The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	人権条約の領域外適用（一）：積極的義務と国家の義務履行能力の関係に着目して
Author(s)	中尾，元紀
Citation	阪大法学. 2020, 69(6), p. 255-285
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87271
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

人権条約の領域外適用（一）

――積極的義務と国家の義務履行能力の関係に着目して――

中尾元紀

一　はじめに
二　欧州人権条約における「管轄」概念
（1）地域に対する支配
（2）人に対する支配
三　学説の展開
（1）国家の義務履行能力への着目―その帰結としての消極的／積極的義務二分論
（2）積極的義務の適用
（3）学説への批判（以上、本号）
四　積極的義務の適用理論
（1）国際法上の保障者的地位
（2）義務の保護法益を侵害しうる先行行為
五　二類型アプローチに基づく実行の説明
（1）国家の関与が証明されている場合
（2）国家の関与が証明されていない場合の調査義務

（阪大法学）69（6-255）　1439〔2020.3〕

（3）先行行為が満たすべき条件の検討―行為時が条約発効前の場合
六　おわりに

一　はじめに

第二次世界大戦終結後に採択された人権諸条約は、それまで主に国内管轄事項として扱われてきた人権保障の問題に国際法の規律を及ぼした。そしてその義務内容は、国際社会で勃発した様々な事件への対処に迫られる中で独自の発展を遂げている。それらのうち本稿で焦点を当てる義務は、締約国に一定の措置の実施を求める積極的義務である。人権条約上、拷問や恣意的処刑といった権利侵害を禁止する消極的義務に加えて、当該禁止を真に実効的なものとするために締約国が能動的に働きかける作為の義務が確立している。例えば「人権及び基本的自由の保護のための条約」（以下「欧州人権条約」という）第二条は、締約国による恣意的な生命の剝奪行為を禁止するだけでなく、発生した事件の真相を究明するために、実効的な公的調査を行う義務を課している。(1) 現在では、特に生命・身体の保護に関する義務として、私人による加害を相当の注意を払って防ぐ防止義務、事件の真相を解明するための調査義務、加害者の訴追・処罰義務、および被害者に対する金銭的賠償・リハビリテーション・謝罪等の実施から成る救済義務が広く認められるようになっている。

本稿の目的は、そのような積極的義務が、いかなる基準で締約国の領域外に及ぶのかを明らかにすることである。締約国が負う人権条約上の義務は、地球上のあらゆる場所またはすべての人間に対して及ぶとは限らない。なぜなら、多くの人権条約はその地理的な適用範囲を制限する規定を置くことで、義務の広がりに歯止めをかけているからである。この点で特に重要なのは、領域内外の区別である。例として欧州人権条約の実行では、自国領域内で人

権保障義務を負うことは基本的に当然視される一方で、その領域外、すなわち外国領域への適用は原則として否定的に解されてきた。[2] とりわけ、空爆といった故意の加害行為にすら条約の規律が及ばないとする実行は、国家の恣意的権力行使の統制という人権の理念に反するものとして厳しい批判に晒された。そこでこの分野の研究は、人権保障を広く領域外へ及ぼすために、望ましい適用基準の解明に尽力してきた。有力に主張される学説は、国家は領域外である義務を実効的に履行できる場合はそれを負い、そうでない場合は当該義務を免除されることを説く履行能力説である。本稿はこの履行能力説を批判的に検討し、それが義務の過度な広がりと、本来義務を負うべき国家の適用漏れの二つの問題を惹起しうるものであることを指摘する。それを踏まえて、履行が可能かという純粋に事実的な指標に基づくのではなく、ある義務についてどのような国家が履行主体として想定されているかに焦点を当てる規範的なアプローチを提示したい。当該アプローチは、履行能力説と同様実行から一義的に導かれるものではないものの、判例がやや混乱した様相を呈している複雑な事例の処理において、合理的な説明を与えることを可能とする。

以上が本稿の概要であるが、次いで解釈の対象となる適用範囲規定の人権条約における役割を説明しておく。人権条約の適用範囲規定は、欧州人権条約第一条に典型的なように、条約の実体的権利規定全体に関わる一般条項として置かれることが多い。[3] この場合、適用範囲規定が権利保障に与える影響はきわめて大きい。なぜなら、条約上の権利義務がどれほど充実した内容を持とうとも、その適用がなければ権利保障は入口のレヴェルで否定されてしまうからである。敷衍すると、領域内の文脈では個々の権利義務の解釈によって権利保障の程度を決するのみでよいが、領域外では適用範囲規定の解釈を通じて、権利保障の有無を判断するというプロセスが最初に挿入される。そして、当該規定の解釈で適用除外との判断がなされれば、実体的権利義務に基づく恣意性や均衡性等の審査——

人権条約の中枢といってよい――を行う余地がなくなるのである。

したがって、適用範囲規定の解釈は、権利の実効的保障の要請に鑑みた適切なものでなくてはならない。安易に適用を否定する解釈は、人権保障を著しく後退させうるだけでなく、締約国が人権侵害の責任を逃れるためのカードとして機能してしまう。実際に英国や米国等が、適用範囲規定に依拠して「対テロ戦争」遂行過程で行った諸行為には人権条約の規律が及ばないと主張する例があり、大きな問題になっている。[4] また、現在では国際連合（以下「国連」という）平和維持軍の派遣や、あるいは国家の諜報員による他国領域下での強制失踪という形で、合法・違法を問わず様々な国家活動が各々の領域外で実施されている。そのため、それら諸活動を通じて被害を受けた人々に対して、どのように人権条約上の保護を及ぼすべきかを解明することは喫緊の課題となっている。[5]

そこで条約の文言に目を向けると、人権条約は「管轄」（jurisdiction）内の個人に適用されるという表現が広く用いられている。この場合、地理的適用範囲はこの「管轄」という術語の解釈によって決められる。当該「管轄」は、一般国際法上の国家管轄権（State jurisdiction、または単にjurisdiction）との関連を指摘されつつも、それとは異なる概念として理解されてきた。[6] また、「管轄」の解釈には条約機関の間で差異が認められるものの、欧州人権条約の実行を軸として基本的な検討方法は共通しているといえる。そこで次章では、主要な一般的人権条約である欧州人権条約の判例を整理し、実行の全体像を提示することとする。

二　欧州人権条約における「管轄」概念

欧州人権条約の条約機関である旧欧州人権委員会と欧州人権裁判所は、人権条約の領域外適用という問題に最も精力的に取り組んできた。同条約第一条は次のように規定する。

欧州人権条約第一条

締約国は、その管轄内にあるすべての者に対し、この条約の第一節に定義する権利及び自由を保障する。

締約国の人権保障義務の客体は、「その管轄内にあるすべての者（everyone within their jurisdiction）」であり、文字通りに読めば「管轄」が及ぶ対象は「すべての者（everyone）」である。すなわち、「管轄」は第一義的には人間に及ぶものとして規定されており、判例も一定の支配または権力が個人に及んだ場合に条約が適用されるとしている。

他方で、それに加えて欧州人権裁判所は、軍事行動によって地域を占領下に置いた場合に当該地域への条約の適用を認めてきた。裁判所はこれを前者の個人に対して及ぶ支配と区別して、「地域に対する実効的支配（effective control over an area）」として定式化している[7]。以下では、前者を「人に対する支配」または「個人支配」、後者を「地域に対する支配」または「地域支配」と呼称し、それぞれの概要について見ていくこととする。

（1）地域に対する支配

欧州人権条約上、占領等を通じて領域外の地域を実効的に支配している国家は、当該地域において条約上の義務を負う。この地域に対する支配概念[8]を確立させたのは、一九九五年のロイジドゥ事件先決的抗弁判決である。本件では、トルコ軍によるキプロス北部地域の軍事占領の結果、キプロス人夫妻が当該地域の所有地を利用できなくなったことについて、トルコによる財産権（欧州人権条約第一議定書第一条）等の侵害が争われた。裁判所はトルコの「管轄」がキプロス北部地域にも及ぶかどうかを検討し、次のように判示した。

