、むしろ、そうであるがゆえに、国際法上で、国内法や私人の権利や行為が、いかなる論理を介在させて、どのような法的効果をもつかを明らかにする理論が、必要不可欠なのである。なぜなら、私人の有害行為がなければ、それに「関連した」国家の国際義務は意味をもたないし、外国人の法益侵害がなければ、「外国人の法益侵害を通じて」外国は自らの権利・利益

に侵害を受けることはないからである。

しかも、国際社会において、私人の行為が国際損害を発生させる頻度も、外国人が損害をうける可能性も、ますます増大している。国際法上も、領域使用の管理責任原則や、ストックホルム人間環境宣言原則二一に規定する国際環境損害防止原則は、領域国や「管理・管轄」国が、私人の有害行為に関連した国家の国際責任について、内容が充分に定まらないとはいえ、少なくとも国際義務の存在を論証できるという意味では、国際違法行為責任の原則に、一般的適用可能性を付与している。⁽⁵⁾ このような国際社会と国際法の現状は、私人の有害行為に関連した国家の責任、私人の法益侵害と国家の法益侵害との関係に関して、要件論と救済論を通じた体系全体としての、矛盾のない国際法理論の整備と発展を、かつてなく要求しているといえよう。というのも、国家責任法の「体系化」としての評価は、体系を構成する個別の要素の連関が理論化されていること、さらに、そうした連関において、根本原理が矛盾することなく実現されることにかかるはずだからである。⁽⁶⁾

本稿では、主にここに例示した問題状況を素材として、二元論に立脚した法実証主義の国家責任法論を再検討することを目的としている。それは、私人の行為や国内法といった、国際法上の「事実」が、国際法の概念や規定の適用によって、国際法上の意義と法的効果を付与され、国家責任法の体系に統合されるための理論構築の前提作業である。

以下では、まず、法実証主義の国家責任法論における、「国家性」をめぐる議論を確認することからはじめたい。

二 国家責任法論における「国家性」

(1) 法実証主義の国家責任法論における行為の帰属論

- ① 法実証主義の国家責任法論は、国際法と国内法の関係に関する二元論を前提としており、それによれば、国

家と私人は、各々別個の法体系に属する。「国家の行為」の決定においても、国際法と国内法とが別個独立の法体系であることが基本的発想である。

国家の行為の決定は、関連する国際法規則に依拠するものの、現実には、国内法が権限を授権した国家機関の行為をもつて「国家の行為」とされる。ここには、国際法による国内法への送致 (renvoi, reference) がある。⁽⁷⁾ 国際法上の義務を、国内法上「誰が」実施するかは、専ら国内法の問題であるからである。それのみならず、二元論に立脚した、国際法と国内法、国家と私人との「峻別」がある。ただし、送致という形式論を介在させても、国内法上の国家の行為を、そのまま国際法上の国家の行為と認めるという実質的な結論をまねくこともある。こうした傾向とそれについての疑問は、後述するように、私人の法益侵害と国家の法益侵害の関係についても該当する。⁽⁸⁾

② 私人の行為は、国家に帰属しない。これは、二元論に立脚すれば、当然の帰結とされる。私人と国家が別個の法体系に属する以上、両者の間に「加担」⁽⁹⁾という法的関係が成立する余地はない。また、「間接責任」⁽¹⁰⁾という法観念も、私人が国際法上の主体ではなく、私人と国家との関係が同一の法秩序における主体相互の関係であるという前提が存在しない以上、成立しない。国家は、自らの義務違反について、国際法上の責任を負うのである。私人の行為に関連して、国家が国際責任を負うのは、領域主権により、領域に対する排他的権能をもち、外国は介入できないことを根拠として、領域国が国際法上の義務を負つており、これに違反するからである。領域国は、私人による有害行為に関連して、防止あるいは処罰における自らの国際義務違反について、国家責任を負う。⁽¹¹⁾

こうした加担説否定の論理については、何も証明していないとの批判もありうる。二元論という自らの立場に立脚すれば、国家と私人が別個の法体系に属するとしているのであるから、その論理的帰結として、加担説が否定されるのであって、それは当然といえば当然であるからである。⁽¹²⁾ 論理の形式的適用ではなく、実質的な考察から、國家が「加担」や「共謀」を行つたといえる実体のある場合には、私人の行為が国家に帰属するという結論もありう

るかもしれない。⁽¹³⁾ 国家機関が私人の行為に加わり、私人の行為そのものを支持するような場合である。ただし、このような場合には、国際裁判実践では、大使館事件にみるように、私人の行為を国家が是認し支持したことをもつて、国家の行為に転換すると解している。⁽¹⁴⁾

③ 「国家は、自らの義務違反について責任を負う」のであり、「私人の行為の責任は負わない」。国家は、私人の行為「の（ために）」責任を負うのではなく、私人の行為に「関連して」自らの国際義務違反の責任を負う。⁽¹⁵⁾ ここにいう、「関連して」の意味は、必ずしも明らかではない。私人の行為に「関連して」というのは、「私人の行為そのもののために」国家が責任を負うのではないということの明確化ではあろう。この点について、議論を惹起したのが、ジェーンズ事件である。

(2) 責任国の救済義務における「国家性」をめぐる議論

① ジェーンズ事件では、メキシコ・アメリカ一般請求委員会は、ジェーンズの殺害に関連して、領域国であるメキシコに、事後の犯人逮捕・訴追において懈怠があつたとした。⁽¹⁶⁾ さらに委員会は、殺害犯の国内法上の刑事犯罪と、國家の国際法上の違法行為とを区別するとともに、前者によるジェーンズ遺族の損害と、後者による損害をも区別した。つまり、殺害およびその結果としての遺族の損害は、国家の懈怠の結果ではなく、国家の懈怠を原因とする損害は、ジェーンズの遺族が受けた侮辱という精神損害と、犯人の民事責任の追及が不可能になつたことによる損害のみであるということである。⁽¹⁷⁾ 委員会は、私人による有害行為に関する国家の事前防止については、加担説の適用可能性を否定はしなかつたが、事後の逮捕・処罰については、加担説を否定した。⁽¹⁸⁾

ジェーンズ事件の立場は、同時期のいくらかの後続の実践と学説がこれを支持している。⁽¹⁹⁾ しかし、おおかたの学説は疑問を提起しているし、それ以後の実践で支持されているとはいえない。

② 救済義務の範囲や程度において、国家は自らの行為についてのみ責任を負うことを、ジェーンズ事件の立場

のようにならなければ、なぜ、国家は、私人の有害行為の結果を含めてまで、救済義務を負うかを論証する必要がある。「私人の行為について国家は責任を負わない」ことが、要件論のみならず救済論も通じて、論理的一貫性を保ちつつ論証することが求められよう。国家責任の根拠の点で、加担説とは異なり、国家自身の国際義務違反が責任の根拠であることを強調する点にのみ主眼をおき、一旦、国家責任が成立すれば、責任国の救済義務の範囲においては、私人の有害行為の結果そのものと國家の義務違反の結果とを融合・統合して、救済義務の程度や範囲を決定する、という解釈もありえなくはない⁽²¹⁾。しかし、法実証主義の国家責任法論は、国家は「自らの行為」について責任を負うことを強調していること、責任の要件論と救済論との整合性を、最初から軽視することが適當とはいえないことからして、こうした見解に与することはできない。

③ 法実証主義の国家責任法論は、「加担」に代えて、領域主権を根拠として、私人の行為について国家の責任を認める。けれども、この領域主権を、私人の有害行為の結果そのものについて、国家が国際責任を負う根拠と解することは、法実証主義の国家責任法論の前提からすれば、適合的ではない。国際法は、たしかに、次の意味においては、私人の有害行為に法的効果を与えていた。それは、領域国は、私人の有害行為があれば、外国や外国人に損害を与えることを防止し、あるいは事後に処罰をする義務を負うということである。これが、私人の行為に「関連して」国家が国際法上の責任を負うことの意味であり、領域主権ゆえに、国家は私人の行為に関連した国際義務を負う。

(3) 法実証主義の国家責任法論における帰属理論に対する批判

- ① 私人の有害行為が、国際義務違反の性質をもつ場合に、かりに、国際法の主体ではない私人の行為により、国際違法性の発生を認めるとしても、この国際違法性を、国家に帰属させることを、法実証主義の国家責任法論は認めない。国家に帰属する国際違法性は、国家自らの国際義務違反のそれであり、私人の有害行為の国際違法性

が、加担を介して、国家に帰属することは否定される。⁽²³⁾

② これに対しても、過失を国家責任の発生要件とする立場では、過失と国家への国際違法行為の帰属を結びつける見解がある。たとえば、過失を伴う国家機関の国際違法行為のみを国家に帰属させることで、過失を伴う原因行為の結果についてのみ、国家の責任を認めるという論理構成がありうる。⁽²⁴⁾ 私人の行為に「関連して」国家機関の行為に過失があれば、かかる国家機関の行為が国家に帰属し、かつ、防止ないしは事後処罰の義務違反という客観的要件を充足していることで、国家責任が発生する。

さらに、私人の有害行為が国際違法の性質をもつ場合に、(私人が国際法主体ではないとしても)国際違法性が発生し、国家に過失がある場合に、この違法性が国家に帰属するという見解もある。⁽²⁵⁾ この見解をとれば、私人の行為に関連した国家の義務違反と過失を理由として、私人の行為の結果そのものについて(あるいは、それを含めて)責任国が救済義務を負うことも説明はできる。

加担説では、私人と国家が別個の法体系に属するという前提ではなく、また、私人が「国際違法」行為を行うことを否定する必然性もない。⁽²⁶⁾ 加担説では、いざれにせよ私人と国家が同じ法秩序に属することを認めており、国家が私人の行為に「加担」すること、「加担」を通じて、私人の行為の違法性が国家に帰属することを、論理的に矛盾なく認めることができる。これに対して、私人に国際法主体性を認めず、また、私人と国家が異なる法体系に属することを前提とすれば、私人の行為によって「国際違法性」が発生することを認めるためには、私人の国際法主体性の欠如が、私人の「国際違法行為能力」の否定を必然的には意味しないと解するとか、あるいは、法主体性や行為能力とは別個に、「国際違法性」が存在しうると解することになる。⁽²⁷⁾ その前提のもとで、私人の行為の違法性が國家の過失を根拠として、国家に帰属するのであれば、国家自身の義務違反による違法性は、ことさらに要件とす

る必要はないともいえる。⁽²⁹⁾ このような過失の機能は、国家機関による国際違法行為のうちで、過失を伴うものを國家に帰属させるという機能とは異なる。また、国家自身が有害行為の実施主体である場合の過失、自然災害による国際損害に関連する領域国の過失に対し、私人の有害行為に関連した国家の国際義務違反についてのみ付随する、過失の特殊な機能を認めることになる。

③ 国家のみを国際法の主体とする法実証主義の立場にたてば、私人の行為であっても自然災害であっても、同様に、国際法上は「事実」である。近年の国際法の発展では、後に「特定事態発生防止」の義務にみるように、私人の行為やそれに関連した国家の責任に特殊な論理を適用するよりも、むしろ、自然災害などと無差別にとらえて、国家の関与しない有害行為と国家の行為との関係として、一般化する傾向がある。こうした傾向は、私人の有害行為であろうとも自然災害であろうとも、「それとして」ではなく、国際法上の定義を与えて、その上で、国家の義務違反を理由とする責任を定式化する前提ともなっている。

(4) 有害事実と国家の行為との関係

① 国家責任が、国家自身の「国際義務違反」を根拠とする以上、前提となる国際義務が存在していなければ、たとえ国際損害が発生したとしても、国家責任を追及する可能性はない。法実証主義の国家責任法論は、次のように、国家責任法に一般適用可能性を付与した。

法実証主義の国家責任法論と時期をさほど違はずして、国家主権の観念と責任のそれとの抵触という理解から、いわば、一八〇度の転向があつた。すなわち、国家主権は、むしろ、（主権者自らのみが、義務を受容できるのであり、かつ、領域内の事象に排他的な支配を及ぼしているという意味で）義務の根拠となつたのである。領域主権は、領域内に原因をもつ国際損害について、これに關わる義務を担う根拠であるという主張が行われた。⁽³⁰⁾ いうまでもなく、個別具体的な国際義務が存在すれば、国家によるその違反を問えばよい。しかし、個別具体的な国際義務に依

拠できないときであっても、一般的にも、領域主権に分断された国際社会において、領域を単位として国家は国際義務を負う。国際損害の発生に関連して、国家による国際義務違反が介在していれば、これを理由に、国家責任の発生を認めることができるのである。

(2) 加担説では、有害行為の実施主体（臣民のみならず国家機関も含む）との関係において、防止もしくは処罰に懈怠のあつた君主は「加担」をしたのであり、有害行為の加担主体として、かかる有害行為の結果について国家責任を負う。加担という擬制は、有害行為の実施主体と君主との関係を説明するとともに、有害行為そのものについて、加担をした行為主体として、国家が責任を負うことを説明することを可能にする。

