



Title	国内的救済原則の例外：国連国際法委員会外交的保護条文の検討を中心に
Author(s)	山下, 朋子
Citation	国際公共政策研究. 2016, 21(1), p. 1-23
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/57773
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

国内的救済原則の例外

—国連国際法委員会外交的保護条文の検討を中心に—*

Exceptions to the Local Remedies Rule

—A Study on the ILC Draft Articles on Diplomatic Protection—*

山下 朋子**

Tomoko YAMASHITA**

投稿論文

初稿受付日 2016年4月5日 採択決定日 2016年8月18日

Abstract

The local remedies rule is an important principle of customary international law requiring the exhaustion of local remedies as a prerequisite for submitting international claims. Despite a well-established rule, its scope of application remains unclear. This is especially questioned in practice for circumstances where local remedies do not need to be exhausted. Against this backdrop, this article examines the exceptions to the local remedies rule by analyzing doctrinal debates and judicial practices with a special focus on the Draft Articles on Diplomatic Protection codified by the International Law Commission. Theoretically, the exceptions are divided into two groups: first, procedural exceptions of the rule based on unavailability of the local remedies caused by intrinsic or extrinsic reasons; and second, a substantial exception deriving from the conceptual difference between ‘direct injury’ and ‘indirect injury.’ Claimant States strategically invoke the substantial exception at the ICJ in order to bring international claims before exhausting the local remedies for sufferings of their nationals, notably after *Avena* judgment. By updating the argument of Professor Kanae Taijyudo in 1964, this article suggests that certain exceptions are disputable even in treaty-based dispute settlement mechanisms, notably in investor-state arbitrations.

キーワード：国内的救済原則の例外、外交的保護、国際投資保護、国連国際法委員会、訴訟戦術

Keywords： Exceptions to the Local Remedies Rule, Diplomatic Protection, International Protection of Foreign Direct Investment, the International Law Committee of the United Nations, Litigation Strategy

* 本稿は、2015年1月に神戸大学大学院法学研究科に提出した博士論文「外交的保護の理論と実際」およびJSPS科研費・特別研究員奨励費（26・3085）による成果の一部である。本掲載に際し、極めて的確な改善点のご指摘を頂いた匿名査読者に、心より御礼申し上げます。

** 日本学術振興会特別研究員（PD）。

1. はじめに

国内的救済原則とは、外国で被害を受けた私人がその国で利用可能な全ての司法的・行政的救済手段を尽くした後でなければ、原則として国際請求を提起できないという内容の規則であり¹、確立した「慣習国際法の重要な規則」とされている²。外交的保護研究の泰斗Borchardは、国内的救済の完了が原則として要求される根拠として、海外へ行く者は現地法による救済手段を考慮に入れていると推定されること、正義を実現できるという推定が働く限り主権の下で国内裁判所は介入を受けない自由を享受すること、個人や政府の下級職員による不法行為の場合はそれが国家に帰属する行為であるのか責任の所在を明確にするための熟慮期間が必要であることといった法政策的観点からの必要性を指摘する³。他方Jiménez de Aréchagaは、この原則について、「その司法機関を通じて問題を扱う管轄権をもつ国家の主権と司法権の尊重」という⁴、主権平等の観点から説明する。すなわち国内的救済原則は、「対等なる者は互いに管轄権をもたない (*par in parem non habet imperium non habet jurisdictionem*)」ことの論理的帰結なのである⁵。一般に、侵害発生国は、自国の国内制度に基づく救済を外国人に与えないことで当初発生した不法行為を国として是認する意思が明確化されるため⁶、翻って「侵害発生国は自らの手段により自らの国内制度内で救済を行う機会を得るべき」と考えられているのである⁷。

実際の国際訴訟の場面では、この原則の存在自体ではなく、同原則が適用されない「例外」的事例であるのかについて争われることが非常に多い⁸。例外の存在については、外交的保護制度が確立した20世紀初頭からすでに実行上認識されていたのであり⁹、学説でもその具体的な規則内容について活発な議論がされてきたが、国際的に一致した見解に至るということとはなかった¹⁰。当時の外交的保護を巡る論争では、自国民保護を名目として中南米諸国の内政に積極的に介入しようとする欧米諸国と、それに対抗する米州の間で、外国人待遇義務をめぐる国内標準主義と国際標準主義に代表される形での社会的な不一致が存在したためである¹¹。ここで主として問題となった外国人資産の国有化及び収用に伴う補償問題については第二次大戦後、国連総会が2度にわたって決議を採択することで解決が図られた¹²。加えて、両者の立場を融合させる新しい法的基盤としての「人権及び基本的自由の国際的な承認」

¹ Art. 14 (1) of Draft Articles on Diplomatic Protection (Second reading 2006) with commentaries [hereinafter, “Second Draft on Diplomatic Protection 2006”], UN Doc. A/61/10, Supp. 10 in *YBILC 2006*, vol. II (Part Two), p. 25; Commentary to Article 44(b) of Draft Articles on Responsibility for Internationally Wrongful Acts (Second reading 2001), UN Doc. A/56/10, Supp. No. 10, in *YBILC 2001*, vol. II (Part Two), p. 121, para. 4.

² *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (USA v. Italy), Judgment of 20 July 1989, ICJ Reports 1989, p. 42, para. 50; Amerasingheは外交的保護の起源となった私的復仇及び公的復仇には一貫して、国内的救済完了の原則を否定する実行は存在しないという。C.F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 2nd ed. (Cambridge Uni. Pr., 2004), p. 26.

³ E.M. Borchard, *Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (Banks Law, N.Y., 1915), pp. 817-818;

⁴ E. Jiménez de Aréchaga, “International Responsibility,” in M. Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law* (MacMillan, 1968), p. 584.

⁵ J. Dugard, “Second Report on Diplomatic Protection,” UN Doc. A/CN.4/514, in *YBILC 2001*, vol. II (Part One), Art. 11, para. 18.

⁶ K. Doebring, “Local Remedies, Exhaustion of,” *MPEPIL* (1997), vol. 3, p. 238; B. Sepúlveda Amor, “International Law and National Sovereignty: NAFTA and the Claims of Mexican Jurisdiction,” *Houston J. of Int’l L.*, vol. 19 (1996), p. 586; C. de Visscher, «Le déni de justice en droit international» *RCADI*, vol. 52 (1935-II), p. 371.

⁷ *Interhandel* (Suisse c. États-Unis), exceptions préliminaires, arrêt du 21 mars 1959, *CJ Recueil 1959*, p. 27.

⁸ 太寿堂鼎「国内的救済原則の適用の限界」『法学論叢』76巻1・2号（1964）68頁。

⁹ *Robert E. Brown* (USA v. Great Britain), 23 Nov. 1923, *RIAA*, vol. 6 (1923), p. 120; *Rhodope central* (fond) (Grèce c. Bulgarie), 29 mars 1933, *RIAA*, vol. 3 (1933), p. 1420; *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (Estonie c. Lituanie) (1939), *CPJII Série A/B*, N° 76, arrêt du 28 février 1939, p. 19; *Ambatielos Claim* (Grèce/UK), Decision of 6 Mar. 1956, *RIAA*, vol. 12 (1956), p. 120.

¹⁰ J.R. Dugard, “Third Report on Diplomatic Protection,” UN Doc. A/CN.4/523 and Add.1 (2002), in *YBILC 2002*, vol. II (Part One), p. 19, para. 26.

¹¹ 山田卓平「国内的救済原則の成立(一)」『法学論叢』145巻6号（1999）47-48頁。

¹² 1962年の「天然資源に対する永久的主権」4項の「補償の問題が紛争を生じたときはいつでも、このような手段を問うた国家の国内裁判手続が完了されるものとする」(Paragraph 4 of Permanent sovereignty over natural resources, UN Doc. 1803 (XVII), adopted on 14 Dec. 1962)、1974年の「経済権利義務憲章」2条2項(c)号は、「国有化を行う国の国内法に基づき、かつその裁判所によって解決されなければならない」と定めている (Art. 2 (2)(c) of Charter of Economic Rights and Duties of States, UN Doc. A/ Res/3281(XXIX), adopted on 12 Dec. 1974)。

が妥当するようになり¹³、外交的保護とその関連諸規則に関する議論は時代遅れのものとして、下火になっていった。

しかし21世紀に入り、国連国際法委員会（ILC）による法典化や新しい実行の発生によって、外交的保護そのものに加え、国内的救済原則など関連規則が再び脚光を浴びることとなった¹⁴。近年爆発的に増加している国際投資条約仲裁では、管轄権の根拠となる投資条約にこの原則の適用が明示されている場合であっても¹⁵、投資受入国の国内的救済手段を尽くす前に仲裁付託を行い、慣習法規則としての外交的保護の実行やILC条文を根拠に、国内的救済原則が適用されない例外的状況が存在したと主張される事例が増加している。そもそも外交的保護とは、「私人に対する侵害をその国籍国に対する侵害であるかの如く」扱うという法的擬制を根拠に、「自国民が他国の国際違法行為により侵害を受け、通常的手段では満足を得ることが出来ない場合に、その本国が自国民を保護する権利を有する」とする制度である¹⁶。これは元来、19世紀中葉から20世紀初頭にかけて、政情が不安定な中南米諸国で内戦・内紛時に生じた外国人の損害についての領域国の責任や外国人が締結したコンセッション契約に関する請求¹⁷、国債の支払い停止をめぐる債務国の責任と債権者本国の請求権の問題を解決するために生じた実行であり¹⁸、欧米先進国が様々な資本輸出と自国民の経済活動の保護を目的として発展させた介入的政策に伴う国際訴訟実行であった¹⁹。保護の対象は外国人による海外直接投資に関連していたため、実際の訴訟手続で適用される規則には現代の国際投資条約仲裁と共通するものが多く、この関係でも旧来の外交的保護に関する諸論点が再び活発に議論されるようになったのである²⁰。

以上のような実務的観点からの要請に加えて、いま再び国内的救済原則の例外について研究する意義は、国際投資保護の文脈で新しい法主体として力を得た投資家と、自国の社会経済システムや人民を守ろうとする投資受入国の国家主権とが衝突する場に位置する外国人権利保護の問題が、根本的な再検討を迫られていることに由来する²¹。1964年に太寿堂は、第二次大戦後の人権の国際的尊重という社会的要請と、この時期アジア・アフリカに大量出現した新興諸国により新たな力を持って復活した国家主権を擁護する運動との衝突する場に位置するこの問題に対する再検討の要請から、国内的救済原則が問題解決のためにどのような役割を果たし得るであろうかという疑問が意識に上ってくると述べている²²。そして、先述のような国際社会構造変革を前に、今再び同じ問いについて、近年の実行を踏まえた検討をする必要が生じているのである。

外交的保護請求提起のための前提条件の一つとして確立した国内的救済原則については、不文法で

¹³ F.V. García Amador, "Report on International Responsibility," UN Doc. A/CN.4/96, in *YBILC 1956*, vol. II, pp. 201-202, paras. 145-150, p. 203, para. 156.

¹⁴ Commentary to Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra* note 1, para. 1.

¹⁵ 投資条約仲裁と国内的救済手続との関係について、各国のモデル二国投資条約(BIT)と実際に締結されているBIT、自由貿易協定(FTA)や経済連携協定(EPA)の投資仲裁規定を網羅的に検討すると、(1)無規定型、(2)二者択一型、(3)国内的救済手続放棄型、(4)並行手続許容型、(5)国内的救済先行型に分類される。阿部克則「二国間投資条約／経済連携協定における投資仲裁と国内救済手続との関係」『RIETIディスカッション・ペーパー』(2007) 1、6頁。

¹⁶ Commentary to Art. 1 of Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra* note 1, paras. 8-9.

¹⁷ Borchard, *supra* note 3, pp. 793-794.

¹⁸ F.G. Dawson, "The Influence of Andres Bello on Latin-American Perceptions of Non-Intervention and State Responsibility," *BYBIL*, vol. 57 (1987), p. 284.

¹⁹ 小畑郁「十九世紀中葉における国債返済を求めるイギリス外交的保護権の確立」『神戸商船大学紀要第一類文科論集』39号(1990) 2頁。

²⁰ P. Juillard, "Calvo Doctrine/Calvo Clause," *MPEPIL* (online ed., OUP, www.mpepil.com; last updated on Jan. 2007), para. 22; *Azurix Corp v Argentine*, Decision on Jurisdiction of 8 Dec. 2003, Case No ARB/01/12, *ILM*, vol. 43, p. 262, para. 83.

²¹ ICSID体制下での投資条約仲裁判断は「非対称的かつ一方的に投資家びいき」とであると形容される(D. TAMADA, "Host States as Claimants: Corruption Allegations," in S. Lalani & R. Polanco Lazo (eds.), *The Role of the State in Investor-State Arbitration* (Brill-Nijhoff, 2015) p. 103)。実際、仲裁申立は特に経済政策が失敗した一部の国に仲裁が集中したことからICSID体制への不信感が強まり、ボリビア、エクアドルがすでにICSID条約から正式に脱退し、アルゼンチンも脱退の手続が進行中である。See also K. Fach Gomez, "Latin America and ICSID: David versus Goliath," posted on 12 Nov. 2010, p. 1, available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1708325 (last access on 4 Apr. 2016).

