

外交的保護と個人の地位（1）

——外交的保護条文の検討を中心に——

湯 山 智 之*

目 次

はじめに

I 外交的保護条文以前の議論

II ILC 外交的保護条文の作業 (II 5 まで, 本号)

III その後の展開と考察

結論に代えて

はじめに

本稿は、外交的保護 (diplomatic protection) の観念を取り上げ、その中でどの程度まで個人の立場が重視されているのか、また個人の利益のためにこの観念を再構成することが可能であるかを検討する。

外交的保護は、国民が他国の国際違法行為によって受けた損害について、国籍国が当該国民の請求を取り上げて賠償請求など当該他国の責任を実施する手続である¹⁾。外交的保護は個人を保護する制度であるが、国際法は歴史的に主権国家間の関係を規律する法として発展してきたのであり、国民の被害は国家の被害とみなされ、外交的保護は国の権利であると観念されてきた。伝統的国際法においては、個人は国の権利の客体であった。ゆえに、個人は自身が受けた被害に国際的次元で請求を提起することはできず、国籍国の外交的保護を通じて救済を受けるにとどまってきた。

* ゆやま・ともゆき 立命館大学法学部教授

この外交的保護は、国家の権利と観念されたことから、その行使について国家の裁量権が認められてきた。それは、請求の提起にに関してだけではなく、得られた賠償金の使途（被害者たる自国民に移転するか否か）に関しても、国に完全な裁量が認められてきた²⁾。

外交的保護の行使において国は国民の代理人ではないことが強調され³⁾、政治的考慮により行使しないことも認められてきた。逆に被害者の意思に反して外交的保護を行使することも可能である。国際的請求を放棄することも、一度提出した請求を撤回することもできる。一括支払協定の締結など、被害者の受けた損害が完全に償われない、妥協した解決も可能である。国家は、裁量の行使を正当化する義務を負うものではないとされる。外交的保護のためにとりうる行動についても国は選択の自由を保持する。単なる注意の喚起や権利の主張から、かつては武力の行使まで、様々な方法がとられえた⁴⁾。

このような外交的保護の性格ゆえに、それが個人の救済に資するものであるということとはできない。個人は、その国籍国が裁量を行使した結果として、間接的に救済を得られるに過ぎない。

逆に、外交的保護は、かつては欧米諸国による途上国（特にラテンアメリカ諸国）への帝国主義的要求の根拠として援用された。武力行使が違法化される前の時代においては、国家は紛争解決手段の無制限の自由を有していたがゆえに、軍事力の行使も行われた⁵⁾。外交的保護が個人の救済を目的として行使されたとはいいがたい側面もあった。

本稿は、外交的保護における個人の地位を国連国際法委員会（以下 ILC）による外交的保護の法典化作業における議論を中心に検討する⁶⁾。ILC は、2006年に外交的保護条文を採択した⁷⁾が、個人の保護を目的として、従来の外交的保護の規則を一定程度修正した。条文作成の審議では、特別報告者 Dugard による個人の立場を重視する提案がなされ、委員から様々な意見が表明され、外交的保護を考察する上で有用な論点が提示された。本稿は、その検討に先立って、ILC の作業に先立つ議論をも概観し、

外交的保護条文採択後の展開も考慮して考察を行う。

I 外交的保護条文以前の議論

(1) 外交的保護は伝統的には国家の権利と観念されてきた。外交的保護の基礎にあるのは、国民の被害は国家の被害であるとの観念であり、Vattel の「誰であれ国民を不当に扱う者は（略）国を間接的に侵害する」⁸⁾の言明がよく知られている。この観念は Vattel 的擬制と呼ばれている。

外交的保護の古典的定式は、常設国際司法裁判所のマプロマチス・パレスチナ特許事件（以下マプロマチス事件）判決（1924年）が判示したものが著名である。それによれば、「他国によってなされた国際法に反する行為によって被害を受け、その通常的手段により満足を得られなかったその国民を保護することを国に認めることは、国際法の基本的原則である。自国民の一人のために訴えを取り上げて、その者のために外交的行動または国際的訴訟を行う際に、実際には、当該国は、その固有の権利、すなわち自身が有する、自国民の人身において国際法を尊重させる権利を主張しているのである」と判示した⁹⁾。これは「マプロマチス公式 (Mavrommatis formula)」と呼ばれている。

(2) 外交的保護の国家の権利性は、伝統的な法実証主義、すなわち国家のみが国際法の主体であり国際法は国家間の合意によって定立されるとの観念の帰結である。

例えば、Anzilotti は次のように述べている。国家間の関係を規律する国際法からは、個人は国家の権利義務の客体である。国際関係の観点からは、在外自国民保護の権利は、他国による国民への不正な侵害を防止するための国民に対する国家の権限の表明にほかならない。国は、他国に対して国民を保護しつつ、自身の利益を保護している。国民が受けた損害による他国の責任を追及する権利の根拠は、個人の受けた損害ではなく、国の個人に対する権利の侵害にある。当該権利は国籍という国と個人の紐帯に

よって決定され、この国籍が、国に、個人の状況に関して国際法規則が要求する行動をとるよう他国に求める権利を認めるのである。国籍国はその固有の権利を行使するので、保護する義務を負わず、適切と考えるかどうかに従って、行使することもしないこともできる。個人は国内法上の主体である。国内法の観点からは国民の保護は個人と国家の関係であり、保護を求める個人の権利は国内法上の問題であるという¹⁰⁾。

外交的保護の伝統的な理論において、その国家の権利性の基礎にあるのは、国際法が主権国家を主体とし国家間の関係を規律するという国家中心的な国際法観であり、個人は国際法における法主体性を持たず、国家の権利義務の客体にとどまることが強調されている。外交的保護において行使される実体的権利も国の固有の権利であるとされる。さらに、個人と国の関係は国内法の問題であって国際法のそれではないという、国際法と国内法の二元論に基づく説明もなされている。

外交的保護の理論を構築した Borchard も、国際法の主体は国家のみであり、個人は国際法の客体であることを出発点とする。個人は国際法が国に付与する権利義務の「受益者」にとどまり、国際法の違反は個人に国の責任を追及する権利を生じさせない。救済は国内法が認めるものにとどまる。責任は個人の属する国に創設されるのであり、当該国は自国民が国際法の規定する方法で扱われる権利を主張しているのであるという。

Borchard は、外交的保護の根拠を国と個人の国際的交通 (intercourse) の権利に求めるが、Vattel の間接的被害の理論は国の行動を十分に説明していないので修正を要するという。まず、国は裁量により正当と考える被害にのみ賠償を請求している。次に、国はすべての国民の被害に介入するわけではなく、私人などによる被害は国内手続での救済が求められ、裁判拒否を受けてはじめて国が介入できる。最後に、外交的保護において国は自身の威厳の侵害に賠償を請求していると考えられるが、実行では請求提出後に国民が国籍を変更したまたは請求を他国民に譲渡した時点で、国は請求を取り下げている。Vattel の理論は国の最初の行動を説明するに

過ぎないという。

Borchard によれば、外交的保護は、人民全体の利益や他国との関係などの考慮により、国の裁量の範囲で国民に認められる特別の (extraordinary) 救済手段であるという。個人が本国の外交的保護を求める「権利」があるというのは不正確である。権利があるとしても、裁量に向けられているので不完全な権利であり、本国を強制する手段を欠くので特権にとどまる。国の国民を保護する義務は法的ではなく政治的な義務であって、その執行の責任は特定の国民ではなく人民全体に対して負うものであるという。

そこで、Borchard は「埋没理論」を唱える。国民が有する私的な請求は、本国に取り上げられる際に政府の公的請求に統合 (merge, 埋没) されるという。国際的には、国が主権者としての資格で行為し、請求を自身のものにして、当事者の地位を引き受ける。請求者の代理人または受託者として行為するのではない。国民は任意で請求を国際的交渉の主題としたことで請求に対する支配を失い、政府の行う解決に従わなければならない。請求に対する政府の支配は絶対的で、請求者の意向と無関係に請求を処分でき、個人による請求の放棄は国の請求追行を妨げることはできない。国が当事者であるため、受け取った賠償金に国民は分配の権利を持たないという。

Borchard は、このような外交的保護が、本国の裁量によるがゆえに差別があることや、小国が強国の不当な請求を受ける弊害があることを認め、国民の被害から生じる国への金銭的請求に管轄を有する国際裁判所の創設を提唱した。それは、本国政府を、一方の当事者からの証拠の精査のみで政治的に重大な判断を下す負担から解放する利点もあるという¹¹⁾。

Borchard においては、国の排他的法主体性だけでなく、国の権利に加えて、(実行に反して) 国民の損害が国の威厳の侵害であると観念して、外交的保護の国家的性格を基礎づけていたものの、Vattel の理論が国籍継続原則と両立しないことや、外交的保護の国の裁量性が個人を十分に救済

しない難点が認識されていた(ただし、それは「特別の」救済手段であるとして正当化された)ことが確認できる¹²⁾。

(3) 第二次大戦前の学説においても、外交的保護を国家の権利とは観念しない見解も存在した。

Scelle は、国家間社会における諸政府の本質的役割は、国民か否かを問わず、社会の構成員で法主体である個人すべてに国際法の実現を保障することにあるという。それは、国家間の次元においては、他国の政府の管轄権の適正な行使を確保するため介入することである。これは、法の実現という客観的利益において、国籍に関係なく、すべての主体のためすべての法的状況について行使されるものである。しかし、この制度は歴史的には主観的に形成され、感情的政治的動機から、国が自国民に限定して外交的保護の権限を有する慣習法規則が生成されたという。

Scelle によれば、外交的保護の古典的理論は、彼の主張する外交的保護の客観的技術とは三つの点で対立するという。第一に、国籍の規則が存在する結果として、無国籍者、重国籍者または国籍の事後の変更の場合に保護がなされず、法的安全及び法秩序の安定性をもたらさないという。

第二に、外交的保護は政治的便宜の考慮に導かれた裁量的権限とされていて、国内裁判所においては統治行為論が適用され、その不行使の責任だけでなく合法性の議論をも拒否されている。このことは法の実現と法的状況の保障の本質的機能を麻痺させるという。彼は、外交的保護の権限は、法的状況が危険に陥るすべての場合に行使される、義務づけられた権限であって、その不行使は国の責任を生じさせるものであるという。

第三に、古典的理論の擬制的な「更改 (novation)」の観念が問題であるという。保護される国民と外国の管轄下の私人または外国自身との間に存在した国家内部の法的関係は、外交的介入の後には、保護国と被請求国との法的関係に代替される。この更改の観念は、一貫しておらず非現実的であるという。国家の擬制的人格が個人の現実の人格をのみ込むだけでなく、個人の本来的かつ実効的な法主体が消滅させられ、当初の法的関係は政治

的關係に代替される。国はその意思で請求の譲歩も放棄もできる。これは衡平ではない。執行機能は侵害された当初の法的状況の実現または回復を得ることにあるべきであるという¹³⁾。

Scelle の議論は、外交的保護を法の実現と個人の保護の手段と位置づけ、現行制度が国籍の紐帯を前提としていることや国の裁量であることを問題にするものであった。

また、外交的保護は国家の職能 (fonction) であるとする職能説も主張された。万国国際法学会の Cambridge 会期 (1931年) 及び Oslo 会期 (1932年) の外交的保護に関する規則案 (Borchard が主たる報告者であった) に対する Politis らの主張がそれである。

Politis は、Hague 平和会議や大戦後の混合仲裁裁判所から、個人が国際法上の権利を有し賠償請求の権利を持つ方向に国際法は変化しつつあり、外交的保護は個人の権利であって、形式的には国の権利でも、個人の権利を擁護するための手段であって、国民の名で行使されるという。国際法が国家間の関係のみを規律するとの観念は、個人の存在を認めていた国際法の伝統に反する。国家は外交的保護を行使しないならば国民に賠償責任を負うと主張した¹⁴⁾。

伝統的な外交的保護観念に基づく委員会提案¹⁵⁾に反対して、Politis や De La Pradelle らが提出した反対提案は、外交的保護を国際法の職能を遂行して用いられる手続と定義し、影響力及び威厳の増進を求める政治的意図ではなく、国際法の遵守及び尊重に協力するために正義の意図で行使されなければならないとした¹⁶⁾。

審議においては、Rolin が、外交的保護は国家の主観的権利ではなく、人道または国際社会の名の下に行われる客観的介入あるいは公的行動として理解されるべきであると主張した¹⁷⁾。Pearce Higgins は、外交的保護は国の権利であるが、国と個人の関係は、信託における受託者と受益者の関係として理解されるとの見解を示した¹⁸⁾。

これらの議論に対して、報告者 Borchard は、マプロマチス事件判決を

引用して、国民の被害は国の被害であり、外交的保護が国の権利であるとの観念はなお実定法上のものである、外交的保護が個人の権利であるとの観念はあるべき法にとどまり、諸国が変更に同意しない限り依然として国家の裁量であると反論した¹⁹⁾。

どちらの立場も、個人が国家を相手取って請求を提出できる国際裁判所を創設する必要性では一致していた。Politisらは個人の権利の実効性確保の目的で、Borchardは外交的保護が個人の保護に不十分であることを克服するために創設が必要であるとの認識を示した²⁰⁾。

こうした議論からは、かつては外交的保護について多様な見方も存在していたこと、そして外交的保護を個人の保護の制度と把握した上で職能と捉える見方も主張していたことが理解される。

(4) 第二次大戦後の国際法においては、世界人権宣言(1948年)など、個人に国際法上の人権が認められる国際法の構造変化があった。これを受けて、外交的保護の国家の権利性を修正しようとする主張がみられるようになった。

