外交的保護と個人の地位（4・完）

——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413号)

結論に代えて

(以上、本号)

III その後の展開と考察

5. 外交的保護行使の義務

(1) 国連国際法委員会（以下 ILC）において、特別報告者 Dugard が、重大な人権侵害の場合に外交的保護の行使を義務とする提案を行ったものの、支持されなかった。政府のコメントの中でイタリア政府が同様の提案を行ったが、ILC が取り上げることはなかった。条文第19条で、一定の実行の存在に留意しつつ、特に被害が重大である場合に、保護を行使する可能性に妥当な考慮を払うべきとされるにとどまった。

Dugard は、在外自国民の保護を規定する多くの国の憲法の規定や一定の判例を挙げたが、ILC でも指摘されたように、それらが外交的保護行使の国際法上の国の義務（国民にとっての権利）を確立する実行及び法的信

* ゆやま・ともゆき 立命館大学法学部教授

念を構成するということとはできない¹⁾。

ゆえに、実定国際法上、国の側に外交的保護を行使する義務があるということとはできない²⁾。ILCで主張されたように、行動の義務は、強行規範の重大な違反の文脈で考慮される可能性はあるが、そのような違反は外交的保護の範疇を超える。国籍国だけでなく、すべての国に行動する法的利益がある問題となる³⁾。

(2) 外交的保護の法が変わっていないとしても、人権法の観点から外交的保護の行使を義務づけられるか否かの論点がある。前述したように、国際人権法の発展によって、国家の外交的保護の権利が外在的に制約されるということはある。国際人権法は国家の主権に制限を加えるものであり、例えば犯罪人引渡しや外国人の追放のような国家の主権的権限も国際人権法によって制約を受けるようになっている。外交的保護の対象となる国民の被害が国際人権の侵害を構成する場合に、同様のことが外交的保護についても該当する可能性がある。

まず、国際人権のリストに外交的保護の権利は存在しない。そこで、問題となるのは、国の管轄内にある者に人権の尊重を確保する義務（自由権規約第2条1項）または人権を保障する（secure）義務（欧州人権条約第1条）に基づく積極的義務の文脈で、外交的保護を行使する義務を負うかどうかである。

この問題についての先例は、欧州人権委員会の Bertrand Russel 平和財団対英国事件決定（1978年。以下、平和財団事件）である。申立人は、ソビエト連邦に所在する者に送付した書簡の配達を同国が妨害したことに対して、英国による外交的保護を求めて委員会に申立てを行った。申立人は、その主張を欧州人権条約第1条の下での、管轄内にある者の条約上の人権（通信の尊重など）を維持するための措置をとる義務に根拠づけた。

委員会は、申立が受理不能であると決定した。外交的保護に対する権利が条約によって保障されていないことを確認した上で、第三国に対する外交的介入への権利は、第1条の人権を保障する義務からも推論されえない

とした。条約法条約第34条の規定する、条約は第三国を拘束しないとの一般原則に従って、条約第1条は、非締約国がその管轄内で行為する際に条約の保障する権利を尊重することを保障する義務を締約国に課しているとは（たとえ尊重しないことが締約国の管轄内にある者に悪影響を及ぼすとしても）解釈されえないという。ゆえに、条約違反の基礎を形成する作為不作為は締約国の管轄内のものでなければならないとした⁴⁾。人権保障の積極的義務として外交的保護を行使する義務があることを否定した。

(3) 他方で、この論点について、注目される判例がある。最終草案採択と同年に出された欧州人権裁判所（大法廷）の *Ilaşcu* 事件判決（2004年）である。モルドバ領域内の分離主義勢力「沿ドニエストル・モルドバ共和国」(MRT) の当局による申立人4人の抑留などに関して、MRT がその実効的権限の下にありその支援によって存続するところのロシアの欧州人権条約違反を認定した一方で、モルドバに関しても積極的義務の違反を認定した。

裁判所は、条約第1条の下で締約国が負う積極的義務の射程の決定にあたっては、一般的利益と個人の利益の間の公正なバランス、締約国における状況の多様性、並びに優先順位及び資源に照らしてなされる選択が考慮されなければならない、締約国に不可能または比例しない負担を課すものではないと述べた。

そして、判決は、締約国が、領域の一部に対する権限の行使を事実上の状況によって妨げられていても、当該領域に対する第1条の意味における管轄を持たなくなるわけではないと述べた。当該国は、諸外国や国際組織に対して、利用可能なあらゆる法的及び外交的手段を用いて、条約に規定する権利の保障を継続することを試みなければならないという。本裁判所は、義務の実効的な履行のためにいかなる措置がとられるべきかを示すことはできないが、現実にとられた措置が本件で適切かつ十分であったかを確認し、どの程度、最小限の努力が可能であったか及びそれがなされるべきであったかを決定しなければならない。そのことは、条約第2条（生命

権）及び第3条（拷問または非人道的待遇の禁止）の絶対的権利の侵害に関する事例では特に必要であるという。ゆえに、申立人は第1条の意味におけるモルドバの管轄内にあり、同国は積極的義務を負うとした。

判決は、当該義務の内容として、領域の支配の回復の措置、及び釈放を含む申立人の権利の尊重を確保する措置を挙げた。前者に関して問題がなかったことを認定した後、後者に関して、モルドバは、Ilaşcu が釈放された2001年5月以降、残りの3人の申立人について、MRT 及びロシアとの対話の中で彼らの状況に言及することがなく、権利を保障するための実効的措置をとらなかつたとして、条約の違反を認定した⁵⁾。

この判示から、自国民の人権侵害に対して外交的保護を行使しないことが（その能力と成功の見込みがある場合に）人権条約上の積極的義務に違反する可能性を導く学説がある⁶⁾。しかし、当該判決は、自国の領域の一部が叛徒または外国軍の支配下にある状況で、当該領域での事態に対して積極的義務が及ぶことを判示したものである。領域外にある事態に対する積極的義務についての判示ではないので、外交的保護の義務の根拠と考えることはできない⁷⁾。

(4) 学説では、積極的義務が外交的保護を行使する義務を含意するとの主張もある。Karazivan は、人権条約の実行の下で発展した、引渡先または追放先での人権侵害のおそれがある場合に、引渡しまたは追放の決定を人権侵害とする法理は、外交的保護行使の拒否に類推可能であると主張する。それによれば、前者では、人権侵害のおそれは領域外の事態であるが、引渡しの決定は引渡国によってなされ、ゆえに当該国の「管轄」内にある。同様に、後者では、人権侵害は国籍国の領域外で生じているが、外交的保護行使の拒否の決定は国籍国によってなされている。外交的保護の権限は国籍国しか持ちえないもので、人権侵害を中止させる唯一の手段であつて、国籍国は被害者に排他的な支配を及ぼしているといえる。外交的保護の拒否は、領域外の人権侵害と直接の連関を有し、その継続に同意することにほかならないという⁸⁾。

(5) この議論には無理がある。たしかに、人権条約の「管轄」の概念は、他国領域を実効的に支配をしている場合に限らず、領域外にある者に一定の権限を行使するという意味で管轄権を行使する場合には及ぶといえる。その意味では、外交的保護の行使の拒否についても「管轄」内にあるとはいえる⁹⁾。

しかし、人権尊重を確保する積極的義務として外交的保護の行使の義務があるとはいえない。引渡しや追放に関する事件では、対象者の身柄は引渡国または追放国の下にあり、当該国が引渡しまたは追放をしなければ、引渡先または追放先で予測される人権侵害は発生しない。その意味で引渡しまたは追放の決定と予期される人権侵害との間には直接の因果関係がある。これに対して、外交的保護の行使に関しては、国籍国が行使しても、領域外での人権侵害が終了するとは限らない。それは被請求国の意思によるもので、国籍国が支配できるものではない¹⁰⁾。そのような意味で、保護の行使の決定に関して、関係する国民は国の「管轄」内にはなく、外交的保護の行使は積極的義務の射程に含まれないと考えられる。

(6) このように、人権条約上の積極的義務の現状の解釈として外交的保護行使の義務は妥当しないけれども、将来のありうる解釈として、このような義務を考えることはできないだろうか。

外交的保護の行使によって他国による人権侵害を支配することはできないが、なお人権侵害を容認しないという「連帯の義務」を考えることは可能である。戦争犠牲者の保護に関する1949年のジュネーブ諸条約共通第1条は締約国に条約の「尊重を確保する」ことを義務づけており、他の締約国(または国内武装集団)による違反を防止または終了させるため、抗議などの積極的措置をとる義務であると解されている¹¹⁾。

国際司法裁判所のジェノサイド条約適用事件判決(2007年)は、ジェノサイド条約第1条のジェノサイド防止義務に基づいて、セルビアに、同国の管轄または管理の下にないボスニアのセルビア人勢力によるジェノサイドについて、「影響力」を行使する義務があったと判示したが、これは

ジェノサイドの重大性に鑑みた、特殊な行動の義務を課したものと考えられる¹²⁾。これらの義務からの類推も可能であろう。

国家が義務づけられる措置があるとすれば、人権侵害に付随して生じる、その終了のために一定の行動が要求される義務として考えられる¹³⁾。

人権保障の積極的義務の文脈で外交的保護行使の義務を考える場合、Ilaşcu 事件判決が二つの点で指針となりうる。一つは義務を生じさせる人権の重要性である。判決は欧州人権条約第2条及び第3条の絶対的権利に言及した。ILC の条文草案に対するイタリア政府の提案でも、生命の保護、拷問または非人道的待遇の禁止、奴隷制の禁止などが挙げられていた。外交的保護行使の義務が生じるとすれば、このような重大な事案に限定されるであろう。もう一つは、公正なバランスと国家に対して不可能または比例しない負担を課さないという考慮である。義務の具体的な内容は、違法行為国に対して公式または非公式の申入れを行うことにとどまり、対抗措置といった行動までは義務づけられるべきではないと考えられる¹⁴⁾。

このような義務を措定するとしても、ILC で議論となったように、強行規範の重大な違反に対して、当該違反の終了のために（加害国以外の）すべての国が一定の作為をなす義務（国家責任条文第41条）と変わらないとの異論もありうる。義務の存在意義は共通しているが、ここで述べているのは、違反の重大さや系統性（条文第40条2項参照）を持たない、単一または複数の個別の人権侵害の場合である。重大な違反を構成すれば、すべての国に訴えの利益が付与されるが、そのレベルにいたらない場合である¹⁵⁾。人権の尊重を確保する積極的義務の文脈で、国籍の紐帯という特別の利害関係を有する国に、その関係ゆえに外交的保護という当該国にのみ認められた権利を行使する義務を想定する意義があると考えられる。

6. 外交的保護行使の裁量の制限と行使拒否の決定の司法審査

(1) 前節でみたように、外交的保護を行使する国の義務（個人の外交的保護の権利）は実定法上確立していないが、なお外交的保護行使の国の裁量に（行使の義務にいたらない）制約はないのか、外交的保護を行使しない決定は国内裁判所の司法審査に服さないのかという論点がある。

国際法協会（以下 ILA）において、Orrego Vicuña がチリの国内法にインスパイアされて、外交的保護行使拒否の決定をデュープロセスの文脈で司法審査の対象とすべきことを提案した（ILA も採用した）。また、ILC において、Dugard が、外交的保護の義務の提案に関連して、国は国内法に、国内裁判所での個人の外交的保護の権利の執行を規定しなければならないとの提案を行い、ドイツの Hess 事件決定などを参照した。ILC も、第19条(a)のコメンタリーで、重大な侵害の場合に外交的保護の行使に妥当な考慮を払う義務の実行として、英国の Abbasi 事件及び南アフリカの Kaunda 事件に言及していた。

いくつかの国の国内判例では、外交的保護の行使の裁量について、それが司法審査の対象となることを認め、恣意の禁止や正統な期待の保護の法理などに基づく、一定の制約が課される可能性を認めるものがある。以下、それらの判決を参照する。

(a) Hess 事件・(西) ドイツ連邦憲法裁判所決定 (1980年)

申立人 Hess は、元ナチス・ドイツの副総統で、1946年のニュルンベルク軍事裁判所の判決で平和に対する罪で終身刑の判決を受けた。同人は、連合国外務管理理事会の命令により Berlin 管理委員会が西 Berlin に設置した刑務所に収容された。刑務所の管理は同委員会が保持した（後にソ連が離脱した）が、1952年から刑務所の運営費用を含む西 Berlin の占領費用をドイツ連邦共和国（西ドイツ）が負担した。

1966年には Hess が唯一の収監者となり、家族や関係者が西ドイツの国内裁判所、欧州人権委員会、国連人権委員会などへ釈放を求めた。Hess

の代理人からの請願に西ドイツ政府は、1979年に、同人の年齢及び健康状態から米英仏３国に釈放を求めてきたこと、３国がニュルンベルク判決の合法性が問題にされることへの懸念を有していることを回答した。翌年の外務次官の書簡は、Hess の有罪判決及び拘禁の法的根拠は戦勝国のドイツに対する措置にあり、連邦共和国の管轄権が及ばないこと、及び国連での再検討の提案に戦勝国は国連憲章第107条を援用できることを回答した。

Hess の代理人は、1977年に Köln 行政裁判所に連邦共和国を相手取って、即時釈放のための外交的措置を講じる連邦共和国の義務の確認を求めて提訴した。請求は棄却され、Nordrhein-Westfalen 州高等行政裁判所も上訴を棄却した。連邦行政裁判所への上訴の手段中に、Hess は連邦憲法裁判所に憲法異議を提起した。代理人は、連邦共和国が、同人の拘禁が国際法に違反し人権を侵害すると表明すること、４大国に対して即時釈放のための公式の行動をとること、国連総会に釈放を提案すること、欧州人権裁判所及び国際司法裁判所に提訴すること、並びにニュルンベルク判決執行の費用を支出しないことなどを求めた。

