

外交的保護と個人の地位（2）

——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403号、II 7 まで本号)

III その後の展開と考察

結論に代えて

II ILC 外交的保護条文の作業

6. 支払われた金銭賠償の被害者個人への移転義務

(1) この論点は、国連国際法委員会（以下 ILC）の第一読の審議では問題とはならず、第二読において提起されたものである¹⁾。特別報告者 Dugard は、一部の学説が、第一読草案が外交的保護の結果、請求国が受け取った賠償金を個人に支払う義務があるか否かの論点を扱わなかったことを批判した²⁾ことに留意した。

さらに、特別報告者は、第一読草案に対するオーストリアのコメントも参照した。同国によれば、検討に値するさらなる問題として、外交的保護の行使の結果への個人のアクセスのそれがあり、その利益のために請求が提起されたところの被害者個人が外交的保護の行使から利益を得ることが保障されるべきである³⁾という。

* ゆやま・ともゆき 立命館大学法学部教授

彼は、マブロマチス判決の規則に従えば、請求国は外交的保護の結果受け取った金銭賠償の支払いに絶対的裁量を持つことになるという。国は、唯一の請求者として請求の解決にも完全な行動の自由を有し、部分的な解決に合意することもでき、実際、個人が請求額の１割しか受け取れないこともあるという。

Dugard は、再びマブロマチス公式の矛盾を指摘し、請求される賠償金額が実際は被害者の受けた損害に基づいて算定されていることを強調した。賠償金の扱いに関する実行は一貫していないという。受け取った賠償金に対する政府の完全な支配を認め個人への分配の義務を否定するものがある一方、賠償金を被害者個人に分配する義務を認めるものがある。後者に関しては、1950年代以降に米国、英国及びフランスが東欧諸国によって私有財産を収用された多数の自国民のために、これら諸国と一括支払協定を締結して賠償金を受け取り、その分配のため国内法を制定して準司法的機関を設置し、これらの機関が個人の請求を受理し裁定した事例を挙げる。これらは国際法に影響を与えるとの見解もある⁴⁾。さらに、国の裁量を浸食する仲裁判例（賠償金の分配方法を指示する）も存在する⁵⁾という。賠償支払いの国際合意が被害者の賠償に対する権利を創設するとした欧州人権裁判所のBeaumartin事件判決（1994年）⁶⁾も参照した。

しかし、Dugard は、これらの国内法、判決及び学説は、国の賠償金保持の権利を制限することを支持するものの、確立した実行を構成せず、国の側の義務の感覚を欠いており、慣習法規則を構成しないという。Dugard は、公共政策（public policy）、衡平及び人権の尊重が国の賠償金支払いに関する裁量の制限を支持するとし、漸進的発達として、次の提案（第20条2項）を行った。

それは、国が外交的保護から生じる請求の全部または一部の履行において金銭賠償を受け取った場合、（請求提起の際に負担した費用の控除の後で）当該金額をその者に関して請求を提起したところの国民に移転するものとする（shall transfer）（または移転すべきである should transfer）という提案で

あった⁷⁾。

(2) この提案は、ILC の議論においてもおおむね支持された。一部の委員は、被害者の金銭賠償を受け取る権利は漸進的発達ではなく確立したものであると述べ、さらに当該権利を支持する実質的根拠を付け加えた。Pellet は、常識と公平性により、受け取った賠償金を国が保持することは不当利得の原則に反するがゆえに、被害者の権利は慣習法規則であると述べた⁸⁾。Chee は、米国の実行を根拠に、また被害者が賠償金を受け取れないならば、その者の観点からは外交的保護が無意味になるとの理由から提案に賛成した⁹⁾。

委員の中には、外交的保護の国の権利性を前提としつつ、漸進的発達として、あるいは個人の保護という政策的考慮から提案を支持する者もあった。Kateka は、国際法において伸張しつつある個人の重要性に鑑みて、マブロマチスの擬制から逸脱して、漸進的発達として個人の金銭賠償の権利を認めるべきと主張した¹⁰⁾。

他方で、被害者の金銭賠償を受け取る権利に反対する委員もあった。例えば、Addo は、外交的保護は国の裁量権であり、そのコロラリーとして、金銭賠償を被害者に移転する義務はないと述べた¹¹⁾。Matheson は、国はその請求を支配し国民の満足しない解決を合意する裁量を有し、控除することも認められるのであり、提案は国の政策、実行及び自国民の取扱いを規制するものであるから、実行の調査の上で行うべきと慎重な意見を述べた¹²⁾。

この被害者への金銭賠償の移転の提案に関連して議論となったのは、受け取った賠償から請求国が費用を控除することを認めるかどうかであった。Pellet は、ホルジョウ工場事件本案判決の完全賠償原則に反するとの理由で、控除を認めるべきではないと主張した¹³⁾。他方で、Matheson は、米国は実行において自国民の利益の擁護のために負担した費用を控除していること、実際に負担した費用を控除することが妥当であるだけでなく、国は国民の保護のために必要な基礎をなす対外政策活動の維持のよう

な、他の正統な公的目的のために賠償金の一部を用いることもできることを述べた¹⁴⁾。

ILC の審議でもっとも議論となったのは、その形式であった。条文とは区別された勧告または指針にする、条文本体中に規定として置きつつ「べきである」を助動詞とする不完全な義務として定式化する、漸進的発達として（または法典化として）義務的な規定にする、あるいは条文の形ではなくコメンタリーの中で叙述するなどの形式が主張された¹⁵⁾。また、第二読において新たな提案を行うことへの異論も表明された¹⁶⁾。

(3) ILC は、最終草案において、最後の条文である第19条「推奨された実行」を採択し、同条(c)で、外交的保護を行使する資格のある国は、「責任のある国から被害について得たいかなる金銭賠償も、合理的な控除の上で被害を受けた者に移転」すべきであるとした。

コメンタリーによれば、本条(c)の勧告は、国は、受け取った金銭賠償の処分についても絶対的な裁量を持ち、被害者たる国民に金銭を移転する義務を負わないとの広範な認識を助長することを意図しているという。この認識は、マブロマチス事件判決の論理の帰結であり、米独混合請求委員会の行政決定第5号（1924年）¹⁷⁾などの多くの国際・国内判例で示されている。請求された損害の額を個人の受けた被害に基づいて算定する実行（それが慣習法規則であると主張する学説もある）によって浸食されている事実にかかわらず、金銭賠償に関して絶対的な裁量権があると引き続き主張されているという。

ILC は、国家実行がこの見解に一致するかは明確ではないという。諸国は請求額よりも少ない結果を受け取る一括支払協定に同意することがある一方で、実際には、受け取った金銭賠償の被害者への公平な分配を確保するための立法を制定する国もある。このことが実行であることは学説によっても確認されている。前述の行政決定第5号は、国が受け取った金銭を請求者に説明する義務を免れるわけではないと判示した。さらに、欧州人権裁判所の Beaumartin 事件判決にも言及し、国の裁量を浸食する仲裁

判例の存在に留意した。

しかし、ILC は、国内法、判決及び学説において、被害者への金銭賠償の支払いを保留する国の絶対的権利を縮減することに一定の支持はあるものの、このことはおそらく確立した実行を構成しないであろうという。また、国の側に、賠償金の処分の自由を制限するいかなる義務の感覚も存在しないという。

しかしながら、ILC は、「公共政策、衡平及び人権の尊重」が、賠償金支払いに関する国の裁量を縮減することを支持し、そのことを背景に同条(c)を採択したという。漸進的発達であるが、実行と衡平に支持されるという。

なお、ILC は、被害者への賠償金の移転の際に、合理的控除を行うことは不適當ではないとした。賠償を獲得するために要した費用の回収や、国によって提供された物資またはサービスの費用の回収といった理由で控除は正当化されるという¹⁸⁾。

第19条(c)は、これまで外交的保護の行使により賠償金の使途について認められていた請求国の裁量を問題にした点は前進である。しかし、非拘束的文言にとどまり、法的に国の裁量を制約するにはいたらなかった。また、同条(c)は、妥協の産物であり、実行の存在を認めつつもそれは確立しておらず、漸進的発達であるとしながら、他方で非拘束的な文言で定式化し見出しでそれが勧告であることを示すという、理解することの難しいものとなっている¹⁹⁾。

7. 外交的保護の規則における個人の地位

外交的保護条文で扱われた外交的保護の諸規則においても、個人の地位が考慮されたと見受けられるものがある²⁰⁾。

(a) 単一国籍者に対する実効的国籍原則の適用

(1) 条文第3条は国籍国が外交的保護を行使する権利を有し、同第4条

は自然人について、その者がその国内法に従って、国際法に反しない、出生、血統、帰化、国家承継その他の方法でその国籍を取得しているところの国を国籍国と定義している²¹⁾。これに関連して、国際司法裁判所のノッテボーム事件（第二段階）判決（1955年）が判示した、実効的国籍（真正の連関）の法理の射程を制限したことが特筆される。

同判決は、単一国籍者に対して実効的国籍原則を適用した。すなわち、ドイツからリヒテンシュタインに帰化したノッテボームのためにリヒテンシュタインが行使した外交的保護は、同人のリヒテンシュタイン国籍が、同人とリヒテンシュタインとの真正の連関を欠いているので、グアテマラに対抗できないと判示した²²⁾。

(2) 特別報告者 Dugard は、本判決の「真正の連関」要件は、その特定の事案に適用されたもので、あらゆる事例に適用可能な一般原則を宣明したのではないと主張した。第一に、同事件ではリヒテンシュタインが、自国への帰化のための居住期間の要件を免除して国籍を付与した事実があったが、裁判所は、主権国家への非難となることから、同国が悪意で行動したとの認定を避けて、真正の連関の欠如を認定した。このことは、国籍国に不正規性がない状況には適用されるべきではないことを意味する。第二に、ノッテボームとグアテマラの34年以上の間の緊密な結びつきと比較しての、同人とリヒテンシュタインの「極端に希薄な」連関を問題にしたのであり、裁判所が、リヒテンシュタインが「グアテマラに対してノッテボームに保護を及ぼす権利を有しない」と繰り返したように、グアテマラとの関係に限定して判断し、グアテマラ以外のすべての国との関係におけるノッテボームの国籍について判断することを意図したのではないと彼は主張した。

その上で、Dugard は、重国籍以外の状況における実効的国籍原則に対する支持はないとした Read 裁判官の反対意見²³⁾や、単一国籍者に対する実効的国籍原則は実定法上の根拠を欠くとして、ノッテボーム事件の判示の一般規則性を疑問視したFlegenheimer事件米伊調停委員会判決（1958

年)²⁴⁾を参照した。学説の見解でも慣習法であることを否定するものが多く、一般規則性を認める学説もその運用は柔軟にすべきであるとしていることに留意する²⁵⁾。法典化草案も、一般規則性を認めるもの (ILC の García Amador 草案²⁶⁾)、認めつつ柔軟な適用の必要に留意するもの (国際法協会 (以下 ILA) での Orrego Vicuña の提案²⁷⁾) もあれば、帰化に限定して、いかなる結びつきも欠いて帰化を許可した国民のための請求を否定するもの (1965年の万国国際法学会 (Warsaw 会期) 決議²⁸⁾) がある。バルセロナ・トラクション電力会社事件第二段階判決²⁹⁾は、ノッテボーム事件の判示が慣習法であると明言するのを避けたという。

特別報告者は、ノッテボーム事件の真正の連関の要件は外交的保護の法理を深刻に損なうという。というのは、厳格に適用されるならば、多くの人々から外交的保護の利益を奪うことになるからである。今日の人の移動と経済的グローバル化の世界において、国籍国以外の国でその国籍を取得することなく生活する何百万もの人々が存在する。また、血統、出生または法の適用によって先天的に、関係の希薄な国の国籍を取得した無数の人々がいるという。ゆえに、ノッテボーム事件で判示された原則を同事件の事案に限定し、むしろ詐欺や過失、重大な過誤など悪意によって取得された国籍は (外交的保護の目的では) 承認されないとの慣習法規則に依拠すれば十分であると述べた³⁰⁾。

(3) Dugard の主張した、ノッテボーム事件の判示の射程を限定することはおおむね承認された³¹⁾。ILC 内には反対意見もあり、実効の国籍原則が確立した判例法であるとの見解³²⁾のほかに、帰化の場合に限って同事件の法理は一般規則であるとの解釈も示された³³⁾。第一読草案では、ノッテボーム事件の射程をその事案に限定した相対的な規則とするとの立場が採用された³⁴⁾。

(4) 最終条文第 4 条のコメンタリーは、第一読草案と同じ内容であり、同条は、単一国籍者の場合も、外交的保護行使の追加的要素として、ノッテボーム事件が判示した、請求国と国民の間の実効的または真正の連関の

証明を要求するものではないことを確認した。

コメンタリーは、同判決の判示が当該事件の事案に限定されるいくつかの要素があるという。特に、ノッテボームとリヒテンシュタインの紐帯が、同人とグアテマラの34年を超える期間の緊密な関係と比較して「極端に希薄」である事実である。そのことから、裁判所はリヒテンシュタインが「グアテマラに対してノッテボームに保護を及ぼす権利を有しない」と繰り返し述べるにいたったという。