代表的な論者は、ILCの国家責任の法典化作業の最初の特別報告者であったGarcía Amadorである。彼は、外交的保護の理論的難点を指摘しつつ、国際請求の実質に注目して、また国際法における個人の地位の変化から、個人の国際的請求の権利を認め外交的保護の再定義を行った。

García Amadorは、国際責任において、違法行為によって侵害された権利または利益が国家に帰せられ、国家のみが責任を援用する主体であるとの伝統的見解は、いくつかの重大な欠点を有するという。一つは、国籍の原則であり、無国籍者、重国籍者及び国籍継続原則が適用される場合に、それらの者は国際法の承認する待遇の利益を得られない。次に、個人の損害は賠償の算定基準を提供するにとどまり、賠償は国に支払われ、その範囲を定める権利を有するのは被害者ではなく国である。さらに、国の国際請求は、それが外国人の国内法上の請求に起源を持ちその継続であっても、伝統的理論によれば、新規のかつ独立の請求であるとされる。しか

し、国内救済完了原則により、外国人の当初の請求が現地の裁判所に係属している間は請求できない。真に新規のかつ独立の請求であれば、本原則を除外することも可能なはずであるという。

さらに、García Amador は、伝統的見解は現在の基本的人権の国際的承認と両立しないという。外国人の地位が一定の基本的権利の享有の条件とみなされた時代には、当該権利が国家の権利と不可分であると考えられた。しかし、現代国際法においては、個人は国籍と無関係に、人間として国際的権利を承認され、国際的な法人格者として承認されたという。

最後に、伝統的理論では私人の被害に対して請求を提起する権能は国籍国のみが付与されるが、国籍国の介入によって請求が政治的色彩を帯び、受入国との緊張が高まるという。

García Amador は、これらの難点を埋め合わせるように伝統的規則を再定式化することが必要であるという。その際、侵害された利益は私人のそれであって国家のそれでないこと、及び私人が国際請求提起の目的で救済手段を持たなければならないことが考慮されるべきである。このことは実行の革新を意味しないとして、国際捕獲審検所や中米司法裁判所などの個人の国際裁判所への出訴権を承認する実行を想起する。個人のこうした権能の承認は、国家が在外自国民を保護するとの一般原則の否定を意味しないという²¹⁾。

その後、具体的な条文を提案した際にも、García Amador は自身の立場を再述した。伝統的理論では、国の国際請求は完全に新規のかつ独立の請求とみなされ、国は被害者の代理人ではなく、被害者の地位と権限を代位して行為する唯一の請求者とされる。しかし、これは明白な擬制であって、国内救済完了原則との関係などの難点があるという。

García Amador によれば、伝統的見解は、国民の人身または財産に生じた被害の場合、侵害された利益を有するのは国籍国であるとの別の擬制に基づいているという。この観念は、国際的権利を保持しうる主体の観念が主権国家と同一で、個人には及ばなかった時代に発展したものである。

ゆえに、個人が国際的権利を持つ権能を認められた現代では、この観念は維持されるべき妥当性を持たないという。

そこで、この論者は伝統的観念の修正を提示する。外交的保護の行使の際に、国籍国は国民の名前で、及び国民の利益の純粋な代理として請求するという。国は自身の権利を主張しているのではなく、請求は新規のかつ独立したものではない。それは、国民が被請求国の国内法の下で行っていた請求の、国際的次元での継続であるという²²⁾。

García Amador が ILC に提出した草案は、被害を受けた外国人と国籍国の両方が当該被害に関して被請求国に国際請求を提出できるとの内容であった。一方で、外国人は、請求国と国籍国の合意または被請求国と外国人自身との合意によって権限を付与された機関に、受けた被害への賠償を得るための国際請求を提起することができる。被請求国と外国人の合意による請求提起の場合に、国籍国の同意は必要ではないという。

他方で、国籍国は、上記の合意がない場合に、または被請求国が国籍国による請求の代位に同意した場合に、外国人の受けた被害への賠償を得るための国際請求を提起できるという。さらに、国籍国は、外国人に対する被害を超えて再発防止のための請求を提起できるとした²³⁾。

この論者は外交的保護の観念を擬制であると明言し、外交的保護の諸制度と矛盾があることを示し、国際人権法とは両立しないことを強調した。外交的保護において国籍国が請求するのは個人の権利であるとの一種の代理の考え方を採用し、個人が自身の国際的権利を保持しその侵害に対して請求を提起できること、及び、国籍国の外交的保護は、個人が援用できる手続がない場合に残余的に行使できるものとして、個人の請求の優先を認めたことに特徴がある。

(5) García Amador と類似した見解を示したものとして、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草案」(以下、1961年の Harvard Law School 草案)がある。

同草案によれば、マプロマチス事件の判示は、近年の個人の人権の保護

の強調と調和しないという。もっとも、国際請求に対する被害者個人の利害の承認は近年に始まったものではない。第一に、国内救済完了原則は、外国人が国の支配を排除して、自身の請求を自ら支配することを認めている。この支配は、個人の利益を国のそれに優先させるものであるという。次に、賠償が通常、国に対する抽象的な「違法行為」よりもむしろ、個人の現実の損害によって算定される事実である。最後に、国が確保した賠償金を請求者たる個人に移転する実行は、当該国が違法行為の真の犠牲者が当該国であると考えていることを意味するという。

草案は、一般原則として、外国人に被害を与える国際違法行為に責任ある国は、被害を受けた外国人または国籍国に賠償する義務を負うとし、外国人と国の両方が請求を提出する権利を有すると規定した。被害者は被請求国に直接請求を提出できるだけでなく、被請求国が管轄権を付与した国際裁判所がある場合、当該裁判所に請求を提出できる。本草案によれば、この点は、現行法からの大きな逸脱ではなく、国籍国からの請求が提出されていないことを理由に、被請求国が個人からの請求を拒否できないことを意味するにとどまるという。

被害者と国籍国の双方の請求の提出が認められると、両者の関係が問題となるが、本草案は、国籍国の請求が国民のそれに優先するとした。両者が同時に請求する場合、国籍国が請求している間は国民の請求の権利は停止するとした。実体的には国民の請求であるが、手続上は国籍国が国民の請求を支配するという。

同様に、草案は、国籍国が締結した条約による請求の放棄、妥協または解決に国民が拘束されると規定した。国は裁量により特定の個人、特定の集団、もしくは一定のカテゴリーの請求、またはすべての請求を放棄できる。国は請求者たる国民の不利益を他の国民のそれと衡量したり、共同体の利益を優先させたりすることができる。国籍国は、放棄などが国民に不正義をもたらすと考えれば補償を支払うが、それは国内法の問題である。一括支払協定による解決が示すように、国は交渉し請求を解決する点

において、個人が請求するよりも有利な立場にある。さらに、国は根拠のない請求を規制し他国との良好な関係を維持する責任がある。また、同様に請求国は、外交政策の観点から国内法で国民の請求を禁止することもできるとした。

他方で、草案は、国民が請求を放棄、妥協または解決した場合は、国籍国は請求できないとした。国籍国が取り上げても請求の性質が変わるわけではなく、国籍国は国民のそれとは区別された利益を持たないので、外国人が放棄すれば国の請求権は存続しないという²⁴⁾。

本草案は、外交的保護における国籍国の請求が、実体的な個人の権利を主張する手続的なものであると観念し、両方の請求提起を認めた。他方で、García Amador 案とは異なり、国の請求が国民の請求に優先するとし、被害者個人をも拘束する国籍国の裁量を認める点で伝統的理論に配慮したものとなっている。

(6) 戦後の学説においては、「混合理論 (théorie mixte)」と呼ばれる理論も主張された。その主唱者である Perrin は、外交的保護において請求国は、自身の固有の権利と被害を受けた自国民の権利の両方を主張しているとの見解を示した。

Perrin は、個人が慣習法または条約が創設した権利を有するとの前提から出発する。慣習法は、国に外国人に保護を付与すること、特にその司法的組織と司法手続の恩恵を受けさせることを義務づけている。しかし、欧州司法裁判所や投資紛争解決センター (ICSID) のような例外を除き、個人は国際裁判所に直接出訴して自身の権利を主張することはできないという。

この論者によれば、外交的保護において、請求国は、一方で、自身が固有に持つ権利、すなわちその国民が国際法の付与する地位を他国から享受することを要求する権利を主張しているという。この権利は、その侵害が請求国に対して直接になされた違法行為であるがゆえに認められるものである。損害を受けたのが請求国ではなく被害者であることは重要ではな

い。外国人の被害は同国人にとって脅威となる先例を構成すること、外国における国民の活動から国の経済が利益を得ていることから、わずかであっても国は現実には損害を受けているという。

他方で、Perrin によれば、国籍国は、外交的保護において個人の訴えを取り上げて、個人を代理して主張しているという。個人が国際裁判所においてその権利を主張できないがゆえにそうである。ここで国籍国が主張しているのは実体的権利ではなく、国民の権利を国際法の次元で主張するための資格が当該国に付与されているという。

Perrin は、外交的保護の請求の受理可能性の検討によって、外交的保護の二重の性格が導かれるという。特に国内救済完了原則は自身の理論に適合的であるという。有力説によれば、司法機関による裁判拒否の場合にのみ国内救済完了は実体的要件で、他の機関による違法行為の場合は手続的要件であるとされる。実体的には、最終審の機関の決定によって個人の権利が侵害された時点で請求国の権利が発生する。手続的には、他の機関の行為によって国の権利が発生するが、被害者の国内救済追及の間は停止している。ゆえに、国際請求は、同時に侵害された請求国の権利と被害者の権利の両方を請求国が主張する二重の性格を持つという²⁵⁾。

この混合理論は、マプロマチス公式と、García Amador などの見解の両者を折衷する形で、国は自身の権利と国民の権利の両方を主張しているとする。国自身の権利は実体的権利であるが、国民の権利を主張する際の国の権利は手続的であるとする。また、主張される国民の権利と国の権利の間に相関関係を措定する点に特色がある²⁶⁾。

(7) 国際法協会 (ILA) の決議「人身及び財産の外交的保護」(2006年) は、ILC 条文の採択と同年に採択されたものであるが、相互に議論の内容が参照され、特に請求の国籍に関する報告者 Orrego Vicuña の暫定報告書は、ILC の特別報告者 Dugard の主張に一定の影響を及ぼした。

Orrego Vicuña によると、議論の出発点は外交的保護において誰の権利が請求されるのかであるという。古典的原則であるマプロマチス事件の擬

制は、国家が国際法の唯一の主体であった時代に対応したもので様々な問題がある。特に、国がそこで責任を追及されるどころの国際的メカニズムの発展を反映していないことがそうであるという。

報告者は、外交的保護の様々な問題が慣習法としてそれを変更するにはいたっていないという。しかし、国際法の特徴が外交的保護の役割の根本的変更を促した。すなわち、国家が国際法秩序における排他的立場を失い、国際組織と個人が限定されてはいるが役割を獲得したことである。人権、投資保護その他の分野の法は、請求を主張するための国際的メカニズムへの直接のアクセスを個人に認めた。現代国際法の新たな文脈においては、外交的保護で主張されるのは、国籍国の権利ではなく、影響を受けた個人の権利である。また、外交的保護はもはや要請されず、ICSID のように仲裁に付託され裁定が履行される範囲で除外されているという。

Orrego Vicuña によれば、個人の直接のアクセスは拡大し続けているが、だからといって国の役割は意義を失っていないという。個人が出訴資格を持たない分野で国がその請求を取り上げ、取決めに結んで個人の直接のアクセスを確保する法的枠組みを創設することが必要であるという。

報告者は、この発展は、外交的保護と個人の直接のアクセスの両方において、本案で主張されるのが個人の権利であって国籍国のそれではない事実に向かうという。外交的保護において国は個人の代理人として行為しているのであって、個人の権利を代替してではないという。

報告者は、さらに、外交的保護の基礎にある法的擬制はもはや必要ではなく正当化されず、代替的解決が何かが問題であるという。現行の制度は、多数の請求の扱いや交渉及び解決のための外交経路の利用など、国籍国が請求を管理する利点があるが、請求を取り上げるか否かの決定に政治的要素が介在する欠点がある。外交的保護の廃止は、多数の個人を保護のないままにすることから、現時点では合理的ではないという。

そこで、彼は、影響を受けた個人に直接利用可能な国際的な手続が存在しない場合にのみ外交的保護が介在するとの残余的役割の位置づけが適当

であるという。手続が個人に直接利用可能である場合、特に個人がそれを採用した後は、外交的保護は排除されるという。

さらに、Orrego Vicuña は、請求提起の決定の裁量を法的審査に服させる方法を検討する必要があるとして、19世紀のチリ国内法を挙げた。それは、外交的保護の要請は外務省から最高裁の法務長官に送付され、その意見は政府を拘束するものであるという。この種の解決がデュープロセスの文脈で国際法上の義務として採用されるかもしれないという。

Orrego Vicuña は、外交的保護に関する法を変更する一定の規則を提案したが、総論部分は以下の通りであった。

まず、違法行為によって影響を受けた個人の権利が、外交的保護において優越する利益（prevalent interest）として主張され執行されるべきである。並行する請求国の利益も主張し執行されうるが、個人の利益に取って代わるべきではない。

次に、個人のために請求を取り上げることを拒否する政府の裁量は、デュープロセスの文脈での司法審査に服するべきである。

第三に、自身の権利の主張を実現するものとして、国際的請求解決の取決め及び紛争解決手続への個人の直接のアクセスが奨励されるべきである。当該取決めにおいては、国籍国による請求の付託は除外されるべきである。

最後に、外交的保護は、国際的請求手続への個人の直接のアクセスが利用可能でない場合に残余的な方法で行使されるべきである。当該手続の利用可能性は外交的保護を排除する（判決の執行に対するものを除く）²⁷⁾。

