



Title	人権条約の領域外適用（二・完）：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, 70(1), p. 97-125
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/87283">https://doi.org/10.18910/87283</a>
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（二・完）

——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
- 三 学説の展開（以上、六九卷六号）
- 四 積極的義務の適用理論
  - （1）国際法上の保障者の地位
  - （2）義務の保護法益を侵害しうる先行行為
  - （3）相関係論と全部適用論
- 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
  - （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（以上、本号）

## 四 積極的義務の適用理論

以上が履行能力説の内容とその問題点である。すなわち、履行能力のみによって適用の可否を判断すると、少なくとも一部の積極的義務において履行国の拡大に歯止めをかけることが困難になること、および権利侵害に関与した国家が義務を免れうることの二つの問題が生じることが明らかとなった。前述のように、履行能力説は消極的義務の国家の意思次第で守ることも破ることも自在である性格に着目したものである。それゆえに、政治的、財政的または法的状況に履行可能性が左右されうる積極的義務に馴染まない部分があるのは否定できない。

そこで本章では、それらの問題を克服しうる新たな理論として、「管轄」発生事由を二類型に分けるアプローチを提示する。第一の類型は、国家がある権利について、国際法上保障者のな地位にある場合に、「管轄」が生じるとするものである。当該類型は、条約や慣習国際法といった制度的な根拠に基づいて、ある義務を履行しうる、またはすべきと国際的に認識されている国家を特定するアプローチである。次いでそれを補完するものとして、各義務の保護法益を侵害しうる一定の先行行為を根拠に「管轄」を及ぼす第二の類型を提示する。これは制度的根拠の存否にかかわらず、事実関係に基づいて義務を履行すべき国家を義務内在的に決定するアプローチである。

なお、本稿の二類型アプローチは、履行能力説と同様に実行から一義的に導かれるものではなく、それとは離れたあるべき適用理論として提示される。それにもかかわらず、欧州人権裁判所が個人・地域支配に基づいて処理しようとした複雑な諸事例について、本稿のアプローチは合理的な説明を与えられるだけでなく、それらの一部には当該アプローチと親和的な考え方を認めることができる。そこで、本章で提示した二類型アプローチに基づく説明がどのように可能であるかを、続く第五章において検討することとしたい。

(1) 国際法上の保障者的地位

第一に、ある権利を保障しうる地位にあること、または保障のために動くべき地位にあることが、国際法によって制度的に決定ないし予定されている場合、当該権利についてそのような保障者的地位にある国家の「管轄」を認めるべきである。例えば租借条約や安全保障理事会決議を通じて、自国領域外に対して権限を行使する場合が挙げられる。この場合、国家は国際法に基づく権限を外国領域において行使し、第三国や時に領域国に対し当該権限を主張して対抗することができる。付与される権限の範囲内で、他国の人権状況に介入できる地位を国際社会において認められているといえよう。また、この権限が地域に対する包括的な統治権の場合、統治国は当該地域について領域国類似の立場にあり、他国が統治国を介さずに当該地域の人権保障を行うことは法的に困難である。それゆえに統治国に人権保障義務を課すことが求められ、さらにその履行が困難な場合にも、領域国の場合と同様に他国との協力関係の構築といった方法で対処すべき義務を、少なくとも一部の規定については残すべきであろう。統治国に第一義的な対処の義務を課さなければ、当該地域の人権保障を実効的に行いうる国家が国際社会に存在しないという事態が生じかねず、これは人権条約にとって望ましいことではない。このように、ある国家が権利の一義的な保障主体である場合、または少なくとも権利保障に際して初動対応を行うべき第一義的な主体であることが、国際法制度から直接または間接に導かれる場合、当該国家の「管轄」の存在を肯定すべきであると思われる。

この第一の類型は、国際社会においてある権利を保障しうる、またはすべきと考えられているのはどの国家かという点に着目するものである。その際、制度上義務を実効的に履行できる地位にあるという履行能力の要素も考慮に入れられる点で前述の諸学説と共通するが、当該能力を国際法制度上の基礎を持つものに限定する点に違いがある。敷衍すれば、履行能力の有無は制度に基づいて抽象的に判断されるものであり、各々の局面で国家が持つ具体

的能力の多寡は問題とならない。外国領域の統治国は、通常は人権保障を行う一義的な保障者の地位にあり、かつそれが実際には困難な場合でも、何らかの初動対応を行うべき第一義的な主体である。それゆえに、統治国は実効的な保障能力を失ってもなお義務の適用を受けると考えるのである。つまり、ある具体的状況下で保障が可能かという事実上の能力の問題は、当該類型の「管轄」認定には基本的に関わらない。当該類型で履行能力に言及する場合、それは国際法制度によって裏打ちされるものであることが必要かつ十分な条件となる。

このように「管轄」を理解することの利点は次の二つである。一点目に、人権条約締約国間における義務の配分を既存の制度に基づいて行うゆえに、国際法秩序の安定化に資する<sup>73</sup>。二点目に、保障者の地位は国家が個々の場合で実際に持つ能力とは関係がないため、内紛等により政府当局が十分に機能しない場合に、人権侵害に対処する国家が存在しないという事態を防止することができる。また当該類型の「管轄」は、その根拠と存続期間の両面で相対的に安定したものであり、関連国際法規に基づいて常時網の目のように国際社会に張り巡らされる。この意味で、後述の第二の類型と比べて、第一の類型は人権条約の地理的適用範囲を靜態的に捉えるアプローチといえよう。

なお、第一の類型は原則として国際法制度に基づいて「管轄」を認めるものであるが、法制度に準ずる安定した国際慣行が存在する場合も同様に理解することができる。この場合の慣行は、慣習国際法として成立してはいなくとも、事実上、特定の国家しか意味のある形で行いえないことが国際社会において広く認められており、かつ人権保障において不可欠の前提を創出するもののみを含む。出入国の自由の保障における旅券発給の慣行がその一例であり、この場合在外自国民に対する国籍国としての地位が保障者の地位に当たると考えることができる。有効な旅券を発給しうる立場にあるのは通常国籍国だけである。確かに、国家が誰にいかなる条件で旅券を発給すべきかを定める国際法はほぼ存在しないものの<sup>74</sup>、国籍国発給の旅券がなければ自由に出国できないことは「当然の常識」と

して一般に受け入れられている。<sup>(75)</sup> すなわち、国籍国により発給される旅券は、人の国際的移動を可能ならしめるための必要条件であり、この国籍と旅券発給との密接なつながりに照らすと、出入国の自由の保障にあたって在外自国民は常に国籍国の「管轄」内にあると考えるべきである。

