

人権条約の下で国家が負う義務の特殊な性格が 条約義務不履行に対する締約国の国際責任の 内容と実施に及ぼす影響について（3）

薬師寺公夫*

目次

- I章 はじめに
- II章 人権条約の下で国家が負う義務の対個人的な性格とすべての締約国に対する対世的性格
 - 1節 人権条約の下で国家が負う義務の対個人的な性格
 - 2節 人権条約の下で締約国が負う義務のすべての他締約国に対する対世的な性格 (以上、403号)
- III章 人権条約の下で国家が負う義務の特殊な性格が条約義務不履行に対する締約国の国際責任の内容と実施に及ぼす影響
 - 1節 人権条約義務に違反した国の責任を援用する被害者個人の権利と他の締約国の権利 (以上、404号)
 - 2節 人権条約の下で国家が負う義務の違反と外交的保護の性格および推奨される実行
 - (1) 外交的保護条文1条、2条、3条1項および19条の規定内容 (以上、本号)
 - (2) 国家責任に関するガルシア・アマドール案における外国人の人権保護と国籍国の外交的保護権
 - (3) 外交的保護権の国家的性格と国家に推奨される実行——外交的保護条文1条、2条、3条1項および19条の含意——
 - (4) 人権条約義務の対個人的性格および対世的性格と国家の賠償義務および国際請求権の性格
 - 3節 人権条約の下で国家が負う義務の対個人的性格が締約国の国家責任の内容と実施に及ぼす影響

* やくしじ・きみお 立命館大学名誉教授

人権条約の下で国家が負う義務の特殊な性格が条約義務不履行に対する締約国の国際責任の内容と実施に及ぼす影響について (3) (葉師寺)

4 節 人権条約の下で国家が負う義務の対世的性格が締約国の 国家責任の内容と実施に及ぼす影響

IV 章 むすびにかえて

III 章 人権条約の下で国家が負う義務の特殊な性格が 条約義務不履行に対する締約国の国際責任の 内容と実施に及ぼす影響

2 節 人権条約の下で国家が負う義務の違反と外交的保護の性格および 推奨される実行

(1) 外交的保護条文 1 条、2 条、3 条 1 項および 19 条の規定内容

ILC は 2006 年に外交的保護条文草案を条約作成の勧告を付して採択し、同年同草案に留意した国連総会は、2007 年に総会決議附属書に「外交的保護条文」¹²¹⁾を添付して加盟諸国に検討を求めた。外交的保護条文は、その規律対象から「外国人の待遇」に該当する第 1 次規則を除外し、さらに、第 1 次規則違反の結果生じる第 2 次規則の内、国家責任条文が取り扱った国家責任の内容および実施に関する一般諸規則も除外して、国家が外交的保護を行使するために満たさなければならない二つの要件——国家責任条文 44 条に定める国際請求のための国籍要件と国内的救済完了の要件——に規律対象を特化して条文化したことを特徴とする¹²²⁾。本稿は、国家責任

121) A/RES/61/35; A/RES/62/67, Annex, pp. 2-6, Diplomatic protection, Article 1 thru Article 19. See also, Report of the ILC (Fifty-eighth session, 2006), *YbILC 2006*, Vol. II Part Two, pp. 26-55, Texts of the draft articles with commentaries thereto (hereinafter referred to as ILC's ADP). 外交的保護条文草案は、ILC の拡大ビューローで議論された後、全体会合に「規程 23 条に従って外交的保護条文草案を基礎として条約の作成を総会に勧告する」という委員長案が示された。草案は実質上国家責任条文の一部をなすから、国家責任条文と異なる勧告をすべきではないという意見 (Candioti) もあったが、外交的保護の法典化は独自の重要主題であり、対象領域が広範囲にわたり頻繁に援用されている国家責任条文とは区別すべきで、外交的保護については条約作成を勧告すべきだとする意見 (Kateka, Economides 等) が多数を占めた。2909th meeting, 8 May 2006, *YbILC 2006*, Vol. I, pp. 289-290, paras. 36-40. 第 6 委員会は、2023 年 3 月末時点で、未だ条約作成を決定してはいない。

122) ILC's ADP, *YbILC 2006*, Vol. II Part Two, *supra* note 121, p. 26, general commentary ↗

条文に続いて、人権条約上の義務の対個人的性格および対世的性格が外交的保護に関する国際法規則に及ぼした影響について検討を試みるが、外交的保護条文第 2 部（国籍）および第 3 部（国内的救済手段）に定める各規則の内容について人権条約上の義務が与えた影響を個々に検討することが直接の目的ではない。本項の目的は、むしろ第 1 部（一般規定）の総則において検討された国家の外交的保護の今日的性格づけ、ならびに、その延長として第 4 部（雑則）19 条（推奨される実行）に定められた外交的保護の行使に係る 3 つの推奨される実行に与えた影響に焦点をあてて上記の問題を検討することにある¹²³⁾。

(i) 外交的保護条文 1 条、2 条および 3 条 1 項の規定内容

例えばマックスプランク研究所刊の国際公法辞典（1992年版）は、外交的保護を広く定義し、国際法主体が他の国際法主体による国際法違反に対抗して、個人（自然人又は法人）に対して与える保護をいうと説明する¹²⁴⁾。

↘ on diplomatic protection, paras. (1)-(2). 外交的保護条文は「領域内において外国人の身体又は財産に引き起こされた侵害についての国の責任」という主題の下に第 1 次規則および第 2 次規則の双方にわたる国際法規則の法典化をめざした特別報告者ガルシア・アマドールの作業とは趣旨を異にする。

- 123) 外交的保護条文全体の構成、内容およびその性格については日本の次の先行研究を参考にした。湯山智之「外交的保護と個人の地位（1）」立命館法学403号（2022年）559-608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）横書き376-313頁；土屋志穂「個人の国際法上の権利と外交的保護」上智法学論集51巻2号（2007年）157-171頁；同「個人の国際法上の権利侵害と国家の国際責任——Avena 事件を手掛かりとして——」上智法学論集57巻1・2号（2013年）63-90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）1-35頁；加藤信行「外交的保護に関する『埋没理論』の再検討」北大法学論集32巻4号（1982年）173-217頁；同「ボーチャードと外交的保護」国際法外交雑誌106巻4号（2007年）、1-19頁。

- 124) Wilhelm Karl Geck, Diplomatic protection, in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law* (hereinafter referred to *EPIL*), Vol. I (1992), p. 1046. ゲックは、国家が国際違法行為により身体または財産に侵害を受けた自国民（私人）を保護するために国際違法行為国に対抗して採る措置を外交的保護の通常形態とみなしているが、国際機関が一定の結びつき（certain link）を根拠に個人の保護について行使する措置も広義の外交的保護に含めている。なお、外交的保護の広狭の概念については、加藤信行「外交的保護の概念」広島法学29巻2号（2005年）21-43頁参照。

しかし外交的保護条文中に定める外交的保護はこれより狭く、同条文1条は外交的保護を、「国が、自国民である自然人又は法人が他の国の国際違法行為により引き起こされた侵害について、当該他の国の責任を実施する (implementation of such responsibility) ために、外交的行動又はその他の平和的解決手段を通じて、その国の責任を援用することからなる (consists of the invocation by a State ... of the responsibility of another State)」と定義した¹²⁵⁾。2002 (および2004) 年の第1読草案の1条1項が、外交的保護を、インターハンデル事件判決に倣って、「自国民の請求原因を国自身の権利に採り入れる国 (a State adopting in its own right the cause of its national) が、他の国の国際違法行為から生じた侵害について、外交的行動又はその他の平和的解決手段に訴えることをいう」と定義していたのとは異なり¹²⁶⁾、

125) ILC's ADP, *supra* note 121, p. 26, Article 1 and p. 27, commentary on Article 1, paras. (5) & (6) and note 30. 外交的保護の主題の特別報告者であったデュガードが担当したマックスプランク研究所の国際公法辞典 (2012年版) の外交的保護の記述では、ILC の外交的保護条文1条により近い定義がなされている。ただし、辞典での説明は外交的保護条文の説明または解釈ではなく外交的保護の一般理論を検討したものと断っている。John Dugard, Diplomatic Protection, in R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford U. P. O.), (hereinafter referred to as *Max Planck EPIL*), Vol. III (2012), p. 115, para. 1 & p. 116, para. 6.