憲法裁判所は申立人の主張を退けた。外交的保護に関係する部分は下記のとおりである。

まず、裁判所は、1980会計年度の予算の決定に対する訴えを却下した。同決定は申立人の基本権を直接に侵害していないという。連邦共和国は申立人の拘禁に責任を負わない。抑留国はニュルンベルク判決が言い渡した刑の執行のために自身の権力を行使したもので、それは1952年の連邦共和国と米英仏３国の関係に関する条約によって、Berlin 及びドイツ全体に対する権利として３国に保持されている。連邦共和国は、刑務所運営費用の負担を受諾したことで拘禁に加担していない。費用の支払拒否によって何も変わらない。ゆえに、申立人の拘禁の継続が国際法に違反するかの問題を判断できないという。

次に、憲法裁判所は、高等行政裁判所判決に対する憲法異議は適法であるが理由がないとして棄却した。同判決は申立人の基本権を侵害していな

いという。高等行政裁判所が、連邦共和国の機関が憲法に基づいて外国に対してドイツ国民及びその利益を保護する義務を負うとしたことに誤りはない。同裁判所が、連邦政府が、外交的保護を付与するか否か、及びどのような方法で付与するかについて広範な裁量を有すること、及びゆえに行政裁判所は裁量の瑕疵(Ermessensfehler)に基づく連邦政府の作為不作為を審査することに限定されることから出発したのも妥当である。この見解は、本裁判所の判例、すなわち、対外政策の分野において、連邦政府が、政治的取引に任じられた他の国家機関と同様に、広い範囲の政治的裁量が認められることに合致するという。

憲法裁判所によれば、外交分野における裁量の広さは、対外関係の形成と事態の推移が連邦共和国の意思のみによっては決定されず、その決定のできない事情に依存することに根拠を有するという。国際法及び憲法上許容される範囲で、連邦共和国のその時々政治的目標の達成を可能にするために、基本法は、対外的権限を持つ機関に対外政策上の問題の評価及びありうる行動の合目的性判断における広い余地を認めているという。

裁判所は、連邦政府による裁量の瑕疵はなかったと認定した高等行政裁判所判決は、申立人の基本権の射程を誤認していないという。連邦政府は、申立人の要請した措置をとる必要はない。行政裁判所及び本裁判所の手続において、連邦政府は、申立人の釈放を得るための措置を講じてきたこと、及び今後も抑留国に働きかけていくことを言明した。政府は、申立人の状況及び憲法上の権利を認識している。これまでの措置が釈放を実現できなかった事実のみでは、他のより大きな範囲の措置を講じる憲法上の義務は生じない。政府がどの程度まで他の措置が適当であると考えられるかは、申立人の利益と社会全体の利益を考慮した、対外政策の評価と衡量に委ねられなければならない。連邦政府が抑留国に対して、申立人の釈放を人道的観点からのみ問題にし、合法性の観点からそうしていないことに、憲法上異論を差し挟むことはできない。連邦政府の立場が、法的主張の抑留国または国際社会に対する政治的効果についての明らかな法の過誤また

は恣意的な評価に基づいているとは認定されえないという。

憲法裁判所は、政府に認められた広い裁量を考慮すれば、連邦政府が、国連における措置をとることが有用ではないと考えたことに、憲法上のいかなる疑義も生じないという。当該措置が成功の見込みがないとの評価は、裁量の瑕疵とはみなされないという。

裁判所は、国連憲章第107条の適用可能性に関する連邦政府の解釈は議論の余地はあるが、外交的保護の裁量権行使の判断の基礎にある、国際法解釈の不正確さ自体は、裁量の瑕疵を根拠づけるものではないという。現在の国際法秩序には、解釈の正確さを拘束力をもって認定する制度的裁判権は存在しない。このことから、一国の法的主張は、国際的平面では大きな影響を持つ。国際的平面で一体として振る舞うことが、連邦共和国の利益の擁護にとって重要である。このことを考慮すれば、裁判所は、対外的権限を持つ機関の国際法の不正確な解釈を裁量の瑕疵であると評価することを差し控える義務がある。不正確な解釈の採用が、対外政策のそれを含むいかなる合理的な観点からも理解不能な、市民に対する恣意とみなされる場合には、このことが考慮されるべきであるが、本件はそうではない。1980年の外務次官の書簡が示す解釈が不正確であったとしても、基本法第3条1項によって禁止された恣意（Willkür）とはみなされない。連邦政府は、本件での法的主張が成功の見込みがあるか、及びそこから申立人及び連邦共和国の利益に対してどのような結果が生じるかを考慮した。対外的権限を持つ機関に代わって、当該措置の国際的平面での結果を評価することは裁判所の任務ではない。連邦政府の評価がいかなる合理的な観点からも理解不能であるとは認定できないという¹⁶⁾。

(b) オランダ Hague 控訴裁判所 HMK 事件判決（1984年）

オランダ国民である原告Kは、西ドイツ入国後に薬物犯罪の容疑で逮捕された。Kによれば、ある人物と取引して西ドイツに大麻を発送したが、この人物は西ドイツの覆面警察官であったという。Kの代理人は、オラン

ダ政府に対して、西ドイツ政府との間で同人の訴追の取下げとオランダへの送還を取り決めるよう要請した。オランダの司法大臣は、Kが任意で西ドイツに入国し薬物犯罪で逮捕されたものであるとして、介入を拒否する旨回答した。

Kは、オランダ裁判所に政府を相手取って訴訟を提起した。同人は、西ドイツ警察の活動が違法なもので、その詐欺によって西ドイツに入国したこと、オランダ政府が介入する義務を負うことなどを主張して、自身の要請の履行とオランダによる訴追の引受けを要請することを求めた。Hague 地方裁判所は、Kの主張を裏付ける証拠が不十分であること、及び外交的保護の付与は裁量的であることを判示して請求を棄却した。

控訴裁判所は上訴を棄却した。判決によれば、Kの請求は、同人に外交的保護を付与すること及び西ドイツでの刑事手続において同人のために同国当局に仲介することをオランダ国家に要求するものであると解されるという。国際法における一般的見解によれば、国家は在外自国民に外交的保護を付与する法的義務を負わない。オランダ法については、本裁判所は、オランダ国民が外国で拘束された場合、国は外交代表を通じて外交的援助を提供することが求められるが、いかなる援助を提供するかを決定する広い裁量を有すると考える。この裁量が適切な方法で行使されたかどうかの評価は、第一に議会に属する事項である。裁判所は、提供された援助が、合理的に期待される援助を実質的に下回るまたはそれとは異なる場合のみ介入するであろうという。

そして、控訴裁判所は、Kが主張する、自身がドイツの覆面警察官の詐欺の結果、拘束されたこと、及びオランダがその活動を規制することを怠ったことは証明されていないとした。ゆえに、国は同人に優先的な取扱いを与える必要はないという。オランダは在外自国民の移送及び刑の執行の引受けを認めない政策をとっている。ゆえに、原判決は維持されるとした¹⁷⁾。

(c) スイス連邦参事会 JAAC61.75 決定（Comtrade 社事件。1996年）

1992年に、国連総会のある補助機関Aが、あるアジアの会社（Y社）に物品の発注を行った。その後、Y社は、スイスに本拠を有する会社（X社）から融資を受け、A機関に対して、代金の支払いをX社に行うよう通知した。A機関の発注に関する一般条件は、事前の書面による同意なしに債権譲渡はできないと定めていた。A機関はY社の申出を拒否した。X社は、A機関に支払いを請求したが、A機関は権限ある裁判所の命令がない限り、支払いはY社に行うと回答した。X社はスイスのGenève第一審裁判所から債権差押えの命令を得た。しかし、スイス執行破産局は、スイス・国連間の本部協定により執行免除が認められるとの理由で当該命令を取り消した。A機関はY社に支払いを行った。

X社は、スイス外務省に、国連に対する自身の外交的保護を要請したが、同省は拒否した。X社は連邦参事会に外務省の決定を争う行政不服申立てを行った。

連邦参事会の決定は、訴えは理由がないとした。それによれば、外交的保護は一国から他国に対して行使される国際慣習法上の制度で、国際組織に対しても行使されるという。国際法は国に外交的保護の行使を義務づけていない。個人も外交的保護の権利を持たない。ゆえに、スイス連邦法がそのような規範を有しているかどうかを検討しなければならないという。

決定によれば、申立人は、スイス連邦憲法第2条（1999年改正前の規定。以下同じ）が規定する連邦の目的、特に国の対外的安全の維持から、外国の行為から保護を得る国民の権利が導かれると主張したという。しかし、同条は、国の活動の目的を一般的に示すものにとどまり、直接に適用可能な権利を含意しないという。

参事会は、他の条文も外交的保護の主観的権利を保障していないという。第102条（外交を含む連邦参事会の権限）に関して、外交的保護の権限が同条から導かれることは事実であるが、個人に権利を付与するのではなく、参事会に国益すなわち全体としての人民の利益を考慮することを義務

づけている。本条に従って、一般利益に反する外交的保護の要請を拒否する義務がある。連邦の一般的外交権限に関する第 8 条についてもそうである。憲法は、国民にいかなる外交的保護の権利も付与していないという。

参事会は、他の連邦法も同様であるという。外交領事役務規則は私的利益の擁護を明示的に規定するが、スイスが介入するのは一般利益に関係しない範囲でのみであるという。

決定は、個人の外交的保護の主観的権利が存在しないので、連邦政府が裁量権を享有するという。統治行為を構成するので、介入を行う決定並びにその形式、範囲及び結果は、対外政治の便宜の考慮に従う。当局には失敗が確実にみえる請求を提起しない自由がある。憲法第102条に基づく、対外関係での一般利益を考慮する義務により、請求の可否及び方法を決定する自由があるという。

参事会によれば、この裁量的性格は、国の外交的保護の権限の行使に対する唯一の制限が、憲法第 4 条 (法の前の平等) に由来する恣意 (arbitraire) の禁止であることを意味するという。判例によれば、裁量的決定は、それが状況の維持しえない評価に基づく場合、法の規則及び衡平と両立しない場合、決定を基礎づける事実のすべての要素の考慮を怠った場合、関連しない事実を考慮した場合にのみ恣意的であるという。

決定は、国際法は外交的保護の行使を一定の条件に従わせているという。それを欠く場合、請求国は介入を差し控えることになる。請求の受理可能性の条件である国籍の連関及び国内救済完了、免責事由である被害者の不適正な行動 (クリーンハンズの原則)、並びに実体的条件としての国際責任の存在である。国籍の条件に関して、スイスは法人について支配の基準を採用するが、申立人は違法行為時点でスイス法人であったと認められ、国内救済完了の要件は国際組織には適用されないという。

参事会は、A機関が国際責任を負うかどうかを検討した。国家責任の一般原則が国際組織にも適用され、行為が国際法主体に帰属し、かつ国際義務違反を構成すると二つの要素が必要であるという。

決定は、前者については、A機関は国連総会の補助機関であるので充足するという。後者については、国際組織と私人の契約は、国際法が準拠法に選択されていれば契約違反が国際責任を生じる。申立人は、支払指定のA機関による受諾が契約を構成すると主張した。しかし、Y社が債権を譲渡した事実は認められない。譲渡がないので、Y社からA機関への支払指定は単なる勧誘であり、A機関はそれを拒否した。ゆえに、この点について国際法の違反はないという。

参事会は、次に、A機関の行為が国際法の次元で不法行為を構成するかどうかを検討した。申立人は、A機関が裁判所への提訴を勧誘しつつ、後に差押命令を拒否した矛盾した態度を非難したという。スイス・国連間の本部協定は、裁判権免除の放棄を規定するが、執行免除の放棄を規定していない。裁判権免除の放棄を行うのは国連事務総長であり、A機関の担当者はできない。A機関の書簡がX社に誤った期待を抱かせたとはいえない。申立人は、A機関がY社の詐欺を妨げなかったと非難するが、A機関は、第三者であるX社とY社の紛争に介入する義務を負わないという。

参事会は、国連が本部協定第8条第26項の義務（契約その他私法的性格の紛争の解決手段を定める義務）に違反したかどうかを検討した。この義務は、絶対的な裁判権免除の代償であるが、すべての紛争を仲裁に付託する義務を課すものではなく、悪意によるまたは正当化されない請求から自身を保護することが不可欠であるという。A機関が申立人に責任を負う根拠はないので、国連は、申立人に対する私法的紛争は存在しないと考えたがゆえに、免除の濫用はなく、本部協定に違反していないという。

参事会は、以上の検討から、A機関の国際違法行為がなく国際責任は生じないので、外交的保護行使の条件を欠くという。ゆえに、申立人が主張する、外交的保護を拒否する決定において、当局が法の不正確な適用を行ったなどの恣意の訴えを検討する余地はない。申立人は、Y社の財政的苦境から、スイスによる自身の権利の擁護を求めようとした。外交的保護は私法的手続の補完ではない。申立人の私的代理人になることは、外交的

保護において連邦が引き受けることのできない機能であるという¹⁸⁾。

(d) 英国最高法院控訴院 (民事部) Abbasi 事件判決 (2002年)

Abbasi は英国国民で、9.11同時多発テロ後の米国などによる武力行使の結果、アフガニスタンにおいて米軍に拘束され、Guantanamo 米軍基地において裁判所及び弁護士へのアクセスのないまま抑留されていた。同人とその母親は、国際人権法に違反する恣意的抑留であると主張して、英国裁判所に、被告 (英国外務大臣など) が Abbasi のために、同人の釈放、英国への送還、裁判所及び弁護士へのアクセスの許可などを米国政府に申し入れるなどを求めることを命令するよう訴えた。高等法院 (女王座部) は訴えを却下し、原告は控訴院に上訴した。

Phillips 卿が執筆した控訴院の判決は、請求を棄却した。

控訴院は、原告による、国際慣習法及び欧州人権条約上、外務大臣が外交的援助の要請に応じる義務を負うとの主張について、英国外務大臣の行為を審査できるかを検討した。

控訴院は、国際法は、外国で被害を受けている市民を保護するため外交的その他の手段で介入する国の義務を承認していないという。そのことは、バルセロナ・トラクション電力会社事件判決、及び ILC で Dugard があるべき法として外交的保護の義務を提案しそれが撤回された事実を示されているという。

