

# 裁判拒否と国内救済完了原則との関係

湯山智之\*

## 目次

はじめに

- 1 実体的義務の違反と手続的条件の違い
  - 2 先行する国際違法行為に付随するか国際違法行為そのものであるか
  - 3 国内救済の（救済を得られなかった）完了と裁判拒否
  - 4 国内救済完了原則の例外と裁判拒否
  - 5 裁判拒否に対する国内救済完了原則の適用
- 結論に代えて

## はじめに

(1) 本稿は、国際法上の裁判拒否 (denial of justice) と国内救済完了原則 (the rule of exhaustion of local remedies)<sup>1)</sup> の概念的関係について検討を加え、両者の異同を明らかにしようとするものである。筆者は、別稿において裁判拒否の概念について包括的に検討を行った。裁判拒否を専門的に取り扱った学説において有力な定義は、裁判拒否を裁判所の行為に限定せず、広い意味の国家の司法機能の行使に関わる違法行為とする<sup>2)</sup>。本稿は、裁判拒否概念の検討を補足するものとして、歴史的に一体のものとして発展し、現代では別個の概念とされているものの密接に関連する両者の関係を、様々な側面から整理するものである。

(2) 国内救済完了原則とは、一国による外交的保護権の行使、すなわち自国民の被害を取り上げて他国に請求することは、当該国民が被請求国においてあらゆる救済手段を尽くしてもなお救済が得られない場合に限り認

---

\* ゆやま・ともゆき 立命館大学法学部教授

められるというものである<sup>3)</sup>。

国連国際法委員会（以下 ILC）の「国際違法行為に対する国の責任に関する条文」（以下、国家責任条文）44条は、「請求がそれに国内救済完了原則が適用されるものであり、及びいかなる利用可能でかつ実効的な国内救済も完了されていない場合」には、国の責任は援用されえないと規定する<sup>4)</sup>。同じく ILC が2006年に採択した「外交的保護に関する条文」（以下、外交的保護条文<sup>5)</sup>）の14条1項は、「国は、国民……に対する被害に関して、被害を受けた者が……あらゆる国内救済を完了する前に、国際請求を提起することはできない」と規定する<sup>6)</sup>。国内救済完了原則は、国籍継続原則とともに、被害者の国籍国が外交的保護権を行使するための前提条件である。

国際司法裁判所は、いくつかの判決で、当該原則が、国が自国民の被害を取り上げて請求する場合はつねに適用され<sup>7)</sup>、そして、請求の受理可能性の問題に属し、国際慣習法の重要な原則であって、明文の意図がない限り適用除外されえないものであり、また、国際請求と実質が同一である国内救済が尽くされたことを請求国が証明すれば、なお尽くすべき国内救済があることの証明責任は被請求国側にあると判示してきた<sup>8)</sup>。

国内救済完了原則の存在理由について様々な説明がなされている。第一に、もっともよく挙げられるのが、国際請求が提起される前に、被請求国に自身の法体系内で国際違法行為を是正する機会を保障することである。例えば、国際司法裁判所は、インターハンデル事件判決において、「そのような状況において、国際裁判所に援用がなされる前に、そこで違反が起きた国が自身の国内体系の枠内で、自身の手段によってそれを是正する機会を持つべきであることが必要とみなされてきた」と述べた<sup>9)</sup>。

この根拠の前提には、国家の主権と独立の尊重、及び国家の国内法体系の適切性または国際法適合性の推定がある。しばしば参照される、Borchard が挙げる国内救済原則の五つの理由の第二は、現地裁判所が正義をなしうるとの推定に基づき、主権と独立の権利は、領域国に裁判所が

干渉から自由であるよう要求することを保障することである<sup>10)</sup>。

Freeman も、本原則の主たる意義を、被害が領域国で生じたがゆえに、現地の主権者は、外国が苦情を提起する前に自ら請求の根拠を確かめる最初の機会が与えられなければならないことに求める。損害が国際法の違反によって生じたとされる場合、公平の要請により、請求によって提起された法と事実の様々な点を自身の裁判所において検討し、必要なら責任を解除する権利を許されなければならない。他方で、事案が国際法違反に基づかない場合、領域国は、国内法上その権限内にあるすべての問題を評価する権利を有する。この権利は、国内組織の国際法の要求への合致の推定が裁判拒否によって覆されない限り存続するという<sup>11)</sup>。

二番目に原則の根拠として参照されるものとして、外交的保護並びに国際紛争及び国際裁判の抑制、具体的には私人と国家の紛争を容易に国家間の紛争に転嫁せしめないことがある。Borchard の第三の理由は、苦情を申し立てる外国人の本国政府は、加害国政府に自身の正規の方法で当該外国人を正当に扱う機会を与え、それによって、可能であれば国際的な議論を避けなければならないというものである<sup>12)</sup>。

Freeman も、現地裁判所による手続が外国人に有利な判決に至れば、国際的な行動を不必要にすること、そして、国内手続の過程において明らかにされる事実が外国政府の介入を抑止しうることを指摘する。彼は、国内救済完了原則が、国家間の摩擦の減少という結果をもたらし、国内裁判所の活動により国際裁判所の負担を緩和する実際的な有用性があると述べる<sup>13)</sup>。Brownlie は、外交的保護レベルでの少額請求 (small claims) の増大を避ける必要を指摘する<sup>14)</sup>。

第三に、被害の発生した現地の裁判所における解決が、事実の認定、手続の費用、及び手続にかかる時間などの点で国際裁判所より適切であるといった実際の考慮も、国内救済原則の根拠として挙げられる<sup>15)</sup>。

Brownlie は、国内救済原則が、国際法からの論理的必然ではなく、実際の及び政治的考慮によって正当化されると述べ、そのような考慮とし

て、個人及び企業の請求に対するフォーラムとして国内裁判所がより適切で便利であること、及び事実の精査及び損害の評価にいたりうる手続の有用性を挙げている<sup>16)</sup>。

これらの考慮が国内救済原則の理由として挙げられているが、より本質的な意義は別にあると思われる。すなわち、外国人の被請求国の領域への所在といった、外国人が任意で被請求国の管轄権に服したという事情である。違法行為を是正する機会の保障や国際紛争の抑制の要請といった考慮だけでは、在留外国人の被害の場合にのみ国内救済原則が適用され、それ以外の国際法違反には適用されないことを説明できない。国内法体系の適切性または国際法適合性の推定も、それだけでは、外国人に国内救済の完了を要求する根拠とはなりえない。

Borchard は、「それによって外国人は居住する国の現地の法に黙示に従い及び服するとみなされるところの国際法の原則は、そのコロラリーとして、その権利の侵害に対する救済は現地の裁判所に求めなければならないことを含意する」と述べ、この原則の理由の第一として、外国に赴く市民は違法行為に対して現地の法の与える救済手段を考慮に入れるものと推定されることを挙げる<sup>17)</sup>。

国内救済原則は、被害を受けた外国人と被請求国との間の「任意の関係 (voluntary link)」の存在を前提としているとの指摘がなされる<sup>18)</sup>。外国人は、被請求国の管轄権に服することに同意したがゆえに、被請求国に対する苦情の救済を、まず当該国の法体系の中で求めなければならない、換言すれば、被請求国は、自国と任意の関係を持った外国人の被害については、本国からの請求の前に、自らの法体系内で是正する機会を許されるとの考慮である。

この考慮は、Borchard の指摘にもあるように、まずは、外国人が他国に居住する以上は、在留国の法と裁判制度を尊重しなければならないという形で、領域での居住の事実が力点が置かれた。しかし、実行においては、外国人が被請求国の領域内に居住または任意で物理的に所在する場合

に限られず、被請求国内に外国人の財産が所在する場合、領域内で事業活動を実施する場合、及び外国人が被請求国と契約を締結した場合などにも、国内救済原則が適用されまたは適用が主張された<sup>19)</sup>。自らの意思によって被請求国と関係を持ったことが国内救済原則の適用の前提であり、外国人が任意に被請求国の法及び管轄権に従った事実がこの原則の基礎にあるといえる<sup>20)</sup>。

なお、外交的保護条文は、この任意の関係の前提を国内救済原則の例外事由として位置づけた。同条文15条(c)は、「被害の日において、被害を受けた者と責任があると主張される国との間にいかなる関連する関係 (relevant connection) もない」場合、国内救済を完了する必要はないと規定した<sup>21)</sup>。ILC によれば、その具体例として、他国からの環境汚染、放射能汚染及び宇宙物体落下による財産の被害の事例や、他国の領空で墜落された航空機に搭乗していた者の被害の事例が想定されるという。また、任意の関係の根拠は、外国にある外国人が、被害を受けた場合に領域国での裁判に服することの危険を自らの行為により引き受けたことにあり、国内救済完了が期待されるのは、外国人が自ら任意で被請求国の管轄権に服した場合のみであるという<sup>22)</sup>。本例外は、国内救済原則の存在理由に関わる、いわば内在的な例外と考えるべきである<sup>23)</sup>。

(3) 裁判拒否と国内救済完了原則は、歴史的には一体として、いわばコインの両面として発展してきた<sup>24)</sup>。私的復讐の時代において、外国人が被害を受けた場合、現地の主権者に救済を求め、「裁判拒否」、すなわち救済が得られなかった場合に復讐を行うことができた。後に復讐の制度が外交的保護の制度に取って代わられた際も、なお裁判拒否と国内救済完了原則は一体のものであり、外交的保護の前提条件である「裁判拒否」に、被害を受けた外国人が国内救済手段を試みて不成功に終わったことが含意されていた。

後の時代になって、学説による国家と私人の関係や国家責任理論の構築により、両者の異同が整理されるようになった<sup>25)</sup>。すなわち、国内救済

原則は外交的保護の条件としての、被害を受けた私人が被害を受けた領域国の利用可能な国内救済手段を尽くしてもなお被害の救済が得られなかったことを意味するのに対し、裁判拒否は在留外国人に関する司法運営の欠陥を意味するようになった。

別個の概念であるとはいえ、現代においても両者は適用対象が重複しており、混同が生じている<sup>26)</sup>。そこで本稿では、両者の性格の違い、それぞれの最初の違法行為との関係、国内救済の完了と裁判拒否の関係、完了原則の例外と裁判拒否、及び裁判拒否に対する国内救済原則の適用の点から、両者の関係を整理してゆくこととしたい。

## 1 実体的義務の違反と手続的条件の違い

基本的な差異として、裁判拒否が実体的義務の問題であるのに対し、国内救済完了原則は、外交的保護の形式での国家責任追及の手続的条件である<sup>27)</sup>。すなわち、一方で、裁判拒否は、外国人に関する司法的待遇の欠如という実体的義務の違反であり、国家責任の淵源となる国際違法行為である。

他方で、国内救済原則には、手続説と実体説の対立がある<sup>28)</sup>。手続説は、国内救済原則が、すでに発生した一定の国家責任（外国人の待遇に関する国際違法行為）を追及するための手続的条件である、換言すれば、最初の（国際法に違反する）被害の時点で被請求国の責任は発生しているが、被害者たる私人が国内救済を完了するまでは、本国は外交的保護権を行使できないとするものであり、有力な見解となっている<sup>29)</sup>。

他方、実体説、すなわち、国際義務に違反する最初の被害の時点では被請求国の責任は発生しておらず、国内救済が完了されてはじめて国際責任が生じるとの立場は、少数説にとどまっている。「裁判拒否」に表徴される国内救済の完了を外交的保護の前提条件としていた観念の残滓であるとみることもできる<sup>30)</sup>。

実体説は、(原則の根拠でもある) 国家の主権と独立の尊重、責任の発生と追及(外交的保護)の権利の一致、二元論に由来する国内法上の責任と国際法上の責任の区別、下級公務員や私人の行為を国に帰属させる必要などを、その根拠として挙げている<sup>31)</sup>。

国家責任条文の第1読の特別報告者 Ago は、責任の発生時点の決定に関連して、外国人の待遇に関する義務は、彼の義務の分類論における「結果の義務」(国家に特定の結果の達成を要求し、国家が最終的に当該結果を達成しない場合に初めて違反ありとされる義務)であって、外国人が義務の要求する待遇を得られないまま国内救済を完了した場合にのみ義務違反が発生するとした<sup>32)</sup>。しかし、条文の最終草案では義務の分類論が採用されなかったため、同条文では手続説か実質説かについて立場が表明されないまま終わった(原則自体は44条(b)に規定されている)。

両説の中間説(混合説とも呼ばれる)として、国内救済の完了は一般的には外交的保護の手続的条件であるが、それに対して司法的救済を求めるところの被害が純粋な国内法違反であって、責任が司法的保護を付与する国際義務に違反する司法機関の行為(すなわち裁判拒否)から生じる場合、国内救済原則は実体的であるとする見解もある。

代表的な論者である Fawcett は、外国人の被害が国際法違反であるか被請求国の国内法の違反であるかによって区別する。まず、被害が国際法違反であるが国内法違反ではない場合(例えばアパルトヘイト)、そもそも国内手続に訴える必要はない。次に、被害が国際法と国内法の両方に違反する場合、国内救済の完了は純粋に外交的保護の手続的条件である。第三に、被害が国内法違反であって国際法違反ではない場合、外交的保護は認められないが、外国人が被害の救済を求める国内手続の過程において、被請求国の司法機関によって裁判拒否を受けた場合に、初めて外交的保護権を行使できる。したがって、この場合、国内救済の完了は実体的条件であるという<sup>33)</sup>。この立場は、ILC の外交的保護条文の特別報告者 Dugard によって採用されたが、異論も多く最終草案には反映されなかった<sup>34)</sup>。



