

外交的保護と個人の地位（3）

——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408号）

III その後の展開と考察

（III 4 まで本号）

結論に代えて

II ILC 外交的保護条文の作業

8. 小 括

(1) 本章では、国連国際法委員会（以下 ILC）の外交的保護条文とその作業を概観してきた。ILC 条文は、外交的保護が「擬制」であること、そしてその擬制が国籍継続原則などの外交的保護の諸規則と矛盾していることを認めた。外交的保護の観念が形成された時代にはなかった、国際人権法や投資保護のような国際法の発展に留意して、個人が国際法上、権利の主体であることを認めた。特に国際法上の人権を外交的保護に結びつける姿勢が顕著であった。もっとも、条文は、外交的保護を時代遅れとするのではなく、個人の権利の侵害に対する救済手段が不十分であることを理由に、外交的保護が個人の権利の保護のための手段としてなお重要であると

* ゆやま・ともゆき 立命館大学法学部教授

特徴づけた。

また、ILC は、外交的保護が国家の権利であり、国籍国がその行使について裁量を有することは慣習法の確立された制度であるとして、伝統的観念を維持した。条文第19条において、非拘束的な文言で、国籍国は、特に重大な侵害の場合に請求提起の可能性を検討すべきであること、及び請求の内容について被害者の見解を考慮すべきであることが推奨されたにとどまり、漸進的発達としても、外交的保護の裁量を制約する規定を起草しなかった。ILC は、一定の実行が存在することは認めたが、慣習法はおろか漸進的発達としても不十分であるとの立場をとった。

そして、外交的保護において国籍国が主張する実体的権利が国自身のものか対象となる国民の権利であるかはオープンなままにするとした。第一読草案第1条の定式からも、国民の訴えを取り上げることが国家の「自身の権利において」であるとの文言は削除された。Bennouna の問題提起を端緒として、ILC において、また政府のコメントにおいて、個人の権利が援用されているとの見解が一定存在した結果であると考えられる。また、外交的保護として個人の権利の援用を認めたラグラン事件及びアベナ事件の両判決の影響も考えられる。もともと、外交的保護は手続的規則、いわゆる二次規則に属するもので、その範囲で法典化の作業を行うこととされたので、援用される実体的権利に言及することは一次規則の領域に踏み込むとの考慮があったと思われる¹⁾。

いずれにせよ、外交的保護において援用される権利が国家の実体的権利であることを明確にしなかったことは、伝統的な外交的保護の観念からの重要な変化であると考えられる。さらに、前述したように、ILC は、外交的保護が国際人権の保護の手段であることも述べており、実質的には、個人の实体的権利も援用されうることが承認したということもできる。

強行規範の重大な違反の場合に外交的保護を国籍国の義務とし、その行使の拒否の決定の司法審査を規定する義務があるとの Dugard の提案は、外交的保護の国家の裁量権を制約する革新的な試みであったが、実定法に

支持されないなどの理由から反対する意見が多数であり、提案は撤回された。その後もイタリア政府が同様の提案を行ったが、取り上げられることはなかった。他方で、その議論の中で、外交的保護と国家責任条文の強行規範の重大な違反との関係や、外交的保護の決定の司法審査の可能性など、興味深い議論がなされた。撤回されたものの、Dugard の提案は、特に被害が重大である場合に外交的保護を行使する可能性を考慮すべきであることを推奨する第19条(a)の採択に影響を及ぼしたと考えられる。

国籍国が外交的保護の行使の結果得た金銭賠償を被害者に移転する義務があるかどうかについては、条文草案は第19条(c)で非拘束的な文言の条文を置くにとどまった。委員の間では移転を義務とすることに一定の支持があったものの、賠償金の使途に関する国の裁量を制約することはしなかった。ILC は、一定の実行の存在を認めたものの、それは確立した実行とはなっておらず、法的信念も伴っていないとした。公共政策、衡平及び人権の尊重に基づいて、金銭賠償の移転を推奨するとするにとどまった。

外交的保護の具体的規則、特に国籍については、個人の救済される範囲を拡大しようとする傾向が顕著である。ノッテボーム事件が判示した、単一国籍者への実効的国籍原則の適用に関しては、それは当該事件の事案に限定されるとして、一般原則であることを否定した。その理由として、この原則の適用の結果、救済されない個人が生じることを避けることが強調された²⁾。重国籍者の一の国籍国からの他の国籍国への外交的保護を、前者の国籍の優越性を条件に認めた条文第7条は、ILC は現在の判例法の再叙述として説明するが、Dugard は、自国に対しても主張しうる国際人権の発展を理由に挙げており、個人が救済されない結果を減少させる意図があったと考えられる。この点は、逆に重国籍者の一の国籍国から第三国への請求について、実効的国籍を要求しない条文第6条についても、同様であろう。国籍継続原則についても、請求と無関係な理由による国籍変更の場合に新国籍国による外交的保護を認めたが、この規則の厳格な適用によって個人が救済されない結果となることを避けるためであった³⁾。

さらに、ILC は、漸進的発達として、無国籍者及び難民が常住的に居住する国による「外交的保護」を認めた。国籍を前提とした外交的保護の法において、保護の対象とされてこなかった者に保護を拡大しようとする動機が背後にある。国籍の紐帯を前提としない、個人の損害の国家責任の追及を認めたことは、外交的保護の概念を大きく変える契機となりうる。

(2) 外交的保護条文は、法典化の範囲をいわゆる二次規則に限定した⁴⁾。既存の慣習法から逸脱する規則を採用する際に、新たに拡大された外交的保護において、どのような実体的権利が援用されるかという、実体的規則(いわゆる一次規則)の問題が考慮されることはほとんどなかった。手続的権利を承認しても、その根拠となる実体的権利が存在しないのであれば意味がないであろう。実体的権利を考慮することなく外交的保護を検討したことは問題であったと考えられる。

例えば、国籍継続原則の緩和は、被害の後に国籍を変更した者のために新国籍国が外交的保護を行使することを認めた(条文第5条2項)。しかし、この新国籍国がどのような実体的権利を援用できるのかは明確ではない。外交的保護の対象者は被害の時点では請求国の国民ではなかったので、Vattel 的擬制に従えば、当該新国籍国の実体的権利は侵害されていない。請求国と被請求国の紛争にとっては第三国である、被害発生時の国籍国の権利を代わって援用するか、行使の対象となる者の国際人権を援用することになる⁵⁾。

重国籍者の国籍国間での外交的保護でも同様の問題が生じる可能性がある。優越的国籍を有する国籍国が他方の国籍国に対して、外交的保護という手続的権利が行使できることが承認されたにとどまる。実体的にも国際違法行為が存在するといえるかは明確ではない。Dugard は、イラン・米国請求権裁判所のA/18号事件決定(1984年)を引用して、他方の国の国籍の存在は本案で考慮されると述べた⁶⁾。しかし、被請求国も重国籍者を自国民と認める権利を保持しており、伝統的な国家責任法の下では、国は自国民の待遇に責任を負わないとされてきた⁷⁾。本案で援用される実体的規

則には不明確さが残る。そして、こうした不明確により、優越的な国籍国から他方の国籍国に対する外交的保護において、対象となる重国籍者の人権の侵害を援用することが促されることが考えられる。

無国籍者及び難民の外交的保護の導入についても、そこで援用される実体的権利の議論が不可避であった。しかし、ILC はこの場合に適用される一次規則の内容を考慮しなかった。伝統的国家責任法は、在外自国民の待遇、すなわち人身及び財産の保護に関する法であって、難民及び無国籍者の外交的保護を行使できる国は、援用する実体的権利を持っていない。難民の損害によってその権利を侵害されるのは国籍国のみであって、居住国は自国民の待遇に関する権利を侵害されていない。無国籍者の損害については、いかなる国もその権利を侵害されていない。無国籍者及び難民の居住国の外交的保護の権利の創設が、当該国に実体的な権利を創設することを含意するわけではない。ILC の審議において一部の委員が指摘したように、難民や無国籍者の外交的保護は、その者の人権の保護を求める主張にならざるをえない⁸⁾。いわば人権条約の国家通報や国家間申立て（訴訟）の制度に類似したものになる⁹⁾。

ILC は、外交的保護に関する総論部分において、外交的保護において国が援用する権利が国家の権利であるか個人の権利であるかをオープンのままにしたが、上に検討したように、国籍に関して採択された諸規則は、外交的保護を行使する国が被害者である個人の人権を援用することを含意すると考えられる。ILC は、外交的保護の観念を個人の保護の手段と位置づける姿勢を強調したが、この姿勢は特に国籍に関する外交的保護の諸規則に表れているといえよう。

Ⅲ その後の展開と考察

1. 外交的保護の性格

(1) 外交的保護の国家の権利性については、第Ⅰ章でみたように、種々

の説明がなされる¹⁰⁾一方で、これを疑問視する見解があった。例えば、Scelle や Politis が唱えた、外交的保護は個人の救済を目的とする国家の職能とみるべきであるとの説である。

外交的保護は実質的には国民個人の救済をはかるもので、国家の間接損害の観念は「擬制」であると主張される。具体的に、外交的保護の法を構成する諸規則、すなわち国内救済完了原則、国籍継続原則及び国に支払われる金銭賠償の範囲を個人の損害を基準として算定する規則は、国家の権利性と両立しないことが指摘されてきた。

さらに、国際人権法の発展によって、個人が国際法上の権利を保持し、国籍国から独立した法的地位を認められたことの影響が主張される。そのことは、外交的保護において、国家がそれとは異なる主体である個人のために請求をしていることになって、その擬制としての性格をさらに強めるとの指摘である。

前章でみたように、ILC 条文は、外交的保護が国家の権利であるとの観念が法的擬制であることを認めた上で、一定の問題を有するものの、個人の保護のための手段として有用であるとして肯定した。ILC は、個人が国際人権を享受するものの、その救済手段に限界があることを指摘した。

(2) たしかに、外交的保護の諸規則は、国民の損害をもって国家の被害とみなす外交的保護の観念と両立しない。国内救済完了原則は、国民が損害を受けて国籍国の権利が侵害されても、被害者たる国民が国内救済を完了するまでは、外交的保護の行使を認めない。国籍継続原則も、損害を受けた個人が損害の後に他国に国籍を変更した場合、損害時の国籍国の外交的保護行使を認めない。外交的保護の観念に従えば、国民の損害が発生すれば国籍国の責任追及の権利が直ちに発生するはずである。国家が受けたとされる損害に対する金銭賠償が、被害者個人が受けた損害をもって算定される原則も、国家と個人を区別する見方からは、国家は損害を受けていないことになり、国家の被害を対象とする外交的保護の観念とは調和しな

い。

これらの規則は、実質的には国民個人の損害を国家のそれとは区別している。従来は国際法主体性を持たず、法的には不可視の存在であったはずの個人を、実質的には外交的保護の受益者として識別するものであって、外交的保護の観念を「擬制」とするものである¹¹⁾。伝統的な外交的保護の法自体が理論的非一貫性を内包しているといえる。

