

博士学位申請論文

「国際法上の「相当の注意(due diligence)」概念——その形成・発展とその問題性——」

東北大学大学院法学研究科 博士課程後期3年の課程  
樋口 恵佳 (B2JD1008)

# 目次

第1編	はじめに.....	1
第1章	問題の所在.....	1
第2章	本稿の目的および射程.....	4
第3章	定義.....	6
第1節	国外における議論状況.....	6
第2節	日本の議論状況.....	10
第3節	小括.....	16
第4節	本稿における定義.....	17
第2編	「注意」概念から「相当の注意」概念へ.....	18
第1章	20世紀までの学説状況.....	19
第1節	18世紀の論者による「注意」概念.....	20
第1款	Emer de Vattel.....	20
(1)	Vattelの記述.....	22
(1-a)	Livre I.....	23
(1-b)	Livre II.....	25
(1-c)	Livre III.....	26
(1-d)	Livre IV.....	29
(2)	Vattelの記述の分析.....	30
第2款	小括.....	33

第2節 19世紀の論者による「注意」概念	34
第1款 英米圏の論者による「注意」概念(19世紀)	34
(1) Jeremy Bentham	34
(2) Henry Wheaton	36
(3) John Westlake (19世紀)	38
第2款 独仏圏の論者による「注意」概念(19世紀)	41
(1) Jean-Louis Klüber	42
(2) Johann Caspar Bluntschli	46
(3) 小括	53
第3節 20世紀の論者による「注意」概念	56
第1款 英米圏の論者による「注意」概念(20世紀)	56
(1) Lassa Francis Lawrence Oppenheim	56
(2) John Westlake (20世紀)	61
(2-a) Part 1, Peace	61
(2-b) Part 2, War	64
(2-c) Westlake のまとめ	69
(3) James Leslie Brierly	70
第2款 独仏圏の論者による「注意」概念(20世紀)	73
(1) Gustaf Adolf Walz	74
(2) Alfred Verdross	80
(3) Charles Rousseau	87
第4節 小括	92
第2章 判例の検討	94
第1節 18世紀・19世紀の判例	94
第1款 The Hoop 事件判決(1799)	94
第2款 アラバマ号事件仲裁判決(1872)	96
第2節 20世紀前半の判例	99
第1款 ザファイロ号事件仲裁判決(1925)	99

第 2 款	キリスト同胞協会内外及び開拓地伝道協会仲裁判決(1920)	101
第 3 款	B.E.Chattin (United States.) v. United Mexican States (1927)	103
第 4 款	トレイル溶鉱所事件本案判決(1941)	105
第 3 章	ILC 国家責任条文起草過程の検討	107
第 1 節	Francisco V. García-Amador (1956-1961)	107
第 1 款	第 1 回報告書	108
(1)	第 1 回報告書の小括	118
第 2 款	第 2 回報告書	120
(1)	第 2 回報告書の小括	129
第 3 款	第 3 回報告書	130
(1)	第 3 回報告書の小括	132
第 4 款	第 5 回報告書	133
(1)	第 5 回報告書の小括	137
第 5 款	第 6 回報告書	137
(1)	第 6 回報告書の小括	141
第 2 節	Roberto Ago (1969-1980)	142
第 1 款	第 1 回報告書	142
(1)	第 1 回報告書の小括	147
第 2 款	第 4 回報告書	148
(1)	第 4 回報告書の小括	162
第 3 款	第 7 回報告書	164
(1)	第 7 回報告書の小括	168
第 4 款	第 8 回報告書	169
(1)	第 8 回報告書の小括	170
第 3 節	Willem Riphagen (1980-1986)	170
第 1 款	第 2 回報告書	170
(1)	第 2 報告書に関する小括	171
第 2 款	第 4 回報告書	171
(1)	第 4 回報告書の小括	172
第 3 款	第 7 回報告書	172
(1)	第 7 回報告書の小括	174

第4節 Gaetano Arangio-Ruiz (1988-1996) .....	174
第1款 第1回報告書 .....	175
(1) 第1回報告書の小括 .....	176
第2款 第2回報告書 .....	176
(1) 第2回報告書の小括 .....	181
第3款 第3回報告書 .....	181
(1) 第3回報告書の小括 .....	183
第4款 第5回報告書 .....	183
(1) 第5回報告書の小括 .....	184
第5款 第6回報告書 .....	184
(1) 第6回報告書の小括 .....	186
第6款 第7回報告書 .....	186
(1) 第7回報告書の小括 .....	187
第7款 第8回報告書 .....	187
(1) 第8回報告書 .....	188
第5節 James Crawford (1998-2001) .....	188
第1款 第1回報告書 .....	188
(1) 第1回報告書の小括 .....	192
第2款 第2回報告書 .....	192
(1) 第2回報告書の小括 .....	193
第3款 第4回報告書 .....	194
(1) 第4回報告書の小括 .....	195
第6節 小括 .....	195
第3編 「相当の注意」概念の現代的傾向 .....	202
第1章 判例の検討 .....	202
第1節 20世紀後半・21世紀の判例 .....	202
第1款 Velasquez Rodriguez 事件(1988) .....	202
第2款 Pulp Mills 事件判決(2010) .....	204

第 3 款	国際海底機構の要請における勧告的意見(2011).....	206
第 4 款	小地域漁業委員会(SRFC)の要請における勧告的意見(2015).....	207
第 2 章	条約上の「相当の注意」概念.....	208
第 1 節	「相当の注意(due diligence)」概念に言及する条約.....	209
第 1 款	女性への暴力の防止、処罰、撲滅に関する米州条約(ベレン・ド・パラ条約) .....	209
第 2 款	女性に対する暴力およびドメスティック・バイオレンス防止条約(イスタン ブール条約).....	210
第 2 節	「相当の注意」概念を導く一般規定を持つ条約.....	213
第 1 款	国連海洋法条約.....	214
第 2 款	女子差別撤廃条約.....	220
(1)	「女性に対する暴力」への取り組みと「相当の注意」概念.....	230
(1-a)	武力紛争時における女性への暴力と「相当の注意」概念.....	232
(1-b)	締約国の義務の性質と「相当の注意義務」.....	233
(1-c)	締約国の義務の性質と「相当の注意の基準」.....	234
(1-d)	女性への暴力に対する取り組みと締約国の義務の履行.....	235
第 3 款	欧州人権条約.....	236
第 4 款	市民的及び政治的権利に関する国際規約(自由権規約).....	239
第 5 款	経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約(社会権規約).....	244
第 6 款	拷問等禁止条約.....	247
第 7 款	集団殺害罪の防止及び処罰に関する条約(ジェノサイド条約).....	250
第 8 款	ジュネーヴ諸条約および第 1 追加議定書.....	253
第 3 章	「相当の注意」概念と非拘束的文書.....	255
第 1 節	ビジネスと人権に関する指導原則.....	256
第 2 節	女性への暴力の撤廃に関する宣言.....	258
第 3 節	民間軍事会社(PMSCs)の活動に関する非拘束的文書.....	259
第 1 款	Montreux Document.....	260

第2款 PMSCsに関する人権理事会条約草案.....	263
第4節 小括.....	264
第4章 分析.....	265
第4編 おわりに.....	268
第1章 分析.....	268
第2章 展望.....	273

## 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、多くの論者がこの問題について取り組むこととなった。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に限定され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、上述の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記載されている<sup>1</sup>。

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、むしろ国家責任の範囲にとどまらない適用範囲の拡大<sup>2</sup>および

---

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> 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 Diligence in International Law First Report (Duncan French and Tim Stephens), 7 March 2014, p.1., at [http://www.ila-hq.org/en/committees/study\\_groups.cfm/cid/1045](http://www.ila-hq.org/en/committees/study_groups.cfm/cid/1045)



用法の拡散が指摘されるに至っている。用法の拡散とは、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<sup>3</sup>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)の傾向とは、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(take necessary measures)」であると明言される。「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。

以上のような用法の変化は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<sup>4</sup>が、現在はこの点からさらに一步すすんで、新たな論点を提供するに至っている。

すなわち、一般的義務と手続き的義務の内容および射程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、「相当の注意」義務の手続き的義務としての性質に言及して、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されるが、当該勧告的意見のなかでは「相当の注意」義務から以上のような手続き規則を導くための理論的説明が付されていない。

あらためて、このような「相当の注意」義務を用いて導かれる手続き規則の内容および射程について、理論的な説明が必要とされている。

(2) まず「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

---

<sup>3</sup> 本稿における「手続き的義務」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。手続き的義務については、以下を参照のこと。；児矢野マリ「国際環境法における手続的義務の意義：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.

<sup>4</sup> 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)。

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である<sup>5</sup>。

近年、この「領域使用の管理責任原則」が他国のみならず国際公域の環境損害に適用されたり、かつ領域使用に責任根拠を求める方式から拡大し、UNCLOS 第 194 条第 2 項のように、国の属人的管轄下で行われる活動についても適用されている。「相当の注意」義務および「相当の注意」基準の第 2 の用法の拡散の傾向とは、このような国際公域の環境損害や属人的管轄下において行われる活動について適用される「領域使用の管理責任原則」が、しばしば「相当の注意」義務および「相当の注意」基準と言い換えられることを指す。

従来、国際公域の環境損害や属人的管轄下への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」、上述のような属人管轄下での活動にも条約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「領域使用の管理責任」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」原則とよび変えられる傾向にある。

このような条約に基づかない「領域使用の管理責任」の拡大を「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、以下のような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<sup>6</sup>と

---

<sup>5</sup> 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。

<sup>6</sup> 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).;

される。このとき、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<sup>7</sup>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。

さらに「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。

従来の国際法学において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ものであった。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。しかし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性が生じている。

## 第2章 本稿の目的および射程

第1章で述べた論点は、言い換えると、「相当の注意」概念に関する適用の射程の問題であると位置づけることができる。

この点につき本稿では、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し、現代における用法の拡大にどこまで耐えうる概念であるか検証を行う。

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、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履行方法および射程内容について、国際判決の述べる論拠を精査し、これに国際法上の評価を与えることを本稿の目的とする。

言葉を変えていえば、「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

---

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.

<sup>7</sup> Sarah Joseph & Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights; Cases, Materials, and Commentary*, Third Edition (Oxford University Press, 2013), p. 112.

の対象とすることで、これまで国際法上どのように理論づけられてきたのか、いかなる場面を想定した枠組みの一部として運用されてきたのかを考証し、「相当の注意」概念の機能と限界を実証的に明らかにすることが、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。

第2編では「相当の注意」概念の枠組みを解明するため、国際法学が「相当の注意」概念をいかに解釈し、受容したかについて検討を加える。17世紀から20世紀において、「相当の注意」概念について国際法学に影響を与えた学説および判例を扱い、次に国連国際法委員会における議論を対象に、同議論のなかで「相当の注意」概念がどのように解釈されたかについて整理し、検討を加える。

第2編の記述は、「「相当の注意」概念は、用語と理論が同時に国際法学に登場したのではなく、元々国際法に存在した「注意」概念を用いた理論に対して、「相当の注意」という用語が当てはめられていった」という仮説に基づき、まずは20世紀までの「注意」概念を検討することから開始される。

第2編からは、国際法上の理論に使用された「注意」概念が、「相当の注意」概念へと変換されるまでの歴史を辿る。第2編の第1章には、20世紀までの学説状況を概観し、様々な文脈で用いられる「注意」概念が、現代において「相当の注意」概念と関わり合いの深い理論の中で使用されていることを概観する。したがって、ある時点までは、こんにち「相当の注意」概念であると考えられているもののほとんどは単なる「注意」概念を用いて国際法上の理論形成が行われ、このあとから「相当の注意」概念を適用するようになったことが明らかになる。とりわけ着目されるのが、アラバマ号事件判決の各論者の捉え方、および国家責任に関する記述の変化である。

第2編の第2章は、判例の検討を行う。判例は「注意」概念による説明がなされており、学説と同様、「相当の注意」概念を用いた説明がなされているものは少ない。

第2編の第3章には、国連国際法委員会における条約の起草過程が検討される。国家の国際責任に関する条文の起草に携わった特別報告者の報告書を元に、どのような文脈において「相当の注意」概念が扱われていたのかについて検討を行う。

第3編は、「相当の注意」概念の現代的傾向を確認するため、判例および各条約体制で運用される「相当の注意」概念の適用状況を分析する。

第3編第1章では、20世紀後半および21世紀の判例を検討する。「相当の注意」概念がそれぞれの条約体制の特徴を反映して適用されていることが明らかになる。

第3編第2章では、条約上の「相当の注意」概念を扱う。第1節では、条約条文中に「相当の注意(duo diligencia)」の文言を持つ地域的多数国間条約を扱い、続く第2節では、条約の解釈のうちに「相当の注意」概念が用いられている例を扱う。

第3編第3章では、「相当の注意」概念に言及する非拘束的文書を扱う。これらの文書のなかには、従来の「相当の注意」概念の理解からは異なる適用がなされているもの、および既存の条約体制の運営に沿っているもの等、非拘束的文書ごとの特徴が明らかになる。

第4編では、分析を受けた本稿全体の内容を振り返り、第1編第1章で提示した論点と関わる事実の考察、および当該論点への回答を試みる。

### 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 国外における議論状況

本節では、現代の「相当の注意」概念の議論状況を概観する。まず、国外の論者による同概念の位置づけを扱う。

Timo Koivurova は、「相当の注意(due diligence)」を「法主体の行為の義務」であり、通常「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」と説明している<sup>8</sup>。Koivurova はこれだけでなく、「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」が「国家実行は、相当の注意が国際法主体に要求するものは何かという点に関して、さらに詳細な規則および基準を発展させてきた」とも述べており、さらに相当の注意が影響を与えた分野として、「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」と言及する。さらに、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<sup>9</sup>という。

Koivurova は別の論文のなかでも、「相当の注意」を原則として位置づけている<sup>10</sup>。

彼は ICJ の核兵器使用の合法性事件に関する勧告的意見の「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

---

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 237.

<sup>10</sup> 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.

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<sup>11</sup>。

Robert P. Barnidge Jr.は、「相当の注意」概念を「相当の注意枠組み (due diligence framework)」、「相当の注意原則 (due diligence principle)」と呼んでおり、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」とされたことは「相当の注意原則と関係する」と述べる。

また彼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<sup>12</sup>。

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7日に第1次報告書<sup>13</sup>を提出している。

当該 Study Group の Mandate<sup>14</sup>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<sup>15</sup>」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」。

当該 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<sup>16</sup>、相当の「注意」概念がこのような

---

<sup>11</sup> *Ibid*, pp. 341-347.

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> *Supra* note 2, (ILA Study Group).

<sup>14</sup> ILA Study group on due diligence in international law – mandate, at [http://www.ila-hq.org/en/committees/study\\_groups.cfm/cid/1045](http://www.ila-hq.org/en/committees/study_groups.cfm/cid/1045).

<sup>15</sup> *Supra* note 2 (ILA Study Group), p. 2.

<sup>16</sup> 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

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、といった論点を含めた、いくつかの論点を提起し、これを検討することにある。

よって第 1 次報告書の結論は論点を見出すという点に収束しており、最終的な全体の結論はさらなる分析を待たねばならない。しかし、Mandate および第 1 次報告書の内容からは、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。つまり、Study Group の Mandate および第 1 次報告書では、おおむね相当の注意を「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、一部に Study Group の「相当の注意」概念の理解が「行為基準を含む概念」とどまらない場面、すなわち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<sup>17</sup>」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。

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」の立ち位置を簡潔にまとめている。

前述のとおり、第 1 次報告書の結論は論点を見出すという点に収束している。しかし第 1 次報告書の結論は、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は、このような適用が特定の事態に限定されるのか、あるいはさらに広い範囲に適用されるのかは「非常に不明確」としてはしながらも、以下の 3 点については関連性のある論点を見出せるとしている。すなわち、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。

対して、より一般的な体系書における「相当の注意」概念の位置づ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

---

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する立場がある(およびこれに相当の注意「基準」が適用されること)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。; *Supra* note 2(ILA Study Group), p. 4.

<sup>17</sup> *Ibid.*

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<sup>18)</sup>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<sup>19)</sup>」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<sup>20)</sup>」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<sup>21)</sup>」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、私人行為に関して「相当の注意を及ぼす義務」が国家に一般的に課せられているものであると説明がなされる。一方でこのような注意を及ぼす基準についても言及がなされており、「相当の注意を行為するために要求される基準は、状況によって変化」するのであって、それには「危機にさらされた人物あるいは財産を持つ外国人の地位」も含まれるのだと述べている。

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<sup>22)</sup>」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)<sup>23)</sup>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で記述がなされている。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深いものではなく、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(contractors)について保証国が負う責任の文脈で登場

---

<sup>18)</sup> R. Jennings & A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law, Ninth Edition, Volume I*, (Longman, 1992), p. 509.

<sup>19)</sup> *Id.*

<sup>20)</sup> *Ibid.*, p. 549.

<sup>21)</sup> *Id.*

<sup>22)</sup> *Ibid.*, p. 550.

<sup>23)</sup> James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law, 8th edition*, (Oxford University Press, 2012).



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*(第7版)<sup>24</sup>において、「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ばしば主張されるが、判例はこの点確定していない。条約の規定もこの点は様々である。そこで、「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<sup>25</sup>」であると言及している。例として、UNCLOS 第 194 条がこれを定めたものであると引用されている。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 日本の議論状況

従来の国際法学界における議論の中で本稿の議論がどのように位置づけられるのかについて明確にするため、次に日本の国際法学における「相当の注意」義務をめぐる論者の姿勢について概観する。日本の論者においても「相当の注意」概念をめぐる言及がなされているが、ここでは特徴的な4つのアプローチがある。

(1) 国家の注意義務の存在から出発し、「相当の注意」を責任認定の際の要件のように捉えたうえで現実の国家責任法の性質を顧みようとする立場(山本草二など)。このような捉え方が従来の国際法学における「相当の注意」概念の理解に最も近いものである。

(2) 領域内外国人に対する保護から出発し、外国人に対する権利保護の領域から出発した不確定概念としての「相当な注意」概念の射程の一般性に疑問を呈する立場であり、「相当の注意」概念がいかなる根拠のもとで適用されるのか、適用するに足る根拠のもとで運用されているのかという、適用の前提について問題とする(小畑郁など)。

(3) 国際責任制度の存在から出発し、「相当の注意」概念が現実の国家責任認定の場面においてどのように振る舞うのかについて問題とする立場(湯山智之、萬歳寛之など)。「相当の注意」概念は一次規則と二次規則の二つの側面を持つ概念であり、注意義務の内容を規定するという一面(一次規則)と、基準としての側面(二次規則)を持つことが指摘される。判例

---

<sup>24</sup> Malcolm N. Shaw, *International Law*, Seventh edition, (Cambridge University Press, 2014).

<sup>25</sup> *Ibid*, p. 621.

上現れた注意義務の内容および具体的基準を導いた国家の行為などを分析して、「相当の注意」概念や「相当の注意」義務の内実を示す。

(1)山本草二は、「国際法における危険責任主義」(1982年)において、「伝統的な注意義務」と「こんにちにおける注意義務」を区別して論じている。彼によれば「伝統的な注意義務」は ILC の条文案(当時第一読草案)に含められていた「特定事態防止の義務」の一形態であり、国家の裁量が一定程度残されるものであって、「その判断の裁量性と内容の変異性をもつものであって、今日の科学技術起因の損害を防止し事後の救済をはかるには不十分<sup>26</sup>」なものである。対して「こんにちにおける注意義務」とは、従来の注意義務から発展して、重大な危険性を伴う活動を私人に許可するために、国家が一定の手続的措置をとらねばならないよう定められるようになっており、「いっそう客観的に認定できるようになる<sup>27</sup>」と述べている。山本草二はまた「相当の注意」義務を満たすための手続き・措置は「国家責任の範囲内で独自の機能を持つ」と評価しなければならないとしている<sup>28</sup>。

この文脈で「相当の注意」というとき、山本草二の説明では注意義務の「相当」な程度の履行が問題とされている。すなわち義務履行の際の国家の裁量権との関係で、履行の程度をはかる基準のように記述されている。

また「相当の注意」概念の多義性について、山本草二は、「相当の注意」概念と国家責任とのかかわりを説明する文脈において、「注意義務の欠如」という概念は過失責任主義と客観責任主義の対立という争点に還元しつくせるものではないとして「注意義務の欠如」の多義性を指摘している<sup>29</sup>。「相当の注意」が履行されたかどうかは、国家機関の不作为そのものとは区別して、国家に違法性が帰属されるための要件ないし基準とみなされるものである<sup>30</sup>」のである。

また同書の別の文脈において山本草二は、国家に違法性を帰属させるための要件として「相当の注意」を説明している。別の文脈とは、領域使用の管理責任概念の成立の文脈である。

山本草二はアラバマ号事件、トレイル溶鉱所事件、コルフ海峡事件の判決を検討したのちに、注意義務の強化と客観化の傾向が「領域使用の管理責任」という概念をうちたてるようになった、と分析しており<sup>31</sup>、「こうした傾向が、国際違法行為に基づく国家責任に関する一般国際法の体系の内部で育成された」と述べている<sup>32</sup>。すなわち「今日では、国家はその管

---

<sup>26</sup> 山本『前掲書』(注4)96頁。101頁。

<sup>27</sup> 同上、103頁。

<sup>28</sup> 同上、103頁。

<sup>29</sup> 同上、96頁。

<sup>30</sup> 同上、99頁。

<sup>31</sup> 同上、136-137頁。

<sup>32</sup> 同上、137頁。

轄下の領域を自ら使用しまたはその使用を私人にゆるすにあたり、他国の法益を害するような結果にならないよう、その使用方法について特別の注意義務を課される傾向にある<sup>33)</sup>のである。山本草二はこの領域使用の管理責任の文脈で、とりわけ国家の不作为の場面において、「外国法益の侵害が、国家またはその直接の選任・監督に服する国家機関による積極的な行為に基づくものでない場合に」、「直接無条件には国家に責任を帰属できない」ので、そこに国家の責任の立証について「特別の要件が加わる」として、これが「一般に私人その他、国家との間に機関権能・機関拘束の関係にない者による違法行為について、国家の国際責任の有無を判定する」ための「相当の注意」とか「事情の了知」とかの要件<sup>34)</sup>であると述べている。

山本草二は、領域使用の管理責任の文脈における「相当の注意」要件について、要件が満たされたかがどのように判断されるのかについても説明を行っている。領域使用の管理責任の展開を説明する節において山本草二は、「前述したように、国家が私人等による行為に基づく損害の潜在的な発生の事情を現に「了知」し、または「相当の注意」をもってすれば知りうべきであったかどうかとか、その損害を防止し救済する措置をとり得たはずであったかどうかを認定するには、具体的個別的な事案の下での状況証拠(circumstantial evidence)により因果関係の相当性を判断するよりほかに<sup>35)</sup>」いと指摘している。

さらにこの関係において山本草二が指摘するのは、「これまでその[因果関係の相当性]判断の背景となる国際違法性概念の客観的な構成とかその社会的基盤は、必ずしも明確にはなされなかった」としながらも、「しかしそれにもかかわらず、物理的な危険を伴う侵害行為については、漠然としながらも最近の国際判例または国家実行が、「相当の注意」、「事情の了知」を判定する基準として、責任当事国の主観的な過失の有無ではなく、国際関係における当該国の社会的義務、信義誠実、権利濫用などの概念を導入して、その客観化をはかろうとしてきていることに、注目しなければならない<sup>36)</sup>」という点である。

したがって山本草二は、「相当の注意」概念を複眼的に説明している。まず国家責任との関係において、山本草二は国家が注意義務を満たすための基準を「相当の注意」概念として捉えている。一方で、「相当の注意」義務を満たすための手続きを、単なる義務の一群ではなく、国家責任の認定のなかで独自の地位を持つものと評価している。またさらに注意義務概念が客観化した結果成立したとする領域使用の管理責任の文脈では、領域使用の管理責任にもとづき国家が私人との関係において負う特別な注意義務を認定する際、とくに不作为の場合は「相当の注意」あるいは「了知」の要件が必要になるとしている。ここでは国家が注意義務を満たすための基準としてだけではなく、国家責任が(領域使用の管理責任にも

---

<sup>33)</sup>山本『前掲書』(注4)104頁。

<sup>34)</sup>山本『前掲書』(注4)105頁。

<sup>35)</sup>同上、105-106頁。

<sup>36)</sup>山本『前掲書』(注4)106頁。

とづいて)認定される際の要件としても言及されている。どのように「相当の注意」が満たされるかを説明する部分では、個別具体的な事案のもとでの状況証拠が必要としながらも、その判断には国際関係から生ずる一定の客観的基準が必要であると述べている。ここでも「相当の注意」は一つの要件、あるいは注意の基準を指しているが、履行のために一定の手続きと客観的基準が要求されることにも言及されている。

(2)小畑郁は、「国際責任の法制度における「相当な注意」概念の再検討」(2000年)のなかで、国際責任の法制度における「相当な注意(due diligence)」概念の役割が重要であることが国際法上認められているとしつつも、外国法益の侵害あるいは外国人の損害のいずれにおいて適用されるのかという適用の前提の問題、事後の処罰について「注意」概念が適用されることの是非、私人行為についてのみ妥当するような説明についての理論充足不足、領域内と領域外での「相当な注意」概念の適用が同じか否か、などの問題について議論が尽くされておらず、適用範囲がはっきりしないまま拡大する傾向がある、と指摘する<sup>37</sup>ことから論文をはじめている。小畑郁の指摘はこれにとどまらず、「適用の優先順位についての規則について明確にされることなく、この概念が優先的に適用される傾向」があることも、特別規定の意味が失われてしまうとの問題意識から批判的に解している<sup>38</sup>。小畑郁はこのような「相当な注意」概念に関する問題点を、「国際法学をも規程する法思考にとって、悪く言えば安易に受け入れやすいものであるものであることとならんで、スライディング・スケールとよばれるように、融通無碍に調節して適用が可能であることから生じている<sup>39</sup>」と分析する。

さらに小畑郁は、このような「相当な注意」概念の不明瞭さがこれまでも意識されてこなかったわけではないものの、その議論は、「この概念の定着と一般化をむしろ前提に、それを「客観化」することを説くものであった」と指摘する。このうえで、「そもそもかかる一般化が、はたしてどの程度まで確立しているか、そのように「相当な注意」概念を一般的に適用しようとするのが、かえってさまざまな問題を未解決のまま残したのではないか、ということが、まず問われなければならないと考える<sup>40</sup>」。

また小畑郁は「相当な注意」概念の内容および性質について、「不確定概念として意図的に持ち込まれたものであって、それにより特定の結論を後から説明することはできても、具体的な規範を論理的に導き出すことはできない<sup>41</sup>」ため、「そもそも「客観化」できる要素は

---

<sup>37</sup> 小畑郁「国際責任の法制度における「相当な注意」概念の再検討」桐山孝信・杉島正秋・船尾章子編『転換期国際法の構造と機能(石本康雄先生古稀記念論文集)』(国際書院、2000年)、57頁。

<sup>38</sup> 同上、58頁。

<sup>39</sup> 同上、58頁。

<sup>40</sup> 同上、58頁。

<sup>41</sup> 同上、76頁。

内在していない<sup>42</sup>」と分析する。そして、「諸実行・合意などの中からむしろ別個に具体的な基準を導き出すことが、追求されなければならないのである<sup>43</sup>」と主張している。このような問題意識を背景に、論文では法典編纂会議中での諸国の国際標準・国内標準主義の立場の違いが分析され、「相当な注意」概念の不確定性概念としての機能、および「概念事態について伏在する対立」が今日においても踏まえられねばならない<sup>44</sup>と結論している。このように小畑郁は、一般的な適用概念としての「相当な注意」概念に疑問を唱え、その適用範囲をその内容と共に慎重に吟味する必要性を主張している。

(3)湯山智之は、「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(一)~(四)」(2002年-2006年)のなかで、「相当の注意」概念と国家責任論に関する議論を行っている。湯山智之は、国際法上の国家責任法における「過失」を心理的要素、「相当の注意」を客観的な行為義務であるとしてはじめに区別しつつ、「ともに違法性(義務違反)とは区別された責任の要素(いわゆる「帰責事由」)として作用する<sup>45</sup>」と定義している。ここから湯山智之は、「義務の分類論」と「相当の注意」の妥当範囲、および領域使用の管理責任と「相当の注意義務」とを検討している。

義務の分類論と「相当の注意」の妥当範囲を検討した結果、湯山智之は「相当の注意」が一次規則の内容として義務を特徴づける機能を持つと同時に、義務違反を評価するための統一的要素、責任の基準としての二次規則の機能を持つという議論を紹介しつつ、これが「「相当の注意」に限らず、「不可抗力」「自己のものにおける同等の注意」「意図」などのいわば「帰責事由」全般にいえることである<sup>46</sup>」と指摘する。すなわち「これらは義務違反の認定にあたっては、一次義務から独立して作用し、一次規則の解釈によって導かれるものである。しかし、それらは一次義務の内容でもあり、その存在は一次義務の解釈によって導かれるものである<sup>47</sup>」。

したがって、ここで「相当の注意」の概念は、一方では一次規則の内容(すなわち義務)であり、かつ一方で義務違反認定のなかで基準として作用することが指摘されている。

この指摘に関連して、領域使用の管理責任と「相当の注意」を分析する際、湯山智之は「「相当の注意」が国際法の一次規則の内容から参照されるのではなく、むしろ「義務の内容と

---

<sup>42</sup> 同上、76頁。

<sup>43</sup> 同上、76頁。

<sup>44</sup> 同上、75頁。

<sup>45</sup> 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(一)」『香川法学』第22巻第2号(2002年)、128頁。

<sup>46</sup> 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巻第1・2号(2003年)、96頁。

<sup>47</sup> 同上、96頁。

は別に事案の一定の状況<sup>48</sup>」を参照する場面があることを指摘している。

また領域使用の管理責任と注意義務の性質を語る場面において湯山智之は、領域使用の管理責任から生ずる防止の義務との関係において、「相当の注意」は条件付けの要素として機能しており、けして「相当の注意」の内容が防止および処罰というわけではない<sup>49</sup>、と分析している。

したがって湯山智之は、山本草二よりさらに複眼的かつ詳細に「相当の注意」概念を捉えている。ここでは「相当の注意」概念が一方では一次規則の内容、もう一方では義務違反認定の際の基準としてふるまうと考察している。そして「相当の注意」概念の、義務違反認定の際の基準としてのふるまいには二通りが存在し、一次規則が参照される場合と、一次規則ではなく事態が参照される場合が存在することを指摘する。

(4)萬歳寛之は、「国家責任法における違法性判断の特質」(2011年)において、国家責任法の性格規定に関する議論について、判例および学説上の「相当の注意」義務の検討を行うことによって分析している。萬歳寛之は「相当の注意」概念を、一般的概念および一般国際法上のものとして捉える。同時に同論文中、「相当の注意」義務の適用法規としての性格を考察している。

ここでの適用法規とは、国家機能の排他性に伴って各国に期待される、自国領域内に所在する外国人の権利保護規範のことである<sup>50</sup>。萬歳寛之は「「相当の注意」義務や領域使用の管理責任は、国家機能の排他性に淵源を求めると同時に、これらの義務は国家が保有している権利の内在的制約要因として発展してきた<sup>51</sup>」ことを述べつつ、その内在的制約要因の淵源とは相互主義であるとする。萬歳寛之によれば、相互主義にいかなる規範的価値が付与されるかは違反を含めた相互主義の法的帰結と密接に関係するものである。この法的帰結を規定しているものの1つが国家責任法である<sup>52</sup>。すなわち、「相当の注意」義務の淵源は国家機能の排他性のみに基づくものではなく、相互主義にも基づくものであることが指摘される。このうえで萬歳寛之はマクドゥーガルの「決定の過程(the process of decision)」を引用しつつ、「相当の注意」義務(ここでは外国人取扱いに対する国際標準主義を指す)とは、「意思決定権者に決定の過程において問題への取り組み方を指示・命令する規範であり、かつ非常に柔軟で分野横断的な法的性格を有しているため、国際法の変容過程の中でも適用法規とし

---

<sup>48</sup> 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(三)」『香川法学』第24巻第3・4号(2005年)、275-276頁。

<sup>49</sup> 同上、313頁。

<sup>50</sup> 萬歳寛之「国家責任法における違法性判断の特質—「相当の注意」概念を素材として—」『早稲田法学』第86巻2号(2011年)、111頁。

<sup>51</sup> 同上、108頁。

<sup>52</sup> 同上、111頁。

て妥当する基盤を有してきたと結論付けることができる<sup>53</sup>」とする。このうえで萬歳寛之は、現代国際法における「相当の注意」義務の内容を客観化していくことが課題になると述べている。

また萬歳寛之は、具体的に「相当の注意」義務違反が認定される要素を考慮している。彼は判例の分析の結果として、客観的な規範と実際の国家行動との不一致だけではなく、これに加えて責任非難の要素が重要であると述べている。この責任非難の要素が、判例上は徐々に客観化され、「排他性・黙認・認識・承知など」となって表れるものとされる<sup>54</sup>。

すなわち萬歳寛之は、「相当の注意」義務が域内の外国人保護の文脈に限定してではあるが、適用規範としての側面があることを認めている。これは、たとえば山本草二のように、国家責任法における「相当の注意」概念を分析する際、域内の私人行為に対する注意義務の基準・国家責任の要件としての言及よりも一段踏み込んだ分析となっている。また国家責任法の淵源が国家主権の排他性と相互主義にあることを指摘するのみではなく、この相互主義を各国に適用する際の調整弁としてのはたらきを「相当の注意」義務(ここでは域内外国人保護規範)に与えた。また、たとえば湯山智之によって一次規則と二次規則との双方においはたらく概念とされた「相当の注意」概念について、萬歳寛之はマクドゥーガルの「決定の過程」の議論に着目し、「相当の注意」概念が有する独特のはたらきに説明を与えている。

### 第3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、国内外の研究者たちを一定程度まとめることができる。

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。

Koivurova や Barnidge Jr.のように、「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。

Shaw や Crawford、山本草二、湯山智之、萬歳寛之のように、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。

ILA の Study Group や小畑郁のように、(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。

---

<sup>53</sup> 同上、113頁。

<sup>54</sup> 同上、129頁。

#### 第4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、本稿では、「相当の注意」概念の適用枠組みの多様性、および根拠の薄弱なまま行われる適用の拡散を改めて指摘しつつ、最終的に「相当の注意」概念の射程を問題とする(3)の立場に立つ。

第2章で触れたとおり、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ことを目的とする。

よって、筆者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 diligence」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いるが、これが参考になる。すなわち、(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<sup>55</sup>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。

また、第2編の議論と関連して、「相当の注意」概念と対比される「注意」概念をここで定義する。前述のとおり、第2編の記述は、「「相当の注意」概念は、用語と理論が同時に国際法学に登場したのではなく、元々国際法に存在した「注意」概念を用いた理論に対して、「相当の注意」という用語が当てはめられていった」という仮説に基づき検証が行われる。

よって本稿における「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」を指すものとする。

以上、本稿ではこれらの定義にしたがって分析を進めていくこととする。

---

<sup>55</sup> *Supra* note 8, (Timo Koivurova), pp. 236-237.



## 第2編 「注意」概念から「相当の注意」概念へ

第2編では、国際法学における「相当の注意」概念の構造を解明するため、「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。

まず、これから「相当の注意」概念の形成を探るうえで、歴史的な「相当の注意」概念の淵源を検討する先行研究の射程について検討する。

先行研究において、Jan Hessbruegge などは、「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<sup>56</sup>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<sup>57</sup>。

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」に相当する概念に他ならない。

したがって、現在「相当の注意」概念が国家責任法の分野の外、および「領域使用の管理責任原則」の外に拡大してい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明らかでない。

実際に、現代で使用される「相当の注意」概念は、先行研究が述べるように、長い歴史を耐えた専門性を誇る概念だったのだろうか。そして国際法学における「相当の注意」概念の構造や性質は、現代で確認されるような拡散に耐えうるものなのだろうか。

このような疑問へ回答するためには、現代の国際法上の「相当の注意」概念が、どのような時点で、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明らかにしなければならない。

よって、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

---

<sup>56</sup> 湯山智之『前掲書』(注 45)。; 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.

<sup>57</sup> 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.

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、いかなる時点で「相当の注意」概念がそのような概念として国際法学へ形成されてきたのかを実証的に明らかにする。

結論を先取りすると、実際に、ローマ法まで遡ることのできるはずの「相当の注意」概念は、ILCによって理論的に国家責任論へ組みこまれるまで、国際法学上、必ずしもこのような専門用語としての地位を与えられてはいなかった。すなわち、長い間、国際法におけるいわゆる「相当の注意」概念は、無印の「注意」概念だったのである。

本章で明らかになる、無印の「注意」概念から「相当の注意」概念への理論展開の経緯、および国際法学における「注意」概念から「相当の注意」概念へ向かうまでの理論構造の分析を元にして、次章以降の分析が行われる。

「相当の注意」概念につながりうる「注意」概念については、各論者がこのような「注意」概念の根拠をどのような点に求めているのかについても着目する。第1章「はじめに」で述べた問題意識のとおり、近年の「相当の注意」義務の用法は、伝統的な領域主権の排他性、という根拠を離れて、領域外の私人に対しても使用される傾向にある。言い換えれば、国家領域外の活動に対しても、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ている<sup>58</sup>。このことについて、「注意」概念から「相当の注意」概念への転換が生じた際に、このような適用の根拠を同概念に与えてきたか否かが着目される。

## 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<sup>59</sup>が、

---

<sup>58</sup> 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。

<sup>59</sup> 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

本稿では「国際法における」「相当の注意」概念を検討することから、主に Grotius 以降、主権国家体制が成立したのちの時代を検討対象とすることとする。

## 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。ここでは「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を概観し、次に「相当の注意」概念に関連する論者の立場を分析するという手法をとることとする。

Vattel の主権概念では、もともとは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た<sup>60</sup>。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<sup>61</sup>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”自然状態(state of nature)”から、特定の権利および義務が存在する<sup>62</sup>、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 ヶ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。

責任という観点からは、近年 Martti Koskenniemi も Vattel を評価している。彼によれば、あらゆる責任が2 国間関係から生ずるという立場は、Vattel に遡る。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<sup>63</sup>とされる。

---

Pub, 2011), p.410.

<sup>60</sup> J. L. Brierly, *The Law of Nations; an introduction to the international law of peace*, (Oxford Clarendon Press, 1928), p.59.

<sup>61</sup> *Ibid*, p.62.

<sup>62</sup> *Ibid*, p.35,

<sup>63</sup> Martti Koskenniemi, “DOCTRINES OF STATE RESPONSIBILITY,” in James Crawford, Alain Pellet et al (eds.), *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press,

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、「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<sup>64</sup>」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。

具体的に対外関係から課される義務がどのように国家を拘束するのかについて、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)<sup>65</sup>”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<sup>66</sup>」、「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が可能にさせるため<sup>67</sup>」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。

このように、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点を鑑みると、Koskenniemi のいうような、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」のあり方には注意が必要である。

主権概念と義務の概念について以上を整理すれば、18世紀において Vattel が2国間関係を含めた主権概念を再構成するまで、主権から生ずる義務は、対内的か対外的かを問わず、1ヵ国単独で成立するものであった。もちろんこのような主権とは、現代的な国際法学における用法というよりは、より国内的な意味、国家法的な意味における主権論に近いものである。

---

2010), pp.47-48.

<sup>64</sup> 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, p. 12.

<sup>65</sup> Vattel はこの共通義務について、隣国が強力な敵に不正に攻撃を受けた場合、飢饉に見舞われた場合に、明示的な援助要請がなくとも、自国の持つ能力(power)に応じて、できうる限りの援助を行うことを例として挙げている。このような援助義務に違反した場合に国際法上の「違反」となるか否かの想定はされていない。このような義務の構成は、たとえば戦時において禁制品を没収された国が没収した国へ異議を申立てる場面を想定して、明示的に当該行為が「中立に違反する(inconsistent with neutrality)」という言葉で表現されているのとは対照的である。See, *Ibid*, p. 255.

<sup>66</sup> *Ibid*, p. 257.

<sup>67</sup> *Id*.

Brierly および Koskenniemi の言及を踏まえつつ、17 世紀および 18 世紀において、2 国間関係を踏まえるまでの「注意」義務を考察すれば、以下の仮説が立てられる。

1 ヲ国のみで成立する主権概念における「注意」義務は、もちろん Jean Bodin が構想した国家論的な概念によるところが大きく、国家と私人との関係は、いわゆる抵抗権を許すか否かといった国内管轄事項の理論を前提に構成されている。よって、君主はその国民との関係において領域内を統治する義務を負う。国際的な文脈においては、領域内の国民を保護するための防衛権・防衛義務に表れる。外国との関係は自国を主語として捉えられるものであり、いわゆる排他的な領域主権を及ぼすことに重要な意味は与えられていない。

対して、2 国間関係を踏まえてからの「注意」義務は、君主が良き統治を行うという文脈で、対外的な振る舞いが国内に及ぼす影響を鑑み、対外的な振る舞いが君主の良識から生ずる注意義務に含まれるようになる。

Koskenniemi によれば、域内外国人に対する保護義務が他国に対する礼節の文脈で生まれたことから、当該義務は領域主権の排他性から生じている。これがいわゆる現代における他国に対する「領域の管理責任原則」である。この原則は客観的な責任秩序の端緒であるが、しかし自国において主権者としての地位を持つ君主による良き統治という、道徳的規範としての側面が維持されている。

このような「注意」概念に対する、1 ヲ国間関係と 2 ヲ国間関係を主権概念と結びつける仮説は、Vattel の具体的記述を踏まえてどのように評価されるか。またこの評価によって、第 1 章「はじめに」において定義された「注意」概念をどのように説明するのか。

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 *Le Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle, appliqués à la Conduire et aux Affaires des Nations et des Souverains* (1758 年度版 [第 1 版<sup>68</sup>]) 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づける文脈、ある行為を *soingneusement* 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*、などの用語で「注意」概念が説明されている。

第 1 款冒頭で述べた Vattel に関する後代の学者の分析、および仮説を参照すると、2 ヲ国間関係を踏まえるまでの「注意」と、2 ヲ国間関係を踏まえてからの「注意」は、保護法

---

<sup>68</sup> *Ibid.*

益、および根拠の構成などが異なるはずである。

国家の注意が自国領域内に向けたものなのか、対外的な法益に向けられた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。

よって以下、この点について具体的な記述に即して分析を加えていく。

Vattelによる *Le Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle, appliqués à la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains* の Livre I は、国家それ自体(De la Nation considérée en elle-même)を、Livre II では、他者との関係で考える国家(De la Nation considérée dans ses relations avec les autres)扱っている。また Livre III では戦争法(De la Guerre)を、Livre IV では平和の回復および大使(Du rétablissement de la Paix, & de s Ambassades)を扱っている。

### (1-a) Livre I

Livre I、すなわち1ヵ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、以下のようになっている。

まず第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。

具体的に第19節では、

Par une conséquence bien évidente de ce qui vient d' être dit, une Nation doit éviter avec soin & autant qu'il lui est possible, tout ce qui pourroit causer sa destruction, ou celle de l'Etat, qui est la même chose. (下線部筆者加筆)<sup>69</sup>

および第22節では、

Une Nation doit donc aussi prévenir & éviter soigneusement tout ce qui peut nuire à la perfection & à celle de son état, ou retarder les progrès de l'une & de l'autre. (下線部筆者加筆)<sup>70</sup>

のようなかたちで、それぞれ注意の概念と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。

第19節では「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

---

<sup>69</sup> *Ibid*, p. 26.

<sup>70</sup> *Ibid*, p. 28.

てのものを、避けねばならない(*doit éviter*)」とされ、第 22 節では「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(*doit...prévenir & éviter soigneusement*)」とされる。このことから、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。

ここで語られる「注意」については、第 1 に損害の回避義務あるいは拒絶の義務に向けられたものであり、何かしら自国民への注意の結果、能動的・積極的措置を課す文脈にはない点が留意される。

第 2 に、独立した注意の義務として語られるのではなく、ある義務に対して向けられる誠実性の程度を表すために「注意深く」という用語が使われている点が指摘される。たとえば第 19 節には「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(*doit éviter*)」と述べられているが、当節の主題は自国へ破滅をもたらしうる事態の回避義務であり、「注意深く」および「可能な限り(*autant qu'il lui est possible*)」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 3 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す漠然とした「事態」が対象となっている<sup>71</sup>。

第 3 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)を損なう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。

すなわち、

Concluons encore, de même que nous l'avons fait ci-dessus par rapport à la conservation de l'Etat (§ 18.), qu'une Nation a droit à toutes les choses, sans lesquelles elle ne peut se perfectionner elle-même & son état, ni prévenir & détourner tout ce qui est contraire à cette double perfection(下線筆者加筆)<sup>72</sup>.

との通り、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。

---

<sup>71</sup> 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」とであると Robert Ago が説明している点が参照される。；湯山智之『前掲書(二)』(注 45) 55 頁。

<sup>72</sup> *Supra* note 64, (Vattel, Vol.1), p. 28.

このほか Livre I 中では、国内に向けられる「注意」義務について第 30 節が述べている。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。すなわち、

La Nation doit donc veiller sans relâche à les faire également respecter & de ceux qui gouvernent, du Peuple destiné à obéir<sup>73</sup>.(…) La Nation doit constamment les réprimer avec tout la vigueur & la vigilance que demande l'importance du sujet(下線筆者加筆)<sup>74</sup>.

彼によれば、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」。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。

まず指摘できる点として、第 30 節での「注意」概念は、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表現されている点である。前者を先ほど一次規則と表現したのは、動詞に注意を表す用語が表れたからだけではなく、明らかに単なる程度の表現ではなく、「注意すること」じたいを国家に求めているからである。

第 2 に、第 30 節では初めて注意の客体が具体的に示されている。すなわち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。

ここでの注意義務がそれぞれ能動的・積極的措置を国家に求めているのかについては不明確である。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、Livre I 第 19 節と同様である。

### (1-b) Livre II

さて次の Livre II の中では、他国との関係で考える国家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<sup>75</sup>ため、(i-1)でいう「2 国間関係を踏まえてからの」「注意」概念を検討することができる。

Livre II の Chapitre II では他国との通商関係が説明されており、その第 33 節において、国家が通商を独占できる状況について説明される。

以下では、第 33 節に登場する「注意」概念について概観する。すなわち、

---

<sup>73</sup> *Ibid*, p. 33.

<sup>74</sup> *Ibid*, pp. 33-34.

<sup>75</sup> 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留意されうる。国家は域内外国人のある行為の許容や許可の権利を持ち、域内の外国人が有する権利が説明される。



(…)Mais s'il étoit question de choses nécessaires á la vie, & que le Monopoleur voulût les porter à un prix excessif ; les autres Nations seroient autorisées par le soin de leur propre salut, & pour l' avantage de la Société humaine, à se réunir pour mettre à la raison un acide oppresseur(下線部筆者加筆)<sup>76</sup>.

Vattelによれば、独占資本家(Monopoleur)が過剰な価格を提示して生活に必須の問題が生じる場合、その[貿易の]相手方となる国家は、自国の平穩への憂慮(le soin)によって、および人間社会の美点(avantage)のため、良識ある態度を辛辣な独占者(oppresseur)に取り戻させることを認められるとされる。

ここでの「注意」概念は、憂慮(le soin)という概念によって表現されている。

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、注意の客体は具体的に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。

Chapitre V では、国家間の正義に服することに関して説明がなされており、ここでも注意の概念が登場する。

すなわち、Chapitre V の第 64 節においては、

Toutes les Nations sont donc étroitement obligées à cultiver la Justice entr'elles, à l'observer scrupuleusement, à s'abstenir avec soin de tout ce qui peut y donner atteinte(下線部筆者加筆)<sup>77</sup>.

とされる。ここでは、全ての国家は、互いに正義を啓発(cultivate justice)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) Livre III

また戦争法を扱う Livre III では、Chapitre III 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

---

<sup>76</sup> *Supra* note (Vattel, Vol.1), p. 281.

<sup>77</sup> *Ibid*, p. 306.

ている。すなわち、

(…)Pour cet effet, tout la Nations doivent être sur-tout attentives à ne point souffrir qu'il s'aggrandisse par la voie des armes : Et elles peuvent toujours le faire avec justice(下線部筆者加筆)<sup>78</sup>.

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大化することで、自らの首を絞めぬよう「とりわけ注意せねばならない(doivent être sur-tout attentives)」旨が説明される。

このような勢力均衡の文脈では、法規範としての位置づ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。

Chapitre VIII 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 154 節では、自国の市民および兵士の解放について述べられている。

そこでは、

(…)Si l'on ne peut délivrer les prisonniers pendant la guerre, au moins faut-il, s'il est possible, stipuler leur Liberté dans le Traité de paix. C'est un soin, que l'Etat doit à ceux qui se sont exposés pour lui<sup>79</sup>.

「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」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。

こんにち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)を「注意」概念とすると、この構造は以下のように説明される。すなわち、

---

<sup>78</sup> 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.

<sup>79</sup> *Ibid*, p. 123.

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。

まず、ここで注意(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想定である。管轄と紐帯という枠組みから考えれば、ここでは自国領土を超えて、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ことが指摘できる。

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が考察されている。ここでは、

*L'intérêt & la sûreté de ceux qui commandent, exigent qu'ils apportent tous leurs soins à empêcher l'introduction de semblables pratiques, bien loin de l'autoriser*<sup>80</sup>.

として、「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、あらゆる注意を払うことを要求している」と説明されている。

本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。ここでは「あらゆる注意(tous leurs soins)」という語句が示しているとおおり、注意が水準として機能していることが見て取れる。よって本節における注意の概念は、国家の防止義務を履行する上での誠実性の程度を表しているものと指摘される。

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、Libre II 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。しかし、Livre I 第30節のように、具体的な対象となる人間が想定されているわけでもない点を読み取れる。

同じく Livre III Chapitre X、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。

*Il faut respecter, dans l'usage des Stratagèmes, non-seulement la soi qui est duë à l'ennemi, mais encore les droits de l'humanité, & prendre garde de ne point faire des choses, dont l'introduction seroit préjudiciable au Gentre-humain*<sup>81</sup>.

すなわち、「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」。

---

<sup>80</sup> *Ibid*, p. 128.

<sup>81</sup> *Ibid*, p. 151.

ここでの「注意」概念を一次規則と捉えるか一定の防止義務履行の誠実性の程度を表したもののなかを判断するのは難しい。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ものの防止を行う注意義務である。対して防止義務の履行の誠実性の程度を表したものと捉えるならば、ここでの「注意」概念は「注意して～する」義務の表現と同様ということになる。前者ならば防止のための積極的措置が別途想定される余地があり、後者ならば有害となりうる事態の防止ができない場面が想定されていると解釈される。

第 2 にここでの注意の客体は、戦時における漠然とした事態であり、具体的な事態あるいは人物が想定されているわけではない。

具体的な事態を想定しない一般的な注意の概念が使用されている例として、君主の性質について言及する節が参考となる。

たとえば、「平和の回復および大使」と題された Livre IV の Chapitre II 「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。

#### (1-d) Livre IV

「平和の回復および大使」と題された Livre IV の Chapitre II 「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。

このなかでは、

*Quoique l'Etat ait confié en général à la prudence de son Conducteur, le soin de résoudre la Guerre & la Paix ; il peut avoir borné ses pouvoirs, sur bien des choses, par les Loix fondamentales<sup>82</sup>.*

のように、「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」と説明がなされる。

ここでは、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、

---

<sup>82</sup> *Ibid*, p. 255.

(…)Au reste, si l'Etat doit, autant qu'il se peut, délivrer le moindre des Citoyens, qui a perdu sa Liberté pour la Cause publique, à plus forte raison est-il tenu de cette obligation envers son Souverain, envers ce Conducteur, dont les soins, les veilles & les travaux font consacrés au bonheur & au salut communs<sup>83</sup>.

と述べる。ここでは「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り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」と述べられている。

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。

## (2) Vattel の記述の分析

(2)では、はじめに述べた仮説を元にして、さきに概観した Vattel の記述を検証する。

まず、1 ヶ国のみで成立する主権概念における「相当の注意義務」は、自国を主語として捉えられるものであり、いわゆる排他的な領域主権を及ぼすことに重要な意味は与えられていないという仮説について、以下のように分析が可能である。

Livre I は国家それ自体を扱ったものであるので、ここでの記述は「1 ヶ国のみで成立する、他国の存在を必要としない「注意」概念」として扱ってよいものと考えられる。

それでは Livre I 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」という記述は、どのように評価されるか。

とりわけここでは、「破滅に至りうるすべてのもの」あるいは「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が問題となる。

この点を説明しているのが Livre I, Chapitre II の結論部である第 25 節である。

第 25 節では、Chapitre II 中に述べられた自国の完全性を維持するための義務を遂行するため、「国家は自国を知らねばならない(doit se connoître elle-même)」と題される。そしてその内容では、

Observons enfin, pour terminer ce Chapitre, qu'une Nation doit se connoître elle-même.

---

<sup>83</sup> Ibid, p. 261.

(…) Sans cette connoissance, une Nation se conduit au hazard ; elle prend souvent les plus fausses mesures : Elle croit agir avec beaucoup de sagesse, en imitant la conduite des Peuples réputés habiles, & ne s'apperoit pas que tel règlement, telle pratique, salutaire à une Nation, est souvent pernicieuse à une autre. Chaque chose doit être conduite suivant sa nature : Les Peuples ne peuvent être bien gouvernés, si l'on ne se règle sur leur caractère ; & pour cela, il faut connoître ce caractère<sup>84</sup>.

すなわち、「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、国家は自国を知ら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。」と説明される。

第 25 節の以上の記述からは、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という点には注意が必要である。

続いて「2 国間関係を踏まえてからの「相当の注意義務」は、君主が良き統治を行うという文脈で、対外的な振る舞いが国内に及ぼす影響を鑑み、対外的な振る舞いが君主の良識から生ずる注意義務に含まれるようになる」という仮説について、以下のように分析が可能である。

Livre II 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分けて論じているため、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、Livre II, Chapitre II の第 33 節で述べられた「[[自国の]平穩に対する憂慮(soin)」という概念、および Livre II, Chapitre V, 第 64 節において述べられる「互いに正義を啓発し、誠実に遵守し、これに違

---

<sup>84</sup> *Supra* note 64(Vattel, Vol.1), p. 30.

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。

Chapitre II 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。

Chapitre V 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向けられている点で 2 ヶ国間関係ではないものの、少なくとも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的に述べられている。

また戦時における法において述べた Livre III では、Chapitre III、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 Chapitre VIII 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 Chapitre X 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。

Chapitre III、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。

Chapitre VIII、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ことが述べられる。

そして第 178 節でも、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「注意しなければならない」と述べられている点にお

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が述べられている。

続いて Livre IV における君主の注意義務についての言及では、Chapitre II、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」ことが述べられている。

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、Livre II から IV を概観した結果として、「2 国間関係を踏まえてからの「相当の注意義務」は、君主が良き統治を行うという文脈で、対外的な振る舞いが国内に及ぼす影響を鑑み、対外的な振る舞いが君主の良識から生ずる注意義務に含まれるようになる」という仮説について、「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 Livre IV 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 Livre II の第 64 節、Livre III 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から、全国家に対して課せられる注意義務も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が確認できる。

## 第 2 款 小括

以上をまとめると、以下のようなになる。

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 つに分類されうる。

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かは、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(国内における平穏、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ヵ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はないが、国家の様々な注意義務を導くうえ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が、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。

## 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<sup>85</sup>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世紀に著名な著作を残した論者から、Jean-Louis Klüber, Johann Caspar Bluntschli, John Westlake, Jeremy Bentham, 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) Jeremy Bentham

Jeremy Bentham<sup>86</sup>は、*Principles of International Law* と題されたエッセイにおいて、国際法上の理論、および国家の権利義務について述べている。

Benthamの特徴は、まず国際法が各国にとってどのような目的となっているのかについて類型している点である。Benthamはまず、「同じような経験を繰り返すことによって、諸国家は、社会において、諸個人がすでに認識しているような、(他国からの抵抗が生じないような)最低限のラインを見出そうとするか、あるいは、少なくとも発見している。この最低限のラインが、総体として、すべての国に共通で最大の効用」なのである、と述べてい

---

<sup>85</sup> *Supra* note 59, (Lesaffer), p.434.

<sup>86</sup> Jeremy Bentham, "Principles of International Law", in *The Works of Jeremy Bentham*. Vol. II, Published under the superintendence of John Bowring (Edinburgh, 1839).

る<sup>87</sup>。

このような、「すべての国家に共通で最大の効用」、すなわち国際法の目的(object)<sup>88</sup>を、Bentham は以下の4つから説明している。第1に、自国の福利(well-being)にとって適切である場合を除いて、他の国家に損害を生じさせないこと。第2に、自国の福利にとって適切である場合を除いて、他国に対して最大限可能な善行を尽くすこと。第3に、諸外国全ての福利にとって適切である場合を除いて、他国から被害を受けないこと。第4に、諸外国にとっての考慮がなされる場合を除いて、他の諸外国から可能な限りの利益を享受すること<sup>89</sup>。

そしてこれら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。そこで、Bentham は、戦時における第5の目的を設定している。すなわち、戦時において、求められている善の獲得と両立するような、最小限の邪悪が生み出されるような取り決めを行うこと、である<sup>90</sup>。

Bentham は、このなかの第3および第4の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語っている。すなわち、

As to the third and fourth objects, it is scarcely necessary to insist on them : — nations, as well as men, sovereigns as well as individuals, pay sufficient attention to their own interests — there is scarcely any need to seek to lead them to it<sup>91</sup>.

のように、彼は「国家は人と同じように、主権者は個人と同じように、自らの利益に対して十分な注意を払う」と述べられている。「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描かれている<sup>92</sup>ものの、その権利義務の考え方は、徳(virtue)や信義誠実(de bonne foi)といった道徳的価値観として語られる<sup>93</sup>。

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、「すべての国家に共通で最大の効用」、すなわち国際法の4つの目的(object)で述べられるように、自国と他

---

<sup>87</sup> 戒能通弘「ベンサムにおける国際正義論」『同志社法学』第57巻第1号(2005年)、76頁。; *See, Ibid*, p. 538.

<sup>88</sup> 同上、76頁。

<sup>89</sup> *Supra* note 86, (Bentham), p. 538.

<sup>90</sup> *Id.*

<sup>91</sup> *Ibid*, p. 539.

<sup>92</sup> *Id.*

<sup>93</sup> *Id.*

国との利害関係から国際法規範を導いている。

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、おそらくそれは固有の性質である。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。

## (2) Henry Wheaton

本節では、Wheaton の教科書である *Elements of International Law*<sup>94</sup>において、Wheaton がどのように国際法上の注意義務を捉えていたのかについて概観する。

検討に移るまえに、*Elements of International Law* の 1866 年版(第 8 版)の歴史的位置づけを確認しておく。Wheaton は、Bentham の著作に影響を受けたことを理由として、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。体系書として、学説の検討、実行が含まれており、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 Bentham の *Essay* よりも豊富な議論がなされている。さきの Vattel や、後述の Klüber も、本書で引用されている論者の一部である。

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<sup>95</sup>、と述べている。国際法の定義については、「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*)の間でに存在する社会の性質から演繹するところの行動規範<sup>96</sup>」と説明される。

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*)の判例を引用する場合に *diligence* の用語が使用されている。

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)における第 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における Sir W. Scott の意見が引用されており、ここで注意義務概念が登場する。

Sir W. Scott then notices the constant current of decisions in the British Courts of Prize, where the rule had been rigidly enforced in cases where acts of Parliament had, on different occasions, been made to relax the Navigation Law, and other revenue acts; (⋯) where cargoes had been laden before the war, but the parties had not used all possible diligence to

---

<sup>94</sup> Henry Wheaton, *Elements of International Law*, «the Classics of International Law» (James Brown Scott, ed.), (Oxford Clarendon Press, 1936), (The Literal reproduction of the edition of 1866).

<sup>95</sup> *Ibid*, p. 15.

<sup>96</sup> *Ibid*, p. 20.

countermand the voyage, after the first notice of hostilities<sup>97</sup>.

すなわち、「積荷が戦争勃発前に積まれており、戦争行為の通知がなされた後で、当事者らが航行を中止するにあたって全ての可能な注意(all possible diligence)を払っていなかった場合」などに、イギリスの捕獲審判所は航海法を寛大に適用してきた、と Sir W. Scott が述べている。そしてこのように敵方との通商が原則的に禁止されるという規範は、「これが、この卓越した市民[Sir W. Scott]によれば、この規則のもとで欧州の公法および様々な国家の国内法が敵方とのあらゆる通商を禁止してきたところの一般原則である」と説明される<sup>98</sup>。

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、

So, also, where goods were purchased some time before the war, by the agent of an American citizen in Great Britain, but not shipped until nearly a year after the declaration of hostilities, they were pronounced liable to confiscation. Supposing a citizen had a right, on the breaking out of hostilities, to withdraw from the enemy's country his property, purchased before the war, (on which the Court gave no opinion,) such right must be exercised with due diligence, and within a reasonable time after a knowledge of hostilities.

「同様に、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、これらは収用の対象となりやすい。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」とされる箇所において、相当の注意(due diligence)概念が登場することが確認できる。

捕獲審判所およびアメリカの国内裁判所の判決を除くと、Wheaton の独自の記述に diligence の用語は登場しない。そして care の用語は、法規範に関連する文脈では使用されていない。

唯一第 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が、その中で「注意」概念を用いた解説がなされている。すなわち、

---

<sup>97</sup> *Ibid*, p. 332.

<sup>98</sup> *Ibid*, p. 333.

(…) Bynkershoek states it to be "the duty of neutrals to be every way careful not to interfere in the war, and to do equal and exact justice to both parties. *Bello se non interponant*, "that is to say, "as to what relates to the war, let them not prefer one party to the other, and this is the only proper conduct for neutrals<sup>99</sup>.(…)

「どのような場合においても、戦争に干渉しないよう注意することであり、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」という部分において、注意して一定の行為を控える義務として「注意」概念が説明されている。

以上を踏まえると、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に依拠している。

この点につき、まず国家の「注意」概念も含むものとして説明されるのは、中立義務 Bynkershoek の引用のみであり、そのほかの捕獲審判所および国内裁判所で述べられる「注意」概念の主体は、交易を行う私人であることが指摘できる。

また第 2 に、「注意」概念の客体は積荷や航行に関する判断であり、開戦の通知がこの義務としての注意を行使する際に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、国際法の教科書において重要な事例とされていたという事実が確認できる。Elements of International Law での Bynkershoek の引用からも分かる通り、中立義務と注意の概念は大陸法系諸国において知られていたが、それが diligence という概念と結びつけられたのは、捕獲審判所や国内裁判所の判例であった。

### (3) 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<sup>100</sup>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<sup>101</sup>の内容は、次

---

<sup>99</sup> *Ibid*, p. 427.

<sup>100</sup> Westlake, *Chapters on the principles of International Law*, (Cambridge, 1894).

<sup>101</sup> Westlake, *International Law, second edition, Part 1* (Cambridge, 1910).; Westlake, *International Law, second edition, Part 2* (Cambridge, 1913).

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」概念が説明されるが、「(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に、適切な注意(due care)をもって作成されねばならない<sup>102)</sup>」のように、一応注意義務としての書かれ方がしているものの、国際法の内容として述べられてはいない。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、注意義務の文脈で使用されてはいない<sup>103)</sup>。

ほかに自己保存権(rights of self-preservation)に関して述べた Chapter VIII の、「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。

当節では、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<sup>104)</sup>」が、「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<sup>105)</sup>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、すなわち、

(…)But the threatened attack on Canada by citizens of the United States, for whom their country was responsible, was sufficient, even had there been no negligence on the part of their government, to constitute the fault which, in conjunction with the emergency, justified the act<sup>106)</sup>.

「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、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」と説明がなされる。ここで

---

<sup>102)</sup> *Supra* note 100 (Westlake, 1894), p. 79.

<sup>103)</sup> 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.

<sup>104)</sup> 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.

<sup>105)</sup> *Ibid*, p. 115.

<sup>106)</sup> *Ibid*, p. 117.

はカナダの宗主国であるイギリスが、カナダの自己保存権についての責任を問われている。注意を及ぼすべき客体はここでは主権の及ぶ領域外における船舶である点が指摘される。

なお本書における他の部分において、国家に義務として課せられる「注意」概念は読み取れない。

ただし義務として断言できないものの、国家とその注意の客体が想定されるものが、Chapter X の「東インド会社および会社一般」と題された節において見出すことができる。

ここでは、まず国家と国家が設立した会社との関係が説明され、そこでは「設立された会社は、その存在および権限に責任のある(owe)政府あるいは法律のための国家の創造物であって、仮に外国と関係させる目的で当該会社が設立されたというとき、これを設立した国家は、その創造物の行為に対する責任から逃れることはできない」と説明される<sup>107</sup>。したがって国家はこのような会社の行為について責任を負うのであるが、その文脈において、

In framing the constitution of the company care may or may not have been taken that its members or its directors shall be subjects of the state which grants the incorporation, but that does not matter<sup>108</sup>.

「会社の構造を枠づけるにあたって、その構成員あるいは指導者が、設立を許容した国家の支配下におかれるべきという点に注意を払ってきたか否かというのは、問題ではない」という部分で、国家が会社の人物に対して支配を及ぼすという点に考慮を与えるという概念について、「care」という注意の概念が登場する。義務の概念として登場しているとは断言できないが、ここでは国家の支配下に会社を置くという行為に対する、国家の注意が「care」概念として使用されている。

さらに次の 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、

But let war break out between two powers, and the whole non-belligerent world is at once related to that war as neutral, its political and commercial interests are affected by the views entertained about the mutual rights and duties of neutrals and belligerents, incidents occur which oblige even the remotest state to act on some view about those rights and duties, and a general vigilance is aroused not only as to the observance but even as to the shaping of the rules on the subject<sup>109</sup>.

「しかし、戦争が二つの勢力の間に生じ、非交戦国全体がいちど中立国としてその戦争に

---

<sup>107</sup> *Ibid*, p. 191.

<sup>108</sup> *Ibid*, pp. 191-192.

<sup>109</sup> *Ibid*, pp. 232-233.

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関して生じる見解によって影響を受ける。武力紛争の発生は、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対する見解により行動を義務付ける。そして、一般的な用心が、遵守だけではなくて、臣民に対する規則の形成に関しても生じる」と説明される。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、「一般的な用心(vigilance)」が生じると述べられる。

この「一般的な用心」は、中立国が主体であり、かつ規則遵守と臣民に対する規則の形成が客体となっていることが指摘される。さらにここでの「用心」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理解できる。

本著 *Chapters of International Law*(1894)では、国際法の法源として捕獲審判所その他の判例が含まれる<sup>110</sup>とされているものの、前述の Wheaton の引用で登場した *The Hoop* 判決、および *St. Lawrence* 判決についての言及はない。

加えて本著においては、法的な概念としての注意義務(違反)への言及は統一されておらず、用語および「注意」概念の内容は様々である。記述の多くが戦争法と中立義務に割かれているにもかかわらず、国家と私人と「注意」概念が理論的に結びつけられているとは言い難い。

東インド会社に関する言及の中で、国営会社が半統治機構として見なされ、かつ国営会社の親となる国家がこれに責任を負う旨が明示されている点では、国家が国外で活動する国営企業の行為に対する管理義務の文脈で、「注意を払う」という概念が既に登場していることが指摘される。ただし、Westlake の見解では、国家が国営企業の行為に注意を払うことが問題なのではなく、国家が技術的な支配主体として国営会社を設立したという事実が、責任の根拠となるという、一種の厳格責任の立場をとっている<sup>111</sup>。

## 第2款 独仏圏の論者による「注意」概念(19世紀)

前節では、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、「相当の注意(due diligence)」が学術用語として成立しており、国際法の教科書ではこれを中立義務の文脈で述べていたことが判明した。一方で、「相当の注意(due diligence)」という用語を学術用語として使用してはいないものの、中立義務の文脈であるかないかを問わず、国家が一定の場面で注意を行う義務について記述されていたことも確認された。

本節では、独・仏圏の論者による国際法上の注意義務概念について論ずる。

19世紀の独・仏圏の論者として、ここでは Jean-Louis Klüber, Johann Caspar Bluntschli を扱う。

---

<sup>110</sup> *Ibid*, p. 83.

<sup>111</sup> *Ibid*, p. 192.



(1) Jean-Louis Klüber

本節では、Jean-Louis Klüber の *Droit des gens moderne de l'Europe* (1831)<sup>112</sup> における国家の注意義務概念を分析していく。

本書は一般原則と前置きが述べられる序章、および第1編「一般的な、とりわけ欧州における国家」、第2編「欧州諸国間の法(権利)」で構成されている。出版年がアメリカの南北戦争前であることから、*Droit des gens moderne de l'Europe* では、いわゆる英米圏の捕獲審判所および事例の研究はなされていない。

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<sup>113</sup>。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<sup>114</sup>という。

この*Droit des gens moderne de l'Europe*における諸国民の法は上述の概念に従って分類され、欧州諸国間<sup>115</sup>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 absolus 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。

このような中での「注意」概念は、まず第1編において、国家一般における性質を説明す

---

<sup>112</sup> Klüber, *Droit des gens moderne de l'Europe*, Tome I&II, (Paris, 1831).

<sup>113</sup> *Ibid*, p. 1. (TOME I)

<sup>114</sup> *Id.*

<sup>115</sup> 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、バード、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、トスカーナ、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・レージョ・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、リューベック)、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)

る文脈で捉えられる。すなわち、

§ 20 Définition et origine de l'état.

U[N] certain nombre d'hommes et de familles qui, s'étant réunis dans un pays et y ayant fixé leur demeure, s'associent et se soumettent à un chef commun, dans l'intention de veiller ensemble à la sûreté de tous, forment un *état*.(…) Ils portent aussi le nom de *nation*.<sup>116</sup>

のように、「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(veiller)意図のもとで共同し、かつその共同体の長(un chef commun)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」という文脈のもとで、国家というものの性質として、何らかのものから自らの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 *Le Droit des Gens* 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。自ら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ということは、第 20 節のこのあとの部分において示されている。すなわち、

(…)L'état ne prend son origine que dans cette même convention expresse ou tacite (…), motivée par le besoin d'une alliance de sûreté<sup>117</sup>.

のように説明される。

第 2 編の第 2 部では、最高監督権(Inspection suprême)について述べた節において、以下のように述べられている。

§ 53 (…)[la indépendance] appartient à chaque état, dans le gouvernement ou exercice de son pouvoir, c'est-à-dire des droits de souveraineté intérieure, dans toute l'étendue de son territoire, et sur tous ses sujets. Il appartient par conséquent à tout état le droit d'inspection suprême, qui veille sur tout ce qui peut influencer sur son but général. Cette attention doit précéder chaque disposition ou règlement, et veiller à leur exécution<sup>118</sup>. (…)(下線筆者加筆)

---

<sup>116</sup> *Ibid*, p. 32. (TOME I)

<sup>117</sup> *Id.*

<sup>118</sup> *Ibid*, pp. 87-88. (TOME I)

「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)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」とされる文であるが、ここでも「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、同様に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」と題された章では、以下のように述べられている。

#### § 166. Droit de négociier.

L'intérêt de l'état exige, de temps à autre, d'entrer en négociation avec d'autres états, non-seulement pour préparer et conclure des traités , mais aussi pour veiller aux rapports légaux , conventionoels et politiques qui subsistent entre eux. Le droit de l'état pour de semblables négociations est fondé dans son indépendance (…)<sup>119</sup>.

ここでは、「国家利益は、常に、条約の準備および締結のためだけでなく、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(veiller)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」と説明されている。

ただし、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<sup>120</sup>」、「ほかでもない自国のために存在する権利<sup>121</sup>」であると説明されることから、他国のためになにがしかの義務を負うという性質ではないことが指摘される。

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

すなわち、

---

<sup>119</sup> *Ibid*, p. 292. (TOME I)

<sup>120</sup> *Ibid*, p. 78. (TOME I)

<sup>121</sup> *Id.*

§ 237.

(…) *Le but d'une guerre juste doit donc consister à obtenir réparation des torts qu'on a éprouvés, à se défendre ou à veiller à sa sûreté, supposé que ces vues ne puissent être accomplies d'aucune autre manière*<sup>122</sup>.

ここでは「正当な戦争の目的は、他の方法では[以下の]目的が達成不可能であると仮定し、人々が被った損害の賠償を獲得する、および自国の平穩のために自衛し、これを確保する(veiller à)ことになければならない」と説明がなされており、「自国の平穩を確保する」という点において注意の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」概念は戦争開始の違法性阻却要件のなかに位置づけられるため、国家間関係が無視できる文脈ではない。

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」概念が登場している。第 281 節「完全・限定的、一般・特別な中立」では、以下のように述べられている。

§ 281. Neutralité entières et limites, générale et partiells.

(…) L'état qui veut conserver une entière neutralité doit observer, dans tout ce qui a rapport à la guerre, absolument la même conduite vis-à-vis chacune des puissances belligérantes. Ce n'est qu'alors qu'il , peut exiger à son tour qu'elles reconnaissent et respectent, toutes également, ses droits parfaits de neutralité<sup>123</sup>.(下線筆者加筆)

このように、「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」と説明される。

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、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にすぎなかったが、ここでの「注意」概念は中立義務の一部としての一次規則として説明されていることがわかる。

さらに Klüber は、完全な中立が破られた状態としての限定的な中立の概念について、先

---

<sup>122</sup> *Ibid*, p. 11. (TOME II)

<sup>123</sup> *Ibid*, pp. 82-83. (TOME II)

ほどの引用部のすぐ後に以下のような説明を行っている。

(…)*Il en est autrement s'il n'observe qu'une neutralité limitée, en favorisant l'une des parties belligérantes, étant obligé p. e. par des traités antérieurs (…)* de lui prêter secours, de donner un corps de troupes auxiliaires ou des subsides, de céder une place forte ou un port, de permettre dans son territoire le passage des troupes ou l'enrôlement, de fournir des munitions de guerre, etc<sup>124</sup>.

「仮に、交戦団体に好意的であるところの限定的な中立さえ確認したならば、彼はこのかわりに、たとえば先行条約を通じて、交戦団体へ援助を提供したり、援軍あるいは補助金を提供したり、砦あるいは港となる場所を提供したり、自国領域内において軍隊の通過あるいは徴用を許可したり、戦争の手段を提供することとなる」という説明がなされているのであるが、論旨から、ここで列挙されている事柄はそのまま上述の中立にあたって注意すべき事柄であると考えられる。

よって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。

本書では捕獲審判所およびアメリカの国内裁判所の判例は登場しないものの、中立義務と「注意」概念が明示的に記されていることが確認される。

Klüber について指摘できるのは、その「注意」概念の内容が、自国領域内にのみその注意が注がれているという意味において、ほぼ Vattel が考察したものから大きく発展してはいないということである。

ただし「注意」概念が、「国家が自国国内についての監督権」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 とは異なり、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」概念を導くことに成功している。

また一方では、中立義務概念と関係して、明示的に一次規則のかたちで「注意」概念を用いている点である。ただし、用語の定式化あるいは統一はされておらず、専門用語としての使用はされていない点が指摘される。

## (2) Johann Caspar Bluntschli

Johann Caspar Bluntschli の *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staten* (1872)<sup>125</sup>で

---

<sup>124</sup> *Ibid*, p. 83. (TOME II)

<sup>125</sup> Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staten*, (Nördlingen, 1872).