［欧州人権］条約の趣旨および目的に鑑みれば、締約国の責任は、軍事行動（合法であるか違法であるかを問わない）の結果として、締約国がその国家領域の外の地域に対して実効的支配を行使する場合にも生じうる。そのような地域において条約に規定された権利および自由を保障する義務は、そうした支配の事実から生ずるのであり、この支配は、直接に、つまり締約国の軍隊を通じて、または従属的な現地機関を通じて行使される。(9)

このように述べて、裁判所は、ロイジドゥ夫妻が所有地に近づけなくなったのは、トルコ軍によるキプロス北部地域の軍事占領、および北キプロス・トルコ共和国の設立の結果であると認定し、トルコの「管轄」が当該地域に及ぶことを肯定した。(10) 本件で提示された地域支配概念は後の判例でも踏襲されており、裁判所は「管轄」が及ぶために必要な支配を「実効的支配」（effective control）(11) または「実行的全般的支配（effective overall control）」(12) と呼んで次のように整理している。第一に、地域支配は締約国自身の軍隊によるものでも、それに従属する現地機関のような下位の行政組織を通じてのものであってもよい。(13) 第二に、支配が向けられる客体は一定の地域であり、現地の従属的機関を通じた支配の場合には、締約国が当該機関の政策や行為の詳細に影響を及ぼしていることまでは要求されない。(14) 第三に、支配の有無は駐留する軍隊の規模や、下位の行政組織への支援の程度といった事実的指標から判断され、(15) 行われた軍事行動の合法性という法的性格は無関係である。(16)

加えて、地域支配の存在が認められると、支配国は当該地域においてすべての実体規定上の義務を負うことになる。(17) そのように広範な義務が及ぶ理由は、支配国が一時的であれ、自国領域に匹敵しうる影響力を被支配地域に及ぼしているからである。(18) それに関連して、後述のバンコヴィッチ事件決定は航空機を通じた「空域に対する支配」は地域支配とはみなせないと判示したが、(19) これは地域支配が自国領域に対して及ぼす支配のアナロジーとして理解

されていることの裏返しであるといえよう。

また、地域支配による「管轄」認定は閾値が高いことに注意が必要である。この基準によると、個人が他国から条約上の人権保障を受けるためには、自らの所在する地域が当該国によって占領または統治されていることを要する。だが、現在の国際社会ではそのような場合は例外的であり、地域への支配を伴わない権利侵害的事態が存在しうることは明らかである。例えば、他国へ派遣された諜報員による強制失踪の被害者に対して、地域支配に基づく「管轄」を認めることはできない。そのような事例に人権保障を及ぼすには、個々人に対してより細密に「管轄」を認定するアプローチが必要であり[20]、それが次の人に対する支配である。

（2）人に対する支配

（Ⅰ）キプロス対トルコ事件欧州人権委員会受理可能性決定

人に対する支配に基づく「管轄」を初めて示したのは、一九七五年キプロス対トルコ事件欧州人権委員会受理可能性決定である。本件は、トルコの事実上の施政下にある北キプロスで発生した人権侵害について、トルコを相手取って行われた一連の申立のうちの最初期のものである。当該決定において、欧州人権委員会は、欧州人権条約第一条の文面、趣旨および条約全体の目的から、領域内外を問わず、締約国の「実際の権力および責任の下にあるすべての人（all persons under their actual authority and responsibility）」に対して、条約の権利保障が及ぶことは明らかであるとした[21]。「権力および責任」の下にある者の例として、締約国の国民、登録船および登録航空機の他に、軍隊の構成員や外交関係職員といった「権限のある国家機関」を通じて「権力」を及ぼされた者および財産が挙げられている[22]。大別して、国民のような締約国との間に一定の法的紐帯が存在する者と、そのような紐帯を持つ

かどうかにかかわらず、国家機関の行為により影響を受けた者の二類型に整理できよう。

ここで生じる問いは、「管轄」が及ぶために要求される「権力および責任」の内容や程度はどのようなものかということである。この点について欧州人権委員会は、国家機関の作為または不作為が人・財産に影響を与える（affect）限りで締約国の責任が生じると説明しており、[23] 一九九〇年代までの欧州人権裁判所の実行もそれを踏襲している。[24] 及ぼされる権力等の性格について特に条件は付されておらず、国家機関の行為はすべて「管轄」の行使に当たるという解釈は排除されない。[25] この時期の実行は「人に対する支配」をかなり緩やかに理解しており、条約の領域外適用を、例外ではなく一般的なものとして位置づけていたといえる。[26] しかしながら、後の実行で裁判所は権力や支配が一定の性格を帯びていることを要求し、もって「管轄」を狭く解釈する方針に転換した。その端緒となったのが、次の二〇〇一年バンコヴィッチほか対ベルギーほか事件（以下「バンコヴィッチ事件」という）欧州人権裁判所受理可能性決定である。

（Ⅱ）バンコヴィッチ事件欧州人権裁判所受理可能性決定

バンコヴィッチ事件は、北大西洋条約機構軍によるセルビアの放送局に対する空爆によって、その死傷者らの生命に対する権利（欧州人権条約第二条）等が侵害されたとして、ベルギーを含む一六ヶ国が訴えられた事件である。原告らは、空爆の実施によって被告国が自身に対して「管轄」を行使したと主張し、その理由として、締約国は自らが及ぼした支配の程度に比例して積極的義務を負うことを主張した。[27]

裁判所は次のように述べて「管轄」の存在を否定した。まず第一条の「管轄」は、主として領域的な（primarily territorial）概念である一般国際法上の国家管轄権を反映する。それ以外の「管轄」解釈は例外的で、文脈ごと

の特別な正当化を必要とする。[28] 例外的な場合として認められるのは、慣習国際法と条約によって認められている外交官等の行為や、登録船舶内で起こった行為を除けば、[29] 地域の軍事占領または領域国の「同意、要請または黙認」[30]を通じて、地域または外国住民に対し「通常であればその国の政府が行使する公権力の一部を行使している場合だけである」。[31] 原告の主張する、空爆によって死傷者が出たから「管轄」が生じるという「管轄の『因果関係的』理解」は妥当でなく、空爆は被告国と原告の「管轄のリンク」を生じさせない。[32]

やや複雑な構成だが、本決定が明らかにしたことは次の二点に整理される。第一に、「管轄」は原則として一般国際法上の国家管轄権を反映し、それゆえ原則として自国領域内にしか及ばない。第二に、それにもかかわらず、国家管轄権に拠らない「管轄」が例外的に認められうる。さらにこの例外的な「管轄」が発生する場合は、以下の三類型に区分される。一つは外交官の一定行為のように、（A）外国政府が行うことが慣習国際法または条約によって認められている場合である。次いで領域国の「公権力」を代替的に行使する二類型として、（B）地域を占領下に置いた場合、および（C）領域国の事実上の同意を得た場合とがあり、以下では（B）、（C）を併せたものを「公権力」基準と呼称する。本決定は、領域国が通常行う行為かどうかを基準に（A）と「公権力」基準を区別しているようであるが、他方で何が「管轄」を肯定する根拠となっているかをみると、（A）と（C）は行為に対する国際的承認（慣習国際法、条約または領域国の事実上の同意）が存在する点で共通している。また、概念上区別されているものの、国際的承認をメルクマールとする点で、国家管轄権に基づく適用も（A）および（C）と同様の性格を有しているといえよう。それらに対して（B）の類型ではそのような承認は求められず、軍事占領による実際上の力の行使で十分であるといえる。

