

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——(1)

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1節 現代の論者における「相当の注意」概念
 - 第2節 小括
 - 第3節 本稿における定義
 - 第4節 分析の手法
- 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, 本号)
 - 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
 - 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1編 はじめに

第1章 問題の所在

国際法学における「相当の注意 (due diligence)」概念は、長いあいだ自国領域内の外国人保護義務、および国家責任法上の主観的要件に関する概念であるとされてきた。とりわけ国際責任を認定する際、国家の主観的事象が責任認定の要件とされるか否か、という問いは、「国際責任は過失責任か否か」という論争を巻き起こした。この論争に関連して、従来から国際義務として語られてきた「相当の注意」義務、あるいは特定の注意義務の履行に必要な「相当の注意」基準というものが、実際に責任認定が行われるとき、主観的判断の要素として機能しているか否かという論点には、旧来より多くの学問的関心が寄せられてきた。

このような事情を背景として、「相当の注意」義務および「相当の注意」基準が満たされたか否かという認定に関する議論は、その大部分が国家責任の認定に関わる要件の議論として行われてきたのである。

国際法学上、国家責任法の理論的整備に関して最も重大な貢献をしたとされるのは、国連国際法委員会（以下、ILC）における法典化作業であるといわれる。50年にもわたる議論の結果として編纂された「国際違法行為に対する国の責任」に関する条文（以下、国家責任条文）であるが、国家責任条文は、その文言のなかに「相当の注意」の概念を取り込むことなく編纂を終えた。この判断は政府間の不必要な対立を回避する意図を含むものであり、ILCによる国家責任条文のコメンタリには、過失要件に関する対立について、条文は特定の立場を取らない旨が明記されている⁽¹⁾。

しかしながら国際法学における「相当の注意」義務および「相当の注意」基準をめぐる議論は収束したわけではなく、むしろ現在では、国家責任の範囲にとどまらない適用範囲の拡大および用法の拡散が指摘されるに至っている⁽²⁾。この内容は2種類に整理することができ、かつこれらの指摘からは、

(274)

それぞれ論点が提起される。

この2種類の指摘とは、はじめは主観的要件に関する概念として出発した「相当の注意」義務および「相当の注意」基準の履行の認定に客観性が要求されるようになり、かつこれが強化された結果として、「相当の注意」概念は現在単なる注意基準ではなく、(1) 一定程度の手続き的義務⁽³⁾の存在を示すようになった、あるいは、(2) 一般的概念である「領域使用の管理責任原則」と同じ、あるいは類似した原則となった、とされるものである。

(1)一定程度の手続き的義務については、現在、国際判例および国際文書において、「相当の注意義務 (obligation of due diligence)」は「すべての適切な措置をとる義務」であるとされることを指す。「相当の注意」義務および「相当の注意」基準は、単なる注意の基準としての性質から深化し、基準が一定程度客観化された結果として、あらかじめ一定の義務について「国際社会によって一般の国家に対して期待される、義務履行に必要な手続き的措置」の履行義務を示すようになったと解されるようになったというものである。

以上のような用法は、1972年のストックホルム環境原則宣言以降、国際責任法の議論のなかでもたびたび指摘されてきた⁽⁴⁾。

現在はこの点からさらに一歩すすんで、新たな論点が提供されている。すなわち、一般的義務と手続き的義務の内容の同定の問題である。国際海洋法裁判所(以下、ITLOS)における2011年の深海底機構の要請における勧告的意見では、国連海洋法条約の「確保する」義務が「相当の注意」義務であると判示され、その「相当の注意」義務の手続き的義務としての性質から、その義務内容を条文だけではなく国際海底機構の採択した規則を参照して導いている。このような手法は国連海洋法条約(以下、UNCLOS)が「生きた文書」として解釈されることが意図されていることに起因すると考えられるが、当該勧告的意見のなかでは、当該義務が「相当の注意」義務であるとい

うこと以外に、手続き的義務を導くための理論的説明は付されていない。

このような「相当の注意」義務からの手続き的義務の導出、およびその内容の同定については、理論的な説明が必要である。

(2) 一般的概念である「領域使用の管理責任原則⁽⁵⁾」と同じ、あるいは類似した原則となったとされる、という点について。

従来、国際公域における環境損害や属人的管轄下で行われる活動を国家が規律するためには条約上の特別な仕組みが前提となっていたものの、一定の論者らは「領域使用の管理責任原則」が、上述のような活動に対して、条約の特定の条文に基づかずに適用できることを主張する。このとき、このような条約に基づかない属人的なコントロールを根拠とした「管理責任」の原則は、「相当の注意」義務あるいは「相当の注意」基準、ひいては「相当の注意」原則と言い換えられる。そして、このような原則のことを、「『相当の注意』原則」と呼ぶに至る。

このような条約に基づかない属人的な「管理責任」を「相当の注意」義務、「相当の注意」基準、あるいは「『相当の注意』原則」として推し進めることには、以下の2つの論点が提起されうる。

第1に、ある国家の領域外に所在する、あるいは国境をまたいで国際的に活動する特定の私人と、当該私人からもたらされる有害行為の防止義務を負う国家の特定の問題である。ここでは、国家と私人との機能的関係をもとにして、国家に「相当の注意」義務を負わせることの是非および射程が問題となる。

具体的にいえば、国家にある特定の私人の行為が帰属しないと判断される場合でも、私人が私人としての資格において犯す重大な国際刑事法上の罪（人道に対する罪など）は現在の国際法の規律対象になるが、このとき、当該私人の犯罪を知りながら、かつ犯罪を防止するための能力を持つ国家が存在する場合、当該私人の犯罪の防止義務が関係国に課される⁽⁶⁾とされる。この

(276)

とき、領域国以外で私人が犯す国際法違反を防止すべき国家を決定させるための規則については、国際法上統一の見解が存在していない⁽⁷⁾ため、個人の重大な刑事犯罪の防止義務を負う国家をいかにして特定するかという問題が生ずる。

第2に、「相当の注意」義務を負う国家の特定の論点をめぐっては、ある国家が「相当の注意」義務を負う時間的問題に対する論点も伴う。すなわち、「いつ、どの国家が、どのような私人との関係性を理由に『相当の注意』義務を負うか」という問題が、未決のまま残されているのである。

従来国際法学においては、国家と私人との機能的関係性を責任追及の俎上に載せるためには、帰属制度が使用されてきた。私人の行為を国家行為と理解させて国際法上の義務違反を問う帰属制度と、私人としての資格で行動するものに対する国家の防止義務は、元来、制度の射程も基準も異なる。さらに、帰属制度とは区別されるものとして、国家と私人との関係性と国家の義務の射程を「相当の注意」基準によって策定しようという手法は、国家の「領域内」に私人が所在する場面が想定されてきたのであるが、この理論が国家の「領域外」にまで拡大される動きは、現在あらためて、国家と私人との機能的関係性を「相当の注意」義務で結びつけるという手法の理論枠組みの解明と、その射程を検討する必要が生じている。

第2章 本稿の目的および射程

本稿では、国際法学上の「相当の注意」概念の形成・発展をたどり、「相当の注意」概念がどのような概念として創出され、どのような役割を与えられてきたのかを明らかにする。

この作業によって、第1章で挙げられた論点、すなわち事態と国家との因果関係、および私人と国家との個々の機能的関係に対して「相当の注意」概念に依拠して義務を負う国家を特定することが、理論的に可能か否かという

問いに回答を与えるための基礎が明らかになる。また、「相当の注意」概念が客観化した結果として生じた手続き的義務の内容や射程について、国際判決の述べる論拠を精査するうえで不可欠な、国際法学における「相当の注意」概念の機能および適用の具体的文脈が明らかになる。

言葉を変えていえば、本稿の射程は、「相当の注意」概念の内容の分析ではなく、その国際法学における適用の文脈や用法を検討の対象とする。これまで国際法上、「相当の注意」概念がどのように理論付けられてきたのか、いかなる場面を想定した概念として運用されてきたのかを考証し、「相当の注意」概念の機能と限界についての理論的基盤を整えることが、本稿の目的である。

