

国際法における「相当の注意(due diligence)」概念の 形成過程——18-20 世紀の学説の検討を中心に——(2)

樋 口 恵 佳

第1編 はじめに

第1章 問題の所在

第2章 本稿の目的および射程

第3章 定義

第2編 「注意」概念から「相当の注意」概念へ

第1章 20 世紀までの学説状況

第1節 18 世紀の論者による「注意」概念

(以上, 法学第 82 巻 3 号)

第2節 19 世紀の論者による「注意」概念

第3節 20 世紀の論者による「注意」概念 (以上, 本号)

第4節 小括

第2章 判例の検討

第1節 18 世紀・19 世紀の判例

第2節 20 世紀前半の判例

第3節 判例の分析

第3章 分析

第4章 おわりに

第3款 Jeremy Bentham

(1) Bentham の記述

Vattel に引き続き, 18 世紀の論者として, Jeremy Bentham の著作を検討していく。Bentham は, *Principles of International Law* と題されたエッ

セイ⁽¹⁾において、国際法上の理論、および国家の権利義務に関して論じる中で「注意」概念に触れている。

当該エッセイは、1. 国際法の目的、2. 国際法が適用される主体、3. 戦争、4. 普遍的かつ恒久的な平和への道筋、の全4編で構成され、「注意」概念に言及があるのは1. 国際法の目的 (objects of international law) である。

Bentham は国際法の立法者がどのような原理に基づいて行動すべきなのかを明らかにしようとする。この中で Bentham は、個人は自らの利益に基づいて行動することが美徳となる一方で、国際関係においては、自国の最大幸福を求め、他の諸国をそのための手段として見なすならば、当然軋轢が生じてくるため、国家は個人の場合と同じ判断基準 (最大の幸福) によるべきであろうか、という疑問が提示される⁽²⁾。この点に関して、Bentham は、諸国は他国との軋轢を経験した国家が、他国から最も抵抗の少ないような、すなわち「諸国が共に認める、最大かつ共通の功利 (utility)」を象徴するような手法を見出す⁽³⁾と語る。

そこで Bentham は、可能な限り構築されるべき規則として、4つの国際法の目的 (object) を挙げる⁽⁴⁾。Bentham はこれら4つの目的に基づく権利の違反があるならば、もはや各国には戦争以外の手段が残されていないという。

Bentham は、この中の第3および第4目的と関連して国家と個人、および双方の注意義務について記述している。

すなわち、「第3および第4の目的に関しては、あえて主張されることはほとんどない。なぜならば、国家は、人と同様に、主権者は個人と同様に、自らの利益に対して十分な注意を払う (pay sufficient attention) からである。したがって、これらを行うようあえて国家や主権者を導く必要がほとんどないからである⁽⁵⁾」。

「注意」概念についての説明は詳細なものではないものの、ここでは国家

が個人と同様に、(おそらく固有の性質として) 自己の利益について注意を払うものであることが説明されている。

Bentham の説明における君主は、市民とは区別された主体として解釈されている⁽⁶⁾ものの、その権利義務の考え方は、徳 (virtue) や信義誠実 (de bonne foi) といった、個人に対して適用されるような道徳的価値観が基礎になっている⁽⁷⁾。

Bentham は Vattel のような理論体系をもって国際法を論じていないが、国際法の 4 つの目的 (object) で述べられるように、「諸国が共に認める、最大かつ共通の功利」のような、自国と他国との利害関係から国際法規範を導く。

よって Bentham における「注意」概念は、国家君主が自国の利害関係を追求するために及ぼされるものであって、国家の固有の性質として表現されている。ここでは前提として、他国との 2 ヶ国間関係、および諸外国との多数国間関係を元にした利益衡量がなされている。

第 2 節 19 世紀の論者による「注意」概念

Randall Lesaffer によれば、18 世紀末からの 100 年間は、条約に規定された中立義務の実行が成熟し、一般的な慣習規則が登場する⁽⁸⁾時期である。引き続き本章では、19 世紀における「注意」概念の構造がどのように捉えられていたのかにつき、論者毎に分析を加えていくこととする。本稿では、19 世紀の論者から、Jean-Louis Klüber, Johann Caspar Bluntschli, John Westlake, Henry Wheaton を検討の素材とする。

第 1 款 英米圏の論者による「注意」概念 (19 世紀)

(1) Henry Wheaton

Wheaton については、彼の著した教科書である Elements of International Law⁽⁹⁾を素材に、彼がどのように国際法上の「注意」概念を捉えていたのか

について概観する。

検討へ移るまえに、Elements of International Law の 1866 年版（第 8 版）の位置づけを確認しておく。当該教科書のシリーズでは、先に検討した Bentham の著作による用語の普及を受け⁽¹⁰⁾、1836 年版と 1848 年版で「国際法」の語句を Law of nations から International Law へと変更している。本書は体系書として学説および実行の検討がなされており、既に大陸法諸国の論者の見解が多数引用、検討されている点で、18 世紀における Bentham のエッセイよりも豊富な議論がなされている。本書で引用されている論者として、先に扱った Vattel や、後述の Klüber があげられる。

Wheaton は、すべての国家に普遍的に適用される国際法 (law of nations) の存在を否定しており、欧州の文明化されたあるいはキリスト教の人々、および欧州に起源を発する人々に限定される⁽¹¹⁾とする。国際法の定義についてもこの前提が維持されており、「文明国間で認められるものとしての国際法」とは「理性が、正義と呼応するものとして、独立した諸国 (nations) の間に存在する社会の性質から演繹するところの行動規範⁽¹²⁾」と説明される。

「注意」概念について結論を先取りすると、本書における国際法上の「注意」概念には、とりわけイギリスの捕獲審判所 (British Courts of Prize)、およびアメリカの国内裁判所の判例の引用部に diligence の用語が使用される。

たとえば本書第 4 部（敵対関係における国家の国際的権利）、第 I 章（戦争の開始とその即効性）の第 310 節（Sir W. Scott による The Hoop 事件判決）では、イギリスの捕獲審判所の判決に対する Sir W. Scott の意見が引用されており、ここで「注意」概念が登場する。

すなわち、「W. Scott 氏は、様々な場面において、議会による法がある場合は規則が厳格に適用されてきたはずのイギリスの捕獲審判所において、判決の近年の傾向では、航海法やその他の歳入法に関しては緩められるかたちで適用されてきた……と指摘している」「たとえば、積荷が戦争前に積載さ

れたものの、戦争行為の通知がなされた後で、当事者が航行を取りやめるにあたって全ての可能な注意を払っていなかった場合 (the parties had not used all possible diligence)⁽¹³⁾」。

そして、中立義務に関する規範として、このような「注意」概念は、「この卓越した市民 [Sir W. Scott] によれば、[このような中立の規範に従って]、欧州公法や各国の国内法が敵との通商を法的に禁止してきたところの、一般原則である⁽¹⁴⁾」と説明される。

同じ原則がアメリカの国内裁判所においても踏襲されている旨を説明するこのあとの第 313 節においても、「注意」概念が登場する。

第 313 節では、St. Lawrence 事件について以下のような説明がなされている。すなわち、「物品がイギリス国内のアメリカ市民によって戦争前のいずれかの時点で購入されており、しかし敵対行為の宣言後 1 年近く輸送されていなかったという場合、これらは明らかに収用の対象となる。市民が敵対行為の勃発に伴い、戦争前に購入した自らの財産を敵国から撤退させる権利を持つと仮定すると、このような権利は、敵対行為の認識後、合理的な期間内において、相当の注意をもって行使されねばならない (such right must be exercised with due diligence, and within a reasonable time after a knowledge of hostilities)」とされる。ここでは、相当の注意 (due diligence) 概念のかたちで「注意」概念が登場する。

イギリスの捕獲審判所およびアメリカの国内裁判所の判決に関する言及のほかは、判例以外の文脈として、第 414 節において、中立義務の説明に付随して C. Bynkershoek の学説が引用される。その中でも、「注意」概念を用いた解説がなされている。

すなわち、「Bynkershoek は、“どのような場合においても、戦争に干渉しないよう注意し (to be every way careful not to interfere in the war)、かつ両当事国に対して、平等かつ公平に接するということが中立国の義務である。

Bello se non interponant, すなわち戦時においては、当事国の一方を他方より優先しないこと、これが唯一中立国の正しい行動なのである”と述べている⁽¹⁵⁾”という部分において、中立国の義務の文脈で、注意して一定の行為を控える (be...careful not to) 義務として「注意」概念が説明されている。

以上の判例、学説の解説部を除けば、Wheaton の独自の記述に diligence の用語は登場しない。この点を踏まえると、Wheaton の著作における「注意」概念は、その大部分をイギリスの捕獲審判所、およびアメリカ国内裁判所の判決、およびその解説に登場するのみである。

この点につき、第 1 に、「注意」概念の主体は、国家および私人である。国家による「注意」概念としては中立義務における Bynkershoek の引用部、交易を行う私人の注意としてはそのほかの捕獲審判所および国内裁判所からの記述に見られる。

第 2 に、「注意」概念の客体は積荷や航行に関する判断であり、開戦の通知が考慮されるべき事項として位置付けられている。

中立国に在する私人が、戦時にある国家と取引することは国家間関係に非常に重要な影響を与えうるとしても、第 1 章「はじめに」で問題としたような、「国家が私人に対して払う注意」という構造はここから読み取ることはできない。しかし少なくとも、それぞれ The Hoop 判決が 1799 年、St. Lawrence 判決が 1814 年の判決であるので、捕獲審判所やアメリカ国内裁判所においては、少なくとも 18 世紀末から diligence の概念が中立義務の文脈で使用されており、中立義務の文脈において、国際法の教科書の中で重要な事例とされていたという事実が確認できる。

Bynkershoek の引用からも分かる通り、中立義務と「注意」概念は大陸法系諸国において知られていたが、それが Wheaton の著作の中では、捕獲審判所や国内裁判所の判例を通じて、diligence という「注意」概念と結びつけられたのであった。

(2) John Westlake (19 世紀)