ILC によれば、この判示から、同判決はすべての国に適用可能な一般規則を判示したのではなく、ノッテボームと極端に緊密な紐帯を有するグアテマラに対して、同人の外交的保護が認められるためには、同人との間に真正の連関を証明することが必要であるとの相対的な規則のみを判示することを意図したのであるという。

最後に、ILC は、実効的国籍原則が厳格に適用されれば、今日の経済的グローバル化と人の移動の時代に、国籍国を離れその国籍を取得していない国で生活する、あるいは希薄な関係しか持たない国から出生により国籍を取得した何百万もの人から、外交的保護の利益を奪うことになる述べた³⁵⁾。

このように、ILC は、判決の解釈と実質的理由づけの両面から、ノッテボーム事件判決の実効的国籍原則の一般規則性を否定した。この実質的理由づけの部分においては、個人の状況を考慮している点が注目される。

(b) 重国籍者の国籍国間での外交的保護

(1) ILC 条文第7条が、一定の場合に重国籍者の一の国籍国から他の国籍国に対する外交的保護を認めたことが特筆される。これは「国籍法の抵触についてのある種の問題に関する条約」（ヘグ条約。1930年）第4条に示される伝統的な理解を部分的に修正するもので、重国籍者のために外交的保護が行使される可能性を広げるものであった。

ハーグ法典編纂会議で採択された同条約の第3条は、重国籍者につい

て、その各国籍国が自国民と認める権利を有することを認め、第4条は、重国籍者の一の国籍国は他の国籍国に対して外交的保護を行使することはできないと規定した。これは、主権平等の原則に基づき、いずれの国も個人を自国民と認める権利は同等であると考えられたことによるものである。

(2) 特別報告者 Dugard は、重国籍者について、請求国が優勢な (dominant, 支配的な) または実効的な国籍を有する場合、他の国籍国にその者のために外交的保護を行使できるとの提案を行った。

Dugard によれば、被害を受けた者が自身の国民である場合、国は責任を負わないとの1929年の Harvard Law School 草案³⁶⁾もあり、ヘーグ条約第4条も同様の立場であるという。しかし、同条約を審議したハーグ会議では見解には差異があり、同条は妥協の産物であり、また条約の締約国も20カ国程度にとどまる³⁷⁾。1965年の万国国際法学会の決議第4条(a)³⁸⁾のように、ヘーグ条約の立場をとるものもあるという。

しかし、Dugard によれば、ハーグ会議以前の仲裁判例では、優勢な国籍の原則を適用したものが多いう。それらは居住地などの要素に基づいて、一方の国籍国から他方の国籍国への請求を否定しあるいは肯定している³⁹⁾。他方で、重国籍者の国籍国間の外交的保護を否定した先例も存在する⁴⁰⁾。国際司法裁判所の国際連合の勤務中に被った損害の賠償に関する勧告的意見 (1949年) も、傍論で「国は、その国民の一人のための保護を、彼を自身の国民と考える国に対しては行使しない」のが「通常の実行」であると述べている⁴¹⁾。

特別報告者は、重国籍の場合における優勢なまたは実効的国籍原則を支持するもっとも重要な典拠として、ノッテボーム事件判決と米伊調停委員会の Mergé 事件判決 (1955年) を挙げた。ノッテボーム事件判決は、重国籍の分野の先例が実効的国籍原則に依拠してきたと判示し、考慮される要素を列挙したという。さらに、Mergé 事件判決は、重国籍の場合に、主権平等に基づいて外交的保護を排除する原則は、請求国の国籍が実効的

であると証明された場合、実効の国籍原則に譲歩する（証明されない場合はつねに前者の原則が優先する）と判示した⁴²⁾。Dugard によれば、同判決は、実効の国籍原則と優勢な国籍の観念がコインの両面であることを示したという。そして、同委員会は多くの事件をこの先例に基づいて判断したという。

さらに、イラン・米国請求権裁判所も、Esphahanian 事件判決（1983年）⁴³⁾及びその後の全員法廷による A/18号事件決定（1984年）⁴⁴⁾で、先例及び学説に基づいて、米国とイランの重国籍者による請求に優勢な国籍の原則を適用したという。さらに、国連賠償委員会（UNCC）も、他国の国籍を誠実に保持することを条件に、イラクとの重国籍である者の請求を認めたという。

Dugard によれば、García Amador 草案⁴⁵⁾や ILA の Orrego Vicuña の規則案⁴⁶⁾もこのような立場を支持したという。学説は、重国籍者の本国間の優勢な国籍の原則の適用については分かれている。優勢な国籍の原則への批判はその不明確さを指摘するが、イラン・米国請求権裁判所の判例において検討された一定の要素があるという。国家実行は乏しいが、例えば、米国は現在、実効の国籍原則を採用しており、英国は例外的に、被害を生じる状況において、被請求国がその者を英国民として扱っている場合は外交的保護を行使するという⁴⁷⁾。

Dugard は、本原則の適用は競合する国籍の強さの衡量となり、両者が同等である場合は主権平等の毀損となるので慎重に適用すべきであるという。A/18号事件決定を引用して、有用な解決方法は、優勢な国籍を認めても、他方の国籍はなお本案に関連するとして、本案段階で事案の状況を検討することであり、関係する者が被請求国民にのみ利用可能な利益を得るためにその国籍を利用していた場合は、請求国に有利な裁定を拒否することができる」と述べた。

特別報告者は、典拠の大勢は優勢な国籍原則を支持していて、自身の提案した規則が慣習国際法の反映であって、個人に自身の国籍国からの保護

も付与している国際人権法の発展に合致するものでもであると付言して、上記の提案を行った⁴⁸⁾。

(3) この Dugard の提案に対し、ILC ではヘグ条約第 4 条の立場を支持する反対意見が多く表明された。主権平等を強調しての反対が多く、ヘグ条約第 4 条の内容が慣習法であるとも主張された⁴⁹⁾。他方で提案を支持する見解もあり、例えば Rosenstock は、個人をますます強調しつつある現代世界に調和しているとコメントした⁵⁰⁾。漸進的発達として支持する見解もあった⁵¹⁾。

Dugard は、自身の提案は有力な典拠があると反論し、また、多くの国が、自国民が他国の国籍を取得した場合に、国内法上、自国籍の喪失または放棄を認めず、形式的な紐帯が継続する状況があり、元の国籍国の与えた被害に新たな国籍国が外交的保護を付与できないことになる主張した。しかし、見解の対立に鑑みて非公式協議での議論を提案した⁵²⁾。

非公式協議では、国籍継続原則の条件を準用するなど、濫用に対する一定のセーフガードを起草委員会が検討することで同委員会への送付が合意され⁵³⁾、第一読草案第 7 条は、被害時点及び請求提出日において請求国の国籍が優越的 (predominant) である場合に限り、例外的に外交的保護を認めるとの定式で採択された⁵⁴⁾。

(4) 政府コメント⁵⁵⁾、第二読の審議⁵⁶⁾を経て、最終的に採択された条文第 7 条は、第一読草案とはほぼ同じ内容で、「ある者に関して、国籍国は、当該の者がまたその国民である国に対して、前者の国の国籍が、被害の日及び請求の公式の提出の日において優越的でない限り、外交的保護を行使することはできない」と規定した。原則として一の国籍国から他の国籍国への外交的保護を否定しつつ、例外的に請求国の国籍が被請求国のそれよりも優越的である場合に外交的保護を認めるとの消極的な形で定式化し、さらに国籍の優越性も、被害の時点及び請求提出の時点の両方で存在することを条件とした⁵⁷⁾。

そのコメンタリーによれば、重国籍者の一の国籍国から他の国籍国に請

求が提起できないとの原則は、ヘーグ条約第４条、その後の法典化、仲裁判例及び国連賠償事件のように強い支持があったものの、1930年以前においても、判例は優勢なまたは実効的国籍の国が他方の国籍国に請求を提起できるとの立場を支持していたという。この判例はノッテボーム事件で依拠されただけでなく、Mergé 事件でも明示的に支持された。イラン・米
国請求権裁判所も、これらの先例に依拠して、多くの事例で優勢な及び実効的国籍の原則を適用した。García Amador 草案や Orrego Vicuña 案も同様の立場であるという。

I LC は、本条において、「優勢な」または「実効的」ではなく、「優越的」の語を用いるという。それが相対性の要素を持ち、個人が一の国籍国に他の国籍国よりも強い紐帯を持つことを示しているからである。裁判所は、競合する国籍の強さを衡量することを求められ、その本質は「優越的」の語により正確に捉えられる。また、この語は「現在の慣習規則の発展の出発点」とみなされる Mergé 事件で用いられたと説明する。

コメンタリーは、この優越性の要素として典拠が示すものには、常居所 (habitual residence)、各国籍国で過ごした時間の総計、帰化の日付（すなわち請求が生じる前に保護国の国民として過ごした期間の長さ）、教育の場所、課程及び言語、雇用及び財産的利益、家族生活の場所、各国での家族の紐帯、社会生活及び公的生活への参加、言語の使用、課税、銀行預金、社会保険、他方の国籍国への訪問、他方の国籍国の旅券の所持及び使用、並びに兵役が含まれる（いずれの要素も決定的でなく各事案の状況により各要素の重みは異なる）という。

I LC によれば、本条はその国籍が優越的でない限り国籍国は外交的保護を行使できないとの否定的文言で定式化されているが、このことは、こうした状況が例外的であると考えられるべきであって、請求国に優越的国籍の立証責任があることを示すという。また、被害の後に優越的国籍を確立した請求国からの請求を許すことになるとの異論に対しては、国籍継続原則を反映した、被害の日と請求の公式提出の日の両方で優越的でなけれ

ばならないとの要件を課すことで克服される。ただし、両方の日の間の継続性の証明は必要ではなく、同原則の例外（第5条2項）も、被害を受けた者が他方の国の国籍を喪失しているわけではないので適用がないという⁵⁸⁾。

ILC は、判例に依拠して、本条が慣習法の法典化であるとの立場をとっているように見受けられる⁵⁹⁾。その実質的な理由づけは述べていないが、Dugard が、本条が国籍国からも保護される国際人権法の発展に合致すると述べたことが留意される。

(c) 重国籍者の国籍国から第三国への外交的保護

(1) ILC 条文第6条は、重国籍者のいずれの国籍国も第三国（重国籍者の国籍国ではない国）に対して外交的保護を行使することを認めたが、この点も1930年ヘーグ条約の伝統的な理解と異なり、外交的保護の可能性を広げるものであった。

ヘーグ条約第5条は、重国籍者に関して、第三国は、その領域内では常住的で主要な居所を有する国の国籍または事実上もっとも関係が深い国の国籍のみを認めることができる旨を規定していた。

(2) 特別報告者 Dugard は、重国籍者のいずれの国籍国も外交的保護を行使できるとの提案を行った。実効的または優勢な国籍を有する国籍国のみが重国籍者の外交的保護を行使できるとのヘーグ条約の原則は、先行する判例も存在し⁶⁰⁾、後の法典化草案（1965年万国国際法学会決議、García Amador 草案など⁶¹⁾）でも支持されているという。

しかし、Dugard によれば、判例は実効的国籍要件に反対しているという。Salem 事件仲裁判決（1932年）は、重国籍の場合に、第三国は、一方の国籍国からの請求を他方の国の国籍を援用して争う資格を有しないことが国際法の規則であると判示した⁶²⁾。この立場は、米伊調停委員会のいくつかの判決⁶³⁾により確認されるという。

特別報告者は、実効的国籍要件についての争いは、請求国に自身と被害

者との間の誠実な国籍が存在することの証明を要求することで解決されるという。イラン・米国請求権裁判所の多くの判例（異なる判例もある）は、米国とイランの重国籍者よりも緩やかな証明で優勢な国籍を認めたという⁶⁴⁾。UNCC も同様の立場であるという。

Dugard は、国籍の抵触のある重国籍者の国籍国間の外交的保護の場合とは異なり、第三国に対する場合はその問題はなく、実効的国籍原則を適用する理由はないという。学説や実行もそのような立場である。訴訟を提起するため悪意で国籍が取得された場合には、被請求国は被害者の請求国籍を争う資格を有する。ゆえに、誠実な国籍の連関を有するいずれの国籍国からも第三国への外交的保護が可能であるべきである。複数の国籍国による共同の行使も可能であるべきであるという⁶⁵⁾。

ILC では Dugard の提案を支持する意見が多く⁶⁶⁾、ほとんどそのままの形で（重国籍者の国籍国の共同行使も含めて）第一読草案第 6 条として採択された⁶⁷⁾。

(3) 第二読でも特に議論はなく、最終的に採択された条文第 6 条 1 項は、重国籍者のいずれの国籍国も、当該者がその国民でない国に対して、当該者に関して外交的保護を行使できることを規定した⁶⁸⁾。