²² 太寿堂「前掲論文」(注8) 68頁。

あるがゆえに具体的な内容、すなわち原則や例外の適用範囲については不明確であり争いがある²³。そもそも外交的保護に関する理論は、近代国家の成立により私人による自力救済が禁じられ²⁴、国家のみが国際法の主体として外国における自国民の利益に関する「排他的な保護者」となった²⁵、という近代国際法秩序において、国家間関係のみへの適用を前提に発展してきた。ゆえに、そこで形成された諸規則を、現代国際法秩序、とりわけ私人である投資家が直接の当事者となる国際投資条約仲裁において、どこまで参照可能であるかについては慎重な検討が必要である。よって本稿では、実定国際法上の原則としての適用範囲をまず明らかにし、その規範的内容と適用範囲の確定に努め、またその検討を通じて、現代の国際紛争解決における国内救済原則の意義を考える手がかりを得たいと思う。国内的救済原則そのものを理解するためには、それと表裏一体をなす「例外」について改めて検討して見る必要があることから、本稿では例外の諸類型に着目して考察を進めることとする。

2. 手続規則上の例外

まず国内的救済完原則が狭義に、国際裁判の場面での受理可能性要件として議論される際に最も問題となるのは、完了されるべき国内的救済の範囲である。ILC外交的保護法典化作業の初期にDugardが行った提案では、国による国内統治機構制度の違いに配慮し、司法機関だけではなく行政機関においても救済手段が予定されている場合があることを認めつつ、「利用できる (available)」「すべての」「法的救済手段」という3つの要素を盛り込んだ定式化が行われた²⁶。これは、「利用可能な全ての行政的、仲裁または司法的救済手段」としたSohn及びBaxterによる1961年Harvard草案19条に倣うものであるが²⁷、ここで注意しなければならないのは、司法機関以外での救済手段であっても「法的」かつ「有効な」性質の救済手段でなければならず²⁸、行政的・裁量的・準司法的な性質の救済手段は含まれないとされる点である²⁹。「法的な救済手段」とは、国内法で予め規定されている通常の「法定の救済手段」という意味であり³⁰、個別の事案に応じて裁量的に利用できるか否かが決せられる訳ではない。そして、国内救済が完了した後に提起される国際請求に関係するすべての事実関係および法的主張の検証作業が国内機関によって完了されていなければならないとする1934年フィンランド船事件仲裁判断の示した厳格な基準が採用されるべきであるとDugardはいう³¹。

その後、ILCでの議論を経て³²、2003年に暫定採択された草案（2003年ILC暫定条文草案）8[10]条は「すべての国内的救済手段を尽くした後でなければ、国際請求を提出することができない」ことを確認しながら、ここにいう国内的救済手段とは「通常のものであるか特別のものであるかを問わず、生じた損害に責任を有すると主張される国の司法裁判所もしくは行政裁判所又は司法機関もしくは行政機

²³ G. d'Agnone, "Recourse to the 'Futility Exception' within the ICSID System: Reflections on Recent Developments of the Local Remedies Rule," *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12 (2013), p. 357.

²⁴ Borchard, *supra* note 3, pp. 363-5.

²⁵ De Visscher, *supra* note 6, p. 373; H. Tiepel, traduit par Brunet, R., *Droit international et droit interne* (Pédone, 1920), p. 214.

²⁶ Dugard, "Second Report on Diplomatic Protection," *supra* note 5, p. 100, Art. 10.

²⁷ Art. 19 of Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens, in L.N. Sohn & R.R. Baxter, "Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens" [hereinafter, "1961 Harvard Draft"], *AJIL*, vol. 55(1961), p. 577.

²⁸ *B. Schouw Nielsen v. Denmark*, ECmmHR, App. No.343/57 (1985-9), 15 Mar. 1960, p. 2.

²⁹ Dugard, "Second Report on Diplomatic Protection," *supra* note 5, pp. 102-103, para. 14.

³⁰ *Ibid.*, para. 12; *Nielsen v. Denmark*, *supra* note 28, p. 37; *Ambatielos Claim*, *supra* note 9, p. 120.

³¹ *Finnish Ship-owners against Great Britain in respect of the use of certain Finnish vessels during the war* (Finland/Great Britain) [hereinafter, "*Finnish Ships Arbitration*"], 9 May 1934, *RIAA*, vol.3 (1934), p. 1502.

³² Report of the ILC on the work of its 53rd session (23 Apr.–1 Jun. and 2 Jul.–10 Aug. 2001) UN Doc. A/56/10, in *YBILC 2001*, vol. II (Part Two), [hereinafter, ILC Report 2001], Chap. VII, p. 200, paras. 189-199; Topical summary of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly prepared by the Secretariat, 56th session (2001) [hereinafter, "Sixth Committee 2001"], UN Doc. A/CN.4/521, paras. 80-81.

関において、被害者に権利として開かれている法的救済手段」として³³、行政手続も含むことが明示された。2003年ILC暫定条文案第8[10]条の目的をILCは、救済手段が「利用可能 (available)」であったことの証明責任が被請求国に課されること、尽くすべき国内的救済手段が「適切で有効な (adequate and effective)」なものであるかの判断は「例外」に関する規定で議論されるとしている³⁴。この条文案が従来の学会等による条文案と異なるのは、国内的手段の利用可能性についての証明責任は、従来、請求国のみに課されていたところ、被請求国にも課するという法政策的意図を明確にしたところである。2006年の最終条文採択後に出たDiallo事件判決でも、ICJは詳細な説明無く、被告となる領域国にも証明責任が同時に課されるとしていると判断したことから³⁵、この点に関しては今後の判例の展開が待たれる³⁶。

さらにILCは、国によって法定の救済手段が様々に異なるにせよ、ある法的救済手段が「開かれている (open)」かは、利用可能性を基準に判断することができるという³⁷。国内的救済が完了したといえるためには、国際請求で論じようとしている論点の全てが既に国内的救済手続で論じられている必要があるが、1934年のフィンランド船事件仲裁判断の、検証作業が国内機関によって完了されていなければならないとする基準は厳格に過ぎるため、ICJが1989年のシシリー電子工業会社事件で「請求の本質 (essence of the claim)」に関する訴訟が権限ある裁判所に提出されたが救済が得られなかったというだけで十分であるとした基準を³⁸、より好ましいもの (preferable) としてILC条文は採用している³⁹。本条文案はその後、そのままの内容で2004年の第一読草案では14条となり⁴⁰、コメンタリーにて国内的救済の範疇にはオンブズマンの利用も含まれると付け加えられ⁴¹、その後の2006年の最終条文でもそのまま継承された⁴²。これは後で詳しく見るように、「請求の本質」の如何によって国内救済原則の適用の可否が決められるという趣旨であり、単に手続規則的な考慮だけではなく、問題となる侵害の性質決定といった実体規則からの考慮が必要であることを明確にした点で意義深い。

このように、国際責任追及のための手続要件としての国内的救済原則の内容それ自体については、国際的なコンセンサスが確立している状況にある。ただし、同様のことは同原則の適用例外については当てはまらない。国内的救済完了原則に対する例外についての条文案は、2002年Dugard第三報告書14条⁴³、2003年暫定草案10条⁴⁴および同内容の2004年ILC第一読草案16条⁴⁵、2006年最終条文15条と改定が繰り返される中で⁴⁶、諸論点が入り混じれ条文の形態も大きく変遷していった。ただし、そこに表出する基本的な要素は以下に見るように、国内的救済原則そのものに内在する理由で適用を除外される場合と、本原則の本質に関係のない外在的な理由で適用されない場合という、太寿堂が1964年に指摘した分類に大まかに振り分けることができる⁴⁷。

³³ Art. 8 [10] of Draft articles on diplomatic protection provisionally adopted so far by the Commission [hereinafter, “2003 Provisional Draft on Diplomatic Protection”], Report of the ILC on the work of its 55th session (5 May-6 Jun. and 7 Jul.-8 Aug. 2003), UN Doc. A/58/10, in *YBILC 2003* (Part Two), pp. 36-37.

³⁴ Commentary to Art. 8 [10], *ibid.*, para. 4.

³⁵ *Ahmadou Sadio Diallo* (Guinée c. République démocratique du Congo), arrêt du 24 mai 2007, *CIJ Recueil 2007*, para. 44.

³⁶ 中島啓『国際裁判の証拠法論』（信山社、2016）337-338頁。

³⁷ Commentary to Art. 8 [10], *supra* note 33, para. 5.

³⁸ *ELSI*, *supra* note 2, para. 59.

³⁹ Commentary to Art. 8 [10], *supra* note 33, para. 6.

⁴⁰ Art. 14 of Draft Articles on Diplomatic Protection (First reading 2004) with commentaries [hereinafter, “First Draft on Diplomatic Protection 2004”], in *YBILC 2004*, vol. II (Part Two), Chap. IV, pp. 36-37.

⁴¹ Commentary to Art. 14, *ibid.*, para. 6.

⁴² Commentary to Art. 14 of Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra* note 1, para. 5.

⁴³ Dugard, “Third Report on Diplomatic Protection,” *supra* note 10, pp. 5-6.

⁴⁴ Art. 10 of 2003 Provisional Draft on Diplomatic Protection, *supra* note 33.

⁴⁵ Art. 16 of First Draft on Diplomatic Protection 2004, *supra* note 40.

⁴⁶ Art. 15 of Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra* note 1.

⁴⁷ 太寿堂「前掲論文」（注8）73-74頁。

2.1 : 内在的理由による例外

内在的な理由で適用されない場合とは、滞在国の国内的救済手段が外国人にとって「利用可能 (available)」ではない場合である⁴⁸。このこと自体にはコンセンサスが存在するにせよ、実際の紛争処理では最も問題となる「利用可能性」の具体的な内容については一致した見解が存在しない⁴⁹。現に、該当する事例を網羅的に列挙することは不可能であるか、もしくは可能であるとしても列挙した事例への固定化の危険があるため、これまでの法典化の試みでは概括的な規定を策定するにとどめ、個別の事案に適した判断は裁判官の裁量を尊重するという解決策が採られてきた⁵⁰。例えば1929年のHarvard草案9条は、裁判所へのアクセスの拒否又は正当な理由を欠く遅滞又は妨害、司法的又は救済的手続の管理における重大な欠陥、適切な司法制度の運営に不可欠と一般に考えられている保障を与えないこと、明らかに不当な判決については、裁判拒否と看做されるとする⁵¹。また万国国際法学会も、1956年会期で採択された「国内的救済完了規則」に関する決議で、国内的救済手段は「侵害を受けた者にとって利用可能な実効的で十分な救済手段」でなければならないとしている⁵²。

2.1.1 : 実効的救済手段の不存在、国内的救済手段の「無益性 (futility)」

はじめに特別報告者Dugardが提案したのは、国内的救済手段の「無益性 (futility)」、裁判所へのアクセスの拒否、救済手続の不当な遅延といった、当該領域国で国内的救済を尽くすことに合理性がない場合である⁵³。これまでの国際判例⁵⁴や学説によれば⁵⁵、現地の裁判所が当該紛争に管轄権を有しない、外国人が原告の訴訟の再審理を行わないとする国内法の存在、現地の裁判所が独立性を欠くことが周知の事実である場合、外国人を不利に扱う判例法が確立している、現地の裁判所が外国人に適切で十分な救済を保障する権限を持たない、現地の司法制度が国際的な人権基準に合致した公正な裁判や法の適正手続を満足に保障していないといった状況が当てはまる。Dugardの提案 (14条(a)号) では、判断のために3つの程度基準について検討が加えられた⁵⁶。

第1の「明白な無益性 (obviously futile)」の基準は、1934年のフィンランド船事件仲裁判断が示した

⁴⁸ Borchard, *supra* note 3, p. 822; F.S. Dunn, *The Protection of Nationals* (J. Hopkins Press, 1932; Kraus reprint, 1970), pp. 156-157; R. Jennings & A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, vol.1 Peace, 9th ed., (Longman, 1992), p. 362; A.V. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice* (Longmans, 1938; Kraus reprint, 1970), pp. 215-263.

⁴⁹ Dugard, "Second Report on Diplomatic Protection," *supra* note 5, p. 103, para. 17.

⁵⁰ 太寿堂「前掲論文」(注8) 85-86頁。

⁵¹ Art. 9 of Draft Convention on the Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigners prepared by Harvard Law School [hereinafter, "1929 Harvard Draft"], reproduced in YBILC 1956, vol. II, p. 229.

⁵² *Ann. de l'Institut de D. Int'l*, vol. 46 (1956), p. 364.

⁵³ Dugard, "Third Report on Diplomatic Protection," *supra* note 10, pp. 59-61, paras. 38-44.

⁵⁴ *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, *supra* note 9, p. 18; *Finnish Ships Arbitration*, *supra* note 31, pp. 1495-1497; *Interhandel*, *supra* note 7, pp. 27-28; *Ambatielos Claim*, *supra* note 9, p. 119; *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly*, 29 Mar. 1933, reported in *AJIL*, vol. 28 (1934), p. 789; *Claims of Rosa Gelbtrunk and the "Salvador Commercial Company" et al* (El Salvador/USA), 2 May 1902 and 8 May 1902, *RIAA*, vol. 15, pp. 467-477; *Lottie May Incident* (Great Britain/Honduras), 18 Apr. 1899, *RIAA*, vol. 15 (1899), p. 31; *Rhodope central* (fond), *supra* note 9, pp. 1405, 1420; *Vélasquez Rodríguez*, IACtHR (Ser. C) No. 4 (1988), 29 Jul. 1988, in *ILM*, vol. 28 (1989), pp. 304-309; *S.S. Lisman* (USA/Great Britain), *RIAA*, vol.3 (1937), p. 1773; *S.S. Seguranca* (USA/Great Britain), *RIAA*, vol.3 (1939), p. 1868; J.B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, vol. 3 (Washington Gov. Printing Office, 1898), pp. 287, 1655, 1657, 3076 et seq., 4902; M.M. Whiteman, *Digest of International Law* (Washington Gov. Printing Office, 1967), vol. 8, p. 784; Separate Opinion of Judge H. Lauterpacht, in *Certain Norwegian Loans* (France v. Norway), Judgment of 6 July 1957, *ICJ Reports* 1957, pp. 39-40; Separate Opinion of Judge Tanaka, in *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgique c. Espagne) (Nouvelle requête: 1962), deuxième phase, arrêt du 5 février 1970, *CIJ Recueil* 1970, p. 147; Opinion dissidente de M. Levi Carneiro, *Anglo-Iranian Oil Co.* (UK v. Iran), Judgment of 22 July 1952, *ICJ Reports* 1952, p. 165.