欧州人権条約については、欧州人権裁判所の判例 (Banković 事件¹⁹⁾) に照らして、同条約第 1 条の締約国の「管轄」は、通常は属地的であり、外国領域の実効的支配及び域外管轄権の場合を含むとした。そして、単に国家が自国民に権限を有するという理由のみで、Abbasi が同条にいう英国の「管轄」内にあるとはいえないと結論づけた。さらに、同条約が外交的保護を受ける権利を保障していないとした平和財団事件を参照した。ゆえに、外務大臣は Abbasi のために外交を行う義務を負わないとした。

しかし、控訴院によれば、国際法及び英国法において Abbasi が外交的

援助の権利を持たないとしても、外国の行為によって基本的人権の侵害を受けた、英国市民への外交的援助を拒否する政府の決定の司法審査の余地がないわけではないという。

控訴院は、三つの考慮から司法審査が認められるという。第一は、司法審査に関する二つの判例法理の発展である。一つは、「正統な期待 (legitimate expectation)」の法理であり、行政裁量の行使に関して確立された政策または実行は、変更されない限り、市民は、当該政策または実行を考慮してもらい権利を付与される。もう一つは、国王大権の行使であっても、事項によっては司法審査の対象になるとの判例であるという。

第二の考慮は、外務省が正統な期待を生じうる政策を表明していることであるという。外交的保護の行使は国王大権に属するが、公式の請求に関して、英国の外交的保護に関する規則は、自国民が外国で裁判（正義）の過誤または拒否 (miscarriage or denial of justice) を受けた場合に政府が介入しようとした。非公式の申入れに関して閣僚が表明した政策も、裁判拒否に加えて、人権の根本的侵害の場合も介入を考慮するとしているという。

控訴院は、こうした実行は国内法上効果を有するという。在外英国国民に領事援助を提供するとのリーフレットも、過去の裁判における政府の言明に照らして、当該援助が提供されることへの正統な期待を付与するという。

第三に、欧州人権裁判所の Al Adsani 事件の審理における英国の主張（違法行為の伝統的な救済の手段は外交的申入れである）が示すように、外国で基本的権利の侵害を受けた場合に、英国政府が放置しないことが、すべての市民の通常期待であるという。

控訴院によれば、上記の政策の表明から英国国民が援助の要請に関して抱く正統な期待の性質は、きわめて限定されているという。すなわち、基準がみたとされても、政府が申入れを行うことを「考慮する」ととどまる。具体的事件で申入れを行うか否か、その場合にどのような形式で行うかは、完全に外務大臣の裁量に委ねられる。外務大臣は対外政策の考慮を重

視する自由を有し、それは司法審査不能である。しかし、そのことは、過程全体が審査を免れることを意味しない。要請が考慮されること、及び考慮において、すべての関連する要素が衡量されることについての正統な期待があるという。

判決は、一つの重要な要素は、市民が受けたと主張する不正義の性質と程度であるという。重大な裁判(正義)の過誤がある場合でも、外務大臣が不介入の判断をする対外政策上の理由がありうる。しかし、過誤の重大性の判断なしに適切に衡量がなされることは不可能であるという。

控訴院によれば、外交的保護に関して司法審査がなされる極端な場合には、外務省が、言明した実行に反して、その基本的権利が侵害されている国民のために外交上の申入れを行うか否かを考慮することすら拒否した場合であるという。そのような状況では、裁判所が外務大臣に原告の主張を考慮するよう義務づける命令を下すことが適切であろうという。

判決は、これを超えて一般的な命題を述べることはできないという。外務大臣が援助の要請を考慮した結果を述べるのが合理的に期待される場合があるかもしれないし、決定の理由を示すことが期待される場合があるかもしれない。一定の場合には理由を争いうるかもしれないという。

控訴院は、先例から判断される内容は次のように要約されるという。大権に基づく外務省の権限も事項によっては司法審査可能である。市民を保護する執行可能な義務を課すものは何もない。外務省は英国市民を保護する権利を行使するか否かの広範な裁量を有する。市民が有する期待は限定されているが、決定または不作為が不合理である、または正統な期待に反することが証明される場合は、司法審査が可能である。もっとも、裁判所は、対外政策に影響する決定を含む、(審査が)禁じられた領域に立ち入ることはできない。外交的次元で申入れを行うか否かの外務省の決定は、わが国の対外政策に関する決定と密接に結びついている。しかし、特定の英国市民の立場及びその者のために行動がとられる範囲を考慮する義務は、禁じられた領域を侵すものではないようにみえる。外務大臣が援助の要請

を適切に考慮すること以上のことを求められる程度は、事案の特定の事実によるという。

控訴院は、このように判示した上で、本件について以下のように認定した。外務省は原告の援助の要請を考慮し、英国国民抑留者に関して米国と議論したことが認められる。これ以上のことを原告が合理的に期待できるとは考えられない。外務省が同人の抑留の合法性についての見解を表明すれば、米国との議論を損なう可能性があるという。

そして、控訴院は、Abbasi の状況に深く憂慮しているものの、外務大臣に、米国に特定の申入れを行うように命令することは適当ではないという。それが対外政策の遂行に影響を与えることは明白であるからである。被抑留者の状況は米国の控訴裁判所において係争中であり、米国裁判所が人権を尊重するものと信じる。米州人権委員会も被抑留者の事案を取り上げている。これらの理由から請求を棄却する²⁰⁾。

(e) スイス連邦裁判所（民事第1裁判所）Groupment X 対連邦参事会事件判決（2004年）

1982年に欧州原子核研究機構（CERN）は、Genève 地域の地下に円形の衝突型加速器を建設するための土木事業を、仏・伊・西・独・スイスの会社で構成され、スイス法上の社団（société simple）として設立された、X 共同事業体（Groupment X、仮名）に委託した。事業体は一定の作業を下請に委託し、その費用の支払いを CERN に求めたが拒否されたため、CERN の契約の一般条件に従って仲裁に付託した。

1991年の第一の仲裁は、下請は仲裁の当事者ではなく、事業体は下請の請求を主張する資格がないと裁定した。事業体は下請の CERN に対する債権を譲り受けて再度付託したが、1997年の第二の仲裁は、下請の債権は仲裁条項の範囲外であると裁定した²¹⁾。

事業体は同年、三度目の仲裁廷の設置を要求したが、CERN は拒否した。翌1998年、事業体は、スイス外務省に対して、スイスと CERN の間

に締結された本部協定の第24条（私法的その他の紛争の解決手段を定める義務）の違反があると主張して、本部協定に基づくスイス・CERN 間の仲裁に付託するよう要請した。2000年に同省は、本部協定の違反はないとして付託を拒否し、さらに、翌年、CERN に対する外交的保護行使の要請も拒否した。事業体は連邦参事会に不服申立てを行った。

2004年に、連邦参事会は、前述の JAAC 61.75 決定を参照して、外交的保護行使の拒否は恣意の禁止に照らして審査されるとし、外務省は事業体の要請を考慮すべきであったとして、本案の検討に入ることなく要請を拒否した2001年の同省の決定は取り消した。しかし、自判して事業体の申立てを棄却した。参事会は、外務省が、事業体の第三の仲裁請求が濫用的で、CERN の拒否が裁判拒否を構成しないと評価したことは恣意的ではなかったこと、事業体は紛争の本案を検討する権限を有する裁判所（第一の仲裁）にすべての請求を付託する機会があったこと、ゆえに、CERN に本部協定の違反はなくその国際責任は生じないこと、従って、外務省が外交的保護を付与しなかったことは正当であること、本部協定上の仲裁の付託の請求も拒否されることを決定した²²⁾。

参事会の決定に対して、事業体を構成する 5 社が連邦裁判所に行政訴訟を提起し、連邦参事会が、CERN に仲裁への応訴または紛争解決のため適当な措置をとらせなかったことが欧州人権条約第 6 条 1 項（公正な裁判を受ける権利）に違反するなど主張して、決定の取消しを請求した。裁判所は、請求には理由がないとして棄却した。

判決は、国内法と国際法の抵触がある場合、国内法は条約に合致して解釈されなければならないという。スイス司法組織法第98条などは、外交的保護及び対外関係に関する他の事項についての参事会の決定に対する行政訴訟を排除する一方で、欧州人権条約第 6 条 1 項は、裁判所による当該決定の審査を要求するという。

裁判所は、司法組織法の上記規定は、欧州人権条約第 6 条と抵触するので、条約違反を回避するために、後者を直接適用して、訴えを取り上げな

なければならないという。司法組織法第104条1項に従って、本裁判所は、国民の憲法上の権利を含む連邦法、及び直接適用可能な国際法の適用を職権で検討する。ただし、重要な要素が対外関係に関する連邦参事会の決定の審査に関わる場合、本裁判所は決定の適切性を判断できないという。

裁判所は、欧州人権条約第6条1項の「民事上の権利及び義務」の概念は、自立的であるが、それ自身具体的な内容を与えていない。裁判に訴える権利は、国内法で承認された「民事上の権利及び義務」に関する「決定」に対するものである。第6条1項の意味における決定は、2私人の間または私人と国家当局の間で起きるすべての訴訟を意味する。財産権または経済的自由の保障のような私的性質の権利や金銭賠償の請求も民事上の権利に該当する。ゆえに、まず国内法に基づく主観的権利の存在を確認するのが適当であるという。

判決によれば、本件の注文者と請負人、並びに注文者、請負人及び下請の関係に関する、請負契約に基づく原告と CERN の間に生じた私法的紛争は、第6条1項の対象であり、ゆえに、請求者は同条を援用する根拠を有するという。

CERN の契約者に司法的保護を付与する義務は、契約の条項または付属の一般条件に規定された仲裁によって引き受けられる。国際組織に認められた絶対的裁判権免除によって国の司法審査から免除されることは、仲裁への付託によって調整される。この状況は、欧州人権裁判所の判例（Beer 及び Regan 事件²³）に合致する。すなわち、国際組織の免除は、その機能の良好な遂行のためであって、国の裁判所へのアクセスの制限はそれによって正当化され、申請者がその権利を保護するため他の合理的手段を有していれば許容されるという。

判決は、第一の仲裁に関して、事業体の請求に管轄権を持たないとの裁定は、事業体と下請を結びつける契約がないので、事業体が債務者であるか否かを決定できないと判断したのであるから、原告は紛争の本案を裁定できる裁判に付託することができたといえるという。ゆえに、原告は独立

した公平な裁判所へのアクセスを有した。仲裁延が恣意的に管轄権を抑制したか、事業体と下請の関係を正確に理解しなかったかを知ることは、仲裁の対象に関わる法の問題であり、本裁判所は CERN の絶対的免除により、検討することのできないものであるという。

裁判所は、第二の仲裁による請求の棄却も、第一の仲裁と同じ理由で審査できないという。原告は、第二の仲裁に、債権譲渡から生じる権利に基づく新たな請求を行う機会があった。事業体は、裁判にアクセスする機会があったと認められる。この認定は、欧州人権条約第 6 条 1 項及び本部協定第 24 条の違反の訴えを棄却するに十分であるという。

判決は、原告が、憲法第 29 条 1 項（司法的または行政的手続において、訴えが公平に扱われ合理的期間内に判断される権利）を援用して、外務省と連邦参事会が自身の 1998 年 11 月の要請を拒否するのに 5 年を要したことに苦情を申し立てたという。第 29 条は、欧州人権条約第 6 条 1 項と同様に、迅速性の原則を定めている。期間の合理的性格は、具体的状況に応じて、事案の複雑さの程度などを考慮して、全体的に評価されるという。

裁判所によれば、本件に関して、外務省については、原告が国際組織に対して主張した請求の信憑性の評価には一定の複雑さがあったという。外務省が評価しなければならなかった文書の量と主張の全体を考慮して、手続の相対的に長い期間は不合理とはみなせない。同じ理由で、連邦参事会での行政不服申立ての決定までの 26 カ月の期間は、合理的であり、迅速性の原則に違反しなかった。ゆえに、行政当局に対する憲法第 29 条 1 項及び欧州人権条約第 6 条 1 項の違反の訴えは棄却されるとした²⁴⁾。

(f) 南アフリカ憲法裁判所 Kaunda 事件判決 (2004年)

原告はジンバブエで同国当局に拘留された Kaunda を含む 69 人の南ア国民である。彼らは、赤道ギニアで未遂に終わったクーデターに傭兵として関与した疑いがかけられていた。彼らは、南アの Pretoria 高等法院に提訴して、ジンバブエと赤道ギニアに外交上の申入れを行うことを南ア政

府に命令するよう求めた。彼らは、ジンバブエによって赤道ギニアに引き渡されるおそれがあり、引き渡されれば同国で訴追され、公正な裁判が保障されず、有罪となれば死刑を言い渡されるおそれがあると主張した。請求が棄却された後、原告は憲法裁判所に緊急上訴を行い、受理された。

Chaskalson 首席裁判官執筆の判決は上訴を棄却した。

まず、判決は、国際法が、伝統的に外交的保護を国家の権利とし、義務としてこなかったことを確認した。バルセロナ・トラクション電力会社事件判決のほか、ILC が（Dugard 案に関して）保護の義務が諸国の一般慣行となっていないとした。学説の多数も、外交的保護が国際法上の人権として承認されていないとする。それはなお裁量によって行使される国家の大権である。ゆえに、原告は国際法に基づいて請求できないという。

次に、憲法裁判所は、南アの国内法上、原告が外交的保護の権利を有するかを検討した。憲法第7条2項（憲法上の権利を尊重、保護、促進及び履行する国の義務）に基づき、国は憲法の規定を履行する積極的義務を負うが、そのことは、国外にいる国民に対しても義務を負うことを意味しないという。憲法第233条は裁判所に法令の国際法適合解釈を義務づけるが、外交的保護の権利は国際人権文書に規定されていない。南ア憲法は国際人権文書を超える人権を規定するが、外交的保護の権利を認めていないという。

裁判所は、南ア憲法が域外的効果を有するかを検討し、領域外に適用されるとは解されないとした。国際法上も、国法は領域内に適用されるのが一般原則であるという。属人主義などの管轄権の域外適用は、領域国の主権に干渉しない限りでのみ認められる。ゆえに、外国の法と行動が、南ア国民が南ア憲法上有する権利に適合することを確保するための行動をとる義務を南ア政府に負わせることは、主権の原則に反する。憲法第7条2項は、そのような積極的義務を政府に課している²⁵⁾と解されないという。