コメンタリーは、ヘーグ条約第 5 条などのように、重国籍者の外交的保護の場合に国籍国と当該者との間の真正のまたは実効的連関の要件に支持があるものの、典拠はそのような条件を要求していないという。Salem 事件は、重国籍の場合に、第三国は一方の国籍国からの請求を他方の国の国籍を援用して争う資格を有しないことが国際法の規則であると判示し、それは他の判決やイラン・米国請求権裁判所によって踏襲されてきた。それに妥当性があるのは、重国籍者の国籍国間の外交的保護の場合と異なり、国籍の抵触が存在しないからであるという⁶⁹⁾。

本条は、ヘーグ条約に代表される従来の理解と異なり、個人が外交的保護の対象となる可能性を広げている。しかし、それは現代国際法における個人の保護が考慮されたわけではなく、国に国籍を根拠として外交的保護

の行使を認める法に適合するものとみなされたからのように思われる⁷⁰⁾。

(d) 無国籍者及び難民の外交的保護

(1) ILC 条文の中でもっとも革新的なのは、漸進的発達の規定であるが、第 8 条において、無国籍者及び難民のためにそれらが領域に居住する国が外交的保護を行使することを認めた点であろう。外交的保護は国籍の紐帯を前提としているところ、そのような紐帯の存在しない者の保護を認めたからである。これまでの内容が国籍国による保護を制限していた法的制約を緩和したのとはまったく異質なものである。

(2) Dugard 案第 8 条は、無国籍者または難民が請求国の日常的に合法的居住者である（かつ請求国との実効的連関を有する）場合に外交的保護を行使できる、ただし、それは当該者が合法的居住者となった後に受けた被害に限られるというものであった。

Dugard は、国籍を外交的保護の前提とする伝統的規則は、無国籍者及び難民を考慮していないが、このことは現代国際法と調和しないという。現代国際法は、難民条約及び1961年の無国籍の削減に関する条約のように、これらの者の地位に関心を有しているという。

難民に関しては、定義上、国籍国の保護を受けることができないまたは望まない者であるので、保護を受ければ難民の地位を失うことになるという。学説では国籍国は難民の外交的保護の権利を喪失すると主張されている⁷¹⁾。人権条約による保護も、多くの国が人権条約または個人通報制度を受諾していないので限定的である。難民及び無国籍者に関する条約は外交的保護の問題を扱っていないという。

特別報告者によれば、学説において、無国籍者及び難民が、実質的な期間そこに居住し実効的連関を有するところの国の外交的保護を受ける資格を有することが提案されている⁷²⁾という。また、難民の地位の付与を国籍の取得に類似するものとする学説もある⁷³⁾という。

Dugard は、居住が実効的連関要件の重要な特徴であり、欧州領事任務

条約第46条が、無国籍者が常居所を有する国の領事保護の権利を認めていることに留意する。

特別報告者は、自身の提案が難民及び無国籍者の保護に関する現代の発展に合致するとして、国民の定義に請求国に常居所を有する無国籍者を含める1961年の Harvard Law School 草案⁷⁴⁾や、人道的懸念のある場合または個人が権利を主張する他の選択肢がない場合に、請求国の国民でない者の外交的保護の可能性を勧告する Orrego Vicuña の報告書⁷⁵⁾を挙げる。

特別報告者は、提案が漸進的発達であるがゆえに、外交的保護の行使に条件を付すことが重要であるという。それが被害を請求国の住民となった後に生じたものに限るとの但書であり、それによって難民を庇護する国が迫害を行った国籍国に対して行使する状況が避けられる。これは、国籍継続原則において新国籍国が前の国籍国に対して外交的保護を行使することが禁じられることの適用でもあるという⁷⁶⁾。

(3) このような提案に対して、ILC では肯定する意見が多数であった⁷⁷⁾。その中で、Dugard 案の人道的性格を強調して歓迎する意見があった。例えば、Herdocia Sacasa は、それらの者の苦境に無関心ではできないとの国際法の人道的性格を反映し、正義に基づく共存という国際法の基本的目標の達成における外交的保護の制度を再確認するものと評価した⁷⁸⁾。Galicki も、提案は現代国際法の人道的傾向を反映すると述べた⁷⁹⁾。賛成しつつも、一定期間の居住を条件とすべきである⁸⁰⁾、難民を政治難民または難民条約及び難民議定書に定義されたそれに限定すべきである⁸¹⁾、難民の国籍国への請求を明文で禁止すべきである⁸²⁾など、様々な修正が提案されたほか、外交的保護の承認による難民の外交的保護の行使が国籍付与への期待を生み、国による難民の地位の付与を抑止することになるとの指摘もなされた⁸³⁾。

他方で、反対する意見もあり、その中には、外交的保護の基本的概念を変更するものであるとの理由が挙げられた。Tomka は、自国民の人身において国際法規則の尊重を確保する権利である外交的保護の性質を変更す

るとして、慎重であるべきと主張した⁸⁴⁾。この点は賛成する委員からも指摘された⁸⁵⁾。

また、無国籍者及び難民の外交的保護において援用される一次規則を問題にする（それがその者の人権である）ものがあった。Rao は、提案が一次規則の困難な問題を生じること、提案が扱っているのは人権問題であることを指摘した⁸⁶⁾。Gaja は、慎重な検討が必要であり、難民及び無国籍者は通常は居住国から被害を受けるので、それは人権の保護の問題であり、居住国以外の国の外交的保護の資格を検討する問題であるという⁸⁷⁾。支持する立場からも、難民の外交的保護は人権の保護であるとの指摘がなされた⁸⁸⁾。

また、難民の受入国が外交的保護の行使を求められ、特に途上国にとっては受け入れの負担が増大することになるとの指摘⁸⁹⁾や、請求国が難民の保護を行使することが難民の立場を害しうるとの指摘⁹⁰⁾がなされた。

Dugard の提案は一定の修正を施された上で、第一読草案第 8 条として暫定採択された。無国籍者と難民とで条文が区別され、所定の時点で請求国に「合法的にかつ常住的に居住する (lawfully and habitually resident)」ことが条件とされ、同条にいう難民を、保護を行使する国によって難民として承認された者と定義し、難民の国籍国への請求ができないことを明文化した⁹¹⁾。

(4) 政府のコメント⁹²⁾を受けた第二読の審議では、特に難民の定義が議論となり⁹³⁾、修正の上で最終条文第 8 条として採択された。

本条は、1 項で無国籍者について規定し、国は、被害の日及び請求の公式提出の日において、当該国に合法的にかつ常住的に居住する無国籍者の外交的保護を行使できると規定した。2 項は、国は、国際的に受け入れられた基準に従って当該国によって難民として承認され、被害の日及び請求の公式提出の日に、当該国に合法的にかつ常住的に居住する者の外交的保護を行使できると規定した。そして、3 項は、前項の規定は難民の国籍国の国際違法行為によって生じた被害には適用しないと定めた⁹⁴⁾。

コメンタリーによれば、国は国民にのみ外交的保護を行使できるのが一般原則であって、無国籍者はその受益者たりえず、国は無国籍者に被害を与えても国際違法行為とはならないとの立場は、国際法の立場を正確に反映していない。現代国際法は、無国籍削減条約及び難民条約に示されるようにこれらのカテゴリーの者の地位への関心を有しているという。

ILC によれば、本条は漸進的発達の行使であり、国民のみが外交的保護から利益を得るとの伝統的規則から逸脱し、国民でない者に関する外交的保護を国に認めるものであるという。また、外交的保護の行使のみに関わり、これらの者の地位について規定するものではないという。

１項は無国籍者を対象としているが、その定義をしていないという。1954年の無国籍者の地位に関する条約第１条は「その法の適用の下でいかなる国によっても国民と認められない者」と定義しており、それは慣習的性質を獲得している。同項は、被害の日及び請求の公式提出の日に合法的にかつ常住的に居住していることを要求しているが、常住的居住とは継続的居住を意味することを意図している。合法的居住と常住的居住の結合は敷居の高い基準であるが、あるべき法として導入された例外であるがゆえに正当化されるという。

コメンタリーによれば、２項の難民の居住国によるその者の外交的保護は、特に重要であるという。というのは、難民条約上、難民は国籍国による保護を受けることができないまたは望まない者と定義されており、難民が保護を受ければ難民の地位を失う危険があるからである。難民の外交的保護に関しても、合法的かつ常住的居住という要件が課されている。この要件は、難民条約第28条が旅券の発行に合法的滞在という低い敷居を設けているのとは対照的である。これは、旅券の発行がその保持者に外交的保護の資格を付与するわけではないこと、及び、あるべき法として伝統的規則に対する例外を導入するにおいて、高い敷居を設定する必要があることによって正当化されるという。

ILC によれば、２項にいう難民は、難民条約及び難民議定書で定義さ

れた難民に限定されず、その定義に合致しない者も対象とすることを意図しているという。ILC は、欧州国籍条約第 6 条 4 項(g)の「承認された難民」の語を用いることを検討した。それは難民の概念を、アフリカ統一機構のアフリカ難民条約や1985年の米州機構のカルタヘナ宣言のような地域的文書で承認された難民に広げるものであった。しかし、ILC は、国が難民として承認したいかなる者にも外交的保護を及ぼすことを認めるために、難民の語を限定しないことにした。ただし、その承認は「国際的に受け入れられた基準」に基づかなければならない。それは、様々な条約及び国際的文書で拡大された基準が適用されることを意味するという。

コメンタリーによれば、同条 3 項について、難民の国籍国に対して外交的保護を行使することは、条文草案の基本的アプローチ、すなわち、国籍が外交的保護の優越の根拠であることに反するという。また、同項は、ほとんどの難民が迫害を避けるために逃亡し国籍国に対して苦情を持っていることから、訴訟の洪水を避けるという政策的根拠によっても正当化されるという。さらに、外交的保護の要求のおそれが難民受け入れを抑制することを防ぐ意味もあるという。

ILC は、1 項及び 2 項は「行使できる」と国の裁量を含意する文言で規定しており、国民についても裁量であるが、無国籍者及び難民については特にそうであるという。また、本条は無国籍者及び難民への国籍の付与に関するものではなく、それらの者に関する外交的保護の行使は、国籍付与の期待を生じるものとはみなされないという⁹⁵⁾。

以上が、条文第 8 条の内容であるが、漸進的発達の条文であるものの、ILC 自身も認識しているように、自国民でない者の外交的保護を認めることで、国籍を基礎とする外交的保護の性格を大きく変質させるものである。現代国際法における無国籍者及び難民の保護を反映したものであり、これらの者が国家間での外交的保護の対象とならなかった者を外交的保護の制度の中で救済しようとするものである。また、個人の保護の手段としての外交的保護の位置付けという条文の立場が繰り返し強調されている。

もつとも、個人の保護を重視する性格にかかわらず、外交的保護の国家の裁量権は維持されている。

（e）国籍継続原則

本原則に関する ILC の議論と条文については別稿で詳細に検討した⁹⁶⁾。本原則は、外交的保護の行使の条件として、その対象となる者が、被害を受けた時点から、請求国による請求の提出の時点（または請求の最終的解決の時点）まで、請求国の国籍を継続して保持しなければならないとの原則である。国籍の変更を認めることで被害者が有利な立場を得ることの防止や、国が自国に無関係な請求を収集して他国に請求する請求代理人になることの防止あるいは外交的保護の濫用の防止が趣旨であるとされる⁹⁷⁾。しかし、被害発生後の被害者個人の国籍変更によって当該個人が救済されない結果となることに、批判があった⁹⁸⁾。

Dugard は、国籍継続原則を廃止して、被害後に国籍を変更した場合、前の国籍国による外交的保護だけでなく、誠実な変更であることを条件として、新たな国籍国による外交的保護をも認める提案を行った⁹⁹⁾。しかし、ILC の議論では、同原則が十分に確立された慣習法の原則であるとしてそれを維持し、個人が困難な状況に陥った場合の例外を設ければ十分であるとの見解が有力であった。また、こうした例外（国籍変更後の新国籍国による請求）の場合に援用される一次規則についての問題提起もなされた¹⁰⁰⁾。

その結果採択された条文第 5 条は、1 項で原則を維持しつつ、2 項で例外を認めた。コメンタリーによれば、国籍継続原則は慣習法の確立した原則であり、外交的保護の行使と無関係の理由で個人が国籍を変更した場合に困難が生じるとの理由で批判されているが、本原則の廃止は、個人の国籍漁りへのおそれから反対されてきたという。そこで、原則を維持しつつ個人が不公平な結果を生じる場合に緩和する例外を設けたという。

そして、本原則に関しては、請求国の国籍を保持すべき期間の終期につ

いて、請求の提出の日までか、最終的解決の日までかの対立があるが、ILC は請求の公式の提出日を採用するとした。条約、判例及び学説では前者が多く用いられているに加えて、終期を解決日とすると個人の利益に反する、すなわち請求提出から解決まで長期間が経過する可能性があり、その間に婚姻などにより国籍を変更した個人に不利益をもたらす不公平であることを挙げた。