⁵⁵ Art. 19 (2) (a) of 1961 Harvard Draft, *supra* note 27; Commentary to Art. 22 of "Commentary to Art. 22 of Articles 20 to 22, with commentaries thereto," adopted by the Commission at its 29th session [hereinafter, "1977 Draft on State Responsibility"], in YBILC 1977, vol. 2 (Part Two); Borchard, *supra* note 3, pp. 332, 823-824; American Law Institute, *Restatement of the Law (Second) of the Foreign Relations Law of the United States* (1965), p. 618, para 208; Amerasinghe, *supra* note 2, pp. 203-210; C.F. Amerasinghe, "Whither the Local Remedies Rule?," *ICSID Review*, vol. 5 (1990), p. 306; Jiménez de Aréchaga, *supra* note 4, pp. 587-589; Jennings & Watts, *supra* note 48, p. 525; I. Brownlie, *State Responsibility — Part I*, (Oxford Clarendon Press, 1983), pp. 499-500; Verzijl, in *Ann. de l'Institut de D. Int'l*, vol. 46 (1956), p. 266; C.H.P. Law, *The Local Remedies Rule in International Law* (E. Droz, 1961), pp. 66, 69-70, 86; D.R. Mummery, "The Content of the Duty to Exhaust Local Remedies," *AJIL*, vol. 58 (1964), p. 401; J.L. Simpson & H. Fox, *International Arbitrations* (Stevens, 1959), pp. 401-403; Doehring, *supra* note 6, p. 240; G.G. Fitzmaurice, "Hersch Lauterpacht — The Scholar as Judge," *BYIL*, vol. 37 (1961), p. 59; A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law* (Cambridge Uni. Pr., 1983), pp. 76-78.

⁵⁶ Dugard, "Third Report on Diplomatic Protection," *supra* note 10, paras. 18-22.

ものであり⁵⁷、これは1956年のギリシャ英国仲裁委員会のAmbatielos事件仲裁判断や⁵⁸、1939年Panevezys-Saldutiskis事件判決で常設国際司法裁判所（PCIJ）も採用している⁵⁹。Dugardによればこの基準は英国の実行に基づくものである⁶⁰。第2の基準である「成功の合理的な見込みがない場合」とは、「明白な無益性」よりも低い基準として、アメリカ国際法協会の第2リスティメントや⁶¹、国家責任条文草案第一読22条のコメンタリーが言及するものであり、救済が得られるという「現実の見込み（real prospect）」がない場合をいう⁶²。ただしDugardは、第1の基準は厳格すぎ、第2の基準は寛容すぎることから、これらの中間をとる形で第3の基準として「実効的救済の合理的可能性を示さない場合」を推奨している⁶³。これは、1957年のノルウェー公債事件ICJ判決に付されたLauterpacht判事の個別意見のいう「合理的可能性および実効的救済」や⁶⁴、Panevezys-Saldutiskis鉄道事件のHudson判事反対意見のいう「尽くすべき国内的救済手段が無い場合又は国内的救済手段が全く救済をもたらさないことが事前に分かっている場合」に合致する基準であるという⁶⁵。

第3の基準を推すDugard提案について、実際の救済手段が「合理的」「実効的」という相対的な概念について普遍的な基準を設定することの困難さへの懸念も寄せられたが⁶⁶、ILCでも⁶⁷第六委員会でも⁶⁸全会一致で受け入れられ起草委員会へ付託されることとなった⁶⁹。その後、同基準はそのまま2003年ILC暫定草案⁷⁰、2004年第一読草案、2006年最終条文でも(a)号として採用されている。

実はこの「無益性」については、最近の国際投資法分野においてもしばしば争点となっており、Ambiente Ufficio事件で仲裁廷は、明示的に2006年のILC外交的保護条文15条(a)号とコメンタリーを引用し、外交的保護と国際投資法との連続性から、慣習法上発展した国内的救済原則の例外としての国内救済手段の「無益性」要件が本件についても当てはまると指摘した⁷¹。この判断に対しては、外交的保護の実行で発展した一般法よりも特別法としての条約の解釈を重視する立場から、管轄権の根拠となった投資協定に国内的救済原則の適用を排除する例外規定が存在するか否かに基づいて判断すべきであったとする批判が存在するが⁷²、この論点について仲裁廷のこのような理論的連続性を認めるかについては統一の見解が存在していない。しかしながらこの事例は、確立した慣習国際法規則として「無益性」要件を認めたものとして評価できる。

2. 1. 2 : 不当な遅滞

つぎに、国内的救済手続に「不当な遅滞（undue delay）」がある場合も、国内的救済原則の例外が認

⁵⁷ *ibid.*, para. 29; *Finnish Ships Arbitration*, *supra* note 31, pp. 1503-1504...

⁵⁸ *Ambatielos Claim*, *supra* note 9, p. 119.

⁵⁹ *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (1939), *supra* note 9, p. 19.

⁶⁰ Dugard, "Third Report on Diplomatic Protection," *supra* note 10, p. 10, footnote. 34.

⁶¹ American Law Institute, *supra* note 55, para. 207.

⁶² 1977 Draft on State Responsibility, *supra* note 55, p. 47, para. 48.

⁶³ Dugard, "Third Report on Diplomatic Protection," *supra* note 10, p. 59, para. 34.

⁶⁴ *Ibid.*, para. 35; Separate Opinion of Judge H. Lauterpacht in *Certain Norwegian Loans*, *supra* note 54, p. 39. 本件はノルウェー公債の金約款の有無をめぐってフランスがノルウェーを同国の選択条項受諾宣言に基づき提訴した事件であり、ICJはフランスの選択条項受諾宣言に含まれる留保を根拠に相互主義に基づいて管轄権を否定したため、国内的救済の不完了に関する抗弁は検討されなかった。

⁶⁵ Dissenting Opinion by Mr. Hudson, *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (1939), *supra* note 9, p. 48.

⁶⁶ Report of the ILC on the work of its 54th session (29 Apr.-7 Jun. and 22 Jul.-16 Aug. 2002), UN Doc. A/57/10 [hereinafter, "ILC Report 2002"], in *YBILC* 2002, vol. II (Part Two), UN Doc. A/CN.4/SER.A/2002/Add.1 (Part 2), paras. 184-185.

⁶⁷ *Ibid.*, paras. 181-182.

⁶⁸ Topical summary of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly during its 57th session prepared by the Secretariat (2002) [hereinafter, "Sixth Committee 2002"], UN Doc. A/CN.4/529, para. 36.

⁶⁹ *Ibid.*, paras. 187-188.

⁷⁰ Dugard, "Third Report on Diplomatic Protection," *supra* note 10, Art. 14 (e).

⁷¹ *Ambiente Ufficio S.p.A. and Others v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 8 Feb. 2013, paras. 603, 608-609. See also *Abaclat and Others v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 Aug. 2011, paras. 582-584, 588.

⁷² D'Agnone, *supra* note 23, pp. 357-361.

められるという（2002年Dugard提案14条(e)号）⁷³。1929年にハーグ法典化会議の準備委員会が用意した「議論の基礎27号」によれば、国内的救済原則は、裁判手続の「法外な遅滞（unconscionable delay）」により外国人に発生した損害について領域国が責任を負うとする一般原則の適用を免れるものではないという⁷⁴。さらに、1933年の第7回米州国際会議モンテビデオ会期で採択された「国の国際責任に関する決議」でも、3項で「明白な裁判拒否または裁判の不合理な遅滞（unreasonable delay of justice）」には国内的救済原則の例外を認めるとされている⁷⁵。また1961年Harvard草案19条2項(c)号でも、利用できる救済手段が「明白に遅い」あるいは裁判が「不合理に遅滞」している場合には、国内的救済が利用不能と看做されるという⁷⁶。Dugard提案(e)号についてILCの複数の委員は、独立した条文ではなく先述の「無益性」((a)号)の議論に含まれるべき、時間的に連続した問題であるため条文の位置を(a)号に近づけるべきであると指摘したが⁷⁷、(e)号自体は概して好意的に受け入れられ、最終的に(a)号とは別個の条文にするべきとの意見が多数派を占めた為にそのままの形で起草委員会へと付託された⁷⁸。2003年暫定条文および2004年第一読草案では、「不当な遅滞」に関する提案は(b)号へと移動されて支持を集め⁷⁹、2006年最終条文でもそのまま(b)号となっている。

ただし、「不当な遅滞」がどのくらいの訴訟期間を指すのかについて具体的な基準を示すことは困難といわざるを得ない⁸⁰。例えば、英国メキシコ請求権委員会のEl Oro鉱山鉄道事件では9年が長きに過ぎると判断されたが⁸¹、ICJのInterhandel事件では請求国国民であるInterhandel社の行為によって訴訟が遅滞したために10年の訴訟期間も甘受されたのであり⁸²、期間の長さの不当性は個別事例に応じて柔軟に判断する他ない。この点についてはILCでも懸念されていた⁸³。

2.1.3：被請求国（領域国かつ加害国）による妨害

1930年のハーグ法典化会議で第三委員会が採択した国家責任法に関する第一読草案は9条2項で、明らかに国際義務と矛盾する司法的決定について上訴できない場合、国際義務と矛盾する司法手続における正当化不能な妨害や遅滞手続がある場合には、裁判拒否があるものとする規定している⁸⁴。

他方、ILCと同時期に外交的保護の検討を行っていた国際法協会（ILA）では、特別報告者Kokottが国際人権分野における国際法の発展を踏まえて、国内的救済制度へのアクセスを領域国が妨害する場合も考慮されるべきと提案した⁸⁵。これを受けて、ILCの方でも特別報告者Dugardが(f)号として当該事例を例外に盛り込み⁸⁶、更に国内的救済が完了していないことの証明責任は被請求国（加害国）側にあ

⁷³ 「遅滞」も(a)号の「無益性」に含まれるが、これらの決議を念頭に、別項を立てるほうがより好ましいとされた。Dugard, “Third Report on Diplomatic Protection,” *supra* note 10, p. 71, para. 99.

⁷⁴ Basis of Discussion Nos. 5 (3) and 27, drawn up in 1929 by the Preparatory Committee of the Conference of the Codification of International Law (The Hague, 1930), reproduced in *YBILC* 1956, vol. II, *supra* note 13, pp. 223, 225.

⁷⁵ Resolution on “International Responsibility of the State” adopted at the 7th International Conference of American States (Montevideo, 1933), reproduced in *YBILC* 1956, vol. II, *supra* note 13, para. 3, p. 226.

⁷⁶ Art. 19 (2) (c) of 1961 Harvard Draft, *supra* note 27.

⁷⁷ *Ibid.*, paras. 231-232, 235-237.

⁷⁸ *Ibid.*, para. 238. 続く第六委員会の審議でも同旨の議論の展開があった。Sixth Committee 2002, *supra* note 68, paras. 44-45.

⁷⁹ Topical summary of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly during its fifty-eighth session, prepared by the Secretariat [hereinafter, “Sixth Committee 2003”], UN Doc. A/CN.4/537, para. 82.

⁸⁰ Dugard, “Third Report on Diplomatic Protection,” *supra* note 10, p. 71, paras. 97-98.

⁸¹ *El Oro Mining and Railway Company (Ltd.) (UK v Mexico)*, 18 Jun. 1931, *RIAA*, vol. 5, p. 198.

⁸² ただし反対意見でArmand-Ugon判事は、10年にわたる訴訟は遅すぎるために実効的ではないと批判している。Opinion dissidente de M. Armand-Ugon, *Interhandel*, *supra* note 7, pp. 88-89, paras. 3-4.

⁸³ ILC Report 2002, *supra* note 66, paras. 184, 233-234.

⁸⁴ Art.9 of Articles Adopted in First Reading by the Third Committee of the Conference for the Codification of International Law (The Hague, 1930), reproduced in *ibid.*, p. 226.

⁸⁵ J. Kokott, Interim Report on “The Exhaustion of Local Remedies,” in *ILA Report of the 69th Conference* (London, 2000), p. 624; *Akdivar v. Turkey*, ECtHR, App. No. 99/1995/605/693, Judgment of 16 Sep. 1996, (1996-IV), *Reports and Decisions*, No. 15, p. 1192 at p. 1213, para. 73. 現にこのような規定は米州人権条約第46条2項にみられ、欧州人権条約においても35条の国内的救済原則の適用につき国家による妨害を例外事由として判例上認めている。

⁸⁶ Dugard, “Third Report on Diplomatic Protection,” *supra* note 10, p. 72, para. 100.