しかし、裁判所によれば、上記のことは、この問題について憲法が沈黙していることを意味しないという。憲法第3条2項(a)は、すべての市民が「平等に市民権（citizenship）の権利、特権及び利益を享受する」ことを規

定する。南ア市民は、外国の違法行為に対する国際法上の保護を南ア政府に要請する権利を有する。外交的保護は国民の要請により行使される。南ア市民は南ア国民であり、市民権は保護を要請する特権または利益を付与する。そして、市民は、(南アとの関係がきわめて遠隔である場合を除いて) 要請が考慮され、適切に応答される権利を有するという。

さらに、要請が慣習国際法の一部を形成する人権の重大な (material) 侵害に対するものである場合、政府が消極的であることは期待されえないという。外交的保護の基礎に関する理論的議論に関係なく、実質において真の受益者が個人であることは争われえないという。

憲法の基礎にある人間の尊厳、平等並びに人権及び自由の増進は、政府がその権限を行使するために求められる方法を条件づける。第7条2項の規定は、人権侵害から市民を保護するために政府が積極的に行為することを企図している。第3条の保障の一部である、外交的保護を要請する権利の結果として、政府は、要請を検討し、憲法に従ってそれを扱う義務を負うという。

裁判所は、国際人権規範の重大な違反から市民を保護するため行動する、国際法上の義務に合致した、政府の責務がありうるという。証拠が明白である場合、援助の要請を拒否することはできない。その決定は司法判断可能であり、裁判所は政府に適切な行動をとるよう命令できる。極端な場合には、国際人権の甚だしい侵害に対して、国民に援助を提供することが政府の義務でありうる。当該状況で犠牲者は援助を求めることはできず、政府は侵害を知れば直ちに、自身のイニシアチブをとることを義務づけられるという。

判決は、保護が付与されるべきか否か、及び付与される場合にどのような保護が付与されるべきかに関する決定は、対外政策の一側面であるという。申入れがなされる場合のその時宜、用いられる言葉、拒絶された場合にとられる制裁 (もしあれば) は、裁判所が扱う能力を持たない事項である。国民の救済を確保する最善の方法は、デリケートで微妙な交渉を行う

ことである。それは、裁判官より外交官が決定を下すのによりよい立場にあり、裁判手続及び公衆への公開によって妨げられるという。

憲法裁判所は、このことは、南ア裁判所が外交的保護に関する問題を扱う裁判権を持たないことを意味しないという。あらゆる公権力の行使は憲法の統制に服する。外交的保護の要請に適切に答えないこともそうである。決定が不合理である場合、裁判所は介入しうる。ただし、このことは、裁判所が自身の見解を政府のそれに代替すること、または政府に特定の形式の外交的保護を提供するよう命令することを意味しない。もし、政府が正統な要請を検討することを拒否する、または悪意もしくは不合理にそれを扱う場合、裁判所は、事案を適切に扱うよう政府に求めることができる。合理性と悪意のほかにも、審査の根拠は存在しうる。しかし、強調する必要があるのは、当該事項において、裁判所によって尊重されなければならない広範な裁量を政府が有することであるという。

裁判所は、上訴人（原告）の請求について判断した。上訴人の南アへの引渡しを要請するよう政府に義務づける請求は根拠がないとした。ジンバブエに釈放を申し入れるよう政府に義務づける請求については、上訴人は同国で犯罪の容疑で訴追されていないので、行動する根拠がないと認定した。ジンバブエ及び赤道ギニアに死刑不執行の保証を求めるよう義務づける請求については、上訴人は南ア市民が海外で死刑を受けた場合に申入れを行う、南アの言明された政策の利益を受ける資格があるが、申入れの時宜は政府の判断を尊重すべきであるとして棄却した。

また、ジンバブエが赤道ギニアに上訴人を引き渡さないことの保証を求めるよう政府に命じる請求については、赤道ギニアへの引渡しは現実のものとなっておらず、死刑は国際法上禁止されておらず、外交的保護の前提である国際法上の被害を受けていないとして棄却した。

そして、赤道ギニアで上訴人が公正な裁判を受けることを確保するよう政府に命令する請求については、同国の刑事司法への国際的懸念はあるものの、上訴人はまだ同国での手続に付されていないという。状況は発展

し、外国とのデリケートな交渉を要する事項である。危険の評価、その回避の最善の方法及び行動の時宜は政府の裁量に属するとして棄却した。ジンバブエでの劣悪な抑留条件に関して人権の保障を確保するよう政府に命じる請求については、政府が同国に何度か申入れを行っており、援助を提供しなかった事実は証明されていないとして退けた。

最後に、憲法裁判所は、判示を要約して、外国においてその有害な行動を受けた南ア国民は、国際法の受け入れられた規範に違反する行為からの保護を提供するよう南ア政府に要請する資格を有し、政府は、当該要請を考慮し適切に扱うことを義務づけられること、及び、当該事項において政府の行った決定は憲法上の統制に服することを確認した。他方で、対外事項における政府の特別の責任及び専門性、並びに当該事項を扱う最善の方法を決定する政府の広い裁量を重視することも確認した²⁶⁾。

(g) カナダ・Khadr 事件の最高裁判所判決 (2010年) などの一連の判決

(i) 本件の一連の訴訟の原告 Khadr は、カナダ国民であって、米軍などによるアフガニスタンへの武力行使の結果、同地で2002年に拘束され、Guantanamo 基地に移送され抑留された。この時点で原告は15歳であった。2004年に戦争法違反の殺人、テロ支援などの容疑で米国軍事委員会に訴追された。抑留中の2003年から2004年に、カナダの情報機関の職員が容疑に関連する事項について原告の尋問を行い、その記録を米軍当局に提供していた。尋問の際に、カナダの政府職員は、米軍当局が情報を引き出すために原告に睡眠を許さない尋問方法を用いていることを了知していた。

原告の代理人は、カナダ政府に同人のカナダへの送還 (repatriation) を要求したが、政府は応じなかった。2005年にはカナダの要請によりカナダ領事の面会が許可され、原告がカナダへの帰還を希望していることが報告された²⁷⁾。カナダ首相は2008年のインタビューで、Khadr の送還を求める意図はないことを表明した。同年、カナダ議会下院の委員会は、同人に

対する軍事委員会の手続の終了、並びに同人の釈放及びカナダへの身柄引渡しを求めることを政府に勧告した²⁸⁾。

(ii) 原告の代理人はカナダ裁判所に何度も訴訟を提起した。2004年の最初の提訴では、カナダによる尋問がカナダ人権憲章違反であるとの宣言と賠償を求めた。次いで、カナダが外交及び領事上の役務を提供しないことが人権憲章などに違反すると主張する訴えを起こした。

後者の裁判で、カナダ政府は先決的に請求却下を申し立てた。2004年の連邦裁判所判決は、原告の人権憲章に基づく主張は、政府の役務の不提供と同人の人権侵害の間に因果関係が存在しないことを理由に、根拠がないとした。他方で、カナダ外務省法違反の主張については、Abbasi 事件を引用して、同法及び外国で拘束されたカナダ国民向けの指針が正統な期待を構成するとし、国際司法裁判所のラグラン事件判決が領事面会権が個人の権利であると判示したことに言及して、請求原因が存在するとして、政府の申立てを退けた²⁹⁾。

翌年、前者の訴訟に関して、連邦裁判所は、カナダ政府職員による原告の尋問を禁止する暫定的差止命令を発した³⁰⁾。

(iii) さらに、Khadr は、カナダ政府職員による尋問記録を自身に開示するよう求める訴訟を提起し、一審及び控訴審の判決を経て、2008年にカナダ最高裁判所は、請求を認める判決を下した。最高裁は、米国連邦最高裁判所の Hamdan 事件判決³¹⁾を引用して、Guantanamo 基地の抑留及び刑事裁判の制度は国際人権法（ジュネーブ諸条約）に違反すると認定し、カナダは尋問によって、その国際人権義務に違反する過程に参加し、それがカナダ人権憲章第 7 条（すべての者が生命、自由及び安全に対する権利、並びに基本的正義の原則に合致する場合を除いてそれらを奪われない権利を有する）の違反を構成し、同条の基本的正義の原則に基づいて、尋問記録と米国に提供した情報を開示する義務を負うと判示した³²⁾。

(iv) Khadr の代理人は、同人の送還を求めないとの上記の首相のインタビューを受けて、カナダ政府に、米国に送還を要請するよう義務づける

訴訟を提起した。

2009年、連邦裁判所は、Abbasi 事件、Kaunda 事件などを引用して、対外政策に関する政府の決定が司法審査可能であると判示した。本件の特別の状況（原告が未成年であったこと、及び米国による原告の国際人権の侵害にカナダ当局が参加したこと）の下で、拷問禁止条約、児童の権利条約（特に第19条と第37条）などの国際文書が、人権憲章第7条の基本的正義の原則を構成し、政府は原告の同条の権利を保護する義務を負うと判示した。そして、送還の要請を拒否する決定は基本的正義の原則に反するとして、実行可能な限り速やかに米国に原告の送還を要請するよう政府に命令した³³⁾。政府の上訴を連邦控訴裁判所も棄却した³⁴⁾。

(v) 政府の上告に対して、最高裁は、2010年、上告を認容したものの、Khadr の請求を一部認める判決を言い渡した。権力分立と政府の対外事項に介入することの自制に従って、政府の行動を義務づけるのではなく、一定の宣言をなすにとどめた。すなわち、カナダ政府が2003年から2004年の Khadr の尋問におけるその公務員の行動を通して、カナダの国際人権法上の義務に反する過程に参加したこと、同人の抑留に寄与して、基本的正義の原則に反して人権憲章第7条の保障する自由と安全を奪っていることの宣言である。

まず、判決は、カナダ公務員のカナダ国外での行動に人権憲章が適用されるか否かについて、自身の2008年判決を引用して、人権憲章の適用範囲をカナダ領域内に限定する国際慣習法と国際礼譲の原則は、カナダ公務員が国外で、カナダの国際義務及び国際人権規範に反する外国の活動に参加する場合には適用されないことを確認した。

次に、判決は、カナダ政府が Khadr の憲章第7条の権利を侵害しているかを検討した。カナダ政府の行動と同人の自由及び安全の権利の侵害の間に十分な因果関係が必要であるが、証拠から、カナダ公務員が尋問で得た供述は、Khadr の容疑を証明しうるもので、同人の抑留の継続に寄与し、自由と安全の剥奪に影響を与えたと結論づけた。

最高裁は、こうした自由と安全の剥奪が、2008年判決で認定されたように、カナダの国際義務に違反するもので、ゆえに基本的正義の原則に反すると認定した。Khadr は、当時未成年であり、尋問中弁護士へのアクセスも、彼の最善の利益を考慮する成人へのアクセスも認められず、睡眠を奪われた状況であったという。

最後に、裁判所は、Khadr の請求する救済（米国への送還の要請をカナダ政府に命令すること）が適切であるかどうかを検討した。憲章第7条の権利の侵害と求められた救済の間に十分な関連があることが必要であるが、カナダ公務員による違法な尋問が抑留に寄与し、侵害の効果が現在も継続している。請求された救済は、侵害された権利を十分に回復するものであるという。

しかし、最高裁は、求められた救済の付与は、コモンロー上の対外事項に関する国王大権に関わるがゆえに妨げられるという。Khadr の送還を要請しないと決定は、対外事項に関する特権の行使としてなされた。国王大権の行使が司法府による合憲性審査を免れるわけではない。立憲民主制の下で、すべての政府の権限は、憲法に従って行使されなければならない。裁判所は、政府の対外事項の特権が憲法に従って行使されることを確保する命令を下す権限を有する。しかし、大権的権限の行使に対する司法審査は、執行部門が当該権限の下での決定に責任を負う事実、及び執行府が選択肢の幅の中で当該決定を行うのにより適した立場にある事実脆弱である。政府は、権限の下での責任が遂行される方法を決定するにおいて、柔軟性を持たなければならないという。

最高裁は、対外事項に対して審査し介入する限定された権限を一審裁判所（連邦裁判所）が適切に行使したかを検討して、二つの懸念から否定した。第一の懸念として、一審裁判所が命令した救済が、複雑で変化し続ける状況で、カナダのより広い国益を考慮して、対外事項について決定を行う執行府の憲法上の責任を重視していないという。ゆえに、適切な救済は、カナダが Khadr の憲章第7条の権利を侵害したと宣言して、現在の

情報と対外事項に対するその責任に照らして、憲章に適合する、本判決に対応する最善の方法の決定を政府に委ねることであるという。

判決は、一定の状況では、裁判所は、対外政策に関わる事項に関して執行部門に具体的な指令を与えることができるという。死刑を科す可能性のある引渡請求国に死刑不執行の保証を求める事案がそうである。逃亡犯罪人はカナダ政府の管理の下にあって、政府が保護する権限を有する。保証を求めることで、予期される憲章違反から逃亡犯罪人を実効的に保護することができる。保証を求めることは他国との関係を損なうものではない。他方で、本件は事案を異にし、Khadr は政府の管理の下になく、請求された救済が有効である見込みは明確ではない。送還要請がカナダの対外関係に及ぼす影響は、裁判所が適切に評価できないものであるという。

第二の懸念として、最高裁は、証拠の不確かさがあるという。カナダと米国の間で Khadr についてどのような交渉が行われたか、今後どのような交渉が行われるかを知りえない。ゆえに、具体的な措置について指示を与えるのは適切ではない。また、原告の法的状況は進展し続けている。そのことは、裁判所の救済に関する裁判権の行使において慎重さを促すものであるという。

判決は、結論として、適切な救済は宣言的救済であると判示した。すなわち、Khadr の請求を部分的に認め、裁判所の見解を政府に知らしめる宣言を出すことであるという。それが、執行府が憲章に従って職務を遂行し、同人に関していかなる行動がとられるべきかを検討する法的枠組みを提供するという³⁵⁾。

(vi) この最高裁判決の後、カナダ政府は、送還を要請しない立場を変更しないとの声明を公表したが、米国政府に対して、カナダが提供した情報を Khadr の裁判で用いないよう要請する外交覚書を発出した。これに対して、米国は、2009年の軍事委員会法により、拷問を含む不適切な方法で得られた供述は受理されないこと、カナダの要請は検察官に伝えられることなどを回答するにとどまった。