ILC は、2 項で本原則に対する例外を導入した。すなわち、被害時の国籍国の国籍を喪失し、請求と無関係な理由により及び国際法に反しない方法で請求国の国籍を取得した場合に、当該請求国（新国籍国）の外交的保護の行使を認めた。請求に無関係な理由による国籍変更という条件は、外交的保護を提起する意思及び能力のある国の国籍への意図的変更のおそれに本原則が基づくことに対応するものであるという。請求と無関係な理由による変更として想定されているのは、婚姻、養子縁組及び国家承継による強制的な国籍変更の状況であるという¹⁰¹⁾。

このように、ILC は国籍継続原則を確認し維持しつつも、個人にとって不公平な結果を生じないように緩和した（この部分は漸進的発達であるとされた）。ここでも個人の利益が考慮されていることが確認できる。

(f) 国内救済完了原則

国内救済完了原則は、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を目的とした規則であり、被請求国の利益を保護するものである¹⁰²⁾。

ILC が本原則に関して、個人の利益の観点から議論した点は必ずしも多くはない。条文第15条¹⁰³⁾として規定された国内救済完了原則の例外の中で、従来から認められてきた、いわゆる無益性の例外、すなわち同条(a)に規定される、実効的救済を提供する合理的に利用可能な救済手段が存在しない、または救済手段が救済の合理的可能性を提供しない場合に国内救済を完了することを要しないとの例外、及び第15条(b)に規定され

る、国内手続において不当な遅延がある場合の例外は、請求国の利益だけでなく、個人の不当な負担の回避のためであり、個人の利益に配慮したものであるといえる¹⁰⁴⁾。しかし、ILC の議論及び条文にはそのような観点は見受けられない。

もっとも、ILC は、第15条(c)と(d)の例外については、「請求の提起の前提条件として被害を受けた外国人が国内救済を完了するよう求められるのを不公平または不合理にする状況」であると説明した¹⁰⁵⁾。

ILC は、学説で主張されていた、関係する外国人と被請求国との任意の連関の欠如の例外を、第15条(c)として「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もない」場合と定式化した。この例外は、国内救済原則の存在理由に関わるものであると考えられる¹⁰⁶⁾が、ILC はこの状況で被害者に救済完了を求めるのは、不合理であるまたは個人に大きな困難をもたらすものであると本例外の意義を説明した。ILC は、被害者の財産の所在しない国からの環境汚染、放射能汚染もしくは宇宙物体の落下、または他国領域上空での航空機の撃墜といった例を挙げた¹⁰⁷⁾。

ILC は、第15条(d)で、漸進的発達として、国内救済の追及が明白に妨害された場合という例外を設けた。個人の被請求国への入国が当該国により妨げられ、それにより訴訟提起の機会が奪われた場合や、被請求国の犯罪組織によって訴訟提起が妨害された場合、及び訴訟費用が極端に高額で国内救済追及が妨げられる場合を例示している¹⁰⁸⁾。個人の事情に配慮した例外であるといえることができる¹⁰⁹⁾。

このように、個人の利益を重視する姿勢は、国内救済完了原則の例外規定にも見出すことができる¹¹⁰⁾。

以上みてきたように、外交的保護に関する諸制度においても、個人の存在が考慮されていることが確認できる。特に、自然人の国籍に関しては、外交的保護の対象となる者の範囲を拡大し¹¹¹⁾、漸進的発達ではあるが、国籍の根拠に基づかない、無国籍者及び難民の外交的保護を認めた点は外

交的保護の観念を変容させる契機となりうるものである。

- 1) ただし、Bennouna は、米英仏 3 カ国の賠償金移転義務の司法審査の実行に言及し、それが外交的保護の擬制を不安定にさせるとの指摘に言及していた。M. Bennouna, Preliminary report on diplomatic protection, *Yearbook of the International Law Commission* (hereinafter *YILC*), 1998, vol.2, part 1, p.315, paras.46-47.
- 2) E. Milano, Diplomatic protection and human rights before the International Court of Justice, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol.35 (2004), p.108. Dugard は、先に基本的人権の侵害による外交的保護の場合に被害者は賠償の権利を有するとの見解 (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.19) を紹介していた。J. Dugard, First report on diplomatic protection, *YILC*, 2000, vol.2, part 1, p.226, para.162.
- 3) *Ibid.*, 2006, vol.2, part 2, p.35. Dugard は2005年の総会第六委員会でのフランス代表の発言にも言及している。*Ibid.*, vol.1, p.15, para.49.
- 4) 米国の1949年国際請求解決法に基づく国際請求委員会（後に対外請求解決委員会に改称。適用法規には明文で国際法が含まれる）、英国の1950年の外国補償法に基づく外国補償委員会、フランスの1951年以降に協定毎にアドホックに設置された委員会である。いずれの委員会も、手続は裁判所に準じるがその決定は上訴の対象とならない（ただし、フランスについては例外もある）。Dugard（と ILC）が参照した Berlia の見解は、これらの実行を分析して、外交的保護が個人の権利であるとの観念を実定法に導入するものであるという。G. Berlia, *Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique, Annuaire français de droit international*, 1957, p.66. 米国の実行については、拙稿「いわゆる国籍継続原則に関する考察(1)」(以下「考察(1)」) 立命館法学395号 (2021年) 358・388頁も参照。
- 5) B. Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale* (1973), p.109. そこで挙げられているのは、El Triunfo 会社事件仲裁判決 (1902年) (*Reports of International Arbitral Awards* (hereinafter *RIAA*), vol.15, p.467) などである。
- 6) *ECHR Series A*, no.296-B, p.50.
- 7) 条約中に「べきである」との不完全な義務を創設することは、公海条約第3条の例があり正当化されるとした。J. Dugard, Seventh report on diplomatic protection, *YILC*, 2006, vol.2, part 1, p.23, paras.93-103.
- 8) 賠償には金銭賠償のほかに原状回復とサティスファクションが含まれるので、被害者の権利は原状回復にも及ぶ（個人の損害を対象としないサティスファクションを除く）とも主張した。*Ibid.*, vol.1, p.25, paras.33-35. この見解を支持したものとして、Fomba, *ibid.*, p.37, para.66.

- 9) *Ibid.*, p.37, para.72. Momtaz も、マプロマチス公式を維持して外交的保護を国の権利とするなら Dugard の提案は不必要であるが、生成しつつある実行の存在から提案に賛成すると述べた。*Ibid.*, p.21, para.12.
- 10) *Ibid.*, p.31, para.10. 漸進的発達として支持した見解として、Kemicha, *ibid.*, p.19, para.22; Pambou-Tchivounda, *ibid.*, p.19, para.29. Gaja は、実行の不存在を理由に、諸国に推奨するものとして、条文とは別に、賠償金を移転すべきとの勧告を置くことを提案した。*Ibid.*, p.8, para.8 and p.17, paras.10 and 12. Kolodkin も、実行は統一的でなく、勧告により諸国に促すことができるに過ぎないと述べた。*Ibid.*, p.28, para.55. Xue は、賠償金は当然に被害者に移転されるものであると述べ、国際法によって規律するかどうかは政策の問題であると述べた。*Ibid.*, p.36, para.56.
詳細な理由を述べることなく、単に特別報告者の提案に賛成であると表明する委員も多かった。例えば、Economides, *ibid.*, p.20, para.7; Escrameia, *ibid.*, p.23, para.24; Rodriguez Cedeño, *ibid.*, p.27, para.43; Candioti, *ibid.*, p.38, para.81.
- 11) *Ibid.*, p.42, paras.115-120.
- 12) *Ibid.*, p.29, paras.64-67. 同様の見解として、Rao, *ibid.*, p.33, para.36; Mansfield, *ibid.*, p.40, para.99; Daoudi, *ibid.*, p.41, para.103.
- 13) *Ibid.*, p.25, para.35.
- 14) *Ibid.*, p.29, para.64. Xue も、賠償分配の際に被害者個人の権利利益と公共の秩序及び政策とのバランスをとる必要があり、多数の被害者に関する請求をする場合や、国籍国が医療や救援のサービスを提供した場合、自身で環境損害を修復した場合などに控除が認められる余地があるとした。*Ibid.*, p.36, para.56.
- 15) 例えば、条文とは別個の勧告とするのは注(10)の Gaja の立場のほか、Candioti, *ibid.*, p.18, para.14. 条文中に漸進的発達として拘束力のある文言で規定を置くべきとの立場として、Escrameia, *ibid.*, p.18, para.21; Dugard, *ibid.*, p.19, para.28; Pambou-Tchivounda, *ibid.*, p.19, para.29. 条文中に「移転すべきである」との非拘束的文言で起草すべきとの立場として、Kemicha, *ibid.*, p.19, para.22. コメンタリー中の記述にとどめると主張した（後に条文とすることに賛成した）のは、Economides, *ibid.*, p.18, para.16. Pellet は、条文から分離された勧告とするべきではなく、ソフトローの一種として法的な義務を課さない条項を（ハードな）条文に含めることは妨げられない、（条文全体として）国家責任条文と同様の扱いをすべきであると主張した。*Ibid.*, p.18, paras.18-20. なお、Kemicha は、国家は自国民に関わる事項において主権者であるから、「移転するものとする」と「移転すべきである」の文言の差異は重要でないと述べた。*Ibid.*, p.32, para.22.
- 16) 例えば、Matheson, *ibid.*, p.29, paras.61 and 65.
- 17) 決定によれば、国民の請求を国が取り上げたならば、国が当該請求を支配する絶対的権利は排他的であるという。「そのような支配を行使するにあたって、国は、特定の請求者の利益だけではなく、国の人民全体のより大きな利益によって規定され、いつ及びどのように請求が提出され、主張され、撤回されまたは妥協されるかを決定するについて無制限の裁量を行使するのである。そして、とられた行動に私的所有者は拘束される。たとえ裁定を履行して支払いが請求国になされたとしても、請求国は、そのように支払われ保持す

る資金に対して完全な支配を有し、詐欺を防止し過誤を正しまたは国の名誉を保護するため、その選択により、支払った国に資金を返還しまたは他の方法でそれを処分することができる」。しかし、「そのように支払われた資金は、それを受け取った国に、そのために請求が提出され支払われ、その真の所有者であるところの私的請求者に説明する (account) 義務を完全に免れる権限を付与するという意味での国の資金ではない」。米国に関しては、連邦議会は、請求の満足のために国に支払われた資金を国民のために信託されたものと扱ってきたようにみえるという。RIAA, vol.7, p.152.

- 18) Commentary to Art.19, paras.5-8, *YILC*, 2006, vol.2, part 2, p.54. 起草委員会議長の Kolodkin によれば、同委員会においても形式について議論があり、何人かは条文本体から独立した勧告または決議として採択するのが適切であると主張したが、最終的に漸進的発達として条文中に定式化することが重要であるとして、義務的でない文言の条文を置くことで合意したという。本条の見出しの「推奨された」と柱書の「べきである」は本条の勧告的性質を表し、また見出しは本条の性格と目的を示しているという。Ibid., vol.1, p.95, paras.70-75.

全体会合では起草委員会案のまま採択されたが、コメントリーの審議の際もなお本条の性格を政策的考慮に基づく勧告が漸進的発達か法典化とみるかで議論があった。Dugard (Matheson の修正案を紹介), *ibid.*, p.288, para.17; Kateka, Fomba and Escaramaia, *ibid.*, p.288, para.18 and Xue, *ibid.*, p.288, para.20. Dugard と Escaramaia は、勧告の形式をとっているが、漸進的発達と法典化の両者を含むまたは両者の中間の領域にあると形容した。Ibid., p.288, paras.21-22.

- 19) Cf. C.F. Amerasinghe, *Diplomatic Protection* (2008), p.87.
- 20) 実効的国籍、重国籍の問題並びに難民及び無国籍者の外交的保護一般については、山下朋子「外交的保護における個人の国籍の実効性」浅田正彦ほか編『現代国際法の潮流II』（東信堂、2020年）317頁参照。
- 21) *YILC*, 2006, vol.2, part 2, p.24.
- 22) 裁判所は、問題をノッテボームの国籍の、請求の受理可能性に関する、及びグアテマラに対する効果のそれに限定した。リヒテンシュタインによる国籍の付与が、グアテマラにその効果（すなわち外交的保護の権利）を承認する義務を生じるか、換言すれば外交的保護に関してグアテマラに対抗できるかを検討するとした。それは仲裁裁判のアプローチでもあったという。仲裁裁判は、外交的保護に関連する重国籍の多くの事例を同様の方法で解決してきた。実効的国籍、すなわち事実状況に一致する、関係する者と国との優越する事実の連関のある国籍を優先させてきた。その考慮要素と重要性は事案によって様々であるが、その者の住所が重視され、利害関係の本拠、家族の紐帯、公的生活への参加、及びその者が示し子に教えた国への愛着もある。国家実行、判例及び学説は、外交的保護に関しては、国籍という法的連関は、国と個人の実効的な結びつき（真正の関係）と一致していなければならない、社会的な結合の事実、すなわち権利義務の相互性と結びついた、存在、利益及び感情の実効的連帯に基づくものでなければならないとしてきた。国籍は、個人が他のすべての国よりも、国籍を付与した国の住民との緊密に結びついている事実の法的表現であるという。裁判所はこのように述べて、ノッテボームが、帰化の時点におい

て、その伝統、定住、利害、活動、家族の紐帯、及び近い将来の意図により、他のすべての国よりリヒテンシュタインに結びついているとみられるかを検討した。その結果、ノッテボームとリヒテンシュタインの間には結びつきの関係を一切欠き、他方でグアテマラとの間には以前からの緊密な関係が存在するとし、本件帰化は、現実の関係に基づくものではなく、グアテマラの状況にある国に尊重を義務づけるほど重大な行為に期待される誠実さを欠いているとし、グアテマラはそれを承認する義務はないと判示した。ICJ Reports 1955, p.4.