Freeman も、国内救済原則が「準実体的（quasi-substantive）」な場合があると述べている。具体的には、私人の行為により被害を受けた外国人が当該私人を相手に民事訴訟を提起し、裁判拒否があつて最終的に敗訴した場合、それによって国の責任が発生するので、国内救済の完了が、一方で（私人による）最初の違法行為に対しては手続的であるが、他方で実体的な国家責任の原因であるという<sup>35)</sup>。このように、国内法上の責任と国際法上の責任を区別して、外国人の被害が単なる国内法違反である場合、責任追及の過程で裁判拒否を受けた場合に外交的保護権を行使できるとの見解はしばしば見受けられる<sup>36)</sup>。

このように諸説あるが、結論としては、国内救済原則は外交的保護の手続的条件であると考えられる。国際判例において、国内救済完了の争点が請求の受理可能性の事項、すなわち裁判の本案に先行する手続上の先決的問題として扱われている<sup>37)</sup>からというだけでなく、先にみたように国内救済原則は、責任の実体とは無関係な実際の便宜的な考慮から設けられた規則であつて、論理的にも手続的性格であるとするのが妥当である<sup>38)</sup>。また、実体説は、救済の非実効性などの原則の例外に該当する場合や原則が放棄された場合に、国内救済未完了にもかかわらず責任が発生することを的確に説明することができない<sup>39)</sup>。ゆえに、国家責任は、外国人が受けた最初の国際違法行為によってすでに発生し、国内救済完了は、本国の外交的保護権行使の手続的条件である。

なお、国内法違反の被害に対する救済追求の過程で裁判拒否が発生した場合に、国内救済完了が実体的であるとする、Fawcett の見解は妥当ではない。なぜなら、それは、国内救済原則の問題ではないからである。ここで想定されている国内救済の対象となっている、先行する被害は、国内法に違反するにとどまり、国際法違反ではないので、その救済を求める手続は同原則の適用される手続ではない<sup>40)</sup>。ゆえに、国内救済の完了が責任の実体的条件であるか否かという問題に関係を持たない。さらに、裁判拒否も国際違法行為の一つであり、それに対して外交的保護権が行使できる



のは自明であるので、この場合のみを特別扱いする必要はない<sup>41)</sup>。

この見解は、上記の場合を、裁判拒否が国内救済原則の例外であるので、裁判拒否の時点で国内救済が完了している、特殊な事例であると認識している。裁判拒否が発生すれば国内救済の完了を要しない、または裁判拒否自体が国内救済の完了を含んでいるという立場をとれば別であるが、後述するようにこれらの前提には誤りがある。

中間説が主張するような形で、国内救済原則に裁判拒否を関連づけることには問題がある。国内救済原則に裁判拒否を関連づける Dugard の姿勢に対して、ILC の一部の委員は両者の違い、特に裁判拒否が実体的な主題であることを指摘して反対した<sup>42)</sup>。責任の追及の手続的条件である国内救済原則に、裁判拒否という、責任の実質に関する次元の異なる概念を持ち込むことは問題である。

Freeman が指摘するような、最初の被害が国際違法行為ではない場合に、(裁判拒否なしに) 成功しなかった国内救済の完了が、国際違法行為成立の実体的条件となる場合も存在しうるであろう。しかし、それは、特定の一次規則の内容の問題であって、国内救済原則が一般的に実体的条件であることを意味するものではない<sup>43)</sup>。

これとは別に、主として国家責任法の文脈で語られる一次規則（実体的な義務）と二次規則（責任の規則）の区別からいえば、裁判拒否は一次規則に属し、国内救済原則は二次規則に属する。この点からも国内救済原則に裁判拒否を関連づけるべきではない<sup>44)</sup>。

## 2 先行する国際違法行為に付随するか 国際違法行為そのものであるか

国内救済完了原則は、定義上、国内手続に先行する違法行為の存在を前提としている。すなわち最初の違法行為 (original wrong) の存在である。しかも、この最初の違法行為は、国際違法行為、すなわちそれ自体、国の

責任を伴う行為であり、より詳細には当該国に帰属しかつ国際義務違反となる行為でなければならない<sup>45)</sup>。

国内救済原則の対象となる手続は、外国人が、原告として被請求国の政府または政府機関を相手取って先行国際違法行為からの救済を求める手続であろう（外国人を被告人とする刑事手続が完了原則の対象となる手続である場合もありうる）。外国人が政府を相手取って救済を求めている場合でも、対象となる行為が国際違法行為でないのであれば、その手続は国内救済原則によって、外交的保護の前提条件として完了することを要求された手続ではない<sup>46)</sup>。外国人が原告して出訴した場合でも、被告が私人であって、その行為に対する救済を求める手続も同様である。最初の被害が国際違法行為でないのであるから、外交的保護の問題は生じないし、国内救済原則の対象にもならない。

これに対して、裁判拒否は、それ自体、国際違法行為であって、最初の国際違法行為の存在を前提としない。裁判拒否は、別稿で論じたように、外国人の司法的待遇における欠陥として定義されるもので、外国人が先行する国際違法行為からの救済を求める手続であるかを問わない、広い射程を持ったものである。外国人が先行する国際違法行為の救済を原告として求める手続以外の手続においても生じうる。被請求国の政府を被告として、それ自体国際法違反ではない行為からの救済を求める手続や、原告であっても私人を被告として出訴する手続の中でも発生する（請求に真正な根拠が存在しない場合にも発生しうる）。さらに、裁判拒否は、外国人が原告であるか被告であるかを問わず、受けた被害からの救済を求めている場合、外国人が被告として訴えられる場合、外国人が刑事手続の被疑者または被告人である場合にも発生しうる。

裁判拒否は、最初の被害（国内法違反であれ国際法違反であれ）の救済を求める国内手続に関わらない、広い射程を持ったものである。Fawcett や Dugard のように国内救済原則に裁判拒否を関連づけることは、この点からも適当ではない<sup>47)</sup>。

裁判拒否の事例の大半において、裁判拒否は最初のかつ唯一の国際違法行為である<sup>48)</sup>。前節でも述べたように、それ自体国際法違反ではない被害からの救済を求める過程で裁判拒否を受ければ、国家責任の問題が生じるが、それは、国内救済完了が責任の実体的要件であるからではなく、裁判拒否という最初の国際違法行為が発生したからである。国際義務の違反ではない最初の被害は、国際法の観点からは真の被害ではないので国家責任の問題に無関係である。

外国人が先行する国際違法行為からの救済を求めて出訴した場合において、当該救済手続において裁判拒否を受けた場合は、国内救済完了原則と裁判拒否が関連する。最初の国際違法行為と、救済手続における裁判拒否という第二の国際違法行為と、責任の根拠が重複・競合して存在することになる<sup>49)</sup>。この場合に、両者を混同すべきではないし、最初の違法行為が裁判拒否に包摂あるいは解消されると考えるべきではない<sup>50)</sup>。

後述するように、裁判拒否を構成する行為に対して上訴その他の救済の手段が存在しているならば、国内救済原則に基づき、引き続き外国人は、裁判拒否の被害に対して救済手段を尽くさなければならない。それ自体国際違法行為でない被害に対して、外国人が救済を求める手続において、裁判拒否が発生した場合、一連の手続であっても、裁判拒否が起きる前は国内救済原則の対象ではないが、その後の手続は原則の対象となる状況もありうる<sup>51)</sup>。裁判拒否が最上級の裁判所の行為である場合、責任の成立と(事実上)国内救済の完了が同時に生じる<sup>52)</sup>。

### 3 国内救済の(救済を得られなかった)完了と裁判拒否

国内救済完了原則の適用として、最初の国際違法行為に対して救済手続を尽くしてもなお救済を得られなかった事実は、当然に裁判拒否を構成するものではないし、前述したようにそれ自体責任の根拠ではない<sup>53)</sup>。ゆえに、かつての国際法における、「裁判拒否」を外交的保護の前提条件と

する定式は、現代では正確ではない<sup>54)</sup>。「裁判拒否」を、先行する外国人が受けた被害に対する国内的手段による救済の欠如として定義した、Eagleton などの見解<sup>55)</sup>は支持されていないことが想起される。

裁判拒否の基礎には外国人に司法的保護を提供する義務があるとされるが、単なる外国人に不利な決定は裁判拒否を構成しないとされる。また、被請求国が自らの違法行為による責任を自身の法体系の中で救済することは義務であるとの見方もある<sup>56)</sup>が、国際請求の対象となるのは最初の国際違法行為のみである。当該国の法体系において国際法に反する被害に救済を付与しなかったからといって、救済付与の欠如自体は、最初の違法行為に対して二次的または追加的な違法行為であるとはされていない<sup>57)</sup>。

現代における裁判拒否は、国内救済の付与の欠如と同義ではなく、それとは区別された国際違法行為の一類型である。救済を付与しなかった決定が真の意味での裁判拒否を構成する場合に限り、本国は裁判拒否に対する責任を追及することができる。

救済が得られないままの国内手続の完了が裁判拒否に該当するためには、裁判拒否を構成する追加的な要素が必要となる。外国人に不利な判決は、国内法適用の過誤があったとしても、直ちに裁判拒否を構成しない。裁判所による救済付与の欠如が「明白な不正義」あるいは不誠実によることが必要である<sup>58)</sup>。あるいは、救済の欠如が、外国人に対する手続上の権利の拒否、行政府による裁判所の支配、裁判所の腐敗などに基づく場合は、先行する国際違法行為に加えて、裁判拒否に基づく国際責任を追及することができると考えられる。

#### 4 国内救済完了原則の例外と裁判拒否

(1) これまで、裁判拒否が国内救済完了原則の例外であって、外国人が救済を求める過程で裁判拒否を受けた場合は、外国人が国内救済を完了することを要しないと論じられることが多かった。例えば、1930年のハーグ

法典編纂会議第3委員会の第1読で採択された国家責任に関する条文案9条は、実体的な違法行為として裁判拒否を定義しつつ、4条2項で、9条に規定する場合には国内救済完了原則を適用しないと<sup>59)</sup>した。

国際裁判においても、こうした主張がなされた。アンバティエロス事件で、ギリシアは、国内救済未完了の事実を裁判拒否によって正当化しようとした<sup>60)</sup>。アングロ・イラニアン石油会社事件でも、イランと英国会社の契約の同国による破棄について、英国は、契約の仲裁条項の破棄が裁判拒否を構成すると主張し、イランの国内救済未完了の抗弁にも、裁判拒否を未完了を正当化する理由の一つに挙げた<sup>61)</sup>。バルセロナ・トラクシオン電力会社事件でも、スペインの国内救済未完了の先決的抗弁に対して、ベルギーは本案の主張でもある裁判拒否を主張して未完了を正当化しようとした<sup>62)</sup>。また、外交的保護条文の特別報告者 Dugard も、裁判拒否と国内救済原則の例外を関連づけていた<sup>63)</sup>。

(2) 国内救済原則には一定の例外事由が存在するが、その主要なものは、獲得されうる救済の実効性の欠如または救済手段の合理的な利用可能性の欠如に関するものである。すなわち、外国人は、受けた義務違反とされる被害からの実効的救済が得られる合理的な見込みがない場合には、国内救済手続を尽くさなくても、本国の外交的保護に頼ることが許される。それは、外交的保護条文15条(a)に、被害の「実効的な是正 (effective redress) を提供する合理的に利用可能な国内救済が存在しない、または国内救済が是正の合理的可能性を提供しない」場合、完了する必要はないと定式化されている<sup>64)</sup>。

I LC は、その具体例として、国内裁判所が問題になっている紛争に管轄権を持たないまたは制限されている場合（事実問題が争点となっている場合に、控訴審が事実認定の権限を持たない場合など）、外国人が苦情を申し立てている行為を正当化する国内法令を裁判所が審査することができない場合、国内裁判所が明白に独立を欠いている場合、外国人に不利な先例が確立している場合、現地の裁判所が適切な救済を外国人に付与する権限

を持たない場合、被請求国が適切な司法的保護の体系を持たない場合を挙げている<sup>65)</sup>。

さらに、15条(b)は「責任があると主張された国に帰属する、救済手続における不当な遅延がある」場合、同条(d)は「被害を受けた者が国内救済を追求することを明白に妨げられる」場合を例外として挙げている（ただし(d)は漸進的発達の規則である<sup>66)</sup>。

これらの例外事由も非実効性または非利用可能性の例外に包摂される。そして、手続の不当な遅延や救済追求に対する明白な妨害といった事由は、その後の救済の追求が無益に終わることが推論される、すなわち救済を得られる合理的な見込みがなくなるような性質または程度のものでなければならぬと思われる<sup>67)</sup>。

国内救済完了原則の例外事由の一部は、同時に裁判拒否を構成しうる。15条(a)の具体例の中で、裁判所が独立を欠いている場合は裁判拒否の例とされてきたものである（それ以外の事例は裁判拒否ではない<sup>68)</sup>）。同条(b)の手続の不当な遅延も、裁判拒否の一類型とされてきたものである<sup>69)</sup>。同条(d)で想定された具体例の中で、当局の介入による外国人の出訴権の剥奪は、裁判拒否の典型的事例であるし、高額の手数料の設定も裁判拒否を構成しうる。