以上述べた目的を達成するため、検討する対象を以下のように設定する。

本稿では、国連国際法委員会（ILC）における国家責任条文案の起草過程「以前」の学説および判例を検討の素材とする。具体的には、18世紀から1950年代の論者による著作、および対応する年代の判例を検討する。国連国際法委員会（ILC）における国家責任条文案の起草過程以降の学説、判例、およびこれらから派生する議論については、国際法における「相当の注意」概念の成立および発展における重要性を十分承知しているものの、同起草過程以降は分野別に議論が検討され、精緻化していく傾向にあるため、別稿によって分析を行うこととしたい。

第3章 定義

国際法における「相当の注意」概念は多義的な概念であり、論者ごとの問題意識の表れ方によっても「相当の注意」概念の捉え方は異なる。よって、本稿の目的を誤解なく達成するため、本章では、まず現代の主な論者の「相当の注意」概念の捉え方を整理した上で、本稿の位置付けを明確化する。そして、本稿において登場する「相当の注意」概念を定義し、本稿の議論の射

程を明確にする。

第1節 現代の論者における「相当の注意」概念

まず、現代の主な論者における「相当の注意」概念の議論状況を概観する。

Timo Koivurova は、「相当の注意 (due diligence)」を一般原則と位置付ける論者の一人である。Koivurova は「国際法において、相当の注意の概念は法の一般原則であり続けている」。相当の注意と関係の深い分野としては「歴史的に、私人の行為に対する国家責任について影響を与えてきた」とする。

Koivurova は義務としての「相当の注意」概念についても考察を行っており、「相当の注意」を「法主体の行為の義務」であるとする。義務履行の判断基準としては、「主体が当該義務を履行したか否かを評価するにあたって適用される基準は、責任能力のある市民あるいは政府のそれ」であると表現しており、「この基準による遵守を怠った場合——これはしばしば不注意 (negligence) と呼ばれる——法的責任を法主体に帰すための一要素として、法主体の非難可能性を表現する」とする⁽⁸⁾。

Koivurova が「相当の注意」概念を一般原則として見なす理由としては、国家に相当の注意を要求する一次義務が、「第二次世界大戦以降……ほとんどが国際環境保護の分野において」みられるが、その他の分野においても見出すことができる⁽⁹⁾からであるという。

Koivurova は別の論文のなかでも、「相当の注意」を原則として位置付ける⁽¹⁰⁾。

彼は ICJ の核兵器使用の合法性事件に関する勧告的意見より、「自国の管轄権や支配下にある活動が、他国あるいは国家の支配下でない領域の環境を尊重することを確保するという国家の一般的義務の存在は、今や環境に関する国際法体系の一部となっている」という部分を引用したのち、これを「い

いわゆる相当の注意原則 (the principle of due diligence)」と表現している。加えて、「相当の注意原則の射程」について、いわゆる「sic tuo utere (領域管理) の原則の内容と射程」は相当の注意原則よりも多くの点において狭いため、「別の原則として語られねばならない」と結論している⁽¹¹⁾。

Joanna Kulesza は、「相当の注意」概念を幅広く検討するが、その中で、法の一般原則としての「相当の注意」概念の位置付けを認めている。Kulesza は法の一般原則のうち、①国内法に由来する原則と②国際関係に由来するものの2つを挙げており、特に「相当の注意」概念は①国内法に由来する原則に属するものであるが、他の国際法の概念と同じように、国際関係の文脈によって独自の意味を付与されている、と分析する⁽¹²⁾。彼女によれば、国際アカウントビリティの文脈で、国家行為を評価するための基準として、国際法の一般原則を議論する流れは17世紀まで遡ることができるという⁽¹³⁾。

Robert P. Barnidge Jr. も、「相当の注意」概念を「相当の注意枠組み (due diligence framework)」や「相当の注意原則 (due diligence principle)」と呼ぶ論者である。Barnidge Jr. は領域国と接点を持たない非国家主体に対する国際法原則の適用を肯定する立場から、特定の条文が存在しなくとも適用可能な原則として「相当の注意原則」を位置付けている。

その実証として、例えばアメリカメキシコ一般請求委員会の「加害者を逮捕および処罰するために適切な措置をとる」という判断については、これが「相当の注意原則と関係する」と述べる。

このほか Barnidge Jr. は具体的な事例のなかで「相当の注意」概念によって具体的な国家の行為が評価されることを「相当の注意評価 (due diligence assessment)」と呼び、「適切な措置をとる (take proper steps), 知りながらこれを許容する (allow knowingly), 可能な限り満足のいくように (as satisfactory as possible), 適切な措置 (appropriate measures)」などの用語は相

当の注意評価を強調している例だという⁽¹⁴⁾。

国際法協会 (以下、ILA) は、Due Diligence in International Law と題された Study Group を設けており、2014 年 3 月に第 1 次報告書⁽¹⁵⁾を、2016 年 7 月に第 2 次報告書⁽¹⁶⁾を提出している。

当該 Study Group の Mandate⁽¹⁷⁾によれば、当該概念は、「17 世紀に Hugo Grotius が学術的に創設した」ものであり、「義務として、および国家行為の規律として適用され具体化され始めるのは、19 世紀になってから⁽¹⁸⁾」であるが、近年は「国際法における相当の注意の概念は、多くの法分野において、とりわけ環境法 (その中でも越境環境損害、あるいはグローバルな損害の防止の文脈で)、および人権法の分野においてますます多くの影響力を獲得していつている」。

ILA の Study Group の問題意識および任務は、「相当の注意」概念が様々な法分野において適用されている現状を捉え、様々な法分野において適用される相当の「注意」概念の「共通性」あるいは「一般性」(commonality) について⁽¹⁹⁾、相当の「注意」概念がこのような法分野の壁を超えた共通性を有する基準とみなされうるか否か、といった論点などを提起し、これを検討することにある。ILA の着眼の特徴は、「相当の注意」概念の持つ共通性など、同概念の法的地位や法的性質を一つの検討すべき論点としつつ、その成否を実証的に検討しようとしている点である。さらに、一次規則としての「相当の注意」義務、行為基準としての「相当の注意」概念など、あらゆる「相当の注意」概念の実質的な機能について検討している点も特徴的である。

以上のような ILA の Mandate および報告書の内容から、Study Group が「相当の注意」概念にどのような (暫定的な) 評価を与えているのかを読み取ることができる。

Study Group の Mandate および報告書では、相当の注意を「行為基準を含む概念」と捉えており、この「行為基準」について多くの論点が提起され

ている。

ただし、Study Groupの「相当の注意」概念の理解は、「行為基準を含む概念」ととどまらない。すなわち Study Groupでは、近年の判例の傾向を示して、「一次規則の内容」のような説明が、「相当の注意」概念を通じてなされることにも言及される。たとえば「海底紛争裁判部が2011年の勧告的意見の中で簡明に指摘したように、相当の注意は‘結果を達成するために、適切な手段を講じる、最善の可能な努力を行う、最大限を行う’義務である⁽²⁰⁾」のように、この文面だけを参照すれば、「相当の注意」はある種の「義務」を指しているように見えるという。

このほか Study Groupは、相当の注意と国家責任、国際投資法、国際人道法、国際人権法、国際刑事法、国際環境法、海洋法との関係をそれぞれ扱い、各分野での「相当の注意」の立ち位置をまとめている。様々な法分野において適用される相当の「注意」概念の共通性について、第1次報告書の結論は、①政府の能力、②国家に期待される行為と比例するリスク、③広範に適用可能な共通基準か否か、の3点が各法分野において（あるいは共通して）見いだされる論点であるという。

このように、Study Groupは「相当の注意」概念の一般性そのものに疑問を呈し、分野統一的に利用可能なひとつの「相当の注意」概念の存在を前提としない、実定的な概念の捉え方をしている。

より一般的な体系書における「相当の注意」概念の位置付けは以下のとおりである。

Oppenheim's International Lawの第9版(1992年)では、私人の行為から生ずる国家責任の文脈で「相当の注意」概念が登場する。本書では、「国家責任の根拠はあらゆる状況に適用可能な唯一のものではなく、むしろ特定の義務に応じた性質を持つ、個別のものである⁽²¹⁾」という立場をとっており、ゆえに、私人の活動に関する国家責任は少なくとも「通常、損害を防止

(282)