実際に自由権規約委員会はヴィンダル・マルティン対ウルグアイ事件において、「ウルグアイ国民に対する旅券の発給がウルグアイ当局の管轄内にある事柄 (a matter within the jurisdiction of the Uruguayan authorities) であることは明らかであり、ウルグアイ国民は、そのためにウルグアイの『管轄の下にある』。」と認定している。<sup>(76)</sup> さらに委員会はそれを補強する形で、「旅券はウルグアイ国民が『いずれの国（自国を含む。）からも離れる』こと（規約第一二条二項から要請される）を可能にする手段」であり、この「権利の性格」から、在外自国民の滞在国だけでなく、その国籍国も義務を負うと述べた。<sup>(77)</sup> 委員会は「管轄」を認定するにあたり、出国の自由の性格とその保障における旅券の位置付けを説明するだけであり、本件の状況下で当局の行為が通報者に与えた影響を検討していない。また委員会も認めるように、適当な手続を通じて旅券を発給することは出国の自由の行使を可能とさせる手段ないし前提であるため、国籍国の負う義務は、仮に滞在国において出国を阻害する他の要因が存在する場合でも消失しないものと考えらるべきだろう。それらを踏まえると、在外自国民に対する「管轄」は、国籍国という保障者の地位から生じる「管轄」として理解できる。

## （2）義務の保護法益を侵害しうる先行行為

他方で、国籍国としての地位が「管轄」の根拠となるのは、出入国の自由が関わるような例外的な場合である。<sup>(78)</sup> なぜなら、対人主権に対する領域主権の優位を原則とする現行国際法制度の下では、個人に直接的な影響力を及ぼすのは通常その滞在国であり、それ以外の国家は当該個人の人権保障を行うべき一義的または第一義的な地位にな

いからである。<sup>(79)</sup>このように第一の類型の「管轄」は、制度的基盤を要求するがゆえに侵害的事態を幅広くカバーするものではなく、例えば国籍国が在外自国民に暴行を加える場合では別の根拠が必要となる。

そのような第一の類型の不足を補うものとして、先行行為に基づき第二の「管轄」類型を提示したい。この類型は、義務の保護法益を侵害しうる先行行為を行った国家に、生じた事態に対処する義務を課すものである。これについて先行研究を確認しつつ敷衍しよう。前述のように、国家と個人間に制度的繋がりが存在しない場合でも、国家が人権侵害に関与した場合には、それに対処する積極的義務の適用が認められるべきことが説かれてきた。その際挙げられる義務は、人権侵害の詳細について調査を実施する義務、その実行者を訴追・処罰する義務といった、生命・身体への危害を契機として生じる諸義務である。<sup>(80)</sup>ミラノヴィッチはそれらが適用される理由を結局のところ履行の容易さから説明していたが、履行の可否という純粹に事実的な指標を用いるアプローチには問題があった。

むしろ、どのような国家が各々の義務の履行主体として想定されているかという規範的な視点が重要である。最もわかりやすい例は前述の人権侵害被害者に対する救済義務であり、これは侵害行為がどこで行われたかにかかわらず侵害国が負うべき義務と考えるのが自然であろう。つまり、条約違反を構成する先行行為を行った国家は、当該先行行為の事実をもつて救済義務を負うと考えればよい。このような一定の先行行為を「管轄」の根拠とする議論は、少なくとも一部の積極的義務について同様に可能である。例えばミラノヴィッチが「手続的または予防的な積極的義務」として類型化した、調査義務や訴追・処罰義務で妥当する。これらの義務は、生命や身体の完全性という保護法益の大きさに鑑みて、国家がそれを侵害するおそれのある行為を行った場合に一定の手続的保障を求めるものである。積極的義務には、このように国家の一定の行為をトリガーとして発生し、それが惹起した事態の解明・收拾を求める義務として整理できるものがある。

このような積極的義務は超法規的殺害といった、主として作為による行為の統制ないし禁止を目的とする。すなわち積極的義務でありながら、国家の恣意的な干渉を防ぐという消極的な性格が強く、ある行為に際して常に満たすべき条件として機能する<sup>(81)</sup>。それゆえに当該義務の適用に当たっては、国家が義務の保護法益を侵しうる行為を行ったという事実を根拠とすべきである。必要な先行行為は、拷問事件の調査義務であれば拷問の実行というように義務によって異なり、また、拷問の直接的な実行ではなく実行者への支援というレヴェルの関与で十分かも各々の義務で論点となる。そのため義務ごとに類型化が必要であり、その作業の一部を次章で行うこととする。

整理すると、この第二の類型では、各義務の法益を侵害しうる先行行為を根拠に義務履行国を決定する。他の締約国と比べて先行行為国には侵害的事態の発生に関与した点で一応の非難可能性が認められ、それゆえに当該事態の解明や改善が求められる形である<sup>(82)</sup>。また、当該類型は国際法制度に依拠することなく、締約国の諸行為に依じて個別的に領域外適用を認めるものであり、比較的短期的に適用関係が入れ替わりうる。例えば、外国領域下での個人の殺害により突如として当該個人への「管轄」が生じ、かつ一定の義務を履行することでこの「管轄」は消失することになる。その意味で、当該類型は地理的適用範囲を動態的に捉えるアプローチということができよう。

### （3） 相関関係論と全部適用論

事例の評価に入る前に、本稿のアプローチの学説における位置づけについて整理しておこう。本稿は積極的義務の「管轄」認定方法について、国際法制度または先行行為を根拠とする二類型アプローチを提示した。そして当該アプローチは、国籍国としての地位が出入国の自由に関してのみ「管轄」発生事由となるように、根拠に関連する義務についてのみ適用を認める点で、各々の義務が個別的に適用されることを前提としている。すなわち、個々の条約義務の性格とその適用範囲の間に相関関係を認めるものであり、この意味で相関関係論と呼ぶことができる。

敷衍すれば履行能力説は、履行の容易さに応じて義務の適用範囲が異なることを認める点で、相関関係論の一種として位置づけられる。それに対して、本稿のアプローチは同様に相関関係論を採りつつも、履行能力という事実的指標から適用関係を一元的に説明しない点に違いがある。本稿の二類型アプローチは、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という規範的な視点を相関関係論に持ち込むものである。