126) *YbILC 2002*, Vol. II Part Two, pp. 67-68, the text of draft articles on diplomatic protection adopted by the Commission on first reading (hereinafter referred to as ILC's DADP 2002), Article 1 and its commentaries, para. (3) and note 301; *Affaire de l'Interhandel*, Arrêt du 21 mars 1959, *CIJ Recueil 1959*, p. 6 at p. 27. ただし、インターハンデル事件判決の引用された箇所は、外交的保護の定義そのものにふれたものではなく、国内的救済原則が慣習国際法上確立した原則であることを述べた部分であるが、ICJ は「この規則は、自己の権利が他の国において国際法に違反して無視されたと主張されているような自国民の請求原因を国家が採り入れた事件において一般に遵守されてきた」と述べている。ゲックは、マヴロマチス事件 (本稿注138)、セルビア公債事件 (*Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France, arrêt du 12 juillet 1929, CPJI, Ser. A, Nos 20/21*, pp. 17-18)、パネヴェシス・サルデウティスキス鉄道事件 (*Affaire du chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, arrêt du 28 février 1939, CPJI, Ser. A/B, No. 76*, p. 16)、ノッテボーム事件 (*Affaire Nottebohm (deuxième phase)*, Arrêt du 6 avril 1955, *CIJ Recueil 1955*, p. 4, at pp. 23-24)、バルセロナトラクション事件 (本稿注127) の各判決が、国家は外交的保護により実態的には国家自身の権利を主張している。

国家が外交的保護の行使により誰のどのような権利を請求するのかについて示唆する文言は除去されている。以下本稿の対象とする外交的保護は、最終的に2006年外交的保護条文に定義されたところの狭義の外交的保護に限定する。

定義条項に続いて ILC は、2002年の暫定第 1 読草案 2 条において、「国は、この条文草案に従って外交的保護を行使する権利を有する」と定め、その註解の中でバルセロナトラクション事件の第 2 段階判決を引用して、国家は自国民のために (on behalf of a national) 外交的保護を行使する権利を有するが、国際法は外交的保護を行使する義務を課してはいないと解説し、さらに ILC は、国籍国に限定的な保護義務を課すよう求める提案もあったが、この提案は法の漸進的発達の限度を超えるとみなされ拒否されたことを付言した¹²⁷⁾。第 2 条の条文は第 2 読でもそのまま維持された

↘ことを肯定した例として引用されるのに対して、国籍国の実質的権利 (material rights) のほかに個人の実質的権利も認めたと解される例としてインターハンデル事件の上記判決部分を挙げている。Wilhelm Karl Geck, *supra* note 124, p. 1058. PCIJ の諸判決では、国家対個人の国内法上の争いが PCIJ の管轄権が及ぶ国家対国家間の法的紛争になったことを論証する文脈で、国家は自国民に関わる事件を国際裁判所に提起することにより私人とは別の国家自身の権利を主張していることが強調されている。そのためか、私人が被る侵害を通じて国家がどのような実体的侵害を受けたかということではなく、委任状や公債契約など請求国が国際法上の義務とみなすものが自国民につき遵守されることを確保する国家の権利に力点が置かれている。なお外交的保護に関する ILC の2002年の暫定第 1 読草案 1 条から 3 条およびその註解は、2004年第 1 読草案 1 条から 3 条およびその註解と若干字句修正した部分を除き同一である。外交的保護概念の範囲とその外延について、加藤信行「外交的保護の概念」(前掲注124)、31-38頁参照。

127) ILC's DADP 2002, *supra* note 126, p. 68, Article 2 and p. 69, commentary on Article 2, para. (2). 引用されたバルセロナトラクション事件の ICJ 判決は、「国際法が定める限界内で、国家は、自らが適当と考えるどのような手段および範囲による外交的保護をも行使することができる。なぜなら、国家が主張しているのは国自身の権利だからだ。その者のために国が行動する自然人または法人が、彼らの権利が十分に保護されていないと考えたとしても、彼らは国際法上救済手段を有していない。彼らがせいぜいできることは、もし利用できる手段があれば、自らの請求原因を提起しまたは救済を得るために国内法に訴えることである。……国家は、その保護を付与するか否か、どのような範囲まで保護を付与するか、いつその保護を停止するかを決定する唯一の判定者とみなさなければならない。この点で国家は、その行使を特定の事件には関係のない政治的またはその他の性格の考慮

人権条約の下で国家が負う義務の特殊な性格が条約義務不履行に対する締約国の国際責任の内容と実施に及ぼす影響について (3) (葉師寺)

が¹²⁸⁾、外交的保護の国家の権利性および国家的性格に関する解説は相当程度修正が施されている。続く第3条1項について、2002年の暫定第1読草案は、「外交的保護を行使する資格を有する国は、国籍国である」と定めていた¹²⁹⁾。被害者の国籍国をどう定義するか、国籍国が外交的保護権を有するという原則の例外をどこまで認めるかについては第2部(国籍)の諸条項において議論の対象となったが、3条1項の基本原則については、大きな異論もなく現3条1項として採択されている¹³⁰⁾。ただしその註解には、国家に外交的保護の行使を資格づけるのは、国家と個人の間には存在する国籍という紐帯 (bond of nationality) であることを強調する文章が新たに追加された¹³¹⁾。

外交的保護条文1条の外交的保護の定義は、外交的保護が国家責任条文第3部第1章に定める「国の責任の援用」のひとつの方法とみなされていることを示す。国家責任条文上、責任の援用資格は、原則として国際違法行為の「被侵害国」(42条)に限定されるどころ、対世的性格の義務の場合には、「被侵害国以外の国」(48条1項)にも責任の援用資格が認められるが、外交的保護は、48条1項に定める「被侵害国以外の国」による責任の援用には該当しない。この点は、デュガードも、外交的保護の場合には保護法益を構成するのが国籍という紐帯であるのに対して、48条1項(b)の場合には、法益を構成するのは国際社会全体の構成員という資格

によって決定できる裁量権を自らにとどめているのである。国家の請求は国家がその原因を取り上げる個人または法人の請求とは同一でないから、国家は完全な行動の自由を享有する」と判示している。ただし、同判決も、国内法で在外市民の保護を義務づけることは可能であるが、それはあくまで国内法領域にとどまり、国際的な状況に影響を与えるものではないとしている。*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Deuxième Phase, arrêt, supra* note 37 (立命館法学404号、551頁), p. 44, paras. 78-79.

128) ILC's ADP, *supra* note 121, pp. 21-22, Article 2 and its commentary para. (2).

129) ILC's DADP 2002, *supra* note 126, p. 69, Article 3, paragraph 1 and its commentary, para. (1).

130) ILC's ADP, *supra* note 121, p. 22, Article 3, paragraph 1.

131) *Ibid.*, p. 22, commentary on Article 3, para. (1).

においてであるから、48条1項 (b) により授権される保護は外交的保護とは異なると述べている¹³²⁾。そうであれば、これは48条1項 (a) により国籍国以外の国に授権される保護についてもあてはまるように思われる。一般的には、外交的保護は、42条 (a) に定める二面的性格の義務の内、外国人の待遇に関する国際義務に違反した違法行為国の責任を被害者個人の国籍国 (被侵害国) が援用する行為である。このことは、バルセロナトラクション事件の第2段階判決が、国際社会全体に対して負う国の義務と外交的保護の分野で他の国に対して生じる義務との間に本質的な区別をすべきであるとした上で、その履行状況が外交的保護の主題となるような義務 (外国投資または外国国民を自国領域内に受け入れる場合に彼らに法の保護を及ぼし彼らに与えるべき待遇に関する義務を引き受ける義務など) の違反について請求を提起するためには、国はまずそうする権利を有することを証明しなければならないと判示し、その理由を、外交的保護に関する規則は、①被告国が外国の国民に関してその国籍国に対する義務に違反したこと、ならびに、② 国際義務を負う相手方のみがその違反に関して請求を提起できること、を前提とするからだと述べた¹³³⁾ ことから明らかである (傍線筆者)。外交的保護条文に関する ILC の註解が、「外交的保護は『外国人の待遇』の主題に属する」(傍線筆者)¹³⁴⁾ と述べたように、外交的保護が外国人の待遇に関する二面的な性格を有する国際義務を前提に置いて、その違反により自国民の身体または財産が侵害を受けた国籍国が違法行為国の責任を援用するための方法としての性格を依然として有していることは、これまでと基本的に変わることはない。国家の国際責任の内容および実施を専ら国家対国家の責任規則に限定して条文化した国家責任条文第2部および第3部の枠組と整合性をはかるように作成されている外交的保護条

132) John Dugard, *Diplomatic Protection*, *supra* note 125, pp. 124–125, para. 52.

133) *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Deuxième Phase, arrêt*, *supra* note 37, pp. 32–33, paras. 33 et 35.

134) ILC's ADP, *supra* note 121, p. 26, general commentary on diplomatic protection, para (2).