Westlake の著作は 19 世紀末から 20 世紀初頭にかけて出版されているため、本節にも含まれるうえに、20 世紀の論者を扱う次節にも含まれる。本節では、1894 年に出版された *Chapters on the Principles of International Law*⁽¹⁶⁾ の内容における「注意」概念を検討し、1910 年および 1913 年に出版された *International Law* 第 1 部および第 2 部⁽¹⁷⁾ の内容は、次節にて扱うものとする。

Chapters on the Principles of International Law では、Chapter VI にて「国際法の原則」が示される。この原則の中では、第 4 および第 15 原則において「care」の語句で「注意」概念が登場するが、第 4 原則は国際法の内容としての記述ではない⁽¹⁸⁾。同様に Chapter VI の第 15 原則でも「great care」の語句が使用されているが、義務の文脈で使用されていない⁽¹⁹⁾。

しかし、Chapter VIII の自己保存権 (rights of self-preservation) に関する記述においては、「国際法によって実際に許容された自己保存権」と題された章において、法的な注意義務違反の概念が登場する。

Westlake によれば、国家の自己保存権について「主権の及ぶ物理的範囲の外側において、行動する権利を国家に与えるものは、自己保存権 (self-preservation) と呼ばれる⁽²⁰⁾」。そして「自己保存権が外国領域内において行使される場合」が想定され⁽²¹⁾るとして、1837 年のカロライン号事件が引用されている。

その解説部分において、「しかしながら、イギリスが責任を持つところの、アメリカ合衆国の市民によるカナダへの攻撃の恐れは、たとえイギリス政府の不注意がなかったとしても (even had there been no negligence), 緊急事態を加味すると、当該行為を正当化することへの過失を構成するのに十分である⁽²²⁾」と説明がなされる。

ここでは当時カナダの宗主国であったイギリスが、カナダの自己保存権に

国際法における「相当の注意 (due diligence)」概念の形成過程
についての責任を問われている。ここでの注意を及ぼすべき客体は、主権の及ぶ領域外に所在する船舶である点が指摘される。

さらに Chapter XI (War) の、「法と見なされる戦争の規則」と題された章においては、戦時において交戦国との間に生じる義務の遵守およびこの件について規則を定めることについて、「一般的な注意 (vigilance)」が喚起されることが示される。

すなわち、「戦争が二つの勢力の間に生じ、非交戦国全体がひとたび中立国としてその戦争に関わったならば、その中立国の政治的および経済的利益は、中立国と交戦国の相互の権利義務に対する視点によって影響を受ける。たとえ最も遠方にある国家に対しても、このような権利義務についての視点に基づいた行動を義務付けるような武力紛争が発生するならば、[このような義務の] 遵守だけではなく、その事項に関する規則の制定についてもまた、一般的な注意が喚起せられる (a general vigilance is aroused not only as to the observance but even as to the shaping of the rules on the subject)⁽²³⁾」とされる。

ここでの「一般的な注意」の主体は中立国であり、客体は規則遵守と規則の制定であることが指摘される。さらにここでの「注意」は、規則遵守という義務を履行するにあたっての誠実性の程度を表すものであるとも解釈できる。

以上、本著 Chapters of International Law (1894) では、カロライン号事件に関する自己保存権に関して責任が問われる場面、および中立義務に関する権利義務の場面で「注意」概念が現れる。本著の議論の切り口のほとんどは主体論となっており、文明国か否か、国家の機関として認められうるか否かという点に議論のほとんどが割かれている。このような中で、自己保存権の文脈、中立義務の文脈において、とりわけ法的な責任を伴う場面で「注意」概念が用いられていたことが指摘されるが、理論全体の中で、特別の重

要性をもって意識されていたわけではない。

このような 19 世紀 Westlake の、注意概念に対するある意味での無関心は、後述の 20 世紀の著作と対比される。

第 2 款 独仏圏の論者による「注意」概念 (19 世紀)

前節では、英米圏の論者の 19 世紀の著作を概観した。国際法上の義務や理論と結びつかない、単なる表現上の「注意」概念も存在した一方で、とりわけ捕獲審判所およびアメリカの国内判決において、*diligence*, *vigilance* などの「注意」概念が登場しており、教科書では、このような「注意」概念を中立義務の文脈において、国際法の法理論の説明に利用していたことが判明した。

本節では、独・仏圏の論者による国際法上の「注意」概念について論ずる。

19 世紀に著作を残した独・仏圏の論者として、ここでは Jean-Louis Klüber, Johann Caspar Bluntschli を扱う。

(1) Jean-Louis Klüber (Johann Ludwig)

本節では、Wheaton の著作も引用のある、Jean-Louis Klüber (Johann Ludwig) の *Droit des gens moderne de l'Europe* (1831)⁽²⁴⁾ における国家の「注意」概念を分析していく。

本書は一般原則と前置きからなる序章、および第 1 編「一般的、とりわけ欧州における国家」、第 2 編「欧州諸国間の法 (権利)」で構成される。出版年がアメリカの南北戦争前であることから、いわゆる英米圏の事例は、捕獲審判所の判例を含め、言及がない。

Klüber によれば、諸国民の法 (*Droit des gens*) とは、自然法から導かれるもの、国家間関係の性質から導かれるもの、条約に基づくものの総合である⁽²⁵⁾。かつ、人々の権利 (法) というものは、国家間関係において国家が保持する、相互主義や完全性の権利から導かれるものである⁽²⁶⁾という。

(546)

この著作において、諸国民の法は上述の概念に従って分類される。欧州諸国間⁽²⁷⁾の法について述べた第2編では、第1部「欧州諸国間の絶対的な権利 (法) (Droit absolu des états de l'Europe entre eux)」, 第2部「欧州諸国間の仮定的権利 (法) (Droit hypothétiques des états de l'Europe entre eux)」と題されており、さらに第2部のなかでは、平時および戦時における法がそれぞれ扱われている。

このような中で、「注意」概念は、まず第1編の第20節、国家一般における性質を説明する箇所において、国民の安全性のために共同するということが国家の淵源であることを示す以下のような文脈で登場する。

「§ 20 国家の定義と起源 一つの国家に集められ、かつそこに住居が定められる一定数の男性および家族であって、全員の安全について共に警戒する意図のもとで共同し (dans l'intention de veiller ensemble à la sûreté de tous), かつその共同体の長に従うものは、国家 (état) を構成する……それはネーション (nation) とも呼ばれる⁽²⁸⁾」。

ここでは、国家というものの性質として、共同して安全について警戒する (veiller), という「注意」概念が使用されている。

このような「注意」概念は、たとえば先に検討した Vattel の著作においてもみられたものである。Vattel は、国家や国民の自己保存権あるいは自己の完全性への権利を、国民の主権から導いていた。対して Klüber は、これらを国民が自分の安全を共同して確保するために形成されたという国家の「性質」から導いている。

次に、第2編の第2部、第53節では、最高監督権 (Inspection suprême) について述べた節においては、以下のような記述がみられる。

「独立性は、政府、あるいは同様の権限である、自国領土あるいは臣民すべてに対するいわゆる内部主権の行使によって、各国が保持する。それゆえに全ての国家には、国家の一般目的に影響を及ぼすことの可能なあらゆるも

のに対して注意を払う (veille sur tout ce qui peut influencer sur son but général) ところの最高監督権 (droit d'inspection suprême) が存在する。このような注意 (attention) は、あらゆる裁量あるいは規律に優先せねばならず、かつその執行には気をつけなければならない⁽²⁹⁾」とされる文であるが、ここでは、最高監督権の内容として「注意」概念が説明されている。

自国内を監督する義務は、Vattelにおいても「注意」概念と共に論じられていた。たとえば Vattel は自己保存権および自己の完全性に対する権利の遂行に必要なものとして導いていたが、対して Klüber は、独立性、あるいは内部主権の行使からこれを導いている点から、現代において「相当の注意」義務の根拠とされる、排他的な領域主権のコロラリーとしての注意義務概念に近い捉え方がなされているといえる。

同じく第2編の第2部においても、先の第53節と同様に、国家の独立性から導かれる権利について「注意」概念が使用されている。第2編第2部第3章「とりわけ閣僚 (Ministres Publics) による交渉の権利」と題された章の第166節では、以下のように記述されている。

「§ 166 交渉の権利 国家利益は、常に、条約の起草および締結のためだけではなく、彼らの間に存在する法律、慣習、および政治的な事項について監督する (pour veiller aux rapports légaux, conventionnels et politiques qui subsistent entre eux) ために、他国と交渉を行うよう要求している。国家のそのような交渉のための権利は、その独立性に根拠を有する⁽³⁰⁾」と説明される。

ここでは、自国の利益に対する監督 (veiller) について、「注意」概念が使用されている。

交渉の権利の基礎となる監督義務の根拠となっているのは、「独立性」である。Klüber のいう「独立性」は、第45節によれば「他国の意思からの独立⁽³¹⁾」、「ほかでもない自国のために存在する権利⁽³²⁾」であると説明される

ことから、他国のための考慮から導き出される性質のものではない。

次に、戦時における国家の権利に関連する「注意」概念について、第2編第2部第2段の第1章において、以下のように言及がある。

「正当な戦争の目的というものは、……人々が被った損害の賠償を獲得する、自衛、あるいは平穩の確保 (à veiller à sa sûreté) から構成されねばならない⁽³³⁾」と説明がある。

ここでは、「自国の平穩を確保する」という点において「注意」概念が使用されている。

上述の、独立性を根拠とする自国国内への「注意」概念とは、客体が自国国内の事項（ここでは平穩）であること、また、他国利益の考慮が行われていないことが共通する。ただし、この「注意」概念は戦争のいわゆる違法性阻却要件のなかに位置づけられることから、国家間関係が無視できる文脈ではないという点も同時に指摘されねばならない。