たしかに、私人の有害行為に関連して、加担説が国家の事前防止および事後処罰の義務を定義したことは、法実証主義の国家責任法論においても評価され、踏襲されてはいる。⁽³¹⁾しかし、加担説が、私人の有害行為の違法性を國家に帰属させる論理を導くのは、まさに、国家と私人とが異なる法体系に属するという前提がなく、私人が「国際違法」行為を行うことを否定しないからである。したがつて、同じく国家自身の事前防止・事後処罰の義務を説いているとはいえ、加担説における国家と私人との関係のとらえ方は、法実証主義の国家責任法論とは相容れないものである。

(3) 法実証主義の国家責任法論では、領域主権ゆえに私人に対する支配・監督の国際法上の権限と義務をもつ領域国が、事前防止・事後処罰の国際義務を履行しない場合に、国際責任を負う。ここでは、「加担」という擬制に代えて、領域主権の観念が、領域国の私人に対する関係を説明する法的な観念ではある。しかし、それ以上に、領域主権は、私人による有害行為と、国家による国際義務の違反との間の法的な関係を問題にしてはいない。国家と私人が、国際法と国内法という別個独立の法秩序に属するという前提に立つ以上、私人による有害事実は、国際法平面では、あくまでも、「事実」にすぎない。したがつて、領域内で生ずるすべての有害原因事実の多様性は、た

とえば、それらが、私人の手になるものであるにせよ、自然災害によるものであるにせよ、斟酌する必要はない。

国際法の関心は、その「事実」に関連した、国家の行為にこそ（のみ）存在する。⁽³²⁾ そして、有害事実と「関連する」国家行為が、実際に有害事実といかに関わるかは、たとえば、領域国の防止義務として何をすべきであったかという、個別具体的な判断の中に解消されてきているのである。⁽³³⁾

領域国的一般的義務を根拠とする違法行為責任の認定という手法は、領域使用の管理原則の適用、慣習法化を承認されているストックホルム人間環境宣言の原則二（同じく、リオ宣言の原則二）の適用を通じて、ますます、広く用いられるようになる。領域使用の管理原則における「領域国」、ストックホルム宣言の原則二にいう「管轄・管理」国は、領域内、あるいは、管轄・管理下の有害事実に関連して、損害の一般的な防止義務を負い、その違反を根拠として、国家責任を負う可能性が広がる。⁽³⁴⁾ ここでも、「領域国」、「管理・管轄」国という以上には、これらとの国と、有害原因事実との関係のありかたは、私人の手になるものか自然災害の結果であるかという区別も含めて、法的には、斟酌されることはない。⁽³⁵⁾ もつとも、領域使用の管理責任原則にいう「領域の使用あるいは使用の許可」や、ストックホルム人間環境宣言原則二にいう「活動」が、自然を直接の原因とする国際損害を排除しており、国家が防止や損害拡大の阻止を怠つたとしても、国家責任を問うことはできないという解釈が確立するのであれば、自然災害には、これらの原則の適用はない。

④ 法実証主義の国家責任法論では、「国家は自らの国際義務違反について国家責任を負う」のであり、要件論の平面で、主体的要件により、国家の行為を同定することは、まさに、これを反映している。しかるに、私人の有害行為であろうと、自然災害であろうと、これらの国際法上の「事実」に関連して国家の国際法上の義務の違反を根拠として国家責任が発生するのであれば、「私人の行為」だけをあえてとりあげる理由は見出しつらい。もつとも、「私人の行為について国家は責任を負わない」という原則は、加担説を否定して、「国家は自らの行為について

のみ責任を負う」という原則の帰結として、単に、確認的な意義はもつであろう。他方で、救済面では、ジェーンズ事件の委員会決定が、国際実践・学説においてほぼ孤立しており、換言すれば、責任国は、私人の有害行為の結果について（も）、救済義務を負うことことが確立しているとすらいえる。このような国家の救済義務の内容・範囲について、論理的な説明が与えられない限り、救済面では、「私人の行為について国家は責任を負わない」という原則が維持されていないということにすらなる。

このような救済面での結論を、要件論で整合的にうけとめるためには、要件論においても、私人の有害行為や自然災害の責任を、「それとしてではなく」国家が責任を負うことを説明する法論理の介在が不可欠である。それは、これらの国際法上の「事実」が、国際法上で効果をもつための論理である。また、救済の範囲（たとえば、金銭賠償）という観点からすると、私人の有害行為を防止しなかつた場合と、国家自らが有害行為を行つた場合とでは、国家の国家責任法上の救済義務の範囲や程度に相違がないのであれば、主体的要件は、救済面で意義をもつかという問題でもある。いずれにせよ、責任発生の要件論と救済論の両者を整合的にとらえる論理の検討が求められている。

この問題は、「領域国」「管轄・管理国」として、国家が国家責任を負う可能性が高まることに鑑みると、一層重要性を帯びる。私人の有害行為（や解釈によつては、自然災害）の結果について「も」、責任国は救済義務を負うとすれば、この可能性は、領域国的一般的義務や領域使用の管理責任原則および環境損害防止原則の適用を通じて、個別具体的な国際義務が存在する場合に限定されないで、一般化する。領域国の義務、管理・管轄国（の義務）の実質的な内容は、個別具体的な損害発生との関連で特定される他はない。それにもかかわらず、領域国や、管理・管轄国がかかる義務を負うこととは決定されている。つまりは、負っている義務の内容は極めて抽象的・一般的であるが、「どの国家」に帰属しうる行為が対象かということからすれば、私人の有害行為（や自然災害）に「関連した」

行為を行いうる国家として、領域国や管理・管轄国がすでに指定されているのである。その結果、国際責任を回避するため、国家が私人の活動に対する規制を強めていくという危惧すらある。⁽³⁶⁾ こうした危惧に答えるためにも、上記の問題の検討は、現代的重大性を帯びる。

こうした観点からして、「特定事態発生防止の義務」は、私人の行為や自然災害を無差別にとらえる概念であり、かつ、領域国、管理・管轄国的一般的義務がますます重要となつてきている国際法の現状において注目すべき概念である。以下に、この検討を行うことにする。

三 「特定事態」発生防止の義務の意義

(1) 特定事態発生防止の義務

① 特定事態発生防止の義務は、本来は、国家が関与していないが、私人や自然災害による有害原因事実について、これを防止するように国家に要求する義務である。ILC暫定条文草案二二条に規定があるが、「結果の義務」と「方法・手段の義務」との区別などが頻繁に議論されるのに比して⁽³⁷⁾、特定事態発生防止の義務は、それほど注目を集めているとはいえない。しかし、特定事態発生防止の義務は、私人の有害行為に関連する国家の責任について、要件（責任発生）と侵害法益（救済）の双方から注目すべき性質を有している。

② 特定事態発生防止の義務において、特定事態発生には、国家が関与していないことが特徴である。「結果の義務」が、国家自身の行為によって達成される結果を想定していることと明白な区別がある。国家は、特定事態の防止における作為もしくは不作為として関与するのみである。そして、私人の有害行為に関する国家の責任が、この義務の違反の典型的な例であるとされるが、原因創出が私人による場合でも、自然災害でも区別はない。

国際法上、私人の行為は事実の一つである。「事実」である私人の有害行為は、国際法の規定を介して、国際法

上の「特定事態」となる。自然災害も同様である。国際法上は、国家による防止（作為・不作為）と因果関係で結ばれる特定事態のみが、意味をもつ。国家は、特定事態発生を防止できなかつた場合に、自らの国際義務違反について責任を負う。

ここで、要件論と救済論との一貫性は次のようになる。国家は、特定事態（私人による有害行為ないしは有害行為の結果）そのものについて、救済義務を負うのであり、私人による外国人の殺害の例では、殺害という損害も、責任国の救済義務の対象となる。それは、(i) 私人の有害行為もしくはその結果を、「特定事態」と解すること、(ii) 特定事態発生防止の義務は、「結果の義務」の一例ではあるが、特定事態発生防止義務における「結果」とは、特定事態そのものではなく、「特定事態が防止されないこと」であるという論理構成による。⁽³⁸⁾ 国家による防止の不履行だけでは義務違反および国家責任は発生しない。すなわち、「私人の有害行為ないしはその結果」を、国際法上、「特定事態」と規定し、それを防止しなかつたという国家の義務違反を理由として、責任国は、特定事態の発生のなかつた原状へ回復する義務を、責任解除義務として負うことになるのである。⁽³⁹⁾

特定事態発生防止の義務と結果の義務との相違については、結果発生により直ちに義務違反が成立するのではなく、相当の注意をもつて防止しなかつたことが義務違反であるとして、「結果責任」と「過失責任」の対比がある。⁽⁴⁰⁾しかし、国際法上の「結果」の規定ぶりやその解釈によつては、「結果の義務」から必然的に過失の要素が排除されるわけではない。⁽⁴¹⁾ また、結果の義務と特定事態発生防止の義務の相違は、国家自身の有害行為か国家の関与しない有害行為かという点であるが、国家自身が有害行為を行う際に、つねに過失という要因が排除されるわけではない。たとえば、領域使用の管理責任原則や、ストックホルム人間環境宣言原則二の国際環境損害防止原則の適用をみると、国家自身が有害行為（原子力施設の運転や核実験など）の実施主体である場合であつても、国家の行為に過失なくして、当然に義務違反と国家責任が発生するわけではない。⁽⁴²⁾ したがつて、特定事態発生防止の義務は、結

果責任に対し過失責任を維持していることよりも、むしろ、国家が関与しない有害行為（国際法上の事実）との関連で、国家の義務と責任を理論化する観念としての意義をもつともいえよう。

③ 領域主権に伴う一般的義務、領域使用の管理責任原則にいう管轄・管理国が、私人の有害行為に関連して負う義務は、特定事態発生防止の義務である。そして、これらの一般的義務や一般原則は、私人の有害行為という国際法上の「事実」を、国際法上の「特定事態」として規定する重要な意義をもつ。ただし、「特定事態」は、「外国人や外国人に損害を与えないこと」、「他国の権利を侵害するような自国の領域使用」「国際環境損害を生じないこと」などの、一般的規定にとどまる。これに比して、具体的な条約上の義務を例にとれば、大使館事件やニカラグア事件にみると、ウイーン外交関係条約二二条二項は、使節団の公館の「不可侵」や公館が「侵入または損壊」されないように、国家の適当なすべての措置を取る義務を課している。また、一九四九年ジュネーヴ人道法四条約共通第一条は、条約の尊重を確保する義務を当事国に課している。これらは、私人の行為やその他の国家が関与しない原因行為により発生する「特定事態」を国際法上のそれとして規定する。そうすることによって、本来的には、国際法上は事実とみなされるこれらの事態（あるいはその結果）に、国際法上の「特定事態」の意義を与えるのである。

国家責任発生のための主体的要件は、国家の行為を同定する。国家の行為の同定如何によつて、「結果」として公館の不可侵という義務を負うのか、それとも、私人による公館の侵入または損壊という「特定事態」の発生を防止するのかが決まる。このように、国家行為の同定が、関連国際法規則の適用の仕方を左右することに限れば、ILC草案の規定順序やICJの採用した、責任発生要件の認定順序（主体的要件の認定を行ひ、当該国家行為に適用のある国際義務の違反を認定する）は、合理的であるといえよう。⁽⁴⁵⁾

④ 特定事態発生防止の義務の観念を導入することで、加担説のように、私人と国家とを同一の法秩序の下にお

くこともなく、また、私人の行為（の結果）を、それとして、國家の救済義務の対象に含めることも回避できる。あくまで、私人の行為は、國際法上、國際法の規定する「特定事態」に変化し、これを発生させてはならないにもかかわらず発生させた国家が、特定事態が発生しない原状への回復義務を負うからである。

ところで、ジエーンズ事件では、私人の有害行為に関連して、国家に防止義務の違反はなく、むしろ、「事後」における国家の不履行が國家責任の根拠となつた。「事後」についても、「事前」と同様の論理の適用が可能であるが、この点を次にみておくことにする。

(2) 特定事態の事後回復

① ジエーンズ事件で委員会は、國家の行為と殺害という有害行為およびその結果との間には、国家が逮捕・处罚を履行するか否かにかかわらず、殺害は既に発生しているので、因果関係はないとして、殺害については、國家の責任を認めなかつた。学説でも、事前の防止義務の違反においては、この区別が成立しにくいが、事後の处罚における国際義務違反と私人による有害行為との間（およびその各々の結果の相互間）には、区別が成立しやすいとする。⁽⁴⁶⁾

② けれども、私人の有害行為が、防止の対象であるのと同様に事後处罚の対象である以上は、事前防止のみならず、事後处罚の国際義務を発生させる不可欠の条件をなすことも、全く同様である。事前「防止」が、私人による有害行為がなければ存在意義をもたないと同様に、事後の救済も、私人の有害行為がなければ、そもそも意味をもたないのである。⁽⁴⁷⁾