したがって整理し直すと、欧州人権条約が領域外に適用されるのは、軍事占領の場合――すなわち、前述の地域

支配が認められる場合である――を除くと、領域外行為に対する一定の国際的承認（国家管轄権、慣習国際法、条約または領域国の事実上の同意）が存在する場合に限られる。それゆえ、国際的承認が必ずしも国際法上の権限を含意しないとしても、領域外行為を明示的ないし黙示的に承認する国際法規範の存否が、「管轄」解釈の決め手となることがいえる。このような本決定の解釈は、「権限ある国家機関」の行為であること以外に条件を付さなかった、前述の欧州人権委員会のそれと比べて非常に制限的なものである。

本決定が国際的承認という規範的要素を「管轄」行使の要件としたことに対して、学説上厳しい批判が向けられてきた[33]。本決定の論理によれば、国家管轄権や領域国の同意等に基づく権限を有さない国家が、まさにその欠如を理由に、欧州人権条約上の義務を免れることになりかねない。だがシャナイが指摘するように、合法行為国との比較において、そのような国を有利に扱う理由は見出しがたい[34]。加えて、加害国と被害者との関係においても、行為の法的性格は一般に当該行為の個人に対する加害性の有無を左右しない。例えば、国連安全保障理事会（以下「安保理」という）の授権に基づいて行われた射殺行為と、違法な執行管轄権行使を構成するそれが、被害者個人にとって撃ち殺されるというまったく同じ結果をもたらすものであることは明らかである。

（Ⅲ）アル・スケイニほか対英国事件欧州人権裁判所判決

バンコヴィッチ事件決定で示された立場は後の実行でも概ね維持されているが、一定の修正が施されている。すなわち、裁判所は「管轄」を国家管轄権とみなす原則を崩してはいないものの、例外的に「管轄」が認められる場合をバンコヴィッチ事件決定よりも広げてきた。それを最も端的に示す事例が、二〇一一年アル・スケイニほか対英国事件判決である。本件は、英国の管理下にあったイラク南東部地域で発生した射殺・暴行事件への英国の調査

義務が争われた事例であり、裁判所は領域外に「管轄」が及ぶ例外的な場合について、次のような整理を試みている。まず、領域外への「管轄」は、地域支配または個人支配が及ぶ場合に認められる。次に後者は、（A）外交関係職員を通じて人に「権限および支配」を及ぼす場合[35]、（B）領域国の「同意、要請または黙認」を通じて、「通常であれば領域国政府によって行使される公権力の一部または全部」を行使する場合[36]、および（C）公務員による拘禁といった「実力行使（the use of force）」が行われる場合[37]の三類型に細分化されるという。

バンコヴィッチ事件決定と対照すると、（A）は国際法で認められた特定公務員（外交官等）の行為に基づく「管轄」に、（B）は「公権力」基準に対応するものであるが、注目すべきは（C）の「実力行使」による「管轄」認定である。これは、逮捕・拘禁等によって国家が「物理的力および支配力を人に及ぼす」場合に「管轄」を認めるものであるが、前二者とは異なりバンコヴィッチ事件決定で言及されていない[38]。また、アル・スケイニ事件判決で引用された拘禁に関する諸事例では、逮捕・拘禁行為を行うための権限の存在といった行為の法的性格は検討されておらず、拘禁による加害事実のみをもって「管轄」が認められている[39]。それらに鑑みると、本判決は先例の整理を通じて「実力行使」に基づく新たな「管轄」認定基準を提示し、例外としての領域外適用の幅を広げたものと理解することができる。

「実力行使」基準が適用される典型例は、逮捕、拘禁または殴打といった、加害公務員と被害者との間に直接の身体的接触を伴う行為である。他方で拳銃による射殺のような、被害者と加害者が物理的に離れている行為に対して「実力行使」基準が用いられたことはない[40]。アル・スケイニ事件判決は、英国が安保理決議を通じてイラク南東部地域の治安維持権限を持っていたことに依拠して「公権力」基準を適用しており、「実力行為」基準の一節はいわば傍論的なものに過ぎない[41]。加えて、空爆が被害者に与えた影響だけでは十分でないとした前述のバンコヴィッ

チ事件決定は、その後の判例法上も明確に覆されてはいない。したがって現在のところ、加害者と被害者間の身体的接触の有無で射殺や空爆行為と暴行・拘禁行為が区別され、前者には「実力行使」基準が適用されない余地が残されているといえよう。(42)

だとすれば、身体的接触を伴う後者の事例では、その加害事実を証明することで「管轄」が及ぶのに対して、射殺や空爆の場合には、領域国の同意等に基づく国際的承認が求められるという著しい相違が生じることになる。(43)すなわち、「実力行使」基準が適用されない行為には、バンコヴィッチ事件決定が抱える前述の問題――一定の国際的承認を伴わない行為は「管轄」を生じさせない――がなお妥当するのである。

三　学説の展開

(1) 国家の義務履行能力への着目―その帰結としての消極的／積極的義務二分論

前述のように、欧州人権裁判所は空爆という意図的な加害行為に条約が適用されないとの立場を示し、それは現在でも基本的に維持されている。そのような解釈を問題視して、学説では意図して引き起こした結果については「管轄」が及ぶべきことが説かれてきた。例えばローソンは、生じた被害と国家の領域外行為との間に「直接かつ即時のつながり」がある場合は「管轄」が認められるべきと主張する。(44)同様の見解は、自由権規約委員会ロペス・ブルゴス対ウルグアイ事件においてトムシャットが示した、「〔自由権〕規約の履行を妨げうる客観的困難」が存在する場合には領域外適用が否定されるとしても、締約国は「故意で意図的な攻撃を実行するための無制限の裁量的権力」を持つわけではないとの個別意見に遡ることができる。(45)

ただしこれらの学説は、なぜ直接的・意図的な加害行為には「管轄」が及ぶべきなのか、その理由を明確に示し

ているわけではない。他方でそれらを端緒として、以降の研究では領域外で人権保障を実効的に行える場合には人権保障義務を負うべきであり、それが不可能な場合には義務を負わない、という考え方が主張されるようになった。これは言い換えれば、人権条約の領域外適用可能性を、締約国の義務履行能力に照らして判断するアプローチであり、以後便宜的に履行能力説と呼称する。確かに初期の学説においても、「管轄」を否定するための消極的な理由として履行能力説的な考え方が示されていた。前述したローソンの論文では、領域外義務は締約国にとって「耐えられない負担」となるべきでないことが説かれたほか[46]、トムシャットは、「履行を妨げうる客観的困難」が領域外適用を否定する根拠となりうることを認めている。この点に鑑みると、後続の学説は履行能力を消極的理由としてだけでなく、領域外に「管轄」を及ぼす積極的な根拠としても用いていることに特色があるといえよう。

履行能力説は、各々の義務がどのようにして履行されるかという点に焦点を当てる。それゆえに、諸義務の履行にあたって要求される国家行為（作為および不作為）が何であるかに着目し、それを基に適用基準を類型化するアプローチに発展していった。その結果、人権条約上の消極的義務と積極的義務とを区別し、前者の領域外適用は後者より緩やかな基準で認められると説く消極的／積極的義務二分論が学説上盛んに主張されるようになる。代表的な研究の一つであるロックストームらの共著論文は、イマヌエル・カントの「『べき』は『能う』を含意する」という原則に依拠して「管轄」概念を履行能力と関連付けた上で、両義務の領域外適用について次のように論ずる。すなわち、「管轄」によって領域外適用の範囲が狭められるのは積極的義務のみであり、消極的義務は無条件に領域外に及ぶ。その理由として、まず積極的義務については、領域外のあらゆる場所で積極的措置をとるよう国家に求めるのは、領域主権に基づく現行国際法制度に照らすと事実上または法的に不可能な要求であり、かつ、他国の事情の改善のために資源を投入するのは非効率でもあるからである。それゆえ、締約国が積極的義務を履行しうる