なお、2006年に ILA が採択した決議の外交的保護の概念についての部分は、おおむね Orrego Vicuña の提案に基づいているものの、外交的保護の行使を拒否した場合の司法審査については修正されている。司法審査は国際法ではなく国籍国の憲法の範囲で取り扱われるべき事項とされ、審査基準として恣意性の防止が付け加えられた。また、司法審査を行う政府の義務は、当然に外交的行動をとることではなく、特定の個人の立場及び

当該行動がとられうる範囲を考慮することであるとされた。また、司法審査は、国内法上の権利に照らした、個人の補償を考慮することができるとの内容が追加された²⁸⁾。

Orrego Vicuña の議論の独自性は、外交的保護の規則の変更(の可能性)を直接にはなく、個人の法主体性及び人権及び投資保護の発展という国際法の構造の変化の結果として理由づけた点にある。そこから、外交的保護において主張される権利は個人の権利であり、国は被害者個人の代理であると主張した。こうした手続が個人の救済に資することから外交的保護に優先することが主張されている。また、デュープロセスに基づく司法審査といった、外交的保護の行使における国の裁量を制約する議論を提示した点に独自性があった。

(8) 近年の発展としては、これも ILC の作業と同時期であるが、国際司法裁判所のラグラン事件(2001年)及びアベナ事件(2004年)の両判決も示唆的である。

ラグラン事件において、ドイツは米国の領事関係条約の違反(拘禁された者の本国領事への通報及び面接の権利の告知の欠如)による自国の権利の侵害と自国民の権利(ドイツはそれが人権であると主張した)の侵害を申し立て、後者を外交的保護であると特徴づけた。米国は自国民の外交的保護は慣習法上のもので、同条約選択議定書が認める裁判所の管轄の範囲外であると主張したが、裁判所は認めなかった。そして、裁判所は、領事関係条約第36条1項の文言を検討して、同条が個人の権利を創設し、それが選択議定書を通じてその者の国籍国によって援用されうることを認めた²⁹⁾。

同様の事案であるアベナ事件においても、メキシコは米国の領事関係条約の違反による自国の権利の侵害と自国民の権利の侵害を、後者を外交的保護と特徴づけて申し立てた。裁判所は、領事関係条約上の個人の権利の侵害に関するメキシコの請求を外交的保護と認め、それに対する国内救済完了原則の適用可能性を論じた。判決は、ラグラン事件を引用して、侵害されたのが同条約第36条1項の下での国民の権利である一方、メキシコは

同時に同項の下での派遣国としての自身の権利の侵害も主張していることを確認した。裁判所は、一方の権利の侵害が他方の権利侵害を伴う、権利間の相互依存関係があると認定し、この状況においては、メキシコは自身の名前で付託する際に、直接に及び国民の権利の侵害を通じて受けたと主張する諸権利の侵害についての裁定を裁判所に請求することができ、国内救済完了の義務は当該請求には適用されないと判示した³⁰⁾。

両判決は（特定の条約の文脈においてであるが）国際法が個人に権利を創設することを認めた点で重要であるが、さらに国籍国が個人の国際法上の権利の侵害に対して請求を提起することも「外交的保護」であると特徴づけたことも重要である。国が自身の権利ではなく、他の主体の権利を援用することも外交的保護であるならば、外交的保護の伝統的観念を修正する可能性がある³¹⁾。

(9) これまで主要な議論を概観してきたが、時代とともに、外交的保護の基礎にある擬制が国内救済完了原則や国籍継続原則といった外交的保護の諸規則と矛盾することが認識され、また、個人の保護として不十分であることの認識が、特に第二次大戦後の国際人権法の発達との対比で一層強められたことが確認される。個人が直接請求できる国際的手続の出現が、より個人の救済に資するものとして当該手続を外交的保護に優先させる主張につながっている。また、個人の存在を国家に解消させる観念は、特に国内救済完了原則との関係から「擬制」と認識されていたが、個人の国際法上の地位が承認されたことでその認識が強められ、外交的保護の実質を個人の請求として、保護国を国民の代理とみる構成や国家と国民の権利の併存を指定する混合理論の提唱にいたったと考えられる³²⁾。

II ILC 外交的保護条文の作業

本章では、ILC における外交的保護条文の作業を検討する。同作業は、1995年に法典化の主題とすることが決定され、翌年に総会の承認を得た。

1997年に Bennouna が特別報告者に指名され、翌年に第一報告書を提出した。彼の辞任により、代わって Dugard が特別報告者に指名され、2006年までに七つの報告書を提出した。Dugard の提案をもとに第一読草案が2004年に採択され、各国政府からのコメントが提出された。2006年に最終草案が採択されている。

本章では、外交的保護に関する論点を、相互に関連しているものの、便宜的に外交的保護の現代的妥当性、国の権利性、外交的保護で主張される権利、国の外交的保護と個人の請求との関係、外交的保護行使の義務の有無、得られた賠償金の被害者への移転義務の有無、及び具体的規則における個人の立場の考慮の7点に分けて議論を参照する³³⁾。

1. 外交的保護の「擬制」とその現代的妥当性

(1) ILC の作業においては、個人が国際的権利を持ち国際的フォーラムへのアクセスを認める国際人権法の発展や、Vattel 的擬制の持つ問題により、外交的保護とその擬制は不必要なものとなった、あるいは時代遅れになったという問題が議論された。

最初の特別報告者 Bennouna は、伝統的見解の下では、外国人は当初の自身と受入国の（国内法上の）紛争を国際化することができないので、国籍国が国民の請求を取り上げてその請求は「更改」されることになるが、その前提に、個人が国際法主体の地位を持たず、国のみが他国の責任を援用することができるがあると示唆する。国際法と国内法の二元論的アプローチに基づいて、個人の請求を覆い隠し国籍国を強調することになるという。

この論者によれば、国内救済完了原則は、個人が国内裁判所で執行する権利が、完了後にどのように国家の権利に変容するかを説明できていないという。伝統的見解は擬制に基づいて、国籍国の国際的次元での権利は固有の権利であるとしているが、しばしばそれは個人の国内的次元での権利を範型としている。さらに、国籍国の受けた損害は外国人の受けた損害に

よって算定され、判例の判示³⁴⁾とは異なり両者は同一である。また、外国人の被害が国の被害であるならば、その後の被害者の国籍変更によって国の請求権は失われなければならないはずであり、国籍継続原則の必要性が疑問視される。そして、寄与過失やクリーンハンズの原則のように、責任の決定に個人の行動が考慮されているという。

Bennouna は、世界人権宣言及び人権条約による人権の保障、二国間投資保護条約による投資家への権利の付与、並びにイラン・米国請求権裁判所や国連賠償委員会における個人の出訴権の付与などの国際的レベルでの個人の権利の承認を強調して、外交的保護の擬制が（実定法であっても）古い時代のものであることを指摘した。

Bennouna は、外交的保護において、伝統的見解に従って国は自身の権利を有し執行しているのか、それとも、国民が法的に保護された利益すなわち権利を有しており、国は国民の受任者または代理人であるのかの問題を提起した。どちらかを選ぶかで、古い慣習を維持するのか、それとも国際人権の承認の現実を考慮した漸進的発達と（新たな）慣習を採用するかのいずれかになる。この選択は、国が関係者の意思に反して請求を提起できるか、国民が国籍国の権利を侵害することなく自身の外交的保護の権利を放棄できるかの問題にも影響するという。

彼は、マプロマチス事件の原則を変更すべきであるならば、国は、外交的保護において、外国人の待遇に関する国際義務の尊重に対する、国民の権利を執行していることになるという。個人が国際法が承認する権利を保持し、国がそれに対して義務を負うことが認められている状況において、国民を保護する義務を負う国籍国が、国民のために訴えを取り上げ国民の名前で国際請求を提起していることに反対することは困難であるという³⁵⁾。

(2) 次の特別報告者 Dugard も、外交的保護とその基礎的観念である擬制を論じた。擬制の理論的根拠を論じる見解は、個人が国際的請求を提起する能力がなかったことを前提としており、そのことは個人が国際法上実

体的権利を持っていなかったことの結果であるという。

Dugard は、外交的保護の擬制は、その内的矛盾により及び擬制であることにより批判されているという。前者の内的矛盾とは、この擬制が国内救済完了原則、国籍継続原則及び個人の損害によって国家の損害を算定する実行と論理的に両立しないことであり³⁶⁾、後者は、Bennouna が指摘するように、現代においては擬制に過ぎないことが明らかになっていることであるという。

Dugard は、外交的保護において国は被害者個人のための代理人として行為するとの理論 (García Amador や Orrego Vicuña) や、実体的権利は個人が有し、国はその執行のための手続的権利を有するとの理論 (Geck) があることを紹介する。

Dugard によれば、伝統的観念への批判は、個人が国際的権利を持ち国際的機関へのアクセスを認める国際法 (人権法及び投資条約) の発展により強められるという。個人が国際人権文書及び投資条約の下で国を相手取って国際機関に自身の権利を主張する権利を有するなら、外交的保護において国が自身の権利を主張するというのは困難であるという。

他方で、特別報告者は、外交的保護の伝統的観念が判例で一貫して認められ、国際慣習法の受け入れられた制度であることを確認して、個人が人間として国際法上の権利を持つ一方で、その救済手段を有していないこと (投資保護の分野を除く) に留意する。個人が国際法上包括的な手続的権利を持つまでは、人権が外交的保護を廃棄することはなく、むしろ、外交的保護は、人権保護の重要な手段として、強化されるべきであるという。

Dugard は、人権法による個人の保護を概観して次のように指摘する。人権侵害への実効的な救済は欧州人権条約にしかなく、米州及びアフリカの人権条約にはない。アジアに関しては条約そのものが存在しない。自由権規約などの普遍的条約においても、個人通報手続を受諾している国は一部に限られる。これらの条約は外国人の人権も保護するが、その侵害に対する救済の手続は強力ではないという。

Dugard は、外交的保護は個人の保護のための普遍的で実効的な救済手段であると結論づけた。国も人権機関での申立よりも他国からの外交的保護の行使を重く受け止めるであろう。国家が国際関係における主要なアクターである限り、外交的保護は人権侵害からの救済のためのもっとも実効的な手段であるという。Dugard は、Vattel 的擬制を時代遅れとして否定するよりも、むしろ強化すべきであると主張して、外交的保護の有用性を強調した³⁷⁾。

(3) このような Dugard の立場に対して、ILC においては様々な見解が表明された。

まず、外交的保護の現代的有用性についてである。Pellet は、人権保護や投資保護の分野における個人の国際法主体性承認の傾向は、外交的保護を廃止するほど広範ではなく、慣習法における外交的保護へのアプローチを採用しなければならないという³⁸⁾。Brownlie は外交的保護は時代遅れではないと述べた³⁹⁾。Baena Soares は、人権条約の発展が外交的保護の制度をなしですませるほど実効的な改善を作り出していないと外交的保護の有用性を擁護した⁴⁰⁾。

第二に、外交的保護の「擬制」についてである。Pellet は、在外自国民とその財産（特にラテンアメリカ諸国にある）を保護する要請と、国際法が主権国家間の法であり、個人が国際法人格を持たないと的前提を維持する意図から、この矛盾を解決するため欧米諸国によりこの擬制が考案されたとの見解を述べた⁴¹⁾。Lukashuk は、国を個人の代理人とみる見解を支持することを示唆した⁴²⁾。他方で、Kabatsi は、慣習法上、国が自身の権利を行使していることは明確に確立されており、国は領事業務の提供のような、当事者資格を欠く個人の代理人として行為しているのではないと代理の考え方を否定した⁴³⁾。

第三に、外交的保護と人権の関係について、Illueca は外交的保護が人権保護を促進する手段であると述べ⁴⁴⁾、Idris も、外交的保護は、国籍国の介入なしでは救済されない外国人の権利の保障のための有用なメカニズ

ムであり、擬制であるかどうかは重要ではなく強化されるべきであると主張した⁴⁵⁾。

他方で、外交的保護を人権と結びつけることに反対する意見もあった。Pellet は、外交的保護は国際人権の観念の出現よりはるか前に存在し、国民の保護や人権の保護を目的とするのではなく、国が受けた擬制的損害への賠償を得る手続的手段であるという⁴⁶⁾。Pambou-Tchivounda は、外交的保護は人権保護の制度と同視されるべきではなく、人権だけではなく経済にも関係すると主張した⁴⁷⁾。Operti Badan も、外交的保護と人権はそれぞれ別個のメカニズムであって、保護される権利利益は前者は国籍国、後者は個人と異にし、外交的保護は維持されなければならないと述べた⁴⁸⁾。Sreenivasa Rao も、人権の保護は外交的保護と無関係であり、人権侵害に対する救済はそのためのフォーラムに委ねられるべきであると述べた⁴⁹⁾。Simma は、外国人の被害が人権侵害である場合には二つの法が併存することになるが、人権が外交的保護と完全に一致するためには、まだ財産権が人権として承認されていないと述べた⁵⁰⁾。

(4) ILC が採択した第一読草案のコメンタリーでは、国民の被害が国への間接的被害であるとの観念は、外交的保護の実現（国籍継続原則、国内救済完了原則及び個人の受けた損害による国の損害の評価）と調和させることの困難な擬制であるとして批判されていることに留意する。しかし、「マブロマチス原則」や「Vattel 的擬制」はなお外交的保護の基礎であるとした⁵¹⁾。

この第一読草案に対する各国のコメントの中で、ベルギーは、外交的保護は人権保護のメカニズムの一つであると述べ、オランダは外交的保護と人権が相互に補完するとの立場を支持した。他方で、エルサルバドルは、外交的保護は人権と区別されるとの見解を示した⁵²⁾。