それに加えて、私人の有害行為と、国家による事後救済とは、より実質的な結びつきがある。後に詳述するように、ここでの救済義務は、一般的に外国人の待遇の一貫として、行政的・司法的な保護などを外国人に与える国際義務に比して、固有の内容をもつ。というのは、私人の有害行為の事後において、国家による救済の不履行が介在⁽⁴⁸⁾

する場合に、国家責任が発生するのは、「その」有害行為に契機をもち、（与えるべき救済の）内容も「その」有害行為によつてこそ決定される救済を、国家が付与しないからである。このような私人の有害行為と国家の行為との関連を重視すれば、特定事態発生防止義務における「特定事態」と同じく、事後については、「特定事態」の事後救済を付与する義務を国家が負うと解することができる。そして、事後救済の義務を怠つたかそれに違反した国家は、「特定事態」の救済の不履行によつて国家責任を負うのであり、責任国の救済義務は、「特定事態」に国家が事後救済を与えるれば実現した原状に回復することである。

ジェーンズの殺害犯の逮捕・処罰に不履行のあつたメキシコは、私人によるジェーンズ殺害という「特定事態」ないしはその結果も含めて、国家責任法上の救済義務を負う。これも、特定事態「発生防止」の義務が、「特定事態」を防止することが国家の義務であり、この義務に違反して国際責任が発生すれば、「特定事態」が発生しなかつた原状に回復する救済義務を負うことと同様である。ジェーンズ事件で委員会が、国家の懈怠による結果と殺害とを区別したことは、一見、論理的にみえるが、「恣意的」という批判を浴びている。しかし、これは、「恣意的」であるのではなく、こうした国際法上の義務の性質を理解していないという意味では、むしろ委員会の見解の方が、論理的ではない。委員会は、国家の事後处罚の懈怠によつて殺害が発生したわけではないとして因果関係を否定した。しかし、関係は、国際法上で、「特定事態」と、国家の事後救済付与の義務との間にこそ存在するのである。それが、国際法が、私人の有害行為という「事実」を、国際法上の「特定事態」として規定することの法的效果でこそある。⁽⁴⁹⁾

③ 国際法が、領域国に対して、在留外国人の待遇について、私人の有害行為や自然災害による損害の防止とともに事後の救済義務を課して、「国際法にしたがつた」外国人の待遇を要求してきたことの意義は、まさにこのような意味において解すべきである。

注意すべきは、私人による有害行為後の事後救済において、国家は、国際義務の履行を行っていることである。

つまり、国家は、この事後救済の不履行を理由とする国家責任を回避するために、事後救済の義務を履行しているのであって、すでに発生した国際法上の責任の履行として、外国人に救済を与えていたりではない。⁽⁵⁰⁾ また、事前に、特定事態「発生防止」義務の違反があれば、事後救済を付与しても、すでに発生している国際法上の責任の解除にはならず、事後救済の不履行が重なれば、国家責任が加重されるだけである。

④ 「裁判拒否」という国際違法行為類型については、(i) 裁判機関の行為に限定するか、(ii) 外国人への手続き的開放のみが国際義務か、(iii) 「救済」が問題になる場合（国家機関による外国人への損害が発生しており、その限りでに国際違法行為が存在しているとき、あるいは、私人による外国人への有害行為が先行しているとき）に限定されるか、などの点について、学説が多様に分かれている。⁽⁵¹⁾ 裁判拒否を、「救済」が問題になる場合に限定しないのであれば、特定事態の発生も必要条件ではなく、外国人に適切な警察権・裁判権などによる保護を与えないことが、裁判拒否の内容である。この場合には、外国人が損害を受けてはおらず、外国人が被告となる国内裁判でも、裁判拒否が成立しうる。これに対して、特定事態の事後救済においては、特定事態が先行しており、原則的には、外国人が原告になる。

外国人が原告になる場合でも、第一に、国家自身が原初の有害行為の実施主体であり、かかる国家の行為により外国人に損害が発生していれば、そのこと自体で、国際違法行為となる可能性が高い。⁽⁵²⁾ 第二に、特定事態が発生している場合、つまり、私人の有害行為や自然災害が先行しているときには、さらに、(i) 特定事態発生防止の義務の違反がある場合、(ii) 防止義務の違反がない場合にわかれれる。(i) では、すでに国家責任が発生している。

特定事態の事後救済における国際義務違反が加われば、国際責任が加重される。(ii) では、特定事態の事後救済における義務違反があれば、そのことによる国家責任が発生する。⁽⁵³⁾

論理的 possibility としては、この(i)の場合に、特定事態の事後救済が行われない時点まで、国家違法行為の発生を認めないと、いう論理構成もありうる。⁽⁵⁴⁾しかし、学説も、国際裁判実践でも、特定事態の発生を防止しなかつた段階で、国家の国際違法行為が成立するとし、国家責任を認めている。たとえば、大使館事件でも、ニカラグア事件でも、イラン政府が暴徒を防止しなかつたこと、米国政府がコントラによる人道法違反を助長（encourage）したことによつて、国際義務違反とし、国家責任を認定している。⁽⁵⁵⁾

(5) このように特定事態発生防止の義務と事後救済の義務として、防止義務あるいは事後の救済義務を怠つた國家が、責任解除のためには、特定事態そのもの（の結果）を救済する義務を負う。これは、ジエーンズ事件の委員会見解に対する反論であり、加担説へ回帰をすることなく、「私人の行為の責任を国家は負わない」ことを、要件論（帰属論）と救済論で一貫して整合的に理論化する方途である。私人の有害行為は、「それとして」ではなく、国際法が規定する「特定事態」となり、これの発生防止や事後救済における不履行が国際義務違反であり、その法益侵害が、国家責任法上の責任解除のための救済の内容や程度を決定する。いいかえれば、「特定事態」を国際法が規定していることの結果として、特定事態を防止しなかつたことによる法益侵害、あるいは、特定事態に救済を付与しなかつたことによる法益侵害を、責任国が救済する義務を負うのである。

特定事態発生防止の義務違反でも、事後救済付与の義務違反でも、その認定は、国際法の解釈・適用による。事后救済付与の義務に注目すると、「特定事態」（大使館の不可侵・ジュネーヴ人道条約の尊重の欠如・国際環境損害・私人による外国人の殺害など）に対し、かりに、国内法上は適切な救済が付与されたとしても、そのことは、必然的に、国際法上でも、事后救済の義務が履行されたという結論を導くわけではない。国内法制度上の救済ではあっても、「特定事態の事后救済」という国際義務の履行であり、国際法の要請を満たしていなければ、国際義務違反・国家責任は発生する。このことは、国内法上はその救済について違反がなくても、それには関わらない。裁判拒否⁽⁵⁶⁾

概念をめぐって、上記のように、裁判手続の外国人への開放だけが国際法の要請する保護か、それとも、国内裁判所判決の内容が、国際法に照らして、「裁判拒否」となりうるか、その場合に、国家主権に対する侵害になるか、といった議論が行われてきた。二元論の立場からは、主権国家間で、国内裁判所判決にまで、国際法の規律が及ぶとはいはず、裁判手続の開放のみが、国際義務であるという主張がある。⁽⁵⁷⁾しかし、国内法に照らして、国内裁判所判決が合法であることと、国際義務の履行として国際法に照らして、国内裁判所判決が合法であるかは別の問題である。このような国際規律を及ぼしたとしても、国家主権の侵害にはならないのみならず、二元論の前提が否定されるわけでもない。⁽⁵⁸⁾

そこで、国内法制度上の救済が、「国際法にしたがつた」外国人の処遇という要求に適合的であるかという点で、国際法の規律が問題となる。これは、本稿のもう一つの検討課題である、「外国人の法益侵害を通じて、外国は自らの法益侵害を負う」というときに、外国人の「法益」の根拠の問題に関わってくる。いうまでもなく、これは、特定事態の事後救済の義務にのみ限定されることはなく、より一般的かつ根本的な問題である。そして、ここでも、国家と私人との二元論的処理が問題である。原初の有害行為が外国人（私人）に「法益」侵害を与える事例では、その外国人の権利・利益の根拠は国内法であるというのが、法実証主義の国家責任法論の主張であるからである。

以下に、この検討を行う。

四 侵害法益の根拠をめぐる議論

(1) 国際法上の法益とその侵害

- ① 国家責任法上、救済は、国際違法行為による法益侵害を回復することに意義をもつ。特定事態発生防止ある

いは事後救済の義務についていえば、かかる義務によつて保護されている法益、換言すれば、その義務の違反によつて侵害される法益は次のようにいえる。国家が事前の防止を行うか、あるいは、事後の救済を付与することにより、「特定事態」から外国や外国人を保護することが、国際法上の法益である。

これは、特定事態発生防止あるいは事後救済付与の義務をいいかえたにすぎない。けれども、侵害法益そのものは、それを保護するための法規則の解釈から導かれるものである以上、義務と侵害法益の定義が、一見循環した定式化をうけることはさけられないこともある。無論、別途の定式化もありうる。たとえば、外国人の生命・身体や財産という権利が保護法益であり、その保護の「程度」は、特定事態を防止するかその後の救済を担保する義務を負う「程度」であるという定式化もありうる。この定式化によれば、たしかに、義務と侵害法益の定義とは、一応、区別することができる。しかし、このように定式化したところで、その法益が保護される程度は国際義務の解釈に依存するのであって、これと切離して、法益を外国人の生命・身体や財産の権利であるとしても、実益がつねにともなうわけではない。

(2) 外国人の法益侵害に関する在留国の国家責任を追及する場合には、外国人の国籍国の法益侵害が外国人の法益侵害を通じて発生すること、国家責任は、国籍国の法益侵害を回復するために追及されることからすると、侵害「法益」の根拠として、国際法と国内法の関係が問題になる。以下では、国家と個人の権利・利益の根拠法を分ける法実証主義の二元論的基礎ゆえに、とくに複雑な問題状況を創出する、外国人の法益侵害に関する国家責任の追及という状況を主たる対象として論をすすめる。

(2) 法実証主義の国家責任法論における私人の権利と国家の権利の二元的構成

(1) 法実証主義の国家責任法論では、国家は、「自国民が在留国において国際法にしたがつた処遇をうけるよう

に要求する」権利をもち、外交保護権を行使する際に、国家は自らの権利行使する。外国人が法益侵害を受けた

ことを契機として、国家が自国民のために (on behalf of) 國際手続に訴えるとしても、それはあくまでも、ここにいう國家自らの権利が侵害されたことを理由として、国家責任を追及するのである。こうした論理は、裁判実践でも繰り返し確認されている。

たとえば、マザロマテイス・パレスタイン事件⁽⁵⁹⁾、ホルジヨウ工場事件（本案）バルセロナトラクション事件⁽⁶⁰⁾、最近のELSI事件⁽⁶²⁾に至るまで、常設国際司法裁判所（以下、PCIJ）およびICJは、この論理を一貫して採用している。なかでもホルジヨウ工場事件では、「同じ加害行為によつて、個人の権利・利益と、国家の権利・利益のいずれもが侵害を受けることがあつても、（それぞれは）異なる平面（plane）のものである」として、ICJは、個人の権利・利益の根拠と、国家の権利・利益の根拠とが異なることを明言している。たしかに、国際法は、国家が、自国民に直接賠償を払うように請求する権利を他国（国際違法行為を行つた国）が認めるることを阻止してはいなし、個人の損害を算定基準として採用することもある。けれども、国家間での救済の認定という国家間紛争の性質は不変であり、救済に関する規則は、国家間を規律する国際法規則なのである。⁽⁶⁴⁾ 国家は、自国民が権利・利益に侵害を受けることを通じて、自らの国際法上の権利に侵害を受けるのであり、外交保護請求を行う原告適格をもつ国は、この国でこそある。⁽⁶⁵⁾

② 私人の権利・利益の根拠は国内法であるという結論の妥当性も含めて、個人の権利・利益の侵害は、とくに、次の二つの点の考慮からして重要である。第一には、「個人の法益侵害を通じて、国家が自らの権利・利益に侵害を受けた」ことを根拠として、国家責任を追及する場合には、個人の法益侵害を認定する必要があること、第二には、適用のある条約がなく、個人の法益の根拠として（国際法上の権利義務の主体ではなく受益者としてという意味ではあつても）、条約に依拠することができず、「個人の既得権を保護する」とか、「私人に、国際法にしたがつた処遇を与える」という一般国際法上の義務違反を認定するに際しては、個人の法益の根拠と国際法上の義務違反お

よび責任の認定との、整合的な論証が必要になることである。⁽⁶⁶⁾

③ 私人の権利・利益の侵害について、まず明らかなことは、事実上の損害では要件を満たさないことがある。これは、オスカーチン事件⁽⁶⁷⁾、バルセロナトラクション事件⁽⁶⁸⁾で、PCIJおよびICJが確認している。つまり、事実上の損害ではなく、私人の権利あるいは法的に保護される利益の侵害のみが、私人の法益侵害を通じて、国家の権利への侵害を発生させる可能性をもつのである。そこで、次には、私人の「権利・法益」の根拠をみていく。