るとした⁸⁷。

しかし、この提案に対してILCでは一般にコモン・ロー体系では侵害を受けた個人が加害国への訪問を許可されなかった等の証明を裁判所に提出しなければならないとする指摘がなされ、被請求国（加害国）による妨害の事例は「無益性」((a)号)の議論に含めるべきであるとの意見が多数であった結果⁸⁸、この条項は2003年暫定草案および2004年第一読草案から削除された。しかしながらその後、この妨害に関する条文は2006年の最終条文では15条(d)号として復活しており、主語を入れ替えて「被害者が国内的救済手段を遂行することを明白に妨げられている」と定式化している。復活の理由は明示されていないが、おそらく、2004年の第一読草案に対する政府見解で米国が(a)号に関して最初に提示された3つの選択肢のうちの「明白に無益」という基準を強力に支持したこと⁸⁹、領域国による妨害を明文化することについてはILC委員の間でも一定の支持を得ていたことを考慮し特別報告者がこの論点を再考するようILCに呼びかけたことに⁹⁰、理由があるように見受けられる。ただし2006年最終条文の15条(d)号に付されたコメンタリーでは当該規定は*lex ferenda*であって、問題の私人は重大な障害(*serious obstacle*)のために国内的救済の完了が困難であることだけではなく当該救済手続から「明白に妨げられている (*manifestly precluded*)」事実の証明責任を負うという趣旨に狭義に解釈されるべき旨が説明されている⁹¹。

2.2：外在的理由による例外

万国国際学会1956年会期の「国内的救済完了規則」に関する決議は、国際的保護を享受する人が問題となる場合、及び関係国の合意によって国内的救済原則の適用が回避される場合には、国内的救済原則は適用されないとした⁹²。ただし国内的救済原則は私人である外国人の権利が侵害された場合にその侵害をいかに救済するかに関する規則であるため、外国元首や外交使節など特別の国際的保護を享受する人に本規則が適用されないことの確認は本来、不要である⁹³。よって、より重要な論点は関係国の合意による本原則の適用排除であるが、問題となるのはそのような国家の意思が明示的でない場合である。加えて、航空機撃墜に代表されるように国家がそれまで関係のなかった外国人の権利を侵害し、当該外国人にとっては偶然に被害を受けた場合についても⁹⁴、国内的救済原則の適用排除の事例としてILCで条文化されている。

2.2.1：原則の適用を排除する被請求国（領域国かつ加害国）の意思の存在

国内的救済原則の適用は訴訟手続法上、当事国意思によって排除することができる⁹⁵。これは国際法における合意原則の帰結であり、実行上も、被請求国が自ら国内的救済不完了の抗弁を放棄することについて何ら禁止規則は存在しない⁹⁶。一般的には、被請求国が国内的救済完了の抗弁を放棄する意思

⁸⁷ *Ibid.* p. 72, Article 15 (2) (a).

⁸⁸ ILC Report 2002, *supra* note 66, para. 239.

⁸⁹ Diplomatic Protection: Comments and Observations received from Governments [hereinafter, "Comments from Governments"], UN Doc. A/CN.4/561, in *YBILC 2006*, vol. II (Part One), pp. 41-43.

⁹⁰ J. Dugard, "Seventh Report on Diplomatic Protection," UN Doc. A/CN.4/567 (2006) in *YBILC 2006*, vol. II (Part One), p. 20, paras. 77-78.

⁹¹ Commentary to Art. 15 Paragraph (d) of Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra* note 1, para. 11.

⁹² Institute de Droit International, Résolution concernant la règle de l'épuisement des recours internes, Session de Grenade, 1956, in *supra* note 52, p. 315.

⁹³ 太寿堂「前掲論文」(注8) 74頁。

⁹⁴ 同上、77頁。

⁹⁵ Borchard, *supra* note 3, pp. 819, 825; C.-J. Witenburg, « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales », *RCADI*, vol. 41 (1932-III), p. 55; C.F. Amerasinghe, "The Local Remedies Rule in an Appropriate Perspective," *ZaōRV*, vol.36 (1976), p. 752; Amerasinghe, *supra* note 2, p. 247.

⁹⁶ Dugard, "Third Report on Diplomatic Protection," *supra* note 10, p. 62, paras. 47-48.

表示を行うことで本原則の適用を排除することができるとされる。これまでも特別仲裁合意、条約や外国人と被請求国との間で締結される契約の中に本原則適用排除の規定が設けられることが多くあり、学説上も上述の万国国際学会決議に加え、ILCにおける国家責任条文の特別報告者García Amadorによる条文草案などで度々指摘されるところであるため⁹⁷、原則として確立したものとの認識があるといえる⁹⁸。

ただし実際の紛争解決の場面で問題となるのは、本原則の排除に関する意思が明示されていない場合である。ある法文書に、黙示的に本原則適用排除の意思が示されているのかという問題には、本原則の適用を求める国家の権利の放棄という意味から理論的困難が伴う⁹⁹。なぜなら国際法上、「権利や請求を破棄する意図で、ある国際法主体が意思表示をすること」については¹⁰⁰、条約などの形式で明示的かつ有効になされる必要があるとされるからである¹⁰¹。太寿堂は、投資家と投資受入国との間で締結されたコンセッション協定が「仲裁」への付託を許容する場合、投資受入国が国内的救済原則を暗黙に放棄したと看做することができるかという問題について、当時の法状況からは当該協定が国内法によって規律される契約としての性質を有する以上、問題の「仲裁」も国内法上の手続の一種であり、国内的救済原則が作用するとは考えられないと結論している¹⁰²。その後確立された投資紛争解決条約（ICSID条約）体制下で行われる投資条約仲裁においては、ICSID条約26条が同条約に基づく投資条約仲裁への付託に紛争当事者が同意した場合に他の救済手段を排除する旨を定めているものの¹⁰³、冒頭でも述べた通り、当該仲裁の管轄権の根拠となる国家間で締結された投資協定が仲裁付託前の国内的救済原則の適用を求めるか否かについて明示しているため、この個別の論点については黙示的放棄という外在的理由による本原則排除の議論は近年では見られなくなった。

この例にもみられるように、国内的救済原則は確立した国際法上の制度であるため、その適用が黙示的に排除される可能性については問題になることが少なく、統一した実行が存在しない。コスタリカ政府が自国内で発生した民間警備員による囚人殺害事件について、政府が米州人権条約違反の責を負うかという問題につき見解を求めた1981年の事件の中で、米州人権裁判所は、コスタリカ政府は国内的救済完了の要求は国家を利用する目的で設計された一種の「防御手段」であるため、黙示的にも放棄可能であると述べた¹⁰⁴。他方でICJは、黙示的放棄に否定的な立場を取っている。1989年のシシリイ電子工業会社事件で請求国である米国は、紛争がICJへ付託される根拠となった米伊友好通商航海条約の裁判条項が言及していないことを根拠に、当該条約の解釈適用に関する問題については国内的救済の完了が要求されないと主張したが、ICJは「慣習国際法の重要な原則が、その適用の意図について明示的に言及されていないからといって、その適用が黙示的に免じられるべきであると結論することは受け入れがたい」と判示したのである¹⁰⁵。

この点についてILC外交的保護条文法典化作業において特別報告者Dugardは、被請求国が黙示的に国内的救済不完了の抗弁を放棄した、または禁反言により他国に対して国内的救済完了を求めることを

⁹⁷ F.V. García Amador, "Third Report on International Responsibility," UN Doc. A/CN.4/111, in *YBILC* 1958, vol. II, Art.17 p. 55.

⁹⁸ Dugard, "Third Report on Diplomatic Protection," *supra* note 10, p. 62, para. 50.

⁹⁹ G. Schwarzenberger, *International Law*, 3rd ed. (Stevens, 1957), pp. 610-611.

¹⁰⁰ I. Feichtner, "Waiver," *MPEPIL* (online ed., OUP 2008-, www.mpepil.com; last updated on Oct. 2006), para. 3.

¹⁰¹ A. Gattini, « La renonciation au droit d'invoquer la responsabilité » in P.-M. Dupuy et. al (eds.) *Völkerrecht als Wertordnung : Festschrift für Christian Tomuschat* (Engel, 2006), pp. 319-320

¹⁰² 太寿堂「前掲論文」(注8) 75-76頁。

¹⁰³ Art. 26 of Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, signed at Washington D.C. on 18 Mar. 1965, *UNTS*, vol. 575, p. 159.

¹⁰⁴ *In the matter of Viviana Gallardo et al.*, Advisory Opinion No. G 101/81 IACtHR (Series A) (1984), 13 Nov. 1981, para. 26.

¹⁰⁵ *ELSI*, *supra* note 2, para. 50.

禁じられる場合にも本原則の適用排除を認める(b)号を提案している¹⁰⁶。黙示的放棄が推定される状況を一般化することは不可能であるため個別具体的な事例毎に適用法規を検討する必要があるとしながらも¹⁰⁷、紛争前に締結された一般的仲裁合意、紛争発生後に締結された特別仲裁合意、あるいは禁反言の原則に基づいて、被請求国が国内的救済原則の抗弁を放棄する意思を強く推定できる場合があると指摘して、(b)号で黙示的に請求を放棄した場合も例外に含めるべきであるというのである¹⁰⁸。この提案に対しては、ILCでは多くの委員が禁反言を含む黙示的放棄については難色を示しつつも、被請求国による国内的救済不完了の抗弁の放棄が本原則の例外に含まれること自体には合意が形成され、当該提案は起草委員会に付託されることになった¹⁰⁹。Dugard提案については国連総会第6委員会での審議でも黙示的放棄については同様に難色が示され、適用事例を具体化すべき、禁反言や類似の法概念への言及は避けるべきとの提案がなされた¹¹⁰。そして2003年の暫定草案および2004年の第一読草案では、(d)号で、あえて明示的放棄と黙示的放棄の区別をしない形で「責任があると主張される国が国内的救済手段の完了の要求を放棄した場合」という定式化が行われた。2004年第一読草案に付されたコメントリーでは、禁反言への言及が削除される一方で、明示的な放棄が原則であり、黙示的放棄を容易に推定すべきではないとしつつも、「国内的救済を放棄する意図が明白であるならば、この意図に効果が与えられなければならない」として、黙示的適用排除の可能性自体は許容された¹¹¹。この第一読草案に対しては、グアテマラ政府が「国家が明示的に権利を放棄するという原則は確立された慣習国際法である」としてコメントリーでの黙示的放棄への言及を問題視し¹¹²、それを受けて特別報告者もコメントリーが書き直されるべきとしたが¹¹³、2006年の最終条文及びそのコメントリーはこれらの意見を無視する形で第一読草案と同じ記述内容のまま採択されている。

以上の議論の流れから分かるのは、明示的でなくとも、事前の意思表示として問題の紛争の管轄権の基礎となる条約の解釈次第で国内救済原則の適用を排除できる場合には、排除を認めようという、被請求国の意思表示を拡大的に解釈する最近の学説および実行の傾向である。現に国際投資条約仲裁においても、管轄権の根拠となる二国間投資協定(BIT)が国内的救済を明示的に要求している場合であっても、被請求国が他国と結んだBITに国内的救済原則の排除を認める条項を含む場合、最恵国待遇を主張することで国内的救済を回避できるとする主張が、Maffezini事件仲裁判断で支持されている¹¹⁴。従来の理解の範囲を超えた拡大的な解釈であるがその後いくつかの仲裁廷が支持しており¹¹⁵、外交的保護請求についても外国人に対する最低待遇義務と人権条約等との関係でこの議論が援用される可能性があると考えられる。

2.2.2 : 被請求国(領域国かつ加害国)との連関の欠如

その次に挙げられる例外は、「被害をうけた個人と被請求国との間に任意の連関がない場合」、ある

¹⁰⁶ Dugard, "Third Report on Diplomatic Protection," *supra* note 10, p. 62, Art. 14 (b).

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 63, para. 55.

¹⁰⁸ *Ibid.*, pp. 63-65, paras. 56-63.

¹⁰⁹ ILC Report 2002, *supra* note 66, paras. 194-201.

¹¹⁰ Sixth Committee 2002, *supra* note 68, paras. 38-39.

¹¹¹ Commentary to Art. 16 (d), First Draft on Diplomatic Protection 2004, *supra* note 40, p. 41, paras. 15-17.

¹¹² Comments from Governments, *supra* note 89, p. 59.

¹¹³ Dugard, "Seventh Report on Diplomatic Protection," *supra* note 90, para. 80.

¹¹⁴ *Maffezini v. Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, 25 Jan. 2000, paras. 46-56. A国とB国の間で締結されたBITに国内的救済完了原則の適用を排除する規定が存在する場合、当該投資協定の当事国ではないC国がA国と結んだBITが明示的に国内的救済の完了を要求しているにもかかわらず、最恵国待遇を主張することでC国国民たる投資家がA国に対して国内的救済が完了せずに国際投資仲裁の提起を可能にする議論である。

¹¹⁵ Z. Douglas, "The MFN Clause in Investment Treaty Arbitration: Treaty Interpretation off The Rails," *J. Int'l Dispute Settlement*, vol. 2, no. 1 (2011), p. 101.