は、先に検討した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登場し、中立法に対してアメリカの南北戦争が大きな影響を与えたことが記述されている<sup>126</sup>。

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、まず国際法についての概説が序論においてなされ、序論で触れら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。

序論には既に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つけられる。この序論のなかで、後の章で詳述はされるものの中立法および「注意」概念についての記述がなされている。

たとえば、

(…) Der letzte Bürgerkrieg in den Vereinigten Staaten hat freilich den Glauben an die Wirksamkeit dieser Neutralitätsgesetze einiger Massen geschwächt. Die Vereinigten Staaten beklagten sich darüber, dass England nicht sorgfältig und nicht entschieden genug die Begünstigung der Südstaten verhindert und durch Lieferung von englischen Schiffen die räuberischen Kreuzer ausgerüstet habe, welche die Meere unsicher machten<sup>127</sup>.(下線筆者加筆)

「ただし、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いる。アメリカ合衆国は以下のように申し立てを行った。イギリスは、南部の支援を注意深くかつ十分に阻止しなかったことに加え、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」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述べられている。

「注意」概念については、まさにワシントン条約に基づいて行われた仲裁裁判例が念頭に置かれている。

ここでの「注意」概念、すなわち「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章でより詳細に行われている。

このなかの「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、まず中立義務は

763.

---

<sup>126</sup> *Ibid*, p. 50.

<sup>127</sup> *Id.*

Der neutrale Stat darf nicht bloss selber keine Kriegsschiffe einer Kriegspartei liefern; er ist auch verpflichtet, in guter Treue darüber zu wachen und es zu verhindern, dass nicht auf seinem Gebiete durch Privatpersonen Kriegsschiffe für eine Kriegspartei ausgerüstet und derselben überliefert werden<sup>128</sup>. (下線筆者加筆)

のように、「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(in guter Treue) 監視を行い(wachen)、防止(verhindern)を行わなければならない」と説明される。

この記述では、たとえば注意(Sorgfalt)という言葉や注意深く(sorgfältig)という程度の表現をせずに、監視(wachen)や誠実に(in guter Treue)という用語が使用されている。

ただし第 763 節ではこのほかに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り、これをみていくと、「2. 早くもアメリカ合衆国北部の 1794 年の中立法第 3 条には、“船舶を装備および武装した者、あるいは、船舶が、平時においてアメリカ合衆国と取引する他国への敵対行為に使用する目的で、外国のために装備および武装されるように取り計らった(dafür sorgen)“あらゆる人物について刑罰を定める項目が含まれている。これらの法律は、アメリカの港において、英国と戦争状態にあったフランスのために巡洋艦が装備されたことで、イギリス政府がこれに対して中立違反であるとして不服を申し立てたことを受け、ワシントン将軍の指令のもとで立法された。アメリカ合衆国政府はこの不服は正当なものであると弁明し、この中立法が中立維持のためにさらなる保証を生むだろうとした<sup>129</sup>」という説明がされたあと、

Der englische Minister Canning berief sich später auf das amerikanische Vorbild, um seinen Landsleuten eine ebenso sorgfältige Beachtung der Neutralitätspflicht zu empfehlen. Das englische Gesetz von 1819 enthält ein ähnliches Verbot<sup>130</sup>. (下線筆者加筆)

「のちにイギリス宰相 Canning は、中立義務の入念な注意(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、同様の禁止令を含むものであった」と説明されている。

したがって、この第 763 節の冒頭で説明された中立義務、すなわち監視義務および防止義務が、ここでは「入念な注意(sorgfältige Beachtung)」と言い換えられていることがわか

---

<sup>128</sup> *Ibid*, p. 423.

<sup>129</sup> *Id.*

<sup>130</sup> *Id.*

る。

この「入念な注意」の文脈は、明確に他国の利益が考慮されたうえで、注意の客体が自国の国民であることが確認される。またこの注意は、第 763 節冒頭で説明される監視義務および防止義務を言い換えた一次規則であるといえる。

さらにこの第 763 節では、続いてアラバマ号事件に関する言及がなされている。

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 原則もこの中で言及されており、以下のように訳されている。以降の分析のために英語原文を対照させながら引用すると、

„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 cruize 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 cruize 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.

第 1 項では、原文が「(…)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)」とされている。

このワシントン 3 原則が、先に説明された中立義務と「注意」概念との関係を表している点、そして、一次規則ではなく、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のは明確である。

一方で着目されるのは、「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、別の言い回しが採用されている点であり、このことは第 3 項からも確認される。

第 3 項では「相当の注意の行使 (to exercise due diligence)」の文が、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、中立義務と注意義務の関係について、国家が及ぼすべき注意の程度を包括的に捉えている。この時点においては、彼が英米法圏の専門用語に対して関心が高かったわけでも、あるいは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」概念に与えていたわけでもないことが読み取れる。

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<sup>131</sup>ではアラバマ号事件を含めた仲裁裁判所の判決について説明がなされるが、そこでは「相当の注意 (due diligence)」の該当箇所「必要とされる注意 (erforderlichen Sorgfalt)」という語句が充てられている。

戦時の中立義務に関連しては、アラバマ号事件判決の文脈から離れても「注意」概念が使用されている。第 824 節では、中立国が交戦国との交易船に、禁制品の輸送船ではない旨の保証を与えた場合の扱いについて記述されている<sup>132</sup>。その中で、1800 年の北欧武装中立国が表明したという原則の内容が示されている。

S'il arrive que le commandant du vaisseau ou des vaisseaux de la puissance en guerre, ayant examiné les papiers trouvés à bord, et ayant interrogé le maître et l'équipage du vaisseau, (…)  
[L]e navire marchand sera amené tout de suite au port le plus proche et le plus convenable

---

<sup>131</sup> *Ibid*, p. 436.

<sup>132</sup> *Ibid*, p. 460.

appartenant à la puissance belligérante, et la recherche ultérieure sera conduite avec toute la diligence possible<sup>133</sup>.(下線筆者加筆)

ここでは「戦時において(…)[交戦]勢力の船舶あるいは船舶の司令官が航行許可証を検査する、および、船舶の持ち主および乗組員の取り調べを行う場合、(…)商船はただちに、最も近い港まで、あるいは、交戦勢力に属する最も適切な港まで勾引される。また、その後の調査は、あらゆる可能な注意(*toute la diligence possible*)を持って行われる」と述べられる。

臨検が行われる際には諸国は注意を払うことが宣言されている文脈であるが、ここで注意を払う主体とされているのは船舶の司令官であり、注意の客体は船舶である。

ここでの「注意」概念は一次規則ではなく、調査を行うにあたっての誠実性の程度を表現した文章であることが指摘される。

また同じく中立義務に関して、国内の捕獲審判所について述べた段の第 848 節では、以下のような「注意」概念に言及されている。すなわち、

Ergibt sich die Sache als unzweifelhaft, so kann sofort gesprochen werden. Insbesondere ist, wenn eine Freisprechung erfolgen muss, diese ohne Verzug auszusprechen. Früher nahm man es mit den Verurteilungen ziemlich leicht. Die neuere Ausbildung des Rechts fordert hier ein sorgfältigeres Verfahren, sich gehörig zu vertheidigen<sup>134</sup>.(下線筆者加筆)

「明らかな証拠が存在する場合、ただちに判決を下すことが可能である。とりわけ、無罪判決が下されるとき、それは遅滞なく判示されねばならない。昔は、非常に安易に有罪判決が下されていた。新しい法の形成には、適切な防御が[中立国へ]与えられるために、注意深い(*sorgfältig*)手続きを要求しているのである」と述べられている。

ここで、国内の捕獲審判所に関連した手続きを創設するという国家の義務が言及されている。「注意深く(*sorgfältig*)」という「注意」概念は、手続きの創設義務に対する国家の義務履行の誠実性の程度が表明されている。

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されている。

個人的な公使の権利義務に関して述べた第 225 節では、

---

<sup>133</sup> *Ibid*, p. 462.

<sup>134</sup> *Ibid*, p. 475.

225. Der Gesante ist verpflichtet, die Selbständigkeit und Ehre des States, bei welchem er beglaubigt ist, sorgfältig zu achten<sup>135</sup>.(下線筆者加筆)

「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よう、公使は義務付けられている」と説明されている。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述べられている。

Die Ausdehnung der Consulatsgeschäfte wird manchenorts so gross, dass die Thätigkeit eines ganzen Mannes erfordert wird und die Nation hat ein so grosses Interesse, die Rechte ihrer Angehörigen im Auslande sorgfältig und unparteiisch gewahrt und umsichtig geschützt zu wissen(…)<sup>136</sup>.

「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、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」のように述べられる。

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」概念が紹介されている。

国際法上の義務づけられる、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、注意の概念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が述べられている<sup>137</sup>。この文脈において、

Eben desshalb erfordert die Rechtspflege bei völkerrechtlichen Beschwerden eine ganz besondere Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit und ist es ganz zweckmässig, entweder durch die Gerichtsorganisation selber dafür zu sorgen, dass nur solche Behörden urtheilen, für deren Kenntniss des Völkerrechts und für deren redlichen Willen, dasselbe zu beachten, besondere Garantien vorhanden sind, oder doch die ordentlichen Gerichte auf diese schwere Pflichtübung und die eigentümliche Gefahr der statlichen Verantwortlichkeit besonders

---

<sup>135</sup> *Ibid*, p. 149.

<sup>136</sup> *Ibid*, p. 157.

<sup>137</sup> *Ibid*, p. 262.

aufmerksam zu machen, beziehungsweise sie anzuweisen, sich mit der Repräsentativgewalt des States ins Einvernehmen zu setzen<sup>138</sup>.(下線筆者加筆)

「ゆえにまさしく、国際法上の請求に関わる司法機関は、完全な特別の注意(ganz besondere Sorgfalt)および良心を必要とする。そして裁判機関が自身を通じて、そのような機関が判断すること、国際法の承知、および誠実な意思に対して配慮すること(zu sorgen)、同じく注意すること(zu beachten)、とりわけ保証がなされること、あるいは、通常裁判所にこの重大な義務履行および国家責任特有の危険を気づかせること、ないしはこれを示すこと、国家を代表する権力との合意の上でこれが行われること、これらのことは全く目的に適っている」という。

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「完全な特別の注意(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、ここでは他国との関係において国際法上の義務違反が問われる部分ではあるものの、注意の客体は自国の裁判所である。

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義務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の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」概念に統一的な用語表現は与えられていない。しかしながら、単なる事例紹介の一部ではなく、一定の場面において「注意」概念が必要とされることを理論的に説明される傾向が読み取れる。

### (3) 小括

以上、英米およびドイツ、フランス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、まず中立法とその他の概念とで扱いが異なる。

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、

---

<sup>138</sup> *Id.*

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<sup>139</sup>。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<sup>140</sup>。

一方で具体的な行為に対して「注意」概念による説明が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)」を払うかについて記述されていたり、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説明がなされたり、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)」が問われていたり、また別の箇所において、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)」が生じる、と説明されていたりする。

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。

著作の記述以外にも、Bluntschli が引用した、1800 年の北欧武装中立国の宣言では、「あらゆる可能な注意 (toute la diligence possible)」をもって交戦勢力の船舶へ臨検を行うことが述べられているし、アラバマ号事件判決においては、「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こと、が述べられている。

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。また、たとえば中立義務の一般的な言及に「注意」概念が込められているから、具体的な事例において「注意」概念が使用されている、といったような論理的な整合性があるわけでもない点が指摘される。

その他の法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述べられたものに多く登場する。とりわけ、仏独圏の論者がこれを

---

<sup>139</sup> *Supra* note 94, (Wheaton), p. 427.

<sup>140</sup> *Supra* note 112, (Klüber, TOME II), pp. 82-83.

示している傾向がある。

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。

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」とされる。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(veille)」最高監督権が導かれる、と説明を行っている。

Bluntschliによると、国際法上の請求に関わる司法機関は「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目的合理的である。この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ことが合理的であるとされている。

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の概念には一定の共通性を見出すことができる。すなわち、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。

なお一方で、「注意」概念の性質については様々であり、危機回避義務を遂行するにあたっての「注意」概念のように、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といえる。

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」なものも指しているのではないことも指摘される<sup>141</sup>。

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、注意義務の潮流は、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つが大きな潮流として確認される。

---

<sup>141</sup> この点は、なお現在においても、「人権義務の国内履行に関する注意義務が『結果の義務』である」という論点として機能している。

ただしこのような「注意」概念に理論的な枠組みが与えられるまでには、20世紀を待つ必要がある。

### 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に組み込まれていく。しかしながらILCの法典編纂作業の外では、さらに様々な文脈において、「注意」概念を用いたアプローチがなされている。以下では、20世紀の論者ごとに、「注意」概念をどのような文脈で用いているかにつき、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)<sup>142</sup>および Vol. 2(1906年)<sup>143</sup>を検討対象とする。

Vol. 1では平時における法が扱われている。国家責任に関する章も設けられており、私人行為に対する責任についてはOppenheim独特の代位責任(vicarious responsibility)が説明されているが、ここに「注意」概念による説明はなされていない。

Vol.1における「注意」概念は、第1に、公海における捜索(Search)に関する節において使用されている。本節は、「公海」と題された第2部第2章に含まれており、公海ではすべての軍艦は商船に対して一定の権限を有しているとされ<sup>144</sup>、船舶に対して行われる各種の手続きの実施について記述されている。

すなわち以下のように、

§ 269, How Search is effected.

(…) The search must take place in an orderly way, and no damage must be done to the cargo. If the search proves everything to be in order, the searchers have carefully to replace everything removed, a memorandum of the search is to be made in the log-book, and the

---

<sup>142</sup> Oppenheim, *International Law; A Treatise*. Vol. I, (London, 1905).

<sup>143</sup> Oppenheim, *International Law; A Treatise*. Vol. II, (London, 1906).

<sup>144</sup> *Supra* note 142, (Oppenheim, Vol.I), p. 315.

searched vessel is to be allowed to proceed on her course<sup>145</sup>.(下線筆者加筆)

「この搜索は規則に従って行われなければならない、かつ貨物に対して損害が与えられてはならない。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。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」との説明がなされている。ここでは、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」概念が国際法上の概念として使用されているのかについては判断しにくい部分であるが、少なくとも国際法上の国家の権利を執行する上で、実施手続きを行うところの私人に対して要求される行為基準が示されている。

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、

#### § 382. Miscellaneous Functions.

Negotiation, observation, and protection tasks common to all diplomatic envoys of every State. But a State may order its permanent envoys to perform other tasks, such as the registration of deaths, births, and marriages of subjects of the home State, legalisation of their signatures, making out of passports for them, and the like. But 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. (下線筆者加筆)

「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。しかしながら、国家は自国の使節に対してその他の任務を命ずることもできる。たとえば、自国民の死亡、出生、婚姻の登録、署名の公認、パスポートの作成など。しかし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」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」概念が示されている。

注意を行うのは国家であり、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。

以上のように、平時における法を扱う Vol.1 は、「注意」概念を使用しているものの、国家責任に関する文脈では登場しない。加えて、国家による管理を示す文脈以外にも、搜索の例のように、国家の権利を執行する職員についても「注意」概念が使用されている。

---

<sup>145</sup> *Ibid*, p. 323.



次に Vol. 2(1906 年)では、紛争解決および戦争法、中立法について記述されている。

Vol.2 においても、Vol. 1 で触れたような搜索の際の「注意」概念が言及されている。

「中立」について書かれた第 3 部の、「Visitation, Capture, and Trial of Neutral Vessels」と題された第 6 章の臨検(Visitation)について述べた部分において、以下のように言及されている。

#### § 421 Search

Search is effected by one or two officers, and eventually a few men, in presence of the master of the vessel. Care must be taken not to damage the vessel or the cargo, and no force whatever must be applied<sup>146</sup>. (下線部筆者加筆)

のように、「搜索は、1 あるいは 2 人の職員、最終的に船舶の船長の立会いのもと、複数の人間によって遂行されねばならない。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」とされる。職員が注意する内容は Vol.1 と異なるものの、船舶の搜索に関する手続きが定められている点に違いはない。

ここでは Vol.1 と同様に、国際法上の権利執行を担う職員の行動基準が「注意」概念によって表現されている。

続いて Vol.2 では、中立義務に関連して「注意」概念が検討される。

Vol.2 の第 3 部は中立について分析するが、その第 1 章「中立法一般」における第 292 節では、T.E. Holland 教授によって提起された議論および解決のためのリストが紹介されている<sup>147</sup>。このリストは、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ものである。このリストの第 4 番目は以下のように、

(…) (4) To prevent, with more care than has hitherto been customary, the exportation of supplies, especially of coal, to belligerent fleets at sea?<sup>148</sup>(下線部筆者加筆)

「[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(with more care)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? ]」とされている。ここでは、高度の注意(with more care)という用語で中立義務が説明されている。「注意」概念の客体は自国の私人による輸出活動である。

---

<sup>146</sup> *Supra* note 143, (Oppenheim, Vol.II), p. 463.

<sup>147</sup> *Ibid*, p. 314.

<sup>148</sup> *Ibid*, p. 315.

さらにリストの第5番目においても、

(5) By what specific precautions must a neutral prevent abuse of the " asylum " afforded by its ports to belligerent ships of war<sup>149</sup> ? (下線部筆者加筆)

「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自国の港において生じる、“避難所”違反を防止しなければならないか？」とされている。ここでも、「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。

全部で16あるリスト中、「注意」概念が使用されているのはこの2つのみであり、「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。

さらに同じ第3部、第2章「中立国と交戦国との関係」、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が行われている。

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考察を加えている。

すなわち、

The arbitrators put a construction upon the term due diligence and asserted other opinions in their decision which are very much contested and to which Great Britain never consented<sup>150</sup>.

「仲裁裁判官は、「相当の注意」という用語について解釈を行い、非常に論争となった、かつ英国が決して同意を与えなかった、という、判決とは別の意見も主張した」として、当該「相当の注意(due diligence)」という用語について、イギリスとアメリカ政府の間に解釈の不一致があった旨を指摘している。

また同部同章の「中立義務違反」を扱う部分において、第363節が同じく「相当の注意(due diligence)」に解説を行っている。

すなわち、

#### § 363. Negligence on the parts of Neutrals.

Apart from intentional violations of neutrality, a neutral can be made responsible only for such acts favouring or damaging a belligerent as he could have prevented with due diligence, and has been culpably negligent in his omission to prevent. It is by no means the

---

<sup>149</sup> *Id.*

<sup>150</sup> *Ibid*, p. 360.

obligation of a neutral to prevent such acts under all circumstances and conditions<sup>151</sup>. (下線部筆者加筆)

「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、および防止について、不作為による有責な過失(culpably negligent)があったことを理由として、中立国は、交戦国を益す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、中立義務なのでは決してない」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、

「現実にはそれは不可能なのであって、かつ、中立国が大きければ大きいほど、すなわち国境線が拡大するほど、それは不可能になっていく。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する限りにおいて、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ブ仲裁裁判所を通じて、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<sup>152</sup>」と分析している。

Oppenheim は上述のように、「相当の注意」という語句について「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」と解説を加えている。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。

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。

---

<sup>151</sup> *Ibid*, p. 393.

<sup>152</sup> *Id.*

ただし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。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、国際法上の概念と国内法の概念との相剋であった点も着目される。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, Part1&2 の第 2 版(1910 年、1913 年)<sup>153</sup>を検討対象とする。それぞれ、International Law Part I は Peace と副題がついており、その名の通り平時の法が扱われており、International Law Part II は War と題されており、その名の通り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、積極的に分析する記述はみられなかった。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 International Law では、とりわけ Part2 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、Part1 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。

本書における「注意」概念は、due diligence、vigilance、precaution、care、take care の語句で説明されている。

### (2-a) Part 1, Peace

平時における法について「注意」概念が説明されるのは、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、すなわち船舶の拿捕に関する分析がなされている部分である。

---

<sup>153</sup> *Supra* note 101, (Westlake, 1910).; (Westlake, 1913). 初版の出版年はそれぞれ 1904 年、1907 年。

Westlake はまず以下のように、

(…) But even if the law of contraband could be considered as based on principle and not as a compromise between belligerents and neutrals, the analogy would break down in that belligerents have no right to restrict by way of precaution the navigation of vessels not carrying contraband<sup>154</sup>.(下線部筆者加筆)

ここでは「しかしたとえ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るとしても、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捜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ため、破綻してしまう」と説明がなされている。

引用部は、自衛権が、外国船旗を掲げた船舶を領海外で阻害することへ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)について検討される部分である。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 卿の論文について引用がなされている。すなわち以下のように、

(…) "Although the commander of a ship of war should not seek out or invite political refugees, yet he ought not to turn away or give up any who may reach his ship and have obtained admittance on board. Such officer must of course take care that such refugees shall not carry on from on board his ship any political correspondence with their partisans on shore, and he ought to avail himself of the earliest opportunity to send them to some place of safety elsewhere." This correctly expresses the conduct which the navies of states internally free follow in their visits to foreign ports<sup>155</sup>.

「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

---

<sup>154</sup> *Ibid*, (Westlake, 1910), pp. 175-176.

<sup>155</sup> *Ibid*, pp. 268-269.

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」と説明されている。

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<sup>156</sup>」。

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<sup>157</sup>、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、以下のよう述べている。

The grounds on which money compensation to the families of the murdered Italians, and satisfaction to their government for the outrage by the punishment of the criminals, were due in the instance just cited were that good will and due diligence on the part of the local authorities would have prevented the occurrence, and that the necessary power in the federal courts would have ensured its punishment. But such grounds are often wanting when foreigners suffer in the course of disturbances beyond mere riots<sup>158</sup>.

「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]発生を防止しただろうということ、かつ、連邦裁判所において必要とされる権限が、処罰を確保しただ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」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。

---

<sup>156</sup> *Ibid*, p. 329.

<sup>157</sup> *Id*.

<sup>158</sup> *Ibid*, pp. 329-330.

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、この時点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

Part2<sup>159</sup>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章が中立立法に関する議論である。

また Part2 ではアラバマ号事件判決が取り上げられ、当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<sup>160</sup>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原則について、以下のように分析している。

ワシントン条約第6条の第1原則は以下のようであるが、

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 its 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.

自国領域内において、友好関係にある勢力に対して戦争を行う、あるいはこのために航行することが意図されていると信ずるに足る合理的な根拠があるところのあらゆる船舶の調達、武装あるいは移送を防止するために相当の注意を使用すること。；そして、上述のように、戦時において航行するあるいは戦争を行うことを意図するあらゆる船舶、全部または一部を、この管轄下において軍事目的の使用のために特別に改修されたこのような船舶を、自国の管轄下から出発させないよう防止するためにそのような注意を使用すること。

これに対して、

「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

---

<sup>159</sup> *Supra* note 101, (Westlake, 1913).

<sup>160</sup> 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.

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<sup>161</sup>」。

Westlake はこれに加えて、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)における、犯意の要件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、あらゆる者が領域内において、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ふ”意図をもって(with intent)”、重大な犯罪を遂行することが禁じられていた<sup>162</sup>し、かつ同法はあらゆる者が、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<sup>163</sup>。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)”<sup>164</sup>であったという。

ワシントン 3 原則のうち、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)<sup>165</sup>」の節で分析されている。

ワシントン 3 原則の第 2 および第 3 原則とは以下のような文言であるが、

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.

他者に対する軍事作戦の基地として、あるいは、人員の募集、兵站あるいは武器の改造あるいは強化の目的で自国の港あるいは内水を、双方の交戦国に対して許容あるいは許諾しないこと。

---

<sup>161</sup> *Ibid*, pp. 219-220.

<sup>162</sup> *Ibid*, p. 215.

<sup>163</sup> *Ibid*, pp. 215-216.

<sup>164</sup> *Ibid*, p. 216.

<sup>165</sup> *Ibid*, p. 221.



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.

自国の港および内水において、および自国の管轄下にある全ての人間に対して、以上の義務および責任の違反を防止するために、相当の注意を行使すること。

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<sup>166</sup>」

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、

The arbitrators on the Alabama cases based (…), so far as concerned negligence in preventing the building, equipment and armament of cruisers for the Confederate States, on the facts relative to three ships<sup>167</sup> : (…)

「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)と見なすにあたって、3 つの船舶に関する事実に依拠している (…)」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。

すなわち、「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)<sup>168</sup>(括弧内筆者加筆)」と述べたのち、

---

<sup>166</sup> *Ibid*, p. 222.

<sup>167</sup> *Ibid*, p. 226.

<sup>168</sup> *Id.*

The first of these canons must not be understood as carrying due diligence to a point at which it would be equivalent to insurance. It merely applies to the conduct of governments where the interests of others are concerned the maxim on which every one would act where his own interests were concerned, namely that the more important are the issues at stake the greater ought to be the care taken<sup>169</sup>。(下線部筆者加筆)

「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。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」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て注意が述べられる」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<sup>170</sup>」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<sup>171</sup>」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 の記述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、

「わたしは、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。わたしは、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

---

<sup>169</sup> *Id.*

<sup>170</sup> *Id.*

<sup>171</sup> *Id.*

裁裁判手続きにも付随するものである<sup>172)</sup>

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はなく(…)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<sup>173)</sup>

とも述べている。ここでは中立義務の定義のように、中立義務に関する理論に対する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。

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」と題された節において、事例を紹介している。

当該事例は日露戦争時、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、海上で破壊され、英国人水夫がウラジオストクへ移送され、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件について、英国およびアメリカ合衆国が、この件について、「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。

The destruction of a neutral prize is prohibited except if its preservation might compromise the security of the capturing ship or the success of its operations. The commander of the capturing ship must use the right of destruction with the greatest reserve, and must take care first to tranship the men and so far as possible the cargo, also in every case to preserve all the shipping documents (papiers de bord) and other elements necessary for an adjudication on the prize and for fixing the indemnities due to neutrals<sup>174)</sup>.

「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

---

<sup>172)</sup> *Ibid*, p. 227.

<sup>173)</sup> *Id*.

<sup>174)</sup> *Ibid*, p. 311.

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)」。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, Part1 および Part2 を概観した。Part2 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 Part2 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、国際法上の義務として「注意」概念が用いられてはいなかった。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 Part1, Part2 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<sup>175</sup>、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、Part1 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。Part1 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

---

<sup>175</sup> *Ibid*, p. 227.

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義務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)、第4版(1949年)、第5版(1955年)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<sup>176</sup>。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<sup>177</sup>。

Brierly は、まず裁判拒否の概念に対して「注意」概念を使用している。すなわち以下のような文脈において、

It is important, however, to distinguish two ways in which a state may incur liability for a denial of justice; it is *directly* responsible only for the acts of certain authorities in its service; for the act of persons other than these it is not responsible directly, but indirectly it may become so by neglecting some reasonable precaution which might have prevented the wrong, or by failing to provide proper machinery for redressing it. In the former case there is a wrongful act, in the latter a wrongful omission, which can be attributed to the state<sup>178</sup>.

「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」と説明される。

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

---

<sup>176</sup> *Supra* note 60, (Brierly, 1928), p. 35.

<sup>177</sup> *Ibid*, p. 62.

<sup>178</sup> *Ibid*, p. 140.

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、この間接的に負う責任の範囲について、

The indirect liability of a state for an injury for which it is not directly liable on the principles outlined above arises only if by the omission of some reasonable precaution or by the failure to provide means of legal redress after the event it can fairly be regarded as having to some extent made itself a party to the injurious act of an individual<sup>179</sup>.

以上のように、「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)と見なされうる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るのみ生じる」と説明されている。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の部分であるのだが、

‘The responsibility of a State is only involved by the commission in its territory of a political crime against the persons of foreigners if the State has neglected to take all reasonable measures for the prevention of the crime and the pursuit, arrest, and bringing to justice of the criminal. The recognized public character of a foreigner and the circumstances in which he is present in its territory, entail upon the State a corresponding duty of special vigilance on his behalf.’

「国家責任は、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、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が、国家に対して、付随的な特別な注意の義務(a corresponding

---

<sup>179</sup> *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。

duty of special vigilance)が課せられる」との部分引用されている。

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)<sup>180</sup>では、Brierlyが初版で採用していた間接責任の説明にも変化が生じている。

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<sup>181</sup>」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。

(…) Such act, however, may be an occasion out of which state responsibility may indirectly arise, but only if it is accompanied by circumstances which can be regarded as in some way, by complicity before or condonation after the event, making the state itself a party to the injurious act of the individual<sup>182</sup>.

「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)によるものだと見なされ得る状況下にあるときのみ」のように説明される。ここからもわかるとおり、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」概念による説明がなされている。このあと、「よってこのような事態において、まず問われる必要があるのは、国家は違法行為を防止すべきであったか否か、次に、法が求める救済措置が取られたか否か」であると述べたあと、

Thus where the injury in question would not have occurred if the state through its officers had been reasonably diligent, responsibility will be incurred. The standard of diligence

---

<sup>180</sup> J.L. Brierly, *The Law of Nations; an introduction to the international law of peace, fourth edition*, (Oxford at the clarendon press, 1949).

<sup>181</sup> *Ibid*, p. 215.

<sup>182</sup> *Ibid*, pp. 215-216.

naturally varies with circumstances<sup>183</sup>. (下線筆者加筆)

「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(the standard of diligence)は、当然に状況によって変化する」と説明される。

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<sup>183</sup>の裁定に関する記述についても、引用部は当然そのままながらも、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、

If there has been no failure of diligence on the part of the state in its preventive measures, it may still incur responsibility through the injurious act of a private individual, but only in the event of a denial of justice in the sense already discussed<sup>184</sup>.

「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」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版から軒並み「相当の注意(due diligence)」および「注意(diligence)」の用語が使用されるようになってきていることである。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、国際法学界に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。

## 第2款 独仏圏の論者による「注意」概念(20世紀)

英米圏の論者による「注意」概念の分析に引き続き、20世紀の独・仏圏の論者による「注

---

<sup>183</sup> *Ibid*, p. 216.

<sup>184</sup> *Ibid*, p. 217.



意」概念の変遷を探っていく。ここで扱う論者は、Gustaf Adolf Walz、Alfred Verdross、Viktor Bruns および Charles Rousseau である。

#### (1) Gustaf Adolf Walz

本節では、Walz の *Völkerrecht und Staatliches Recht* (1933 年)<sup>185</sup>を扱う。本書では Heinrich Triepel、Dionisio Anzilotti らの影響を受け、国法学との対比で国際法を捉え、国内法と国際法との関係を一体的に扱うことによって、法現象を体系的に理解しようとする手法が取られている。このような傾向は当時のドイツ国際法学、国法学の傾向とも重なる。

本書は第 1 部「国際法と国内法」、第 2 部「国際法のための国内法の保証機能 (Garantiefunktion)」とで構成される。

このなかで「注意」概念は、第 2 部において頻繁に使用されている。

第 2 部第 14 節「法技術の手法」では、第 2 部の概観が説明される。ここでは、国際法規を普遍的に実施するために、国内ではどのような機能によって保証がなされているのかについて論じられる<sup>186</sup>。この第 2 部の冒頭の節では、まず

(…) Während sonst innerhalb ein und derselben Rechtsordnung eben die hierarchische Normenzentralisierung für einen klaren Vorrang nach dem Ordnungsgesetz der Rangstufen Vorsorge trifft, so daß die Normenbefolgung innerhalb des Geltungsbereichs der einheitlichen Rechtsordnung (…) ziemlich sicher garantiert wird (…), fehlt es dem Völkerrecht gerade für den Bereich der von ihm normierten staatlichen Rechtsordnungen an einem entsprechend straff und durchgängig fungierenden Rechtssicherungsapparat<sup>187</sup>.

「(…)通常、[国内法の]法秩序の内部では、ヒエラルキー的な規範の集中化さえ個々の階層秩序法則にしたがい、明確に優先権に配慮(Vorsorge)がなされており、この結果として、規範遵守が(…) 法秩序の妥当領域の内部においては非常に確実に保証されている一方で、国際法には、国際法によって規格化された国内法秩序の専門領域に対する、相応に厳格でかつ一貫した、機能的な法的保証機関が存在していない」という部分にまず「注意」概念が表れる。

このような部分の「注意」概念は、国際法の国内的实施の文脈に関連してくる。法の階層性に対する配慮が語られているということで、注意を払う主体は抽象的な国家であると推察される。だがこの部分は具体的な権利義務に対して言及する文脈ではない。ただし、次に述べられるように、同じような場面を想定して国際法の実施確保措置が関連してくる場合、

---

<sup>185</sup> Gustaf Adolf Walz, *Völkerrecht und Staatliches Recht*, (Stuttgart, 1933).

<sup>186</sup> *Ibid*, p. 266.

<sup>187</sup> *Ibid*, p. 267.

現代的な注意義務との関係が明らかになってくる。

次のように「注意」概念が語られる場合、同じような「注意」概念がより国際法の文脈として登場する。

以下の文は第2部、第15節「客体」の冒頭部であるが、

(…) Da normalerweise das Völkerrecht im materiellen Sinn von den Staaten erst die Setzung besonderer staatsrechtlicher Ausführungsakte verlangt, und da der Staat mit der korrekten Setzung der vom Völkerrecht verlangten Normen und Akte sich für gewöhnlich seiner völkerrechtlichen Pflichten entledigt, so haben die meisten der modernen Kulturstaaten für die Schaffung besonderer staatsrechtlicher Vollzugssicherungen Sorge getragen<sup>188</sup>.

「通常、実際的な意味において、国際法は国家へまず特別な国内実施法を要求し、また、国家は国際法に要求された規則および法律を正確に制定することによって慣習的・国際法的な義務から解放されるため、近代的な文明国の多くは、特別な国内法による実施確保措置に配慮してきた(Sorge tragen)」と説明がなされる。

国際法の実施のために国内法を制定するという手法がここでは国際法上の義務履行確保措置として位置付けられており、かつその点に各国が「配慮(Sorge tragen)」してきた、という表現がなされている。

ただしこの文脈でもまだ、国際法上の義務として配慮が要求されているわけではない。国際法の実施のために国内法を制定すると国際法上の義務から解放されるので、実施確保措置に配慮することが一般的であった、と述べられているにすぎない。

次に、同じ第2部の第19節「その他の法制度：概要および要約」では、イギリス、アメリカ、ドイツ法以外の法制度についてまとめられている。

(…) Denn allenthalben handelt es sich bei der Durchführung unserer Völkerrechtssicherungstechnik um die vornehmsten Aufgaben der Souveränität. Aufgabe der Staatsrechtsordnungen ist es, mit ihren eigenen rechtlichen Mitteln für eine Anpassung an das für diese Staaten geltende Völkergewohnheitsrecht zu sorgen und auf diese Weise die rechtliche Kontinuität in der internationalen Rechtsorganisation wenigstens zu jenem Teile zu garantieren, der nach dem derzeitigen Zustand der internationalen Rechtsstruktur im Bereich aktueller Möglichkeit liegt<sup>189</sup>.

---

<sup>188</sup> *Ibid*, p. 274.

<sup>189</sup> *Ibid*, pp. 344-345

「よって至るところで、国際法確保手段の実施については、主権の最重要課題が問題となる。国内法秩序の課題は、自国に固有の法的手段をもって、その国に妥当する国際慣習法の適合性(Anpassung)について注意を払うこと(zu sorgen)、および、国際的な法機関における、少なくとも国際的な法構造のその時の状態に従って、その分野内において現実的な可能性が存在する部分について、法的連続性を確保することである」と説明がなされる。

すなわち当該文脈では、国家の主権行使に関連して、国際法の実施確保措置をとる際、国家は国内法と国際法の適合性(Anpassung)に注意を払うこと(zu sorgen)とされる。

ここでは、国際法上の義務履行に際して、国家が国内の事情を勘案しつつ確保措置をとらねばならないことが、「注意」概念にて説明されている。国家の注意の客体は、ここで新たに制定される国際法実施のための法律と、伝統的に国内に存在する慣習法との適合性である。

またこの次の段である、国際条約法(Völkerertragsrecht)について述べた段でも「注意」概念が登場する。

第20節「序論」の中で、以下のように「注意」概念が言及されている。国内における権力分立が国際法の実施に対する阻害要因となるという文脈において、

Aufgabe der Verfassung ist es, für die entsprechenden staatsrechtlichen Sicherungsmittel zur Verhütung solcher Konflikte zu sorgen<sup>190</sup>.

「憲法の課題は、このような抵触の防止のため、相応の国内法における確保手段について配慮すること(zu sorgen)である」と示されている。

ここでも国際義務の国内的実施の文脈で、国家が実施を確保するために「注意」概念が使用されている。

第20節以降では、第21節においてイギリス、第22節においてアメリカ、第23節においてドイツの国内条約実施制度が、それぞれ分析される。

第21節「イギリスの制度」では、条約の締結権限の文脈でイギリスの国内制度が評価されている。Walzは、君主の排他的な条約締結権について述べた文脈で、以下のように述べている。

Aber es darf nicht vergessen werden, daß die Krone nach wie vor allein (···) zum völkerrechtlichen Abschluß kompetent ist, daß es allein ihrem freien pflichtgemäßen Ermessen überlassen bleibt, sich der Zustimmung des Parlaments vor dem endgültigen Abschluß zu versichern und daß daraus erhebliche Konflikte zwischen englischem Staatsvertragsvölkerrecht und englischem Landesrecht erwachsen können, weil das englische

---

<sup>190</sup> *Ibid*, p. 348.

Staatsrecht insoweit nicht für eine obligatorisch automatische Anpassung seines Landesrechts an das Staatsvertragsrecht Sorge getragen hat<sup>191</sup>.

「しかし、君主が相変わらず(…)国際法の締結のために権限を与えられており、かつ、なお忠実な自由裁量が君主に残されていて、最終的な[条約]締結の前に議会の同意を確認すること、ここから、イギリスの国内法は、そのかぎりでは国家間条約法に沿った国内法の義務的な自動適合(automatische Anpassung)に配慮(Sorge tragen)してこなかったもので、イギリスの国際条約とイギリス国内法との間に多大な競合が生じうるといことが忘れられてはならない」と説明される。

ここでの配慮(Sorge tragen)としての「注意」概念は、国内制度の評価の話であり、義務として語られる文脈ではない。しかしながら、国際法の国内的实施の文脈において、国際法と国内法の競合を避けるための努力が「注意」概念によって説明されている点は着目されるべきである。

第 23 節「ドイツの制度」でも、同様の文脈で「注意」概念が説明される。

第 23 節では数カ所において「注意」概念が使用されており、たとえば、国際法とドイツライヒ法との関係を「一般に承認された国際法規は、ドイツライヒ法の拘束力ある構成要素として効力を有する<sup>192</sup>」と定めているワイマール憲法第 4 条について検討する部分では、

Denn nur für deren staatsrechtliche reibungslose Vollziehung soll ja Art. 4 Sorge tragen<sup>193</sup>.

「まさに第 4 条は、国内法における円滑な[国際法の]実施に、配慮している」と述べる箇所や、ほかに

(…)Darum haben zu allen Zeiten und bei allen Völkern durch das elastische Gefüge der Auslegungsregeln, die als entscheidendes Korrektiv einer starren Rechtsordnung fungieren und für stete Erneuerung des Rechtsguts Sorge tragen, neue praktische Bedürfnisse Eingang in das Rechtssystem gefunden, deren legale Anerkennung ohne solche entgegenkommende Formeln recht schwer gefallen wäre<sup>194</sup>.

---

<sup>191</sup> *Ibid*, p. 356.

<sup>192</sup> 訳について、西岡祝「ワイマール憲法第 4 条」『福岡大学法学論叢』第 19 巻第 2・3 号(1974 年)を参照。

<sup>193</sup> *Supra* note 185, (Walz), p. 390.

<sup>194</sup> *Ibid*, p. 405.

「それゆえ、いついかなる国家においても、固定的な法制度の決定的な調整要素 (Korrektiv)として機能し、かつ法益の絶え間ない変化にも注意を払う (Sorge tragen) といった、規範解釈のための弾性のある構造を通じて、そのように親和的な枠組みなしの法的な承認は当然に困難となるだろうという新たな実体的意義が、法制度の中に取り入れられねばならなかった」という説明においても、国内法制度がいかにあるべきかに対して「注意」概念が使用されている。

また、このあとにも、

(…) Es ist eine der vornehmsten Aufgaben dieser Arbeit, die Rechtstheorie in dieses Gebiet vorzutreiben und die wichtigen Rechtsnormen und Rechtsgrundsätze exakt zu systematisieren, die gewohnheitsrechtlich oder gesetzmäßig für eine möglichst reibungslose Völkerrechtvollzugssicherung durch das staatliche Recht sorgen<sup>195</sup>.

「この領域における法理論が開拓され、重要な法規範および法原則が正確に体系化されることが、国内法によって合慣習法的あるいは合法的に、最も円滑な国際法実施確保措置を確保する (sorgen) という任務の最も重要な課題である」として、ここでも実施確保のための措置に、確保する (sorgen) という「注意」概念を使用している。

第 23 節「ドイツの制度」のなかで説明される「注意」概念の記述は、国内において国際法を実施するための措置をとること自体に対して使用されているもの(1 番目および 3 番目)、および実施措置の内容に対して使用されているもの(2 番目)とに分かれている。

さらに、次の第 24 節「このような法制度の分析」では、以上の 3 種類の国内法制度についてまとめが行われている。

第 24 節においても、以上の文脈と同様に「注意」概念が使用されている。

すなわち、

Mit den untersuchten drei nationalen Rechtsordnungen haben wir drei verschiedene Typen der staatsrechtlichen Sicherung des Staatsvertragsvollzugs gewonnen. Diese drei Formen stellen aber keineswegs die einzigen in der Rechtswirklichkeit vorkommenden Typen dar. Diese ist überhaupt in der Ausbildung ihrer nationalen Völkerrechtssicherungstechnik grundsätzlich frei, sofern sie nur irgendwie für einen korrekten Vollzug der Staatsvertragspflichten Sorge trägt<sup>196</sup>.

「以上検討された 3 つの国内法秩序について、我々は、国家間条約の実施のための国内法

---

<sup>195</sup> *Ibid*, p. 406.

<sup>196</sup> *Ibid*, p. 407.

上の確保措置に3つの異なるタイプを確認した。これら3つの枠組みは、それぞれ固有の法環境において発生してきたタイプを表現している。そもそも、何らかの方法で、正確な国家間条約義務の実施を確保(Sorge tragen)している限りにおいて、その国家の国際法実施確保手段の形成は原則自由である」とされている。

ここでの「注意」概念は、条約義務の実施を確保する(Sorge tragen)と表現されている。この文の中では、実施確保措置のために、国内において具体的にどのような措置が取られるのかについては具体的な指定はなく、国家の裁量に任されている。

条約の締結の文脈から離れて、国内において、具体的に国家の機関がどのように国際法の実施措置を行うかについては、第2部第2章「国家当局および裁判所による国際法の適用」の中で触れられている。本章の初めの節である第25節「基本原則」では、

Sofern das Völkerrecht zu seiner staatlichen Vollziehung eines gewissen Grundbestandes staatsrechtlicher Rechtsnormen bedarf, die für eine reibungslose Setzung des vom Völkerrecht gebotenen völkerrechts gemäßen Landesrechts sorgen, ist es grundsätzlich Aufgabe der nationalen Rechtssysteme, für die Schaffung solcher Normen zu sorgen<sup>197</sup>.

「国際法がその国内実施のために、一定の国内法的な法規範の基本存在を必要とする場合、国際法によって示されるところの、国際法に妥当する国内法の円滑な制定を確保しなければ(sorgen)ならない。そしてそのような規範の創設に配慮する(sorgen)ことが、国内法制度の基本的な課題である」との言及がある。

ここでの「注意」概念は、いずれも国内法の制定に関連する文脈で記述されている。

以上、Walzの記述を参照し、触れられている「注意」概念について概観した。

本書のテーマが国際法と国内法との関係であることもあり、国際法の国内的実施の文脈で「注意」概念が使用されている。本書にもアラバマ号事件判決をはじめとした英米圏の判決が引用されている<sup>198</sup>ものの、中立義務の内容には一貫して触れられておらず、よって注意義務やその内容にも触れられていない。

本書における「注意」概念は、国際規範を国内法において実施するとき、国家がその実施について顧慮する、確保するという文脈で用いられていた。

当時のドイツ国内における議論を参照すると、ドイツライヒ裁判所では、国内法の欠缺を埋めるために国際慣習規則を適用するという実行が既に存在していた<sup>199</sup>ものの、その解釈については国法学界内で対立があった。すなわちこのような裁判所の先例が国内裁判所に

---

<sup>197</sup> *Ibid*, p. 425.

<sup>198</sup> *Ibid*, p. 210.

<sup>199</sup> 西岡祝「前掲論文」(注192)、21頁。

よる慣習法の直接適用の事例ととるのか、あるいは何らかの形でドイツ国内において承認プロセスを経たものの適用事例とみるのか否かという論争が巻き起こっており、たとえば本節での言及があったワイマール憲法の第4条においても、「一般に承認された国際法規」の解釈について同様の論争が行われている<sup>200</sup>。

国際法・国内法二元論をとる Walz は、ドイツ国内制度において、国際法を国内において妥当させるために立法が必要とされていることを確認し、国際法の実施措置を、国家が「確保(Sorge)」するという表現を用いている。

ここで留意されねばならないのは、第25節の言及のように、国際法上の義務履行のために確保措置をとることは一種の一次規則として語られている(「国内法の制定を(…)確保せねばならない(dürfen Sorge)」)一方で、確保措置の内容選択はこの時点で各国の自由裁量に任されている点である。だがこの自由裁量は一定の基準を満たさねばならないものであり、そのために既存の国内慣習法との整合性をとったり、法益変化への柔軟性を欠かないようにするといった基準が求められている記述となっている。

Walz の本書においては、国際法理論一般の視点から国際法および「注意」概念が検討されているわけではない。しかしながら、これまでの教科書にはない文脈で国際法と国家の「注意」概念を捉えている点が確認される。

## (2) Alfred Verdross

ここでは、Verdross が著した教科書である *Völkerrecht* の、第2版から第5版までの記述を検討する。それぞれの出版年は、第2版(1950年)、第3版(1955年)、第4版(1959年)、第5版(1964年)である。

Verdross は普遍的国際法、および強行規範という条約法上の技術を生み出したことについて特に顕著な功績を持つ<sup>201</sup>が、その他の義務の記述についても無関心であったわけではない。Verdross の理論的特徴としては、国家の権限から国際的義務を捉えている<sup>202</sup>点、および「権限」と「領域」を区別して論じているため、たとえば国家領域内において犯された不法行為に対する当局の責任が問われる場合の説明として、領域内で起きた事件であっても、

---

<sup>200</sup> 同上、258頁。

<sup>201</sup> Bruno Simma, “The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law”, *EJIL*, vol. 6, (1995), p.35.

<sup>202</sup> 彼は *Völkerrecht*(第5版)の中で、国家責任に関する過失責任説/客観責任説について記述しており、これらの立場に国際法上争いがあることを認めつつ、そのような立場を判例によって客観的に分析している。このような争いの解決のためには国際法上の法の一般原則が適用されるべきであり、そして、基本的に国際法上の責任は過失責任であるが、例外的に結果責任が適用されると述べている。See, Alfred Verdross, *Völkerrecht*, Fünfte Auflage, (Wien, 1964), p.379.

権限が及ばない場合は責任が発生しない、といった説明がなされる<sup>203</sup>点である。

これらを踏まえたうえで Verdross の「注意」概念に対する記述の変化を以下で検討していく。

まず、第 2 部「一般国際法」において、Verdross は第 A 章「国際法上の不法行為とその帰結」を扱う。この第 A 章の中の第 III 節「責任原則は過失責任か結果責任か？」において、「注意」概念に対する言及が着目される。

すなわち、第 5 版の言及と、第 2 版から第 4 版までの言及とに変化が生じている<sup>204</sup>。

該当部では、Schoen および Strupp の学説について言及している。

第 2 版から第 4 版では、

(…) Hingegen vertreten Schoen und Strupp die Meinung, daß in der Regel bei Handlungen der Grundsatz der Erfolgshaftung, bei Unterlassungen der Grundsatz der Schuldhaftung gelte<sup>205</sup>.

「これに対して、Schoen および Strupp は、行為に関しては結果責任が、不作為に関してこれらの不法行為に関して過失責任の原則が妥当するという考えに立つ」との記述がなされているのに対し、第 5 版では、該当部の記述が以下のように変化している。

(…) Hingegen vertreten SCHOEN und STRUPP die Meinung, daß in der Regel bei Handlungen der Grundsatz der Erfolgshaftung, bei Unterlassungen aber der Grundsatz der Schuldhaftung gelte, da bei diesen Delikten der Mangel einer pflichtgemäßen Aufmerksamkeit und Sorgfalt einen notwendigen Teil des Unrechtstatbestandes bildet<sup>206</sup>. (下線部筆者加筆)

「これに対して、SCHOEN および STRUPP は、これらの不法行為に関して、義務に適した注意および細心の注意の欠如は、不法行為成立の必須部分を構成するのであるから、通常、作為については結果責任原則が、不作為については過失責任原則が妥当するのである、という考えに立つ」。すなわち、下線で示した部分が第 5 版では加筆されている。

ここでは国家が、義務によって求められる注意を怠ったことが義務違反の必須部分であ

---

<sup>203</sup> *Ibid*, p.392.

<sup>204</sup> 章立て、および章や節の題名に、第 2 版から第 5 版まで変化はない。

<sup>205</sup> Alfred Verdross, *Völkerrecht*, Zweite Auflage, (Wien, 1950), p.284.; Alfred Verdross, *Völkerrecht*, Dritte Auflage, (Wien, 1955), p. 300.; Alfred Verdross, *Völkerrecht*, Vierte Auflage, (Wien, 1959), p. 299.

<sup>206</sup> *Supra* note 202, (Verdross, 1964), p. 377.



るとの表現がなされている。すなわち、作為および不作為による不法行為の区別だけではなく、注意の欠如という要素が国家責任の議論の中で地位を占めつつあったことが推察される。

また以下に示す部分においても、「注意」概念の文脈で第2版から第5版にかけて徐々に記述が変化している。

第2部「一般国際法」において、Verdrossは第B章「外国の過失に対する国家責任」を扱う。その第III節「その他の国際法主体に対する国家責任」の、「b) 通常对国家に対する責任<sup>207</sup>」と題された部分において、以下のように記されている。

第2版では、

Ein Staat haftet für Schäden, die in seinem räumlichen Geltungsbereich von einem anderen Staate den Staatsangehörigen dritter Staaten oder dritten Staaten selbst zugefügt wurden, grundsätzlich nicht.

「国家は他国の空間的な管轄内において第三国の国民、あるいは第三国そのものに加えられた損害に対して、原則的に責任を負わない」

Vielmehr finden auf solche Schäden die Regeln über die Verantwortung für die von Privatpersonen gesetzten Unrechtstatbestände analoge Anwendung. Der Staat ist daher nur verantwortlich, wenn es seine Organe unterlassen haben, die nach der Sachlage gebotenen und möglichen Maßnahmen zu ergreifen. So macht sich z.B. ein neutraler Staat verantwortlich, wenn er nicht alle ihm zur Verfügung stehenden Mittel anwendet, um zu verhindern, daß in seinen Gewässern ein Schiff eines Kriegführenden von anderen Staaten angegriffen wird<sup>208</sup>. (下線部筆者加筆)

「実際に、私人によってもたらされた不法状態に対する責任に対する規則が、このような損害に対しても類推的に適用される。国家は、その国家の機関がその状況に応じて、必要かつ入手可能な手段をとることを怠った場合、責任を負う。よってたとえば中立国は、自国の水域において、交戦国の船舶が他国から攻撃されるのを防止するため、自国の自由裁量に任されている手段を適用しなかった場合、責任を負う」と記述されている。

これが第4版になると下線で示した部分が変化し、

---

<sup>207</sup> ここで「通常国家(normalen Staat)」とならび検討されているのは、「従属国(abhängigen Staat)」および「国際組織(internationale Organisation)」である。

<sup>208</sup> *Supra* note 205, (Verdross, 1950), pp. 298-299.

Ein Staat haftet für Schäden, die in seinem räumlichen Geltungsbereich von einem anderen Staate den Staatsangehörigen dritter Staaten oder dritten Staaten selbst zugefügt wurden, grundsätzlich nicht.

「国家は他国の空間的な管轄権内において第三国の国民、あるいは第三国そのものに加えられた損害に対して、原則的に責任を負わない」

Nur ausnahmsweise ist der Territorialstaat verantwortlich, wenn es seine Organe unterlassen haben, die nach der Sachlage gebotenen und möglichen Maßnahmen zu ergreifen. So macht sich z. B. ein neutraler Staat verantwortlich, wenn er nicht alle ihm zur Verfügung stehenden Mittel anwendet, um zu verhindern, daß in seinen Gewässern ein Schiff eines Kriegführenden von anderen Staaten angegriffen wird. Ebenso ist ein Staat verantwortlich, wenn er nicht dafür sorgt, daß die Minen, die ein anderer Staat in seinem Küstenmeer gelegt hat, entfernt oder unschädlich gemacht werden<sup>209</sup>.

「ただし例外的に、その国家の機関がその状況に応じて、必要かつ入手可能な手段をとることを怠った場合、領域国は責任を負う。よってたとえば中立国は、自国の水域において、交戦国の船舶が他国から攻撃されるのを防止するため、自国の自由裁量に任されている手段を適用しなかった場合、責任を負う。同様に、他国が自国の領海に設置した機雷を、除去あるいは無力化させるために注意を払わなかった(nicht sorgen)場合も、国家は責任を負う」とされている。

以上のように第4版では、第2版の「私人に対する責任原則が類推適用される」という表現が削除され、他国および他国に対する責任の例外として、国家が領域内の事態について「必要かつ入手可能な手段」をとることを怠った場合に責任が発生する旨の記述が追加されている。また、さらに中立義務の例が1つ加えられ、機雷除去の例に関連して「注意を払う(sorgen)」という「注意」概念が使用されている。

さらに同じ部分について、第5版では以下のように記述が変更されている。

Ein Staat haftet für Schäden, die in seinem räumlichen Geltungsbereich von einem anderen Staate den Staatsangehörigen dritter Staaten oder dritten Staaten selbst zugefügt wurden, grundsätzlich nicht.

「国家は他国の空間的な管轄権内において第三国の国民、あるいは第三国そのものに加えられた損害に対して、原則的に責任を負わない」。

Nur ausnahmsweise ist der Territorialstaat verantwortlich, wenn es seine Organe

---

<sup>209</sup> *Supra* note 205, (Verdross, 1959), p. 312.

unterlassen haben, die nach der Sachlage gebotenen und möglichen Maßnahmen zu ergreifen. So macht sich z. B. ein neutraler Staat verantwortlich, wenn er nicht die nötige Sorgfalt (due diligence) aufgewendet hat, um zu verhindern, daß in seinen Gewässern ein Schiff eines Kriegführenden von anderen Staaten angegriffen wird. Ebenso ist ein Staat verantwortlich, wenn er nicht dafür sorgt, daß die Minen, die ein anderer Staat in seinem Küstenmeer gelegt hat, entfernt oder unschädlich gemacht werden<sup>210</sup>(下線部筆者加筆).

「ただし例外として、その国の機関がその状況に応じて必要かつ可能な措置をとることを怠った場合、その領域国が責任を負う。たとえば、その国の水域において他国によって交戦国の戦艦が攻撃されるのを防止するため、相当の注意(due diligence)を払うことを怠った場合、中立国は責任を負う。また、他国が自国の領海に設置した機雷を、除去あるいは無力化させるために注意を払わなかった場合も、国家は責任を負う」。

以上のように、第5版では、第2版では「必要かつ入手可能な手段をとること」、第4版では「自由裁量に任される手段を適用」することが、第5版において「相当の注意(nötige Sorgfalt, due diligence)を払うこと」に言い換えられている。

この記述の変化からは、国家責任論の中に「注意」概念が組み入れられるようになっただけでなく、はじめは国家機関の裁量行為(第2版)とされていたものが、「注意」概念によって説明されるようになり(第4版)、最後にこの概念に「相当の注意」という語句が充てられたという一連の流れが表現されている。

この部分で引用されている例は、おそらくアラバマ号事件仲裁判決(1872年)およびコルフ海峡事件 ICJ 判決(1949年)が想定されているが、Völkerrecht の第2版が出版された年には既に双方の判決が出されている。このことから、単なる中立義務から離れ、一般的な国家責任論の文脈において「相当の注意」概念が使用されることになるまでに1964年を待つ必要があったことが読み取れる。

ただし、この記述の直後に説明される、国家機関が領域内の外国法益を保護する義務については、既に第2版において以下のような記述がなされており、第5版まで維持されている。すなわち、

Schließlich ist ein Staat für die auf seinem Gebiete von exterritorialen Personen angerichteten Schäden nur verantwortlich, wenn es seine Organe unterlassen haben, für den nötigen Schutz dritter Staaten oder Staatsangehöriger zu sorgen. Dieser Pflicht wird aber Genüge geleistet, wenn der Staat jene Schritte unternimmt, die nach VR auch gegen Exterritoriale ergriffen werden dürfen<sup>211</sup>.

---

<sup>210</sup> *Supra* note 202, (Verdross, 1964), pp. 390-391.

<sup>211</sup> *Ibid*, p. 391.

「国家は最終的に、自国の領域内において、自国の機関が第三国あるいは第三国の国民に対して適切な保護のため注意を払うこと(zu sorgen)を怠った場合、領域外の人物によって引き起こされた損害に対して責任を負う。このような義務は、国家が国際法に従って、領域外[の人物]に対してとられねばならないあらゆる措置をとった場合にただしく履行される」とされている。

以上のように域内の外国法益に対して「適切な保護のために注意を払うこと」は、第2版から表現が変化していない。

さらに他の部分についても、「注意」概念について第2版から第5版までの記述の変化がみられる。

第2部「一般国際法」、第B章「外国の過失に対する国家責任」、その第IV節「私人による不法行為に対する責任」の中には、以下のように説明がなされている。

第5版では、

Es ist allgemein anerkannt, daß ein Staat für Unrechtstatbestände, die von Privatpersonen (Inländern oder Ausländern) gesetzt wurden, nicht haftet. Ebenso sicher ist es jedoch, daß ein Staat verantwortlich wird, wenn seine Organe jene Vorbeugungs- oder Verfolgungsmaßnahmen zu ergreifen unterlassen haben, die das VR zum Schutze fremder Staaten oder Staatsangehöriger vorschreibt.

「一般的に、国家は、私人の(国内あるいは国外の)犯した不法行為に対して、責任を負わないということが認識されている。ただし国際法が外国国家あるいは外国国民の保護を命じているところの国家当局が、予防措置あるいは訴追措置をとることを怠った場合、国家が責任を負うというのは確かである」。

Dieses verpflichtet aber die Staaten nicht absolut, die Beschädigung von Ausländern zu verhindern, sondern nur die nötige Aufmerksamkeit und Sorgfalt aufzuwenden, um solche Schädigungen hintanzuhalten oder um den Täter zu verfolgen<sup>212</sup>.

「これらは、諸国に対して、外国の損害を防止することを絶対的に義務付けるものではなく、むしろそのような損害を生じないようにする、あるいは犯人を訴追するため、相当の考慮および注意を払うことを、義務付けている」との記述がなされている。

だが、第2版から第4版では、下線部「Dieses verpflichtet aber die Staaten nicht absolut, die Beschädigung von Ausländern zu verhindern, sondern nur die nötige Aufmerksamkeit und Sorgfalt aufzuwenden, um solche Schädigungen hintanzuhalten oder um den Täter zu

---

<sup>212</sup> *Ibid*, p. 393.

verfolgen」の部分が存在しない。

第5版で加えられたこの記述には、「相当の考慮および注意(nötige Aufmerksamkeit und Sorgfalt)」として「注意」概念が登場する。

前述の第5版、第III節「その他の国際法主体に対する国家責任」の、「b) 通常の状態に対する責任」において言及された、「相当の注意(nötige Sorgfalt, due diligence)」の原文の表現を考慮すると、本節の「相当の考慮および注意」との類似点が見いだされる。

第5版において追加された句を除くと、私人による不法行為に対して、国家が一定の措置をとる義務があることまでは記述されているものの、措置の基準や内容については言及されていない。第5版においてはじめて、当該義務が損害の防止および訴追に対して「相当の考慮および注意」を払う義務であることが説明される。ここでの「注意」概念の客体は、事態の防止および外国人へ危害を加えた人物の訴追である。また、ここでの「注意」概念は、国家の義務履行への誠実性の程度が表現されたものであり、一次規則ではない。また、ここでは外国人への損害防止が「絶対的ではない」ということが示されるという意味において、「注意」概念を通じて一定の行為基準が示されている。

Verdross は以上の文脈以外にも、いわゆる外交的保護の文脈においてもまた「注意」概念を用いた説明を行っている。

該当部は第2部「一般国際法」、第D章「損害賠償」、その第III節「損害を受けた私人の国籍」の中では、まず「b) (...)」以下のことが結論される。[損害を受けた]私人が当時その国家の国民であったとき、既存の条約的枠組みによって相手方に責任を問うことができない場合、国際法主体は、国際法違反となる私人の損害に対して、損害賠償のみが要求できる<sup>213</sup>と説明がなされたあと、以下のように「注意」概念が用いられている。

Anders steht es natürlich, wenn durch die Tötung einer Person ein anderer Staat als der Heimatstaat des Verstorbenen in der Person eines seiner Angehörigen einen Vermögensschaden erlitten hat, da z. B. der Verstorbene für ihren Unterhalt zu sorgen verpflichtet war. In einem solchen Falle kann dieser Staat nach dem Hauptgrundsatz auch Schadenersatz fordern<sup>214</sup>.(下線筆者加筆)

「他方で、その私人の殺害を通じて、その故人の母国が、その被害者の母国として財産的損害を受ける場合、たとえば死者の生命に対して顧慮する(sorgen)義務がある、とされるのは当然のことである。このような事例において、この国家は基本原則に基づき、損害賠償を請求することができる」。

この一節は、第2版から第5版まで変化がない。ここでの「注意」概念は、国家にあらか

---

<sup>213</sup> *Ibid*, p. 407.

<sup>214</sup> *Ibid*, p. 408.

じめ何らかの措置をとることを求める文脈ではなく、自国民の損害に対して、損害賠償を他国へ求めるために裁量を行使することを求めるものである。ここでの「注意」概念の機能は、自国民に対して一定の関心を維持するという意味の一次規則のように記述されている。

以上、Verdross の記述を参照してきた。

Verdross は、第三国との関係で生ずる国際責任(たとえば中立義務)と、域内で私人行為による外国法益侵害から生ずる国際責任とを区別して論じている。私人との関係で生じる責任は、国家機関の行為に関する部分において「例外」として触れられる。すなわち国家機関の不法行為は、「そのような行為について国家は、その者が[国家の]命令下にあった場合、あるいは防止または処罰を怠ったことについて過失がある場合(schuldhafterweise zu verhindern oder zu bestrafen unterlassen hat)のいずれかにおいて、責任を負う<sup>215</sup>」とされている。

先に検討した記述によれば、Verdross は第三国との関係で生ずる国際責任、および域内で私人行為による外国法益侵害から生ずる国際責任、いずれの場合においても「注意」概念を使用した説明を行っている。またこれらの説明では、単なる国内的措置と権限の記述から、「相当の注意」などの「注意」概念による記述のかたちへと理論が発展しているのを見て取ることができる。

国際不法行為とされる行為そのものと結論の組み合わせは第 2 版から第 5 版までに変化しているわけではないことからみるに、Verdross の *Völkerrecht* では、まず責任理論に対してははじめから「注意」概念が使用されていたわけではなく、その記述方法が年々変化し、後発的に「相当の注意」などの専門性を持った「注意」概念による説明方法が構築されていったとみることができるだろう。

### (3) Charles Rousseau

ここでは、主に Charles Rousseau の *Droit International Public; Introduction et Sources* (Tome I)(1970 年)、および *droit international public, Onzième édition* (1987 年)を扱う。

Rousseau は、国際義務を国家の権限(*compétence*)によって説明しており、法の本質的機能が、権限の配分(*répartir*)および規制ならびにコントロールである<sup>216</sup>としたうえで、国際法もこの本質的問題の例外にはないという。

彼はさらに具体的に、国際法には(a)国家間における権限の決定(地理的活動範囲の決定)、(b)義務の決定(消極的義務および積極的義務)、(c)国際機構の権限の規制(国際連盟および国際連合)、の 3 つの機能があるとしてこれらを挙げ<sup>217</sup>、その中でも(b)の国際義務について

---

<sup>215</sup> *Ibid*, p. 380.

<sup>216</sup> Charles Rousseau, *Droit international public*, tome III, Les compétences, (Sirey, 1977), p. 1.

<sup>217</sup> ルソー『国際公法』(上)(柳原書店、1968 年)104 頁。 ; Charles Rousseau, *Droit*

は、国家が権限行使をする上で課せられるものであり、その結果、国家の自由裁量権に代わって、拘束された、制限付きの権限をもたらすものとされる<sup>218</sup>。

この点で Rousseau の義務概念を考えると、当然のごとく、国家の権限が存在しないところに国際義務は成立しない。それでは Rousseau がどのような点に国家の権限を認めているかという、(a)領域的権限、(b)人的権限、(c)国内公務に関する権限の三つである<sup>219</sup>。

序論および国際法の法源を扱う第 1 巻では、平等原則の文脈で「注意」概念が語られている。

彼は平等原則の役割を、まず万民法においては法の適用を抑制する(*atténuer*)手段、補完する(*compléter*)手段、退ける(*écarter*)手段の 3 つの役割を与えられる<sup>220</sup>と述べており、実定法では、*infra legem* に補正機能(*fonction correctrice*)、*praeter legem* に補足機能(*fonction supplétive*)、*contra legem* に除去機能(*fonction éliminatrice*)が認められるとしている。

Rousseau の平等原則に関連する事例として、内戦時に外国人が被った損害の賠償の事例を紹介し、これに対して分析を加えている<sup>221</sup>。この中では 1902-1903 年のベネズエラ混合委員会の判断が検討されており、これに対する分析の一部として、以下のような形で「注意」概念が登場する。

すなわち、

Parfois l'appel à l'équité a eu au contraire pour conséquence inattendue de faire rejeter la réclamation, soit que—l'insurrection ayant été préparée sur le territoire d'un Etat tiers (Colombie) — il ait paru contraire à l'équité d'imputer à l'Etat défendeur (Venezuela) un prétendu manque de diligence dans l'accomplissement de son devoir préventif (…)(下線部筆者加筆)

「時折、平等原則に関する言論は、ある主張を退けてしまうという予期せぬ帰結を避けるために使用される。—— 騒乱が第三国(コロンビア)の領域において準備されていた場合—— 被告国(ベネズエラ)に対し、その防止の義務の達成に関する注意(*diligence*)の欠如の主張を帰せるのは平等原則に反するように思える」と述べている。

Rousseau は、騒乱防止の義務の達成のために払われる「注意」概念に対して、「注意(*diligence*)の欠如」という表現がなされている。引用されている判例は、直接的に「注意」

---

*internationale public*, Onzième édition, (Daloz, 1987), p. 94.

<sup>218</sup> 同上(ルソー)、104 頁。 ; *Ibid*, p. 94.

<sup>219</sup> *Supra* note 216, (Rousseau, Tome III), p. 7.

<sup>220</sup> Charles Rousseau, *Droit internationale public*, tome I, Introduction et Sources, (Sirey, 1970), para. 324.

<sup>221</sup> *Ibid*, para. 328.

概念を説明するために引用されたものではないが、彼によれば「これらの混合委員会によって判示された複数の判決は、ベネズエラ内戦および騒乱の被害者になった外国人に対して、この件を規律する実定法に全く訴えることなく、もっぱら平等原則に基づいて補償金を認めた<sup>222</sup>」のであり、不法行為とその帰結を説明する文脈として考えられる。

ここでの「注意」概念で語られているのは、騒乱の防止義務を達成するために国家に求められる注意であり、ここで Rousseau は、このための注意が第三国にまで及ぼされねばならないという主張に対して疑問を呈している。

Droit international public, Onzième édition (1987)では、Rousseau がより詳細に「注意」概念に言及している。

とりわけ国家責任の概説、および国家責任を生じる具体例の文脈で詳しく説明がなされる。

ここでの具体例とは、①国家行為から発生する国家責任、②私人の行為に対する国家の義務、③内乱の際の国家責任の発生<sup>3</sup>の3つの文脈がある。このうち、②私人の行為に対する国家の義務は、さらに防止義務および禁遏義務に分類され、また③内乱の際の国家責任の発生は、損害の発生原因別に3つに分けられ説明される。具体例は小節ごとに分けられたものであり、必ずしも相互排他的な分類がされているわけではなく、様々な切り口から同じ事例を説明しているという形式である。このため、以下ではまず「国家責任の概説」、および具体例①②③の文脈を順に説明し、その後に Rousseau の見解の傾向についてまとめと分析を行う。

国家責任を概説する章において、Charles Rousseau は国家責任をやはり「権限」によって説明している。すなわち国家責任とは「権限行使についての制裁(sanction de l'exercice des compétences)」であるとしている。この点は、国家行為を権限行使と言い換えていることの特徴を除けば、現在の国家責任法の説明と異なるところはない<sup>223</sup>。

Rousseau は、国家責任理論につき「過失説」と「客観的責任説」に対してそれぞれ説明と批判を行っており、その中で過失と注意に関する説明を検討している。彼はこの中で「国際判例が国家の責任の基礎を不法行為が行われたという事実におかず、国家がそれを防ぐための措置をとったことを立証しなかったという状況」について、この状況のことを「『注意欠如』という観念(notion de *défaillance de diligence*)」であると説明する。

国家行為から生じる国家責任の例(司法行為)について。①国家行為のうち司法行為から生じる国家責任について、まず裁判拒否を例に挙げる。裁判拒否がなぜ国際責任を生ずるのかというと、国家は「その司法機構の組織について、ある程度の完全性、グラットストーンが「国際法の要求する通常の水準(le niveau ordinaire que requiert le droit international)」と呼

---

<sup>222</sup> *Ibid*, para. 328.

<sup>223</sup> 小寺彰『パラダイム国際法』(有斐閣、2004年)151頁。



んだもの、を欠くと、責任を負う<sup>224</sup>」のである。

そしてその適用の具体例の一つに、「外国人を殺害したものの訴追または逮捕についての注意欠如(*manque de diligence*)」が挙げられる<sup>225</sup>。その他の裁判拒否の事例はいくつか挙げられるものの、「注意欠如」の用語が用いられるのは外国人を殺害したものの訴追または逮捕の例のみである。

私人の行為による国家責任について。②私人の行為による国家責任においても、「相当の注意義務」が説明される。私人行為と国家責任の理解について、Rousseau は私人行為が国家責任を生じせしめるのではなく、国家がその本来の義務に違反したことによって生ずる、という理解を行って<sup>226</sup>おり、ILC が 2001 年の国家責任条文において採用した理論と異なるところはない。

Rousseau は私人行為に関する国家の義務を「二つの義務があり、一方は防止義務(*devoir de prévention*)、他方は禁遏義務(*devoir de répression*)」と説明する。彼のいう防止義務とは、外国人に対して及ぼされる損害の発生前における発生の防止義務、および発生中における外国人の保護義務であり、禁遏義務とは、損害発生後、当該損害に関する加害者を処罰し、賠償させるという義務である。

防止義務と禁遏義務のうち、前述の裁判拒否は禁遏義務に含められる。Rousseau は禁遏義務が、「不作為(*omission*)による責任についての適用方式の問題」であり、「国際関係の中でなお過失論が認められている分野」である、と断じている<sup>227</sup>。このような文脈において、たとえば「犯人の逃走を容易にするような監視(*surveillance*)上の様々な怠慢(*négligences*)」や「処罰拒否」(=裁判拒否)が具体的に列挙されている。

内乱の際の国家責任について。次に、①②いずれの文脈からも逸れ、③内乱の際の国家責任についても「相当の注意義務」概念が記述されている。

Rousseau は、内乱の際の国家責任を「内乱中に外国人が受けた損害」に限定して記述しており、二つの判決<sup>228</sup>の分析から、損害別(A 戦闘そのものから生じた損害、B 政府軍のとった措置から生じた損害、C 反乱軍のとった措置から生じた損害)に説明を行う。

このうち「C 反乱軍のとった措置から生じた損害」は、原則的に国家に責任を生じさせ

---

<sup>224</sup> ルソー『前掲書(上)』(注 217)135 頁。; *supra* note 217, (Rousseau, 1987), p. 122.

<sup>225</sup> 同上、135 頁。; *Ibid*, p. 123.

<sup>226</sup> 同上、137 頁。; *Ibid*, p. 124.

<sup>227</sup> 同上、138 頁。; *Ibid*, p. 125.

<sup>228</sup> それぞれ、モロッコのスペイン地帯において英国人が受けた損害に関する請求事件判決(1925 年 5 月 1 日)、およびフランス・メキシコ請求委員会における、George Prinson 事件判決(1928 年 10 月 19 日)。

ないものの、例外として「相当の注意義務」の概念に違反した場合に政府に責任が生じる、とされる。

すなわち「もし政府が注意を欠いた(*manqué de diligence*)こと、つまり外国人を保護するためにその権限内のことをつくしていないことが証明されたら、無責任は認められない<sup>229</sup>」のである。また「この判決は、このような『相当の注意義務(*due diligence*)』に値する行為を客観的に定義するについて、不明確な点を残していた」ともいう。

反乱軍の措置につき、注意の欠如概念によって例外的に国家責任が発生するという理論について、Rousseau は(a)相当の「注意」概念と(b)大赦について分けて考察を行っているが、(b)の大赦についても国家の「相当の注意」が理論に組み込まれていることを指摘している。すなわち、「学説は、大赦というこの方策を鎮圧の無能力を示すものと見る。つまり、この鎮圧失敗を正当な注意の欠除(*manque de due diligence*)と同視するのである(原文ママ)」<sup>230</sup>。ここで着目されるのが、彼が学説と判例の立場を対置させ、学説は(a)も(b)も双方とも、反乱の発生中の理論として「相当の注意義務」を挙げている、と指摘している点である。

以上、:Rousseau の整理および考察として、まず彼が「注意」概念について語るのは、1970年当時では騒乱準備に対する防止義務の文脈に限定されているのに対し、1987年版の *Droit international public*, Onzième édition では、国家責任の文脈をはじめとして多くの場面で「相当の注意」を用いた説明が行われている。たとえば、国家が裁判拒否をした事例、および反乱の際に外国人の身体に損害を与えられた事例で言及がみられる。

このうち裁判拒否については、裁判拒否という一連の国際義務違反が、国家機関の役割(①)と国際義務(②)という二つの側面から説明されている。

私人の行為が直接に国家の責任を生じさせない、等の彼の立場は、後に ILC が 2001 年の国家責任条文に採用した形式と非常に近いものであり、ILC による議論の影響を見て取れる。あえて彼と ILC との相違点を挙げるとすれば、ILC が責任理論を一般的なものとした際、具体的な義務内容の考察を切り離したのに対し、Rousseau は責任理論を一般的なものとした上でかつ、具体的な場面別に責任発生 of 理論を説明している点で検討の価値がある。

彼によれば、国家が負う「相当の注意」義務とは「域内外国人の保護義務」(彼のいう防止義務)およびこれに付随する「加害者の処罰・訴追義務」(彼のいう禁遏義務)として説明されている。ここでの「相当の注意」義務の基準が適用される客体は「自国の権限行使機関」であり、義務を負う相手方は「域内に所在する外国人の本国」である点が非常に明確に表れている。

Rousseau が「外国人の保護義務＝相当の注意義務」をいかに捉えているかについてはや

---

<sup>229</sup> ルソー『前掲書(上)』(注 217) 140 頁。; *supra* note 217, (Rousseau, 1987), p. 127.

<sup>230</sup> 同上。; *ibid*, p. 127.