また戦時の文脈ではこのほかに、中立義務の文脈において「注意」概念が登場する。第281節「完全・限定的、一般・特別な中立」では、以下のような言及がある。

「§ 281 完全・限定的、一般・特別な中立　完全な中立を維持したい国家は、戦時に関連するすべてについて、交戦勢力それぞれの全く同じ行動に注意を払わねばならない (doit observer)。このことはしかし、彼が周囲の国に対して全く同じように、彼の中立の完全な権利を認識し、かつ尊重するように要求できる、という意味ではない⁽³⁴⁾」。

節の題名が示すとおり、Klüber は中立義務を「完全/限定的」「一般/特別」に分類している。彼によれば、完全な中立を維持するためには、両交戦勢力の同じ行為について目を光らせていなければならない。ここで、注意を払う (observer) 義務が説明される。

第1編で登場した「注意」概念は国家の性質の説明であったが、ここでの

「注意」概念は中立義務の一部として説明されていることがわかる。

ここでの注意の客体は、戦時に関連するすべて（戦時に関連するすべて、交戦勢力それぞれの行動）である。中立義務の文脈では、自国国内において他国への支援が行われるか否かに注意を払う義務があると説明されている。

以上、本書では、中立義務の文脈のなかに、「注意」概念が確認された。

Klüber について指摘できるのは、Vattel の時代よりも中立義務に関連する考察が詳細になされており、「注意」概念への言及もそのような考察の中に登場する。しかし、その「注意」概念の内容そのものは Vattel が考察したものから大きく発展してはいない。

この一方で、「注意」概念が、「国家が自国国内について及ぼす監督権」というかたちで国家の独立性から生ずるものであると明言し、外国の意思の排除と自国国内への注意、という関係性を与えた点はあたらしい。この意味において、Klüber は Vattel と比べ、対内的な意味における国内主権とは別の観点から、排他的な国家の権利として「注意」概念を導いている。

(2) Johann Caspar Bluntschli

(1) で検討した Klüber の著作から 40 年を経た Johann Caspar Bluntschli の *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staten* (1872)⁽³⁵⁾ では、Klüber とは異なり、英米圏の判例の影響がみられる。なかでも中立義務に関する記述にはアメリカの南北戦争に関する事例が多く登場し、アメリカの南北戦争が国際法の体系書の記述にも大きな影響を与えた⁽³⁶⁾ことがわかる。

本書は序論、第 1 章から第 9 章、付記という構成になっており、まず序論において国際法についての概説がなされ、序論で扱われた各項目について、後の章で詳説されるという構成をとる。

序論には仲裁裁判手続きに関する章が登場し、戦時法について陸戦および海戦の区別がなされる。この序論の概説の中に、中立法および「注意」概念についての記述がある。

たとえば、「最近のアメリカ合衆国における内戦は、中立法の実効性 (Wirksamkeit) に関する信頼性をかなり低下させてしまった。アメリカ合衆国は以下のように申立てを行った。イギリスは、注意深くかつ十分確実に南部の支援を阻止しなかった (England nicht sorgfältig und nicht entschieden genug die Begünstigung der Südstaten verhindert) ことに加え、イギリス船舶の仲立ちにより、海洋を危険にさらすような略奪的な巡洋艦が武装された、と⁽³⁷⁾」のように、中立法と「注意」概念、およびアメリカの主張について言及がある。

当該「注意」概念 (sorgfältig) は、ワシントン条約に基づいて行われた仲裁裁判例に準拠している。「注意深くかつ十分な南部への支援の防止」の「注意深く」の部分は、義務履行に要求される誠実性の程度を述べたものであり、一次規則ではない。ここでの一次規則は、中立法に基づく防止義務であるように記述されている。

中立義務に関する記述は、第9章第763節にてより詳細に行われる。

「中立国となる条件および中立国の義務」と題された段において、中立義務は「中立国は、単にその交戦国へ軍艦の供給をしないというだけではなく、また自国の領域内において、私人によって交戦国のために戦艦が準備され、かつ供給されないよう、誠実に監視を行い、防止を行わなければならない (er ist auch verpflichtet, in guter Treue darüber zu wachen und es zu verhindern)⁽³⁸⁾」と説明される。

この部分の記述では、たとえば注意 (Sorgfalt) という言葉や注意深く (sorgfältig) という表現をせずに、監視 (wachen) という用語が使用されている。なお、誠実性の程度を表現するにあたっては、誠実に (in guter Treue) という語句が採用されている。

ここでの監視・防止義務の内容は、同節のその後の文において「細心の注意 (sorgfältige Beachtung)」と言い換えられている⁽³⁹⁾。

第 763 節では、上述の文の後にアラバマ号事件判決における適用法規を定めたワシントン 3 原則が紹介される⁽⁴⁰⁾。

ワシントン 3 原則の英語原文には、第 1 項と第 3 項に「相当の注意 (due diligence)」が登場する。このワシントン 3 原則は、先に説明された中立義務と「注意」概念との関係を表しており、そして、一次規則としてではなく、防止のための義務履行の誠実性の程度を表現したものである。ここで着目されるのは、「相当の注意 (の行使)」が専門用語としてはまだ認識されておらず、ドイツ語訳にあたって第 1 項と第 3 項で別の言い回しが採用されている点である。

このうち第 1 項では、原文で「……を防止するために相当の注意を行使すること (to use due diligence)」, Bluntschli のドイツ語訳は「……ないよう、注意深く (sorgfältig) 監視すること (wachen)」と訳されている。

第 3 項では「相当の注意の行使 (to exercise due diligence)」の文が、ほかに、Bluntschli においては「注意を持って (mit Sorgfalt) 配慮すること (zu sorgen)」と言い換えられている。

英語原文では、注意は注意でも「相当の」注意であることが明記されているが、Bluntschli 訳では「注意」以上の言及はない。双方の訳は防止義務の義務履行の誠実性の程度を表現する一方で、さらに英語原文では義務履行の誠実性としての「注意」に、たとえば「通常の注意」のようなさらなるカテゴリが与えられる可能性を残している。

したがって Bluntschli は、南北戦争に関わる中立義務の検討の中で大いに「注意」概念が利用されている一方、この時点において、彼が用語をそのまま輸入しようとするほどの重要性を「相当の注意」概念に与えてはなかったことが確認される。

このことは、同じ章の別の言及にも表れる。

たとえば、第 779a 節⁽⁴¹⁾ではアラバマ号事件を含めた仲裁裁判所の判決の

説明があるが、そこでは「相当の注意 (due diligence)」の該当箇所に「必要とされる注意 (erforderlichen Sorgfalt)」という語句が充てられている。

ほかに、Bluntschli は中立法の文脈を離れても、いくつかの論点について「注意」概念に言及している。

国際法上の機関について述べた第 3 章では、国家元首および外交官、大使および公使の権利義務について記述がある。

個人的な公使の権利義務に関して述べた第 225 節では、「225. 彼を派遣した国家の独立性および名誉を注意深く尊重する (sorgfältig zu achten) よう、公使は義務付けられている⁽⁴²⁾」との言及がある。派遣された先の国で自分を派遣した母国が軽んじられるようなことをすべきでない旨の義務が説明されている。

また大使についても、第 249 節において以下のように表現される。

「大使任務の拡大は、場所によっては非常に重要であるため、全職員の働きが要求され、これにより国家は、外国における自国民の権利が、注意深くかつ公平に認められ (sorgfältig und unparteiisch gewahrt)、用意周到に保護することができるという大きな利益を享受する⁽⁴³⁾」。

ここでは大使の任務の重要性に関連して、大使が外国における自国民の権利を、「注意深く公平に」確保するという「注意」概念が示されている。

国際法上の義務という文脈ではないものの、ある地位の人間が一定の誠実性を持って任務を遂行するよう期待されていることに対して、「注意」概念が持ち出されていることが指摘できる。

ほかに国際法違反と違反の成立について述べた第 7 章では、国家の司法機関に関して述べた第 467 節において「注意」概念が登場する。当節では、国家の司法機関が適切に機能しなかった場合、および機能しなかった場合に国際法の義務違反になる旨⁽⁴⁴⁾の言及がある。

この文脈においても、「以上を理由として、国際法上の請求に関して、司

法当局は特別の注意と用心を必要とする (Eben deshalb erfordert die Rechtspflege bei völkerrechtlichen Beschwerden eine ganz besondere Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit)。そして裁判機関そのものによる注意 (zu sorgen), すなわち当局が国際法上の了知および誠実な意思を判断し, 同様に注意し (zu beachten), とりわけ保証が得られるよう確保すること。あるいは, 一般の裁判所に対し, この重大な義務履行および国家責任特有のリスクに対して注意を喚起する (aufmerksam zu machen) すること, ないし指示を行うこと, 国家を代表する権力との合意の上でこれらが行われること, これらのことは, 全く適切である⁽⁴⁵⁾」とある。

ここでは, 国際法上, 国家の司法当局が適切な機能を果たすように「特別の注意 (ganz besondere Sorgfalt)」が払わねばならない旨記述されている。この「注意」概念について中立義務の場合との共通点は, 一次規則ではなく, 義務履行の誠実性の程度を表しているという点である。

また, 注意の客体は自国の裁判所であるものの, 他国との関係において国際法上の義務違反が問われている。

以上の Bluntschli による「注意」概念の記述をまとめると, 以下のことが指摘される。

まず, 中立義務に関連した文脈において, 英米仲裁判断を引用しつつ「注意」概念が使用されている点である。この仲裁判断の文脈では, 「注意」概念が完全に国際法上の議論の中に組み込まれつつある。ただし, 「注意」概念そのものの重視をしておらず, 文脈が同じであっても訳語は統一されていない。

中立義務以外の文脈では, 第7章において義務違反の類型が紹介されるなど, 義務違反の想定が具体化したこととも相まって, 具体的な文脈において「注意」概念が想定されるようになっている。中立義務の場合と同様に, このような場面において使用される「注意」概念に統一的な表現は与えられて

いない。しかしながら、単なる事例紹介としてではなく、義務違反の場面を一般化して説明する文脈の中に「注意」概念が用いられている点は着目される。

(3) 小括

以上、英米およびドイツ、フランス語圏における議論を概観した。19世紀までの国際法上の「注意」概念は、戦時における法が学術書の多くを占めていたこともあり、中立法に関連して国家の注意義務が語られる場面が非常に多く見られたことから、以下ではまず中立法とその他の概念とを分けて小括を行う。