- 23) *Ibid.*, p.26.
- 24) 同事件では、イタリアが、ノッテボーム事件に依拠して、米国と Flegenheimer の間に実効的紐帯が存在しないと主張したが、調停委員会は、国際司法裁判所が同事件において、外交的保護の行使のために請求国と対象者の間に実効的連関の存在を要求する一般国際法の規則を確立することを意図したことは疑わしいと述べた。裁判所自身が、国籍が請求の受理可能性に関して、すべての国ではなく、グアテマラのみによって承認されているか否かと、判示の射程を制限しており、その相対的な性質を確認しているという。実効的または能動的国籍の理論は、国際法では重国籍者のどちらの国籍が優越するかを決定するために確立されたものである。実効的国籍原則の単一国籍者への適用は混乱をもたらす危険があり、それは国内法に支持される実定法上の根拠を欠いている。政治的共同体との紐帯の実効性の証明の基準は存在せず、この理論が一般化されれば、旅行の便利さゆえに、一国の法定的国籍を保持しつつ外国に住所を持ち家族生活及び事業の本拠を持つ多くの者が国際的次元での国籍の不承認にさらされることになると判示して、重国籍者ではない Flegenheimer の米国籍への異議を退けた。RIAA, vol.14, p.376.
- 25) 前者については例えば、W.K. Geck, Diplomatic Protection, in R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (1992), vol.1, p.1050. 後者については例えば、I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed.(1998), p.423.
- 26) 国籍の法的紐帯が個人と国の間の真正の関係に基づいていない場合、国は当該個人のために請求を提起できないとした。改訂草案第23条3項、F.V. Garcia Amador, *International responsibility: Sixth report*, YILC, 1961, vol.2, p.49. 1961年の Harvard Law School 草案第23条3項も、ノッテボーム事件の判示を踏襲したが、判示の射程は不明確であるという。単一国籍の場合だけでなく重国籍の場合にも適用される（真正の関係を持つ国籍国から他の国籍国への請求が認められることになる）のか、帰化の場合だけでなく先天の取得の場合にも適用されるかは明確ではない。判示のあいまいさ、及びそれが新たな逸脱であると理解されることから、判示の射程をその事案、すなわち自然人に関して請求国との関係で真正の関係を欠く場合に限定したという。F.V. Garcia-Amador *et al.*, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens* (1974), p.299.
- 27) ノッテボーム事件の判示に従って、国籍の連関は真正かつ実効的でなければならないとしたが、国籍の連関が外交的保護の根拠とされない事例（例えば、国際組織の機能的保護、欧州連合市民の他の加盟国による保護、Letelier 事件、国連賠償委員会における領域内在住者のための請求の提起など）もあり、国籍の連関は外交的保護の文脈で厳格さを失っており、人権の分野では特にそうであるという。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.635 and 646. なお、ILA が2006年に採択した決議「人身及び外交的保護」は、国籍の真正かつ実効的連関を要求している。Nationality of claims, para.6, Resolution No.5/2006, in ILA, *Reports of the Seventy-Second Conference* (2006), p.42. ただし、委員会の最終報告書は国籍の連関の厳格さは失われたとする。Committee on Diplomatic Protection of Persons and Property, Final Report, *ibid.*, pp.42 and 369.

- 28) 「個人の受けた損害を理由として国によって提出された国際請求の国家的性格」に関する決議第4条(c)は、国の提出した国際請求は、帰化が、請求の対象となる個人に、請求国との一切の結合の連関なしに付与されたことが、事案の固有の状況から明らかである場合、請求は拒否されるまたは受理不能であるとした。*Annuaire de l'Institut de Droit International* (hereinafter *AIDI*), 1965, vol.2, p.262.

- 29) *ICJ Reports 1970*, p.42.

- 30) 国籍付与の有効性の推定に考慮を払いつつ、悪意による国籍付与を調査し国籍の効果を否定するのは国際裁判所の任務であり、証明責任は被請求国にあるという。Dugard, First report, p.228, paras.106-120. なお、Dugard は、国家の国籍付与の権利は絶対的ではなく、他国は個人との関係が不十分である場合または国籍が不適切に取得された場合に国籍付与の決定を争うことができると述べた。国籍法抵触ヘグ条約第1条が示すように、国籍の付与は、条約、慣習及び法の一般原則に合致する限りで承認され、現在は国際人権条約の国際基準も含まれるという。国際慣習と法の一般原則は、外交的保護に関して、国籍付与に国と個人の連関が国際法によって承認されるとの制限を設けており、出生の場合の出生地主義及び血統主義は十分な要素であると承認されている。帰化の場合、国際法は、詐欺によって取得された帰化、人種または性に基づく差別となる方法で付与された帰化、及び強制的帰化は外交的保護の目的では（国籍付与の権利の濫用として）承認されておらず、おそらくは連関が存在または希薄である帰化もそうであるという。*Ibid.*, p.227, paras.97-104.

詐欺による帰化については、以下の判決を参照している。Salem 事件仲裁判決（1932年）は、詐欺による国籍取得は無効であり、そのために、国内法上の国籍取得の要件について虚偽の陳述がなされたかどうかを検討する必要があると判決したが、他方で、有効に付与された国籍が詐欺によるとの決定には慎重であるべきとして、Salem の米国籍の取得は有効であると認定した。*RIAA*, vol.2, p.1184. Flegenheimer 事件は、各国が付与した国籍について、国際裁判所は、詐欺、優遇 (favouritism)、過誤によるもの並びに条約及び法の一般原則に合致しないものを否定する権限を有するとし、具体的には、自国民であるとの証明書が外交的保護を得る目的での詐欺の結果または優遇により発出された場合、重大な過誤がある場合、国籍に関する条約に反する場合、強制帰化を禁止するといった国際法の一般原則に反する場合を挙げた。別の箇所でも、関係する者が真の国籍を示すことを怠ったもしくは秘匿した、もしくは他国の国籍を援用した、または国籍国が誤った通信を行った場合に、被請求国は請求の受理可能性を争うことができると判決した。*RIAA*, vol.14, pp.341, 348 and 378. Esphahanian 事件判決については後述。

- 31) Simma, *YILC*, 2000, vol.1, p.100, para.4; Herdocia Sacasa, *ibid.*, p.101, para.17; Kateka, *ibid.*, p.110, para.15; Hafner, *ibid.*, p.110, para.18; Al-Baharna, *ibid.*, p.117, para.12. Cf. Commentary to Art.3[5], para.6, *YILC*, 2002, vol.2, part 2, p.69.
- 32) 例えば、Brownlie は、実効的国籍原則には判決に先行する資料があり、実行は連結の要素として居住を参照していると述べた。*Ibid.*, 2000, vol.1, p.96, paras.31-32. Gaja は、判決は一般規則を判示したものであり、バルセロナ・トラクション電力会社事件判決の中でも一般規則として扱われたと主張し、外交的保護は、人権保護のために用いられるとしても、個人のための請求を許すものではなく、国民の被害を通じて国籍国が影響を受けたとの観念に基づくもので、真正の連関がない場合、国籍国は影響を受けていないと主張した。*Ibid.*, p.103, paras.33-37. ほかに、Opperti Badan, *ibid.*, p.96, para.34; Economides, *ibid.*, p.104, para.41; Kamto, *ibid.*, p.107, para.63.
- 33) Momtaz, *ibid.*, p.105, para.47; Sepúlveda, *ibid.*, p.114, para.50; Tomka, *ibid.*, p.116, para.4.
- 34) Commentary to Art.4, para.5, *YILC*, 2004, vol.2, part 2, p.23. 第一読草案に対する政府のコメントの中では、英国が ILC の立場を支持した。ベルギーは、「国籍漁り」の危険性を指摘して、コメントリーで、被請求国が自身の举证責任の下で国籍が実効的連関を欠くことを争う権利を記述するよう求めた。*Ibid.*, 2006, vol.2, part 2, p.39.
- 35) Commentary to Art.4, para.5, *ibid.*, p.29. ILC は、Dugard が主張していた、帰化における誠実の要件を採用せず、第4条において、国籍の取得が「国際法に反しない」方法でなされることを要求するにとどまった。
また、ノッテボーム事件を帰化に限って一般原則を判示したと解釈することもありえた（注(28)参照）が、Dugard 及び ILC は、Flegenheimer 事件が示した相対的規則の判示とみる解釈を採用したといえる。
- 36) 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」第16条(a)、*American Journal of International Law*, vol.23 (1929), special supplement, p.200. ただし、被請求国が被害者を強制帰化して自国民にすることで責任を免れることはできないとした（同条(c)）。報告者であった Borchard は、一般に踏襲される原則は、重国籍者は忠誠を負う国の一方を国際裁判所における被告にすることはできない、すなわち自国を訴えることはできず、いかなる政府もその者のために請求することはできないと述べていた。E.M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (1915), p.588.
- 37) ハーグ会議の準備委員会が作成した議論の基礎第4は、国籍国は国籍を有する他国に外交的保護を行使できないとしつつ、選択的に、それは当該個人が被請求国に常居所を有する場合に限るとする提案を追加するものであった。League of Nations, *Acts of the Conference for the Codification of International Law* (1930), vol.2, p.275. これに対して被請求国がその者の権利を侵害している場合を例外とする（フィンランド）、元の国籍国の許可なしに帰化を付与した国の外交的保護が禁止される（ポーランド）などの回答があった。ハーグ会議の第一委員会では、規則全体を削除する提案、選択的提案を削除する提案、特別な場合に人道的理由で外交的保護を認める提案もあり、この選択的条項について投票し削除し（票決は10対23）、全体を削除する提案を否決し（9対27）、他の修正案を否

決した後に、現行の条文を採択した (29対 5)。Ibid., vol.1, p.71; vol.2, pp.48 and 277.

- 38) *AIDI*, 1965, vol.2, p.262. 報告者 Briggs の原案は、Mergé 事件の立場を採用して、同時に請求国と被請求国の国籍を保持する個人ののための請求は、原則として受理不能であるが、当該個人が請求国と優越的な (prépondérant) 結びつきを有する場合は例外であるとした。Ibid., p.160.

- 39) 参照された判例の主なものとして以下がある。Drummond 事件英国枢密院判決 (1834 年) は、英仏の重国籍者について、実質において仏国内に住所を有しその特徴と属性を有する仏国民であると認定した。*English Reports*, vol.12, p.492. de Hammer 及び de Brissot 事件米国・ベネズエラ請求委員会判決 (1885年) は、米国民との婚姻により米国籍を取得した女性とその子の請求について、米国法上の地位の効果はその国内に限定され、ベネズエラ国内で出生しそれ以来被害時にも住所を有した同国の国籍の優越を認めて、米国民であるとはみなされないとして管轄権を否定した。J.B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party* (1898), p.2456.

同様に、英・ベネズエラ混合請求委員会の Mathison 事件及び Stevenson 事件 (ともに 1903年) も、同様の請求について、領域内での出生 (と居住) という国家と個人の自然の関係、あるいは国内で出生し引き続き住所を有する事実に基づいて被請求国籍の優越を認めた。*RIAA*, vol.9, pp.485 and 494. Brignone 事件及び Miliani 事件伊・ベネズエラ混合請求委員会判決も、請求国民と婚姻し死別した、出生による被請求国籍女性とその子の請求について、国籍法の抵触は住所地国 (被請求国) 法が優先するとして請求を却下した。Ibid., vol.10, pp.542 and 584.

Canevaro 事件常設仲裁裁判所判決 (1912年) は、請求者の一人が請求国 (イタリア) と被請求国 (ペルー) の重国籍者であったが、ペルー国民のみに資格のある議会上院の選挙に立候補し、在オランダ・ペルー総領事を務め、ペルー国民として繰り返し行動したと認定し、ペルーは自国民とみなし請求者の資格を否定する権利があると判示した。Ibid., vol.11, p.397.