はり彼が重視する「権限(compétence)」概念を論じた部分が参考になる。

前述のように Rousseau は義務を権限行使の文脈から捉えており、領域的権限と人的権限<sup>231</sup>、および公共役務に関する権限が国際法の対象となる。ただし彼にとって国際義務とは他国との権限調整のために生じるものであり、積極的義務と消極的義務との対比は、権限の性質に由来するものではない<sup>232</sup>と結論されている。

Rousseau の国家の捉え方は、Vattel にまで遡れる大陸法的な国家理解の潮流の一部に位置づけられる。国家主権の説明の部分において、彼は国家主権の積極的側面(国内管轄事項の権限の総体としての主権)と消極的側面(他国の排除)を分類するが、前者の積極的側面とは、国家の目的実現のために認められうる能力であると説明される。

#### 第4節 小括

以上、20世紀までの論者による「注意」概念の捉え方を概観してきた。内容を小括すると、以下のように整理することができる。

第1に、国際法学において、単なる無印の「注意」概念が「相当の注意(due diligence, nötige Sorgfalt,あるいは gehörige Sorgfalt, diligence due)」として定式化されるには、少なくとも1960年を待つ必要がある。

20世紀までの各論者は、様々な場面を想定して無印の「注意」概念を用いた説明を行っているものの、その説明は必ずしも「注意」概念を使用する必然性があるものではなく、基準を示していたとしても、その説明の場面にものみ妥当するものにすぎず、一般性はない。多くの場面において使用される「注意」概念は、国際義務の履行を行う際の誠実性の程度を示すにすぎないものである。

既に18世紀の英米国内裁判所の判決、とりわけ捕獲審判所の判決には diligence, vigilance, due care などの「注意」概念が登場しているが、1905年および1906年に出版された Oppenheim の *International Law; A Treatise* では、アラバマ号事件判決における「相当の注意(due diligence)」について詳細な言及を行っているものの、あくまで「相当の注意」概念は国内法上の概念であるとの評価を崩していない。

Verdross の1950年から1964年までの教科書 *Völkerrecht* の記述の変化からは、領域内私人の保護義務や国家責任論など、既に成立していたあるいは成立しつつあった法理論の中で、「注意」概念は従来から使用されていたことがわかる。かつ、1964年版までは「相当の注意」というかたちでの定式化はされていなかった点が確認された。

---

<sup>231</sup>人的権限についての彼の説明を参照すると、いわゆる国家との機能的紐帯を条約、および国内法において定められる者が人的権限の客体となっている。すなわち、国籍を持つ自然人、航空機および船舶など。See, *supra* note 216, (Rousseau, Tome III), pp. 134-135.

<sup>232</sup> *Ibid*, p. 9.

一方で Verdross の 1964 年(第 5 版)、および Rousseau の教科書の記述を参照すると、「相当の注意」概念がはっきりと各法理論の中に組み込まれていることが確認される。とりわけ Verdross の *Völkerrecht*(第 5 版)では、第 4 版までの責任論の記述に加えて「相当の注意」概念が突然登場する。

このような「相当の注意」概念の国際法理論への組み込みの時代背景を考慮すると、ILC による国家責任条文の起草過程が大きく影響を及ぼしていると考えられる。よって以下の第 3 章では、ILC の国家責任条文の起草過程においてどのように「相当の注意」概念が扱われていたかについて、分析およびまとめを行うこととする。

以上のように、1960 年代までに「相当の注意」概念が国際法上理論化されていたと言いはし難い。ただしこれまでに検討された論者は、現代の国際法上の法理論につながる多くの場面において、無印の「注意」概念を使用していることも確認されている。

たとえば、Vattel においては、とりわけ平時において国内の平穏や安全のために「注意深く」脅威となる事態の可能性を予防し、避けねばならないという文脈から「注意」概念を使用していたが、このような国内への配慮は現代においてもまた、国内的な主権行使の文脈から捉えられる。とりわけ Vattel はこのような自国の完全性を維持するための義務履行のために「主権者は自国を知らねばならない」と明言している点は、のちに「領域使用の管理責任」論へと続く潮流の一に位置づけられる。

Vattel のほかの部分でも、人類の法に則した軍略の使用について「注意しなければならない」と述べている部分は、対外関係から一定の裁量権と決定権を人道的に使用するよう求められている点は、国際法学における人権・人道主義の一部に位置付けられるだろう。

19 世紀の論者のほとんどが、その記述を戦争法あるいは中立法に割いている。言及の方法は様々であるが、とりわけ中立義務について一般的な文脈で言及する場合に、ほとんどの場面で「注意」概念による説明がなされている。他方で、平時の国家の義務についても「注意」概念を使用した例ももちろん存在する。Klüber の 1831 年の著作のように、国家の独立性に由来する国内に対する監督権が「注意」概念を用いて説明されている点からは、このような監督権もまた「領域使用の管理責任」の文脈に位置づけられてきたことが読み取れる。Klüber は中立義務もまたこのような監督権から導いている点において、中立法への示唆もみてとれる。

戦時法および中立法に関連していえば、Wheaton が言及した国内裁判所判決および捕獲審判所の判決である *S.t Lawrence* 判決や *The Hoop* 事件判決のように、国内裁判所判決では既に早くから「注意」義務の文脈で *diligence* や *due diligence* という語句が見られる。ただしまだこの時点において国際法上の国家の義務として言及されていたわけではなく、国際法上の理論には貢献していない点には注意が必要である。この点については 1872 年のアラバマ号事件判決も同様であり、同事件判決は中立法分野の発展に大きく寄与し、「相当の注意」という概念の普及にも一役かっているものの、国際法理論に組み入れられるには至っていない。このことは先に言及した Oppenheim の記述のほかにも、Bluntschli のように中

立法をメインに著した著者でさえ、ワシントン3原則の「相当の注意」という文言を、単なる無印の「注意」概念として扱っていたことや、非常に詳細にアラバマ号事件判決における「相当の注意」概念を検討した Westlake が、一般的な中立法における「注意」概念を「vigilance」としか表現していない点からも読み取れる。

20世紀に入ると、中立義務、自国領域内の外国人保護、領事関係、外国への損害について「領域使用の管理責任」の文脈の一部があらわれるなど、各種の分野の理論化が進行する。このなかで、多くの場面では「注意」概念が使用されている。だがやはり、「相当の注意」というかたちで定式化はされていない点が指摘できる。

先ほども述べたように、以上のような無印の「注意」概念から「相当の注意」概念の理論化にあたっては、1960年代を契機にして転換点が存在する。既に多くの国際法分野においては「注意」概念を利用した説明がなされてきたものの、1960年代を経ると同時に、これらの「注意」概念は「相当の注意」概念へと塗り替えられていく。先ほども述べたように、このような国際法理論への組み込みの時代背景には、ILCによる国家責任条文の起草過程が大きく影響を及ぼしていると考えられる。

第3章では、ILCの国家責任条文の起草過程が分析され、ILCの内部において「相当の注意」概念がどのように扱われていたかについて、分析およびまとめを行うこととする。またこれらの分析を元に、ILCでの議論が国家責任法の分野だけではなく、国際法学の他の分野に対してどのような示唆を与え、かつどのように「相当の注意」概念を波及させていったかについての考察が行われる。

## 第2章 判例の検討

第1章では学説が検討され、20世紀の半ばに至るまで無印の「注意」概念が国際法理論の説明に用いられており、半ばを過ぎたところで既存の国際法理論の説明に、「注意」概念ではなく「相当の注意」概念が当てはめられていく様子を見てきた。

以下では、18世紀から19世紀の判例を検討し、このような傾向が判例においても実証されるか否かを検討する。

### 第1節 18世紀・19世紀の判例

#### 第1款 The Hoop 事件判決(1799)

本事件では、イギリス国内の海事法に限定的な法原則ではなく、普遍的な法原則(principle of universal law)として、「開戦がなされたらば即座に、交戦国の国民の間にあるあらゆる貿易的な関係への介入が、それぞれの政府の許諾なしに行われる」という法理があることが示された。

The Hoop 判決<sup>233</sup>では、イギリスの捕獲審判所において、Sir William Scott によって判示された。イギリス人商人が女王の許可なしにオランダから輸入した貨物が接收された事件である。当時は、1793年2月1日、フランスの革命政府によって、イングランドおよびオランダへの開戦が通知されて<sup>234</sup>おり、その後フランス革命軍はオランダを占領した。1795年9月15日、オランダとイギリスの開戦が宣言された。

当該事件の宣誓供述書によれば、グラスゴー(スコットランド)の Malcolm 氏と北部ブリテンのその他の商人は、開戦よりもはるか以前から、オランダと広範な貿易をしてきた。この貿易は、とりわけグラスゴーにとって望まれていたものであり、かつ王国の一部の工業および農業にとって本質的に必要であった。

本件請求は、オランダにおいて購入され、かつ中立船舶において輸送されていた物品に対するイギリス商人から提起された。フランスがオランダに侵攻してからも、請求人らはオランダとの貿易の継続を許可するよう何度も申請し、この結果枢密院へ諮問する女王の特別令を得た。ただしこの特別令は、枢密院令を承認および継続する議会制定法が1月16日および21日に可決され、これらの議会制定法がこのような物品の輸入を合法としたことにより、当該商人の物品はイギリス(Great Britain)のものであると理解された。

請求人らはさらに、安全保障上の問題がなければ、当該法令の解釈について、未だ女王陛下の許可が必要なのかについて知るために、グラスゴーの関税局長官に回答を申請した。そして、この申請への回答において、商人たちは、関税局長官の法律顧問の意見として、そのような枢密院令は必要ではなく、オランダ連邦共和国から輸入されるすべての物品は、将来にわたってそのような命令なしに持ち込まれうる、と通知された。そして、このような通知の結果、彼らは問題となる物品を、彼らの責任でロッテルダムから移送した。表向きは、交戦国の巡洋艦を避けるため、ベルゲン(ノルウェー)への船籍書類を添えられていた<sup>235</sup>。

当該船舶および積荷は、名目上はベルゲンに向かうものとしてロッテルダムを出発したものの、実際はイギリスの港を目指していたのであり、フランスの巡洋艦を欺くためにベルゲンを目的地としていたにすぎない。

判決は、このような積荷は、確かにイギリスの商人がスコットランドの関税局長官の許可を得たうえで、一見合法的に輸入したものであることを認め、かつ Scott は「本件の事情は多大な支払猶予が認められるべき事例を構成する<sup>236</sup>」ことを認めた。それにもかかわらず、「交戦国によって、あらゆる貿易は阻止されうる」という規則が存在すること、そしてこれはイギリスにおける開示法理における一般規則であると同時に、イギリスに留まらず、普遍

---

<sup>233</sup> Reports of Cases argued and determined in the High Court of Admiralty; Commencing with the Judgements of the Right hon Sir William Scott. Vol. 1, (Boston, 1853), pp. 196-220.

<sup>234</sup> *Ibid*, p. 210.

<sup>235</sup> *Ibid*, p. 197.

<sup>236</sup> *Ibid*, p. 199.

的な法原則であることをもって、支払い猶予は認められず、積荷および運賃が船主へ支払われるべき旨が判示された。

以上の判示をするうえで、Scott は以下のように述べている。

that it has been enforced where cargoes have been laden before the war, but where the parties have not used all possible diligence to countermand the voyage after the first notice of hostilities; and that it has been enforced not only against the subjects of the crown, but likewise against those of its allies in the war, upon the supposition that the rule was founded on a strong and universal principle, which allied states in war had a right to notice and apply, mutually, to each other's subjects<sup>237</sup>(下線部筆者加筆).

「積荷が戦争の前に積載されていたが、当事者が交戦を初めに認識したあとで、航海を中止するためにあらゆる可能な注意を行使してこなかった場合には、[規則が]執行されてきた。戦時の同盟国が互いの国民へ通知する権利、および相互に適用する権利を有するという規則が、強力かつ普遍的な原則に見いだされたと仮定したうえで、王国の国民だけではなく、戦時におけるその同盟国の国民に対しても同様に執行されてきた」とある。

ここでは、政府が交戦国と自国とを行き来する船舶に介入する権利が確立していることを受けたうえで、航海をするものが自国と他国との交戦状況に配慮しなければならないことを述べている。

ここでの「注意」概念は、私人が法規範を認識したうえで、リスクを把握する文脈で適用されている。

## 第2款 アラバマ号事件仲裁判決(1872)

アラバマ号事件とは、南北戦争中に中立の地位にあったイギリスの中立義務違反を問うため、1871年5月8日に締結されたワシントン条約によりジュネーヴに設置された仲裁裁判所へ付託された一連の事件のうちの一つである。

判決は1872年9月14日に下されている。イギリスはアメリカの南北戦争に際し、南軍に交戦団体の承認を与えており、南北戦争にあたって中立の地位にあった。しかしイギリスの民間造船所では、南軍の発注に応じて軍艦の製造を請け負い、造船を行っていた。

造船が行われていた最中、および当該船舶がリバプール港を出港するに至るまで、イギリス政府は同軍艦に対し何らの措置も講じなかった。イギリス政府は同軍艦がリバプールを出港した後でアラバマ号の差し押さえを試みたが、既に手遅れであった。この結果として、

---

<sup>237</sup> *Ibid*, p. 216.

アラバマ号は、ポルトガル領アゾレス諸島において名前を与えられ、武器弾薬を補給されたのち、大西洋およびインド洋で北軍の通商に対する妨害活動を行うこととなった。北軍はこれにより通商に損害を受けたため、1864年にアラバマ号を撃沈した。

1871年5月8日に締結されたワシントン条約は、仲裁裁判所の設置、仲裁人および仲裁の場所やその他の手続きのほか、第6条において以下のように適用規則を定める。

すなわち、

#### Article VI.

In deciding the matters submitted to the Arbitrators they shall be governed by the following three rules, which are agreed upon by the High Contracting parties as rules to be taken as applicable to the case, and by such principles of international law not inconsistent therewith as the Arbitrators shall determine to have been applicable to the case:

#### RULES.

##### 規則

A neutral Government is bound

中立の政府は、以下のことを義務付けられる

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 its 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 finch jurisdiction, to warlike use.

第1に、自国領域内において、友好関係にある勢力に対して戦争を行う、あるいはこのために航行することが意図されていると信ずるに足る合理的な根拠があるところのあらゆる船舶の調達、武装あるいは移送を防止するために相当の注意を使用すること。；そして、上述のように、戦時において航行するあるいは戦争を行うことを意図するあらゆる船舶、全部または一部を、この管轄下において軍事目的の使用のために特別に改修されたこのような船舶を、自国の管轄下から出発させないよう防止するためにそのような注意を使用すること。

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.



第2に、他者に対する軍事作戦の基地として、あるいは、人員の募集、兵站あるいは武器の改造あるいは強化の目的で自国の港あるいは内水を、双方の交戦国に対して許容あるいは許諾しないこと。

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.

第3に、自国の港および内水において、および自国の管轄下にある全ての人間に対して、以上の義務および責任の違反を防止するために、相当の注意を行使すること。

と定められる。

イギリス政府は、当該規則が国際法の原則を表現した規則であることには同意できないことを表明している。ただし、イギリス政府はアメリカ合衆国政府との友好関係を強化するため、および将来は十分な規定を作成するという願いを表すため、アラバマ号事件請求において、この2カ国間の問題を解決するために、当該規則に定められる原則に拘束されることに同意した、と述べている。

対してアメリカ合衆国は、ワシントン3原則を既に「国際法となっている」と主張している<sup>238</sup>。ワシントン3原則における due diligence の定義について、アメリカが更に詳しく以下のように主張している。

すなわち、「ワシントン条約の規則において規定される注意(diligence)とは、相当の注意(due diligence)である——これは、目的の重大性と、尊厳及び行使される権限の強さを調和させる注意のことである」「警戒行為を行い、および中立の機関にとるその他手段の行使によって、全ての取引の段階を通じてその国土が侵害されるのを防ぐ注意を払うこと(…)たぐらみを持つものが戦争行為に加担するのを阻み、よって回避し得る戦争を戦争へと引きずり込む可能性を阻むこと、(…)防止すべき行為に加担する意思の知らせを受け取った時、その行為を防止する権限において全ての手段を用い、また最も有効な手段において中立義務を誠実に遵守し、これにより防止行為を行うこと(…)これらの要素が欠如する注意は、"相当(due)"ではありえない」と述べている。

本件において、仲裁裁判所はイギリスの不作为による中立義務違反を認め<sup>239</sup>、15500000ドルの賠償を命じた。

アラバマ号事件仲裁判決において適用されたワシントン3原則のうち、due diligence について言及されているのは第1および第3原則である。判決では第1および第3原則の due

---

<sup>238</sup> Alabama Claims Arbitration, (United States v. Great Britain), (1872), in Moore, Int. Arb., vol.1, p.653., p. 670.

<sup>239</sup> *Ibid*, p. 656.

diligence の定義については、「その中立義務の遵守を怠ったことによって晒される交戦国のリスクとまさに比例するように行使されなければならない」「可能な限り全ての配慮を行うよう (call for exercise…all possible solicitude) イギリス国王の統治権の一部を行使すること<sup>240</sup>」されている<sup>241</sup>。

アメリカの主張および仲裁裁判所が認定した due diligence の定義によると、ワシントン3原則における「相当の注意」義務は中立義務を履行する上で相手国が晒されうる危険を考慮し、相手国へ危険が及ばないよう「あらゆる手段」「最も有効な手段」をもって防止するよう求められるという性質のものである<sup>242</sup>。

ここでは、適用法規に関するアメリカ合衆国とイギリスの立場に着目される。アメリカ合衆国は、中立義務と「相当の注意」概念を国際法の原則として主張している一方で、イギリスは国際法の原則であることに「同意できない」と明言している。

アメリカ合衆国による「相当の注意」概念の定義は非常に詳細に主張されている。その措置が交戦国のリスクと比例していること等、ある一定の要素が欠けた中立国の「注意」は「相当」ではありえない、と主張していることから、当該アメリカ合衆国から主張される「相当の注意」概念は、単に中立国が一定の措置をとるだけではなく、その実質的な内容の程度が評価されるための概念として使用されている。

## 第2節 20世紀前半の判例

### 第1款 ザフィロ号事件仲裁判決(1925)

ザフィロ号事件<sup>243</sup>は、1910年8月18日、イギリスおよびアメリカ合衆国間における英米特別協定をもとに仲裁裁判所に付託された多数の事件のうちの一つであり、判決は1925年11月30日に下された。

ザフィロ号事件の概要は以下のとおりである。ザフィロ号は1898年の4月、米国海軍のデューイ司令官により、香港(当時イギリス統治下)で購入された船舶である。購入される前、ザフィロ号はイギリスの商船であったが、購入後は米国海軍の物資補給船および石炭の補給船として使用されていた。ザフィロ号の乗組員はほぼ全員がイギリス商船時のまま引き

---

<sup>240</sup> *Ibid*, p. 654.

<sup>241</sup> *Ibid*, pp. 572-573.

<sup>242</sup> Riccardo Pisillo-Mazzeschi, „The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States, “*German Yearbook of International Law*, vol. 35 (1992), p. 34.

<sup>243</sup> *The Zafiro Claim (D. Earnshaw and Others (Great Britain) v. United States) (1925) 6 R.I.A.A. 160.* (hereinafter, Zafiro case).

継がれており、水夫のほとんどは中国人、船長および航海士およびその他の上級船員はイギリス人であった。アメリカ海軍からはピアソン士官が派遣されて乗船しており、彼は購入主であるデューイ司令官が率いる艦隊の命令および作戦を伝達し、および執行の管理を行っていた。

1898年の米西戦争中、フィリピンのカビテ港に停泊していたザフィロ号の水夫が、同カビテ港に居を構えていたマニラ造船会社の建物に居住していたイギリス人アーンショウその他の財産を略奪し損壊させた。略奪が行われた当時、ザフィロ号の船長およびピアソン士官はスペイン側砲台の視察のため船を離れており、加害者たる水夫たちを監督する者はいなかった。ザフィロ号船内において水夫たちの管理を任せられていたのは一等航海士であったが、彼は監督者を付けない状態で当該水夫たちに上陸の許可を与えていた。

以上の事実に関して、アメリカ合衆国が責任を負うか否かが一つの争点であった。すなわち、アメリカ海軍のデューイ司令官の支配下にある商船の水夫の行為に関して、アメリカ合衆国が責任を有するのか否かという問題である。

判決では、アメリカ海軍の指揮官がザフィロ号の行動を指揮・命令する権限を行使し、船長は乗組員を管理してその命令を執行する機関となっているとし、ザフィロ号の行動についてアメリカが責任を負う旨を述べている<sup>244</sup>。

裁判所は次に、水夫たちの管理を任されていた上級船員が、監督者をつけずに水夫たちに上陸許可を与えた行為について「特別な注意が求められる状況であった(were circumstances calling for diligence)」と述べている<sup>245</sup>。

また裁判所は賠償の範囲について、事件にはザフィロ号の水夫だけでなく、アーンショウが雇っていた見張り人も加わっていたことについて「損害のうち、どれがザフィロ号の水夫によってなされたものかを立証する責任がイギリスに課せられるとは考えない。ザフィロ号の船員による実質的な範囲の寄与が示されたならば、我々はアメリカ合衆国へ損害全体の責任を負わせる(United States liable for the whole)こととならざるをえない」と述べる<sup>246</sup>。

本件においては、diligence という「注意」概念が、上級船員が水夫に対して及ぼす注意義務に対して適用されている。

アメリカの国家機関である海軍の監督者は、その行為が国家機関の行為とみなされる地位にある。当該事例において問題となるのは、司法・立法・行政府のような機関の行為ではなく、私人の「注意」義務違反がアメリカ合衆国に帰せられたという構造をとっている。

このような軍人あるいは公務員の行為は、帰属制度によって国家のものとみなされる。

このとき、「注意」義務が及ぶか否かに「領域下か否か」は関係がない<sup>247</sup>。

---

<sup>244</sup> *Ibid*, p. 165.

<sup>245</sup> *Ibid*, p. 164.

<sup>246</sup> *Ibid*, p. 165.

<sup>247</sup> ただし年代的考慮をするならば、仲裁裁判所が船舶領土説にしたがったと解釈するこ

## 第2款 キリスト同胞協会内外及び開拓地伝道協会仲裁判決(1920)

当該事件<sup>248</sup>は、イギリスの植民地であったシエラレオネにおいて、イギリスの課した家屋税を契機とした反乱がおこったが、このとき現地で活動していたアメリカの”キリスト同胞協会内外及び開拓地伝道協会”(以下、キリスト教伝道協会)として知られる宣教師団体の、メンバーおよび財産にたいして加えられた損害について、アメリカがイギリスにたいして賠償請求を行ったものである。

家屋税の課税を契機として生じた反乱とそれから生じた損害について、イギリス政府はアメリカ政府にたいして陳謝したが、金銭賠償は行われなかった。

アメリカ政府は、〈当該反乱は、一連の”家屋税 hut tax”の課税および徴収から生じた結果である〉〈イギリス政府は、課税が現地人の深い憤りの対象になるであろうことは了知していた〉〈現地人と危機に直面して、イギリス政府は生命および財産の保護、および秩序の維持のために適切な段階を踏むことに完全に失敗した〉〈生命および財産への損害は、不注意(neglect)および義務の不履行の結果であって、よってイギリス政府は賠償金を支払う責任を有する〉、と主張した。

これについて仲裁裁判所は、当該請求を棄却した。しかしながら、判決の後半において裁判所は、当該宣教師団体の任務を考慮するならば、当該宣教師団体は〈その活動に対して援助を受ける権利を有し〉〈現地人の反乱において受けた損害を可能な限り補てんするため、あらゆる財産をこれに役立てることができ〉るために、〈暖かく、イギリス政府の寛大な行為を提案することを控えはしない〉と述べ、イギリスに法的責任には基づかないものの、その温情による損失補填を促した。

仲裁裁判所は、①家屋税の課税について、②反乱の予想について、③鎮圧措置について、④信義則について、それぞれ判断を下した。まず①家屋税の課税については、イギリスの正統な主権行使であるとして、その内容が粗末なものであっても、これは妨げられないと判示された。また、②反乱の予想につき、①の家屋税の課税にかんして、通常よりも深刻な状況を招くとは予想できなかった、としてイギリスの責任を否定した。また、③鎮圧措置について、イギリスは速やかにこの反乱を鎮圧しており、かつ反乱に必要なすべての措置をとった、と認定した。また反乱に際しての宣教師の保護について、離れた村に個別に存在した建物や、すべての宣教師団体にひろく反乱の事実を通知するのは不可能であっ

---

ともできる。このとき、ザフィロ号事件は領域内に所在する私人へ及ぼすべき注意義務、という事例であると解釈される。

<sup>248</sup> Home Frontier and Foreign Missionary Society of the United Brethren in Christ (United States) v. Great Britain, 18 December 1920, *REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS*, Vol. IV, pp.42-44.

たとして、イギリスの責任を否定した。また、④信義則については、適切な保護を怠ったというアメリカの主張を裏付ける証拠がないとして、“いかなる政府も、軍の偏在によるこのような行為を防止することはほとんど不可能であろう”と述べ、生命および財産への責任を否定した。

この判決において、仲裁裁判所は反乱に際しての政府の責任にかんして、〈政府自体が、信義則の違反、または騒乱の鎮圧につき過失(negligence)がないかぎり、いかなる政府も、その当局へ向けられた違反行為を行った人物の反乱機関の行為につき、責任を負わない〉という原則を採用している。

また、social order の基準について、アフリカと civilized society の差を述べており、アフリカにおいて、civilized society と同様の保護は期待できない、との基準も述べている。

本件における「注意」概念は、騒乱の鎮圧についての過失が問われる場面である。そこでは以下のように「注意」概念が用いられている。

まず、判決のアメリカ合衆国の主張の部分につき、

The contention of the United States Government before this Tribunal is that the revolt was the result of the imposition and attempted collection of the "hut tax"; that it was within the knowledge of the British Government that this tax was the object of deep native resentment; that in the face of the native danger the British Government wholly failed to take proper steps for the maintenance of order and the protection of life and property; that the loss of life and damage to property was the result of this neglect and failure of duty, and therefore that it is liable to pay compensation<sup>249</sup>.

および、騒乱の鎮圧について英国の行為および宣教師団体の注意義務を評価する部分につき、

It is a well-established principle of international law that no government can be held responsible for the act of rebellious bodies of men committed in violation of its authority, where it is itself guilty of no breach of good faith, or of no negligence in suppressing insurrection. (Moore's International Law Digest, vol. VI, p. 956; VII, p. 957; Moore's Arbitrations, pp. 2991-92; British answer, p. 1.)

The good faith of the British Government can not be questioned, (….) Finally it is obvious that the Missionary Society must have been aware of the difficulties and perils to which it exposes itself in its task of carrying Christianity to so remote and barbarous a people. The contempt for difficulty and peril is one of the noblest sides of their missionary zeal. Indeed, it

---

<sup>249</sup> *Ibid*, p. 43.

explains why they are able to succeed in fields which mere commercial enterprise can not be expected to enter<sup>250</sup>.(下線部筆者加筆)

以上のように、注意義務違反(negligence)が信義誠実(good faith)違反と同列に扱われているものの、それぞれ個別的な検討がなされているのが読み取れる。ここで注意義務として(信義誠実とは区別されるものとして)要求されるのは、遠隔地において宣教師が任務を遂行するにあたって晒される困難および危険(difficulties and perils)に配慮せねばなかったことが指摘されている。

### 第3款 B.E.Chattin (United States.) v. United Mexican States (1927)<sup>251</sup>

当該事件は、アメリカ国民であり、1908年よりメキシコ南太平洋鉄道(Ferrocarril Sud-Pacifico)に雇用されていたB.E.Chattinが、1910年7月9日、横領の罪で逮捕され、その後1911年1月に訴追され、1911年2月に2年の実刑判決を受けたことにつき、アメリカ合衆国が彼を代理し、メキシコに対し、違法な逮捕・訴追および有罪宣告と刑務所内での非人道的取扱いを理由として500万ドルの賠償金を支払うよう求めた事件である。

Chattinは、刑務所で11か月を過ごしたが、Madero革命に乗じた暴動の結果、1911年5または6月にMazatlánから脱獄した。その後彼はアメリカ合衆国へ帰国し、上記の請求をするに至った。仲裁の結果、裁判所はアメリカ合衆国の請求のいくつかを認め、Chattinへ500万ドルの賠償金を支払うよう求めた。

本件では、まずメキシコ政府側の主張として、①Chattinがアメリカ国民としての資格を欠くこと、②Chattinが逃亡中であることを理由に、当該仲裁裁判は成立しないとされたこと。ならびに、アメリカ合衆国側は、③違法な逮捕、④裁判運営の欠陥 Defective administration of justice、⑤裁判手続きの不正、⑥証拠不十分における確信、⑦刑務所における不正な取扱いを主張した。

まず議長は、上のそれぞれの争点につき、①過去の判例を参照し、証言証拠のみによってもChattinのアメリカ国籍は立証されたとみなしうる、②被告人が逃亡中であることを理由に審理を拒否すべき規範は成立していない、③メキシコの国内法に基づけば、書面ではなく、口頭のみによる命令による逮捕であっても違法とはならない、④いわゆる「裁判拒否」の文言について、間接責任と直接責任の区分が見られるものの、本件は直接責任の事例である(本来、間接責任にこの用語が使用されるべきである)。「責任の限界」limitation of liabilityは、直接責任の事例に適用するのではなく、間接責任(または派生 delivative 責任)の事例にのみ適用

---

<sup>250</sup> *Ibid*, p. 44.

<sup>251</sup> B.E. Chattin (United States) v. United Mexican States, 23 July 1927, *REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS*, Vol. IV, pp. 282-312

されるべきである。本件は直接責任の事例なので、当該「責任の限界」の適用はない。⑤裁判運営の欠陥は、Chattin にたいして、問われている罪を了知させる機会を与えなかったこと、弁論の機会の不十分、適切な調査の欠如につき立証された。⑥証拠不十分における確信については、十分に立証されてはいない。⑦刑務所における不正な取扱いについては、被告の一時的な証言のみに基づいて判断するのは危険であり、その他劣悪な状況であるとして挙げられた事例(病院に運ばれた者がいる、など)も、刑務所として非人道的な環境であるとは立証できない。

国際法上本件に関連して問題となるのは、争点における④の点、いわゆる「裁判拒否」の概念についてである。本件では裁判拒否の事例に関して、直接責任あるいは間接責任の概念を利用した理論化の傾向がみられる。

また本件の仲裁裁判官である Fernandez MacGreg による意見の中には、以下のようなかたちで「注意」概念が使用されている。すなわち、

6. With regard to the undue delay in the proceedings, the record shows at once that certain proceedings could have been carried out with more diligence. The tickets and other documents contained in the record could have been exhibited to Chattin before it was actually done; the Judge did nothing in the case, between the end of July and the beginning of October, 1910(…)(下線部筆者加筆)<sup>252</sup>

また、のちのパラグラフにおいても、

11. The negligence of the Judge in holding certain proceedings is alleged specially with respect to the evidence against the accused. The essential point is that the judge may have had sufficient evidence to convict them arid not that he may not have accumulated more evidence when he was able to do so.

および、

12. (…)Hence, if the essential rights granted by the law of nations were respected, it matters not that certain precepts of the domestic adjective law may have been violated or that the Judge may have shown a certain degree of negligence and carelessness. This opinion is supported by the decision rendered in the *Cotesworth and Powell* case, which is celebrated in this matter and which summarizes what is established in international law on the question

---

<sup>252</sup> *Ibid*, p. 304.

of denial of justice and on maladministration of justice<sup>253</sup>.(下線部筆者加筆)

以上のように、19世紀末から20世紀初頭の論者において、域内の外国人保護について、国家の司法機関の不法行為については、大きく裁判拒否の概念で捉えられていたが、その内容には裁判官の注意(義務違反)(negligence, carelessness)という概念が使用されてきたことが読み取れる。

#### 第4款 トレイル溶鋳所事件本案判決(1941)

トレイル溶鋳所事件<sup>254</sup>は、1935年4月15日、カナダにある溶鋳所から生じたガスがアメリカ合衆国の森林および農作物に被害を与えた問題について、アメリカ合衆国およびカナダ間で結ばれた特別合意に従って設けられた仲裁裁判所に付託された。当該米加間の仲裁裁判所では、1938年に「科学的データが出されるまでの暫定的レジーム」を定めた中間判決が出され、最終判決が1941年に下された。

イギリス自治領カナダのトレイルにある溶鋳所会社(以下、当該溶鋳所)は北米最大の企業であったが、その操業において亜硫酸ガスを大量に大気中へ放出しており、このガスはアメリカとカナダの国境を越え、南にあるアメリカのワシントン州にまで達した。1925年から少なくとも1937年までの間、ワシントン州では農作物や果樹、森林に被害が出た。

この問題に対してはアメリカがカナダに苦情を申立て、一度両国政府により国際合同委員会に事件を付託した。当該委員会は損害額を算定した報告書を提出したが、委員会の報告書をアメリカは受諾しなかった。カナダが委員会の算定した報告書の損害額に従ってアメリカに支払いを行ったことで一度事件は決着したが、その後も溶鋳所の操業による被害がアメリカ国内において発生したため、この問題が再び両国間で取り上げられることとなった。この結果、1935年に「ブリティッシュ・コロンビア州トレイルの溶鋳所の操業より生じた紛争解決の端の条約(以下、オタワ条約)」が結ばれ、この問題に対する仲裁裁判所が設置されることとなった。適用法規に関して、当該仲裁裁判所は条約の第4条において「国際法および国際慣行、およびアメリカ合衆国の国内において同じような問題が扱われる際、用いられる法および慣行を適用する<sup>255</sup>」と定めた。

以上の問題に対し、当該仲裁裁判所はまず中間判決において、カナダからアメリカ合衆国に対する損害を一部認め、カナダに対して賠償を命じた。さらに、カナダに対して専門家による溶鋳所からの排煙記録や、気象の観察記録の提出を義務付け、および硫黄の放出を制限するよう命じている。そして最終判決においては、改めてカナダがトレイル溶鋳所の行為に

---

<sup>253</sup> *Ibid*, p. 309.

<sup>254</sup> Trail Smelter Arbitration (United States v. Canada) (1938 and 1941), 3 *R.I.A.A.* p.1905.

<sup>255</sup> *Ibid*, p. 1912.



つき国際法上責任があるものと判断した。

ここで当該仲裁裁判所は、

The Tribunal, (...) finds that the above decisions[case of the Ducktown Company (U.S, Spreme Court)], taken as a whole, constitute an adequate basis for its conclusions, namely, that, under the principles of international law, as well as of the law of the United States, no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence<sup>256</sup>.

「仲裁裁判所は(...)上記判決は、全体として捉えると、国際法原則およびアメリカ合衆国の法にもとづけば、いかなる国家も、この事例が重大な結果を齎す場合、およびその損害が明白かつ説得力のある証拠によって確立される場合には、自国の領域を、煤煙によって他国の領域あるいは他国に在する財産あるいは人物へ損害を与えるような方法で使用させたり、使用を許可したりする権利を持たないという結論を出すために妥当な基礎を構成する」とされている。

この文脈で基礎とされているのはアメリカ合衆国国内の裁判判決であるが、前述の通り、当該仲裁判断では「アメリカ合衆国の国内において同じような問題が扱われる際、用いられる法および慣行」も適用法規となっている点が留意される。

それでも仲裁裁判所は、

Considering the circumstances of the case, the Tribunal holds that the Dominion of Canada is responsible in international law for the conduct of the Trail Smelter. Apart from the undertakings in the Convention, it is therefore, the duty of the Government of the Dominion of Canada to see to it that this conduct should be in conformity with the obligation of the Dominion under international law as herein determined<sup>257</sup>(下線部筆者加筆).

「本件の状況を鑑みると、仲裁裁判所は、カナダはトレイル溶鉱所の行為に関して国際法上の責任を負うと判示する。条約上の義務に加えて、この行為が本判決で定められる国際法上のカナダの義務に合致するよう注意を払う(to see)ことは、カナダ政府の義務である」と述べている。

加えて当該仲裁裁判所は、カナダが責任を負う理由づけを述べる中で「アラバマ号事件に代表されるように、その後の国際判決はこれと同様の原則に基づいており、実際この原則に

---

<sup>256</sup> *Ibid*, p. 1965.

<sup>257</sup> *Ibid*, pp. 1965-1966.

ついでカナダが異議を唱えたことはない」と述べている<sup>258</sup>。

以上の文脈において、「相当の注意」概念が使用されているのではなく、「注意」概念がカナダの注意義務を説明するために使用されていることがわかる<sup>259</sup>。

本件において仲裁裁判所は、カナダの注意義務を認定するにあたり、C. Eagleton の「国家は、常に自らの管轄下にある個人の有害な行為から他国を保護する義務を有する(A State owes at all times a duty to protect other States against injurious acts by individuals from within its jurisdiction)」という節を引用している<sup>260</sup>。

すなわち本件においてカナダ政府は、領域内に操業する私人に対して、他国への損害を生じさせないよう監督する注意の義務を負っていたとされる。Eagleton の引用は、必ずしも越境環境損害をイメージした文脈ではないものの、本件がいわゆる「領域使用の管理責任原則」を越境環境損害の分野へ適用した事例であることには変わりはない。

ただし、本件は「相当の注意」概念が適用された事例ではなく、「注意」概念による説明がなされた事例であると指摘される。

### 第3章 ILC 国家責任条文起草過程の検討

本節では、ILC による国家責任条文の起草過程を検討する。前節までに検討されたとおり、20 世紀前半まで単なる無印の「注意」概念にすぎなかった各分野における注意義務や注意の基準が、「相当の注意」概念として国際法学に取り入れられる契機は ILC における国家責任条文起草過程であったと考えられる。

よって以下の項では、国家責任条文起草過程を牽引した特別報告者ごとに、「注意」概念あるいは「相当の注意」概念がどのように扱われていたのかについて概括し、内容の分析を行う。

#### 第1節 Francisco V. García-Amador (1956-1961)

Francisco V. García-Amador は、1956 年から 1961 年まで「外国人の身体および財産に加えられた損害に対する国際責任」の法典化作業において特別報告者を務めた。以後の検討でも述べられるが、この García-Amador の報告書は「相当の注意」概念の国際法学への導

---

<sup>258</sup> *Ibid*, p. 1963.

<sup>259</sup> トレイル熔鋳所事件判決は、コルフ海峡事件判決と同様、領域使用の管理責任のリーディング・ケースであるという位置づけが与えられている。トレイル熔鋳所事件が「相当の注意」義務の適用された事例とされることも少なくない。; See, Birnie & Boyle, *Redgwell, International Law and the Environment*, 3rd Edition (Oxford University Press, 2009), p.147.

<sup>260</sup> *Supra* note 254, (Trail Smelter Case), p. 1963.

入に大きな影響を与えている。

それでは以下、Garcia-Amador の報告書を概観していく。

### 第 1 款 第 1 回報告書<sup>261</sup>

第 1 回報告書では、伝統的な国際責任に関する判例、国家実行、学説、公私機関による過去の国家責任に関する法典化作業が検討されている。

まず、「相当の注意(due diligence)」を使用している部分について概観する。

第 3 章(国際責任の法的内容および機能)第 7 節(国際責任を生じさせる作為あるいは不作為)では、伝統的な理論および判例および実行に基づき、国際違法行為が 2 種類に分類される。(a)国家それ自体に対する侵害、および(b)国民あるいは国民の財産に対する損害である。Garcia-Amador は、この分類を「実体よりも形式に対して」着目したものと評価している<sup>262</sup>。

Garcia-Amador はこのうち”外国人の身体あるいは財産に対して、領域内で加えられた損害に対する国家責任”を生じさせる作為あるいは不作為は、(b)に含まれると述べている。さらに(b)は、国家機関の作為あるいは不作為、あるいは国内暴動のような私人の行為に分類され、後者の国内暴動のような私人の行為について、「相当の注意」を用いた説明を行っている。すなわち、ここで

Within the second subdivision, too, the wrongful acts capable of giving rise to responsibility on the part of the State are not all of the same character. Although in these cases the international responsibility does not originate in the act itself but rather in the conduct of the State in relation to the act (failure to exercise due diligence, connivance, manifest complicity, etc.), the nature of the act committed by a private person or of acts committed during internal disturbances is bound to influence the way in which the law regards the State's conduct as a source of international responsibility(下線部筆者加筆).

「[国内暴動のような私人の行為のカテゴリの]なかでも、国家責任を生じうる違法行為は、全て同じ性質のものではない。これらの事例において、国際責任が私人の行為そのものからではなく、むしろその行為に関する国家の行動(相当の注意の不行使、黙認、共犯等)を理由に生じるにもかかわらず、私人によって犯される行為、あるいは国内暴動の際に生じた行為の性質は、法がその国家の行為を国際責任の淵源と見なす方式に確実に影響を与えている」

---

<sup>261</sup> Report on International Responsibility by Mr. F.V. Garcia-Amador, Special Rapporteur, A/CN.4/96 (1 January 1956).

<sup>262</sup> *Ibid*, p. 181.

という説明がなされている。ここでは”相当の注意の不行使”が、黙認や共犯等と同一の(あるいは並列の)関係として同時に引用されている。

次に、第4章(責任の積極的主体と帰属の問題)第11節(国家に帰属可能な国際責任)では、私人の行為について、国家がどのような状況で責任を負う可能性があるのか、という論点について、このような状況を要件化するにあたっての論点を、以下のようにまとめている。

(…)[t]he problem is whether the State should be treated as *objectively* responsible, or whether it is a condition of its responsibility that its conduct with respect to the act of the private person (failure to exercise due diligence to prevent it, failure to enforce the relevant penalties, etc.), must imply a certain deliberate attitude on the part of the State organ concerned (fault, culpa). Where imputability is determined by this indirect process, it is easy to see that what is in essence imputed to the State is not really the act or deed which causes the injury, but rather the non-performance of a duty, a duty which on occasions is very difficult to define and is sometimes quite undefinable(下線部筆者加筆)<sup>263</sup>.

「(…)国家が「客観的に」責任を負うものと扱うべきか否か、あるいは、私人の行為に関連した国家の行為(私人の行為を防止するために相当の注意を行使しなかったこと、適切な刑罰の執行をしなかったこと等)が、一定の国家機関の故意の(deliberate)行為を必然的に含まねばならないことが、国家責任の要件なのか否かは、問題となっている。帰属可能性(imputability)がこの間接的なプロセスによって決定される場合、国家へ帰属するものが損害を生じた現実の行為あるいは事態ではなく、むしろその事態における、(非常に定義が難しく、時には定義不可能である)義務の不履行であると認識するのはたやすい」と説明される。

ここでの「相当の注意」は、先ほどの第3章第7節と同様に、私人の(加害)行為を国家が防止するために努力を払う義務について指摘している。この引用部ではほかに、引用部の後半では私人に関する国家の行為によって国家責任が問われるという場合、元となる国際義務の認定が「非常に難しく、時には定義不可能である」と指摘されている点が留意される。

第4章第13節(国際組織に帰属可能な責任)では、国際組織が責任を負う場面に関して「相当の注意」を用いた説明がなされている。

本節では、国際組織の負う責任について3つに場面分けがなされる。すなわち、(a) [組織の]職員や被雇用者、あるいは、国際組織と関係する契約を有している人物や法人に向けられる責任。(b) 国際組織の行政機関の作為あるいは不作為、あるいは、政治的あるいは軍事的活動から生じた損害に対する責任。(c) 第三者に対する損害への責任(間接責任)である。Garcia-Amadorはこの3つの分類が、実行に関する研究の進展と共に改善されうるが、さ

---

<sup>263</sup> *Ibid*, p. 187.

らなる詳細な研究への出発点として機能するものであると評価する。

このうち(c)について、「相当の注意」を行使する義務について言及がなされている。

(…)There can be no doubt that, (…) the inviolability enjoyed by the premises of their headquarters and offices makes it possible for acts to be performed therein which are outside the competence of the local authorities. If such an act causes injury, and if it was possible for the act to occur by reason of the failure of the security services of the Organization to take action, then the Organization would be involved in responsibility on account of its failure to exercise due diligence<sup>264</sup>.(下線部筆者加筆)

「(…)組織の本部およびオフィスの建物が享受する不可侵性が、組織に現地政府の権限の範囲外での行動を可能にすることは明らかである。仮にこのような行為が損害を生じた場合に、かつそれが組織のセキュリティ・サービスが措置を講じなかったことによって発生が可能となったのならば、したがってこの組織は相当の注意行使に失敗したかどによって責任を生じうる(…)」と説明される。

この文脈には、国際組織の権限や領域主権の類推、防止の義務などの複数の論点が混在しているが、少なくとも一定の措置を講じなかったこと、すなわち不作為に対する責任に「相当の注意」概念が使用されていることが読み取れる。

第6章(違法性阻却・減免事由、あるいは責任加重事由)第25節(その他の免除・減輕・加重事由)でも、「相当の注意」概念が説明に使用される。

ここでは、不可抗力や緊急避難、自衛権などの違法性阻却・減免事由が検討されたのち、最後に「最も論争的な問題」として、国内騒乱の最中に、外国国家あるいは外国人に対して加えられた損害の事例が紹介される。この主題を論争的なものとさせている2つの理由が言及されており、このうちの一つに「相当の注意」概念が登場する。

まず第1の理由は、(国内騒乱の事例は一般に不可抗力の事例ではないとされているにもかかわらず)特に不可抗力の事例と多くの共通点があること。そして第2に、責任を生じするためには国家に帰属する元々の行為のほかに、明らかに追加的な要素が必要であること。本節では、この第2の理由の部分において、国家に帰属する元々の行為の例として「「相当の注意」の不行使、および黙諾等(failure to exert due diligence, connivance, etc.)」が挙げられている。

この文脈では、違法性阻却事由と私人行為による国家責任との異同とその範囲が論点となっていることが指摘されている。ここでの「相当の注意」は、私人の行為に関して生ずる責任と同様の言及のされかたをしている。

報告書の本文のほかに、ILC 以外の団体による条文草案が附属書として添付されている。

---

<sup>264</sup> *Ibid*, p. 190.

附属書9では、1929年のハーバード・ロースクール草案が紹介されている。その第10条および第11条、第14条において「相当の注意」概念による説明がなされている。

すなわち順に、

#### Article 10

A state is responsible if an injury to an alien results from its failure to exercise due diligence to prevent the injury, if local remedies have been exhausted without adequate redress for such failure. The diligence required may vary with the private or public character of the alien and the circumstances of the case.

国家は、仮に外国人に対する損害が、当該損害を防止する自国の相当の注意の行使を怠ったことによって引き起こされたとき、適切な救済措置がないまま、国内救済が尽くされていたならば、責任を負う。要求される注意は、この事例の事情および外国人の公私の性格によって変化する。

#### Article 11

A state is responsible if an injury to an alien results from an act of an individual or from mob violence, if the state has failed to exercise due diligence to prevent such injury and if local remedies have been exhausted without adequate redress for such failure, or if there has been a denial of justice.

仮に個人の行為あるいは集団的暴力によって外国人に対する損害が齎されたとき、国家がそのような損害を防止するために相当の注意を行使することを怠り、かつそのような怠りに対する適切な救済がなされることなく国内救済が尽くされた、あるいは、そこに裁判拒否が存在した場合、国家は責任を負う。

#### Article 14

A state is responsible if an injury to an alien results from an act, committed within its territory, which is attributable to another state, only if it has failed to use due diligence to prevent such injury.

仮に、外国人に対する損害が領域内において遂行された、他国に帰属しうる行為から生じている場合、このような損害を防止するために相当な注意を払うことを怠った時のみ、国家は責任を負う。

とされており、それぞれいわゆる防止の義務の文脈で使用されている。第10条において防止すべきは自国領域内において生ずる外国人への損害であり、第11条では同じく外国人への損害であるが、具体的に私人あるいは集団的暴力によるものとされている。第14条では、外国人への損害を防止する義務であることは同様であるが、その危害の発端は他の国家(第

三国)である点で違いがある。

以上、「相当の注意(due diligence)」概念が使用されている箇所を総覧したが、これらには一応の共通点が存在する。全て一定の事態(外国人あるいはその他の私人に損害が生じるもの)を防止するための義務に使用されており、国家の不作為を咎める文脈となっている点が指摘される。Garcia-Amador の報告書内、および附属書 9 のハーバード・ロースクール草案の第 11 条、第 14 条では、防止措置以外の文脈、たとえば注意の基準に対しての言及はない。

一方で、「相当の注意」概念以外の無印の「注意」概念が附属書に登場する。以下では、「注意」概念が登場する箇所を概観する。

附属書 1 には、1926 年の国際連盟国際法漸進的法典化のための専門家委員会によって採択された、質問票 No.4”外国人の身体あるいは財産に対して、自国領域内において加えられた損害に対する国家責任”が添付されている<sup>265</sup>。

当該質問票 No.4 の結論部では、以下のように「注意」概念が言及される。

2. The responsibility of a State is only involved by the commission in its territory of a political crime against the persons of foreigners if the State has neglected to take all reasonable measures for the prevention of the crime and the pursuit, arrest and bringing to justice of the criminal. The recognized public character of a foreigner and the circumstances in which he is present in its territory entail upon the State a corresponding duty of special vigilance on his behalf<sup>266</sup>.

「国家責任は、仮に国家が、犯罪の防止、捜査、逮捕、訴追のための全ての合理的な措置をとることを怠った場合、領域内における外国人に対する政治犯罪の発生によってのみ生じる。社会に認められた外国人の公的な性格、および彼がその領域内においておかれた状況が、国家に対して彼のために特別な注意を伴う義務を課す」。

該当部の「注意」概念は、「特別な注意の義務(duty of special vigilance)」という部分であり、対象となる外国人が公的な地位を付与されている場合には、そのことを考慮した注意の程度が課される旨が言及されている。

ここでの「注意」概念は注意の基準が表現されており、とりわけその基準が保護すべき対象の地位によって変動している。また、引用部前半の「全ての合理的な措置をとる」旨の記述は、注意の文言こそ使用されていないが、後半部において「特別な(special)」注意が要請されていることから、通常の注意によれば要請される内容を表したものであると解される。

附属書 2 には、1930 年のハーグ法典化会議の準備委員会による、1929 年の議論の基礎

---

<sup>265</sup> *Ibid*, p. 221. 当該文書の報告者は Gustavo Guerrero である。

<sup>266</sup> *Ibid*, p. 222.

(Bases of Discussion)が記載されている<sup>267</sup>。これらは文字通り、議論に参照されうる意見や論点についてまとめられたものである。このなかに、多くの「注意」概念および「相当の注意」概念が登場する。

たとえば、D. 外国人に対する不十分な保護について述べた議論の基礎 No.10<sup>268</sup>では、

#### Basis of discussion No. 10

A State is responsible for damage suffered by a foreigner as the result of failure on the part of the executive power to show such diligence in the protection of foreigners as, having regard to the circumstances and to the status of the persons concerned, could be expected from a civilized State. The fact that a foreigner is invested with a recognized public status imposes upon the State a special duty of vigilance(下線部筆者加筆).

「国家は、執行機関が外国人保護のため、その状況および人物の地位を考慮して、文明国に期待され得るような注意を払うことを怠った結果として外国人が被った損害に責任を負う外国人が承認された公的地位を付されているという事実は、国家に特別の注意の義務を課す」とある。

ここでは、「相当の注意(due diligence)」ではなく、「その状況および人物の地位を考慮して、文明国に期待されうるような注意(such diligence as …)」という表現がなされており、注意の基準にはっきり言及したうえで「注意」概念が検討されている。後半の「特別な注意の義務」については、附属書1と同様である。

続いて附属書2のD. 議論の基礎 No.17では、以下のように「注意」概念が登場する。

#### Basis of discussion No. 17

A State is responsible for damage caused by a private individual to the person or property of a foreigner if it has failed to show in the protection of such foreigner's person or property such diligence as, having regard to the circumstances and to any special status possessed by him, could be expected from a civilized State<sup>269</sup>.

「国家は、仮に、その状況および当該私人の持つ特別な地位を考慮し、文明国に期待されうる注意を払うことを怠った場合、私人によって外国人の身体あるいは財産に対してもたらされた損害に対して責任を負う」とされている。

ここでは、議論の基礎10において述べられたものと同様の言及が「注意」概念を用いて

---

<sup>267</sup> *Ibid*, p. 223.

<sup>268</sup> *Ibid*, p. 224.

<sup>269</sup> *Id.*



なされている。ただし、議論の基礎 17 において外国人の身体あるいは財産に対して損害を加える主体は私人であり、議論の基礎 10 では国家機関(執行機関)によって損害が加えられる点において違いがある。

次に議論の基礎 18 においても、同様の言及が以下のようになされている。

すなわち、

#### Basis of discussion No. 18

A State is responsible for damage caused by a private individual to the person or property of a foreigner if it has failed to show such diligence in detecting and punishing the author of the damage as, having regard to the circumstances, could be expected from a civilized State<sup>270</sup>.

「国家は、仮に、損害をもたらした者を調査および処罰するにあたって、その状況を考慮し、文明国に期待されうる注意を払うことを怠った場合、私人によって外国人の身体あるいは財産に対してもたらされた損害に責任を負う」と言及される。

ここでは、議論の基礎 No.10 および No.17 と同様に、具体的に注意の基準が明示されている。議論の基礎 No.10 および No. 17 との違いは、損害をもたらした私人の処罰について述べた文であるという点である。

また、E. 反乱、暴動、その他の騒乱による損害について述べた部分でも、「注意」概念による説明がなされている。すなわち議論の基礎 No. 22 および 22(a)では、

#### Basis of discussion No. 22

A State is, in principle, not responsible for damage caused to the person or property of a foreigner by persons taking part in an insurrection or riot or by mob violence.

国家は原則的に、反乱あるいは暴動あるいは集団的暴力に参加した私人によって外国人の身体あるいは財産に対してもたらされた損害に対して責任を負わない。

#### Basis of discussion No. 22 (a)

Nevertheless, a State is responsible for damage caused to the person or property of a foreigner by persons taking part in an insurrection or riot or by mob violence if it failed to use such diligence as was due in the circumstances in preventing the damage and punishing its authors<sup>271</sup>.

それにもかかわらず、仮に、当該損害を防止するにあたって、および当該私人を処罰するにあたって、事情に応じて適切に注意を払うことを怠った場合には、国家は反乱あるいは暴動

---

<sup>270</sup> *Id.*

<sup>271</sup> *Id.*

あるいは集团的暴力に参加した私人によって外国人の身体あるいは財産に対して加えられた損害に対して責任を負う。

と記されている。

ここでは「相当の注意」という文言ではなく、「事情に応じて適切に注意を払う (such diligence as…)」という言及がなされており、「事情に応じて」とかなり大まかではあるが基準としての表現が付加されている。また同時に、引用部の後半に言及される事態の防止および処罰に関する文言は、「注意を払う」ことが具体的な積極的な措置をとることである旨を示していると解される。なお、この後 No.22(b)および(c)では、「国家は、反乱あるいは暴動に参加した人物によってあるいは集团的暴力によって損害を受けた外国人に対し、同様の状況において自国の国民に認められるものと同様の賠償を認めねばならない」および「国家は、事実上の政府あるいはその要因あるいは軍隊の行為によってもたらされた損害に対して責任を負う範囲において、反乱が成功し、政府となった反乱団体によって外国人へ加えられた損害に対して責任を負う」旨が続けて記述される。

この後の議論の基礎 No. 22(d)において、「注意」概念による表現がなされている。

#### Basis of discussion No. 22 (d)

A State is responsible for damage caused to the person or property of a foreigner by persons taking part in a riot or by mob violence if the movement was directed against foreigners as such, or against persons of a particular nationality, unless the Government proves that there was no negligence on its part or on the part of its officials<sup>272</sup>.

「仮に、当該行動が外国人それ自体に向けられていた場合、あるいは特定の国籍の人物に対して向けられていた場合、政府がそこに自国あるいは自国の要員による不注意がなかったことを証明しないかぎり、国家は、暴動に参加した人物によってあるいは集团的暴力によって外国人の身体あるいは財産に対して加えられた損害に対して責任を負う」。

これは立証責任を規定したものであり、国家は「自国あるいは自国の要員による不注意がないこと」を立証しない限り責任を負うことになる。

この「注意」概念には、上述の No.22 および(a)とは異なり特定の基準の要素がみられない。

続いて附属書 8 は、万国国際法学会によって準備された、1927 年の“外国人の身体あるいは財産に対して自国領域内で加えられた損害に対する国際責任”条文草案が載せられている<sup>273</sup>。

第 1 条では、以下のように「注意」概念が使用されている。

---

<sup>272</sup> *Id.*

<sup>273</sup> *Ibid*, p. 227.

## I

The State is responsible for injuries caused to foreigners by any action or omission contrary to its international obligations, whatever be the authority of the State whence it proceeds: constitutional, legislative, governmental, administrative, or judicial.

This responsibility of the State exists even when its organizations act contrary to the law or to the order of a superior authority.

It exists likewise when these organs act outside their competence under cover of their status as organs of the State and making use of means placed at their disposal as such organs.

This responsibility of the State does not exist if the lack of observance of the obligation is not a consequence of a fault of its organs, unless in the particular case a conventional or customary rule, special to the matter, admits of responsibility without fault.

「国家は、国家当局が、憲法的、立法、政府、行政、あるいは司法的手続きのいずれを用いたのかにかかわらず、国際義務に違反するあらゆる作為あるいは不作為によって外国人に生じた損害に対して責任を負う。

国家責任は、その機関が上級機関の命令あるいは法に反して行動した場合にも生ずる。

国家責任は、自国の機関が、国家機関としての自らの地位の陰に隠れて、自らの権限の範囲を超えて行動した場合、およびそのような機関の使用に供する手段を用いた場合にも、生ずる。

国家責任は、仮に義務の不遵守が自国の機関の過失によるものではない場合、特別な事例において、条約あるいは慣習規則がその事例に対して特別に過失なしの責任を認めているのでないかぎり、生じない」とされる。

この第1条では、「過失(fault)」の用語で「注意」概念が説明されている。外国人に対して損害が加えられた場合において、特に国家に積極的な措置を求めているわけではなく、かつ基準として用いられているのでもない。国家当局の側に一定の落ち度があるか否かが国家責任の発生を左右すること、すなわち「絶対責任か過失責任か」の問題が示されている。

また同附属書第7条では、以下のように「注意」概念が用いられている。

## VII

The State is not responsible for injuries caused in case of mob, riot, insurrection or civil war, unless it has not sought to prevent the injurious acts with the diligence proper to employ normally in such circumstances, or unless it has not acted with like diligence against these acts or unless it does not apply to foreigners the same measures of protection as to nationals. It is especially obligated to give to foreigners the benefits of the same indemnities as to nationals with regard to communes or other persons. The responsibility of the State by

reason of acts committed by insurgents ceases when it recognizes the latter as a belligerent party, and in all cases in regard to States which have recognized them as such.

The question of the degree to which a State is responsible for acts of insurgents, even when recognized as a belligerent party, in case they have become the government of the country, is reserved<sup>274</sup>.

「国家は、暴徒、暴動、反乱あるいは内戦の場面で加えられた損害に対して責任を負わない。ただし、このような状況において通常とられるに適切な注意をもって損害行為を防止しようとしなかった場合、あるいは、これらの行動に対して同様の注意をもって行動しなかった場合、あるいは、国民に対する保護措置と同様の措置を外国人にとらなかった場合を除く。国家はとりわけ、共同体あるいはその他の人物に関して国民と同様の賠償を受ける利益を外国人に与えるよう義務付けられる。そのような反乱による行為を理由として、国家の責任は、当該反乱団体があとから交戦団体であると承認された場合、および、それ自体で承認されてきた国家についてのあらゆる状況で、停止する。

国家が反乱行為に対して負う責任の範囲の問題は、交戦団体として承認された場合でも、反乱団体がその国家の政府となった場合においても継続する」。

ここでは、「このような状況において通常とられるに適切な注意」として「注意」概念が登場しており、反乱等の発生時の防止のための積極的措置をとるよう促している。

前述の附属書9におけるハーバード・ロースクール草案(1929年)にも、「相当の注意」ではない無印の「注意」概念による説明がなされている。

第12条では、

#### Article 12

A state is responsible if an injury to an alien results from an act of insurgents, if the state has failed to use diligence to prevent the injury and if local remedies have been exhausted without adequate redress for such failure<sup>275</sup>.

「仮に、外国人に対する損害が反乱行為によってもたらされ、国家がそのような損害を防止するために注意を払わなかった、かつこのような怠りに対して適切な救済がなされないまま国内救済が完了した場合、国家は責任を負う」とある。

ここでは、「損害を防止するために注意を払う」というかたちで「注意」概念が表現されている。「相当の注意」概念で表現がなされていた第10条、第11条、第14条との相違点は、もう反乱時における損害を扱う点である。ここに基準の要素はみられず、防止のための

---

<sup>274</sup> *Ibid*, p. 228.

<sup>275</sup> *Ibid*, p. 229.

積極的な措置をとることが示唆されているのみである。

(1) 第1回報告書の小括

Garcia-Amador の第1回報告書における「注意」概念および「相当の注意」概念は、以下のようにまとめられる。

Garcia-Amador は原則的に、私人による外国人への損害行為から生ずる国家責任の場面において、「損害行為を防止する」という文脈においてのみ「相当の注意」概念を使用している。そして Garcia-Amador が私人による外国人への損害行為から生ずる国家責任の理論が類推されると述べているところの騒乱時における国家責任や、国際組織責任、および違法性阻却・減軽・加重事由にかかわる文脈でも同じく「防止する」措置のために「相当の注意」概念を使用している。

彼の第1回報告書において、以上検討された以外の部分では「注意」概念あるいは「相当の注意」概念による説明が行われていない。たとえば同じ私人行為による責任の文脈でも、外国人への損害行為にかかわった犯罪の遂行者たる私人の逮捕・訴追義務、処罰義務などには「相当の注意」概念どころかその他の「注意」概念すら用いられていない。同時に防止義務と処罰義務が説明されている場面では、慎重に記述が分けられている<sup>276</sup>。

また次に指摘できる点は、Garcia-Amador が私人の行為に関連する国家の行為にかかわる行為の概念として「相当の注意の不行使(failure to exert due diligence)」と同列に「黙認(connivance)」および「共犯(manifest complicity)」を挙げており、これらを理由に国家責任が生じる(ただし、私人の行為の性質も国際責任の認定にかかわる)と述べていることである。先に検討した第3章(国際責任の法的内容および機能)第7節(国際責任を生じさせる作為あるいは不作為)にて説明されていたように、Garcia-Amador によれば、私人の行為に関連して国家が責任を負う事態は複数のものが想定されているのであって、「相当の注意の不行使」はその中の1つであるにすぎない。

以上が Garcia-Amador の報告書のまとめであるが、つぎに第1回報告書に添付されている各附属書の内容からも、Garcia-Amador の報告書と対照することで重要な示唆が得られる。第1回報告書に附属する附属書は、各機関による国際責任関係の法典化の成果である条文案や宣言が付されている。

附属書1の1926年の国際連盟国際法漸進的法典化のための専門家委員会によって採択された質問票 No.4“外国人の身体あるいは財産に対して加えられた損害に対する国家責任”の結論部では、被害を受けた外国人が公的な地位を付されていた場合、国家に「特別な注意の義務」が課されている旨を述べていた。同時に、当該外国人への加害行為の防止については、当該行為の「防止、捜査、逮捕、訴追のための全ての合理的な措置をとることを怠った場合」責任が生ずる、という記述になっている。

---

<sup>276</sup> *Ibid*, p. 187.; para. 73 を参照。

Garcia-Amador が捜査や訴追とは区別されるものとして防止措置にのみ「相当の注意」概念を用いていたことを考慮すると、当該質問票 No.4 における結論部とは「注意」概念の射程が異なることが指摘される。

附属書 2 のハーグ法典化会議の準備委員会による 1929 年の議論の基礎では、議論の基礎 No. 10, 17, 18 において、それぞれ「国家機関による損害からの保護(protection)」「私人あるいは私人の団体による損害からの保護」「損害をもたらした私人の調査あるいは処罰」をするにあたって、「その状況に応じて」「文明国に期待されうるような注意(such diligence as…)」が示されている。また議論の基礎 No. 22(a)では、「当該損害を防止するにあたって、および当該私人を処罰するにあたって、次条に応じて適切に注意を払う」ことが示される。また議論の基礎 22(d)では、「反乱あるいは暴動において」もたらされた損害について、国家機関の側に不注意(negligence)がないことが立証されなければ責任を負う旨を示していた。

これら附属書 2 における「注意」概念と Garcia-Amador の報告書との相違について、まず既にみたとおり、附属書 2 における「注意」概念の多くには具体的な注意の基準が記述されている点異なる。

次に、議論の基礎 No.10 および No.17 には「防止(prevention)」ではなく「保護(protection)」の文言が使用されている点が挙げられる。前者の「防止」に着目すれば、損害を及ぼしうる事態が注意の客体となるのに対し、「保護」に着目すれば、損害行為の対象となるべき人物や財産が注意の客体となる。

一方で No. 22(a)には「防止」の文言が使用されているものの、私人の処罰も同様に「注意」の対象となることが示されていることから、こちらも Garcia-Amador の報告書における記述とは異なる。また No. 18 および No. 22(a)の文言においても、損害をもたらした私人の調査および処罰に対して「注意」概念による説明が行われている点も Garcia-Amador の報告書とは相違する点である。

附属書 8 の万国国際法学会による 1927 年の“外国人の身体あるいは財産に対して自国領域内で加えられた損害に対する国際責任”条文草案では、第 7 条において反乱や内戦の場面において、「このような状況において通常取られるに適切な注意をもって(with the diligence proper to employ normally in such circumstances)」「損害行為を防止(prevent)」しなかったならば責任を負う旨が規定されている。

当該条文草案では、「適切な注意」をもって「防止する」ことが規定される点は、Garcia-Amador の報告書と「相当の注意」の文言を使用するか否という点以外は一致している。

附属書 9 のハーバード・ロースクール草案(1929 年)には、「相当の注意」概念と「注意」概念が同居している。第 10 条、第 11 条、第 14 条には「相当の注意」概念が、第 12 条には「注意」概念が使用されている。

前述のとおり、第 10 条、第 11 条、第 14 条における「相当の注意」概念は、全て防止措置の文脈で使用されており、かつ第 11 条および第 14 条には具体的な注意の基準を示す文

言が与えられていない。これらの点において、Garcia-Amador の報告書と非常に類似した構成をとっている。「相当の注意」概念が使用されていない第 12 条でも、「注意(diligence)」が「反乱における損害行為」の「防止(prevent)」のために使用されねばならないことが記述されている。

ただし第 10 条には、「この事例の事情および外国人の公私の性格」によって要求される注意(diligence required)が変化する、と基準が示されているという点で Garcia-Amador の報告書における傾向からは外れることになる。

当該附属書 9 のハーバード・ロースクール草案において「注意」概念および「相当の注意」概念が防止措置にのみ使用されている理由は、損害に対する違法性の回復手段(あるいは国際義務の一部)として、損害を与えた私人の逮捕や訴追ではなく、「国内救済(local remedies)」による金銭賠償請求の利用が予定されているのが理由だと推察される。Garcia-Amador は国内救済について報告書において検討を行っているものの、いわゆる私人の処罰義務とは区別して論じている点で、異なる点であるといえる。

## 第 2 款 第 2 回報告書<sup>277</sup>

第 2 回報告書では、Garcia-Amador の作成した条文案が提示され、その内容についてコメントの形で考察がなされていく。

Garcia-Amador の提示した第 1 条案<sup>278</sup>のコメントリでは、「“相当の注意”の規則(The rule of “due diligence”）」という表現が登場する。

第 1 条案と「相当の注意」概念との関連について、まず「ILC での議論のなかで、第 1 条に直接関連するような、具体的な問いが生じた<sup>279</sup>」。その問いとは、「特定の国際義務の違反

---

<sup>277</sup> Second report by F. V. Garcia-Amador, Special Rapporteur, A/CN.4/106, (15 February 1957).

<sup>278</sup> 第 2 回報告書に記載される Garcia-Amador による条文案の第 1 条は、以下のとおり。

### 第 1 条

1. この草案の目的は、仮にその損害が国家機関あるいはその要員の、国家の国際義務に違反するような一定の作為あるいは不作為の結果であったならば、「自国の領域内において外国人の身体あるいは財産に対して加えられた損害についての国家の国際責任」が、このような損害のために賠償義務を生じせしめることである。
2. “国家の国際義務”という表現は、この草案の関連条文において定められるように、国際法のあらゆる法源から導かれた義務を意味する。
3. 国家は、国際義務の違反あるいは不遵守から生ずる責任を拒む目的で、国内法の条文を援用することができない。 ; *Ibid*, p. 105.

<sup>279</sup> *Ibid*, p. 106.

あるいは不遵守がない場合にも、責任は生じうるだろうか？」というものである。すなわち、トレイル溶鉱所事件における仲裁裁判所は、「国際法の原則にもとづき…その事態が重大な結果をもたらす、かつ損害が明らかで確信できる証拠によって立証されている場合、いかなる国家も、自国の領域を、煤煙によって他国の領域あるいは他国の財産あるいは他国の国民に損害を生じさせるような方法で使用する権利、あるいは使用させる権利を持たない」と結論している（下線部筆者加筆）。またビキニ環礁における原爆実験後、日本の漁民に対してアメリカ政府が支払った損害賠償の例も挙げられている<sup>280</sup>。

そして、

(…)[t]here is a breach or non-performance of a general duty which is implicit in the functions of the State from the point of view of both municipal and international law, namely, the duty to ensure that in its territory conditions prevail which guarantee the safety of persons and property. The rule of "due diligence" (…)<sup>281</sup> is in reality nothing more than an expression of the same idea, and is recognized as an integral part of the international law relating to responsibility<sup>281</sup>.

そしてこれらの例では、「国内および国際法双方の観点から、国家の機能に示唆される一般的義務(general duty)、すなわち自国領域内において、人物及び財産の安全を保証(guarantee)するところの条件を整えることを確保する義務の違反あるいは不遵守が存在する。そして“相当の注意”の規則(The rule of “due diligence”)は、実際にはこれと同一の理念の表現にすぎないし、かつ責任に関する国際法の不可分の一部として認識されている」という。

この文では、「相当の注意」概念が「“相当の注意”の規則」と表現され、自国領域内における人物及び財産の保証を確保するための一般的義務(general duty)と「同一の理念の表現」であると述べられている点が指摘される。

ただし Garcia-Amador は、この一般的義務についての言及が条文に含まれれば、不当な請求の温床になり、かつ国家責任の理論を混乱させる<sup>282</sup>として、草案に含めることに消極的な評価を下している。

第 12 条案<sup>283</sup>のコメントリ部分でも、「相当の注意」概念が、「“相当の注意”の概念あるい

---

<sup>280</sup> *Id.*

<sup>281</sup> *Id.*

<sup>282</sup> *Id.*

<sup>283</sup> 第 2 回報告書に記載される条文案の第 12 条は、以下のとおり。

#### 第 12 条

合法的な政府の行為および成功した反乱団体の行為



は規則」というかたちで登場する。

第 12 条案は合法的な政府の行為および成功した反乱団体の防止義務について定めたものであり、反乱や騒乱が生じたときに外国人に対して加えられた損害に対する防止義務と責任の帰属が同時に扱われている。

コメントリではまず、私人の行為について責任が生ずるのではなく、国家は自らの作為あるいは不作為の帰結として責任を負う旨が言及され、そして「国家が(…)責任を負うということが出来るまでに示されねばならない要件」に関して、多くの議論があることに触れられる<sup>284</sup>。そして、責任を認定する要件として、損害行為のほかに、「国家機関あるいは職員によって故意にとられた(fault, culpa)特定の態度を示唆する行為に関係した一定の活動が、国家に帰属する可能性が存在するはずである<sup>285</sup>」。そして、

Where imputability is determined by this indirect process, it is not difficult to see that what is in essence imputed to the State is not really the act or deed which causes the injury, but rather the non-performance of an international duty, a duty the content and scope of which are as a rule very hard to define, and in certain specific cases utterly undefinable. This "duty" is discussed in the next section, where, for the purpose of these cases of responsibility, it is formulated in terms of the concept or rule of "due diligence"(下線部筆者加筆).

「帰属可能性(imputability)がこの間接的なプロセスによって決定される場合、何が本質的に国家に帰属するのかが、損害を生じた現実の行為や事態なのではなく、国際義務の不履行なのであると認めるのは難しいことではない。この義務とは規則として非常に定義しがたい、そして一定の特別な事例では完全に定義できない内容および射程を持つ義務である。この「義務(duty)」は、次の節において議論される。そこでは、責任の事例のために、「相当の注意」の概念あるいは規則の文脈で責任が定式化される」と言及されている。

ここでは、「相当の注意」の概念および規則」が説明されている。すなわち、ある事態が発生した結果生じた損害および責任について、国家は(特定しにくく、時に特定不可能な)国際義務の不履行を理由として責任を負う。そしてこのような責任の事例は、Garcia-Amador

---

1. 国家は、軍隊あるいはその他の当局によって、反乱あるいはその他の国内騒乱を防止あるいは鎮圧する目的で外国人に対して加えられた損害に対し、仮に当該措置が私人へ直接かつ個別的に加えられた場合は、責任を負う。

2. 成功した反乱の場合、仮に当該損害が、革命軍によってとられた措置、および前パラグラフで言及された措置に類する措置の結果もたらされたものであるならば、国家の国際責任は外国人に対して加えられた損害に関して発生する。 ; *Ibid*, p. 121.

<sup>284</sup> *Id.*

<sup>285</sup> *Id.*

によって「"相当の注意"の概念あるいは規則」として定式化されている<sup>286</sup>。

この直後の節(15. "相当の注意"の規則)において、同じく第 12 条案におけるコメントリ  
のなかで、Garcia-Amador は「相当の注意」概念の検討を行っている。

まず、ハーグ法典化会議のために準備されたいくつかの条文案の 1 つとして、ハーバード・ロースクール草案(1929 年)の中に「相当の注意(due diligence)」が含まれていたことが言及される。すなわち、

Some of the drafts prepared for The Hague Conference contain a provision which speaks in general terms of the standard or rule of " due diligence ". One of these is the Harvard Law School draft, article 10 of which provides(…)(下線部筆者加筆)<sup>287</sup>

「ハーグ会議において準備された草案のいくつかには、一般的な"due diligence"の基準あるいは規則について述べた項目が含まれている。これらの一つがハーバード・ロースクール草案であり、これの第 10 条は以下のように定めている(…)」とある。ここでの言及が、「基準あるいは規則」という表現がなされていることに着目される。当該第 10 条は「国家は、仮に外国人に対して加えられた損害が、損害を防止するために相当の注意を行使することを怠ったことによって生じた場合、国内救済がこのような懈怠の適切な救済をすることなく終了したならば、これに責任を負う。要求される注意は、外国人の公私の性格、および事例の状況によって非常に多様なものとなりうる」というものである。

そしてこれに続いて Garcia-Amador は、ハーバード・ロースクール草案に付されたコメントを引用して以下のように述べている。

The relevant comment explains the meaning and scope of this article as follows. "Due diligence" assumes that the State has jurisdiction to act, i.e. to take measures of prevention, and also that it has the opportunity to act. Due diligence is a standard and not a definition. What is "due diligence" in a given case is therefore often difficult to determine. The term "due diligence", as contrasted with the terms "means at its disposal" employed in article 8 of the Convention (XIII) concerning the Rights and Duties of Neutral Powers in Naval War (The Hague, 1907), emphasizes the efficiency and care used by governmental instrumentalities, rather than the instrumentalities themselves. The responsibility of a State for failure to use diligence to prevent injuries to aliens must be distinguished from its responsibility for failure to use diligence to bring offenders to justice. The latter is a responsibility for denial of justice. It grows out of a State's exercise of the remedial function, while the former grows out of a

---

<sup>286</sup> *Id.*

<sup>287</sup> *Ibid*, p. 122.

State's duty to exercise the preventive function(下線部筆者加筆)<sup>288</sup>.