国際法における「相当の注意 (due diligence)」概念の形成過程

しあるいは加害者を処罰するための相当の注意 (due diligence) を示さなかった場合を指すところの過失に基づく⁽²²⁾」と説明されている。本書では私人の行為から生ずる国家責任以外の部分において、「相当の注意」概念を用いた説明は行われていない。

私人の行為から生ずる国家責任について詳述する部分では、「国際法は、あらゆる国家に対して、自らの臣民 (subjects) が、あるいは自国領域内に居住する外国人が、他国に対して不法行為を行うことを防止するため、相当の注意を行使する義務を課している⁽²³⁾」と説明される。さらに「私人の行為において国際的な損害行為を防止するために相当の注意を払うこと、および、このような行為がこれにもかかわらず生じた場合に、違反者を処罰し、要求される損害への賠償を彼らに強制することによって、不当な扱いを受けた国家に対して精神的満足および賠償を提供すること⁽²⁴⁾」が彼らの義務であるという。

このように、Oppenheim's International Law の第9版では、国内に存在する私人行為に関して「相当の注意を及ぼす義務」が言及される一方で、領域外の事態や私人活動に対する「相当の注意」概念の言及はなされていない。

本書では、反乱団体の行為に対する国家責任のために独立の記述があるが、責任の構造は「そのほかの私人の行為に対する国家責任と同じものである⁽²⁵⁾」とされている。

James Crawford が著した Brownlie's Principles of Public International Law の第8版 (2012年)⁽²⁶⁾では、複数の分野に「相当の注意」概念が登場する。具体的には、国際海洋法 (深海底)、外交関係、国際責任の要件、国際義務の違反、外交的保護の要件および基準の章に記述がある。ただしそれぞれの分野に登場する「相当の注意」概念に対する考察は必ずしも分析的ではなく、この多くが参照される判例中に「相当の注意」の文言が登場するにすぎ

(283)

ない。

国際海洋法分野における「相当の注意」は、深海底レジームに規定される、保証される事業者 (sponsored entities) および契約者 (contractor) について保証国が負う責任の文脈で登場する。Crawford は ITLOS の海底紛争裁判部が下した勧告的意見の内容を、「重要な解釈」として検討している。このなかでは「このような状況における国家の基本的な義務は、……‘深海底における活動’が、……UNCLOS [等に] したがって行われることを‘確保する’ことである……この任務には十分な相当の注意が払われていなければならない、かつ予防原則、環境実行、環境影響評価の観点から実施されねばならない」という部分が引用されている。

Malcolm N. Shaw の International Law の第 7 版 (2014 年)⁽²⁷⁾ においては「相当の注意」概念は国際環境法のなかの、「国家責任と環境」という章で扱われる。

Shaw によれば、国際環境法における責任は絶対責任を負うとししばしば主張されるが、判例はこの点につき確定していない。条約の規定もこの点は様々であり、このような状況の中で「相当の注意の基準 (The test of due diligence)」が「実際に最も適切なものとして一般的に受容されている基準⁽²⁸⁾」であると言及している。例としては、UNCLOS 第 194 条 (海洋汚染の防止措置) がこれを定めたものであるとする。ただし「相当の注意 (due diligence) によって本当は何をすることになっているのかについては、むしろ不明確」であり、「相当の注意の基準は、明らかに要因のなかに柔軟性の要素を導入しており、かつこの基準は、問題となる事例の状況の観点から判断されねばならない」と分析を加えている。

第 2 節 小括

以上のように、現代における「相当の注意」概念の分析は多岐にわたるものの、その定義が明確に確立されてきたと断定することはできない。しかし

(284)

国際法における「相当の注意 (due diligence)」概念の形成過程ながら、「相当の注意」概念に対する理解および分析の傾向については、研究者の立場を分類することができる。

具体的には、少なくとも「相当の注意」概念の(分野横断的)一般性、あるいは射程についての姿勢で1つの分類が可能である。

(1) Koivurova や Barnidge Jr. のように、ある一つの「相当の注意」概念が個別の国際法分野にとどまる概念なのではなく、国家責任法、国際人権法などの多くの分野で通底するものとする立場。

(2) Shaw や Crawford のように、各個別の国際法の分野における「相当の注意」概念のみを検討の対象とし、他の分野における「相当の注意」概念との関係性に触れない立場。

(3) ILA の Study Group のように、(1)の立場に対する疑念をもって、「相当の注意」概念の一般性や射程を問う立場。

第3節 本稿における定義

前述の各論者における問題意識と議論の傾向を踏まえ、本稿は、ある一つの「相当の注意」概念が国際法学において形成されるという過程を追うことから(1)の立場に立脚しつつも、現代における適用枠組みの多様性、根拠の薄弱な運用の拡散を指摘し、射程を問うという意味では、(3)の立場と問題意識を共にする。

前述の通り、本稿は「相当の注意」概念の内容ではなく、その適用の文脈や用法を検討の対象としながら「相当の注意」概念の形成・発展を分析することで、「相当の注意」概念の機能と限界を実証的に明らかにするための理論的基盤を整備することを目的とする。

そこで、本稿においては、現代国際法上使用されているが、拡散が指摘される「相当の注意」のそれぞれの用法を全て包摂するかたちで「相当の注意」概念を定義することとしたい。

Max Plank Encyclopedia of Public International Law において「due dili-

gence」の項目を執筆する Koivurova は、「相当の注意」について3種類の方法で言及しており、(1) 行為の義務。またあるいは(2) 法の一般原則上、自国の排他的支配領域内において私人行為から発生する国家責任についての概念。またあるいは、(3) (たとえ支配領域の外であっても) ある一次義務を達成させるために行使するよう要求される⁽²⁸⁾行為基準、と3つの説明がなされる。

本稿は、これらの3種類の「相当の注意」を全て指す用語として、「相当の注意」概念を定義することとしたい。

すなわち、本稿における「相当の注意」概念とは、「「相当の注意 (due diligence, diligence [仏], nötige Sorgfalt or gehörige Sorgfalt [独])」と言及され、国際法上の理論と関連して専門用語として機能する概念」である。このなかには、行為の義務としての「相当の注意」義務、領域使用管理責任原則から生ずる「相当の注意」義務、ある一次義務を達成するために行使が要求される「相当の注意」基準が含まれる。

第4節 分析の手法

前述のとおり、本稿は各論者における問題意識と議論の傾向を踏まえ、ある一つの「相当の注意」概念が国際法学において形成されるという過程を追う。このためには、主権概念や国家責任法の理論の形成、環境原則の理論そのものとは異なる何かとして、「相当の注意」概念の形成を観念する必要がある。よって、第2編以降の記述の整理および分析を行うにあたっては、以下のような手法を用いる。

まず、「相当の注意」概念のほかに、「相当の注意」概念とは区別される注意の概念として、無印の「注意」概念の存在を観念する。

本節冒頭にも述べた本稿の検討対象である、「ある一つの「相当の注意」概念が国際法学において形成される過程」とは、換言すれば、「「相当の注意」概念は、元々国際法に存在した理論の中で使用されていた「注意」概念

(286)

国際法における「相当の注意 (due diligence)」概念の形成過程が、理論の精緻化に伴い、「相当の注意」という用語が当てはめられるようになった」というシナリオが想定されている。よって第2編以降は、国際法の理論の中の、無印の「注意」概念を検討することから開始される。

このような手法をとる理由は、以下の点にある。

先にも述べたとおり、拡散が指摘されているところの「相当の注意」概念の射程や機能的限界を問うためには、現代において「相当の注意」概念と関連付けられるところの、例えば主権概念、国家責任法の理論、環境原則そのものとは区別して、「相当の注意」概念の形成史を追う必要がある。形成の過程を追うためには、「相当の注意」概念に至る以前の検討対象が必要となることから、国際法上の専門用語としての「相当の注意」概念より広く、より一般的な、無印の「注意」概念の検討を行う。

このような手法をとることで考えられる批判として、後に「相当の注意」概念となるにもかかわらず、過去において「注意」概念以外の文言で表現されていた事象や記述が検討対象から外れてしまう、という点が挙げられる。筆者自身は「注意」概念を前提としない「相当の注意」概念の存在の可能性を排除しているわけではないが、本稿では分析の技術上の制約から検討対象を限定せざるをえない。本稿では無印の「注意」概念をできるだけ広く設定することで、できるだけ多くの検討対象の包摂を試みることでこのような批判に応えることとし、「注意」概念を前提としない「相当の注意」概念の存在については、別稿で検討することとした。