のは自国領域、またはそれに準ずる状態にある占領地域においてのみであり、言い換えれば地域支配が確立した場合にはじめて同義務が領域外に適用される、と。(47)

他方で、消極的義務が無条件に適用されることについて、同論文は次のように説く。例えば、国家がある個人を殺害しようと試み、実際に殺害に成功した場合、当該国家は「殺害する能力」を持っていたということになる。しかし、そのような能力の有無を議論することには意味がない。なぜなら、消極的義務の違反は作為によって生じるために、作為が結果を生じさせた場合（殺害が成功した場合）には、当然に「殺害する能力」を持っていたことになる。それゆえ、殺害という結果が生じた場合に消極的義務の適用が及ばないことは想定できない。(48) また、殺害に失敗した場合にはそれを控える義務が生じないという構成も不自然であるため、明示されていないが結果にかかわらず当該義務を負っていたと考えるべきということであろう。したがって同論文によると、消極的義務については常に適用が及ぶと考えることに問題はなく、むしろ、その方が妥当な理解であることになる。

ロックストームらは義務違反的行為を行う能力（「殺害する能力」）を論じることの無意味さから、消極的義務と「管轄」概念は無関係であると結論づける。他方で消極的／積極的義務二分論を説く論考の中には、消極的義務は国家が殺害等を行わないという不作為のみで履行できるという履行の容易さに着目することで、履行能力に基づく説明を貫徹させるものがある。指導的な論者であるミラノヴィッチは、基本的にロックストームらの義務二分論を踏襲しつつ、消極的義務が無条件に適用されることについても履行能力から説明している。ミラノヴィッチによると、ある作為を控えることを内容とする消極的義務は、国家が当該作為をなさないという意思決定を行うだけで履行可能である。すなわち、消極的義務の履行にあたって、周辺事情や被害者に対する支配の程度を検討する必要はなく、国家は、当然に及ぼしているはずの自国公務員に対する支配をもって、常に義務履行が可能な状態にあるの

だという。[49] ここでミラノヴィッチは、消極的義務は無条件に及ぶとする点でロックストームらと同様の結論に至っているが、その理由を同義務が構造上常に履行可能であることに求めている。なお、支配の及ぶ対象という点では、実行が支配を個人という加害行為の客体に及ぶものとして捉えていることと対照的に、ミラノヴィッチの議論では消極的義務に関する限りで、支配の及ぶ先は加害行為主体である公務員に読み替えられている。[50] これは領域外適用を、実質的に加害行為の帰属から判断する理解であり、締約国は自らに帰属する作為について常に消極的義務の適用を受けることとなる。

履行能力説とその帰結としての消極的／積極的義務二分論は、多少の差異はあるものの多くの学説で採られている立場である。[51] この立場は、消極的義務の領域外適用を全面的に肯定するか、少なくとも極めて緩やかに認める一方で、積極的義務に関しては、それを領域外で保障することが困難ないし不可能であるとの理由から、自国領域内と支配地域に適用範囲を限定する。履行能力説および二分論は、空爆という故意でかつ直接的な加害行為に「管轄」を認めなかったバンコヴィッチ事件決定への批判として展開された経緯を持つこともあり、消極的義務の適用拡大を図る理論としての性格が強い。本稿は主として積極的義務に焦点を当てたものであるため、消極的義務一般についてほぼ無制約な適用が妥当かどうかについては評価を保留したい。だが、表現の自由のような社会によって制限の程度が異なることを許容しうる権利はともかく、生命の恣意的剝奪や拷問を禁止する消極的義務については、地理的制約を廃して普遍的な適用を肯定してよいと思われる。[52]

（2）積極的義務の適用

しかし積極的義務についてみると、ロックストームらのようにその適用を地域支配が及ぶ場合に限定することは、

制限的すぎるように思われる。なぜなら、拘禁下にある個人に対する食糧の提供義務のような、個人ベースで課されるべき積極的義務が存在するからである。[53] 地域の占領レヴェルに至らない限りそのような義務が生じないと考えるのは妥当でないであろう。

この点について、ミラノヴィッチの「第三モデル（a Third Model）」では次のような修正が施されている。同氏によると積極的義務は次の二類型に区分される。一つは「国家の確保義務（State's obligation to secure or ensure）」という類型で、典型的には私人のような第三者による人権侵害を防止する義務である。[54] もう一つは「手続的または予防的な積極的義務（[p]rophylactic and procedural positive obligations）」であり、例えば欧州人権条約第二条に包含される、公務員が関与した殺害行為について実効的な調査を行う義務が挙げられる。これは実体的権利の保障を真に実効的なものにするために課される義務であるという。[55]

ミラノヴィッチはこのように積極的義務を二分した上で、積極的義務は「耐えられない、または不釣合いな負担を当局に課す」ものであってはならないとする欧州人権裁判所の判例法を参照しつつ、義務の履行が何に依存しているかという観点から適用基準を導出する。まず、前者の「確保義務」は地域支配が及ぶ場合にのみ適用されるという。なぜなら当該義務は、法制度の設計・運用や、私人による人権侵害を防止しかつ侵害行為の実行者を処罰する義務等から成るものであり、一般にその履行のためには多面的かつ長期的な国家活動が必要とされる。この活動は国家の立法、行政および司法作用と密接に結びついており、国家は通常自国領域内でしかそれを十分に実施できない。それゆえ、当該義務は占領等を通じて事実上自国領域類似の支配を及ぼす地域にのみ及ぶという。[56] 例えば支配を及ぼしていない外国領域で私人による殺害が行われた場合、その調査を実施することは「不可能ではなくとも、実際上極めて困難であろう」と、ミラノヴィッチは主張する。[57]

一方で同じ調査を実施する義務ではあるが、私人の加害行為を国家が第三者的立場で調査する場合の「確保義務」とは異なり、自国公務員の加害事実について調査を行う義務は、後者の手続的・予防的義務に属する。そしてミラノヴィッチによると、後者が履行可能かどうかは「自国公務員に対する国家の支配にのみ依存する」[58]。領域外で自国正規軍が侵害行為を行った場合を例にみれば、国家は「自らの軍隊の行為について調査を行いさえすればよいのであり、そしてこのような調査の実施は、基本的に完全に可能なことである」[59]。すなわち手続的・予防的義務は、自国公務員に支配を及ぼしてさえいれば履行可能であるという点で、消極的義務と共通の性格を持っているといえる。それゆえ、消極的義務と同様に当該義務は無条件に領域外に及ぶという[60]。

ミラノヴィッチはこのように論じて、消極的義務と手続的・予防的な積極的義務の普遍的な適用を認めつつ、「確保義務」の適用を地域支配が及ぶ場合に限定するモデルを提示する。これは、積極的義務の履行が何に依存するかを分析し、当該義務を二類型に分けることで、ロックストームらの学説よりも積極的義務が適用される場合を広げたものと評価することができる。

（3）学説への批判

しかしながら、履行能力説には後述する二つの問題がある。それらを論ずる前提として、「管轄」条項が持つ機能を確認し、もって「管轄」解釈において考慮に入れるべき要素を明らかにしておこう。国際条約は、締約国間で権利義務を配分することによって国際秩序を形成・維持する働きを持つが、人権条約においてこの配分を行うのが「管轄」条項である。つまり、「管轄」条項は個人の所在する場所に基づいて人権保障義務を締約国に課すことで、ある個人・事態に関して人権を保障すべき国家とそうでない国家を決める機能を果たす[61]。