「関連する[ハーバード・ロースクール草案に付された]コメントが、以下のようにこの条文の意味および射程を説明している。"相当の注意(Due diligence)"は、国家が行為、すなわち防止の措置をとるための管轄権を有しており、かつ国家が行為の機会を有することを推定する。相当の注意(Due diligence)は基準であって、定義ではない。所与の事例に対して何が"相当の注意"なのかについては、したがってしばしば決定がむずかしい。"相当の注意 (due diligence)" という用語は、開戦の中立権利及び義務に関する条約第 8 条において採用される"使用に供する (means at its disposal)" という用語と対照されるように、機関そのものより政府機関によって払われる注意および能力を強調している。外国人に対する損害を防止するために注意を払うことを怠ったことによる国家責任は、加害者を訴追するために注意を払うことを怠ったことから生じる責任から区別されねばならない。訴追のための注意は、裁判拒否の責任である。裁判拒否は、国家の救済機能の行使から生じるものであって、一方防止の注意義務は、防止機能を行行使する国家の義務から生ずる」との説明を引用している。

そして次に、ハーグ法典化会議の準備委員会において作成された議論の基礎 No. 10 にも言及される。すなわち、「国家は、執行機関が外国人の保護のために、このような状況かつ当該人物の地位について、文明国に期待される程度の注意を示すことを怠った結果として、外国人が被ることとなった損害に対して責任を負う。外国人が認められた公の性格を付されている場合、国家は特別な注意の義務を課される」というものであるが、Garcia-Amador はこれを「同様の基本的理念を表明したもの」とであると説明している<sup>289</sup>。

そしてハーグ法典化会議の準備委員会が政府から受けたコメントが紹介され、当該政府コメントでは「要求される注意(diligence required)は、事情によって変化する」ものであり、かつその「基準は、単なる居住領域と本国で同一でありえない」。かつ「公の地位を付された個人について、国家は特別な注意の義務を有する」のであり、この意味で「基準は当該人物に応じて変化する」との説明が紹介される<sup>290</sup>。

続いて、専門家の意見が紹介される。Garcia-Amador によれば、専門家は以下の点についてほとんど一致している。すなわち、

(…)the rule of " due diligence " cannot be reduced to a clear and accurate definition which might serve as an objective and automatic standard for deciding, regardless of the circumstances, whether a State was " diligent " in discharging its duty of vigilance and

---

<sup>288</sup> *Id.*

<sup>289</sup> *Id.*

<sup>290</sup> *Id.*

protection<sup>291</sup>.

「"相当の注意(due diligence)"の規則は、事情を考慮せずに、国家が注意の義務および保護の義務を果たすにあたって"賢慮(diligent)"であったか否かを決定する客観的かつ自動的な基準として機能しうるような明確かつ正確な定義に還元できない」。

さらに、国家当局の行為とは結局のところ事情に応じて判断されねばならないということから、

In effect, therefore, the rule of " due diligence " is the expression *par excellence* of the so-called theory of fault (*culpa*), for if there is any category of cases in which it cannot be said that responsibility arises through the simple existence of a wrong it is surely the category dealt with in this chapter<sup>292</sup>.

「もし本章で扱われる種類のものであるところの違法行為が単に存在することによって責任が生ずるのだと言えないような種類の事例が存在するならば、結果として、"相当の注意"の規則はいわゆる過失の理論(*culpa*)、の一段と優れた表現なのである」。

そして、かつ

Accordingly, though the rule is vague and, consequently, of only relative value in practice, there is no choice—so long as some better formula is not devised in its stead—but to continue to apply the rule of " due diligence " in these cases of responsibility.

「したがって、その規則が曖昧で、最終的に実行において単にある程度の価値を有するだけにもかかわらず、——一定のよりよい定式がそのかわりに編み出されない限り——このような責任の事例において、"相当の注意"規則の適用を継続するほかないのである」と説明される。

この説明が第 12 条案の射程(反乱や騒乱時)に限定して「相当の注意」概念が説明されているのだが、ここでは完全に事情に応じて変化する「非」客観的基準として「相当の注意」概念が扱われていると Garcia-Amador には評価されている。

次にこの第 12 条案コメンタリ第 15 節において、Garcia-Amador は「"相当の注意"の規則」と「正義の国際基準」、あるいは内外人平等原則との関係に言及している。

まず、Eagleton を引用して、Eagleton が国家の行為が国際的基準によって評価されねば

---

<sup>291</sup> *Id.*

<sup>292</sup> *Id.*

ならない旨<sup>293</sup>について言及していることに触れる。対して、1902年の第2回米州諸国国際会議で署名された「外国人の権利に関する条約」は、国家が自国民に認めた以上の義務あるいは責任を外国人に対して負わない旨を定めていることが紹介される。

Garcia-Amador はこれらの文を国際基準と国内基準の対立として言及したわけではなく、柔軟な解釈および適用のために、「相当の注意」概念が国際基準とも国内基準とも関連させられる場合があることを説明したにすぎない点が留意される。

同じく第12条案コメンタリ第15節において、Garcia-Amador は国際仲裁判決、専門家の研究、米州諸国会議における法典化作業にあらわれた基本原則にもとづいて、「責任に対する推定(presumption)」が存在することに触れる。すなわちそのような推定とは、

[t]he State is not responsible unless it displayed, in the conduct of its organs or officials, patent or manifest negligence in taking the measures which are normally taken in the particular circumstances to prevent or punish the injurious acts(下線部筆者加筆)<sup>294</sup>。

「国家は、自国の機関あるいは要員の行為において、損害行為の防止あるいは処罰のために特定の事情において通常とられうる措置について、明白または明示的な不注意があったことを示されるまでは、責任を負わない」というものである。この推定はそのまま第2回報告書における条文案に採用されている。「不注意(negligence)」という語句で「注意」概念が語られる点を読み取れる。

ここまで第15節(“相当の注意”の規則)においてなされた説明を概観したが、Garcia-Amador の考察について以下の特徴が認められる。

まず、「相当の注意」概念をハーバード・ロースクール草案(1929年)、ハーグ法典化会議の準備委員会において作成された議論の基礎 No. 10 などの文書の説明を引用する際に、多くの vigilance や negligence などのそれぞれの「注意」概念を「“相当の注意”の規則」として読みだしているという点である。とりわけハーバード・ロースクール草案における「相当の注意」概念の説明は、「基準」と基準決定の際に考慮される事項、および防止義務と訴追義務が区別されつつ、それぞれ「防止に対する注意」「訴追に対する注意」などと「注意」概念を用いていることなど、多くの文脈が含まれているが、Garcia-Amador はこれを「“相当の注意”の規則」としてひとまとめにしており、「過失理論の一段と優れた表現」とであると描写している。

第2に、前述のとおり、Garcia-Amador は「相当の注意」概念が国際的な基準あるいは国

---

<sup>293</sup> この理由は国内基準が国際基準より低い際に外国人が不利益を被るからではなく、外国人に対して十分である基準がその国家の国民の保護にとって不十分である場合が想定されている。; *Id.*

<sup>294</sup> *Id.*

内的な基準の双方に解釈される場合があることを述べているが、ここでは国際基準と国内基準の対立が言及されたわけではなく、柔軟な解釈および適用のために、「相当の注意」概念が国際基準とも国内基準とも関連させられる場合があることを説明したにすぎない。

第3に、第1回報告書では、「相当の注意」概念が「防止の措置」についてしか適用されていなかったのに比べ、ここでのハーバード・ロースクール草案(1929年)や米州諸国会議における法典化作業では「防止と訴追」が1セットで表現されている。この影響を受けてか、Garcia-Amadorの解釈部分においても、たとえば「責任に対する推定」における記述などにおいて、「防止と訴追」が1セットで表現されている。

次に、第12条案コメンタリ第16節(私人の行為)<sup>295</sup>における「相当の注意」概念の登場を検討する。

Garcia-Amadorはこの「私人の行為」というカテゴリーのほとんどの事例が、さきに検討された内戦およびその他の国内騒乱におけるもので、かつ「基本原則が常に同じままである」ものの、「問題の分析を促進する手段としては<sup>296</sup>」この区別が有用であると評価している。

ここでGarcia-Amadorは、伝統的に国際法学、および仲裁裁判判決、この先の法典化作業における文書において、私人に対する責任は原則的に無責任(irresponsibility)であり、例外的に責任を負うのだという認識がなされてきたことに言及する。具体的には、Grotiusの学説、およびアラバマ号事件仲裁判決が引用されている。そして国際判例の先例をみると、私人の行為の防止だけではなく、「国家が違反者に対して処罰訴追や刑罰の賦課によって当該行為を処罰するためにとらねばならない必要措置をとるうえでの不注意あるいは不能<sup>297</sup>」が国際責任を発生させることもあると、Janes事件(1926年)を引用しつつ説明している。そしてGarcia-Amadorは、

International jurisprudence contains many other decisions illustrating the circumstances in which arbitral tribunals or commissions have held a State responsible, and the precise manner in which they have applied the rule of "due diligence"<sup>298</sup>.

「国際判例体系はこのほかに、仲裁裁判所あるいは委員会が、国家責任を認定してきた状況、かつこれらが”相当の注意”規則を適用してきた具体的な方法を説明するような、多くの判決を有している」と説明を加えている。

この後Garcia-Amadorは、ハーグ法典化会議準備委員会における議論の基礎No. 10, 17, 18, 19, 20について、相当の注意に関連するものを含めた特徴を検討している。

---

<sup>295</sup> *Ibid*, p. 123.

<sup>296</sup> *Id.*

<sup>297</sup> *Id.*

<sup>298</sup> *Id.*

すなわち、

The new features which can be perceived in the above texts are the following: the link between the rule of " due diligence " and the concept of a " civilized State "; the public status with which the foreigner may be invested and the " special duty of vigilance " which that fact imposes on the State;(…) <sup>299</sup>

「上述の文書において認識され得る新たな特徴は以下の通りである。:”相当の注意”規則と”文明国”の概念との関係。;”特別な注意義務”および外国人が付与され得る公の地位との関係(…)」が列挙されている。

次に Garcia-Amador はハーバード・ロースクール草案(1929年)を検証し、「ある1つの”相当の注意”概念に関連する一般条項があり、次に”個人の行為あるいは集団的暴力による”損害の事例において国家の責任が生じうる際に満たされるべき条件を特定している」点が異なる<sup>300</sup>、とハーグ法典化会議の準備委員会による議論の基礎との比較をおこなっている。

次に、第17節(一般的な国内騒乱)において、「相当の注意」概念に対する分析が行われている。Garcia-Amador は万国国際法学会による最終草案(1927)を引用して、「損害行為を防止あるいは処罰するための措置をとるにあたって、それ自体で”適切な注意(proper diligence)”以上のものを国家に要求していない<sup>301</sup>」と評価する。

引用された草案第7条は、「国家は、集団的暴力、暴動、反乱、内戦の場合、損害に対して責任を負わない。ただし、通常そのような状況で払われる適切な注意(diligence proper)のもとで損害行為を防止しようとしなかった場合、あるいは、これらの行為に対して注意(diligence)をもって行動しなかった場合、あるいは、自国民に対する保護と同じ措置を外国人に適用しない場合を除く。とりわけ国家は、国民がその他の人物との関係において得られるのと同じ賠償を外国人に与えるよう義務付けられる」と定められている。

次に、第18節(合法的な政府あるいは成功した反乱団体の行為)においても、「相当の注意」概念に関する説明がなされている。

In the preceding sections, this report has referred to situations in which the State may become responsible as a result of the conduct of its organs or officials in relation to the injurious acts of private persons acting either individually or as members of a group. In these situations, responsibility originates in the failure of the organ or official concerned to exercise " due diligence " to prevent the wrongful act or to punish the offender; in other words, it

---

<sup>299</sup> *Ibid*, p. 124.

<sup>300</sup> *Id.*

<sup>301</sup> *Ibid*, p. 126.

originates in an unlawful omission imputable to the State<sup>302</sup>(下線部筆者加筆).

「前節で、この報告書は、国家が私人あるいは団体の行為の結果として、国家が責任を負う状況に言及してきた。これらの状況において、責任は、違法行為の防止あるいは加害者の処罰に対して、国家機関あるいは職員が”相当の注意”を行使しないことによって生じる。言い換えれば、責任は国家に帰属可能な、違法な「不作為」によって生じるのである」。ここでの「相当の注意」概念にも、防止措置および加害者の処罰措置がいずれもそれぞれ「注意」概念に含まれている。

#### (1) 第2回報告書の小括

Garcia-Amador の第2報告書では、何より「”相当の注意”の規則」と題された節において、具体的に「相当の注意」概念に対する分析がなされたことが着目される。

国家が国際責任を生ずる場合のうち、Garcia-Amador は反乱や騒乱の場合に、外国人に対する損害の防止義務が合法政府や成功した反乱団体にあるとしている。

この文脈で、国家は国際義務の不履行があった場合に責任を負うが、このプロセスを定式化したのが「相当の注意」の概念および規則である、との説明がなされる。Garcia-Amador はとりわけハーバード・ロースクール草案(1929年)に付されたコメントを引用しており、「基準としての相当の注意」を検討している。ハーバード・ロースクール草案(1929年)によれば、「相当の注意」は、国家が管轄権を有しており、その管轄下の事態について行為することを推定している。そしてかつ、基準であって、定義ではない。そして国家機関そのものではなく、国家機関によって払われる注意および能力を強調している。防止措置に対する注意と、訴追に対する注意は区別される、と説明している。このような説明はほぼ現代でも同様の解釈がなされているものであり、理論として非常に精緻化されている。

かつ専門家による意見をまとめて、Garcia-Amador は「客観的かつ自動的な基準として機能しうるような明確かつ正確な定義に還元できない」という意見を参照している。

コメンタリ第15節では、「国際基準」「内外人平等原則」と「相当の注意」概念との関係が言及される。ただし前にも触れたように、Garcia-Amador の本報告書の内容として、具体的な事例における解釈および適用の場面で「相当の注意」概念が国際基準にも国内基準にも関連させられる場合があることが指摘されたにすぎず、必ずしも対立軸としての紹介がなされているわけではない点が留意される。

まずここまでの Garcia-Amador による言及からは、以下の点が指摘される。

第1に、このような「”相当の注意”の規則」の分析結果の射程は、反乱あるいは騒乱時における外国人への損害の場面に限定されているということである。

第2に、第1回報告書では外国人への損害の防止の文脈にとどまっていた「相当の注意」

---

<sup>302</sup> *Ibid*, p.127



概念の適用は、損害を加えた私人の訴追義務にまで拡張された。その理由はおそらく、参照元のハーバード・ロースクール草案(1929年)からの影響である。

第3に、前述のとおり、これまでの判例・学説では様々な「注意」概念、あるいは「相当の注意」概念を用いた解釈によって説明されていた「内乱の際の国家責任」論が、ここで「相当の注意」の規則」という新たな「相当の注意」概念を用いて定式化された、という点である。特にこの第3の点について、後の判例分析でも詳しく検討されるが、たとえばハーバード・ロースクール草案(1929年)やハーグ法典化会議の準備委員会における議論の基礎においては vigilance や negligence, 単なる diligence であった多くの記述が、すなわち言い換えれば「相当の注意(due diligence)」ではなく無印の「注意」概念で説明されていた理論の部分が、「相当の注意」の規則」と言い換えられているという点が指摘される。

コメンタリ第16節(私人の行為)では、内戦や騒乱の事例と私人の事例がほとんど共通していること、および「基本原則が同じ」であると評価される。また、ここで私人に対して国家は原則的に責任を負わないことが学説および判例上確立されていることが言及され、このような事態においてなお国際責任が発生する場面で「相当の注意」概念が使用されると述べている。

この第16節、および以後の第17節、第18節における説明には、第15節においてなされた指摘がそのまま当てはまる。

### 第3款 第3回報告書<sup>303</sup>

Garcia-Amador の第3回報告書は請求を扱うものであり、第1回および第2回報告書に比して「相当の注意」概念への言及が格段に少なくなる。報告書の構成は第2回報告書と同様に、Garcia-Amador による条文案にそのコメンタリが付される、というかたちで議論が進められていく。

第3回報告書において「相当の注意」概念への言及があるのは、第6章「責任阻却、酌量および加重事由(Exoneration from responsibility ; extenuating and aggravating circumstances)」である。

第13条案および第14条案<sup>304</sup>は、責任阻却、酌量、加重事由が扱われている。この第13

---

<sup>303</sup> Third report by F. V. Garcia-Amador, Special Rapporteur, A/CN.4/111, (2 January 1958).

<sup>304</sup> 第13条および第14条の条文は、以下のとおり。

#### 第13条

1. 以上の規定にもかかわらず、当該措置が、不可抗力(force majeure)、あるいは重大かつ差し迫った危険から国家の根本的利益を守るために行った緊急避難の結果取られたものであった場合、国家が他の手段によってこれに対抗することが不可能であって、その危険を惹起したのがその国家ではないという条件で、国家は外国人に対して加えられた損害

条および第 14 条のコメンタリ第 6 節(罪の加重事由(*aggravating circumstances*))では、第 14 条に引用される第 10 条案および第 11 条案<sup>305</sup>との関係が指摘される。

第 14 条は、「第 10 条および第 11 条に規定された責任の場合、私人の損害行為について、国家当局の黙認あるいは共犯は、本条文草案の第 25 条に規定される目的のため、加重事由を構成する」と定める。第 10 条案は「私人の行為」に関する国家責任を定めたものであり、第 11 条は国内騒乱に関連する国家責任の規定である。それぞれの条文では、外国人に損害を加えた私人の行為を防止し、処罰するにあたって明らかな不注意(*manifest negligence*)がある場合に責任を課す、と定めている。

コメンタリではさらに、「草案第 14 条は、(…)損害行為の防止あるいは処罰のために措置をとるにあたって、当局の“明らかな不注意(*manifest negligence*)”があったか否かによって(…)帰属可能性が定められる」一方で、「私人の損害行為に対して(…)国家当局の共犯あるいは黙認も扱っている<sup>306</sup>」という。この文脈において、

---

に対して責任を負わない。

2. 同様に、国家は当該損害の行為が、外国人の側の過失によって惹起された場合、その損害に対して責任を負わない。

3. 不可抗力、緊急避難、外国人に帰せられる過失は、仮に責任の阻却事由として認められなければ、損害賠償額の決定に際しての酌量事由を構成する。

#### 第 14 条

第 10 条および第 11 条に規定された責任の場合、私人の損害行為について、国家当局の黙認あるいは共犯は、本条文草案の第 25 条に規定される目的のため、加重事由を構成する。

; *ibid*, p. 50.

<sup>305</sup> 第 10 条案および第 11 条案は、以下のとおり。

#### 第 10 条 通常の私人の行為

国家は、国家機関あるいは職員がこのような行為を防止あるいは処罰するための措置をとるにあたって、明らかに不注意であったならば、通常の私人によって外国人に加えられた損害に対して責任を負う。

#### 第 11 条

##### 国内騒乱一般

国家は、反乱、内戦あるいはその他の国内騒乱によって外国人にもたらされた損害に対して、合法政府が問題となる行為を防止あるいは処罰するためにとられた措置について、その状況において明らかな不注意があった場合、責任を負う。; *supra* note 277, (*Amador 2nd Report*), p. 121.

<sup>306</sup> *Supra* note 303, (*Amador 3rd Report*), p. 54.

It should be noted that this is not the same thing as the failure of the authorities to exercise "due diligence", the criterion applicable in these cases of responsibility in assessing the conduct of the State; article 14 deals, rather, with circumstances which denote an attitude utterly at variance with that which the competent organs and authorities would be expected to observe<sup>307</sup>(下線部筆者加筆).

すなわち「このことは、このような[反乱時の私人に対する]責任の事例において国家の行為を評価するために適用可能な基準であるところの、当局の"相当の注意"の不履行と同じものではないことが留意されねばならない。むしろ第 14 条は、権限ある機関および当局が遵守すると期待されているものとは完全に異なる態度を示す状況を扱っているのである」と説明される。

ここでは、第 10 条および第 11 条における、反乱時の私人行為に対する防止あるいは処罰措置に関する国家の「明らかな不注意(manifest negligence)」が「相当の注意」の違反であるように言い換えられており、かつこの「相当の注意」とは、「このような[反乱時の私人に対する]責任の事例において国家の行為を評価するために適用可能な基準」だとされている。

また Garcia-Amador がここで述べたのは、このような第 10 条および第 11 条における「相当の注意」違反と、責任加重事由となりえるほど重大な違背である第 14 条の「黙認」あるいは「共犯」では、国家責任の程度が異なるものだという点<sup>308</sup>である。

#### (1) 第 3 回報告書の小括

以上のように、第 3 回報告書における Garcia-Amador の態度には以下の点が指摘できる。

第 1 に、第 2 回報告書においてなされた「相当の注意」概念による説明の特徴を受け継いでいる。すなわち、まず射程について防止措置と処罰措置のいずれにも「相当の注意」概念を用いた説明を行っている点、および語法についてその他の「注意」概念を「相当の注意」概念へと統合している点が指摘される。

第 2 に、第 2 回報告書では、私人に対する国家機関の国際義務違反の形式として、元々 Garcia-Amador は「黙認」「共犯」「"相当の注意"の不行使」の 3 つが並列的に挙げられていたが、第 3 回報告書ではこれらの 3 つの形式が国家責任の程度に基づいて区分されている。すなわち、「黙認」「共犯」は、「"相当の注意"の不行使」よりも重度の責任が生じるものと分類されている。

第 3 に、「相当の注意」概念が、単なる過失以上の意味をもって使用されている点である。このことは、たとえば第 13 条案および第 14 条案のコメント第 5 節(外国人の側の過失

---

<sup>307</sup> *Id.*

<sup>308</sup> *Id.*

(fault))との用語法の比較検討から導くことができる。第 10 条および第 11 条、および第 14 条に Garcia-Amador は「相当の注意」の用語を使用している一方で、私人たる外国人に帰属する落ち度に関しては、「過失(fault)」の用語を徹底して使用している。

#### 第 4 款 第 5 回報告書<sup>309</sup>

Garcia-Amador の第 4 回報告書には「注意」概念を用いた説明がないため、次に第 5 回報告書を検討する。

第 5 回報告書では、第 4 回報告書までに提出された Garcia-Amador の条文案について、ILC 委員の間でなされた議論を踏まえ、改訂および追加案についての説明がなされる。

再考事項となったもののうちの 1 つが、B. 国際責任の構成要素(Constituent elements of international responsibility)である。Garcia-Amador はこれまで、「過失あるいはその他の主観的要素が要求されるか否か」という問題について、「学術的なものであり、かつ多くが判例法のなかで解決されてきた」として議論を回避してきた<sup>310</sup>。しかし他の委員からの要請、および「義務違反説」でなく「権利侵害説」の適用の可否に関して扱う必要性が生じたことから、第 5 回報告書に当該事項が含まれることになった次第である。

B. 国際責任の構成要素の第 2 章(国際責任の基礎)では、多くの過失責任論に関連する議論が紹介されるが、「注意」概念が議論に登場する。

第 2 章第 5 節(当該問題に対する論者の意見)では、Grotius から過失(fault)論が紹介される。まず Grotius はゲルマン法の「集団」責任論に基づいた復旧理論の差し替えを行った点で評価されているが、19 世紀の終わりまで論者は紹介されていない。次に B. Cheng の「過失原則(principle of fault)」が過失を不法行為そのものと同義であるとして、義務違反が国際責任を生じることを示唆したことが紹介される。次に B. Cheng の理論が紹介される。B. Cheng によれば、すべての国際違法行為が意図的に侵される必要があるということではなく、「(…)一定の行為は、犯意あるいは過失のある不注意(culpable negligence)を伴うまで国際的に不法とはならない<sup>311</sup>」のであり「客観責任の事例とは、国家の過失ではなく事態の発生を要件とする事例である<sup>312</sup>」という。

次に Garcia-Amador は、「リスク」理論を提唱する論者を紹介する。

最初に過失理論全体を拒絶し、客観責任原則を据えた論者として Dionisio Anzilotti が紹介され、そこでは

---

<sup>309</sup> Fifth report by F. Y. Garcia-Amador, Special Rapporteur, A/CN.4/125, (9 February 1960).

<sup>310</sup> *Ibid*, p. 42.

<sup>311</sup> *Ibid*, p. 61.

<sup>312</sup> *Id*.

It is not fault (*culpa* or *dolus*) but a fact contrary to international law which makes the State responsible ; for it is the mere lack or want of diligence (in the prevention of the act of the individual or in its punishment), and not the "culpable" fault, which constitutes the violation of international law<sup>313</sup>(下線部筆者加筆).

「(…)これは過失ではなく、国家に責任を課す国際法に違反したという事実である。；なぜならばそれは単なる(個人の行為の防止あるいはその処罰に対する)ただ注意の欠如あるいは要求のために[責任を負う]のであって、“過失のある”不履行のためではない」と紹介されている。ここでは Anzilotti の主張の紹介であるが、「注意の欠如(lack or want of diligence)」という用語によっていわゆる注意義務違反という「注意」概念を表現している。

次に Maurice Bourquin、Paul Guggenheim の客観責任論が紹介される。とりわけ Paul Guggenheim については、彼が「不注意(negligence)の概念の”客観化(objectivization)”が、用心(vigilance)および注意(diligence)の義務を共同体に課す」と主張した旨が紹介されている<sup>314</sup>。この次にはウィーン学派による、国際責任制度の”集团的”性質に基づく帰属の理論が紹介され、その次には、折衷的アプローチが紹介される。すなわち、「国家機関あるいは職員  
の注意の欠如(lack of diligence)が立証されねばならない場合に過失(*culpa*)が要求され、その他の事例には要求されない<sup>315</sup>」ような立場である。Karl Strupp のように、「注意の欠如(lack of diligence)を理由に発生する」すべての不作為の事例にのみ過失を適用する立場も紹介される<sup>316</sup>。こののちに、前述の Dionisio Anzilotti が、後年に元の自らの立場を再考慮した結果が以下のように引用される。

Anzilotti himself, (….) admitted that: "Whenever there is a rule providing for the international responsibility of the State for certain acts, it is necessary to ascertain whether such rule (….) makes its imputation dependent on the fault or *dolus* on the part of the organ, or, on the contrary, points only to the existence of a fact objectively contrary to international law."<sup>317</sup>

「Anzilotti 自身も、(…)以下のように認めている。：“一定の行為について国家の国際責任を規定する規則がある時はかならず、当該規則が(…)責任帰属を機関の過失あるいは故意にしたがって行うのか、それとも反対に、国際法に客観的に違反する事実の存在のみを証拠と

---

<sup>313</sup> *Id.*

<sup>314</sup> *Id.*

<sup>315</sup> *Id.*

<sup>316</sup> *Ibid*, p. 62.

<sup>317</sup> *Id.*

するのかを特定する必要がある”とされる。ここでは客観的な判断をされるのか過失をもって判断されるかは、規則が定めているものだと主張されている。また、この部分に注意欠如の概念は使用されておらず、過失あるいは故意(fault or dolus)という文言が採用されている。

Garcia-Amador は次に、以上のようにこれまでの国際法学における責任論の系譜を辿ったのち、判例法を検討し、第7節(法典化という観点からの問題の考察)で考察を行う。

Garcia-Amador は、法学者による理論においても判例においても決定的な立場が採用されているわけではないことに触れつつも、「一般的な見解を提示することはできる<sup>318</sup>」と述べつつ、以下のように述べている。

(…) in cases of responsibility arising out of the negligence (or any other form of exercise of the will) of the organ or official, it is the negligence or volition which constitutes the conduct contrary to international law. As the Special Rapporteur indicated (…), if there is any category of cases in which it cannot be said that responsibility arises through the simple existence of a wrong it is surely the category in which there has been failure to exercise "due diligence"<sup>319</sup>(下線部筆者加筆)。

「(…)機関あるいは職員の不注意(あるいはその他の意思の行使)から生じる責任の場合、これは国際違法行為を構成する不注意あるいは意思である。既に特別報告者が示したように、違法行為の存在のみによって責任が生じるといえないような場面があるならば、それは確実に“相当の注意”を行使しなかったという場面なのである」という。

すなわちここで Garcia-Amador は、客観的に責任が導けない場面とは、全て「相当の注意」の不行使による責任が生じる場面であると述べている。

さらに Garcia-Amador は「一方で(…)国家に直接責任を生じさせる積極的行為、あるいは不作為」の場合、「損害という国際義務違反の客観的事実」のみを通じて責任が生じるために、機関あるいは職員の意味は責任の帰属に関係しない、と続けている。

国際責任の基礎について、以上のように、Garcia-Amador は、客観的な義務違反の存在対「相当の注意」違反、あるいは「国家機関の行為」対「相当の注意」違反という形式で理解している。

国家機関の行為と客観的な義務違反の存在との関連性は必ずしも分析しつくされていないが、彼によればこれは「理論および判例法」に基づく見解であるので、この点に理論的な整合性は必ずしも要求されていないとみてよい。

---

<sup>318</sup> *Ibid*, p. 63.

<sup>319</sup> *Id.*

次に、第8節(技術の発展によって生じる特定の状況)においても、「注意」概念が説明に用いられている。

ここで扱われる技術の発展とは、核実験や大陸間弾道ミサイル、人工衛星などであり、このような技術発展が「予測不可能かつ統制不可能な」危険を生ずるような状況について問題としている<sup>320</sup>。

Garcia-Amador は、「核実験およびその他この節において言及される活動によって生じる特定の問題は、当分の間、“権利侵害の理論(doctrine of abuse of rights)”に訴えることを除いて、解決の可能性のあるようにはみえない」としたうえで、このような主題については、国家責任の要件はこの権利侵害の理論に基づいて決定され、修正されるのだという<sup>321</sup>。

これを説明する文脈で、以下のような表現がなされている。

In these circumstances, the question of the basis of responsibility loses some of its importance. For, in any case, since the decisive factor is the injurious act resulting from a manifest abuse of right, it would be senseless to require, as a basis for the imputation of responsibility, the proof of *culpa* on the part of the author of the injury. At the most, it may be said that the degree of diligence and the efforts made by the State to avert all risk have, up to a certain point, the effect of an extenuating circumstance; but they can never exonerate the State from responsibility or relieve it from the duty to make reparation for the damage and injury caused<sup>322</sup>.

「このような状況において、責任の基礎の問題は一定の重要性を失っていく。なぜならば、決定的要因が、明らかな権利の侵害から生じた損害行為であるので、責任の帰属の基礎として、損害の主体の側の過失(*culpa*)の立証を要求する意味がなくなるからである。せいぜい、一定の注意および国家によってリスク回避のためになされた努力は、ある点まで、情状酌量事由の効果を持つ、ということが出来る程度である。；これらの事由は、国家を責任から解放するものでもなければ、損害あるいは被害への賠償義務から国家を解放するのでもない」と述べている<sup>323</sup>。

Garcia-Amador の表現からは、いわゆる情状酌量事由として損害の回避のために一定の努力をしたことが含まれていることが読み取れる。

---

<sup>320</sup> *Ibid*, p. 64.

<sup>321</sup> *Ibid*, p. 65.

<sup>322</sup> *Id.*

<sup>323</sup> 言うまでもなく、このような新たな技術に対応するため「権利の侵害」理論への言及は、現在ならば危険責任と呼ばれるものである。

#### (1) 第5回報告書の小括

第5回報告書においては、以前に検討された国際責任の構成要素について、さらに詳しい考察がなされた。責任論を扱う国際法学者の意見および判例が紹介され、結論として一貫した立場の採用がないことに言及しつつも、「一般的な見解」を提示している。

第5回報告書における記述の中で着目されるべき点は、「相当の注意」概念の射程および位置づけを明確にしたという点である。

第1に Garcia-Amador は、客観的な国際義務違反の存在のみから国際責任が導かれる「場面」と、相当の注意を行使しなかったことから国際責任が導かれる「場面」を対置している。

第2に、似たような文脈ではあるが、「国家機関の行為による責任」が妥当する「場面」および「相当の注意」違反が妥当する「場面」があることを説明している。

第1および第2の指摘は、発生した事態の性質によって、「相当の注意」概念が責任を導くために使用されるか否かが変化することを説明しようとしている。第3回報告書までは、「反乱や内戦等の事態において外国人に加えられた損害」について「相当の注意」概念が妥当する旨の言及であったのに比べ、より一般性が高められた、定式的な言及となっている。

また第3に、科学技術の発展の文脈で、予測不可能かつ統制不可能な危険を生ずる状況において、国家責任の要件が変化することが示唆された部分が挙げられる。ここでは高度に危険な活動がなされている状況では、一定程度の注意(diligence)によってリスクを回避するために国家が措置を講じる場面が記述されている。ここで Garcia-Amador が論証しようとしたことは、このような国家のリスク回避のための措置がある程度の情状酌量事由となるにすぎない、というものであったとはいえ、リスクに対する責任の文脈に「注意」概念が表現された点は注目される。

#### 第5款 第6回報告書<sup>324</sup>

第6回報告書では、第5回報告書で行われた作業の続き、すなわち第4回報告書までに提出された Garcia-Amador の条文案について、ILC 委員の間でなされた議論を踏まえ、改訂および追加案について考察されている。

第6回報告書の第3章では、外国人に加えられた損害に対する賠償(reparation)が扱われる。そのなかの第19節(私人の行為によってに加えられた損害への賠償)では、以下のように「相当の注意」概念が使用される。

まず Garcia-Amador は、「国家の機関あるいは職員の作為あるいは不作為の直接の結果としてでなく、私人の行為によって損害が外国人に加えられた場合、損害賠償は異なる形式と問題を呈する」としたうえで、以下のように述べる。

---

<sup>324</sup> Sixth report by F. V. Garcia-Amador, Special Rapporteur, A/CN.4/134 & ADD.I, (26 January 1961).



International responsibility in these cases originates, not in the act of the individual itself, but in the conduct of the organs or officials towards that act, that is to say, from the lack of " due diligence " which may be imputed to the State in that connexion(下線部筆者加筆)<sup>325</sup>.

「これらの事例における国際責任は、個人の行為そのものではなく、機関あるいは職員の行為によって生じるのである。すなわち、この文脈で国家に帰属しうる"相当の注意"の欠如によって」。

続いてこのあとに、「この状況は、必然的に賠償が基礎とすべき根拠の問題を生じさせる。つまり個人の損害行為か、あるいは反対に、国際的な観点から国家に対して正に帰属可能な作為あるいは不作為か」と述べたのち、以下のようにこの説明を続ける。

To facilitate the examination of practice in this matter it is useful to begin by distinguishing between two possible situations — namely, negligence in not preventing the punishable act, and failure to prosecute and punish the guilty(下線部筆者加筆)<sup>326</sup>.

「この問題について実行の分析を促すために、2つのありうる状況を区別することからはじめるのがよいだろう——すなわち、処罰可能な行為を防止しなかった不注意、およびその罪を訴追および処罰することを怠ったことについて」。

当該文脈では、防止措置と訴追および処罰措置が区別して言及されている点が留意される。ここでは「不注意(negligence)」が「注意」概念として使用されている。

続いて、同じ第 19 節(私人の行為によって加えられた損害への賠償)において、損害と賠償の形態についていくつかの判例に言及している。

まず一般請求委員会における Neer 事件(1927)を説明して、

In the *Neer* case, the General Claims Commission considered the question of the degree of negligence necessary to warrant reparation and, consequentially, whether the amount of reparation should vary according to the measures taken for the purpose of apprehending and punishing the culprits. With regard to the first, it refused to allow an indemnity because it considered that the measures taken, although they proved ineffective, fulfilled the requirements of " due diligence "(下線部筆者加筆)<sup>327</sup>.

---

<sup>325</sup> *Ibid*, p. 34.

<sup>326</sup> *Id*.

<sup>327</sup> *Ibid*, p. 35.

「Neer 事件において、一般請求委員会は、妥当な賠償に必要な不注意の程度、そして最終的に、賠償額は被告の逮捕および訴追のためにとられた措置に応じて変化すべきであるか否か、という問題を考察した。まず妥当な賠償に必要な不注意の程度について、一般請求委員会は、当局のとった措置が、それが効率的ではなかったと立証されたにもかかわらず、”相当の注意(due diligence)”の要件を満たしたとみなされたことから、賠償請求を却下した」と説明される。

次に同じ一般請求委員会における E. Almaguer 事件(1929)を説明して、「一定の人物の厳粛な訴追があったが、一方でその他[の人物]については不注意(negligent)の訴追及び不処罰が存在した」事実が考慮された、と紹介している。

これらの事例を一般化した表現として、

In cases of injury caused by lack of due diligence in preventing an act of an individual, no claims commission has ever awarded reparation — or at any rate ever explicitly described it — as "satisfaction" to the injured alien<sup>328</sup>.

「個人の行為を防止するにあたって相当の注意の欠如によって生じた損害の場合、どの請求委員会でも外国人への”精神的満足”として賠償を示した例は、——ともかくも明示的にこれを考察したこともなかった」と説明されている。

この文脈では、「個人の行為を防止するにあたって相当の注意の欠如」があった場合が、定型的な表現として使用されつつあることが読み取れる。

第 22 節(“間接的”損害あるいは侵害に対する賠償)の中でも、判例が紹介されており、この関係で「相当の注意」概念が登場する。

Garcia-Amador は、一定の主観的テストが賠償額に影響を与えた例の 1 つとして、アメリカ-ベネズエラ請求委員会によって下された判決に言及する。

In connexion with the failure of agents of the State to foresee the consequences of their acts, Salvioli expresses the view that the duty to make reparation arises from the want of due diligence and the culpa imputable. With regard to the question of intention, a circumstance aggravating responsibility, if duly proved, might justify the award of reparation even where the chain of causation does not satisfy the objective tests discussed earlier(下線部筆者加筆)<sup>329</sup>.

「国家の要員が彼らの行為の結果を予見できなかったことの文脈で、Salvioli は、賠償義務は、相当の注意の欠如と、過失の帰属可能性から生じる、という見解を表明した。仮に適切

---

<sup>328</sup> *Id.*

<sup>329</sup> *Ibid*, p. 41.

に立証されるならば、意思の問題に関して、責任加重事由は因果関係が前述の客観的基準を満たさない場合すら、賠償請求を正当化する」。

ここでは、「相当の注意の欠如」という「相当の注意」概念と、「過失」という「注意」概念が区別されたうえで登場する。

Garcia-Amador は、様々な「注意」概念を「相当の注意」概念へと変換してきた経緯があるが、ここでは Salvioli の見解ではあるが、「相当の注意」概念と「過失」の存在が区別されている。

以上の考察のうえで、Garcia-Amador は補遺(Addendum)として改訂版条文案を提示している。

その第7条(保護の義務の履行における不注意<sup>330</sup>)において、「不注意(negligence)」というかたちで「注意」概念が登場する。第7条は、以下のように定める。

#### 第7条

1. The State is responsible for the injuries caused to an alien by illegal acts of individuals, whether isolated or committed in the course of internal disturbances (riots, mob violence or civil war), if the authorities were manifestly negligent in taking the measures which, in view of the circumstances, are normally taken to prevent the commission of such acts.

国家は、国内騒乱(反乱、集団的暴力あるいは内戦)時に加えられたか、あるいは独立して行われたかにかかわらず、状況を鑑みて、このような行為の遂行を防止するために通常とられる措置をとるにあたって当局に明らかな不注意(manifestly negligent)があった場合、個人の違法行為によって外国人に加えられた損害に対して責任を負う。

2. The circumstances mentioned in the foregoing paragraph shall include, in particular, the extent to which the injurious act could have been foreseen and the physical possibility of preventing its commission with resources available to the State.

前パラグラフの状況は、とりわけ、違法行為が予見され得た範囲において、国家に利用可能であった手段によってその遂行を防止できる物理的な可能性を含む。

3. The State is also responsible if the inexcusable negligence of the authorities in apprehending the individuals who committed the injurious act deprives the alien of the opportunity to bring a claim against the said individuals for compensation for the loss or injury or if he is deprived of such opportunity by virtue of a general or specific amnesty.

国家は、損害行為をはたらいた個人を逮捕するにあたって、国家当局の弁明できない不注意によって外国人から、自らが受けた損害賠償について個人に対して請求を提起する機会を奪うならば、あるいは、彼が一般的か特定かを問わず、救済の観点からそのような機会を奪われたならば、責任を負う。

---

<sup>330</sup> *Ibid*, p. 47.

以上の条文に対するコメントでは、まず第1パラグラフが「国家の防止義務のみを、すなわち国家が状況に応じて、行為の発生を避けるために行使せねばならなかった一定の注意を扱う」ものとしている。Garcia-Amador は、次のパラグラフで実行において共通に考慮された2つの基準、すなわち「損害行為が予見されえた範囲、および自己のものと同じの注意(diligentia quam in suis)の2つの基準<sup>331</sup>」を追加するために草案の条文を改訂することが望ましいと考えたという。

また第3パラグラフについても、Garcia-Amador は「相当の注意」の欠如として説明している。ハーバード・ロースクール草案(1929年)の第13条が参照されていることがまず説明され、そして

Beyond any doubt this criterion is more logical and more equitable than the traditional one, which bases international responsibility on the mere fact of the lack of "due diligence" (…)<sup>332</sup>

「この基準は単なる”相当の注意(due diligence)”欠如の事実にもとづいて生じさせている伝統的な基準よりもさらに論理的かつ公正なものである<sup>333</sup>」と説明する。

ここでは、「伝統的な基準」として「”相当の注意”の欠如の事実」に言及している。ただしこの文脈は具体的な注意基準として「相当の注意」概念に言及されているというよりは、伝統的な責任論が私人に対する損害の防止、賠償、加害者の逮捕・訴追のプロセスを一括りに「”相当の注意”の欠如」として表現してきたと述べているのだと解したほうがよい。すなわち、第3パラグラフの当該文言は加害者の逮捕と賠償請求について範囲が限定されているので、より「論理的かつ公正である」と評価されている。

#### (1) 第6回報告書の小括

第6回報告書は検討部と改訂版条文案およびコメントリの部に分かれており、それぞれに「注意」概念および「相当の注意」概念が考察に登場する。

検討部では、国家機関によってではなく、私人による損害が生じた場合、損害賠償額を決定する際に根拠とすべきものが、私人が加えた損害ではなく国家の違法行為である点が扱われた。そのなかで、私人によって損害が外国人に加えられた場合、国家の責任の基礎とはその国家機関の「”相当の注意”の欠如(the lack of “due diligence”）」である、という言及がなされる。

この文脈ではさらに、犯罪行為を防止する措置と、犯罪行為を行った私人を訴追・処罰す

---

<sup>331</sup> *Ibid*, p. 51.

<sup>332</sup> *Ibid*, p. 51.

<sup>333</sup> *Id.*

る措置が区別され、前者の防止措置のみが「不注意(negligence)」、その他訴追・処罰には「怠ったこと(failure to)」という用語が採用されており、防止措置のみに「注意」概念が使用されていることも指摘される。

だがここでは私人行為から発生した損害に対する国家責任の根拠である「相当の注意」の欠如」と防止措置との関係が厳密なかたちで提示されているわけではなく、あくまで「相当の注意」の欠如」の事例を把握するにおいて、2種類の状況(防止と訴追・処罰)を区別するのが有用である、と言及されたにすぎない。

また後半の改訂版条文案およびコメントリの部については、新たに第7条案(保護の義務の履行における不注意)に「不注意(negligence)」という「注意」概念が使用されている点が指摘できる。オリジナルの Garcia-Amador 草案では、第10条案(通常の私人の行為)および第11条案(国内騒乱一般)に「明らかな不注意(manifestly negligent)」という語句が使用されていた。Garcia-Amador は、改訂版条文案を新たに作成した理由として、第7条パラグラフ2に規定される2つの基準に言及するためだとしている。この2つの基準とは、「損害行為が予見されえた(could have been foreseen)範囲」および「自己のものと同一の注意(diligentia quam in suis)」であるとされている。

第3パラグラフにおいては、「不注意(negligence)」の語句で「注意」概念が使用されており、当該パラグラフの文言が逮捕および国内救済の可能性に言及していることから、伝統的な「相当の注意」の欠如」概念による責任の理由付けよりも一段と深化したものだとして Garcia-Amador によって評価されている。

以上のように改訂版第7条案(保護の義務の履行における不注意)を通じて指摘されるのは、私人の行為によって責任が発生するまでに満たさねばならない要件について、元の条文案(とりわけ第10条案および第11条案)よりも詳細に規定されているという点である。

第2パラグラフでは予見の範囲や自己のものと同一の注意という具体的な注意基準に言及されているほか、第3パラグラフは国内救済の可能性に言及されている点が新しい。

## 第2節 Roberto Ago (1969-1980)

Roberto Ago は、1969年から1980年まで ILC の国家責任条文に関する特別報告者を務めた。Garcia-Amador による「外国人の身体および財産に加えられた損害に対する国際責任」の法典化作業は意見や利害の対立によって頓挫してしまったものの、ILC は国連総会の勧告を受け、新たに Ago を特別報告者に据え、法典化作業を行っていくことになった。

### 第1款 第1回報告書<sup>334</sup>

---

<sup>334</sup> First report on State responsibility, by Mr. Ago, Special Rapporteur, A/CN.4/217 AND

第 1 回報告書では、まず法典化のための議論の準備として、私的あるいは公的な団体によって試みられた法典化作業や条文案を概観する作業が行われている。

Ago がまとめた私的あるいは公的団体による法典化作業の報告書のなかに「注意」概念、「相当の注意」概念への言及はないものの、附属書として付記された多くの条文案の中には同概念らを採用しているものがある。

たとえば、まず附属書 2 は、1926 年に日本国際法学会によって採択された国際法典(Draft Code of international Law)(以下、1926 年日本国際法学会案)が引用されている。

1926 年日本国際法学会案の第 2 章(外国人の生命、身体および財産に関する国家責任)では、第 1 条に「注意」概念による説明がなされている。すなわち、

#### *Article 1*

A State is responsible for injuries suffered by aliens within its territories, in life, person or property through wilful act, default or negligence of the official authorities in the discharge of their official functions, if such act, default or negligence constitutes a violation of international duty resting upon the State to which the said authorities belong<sup>335</sup>.

「国家は、自国の領域内において、その公的な機能の遂行にあたっての国家の当局の故意の行為、怠慢、あるいは不注意によって外国人の生命、身体あるいは財産にもたらされた損害に対して、仮にそれらの行為、怠慢、不注意が、当該当局を保持する国家に帰属する国際義務違反を構成するならば、責任を負う」と定められている。

ここでは、消極的行為として怠慢と区別されるところの「不注意(negligence)」が「注意」概念にあたる。

附属書 7 には、ハーバード・ロースクールによる「外国人に加えられた損害に対する国家の国際責任に関する条文案」の 1961 年版が(以下、ハーバード・ロースクール草案(1961 年))引用されている。ハーバード・ロースクール草案(1961 年)は、A(一般原則および射程)、B(違法な作為および不作為)、C(損害)、D(帰属)、E(国内救済の完了)、F(外国人による請求の提起)、G(国家による請求の擁護および支持)、H(遅滞)、I(賠償)の部で構成されている。

このうち B(違法な作為および不作為)の第 13 条は、以下のように定めている。

#### *Article 13*

*(Lack of due diligence in protecting aliens)*

*外国人の保護に関する相当の注意の不履行*

1. Failure to exercise due diligence to afford protection to an alien, by way of preventive or

---

ADD.1, (7 May 1969 and 20 January 1970).

<sup>335</sup> *Ibid*, p. 141.

deterrent measures, against any act wrongfully committed by any person, acting singly or in concert with others, is wrongful:

以下の(a)および(b)の場合について、単独あるいはその他の人物と共同して、ある人物によって違法に行われる行為に対し、防止あるいは阻止措置によって外国人に対して保護を与えるため、相当の注意を払わないことは違法となる。

(a) if the act is criminal under the law of the State concerned; or

その行為が当該国家の法に従えば罪となる、あるいは

(b) the act is generally recognized as criminal by the principal legal systems of the world.

当該行為が、一般的に世界の支配的な法制度によって罪として認識されている場合。

2. Failure to exercise due diligence to apprehend, or to hold after apprehension as required by the laws of the State, a person who has committed against an alien any act referred to in paragraph 1 of this Article is wrongful; to the extent that such conduct deprives that alien or any other alien of the opportunity to recover damages from the person who has committed the act.

国家の法によって要求される逮捕、あるいは逮捕後の拘留をするために相当の注意を行使することを怠った場合、外国人に対して本条のパラグラフ 1 に言及されたうちいずれかの行為を行った者は、このような行為が外国人あるいはその他の外国人から違法行為を行った私人から受けた損害の回復機会を奪うかぎりにおいて、違法となる<sup>336</sup>。;

ハーバード・ロースクール草案は、1929 年版が「相当の注意」概念の導入にあたって Garcia-Amador 報告書に大きな影響を与えているが、1961 年版にも条文中に「相当の注意」の文言を挿入している。第 13 条第 1 パラグラフでは、私人の行為に関する国家の防止措置、あるいは阻止措置(deterrent)について「相当の注意」概念が適用されており、第 2 パラグラフでは、逮捕および拘留の措置について「相当の注意」概念が適用されている。

次に同じハーバード・ロースクール草案(1961 年)の F(外国人による請求の提起)における第 22 条(手続き)には、以下のようなパラグラフが含まれている。

#### *Article 22*

*(Procedure)*

手続き

(…)

6. No claim may be presented by a claimant with respect to any of the injuries listed in

---

<sup>336</sup> *Ibid*, p. 146.

paragraph 2 of Article 14, if as a condition of being allowed to engage in activities involving an extremely high degree of risk, which privilege would otherwise be denied to him by the State, the alien has agreed to waive any claim with respect to such injuries and if the claim arises out of an act or omission attributable to the State which has a reasonably close relationship to such activities. Such a waiver is effective, however, only as to injuries resulting from a negligent act or omission or from a failure to exercise due diligence to afford protection to the alien in question and not as to injuries caused by a wilful act or omission attributable to the State<sup>337</sup>.

「国家によって特権が否定されうるような非常に高度なリスクを伴う活動に従事することが許可される条件として、外国人がそのような損害に対する請求の放棄に合意した場合、またあるいは、仮にその請求が当該活動と合理的に緊密な関係を有するところの国家に帰属する作為あるいは不作為から生じた場合、第 14 条パラグラフ 2 においてリスト化された損害に関する請求者はいかなる請求も提起できない。しかしながらこのような放棄は、当該外国人に保護を提供するために相当の注意の行使を怠った、あるいは不注意の作為あるいは不作為から帰結されるかぎりにおいて有効であるのであって、国家に帰属しうる故意の作為あるいは不作為によってもたらされた損害についてはそのかぎりでない」と規定される

すなわち、いわゆる「カルボ条項」が、国家の作為による損害には適用されない旨が規定されている。ここでは「相当の注意」概念が「相当の注意」という文言で、そしてその他の「注意」概念として、「不注意の(negligent)作為あるいは不作為」という文言が使用される。

この文脈では、「相当の注意」の不行使が、「不注意の作為」あるいは「不作為」と区別されていることがわかる。すなわち、不注意の作為とは国家が能動的に行動した結果意図せず誤った結果をもたらしたこと、不作為はそのまま国家が何らかの行為を行わなかったこと、および「相当の注意」の不行使は一定の注意を払ったものの不十分だったことを指すと思われる。よってここでの「相当の注意」とは、不注意の作為とも不作為とも区別される段階の措置をとる義務違反として言及されていると解することができる。

次に同じくハーバード・ロースクール草案(1961年)の I(賠償)、第 35 条(相当の注意の不行使に関する損害)でも、条文に「相当の注意」という文言が使用される。

すなわち第 35 条は以下のとおりである。

Damages for any injury sustained as the result of the failure of a State under Article 13 to exercise due diligence to afford protection to an alien or to apprehend or to hold a person who has committed a criminal act shall be computed as if the State had originally caused such injury directly<sup>338</sup>(下線部筆者加筆)。

---

<sup>337</sup> *Ibid*, p. 147.

<sup>338</sup> *Ibid*, p. 148.



「第 13 条にしたがって、外国人に保護を提供するため、あるいは外国人に対して違法行為をはたらいた者を逮捕、拘留するため国家が相当の注意を払うことを怠った結果として生じた加害行為の損害は、国家が直接的に損害をもたらした時と同じように求められる」と言及される。以上のような言及において、「相当の注意」概念は国家が直接に損害をもたらした場面と対置されつつ、同列に扱われている。

ハーバード・ロースクール草案(1961 年)では、私人の行為による外国人への損害を防止するという段階と、逮捕・拘留する段階が明確に別のものとして意識されている。

たとえば第 13 条においてみられたように、防止措置と逮捕・訴追措置は別の項に据えられているものの、いずれにも「相当の注意」が適用されている。このことは、ハーバード・ロースクール草案(1929 年)のコメントにあったように、「相当の注意」概念を「行為の基準」を含む概念として捉えているため、元となる行為が異なるもの(ここでは防止と逮捕・訴追)であっても妥当するのである。

つぎに附属書 8 は、ドイツ国際法協会によって準備された、1930 年の自国領域内において外国人の身体あるいは財産に対して加えられた損害に対する国家責任条文案(以下、ドイツ国際法協会案)が扱われている。

すなわちドイツ国際法協会案の第 5 条では、

#### Article 5

1. The State is responsible only according to the measure of Article 1, paragraph 2, for injury caused in its territory by the acts of private persons.
2. The public status of an alien and the circumstances under which he is present in its territory obligate the State to exercise special diligence and care<sup>339</sup>(下線部筆者加筆).

「1. 国家は自国領域内において、私人の行為によってもたらされた損害に対して、第 1 条(2)にもとづいて責任を負う。

2. その領域内で外国人の公的な地位および彼の存する状況は、国家に特別の注意および配慮の行使を義務付ける」と規定される。

本条文では、「特別の注意および配慮の行使(to exercise special diligence)」という「注意」概念が登場する。

附属書 15 では、1965 年の米州司法委員会によって準備された、国家責任を規律する国際法原則に関するアメリカ合衆国の意見では、第 5 番に「相当の注意」概念が記されている。

第 5 番は以下のように規定する。

---

<sup>339</sup> *Ibid*, p. 150.

Acts of private persons (failure to protect aliens, failure to apprehend and punish individuals who injure aliens)

私人の行為(外国人保護の失敗、外国人に対して損害を与えた私人を逮捕および処罰することの失敗)

The State is not responsible for the acts of private persons since international responsibility of the State must be attributable to an official or agency of the government.

The State, however, is responsible for:

国家は、国家の国際責任とは政府の職員あるいは要員に対して帰属されねばならないのであるから、私人の行為に対して責任を負うことはない。ただし、以下の場合を除く：

(a) A failure to exercise due diligence to protect the life and property of foreigners.

外国人の生命および財産を保護するために相当の注意を行使することを怠った場合。

(b) A failure to exercise due diligence to apprehend and punish private individuals who injure foreigners<sup>340</sup>.

外国人に対して損害を加えた私人を逮捕および訴追するために相当の注意を行使することを怠った場合。

のような規定となっている。

当該草案においても、ハーバード・ロースクール草案と同様に、「保護(protect)」のための措置、および「逮捕および訴追」のための措置は区別されいながら、双方に「相当の注意」概念が適用されている。

#### (1) 第1回報告書の小括

Ago の第1回報告書では、各機関による法典化作業の経緯が検討されているにすぎず、Ago が以上のような法典化作業の経緯からどのような示唆を受けたのかは、これ以降の報告書の検討に委ねられる。

附属書として添付された条文草案は非常に多いものの、条文案にそのまま「相当の注意(due diligence)」を盛り込む例は多くない。1929年草案の頃から「相当の注意」に関して一定程度の影響を与えてきたハーバード・ロースクール草案(1961年)や、アメリカ合衆国の意見がそれである。

Garcia-Amador は、これらの様々な「注意」概念を「相当の注意」概念へと翻訳してきたが、Ago がこのような Garcia-Amador の態度をどのように受け止めたのかは、以下の報告

---

<sup>340</sup> *Ibid*, p. 154.

書において検討される。

## 第2款 第4回報告書<sup>341</sup>

Ago の第4回報告書では、Ago による条文案(以下、Ago 草案)の提案と考察が述べられている。第4回報告書では、第2章「国家の行為(Act of State)」の第10条から第13条までが検討されている。

Ago 草案の第11条案<sup>342</sup>(私人の行為)を扱う第8節では、私人による行為のために国家が国際義務違反となる仕組みについて分析が加えられている。

このなかで Ago は、国家責任発生における主観的要素(行為の帰属)の検討のなかで、国家が個人の行為に対して責任を負うのではなく、監視義務を有する機関による行為との関係でなされた不作為のために責任を負う、ということ述べる場面で、大使館の建物へ私人が侵入し、損害を生じさせたという例を出して、以下のように述べている。

すなわち、

If it was established that, since the offender was a private individual, the State was not accused of having violated the inviolability of the embassy but of having breached a totally different obligation—namely to ensure, with due diligence, that such crimes do not occur—the inferences of that finding should be coherently drawn<sup>343</sup>(下線部筆者加筆)。

「加害者が私人であるとき、国家は大使館の不可侵の違反を問われているのではなく、完全に異なる義務違反——すなわち、相当の注意をもって、このような犯罪が生じないよう確保する義務——を問われている、ということが確立されているならば、このような判決理由の推定は、一貫して説明される」という。

この場面においては、「相当の注意」概念が「犯罪が生じないよう確保する義務」の文脈

---

<sup>341</sup> Fourth report on State responsibility, by Mr. Ago, Special Rapporteur, A/CN.4/264 AND ADD.1, (30 June 1972 and 9 April 1973).

<sup>342</sup> 第11条案の全文は、以下のとおり。

第11条(私人の行為)

1. 自らの権限において行動する私人あるいは私人の団体の行為は、国際法上国家の行為とはみなされない。
2. ただし、パラグラフ1において記された規則は、当該私人あるいは私人の団体の行為を防止あるいは処罰するために行動せねばならなかったにもかかわらず、それを怠ったところの国家機関の不作為が国家へ帰属することを妨げるものではない。; *ibid*, p. 126.

<sup>343</sup> *Ibid*, p. 97.

に適用されている。

次に、同じ第 11 条案(私人の行為)を検討するなかで、Ago は「間接責任(indirect responsibility)」あるいは「加担責任(vicarious responsibility)」を否定し、「国家が私人の行為の結果について負う責任は、直接責任でしかありえない<sup>344</sup>」と述べる。

このような前提や、反乱時における損害などの一般的な考察を行ったのち、Ago は国家責任に関する原則や理念の発達を明確にするためだとして、判例の検討にうつる。

このなかで、Ago はメキシコと各国とのあいだで設立された請求委員会の判決が、私人の行為に対する国家責任の問題に対して、「新しくかつさらに包括的な分析を行う主な機会を提供した<sup>345</sup>」として検討されていく。

なかでも、アメリカ-メキシコ請求委員会が「私人の行為に対する国家の責任は、(…)当該行為の防止あるいは処罰を行ったという国家の行為にのみ根拠を有する」という原則の承認に重要な貢献をした、と評価されている<sup>346</sup>。このうち「もっとも注目すべき判決」として、1925 年の Janes 事件判決が挙げられている。

当該事件では、1918 年にメキシコ国民の雇用者に任ぜられた El Tigre 鉱山の監督者であるアメリカ合衆国民の殺人について、メキシコ当局が被告人の逮捕に関して適切な措置をとらず、不処罰を招いたという請求がアメリカによってなされた。

これについて、

The United States agent stressed the "complicity" of the Mexican State in the case. He argued that the State, by failing to apprehend and punish the culprit, had condoned and ratified his crime, thereby making it its own. However, the Commission, having established to its satisfaction that the Mexican authorities had been guilty of negligence, reasoned as follows<sup>347</sup>(下線部筆者加筆):

「アメリカ合衆国の代表は、メキシコ合衆国の”共犯”を強調した。彼は、メキシコが被告人の逮捕および処罰に失敗したことによって、彼の犯罪を容赦し、承認し、これにより自己のものとしたと主張した。しかしながら委員会は、メキシコ当局が不注意について有罪であるとして、以下のようにその精神的満足を確立させた」との説明が加えられている。

すなわち Janes 事件においてアメリカの請求は、「メキシコ政府の”共犯”」であったにもかかわらず、判決は「メキシコ政府の不注意」であるという決定がなされたという文脈である。このメキシコ政府の不注意を認定する判決文が、以下のように引用されている。

---

<sup>344</sup> *Ibid*, p. 100.

<sup>345</sup> *Ibid*, p. 103.

<sup>346</sup> *Id.*

<sup>347</sup> *Id.*

... there remains to be determined for what they [the Mexican Government] are liable and to what amount. At times international awards have held that, if a State shows serious lack of diligence in apprehending and/or punishing culprits, its liability is a derivative liability, assuming the character of some kind of complicity with the perpetrator himself and rendering the State responsible for the very consequences of the individual's misdemeanor....<sup>348</sup>

「…まだ、[メキシコ政府]が責任を有するのか、おおよどの程度で負うのかを決定する余地が残っている。国際裁判所は、仮に国家が被告人を逮捕あるいは処罰するにあたって重大な注意の欠如を示したのであれば、その責任は派生的な責任である。すなわち遂行者とのある種の共犯の性格が推定され、私人の犯罪の結果に対して国家に責任を負わせる…」とする。このような判決について Ago は、今まで共犯の理由付けは、「防止を怠った」ことが犯罪への承認の 1 形態と位置付けられてきた一方で、本件は一種の「不処罰(nonrepression)」に基づいており、どこにも「防止を怠った」点について言及されていないという点が評価されている。

すなわち、

Nobody contends either that the Mexican Government might have prevented the murder of Janes, or that it acted in any other form of connivance with the murderer. (….)The culprit is liable for having killed or murdered an American national; the Government is liable for not having measured up to its duty of diligently prosecuting and properly punishing the offender(下線部筆者加筆)<sup>349</sup>.

「誰もメキシコ政府が Janes の殺人を防止しえたこと、あるいは、メキシコ政府がその殺人の黙諾を行ったことを主張していない。(…)被告人は、殺害されたアメリカ人に対して責任を持つ。;政府は、遂行者を注意深く訴追あるいは適切に処罰する義務のために措置をとらなかったことについて責任を負う」と説明されている。

ここでは防止措置だけでなく、訴追・処罰措置に対して国家による不注意(lack of diligence, negligence)が認定されていることが強調されている。

Ago 自体は、本件が以下の問題について革新的に論証した、と述べている。すなわち「(a) 私人の行為が彼一人に帰属し、かつ国家に帰属可能な行為は国家機関の行為のみであること。(b) この 2 種類の行為が、2 つの明らかに異なるレベルであると考えられる——1 つ目は国内法のレベル、2 つ目は、かつ 2 つ目のみが国際法のレベルであること。(c) 処罰行為の失敗に使用されてきた共犯の概念は、純粋に擬制されたものであり、かついずれにせよ結

---

<sup>348</sup> *Id.*

<sup>349</sup> *Ibid*, p. 104.

論を覆すための基礎として、および私人の行為について国家へ責任を帰属させるための根拠として使用はできない<sup>350</sup>」という3点である。

この次に Ago は、私人によって外国人に加えられた損害に関する事態と、反乱や革命時において外国人に加えられた損害がしばしば別のカテゴリであるとみなされているとして、あらためて反乱や革命時において外国人に加えられた損害に対する国家責任の事例を概観している。

以下に紹介される判例を引用することで、Ago は「国家が自国領域内において、反乱、革命、内戦との関係で生じた損害に対する責任を負わない」という原則が判例上形成されてきたことを説明している。これらの判例のなかには、「注意」概念を用いて国家当局の義務を説明しているため、以下ではそのような判例を扱う。

たとえば 1903 年の協定によって設立されたアメリカ-ベネズエラ混合請求委員会における Underhill 事件では、

the local authorities had been guilty of no unlawful act, omission or negligence in connexion with the acts of an exasperated mob in a riot and that a government could incur responsibility only in respect of actions or omissions of that kind attributable to its officials(下線部筆者加筆)<sup>351</sup>.

「反乱時に憤慨した暴徒の行為に関連して、地域当局はいかなる違法行為、不作為あるいは不注意についても、有罪ではなく、かつ政府はその職員に帰属可能な種類の作為あるいは不作為についてのみ責任を負うことができる」と説明されている。

1910 年に設立されたイギリス-アメリカ混合請求委員会における 1920 年の Home Frontier and Foreign Missionary Society of the United Brethren in Christ 事件では、反乱軍の行為に対する責任について、

(…)no Government could be held responsible for the act of rebels committed in violation of its authority "where it is itself guilty of no breach of good faith, or of no negligence in suppressing insurrection"<sup>352</sup>(下線部筆者加筆).

「いかなる政府も、”当局が信義誠実の違反について有罪ではない、あるいは騒乱の抑圧にあたって不注意がなかった場合”に、権限を逸脱した状態で行われた反乱軍の行為について責任を負うことができない」という部分が説明されている。

---

<sup>350</sup> *Id.*

<sup>351</sup> *Ibid*, p. 106.

<sup>352</sup> *Id.*

「国家が自国領域内において反乱、革命、内戦との関係で加えられた損害に対して責任を負わないという基本原則」の存在にもかかわらず、それでも国家が責任を負うことがある、という判決が出されたのは、1925年の1925年のスペイン領モロッコにおけるイギリス人の財産権事件である。

この事件では、「当局の作為あるいは不作為についての責任は、明示的に当局に敵対したり、当局の影響力の外にある私人に帰属しうる行為に対する責任とは全く異なる」として、以下のように述べている。

The State is obliged to exercise a certain vigilance . . . a State cannot require another State, the interests of whose nationals have been injured to remain indifferent if possibilities of providing assistance are, without good cause, clearly neglected or if the authorities, having been alerted in good time, fail to take preventive action or, again, if protection is not granted to nationals of all countries on an equal footing . . . (下線部筆者加筆)<sup>353</sup>

「国家は、一定の注意を行使するよう義務付けられている…仮に、援助を提供する可能性が、妥当な理由なしに明らかに無視され、あるいは、仮に当局が、妥当な時間内に警告を受けていたにもかかわらず、防止行為をとることを怠ったり、さらに、仮に保護がすべての国家の国民に対して、平等に提供されていなかったならば、国家は他国に対して、損害を受けたその国民の利益に無関心であることを要求できはしない」とされている。

この判決では、防止の行為にとどまらない、一般的な文脈で国家の注意義務が言及されている点が注目される。

この判決について Ago は、

In short, the State may incur responsibility in such situations not only through a lack of vigilance in preventing injurious acts but also through a lack of diligence in prosecuting the culprits criminally and applying the requisite civil sanctions<sup>354</sup>.

「つまりは、国家は損害行為の防止における注意欠如を通じてだけでなく、刑事被告人の訴追、および所与の私法上の制裁を加えることについての注意欠如を通じてもまた、このような状況について責任を負うことがあるのである」とコメントしている。

当該判例の評価には、興味深い区別が用いられている。すなわち、損害行為の防止における注意欠如(lack of vigilance)と、刑事上の訴追と民事上の制裁についての注意欠如(lack of diligence)とで用語が使い分けられている点が注目される。

Ago は判例を分析したのち、国家実行として各機関による国家責任に関する規則の法典化作業、および条文草案等の検討にうつる。

---

<sup>353</sup> *Id.*

<sup>354</sup> *Id.*

Ago は、まず 1930 年のハーグ法典化会議の準備作業、および会議での議論を検討する。準備委員会によって、政府に示された情報の要請の第 VII(a),(b)(c)は、以下のようなものである。

VII. Circumstances in which the acts of private persons causing damage to the person or property of a foreigner in the territory of a State may be the occasion of liability on the part of the State, and grounds on which such liability arises, if it does arise:

もし以下のことが生じる場面で、国家の領域において外国人の身体あるいは財産に対して損害を加えた私人の行為が、国家責任の誘因となる、およびそのような責任を生ずる根拠となる場合とは、

(a) Failure on the part of the State authorities to do what is in their power to preserve order and prevent crime, or to confer reasonable protection on the person or property of a foreigner. 国家当局が、自国の権限内において、秩序の維持および犯罪の防止、外国人の身体あるいは財産に対する合理的な保護の提供を行うことを怠った場合。

(b) Failure to exercise reasonable diligence in punishing persons committing offences against the person or property of a foreigner.

外国人の身体あるいは財産に対して損害を加えた人物を処罰するため、合理的な注意を行使することを怠った場合。

(c) If the acts were directed against a foreigner as such, should this fact be taken into account?<sup>355</sup>

行為が外国人の身体あるいは財産に対して直接行われた場合、この事実は考慮されるか？

というものであった。これを受けて寄せられた政府からの回答を元に、委員会は以下のような議論の基礎を打ち出した、と説明がなされる。

すなわち、Garcia Amador の報告書でもたびたび触れられた議論の基礎 No.17, No.18, および No. 19 である。

議論の基礎 No. 17 は、「国家は、仮に、その状況および当該私人の持つ特別な地位を考慮し、文明国に期待されうる注意を払うことを怠った場合、私人によって外国人の身体あるいは財産に対してもたらされた損害に対して責任を負う」と示されていた。

議論の基礎 No. 18 は、「国家は、仮に、損害をもたらした者を調査および処罰するにあたって、その状況を考慮し、文明国に期待されうる注意を払うことを怠った場合、私人によって外国人の身体あるいは財産に対してもたらされた損害に責任を負う」と示されている。

---

<sup>355</sup> *Ibid*, p. 107.



議論の基礎 No. 19 は、「国家責任の範囲は、すべての状況、とりわけ私人の行為が外国人そのものに向けられていたか否か…に依存する」と述べられている。

Ago は私人の行為と国家責任との関係を示す別の例として、準備委員会によって、政府に示された情報に対する要請の VI(c)にも触れている。ここでも、「注意」概念への言及があるので引用すると、

Does the State become responsible in the following circumstances, and, if so, on what grounds does liability rest:

国家は以下の状況において責任を負うか？もしそうならば、責任の根拠は以下の部分にあるのか？

(c) Failure to exercise due diligence to protect individuals, more particularly those in respect of whom a special obligation of protection is recognized—for example: persons invested with a public character recognized by the State? <sup>356</sup> (下線部筆者加筆)

私人を保護する相当の注意の行使を怠ったこと。とりわけ、特別の保護の義務が認識されている人物、たとえば、国家によって認識される公的な性格を付与された人物。

のように問われている。ここでは、私人の「保護(protect)」に関して「相当の注意」を行使することが言及されている。Ago は、この問いを「公的な性格を持った人物に対して損害が与えられた事例において、国家責任の根拠は、当該人物に求められる特別の保護を提供するにあたって相当の注意(due diligence)を行使するための国家機関の不作为となる」という命題を示したものとして後に言い換えている。

とりわけこの第4回報告書の Ago によって重視されているのが、スイス政府のこの問いに対する回答である。

スイス政府は以下のように述べて、自国領域内において私人によって行われた行為についての国家責任論を分析している。

... it may be admitted that the responsibility of the State towards foreign States on account of acts committed by individuals in its territory can only be established if the State has not, in good faith, taken all steps in its power to prevent the damage or to render the aggressors incapable of doing any harm provided it received due warning of the aggression .... *We cannot, however, share the views of certain publicists who hold that a State which has not exercised all proper diligence becomes, so to speak, the accomplice of the offenders. In reality, the State is responsible internationally, not for the acts of any particular individual, but for its own omission, its negligence, which in this case would amount to an act contrary to international*

---

<sup>356</sup> *Ibid*, p. 108.

law.<sup>357</sup>(下線部筆者加筆, 斜体原文ママ)

「・・・自国領域内において私人によって行われた行為に関する、外国に対する国家の責任は、仮に国家が、誠実に、権限の範囲内で、損害を防止するためにあらゆる措置をとらなかった場合、あるいは、加害行為の適切な警告を受けていた外国人に対して、加害者が損害行為を行うことを不可能にさせるためにあらゆる措置をとらなかった場合にのみ、確立される。・・・しかし我々は、あらゆる適切な注意を行使していなかった国家が、いわゆる加害者の共犯となる、と主張している一定の論者の見解を共有することができない。現実的に、国家は、特定の私人の行為のためではなく、この事例では、国際法に反する行為に相当しうる自らの不作為、不注意のために国際的に責任を負うのである」とされる。

ここでスイス政府は、私人の損害を防止するために「誠実に(in good faith)、(…)あらゆる措置をとらなかった場合(take all steps)」という表現をしており、こちらには「注意」概念を用いていない。一方で、後半の「あらゆる適切な注意(diligence)を行使していなかった国家」が全て責任を発生させる、という理論を否定している。つまりスイス政府は、「注意」概念によって処理すべき措置や事項」が一般的に存在するなかで、国際法によって定められた義務を履行するための防止措置がとられなかった場合にのみ、「不注意(negligence)」による国際責任が生じる、と理解している。

したがってここで登場する2つの「注意」概念、「あらゆる適切な注意(diligence)」と「不注意(negligence)」は単純な義務とその不履行といった表裏の表現ではなく、適切な注意は義務ではなく、不注意は義務違反の表現である。

加えて、たとえば第2章の第1節における学説上の議論のなかでは、国際義務の履行に関する誠実性の程度として「注意」概念が用いられる例が散見されたが、スイス政府の「注意」概念の理解は明らかにこれとは異なる。すなわち、スイス政府は国家の監視や保護といった(国際義務でないものも含む、あるいはまだ国際義務でないものも含む)行為全般を「注意」概念で表現しており、「注意」概念で処理される措置や事項」のなかに「注意」義務が包摂されるイメージが当てはまる。

続いて Ago は、国家実行としてアメリカの国家当局の法律顧問の意見が2つ言及されるが、これも「相当の注意」概念および「注意」概念が用いられているので検討する。

法律顧問の意見のうち、まず1つ目は、1952年5月28日に出されたもので、日本のアメリカ合衆国駐留軍の文民従業員が、何者かによって殺害された事件に言及するものである。そこでは、

“Failure on the part of the authorities of a Government to employ adequate measures for the

---

<sup>357</sup> *Id.*

apprehension and punishment of such persons may give rise to a claim<sup>358</sup>”

「政府当局の側にこのような人物の逮捕および訴追に対して適切な措置を利用しなかったことにつき、請求を提起しうる」とだけ示されている。

対して、1957年7月17日に出された2つ目の意見には、以下のように記載されている。

It is generally recognized under principles of international law that a Government is not responsible for injuries caused by private persons to aliens unless it can be shown that the respondent government has failed to exercise reasonable care to prevent such injuries in the first instance or it has failed to take suitable steps to punish the offenders<sup>359</sup>.

「被告となる政府が、まず損害を防止するために合理的な注意を行使することを怠ったことが、あるいは、加害者を処罰するために適切な措置をとることを怠ったことが示されないかぎり、政府が私人によって示された損害に対して責任を負わないということは、国際法の原則において一般的に認められる」。

ここでは損害防止の文脈で、「合理的な注意(reasonable care)」という「注意」概念が使用されている。

Agoはこの2つ目の文について、

The wording of the second opinion leaves certain doubts. The language used might give the impression that, in the opinion of the Assistant Legal Adviser, the Government would be responsible for injury caused by individuals if the government authorities had not shown due diligence<sup>360</sup>(下線部筆者加筆).

「第2の意見は、一定の疑問を残す。法律顧問の意見では、仮に政府当局が相当の注意を示していなかった場合、政府は私人によってもたらされた損害に対して責任を負うのである、という印象を与えうる」とコメントしている。

そしてその疑問点とは、

But it is difficult to say whether that meant that the individual's act would be attributed to the State, or merely that the reparation due from the State by reason of the omission of its organs should cover the damage caused by the act of the individual.

---

<sup>358</sup> *Ibid*, p. 111.