文が、国家間性格を強く残しているのは構造上当然の結果であろう。

しかし同時に、外交的保護条文1条に関する ILC の註解は次のようにも説明する。「今日では状況は劇的に変化している。個人は国際法の多数の第1次規則(慣習および条約に基づく)の主体であり、これらの規則は自国においては個人を政府に対して保護し、外国にあっては個人を外国の政府に対して保護する。……個人は国際法の下で権利を有しているが、救済手段は殆ど存在しない。国家間レベルで国により行使される外交的保護は、外国で人権が侵害された個人の保護のための重要な救済手段である」(傍線筆者)¹³⁵⁾というのである。外交的保護に関するこの位置づけは、2点で外交的保護の伝統的論理(通説に基づく)を超えられると思われる。それは、第1に、国家の外交的保護が「被侵害国」自身の権利を請求する手段ではなく個人の国際法上の人権(個人の外国政府に対する権利)を保護する重要な手段のひとつとして位置づけられている点であり、第2に、外国(政府)による人権侵害の被害者が自国民である場合には、国籍国は人権保護という対世性格を有する国際義務の違反についても依然として国籍国の外交的保護が違法行為国の責任を援用する有効な手段として機能するものとみなした点である。外交的保護の国家的性格に影響する前者の問題については後に取り上げることにして、後者についていえば、もし外国人の身体および財産の待遇に関する伝統的外国人法の保護水準が、現代では国際人権基準に準拠して決定されるというだけのことであれば、外国人の待遇に関する国家間義務の二面的性格そのものには変更がないため、被害者個人の国籍国は引き続き42条(a)の「被侵害国」として違法行為国の責任を援用できるという解釈になろう。しかし対世的な人権条約義務の違反の結果自国民が侵害を受け、その国籍国が違法行為国に対して外交的請求を提起する場合は、むしろ国家責任条文42条(b)(i)に定める特に影響を受けた「被侵害国」による責任の援用とみなすべきで、外国人の待遇規則

135) *Ibid.*, p. 27, commentary on Article 1, para. (4).

に属する外交的保護とはいえないという見方もできないわけではない。マヴロマチス事件の PCIJ 判決が述べたように、外国の国際法違反行為によって自国民が侵害を受け、その国内の通常手段で満足を得られない場合には、国籍国が自国民を保護する権利を有することは国際法の初歩的原則 (elementary principle) にあたるということであれば (本稿注137、傍線筆者)、自国民が人権侵害を受けた場合にはその国籍国に特に影響があった (権利侵害とはいえないまでも) とみなすことは自然であろう。ただし、42条 (a) または42条 (b) (i) のいずれに基づく保護であっても国家責任法上「被侵害国」による責任の援用であることに変わりはなく、主張しうる責任の内容に差違がなければ両者を区別する実益はあまりないかもしれない。他方これに対して、外国の対世的義務の違反に該当する重大な人権侵害を取り上げるのであれば、コンゴ領域における軍事活動事件のヌジリ国際空港で発生した民間人の虐待事件のような人権侵害事件に対しては、ジンマ判事が示唆したような、国家責任条文48条 1項および2項に基づく責任の援用こそが将来的には本筋かとも思われる¹³⁶⁾。重大な人権侵害からの保護を国際社会全体または人権条約の締約国集団の共通法益とみなして、その構成諸国が国籍国であるか否かに関係なく基本的人権という共通価値の遵守のために違法行為国の責任を共同して援用することは、42条 (a) または42条 (b) (i) に基づく責任の援用に劣らず重要な事柄であろう。しかし、諸国の政治・経済・社会・文化制度が多元的に構成され、ときに主権および内政不干涉原則を盾にして自国の支配的制度を正当化し、他方では国益を優先させる政策をとる諸強国の利害がしばしば競合・対立する国際社会にあっては、重大な対世的な義務の違反があるからといって諸国が直接自国の国益に関わりのない他国の状況について共同して責任を援用する行動に踏み出すことは、決して容易ではないし、反対に対世的義務違反を援用する体裁を採りながら強国による他国に対する政治干渉が行われるこ

136) 本稿の注120 (立命館法学404号511頁注120) 参照。

人権条約の下で国家が負う義務の特殊な性格が条約義務不履行に対する締約国の国際責任の内容と実施に及ぼす影響について(3)(葉師寺)

とに対して諸国が強い警戒心を有していることも事実であろう。そうした状況の下では、伝統的な外国人法の違反だけでなく人権条約の違反についても被害者の国籍国による責任の援用を認めることが、それを伝統的外交的保護と呼ぶか否かは別として、人権保護のための一定の有効な手段となることは疑いないだろう。しかしその場合に、伝統的な外国人法の下での在留国と外国人個人(国内法上の権利義務)、在留国と外国人の国籍国(外国人法上の権利義務)、外国人個人とその国籍国(国内法上の権利義務)という三者の権利義務関係とは異なる構造を持った人権条約上の在留国とその管轄下の個人(人権法上の直接的な権利義務)、在留国と個人の国籍国(人権法上の約束を履行する権利義務)、個人とその国籍国(国内法上の権利義務(?))という三者の国際法上または国内法上の権利義務関係が認められるとすれば、伝統的な在留国と国籍国間(国際法遵守)の権利義務(責任)関係もさることながら、在留国と個人の間ならびに国籍国と個人の間での国際法上または国内法上の権利義務(責任)関係を同質のものとして捉えて、同一的外交的保護が行われていると理解してよいのであろうか。

外交的保護の国家的性格について、2002年の第1読草案の註解は、主に2条に関連して要旨次のように述べていた。すなわち、

2条は外交的保護権が国に属することを強調する。これは、国民に対する侵害は国家に対する間接侵害であるとするヴァッテルの観念¹³⁷⁾に承認

137) 周知のヴァッテルの次の言明の一部が引用される。「市民を悪しく扱う者はだれであれ、その市民を保護しなければならない国を間接的に侵害する。市民の主権者はその侵害に対して復讐し、可能である場合には、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。さもなければ、市民は市民共同体の主な目的である安全を全く受けることができなからだ」。Emmerich de Vattel, *Le Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle, appliqués à la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains*, (1758), Livre II, chapitre VI, par. 71. ヴァッテルのこの言明が外交的保護とは異なる文脈でなされていること、それにも拘らずヴァッテルの言明が個人損害を通じて国家損害が導かれる観念的基礎とみなされてきた事情、特にその歴史的・経済的背景については、田畑茂二郎「外交的保護の機能変化(1)、(2・完)」法学論叢第52巻4号(1946年)212-213頁、同第53巻1・2号(1947年)399-403頁、松井芳郎「伝統的国際法における国家責任法の性格——国家責任法の転換(1)——」国際法外交雑誌第89巻1号(1990年)、14-20頁、加

を与えるもので、PCIJ はマヴロマチス（第1）事件でこの見解を一層注意深く「自国民の事件を取り上げて、その者のために外交的行動または国際裁判手続に訴えることにより、国家は、実態としては、国家自身の権利——自国民の一身において国際法の規則の尊重を確保する国家の権利——を主張している」¹³⁸⁾と定式化した。「この見解は、しばしば、外交的保護の実態——すなわち、外交的請求の主張が、国籍の継続、被害者たる国民による国内的救済手段の完了、ならびに、被った損害の評価が個人の被った損失と一致することを要求する実態——と調和させることが困難な擬制であるとして批判される。それにも拘わらず、国民への侵害は国家への侵害であるという観念としての『マヴロマチス原則』または『ヴァッテルの擬制』は衆知のものとなり、依然として外交的保護の基盤として維持されている」¹³⁹⁾。

ところが2006年の外交的保護条文の註解は、上記の註解を継承しつつも、外交的保護の国家的性格について、相当ニュアンスの異なる要旨次のような説明に変更された。すなわち、

「自国民に対する侵害は国家自身に対する侵害とみなされるがために国家は外交的保護を国家自身の権利として行使するという意味において、外交的保護は伝統的に国家の排他的な権利とみなされており」、そのルーツ

ㄨ 藤信行「外交的保護に関する『埋没理論』の再検討」前掲注123、175-182、186-190頁、藤田久一「国際法における個人請求権の理論的基礎」松井芳郎・木棚照一・葉師寺公夫・山形英郎編『グローバル化する世界と法の課題——平和・人権・経済を手がかりに——』（東信堂、2006年）、474-478頁の指摘を参照。

138) *Concessions Mavromatis en Palestine, arrêt no. 2, 1924, CPJI, Ser. A, No. 2, p. 12.* 本判決は、当初はマヴロマチスと英国間の紛争だったものが、ギリシャがこの事案を取り上げたことにより国際法の領域に入る紛争となったことにふれた後、「自国民が他の国により行われた国際法違反の行為によって侵害され、その者たちがその国から通常の手続を通じて満足を得ることができなかった場合に、国家が自国民を保護する権利を有するのは、国際法の初歩的な原則である」と述べた上で、本文に引用したように判示し、「国家がひとたび自国民のために事件を国際裁判所の前で取り上げた以上は、国際裁判所の目から見れば、その国家が唯一の請求者である」と結んでいる (*ibid.*)。

139) ILC's DADP 2002, *supra* note 126, pp. 68-69, commentary on Article 2, para. (1).