このような理由から、本稿において「相当の注意」概念と区別されるものとして使用される「注意」概念とは、「あらゆる主体が、他の客体に対して向ける注意、監視、顧慮の概念であって、国際法学上の議論と関係するものとして言及されるもの」を指すものとする。

先の「相当の注意」概念の定義も踏まえて本編の手法を改めて概括すれば、本編では「相当の注意」概念（「相当の注意 (due diligence, diligence

[仏], nötige Sorgfalt or gehörige Sorgfalt [独])」と言及され、国際法上の理論と関連して専門用語として機能する概念」と、無印の「注意」概念（「あらゆる主体が、他の客体に対して向ける注意、監視、顧慮であって、国際法学上の議論と関係するものとして言及される概念」とを区別し、「相当の注意」概念が国際法学上の概念として受容される過程を実証的に明らかにする。

以上、本稿ではこれらの定義および手法にしたがって分析を進める。

第2編 「注意」概念から「相当の注意」概念へ

以降の検討では、国際法学における「相当の注意」概念の用法およびその機能的限界を解明するため、「相当の注意」概念がいかなるものとして国際法学に導入され、時代ごとの国際法学者によって、どのような概念として捉えられてきたのかについて明らかにする。

歴史的な「相当の注意」概念の淵源に言及する先行研究では、Jan Hessbruegge が「相当の注意」概念はローマ法上の *culpa*, *dolus* 概念にまでその淵源を遡ることができる⁽³⁰⁾としており、のちの君主制国家の時代にも当時の国際法上の概念として類似の概念が見いだせる、としている。また Sarah Heathcote は、一般原則としての相当の注意に関連する法的宣言は、少なくとも 1925 年のスペイン領モロッコにおける英国人の財産権事件、1928 年のパルマス島事件仲裁判決、1941 年のトレイル溶鉱所事件判決において既に確認されていた、と述べている⁽³¹⁾。

このような理解は、国家責任法上の議論としては非常に示唆に富んでおり、必要十分な考察である一方で、このような先行研究において言及される「相当の注意」概念とは、国家責任法分野の議論上の「過失」、あるいは、国内法上の相隣関係原則である *sic utere tuo ut alienum non laedas* から派生した「領域使用の管理責任原則」を指すものに他ならない。

したがって、現在「相当の注意」概念が国家責任法の分野、および「領域

(288)

国際法における「相当の注意 (due diligence)」概念の形成過程
使用の管理責任原則」の枠を超えた拡大が指摘される現在の状況に照らす
と、以上の先行研究のような分析が現代の「相当の注意」概念へ有する示唆
の程度は限定されていく可能性がある。

第1編第1章で言及したように、現代で使用される「相当の注意」概念
は、新たな適用の環境に備えた、同概念の射程や内容の同定に対して理論的
な基盤の整備が要求されており、その歴史的な淵源を含め、国際法学におい
てどのような理論的展開を踏まえて、現代において使用されているのかを見
極める必要がある。

このような検討のためには、現代の国際法上の「相当の注意」概念が、ど
の時点で、どのような概念として、何を契機として導入され発展させられて
きたのかについても、明らかにされなければならない。

結論を先取りすると、Joanna Klesza が一部指摘するように、いかなる国
際法上の概念も、国内法上の概念から輸入されたあと、国際関係の文脈によ
って独自の意味を付与される。「相当の注意」概念の場合、国際法学上独自
の意味が形成されるのは、少なくとも ILC による国家責任論の理論化から
あと、1950 年代以降である。

具体的に国家の義務を考慮する場面において、「相当の注意」概念を用い
て一定の基準や手続きを導出しようとするとき、1950 年代以前の理論や判
例に言及しようとするならば、慎重にならねばならないだろう。

さらにこのような結論を元にすれば、第1編「はじめに」で述べた問題意
識のとおり、近年の「相当の注意」義務の用法について、国家領域外の活動
に対して、国家と私人との機能的連結を元に「相当の注意」概念の適用が求
められる⁽³²⁾傾向や、一定の手続き的義務を導くための触媒として利用され
る用法には、慎重な理由付けが必要である。

第1章 20世紀までの学説状況

国際法の歴史をどこまで遡って理解するべきかについては論者および検討しようとする概念によって異なり、近代国際法の発展がそれ以前の古代ギリシャおよびローマにおける法体系の伝統から見いだされるという還元主義者や、James Brown ScottやBelgian Ernst Nysのように、Grotius以前の16世紀-17世紀初頭の学者であるFrancisco Vitoria (c.1480-1546)、Baltasar de Ayala (1548-1584)、Alberico Gentili (1552-1608)に求める論者、あるいは、12世紀に転機を求めるWolfgang Preiserのような論者も存在するところである⁽³³⁾が、本稿では国際法の起源を追うのではなく、国際法の理論の中での「注意」概念、「相当の注意」概念を検討することを目的とする。このことから、近代国家の観念を明確に提示した最初の国際法学者であるVattel⁽³⁴⁾から検討を行うこととする。

第1節 18世紀の論者による「注意」概念

第1款 Emer de Vattel

18世紀には、Vattelが主権概念から導かれる「注意の義務」や「注意して何かをする義務」を論じている。

本章では、次の(1)においてVattelの具体的記述を概観し、(2)において、とりわけ彼における「注意」概念の構造について具体的な分析を行うこととする。

(1) Vattelの記述

James Brown Scottが編者となって刊行したVattelの『国際法、すなわち諸国民と諸主権者の行動および事務に適用される自然法の諸原則』(1758年度版[第1版⁽³⁵⁾])を参照すると、注意の概念について数通りの記述の仕方がなされている。

すなわち、veillerを義務付ける(doit veillerなど)文脈、vigilanceの使用を義務付けるあるいはvigilanceをもって(avec vigilance)ある行為を行うよ

国際法における「相当の注意 (due diligence)」概念の形成過程

う義務付ける文脈, le soin の使用を義務付ける文脈, le soin をもって (avec soin) ある行為を行うよう義務付ける文脈, ある行為を soigneusement に行使することを述べる文脈, attentif であることを義務付ける (doivent être attentives など) 文脈, prendre garde などで「注意」概念が説明される。

「注意」概念において表現される国際法上の権利義務の表現は, 主体, 客体, 保護法益, 義務の根拠, 基準か一次規則を表すのか等, それぞれの要素が異なっている。

例えば国家の注意が自国領域内のみの事象を念頭に置いたものなのか, 対外的な法益を考慮した末に生じるべきものなのかという構造の違いは, 現代における「相当の注意」概念の様々な用法を説明する際に非常に重要になってくる。

以下では, この点について具体的な記述に即して記述を検討していく。Vattel による『国際法, すなわち諸国民と諸主権者の行動および事務に適用される自然法の諸原則』の第 1 巻は, 自身に関する国家の諸原則 (De la Nation considérée en elle-même), 第 2 巻では, 他者との関係に関する国家の諸原則 (De la Nation considérée dans ses relations avec les autres) を扱っている。また第 3 巻では戦争の諸原則 (De la Guerre) を, 第 4 巻では平和の回復および大使の諸原則 (Du rétablissement de la Paix, & des Ambassades) を扱っている。

(1-a) 第 1 巻 (Livre I)

第 1 巻, すなわち 1 カ国のみで成立する国家の義務を述べた章において語られる「注意」の概念は, 第 19 節および第 22 節において, 「§ 19 国家は, 自らの破滅に至りうるすべてのものを避けねばならない」および「§ 22 自己の完全性を損なうあらゆるものを避けねばならない」という言い回しで国家の義務が語られている。

第 19 節では, 「国家 (Nation) は慎重を期して (avec soin), 自国の損害

……をもたらしうるもの全てを可能な限り回避せねばならない⁽³⁶⁾」。

第 22 節では、「国家 (Nation) は、自国の完全性を損ないうる全てのものを、……およびその発展を妨げうるもの全てを、注意深く (soigneusement) 防止し、かつ回避しなければならない⁽³⁷⁾」というかたちで、それぞれ自国利益を害する出来事からの回避義務 (自国利益の損害防止義務) が語られる。