(3) 私人の権利・利益の根拠

① オスカーチン事件では、両当事国間で適用のある有効な条約があり、原告イギリスは、被告ベルギーの条約上（ベルリン議定書、サンジェルマン条約）の義務違反（商業の自由平等の侵害、差別）と、「私人の既得権を保護する」一般国際法上の義務違反を主張した。⁽⁶⁹⁾ 条約違反とそれに伴う私人の法益侵害については、条約が保護する権利・利益の解釈として認定することができる。事実、航行の自由・商業の自由といった、条約の保護する権利・利益の解釈を通じて、PCIJは、「商業の成功」までを条約が考慮しているわけではないこと、平等の要請は、国籍を理由とする差別の否定がその趣旨であり、本件では、チンが不利になつたとしても、それは国籍が理由ではないことを理由として、ベルギーに条約違反はないと認定した。⁽⁷⁰⁾

適用のある条約が存在すれば、条約解釈に依拠することができるが、「私人の既得権を保護する」とか、「私人に国際法にしたがつた処遇を与える」といった一般国際法上の義務における私人の侵害「法益」については、問題は複雑である。ここでも、国際法が「私人の既得権を保護する」とか「私人に国際法にしたがつた処遇を与える」と規定していることを介して、私人の権利・利益が国際法上のものとなつたと解することは可能である。そうでなければ、国内法上の権利であることが、そもそも国際法上で、事実以上の意味をもたないともいえる。この論理の適用可能性は、条約か慣習国際法かという関連国際法規則の法源形態によって、影響を受けるわけではない。ただ

し、「私人の既得権を保護する」とか「私人に国際法にしたがつた処遇を与える」という一般規則は、それ以上には、私人の権利・利益の内容や実質を規定してはいない。したがつて、私人の法益侵害の認定にあたり、国際法規則は依拠するには足らないという事態が生ずるのである。

オスカーチン事件では、原告イギリスが、条約違反とともに、「私人の既得権を保護する」という一般国際法上の義務違反も申し立てた。これについてPCIJは、チンの経済的状況に変化が発生したことは認めだが、顧客の獲得・維持とか利益創出などが、既得権とはいえないとした。そして、既得権の侵害が存在しないことを述べたのみで、PCIJは、具体的な国家行為が、一般国際法の義務違反に該当するかという検討を行なうことなく、かかる義務違反は存在しないとしたのである。また、「既得権」の内容はともかく、その根拠については論じられなかつた。⁽⁷¹⁾

ここで、チンの「既得権」は国内法上の権利であるという指摘がある。⁽⁷²⁾ それは、「すでに獲得されていた権利」とは、すなわち、国内法上の権利であるという見解である。「私人の既得権を保護する」という国際義務が、関係国の特定国内法上の権利を、「既得権」として保護することを要求しているという解釈が導かれるのであれば、この見解は正しい。ただし、既得権が実質的には国内法上の権利であるとはしても、これを保護する義務は国際法上の義務であり、その意味で、国際法の保護をうける権利に転化したという論理は成立する。もつとも、本件では、この「既得権」の根拠についても、また、既得権が国内法に根拠をもつとしても、特定の、そしてどの関係国の国内法であるかといった検討は行われていない。

② このように、国家の一般国際法上の義務違反の認定においては、私人の権利・法益の侵害の認定が、極めて重要な意義をもつことがある。とくに、私人の権利・利益の根拠は国内法であり、しかも、その法益侵害の認定に国際義務違反および国家責任の認定が依拠するとなると、国内法を理由として国家責任を免れることになるという

主張もある。私人の法益侵害の認定と国家責任の認定とが関連し、私人の権利・利益の根拠が議論されたのが、バルセロナトラクション事件である。

バルセロナトラクション事件（第一段階）では、ICJは次の論理で、ベルギー人株主が「権利・利益」に侵害を受けたかを検討した。国際連合の役務中に被つた損害に関する賠償事件にしたがつて、外交保護を行うためには、(i) 加害国が、(原告国) 国民に関して、原告国に対して義務違反を行つており、(ii) その義務が当該国に對して負わされているときに、その國のみがかかる義務違反に関する請求を行うことができる。そこで、ベルギー人株主（国際義務の受益者）が受けた損失は、問題の義務違反の結果であることが必要である。それとともに、ICJは、自国民が「権利・利益」に侵害を被つたことを通じて、ベルギーが自己の権利に侵害を受けたという可能性があるかを検討したのである。⁽⁷³⁾

本件の重要な特徴は、私人の「権利」侵害の認定の中に、原告適格のみならず、国際義務違反の問題が重なつたことである。本件では、慣習法のみの適用があつた。したがつて、慣習国際法上的一般原則の違反が問われた。そこで、ベルギー国民の権利侵害を通じて、ベルギーの国際法上の権利の侵害があるかという原告適格の問題は、同時に、スペインの国家行為が、外国人保護を要求する一般原則上の義務違反であるとすれば、それは「ベルギーに對して」行われたか（つまり、スペインが、ベルギーに対して負つてている、一般国際法上の義務の違反があつたか）という問題を包含することになったのである。ベルギー人株主に、権利が承認されないとすれば、ベルギー人株主において、「権利」侵害は発生しない。それのみならず、保護されるべき権利・利益がなければ、そもそもスペインが、この権利・利益に関していえば、（在留ベルギー人の権利・法的利益を保護するという）国際義務をベルギーに対しても負うということもない。したがつて、ベルギーに原告適格が認められないのと同時に、「ベルギーに対して」は、国際義務違反もおこりえないということになる。⁽⁷⁴⁾

ベルギー人株主の「権利・利益」が、国際法か国内法のいずれに根拠をもつかについて、ICOJは、国際法では、企業や株主の権利についての規則が欠如しているので、国際法かの国内法への送致 (renvoi, reference) を必要とするとした。⁽⁷⁵⁾そこで、ICOJは、国内法規則を考察するが、「関連ある諸規則 (relevant rules)」とは称したが、被告スペインあるいは法人設立国カナダの国内法に特定して、これらを援用しているわけではない。⁽⁷⁶⁾「国内法諸体系により一般的に受容された規則」を同定することで、ICOJは、特定の国内法上の権利を同定するのではなく、⁽⁷⁷⁾諸国内法の「最小限の共通指標」を求めているのである。もつとも、ベルギーの申し立てが、「国際法に承認された、株主の法的地位に帰属する権利・利益」に対する侵害を挙げているのであり、これを受けてICOJは、特定の国内法ではなく、「国内法諸体系により一般的に受容された規則」を認定したと解する」とはできる。ただし、「国内法諸体系により一般的に受容された規則」が、特定の国内法の「地位」を越えて、慣習国際法あるいは法の一般原則のいづれかの法源形態をとつて国際法として認定されるのが、という点については、ICOJは、説明も証明も行っているとはいえない。⁽⁷⁸⁾もつとも、「国内諸体系により一般的に受容された規則」が、慣習法か法の一般原則のいづれかの法源形態をとつて国際法として認定されるのであれば、かかる国際法の適用にはなんら疑問はないし、また、国際法による国内法への送致という論理も不要になつたであろう。

ICOJ多数意見に対しても、多数意見が、いくつかの国内法の検討から、「国内法諸体系により一般的に受容された規則」の同定にふみきつたのに対しても、これを否定および批判して、「ふくつかの国内法」が援用されているにすぎず、ひいては、「国内法優位」の結果を導くことになるという批判がある。⁽⁸⁰⁾この批判が、「特定の関係国国内法」であろうとも「諸国内法から導かれる共通指標」であろうとも、国内法への送致自体が、国内法の優位をまねくという批判であるとすれば、それは、国際法による国内法への送致の「形式」論理性を批判するか、あるいは、この過程により、形式論理であるにせよ、国際法こそが送致を決定しているのであるから、国内法優位は導かない

と解するかの評価の相違ということになる。⁽⁸¹⁾

もつとも、ベルギー人株主の権利・利益の根拠を特定の関係国内法に求めても、「国内法を根拠として、国際法の場面で国際法違反を正当化することはできない」という、国際法の場面での国際法優位の原則に反することはない。なぜなら、この原則は、ある法体系の他への優位よりも、「国家は国際義務の範囲を限界づけるために、自国内法に依拠することはできない」ことを、その本旨としているからというのが、その理由である。⁽⁸²⁾ 国際義務の違反は、被告国の行為が、裁判拒否という行為類型に該当するか、国際法の要請に適合的な行政的保護を外国人に与えたかなどによって、認定される。こうした義務違反の対象として、私人の「権利・利益」があり、それらが侵害されたかは、別の問題である。それゆえに、私人の権利・利益の根拠を国内法に求めて、本件では、裁判拒否という国際違法行為類型を国際法が設定しており、その適用によって、国際義務違反が認定されるとすれば、「国内法を理由として、国際義務の範囲を限界づける」ことにはならないということである。この論理は、義務違反と法益侵害とが、別個独立に認定されうる場合には正しい。

ICJ多数意見は、国際法による国内法への送致という論理において、形式論理であるとはいえ、国際法の適用であることは維持している。それのみならず、「国内法諸体系により一般的に受容された規則」を適用することで、関係国の特定の国内法に判断を依拠するのではなく、諸国内法の中に共通指標を求めようとした。ただし、「国内法諸体系により一般的に受容された規則」を適用することが、国内法を、それとして適用することなのか、という点は明らかではない。「国内法諸体系により一般的に受容された規則」が、（慣習法もしくは法の一般原則として）国際法であるならば、国際法を適用すると明言すればよいのであって、この場合、国内法への送致という論理は、国内法実践を検討するという以上の意義を失う。ICJは、「国内法諸体系により一般的に受容された規則」を適用することで、国内法（とりわけ、関係国の特定の国内法）の、それとしての適用は回避し、同時に、国際法が株主の

権利・利益について規則を発展させていないという現状認識にたって、国際法による国内法への送致という論理は維持したと解する他はない。

対象が、特定の関係国国内法であろうとも、それとも諸国内法から導かれる共通指標であろうとも、国際法が国内法への送致を行つてているという論理が適用されている以上、国際法の適用であるということはできる。むしろ、その形式論理をささえる実質、いいかえれば、なぜ国際法が認定基準であり、どのような国内法への送致を求めているかが問題である。これについて、少数意見では、株主の外交保護は、国内私法や国内法上の企業概念とは全く別の平面の問題であり、つまりは、国際法の問題であり、株主のための外交保護に対して、国内法が障害となるべきではないという見解もある。⁽⁸³⁾ また、国際法がかかる概念を不足させているために、国内法上の概念を参考することは認めながらも、それらを国際法平面で適用するに際して、法構造の相違ゆえに生ずるゆがみ (distortions) を慎重には正すべきである、という見解もある。具体的には、本件で、「法人格否認 (pierce the corporate veil) の法理」の国内法上の適用制限を、そのまま国際法平面で適用するのではなく、企業の国籍国が（企業とは異なり）企業のために外交保護権を行使するとは限らないという事情を考慮して、株主の国籍国に外交保護権の行使を認める場合を、国際法が独自に認めるべきであるということである。⁽⁸⁴⁾

他方で、まさに特定の関係国国内法への送致が国際法の解釈として導かれるのであれば、特定関係国の国内法こそが国際法を介して意義をもつことになる。たとえば、オスカー・チン事件で適用のあつた、「私人の既得権を保護する」という国際法上の原則が、その「既得権」としては、特定関係国の国内法上の権利を意味していると解釈できる場合がそれに該当する。バルセロナトラクション事件でも、はたして、株主の権利・利益の定義のような、特定の法関係においてのみ意味もしくは存在をもつ法的概念について、「一般的に受容された」規則を同定したり、国内法諸体系の共通指標を求めることが自体が、適当であるかという指摘がある。これも、国際法が外交保護により

保護される私人の権利・利益を決定するとしても、問題の性質上、国際法は、特定の関係国内法への送致を行なべきであるという解釈である。

③ 国際法による国内法への送致において、特定の関係国の国内法を対象とする見解をとれば、バルセロナトラクション事件では、被告国スペインの国内法が、ベルギーの申し立てる内容の株主の「権利」もしくは利益を法的に承認していなければ、「権利」侵害も国際違法行為も発生せず、したがつて、国家責任の追及はできないということになる。⁽⁸⁵⁾

しかし、関係国国内法上は、あきらかに外国人の「権利」の侵害が認められないにもかかわらず、あるいは、そうであるがゆえに、国際請求が行われ、国際手続上で原告国を通じて被害者（の家族）の法益侵害が認定された例もある。ジェーンズ事件が、まさに、この例である。