Hein 事件英独混合仲裁裁判所判決 (1922年) は、英国に帰化した請求者について、国内法上ドイツ国籍を喪失しておらず帰化は有効ではないとの被告の主張に対して、英国国民となって Versailles 条約発効の時点で英国に居住していたので、ドイツ国籍の喪失の有無は重要ではないとして退けた。Hein v. Hildersheimer Bank, *Annual Digest of Public International Law Cases*, Years 1910 to 1922, p.216. 仏独混合仲裁裁判所の Barthez de Monfort 事件 (1926年) も、請求者は生来の仏国民の女性で、夫のドイツへの帰化によってドイツ法上ドイツ国籍を取得したが、フランス法上はフランス国籍を保持していた者について、本裁判所はどちらの国内法にも規定されず、国際私法の一般原則であり、万国国際法学会も 1888年に採用した、居住地や兵役により単一の国民と決定する「能動的国籍 (nationalité active) の原則」を適用するとして、フランス国内に住所を保持し市民的義務を履行してきた事実から仏国民であると認定した。Barthez de Monfort v. Treuhander Hauptverwaltung der Staat-Schulden und Reichsschuldenverwaltung Office allemand, *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes*, vol.6, p.806. 仏墨請求委員会の Pinson

事件（1928年）では、請求者がメキシコ国籍を有するとのメキシコの主張を退けたが、メキシコ当局が仏国民として扱ってきたことを付言した（なお、重国籍者の国籍国間の外交的保護は認められないとの原則を認めつつ、被請求国がその国内法において国際法の制限を遵守しない場合、及び外国人と扱いながら請求を免れる目的で重国籍を主張する、衡平に反する場合は例外であるとしている）。*RIAA*, vol.5, p.327. 米・オーストリア・ハンガリー三カ国委員会の Tellech 事件（1928年）は、同人の重国籍を認定したが、人生の大半をオーストリアに任意で居住し、同国法上の権利義務に従うことに伴う危険を任意で引き受けたとして請求を却下した。*Ibid.*, vol.6, p.248.

なお、Dugard は参照していないが、仏・ベネズエラ混合請求委員会の Maninat 事件及び Massiani 事件（ともに1905年）は、Mathison 事件などに依拠して、国籍に関する法の抵触は住所地の法によって解決されるとして、出生以来住所を有するベネズエラの国民と認め請求を却下した。*Ibid.*, vol.10, pp.55 and 159.

- 40) 1871年条約に基づく英米内戦請求委員会の Alexander 事件では、米国側が、請求者がその被害に基づいて請求したところの遺言者が米国民であると主張し、また同人が重国籍者であるとしても、米国は自国民とみなす権利を有し、いかなる外国政府も、この権利に反して請求を提起できないと主張した。委員会はそれを認めた。Moore, *op.cit.*, p.2529.

英墨請求委員会の Oldenbourg 事件（1929年）では、被害を受けた会社の構成員についてメキシコ側が彼らの英国籍を争い、英国民であるとしても同時にメキシコ国籍を有し、Borchard を引用して、重国籍者は自国を訴えることはできないと主張し、委員会はこれを認めた。*RIAA*, vol.5, p.74. いくつかの事件で同様の主張が認められ、あるいは英国が請求を撤回した。Honey 事件並びに Adams 及び Blackmore 事件（1931年）、*ibid.*, pp. 133 and 216.

Salem 事件は、被請求国エジプトによる、Salem がエジプト国籍を保持し当該国籍が実効的であるとの主張について、実効的国籍原則は国際法において十分に確立していないとし、Canevaro 事件は孤立した事例で、いくつかの国の実行は、重国籍者のどちらの国籍国も他方に対する請求はできないとしていると判示した（結論としてエジプト国籍の保持を否定した）。*RIAA*, vol.2, p.1187.

- 41) *ICJ Reports 1949*, p.186.
- 42) 対伊平和条約の文言及び精神は重国籍者の取扱いを定めていないとした上で、国際法の一般原則を検討した。ヘグ条約並びに先例及び学説に表明された慣習法は、二つの原則を証明しているという。すなわち、主権平等に基づく重国籍者の国籍国間の外交的保護を排除する原則と、国際私法に起源を持つ実効的（優勢な）国籍原則である。両者は調和しないものではなく、相互に補完的である。そのことは、ヘグ条約（第4条と第5条）及び国際司法裁判所（賠償事件とノッテボーム事件）が両者を受け入れていることに示される。請求国の国籍が実効的である場合はつねに、前者の原則は後者の原則に劣後する。しかし、国籍の優越性が証明されない場合は、前者の原則が一般的に受け入れられていること、及び不明確さを除去するための基準を構成することから優先すると判示した。委員会は、優越性の評価基準として常居所を挙げ、それ以外に経済的、社会的、政治的、市民的及び家族的生活などにおける個人の行動も考慮されるとし、出生、帰化、婚姻などの事例

毎の指針を示した。事件の事案については、常居所や職業生活などから米国籍が優越しないと認定した。RIAA, vol.14, p.247.

- 43) 判決は、本裁判所を設立した Algiers 宣言にこの問題についての明確な規定がないので、条約法条約第31条 3 項(c)という国際法の関連規則を検討した。責任否定の原則を定めるヘーグ条約第4条は慎重に解釈されるべきで、50年以上前のものというだけでなく、その後外交的保護の観念には大きな変化が起き、変容の過程にあり続けているという。同条の準備作業は、重国籍者が国際裁判所に国籍国の一方を訴える場合には適用がないことを示しており、本裁判所は一方の国籍国に対する重国籍者の請求を扱う第三国の裁判所に類似した立場にある。先例については、裁判所を設立する条約に依存するため多様である。今世紀以降は、実効的国籍原則によって責任否定の原則を制限する強い傾向がある。ベネズエラ仲裁、Canevaro 事件、及び混合仲裁裁判所の判例に加えて、ノッテボーム事件及び Mergé 事件が特に重要である。学説も優勢な国籍の原則を支持し現行法と認めている。Algiers 宣言は、米国・イラン両国の国内訴訟を本裁判所により代替することに合意した。ゆえに、本裁判所は外交的保護の典型的行使ではない。その訴訟における被請求国は主権国家より広く定義され、責任も国内法上の義務を含み、国際法違反に対する外交的保護より責任の範囲は広い。本裁判所は、両国の裁判所に柔軟さをもって代替するもので、国籍法の抵触を扱う第三国の裁判所と異なるものではない。ゆえに、米国・イランの重国籍者であって、一方の国籍国の優勢な及び実効的国籍を有する者の他方の国籍国への請求に管轄権を有する。ただし、先例 (Flegenheimer 事件) に基づき、優勢な国籍を偽装するといった国籍の詐欺的利用については、衡平に基づいて管轄権を否定すると判示した。Esphahanian v. Bank Tejarat, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol.2, p. 157.
- 44) Esphahanian 事件などを経て、イランが全員法廷による Algiers 宣言の解釈を申し立てた。決定の理由付けは、同事件と同じであるが、裁判所が条約で設立された国際裁判所であるものの、訴訟当事者の一方は私人であり、主に国内法上の権利を扱い、第三国の裁判所ではないが外交的保護を扱う裁判所でもないことを強調している。また、ヘーグ条約の当事国数が20カ国にとどまること、ヘーグ会議には Borchard の立場が影響を及ぼしたが、彼の挙げる先例はその立場を支持していないこと、実効的国籍による責任否定の原則の修正の傾向は、個人を自国からも保護する国際法の発展に合致すること、優勢な及び実効的国籍の要素には、常居所、利害関係の中心、家族の紐帯、公的生活への参加その他の結びつきが含まれること、実効的国籍に基づいて管轄権が認められても、他方の国籍はなお本案に関係することを付け加えている。Ibid., vol.5, p.251. このように、本裁判所は、その特殊な性格に大きく依拠していることに注意が必要である。
- 45) 草案第21条 4 項 (改訂草案第23条 5 項) は、ノッテボーム事件に依拠して、重国籍の場合、請求を提起する権利は、外国人がより強くかつより実効的な法的その他の連関を有する国のみによって行使されうると規定した。García Amador, *International responsibility: Third report*, YILC, 1958, vol.2, p.66; Ibid., *Sixth report*, p.49. ただし、連関のより実効的でない他の国籍国に対しても請求を提起できるかは明示されていない。1961年の Harvard Law School 草案は、被請求国の国籍を持つ者は、他国との重国籍者であっても

請求を提起する資格を持たないとした。García-Amador *et al.*, *op.cit.*, p.278.

- 46) 重国籍の場合に、連関の実効性が他の考慮に優越し、正当化される場合は他方の国籍国に対する請求を許容するとの規則を提案した。Orrego Vicuña は次のように説明した。国民でない者の外交的保護の事例も多数存在し、国が管轄下のすべての者に条約が規定する待遇を付与する義務を引き受ける可能性が想定され、経済統合や貿易自由化の条約のように、国籍は意義を失っている。重国籍の事例は柔軟に扱われるであろう。伝統的規則からの逸脱は、Mergé 事件などの判例で認められた。ヘーグ条約の伝統的規則の柔軟な適用は、個人の権利を外交的保護の優越的要素とするアプローチとの関係で特に重要となるだろうという。Orrego Vicuña, *op.cit.*, pp.641 and 646. ILA の採択した決議も提案された規則を踏襲した。Nationality of claims, para.11, Resolution No.5/2006.
- 47) 参照、英国の国際請求適用規則 3、reproduced at *YILC*, 2006, vol.2, part 1, p.64.
- 48) Dugard, First report, p.230, paras.121-160.
- 49) Dugard 案第 6 条に反対した委員として、Luskahuk, *YILC*, 2000, vol.1, p.101, para.12; Momtaz, *ibid.*, p.105, para.48; Kateka, *ibid.*, p.110, para.16; Sepúlveda, *ibid.*, p.114, para.51; Rao, *ibid.*, p.119, para.23. Herdocia Sacasa は、先例の大多数からみてヘーグ条約第 4 条の内容が慣習法であると述べた。*Ibid.*, p.102, para.18. Tomka も同様の見解を述べ、外交的保護を行使できないのが原則であり、行使できるのは被請求国が対象者を請求国民として扱った場合に限られると主張した。ノッテボーム事件に関して実効的国籍を否定しつつ、重国籍者に関しては導入するのは矛盾しているとも批判した。*Ibid.*, p.116, paras.6-7. Galicki は、漸進的発達として定式化するとともに、被請求国側の実効的国籍の欠如を基準とすべきであると主張した。*Ibid.*, p.109, para.9. Economides は、国籍の優越・非優越の区別の困難さを指摘し、また、重国籍者は重国籍から利益を得ており不利益も受忍すべきではないかと述べた。*Ibid.*, p.104, para.44 and p.120, para.32.
- 50) *Ibid.*, p.115, para.63. ほかに特別報告者の提案を支持したものとして、Simma, *ibid.*, p.101, para.6; He, *ibid.*, p.106, para.59; Kamto, *ibid.*, p.107, para.64; Hafner, *ibid.*, p.110, paras.18-20; Al-Baharna, *ibid.*, p.118, paras.13-16; Baena Soares, *ibid.*, p.121, para.45; 山田, *ibid.*, p.122, para.51. これらの見解の中にも、定式として比較の要素を含む「優越な」国籍とする見解（Hafner 及び山田）と、ノッテボーム事件に基づき「実効的」とする見解（Al-Baharna）があった。
- 51) Galicki は、特別報告者が人権法の発展を根拠としたことに対して、人権法は条約の規定に由来するがゆえに射程は締約国に限定されていると批判した。*Ibid.*, p.109, para.7. Kabatsi は提案を支持したが、漸進的発達であると述べた。*Ibid.*, p.110, para.13.
- 52) *Ibid.*, p.123, para.59.
- 53) *Ibid.*, p.184, para.37. 他のセーフガードは、対象国民は被請求国の実効的国籍を持つべきでないこと、及び「優越な」または「実効的」の定義を別個の条文で設けることであった。*YILC*, 2000, vol.2, part 2, p.85, para.495. Economides や Galicki はなおも反対したが、送付することで合意された。*Ibid.*, vol.1, p.184, paras.39-59.
- 54) *YILC*, 2004, vol.2, part 2, p.26. 2002年の起草委員会案（第 6 条）の説明の中で、同委員会議長（山田）は、ILC の大多数はヘーグ条約の伝統的な立場を否定し、Dugard 案が

国際法の現在の傾向を反映したものであるとの認識であったと述べた。また、委員会は、重国籍を認める態度へのシフトがあり、一定の場合にはそれが個人の権利とみなされていることから、このような状況を扱うことが必要であると考えするという。そして、考慮される要素の多さから「優勢な」または「実効的」の定義を置かないこと、用語として、二つの競合する国籍の間における相対的性質を示すために、「優勢な」「より実効的な」「真正の連関」の語ではなく、「優越的」の語を採用したこと、例外的性質を示し請求国に優越性の立証責任を課すために消極的な定式を採用したこと、非公式協議の結論を採用し国籍継続原則を準用して、被害の時点と請求提出日の両方において請求国の国籍が優越していなければならないとの条件を課した（第6条2項。それによって、個人が被害を受けた後で請求国の国籍を取得して外交的保護の行使の対象となることを防止する）ことを説明した。ただし、被害の後に重国籍となる状況は、国籍継続原則で問題となる状況（被請求国から請求国への単一国籍の変更）や例外の制限（一定の場合に変更後の新国籍国の外交的保護が認められるが、前の国籍国への請求は認められない）とは異なることから、継続原則の条文の参照にとどめることはできないとした。*Ibid.*, 2002, vol.1, p.133, paras.33-49. 起草委員会案への異論は特になく、2項を1項に統合して第一読草案第7条が採択された。*Ibid.*, p.146, para.10.