敷衍すれば、「管轄」条項は一個人と国家間のミクロな関係では、両者の間に権利義務関係を発生させる機能を持つ。他方で締約国全体における義務の配分というマクロな視点から見ると、「管轄」は人権保障義務を負う国の範囲（複数の可能性もあるし、どの国も負わない場合もありうる）を限定する機能を持っている。これらの機能に鑑みれば、「管轄」条項の解釈に当たっては、次の二点を考慮する必要がある。第一に、国家に適切に義務を負わせているかということ、特に義務を負うべきと思われる国家の義務逃れを阻止できるかという点である。第二に締約国間で義務の適用に歯止めをかけることができるかという点であり、さらに言えば生じた人権侵害と無関係な締約国にまで義務が広がりすぎないかが論点となる。

以下では履行能力説がこれら二点に十分に答えられていないことを指摘する。先に後者の論点を義務履行国の限定可能性と題して検討し、次いで前者の義務逃れを阻止できるかという問題について見ていくこととする。

（Ⅰ）義務履行国の限定可能性

第一の問題は、履行能力説では義務を負う締約国の範囲を限定することが著しく困難になるということである。積極的義務の代表的なものの一つである、私人による人権侵害を防止する義務（ミラノヴィッチの類型では「確保義務」の一部である）を例に挙げて検討しよう。当該義務は、自らの能力の範囲内で可能な措置の実施を求める、「相当の注意義務」としての性格を持つ。[62] これは、特定事態の防止という目的に資する措置のうち、国家が実施し得る最大限の実施を要求する行為の義務である。すなわち、国家は重すぎる義務を課されない一方で、その能力の範囲内でなしうる措置が存在しない場合を除けば、何らかの措置をとる義務を常に負うことになる。この意味で、当該義務は国家の義務履行能力という要素を内包しており、当該能力に応じて課される義務が変容することを前提

としている。

当該義務が及ぶ締約国の範囲を、その能力に応じて決めることは極めて難しい。なぜなら、当該義務は国家にとりうる措置がまったく存在しない場合を除いて完全には消失しないために、多数の締約国が同時にその履行主体となりうるからである。[63] 特に、事態の改善のために私人や第三国または国際機関に対して外交的手段を用いる義務[64]まで含めると、強い交渉力・影響力を持つ大国の義務が消失することはほとんど考えられない。しかしながら、防止すべき事態とは無関係な第三国が義務を負うとすれば、それ自体が妥当かが問題となることに加え、義務履行の評価と責任追及の両面で難が多かろう。[65] また、この義務履行国の過度な拡大という問題は、履行が容易な他の積極的義務について同様に当てはまる。関連してシャナイは、アル・スケイニ事件においてボネロ判事が示した履行能力説的な「管轄」解釈に対して、朝鮮民主主義人民共和国の飢餓に苦しむ人々に対して、米国が食糧を供与する義務を負うことになりかねない等と批判している。[66]

確かに、ロックストームやミラノヴィッチの学説は、積極的義務は一般に地域支配がなければ実効的に履行できないと擬制することによって履行国の広がりを回避しようとしており、当該問題を見落としているわけではない。しかしながら、ここで明らかにしたことは、積極的義務の内容をつぶさに見るとそのような擬制は維持できないということである。履行に際して必要となる能力の程度は一様ではなく、また、防止義務のように能力に応じて課される義務の内容が変化するものについては、履行能力説と理論的に噛み合わせが悪い。特にそのような広範でかつ段階的な性格を持つ義務については、単に履行が可能な国家に義務を負わせるのではなく、例えば事態を惹起した潜在的加害国に限るといった形で履行国の範囲を予め絞っておく方が制度的にも穏当なように思われる。

（Ⅱ）義務を逃れる国家の発生

第二に、国家対個人のミクロな関係において、義務の履行が不可能ないし困難な場合にその適用を否定すべきとは必ずしもいえない。例えば人権侵害発生への関与といった、責に帰すべき事由が締約国に存する場合に、当該国が自身の能力の欠如を理由に義務を免れるとすれば問題である。そのような締約国は、他の事情によらず義務を負うと考えるべきではないだろうか。この問題が最も顕著に表れる例として、国家責任法上の責任解除の二次規則を反映する、効果的な救済措置を実施する義務[67]が挙げられる。この義務は、先行する国家の条約違反から生じ、その被害者に対する一定の補償措置（原状回復や金銭的賠償等）の実施を違反国に課すものである。また、救済義務は侵害される権利の性格に応じて内容が変わりうる。特に本稿の主要な検討対象である生命・身体の保護に関する諸規定の違反時には、調査・訴追・処罰義務が救済義務からも生じることに加え、被害者に対する謝罪やリハビリテーションの提供が義務内容に含まれうる[68]。

締約国が領域外で拷問を行った事例を考えよう。この場合、領域外の拷問行為地において司法・警察機構を合法的に運用できないといった、効果的救済措置の実施を不可能ないし困難にする事情が考えられる。しかし、だからといって義務自体の適用を免れるのは不当であると思われる。これについては理論的基礎を同じくする国家責任法上の責任解除義務に照らし合わせることでより明瞭となる。一般に責任解除義務は、国家に帰属する作為または不作為が国際義務に違反する場合に生じ、同解除義務によると責任国は可能な限り違法行為の結果を払拭し、その行為がなければ存在したであろう状態を回復しなければならない[69]。その際、責任国の当該解除義務の履行能力が考慮されうるのは、その救済・回復方法の選択についてのみ――原状回復が不可能なら、金銭賠償によるといった形で――であり、当該義務を負うこと自体は違反時にすでに確定している。これを人権条約上の救済義務と対照すると、

当該義務の適用を否定することは、大元の責任解除義務を失わせることに相当する。それゆえ、履行能力の欠如がそのような効果を持つのは不均衡な帰結であるといわざるをえない。人権条約違反国が一定の実効的救済措置を実施できない場合には、救済義務の義務内容を履行可能なレヴェルへと調整するか、もしくはそれ自体を単に別個の義務違反として処理すべきであろう。

したがって、特に当該義務に関しては、その適用可否に履行能力が影響を与えるべきではない。国家責任解除の規則に照らし合わせれば、条約違反を構成する先行行為によって「管轄」が生じ、それによって適用が肯定されると考えるのが妥当であろう。履行能力が考慮要素になりうるのは、責任解除の方法に相当する、実際に課される義務の内容に関してのみであるべきである。

以上が最もわかりやすい救済義務の場合であるが、拷問や恣意的殺害の禁止等の実体的義務から生ずる、調査義務や訴追・処罰義務といった積極的義務についても同様の問題が生ずる。詳細は後述するが、これらの義務は締約国が行った拷問等を構成しうる行為について、その被害状況を解明し潜在的被害者を救済するためのものである。つまり拷問等のおそれがある先行行為を起点として発生する義務であり、たとえ条約違反が認められていないとしても、その適用に当たって当該先行行為の存在を考慮すべきだと思われる。

なお、前述のミラノヴィッチの手続的・予防的義務に関する議論は、調査義務等の適用が制限されるべきでないことを説く点で、このような問題意識をある程度共有している。しかしながら、同氏はその理由を手続的・予防的義務の履行の容易さから説明しており、結局のところ履行能力に依拠してしまっている。前述のようにミラノヴィッチによると、加害行為地の現場検証や、外国に所在する加害者に対する調査・訴追といった措置の実効性は、「自国公務員に対する国家の支配にのみ依存する」。[70] だが、領域外行為に関する調査の実施は、それが自国公務員

により行われたものであったとしても、実際にはしばしば困難なものとなる。なぜなら、クニエヴェが指摘するように、加害行為地における武力紛争に加えて、目撃者の死亡・難民化、あるいは領域国による調査実施への同意の欠如といった様々な要素が十分な調査の実施を妨げうるからである。[71] したがって、加害者が自国公務員である場合には義務履行が容易であるとの前提は妥当ではなく、ミラノヴィッチの主張は理由付けに問題がある。

（1）　E.g. *McCann and others v. the United Kingdom*, ECtHR（Grand Chamber）, App. No. 18984/91, Judgment, 27 September 1995, para. 161. 本稿で参照または引用する欧州人権裁判所の判決および決定は、同裁判所の公式ウェブサイト内の HUDOC database（https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/HUDOC&c=）から入手した。HUDOC database への最終アクセス日は、すべて本稿の提出日（二〇一九年九月二四日）である。

（2）　本稿第二章を参照。なお、自国領域内でも他国や武装集団の占領によって実効的支配を失った際には義務の範囲が狭まりうるが、この場合でも欧州人権裁判所は条約の適用を認めている。*Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*, ECtHR（Grand Chamber）, App. No. 48787/99, Judgment, 8 July 2004, paras. 311-333.