④ ジェーンズ事件では、先にみたように、領域国メキシコには、犯人の逮捕・処罰における懈怠があつた。國家の懈怠の結果としては、原初の有害行為である殺害ではなく、ジェーンズの遺族の名誉に対する侵害と、民事手続が不可能になつたという損害とが認定されて、金銭賠償の算定が行われた。メキシコは、メキシコ法上は、犯罪の結果について精神的損害が認められておらず、法益侵害の算定はメキシコ法にしたがうべきであると主張した。これに対して委員会は、国内法により国際法を否定することはできず、法益侵害の認定と算定は、諸国の合意に基づく国際法にしたがつて行われるべきであるとして、このような認定と算定を行つたのである。⁽⁸⁶⁾もつとも、委員会は、精神損害は国家に対してではなく個人（ジェーンズの遺族）に対して発生するとしている一方で、一般的な表現においてではあるが、「政府の態度により生ずる安全の欠如や信頼の破壊について、合理的で実質的な救済がかかるべきである」と述べている。この安全の欠如や信頼の破壊について救済をうける対象が、私人であるのか国家であるのかは明らかではない。

この点については、国家の違法行為の程度を分析するアプローチとして、本件の意義を認めつつも、それを私人の法益侵害として算定することは困難であり、国家に刑罰を課することで、外国人の処遇を改善するという効果を期待できるとする見解がある。⁽⁸⁸⁾ また、ジエーンズの遺族の受けた精神損害を救済することは正義にかなうが、この種の外交保護請求の目的は、遺族の感情の救済には限定されないのであり、信頼の破壊や安全の欠如は、ジエーンズ以外の外国人にも発生することだから、国家の法益侵害ととらえることを示唆する見解もある。⁽⁸⁹⁾

こうした指摘は、領域国の国内法上で認められない私人の法益侵害について国際請求が行われ、国際手続によりその救済が認定されるときに、（領域国の国内法には存在しなくとも）私人の国際法上の権利・利益を認めて、これに対する侵害を認めるという結論は必ずしもとらない。むしろ、国際法上の法益侵害を受ける主体を、私人ではなく国家とすることを強調している。⁽⁹⁰⁾ それにもかかわらず、これらの学説が、ジエーンズ事件のように特定事態の事後救済に不履行があれば、責任国の国内法ではなく、国際法上の法益侵害こそを認定することを強調しているともいえる。⁽⁹¹⁾

⑤ バルセロナトラクション事件での議論や、ジエーンズ事件での国際法を根拠とする精神損害の認定にみるよう、加害国の国内法に根拠のない権利・利益であっても、私人の国際法の保護を受ける「法益」の侵害が発生し、それを通じて発生する国家の法益侵害を理由として、国家責任が追及される可能性は存在する。また、この問題において、国際法が国内法への送致を行うときに、そのこと自体も、その対象が関係国の国内法か国内法一般であるかも、国際法の解釈から導びかれる。たとえば、外交保護の一般原則や、外国人の既得権を保護するという一般原則の解釈である。つまり、私人の権利・利益の根拠は国内法、国家の権利・利益の根拠は国際法という二元論による形式的結論は、問題の本質をとらえるのに有効であるとはいえないものである。

(4) 特定事態発生防止の義務と事後救済付与の義務の違反における法益侵害

① 「特定事態」の発生防止と事後救済付与の義務は、要件論では、私人の有害行為や自然災害という国際法上の「事實」に、国際法上の「特定事態」の意義を与えていた。それと同時に、救済論では、国際法が「特定事態」を定義する意義は、「特定事態」から外国や外国人が保護される国際法上の「法益」を設定することにある。

② 特定事態の事後救済付与の義務において、国家による国内法制度上の救済は、国内法上は、すでに発生している法益侵害に対する救済であり、国内法上の権利・利益の侵害に対する救済という意味をもつ。しかし、これと並行して、国際法上は、国家は、「特定事態」に事後救済を付与する「義務の履行」を行っている。そして、国際法が設定する「特定事態の事後救済により保護される」法益は、この義務の履行によつて実現される。その意味において、国内法制度上の救済ではあっても、国際法上の義務の履行として国際法の規律をうけており、義務の不履行・違反があれば、国際法上の法益侵害を伴つて、国家責任が発生するのである。

原初の有害行為（特定事態）およびその結果についても責任国が救済すべきであるという主張の理由として、國家（外国人の国籍国）の法益侵害は、「外国人の法益侵害を通じて」発生するのであり、したがつて、「外国人への法益侵害」の時点で、外国に対する法益侵害も発生していることを主張する見解がある。⁽⁹²⁾ けれども、問題は、「外国人の法益侵害」の時点はいつか、ということにある。この見解は、「外国人の法益侵害」を、原初の有害行為による外国人の法益侵害と解しており、外国人の権利・利益の根拠を特に問題にはしていない。

特定事態の事後救済の義務については、この義務の実現により国際法が保護する外国人の「法益」が侵害されるのは、事後救済の不履行の時点である。⁽⁹³⁾ なぜなら、それは、国際法が、「特定事態」を規定し、「特定事態に事後救済を付与される」という「法益」を設定しているからである。この「法益」の侵害は、事後救済の不履行がなければ認定することはできない。もちろん、国際法上外国人が、生命・身体・財産などに保護を与えられており、これ

らが、原初の私人による有害行為によつて侵害をうけるという可能性は否定できない。しかし、外国人の法益侵害が発生しているだけで、国際義務違反がなければ、国家責任は発生しない。特定事態発生防止の義務の違反がなければ、これらの法益侵害が、国際義務違反を原因として起こるのは、特定事態の事後救済の義務の違反があつたときこそである。国際義務違反が、国際法益の侵害を必ず伴うという論理があるとしても、逆に、国際法益侵害があれば、必ず国際義務の違反があるというわけではない。

さらに、外国人の国籍国は、「自国民の法益侵害を通じて」自らの法益に侵害を受けるが、それは、「国際法にしたがつた処遇をうけない」ことによる「自国民の法益侵害」である。特定事態の事後救済の義務が適用される場合には、「国際法にしたがつた処遇」とは、特定事態の事後救済付与である。「外国人の法益侵害」の時点で、つまり、原初の有害行為の時点で国籍国にも法益侵害が発生しており、原初の有害行為（の結果）も、責任国の救済に含めるべき、という見解は、次の立場からは導かれる。すなわち、加担説をとるか、もしくは、原初の有害行為が私人によるものであり、その国際違法性を国家に帰属させるという立場をとれば、論理的に導かれる結論である。しかし、それらの立場をとらなくても、特定事態事後救済の義務とその違反による法益侵害を本稿のように構成すれば、「特定事態」（の結果）を責任国の救済義務の範囲に含めることはできる。

五 むすびにかえて

本稿では、法実証主義の国家責任法論が、二元論に立脚して「国家性」を主軸とした責任法論を展開していることに対して、その「綻び」と考えられる点について、若干の考察を行つてきた。それは主に、私人の行為（および自然に起因する事実）や国内法上の権利・利益が、国際法上は、「事実」であるとはしても、国際法上の規定や概念枠組みの適用を介して、国際法上の意義と法的効果を伴い、国家責任法論に統合される論理を模索することであつ

た。具体的には、個人の行為（および自然に起因する事実）に関する国家の責任、国家責任法上の侵害法益をめぐる論理の再検討である。ただし、本稿での考察は、いわば国家責任法論の「屋台骨」の一部を、骨組みとして再検討したにとどまっている。その「骨組み」が、諸々の多様な現象に直面して、適用実践を蓄積していく中で、いかなる洗練と強靭さという「肉付け」を獲得するかについての考察は残されたままである。この残された課題を素描することで、むすびにかえたい。

第一に、本稿では、個人の有害行為（および自然災害）を、国際法上の「事実」として一般化して、「特定事態」発生防止と事後救済付与の義務という観念により国家責任法論に統合した。けれども、このような一般化は、国家とこれらの「事実」との「関係」のあり方に関する国際法規定および国際実践が発展した場合に、一定の類型化が行われうることを、決して、排除しているわけではない。

国際裁判実践では、国家の行為の認定要因もしくは基準を設定するのみならず、有害行為それ自体は個人の行為である場合に、国家の行為が、個人の有害行為といいかなる関係にあるかについても、判断基準や要因をキメ細やかに検討および設定しつつある。たとえば、大使館事件における、国家の具体的な政策表明による個人の行為の是認、ニカラグア事件における、経済的支援・軍事援助・軍事教練・助長（encouragement）、シシリード電子工業会社事件における、個人の行為の黙認・許容（tolerance）などである。⁽⁹⁴⁾あるいは、コルフ海峡事件の少数意見が指摘するように、国家による「了知」と「共謀（collusion, connivance）」との境界の否定である。

個別の条約による（「（原子力）施設国」、「許可国」、「監督国」「（宇宙物体）打ち上げ国」などの）国家と個人の関係に関する独自の規定はすでに存在している。それにとどまらず、ある程度の類型化が実体を伴って行われうるためには、国家実践および裁判実践が発展する可能性がないとはいえない。国家の行為と個人の行為の関係を規定する要因や基準の整備、それに対応した国際義務の類型化が進めば、客観的要件と主体的要件の機能の連関を、よりキメ

細やかに実現することができるであろう。

さらに、国際裁判実践では、「行為」は、基本的には国家の行為と私人の行為とに、「二分」されており、「中間」的存在的認定はない。無論、法実証主義の国家責任法論も、そのような類型を想定した概念枠組みを提示してはない。しかし、同一の法秩序に帰属する主体間の関係としての「共謀・加担」などではないとしても、国家の行為か私人の行為かという「二分」にはなじまない類型を認める余地はないかは、検討されてよい。

第二に、外国人がうけた「法益」侵害の根拠が国際法に求められるとしても、条約による私人の権利・利益の規定があればともかく、そうでない場合には、いかにしてかかる国際法の内容を同定するかという問題が残る。もつとも、諸国内法から、慣習国際法あるいは法の一般原則を認定できるのであれば、それらを国際法として適用できるのはいうまでもない。

国際法による国内法への送致という論理を適用する以上は、かかる国内法が、特定の関係国国内法であっても、「国内法諸体系により一般的に受容された規則」であっても、私人の権利・利益の根拠を国際法におく論理ではあります。しかし、最も重要なことは、送致という形式論理ではなく、関連する国際法規則の解釈として、国内法やその概念を国際法平面で再定義および適用するために、国際法規則の趣旨目的やその適用状況を検討するといった、実質的な作業である。

それは、たとえば一般的には、外交保護の国際法原則の趣旨目的にしたがつて、その保護の対象となる外国人の権利・利益を認めることである。⁽⁹⁵⁾さらに、より具体的に、バルセロナトラクション事件で少数意見による指摘にみたように、株主の権利の定義を、さしあたりは国内法に求めるとしても、外交保護という国際法上の制度の適用において、企業・株主・その各々の国籍国といった当事者間の関係を実質的に検討することに基づいて、外交保護による国際法上の保護の対象として、あらためて株主の権利を認定することである。このような実質的な作業に基礎

を置くことにより、国内法や国内法上の概念を、それとして国際法に適用するに止め、国際法と国内法との危険な類推を回避することがである。それのみならず、また、外交保護の国際法原則が保護する「権利」や、「外国人の既得権を保護する」一般原則にいう「既得権」の解釈の一貫としての、国内法への送致が行われる。

これらの検討が実をむすべば、二元論に立脚して、形式的に国家と私人および国際法と国内法とを一分する法実証主義の国家責任法の綻びを凌駕し、弾力的な適用のある国家責任法論の構築にすすむことが可能であるであろう。

(1) 無論、過失あるいは主観的要因や法益侵害が、国家責任発生要件であるかについては、見解の相違はある。まだ、客観的要件や主体的要件それ自体について、たとえば、継続的国際違法行為概念や、國家の行為とそれ以外を分ける基準ないし要因めぐる議論、義務の分類論などにおいて、依然として、学説が一致しているわけではない。これらの諸点について、国家責任法の体系全体を検討するものとして、山本草一「国家責任成立の国際法上の基盤」国際法外交雑誌九三巻三・四号、一九九四年、一一一四頁。

(2) いよいよでは、私人は国内法に、国家は国際法に各自規律され、私人と国家とは各自別個の法体系に属するところ、二元論を行ふものとして、田中忠「国際法と国内法の関係をめぐる諸学説とその理論的基盤」広部・田中編、山本草一先生還暦記念「国際法と国内法」（勁草書房、一九九一年）三一頁以下。また、常設国際司法裁判所の判例を対象として、二元論の立場をとると解られてくる判例であつても、厳格に二元論が適用されてくるわけではなくことから検討を行つものとして、Marek, K., "Les rapports entre le droit interne à la lumière de la jurisprudence de la cour permanente de justice internationale," *Revue générale de droit international public*, 1962, pp. 1-39.

(3) 大使館事件、*ICJ Reports*, 1980, paras. 57-60, 70-74; ニカラグア事件（本案）*ICJ Reports*, 1986, paras. 80, 86, 91, 111, 116. もう少し、シカゴ電子工業会社事件では、アメリカが、労働者による施設の占拠には、イタリアの「黙示の合意 (tacit agreement)」があつたと主張したのに對して、ICJ裁判部は、イタリア国内裁判所が、労働者の違法な占拠を、地方機関が「許容 (tolerate) した」としてこれを確認しているが、國家の行為と私人の行為との區別について、ほとんど検討を加えていない。 *ICJ Reports*, 1989, paras. 105-108.