(5) 第二読の作業のために提出した報告書において、特別報告者 Dugard は、マブロマチス公式の修正を求める見解、すなわち外交的保護の要件や賠償金の評価から、現実には外交的保護の請求は個人のそれであ

るとの見解を論じた。

すなわち、これらの見解は、一次規則と二次規則の区別を考慮していないという。個人は拷問されない権利や補償なしに財産を奪われない権利を有し、その侵害は国籍国の外交的保護の対象となりうるが、それらは一次規則の分野に属する。それに対して外交的保護の権利は二次規則である。個人がその権利を主張する能力が限定されていることによる、個人の国際法人格の不完全さから、マプロマチス判決の擬制は、個人の権利を保護する一次規則を執行するための手段である。外交的保護が個人の保護の手段であり、外交的保護の究極の目標は人権の保護である。外交的保護と人権法は相互に補完的であるという⁵³⁾。

第二読の審議においても、様々な見解が表明された。Pellet は、第一読での見解と異なり、擬制を批判し代理とみる見解を表明した。それによれば、外交的保護は、国が行使するか否かの裁量を有する国の権利であるが、その基礎にあるマプロマチス判決の擬制は21世紀の現在では時代遅れであるという。それは国のみが国際法主体であった時代に必要であった擬制であり、現在は個人が国際法上の権利を持つので、それはもはや存在する理由を持たない。侵害された権利が国にのみ属するとの考えは受け入れがたい。外交的保護において国がその尊重を確保するところの権利は個人の権利であり、国が自身の権利への尊重を確保しているというのは馬鹿げている。18世紀初めに遡るこの観念を維持する必要はない。外交的保護は単なる手段であって、マプロマチス判決の擬制に反して、保護されるのは国の権利ではなく個人の権利である。現実には国は自身の権利においてではなく、国民の権利を保護するために、その者のために行為していると主張した⁵⁴⁾。

Momtaz も、外交的保護の法的擬制はその究極の目標が人権の保護ではなかった時代に発展したもので、擬制を終わらせる時が来ているという⁵⁵⁾。Candioti は、外交的保護の擬制を廃棄すべきであると主張した⁵⁶⁾。Economides は、その行使の条件は国際違法行為の存在であるが、外交的

保護は外国に滞在する個人の人権とより密接に関係するので、外交的保護条文を国家責任条文と関連づけることに同意しないと述べた⁵⁷⁾。

他方で、Rao は、マプロマチス判決の擬制は、特別な取決めがなく個人が請求できない状況では、国が被害を受けた国民の請求を国際的次元で取り上げる有用な目的に資すると述べ、その究極の目標が人権の保護であることを認めつつ、外交的保護の観念を維持することを支持した⁵⁸⁾。Xue は、外交的保護が国の権利であることは確立した基本的原則であり、国は行使の可否の決定において個人の権益への関心よりも外交的、経済的その他の考慮を優先させてきたとの認識を示した⁵⁹⁾。

Daoudi は、マプロマチス公式の擬制は過去の実行を反映したもので、現代では外交的保護と人権は重複するという。個人は限定された国際法人格を有するが、自身の権利を保護する法的能力を持たない状況にあり、この状況を救済するために、代表という別の擬制が必要になる。この仮説からは、個人がその行使を国籍国に委託できる自身の外交的保護の権利を持つことになる。もしそうであれば、国籍国以外の国にも委託できることになるが、それが妥当かは確実ではなく、また個人の権利は確立されていないという⁶⁰⁾。

(6) ILC が採択した最終草案のコメンタリーは、第一読草案のそれとは異なり、外交的保護の擬制は、外国人の権利の保護という目的に対する手段として有用であるとの立場を表明しその理由を説明した。

ILC によれば、国民の被害が国家への被害というのは擬制であり誇張であって、外交的保護の規則の多く（特に国籍継続原則）はこの擬制と矛盾しているという。初期の国際法において個人は地位も権利も有していなかったため、保護されるためには擬制の手段によるほかはなかった。それは保護の目的に対する手段にとどまるという。

ILC は、状況は劇的に変化したという。個人は、個人を（自国にあって自国政府からも）保護する多くの国際法の一次規則の主体である。そのことはラグラン事件及びアバナ事件で認められた。二国間投資保護条約も私

人に権利を付与している。しかし、個人の救済手段は少なく、国家間の次元で実施される外交的保護は、その人権が外国で侵害された者の保護のためになお重要な救済手段であると結論づけた⁶¹⁾。

このように、ILC は、最終的に Dugard の立場を一定程度採用し、Vattel 的擬制が擬制であって矛盾を有することを認めつつも、外交的保護が個人の保護のために有用な手段であると位置づけた。他方で、原案ほど明確に外交的保護を人権と結びつけたわけではなかった。

2. 外交的保護の国家の権利性

(1) ここでは、特に被害者の意向との関係で外交的保護が国の権利であること、その行使に国が裁量を持つことに関する議論を取り上げる（外交的保護の行使を義務とする議論については本章5で参照する）。

特別報告者 Dugard は、国籍国が外交的保護を行使する権利を有することは判例及び学説において維持されてきたという。伝統的見解である、国民の被害を国家の被害とみなす Vattel 的擬制は、前節で述べたように批判があることや、異なる理論構成が提示されていることに留意しつつ、外交的保護が慣習法の受け入れられた制度であり、国民が被害を受けた場合に外交的保護を行使することは国の権利であり、国が行使の裁量を有することを確認し、その旨の提案を行った⁶²⁾。

ILC の審議において、外交的保護の国の権利性を問題にする見解はほとんどなかった。一部に国の裁量権を制約する必要を訴える見解が表明されるにとどまった。例えば、Galicki は、国籍の法的性質が近年、国の大権から個人の人権に変化してきたことに留意して、国の外交的保護の裁量を縮減すべきであると主張した⁶³⁾。Lukashuk は、条文草案では国の権利と国民の権利のバランスをとることが重要であるとして、国民が国籍国に外交的保護を付与するよう要請する権利を持つこと、国籍国の外交的保護を拒否する権利を持つことなどの規定を提案した⁶⁴⁾。

採択された第一読草案第2条は外交的保護の行使が国の権利であること

を確認した⁶⁵⁾。

(2) 外交的保護の国家の権利性は、外国人が国家との契約の中で国籍国による外交的保護を援用しないことを約束する、いわゆるカルボ条項に関連して議論の対象となった。カルボ条項の効力を国籍国に対しても認めるならば、外交的保護の国の権利性が修正されることになる。

特別報告者 Dugard は、主に Texas 北米浚渫会社事件判決 (1926年)⁶⁶⁾ に依拠して、カルボ条項が外国人の外交的保護を要請する権利の有効な放棄と解されるものの、国際違法行為の被害を受けた場合などに国籍国が外交的保護を行使する権利に影響せず、カルボ条項は国内救済完了原則に有利な推定となるとの条文を提案した⁶⁷⁾。

この提案に対しては賛否両論があり、最終的には条文中に規定を含めないことが決定された。反対の立場では、カルボ条項が国内法上の契約の規定に過ぎず国際法規則ではなく、法典化の対象とはならないとの主張が有力であった⁶⁸⁾。加えて、外交的保護の行使は国際公法上の国家の権利であって、国内法上の契約はその権利を放棄または制約するものではない、換言すれば私人が国籍国に属する権利を放棄することはできないことが強調され、自明であることについての規定を置く必要はないとの見解が示された⁶⁹⁾。

例えば、Pellet は、国は条約で外交的保護の不行使を約束するなど、外交的保護の権利の行使を差し控えることができるが、それは国の権利であって国民のそれではないので、国民は国に代替することはできないという。たとえ今日、個人が国際法の主体であり国は個人の代理であると主張されるとしても、マプロマチス公式に基づく擬制は争われていない。他方で、個人は自身のものではない権利を放棄できないので、カルボ条項が違法というわけではない。国民は本国に外交的保護を求めないことを約束できるが、それ自体は外交的保護の権利ではない。国民は国籍国が介入しないことを約束できないという⁷⁰⁾。

Gaja も、外国人の国籍国への要請は外交的保護の前提条件ではないと

述べた。カルボ条項によって外国人が外交的保護を要請しない国際法上の義務を負うと仮定しても、被害者の要請がなければ行使ができないわけではなく、他の個人が国の注意を喚起することもありうるという⁷¹⁾。

カルボ条項についての規則の定式化に賛成する主張の側からも、国の外交的保護の権利は同条項の存在に何ら影響されないことを明文で規定することに意味があるとの主張がなされた⁷²⁾。

カルボ条項は、国内救済完了原則に関する条文第14条のコメンタリーで言及されるにとどまった。それによれば、同条はカルボ条項を認知していないという。同条項の有効性は、マプロマチス事件の規則に従って外国人は国家に属する権利を放棄する権利を持たないとの理由で資本輸出国によって争われていると述べ、カルボ条項は、受入国の国際違法行為に関して国際的保護に訴えることの完全な放棄と解されるならば、国際法と両立させることは困難である。他方で、カルボ条項の有効性への異論は、外交的保護で保護される権利が個人の権利であって国家のそれではないことを認めるならば説得的でないという⁷³⁾。

ここでは、ILC はカルボ条項による外交的保護の放棄について否定的であるものの、私人が国の権利を放棄できないとの理由は直接言及されていない。逆に外交的保護で主張される権利が個人のものである可能性も示唆している。

(3) ILC の第二読の審議においては、外交的保護の行使が被害者個人の意思によって左右されるかという問題も論じられた。

後述するように特別報告者 Dugard は、国籍国が外交的保護の行使により受け取った金銭賠償を被害者に移転する義務の条文（第20条2項）の提案を行ったが、それとともに、同条1項として、外交的保護の請求を量定する際に、国は、外交的保護の行使の対象である国民の受けた被害の有形的及び精神的結果を考慮する（この目的のため、被害を受けた国民と協議する）ものとするとの提案を行った⁷⁴⁾。

これに対して、Gaja は、外交的保護は個人の権利の保護の手段ではな

いが、国際法における個人の立場が、伝統的に国の大権と認められてきた外交的保護に一定の含意をもたらすという。個人の金銭賠償に対する権利だけでなく、国が個人の要請または希望に関係なく外交的保護の請求を提出する権利を有するか否か、金銭賠償と原状回復の間で選択が生じる場合に、個人が賠償の方式について役割を持つべきか否か、そして解決が実効的になるために個人の同意が必要か否かの3点を ILC は検討すべきであるという。これらの点を支持する実行を見出すのは困難であるので、個人の立場を伝統的な観念よりも重視した一定の基準を適用する諸国への勧告を採択すべきであるという⁷⁵⁾。

Economides も、外交的保護は被害者の同意がある場合にのみ付与されるべきかどうかはまだ議論されていない重要な事項であり、国は行使の前に被害者の同意を得るべきであると主張した⁷⁶⁾。

Pellet は、実行ではマプロマチス公式にかかわらず、支払うべき賠償は被害者たる国民の受けた損害によって算定されており、この十分に確立された原則が、国が被害を考慮すべきであるとの Dugard 案第20条1項の観念の淵源であるとして提案を支持した⁷⁷⁾。

これらの見解に対して、Matheson は、Dugard 案は勧告とすべきであると主張した。それによれば、通常、国は被害者が受けた結果を考慮し、実行可能な場合には請求提起の前に被害者と協議するが、湾岸戦争のように多数の請求がある場合など、必ずしも協議することができない一定の状況があるという。

また、国は国民の請求に関する他国との交渉に支配を保持すべきで、外交的保護の行使または救済の形式及び金額に被害者の同意を求める提案は、国が国民の請求を取り扱う能力に重大な制限を課するという。こうした交渉は対外的危機を解決するために重要であり、国は被害者の意思に反して請求を提起し、被害者が満足しない賠償の形式及び金額で解決することになる。彼は、米国がイランと締結したアルジェ合意(1981年)を例に挙げ、国民の請求を二国間交渉により強制的に解決する政府の能力を争

う訴えは米国連邦最高裁によって棄却された⁷⁸⁾ことに言及した。ゆえに、国は被害者の意思に反して外交的保護を行使し解決する権利を保持することが認められなければならないと主張した⁷⁹⁾。

(4) ILC が採択した最終条文第2条においては、「国は本条文に従って外交的保護を行使する権利を有する」と規定し、国家の権利性は維持された（ただし、第一読草案第1条にあった「自身の権利において」との文言は削除された）。しかし、コメンタリーでは、国内法及び国内判決において、在外自国民の人権の重大な侵害の場合に、限定されているが国内法及び国際法上、保護する一定の義務を国が負うとの実行が存在するとの見解に支持があるとした。ゆえに、外交的保護の行使において国が有する裁量は、第19条と併せ読まれなければならないと述べた⁸⁰⁾。

この第19条は、「推奨された実行 (recommended practice)」として、外交的保護の権利への一定の制約となる三つの行動を国は「すべきである (should)」と非拘束的文言で規定している（同条(c)及び条文の形式についての議論は後述）。

同条(a)は、外交的保護を行使する権利を有する国は「特に重大な (significant) 被害が発生した場合には、外交的保護を行使する可能性に妥当な考慮を払う」べきであると規定した⁸¹⁾。この第19条(a)は、Dugard の提案になかったものであるが、賠償金の個人への移転及び前述した請求金額算定における被害者の意向の考慮に付随して、起草委員会が定式化し提案したものであり、後述する重大な人権侵害の場合に外交的保護の行使を義務とする議論の影響を受けたものと考えられる。

そのコメンタリーによれば、外交的保護の分野において、まだ慣習法の地位を獲得しておらず、漸進的発達の行使における法の規則への変容も認められない実行があるという。これらは人権及び投資の保護のための手段としての外交的保護を強化する望ましい実行であるという。