使用される用語に統一性はみられないものの、国家および国民の利益を防御するために国家が注意を払わねばならないことが述べられている。

第 1 にここで語られる「注意」概念は、損害の回避義務を遂行する態度として、誠実性の程度を表すために使用されており、注意の結果として能動的・積極的措置を課す文脈ではない点が留意される。たとえば第 19 節には「国家は慎重を期して (avec soin), 自国の損害……をもたらしうるもの全てを可能な限り回避せねばならない」とあるが、当節の主題は自国へ損害をもたらしうる事態の回避義務であり、「慎重を期して」および「可能な限り」という用語は、義務履行に必要な誠実性や熱意の程度を説明しているのであり、一次規則ではない。

第 2 に、義務で対処するための対象となる主体が特定されていない点が指摘される。すなわち、一定の損害をもたらしうる漠然とした「事態」が対象となっている⁽³⁸⁾。

第 2 の点について参考になるのが、次の第 23 節、すなわち Vattel が、自己の完全性 (perfection) を損ないうるものからの防御および拒絶の義務を果たすため、この義務から「権利」を導いているところの節である。ここでは権利として前述の義務が言い換えられているものの、権利の相手方となるべき主体はやはり特定されていない。

第 23 節は、以下のとおりである。

「国家の保全に関して……、国家はすべての物事にあたって、国家が自身の完全性を維持できなくなる、あるいは当該国家が自国の二重の完全性に反

する出来事を防止する、あるいは回避することが不可避とならないための、権利を享受する⁽³⁹⁾」。

この部分では、特定の国家との関係を念頭に置いているのではなく、自国の完全性を損なう、あるいはそのための予防措置・回避措置を妨げるおそれのあるもの「すべて (toutes les choses)」に対して、何らかの措置を行う国家の権利が認められている。権利に形を変えても、特定の主体が相手方として想定されていないことが確認される。

このほか第1巻の中では、国内に向けられる「注意」義務について第30節に記述がある。

第30節は、「国家は国家行為を行う人間と、これに従う人々がそれぞれ憲法および法令を尊重するよう、国家は注意せねばならない (doit veiller)⁽⁴⁰⁾」。また、「国家はその主体の重要性が要求する程度の注意深さ (vigilance) をもってこれを抑制し続けねばならない⁽⁴¹⁾」。

第30節は、国内の平穩 (salut) を守るために、自国民に自国の憲法および法令を遵守させるための「注意」義務が説明される。

第30節の記述からは、2種の文脈で「注意」概念が語られる。前者は一次規則、後者はある義務（ここでは抑制義務）に対して向けられる誠実性の程度を表す一つの指標であるように記述されている。前者の一次規則というのは、明らかに、単なる程度の表現ではなく「注意すること」自体を国家に求めているからである。

また、第30節では、注意の客体が具体的に示されている点が指摘できる。漠然とした事態ではなく、自国の家臣や人々といった具体的な対象が想定されている点が留意される。

後半で一定の注意水準（主体の重要性が要求する程度）が述べられている点は、第1巻第19節と同様である。

(1-b) 第2巻 (Livre II)

第2巻の中では、他者との関係に関する国家の諸原則について記述されている。ここでも、一定の関係に関して「注意」概念が表現されている⁽⁴²⁾。

第2巻の第2章では、他国との通商関係が説明される。第33節においては、国家が通商の一部門を占有できる状況について説明がなされている。

第33節は、貿易の独占状態について、セイロン条約におけるシナモン貿易の例などを用いて、合理的な価格によって物品が流通するならば、国家による商品の独占状態は自然法に対する違反とはならない（逆に法外に高い価格で他国に商品を購入させるならば、自然法に違反する）ことをいう。

この次に、価格の要素に加えて、生活必需品が独占の対象となる場合について、「しかし、生活の必需品、すなわち独占資本家が過剰な価格を提示する傾向のあるもの、が問題となる場合には、対する諸国は、自国の平穩に対する憂慮 (soin) によって、すなわち人間社会の利益のために、貪欲な独占者を律するために団結することを許容される⁽⁴³⁾」と説明する。

すなわち、生活必需品に対してある国家が独占的に高値で取引している場合、その他の諸国における生活に問題が生じるならば、その貿易の相手方である諸国は、自国の平穩への憂慮 (soin) を理由として、団結して自由貿易に対する制限を承認する旨が説明されている。

当節で留意されるのは、以下の3点である。

第1に第33節における「注意」概念は「自国の平穩への憂慮 (soin)」であり、注意の客体は、やや漠然としてはいるものの、自国国内の平穩であると読み取れる。

第2に、ここでの「憂慮 (soin)」は、一次規則でもなく誠実性の程度でもなく、ある権利遂行が許容される際に考慮すべき事由として表現されている点が指摘される。

次に第2巻の第5章では、国家間の法 (Justice) に服することに関して説

国際法における「相当の注意 (due diligence)」概念の形成過程
明がなされており、ここでも注意の概念が登場する。

第5章の第64節は、「全ての国家は、国家間の法を遵守 (cultivate justice) し、綿密にそれを監視し (observer), これに違反するようなあらゆる行動を注意深く (avec soin) 控えるよう厳格に義務付けられている⁽⁴⁴⁾」と述べる。

第33節においては具体的な義務の相手方が想定されているのに対し、第64節では具体的な注意の客体が想定されていない。すなわち、これに違反しうる全て (tout ce qui peut y donner atteinte) が注意の客体である。

(1-c) 第3巻 (Livre III)

戦争法を扱う第3巻では、第3章において、戦時における行為の正当化事由について説明がなされる。

例えば第3章の第49節では、勢力均衡を破る国家への対応の文脈において「注意」概念が用いられている。すなわち、「すべての国家は、武力によって自らを拡大させることには、とりわけ注意せねばならない (doivent être sur-tout attentives)⁽⁴⁵⁾」。

この節の引用部以前には、勢力均衡を破った者はその他の国家から拘束、弱体化せられることが述べられる。引用部では、武力によって自国を強化化することで、自らの首を絞めぬよう「とりわけ注意せねばならない」旨が説明されている。

このような勢力均衡の文脈では、法規範としての位置付けよりも君主の望ましい政治的行動様式を述べたに過ぎないことが指摘される。君主が自国を強化することで自らの首を絞める、という部分に着目すれば、注意の客体は君主の政治的判断そのものである。

第3巻の第8章においては、聖戦時における国家の権利について説明がなされる。

第8章の第154節では、自国の市民および兵士の解放について「注意」概念が登場する。

そこでは、「仮に捕囚者が戦時において移送されえなかったとしたら、可能であれば、少なくとも平和条約のうちに彼らの自由を規定せねばならない。これが、国家が、国家の防御に自らを晒してきた人間に対して負う配慮 (soin) である⁽⁴⁶⁾」と説明がなされる。ここでは、平和条約に自国民の解放を平和条約に可能な限り盛り込むという義務が、特定の身分を持つ自国民に対して君主が一定の配慮を行う義務として言い換えられている。

今日の国際法としてこのような義務が観念されるかは別の問題として、第154節における配慮 (soin) の「注意」概念の構造は、以下のように説明される。すなわち、第1に自国の兵士の解放について平和条約に規定を設けることがよき君主のふるまいであると説明されていることから、注意の主体は君主であり、対して、注意 (配慮, soin) の客体は自国の兵士である。

第2に、ここでは多数国が関わる戦時の状況が説明されているのであり、当該兵士は敵方へ囚われている。管轄と紐帯という枠組みから考えれば、ここでは自国領土の外側にある、自国の機能的紐帯を持った人間 (自国兵士) に対して注意が向けられている。

つづく第155節においては、敵の暗殺あるいは毒殺が正当化されるか否かが考察されている。ここでは、「司令を行う人間の利益と安全は、このような [戦争法違反の] 実行の導入を防止するため、あらゆる注意 (tous leurs soins) を払うことを要求している⁽⁴⁷⁾」と説明されている。

第155節における注意の概念は、反人道的行為を行わないための防止義務として説明されている。ここで「あらゆる注意 (tous leurs soins) を払う」という義務は、第1に、一次規則としての側面と、注意の水準 (誠実性の程度) としての側面が見いだされる。