(4) 本稿では、いまだ（国内法であれ国際法であれ）法的根拠を伴う権利・利益の侵害やねじれを意味する場合を「恣意」（恣意）必やしのような限定を趣旨とした場合には、「擅害」もこの語を用ひねりとする。

(5) ただし、その義務の内容が特定性・明確性をともなつてゐるのではないか（たしか）に、拙稿「国際違法行為責任における過失の機能」国際法外交雑誌九六巻六号、一一一二頁。

(6) 義務の分類論との関連においてではあるが、国家責任の要件論と救済論との対応の希薄化を危惧するものとして、Dupuy, P.-M., "Review-

ing the Difficulties of Codification : On Ago's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility," *European Journal of International Law*, Vol. 10, 1999, pp. 374.

- (7) Anzilotti, D., *Cours de droit international*, traduit par Gidel, G., 1999, Paris, pp. 468-469, 21st Cours ; Dupuy, P.-M., "Dionisio Anzilotti and the Law of International Responsibility of States," *European Journal of International Law*, Vol. 3, 1992, pp. 143-145.
- (8) おのづか「ハサロハサダ」、眞觸 (inputation) が「國在地法上に損害を及ぼしたが、他の著作では、より詳しく述べた眞觸くじ移行してこのように、この指摘に加え、トマホーク「ハサロハサダ」の行為帰属論が、国内法上服するものであつて、おのづかは「眞觸論における、國内法上合法な行為について」といは、國家機関の喪失を認めたことから、國際法上の「國在地法上の喪失」が、國際法の視点から、國家としての全体の喪失が近づくものである。眞觸を昭和化されば、國家機関の行為をもつて、國家の行為とみなす場合に、國内法上、「個人の行為を國家の行為みなす」に該当する。國際法上、「ある國家の國家機関およびその行為をもつて国家の行為とみなす」とは、眞触に付された「ハサロハサダ」の「喪失」が、國際法上の行為が国家の行為とみなす場合に該当する。トマホークは眞觸の眞觸論を命じる。
- (9) Ago, R., "Le délit international," *Recueil des cours*, 1939-II, pp. 469-470, 483-491, 21st 'Le délit.'
- (10) Anzilotti, *Cours*, pp. 491-492 ; Triepel, H., *Volkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899, p. 328 ; Strupp, K., *Das Volkerrechtliche Delikt*, Stuttgart, 1920, p. 33, 21st 'Das Delikt.' ローランダベの戦争過失 Grotius, H. *Le droit de la guerre et de la paix*, traduit par Pradier-Fodéré, édité par Allard, D et Goyard-Fabre, S., Paris, 1999, Livre II, Chapitre XXI.
- (11) Decencière-Ferrandière, A., *La responsabilité internationale des états à raison des dommages subis par des étrangers*, Paris, 1925, p. 79, 21st 'La responsabilité.'
- (12) Anzilotti, *Cours*, pp. 491-492 ; Strupp, *Das Delikt*, pp. 32-33 ; Decencière-Ferrandière, *La responsabilité*, pp. 78-79.
- (13) Yearbook of the International Law Commission, 1975, Vol. II, pp. 71-72, paras. 5-9.
- (14) オーバード、指出の「ハサロハサダ」のやうな眞觸による国際法上の責任が導かれ、より詳しく述べた眞觸を提起してある、*op cit*, supra n. 3, Judgment, paras. 255-256；トマホークの「離意犯」 *ibid*, p. 191, footnote 1. また、ローランダベの海賊事件（本案）では、機雷設置についての眞觸犯とされた「トマホーク」を眞觸の眞觸犯とする、トマホークの国際義務違反を眞觸としたが、やむを得ず本件のやうな表現で「トマホーク」を「共謀（collusion, connivance）」と表現するなどしての眞觸が眞觸犯とされる。リトルベキ判事の反対意見、*ICJ Reports*, 1949, p. 50, 21st 'ハサロハサダ'・トマホークの反対意見、*ibid*, p. 61.
- (15) 本件でトマホーク、駐在使館が襲撃を受けたが、私人的行為でないことが、襲撃以後の大使館の上級機関の継続の人員の最強力の眞觸が、国家による眞觸の眞觸が認められ、国家の行為であつて眞觸した、*op cit*, supra n. 3, paras. 57-60, 70-74.
- (16) Starke, J.G., "Imputability in International Delinquencies," *The British Year Book of International Law*, Vol. 9, 1928, p. 112.
- (17) Opinion and Decision, November 16, 1926, *The American Journal of International Law*, Vol. 21, 1927, p. 362 et seq., paras. 10, 17.

- (17) *Ibid.*, para. 20.
- (18) *Ibid.*, paras. 20-21.
- (19) 国家による事前の防止義務の違反があった場合には、私人の有害行為の結果である損害について国家が責任を負うとし、私人の有害行為の事後に国家の国際義務違反があった場合には、かかる義務違反の結果についてのみ国家が救済義務を負うとする見解について、Strisower, M.L., *Responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers, Institut de Droit International, Session de Washington 1927, Avant-Portrait de Rapport et Questionnaire*, pp. 37, 97. 一九一五年ペリー領セロニアにおけるベギス人財産に関する事件で、ハーベー仲裁裁判所は「金銭賠償の算定について」国家は「他の国との国際義務違反の結果についてのみ責任を負うのであり、私人の行為の結果については責任を負わないと」とした。Reports of International Arbitration Awards, Vol. II, pp. 636, 709-710. シューハズ事件の後続の事例について、*op cit.*, supra n. 12, p. 75, para. 16.
- (20) ハーグ法典編纂会議において、国家の見解が収集されたが、「金銭賠償は、国家の義務の不履行に起因する範囲に限定されねば」ところの問題に対する回答を肯定した国が一一一ヶ国であり、一ヶ国が、原損害も賠償範囲に含まれるかとあると回答している。他方で、「私人による有害事実に関する問題として、国家が損害を負うたたしかつて、国家の責任を認めぬか」として回答をした。アルベート・ブルーは、「損害範囲の限定は、必ずしも意識せられてはゐないが指摘せられてゐる」。Bouve, C.L., "Quelques observations sur la mesure de la réparation due en certain cas par l'état responsable," *Revue de droit international et de la législation comparée*, Tome XI, 1930, pp. 660-661. リールヤハ事件の分離意見 (*op cit.*, supra n. 16, pp. 373-374) をはじめとして、シューハズ事件の委員会決定を批判する学説は多いが、國家の行為と私人の行為との区別は支持するが、損害については、国家の行為による損害と私人の行為による損害とを区別するかと批判するものもある。Editorial Comment by Edwin Borchard, *ibid.*, pp. 517-518. 国家の事前防止義務の違反と事後の救済義務の違反とで、賠償の対象となる損害の範囲を区別すべきが恣意的であるから批判する。Brierly, J.L., *The Basis of Obligation in International Law*, Oxford, 1958, p. 159. ものの、Eagleton, C., "Une théorie au sujet du commencement de la responsabilité de l'état," *Revue de droit international et de la législation comparée*, Tome XI, 1930, p. 650 など。
- (21) 国連国際法委員会 (ILC) 国家責任法暫定条文草案 1 条に関するコメハタリー、*op cit.*, supra n. 12, pp. 72-73, paras. 9-10. ところが、草案 1 条が損害を国家責任発生要件として認めていたこととの関連で、とりわけ、金銭賠償の算定が、最初の私人による有害行為の結果として外国人が受けた損害を基準として算定されても、それは別の問題であり、国家が自らの義務違反を根拠として責任を負うことに変わりなく、私人の有害行為が国家に帰属するわけではなくなつた。ハーバードアカデミーは、私人の有害行為は、(国家の防止義務や事後の逮捕・処罰義務を現実に適用のあらむのとするところの意味で) 国家の国際義務違反の必要条件であり、したがつて、私人の有害行為の結果について、国家が救済義務を負うことは自然であるとする。ハーバードアカデミーの発想は、特定事態発生防止の義務の観念に反映されるが、この点は、後述する。
- なお、本稿では、現在の ILC の作業において変更をうけたのがあって、一九九六年までに第一稿を終えた暫定条文草案およびコメンタリーを参考する。コメンタリーは、学説としての意義を失うものではないのだが、一つの学説としての ILC 草案およびコメンタリーを参考するという趣旨から、暫定

条文草案を参照され。

- (22) Anzilotti, *Cours*, pp. 488-489 ; Strupp, *Das Delikt*, p. 34.
- (23) アンチロッチは、領域国が、領域内で行われた私人に対する刑罰を負へなければ、「責任」と定義し、この刑罰を外国に対する satisfaction とすれば、国家は、私人の行為によつて、私人の行為をやれとして、責任を負へなければならぬとする。しかし、國際義務の違反について、國際義務を負へなければ責任として正確に定義すれば、前者のような「責任」は認められないわゆる' *ibid.*, p. 489.
- (24) Ago, *Le délit*, p. 486.
- (25) ケルゼンの論理はしたがへば、「周辺的帰属」と「中心的帰属」の概念区別があり、過失によつて、國家機関の行為が国家に「帰属」するには、周辺的帰属の要因を中心的帰属の要因と解すべしといふのが批判もありうる。しかし、ケルゼンも一つの論理的可能性にすがるといふ、あた、過失を責任の根拠と認める場合に、これを責任主体への責任発生事実の帰属に結びつけむことか、論理的可能性として必然的に肯定されるねむでせぬ。Kelsen, H., "Unrecht und Unrechtsfolge in Völkerrecht," *Zeitschrift Für Öffentliches Recht*, Band XII, 1932, S. 487, 495ff.
- (26) 「本草」『國際法における過失責任主義』(東京大帝出版社 一九二一年) セセーベー著、丸一丸二譲。
- (27) Decencière-Ferrandière, *La responsabilité*, p. 77.
- (28) 過失の存在理由をみるとあるが、この点の明確な和証であつて、私人の行為が國際違法の性質をもつてゐる、國際法上は irrelevant である誤り、Strupp, *Das Delikt*, p. 32 ; Ago, *Le délit*, pp. 473-474. これがやむなく、特別の國際法規定を根拠として、私人が法主体性や行為能力を持つことは別の問題である。
- (29) 先にみたがへど、アンチロッチは、領域国が領域内に行われた犯罪について、犯罪人を処罰する義務を「責任」と定義することは不正確であるとするが、この際に、私人が國際法主体ではなくといふが、國家の責任を認める障害にはならないとしている。ところのは、家畜や奴隸の有害行為について責任は認められてゐるが、あた、國際法の主体間の関係にとって、私人の行為は、前提でしかなこからである。これは、アンチロッチは、私人が國際法主体ではなくても、有害行為を行つてゐるのであり、それに關して、國家の責任が発生しつゝあることを認めてはいるが、私人の有害行為が、それ自体として國際違法性を発生するとしているわけではない。アンチロッチにとって、國家責任の根拠となる國際違法性は、國家の國際義務違反によるものである。されば、國際違法性を認める必要はなく、Anzilotti, *Cours*, p. 489.
- (30) Cottreau, G., "Système juridique et notion responsabilité," Société française pour le droit international, Colloque de Mans, *La responsabilité dans le système international*, 1990, pp. 6-12. 国家責任は國家主権の範囲内に在るが、その範囲外に在るが、Funck-Bretano, Th. et Sorel, A., *Précis du droit des gens*, 1887, p. 225. 国家責任を領域主権の範囲外に離したり、あらざれまへば、國家責任は國際法体系に在るが、基本原理をおねじ離すが、Eagleton, C., *The Responsibility in International Law*, 1928, pp. 5-16 ; De Vischer, Ch., *La responsabilité des états*, Biblioteca Visseriana, Tome 2, 1924, p. 90. 一九二一年ペルマス島事件、*ibid.*, p. 839.