これらとは対照的に、「管轄」が条約の適用可否を決める「敷居」であることを強調して、「管轄」が及べば条約全体が適用され、及ばなければまったく適用がないと説く立場（オール・オア・ナッシング）が主張されてきた。<sup>(83)</sup> 義務ごとの適用を認めず、条約全体が一体となって適用されることを説くものであるため、以下では全部適用論と呼称する。この立場は、前述のバンコヴィッチ事件決定において、締約国が行使した支配の程度と保障すべき義務の範囲が比例すべきことを説く同事件申立人の主張を、裁判所が否定したことに由来する。<sup>(84)</sup>

他方で自由権規約委員会には一部適用論に親和的な実行が見られる。「一般的意見三六」において、委員会は自由権規約第六条（生命権）の義務が「生命権の享有に対して締約国の権力又は実効的支配が及ぶすべての個人」に及ぶことを示した。<sup>(85)</sup> 特筆すべき点は「権力又は実効的支配」の及ぶ対象が、個人や地域ではなく「生命権の享有」とされていることであり、いわば権利に対する支配というべき表現になっている。どのような場合に権利への支配が認められるのかは不明確なもの、この委員会の立場は、各々の権利がまったく同じ影響を受けるという擬制的な前提——表現物の検閲は表現の自由に対する権力・支配となりえても、生命権や人身の自由へのそれには通常ならないであろう——を置かない限り、相関関係論を実質的に認めるものである。でなければ、最も閾値の低い権利への支配によってすべての権利の適用が及ぶこととなり、個別的な支配を考える意義がほとんどなくなるからである。また、権利に対する支配は自由権規約第六条の文脈で示されたにすぎないが、出国の自由の「権利の性格」を

根拠に国籍国の義務を認めた前述のヴィダール・マルティン事件も、それと整合的に理解することができる。

このように、相関関係論は実行レヴェルでも排除されているわけではない。他方で杉木は、相関関係論と全部適用論のどちらが適当かは「方法論の問題」であり一概に答えは出せないと慎重に断つたうえで<sup>(86)</sup>、前者を採用する必要があるとする<sup>(87)</sup>。確かに、特に欧州人権裁判所の実行に関して相関関係論的な説明をする必要はないものの、相関関係論は領域外適用についてより適当な説明を与えることができる。例を挙げると、前述の出国の自由や救済義務の場合のような、在外自国民や人権侵害の被害者といった一定の個人に対して属人的に及ぶ「管轄」は、全部適用論よりも相関関係論的理解に馴染む。この種の「管轄」がその他すべての義務の適用を認める効果を持つならば、締約国に在外自国民等に対する包括的な人権保障を要求することになる。しかし、それは領域主権によって地理的に区分された現在の国際社会にそぐわないだけでなく、自由権規約の起草過程において諸国が排除しようとした、属人的管轄権に基づく人権保障にきわめて近いものとなるだろう。

なお、これについて杉木は次の二点の反論を行っている。第一に出国の自由に関しては、国籍国による「旅券更新拒否」が「管轄」の行使に当たると考えれば、権利の性格との相関関係を観念する必要はないという<sup>(88)</sup>。だが、これは「管轄」行使にあたって「旅券更新拒否」といった国家行為が伴うことを前提とするかのような理解であり、疑問である。「管轄」が及ばなければ条約義務の適用がないことを想起すれば、この理解では国籍国による「旅券更新拒否」が行われた時にはじめて義務が及ぶこととなる。しかしながら、適正な手続を通じて旅券を発給する義務は、国籍国がそのような行為を行う以前から継続的に存在すると考えるべきであろう。そうでなければ、締約国は更新拒否によって「管轄」を行使するまでは旅券発給義務を負っていないことになり、すなわち発給するかどうかは国家の裁量に任される形になる。だが、それは義務の解釈として適当とは言いがたいだけでなく、実行時には

裁量の範囲内の行為について後に義務違反を認定されるといふ法論理的な問題を生じさせる。

第二に杉木は、ある行為によつて侵害される可能性のない権利（例えば空爆による生命侵害の場合の婚姻の権利）は、「差し当たり関係がないがゆえに…（中略）問題となっていないだけであり、空爆は生命侵害についてのみ「管轄」を生じさせるといった個別的な理解は妥当でないとする。<sup>(89)</sup>しかし、全部適用論で適用範囲が十分に狭められるかは疑わしい。全部適用論によると、例に挙げられた空爆の被害者のみならず、旅券更新を拒否された在外自国民や、人権侵害に対する効果的救済を主張しうる者といった、何らかの根拠で「管轄」が及ぶ個人に対して、条約上の人権カタログのすべてが適用されることになる。実際に義務が存在するかどうかは各々の権利義務の解釈から判断することになると思われるが、これはひとたび「管轄」が認められれば、以降はそれによる適用範囲の制限が不可能になることを意味する。しかし、そのように権利義務の解釈論に多くを頼るのではなく、適用範囲条項たる「管轄」の機能を利用すべきであろう。特に国家に作為を求める積極的義務については、「管轄」条項による縛りが有用である。例えば前述の婚姻の権利が含まれる欧州人権条約第八条（私生活の尊重）は積極的義務を生じさせる典型的な規定である。同条から生じる諸義務のそれぞれについて、なぜ空爆の被害者には及ばないか（あるいは及ぶか）を検討することは非効率的であろう。この点に加えて、権利侵害の防止義務といった、適用の有無という入り口の議論で切らなければ免れることが困難な義務も存在することは前述の通りである。

## 五 二類型アプローチに基づく実行の説明

前章では先行研究への批判を通じて、積極的義務の領域外適用を肯定すべき二つの場合を導出した。一つは、国際法制度から権利の保障者としての地位が認められる場合であり、この「管轄」認定は、既存の制度から適用範囲

を演繹する静態的なアプローチである。いま一つは、主として国家の作為を統制する目的を持つ積極的義務について、その保護法益を侵害しうる先行行為を行った場合である。後者は個々の国家行為ごとに適用関係を構築する点で、「管轄」認定に関する動態的なアプローチであった。これら二類型は「管轄」認定の根拠を異にするものの、どのような国家が義務の履行国として想定されているかという視点を共有し、義務内容とその適用範囲との間に相関関係を認めるものである。このような理解は、自由権規約委員会が提示した権利に対する支配論の一種として位置づけることができる一方で、欧州人権裁判所の実行レビューでは必ずしも支持されない。同裁判所は伝統的な個人・地域支配の概念を用いて諸事例の処理を試みているといえる。