（3）　条約全体に及ぶ一般条項を持つものとしては、自由権規約（第二条一項）、欧州人権条約（第一条）、「米州人権条約」（第一条一項）および「児童の権利に関する条約」（第二条一項）がある。一部の権利規定の中に適用範囲を定める文言が挿入されているものとして、「拷問及び他の残虐な、非人道的な又は品位を傷つける取り扱い又は、刑罰に関する条約」（第二条一項、第五条一項、第七条一項、第十一条、第十二条、第十三条および第一六条一項）、「あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約」（第三条および第六条）、および「強制失踪からのすべての者の保護に関する国際条約」（第九条一項および二項ならびに第十一条一項）がある。また、「米州人権宣言」は、「管轄」という文言を置いていないにもかかわらず、実行上領域外適用の基準として「管轄」概念を利用している。さらに、国際司法裁判所は二〇〇五年のコンゴ領域における武力活動事件判決において、「人及び人民の権利に関するアフリカ憲章」および「武力紛争における児童の関与に関する児童の権利に関する条約の選択議定書」の領域外適用を認めるにあたり、二〇〇四年パレスチナの壁事件勧告的意見の「管轄」についての一節を引用している。*Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo*

v. Uganda, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168, paras. 216–217.

（4） See e.g. Department of Defense, *Working Group Report on Detainee Interrogations in the Global War on Terrorism: Assessment of Legal, Historical, Policy, and Operational Considerations*, p. 6 (Apr. 4, 2003).

（5） 近年の事例として（二〇十九年九月二四日現在）、サウジアラビア国籍のジャーナリストが、トルコのサウジアラビア総領事館で殺害されたとされるものがあり、国際法学者の間で活発な議論が交わされている。一例として、*European Journal of International Law* が運営するホームページにおける次の記事が挙げられる。Marko Milanovic, "The Murder of Jamal Khashoggi: Immunities, Inviolability and the Human Right to Life - Part IV: After the Attack", https://www.ejiltalk.org/the-murder-of-jamal-khashoggi-immunities-inviolability-and-the-human-right-to-life-part-iv-after-the-attack/ (Last visited Jul. 19, 2019).

（6） 欧州人権条約について本稿第二章を参照。

（7） E.g. *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*, ECtHR (Grand Chamber), App. No. 55721/07, Judgment, 7 July 2011, paras. 138–140.

（8） 前述のように、条約本文は「管轄」の及ぶ対象として人を想定している。それゆえに「地域に対する支配」は、占領等を通じて当該地域に所在する人々に「管轄」が及ぶとする二次的な概念であるといえる。それにもかかわらず本稿が地域支配を先に検討するのは、当該支配の方が議論すべき点が相対的に少ない概念であり、説明が容易であるからにすぎない。

（9） *Loizidou v. Turkey* (Preliminary Objections), ECtHR (Grand Chamber), App. No. 15318/89, Judgement, 23 March 1995, para. 62.

（10） *Ibid.*, para. 63.

（11） *Ibid.*, para. 62.

（12） E.g., *Cyprus v. Turkey*, ECtHR (Grand Chamber), App No. 25781/94, Judgment, 10 May 2001, para. 77; *Issa and Others v. Turkey*, ECtHR (Chamber), App. No. 31821/96, Judgement, 16 November 2004, para. 74.

（13） E.g., *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), *supra* note 9, para. 62; *Cyprus v. Turkey* (Judgment), *ibid.*, para. 76; *Banković and Others v. Belgium and Others*, ECtHR (Grand Chamber), App. No. 52207/99, Decision, 12 December 2001,

para. 70; *Loizidou v. Turkey* (merits) ECHR (Grand Chamber), App. No. 15318/89, Judgment, 18 December 1996, para. 52; *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*, *supra* note 2, paras. 314–16; and *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*, *supra* note 7, para. 138.

(14) E.g, *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*, *ibid*., para. 315; *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*, *ibid*., para. 138.

(15) E.g, *Loizidou v. Turkey* (merits), *supra* note 13, paras. 16 and 56; *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*, *ibid*., paras. 387–394; and *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*, *ibid*, para. 139.

(16) E.g *Loizidou v. Turkey* (merits), *supra* note 13, paras. 16 and 56.

(17) *Cyprus v. Turkey* (Judgement), *supra* note 12, para. 77. *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*, *supra* note 7, para. 138も同旨。

(18) ルベルは地域支配を領域的管轄権のアナロジーで理解できるものとする。なぜなら、被支配地域は支配国にとって自国領域と類似した状況下にあり、かつ支配国は領域国政府と同等の責任を負いうるからであるという。Noam Lubell, *EXTRATERRITORIAL USE OF FORCE AGAINST NON-STATE ACTORS*, Oxford University Press (2010), pp. 211 and 228.

(19) *Bankovic and Others v. Belgium and Others*, *supra* note 13, paras. 52 and 76.

(20) 広見は「前者［執筆者注、個人支配］は《点》の管轄であるのに対し、後者［地域支配］は《面》の管轄であるということができる。そして、《点》の管轄のほうが《面》の管轄よりも細密であることから、仮に人権法の「管轄」が《点》の管轄、すなわち人的管轄までをも含むものであるとすれば、関係国はより厳格な人権義務を負うこととなる」と説明する。ここでは平面上の「管轄」の及び方を「点」、「面」と表すことで、「点」は個々の状況に応じてより細かく打てることが示唆されている。広見正行「武力紛争における人権条約の適用範囲」『上智法学論集』五三巻三号（二〇〇一年）、一五六頁。ただし、人権条約（ここでは自由権規約である）上の「管轄」を国家管轄権と同視する広見の見解は妥当ではない。

(21) *Cyprus v. Turkey*, European Commission on Human Rights, App. No. 6780/74 and 6956 May 1975, para. 8 in p. 136.

(22) *Ibid*.

(23) *Ibid.*

(24) E.g. *Drozd and Janousek v. France and Spain*, ECtHR (Plenary), App. No. 12747/87, Judgement, 26 June 1992, para. 91.

(25) ミラノヴィッチも同旨。Marko Milanovic, *EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF HUMAN RIGHTS TREATIES LAW, PRINCIPLES, AND POLICY*, Oxford University Press (2011), p. 182.

(26) 奥脇も同旨。奥脇直也「六　管轄の属地性と地域性　ＮＡＴＯのコソボ空爆によるヨーロッパ人権条約上の権利侵害に関する訴訟の受理可能性――バンコヴィッチ事件決定――」戸波江二、北村泰三、建石真公子、小畑郁、江島晶子編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』（信山社、二〇〇八年）、八六頁。

(27) *Bankovic and Others v. Belgium and Others*, *supra* note 13, paras. 46-53. なお、原告らは譲歩の主張としてセルビア上空に対する支配、およびゾーリング事件の判例法について論じた。

(28) *Ibid.*, paras. 59-61.

(29) *Ibid.*, para. 73.

(30) *Ibid.*, para. 71.