さらに、前述したように、個人が国際法上人権を付与され、権利の保持者¹²⁾として法的にも可視化された現代国際法において、外交的保護の観念の擬制としての性格は一層強調されることになる。関連して次の二点が指摘できる。第一に、国際人権法は、個人に対して人権という実体的な権利を付与し、それは国籍国にも主張できる。ゆえに、個人が法的に国家から区別された地位を有することから、外交的保護の観念の人工的作為的性格がさらに強調される¹³⁾。

第二に、国際人権法は、人権の侵害に対して効果的な救済を受ける権利という、いわば責任追及の権利も保障している。条約によっては国際的手続を援用する権利も付与される。それらは国籍国による外交的保護が不要であるという（正確ではない）認識を強化する¹⁴⁾。

これと関連するのが、伝統的国際法において個人は法主体ではなく、その救済のために本国の外交的保護に頼らなくてはならなかったという命題である。個人が人権を有しその侵害に救済を受ける権利を行使できるならば、外交的保護は不要であるとの帰結が導かれることになる。

しかし、こうした人権法の影響を指摘する見解に対して、人権と外交的保護は規則としては異なるもので、人権法において個人が権利の主体であることが、当然に外交的保護の規則においても個人が国籍国と別個の人格であることを意味しない。また、人権の侵害に被害者個人が責任を追及する権利を付与されていることは、重要な国際法の発展であるものの、Dugard 及び ILC が指摘するように、現実には人権保護のための手続的保障は十分なものではない。国家を拘束する手続は、欧州人権条約など、

地域の次元でしか確保されておらず、普遍的な条約の個人申立制度の結果は当事国を法的には拘束しない。外交的保護がなお個人の保護のための有効な手段であるとの主張には一定の説得力がある。

(3) 人権法の影響は別としても、外交的保護において、真の受益者が個人であることは承認されなければならないであろう。外交的保護の法は矛盾を内包し、その基礎となる観念は擬制であることは明らかである。

しかし、伝統的な国際法の構造からみれば、外交的保護の国家の権利性は否定しえない。外交的保護の権利が確立した時代には、国際法が国家間の法であり、国家のみが国際法主体であった。また、国家は国民を包含する概念であり、個人は国際法の主体ではなく国家の権利義務の客体にとどまり、個人と国家の関係は国内法の事項であるとされた。外交的保護の国家の権利性は当然の帰結であった。

国民の損害を国家の間接損害とする外交的保護の観念が擬制であること、及びその規則との間に矛盾があることが、直ちに外交的保護の制度を廃棄または変更するわけではない。国際法の立法者としての国家が変更または廃止するまでは、実定法としての外交的保護の制度はなお有効である。国家の権利性及び請求の提起に関する国家の裁量も維持されている。

他方で、既存の外交的保護の諸規則の解釈において、個人が実質的な受益者であることを考慮した解釈を発展させる余地はあろう。Orrego Vicuña は、外交的保護が有する諸問題がその制度を変更するにはいわず、また廃止することも合理的でないとしつつ、外交的保護において個人の利益を優越的なものとすることを主張した¹⁵⁾。解釈論の次元で外交的保護を個人の観点から再構成する試みである。

同様に、ILC において Gaja は、国際法における個人の地位の承認が、外交的保護の行使や請求の内容に対する被害者の同意の要件や被害者の金銭賠償に対する権利を帰結しうとの議論を提起していた¹⁶⁾。それが元となって、ILC の外交的保護条文は個人の利益を考慮した一定の漸進的発達の規則（非拘束的文言であるが）を定式化した。それらがこの分野の国際

法の発展を促すことになるかを注視する必要がある。

2. 外交的保護において援用される実体的権利及び個人の権利と国家の権利との関係

(1) 外交的保護において国籍国によって援用される権利について、第Ⅰ章で参照した様々な見解は、国際法上の個人の实体的権利を措定した上で、当該権利が外交的保護において援用されていると主張した。García Amador や1961年の Harvard Law School 草案は、外交的保護において保護されるのは個人の権利であって、個人は国の外交的保護とは別に請求権を行使しうると主張した¹⁷⁾。Perrin らの混合理論によっても、個人の権利（それが国際法上の権利か国内法上の権利かは論者によって異なる）を認めた上で、外国人に対する国際違法行為は個人と国家の両者の権利を侵害し、外交的保護において国籍国は自身の権利と個人の権利の両方を援用すると主張された¹⁸⁾。

個人の権利と国家の権利の関係について、García Amador は、国籍国は原則として個人の権利を代理として行使する（外国人の被害が重大である場合や繰り返される場合は国籍国は自身の権利も主張できる）と主張し、混合理論も、個人の権利の援用に関しては国籍国は個人の代理であると主張した。Orrego Vicuña も、外交的保護において主張されるのは個人の権利であって、国籍国は国家の代理人であるとした¹⁹⁾。

個人の権利と国家の権利の優劣関係について、García Amador や Orrego Vicuña は、個人の援用する手続に対して外交的保護は残余的であり、そのような手続が存在する場合は外交的保護が排除されるとの見解であった（ただし、Orrego Vicuña は個人の援用した手続の結果を受入国が履行しない場合などは例外であるとした）。García Amador は、個人が受入国との合意により国の外交的保護を放棄すること（いわゆるカルボ条項）も認めていた。

他方で、1961年の Harvard Law School 草案は、国の請求が個人の請求

に優先するとの立場であり、国の権利の行使によって個人の請求は停止され、国籍国が被請求国と合意した請求の放棄や部分的解決に個人は拘束される（逆に、国民が請求を放棄、妥協または解決した場合は、国は請求を提起できない）とした。混合理論も、個人の権利を援用する国籍国の解決は個人を拘束するとした。

(2) ILC においても、Bennouna は国籍国が国民の権利を主張しているとの見解を表明し、Dugard も同様の示唆をした。イタリア政府は、国は自身と国民の両方の権利を主張しているとコメントした。Lukashuk や Pellet のように、個人の権利を認めた上で、国家は代理として請求しているとの見解もあった。

条文第 1 条の外交的保護の定義は、誰の実体的権利が援用されているかを明確にせず、コメンタリーではこの問題はオープンのままにするとした。これは、外交的保護条文の射程をいわゆる二次規則に限定したことの影響もあると考えられる。外交的保護は手続的権利であって、実体の問題に関わらないという見方である。他方で、ILC は、外交的保護を外国人の権利、特に人権の侵害に対する救済手段と位置づけたことから、人権の援用ができると考えていたことが推測される。なお、Dugard は、外交的保護が国家の権利であることを理由に、個人の権利行使によって前者の行使が妨げられるものではないとの見解を示していた。

(3) 伝統的国際法においては、外交的保護において援用される実体的権利は国家の権利であった。国民は国家の一部であって、国家の権利義務の客体であった。外交的保護の基礎は、他国による国民の損害を通じた国籍国の対人主権または人的管轄権の侵害であり、自国民が受入国から国際法が要求する待遇を受ける国籍国の権利の侵害である²⁰⁾。マブロマチス事件判決も、外交的保護が国家の「固有の権利」であって、国家「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」と表現した。

同様に、伝統的国際法においては、個人の国際法主体性は認められておらず、個人は国際法上の権利を持っていなかったので、外交的保護で援用

される実体的権利が個人の権利であるとはいえない。国家が個人の国際法上の権利を代理のような形で主張しているとの主張も実定法の裏付けを欠く²¹⁾。

外交的保護によって援用されるのが個人の国内法上の権利とする立場もある。たしかに、これは伝統的国際法が外交的保護に関して個人に権利を付与していないことと両立し、また、Bennouna が指摘するような、国家の請求内容が多くの場合に国内法上の権利を範型としてきた歴史にも符合する。しかし、この「国際法によって認識された国内法上の権利」があるに等しい立場は、前述した外交的保護の理解には適合しない。また、国家責任法の一部として、外交的保護は国際義務違反が発生することを要件とする国際法上の権利であり、付与される救済の内容も国際法が決定する。国際違法行為によって国内法上の権利が発生するか否か、どのような権利が発生するかは国内法に委ねられ、国際法と一致するとは限らない。外交的保護の請求内容は国際法によって決定されるものである。

外交的保護の法は従来のものであって、特に変更は加えられていない。それが国家の権利であって、援用される実体的権利も国に属する。一般国際法上、個人の国際法上の請求権は存在しない。国家の請求は個人の「代理」であるとの主張も、個人が国際的権利の主体であってはじめて「代理」を語ることができるものである。また、個人の国際法上の権利は存在しないので、国の外交的保護の権利との優劣関係も問題にはならない。

(4) しかし、現代国際法は、国際人権法の発展によって、個人の国際的な実体的権利を承認した。外交的保護は手続的には国家の権利であっても、実体において個人に属する国際的権利を援用することができるかどうか、もし援用することができる場合に、そのことによって外交的保護の国の権利を変質させるかどうかを検討する必要がある。

前述した、「自国民の人身において国際法を尊重させる権利」のマブロマチス公式は、国民の実体的権利の侵害に基づく外交的保護を排除しない定式となっている²²⁾。また、ILC も、外交的保護において援用できる権

利の問題をオープンのままにした。ゆえに、外交的保護において個人の権利を援用することは否定されていない。人権条約において、当事国が他の当事国の人権侵害を申し立てる国家通報及び国家間申立（訴訟）制度があることも参考になる。

ILC の議論では、イタリア政府のコメントが、国籍国が国民の権利を援用できることを主張し、その根拠として、国際司法裁判所のラグラン事件判決及びアベナ事件判決（第 I 章参照）を参照した。両事件では、外交的保護として、国が国民の権利の侵害を援用できることが判示された²³⁾。

もっとも、両事件で問題となった、領事関係条約の下で締約国の国民が有する権利は、締約国自身の権利と、一方の権利の侵害が他方の権利の侵害を伴う相互依存関係にあった。さらに、アベナ事件では、国の権利の侵害があることを理由に国内救済完了原則の適用可能性が否定された。換言すれば、外交的保護ではなく、国家の直接請求の側面が重視された。ゆえに、外交的保護において国民の固有の権利を援用できるとの判示は、必ずしも一貫していたわけではなく、不明確な部分を残した。外交的保護の転換があったと結論づけるには決定的ではないように思われる。

(5) この問題については、ILC 条文の採択後に大きな進展があった。国際司法裁判所のディアロ事件である。同事件先決的抗弁判決（2007年）では、ギニアによる国民ディアロのための請求に対して、コンゴ民主共和国が国内救済未完了の抗弁を提起した。裁判所は、これに関連して、慣習法を反映したものとして外交的保護条文第 1 条を引用した上で、「当初は外国人の待遇の最低基準の主張された違反に限定されていた、外交的保護の事項的適用範囲は、人に承認された権利の分野における、この数十年の間の国際法の実体的な発展により、後にとりわけ国際的に保障された人権を含むように拡大された」と判示した。判決は、外交的保護が個人の権利、特に人権の侵害を対象とすることを認めた²⁴⁾。