それにもかかわらず、近年の同裁判所の実行の中には、本稿のアプローチで説明が可能なものがある。そこで本章では主要な事例の検討を通じて、本稿の二類型アプローチに基づく説明がどのように可能であるかを示す。なお、前者の国際法制度を根拠にする類型については、判例における「公権力」基準と重なる面が多くあり、比較的実行との距離が近いことがいえる。<sup>90</sup>そこで以下では、先行行為に基づく後者の類型について、特に人身・生命への危害が関わる場合にどのような先行行為が基準を満たすのかを中心に検討することとする。

#### （1）国家の関与が証明されている場合

前述の人権侵害の被害者に対する救済義務に関しては、条約機関の実行上、被害者が領域外に所在する場合でも別個の「管轄」認定は行われておらず、侵害行為により「管轄」が生じることが前提とされていると思われる。<sup>91</sup>したがって条約違反を構成する先行行為を、同義務の「管轄」を肯定する根拠と見ることに問題はない。

では、条約違反を構成しない先行行為はどうか。生命侵害の場合の調査義務（欧州人権条約第二条）が争われた、欧州人権裁判所イサークほか対トルコ事件決定および同イサーク対トルコ事件判決を検討しよう。欧州人権裁判所

イサークほか対トルコ事件決定では、締約国の軍隊または警察が領域外で行った暴行と、暴力行為の現場にいたにもかかわらず何も行動をとらなかつた不作為によって「管轄」が認められた<sup>(92)</sup>。それを基にその後のイサーク対トルコ事件判決で欧州人権条約第二条（生命権）上の調査義務が適用された<sup>(93)</sup>。その際本決定は、締約国が自国領域内で行いえない侵害行為を、他国領域内で行うことを許すものとして同条約第一条を解釈することはできないと論じた<sup>(94)</sup>。この一節は、領域外での拘束および暴行事例における自由権規約委員会の「見解」に由来するものであり、欧州人権裁判所も明示的に参照したことがある<sup>(96)</sup>。だが、これは領域内外で同じ義務を課す論理であり、領域外適用の例外性をほぼ否定するものである。それゆえ、生命の恣意的剝奪の禁止のような普遍的適用にかなうと思われる一部の消極的義務でならともかく、積極的義務の適用基準の一般的な説明としては踏み込みすぎている面がある<sup>(97)</sup>。

翻って適用された調査義務の性格を見ると、イサーク事件判決は同義務について、自国公務員の行為に厳格に国内法を適用し、違法行為者を処罰することで生命に対する権利を確保するという第二条の目的において最も基本的な役割を果たす義務であると位置づけ自国公務員による暴力行為が関わる場合にはいつそう厳格になるものと理解している<sup>(98)</sup>。そこで、決定における普遍的な「管轄」の論理と、判決で適用された第二条上の生命権との間に関連があるものと読むならば、調査義務は、公務員が暴力行為を行った事実がある際には常に適用されるべきだといえるからこその、それに関する限りで領域内外の義務が同一であることを説く普遍的な論理が妥当する。

ただしこれは、決定および判決の立場を整合的に理解するための、ありうる理論的説明にすぎないことを断つておく。前述のように、欧州人権裁判所が相關関係論を正面から認めたことはない。その裏返しとして、裁判所は「管轄」の議論と、適用される義務の議論とを区別する形式を覆してはおらず、前者が後者の影響を受けるとい

構成を明示的に採用したことがない。以降の検討でも同様であるが、裁判所が個人・地域支配理論で処理しようとした諸事例について、本稿の二類型アプローチからどのような説明が可能であるかを明らかにし、もって理論の実践的妥当性を示すことが本章の目的である。

## （2）国家の関与が証明されていない場合の調査義務

このように第二条上の調査義務については、国家による暴力行為の事実があった場合に、先行行為に基づく第二の類型の「管轄」が認められると説明できる。では、そのような国家の関与が証明されていない場合はどうか。調査義務は恣意的殺害等の禁止義務に付随するため、締約国によるそれらの実行が証明された方が議論がシンプルである。他方で、生命権の保障を実効的にするために、第二条上の調査義務は、公務員の関与が疑われるが明確でない状況でも調査を実施する義務を含んでいる。<sup>(99)</sup> この関与が証明されていない事件の調査義務の性格はどのように理解すべきだろうか。具体的には、前節と同様にあくまでも国家行為に付随する義務とみるのか、それとも、私人間の人権侵害の防止義務のように制度的な基礎を必要とする義務と見るのが論点となる。

この点について、裁判所は関与が明らかかな場合とは異なる扱いをしていると評価できる。まず、前述のアル・スケイニ事件判決では、五名の死亡に関して第二条の調査義務の適用が認められたが、このうちの一名は、英国と正体不明の集団との交戦中に、誰によって放たれたかも不明な流れ弾によって死亡している。<sup>(100)</sup> 一見するとそのような事情は調査義務の適用に影響を及ぼさなかつたようにも思われるが、本判決で裁判所が「公権力」基準に依拠したことを無視すべきではない。前述の通り、加害者が公務員であることが判明している事例では、調査義務の適用に当たって「公権力」の存在は求められていない。また第二条の適用上、殴打等の暴力行為と銃殺を区別する合理的理由はないはずであり、加害行為の性格に違いを求めるのは妥当ではない。確かに、判例によれば身体的接触を伴

わない事例には「実力行使」基準が適用されない可能性が指摘できるが、なぜ殴打等と射殺で異なる根拠を求めるかについて実体的な理由がないため、理論的には意味のある説明ではないと思われる。それゆえ、「実力行使」基準ではなく「公権力」基準が用いられた理由は、締約国が加害行為を行ったという事実認定の有無に求める方が適当であろう。すなわち、締約国による加害の事実が証明されていない段階では、調査義務の適用には「公権力」を行使していることを必要とした、という評価が可能である。調査のためには警察組織や裁判機関を通常必要とすることから、加害事実の証明がないならば、そのような制度的前提が要求されると考えることには理由がある。