(vii) Khadr の代理人は、上記の政府の声明と外交覚書がカナダの決定を構成し、決定の際に同人に対する手続的公正が侵害されたと主張して、新たな訴えを提起した。

連邦裁判所は訴えを認めた（2010年）。裁判所は、政府の上記決定が対外政策に関わるものであっても、司法審査可能であることを確認した。原告は、カナダが自身の憲章上の権利を侵害し、それを救済するためカナダ政府が行動をとるとの最高裁の宣言に基づく、正統な期待を有するという。

判決は、政府が外交的介入の義務を負わないと判示した Abbasi 事件を参照した。しかし、本件は、介入を要請した者を政府が管理していない点は同事件と共通しているが、カナダ政府自身が Khadr の権利を侵害した点で異なるという。侵害は救済されなければならないとの法の支配の要請は、政府に侵害の治癒または軽減のために外交的に介入する義務を課す。ゆえに、政府が決定を行う際に、原告は手続的公正を付与される。政府は検討中の決定を原告に告知し、適切な救済に関して意見表明の機会を与える義務があったという。

裁判所は、本件は救済がカナダ政府の支配の範囲内でない点で異例であるという。カナダが提案して、米国が同意しなければならない。政府は、まず侵害を治癒することを試みなければならない。それが不可能である場合に侵害を軽減するための救済が必要となるという。

判決は、2010年最高裁判決を援用して、憲章上の権利の侵害を治癒する唯一の救済が存在し、それが国王大権の行使に関わるとしても、裁判所が当該救済を命令することは妨げられないという。

裁判所は、唯一の救済が米国に原告の送還を要請することにあるならば、それを命令するであろうという。しかし、政府と原告は他の救済を策定することができる。原告の見解を聞いた上で、執行府がどの救済を選択するかを決定する。原告に実効的救済が付与されるまで、この過程が継続されなければならない。米国での原告の審理の開始が迫っているので、緊急に進められなければならない。裁判所はこの過程を監視し修正し、救済

が策定されない場合は自身が救済を命じる権利を留保するという。

判決の主文は、政府に対して、判決の言渡しから7日以内に、原告の憲章上の権利の侵害を治癒または改善する、すべての試みられていない救済を原告に助言するよう命令した。原告は、それから7日以内に提案された救済の実効性及び他の救済について書面で意見を述べることができるとした。そして、裁判所は、スケジュールを修正し、両者の間に合意ができない場合、自身が実効的救済を決定し、及び政府が実効的救済を実施しない場合は救済を命令する権限を保持すると決定した³⁶⁾。

(viii) この判決に対してカナダ政府は上訴した。連邦控訴裁判所は、司法府が国王大権の行使を「監督」し特定の過程を命令することは、権力分立の侵害であり不適切な介入であるとして、上訴手続中の原判決の執行を停止した(2010年)³⁷⁾。

(h) イタリア破毀院(民事連合部) *Il Tuo Viaggio* 有限会社事件
判決(2011年)

1982年のイタリア・モロッコ協定の下で、イタリアの海運会社が行っていた、両国間の特定の路線での海上運送の許可の更新をモロッコが拒絶した。同会社は、協定違反を主張して、イタリア政府にモロッコに対する相互主義(協定の不履行)の実施を求めたが、政府が応じなかったため、首相府、インフラ・運輸省及び外務省を相手取って、事業中断によって受けたい損害の賠償などを求めて提訴した。

Lazio 地方行政裁判所の請求却下判決の後、国務院の判決(2009年)は、イタリア法上、政府は外交的保護の義務を負わず、国際関係における国家の行為は統治行為(atto politico)であって審査の対象外であるとして、上訴を棄却した³⁸⁾。

原告の上告に対して、破毀院は国務院判決を破棄し差し戻した。

破毀院は、上告人の主張、すなわち、原判決が裁判権を絶対的に否定したことが、国内法が行政府に付与した権限の不行使に対する、法的に保護

された地位の違法な否定であり、ゆえにイタリア憲法第24条（裁判に訴える権利）及び第113条（行政府の行為に対する正統な権利及び利益の司法的保護の保障）の違反であるとの主張は正しいという。

破毀院によれば、ゆえに、原判決は、外交的保護の制度を参照して上告人の法的地位を評価した部分において誤っているという。ILC 条文第1条の定義によれば、それは、国が、その国籍を有する自然人または法人が他国の違法行為によって被った損害に対して、当該他国の責任を援用することである。原判決は、1987年第69号法がインフラ・運輸省に付与した権限の行使が、司法審査を包括的に免れる対外政策の行為と考えた。しかし、同省に付与された権限は、国の海運業を保護するために技術委員会（政治的機関ではない）が行う提案に基づいて行使されるもので、統治行為ではなく、国の海運政策を遂行する行政的行為であるという。

破毀院は、権限の違法な（不）行使に対する奪われえない正統な利益があるという。これは、英米法で保護される、国際慣習法上の権限の行使に関する「正統な期待」と同一視される。正統な利益の保護は司法機関に属する。その絶対的な否定は行政裁判所の権限を逸脱するものである³⁹⁾。

本判決は、外交的保護不行使の決定に対する司法審査を肯定したが、直接には、外交的保護に相当するものとしてその行使が要請された、国内法上の政府の権限の解釈によって結論が導かれている点に注意する必要がある⁴⁰⁾。他方で、正統な期待の法理（Abbasi 事件を念頭に置いているものと思われる）を参照して、イタリア憲法上の正統な利益の司法的保護が、国際慣習法上の外交的保護の国の権利にも（責任追及の法的な権利であるとの認識を前提として）及ぶとしている点が注目される⁴¹⁾。

(2) 以上、外交的保護の行使に関する国内判決をみてきた。これらの判決は、外交的保護行使の決定をいわゆる統治行為の法理の適用対象とはせず、司法審査の対象となることを認めた⁴²⁾。

もっとも、どの判決も、行政府の対外関係における広範な裁量を認め、

裁判所が介入することに消極的であった。その理由として判決で挙げられたのは、状況についての評価、外交的保護の可否、並びにとられた場合の行動の具体的な内容及び方法（の選択）についての評価、行動が成功する見込みについての評価、相手国との交渉である（それゆえに裁判手続になじまない）ことなどである。行使の決定が、被害者個人の利益と社会の一般的利益との衡量であることを明言するものもある（Hess 事件）。

Hess 事件のように、とるべき措置の効果及び国際法の解釈について政府の評価をそのまま受け入れた（国際法の解釈については、対外的に行政府と同一でなければならないとして審査を拒否した）ものもあれば、Comtrade 社事件及び Kaunda 事件のように、外交的保護拒否の決定を適法としたとはいえ、事案の詳細（具体的には、被請求主体の国際法上の責任の成立の有無）に立ち入って審査したものもある。

これらの判決の多くは、国際法上も国内法上も国民の外交的保護の権利を認めることはなく、援助の要請を考慮してもらう権利（要請を検討し適切に扱う政府の義務）を認めたにとどまる。Abbasi 事件は外交的保護を行使する、公表された政策への正統な期待からこの権利を認め、Kaunda 事件は、外交的保護が国民の要請により行使されるとの認識の下に、市民権の利益から要請しそれに応答される権利を導いた。Hess 事件は憲法上の保護の義務は承認するが、行使の可否及び方法について政府の広範な裁量を認めた。Kaunda 事件のみ、傍論で、重大な人権侵害の場合に政府は行動する義務を負い、要請がなくても自らのイニシアチブで援助を提供しなければならないとした。

Khadr 事件の2009年の連邦裁判所判決は政府への具体的作為の命令を下したが、2010年の最高裁判決は、違法性の宣言にとどめ、とるべき行動の具体的内容は政府の裁量に委ねられると抑制的な態度をとった。本件は、カナダ政府自身が人権侵害に関与したがゆえにこのような認定がなされたもので、単純な外交的保護の事例とはいえないことに注意が必要である。

本稿で参照した判決は、外交的保護に関する決定が例外的に司法審査の対象となる場合として、裁量の瑕疵がある場合（Hess 事件）、決定が恣意的とみなされる場合（Hess 事件及び Comtrade 社事件）、政府が提供した援助が合理的に期待されるものを下回る場合（HMHK 事件）、考慮することすら拒否した場合及び不合理な決定である場合（Abbasi 事件及び Kaunda 事件）、悪意または不合理に要請を取り扱う場合（Kaunda 事件）を挙げる。これらの多く（特に Hess 事件及び Comtrade 社事件）は、外交的保護の行使の決定が国内法上の行政府の裁量と位置づけられ、行政裁量の限界の基準が適用されたものとみることができ⁴³⁾。Khadr 事件の2010年の連邦裁判所判決は、政府の外交的行動について、被害者への告知、意見表明及び協議の機会の提供（デュープロセスの保障）を義務づけたが、これも前述したように、事案の特殊性も考慮する必要がある⁴⁴⁾。Abbasi 事件及び Kaunda 事件では、外交的保護の行使の対象となる被害（侵害された権利）の性質や重大性が考慮されている。

Groupment X 事件でスイス裁判所は、外交的保護の不行使の決定を争う訴えが、国内法上司法審査が排除されているにもかかわらず、欧州人権条約第6条1項の適用対象であるとして、司法審査を行った。

本判決に関して、外交的保護の決定に対する司法審査が欧州人権条約第6条1項に基づいて認められたとする学説がある⁴⁵⁾。他方で、連邦裁判所の条約第6条の解釈は独自のもので、外交的保護に関する権利の射程及びそれに対する司法審査権の範囲は不明確であると指摘するものがある⁴⁶⁾。本判決は、外交的保護の不行使への苦情が第6条の対象であるとしつつ、他方で、同条の「民事上の権利」とされたのは、直接には、原告が国際組織に対して有する私法上の債権であり、「決定」とされたのは両者の間の仲裁裁定であった。ゆえに、行政府による外交的保護の拒否の決定に対する裁判所へのアクセスの権利が認められるかは明確ではない。

(3) これらの判決は、それぞれの国内法（憲法）に基づく判断であって、Groupment X 事件を除いて、国際法に基づくものではない。判決が示し

た外交的保護行使の裁量を制約する種々の規範をそのまま国際法に移植するのは難しい。正統な期待の保護といった法理は国際法には存在しない。Abbasi 事件では、正統な期待を生じる政府の行動（外交的保護を行う政策の表明）が存在することを理由にこの法理を適用したので、同種の政策の表明がなされていない国には適用が困難である（Il Tuo Viaggio 社事件のように国際法上の外交的保護の権利を直接、正統な期待の対象としたものもある）。恣意の禁止の法理も、前述したように、国内法上の行政裁量の統制の規範である。

これに関連して、ILA が2006年に採択した決議「人身及び財産の外交的保護」の「請求の国籍」の部における、外交的保護行使の決定の司法審査に関する内容が示唆的である。同決議は、外交的保護の行使の拒否が、国籍国の憲法上の要件に従って、デュープロセス及び恣意の禁止の文脈での司法審査に服するべきである（should）とした。すなわち、Orrego Vicuña の原案を修正して、審査の基準を国内法上のものとした。決議は、また、政府の義務は、必ずしも外交的保護を行使することではなく、特定の個人の立場及びとられる外交的行動の範囲を政府が考慮することを確保することであるとした⁴⁷⁾。

外交的保護の行使の決定におけるデュープロセスの保障、恣意的な裁量行使の禁止、決定の際の個人の立場を含むすべての要素の考慮、決定に対する司法審査の確保といった要請は、国内法の文脈で妥当しうるのであって、国際法上の事項ではないとの判断があったと推測される⁴⁸⁾。

(4) こうした外交的保護行使の裁量に対する制約が、国際法上の義務として確立されるかどうか。国際慣習法として確立していると結論づけるために十分に広範な実行が存在するわけではなく、国内法規範の解釈として論じられているがゆえに、国際法上の義務の信念が伴っているとはいえない⁴⁹⁾。

それでは、これらの法理が国際人権法に基づいて認められるかどうか。デュープロセスや恣意の禁止自体は、国際人権法に直接そのような人権が

存在するわけではない（個別の権利に対する制限の限界としては存在する⁵⁰⁾）。学説には、デュープロセスの権利や法の支配が公正な裁判を受ける権利や効果的救済を受ける権利を根拠として認められるとするものがある⁵¹⁾。

公正な裁判を受ける権利は、条文上、刑事上の罪の決定または民事上の権利義務の争いについての決定に関して裁判所へのアクセス、裁判所の公正な審理（武器対等の原則など）などを保障されるものである。欧州人権条約第6条1項については、行政機関の決定についても適用されるが、基本的に事後の司法審査が保障されていない場合に問題となる⁵²⁾。国内法上、外交的保護の決定の司法審査が認められていない場合、当該決定に手続的保障が及ぶ可能性があるが、そうでない限り、結局は事後の裁判の問題になる。

裁判に関しては、欧州条約第6条1項でいえば、それが「民事上の」「権利」に関する「決定」である必要がある。「民事上の権利」は国内法での位置づけによるが、自立的なものであって、国内法の規定にかかわらず、行政上の権利益も該当するとされる。判例では、「主張可能な根拠 (arguable ground)」に基づくものであれば、私的権利義務の決定にとって決定的である、あるいは金銭的権利または財産権に関わる公法上の権利益も該当するとされてきた⁵³⁾。自由権規約第14条については、権利の性質によって決定されるとして、行政法上の権利も該当しうるとされる⁵⁴⁾。

しかし、問題は、外交的保護に関する訴えが、「権利」といえるかどうかである。すでにみたように、国際法上の裁量と対外政策上の考慮を理由として、国内法上も、政府の裁量が認められ、ゆえに外交的保護に関する訴えが執行可能な権利として承認されているとはいえない。したがって、裁判を受ける権利の対象として保護されるかは疑問である⁵⁵⁾。

次に、実効的救済を受ける権利として、外交的保護の拒否を裁判所で争う権利が認められるかどうか。人権侵害に対する救済を提供する義務があるのは、侵害を行った被請求国である。国籍国ではない。そして、実効的救済は、他の人権の侵害を前提とするものではないが、他の人権が侵害さ