(3) 以上にみたところからすれば、“国内救済完了原則は裁判拒否の場合を例外とする”という命題は正しいように見える。しかし、裁判拒否を国内救済原則の例外に位置づけることには、次のようないくつかの問題があり、国際違法行為の固有の一類型としての裁判拒否と、国内救済完了原則の例外事由とは、同一の事実に適用される場合があっても、概念として区別されるべきである。

第一に、国内救済原則は外交的保護の手続的な条件であって、裁判拒否という実体的義務の違反を原則の例外として扱うのは、その手続的性格が維持できなくなる難点がある。責任の実質が確定されなければ、責任の追及の条件がみだされぬという転倒した結果をもたらすからである。

特に国際裁判の手続では、この問題は重大な結果を生じる。前述したように、いくつかの国際裁判で、国内救済の未完了を「裁判拒否」として正当化する主張が存在した。そのため、例えばバルセロナ・トラクション事件で、国内救済完了の問題が本案の問題と密接に関連しているがゆえに本案に併合することが決定されたように、先決的抗弁から先決性を奪う結果を生むことになる<sup>70)</sup>。裁判拒否を本案の問題として主張している場合には特にそうである。このような事案で、本案に進んで裁判所が裁判拒否の成立を認定しなかったとすれば、理論的には、本案での請求の棄却と先決的抗弁の認容が同時に成立するという奇妙な結果となる。

国内救済原則の例外事由は、裁判拒否とは独立して存在するので、別個に判断すべきである。たとえ同じ状況が両者に該当するとしても、国内救済完了の判断にあたっては、それが裁判拒否を構成するか否かという責任の実体に踏み込まないで判断するのが適切である。訴訟手続の問題としても、別個の問題として扱うべきであろう。

(4) 第二に、裁判拒否と国内救済原則の例外との趣旨の違いがある。国内救済原則の例外事由の多くは、究極的には実効的で利用可能な救済を受けることが合理的に期待しえないとの例外に収斂するが、この趣旨は、外国人に合理的に実効的でないまたは利用可能でない救済手段の援用を求めるのは不合理で不公正であるということにある<sup>71)</sup>。他方で、裁判拒否は国際義務の違反であるから、その認定は国の責任を含意する。

こうした趣旨の違いは、例外事由が、必ずしも裁判拒否の違法行為に該当するとは限らないことから明らかである。救済が実効的でない、または利用可能でないからといって、そのこと自体に被請求国の国際責任が生じるとは限らない。例えば、例外事由には、国内法上、上訴しても裁判所が争点について審理する管轄権を持たない場合や、判例が確立して勝訴の見込みがない場合など、それ自体に国の責任が生じるわけではない状況が含まれている<sup>72)</sup>。ゆえに、“国内救済完了原則は裁判拒否の場合を例外とする”との命題を立てるのは誤解を招くことになる。



(5) 第三に、この両者の趣旨の違いゆえに、外国人が受けた被害からの救済を求める過程で裁判拒否の被害を受けた場合にも、必ずしも国内救済原則の適用を免れるとはいえないことが帰結される。

現代の国内救済原則の定式化において、裁判拒否自体が例外事由とはされていない。ゆえに、裁判拒否を受けたからといって、直ちに国内救済を完了することを免除されるわけではない。裁判拒否の被害のすべてが完了を免除するわけではなく、その中で、例外事由に該当するものに限り、すなわち、事後、追求を継続しても実効性で成功の可能性のある救済が得られなくなるような性質または程度のものに限り、完了が免除されるべきである<sup>73)</sup>。

国内法体系は適切でかつ国際法に適合しているものと推定され、この推定は裁判拒否の発生によって覆されると言われてきた<sup>74)</sup>。しかし、推定は容易に覆されるべきではなく、覆されるか否かは裁判拒否の程度に依存するように思われる。裁判拒否の行為が現地の救済手続の体系全体に疑問を抱かせる性質または程度のものでない限り、最上級の裁判所まで手続が残っているのなら、上訴その他の手段を尽くさなければならない。

例えば、行政政府の介入による外国人に不利な判決が下されて、その状況から司法体系全体が是正する意思または能力を失っていることが合理的に推論されるといった、所与の裁判拒否が、事後の実効的で利用可能な救済を得られる見込みを失わせるような性格のものである場合に、さらなる救済の完了を免除されると考えるべきである。

(6) 最後に、同一の状況（例えば裁判所の外国人に対する差別や行政政府による裁判所の支配）が抽象的に国内救済原則の例外と裁判拒否に該当するとしても、実際に同時に両者が成立するとは限らないので、裁判拒否が国内救済原則の例外であるということとはできない。それは、司法的手続の欠陥を抽象的に判断することが許されるか否かの差異があるからである。

国内救済原則の例外は、原則として請求国の側に挙証責任があるが、提訴したとしても実効的な救済が得られる合理的な見込みがなかったことが

証拠に照らして推論されるかどうかである<sup>75)</sup>。国内救済の実効性、利用可能性または適切性は抽象的に評価され、実効的な救済が得られないと判断されれば、国内救済の未完了は正当化される。

他方で、裁判拒否については、定義上、外国人が現実被害を受けなければならないとされている。現地の司法手続が正常に機能していないことが明白であったとしても、実際の被害がない限り、外国人の本国は被請求国の裁判拒否の責任を主張することはできない。裁判拒否は抽象的に、またはアプリアリに認定されえないものであるとされる。

これに関して、万国国際法学会が1927年に採択した決議「領域内で外国人の人身及び財産に生じた損害による国の国際責任」5条3項<sup>76)</sup>で、「裁判所が善良な司法 (bonne justice) を確保するために不可欠な保障を提供しないとき」を裁判拒否に含めたことに関する議論が想起される。

報告者 Strisower の原案では、「国の裁判所が、善良な司法を確保するために不可欠な保障を明白に提供しないとき」にも裁判拒否は発生すると規定していた。彼によれば、不可欠な保障を提供しない裁判所は、正義を行うのに適した裁判所とはいえ、そのような裁判所を持つ国は、審理や判決の言渡しがなくとも、正義を行う義務を履行していないという。この提案に対して、審議において様々な議論があったが、最終的には前述した定式で採択された<sup>77)</sup>。

しかし、この抽象的または一般的な裁判拒否の概念は、その後の学説及び法典化において踏襲されていない。Visscher は、ハーグ法典編纂会議の議論から、諸国は抽象的な裁判拒否を認めておらず、合理的解決を期待できないほど重大な欠陥がある場合でも、裁判拒否には具体的事実が必要であり、外国人は手続を尽くさなければならないという<sup>78)</sup>。

Freeman は、真の司法機能を遂行できない司法府を維持するのは違法であるが、その事実のみで、外国人が被害を受けていないだけでなく、外国人が特定されていないのに裁判拒否を認めることはできないという。正義を求める試みがなされなければならないという。その理由の第一は、裁

判の援用なしに裁判拒否があることを認めると濫用の危険があることである。第二は、国内司法体系に対する国際法の推定に反することである。国際法は国内司法体系が国際基準に従って適切に機能するものと推定しているのであり、具体的事実に基づかない裁判拒否を認めるのは、この推定に反する。むしろ、現実の手續に無関係の要素から、現地の裁判所が適切に機能しないと推定するもので、受け入れがたい。他方で、裁判拒否の見込みのある場合には、国内救済を完了する必要はないという<sup>79)</sup>。

裁判拒否と国内救済原則の例外は、抽象的または一般的な裁判所の欠陥を認めるか否かの違いがある。これも、両者の趣旨の違いから、前者が責任の淵源として具体的証拠が必要になるのに対し、後者はそこまで要求されないことによるものである。

## 5 裁判拒否に対する国内救済完了原則の適用

(1) 裁判拒否も国際違法行為である以上、国内救済原則が適用され、外交的保護の前提条件として、当該裁判拒否に対して救済が完了されなければならない<sup>80)</sup>。それが最上級審の判決であれば別であるが、裁判拒否に対して救済を得ることのできる上訴その他の手段がある場合は完了しなければならない。また、裁判拒否に対して国内救済原則が適用されないとされるのは、国内法上、それを争う手段がないという、事実上の問題であることも多いであろう<sup>81)</sup>。

他方で、裁判拒否については、他の違法行為と異なり、定義上、国内救済完了原則を含んでおり、国内救済を完了することが裁判拒否の成立の実体的要件であるとの見解がある。

通常は、どちらの構成を採用するにせよ、国内救済が完了するまでは裁判拒否に対する国際請求を提起することはできないことに変わりがない。ところが、近年の投資保護協定には、投資家の待遇に関する投資受入国と投資家の紛争の解決手續について、国内救済完了を免除する規定を持つも

のがある<sup>82)</sup>。ゆえに、国内手続が完了していない段階で下級裁判所による裁判拒否の責任が申し立てられうる。そこで、この問題が実際の意義を持つことになった。

(2) 裁判拒否は、実体的にあらゆる上訴の手段が尽くされてはじめて成立する。換言すれば裁判拒否は、国内司法体系の最終的な結果についてのみ認めることができる——「終局性 (finality)」または「司法的終局性」の要件と呼ばれる——との見解を示したのが、北米自由貿易協定 (以下 NAFTA) 第11章に基づく仲裁である、投資紛争解決センター (以下 ICSID) の2003年の Loewen 事件裁定<sup>83)</sup>である。

Loewen Group 株式会社 (以下 Loewen 社) は、カナダの葬儀会館会社で米国内でも事業を展開していた。Mississippi 州で葬儀会館を営む O' Keefe との事業に関する交渉が決裂したことで、O' Keefe から損害賠償請求訴訟の被告として同州裁判所に訴えられた。原告の代理人は、陪審に対して、国籍に基づく偏見、人種的偏見及び階級的偏見に訴える主張及び弁論を行い、裁判官はそれを止めることをせず、被告側からの、偏見にとらわれないで判断するよう陪審に説示を行うことを求める申立てを却下した。

この事件で現実には発生した損害は500万米ドルであったとされるが、陪審によって、1億米ドルの填補的損害賠償と4億米ドルの懲罰的損害賠償が裁定された。州法上、上訴の間、原判決の執行を免脱するには、裁定された金額の125%の保証金を7日以内に供託しなければならなかった。Loewen 社は、判事に判決の執行停止及び保証金減額を申し立て、却下されると州最高裁判所に抗告したが却下された。同社は保証金を供託することを断念し、原告に1億7500万米ドルを支払うことで和解した。

Loewen 社は、保証金の要件が和解を強制するもので、それによって裁判所へのアクセスが拒否されたと主張して、NAFTA 第11章に基づく仲裁の訴えを提起した。

仲裁裁判所は Loewen 社の請求を退けた。裁判所は、Loewen 社の裁判

全体と評決が明確に不適切で、国際法の最低基準に適合しないと述べつつ、それらが米国の国際違法行為を構成するかを検討した。

裁判所は、国内救済原則が手続的であると述べる一方で、「司法過程を通じて争われうる裁判所の決定は、国際的次元では裁判拒否に該当しない」ことが、米国・メキシコ請求権委員会及びイラン・米国請求権裁判所の判決、並びに Jennings 及び Watts, Freeman, Crawford 並びに Jiménez de Aréchaga の学説から認められるという。この原則は「公正で有効な司法体系を提供する義務」と結びついている。「国際裁判所が、国の法体系内で実効的かつ適切な上訴が利用可能である場合に、下級裁判所の決定によって構成された国際法の違反に国が責任を負うと判示した」事例は存在しない。この終局性の要件の目的は、責任が発生する前に、国にその下級裁判所の決定による国際法違反を自身の法体系を通じて是正する機会を与えることにあるという。

裁判所は、裁判拒否の終局性の原則と国内救済完了原則は、内容は類似しているが、異なる目的に資するという。終局性の原則は明文の規定がない限り黙示に排除されえないし、NAFTA 1121条によって排除されていない。1121条がそのような効果を持つとしたら、受入国の上訴裁判所への訴えよりもむしろ NAFTA 仲裁への訴えを奨励することになり、精密な司法制度を有する NAFTA 当事国にとって驚くべき結果である。国内での上訴によって避けられる NAFTA の違反に国に責任を負わせる結果になり、それは締約国が意図したこととは考えられない。ゆえに同条は「司法の行為によって構成される国際法の違反への適用において、国内救済を追求する義務の放棄を含んでいない」。

裁判所によれば、国内救済を追求する義務は、それが実効的かつ適切であり合理的に利用可能である場合にとどまる。本件で Loewen 社は、米国連邦破産法第11章に基づく破産の申立てをする（それによって州裁判所判決の執行を停止できる）か、または連邦最高裁判所に裁量上訴の申立てを行う選択が可能であったとして、Loewen 社は裁判拒否の違法行為を証明

しなかったと結論づけた<sup>84)</sup>。

(3) 学説において終局性要件を肯定する論拠は、三つにまとめることができる。

第一は、裁判拒否を差し控える義務の性格に関するものである。Paulsson は、裁判拒否に関して国が負っている義務は、公正かつ有効な司法体系を設立しかつ維持する義務であって、個別の裁判官が司法的非行を行わないことまで保障する義務ではないという。裁判拒否の不法行為の性質は、国の司法運営の最終的結果によって判断される。裁判拒否は第一審の裁判所の行為、あるいは個別の裁判官の過誤については、外国人が国内救済を完了するまで、すなわち是正の機能を有する機関によって、国が自ら是正する機会を有する限りは完成されない。