中立法は、他の国際法分野と比べるとより早くから理論化、類型化が開始した分野であり、19世紀においては、国際法学者による理論検討のほかに、捕獲審判所および国内判例、そして南北戦争後の英米間の仲裁裁判によって大きな発展を遂げた。既に英米法圏の国内判決は、注意を示す単語に学術用語としてのまとまりがあったが、国際法はまだこれら判例に基づいて「注意」概念の理論化をするに至っていない。

19世紀の中立法に関する記述では、交戦国に対して利益を与えるような行為のそれぞれについて「注意」概念が行使されてきた。

中立義務一般の説明として、Wheaton が引用する C. Bynkershork のように、戦争に干渉しないよう「注意する (be careful)」という簡潔かつ一般的な説明もみられる⁽⁴⁶⁾。Klüber による、交戦勢力それぞれの行動に「注意を払わねばならない (doit observer)」との説明も同様である⁽⁴⁷⁾。

一方で具体的な行為に関する「注意」概念の説明もなされている。例として、たとえば Wheaton が引用した判例では、開戦が通知されたのちに当事者らが航行を中止させるために「全ての可能な注意 (all possible diligence)」を払う旨の記述、またあるいは、市民が開戦通知後に自らの財産を敵国から撤退させる権利の行使について「相当の注意 (due diligence)」をもって行使

されねばならないとの説明、ほかにも Westlake の著作ではアメリカ合衆国の市民によるカナダへの攻撃に対して、イギリス政府の「不注意 (negligence)」が問われている箇所、また別の箇所においても、中立国の義務の遵守および、自国の国民に対してこれを遵守させるための規則形成のために「一般的な用心 (general vigilance)」に対する言及が存在する。

さらに Bluntschli の著作では、交戦国への支援を「注意深く (sorgfältig)」十分かつ確実に阻止する、という説明、および捕獲審判所が、適切な防御を中立国へ与えるために「注意深い (sorgfältig)」手続きを要求している、という説明がなされている。

Bluntschli の著作において見られたように、既に 19 世紀の教科書においてアラバマ号事件判決が分析の対象とされており、その中では「相当の注意 (due diligence)」をもって敵の作戦、武器および武装の改装や補給、人員の徴募のために自国の港および内水を使用させない義務等に言及がある。

なお、一般的な言及であっても具体的な行為への言及であっても、19 世紀当時の著作における「注意」概念の用語は統一されていない点が指摘される。

その他の分野における国家の「注意」概念は、主に主権概念と関連して、国家君主あるいは国家の性質についての記述に登場する。とりわけ、仏独圏の論者がこの傾向にある。

18 世紀の Vattel においては、国家が自国の国内に対して及ぼす監督権が「注意」概念と結びついて説明されていた。このような監督権は、「国家は自国を知らねばならない」という命題によっても説明されている。具体的な例としては、国内の平穏を確保するために「注意深く (avec soin,あるいはsoigneusement)」危険な事態を回避する義務が紹介されている。また別の例では、自国の平穏への「憂慮 (soin)」によって、通商関係の独占が国家に許容される、と説明される。同じく 18 世紀の Bentham によれば、「すべての

国家に共通で最大の効用」である「国際法の目的」を達成するにあたり、「国家は……自らの利益に対して十分な注意を払う」という。国内で生ずる具体的な事態に対する監督権と、国家利益に関連するすべての事項に対する一定の考慮との双方を含む一般的な言及である。

Klüber は、国家の定義において「全員の安全について共に警戒する (veiller)」性質があると述べているし、別の箇所では、国家の独立性から「国家の一般目的に影響を及ぼすことの可能なあらゆるものに対して注意を払う (veiller)」最高監督権が導かれる、と説明を行っている。

これらの、主権概念と関連した、君主あるいは国家の、国内事項に対して向けられる「注意」概念には、完全性や独立性などから導かれる主権的な権利義務が、「注意」概念をもって説明されているという一定の共通性を見出すことができる。

Bluntschli の記述は非常に理論的に発達している点で他の論者と同列に語ることが可能かは議論の余地があるが、例えば国際法上の請求に関わる司法機関の活動について、「完全な特別の注意 (ganz besondere Sorgfalt)」を必要とし、これの達成のために国家を代表する権力との合意の上で「注意する (beachten)」ことや保証がなされることが適切である旨の言及がなされる。このような言及は国内活動一般に対して向けられたものではないものの、主権的な行為にかかわる事項について国家が注意を払う場面が想定されている。

なお一方で、「注意」概念の性質については様々であり、義務履行の誠実性の程度を説明するものにすぎないものもあれば、動詞として説明がなされているものについては、「注意すること」が一定の一次規則として機能している例もある。

さらに、注意が払われなかった場合、あるいは注意して何かをなすことに失敗した場合の想定は様々である。Bluntschli の例のように、「注意」概念

が必ずしも「非・絶対責任」なものを指しているのではないことも指摘される⁽⁴⁸⁾。

以上のように、19世紀までの論者による国際法上の「注意」概念を検討すると、諸所に現代的な理論の端緒がみられ、「注意」概念は、中立法とその他（とりわけ国家の国内に対する監督権）の2つの大きな潮流の中に確認される。ただし、このような「注意」概念は専門用語として成立してはいなかった。

第3節 20世紀の論者による「注意」概念

20世紀の国際法学における「注意」概念は、ILCによる法典編纂作業の影響を色濃く受けながら国家責任法における理論の中へ組み込まれていくことになる。ここでは、ILCの法典編纂作業の外において、「注意」概念がどのように用いられていたのかにつき注目していく。以下では、20世紀の論者ごとに、分析を加えていく。

第1款 英米圏の論者による「注意」概念（20世紀）

ここでは、Lassa Francis Lawrence Oppenheim, John Westlake, James Leslie Brierlyについて検討を加える。

(1) Lassa Francis Lawrence Oppenheim

本節では、Lassa Francis Lawrence OppenheimのInternational Law; A Treatiseの初版Vol.1（1905年）⁽⁴⁹⁾およびVol.2（1906年）⁽⁵⁰⁾を検討対象とする。

本著作は国際法の初学者、学生に向けて編纂された教科書であり、PhillimoreやTwiss, Hallの教科書が特に意識されている⁽⁵¹⁾。Vol.1では平時における法、すなわち、国際法の成立、発展史、主体及び客体、国家間関係における国家機関、国際貿易が扱われ、Vol.2では国際紛争解決、戦争、中立が扱われる。

(558)

(1-a) Vol.1

Vol.1 では国家責任に関する章も設けられており、例えば私人行為に対する責任について Oppenheim の代位責任 (vicarious responsibility) の説明もなされているが、ここに「注意」概念は登場しない。

Vol.1 において「注意」概念が表れるのは、第1に、公海における搜索 (Search)、第2に、外交使節に関して使用される。

このうち公海における搜索についての記述は、「公海」と題された第2部第2章に登場する。ここでは、公海における船舶への管轄権は、排他的に旗国によって行使されるわけではないことが解説された⁽⁵²⁾あと、その例として、例えば戦時においては敵国の軍艦が私船の搜索等を行うことがある旨が解説される⁽⁵³⁾。

すなわち、「§ 269 この搜索は規則に従って行われなければならない……仮に搜索の結果、すべてのものが合法であることが確認された場合、搜索する者は、撤去された物すべてを元の場所に注意深く戻さねばならない (the searchers have carefully to replace everything removed)。搜索の記録は記録書に記載され、搜索を受けた船舶は元の順路を航行することを許可される⁽⁵⁴⁾」のように説明がなされる。

当該記述においては、搜索を行う職員の任務遂行が注意深く (carefully) 行われるべき旨が示されている。

この「注意」概念の主体は軍艦の乗組員であるが、国際法上の国家の義務として語られているのかについては判断しにくい。少なくとも国際法上の国家の権利に基づく手続きを執行する上で、手続を担うところの個人に対して要求される行為基準に対して「注意」概念が使用されている。

また、外交関係に関連しても、外交官の行為に対して「注意」概念が使用されている。

「外交使節」と題された第3部第2章においては、「§ 382 交渉、監視、

保護の任務は、すべての国家の外交使節に共通する。……これらの任務を遂行するにあたって、国家は自国の使節に対して、たとえば、接受国の法律によって排他的に接受国の職員に任ぜられているような任務の遂行を命令しないよう注意しなければならない (in doing this a State must be careful not to order its envoys to perform such tasks as are by the law of the receiving State exclusively reserved to its own officials)」とされる。

ここでは、「～しないよう注意しなければならない (careful not to)」という文言により、「注意」概念が示される。注意の主体は国家であり、注意を及ぼすべき客体は、その活動が国家の行為に帰属するところの外交使節である。また、一次規則として言及される。

以上、平時における法を扱う Vol.1 では、「注意」概念への言及自体が少ない。搜索の例では、国際法上の権利義務と密接に関連するものとして言及されているわけではなく、他方で外交関係の文脈で扱われる「注意」概念は、主体を国家とし、一次規則のかたちで「注意」概念が使用されている。

(1-b) Vol.2

前述のとおり、Vol.2 (1906 年) は、紛争解決および戦争、中立についての著作であるが、同著は、特に中立法の文脈において、「注意」概念、「相当の注意」概念に対する言及および考察が豊富に含まれる点で特徴がある。

まず、戦時における敵船あるいは中立国の船舶に関する手続きにおいて「注意」概念が登場する。「中立」について書かれた第3部「中立国船舶の臨検、捕獲、訴追」の中の、臨検 (Visitation) についての記述には、以下のような言及がある。

すなわち、「§ 421 搜索は、……船舶あるいは荷物に損害を与えないよう注意が払われねばならず、かついかなる武力も使用されるべきではない (Care must be taken not to damage the vessel or the cargo, and no force whatever must be applied)⁽⁵⁵⁾」とされる。