れたという「主張可能な (arguable)」請求がなされることを前提としている⁵⁶⁾。外交的保護に関する何らかの権利が条約上の人権として認められていなければ、それに対する実効的な救済を付与する義務を語ることはできない⁵⁷⁾。

ゆえに、人権法の解釈としても外交的保護の行使の裁量の制約や司法審査の義務を認めることはできない。

(5) これも立法論となるが、外交的保護の主題が特に絶対的な国際人権の侵害である場合に、Abbasi 事件、Kaunda 事件及び ILA 決議が示した、外交的保護の行使を考慮する義務、行使の決定において被害者の立場を適切に考慮する義務、決定の理由を説明する義務、恣意的に行使を拒否しない義務（及びそれらの違反の主張に裁判所へのアクセスを認め、違反があった場合には司法的救済を付与する義務）が認められることが望ましい。絶対的な人権の侵害の場合で他の救済手段がない場合に、国籍国が唯一の救済手段を保持しながら、その不行使に何ら説明する責任を負わないわけにはいかないであろう⁵⁸⁾。外交的保護条文第19条で、重大な被害に外交的保護行使の可能性に妥当な考慮を払うことや被害者の見解を考慮することをすべきであるとされたことも重視されなければならない⁵⁹⁾。同条を契機として、義務として行使を考慮する実行が発展することが期待される。

結論に代えて

本稿では、主に ILC の外交的保護条文の準備作業を取り上げて、外交的保護において個人の利益がどこまで重視されているか、個人の保護のために外交的保護が再構成されうるかを検討してきた。

ILC が採択した外交的保護条文は、外交的保護の観念が擬制であることを否定せず、個人の救済手段が限定されていることから、個人の権利保護の手段として有用であるとした。マプロマチス定式を修正した外交的保護の定義を採用し、実体的に個人の権利が援用される余地を残した。国籍

の規則に関しては、個人保護の観点から多くの新たな規則を提案した。そして、外交的保護の行使を考慮すること、意向を尊重すること、賠償金を移転することをすべきであるとした。「推奨される実行」の形で、確立した義務とはしなかったが、今後の発展を促しうる。国家の専有物であった外交的保護を「人間化」する端緒を見て取ることができる⁶⁰⁾。

国際違法行為の責任を履行すべきであるのは加害国であり、国際人権法の下でも被害者個人に救済を付与する義務があるのは人権を侵害した国である。侵害国に対して個人が援用可能な手続が整備され強化されることが目指されるべきである。しかし、重大な被害に加害国が責任を履行しない、特に国内での救済手段を提供しない（かつ国際的な手続も存在しない）場合には、国籍国による外交的保護が必要になる。

現代国際法において外交的保護を考える上で重要なのは、やはり人権の観点である。外交的保護の観念が擬制であって、個人が真の受益者であることは明白であるが、国家中心の実証主義の伝統的国際法の下で成立した、外交的保護の国家の権利性は維持されたままである。しかし、国際人権法の適用によって、解釈のレベルで個人の利益を優越的なものとするべく変更される可能性はある。人権は、国家の主権とそれに由来する統治権に制約を課すものである。外交的保護の権限を制約することも不可能ではない。特に外交的保護において個人の人権を援用することはその性格を変更する。人権を媒介として、外交的保護の国家の裁量を制限する必要もあろう。

歴史的には、欧米諸国による外交的保護の濫用的な行使がなされた。権益を増進させるための手段であった。現代国際法では、武力不行使原則の確立により、軍事力を用いた外交的保護の請求は禁止される⁶¹⁾。国家責任法の法典化によって、請求内容に関しても濫用的な請求の余地はなくなった⁶²⁾。外交的保護が人権保護の手段と位置づけられることによって、濫用の可能性は低いものの、その余地はさらに少なくなるであろう⁶³⁾。

外交的保護の観念を最初に提示した Vattel は、「誰であれ国民を不当に

扱う者は、当該国民を保護しなければならないところの国を間接的に侵害する。その者の主権者はその被害に報復し、もし可能であれば、加害者に完全な賠償を強制し、または加害者を処罰しなければならない。そうでなければ、国民は市民的団体の主たる目的、すなわち安全をまったく得られないであろうからである」と述べた⁶⁴⁾。

Vattel は、国家は在外自国民を保護する義務を負うとした。それは、国民に対する安全の提供という国家の存在理由に由来するものであった。自然状態において自由で平等な人間が国家を創設するのは、その安全、福祉及び幸福追求のためであるとされ、他方でその国家が他国から独立し平等であるのは、国家が自身及び市民に対する義務を履行し、状況にもっとも適した方法で統治するためであった⁶⁵⁾。外交的保護の権限も市民の保護のために認められたものであった。

Geck は、外交的保護の擬制の問題として、国際法が国家のためではなく、(国の一部としてではなく) 人間存在としての個人のために作られたとの認識に反することを挙げた。そして、外交的保護の国の義務に関して、(西) ドイツの学説を参照し、真に民主的な国家は、国民を権力の客体ではなく、国家の構成要素と考え、保護の道義的義務を引き受けると説いた⁶⁶⁾。

国際法は、国家によって定立され、国家間の関係を規律する形で発展してきた。国家は国際法に先行する存在で、それ自体は国際法の規律を受けないものではなかった。国家の絶対的主権と国内事項不干涉の原則(これも Vattel が唱えたものである)が厳然として存在していた。国民は国家の権利義務の客体であり、国民の保護という国家の目的は道義的義務にとどまっていた。

国際人権法が登場してはじめて、絶対的主権が制限され、国の国内事項であった、国家と国民の内的関係に国際法の規律が及ぼされるようになった。国家の道義的な存在意義は法的次元においても、問題にされなければならない。道義的責務は法的義務に転換されるべきである。国家は領域内

において国民の人権を保障するだけでなく、領域外で重大な国際人権の侵害を受けている場合に、国民を保護するその責務を果たさなければならない。ILC 条文が方向性を示した外交的保護の「人間化」が、国家の道義的な存在理由を法的に具現するものとして発展することが期待される⁶⁷⁾。

- 1) Dugard は国内憲法規定の多くが外交的保護の義務を定めていると解した（本稿(1)593頁）が、Touzé の分析によれば、大多数の規定は、一般的な定式で、国の在外自国民の権利利益の保護の権限を規定する（キプロス、アルバニアなど）、または国の義務もしくは国民の権利として規定されていても、義務特に外交的保護のそれとは解されない（アルジェリア、ブルガリアなど）という。内容も、多くは領事援助の提供を意味する（ポルトガル、クロアチアなど）。ほかに、在外国民との関係を維持する義務（北マケドニア、ギリシアなど）、領事援助（ジョージアなど）、国籍、旅券、自国に戻る権利などの保障（ラトビアなど）、国外で労働や営利活動に従事する国民に社会権を保障するもの（スペイン、イタリアなど）がある。保護の権利を規定するものでも、執行する法律を欠く（ハンガリー、ポーランドなど）または統治行為とされる（ポルトガル）という。S. Touzé, *La protection des droits des nationaux à l'étranger* (2007), p.272.

国内判例についても、政府の外交的行動を求める個人の訴えは否定されてきた。例えば、英国では、England High Court (Queen's Bench Division), *Mutasa v. Attorney-General* (1979), *All England Law Reports 1979*, vol.3, p.257; Reproduced at *International Law Reports* (hereinafter *ILR*), vol.78, p.490; Court of Appeal, *R v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Ferhut Butt* (1999), *ILR*, vol.116, p.608。米国では、人質法上の釈放交渉に関して、*Redpath v. Kissinger*, 415 F.Supp. 566 (W.D.Tex., 1976)。フランスでは統治行為として扱われてきたという。D. Spielman, *Acte de gouvernement et droits fondamentaux*, in *Liber Amicorum Robert Andersen* (2009), p. 764。Cf. Conseil d'Etat, 25 mars 1998, *Société SAPVIN, Recueil Lebon*, p.133。他の国の状況については、参照、Touzé, *op.cit.*, p.279。近年の国内判例については後述する。

- 2) 絶対的人権の侵害の場合に外交的保護の義務を主張するものとして、本稿(3)注(41)の Doehring の見解参照。また、ILC における Rodriguez Cedeño の見解（本稿(1)595頁）参照。Pergantis は、外交的保護は政治的な制度であって義務化になじむものではなく、外交的保護の義務化は国際紛争を多発させる結果になるという。V. Pergantis, *Towards a "Humanization" of Diplomatic Protection?*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol.66 (2006), p.393。
- 3) 強行規範の重大な違反の対象となる実体的義務は、ジェノサイドの禁止や、人の生命または身体に関わる人権の広範または組織的な侵害の禁止であり（国家責任条文第40条2項参照）、保護されている利益も国籍国の利益（または個々の国民の人権）ではなく、国際社会の一般利益であり、すべての国に訴えの利益を付与する。国民が強行規範の重大な違

反によって被害を受けた場合、国籍国は条文第42条(b)(i)の特別に影響を受けた国に該当しうるが、外交的保護ではないので、国籍国は、国籍の連関や国内救済完了といった外交的保護の条件をみたさなくても、責任を追及することが可能であると考えられる。国籍国以外の国が請求を行う場合も国内救済原則の適用はない。Cf. 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.227. 両者は区別して論じられる必要がある。本稿(3)注(42)参照。

- 4) *Decisions and Reports of the European Commission of Human Rights*, vol.14, p.117. トルコによる北キプロスにある財産の取用に対する英国の外交的介入を請求した事案で、本決定を引用して請求を受理不能としたものとして、同委員会の *Kapas v. United Kingdom* (1987), *ibid.*, vol.54, p.201. 財産の取用に対する保護の不行使に関して、被申立国が申立人の財産に直接干渉したわけではなく、欧州条約は個人のための外交的保護及び外国へのその他の介入を求める権利を認めておらず、第1条からも推論されないとしたものとして、同委員会の *de Lukats v. Sweden* (1988), App. no. 12920/87. 第二次大戦後にポーランド領となった地域での財産取用に対するドイツの保護の不行使に関して、欧州条約は外交的保護の権利を認めておらず、積極的義務に関して、同国は外交的保護に関する裁量権を有すると判示し、ドイツ裁判所による、隣国との友好関係を確立する一般利益が個人の利益に優越するとの認定に同意すると述べたものとして、同委員会の *Dobberstein v. Germany* (1996), App. no. 25045/94. ほかに、*S. v. Germany* (1984), App. No.10686/83; *Jasinskij and Others v. Lithuania* (1998), App. No. 38985/97. 外国での私人による虐待に対する、国籍国の対応の遅れなどが条約第3条に違反するとの訴えについて、同条の調査義務は締約国の管轄下での虐待に限られるとし、条約は外交的保護の権利を含んでいないことを確認した欧州人権裁判所の判決として、*M. and Others v. Italy and Bulgaria* (2012), App. no.40020/03, paras.124-128.
- 5) *ECHR Reports 2004-VII*, paras.332-352. *Bratza* 裁判官(4裁判官が同調)などの一部反対意見は、申立人がモルドバの管轄内にある及び同国の積極的義務の違反があるとの認定に反対した。*Casadevall* 裁判官(4裁判官が同調)の一部反対意見は、モルドバの人権条約批准から2001年5月までの間も同国の積極的義務の違反があったと主張した。
- 6) C. Focarelli, *Diritto internazionale*, 2nd ed. (2012), vol.1, p.427; A. Peters, *Beyond Human Rights* (2016), p.402.
- 7) *Touzé*, *op.cit.*, p.268. 後の判決で、本判決を「その境界の外の領域の実効的支配を欠く場合にも、締約国は、条約第1条の下で、その能力において及び国際法に従って、条約によって保障された権利を申立人に確保する、外交的、経済的、司法的その他の措置をとる積極的義務を負う」と解するものがある。*Manoilescu and Dobrescu v. Romania and Russia* (2005), *ECHR Reports 2005-VI*, para.101. Guantanamo 基地に抑留された自国民の基本権の保護のため、外交経路を通じて介入することなどを命じたボスニア人権裁判部判決の不履行を争う申立てに対して、当該判決がない場合にも積極的義務を負うかについて、平和財団事件と *Ilaşcu* 事件が対立するものと認識しつつ、判断を回避した判決として、*Boumediene and Others v. Bosnia and Herzegovina* (2006), Applications nos.

38703/06 *et al.*, para.62. Ilașcu 事件の判示の解釈は開かれているとするものとして、Pergantis, *op.cit.*, p.392.