<sup>359</sup> *Id.*

<sup>360</sup> *Id.*

「しかしながら、このことが個人の行為が国家に帰属しうることを意味するのか否か、あるいは単に国家によって国家機関の不作为を理由としてなされる適切な賠償が、個人の行為によってもたらされた損害を補填するものでなければならないことを意味するに過ぎないのかを述べるのは難しい」ということだと述べている。

もしも前者の、「個人の行為が国家に帰属しうることを意味する」のが「相当の注意」の不行使だとすれば、私人の行為に関する国家責任の一例といえるということになる。

本稿の主題にとって重要となってくる点としては、法律顧問の意見原文では「合理的な注意(reasonable care)」であったものが、Agoによって「相当の注意(due diligence)」と言い換えられている点が留意される。

次に Ago は、国家責任が発生する主体について、国家にとどまらず国際組織との間にも責任が発生することを示すために、Bernadotte 事件における国連事務総長の抗議文を引用している。すなわち、

In his report on the question he indicated, in addition to the fact that the Israeli Government should be considered responsible for the acts of armed forces, even irregular ones, operating in Israel, two other facts which meant that Israel was responsible in that instance: failure to exercise due diligence and to take all reasonable measures for the prevention of the assassination, and failure to take all the measures required by international law and by the Security Council resolution 59 (1948) of 19 October 1948 to bring the culprits to justice<sup>361</sup>(下線部筆者加筆)。

「問題となった報告書において、国連の事務総長は、イスラエル政府は軍隊の行為に関して、たとえ非正規兵であったとしても、イスラエル国内で活動しているものには責任を負わなければならない、という事実に加え、イスラエルが本件に対して責任を負う、と示唆する2つのさらなる事実を示した。すなわち、①当該暗殺の防止のため、すべての合理的な措置をとること、および相当の注意を行使することを怠ったこと。②安保理決議 59 (1948 年 10 月 19 日) によって、および国際法によって、容疑者の訴追のために要求されるすべての措置を怠ったこと」と分析されている。

この文脈では、イスラエル政府が暗殺防止のために「相当の注意」をもって措置をとることが求められている。

次に Ago は、外交使節および外国公館への攻撃に関する事例を、「我々にとって関心のある問題が特に生ずるのは、国家の機関の行為に基づいた接受国の国際責任を、当事国が承認

---

<sup>361</sup> *Ibid*, p. 118.

あるいは否認する場合<sup>362</sup>」だとして検討を行っている。

1954年のドイツからのルーマニア人難民によるスイス、ベルンのルーマニア公使館に対する攻撃の事例がまず紹介される。ここでルーマニアのブカレスト政府は、スイス政府に対して、以下の理由に基づき、精神的および物理的損害に対する賠償を請求したとされる。

すなわち、(a) スイス当局は国際法上の接受国の義務の観点から、派遣国の外交施設を保護するために彼らが要求されていたように、本件攻撃を予期していなかった。(b) 同様の義務に反して、スイス政府は公使館の占拠状態の解消、および加害者の逮捕について遅延した。(c) スイス政府は、負傷した公使の運転手をただちに支援しなかった、以上の点について。

スイス政府は、スイス連邦議会が当該請求を、以下の理由から却下したと通知した。(a) 当該攻撃を予期あるいは防止することは不可能であった。(b) 通報があつてからすぐ、警察は状況に応じてすべての措置をとった。(c) 発見され次第、運転手は病院へ搬送された。また、実際に厳しい懲役刑を宣告され、市民権を剥奪され、スイス領域から追放された攻撃の首謀者を、訴追したのだ、とスイス政府は述べたとされる<sup>363</sup>。

以上のようなやりとりのなかで、スイス連邦議会は政府法務局へ意見を要請し、以下のように国内の事態に関する監視、防止、処罰義務に関する考察を述べている。少し長いが全て引用すると、

The Swiss position (reference: Salis-Burckhardt) is that responsibility for preventing acts that contravene international law is limited, in close relation to the surveillance which the State exercises over the territory it controls and in which it exercises its legislative and executive power. The State must prevent and punish acts directed from its territory against the external and internal integrity of foreign States with which it maintains peaceful relations, the emblems of such States and the inviolability of the diplomatic representatives to whom it grants immunity. However, neither the obligation to prevent nor the obligation to punish is absolute. The first exists only within the context of a general standard, the responsibility for negligence. It depends on the domestic situation prevailing in each country at a given time. The State must exercise due diligence; it is not required to prevent every incident without exception, something which would in fact be impossible. The obligation to punish is spelled out in municipal law and more particularly in penal law. International law needs to be supplemented in this way and allows municipal law considerable discretionary latitude regarding the punishment to be imposed. Nevertheless, when the State fails to perform its duties to prevent and punish, or perform them incompletely, it becomes internationally

---

<sup>362</sup> *Id.*

<sup>363</sup> *Id.*

responsible . . .<sup>364</sup>(下線部筆者加筆)

「スイスの立場(Salis-Burckhardt 参照)とは、国家が領域に対して支配を及ぼす監視、および執行権と立法権の行使との強い関係から、国際法に違反する行為の防止に関する責任は限定されるというものである。国家は自国の領域から、平和的關係を維持していた外国の内外の完全性[主権]に対して、および当該国家の標章に対して、かつ免除を享有するところの外交使節の不可侵へ直接向けられた行為を防止及び処罰せねばならない。しかしながら、防止の義務も、処罰の義務も絶対的なものではない。防止の義務は、一般的な基準、すなわち不注意の責任の文脈の中にのみ存在する。これ[基準]は、その時点において、各国で支配する状況に左右される。国家は相当の注意を行使せねばならない；これは例外なく、事態を防止することを求められていない。そしてこれは現実に不可能である。国際法は、このようにして補完される必要性があり、国内法に対して課されるべき処罰に関して非常に大きな自由裁量を許容している。それにもかかわらず、国家に防止および処罰義務の不履行があった場合、あるいは完全に履行できなかった場合、国家は国際責任を負う . . .」とある。

このスイスの回答から示唆されるものは多い。

たとえば「相当の注意」を行使するにあたって、完全に損害事態を発生しないようにするのは不可能であると述べられていることについては、たとえば Garcia-Amador においては、反乱や内戦時における「相当の注意」概念は外国人に対して向けられた損害の防止という観点から使用されているのであって、その「防止」の性質にはあまり触れられてこなかった。なぜかといえば、当時の条文案の目的が外国人が被った損害の賠償や回復であったために、賠償の元となる損害の発生は暗黙の前提とされていたからである。

この一方でスイスの回答をみると、「相当の注意」は一定の遵守の基準を示しているものであり、防止の義務は「完全に事態を防止することを求めるものではなく、不注意の責任の中に存在するものだと明言されている点が着目される。

つづいて、第 12 条案(国際法のその他の主体の機関の行為)<sup>365</sup>の検討にも、多くの「注意」

---

<sup>364</sup> *Id.*

<sup>365</sup> 第 12 条案の全文は、以下のとおり。

第 12 条(国際法のその他の主体の行為)

1. 他国の機関あるいは国際組織の機関として国家の領域内で活動する私人あるいは私人の団体の行為は、国際法上、当該国の行為とは見なされない。
2. 同様に、国家に対する反乱団体の機関として国家の領域内において活動する私人あるいは私人の団体の行為、および別の国際法人格を有する私人あるいは私人の団体の行為は、国際法上当該国家の行為とはみなされない。
3. しかしながら、パラグラフ 1 および 2 で規定された規則は、国家が当該私人あるいは私人の団体の行為を防止あるいは処罰するために行動しなければならなかったにもかかわらず

概念が関連している。

第 12 条案で関連する反乱団体の行為を分析するために、Ago は 19 世紀末から 20 世紀の判例を検討していく。そのなかで、1902 年にイタリア人から恐喝かつ強制徴収の結果奪われた金銭に関する Sambiaggio 事件において、イタリア-ベネズエラ混合請求委員会によって下された判決が「最も重要な判決」であると位置づけられている<sup>366</sup>。

(…) [t]he umpire finally concluded that Venezuela could be held responsible only if it had been alleged and proved that the authorities of the country had failed to exercise due diligence to prevent damages from being inflicted by the revolutionaries. He therefore dismissed the Italian Claim, after noting that no want of diligence had been alleged or proved in the case in question<sup>367</sup>(下線部筆者加筆).

「(…)仲裁人は、最後に以下のように結論した。ベネズエラは、ベネズエラ当局が、反乱によって影響を受けた損害を防止するために相当の注意を行使しなかったことが主張され、かつ立証された場合にのみ、責任を有する。仲裁人はしたがって、問題となる事例において注意の欠如を主張あるいは立証しなかったことを述べたのちに、イタリアの請求を棄却した」と分析がなされている。

ここでは、「相当の注意」概念および「注意の欠如(want of diligence)」という「注意」概念が説明に使用されている。

Ago は、次にイギリス-ベネズエラ混合請求委員会に提起された Aroa 鉱山事件においても、ベネズエラ政府の「注意の欠如(want of diligence)」が認定されなかったことからイギリスの請求を退けたことを紹介している。

スペイン-ベネズエラ混合請求委員会における事例も紹介される。Padron 事件では、「合法政府の不注意(negligence of the constituted authorities)」がある場合に反乱軍の行為に対して政府が責任を負う、と判示されている。

以上の委員会の判決の検討ののちに、Ago は以下のように考察を加えている。

---

ず、それを怠ったところの国家機関の不作為が国家に帰属することを妨げるものではない。

4. 同様に、パラグラフ 1 および 2 で規定された規則は、彼らとその機関となっている当該国際法主体へ私人あるいは私人の団体の行為が帰属することを妨げるものではない。

5. パラグラフ 2 に規定される規則は、仮に反乱団体が、その後判断に成功し、新たに既存の国家の一機関、あるいは他国の機関、あるいは新たな国家となった場合に生じうる状況に影響を与えるものではない。; *ibid*, pp. 143-144.

<sup>366</sup> *Ibid*, p. 132.

<sup>367</sup> *Id*.

Lack of vigilance by the legitimate authorities in the matter of prevention and lack of diligence in the matter of punishment, in so far as prevention and punishment are possible, are, according to arbitrator Huber, the two acts which might be attributed to the State as a source of responsibility in cases of injurious acts committed by rebels and, in particular, by organs of insurrectional movements(下線部筆者加筆).

「防止事項に関する正統政府による用心の欠如、および処罰事項に関する注意欠如は、防止および処罰が可能である限りにおいて、仲裁人 Huber によると、反乱軍、とりわけ反乱団体によって行われた損害行為について、責任の淵源として国家に帰属しうる 2 つの行為である」と説明されている。

ここでは、防止措置には「用心(vigilance)」、および処罰措置には「注意(diligence)」の「注意」概念が使用されている。前の事例と同様に、Ago は、防止措置と訴追・処罰措置とで「注意」概念の語句を使い分けていることが指摘される。

Ago は、「国家は合法政府に対する反乱の際に、騒乱行動によって行われた行為に対して責任を負わない、そしてこのような状況において、国家機関が適切な防止あるいは処罰措置を適切にとりえた状況にあったにもかかわらず、それを怠った場合を除き、国家が責任の問題を生じえないという原則<sup>368</sup>」が、国際裁判判決および外交実行において確認できると述べている。

この原則の表現として、たとえばキューバ戦争の終結のためにアメリカとスペインとのあいだで締結された 1901 年条約によって設立された委員会の一般決定 No.3 を検討したのち、もしもの話として、

If, however, it be alleged and proved in any particular case before this Commission that the Spanish authorities by the exercise of due diligence might have prevented the damages done, Spain will be held liable in that case<sup>369</sup>(下線部筆者加筆).

「しかし、仮にこの委員会においてスペイン当局が、相当の注意の行使によって損害を防止することができたことが、いずれかの事例において主張され、かつ立証されたならば、スペインは本件について責任を負うだろう<sup>370</sup>」と所見を述べている。

同じような文脈で、1930 年代の、アメリカ合衆国国務長官代行(Castle)による、在キュー

---

<sup>368</sup> *Ibid*, p. 135.

<sup>369</sup> *Ibid*, p. 136.

<sup>370</sup> *Ibid*, p. 137.



バアメリカ大使(Guggenheim)への指令が以下のように紹介されている。

... the responsibility of an established Government for the acts of insurgents is engaged when the constituted authorities, knowing of the imminence of the danger and being in a position to protect the property, fail to exercise due diligence for its protection<sup>371</sup>."

「…反乱団体の行為に対する政府の責任は、新政府が、急迫する危険を知りつつ、財産を保護する立場にあったにもかかわらず、その保護のために相当の注意を行使することを怠った場合に生ずる」としている。

ここでは防止措置ではなく、財産の保護(protection)のために「相当の注意」が行使される旨が示されている。

また Ago は、近年の論者による学説について検討し、反乱団体の行為に関する国家責任についての学説をまとめている。

(...)[t]hey[modern writers] agree almost unanimously that, under the rules now prevailing,403 injurious acts by the organs of an insurrectional movement are not attributed to the State and thus do not cause it to incur international responsibility. At most, such responsibility can arise only where the organs of the State have failed to meet recognized obligations to exercise diligence in preventing or punishing the injurious acts in question<sup>372</sup>(下線部筆者加筆).

「今や支配的な規則についてはほとんどが一致している。反乱団体の機関による損害行為は国家に帰属せず、かつ国家に国際責任を生じさせない。せいぜい、このような責任は国家機関が問題となる損害行為を防止あるいは処罰するにあたって注意を行使すると認識されていたはずの義務の履行を怠った場合にのみ生じうる」。

ここでは「相当の注意」ではなく、「注意(diligence)」のみが使用されている。

Ago はこの後にも、各機関による法典化作業および準備された条文案について検討する<sup>373</sup>。Garcia-Amador も参照した万国国際法学会、ドイツ国際法学会、ハーバード・ロースクール草案の1929年版と1961年版の、成功しなかった反乱についての条文を検討している。

#### (1) 第4回報告書の小括

Ago の第4回報告書には、「注意」概念および「相当の注意」概念が非常に多く使用され

---

<sup>371</sup> *Id.*

<sup>372</sup> *Ibid*, p. 141.

<sup>373</sup> *Ibid*, p. 142.

ている。だが Ago 案第 10 条案(権限を逸脱し、あるいは彼らの活動について定めた規定に反して行動した機関)、および第 13 条案(国家の組織の一部あるいは全部となった反乱団体の行為)の検討には「注意」概念が登場しておらず、第 11 条案(私人の行為)、および第 12 条案(国際法のその他の主体の機関の行為)の検討にのみ登場する。

第 4 回報告書の考察については、まず、当該条文案の構成と関連して、「注意」概念そのものは考察されるべき対象ではない点が留意されねばならない。

Ago の論証の目的は、私人行為に対する国家の無責任の原則が存在し、のちに国家の不注意があった場合にのみその原則の例外として責任が生じるという規則があることを立証することであったのであり、「注意」概念の内容について着目した論証はない。

しかしながら、沢山引用されている判例や国家実行、および当該判例や国家実行に対して Ago が加えた検討のなかに、第 11 条案および第 12 条案の主題との関係でどのように「注意」概念および「相当の注意」概念が言及されているのかを見出すことはできる。

第 11 条案の考察には多くの判例が引用されている。Janes 事件(アメリカ-メキシコ請求委員会)、Underhill 事件(アメリカ-ベネズエラ混合請求委員会)、Home Frontier and Foreign Missionary Society of the United Brethren in Christ 事件(イギリス-アメリカ混合請求委員会)、スペイン領モロッコにおけるイギリス人の財産権事件(イギリス-スペイン仲裁)等が引用されており、これらには「注意」概念にも言及した判決が下されている。

Ago がこれらの判決を引用したのは、「反乱時の私人行為から発生した損害に対する国家の無責任」という原則が成立し、その後「原則の例外として、私人行為から発生した損害に国家が責任を負う」場面が確立してきたことを論証するためである。

各判決における「注意」概念は、negligence, duty of diligently prosecute, vigilance, lack of diligence 等と表現されており、「相当の注意(due diligence)」という用語は判決に登場しない。

一方で第 11 条案の考察には、各機関による法典化作業、条文案等の成果、およびその他の国家実行にも多くの言及がなされている。法典化作業としては、ハーグ法典化会議に向けての準備作業、その準備委員会によって政府に示された情報要請、およびその情報要請を受けた政府の回答、この回答を受けて作成された議論の基礎が言及されており。国家実行としては、各事件が生じた場面において、アメリカ、スイス、国連事務総長による意見が紹介されている。

このなかで、政府に示された情報要請第 VI(c)、Bernadotte 伯爵暗殺事件における国連事務総長の抗議文、スイス国内のルーマニア大使館の襲撃事件に関するスイス法務局の意見中には、「相当の注意(due diligence)」の用語が完全なかたちで登場する。

以上の第 11 条案における Ago の考察については、以下の点が指摘される。

まず、判例および政府意見、条文案のそれぞれの原文では「注意」概念として表現されていたものが、Ago によって「相当の注意(due diligence)」概念へと翻訳されている点である。このことは、法典化作業のなかの政府への要請 VI(c)へのコメント、国家実行として挙げら

れたアメリカ合衆国法律顧問の意見 2 に対するコメントに伺うことができる。

ただし、Ago は報告書全体において「注意」概念を「相当の注意」概念へと読み替えているわけではなく、その他の箇所では diligence や vigilance など、「注意」概念による説明を行っている点は留意されねばならない。

第 2 に、「相当の注意」概念が「犯罪が生じないように確保する(ensure)義務」として言及されているという点である。第 11 条案検討の冒頭に大使館へ私人が損害を加えた事案を架空の例として述べているが、その中で「犯罪が生じないように確保する(ensure)義務」という言い回しが登場する。

つづいて第 12 条案では、「注意」概念を含む判決として Sambiaggio 判決(イタリア-ベネズエラ混合請求委員会)、Aroa 鉱山事件判決(イギリス-ベネズエラ混合請求委員会)、Padron 事件判決(スペイン-ベネズエラ混合請求委員会)が、またその他の国家実行として、アメリカ-スペイン仲裁一般決定 No.3, アメリカ合衆国国防長官代行による指令が、そしてその他、学説や法典化作業が検討および考察されている。

このなかでは、Sambiaggio 判決(イタリア-ベネズエラ混合請求委員会)、アメリカ合衆国国防長官代行による指令が「相当の注意(due diligence)」の語句を使用している。

以上の第 12 条案に対する Ago の考察について、以下の点が指摘できる。

第 1 に、第 11 条案の指摘がそのまま妥当する。すなわち、「注意」概念から「相当の注意」概念への読み替えがなされている。このことは、アメリカ-スペイン仲裁一般決定 No.3 へのコメントに伺うことができる。

### 第 3 款 第 7 回報告書<sup>374</sup>

Ago の第 7 回報告書では、第 3 章「国際義務の違反」において、第 23 条案(事態の防止義務)および第 24 条案(国際義務違反の時点)が、第 4 章「他国の国際違法行為に対する国家の影響」において、第 25 条案(他国の国際義務違反への国家の参加)が検討される。

このうち第 23 条案(事態の防止義務)の検討に際して、Ago はハーグ法典化会議準備委員会(1930)において各国政府に促された情報の要請、およびこの要請を受けた各国の回答を検討している。

まず Ago は、事態の防止のために国家が負う義務違反の要件を説明するために、以下のよう述べている。

(…)The cases most often referred to are, however, those where the natural cause of the event is not a State action but the event is nevertheless caused by the failure of State organs to

---

<sup>374</sup> Seventh report on State responsibility, by Mr. Ago, Special Rapporteur, A/CN.4/307 and Add.1 and 2, (29 March, 17 April and 4 July 1978).

prevent it. An attack by private persons on a foreign embassy or consulate, the massacre of foreigners by a hostile mob, and so on, are classic examples of this. It goes without saying that the preventive action required of the State consists essentially of surveillance and vigilance with a view to preventing this event, in so far as it is materially possible<sup>375</sup>(下線部筆者加筆).

「(…)最もよく言及される事例は、その事態の自然の原因が、国家行為ではなく、国家機関がその事態を防止することを怠ったことによって生じた場合である。私人による外国公館や大使館への攻撃、暴動による外国人の殺害、等々、古典的な事例がこれにあたる。国家に求められる防止行為は、物質的に可能である限りにおいて、その事態の防止という観点からの監視(surveillance)および注意(vigilance)から構成されることは疑いがない」。

この文脈では、監視(surveillance)および注意(vigilance)という「注意」概念が、事態の防止との関係で言及されている。

さらに Ago は、防止義務違反の 2 要件と「注意」概念との関係にも言及している。以下のように、

It thus seems clear that, in order to be able to establish the breach of an obligation in this category, two conditions are required: the event to be prevented must have occurred, and it must have been made possible by a lack of vigilance on the part of State organs. Clearly, a State cannot be alleged to have breached its obligation to prevent a given event so long as the event has not actually occurred, and the same is true where the feared event has occurred but cannot be ascribed to a lack of foresight on the part of certain State organs. In other words, neither the occurrence of the event without there having been any negligence on the part of State organs nor such negligence without the occurrence of any event in itself constitutes a breach of the international obligation. Only the combination of these two elements permits the conclusion that there has been such a breach<sup>376</sup>(下線部筆者加筆).

「したがって、このカテゴリの義務違反が成立するためには、以下の 2 つの要件が要求されることが明らかである。: 防止されるべき事態が生じていること。および、国家機関の注意の欠如(lack of vigilance)によってそれが可能になっていたのであること。明らかに、その事態が現実に発生していない限りにおいて、国家は所与の事態を防止するための義務に違反したと主張されることはありえない。恐ろしい事態が発生したが、国家機関の配慮(foresight)が欠如していたことを立証できないという場面においても同様である。言い換えれば、国家機関の不注意(negligence)が存在しない事態の発生も、事態の発生のない国家の

---

<sup>375</sup> *Ibid*, p. 32.

<sup>376</sup> *Id.*

不注意(negligence)の存在も、それ自体では国際義務違反を構成しないのである。これら 2 つの要件が揃うことが、違反が存在するという帰結を許すのである」と説明している。

ここでは、多くの「注意」概念が登場する。国家機関の注意の欠如(lack of vigilance)、配慮(foresight)、不注意(negligence)がそれである。

ここで言及される「注意」概念は、国家が事態の発生のために何らかの措置をとっていたり、事態を予見したりする文脈で言及されている。ただし、上のとおり、ここでは「相当の注意」概念を用いた説明がなされているわけではない。

次に Ago は、私人の行為だけではなく、「事態の防止」もまた、国家機関が防止を怠った場合に国家責任を生じる場面として捉えられるという論証の文脈で、以下のように検討を進めている。

「[ハーグ法典化会議準備委員会(1930)において各国政府に情報が要請されたが、その]ポイント7および9のもとで考察された2つの仮定事例のなかで、情報要請の委員[author]は、国家機関が防止を怠った損害事態の発生の結果として生じるような事態にのみ関係する防止の義務違反が、国家へ帰属する可能性の問題を提起した<sup>377</sup>」。

「しかしながら、このような”事態”に要請が明示的に言及していない、別の問題が存在する。ポイント5のNo.1(c)は、以下のように述べている」。

Does the State become responsible in the following circumstances, and, if so, on what grounds does liability rest:

(c) Failure to exercise due diligence to protect individuals, more particularly those in respect of whom a special obligation of protection is recognised-for example: persons invested with a public character recognised by the State?<sup>378</sup>(下線部筆者加筆)

「国家は以下の状況において責任を負うか? 仮に負うならば、どのような根拠が責任を生じさせるのか;

(c) 私人、とりわけ特別な保護の義務が課せられる私人(たとえば: 国家によって承認された公的性格を付与された私人)に関して、保護するために相当の注意を行使することに失敗したこと」のように言及される。

この情報の要請に対して、Ago は、「私人の行為」に対する言及がないことに着目し、私人の行為だけではなく、「事態の防止失敗」によってもまた、国家責任が生じうることを主張しようとしている。

この文脈から、続いて Ago は当該情報の要請を受けて行われた政府からの回答を分析していく。

---

<sup>377</sup> *Ibid*, p. 34.

<sup>378</sup> *Id.*

このなかでオーストリア政府の回答が引用されている。すなわちオーストリア政府のコメントは、

It is obvious that mere failure to exercise due diligence in protecting the person of foreigners does not in itself involve the responsibility of the State: such responsibility would arise only if a foreigner suffered injury through the act of a private person<sup>379</sup>(下線部筆者加筆).

「外国人を保護するために相当の注意を行使することを怠ったことのみでは、国家の責任を発生させはしないことが明らかである。：このような責任は、私人の行為を通じて外国人が損害を受けた時にのみ生じうる」とされている。よって、損害の発生がなければ国家責任は生じない旨の主張がなされている。

これについて Ago は、「他の政府からの返答は、オーストリアの返答ほど詳細ではないものの、起草委員会によって同じように解釈されたはずである<sup>380</sup>」と解釈している。その証拠として、議論の基礎 No.10 を起草するにあたって、起草委員会が

A State is responsible for *damage suffered* by a foreigner as the result of failure on the part of the executive power to show such diligence in the protection of foreigners as, having regard to the circumstances and to the status of the persons concerned, could be expected from a civilised State ...<sup>381</sup>(下線部筆者加筆、斜体原文ママ)

「国家の執行府が外国人の保護に際して、当該人物の地位および状況を考慮して、文明国から期待されうる程度の注意を示すことを怠った結果として外国人が被った損害に対して、国家は責任を負う」と述べているからだという。

Ago はこれを言い換えて、「事態の存在が、明らかに、国家の国際義務違反が確立する、および、それによって責任を負うために要求される 2 つの要件のうちの 1 つとして、防止における注意の欠如(lack of diligence)に加えて示されている」と述べている。

また Ago は国家行為と発生した事態の因果関係に対する言及のなかでも、「注意」概念を用いている。

It is the clear conviction of Governments that, where international law places an obligation on a State to prevent a certain type of event,(…) the responsibility of the State affirmed only if one of the events which it was the purpose of international law to prevent actually occurs and

---

<sup>379</sup> *Id.*

<sup>380</sup> *Id.*

<sup>381</sup> *Id.*

if a lack of vigilance and prevention on the part of the State under the obligation has also been proved. (…)[i]t must be possible to establish the existence of a certain relationship of causality, at least indirect, between the conduct of State organs and the event (…)[I]f, for example, an attack by private persons on an embassy occurred in circumstances which make it possible to establish that it would certainly have succeeded and achieved its ends even if the State could not be accused of any negligence, the necessary link between the actual conduct of the State and the event would be lacking<sup>382</sup>(下線部筆者加筆).

「国際法が一定の事態を防止する義務を国家に課している場合に、(…)防止の義務上の国家の注意および防止の欠如が立証された場合にのみ認められるということが、政府によって明確に認識されている。(…)国家機関の行為と事態との間には一定の因果関係(…)の存在を立証することが可能でなければならない。(…)仮にたとえば、大使館に対する私人の攻撃が、たとえ国家が不注意を責められないような状態であったとしても事態が完全に遂行されかつ達成されたことが立証されうる状態で発生したならば、現実の国家行為と事態との間に必要的関係は存在しないだろう」と説明がなされている。

ここでは、「注意の欠如(lack of vigilance)」および「不注意(negligence)」の語句によって「注意」概念が説明されている。

#### (1) 第7回報告書の小括

Ago の第7回報告書には、いわゆる Ago 案の「防止の義務」との関係で「注意」概念との関係が説明される。

防止の義務違反を構成するためには、2つの要件が必要であるが、そのうちの1つが「国家機関による注意の欠如」であり、もう1つが「事態の発生」である、と説明されている。

また、このような国家の注意欠如と事態の発生との間には、因果関係が存在する必要がある。防止の義務違反がないことを論証するためには、「国家が注意を尽くしたとしても事態は発生した」ことを立証するか、「事態は発生したが、国家は必要な注意を全て尽くしていた」ことが立証されればよいことになる。

以上の第7回報告書における Ago の「注意」概念への態度として、以下の点が指摘できる。

第1に、彼自身、防止の義務との関係では、「相当の注意」概念を使用していないこと。オーストリア政府の回答のなかに「相当の注意(due diligence)」概念への言及があるものの、Ago 自身の評価やコメント、説明のなかでは他の「注意」概念が使用されている。

第2に、防止の義務との関係において、事態の発生について「注意」概念が使用されたことで、時間的な概念が注意義務の議論の中に組み込まれる素地が形成されていることであ

---

<sup>382</sup> *Ibid*, p. 35.

る。これまで、たとえば Garcia-Amador においてはたとえ反乱時の国家責任に言及する文脈でも、時間的に事態が発生する前にとられるべき措置に言及することはなかった。

本報告書中に、第 23 条案の検討のなかで明示的に時間的要素が問題とされているわけではないが、「注意」概念としてたとえば[事前の]配慮(foresight)の文言が使用されたこと、あるいはいわゆる防止の義務、行為の義務、結果の義務の分類の目的が義務違反時の推定であったことなどを鑑みると、この時点で防止の義務の検討に「注意」概念が用いられたことは留意されるべきである。

#### 第 4 款 第 8 回報告書<sup>383</sup>

第 8 回報告書において「注意」概念への言及が行われるのは、第 5 章「違法性阻却事由」のうち第 4 節(不可抗力および偶発的事態)の検討のなかである。

第 8 回報告書において、Ago は判例検討をしたのち、学説の検討を行うのであるが、そこでは以下のように言及がなされている。

すなわち、

Legal writers have not made any very substantial contribution to the definition of a fortuitous event. Doctrine has been largely taken up with the debate between the proposition that the international responsibility of States for acts (···) is an "objective" responsibility and the contrary proposition that a precondition for the existence of an internationally wrongful act of the State giving rise to responsibility is, if not intention, at least negligence in the conduct of the State organ. Writers, and particularly those (the greater number) who subscribe to the second proposition, have concentrated on defining "negligence" and determining the dividing line between conduct which remains "excusable", even though not in conformity with an international obligation, and conduct which must be recognized as a genuine "breach" of that obligation<sup>384</sup>.

「法学者は、偶発的事態の定義に対しては実質的な寄与をしてくれなかった。理論は、(···) 国家の国際責任が、“客観的”責任であるという立場、および反対の、責任を生じる国家の国際的違法行為の要件が、意思でなければ少なくとも国家機関の行為の不注意であるとする立場との論争に没頭してきた。論者たち、とりわけ第 2 の立場をとる(多くの)論者たちは、“不注意”の定義、そして国際義務に合致しないがそれでも“許容される excusable”行為と、義

---

<sup>383</sup> Eighth report on State responsibility, by Mr. Ago, Special Rapporteur, A/CN.4/318 AND ADD. 1-4, (24 January, 5 February and 15 June 1979).

<sup>384</sup> *Ibid*, p. 65.



務の純粋な“違反”として認識されねばならない行為との間のラインを決定することに着目してきたのである」と、これまでの国家責任論における学術的な対立に触れている。

そして続けて Ago は、

Obviously, however, for the advocates of the second approach, a fortuitous event in the sense in which we have described it (...) comes beyond any shadow of doubt under the heading of circumstances which preclude any culpable negligence by that organ(...). Even those who see international responsibility as a responsibility independent of the "fault" of the organ which engages in the conduct do not go so far as to repudiate something so self-evident as the preclusion of the State's responsibility for conduct adopted in a fortuitous event situation<sup>385</sup>.

「しかし明らかに、第2のアプローチを主張するためには、偶発的事態(...)というのが、国家機関による有責の不注意(culpable negligence)を阻却するような状況、という部類に入ることに疑いの余地はない。(…)国際責任を、行為に従事する機関の“過失”とは無関係の責任として認める立場の論者ですら、偶発的事態においてとられた行動について、国家責任の阻却事由として自明なものを否定することまではしない」と表現している。

第8回報告書において、その他の部分に「注意」概念は登場しない。

#### (1) 第8回報告書の小括

第8回報告書には、違法性阻却事由として、国家の不注意(negligence)、や過失(fault)が言及されている。ただし、当該「注意」概念を使用した説明は具体的には不可抗力や偶発的事態の説明の中に登場するが、不可抗力や偶発的事態と「注意」概念の関係というよりは、伝統的な国家責任の理論対立を説明する中に使用されたという理解が自然である。

### 第3節 Willem Riphagen (1980-1986)

Willem Riphagen は、国際司法裁判所の判事となった Ago の任務を引き継ぎ、1980年から1986年まで特別報告者として草案の推敲作業を行った。

#### 第1款 第2回報告書<sup>386</sup>

第2回報告書における「注意」概念は、第2章「国際的に違法となるような国家の新たな

---

<sup>385</sup> *Id.*

<sup>386</sup> Second report on the content, forms and degrees of international responsibility (part 2 of the draft articles), by Mr. Willem Riphagen, Special Rapporteur, A/CN.4/344, (1 May 1981).

義務」のなかの、D「国際義務の違反から生ずる新たな義務の内容」の第3節(司法判決、仲裁判決、国家実行および学説による分析)に表れる。

ここではまず、一次規則の内容によって、義務違反の要件に国家の意図的な行為を含めることもできるし、いわゆる“絶対責任”を作り出すこともできる、ということが示される<sup>387</sup>。

そこで、以下のように一次規則と学説上の議論との関係が考察されている。

Much of the jurisprudential (and doctrinal) discussion on what is often called "the principle of fault" and "the principle of integral reparation" would thus seem to turn on the interpretation and application of the primary rule, rather than on any supposed general rule relating to the content of State responsibility, irrespective of the content of the primary rule. This point is particularly illustrated by the Judgment of the International Court of Justice in the *Corfu Channel* case and the dissenting opinions appended to it<sup>388</sup>.

「しばしば“過失の原則”および“総合的な賠償の原則”と呼ばれるものに対する多くの理論的な議論はしたがって、国家責任の内容に関する一般規則についてより、むしろ一次規則の解釈および適用の問題にうつったように思える。この点はとりわけ、コルフ海峡事件のICJ判決およびその反対意見によって説明されている」。

ここでは、過失原則に関する言及がなされている。

#### (1) 第2報告書に関する小括

Riphagenの第2報告書には、「注意」概念に関する言及は多くない。

ただし、いわゆる一次規則と二次規則と各概念との関係が言及されているのは着目すべき点である。

Riphagenは、国際責任は過失責任か否か、といった学説上の対立が、一次規則の解釈の問題へとシフトしていった旨言及している。この点のちに、「相当の注意」概念が一次規則の問題として扱われるのか否かといった議論に結びついていく点で、着目される。

### 第2款 第4回報告書<sup>389</sup>

Riphagenの第4回報告書は、条文案の第1部から第3部までの検討がなされる。第1部

---

<sup>387</sup> *Ibid*, p. 93.

<sup>388</sup> *Ibid*, p. 93.

<sup>389</sup> Fourth report on the content, forms and degrees of international responsibility (part 2 of the draft articles), by Mr. Riphagen, Special Rapporteur, A/CN.4/366 and Add.1, (14 and 15 April 1983).

は国際責任の淵源、第2部は国際責任の内容、形式および範囲、第3部は紛争解決および国際責任の履行が内容として予定されている<sup>390</sup>。

第4回報告書の第2章「条文案の第2部および第3部の内容の検討」において、以下の文脈では被害国の決定に関する問題を考察したなかで、すべての自分以外の他国に対し、利害関係を元にある法規の遵守を求めることの困難を国家の主権的権利との観点から説明している。そのなかで、

The insistence, in international law, even in its present-day stage of development, on the international right of sovereignty of States and on international obligations of a State as resulting, in the final analysis, from the consent of that State, seems to exclude the construction of a (primary) rule of general international law, to the effect that the fault of one State, causing damage to another State, entails a duty of the first State to make reparation to the second. At any rate it is significant that, in municipal law systems which contain such a rule for private law relationships, the courts feel the need for a legal analysis of its three elements—"fault", "cause", and "damage"—which, apart from liability for injurious consequences of acts not prohibited by law, comes close to stipulating rights and obligations.

「こんにちの発展段階であっても、国際法上、国家の国際的な主権的権利や、国家の合意から導かれる国家の国際義務に関する主張は、他国へ存在を加えたある国家の過失が、その国家のその他国に対する賠償義務を生ずるという一般国際法の(一次)規則の形成を排除するように見える。いずれにせよ重要なのは、私法的関係のような規則を含む国内法上の制度のなかで、権利義務の規定のような、法によって禁止されていない行為からの損害に対する責任を除けば、裁判所は3つの要素——"過失"、"原因"、"損害"——を法的分析のために必要であると考えているということである」と説明がなされている。

ここでは「過失(fault)」の要素が言及されている。

#### (1) 第4回報告書の小括

Riphagenの第4回報告書は、ほとんど「注意」概念を使用していない。言及が唯一あるのは、過失(fault)という「注意」概念のみであり、その内容は「過失が賠償義務を生ずる」という一次規則が形成されにくいという部分、および国内法制度における傾向である。

### 第3款 第7回報告書<sup>391</sup>

---

<sup>390</sup> *Ibid*, p. 3.

<sup>391</sup> Seventh report on State responsibility, by Mr. Riphagen, Special Rapporteur, A/CN.4/397

第 7 回報告書では、第二読草案への準備作業として、第一読草案に対して寄せられた政府からのコメントが紹介されている。

このうち、第一読草案第 3 条<sup>392</sup>について、Riphagen はオーストリア、チェコスロバキアから寄せられたコメントを受けて、過失(fault)、損害(damage)、因果関係(causal connection)に対してそれぞれ回答を行っている。

このうち、過失に対する回答は以下のとおりである。

(7) Fault can actually be seen as a "breach of an international obligation" in the sense of article 16, if and when the primary rule requires of the State only conduct which can be reasonably required of it. This is particularly true if the conduct consists of an omission (in the case of an obligation of due diligence). To what extent that is the case depends on the (interpretation of the) primary rule itself, particularly in the light of its object and purpose. Obviously, circumstances precluding wrongfulness may also play a role in determining fault on the part of the State. At the same time, the element of attributability of human conduct to the State contains an element of fault on the part of the State. The draft articles recognize this in accepting attributability to the State of conduct of persons who are organs of the State but act outside their competence or contrary to instructions, in accepting attributability to the State of conduct of persons who are not organs of the State but act "in fact on behalf of the State", and in accepting that "conduct which is related to that of the persons or groups of persons" not acting on behalf of the State may give rise to State responsibility<sup>393</sup>(下線部筆者加筆).

「過失は、一次規則が、国家に対して単に国家に合理的に要求しうる行為しか要求していなかった場合、現実に第 16 条の意味における「国際義務違反」とみなされうる。このことはとくに、仮にその行為が(相当の注意義務の事例における)不作為を構成する場合にあてはまる。その範囲は、一次規則それ自体(の解釈)、とりわけ一次規則の主旨及び目的に依存する。明らかに、違法性阻却事由は、国家の過失を決定するうえで重要な役割を演じうる。同時に、人間の行為の国家への帰属可能性の要素は、国家の過失の要素を含んでいる。条文草案は、

---

and Add.I, (4 March and 23 April 1986).

<sup>392</sup> 第 3 条案の全文は、以下のとおり。

第 3 条 (国家の国際違法行為の要素)

国際違法行為は、以下の場合に生ずる。

- (a) その行為が国際法上国家に帰属する作為あるいは不作為を構成し、かつ
- (b) その行為が国家の国際義務の違反を構成すること。; *ibid*, p. 8.

<sup>393</sup> *Id.*

このことを、国家の機関ではあるが、その命令に背いてあるいは権限外において行動する人物の行為の国家への帰属を確認する際、“国家を事実上代表して”行動する国家機関ではない人の行為の国家への帰属、および国家を代表して行動していない”人物あるいは団体と関係する行為”が国家責任を生じうることを確認する際に認識している」。

この文脈では、過失(fault)という「注意」概念に対する Riphagen の認識が表れている。すなわち、「相当の注意義務の事例(in the case of an obligation of due diligence)」に、「不作為による事例」が生じるものと認識されている。

「相当の注意」概念が国家責任法上どのように認識されるのかについては現代においても一つの論点とされるところであるが、少なくとも Riphagen においては、「過失」は、相当の注意義務違反の事例において国家に不作為があった場合にみられる、と捉えられていたことがわかる。

#### (1) 第7回報告書の小括

第7回報告書での Riphagen は、国際義務違反の構成要素との関係で「過失(fault)」という「注意」概念を論じており、かつその文脈の中で「相当の注意(due diligence)」概念を使用している。

彼の言及を解釈すると、ここで彼のいう「過失」とは3種類存在する。国際義務違反の要件との関係で「過失」が問われる場面が、国家が相当の注意義務を負っていたことを前提として、自らの行為が不作為(omission)を構成するときであるということ。次に、いずれか当事者の過失が違法性阻却事由に関係するということ。そして、帰属可能性についての要素といえる、という文脈の3つである。

ここでたとえば Garcia-Amador が述べたような反乱時の私人の行為に関する国家責任、および Ago が述べたような防止の義務と「相当の注意」概念との関係を比較すると、言及はより一般的になっていることがわかる。彼の言及は、当該国際義務違反が私人の行為を契機に生じたものか、事態の発生に関して生じたものか、国家機関の注意義務違反によって生じたものかを区別しておらず、純粹に理論的な観点から、国家責任条文全体を見渡して過失の役割が整理されている。

#### 第4節 Gaetano Arangio-Ruiz (1988-1996)

Gaetano Arangio-Ruiz は、1988年から1996年まで特別報告者として国家責任条文の起草を行った。とりわけ彼の任務は、賠償や違法行為の中止など、国家責任の帰結および解除条件についての条文について検討を深めることであった。

## 第1款 第1回報告書<sup>394</sup>

Arangio-Ruiz の第1 報告書では、過失(fault)のかたちで「注意」概念が検討されている。

第2章「国際違法行為の注意および物質的原状回復」のC「物質的原状回復」では、第9節(物質的原状回復に関する ad hoc な条文案の必要性)において、以下の言及が行われている。

Arangio-Ruiz は第9節の結論として、まず「原状回復(restitution in integrum)は、物質的な不可能性、国際法的不可能性、過剰負担の場合を除き、いかなる限定も付されていないように思える<sup>395</sup>」と述べている。

そして、

What matters in either case seems to be the right or faculté of choice on the part of the injured State. Of course, the author State may well offer reparation by equivalent as a substitute for restitutio in integrum even in a case where the latter is neither impossible nor excessively onerous, and the substitution should be fully admissible, provided it is accepted by the injured State. It is submitted, however, that the reverse would not be true, in the sense that if the injured State finds restitutio not satisfactory— in that it has no interest in the re-establishment of a situation which, owing to the fault of the author State and through no fault of its own, has been altered by the wrongful conduct of the author State—it is entitled to obtain reparation by equivalent and/or other remedy or remedies<sup>396</sup>.

「いずれの事例においても、問題となるのは被害国の側の選択の権利あるいは権限(faculté)となるように思える。もちろん、原状回復が過度に負担のかかるものであるとき、あるいは不可能である場合、加害国は原状回復に代替するものとして同等なものによる賠償の形式を申し出ることができる。そして被害国がそれを了承したならば、完全に受け入れられる。しかしながら、この逆は妥当しない。仮に被害国が原状回復を充分ではないと考えたとき——加害国の過失により、かつ被害国自身の過失を通じて、その中で、加害国の違法行為によって変化させられた状況の再構築に全く利益を有しない場合も——、被害国には、同等なその他の救済によって賠償を得る資格が付与されている」のように示されている。

ここで原状回復の文脈において「過失(fault)」が言及されている。

---

<sup>394</sup> Preliminary report on State responsibility by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur, A/CN.4/416 and Add.I, (18 and 27 May 1988).

<sup>395</sup> *Ibid*, p. 39.

<sup>396</sup> *Id.*

(1) 第1回報告書の小括

第1回報告書では、「注意」概念として「過失(fault)」が言及されている。

Arangio-Ruizによるここでの「過失」への言及は、賠償の形式および程度の文脈で、責任を問われる加害国の過失、あるいは被害国の過失によって、原状回復として妥当だと思われる状況が変化させられることとして用いられている。

たとえばこの点について Garcia-Amador は、第5回報告書および第6回報告書において、損害を被った外国人への賠償が国家責任を解除するという文脈、および損害を被った外国人側の不注意が責任を軽減するという文脈、および責任を問われる国家の過失が責任を加重させるという文脈で触れていた。また Riphagen の第4回報告書が賠償義務に関連して「過失(fault)」という「注意」概念を用いているものの、Riphagen は被害国の決定に関する文脈で、国際法の一次規則として「国家の過失が賠償義務を生じさせる」旨に言及していたのみである。

## 第2款 第2回報告書<sup>397</sup>

Arangio-Ruiz の第2回報告書では、第1章「精神的損害と精神的満足」について、および第2章「等価物による原状回復」について扱われている。

このうち第2章「等価物による原状回復」のB「"直接"および"間接的"損害、因果関係および原因の複層性」のうち、第4節(付随原因としての被害国の行為)のなかに、「"相当の注意(due diligence)"の欠如」として「相当の注意」概念が言及されている。

そこではまず以下のように、一般的に付随原因に対する説明が加えられている。

A concomitant cause the presence of which may affect the amount of compensation is the lack of "due diligence" or the presence of any degree of negligence on the part of the injured State. It is widely agreed that where the injured State contributed to causing the damage, or to the aggravation thereof, compensation would be reduced in amount accordingly. The relevance of the injured State's negligence has been recognized and acted upon in a number of cases<sup>398</sup>(下線部筆者加筆).

「付随原因は、賠償額に影響を与えることのできる存在であって、被害国の側の"相当の注意"の欠如あるいは一定の不注意の存在である。被害国が損害の発生に寄与した場合に、あるいは侵害行為そのものに寄与した場合に、賠償額がこれによって減額されうるというの

---

<sup>397</sup> Second report on State responsibility, by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur, A/CN.4/425 and Add.1, (9 and 22 June 1989).

<sup>398</sup> *Ibid*, p. 15.

は広く受け入れられている。被害国の不注意の妥当性は、多くの事例において認められてきたものであり、かつ影響を及ぼしてきた」。

ここでは被害国の側の「相当の注意」の欠如」という「相当の注意」概念、および「不注意(negligence)」という「注意」概念が用いられている。

Arangio-Ruiz はこのような見解について仲裁判決を引用しながら考察を加えていく。このような事例のなかにも、Arangio-Ruiz のいう付随原因として「注意」概念が用いられている判決がみられる。

たとえば、1897年のJohn Cowper事件仲裁判決(イギリス対オランダ)では、奴隷誘拐の事案によって損失利益が請求された事件であるが、以下のような判示がなされている。

Considerations of the same kind (responsibility of the injured party) probably influenced the arbitrator in the Cowper case when he rejected the demand for compensation for lost profits (loss of harvests for ten consecutive years from 1815 to 1824), claimed as a consequence of the initial damage, the abduction of slaves. True, after the slaves were taken away the owner could not cultivate his land, but it is no less true that, if the owner had displayed the usual diligence of a head of family, he could have replaced the slaves by other workers<sup>399</sup>(下線部筆者加筆).

「仲裁人が、奴隷誘拐という初めの損害の結果として請求された、損失利益(連続して、1815年から1824年までの収穫の損失)の賠償請求を却下したとき、同種の考慮(被害国の責任)が、おそらくCowper事件において仲裁人に影響を与えた。実際に、奴隷が持ち主から奪い去られたあと、持ち主は自らの畑を耕すことができなかつたのは確かなのであるが、ただし持ち主が家長の通常注意(the usual diligence of a head of family)を示していたならば、彼は他の労働者によって奴隷に替えることができただろう」とある。

ここでは、「家長の通常注意(the usual diligence of a head of family)」を示さなかつたことが、奴隷が担っていた労働ぶんの損失利益の決定に作用すると述べられている。

イギリス-ベネズエラ混合請求委員会における、Kellym and Stevenson事件判決に関する解説の中にも、Arangio-Ruizによる「注意」概念に関する言及がある。

そこでは、当該判決について、損害が発生し続けていたにもかかわらず、問題解決のための請求がなされなかつた期間が損害の算定期間から除外されたことについて、以下のように評価されている。

It thus appears that the arbitrator did not intend to suggest the existence of a norm of international law according to which interest should accrue from the time of the claim. He

---

<sup>399</sup> *Ibid*, p. 16.



rather intended to take account of the fact that the injured party had not acted with diligence in putting forward its claim. It would have been unfair, according to the arbitrator, to charge the Chilean Government with an additional onus for the 20-year delay in the filing of the international claim by the injured party<sup>400</sup>(下線部筆者加筆).

「すなわち、仲裁人は、利子が請求の日付から発生したことに基づいて国際法の規範の存在を示そうとはしていなかったようである。彼はむしろ、被害国が請求を提起するために注意深く行動していなかったという事実を考慮にいたしたのである。仲裁人によれば、チリ政府が被害国による国際請求の提起について20年の遅延のために追加の責務を負うのは不公平だということになる」とある。

ここでは、被害国が損害の発生から請求を提起するまでに20年間かかったという点について、被害国が「注意深く行動していなかった(had not acted with diligence)」と評価されている。

このあとに同じ主張をまとめ直した部分でも、Arangio-Ruiz は「注意を怠る(neglecting that diligence)」、「不注意(negligence)」という用語で「注意」概念に言及している。

すなわち、「しかしながら、以上考察されたほとんどすべての事例において、“請求の日付”の選択は、それぞれの事例にとって特殊な追加的考慮のなかで示されているという点を指摘しておくことが重要である<sup>401</sup>」と述べたあと、

(…) (b) The fact that the injured party introduced its claim a long time after the date of injury, thus neglecting that diligence which an injured party should apply in reducing as far as possible the injurious consequences of the unlawful act. In such a case the injured party's negligence clearly and rightly works (as in the "Macedonian" case) in the sense of proportionally reducing the burden of the offending State's burden;(…) <sup>402</sup>(下線部筆者加筆)

「被害国が、被害の期日から長期間が経過したのちに請求を提起したので、被害国はできるだけ違法行為の損害を減少させるために申請すべきであるという注意を怠った。このような事例において、被害国の不注意が明白にかつ明確に、被告となる国家の責務を相応に減少させるという意味で機能した(Macedonian 事件)(…)」と言及されている。

ここでは、請求に関して、「注意を怠る(neglecting that diligence)」「不注意(negligence)」という「注意」概念が使用されている。

これらの文脈で言及されている「注意」概念は、義務違反の注意とは別の、請求に関する

---

<sup>400</sup> *Ibid*, p. 26.

<sup>401</sup> *Ibid*, p. 27.

<sup>402</sup> *Id.*

注意とみなされている。この点に関して、通常の注意義務違反よりもより重大な責任を生じさせる注意義務違反、として責任加重事由を理解していた Garcia-Amador の立場とは異なる点が指摘される。

次に Arangio-Ruiz は、第 3 章「精神的満足(および、懲罰的損害賠償)」の D「国際違法行為の帰結としての精神的満足、および他の賠償形式との関係」において、「過失(fault)」として「注意」概念に言及している。

Arangio-Ruiz は精神的満足の形式について肯定的に評価したのち、以下のように述べている。

The question of the impact of fault is to be addressed in chapter V. It will be shown there that it is especially in cases where claims to satisfaction were successfully put forward that fault was of relevance (…). And it is also probable that it will be precisely in such cases, namely in the case of delicts of particular gravity (not to mention crimes for the time being), that a refusal of the offender to provide adequate satisfaction may justify resort to more severe measures on the part of the injured State<sup>403</sup>(下線部筆者加筆).

「過失の影響の問題は、第 5 章において取り扱われる。そこではとりわけ、精神的満足の請求が、過失が妥当することをうまく示している事例があることが確認される(…)。おそらく、このような事例において、すなわち特定の重大な不法行為の事例において、加害者の精神的満足の提供の拒絶は、被害国の側がさらに深刻な措置に訴えることを正当化させうる」とある。

ここでは、「過失(fault)」の影響が賠償の形式と関係することが示されている。ここで言及される第 5 章「賠償の形式および段階および過失の影響：試論」でも、過失と賠償に関する言及が多くなされている。

第 5 章「賠償の形式および段階および過失の影響：試論」の A「序論」では、ILC の国家責任条文草案の起草過程において、賠償と広義の過失(fault)(故意、不注意)の関係については、取扱いがずっと保留されてきた、と評価されている<sup>404</sup>。

Arangio-Ruiz は、ILC における賠償と過失の取扱いを概観したのち、合法と違法を考える際に考察される過失の存在と、その行為の法的帰結に過失があるか否かという問題は区別されると述べたのち、以下のように言及している。

Whatever position the Commission took in part 1 of the draft articles, the Special Rapporteur believes that it could not take any further significant steps into part 2 without

---

<sup>403</sup> *Ibid*, p. 40.

<sup>404</sup> *Ibid*, p. 47.

exploring the impact of fault on the forms and degree of reparation, particularly if one considers that part 2 is to cover not just the consequences of delicts (not all of which, anyway, could reasonably be placed on the same level of wrongfulness and degree of responsibility) but also the consequences of crimes<sup>405</sup>.

「ILC の立場が条文草案の第 1 部においてどのようにとられたかにかかわらず、特別報告者は、賠償の形式および程度に関する過失の影響を分析せずに、第 2 部に踏み込むためのさらに重要なステップを踏みこむことは不可能であると信じている。とりわけ、第 2 部がただ不法行為(いずれにせよ、同レベルの不法行為と責任の程度を合理的に置き換えるそれらすべてではない)の帰結を含むのではなく、犯罪の帰結を含むと考えるならば」とある。

このように Arangio-Ruiz は、過失と賠償の問題に正面から取り組むことを明言している。

Arangio-Ruiz はこのあと、国際義務違反と過失の関係について改めて考察を加え、以下のように結論している。

So, the infringement by a State of one of its international obligations can be committed with or without fault; and if there is fault it can be committed either with wilful intent or with any degree of negligence (culpa lata, levis, levissima). The question whether willful intent or any degree of culpa is present in a given instance is a question of fact, just as the very existence of an act of a State is a question of fact<sup>406</sup>(下線部筆者加筆).

「よって、国家による国際義務の違反は、過失を伴っても伴わなくても生じうる。；このことは、かつ過失が存在したならば、それが故意にあるいはある程度の不注意によって行われたといえる。故意あるいはある程度の過失が、所与の事例において存在するか否かという問題は、まさに国家の行為の存在が事実の問題であるように、事実の問題なのである」。

以上の文では、「過失(fault)」という「注意」概念が説明に用いられている。

Riphagen によって、義務違反に係る故意や過失の要素が、結局は一次規則の問題であるという言い回しはなされていたが、ここではさらに Arangio-Ruiz によって、「国家による過失があったか否か」は「事実の問題」としてまとめられている。

第 5 章の C 「原状回復の形式および範囲に関する過失の影響」、第 2 節「過失と精神的満足(および再発防止の保証)」でも、「過失(fault)」として「注意」概念が言及される。

Arangio-Ruiz が自らの態度決定をする文脈においてであるが、

Of course, the question may well arise in a number of the said cases whether and to what

---

<sup>405</sup> *Ibid*, p. 48.

<sup>406</sup> *Ibid*, p. 53.

extent the fault on the part of an "acting" or "omitting" low-ranking State agent was in fact a fault of the offending State, or whether the latter's responsibility was predicated on a merely objective basis ("State risk"). A deeper and more extended analysis of jurisprudence would, however, be necessary in order to answer such a question. Subject, however, to the results of further study (and in the light of comments from the members of the Commission), the Special Rapporteur would be inclined to believe that a State cannot be considered to be exempt from fault when it does not provide the members of its organization— particularly the members of the police and the armed forces—with adequate instructions concerning the positive and negative duties incumbent upon them with regard to the treatment of foreign nationals and agents<sup>407</sup>(下線部筆者加筆).

「もちろん、“作為”あるいは“不作為”をした低いランクの国家要員の過失は、実際、加害国の過失なのか否か、そうだとすればどのような範囲か、あるいは加害国の責任は単なる客観的な基礎(リスク)にもとづくのか否か、など、多くの事例においてこの問題が生ずるのももつともである。とはいえ、より詳細かつ広範な学術分析がこの問題に答えるために必要である。しかしながら、さらなる研究の結果のために(そして ILC のメンバーからのコメントに関して)、特別報告者は、国家が組織の構成員に対して——とりわけ、警察および軍隊の構成員に対して——外国人及び外国の要人の扱いに関して、国家に帰属する積極的・消極的義務を考慮した適切な命令を提示しなかったとき、国家が過失から免除されるものではないと考えることにしたい」と述べている。

すなわち、帰属と過失の問題について、次回以降の報告書に残された課題について意見が述べられている。

#### (1) 第2回報告書の小括

Arangio-Ruiz の第2回報告書では、「過失(fault)」として「注意」概念が登場する。

他の特別報告者との比較においては、Arangio-Ruiz の第1回報告書になされた指摘がそのまま妥当するものと思われる。

Arangio-Ruiz は賠償の形式との関係だけではなく、国際義務違反の要件としての過失の役割についても分析を行っているが、たとえば Roberto Ago によって行われた分析と比較して、特段新たな言及はみられない。

### 第3款 第3回報告書<sup>408</sup>

---

<sup>407</sup> *Ibid*, p. 55.

<sup>408</sup> Third report on State responsibility, by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur,

第3回報告書では、対抗措置の要件および性質について分析が行われている。このうち、第5章「紛争解決義務の影響」において、Arangio-Ruiz は一般的な平和的紛争解決条項の存在が対抗措置に与える影響に関して、1934年の万国国際法学会における決議を検討している。

当該決議の第5条は、以下のように規定している。

Les represailles meme non armées sont interdites quand le respect du droit *peut être effectivement assuré* par des procédures de règlement pacifique. En conséquence, elles doivent être considérées comme interdites notamment:

非軍事的な報復も同様に、平和的な解決手続きによって法の尊重が効果的に確保されることが可能である場合には禁止される。したがって報復にあたっては、以下の特に禁止事項を考慮しなければならない。

(1) Lorsqu'en vertu du droit en vigueur entre les parties, l'acte dénoncé comme illicite est de la compétence obligatoire de juges ou d'arbitres ayant compétence aussi pour ordonner, avec la diligence voulue, des mesures provisoires ou conservatoires et que l'État défendeur ne cherche pas à éluder cette juridiction ou à en retarder le fonctionnement,

当事者間で有効な法にしたがって違法であるとされた行為は、相当の注意をもって、被告国がその司法的管轄からの逸脱や機能不全を起こさないよう、暫定措置や保全措置の命令権を持つ権限を有するところの裁判所あるいは仲裁裁判所の強制的な管轄権に服する。

(2) Lorsqu' une *procédure de règlement pacifique est en cours*, dans les conditions envisagées au (1), à moins que les représailles n'aient légitimement été prises auparavant, réserve faite de leur cessation décidée par l'autorité saisie<sup>409</sup>(下線部筆者加筆、斜体原文ママ).

(1)で分析された要件に基づいた平和的な紛争解決で進行中であるとき、当該復仇が以前に獲得した正統性を得るまで、当該当局によって決定されたその中止は、保留となる

と定めている。このような条文について、Arangio-Ruiz は、

[The Article 5] appears to be less restrictive of the injured State's discretion. Most of the writers who have dealt with the matter consider it an indispensable condition that the legally available procedure should be of such a nature as effectively to ensure respect for the injured State's rights<sup>410</sup>.

---

A/CN.4/440 and Add.1, (1991 19 July).

<sup>409</sup> *Ibid*, p. 19.

<sup>410</sup> *Id*.

「[第 5 条は]被害国の裁量に対する制限を緩和しているように思える。この問題に取り組む論者の多くが、法的に入手可能な手続きが、被害国の権利の尊重を確保するために効果的であるような性質を持たねばならない、という条件を必須なものとする」と考える。

ここでは、他の紛争解決手続きが進行している場面での対抗措置の要件について、「相当の注意(*la diligence voulue*)」が言及されている。

これまでの言及における「相当の注意」概念は、私人の行為に対する国家責任の文脈で使用されてこなかったものの、ここでは平和的紛争解決にかかわる文脈で、純粋に国家対国家の関係を規律する法に登場する。

このような言い回しは、たとえば、中立義務にかかわる一般的な文脈で「注意」概念が言及されてきた 18 世紀の学説などにおいては一般的な表現であったが、国家責任条文案の起草過程としては新たな用法であると考えられる。ただし、この言及の後に Arangio-Ruiz は、「注意」概念によって解説を行っているわけではない。

#### (1) 第 3 回報告書の小括

Arangio-Ruiz の第 3 回報告書には、対抗措置との関係において「相当の注意」概念を含む条文案の検討が行われている。

ただ条文案を起草した万国国際法学会にとっての条文には「相当の注意」概念が含まれていないものの、Arangio-Ruiz の条文に対する言及および評価を参照すると、Arangio-Ruiz がここで「相当の注意」概念に着目したとは解せない。

### 第 4 款 第 5 回報告書<sup>411</sup>

Arangio-Ruiz の第 5 回報告書は、国家責任第 3 部の主題である実施措置、およびいわゆる国家の国際犯罪の帰結について分析がなされている<sup>412</sup>。

第 2 章「いわゆる国家の国際犯罪の帰結(条文案第 1 部第 19 条)」の C「国家の国際刑事責任?あるいは個人の?あるいは両方の?」の最後では、少なくとも条文案第 19 条に示される違法行為に対しては、合法的な措置(*reaction*)が選択可能であるべきのように思える、と結論したあとで、第 19 条に付随する条文を作らねばならないと述べている。

この文脈で、「しかしなお、解決されるべき問題」があるとして Arangio-Ruiz はいくつかの問題を挙げているが、この中に「過失(*fault*)」の問題として「注意」概念が言及されている。

すなわち、

---

<sup>411</sup> Fifth report on State responsibility, by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur, A/CN.4/453 and Add.1-3, (12 and 28 May and 8 and 24 June 1993).

<sup>412</sup> *Ibid*, p. 7.

The second problem is that of State fault. Should or should not the Commission reconsider that matter, which it set aside (unconvincingly) with regard to "ordinary" wrongful acts? Is it possible to deal, as "material legislators", with the kind of breaches contemplated in article 19 of part 1 without taking account of the importance of such a crucial element as wilful intent<sup>413</sup>?

「第2の問題は国家の過失である。ILCは現在、「通常の」違法行為に関して(意図せず)無視しているこの問題について再考するのか、しないべきか? “実質的な立法者”として、この問題を故意のような決定的な要素の重要性を考慮することなくして、第1部第19条に予定される種類の違反を扱うことができるだろうか?」と述べている。

このような考察はもちろん第19条に予定されていた「(いわゆる)国家の国際犯罪」との関係においてなされているものの、ここでは「通常の」すなわちいわゆる国際犯罪ではない国家の義務違反について言及されている。彼の言明を解釈すれば、ここで「過失(fault)」の問題がどう扱われるかで、いわゆる国家の国際犯罪のような種類の義務違反の帰結を議論することが困難になることが予見されている。

#### (1) 第5回報告書の小括

第5報告書では、いわゆる国家の国際犯罪の帰結についての分析の結果、生じた課題として「過失(fault)」としての「注意」概念が使用されている。

第5報告書にはこれ以上の「注意」概念への言及は存在しないものの、国家責任条文の起草過程を通じて問題とされた「過失(fault)」の論点は、国家の国際犯罪の帰結の議論にも影響を及ぼしていたことがうかがえる。

### 第5款 第6回報告書<sup>414</sup>

Arangio-Ruizの第6回報告書では、議論のあった条文に関する際考察が行われる。

このうち第12条案<sup>415</sup>(対抗措置に訴えるための条件)の考察のなかに、監視(vigilance)と

---

<sup>413</sup> *Ibid*, p. 57.

<sup>414</sup> Sixth report on State responsibility by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur, A/CN.4/461 AND Add.1-3, (19 and 26 April, 14 June and 21 July 1994).

<sup>415</sup> 第12条案の全文は、以下のとおり。

第12条 対抗措置に訴えるための条件

1. 被害国は、以下の場合に対抗措置を援用できない。

(a) 被害国と国際違法行為を行った国家との間で、両当事国が加入する条約のもとで強制的に使用される[強制的な/第三国との]紛争解決手続きが進行中である場合。

いうかたちで「注意」概念が登場する。

第 12 条案パラグラフ 2 は、「被害国の対抗措置に訴えるための権利は、紛争解決手続きが違法行為を行った国家によって誠実に遵守されている場合、当該違法行為が中止されていることを条件として、停止する」と規定する。

このパラグラフ 2 の検討のなかでは、

Prohibiting the use of countermeasures while an amicable settlement is being pursued, and suspending any countermeasures already taken, seems to be a correct solution. It is also natural that the suspension should not be mandatory where the allegedly law-breaking State does not pursue the procedure in good faith. This requirement seems to be particularly appropriate when a settlement is being sought by negotiation or conciliation. It is less so, perhaps, where the parties are engaged in an arbitral or judicial procedure, where the procedural good faith of both parties is subject to the adjudicating body's vigilance and measures<sup>416</sup>(下線部筆者加筆).

「平和的解決が遂行されている間の対抗措置の禁止、および既に取りられた対抗措置の中止は、正しい解決法であるように思える。また、法を破った国家が当該手続きに誠実に従っていない場合に、当該中止が義務ではなくなるというのも自明である。この要件は、とりわけ解決手続きが交渉あるいは和解によって望まれている時に妥当するようである。当事国が仲裁あるいは司法給続きに従事している場合、両当事国の手続き的な信義誠実が裁判機関の監視(vigilance)や措置の対象になっている場合はなおさらである」との分析がなされている。

この文脈では、前述のパラグラフ 2 の条文に含まれる対抗措置に訴えるための権利の制限について述べている。ここでは、裁判機関の監視(vigilance)が言及されている。

---

(b) 当該条約が存在しない場合、被害国が国際違法行為を行った国家に対して紛争解決手続きを提示した場合。

2. 被害国の対抗措置に訴えるための権利は、紛争解決手続きが違法行為を行った国家によって誠実に遵守されている場合、当該違法行為が中止されていることを条件として、停止する。

3. 国際違法行為を行った国家による当該紛争解決手続きによって生じた要請あるいは命令の尊重の実施しない場合は、被害国の対抗措置に訴えるための権利の中止が終了する。;

*Ibid*, p. 4.

<sup>416</sup> *Ibid*, p. 10.



(1) 第6回報告書の小括

第6回報告書では、対抗措置の権利が停止する要件の中に、裁判機関の「監視(vigilance)」がみとめられている。これは国家の注意義務として言及されたわけではなく、紛争が裁判機関の管轄下にある場合を指している点に留意する必要がある。

**第6款 第7回報告書<sup>417</sup>**

第7回報告書では、国際犯罪の帰結に関する考察が行われる。

第7回報告書の第1章「条文案第1部の第19条における犯罪として性格づけられる国際違法行為の法的帰結」、B「国家の国際犯罪の特別あるいは付随的な帰結」のなかの、第2節(実質的帰結)では、国際違法行為の重大性の程度と関連して、「過失(fault, culpa levis, culpa levissima, negligence, willful intent)」というかたちで「注意」概念が登場する。

国家の国際犯罪が生じた場合、被害国がとる対抗措置に、均衡性の要件を付することが困難なのではないかという論点について、Arangio-Ruizは、以下のように述べている。

The degree of gravity of an internationally wrongful act should be determined by reference to a number of factors, including the objective importance and subjective scope of the breached rule, the dimension of the infringement, the subjective element, inclusive of the degree of involvement of the wrongdoing State's organizational structure and of the degree of fault (ranging from culpa levis or levissima to negligence, gross negligence and wilful intent) and, ultimately, the effects of the breach upon both the injured State and the "object of the protection" afforded by the infringed rule<sup>418</sup>(下線部筆者加筆).

「国際違法行為の重大性の程度は、多くの要因に依拠することで決定されねばならない。これには客観的な重要性、主観的な違反された規則の範囲、違反の時限、主観的要素、違反国家の組織の関与の程度、過失の程度(きわめて軽微な過失から、不注意、重大な不注意、故意まで)、最終的に、違反された規則によって与えられた"保護の目的"および被害国の双方に対する違反の影響を含む」とある。

ここでは、広義の過失(fault)が国際違法行為の重大性の程度を決定するうえでの要因の一つとして位置付けられている。

---

<sup>417</sup> Seventh report on State responsibility, by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur, A/CN.4/469 and Add.1 and 2, (9, 24 and 29 May 1995).

<sup>418</sup> *Ibid*, p. 13.

(1) 第7回報告書の小括

第7回報告書は、第5回報告書と同様に、国際犯罪の帰結に関する論点を扱っている。そして、「注意」概念としては「過失(fault)」が言及されている。

第5回報告書と比べ、第7回報告書は、国際犯罪の帰結に関する「過失(fault など)」の位置づけが非常に明確になっている。すなわち、国際犯罪の帰結として被害国の対抗措置が選択される場合、その対抗措置の均衡性要件を決定するなかで問題となるという点である。

ここで国際違法行為の重大性を決定する要素は様々に列挙されるが、「過失(fault)」は違反された規則の範囲や被害国への影響などと共に、その中の1つとして位置付けられる。

### 第7款 第8回報告書

Arangio-Ruiz の第8回報告書では、条文草案の第1読を完了する前に、Arangio-Ruiz が ILC へさらなる考慮を行うよう求めたいいくつかの問題についてまとめられている<sup>419</sup>。

ここでは、Arangio-Ruiz の第7回報告書において触れられた、国際犯罪の帰結に関して、対抗措置を行う際の均衡性の問題が再び触れられている。

Arangio-Ruiz はここで、第7回報告書において議論された第19条案から *delicts* および *crimes* の用語を2つとも削除するよう提案しているが、この理由について以下のように説明している。

すなわち、

As explained in the same report, the degree of gravity of an internationally wrongful act—whether “delict” or “crime”—depends on a number of factors or elements to the variety of which the exclusive mention of the effects—and particularly of the effects upon the injured State—does anything but justice. Is it appropriate to limit oneself to the effects—and to the effects upon the injured State(s)—while leaving out such elements as: the importance of the breached rule; the possible presence of fault in any one of its various degrees (ranging from culpa levissima to wilful intent or dolus); and the effects upon the “protected object” such as human beings, groups, peoples or the environment? By singling out only the effects upon the injured State, does one not send to the interpreter (and States in the first place) a misleading message that may affect the proper evaluation of the degree of gravity for the purpose of verifying proportionality<sup>420</sup>?(下線部筆者加筆)

「同じ第7報告書において説明されたとおり、国際違法行為の重大性の程度は——”不法行

---

<sup>419</sup> *Ibid*, p. 2.

<sup>420</sup> *Ibid*, p. 12.

為”か”犯罪”かを問わず——様々な効果、とりわけ、被害国に対する効果への、全体的な言及に対する多くの要素あるいは要因に依拠している——決して公平ではない。以下の要素を残したまま、効果に限定することは——それを被害国への効果に限定することは——適切なのか。；違反された規則の重大性；様々な段階のいずれかにおける過失(最軽過失から故意あるいは犯意まで)の存在の可能性；たとえば人類、グループ、人民、環境などの”保護対象”に対する効果は？被害国に対する効果のみを選抜することによって、解釈者(一義的には国家)に対して、均衡性を裏付けるための重要性の程度の適切な評価にこれが影響を与えることができる、という誤解したメッセージを送ってしまうことにならないか？」とされている。

このように Arangio-Ruiz は、違法行為の重大性の程度を決定する要素が数多くあるにもかかわらず、条文中に「効果」の文言のみを残すことが適切なのかという点に疑問を呈している。

#### (1) 第 8 回報告書

以上の第 8 回報告書でも、第 7 回報告書においてなされた、国際違法行為の重大性の程度を決定する要素のうちの 1 つが「過失(fault)」である、という言及がなされている。以上の言及については、「過失(fault)」のような「注意」概念が、国際違法行為の違反だけでなく、その重大性の要素にもなるという点において、第 7 回報告書および第 8 回報告書の特徴を指摘できる。

#### 第 5 節 James Crawford (1998-2001)

Crawford は、1998 年から 2001 年の草案採択まで特別報告者を務めた。Crawford は計 4 回の報告書を提出している。彼の報告書のなかでは、これまでに ILC の条文草案の起草過程のなかで考察されてきた条文案が再考されていく。

#### 第 1 款 第 1 回報告書<sup>421</sup>

第 1 回報告書では、まず序論のなかで国家責任に関する ILC の任務が概観され、報告書で扱われるべき一般的な問題が示される。

その D 「いくつかの一般的な問題」、第 1 節(国家責任の”一次”あるいは”二次”規則の区別)のなかに、まず「相当の注意」概念に関する論点が言及されている。

---

<sup>421</sup> First report on State responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur, A/CN.4/490 and Add. 1-7, (24 April, 1, 5, 11 and 26 May, 22 and 24 July, 12 August 1998).

Indeed the distinction has a number of advantages. It allows some general rules of responsibility to be restated and developed without having to resolve a myriad of issues about the content or application of particular rules, the breach of which may give rise to responsibility. (….) The position varies, depending on the substantive or primary rule in question. It is only necessary for the draft articles to be drafted in such a way as to allow for the various possibilities, depending on the applicable primary rule. A similar analysis would apply to the question whether some “mental element” or culpa is required to engage the responsibility of a State, or whether State responsibility is “strict” or even “absolute”, or depends upon “due diligence”<sup>422</sup>(下線部筆者加筆).

「現実には、[一次規則と二次規則の]区別は多くの長所を有する。責任の一般規則のいくつかは、区別によって、特定の規則の内容あるいは適用や、責任を生じうる違反に対する無数の問題を解決せずに、再出発および発展させることが可能である。(…)この立場は、問題となる実体規則あるいは一次規則によって変化する。適用可能な一次規則に応じて、様々な可能性を許容するような方法で起草されることこそが、条文草案にとって必要である。同じような分析が、一定の“心理的要素”あるいは過失が、国家責任の発生に要求されるか否かという問題、あるいは国家責任は“厳格”あるいは“絶対”責任か、“相当の注意”に依存するのかという問題にも適用される」と言及されている。

ここでは、「相当の注意」概念によって決定される責任の問題が、厳格責任あるいは絶対責任の問題と並置されるかたちで言及されている。具体的にこの文脈では、過失的な要素が国家責任の発生に要求されるか否かという問題や、責任の性格に関する問題は一次規則に応じて変化するのであると説明できること、よって一次規則と二次規則の区別に肯定的な評価ができると表わされている。

次に Crawford は、第 1 章「“刑事”および“不法行為”責任の区別」のなかの、E「国家の国際犯罪に対する可能なアプローチ」のなかで、まずこの区別に対して考えられうるアプローチを 5 通り挙げる。この 5 通りのアプローチを考察するために、さらに Crawford は 2 つの予備的問題を考察している。すなわち、国連憲章第 7 章との整合性、および当該区別に関する国内法実行との関係および妥当性を考察したのち、以下のように検討をすすめていく。

第 2 節(代替案の考察)では、まず(a) 現状(status quo)が以下のように検討される。

Except for article 19 itself, the rules for the “origin of international responsibility” as set out in part one make no distinction between international crimes and international delicts. (….) Whatever the case with delicts, one should in no way assist or aid another in the commission of a crime. (….)The definition of the circumstances precluding wrongfulness (….) is formally

---

<sup>422</sup> *Ibid*, p. 7.

the same for international crimes and international delicts. Yet it is not obvious that the conditions applicable, for example, to *force majeure* or necessity should be the same for both, and the notion of “consent” to a crime would seem to be excluded. Above all, the notion of “objective” responsibility, which is a keynote of the draft articles, is more questionable in relation to international crimes than it is in relation to international delicts, and the case for some express and general requirement of fault (*dolus, culpa*) is stronger in relation to international crimes<sup>423</sup>.

「第 19 条を除いて、第 1 部で定められる”国際責任の淵源”の規則は国際犯罪と国際不法行為との間に区別を設けていない。したがって、帰属のための規則は 2 つのカテゴリにとって同じである。(…)その事例が不法行為であるならば何でも、国家は支援してならないし、犯罪の遂行において援助を行ってもならない。(…)違法性阻却事由の定義は、形式的に国際犯罪と国際不法行為に対して同じである。適用のための要件、たとえば不可抗力や緊急避難が双方に対して同じであるか否かは未だ明らかではないが、犯罪に対する”同意”の要件は排除されるように思われる。そして何よりも、条文草案の要点である”客観的”責任の概念は、国際不法行為との関係よりも国際犯罪との関係でさらに疑問を呈している。一定の過失の表現および一般的な要件(*dolus, culpa*)は、国際犯罪との関係でより強固になる」。

すなわちここでは、国際犯罪と国際不法行為との間の区別について、ILC の条文案との関係が示されている。「注意」概念は「過失(*fault, dolus, culpa*)」の表現で登場し、国際犯罪との関係で、より強い関連性を有しうると言及されている。

Crawford はこの結果として、以下のように評価を行っている。

It may be said that these matters are to be resolved by the primary rules (e.g. by the definition of aggression or genocide), and some relevant primary rules do indeed contain such elements. But the category of “international crime”, if it exists, cannot be closed, and it would be expected that such a category would include at least some common rules relating to the requirement of fault in the commission of a crime. No such rules are to be found in the draft articles<sup>424</sup>.