ここでは Vol.1 と同様に、国際法上の権利執行を担う個人の行動基準が「注意」概念によって表現される。

続いて、中立義務の文脈において「注意」概念が検討される。

Vol.2 の第3部第1章「中立法一般」における第292節では、ハーグ平和会議における中立国の権利義務の問題について議論と解決を行うため、T. E. Holland 教授が作成および修正を行ったリストが紹介されている⁽⁵⁶⁾。16個の項目のうち、(4) および (5) において、「注意」概念が登場しており、さらに中立義務に密接に関連する国際義務の内容として言及されている。

リストの第4番目および第5番目は、以下のように記述がある。

「(4) [中立国政府は] これまで慣習的になされてきたよりもより高度の注意をもって、海洋における交戦船団に対して、支援物資、とりわけ石炭の輸出を防止すること [を義務付けられるか?] (To prevent, with more care than has hitherto been customary, the exportation of supplies, especially of coal, to belligerent fleets at sea)⁽⁵⁷⁾。

(5) どのような特別の注意 (specific precautions) によって、中立国は、交戦国の戦艦に対して港を解放することによる“保護 (asylum)” 違反を防止しなければならないか?⁽⁵⁸⁾」

第4番目では、より高度の注意 (with more care) という用語で中立義務が説明され、「注意」概念の客体は自国の私人による輸出活動である。第5番目では「特別の注意 (specific precautions)」による中立義務の履行が観念されている。

以上のリストにおいては、「注意」概念は care あるいは precaution の用語によって説明されている。

さらに着目されるのは、続く第2章「中立国と交戦国との関係」の第335節において、アラバマ号事件の紹介と共に中立国と戦闘準備に関する記述の中で、Oppenheim がアラバマ号事件の内容について分析を加える章である。

その中ではいわゆるワシントン3原則がそのまま引用されており、第1あるいは第3原則における「相当の注意 (due diligence)」の語もそのまま用いられている。

Oppenheim はこの次に、アラバマ号事件の内容について以下のように考察を加えている。

すなわち、「仲裁裁判官は、相当の注意という用語 (the term due diligence) について解釈を行った⁽⁵⁹⁾」。

ここでは「相当の注意 (due diligence)」という用語について、解釈の対象とされた旨の記述がある。

また同部同章の「中立義務違反」を扱う部分においても、「相当の注意」に関する分析が行われている。

第363節は、「§ 363 意図的な中立義務違反以外にも、彼が相当の注意をもって防止することが可能であった (he could have prevented with due diligence), および防止について、不作為による有責な過失があったこと (has been culpably negligent in his omission to prevent) を理由として、中立国は、交戦国を益するあるいは害する行為のために責任を負うことがありうる。あらゆる状況下においてこのような行為を防止するというのが、中立義務なのは決してない⁽⁶⁰⁾」と説明がなされている。

このような説明は、後に ILC の国家責任条文に採用された、いわゆる「防止の義務」の定義が非常に類同している点が想起される。

Oppenheim はさらにこの説明に続いて、「相当の注意」概念を分析している。

ここでの Oppenheim の分析は、「相当の注意」という語句が有する国際法上の意味について、「国内法において使用されていた以上の意味を持ちえない」という判断で締めくくられている。アラバマ号事件判決における仲裁裁判所の解釈には、中立国の相当の注意が、中立国の義務不履行によって交

(562)

戦国が晒されるリスクに比例するものでなければならないという点について、「あまりに厳しい義務が中立国に課せられることになってしまう」と批判しており、このような用法は「理論的にも実行によっても一般的に承認されてはいない」と評価を下している⁽⁶¹⁾。

以上、Oppenheim の *International Law; A Treatise*, Vol.1 および Vol.2 を検討した。Vol.2 では、アラバマ号事件判決の「相当の注意 (due diligence)」という語句が国内法から国際法へと輸入されたことに関する分析と評価が加えられている。

アラバマ号事件判決以外の「注意」概念には *care* や *precaution* の語句が使用されており、たとえそれが中立義務の内容を有していても同様である。すなわち、彼の著書を通して「相当の注意 (due diligence)」という語句が、一般性をもって「注意」概念に採用されているわけではない。また責任論について、*care* を含めた「注意」概念が一切採用されていない点も特徴的である。

そして彼の「相当の注意 (due diligence)」の分析部分において、「相当の注意 (due diligence)」の論争として指摘されたのが、国際法上、国内法において使用されていた以上の意味を持ち得るのかという論点であった点、相当の注意 (due diligence) が解釈・論争に値する概念として扱われていた点も着目される。ここではアラバマ号事件判決をめぐるアメリカとイギリスの主張に依拠した評価がなされたに過ぎないものの、この論争が当時の国際法学者に与えた影響を推察することが可能である。

(2) John Westlake (20 世紀)

ここでは、Westlake の著作のうち、*International Law*, Part 1 & 2 の第2 版 (各 1910 年, 1913 年)⁽⁶²⁾ を検討対象とする。それぞれ、*International Law* Part I, Part II にはそれぞれ *Peace*, *War* と副題がついており、その名の通り平時における法および戦時の法が扱われている。

1894 年の著作 *Chapters on the principles of International Law* 中には、1871 年のワシントン条約あるいはその後の仲裁判決についての言及はなく、国際義務に対して明確に「注意」概念を適用し、分析する記述もみられなかった。中立義務に対する言及が一度だけあるものの、「一般的な用心 (vigilance)」が中立義務遵守の際に求められる旨の言及があるのみであった。

対して本節で検討される *International Law* の第 2 版では、とりわけ Part 2 において、中立義務に対して明確に「注意」概念が適用されており、またアラバマ号事件判決における「相当の注意」概念に対する考察が丹念になされている。また戦時の中立義務だけではなく、Part 1 においても、平時における国家の一般的義務について「注意」概念を通じた説明が付加されている点に 1894 年の著作との違いがある。

(2-a) Part 1, Peace

平時における法について「注意」概念が登場するのは、まず第 8 章「海洋」における、平時における公海での自衛措置としての船舶の拿捕に関する分析がなされる部分である。

Westlake は、中立国の船舶に対する禁制品に関する公海上の搜索 (search) を行う権利について、自衛権がその正当化事由となるか否かについて、その問題が提起される場面の 1 つとして、ホバリング法 (hovering law) について検討を加えている。アメリカ合衆国最高裁の判例を紹介した⁽⁶³⁾のち、「たとえもし禁制品に関する法が〔損害から自国の安全を守る権限という〕原則に基づくものであって、交戦国と中立国との間の協定に基づくものでないとされうとしても、このような〔原則から、戦時禁制品に関して交戦国が中立国船舶を搜索する権利が導かれるという〕類推は、交戦国は禁制品を移送していない〔中立国の〕船舶の航行を予防措置 (by way of precaution) によって制限する権利を持たないことから、破綻してしまう⁽⁶⁴⁾」と説明を加える。

(564)

ここでは予防（precaution）という用語にて「注意」概念が使用されている。ここでの注意の客体は、領海の外に所在する外国船舶である。

さらに第 11 章「国内管轄権（National Jurisdiction）」において、沿岸および港の内部における外国船舶に対する管轄権について述べた部分では、政治難民が停泊中の外国の公船に保護される事例について検討がなされている。ここでは、Palmerston 卿の論文が引用されている。

すなわち「軍艦の司令官は、政治的難民を探し出すあるいは誘ってはならないにもかかわらず、なお彼はその船舶に達することのできる者および乗船の許可を得た者を追い帰したり、断念したりしてはならない。このような職員はもちろん、このような難民が船舶の上から沿岸にいる仲間と、政治的な通信をすることのないよう注意しなければならない（take care）し、かつ彼らは、彼らのある安全な土地に送るために最も早期の機会を利用しなくてはならない”。この文は、諸国の水軍が外国の港へ訪うに際して国内的に、かつ任意に従うべき行動を正確に表現している⁽⁶⁵⁾」と説明される。

ここでは政治難民の処遇について軍艦の司令官が従うべき行為規範について、「注意」概念が使用されている。ここでの注意の主体は軍艦の司令官という個人であり、主権者ではない。かつ注意の客体は、船舶に乗船させた難民である。

さらに第 14 章「域外の国民の保護（The protection of subjects abroad）」では、一般原則と題された節において、裁判拒否の概念が説明されている。すなわち、「裁判が行われた国家の裁判拒否あるいは裁判の失敗が生じた場合、国家はこれに対して、一つの団体として（as a unit）責任を負う⁽⁶⁶⁾」。

この中で Westlake は、司法権が独立していたとしても、裁判官の過失（fault）を理由に国家は責任を免れえない⁽⁶⁷⁾、との説明を行い、参考となる事例として 1891 年 New Orleans において発生した暴動の結果、数名のイタリア人が殺害された事件に触れたうえで、以下のように述べている。

「殺害されたイタリア人の家族に対する金銭賠償および犯罪者の処罰による、政府への暴動に対する精神的満足の根拠が先ほど言及された事例においては適切であったという根拠は、地元権限当局の良心 (good will) および相当の注意 (due diligence) が〔当該暴動の〕発生を防止したであろうということ、かつ、連邦裁判所において必要とされる権限が、処罰を確保したであろうということである。しかしこのような根拠は、単なる暴動を超えた騒乱によって外国人が被害を受けた時にもしばしば主張される⁽⁶⁸⁾」と説明を行っている。

ここで Westlake は、暴動の発生と外国人の保護の文脈において、反乱の発生の防止義務に「注意」概念を用いており、さらにその「注意」概念に「相当の注意 (due diligence)」概念を用いている。

当該注意の客体は暴動という事態そのものである。対して注意を払う主体は地元の権限当局であり、厳密な意味での主権者とは異なる。この意味で、ここでは抽象的な団体である国家が私人に対して注意を払うという理論構造が成立しているわけではない。

(2-b) Part 2, War

Part 2⁽⁶⁹⁾では、戦時の法について記述がなされており、そのうち第5章から第13章が中立法に関するものである。

また Part 2 ではアラバマ号事件判決が取り上げられ、同判決内にて言及された中立義務の内容を分析するにあたり、「相当の注意 (due diligence)」の内容を詳細に検討している。