さらに、同事件本案判決（2010年）は、この人権侵害に関する外交的保護の請求に対して、コンゴ民主共和国によるディアロの追放が自由権規約

第13条及びアフリカ人権憲章第12条4項、逮捕及び拘禁が自由権規約第9条1項及び2項並びにアフリカ人権憲章第6条に違反したことなどを認定した²⁵⁾。

本件では、訴訟当事国によって、外交的保護の枠組みの中で個人の人權の侵害が申し立てられ、裁判所が請求を外交的保護と位置づけた上で、人權の援用を認めその侵害を認定した。このことの意義は大きいといえよう。

3. 個人の権利を援用する外交的保護の特徴

(1) このように、外交的保護において国籍国が個人の国際法上の権利を援用できるとなると、この場合の外交的保護は、伝統的なそれとは性質を異にすると考えられる。

被請求国による行為が国民に損害を与え、国籍国の自国民の待遇に関する実体的権利を侵害するだけでなく、被害者個人の国際法上の人權をも侵害する場合、国籍国は外交的保護において、自身の実体的権利の侵害のみ、国民の国際人權の侵害のみ、または同時に両者を援用することができる。

外交的保護において国籍国が自国民の国際法上の人權を援用する場合、国際法が個人に付与した人權、すなわち他の法主体である国民個人が所有する権利を援用している。外交的保護自体がいわば手続的権利（二次規則上の権利）であるが、自国民の国際人權を援用する外交的保護は、国の実体的権利に裏付けられていない、純粹な手続的権利となる。それは、国民の権利の実現の単なる手段である。

この場合において、国籍国は、自身の権利ではなく、他者（国民）の権利を主張するのであるから、いわばその者の代理として行動していることになる。被害者が被請求国に有する、人權侵害に対する効果的な救済を受ける権利を、国籍国が国籍の紐帯を根拠に被害者を代理して行使していることになる²⁶⁾。

国籍国は、被害者たる国民の代理人に類似する立場に立つから、代理に関する法の一般原則に従って、請求を誠実に行使する義務を本人（被害者個人）に対して負うことになる。信託における受託者の義務と同様の信託義務であり、代理人は、自己の利益ではなく本人の利益のために、本人の利益を優先して行動しなければならない。厳密な意味での代理とはいえないとしても、他人の事務をその者の利益のために処理する関係にある²⁷⁾。国籍国は、国民の利益のために外交的保護を行使しなければならない、自身の国益のために行動することは差し控えなければならないことになる²⁸⁾。

(2) 国民の国際的権利を援用する外交的保護のこうした性格が、この場合の外交的保護の国家の権利性に一定の変更を加えると考えられる。

第一に、外交的保護において個人の権利を援用する場合、他者の権利を行使するのであるから、被害者の同意を得て、その意向に沿って行使しなければならないことになる。前述したように、ILC 条文第19条(b)で、請求の提起及び内容（賠償の形式）に関して被害者の見解を考慮すべきことが勧告されたが、個人の権利を援用する外交的保護においては、そのことは義務であると考えられる。

国家の実体的権利に基づく請求においては、伝統的な外交的保護の法は被害者個人の同意を要求していない（被害者の意向に反して行使することもできる）が、人権に基づく請求においては、被害者個人の権利を代理して行使するのであるから、その権利者たる個人の意向に従って行使されなければならない。国籍国が請求する救済の内容についても、国民の人権侵害に基づく場合は当該国民の意向を尊重しなければならないであろう。請求内容に関しても、人権侵害の救済として適当なものでなければならない（例えばハビリテーションを含めるなど）との制約がありうる。請求内容に関する国の裁量は制限されることになる²⁹⁾。

第二に、被害者である個人が人権侵害について被請求国から救済を得た場合、または人権に基づく請求を放棄する場合（あまり想定しがたいが）、本国は当該人権に基づく請求をすることはできない（被請求国によって正当

に拒否される)、または裁判所に係属する場合、当該請求は受理不能と宣言されると考えられる。援用される権利侵害が存在しなくなったからである³⁰⁾。

第三に、逆に、被害者たる国民の人権を援用する外交的保護において、提起された請求の国籍国による放棄または妥協による解決は、被害者本人の同意がない限り、被害者の人権侵害に基づく請求権を放棄し消滅させることはできない。

通常の外交的保護であれば、国家の権利性の帰結として、国籍国は、被請求国との合意で請求を放棄することや部分的な救済で妥協することができた。そのことは、外交的保護が国家自身の実体的権利に基づく限り可能なことであって、個人の国際的権利を援用する場合は異なる。

国民の人権侵害を援用した請求においては、国籍国の放棄によって、国民が被請求国に対して保持する請求権（人権の侵害に対して効果的救済を求める権利）を消滅させることはできない。他の主体に属する権利を放棄することはできないからである。それは国際法が創設した権利であって、国内法上の権利ではないので、国が一方的に創設し消滅させることはできない³¹⁾。一般的にまたは特定の国際人権について制限が認められていれば、その制限に該当する範囲内で放棄することはできるが、原則として国家が一方的に処分することはできないであろう。

ゆえに、国籍国が自身の実体的権利に基づく請求を放棄したとしても、個人の権利は存続することになる。被請求国と部分的な賠償支払いの合意によって国家間の紛争を解決したとしても、被害者がそれに同意しない限り、償われなかった残余の部分の、人権に基づく被請求国に対する請求権は引き続き有効であると考えられる。

第四に、国籍国が被害者の人権を援用した外交的保護の行使によって金銭賠償を得た場合、この賠償金は当該国民に移転されなければならない。この場合、賠償の用途についての国家の裁量は制限される。人権侵害を援用する外交的保護において、国は被害者の代理であり、代理として行った

請求から利得することは許されない。この場合の外交的保護は、人権侵害の救済の手段であり、援用されているのは被害者が有する人権侵害からの救済を受ける権利である。得られた金銭賠償を国籍国が保持して当該国民に移転しないことは、救済を妨げるもので、それ自体人権侵害を構成する。国籍国は受け取った金銭賠償を被害者に移転する義務を負う³²⁾。請求国が賠償金から費用を控除することも適当ではないであろう。

(3) これまで被害者の人権を援用した外交的保護の特質を論じてきたが、他方で、外交的保護において人権を援用することが、その国家の権利性及び請求提起に関する裁量まで変更するものとは考えられない(ただし、デュープロセスの保障や裁判を受ける権利による一定の制約はありうる。後述)。

第一に、実体的権利として国民の国際的権利を援用した場合でも、外交的保護が国家の権利であることに変わりはない。

第二に、請求の提起の裁量に関して、外交的保護において国民の人権の援用が認められることが、外交的保護の行使を権利から義務に変換するわけではない。人権を援用する場合でも、外交的保護は国家の有する手続的権利であることは変わらず、国が請求提起の裁量を保持している。

第三に、被害者個人が自身の権利を主張できる国際的手続が存在する場合、または被害者が当該手続を実際に援用している場合においても、国家の外交的保護の行使は妨げられないと考えられる。

この論点については、前述したように、何人かの論者によって国民の請求が国家のそれに優越するとの主張がなされてきた。しかし、Dugard が指摘したように、個人の国際的手続の援用の存在及びその実際の援用は、国の外交的保護行使の裁量を制限しないであろう³³⁾。

外交的保護は慣習法上の国家の権利であること(そのことは変更されていない)から、投資紛争解決条約第27条1項のような、私人が援用可能な国際的手続が進行している間の外交的保護の行使を明示的に排除する条約の規定がある場合に限り制限される。その種の規則がなければ行使を妨げられないと考えられる³⁴⁾。

人権条約において、当事国国民の人権侵害に関して国の外交的保護の行使を排除する規定、あるいは個人による手続の援用の間の保護の行使を排除する規定は存在しない³⁵⁾。個人が援用しうる手続が被請求国を法的に拘束しない場合（個人通報制度など）、外交的保護を制限する必要性は乏しい。さらに、実施機関の判断が十分に侵害を救済するものではない場合や、被請求国が実施機関の判断を履行しない場合は、特に外交的保護の有用性が認められる³⁶⁾。人権条約が国家間の紛争解決条項を有し、実際にそれを援用した国家間の訴訟事件も存在する³⁷⁾。

もっとも、人権条約の実施機関が個人の人権侵害について、侵害の有無、救済の付与などに関して有権的に認定を行った場合は、外交的保護の人権を援用した請求も当該認定に拘束されると考えられる。

逆に、国による外交的保護の行使が、個人による国際的手続の援用を妨げるものではないと考えられる。外交的保護条文第16条は、国による外交的保護が、国民による人権条約の下での手続などの援用を妨げるものではないことを明示的に確認している³⁸⁾。

このように、国の外交的保護の行使と個人の人権条約上の手続は、原則として相互に排除するものではなく、パラレルな援用が可能である³⁹⁾。

第四に、国民の国際人権の侵害を援用する請求が（国内救済が完了されて国が請求を提起した後に）当該国民によって放棄された場合または妥協によって解決された場合でも、理論的には、人権侵害と同一の損害に起因する、国自身の実体的権利の侵害を根拠とする外交的保護の行使は妨げられない。国民の請求が満足を得た場合でも同様である（ただし、実際には国の請求の内容は限定される）⁴⁰⁾。

(4) ここまでは、被害者の国際的権利の侵害を援用する外交的保護について、国自身の実体的権利を援用するそれと区別して、特徴を考察してきた。

しかし、理論的に区別が可能であっても、実質的には被請求国の同一の行為による同一の損害を対象としている。国籍国が同一の損害について自

身の権利と国民の人権の両者を主張している場合、擬制に過ぎない外交的保護の行使としての性格よりも、その実質的な受益者であって被害者である国民に属する権利の侵害の責任を追及する性格が優越すべきである。個人の権利を代理として請求している側面が優越すると考えるのが適切である⁴¹⁾。

また、同一の行為によって国家の実体的権利と国民の人権の両者が侵害されている場合に、請求国が自国民の人権侵害を援用せず、自身の権利である、外国人の待遇の最低基準の違反のみを援用している場合であっても、国民の権利の侵害の側面が優越するとみなすべきであろう。被害を受けた国民の立場からは、その人権侵害を国籍国が代理して行使していると観念されるものである。国自身の実体的権利が国民の人権と重複している限りでは、表面的に国家の権利のみを主張する場合でも、人権の側面が優越して、代理としての請求であると構成すべきではないかと考えられる。

特に、支払われた金銭賠償に関しても、国籍国が主張する法的根拠が何であれ、同時に在外自国民の待遇に関する国家自身の権利の侵害に対する賠償の性格を持つとしても、被害者との関係ではその人権の侵害への救済の性格が優越すべきである。被害者である国民が、それが自己の人権侵害に対する賠償であると主張して、移転を求める権利が認められよう。

そう考えたとしても、請求の提起に関する国の裁量が変わるわけではないが、人権侵害である部分に関しては、請求の提起及び請求内容に関して被害者の同意が必要であり、請求の放棄や妥協はできないものと考えられる。

(5) 被請求国の行為が国家の実体的権利、すなわち外国人の待遇に関する国際慣習法（国際最低基準）上の権利と、個人の国際人権の両方を侵害し、国籍国が外交的保護において両方の権利を援用する法的状況は、Perrin などの混合理論が主張した、国際違法行為が国籍国と国民の両方の権利を侵害し、外交的保護では両方の権利が主張されるという構成に類似したものになる。ただし、混合理論では、国が行った請求の解決に国民