第2に、注意の客体は、戦争法違反の実行の導入という具体的な事態であり、第2巻の第64節に登場したような、漠然とした脅威が対象となっているわけではない。この一方で第1巻第30節のように、具体的に対象となる

人物が想定されているわけでもない点を読み取れる。

同じく第3巻第10章の第178節では、戦時における軍略や策略について説明がなされている。ここでの「注意」概念は、以下のようである。第178節では、流血を伴う戦闘よりかは、軍略によって敵を圧倒することが人道的観点から好まれるうえ、合法であることが述べられたうえで、なお人道に反するような（軍略とは呼べない）裏切りは認められないとしたうえで、以下のような記述が続く。

「軍略を使用する際は、敵に対する誠意だけでなく、人類の法 (les droits de l'humanité) もまた尊重しなければならず、かつ、人類に対して有害となりうるものを引き入れないよう注意しなければならない (il faut…… prendre garde)⁽⁴⁸⁾」。

ここでの「注意」概念を一次規則と捉えるならば、本義務は人類に対して有害となりうる軍略を行わない不作為義務である。対して義務履行の誠実性の程度を表したものと捉えるならば、敵に対する誠意を尊重すること、人類の法を尊重することに対しては注意の文脈から外れていることから、「人類に対して有害となりうるものを引き入れない」義務が他の2つの尊重義務よりも重く捉えられているとみることができる。

(1-d) 第4巻 (Livre IV)

「平和の回復および大使」と題された第4巻の第2章「平和条約」における第10節は、条約を締結できる人物について説明している。

ここでは「国家は一般に、自国の統治者 (Conducteur) の賢慮 (prudence) に、戦争と平和について決定する配慮 (soin) を委ねてきたけれども、多くのことがらにおいて統治者は、基本法によって権限を制限されてきたのである⁽⁴⁹⁾」と説明がなされる。

すなわち国家の統治者が一般的に、委任によって「戦争と平和について決定するための配慮 (soin)」を行うものであることが説明されている。

このような記述はさらに、戦争捕虜になった王 (Roi) について述べた第 13 節においてもなされている。

第 13 節は、「しかし、公的な理由で自由を喪失してしまった最もとるに足らない市民の解放のために、最高の努力を尽くさなければならないというのが国家に課せられた義務であるとしたら、このような義務は、その配慮および注意 (les soins, les veilles), 労働が共通の安全と幸福に捧げられるところの国家の主権者, 司令官の場合にはさらに強力なものとなる⁽⁵⁰⁾」と述べる。

ここでも、主権者および司令官が、共通の安全と幸福のために「配慮 (soin), 注意 (veilles), 労働 (travaux)」を行うものであることが説明されている。

ここでは一次規則のような形で「注意」概念が語られる。また客体によって、国家の配慮や注意を行う義務の程度が異なるだろうことが示されている点が留意される。

(2) Vattel の記述の分析

以上の Vattel の記述をもとに、Vattel における国際法理論の中の「注意」概念の態様について、整理および分析を行う。

(2-a) Vattel の理論に対する論者の評価

「注意」概念の言語的表現だけを追った分析になってしまうのを防ぐため、まず Vattel が国際法理論に関してどのような立場をとっていたかにつき論者における評価を整理し、次に「相当の注意」概念に関連する記述を分析するという手法をとることとする。

James Leslie Brierly によれば、Vattel の主権概念は、まず国家論において統治する人物と統治される人物との間の区別が強調され⁽⁵¹⁾、そして自然人のための主権概念を発展させ、統治する側を擬人化し、機構である国家に自然人のための理論を転用した⁽⁵²⁾ところに特徴がみられる。これにより国家が単に国家であるという理由で、国家 (あるいは君主) のあるべき”自然

国際法における「相当の注意 (due diligence)」概念の形成過程状態 (state of nature)” から、特定の権利および義務が存在する⁽⁵³⁾、という主権概念の構成がなされている。

James Leslie Brierly は、Vattel の議論を、「1 カ国単独で成立する主権概念」と、「2 国間関係から生じる主権 (的義務) 概念」との間で理論の混乱が生じている、として批判する。

すなわち国家が国家であるという理由から生じる義務は、その国家主権 (あるいは君主) が絶対的であることが前提とされていたにもかかわらず、他国との関係を背景に、その関係において紳士的に振る舞うべし、というある種の自己規律が義務を生じさせるとする点において、主権概念から生じる2種の義務が相反する根拠を持つことになるためである。

Martti Koskenniemi は、責任という観点から Vattel を評価している。彼は、あらゆる責任が2国間関係から生ずるという立場のルーツを Vattel にみる。Vattel は、一国の君主に課せられる道徳的なルールという枠を超え、「国家と国家との関係をもとに客観的な秩序が主権国家の主観的な権利へと置き換えられる」と責任理論を構成した点が、それまでの、刑事的責任の文脈を強調した Grotius および Samuel Pufendorf の立場とは対照的であり、新しい点である⁽⁵⁴⁾とされる。

国家間関係からルールを導くという Koskenniemi の分析は、確かに Vattel の記述から確認できる。たとえば、Vattel の「国家全体、および個々の市民が、ここでは二重の義務によって拘束されている。1つは自身の性質から即生じるもの、もう1つは相互関係から導かれるものである⁽⁵⁵⁾」といった言及からは、主権国家としての自己保存権とは別に、対外関係から国家に義務が課されることが説明されている。

Koskenniemi は、対外関係から国家に義務が課されることの記述から、客観的な秩序とそれを反映した国家の義務を肯定する立場にある。Koskenniemi のような、主権国家の権利がそこから導かれるところの「客観的

な秩序」のあり方は、自然状態の人間が社会の中で他者に対して負う義務が国家に転用されるよう説明されている⁽⁵⁶⁾点に鑑みれば、ただちに国際法上の権利義務の根拠として援用できるかには議論の余地があるものの、留意すべき分析である。

主権概念と義務の概念について以上の Brierly および Koskenniemi の言及を整理すれば、Vattel の記述は「1カ国単独で成立する主権概念」と、「対外関係（Koskenniemi のいう客観的秩序）から生じる主権（的義務）概念」の観点から分析できる。

したがって次節では、1カ国のみで成立する主権概念における「注意」概念、および対外関係（あるいは客観的秩序）を踏まえてからの主権概念における「注意」概念という視点から Vattel の記述に分析を加えた上で、「注意」概念の各要素について整理を行っていく。

(2-b) Vattel の記述と「注意」概念

第1巻は国家自身に関する法原則を扱う。よって第1巻の「注意」概念に関する記述は、「1カ国のみで成立する「注意」概念」と読み替えることが可能である。

第1巻の第19節「国家は注意深く (*avec soin*)、かつ可能な限り、自己の破滅に至りうるすべてのものを、避けねばならない」という記述、および第22節「国民の完全性あるいは国家のそれを損なう可能性のあるもの、発展を妨害する可能性のあるものは全て、注意深く……予防しなければならず、かつ避けねばならない」という記述については、「破滅に至りうるすべてのもの」や「国家の完全性を損なう可能性のあるもの」が、国内的事項のみを指すものであるのか、対外的な事項をも考慮の対象に含むものであるのか問題となる。

この点は、第1巻第2章の結論部である第25節にて説明される。

第25節では、第1巻第2章中に述べられた自国の完全性を維持するため

国際法における「相当の注意 (due diligence)」概念の形成過程

の義務を遂行するため、「国家は自国を了知せねばならない (doit se connaître elle-même)」と題される。そしてその内容では、「この章を締めくくるにあたって、以下のことが指摘される。すなわち、国家は自国を了知せねばならないということである。……このような了知がなければ、国家はでたらめに行動し、しばしば不適切な措置をとる。国家は偉大な賢慮をもって行動していると信じ、よいものと見なされた国民の行動はこれを手本とするものの、そのような規律や実行が、一方の国家に有益でも、しばしば他の国家にとって有害であることが知られていない。これらは国家の性質にしたがって導かれねばならない。もしその性質に従って規律されないならば、人々は善く統治されえない。したがって、国家はその性質を知らねばならないのである⁽⁵⁷⁾」と説明される。

以上の記述からは、2点が指摘される。第1に、上述の注意の内容について、自国を利する行動が他国にとって有害であることへの考慮が示されている点である。第2に、いわゆる「領域使用の管理責任」のような自国領域内における了知義務が、主権の排他性からではなく、自国の完全性を維持するなどの自律的な義務の遂行の必要性から導かれている点である。