「これらの問題は、一次規則(たとえばジェノサイドあるいは侵略の定義)によって解決されるべきであるということができる。そして、関連する一次規則は、このような要素を現実には含んでいる。”国際犯罪”のカテゴリは、仮に存在するとすれば、閉じられうるものではなく、このようなカテゴリが少なくとも犯罪の遂行において過失の要件に関連した、共通の規

---

<sup>423</sup> *Ibid*, p. 20.

<sup>424</sup> *Id.*

則をもっているだろうことが予想されうる。しかし、このような規則はいずれも条文草案の中に見出すことはできない」とある。

ここでの「注意」概念は「過失(fault)」である。Crawford は、国際犯罪のカテゴリが仮に存在するとすれば条文草案の中に共通した規則を有しているはずであるが、このような規則は見いだされないとして、国際犯罪というカテゴリの存在を否定している。そして過失の問題は、一次規則によって解決されるべきであるとしている。

「過失(fault)」をとりまく種々の問題については、第 1 回報告書の他の部分でも触れられている。

第 2 章「第 1 部の条文草案の評価(第 19 条を除く)」では、文字通り条文草案に対する Crawford の考察およびレビューがなされている。

このうち第 1 条(国際違法行為に対する国家の責任)、(a)一般的考察のなかには、以下のような文面で「過失(fault)」について述べている。「第 1 読について、(…) 語られなかったいくつかの点が存在するのであり、これらの沈黙の中に重要な点が含まれている。まず、たとえば加害国の“過失(fault)”や、被害国の“損害”などについて、国際法上の責任に対する一般的要件を何も説明していないこと<sup>425</sup>」であると述べている。

ここでは国際違法行為、および責任が発生するための要件の例として、損害と共に「過失(fault)」へ言及されている。

損害と過失の要件について、Crawford はさらに具体的に(b)過失あるいは損害の一般的要件?のなかで検討を行っている。

この問題に対する政府からのコメントを概観したあと、Crawford は以下のように意見をまとめている。すなわち、「いずれの政府も、過失の一般的要件の詳細な検討に好意的な主張をしてはいなかった。それにもかかわらず、過失の問題は文献において盛んに議論されてきたところであり、“損害”が責任の要件であるか否かの問題も同じ様な問題である。双方の問題は議論される必要があり、同様の答えが双方に下されねばならないと主張されるからだとしてもなおさらである<sup>426</sup>」とあり、少なくとも政府からは過失の要件化が望まれていなかったと評価されている。

この問題に対して、一般的要件としての過失が具体的に検討される。

Crawford は、

(…) [t]he answer is that the field of State obligations is extraordinarily wide and that very different elements and standards of care apply to different obligations within that field. Thus, there is no a priori requirement of particular knowledge or intent on the part of State organs which applies to all obligations, and could be stated as a prerequisite in article 1 or article 3.

---

<sup>425</sup> *Ibid*, p. 27.

<sup>426</sup> *Ibid*, p. 28.

「この回答は、国家の義務の領域は、非常に広範かつ、この領域の中において異なる義務に異なる注意の要素および基準に適用される、というものである。したがって、第1条あるいは第3条の要件として述べられる、およびすべての義務に適用される国家機関の特定の了解あるいは意図の要素は、アプリアリに存在しない」と評価している。

ここでの「注意」概念は「注意(care)」と表現されており、異なる義務には異なる注意の要素および基準があると解釈されている。

Crawford はここで北欧諸国代表のデンマークのコメントを参照しており、そこには

If the element of fault is relevant in establishing responsibility, it already follows from the particular rule of international law governing that situation, and not from being a constituent element of international responsibility.<sup>161</sup>

「過失の要素が仮に責任を確立するために妥当するのであれば、それは当該状況を規律する国際法の特定の規則から既に得られているものであって、国家責任の成立要件から得られるものではない」。

#### (1) 第1回報告書の小括

Crawford の第1回報告書では、主に国家責任の一般的要件と「過失(fault)」の問題として「注意」概念が言及されている。

Crawford の論及を鑑みるかぎりでは、Crawford にとって国家責任の一般的要件としての「相当の注意」は「過失(fault)」の問題と同一のものであり、両概念に意図的な使い分けを見出すことはできない。「過失(fault)」を語る際に、「注意(care)の要素や基準」に対する言及はあるものの、これを「相当の注意」概念を使用して表現することはしていない。

そして、Crawford にとって国家責任の一般的要件としての「過失(fault)」の問題は、一次規則によって解決されるべき問題である、とされており、この態度は第4回報告書まで一貫して維持されている。

ただし Crawford は、一次規則によって責任の要件の問題が処理されるという立場ではあっても、「相当の注意」の違反によって責任発生が生じる責任類型があることは承知していることが読み取れる。

## 第2款 第2回報告書<sup>427</sup>

---

<sup>427</sup> Second report on State responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur, A/CN.4/498 and Add.1-4, (17 March, 1 and 30 April, 19 July 1999).

第2回報告書は、第1回報告書に引き続き条文案の再考が行われる。

第23条案(事態の防止の国際義務の違反)に関する考察部では、脚注において「相当の注意」概念と防止の義務との関係に触れられている。

「コメントリは以下のように意見するに至っている。すなわち、防止の義務の事例では、単なる防止の失敗が、責任発生のために必要な要件である一方、十分な要件ではない、と。すなわち、“国家は事態の発生を阻止するように行動すること、すなわち自らの権限の範囲内で事態が生じることを妨げるために行動することが明らかに要請されているのである”。したがって、防止の義務は本質的に、事態が発生しないよう確保するために必要なあるいは合理的なすべての措置をとるための義務なのである。これらは、事態が発生しないことの保証ではない<sup>428</sup>」という文には、以下の脚注が付されている。

(167) On the other hand, neither are they “obligations of due diligence” in the ordinary sense. Such an obligation would be breached by a failure to exercise due diligence, even if the apprehended result did not occur<sup>429</sup>

「一方で、これらは通常の使用法でいずれも“相当の注意義務”ではない。このような義務は、たとえ結果が生じなかったとしても、相当の注意を行使することを怠ったことによって違反となりうる」とある。

このように、Crawford は第23条案の防止の義務の発生要件を考察し、これは「“相当の注意義務”」ではないと断言している。

このほか、Crawford はC「第5章、違法性阻却事由」の中で、Garcia-Amador 案に言及しており、その中には「過失(fault)」が含まれている。当該 Garcia-Amador 案は「外国人の過失(Fault on the part of alien)」を責任の阻却、軽減、加重事由の1つに挙げており、その効果を損害賠償額の限定の根拠であるとしている<sup>430</sup>ことが説明されている。ただし、この点に関して Crawford による評価はなされていない。

#### (1) 第2回報告書の小括

Crawford による第2回報告書では、脚注部ではあるが防止の義務は通常の「“相当の注意義務”」ではない旨が解説される。

その理由としては、防止の義務違反による責任の発生の要件が、事態の発生と国家が防止措置をとらなかったことの双方を満たさねばならないのに対し、(「“相当の注意義務”」違反は文字通り相当の注意を講じなかった場合に生じるのであって)仮に事態が発生していな

---

<sup>428</sup> *Ibid*, p. 27.

<sup>429</sup> *Ibid*, p. 27, para, (83), footnote 167.

<sup>430</sup> *Ibid*, p. 83.



くても生じる、からである。

Crawford が「”相当の注意義務”違反」と「防止の義務」を同一視していないのと同様に、防止の義務の類型を提唱した Ago も実際は、前述のとおり防止の義務との関係では「相当の注意」概念を使用しておらず、「注意の欠如(lack of vigilance)」等の「注意」概念を使用していた。

ここで Crawford の引用する「”相当の注意義務”」違反とは、ある責任発生の要件あるいはそのような類型の一形態である。この点は、Garcia-Amador が引用したハーバード・ロースクール草案(1929 年)のコメント「相当の注意(Due diligence)は基準であって、定義ではない」と対照的な立場であるといえる。

### 第 3 款 第 4 回報告書<sup>431</sup>

Crawford の第 4 回報告書は、ILC 第 52 回会合(2000 年)において第二読草案が採択されたことを受け、当該草案のうち、未決問題について暫定テキストのままであった部分についてさらなる考察が行われる。

第 4 回報告書には、附属書として、草案について政府から受けたコメントを反映した条文草案の修正についてまとめた表が付されている。

その中で、第 35 条案についてオランダが行った改訂案およびコメントのなかに、「不注意(negligence)」および「過失(fault)」に関する言及が存在する。

オランダの提案は以下のとおりである。

Add the following sentence: “The determination of reparation shall take into account the nature (and gravity) of the internationally wrongful act”; this would highlight the relevance of the intentional or negligent character of the breach (Netherlands)<sup>432</sup>.

「以下の文言を追加:”賠償の決定は、国際違法行為の性質(および重大性)を考慮に入れねばならない”。;このことは、違反の意図あるいは不注意の性格の妥当性を強調する」というものである。一方で、オランダのコメントは、以下のとおりである。

Chapter I is concerned with the forms of reparation in general. The extent to which questions of intention or fault are relevant in determining the modality or amount of reparation in any given case is a matter for chapter II, as well as for the primary rules. This

---

<sup>431</sup> Fourth report on State responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur, A/CN.4/517 and Add.1, (2 and 3 April 2001).

<sup>432</sup> *Ibid*, p. 19.

point should be added, by way of explanation, in the commentary<sup>433</sup>.

「第 1 章は、一般的な賠償の形式に関するものである。所与の事例において意図あるいは過失の問題が、損害賠償額あるいは方式を決定する上で妥当する範囲とは、一次規則の問題であると同時に、第 2 章における問題である。この点は、コメントリにおける説明によって追加されるべきである」とある。

よって、オランダの提案およびコメントには、賠償の決定のために国際違法行為の重大性を考慮に入れるべきであるとして、「過失(fault)」および「不注意の(negligent)」要素といった「注意」概念が利用されている。

#### (1) 第 4 回報告書の小括

Crawford の第 4 回報告書について、報告書の部分には「注意」概念および「相当の注意」概念は登場しない。

附属書のオランダのコメントは、ILC の国家責任条文のなかでの「過失(fault)」や「不注意(negligence)」の役割を的確にまとめている。すなわち、本条文案では、一次規則の問題である(すなわち国際義務違反の要件の問題である)と同時に、第 2 章における(すなわち賠償の決定にかかわる)ものである。

#### 第 6 節 小括

以上、ILC の国家責任条文の起草過程を概観し、それぞれの特別報告者が「注意」概念および「相当の注意」概念をどのように捉えていたかについて述べた。本節では、まず特別報告者ごとの態度をまとめ、次に特別報告者ごとの態度が、「相当の注意」概念の形成にどのような影響を与えたのかについて分析する。

Garcia-Amador は、1956 年から 1961 年まで「外国人の身体および財産に加えられた損害に対する国家責任」の起草作業における特別報告者である。彼は非常に様々な文脈で「相当の注意」概念に言及していることが特徴であり、彼の言及からは、現代における「相当の注意」概念の理解につながる表現がいくつもなされている。

彼の主張や分析上の特徴を挙げると、以下ようになる。

第 1 に、彼は「(反乱、内戦時における)私人の行為に関する国家の行動」の例として「相当の注意の不行使(failure to exert due diligence)」を挙げており、共犯や黙認もこのカテゴリに入るとしていること。

第 2 に、第 1 回報告書および第 6 回報告書では防止措置をとらねばならない文脈に限って「相当の注意(due diligence)」を使用しており、その他、逮捕、訴追、処罰義務に関する

---

<sup>433</sup> *Id.*

文脈では、「注意」概念すら使用されていないこと。ただし、第2回報告書では、防止と訴追義務違反は区別されずに「不注意(negligence)」概念でひとまとめにされている箇所がある。

第3に、Garcia-Amadorの報告書に附属書として付された各機関による法典化作業の成果は、「注意」概念を用いるもの、用いないものを含め様々な案<sup>434</sup>が出されていたものの、「相当の注意」概念を使用していたのはハーバード・ロースクール草案(1929年)のみであること。

第4に、Garcia-Amadorの第2回報告書から、反乱や内戦時を推定して「"相当の注意"の規則(The rule of "due diligence")」という表現が登場しており、彼はこの規則のことを「国内および国際法双方の観点から、国家の機能に示唆される一般的義務(general duty)、すなわち自国領域内において、人物および財産の安全を保障するところの条件を整えることを確保する義務」の表現だと論じている<sup>435</sup>こと。

第5に、彼は「"相当の注意"の規則」は事情によらずに基準を決定できるような規則ではない、と述べていること。

第6に、第2回報告書には、ハーバード・ロースクール草案(1929年)が大きく引用されており、「"相当の注意"は、国家が(…)防止措置をとるための管轄権を有しており、かつ国家が行為のための機会を有することを推定する」、「相当の注意は基準であって、定義ではない」などの部分が参照されている<sup>436</sup>が、Garcia-Amadorはこれらの文脈を「過失理論の一段と優れた表現」と描写するにとどまっていること。

第7に、「相当の注意」概念に含まれる注意の基準について、Garcia-Amadorは内外人平等原則、「正義の国際基準」などに触れて解説しており、「相当の注意」概念が国内基準、国際基準と関連する場合があることを紹介していること。

---

<sup>434</sup> ハーバード・ロースクール草案(1929年)第10条のように、防止措置に「相当の注意」概念を使用し、訴追や処罰については「相当の注意」あるいは「注意」概念を使用しておらず、かつ注意の基準に関する表現(私人の公私の性格や状況によって注意基準が変化する、など)には「注意」概念を使用しているもの; *supra* note (Amador, first report), p. 229.、1926年の国際連盟国際法専門家委員会による質問票 No.4のように、防止・捜査・逮捕・訴追措置には「相当の注意」および「注意」概念を使用せずに「すべての合理的な措置をとる」とのみ記載し、注意基準にのみ「注意」概念を使用するもの; *ibid*, p. 221.,、1930年ハーグ法典化会議の準備委員会による1929年の議論の基礎 No. 22(a)のように、防止措置および処罰措置の双方に「注意」概念を使用するもの; *ibid*, p. 224.など。

<sup>435</sup> *Supra* note 277, (Garcia-Amador, 2nd report), p. 106.; トレイル溶鉱所事件が関連して引用されている。ただし Garcia-Amador は、不当な請求の拡大を招くとしてこのような一般的義務を草案に含めることには反対している。

<sup>436</sup> *Ibid*, p. 122.

第 8 に、「相当の注意」概念を持ち出す文脈として、Garcia-Amador は責任発生要件、および責任阻却・酌量および加重事由の論点で触れていること。

第 9 に、第 3 回報告書の責任阻却・酌量および加重事由の論点では、「相当の注意」の不行使は黙認、共犯よりも軽度の国際責任を負うものと表明されていること。

第 10 に、第 5 回報告書では、科学技術の発展に伴い、予測不可能かつ統制不可能な危険が生ずる場合には、国家が注意をもってリスクを回避しても、情状酌量事由にしかならず、違反は発生する、と言及されていること。

第 11 に、彼の論述の特徴として、事例や判例の引用を行う際、元は vigilance や negligence 等で表現されていた「注意」概念を、「相当の注意」の規則」として変換していること。

Garcia-Amador の記述は、国家が自国領域内において外国人の身体および財産を保護するための義務を負っているという点から出発しており、被害が想定されているのは主に反乱や内戦時である。この意味で、Garcia-Amador は国際法上、「反乱・内戦時における国家責任の規則」として捉えられていた様々な要件や先例を「相当の注意」の規則」として一本化した人物といえよう。とりわけ、領域内における外国人保護義務を「(条約を通じなくとも負うところの)一般的義務」と表現し、「相当の注意」の規則」と描写したことは重大である。

ほかにも Garcia-Amador は、損害の防止に関してとくに「相当の注意」概念を使用する傾向があり、逆にそのほか処罰・訴追義務について「注意」概念あるいは「相当の注意」概念を用いている例はほとんどない。また、「相当の注意」概念の基準としての機能には「状況に応じて、保護対象となる人物の公私の性格に応じて変化する」旨の言及をするのみである。

Ago は、1969 年から 1980 年まで国家責任条文の起草過程において特別報告者を務めた。彼は外国人への損害という特定の状況を想定しない、一般的な国家責任法の法典化を目指して議論を再出発させた。彼の報告書に基づいた特徴と傾向は以下のとおりである。

第 1 に、第 4 回報告書では、私人による行為によって義務違反を生じるしくみについて、「犯罪を生じないよう相当の注意をもって確保する (to ensure, with due diligence, that such crimes do not occur) 義務」に言及している<sup>437</sup> こと。

第 2 に、間接責任および加担責任をはっきりと否定し、「国家が私人の行為の結果について負う責任は、直接責任でしかありえない」と述べた<sup>438</sup> こと。

第 3 に、国家責任の主観的要件の検討の部分で、私人行為の国家への帰属を論ずる文脈で「注意」概念を使用している<sup>439</sup> こと。一方で、「相当の注意」概念は帰属の検討に使用されていないこと。

---

<sup>437</sup> *Supra* note 341, (Ago, 4th report), p. 97.

<sup>438</sup> *Ibid*, p. 100.

<sup>439</sup> *Ibid*, p. 106.

第4に、第7回報告書の防止の義務(第1読草案第23条)に対する考察のなかでは、「注意」概念が使用されている。ただし「相当の注意」概念は、彼の考察のなかに一度も使用されていないこと。

第5に、Agoは、第8回報告書において、違法性阻却事由のうち不可抗力および偶発的事態の考察のなかに「注意」概念を用いている。ただし、「相当の注意」概念は登場しないこと。

第6に、Garcia-Amadorに対する指摘と同様に、特に第4報告書において、「注意」概念から「相当の注意」概念への読み替えがあること。

Agoは、人ではなく事態に対して負う責任の要件があるとして「(事態に対する)防止の義務」を提唱している。「防止の義務」の検討のなかで彼が引用する国家実行のなかには、「相当の注意」概念が様々な文脈で言及されているものの、実際に彼は「防止の義務」の説明のなかで「相当の注意」概念を使用してはいない。現代の国際環境法で議論される「防止の義務」は、しばしば「相当の注意」義務であるとされるが、この文脈の差異が指摘できる。

彼が数多くかかわった論点のなかで、彼自身が「相当の注意」概念を用いているのは「私人の行為に対して国家は原則的に責任を負わず、国家自身の「相当の注意」義務違反があった結果として責任を負う」旨を考察する第4回報告書のみである。

Riphagenは、1980年から1986年まで特別報告者を務め、Agoの起草した条文案の推敲作業を引き継いだ。彼の議論の特徴および分析の傾向は以下のとおりである。

第1に、一次規則と二次規則とを区別し、過失などの「注意」概念に関する議論が、一次規則の解釈および適用の問題へ移った<sup>440</sup>ことを指摘したこと。

第2に、「過失(fault)」が、国際義務違反の要件、および違法性阻却事由、帰属の3つの文脈で問題になると分析したこと。

第3に、国際義務違反の要件について「過失」が問題にされる場面として、「その行為が(相当の注意義務の事例における)不作為を構成する」ときだと表現したこと。

Riphagenにおける「注意」概念への言及は、ほとんどが「過失」として表現されている。「過失」の議論に限って言えば、Riphagenは国家責任条文全体を見渡して「過失」の役割を明らかにし、整理したはじめての論者である。彼の分析には一度だけ「相当の注意」概念が登場しており、それは何らかの一次規則によって国家に「相当の注意」義務が課されている場面として現れる。

Arangio-Ruizは、Arangio-Ruizは、1988年から1996年まで特別報告者として国家責任条文の起草を行った。彼の議論の特徴および分析の傾向は以下のとおりである。

第1に、賠償の形式および程度の文脈で、被害国の側の過失の表現として「注意」概念および「相当の注意」概念を使用していること。具体的には、「過失(fault)」、「注意(diligence)」、「不注意(negligence)」、「相当の注意(due diligence)」など様々な言いまわしを使用される。

---

<sup>440</sup> *Supra* note 386, (Riphagen, 2nd report), p. 93.

第2に、国際義務違反の要件としての「注意」概念と、賠償形式の決定のための「注意」概念を区別していること。この点において、通常の注意義務違反と比べ、責任加重事由を「より重大な責任を生じさせる注意義務違反」と理解していた Garcia-Amador とは、Garcia-Amador は同じ注意義務違反の程度によって、義務違反と責任加重が生じると考えているのに対して、Arangio-Ruiz は別の判断枠組みで考えているという点で異なる。

第3に、国際犯罪に関する条文を検討するうえで、国際違法行為の重大性の程度が「過失(fault, culpa levis, culpa levissima, negligence, willful intent)」というかたちで「注意」概念が使用されていること。

Arangio-Ruiz の分析は、国際違法行為の帰結、国際責任の解除条件に関するものであり、「注意」概念への言及は、「過失(fault)」あるいは注意義務違反が主である。

Crawford は、1998年から2001年まで特別報告者を務め、国家責任条文を完成させた。彼は条文案を満遍なく考察する機会を与えられているため、「注意」概念および「相当の注意」概念への言及も多様な文脈から行われる。彼の議論の特徴および分析の傾向は、以下のとおりである。

第1に、国家責任の発生要件との関係で、「過失」や「相当の注意」に言及しており、このような問題は一次規則で解決されるべきだと述べる。

第2に、Ago の提唱した防止の義務と、「相当の注意」義務との要件が異なることを指摘していること。

第3に、責任を発生させる要件として「相当の注意」概念を理解しており、基準としての側面にあまり触れていないこと。

Crawford は、「相当の注意」概念を責任発生要件でのみ言及しており、その他、たとえば賠償の形式に関する議論ではもっぱら「過失」を用いて説明を行っている。

以上、外国人の身体および財産に加えられた損害に対する国家責任、および国家責任条文の起草に携わった特別報告者ごとに、「注意」概念および「相当の注意」概念の捉え方をまとめた。

第3章を概観すると、まずとりわけ Garcia-Amador が「相当の注意」概念に対して着目していたことがわかる。Garcia-Amador は、判例や各機関の法典化作業の成果、国家実行、学説を参考に、「相当の注意」概念についての議論を先導しており、この後の特別報告者による「相当の注意」概念の捉え方にも影響を与えている。

具体的にいえば、Garcia-Amador は、第2回報告書において「内戦時における外国人に対する損害への国家責任」として蓄積していた判例を考究し、これらの判例上使用されていた「注意」概念にかかわる様々な理論を「"相当の注意"の規則」と題して定式化した。

彼のいう「"相当の注意"の規則」は、まず「自国領域内において、人および財産の安全を保証するための条件を整えることを確保する」「一般的義務」として言及される。だが次には、第2回報告書の第12条案(合法的な政府の行為および成功した反乱団体の行為)のコメントのなかの第15節(“相当の注意”の規則)で大きく同概念が取り上げられており、ここ

で言及される「相当の注意」概念は「自国領域内において、人および財産の安全を保証するための条件を整えることを確保する」「一般的義務」という理解と異なる側面から分析が行われている。

同第 15 節(“相当の注意”の規則)では、ハーバード・ロースクール草案(1929 年)に付されたコメントが大きく取り上げられており、同草案のコメントでは、「相当の注意」概念を「基準および規則」として扱っているほか、「国家が(…)防止の措置をとるための管轄権を有しており、行為の機会を有する」こと、および「相当の注意は基準であって、定義ではない」こと、あるいは「海戦の中立的権利および義務に関する条約第 8 条において採用される”使用に供する(means at its disposal)”という用語と対照されるように、(…)機関そのもの[の行為]よりも政府機関によって払われる注意および能力を強調している」、「訴追あるいは裁判拒否は国家機関の行為なのであるから「相当の注意」義務から区別される」という説明が引用されている。

Garcia-Amador 自身が第 15 節(“相当の注意”の規則)において強調したのは、「相当の注意」概念が①私人の行為そのものではなく、国家の行為のために責任を負うしくみであること、②領域内の人物や財産を保護する一般的義務から導かれること、③何が相当であるかの基準は、事情によって異なるためアプリアリに定義できないこと、④いわゆる過失(culpa)の理論の一段と優れた表現といえること、⑤曖昧な規則であるにもかかわらず、よりよい定式が編み出されない限り、適用を継続するしかないこと、である。

一方で、Garcia-Amador の立場が曖昧である論点も存在する。ハーバード・ロースクール草案(1929 年)からの引用部では、「相当の注意」概念(防止の措置に関連する)が訴追・裁判拒否の概念からは区別されることが言明されていたにもかかわらず、Garcia-Amador 自身は、複数の報告書を通じて区別していることもあればしていない部分もあり、区別すべきか否かに対する立場について判然としない。Garcia-Amador によって提出された第 11 条案(国内騒乱一般)では、防止と処罰は区別されていない。

Garcia-Amador に立場を基軸とした、彼以降の特別報告者に対する影響、および態度は、以下のように整理されるだろう。

(1)①の私人の行為のためではなく、国家の行為のために責任を負うしくみであること、という理解は、以後の特別報告者全員に引き継がれている。Ago は、①の意味を論証する際に判例を検討したが、当該判例が「注意」概念を使用し、「相当の注意」概念を使用していないにもかかわらずこれを「相当の注意」概念の事例として扱っている。

(2)防止措置と訴追・処罰措置の区別の論点については、Ago が「損害防止のための注意欠如(lack of vigilance)」と「訴追・処罰のための注意欠如(lack of diligence)」という区別にかえている。すなわち、いずれも「注意」概念によって検討される項目ではあるが、防止と訴追・処罰は、「防止および訴追および処罰」という同一の行為ではなく、それぞれ別の行為として「防止」と「訴追・処罰」のように区別される、という態度が取られた。

(3) Ago の報告書(とりわけ第 4 回報告書、ルーマニア大使館襲撃事件に関するスイス法

務局の意見)によって、「相当の注意」概念に「絶対責任を導かない」という性質があることが強調された。

(4) Riphagen によって、一次規則と二次規則の区別が行われ、義務違反の要件としての「相当の注意」概念の問題は一次規則の解釈に委ねられるべき問題とされた。この立場は、Crawford に引き継がれている。

(5) Garcia-Amador は責任加重事由となる注意義務違反(「明らかな不注意(manifest negligence)」)を単なる義務違反を構成する「相当の注意」概念と区別していた。後に、より理論的に責任の減免・加重事由を検討した Arangio-Ruiz は、加重事由・減免事由の双方に、(両当事者それぞれの)「過失(fault)」を考慮しており、より一般的な表現で責任の免除・減免・加重事由を再構成している。Arangio-Ruiz は、損害賠償にかかわる付随原因の文脈にのみ、被害国の側の「相当の注意」の欠如があった場合に触れているが、過失の表現の言い換えとして登場しているのであり、Arangio-Ruiz の責任免除・加重事由の考察では、むしろ「相当の注意」概念は「過失」という「注意」概念のなかに包摂されている。

(6) Arangio-Ruiz の国際犯罪に関する条文の検討の文脈で、国際違法行為の重大性の程度を決定するための要因の1つとして、「過失(fault)」の要素が含まれるとされた。

(7) Crawford によって、Ago の提唱した「防止の義務」と「相当の注意義務」が同一ではないことが指摘された。

ILC による法典化作業のなかでの「相当の注意」概念の扱いは、以上のとおりである。

とりわけ 20 世紀までの学説との関係で言及されるのは、とりわけ Garcia-Amador、Ago の両氏についてみられる特徴であるが、同じ理論傾向を持つ判例や国家実行に登場する「注意」概念に、「相当の注意」(の規則、の義務、の基準)という名称を与えて記述しているということである。そして、このような名称の変換こそが、国際法における「相当の注意」概念の形成と発展の契機であるといえるだろう。

国家実行との関係では、1930 年のハーグ法典化会議の準備委員会が各国政府に情報を要請した際、ポイント 5(c)では既に外国人の保護のために「相当の注意(due diligence)」を及ぼす国家の義務について言及されている。この質問に対して、質問の文言のまま「相当の注意(due diligence)」という用語を使用して返答する国家の事例も存在するが、同ハーグ法典化会議の準備委員会の情報の要請のなかにはその他の「注意」概念も多く使用されており、その後政府からのコメントを受けて準備委員会から出された「議論の基礎」においても、「注意」概念と「相当の注意」概念の双方が含まれるなど、用法は混在している。

このような用法が混在するということは、国際法学において「相当の注意」概念は専門用語としての役割を与えられていたのではなく、vigilance, lack of diligence, negligence, culpa, fault などの「注意」概念のなかのいち表現にすぎなかったのだと解される<sup>441</sup>。このような

---

<sup>441</sup> ハーバード・ロースクール草案(1929年)では特別な関心をもって「相当の注意」が解説されている。Garcia-Amador は「"相当の注意"の規則」を論ずるうえでこれに大いに依



状況のなかで、Garcia-Amador による「"相当の注意"の規則」という定式化は大きなインパクトをもって迎えられたのである。

### 第3編 「相当の注意」概念の現代的傾向

#### 第1章 判例の検討

##### 第1節 20世紀後半・21世紀の判例

第1節では、20世紀後半および21世紀の「相当の注意」概念の現代的傾向を把握するため、判例の検討を行う。判例の中には、第2章で検討される条約体制と深い関わりを持つものも多く存在する。

#### 第1款 Velasquez Rodriguez 事件(1988)

ロドリゲス事件<sup>442</sup>とは、1981年9月12日に令状なしで逮捕され、拷問ののち行方不明になったマンフレード・ベラスケス・ロドリゲスについて、ホンジュラス政府の責任が問われた事件である。ロドリゲスの失踪は1981年10月7日、米州人権委員会に対しホンジュラス政府に対する申立が行われたのが始まりである。ホンジュラス政府は1981年から1986年までの間、米州人権委員会による再三の情報開示請求に対し情報の提供を行わなかった。米州人権委員会はこの状況を鑑み、1986年4月24日、ホンジュラス政府が人権に関する米州条約(以下、米州人権条約)に違反したとして、米州人権裁判所へ訴訟を提起した<sup>443</sup>。

裁判所が認定した事実によると、ロドリゲスの失踪および拷問には、ホンジュラス軍および国家調査局(the National Office of Investigations)が関与していると思われるが、特定はできない。またロドリゲスが受けた被害について、ホンジュラスの国内裁判所である第一審刑事裁判所(the First Criminal Court)において裁判が行われたものの、「彼(ロドリゲス)は国内から脱出しており、証拠が提出されていない」として請求が棄却されており、上訴審においてもこの見解が保持され、請求は棄却された<sup>444</sup>。またホンジュラス国内においてはロドリゲ

---

拠している。

<sup>442</sup> Velasquez Rodriguez Case, Judgment of July 29, 1988, *Inter-Am.Ct.H.R.* (Ser. C) No. 4 (1988).

<sup>443</sup> IACHR, Resolution No. 22/86, Case .7920 (1986), available at, <http://www.wcl.american.edu/humright/digest/1985/res2286.cfm>

<sup>444</sup> *Supra* note 442, (Rodriguez Case), para. 9.

スのような強制失踪事件が多発しており、1981年から1984年までに100人以上が違法な逮捕を受け、その後ほとんどが失踪したままであった<sup>445</sup>。加えて、ホンジュラス国内における法的救済はその一部手続が欠落しており、ほとんど実効性をもっていなかった<sup>446</sup>。

米州人権裁判所は以上のように認定した事実に基づき、ホンジュラスが米州人権条約第4条(生命に対する権利)、第5条(人道的な取り扱いを受ける権利)、第7条(身体の自由に対する権利)違反を認定した。そして第4、5、7条違反の結果として、第1条(権利を尊重する義務)1項に定められる「確保する(to ensure)」義務に違反する、と結論付けた<sup>447</sup>。

米州人権裁判所は前述のような米州人権条約違反を考慮する際、ホンジュラス政府が米州人権条約上負う義務について以下のように検討を加えている。

まずは、ロドリゲスの失踪に関して、ホンジュラス国内の法的機関および政治的機関のいずれも救済を与えなかったことを述べた文脈において、

(…)the evidence offered by the Commission to show that the judicial and governmental authorities did not act with due diligence in cases of disappearances(下線部筆者加筆)。

「委員会によって提出された証拠は、本件失踪事件において、法的および政治的機関が相当の注意をもって行動しなかったことを示している」として、まずは権限ある法的および政治的機関が相当の注意をもって行動する義務を負っている旨を述べている<sup>448</sup>。また、公的な性格を持つ私人もしくは公的機関が侵した人権侵害について国家が責任を負うことを考慮した文脈において、

An illegal act which violates human rights and which is initially not directly imputable to a State ( for example, because it is the act of a private person or because the person responsible has not been identified ) can lead to international responsibility of the State, not because of the act itself, but because of the lack of due diligence to prevent the violation or to respond to it as required by the Convention(下線部筆者加筆)。

「人権侵害という違法な行為であって、かつ一次的に国家に直接帰属させられない違法行為(たとえば、私人の行為であるため、または責任ある私人が特定されていないため)は、行為そのものによるものでなく、条約において要求されるように、違反への対処または違反の防止を行うための相当の注意が欠如していたことによって、国家の国際責任を導きうる」と

---

<sup>445</sup> *Ibid*, para, 76.

<sup>446</sup> *Id.*

<sup>447</sup> *Ibid*, para, 142.

<sup>448</sup> *Ibid*, para. 79.

述べている<sup>449</sup>。

当該判決では、「相当の注意」概念が使用されている。

当該判決を読み取る限りにおいては、米州人権裁判所は二段階の「相当の注意」概念を認定している。すなわち、国内の権限ある機関が行動するにあたって有しているべき「相当の注意」と、国家が条約上の義務違反がないよう「確保する」ために及ぼすべき「相当の注意」の2種類である。

## 第2款 Pulp Mills 事件判決(2010)

ウルグアイ川の Pulp Mills 事件<sup>450</sup>は、ウルグアイとアルゼンチンの境界であるウルグアイ川の堤防に、ウルグアイ政府の承認のもと二か所のパルプ製造工場が建設された問題について、アルゼンチン側が1975年の「ウルグアイ川の最適かつ合理的な利用に必要な合同レジームの創設」を規定したウルグアイ川規則(以下、1975年規則)に違反しているとしてウルグアイをICJへ提訴したものである。

1975年規則とは、ウルグアイ川の両国の合理的な河川利用を目的とする合同レジームの創設を規定するものである。また自然資源の利用・開発、汚染の防止、汚染の結果生じる損害賠償責任についても規定する。また1975年規則には、ウルグアイとアルゼンチンの間には、ウルグアイ川の管理および両国からの意見の調整を行う Administrative Commission of the River Uruguay(以下、CARU)が創設される旨が規定されていた。

ウルグアイが建設した二つの工場である ENCE 工場および Orion 工場は、それぞれスペイン資本とフィンランド資本の工場であり、特にフィンランド資本からなる Orion 工場はウルグアイの中で最も重要な私企業である。

2006年5月4日、パルプ工場の建設について、アルゼンチンはウルグアイ政府承認による二つのパルプ工場の操業中止を求め、およびウルグアイによる1975年の規則違反を主張しウルグアイを提訴した。アルゼンチンは仮保全措置を請求したが、ICJは2006年7月13日に請求を棄却した。また、ウルグアイ側からも、アルゼンチン市民がウルグアイ川にかかる Fray Bentos 橋を封鎖したことを受け、アルゼンチン側に当該妨害行為を除去するよう求める仮保全措置が請求されたが、ICJはこれについても2007年1月23日に請求を棄却した。本案判決は2010年4月20日に出され、ICJはウルグアイの通報・協議・調整義務違反を認定し、一方でウルグアイが汚染防止のための措置を十分にとらなかったという立証はなされなかったと判示した<sup>451</sup>。

---

<sup>449</sup> *Ibid*, para 172.

<sup>450</sup> *Judgement of Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, (ICJ, 20 April 2010).

<sup>451</sup> *Ibid*, para. 265.

本件について、ICJ は 1975 年規定の第 36 条(生態系バランスの変化を避けるため、調和的な措置をとる義務<sup>452</sup>)および第 41 条(水中環境の保護および汚染を防止する義務<sup>453</sup>)について解釈する際、「相当の注意」義務に言及している。

たとえば、第 36 条(生態系バランスの変化を避けるため、調和的な措置をとる義務)について、「第 36 条の義務は両当事国に…特別な実施を規定するものである…かかる規定に効力を与えるため、立法若しくは行政措置をとる義務は、個別的であれ複合的であれ行為の義務である」「両当事国はしたがって、第 36 条に基づき…必要な措置を、…相当な注意をもって実施すること (to exercise due diligence) が要求される義務である<sup>454</sup>」とする。

また第 41 条(水中環境の保護および汚染を防止する義務)についても、「適切な規則および手段を規定することにより、特に汚染を防止しすることを目的としおよび水中環境を保全する」義務は…相当の注意をもって行動する義務である<sup>455</sup>」「第 41 条(a)の…相当の注意義務(the obligation of due diligence)は、規則および手段が”適用可能な国際協定に基づき”、および”関係する、国際的な技術機関の勧告およびガイドラインに沿って”いなければならない…<sup>456</sup>」と述べる。

---

<sup>452</sup> ウルグアイ川の 1975 年規則の第 36 条の全文は、以下の通り。

Article 36, The Parties shall co-ordinate, through the Commission, the necessary measures to avoid any change in the ecological balance and to control pests and other harmful factors in the river and the areas affected by it.

(当事国は、委員会を通じて、生態系バランスにおけるあらゆる変化を避けるため、またウルグアイ川および影響を受ける領域における疫病およびその他の有害な要因を管理するため必要の措置をとるため協力しなければならない。)

<sup>453</sup> ウルグアイ川の 1975 年規則第 41 条の全文は、以下の通り。

Article 41, Without prejudice to the functions assigned to the Commission in this respect, the parties undertake:

(a) to protect and preserve the aquatic environment and, in particular, to prevent its pollution, by prescribing appropriate rules and [adopting appropriate] measures in accordance with applicable international agreements and in keeping, where relevant, with the guidelines and recommendations of international technical bodies;

(b) not to reduce in their respective legal systems:

1. the technical requirements in force for preventing water pollution, and
2. the severity of the penalties established for violations;

(c) to inform one another of any rules which they plan to prescribe with regard to water pollution in order to establish equivalent rules in their respective legal systems.”

<sup>454</sup> *Supra* note 450, (Pulp Mills Case), para 187.

<sup>455</sup> *Ibid*, para 197.

<sup>456</sup> *Id.*

すなわち、ICJ は 1975 年規則のうち、ウルグアイ川の生態系バランスの変化を避けるため、および(ウルグアイ川の)水中環境を保護し汚染を防止する義務について、これを「相当の注意」義務であるとしている。

ここで「相当の注意」概念が適用されている。

「相当の注意」概念を用いて条約当事国が防止しなければならないのは、ウルグアイ川の生態系バランスおよび水中環境であった。これはウルグアイ系全体の保護を目的としていると考えてよく<sup>457</sup>、このことは、1975 年規則がウルグアイ川の環境保全を目的の一つとしていることから導くことができるとされる。

環境に関する義務は、いちど制度を設立するのみでは環境の保全を図ることができない。絶えず環境の変化やその他の情勢に配慮しながら、恒常的に保護すべき対象を顧慮する必要がある。当該判決における「相当の注意」概念は、このような意味で適用されていると指摘できる。

### 第 3 款 国際海底機構の要請における勧告的意見(2011)<sup>458</sup>

本勧告的意見においては、2010 年 5 月 18 日、国連海洋法条約(以下、UNCLOS) の附属書Ⅲ第 4 条 3 項で定められる、深海底の開発に直接携わる契約者を保証する「保証国(sponsoring State)」の責任に関して質問がなされた。要請の主体は国際海底機構の理事会である。

質問の内容と回答は、以下のとおりである。

質問の 1：条約の第 11 部および 1994 年の実施規定のもとで負う、深海底における活動への保証に関して、条約の当事国が負う義務および責任とは何か？

質問の 2：条約の第 153 条 2 項(b)によって保証を受けた事業者(entity)が、条約の第 11 部および 1994 年の実施協定にもとづく履行を怠った場合、締約国の負う責任(liability)の範囲はいかなるものか？

質問の 3：保証国が、条約特に第 139 条および附属書Ⅲ、ならびに 1994 年の実施協定の義務を満たすためにとるべき必要かつ適当な措置とは何か？

---

<sup>457</sup> Guillermo R Moncayo and Martin Moncayo von Hase, "The International Court of Justice and the Environment: The Recent Paper Mills Case," *FROM BILATERALISM TO COMMUNITY INTEREST Essays in Honour of Judge Bruno Simma* (Oxford University Press, 2011), p.1031.

<sup>458</sup> Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area, Advisory Opinion, (1 February 2011), ITLOS Reports 2011(hereinafter, ISA Advisory Opinion).

回答の1:「確保する義務」および「直接的義務」の二種類の義務を負い、確保する義務は「相当の注意」義務であって、とられる措置は合理的かつ適当なものでなければならない。直接的義務は「相当の注意」義務に関する事実として解釈される。

回答の2:条約義務の不履行および損害が生じた場合、責任を負う。責任の範囲は、損害の実際の範囲に準ずる。契約者の義務の不履行により損害が生じてしまい、しかし保証国は自国がとるべき合理的かつ適当な措置をとっていた場合、保証国の責任は免除される。これにつき、条約の規則は他の国際法の適用を妨げない。

回答の3:保証国の法制度の範囲内で、法令の制定および行政的措置をとること。当該措置は、国際海底機構の採択する規則と同等かそれ以上、または国際規則および規定ならびに手続と同等かそれ以上に効果的なものでなくてはならない。

本判決では、保証国が条約上、私人たる契約者との関係で負う義務が”確保する義務”と呼ばれ、以下のように説明された。

「保証国の’確保する’義務は、いついかなる場合でも(…)結果を達成する義務ではない。むしろ、これは結果を得るために適切な措置をとり、最大可能な努力をし、最善を尽くす’義務なのである。国際法における近年の用語法を使用すれば、この義務は’行為の’義務であり、’結果の’義務ではなく、かつ’相当の注意’義務であると性格づけられる<sup>459</sup>」。

また海底紛争裁判部では、“相当の注意”義務と”行為の”義務との関連性が、前述の Pulp Mills Case の判決からはっきりと出現している、と述べている<sup>460</sup>。

本件勧告的意見は条約上の「確保する義務」の内容を説明するために、「相当の注意」概念に依拠し、他の概念による説明が行われている点で着目される。

#### 第4款 小地域漁業委員会(SRFC)の要請における勧告的意見(2015)

本件<sup>461</sup>は、アフリカ沿岸国7ヵ国で構成される小地域漁業委員会(以下、SRFC)が、沿岸国の排他的経済水域(以下、EEZ)内で行われる違法・無報告・無規制漁業(以下、IUU 漁業)の増加を懸念し、IUU 漁業に対する旗国の義務などに関して ITLOS へ意見を求めた事例である。

本勧告的意見の請求主である SRFC は、“SRFC 加盟国の管轄下にある水域における海洋資

---

<sup>459</sup> *Ibid*, para, 110.

<sup>460</sup> *Ibid*, para, 111.

<sup>461</sup> Request for an Advisory Opinion submitted by the sub-regional fisheries commission (SRFC), Advisory Opinion (2, April, 2015) (hereinafter, SRFC Advisory Opinion).

源へのアクセス、開発に対する最低条件を定める条約(以下、MCA 条約)”にもとづき、海洋資源の開発について協議を行う国際条約機関である。SRFC は MCA 条約第 33 条、および ITLOS 規程第 21 条にもとづき、ITLOS へ勧告的意見を要請した。ITLOS は、海底紛争裁判部以外の法廷による勧告的意見の制度を明示的に定めていなかったが、管轄権を認定した。

SRFC によって提出された質問は、以下の 4 つである。

1. 違法、無報告、無規制漁業(IUU 漁業)活動が第三国の EEZ 内で行われていた場合、旗国の義務は何か？
2. 自国の旗を掲げた船舶が行う IUU 漁業活動に対して、旗国はどの範囲で責任を負うか？
3. 国際機関あるいは旗国と締結する国際協定の枠組み内において漁業ライセンスが発給された場合、国家あるいは国際機関は、問題の船舶による沿岸国の漁業法違反に対して責任を負うか？
4. シェアドストックおよび共通利益ストック、とりわけ小型回遊性魚種およびマグロの持続可能な管理について、沿岸国の権利義務とは何か？

これらの質問のうち、ITLOS は質問の 1、2、4 に関連するそれぞれの義務が「相当の注意義務」「確保する義務」であると述べ、「相当の注意義務」「確保する義務」の内容を説明するために、前述の国際海底機構の要請における勧告的意見の考察を引用しつつ、以下のよう説明を行っている。

すなわち、「(…)IUU 漁業の場合、MCA 条約の当事国ではない旗国の義務は、(…)’行為の義務’である。言い換えれば、海底紛争裁判部の勧告的意見において述べられた通り、これは自国の旗を掲げた船舶による IUU 漁業を防止するために’適切な措置をとること、最大可能な努力をすること、最善を尽くす’義務なのである<sup>462</sup>。そして”このことは、SRFC 加盟国の EEZ 内における IUU 漁業に従事しないことが要求されている場面において、旗国が自国の旗を掲げた船舶による遵守を達成する義務であることを意味しない。旗国は自国の旗を掲げた船舶による IUU 漁業を防止するため、遵守を確保するためにあらゆる必要な措置をとる’相当の注意義務’を負っている<sup>463</sup>」と説明される。

当該勧告的意見における「相当の注意」概念の説明には、前述の深海底機構の要請における勧告的意見でなされた説明がそのままパラグラフごと引用されている。

## 第 2 章 条約上の「相当の注意」概念

---

<sup>462</sup> *Ibid*, para.129.

<sup>463</sup> *Id.*

## 第1節 「相当の注意(due diligence)」概念に言及する条約

地域的多数国間条約に限定されるが、条約上の文言に「相当の注意」の文言を明示的に使用した条約が存在する。それは以下に示すとおり、もっぱら女性に対する暴力への取り組みを標榜する条約である。

### 第1款 女性への暴力の防止、処罰、撲滅に関する米州条約（ベレン・ド・パラ条約）

女性への暴力の防止、処罰、撲滅に関する米州条約<sup>464</sup>（以下、ベレン・ド・パラ条約）は、その第7条において、女性に対する暴力の防止、捜査、処罰義務について「相当の注意」概念を使用している。

ベレン・ド・パラ条約では、地域的国際機構である米州機構により、1994年6月に採択された条約である。ベレン・ド・パラ条約は、女性に対する暴力を定義し、暴力から自由に人生を生きる権利を女性が有し、かつ女性に対する暴力が人権および基本的自由の侵害であることを規定している。

この条約は、はじめて、公私領域を問わず、女性に対する身体、性、精神的尊厳に対する暴力に関する事件を阻止するために必要な、女性の権利保護および防御のため、および社会の中でこれらの権利が主張されるための制度構築を求めている。

第7条は、以下のように文言を定めている。

#### Article 7

The States Parties condemn all forms of violence against women and agree to pursue, by all appropriate means and without delay, policies to prevent, punish and eradicate such violence and undertake to:

締約国は、締約国は女性に対するすべての形態の暴力を非難し、あらゆる適切な手続きにより、遅滞なく、そのような暴力を予防し、制裁を科し、根絶するための政策を推進することに同意し、以下のことを約束する。

(…)

b. apply due diligence to prevent, investigate and impose penalties for violence against women;

女性に対する暴力を防止、捜査し、それに対して刑罰を課すために相当の注意を使用するこ

---

<sup>464</sup> Prevention, Punishment and Eradication of Violence Against Women "Convention of Belem do Para", Inter-American Convention on the (A-61), adopted in 9 June 1994.



と。

c. include in their domestic legislation penal, civil, administrative and any other type of provisions that may be needed to prevent, punish and eradicate violence against women and to adopt appropriate administrative measures where necessary;

女性に対する暴力を防止、処罰および根絶するために必要となりうる刑事、民事、行政その他の種類の規定を国内法令に組み込むこと。また、必要に応じて、適切な行政的措置をとること。

e. take all appropriate measures, including legislative measures, to amend or repeal existing laws and regulations or to modify legal or customary practices which sustain the persistence and tolerance of violence against women;

既存の法令を修正あるいは改正するため、あるいは女性に対する暴力を維持および容認する法的あるいは慣習的な実行を修正するため、立法措置を含めた全ての適切な措置をとること。

(…)

h. adopt such legislative or other measures as may be necessary to give effect to this Convention.

この条約を実施するのに必要な、立法あるいはその他の措置を採用すること。

以上のように条文は定めており、第7条冒頭が一般的に暴力の防止、捜査、処罰義務に言及し、第7条(b)は「相当の注意(due diligence)」を使用する(apply)こととされている一方で、第7条(c)や(e)、(h)などの文言は、必要な措置をとるであるとか、すべての適切な措置をとるといった文言が使用されている。

第7条(b)とそれ以下の条文は、(b)が一般的な防止、捜査、処罰のために「相当の注意」概念を使用するなかで、それ以降のパラグラフでは具体的な措置を定める。

したがって、当該「相当の注意」概念は、単なる必要な措置をとることにとどまらず、それが一定の関心と誠実性をもって履行されるよう求めている文脈で使用されているものと解釈される。

## 第2款 女性に対する暴力およびドメスティック・バイオレンス防止条約 (イスタンブール条約)

女性に対する暴力およびドメスティック・バイオレンス防止条約<sup>465</sup>(以下、イスタンブール

---

<sup>465</sup> Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and

ル条約)は、2011年4月7日に欧州評議会閣僚委員会によって採択され、2014年8月1日に発効した条約であるが、第5条「国家の義務と相当の注意」という条文を有する。

イスタンブール条約は、欧州各国での女性に対する暴力およびドメスティック・バイオレンスに対する取り組みを受け、各国の法的基準を調和させる必要性が生じたことから作成された条約である。

欧州評議会は1990年代から暴力からの女性の保護を促進するためのイニシアチブを請け負っており、2002年の暴力からの女性の保護に関する閣僚委員会の欧州評議会勧告(2005)の採択、そして、2006年から2008年までの欧州全体でのキャンペーンの実行を経て、ジェンダーに基づく暴力の、最も過酷かつ広くゆきわたった形態から、防止、保護、処罰を行うために法的拘束力を有する基準を要求する多くの決議および勧告を採択してきた。欧州評議会は、自らの人権保護における主導的役割を自負し、2008年12月には閣僚委員会が条約の起草を準備するため、専門家グループを設置した。この専門家グループは、CAHVIO(女性に対する暴力およびドメスティック・バイオレンスの防止および阻止のためのAd hoc委員会)と呼ばれた。2010年12月にはCAHVIOの作成した草案が最終的な承認を受け、閣僚委員会によって2011年4月7日に採択された。

このようにして作成された同条約の第5条は、以下のように規定する。

#### Article 5 – State obligations and due diligence

##### 国家の義務と相当の注意

1 Parties shall refrain from engaging in any act of violence against women and ensure that State authorities, officials, agents, institutions and other actors acting on behalf of the State act in conformity with this obligation.

当事国は、あらゆる女性に対する暴力を断ち、国家当局、公務員、職員、機関および国家を代表して行動するその他のアクターが、当該義務にしたがって行動することを確保する。

2 Parties shall take the necessary legislative and other measures to exercise due diligence to prevent, investigate, punish and provide reparation for acts of violence covered by the scope of this Convention that are perpetrated by non - State actors(下線部筆者加筆).

当事国は、当該条約によって規定される非国家アクターによって行われる暴力行為を防止し、捜査し、処罰し、これに対して補償を提供するために相当の注意を行使するため、必要な立法あるいはその他の措置をとる。

以上のようにイスタンブール条約第5条(2)には、「相当の注意(due diligence)を行使する

---

domestic violence, CETS No. 210.; 2016年1月5日現在、締約国は19ヵ国である。

ため、必要な立法あるいはその他の措置」が定められている。当該条文中の「相当の注意」概念については、コメンタリ<sup>466</sup>がさらに説明を加えている。

コメンタリは、まず第5条のそれぞれのパラグラフについて以下のように説明を行う。

Article 5, paragraph 1, addresses the state obligation to ensure that their authorities, officials, agents, institutions and other actors acting on behalf of the state refrain from acts of violence against women, whereas paragraph 2 sets out Parties' obligation to exercise due diligence in relation to acts covered by the scope of this Convention perpetrated by non-state actors. In both cases, failure to do so will incur state responsibility<sup>467</sup>.

「第5条のパラグラフ1は、国家当局、公務員、職員、機関およびその他の国家を代表して行動するアクターが、女性に対する暴力行為を控えるよう確保する国家の義務に取り組む。一方パラグラフ2は、非国家主体によって行われる、当条約の射程で規律される行為との関係について、締約国が相当の注意(due diligence)を行使するための義務を規定している。双方の事例において、その失敗は国家責任を生ずる」とある。

すなわち、確保する(ensure)義務を定めたパラグラフ1は国家機関による条約違反、パラグラフ2の相当の注意を行使する(exercise of due diligence)義務は私人による違法行為の防止や処罰に関する条約違反を扱っている、という区別がなされていることが説明されている。

次に、なぜ「相当の注意」概念が条文中に採用されたかについても、コメンタリで説明がなされている。すなわち、「相当の注意(due diligence)の要件は、女性に対する暴力に対する多くの国際人権文書、解釈、判決のなかで採用されてきた」のであり、たとえば「女性への暴力に関する CEDAW 委員会一般的勧告 NO.19(1992)、女性に対する暴力の根絶に関する国連総会宣言(1993)第4条、米州機構によって採択された女性に対する暴力の防止に関する条約(1994年の Belém do Pará 条約)、暴力からの女性の保護に関する加盟国に対する閣僚委員会の欧州評議会勧告(2002)5(2002)」などの国際文書、および欧州人権条約の判例法などが引用されている。とりわけ、欧州人権条約の判例法としては Opuz v. Turkey 事件判決を引用しており、「ドメスティック・バイオレンスに関する判例法において、裁判所は相当の注意の義務(obligation of due diligence)を採用した(judgement of Opuz v. Turkey, 2009)。生命に対する権利(ECHR 第2条)を保護するための積極的義務は、たとえばその生命が危

---

<sup>466</sup> Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, Istanbul, (11 May 2011), at <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d383a>.

<sup>467</sup> *Ibid*, p. 10.

険に晒されている個人を保護するために、防止措置をとることによって、国家当局に対して相当の注意(due diligence)を示すことを要求していることが確認されてきた<sup>468</sup>」と説明される。このような国家実行の積み重ねに関して、コメントリは、

Against the backdrop of these developments in international law and jurisprudence, the drafters considered it important to enshrine a principle of due diligence in this Convention. It is not an obligation of result, but an obligation of means. (….) As such, violence against women perpetrated by non-state actors crosses the threshold of constituting a violation of human rights as referred to in Article 2 insofar as Parties have the obligation to take the legislative and other measures necessary to exercise due diligence to prevent, investigate, punish and provide reparation for acts of violence covered by the scope of this Convention, as well as to provide protection to the victims, and that failure to do so violates and impairs or nullifies the enjoyment of their human rights and fundamental freedoms<sup>469</sup>(下線部筆者加筆).

「これらの国際法および国際判例法の発展を背景として、起草者は、この条約においては相当の注意の原則(principle of due diligence)を記すことが重要であると考えた。これは結果の義務ではなく、手段の義務(obligation of means)である。(…) 当事国が条約の射程によって規律される暴力行為を防止、捜査、処罰および賠償を提供するための相当の注意(due diligence)の行使のために必要な立法およびその他の措置を行う義務、および被害者に保護を提供する義務を有しているならば、非国家主体によって行われる女性に対する暴力はそれ自体で、第 2 条に規定される人権侵害を構成するための基準を満たす。そしてこれらの義務を怠ることは、彼女らの人権および基本的自由の享受の侵害、およびあるいは無価値となる」という。

よって起草者は、女性に対する暴力のうち、とりわけドメスティック・バイオレンスのような私人からの加害が想定される事例を扱う条約としての性質と国家の役割、国家実行と判例を考慮し、「相当の注意」概念が導入されたと記されている。

## 第 2 節 「相当の注意」概念を導く一般規定を持つ条約

現代的な「相当の注意」概念は、そのほとんどが、条約上の規定の特定の文言(「全ての適切な措置をとる」「確保する」など)を元に導かれる。そのような特定の文言は、そのほとんどが条約上の義務や責任を一般的に定める規定である。

---

<sup>468</sup> *Ibid*, p. 11.

<sup>469</sup> *Id.*

## 第1款 国連海洋法条約

国連海洋法条約(以下、UNCLOS)は、特に深海底との関係で第139条(遵守を確保する義務及び損害に対する責任)、第153条(探査及び開発の制度)、旗国の責任に関して第58条(排他的経済水域における他の国の権利及び義務)(3)、第62条(生物資源の利用)(4)、第63条(二以上の沿岸国の排他的経済水域内に又は排他的経済水域内及び当該排他的経済水域に接続する水域内の双方に存在する資源)、第94条(旗国の義務)、また一般的な規定として第192条(一般的義務)、第193条(天然資源を開発する国の主権的権利)、第194条(海洋環境の汚染を防止し、軽減し及び規制するための措置)、附属書IX第6条(1)が「相当の注意」概念と関連する規定を有する。

国連海洋法裁判所は、2015年の小地域漁業委員会の要請における勧告的意見<sup>470</sup>(以下、SRFCの要請における勧告的意見)において、IUU漁業活動に関してUNCLOS上の締約国が一般的に負う義務、また旗国がUNCLOS上負う義務について意見を述べた。

当該勧告的意見では、UNCLOS第58条(3)、第62条(4)、第192条にしたがい、「自国の旗を掲げた船舶が、SRFC加盟国のEEZ内において、MCA条約において定義されるIUU漁業活動に従事しないことを確保するため、必要な措置をとる義務を有する<sup>471</sup>」ことが判示されている。また、第94条に定められる、「行政上、効果的に管轄権およびコントロールを及ぼす義務」を履行するため、「自国の旗を掲げた船舶が、SRFC加盟国のEEZにおいて、UNCLOS第192条上の、海洋環境の保護及び保存、および海洋環境と不可分の要素を構成する海洋生物資源の保全のための旗国の責任(responsibility)を害する活動に参加しないことを確保するために必要な行政的措置をとる義務を有する<sup>472</sup>」と述べて、「これらの義務は、すべて“相当の注意(due diligence)”義務である<sup>473</sup>」と説明されている。

この根拠は、以上の条文における義務が「必要な措置をとる」ことが義務付けられる「確保する義務(responsibility to ensure)」であると位置づけられるためであるとされている<sup>474</sup>。

また、第63条(1)は「同一の資源又は関連する種の資源が沿岸国の排他的経済水域内に存在する場合には、これらの沿岸国は、この部の他の規定の適用を妨げることなく、直接に又は適当な小地域的若しくは地域的機関を通じて、当該資源の保存及び開発を調整し及び確保するために必要な措置について合意するよう努める」と定める。

この義務は、これらの国家に対して誠実に協議を行うことを求めているという意味で、「相当の注意(due diligence)”義務」であるとされている。この協議は、「意味あるもの

---

<sup>470</sup> *Supra* note 461, (SRFC Advisory Opinion).

<sup>471</sup> *Ibid*, para. 219.

<sup>472</sup> *Id*.

<sup>473</sup> *Id*.

<sup>474</sup> *Ibid*, paras. 123-124.

(meaningful)」でなければならない<sup>475</sup>。

協議の義務やいわゆる交渉義務について、その義務が形式的な会談の実施をすればよいというのではなく、実のある交渉になるよう国家が誠実に取り組む、という意味において、「相当の注意」概念が使用されている。このような誠実性や実質的な効果に着目した用法は、むしろ「相当の注意」概念が ILC において定式化する前の、中立法の分野における「注意」概念にみられた用法である。いわゆる私人との関係において国家が負う義務に対して「相当の注意」概念を適用する国家責任条文における立場との差異が指摘されうる。

2011 年の深海底機構の要請に関する勧告的意見<sup>476</sup>において、国際海洋法裁判所の海底紛争裁判部は、UNCLOS およびその附属書に基づいて行われる深海底の採掘作業に従事する契約者への保証国が、契約者の活動に関連して負う義務および責任に関して意見を述べた。

第 139 条は、「締約国は、深海底における活動(締約国、国営企業又は締約国の国籍を有し若しくは締約国若しくはその国民によって実効的に支配されている自然人若しくは法人のいずれにより行われるかを問わない。)がこの部の規定に適合して行われることを確保する義務を負う(…)」と定める。

海底紛争裁判部は、UNCLOS 第 139 条上の「確保する義務(responsibility to ensure)<sup>477</sup>」を解釈し、保証国が保証する契約者が条約上の義務違反を行った場合、保証国はこの契約者の義務違反については「確保する義務」違反にのみ責任を負う<sup>478</sup>のであって、契約者がその資格で生じさせた損害について、保証国が自動的に責任を負うのではない<sup>479</sup>と述べている。

次に海底紛争裁判部は「確保する義務」の性格を説明するうえで、「相当の注意」概念へ言及を行っている。すなわち、

The sponsoring State's obligation "to ensure" is not an obligation to achieve, in each and every case, the result that the sponsored contractor complies with the aforementioned obligations. Rather, it is an obligation to deploy adequate means, to exercise best possible efforts, to do the utmost, to obtain this result. To utilize the terminology current in international law, this obligation may be characterized as an obligation "of conduct" and not "of result", and as an obligation of "due diligence"<sup>480</sup>(下線部筆者加筆).

「保証国の”確保する”義務は、ありとあらゆる場合に保証される契約者が前述の義務を履行

---

<sup>475</sup> *Ibid*, para. 210.

<sup>476</sup> *Supra* note 458, (ISA Advisory Opinion).

<sup>477</sup> *Ibid*, para. 107.

<sup>478</sup> *Ibid*, para. 109.

<sup>479</sup> *Ibid*, para. 204.

<sup>480</sup> *Ibid*, para. 110.

するという結果を達成させる義務ではない。むしろ、かかる結果を得る為に、最善を尽くし、最大の努力の行使でもって適切な措置を講じる義務である。国際法における昨今の用語法を活用すると、この義務は”行為の”義務であって”結果の”義務ではなく、そして”相当の注意義務”として性格付けすることができる」と述べる。

すなわち海底紛争裁判部は、このような「確保する義務」の性格が「相当の注意」義務であると同時に、「行為の義務」であると性格づけている。

海底紛争裁判部は ICJ におけるパルプミル事件判決を引用して、「行政的措置および立法措置を採る義務・・・およびそれを執行する義務は、行為の義務である。したがって両当事者は、[ウルグアイ川基本法]第 36 条に基づき、川の環境バランスを保存するために必要な措置をとるための委員会を通じた行動により、相当の注意(due diligence)を行使することを要求される」という部分を、「相当の注意」概念と「行為の義務」との関連性を示す例として使用している。すなわち、立法措置や行政的措置はいちど措置をとって終わりなのではなく、「相当の注意」をもって引き続き条約義務に適合するよう運用される必要があることを示した文脈である。

海底紛争裁判部はさらに、「確保する義務」について、「国家の管轄下にある私人によって行われる全ての違反が国家責任を生じることが合理的とは見なされない一方で、私人もしくは事業体の指揮が国際法において国家に帰属させられないという原則を(…)単純に適用するだけというのも十分ではない<sup>481</sup>」と言及している。

したがって、第 139 条上の「相当の注意義務(obligation due diligence)」は、「確保する義務」すなわち「全ての適当な措置をとる」義務の性格を説明する手法として使用されている。

第 153 条(4)は、「機構は、この部の規定(…)の遵守を確保するために必要な深海底における活動に対する管理を行う。締約国は、第 139 条の規定に従い当該遵守を確保するために必要なすべての措置をとることによって機構を援助する」と定める。

第 153 条(4)は、第 139 条の内容の遵守を「確保するためにすべての必要な措置をとること」という部分について、これも「相当の注意」義務であるように説明がなされる。

第 139 条および第 153 条(4)らの規定について、海底紛争裁判部は

The main purpose of these provisions is to exempt sponsoring States that have taken certain measures from liability for damage. The description of the measures to be taken by that State may also be used to clarify its “due diligence” obligation<sup>482</sup>(下線部筆者加筆).

「これら規定の主な目的は、一定の措置をとってきた保証国を損害の賠償責任から免れさせることである。この保証国によって取られる措置の説明は、これもまた”相当の注意”義務

---

<sup>481</sup> *Ibid*, para. 112.

<sup>482</sup> *Ibid*, para. 119.

を明確にするために使用されうる」と説明している。

このように、いちど負った「相当の注意義務」を満たすための要件については、勧告的意見中のこの他の部分でも言及される<sup>483</sup>。このように、「相当の注意義務」を解除するための要件について明確に言及されるのは、従来の「相当の注意」概念における説明、および以下で検討される人権条約上の制度における「相当の注意」概念の運用と異なることが指摘できる。

また海底紛争裁判部は、第 153 条(4)の「機構の援助義務」は、「確保する義務」であると同時に「直接的義務」でもある、と述べる。すなわち、保証国が契約者の行為に対して負う義務と、保証国が自らの権限のもとで機構との関係で負う義務とが区別されている。そしてそのうえで、

Pursuant to the last sentence of article 153, paragraph 4, of the Convention, sponsoring States have the obligation to assist the Authority (…). This obligation is to be met “by taking all measures necessary to ensure such compliance in accordance with article 139”. The obligation of the sponsoring States is a direct one, but it is to be met through compliance with the “due diligence obligation” set out in article 139 of the Convention<sup>484</sup>(下線部筆者加筆)。

「条約の第 153 条パラグラフ 4 の最終文言にしたがえば、保証国は(…)機構を援助する義務を有する。この義務は、“第 139 条の遵守を確保するための全ての必要的措置を採ることによって”遵守される。保証国の義務は、直接的なものの一つであるが、しかしこれは条約の第 139 条において定められる“相当の注意義務”の遵守を通じて満たされる」と説明される。

ここでは、第 139 条上の「確保する義務」すなわち「相当の注意義務」の内容が、入れ子状態に第 153 条(4)上の直接的義務へとつながっていく様子が説明される。したがって、ある第 139 条上の「全ての適当な措置をとる」義務で要求される措置の 1 つが第 153 条(4)上定められる機構の援助義務なのであって、国家が機構の援助義務を果たした場合、第 139 条上の確保する義務(相当の注意義務、全ての適当な措置をとる義務)の履行であると同時に、第 153 条(4)上の直接的義務の履行にもなる。

以下で論じられる人権条約上の「相当の注意」概念は、条約制度によって微妙な差はあるものの、各事例において国家機関が相手方に対して直接負う義務と「相当の注意」概念は概ね区別されていることが指摘される。このような立場は、ある条文中の「相当の注意義務」の内容が、国家機関の直接的義務になっていくというプロセスを提示した海底紛争裁判部の立場と対比される。人権条約では、複数の条文が国家の特定の行為について定めている場

---

<sup>483</sup> *Ibid*, para. 186.

<sup>484</sup> *Ibid*, para. 124.



合でも、相当の注意義務とその内容としての説明がなされるわけではなく、「併せ読まれる」「補完される」等の説明がなされている。

第 194 条(2)は、「いずれの国も、自国の管轄又は管理の下における活動が他の国及びその環境に対し汚染による損害を生じさせないように行われること並びに自国の管轄又は管理の下における事件又は活動から生ずる汚染がこの条約に従って自国が主権的権利を行使する区域を超えて拡大しないことを確保するためにすべての必要な措置をとる」と定めている。

深海底機構の要請における勧告的意見では、第 139 条における説明に使用された「確保する義務」の内容の一例として第 194 条(2)が紹介されている。

以上の条文について、「相当の注意義務」であるとされたものを履行するために必要な措置が勧告的意見中に示されている。それらはたとえば、法令の制定だけではなく行政的措置をとること、契約者が機構と契約しているあいだ当該法令や行政的措置による措置が実効的であることを確保すること、措置の基準を定期的に審査すること、機構を援助すること、(契約者との契約に参加することのみでは義務履行とはみなされない<sup>485</sup>)、予防的アプローチをとることが含まれる。そしてこれらの措置の基準は、「合理的かつ適切な (reasonably appropriate)」ものでなければならない<sup>486</sup>とされる。

海底紛争裁判部は、どのような条文が指定されているのかは不明であるが、「保証国の一般的な相当の注意義務」があること<sup>487</sup>、そしてこの「相当の注意義務」の履行のために予防的アプローチをとることが重要であると強調している。

予防的アプローチとは何かといえば、

This obligation applies in situations where scientific evidence concerning the scope and potential negative impact of the activity in question is insufficient but where there are plausible indications of potential risks. A sponsoring State would not meet its obligation of due diligence if it disregarded those risks. Such disregard would amount to a failure to comply with the precautionary approach<sup>488</sup>(下線部筆者加筆).

「深海底での活動による潜在的なマイナスの影響、およびその範囲に関する科学的証拠が不十分であるが、しかしそこにもっともらしい潜在的な危険性についての予兆があったばあい、当該[保証国が相当の注意義務によって、損害を防止するためにすべての適当な措置

---

<sup>485</sup> *Ibid*, para. 223.

<sup>486</sup> *Ibid*, paras. 119-120.

<sup>487</sup> *Ibid*, para. 131.; 第 139 条、第 153 条(4)、第 194 条(2)、第 235 条に示される「確保する義務」の解釈として現れる「相当の注意義務」に、一般的に言及されたか。

<sup>488</sup> *Id*.

をとる]義務はその状態に適用される。保証国がこれらの危険性を考慮しない場合、相当の注意義務は履行されないだろう。このような危険性の軽視は、予防的アプローチの不遵守に相当しうる」と説明される。

したがって、深海底の活動に関連する文脈に限ってではあるものの、UNCLOS 上の保証国は、「予防的アプローチ」を「合理的かつ適切な」措置によってとらねばならない。

このような立場は、従来の国家責任法のなかで語られる「相当の注意」概念と照らすと、非常に発展的な解釈が取られている。本勧告的意見における「相当の注意」概念は、「確保する義務」「全ての適当な措置をとる義務」のような義務に対する一連の解釈指針を示すものとして使用されており、基準や責任の帰結、とるべき措置の内容などがそれぞれ「相当の注意」概念と関連して説明されている。

以上検討された「相当の注意」概念は、国際組織の行為についても妥当することが、SRFC の要請における勧告的意見で示されている。

UNCLOS の附属書 IX 第 6 条(責任)(2)は、「締約国は、国際機関及び締約国であるその構成国に対し、特定の事項に関して当該国際機関又は当該構成国のいずれが責任を有するかについて情報を提供するよう要請することができる。当該国際機関及び構成国は、当該情報を提供するものとし、合理的な期間内に当該情報を提供しない場合又は矛盾する情報を提供した場合には、連帯責任を負う」と定める。

UNCLOS 上、国際組織はその権限に応じて違法行為に責任を負う<sup>489</sup>とされるが、SRFC の要請における勧告的意見では、

It follows that an international organization (….) in respect of which compliance depends on the conduct of its member States, may be held liable if a member State fails to comply with such obligation and the organization did not meet its obligation of “due diligence”<sup>490</sup>(下線部筆者加筆).

「よって、(…)国際組織が、その加盟国の行為の遵守を行わせる義務を、権限の範囲内で負っていたならば、かつ、その加盟国がこのような義務に違反したならば、当該国際組織は“相当の注意”の義務に違反する」と述べている。

以上、UNCLOS 上のいくつかの規定と「相当の注意」概念について概観した。

UNCLOS と「相当の注意」概念については、いずれも、国連海洋法裁判所(の海底紛争裁判部)における勧告的意見が元になり、解釈が提供されている。

一見して、国連海洋法裁判所は「全ての適当な措置をとる」という文言や、「確保する(ensure)」という文言を有する条文上の義務を「“相当の注意”義務」と述べているよ

---

<sup>489</sup> *Supra* note 461, (SRFC Advisory Opinion), para 168.

<sup>490</sup> *Id.*

うにもみえるが、第 63 条や附属書 IX 第 6 条のように、条文上に該当するような文言を有していないものにもかかわらず「相当の注意」義務」という枠組みが与えられているものも見受けられる。

「相当の注意」義務の性質については、2つの勧告的意見でほぼ共通している。すなわち、結果の義務ではないという意味で行為の義務であり、管轄下の私人(あるいは国際組織の加盟国)による損害が生じなければ責任を問われず、かつ私人による損害があったとしても、全ての適当な措置をとることによって義務は履行されたことになり、とられる措置の基準は様々な要因により変化する、というものである。

ただし、第 63 条上の協議を行う措置のように、とられた措置が実効性を有すること、誠実性をもって運用されることを意味する例もある。

UNCLOS 上の「相当の注意」概念は、私人行為によって生ずる損害と国家責任との関係に適用されているものであり、かつここでの私人とは、旗国船舶であったり保証を受ける契約者であるなど、非属地的関係性(主に、国籍および契約の有無)によって国家と結びつくものが想定されている。ただし、ここでも第 63 条上の協議を行う措置や、国際組織の責任について定めたものはこの限りではない。

前述の通り、UNCLOS 制度上の「相当の注意」概念は、ある一定の義務の一連の解釈プロセスを示しているといえよう。

## 第 2 款 女子差別撤廃条約

女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約<sup>491</sup>(以下、女子差別撤廃条約)は、普遍的な人権条約の中で最も「相当の注意」概念とのかかわりが深い。女子差別撤廃条約では、第 2 条(締約国の差別撤廃義務)、第 3 条(女子の能力開発・向上の確保)、第 6 条(売買・売春からの搾取の禁止)、第 7 条(政治的・公的活動における平等)、第 11 条(雇用における差別撤廃)、第 12 条(保健における差別撤廃)において特に「相当の注意」概念を用いた運用がなされている。また、女子差別撤廃条約のコメンタリでは、女子差別撤廃条約が深くかかわる「女性に対する暴力」への取り組みと、「相当の注意」概念が非常に深い関係にあることが説明されている。

女子差別撤廃条約は、第 1 条から第 5 条において、条約の射程および当事国の義務の全体的な性質を述べており、第 2 条および第 24 条において、女性に対するすべての差別の禁止、措置を効果的なものとするための権限のある国家機関の存在を国内法レベルで確保するために必要な措置をとる義務を締約国に対し義務付けている。この措置は形式的小および実質的な平等を獲得するだけに留まらず、当事国は「女子の完全な能力開発および向上」(第

---

<sup>491</sup> The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Adopted by the General Assembly resolution 34/180 of 18 December 1979.