Paulsson は、この理由を、国が最大限可能な範囲で、適切とみなす法体系を組織する自由が認められるべきであるとの原則に求める。外国人が上訴のメカニズムを迂回して裁判拒否の国際的請求を提起することを認めるならば、それは国際法による国の国内事項への許容しえない干渉になるという<sup>85)</sup>。

終局性要件の主張の第二の根拠は、裁判拒否を避止する義務がいわゆる「結果の義務」であることである。Loewen 事件で被告・米国側の専門家として意見書を提出した Greenwood は、国家責任条文の第1読草案で ILC が採用した「結果の義務」と「行為の義務」の区別を参照する。

第1読草案に対して英国が付したコメントは、「結果の義務」の例として、「公正で有効な司法体系を提供する義務」を挙げ、下級裁判所による腐敗は、上級裁判所で是正が利用可能である限り義務違反はないと述べた<sup>86)</sup>。第2読の特別報告者 Crawford は、「公正で有効な司法体系を提供する義務」などのように、義務違反の認定にあたって「体系的考慮」が必要になるものがあり、階層の下位の公務員による不正常的な決定は、再検討される余地がある限り違法行為には該当しないと指摘した<sup>87)</sup>。Greenwood は、これらの根拠から、下級裁判所の不公正な決定は、上訴の体系

が当該決定を是正しないか、または是正の見込みがないことが違反の要件であるという<sup>88)</sup>。

第三に、国内裁判所に対する敬讓である。Wälde は、国際法及び国際裁判所は、国家責任条文4条1項（国の機関の行為の国への帰属）によって示される公式の立場にかかわらず、国内裁判所の行為を扱う際に敬讓を示してきたという。それは、主権国家（特に司法の独立）に対する尊重であり、国内裁判所が国のアイデンティティを表明していることの尊重であり、紛争を国内裁判所で解決することが国際裁判所でのそれより有効であるとの考慮であるという。Wälde は、こうした考慮から Loewen 事件裁定の立場は支持されるという<sup>89)</sup>。

(4) これに対して、以下のように終局性要件を否定する学説も有力である。その理由は次のとおりである。

第一の主張は、下級裁判所またはその裁判官による違法行為に終局性要件を適用することは、下級公務員の行為が、行為自体によって責任が発生するとされていることと整合しないというものである。

例えば、Bjorklund は、司法体系の最上級機関の決定を要求することを、行政体系の最上級公務員の最終決定を要求することから区別するのは困難であるという。Loewen 事件裁定の論理を拡張すれば、下級レベルの公務員に上位者または監督の権限を有する行政機関への不服申立てを外国人に要求しなければならないことになって、国内救済完了の放棄を骨抜きにするという<sup>90)</sup>。また、国際法における国家の人格の単一性を根拠に、下級裁判所の行為を下級行政公務員の行為から区別する理由はないとの指摘もある<sup>91)</sup>。

第二に、終局性の要件は実質的に国内救済完了原則と異なるものではないので、終局性を国内救済完了原則から区別する Loewen 事件裁定の説明は説得力を欠くと批判される。Gathright は、通常の場合、すなわち国内救済原則が適用される場合に、下級裁判所による裁判拒否には、終局性要件と国内救済原則が同時に適用されることになるのは、不必要であると指



摘する<sup>92)</sup>。

こうした立場からは、終局性要件は国内救済完了原則にはかならないのであるから、Loewen 事件裁定の論理は国内救済原則の放棄を無意味にする<sup>93)</sup>と指摘される。Sattorova は、国内救済原則が放棄しうるものであるにもかかわらず、Loewen 事件裁定の判示は NAFTA の明文の規定に反し、国内救済原則の放棄を非実効的にすると批判する<sup>93)</sup>。

第三に、終局性要件の根拠として、裁判拒否を差し控える義務が「結果の義務」であるとする<sup>94)</sup>ことへの批判がある。Sattorova は、国際義務が明確に「結果の義務」と「行為の義務」に区別されるとは限らないという。「公正かつ衡平な待遇」を付与する義務は、その中で、事前の通知なしに許可を撤回しない義務は「行為の義務」に、公正な結果を保障する義務は「結果の義務」にと、両方に分類される。同様に、裁判拒否を差し控える義務も、仲裁に合意した場合の仲裁付託義務は「行為の義務」であり、仲裁の拒否は国内救済の完了を待たずに責任が発生する。ゆえに、裁判拒否の禁止を「結果の義務」に分類することは不可能であるという<sup>94)</sup>。

国家責任条文の第 1 読草案における国際義務の分類論は、前述したように、一定の「結果の義務」を国内救済の完了に結びつけていたが、このような議論は妥当性を欠くものとして否定されている。「結果の義務」のすべてが国内救済完了と結びついているわけではない。裁判拒否を実行しない義務が「結果の義務」であるとしても、そのことから当然に国内救済を完了するまでは義務違反が存在しないと推論することはできない<sup>95)</sup>。

最後に、同じ司法府への敬讓が作用するはずであるにもかかわらず、裁判拒否のみに終局性要件を認める一方で、条約違反など他の司法の行為には行為のみによって責任の発生を認めるのは一貫しないと主張される。Sattorova は、司法府の行為に関する義務のみを「結果の義務」である<sup>96)</sup>ということ<sup>96)</sup>はできないという。ICSID の Saipem 株式会社事件裁定 (2009 年)<sup>96)</sup>を引用しつつ、同じ司法の行為が、終局性要件のために裁判拒否は認定されないが、違法な収用であると認定される結果は合理的でない<sup>96)</sup>

指摘する<sup>97)</sup>。Wallaceも、下級公務員による補償なき収用が国際法に違反し国家責任を生じさせるのと同様に、下級裁判所による超法規的処刑のように、下級裁判所の行為の時点で直ちに国家責任が生じると主張する<sup>98)</sup>。

(5) Loewen 事件裁定やそれを支持する学説が終局性要件の根拠として挙げる先例を、国内救済原則の適用から区別することは困難である。伝統的な国家責任の事例においても国内救済が放棄されることはあったが、終局性要件の議論は近年初めて登場したものである。国内救済原則から区別された、裁判拒否の実体的要件としての終局性を自覚して適用したといえるかは疑問である<sup>99)</sup>。

終局性要件に反対する論者が主張するように、裁判拒否はそれに該当する行為の時点で責任が生じると考えるのが合理的であると思われる。下級公務員の行為は、行為自体が国家責任を成立させ、国内救済を完了するまでは手続的に請求を提起できない。裁判所の行為も同様に考えるのが自然である。裁判拒否も、例えば、ある国の裁判所が外国人に対して出訴を拒否した、あるいは外国人に対して差別的に訴訟手続上の権利を否定したならば、直ちに当該国の責任が発生すると思われる<sup>100)</sup>。

国内救済原則の趣旨は、外国人が被請求国の法と裁判に服することに同意したとみなされるような関係を持ったがゆえに、当該国は当該外国人の被害に対して本国の外交的保護権が行使される前に、自らの法体系内で違法行為を是正する機会を許されることにある。他の外国人の待遇に関する義務の違反から区別して、裁判拒否にのみ是正の機会を与える必要があるとはいえない。裁判拒否の被害者たる外国人が、他の不法行為の被害者とは区別された被請求国との任意の関係を有しているわけでもない。また、原則の別の趣旨である、事実認定などの事案の解決において現地の裁判所が国際裁判所より適切であるとの点も、裁判拒否の事例が特にそのような事案というわけではない。国が同意して国内救済原則を放棄したのであるから、裁判拒否にもその放棄を適用すべきである。

他方で、Loewen 事件裁定が依拠した学説には、裁判拒否全般ではな

く、その中の実体的裁判拒否（明白に不正な判決）の場合に、それが最終審の裁判所によって確認されることが必要であるとするものがある。

裁定によって引用された、Jiménez de Aréchaga の「それ〔決定〕は、すべての利用可能な救済手段が尽くされて、最終審の裁判所の決定でなければならない」との叙述<sup>101)</sup>は、国内法に違反する司法決定に対して国家が責任を負うための三つの条件の一つを示したものである<sup>102)</sup>。すなわち、裁判拒否全般について最終審の裁判所によることを要求したものではない。Jennings 及び Watts の見解も同様に解される<sup>103)</sup>。

それ以外では、Vitányi も、その裁判拒否の第三のカテゴリーとする、裁判所による実体法の適用過誤には「終局性」を要求している。「下級裁判所において外国人が関係する事案における法規則の適用過誤、司法の過誤は、国際責任を生ぜしめない。その国の国民と同様に、外国人は、もし誤りであると考えらるならば、国内法によって付与された法的救済手段の援用によって、判決または他の司法決定に対して上訴の司法的可能性を有する。通常状況の下では、国内法の差別のない適用が、外国人の司法的保護に対する十分な保障を提供する」<sup>104)</sup>。

裁判拒否全体ではなく、実体的裁判拒否について終局性を要件とするとの論理は、一つのありうる解釈ではある。国内法の適用解釈の過誤が問題となる場合に、それが下級裁判所の示した解釈の過誤である場合、上訴によって是正される余地のある限り、国際法が介入するのは時期尚早であり、被請求国の法体系の国内法解釈に関する規則に従って、最上級の裁判所によって当該過誤が最終的なものとされた場合に初めて責任を負うとすることには一定の合理性がある。それは、国際法が各国に認める国内法体系の尊重、より具体的には国内法の解釈適用の裁量の尊重に基づくものである。

裁判拒否の中で実体的裁判拒否は、学説及び判例において特別の地位が与えられてきた。国内法の適用解釈についての誠実な過誤に国は責任を負わないとの要請が強調され、そのことから、国内法の解釈適用を誤った判

決は、不誠実になされた場合に限り国の責任が生じるとされている<sup>105)</sup>。国は外国人に良好な司法体系を提供する義務は負うが、個別の判決の内容まで保障する義務までは負わないとされる<sup>106)</sup>。単なる国内法の解釈適用の過誤では不十分で、国内法の違反の明白性や、裁判官による外国人に対する悪意または差別的意図といった、特別の要件が必要とされている。ゆえに、実体的裁判拒否についてのみ終局性要件を求めるのも可能な解釈ではある<sup>107)</sup>。

しかし、下級裁判所の判決が外国人に対する悪意や差別的意図に動機づけられた場合、あるいは裁判官の腐敗や行政への従属といった、より客観的な事実に基づく場合に、判決の時点で裁判拒否の国家責任が存在し、その後の上訴による是正の試みは国内救済原則の適用であると解する方が自然である。

他方で、裁判拒否は、国の司法体系に対する敬讓ゆえに通常の国際違法行為よりも重い基準が適用される違法行為である。問題は、国の司法体系に対する敬讓が、国内救済原則が放棄されてその適用のない場合に、国際法と国際裁判所による国の司法体系への介入をどの程度まで正当化するかという問題である。それは、国内救済原則がそうであるように、法の必然的解釈ではなく、実際の便宜的な考慮として考えるべきものであると思われる。

国内裁判所による国内法の解釈適用や事実の認定については、最上級の裁判所によって確定されるまで差し控えることに一定の合理性があろう。国内裁判所の違法行為について上級裁判所による是正に委ねるのも一つの政策的判断ではあるが、性質や程度を問わず、すべての裁判拒否の行為に一律に上訴の完了を要求するのは適切ではないと考えられる。国の司法機関にあまりにも大きな特権を与えることになる。国際法からみれば国家機関の一つに過ぎず、問題になっているのは国際法上の義務に違反する行為であることを忘れてはならない。

## 結論に代えて

本稿では、これまで明確に整理されていなかった裁判拒否と国内救済完了原則との概念的関係について、いくつかの側面について考察を行った。

国内救済完了原則と裁判拒否は、歴史的に一体のものであった。国内救済の失敗に終わった完了が、復仇及び外交的保護権の行使の条件である「裁判拒否」とされてきた。ゆえに、裁判拒否が独立の国際違法行為とされるようになった後も、若干の混乱や不明確さが残っていた。

しかし、救済を得られないで終わった国内手続の完了を「裁判拒否」と呼ぶのは適切ではない。また、国内救済の過程において外国人が裁判拒否を受けた場合に、国内救済を完了しなくてよいと主張されてきた。しかし、国内救済の例外事由と裁判拒否は峻別されるべきで、国内救済の完了を免除されるか否かは、裁判拒否を構成するか否かとは独立に検討されなければならない。国内救済原則が外国人にとって救済の完了が合理的であるかどうかの問題であるのに対し、裁判拒否は国の責任の問題であるからである。

もっとも議論があるのは、裁判拒否が国内救済の完了を要件とするか否かである。終局性要件を肯定する見解が有力に主張されているが、裁判拒否を差し控える義務を「体系を提供する義務」と解する具体的な根拠は明らかではない。裁判拒否の基礎には国内司法機関に対する敬讓があるが、直ちにそのような解釈を正当化するものではない。

裁判拒否の禁止を「結果の義務」とみる見解は、外国人の待遇に関する義務を「結果の義務」として国内救済の完了をその実体的要件とする立場と共通する前提を有している。Ago の国際義務の分類論は、国家の国際義務履行の手段の選択の自由の尊重、つまるところ国家の国内法体系の尊重に基づいている。裁判拒否も国内裁判所に対する敬讓を基礎とするので、国内救済の完了をもって義務違反が完成するとの論理が裁判拒否に移

植されるのも自然な結果ではある<sup>108)</sup>。

しかし、国際義務の分類は、一次義務の内容と解釈に優越するものではない<sup>109)</sup>。国内救済完了に対して示した立場がそうであったように、過度に類型化し所与の義務を類型に枠付けることは問題があり、国内救済原則と裁判拒否を禁止する規則の内容をあるがままに分析することが重要である。