以上の点から、第19節や第22節の記述のように、国内に対する「注意」概念、すなわち、自国利益や自国の完全性のため自国国内に注意を及ぼす義務であっても、そこには他国への考慮が無ではないことが読み取れる。ただし、それは領域主権の排他性からもたらされるものというよりかは、自国利益の追求のために語られている。

続いて対外関係（あるいは客観的秩序）を踏まえてからの主権概念における「注意」概念という視点からは、以下のように分析が可能である。

第2巻以下では対外関係を踏まえた国家の義務について説明されている。Vattelが平時における義務と戦争法を順に論じているため、これを順番に分析していく。

まず平時において、多数国間関係を踏まえて述べられる注意義務は、第2巻、第2章の第33節「[自国の]平穩に対する憂慮 (soin)」という概念、および第2巻、第5章、第64節における「互いに正義を啓発し、誠実に遵守し、これに違反しうるすべてを「注意深く (avec soin)」控えるよう、厳格に義務付けられる」という概念の2つである。

第2章の第33節は、「[自国の]平穩に対する憂慮 (soin)」によって、国家が貿易の一部門を独占する権利について述べられている。これは多数国間関係を踏まえた場面の説明ではあるが、登場する「注意」概念は、ある権利遂行が許容される際に考慮される事由にすぎない。さらに、憂慮の客体は国内の平穩であり、他国に対して被害が及ぶことへの憂慮ではない。

第5章の第64節は、すべての国家に対して課せられる義務について説明がなされている。すなわち、「全ての国家は (Toutes les Nations)」「互いに正義を啓発し、誠実に遵守し、これに違反しうるすべてを「注意深く (avec soin)」控えるよう、厳格に義務付けられる」とされている。

ここでの義務とは、すべての国家が、すべての他国に対して課される義務という点で2カ国間関係ではない。対外的な振る舞いにおいて正義に基づく行動をすることが国家の義務であると明示されている。

また戦時における法において述べた第3巻では、第3章、第49節において述べられる「[勢力均衡の文脈において]君主が……自らの首を絞めぬよう「とりわけ注意せねばならない」という説明、また第8章の第154節では、戦時における国家の権利の文脈における「国家が国家の防御に自らを晒してきた人間」に対する「配慮 (soin)」、および同章第155節では、戦争法違反の実行をしないよう、国家が「司令を行う人間の利益と安全」という観点から、「あらゆる注意を払うことを要求」されること、および第10章では、第178節において「軍略を使用する際は、……人類に対して有害」なものを採用しないよう「注意しなければならない」とされている。

第3章、第49節の「注意」概念は、君主が政治的判断をする際の誠実性の程度を表すものである。ここでの注意の客体は君主の政治的判断だが、節の内容が勢力均衡に関するものであることから、対外関係を踏まえた「注意」概念になっているといえる。

第8章、第154節の「注意」概念は、敵方に拘束された兵士の解放について述べた文であるが、国家が、特定の人物に対して注意をもってあたることが説明された文である。すなわち、注意の客体は(国外に所在する)自国民である。

ここで拘束された兵士が国外に所在する点において対外関係が踏まえられているものの、自国民が注意の客体となっている点において、外国の利益を考慮したものでないことが指摘される。

第155節では一転して、反人道的行為を起こさないよう「あらゆる注意」を払うことが要求されている点において、対外関係を踏まえ、自国だけでなく外国の利益も考慮されたものである。

そして第178節でも、軍略を使用する際には敵に対して誠意を用い、人類の法を尊重し、かつ、人類に対して有害となりうるものを引き入れないように「注意しなければならない (il faut... prendre garde)」という点において、自国だけでなく外国の利益も同時に考慮した注意の概念である。

続いて第4巻における君主の注意義務についての言及では、第2章、第10節において「戦争と平和について決定する配慮 (soin)」が君主に委ねられるということ、および同第13節において「国家の主権者、司令官」の「配慮、賢慮、労働が共通の安全と幸福に捧げられる」と言及される。

君主あるいは主権者、司令官が、戦争や安全保障および国内の幸福にかかわる事項について一定の裁量と決定権を持つために、注意や配慮を行うものであると述べられている。戦争と平和について語る点において、対外関係が想定された文脈ではあるものの、実際に考慮されるべき事項は国内的な事項

である点が指摘できる。

したがって、第2巻から第4巻を概観した結果として、「対外関係に関する事項が、君主の良識から生ずる注意義務に含まれる」点が第2章の第10節、第13節より確認できる。ただし、依然として考慮されるのは国内の利益であり、対外関係主体は「権利を主張する相手方」として語られている点が指摘される。

また第2巻の第64節、第3巻の第155節、第178節にみられるように、正義の概念、人道における法のような自然法的概念から、全国家に対して課せられる注意義務が観念されていたことが確認された。ここでの義務の根拠は自然法であり、自国以外の国家も利益の享受主体として認められている点を確認できる。

第2款 小括

以上をまとめると、以下のようになる。

すなわち、Vattelにおける国際法上の国家の「注意」概念は、1カ国のみで成立するもの、および2カ国以上との関係を考慮するものの2つに分類される。

1カ国のみで成立する「注意」概念は、国内に対して、自国利益や自国の完全性のために注意を及ぼす旨の義務であっても、そこには他国への考慮が無ではない。ただし、それは領域主権の排他性からもたらされるものというよりは、自国の完全性を維持するなどの自律的な義務の遂行の必要性から導かれている。

2カ国以上の関係を考慮する「注意」概念は、2種類にさらに分類される。

1つ目は自国の平穏など、自国の利益を追求する上での権利の相手方として他国が想定されている「注意」概念、2つ目は全国家を拘束する、自然法的な義務から導かれる「注意」概念である。

1つ目の「注意」概念について、ここでの注意の概念はやはり国内的関係

(国内における平穩、兵士と国家との紐帯)に向けられたものである。そして他国は、自国の統治権限から生じる権利の相手方としてのみ登場し、他国の利益は考慮されない。

2つ目の「注意」概念は、正義や人類の法 (les droits de l'humanité) のような自然法から導かれる概念によってもたらされる。ここでは、自国だけでなく他国の利益も同様に尊重されなければならない。

以上のように、Vattelにおいて「注意」概念の根拠が1カ国のみですら成立するものであり、その根拠が国家の完全性を維持するための君主の良き統治概念から生じていたことは、国家の「注意」概念の理論構造を考える上で非常に重要である。

すなわち「領域主権の排他性」は、この時代においては必須のものとはされていなかった。他国の利益が国家の権利義務を考える上で重要なものであったのは間違いないが、国家の様々な注意義務を導く上で必ず考慮が必要になるわけではない。他国を害さないという命題よりも、主権国家として成立するということ、すなわち国内管轄事項において抵抗権に耐えうるような良き統治が期待されているということが、Vattelにおける様々な権利義務の根拠となっていたのである。

- (1) Commentaries to the draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts, the Report of the International Law Commission on the work of its Fifty-third session, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10), chp. IV.E. 2. November 2001, pp. 69-70 (Article 2), para (3).
- (2) 国際法協会の「国際法における Due Diligence に関する作業部会」が2014年3月7日付で発表した報告書によれば、国家責任法、国際投資法、国際人道法、国際人権法、国際刑事法、国際環境法、国際海洋法の項目が挙げられ、それぞれについて様々な文脈で「相当の注意 (Due Diligence)」が重要な役割を持つことが示される。See, ILA Study Group on Due Dili-

gence in International Law First Report (Duncan French and Tim Stephens), 7 March 2014, p.1., at www.ila-hq.org/index.php/study-groups (visited 27 April 27, 2018).