第19条(a)について、コメンタリーは提案の背景に人権の保護があることを強調している。人権保護のための手段は多様であり、どの手段が目的

の達成に有用かは状況によるが、外国にある国民の場合は外交的保護が長い歴史と実効性を有するという。

ILCによれば、外交的保護の行使が国の裁量であることは繰り返し確認されてきたが、外国で自国民が重大な人権侵害を受けた場合に、その者を保護する、国際法及び国内法上の、不完全ではあるが一定の義務があるとの見解への支持が増えつつあるという。ILCは、外国で受けた被害に外交的保護を受ける権利を承認する多くの国の憲法の規定や、外交的保護の裁量性を認めつつも、国民を援助するために一定のこと（それには外交的保護を行使する可能性に妥当な考慮を払う義務が含まれる）を行う、司法審査の対象となる、国家の側の義務があると判示した南アフリカ憲法裁判所のKaunda事件などいくつかの国内判決（後述）を参照する。

ILCは、これらの状況で、国際法は、外国で重大な被害を受けた国民のために外交的保護を行使する可能性を検討する、国の一定の義務の存在をすでに承認していると示唆することは可能であるという。もし慣習法が発展のこの段階にまだ達していないなら、第19条(a)は漸進的発達の行使とみなされなければならないという⁸²⁾。

さらに、第19条(b)は、Dugardの提案を基に、「実行可能な場合には、外交的保護の行使及び求められるべき賠償に関して被害を受けた者の見解を考慮」すべきであるとした。

コメンタリーは、実行において請求国は請求する損害の評価の際に被害者たる自国民の受けた損害を考慮しており、このことから、被害者との協議が必要であるという。このことは賠償の中での金銭賠償、原状回復及びサティスファクションの請求の選択についてもそうである。一部の学説はすでにそれが慣習法規則であるとしているが、そうでないのであれば漸進的発達とみなされなければならないという⁸³⁾。

以上のILCの説明は、外交的保護の義務を認めるとされる実行の評価についてあいまいな態度をとっている。第19条全体では、実行はあるが慣習法はおろか漸進的発達のレベルにも達していないという。第19条(a)の

外交的保護を行使する可能性を考慮するという、緩やかな義務について、実行はあるが、慣習法として確立しているか漸進的発達かについて明言を避けている。これは同条(b)についても同様である。

ILC は外交的保護の国の権利性を維持しつつも、請求の提起及び請求内容（賠償）に関する裁量に対して、被害者個人の状況や意思を考慮することを促す姿勢をとった⁸⁴⁾。

3. 外交的保護で主張される権利

(1) 本章1で参照したように、外交的保護が人権保護の手段であると位置づけられるならば、外交的保護において国籍国は個人の人権をも援用することもできることになる。前章でみたように、外交的保護において国籍国が援用しているのが国自身の権利であるか国民の権利であるかは一つの論点であった。

最初の特別報告者 Bennouna は、外交的保護において、国は国民の代理人として国民に属する権利を主張しているとの見解を示唆していた。

次の特別報告者 Dugard は、外交的保護において個人の権利が執行されているとする García Amador 草案、Geck や Orrego Vicuña らの見解を参照しつつ、人権保護のための外交的保護を肯定する立場を表明した。国際人権法の発展により、個人が国際的機関において外国も国籍国も相手取って人権を主張する権利を有する（このことは投資保護条約の下でもそうである）なら、国は外交的保護において自身の権利を主張しているというのは困難であると述べた⁸⁵⁾。

採択された第一読草案第1条は、外交的保護を「他国の国際違法行為から生じる国民への被害に関して、当該国民の訴え（cause）を自身の権利において取り上げる、国による外交的行動または他の平和的解決の手段の援用」と定義した⁸⁶⁾。

(2) これに対する政府のコメントの中で、イタリアは第1条の修正を提案した。同国は、ILC 第一読草案の定義は伝統的過ぎると指摘した。同

条の文言は、外交的保護の権利が行使国に属するだけでなく、国際違法行為によって侵害された権利も当該国に属することを含意しているが、後者は現代国際法においては正確ではない。ラグラン事件及びアベナ事件では、外国人の待遇に関する国際規範の違反は国籍国の権利の侵害と個人の権利の侵害の両方を生じると判示された。ゆえに、外交的保護は国の権利と国民の権利の両方を基礎とするものであるとの定義を採用すべきであるという。

イタリアは、上記の理由から、第1条の定義を、「他国の国際違法行為から生じる国民の被害に関して、自身の権利及び国民の権利の侵害を受けたと主張する国による、外交的行動または他の平和的解決の手段の援用」と修正するよう提案した。このように定式化しても、外交的保護の権利が国に属するという基本的観念は変わらないという⁸⁷⁾。

(3) 第二読の議論において、特別報告者 Dugard はイタリア修正案を詳細に論じることはなかったが、注目に値するとコメントした⁸⁸⁾。

Pellet は、前述したように、外交的保護自体は行使の裁量を持つ国家の権利である一方で、それによって保護される権利は、マプロマチス公式と異なり、国の権利ではなく個人の権利であるとの意見を表明した。現代国際法に適合するように、第一読草案第1条から「自身の権利において」を削除し、国民の権利の侵害を内容とする修正を提案した⁸⁹⁾。

Kemicha は、イタリア案が、受けた被害に関して国家と個人を同等の立場に置き、外交的保護への個人の関与の発展における前進を示すものと評価し支持した⁹⁰⁾。Candiotti は、外交的保護の擬制を廃棄すべきであるとして、外交的保護を単に国籍国による他国の国際違法行為の責任の援用及び実施と定義し、主張されるのが誰の権利であるかを明示しない定式化を提案した⁹¹⁾。

他方で、Xue は、イタリア修正案は混乱と実際的困難をもたらしうると批判した。外交的保護が国民の利益と国籍国の利益の両者が侵害された場合にのみ行使されるならば、国籍継続原則は意味をなさなくなるとい

う。私人の利益は国内の法的手続を通して保護されるべきである。外交的保護の規則は人権章典ではなく、国家間及び国と個人の間の利益のバランスが取られるべきであるという⁹²⁾。

(4) 最終草案第1条は、外交的保護を「国による、当該国の国民である自然人または法人に他国の国際違法行為によって生じた被害に対する当該他国の責任の履行のために、外交的行動または他の平和的解決の手段を通じた当該責任の援用」と定義した⁹³⁾。この定式化は、外交的保護において援用されている実体的権利が誰に属するかを明確にしないものであった⁹⁴⁾。

そのコメントリーにおいて、ILC は、現実には外交的保護において国は自身の権利ではなく、被害を受けた国民の権利を主張していると述べた。そして、第1条が、外交的保護を行使する国が自身の権利においてそうしているのか国民の権利においてかあるいは両者であるかはオープンのままにするとし、外交的保護が違法行為国の責任の確保のための手段であることを強調したと説明した。

そして、外交的保護の権利が国に属することを規定した第2条のコメントリーにおいても、請求を提起する権利は、外交的保護を行使する国に付与されているが、外交的保護の過程において国が主張する権利が誰の権利であるか、すなわち国自身の権利を主張しているのか、それとも国がそのために行為する被害者たる国民の権利を主張しているかの問題を同条は予断せず、中立であるとした⁹⁵⁾。

ILC が外交的保護において主張される実体的権利も国の権利としていた伝統的立場を明示的に変更しなかったものの、それを明確に支持しなかったことは重要であると考えられる。

4. 外交的保護と個人の請求との関係

もし、個人が国際法上自身の権利の侵害に対して責任を追及する権利を有するならば、その権利と国の外交的保護の権利との競合が生じその優劣

が問題となりうる。

Dugard は、この点についての議論を参照している。一方で、García Amador 草案や Orrego Vicuña の報告書は、個人の権利が国籍国の外交的保護に優先するとしている。すなわち、国の外交的保護は、個人が援用できる国際的手続がない場合に残余的に行使されるとの立場である。他方で、1961年の Harvard Law School 草案の、被害者個人と国籍国の両方が請求を提起できることを認めつつ、後者の外交的保護が前者に優先するとの立場にも留意している⁹⁶⁾。

そして、Dugard は前述のように、伝統的な外交的保護の国の権利性と行使の裁量権を定式化する提案を行ったが、その際、個人に直接利用可能な国際的手続が存在する場合に個人が当該手続を援用することは排除されないものの、個人による援用は、国籍国による外交的保護の行使を制約しないとの立場をとった。広範かつ系統的な人権侵害にとどまらず、単一の個人の被害であっても、国籍国の行使は可能であるという。個人が人権条約または投資条約上の救済手段を享有する場合も、国籍国は外交的保護の権利の放棄を義務づけられない。国際違法行為による個人の被害が国家の権利の侵害を構成する限り、不行使が義務づけられるものではないという⁹⁷⁾。このように、外交的保護の国の裁量権を根拠に、国の請求は国民の請求に妨げられず、パラレルな請求が認められるとの見解を示した。

ILC の議論では、この点について言及するものは多くはない。Goco は、国の請求が個人のそれに優先するとする Harvard Law School 草案の立場を支持するコメントをした⁹⁸⁾。Sepúlveda は、国際違法行為による被害を受けたのは個人であり、それに対する救済手段も（違法行為国の）国内裁判所から仲裁裁判所または人権機関までであり、国の外交的保護は残余的な機能しか有さず、排他的絶対的な権利ではないと主張した⁹⁹⁾。

ILC が採択した条文は、前述したように外交的保護の国の権利性を確認したものの、この問題について何らの立場も示さなかった。

5. 重大な人権侵害の場合の外交的保護の義務

(1) Dugard は、一定の場合に外交的保護の行使を国の義務とする提案を行った。実定法上、外交的保護は個人の人権ではないとしつつも、外交的保護に対する個人の権利を認める限定された実行があるとする。国連総会第六委員会におけるスペイン代表の発言など、国際社会の一部には個人が外交的保護に対する権利を持つべきであるとの見解があるという。

そして、国は外国における国民（または労働者）の利益を保護するとの20数カ国（クロアチア、ハンガリー、エストニア、ロシアなど主に旧社会主義国）の憲法の規定を参照する（ただし、それらが国内的に執行可能であるか、領事援助を超えた保護を意味するかは議論の余地があるとする）。また、憲法上、外交的保護を行使する義務があると判示したドイツやイスラエルなどの判例、類似のチリ、スイス、米国などの国内法規定、及び国民が外交的保護行使の正統な期待を持つとする英国の実行を参照した。

Dugard によれば、これらの兆候は、人権保護の増進という現代国際法の目標に合致するという。そして、強行規範が国際社会の基本的価値を反映しゆえに国際的保護に値するとの合意がある。さらに、外交的保護を拒否する裁量の行使はデュープロセスの文脈で司法審査の対象とすべきであるとの Orrego Vicuña の見解などにも留意した。

そして、Dugard は、漸進的発達として国の外交的保護の義務を規定する次のような提案（第4条）を行った。その1項は、「被害が他国に帰属する強行規範の重大な違反から生じる場合に、被害を受けた者が権限ある国際的な裁判所または法廷において当該被害に対する請求を提起できない場合、国籍国は、要請により被害を受けた者のために外交的保護を行使する法的義務を負う」とした。強行規範の重大な違反（文脈からは基本的人権の侵害と解される）の場合に、被害者が直接、請求を提起する国際的手続の不存在と被害者の要請を条件として、国は外交的保護を義務づけられるというものであった。

他方で、この外交的保護の義務には例外が設けられた（2項）。すなわ

ち、第一に、外交的保護の行使が国籍国及び／またはその人民の優越する利益を深刻に危うくする場合、第二に、他国が被害者のために外交的保護を行使する場合、第三に、被害者が国籍国の実効的及び優越的国籍を保持しない場合、国籍国は外交的保護の義務を免れるとした。

3項は、個人の外交的保護に対する権利の執行を確保する国内手続を規定することを義務づけるものであった。すなわち、「国は、その国内法に、権限ある国内裁判所または他の独立した国の当局における当該権利の執行を規定する義務を負う」と規定した¹⁰⁰⁾。

(2) これを受けた ILC の議論では、多くの委員が提案に反対した。このような義務は実定法上確立していない、実定法上は国の裁量権であるとの理由である。例えば Brownlie は、特別報告者の挙げる憲法の規定のほとんどすべてが法的信念の証拠を提供せず、国家の義務を支持する近年の実行の兆候があるとの評価は甘いという¹⁰¹⁾。Kabatsi は、外交的保護は裁量により行使される国の主権の大権であり、個人の人権として承認されていないという。そのような国家実行は乏しく、特別報告者が参照する国内法令は在外自国民に保護を付与する政策を表明しているに過ぎないと批判した¹⁰²⁾。Addo も、外交的保護は国の裁量であって義務ではない。個人の請求の権利は人権の分野では承認されているが、一般原則としてはそうではないと主張した¹⁰³⁾。

提案された内容は、外交的保護ではなく、国家責任条文の強行規範の重大な違反または国家の国際犯罪の文脈で議論すべきとの見解も有力に主張された。Pellet は、ジェノサイド、または統治の手段として拷問もしくは人種差別が行われた場合、諸国は無為であってはならないが、それは国家の国際犯罪に関係すると述べた。国は行動する権利だけでなく義務も負うが、それは外交的保護に基づくのではない。擁護されるのが国民の権利及び利益ではなく、国際社会全体のそれらであるからという¹⁰⁴⁾。