も拘束されるとされていたが、人権に基づく請求では他の主体である国民の国際法上の権利をその同意なく処分できない点で異なる。

また、これは、外交的保護が人権条約の国家間申立て（訴訟）または国家通報と類似したものとなる。外交的保護が人権保護の手段と位置づけられることになる⁴²⁾。

外国人の待遇の国際最低基準は少なくとも人身の自由に関しては国際人権法の内容と重複するであろうから、結果として、多くの事例で、外交的保護は、国籍国が自身の権利と国民の権利の両方を主張する二重の性格を持つものとなりうる。

もっとも、現実には、外交的保護において国際人権の侵害のみを主張することが多いであろう⁴³⁾。その理由として、外国人の待遇に関する最低基準は、抽象的でその詳細な内容が明確ではない⁴⁴⁾のに対して、国際人権基準は、具体的な人権のリストが存在し、その内容も明確であり、国際人権に基づく主張の方がより説得力を持つことが挙げられる。

具体的には、外国人の待遇に関する基準は、米墨一般請求委員会の Neer 事件判決（1926年）が判示する「外国人の待遇が国際不法行為を構成するためには、非道（outrage）、悪意（bad faith）、義務の意図的懈怠、または、すべての合理的かつ公平な人間が容易に不十分さを承認する程度に国際基準を下回る政府の行動の不十分さに相当すべきである」⁴⁵⁾のように、抽象的な基準しかなく、先例の蓄積があるとはいえ、具体的事例において、「文明国」の国内法制度を参照しつつ、この基準を下回るか否かの判断がなされることになる。この Neer 事件が示すように、判例では、外国人の待遇は国際基準とされているものの、外交的保護の歴史を反映して、外国人に付与すべき待遇に関する国際標準主義・国内標準主義の議論から自由ではない。他方で、国際人権基準は、公正な裁判を受ける権利のように、より具体的に定式化され、なおかつ人権条約の実施機関の豊富な先例の蓄積によって内容が精緻化されている。国際・国内標準主義のような対立から自由である。

学説では、このような理由から、外国人の待遇に関する法は、その内容が国際人権基準を参照して決定され、それに置き換えられていくであろうと指摘される。また、内容の明確さに加えて、人権侵害として主張する方が人権を重視する国際世論に対して政治的に訴えるものがあることも、人権が援用される理由として挙げられている⁴⁶⁾。外交的保護において、自国民の人権の侵害を援用する傾向は強まるものと思われる。

他方で、外交的保護の対象であった、外国人の待遇に関する国際基準は完全に人権法と重複するわけではないことに注意が必要である。ゆえに、すべての面で国際人権法に取って代わられるわけではない。外国人の待遇に関する法には人権法が対応しないものがある。自由権の分野も多くは置き換えられるであろうが、外交的保護においてしばしば主張される「裁判拒否」の概念も公正な裁判を受ける権利によって完全に置き換えられるわけではない⁴⁷⁾。特に問題となるのは、財産権及び経済的自由権が、普遍的な国際人権として確立しているかどうかである。世界人権宣言に規定はあるが、国際人権規約には規定はない。一部の地域的人権条約（欧州人権条約第一議定書や米州人権条約）に規定があるのみである⁴⁸⁾。ILC の審議において、財産権が人権として承認されていないので、人権と外交的保護は一致しないとの指摘もなされていた⁴⁹⁾。人権侵害に該当しない外国人の被害に対する、国家の権利のみが援用される外交的保護はなお存在しうる。

ここまで国際慣習法上の外国人の待遇に関する規則について述べてきたが、外交的保護は、国民の損害を請求原因とする限り、二国間通商条約のような条約の規則の違反も援用可能である。領事関係条約の規定する領事面会権のような、条約が個人に権利を付与することを意図した規定を別として、条約違反を主張する外交的保護においても、実体的権利は国家に属し、個人は事実上の受益者であるにとどまる⁵⁰⁾。

国民の人権を援用する外交的保護の法的性格について先に示した考察は、国民の受けた損害が国民の人権の侵害を構成する場合に妥当するにとどまる。人権が完全に外国人の待遇に関する規則に置き換わるわけではな

い。また、外交的保護が国家の権利であって、そこで国家の実体的権利が援用可能であることも変更されていない。ゆえに、人権侵害に関する外交的保護の被害者の代理としての性格は、外交的保護一般に妥当するわけではない。

4. 支払われた金銭賠償の被害者個人への移転

(1) 外交的保護の行使の結果として国籍国が加害国から受け取った賠償金を被害者個人に移転する義務を認める主張は、ILC 条文以前の議論で多くはない。しかし、外交的保護の擬制を疑問視し、その目的が個人の権利または利益の保護にあることを主張する立場からは、受け取った金銭賠償を被害者個人に移転することは当然のこととみなされていたように思われる⁵¹⁾。

この論点は、ILC では、最初の特別報告者 Bennouna によって言及されていたものの、第二読の審議で初めて取り上げられた。特別報告者 Dugard は、第二次世界大戦後の米英仏における、一括支払協定で受け取った賠償金の司法的または準司法的機関を通じた分配の実行を紹介し、金銭賠償の移転の条文を提案した。ILC の議論では、国家の賠償金額が個人の受けた損害を基準として算定される規則の帰結、不当利得の法理、上記の実行の存在、個人の救済という外交的保護の実質的目的などを根拠として、移転が義務であると主張された⁵²⁾。

採択された条文第19条(c)において、非拘束的文言であるが、合理的な控除の上で金銭賠償を移転すべきことが定式化された。ILC は、国の賠償金に対する裁量を認めつつ、同条は、金銭賠償額を個人の損害に基づいて算定していること、上記の米英仏の実行、及び「公共政策、衡平及び人権の尊重」に基づいていると説明した。ただし、上記の実行は、法的信念を伴っていないとの見解を示した。

(2) 前述したように、伝統的には、外交的保護の国家の権利性の帰結として、賠償金の使途に対する国家の裁量が認められてきた。被害者個人は

国籍国が受け取った金銭賠償に何らの権利も持たないとされてきた⁵³⁾。

もっとも、この裁量は無制限ではなく、米独混合請求委員会の行政決定第 5 号 (1924 年) は、国は受け取った金銭賠償について被害者に説明する義務を免れないとしていた⁵⁴⁾ ことに留意すべきである。

近年では、国の裁量性を疑問視して、被害者個人への移転義務を主張する学説もある。その論拠は、外交的保護の国家の権利性や擬制を問題にするそれと同様である。一つは、外交的保護の観念は「擬制」であって、その真の目的が個人の救済にあることである。外交的保護の種々の規則、特に金銭賠償算定の規則が個人の損害を前提としていることを理由に、外交的保護の観念が擬制に過ぎず、実際は人権保護の手段であるので、実質的な受益者で人権侵害の被害者である個人に金銭賠償は移転されるべきであるという。さらに、外交的保護の制度の確立した時代には個人は国際法主体ではなかったが、現代では国際人権の主体と認められたことも付加される⁵⁵⁾。1950 年代の米英仏の実行が存在することも根拠として挙げられる⁵⁶⁾ ほか、不当利得の法理を援用して、請求国が賠償金を保持することはこの法理に反するとの理由も挙げられている⁵⁷⁾。

(3) 欧州人権裁判所の Beaumartin 事件判決 (1994 年) は、Dugard 及び ILC によって、受け取った賠償金に対する国籍国の裁量を制限する実行の一つとして挙げられていたものである。

本事件は、モロッコによる外国人所有の農地の国有化に関する問題を解決するため、同国とフランスの間で締結された議定書に関する事案である。同議定書は一括支払協定であり、モロッコが補償を支払い、それをフランスが仏国籍を有する自然人 (土地所有者または会社の構成員である者など) に分配する義務を規定していた。フランスは分配のために委員会を設立したが、当該委員会が申立人が株主である会社の損害に対する分配を認めなかった (国内裁判でも維持された) ため、申立人は欧州人権委員会に申立てを行った。委員会は欧州人権条約違反であると結論づけ、事件を欧州人権裁判所に付託した。

裁判所の判決は、モロッコとの交渉が外交的保護の付与であると指摘し、議定書が、財産を収用された一定のカテゴリーの者に補償の権利を付与したものと認定した。そして、この補償の権利が財産権であり、欧州人権条約第6条に規定された民事上の権利として保護されると判示した⁵⁸⁾。

本判決は、一括支払協定が明文で仏国民の賠償金の分配を受ける権利を規定していた点を判断の理由としたことに注意が必要である。すなわち、一般的に、外交的保護によって支払われた賠償金に対して被害者が権利を有することを認めたわけでも、賠償金の分配が被害者の財産権を構成することを認めたわけでもない⁵⁹⁾。明文の規定がない場合の一般的な請求国の金銭賠償移転義務の根拠とすることはできない。

(4) この問題に関して、ILC 条文の採択後に注目される展開があった。それは前述したディアロ事件の金銭賠償判決（2012年）である。

本事件では、すでに外交的保護の枠組みの中で、コンゴ民主共和国によるディアロの人権の侵害が認定されていたが、金銭賠償判決では、コンゴ民主共和国がギニアに支払うべき金銭賠償額を裁定した後に、「本裁判所は、ディアロ氏に関する、ギニアによる外交的保護の行使によって同国に付与される金銭賠償は、同人の受けた損害を賠償することに充てられる（destiné）ものであることを想起する」と付言した⁶⁰⁾。

この判示は、問題となっている権利がディアロの人権であることへの言及はなく、外交的保護に関する一般的な言明である。外交的保護の真の受益者が被害者個人であって、金銭賠償は被害者に移転されなければならないことを示唆している。

(5) さらに、人権条約実施機関によって、国家間訴訟において自国民の人権侵害が主張され、国籍国を通じた被害者個人への賠償が裁定される事例があった。

欧州人権裁判所（大法廷）キプロス対トルコ事件判決（公正な満足。2014年）は、国家間申立てへの欧州人権条約第41条（被害当事者への公正な満足の付与）の適用を肯定した上で、国家間申立てには、一般的争点について

苦情を申し立てるものとは別に、自国民の人権侵害を援用するカテゴリーがあり、それは外交的保護に類似したものであるという。外交的保護条文第19条やディアロ事件金銭賠償判決の判示に言及しつつ、欧州条約の性質上、侵害の被害者は個人であって、公正な満足の付与は原告国に裁定されるが、それは被害者の利益のためになされると判示した。そして、トルコのキプロスへの金銭賠償の支払いと、キプロスがそれを被害者個人に分配しなければならないことを裁定した⁶¹⁾。

外交的保護の金銭賠償の移転を援用して、国家間申立てに適用したことは示唆的である。欧州人権条約に関する判断であるが、外交的保護の制度を参照し、そこでは賠償金が移転されるべきであると理解していることが特筆される。また、国籍国による国民の代理としての請求が認められたといえることができる。