- 55) オーストリアは、ILC の漸進的見解はノッテボーム事件の真正の連関の要件の廃止と一貫しないものの、支持すると述べた。ノルウェーは北欧諸国を代表して、第7条が現存する慣習法の法典化を構成すると述べた。エルサルバドル、モロッコ、英国及びウズベキスタンも優越的国籍の基準の広範さまたは不明確さを問題とした。ベルギーは単なる誠実な帰化の証明ではこの基準をみたさないとコメントした。また、イタリア及びモロッコによって、採用されるべき基準は「優越的」国籍ではなく、ノッテボーム事件などの先例に従って、真正の連関または実効的国籍の基準であるとの見解が主張された。英国は、重国籍者である自国民の外交的保護は原則として行使しないが、他方の国籍国が被害へといった状況において英国国民として扱っていた場合は請求を取り上げるとの立場を説明した。

他方で、カタルは、第7条は、国籍国が国際法違反を行った外国に対して行使するとの外交的保護の伝統的観念から逸脱し、重国籍者の国籍国が平等な立場に立つがゆえに不適切であると主張した。モロッコも、国籍国間のヒエラルキーの導入は主権平等原則を損なうと批判した。*YILC*, 2006, vol.2, part 2, p.44.

- 56) 第二読の審議では、ほとんど議論はなされなかったが、Momtaz が、本条の原則が主権平等を損なうもので、実行も稀であり、国際法の人権保護の動向を反映した漸進的発達のものであるとコメントした。*Ibid.*, vol.1, p.21, para.9. 定式については、「優越的」の語を維持し、国籍継続原則とは異なり、被害日と請求の公式提出日の間の継続性は要求しないことが確認された。Kolodkin (起草委員会議長), *ibid.*, p.92, para.36.
- 57) *YILC*, 2006, vol.2, part 2, p.24.
- 58) *Ibid.*, p.34. 第一読草案第7条コメンタリーにあった UNCC の実行への言及は削除された。
- 59) 第一読草案第7条コメンタリーにあった、「本委員会は、優勢なまたは実効的国籍の国が他の国籍国に対して請求を提起することを許す原則は、慣習国際法の現在の立場を反映

しているとの見解である」との記述（Para.4, *YILC*, 2004, vol.2, part 2, p.27）は削除された。このため、（*Mergé* 事件が「現在の慣習規則の発展の出発点とみなされうる」との記述は残っているが）本条が法典化であるかについて若干明確さを欠いている。請求委員会の判例は、被請求国での居住や出生などの事実により請求を却下したものであるが、請求国との間にそうした事実があれば請求は受理可能であると反対解釈できる。混合仲裁裁判所の判例においてはじめて、連合国に優越的国籍のある重国籍者の請求資格が認められたので、慣習規則の出発点は遅くともこれらの判例にあることになる。

なお、本条の定式は、原則として外交的保護を受理不能としつつ請求国の国籍が優勢である場合を例外とする *Mergé* 事件の判示に沿ったものとなっている。

- 60) ハンガリー・ユーゴスラビア（セルブ・クロアート・スロヴェーン）混合仲裁裁判所の *de Born* 事件（1926年）は、実効的国籍の原則を適用した。被告ユーゴは請求者の重国籍を理由に裁判所の管轄権を争った。同人は、ドイツに出生し父の帰化によりハンガリー国籍を取得し長らくハンガリー国民であったが、第一次大戦後にドイツ国籍を回復し、*Trianon* 条約発効時には重国籍であった。裁判所は、正規の住所、事業活動、公的権利の行使、当局による把握といった連関がある場所の国の法が他方の国のそれに優先する、それは理論的ではない実効的な国籍の連関を生じる、法と事実の諸要素が結びつけられるところの国の法であるとして、ハンガリーでの居住と事業活動、兵役への応召、議会の議員であった事実などから、ハンガリー法に従ってその国民であると認定した。*Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes*, vol.6, p.499.
- 61) 1965年万国国際法学会決議第4条(b)は、被害を受けたとされる個人が請求国と第三国の国籍を有する場合、請求国との優越的な（*prépondérant*）結びつきの連関が証明されない限り、請求は受理不能であるとした。*AIDI*, 1965, vol.2, p.262. *García Amador* 草案については注（45）参照。他方で、*Dugard* がヘグ条約の立場を支持する例に挙げた1961年の *Harvard Law School* 草案は、被請求国との重国籍の場合を除き、（実効的国籍を問題にすることなく）重国籍者が請求者となることを認めている。*García-Amador et al.*, *op.cit.*, p.278.
- 62) 裁判所は *Salem* が米国に帰化する前はベルシア国民であったと認定したが、ベルシアが訴訟当事国ではないので、ベルシア法の規定から推論した。*RIAA*, vol.2, p.1188.
- 63) 前述の *Mergé* 事件判決は、傍論で今後の指針として、（イタリア以外の）第三国との重国籍者である米国民は、優勢な国籍が第三国のそれであっても、対伊平和条約にいう「連合国民」である（請求資格を有する）と判示した。*Ibid.*, vol.14, p.247. 当該指針を適用したものとして、*Vereano* 事件（1957年）、*ibid.*, p.321. *Flegenheimer* 事件は、*Salem* 事件を参照して、実効的国籍理論は、第三国の国籍（それが優越的であっても）を主張できないとの原則によってその適用を制限されると述べた。*Ibid.*, p.377. 同じ委員会の *Stankovic* 事件（1963年）は、損害発生時にユーゴ国民であったがその後米国に帰化した請求者について、連合国間の国籍変更は請求の受理可能性に影響せず、他国との重国籍であったとしても米国の請求は正当化される。居住などの事実から米国に実効的国籍があると判示した。*International Law Reports*, vol.50, p.155.
- 64) 挙げられている事例のいくつかは、米国またはイランと第三国の重国籍者の事例ではな

く、第三国から米国への帰化または米国とイランの重国籍の事例である。むしろ、第三国との重国籍の場合も、A/18号事件に従って、優勢な及び実効的国籍の基準が適用されている。McHarg *et al. v. Iran* (1986), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol.13, p. 286; Uiterwyk Corporation *et al. v. Iran* (1988), *ibid.*, vol.19, p.107; Asghar *v. Iran* (1990), *ibid.*, vol.24, p.238.

- 65) Dugard, First report, p.236, paras.161-174.
 66) 賛成した委員（一部修正を主張した者を含む）として、Simma, *YILC*, 2000, vol.1, p. 101, para.6; Herdocia Sacasa, *ibid.*, p.102, para.19; Economides, *ibid.*, p.105, para.45; Momtaz, *ibid.*, p.106, para.54; Kamto, *ibid.*, p.107, para.65; Kabatsi, *ibid.*, p.110, para.14; Rosenstock, *ibid.*, p.115, para.64; Tomka, *ibid.*, p.117, para.8; Al-Baharna, *ibid.*, p.118, para. 17; Rao, *ibid.*, p.119, para.24. Hafner は国籍国が外交的保護を行使する権利を持つことの反映とみなした。*Ibid.*, p.111, para.21. これに対して、Lukashuk は、対象者がその領域内に所在する第三国が国籍国を選択する権利を追加するよう主張した。*Ibid.*, p.101, para. 13. Galicki は、ノッテボーム事件で判示された実効的国籍を最低限の条件とするよう主張した。*Ibid.*, p.109, para.10.

- 67) *YILC*, 2004, vol.2, part 2, p.25. 2002年の起草委員会議長（山田）の説明によれば、同委員会案第5条（現第7条）1項の原則は、国籍国がその国民に関して外交的保護を行使する権利を有することを確認するものであり、真正のまたは実効的連関を要求するものではないという。*Ibid.*, 2002, vol.1, p.132, para.31.

政府コメントでは、ウズベキスタンがヘーグ条約の原則を採用するよう求めたほか、エルサルバドルも国際私法の原則及びノッテボーム事件に言及して実効的国籍原則を考慮するよう求めた。英国は、ILC 条文の立場が現行慣習法を超えて外交的保護を拡大するものであるとの認識を示した。オーストリアは2項の共同行使の規定は当然のことで不必要であるとし、それぞれが異なる請求をした場合の解決を ILC は示すべきであるという。カタルは複数の国籍国が別個に請求した場合は優越的国籍が考慮されることを提案した。*Ibid.*, 2006, vol.2, part 2, p.43.

- 68) *Ibid.*, p.24.
 69) なお、Dugard とは異なり、最低限の条件としての保護国と対象者の間の誠実な連関を要件としていない。*Ibid.*, p.33.
 70) Hafner のコメント（注(66)）及び山田の説明（注(67)）参照。複数の国籍国が異なる方法で請求をした場合（一方の国籍国の請求が満足を得た後で他方が請求を提起した場合や一方が請求を放棄し他方が請求を継続する場合を含む）の優劣関係が未解決の問題として残ることになる。ILC は、共同請求を規律する法の一般原則に従って解決されるべきとする。Commentary to Art.6, para.4, *YILC*, 2006, vol.2, part 2, p.34. この場合には優越的国籍の原則が適用される余地があろう。前述のカタールのコメントのほか、Economides, *ibid.*, 2000, vol.1, p.105, para.45.
 71) A. Grahl-Madsen, Protection of Refugees by Their Country of Origin, *Yale Journal of International Law*, vol.11, no.2 (1986), p.389.
 72) Brownlie, *op.cit.*, p.423.

- 73) Grahl-Madsen, *op.cit.*, p.381.
- 74) 第21条3項(c)。コメンタリーでは、この規定があるべき法であること、無国籍者地位条約第16条が、常居所を有する国以外の国で、裁判所へのアクセスに関して、常居所地国の国民と同等の待遇を付与されると規定していることを念頭に置いていること、「常居所」の文言は無国籍者と国との一定の実質的關係を要求していること、常居所地国に請求の提出を義務づけるものではないこと、無国籍者は常居所地国との関係ではその国民と同一視され、当該国に対しては国際請求を提起できないことを説明している。Garcia-Amador *et al.*, *op.cit.*, pp.277 and 280.
- 75) Orrego Vicuña, *op.cit.*, p.646. 詳細は注(27)参照。ILA が採択した決議でも踏襲された。Nationality of claims, para.7, Resolution No.5/2006.
- 76) Dugard は、伝統的立場を示すものとして、国籍のない個人に対する加害は国際違法行為を構成せず、ゆえにいかなる国もその者のために介入する権限を持たないと判示した、米墨一般請求委員会の Dickson 鉄道車輪会社事件判決（1931年）(RIAA, vol.4, p.678)に言及している。Dugard, First report, p.237, paras.175-184.
ILC の審議で、彼は、難民または無国籍者が居住国から旅行文書を発給されて、第三国を旅行中に被害を受けることは稀であるがありうると述べた。YILC, 2000, vol.1, p.123, para.61.
- 77) 賛成する意見として、Simm, *ibid.*, p.101, para.7 and p.120, para.34; Lukashuk, *ibid.*, p.101, para.14; Momtaz, *ibid.*, p.106, para.54; Rosenstock, *ibid.*, p.115, para.64; Rodríguez Cedeño, *ibid.*, p.120, para.35.
- 78) *Ibid.*, p.102, para.20.
- 79) *Ibid.*, p.109, para.11 and p.113, para.38. Baena Soares も国際社会の関心に適合すると述べた。*Ibid.*, p.121, para.46.
- 80) Economides, *ibid.*, p.105, para.46; Kamto, *ibid.*, p.107, paras.65-66. 逆に、難民の場合は居住の事実ではなく難民の地位の付与を根拠とすべきとの見解もあった。Hafner, *ibid.*, p.111, para.22.
- 81) Economides, *ibid.*, p.112, para.37; Kamto, *ibid.*, p.113, para.39; Simm, *ibid.*, p.113, para.40; Momtaz, *ibid.*, p.113, para.42; Hafner, *ibid.*, p.113, para.43.
- 82) そのような事例が多いと主張された。Kamto, *ibid.*, p.107, para.66; Sepúlveda, *ibid.*, p.120, para.37; Galicki, *ibid.*, p.121, para.39. ほかに、状況の違いから、無国籍者と難民を区別して規定すべきとの主張も多数の委員からなされた。例えば、Hafner, *ibid.*, p.111, para.22.
- 83) Crawford, *ibid.*, p.112, para.32.
- 84) *Ibid.*, p.117, para.9. He は、外交的保護の対象は国民に限られるのが一般原則であり、人権条約や難民及び無国籍者に関する条約も外交的保護までは認めていないがゆえに、提案は時期尚早であると述べた。*Ibid.*, p.106, para.60.
- 85) Momtaz は、提案は外交的保護の基礎にある擬制を問題にするものであると述べた。*Ibid.*, p.106, para.54. Operetti Badan は、外交的保護の根拠を国籍とするのは、無国籍者及び難民だけでなく、外国に居住する国民も救済できないとして、居住地を根拠とするこ

とが現代社会に適合するとの意見を述べた。*Ibid.*, p.96, para.34.