たとえば、第8章「中立国の義務」では、「違法な船舶の建造」が記述される部分において、Westlake はアラバマ号事件判決以前に出された3つの判例⁽⁷⁰⁾を検討したのち、アラバマ号事件判決における「相当の注意 (due diligence)」を検討している。

ここで Westlake は、まず 1871 年のワシントン条約第6条の第1原則に

(566)

ついて、以下のように分析している。

「一定の中立義務違反を防止するために相当の注意（due diligence）を払うという、国家の従事するこの規則は、問題となるものが中立違反として認められたと同時に、基本的な共通認識が求めることをするのみである。実際に、このような違反を防止するための合理的な努力（reasonable endeavour）を怠っていない場合、中立とは、中立義務に違反する全てのものに対して保証を行うというように解釈されてはならないということが示されているので、これはむしろ中立国に有利なのである。相当の注意（due diligence）が防止のために払われねばならないという中立違反を説明するにあたって、当該規則は、その作成にあたって、実質的に、中立国領域内において交戦勢力の海軍力を増強するために作成されたアメリカ合衆国中立法および外国人募兵法（1870年）を踏襲しているのである⁽⁷¹⁾」。

Westlake はこれに続いて、ワシントン条約における「相当の注意」概念の元となったアメリカ合衆国の国内法である中立法およびイギリスの1870年の外国人徴募法（Foreign Enlistment Act）について、分析を行っている。

彼によれば、アメリカ合衆国の中立法は、領域内において、ある船舶が友軍に対して敵対するよう外国勢力に使用されうるという“意図をもって（with intent）”，重大な犯罪を遂行することがあらゆる者に対して禁じられていた⁽⁷²⁾し、かつ同法は、領域内において、このような意図をもってこれが遂行されたときに、領域内においてこれに“故意に関わる（knowingly concerned）”ことを禁止していた⁽⁷³⁾。このようにアメリカ合衆国の中立法では、犯罪に対する故意が明確であるのに対して、他方イギリスにおける1870年の外国人徴募法（Foreign Enlistment Act）の意図に関する記述は、“意思あるいは故意、あるいはそれと信ずる合理的な根拠がある場合（with intent or knowledge, or having reasonable cause to believe）⁽⁷⁴⁾”であったという。

ワシントン3原則の第2および第3原則については、これに続く「違法な派遣 (Illegal Expeditions)⁽⁷⁵⁾」の節で分析されている。

Westlake は、「相当の注意が挿入されている第1規則が、第3規則において繰り返される必要はなかっただろうから、これらの2規則〔原則2および3〕は、とりわけ併せ読むように意図されたように思える。同様の疑念が、第2規則における“作戦のための基地”が、大規模なあるいは繰り返し行われる作戦、第1規則において既に扱われた中立国の港からの船舶の出発のために使用される基地を指すよう意図されていなかったのか否か、にも感じられる⁽⁷⁶⁾」のように、基地に関する議論を進めていくが、こののちに「注意」概念について同じ「違法な派遣」を扱う節の後半で分析を行っている。

すなわち、まず以下のように、「アラバマ号事件において仲裁裁判官は、……南部連合のための巡洋艦の建設、武装、軍備を防止するにあたっての過失 (negligence) を認めるにあたって、3つの船舶に関する事実に依拠している……⁽⁷⁷⁾」との言及において、当該中立義務違反を過失 (negligence) であると表現している。またこれに続いて Westlake は、仲裁裁判官が示した基準について検討を行う。

「仲裁裁判官らは、以下の2つの基準を示した。アラバマ規則のうち、第1規則および第3規則で言及される相当の注意は、交戦国のいずれかが、中立義務の不履行によって晒されうるリスクと厳密に比例するよう、中立国政府によって行使されねばならない。(第1の基準) イギリス王国政府は、自国の所有する実施のための法的手段が不十分であったことを理由に、相当の注意の不履行を正当化することはできない (第2の基準)⁽⁷⁸⁾ (括弧内筆者加筆)」と述べたのち、「これらの基準の1つ目は、保証と同等になりうる程度まで相当の注意を行使することであると理解されてはならない (The first of these canons must not be understood as carrying due diligence to a point at which it would be equivalent to insurance)。問題が重要であればあるほど、より多くの

注意が払われねばならない (the more important are the issues at stake the greater ought to be the care taken) という、皆が自己の利益に関して行いうる金言が、他者の利益に関する場面の政府の行為に適用されるにすぎない⁽⁷⁹⁾」と評価を下している。

すなわち Westlake は、仲裁裁判官の述べる「アラバマ規則のうち、第 1 規則および第 3 規則で言及される相当の注意は、交戦国のいずれかが、中立義務の不履行によって晒されうるリスクと厳密に比例するよう、中立国政府によって行使されねばならない」という基準について、このような「相当の注意」とは、結果を保証するまで高度の注意を指すものではないことを指摘するだけでなく、仲裁裁判官がいう「リスクと厳密に比例」ということが、**「問題の重要性に比した注意」**という性質のものであるとしている。

さらに第 2 の基準について、Westlake は「第 2 の基準は、国内事項および国際事項との間に明確な線引きを行うところの、国家の独立性から導かれる⁽⁸⁰⁾」と述べている。Westlake はさらに 2 つ目の基準を「国際的な団体 (international unit) の行為が経験的に示される合理的に入手可能な基準を下回ってはならないという条件にしたがって、このような団体 (unit) は、それが最善とみなされうるように個体を構成する個人と権限当局の権利および機能を規律する。このような基準が達成されない場合は、その団体がそれまで従ってきた国内的条件は、抗弁のために援用できない⁽⁸¹⁾」と述べている。ここでは、「相当の注意」による義務履行に際して、国内的事情を抗弁に使用できない、という分析が加えられている。

以上のような分析は、直接的に「相当の注意」の内容を評価するものであり、1894 年の Westlake の著作には全く見られなかった点である。

彼のアラバマ号事件判決に関連する義務を分析したのち、「私は、これらの 3 つの有名な規則を、彼らが防止すべきであったと宣言したものと、防止のために使用すべきであったと宣言したところの注意 (vigilance) の双方の

観点から分析してきた。そして私には、双方の点においてこの規則は確固としたものに思える。私は、ジュネーヴにおける事例へのこれらの適用においていかなる誤りもあったとは思わない。しかし誤りの可能性は、いかなる訴訟手続きにも、もちろん他の手続きと同様に、仲裁裁判手続きにも付随するものである⁽⁸²⁾」と評価している。ここで彼はアラバマ号仲裁裁定について誤ってはいないと述べており、このあとにも「国際法の歴史上、切迫した紛争の解決手段であったとしてだけでなく……中立義務の理論における顕著な要求のいくつかを提供するという目的に成功しなかったわけではない(not unsuccessful)点においても、これら[英米仲裁]は常に記憶すべきものとなるだろう⁽⁸³⁾」とも述べている。

ここではアラバマ号事件仲裁裁定が、中立義務に関する理論に対して与えた影響を肯定的に解釈している。

以上、アラバマ号事件判決に関連した Westlake の記述をみてきたが、「注意」概念について「相当の注意 (due diligence)」の語句を使用しているのはこのアラバマ号事件判決を検討する部分のみである。

このほかの部分では、「注意」概念として take care が用いられた文章の引用がある。

それは、第 11 章「海戦に関する未決問題 (The Open Question of Naval War)」の、「海洋における捕獲船の破壊」と題された節における、事例の紹介に著れる。

その事例とは日露戦争時、日本へ向けて荷物を移送していた米国船籍の船舶がロシア船によって捕獲されたあと海上で破壊され、英国人水夫がウラジオストクへ移送、その他の米国人水夫は通りがかった他の船舶に乗船させられた事件について、英国およびアメリカ合衆国が、「捕獲者による中立国船舶の破壊を禁ずる」旨の宣言をするようハーグにて提案した例である。当該事件においてロシアは、英米提案に対して反対提案 (counter-proposal) を行

っており、以下の部分が引用されている。

「捕獲された中立船の破壊は、その保存が捕獲船の安全あるいはその任務の達成を損なわせる場合を除いて、禁止される。捕獲船の司令官は、多くの条件付きで破壊権を行使せねばならず、人員の移送についてまず注意を払い (take care)、かつ可能な限りにおいて荷物にも注意を払う。すべての場合において、船舶で移送されている文書は全て保存し、かつ捕獲に関する審判に必要な、および中立を理由とした損害賠償を確定させるために必要な物についても同様に、注意を払わねばならない (take care)⁽⁸⁴⁾」。この部分はロシアによる提案の一部にすぎないが、中立船舶の取扱いに関する国際法規について述べられた意見であることは間違いない。

ここでの「注意」概念は、捕獲船の司令官が主体となるものであり、注意の客体となるものは中立船の破壊が行われた際に必要とされる各種の行為である。また、当該「注意」概念は一次規則として説明がなされている。

(2-c) Westlake のまとめ

以上 Westlake の International Law, Part 1 および Part 2 を概観した。Part 2 ではアラバマ号事件に関する記述が豊富になされているだけではなく、「注意」概念の具体的な内容まで踏み込んだ検討を行っている。また Part 2 において Westlake がワシントン 3 原則を指して「有名な規則」と述べていることから、1913 年当時の国際法学界のアラバマ号事件判決に対する所感が読み取れる。既に当時、中立義務と「注意」概念を語るうえで非常に重要な判例としての位置づけがなされている。

1894 年の著作からの記述の変化も着目される点である。1894 年の時点では、中立義務に関連して、せいぜい、「中立義務の遵守」と「規則の形成」について「一般的な用心 (vigilance)」が生じると言われていた程度で、国家の義務に対して理論的に「注意」概念が組み込まれていたわけではなかった。

対して1910年および1913年に出版されたInternational Law Part 1, Part 2では、アラバマ号事件およびワシントン3原則を通じて、中立義務における「注意」概念に焦点を当てて検討が加えられている。Westlakeは、ワシントン3原則を「防止すべきとされた行為」と「注意」概念に分け⁽⁸⁵⁾、うち「注意」概念についてはアメリカ合衆国およびイギリスの国内法を参照しつつ、これらにおいて規律される違法行為に求められる「意図」や「犯意」に関する基準を検討している点は留意されるべきである。