は上記のようなヴァッテルの言明およびマヴロマチス事件 PCIJ 判決にあるが、「自国民に対する侵害が国家自身に対する侵害であるというのは、明らかに擬制であり誇張であ(って)」、外交的保護に関する諸規則(特に国籍継続原則)はこの擬制の真実性と矛盾し、「国家は、『実態としては』——マヴロマチスを引用すれば——国家自身の権利だけを主張しているのではなく、『実態としては』国家はまた、侵害を受けた自国民の権利をも主張している」¹⁴⁰⁾。ところで、「国際法の初期の時代には、個人は国際法秩序において占める場所も権利も有しなかった。したがって、外国で侵害を受けた自国民を保護するためには、国民に対する侵害は国家に対する侵害であるという擬制の手段を通じてのみ可能なものとすることができた。しかし、この擬制は侵害を受ける国民の権利を保護するという目的のための手段に過ぎなかった。今日では事情が劇的に変化している。個人は国際法の多数の第1次規則の主体である」が、個人は国際法上の救済手段を殆ど有していない。したがって、国家間における外交的保護が外国で人権を侵害された者の保護のための重要な救済手段である¹⁴¹⁾。

この註解を受けて、外交的保護を提起する権利が国家にあることを定めた2条の註解も、「2条は、このプロセスで国家が主張しようとするのが誰の権利なのか——国家自身の権利なのか……侵害を受けた自国民の権利なのか——の問題を害するものではない。1条と同じように、この主題については中立的である」と説明し、さらに、在外自国民が重大な人権侵害を受けた場合に自国民を保護する国内法上または国際法上のなんらかの義務があるとすると国内立法または国内判例があることに鑑みて、「19条案は、外交的保護を行使する資格を有する国は……『外交的保護を行使する可能性に妥当な考慮を払うべきだ』と宣言した。国家の外交的保護を行使する裁量権は、適当な事件においては外交的保護権を行使するように国に勧告

140) ILC's ADP, *supra* note 121, p. 27, commentary on Article 1, paras. (3) & (4). 2条に関する註解から1条に関する註解に移されている。

141) *Ibid.*, p. 27, commentary on Article 1, para. (4).

する19条案と併せて読むべきである」という意見を付した¹⁴²⁾。

以上のように、外交的保護条文の1条から3条ならびにその註解は、外交的保護が外国人の待遇に関する国際法規則の一部であって、国家の権利であり、原則として外交的保護権は国籍国が有するという伝統的原則を踏襲しながらも、他方で、国家が外交的保護権を行使する場合に、誰の権利すなわち国家自身の権利または自国民の権利のいずれの権利を主張しているのかについては「中立的な」立場をとると述べ、さらに他の箇所では、外交的保護を行使する国は、国家の権利だけではなく、個人の権利もまた請求していると説明した。伝統的な外国人法の下でも、少数説ながら、外交的保護を国家の義務とみなす考え方、自国民の権利を保護するための国家の職能とみなす考え方が根強く唱えられてきたが、直接個人の権利を設定または承認する国際法規が出現・増加した事情の下で、外交的保護の国家的性格の意味について再検討をせまられる状況も生じてきている。ラグラン事件およびアヴェナ事件におけるドイツおよびメキシコの主張を見れば、外交的保護の名において国家自身の権利だけではなく自国民の国際法上の権利の実施が意識的に請求されたことは明らかで、これらの事件の2001年および2004年のICJ判決も、いくぶん曖昧性を残しつつも、国家の外交的保護が国際法上の個人の権利を確認し、原状回復し、それが不可能な場合には金銭賠償または再発防止の保証を求めるために援用されうることを認めたものとみなすことができないわけではない¹⁴³⁾。さらに外交

142) *Ibid.*, pp. 28-29, commentary on Article 2, paras. (1) & (3).

143) ラグラン事件のドイツの第1請求は、アメリカがラグラン兄弟の逮捕後に領事関係条約36条1項(b)の下での彼らの権利を遅滞なく告知しなかったことにより、またドイツから領事援助を提供する可能性を奪ったこと(その結果同兄弟の死刑執行に帰結した)により、ドイツに対する国際法上の義務に違反したこと、すなわち領事関係条約5条および36条1項に基づくドイツ自身の権利およびドイツ国民につき外交的保護を行使する権利を侵害したことの認定を求めた。この請求に関連して、ドイツは、この不告知により条約36条1項(a)および(c)に基づくドイツ国自身の権利行使が妨げられただけでなく、同条1項(a)第2文および(b)に定める個人の「国際法上の」権利が侵害され、したがってドイツは2名のドイツ国民の人身において侵害を受けたと主張した[なおマヴロマチス]

、定式が形式上使用されている]。これに対してアメリカは、請求に対する ICJ の管轄権および受理可能性に異議を唱え、ドイツが一般国際法上自国民に対する外交的保護権を有することは否定しないが、一般慣習国際法的外交的保護に基づく請求は領事関係条約の選択議定書に定める条約の解釈適用紛争には当たらないと主張し、仮に管轄権が認められるとしても本件では国内的救済手段が尽くされていないため受理できないと主張した。これに対してドイツは、選択議定書にいう「条約の適用」には条約上の個人の権利が侵害された結果生じる状況（国籍国が請求を支援する場合を含む）が十分含まれていると反論した。ICJ は、アメリカの主張をしりぞけて、「36条1項 (b) の違反の結果同条1項 (a) および (c) の違反が生じたか否かに関する両当事国間の紛争は、領事関係条約の解釈適用に関係する。同じことは同条1項 (b) が個人の権利を創設したか否か、ならびに、自国民のためにこの権利を主張することができるか否かをめぐる紛争にも当てはまる。これらはしたがって選択議定書1条の意味での紛争に入る。さらに、裁判所は、外交的保護は慣習国際法概念だからラグラン兄弟の個人の権利に基づくドイツの請求は ICJ の管轄権を超えるというアメリカの主張を受け入れることはできない。この事実 [外交的保護が慣習国際法概念であること]は、個人の権利を創設した条約の当事国が自国民の権利の事件を取り上げて、この条約の一般管轄権条項を根拠にして、その自国民のために国際裁判手続を開始することを妨げない」と判示した。国内的救済手段の未完了というアメリカの主張についても、「ラグラン兄弟が1992年に彼らの領事関係条約上の権利を知った後アメリカの裁判所で条約を援用しようとしたこと、その時点までに手続的懈怠の規則によってこれらの権利の違反についてラグラン兄弟はいかなる救済も獲得できなくなっていたことは争われていない。……ラグラン兄弟に告知を行う条約上の義務を履行しなかったのはアメリカ自身であるから、今になってドイツの第1の請求を排除するために ICJ の前で [ラグランについての領事が時宜に即した形でこの問題を早く提起しなかった] 事実を依拠することはできない」と述べて、自らの行為により国内救済手段を機能できなくしたことを理由に同原則の適用を排除した。本案においてアメリカは、領事援助を提供する国家の権利と外交的保護を通じて自国民の請求を援助する国家の権利とは別個のものであることを強調し、また、領事通報および領事援助の権利はあくまで領事派遣国の権利であると主張した。ICJ は、ドイツの第1請求について「36条1項は個人の権利を創設し、この権利は選択議定書1条によって、ICJ において拘禁された人の国籍国によって援用できる。本件ではこうした権利が侵害された」と述べて（その理由づけは本稿立命館法学403号543頁参照）、主文 (3) において、請求1に述べられた行為により、アメリカは36条1項の下でのドイツに対する義務およびラグラン兄弟に対する義務に違反したと判示した (*LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, supra* note 3 (立命館法学403号533頁), pp. 473-474, para. 12, p. 481, para. 38, pp. 482-483, paras. 40-42, pp. 487-488, paras. 58-60, pp. 492-494, paras. 75-78 and p. 515, para. 128 (3)). ドイツは、領事援助を提供する国家自身の権利が侵害されたことを理由とする被侵害国の請求とは區別して、領事援助の告知を受ける個人の権利の侵害を理由とする国籍国の請求を外交的保護の行使と位置づけた。しかし、一般国際法上の外交的保護権に基づく請求は、領事関係条

、約選択議定書の紛争解決条項の対象外であるとするアメリカの主張を考慮して、ICJ は、ドイツのラグラン兄弟に関連する請求部分につき「外交的保護」という概念で説明することを避けた。しかし、上記下線部や国内的救済原則を特に説明を付すことなく適用していることから見れば、ICJ は、ドイツの請求を実質上外交的保護権の行使とみなしつつも、ドイツの外交的保護の性格については、ラグラン兄弟の人身を通じて専らドイツが被った権利侵害を主張するものというよりは、ラグラン兄弟個人が条約上直接有している権利の違反の確認を求める主張でもあったとみなして、判決主文において、アメリカは個人に対して直接負う義務にも違反したことを認定したものと思われる。