- (31) たゞやば、シカトルップによるクロティカスの加担説の論理、Strupp, *Das Delikt*, p. 33.
- (32) 個別の国際義務が、適用対象を人間の活動や人間の活動に起因する結果に限定してこそばく、もしあたり、自然災害は対象から除外される。たゞやば、国連海洋法条約の「海洋環境の汚染」の定義（一条一項《因》）は、「人間による」海洋環境への物質又はエネルギーの直接又は間接的な導入、としているし、気候変動枠組条約は、「気候変動」とは、地球大気の組成を変化させむ「人間活動に直接又は間接に起因する」気候の変化、と規定している。
- (33) ハの意味では、領域国の一般的義務を導入して、国際「違法行為」責任の成立の可能性を一般化したとは云え、それは、あくまで「違法性」を成立させる国際義務の存在を証明する論理枠組みにすれども、実質的な義務の内容は個別具体化する、拙稿、前注（5）、111—118頁。
- (34) 領域使用の管理責任原則を単独で適用して、国際義務の根拠とする所は、その違反による違法性を問題とした例について、拙稿「領域使用の管理責任原則における領域主権の相対化」山本草一先生古稀記念論文集「国家管轄権」（勁草書房、一九九八年）一八四—一八七頁。
- (35) もろん、個別の条約上で、国家と有害行為実施主体との関係を、「許可国」「監督国」「原子力施設国」などのよハニ具体的に認定する事例はある。
- (36) Christenson, G.A., "The Doctrine of Attribution in State Responsibility," Lillich, R.B., *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Charlottesville, 1983, pp. 335-337. また、Condorelli, L., *L'imputation à l'état d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances*, "Recueil des cours, 1988, pp. 103-109.
- (37) 最近の議論として、Dupuy, *op cit.*, supra n. 6.
- (38) 特定事態は、損害とは異なり、たゞやば、私人による襲撃が「特定事態」と規定されれば、襲撃の結果として、襲撃の対象に損害が発生したか否かに関わらず、「特定事態」は発生する。Yearbook of the International Law Commission, 1978, Vol. II, p. 82, para. 5. 一方で、草案三條において、国家責任の発生要件として損害(damage)を求めていたところの整合性にねじれてしまったコメハタリーを付してある。むろん、後述のように、襲撃により、襲撃の対象が、物的損害(生命・身体・財産の損害)あるいは精神損害を受けたかにかかわらず、国際法が「特定事態」の防止によって保護しようとした「法益」の侵害を取扱いながら解釈すべきである。
- なお、本稿で、一九九六年まことに第一読をおえた算定条文草案を参考する趣旨ながらのべたが、110000年に起草委員会の第一読を終えた条文草案では、義務の分類を規定する条文（一九九六年まことに第一読で採択された条文草案の「O」、「I」、「II」）を削除された。State Responsibility, Draft Articles Provisionally Adopted by the Drafting Committee on Second Reading, A/CN.4/L.600 ; Second Report on State Responsibility by James Crawford, A/CN.4/498, pp. 23-39, paras. 52-92. 110条および111条の方法・手段の義務と結果の義務に関する規定の削除理由が、学説による反対等を理由として精力的に述べられてゐるのに対して、特定事態発生防止の義務については、イギリス政府のコメハタリを参照して、かかる義務の存在については異論はないが、条文としては不必要であるという理由が挙げられてゐる。
- (39) ハの点は、UNCのコメハタリーが、一九九〇年のバーグ法典編纂会議での、私が与えた外国人の「損害」に関する国家責任の議論が、「特定事態」発生防止義務の議論の典型例であるとして述べた現れてゐる、*op cit.*, supra n. 38, pp. 83-84, paras. 8-10.

- (40) (ii) さて、本稿の趣旨とは異なり、ILOの趣旨は、結果の義務と特定事態発生防止の義務との相違を確認するにあら。つまり、特定事態の発生が直ちに義務違反・責任発生を導くのではなく、特定事態が防止されなければ、義務違反および責任が発生するのである。
- (41) もへむ、やがて述べたよへば、ILOは、損害を責任発生の独立の要件とは認めない関連させて、私人の行為が国家に帰属しないれば、からば、私人の有害行為の結果が、責任国(国家の義務違反)の根拠(ILOのよへば、責任の根拠)とされ、「別の問題」であると切りてしまえば、要件論と救済論との一貫性の意識は否定されたであら。われむ、上記のよへば、(i) および(ii) の論理によれば、責任国が、私人の有害行為による結果の義務を負へるか否かを説明するに付し、
- (42) Gattini, A., "La notion de faute à la lumière du projet de convention de la Commission du Droit International sur la responsabilité internationale," *European Journal of International Law*, 1992, pp. 257-260.
- (43) さて、国連海洋法条約第41条1項の海洋汚染による結果は、国家行為、私人の行為のいずれもが原因にならへば、「利用するものの行為による実行可能な最善の手段」・「やぐての必要な措置」として手段の規定であり、かつて、国家自身が有害行為の実施主体である場合、私人の有害行為が原因である場合は、污染発生による義務違反・國家責任が発生するのではなく、これを、過失責任を規定する解釈として、Pissillo-Mazzeschi, R., "Forms of International Responsibility for Environmental Harm," Franchioni & Scovassi eds., *International Responsibility for Environmental Harm*, London, 1991, pp. 19, 27-28; by the same author, "The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States," *German Yearbook of International Law*, Vol. 35, 1992, pp. 38, 40-41。
- (44) ハルベヘトヤニ事務所にて、田代謙の国際責任論、領域使用の管理責任原則の演進を概して、Dupuy, P.-M., "L'état et réparation des dommages catastrophique," *ibid.*, pp. 137-138; Kiss, A. Ch., "L'accident de Tchernobyl et ses conséquences au point de juridique de vue du droit international," *Annuaire française de droit international*, Vol. 32, 1986, pp. 141-144. 核実験にて、核実験事件申請請求は、核実験の結果が、環境保護を阻害しなければ、環境を保護する国際義務(スクールルル人間環境回復原則)に規定する義務、メートル条約をはじめとする個別条約上の環境保護の義務)の適用があつても、義務違反も国家性(方法・手段にてて国家に詰めねば裁量)にねじて、環境損害の発生を防止する相手の対応を伴つた措置を取つてれば、義務違反も国家責任が発生しうるべく、該事故の影響を及ぼすところ、Sands, Ph., "L'affaire des essais nucléaires II (Nouvelle-Zelande C. France) : Contribution de l'instance au droit international de l'environnement," *Revue générale de droit international*, 1997-2, pp. 468-469; Torreli, M., "La reprise des essais nucléaires française," *Annuaire français de droit international*, Vol. XLI, 1995, pp. 772-773.
- (45) もへむ、ハーバードローの説定責任は反対では、既にその國の義務を負へるかを認定するか否かを検証するが、その結果をもとに裁判せらる。Christenson, *op cit.*, supra n. 36, p. 96.

(46) 先の「ムーア事件」における委員会決定について、前注(16)参照。Wyler, E., *L'illicite et la condition des personnes privées*, Paris, 1995, pp. 274-275.

(47) アカービーは、私人の有害行為という外的事態が、国家の国際義務違反の契機となる「触媒」であるとした。*op cit.*, supra n. 12, p. 81, para. 33. ハの点は、事後救済の義務についても同様であり、「触媒」であることを法理論に転化すれば、私人の有害行為による国際法上の事実との「特定事態」という国際法上の意義とそれに伴う法的効果の付与との間にはなる。

(48) 「事後」に、有害行為を行った私人を逮捕・審理・処罰する国際義務、自然災害について、特定事態が発生した事後に、損害を受けた外国人あるいは外国に救済を付与する義務を、以下では、「事後救済」の義務とする。ハハニヒア「救済」は、私人の有害行為や、領域内や管轄・管理下に原因をもつ自然災害により損害を受けた外国人や外国人は、国内救済を与える義務のハハドあり、国家責任が発生した後の国家責任法上の救済を意味するのではない。

(49) ハの法的効果ゆえに、法実証主義の国家責任法論を否定し、加担説を支持する学説もある。Bouve, C.L., *op cit.*, supra n. 20, pp. 684-685. けれども、私人の有害行為が、国際法上の「特定事態」という要件になるゆえに、国家の防止義務や事後救済付与の義務が、現実に効力をもつ^(set in motion) ところ法的効果を認めてもなお、私人の有害行為と国家の国際義務違反とを加担説のように統合・融合しなければならない論理必然性はない。

(50) 田畠茂一郎「私人の行為による国家の国際責任」(1) 法学論叢二九巻六号、一九二八年、九六九頁。Contra. Durand, Ch., "La responsabilité internationale des états pour déni de justice," *Revue générale de droit international public*, 1931, pp. 676-698. 蔡平忠(1991), ちでに外国人に損害が発生しており、「救済」が問題となる場合に限定する見解の中には、ハの国内法制度上の「救済」による、国際法上の国家責任について、領域国が第一義務として責任を履行する、ハハア見解がある。たゞベゼ、Bagleton, "Denial of Justice in International Law," *American Journal of International Law*, Vol. 22, 1928, p. 538. 先行する損害が、国家機関によるものである場合であれば、すでに国家責任が発生している場合が多いであらうが、私人の有害行為による場合には、国家の防止義務違反を伴つてこれは国際違法行為が先行する、それがなければ、国際違法行為は先行しない。これらの類型化が厳密に行われていらないともあるが、これまでにセヨ、一回発生している国際法上の国家責任を、国内法上の救済により国際法的にも「履行」できるところ見解であれば理解しうる。ハれば、後述のように、ILC草案二二一条に対する疑問と同様である。また、私人の有害行為に関連して、国家の防止義務の懈怠があれば、その時点での国際違法行為が発生しており、かへ、後続の国内裁判救済が国際法の規律をうけるのであり、ハの国内裁判救済によつて、国家は「(国際法上の)責任」を「免れる」とがであゆとハア見解がある。De Vischcer, "Le déni de justice," *Recueil des cours*, 1935-II, pp. 431. ハハニヒア「国際法上の責任」が、特定事態発生防止の義務違反による責任とは区別して、事後救済付与の義務の違反による責任のみを意味しうるであれば、本稿と同様である。

(51) 裁判拒否の定義を検証する文献は多いが、たゞベゼ、Fitzmaurice, G., "The Meaning of the Term 'Denial of Justice,'" *The British Year Book of International Law*, Vol. 32, 1932, pp. 93-112.

(52) ハハニヒアによれば、草案二二一条二項で、結果の義務の一環として「一回」国際法に適合しない状況が出現しても、後続の行為により回

- 種の結果が達成されれば国際義務違反にならないという趣旨の規定をおも、「一一一」条で、国内救済原則についての実体説を反映した規定をおいてある。これらの規定も、最初の「国際法に適合しない状況」は、国家自身の行為により創出されたことを想定してある。*Yearbook of The International Law Commission*, 1977, p. 30, para. 1. 同様の趣旨は、草案一二五条三項の複合行為 complex acts の規定についても反映されており、*op cit.*, supra n. 38, p. 94, para. 15. しかし、国内救済原則についての規定一二一一条は、「結果の義務」に限してのみ適用があるとしている。*Yearbook of the ILC*, 1977, pp. 49-50, para. 57. もう少し、これらの規定群に対しては、もう少し、最初の「国際法に適合しない状況」によつて、国際義務違反と国家責任の発生を認めなさいとは、草案一、二二条と抵触するところた批判も多い。Dupuy, *op cit.*, supra n. 6, p. 383. かくて述べたように、一九〇〇年に起草委員会が第一稿を終了して採択した草案では、一二〇、一一一条は削除され、一二一一条の国内救済原則に関する規定は、四五条の「請求の受理可能性」と題する規定として、第一部に規定された。*op cit.*, supra n. 38. 暫定条文草案一二五条二項の区別は、一九〇〇年の条文草案では失われ、「五条二項の趣旨を反映する修正条文が残されている。*ibid.*
- (53) 先に述べたように、「特定事態発生防止の義務」も、結果の義務の一環であるとはされるが(*op cit.*, supra n. 38, p. 85, paras. 15-16.)、「結果の義務」とは、最初の有害行為の実施主体が異なり（「結果の義務」では、国家が実施主体であり、「特定事態発生防止の義務」では、国家が関与しない原因である）、特定事態発生防止の義務には、先の一二一一条の適用はない。二六条は、特定事態が発生してこれが継続する限り、国際違法状態が継続すると規定している。これは、防止義務の違反と特定事態の発生により違法が成立するが、特定事態が継続する限り、その違法も継続するという趣旨である。特定事態と国家による事後救済付与との関連について、事後救済が付与されれば、特定事態が消滅して原状が回復され、違法性が消滅する、といった趣旨ではない。
- (54) 先にみたように、ILC草案では、一二一一条および一二二条の規定は、結果の義務についてのみの規定であり、原初の有害行為が、自身の行為の場合に限るとしている。二五条二項の複合国際違法行為の定義においても同様である。他方で、特定事態発生防止の義務違反があれば、違法が成立するのであり、この点で、ILC草案は論理的整合性を維持していると言える。
- (55) 大使館事件、*op cit.*, supra n. 3, paras. 61, 67-68; ニカラグア事件、*op cit.*, supra n. 3, paras. 255-256.
- (56) この点との関連で、国際法が、国内法上の法益を指定してくるときには、「国際法が指定してある」という形式的根拠においては、法益は国際法上の法益であるところとはできるが、実質的には国内法上の法益となる。しかし、かかる国際法規則の解釈が容易ではない場合もある。たとえば、シシリーユニバーサル電子工業会社事件で、紛争当事国間の友好通商航海条約三条が、「締約国領域の適用のある法律や規則にしたがって」締約国国民が、企業を組織・管理・運営することを許可される、という規定をおいていた。イタリアは、「締約国領域の適用のある法律や規則にしたがって」という文言に依拠して、アメリカ国民は、当該条項によって、(イタリア法上で)イタリア企業における株主のもつ権利を越える権利を付与されてくるわけではないと主張した。しかし、ICOJ裁判部は、アメリカ人株主の、企業を管理・運営する権利に関して、イタリアによる徵用は、国内法上は合法であっても国際法（条約）上は違法であるとして、アメリカ人株主の権利侵害の可能性を認めた。もつとも、結論としては、アメリカが因果関係の立証に成功していないとして、ICOJ裁判部は、条約違反を認めなかつた。*op cit.*, supra n. 3, paras. 68, 71-73, 101. また、条約上の「恣意的で差別的な措置」があつたかの認定において、裁判部は、同様に、国内法上違法の認定があつて