いは問題の「国際違法行為が被請求国の領域的管轄権の中で行われていなかった場合」という、領域国との連関が欠如している場合である¹¹⁶。Dugardによればこれは、第三国からの侵害行為についても国内的救済手段を完了しなければならないのかという疑問につながる¹¹⁷。具体的には越境環境汚染や航空機撃墜などの事例で、被害者が居住国以外の第三国から侵害を受けた場合に、非居住地である加害国まで出かけて加害国の国内的救済の完了が要求されるというのは不当ではないかという主張である¹¹⁸。

実はこの論点について、国家責任条文の起草過程で一度検討され条文化が見送られた経緯がある¹¹⁹。例えば1972年の宇宙損害責任条約の11条1項は、宇宙物体の打ち上げ国に対する損害賠償請求については国内的救済の完了が要求されないことを明示しているように¹²⁰、全ての事例を網羅するのは不可能であるにせよ、このような越境的な違法行為とそれに伴う損害については国内的救済原則の適用を排除する条約規定が存在する場合がある。よって、こういった本原則の適用排除は特別法としての地位を持つにとどまるのか、それとも慣習法規則としての本原則の例外にあたるのかについて検討する必要がある¹²¹。

この論点は比較的近年になってから顕在化しただけあって、1961年に作成されたHarvard草案19条ではコメンタリーで「侵害を受けた個人が侵害について責任のある国と現実の結びつき (real connection) をもたない場合」、例えば単に領域を通過するだけの場合には、国内的救済原則が適用されるべきではないとしつつ、そのような例外を支える実行は当時、存在しないと説明している¹²²。その後半世紀を経て、ILCでこの論点が検討されたときにも、特別報告者Dugardは、判例、国家実行、学説のいずれもこの点に関して慣習法を形成していると明言できるまでの回答を示してはいないと結論している¹²³。他方でこのような実行の欠落を埋める理論的根拠についてMeronは、国内的救済完了が要求される根拠は、永続的か一時的かを問わず、外国人が他国に入国することで両者の間に確立する「任意の連関 (voluntary link)」にあるため、そのような連関がない加害国との間では国内的救済を完了する合理性はないという¹²⁴。これは、任意に外国とのかかわりを持つ者が負うリスクに国内的救済規則の根拠を見出そうとする理論であり¹²⁵、この理解は例えば1932年のSalem事件の「規則として、外国人は彼が居住することを選択した国における司法制度を自身に適用可能なものとして認識しなければならない」という宣明などにも表れている¹²⁶。

DugardによればMeronの理論は判例上、黙示的に支持されていると理解することも可能で¹²⁷、例えば1941年のトレイル熔鋳所事件は、カナダ領内の溶鋳所から発生した亜硫酸ガスが米国の森林や農産物に与えた損害について米国がカナダの責任を追及した純然たる越境環境汚染の問題であり、被害者（米国）と加害国（カナダ）の間には任意の連関も領域的結びつきもないため、米国の訴えに対して被告カナダは国内的救済完了の抗弁を提出していない¹²⁸。1955年7月22日のイスラエル民間航空機撃墜

¹¹⁶ Dugard, "Third Report on Diplomatic Protection," *supra* note 10, p. 66, Art. 14 (c) & (d).

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 66, para. 68.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 68, paras. 79-80.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 66, para. 65, p. 69, para. 82; Report of the ILC on the work of its 29th session (9 May-29 Jul. 1977), UN Doc. A/32/10 in *YBILC* 1977, vol. II (Part Two), pp. 43-45, paras. 38-42.

¹²⁰ Art. 11 of the Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects, adopted on 29 Nov. 1971, UN Doc. A/RES/2777 (XXVI), in *UNTS*, vol. 961 (1975), pp. 191-192.

¹²¹ Dugard, "Third Report on Diplomatic Protection," *supra* note 10, p. 69, para. 83.

¹²² Commentary to Art. 19, 1961 Harvard Draft, *supra* note 27, p. 794.

¹²³ Dugard, "Third Report on Diplomatic Protection," *supra* note 10, pp. 66-68, paras. 70-80.

¹²⁴ T. Meron, "The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies," *BYBIL*, vol.35 (1959), p. 94.

¹²⁵ *Ibid.*, para. 69.

¹²⁶ *Salem Case* (USA/Egypt), 8 Jun. 1932, *RIAA*, vol. 2, p. 1202.

¹²⁷ Dugard, "Third Report on Diplomatic Protection," *supra* note 10, p. 70, paras. 89.

¹²⁸ *Trail Smelter* (USA/Canada), 11 Mar. 1941, *RIAA*, vol. 3, p. 1905.

事件の責任を問うICJでの訴訟では、イスラエル政府が「侵害を受けた個人である外国人が、任意で意識的な熟慮の末に彼とその行為が非難される外国との間に連関を形成した、または形成したとみなされた時に限り、この規則が適用される」と主張している¹²⁹。被害者が加害国に居住していなかったにも拘わらず、加害国での国内的救済の完了が求められた事例では、契約的關係や¹³⁰、物理的存在という形で¹³¹、加害国との間に任意の連関があった場合に限定されている¹³²。この点、ILCでは非常に活発に様々な見解が示された¹³³。当該提案は例外に関する問題ではなく国内的救済原則自体についての論理的根拠の問題であるとの指摘¹³⁴、国内的救済原則との関係で任意的連関という概念を導入することに疑義を示すもの¹³⁵、個人と加害国との間に任意的・領域的連関のない場合または加害国の行為がその領域外で行なわれた場合に個人に対して国内的救済が尽くされるべきという要求を課すのは不公正であるため一種の政策的提言として例外規定を置くことに理解を示す意見などである¹³⁶。Dugardは当初、「国際違法行為が被請求国の領域的管轄権の中で行われていなかった場合」を別の条項として扱うことを検討していたが、ILCでの議論を経てこれも領域国（加害国）との任意的連関の欠如という論点に吸収されることになった¹³⁷。つづく第六委員会での議論も紛糾したが¹³⁸、2003年の暫定草案および2004年の第一読草案では「任意的連関」が「関連性のある結びつき（relevant connection）」と言い改められ、侵害を受けた個人の主観的意図よりも、客観的に確定できる受入国との結びつきの不存在がコメントリーにて強調された¹³⁹。その後、オーストリア政府の指摘に従い¹⁴⁰、2006年最終条文では、「侵害発生時点」における「結びつき」の存否が問題となることが明示されている¹⁴¹。

この事例の具体例について、Dugardは当初、越境環境汚染、放射性降下物、人工宇宙物体による侵害、航空機の墜落、外国駐留部隊による現地国民の殺害、被請求国公務員による外国人の越境的拉致の4つの場合を挙げていた¹⁴²。しかし具体例を巡ってはILCで議論が紛糾し、これらの論点について外交的保護の文脈で論じることには疑義が呈され¹⁴³、その後も非公式のディスカッション・ペーパーの配布を行うなど議論が継続されていたが、Dugardが提示した4つの事例は全て外交的保護条文の範疇にないという結論になり¹⁴⁴、最終条文のコメントリーでも具体例への言及は避けられている。現代では想定される越境損害については既に条約が存在するのが常であって、想定外の事態に生じた法の間隙を埋めるところに外交的保護の存在意義を見いだすならば、むしろ抽象的な概念モデルとしておくことにこそ実益があるというべきであろう。

3. 実体規則上の例外

我が国の学説上、国内的救済原則の理解をめぐっては伝統的に、国際違法行為の成立要件とする

¹²⁹ Oral Pleadings of Israel in *Aerial Incident of 27 July 1955* (Israel v. Bulgaria), 1959 ICJ Pleadings, pp. 531-532.

¹³⁰ *Ambatielos claim*, *supra* note 9, p. 83; *ELSI*, *supra* note 2, para. 50.

¹³¹ *Finnish Ships Arbitration*, *supra* note 31, p. 1479.

¹³² Dugard, "Third Report on Diplomatic Protection," *supra* note 10, p. 67, para. 76.

¹³³ ILC Report 2002, *supra* note 66, paras. 184, 222, 233-234.

¹³⁴ *Ibid.*, para. 212.

¹³⁵ *Ibid.*, paras. 214-216.

¹³⁶ *Ibid.*, paras. 209-210, 213.

¹³⁷ *Ibid.*, Article 14 (d), para. 211, 223-224.

¹³⁸ Sixth Committee 2002, *supra* note 68, paras. 40-44.

¹³⁹ Commentary to Art. 16 (c) of First Draft on Diplomatic Protection 2004, *supra* note 40, para. 10.

¹⁴⁰ Comments from Governments, *supra* note 89, p. 57.

¹⁴¹ Dugard, "Seventh Report on Diplomatic Protection," *supra* note 90, p. 20, para. 79.

¹⁴² Dugard, "Third Report on Diplomatic Protection," *supra* note 10, para. 83.

¹⁴³ ILC Report 2002, *supra* note 66, paras. 219-221.

¹⁴⁴ *Ibid.*, paras. 225-227.

「実体説」と国際訴訟提起のための手続要件とする「手続説」とが対立してきたのであり¹⁴⁵、手続説が通説たる地位を占めていると一般的に理解されている¹⁴⁶。手続説とは国内的救済原則を国際責任追及のための手続要件としての受理可能性要件に過ぎないとする立場であるのに対して、実体説とは本原則が「同じコインの表裏」として「裁判拒否」概念と歴史的にも理論的にも不可分に結びつけ¹⁴⁷、本原則が手続と実体の両面的性質を有するものとして理解する立場であるとされる¹⁴⁸。しかしながら、外交的保護の文脈で「国内的救済完了原則」を論じる際に、それと「裁判拒否」とが用語上厳密に区別されず同義語的に用いられてきた歴史的経緯や、国外の学説状況を見る限り、我が国の学説がこのような「手続説」と「実体説」との対立という論争に、どれほどの意義があるのかは疑わしい。

同原則の成立に至る歴史的経緯をみると、外交的保護の淵源たる中世の復讐制度では¹⁴⁹、その復讐の前提条件として日本語では「裁判拒否」が定訳となっている「正義の拒否 (denegatio justitiae)」が要求されてきた¹⁵⁰。Freemanによれば、復讐の正当化根拠としての領域国による裁判拒否は14世紀から18世紀までの実行では一貫して支持されており、例えば1648年のミュンスター講和条約60条の規定にも概念として表出している¹⁵¹。ただしPaulssonが言うように、この時代には外国人に対するすべての「不正義」が「裁判拒否」として表現されていたため、ここで言及される「裁判拒否」に国際法上の概念としての普遍性はなかった¹⁵²。その後、19世紀前半まで平和運動の活発化に伴って数多く締結された紛争処理条約に基づく国際裁判実行が積み重ねられ、西欧諸国の実行において外交的保護制度が形成されるなかで、国内的救済の完了は内外人平等待遇原則に基づく原則として広く受け入れられてゆくようになる¹⁵³。すなわち、復讐から外交的保護へと制度が変遷し国際紛争処理方法が実力の行使から裁判の実施へと移り変わるなかで、国内的救済完了の原則が徐々に形成されてきたのである。このような実行は、例えば1850年にギリシャに対して介入的主義的な復讐を行った英国外相Palmerstonに対して、貴族院が問責決議を採択し在外自国民の保護は領域国法による保護が受けられなかった場合に限定すべきと非難し¹⁵⁴、またPalmerston本人がそれ以前に外相を務めた際には「領域国法による平等な保護」を支持していることに表れている¹⁵⁵。国内的救済完了の原則は、19世紀後半から欧州諸国や米

¹⁴⁵ 皆川洪『国際訴訟序説』（鹿島研究所出版会、1963）第6章。太寿堂「前掲論文」（注8）69-72頁。

¹⁴⁶ 湯山智之「裁判拒否と国内的救済完了原則との関係」『立命館法学』356号（2014）1431頁。加藤信行「国内的救済原則の法的性格と『複合行為』」『国際法外交雑誌』90巻6号（1992）692-699頁。山田卓平「国内的救済原則の成立（二）・完」『法学論叢』147巻5号（2000）70-89頁。広瀬善男『外交的保護と国家責任の国際法』（信山社、2009）196頁。いわゆる「実体説」を明示的に採用している日本の研究者は高野雄一のみである。『国際社会における人権』（岩波書店、1977）33-34頁。また、藤田久一は、国内的救済原則の意味を「個人が自己に損害を与えた滞在加害国の管轄権（領域権）の下で国内裁判に訴える権利」として、個人の側からみたときに外交的保護を求めるための手続的要求であると捉え直すところにその独自性がある。藤田久一「国際法における個人請求権の理論的基盤」松井芳郎・木棚照一・薬師寺公夫・山形英郎（編）『グローバル化する世界と法の課題』（東信堂、2006）480-481頁。

¹⁴⁷ A.O. Adede, "A Fresh Look at the Meaning of the Doctrine of the Denial of Justice," *Canadian Y.B. of Int'l L.*, vol. 14 (1976), p. 76.

¹⁴⁸ Borchard, *supra* note 3, pp. 330-343; C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law* (NYU Press, 1928) pp. 98, 113, 122-123 and "Denial of Justice in International Law," *AJIL* vol. 22 no. 3 (1928), p. 542; D.P. O'Connell, *International Law*, 2nd ed., vol. 2 (Stevens & Sons, 1970), pp. 945-950; Jennings & Watts, *supra* note 48, pp. 525, 544; I.L. Head "A Fresh Look at the Local Remedies Rule," *Canadian Y.B. of Int'l L.*, vol. 5 (1967), p. 149; Dunn, *supra* note 48, pp. 146-159; See also, Amerasinghe, *supra* note 2, pp. 84-106; J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (Cambridge Uni. Pr., 2005), pp. 100-130.

¹⁴⁹ 田畑茂二郎「外交的保護の機能変化（二）・完」『法学論叢』53巻1・2号（1947）394頁。

¹⁵⁰ H.W. Spiegel, "Origin and Development of Denial of Justice," *AJIL*, vol. 32 (1938), pp. 63-64; Paulsson, *supra* note 148, p. 13; Amerasinghe, *supra* note 2, p. 23; J.R. Crawford & T.D. Grant, "Local Remedies, Exhaustion of," *MPEPIL* (online ed., OUP; last updated on Jan. 2007), paras. 1-2.

¹⁵¹ Freeman, *supra* note 48, p. 56. 1968年ミュンスター条約(*instrumentum pacis monasteriense*)は、所謂ウェストファリア条約のうち神聖ローマ皇帝とフランス国王を主たる当事者とするものである。原文はラテン語であるが、本稿では米国イェール大学アヴァロン計画サイトに掲載されている英訳文を参照した。Treaty of Westphalia Peace Treaty between the Holy Roman Emperor and the King of France and their respective, done, pass'd and concluded at Munster in Westphalia, the 24th Day of October, 1648, available at <http://avalon.law.yale.edu/17th_century/westphal.asp> (last access on 4 Apr. 2016).

¹⁵² Paulsson, *supra* note 148, pp. 10-11.

¹⁵³ Amerasinghe, *supra* note 2, p. 29.