「注意」概念に対する着目度の違いは、戦時における中立義務だけではなく、Part 1に説明される平時の法についても読み取ることができる。Part 1でも、take care や precaution といった用語に加え、何より中立法の文脈以外（暴動の発生と外国人の保護の文脈）において、「相当の注意（due diligence）」概念の使用が確認されている。

19世紀の他の論者による記述では、戦時の中立法における「注意」概念がもっぱら英米圏の国内裁判所判決に依拠されている一方、平時における国家（主権者）の「注意」概念は国家の独立性や主権概念そのものから導かれた、ある種漠然としたものであったのに対して、本書においては平時の「注意」概念もまたアメリカの国内裁判所判決に基づいて記述されている。

裁判拒否の概念と「注意」概念が国内裁判を通じて理論的に結びつけられはじめており、既にここでの「注意」概念は「相当の注意（due diligence）」という語句が採用されている。

ただし、平時において国家（主権者）が漠然と国内に対して及ぼす「注意」概念については言及がない。Westlakeの述べる平時の国家の注意義務は、全て国家の機能を担う一個人が具体的な場面において果たすべき行為規範である点が指摘される。

(3) James Leslie Brierly

ここでは、BrierlyのThe Law of Nationsの初版（1928年）⁽⁸⁶⁾、第4版

(572)

(1949 年)⁽⁸⁷⁾、第 5 版 (1955 年)⁽⁸⁸⁾を検討する。

初版 (1928 年) における Brierly は、自然法学者と実定法学者の議論を概観したのち、国家が成立した時から固有のあるいは一定の権利を付与される、という議論を自然法学者のものであると分析する⁽⁸⁹⁾。そして、生命があるかのように偽装された、人格としての国家概念を批判する⁽⁹⁰⁾。

Brierly は、まず裁判拒否の概念に対して「注意」概念を使用する。

「国家が裁判拒否に対して賠償責任 (liability) を生じさせることのできる 2 つの方法を区別することが重要である。すなわち、部局の一定の行為について、ある業務の遂行について、直接に責任を負うこと。そして、直接的には責任を負わない私人の行為であるが、違法行為を防止することができただろう程度の一定の合理的な注意 (reasonable precaution) を怠ったことで、あるいは、これを救済するための適切な制度を提供することを怠ったこと、これらのために責任を負う⁽⁹¹⁾」と説明がある。

ここでは、直接的に国家の活動に対して責任を問われる方法に対して、間接的に、私人の行為に対して、「違法行為を防止することができただろう程度の合理的な注意 (reasonable precaution)」を怠ることで生ずる方法について「注意」概念が説明されている。ここでは「相当の注意 (due diligence)」という用語が使用されているわけではないものの、現代的な国家責任法に近い理論に「注意」概念が利用されていることがわかる。

ここでの「注意」概念の客体は (自国領域内の) 私人の行為であり、裁判拒否の文脈で捉えられている利害関係は外国人の権利である。

なお、負う責任の範囲についても、「上述の原則について直接的に責任を負わないような損害に対する、国家の間接的な賠償責任は、一定の合理的な注意 (reasonable precaution) の欠如によって、あるいは、明らかに一定の範囲で、国家が個人の加害行為に加担した (make itself a party to) と見なされうのような事態の発生後において、法的救済手段を提供することを怠ったこ

とによってのみ生じる⁽⁹²⁾」とある。

ここでも、「合理的な注意 (reasonable precaution)」という「注意」概念によって同様の説明がなされている。

同じ間接責任の文脈において、「合理的な注意」以外にも、Brierly は「注意」概念を用いた説明を採用している。

ギリシャ領内における Tellini 将軍（イタリア人）の殺害事件に関する、国際連盟の法律家委員会の裁定について、「国家が犯罪を防止し、捜査し、逮捕、および容疑者の訴追のためにあらゆる合理的措置をとることを怠った (neglect) ならば、国家責任は、自国領域内における外国人に対する政治的犯罪遂行のかどでのみ発生する。一般に認められる外国人の公的な性格、および彼が所在する領域における状況により、国家に対しては、付随的な特別な注意の義務 (a corresponding duty of special vigilance) が課せられる⁽⁹³⁾」との部分が引用されている。

ここでの「特別な注意 (special vigilance)」の義務という概念は、間接責任の文脈でかつ、一定の要素（ここでは、公人の性格と周囲の状況）を考慮しながら注意を行うという一次規則としての機能を果たしている。注意の客体は、ここでは将軍の周囲に生じる可能性のある事態という、漠然とした事態一般である。

続いて、The Law of Nations 第4版（1949年）では、Brierly が初版で採用していた間接責任の説明に変化が生じている。

責任の説明としては、まず「国家は、作為あるいは不作為のいずれかにおける過失が自身に帰属しない限り、外国人が被った損害に対して責任を負わないのは明白である⁽⁹⁴⁾」という説明が採用されており、より現代の ILC 草案に近いかたちが採用されている。

その文脈のなかで、前述の初版（1928年）からの引用部は、以下のように言い換えられている。

「このような行為は、国家責任が間接的に生じることのできる状況を生じさせる。ただし、国家が私人の加害行為に加担した事態であって、一定の場合に、事態発生前における共同不法行為（complicity）、あるいは事態の発生後における容赦（condonation）によるものと見なされ得る状況下にあるときのみ⁽⁹⁵⁾」のように説明される。

当該該当部からは「注意」概念が消えている。

そのかわり、次に続く文において、別の形で「注意」概念による説明が加えられている。すなわち、国家の防止義務、救済措置について、「したがって国家がその職員を通じ、合理的で注意深かったならば（reasonably diligent）、問題となる損害は生じなかったという場合、責任が生じる。注意の基準は、当然に状況によって変化する（The standard of diligence naturally varies with circumstances）⁽⁹⁶⁾」と説明が加えられる。

この文について指摘されるのは、まず注意の概念が precaution から diligence と言い換えられたこと、および、注意基準という概念が国家責任の発生に関連して登場したことである。

ギリシャ領内における Tellini 将軍（イタリア人）の殺害事件に関する国際連盟の法律家委員会の裁定に関する記述についても、引用部はそのままながらも、その後に説明が追加されており、その中に diligence の用語が登場している。

すなわち、「仮に、防止措置について国家の側に注意の欠如（failure of diligence）がなかったならば、既に議論された意味における裁判拒否の場合にのみ、私人の加害行為によって責任が生じる⁽⁹⁷⁾」と説明が加えられている。

1928年の初版から、間接責任原則に対する理論には発展がみられる。初版では「合理的な注意の欠如」の内容が特段示されていなかったのに対し、1949年の第4版では、具体的に「その注意が払われていれば、損害が発生しなかった」程度の注意が必要とされている。

1956年の第5版でも、第4版と全く同じように説明がなされている。

以上の Brierly の記述を踏まえ、最も着目されるのは、初版では裁判拒否および間接責任の文脈において、「注意」概念を「合理的な注意 (reasonable precaution)」や「特別な注意 (special vigilance)」という語句で説明していたのが、第4版から「注意 (diligence)」の用語が使用されるようになっていることである。第5版以降もこの記述が踏襲されていることから、1928年から1949年までの間に、Brierly にとって国際法上の国家責任に関する「注意」概念について「diligence」の語句を使用する基盤が醸成されていたことが推察される。

- (1) Jeremy Bentham, “Principles of International Law”, in *The Works of Jeremy Bentham*. Vol. II, Published under the superintendence of John Bowring (Edinburgh, 1839). 本著作の出版は19世紀であるが、エッセイのオリジナル原稿の公表は1786-1789年であるため、本稿では18世紀の論者に含めることとした。
- (2) *Ibid*, p. 537.
- (3) *Ibid*, p. 538.
- (4) 第1目的：他国めいめいを、自国の幸福にとっても適切である限りで、害さない一般的功利。第2目的：他国に対して、自国の幸福にとっても適切である限りで、最大の善を实践する一般的功利。第3目的：諸国が幸福であるための考慮を行う限りで、ある国家が、他国から侵害を受けないようにする一般的功利。第4目的：諸国が幸福であるための考慮を行う限りで、第3目的を遵守する国家が、あらゆる国家から可能な限り最大の便益を享受できるようにする一般的功利。See, *Id*.
- (5) *Ibid*, p. 539.
- (6) *Id*.
- (7) *Id*.
- (8) Randall Lesaffer, “The classical law of nations (1500-1800)”, in Alexander Orakhelashvili (ed.), *Research handbook on the theory and history of international law*, (Edward Elgar Pub, 2011), p. 434.
- (9) Henry Wheaton, *Elements of International Law*, «the Classics of In-

- ternational Law» (James Brown Scott, ed.), (Oxford Clarendon Press, 1936), (The Literal reproduction of the edition of 1866).
- (10) *Ibid*, p. 14 a.
 - (11) *Ibid*, p. 15.
 - (12) *Ibid*, p. 20.
 - (13) *Ibid*, p. 332.
 - (14) *Ibid*, p. 333.
 - (15) *Ibid*, p. 427.
 - (16) Westlake, *Chapters on the Principles of International Law*, (Cambridge, 1894).
 - (17) Westlake, *International Law, second edition, Part 1* (Cambridge, 1910).; Westlake, *International Law, second edition, Part 2* (Cambridge, 1913).
 - (18) *Supra* note 16 (Westlake, 1894), p. 79. 記述の例としては, 「(第 4 原則) 国際規則は, 必要以上に自由を制限しないよう, かつ, 最も頻繁に用いられる事例に適合するよう, かつ, その適用における相互主義が成立するよう, 適切な注意 (due care) をもって作成されねばならない」。
 - (19) 第 15 原則の内容は以下の通り。「15. 公式文書やその他の公的な声明において国家指導者によって引用される議論は, 何が基づかれている原則であるのかを示すものであるため, 非常に重要である。とりわけ条約の場合, 非常にしばしば特定の状況にもとづいて締結されるため, 国際法の証拠としてこれらを扱う時には, 非常に注意深く行われなければならない。」 *Ibid*, p. 83.
 - (20) 一方で, 「主権の物理的範囲内において行使されると, それは独立の手段として説明される」。 *See, Ibid*, p. 115.
 - (21) *Ibid*, p. 115.
 - (22) *Ibid*, p. 117.
 - (23) *Ibid*, pp. 232-233.
 - (24) Klüber, *Droit des gens moderne de l'Europe*, Tome I & II, (Paris, 1831).
 - (25) *Ibid*, p. 1. (TOME I)
 - (26) *Id.*
 - (27) ここでの「欧州諸国」とは, 以下の君主国および共和国であるとされている。すなわち, オーストリア, ロシア, トルコ, バイエルン, デンマー