そのようにしてみるならば、国内救済完了原則は特定の一次規則の内容ではなく二次規則に属し、外交的保護という責任の実施の手続的条件である。裁判拒否は、一次義務すなわち実体的義務の違反であって、国内救済原則が扱うのよりも広い状況を射程としており、両者は次元を異にするものである。

- 1) 「rule」は「規則」と訳するのが正確であるが、日本では「国内救済完了原則」の名称が一般的であるので、本稿でも当該名称を用いる。また、適宜「国内救済原則」と略す。
- 2) 拙稿「国際法における「裁判拒否」の概念」立命館法学352号（2014年）541頁。
- 3) 「国際請求が受理可能であるためには、請求の本質が権限ある裁判所に提起され、かつ現地の法と手続が許す限りで追及され、そして成功しなかったならば十分である」。シシリ電子工業株式会社事件（以下 ELSI 事件）判決、*ICJ Reports 1989*, p.46, para.59. Cf. J.R. Crawford and T.D. Grant, *Local Remedies, Exhaustion of*, in R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012), vol.6, p.895.
- 4) *Yearbook of the International Law Commission* (hereinafter *ILC Yearbook*), 2001, vol.2, part 2, p.120. 本条文は国連総会によってテーク・ノートされた（外交的保護条文も同様である）。
- 5) Report of the International Law Commission, Fifty-eighth session, UN Doc. A/61/10 (2006), p.22.
- 6) また、14条2項で、国内救済とは「被害の発生に責任があると主張された国の、通常のものであるか特別のものであるかを問わず、司法的または行政的な裁判所または機関における、被害を受けた者に開かれた法的救済手段」を意味すると規定する。A/61/10, p.70.
- 7) インターハンデル事件判決、*ICJ Reports 1959*, p.28.
- 8) ELSI 事件判決、*ICJ Reports 1989*, p.42, paras.49, 50 and 58-59. また、この原則が受理可能性の事項であることを明示したものとして、逮捕状事件判決、*ICJ Reports 2002*, p.18, para.40.
- 9) *ICJ Reports 1959*, p.28. また、この意義を強調するものとして、C.F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 2nd ed. (2004), p.56.

- 10) E.M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (1915), p.817.
- 11) A.V. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice* (1938), p.416. Visscher は、国内救済原則は、被請求国の主権と国際法の要求の間の均衡点であるというが、その根拠の一つとして、国の法、制度及び行為が国際法に合致するとの推定を挙げる。個人は現地の裁判権に服し、本国はその国民に司法的保護が確保されると信頼したものとみなされる。この推定は、裁判拒否などの保護義務の違反の証拠があれば覆されうるといふ。C. de Visscher, *Le déni de justice en droit international. Recueils de Cours de l'Académie de droit international de La Haye* (hereinafter *RCADJ*), vol.52 (1935), p.422.
- 12) Borchard, *Diplomatic Protection*, p.817.
- 13) Freeman, *op.cit.*, p.416.
- 14) I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7th ed.(2008), p.497.
- 15) International Law Association (hereinafter ILA), International Committee on Diplomatic Protection of Persons and Property, Final Report, in ILA, *Report of the Seventy-Second Conference* (2006), p.361, para.34.
- 16) Brownlie, *op.cit.*, p.497. 内部の事項について外部からの介入を嫌う人間の性向により、内部での解決に委ねる方が有効であるという政策的理由を挙げるものとして、D.R. Mummery, *The Content of the Duty to Exhaust Local Judicial Remedies. American Journal of International Law* (hereinafter *AJIL*), vol.58 (1964), p.390.
- 17) Borchard, *Diplomatic Protection*, p.817.
- 18) ブルガリア上空でのイスラエル航空機の撃墜に関する、国際司法裁判所の航空機事件におけるイスラエルの主張に由来する。ICJ *Pleadings, Aerial Incident of 27 July 1955*, p.531. 学説では、T. Meron, *The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies. British Yearbook of International Law* (hereinafter *BYIL*), 1959, p.94; C.H.P. Law, *The Local Remedies Rule in International Law* (1961), p.104; Amerasinghe, *op.cit.*, p.168.
- 19) 例えば、常設国際司法裁判所のパネベジス・サルツチスキス鉄道事件判決 (1939年。PCIJ *Series A/B*, no.76) は、私人の所有する財産が領域国内に所在する事案であり、インターハンデル事件判決も、「そこで違反が起きた国」と場所を強調しているものの、事案は居住とは異なる事案である。アンバティエロス事件仲裁判決 (1956年。Report of *International Arbitral Awards* (hereinafter *RIAA*), vol.12, p.83) は、私人が外国と締結した契約に関する事案であった。国債の購入も同様に考えられ、ノルウェー公債事件でノルウェーは、国内救済完了原則の適用を主張した。ICJ *Pleadings, Case of certain Norwegian Loans (France v. Norway)*, vol.2, p.156.
- 20) Brownlie は、この原則の根拠の一つとして、外国人が、被請求国と任意の関係を持つことによって、危険を引き受けたのだとも説明している。Brownlie, *op.cit.*, pp.497 and 501.
- 21) A/61/10, p.76.
- 22) Commentary to Article 15, paras.7-10, *ibid.*, p.81. 特別報告者 Dugard は、彼の草案14条(c)で任意の関係を欠く場合を、14条(d)で「領域的關係」を欠く場合を例外事由としていた。そして、ILC の挙げる事例のほか、駐留する外国軍隊の兵士による領域国民の殺



害、及び被請求国が国境を越えて他国の国民を誘拐した事例を挙げている。J.R. Dugard, Third report on diplomatic protection, *ILC Yearbook*, 2002, vol.2, part 1, pp.66 and 69, para. 83. 採択された外交的保護条文15条(c)は、「任意の関係」のみを採用しつつも、この定式は、外国人の意図を強調する主観的基準でその証明が困難であるとして、一定の方法で被害に係る関係という意味で「関連する関係」と定式化した。

なお、ILCにおいて、Operti Baden は、個人が任意で国の法と裁判に服することに同意したがゆえに危険を引き受けたとみなされる一方で、私法の契約外責任の概念に言及して、越境汚染の状況のように、国との関係が外国人が同意したものではないまたは予測不可能な事態によって生じたがゆえに、危険を引き受けたとはいえない場合があると指摘した。*ILC Yearbook*, 2002, vol.1, p.41, para.6. 山田委員は、外交的保護の制度は、在外自国民の被害を国の被害とみなす擬制に依拠しているが、越境汚染の事例は擬制の必要がないと述べた。*Ibid.*, p.47, paras.55-57.

- 23) ILC は、本例外が、関係を欠く状況で外国人が国内救済を完了することが不合理かつ不公正である、または多大な負担となることに基づくとして説明している。Commentary to Article 15, para.7, A/61/10, p.80. しかし、この理解は、私人の被害一般に対するこの原則の一般的適用可能性を前提として、不合理または負担である場合に適用されないと解釈される危険をはらむものである。参照、ILC の審議における Xue の発言、*ILC Yearbook*, 2002, vol.1, p.49, para.67. 任意の関係の存在は原則の例外に関わるのではなく、原則の基礎または前提であるとの指摘もあった。例えば、Brownlie, *ibid.*, p.7, para.23; Xue, *ibid.*, p. 39, para.30 and p.49, para.66; Simma, *ibid.*, p.40, para.35; Sreenivasa Rao, *ibid.*, p.44, para.19.

国家責任条文の第1読草案の特別報告者 Ago は、後述する独自の実体説の立場から、国内救済原則を領域や任意の関係によって制限する立場は根拠を欠き、外国人の待遇に関する義務の違反であれば、それらに関係なく完了原則が妥当すると述べた。R. Ago, Sixth report on State responsibility, *ILC Yearbook*, 1977, vol.2, part 1, p.36, paras.93-100. 第一読草案は実行に委ねる姿勢をとった。*Ibid.*, part 2, p.44, para.40. 航空機の墜落や国境を越えた誘拐の事例は、非実効性の例外でカバーされるとの見解もある。J. Kokott, Interim Report on "The Exhaustion of Local Remedies", ILA, *Report of the Sixty-Ninth Conference* (2000), p.615. また、ILC の審議では単なる旅行者や途中降機、難民としての領域の所在あるいはインターネットを任意の関係とみなすことに反対する意見もあった。例えば、Escarameia, *ILC Yearbook*, 2002, vol.1, p.36, para.4; Koskenniemi, *ibid.*, p.39, para.22; Simma, *ibid.*, p.40, para.35; Mansfield, *ibid.*, p.46, para.38; Brownlie, *ibid.*, p.47, para.52.

なお、国家がいわゆる直接損害を受けた場合（被害を受けた外国人が請求国の外交使節の一員である場合など）も、外交的保護の本質に由来する例外である。

- 24) そのことを端的に示す言葉として、米国の Fish 国務長官の「外国における請求者は、尽くすべき正義がない場合には、当該国で正義を尽くすことを要求されない」が引かれる。J.B. Moore, *Digest of International Law* (1906), vol.6, p.677. Eagleton も「裁判拒否が明らかになるまで国内救済が追求されなければならない」と述べた。C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law* (1928), p.113.

- 25) Amerasinghe, *op.cit.*, p.91.

- 26) Mummery, *op.cit.*, p.412.
- 27) Visscher は、この点を明らかにして裁判拒否と国内救済原則を区別した。Visscher, *op.cit.*, p.421. 同旨、Freeman, *op.cit.*, pp.407 and 410.
- 28) 詳細は、加藤信行「国内的救済原則に関する一考察(一)(二)(三)(四)」北海学園法学23巻1号(1987年)1頁, 23巻3号(1988年)349頁, 24巻1号(1988年)1頁, 25巻3号(1990年)499頁。
- 29) Amerasinghe, *op.cit.*, p.387. 国内手続を完了しても救済が得られなかった事実は、責任の発生 (incidence) から区別されるものとしての、責任の存続 (perpetuation) であって、それ自身は国家責任を発生させるものではないという。 *Ibid.*, p.95. 国内救済原則は、責任の発生に関する規則ではなく、責任の実施 (追及) に関する規則であるとも言われる。1927年の万国国際法学会の国の国際責任に関する決議12条は、救済が完了するまでいかなる賠償の請求も提起されえないとする。 *Annuaire l'Institut de droit international* (hereinafter *AIDI*), 1927, vol.3, p.331. 審議において、手続説に立つ Séfériades, d' Erlach 及び Jacquemyns らの主張 (*Ibid.*, p.157) でこのような文言に修正された。また、同学会の1956年の国内救済完了原則に関する決議でも、被請求国の法秩序が訴えの手段を提供している場合、当該手段が完了されない限り、国民の人身または財産に対する被害が国際法違反であるとの本国の請求は受理しえない (irreceivable) とした。 *AIDI*, 1956, p.358. 2006年の国際法協会 (以下 ILA) の決議「人及び財産の外交的保護」の「国内的救済の完了」1項も、国内救済原則は外交的保護の手続的前提条件であるとする。 *ILA, Report of the Seventy-Second Conference*, p.40.
- なお、Dugard は、この論争が理論的なものにとどまらず、実際の意味を持つとして次の三点を挙げる。第一に、実体説か手続説かで違法行為発生の時点が異なるので、被害者の国籍変更があった場合などに請求の国籍の決定に影響する。第二に、同様に、国際裁判所の時間的管轄権 (付託合意や強制管轄権受諾宣言に時間的制限が付されている場合) の適用に影響する。第三に、手続的条件であれば被請求国による原則の放棄が可能となる。 J.R. Dugard, Second report on diplomatic protection, *ILC Yearbook*, 2001, vol.2, part 1, p.107, para.33. Amerasinghe は、国際裁判における国内救済未完了の主張が、実体であれば本案の問題として、手続であれば先決的抗弁として扱われることも付け加える。 Amerasinghe, *op.cit.*, p.397. Cf. パルセロナ・トラクション電力会社事件先決的抗弁判決 Morelli 裁判官反対意見, *ICJ Reports 1964*, p.114. また、損害の評価や金銭賠償の利息の算定への影響を指摘するものとして、1961年の Sohn 及び Baxter による「外国人への被害に対する国の国際責任に関する条約案」(以下、1961年の Harvard Law School 草案), F.V. Garcia-Amador, L.B. Sohn and R.R. Baxter, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries of Aliens* (1974), p.156.
- 30) ハーグ法典編纂会議では実体説の立場をとる国が多数であったとされる。Ago, Sixth report, paras.55-56. が、こうした見方は正確でないと言われる。加藤・前掲論文(→)8頁。万国国際法学会の報告者であった Strisower は、慣習法上、被害者が国内救済を追求している間は義務違反も責任も生じないと述べた。 *AIDI*, 1927, vol.1, pp.492 and 552.
- 31) 国の自身の法体系内で被害を是正する権利を強調して実体説を主張するものとして、D.

P. O'Connell, *International Law* (1970), vol.2, p.1053. Gaja は、外交的保護と責任の一致を前提に、責任は違法性のみを要素とすること、及び外交的保護が自国民の被害の賠償だけでなく、行為義務の履行を求めるものであるとして、国内救済の完了は違法性（正確には行為義務）の要素であると主張する。G. Gaja, *L'esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale* (1967), p.5. 1929年の Harvard Law School の「外国人の人身または財産に対して領域内で与えた損害に対する国の国際責任に関する条約案」6条以下も、国内救済が完了してはじめて責任（賠償義務）が生じるとの立場をとった。そこでは、外国人の受けた損害は直ちに本国の被害となるわけではなく、領域国は被害を是正する手段を提供する義務を負うのみで、外国人が当該手段を尽くしてはじめて本国が被害を受けるとの論理が示されている。AJIL, vol.23 (1929), supplement, p.149.