なお、欧州人権裁判所（大法廷）のウクライナ及びオランダ対ロシア事件受理可能性決定（2022年）は、先例をまとめて、領域外の地域の実効的支配により締約国の「管轄」内と認められる場所的範囲は、条約締約国の領域内であると説明した。その趣旨として、締約国領域にある住民からすでに享受する条約上の権利を奪わないためであること、条約が非締約国の行動を規律せず、締約国が非締約国に条約の遵守を要求する手段となることを意図していないことを述べた。加えて、外交領事職員が国外にある国民に権限を行使するもしくは国外にある者に物理的力及び支配を行使する、または領域外で実力を行使するなどの状況を挙げ、Banković 事件を修正した。さらに、条約第2条の下で、国外での死亡を調査する義務が生じる状況を挙げた。App. nos. 8019/16 *et al.*, paras.562-563. 第一の状況の論理からは、欧州人権条約の他の締約国の違反に対して積極的義務が認められる余地はあるが、結局は第二の状況に該当するかの問題であり、それをみたまの難しい。

なお、人権条約の領域外適用についての近年の論稿として、中尾元紀「人権条約の領域外適用（一）」「同（二・完）」阪大法学69巻6号（2020年）255頁・70巻1号（2020年）97頁、杉木志帆「人権条約の領域外適用における国と人との間の権利義務関係の構築」国際法外交雑誌122巻2号（2023年）174頁参照。

- 8) この論者も、人権条約実施機関による条約の領域外適用は抑制的であり、漸進的な主張であるとことわっている。N. Karazivan, Diplomatic Protection, *Canadian Yearbook of International Law*, 2006, p.328. すなわち、欧州人権裁判所の Banković 事件判決が、欧州条約上の「管轄」が原則として領域的であると判示した（*ECHR Reports 2001-XII*, para.71）ことである。
- 9) Banković 事件判決は、外国での外交及び領事職員の活動は例外的に管轄権の域外的行使の事例であると認めており（*Ibid.*, para.73）、外交的保護拒否の決定も例外的事例に含まれるとするものもある。J.-F. Flauss, Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique?, in J.-F. Flauss (ed.), *La protection diplomatique* (2003), p. 51. Karazivan も自由権規約委員会の Lopez Burgos 事件（1979年。UN Doc.A/36/40, p. 176）を参照して同様の主張をしている。なお、欧州人権裁判所（大法廷）は、国外に所在する外国人への査証の発給の拒否は、権限または支配を行使しておらず、締約国の管轄内にはないとした。M.N. and Others v. Belgium, App. No.3599/18, paras.112-118.
- 10) Pergantis, *op.cit.*, p.391. 後述のカナダ最高裁の2010年の Khadr 事件判決も参照。

なお、欧州共同体第一審裁判所 Hassan 事件判決及び Ayadi 事件判決（2006年）は、国連安全保障理事会の対 Al-Qaeda 制裁によって制裁対象者リストに掲載された者による、当該制裁を実施する欧州連合理事会規則の取消しを求めた事件である。裁判所は、請求を認めなかったが次のように述べた。制裁委員会のガイドラインに従って、利害関係者が居住国または国籍国に再検討の要請を提出する権利は、共同体法秩序によっても保障される権利である。加盟国は欧州連合条約第6条に従って基本権を尊重するよう拘束される。個人が制裁委員会で聴聞を受ける権利を持たず、国が付与する「外交的保護」に依存している事実を考慮して、加盟国は、利害関係者の主張が遅滞なく公正に制裁委員会に提

出されることを確保するよう求められると判示した。Court of First Instance of the European Communities, Judgments of 12 July 2006, Case T-49/04, Hassan v. Council and Commission, paras.114-119; Case 253/02, Ayadi v. Council, paras.144-149. 上記判示を外交的保護の行使に関するものと位置づけた上で、行使の義務を認めたものと解する学説がある。Touzé, *op.cit.*, p.270; Pisillo Mazzeschi, *op.cit.*, p.226.

- 11) 参照、パレスチナ占領地における壁建設の法的効果事件勧告的意見、*ICJ Reports 2004*, p.199, paras.158-159.
- 12) *ICJ Reports 2007*, p.221, paras.430 and 436. 拙稿「<判例研究>国際司法裁判所・ジェノサイド条約適用事件(3・完)」立命館法学342号(2012年)509頁参照。
- 13) 国が行使の義務を負うとしても、後述するように、とるべき行動の具体的な内容、方法、時宜などは国の広範な裁量が認められうる。国内裁判所の司法的統制も外交部門の裁量に尊重することで終わる可能性もある。後述の Khadr 事件判決のように、裁判所がとるべき義務を宣言するととどめるという司法的救済の方法もありうる。
- 14) 国籍国の申入れは非公式のもので、状況によっては申入れ以外の被害者への援助の提供でもよいかもしれない(外交的保護ではなくなるが)。被侵害利益の重大性や措置のコスト及び負担の考慮は、国際法における相当の注意義務において、義務国のとるべき具体的な行動を決定するための要素と重なる。拙稿「国際法上の国家責任における「過失」及び「相当の注意」に関する考察(四・完)」香川法学26巻1・2号(2006年)89頁参照。人権条約の積極的義務については同39頁も参照。また、被害者が加害国に対して援用可能な国際的手続が存在しないことや加害国が救済手段を提供しないことは、国籍国の行動の必要性を高めうる。あるべき法として、欧州人権条約第2～4条の違反に積極的義務の射程を広げて手続的性格の保護の義務を認めるべきとの見解として、J.-F. Flauss, *Contentieux européen des droits de l'homme et protection diplomatique, Libertés, justice, tolérance*, vol.1 (2004), p.831. 彼は、Al Adsani 事件で英国が、主権免除の付与は外交的保護によって埋め合わされると主張したこと(*ECHR Reports 2001-XI*, para.50)に言及している。主権免除が裁判を受ける権利との関係で正当化されるのは、被請求国が自身の代替的救済手段を提供している限りでとの議論がある(水島朋則『主権免除の国際法』(2012年)257頁参照)。被請求国が被害を効果的に救済する公平な手続を提供しない場合に、当該国の裁判権免除を否定しないのであれば、外交的保護の役割が重要になると考えられる。
- 15) 人権条約の国家間申立てにおいては、単一の違反についてもすべての締約国に訴えの利益がある(参照、訴追か引渡しかの義務事件判決、*ICJ Reports 2012*, p.457, para.99)。また、人道法の尊重を確保する義務についても同様である(コンゴ領域における武力活動事件判決 Simma 裁判官補足意見、*ICJ Reports 2005*, p.348, para.37)。それらの条約の外では個人の被害を訴える資格を持つのは国籍国のみである。ただし、ILC は慣習法上の人権についても第三国の保護の権利があるという。*YILC*, 2006, vol.2, part 2, p.50, Commentary to Art.16, para.2.
- 16) Bundesverfassungsgericht, 2 Senat, 16. Dezember 1980, 2 BvR 419/38, *BVerfGE*, vol. 55, p.349; Translated at *ILR*, vol.90, p.386. 西ドイツがソ連及びポーランドと締結した関係正常化条約の合憲性を認めた決定(1975年)でも、憲法上の国民保護義務を確認しつ

- つ、対外政策における政府の裁量を認めた。 *BverfGE*, vol.40, p.178; Translated at *ILR*, vol.78, p.192.
- 17) HMK v. Netherlands, translated at *idid.*, vol.94, p.342. Vermeer-Künzli の紹介する、Hague 地方裁判所の Kujit 事件判決 (M.K. v. Netherlands (2003), No. KG 03/137, LJN: AF5930) は、タイで6年間裁判なしに抑留されたオランダ国民による、同国政府の行動を求める訴えを、根拠を欠くとして棄却したものの、政府がタイ政府に影響力を行使しようとしてきたことを認定したという。A. Vermeer-Künzli, Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection, *Nordic Journal of International Law*, vol.75 (2006), p. 296.
- 18) Conseil fédéral, Décision du 30 octobre 1996, JAAC 61.75; Reproduced at *Revue suisse de droit international et de droit européen* (hereinafter *RSDIE*), vol.7 (1997), p.668. 申立人は Comtrade 株式会社、紛争の相手方は国連難民高等弁務官事務所であるという。すでに、スイス連邦裁判所は、連邦は、外交的保護に関して裁量を有するが、恣意的に行為できるわけではなく、保護の行使において国民の利益を害する方法で行為した場合に責任を負うことは排除されないと判示していた。Tribunal Fédéral, Arrêt du 6 octobre 1995, N. et consorts c. Confédération suisse, reproduced at *RSDIE*, vol.6 (1996), p.612.
- 19) 注(8)参照。
- 20) Abbasi and Another v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for the Home Department, [2002] EWCA Civ. 1598, reproduced at *International Legal Materials* (hereinafter *ILM*), vol.42, p.358. 控訴裁判所（民事部）の Al Rawi 事件判決（2006年）では、Guantanamo 基地の被抑留者であって、英国市民ではないが、難民として無期限の在留許可を有する英国居住者であった者とその家族によって英国政府の外交上の申入れの拒否が争われたが、裁判所は、Abbasi 判決の射程は英国市民ではない者には及ばない、及ぶとしても外交的保護の行使を考慮することとまる、ILC 条文第8条（難民の外交的保護）はあるべき法である、難民に外交的保護を行使しないことは差別ではない、難民条約第16条違反の主張は外交的保護を帰結しない、欧州人権条約は外交的保護の権利を認めておらず、外国の行為に介入する積極的義務を課していない、Kaunda 判決は国際法を変更するにいたりない、強行規範の違反はすべての国に介入の権限を付与するが義務を課していない、原告の請求は裁判所に政策判断を求めるものであるなどと判示した。Al Rawi and Others v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, [2006] EWCA Civ. 1279, paras. 59–143.
- 21) この間に事業体は CERN を相手取ってスイス裁判所に提訴しているが、連邦裁判所は、CERN は国際法主体として裁判権免除を享有するとして却下した。Tribunal fédéral (Ire Cour civile), Arrêt du 21 décembre 1992, Groupement d'Entreprises Fougerolle et consorts c. CERN, ATF 118 Ib 562.
- 22) Conseil fédéral, Décision du 14 janvier 2004, JAAC 68.78; Summarized at *RSDIE*, vol. 15 (2005), p.741.
- 23) Beer and Regan v. Germany (1999), App. no.28934/95.
- 24) Tribunal fédéral (Ire Cour civile), Arrêt du 2 juillet 2004, Groupement X c. Conseil

Fédéral, ATF 130 I 312.

- 25) 国の機関が領域外で憲法上の権利を侵害する状況は、外国の主権に介入する義務を政府に課すのとは別の問題であり、ここでは議論しないという。
- 26) Samuel Kaunda and Others v. President of the Republic of South Africa and Others (2004), 2004 (10) BCLR 1009 (CC), reproduced at *ILM*, vol.44, p.173. Ngcobo 裁判官は、憲法上、国民が外国で基本的人権の侵害を受けるまたはそのおそれのある場合に、政府が外交的保護を付与する義務がある（ただし具体的内容は政府の裁量に委ねられる）と判決中で言明すべきであったと述べ、適時に原告から請求があれば、その旨の宣言判決を下すことが可能であると述べた。O'Regan 裁判官は、憲法上政府は外交的保護を提供する義務を負うが、その内容について裁量があり、裁判所ができるのは義務の宣言に限られる。赤道ギニアへの引渡しのおそれ並びに同国での死刑執行及び人権侵害のおそれについては、現段階で義務の宣言を発すべきであったという。なお、原告は2005年5月に釈放され、大半が南アに帰国したという。Vermeer-Künzli, *op.cit.*, p.303.

Van Zyl 事件は、原告が株主であるレトト会社の財産がレトトによって収用され、南ア政府は、レトト政府に口上書を発出したが、それ以上の行動を拒否したため、南ア裁判所に南ア政府を相手取って提訴した事案である。高等法院（Transvaal 州部）の判決（2005年）は、Kaunda 事件が拷問といった国際人権の重大な侵害であったのに対して、本件は財産権の侵害である、受益者が法人であることなどから、Kaunda 判決とは区別され、原告は外交的保護を要請する権利を持たないとした。Van Zyl and Others v. Government of the Republic of the South Africa and Others, [2005] ZAGPHC 70. 同事件の最高控訴裁判所の判決（2007年）は、Kaunda 判決に照らして、原告の請求は外交的保護の要請の考慮ではなく、保護そのものであって根拠がないこと、レトトが仲裁に応じるまで南アが条約の履行を停止するとの要請も理由がないこと、南ア政府は原告の要請を考慮したことを認定した。さらに、国際違法行為が存在しないこと、株主である原告が会社の被害を訴えられないこと、国内救済が完了されていないことを認定して上訴を棄却した。Van Zyl v. Government of the Republic of the South Africa, [2007] SCA 109, paras.52-92.

Von Abo 事件は、ジンバブエによる農地の収用に南ア政府の外交的保護行使を求めた事案で、北 Gauteng 高等法院は、1. 政府が原告の外交的保護の申請を合理的、適切及び誠実に考慮し決定しなかったことは憲法に反する、2. 原告は外交的保護の権利を有する、及び3. 政府は外交的保護を提供する憲法上の義務を負うと宣言し、並びに4. 政府は60日以内に被害を救済するため必要な措置を講じること、及び5. 当該措置を裁判所に報告することを命令し（2008年）、さらに、4・5の不履行に対して、原告がジンバブエによって被った損害を南ア政府が賠償するよう命令した（2010年）。政府の上訴に、憲法裁判所の判決（2011年）は、Kaunda 事件の先例に反すること、命令の非現実性（迅速な行動の不可能、被害の救済は相手国に依存することなど）、他国の行為に南ア政府が責任を負う法的根拠の不存在などを理由に、1のみを維持して残りの決定を取り消した。Government of the Republic of South Africa v. Von Abo, [2011] ZASCA 65.

- 27) カナダ当局の米国政府への申入れの詳細については、Canada (Prime Minister) v. Khadr, 2009 FCA 246, paras.24 and 88.

- 28) *Report of the Standing Committee on Foreign Affairs and International Development* (2008) <<https://www.ourcommons.ca/Content/Committee/392/FAAE/Reports/RP3572352/faaerp07/faaerp07-e.pdf>>, p.6.
- 29) *Khadr (Next Friend of) v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, 2004 FC 1145. この裁判はその後本案の判断には進まなかったが、本文で述べたように領事面会が申し入れられ実施された。
- 30) *Khadr (Next Friend of) v. Canada (Attorney General and Minister of Foreign Affairs)*, 2005 FC 1076.
- 31) *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).
- 32) *Canada (Minister of Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 28.
- 33) 裁判所は、本件が政府の対外関係に関する大権の行使に関与しうる例外的事例であり、死刑不執行の保証を求めると同様に、送還要請は、米国との政治的関係を損なうものではなく、外交的保護の措置の中では、復讐などに比して程度が低く、対外関係の大権への侵襲も最小限であると判示した。*Khadr v. Canada (Prime Minister)*, 2009 FC 405.
- 34) ただし、基本的正義の原則の違反は、睡眠を許さない方法を受けているのを知りつつ尋問を行ったことにあるとした。*Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2009 FCA 246.
- 35) *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3; Reproduced at *ILM*, vol.49, p.910.
- 36) 米国が情報不使用の保証を与えず、同国検察が当該情報を使用していると認められるので、カナダは原告の権利の侵害を治癒していないと認定された。*Khadr v. Canada (Prime Minister, Minister of Foreign Affairs and Minister of Justice)*, 2010 FC 715.
- 37) 判決は、米国での *Khadr* の裁判で、カナダが米国に提供した情報がどのように用いられ、（米国で）どのような救済が利用可能かは不明確であること、カナダの情報不使用の要請に米国が一定の保証を付与したことに留意している。*Khadr v. Canada (Prime Minister)*, 2010 CAF 199. 最終的に、米国軍事委員会での裁判が開始され、*Khadr* が有罪を答弁し拘禁刑を言い渡されたことから、控訴裁判所は、原判決の基礎となった人権憲章違反に起因する抑留は行われておらず、原判決はもはや有効ではないので、政府による上訴はムートであるとして却下した。*Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2011 CAF 92.
- 38) ほかに、国内救済の未完了、及び損害とイタリア政府の保護不行使との因果関係の不存在も認定した。Reproduced at *Rivista di diritto internazionale* (hereinafter *RDI*), 2010, p. 1280.
- 39) *Il Tuo Viaggio s.r.l. v. Presidenza del Consiglio dei ministri et al.*, Corte di Cassazione (sez. un. civ.), 19 Ottobre 2011, n.21581, reproduced at *RDI*, 2012, p.258; Translated at *Italian Yearbook of International Law*, 2012, p.398.
- 40) Cf. P. Pustorino, Protezione diplomatica e interesse legittimo dell'individuo, *RDI*, 2012, p.156.
- 41) ほかに、外交的保護の行使が問題となった国内判決が存在する。イスラエル最高裁判所の1952年判決（*Hakim v. Minister of the Interior*）は、国は、友好国の周旋を通じて擁護できる限りで、敵国にある自国民を保護する義務を負うと判示したという。Y. Blum, Israel, in E. Lauterpacht and J.G. Collier (eds.), *Individual Rights and the State in Foreign*

Affairs (1977), p.314.