3条)のため、あらゆる人生の段階において「全ての措置を」とらねばならない。

女子差別撤廃条約のコメンタリでは、まず個別の条文に関して論じる前に、条約の一般的な説明として、以下のように「相当の注意」概念に関連した言及を行っている。

すなわち、「人権法は、私人と国家との間の関係に焦点を当てているが、多くの事例では、人権の女性の享有に対する脅威は国家からではなく、私人から、たとえば家族やコミュニティ内の構成員から生起される。家族の私的な領域内での不平等は、女性が雇用や政策の公的領域へ進出する権利へのアクセスおよび享受を損なう。したがって、女性に対する差別を批判する条文としての条約の成功のために重要なのは、国家と私人との垂直的な関係に限定せず、国家の部局を通じて、私人間の水平的な関係に対してもこれを適用することである。第2条(e)はしたがって、締約国に「個人、団体又は企業による女子に対する差別を撤廃するためのすべての適切な措置をとること」を求めている。この規定は、締約国に対し、他の私人からの人権侵害から私人を保護するための積極的義務を課している。この概念は、相当の注意(due diligence)の概念と共に、さらにはっきり言えば、女性に対する暴力への取り組みの文脈において発展してきた。これらの問題は、したがって第2条および女性に対する暴力に関する章で主に議論される<sup>492</sup>」とされる。

その第2条(締約国の差別撤廃義務)は、一般的義務を定めている。これらの一般規定は、すべての分野におけるすべての差別の形態において、女性に対する差別を撤廃するため、条約の適用が包括的に実施されるよう確保するよう<sup>493</sup>設計されている。

第2条のうち、とりわけ第2条(d)および第2条(e)は対照的な規定として説明される。すなわち、第2条(d)は「女子に対する差別となるいかなる行為又は慣行も差し控え、かつ、公の当局及び機関がこの義務に従って行動することを確保すること」と定めている一方で、第2条(e)は「個人、団体又は企業による女子に対する差別を撤廃するためのすべての適切な措置をとること」と定める。

第2条(d)と第2条(e)の規定について、コメンタリは以下のように論ずる。すなわち、第2条(d)は「結果の義務を示しており、そしておれは特別な結果を達成することを怠ったことによって違反となる。このことは、締約国に対し、非国家主体による差別を撤廃するため「全ての適切な措置をとる」ことを求め、かつ、目的をいかに達成するのかについて非常に大きな裁量を締約国に残している第2条(e)における非国家主体の行為に関する義務と対照されうる。この第2条(e)の義務は非国家主体あるいは私人との関係で「相当の注意(due diligence)」の義務として表現されてきた<sup>494</sup>」と分析されている。

これは、第2条(d)が国家当局自身「立法する」という一回きりの積極的義務であるのに

---

<sup>492</sup> Marsha A. Freeman et al (eds.), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women; A Commentary* (Oxford University Press, 2012), p. 10.

<sup>493</sup> *Ibid*, p. 72.

<sup>494</sup> *Ibid*, p. 86.

対し、第 2 条(e)が非国家主体との関係で「すべての適切な措置をとる」という継続的努力による積極的義務を定めることから導かれた分析だと指摘できる。

「相当の注意」の義務(obligation of 'due diligence')として言及された、すべての適切な措置をとる義務は、とりわけ私人による権利侵害および私人に対する国家の取り組みを強調するように使用されている。たとえば、第 2 条(e)は、締約国がたとえば私人、企業、その他の組織のような非国家主体によって行われるすべての差別に責任を負うことが要求されないであろうから、第 2 条(d)の義務ほど厳格なものではないとされる。コメントリによれば「このようなアクターに対する締約国の義務は、「相当の注意(due diligence)」のそれである<sup>495</sup>(下線部筆者加筆)」。

女子差別撤廃委員会が示す一般勧告 28 は、この第 2 条上の義務を以下のように述べている。

Article 2 is not limited to the prohibition of discrimination against women caused directly or indirectly by States parties. Article 2 also imposes a due diligence obligation on States parties to prevent discrimination by private actors. In some cases, a private actor's acts or omission of acts may be attributed to the State under international law. States parties are thus obliged to ensure that private actors do not engage in discrimination against women as defined in the Convention(下線部筆者加筆)<sup>496</sup>.

すなわち、「第 2 条は、締約国によって直接的あるいは間接的にもたらされる女性に対する差別の禁止に限定されない。第 2 条は、私人による差別を防止するため、締約国に対して相当の注意義務(due diligence obligation)を課している。一定の事例において、私人の作為あるいは不作為は、国際法上国家に帰属しうる。締約国はしたがって、私人が条約に規定されるような女性に対する差別に従事しないよう確保するよう義務付けられる」。

一般勧告 28 の以上のような説明は、私人の行為が国家に帰属し、国家機関とみなされる私人の行為について国家が確保義務を負い、国家が「相当の注意」義務を負うよう述べられているが、このような理解は ILC の国家責任条文のそれとは異なる。国家責任条文の立場は、行為が国家に帰属されて国家機関とみなされた私人の行為はすべて国家の行為として処理され、私人という地位は国家機関への擬制のなかで埋没する。したがって国家責任条文の立場では、私人の行為が国家へ帰属した結果の国家機関の行為に対しては、「相当の注意」概念を使用していない。

しかしながら、一般勧告 28 にとっての私人は、たとえその私人の行為が国家へ帰属する

---

<sup>495</sup> *Ibid*, p. 87.

<sup>496</sup> CEDAW Committee, General recommendation No. 28, CEDAW/C/GC/28, (16 December 2010), p. 3, para. 13.

としても「相当の注意」概念が適用される対象であると理解しているという点で、理解が異なっていると分析される。

この点、コメントリでは記述が分けられている。

私人の行為が国家へ帰属した結果の国家機関による差別を規律する第2条(d)は、「国家責任法に基づけば、(…)一定の事例において「非国家主体」は、国家は非国家主体に対して自分の役割を委任し、あるいは非国家主体が国家を代表して行為することを承認しうるので、実際に国家として行動できるし、あるいは彼らの作為あるいは不作為は国家に直接的に帰属しう。このような事例では、非国家主体の行為は、国家に帰属され、第2条(d)上の義務が適用可能となるので、締約国は非国家主体が禁止される差別を行わないよう確保しなければならない。(…)したがって当条約は、締約国に対し、その契約者が女性に対する差別、たとえば彼らに対して加えられている暴力のようなものに従事しないことを確保することを求めている<sup>497</sup>」のように、私人の行為が国家に帰属し国家機関とみなされる場合(第2条(d)上の義務)に、「相当の注意」概念は使用されていない。

反対に、第2条(e)では、「第2条(e)において、締約国の義務は女性に対する差別を「撤廃する」ために「全ての適当な措置」をとることである。一見して、このことは締約国が自ら差別を控える義務、および公的機関が一般的にそうすることを確保することよりも要求が少ないように思える。しかしながら、撤廃の政策を遅滞なく遂行する義務、および差別の非難、および立法措置に関連する第2条(a)、(b)、(c)における要件を鑑みるに、私人および組織による差別に取り組む法が当該義務の本質的要素である(…)かつ委員会は、締約国は差別を禁止する立法によって規律される国家アクターだけではなく、私的アクターも同様に確保するよう求めている。(…)相当の注意の基準(standard of due diligence)は、締約国が立法措置に加えて措置をとる義務を課され得るという意味で、(…)要求の厳しいものである<sup>498</sup>」として、「相当の注意」概念に依拠している。

また、第2条(e)のなかで触れられる「相当の注意の基準」に対しては、重要な指摘がなされている。一般的に、国家機関の行為に対する責任は私人の行為に対して負う相当の注意義務違反よりも厳格であることが想定されるが、第2条(e)、および第2条(a)、(b)、(c)の要件を考慮すれば、機関の行為に対する義務よりも、当該規定はより厳しい基準が課されていることが説明されている。すなわち、私的アクターからの人権侵害からの保護を確保するためには、「立法措置に加えて」「(私的アクターからの侵害からの保護を確保するために)すべての適切な措置をとる」ことが国家に求められている。

第2条における「相当の注意の基準(standard of due diligence)」という言葉について、コメントリはさらに以下のような説明を加えている。

私的な領域からの人権侵害に対して国家当局の不作為を説明する一般勧告25を検討した

---

<sup>497</sup> *Supra* note 492, (CEDAW Commentary), p. 87.

<sup>498</sup> *Ibid*, p. 88.

あと、「ここでの本質的な問題は、何が特定の文脈において「適当な措置」を構成するのかわかると前置きしたうえで、「人権法における「相当の注意(due diligence)」の概念をめぐって生じてきた学術法理(…)から、一定の指針が得られる。権利の「保護」義務に関連して発展してきたこの学術法理は、このフレーズの解釈にさらなる材料を提供しうる(下線部筆者加筆)<sup>499</sup>」との説明がなされる。

第2条のコメンタリでは「相当の注意基準」が、どのように国際人権法のなかで発展してきたか、そして現在問題となりうる解釈の傾向について、以下のように説明されている。

すなわち、「相当の注意基準(the due diligence standard)は、外国人への損害に対する国家責任の一般国際法に端を発し、多くの人権条約、米州人権制度の中で生じたリーディング・ケースのいくつかと共に広く検証されてきた(…)しかしながら、とりわけ女性に対する暴力に関する議論の文脈において、非国家主体の行為に関係する伝統的な当該概念との用法は対照的に、一定の論者はとりわけ条約の違反に関して、国家に行為が帰属可能な場合にとられるべき防止、処罰、賠償措置に関連して、「相当の注意」という用語を国家機関の行為と関連した国家そのものの義務に適用している。このようなアプローチは、自国の機関の行為に関する国家の義務の厳格責任の性質を、過失に基づく義務(すなわち、相当の注意を行使するあるいは合理的な措置をとることに失敗する)へと希釈する効果を持ち得るため、問題となる<sup>500</sup>(下線部筆者加筆)」とされる。

ここでの指摘は非常に重要であり、元は国家責任の一般国際法に端を発した「相当の注意」概念が、女性に対する暴力の文脈では異なるように使用されていることが示されている。

ただし女性に対する暴力と第2条の内容について述べた一般勧告19では、あくまで私人の行為に関して国家が責任を負う場面で、すなわち国家責任の一般国際法と同じ理解で「相当の注意」概念が使用されていることがわかる。たとえば以下のように、

It is emphasized, however, that discrimination under the Convention is not restricted to action by or on behalf of Governments (…). For example, under article 2(e) the Convention calls on States parties to take all appropriate measures to eliminate discrimination against women by any person, organization or enterprise. Under general international law and specific human rights covenants, States may also be responsible for private acts if they fail to act with due diligence to prevent violations of rights or to investigate and punish acts of violence, and for providing compensation<sup>501</sup>(下線部筆者加筆).

すなわち「しかしながら、条約上の差別は、政府によるあるいは政府を代表して行われた行

---

<sup>499</sup> *Ibid*, p. 88.

<sup>500</sup> *Ibid*, pp. 88-89.

<sup>501</sup> CEDAW Committee, General recommendation No. 19 and 20, A/47/38, (1992), para. 9.

為に限定されない(…)。たとえば、第2条(e)に基づいて、条約は締約国に対して、個人、団体又は企業による女子に対する差別を撤廃するために全ての適切な措置をとることを求めている。仮に締約国が権利侵害を防止するため、あるいは暴力行為を捜査および処罰するため、あるいは賠償を提供するために相当の注意(due diligence)をもって行動することを怠ったならば、私人の行為について責任を負いうる」とされている。

すなわち、第2条(e)における私人の行為に関する責任について「相当の注意」概念が適用されるよう説明され、その他国家機関の行為については適用されていないことがうかがえる。

以上のように説明される第2条と「相当の注意」概念の理解は、女子差別撤廃委員会への個人通報制度に基づく請求の中にも表現されている。

たとえば *Yildirim v. Austria* 事件<sup>502</sup>において女子差別撤廃委員会は、オーストリアがドメスティック・バイオレンスに取り組むための包括的な立法制度およびその他の措置を有していたことを認定した一方で、「個別のドメスティック・バイオレンスの被害者女性が、男女の平等の原則、および人権および基本的自由の現実的な実現を享受させるというオーストリアの(…)政治的意思は、国家の相当の注意義務(due diligence obligation)を忠実に実施する国家アクターによって支持されねばならない<sup>503</sup>」と判示している。

当該 *Yildirim v. Austria* 事件で「相当の注意義務」違反とされた事実には、法執行当局の活動を適切に調和させることを怠ったこと、現実かつ差し迫った暴力に続く死亡した請求人の夫を拘束することを怠ったこと、および違反に関係する被害者へ効果的な保護を提供することを怠ったこと<sup>504</sup>などが含まれている。

コメントリでは、このような「相当の注意」概念が、女性に対する暴力の文脈だけではなく、私人に対する国際義務違反の事例に広く適用されていることを指摘<sup>505</sup>したうえで、「相当の注意(due diligence)によって要求されるものは事例によって変化する」ことに触れている。

次に第3条(女子の能力開発・向上の確保)は、条約上の国家の一般的義務を説明する条文の1つとして、CEDAWの第1部に位置づけられる。第3条は締約国の「女子の完全な能力開発および向上を確保するための全ての適切な措置をとる」義務を定めている。

コメントリは、当該第3条上の義務履行を尊重(respect)、保護(protect)、促進および実施(promote and fulfil)に分けて解説しているが、このうち保護する義務(Obligation to protect)について、「相当の注意」概念を用いて以下のように説明している。

「保護する義務は、民間企業の経済政策を含む非国家主体によって、女性の能力開発及び

---

<sup>502</sup> CEDAW Communication No. 6/2005, CEDAW/C/39/D/6/2005 (1 October 2007).

<sup>503</sup> *Ibid*, para. 12.1.2.

<sup>504</sup> *Ibid*, para. 12.1.3.

<sup>505</sup> *Supra* note 492, (CEDAW Commentary), pp. 89-90.



向上が阻害されないよう確保するために、相当の注意(due diligence)を行使するための締約国の義務を含む。多国籍企業、とりわけ輸出加工区における、彼らのための倫理規定や行動プログラムの作成および実施が勧告されている<sup>506</sup>」とある。

また第3条と「相当の注意」概念について、選択議定書第8条に基づく Ciudad Juárez における事件に関するメキシコ調査(inquiry)<sup>507</sup>、および Sahide Goekce v. Austria 事件<sup>508</sup>によってそれぞれ言及がなされている。

これら第3条に基づく女子差別撤廃委員会の決定と「相当の注意」概念については、以下のようにまとめられている。すなわち「第3条に基づいて何の特定の義務違反があったのか、および、条文のどの文言がこの結論の基礎となったのかについても委員会が説明したことはない」。ただし、個人通報制度の請求内容の事実を考慮すると、「女性の能力開発および向上の観点から相当の注意(due diligence)を行使する義務は、アクセス可能な法的救済および助言、およびジェンダーに基づく差別の請求を扱う手続きを含め、平等な司法へのアクセスを確保することを締約国に求めている<sup>509</sup>」。

このような言及からは、たとえ具体的な文言に基づいてどのような義務違反があったかが説明および特定されなくとも、被害の状況などから「相当の注意」義務違反が認定されうることを示している。

第6条(売買・売春からの搾取の禁止)は、女子の売買および売春からの搾取を禁止するためにすべての適当な措置をとる締約国の義務を定める。この「すべての適当な措置」の内容について、「相当の注意」概念が説明に使用されている。

売買および売春からの搾取はまず非国家主体によって準備されることを考慮して、コメントリは一般勧告19において「諸国が、仮に権利侵害の防止、あるいは暴力行為を捜査および処罰するために相当の注意をもって行動することを怠ったならば、私人の行為に対しても責任を有しうる、そして、賠償を提供するよう義務付けられる」と確認された文言を引用し、とりわけこの文脈を第6条に応用しつつ以下のように述べる。

「近年の国際的な反売買法の発展は、この条約の相当の注意(due diligence)を行使する義務の中に持ち込むことが可能である。これらは、明らかに締約国が人身売買を刑罰化、人身売買の被害者を迅速かつ正確に特定し、売買の事例を、相当の注意をもって(with due diligence)捜査及び訴追し、被害者に対して援助及び保護を提供し、人身売買を防止し、他国と国際的に協力してこれに従事する義務を確立してきた」。

よって、私人との関係において「相当の注意」概念を行使するという一般勧告を用いて、

---

<sup>506</sup> *Ibid*, p. 119.

<sup>507</sup> Report on Mexico under article 8 of the Optional Protocol to the Convention, CEDAW/C/2005/OP.8/MEXICO, (27 January 2005).

<sup>508</sup> CEDAW Communication No.5/2005, CEDAW/C/39/D/5/2005, (6 August 2007).

<sup>509</sup> *Supra* note 492, (CEDAW Commentary), p. 119.

この文脈が第 6 条にも適用されること、とりわけ捜査や訴追に注意が向けられるべきことが言及されている。

Zhen Zhen Zheng v. Netherland 事件では、国内救済が完了していないことを理由として請求は受理不能であると判断されたものの、3 名の反対意見のなかで「相当の注意」概念と関連した意見が述べられている。

通報人は、未成年でかつ中国からオランダへ、強制売春のために取引されてきた。彼女はオランダ当局に、人身売買の被害者として認定されず、かつ、彼女が妊娠し、人身売買の状況から解放されたあとに、オランダに留まる許可および難民申請に失敗した。原告は、売買された人物が一時的な滞在許可を得られる「B9」政策のもとで救済を得られる可能性を彼女に通知しなかったことから、オランダが第 6 条に基づく義務に違反したと主張した。

このような事情を鑑みて、反対意見は、

In the light of the nature of the crime of trafficking and the difficulty for victims, who are often uneducated and traumatized, to report precisely and with great details their experience, we are of the view that IND[Immigration and Naturalization Service] did not act with the due diligence that the author's situation required by failing to recognize that she might have been a victim of trafficking in human beings and accordingly inform her of her rights, including the possibility to avail herself of the B9 scheme<sup>510</sup>(下線部筆者加筆).

「人身売買の犯罪の性質、およびしばしば無学で心的外傷を持つ被害者にとって、その経験を正確かつ詳細に報告することの困難を鑑みれば、我々は、彼女が人身売買の被害者でありえたことを認識し、かつこれによって彼女に、B9 枠組みの利用可能性を含めた彼女の権利を通知することを怠ったことにより、移民帰化局が請求人の事情が要求する相当の注意をもって行動しなかったという見解に立つ」と意見している。

このような意見は、第 6 条上の人身売買等の犯罪について国家が「相当の注意」をもって取り組む義務があることを示すばかりではなく、先ほど第 2 条と一般勧告 28 に関連して指摘された問題点が指摘できることに気付く。すなわち、本件について、女子差別撤廃委員会は、移民帰化局が請求人へ通知をする措置について「相当の注意」概念を使用するが、移民帰化局が国家機関であり、ここでの保護法益が被害者である彼女の「通知される権利」であることを鑑みると、国家責任法による理解では国家による直接的な義務違反となるのであって、「相当の注意」概念が適用される事例ではない。

さらなる第 6 条の分析のなかでも、「相当の注意」概念について説明するものがある。コ

---

<sup>510</sup> CEDAW Communication No. 15/2007, CEDAW/C/42/D/15/2007, (26 October 2009), para, 8.7(Individual opinion by Committee members Mary Shanthi Dairiam, Violeta Neubauer and Silvia Pimentel (dissenting)).

メンタリでは第6条の分析も、義務履行を尊重(respect)、保護(protect)、実施(fulfil)の3段階に分けてなされているが、このうち「相当の注意」概念について解説するのは保護する義務(obligation to protect)である。

コメンタリはここで欧州人権条約制度における Rantsev, Cyprus and Russia 事件を参照し、強制労働および奴隷労働に対して非国家主体の行為を防止、訴追、処罰すること、および被害者に対して保護を提供しなかったことについて責任を負うことが示されていることを確認したのち、「条約は締約国に対して「公私を問わず、あらゆる形式のジェンダーに基づく暴力を克服する」ことを義務付けているので、非国家主体による行為に関して相当の注意(due diligence)を行使しなければならない<sup>511</sup>(下線部筆者加筆)」が、「第6条に基づく締約国の相当の注意義務(duty of due diligence)は、様々な範囲の措置を要求している」と解釈されている。

よって、第6条における「相当の注意」概念は、第2条や第3条と同様に、私人間関係から生ずる人権侵害について国家が一定の注意義務を負うことに対して適用されている。ただし、権利侵害の主体が国家機関か私人かで、「相当の注意」概念に厳密な区別がされているとは言い難い。

第7条(政治的・公的活動における平等)は、女性の政治的権利を実現する締約国の義務を包括的に定めている。このなかには、選挙された代表として(第7条(a))、あるいは公職につくことで(第7条(b))公共政策の形成に直接参加する権利、あるいは間接的に、投票を通じて(第7条(a))参加する権利を含む。とりわけ第7条(c)は、「自国の公的又は政治的活動に関係のある非政府機関および非政府団体に参加する権利」を定める。そして締約国には「自国の政治的及び公的活動における女子に対する差別を撤廃するための全ての適切な措置をとる」ことが求められている。

第7条(c)が非政府機関および非政府団体について規定していることから、コメンタリでは「相当の注意」概念に関連した説明がなされている。

政府機能の民営化は市場経済における共通政策であるが、公的サービスの提供のアウトソーシングは、これら民営化された団体に対する女性の平等なアクセスを含め、締約国の人権義務の迂回、浸食をもたらしてはならない<sup>512</sup>。

民営化された国家機能は、女性の政治参画に関連する権利に関するものであることを条件として、第7条(c)で規律されうる。これについて「条約の第2条(e)および7条(c)にしたがい、締約国の義務は非国家主体に関する相当の注意(due diligence)のそれとなるだろう。自由化措置が取られる前に、女性に対する自由化の影響が評価され、有害な結果を回避するために措置が取られねばならない。さらに、民営化のプロセスそれ自体において、締約国は女性の平等な参加を確保するために規律し、規範的な基準を設定しなければならない。かつ、

---

<sup>511</sup> *Ibid*, p. 188.

<sup>512</sup> *Ibid*, p. 203.

立案、交渉、契約の執行時、行動を監督しなければならない<sup>513</sup>」とされる。

第7条(c)から導かれる、女性の公的活動へ参加する権利を保護するための義務としても、「相当の注意」概念が使用される。すなわち「主に間接的な義務を規定する第7条(c)に基づき、締約国はNGOsおよび団体の行為に対して、第三者、とりわけ政治団体、貿易団体、企業、メディアなどによる介入の防止、その救済、処罰、あるいは賠償措置をとることによって、相当の注意(due diligence)を行使するよう要求されている<sup>514</sup>」とされている。

以上の第7条(c)に関する「相当の注意」概念には、たとえば行政機能の自由化措置がとられる前に、「女性に対する自由化の影響が評価され、有害な結果を回避するために措置が取られねばならない」という説明は、権利侵害のリスクが生じる前に、すなわちリスクが生じるか否かを前もって評価しておく必要性が含まれている。このような理解は、「いつ、国家が相当の注意を負うのか」という問いに対して深刻な論点を提起しうることが指摘される。

第11条(雇用における差別撤廃)は、「雇用の分野における女子に対する差別を撤廃するためのすべての適当な措置をとる」ことを定める。

「適当な措置」のうち、立法、司法、執行、公務員の活動に措置が適用され、その実施を保証するのは国家機関による直接的な責任である<sup>515</sup>。ただし第11条上の義務は、第2条(e)の一般規定によって補完されるので「第11条上の権利侵害から女性を保護する義務は、大部分が国家の間接的な義務であり、それは民間の雇用者および貿易団体の活動に対する相当の注意(due diligence)の行使により実施されねばならない<sup>516</sup>」。したがって、「民間の雇用者に関する国家の義務は、相当の注意である。しかしながら、公的な雇用者に関しては、相当の注意義務だけではなく、当該違反に対する追加的な、直接的賠償責任が生ずる」とまとめている<sup>517</sup>。

以上のような、民間/公的な雇用者に対する「相当の注意」概念には、興味深いことに、第2条と一般勧告28において指摘された論点が、ここでも同様に指摘される。すなわち「公的な雇用者に関しては、相当の注意義務だけではなく、当該違反に対する追加的な、直接的賠償責任が生ずる」という理解は、国家機関の行為については「相当の注意」概念が適用されているだけではなく、直接的な責任も追加で課されるということになる。

国家機関に対する国家の責任が厳格な性質を有するという人権条約上の義務の一般的な解釈と、私人との関係で生ずる国家責任の文脈で使用される「相当の注意」概念とは本来用法を共有しえないはずであるが、この第11条における公的な雇用者への注意概念について

---

<sup>513</sup> *Ibid*, p. 205.

<sup>514</sup> *Ibid*, p. 216.

<sup>515</sup> *Ibid*, p. 307.

<sup>516</sup> *Id*.

<sup>517</sup> *Ibid*, p. 307.

は、厳格な責任という性質と、「相当の注意」概念と一緒に使用されている。

第 12 条(保健における差別撤廃)は、締約国に対し「男女の平等に基づいて、保健サービスへのアクセスを確保するため」「保健の分野における女子に対する差別を撤廃するための全ての適当な措置をとる」ことを義務付けている。

当該義務の実施についてコメントリは、「女性の健康に関する権利の保護[の義務]は、締約国およびその公務員および職員に対して、私人及び組織による権利侵害を防止、およびこれらに対して処罰を課すことを要求している」としたうえで、「非国家主体による差別行為を防止および賠償を行うための積極的措置は、健康分野における相当の注意基準(duel diligence standard)の対象となる。この基準は、締約国に対し、特定の非国家主体による差別行為を防止および賠償するための効果的措置と同様に、効果的な制度を創設することを求めている<sup>518</sup>」と言及している。

この効果的な措置および効果的な制度とは、「相当の注意基準(duel diligence standard)にしたがって、保護義務は、女性の権利を侵害した私人、たとえば女性に対して性器割礼を実施した人、を適切に訴追および処罰することを確保する」ことを含む。

また第 12 条上の義務は、ドメスティック・バイオレンスの事例をカバーしている。

締約国は、被害者が「彼女の権利の重大な侵害および被った肉体的及び精神的な侵害に見合った賠償を受け取る」ことを確保するよう求められる<sup>519</sup>。

ここでの「相当の注意」概念は、私人に対して国家が負う注意義務に対して、「基準」として適用されている。コメントリ中には「効果的」な措置や制度が強調されていることから、「基準」とは医療水準等の制度の質を指すのではなく、第 12 条上に規定される権利確保のために計画された措置が、その状況に応じて実効的に実施されることこそが求められていることを意味していると解される。

#### (1) 「女性に対する暴力」への取り組みと「相当の注意」概念

条文ごとの分析のほか、コメントリは「女性に対する暴力」という題名で、これに取り組む国際文書等の検討を行い、女子差別撤廃条約と関連深いものとして論じている。

このなかには、「相当の注意義務(Duty of Due Diligence)」や「相当の注意の基準(The Standard of Due Diligence)」と題された節において締約国の義務について分析がなされているため、ここで本稿における検討の素材として分析を加えていく。

女子差別撤廃条約には、明示的に女性に対する暴力に対して取り組む条文は存在しない。これは、あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約(以下、人種差別撤廃条約)第 4 条(a)が「全ての暴力行為又はその行為の扇動及び人種主義に基づく活動に対する資金援助を含むいかなる援助の提供も、法律で処罰すべき犯罪である」ことを宣言していることとよく

---

<sup>518</sup> *Ibid*, p. 331.

<sup>519</sup> *Id.*

対比される<sup>520</sup>。

ただし、女子差別撤廃条約は、女子差別撤廃委員会が中心となって策定した多くの国際文書によって発展してきた。

また、通報や請求の帰結に関する委員会の見解は、「ECHR および米州人権条約に依拠してきた人権侵害の防止及び訴追のための国家の相当の注意の行使義務(obligation to exercise due diligence)に関連した女性の人権法理の創設に影響を与えてきた<sup>521</sup>」とされる。

女性に対する暴力について様々な表明を行うという包括的アプローチを要求することによって、暴力を女性に対する差別として認識し、それに関して権利指向的(rights-based)アプローチを採用している 1992 年の女性に対する暴力に関する一般勧告 19 は、女性に対する暴力を、国際人権法の領域へはっきりと導入した<sup>522</sup>。

一般勧告 19 の取り組みは、国連婦人の地位委員会(CSW)によって起草され、1993 年 12 月の国連総会によって採択された、女性に対する暴力の撤廃に関する宣言(以下、DEVAW)にも踏襲されている。

DEVAW は、その第 4 条において「相当の注意」概念が女性に対する暴力と国家の義務との関係において重要であることを示している。

第 4 条は、以下のように定める。

States should condemn violence against women and should not invoke any custom, tradition or religious consideration to avoid their obligations with respect to its elimination. States should pursue by all appropriate means and without delay a policy of eliminating violence against women and, to this end, should:

国家は、女性に対する暴力を非難しなければならず、その撤廃に関する義務を回避するために、いかなる慣習、伝統または宗教的考慮をも援用してはならない。国家は、女性に対する暴力を撤廃する政策を、すべての適切な手段により、かつ遅滞なく追求し、この目的のために、以下のことをしなければならない。

(c) Exercise due diligence to prevent, investigate and, in accordance with national legislation, punish acts of violence against women, whether those acts are perpetrated by the State or by private persons<sup>523</sup>;

---

<sup>520</sup> *Ibid*, p. 443.

<sup>521</sup> *Ibid*, p. 618.

<sup>522</sup> *Ibid*, p. 444.

<sup>523</sup> Declaration on the Elimination of Violence against Women, A/RES/48/104, (20 December 1993).

これらの行為が国家によってなされるか私人によってなされるかを問わず、女性に対する暴力行為を防止し、調査しおよび国内法に従って処罰するために相当の注意を払うこと

とある。DEVAW は、前文のなかで「女子差別撤廃条約の効果的な実施が、女性に対する暴力の撤廃に貢献する」こと、および「女性に対する暴力の撤廃に関する宣言がこのプロセスを補強すること」に触れている。かつ第 4 条(a)では「女子差別撤廃条約が未批准である場合、これを批准し加入すること、あるいは留保を撤回することを考慮すること」と定められている。

また女子差別撤廃条約と比べ、DEVAW の規定はより詳細に暴力の内容が定義されており(第 1 条、第 2 条)、かつ暴力を受ける女性に関連する政治的、経済的、文化的、市民的権利を列挙している(第 3 条)という点を考慮すれば、他の人権条約制度との関連付けを重視し、他の人権条約制度の中にも、「女性に対する暴力」の文脈で権利侵害を認定できるよう促していることが留意される。

#### (1-a) 武力紛争時における女性への暴力と「相当の注意」概念

女子差別撤廃条約は、武力紛争中に当条約が適用できることを明示していない。ただし、一般勧告 19 では、戦争、武力紛争、占領が女性の売春、売買、性的攻撃の増加を招くことが記されている<sup>524</sup>。

女子差別撤廃委員会は、武力紛争時における女性に対する暴力について深刻な憂慮を示してきた。2002 年のインドにおける Gajarat 虐殺について、インドが提出した報告書に関する女子差別撤廃委員会の最終見解<sup>525</sup>においては、以下のように「相当の注意」の欠如、として「相当の注意」概念が使用されている。

(…) the Committee considers that States parties are under an obligation to act with due diligence to investigate all crimes including that of sexual violence perpetrated against women and girls, to punish perpetrators and to provide adequate compensation without delay<sup>526</sup>(下線部筆者加筆)。

として、「委員会は、締約国が女性および女兒に対して行われた性的暴力を含む、あらゆる犯罪を捜査するため、および遅滞なく加害者を処罰し、適切な賠償を提供するために相当の注意をもって行動する義務を負うと考える」と述べている。

本件においてとりわけ憂慮されたのは、事件に対するインドの捜査プロセス

---

<sup>524</sup> *Supra* note 501, (CEDAW General Recommendation No. 19 and 20), para. 16.

<sup>525</sup> Concluding Observations India, CEDAW/C/IND/CO/SP.1, (22 October 2010).

<sup>526</sup> *Ibid*, para. 5.

(investigation process)であり、委員会は女性に対する性的暴力を含め、暴力の事例を即座に捜査するにあたってインドの「相当の注意の欠如(lack of due diligence)」があったのではないかと述べている。

当該文書に含まれる勧告文の中にも、「相当の注意」概念は以下のように取り入れられており、文言は先に引用したものとほぼ変化はないものの、

The Committee calls upon the State party to urgently discharge its responsibility to act with due diligence to investigate all crimes including that of sexual violence perpetrated against women and girls, to punish perpetrators and to provide adequate compensation without further delay. (…)<sup>527</sup>(下線部筆者加筆)

「委員会は締約国に対し、女性および女兒に対して行われる性的暴力を含めたすべての犯罪を捜査するため、さらなる遅滞なく加害者を処罰し、適切な賠償を提供するために相当の注意をもって行動する義務を緊急に果たすことを求める」とされている。

以上のように、特に武力紛争時においては、証拠の保全や加害者の処罰に対して捜査が適切に行われ、不処罰の空気を許容しないことが求められている。ここでの「相当の注意」概念は、私人間の権利侵害について国家機関が措置を講ずるという点で国家責任法における「相当の注意」概念の適用と変わるところはない。ただし、Garcia-Amador などのように、いわゆる防止の義務と訴追の義務を区別し、前者の防止の義務にのみ「相当の注意」概念を適用する立場などと比較すると、訴追の義務単体に「相当の注意」概念を適用する女子差別撤廃委員会の立場は対照的である。

### (1-b) 締約国の義務の性質と「相当の注意義務」

つぎに、女子差別撤廃条約のコメンタリでは、締約国の義務の性質について「相当の注意義務(Duty of Due Diligence)」、「相当の注意の基準(The Standard of Due Diligence)」という節において「相当の注意」概念と女性に対する暴力における締約国の義務の性質が考察されている。

まず女性に対する暴力と「相当の注意義務」について、参照されているのは一般勧告 19 である。

一般勧告 19 では、「一般国際法、および特定の人権条約において、仮に権利侵害の防止、あるいは暴力の捜査及び処罰、および賠償の提供を行うために相当の注意をもって(with due diligence)行動することを怠った場合、諸国が私人の行為に対して責任を負う<sup>528</sup>」と説明される。

---

<sup>527</sup> *Ibid*, para. 19.

<sup>528</sup> *Supra* note 501, (CEDAW General Recommendation No.19 and 20), para. 24.



そして「私人行為に対する相当の注意義務は、国家当局が「了知していた(know)、あるいは了知すべきであった」極度の暴力の危険がある場合に生じる<sup>529</sup>」と説明される。このような立場は、その後の国際文書においても踏襲されている。

### (1-c) 締約国の義務の性質と「相当の注意の基準」

女性に対する暴力と「相当の注意の基準」について、コメントリはその基準が高い、と断言している<sup>530</sup>。

この高度な基準がうかがえる事例として、Fatma Yildirim 事件、および Sahide Goekce 事件が言及されている。双方の事件はオーストリア政府の行為が問題となった事件であるが、女子差別撤廃委員会は、オーストリアが立法、刑事および民事上の救済、注意喚起、教育および訓練、シェルター、暴力被害者へのカウンセリング、加害者の取扱いなどの、ドメスティック・バイオレンスへ取り組むための包括的なモデルを有していることを認識していた<sup>531</sup>にもかかわらず、「相当の注意の行使」を怠った、と判断された。

Fatma Yildirim および Sahide Goekce の双方の事件において、オーストリア当局は加害者を処罰していた。しかしながら問題に取り組むための実効的な制度を有しているだけでは不十分であるとされ、「その制度は相当の注意義務に対して理解及び同意した国家によって、実施されねばならない」とされた。

当該事件において、当局が暴力の危険性を「了知していたあるいは了知すべきであった」か否かの決定は、たとえば Fatma v. Yildirim 事件において説明される。当該事件では、カップルのアパート、その周囲、彼女の職場へ彼が戻ることを禁止する仮保全命令が出されていたにもかかわらず、Fatma Yildirim の夫(Irfan Yildirim)は繰り返し彼女へ連絡をとり、かつ彼女を殺害すると脅し続けた。警察も通常の介入を行っていた。その他、高まっていた危険を示す事実としては、仮に婚姻が終了したならば、夫はオーストリアにおける居住許可を失う状況にあったということがある<sup>532</sup>。

本件につき、オーストリア当局は、彼を拘束しなかったことにより Fatma Yildirim を保護する相当の注意義務(due diligence obligation)に違反したことが認定された。すなわち当局は、彼らが高度の危険を認識し、あるいは認識しなければならなかったという事実が示された時に、決定的な措置をとらなければならなかったのである。

すなわち、

The Committee considers that the facts disclose a situation that was extremely dangerous to

---

<sup>529</sup> *Supra* note 492, (CEDAW Commentary), p. 466.

<sup>530</sup> *Id.*

<sup>531</sup> *Id.*

<sup>532</sup> *Ibid*, p. 467.

Fatma Yildirim of which the Austrian authorities knew or should have known, and as such the Public Prosecutor should not have denied the requests of the Police to arrest Irfan Yildirim and place him in detention. The Committee notes in this connection that Irfan Yildirim had a lot to lose should his marriage end in divorce (i.e. his residence permit in Austria was dependent on his staying married) and that this fact had the potential to influence how dangerous he would become<sup>533</sup>(下線部筆者加筆).

「委員会はこれらの事実が、オーストリア当局が了知していた、あるいは了知すべきであった Fatma Yildirim にとって高度に危険であった状況を明らかにしていると考え。そのようなものとして、検察は、Irfan Yildirim を逮捕し、彼を拘束する警察からの要請を否定すべきではなかった。委員会はこれとの関係で、Irfan Yildirim が婚姻が離婚によって終了したならば、多くのものを失う(すなわち、婚姻関係に依存したオーストリアへの居住許可)こと、および、この事実によりいかに彼が危険になりうるかへの影響を及ぼす可能性があったことに留意する」。

この文脈では、確かに制度を構築するだけでは国家の「相当の注意」義務あるいは基準を満たさない、と理解されている。

コメントリは Ciudad Juárez 事件にも触れており、同事件では、殺人および失踪に関して真剣な捜査が行われておらず、不処罰が 10 年にもわたってはびこっていた。このことは、当局による相当の注意の欠如を構成する。本件は加害者の逮捕あるいは処罰、法廷における審査、被害者の特定をしなかったこと、不適切な記録と訴追がされることなく事件が集結したことなどから伺うことができる。とりわけ不備とされたのは、拷問によって虚偽の自白を得た点である。

このような女子差別撤廃委員会の意見について、コメントリは「相当の注意(due diligence)は、不寛容を要求している<sup>534</sup>」と分析している。不寛容の例として、たとえば問題への注意喚起のために、国家が「女性に対する暴力に対する不寛容政策を開始する」ことや、「社会的および道徳的に受け入れがたく」することなどが挙げられている。

#### (1-d) 女性への暴力に対する取り組みと締約国の義務の履行

コメントリは、「相当の注意義務(obligation of due diligence)を履行するために、締約国は、雇用、健康、社会的サービス、教育、ビジネス、貿易などあらゆる関連分野において、非国家主体や自国の機関にたいして適用可能な、女性に対する暴力に関する実施、監視立法および政策を策定しなければならない<sup>535</sup>」と述べている。ここでもコメントリは、

---

<sup>533</sup> *Supra* note 502, (Yildirim v. Austria), para. 12.1.4.

<sup>534</sup> *Supra* note 492, (CEDAW Commentary), p. 467.

<sup>535</sup> *Id.*

尊重、保護、促進および実施、の3つの枠組みを設けて検討を行っている。

このうち、尊重する義務については、国家機関に対する義務と、私人の行為に対する義務が区別されているように見える。すなわち「暴力から自由になる女性の権利の尊重義務は、刑事的、民事的、行政的、労働法が差別的でないこと、および、これらが女性に対する暴力を阻止するために効果的な法的枠組みを提供することを確保する義務を含む」とされる一方で、「極めて適切な法律が実施されている場合、委員会はその実施及び監視の強化を奨励している。適切かつよく配分された資金は、緊急サービスやシェルターなど、司法制度および社会的設備や医療制度の運営において適切な国内戦略に必須である」とも説明される。

一方で、保護する義務については、冒頭から「保護する義務(…)は、締約国に対し、家族やコミュニティ、私兵などの非国家主体によって行われる暴力から女性を保護するために相当の注意(due diligence)を行使する積極的義務である<sup>536</sup>」と説明される。また、保護する義務には、不処罰を阻止する義務を含むともされる。なぜならば、これによって暴力が社会的に正当化されうるからである。

ここでは、メキシコ調査 (inquiry)が引用されている。当該調査の報告書において、女子差別撤廃委員会は以下の点において「相当の注意の欠如(lack of due diligence)」を認定している。すなわち、「性的暴力と結びついた殺人が、深刻に捜査された事例はなく、犯行現場は保存されず、証拠は破壊され、告発は無視され、被告は罪をでっちあげられ、証拠は失われ、事件ファイルからページが欠落し、何らの捜査もされずに数年が経過したことを示すように、それらのいくつかはたった数ページしかなかった<sup>537</sup>」ことについて。

この点につきコメントは、「暴力の罪を捜査することに関する公の当局における無能、共犯、不注意は、捜査されかつ適切に処罰されるべきである<sup>538</sup>」と分析している。

### 第3款 欧州人権条約

欧州人権条約では、第2条(生命に対する権利)、および第5条(身体的自由及び安全に対する権利)との関係で、「相当の注意」概念が登場する。

第2条(生命に対する権利)は、その第1項で「すべての者の生命に対する権利は、法律によって保護される。何人も、故意にその生命を奪われぬ。ただし、法律で死刑を定める犯罪について有罪の判決の後に裁判所の刑の言渡しを執行する場合は、この限りでない」と定める。

この第2条(1)について、国家の積極的義務に関する文脈で、「相当の注意」概念が登場す

---

<sup>536</sup> *Ibid*, p. 469.

<sup>537</sup> *Supra* note 507, (Mexico inquiry), para. 88.

<sup>538</sup> *Supra* note 492, (CEDAW Commentary), p. 469.

る。

欧州人権条約のコメンタリ<sup>539</sup>では、まず第2条(1)の枠組みについて *Osman v. U.K.* 事件を引用し、以下のように第2条(1)の解釈をまとめている。

すなわち、「第2条(1)から生ずる国家の積極的義務の性質および射程は、*Osman v. UK*, 1998-VIII 事件によって分析を受けた。(…) 判決は明示的に、国家が第2条によって人物の生命に対する権利を保護することを要請していることを示した。:(a)効果的な刑事法上の措置、(b)これらの措置を実施するための取り締まりおよび刑事司法制度の提供、(c)他の人物からの犯罪行為から、特定の私人の「現実的かつ緊急の」生命に対するリスクがある場合、合理的な実施措置をとること。しかしながら、*Osman* 事件が説明したように、裁判所は(c)の要件の違反を認定するのに非常に慎重である<sup>540</sup>」と説明されている。

そして次の *Opuz v. Turkey* 事件では、「相当の注意」概念と第2条(1)の積極的義務との関係が言及されているという。

*Opuz v. Turkey* 事件では、トルコの国内当局が、原告の夫による日常的な暴力から原告および彼女の母を保護することを怠ったことについて請求が行われた。原告の夫 H.O は、原告の母を殺害している。欧州人権裁判所は、トルコの第2条の保護義務違反を認定するうえで、以下のように述べている。

148. さらに、生命が危機に瀕している私人を保護するための防止措置をとる国家の積極的義務という観点から、当局は、暴力的な攻撃を行った刑事上の記録を持つ容疑者に直面した際、原告の母を保護するために、状況の重大性に応じた特別な措置をとることを期待されていたであろう。最終的に、治安判事裁判所における地方検察当局あるいは裁判官は、[国内法の下で利用可能な—たとえば、暴力的な家族の1人を別離させる/家族の家へ近づかせないことを要求する命令のような]保護措置を、自らのイニシアチブによって行うことができた。(…) 反対に、原告の母が保護を再三にわたり要求していたことの返答において、警察および治安判事裁判所は、H.O. から証言をとっただけで彼を解放した。当局がこの証言からほぼ2週間動かなかつた間に、H.O. は原告の母を射殺した。

149. これらの状況において、裁判所は、国家当局が相当の注意(due diligence)を示したとは見なされえない、と結論した。したがって、彼らは条約第2条の意味における、原告の母の生命権を保護するための積極的措置を怠った<sup>541</sup>(下線部筆者加筆)。

---

<sup>539</sup> Alastair Mowbray, *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights*, Third Edition (Oxford University Press, 2012).

<sup>540</sup> *Ibid*, pp. 120-122.

<sup>541</sup> *Ibid*, p. 122.

以上の判例法理からは、第 2 条に規定される生命に対する権利を保護する義務を履行するためには、警察、裁判所などの国家機関が、事件の重大性に関心を持ちつつ、個人の保護のために誠実に行動することが求められているように解釈される。なぜならば、単なる積極的措置というだけならば、原告の夫 H.O に対して証言をとるなどの一定の積極的措置を行っているからである。よって第 2 条に基づく生命に対する権利の保障は、単なる積極的措置をとればよいのではなく、これが「相当の注意」を示したとみなされる必要がある。

よって欧州人権条約上、第 2 条の保護措置と「相当の注意」概念は、以上のように関連するとみなされている。

第 5 条(身体の自由及び安全に対する権利)では、第 5 条(1)(f)における外国人の退去・追放に関する手続きについて、「相当の注意」概念が関連する。

第 5 条(1)(f)について、国外退去が決定されるまでの拘留の「合法性」が論点となる<sup>542</sup>。

Bozano 事件によれば、第 5 条上、国外退去のための審査中の拘留について、退去あるいは追放の根拠は問題とされないにもかかわらず、退去あるいは追放措置の完了までにとられた不合理な時間経過は、当該拘留が第 5 条(1)(f)によって正当化されない<sup>543</sup>。

原告が退去手続きの進行中、ほぼ 2 年の間拘留された *Quinn v. France* A.311(1995)事件では、判決中に「相当の注意」概念が登場する。

すなわち以下のように、

48 しかしながら、裁判所は追放という観点でみた原告の拘留機関が異常に長かったことに留意する。彼は、1989 年 8 月 4 日から 1991 年 7 月 10 日まで、ほぼ 2 年間のあいだ、退去手続きとの関係で拘留された・・・したがって、彼は彼が 1991 年 1 月 24 日の命令に従って、スイス当局へ引き渡される 1992 年 9 月 24 日まで、パリ高等裁判所の有罪判決に従った。

第 5 条(1)(f)のフランス語および英語の双方の用語から、サブパラグラフから導かれる自由は、退去手続きが行われている間のみ正当化されることは明らかである。仮にそのような手続きが相当の注意をもって(with due diligence)遂行されなかったとしたら、当該拘留は、第 5 条(1)に基づき正当化されなくなるだろう<sup>544</sup>(下線部筆者加筆)。

したがって、国外退去手続きを進行するにあたって、国家当局は原告の権利が侵害されないよう「相当の注意をもって(with due diligence)」任務を遂行しなければならないことが判示されている。ここでは、原告の権利を侵害しようとしているのは私人ではなく、国家当局そのものである点が留意される。したがって第 2 条のように、私人と私人の加害・被害関係

---

<sup>542</sup> *Ibid*, p. 293.

<sup>543</sup> *Ibid*, p. 294.

<sup>544</sup> *Id.*

への寄与や防止の度合いによって国家責任が生ずる場面は想定されていない。

#### 第4款 市民的及び政治的権利に関する国際規約(自由権規約)

市民的及び政治的権利に関する国際規約<sup>545</sup>(以下、自由権規約)は、第2条(1)および(3)において、締約国へ規約上の権利を確保する(ensure)ために積極的義務を課している<sup>546</sup>。自由権規約のコメンタリでは、第2条に関する水平的義務および垂直的義務、第1選択議定書第5条(2)(d)(委員会による検討)、および、第6条(生命に対する権利および死刑<sup>547</sup>)、第7条(拷問又は残虐な刑の禁止)、第13条(外国人の追放)、第2条(3)(締約国の実施義務)と関連して「相当の注意」概念に言及している。

人権委員会(以下、HRC)の一般的意見31<sup>548</sup>は、第2条あるいは規約上の義務一般について ILC の国家責任条文第7条のアプローチを反映し<sup>549</sup>、あらゆる政府の機関、政府当局による行為が国家の行為と見なされることを確認している。コメンタリによれば、自由権規約上の権利享受を保護および確保する義務を履行するにあたって、国家は私人との関係で積極的義務(positive duty)を課されている<sup>550</sup>。このことは、規約の「水平的(horizontal)」実施としてよく知られている。水平的実施の例として、コメンタリはここで米州人権裁判所における Velasquez-Rodriguez 事件を、米州人権条約上の水平的義務に言及したとして、以下のように引用する。

¶ 172. 人権侵害である違法行為、および一義的に国家には帰属しない違法行為(たとえば、それが私人の行為であったり、責任を負うべき人物が特定されていない場合は、その行為そのものではなく、規約によって要求されるような、違反の防止のため、あるいは違反に対して賠償を行うための相当の注意(due diligence)の欠如を理由として、国家責任を導くことができる(下線部筆者加筆)。

---

<sup>545</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200 A (XXI) of 16 December 1966.

<sup>546</sup> Sarah Joseph & Melissa Castan(eds.), *The International Covenant on Civil and Political Rights; Cases, Materials, and Commentary*, Third edition, (Oxford University Press, 2013), p. 101.

<sup>547</sup> 括弧内の見出しは、奥脇直也・小寺彰(編)『国際条約集(2014年版)』(有斐閣)を参照した。

<sup>548</sup> HRC, General Comment 31, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (29 March 2004).

<sup>549</sup> *Supra* note 546, (ICCPR Commentary), p. 41.

<sup>550</sup> *Ibid*, p. 42.

そしてコメントリは、「Velasquez(…)事件は、人権条約の当事国が、私的団体による人権侵害を防止、抑止、捜査、処罰するにあたって相当の注意(due diligence)を行使し、かつ合理的な措置をとることを要求していることを示す<sup>551</sup>」と述べている。

したがって、自由権規約第 2 条あるいは規約上の義務一般の履行確保のためには、締約国が私人の侵害行為を防止、抑止、捜査、処罰するにあたって相当の注意を行使することが要求されているものと示されている。

水平的義務の文脈では、さらに積極的義務と「相当の注意」概念との関係について、前述の一般的意見 31 ではさらに以下のような説明が加えられている。

第 2 条(1)の義務は、[当事]国を拘束する。かつ、それ自体で、国際法上の事項として直接的な水平的効力を有する。(…)当事国の、規約上の権利を確保するための積極的義務(positive obligation)は、それらが私人あるいは団体間の適用になじむ限りにおいて、国家によって、機関による規約上の権利侵害だけではなく、規約上の権利享受を損なうような私人あるいは団体によって遂行される行為から私人が保護される場合にのみ、完全に履行される。そこには、第 2 条によって要求されるような規約上の権利確保の懈怠が、私人あるいは団体による行為によってもたらされた損害の防止、処罰、捜査あるいは救済のために当事国が適切な措置をとること、あるいは相当の注意(due diligence)を行使することを怠った、あるいは許可したことを理由として、締約国によるこれらの権利の侵害を生じうる状況が発生することがある。諸国は、第 2 条のもとで課される積極的義務と、第 2 条(3)のもとで違反の場面で効果的救済を提供する必要性との間の相関関係(interrelationship)に注意する(reminded of)<sup>552</sup>。

よって一般的意見 31 には、水平的義務の内実が説明される。国家は規約の履行確保義務を負い、私人との関係で確保の必要がある場合は(何らかの措置をとるための)積極的義務を負うが、このような義務の履行は「相当の注意」を行使することを含むのである。あくまで含まれるのであり、積極的義務の全てが「相当の注意」ではない。

選択議定書第 5 条(2)(d)では、国内救済の完了について定める。このような要件は、その困難や連続する上訴の増加コストを鑑みれば、明らかに請求人にとって負担である<sup>553</sup>。コメントリは、国内救済の完了の要件に対する「斬新な<sup>554</sup>」CEDAW 委員会のアプローチを紹介している。そこでは、女性被害者が死亡したドメスティック・バイオレンスに関する 2 件の事例、すなわち *Goekce v. Austria* (CEDAW 5/05) および *Yildirim v. Austria* (CEDAW 6/05)

---

<sup>551</sup> *Ibid*, p. 43.

<sup>552</sup> *Supra* note 548, (HRC, General Comment 31), para, 8.8.

<sup>553</sup> *Supra* note 546, (ICCPR Commentary), p. 135.

<sup>554</sup> *Ibid*, p. 136.

では「国家が最終的に、女性を殺害した虐待的な夫から女性を保護するために適切な相当の注意を行使することを怠ったという点に請求での議論が集中していた<sup>555</sup>」。CEDAW 委員会はこの 2 件について、救済の利用可能性および適切性は、国家の法や手続きの適切性が問われるため、本質的に本案で回答されるべき問題であると決定し、受理可能性を認め、本案では請求人の主張を認めた、と紹介される。

よってここでの「相当の注意義務違反」は、国家の国内的救済利用可能性の問題を含んでいるものとして言及される。

第 6 条(生命に対する権利および死刑)について、コメントリは女性と生命に対する権利のなかで、墮胎措置に関する考察を行っている。この論点について、墮胎がそれ自体で生命権の侵害であるか否かという点より、HRC は墮胎禁止法の人権侵害に焦点を当てている<sup>556</sup>。ここで、L.M.R v. ARGENTINA (1608/07)が引用されている。

L.M.R v. ARGENTINA (1608/07) 請求とは、レイプ後妊娠した請求人の娘に対し、裁判所は彼女に墮胎禁止命令を発したが、当該判決は 6 週間後に覆された。しかしその段階で墮胎手術を請け負ってくれる病院を見つけることが不可能であったため、請求人およびその娘は、胎児が 23 週の時点で違法な墮胎をすることとなった。請求人はこのような状況が第 6 条の違反を構成する、と主張したものの、HRC は、当該請求を受理不可能であると宣言した事件である<sup>557</sup>。この HRC の判断部分につき、以下が引用されている。

委員会は、L.M.R.が非合法で安全でない墮胎をする必要性を[国家が]防止し、安全な墮胎ができるよう確保するために必要な相当の注意をもって(with the due diligence)行動および措置をとることを怠ったことについて、当該事実が L.M.R.の生命に対する権利の侵害を構成するという請求人の主張に留意する。しかしながら、委員会は、L.M.R.の生命が、妊娠の性質あるいは中絶の手術を理由とした特定の危険に晒されていたことを示す事実はない、と分析する。最終的に委員会は、当該請求は立証されておらず、よって追加議定書第 2 条に基づいて受理不能であると考え<sup>558</sup>(下線部筆者加筆)。

ここでは請求人の主張に、「相当の注意」概念が使用される。

自由権規約第 7 条(拷問又は残虐な刑の禁止)は、拷問、残虐、非人道的な若しくは品位を傷つける取扱いもしくは刑罰を禁止している。拷問を受けない権利は、自由権規約における絶対的権利の 1 つであり、この権利にはいかなる制限も許容されていない。さらに、デロゲ

---

<sup>555</sup> *Id.*

<sup>556</sup> *Ibid*, p. 209.

<sup>557</sup> *Ibid*, pp. 209-210.

<sup>558</sup> *Ibid*, p. 210.



ーションができない権利でもある<sup>559</sup>。HRC の法体制は、拷問禁止委員会(以下、CAT 委員会)の法体制と両立することが期待されている<sup>560</sup>。

公務員の関与に関する文脈では、以下のように拷問等禁止条約の一般的意見 2 が参照されている。

委員会は、国家当局あるいは公的な資格において行動する者、あるいは法の外観のもとで行動する者が、拷問あるいは非合法の取扱いが、非国家公務員あるいは私人によって行われていることを知っていた、あるいは信ずるに足る合理的な根拠を有する場合、条約にしたがって当該非国家公務員あるいは私人を防止、捜査、訴追及び処罰をするために相当の注意(due diligence)を行使することを怠ったならば、国家は責任を負い、かつ国家の要員は、許容しがたい行為に同意あるいは黙諾したかどにより、主犯や共犯、あるいはその他の条約上責任を負うものとみなされる。国家が阻止や処罰のために介入、および拷問の被害者へ救済を提供するために相当の注意を行使することを怠ったことは、非国家主体が条約によって許容されない行為を処罰なしに遂行することを促進および可能にさせるので、国家の無関心あるいは不作為は、促進や事実上の許可の形態を提供する<sup>561</sup>(…)(下線部筆者加筆)。

ここで言及される「相当の注意」概念について、さらにコメントリが以下のように評価している。すなわち「したがって CAT 委員会は、公務員が CAT に違反するような活動を黙認していたか否かを決定するにあたって、明示的に相当の注意の基準(a standard of due diligence)を適用している。それでも、この相当の注意の基準は、第 1 条および第 16 条の双方において公務員の関わりに明示的に言及していることから、ICCPR 上一般的に適用される相当の注意の基準よりも厳格であるように思える<sup>562</sup>。」以上のように、CAT の一般的意見 2 における「相当の注意」概念は「相当の注意の基準(a standard of due diligence)」であるとみなされている。さらに、同じ拷問に関する「相当の注意の基準」であっても、CAT のほうが ICCPR よりも厳格な基準を採用している、と分析されている。

第 13 条(外国人の追放)では、国家の安全を理由とする第 13 条上の権利の停止を分析するなかで、「相当の注意」概念を用いた判例が引用されている。

AHANI v. Canada (1051/02) 請求は、Ahani はカナダにおいて難民の地位を得たイラン人市民であったが、その後カナダ政府は彼が国家安全のためのリスクであると決定した。Ahani はイランへ送還されれば拷問に晒されるという理由から、当該強制送還は第 7 条と

---

<sup>559</sup> *Ibid*, p. 216.

<sup>560</sup> *Id*.

<sup>561</sup> CAT, General Comment No.2, CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4, (23 November 2007), para. 18.

<sup>562</sup> *Supra* note 546, (ICCPR Commentary), p. 226.

併せて第 13 条の違反であると主張し、当該請求では、彼が自分の退去決定に対する証拠へのアクセスを提供されなかったために、適切に反論できなかった、という事実に関係する。本件において HRC は、第 7 条と併せて第 13 条の違反を認定した<sup>563</sup>。

この事件に関する HRC の考察の部分について、以下のような引用がなされている。

(…) 委員会は、生命に対する権利と同様に、拷問からの自由の権利が、当事国が拷問を控えるだけでなく、第三者からの拷問という私人への脅威を回避するために相当の注意の措置をとること (take steps of due diligence) を要求されていることを強調する<sup>564</sup>(…) (下線部筆者加筆)。

この部分では、「相当の注意の措置 (take steps of due diligence)」という言い回しがなされている。この文では、差し控えるという消極的措置と、積極的措置である「相当の注意の措置」が対比されている。

第 2 条(3)に定められる救済への権利に関する文脈でも、調査の義務の説明に「相当の注意」概念が使用されている。すなわち、

救済に対する権利を適切に提供するため、国家は予想される ICCPR の違反の申し立てに答えるために、様々な積極的な措置をとらねばならない。たとえば、国家は人権侵害行為についての請求を、相当の注意をもって (with due diligence) 調査しなければならない<sup>565</sup> (下線部筆者加筆)。

救済に関連する文脈では、救済そのものだけでなく、人権侵害に関する調査に関する義務も発生する。その調査は、「相当の注意」をもって行われねばならないことが示されている。

以上、自由権規約における「相当の注意」概念の使用を概観した。まず留意される点として、自由権規約という一つの条約体制の中でも「相当の注意」概念の用法は様々であることである。具体的にまとめれば、①国家責任法における主観的要素(帰属)において使用されるものと同じ「相当の注意」概念(水平的義務の文脈)、②結果の義務ではなく、継続的な努力の義務であるという意味での「相当の注意」概念(ドメスティック・バイオレンスからの保護の文脈、第 2 条(1)の積極的義務の文脈)、③②と用法が重なるが、消極的措置ではなく、積極的措置をとるという意味での「相当の注意」概念(ドメスティック・バイオレンスからの保護の文脈、拷問からの自由の文脈)、④基準としての「相当の注意」概念(拷問の要件の

---

<sup>563</sup> *Ibid*, p. 426.

<sup>564</sup> *Ibid*, p. 427.

<sup>565</sup> *Ibid*, p. 871.

文脈)のようになる。

第7条における拷問に関する検討のように、同じ条文のなかでも、論点が異なるならば用法は異なる。ただし、これらの様々な「相当の注意」概念に対して、記述の棲み分けが完全になされているわけではなく、特段解説や論証がないまま「相当の注意」概念が使用されていることが指摘される。

以上を踏まえた自由権規約における「相当の注意」概念の特徴は、「水平的義務(あるいは水平的実施)」の解説のなかに「相当の注意」概念が使用される部分である。Garcia-Amadorによって定式化された「相当の注意」の規則<sup>566</sup>のなかには、私人から生じた損害を国家へ帰属させるというベクトルのみが存在しており、逆に、条約上の権利を私人間に確保するという視点は存在していなかった。ただし、具体的に判断されるべき国家の行為は、国家がある事態を防止する、抑止する、私人を訴追するという点で差異はなく、コメントリにおいても明示的に ILC の国家責任条文に言及するなどしていることから、国家の義務違反を認定する定式については、国家責任条文における「相当の注意」概念を参照していると解される。

#### 第5款 経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約(社会権規約)

経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約<sup>566</sup> (以下、社会権規約)は、自由権規約と同様に第2条(1)に一般的な遵守義務を定めた条項を有している。このほか、第3条(男女の平等)、第8条(団結権、ストライキ権)が「相当の注意」概念に関連した考察と関係する。

第3条は、「この規約の締約国は、この規約に定めるすべての経済的、社会的及び文化的権利の享有について男女に同等の権利を確保することを約束する」と規定する。

経済的、社会的及び文化的権利委員会(以下、CESCR)は、特に女性に対する暴力の防止という観点から、第3条について第10条(家族、母親、児童に対する保護)との関係に言及している。なぜならば、ドメスティック・バイオレンスのような暴力は明らかに女性の経済的、社会的および文化的権利、とりわけ第10条に定められる家族の権利の享受のための能力に影響を与える<sup>567</sup>からである。

これについて、一般的意見 No.16 は次のように言及している。

規約第10条(1)は締約国に対し、可能な保護および援助が広範に家族に対して与えら

---

<sup>566</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200 A (XXI) of 16 December 1966.

<sup>567</sup> Ben Saul, David Kinley & Jacqueline Mowbray (eds.), *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; Commentary, Cases, and Materials*, (Oxford University Press, 2014), p. 231.

れねばならないこと、かつ婚姻が両当事者の自由な合意によってなされねばならないことを認めるよう要求している。第 10 条と関連した第 3 条の実施は、締約国に、とりわけ主に女性であるところのドメスティック・バイオレンスの被害者に対して、安全な住居、救済、肉体的及び精神的および感情的な損害への救済に対するアクセスを提供するよう求めている。；男女は、いつ、だれと結婚するののかについて選択する平等な権利を有している——とりわけ、男女の法定婚姻年齢が同じでなければならないこと、および少女が平等に、代理人や強制による児童婚から保護されねばならない。また、女性が夫婦財産、夫の死における遺産に対する平等な権利を有することを確保しなければならない。ジェンダーに基づく暴力は、平等に基づく経済的、社会的及び文化的権利などの権利と自由を享受する能力を阻害する差別の一形態である。国家実行は、男女に対する暴力の根絶のために適切な措置をとらねばならないし、相当の注意をもって(with due diligence)、私人によって加えられる暴力行為の防止、調査、仲介、処罰及び救済のための行動を行うにあたって適切な措置をとらねばならない<sup>568</sup>(下線部筆者加筆)。

ここでは、「相当の注意」概念が、「暴力の防止、調査、仲介、処罰および救済を行うにあたって適切な措置をとらねばならない」という文脈で使用されている。

社会権規約では、第 8 条(団結権、ストライキ権)でも「相当の注意」概念による説明がなされる。

第 8 条(1)(c)は、締約国が「労働組合が、法律で定める制限であって国の安全若しくは公の秩序のため又は他の者の権利及び自由の保護のため民主的社会において必要なもの以外のいかなる制限も受けることなく、自由に活動する権利」を確保することを規定する。この条文の起草過程では、ウルグアイが労働組合の構成員および指導者を「報復(reprisals)」から保護するための条文を提案していたが、採用されなかった。だが、このような保護は、第 8 条の広義の射程に含まれている<sup>569</sup>。

第 8 条(1)(c)と関連して、CESCR は暴力や市民的自由の脅迫および侵害からの保護に特別の関心を有する<sup>570</sup>。CESCR は国際労働機関(以下、ILO)の基準に照らして、第 8 条のもとで規定される権利は、「あらゆる種類の暴力、圧力あるいは脅威から、自由に行使されることができる」ものであることを強調する<sup>571</sup>。

社会権規約のコメンタリでは、労働組合が自由に活動するためには基本的な市民的及び政治的権利の尊重が必要になるとして、市民的自由及び政治的権利の侵害から社会権規約第 8 条上の権利侵害という帰結が導けるとされている<sup>572</sup>。

ここで米州人権裁判所における Cantoral Huamani and Garcia santa Cruz v. Peru 判決が

---

<sup>568</sup> CESCR, General Comment N. 16 (2005), E/C.12/2005/3, (13 May 2005), p. 7.

<sup>569</sup> *Supra* note 567, (ICESCR Commentary), p. 535.

<sup>570</sup> *Ibid*, p. 569.

<sup>571</sup> *Id.*

<sup>572</sup> *Ibid*, p. 572.

引用されている。同事件は、ペルー内戦に乗じて、採掘企業における2人の労働組合の指導者が逮捕、および超法規的処刑が行われた事件である。米州人権条約の第16条(1)は結社の自由を定めており、以下の部分が第8条の解説に引用されている。

144. 規約第16条(1)は、締約国の(…)消極的義務に加えて、結社の自由は、たとえばこれに対する攻撃の防止、これを行行使する人物の保護、違反の捜査などのような積極的義務も生じさせる。(…)このような積極的義務は、たとえ個人の間関係においてでも、仮にその事例が保護の価値を有するのであれば、採用されねばならない。(…)裁判所は、第16条(1)の保護の範囲には、労働組合の結社の権利の行使も含まれると解している。

(…)

146. 国家は、(…)結社の自由を自由に行使することができるよう保障しなければならぬ。；さもなければ、自らの利益を保護するために組織を行う能力は制限されてしまうだろう。(…)結社の自由は、基本的人権、とりわけ生命および安全への権利が完全に尊重され、かつ保証されるという状況においてのみ行使されうる。裁判所は、このような事実の捜査を怠ることが労働組合権の自由な行使を妨げるような威嚇効果を持つことを考慮し、労働組合の指導者への犯罪を実効的に、かつ相当の注意をもって(with due diligence)捜査する国家の義務の重要性を認識する。この相当の注意(the said due diligence)とは、労働組合分野に対する侵害の文脈において顕著である<sup>573</sup>(下線部筆者加筆)。

ここでは、とりわけ労働組合に関する文脈で、国家には労働者の結社の自由を保障するために「相当の注意をもって」捜査する義務があるとされ、さらに「この相当の注意(the said due diligence)とは、労働組合分野に対する侵害の文脈において顕著である」と記述されている。

社会的及び文化的権利を確保する(ensure)ため、国家が積極的義務を課される事例には、「相当の注意」概念との関係について議論が存在する。

人権条約の履行義務は、制度を備える措置のような「即時的義務」と、「継続的な努力の義務」の観点から実現される<sup>574</sup>と言われる。前者の場合、義務は結果の義務を意味すると言われるが、社会権規約第3条および第8条(1)(c)に関連して言及される「相当の注意」概念は、後者の「継続的な努力の義務」だといえるだろう。

「相当の注意」概念に関して第3条および第8条(1)(c)の議論で共通するのは、暴力等による権利侵害からの私人の保護という文脈を持つことである。第8条(1)(c) (および米州人権条約第16条(1))に規定される結社の自由の保障の文脈で、判例はとりわけ「相当の注意」概念が労働組合権に対する分野への侵害の事例におけるのされると述べているが、おそら

---

<sup>573</sup> *Ibid*, pp. 573-574.

<sup>574</sup> *Supra* note 2, (ILA Study Group), p. 16.

く結社の自由という一見して国家の消極的義務のみを彷彿とさせる概念から、結社の自由の保障という積極的義務が導かれていること、ひいてはその積極的義務は「継続的な努力義務」であることの性格を強調させる意図があるように解釈される。

## 第6款 拷問等禁止条約

拷問及び他の残虐な、非人道的な又は品位を傷つける取扱い又は刑罰に関する条約<sup>575</sup>(以下、拷問等禁止条約)では、第2条(拷問の防止)、第5条(裁判権の設定)、第16条(拷問に至らない行為の防止)、国家の義務および責任の射程に「相当の注意」概念に関する言及が表れる。

第2条(拷問の防止)について、とりわけ第2条(1)について、拷問等禁止条約の一般的意見2のIV(義務および責任の範囲)と題された章が「相当の注意」概念に言及している。

当該一般的意見2では、パラグラフ16から18にかけて、以下のような言及が行われている。

16. 第2条(1)は、締約国が拷問行為を防止するために、自国の領域内だけではなく、“管轄下にあるあらゆる領域において”効果的な措置をとらねばならないことを規定する。(…)

17. 委員会は、締約国が国家当局あるいは公的な資格において行動する者が、直接的に条約上規定される拷問の行為を遂行、扇動、鼓舞、促進、黙認する、あるいはこの共犯となることを防止するために、効果的な措置をとるよう義務付けられている(…)

18. 委員会は、国家当局あるいは公的な資格において行動する者、あるいは法の外観のもとで行動する者が、拷問あるいは非合法の取扱いが、非国家公務員あるいは私人によって行われていることを知っていた、あるいは信ずるに足る合理的な根拠を有する場合、かつ当該非国家公務員あるいは私人を条約にしたがって防止、捜査、訴追及び処罰をするために相当の注意(due diligence)を行使することを怠ったならば、国家は責任を負い、かつ国家の要員は、許容しがたい行為に同意あるいは黙諾したかどにより、主犯や共犯、あるいはその他の条約上責任を負うものとみなされる。国家が阻止や処罰のために介入、および拷問の被害者へ救済を提供するために相当の注意を行使することを怠ったことは、非国家主体が条約によって許容されない行為を処罰なしに遂行することを促進および可能にさせるので、国家の無関心あるいは不作為は、促進や事実上の許可の形態を提供する。委員会は、締約国がレイプ、

---

<sup>575</sup> Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 39/46 of 10 December 1984.

ドメスティック・バイオレンス、女性器割礼、人身売買など、ジェンダーに基づく暴力を防止し、被害者を保護することを怠った事例にもこの原則を適用してきた<sup>576</sup>。

と言及される。拷問等禁止条約第 2 条(1)は、締約国の管轄下における拷問の防止措置について定める。このうち、当該一般的意見において「相当の注意」を行使するものとされるのは、私人の行為による拷問を国家が防止する義務である。その証左に、「効果的措置をとる」旨を定めるパラグラフ 16 や、国家の公務員が自らの資格で拷問に従事する場面を分析した 17 に、「相当の注意」概念は登場しない。

第 5 条(裁判権の設定)は、締約国に対して、拷問の実行者に safe haven を提供しないよう、包括的に拷問の罪に対して裁判権を設定するよう求めており、第 6 条から第 9 条までの規定は第 5 条の義務と密接に関連している<sup>577</sup>。

第 5 条に関連して、拷問禁止委員会(以下、CAT 委員会)の個人通報制度による実行が挙げられている。

Roitman Rosenmann v. Spain (Pinochet Case) (No.176/2000) では、請求が結果的に受理不可能であるとされたにもかかわらず、条約の裁判権条項の射程に関する議論を行っている。本件は国家が「自国が適当と認める」ときに裁判権を設定する拷問等禁止条約第 5 条(1)(c) 上の義務の本質を解明した<sup>578</sup>。

チリ国籍を有するマドリード在住のスペイン市民である本件の請求人は、1973 年のクーデターの際にチリ国内において拷問されたことを主張した。彼はスペインの司法当局および行政当局、イギリス内務省、イギリス検察庁との間で繰り広げられた Pinochet 将軍の引き渡し請求に関する一連のやりとりについて、スペインの外務省が、イギリスからスペインへの引き渡し手続きを阻害し、公平に行動しなかったことにつき、これによって引渡しが失敗し、彼の請求がスペイン国内において検討される彼の権利を侵害したとして、同国が拷問等禁止条約第 8、9、13、14 条に違反した旨を主張した。彼は、「引渡し請求をあらゆる相当の注意をもって(with all due diligence)要求しなかったことによってスペインが条約上の義務に違反した<sup>579</sup>(下線部筆者加筆)」と主張している。請求人はこの文脈で、第 13 条、第 14 条、第 9 条(1)に言及している。

本件請求の受理不可能性に関する決定のなかで、CAT 委員会は、第 5 条(1)(c)に言及して、締約国が第 4 条に言及される犯罪について、第 5 条(1)(c)によれば、「被害者が自国の国民である場合」裁判権を設定するために必要な措置をとらねばならないと考える。だが

---

<sup>576</sup> *Supra* note 561, (CAT General Comment 2), paras. 16-18.

<sup>577</sup> Manfred Nowak & Elizabeth Mearns, *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary* (Oxford University Press, 2008), p. 253.

<sup>578</sup> *Ibid*, p. 281.

<sup>579</sup> *Ibid*, p. 283.

CAT 委員会は、当該条文は、引き渡し請求を行うあるいは主張するための拘束力のある義務というよりかは、裁量的な機能を定めたものであるので、よって、請求人は当該請求が根拠とする条約条文の射程から外れるため、事項的管轄権を欠くものであるとみなされる、と宣言した<sup>580</sup>。

当該事例では、請求人が、引渡し請求に関する手続きについて、国家が「相当の注意をもって(with due diligence)」行為しなかったことを主張していた。本件では第 13 条(国内当局への申立権)等が主張されていたが、第 5 条に照らして本件が受理可能性を持たないことが判示されている。

第 16 条(拷問に至らない行為の防止)では、黙認による拷問に至らない行為に関する解釈の問題に「相当の注意」概念が登場する。

コメントリによれば、残虐、非人道的、および品位を傷つける取扱いは、公務員による黙認によっても発生しうることが認められている<sup>581</sup>。ここでの黙認とは、広義の意味で解釈されるべきであり、「ある団体が脅威に晒されていたとき、人種差別的な攻撃に対して適切な保護を提供することを怠った警察および法執行官による不作為」だけではなく、家庭内や私立学校の内部における体罰のような私人による暴力、女性および子に対するドメスティック・バイオレンスや女性および子の人身売買、および、女性器割礼や妻の殉死のような一定の伝統的実行および慣習、拘留中の囚人間での暴力などとして知られるものに対し、適切な法的かつ実的な措置を怠ったならば、残虐、非人道的あるいは品位を傷つける取扱いに対して責任を負う<sup>582</sup>。コメントリによれば、以上のような措置について「この相当の注意をもって行動する(act with due diligence)締約国の義務は、私人による広範な人権侵害から個人を保護するための一般的義務の一部である<sup>583</sup>(下線部筆者加筆)」という。

第 16 条で言及される「相当の注意」概念は、適切な措置をとる義務として、「相当の注意をもって行動する(act with due diligence)」と言及される。この文脈では立法措置および実的な措置の区別がつけられておらず、「私人による広範な人権侵害から個人を保護するための一般的義務の一部」であると言及される。

このような言及は、自国領域内に所在する私人の安全や財産を保護する一般的義務を「相当の注意」の規則と呼んだ Garcia-Amador の立場に照らすと、「一般的義務の一部」と表現した拷問等禁止条約上の「相当の注意」概念は、Garcia-Amador のそれよりも一般的義務の想定が広がっている点が留意される。

---

<sup>580</sup> *Ibid*, p. 284.

<sup>581</sup> *Ibid*, p. 568.