Borchard は、前述した、国内救済完了原則の五つの理由を述べるのみであるが、中でも第四の理由、すなわち、外国人の被害が下級公務員または私人の行為による場合、国内救済完了は被請求国の行為であると確認するために必要であること、及び第五の理由、すなわち、被害が国の意図的行為である場合、国内救済完了は違法行為が意図的であることを確認するために必要であることが、実体説に関係しうる。E.M. Borchard, *Theoretical Aspect of the International Responsibility of States*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol.1 (1929), p.236. しかし、これらの理由は後の学説からは支持されていない。例えば、J.E.S. Fawcett, *The Exhaustion of Local Remedies: Substance or Procedure?*, *BYIL*, 1954, p.452.

32) Ago 案22条, Ago, Sixth report, p.43. ILC によって第1読草案22条として暫定的に採択された。*ILC Yearbook*, 1977, vol.2, part 2, p.30. 彼はこのような違法行為を複数の行為によって生じる「複合的違法行為」であると述べた。R. Ago, *Le délit international*, *RCADI*, vol.68 (1929-II), p.514. Ago の説は、被請求国が国内手続を通じて請求者に賠償を付与する二次的義務の違反を問題にして、外国人への加害を禁止する本来の義務の違反を軽視することになると批判するものとして、Amerasinghe, *op.cit.*, p.393. 「行為の義務」とされる義務にも国内救済原則が適用されることを指摘するものとして、E. Jiménez de Aréchaga, *International Law in the Past Third of a Century*, *RCADI*, vol.159 (1978-I), p.295. 詳細は、加藤・前掲論文(三)1頁、同四499頁。Ago の義務の分類論については、拙稿「国際法上の国家責任における「過失」及び「相当の注意」に関する考察(二)」香川法学23巻1・2号(2003年)51頁参照。

33) Fawcett, *op.cit.*, p.454. この見解を支持するものとして、Brownlie, *op.cit.*, p.493. 万国国際法学会の審議で同様の見解を示したものとして、Castberg, *AIDI*, 1954, vol.1, p.63.

34) Dugard は、国民の被害が国内法及び国際法の両方に違反する場合は国内救済完了が手続的条件であるとする12条と、例外として、国内法違反のみである被害の場合は裁判拒否が起きたときに国際責任が発生するとする13条を提案した。Dugard, Second report, p.106. しかし、国内救済原則が実体的か手続的かについて見解を表明することなく原則のみを規定すべきとする意見が多数で、採用されなかった。

万国国際法学会の国内救済原則に関する決議でも、報告者 Verzijl は、外国人の被害が領域国の国際責任を生じさせない場合、裁判拒否による責任が発生するまでは、本国は国

際請求を提起できないとする一方で、外国人の被害が国際責任を生じさせる場合、国内救済が完了するまで本国の請求権は停止しているとする原案を提出した。J.H.W. Verzijl, *La règle de l'épuisement des recours internes, Rapport définitif, AIDI, 1954, vol.1, p.112; Rapport supplémentaire, ibid., 1956, p.13.* しかし、前者の場合には反対意見が多く、削除された。

- 35) 最終的には、裁判での敗訴そのものは国家責任の実体的原因ではないので、国内救済完了原則は手続的であるとしている。Freeman, *op.cit.*, p.407.
- 36) Eustathiadès は、国の機関による特別の義務の違反の場合、違反によって責任が生じ、国内救済の完了は外交的保護権行使の解除条件であるが、それ自体国の義務違反を生じない国家機関または私人の行為については、救済付与の欠如という意味での「裁判拒否」が、外国人を司法的に保護する一般的義務の違反による、責任及び外交的保護権行使の実体的条件であるという。C.T. Eustathiadès, *La responsabilité internationale de l'état pour les actes des organes judiciaires et le problème du déni de justice en droit international* (1936), vol.2, p.331. 同様に、国内救済の対象が公務員の行為か私人の行為かによって責任の追及の条件か責任の淵源かを区別するものとして、Eagleton, *The Responsibility of States*, p.98.
- 37) 前述した国際司法裁判所の判決のほか、常設国際司法裁判所は、すでに国内救済未完了の主張を先決的抗弁として扱っていた。例えば、パネベジス・サルツチスキス鉄道事件判決, *PCIJ Series A/B, no.76, p.22.* 宣言の日以降の事実から生じる紛争を対象とする強制管轄権受託宣言について、宣言後の終局判決（当事国は裁判拒否であると主張した）ではなく宣言前の最初の行為で時間的管轄権を判断した、1938年のモロッコ燐酸塩事件判決 (*Ibid.*, no.74, p.28) も、手続説をとったものと解される。他の判決については、参照、Amerasinghe, *op.cit.*, p.413. 仲裁判決では、アンバティエロス事件仲裁判決, *RIAA, vol.12, p.118.* また、フィンランド船主事件仲裁判決（1934年）は、事後の「裁判拒否」ではなく、船舶の没収という最初の違反を問題にして、実体説を明示的に否定した上で、救済完了まで本国は外交的請求をなす権利を持たないと判示した。*Ibid.*, vol.3, p.1488. 他方で、実体説の立場からは、実体的問題を手続規則の中で扱うことも可能であるとの反論もある。Cf. ILC における Pellet の発言, *ILC Yearbook, 2002, vol.1, p.9, para.35.* 国籍継続の原則に関して、Gaja, *op.cit.*, p.18. また、国内救済原則の放棄が認められることは、責任の基準を引き下げることと同意しただけであって、手続説の根拠にならないと指摘するものとして、Simma の発言, *ILC Yearbook, 2002, vol.1, p.7, para.25.*
- 38) Amerasinghe, *op.cit.*, p.394. Verzijl は、国内救済原則が、責任は発生によって直ちに追及されるとの原則、及び国際法の国内法に対する優位の原則から逸脱するもので、これら原則にとって外在的な、国家間の直接の紛争を避けるという政治的な便宜に基づいて、完了まで一時的に本国の請求権が停止され、国際責任の実施が被請求国裁判所に委ねられるのだと主張した。J.H.W. Verzijl, *La règle de l'épuisement des recours internes, Exposé préliminaire, AIDI, 1954, vol.1, pp.22 and 30; Rapport définitif, p.112.* 完了原則は責任の原則にとって「例外」であり、完了原則の例外にあたる場合こそ真に「原則」であるという。なお、Bourquin の、完了原則が、領域に居住する私人は現地法の法に従わなければならないこと、及び外交的保護が最後の手段であることから論理的に導かれるとの見解

(*AIDI*, 1954, p.55) を、Verzijl は、政治的便宜とする立場から批判している。Verzijl, Rapport définitif, p.85. 「論理的」とみるか「政治的」とみるかは視点によるもので、実際の考慮に基づくとみるべきであろう。

Eagleton は、理論的には、領域の排他的支配に基づいて、国は領域内で外国人が受けたあらゆる違法な被害（私人や下級公務員によるものも含む）に責任を負うとの原則が妥当するが、国内救済原則は、相当の注意とともに、この原則の苛酷さを緩和するものであるという。Eagleton, *The Responsibility of States*, p.95. 礼譲の原則と述べるものとして、Fawcett, *op.cit.*, p.456.

- 39) Cf. J.H.W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, part VI (1973), p.629. 1961年の Harvard Law School 草案は、実体説は、最初の被害と国内救済の完了が複合して責任が生じるとするのは複雑であり、賠償がなされるのは私人の最初の被害に対してであるという現実に適合しないという。García-Amador *et al.*, *op.cit.*, p.155.
- 40) Amerasinghe, *op.cit.*, p.391. 万国国際法学会での Verzijl の決議案に対しても、同様に、国際違法行為が発生していないので国内的救済原則または外交的保護の問題は生じないとの指摘がなされた。Bourquin, *AIDI*, 1954, vol.1, p.48; Salvioli, *ibid.*, p.77; Ross, *AIDI*, 1956, p.21; Guggenheim, *ibid.*, p.33; Rolin, *ibid.*, p.43.
- 41) Bourquin, *AIDI*, 1954, vol.1, p.52. 最初の独立した違法行為があるがゆえに外交的保護の対象となると述べるものとして、Ross, *ibid.*, 1956, p.21.
- 42) Pellet, *ILC Yearbook*, 2002, vol.1, p.8, paras.27-28; Brownlie, *ibid.*, p.15, para.25; Oportti Bade, *ibid.*, p.15, para.26; Chee, *ibid.*, p.45, para.31. 万国国際法学会の1956年決議の審議では、Perassi, *AIDI*, 1954, vol.1, p.77.
- 43) Freeman の挙げる例については、国は管轄下において私人による外国人への加害を相当の注意を払って防止し処罰する義務を負うので、国の裁判所が、加害者たる私人の負担による民事上の救済を被害者たる外国人に付与しなかった場合、（それが裁判拒否に該当しなくても）当該義務の違反となる可能性がある。この場合、最上級の裁判所による外国人敗訴の判決をもって責任は発生するが、なお国内救済原則は適用可能であって、確定判決を覆す手段がないために、事実上適用されないとされるかもしれない。なお、この種の防止義務違反の場合に、外国人の加害者に対する民事訴訟が国内救済手段であると述べるものとして、Visscher, *op.cit.*, p.430. なお、Ago の義務の分類論においては、外国人の人身または財産に対する被害を防止するため注意を払う義務は、代替的結果の達成によって履行が認められる「結果の義務」であって、当初の防止の欠如に対して、賠償の支払いによって義務を履行したことになるとされていた。Ago, Seventh report, p.12, para.23. 賠償の付与をもって義務の履行とする点で注目されるが、義務の理解として正確であるとはいえない。
- 44) ILC の外交的保護条文の審議における Pellet の発言, *ILC Yearbook*, 2002, vol.1, p.8, paras.27-28. 彼は、裁判拒否の定義に議論があることも関連づけるべきでない理由として挙げた。同旨、Xue, *ibid.*, p.22, para.38.
- 45) G.G. Fitzmaurice, The Meaning of the Term "Denial of Justice", *BYIL*, 1932, p.97.
- 46) 直ちに国際違法行為になるわけではない、政府と外国人の間に締結された契約の政府に

- よる違反について、私人が政府を相手取った訴訟に言及するものとして、Visscher, *op. cit.*, p.430; Amerasinghe, *op. cit.*, pp.98 and 107. この種の契約の違反も、裁判拒否が発生すれば国際法違反となるとの議論がある（例えば、1961年の Harvard Law School 草案, Garcia-Amador *et al.*, *op. cit.*, p.222）が、裁判拒否は独立の違法行為であって、契約違反の問題とは直接関連しない。
- 47) Pellet, *ILC Yearbook*, 2002, vol.1, p.8, para.27; Brownlie, *ibid.*, p.15, para.25; Chee, *ibid.*, p.45, para.31.
- 48) 国家の責任を伴わないが、先行する被害を「最初の違法行為」と呼ぶならば、裁判拒否は「二次的違法行為」である。Fitzmaurice, *op. cit.*, p.97.
- 49) Visscher, *op. cit.*, p.427.
- 50) Freeman は、この場合の裁判拒否は最初の違法行為の確認に過ぎないという。Freeman, *op. cit.*, p.409. 実際、裁判拒否に対する賠償の評価の困難さを考えると（Cf. J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (2005), p.207), 最初の国際違法行為による損害から区別された、裁判拒否による損害を評価できないのであれば、この種の責任競合の事例で、裁判拒否を独自の責任の根拠として観念する実益は乏しい。
- 51) Amerasinghe, *op. cit.*, p.100.
- 52) Cf. Visscher, *op. cit.*, p.427.
- 53) Fitzmaurice, *op. cit.*, p.96; Visscher, *op. cit.*, p.427; Amerasinghe, *op. cit.*, p.100.
- 54) *Ibid.*, p.97.
- 55) C. Eagleton, *Denial of Justice in International Law, AJIL*, vol.22 (1928), p.538. 詳細は、拙稿「裁判拒否」560頁参照。「裁判拒否」を国内救済の失敗に終わった完了とする用語法は現在も散見されるが、適切なものとはいえない。
- 56) Freeman は、Scelle の国家の「二重の機能」の議論を参照して、国の司法府は、委任されたコントロールの行使を許されると同時に、国際法を執行して外国人の権利の司法的保護を提供しなければならないと述べた。Freeman, *op. cit.*, p.408. 万国国際法学会でも、「二重の機能」論に基づいて、国内救済原則は、被請求国と請求国との国際法の実施の権限の分配の規則であって、被請求国の司法機関は国際法の機関として救済を付与しなければならないとの見方が示された。Bourquin, *AIDI*, 1954, vol.1, p.52; Scelle, *ibid.*, p.80; Guggenheim, *AIDI*, 1956, p.32.
- 57) 救済の欠如自体が違法行為ではないことは、国内救済完了を要求する被請求国にとっての、責任の追及を避ける権利の側面が、救済を付与する義務の側面に優越することを意味する。この点で、条約に規定された権利の侵害に対して効果的な国内救済を付与する義務が締約国に課されていて、救済完了が個人通報制度における通報受理などの条件を構成する一方で、救済を付与しなかったことが、最初の権利の侵害から独立した条約違反となりうる人権条約（例えば自由権規約 2 条 3 項と第一選択議定書 2 条）とは異なる。人権条約における国内救済完了原則について付言すると、人権侵害の責任追及に内在する規則ではなく、締約国に事前に是正の機会を与えると の便宜的理由から設けられたものである点は共通している。他方で、外国人だけでなく自国民を含むすべての者に本原則が適用される点、及び、通報者が被申立国と任意の関係を持たない場合にも適用される点で異なる。人



権条約における国内救済完了について, Amerasinghe, *op.cit.*, p.64.