(6) 国家が外交的保護において、被害者である国民の人権を援用する場合（それを含めて被害が実質において国際人権の侵害に該当する場合）に、国籍国が賠償金を移転しなければならないことはすでに論じた。キプロス対トルコ事件判決は、国民の人権侵害を国家が申し立て、加害国から金銭賠償を支払われた場合に、国籍国がそれを被害者に移転しなければならない義務の根拠を提供している。前述したように、外交的保護において個人の国際人権が援用されることが多いであろうから、同判決はこの場合の先例として参照されうる。

他方で、外交的保護一般に関しては、受け取った金銭賠償の移転を請求国に義務づける実定法の規則は存在しない。ゆえに、損害が国民の人権の侵害に該当せず、外国人の待遇に関する国籍国の権利の侵害のみであって、当該国が当該権利を援用して外交的保護を行う場合は、国籍国が賠償金に関する裁量を保持している。

しかし、前述のディアロ事件金銭賠償判決及びキプロス対トルコ事件判決の判示は、より広い射程を持ち、外交的保護一般に関しても国家の裁量を制約する、新たな法の発展を示すようにみえる。また、根拠として、

ILC が第19条コメンタリーで言及した「衡平」を挙げることができるかもしれない。国民が受けた損害を理由に外交的保護を行使しておきながら、受領した賠償金を国が保持し続けることが許されるであろうか。外交的保護における国家の間接損害の観念は擬制であって、それが個人の救済の手段であること、そして被害者個人が実質的な受益者であることは明白である。衡平の要請に基づいて、賠償金を被害者である国民に移転しなければならないと考えるべきであろう⁶²⁾。

- 1) Dugard の見解（本稿(1)580頁）参照。
- 2) Amerasinghe は、ノッテボーム事件の判示を一般的に適用すれば、被害者が保護されなくなること、及び国籍国の保護の権利が制限されることの2点を理由に ILC の立場を支持している。C.F. Amerasinghe, *Diplomatic Protection* (2008), p.115.
- 3) そのことが真に個人の救済となるかについては、拙稿「いわゆる国籍継続原則に関する考察（2・完）」（以下「考察（2・完）」）立命館法学396号（2021年）316頁参照。
- 4) 1998年の作業部会の報告書、*Yearbook of the International Law Commission* (hereinafter *YILC*), 1998, vol.2, part 2, p. 49, para. 108.
- 5) 拙稿「考察（2・完）」328頁参照。ILC では一部の委員から問題提起されたにとどまる。同309頁参照。
- 6) 本稿(2)519頁参照。アベナ事件で、一部のメキシコ国民が米国との重国籍者であるとの米国の先決的抗弁について、国際司法裁判所は、メキシコが自身の権利を主張していることに留意しつつ、米国は米国民である者に領事関係条約上の義務を負わないことを理由に、受理可能性ではなく本案の問題であるとした（本案の検討で、米国は米国民であることを証明しなかったと認定した）。*ICJ Reports 2004*, p.36, paras.41-42 and 57.
- 7) 例えば、Alexander 事件及び Canevaro 事件（本稿(2)注(39)）、並びに1929年の Harvard Law School 草案（本稿(2)518頁）のほか、拙稿「判例における国籍継続原則」立命館法学393・394号（2020年）（以下「判例」）837頁参照。外国人の待遇に関する伝統的国家責任法の次元でいえば、被請求国たる国籍国の側で、被害を受けた者を請求国の国民として扱う態度、少なくとも外国人として扱う態度が証明される必要があるように思われる（被害を与える行為自体から推論されることもありうる）。英国の実行（本稿(2)519頁）、Pinson 事件（同注(39)）、及び Tomka の指摘（同注(49)）を参照。なお、Amerasinghe は、外交的保護の行使のためには優越的国籍に加えて、被請求国たる国籍国が対象者を自国民として扱う権利が剥奪されるような非文明的なまたは憎悪される行為（拷問、生命の剥奪、信教の自由の否定など）が必要であるという。Amerasinghe, *op.cit.*, p.110.
- 8) 本稿(2)526頁参照。

- 9) 難民及び無国籍者の外交的保護を、強行規範または対世的義務の違反に対する国籍国以外の国による責任の援用と同じ傾向のものとして論じる見解もある。J.-F. Flauss, Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique?, in J.-F. Flauss (ed.), *La protection diplomatique* (2003), p.47. 難民及び無国籍者の外交的保護は対世的義務である人権義務の違反の問題であって、居住国に限らず、すべての国が国家責任条文第48条に基づく責任援用の権利（国際社会のための機能的権利である。難民の国籍国に対しても援用しようという）を持つと主張するものとして、M.I. Papa, Protezione diplomatica, diritti umani e obblighi *erga omnes*, *Rivista di diritto internazionale* (hereinafter *RDI*), pp.695 and 718.
- 10) 外交的保護の国家の権利性について、様々な根拠づけがなされてきた。例えば、国民の被害による国家の威厳の侵害（Borchard。本稿(1)注(11)）、一国民の被害による国民全体への影響（Brierly のいう同国民が感じる「不信と安全の欠如」。本稿(1)注(12)）、または国家にとっての間接的な有形的損失（Reuter のいう在外自国民の財産に対する国の利害、本稿(1)注(12)。Borchard のいう、被害者が兵役や納税を果たさないことによる国の損失、本稿(1)注(11)）などである。Anzilotti についても、国家の威厳の侵害が外交的保護の基礎にあるとの指摘もある。S. Touzé, *La protection des droits des nationaux à l'étranger* (2007), p.104. 擬制が、一次規則（外国人の被害）から二次規則（国家の請求権）への移行を容易にすると評価するものとして、A. Vermeer-Künzli, As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection, *European Journal of International Law*, vol.18 (2007), p. 48.
- 11) 国籍継続原則に関して、拙稿「考察（2・完）」331頁参照。三つの原則の中で、重要なのは、国籍継続原則であり、特に終期の要件である。同原則が確立する過程においては、「請求者」である個人が真に受益者であるか否かが考慮された（始期の要件は Vattel 的擬制に基づく）。もっとも、同原則は、伝統的観念の下でも、被害発生後の国籍の変更によって、請求国はもはや損害を負っていないとの説明が可能である。拙稿「判例」835頁。
国内救済完了原則については、責任追及の前に違法行為の是正の機会を与えるという、被請求国の利益を保護することを目的とするもので、私人と国家の紛争を国家間の紛争に容易に拡大させない趣旨である。被害を受けた個人が紛争の実質的な当事者であることを考慮している点で、外交的保護の観念を擬制にしているものの、請求提起の条件として設けられた規則であることに注意が必要である。
外交的保護の擬制を示す規則として、クリーンハンズを挙げる論者もある（例えば、Bennouna や Perrin。本稿(1)577頁及び注(25)参照）。特別報告者 Dugard は、受理可能性に関する事由としてクリーンハンズの原則は確立していないと結論づけ、被害者の行動は、本案または賠償の範囲に関して考慮されうとした。J. Dugard, Sixth report on diplomatic protection, *YILC*, 2004, vol.2, part 1, p.4, paras.10-18. 実際、国家責任条文第39条は、賠償の算定にあたって、被害者個人の損害への寄与が考慮されること（国内法でいう寄与過失）を認めている。このような形で被害者の行動の考慮も、個人が受益者として存在が可視化されている点で、やはり外交的保護の擬制性を明らかにするものである。
国民の損害が国家の「間接的侵害」であるという Vattel の叙述（本稿(1)561頁）自体

も、国と国民が別個の存在であることを含意している。なお、Pellet は、マプロマチス公式は、外交的保護の行使が国家の権利であること、及び固有の権利として、すなわち国家自身の権利を主張することの二つに分けることができるが、前者については問題ないが、後者の点は、国籍継続原則などと矛盾するだけでなく、侵害されたのは私人の権利であり、現実には私人の権利が主張されているので擬制であるという。A. Pellet, *La seconde mort d'Euripide Mavrommatis?*, in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit* (2007), p.1360.

- 12) これを「国際法主体」と呼んで差し支えないものと考えるが、なお理論的な検討が必要である。拙稿「非領域的実体の国際法上の地位に関する覚書」香川法学32巻3・4号（2013年）206頁参照。

- 13) Cf. W. K. Geck, Diplomatic Protection, in R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (1992), vol.1, p.1059.

- 14) 国際人権法は、外国人の待遇に関する法との比較でいえば、個人に実体的権利が付与されていること、国際標準主義と国内標準主義の対立について、国際人権法は国際標準主義であると考えられる（ただし、国の評価の余地や社会権の場合に国の能力なども考慮される）こと、国際人権は自国（国籍国）に対しても主張できる権利であること、そして侵害に対して効果的な救済を受ける権利という（国籍国の意向に左右されない）責任追及の権利が認められている点に特徴があるといえる。Cf. A. Vermeer-Künzli, Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection, *Nordic Journal of International Law*, vol. 75 (2006), p. 279; L. Condorelli, L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique, in Flauss (ed.), *op.cit.*, pp.19 and 21.

なお、効果的な救済を受ける権利は、実体的な権利の侵害への救済を付与する義務だけでなく、侵害の一定の根拠のある主張を取り扱う救済手段の提供を義務づける自立した権利と解されている。自由権規約第2条3項に関して、Faure v. Australia, UN Doc. CCPR/C/85/D/1036/2001 (2005), para.7.4. 欧州人権条約第13条に関して、Klass and others v. Germany (1978), *ECHR Series A*, no.28, para.63.

- 15) 本稿(1)571頁。

- 16) 同上585頁。彼の議論の詳細は、G. Gaja, Droits des Etats et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique, in Flauss (ed.), *op.cit.*, p.69. また、Enonomides の見解（本稿(1)586頁）も参照。

- 17) こうした見解は、伝統的な外交的保護の観念についても、個人の「権利」の存在を前提に、それが国家の権利になるとの説明をする。その一つは、国家は外交的保護において個人の権利を代位して行使しているという、代位（subrogation）の観念である（権利の性質は変わらない）。García Amador は、伝統的理論における国家の請求は新規かつ独立の請求ではなく、代位であると理解した（本稿(1)567頁）。Borchard の埋没理論（本稿(1)563頁）はこちらに分類できるかもしれない。Cf. Pellet, *op.cit.*, p.1371. ほかに、個人の権利は（国家が請求を取り上げることあるいは国内救済の完了によって）性質の異なる国家の固有の権利への更改（novation）または代替（substitution）を経るという観念がある。Scelle 及び Bennouna は、伝統的理論における国民の請求から国への請求への「更改」に言及した（本稿(1)564及び576頁）。Garbian も、伝統的理論を個人の権利から国家の固有

の権利への「代替」であると説明した。S. Garbian, Vers l'émergence d'un droit individuel à la protection diplomatique?, *Annuaire français de droit international* (hereinafter *AFDI*), 2008, p.122. これを個人の権利の国家の権利への「変容 (transformation)」と呼ぶ見解もある。V. Pergantis, Towards a "Humanization" of Diplomatic Protection?, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol.66 (2006), p.371. Guha Roy の見解 (本稿(1)注(23)) もこれに分類できよう。Cf. Touzé, *op.cit.*, p.109.