¹⁵⁴ Lords Sitting of 17 June 1850 Series 3 Vol. 111, Affairs of Greece, HL Deb 17 June 1850 vol. 111 cc.1293-404, in Hansard's Parliamentary Debates, available at <http://hansard.millbanksystems.com/lords/1850/jun/17/affairs-of-greece> (last access on 4 Apr. 2016).

¹⁵⁵ 小畑郁「初期パーマストン外交と外交的保護制度制約原理としての『領域国による平等な保護』観念」『神戸商船大学紀要第一類文科論集』41巻（1992）6-17頁。小畑によれば、同時代にPalmerstonと2人で外相の地位をほとんど独占したAberdeenも少なくとも1850年の段階で「領域国法による平等な保護」観念の強力な支持者であったという。小畑郁「パーマストンと『領域国法による平等な保護』観念の凋落—1847-50—」『金沢法学』36巻1・2号（1994）242頁。

国による中南米諸国への介入政策が強化されたことに伴い、一時的に動揺を見せる。1861年から翌年にかけてのメキシコ干渉¹⁵⁶、1901年から翌年にかけてのヴェネズエラ干渉など¹⁵⁷、在外自国民の損害賠償を求める介入諸国と領域国との間で二国間条約に基づき設置された国際請求委員会では、国内的救済を完了せずに直接に領域国の違法行為責任を追及できるとするために、欧米列強が違法行為の国家への帰属や国際標準主義といった新しい国家責任論を主張し始めたのである¹⁵⁸。しかしその際に中南米諸国が反論として依拠した、Calvoの国家間の相互義務に関する学説を支える根拠こそ、19世紀前半までの西欧諸国の多数の実行であり¹⁵⁹、欧米列強は自らの過去の実行を否定する訳にはいかず、中南米諸国による内外人平等原則に基づく主張を結果として尊重しなければならない事態を招いた¹⁶⁰。

そのため第一次世界大戦後には、領域国が「文明国」であることを唯一の条件に、欧米列強は在外自国民に対し再び滞在国での国内的救済の完了を要求するようになる¹⁶¹。そしてPCIJやICJの数々の裁判実行にて、国内的救済の完了が請求の受理可能性要件として議論されるようになったのである¹⁶²。この点を捉えて山田は、第一次世界大戦後には以前とは異なり、国家責任の成立要件としてではなく、国際請求提出のための手続的要件としての側面が強調されるようになったと評価する。この時期には違法行為の国家への帰属や国際標準主義といった新しい国家責任法論に基づいて「相手国の国家責任が成立していたとしてもなお外交的請求のためには国内的救済が尽くされていなければならない」という認識が一般化し、もはや国内的救済利用の結果として裁判拒否などの帰責事由が生じる必要はなくなっただけである¹⁶³。確かに万国国際法学会の1954年会期で特別報告者を務めたVerzijlも、国家責任が既に発生しているにも拘わらず、国内的救済の完了が要求されるのは「単なる政治的便宜」に過ぎないと説明している¹⁶⁴。

他方、米メキシコ請求権裁判所は、1926年のNeer事件で「裁判拒否は、概して外交的介入の一般的基礎として正当とみなされる」とNielsen判事が個別意見で解説しているように¹⁶⁵、外国人待遇義務違反の一構成要素として裁判拒否を捉えることは、実行上も理論上も一般的であった。より現代的な文脈で捉えるならば、Fitzmauriceがいうように、裁判所または司法機関内での不法行為ないし外国人待遇義務違反の懈怠により国家責任が生じる狭義の裁判拒否と、司法機関もしくは他の国家機関による司法行政関連の不法行為によって国家責任が生じる広義の裁判拒否という二通りの不法行為が想定されよう¹⁶⁶。近年の事例では、2002年のAbbasi事件で英国控訴院が、アフガニスタンで米軍に「敵性戦闘員」と認定され拘束されそのままキューバ米軍基地内に所在するグアンタナモ収容所に送還・収監された英国国民である原告が英国政府に外交的保護を要請したことについて¹⁶⁷、英国外務省が慣習国際法の一般規則に基づいて1985年に発行した「国籍に関する規則」8によれば、「国内救済手段を尽くしても請求者が侵害または妨害に直面する場合は裁判拒否であり、英国政府は彼のために介入し正義

¹⁵⁶ 小畑郁「イギリスの外交的保護とメキシコ干渉1961-62」『神戸商船大学紀要第一類文科論集』39号（1990）14-22頁。

¹⁵⁷ 山田「前掲論文」（注11）56-57頁。

¹⁵⁸ 波多野里望・東寿太郎『国際判例研究 国家責任』（三省堂、1990）64-68頁。

¹⁵⁹ C. Calvo, *Le droit international théorique et pratique*, 5^e ed. (Marcel Riviere, 1888), t.4, pp. 118-164.

¹⁶⁰ 小畑郁『個人行為による国家責任』についてのトリベール理論『神戸商船大学紀要第一類文科論集』36号（1987）6-7頁、同「前掲論文」（注155）5頁脚注（16）。山田「前掲論文」（注11）51-53頁。

¹⁶¹ 山田「前掲論文」（注146）71頁。

¹⁶² *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, *supra* note 9, p.18 ; *Phosphates du Maroc* (Italie c. France) (1938), arrêt du 14 juin 1938, *CPJI Série A/B*, no.74, p. 28; *Mexican Union Railway (Ltd.)* (Great Britain v. Mexico) (1952), *RIAA*, vol.5 (1952), p. 122; *Finnish Ships Arbitration*, *supra* note 31, pp.1501-1503; *Interhandel*, *supra* note 7, pp. 28-29; *ELSI*, *supra* note 2, para. 52.

¹⁶³ 山田「前掲論文」（注146）74-75頁。

¹⁶⁴ J.H.W. Verzijl in *Ann. de l'Institut de D. Int'l*, vol. 45 (1954), pp. 84-85.

¹⁶⁵ Separate Opinion of Commissioner F. K.Nielsen in *L.F.H.Neer and Pauline Neer* (USA v. Mexico), 15 Oct. 1926, *RIAA*, vol. 4 (1951), p. 64.

¹⁶⁶ G.G. Fitzmaurice, "The Meaning of the Term 'Denial of Justice,'" *BYBIL*, vol. 13 (1932), pp. 102-103.

¹⁶⁷ *R (Abbasi) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for the Home Department* [2002] EWCA Civ 1598, Judgment of 6 Nov. 2002, [hereinafter, *Abbasi v. Secretary of FCO*], para. 50.

(justice) を確保する」と定めていること¹⁶⁸、また本件の状況についても政府は「すべての法的救済が尽くされ、英国国民と彼らの弁護士は失策 (miscarriage) 又は裁判拒否の証拠を手に入れたとき」には非公式に交渉を行うという大臣の発言から¹⁶⁹、「これらの声明は、失策 (miscarriage) や裁判拒否の証拠がある場合に、在外英国国民の権利を保護する役割を政府が負うことを明白に示している」とし¹⁷⁰、「裁判拒否」の存在を認定している。このように、「裁判拒否」は国内的救済の完了に関連して発生する国際違法行為あるいは国際違法行為の構成要件として認識されてきたのである。

以上の経緯からも、de Visscher が指摘するとおり、「国内的救済原則」が裁判手続で登場する際に裁判上の手続規則であることは自明であって、国家責任を生じさせる原因となるのはむしろ、同原則に含意される別の側面、すなわち不法行為としての「裁判拒否」であることである¹⁷¹。換言すれば、「国内的救済原則」という呼称が使われる限り、それが国家責任追及のための手続要件であることに疑いはなく、それゆえに「手続説」が通説化したと認識されてきたのである。しかしながら、これまでもいくつもの国際的な条草案で確認されてきたように¹⁷²、国内的救済原則の適用の可否が問題となる状況において、当該原則に内在する実体的な要素が認識されてきたことは否定できない。このことは現に 2001 年に国連総会でテイク・ノートされた国家責任条文でも、国家責任追及のための手続要件を定める第 3 部の中で国内的救済完了に言及しながらも、それを国際請求受理のための前提条件であると規定するにとどめ、規則の射程や詳細な内容などその詳細については別途、外交的保護条文中で扱うことにしたことからも窺える¹⁷³。その後の ILC での議論では、実体か手続かの区別よりはむしろ、一次規則と二次規則の区別に力点が置かれたが¹⁷⁴、国家責任追及のための手続要件である「国内的救済原則」にも何らかの実体的要素が含まれること自体は否定されていない。要するに ILC の議論は、国内的救済原則の在り方に関する従来の「手続説」と「実体説」という問題の切り分け方では見落とされてきた、国内救済原則そのものに内在する実体的要素に注意を払うものなのである。そしてこの国内的救済原則に内在する実体的要素こそ、「直接侵害」ないし「間接侵害」の概念であり、以下に見るような形で国内的救済原則の実体と密接に関連しているのである。

3.1 : 紛争主題と「直接侵害」ないし「間接侵害」の概念

一般に外交的保護は、自国民への侵害を通じて「間接的に」国籍国が侵害を被る「間接侵害」の事例と表現され、武力攻撃や在外公館への侵害のような国家に対する「直接侵害」の事例と対比して理解される¹⁷⁵。そして、この「間接侵害」の場合にのみ、国内的救済の完了が要求されるのである¹⁷⁶。つまり逆にいえば、「直接侵害」の場合には国内裁判所での救済が不可能であるため、当然に国内的救

¹⁶⁸ Rule VIII of Rules regarding Nationality, supplied by Foreign and Commonwealth Office in Oct. 1985, reproduced in C. Warbrick, "Protection of Nationals Abroad (Current Legal Developments of the UK)," *ICLQ*, vol. 37 (1988), p. 1008.

¹⁶⁹ *Abbasi v. Secretary of FCO*, *supra* note 167, paras.90-91.

¹⁷⁰ *ibid.*, para. 92.

¹⁷¹ De Visscher, *supra* note 6, p. 421.

¹⁷² Art. IV of Project No. 16 on Diplomatic Protection prepared by American Institute of International Law (1925), reproduced in *YBILC* 1956, vol. II, *supra* note 13, p. 227; Conclusion amended by Rapporteur G. Guerro of Questionnaire No. 4 on "Responsibility of States for damage Done in their Territories to the Person or Property of Foreigners," adopted by the League of Nations Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law (Geneva, 1926), reproduced in *ibid.*, p. 222, para.7; Art. 5 of Draft on "International Responsibility of States for Injuries on Their Territory to the Person or Property of Foreigners prepared by Institute de Droit international (1927), reproduced in *ibid.*, p. 228; Article 6 of 1929 Harvard Draft, *supra* note 51, p. 229.

¹⁷³ Commentary to Art. 44 of Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts [hereinafter, "Draft Articles on State Responsibility 2001"] UN Doc. A/56/10 in *YBILC* 2001, vol. II (Part Two), p. 121, paras. 2, 5 & footnote 687.

¹⁷⁴ Report of the ILC on the work of its 49th session (12 May -18 Jul. 1997) UN Doc. A/52/10, in *YBILC* 1997, vol. II (Part Two), Chap. VIII.B, p. 61, para. 181; Dugard, "Second Report on Diplomatic Protection," *supra* note 5, p. 101-102, paras. 11-14.

¹⁷⁵ S. Wittich, "Compensation," *MPEPIL* (online ed., OUP, www.mpepil.com; last updated on May 2008), para. 22.

¹⁷⁶ Jennings & Watts, *supra* note 48, p. 523; Freeman, *supra* note 48, p. 404; P.C. Jessup, *A Modern Law of Nations* (Macmillan, 1952), pp. 118-120; Cançado Trindade, *supra* note 55, p. 172; Meron, *supra* note 124, pp. 84-85; American Law Institute, *Restatement of the Law (Third) the Foreign Relations Law of the United States*, Part II (1987), para. 902.

済の完了も要求されないのである。上述の通り我が国の学説では「手続説」と「実体説」との対立に力点が置かれてきたが、元来、国内的救済原則を巡っては「直接侵害」と「間接侵害」を巡る議論が実行においても学説においても主要な地位を占めてきたといえることができる。

「間接侵害」という用語の淵源をたどればde Vattelの『万民法すなわち自然法の原理』(1758年)に行き着くが¹⁷⁷、Meronが指摘するように、この区別は現在の判例法理において、「紛争の主題」や「請求の性質」の決定及び分類のための指標として用いられるようになってきている¹⁷⁸。ゆえに、たとえ私人への権利侵害が問題となる場合であっても、それと同時に発生する国家への「直接侵害」が紛争の主題として「優越的」に主張される限りにおいて、国内的救済の完了は要求されないと理解されている¹⁷⁹。例えば欧州人権条約には国家間の事件の受理可能性要件について、個人の保護を目的とする場合には個人の申立と同様に国内的救済原則が適用されるが、他国の「実行」の予防や再発防止を目的とする場合には適用されないという規定があるが¹⁸⁰、これは侵害の性質に応じた国内的救済原則の適用に関する理解を継受しているといえよう。ILC外交的保護条文でも、国内的救済完了の原則に関する一般規定たる14条に「優越性」に関する条項が組み込まれており、このことについては国連総会が各国政府に提出を求めた意見書でも概して否定的な見解は示されていない¹⁸¹。

太寿堂は優越性に関する議論を、私人の身体又は財産に対する損害を動機として同時にその本国の権利も侵害されたと主張されるときに、私人権利の救済を究極目的としない場合として外在的要因による例外として手続規則のカテゴリーに含めるが¹⁸²、それとは明らかに異質な、当事国意思といった単なる国際責任追及のための手続要件としては捉えきれない要素、すなわち、請求原因となる不法行為としての裁判拒否の成否との密接な理論的連関を見ることができるのではないだろうか。つまり請求主題の優越性こそ、国内的救済原則の実体に踏み込む議論であるのである。

そもそも国際裁判の判決中で請求の性質決定の問題が論じられるのは、例えばICJなどは訴訟開始のために提出される請求訴状において、「請求」は紛争主題を具体化した暫定的な権利主張に過ぎず、申立時点においてはその特定が必ずしも義務とはされず、その後漸進的に具体化されるための出発点にあるにすぎないと考えられているからである¹⁸³。Thirlwayは、このような区別に伴う国内的救済原則の適用の可否が、むしろ裁判における請求主題を確定するための指標として機能していると評価している¹⁸⁴。そして近年の裁判実行を見る限りでは、実質的には自国民保護を求めながらも、請求の優越性に関する議論を応用し国内的救済原則の適用を回避しようとする事例が増加傾向にある。ILC外交的保護条文で特別報告者を務めたDugardはこの点をとらえて、2001年の報告書の中で、外交的保護が請求の「優越的な基礎」を構成する場合には国内的救済手段が尽くされなければならないとする11条を提案した¹⁸⁵。実際の国際請求の多くは「直接侵害」と「間接侵害」とを混合的に含む紛争であり、紛争主題を決定するための「優越性」という指標は、国内的救済原則適用の可否を含め、請求の分類に有

¹⁷⁷ E. de Vattel, *Le droit des gens ou les principes de la loi naturelle* (London, 1758), vol. I, book II, p. 309, para. 71, in *The Classics of International Law* (Washington D.C., Carnegie Institution of Washington, 1916).