- 58) Fitzmaurice, *op.cit.*, p.96. 逆に言えば, 完了原則の適用において, 救済を拒否する判決が「明白に不正」であることまで証明される必要はない。Amerasinghe, *op.cit.*, p.98.
- 59) Reproduced at *ILC Yearbook*, 1956, vol.2, p.225. このように裁判拒否を国内救済原則の例外として位置づけたものとして, 第7回米州諸国国際会議(1933年)の決議「国の国際責任」3項, reproduced at *ibid.*, p.226; ILCに提出された Garcia-Amador 改訂草案18条3項, F.V. Garcia-Amador, *International Responsibility: Sixth report*, *ILC Yearbook*, 1961, vol.2, p.48.
- 60) *ICJ Reports 1952*, p.33.
- 61) *ICJ Pleadings, Anglo-Iranian Oil co. case (United Kingdom v. Iran)*, pp.122 and 304.
- 62) 詳細は, E. Jiménez de Aréchaga, *International Responsibility of States for Acts of the Judiciary*, in W. Friedmann, L. Henkin and O. Lissitzyn (eds.), *Transnational Law in a Changing Society: Essays in Honor of Phillip C. Jessup* (1972), p.171.
- 63) Dugard は, 裁判拒否を国内救済完了原則の例外とリンクさせて定式化するアプローチと, 無関係な定式化をするアプローチとの対立があることに留意した。しかし, 裁判拒否は, 広く一次規則の範囲に属する一方で, 国内救済完了原則の主要な特徴(非実効性)に密接に関係し, そのようなものとして二次規則の性格を有し, 「二つの顔」を持っている。定式化にあたって裁判拒否の語を避けるあらゆる努力を払うが, 歴史的に両者は密接に関係していたので, 必ずしも可能ではないという。Dugard, *Third report*, p.56, paras.21 and 26.
- 64) Dugard は, 15条(a)の原案として, 国内救済が「明白に無益である (obviously futile)」場合, 「成功のいかなる合理的な見込みも提供しない」場合, 及び「実効的救済 (effective remedy) のいかなる合理的な可能性も与えない」場合の三つの選択肢を示していた。Dugard, *Third report*, p.56, para.20. この中で, 第一の選択肢が敷居の高い基準で, 第二は請求者に寛大すぎ, 第三のものが, 第一の厳格さを排しつつ, 請求者に事案の状況及び被請求国の法体系に関しての未完了の正当化の重い举证責任を負わせる中間的な基準であるとして採用された。他方で, 国家責任条文44条などが考慮する, 救済手段の利用可能性をカバーしたものにするために現行の定式となった。Commentary to Article 15, paras.2-3, A/61/10, p.78.
- 65) *Ibid.*, para.3. 詳しくは, Dugard, *Third report*, p.60, paras.38-43. 被請求国が外国人の被害の是正の機会を許されるのは, 被請求国が実効的に被害を救済する司法機構を有していることを前提としており, 実効的に救済できないのであれば, その利用を外国人に要求することはできないといえるであろう。
- 66) 15条(d)の原案は, ILA での議論 (Kokott, *op.cit.*, p.624) に触発されて, Dugard が14条 (f)として「被請求国が, 被害を受けた個人が, 国内救済を付与する組織にアクセスすることを妨げた場合」を提案したことに起源を持つもので, 被請求国が領域への入国の拒否または入国を不安にさせるような危険を外国人に与えることで裁判所への事実上のアクセスを妨げる場合を想定していた。Dugard, *Third report*, p.71. ILC では, 非実効性または非利用可能性の例外に含まれる, あるいは入国を拒否されても現地の代理人により訴訟進行



が可能であるとの反対もあった(例えば, Pellet, *ILC Yearbook*, 2002, vol.1, p.37, para.13; Momtaz, *ibid.*, p.44, para.23) が, 犯罪集団などの非国家主体による訴訟妨害を念頭に置く見解(例えば, Koskenniemi, *ibid.*, p.29, para.11) もあって残され, 第 2 読の際に起草委員会の提案により, 現在の定式となった。想定される事例としては, 法または事実により外国人の安全を脅かして入国を妨げることで手続を提起する機会を奪う行為, 高額な訴訟手数料利用の設定, 及び被請求国における犯罪集団による手続提起の妨害の三つが挙げられている。Commentary to Article 15, para.11, A/61/10, p.83.

- 67) 不当な遅延について, Amerasinghe, *op.cit.*, p.210. ILC において不当な遅延の規定も明白な妨害の規定も, 現在の15条(a)に含まれるので不必要であると指摘するものとして, Gaja, *ILC Yearbook*, 2002, vol.1, p.20, paras.18-19; Pellet, *ibid.*, p.36, paras.8 and 12.
- 68) 司法の独立の欠如の事例として挙げられた Brown 事件 (1923年, *RIAA*, vol.6, p.129) は裁判拒否の事例でもある。他方で, 国有化法のように, 当初の違法行為が国内法令に基づくもので, 裁判所が当該法令を審査しえない場合は, 法令自体が(裁判拒否ではない)違法行為であるとするものとして, Paulsson, *op.cit.*, p.118, n.55. Verzijl は国内救済の例外の事例の詳細なリストを提示する。例えば, 裁判所の無能力, 腐敗, 詐欺, 外国人への差別及び裁判の遅延, 弁護士の援助を受ける権利の拒否, 過大な裁判費用, 政府の手続への介入, 政府による裁判所の構成の変更, 並びに判決の執行の妨害などであるが, その多くは裁判拒否の事例でもある。裁判拒否の責任と国内救済原則の例外を同時に構成するという。Verzijl, *Exposé préliminaire*, p.28; *Rapport définitif*, p.98.
- 69) ILC が例として挙げる, 英国・メキシコ請求権委員会の1931年6月18日の El Oro 鉱業鉄道株式会社事件判決 (*RIAA*, vol.5, p.191) は, 国内救済の完了を不要にすると判断されたのと同じ不当な遅延が裁判拒否であるとも認定された例である。また, Dugard の原案 (14条(e)) は, 「被請求国が……不当な遅延に責任を負う場合」との定式で, 国際違法行為であることを明示していた。Dugard, *Third report*, p.70. Tomka は, 国内救済原則は国に被害を是正する機会を与えるものであり, 不必要に国内手続を遅延させた場合は, この利益は得られないとこの例外を説明する。 *ILC Yearbook*, 2002, vol.1, p.48, para.64.
- 70) *ICJ Reports 1964*, p.44. 判決後の1972年に改正された裁判所規則79条9項では, それまでの先決的抗弁の本案への併合に代えて, 抗弁が排他的に先決的性格を持つものではないと宣言することとされた。国内救済未完了が「裁判拒否」として主張される場合, 当該宣言の対象となりうる。ただし, 改正で意図されたのは, 訴訟経済上, 先決的問題を極力その段階で処理することにあった(規則79条8項参照)ので, 前述の場合も救済の未完了として本案に進む前に判断される可能性が高い。Cf. A. Zimmermann *et al.*, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (2006), p.1034.
- 71) ELSI 事件判決 Schwebel 裁判官反対意見, *ICJ Reports 1989*, p.94. Cf. Paulsson, *op.cit.*, p.112. Amerasinghe は, 国が自らの法体系内で違法行為を是正する機会の保障を基礎とする国内救済原則が, 迅速, 有効かつ安価な方法で紛争の解決を求める外国人の利益によって限界づけられると述べる。また, 救済原則の制限の核心は正義及び公正さの問題であるという。Amerasinghe, *op.cit.*, pp.62 and 200.
- 72) Mummery は, フィンランド船主事件仲裁判決が, 英国において国内救済のさらなる追

求は無益であると判示しつつ、それが裁判拒否であるとは言及しなかったことを例に、両者の趣旨の違いを説明している。Mummery, *op.cit.*, p.412. 同様に、国内救済原則の例外が被請求国の裁判拒否の責任を伴うわけではないことを指摘するものとして、Eustathiadès, *op.cit.*, vol.1, p.250. Huber は、国内救済完了との関係での「裁判拒否」は、国内組織またはその機能の欠陥であって、適当な意味での裁判拒否（裁判所へのアクセスの拒否など）とは区別されるべきであるという。AIDI, 1956, p.39.

- 73) 同一の状況が両者に該当するとしても、国内救済の限界はそれ自体として検討されるべきであると指摘するものとして、Bourquin, AIDI, 1954, vol.1, p.57. 「裁判拒否」には組織的なものと機能的なもの（裁判官による不公正な判決など）の二種類に区別され、前者には国内救済の余地はないと述べるものとして、Scelle, *ibid.*, 1956, p.79. 他方で、Amerasinghe によれば、実行では、不当な遅延の例外は「裁判拒否」に該当すれば、そのようなものとして、もはや救済を尽くす必要がないとみなされていたという。Amerasinghe, *op.cit.*, p.210.
- 74) Visscher, *op.cit.*, p.381; Freeman, *op.cit.*, p.436.
- 75) (外国人の) 合理的な弁護人が救済手段が実効的でないことを予見できたか否かの基準を提示するものとして、Amerasinghe, *op.cit.*, p.291.
- 76) AIDI, 1927, vol.3, p.331.
- 77) Strisower の最初の案では、「国の裁判所が、その構成によってまたは確実な経験によって、善良な司法を獲得するために不可欠な保障を提供しない場合」とされていた。AIDI, 1927, vol.1, pp.477 and 558. 審議において、Alvarez は、この規定の削除を主張した。すなわち、この規定は、裁判がなされる際の欠陥ある条件を規定しているが、それは不利な判決が下されてはじめて外国人に損害が生じるので、不必要であるという。Ibid., vol.3, p.124. Nolde も、裁判所が保障を提供しないことは、判決が存在することによって確認される。裁判拒否を訴えるためには判決が存在しなければならない。欠陥ある裁判所の存在それ自体は裁判拒否ではないという。Ibid., p.125. Séfériades は、この事例を裁判拒否と特徴づけることは、一致して認められているわけではないと述べた。Ibid., p.121. Strisower は、裁判組織に欠陥があって、判決が下されるまで何年もかかる場合、この欠陥自体が裁判拒否を構成すると反論した。Ibid., p.126. しかし、この設例では裁判の遅延という具体的事実が発生しているので適切な例とはいえない。
- 78) ハーグ会議の準備委員会の議論の基礎第6は、「国は、司法の適切な運営に不可欠な保障を提供しないことを示すほど、重大な過失によって損なわれた手続に裁判所が従った及び判決を下した結果として、外国人が受けた損害に責任を負う」と規定した (Reproduced at *ILC Yearbook*, 1956, vol.2, p.223) が、この定式は抽象的な裁判拒否を否定する趣旨であった。そして、第3委員会での議論でも、多くの政府代表が否定したという。Visscher, *op.cit.*, p.418. なお、Freeman は、つねに判決の存在を要求するこの定式化も正確ではないという。Freeman, *op.cit.*, p.436.

もっとも、Visscher は、被請求国の法令が救済手段を提供していない場合は、抽象的に裁判拒否が認められるという。Visscher, *op.cit.*, p.418, n.2. 国内救済完了が免除される場合であるが、裁判拒否に関しても、具体的な提訴の事実がなくとも裁判拒否が認定され

る可能性はある。裁判所へのアクセスの拒否による裁判拒否は、通常は具体的に訴訟を受理不可能とする裁判所の宣言、または提訴がなくても、出訴権を剥奪もしくは制限する立法など国の行為が必要であると考えられるが、今後の課題としたい。

- 79) 裁判所が政府の意思に従属している、人民の感情の支配下にある、腐敗している、または無秩序状態により通常の機能を遂行できないとの圧倒的な証拠がある場合にのみ、裁判所が適切に機能しないと推定することが認められ、これらの状況の下では国内救済の完了を要求するのはばかげており、国際請求を直ちに受理可能なものにするという。Freeman, *op.cit.*, p.436.