アヴェナ事件では、メキシコが死刑囚として拘禁、裁判、収監中であった52名のメキシコ国民についてラグラン事件のドイツの第1請求とほぼ同内容の第1請求を行ったことに対して、米国はラグラン事件の場合と同様に、ICJ の管轄権および受理可能性を否定する主張を行った。ICJ は、ラグラン判決が認めた36条1項 (b) の下での個人の権利はまずアメリカの国内法制度の下で主張されなければならない、この手続を完了し国内的救済手段が尽くされたときにのみ「メキシコは外交的保護の手続を通じて自国民の個人的請求を援助する権利を有する」と述べる。つまり ICJ は、自国民が受けた36条1項上の権利侵害を取り上げるメキシコの請求を一応外交的保護に該当すると位置づけた上で、通常ならば国内的救済原則の適用可能性を検討すべきところ、本件のメキシコの請求は米国の36条1項(a)～(c)の違反の結果メキシコ国自身の権利も直接侵害されていたことに着目して、二つの請求を別々に分離することなく、「36条の下での個人の権利の侵害が派遣国の権利の侵害をもたらし、この国家の権利の侵害が個人の権利の侵害をもたらしうな国家の権利と個人の権利の相互依存の特別の事情のある場合には、メキシコは、自己の名において請求を提起する際に、ICJ に対して直接被ったと主張する侵害と36条1項 (b) の下でメキシコ国民に付与された個人の権利の侵害を通して被ったと主張する侵害の両方を要求することができる。このような要求には国内的救済義務は適用されない」として同原則の適用を排除し、「さらに、まさにこの理由から、裁判所は、外交的保護という別個の主題の下でメキシコの違反の請求を扱う必要はない」と判示した。本件のメキシコの請求を構成する多数の個人事案は、領事関係条約36条1項 (b) 違反の接受国の行為が領事援助を提供する派遣国自身の権利と領事援助を要請する派遣国民の条約上の権利を同時に侵害するものであったために、ICJ 判決は最終的に、メキシコの直接請求（領事派遣国の領事援助提供権の侵害）と間接請求（メキシコ国民の領事援助要請権の侵害）が分かちがたく結合した実質上の混合請求（mixed claim）とみなして国内的救済原則の不適用を導き出したと考えられる。このように、複数の請求内容が含まれ、その優越的要素が何にあるかによって主たる要素が外交的保護とはみなされない——したがって国内的救済原則も適用されない——ような混合請求が存在するのは事実である。しかし本判決が、国が自国民の「国際法上の権利」の侵害を対外的に取り上げる請求も、それが主要な請求の要素であれば、外国人法違反により自国民の身体または財産に受けた侵害を国籍国が対外的に提起する請求と同じく外交的保護に該当するとみなしていたこと自体は疑いないように思われる。さらに個人の「国際法上の権利」が「国際法上の人権」である場合にも、国籍国が

ㄨが「外交的保護」として請求を提出する限りでは、国内的救済原則が適用されるだけでなく、人権条約の締約国が自国民でない個人の人権侵害を取り上げて請求を提起する場合も、それが個人の救済を目的とする限りでは国内的救済原則が適用されることが指摘されている (C.F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, Grotius Publications Ltd., 1990, pp. 133-138; 欧州人権条約実施機関の実行形成期の事例を扱ったものとして、薬師寺公夫「ヨーロッパ人権条約に於ける国家の申立権と国内的救済原則の適用可能性」神戸商船大学紀要文科論集30号 (1981年) 29-51頁参照)。ともあれ本件ではメキシコの第1請求は混合請求としての性格が圧倒的に強く、第1請求に係る本案判決主文(4)~(7)は、アメリカがそれぞれ、51名のメキシコ国民に36条1項 (b) の下での権利を遅滞なく告知しなかった点で同条項の義務に違反したこと、この内49名のメキシコ国民の拘禁についてはメキシコ領事機関に遅滞なく通知しなかったことによって同国から領事援助の提供権および自国民へのアクセス・訪問権の適時の行使を奪った点で36条1項 (b) および (a) と (c) の義務に違反したこと、さらにこの内34名のメキシコ国民についてはメキシコから法的代理権を奪ったことによって36条1項 (c) の義務にも違反したことを認定した (*Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, ICJ Reports 2004, p. 12 at pp. 23-24, para. 14, pp. 30-32, paras. 29-30, p. 33, para. 35, pp. 35-36, para. 40, pp. 72-73, para. 153 (4)-(7)). 土屋志穂「個人の国際法上の権利侵害と国家の国際責任——Avena 事件を手掛かりとして——」上智法学論集第57巻1・2号 (2013年) 63-90頁参照)。なおこの注の中の括弧 ([]) および強調はすべて筆者が付した。混合請求に国内的救済原則が適用されるか否かについては、外交的保護条文14条3項によれば、自国民の侵害に優越的な基礎が置かれているか否かの基準に照らして決定されることが、インターハンデル事件、テヘラン事件、ELSI 事件、逮捕状事件、アヴェナ事件などの先例に基づいて再確認されている (ILC's ADP, *supra* note 121, pp. 45-46, commentary on Article 14, paragraph 3, paras. (9)-(13). See also (cf), Separate opinion of Judge Vereshchetin, in *Avena judgment*, *op cit.* in this note, pp. 80-83, paras. 7-13; Separate opinion of Judge Parra-Aranguren, pp. 89-90, paras. 21-28.)。

ラグラン判決とアヴェナ判決は、それぞれ外交的保護条文の2002年暫定第1読草案および2004年第1読草案の採択直前に示されたもので、もし判決において、ドイツおよびメキシコはアメリカに対する外交的保護の行使を通じて自国民が被った領事関係条約上の個人の権利の救済を請求するものであったという性格づけがなされていたとすれば、外交的保護の国家的性格に関する伝統的な「マヴロマチス原則」または「ヴァッテルの擬制」との間の整合性をどのようにはかるのがより明確に問われていたかもしれない。なお、ディアロ事件でもコンゴ民主共和国の領事関係条約36条1項 (b) 違反がギニアにより主張されたが、ICJ 先決的抗弁判決はこの主張をギニアによるディアロ個人に関する外交的保護の主張の一部として扱った (本稿注144)。他方、インド国籍のスパイ (国家機関) と疑われた死刑囚への領事関係条約36条1項の適用が争点となったジャダヴ事件では専らインドとパキスタン間の同条約の解釈適用紛争と位置づけられており、外交的保護行使の要件である国籍継続の原則および国内的救済原則の適用は問題となっていない (*Jadhav (India* ↗

的保護条文採択後のディアロ事件の先決的抗弁判決(2007年)は、外交的保護条文1条の定義を引用しつつ、「国際法が個人に与える権利に関する最近の数十年にわたる国際法の実体的な発展のために、外交的保護の事項的な範囲は、当初は外国人の最小限度の待遇の違反の主張に限定されていたが、その後拡大してとりわけ国際的に保護された人権を含むようになった」ことを認めた¹⁴⁴⁾。1987年にゲックは、伝統的な外国人法の通説の下

↘ *v. Pakistan*), *Judgmnet, ICJ Reports 2019*, p. 418, at pp. 430-431, paras. 33-38. 国のスパイについては領事関係条約36条1項は適用されないというパキスタンの受理許容性に関する主張は ICJ によりしりぞけられている。 *Ibid.*, p. 441, para. 86, p. 442, para. 90, p. 445, paras. 97-98)。

ラグラン事件およびアヴェナ事件と外交的保護の関係について、薬師寺公夫「トランスナショナル・ローの現代的意義——非国家主体と国際法の課題——」世界法年報第21号(2001年)23-26頁;山形英郎「LaGrand事件(ドイツ対米国合衆国)本案判決」国際人権第13号(2002年)113-114頁;酒井啓亘「判例研究・国際司法裁判所 LaGrand事件(ドイツ対米国)」国際法外交雑誌第106巻4号(2008年)85-89頁;西村弓、前掲論文(注123)20-22頁と21頁の注(55);土屋志徳「個人の国際法上の権利侵害と国家の国際責任」前掲論文(注123)63-90頁、参照。

- 144) *Ahmadou Sadio Diallo, exceptions préliminaires, arrêt, supra* note 40 (立命館法学403号552頁), p. 599, para. 39. 外交的保護条文は、この条文中に明示的に定めた場合を除き国籍に関する第2部の規則および国内的救済に関する第3部の規則が、外交的保護に関する第2次規則として、すべての外交的保護に適用されることを前提としている。したがって、外交的保護の目的または対象が国際法上の個人の権利または国際人権の保護であったとしても、アヴェナ事件のように個人の領事援助要請権(告知を受ける権利を含む)と国家の領事援助提供権が不可分に結合しているような特定の事情がない限りは、国籍要件と国内救済手段完了要件の充足が求められる。外交的保護権の事項的な範囲が伝統的な外国人法の分野から国際人権法の分野に拡張されても、この点に変わりがないことは、ディアロ事件先決的抗弁事件判決からも明らかである(本稿注143参照)。同判決は、ディアロの逮捕・拘禁および国外追放が自由権規約、アフリカ人権条約および領事関係条約36条の義務に違反するというギニアの請求を ICJ が本案で審理するための条件として、ディアロの人身に対する人権の侵害が行われた時点から ICJ での手続が開始された時点までギニア国籍のみを有していたこと、ディアロの逮捕・拘禁および追放に関して尽くすべきコンゴの国内救済手段が尽くされたまたは尽くすべき効果的手段が存在しなかったことを確認した。本件ではコンゴが逮捕・拘禁その他のディアロ個人の権利については国内的救済が尽くされていないことを主張せず、追放についてのみ主張したが、ICJ は、ディアロの追放が出入国審査官に入国拒否と誤認されたためコンゴ法制上訴える手段がなかったものであり、コンゴは今になって審査官の誤認を理由に追放に関して尽くすべき国内的救済手段を尽