関連して、保護の義務を負う相手方は誰かという問題が提起された。Gaja は、提案はその点を明確にしておらず、個人であるかもしれないが、

強行規範を根拠とするので、国際社会全体に対する義務となることを示唆した¹⁰⁵⁾。Tomka も、義務の相手方が国民か他の国々かを問題にした¹⁰⁶⁾。

同様に、強行規範違反の責任の内容との関係についてもコメントがなされた。例えば、Rao は、責任法の原則では、ユス・コーゲンス違反の場合、被害者の要請に関係なく、また、国籍国だけでなくすべての国が保護する権利及び義務があることに言及した¹⁰⁷⁾。Simma は、外交的保護が人権であるとすればそれは対世的義務であり、国の国民援助の決定を支援する権利を他の諸国に創設することになるが、混乱をもたらすという。対世的義務から、所与の規定の尊重を求める権利を導くのと、何らかの義務を導くのは別の問題であるとして、Dugard の提案に反対した¹⁰⁸⁾。

Dugard 案の定式化に内在するあいまいさを批判する意見もあった。Candioti は、ユス・コーゲンスの概念及び射程には争いがあり不明確であるとして、外交的保護の義務を課すことは適切ではないと主張した¹⁰⁹⁾。Rao は、外交的保護が義務であるならば、国によるその不行使は国際違法行為となり、（当該個人に対する）国際責任発生の条件を考える必要があると指摘した¹¹⁰⁾。

より具体的に、Dugard 案第 4 条 3 項に基づいて国内裁判所が外交的保護の義務の司法審査を行うことが可能であるかも疑問視された。Tomka は、義務の例外である、外交的保護の行使に優越する国の利益の存在を国内裁判所が認定することは困難であり、また、いくつかの国は外交的保護の問題を統治行為としており、Dugard 案第 4 条が採択されても適用が拒否されうると述べた¹¹¹⁾。Simma は、国内裁判所がユス・コーゲンスの問題を裁定するのに適格であるかを疑問視し、3 項に基づく国内訴訟は、国籍国が個人の援用する権利がユス・コーゲンスであることを否定する、途方もないものになると述べた¹¹²⁾。

これに対して、Dugard の提案を支持する意見は少数で、Rodríguez Cedeño が、国民の基本的権利の重大な侵害がある場合に国が保護する義務を負うべきことは自然であると述べたにとどまった¹¹³⁾。

このように反対する見解が多かったことから、Dugard は提案が受け入れられなかったことを認め、それが検討の対象とされることはなかった¹¹⁴⁾。第一読草案第 2 条のコメンタリーでは、国内法では国に行使を義務づけることができるが、国際法はそのような義務を課していない。限定的な保護の義務が国籍国に課されるとの提案は、漸進的発達の限界を超えらるゝとして否定されたと記述された¹¹⁵⁾。

(3) しかし、第一読草案に対するイタリアのコメントにおいて、一定の場合に外交的保護を国の義務とする（個人の権利とする）提案が行われ、外交的保護の義務が再び議論されることとなった。

提案は、第一読草案第 2 条に、2 項及び 3 項を追加するものであった。2 項は、一定の場合に「国は、要請により被害者のために外交的保護を行使する法的義務を負う」とした。その場合とは、「被害が、生命権の保護、拷問または非人道的なもしくは品位を傷つける取扱いもしくは刑罰の禁止、並びに奴隷制及び人種差別の禁止のような、人間の保護にとって本質的重要性を有する国際義務の重大な違反によって生じる場合」であって、「(略) 被害を受けた者が、権限のある国際的な裁判所もしくは法廷または準司法的機関において、当該被害に対する請求を提起することができない場合」であった。

3 項は、「前項に規定する場合に、国は、その国内法に、権限を有する国内裁判所または他の独立した国の当局における外交的保護に対する個人の権利の執行を規定する義務を負う」と規定した。

イタリアによれば、外交的保護は国の権利であるが、人間の尊厳に関係し国際社会全体が承認した基本的価値の保護が問題となる場合は例外を認めるべきであるという。このような場合の外交的保護は個人にとっての唯一の救済であり、その拒否はこうした基本的原則を毀損するものであるという。イタリアは漸進的発達としてこの修正案を提示した¹¹⁶⁾。

このイタリア修正案は、前述の Dugard 案第 4 条と類似した内容であるが、外交的保護が義務となる場合を具体化し、あいまいさのあった例外

規定を削除したものであった。

(4) Dugard は、外交的保護が義務でないことはすでに決定されたこととして取り上げなかったが、イタリア修正案に ILC の注意を喚起した¹¹⁷⁾。

第二読の議論でも同案を支持する意見は少数であった。例えば、Pellet は、イタリア案に原則において同意するとして、外交的保護は国の権利であり裁量であるが、個人が絶対的な基本的人権の侵害の犠牲者となる場合、国籍国による保護に頼るべきであると主張した。ただし、それは国家責任条文の規定する強行規範の重大な違反のレジームに従って、国籍国だけでなく他の国々も被害者の保護を行使することが認められるという¹¹⁸⁾。

Economides は、外国にある個人が強行規範の重大な違反の犠牲者となった場合に、国籍国に外交的保護を義務づけるだけでなく、すべての国に集团的利益の擁護の行動を授權することは称賛されることであるものの、現段階では小国への圧力的手段となるので条文とするのは時期尚早であるとした¹¹⁹⁾。このように、外交的保護の義務は、第一読の審議と同様、強行規範の重大な違反に対する責任の文脈で理解された¹²⁰⁾。

多くの委員は、Dugard の方針もあって特にイタリア修正案を取り上げなかったが、一部の委員は否定的見解を表明した。Addo は、国は外交的保護の行使に絶対的な裁量を有することはバルセロナ・トラクション事件で認められており、一般国際法上の外交的保護行使の義務の存在を支持する証拠は不十分であると述べた¹²¹⁾。Mansfield も、イタリア案は困難をもたらすという。多くの住民が国籍国を離れ関係が希薄な状況において、請求を義務とすることは国に負担をもたらすと指摘した¹²²⁾。イタリア案が ILC により検討されることはなかった¹²³⁾。

Dugard 及びイタリア政府が提起した、重大な人権侵害の場合の外交的保護行使の義務の提案は、漸進的発達としても支持を得ることはなかった。しかし、その議論は前述した重大な被害の場合に行使の可能性を考慮する条文第19条(a)の規定に一定の影響を及ぼしたとみられる。

- 1) 外交的保護を、ある国際法主体による他の主体からの私人の保護と、国際組織の機能的保護も含む広い定義を採用し、国際責任の手続的コアラリーと位置づけるものとして、W.K. Geck, *Diplomatic Protection*, in R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (1992), vol.1, p.1045. 外交的保護は、領域国の属地的管轄権と外国人の国籍国の属人的管轄権の対立を調整するものという。外交的保護条文の定義は第二章3参照。
- 2) 国際司法裁判所のバルセロナ・トラクション電力会社事件（以下、バルセロナ・トラクション事件）第二段階判決は、以下のように外交的保護の国の裁量性を説明している。「本裁判所は、国際法によって定められた限界の中で、国は適切であると判断する手段及び範囲で、その外交的保護を行使できることを想起する。なぜなら、国が行使しているのはその固有の権利だからである。国がそのために行為するところの自然人または法人がその権利が十分に保護されなかったと考えたとしても、国際法上は手段を持たないままである。当該の者は、その立場を擁護し及び正義を認めさせるためには、国内法に——国内法がその者にその手段を提供するならば——頼ることができるのみである。国の立法者は国に外国にいる国民を保護する義務を課することができる。同様に、国民に当該義務が尊重されるよう要求する権利を付与し、当該権利に制裁を付け加えることができる。しかし、これらのすべての問題は、なお国内法に属し、国際的次元における状況を変えるものではない」。そして、「国は、その保護を付与するかどうか、どのような範囲でそうするか、及びいつそれを終わらせるかを決定する唯一の主人である。この点で国家は、その行使が当該事件にとって外在的な——特に政治的な——考慮に従属しうるところの裁量的権限を保持している。その請求はその訴えを取り上げるところの私人または会社のそれとは同一ではないので、国は完全な行動の自由を享有する」。ICJ Reports 1970, p.45, paras.78-79. 賠償金の用途に関する裁量については、参照、米独混合請求委員会の行政決定第5号（1924年）、*Reports of International Arbitral Awards* (hereinafter *RIAA*), vol.7, pp.152-153.
- 3) この点は国籍継続原則に関する仲裁判例において強調されている。拙稿「判例におけるいわゆる国籍継続原則」立命館法学393・394号（2021年）805頁参照。
- 4) M. Bennouna, Preliminary report on diplomatic protection, *Yearbook of the International Law Commission* (hereinafter *YILC*), 1998, vol.2, part 1, p.312, para.19.
- 5) 砲艦外交とも呼ばれる。英国が自国民の被害を理由にギリシアに軍艦を派遣した Don Pacifico 事件（1850年）が著名である。J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (2005), p.15. 小畑郁「19世紀中葉における国債返済を求めるイギリス外交的保護権の確立」神戸商船大学紀要文科論集38号（1989年）1頁参照。ラテンアメリカ諸国が主張した、外国人と受入国の紛争の解決は後者の国内裁判所で排他的に扱われ、本国の外交的保護は抑制されるとのカルボ主義は、こうした事実を背景に主張された。松井芳郎「国家責任法の転換（一）伝統的国家責任法における国家責任法の性格」国際法外交雑誌89巻1号（1990年）35頁参照。
- 6) この点についての先行研究として、例えば、加藤信行「外交的保護の概念」廣島法學29巻2号（2005年）21頁、西村弓「国際法における個人の利益保護の多様化と外交的保護」上智法学論集49巻3・4号（2006年）324頁、土屋志徳「個人の国際法上の権利と外交的保

護」同51巻2号（2007年）157頁，山下朋子「外交的保護の法的擬制」神戸法学雑誌60巻1号（2010年）313頁。

7) *YILC*, 2006, vol.2, part 2, p.24.

8) 「誰であれ国民 (citoyen) を不当に扱う者は、当該国民を保護しなければならないところの国を間接的に侵害する。その者の主権者はその被害に報復し、もし可能であれば、加害者に完全な賠償を強制し、または加害者を処罰しなければならない。そうでなければ、国民は市民的団体の主たる目的、すなわち安全をまったく得られないであろうからである」。E. de Vattel, *Droit des gens* (1758), book 2, ch.6, para.71. ただし、この言明は国家の国民を保護する義務も強調していることに注意が必要である。C.F. Amerasinghe, *Diplomatic Protection* (2008), p.79. なお、外交的保護の義務を認めるものとして、L. Oppenheim, *International Law* (1905), p.375; P. Fauchille, *Traité de droit international public* (1922), part 1, pp.884 and 922.

9) 「ゆえに、訴訟の起源において、私的利益への侵害があったか否かを問題にする余地はない。たしかに、それは国家間の紛争の大多数において生じることである。国が国際裁判所においてその国民のために訴えを取り上げたならば、当該裁判所は当該国のみを原告と認めるのである」。PCIJ Series A, no.2, p.12. 国が国民の訴えを取り上げる (prendre fait et cause) という表現が国が国民の代理人であることを含意し、固有の権利の古典的命題を擬制的にしているとの見解として、L. Dubouis, La distinction entre le droit de l'Etat réclamant et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique, *Revue critique de droit international privé*, vol.67 (1978), p.622.

外交的保護が国の権利であるとの立場は、常設国際司法裁判所及び国際司法裁判所によって一貫して支持されてきた。例えば、セルビア公債事件（1929年）、PCIJ Series A, nos.20/21, p.17; パネベジス・サルヅチスキス鉄道事件（1939年）、PCIJ Series A/B, no.86, p.16. 国際司法裁判所では、バルセロナ・トラクション事件（注(2)参照）があるほか、ノッテボーム事件で、外交的保護が国の権利の擁護のための措置を構成すると判示された。ICJ Reports 1955, p.24. ただし、インターハンデル事件判決は、国内救済完了原則が、その「権利」が他国で国際法に違反して侵害された国民のために事件が取り上げられた事案で遵守されてきたと言明する。ICJ Reports 1959, p.27.

10) D. Anzilotti, La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers, *Revue générale de droit international public*, vol.13 (1906), p. 8. Anzilotti の外交的保護理論については、開出雄介「外交的保護の法的構造」国家学会雑誌131巻7・8号（2018年）612頁参照。

11) 国は、国民の被害によって間接的に被害を受けるだけでなく、それによって国の威厳の侵害を受け、また国自身（人民全体）の直接の被害（国民の兵役や納税など国に対する義務の不履行による）を受けているという。国自身の被害は国民の被害から独立しており、請求の国籍の変更や被請求国による被害者への救済があったとしても、被害がある限り国の請求は存続する。ただし、実際には、国の行動は請求の国籍変更に従属しているという。E.M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (1915), pp.16, 349 and 861. Borchard の学説については、加藤信行「ボーチャードと外交的保護」国際法外交

雑誌106巻4号(2008年)437頁参照。

- 12) Brierly は、国民の被害が国の被害であるとの理論は、外国人の被害が国の名誉の侵害であるという命題を否定しても、なお擬制ではなく、不法行為の被害が、被害者個人やその家族にとどまらず、同様の立場にある同国民が感じる「不信と安全の欠如」という結果をもたらすことから、国が利害を持つことが正当化されるという。J.L. Brierly, *The Theory of Implied State Complicity in International Claims*, *British Yearbook of International Law*, 1928, p.28.

なお、外交的保護の国家の権利としての構成が当時の政治経済的事情に影響されていたことが指摘されている。18世紀から19世紀の重商主義の思想の下で、外国で事業を営む国民の利益は国家の利益とみなされたことが国家の権利性の観念に影響したという。田畑茂二郎「外交的保護の機能変化(二・完)」法学論叢53巻1・2号(1947年)399頁。また、資本主義国家がその国民の貿易を対外的に保護する役割を担うという資本主義国家の性格によって規定されたという。松井・前掲論文12頁。国民の財産への国の財政的利害の観点から、古典的観念は擬制ではなく現実のものであるとするものとして、P. Reuter, *Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers en droit international public*, in *La technique et les principes du droit public* (1950), vol.2, p.540.