(31) *Ibid.*

(32) *Ibid.*, paras. 75 and 82.

(33) ウィルドは、国家管轄権の合法な行使という規範的要素をバンコヴィッチ事件決定は考慮に入れているとした上で、それは「管轄」を純粋に事実的な視点から検討してきた裁判所や他の条約機関の実行と矛盾していると批判する。Ralph Wilde, "The extraterritorial application of international human rights law on civil and political rights" in Scott Sheeran and Sir Nigel Rodley (eds), *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, Routelege (2013), p. 640. 同様にミラノヴィッチは、本決定を「管轄」と国家管轄権を同一視するものであると批判する。Milanovic, *supra* note 25, p. 30. また、国際法上合法に行える範囲と人権条約上義務を負う範囲を一致させるべきでないことを説く論考として、以下を参照。Lubell, *supra* note 18, pp. 214-216.

(34) Yuval Shany, "Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human

Rights Law", *The Law & Ethics of Human Rights*, Vol. 7, Issue 1, p. 56.

(35) *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*, *supra* note 7, para. 134.

(36) *Ibid.*, para. 135.

(37) *Ibid.*, para. 136.

(38) （A）と（B）ではバンコヴィッチ事件決定の対応するパラグラフが明示されているが、（C）では同決定以後の個人支配の事例しか引用されていない。

(39) E.g. *Öcalan v. Turkey*, ECtHR (Grand Chamber), App No. 46221/99, Judgment, 12 May 2005, para. 91.

(40) ミラノヴィッチは、パッドほか対トルコ事件決定（*Pad and Others v. Turkey*, ECtHR (Third Section), App. No. 60167/00, Decision, 28 June 2007, paras. 52-55）で、ヘリコプターからの発砲行為が「管轄」を生じさせることが認められたと主張する。Milanovic, *supra* note 25, p. 190. 同様にドズワルド・ベックも、パッド事件決定では発砲行為の帰属によって「管轄」が生じたとし、これはバンコヴィッチ事件決定とは矛盾する解釈であるとする。Louise Doswald-Beck, *Human Rights in Times of Conflicts and Terrorism*, Oxford University Press (2011), p. 21. 対照的に和仁は、本件では原告と被告国の主張する事実のいずれが正しくとも従来の判例上「管轄」認定に支障がなかったゆえに、適用が肯定されたとする（被告国は自国領域内に侵入してきたイラン人を射撃したと主張しており、これは領域内の行為である。一方で、原告は被告国が同国領域外でイラン人らを拘束した後に発砲したとするが、これは「実力行使」基準が妥当する拘束の例である。）和仁健太郎「アル・スケイニ対英国事件（欧州人権裁判所（大法廷）判決、二〇一一年七月七日）」『阪大法学』六二巻五号（二〇一三年）、一五六八―一五六九頁。ここで注意すべき点に、本件では「管轄」が及ぶことについて当事者間に争いはなく、それゆえ裁判所は「管轄」の有無を直接に判断していないことがある（para. 54）。また、後続のアル・スケイニ事件判決で「実力行使」基準の根拠として本決定が引用されていないことも踏まえると、現状では和仁のように理解しておくのが穏当であろう。

(41) *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, *supra* note 7, para. 149. 同様に「公権力」基準適用事例と見る杉木は、「欧州人権裁判所は、*Al-Skeini and Others v. The United Kingdom* 事件を『軍事占領の結果による関連する領域と外国住民に対する実効的支配を通して』公権力を行使する場合に当たる事例であると評価したのではないかと考えられる」として、

「軍事占領」を通じて「公権力」が行使されたものと理解している。杉木志帆「欧州人権条約の領域外適用――バンコビッチ事件受理可能性決定の再検討――」『研究紀要』二〇号（二〇一五年）、六七頁。ツェベレコスも同旨。Vassilis P. Tzevelekos, "Reconstructing the Effective Control Criterion in Extraterritorial Human Rights Breaches: Direct Attribution of Wrongfulness, Due Diligence, and Concurrent Responsibility", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 36 (2014), p. 150. ただし、「軍事占領」による「公権力」行使という理解はやや不正確である。アル・スケイニ事件では、確かに英国によるイラク南東部地域の軍事占領という事態が生じているものの、裁判所が「管轄」を認定した理由は占領にではなく、同地域で英国が行う治安維持活動等の行為が安保理の授権を得たものだったことにある。

それに関連して、地域支配と「公権力」基準との相違を確認しておこう。というのも、アル・スケイニ事件のように「公権力」の伴う行為が占領地域における治安維持のような広範なものである場合、それぞれが適用された際の法的効果の違いが分かりづらくなるからである。第二章一節にて述べたように、締約国が領域外地域を占領下に置いている場合は、「地域に対する支配」に基づく「管轄」が認められる。この場合占領が合法または違法であるかは問われず、さらに欧州人権条約上のすべての義務を同地域にて負うことが判例上確立している。そして、「公権力」基準のうち軍事占領を理由とするもの（本稿第二章二節二項の（B）類型）は、地域支配と同一視してよいと思われる。

他方で、領域国の同意に基づく「公権力」（同（C）類型）は「個人に対する支配」の一種である。敷衍すれば、地域支配および（B）の「公権力」基準ではある状況が事実的に占領に当たるかが問われ、それが肯定されれば占領地域のあらゆる事柄について「管轄」が及ぶ。他方で個人支配の一種である（C）の「公権力」基準では、締約国の行為が帯びる正統性が問題となることに加え、そのような正統性を伴う行為の結果についてのみ「管轄」が生じる。上述のように本件では治安維持に関する包括的な行為について「公権力」が付与されていたものの、この概念上の相違に鑑みれば、本件で英国が負う義務の範囲は、地域支配が認められる場合より狭くなっている可能性がある。例えば、「公権力」が及んだのは特に治安維持等の行為についてであることから、生命権や身体の自由に関する諸義務（欧州人権条約第二条、三条および五条等）については「管轄」が生じても、例えば集会および結社の自由（同第十一条）についてはそうではない、という可能性が考えられよう。

(42) See Marko Milanovic, "*Al-Skeini* and *Al-Jedda* in Strasbourg", *The European Journal of International Law*, Vol. 23

No.1 (2012), pp. 130–131.

(43) 奥脇は「空軍機の爆撃で殺傷すれば人権条約の適用がなく、域外逮捕であれば適用があるという結果は不合理」であるとして、そのような帰結を批判している（奥脇、戸波ほか編『前掲書』（注二六）、八七頁）。またルベルは、長距離からの殺害と近距離のそれを区別するならば、国家は拘束せずに遠方から射殺する手段を選ぶことで義務を免れるだろうと指摘する。Lubell, *supra* note 18, pp. 213–214.

(44) Rick Lawson, "Life After Bankovic: On the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights", pp. 103–104 in Fons Coomans and Menno Kamminga (eds), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Intersentia (2004).

(45) *Lopez Burgos v. Uruguay*, Communication No. R.12/52, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) at 176 (1981), APPENDIX, Individial opinion appended to the Committee's views at the request of Mr. Christian Tomuschat. なお、トムシャットは在外自国民に対する攻撃について論じているが、攻撃の標的となった者が自国民であるか外国人であるかは関係がないと考えるべきである。

(46) Lawson, *supra* note 44, pp. 103–104.

(47) Erik Roxstorm, Mark Gibney and Terje Einarsen, "The NATO Bombing Case (Bancovic et al. v. Belgium et al.) and The Limits of Western Human Rights Protection", *Boston University International Law Journal*, Vol. 23:55 (2005), pp. 72–75.

(48) *Ibid.*

(49) Milanovic, *supra* note 25, pp. 209–210.