- (5) 国際法上の故意性の判断 (indication) となるとした上で、当然に国際法上の「故意犯」であつた違法行為の結果を導くものではないとする。この点よりいっては、国際法上は、国家は国内法を根拠として個別の行為の非道徳化をせかねばならぬから、原則（国際法の場面における国際法優位の原則）に照らすと、国内裁判所が、外国人に侵害を加える行為を違法といふ認定を行つた事実を、国際法（条約）違反の根拠としては充分ではあるが、実質的には、国内法に優位にはない、しかし指摘がある。Thirlway, H., *The Law and Procedure of the International Court of Justice 1970-1989, The British Year Book of International Law*, 1989, vol. 60, pp. 116-117.
- (6) Anzilotti, "La responsabilité internationale des états à raison des dommages sufferts par des étrangers," *Revue générale de droit international public*, 1906, Tome XIII, pp. 24-2; contra. Durand, *op cit.*, supra n. 50, pp. 696, 734-735. 一方で、国際法と国内法は相互に独立して存在する。したがって、国際法や裁判機関の行為が国際法に適切でない場合、「推定」がさだへんとして、国際法や裁判機関の行為（裁判結果）が、「推定」が最も確実である。「推定」や「誤解」や「誤解」が「推定」が最も確実である。国内裁判所判決は、国際義務に適合的である。「推定」が最も確実である。De Visscher, *op cit.*, supra n. 50, pp. 375-379, 394. 誤解事例の分析として、Eagleton, C., "L'épuisement des recours internes et déni de justice, d'après certaines decisions récents," *Revue de droit international et législation comparée*, 1935, Tome XVI, pp. 509 et seq.
- (7) やドリミナ・ヘンロハの「國家に対する損害」（損害失権）に対する抗議の問題として、Marek, *op cit.*, supra. n. 2, pp. 10-12.
- (8) *PCIJ Series A*, Vol. 2, Judgment No. 2, p. 12. 本件では、権威的テザベームをもつて訴訟を行なった被訴（マガロヴィチ・マベニヒ）"lesés" が表記される。被訴が「被訴」（injured）と表記されるが、これでは、おもに、マガロヴィチ・マベニヒが損害をうけたんだから、「被訴」を表すべきである。国際法上は、国家法上は、英國「人」が「被相處罰」（injuria）を被ったか否かは意義をもたない。誤解による。Bagge, A., "Intervention on the Ground of Damage Caused to Nationals, with Particular Reference to Exhaustion of Local Remedies and the Rights of Shareholders," *The British Year Book of International Law*, Vol. 34, 1958, p. 164.
- (9) *PCIJ Series A*, Vol. 3, Judgment No. 13, p. 28.
- (10) *ICJ Reports*, 1970, para. 85.
- (11) 本件では、アメリカが、条約違反は国家自身による権利侵害であり、国内救済原則の適用はならないと主張した。ICOJ裁判官は、アメリカ企業は闇やみ条約違反を含む紛争から区別され独立した。（アメリカが申立てたのは、条約違反を含む紛争は存在せず、アメリカの請求を全体として特徴づけていたのである。）アメリカ企業が受けた法益侵害であるとした、*op cit.*, supra n. 3, paras. 51-52. いのちのところ、ICOJ裁判官部は、原告国家は固有の権利侵害を含む紛争と原告国民の法益侵害を含む紛争との区別を堅持したが、その理由は、本件の請求根拠としての国家の固有の権利侵害を拒むべきだとされたのである。前段ふうして、国際法判断が存在しないことは、他の事例と同様である。Stern, B., "La protection diplomatique des investissements internationaux de Barcelona Traction a Elettronica Sicula ou les glissements

progressifs de l'analyse," *Journal du droit international*, 1990, p. 938.

(63) *Op cit.*, supra n. 60, p. 28.

(64) Ibid. ものと、ホルダーカ工場事件（本案）でも、私人の損害を算定基準として認めており、「私人の損害について算定した救済が行われるかしないか」損害が国家に発生して「本質はかわらないとしているのにに対して、それならば、なぜ、私人の損害が「算定根拠」にならぬのか、」との疑問が提起されてくる。外国「人」の「法益」侵害は、国内法上の「れどしがなこと」前提をP.C.I.R.がもつてゐるかいかねば、」のよいた疑問は、自然ではある。Dubois, L., "La distinction entre de l'état réclamant et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique, à propos de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 14 juin 1977," *Revue critique de droit international privé*, 1978, Tome 67, p. 624. これは、ホルダーカ工場事件（管轄権、一九一七年七月十六日判決）「インターハンブル事件」（シリー電子工業会社事件）で、皿田氏の法益侵害を根拠とする請求と、国家に固有の法益侵害を根拠とする請求との区別を認めないとおこない、P.C.I.R.によびICJによる一貫して厳格な態度をとつてゐるのも関連する。太寿堂鼎「国内的救済原則の適用の限界」法学論叢七六巻1・1号、八一—八二頁。このした厳格な態度が、実質的には両者の区別の否定を意味するのであれば、裁判所が前提とする、私人と国家の法益損害とその根拠法を区別する「」論の立場が意義をもたなくなれる。しかし批判がありうるかのである。これは、一方で、国家に固有の法益侵害の内容の確立と、他方で、P.C.I.R.は検討してこねむかに、私人の「法益」侵害が、国際法上の「法益」侵害でもあることを明確にすべきによつて解消されるべきである。前者については、拙稿、「國家責任法における『一般利益』概念適用の限界」国際法外交雑誌九四巻四号（一頁五二）。

(65) *Op cit.*, supra n. 61, para. 35.

(66) ものと、条約の規定については、条約解釈が争点にならないわけではある。シリード電子工業会社事件については、前注（56）参照。

(67) PCJ Series A/B, Fascicule N. 63, pp. 88.

(68) *Op cit.*, supra n. 61, para. 46. これは、企業に対しては「権利」侵害が発生していなくても、同企業の株主に、単なる利益への侵害ではなべ、株主の「権利」に対する侵害が発生していなければ、株主の国籍国の外交保護権の行使は認められることこれが文脈である。

(69) *Op cit.*, supra n. 68, pp. 68, 81-82. 「既得権の侵害」の申し立てに対しても、ベルギーは、やむを得ず「私的利息（private interests）」に侵害があつたとして、既得権に対する侵害は発生してこな」と主張した。ibid., p. 82.

(70) Ibid., p. 85. ハンチロハチは、個別意見において、本件では事実認定が重視られるべきであり事実調査の必要があつたと指摘した上で、事実によつて証明があれば、ベルギーの条約違反の有無に関する次に結論となるとした。「事実上の独立」によつて、チノの企業を含む他企業が

事実上操業をもくなつても、権利への侵害は受けではないかもしない。しかし、条約上の「航行の自由」は、(i) 航行の自由、(ii) 人や貨物の輸送の自由を含み、ベルギーの措置が、自由移動は制限していなこととしても、経済的にこの自由の価値をなくならしめるような措置であれば、それは、条約の保護する自由の侵害であり、条約違反である、という条約解釈である。ibid., pp. 111-112.

(71) Ibid., pp. 88-89. 「私人の既得権を保護する」ところ国際法原則を適用するに際しては、「既得権」の存在を前提とするが、「既得権を保護する」義務を適用するにかぎらぬ。しかしながらすれば、本件で、「既得権」に該当する権利の侵害は存在しないのだ、国際義務違反がない。

この「権利」が行われたが、その他の母立つれば「権利」が「既得権」として認められる場合とは、「既得権」を保護する国際義務を負はねること解すれば、義務違反ではなく、国際義務の、少なからぬ適用の、不存在を認定されることはなる。この点については、バルセロナ裁判所へ事件について、あいだめて検討する。

- (72) Thirlway, *op cit.*, supra n., 56, p. 119. いわば、ペーベル判事の反対意見における、「やがて獲得してえた」権利に対する侵害が議論された。即ち、「やがて獲得してえた」のが、並んで、国内法上の権利であらざる見解である。ペーベル判事の反対意見は、*op cit.*, supra n. 67, pp. 121-122.
- (73) *Op cit.*, supra n., 61, paras. 35-36.
- (74) *Ibid.*, para 33. ハンニ平事介離意見、*ibid.*, II. paras. 5-6, 7-8; ハイシシヤーハ平事介離意見、*ibid.*, foot note 2.
- (75) *Ibid.*, Judgment para. 38. 国際法の母立つて、「ハベタマハト平事介離意見」*ibid.*, paras. 3-4; 田中平事介離意見、*ibid.*, p. 131. なお、ハベタマハト平事介離意見を基礎として国内法を参照するといふを指すと云ふ。国際法上の概念や規則を国際法平事介離法の、国際法の解釈に據つていた実質的な操作などについての後に検討する。
- (76) *Ibid.*, Judgment para. 50. ハドリード一ダガ、国内法を認識 (take cognizance of) したが、国際法が、特定の国内法との一致ではない、諸体系による一般的な取扱われた規則 (generally accepted by municipal legal systems) く該該条項の強調) についての検討である。
- (77) Thirlway, *op cit.*, supra n. 56, p. 122.
- (78) *Op cit.*, supra n. 61, pp. 25-26.
- (79) ハンニ平事介離意見をもつて一般原則を導くに於ける接觸について、Thirlway, *op cit.*, supra n. 56, pp. 121-122.
- (80) グロ平事介離意見、*ibid.*, paras. 9-10.
- (81) ハンニ平事介離意見、*ibid.*, III. para. 4.
- (82) Thirlway, *op cit.*, supra n. 56, p. 125.
- (83) 田中平事介離意見、*op cit.*, supra n. 61, p. 121; ハンニ平事介離意見、*ibid.*, paras. 15-17; ハロ平事介離意見、*ibid.*, paras. 12, 16, 18.
- (84) ハヤタミヤーハ平事介離意見、*ibid.*, paras. 5, 23-25.
- (85) Parry, C., "Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law," *Reueil des cours*, 1956-II, Tome 90, p. 689.
- (86) *Op cit.*, supra n. 16, paras. 23-24, 11—22. ハンニ平事介離意見、*ibid.*, pp. 371, 380. 類似の問題状況をもつて事件として、ハーバード平事介離意見、*Reports of International Arbitration Awards* vol. VII, pp. 34-35.
- (87) *Op cit.*, supra n. 16, pp. 369-370.
- (88) *Ibid.*, p. 518.

- (89) *Op cit.*, supra n. 20, pp. 157-158.
- (90) バニヤロナム・クハマハ事件でも、株主の権利の根拠を国際法による見解は、同時に、それが国家自身の経済的・財政的利益であることを強調している。『ハキナト判事分離意見』*op. cit.*, supra n. 61, paras. 37, 61-63. 多数意見は、本件をそのよう理解する」とを、明白に否定している。*ibid.*, Judgment, para. 87. 『ハーベス事件』のよべた状況では、殺害が領域国の義務違反によつて生じたとはこえないものであるから、「(西国領の法益侵害を憲法だ) 国家の法益侵害」が、全く根拠を失つたであら、この事例で国家責任を認めるために「法益侵害を國家責任の独立の要件とする」とする見解もある。Reuter, P., "Le dommage comme condition de la responsabilité internationale", *Estudios de Derecho Internacional, Homenaje al Professor Mijail de La Muelha*, Madrid, 1979, Vol. II, p. 841.
- (91) 亜世かいれいの弁説は、委員会が私人の有害行為（の結果）や、責任国の賠償義務の対象からの区別したるを批判している。前注(8)参照。つまり、法益の根拠が国際法であることを強調する亜世は、法益の内容についても、国家が「特定事態」について国内救済を付与しないべきだ、救済がないと「特定事態（おもろいの結果）」や「国際法上の」法益侵害であると解してゐる。
- (92) Bouve, *op cit.*, supra n. 20, pp. 683-684.
- (93) 「監視」と「監視の凶房」を認識しならぬか和かは別として、特定事態発生防止の義務については、国家の国際義務違反によつて法益侵害をうかねるは、論理的では、私人の有害行為の監視ではなく、国家が防止しなかつた時既である。Contra. Eagleton, *op cit.*, supra n. 20, pp. 653-658. 国際上、「抜き」の不成功と特定事態発生の監視の凶房を否定すれば、上記の一連の草案第16条の規定となる。前注(53)参照。
- (94) Pisillo-Mazzeschi, *op cit.*, supra n. 43 (The Due Diligence Rule.), p. 23 et seq.
- (95) ヘットガーム事件（本案）も、一〇一ヶ、国内法の決定ある国難も、国際法上での交保護権の行使の要件として他国に反抗するためには、国際法上の要件を満たす必要があらんとした論理の同様である。ICJ Reports, 1955, pp. 20-21.