これは本稿の二類型アプローチに親和的な説明である。「公権力」基準は制度的基盤を要求する点で、国際法制度に基づく第一の「管轄」に基本的に相当する。特に本件の「公権力」は、安保理決議によって与えられた治安維持権限等であるから、第一の「管轄」と捉えてよい。第二の先行行為に基づく「管轄」に関しては、流れ弾による死亡者については調査義務が規律すべき国家の作為（殺害行為）が証明されなかったと説明できる。加害主体が不明確な場合の調査義務は、国家に与えられた権限の範囲内にある地域・対象にしか及ばないと考えるのである。この意味で、当該義務は作為の統制を目的とする付随的な積極的義務としてではなく、私人行為の防止義務のような一般的な積極的義務として理解されることとなる。これは後続の重要判例であるジャロウド対オランダ事件判決でも同様である。本判決では締約国軍人による発砲の事実までは認められているものの、それが被害者に当たったこととは証明されなかった。裁判所は、本判決でも発砲行為がそれ自身が「管轄」を発生させるとの構成をとらずに、「公権力」より不完全なものであれ）オランダが自国軍隊をコントロールする権限と、地域の安全を保障する責任を持っていたことに鑑みれば、事件現場となった検問所を通過する者は同国の「管轄」内にあるという見解を示した。<sup>(10)</sup> 発砲ではなくそれを行う権限・責任に着目する論理は、アル・スケイニ事件判決と同様に、調査義務が制度

的基盤を必要とする積極的義務として捉えられているという読みを可能とするものである。

以上が判例に対する理論的説明である。他方で、実行者が不明確な場合の調査義務についても、締約国の関与が合理的に疑われる場合には、自国公務員の行為に対する調査義務と同様に消極的義務に付随するものとして理解すべきかもしれない。なぜなら、人身・生命への重大な危害に関する調査義務は、その侵害の重大性や国家による隠蔽の横行に鑑みて、事実関係が不明な場合にも国家が率先して動くことを求める側面があるからである。<sup>(10)</sup> そのように義務の性格を捉えるならば、個人に弾丸が当たったことまでは証明されずとも、締約国公務員が発砲したことが確認される場合には、それを「管轄」を発生させる先行行為とみなす余地があるだろう。

このように先行行為基準では、行為の態様が義務の保護法益を侵害しうるものなのかを、各々の義務に照らして評価することになる。したがって、この評価は義務ごとに異なることになる。例えば前述の殺害事件や拷問、強制失踪が関わる場合には、国家が関与した合理的な疑いを発生させる程度の行為で十分であると考えうる。他方で一般的な暴行からの保護が問題となる場合には、殴打等を行った明白な事実が求められると考えるべきだろう。

### （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である場合

このように、求められる先行行為の具体的な態様または条件を明らかにするには、条約義務の個別的な検討が必要となり、そのすべてを行うことは本稿の射程を超える。他方で、先行行為基準には検討しておくべき一般的な論点がある。それは、先行行為の満たすべき時間的要素の問題であり、言い換えれば先行行為が、条約の締約国に対する発効日より前に行われていてもよいかという問いである。というのも、適用時より時間的に先立つ行為を適用根拠とする以上、過去への広がりには歯止めをかけなければ自動的に発効前行為も含まれることになる。

この問いは、いわゆる人権条約の時間的適用と重なり合う。しかし、時間的適用の焦点は時間的な隔たりがどの

程度まで許容されるかという点にあり、これは必ずしも締約国の義務の存否に関わるものではない。<sup>(10)</sup>それとは対照的に、領域外適用では領域外義務の存否それ自体が、言い換えれば発効前の行為が義務を生じさせるかが不可避免的に問われる。すなわち、先行行為が満たすべき条件の中に、行為時における条約義務の存在が含まれるかが問題となる。このように両理論の間には、焦点が行為それ自体の性格なのか、それとも原則として行為時と決定的期日との時間的長さなのかという点と、義務の存否についての判断を必然的に伴うかという点で相違がある。

この発効前行為の問題について示唆を与えるのは、前述のイラシク事件判決におけるロシアの「管轄」認定である。本件において、ソビエト社会主義共和国連邦（後にロシア連邦。以下では時期にかかわらず「ロシア」という）は、モルドバ領域内を事実上支配していた私人団体である、「トランスドニエストリア地域モルドバ共和国」（以下「MRT」という）に種々の支援を行っていた。ロシアについて欧州人権条約が発効する前の段階では、同国は当該地域に軍隊を駐留させ、MRTに武器を提供する等して軍事的、政治的および経済的支援を行った。また、原告らの逮捕・拘禁に関与し、かつ原告らをMRTの警察に引き渡した。<sup>(10)</sup>さらに条約発効後については、ロシア軍とMRT当局間の軍事的協力や、MRTへの経済的支援の事実が認められている。<sup>(10)</sup>

本判決は個人・地域支配モデルの典型的な議論に倣っておらず、学説上の評価も錯綜している。その特異な点は、ロシアについて欧州人権条約が発効する前と発効後のそれぞれについて、「管轄」を検討し、かつ肯定したことにある。まず条約発効前について、裁判所は原告らが欧州人権条約第一条の意味における「管轄」内であったと判断し、その理由を次のように述べた。

その「管轄が認められる」理由は、ロシア連邦の責任（the responsibility）を生じさせた出来事には、原告の逮捕および拘禁のような当該国の公務員が参加した行為だけでなく、トランスドニエストリアの警察および政府の管理下に原告らを引

き渡したこと、および、後に当該警察によって行われた虐待も含まれるものと考えられなければならない——ロシア連邦の公務員は、そのような行為を行う際に、自らが原告らを違法でかつ違憲な政府に引き渡していることを十分に認識していたゆえに——からである。<sup>(10)</sup>

このように述べて、裁判所は「トランスドニエストリア政府の当該諸行為に対する責任 (responsibility for the acts of that regime)」をロシアが負うと判断した。<sup>(10)</sup> 注目すべきは、第一に条約発効前の「管轄」の存在が認められたことであり、第二に逮捕・拘禁といったロシア自身の行為についてだけでなく、引渡し後の M R T の虐待行為についても同国の「責任」が生じるとされたことである。まず前者に関して、発行前の時点ではロシアに条約の適用は及びえないにもかかわらず、ロシアは本件の「出来事」に「責任」を負い、「管轄」を持つとされた点が重要である。この発効前の「管轄」の認定は、通常の「管轄」とは異なり、条約義務の適用を直ちに肯定するものではない。条約上の義務は発効後に生ずるため、発効前「管轄」の発生と義務の適用には時間的な隔たりがあるからである。そのため、この発効前に存在した「管轄」の持つ法的効果を明らかにしなければならない。

本判決の「管轄」認定においてロシアの「責任 (responsibility)」の存在が決め手となっていることが指摘できる。この「責任」を、国際違法行為によって生ずる国家責任と解することはできない。また当該「責任」は、ロシアによる原告らの逮捕・拘禁や M R T への支援といった諸行為から生じ、かつ当該諸行為やその結果としての「出来事」に対して負うものと理解されている。すなわち、個人・地域という客体に対する支配力として観念される伝統的な「管轄」とは異なり、ある行為や事態に対するロシアの関与により生じている。このような構成は、法益侵害的事態の発生に関与した締約国に一応の非難可能性を認めて、それを根拠に義務を適用する本稿の先行行為モデルときわめて親和的なように思われる。他方で、条約発効前の「管轄」と「責任」を認めることの意味は、一般的