くさなかつたと主張することはできないと認定した。ただし個人の人権侵害問題を取り上げるとしても外交的保護の場合と国家責任条文48条1項に基づく被害国以外の国による場合とでは、その要件に——48条3項の規定にも拘らず国籍要件等につき——差違が生ずるものがある (See, *ibid.*, pp. 599-601, paras. 41-48.)。

ディアロ事件は、ギニアとコンゴの双方が選択条項受諾宣言国であることが ICJ の管轄権行使の根拠となっている。本件でギニアは、自国民ディアロに関する外交的保護の行使としてコンゴ民主共和国に対して、①ディアロの人身についての権利 (逮捕・拘禁、追放等) に係る請求、②ディアロが設立した2有限会社の出資者 (associé) としての直接的権利に係る請求、③代替による有限会社の権利に係る請求を、これらの国際違法行為によってディアロまたはギニアが国民の人身において受けた侵害に対する完全な金銭賠償の請求とともに、ICJ に提起したが、③の請求は先決的抗弁判決で不受理 (ギニアは会社の国籍国ではなく国籍国以外の国に外交的保護を許容する例外に該当しない) を宣言された (See *ibid.*, pp. 595-596, paras. 26-31 and pp. 614-616, paras. 86-94.)。他方、②の請求は、本案判決において2社の出資者としての直接の権利に対する侵害はなかつたと判定された (*Ahmadou Sadio Diallo, fond, arrêt, supra* note 41 (立命館法学403号552頁), pp. 673-691, paras. 99-159.)。結局本案判決においてギニアの請求が認められたのは、上記①の請求の一部であった (事件の全体的概要については、とりあえず薬師寺公夫「ディアロ事件」『判例国際法 (第3版)』(東信堂、2019年) 495-499頁参照)。ICJ の本案判決は最終的に、①1996年1月31日にディアロがコンゴから追放された状況につき、コンゴが自由権規約13条とアフリカ人権条約12条4項に違反したこと、②1995-96年にディアロが逮捕・拘禁された状況についてコンゴが自由権規約9条1項とアフリカ人権条約6条に違反したこと、③この拘禁の際に領事関係条約36条1項 (b) に基づく権利を遅滞なく告知しなかつたことでコンゴが同条項の義務に反したこと、を認定した (*Ibid.*, p. 692, para. 165 (2)-(4))。ICJ は、例えばディアロの国外追放について「国内法に従って」行われた決定という要件および「外国人は、自己の追放に反対する理由を提示すること及び権限のある機関……によって自己の事案が審査されること」が認められる権利が尊重されなかつたという理由で自由権規約13条の違反があったことを認定し、自由権規約9条2項に関連してはディアロの権利が侵害されたという表現も用いている (*Ibid.*, pp. 665-667, paras. 72-74, p. 670, para 84.)。しかし、本件がギニアの外交的保護に基づく国家間訴訟であることから、ICJ は、ギニアの請求に基づきコンゴの各条約義務違反を認定した後、国際違法行為に対する賠償については、「事件の事情、特に違反のあった人権義務の基本的な性格および金銭賠償の形態でのギニアの賠償請求に照らして、裁判所は、違反の司法的な認定に加えて、ディアロ氏が被った侵害についてギニアに対して負うべき賠償は金銭賠償の形態をとらなければならない」と判示した (*Ibid.*, p. 691, para. 161. 傍線は筆者)。本案判決については、トリンダーデ (Trindade) 裁判官の個別意見が人権条約違反によって国際法上の権利を侵害されるのは被害者個人であるとの立場から支払われるべき賠償について真正な賠償請求権を有するのは被害者個人であることを強調したが、この点については後述する。

では実質的権利 (material rights) の保有者は外国人の国籍国であり、外国人は国際法上第三者としての反射的利益を有するに過ぎないと観念されたため、外交的保護は国家が自身の権利を主張するものか、または少なくとも、実質的権利を国際的に主張する手続上の権利は国家が排他的に有するものとみなされていたのに対して、人権条約は国籍に関係なくすべての個人を人道的に保護する権利をすべての締約国に対等に付与するから外交的保護とは基盤を異にするところ、人権条約の国家申立制度も個人申立制度も未だ不十分であるため、外交的保護が依然として外国国家に対して個人の法的立場を改善する不可欠の手段であると解説していた¹⁴⁵⁾。確かに人権条約は、人権侵害の被害者の国籍国が自国民を救済するために国家申立手続を利用することまたは外交的保護権を行使して条約外の裁判機関に請求を提出することを必ずしも禁止していないし、外交的保護に関する慣習国際法も国家が外交的保護権を自国民の人権侵害事案に適用することを制限してはいない。ディアロ事件におけるギニアの請求の側面は、自由権規約違反によりディアロが被った人権侵害の賠償を求めるギニアの外交的保護権の行使の事例と特徴づけることができるが、これを外交的保護の事項的範囲の人権分野への拡大というのであれば、それによって何が変化したのが問題となりうる。伝統的な外国人法 (通説) の下では、個人は外国人法の客体にすぎず同法の反射的利益を享受することはできても国際場で権利主体として自らの権利を主張できず、外国人法上の義務違反は外国人の滞在国が個人の国籍国に対して負う義務の違反であるから国籍国の請求も国籍国が被った侵害の結果に対する賠償と観念することが正当化されえた。しかし、ディアロ事件で仮にディアロに個人通報権が認められていたとすれば、ディアロは、自由権規約上の権利侵害をコンゴに対して申し立て同規約 2 条 3 項に基づき効果的救済を直接請求できる立場にあり、仮に効果的救済が行われれば人権享有者と人権侵害国の間の自由権規約上

145) Wilhelm Karl Geck, *supra* note 124, pp. 1056-1061 and pp. 1063-1064.

の国際責任問題は一応解決されたことになったであろう。他方、ディアロ事件のようにギニアがディアロについて外交的保護権を行使し、ICJ が自由権規約違反の認定とギニアに対する賠償を命じ、コンゴがそれに従えば、自由権規約違反によって生じたギニア国民の身体・財産に対する侵害をめぐるギニア・コンゴ間の国際責任問題は一応解決されたことになるが、この段階ではディアロの国際法上の権利は未だ救済されておらず形式的に見れば同じ事実から生じた国際違法行為の多元的結果を完全に払拭することはできていない。国際人権法から見た実際の解決は、誰が見ても明らかのように、外交的保護権を行使したギニアがディアロに対して、本来コンゴが支払うべき賠償額を引き渡すことであろう。後に見るように欧州人権裁判所判決には、人権条約上の義務の問題として、人権侵害の賠償請求国は条約違反国から得た金銭賠償を人権侵害の被害者に配分する義務を確認する事例が生まれてきている¹⁴⁶⁾。しかし、これは従来の外交的保護法の下では自動的に導かれるものではなく、人権条約上または個人の国際法上の権利を認める第1次法規の特殊な義務を介在させることが必要になるように思われる。しかし、その場合は、伝統的な外国人法のように個人を国際法規則の客体とみなしてきた国際義務の違反の場合と、近年になって新たに登場してきた人権条約のような個人に権利主体性を認める国際義務の違反の場合と二つの異なる外交的保護制度を認めることになるのか、さらに根本的にいわゆるマヴロマチス事件の公式を否定して、外交的保護の機能変化を正面から求めるような事情が生じているといえるのだろう

146) *Cyprus v. Turkey, Judgment (Grand Chamber) (Just satisfaction), 12 May 2014, Reports of Judgments and Decisions (ECHR) 2014-II, p. 245 at pp. 264-266, paras. 39-47, pp. 269-270, paras. 56-58 and p. 272, operative part paras. 4 & 5; Georgia V. Russia (I), Judgment (Grand Chamber) (Just Satisfaction), 31 January 2019, paras. 19-28, 73-80 and operative part 2(a)~2(d), available at <<https://hudoc.echr.coe.int/eng/#%22itemid%22:%22001-189019%22>>. さしあたり、薬師寺公夫「9. 国家申立事件における損害賠償——重大な人権侵害事件において個人の請求は国家の請求に吸収されるのか——ジョージア対ロシア（第1）事件」人権判例報第1号（信山社、2020年）78-89頁。*

か。国家責任条文33条 2 項によって、国家以外の実体に生じる国家責任の内容と援用について、without prejudice 条項を使って問題の解決を先送りした枠組の下では、外交的保護についてのみ、国家責任の援用に関する国家と被害者の関係に踏み込むことには限界があるものと思われる。しかし、外交的保護の事項的範囲を人権保護に拡大したことによって、伝統的な外交的保護にどのような変更が必要と考えられるようになっているのかを外交的保護条文19条に関する推奨される実行の中で扱うことにしたい。

(ii) 外交的保護条文19条の規定内容

外交的保護条文19条は、外交的保護を行使する権限を有する国に三つの行為を推奨する。それは、「(a) 特に重大な損害が発生した場合に、外交的保護を行使する可能性について妥当な考慮を払うこと、(b) 外交的保護に訴えること及び請求すべき損害賠償について、可能な場合には、被害者の見解を考慮すること、(c) 損害について責任を有する国から得たすべての補償金は、合理的な控除を条件に、被害者に引き渡すこと」である¹⁴⁷⁾。この条項は、2004年に採択された第1 読草案には存在しておらず、2006年に特別報告者のデュガードが第7 報告で「金銭賠償を受け取る国民被害者の権利」に関する報告を提出したことを契機に ILC および起草委員会で議論した結果、採択されたものである。外交的保護条文は、国際違法行為国と外国人被害者の国籍国との間の権利義務を定めるのが基本であるが、19条は外交的保護権を行使する国の自国民被害者に対する一方的な責務を（直接被害者とその国籍国との間に厳密な権利義務を設定する規定ではない）を推奨する点に特徴がある。

19条の冒頭の註解は、外交的保護の分野には、慣習規則の地位を未だ獲得しておらず、また法の漸進的発達の運用 (exercise) として法規則に転化する可能性を有しているわけでもない一定の実行があり、こうした状況にも拘わらず、これらの実行は期待される実行であり、人権の保護および

147) ILC's ADP, *supra* note 121, p. 53, Article 19.