- 13) G. Scelle, *Règles générales du droit de la paix*, *Recueils des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (hereinafter *RCADI*), vol.46 (1933-IV), p.656. いわゆるカルボ条項については、自身の立場からも無効であるとし、その理由として、外交的保護の権利の保持者は政府であって個人ではないこと、外交的保護は義務づけられた権限であって、放棄可能な主観的権利ではないこと、国内法は国際法の必然的の制度に影響しないことを挙げている。

De Visscher は、外交的保護は国の固有の権利であるが、損害は固有のそれではなく私人が受けたものであり、国は国際法の職能の行使として「自国民の人身において国際法の尊重をさせる」、すなわち国際法遵守の擁護者として介入しているという。C. de Visscher, *Le déni de justice en droit international*, *RCADI*, vol.52 (1935-II), p.435. また、外交的保護は国が国民の人身において国際法を尊重させる機能的性格の権利であるとも述べているが、国が持つ裁量権はこの機能的性格と両立しないことも認める。*Ibid.*, *Cours général de principes de droit international public*, *RCADI*, vol.86 (1954-II), p.506.

- 14) *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1931, vol.2, p.206; *Ibid.*, 1932, pp.487 and 522. ほかに、De la Barra や De La Pradelle も外交的保護を国家の義務と主張した。*Ibid.*, pp.263 and 491.
- 15) 前文で、外交的保護を一国の他国に対する権利と規定し、国が係争の唯一の当事者であるとした。*Ibid.*, p.276.
- 16) *Ibid.*, p.501, n.1.
- 17) *Ibid.*, p.498.
- 18) *Ibid.*, p.495.
- 19) *Ibid.*, pp.239 and 514.
- 20) 以上の議論の詳細は、田畑・前掲論文406頁、拙稿「いわゆる国籍継続原則に関する考

察（1）」立命館法学395号（2021年）378頁参照。

- 21) 彼は伝統的な国家責任の理論も批判する。受入国が外国人と締結した契約に違反した場合、権利は契約によって外国人が取得したもので、契約違反のみで権利者が本国に変更されることはないはずであるという。外国人の人身または財産への被害の場合にも、「国際法の一般に受け入れられた原則によって承認された待遇」は外国人に一定の基本的権利を付与するもので、その侵害によって国籍国に権利が付与されることを説明できないという。F.V. García Amador, *International responsibility: First report*, *YILC*, 1956, vol.2, pp. 192 and 215, paras.96-128 and 219-226.
- 22) もっとも、重大性、頻度及び外国人への違法行為の結果が外国人の特定の被害を超えて広がる場合に、国家はその一般的利益のために新規のかつ独立した請求を行うことはできるといふ。*Ibid.*, *International responsibility: Third report, Commentary to Chapter VIII*, paras.2-5 and 15, *YILC*, 1958, vol.2, p.62.
- 23) 改訂草案第21条及び第22条。なお、請求の放棄については、同第19条によれば、国籍国は被請求国との合意により国民の外交的保護を放棄できる一方、外国人も受入国との契約によって、契約不履行に関する国籍国の外交的保護を放棄できる（いわゆるカルボ条項）。外国人が受入国と賠償についての解決に達した場合、国籍国の請求は受理不能である（ただし、再発防止のための請求は妨げられない）という。F.V. García Amador, *International responsibility: Sixth report, ibid.*, 1961, vol.2, p.49.
- なお、賠償の権利はまず個人に付与され、国内救済での賠償裁定の欠如によって国の権利に代替される構成がもっとも矛盾が少ないとするものとして、S.N. Guha Roy, *Is the Law of Responsibility of States for Injuries to Aliens a Part of Universal International Law?*, *American Journal of International Law*, vol.55 (1961), p.877.
- 24) 第1条及び第22条ないし第25条並びにコメントリー。F.V. García-Amador *et al.*, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens* (1974), pp.143, 151 and 286. 外国人は被害の後で請求を放棄できるだけでなく、財産権や契約上の権利の取得に関して、事前に放棄を合意することもでき、被請求国が協定を一方的に変更せず、被害が取得した権利に関係する限りで放棄は有効であるという。
- 25) 被害者の行動が加害国の責任の免責事由となるクリーンハンズの原則も、請求国が両方の権利を主張していることの証左であるという。また、国際法に淵源を持つ被害者の権利の侵害が請求の基礎であるとしても、外交的保護が国の権利であるがゆえに、国の被害者に対する外交的保護の義務は存在せず、委任のような関係にも立たない。国の権利であるのでカルボ条項に拘束されないという。G. Perrin, *Réflexions sur la protection diplomatique*, in *Mélanges Marcel Bridel* (1968), p.379.
- 26) 相関関係にあるので、個人が国内裁判所で救済を得られれば国籍国の権利は消滅することになり、逆の関係も成り立つ。

もう一人の混合理論の論者である Dubouis も、外交的保護は国の自立した権利であるが、被害者の権利の保護の手段であるという。請求国の責任国に対する権利は、国内救済完了原則やクリーンハンズ原則が示すように、責任国に対する被害者の国内法上の権利に規定される。特に、国に支払われる賠償が被害者の受けた損害によって決定される原則

- は、請求国の請求権の対象が国民の賠償の権利であることを意味する。両者の権利は密接な関係にあり、責任国の二重弁済の免除及び個人が国際的次元で権利を主張する能力の欠如から、請求国が当事者である判決または合意した解決に、被害者も拘束されるという。Dubouis, *op.cit.*, p.639. 混合理論を支持するより近年の見解として、E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international* (1990), p.10; S. Touzé, *La protection des droits des nationaux à l'étranger* (2007), p.123.
- 27) 報告書は報告者だけではなく、他の委員の見解も反映されたものである。F. Orrego Vicuña, Interim Report on “The Changing Law of Nationality of Claims”, in International Law Association (hereinafter ILA), *Reports of the Sixty-Ninth Conference* (2000), pp.631 and 646.
- 28) 外交的保護が排除されない例外として、判決の執行に加えて、受入国の並行するデュエプロセスの違反も挙げられている。Nationality of Claims, paras.1-5, Resolution No. 5/2006, in ILA, *Reports of the Seventy-Second Conference* (2006), p.41.
- 29) それが人権の性格を有するかについては判断する必要がないとした。ICJ Reports 2001, p.482, paras.42 and 77-78.
- 30) ICJ Reports 2004, p.35, para.40. なお参照, Jadhav 事件判決, ICJ Reports 2019, p. 450, para.116.
- 31) マプロマチス公式から逸脱したと評価するものとして、V. Pergantis, Towards a “Humanization” of Diplomatic Protection?, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol.66 (2006), p.372.
- 32) Geck の議論も、ILC の特別報告者 Dugard の主張に影響を及ぼした。外交的保護においては実体的権利も手続的権利も国に属する（国際法主体ではない個人は権利を有していない）一方、人権条約においては個人に実体的権利は付与されたものの手続的権利は付与されていないとした点や、国内憲法や国内判例における、外交的保護を個人に付与する国の義務を論じた点がそうである。Geck, *op.cit.*, pp.1051 and 1056.
- 33) なお、2000年の ILC の外交的保護の議題の審議の中で、もっとも論争となったのは、自国民救援のために武力の行使（人道的介入）を認める Dugard の提案（J. Dugard, First report on diplomatic protection, *YILC*, 2000, vol.2, part 1, p.218）に関してであった。ILC は、武力行使は外交的保護の方法に含まれないとの立場を表明した。Commentary to Art.1, para.8, *ibid.*, 2006, vol.2, part 2, p.27.
- 34) ホルジョウ工場事件本案判決（1928年）は、「国に他国によって支払われるべき賠償は、私人の受けた損害がその総額に対する算定基準を与えるところの賠償金の形をとる事実により性質を変更しない。（略）個人が受けた損害は、国の受けたそれとは実質において決して同一ではない。それは国に支払われるべき賠償の算定のための適当な算定基準を提供するのみである」と判示した。PCIJ Series A, no.17, p.28.
- 35) Bennouna, Preliminary report, p.314, paras.14-44 and 49-54. これに対して、擬制を否定しマプロマチス公式を実定法として支持する意見が多数であった。例えば、Brownlie, *YILC*, 1998, vol.1, p.6, paras.22-27; Simma, *ibid.*, p.9, paras.47-49; Addo, *ibid.*, p.11, paras. 2-7; Kabatsi, *ibid.*, p.23, para.4. Pambou-Tchivounda は、外交的保護が個人保護の手段

として重要であると述べ、国家の権利性を被害者たる国民が国家の構成要素たる住民の一部であることに根拠づけた。*Ibid.*, p.13, paras.22-24. Hafner は、国内救済完了原則の実体的理解に基づいて擬制であることを否定した。*Ibid.*, p.16, paras.42-48. 外交的保護で保護されるのは個人の権利であるとの見解も示された。Economides, *ibid.*, p.14, para.29; Sepúlveda, *ibid.*, p.19, para.5; Pellet, *ibid.*, p.28, para.21-22. 人権との関係では、外交的保護が人権保護の有用な手段である（Pellet, *ibid.*, p.28, paras.18-21）や、外交的保護において人権の侵害を援用するドイツの実行を参照して、人権が外交的保護を強化する（Simma, *ibid.*, p.9, para.48）、両者は相互に補完的である（Candioti, *ibid.*, p.21, paras. 23-25）との見解が表明された一方で、外交的保護と人権は異なるとの主張もなされた（例えば、Hafner, *ibid.*, p.16, paras.43-44）。

- 36) Dugard は、後にこの点を繰り返している。すなわち、国籍継続原則も国内救済完了原則も、個人の被害が請求国に自動的に外交的保護の権利を付与するわけではないことを示している。マプロマチス事件の論理を弱体化させている。損害の評価に関しても、金銭賠償は個人の受けた被害に基づいて算出されるので、マプロマチス判決は矛盾しているという。J. Dugard, *Seventh report on diplomatic protection, YILC, 2006, vol.2, part 1, p. 24, para.95.* 最後の点については、バルセロナ・トラクション事件の Morelli 裁判官の補足意見における、金銭賠償の額が個人の受けた損害に基づいて算定されるにもかかわらず、賠償がつねに個人ではなく国に支払われなければならないとの指摘（*ICJ Reports 1970, p.223*）が引用されている。
- 37) Dugard, *First report, pp.213 and 220, paras.23-32, 61-68 and 77.*
- 38) *YILC, 2000, vol.1, p.49, paras.21-22.*
- 39) *Ibid.*, p.42, para.45.
- 40) *Ibid.*, p.43, para.54.
- 41) *Ibid.*, p.49, para.20.
- 42) *Ibid.*, p.52, para.51.
- 43) *Ibid.*, p.48, para.13.
- 44) *Ibid.*, p.46, para.3.
- 45) *Ibid.*, p.51, para.31. 同様の見解として、Lukashuk, *ibid.*, p.52, para.49.
- 46) *Ibid.*, p.49, para.20.
- 47) *Ibid.*, p.57, paras.27 and 30.
- 48) *Ibid.*, p.64, paras.4-5.
- 49) *Ibid.*, p.62, para.67. 同様に、人権保護のメカニズムは自身の法的及び制度的条件並びにメカニズムに規律され、外交的保護の性質をゆがめることなく後者に拡張されえないとの見解として、山田, *ibid.*, p.68, para.39.
- 50) 人権の保護は外国人の国際最低基準よりも実効的であるから、両者が重複すれば外交的保護を弱めうるので避けるべきであるという。*Ibid.*, p.66, para.19. Rodríguez Cedeño は、外交的保護は在外自国民の権利の侵害を保護するためのメカニズムであるが、侵害されるすべての権利が人権であるとは限らないと述べた。*Ibid.*, p.53, para.58.
- 51) *Commentary to Art.2, para.1, YILC, 2004, vol.2, part 2, p.21.*

- 52) *Ibid.*, 2006, vol.2, part 1, p.35.
- 53) Dugard, Seventh report, p.5, para.3.
- 54) 伝統的な外交的保護の制度は二つの前提からなるという。一つはマプロマチス判決の擬制であり、もう一つは国際違法行為により被害を受けた国民が他の手段により賠償を得られない場合に国が保護する権利を有することであり、後者は維持されるという。YILC, 2006, vol.1, p.10, paras.16-18 and p.26, para.36.
- 55) *Ibid.*, p.21, para.12.
- 56) *Ibid.*, p.38, para.74. 同様の見解として、Fomba, *ibid.*, p.36, para.58.
- 57) *Ibid.*, p.20, para.2.
- 58) *Ibid.*, p.32, paras.26-27.
- 59) *Ibid.*, p.33, paras.39-40. Gaja も、国際法における個人の現在の立場が外交的保護への新たなアプローチを必要とするとしても、実行に従って、国家が個人の権利の保護のための手段と考えられるべきではないと指摘した。*Ibid.*, p.8, para.7.
- 60) *Ibid.*, p.40, para.102.
- 61) Commentary to Art.1, paras.2-4, YILC, 2006, vol.2, part 2, p.27.
なお、人権との関係では、国際違法行為による被害の救済のための外交的保護以外の行動または手続を援用する国、個人その他実体の権利は条文の規定の影響を受けないとした条文第16条がある。コメンタリーは、外交的保護の慣習法規則と人権の保護に関する規則は相互に補完的であり、本条が、人権条約の国家間手続や個人通報制度を対象としたものであることを述べている。また、ラグラン事件・アベナ事件を引用して、本条の射程に個人の領事条約上の権利の国籍国による保護が含まれることや、国際組織による保護も含まれることを述べている。*Ibid.*, p.50. Cf. J. Dugard, Fifth report on diplomatic protection, YILC, 2004, vol.2, part 1, p.54, paras.37-43.
- 62) Dugard, First report, pp.216 and 220, paras.36-37 and 61-73.
- 63) YILC, 2000, vol.1, p.56, para.5.
- 64) *Ibid.*, p.115, para.54. また、外交的保護において国を個人の代理人とみる立場から、国の裁量権を明示しない定式も求めた。*Ibid.*, p.52, para.51.
- 65) 第2条, YILC, 2004, vol.2, part 2, p.21. Dugard 案にあった、国籍国が行使の裁量を有するとの文言は存在せず、コメンタリーで行使が義務でないことが記述された。
- 66) RIAA, vol.4, p.26.
- 67) J. Dugard, Third report on diplomatic protection, YILC, 2002, vol.2, part 1, p.75, paras. 119-158.
- 68) Brownlie, *ibid.*, vol.1, p.92, para.14 and p.119, para.30; Rosenstock, *ibid.*, p.95, para.31; Koskeniemi, *ibid.*, p.116, para.1; Tomka, *ibid.*, p.117, para.10 and p.121, para.47; Kamto, *ibid.*, p.120, para.36.
- 69) Addo, *ibid.*, p.119, para.28; Kamto, *ibid.*, p.120, paras.37, 40 and 45; Chee, *ibid.*, p.121, para.44; Momtaz, *ibid.*, p.122, para.50; Galicki, *ibid.*, p.127, para.42.
- 70) *Ibid.*, p.94, paras.18-19.
- 71) *Ibid.*, p.113, paras.52-53. Tomka は、外交的保護は国の裁量権であって、それを要求

する個人の権利は国際法上存在しないので、個人による放棄は国の権利に影響しない、個人が締結する契約は国にとって *res inter alios acta* であるという。 *Ibid.*, p.117, para.10 and p.121, paras.48-49.