な「管轄」認定の効果である条約の適用がない以上、この部分からは明らかにすることができない。

そこで判決の論証を追っていこう。裁判所は発効前の「当該責任が有効であり続けていたかどうかと、これがロシア連邦の本条約批准時においても依然として有効であったかどうか、なお決定されるべきである」と述べて、発効後の検討に移っている。<sup>(10)</sup>ここからは、発効前の「管轄」または「責任」の存在だけでは、発効後のそれらの認定には必ずしも十分でないことが読み取れる。発効後について、裁判所は次のように述べてロシアの「管轄」を肯定した。まず、前述のロシアの諸行為に照らすと、MRTは「ロシア連邦の実効的権力か、または少なくとも決定的影響の下 (under the effective authority, or at the very least under the decisive influence, of the Russian Federation) に置かれ続けており、そしていずれにせよ、MRTはロシア連邦からの経済的、財政的および政治的支援のおかげで生きながらえている」組織である。<sup>(11)</sup>それゆえに、ロシアには「原告らの運命に関する、継続的かつ途切れない責任のリンク (a continuous and uninterrupted link of responsibility)」が認められる。条約発効以後の行為にロシアが直接携わっていないことはほとんど重要でないとした。<sup>(12)</sup>

本件で示された、条約発効前後に跨る「責任のリンク」に基づく「管轄」認定方法は、他に類を見ないものである。一見すると判決の論理は帰属の議論に似通っているが、<sup>(13)</sup>ほぼ同様の事態を扱った後続の判決において、裁判所は帰属について判示したわけではないことを明示的に認めている。<sup>(14)</sup>それゆえロシアに適用された義務は何であり、かつ発効前の「管轄」と発効後のそれとはどのような関係にあるかを検討する必要がある。

#### (I) 積極的義務の適用

裁判所は義務違反を生じさせたロシアの行為について明示していない。例えば第三条(拷問の禁止)に関して、ロシアは被害者らの拘禁状況等について「責任を負う (responsible)」と判断されたが、その後は具体的な侵害行

為が示されないまま違反認定に至っている<sup>(11)</sup>。ここでは、拘禁等を招いた直接の作為が問題とされているのか、それを放置または黙認した不作為が違反の根拠なのかは不明確である。しかし、ロシアが発効後の侵害行為を中止または防止しなかった事実<sup>(12)</sup>に言及していることを踏まえると、本判決は不作為の違反認定を行ったものと思われる。それゆえ本件は、侵害行為の中止および防止義務という積極的義務が適用された事例とみることができる。薬師寺が指摘するように、状況の改善のための努力を怠ったことが明白な本件では、直接の侵害行為を示さずとも、当該状況について責任があると述べるのみで十分だと考えられたのであろう<sup>(13)</sup>。

ところで、侵害発生を防止する義務は、あらゆる可能な措置をとるという「相当の注意義務」としての性格を持つ。当該義務は前述のように、履行能力のみを適用の指標とすると履行主体が過度に拡大しうるため、どのようにその範囲を狭めるかが問題となる。本件で義務の適用が認められた理由は、発効前の引渡し等の行為による「管轄」ないし「責任」と、発効後の「決定的影響」によって「責任のリンク」が成立することであった。そこで以下では、発効前「管轄」と「決定的影響」の関係を分析することで、本判決の論理に、義務履行国の範囲を限定する要素が内在するかどうかを検討することとする。

## （Ⅱ）条約発効前の「管轄」と決定的影響の関係

発効前の「管轄」の法的効果を検討するに当たり、後続の類似判例であるカタンほか対モルドバおよびロシア事件判決とイラシユク事件判決とを比較しておこう。カタン事件は、ロシアが欧州人権条約の締約国になって以降のケースであるため、発効前「管轄」や発効前後に跨る「責任のリンク」は認定されていない。だが、それにもかかわらず、MRTに対するロシアの「実効的支配および決定的影響」に基づいて、ロシアの「管轄」が認められている<sup>(14)</sup>。適用された規定も多岐に渡ることから、「実効的支配」まで認定されれば、MRTが行った権利侵害のすべて

について「管轄」が及ぶと思われる。この場合、発効前「管轄」を議論する意義はほとんどない。なぜなら、権利侵害の直接的な原因となった私人行為が発効後に行われたケース（イラシユク事件も当てはまる）では、当該私人への「実効的支配」を肯定することで、被害者への「管轄」が自動的に認められるからである。前述のようにこれは帰属の認定ではないため、あくまで被害者の境遇を改善するための積極的義務が生ずるに過ぎないが、事実上、MRTに「実効的支配」が及ぶ限り、その加害行為の被害者には条約が適用されることとなろう。

それにもかかわらず、同事件判決が発効前「管轄」に言及したことを整合的に捉えるならば、本判決で認められた「決定的影響」は、それだけでは発効後の「管轄」を認めるのに十分なものではなかったと理解すべきである。<sup>(19)</sup>すなわち、私人団体に「決定的影響」を及ぼしているだけでは、当該団体による行為の被害者に対して権利保障を行うべき立場にあるとはいえない。その理由については「決定的影響」の概念が明確化されていないので推測するしかないが、影響国の負担の過大さが考えられる。というのも、軍事的協力や経済的支援を行うことによって、支援先を行った権利侵害のすべてについて条約上の積極的義務を負うというのは、やや過剰な要求に思われるからである。支援先の団体が掲げていた方針に由来する加害行為といった、影響国にとつて容易に予測しうるもの（反ユダヤ主義団体によるユダヤ人迫害など）についてはその余地があるかもしれないが、被支援者の加害行為全般について同様に考えることは難しい。加えて、「決定的」という用語で概念を幾分狭めているものの、締約国の及ぼす影響力を適用の指標とする解釈には、義務履行国の限定が困難になる危険性がある。<sup>(20)</sup>

そして、「決定的影響」をそのように理解した場合、発効前「管轄」は、発効後の「決定的影響」と組み合わせることで、発効後の「管轄」を生じさせる法的効果を持つものと説明できよう。すなわち、原告らを逮捕・拘禁等し、かつMRTに引き渡すというロシアの諸行為は、原告らの将来における法益侵害の危険を創出した点で、非難