外国投資を促進するための手段としての外交的保護に力を与えるようなこの制度にとって必要な特色をなすものだと説明し、条約中にこの種の勧告規定を用いる実行は他にも存在するとして、諸国が外交的保護を行使する際に検討するよう勧告している¹⁴⁸⁾。ところがこの実践的側面からの推奨とは別に、(a) (b) (c) の各実行について、ILC は冒頭の評価とはかなり矛盾する国際法上の評価を与えている。例えば (a) に関する註解は、「海外で重大な侵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家の何らかの義務が存在することを国際法は既に認めていることを真剣に提案することができる。仮に慣習国際法がこの発達段階に未だ達していないとしても、19条 (a) は漸進的発達の運用とみなさなければならぬ」(傍線筆者) という¹⁴⁹⁾。19条 (b) になると、勧告した実行が既に慣習国際法の規則になっていると主張する学者もいるという位置づけに変わるが、「19条 (b) も漸進的発達の運用とみなさなければならぬ」と説明し、さらに19条 (c) については、獲得した金銭賠償の被害者国民への支払いを差し控える国家の絶対的権利を制限することについていくらかの支持はあるが「定着した実行ではおそくない」し「国の側に義務の意識もない」としつつも、「それは漸進的発達の運用であるが、国家実行と衡平により支持されている」と説明している¹⁵⁰⁾。2006年の最終段階において急遽追加が決定された条文であり、その註解について十分検討の時間がなかったものと想像されるが、ILC が曖昧さを残しつつも、各項を外交的保護に関する「漸進的発達」と位置づけたことは、国際裁判所により同条項が参照されるなど今後無視しえない影響をもちうると考えられる。特に19条 (a) および (c) が推奨する実行は、国が外交的保護を行使するか否か、どのような範囲まで保護を与えるか、またいつその保護を停止するかを決定する唯一の判定者は国家であると述べたバルセロナトラク

148) *Ibid.*, p. 53, commentary on Article 19, para. (1).

149) *Ibid.*, p. 54, commentary on Article 19, para. (3).

150) *Ibid.*, pp. 54 and 55, commentary on Article 19, para. (4) and para. (8).

ション事件判決（本稿注127）が示す外交的保護の従来の国家的性格とは明らかに相容れないことを国家に求めている。そこで、19条の起草過程を含めて、特に同条の（a）と（c）の含意について検討を行っておきたいと思う。

19条（a）は義務という文言は使用していないものの、自国民が重大な侵害を被った場合には国籍国に外交的保護の行使を検討するよう要請している点で、外交的保護を一種の義務または職能とみる見解に通ずるが、実定国際法にその根拠を見出すのは困難である。ILC はその根拠として、国際法的手段による人権の保護は今日では国際法秩序の主要な目標のひとつとなっていること、外交的保護は長期の歴史によりその有効性が証明されており、特に外国人の人権についてこの目標を達成する手段となること、在外自国民が重大な人権侵害を受けたときには国は不完全でも自国民を保護するなんらかの義務を国際法または国内法の下で負っているという見解に対する支持が増えていること、を強調する¹⁵¹⁾。もっとも註解は、在外自国民の保護にふれた国内法及び国内判例（2004年カウンダ事件の南ア憲法裁判所判例¹⁵²⁾を含む）には言及するものの、その中には外交的保護について国家の裁

151) *Ibid.*, p. 54, commentary on Article 19, paras. (2)-(3).

152) *Samuel Kaunda and others v. President of the Republic of South Africa and others*, Constitutional Court of South Africa, Judgment, 4 August 2004, ILM, Vol. 44 (2005), p. 173 at p. 186, paras. 69-70 (Chaskalson CJ), 裁判長の同判決部分は「国際法の義務に従って、国際人権規範の重大な違反に対して自国の市民を保護する行動をとる政府の義務が存在する場合がある。証拠が明白なこうした状況の下での政府への援助要請を拒否することは困難であり極端な場合はおそらく不可能である。このような要請がこれまで政府により拒否された例はありそうにないし、もしあったとしても、そのような決定は訴訟可能であり、裁判所は政府に適切な行動を執るよう命令することができるだろう。極端な事案では、知るところとなった国際人権の甚だしい侵害に対して自国民に援助を与えることは政府の義務でさえある。このような侵害の被害者は、援助を求める立場にはないかもしれない。こういう場合には、違反を察知した場合には、政府は自らイニシアチブをとることを当然義務づけられてよい。」と述べている。しかし、同裁判長は、外交的保護を要請した法的請求に欧州諸国の裁判所が対処した事例、特に外交的保護の行使に積極的に対応してきたドイツ等の裁判例にもふれながら、すべての行政的決定は憲法の支配に服するから外交的保護も決してその例外ではないが、相手国のある外交的保護の行使に伴うさまざま

量権を制限し、保護を義務づけた国際裁判例および国家実行はない。国家責任条文は、国際違法行為国は法上当然に違法行為を停止し生じた侵害について賠償を行う義務を認めるが、被侵害国または被侵害国以外の国に国際責任の援用を義務づけてはいない。他方、国際人権条約は、締約国にその管轄権内にある個人に対して人権を保障することを義務づけ、その義務には人権侵害の被害者に効果的な救済措置を受けることを確保する義務が含まれるが、これらの義務を負うのは通常当該締約国の領域管轄権内に限られる。領域内であれば、たとえ事実上の支配を喪失している地域で生じた人権侵害についても、人権を確保する積極的義務を課される場合がある。例えば、欧州人権裁判所のイラスクほか対モルドバおよびロシア事件判決は、分離派勢力が外国軍隊による占領と呼応するような形態で領域の一部を占拠し、モルドバが自国の全領域に対して権力を行使することが事実上できない状況の下に置かれていても、同国は外国国家または国際機関に対して利用できるあらゆる法的および外交的手段を用いて欧州人権条約に定義する人権の享受を当該地域において継続して確保するよう努力する積極的義務を負うと判示した¹⁵³⁾。国の実効的な管轄権が及ぶ範囲では、人権を

な微妙な政治的判断や専門的な事情の考慮に通じている外交機関の判断にとって代わるわけではないとして、国民個人からの外交的保護の要請に対する政府または外交機関の判断が司法判断に服するのは判断の合理性 (rationality) の逸脱などいくつかの事項に限定されると判断した。この事件では、赤道ギニアにおける軍事クーデター等に関与した疑いでジンバブエに逮捕・拘禁されている南アの国民のジンバブエから南アへの犯罪人引渡し、ジンバブエから赤道ギニアへの引渡しの抑止、ジンバブエおよび赤道ギニアにおける死刑の抑止などのために南ア政府の介入を求める請求が憲法裁判所に提起されたが、上述の理由から裁判長の判決 (多数意見) は、南ア政府による外交的保護の行使に関連する高裁決定の合憲性判断の請求を直接憲法裁判所に提起する訴えは受理できるが、本件の事件の複雑な状況の下で請求された外交的保護の内容に立ち入るのは適切ではないとして請求内容は棄却した (See, *ibid.*, pp. 186-199, paras. 71-145.)。

153) *Ilascu and others v. Moldova and Russia, Judgment (Grand Chamber), 8 July 2004, Reports of Judgments and Decisions 2004-VII*, 179, at pp. 266-267, paras. 333-334. 裁判所は国の義務を最も有効に履行する為に当局がどの措置を執るべきかを指示することはできないが、実際に執られた措置が本件において適切であり十分であったか否かについては確認しなければならないとしている。特に条約2条および3条に保障する絶対的権利の侵