¹⁷⁸ Meron, *supra* note 124, p. 87.

¹⁷⁹ *Interhandel*, *supra* note 7, p. 29; *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (USA v. Iran), Jugement of 24 May 1980, *ICJ Reports* 1980, p.25, para.46; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt du 14 février 2002, *CIJ Recueil* 2002, p. 17, para. 40.

¹⁸⁰ *Ireland v. UK*, ECtHR, App. no. 5310/71, 18 Jan. 1978, p. 64 (1978), para. 159.

¹⁸¹ Comments from Governments, *supra* note 89, p. 53. ただしオランダは、国際請求の提起を阻止するための外交活動には国内的救済完了は要求されないとする文言をコメントリーに挿入すべきと述べている。

¹⁸² 太寿堂「前掲論文」(注8) 80-84頁。

¹⁸³ 李楨之『国際裁判の動態』(信山社、2007) 14-22頁。

¹⁸⁴ H. Thirlway, "The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1960-1989," *BYBIL*, vol. 66 (1995), pp. 89-90.

¹⁸⁵ Dugard, "Second Report on Diplomatic Protection," *supra* note 5, Art. 11, p. 10.

用であるからである¹⁸⁶。Dugardによれば、例えば外国企業であっても、公的に資金が財務管理されている企業の行為は主権的行為として国内的救済原則の適用を免れる場合があるという¹⁸⁷。彼の提案はILC内の議論において、国家実行を反映するものとして一般的な支持が示されながらも、「直接侵害」「間接侵害」という用語については誤解と混乱が生じる可能性が懸念されたため¹⁸⁸、Dugard提案からこれらの用語が削除されたうえで、請求の「優越性」基準としての要素は残した条文案が起草委員会へ付託されている¹⁸⁹。この請求の「優越性」基準の採用については、第六委員会でも強く支持され¹⁹⁰、2003年のILC暫定草案¹⁹¹、2004年の第一読草案でも「請求の分類」という名称の独立の条項として存在していたところ¹⁹²、各国政府から特に強固な反対意見が寄せられることもなかったため、そのままの形で2006年の最終草案で国内的救済原則について規定する14条に3項として包摂されることになった¹⁹³。

同条文のコメンタリーによれば、例えば宣言的判決を求められているからといって一概に「直接侵害」とは看做されえず、紛争の主題、請求の性質および要求された救済に優越性基準を当てはめることで国内的救済原則の適用の可否が決められるという¹⁹⁴。伝統的に宣言的判決の請求は、単に国際法違反の事実があったかどうかの確認を国際裁判所に求めることであり、損害賠償等によって国家責任の解除を命じる給付判決の請求とは区別されるため国内的救済原則の適用が除外されるという議論が存在したが、以下で詳しく見るように、この理解を否定するものとしてInterhandel事件及びシシリ電子工業会社事件でICJが支持した「紛争の性質」による判断が存在する¹⁹⁵。請求の「優越性」という指標は元来、1947年の「国連の任務遂行中に被った損害の賠償事件」で国籍国による外交的保護と国連による機能的保護の競合関係が問題となった際に両者が併存関係にあることを明らかにするために用いられたように¹⁹⁶、国内的救済原則とは関係のない訴訟法上の論点として存在していたが、現在においては、「間接侵害」概念が「優越性」の指標と結びつくことで、紛争主題の決定に関わる受理可能性ないし国内的救済原則適用の可否の問題へと転化したのである。

3.2 : 請求国（被害国）の訴訟戦術としての直接侵害の請求

他方で、事実関係としては同一の事柄であっても、請求国による請求の組み立て次第で、国内的救済が完了されるべき問題であるか否かが決められる¹⁹⁷。具体的には「直接侵害」概念を援用し当該訴訟が外交的保護請求ではないことを証明できれば¹⁹⁸、国内的救済原則の適用を排除することができるため、Amerasingheはこれを同原則に対する一つの例外として評価している¹⁹⁹。

この論点がICJで初めて意識されたのは、2003年1月に提訴されたAvena事件においてであった。本件では米国において逮捕された総勢54名（本案段階では申立を52名へ変更）のメキシコ国民について、逮捕後にメキシコ領事から援助を受ける権利を通知されることなく裁判手続が進められ死刑判決を受

¹⁸⁶ *Ibid.*, paras. 19-24, 27.

¹⁸⁷ *Ibid.*, para. 6.

¹⁸⁸ ILC Report 2001, *supra* note 32, paras. 202-203.

¹⁸⁹ *Ibid.*, para. 207.

¹⁹⁰ Sixth Committee 2001, *supra* note 32, paras. 85-86.

¹⁹¹ Art.9 [11] of 2003 Provisional Draft on Diplomatic Protection, *supra* note 33, pp. 37-38.

¹⁹² Art. 15 of First Draft on Diplomatic Protection 2004, *supra* note 40.

¹⁹³ Art. 14(3) of Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra* note 1.

¹⁹⁴ Commentary to Art. 14 of Second Draft on Diplomatic Protection 2006, *supra* note 1, paras. 9-13.

¹⁹⁵ *Interhandel*, *supra* note 7, at pp. 28-29; *ELSI*, *supra* note 2, p. 43.

¹⁹⁶ *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion of 11 Apr. 1949, *ICJ Reports* 1949, p. 185.

¹⁹⁷ *Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France* (USA v. France), Decision of 9 Dec. 1978, *RIAA*, vol. 18, p. 415; *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement*, Advisory Opinion of 26 Apr. 1988, *ICJ Reports* 1988, para. 41.

¹⁹⁸ Dugard提案15条2項(b)号では、「直接侵害」であったことの証明責任は請求国に課されている。Dugard, “Third Report on Diplomatic Protection,” *supra* note 10, pp. 72-75, paras. 102-118.

¹⁹⁹ Amerasinghe, *supra* note 2, pp. 145-150.

けたことが問題視された²⁰⁰。実際にICJで問われたのは外国（接受国）で逮捕された自国民と派遣国領事の接見交通権について定める領事関係条約36条1項(b)号の解釈適用の問題であるため、これら全員について国内救済手続が完全に完了したことを示すことが同条項の違反認定に必要であるかが争われ、ICJは領事関係条約に基づく請求については国内の救済原則が適用されないとする判断を行った²⁰¹。

この判断についてKünzliは、個別の事例について国内の救済の完了の判断をなすことが煩雑であるという訴訟経済的な都合から外交的保護に基づく請求を不問に付したに過ぎず²⁰²、「変装した外交的保護」の事例であるという²⁰³。またMilanoは、このような訴訟を提起するという動機そのものは在外自国民に対する外交的保護そのものであることは変わらず、現代国際法秩序における外交的保護の役割について重要な示唆を与える判断と評価する²⁰⁴。現に請求国メキシコは、本件請求は領事関係条約36条1項(b)号に基づく外交的保護であると主張しており²⁰⁵、これを酒井は「条約上の権利に関わる外交的保護」と呼ぶ²⁰⁶。つまりAvena事件でICJは、外交的保護において国内救済原則の適用排除を認める要件として、新たに請求国の意思を認識するに至ったのである。このように、条約の締結時には想定されていなかったような事態が裁判条項に基づいてICJへ付託される実行は近年増加の一途にあり²⁰⁷、それに応えてICJも積極的な司法政策を採用している²⁰⁸。

ただし条約違反という形で明示的に国際違法行為が発生していたとしても、間接侵害が優越的基礎と判断される場合には国内の救済の完了が要求される。例えばICJのDiallo事件は自由権規約違反が問題となりながらも²⁰⁹、あくまで外交的保護事例であるとされたために、国内の救済が完了しているかが争われた²¹⁰。同事件でICJは、外国人待遇義務と人権規範とを同視しており²¹¹、外国人に対する不当な待遇が問題となったという意味ではAvena事件と大きな違いは無いように思われる。それではなぜ国内の救済原則の適用の可否について判断が分かれたのか。それは以下に見るような、具体的な「優越性」判断の基準が条約毎に存在しているから、と指摘することができる。

3.2.1：公館の不可侵に関する事例

国家の権利への直接侵害が「優越的」とであると判断された事例としては、まず1979年の在テヘラン米外交領事職員事件が挙げられる。イランの過激派学生が米国大使館を占拠した同事件では、外交・領事職員ではない民間米国人2名も人質となっていた²¹²。仮保全措置請求でICJは、外交・領事関係両条約の保障する公館の不可侵に加え、領事関係条約5条の定める領事業務遂行の観点から、当該民間人

²⁰⁰ *Avena and other Mexican Nationals* (Mexico v. USA), Judgment 31 Mar. 2004, *ICJ Reports* 2004, para. 15.

²⁰¹ *Ibid.*, para.40, p. 36.

²⁰² A. Künzli, “Case concerning Mexican Nationals,” *JLIL*, vol. 18 (2005), pp. 51, 53; M. Benlolo-Carabot, « L’arrêt de la Cour internationale de Justice dans l’affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d’Amérique) du 31 mars 2004 », *AFDI*, vol. 50 (2004), pp.268–269; D. Müller, “Procedural Developments at the International Court of Justice,” *Law and Practice of Int’l Courts and Tribunals*, vol. 3 (2004), pp. 560–565.

²⁰³ Künzli, *ibid.*, p. 64.

²⁰⁴ 例えばMilanoは、ラグラン事件の最も革新的な点として、「国際条約によって与えられた経済的・世襲的性質ではない個人の権利を、領事関係条約第36条下における告知権という特定の事例で承認し、さらに、当該条約の管轄権条項に基づいてそれらの権利のために国家が外交的保護権を発動する可能性を承認している」という。E. Milano, “Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice: Re-fashioning Tradition?,” *NYBIL*, vol. 35 (2004) p. 127; M.F. Tinta, “Due Process and the Right to Life in the Context of the Vienna Convention on Consular Relations: Arguing the LaGrand Case,” *EJIL*, vol.12 (2001), p. 366.

²⁰⁵ *Avena*, *supra* note 200, pp. 21–23.

²⁰⁶ 酒井啓亘「判例研究・国際司法裁判所ラグラン事件（ドイツ対米国）（判決・2001年6月27日）」『国際法外交雑誌』106巻4号（2008）522頁。

²⁰⁷ 酒井啓亘「国際司法裁判所における紛争処理手続—訴訟当事国の裁判所の間の協働プロセスとして」『国際問題』597（2010）16頁。

²⁰⁸ 多数国間条約の裁判条項を利用した国家の訴訟戦略とICJの司法政策についての包括的な分析は、石塚智佐「多数国間条約の裁判条項にもとづく国際司法裁判所の管轄権」『一橋法学』11巻1号（2012）355–388頁を参照。

²⁰⁹ *Ahmadou Sadio Diallo* (Guinée c. République démocratique du Congo), arrêt du 30 novembre 2010, *CIJ Recueil* 2010, para. 165.

²¹⁰ *Ibid.*, Exceptions préliminaires, Arrêt du 24 mai 2007, paras. 34–48.

²¹¹ *Ibid.*, para. 39.

²¹² *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, *supra* note 179, para. 17.