の余地がある先行行為である。それゆえにこの諸行為は、原告らに対する「管轄」の存在を一応肯定する。ただし、当該「管轄」が及ぶのは、発効前のロシアの諸行為によって悪影響を受ける権利についてのみである。そこでロシアの諸行為と、発効後にMRTが行った権利侵害との関連性を検討していくと、第一にロシアによる引渡しと、引渡し先のMRTによる拷問や非人道的取り扱いとの間には、拷問等のおそれがある場合の不引渡し義務を定める欧州人権条約第三条<sup>(四)</sup>に照らせば、密接な関係を認めることができる。移送先で拷問を受けない利益は、第三条が保障する最たる法益の一つだからである。一方で、拘禁の合法性が争われた第五条や第八条については、発効前の諸行為との関係が弱まることはいえる。さらに、MRTによる財産の押収を問題とする第一選択議定書第一条に関する申立は、発効前のロシアの諸行為とはほぼ無関係な、独立した加害行為を扱ったものというべきである。それゆえ、これらの規定の適用に当たっては、発効前「管轄」の存在だけでは不十分であろう。

それにもかかわらず、裁判所が前記の諸規定すべての適用を認めた点に、本件における「決定的影響」の法的効果が表れている。すなわち、引渡し国が対処すべき加害行為は、引渡し先での拷問といった不引渡し義務が直接に想定しているものに本来限られる一方で、引渡し先であるMRTに対して「決定的影響」を及ぼしている事実によって、MRTが原告らに対して行ったあらゆる権利侵害について、ロシアの義務が生ずるのである。なぜならロシアは、引渡し行為によって原告らの権利侵害の危険性を創出しただけでなく、引渡し先に影響力を及ぼすことによって、侵害的狀況の維持ないし創出に関与し続けているからである。カタン事件判決で認められた「実効的支配」との違いは、「実効的支配」下の私人による加害行為が、そのすべての被害者に対して支配国の「管轄」を生じさせることとは対照的に、「決定的影響」下にある私人の加害行為は、当該私人に引き渡された個人のような、予め限定された対象にのみ影響国の「管轄」を生じさせることにある。イラシユク事件では、発効前「管轄」が及ぶ原

告らのみがそのような対象となる。つまり、ロシアはMRTが不特定の人々に行う加害行為のすべてに対処すべきほどの関与は必ずしも行っていないものの、本件の原告らがMRTから危害を加えられる状況を創出し続けており、この意味で原告らへの加害行為への関与が他の締約国と比べて相対的に大きい。このように、法益侵害の危険性を創出する先行行為の性格と程度から、適用される積極的義務の範囲が決められるのである。

したがって、本判決の「管轄」認定方法は、発効前「管轄」と発効後の「決定的影響」を組み合わせたものであり、その射程と論理について本稿の二類型アプローチから説明が可能である。<sup>12)</sup>すなわち、発効前「管轄」の認定は、ロシアの行為が原告らの法益侵害を惹起しうることを根拠に、発効後に関連する義務の「管轄」を生じさせる。次いで、発効後にMRTに対して及ぼされた「決定的影響」は、発効前「管轄」が存続していることの確認に加えて、ロシアが対処すべき加害行為の範囲を、原告らに対するMRTの加害行為全般にまで広げる効果を持つ。したがって、「原告らの運命に関する、継続的にかつ途切れのない責任のリンク」が存在するという裁判所の判示は、発効前の引渡し等の行為と、発効後のMRTへの支援という時間的に離れた先行行為とを繋ぎ合わせて、ロシアが対処すべき範囲を拡張する論理として理解することができる。

## 六 おわりに

本稿は、積極的義務の領域外適用を肯定する要件として、国際法によって認められる保障者的地位と、法益侵害の危険を創出する先行行為の二つを提示した。この二類型アプローチでは、締約国と個人の間の法的または事実的な繋がりが、それらの要件を満たすものかどうかを、各々の義務内容に照らして評価する。そして二要件のいずれかの充足は、締約国が個人の人権状況を改善すべき立場にあるという規範的決定を含蓄するため、それによって条

約の適用が肯定されることになる。したがって、仮にある義務について履行が不可能なことが明らかとなったとしても、その事実は適用関係に影響を及ぼさない。例えば、領域外の拷問について加害国が自ら調査することが不可能であるとしても、それによって調査義務の適用が否定されることはなく、履行可能なレヴェルにまで義務が調整される——領域国に調査への協力を働きかけるなど——か、あるいは単に義務違反が生ずるということになる。言い換えれば、履行能力が影響を与えうるのは、適用の存否に関する「管轄」の議論ではなく、原則として実際に課される義務の内容面についてである。<sup>(12)</sup>この点で、履行の可否という事実的指標が適用範囲に影響を及ぼすとする履行能力説と、本稿のアプローチは考え方を異にしている。

また、それら二要件の充足が義務の内容に照らして判断されることは、「管轄」規定が、条約全体にわたる一般条項として置かれている場合でも、実際には各々の実体的権利規定と併せて解釈されることを意味する。これは一見すると一般条項の解釈として穏当でない印象を与えるかもしれないが、人權条約の解釈において、一般条項が実体的権利規定と併せ読まれる例は他にもあり、<sup>(13)</sup>「管轄」解釈が同様のアプローチを採用するとしても突飛なことではない。前述のように、権利享有の有無を決するという適用範囲規定の大きな影響に鑑みれば、「管轄」の画一的な解釈には慎重になるべきだと思われる。したがって、義務の配分を通じた安定的な国際法秩序の構築という要請に配慮しつつも、権利の実効的保障のために柔軟な解釈の余地を広く残すべきであろう。

次に、第二の類型である先行行為基準のうち、条約発効前の先行行為についての検討は、領域外適用の認定において、根拠となる侵害的行為が発効前後のいずれに行われたかは基本的に問題とならないことを示唆している。例えば求められる先行行為が拷問の実行である場合、行為が拷問に相当する態様であれば十分であり、行為時に拷問を禁止する規定が締約国について発効していることは必要でない、と推論できる。もちろん、先行行為時と適用時