- (3) 本稿における「手続きの義務」とは、「実体的義務」との対比において、規範の目指す目的達成のために必要とされる措置をとる義務一般を指す。手続きの義務については、以下を参照のこと。児矢野マリ「国際環境法における手続きの義務の意義：国家主権に対する「緩やかなコントロール」の基礎として」『新世代法政策学研究』Vol. 20 (2013), pp. 201-226.
- (4) たとえば、山本草二『国際法における危険責任主義』（東京大学出版，1982年）。
- (5) ここでの「領域使用の管理責任原則」とは、1928年のパルマス島事件仲裁判決，1942年のトレイル溶鉱所事件仲裁判決，および1949年のICJにおけるコルフ海峡事件判決によって認められた，領域支配の排他性は領域内で他国の権利を保護すべき義務を伴うのであり，国家は自国領域を自ら使用しまたは私人に使用を許可するにあたって，他国の国際法上の権利を害する結果にならないよう配慮する注意義務を負い，これを怠れば国家責任を負うことになる，という原則であり，国内法上の相隣関係の法理が類推適用されたものを指す。西村弓「領域使用管理責任」『国際関係法辞典』第2版，国際法学会（編）（三省堂，2005年），878頁。
- (6) たとえば国際司法裁判所におけるジェノサイド条約適用事件では，ジェノサイドの防止義務が領域に限定されないことを判示した。また，外国で活動する民間軍事会社（PMSC）が，私人としての資格で国際義務違反を犯すとき，当該民間軍事会社を規律すべき国家としては，領域国のほか，契約国，企業の本国など，様々な国家が想定される。しかし民間軍事会社を規律する特定の国際条約は存在しないため，規律を及ぼすことが期待される国家に対して，（普遍的な人権条約上，あるいは慣習法上の）「相当注意の義務」が課されている，と説明される実行がみられる。See, *Judgement of Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (BOSNIA AND HERZEGOVINA v. SERBIA AND MONTENEGRO)*, (ICJ, 26 February 2007).; *Montreux Document on pertinent international legal obligations and good practices for States related to operations of private military and security companies during armed conflict (hereinafter, Montreux Document)*, A/63/467-S/2008/636, 6 October 2008.

- (7) Sarah Joseph & Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights; Cases, Materials, and Commentary*, Third Edition (Oxford University Press, 2013), p. 112.
- (8) Timo Koivurova, "Due Diligence", in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*, (Heidelberg and Oxford University Press, 2012), pp. 236-237.
- (9) *Ibid*, p. 237.
- (10) Timo Koivurova, "What is the Principle of Due Diligence?," in Jarna Petman and Jan Klabbers (eds.), *Nordic cosmopolitanism: essays in international law for Martti Koskenniemi* (Martinus Nijhoff, 2003), p. 341.
- (11) *Ibid*, pp. 341-347.
- (12) Joanna Kulesza, *Due diligence in international law*, (Brill Nijhoff, 2016), p. 19.
- (13) *Ibid*, p. 20.
- (14) Robert P. Barnidge, Jr, *Non-State Actors and Terrorism; Applying the Law of State Responsibility and the Due Diligence Principle* (Asser Press, 2008), pp. 114-115.
- (15) *Supra* note 2, (ILA Study Group).
- (16) ILA Study Group on Due Diligence in International Law-Second Report, at www.ila-hq.org/index.php/study-groups (visited 27 April, 2018).
- (17) ILA Study group on due diligence in international law-mandate, at www.ila-hq.org/index.php/study-groups (visited 27 April, 2018).
- (18) *Supra* note 2 (ILA Study Group), p. 2.
- (19) 「相当の注意」概念の「共通性」あるいは「一般性」(commonality)に関する論点とは、たとえばコルフ海峡事件判決の射程が具体例として挙げられている。当該事件判決では“あらゆる国家の、他国の権利に反するような行為のために、これを知りながら自国領域が使用されることを許容しない義務”があることが示された。これを「一般的な」友好相隣関係の義務を確立したものだと考える立場がある。この一方で、国際法のフラグメンテーションにしたがって、「相当の注意」概念の適用も多様化している、といった立場の違いが論点として提供されるということである。*Supra* note 2 (ILA Study Group), p. 4.
- (20) *Ibid*.

- (21) R. Jennings & A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law, Ninth Edition, Volume I*, (Longman, 1992), p. 509.
- (22) *Id.*
- (23) *Ibid*, p. 549.
- (24) *Id.*
- (25) *Ibid*, p. 550.
- (26) James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law, 8th edition*, (Oxford University Press, 2012).
- (27) Malcolm N. Shaw, *International Law*, Seventh edition, (Cambridge University Press, 2014).
- (28) *Ibid*, p. 621.
- (29) *Supra* note 8, (Timo Koivurova), pp. 236-237.
- (30) Jan Hessbruegge, "The Historical Development of the Doctrines of Attribution and Due Diligence in International Law", *New York University Journal of International Law* 36 (2004), p. 276.
- (31) Sarah Heathcote, "State omissions and due diligence", in Karine Bannelier, et al (eds), *The ICJ and the evolution of international law: the enduring impact of the Corfu Channel case*, (Routledge, 2012), p. 297.
- (32) 域外の私人行為と国家責任の関係については、たとえば安藤仁介「領域外の私人行為に関する国家責任」『神戸法学雑誌』第30巻2号(1980年), 339頁。安藤仁介は、領域外私人の行為と国家責任との関係を、原子力事故の責任をめぐる条約、宇宙活動に伴う自己の処理をめぐる条約、海洋汚染の防止をめぐる条約の起草過程を検討したのちに、領域外の私人行為に関して国家がなにがしかの責任を負う根拠は、国家が私人行為を許可し監視するなどの、自己の支配下において規制(control)しうる可能性に求められる、と結論している。
- (33) 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. 410.
- (34) 田中嘉文「国連海洋法条約体制の現代的課題と展望」『国際問題』(2012年), No. 617, 6頁。
- (35) Emer de Vattel, *Le Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle, appliqués à la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains*, (The Classics of International Law) (James Brown Scott, ed.), (The

- Carnegie Institute of Washington, 1916) (originally published 1758), Vol. 1.
- (36) *Ibid*, p. 26.
- (37) *Ibid*, p. 28.
- (38) 国家責任条文の起草過程において、「防止の義務」を「事態に対する義務」であると Robert Ago が説明している点が参照される。詳しくは以下を参照のこと。湯山智之「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 (二)」『香川法学』第 23 卷第 1・2 号 (2003 年), 55 頁。
- (39) *Supra* note 35 (Vattel, Vol. 1), p. 28.
- (40) *Ibid*, p. 33.
- (41) *Ibid*, pp. 33-34.
- (42) 域内の外国人に関する章 (Chapter X) では、注意や義務といった概念が使用されていないことが、ここでは留意されうる。国家は域内に在する外国人につき、ある行為の許容や許可の権利を持つ、との説明、および域内の外国人が有する権利という形で説明がなされている。
- (43) *Supra* note 35 (Vattel, Vol. 1), p. 281.
- (44) *Ibid*, p. 306.
- (45) Emer de Vattel, *Le Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle, appliqués à la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains*, 《The Classics of International Law》(James Brown Scott, ed.), (The Carnegie Institute of Washington, 1916) (originally published 1758), Vol. 2, p. 41.
- (46) *Ibid*, p. 123.
- (47) *Ibid*, p. 128.
- (48) *Ibid*, p. 151.
- (49) *Ibid*, p. 255.
- (50) *Ibid*, p. 261.
- (51) J. L. Brierly, *The Law of Nations; an introduction to the international law of peace*, (Oxford Clarendon Press, 1928), p. 59.
- (52) *Ibid*, p. 62.
- (53) *Ibid*, p. 35.
- (54) Martti Koskenniemi, “DOCTRINES OF STATE RESPONSIBILITY,” in James Crawford, Alain Pellet et al (eds.), *The Law of Interna-*

tional Responsibility (Oxford University Press, 2010), pp. 47-48.

(55) *Supra* note 35 (Vattel, Vol. 1), p. 12.

(56) たとえば，“他者に対する国家の共通義務 (Devoirs communs d’une Nation envers les autres)” という相互援助概念の説明は、Koskenniemi の説明を分析するよい素材である。

ここでの“他者に対する共通義務”の根拠とは、「各人間が他の人間に対して負う義務なら何でも、各国家は他国に対して負っているものである。このようなものが、これら共通義務の根拠である」、「社会で生きるために作られた社会的生物としての人間」が、「その性質に適うように生きることを可能にさせるため」に生じ、「相互に拘束し」ているものが、国家にも適用されるのだ、と説明がなされている。

(57) *Supra* note 35 (Vattel, Vol. 1), p. 30.