に対する保護も条約による保護の範囲に含まれるものとした²¹³。この結論は本案判決でも支持されている²¹⁴。つまり、在外公館への侵害は国家の権利を直接に侵害するものであるため、公館への攻撃によって公館内で侵害を受けた私人の権利は、当該公館を所有する国家の権利侵害に「吸収」されるというのである²¹⁵。

同様の事例として、2005年のコンゴ領域における武力活動事件（コンゴ民主共和国（DRC）対ウガンダ）においても、この結論は支持されている。本件で被告ウガンダは第2反訴請求として、コンゴ軍の兵士が在キンシャサ・ウガンダ大使館を襲撃し外交官らを脅しコンゴ人を解放させたうえで金銭を強奪したこと、DRCからの脱出を図るために国際空港にいたウガンダ政府職員と民間人17名をコンゴ軍が襲撃し非人道的待遇を与えたうえで金品を強奪したこと、さらに外交官らの脱出後にコンゴ軍が在キンシャサのウガンダ政府事務局及び大使の住居を接收し公用車や家具などの財産を盗難したことが、外交・領事関係条約の違反を構成すると主張した²¹⁶。ICJは、外交関係条約44条および45条が定めるように武力紛争時においても外交官や公館に対する接受国の義務が継続することを確認したうえで²¹⁷、ウガンダ大使館襲撃時に構内にいたと推察される民間人の権利も、公館の不可侵の文脈で保護されるとされた²¹⁸。他方で、国外脱出のために空港にいた民間人の保護については、彼らがウガンダ政府職員と行動を共にしていたとはいえ、「ウガンダに対する直接侵害を生じさせるDRCの国際義務違反とは関係がない」外交的保護請求であり、本件では外交的保護発動の前提条件たる国籍の証明と国内的救済完了の要求が満たされていないというDRCの抗弁を裁判所も是認している²¹⁹。

3.2.2：領事業務の遂行に関する事例

在外公館の「外」にいる国民であっても、領域国当局によって逮捕された者に対する不法な待遇については、当該国民の国籍国に対する「直接侵害」と看做される余地がある。領事関係条約36条1項(b)号は、領域国は外国人を逮捕する際に彼らが自国領事から援助を受ける権利を有するということを通知し、彼らから要請がある場合には担当領事に通報するという義務を負うとする規定である。

この規定についてICJは2001年のLaGrand事件判決で「領事保護の制度の履行を促進するために設計された相互関係的な体制（interrelated régime）」を形成するものであり²²⁰、ここでいう「相互関係的な体制」とはShi判事が個別意見で解説するように、領事関係条約の「趣旨及び目的」に照らせば「もし当該国家間で領事関係が存在しないのであれば、そしてもし派遣国の自国民の保護・援助の権利が存在しないのであれば、[個人の] 領事通報・通信の権利は存在しない」という趣旨のものである²²¹。すなわち国家の権利と同条の下で創設される個人の権利とが別個に存在するのではなく、領事による自国民保護という制度を構成するためのパーツとして捉えられている²²²。この理解は2004年のAvena事件判決でも支持されており²²³、ICJは「36条に基づく個人の権利の侵害は派遣国の権利の侵害を引き起こ

²¹³ *Ibid.*, Order of 15 Dec 1979, *ICJ Reports 1979*, para. 19.

²¹⁴ *Ibid.*, Judgment, *supra* note 179, paras. 46, 67. 加えて本案判決では、外交人待遇義務違反との関係で、イラン政府による学生らの行為の是認が、イランと米国間の二国間条約である友好経済関係領事保護条約2条4項および一般国際法規則に照らして領域国が相手方国民に対して負う安全確保義務に反すると認定された。*ibid.*, paras. 50, 67.

²¹⁵ S. Forlati, « Protection diplomatique, droits de l'homme et réclamations « directe » devant la Cour Internationale de Justice : quelques réflexions en marge de l'arrêt Congo/ Ouganda », *RGDIP*, vol. 111, no. 1 (2007), p. 111.

²¹⁶ *Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v. Uganda)*, Judgment 19 Dec. 2005, *ICJ Reports 2005*, paras. 306-313.

²¹⁷ *Ibid.*, paras. 322-327.

²¹⁸ *Ibid.*, para. 331.

²¹⁹ *Ibid.*, paras. 333, 315.

²²⁰ *LaGrand (Germany v. USA)*, Judgment of 27 June 2001, *ICJ Reports 2001*, p. 492, para. 74.

²²¹ Separate Opinion Vice-President Shi, *ibid.*, paras. 5-7.

²²² Künzli, *supra* note 202, p. 53.

²²³ *Avena*, *supra* note 200, paras. 50, 99.

し、そして後者の権利の侵害は個人の権利の侵害を引き起こす」という「派遣国と被拘禁者個人の権利とが相互関係にあるという特殊な事情に鑑みて、直接的に若しくは36条1項(b)号の下でメキシコ国民に与えられた個人の権利侵害を通じて被った権利侵害につき、ICJに裁定を下すよう、メキシコ自身の名において請求を提起することができる」とし、「このような請求については、国内的救済原則は適用されない」と結論している²²⁴。

すなわちICJによれば、領事業務の妨害は国家への直接侵害を、逮捕時に権利を通知されないことによって国民が被った損害は国家への間接侵害を構成するが、逮捕者に対する領事援助の提供という特殊な文脈においては、制度的に直接侵害と間接侵害が不可分一体のものであること、さらに条約の趣旨からしても直接侵害が優越的な請求であることが考慮されて、外交的保護請求の前提条件としての国内的救済が完了されていなくとも、国家は請求を提起できると考えられる。

3.2.3 : 条約の解釈適用に関する紛争

他方、このような特殊な状況にない一般国民については、問題の権利侵害に関する国際取極が存在していたとしても「間接侵害」が請求内容として「優越的」である限り、国内的救済の完了が要求されてきた。

1959年のInterhandel 事件は、スイス企業Interhandel 社が所有する米国株式が第二次大戦中に敵性資産（ドイツ資産）と認定され米国政府に接収された件について、戦後、在スイスドイツ資産の清算と在米スイス株式の封鎖解除に関してスイス・米・仏・英国間で締結された1946年のワシントン協定が紛争解決手続として定める仲裁ではなく、スイス再審庁が当該企業に対する資産封鎖を遡及的に取消す決定を1949年1月5日に下し、スイス政府も当該決定がワシントン協定の締約国に対して対抗力を持つと判断して、Interhandel 社の資産の返還を米国に求めたところ、米国が当該決定は米国において効力を有しないとして返還を拒否した事例である²²⁵。本件で請求国のスイスは、1946年のワシントン協定という「国際法の直接的違反が、スイスの権利を間接的に侵害することにつながった」と主張したが、ICJは被告米国の抗弁を認め、スイス政府はあくまでInterhandel 社という自国民の請求を取り上げているのであり、まずは米国裁判所で利用可能な国内的救済が完了されなければならないとした²²⁶。すなわち、スイスの主張した条約違反は付随的・副次的なものにすぎず、間接侵害が紛争の主題であったため²²⁷、国際請求提起の前に国内的救済が完了されなければならないとしたのである。同様の判断はその後、1989年のシシリー電子工業会社事件でも下された²²⁸。

本判決についてMeronは、国家が本原則の適用を避けるために直接侵害の主張を行ったとしても、国際裁判所は言葉の単なる形式と請求の真の実質とを見分ける能力があるため、請求の形式ではなく目的を考慮して判断したと評価する²²⁹。他方で近年、請求国が実際には私人権利の救済を究極の目的としながらも、紛争の性質上、被害の規模や時間的な考慮から、国内的救済原則の適用を排除しようとする訴訟が増加の一途を辿っている。その際、紛争は「条約の解釈又は適用に関する締約国間の紛争」という形式に整えられ、ICJへの紛争の付託条項を有する条約を利用して提訴される。

例えば、南オセチア・アブハジア両地域の軍事衝突の最中に提訴された2008年の人種差別撤廃条約事件で請求国ジョージアは、自国領域内でありながらも実効的支配の及んでいなかった同地域に駐留

²²⁴ *Ibid.*, para.40.

²²⁵ *Interhandel*, *supra* note 7, pp. 17-18.

²²⁶ *Ibid.*, pp. 28-29.

²²⁷ Dugard, "Second Report on Diplomatic Protection," *supra* note 5, p. 105, para. 25.

²²⁸ *ELSI*, *supra* note 2, para. 52.

²²⁹ Meron, *supra* note 124, p. 89.

する被告ロシアならびに同軍の指揮支配の下にある同地域の独立分離軍による、殺人、文民に対する不法な攻撃、拷問、レイプ、国外追放、強制移住、投獄、人質を取る行為、誘拐、軍事的必要のない資産の破壊・収用などの行為が、「ジョージア民族住民とその他の住民」に対する広範かつ組織的な「人種差別行為」にあたり、両国間での人種差別撤廃条約の「解釈又は適用」に関する問題が生じたとして、同条約22条の裁判条項に基づいて事件をICJに付託し、この訴えについてICJは*prima facie*な管轄権を認め、両国に「人種差別行為」を差し控えるよう暫定措置命令を発出した²³⁰。本案ではICJもロシアの反論に従い、本件は人種差別撤廃条約22条にいう条約の「解釈又は適用」に関する締約国間の紛争ではなく武力行使事例、不干渉・自決権、人道法違反の事例であるとして管轄権を否定し、ジョージアの訴えは棄却されたが²³¹、それでも本件紛争の鎮静化にICJの暫定措置命令が果たした役割は大きいといえる²³²。類似の事例としては、ジェノサイド条約適用事件（ボスニア・ヘルツェゴビナ対セルビア・モンテネグロ）²³³、ジェノサイド条約適用事件（クロアチア対セルビア）²³⁴、コンゴ領域における武力活動事件（2002年新提訴）（DRC対ルワンダ）があり²³⁵、請求国となる国はいずれも武力紛争によって生じた国民に対する人権侵害について「市民の父権者として（*as parens patriae* for its citizens）」の請求を提起すると述べていることから、私人権利の救済が究極目的であることは自明である。これらの事件における請求国の請求についてILAは「伝統的な」外交的保護概念に変化をもたらすものと評価しており²³⁶、また人種差別条約事件の本案判決で管轄権が否定されたことから明らかなように、私人権利の救済が究極の目的であるこのような訴訟は外交的保護権行使の事例として、国際請求提起の前に国内的救済が尽くされなければならないのが原則である。領事関係条約のように特殊な法構造を持つ条約を援用する場合以外に本原則の適用を排除しようとするのであれば、安易に直接侵害を主張するのではなく、国内的救済手段の無益性や不当な遅延・妨害といった手続規則上の例外が論じられる外ないのではないだろうか。

4. おわりに

本稿は、慣習国際法上の手続規則とされる国内的救済原則の成立に至る歴史的経緯と規則の適用範囲を踏まえ、実際に多くの訴訟手続において争われる本原則の例外について、個別論点ごとに内容を検討した。その結果を簡潔にまとめると次のようになる。

まず手続規則上の例外は、網羅的に列挙することは不可能であるにせよ、かつてのように概括的なコンセンサスのみが存在する状況から、現在では学説においてかなり規則内容の具体化が進んできていると評価することができる。本原則そのものに内在する理由で適用を除外されるのは、実効的救済

²³⁰ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (Georgia v. Russia), Order of 15 Oct. 2008, paras. 2, 20-21, 104-117.

²³¹ *Ibid.*, Judgment of 1 Apr. 2011, paras. 167-182.

²³² T. Yamashita, "Responsibility to Protect as a Basis for 'Judicial' Humanitarian Intervention," in R. Barnes & V. Tzevelekos (eds.), *Beyond Responsibility to Protect: Generating Change in International Law* (Intersentia, 2016), p. 389.

²³³ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), Judgment of 26 Feb. 2007, para. 64 (Application (r)), para. 65 (Memorial para.7, Reply para.7), para. 66 (Final submissions on behalf of Bosnia and Herzegovina, para. 6 (b)); Application of the Bosnian-Herzegovina, 20 Mar. 1993, para. 135; CR 2006/37, 24 April 2006, p. 60.

²³⁴ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment of 18 Nov. 2008, para. 20 (Application (b)), para. 21 (Memorial, para. 2 (d)).

²³⁵ *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002)* (DRC v. Rwanda), Provisional Measures, Order of 10 Jul. 2002, *ICJ Report* 2002, p. 226.

²³⁶ International Law Association, First Report by Committee on Diplomatic Protection of Persons and Property (68th Conference held in London 2000), p. 608.

手段が存在しない場合、救済手続きに不当な遅滞や違法行為国による妨害がある場合であり、それぞれについて詳細な判断基準が形成されつつある。本原則の本質に関係のない外在的な理由で適用されないのは、本原則の適用を排除する被請求国（領域国かつ加害国）の意思表示がある場合であり、これは時として拡大的な条約解釈により黙示的に導き出される。加えて、航空機撃墜事例に代表されるような被請求国（領域国かつ加害国）と被害者の連関の欠如について学説上の議論はあるものの、実行としては不明瞭であり慣習法化しているかは疑わしい。

次に、従来我が国の学説で論じられてきた「実体説」と「手続説」との対立においては意識されてこなかった、国内的救済原則そのものに内在する実体的要素の問題、すなわち「請求の本質」を決するにあたり重大な役割を果たす「直接侵害」と「間接侵害」との切り分けについて、本稿は検討した。実体規則上の国内的救済原則が適用されない例外規則としては、私人への権利侵害が問題となる場合であっても、それと同時に発生する国家への「直接侵害」が紛争の主題として「優越的」に主張される限りにおいて、国内的救済の完了は要求されないというものがある。太寿堂はこの優越性の議論を、手続規則上の外在的要因による例外と捉えていたが、実際にはこれは請求原因となる不法行為の成否に関係する実体規則上の例外であって、近年の裁判実行を見る限りでは請求国の訴訟戦術と密接に関連し、さらに問題となる事項に対応する行為類型を禁ずる条約規定の有無が、国内救済原則の適用が排除されるかを決する重要な争点となる。条約による保護を原則とし、条約による保護の網の目から漏れた私人を補完的に保護するという現代的な外交的保護の役割を理解する上でも、請求原因となる実体規則上の不法行為との関連で論ずる有用性は否定できない。特に被害状況の把握が困難な場合や被害者が多数に上る場合などは、時として国内救済原則の適用排除が実務的に求められるからである。

以上の検討から明らかになったのは、国内的救済原則の適用例外に関する規則には、従来我が国の学説で着目されてきた手続上の規則に加えて、とりわけ近年の裁判実行において、実体的側面から本原則の適用を排除しようとする実行の蓄積と、それに伴う規則の形成が進展してきていることである。ただしこれは、あくまで慣習国際法上の一般規則として、外交的保護の文脈に限定した国内的救済完了規則についての原則と例外の理解であり、本稿の冒頭で述べた国際投資条約仲裁との理論的連続性については学説も実行も判断が分かれるところであるため、また稿を改めてより詳しく検討したいと思う。