- 18) 近年も混合理論が唱えられているが、近年の見解は、国民が有形的損害を受けたのに対し、国籍国は精神的損害を受けたとの構成の下で主張される。Wyler は、個人は外国人の待遇に関する義務に違反する損害を受け、それによって国籍国は精神的または法的損害を受けているという。国際法と国内法の両方に違反する損害によって個人は国内的に救済を追及する国内法上の権利を有し、国内救済完了によって国家の請求権 (外交的保護) の行使が可能となる (国内救済で賠償が支払われれば国家の請求権も消滅する)。個人への金銭賠償支払いによって国籍国は精神的損害に対するサティスファクションを得るとする。E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international* (1990), pp.10 and 243.

Touzé は、外交的保護は個人の損害への賠償と国の法的利益の侵害に対する違法性の確認の二つの目的を有すると主張した。国の請求は、個人の国内的請求の国際的次元での延長であって、国民を代理してその権利を主張する手続的・機能的権利であるという。国籍国の法的損害は国民の国内救済完了によって発生し、被請求国による国民の損害に対する金銭賠償の支払いが国籍国の法的損害へのサティスファクションを構成する関係にあるという。Touzé, *op.cit.*, p.123. この論者は、Stern の理解、すなわち、外交的保護において、国民の現実の損害によって、国家は国民の人身において国際法を尊重させる権利の侵害という法的損害を被っているとの理解 (B. Stern, La responsabilité dans le système international, in *Société française pour le droit international* (hereinafter *SFDI*), *La responsabilité dans le système international* (1991), p.332) を発展させたものであるという。

同様に Stern の理解に依拠して、外交的保護において、国家の精神的損害に対する直接の請求よりも国民の利益のための間接的請求が主であることを説くものとして、S. Forlati, Protection diplomatique, droit de l'homme et réclamations <directes> devant la Cour internationale de justice, *Revue générale de droit international public* (hereinafter *RGDIP*), vol.111 (2007), p.113.

なお、Geck は、混合理論について、実体的権利は個人に属するものの、国際的次元では国のみが権利を有し、それは個人の権利を実施する手続的権利であると理解している。Geck, *op.cit.*, p.1058.

- 19) 外交的保護において国籍国は代理 (representation) として個人の権利を主張しているとの観念は、ILC において Bennouna も、伝統的な擬制に代わる法的構成として言及していた。本稿(1)577頁。Cf. Garbian, *op.cit.*, p.125. Dominicé は、国内救済完了原則やラグラン事件に基づいて、外交的保護の基礎は個人の国際的請求権であって、国籍国は任意でそれを取り上げる権利を有し、それは個人の請求権に対して補完的であると主張した。C. Dominicé, Regard actuel sur la protection diplomatique, in *Liber Amicorum Claude*

Reymond (2004), p.77. 外交的保護の諸規則は個人の国際的権利を認めるもので、外交的保護で国籍国は代理として当該権利を主張しているものとして、A. Peters, *Beyond Human Rights* (2016), p.392. Cf. Amerasinghe, *Diplomatic Protection*, p.71.

Pellet も、外交的保護の行使は国家の権利で裁量を有するが、主張されるのは個人の権利であり、国家は代理の資格で請求しているのものであって、訴訟の形式的な当事者に過ぎず、真の当事者は国民であるという。Pellet, *op.cit.*, p.1371.

なお、Santulli は、外交的保護とは別に、国家が国民の国際的権利を代理して国際裁判で国民の権利侵害の原状回復を請求する実行が存在するとして、いくつかの判決を挙げている。米墨一般請求委員会 Parker 事件（1926年）は、米墨間の条約が扱っているのは政府自身の請求ではなく政府の取り上げた国民の私的請求であると判示した。*Reports of International Arbitral Awards* (hereinafter *RIAA*), vol.4, p.37. Junghans 事件仲裁判決（第二部、1940年）は、当該事件が、私人に直接の訴権を付与した混合仲裁裁判所と異なり、「国際法の通常の手続」であって、国が国民の訴えを取り上げその権利を代理して出訴しているとした。*Ibid.*, vol.3, p.1888. この論者は、仏伊調停委員会の Otzoo 事件（1950年）におけるフランスの主張も参照している。同国は、平和条約は連合国民に原状回復または補償の主観的権利を創設し、国は国民の利益において訴えており、仏伊調停委員会の手続は国家間のものであるが、実質に関しては連合国民の主観的権利を扱っていると主張した。委員会自身は、手続に関しても実質に関しても連合国民の原状回復などを受ける権利が平和条約から直接生じると判示した。*Ibid.*, vol.13, pp.236 and 238. Santulli は、イラン・米国間の Algiers 合意（1981年）で、一定額未満の国民の請求は締約国によってイラン・米国請求権裁判所に付託されると規定したことと言及したほか、アベナ事件もその例として挙げた。C. Santulli, *Entre protection diplomatique et action directe*, in *SFDI, Le sujet en droit international* (2005), p.90.

- 20) Anzilotti の見解（本稿(1)561頁）参照。
- 21) Garcia Amador のような、伝統的な国家責任法において権利を付与されているのは個人であるとの理解（本稿(1)注(21)）も実定法には適合しない。逆に、請求委員会の判例では、国家は国民の「請求代理人」ではないことが強調されてきた。本稿(1)560頁及び注(3)参照。
- 22) 混合理論に立つ Dubouis は、マプロマチス公式が国家による個人の代理を含意すると主張していた。本稿(1)注(9)参照。
- 23) 両判決を混合理論の承認に道を開くと評価するものとして、Garbian, *op.cit.*, p.128. ラグラン事件は伝統的外交的保護の事案であるが、国内救済原則を適用しなかったアベナ事件は、国民の代理としての国の請求を認めたとするものとして、Santulli, *op.cit.*, p.93. Forlati は、個人の国際法上の権利を援用する国家の請求（外交的保護とは異なる形式の請求とする）を個人の代理であるとし、また、それは、国家責任条文第48条2項(b)の被害国以外の国による義務の受益者のための賠償義務の履行の請求に近いものであるという。Forlati, *op.cit.*, pp.99 and 114.

なお、ラグラン事件でドイツは、国際法が個人に付与した権利の侵害が間接的に国籍国に被害を与え、国の外交的保護の権利を生じさせると主張していた。また、領事関係条約

が個人に権利を付与し、その侵害が「外国人の最低限の権利」(外国人の最低基準の違反と解される)をも侵害するという。*Memorial of the Federal Republic of Germany* (1989), paras.4.03 and 4.86-4.120. Cf. M. Pinto, De la protection diplomatique a la protection des droits de l'homme, *RGDIP*, vol.106 (2002), p.532.

- 24) 裁判所は、ギニアの主張は、ディアロの逮捕、抑留及び追放によるコンゴの「同人の権利の侵害」に関して、同人のためにギニアが外交的保護を行使していると理解している。*ICJ Reports 2007*, p.599, paras.39-40. 有限会社の被害に対する社員の本国の外交的保護の議論でも、会社の「権利」及び社員としてのディアロの「固有の権利」の語が用いられている。*Ibid.*, pp.596 and 617, paras.31 and 98.

- 25) *ICJ Reports 2010*, p.692, para.165. 本判決が、ディアロの被害を国際人権法の問題としてのみ論じ、伝統的な外国人の待遇の法に一切言及しなかった点が特筆される。有限責任会社の社員 (associé, 出資者) としての固有権の侵害については、適用法規については当事国の主張を引用するのみで、コンゴ法に即して論じ、国際法違反はなかったと認定した。国内法上の権利を範型とする伝統的な国家責任法の判断枠組みに沿っているともいえるが、適用される国際法規則を特定していないまま議論している点も興味深い。

ギニアは、外国人の自由及び財産権を尊重する「文明の最低基準」の違反も主張していた。*Ibid.*, p.645, para.1. 具体的には、恣意的抑留及び追放、裁判拒否、財産権の剥奪(違法な収用)、契約の違反など伝統的な国家責任法の違反を自由権規約などを参照しつつ主張し、それに基づく外交的保護であると性格づけていた。*Memorial of the Republic of Guinea* (2001), paras.3.2-3.28 and 4.6. もっとも、口頭審理においては、逮捕及び抑留並びに追放に関しては、主として領事関係条約及び国際人権文書の違反を主張した。Verbatim record 2010/01 (19 April 2010), p.34, paras.25-37 (J.-M. Thouvenin) and p.50, para.39 (M. Forteau).

Cançado Trindade 裁判官は、個人の地位の承認により、個人が被害を受けた者であり賠償を受ける権利を有し、外交的保護は賠償を確保するための手段であること、外交的保護は人権保護の手段へと変容したという。ディアロ事件本案判決同裁判官補足意見、*ICJ Reports 2010*, p.798, paras.203-209 and 213; 金銭賠償判決同裁判官補足意見、*ICJ Reports 2012*, p.349, paras.5 and 100.

- 26) ディアロ事件に関して、人権を援用した原告国の立場を代理とみるものとして、Garbian, *op.cit.*, p.126. 同事件において、裁判所は、ディアロを「一次的権利」の保持者と、ギニアを「二次的権利」の保持者とみなしたとするものとして、Peters, *op.cit.*, p.395.

他方で、他国による自国民の人権侵害の責任を追及することも、「自国民の人身において国際法を尊重させる権利」とのマプロマチス公式に該当するので、外交的保護で援用されているのは、なお国家の権利であるとの考え方もありうる。Cf. L. Condorelli, La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application, *RDI*, 2003, p.20. しかし、国際人権という、国際法が個人に付与した権利を援用している以上、後述するように国籍国が一方的に国民の権利を処分できないので、国家の固有の実体的権利を援用しているとはいえないであろう。

- 27) 外交的保護を職能とみる議論や信託とみる議論については、本稿(1)565頁参照。英米法

では、代理は本人と代理人の合意の存在を前提としないで成立する信託関係（fiduciary relations）であり、代理人が負う信託義務には、忠実義務、本人の指図に従う義務、注意義務、本人への情報提供義務などが含まれる。樋口範雄『アメリカ代理法』（2002年、弘文堂）28頁。日本法では代理の内部関係が委任契約であるとは限らない（外交的保護も被害者個人から委託を受けて行使されるとは限らない）が、日本法の委任では、受任者は委任者の事務に関する善管注意義務や経過及び結果の報告義務を負う（民法第644及び645条）。

28) 外交的保護については、かつてはその濫用的事例が多く存在した。国民の人権を援用して国民の代理として外交的保護を行使する場合には、個人の保護を優越する利益として行使し（Orrego Vicuña 及び ILA の2006年決議）、それを越えた、国家が独自の利益を得る、例えば「影響力及び威厳の増進を認める政治的意図」（万国国際法学会 Oslo 会期での Politis らの反対提案。本稿(1)565頁）で請求を行うことはできない。

29) 人権侵害に対する救済としてのサティスファクションについても、国家責任の一般法のそれとは異なる、人権特有のものがあり、人権を援用した外交的保護においては、その中で特有のサティスファクションが請求され裁定されうる。例えば、調査、判決の出版及び公布、歴史的記憶を回付するための計画などを裁定したものとして、米州人権裁判所の *Cárdenas and Peña v. Bolivia* (2010), *Series C*, No.217, para.281. その他、式典の開催や記念碑の設置などについて、拙稿「＜判例研究＞国際司法裁判所・ジュノサイド条約適用事件（3・完）」立命館法学342号（2012年）注(161)参照。自由権規約委員会の一般的意見31は、被害者に付与すべき救済として、調査を挙げ、また、賠償として、金銭賠償、原状回復、リハビリテーション及びサティスファクションを挙げた。サティスファクションについては、公的謝罪、公的記念碑、再発防止の保障、国内法の修正及び実行者の訴追を例示した。UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), paras.15-16.