ほかにカルボ条項の規定を置くことに反対する理由として、国内救済完了原則は当然に適用されるのであるから推定の規定を置く必要はない（Gaja, *ibid.*, p.113, para.54; Tomka, *ibid.*, p.122, para.48; Momtaz, *ibid.*, p.122, para.50; Kamto, *ibid.*, p.126, para.31）。外国人が国際違法行為による被害を受けてはじめて外交的保護の問題となるのであって、国際法違反ではない単なる契約違反に国内裁判所での解決を要求することは外交的保護の問題ではない（Gaja, *ibid.*, p.113, para.52; Galicki, *ibid.*, p.119, para.33）といった事由も挙げられた。さらに、カルボ条項の背景にあった大国の干渉は過去のもので現在は存在しない、または武力不行使原則や不干渉原則により禁止されるがゆえにカルボ条項に関する規定は必要ないとの主張（Momtaz, *ibid.*, p.115, para.60; Daoudi, *ibid.*, p.116, para.67; Chee, *ibid.*, p.117, para.15; Rosenstock, *ibid.*, p.120, para.39）や、外国投資は投資仲裁によって保護される、諸国は外国投資の受入れを奨励しており投資家に外交的保護の放棄を求める状況は想定しがたい、契約の国際化などによって国家契約の保護は強化されているといった主張（Rao, *ibid.*, p.95, para.29; Chee, *ibid.*, p.117, paras.15-16; Kemicha, *ibid.*, p.119, para.32; Kamto, *ibid.*, p.126, para.31）もなされた。

- 72) Pambou-Tchivounda, *ibid.*, p.95, paras.27-28; Xue, *ibid.*, p.114, paras.57-59 and p.120, para.38; Mansfield, *ibid.*, p.118, para.19; Kabatsi, *ibid.*, p.121, para.41; Candioti, *ibid.*, p.122, para.52.
- 73) Commentary to Art.14, para.8, *YILC*, 2006, vol.2, part 2, p.45. 最後の一文は、外交的保護において国民の権利が主張されている立場をとる Pellet の提案によるもので、また彼の提案により、保護される権利の保持者が誰かはオープンにするとした第1条のコメントリーが注で参照された。 *Ibid.*, vol.1, p.281, para.18.
- 74) Dugard, Seventh report, p.26, para.103.
- 75) *YILC*, 2006, vol.1, p.8, paras.8-9 and p.17, para.10. 被害者の同意が外交的保護の行使に必要であるかも議論すべきであると述べた。 *Ibid.*, p.19, para.23.
- 76) *Ibid.*, p.18, para.17 and p.21, para.7.
- 77) *Ibid.*, p.25, para.33.
- 78) *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654 (1981).
- 79) *YILC*, 2006, vol.1, p.29, paras.63-67. Addo も、外交的保護は国の権利であるので、被害者の反対があっても請求の提起を選択できるという。 *Ibid.*, p.42, para.118.
- 80) Commentary to Art.2, paras.2-3, *YILC*, 2006, vol.2, part 2, p.28.
- 81) *Ibid.*, p.25.
- 82) Commentary to Art.19, paras.2-3, *ibid.*, p.54. 起草委員会議長の Kolodkin は、第19条(a)は国の外交的保護行使の裁量を損なうものではないと言明した。 *YILC*, 2006, vol.1, p.96, para.72.
- 83) Commentary to Art.19, para.4, *ibid.*, vol.2, part 2, p.54. 起草委員会議長の Kolodkin による同委員会案の説明によれば、国は通常、紛争の実効的管理のために被害者の見解を考

慮しているが、「実行可能な」の語は、多数の被害者が存在して各被害者との協議が合理的でない状況を想定しているという。また、同案は、被害者が外交的保護の行使を望まない場合に、国がそのことを考慮することを意図しているという。 *Ibid.*, vol.1, p.96, para.73.

- 84) 本条の評価について、土屋・前掲論文165頁参照。
- 85) Dugard, First report, p.220, para.66.
- 86) *YILC*, 2004, vol.2, part 2, p.18.
- 87) *Ibid.*, 2006, vol.2, part 1, p.37.
- 88) *Ibid.*, vol.1, p.2, para.14.
- 89) 外交的保護を「国民の権利が他国の国際違法行為によって侵害されたと主張する国による外交的行動その他の平和的解決の手段」と定義する修正案を提案した。また、イタリアの修正案は、ラグラン事件のような、国が自身の権利と国民の権利を同時に主張する場合を外交的保護と混同しているという。 *Ibid.*, p.10, paras.17-18.
- 90) *Ibid.*, p.31, paras.12-13 and 24. Momtaz も、法的擬制は終わらせるべきで、条文は、ラグラン・アベナ両判決に適応して、外交的保護が個人の権利を保護するものであることを明示すべきであると述べた。 *Ibid.*, p.21, paras.11-12.
- 91) この修正案で国家責任の援用及び履行を参照したのは、外交的保護を領事保護から区別するためでもあった。 *Ibid.*, p.38, para.74.
- 92) *Ibid.*, p.34, paras.40 and 57. ほかにイタリア案に反対する意見として、Matheson, *ibid.*, p.13, para.31.
- 93) *YILC*, 2006, vol.2, part 2, p.24.
- 94) Candiotti の提案に近いものであった。起草委員会議長の Kolodkin は、同委員会案の説明の中で、何人かの委員が主張した、国が「自身の権利において」行動することを明記するとの提案や、被害者個人の権利の参照を明示するイタリア修正案もあるが、委員会案は、国が外交的保護を援用する根拠への言及を避け、国が加害国の責任を援用することに焦点を当てることにして、国がいずれの権利において行為しているかの問題を留保したと説明した。 *Ibid.*, vol.1, p.49, para.6.
- 95) Commentary to Art.1, paras.3 and 5; Commentary to Art.2, para.1, *ibid.*, vol.2, part 2, pp.27-28.
- 96) ほかに、国が介入しないと決定した場合に個人が請求できるべきとの立場 (P.C. Jessup, *A Modern Law of Nations* (1948), p.116) や、国自身が影響を受けた場合、及び国民の財産が収用された場合には国籍国が請求しうる一方で、個人の人格的権利が侵害された場合は双方が請求できるとの立場 (K. Doehring, *Handelt es sich bei einem Recht, das durch diplomatischen Schutz eingefordert wird, um ein solches, das dem die Protektion ausübenden Staat zusteht, oder geht es um die Erzwingung von Rechten des betroffenen Individuums?*, in G. Ress and T. Stein (eds), *Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht* (1996), p.18) も参照されている。
- 97) Dugard, First report, p.222, paras.69-73. 実際には、国民が国際的救済手段を追及する間は、国は外交的保護の行使を差し控えるであろうとの認識も示した。
- 98) *YILC*, 2000, vol.1, p.65, para.13.

- 99) *Ibid.*, p.114, para.48. 政府のコメントでは、オランダが外交的保護の補完的性格を主張した。*YILC*, 2006, vol.2, part 2, p.36.
- 100) Dugard, First report, p.223, paras.75-93.
- 101) *YILC*, 2000, vol.1, p.42, para.51.
- 102) *Ibid.*, p.48, para.16.
- 103) *Ibid.*, p.57, paras.13-14. Rao は、外交的保護は権利であって義務ではないと述べた。*Ibid.*, p.62, para.68. Simma は、国内法（憲法）上の権利にとどまり、法典化の対象ではないと指摘した。*Ibid.*, p.67, para.24. Lukashuk は、国民の保護は国家の機能の一つであって、国民を保護できないなら国家は無用の存在であり、保護は国の権利でも義務でもあると述べて自国（ロシア）の憲法の規定に言及した。報告者の提案には反対しないが、国際法において義務を確立するための根拠はなく、義務であるとしても国内法上のものであるとコメントした。*Ibid.*, p.52, paras.51-52.
- 104) *Ibid.*, p.51, para.28. Momtaz も、国家の国際犯罪と不法行為の区別は外交的保護と無関係であり、人権の大規模な侵害は保護国の国民か否かを問わないもので、それに対する行動は人道的介入に類似するものであるが、ここでの作業の主題ではないと述べた。*Ibid.*, p.68, para.30. Sepúlveda も、強行規範の重大な違反への対応は外交的保護ではなく、国連憲章第 7 章下の強制措置によると主張した。*Ibid.*, p.114, para.49.
- 105) *Ibid.*, p.44, para.62.
- 106) *Ibid.*, p.45, para.74.
- 107) *Ibid.*, p.62, para.71.
- 108) *Ibid.*, p.67, para.24.
- 109) *Ibid.*, p.60, para.44. Rosenstock は、提案にはユス・コーゲンスを定義することの問題があると述べた。*Ibid.*, p.57, para.9.
- 110) 国際的問題であるがゆえに、不行使の責任の追及が国内的手続を通じてとされていることも疑問視している。*Ibid.*, p.62, para.70.
- 111) *Ibid.*, p.45, paras.74-75.
- 112) *Ibid.*, p.67, para.24.
- 113) *Ibid.*, p.54, para.64.
- 114) *Ibid.*, p.93, paras.4-11. 山田（議長）, p.94, para.21.
- 115) *YILC*, 2004, vol.2, part 2, p.22.
- 116) *Ibid.*, 2006, vol.2, part 1, p.38.
- 117) Dugard, Seventh report, p.6, para.4 and p.10, para.23; Dugard, *YILC*, 2006, vol.1, p.4, paras.21-23.
- 118) ただし、イタリア修正案については、国家責任条文に従った、一般国際法の強行規範に基づく重大な義務の違反を要件とする定式に修正して採択し、違法行為の具体例は条文ではなくコメントリーに記載すべきであるという。国内法で国内での訴訟手続を規定するとの 3 項には、制度的な義務を課すべきではないとして反対した。*Ibid.*, p.11, paras.22-23 and p.26, para.36.
- 119) *Ibid.*, p.20, para.4. Escarameia は、行使を義務とする見解に同意し、Dugard の挙げる

国内判決は国際法の淵源を構成し、少なくともコメントリーに反映させるべきであると述べた。*Ibid.*, p.22, para.19. Fomba は、ユス・コーゲンスから生じる義務の重大な違反に伴う外交的保護の場合に行使を義務とすることを支持した。*Ibid.*, p.36, para.59.

- 120) Gaja も、義務とすることに反対しつつ、強行規範の違反の場合は(国籍国だけでなく)すべての国の関心事となると述べた。*Ibid.*, p.8, para.7. Momtaz は、人権の保護の考え方に適合するとしてイタリア案を肯定的に評価する立場をとり、直接被害国(国籍国)以外の行動の根拠として国家責任条文第54条を挙げた。彼は、同条を、被害国以外の国が直接被害国及びその国民への賠償の確保のため適法な措置をとることを認めていると解した。そして、国籍国が外交的保護を行使しない決定をしたにもかかわらず、非直接被害国が第54条に基づいて行動をとるならば、国籍国にとって弁明できない状況になるので、国籍国による外交的保護の行使を促すことになるという。*Ibid.*, p.21, para.13.
- 121) *Ibid.*, p.42, paras.117 and 119.
- 122) *Ibid.*, p.40, para.91. ほかに反対する意見として、Kateka *ibid.*, p.30, para.3.
- 123) Dugard は、数人の委員及び自身は賛成であるが、大多数の委員は沈黙し国の裁量権という現状の維持を望んでいるとして、起草委員会には送付せず、コメントリーで国際法がこの方向に発展しつつあることを指摘すべきであると提案した。*Ibid.*, p.42, para.122. 起草委員会案を説明した議長 Kolodkin は、同委員会は、イタリア案が ILC の大多数に支持されておらず、条文案で扱われるべきではないとの見解であったと述べた。*Ibid.*, p.90, para.15.