- 86) この問題は国連難民高等弁務官事務所 (UNHCR) のような国際的フォーラムで扱われるのが適切であるという。*Ibid.*, p.119, paras.25-28. Kateka は、対世的義務違反の場合、国連や UNHCR による保護に委ねられると反対した。*Ibid.*, p.110, para.17. 賛成する立場の Simma も、提案が対世的義務違反による国家責任と外交的保護の重複を示しているとコメントした。*Ibid.*, p.101, para.7.
- 87) 特別報告者が個人の利益であることを理由に外交的保護の観念を拡大しようとするのに対して、条文の射程が外国人の待遇に関する規則の一部か人権保護を目的としたものか(後者であれば国籍の連関は関係ないし、外交的保護を拡大する問題でもなくなる)が明確にされる必要があると指摘した。そして、外交的保護に人権アプローチを導入することに反対した。*Ibid.*, p.104, para.38 and p.112, para.34.
- 88) Kabatsi は、困難な状況にある者に保護を付与する人権の規定であり、人道的理由により漸進的発達として支持した。ただし、外交的保護は国の裁量であり個人に権利を付与するものでないことが前提であると述べた。*Ibid.*, p.110, para.14.
- 89) Kateka, *ibid.*, p.110, para.17 and p.119, para.29. 同旨、He, *ibid.*, p.120, para.36.
- 90) 難民の受け入れ後に国籍国に残置した財産を当該国が没収する事例があることも指摘された。Rao, *ibid.*, p.119, para.26.
- 91) *YILC*, 2004, vol.2, part 2, p.28. 第一読の起草委員会議長(山田)は、難民及び無国籍者の外交的保護が国の裁量であって義務ではないことを確認して文言に反映させたこと、いくつかの条約で「常住的」の語が用いられており、欧州国籍条約第 6 条 4 項(g)を踏襲して「合法的にかつ常住的に居住する」の語を採用したこと、「合法的」居住と「常住的」居住は重量的要件であること、「合法的」の要件も必要であり両要件の結合は通常の外交的保護の国籍に近いので妥当である(ゆえに実効的連関の要件は除外される)こと、例外的な状況であるので高い敷居を設けるのが妥当であり、難民条約第28条の旅行文書発給の条件である「合法的に滞在する (lawfully staying)」よりも高い敷居が適切であること、国籍継続原則との類似性を確保するのが妥当であること、難民の定義については、難民条約及び難民議定書上の難民に限定せず、より広い範囲に適用すべきで、国は難民条約上の難民に該当しない者にもその地位を付与することもできることから、明示的な規定は置かず、欧州国籍条約第 6 条の文言を採用して「承認された」難民と一般的に定義したこと、3 項で難民の国籍国に対する外交的保護が認められないことを明文化したことを説明した。*Ibid.*, 2002, vol.1, p.134, paras.50-68.

起草委員会案には、Koskeniemi、Escameia 及び Mansfield が、国籍継続原則が慣習規則でないとして提案への準用に反対し、難民は居住した時点で法的保護の必要が生じるので「常住的」の語を削除すべきと主張した。*Ibid.*, p.143, paras.29-30. Kamto は、本条は国籍を度外視することで外交的保護の権利の構造全体を混乱させるものであることなどを主張し、Daoudi は外交的保護は人権保護と混同されてはならないことを主張して、ともに厳格な要件に賛成した。Brownlie は、難民が国籍国との関係を直ちに断絶するとは限らないと主張して「常住的」の要件に賛成した。*Ibid.*, p.144, paras.39-41. 第一読草案第 8 条コメンタリーは、同条の「難民」は、難民条約及び同議定書並びに地域的文書に

おける難民に限定されるものではなく、国が難民と考えるいかなる者にも外交的保護を及ぼすことを許すため、文言を限定しないと説明した。Commentary to Art.8, paras.8 and 10, *YILC*, 2004, vol.2, part 2, p.28.

- 92) オーストリア、北欧諸国（ノルウェー）、オランダなどが明示的に賛成し、反対したのは、外交的保護の射程外であると述べた英国のみであった。特に論点となったのは難民の定義についてで、難民条約または国際法上の難民とすべきである、またはそのようなものとして理解すべきであるというものであり、オーストリア、ベルギー、エルサルバドル及びカタルによって主張された。特にオーストリアは、被請求国は請求を受け入れる義務があることを指摘した。逆に、北欧諸国は難民条約上の難民に限定する必要はなく、公式に難民の地位を認定されなくても、保護の必要があると国が判断し当該国との領域的関連があれば外交的保護の対象にしようと主張した。

「合法的かつ常住的に居住する」の要件については、北欧諸国が難民条約の「合法的に滞在する」の文言に修正するよう主張したのに対し、ウズベキスタンが「合法的かつ永住的に（permanently）居住する」に修正するよう要求した。パナマは家族の紐帯や職業活動などの真正の連関もさるる要件として必要であるとの認識を示した。また、国籍継続原則の準用については、ベルギー及び北欧諸国が削除を要求した。北欧諸国は、この基準が過度に高い敷居であり、保護を要する多くの事例で、難民は保護国に入国する前に被害を受けているとコメントした。*Ibid.*, 2006, vol.2, part 2, p.45.

- 93) 特別報告者 Dugard は、「常住的」居住の要件を維持し、難民の定義の論点の判断を ILC に委ねた。Dugard, Seventh report, p.15, paras.50-51. 審議では、再び Escarameria が難民の脆弱な状況を理由に「常住的」の削除を主張した。*YILC*, 2006, vol.1, p.22, para.22. 他方で、こうした主張に反対する見解も多かった。例えば、Kolodkin, *ibid.*, p.28, para.48. 難民の定義について、難民条約または国際法上の難民のそれに従うべきとの見解も示された。例えば、Xue, *ibid.*, p.33, para.49; Daoudi, *ibid.*, p.41, para.109. 国際的に承認された難民の概念は、難民条約及び難民議定書上のそれよりも広いことを指摘する見解もあった。Mansfield, *ibid.*, p.38, para.94.

- 94) *YILC*, 2006, vol.2, part 2, p.25. 起草委員会議長（Kolodkin）は、第一読草案の定式を維持し、漸進的発達としての性格から、より高い敷居の方が賢明であると述べた。ただし、難民の定義については、2 項に「国際的に受け入れられた基準に従って」の文言を追加することとし、それは難民条約及び難民議定書並びに地域的条約といった国際法の下での難民に限定されず、UNHCR の保護下にある者も含みうる広い基準であると説明した。*Ibid.*, vol.1, p.92, paras.38-41.

- 95) *Ibid.*, vol.2, part 2, p.35.

- 96) 拙稿「いわゆる国籍継続原則に関する考察（２・完）」立命館法学396号（2021年）（以下「考察（２・完）」）305頁参照。

- 97) 拙稿「判例における国籍継続原則」立命館法学393・394号（2020年）837頁。

- 98) 例えば、Politis の批判（拙稿「考察(1)」）379頁参照。

- 99) ただし、新たな国籍国から前の国籍国への請求は認められないとした。Dugard 案第9条、Dugard, First report, p.239.

- 100) 拙稿「考察 (2・完)」309頁。
- 101) Commentary to Art.5, paras.1, 4-5, 7 and 10, *YILC*, 2004, vol.2, part 2, p.31. なお、3項は、2項の例外規定に対する制限として、新たな国籍国に対して外交的保護を行使できないことを規定した。4項は請求提出日を終期とした1項への例外を規定している。
- 102) インターハンデル事件判決、*ICJ Reports 1959*, p.28.
- 103) *YILC*, 2004, vol.2, part 2, p.46.
- 104) 国内救済原則によって保護される被請求国の利益よりも関係する個人の利益を優先させているといえる。Amerasinghe, *Diplomatic Protection*, pp.69 and 149. なお、拙稿「裁判拒否と国内救済完了原則との関係」立命館法学356号 (2014年) (以下「国内救済」) 320頁参照。ILAの外交的保護に関する委員会は、不合理な手続の遅延の例外について、人権条約でも例外として規定され (自由権規約選択議定書第5条2項(b)、アフリカ人権憲章第56条5項など)、また、時間と金銭の負担を減らす個人の利益を考慮したものであると述べている。Final Report, p.365, para.52.
- 105) Commentary to Art.15, para.1, *YILC*, 2004, vol.2, part 2, p.47.
- 106) 例えば、Brownlie, *ibid.*, vol.1, 2002, p.7, para.23 and p.21, para.25. 拙稿「国内救済」310頁。
- 107) Commentary to Art.15, paras.7-10, *YILC*, 2004, vol.2, part 2, p.48. ILCによれば、この状況では実効的な救済を提供する国内救済手段が存在しうるので、無益性の例外ではカバーできないという。
- 108) Commentary to Art.15, para.11, *ibid.*, p.49. 本項の例外は無益性の例外の一種とみることも可能である。なお、本項については、拙稿「国内救済」341頁注(66)参照。
- 109) 本項の基になったのは ILA の外交的保護に関する委員会の議論であり、同委員会は、無益性の例外の中に事実的理由によるものを認め、救済を完了しなければならない国での、他の国の国民に対する「敵意の一般的雰囲気」による原告への身体的危険の例を挙げた。こうした例外は人権法の分野で発達したものであるが、外交的保護に移植可能であるという。Final Report, p.365, para.53.
- なお、Amerasinghe は、ILC 条文が被害者の困窮の状況を十分に考慮しなかったことに批判的である。Amerasinghe, *Diplomatic Protection*, pp.161 and 332. 米州人権裁判所は、米州条約上の権利を保護するため弁護士を必要とし、無資力によりそれが妨げられる場合、経済的地位による差別及び公平な裁判を受ける権利の侵害として、国内救済を完了することを免除されるという (法律家社会における一般化された恐怖により弁護が得られない場合も救済原則の例外に該当するとしている)。国内救済完了への例外に関する勧告的意見、Advisory Opinion OC-11/90 (1990), *Series A*, No.11, paras.22-32. 自由権規約委員会は、法律扶助なしの憲法裁判所への訴願が利用可能かつ実効的救済ではないとした。Currie v. Jamaica, CCPR/C/50/D/377/1989 (1994), paras.6 and 10. 条文第15条(d)のコメントリーは高額な訴訟費用を例示に含めており、こうした状況が考慮される余地はある。
- 110) 広い意味の無益性の例外に関しては、人権条約でも、米州人権条約第46条2項や拷問禁止条約第21条1項(c)のように、個人申立の前提として要求される国内救済完了の例外に

ついて、具体的に規定するものがある。また、人権条約実施機関への申立または提訴の文脈での国内救済完了の例外は、それらの先例において具体的に解釈がなされており、外交的保護に参照可能なものもあると指摘されていた。J. Kokott, Interim Report on “The Exhaustion of Local Remedies”, ILA, *Report of Seventieth Conference* (2002), p.621. ILC は、条文第15条(a)の定式化に関して、いくつかの定式の中で、欧州人権委員会で用いられた「国内救済が成功のいかなる合理的な見込みも提供しない」という、個人にもっとも有利な定式は、寛大過ぎるとして採用しなかった。Commentary to Article 15, paras.2-3, *YILC*, 2004, vol.2, part 2, p.47. この定式では、実効的救済を得られる蓋然性の程度が現在の定式よりも低いもので十分になる。さらに、人権条約実施機関での例外についての発展（例えば行政実行の所在）を ILC 条文が外交的保護の文脈における例外の定式化に反映させることはなかった。Cf. C.F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 2nd ed. (2004), p.337.

条文第15条(e)の被請求国による国内救済完了原則の放棄の例外に関連して、人権裁判所では、国際法の原則として国は同原則を放棄でき、訴訟手続に前置される人権委員会の手続での国内救済未完了の抗弁の提起によって、訴訟での抗弁提出を禁じられるとしている。欧州人権裁判所の *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium* (Merits, 1971), *ECHR Series A*, no.12, paras.43-59; *Foti v. Italy* (1982), *ibid.*, no.56, paras.46-49; 米州人権裁判所の *Castillo Petruzzi v. Peru* (Preliminary Objections, 1998), *Series C*, No.41, para.56. この法理の外交的保護への移植は難しい。Cf. Flauss, *op.cit.*, p.35. ILA の Kokott も、欧州人権裁判所規則47のような指針がないとの理由で同様の見解であった。Kokott, *op.cit.*, p. 627. ただし、ILA の決議では、定められた期限までに抗弁が提起されなかった場合に抗弁は禁じられるとしている。Exhaustion of local remedies, para.6.1, Resolution No.5/2006.

- 111) Tomka (注(49))やオーストリア(注(55))のコメントが指摘するように、一方で実効的国籍原則を否定し、他方で同原則を導入しているのは一貫していないようにみえる(判例の扱いも同様であり、ノッテボーム事件の射程を限定しつつ、それに依拠した Mergé 事件の立場は採用した)。ILC 条文は、基本的に国が付与した法的関係としての国籍を尊重し、実効的国籍の概念に表現される、国と個人の事実の結びつきについては、それが外交的保護の制限として機能している場合には除外または制限し（単一国籍者及び重国籍者の国籍国から第三国への請求）、他方で、個人の保護の範囲を拡大するためには事実の結びつきに依拠した（重国籍者の国籍国間の請求。無国籍者及び難民の場合の常住的居住要件も同様に考えられる）といえよう。