ラグラン事件やアベナ事件を根拠に、個人の権利を主張する請求については、国は請求する賠償の形式に関して自由ではなく、個人の救済に適した金銭賠償や原状回復を請求する義務を負うと主張するものとして、Forlati, *op.cit.*, p.100.

30) 人権侵害に基づく請求を事前に放棄して外交的保護の根拠を失わせるのは、カルボ条項に類似する状況である。ILC は、カルボ条項に関して、外交的保護における個人の権利を認めるならば、同条項の有効性への異論は説得力を持たないと述べていた（本稿(1)585頁）。Cf. Pellet, *op.cit.*, p.1379; Garbian, *op.cit.*, p.157. なお、人権侵害に基づく請求を放棄できるとしても、それは真正の同意でなければならないであろう。

31) Cf. Geck, *op.cit.*, p.1059.

32) Doebring は、彼のいう絶対的人権（後述）の侵害の場合、被害者たる個人が権利主体かつ責任追及の主体であって、外交的保護は被害者のために行われ、受け取った金銭賠償は被害者個人に帰属し、国籍国は賠償を移転する義務を負うとする。被害者だけでなく、支払った加害国も移転を要求できるという。K. Doebring, *Handelt es sich bei einem Recht, das durch diplomatischen Schutz eingefordert wird, um ein solches, das dem die Protektion ausubenden 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. 国民の国際法上の権利を援用する請求について、金銭賠償の移転義務があると主張する見解として、Forlati, *op.cit.*, p.101.

- 33) García Amador や Orrego Vicuña は、個人に利用可能な国際的手続がある場合、外交的保護が排除されるとしたが、国際法の現段階ではそうとはいえないであろう。個人が援用可能な人権保護の手続に対して外交的保護が補完的であるとする実行及び判例は存在しないとするものとして、J.-F. Flauss, *Protection diplomatique et protection internationale des droit de l'homme, Revue suisse de droit international et de droit européen*, vol.13 (2003), p.11.
- 34) 外交的保護条文第17条は、同条文に対する国際法の特別規則の優先を規定し、投資保護に関する条約の規定を例示している。コメンタリーは、投資紛争解決条約や二国間投資保護条約の規定による外交的保護の除外及びその規則からの逸脱、逆にそうした規定のない範囲での当該規則の適用を確認している。YILC, 2006, vol.2, part 2, p.51. なお、明文の規定がない限り慣習法上の国内救済完了原則の適用は制限されないとした国際司法裁判所 ELSI 事件判決 (*ICJ Reports 1989*, p.42, para.50) 参照。
- 35) 欧州人権条約第55条のような、他の紛争解決手続の援用を排除する規定がある場合は、条約外の手続において、同条約に関する主張は受理不能とされるであろう。その場合でも、外交的保護、特に国家の実体的権利を援用するそれを禁止することにはならない。
- 人権条約の手続ではないが、常設国際司法裁判所のポーランド領上部シレジアのドイツ人の利益事件判決 (1925年) では、事件の混合仲裁裁判所への係属を理由とする、ポーランドによる二重訴訟禁止 (*litispendance*) の主張に対して、裁判所は、私的会社と国で請求者が同一ではなく、混合仲裁裁判所と常設国際司法裁判所は性格の異なる裁判所であると判示して退けた。 *PCIJ Series A*, no.6, p.20.
- 36) Touzé は、欧州人権条約の手続に関して、一定の受理可能性の要件により請求が却下される場合、本案において棄却される場合、救済が限定される (人権裁判所は原状回復を命令できないとされる) 場合、及び判決の不履行の場合に、なお外交的保護が役割を有するという。Touzé, *op.cit.*, p.213.
- 37) 国家通報制度については、自由権規約第41条、社会権規約選択議定書、人種差別撤廃条約第11条、拷問等禁止条約第21条など、国家間の裁判条項については、人種差別撤廃条約第22条、拷問等禁止条約第30条、欧州人権条約第33条など (欧州人権条約第36条は、個人の提起した訴訟への締約国の参加も認めている)。国際司法裁判所に人権条約の裁判条項に基づく提訴が行われた。例えば、テロ資金供与防止条約及び人種差別撤廃条約適用事件 本案判決 (2024年)。欧州人権裁判所にも一定数の国家間訴訟が提起されている (後述)。
- 38) 本稿 (1) 注 (61) 参照。欧州人権条約第34条後段は、締約国が個人の手続援用を妨げてはならない旨を規定している。
- 39) Touzé は、外交的保護と人権条約の手続が相互に排他的ではない例として、van Laer 絵画事件を挙げる。Touzé, *op.cit.*, p.209. 同事件は、第二次大戦中にチェコスロバキアによって没収された、リヒテンシュタイン公の所有する van Laer 作の絵画が、1991年にチェコからドイツの美術館に貸し出されたことをきっかけに起きた。没収時の所有者の子である現リヒテンシュタイン公が個人の資格でドイツを相手取って欧州人権裁判所に提訴

したが、欧州人権条約の違反はないと認定された。リヒテンシュタイン公 Hans-Adam 二世事件大法廷判決、*ECHR Reports*, 2001-VIII。同事件の係属中に、リヒテンシュタインが国際司法裁判所にドイツを相手取って提訴した（Touzé はこれを外交的保護と解している）が、管轄権不存在により却下された。特定財産事件先決的抗弁判決、*ICJ Reports* 2005, p.6.

- 40) 国民の請求が満足を得られれば、外交的保護は提起できないとされてきた。たしかに、外交的保護は国民が受けた損害を根拠とするので、請求提起後に国民の請求が解決されれば、国籍国は金銭賠償の請求はできない。しかし、国の権利の侵害の事実に対するサティスファクションの請求は可能である。国籍継続原則に関してであるが、拙稿「考察（２・完）」321頁参照。
- 41) この点で興味深いのが前述の Doehring の議論である。外国人の被害が一定の人権の侵害である場合、外交的保護において（誰の権利を援用するかに関係なく）被害者の利益が優越するとするものである。彼によれば、恣意的殺人、拷問その他非人道的待遇といった（強行規範の性格を持つ）基本的または絶対的人権の侵害に基づく外交的保護の場合は、被害を受けた個人が権利主体であり責任追及の主体でもある。個人の請求が一次的であるのに対して、国籍国の請求は二次的である。金銭賠償は個人に帰属し、個人が請求を放棄すれば国の請求権は消滅する。これに対して、補償のない財産の収用のような、「任意的性質」の人権や外国人の待遇の最低基準に関する規則の違反の場合は、被害者は何らの権利も持たず、国籍国は被害者の同意なしに請求を放棄することができ、また受け取った賠償金を移転する義務も負わないという。Doehring, *op.cit.*, p.15.
- 42) ディアロ事件が、外交的保護の手段を通じて付託された人権条約の国家間申立てであると指摘するものとして、同事件本案判決 Cançado Trindade 裁判官補足意見、*ICJ Reports* 2010, p.731, paras.5, 19, 23 and 213。国家間申立て（訴訟）制度及び国家通報制度では、国は実体的権利は持たず、個人の権利を援用する手続的権利のみが付与されていると考えられる。Cf. Pinto, *op.cit.*, p.539.

Forlati は、国際司法裁判所のコンゴ領域における武力活動事件判決の Simma 裁判官補足意見（国は自国民でない者への人道法及び人権法の違反を請求する当事者適格が認められる。*ICJ Reports* 2005, p.338, paras.16-37）を参照して、外交的保護の条件（国籍の連関及び国内救済の完了）がみたされていなくても、国は被害者の人権の侵害を根拠に請求でき、国家責任条文第48条にいう被害国以外の国として、同条２項(b)に基づいて被害者個人への賠償付与を請求できるとする。Forlati, *op.cit.*, pp.95 and 114.

同様に、人権を援用する請求は、国籍国が提起する場合でも、外交的保護に該当せず、人権侵害としての請求であり、国籍国は国家責任条文第42条の特別に影響を受けた国に該当する（条文第48条の被害国以外の国として請求することも可能であるが、この場合は同第54条により対抗措置はとれないという違いがある）とするものとして、R. Pisillo Mazzeschi, Impact on the Law of Diplomatic Protection, in M.T. Kamminga and M. Scheinin (eds.), *The Impact of Human Rights Law on General International Law* (2009), p.230。人権侵害を援用する国籍国の外交的保護と人権に関する対世的義務の違反の責任を援用するすべての国の権利の関係は未解決としつつ、後者に位置づけられることによ

て前者はその要件（特に国籍の要件）が緩和されることを示唆するものとして, Papa, *op.cit.*, p.733.

逆に、人権を援用する国の請求の中で、特別に影響を受ける国としての国籍国の請求は外交的保護であるという見解もある。Condorelliは、人権に関する義務は対世的性格を持ち、被害者の国籍に関係なくすべての国が人権侵害を訴える権利を有し、責任条文第48条1項(a)における被害国以外の国として違法行為の中止を求めることができるという。それは個人の代理の性格を有する。他方で、国籍国は特別に影響を受けた国（条文第42条）として異なる立場にある。自国民の人権侵害の援用は、自国民の訴えを取り上げるのであるから外交的保護であり、賠償も請求できるという。Condorelli, *L'évolution*, p.22.

Forlati も述べるように、人権に関するどのような義務が同条にいう国際社会または国の集団に対する義務に該当するかの問題がある。また、自国民の人権侵害を訴える請求は外交的保護に該当すると考えるべきであるが、国籍国以外の国が国民ではない被害者の人権侵害を申し立てる場合でも、国内救済完了原則は適用されると考えられる（例えば、自由権規約第41条1項(c)、人種差別撤廃条約第11条3項及び欧州人権条約第35条1項参照。上記 Simma 意見も国内救済原則の適用は肯定する）。ただし、国際司法裁判所のテロ資金供与防止条約及び人種差別撤廃条約適用事件先決的抗弁判決は、後者の条約の違反の主張に関して、ウクライナが一または複数の自国民の訴えを取り上げているのではなく、特定の共同体に対するロシアの「行動のパターン」を争っていることを理由に、国内救済原則は適用されないと判示した。*ICJ Reports 2019*, p.606, para.130. 外交的保護条文第16条コメンタリーは、人権条約の国家間手続の援用は同条文の影響を受けないことを述べつつ、責任条文第44条（外交的保護の条件）がそれに適用されないとする。*YILC*, 2006, vol.2, part 2, p.50, para.2, n.240.