ただし、Freeman が、国内司法体系が適切に機能するとの推定が、一方で裁判拒否の成立については現実の被害が要求されるとしつつ、他方で、国内救済原則に関しては裁判拒否の見込みで推定が覆され、完了を要しないとするのは、一貫していないように思われる。この差異は、本文に述べた、両者の性格の違いに求めなければならない。裁判拒否を含む外国人の待遇に関する責任は、一次規則の内容として、損害を要件とするとしていく (ILC Yearbook, 1973, vol.2, p.183, n.94) ことにも留意される。

なお、抽象的な裁判拒否の存否に関する議論は、国際法に違反する国内法が直ちに国家責任を発生させるか否かの議論に類似している。国内法が国際法に反する事実は、直ちに国の責任を発生させるわけではなく、具体的に適用されてはじめて国際法に違反するものと考えられている。参照、拙稿「相当の注意(二)」52頁。

- 80) Fitzmaurice, *op.cit.*, p.59; Visscher, *op.cit.*, pp.423 and 427; Law, *op.cit.*, p.34; A.A. Cançado Trindade, Denial of Justice and its Relationship to Exhaustion of Local Remedies in International Law, *Philippine Law Journal*, vol.53 (1978), p.407; Amerasinghe, *op.cit.*, pp.98 and 732. Dugard 案13条第2文は、外国人が国内法違反に対する救済を求める手続において裁判拒否があった場合に、外国人は利用可能なさらなる国内救済を尽くさなければならないとしていた。Dugard によれば、国際法違反からの救済を求める過程で裁判拒否が生じた場合にも国内救済原則が妥当するという。Dugard, Second report, pp.106 and 114, para.65.
- 81) Amerasinghe は、国際法上違法であるが国内法上適法な行為について国内救済を完了する必要がないのは、それが事実上、国内救済原則の例外を構成するからであって、原則は適用されているという。Amerasinghe, *op.cit.*, p.391. 外交的保護条文の審議において Pellet は、それ自体国際法違反でない被害に対する国内裁判が最高裁による裁判拒否によって確定した場合に、国内救済原則は適用されるが、もはや救済は不可能であるので、事実上、完了の必要がないだけであると指摘した。ILC Yearbook, 2002, vol.1, p.9, para.39.
- 82) 国内救済原則は被請求国によって放棄されうるものである。外交的保護条文15条(e), A/61/10, p.76. 投資紛争解決条約26条も国内救済を放棄したものと解される。過去には、米国・メキシコ一般請求委員会を設立した1923年の両国間の条約5条などの例がある。Freeman, *op.cit.*, p.435.
- 83) The Loewen Group Inc. *et al.* v. United States of America, Award, *International Legal Materials* (hereinafter *ILM*), vol.42 (2003), p.811.
- 84) *Ibid.*, p.834, paras.142-171 and 207-217. 仲裁裁判所は、NAFTA 1105条に規定する、締

約国が他の締約国の投資家の投資に付与すべき「国際法に従った待遇」は、国際慣習法の外国人の待遇の最低基準であり、その待遇には私人間の訴訟における裁判拒否（明白に不正な判決を含む）の禁止が含まれると判示した。*Ibid.*, p.831, paras.124-137. 仲裁裁判所が請求を退けた直接の理由は、同社が仲裁手続の間に破産して、米国企業の所有及び支配の下に入ったために、NAFTAの対象となる、一締約国の他の締約国の投資家に対する待遇に該当せず、ゆえに裁判所は管轄権を持たないというものであった。*Ibid.*, p.846, paras.220-240. したがって、裁判拒否の終局性要件に関する判示は傍論である。B.K. Gathright, *A Step in the Wrong Direction: The Loewen Finality Requirement and the Local Remedies Rule in NAFTA Chapter Eleven*, *Emory Law Journal*, vol.54 (2005), p.1102; Paulsson, *op.cit.*, p.103, n.12. また、裁定が終局性要件と完了原則の目的が異なるとしている点について、同事件管轄権決定の判示（2001年。*ICSID Reports*, vol.7, p.434, para.71）との整合性を保つために過ぎず、前者の目的は後者と同一であると指摘される。Paulsson, *op.cit.*, p.105.

- 85) *Ibid.*, pp.100 and 107. Greenwood も、裁判拒否は司法体系の欠陥であり、国が外国人に負っているのは公正、衡平なかつ差別的でない待遇を付与する司法体系を提供することであって、下級裁判所による欠陥ある決定は、是正する利用可能な上訴の手段がある限り、国際義務の違反ではないという。C. Greenwood, *State Responsibility for the Decisions of National Courts*, in M. Fitzmaurice and D. Sarooshi (eds.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions* (2004), p.61.
- 86) *ILC Yearbook*, 1998, vol.2, part 1, p.124, para.3.
- 87) J. Crawford, *Second report on State responsibility*, *ibid.*, 1999, vol.2, part 1, p.26, para.75.
- 88) Greenwood, *op.cit.*, p.66.
- 89) T.W. Wälde, *Denial of Justice: A Review Comment on Jan Paulsson, Denial of Justice in International Law*, *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, vol.21 (2006), p.465.
- 90) A.K. Bjorklund, *Reconciling State Responsibility and Investor Protection in Denial of Justice Claims*, *Virginia Journal of International Law*, vol.45 (2005), p.858. Sattorova は、行政府の行為についても行政体系の確保を要求されているとも考えられるとして、司法府の行為を区別することを批判する。M. Sattorova, *Denial of Justice Disguised? Investment Arbitration and the Protection of Foreign Investors from Judicial Misconduct*, *International and Comparative Law Quarterly*, vol.61 (2012), p.230.
- 91) C. McLachlan, L. Shore and M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (2007), p.232. 国内救済原則の実体説の理由として、それが下級公務員の行為の国への帰属の条件として必要であることを挙げた Borchard の議論は、当該行為が直接に国に帰属するがゆえに認められていないことが想起される。
- 92) Gathright, *op.cit.*, p.1116.
- 93) Sattorova, *op.cit.*, p.228. Wallace は、国内救済完了原則は、かつては武力の行使、その後は外交的保護権行使による外交的緊張を防ぐ役割があったが、二国間投資保護協定の時代に維持しなければならない必要性はないと主張する。D. Wallace, Jr., *Fair and Equitable Treatment and Denial of Justice: Loewen v. US and Chattin v. Mexico*, in T. Weiler (ed.),

*International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (2005), p.683.

- 94) 「行為の義務」と「結果の義務」の区別は疑問視されていることも指摘する。Sattorova, *op.cit.*, p.230.
- 95) Ago の義務の分類論においては、外国人財産の収用に対して補償を支払う義務は「結果の義務」であって、外国人が国内救済に訴えて最終的に補償を得られなかった場合に初めて違反が生じるとされていた (Ago, Seventh report, p.11, para.22) ので、この義務も国内救済原則の放棄にかかわらず、終局性要件が妥当することになるのであろうか。
- 96) 投資受入国の裁判所による仲裁手続の妨害が違法な収用類似的措置であると認定されたが、司法の行為であっても、裁判拒否とは異なり、国内救済の完了を実体的要件としないと判示された。ILM, vol.48 (2009), p.999.
- 97) Sattorova, *op.cit.*, p.230. また、エネルギー憲章条約10条12項など投資条約上の、投資に関する訴えを主張し権利を実施する実効的手段を提供する義務の内容に裁判拒否の禁止との重複を認めつつも、それに終局性要件を適用しない近年の判例の立場 (例えば、Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. Ecuador, Partial Award on Merits (2010), paras.242 and 321) によって、裁判拒否のそれが無意味になることも指摘している。
- 98) Wallace, *op.cit.*, p.683. 裁判拒否と国内救済原則は結合していないと判示した同じ NAFTA 第11章下の仲裁である Mondev International 株式会社事件裁定 (2002年。ILM, vol.42 (2003), p.103, para.96) と整合しないとの批判もある。Crawford and Grant, *op.cit.*, p. 904, para.41.
- 99) 米国・メキシコ請求委員会の Jennings, Laughland 社事件判決は、「裁判長は、いかなる政府も……上級裁判所から正義を得る試みが何であれなされない場合に、下級司法公務員の非行に対して責任を負うとは考えない」と述べた。J.B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party* (1898), p.3136. また、米国・トルコ請求委員会の Pirocaco 事件判決は、司法当局の不適切な行動から生じる裁判拒否は最終審の裁判所の決定にのみ基づくこと、及び請求者は最終的司法決定を得るまで国内救済を尽くさなければならないと判示した。F.K. Nielsen, *American-turkish claims settlement under the agreement of december 24, 1923, and supplemental agreements between the United States and Turkey* (1937), p.599. より近年では、イラン・米国請求権裁判所の Texas 油田事件裁定 (1986年) が、下級裁判所による請求者の財産の収用の命令について、請求者が命令をイランにおいて争うことが不可能であることを考慮して、イランの責任を認定した。Iran-United States Claims Tribunal Reports, vol.12, p.308. Greenwood は、同裁判所では国内救済原則が放棄されていたことを理由に、判示は実体的な終局性要件の認定であると解する。Greenwood, *op.cit.*, p.65. 他方で、Gathright は、明示的に認めているわけではないとして、そのような解釈に反対する。Gathright, *op.cit.*, p.1107. これらの先例に対して、Trindade は、裁判拒否に対しても国内救済原則を適用した判決があるという。Trindade, *op.cit.*, p.407. 挙げられているのは、英国・ベネズエラ混合請求委員会の Puerto Cabello 及び Valencia 鉄道事件判決 (1903年), RIAA, vol.9, p.527; イタ

リア・ベネズエラ混合請求委員会の De Caro 事件判決 (1903年), *ibid.*, vol.10, p.643.

学説も同様で、終局性要件を認める論者として Freeman が参照される。彼は「裁判拒否に基づくいかなる請求も下級裁判所の決定には基づかせられない」と述べて、その旨のハーグ法典編纂会議での議論や先例を紹介する。Freeman, *op.cit.*, p.415. また、裁判拒否の「責任は、国の国際義務に違反する最終審の裁判所による最終的司法決定の結果として生じる」とも述べている。*Ibid.*, p.311. 裁判拒否以外の不法行為には国内救済での不成功という意味での「裁判拒否」が請求の条件となるが、裁判拒否の場合はそれが請求の根拠でもあり条件であるとも述べる。*Ibid.*, pp.407 and 410. 他方で、「裁判拒否または外国人に対する他のいかなる違法行為も、請求者がその国内救済を尽くさなかったことが明らかでない場合は、事案を取り扱う国際裁判所によって拒否されるであろう」と述べる。*Ibid.*, p. 404. ゆえに、国内救済原則とは区別された、裁判拒否の実体的要件としての終局性を述べているのかは不明確であり、論者によってそれぞれの立場に解釈されている。Greenwood, *op.cit.*, p.62; Wallace, *op.cit.*, p.683.

- 100) また、終局性要件には、国内救済原則の例外が同要件にも適用されるかという難点がある。すなわち、国内救済が利用不可能または非実効的であって完了を期待しえない場合に、完了がなくても裁判拒否は実体的に成立することになるのであろうか。Loewen 事件裁定及び Paulsson (Paulsson, *op.cit.*, p.113) は、国内救済原則の例外を構成する場合に、完了を待たないで裁判拒否が成立することを認めるが、国内救済原則に関する実体説が、原則の例外に該当する場合には、救済未完了にもかかわらず責任が発生することを合理的に説明できないのと同様の問題があると思われる。裁判の不当な遅延はそれ自体、終局判決を待つことなく裁判拒否として扱われてきたことも留意しなければならない。
- 101) Jiménez de Aréchaga, *International Law*, p.282.
- 102) この三つの条件は、パルセロナ・トラクション事件におけるスペインの主張に由来する。Jiménez de Aréchaga, *International Responsibility*, p.179. それによると、同国の定義する裁判拒否(実体的裁判拒否)が認められるためには、裁判所の側の悪意または差別的意図という主観的要素が存在すること、国内法によって付与されたあらゆる救済手段が用いられての、最終段階の裁判所の決定であること、及び国内法の違反が重大かつ許容しえないものであることの三つの要件が満たされなければならないという。Counter-Memorial of the Spanish Government, *I.C.J. Pleadings, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962)*, vol.4, p.507, para.106. スペインは終局性要件の根拠を米国・メキシコ請求委員会の Ada 事件判決 (Moore, *History*, p.3143) に求めているが、この事件も国内救済原則適用の事例にみえる。
- 103) 判決について、過誤が上訴によって救済されないで、条約違反または文明国の司法の基準に反するほど明白に不当な場合に国の責任が生じると述べる。R. Jennings and A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9th ed. (1996), vol.1, p.544.
- 104) B. Vitányi, *International Responsibility of States for the Administration of Justice, Netherland International Law Review*, vol.22(1975), p.155. Adede も、実体的裁判拒否を、外国人が「不当でかつそれに対するいかなる現地の救済の手段もない判決を受ける」場合として定義する。A.O. Adede, *A Fresh Look at the Meaning of the Doctrine of Denial of*

Justice under International Law, *Canadian Yearbook of International Law*, 1976, p.87.

- 105) Fitzmaurice, *op.cit.*, p.112. 参照, 拙稿「裁判拒否」578頁。
- 106) Visscher, *op.cit.*, p.395.
- 107) 国内法の適用過誤による責任は, 実体的裁判拒否に限られるとはいえず, 手続上の事項についてもありうる。1961年の Harvard Law School 草案 5 条 1 項(a)及び 6 条(a)は, 外国人の逮捕及び裁判所へのアクセスの拒否が国内法の明白かつ差別的な違反である場合に違法とする。Garcia-Amador *et al.*, *op.cit.*, pp.179 and 186. 米州国際法協会の「外交的保護」(1925年) 4 条は, 裁判拒否の種類の中で, 手続的裁判拒否についてのみ, さらなる上訴が不可能であることを要求している。Reproduced at *ILC Yearbook*, 1956, vol.2, p.227. 手続的裁判拒否については, 国際的基準が存在するので, 一般的には行為の時点で国家責任が発生し, 放棄されない限りは国内救済の完了を待って責任を追及できると解するのが適切であるように思われる。
- 108) Cf. Sattorova, *op.cit.*, p.229.
- 109) 拙稿「相当の注意(二)」59頁。義務の分類の一つであって, 国家責任条文14条3項に残った「特定事態発生防止の義務」に関して, 参照, 拙稿「判例研究・ジェノサイド条約適用事件(3・完)」立命館法学342号(2012年)507頁。