侵害しない消極的義務だけでなく人権を確保する積極的義務の履行が領域外においても求められる可能性が今後ないわけではない。しかし実定法上、締約国は原則として、他の締約国の領域内における自国民の人権侵害を防止しおよび救済する一般的な積極的義務まで負っているわけではない。外交的保護条文に関する ILC の註解は、世界サミットの結果に関する2005年の国連総会決議60/1に言及するが、集団殺害、戦争犯罪等から人びとを「保護する責任」から直ちに国の外交的保護義務が導かれるわけでもない。もっとも、2006年の総会決議60/147「国際人権法および国際人道法の重大な違反の被害者のための救済および賠償に関する基本原則と指針」は、司法へのアクセスに関する12 (d) において、被害者が彼らの権利を行使できるよう確保するために国は被害者に対して「適切なあらゆる法的、外交的および領事的な手段を利用できるように」すべきであると定めており¹⁵⁴⁾、ILC の註解が推奨するような実行を求める素地が国際社会の中に次第に生まれてきていることは否定できない。そこで、外交的保護を国の義務ないし職能とみなす以前の議論とは別にどのような背景と根拠に基づき、重大な自国民の侵害に対して外交的保護の行使が要求されたのかについて議論

ゝ害については、この決定が必要であるとしている。See also, *Catan and others v. Moldova and Russia, Judgment (Grand Chamber), 19 October 2012, Reports of Judgments and Decisions 2012-V, 309, at pp. 357-358, paras. 109-110.*

154) A/RES/60/147, p. 6, Annex: Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, VIII. Access to Justice, paragraph 12 (d). なおこの決議に定める原則および指針は、新しい国際法または国内法の義務を生じさせるものではなく、国際人権法および国際人道法の下での既存の法的義務の実施のための制度、態様、手続、方法を確認するものであると性格づけている (*Ibid.*, p. 3, preamble)。また同決議は、被害者の救済に対する権利を、(a) 司法への平等で効果的なアクセス、(b) 被った害 (harm) に対する妥当 (adequate) で、効果的および迅速な賠償、(c) 違反および賠償の制度に関する関連情報へのアクセスに3分類し、(b) の賠償の形態として、原状回復 (restitution)、金銭賠償 (compensation)、リハビリテーション (rehabilitation)、満足 (satisfaction)、再発防止の保証 (guarantee of non-repetition) を挙げ、その内容を例示している (*Ibid.*, p. 6, VII: Victim's right to remedies; pp. 7-9, IX: Reparation for harm suffered.)。

を分析してみたいと思う。

19条(c)について註解は次のように説明する。外交的保護において国家は国家自身の権利を主張しているとしたマヴロマチス事件判決あるいは外交的保護において国家は完全な行動の自由を有すると述べたバルセロナトラクション事件判決の影響の下では、かつてアメリカ・ドイツ間混合請求委員会の第5行政事件決定でパーカー裁判官が述べたように¹⁵⁵⁾、国家は受け取った金銭賠償の処分についても絶対的裁量権を有するという見解がなお残存しているが、この見解は、損害賠償請求の評価に当たり個人の被った侵害が算定の基礎に置かれている事実、実際には総額一括支払い方式による国家間での処理(lump sum settlements)の後得られた金銭賠償の国内法等に基づく個人請求者への配分が行われた実行とは必ずしも一致しておらず、最終的には「公共政策、衡平、人権の尊重が金銭賠償の分配に関する国家の裁量権の縮小を支持する。19条(c)はこの背景に照らして採用した」、というのである¹⁵⁶⁾。ラグラン事件またはディアロ事件のよう

155) *Administrative Decision No. V, October 31 1924, RIAA, Vol. VII (1956), Decisions of Mixed Claims Commission: United States-Germany, Part One, p. 119, at p. 152.* パーカー判事は、次のように述べている。「たとえ裁定に従って請求を取り上げた国に対して支払いがおこなわれたとしても、国はそのようにして支払われおよび国が保有する基金に対して完全な支配権を有し、ならびに、不正を防ぎ、誤りを正し、または、国の名誉を保護するためにその選択によりその基金を支払い国に返金または他の方法で処分することができる」。ただし、パーカー判事は「しかし、特定の国民のために要求が行われ、特定の要求について裁定および支払いが行われる場合には、支払われた基金は、それを受領した国に私的な請求者——その者のために請求が行われおよび支払われ、支払いに対する真正な所有者であるところの者——に対する説明義務を完全に免除する資格を与えるものではない。」……「裁判長は、この委員会の前で合衆国が採り上げた請求に対する同国の支配は完全であるとするアメリカの裁判員に同意する。しかしヴァッテルが定式化した一般に受け入れられている理論、すなわち国民に対する侵害は国家に対する侵害である(る)……という理論は、我々が次の事実を曖昧にし、目を背けることを許してはならない。それは請求を行う究極の目的は私的な請求者のために賠償を提供することにある……」と述べていたことにも注意する必要がある (Ibid., pp. 152-153.) See also, *Restatement of the Law Third, Restatement of the Law: Foreign Relations of the United States, Vol. 2* (American Law Institute Publishers, 1987), § 902, pp. 348-349.

156) ILC's ADP, *supra* note 121, p. 55, commentary on Article 19, paras. (5)-(6) and para. (8).

に個人の国際法上の権利または人権が侵害された——したがって、違法行為国は被害者個人に対して賠償責任を負っていると論理的には考えられる——場合に、個人被害者のために外交的保護を行使したと主張する被害者の国籍国が、国際違法行為国から得た金銭賠償を被害者に引き渡すことは、論理的には当然のことに思われる。しかし、責任国から得た補償金の被害者への引渡しの推奨は、専らこの論理に依拠しているわけではない。例えば、既に1987年のアメリカの対外関係法第3リステートメントの§902の註解は、外交的保護について、国家はどの救済手段を追求するか、請求を放棄するか、または請求を解決するかを決定し、全体的解決をはかるために請求を他の請求と統合し、被請求国から提起された請求と相殺することができ、いかなる賠償も原則として国家に対する義務違反に対するものであり、いかなる支払いも国家に対してなされるものであるとして、外交的保護に関する国家の広い裁量権を認める伝統的立場を維持した上で、実際の状況については、請求手続において個人はしばしば協議を受け手続に参加するが、支払われる損害賠償は一般に個人に対する侵害（国に対する侵害ではなく）を基礎に計算され、国は通常受領した金銭賠償を個人に支払うと説明していた¹⁵⁷⁾。これが相当数の国が採用する現実の立場だとすれば、19条(c)が、国際法上の個人の権利が侵害された場合の外交的保護だけでなく、外国人法により保護された外国人の身体または財産が侵害された場合の外交的保護一般においても、国が得た金銭賠償の被害者への引渡しを要求するより根本的な理由は何か、また、従来国家の自由な処分が理論上認められてきたこととの間の整合性をどのように調整したのか、が問題となろう。

ガヤは、ILCの国家責任条文が対世的義務違反の被害者であり直接の受益者である個人の利益のために対世的義務を負うすべての他の国が賠償を請求することができると定めたことに従えば、ILCは19条を超えて、

157) *Restatement of the Law Third, supra* note 155, pp. 347-348, §902, comment i.

請求が個人の被った侵害に関係する限りでは、賠償は被害者個人に対して行われるべきだと定めるべきだったと主張する¹⁵⁸⁾。人権が侵害される場合には、責任を援用する資格を有する国は国籍国だけではないから狭義の外交的保護が行使されているのか否かはそもそも疑問であり、国籍の要件は適用すべきでないし、国籍国のみが責任を援用する排他的権利をもつべきでもない、というのがその理由である¹⁵⁹⁾。ガヤはまた、外交的保護条文16条が示すように、国際法が個人の被った侵害に関する救済手段を国家に付与したという事実によっては、自己の権利を行使する個人の能力が影響を受けるものでもなく、ICJ は個人に付与される救済手段が同一の侵害について国際責任を援用する国家の能力に影響を与えるのか否かに関してまだ検討したことはないが、救済手段が個人と国家の双方に開かれているとみなすことができる現在の国際法の発達段階では、個人の権利特に人権のための重層的保護はそれらの効果的保護のために重要なものと思われる¹⁶⁰⁾。人権の保護と外交的保護権の行使に関するガヤの提案には、人権が国際法直接性を有する個人の権利であるため個人の請求権と矛盾しないように国家の請求権が行使されるべきだという主張と、国際人権保護義務が対世的な性格を有する義務であるためにその保護は国籍国に限定されるべきではないという主張の双方の要素が含まれているように思われる。ILC において国際的な人権保護義務との関連で国籍国の外交的保護権の見直しの問題が提起されたのは外交的保護条草案の検討の場からはじめてではなく、国家責任条草案に関するガルシア・アマドール案に既にその前例が見られる。そこで、以下では、アマドール提案との対比も

158) Giorgio Gaja, *The Position of Individuals in International Law: An ILC Perspective*, *EJIL*, Vol. 21 (2010), pp. 11 & 13.

159) *Ibid.*, p. 13. 彼は、ディアロ事件では、当初の紛争の主要な側面が、ディアロおよび彼が主たる出資者であった会社のギニアによる外交的保護権の問題にあり、出資者としてのディアロが被った侵害は人権の保護には該当しないという前提の下に、ディアロの出資会社に関する国籍要件の分析が行われたものとみなす (*Ibid.*)。)

160) *Ibid.*, p. 14.

含めて、国際人権法の対個人的性格および対世的性格がどのように国籍国の外交的保護権に影響を与えまたは与えなかったのかを外交的保護条文の起草過程を中心に検討しておきたいと思う。