人権侵害を援用する国の訴えが代理であることは、国籍国の請求だけでなく、国籍国以外の人権条約当事国の請求についても妥当するであろう（本稿(1)582頁の Daoudi の見解も参照）。なお、人権侵害が強行規範の重大な違反に該当する場合は、（国籍国が援用する場合も）外交的保護とは別の問題となる。Cf. E. Milano, *Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice*, *Netherlands Yearbook of International Law*, 2004, p.104.

- 43) 本稿(1)注(35)の Simma の見解参照。
- 44) 伝統的な国家責任法も、これまで数々の法典化の作業が行われてきたので、一定の規則の存在を指摘できるが、国際標準主義と国内標準主義の対立により、諸国間での合意を得た文書は存在しない。
- 45) *RIAA*, vol.4, p.61.
- 46) Condorelli, *L'évolution*, p.20; Milano, *op.cit.*, pp.103 and 122; Pergantis, *op.cit.*, p.357.
- 47) 特に実体的裁判拒否については、同時に公正な裁判を受ける権利の侵害となるかは明確ではない。裁判拒否と国際人権との関係については、拙稿「国際法における「裁判拒否」の概念」立命館法学352号（2013年）583頁参照。バルセロナ・トラクション電力会社事件第二段階判決は、国際人権は裁判拒否からの保護を含んでいると述べていた。*ICJ Reports 1970*, p.48, para.91.

- 48) Flauss, *Protection diplomatique*, p.8. 1985年に国連総会が採択した決議「在住する国の国民でない個人の人権に関する宣言」（外国人の人権宣言。UN Doc. A/RES/40/144）においては、外国人が合法的に取得した財産を恣意的に剥奪することを禁止しており、外国人に認められる財産権の範囲と内容は在留国の国内法が決定できることを含意している。企業の財産の保護、財産の収用及び国有化の適法性の条件及び補償基準、国家契約の違反が国際法違反になる条件などに人権法がどこまで対応しているかは不明確である。経済的分野で人権法の対象とならない外国人の最低基準の例として、営業の権利、商業網への参入、職業の自由、租税賦課などを挙げるものとして、Condorelli, *La protection diplomatique*, p.19; *Ibid.*, *L'évolution*, p.19.
- 49) Simma 及び Rodriguez Cedeño の見解（本稿(1)580頁及び注(50)）参照。なお、社会権分野では、外国人の待遇に関する分野での先例は乏しいと思われる。
- 50) 国際司法裁判所の判例によれば、請求国がその国民の訴えを取り上げる限り、外交的保護と特徴づけられ、ゆえに国内救済完了原則が適用され、それが「国際法の直接の違反」や二国間通商条約上の国家の自身の権利の直接の侵害を主張している場合でも外交的保護の性格は奪われなかった。インターハンデル事件、*ICJ Reports 1959*, p.27; ELSI 事件、p.42, paras.51-52.
- 51) 著名なのは、Berlia の見解であり、第二次大戦後の米英仏の実行に基づいて移転の義務があることを主張し、外交的保護の国家の権利性が制約されると指摘した。G. Berlia, *Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique*, *AFDI*, 1957, p.63. 混合理論の論者である Dubouis は、被害者が賠償に対する権利を有し、外交的保護はその手段として行使されるので、受け取った賠償に関する被害者の権利の優先を認めていた。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.635.
- 52) 本稿(2)512頁のほか、同(1)585頁の Gaja の見解参照。
- 53) 国内判例では、英国貴族院の1931年の判決は、第一次世界大戦後の Versailles 条約に基づいて英国がドイツから受け取った賠償金に対する分配の請求を棄却した。Buckmaster 裁判官の意見は、ドイツから受領した金銭の受領において英国王が請求者の受託者または代理人として行為した証拠はなく、条約は分配方法の決定を政府と国民の間におけるものとして政府に委ねていると述べた。Atkin 裁判官の意見は、条約締結の際に国王が受託者または代理人として行為することは主権者の立場に適合しない。そのような立場を引き受けることができるが、明示的に表明される必要があり、本件の状況にそのような意図を示すものはないと述べた。Civilian War Claimants Association v. The King (1931), *Law Reports of the Incorporated Council of Law Reporting 1932*, p.14.
1996年の大法官部（高等法院）の判決では、ザンビアの債務再編の協定に基づいて同国から英国が受領し、数年後に債務者に分配した金銭について、原告である輸出業者が、自身に分配された金銭が、英国当局の輸出保証に基づいて回収された輸出代金であって、当局は受託者として保持していたので、利息が発生すると主張して利息分を請求した。裁判所は、上記貴族院判決を参照して、次のように判示した。国際法に基づいて、英国王は外

交的保護を自身の名で行う自身の権利として維持している。条約の締結及び履行において国王は国民の代理人または受託者として行為するのではなく、条約に従って受領した金銭は、主権者の資格において受領したのであり、国の財産の一部を形成する。代理人または受託者として行為することもできるが、明示的に意図を宣言しない限りそうではないと推定される。国内法がそのように規定する事実では十分ではない。自身になされた支払いを保持する権限は、England 法上は条約の規定が何であれその影響を受けない。同国法上、条約の文言は支払受領の主権的性格を制限せず、条約を履行する法的義務を負わない。不履行の唯一の救済は議会にある。国王は当該金銭の分配にあたって支払の性格を決定できる。本件の英・ザンビア協定には金銭受領の主権的資格を否定する文言はない。支払の対象となる債務も特定しておらず、両国当局に委ねている。原告は当該金銭に権利を持たないと判示した。Lonrho Exports Ltd. v. Export Credits Guarantee Department (1996), *All England Law Reports*, vol.4, p.687.

フランスでも賠償金の分配は統治行為とされているという（もともと、参照されている先例は、政府の外交上の行為や外交的保護不行使に対する賠償責任を求めた事案である）。B. Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale* (1973), p.108.

- 54) 本稿(2)注(17)参照。米国の実行にも言及している。
- 55) 例えば、Gaja, *op.cit.*, p.69; D. Russo, The Injured Individual's Right to Compensation in the Law on Diplomatic Protection, *RDI*, 2016, p.725. 外交的保護で主張されているのは個人の権利であるとの説や、外交的保護が個人の請求の代理であるとみる見解からも移転義務が主張される。例えば、Pisillo Mazzeschi, *op.cit.*, p.219; Touzé, *op.cit.*, p.326; Peters, *op.cit.*, p.396.
- 56) 19世紀からの請求委員会の実行で、個人が「請求者」として扱われ、設立条約では賠償金の分配を規定していたことに言及するものとして、Amerasinghe, *op.cit.*, p.319. なお、Dugard が言及した、賠償金の分配の方法を具体的に指示する El Triunfo 会社事件仲裁判決（本稿(2)注(5)）などは、慣習法規則を確立するものではないと述べるものとして、Touzé, *op.cit.*, p.327.
- 57) Berlia, *op.cit.*, p.65; Russo, *op.cit.*, p.736. 不当利得は、いくつかの仲裁判例で認められているが、無効または失効した契約の履行済債務の原状回復の根拠として用いられることが多いという。C.H. Schreuer, Unjustified Enrichment in International Law, *American Journal of Comparative Law*, vol.22 (1974), p.281. 不当利得を外交的保護の賠償金移転に適用するためには、被害者である国民が賠償の真の主体であることが前提となるが、そのことが認められれば、不当利得に訴える必要はないといえる。また、Gaja は、国家責任条文第48条を参照して、個人の権利の侵害の場合に、請求は被害者個人の受けた損害の賠償のために行われるもので、直接損害を受けていない国が利得することはできず、個人が賠償への権利を有するという。Gaja, *op.cit.*, p.69. ただし、同条は外交的保護への適用を想定したものとはいえない。
- 58) その上で、申立人が補償委員会の決定を争ったフランスの国内手続が合理的期間内に行われなかった及び独立していなかったとして、第6条違反を認定し、違反に対する非金銭

的損害への賠償（補償そのものではない）を裁定した。*ECHR Series A*, no.296-B, p.50. 判決に先行する欧州人権委員会の見解に対する Danelius 委員の反対意見は、議定書は補償の分配基準の規定を持たず、分配はフランス政府の裁量であることを述べた。Reproduced at *ibid.*, p.74.

- 59) Flauss, *Vers un aggiornamento*, p.54; Gaja, *op.cit.*, p.69. 実際、旧ソ連政府による帝政ロシア時代の債務の否認によって生じた問題を解決するため、冷戦終結後に合意された仏露間の解決（ロシアがフランスに一定の金銭を支払った）が争われた事例でも、条約機関は、Beaumartin 事件を踏襲して、仏露間の協定に被害者への金銭の分配に関する規定が存在するか否かを、欧州人権条約第一議定書第 1 条（財産権の保護）適用の基準とした。Leschi 事件欧州人権委員会決定（1998年）、*Decisions and Reports of the European Commission of Human Rights*, no.93-B, p.120; Thivet 事件欧州人権裁判所受理可能性決定（2000年）、app. no.57071/00; de Dreux-Breze 事件同裁判所受理可能性決定（2001年）、app. no.57969/00.
- 60) *ICJ Reports 2012*, p.344, para.57. 参照、Greenwood 裁判官宣言、*ibid.*, p.391, para.1. Cançado Trindade 裁判官は、本案判決の補足意見で、損害を被ったのは請求国ではなく個人であり、個人が賠償の権利を保持すると述べ、また、本判決の補足意見では、人権法では個人の賠償の権利が確立していると述べた。*ICJ Reports 2010*, p.797, paras.203-206; *ICJ Reports 2012*, p.360, para.35. なお、本判決については、薬師寺公夫「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家責任の内容と実施に及ぼす影響について(3)」立命館法学407号（2023年）473頁参照。本事件は、人権条約の実施機関の人権侵害への賠償に関するいくつかの先例を参照してディアロへの賠償金額を裁定したことも特筆される。
- 61) App. no.25781/94, paras.45-46 and operating provision 4. 同様の判決として、Georgia v. Russia (I), Judgment (Just satisfaction, 2019), app. no.13255/07; Georgia v. Russia (II), Judgment (Just satisfaction, 2023), app. no.38263/08. 勧告にとどまるが、アフリカ人権委員会のコンゴ民主共和国対ブルンジ、ルワンダ及びウガンダ事件報告（2003年）、Communication 227/99.
- 62) 主として欠缺補充の役割を果たす衡平によって現行法からの逸脱が可能であるか、衡平によって個人に権利を創設できるかは難しい問題である。外交的保護が国家の権利であることは実定法であるが、受け取った金銭賠償の使途についての裁量は、国際法が積極的に付与しているわけではなく、外交的保護の国家の権利性の結果として存在しているに過ぎない。それを衡平が規制することは可能であると考えられないだろうか。なお、金銭賠償を被害者に移転する義務を認めるとして、義務を負う相手方は誰かという問題について、国際社会全体に負う対世的義務であると主張するものとして、Amerasinghe, *op.cit.*, p. 319. また、移転にあたって、費用の控除が認められるかも一つの問題である。条文第19条は合理的な控除が認められるとした。控除の範囲は賠償金の取得のために実際に要した費用に限定されるべきとの見解として、Russo, *op.cit.*, p.735.