<sup>582</sup> *Id.*

<sup>583</sup> *Id.*



## 第7款 集団殺害罪の防止及び処罰に関する条約(ジェノサイド条約)

集団殺害罪の防止及び処罰に関する条約<sup>584</sup>(以下、ジェノサイド条約)は、第1条(国際法上の犯罪)の射程に関する議論のなかに、「相当の注意」概念が非常に重要な役割を果たしている。

とりわけ第1条の射程に関する議論は、2007年2月26日にICJにおいて示されたジェノサイド罪の防止及び処罰に関する条約の適用に関する事件(以下、ジェノサイド条約適用事件)判決のなかで、大きく進展した<sup>585</sup>。

ジェノサイド条約第1条は、「締約国は、集団殺害が平時に行われるか戦時に行われるかを問わず、国際法上の犯罪であることを確認し、これを防止し処罰することを約束する」と定める。

ICJはジェノサイド条約適用事件判決のなかで、第1条に規定されるジェノサイドの防止および処罰義務について、ジェノサイド防止の義務は、同様に領域的に制限されず、これは行為の義務であり、結果の義務ではなく、国家が相当の注意(due diligence)を行使する義務であって、「可能な限りにおいて、ジェノサイドの防止のために入手可能なすべての合理的な手段をとる」国家の義務であると述べた<sup>586</sup>。より詳細に言えば、防止の義務の内容として、「防止の義務は、国家が成功する義務を負うことがあり得ないという意味で行為のそれであり、結果のそれではなく、国家が「すべての利用可能な措置」をとるものであって、「自国の管轄下にあつて防止のためのあらゆる措置をとることを明らかに怠っていたならば責任を負う」ので、「この分野においては、具体的な評価を求めるところの「相当の注意(due diligence)」の概念が非常に重要である。様々なパラメータが、国家が当該義務を達成したか否かを判断する際に機能する<sup>587</sup>」などと述べている。

これにより、セルビア当局がスレブレニツァにおける深刻なジェノサイド発生の危険を認識していたこと、かつ彼らがジェノサイドを行ったボスニアのセルビア人軍隊に対して重大な影響力を保持していたこと、彼らがそれでも大虐殺を防止するために何も行わなかったことを認定した。セルビアはよって、ジェノサイドが自国領域の外側において行われたという事実にもかかわらず、条約の第1条違反を認定されたのである。

ジェノサイド条約コメンタリでは、このようなICJによるジェノサイド条約第1条の解釈は以下のようにまとめられている。Marko Milanovicのまとめによれば、

---

<sup>584</sup> Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Adopted by the General Assembly of the United Nations on 9 December 1948.

<sup>585</sup> Yuval Shany, „The Road to the Genocide Convention and beyond,” in Paola Gaeta (ed.), *The UN Genocide Convention — A Commentary* (Oxford University Press, 2009), p.21.

<sup>586</sup> *Supra* note 6, (Genocide Application Case, 2007), p.221, para. 430.

<sup>587</sup> *Id.*

「(i)国家は自国に帰属しうる個人あるいは当局を通じてジェノサイドを遂行しない義務を有する。この義務は、いずれの場合においても領域的な制限を受けない。;(ii)当事国は、ジェノサイドを防止するために相当の注意(due diligence)義務を負う。これは、ジェノサイドを行う者への影響力によって変化し、かつ国際法のその他の適用可能な規則によって、とりわけ *ius ad bellum* によって制限される。だがこの義務は、領域的な制限を受けない。;(iii)当事国は、ジェノサイドを防止するための義務を有する。当該義務の主要な内容は、自国領域内において犯されたジェノサイドやその他の犯罪の犯人を訴追する義務である。[当該義務は領域的な制限を受ける]<sup>588</sup>(下線部筆者加筆)」。

ジェノサイド条約コメントリのなかで、Orna Ben Naftali によれば、このような立場は「裁判所はしたがって、国際法委員会における国家責任条文のコメントリと一致した'相当の注意(due diligence)'のアプローチを採用したのである<sup>589</sup>」と評価される。

また同コメントリにおいて、Yuval Shany によれば、ICJ が第1条の射程について、ジェノサイドの防止の義務の場所的管轄権の射程が自国領域に限定されないと判示したことにより、理論的にはあるが、「世界中のあらゆる国家がジェノサイド行為を防止するにあたって相当の注意を行使する義務を負うこととなった<sup>590</sup>」という。

前述のICJの見解に先駆けて、ジェノサイド条約適用事件の1993年第2次仮保全措置判決において個別意見を記したHersch Lauterpachtは、このようなジェノサイドの防止義務の領域性の問題に対して説明を行っている。すなわちジェノサイドの禁止が *jus cogens* 規範であり、その防止の義務が *erga omnes* 規範としても認識されうるとしたうえで、「絶対的な(absolutely)領域性を持つ防止の義務という視点は、当事国がジェノサイドを自国領域内において防止するよう義務付けられている一方で、侵略したか占領した領域内では防止の義務を負わないということの意味することになってしまうので、道理に矛盾する(would not make sense)。(...)よって、とにかく紛争に関係する国家には、自国の領域の外においてもジェノサイドの防止に関心を持つ義務が存在する」と言及している<sup>591</sup>。ただしLauterpacht

---

<sup>588</sup> Marko Milanovic, „Territorial Application of the Genocide Convention and State Succession, “in Paola Gaeta (ed.), *The UN Genocide Convention — A Commentary* (Oxford University Press, 2009).

<sup>589</sup> Orna Ben Naftali, „The Obligations to Prevent and to punish Genocide, “in Paola Gaeta (ed.), *The UN Genocide Convention — A Commentary* (Oxford University Press, 2009), p. 40.

<sup>590</sup> *Supra* note 585, (Shany), p. 24.

<sup>591</sup> Separate Opinion of Judge *ad hoc* Lauterpacht, 1993 Second Provisional Measures Order, Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), (ICJ, 13 September 1993), p. 444.

はこのような見解に何らの限定も付さなかったわけではなく、「ただし、国家実行を見る必要が生じてくる」と述べたうえで「ジェノサイド条約の当事国が[20世紀における多くのジェノサイドの事例に対して]限定的な反応しかしていないことは、不作為(inactivity)に対する許容可能性を示唆するような実行を表しうる<sup>592</sup>」としている。

ここで Lauterpacht の見解を踏まえれば、ジェノサイド防止義務が自国領域に限定されない、という ICJ の文脈は、占領下や侵略した先の領土でジェノサイドが発生した事例が想定されていることがわかる。

ジェノサイドの防止義務について、ICJ は、国家がジェノサイドの準備あるいは遂行を認識していた時のみならず、国家が「ジェノサイド行為が遂行され得るといふ深刻な危険(serious risk)に、通常気づかなければならない」場合にも生ずる、と判示した。

このような拡大傾向のある解釈は、条約規範の解釈として慣習国際法の射程を大きく逸脱している<sup>593</sup>との批判を招いている。

たとえば先に言及した Naftali は、ICJ は「防止の義務」を空虚な概念から実質的な法的義務へと変貌させたことを評価している一方で、以下の点において「防止の義務」に曖昧な点が残るといふ。すなわち、第 1 に、行為の義務としての防止の義務の性格と、時間的管轄権の射程との間に矛盾があること。第 2 に、「共犯」と「防止の失敗」との区別が論争になること。そして第 3 に、「防止の義務に関連する、ジェノサイドを遂行しそうな、あるいは遂行している人物の行為に効果的に影響力を及ぼす能力」に対する人的管轄権と、「相当の注意(due diligence)」基準を強調する文脈でなされた「それぞれが防止の義務の遵守によって、いくつかの国家かの複合的な努力が結果を達成しえた」という判断、との間に、不調和があるように思えること。複合的な努力のみが効果的な「影響力」を発生しえる場合、単一の国家の権限——およびその後の責任——と、集団的行為のそれとの区別は、非常に曖昧である<sup>594</sup>(下線部筆者加筆)」と指摘されている。

以上のようなジェノサイド条約におけるジェノサイド防止義務に関連する「相当の注意」概念についての議論および特徴は、以下のようまとめられる。

第 1 に、ICJ は、ジェノサイド防止義務が達成されたか否かを判断するには具体的な国家行為の詳細が問題になるという意味で、ジェノサイド防止義務を、結果が達成されたか否かのみが問題とされる「結果の義務ではなく、行為の義務」であると述べた。すなわち検討事項が国家行為の詳細にわたるといふ意味で結果の義務および行為の義務に言及している。

そして、この行為が防止義務を満したか否かの基準が(「様々なパラメータが、国家が当該義務を達成したか否かを判断する際に機能する」という言及部によれば)その事情によって変化するものであるという意味で、「“相当の注意”の概念(the notion of due diligence)

---

<sup>592</sup> *Ibid*, p. 445.

<sup>593</sup> *Id.*

<sup>594</sup> *Ibid*, p. 41.

が判断の際に重要である」とされる。

すなわち、ICJにおいて、用語としては「“相当の注意”の概念」という語句が使用されているものの、ここでの「相当の注意」概念はいわゆる基準としての機能が言及されているといえよう。

第2に、当該「相当の注意」概念は、ジェノサイドの防止義務にのみ適用されており、訴追・処罰義務には適用されていない。ジェノサイド条約の条約体制のなかでは、これが「相当の注意」概念の位置づけとなっている。

## 第8款 ジュネーヴ諸条約および第1追加議定書

ジュネーヴ諸条約では、共通1条が「すべての場合において、この条約を尊重し、且つ、この条約の尊重を確保することを約束する」と定める<sup>595</sup>。

共通1条上の規定について、ICRCの「慣習法に関する分析」規則144は、国家が国際人道法違反を抑止するため「可能な程度で(to the degree possible)」その影響力を行使しなければならない<sup>596</sup>と言及する。

そして第1追加議定書第51条(文民の保護)、および第86条(不作為)、第91条(責任)<sup>597</sup>が、「相当の注意」概念と関連して適用されることが示されている。

第1追加議定書第51条(文民の保護)と「相当の注意」概念との関係について、2009年にガザ紛争について報告した国連調査委員会の報告書であるいわゆる“Goldstone report”<sup>598</sup>が言及している。

本報告書では、al-Deyaの民家に対する“作戦上の誤り(operational error)”による攻撃の結果、家屋への被害が出たことにつき、第51条のイスラエル側の文民保護義務違反が認定された。

本件において、文民に対する攻撃について「刑事的に要求される程度の故意により個人の責任を確立するとまでは言えないため、故殺の事例ではない<sup>599</sup>」と説明されるものの、

---

<sup>595</sup> Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field of August 12, 1949., Art. 1.

<sup>596</sup> Jean-Marie Henckaerts et al, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I (Rules) (Cambridge University Press, 2005), p. 509.

<sup>597</sup> Y. Sandoz, C. Swinarski and B. Zimmermann (eds.), *Commentary to the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, (Nijhoff, 1987), para.3660.

<sup>598</sup> Human Rights in Palestine and other occupied Arab territories, A/HRC/12/48, (25 September 2009), paras. 861-865.

<sup>599</sup> *Ibid*, para. 861.

国家責任の議論を持ち出しつつ、イスラエル軍が「完全に予見可能な危険(entirely foreseeable danger)<sup>600</sup>」を現地住民について警告しなかったことをもって、議定書第 51 条における相当の注意義務の確実な違反(a substantial failure of due diligence)を認定した<sup>601</sup>。すなわち、

The fact that target selection had gone wrong at the planning stage does not strip the act of its deliberate character. The consequences may have been unintended; the act was deliberate. Taken together with further facts (such as the failure to deliver an effective warning) and the nature of the “intransgressible obligation” to protect civilian life, the Mission considers that, even if a fault element is required, the available information demonstrates a substantial failure of due diligence on the part of Israel. As such, the Mission considers Israel to be liable for the consequences of this wrongful act<sup>602</sup>(下線部筆者加筆).

「標的選定が、計画段階から誤っていたという事実は、当該行為の故意的性質を切り離すものではない。この行為の帰結は、意図しないものだっただろうが、行為は故意であった。(効果的な警告を発しなかったことなど)更なる要素や、文民の生命を保護する「逸脱不可能な義務」の性質を鑑みれば、当該ミッションは、たとえ過失の要素が求められるとしても、手元の情報は、イスラエルの側の相当の注意の実質的な欠如を証明している」と説明されている。

したがって、文民の保護に関連して、「過失」という「注意」概念と共に「相当の注意」概念が利用されている。

第 86 条(不作為)に関連して、ICRC のコメントリはとりわけ第 1 項の文言について、以下のように言及している。

(…) The text of this paragraph should certainly be understood in this way since it prescribes Contracting Parties or Parties to the conflict to deal with any "failure to act when under a duty to do so". This concept includes lack of due diligence having regard to the circumstances and amounting to a violation of the requirements indicated above<sup>603</sup>(下線部筆者加筆).

「当該パラグラフの文言は、締約国があらゆる「そうしなければなかった義務を負ってい

---

<sup>600</sup> *Ibid*, para. 859.

<sup>601</sup> *Ibid*, para. 864.

<sup>602</sup> *Id.*

<sup>603</sup> *Supra* note 597, (ICRC Commentary to the Additional Protocol), para. 3537.

た場合に、作為義務を履行しなかった」ことを扱うための紛争を規定していることから、確実にそのように理解される。この概念は、状況を鑑みた相当の注意の欠如を含み、かつ上述の要件の違反に相当する」と説明される。

ここでは、不作為を防止するために締約国が「相当の注意」を払わねばならないことが説明されている。不作為および作為義務、人権条約上の文言でいえば積極的義務と「相当の注意」概念との関係は、1つの論点を提供している。

また責任について定めた第91条と「相当の注意」概念の関係については、ICRCのコメンタリが参考になる。当該コメンタリでは、

As regards damages which may be caused by private individuals, i.e., by persons who are not members of the armed forces (nor of any other organ of the State), legal writings and case-law show that the responsibility of the State is involved if it has not taken such preventive or repressive measures as could reasonably be expected to have been taken in the circumstances. In other words, responsibility is incurred if the Party to the conflict has not acted with due diligence to prevent such acts from taking place, or to ensure their repression once they have taken place<sup>604</sup>(下線部筆者加筆).

「私的個人(とりわけ軍隊、その他国家機関の構成員ではない者)によりもたらされうる損害について、文献および判例法は、その状況においてとられることが合理的に期待される防止的あるいは抑止的な措置がとられない場合に国家の責任が発生することを示している。言い換えれば、責任は紛争当事国が当該事態を防止するため、あるいは一度発生してしまった事態の抑止を確保するために相当の注意をもって(due diligence)行動しなかった場合に生ずる<sup>605</sup>」と分析されている。

ここでの「相当の注意」概念は、国家責任条文における「防止の義務」の説明と非常に類似した説明が行われている。

以上のように、なお武力紛争時においても、私人の行為に関連して防止の義務や国家の作為義務違反について、ジュネーヴ諸条約および第1追加議定書が適用されることが、実行および学説の双方において示されている。

### 第3章 「相当の注意」概念と非拘束的文書

「相当の注意」概念は、非拘束的文書(いわゆるソフトロー文書)である国際文書においても採用されている。これらの文書は、多数国間条約体制に組み込まれたり、あるいはいづれ

---

<sup>604</sup> *Ibid*, para. 3660.

<sup>605</sup> *Id.*

法典化されることを期待して策定されたものや、いわゆる国際法主体として拘束できない非国家主体の国際法上の存在感を示すために作られたものが存在する。

これらの文書には「相当の注意」概念が使用されているが、そのなかには従来の国際法学における「相当の注意」概念との違いが顕著にあらわれているものや、従来の国際法学上の「相当の注意」概念に依拠しているものなど、様々なものがある。これらの文書における「相当の注意」概念は、いわゆる用法の拡大が指摘されるものがあること、および非拘束的文書を用いて「相当の注意」概念を分析する国際法学上の学説の問題点を指摘するため、以下ではこれらの文書の内容を概観していきたい。

## 第1節 ビジネスと人権に関する指導原則

多国籍企業が国境を超えて世界的に活動するようになり、1990年代は人権に関する企業の影響について社会的意識が高められ、かつ国際連合の注意もひきつけた。いちど、「多国籍企業及びその他の企業に関する規範」が国連の人権委員会のもとで策定されたものの、多国籍企業を直接国家と同様に拘束しようという試みは、経済界との軋轢を生み、政府による支持も得られなかった。

この反省を生かし、人権委員会は2005年に、人権と多国籍企業の問題に関して国連事務総長特別代表の設置を決定した。2008年国連事務総長特別代表 John Ruggie は、人権とビジネスの関係について、「権威あるフォーカルポイント」を作成するため、「保護、尊重、及び救済」枠組みを提示し、これは人権理事会によって歓迎されるという形で勧告された。

この枠組みは、三つの柱で構成されている。①国家の人権保護義務、②企業の人権尊重責任、③被害者による効果的な救済へのアクセス、である。

①の柱は国家の義務であり、②の柱は企業の責任(the responsibilities of business enterprises)である。③の柱は、個人の権利に焦点を当てている<sup>606</sup>。

さらに、この枠組みが「指導原則」の形をとるべきことが人権理事会によって合意され、2011年に「国連ビジネスと人権に関する指導原則<sup>607</sup>」(以下、指導原則)が策定された。これにより人権理事会は、具体的かつ実践的な勧告を行うことに成功した。

指導原則の11から24は、企業の負う人権尊重責任の履行を分析し、説明している。

なかでも原則22は、仮に企業が人権尊重責任の履行を怠った場合、被害を受けた個人に対して救済手段を提供するという二次的な責任が発生することを述べている。

---

<sup>606</sup> A/HRC/8/5, (7 April 2008).

<sup>607</sup> A/HRC/17/31, (21 March 2011), Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie (Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework).

一方で指針原則は、人権尊重のための企業責任を規定しかつ発展させるためデュー・ディリジェンス(due diligence)の概念を多用している。指針原則の冒頭では、デュー・ディリジェンス(due diligence)の用語が以下のように定義されている。

The second is the corporate responsibility to respect human rights, which means that business enterprises should act with due diligence to avoid infringing on the rights of others and to address adverse impacts with which they are involved<sup>608</sup>.

「第2に、人権尊重のための企業責任…企業が、他者の権利侵害を回避するために相当の注意をもって行動せねばならないことを意味する」とある。

さらに指針原則の17-21には、企業が責任を履行するために採らねばならない実質的な段階が議論されているが、'人権デューディリジェンス(human rights due diligence)'という見出しで出現する。

ここで「デュー・ディリジェンス(due diligence)」という用語が使用されているが、ここでは以下の2種類の意味で使用されているものとされている。

第1に、企業家が政策決定を行うとき、デュー・ディリジェンスという用語は、業務に対するリスクを管理するため、当該業務によって使用される一連の任意プロセスに対して使用される。たとえば他の企業を合併する場合、合併に先駆けて'デューディリジェンスを行う'というように使用される。

第2に、人権を扱う法律家たちは、デュー・ディリジェンスという用語を、義務履行のために行為者が期待される行為の基準として使用している。

指針原則が「指針原則は、人権の尊重とは、企業が'他者の権利侵害を回避するため、デュー・ディリジェンスをもって行動せねばならない'ことを意味するのである」と主張する場面では、第2の用語の意味において使用されている。このような使用法がなされることでデュー・ディリジェンスは期待され得る行為の別基準、たとえば厳格な行動基準(企業に対して、他者の権利侵害を一要件を検討することなく一中止することを要求する)などと対比されることになる<sup>609</sup>。

当該用語法にしたがって「デュー・ディリジェンス」に言及するとき、通常これはビジネスプロセス的な用語の意味を指して使われている(例として原則17~21の「人権デューディリジェンス」)。これらの5つの原則について、これら5つの原則は、業務がしかるべく定義されねばならないようなプロセスおよび手続きの射程を規定している。

---

<sup>608</sup> *Ibid*, para. 6.

<sup>609</sup> Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale, “In the concept of ‘due diligence’ in the Guiding Principles coherent?”, (January 29, 2013). at <http://ssrn.com/abstract=2208588> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2208588>, p. 2.



以上のように、指導原則の中の「デュー・ディリジェンス」は企業が注意を及ぼす側として提示されている。ただし国家にも、「国家が所有または支配している企業、あるいは輸出信用機関および公的投資保険または保証機関など、実質的な支援やサービスを国家機関から受けている企業による人権侵害に対し、必要な場合には、人権デュー・ディリジェンスを求めることを含め、保護のための追加的措置をとらねばならない<sup>610</sup>」ことが示されている。

すなわち、この非拘束的文書の枠内ではあるが、ここで国家は非国家主体が負う「相当の注意」義務が履行されるよう確保することが求められている、という構図が表れている。

## 第2節 女性への暴力の撤廃に関する宣言

女性への暴力の撤廃に関する宣言<sup>611</sup>は、その第4条に明示的な「相当の注意」概念を含む。女性への暴力の撤廃に関する宣言は、1993年にウィーン世界人権会議において決議がなされたのを受け、第48回国連総会決議において採択されたものである。

当該宣言の前文では、世界人権宣言、自由権規約、社会権規約、女子差別撤廃条約、拷問禁止条約に言及され、「すべての人間の平等、安全、自由、保全および尊厳に関する権利」がこれらに含まれていること、およびこの宣言が1985年のナイロビ戦略「国連婦人の10年」の一環であることが示される。

その第4条は、「国家は、女性に対する暴力を非難すべきであり、その撤廃に関する義務を回避するために、いかなる慣習、伝統または宗教的考慮をも援用すべきではない。国家は、女性に対する暴力を撤廃する政策をすべての適切な手段によりかつ遅滞なく追求し、この目的のために、以下のことをするべきである」として、(a)から(q)までの項目を挙げている。

その(c)項では、以下のように定める。

(c) Exercise due diligence to prevent, investigate and, in accordance with national legislation, punish acts of violence against women, whether those acts are perpetrated by the State or by private persons;

「これらの行為が国家によってなされるか私人によってなされるかを問わず、女性に対する暴力行為を防止し、捜査しおよび国内法に従って処罰するために相当の注意を払うこと」と定められる。

「相当の注意」概念の適用の問題として、「国家によって行われるか私人によって行われ

---

<sup>610</sup> *Supra* note 607, (Ruggie's Principle 2011), para. 4.

<sup>611</sup> Declaration on the Elimination of Violence against Women, A/RES/48/104, (20 December 1993).

るかを問わず」という部分は議論の対象となりうる。既に女子差別撤廃条約の中でも議論されていたが、国家責任法のなかでの「相当の注意」概念は、原則的に私人によって行われる行為から生じた損害およびそれに対する国家責任に適用されてきた。

女子差別撤廃条約のコメンタリでも指摘されていたとおり、女性に対する暴力の文脈で拡大する「相当の注意」概念の適用は、国家機関によるか私人によるかを区別していないことがある。女性差別撤廃委員会が個人通報や調査の際に述べる見解の中でも、これらを区別せず用いているものがあった。

国家機関によるものか私人によるものかの区別がなされていないと、さきに言及されたとおり、国家機関による人権侵害に対する責任の厳格性に揺らぎが生じる点が批判的に指摘されうる。人権侵害が私人によって行われるものだとすれば、国家機関によるものよりも低度の責任が推定されるからである。

なお、拘束力を持つ地域的多数国間条約であり、明示的に「相当の注意」の文言を有するベレン・ド・パラ条約およびイスタンブール条約では、「相当の注意」概念が適用される条文は私人による人権侵害のみを扱う。

### 第3節 民間軍事会社(PMSCs)の活動に関する非拘束的文書

民間軍事会社(Private Military and Security Companies, 以下 PMSC[s])とは、民間の企業団体(private business entities)であり、どのような説明を与えられるかにかかわらず、軍事あるいは護衛サービスを提供する団体を指す<sup>612</sup>。この軍事および護衛サービスには、とりわけ武力による護衛および人物・兵站などの物品・建物・その他の場所の保護、また武器システムの整備及び実施、あるいは囚人の拘禁、および、地元軍隊・セキュリティの監督および訓練を含む<sup>613</sup>とされる。

PMSCs をめぐっては、PMSCs の関係国の義務および責任をめぐって、アカウントビリ

---

<sup>612</sup> 本稿における PMSCs の用語については、次注における Montreux Document の用法に従う。民間軍事会社の呼称については、民間軍事会社(Private Military Companies)と民間セキュリティ会社(Private Security Companies)を分離する論者(O'Brien)、あらゆる民間軍事会社を PSCs という用語を充てる論者(Avant, Holmquist, Spearin など)、逆にあらゆる民間軍事会社を PMCs と呼ぶ論者(Chesterman and Lehnardt)など様々な立場がある。PMSCs の用法を採用する例として、Montreux Document のほかに傭兵の使用に関する作業部会における国連の特別報告者が PMSCs の用語を採用している。See, Hannah Tonkin, *State Control over Private Military and Security Companies in Armed Conflict*, (Cambridge University Press, 2011), pp.33-35.

<sup>613</sup> Montreux Document on Pertinent International Legal Obligations and Good Practices for States Related to Operations of Private Military and Security Companies during Armed Conflict, UN Doc. A/63/467-S/2008/636 (17 September 2008), Part I, para, 9(a).

ティ・ギャップが問題となっている。この問題に対処するために文書化されているいくつかの非拘束的文書には、「相当の注意」概念が使用されているため、以下では、それぞれの文書について概観し、分析を加えていくものとする。

## 第1款 Montreux Document

2008年にスイス政府およびICRCならびに17か国により作成された Montreux Document<sup>614</sup>は、第1部において総論的な規定、第2部において各論的な規定を定める。第1部および第2部のそれぞれにつき、PMSCsの活動領域国の義務が表わされている。

Montreux Document に拘束力はないものの、作成を主導した軍事先進国17か国を含め、現在までに日本を含む50か国、およびEU、OSCE、NATOが支持を表明している<sup>615</sup>。

第1部につきPMSCsの活動領域国は、既存の人権および人道法上の人権確保義務が確認される<sup>616</sup>。すなわち活動領域国は「その権限の範囲内において、自国領域で活動するPMSCsによる国際人道法の尊重確保義務を負う<sup>617</sup>」とされ、かつ、ジュネーヴ諸条約および第1追加議定書、ならびに「国際人権法上の義務の履行に対して責任を負う<sup>618</sup>」ことが示される。たとえば国際人道法の尊重確保義務について、Montreux Documentの第1部第9パラグラフが以下のように規定する。

- a) 可能な限り広範に、ジュネーヴ条約およびその他の関連する国際人道法規範を、PMSCsおよびその人員に対して広めること
- b) PMSCsの人員による国際人道法違反を奨励あるいは援助せず、かつこれを防止するために適切な措置をとること
- c) PMSCの人員によって引き起こされる国際人道法違反を抑止するため、軍事法

---

<sup>614</sup> Montreux Documentの起草過程について、邦文では小野圭司「民間軍事会社の実態と法的地位」『国際問題』No.587(2009年12月)が詳しい。

<sup>615</sup> Federal Department of Foreign Affairs (Switzerland), “Participating States of the Montreux Document”, <http://www.eda.admin.ch/eda/en/home/topics/intla/humlaw/pse/parsta.html> (last visited 2, July, 2014).

<sup>616</sup> James Cockayne, “Regulating Private Military and Security Companies: The Content, Negotiation, Weaknesses and Promise of the Montreux Document”, *Journal of Conflict & Security Law*, vol.13, No.3 (2009), p.403.

<sup>617</sup> *Supra* note 613, (Montreux Document), Part I, para. 9.

<sup>618</sup> *Ibid*, para. 10.

規、行政命令、およびその他の行政的、規律あるいは法的措置のような規制措置を通じて必要な措置をとること

また Montreux Document は、占領の場合の当該領域国に対する規定も持つ。第 1 部第パラグラフ 13 において、「占領の状況下では、領域国の義務は、実効的支配の可能な領域に限られる<sup>619</sup>」と規定する。このような基準は、たとえばジェノサイド条約の適用事件において問題となった、領域外に生じた事態に対する防止義務の論点で重要となる。

第 2 部は、Good Practice と呼ばれる細則が定められる。活動領域国に対して PMSCs の規律のための指針が提供される。

指針は多岐にわたるが、活動領域国は主に PMSCs に対して受け入れのための許可を要件とすること、および受け入れた PMSCs に対する遵守監視とアカウントビリティ確保が求められる<sup>620</sup>。

たとえばパラグラフ 30 は「PMSCs は、PMSC およびその職員による関連国内法、国際人道法および国際人権法の尊重に関して、一定の質の基準を満たすことを確保する<sup>621</sup>」と定める。また、このような確保義務のためには、「ライセンスを発行、または個人を登録するかどうか’を’過去の行動’および’熟練度’を考慮する<sup>622</sup>」ことが示されている。

実際に、2004 年にイラク連合国暫定当局が出したメモランダム No.17 は、国内で活動する PMSCs に対して同様のライセンス枠組みを提供している<sup>623</sup>。

パラグラフ 52 では、活動領域国は「PMSCs に関して共通の関心を持つ雇用国および本国と調和や規律権限のための協力をする<sup>624</sup>」ことが定められる。

Montreux Document の註釈コメント<sup>625</sup>には、これらの義務に関して「相当の注意」概念による説明が加えられている。「人権の保護義務」と題された節において、註釈コメントは以下のように述べている。

Statements 4, 10, 15 and 19 refer to the general obligation to protect human rights. While PMSCs and their personnel are not bound to respect international human rights law (…), States are required under that law to protect individuals against misconduct by PMSCs that

---

<sup>619</sup> *Supra* note 613, (Montreux Document), Part I, para. 13.

<sup>620</sup> *Supra* note 613, (Montreux Document), Part II, paras. 25-.

<sup>621</sup> *Supra* note 613, (Montreux Document), Part II, para. 30.

<sup>622</sup> *Ibid*, Part II, paras. 32, 35, 39.

<sup>623</sup> Coalition Provisional Authority Memorandum Number 17, CPA/MEM/26, 17 June 2004., Section 1, 1(a)-(d).

<sup>624</sup> *Supra* note 613, (Montreux Document), Part II, para.52.

<sup>625</sup> *Ibid*, Explanatory Comments, p. 29.

would have an impact on their human rights. In other words, States have an obligation to take measures to prevent misconduct by PMSCs and to assist persons harmed by such misconduct. This also includes misconduct by PMSCs against their own employees<sup>626</sup>.

「規則 4、10、15、19 は、一般的な人権の保護義務に言及する。PMSCs およびその構成員が、国際人権法を尊重するよう義務付けられていなかったとしても、国家はその人権法の下で、私人の人権に対して影響力を有する PMSCs による違法行為から私人を保護するよう求められている。言い換えれば、諸国は PMSCs による違法行為を防止するために措置をとる義務、および、このような違法行為によって損害を受けた人物を支援する義務を有しているのである」とある。このあとで、

It would be unrealistic, however, to expect States to prevent all and any possible harm caused by private companies. Instead, States are expected to exercise due diligence, that is, to do what can reasonably be expected to prevent or minimize harm. For example, they must investigate misconduct and, if the misconduct is criminal, prosecute perpetrators and grant victims of misconduct access to remedies (for instance, through civil action in court)<sup>627</sup>(下線部筆者加筆).

「しかしながら、民間会社によってもたらされるありとあらゆる損害を防止することを諸国に期待するのは現実的ではない。その代わりに、諸国は相当の注意を行使するよう期待される。すなわち、損害を防止あるいは軽減するために合理的に期待されうることを、することである。たとえば、諸国は違法行為を捜査、および、仮にその違法行為が刑事罰を伴うものであれば、加害者を訴追し、当該違法行為の被害者に救済へのアクセスを提供(たとえば、民事的な訴訟を通じて)しなければならない」とある。

このような「相当の注意」概念は、私人の行為に対して国家が責任を問われる文脈に適用されている。そして、私人によってもたらされる損害を防止する義務が絶対的な成功を求める義務ではないという意味において使用されている。

Montreaux Document の註釈コメントには、「対応する Good Practices」として、「PMSCs の違法行為の被害者に、適切な救済を確保すること」や「PMSCs が違法な差別を行わないよう求めること」等が挙げられている<sup>628</sup>。

以上のような「相当の注意」概念は、私人の行為から生ずる損害に関して国家が責任を負う文脈に適用されているという意味で、従来の国家責任法における適用方法と一致した

---

<sup>626</sup> *Ibid*, p. 34.

<sup>627</sup> *Id*.

<sup>628</sup> *Id*.

利用がなされている。ただし「どのような場面で「相当の注意」義務を負うか」という点に関しては、他の人権法の射程に委ねられているといえる。パラグラフ 13 において、「占領の状況下では、領域国の義務は、実効的支配の可能な領域に限られる」とされていることからすれば、領域あるいは私人に対して国家が実効的支配を及ぼしている場合、ということになると解釈される。

## 第 2 款 PMSCs に関する人権理事会条約草案

国連の人権理事会における「人権侵害及び人民の自決権行使を妨げる手段としての傭兵の利用に関する作業部会」は、将来条約として策定可能な条文草案を準備している。この「人権理事会による考察および活動のための、民間軍事会社(PMSCs)に関する条約候補草案」(以下、人権理事会条約草案)は 2010 年に人権理事会に送付されたのち、続く同部会の議論の発展を考慮に入れつつ注意深く考慮するよう当事国に勧告された<sup>629</sup>。

当該人権理事会条約草案は 49 条の条文で構成される。特に「相当の注意」概念に関連する部分としては、第 7 条(国際人権法及び人道法の尊重及び保護)の第 2 項、および第 14 条(ライセンス発給)の第 3 項に定めがある。

第 7 条(国際人権法及び人道法の尊重及び保護)は、以下のように定められる。

2 Each State party shall ensure that PMSCs and their personnel apply due diligence to ensure that their activities do not contribute directly or indirectly to violations of human rights and international humanitarian law<sup>630</sup>(下線部筆者加筆)。

「各締約国は、PMSCs およびその職員が、自らの活動が直接あるいは間接を問わず、人権および国際人道法違反に資することのないよう確保するため、相当の注意を適用する<sup>631</sup>」とある。

ここでの「相当の注意」概念は、PMSCs が国際人権法および人道法違反を犯さないよう「確保する(ensure)」ために「相当の注意」を適用する、という文言の構成をとっている。

「確保する義務」と「相当の注意」概念について、たとえば UNCLOS について国

---

<sup>629</sup> Report of the Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination, A/HRC/15/25, (2 July 2010), p. 20.; 本文書では、活動領域国は活動国 (States of operations、あるいは country of operations) の名で呼ばれる。

<sup>630</sup> *Ibid*, p. 28.

<sup>631</sup> *Ibid*, Annex, Article 7(2).

連海洋法裁判所は、「確保する義務」の解釈方法を示す概念として「相当の注意」概念を使用していた。この点、当該第7条(2)の言及は並列的であり、「相当の注意」は基準あるいは義務履行のために継続的な努力が必要であることなどの意味が込められていると解釈される。違いとして、締約国が取るべき義務の内容が、第7条(2)の方がより明確に示されているといえる。

つぎに人権理事会条約草案の第14条(ライセンス発給)では、以下のように規定している。

Each State Party shall establish criteria for granting licences and authorizations to PMSCs, taking into account in particular any records or reports of human rights violations committed by the companies, providing and/or ensuring training in international human rights and humanitarian law and robust due diligence measures<sup>632</sup>(下線部筆者加筆)。

「各締約国は、会社によって行われる人権侵害の記録あるいは報告を特に考慮し、PMSCsに対してライセンスを発給及び承認するための、国際人権法及び人道法における条件づくりや、相当の注意措置を強化する、あるいはこれを確保する基準を作成する」。

ここでは、「相当の注意」措置、という表現がなされている。したがって、ライセンス発給とは、締約国が「相当の注意」義務を果たすために取られ得る措置の一つであることが示される。

#### 第4節 小括

以上、非拘束的文書における「相当の注意」概念を概観した。

検討したなかでは、まずビジネスと人権に関する指導原則に示される「人権デュー・ディリジェンス」の特異性が強調されうる。

ビジネスと人権に関する指導原則は、まず企業が「人権デュー・ディリジェンス」を用い、事業活動の性質や活動によって人権が侵害されるリスクを理解し、これを防止・回避・軽減するよう求めている。国家は、企業の「人権デュー・ディリジェンス」を奨励するような政策をとったり、立法を行ったりといった措置をとるといった構図になる。

これまで国際法上、多くの文脈で国家と私人(企業を含む)との関係において「相当の注意」概念が適用されてきたが、国家が注意を及ぼす対象の私人が、さらに「相当の注意」概念を自分の行為の結果に対して及ぼすことが想定されたのは、この指導原則が初めてである。ここにおいて、伝統的な国家機関対私人といった二項対立的構造が、国家機関対私人、対私人の3連続の構造へと変化していることが指摘できる。むしろ、指導原則上の「相当の注意」概念が伝統的な国際法上の概念ではなく、むしろ国内法や経済界においてリスク管理のた

---

<sup>632</sup> *Ibid*, p. 32.

めに使用されてきた文言を借用したようにも解釈されうることから、以降の運用によって、「人権デュー・ディリジェンス」が国際法上の概念に包摂されうるかは判断が分かれるべきところである。

女性への暴力の撤廃に関する宣言は、明示的に国家へ「相当の注意」を払うことを求めている。ビジネスと人権に関する指導原則に比べれば、女性に対する暴力行為の防止、捜査、処罰するために「相当の注意」を行使する、と定めている点では、従来の「相当の注意」概念の用法と変わるところはない。ただし、「これらの[暴力]行為が国家によってなされるか私人によってなされるかを問わず」という文に対しては、おおむね私人による行為に関連する文脈で適用されてきた「相当の注意」概念とは異なる点であると考えられる。

民間軍事会社(PMSCs)の活動に関する非拘束的文書については、国家の義務が規定されていることに従来の「相当の注意」概念との区別は存在しないものの、その射程が問題となる。いずれの非拘束的文書も、PMSCsの活動領域国に一義的な管轄権行使が期待されるものの、武力紛争時において実効的支配が欠如している場合や、個別の協定によって管轄権行使が制限されている場面において、活動領域国以外の国家(たとえば PMSCs の本社のある本国、PMSCs と契約する契約国など)による管轄権行使やその他の措置の行使が期待されることとなっている。ただし、活動領域国以外の国家がどの程度国際人権法や国際人道法上の権利義務の確保を担うのかについては、それぞれの人権・人道法の法体制に委ねられているのが現状である。

このような点について、第 2 章で分析された人権条約体制とのかかわりが重要になってくるだろう。

これらの点について、第 4 章では第 3 編の包括的な分析を行う。

#### 第 4 章 分析

「相当の注意」概念の現代的傾向は、条約体制ごとに分析されるのが望ましい。なぜならば、条約体制ごとに、その「相当の注意」概念の発展が少しずつ異なっているからである。ただし、他の条約機関の決議や意見を引用するなど、条約体制間の相互参照がなされる場合が想定されるため、必要に応じて条約体制間の関係についても言及する。

さきにまとめられたとおり、条約上の一般規定から導かれる「相当の注意」概念に比べて、非拘束的文書によって定められる「相当の注意」概念は様々である。ビジネスと人権に関する指導原則のように新たな枠組みを提起するものから、PMSCs に関する文書や女性への暴力の撤廃に関する宣言のように、既存の条約体制を利用して特定の問題やアクターに対する注意を喚起するものもある。

条文中に明示的に「相当の注意」概念へ言及しているベレン・ド・パラ条約、およびイスタンブール条約は、いずれも地域的機関のもとで策定された地域的な多数国間条約であり、かつ「女性に対する暴力」を扱うという点で共通している。



女子差別撤廃条約に比べ、ベレン・ド・パラ条約およびイスタンブール条約は、より詳細にストーカーやセクシュアル・ハラスメント等についても定義しており、また条約目的も非常に多様に定められている点において、単純に女子差別撤廃条約を深化させたものというわけではない。ただし、これらの両条約は女子差別撤廃条約と非常に緊密な関係を有しており、たとえばイスタンブール条約のコメンタリにおいては、女子差別撤廃委員会の一般勧告19が引用されている。

イスタンブール条約についてはこのほかにも、コメンタリが欧州人権条約体制における *Opuz v. Turkey* 事件に対する判決を参照している。すなわち、当該事件においては、「生命に対する権利(ECHR 第2条)を保護するための積極的義務は、国家当局に対して相当の注意(due diligence)を示すことを要求している」ことが確認された。

この点はドメスティック・バイオレンスという行為の内向性が、国家当局がとるべき防止措置をより詳細に分析する必要があるという傾向の表れであると解釈される。

「女性に対する暴力」という切り口は、これらの2条約や女子差別撤廃条約に留まらず、欧州人権条約、および社会権規約にも影響を与えている。

欧州人権条約では、前述の *Opuz v. Turkey* が積極的義務と「相当の注意」概念との関係を述べたことが契機となっており、社会権規約は該当条文として示された条文が、第3条(男女の平等)および第10条(家族、母親、児童に対する保護)といずれも明示的に暴力をあつかうものではないにもかかわらず、「ドメスティック・バイオレンスのような暴力は明らかに女性の経済的・社会的及び文化的権利(…)に影響を与える」として、ドメスティック・バイオレンスのような事例に着目している。また拷問禁止条約においても、一般的意見2は「相当の注意」概念と拷問の防止、処罰義務に言及するかたわらで、「委員会は、締約国がレイプ、ドメスティック・バイオレンス、女性器割礼、人身売買など、ジェンダーに基づく暴力を防止し、被害者を保護することを怠った事例にもこの原則を適用してきた」と言及している。

以上の「女性に対する暴力」の文脈では、国家機関が私人対私人の関係に介入し、人権侵害を防止するという意味で、内戦の文脈で外国人の保護を語った *Garcia-Amador* の時代と理論構造上の変化はない。ただし、保護法益を考えるならば、外国人という特定の性格を持った客体の権利(ひいては外国の法益)から、自国内に無数に所在する自国民の個人の人権という法益へ、注意の対象が変質していることは指摘される。

ただし、女子差別撤廃条約のコメンタリで憂慮されているとおり、「女性に対する暴力」の文脈で語られる「相当の注意」概念が、私人による権利侵害だけではなく、時折国家機関による権利侵害の場面にも使用される場合があることが留意される。

女子差別撤廃条約では、第2条(d)(立法措置)は結果の義務であるとされ、第2条(e)(私人による差別の撤廃)は「相当の注意」義務であると表現されてきた。よって、国家機関による私人の権利侵害の文脈へ「相当の注意」概念が適用されてしまえば、国家機関による権利侵害の厳格責任的な性質を希釈することになる、と憂慮されている。

このような国家機関および私人による権利侵害が、時折区別されないまま「相当の注意」概念が適用される理由として、「相当の注意」概念が求める基準の高さを挙げるができる。同じく女子差別撤廃条約のコメンタリでは、「相当の注意」概念が適用される第2条(e)には、立法措置のほか、継続的に措置をとる義務を課され得るという意味で要求は厳しい、と評価されている。この点は、たとえばドメスティック・バイオレンスに取り組む非常に良い制度が存在したにもかかわらず、オーストリアの相当の注意義務違反が認定された *Yildirim v. Austria* 事件でも確認されている。

ICJ や国連海洋法裁判所による判決を通じて条約の解釈が行われ、その結果条文と「相当の注意」概念が発展的に解釈されてきた条約体制も着目される。

ジェノサイド条約は、ICJ によるジェノサイド条約の適用事件判決の中で、ジェノサイドの防止の義務を定めた第1条の解釈に大きな進展がみられた。当該判決では、ジェノサイドの防止の義務は自国領域内にとどまらず、当局が「影響力」を有する領域においても発生することが示された。また、「ジェノサイド行為が遂行され得るという深刻な危険に、通常ならば気づくべきである」状況が生じたならば、締約国はジェノサイドの防止義務を負うことになる。このような条文の拡大解釈は、厳密に言えば「相当の注意」概念の拡大ではなく、条約上の「防止の義務」の拡大である。

したがってジェノサイド条約において、ジェノサイドの防止義務に「相当の注意」基準が適用されたというのは、ジェノサイドの防止義務の人的適用範囲が拡大されたこととのバランスがとられた結果であると解釈される。締約国は、自国が影響力を保持している範囲内にジェノサイド発生の危険があった場合でも、自国が取りうるだけの措置をとれば、結果的にジェノサイドが発生しても責任の帰属を免れる。

国連海洋法条約の解釈における「相当の注意」概念の発展は、他の条約体制と比して非常に著しい。

国連海洋法裁判所による「相当の注意」概念は、「すべての適当な措置をとる」「確保する」「妥当な考慮を払う」などの文言が条文中に含まれたり、あるいは越境環境損害の文脈を有している条文や、基準が時代や状況に応じて変化する義務に対して適用されている。また、私人と国家(あるいは、加盟国と国際機関)との関係で、私人がもたらした損害に対する国家の責任を論ずる文脈でも適用されている。裁判所によれば、「確保する」義務は「相当の注意」義務であり、「結果の」義務ではないという意味で「行為の」義務である。

深海底機構の要請における勧告的意見では、保証国の、契約者による損害防止の義務は、「相当の注意」概念を適用するうえで多くの意味において従来の国内における外国人保護のための防止の義務の文脈から拡大している。また同様に、SRFC の要請における勧告的意見においても同じ見解がとられている。すなわち、①保証国と契約者、船舶と旗国という属人的管轄権、②深海底といういずれの国家の持ち物でもない、公共領域への損害、③予防的アプローチの適用、という3点である。越境環境損害がある場合、たとえばトレイル溶鉱所事件では、重大な損害をもたらすことが明白かつ高度の蓋然性があることが明らかである

ことが、防止の義務発生の契機であったが、③の予防的アプローチでは、損害リスクに関して科学的不確実性がある時点で、防止の義務が発生する。

また、私人と国家機関との関係に対する「相当の注意」概念の適用という意味で、「確保する」義務および「相当の注意」義務の内容が国家の「直接的義務」でもあるという枠組みを示した点は新しい。すなわち、「相当の注意」義務の履行のためにとられる「すべての適当な措置」のそれぞれは、条約等で明示されているものも含まれるのであり、明らかになっているもののそれぞれは、私人の行為に関するものを目的としていたとしても、国家機関が直接的に履行するという形態がとられるという点である。

そして UNCLOS 上の義務について、私人との関係において「相当の注意」概念が適用される目的は、やはりこのような防止義務の適用範囲の拡大および内容の変化とのバランスをとったからか、一定の措置をとった国家の責任を免れさせることであるとされている。責任の問題を考える場合、全ての適当な措置をとっていたならば各国は義務違反を問われない。ただし、ジェノサイド条約におけるジェノサイドの防止義務に比べて、「国家がいつ「相当の注意」義務を負うのか」といった点について、予防的アプローチの適用などにより、さらに不明瞭になったことは否めない。また、求められる環境保護基準は国際基準であることから、非常に高度な基準をもって、措置を改善しながらとり続ける義務が課されているともいえる。保証国というひととき特殊な地位にある国家の義務であることを差し引いても、非常に国家への要求が高くなる可能性がある。

以上、条約体制ごとの「相当の注意」概念に関する発展をみると、ジェノサイド条約および UNCLOS と、その他人権条約における「相当の注意」概念の発展が対照的に示される。

すなわち、ジェノサイド条約および UNCLOS は、元となる適用条文の適用範囲が様々な点で拡大したことの反動として、「相当の注意」概念を、国家の義務および責任を軽減させる目的で発展させている。ただし UNCLOS に限っては、環境保護のための措置に求められる基準は高いものである。

一方で、人権条約上の「相当の注意」概念、とりわけ「女性に対する暴力」への取り組みに関連する国家の防止、捜査、訴追義務に対する「相当の注意」概念は、国家が女性に対する暴力を防止するために要求される基準は非常に高くなっている。このことが、国家機関による損害と、私人による損害とに対処するための国家の労力が逆転するまでになっている。

## 第4編 おわりに

### 第1章 分析

本章では、本稿を通じて明らかになった点を整理し、かつ第1編「はじめに」で提起された問題に対して解答を与える。

まず、「相当の注意」概念の形成について本稿を通じて明らかになった点を概観する。

第2編における分析から明らかなように、ILCにおいて Garcia-Amador が「相当の注意」概念を採用するまで、国際法学における「相当の注意」概念は、単なる無印の「注意」概念であった。18世紀の Vattel から20世紀の各論者の著作を概観すると、たしかに現在では「相当の注意」概念と関連があるように論じられる、自国領域内に対する君主の注意義務、相隣原則および領域使用の管理責任原則、主権の排他性、外国人に対する保護義務、中立義務、事態の防止義務などに対しては、国際法理論としての説明に「注意」概念が使用されている。これら「注意」概念は必ずしも専門用語としての価値を持たないものである。このような傾向は、アラバマ号事件判決(1872)を経てすら変化はない。アラバマ号事件判決は、中立義務に対する大きな示唆を与えたものの、国際法学における「相当の注意」概念の形成にとって決定的な出来事ではなかった。その証左に、アラバマ号事件の適用法規を定めるワシントン条約の中には、イギリス政府によって「これらの適用法規が国際法上の原則であることに同意できない」旨が明示的に記載されている。またアラバマ号事件判決を検討した Bluntschli において、「相当の注意」概念が専門用語として認識されておらず、訳文において「注意」概念以上の言及がなされていない点なども挙げることができる。

20世紀を経てからも、判例や学説において「相当の注意」は国際法上の概念として説明されてはいない。

1930年のハーグ法典化会議のために準備された、公私を問わない各機関による条文案のなかでは、ハーバード・ロースクール草案(1929年)のみが「相当の注意」概念を国際法上の概念として提示している。その他の機関による草案や条文案には「相当の注意」概念はまだ登場しておらず、*fault* や *negligence*、*diligence* などの無印の「注意」概念が利用されている。

このような状況において、1956年に Garcia-Amador が ILC において「外国人の身体および財産に加えられた損害に対する国際責任」の起草を開始したことが、「相当の注意」概念が国際法上の概念として形成される契機であった。Garcia-Amador は「"相当の注意"の規則」という概念を提唱し、反乱や内戦の事態などに、外国人の保護を行う義務が国家にあること、および私人の行為によって引き起こされた結果に対して国家が責任を負う方式を定式化したのである。Garcia-Amador は、こんにち「相当の注意」概念の内容とされるものをほとんど提唱している。彼によれば、「"相当の注意"の規則」とは「国内および国際法双方の観点から、国家の機能に示唆される一般的義務(*general duty*)、すなわち自国領域内において、人物および財産の安全を保証するところの条件を整えることを確保する義務」の表現である。また、事情によって基準が変化することや、これによってアプリアリに基準を定義できない点などが考察されている。

以上のような国際法学における「相当の注意」概念の形成を踏まえて、改めて指摘できるのは以下の点である。

まず、国際法上の「注意」概念を利用した理論(たとえば、自国領域内の私人保護、他国

の権利を害さないよう注意を払う義務)が先にあって、そこに「相当の注意」という用語が当てはめられていったこと。

そして「相当の注意」概念は、国際法学の分野で新たな概念を創出しようとして考案されたのではなく、そもそも、反乱や内戦の事態に外国人の保護を義務付けるための根拠として、内外主権概念のコロラリーとしての「注意」概念が「相当の注意」と名付けられたものである。よって(Vattel 以来)国際法学上成立している内外主権概念が、国家責任法に結びつけられたかたちで形成されたのであるといえる。

したがって、第1編「はじめに」において提示した論点の1つを考察するための前提が与えられた。

近年の「相当の注意」概念の用法の拡大に先立ち、まず「相当の注意」概念は用法の拡大に耐えうるほどの概念であったか、という点について、考察が可能である。

「相当の注意」概念は、Garcia-Amador によって、そもそもは内外主権概念を軸として、既存の国際法学上の理論を説明するために与えられた専門用語である。よって、「相当の注意」概念が適用される実定国際法の枠組みが発展し、実定国際法の側に適用の文脈に変化が生じるまでは、「相当の注意」概念の拡大も許容されないと解される。「相当の注意」概念の意味する内容は事例ごとに異なるが、重要なのは適用の文脈および適用の手法である。適用の文脈および適用の手法が何の説明もなしに変化するようなことは、Garcia-Amador によって想定されていない。

言い換えれば、「どのような義務に対して「相当の注意」概念を適用するのか」あるいは「「相当の注意」概念をどのような概念として使用するのか」が発展するためには、「相当の注意」概念と共に用いられる実定法上の義務が発展したことが確認されねばならない。「相当の注意」概念は、現実に存在する実定法の枠組みを超えてまで成長するための構造を有しない。

以上を踏まえたうえで、たとえば一般条項から一定の手続き的義務を導き出すという「相当の注意」概念の役割は、関連条文がどの程度までの深刻さをもって義務履行にあたるのかを、条約の解釈の指針として一般に認められる程度を超えるべきではないと解釈されるだろう。

つぎに、現代的な「相当の注意」概念の適用について分析を行っていくこととする。

まず、女子差別撤廃条約およびその他の条約において「相当の注意」概念を発展させたといわれる「女性に対する暴力」の文脈における発展を検討する。

第2編第4章でも言及されたとおり、国内におけるドメスティック・バイオレンス等の女性に対する暴力の事例では、「相当の注意」概念のもとで国家当局に非常に高度な基準が課せられる傾向がある。このような傾向は、従来の伝統的な国家責任法と比べ、直接的に国家機関に対して課せられる義務と、私人の行為に対して課せられる義務との強弱が逆転するという現象を引き起こしている。

このような現象について、既存の実定法はどのように定めているかということ、ベレン・ド・

パラ条約やイスタンブール条約などは、「相当の注意」概念の適用を受けたのちにとるべき措置について、非常に詳細に定めている。たとえばこれらの条約の締約国であったならば、条約の求める措置や目的を達成するために、誠実に国家が努力するのは自明のことである。その後の委員会の決議等でこのような高度の基準が認められていることを鑑みれば、たとえば女子差別撤廃条約のような一般規定によって「相当の注意」概念が導かれる場合にも、国家に要求される措置の精度が高度になることも許容されるだろう。

ジェノサイド条約におけるジェノサイドの防止義務と「相当の注意」概念について、ICJは防止の義務の拡大を図ったものの、「相当の注意」概念の適用に変化はあるのだろうか。防止の義務の性質について、ILCにおける国家責任条文の起草過程をみるに、Agoは防止の義務と「相当の注意」概念と関連づけてはいなかった。防止の義務の「全ての適当な措置をとったならば義務が解除される」という性質は、Crawfordの第2回報告書に見出せる。ジェノサイド条約の適用事件における「相当の注意」概念は、このような防止の義務の性質を踏まえたうえで、自らの権限の範囲内で、状況に応じて注意を払うための基準としての役割を果たしたのだと考えられる。変化する注意の基準としての用法は、既にGarcia-Amadorが指摘しているところであるから、ジェノサイド条約の適用事件における「相当の注意」概念の適用に問題はない。防止の義務の範囲が拡大したことの是非は、別の問題である。

深海底機構の要請における勧告的意見およびSRFCの要請における勧告的意見における、UNCLOS上の条文解釈に用いられる「相当の注意」概念についてはどうだろうか。

当該判断のなかで新たな「相当の注意」概念とされたのは、先にも挙げたが①保証国と契約者、船舶と旗国という属人的管轄権、②深海底といういずれの国家の持ち物でもない、公共領域への損害、③予防的アプローチの適用、という点である。またこれに加えて、SRFCの要請における勧告的意見では、国際組織と加盟国との間の関係が、国家と私人との関係と同様に「相当の注意」概念で語られた。

属人的な管轄権を元に一定の監督義務が生じるという点について、属人的な管轄権について特別な条約が結ばれている場合が認められてきたという事実がある。このような特別な規定としての保証国と契約者に対して適用される法制度は、当該勧告的意見が示されるまで不明であったのであるから、この点については勧告的意見において新たに認められた例であるといわざるをえない。

ただし、この関係に「相当の注意」概念が適用されるべきかには慎重な議論が持たれるべきである。勧告的意見は、保証される側の契約者によって生じた損害は契約者に帰属することを明示しているが、従来「相当の注意」概念で扱われてきた私人は、もっぱら保護されるべき対象であるか、あるいは保護すべき対象に危害を加える者かのいずれかであり、国家機関に属人的管轄権で支配されながらも、生じた損害に対して一定の責任を負うことができるという能力を持つものとはこれまで想定されてこなかった。このような意味で、当該「相当の注意」概念は従来の用法とは異なる適用をされ始めたと評価される。

しかしながら、「相当の注意」概念が既存の国際法上の理論に適用されていくという前提

を振り返ると、当該 UNCLOS 上の権利義務の解釈は、国連海洋法条約が発足し、初めての勧告的意見を経て新たに作成されようとしている。「相当の注意」概念が辿ってきた歴史上、「相当の注意」史上初めて法制度と同時に新たな「相当の注意」概念の適用が創設されたとすれば、必ずしも新しい用法を忌避すべき理由は存在しない。

「領域使用の管理責任原則」と「相当の注意」概念の射程に関して、仮に「領域使用の管理責任原則」が発展し、ストックホルム宣言やリオ宣言のように、「いずれかの他国あるいは公共領域に、自分の管轄下で行われる活動から損害を与えないようにする義務あるいは原則」が存在するとしても、それは「相当の注意」概念によって説明されるのではなく、独自の法原則として再定式化されねばならないだろう。なぜならば、国家責任上の概念として Garcia-Amador が定式化したことで、「相当の注意」概念の適用は一般的な国家責任法上の義務違反の帰結を推定させるからである。環境に対する特別なレジームの策定が期待されるストックホルム宣言やリオ宣言に基づいて、「相当の注意」概念を適用することは困難を伴うだろう。

このような適用の射程は、人権条約上の積極的義務と「相当の注意」概念についての示唆も有する。人権条約の一般規定は、その適用を領域内に限定していない。締約国の領域外においても、諸国は積極的義務を負うのかについて、ECtHR は、*Ilascu v. Moldova and Russia* 事件において、以下の点を明示している。

領域内においてこれらの権利及び自由の尊重を確保するため、適切な措置をとる積極的義務(…)は、未だに国家権力の行使がその領域の一部に限定されている場合においてさえも残っており、これにより国家は、その措置を取るための権限内においてすべての適切な措置をとる義務を有するのである<sup>633</sup>。

当該事件は「相当の注意」概念を適用した事例ではない。ただし、*Ilascu* 事件において示されるとおり、領域に対して及ぼされる管轄権の強度、有害な事態を引き起こす私人に対する国家の影響力、事態の予見可能性は、一般的な条約の確保義務の履行を評価する際に問われる。

ストックホルム宣言等で規定される「管轄下」が意味するところは、「相当の注意」概念の適用において非常に重要な問題となる。

管轄下にある、ということが、国家と属人的管轄権によって支配される私人を指すのか、それとも占領や委任統治のように、自国の領域外においても一定の領域的基礎をもって軍隊等の国家機関が実効的支配を及ぼしている状態なのかでは、当然扱いは異なる。

領域外においても条約上の積極的義務が認められるとしても、現在の人権条約のほとんどは、占領や委任統治のように一定の領域的基礎が認められる範囲でのみ積極的義務の存

---

<sup>633</sup> *Ilascu v. Moldova and Russia* (App. No. 48787/99), ECHR, 8 July 2004, para.313.

在が推定されているにすぎない。

Vincent Chetail<sup>634</sup>のように、人権条約上の一般規定における「管轄下」の意味を、国家と多国籍企業の本拠地のような関係や、国籍による属人管轄権を元に推定し、「相当の注意」概念を適用させるのは困難だと言わざるをえない。

つぎに、域外に所在する私人に対して「いつ、だれが「相当の注意」義務を負うのか」に関する論点は、条約上の義務にしたがって考察されねばならない。

ジェノサイド条約の適用事件において示されたように、ジェノサイド条約第 1 条のもとで、占領した先の領域内においてジェノサイド行為が遂行され得るという深刻な危険 (serious risk) を国家が了知し、あるいは了知すべきであると客観的に判断される場合、ジェノサイドの防止のための国家の「相当の注意」義務が適用され始める、と解釈される。

このような「深刻なリスク」を国家当局が察知すべき、あるいはすべきであると判断されるという文脈は、女子差別撤廃条約の中でも生じている。Yildirim Fatma v. Austria 事件では、オーストリア政府が被害者に迫っていた「高度の危険を認識し、あるいは認識しなければならなかった」と判示されている。ただし、高度の危険を認識するのが既に条約規定から導かれる「相当の注意」義務なのであるとすれば、条約締結の時点から、自国の管轄下における人権侵害に関しては常に「相当の注意」義務を負っているものだといえよう。

## 第 2 章 展望

以上、国際法学における「相当の注意」概念の形成、および発展の過程を分析し、国際法学における「相当の注意」概念の射程について考察を行った。

「注意」概念から「相当の注意」概念への定式化がなされた後からも、「相当の注意」概念は、一定の文脈を背負いながら発展を続けてきた。現在では様々な条約体制における解釈、および非拘束的文書への文言の採用など、適用範囲の拡大は留まるところを知らない。

「相当の注意」概念は、場所的適用範囲、時間的適用範囲、事項的適用範囲に、それぞれ拡大の歴史を有している。元となる義務の形が様々であるので、国際法の規律対象が拡大し、それに伴い場所、時間、事項的に適用範囲を拡大させていくにつれて、「相当の注意」概念の適用される文脈や機能もおそらくこれから変化していくだろう。ただしその変化の過程は、国際法そのものの発展の歩みを追いこしてはならない、というのが、本稿の至った結論

---

<sup>634</sup> Vincent Chetail, “The Legal Personality of Multinational Corporations, State Responsibility and Due Diligence: The Way Forward,” in D. Alland, V. Chetail, O. de Frouville & J.E. Vinuales, (eds.), *Unity and Diversity of International Law; Essays in Honour of Prof. Pierre-Marie Dupuy*, (Martinus Nijhoff, 2014), pp. 105-130. at <http://ssrn.com/abstract=2364450>.



である。この意味で、非拘束的文書のなかに「相当の注意」概念が適用される場合、その内容が既存の条約体制を逸脱したものにならないよう留意する必要がある。本質的な国家の予見可能性や客観的に期待される行動を推測することが必要不可欠な「相当の注意」概念を適用していくうえで、国家の予見可能性を担保する必要があるからである。

本稿では、第 1 編において提起した様々な論点について考察し、いくつかのものに回答を与えるに至った。ただし、国家の属人的管轄権を元に、私人に対して「いつ、どのように国家が「相当の注意」概念を負うのか」といった問いには、一応の回答が付されたにすぎない。とりわけ UNCLOS に関連した勧告的意見は付されてから日が浅く、十分に実行が蓄積するにはいましばらくの時間を必要とする。「相当の注意」概念と国際法上の制度が同時に形成された稀有な事象として、以降も UNCLOS の条約体制の運用を注視することが今後の課題となっていくことだろう。

(了)

## 引用文献一覧

(書籍)

Alastair Mowbray, *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights*, Third Edition (Oxford University Press, 2012).

Alfred Verdross, *Völkerrecht*, Zweite Auflage, (Wien, 1950).

Alfred Verdross, *Völkerrecht*, Dritte Auflage, (Wien, 1955).

Alfred Verdross, *Völkerrecht*, Vierte Auflage, (Wien, 1959).

Alfred Verdross, *Völkerrecht*, Fünfte Auflage, (Wien, 1964).

Ben Saul, David Kinley & Jacqueline Mowbray (eds.), *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; Commentary, Cases, and Materials* (Oxford University Press, 2014).

Birnie & Boyle, Redgwell, *International Law and the Environment*, 3rd Edition (Oxford University Press, 2009).

Charles Rousseau, *Droit International Public*, tome I, Introduction et Sources, (Sirey, 1970).

Charles Rousseau, *Droit International Public*, tome II, Les sujets de Droit, (Sirey, 1974).

Charles Rousseau, *Droit International Public*, tome III, Les compétences, (Sirey, 1977).

Charles Rousseau, *Droit international public*, Onzième édition, (Dalloz, 1987).

Chr. Robinson, LL. D, *Reports of Cases argued and determined in the High Court of Admiralty* (George Minot, ed), Vol.I, (Boston, 1853).

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.

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.

G.A.Walz, *Völkerrecht und Staatliches Recht*, (Stuttgart, 1933).

Henry Wheaton, *Elements of International Law*, «the Classics of International Law»(James Brown Scott, ed.),(Oxford Clarendon Press, 1936), (The Literal reproduction of the edition of 1866).

Hannah Tonkin, *State Control over Private Military and Security Companies in Armed Conflict*, (Cambridge University Press, 2011).

James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law, 8<sup>th</sup> edition*, (Oxford University Press, 2012).

J.C. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten*, (Nördlingen, 1872).

Jean-Marie Henckaerts et al, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I (Rules) (Cambridge University Press, 2005).

J. L. Brierly, *The Law of Nations; an introduction to the international law of peace*, (Oxford at the Clarendon Press, 1928).

J.L. Brierly, *The Law of Nations; an introduction to the international law of peace, fourth edition*, (Oxford at the clarendon press, 1949).

J.L. Klüber, *Droit des gens moderne de l'Europe*, Tome I&II, (Paris, 1831).

John Westlake, *Chapters on the principles of International Law*, (Cambridge, 1894).

John Westlake, *International Law, second edition, Part 1* (Cambridge, 1910).

John Westlake, *International Law, second edition, Part 2* (Cambridge, 1913).

- L. Oppenheim, *International Law; A Treatise*. Vol. I, (London, 1905).
- L. Oppenheim, *International Law; A Treatise*. Vol. II, (London, 1906).
- Malcolm N. Shaw, *International Law*, Seventh edition, (Cambridge University Press, 2014).
- Manfred Nowak & Elizabeth Mcarthur, *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary* (Oxford University Press, 2008).
- R. Jennings & A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law, Ninth Edition, Volume I*, (Longman, 1992).
- Robert P. Barnidge, Jr, *Non - State Actors and Terrorism; Applying the Law of State Responsibility and the Due Diligence Principle* (Asser Press, 2008).
- Sarah Joseph & Melissa Castan(eds.), *The International Covenant on Civil and Political Rights; Cases, Materials, and Commentary*, Third edition, (Oxford University Press, 2013).
- Viktor Bruns, *Völkerrecht als Rechtsordnung*, (Darmstadt, 1954).
- Y. Sandoz, C. Swinarski and B. Zimmermann (eds.), *Commentary to the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, (Nijhoff, 1987).
- ルソー『国際公法』(上)(柳原書店、1968年)。
- 小寺彰『パラダイム国際法』(有斐閣、2004年)。
- 『国際関係法辞典』第2版、国際法学会(編)(三省堂、2005年)。
- 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)。

(論文)

Bruno Simma, "The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International law", *EJIL*, vol. 6, (1995).

Guillermo R Moncayo and Martin Moncayo von Hase, "The International Court of Justice and the Environment: The Recent Paper Mills Case," *FROM BILATERALISM TO*

*COMMUNITY INTEREST Essays in Honour of Judge Bruno Simma* (Oxford University Press, 2011).

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).

James Cockayne, "Regulating Private Military and Security Companies: The Content, Negotiation, Weaknesses and Promise of the Montreux Document," *Journal of Conflict & Security Law*, vol.13, No.3 (2009).

Jeremy Bentham, "Principles of International Law", in *The Works of Jeremy Bentham*. Vol. II, Published under the superintendence of John Bowring (Edinburgh, 1839).

Marko Milanovic, „Territorial Application of the Genocide Convention and State Succession, "in Paola Gaeta (ed.), *The UN Genocide Convention ——A Commentary* (Oxford University Press, 2009).

Marsha A. Freeman et al (eds.), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women; A Commentary* (Oxford University Press, 2012).

Martti Koskenniemi, "DOCTRINES OF STATE RESPONSIBILITY," in James Crawford, Alain Pellet et al (eds.), *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press, 2010).

Orna Ben Naftali, „The Obligations to Prevent and to punish Genocide, "in Paola Gaeta (ed.), *The UN Genocide Convention ——A Commentary* (Oxford University Press, 2009).

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).

Riccardo Pisillo-Mazzeschi, „The Due Diligence Rule and the Nature of the International

Responsibility of States, “German *Yearbook of International Law*, vol. 35 (1992).

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).

Sarah Joseph & Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, Third Edition (Oxford University Press, 2013).

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).

Timo Koivurova, “Due Diligence”, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*, (Heidelberg and Oxford University Press, 2012).

Vincent Chetail, “The Legal Personality of Multinational Corporations, State Responsibility and Due Diligence: The Way Forward,” in D. Alland, V. Chetail, O. de Frouville & J.E.

Vinuales, (eds.), *Unity and Diversity of International Law; Essays in Honour of Prof. Pierre-Marie Dupuy*, (Martinus Nijhoff, 2014), pp. 105-130. at

<http://ssrn.com/abstract=2364450>.

Yuval Shany, „The Road to the Genocide Convention and beyond “, in Paola Gaeta (ed.), *The UN Genocide Convention —A Commentary* (Oxford University Press, 2009).

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)。

小野圭司「民間軍事会社の実態と法的地位」『国際問題』No.587(2009年12月)。

小畑郁「国際責任の法制度における「相当な注意」概念の再検討」桐山孝信・杉島正秋・

船尾章子編『転換期国際法の構造と機能(石本康雄先生古稀記念論文集)』(国際書院、2000年)。

戒能通弘「ベンサムにおける国際正義論」『同志社法学』第57巻第1号(2005年)。

児矢野マリ「国際環境法における手続的義務の意義：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)。

西岡祝「ワイマール憲法第4条」『福岡大学法学論叢』第19巻第2・3号(1974年)。

萬歳寛之「国家責任法における違法性判断の特質—「相当の注意」概念を素材として—」『早稲田法学』第86巻2号(2011年)。

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(一)」『香川法学』第22巻第2号(2002年)。

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巻第1・2号(2003年)。

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(三)」『香川法学』第24巻第3・4号(2005年)。

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(四・完)」『香川法学』第26巻1・2号(2006年)。

(資料、ILC)

Preliminary report on State responsibility by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur, A/CN.4/416 and Add.I, (18 and 27 May 1988).

Report on International Responsibility by Mr. F.V. Garcia-Amador, Special Rapporteur, A/CN.4/96 (1 January 1956).

Second report by F. V. Garcia Amador, Special Rapporteur, A/CN.4/106, (15 February 1957).

Third report by F. V. Garcia Amador, Special Rapporteur, A/CN.4/111, (2 January 1958).

Fifth report by F. Y. Garcia Amador, Special Rapporteur, A/CN.4/125, (9 February 1960).

Sixth report by F. V. Garcia Amador, Special Rapporteur, A/CN.4/134 & ADD.I, (26 January 1961).

First report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur, A/CN.4/217 AND ADD.I, (7 May 1969 and 20 January 1970).

Fourth report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur, A/CN.4/264 AND ADD.I, (30 June 1972 and 9 April 1973).

Seventh report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur, A/CN.4/307 and Add.I and 2, (29 March, 17 April and 4 July 1978).

Eighth report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur, A/CN.4/318 AND ADD. 1-4, (24 January, 5 February and 15 June 1979).

Second report on the content, forms and degrees of international responsibility (part 2 of the draft articles), by Mr. Willem Riphagen, Special Rapporteur, A/CN.4/344, (1 May 1981).

Fourth report on the content, forms and degrees of international responsibility (part 2 of the draft articles), by Mr. Willem Riphagen, Special Rapporteur, A/CN.4/366 and Add.I, (14 and 15 April 1983).

Seventh report on State responsibility, by Mr. Willem Riphagen, Special Rapporteur, A/CN.4/397 and Add.I, (4 March and 23 April 1986).

Preliminary report on State responsibility by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur, A/CN.4/416 and Add.I, (18 and 27 May 1988).

Second report on State responsibility, by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur, A/CN.4/425 and Add.1, (9 and 22 June 1989).

Third report on State responsibility, by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur,



A/CN.4/440 and Add.1, (1991 19 July).

Fifth report on State responsibility, by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur, A/CN.4/453 and Add.1-3, (12 and 28 May and 8 and 24 June 1993).

Sixth report on State responsibility by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur, A/CN.4/461 AND Add.1-3, (19 and 26 April, 14 June and 21 July 1994).

Seventh report on State responsibility, by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur, A/CN.4/469 and Add.1 and 2, (9, 24 and 29 May 1995).

Eighth report on State Responsibility, by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur, A/CN.4/476 and Add.1, (14 and 24 May 1996).

First report on State responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur, A/CN.4/490 and Add. 1-7, (24 April, 1, 5, 11 and 26 May, 22 and 24 July, 12 August 1998).

Second report on State responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur, A/CN.4/498 and Add.1-4, (17 March, 1 and 30 April, 19 July 1999).

Fourth report on State responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur, A/CN.4/517 and Add.1, (2 and 3 April 2001).

(資料)

ILA Study Group on Due Diligence in International Law First Report (Duncan French and Tim Stephens), 7 March 2014, p.1., at [http://www.ila-hq.org/en/committees/study\\_groups.cfm/cid/1045](http://www.ila-hq.org/en/committees/study_groups.cfm/cid/1045)

ILA Study group on due diligence in international law – mandate, available at [http://www.ila-hq.org/en/committees/study\\_groups.cfm/cid/1045](http://www.ila-hq.org/en/committees/study_groups.cfm/cid/1045).

A/HRC/17/31, (21 March 2011), Report of the Special Representative of the Secretary-

General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie (Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework).

CESCR, General Comment N. 16 (2005), E/C.12/2005/3, (13 May 2005).

HRC, General Comment 31, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (29 March 2004).

CAT, General Comment No.2, CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4, (23 November 2007).

Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, Istanbul, (11 May 2011), at <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d383a>.

CEDAW Committee, General recommendation No. 28, CEDAW/C/GC/28, (16 December 2010).

CEDAW Committee, General recommendation No. 19 and 20, A/47/38, (1992).

CEDAW Communication No. 6/2005, CEDAW/C/39/D/6/2005 (1 October 2007).

Report on Mexico under article 8 of the Optional Protocol to the Convention, CEDAW/C/2005/OP.8/MEXICO, (27 January 2005).

CEDAW Communication No.5/2005, CEDAW/C/39/D/5/2005, (6 August 2007).

CEDAW Communication No. 15/2007, CEDAW/C/42/D/15/2007, (26 October 2009).

Concluding Observations India, CEDAW/C/IND/CO/SP.1, (22 October 2010).

Montreux Document on Pertinent International Legal Obligations and Good Practices for States Related to Operations of Private Military and Security Companies during Armed Conflict, UN Doc. A/63/467-S/2008/636 (17 September 2008).

Coalition Provisional Authority Memorandum Number 17, CPA/MEM/26, 17 June 2004., Section 1, 1(a)-(d).

Report of the Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination, A/HRC/15/25, (2 July 2010).

Human Rights in Palestine and other occupied Arab territories, A/HRC/12/48, (25 September 2009).

(条約)

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200 A (XXI) of 16 December 1966.

International Covenant on Civil and Political Rights, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200 A (XXI) of 16 December 1966.

Prevention, Punishment and Eradication of Violence Against Women "Convention of Belem do Para", Inter-American Convention on the (A-61), adopted in 9 June 1994.

Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 39/46 of 10 December 1984.

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Adopted by the General Assembly of the United Nations on 9 December 1948.

Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, CETS No. 210.

The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women,

Adopted by the General Assembly resolution 34/180 of 18 December 1979.

Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field of August 12, 1949.

(宣言)

Declaration on the Elimination of Violence against Women, A/RES/48/104, (20 December 1993).

(判例)

Reports of Cases argued and determined in the High Court of Admiralty; Commencing with the Judgements of the Right hon Sir William Scott. Vol. 1, (Boston, 1853), pp. 196-220.

Alabama Claims Arbitration, (United States v. Great Britain), (1872), Moore, Int. Arb., vol.1, p.653.

The Zafiro Claim (D. Earnshaw and Others (Great Britain) v. United States) (1925) 6 *R.I.A.A.* 160. (hereinafter, Zafiro case).

Trail Smelter Arbitration (United States v. Canada) (1938 and 1941), 3 *R.I.A.A.* p.1905.

Velasquez Rodriguez Case, Judgment of July 29, 1988, *Inter-Am.Ct.H.R.* (Ser. C) No. 4 (1988).

Ilascu v. Moldova and Russia (App. No. 48787/99), ECHR, (8 July 2004).

Judgement of Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), (ICJ, 20 April 2010).

Separate Opinion of Judge *ad hoc* Lauterpacht, 1993 Second Provisional Measures Order, Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the

Crime of Genocide, (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)),  
(ICJ, 13 September 1993).

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).

Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to  
Activities in the Area (Seabed Dispute Chamber of the International Tribunal of the Law of  
the Sea, Case No 17, 1 February 2011).

Request for an Advisory Opinion submitted by the sub-regional fisheries commission  
(SRFC), Advisory Opinion (2, April, 2015).

(国家責任条文コメント)

Commentaries to the draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful  
acts (hereinafter, Commentaries to the draft articles on Responsibility of States), 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.