(50) 履行能力説における行為主体への着目はロックストームら以前の論稿でも見られる。また、前述のアル・スケイニ事件欧州人権裁判所判決におけるボネロ判事の個別意見でも類似の論理が展開されている。以下を参照：Orna Ben-Naftali and Yuval Shany, "Living in Denial: The Application of Human Rights in The Occupied Territories", *Israel Law Review*, Vol. 37, No.1 (2003–2004), pp. 60–65. See also Concurring opinion of Judge Bonello, paras. 3–19 in *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*, *supra* note 7.

(51) E.g. John Cerone, "Jurisdiction and Power: The Intersection of Human Rights Law & The Law of Non-International Armed Conflict in an Extraterritorial Context," *New England School of Law and Faculty Working Paper Series*, Paper 2 (2007), pp. 397 and 447–448. ルベルは締約国が積極的義務を負う範囲について異論を唱えつつも、ロックストームらの論文を引用して、消極的義務が普遍的に適用され、積極的義務の適用は管轄概念によって狭められるという構成を支持する。Lubell, *supra* note 18, pp. 228–230.

(52) 類似の見解としてメルツァーは、少なくとも生命に対する権利の尊重義務（不作為の義務であり、本稿の消極的義務に相当する）について、領域外のあらゆる国家行為、特に軍事行動および法執行活動に適用されることを支持する。Nils Melzer, *TARGETED KILLING IN INTERNATIONAL LAW*, Oxford University Press (2008), pp. 137–139.

(53) See Lubell, *supra* note 18, pp. 229–230.

(54) Milanovic, *supra* note 25, pp. 209–210 and 214–215. なお「第三モデル」とは、地域支配に基づく「管轄」を第一のモデル、個人支配のそれを第二とした上での呼称である。

(55) *Ibid.*, pp. 210–216.

(56) *Ibid.*, pp. 210 and 215–217.

(57) *Ibid.*, pp. 216–217.

(58) *Ibid.*, p. 216.

(59) *Ibid.*, p. 217.

(60) *Ibid.*, pp. 216–217.

(61) 兼原は、自由権規約第二条一項を例に、条約の適用範囲規定の機能を次のように説明する。適用範囲規定は、「別個の（多くは実体的な）義務の存在を前提として、それらの義務の履行確保の主体たる国家を特定するとともに、その義務の実現を『確保する』ことを義務付ける。」兼原敦子「国際義務の履行を『確保する』義務による国際規律の実現」『立教法学』七〇号（二〇〇六年）、二四三―二四四頁。

(62) See Dinah Shelton and Ariel Gould, "Positive and Nagative Obligations" in Dinah Shelton (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford University Press (2013), pp. 577–582.

(63) 関連してラーセンは、可能なあらゆる措置の実施を要求する相当の注意義務が領域外に及ぶとなれば、すべての締約国が当該義務を負うことになると指摘している。Kjetil Mujezinovic Larsen, *THE HUMAN RIGHTS TREATY OBLIGATIONS OF PEACEKEEPERS*, Cambridge University Press (2012), p. 223.

(64) 欧州人権裁判所イラシュクほか対モルドバおよびロシア事件判決では、外交的、財政的または司法的手段を含む、権限内のあらゆる手段をとる義務がモルドバに課された。*Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*, *supra* note 2, paras. 332–333. これは自国領域への実効的支配を失った領域国モルドバに対する判示であるが、ラーセンが指摘するように、後続の欧州人権裁判所決定の中には当該義務が領域外に及ぶ可能性を示唆するものがある。Larsen, *ibid.*, pp. 220–224.

(65) 関連する議論として、「集団殺害の防止及び処罰に関する条約」におけるジェノサイド防止義務（第一条）が、事態と無関係な締約国へ及びうるかというものがある。同義務は人権条約上の防止義務と類似の性格を持つものであるが、国際司法裁判所は、ジェノサイド実行者の行為に対する締約国の「影響力」に応じて、同義務は領域外の事象にも及ぶと判示した。*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007*, p. 43, paras. 428–438. これは事実上すべての締約国が同義務を負いうることを示唆するが、そのような帰結に対しては防止のためにあらゆる手を尽くせという政治的アピールにすぎなくなるという批判がある。他方で湯山は、強行規範の重大な違反を終了させるために諸国が負う協力義務（国家責任条文草案第四一条）などに依拠して、ジェノサイドの重大性またはジェノサイド禁止の重要性からそのような普遍的適用を肯定しうると説く（湯山智之「国際司法裁判所・ジェノサイド条約適用事件（三・完）」『立命館法学』二巻（二〇一二年）、五一二―五一四頁）。これは裏を返すと、防止義務の普遍的適用には義務の性格がそれを求めるものであることが必要だということであろうが、人権条約上の防止義務または相当の注意義務一般にそのような性格を認めることは困難であると思われる。関連して、以下を参照。Marko Milanovic, "State Responsibility for Genocide: A Follow-Up", *The European Journal of International Law*, Vol. 18 (2007), pp. 685–687.

(66) Shany, *supra* note 34, p. 68. なお、ミラノヴィッチの「第三モデル」は「管轄」を規範的な視点から評価するアプローチとして整理されることがある（例えば、Nienke van der Have, *The Prevention of Gross Human Rights Violations Under International Human Rights Law*, T.M.C. Asser Press (2018), p. 113.）。このような整理は、前述のローソン等の「管轄」

解釈を、締約国が個人の権利保障に悪影響を与えた事実がある時は常に及ぶ、純粋に事実に基づくアプローチと見た上での対照である。確かにミラノヴィッチは、個人支配モデルによる「管轄」の広がりに恣意的でない縛りをかけることは難しいとの問題意識から、消極的・積極的義務という義務の規範的性格に基づくアプローチを提示したのであり、この意味で当該整理は誤りではない。それにもかかわらず、本稿で述べたように、ミラノヴィッチはこの義務二分論の論拠を説明するにあたり義務履行能力の概念を用いており、「管轄」の事実的理解から自由ではない。それゆえに、同氏の二分論はそれ以前の義務履行能力基準説と同様の問題を抱えることになっている。

また、「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約」第二条一項における援助の提供義務について、マクベスらは「援助を提供する義務の集合的な性格は、すべての国（または少なくともすべての先進国）が同等の援助提供義務を負うであろうという意味で、領域外の人権［義務］を履行しようとしない国家に、その不履行の責任を負わせることを困難にするであろう」と指摘する（強調は執筆者による）。Adam McBeth, Justine Nolan and Simon Rice, *THE INTERNATIONAL LAW OF HUMAN RIGHTS*, Oxford University Press (2011), p. 638. 第二条一項は、「自国における利用可能な手段を最大限に用いることにより…行動をとることを約束する」という規定内容から明らかなように、国家の履行能力に応じて可変的な義務を課すものであり、この点で本稿の防止義務の議論に示唆を与えるものといえる。See also Sarah Joseph and Adam Fletcher, "Scope of Application" in Daniel Moeckli, Sangeeta Shah and Sandesh Silvakkumarran eds., *INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW* (2nd ed.), Oxford University Press (2014), pp. 134-136; Doswald-Beck, *supra* note 40, pp. 37 and 40.

(67) 自由権規約第二条三項や、欧州人権条約第一三条が該当する。See Fiona McKay, "What Outcomes for Victims?" in Dinah Shelton (ed.), *supra* note 62, pp. 927-928.

(68) 当該義務の性格については以下を参照。申惠丰「人権保障のための積極的義務としての手続的義務」『国際法外交雑誌』一一二巻四号（二〇一四年）、四九―五一頁。

(69) *Factory at Chorzów, P.C.I.J. Series A*, No. 17, p. 47.

(70) Milanovic, *supra* note 25, p. 216.

(71) Noëlle Quénivet, "The obligation to investigate after a potential breach of Article 2 ECHR in an extra-territorial context: Mission impossible for the Armed Forces?", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 37, No. 2 (2019). pp. 10-17.