ク、スペイン、フランス、イギリス、ハノーヴァー、オランダ、ポルトガル、ポーランド、プロイセン、ザクセン、サルデーニャ、スウェーデン＝ノルウェー、両シチリア王国、ヴィルテンベルグ、バーデン、ヘッセン、ルクセンブルク、メクレンブルク＝シュトレリッツ、ザクセン＝ヴァイマル＝アイゼナハ、トスカナ、アンハルト＝ベルンブルク、アンハルト＝ケーテン、アンハルト＝デッサウ、ブランズウィック、ホルシュタイン、ルッカ、モデナ・レッジョ・エミリア、マッサ・カッラーラ、ナッサウ、パルマ・ピアチェンツァ、ザクセン＝コーブルク、ザクセン＝ゴータ、ザクセン＝ヒルトブルクハウゼン、ザクセン＝マイニンゲン、ホーエンツォレルン＝ヘヒンゲン、ホーエンツォレルン＝ジグマリンゲン、リヒテンシュタイン、リッペ、シャウムブルク＝リッペ、ロイス＝グライツ、ロイス＝シュライツ、ロイス＝ローベンシュタイン、ロイス＝エーベルスドルフ、シュヴァルツブルク＝ルードルシュタット、シュヴァルツブルク＝ゾンダースハウゼン、ヴァルデック、ヘッセン＝ホンブルク、教皇領、スイス、帝国自由都市（ハンブルク、ブレーメン、リュベック）、フランクフルト自由都市、クラクフ、サンマリノ。; *See, Ibid*, pp. 48-49. (TOME I)

(28) *Ibid*, p. 32. (TOME I)

(29) *Ibid*, pp. 87-88. (TOME I)

(30) *Ibid*, p. 292. (TOME I)

(31) *Ibid*, p. 78. (TOME I)

(32) *Id*.

(33) *Ibid*, p. 11. (TOME II)

(34) *Ibid*, pp. 82-83. (TOME II)

(35) Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staten*, (Nördlingen, 1872).

(36) *Ibid*, p. 50.

(37) *Id*.

(38) *Ibid*, p. 423.

(39) *Id*. 同節ではこの後、アメリカ合衆国および英国が中立義務を遵守するために定めた国内法についての言及がある。ここではアメリカ合衆国北部の1794年中立法第3条が、もともとは、先の英仏間の戦争中、中立であったアメリカ合衆国の港で巡洋艦が建造されたことに対するイギリスの不服申し立てによって立法された経緯を持つことが解説されたのち、「のちにイギリス宰相 Canning は、中立義務の細心の注意 (sorgfältige Beachtung) を自

国の国民に対して導入するため、アメリカの例を引き合いに出している。

1819年のイギリスの法律は、これと同様の禁止令を含むものであった」。

- (40) 原文および Bluntschli における独語訳を併記すると、以下の通り（下線部筆者加筆）。

„Eine neutrale Regierung ist verpflichtet:

1) sorgfältig darüber zu wachen, dass nicht in ihrem Gebiete ein Schiff aus gerüstet, bewaffnet oder bemannt werde, welches mit Grund als ein für den Krieg mit einer befreundeten Macht bestimmtes Kriegsschiff oder Kreuzer zu betrachten ist und ebenso dieselbe Sorgfalt zu üben, um die Abfahrt eines solchen Kriegs oder Kreuzerschiffs aus ihrem Gebiete zu verhindern, A neutral Government is bound-

First: - To use due diligence to prevent the fitting out, arming or equipping, within its jurisdiction, of any vessel which it has reasonable ground to believe is intended to cruise or to carry on war against a Power with which it is at peace; and also to use like diligence to prevent the departure from it a jurisdiction of any vessel intended to cruise or carry on war as above, such vessel having been specially adapted, in whole or in part, within such jurisdiction, to warlike use.

2) nicht zu gestatten oder zu dulden, dass eine der kriegführenden Parteien ihre Seehäfen oder Gewässer als Basis für die Operationen zur See wider ihren Feind oder zur Erneuerung oder Verstärkung ihrer Militärmacht oder zur Aushebung von Mannschaften benutze,

Secondly: - Not to permit or suffer either belligerent to make use of its ports or waters as the base of naval operations against the other, or for the purpose of the renewal or augmentation of military supplies or arms, or the recruitment of men.

3) in ihren Häfen und Gewässern und ebenso gegenüber allen in ihrem Statsgebiet sich aufhaltenden Personen mit Sorgfalt dafür zu sorgen, dass jede Verletzung der obigen Pflichten verhindert werde.”

Thirdly: - To exercise due diligence in its own ports and waters, and, as to all persons within its jurisdiction, to prevent any violation of the foregoing obligations and duties.

- (41) *Supra* note 35 (Bluntschli), p. 436.
- (42) *Ibid*, p. 149.
- (43) *Ibid*, p. 157.
- (44) *Ibid*, p. 262.
- (45) *Id*.
- (46) *Supra* note 9, (Wheaton), p. 427.
- (47) *Supra* note 24, (Klüber, TOME II), pp. 82-83.
- (48) この点は、なお現在においても、「人権の保護義務の国内履行に関する注意義務が『結果の義務』であるか」という論点として機能している。
- (49) Oppenheim, *International Law; A Treatise*. Vol. I, (London, 1905).
- (50) Oppenheim, *International Law; A Treatise*. Vol. II, (London, 1906).
- (51) *Supra* note 49 (Oppenheim, Vol. I), p. viii.
- (52) *Ibid*, p. 315.
- (53) *Ibid*, p. 319.
- (54) *Ibid*, p. 323.
- (55) *Supra* note 50, (Oppenheim, Vol. II), p. 463.
- (56) *Ibid*, p. 314.
- (57) *Ibid*, p. 315.
- (58) *Id*.
- (59) *Ibid*, p. 360.
- (60) *Ibid*, p. 393.
- (61) *Id*. 該当箇所の本文は、以下の通り。「中立国がこのような行為を防止するために相当の注意を行使したならば、彼の国は中立が遂行されなかった場合においても責任を負わない。」「しかしながら、ワシントン3原則の解釈についてアメリカによって提示された定義と、この解釈を採用したジュネーヴ仲裁裁判所によって、相当の注意という用語は論争的なものとなってしまった。この解釈によれば、中立国の相当の注意とは、中立国の義務不履行によって交戦国が晒されるリスクに比例したものでなければならない。仮にこのような解釈が一般的に認められたとすれば、あまりに厳しい義務が中立国に課せられることになってしまう。」「しかし実際この解釈は、理論的にも実行によっても一般的に承認されてはいない。国際法における相当の注意は、国内法において使用されていた以上の意味を持ちえないのである。すなわち、あらゆる状況が考慮に入れられるとするならば、このような注意 (diligence) は、合理的に期待されうる程度のものであるということである」。

- (62) *Supra* note 17, (Westlake, 1910); (Westlake, 1913). なお, 初版の出版年はそれぞれ 1904 年, 1907 年。
- (63) *Ibid* (Westlake, 1910), p. 175.
- (64) *Ibid*, (Westlake, 1910), pp. 175-176.
- (65) *Ibid*, pp. 268-269.
- (66) *Ibid*, p. 329.
- (67) *Id.*
- (68) *Ibid*, pp. 329-330.
- (69) *Supra* note 17, (Westlake, 1913).
- (70) The Santissima Tindad 事件, United States v. Quincy 事件, The Meteor 事件の 3 つが検討されている。いずれもアメリカ合衆国の国内裁判所における判決である。 *Ibid*, p. 217.
- (71) *Ibid*, pp. 219-220.
- (72) *Ibid*, p. 215.
- (73) *Ibid*, pp. 215-216.
- (74) *Ibid*, p. 216.
- (75) *Ibid*, p. 221.
- (76) *Ibid*, p. 222.
- (77) *Ibid*, p. 226.
- (78) *Id.*
- (79) *Id.*
- (80) *Id.*
- (81) *Id.*
- (82) *Ibid*, p. 227.
- (83) *Id.*
- (84) *Ibid*, p. 311.
- (85) *Ibid*, p. 227.
- (86) J. L. Brierly, *The Law of Nations; an introduction to the international law of peace*, (Oxford Clarendon Press, 1928).
- (87) J. L. Brierly, *The Law of Nations; an introduction to the international law of peace, fourth edition*, (Oxford Clarendon Press, 1949).
- (88) J. L. Brierly, *The Law of Nations; an introduction to the international law of peace, fifth edition*, (Oxford Clarendon Press, 1956).
- (89) *Supra* note 86 (Brierly, 1928) p. 35.

- (90) *Ibid*, p. 62.
- (91) *Ibid*, p. 140.
- (92) *Ibid*, pp. 142-143. なおこの後に, 「いかなる国家も, 外国人に対する違法行為の可能性を排除できるほど完璧な制度を保持してはいない。したがってそのような事態の発生のみで, 国家に対して責任が課されることはない」と続く。
- (93) *Ibid*, p. 144.
- (94) *Supra* note 87 (Brierly, 1949) p. 215.
- (95) *Ibid*, pp. 215-216.
- (96) *Ibid*, p. 216.
- (97) *Ibid*, p. 217.