スペイン最高裁判所は、1974年11月16日判決で外交的保護の行使が統治行為であって司法審査の範囲外であると判示しつつ、同年12月27日判決で、行政役務の遂行で個人が受けた損害に対する行政の責任を定めた法律に基づいて、スペイン政府の赤道ギニアに対する外交的保護不行使の判断に関して賠償を裁定したという。J. Pastor Ridruejo, *La pratique espagnole de la protection diplomatique*, in Flauss (ed), *op.cit.*, p.111. 1987年の判決は、赤道ギニアによる被害にスペイン政府が外交的保護を付与しなかったことなどを理由とする賠償請求に対して、外交的保護が国の権利であって、その要請を合法的に拒否しようと判示しつつ、公的役務の遂行によって生じた損害に対する政府の賠償責任を認める法律が規定する、1年の出訴期限を経過していることを理由に棄却した。Comercial F SA v. Council of Ministers, translated at *ILR*, vol.88, p.691.

前述の欧州共同体第一審裁判所の Ayadi 事件判決は、共同体法上の権利を保障する手続に関する共同体法の規定が存在しない場合に、それを決定するのは加盟国の国内法であると述べ、制裁リストからの削除を要請する関係者の権利を国が侵害したと主張する訴訟において、国内裁判所は、共同体法の実効性を妨げる国内法規則の適用を差し控えなければならないと判示した。この適用を禁じられる規則には、国民の外交的保護の行動の国による拒否の司法審査を排除するそれが含まれるとした。*Op.cit.*, paras.150-152.

42) Vermeer-Künzli, *op.cit.*, p.306.

43) Cf. J.-F. Flauss, *Le contentieux des décisions de refus d'exercice de la protection diplomatique*, *Revue générale de droit international public* (hereinafter *RGDIP*), vol.109 (2005), p.411; Pergantis, *op.cit.*, p.383.

44) 本稿で参照した判決が、自国憲法の域外適用の問題を考慮していることは興味深い。Kaunda 事件は、外国が、自国民の自国憲法上の人権を保障することを政府が確保することが、当該外国の主権を侵害するとした。外交的保護の行使が可能となるのは、侵害された憲法上の人権が、国際慣習法上の人権と一致する限りである。すべての国が尊重義務を負う慣習法上の人権と一致する限りで、外国にその尊重を要求しても支障がないとの思考があると考えられる。

Khadr 事件の2010年カナダ最高裁判決は、(外交的保護とは文脈が異なるが) 憲法の適用範囲を領域内に限定しつつ、自国公務員が国外で人権侵害に従事する場合は例外とした。この場合に適用される人権は、国際法上の人権であるとされた。憲法上の人権の域外適用が許容されるのは、国際人権と一致する範囲である、そうであれば領域国の主権侵害を生じないという思考があると思われる。ちなみに、平和財団事件は、外交的保護の行使による人権条約の非締約国の人権尊重の保障の確保が、条約の第三者効との関係で問題が生じることを指摘していた。

45) Touzé は、本判決を、欧州人権裁判所の第6条の解釈に合致するもので、同条の射程を外交的保護行使の決定の訴えに拡大したことに独自性があるという。外交的保護の行使は政府の裁量であるが、その決定に対して裁判所へのアクセスが認められなければならないという Touzé, *op.cit.*, p.305.

46) Flauss, *Le contentieux des décisions*, p.415.

- 47) また、スペインの判例（注(41)）を参照して、司法審査は、行使拒否の場合に、憲法及び行政法上の権利に照らした補償を考慮できることとされた。本稿(1)573頁。
- 48) ただし、委員会の最終報告書は、「国内法の発展と結合した国際法の発展」は、外交的保護に関する裁量の行使が恣意的な拒否とならないことを確保することまでは見込まれると述べ、国際法上の規範となりうる余地を残している。また、決議の審議において、経済的権利または人権の侵害の一定の場合に、外交的保護に関する国際法上の義務を課すことが示唆されてきたという。それは、外交的保護を現実に行使する義務ではなく、行使の可否について誠実な調査を行う約束であるという。委員会は、その根拠として Hess 事件及び Abbasi 事件を挙げ、後者の外交的保護への「正統な期待」は、個人の立場と行動がとられる範囲を考慮する義務であると述べた。International Law Association, *Reports of the Seventy-Second Conference* (2006), p.393, paras.160-172.
- 49) Touzè, *op.cit.*, p.321. 逆に、そのような義務が確立しているとみる見解もある。A. Pellet, La seconde mort d'Euripide Mavrommatis?, in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit* (2007), p.114. 恣意的行動がある場合に不行使の決定の司法審査が認められるとするものとして、Pergantis, *op.cit.*, p.380. 確立の方向に向かっていとみる見解として、Pisillo Mazzeschi, *op.cit.*, p.221.
- 50) 恣意の禁止に関して自由権規約第9条1項及び第17条など、デュープロセスに関して自由権規約第9条及び第13条など。正統な期待については、財産権の保障に関する欧州人権条約第一議定書第1条に関して認める判例がある。Kopecký v. Slovakia, *ECHR Reports 2004-IX*, para.45. なお、正統な期待の観念は投資仲裁においても（公正衡平待遇との関係で）認められている。Eg. El Paso Energy International Company v. Argentine, ICSID Case No.ARB/03/15, Award (2011), paras.355-364.
- 51) 世界人権宣言第8条、欧州人権条約第6条、米州人権条約第8条及びアフリカ人権憲章第7条に言及するものとして、Vermeer-Künzli, *op.cit.*, p.306.
 欧州連合法では、一般原則として、自己に不利な決定に関して聴聞を受ける権利を含む防御権が承認されている。参照、欧州司法裁判所の Kadi 事件判決、[2008] ECR I-6351, para.334. 欧州連合基本権憲章第41条も参照。
- 52) Eg. Bryan v. United Kingdom (1995), *ECHR Series A*, no.335-A. Cf. D. Harris *et al.*, *Law of the European Convention on Human Rights*, 5th ed. (2023), p.397. 自由権規約第14条では、このような解釈は示されておらず、国内法が司法的任務を司法機関に委託する場合に同条の対象となるとしている。一般的意見32、UN Doc. CCPR/C/GC32 (2007), para.7.
- 53) W.A. Schabas, *The European Convention on Human Rights* (2015), p.272; Harris *et al.*, *op.cit.*, p.384. 外国人の入国、在留及び追放に関する決定が対象外とされていることも示唆的である。自由権規約でこの種の決定が規約第14条の射程外であるのは、同第13条の対象であるからと説明されている。一般的意見32、paras.17 and 62.
- 54) 同上、para.16.
- 55) 外交的保護の司法審査が認められる場合にのみ、それが第6条1項の対象となる（国内法上統治行為と扱われる国では対象とならない）との見解として、Flauss, Contentieux

européen, p.831. Kapas 事件(注(4))で、外交上の申入れの拒否を訴えた国内裁判に関して、欧州条約第6条の違反があると申立人が主張したが、委員会は、国内裁判所での請求が「民事上の権利」か否かの判断を回避し、根拠のない訴えは同条の対象とはならず、恣意的ではないなどの理由で退けた。外国による会社の国有化に対する国籍国の長年の不作為が条約第6条1項に違反するとの申立てに対して、欧州人権裁判所は、条約が外交的保護の権利を保障していないことを確認し、申立人が国内裁判所に出訴していないので、「裁判所」による「決定」がないことを理由に第6条の適用可能性を否定したが、同条の適用は、二国間の協定または国内法で補償の権利が創設されること、司法手続が対象であることを前提としている。A.C. and Others v. Italy (2000), App. No.40812/98. なお、裁量的決定は欧州条約第6条の対象ではないとされる。Harris *et al.*, *op.cit.*, p.393. 自由権規約については、国内法が権利を付与しない場合には同条の適用がないとする。一般的意見32, para.17. Groupment X 事件のように、外交的保護の主題となった権利(人身または財産に受けた被害に対する賠償請求)に着目して、不行使の決定を裁判を受ける権利の対象とする解釈が認められれば、この問題は解決するが、そうした解釈が妥当かどうかである。なお、Al Adsani 事件は、外国国家に対する裁判権免除の付与が欧州条約第6条などに違反しないとされたが、外国に対する人身損害を理由とする賠償請求が民事上の権利であることを認めた。*Op.cit.*, paras.46-49.

- 56) 欧州人権条約第13条に関して、Harris *et al.*, *op.cit.*, p.747. 自由権規約第2条3項に関して、P.M. Taylor, *A Commentary on the International Covenant on Civil and Political Rights* (2020), p.59.
- 57) Flauss, *Contentieux européen*, p.831.
- 58) 人権侵害である場合に、国の裁量権が制限され、行使の可能性を評価する義務があるとするものとして、S. Forlati, *Protection diplomatique, droit de l'homme et reclamations <directes> devant la Cour internationale de justice, RGDIP*, vol.111 (2007), p.114. 極端な場合すなわち基本的人権の侵害に外交的保護が唯一の手段である場合には、被害者の外交的保護に関する手続的権利が認められるものとして、Pisillo Mazzeschi, *op.cit.*, p.224. 行使の義務が認められない代わりに、漸進的発達として、行使を考慮する義務(国際社会全体に対して負う)を認める主張として、C.F. Amerasinghe, *Diplomatic Protection* (2008), p.88.

なお、興味深いのが、自由権規約委員会の Schmidl 対ドイツ事件の見解(2006年)である。大戦後の Sudetenland でのチェコスロバキアによる取用、追放などに対するドイツの外交的保護の不行使が規約第26条で禁止された差別であるとの通報に対して、委員会は、国際法上外交的保護の権利は国家に属し、国は行使の裁量を有するが、「委員会は、当事国による外交的保護の権利の行使の拒否が、きわめて例外的な場合に、差別に該当しうることを排除しない」と述べた。Sudeten のドイツ系(German descent)の者が、外交的保護の裁量の正統な行使と両立しない、差別的または恣意的な方法で取り扱われたこと、特に不行使の決定が対外政策の考慮ではなく、Sudeten のドイツ系であることのみに基づくことは証明されなかったとした。UN Doc. CCPR/C/91/D/1516/2006, para.6.2. 外交的保護の裁量が国際人権法によって制約される可能性を認めるものである。

外交的保護の行使の裁量に手続的な制約のみを課す、あるいは裁量を尊重しつつ恣意的または悪意の場合に制約を認める議論は、前節で検討した、行使の義務を認める主張よりも、制約が緩やかであるがゆえに、国家にとっても受け入れやすいであろう。他方で、緩やかな制約しか課さない義務にどの程度実際の意義があるかは疑わしい。

- 59) コメントリーは、国際法はそのような義務を承認している可能性を示唆しようという。本稿(1)587頁参照。
- 60) 外交的保護の「人間（道）化」の概念（と ILC 条文におけるその傾向）について、Pergantis, *op.cit.*, pp.353 and 386.
- 61) 本稿(1)注(71)のカルボ条項に関する ILC 委員の見解を参照。
- 62) 例えば、請求の内容は被害の範囲を超えることはできない（例えば国家責任条文の原状回復に関する第35(b)や、サティスファクションに関する第37条3項）。対抗措置を実施する場合でも、賠償義務履行などを促す目的に限定され、暫定的な義務の履行停止であつて、比例性の原則に服さなければならない（同第49条以下）。
- 63) 本稿(3)396頁及び注(28)参照。
- 64) E. de Vattel, *Droit des gens* (1758), book 2, ch.6, para.71. 本稿(1)注(8)参照。
- 65) Vattel, *op.cit.*, preface, p.19; book 1, ch.2, p.23, para.15.
- 66) ドイツでは、憲法上の伝統や国家の目的の理解などを理由に、国は国民の外交的保護の義務を負うことにコンセンサスがあると述べていた。W.K. Geck, *Diplomatic Protection*, in R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (1992), vol.1, p.1051. 本稿(1)注(103)の Lukashuk の見解も参照。
- 67) 他方で、グローバル化した現代社会において、国家の能力は縮減しつつあり、個人の保護の役割を国家に期待するのは非現実的であるかもしれない。例えば、ノッテボーム事件の単一国籍者への実効的国籍原則の適用は、ILC 条文によって（グローバル化を一つの理由として）制限されたものの、国籍国を離れ、希薄な関係しか持たない国民の外交的保護を義務づけることが実効的かという疑問も生じうる（本稿(1)597頁の Mansfield の見解参照）。

Scelle は、国際社会における国家の本質的役割は、すべての個人に国際法の実現を保障するもので、外交的保護は、本来、国籍に関係なく行使されるものである（実定法が国籍国に限定しかつその裁量とした）と主張していた（本稿(1)564頁）。究極的には、このような客観的な保護に向かうことになるのかもしれない。