の時間的隔たりがどの程度まで許容されるかという問いは別個に存在し、これに答えるには条約の時間的適用理論の分析が不可欠である。したがって本稿の検討は網羅的ではないが、ある発効前行為が積極的義務の発生根拠となりうる点には、積極的義務の発展に伴って条約の時間的適用の幅が変化しうることを説く、近年の時間的適用理論との親和性を見出せるかもしれない<sup>(126)</sup>。例えば旧日本軍「従軍慰安婦」の女性らに関連して、国連の条約機関は、身体の完全性に関する諸規定に基づいて、被害事実の調査や公的な謝罪等を実施するよう日本に求めてきた<sup>(126)</sup>。ほとんどの場合、条約の時間的適用の問題だけが焦点化されるが、ここには、現在は——そして多くの場合、戦前の加害行為時にも——日本国外に所在する元「慰安婦」らに対する積極的義務がなせ生ずるかという、地理的適用の問題が含まれている。本稿の検討に照らすと、戦前の先行行為を領域外適用の根拠とみる第二の類型に基づく説明が考えられ、この点について時間的適用と併せて検討することが有益だと思われる。したがって、第二の類型の「管轄」の射程を測るためには、人権条約発効前の国家行為が地理的適用・時間的適用に及ぼす効果について逐条的に分析し、義務の性格ごとに類型化していくことが必要となるだろう。

(72) 武装集団の占領により実効的支配を失った地域について、領域国の義務が残存することを認めたイラシユクほか対モルドバ及びロシア事件判決のモルドバに対する判示を参照せよ。 *Iuscu and Others v. Moldova and Russia*, *supra* note 2, paras. 311, 331-333. なお、本判決が領域国としての地位を「管轄」の根拠としたことは、後続判例であるカタンほか対モルドバおよびロシア事件判決とモーゼー対モルドバおよびロシア事件判決で、イラシユク事件判決で「管轄」が認められた理由を「モルドバが領域国であったから」、および「当該地域が国際公法上モルドバの領域の一部として認識されている」という事実から義務が生じる」と説明したことから示される。 *Catan and Others v. Moldova and Russia*, ECtHR (Grand Chamber), App. No. 43370/04, 8252/05 and 18454/06, Judgment, 19 October 2012, paras. 109-110; *Mazer v. the Republic of Moldova and Russia*, ECtHR (Grand Chamber), App. No. 11138/10, Judgment, 23 February 2016, paras. 99-100.

- (73) 関連してシヤナイは二〇一三年の単著論文において、領域外適用の根拠として「特別の法的関係 (special legal relations)」を提唱している。これは、ある個人の人権を保障するに当たって、ある国家が「特にふさわしい立場にある」ことを意味する。そのような関係の例としてシヤナイは、船舶の乗組員とその旗国との関係や、占領国と被占領地の個人との関係を挙げる。Shany, *supra* note 34, pp. 69-70. 本稿の検討はシヤナイの分析から多くの示唆を得ている。
- (74) 国籍者に対する恣意的なパスポートの剥奪等が禁止されているに過ぎない。陳天璽・近藤敦・小森宏美・佐々木てる編『越境とアイデンティフィケーション 国籍・パスポート・IDカード』(新曜社、二〇一二年)、九一―〇頁。
- (75) 陳天璽・大西広之・小森宏美・佐々木てる編『パスポート学』(北海道大学出版会、二〇一六年)、二〇一頁。なお、国連機関によりパスポートが発給される場合や、難民に与えられる出入国許可証等が例外として挙げられる。
- (76) *Vidal Martins v. Uruguay*, Communication No. R.13/57, U.N. Doc. CCPR/C/15/D/57/1979, para.7.
- (77) *Ibid.*
- (78) 関連して、自由権規約の起草過程において、諸国は国籍を通じた属人的管轄権に基づき、在外自国民の人権保障義務を負うことに強く反発した。See e.g., United Nations General Assembly, Tenth Session, Draft International Covenants on Human Rights Annotation, A/2929, paras. 3, 25, 29 and 30. 起草過程の評価については以下を参照せよ。山形英郎「自由権規約のダイナミズム―自由権規約委員会による領域外適用」『ジュリスト』一四〇九号(二〇一〇年)、四七―五〇頁。
- (79) 欧州人権裁判所は、国籍に基づく属人的管轄権が領域主権に劣位することを根拠として、国籍国よりも滞在国の方が人権保障義務を負うべき立場にあることを導いている。See e.g., *Rantsau v. Cyprus and Russia*, ECtHR (First Section), App. No. 25965/04, Judgement, 7 January 2010, para. 206.
- (80) Milanovic, *supra* note 25, pp. 210-216.
- (81) ミラノヴィッチは、義務によってその「強度」が異なりうるとした上で、自国公務員が加害行為に関わる場合の調査義務は「絶対的義務」であると指摘する。 *Ibid.*, pp.216-217.
- (82) 関連してベン・ナフタリとシヤナイは、国家が能動的に加害行為を行った場合、その直接的で予見可能な結果については当該国が「有責 (culpable)」であることが認められるために、条約が適用されるべきと説く (Ben-Naftali and Shany, *supra* note 50, pp. 64-65.)。これは主として消極的義務を想定した議論であると思われるが、一定の加害行為について「責

任 (culpability)」を認め、それを根拠に条約を適用する論理は、本稿にとって示唆に富む。なぜなら、この文脈で「責任」があることは、生じた結果について対処すべき立場にあるという意味だからである。

(83) 欧州人権条約について論ずるものとして、杉木志帆「欧州人権条約の適用範囲を定める『管轄』概念——その定義と『管轄の連関』構築要員——」『研究紀要』二三号(二〇一八年)、五五—六三頁。人権条約一般についての論考として、次を参照せよ。Nienke van der Have, *supra* note 66, p. 147.

(84) *Banković and Others v. Belgium and Others*, *supra* note 13, paras. 46, 53, 75 and 82.

(85) General comment No. 36, U.N. Doc. CCPR/C/GC/36 (2018), para. 63.

(86) 杉木「前掲論文(注八三)」六一頁。

(87) 同上、六三頁。なお、厳密には杉木はミラノヴィッチの「消極的義務・積極的義務二分論」について本文のように述べたのであるが、これは本稿にいう相関関係論の一種である。

(88) 同上、六二—六三頁。

(89) 同上、六二頁。

(90) 「公権力」基準は、領域国政府の同意といった制度的基盤を要求する点で、本稿の第一の類型と近い。ただし根拠の面で、第一の類型は領事館による旅券の発給といった領域国政府によって行われるわけではない措置をも含むため、完全に同一ではない。さらに「管轄」認定の効果に関しては、第四章三節で述べたように欧州人権裁判所の実行上は全部適用論も支持されうるため、相関関係論に依る本稿のアプローチとは異なる可能性がある。

(16) E. g. *Iliascu and Others v. Moldova and Russia*, *supra* note 2, p. 113; *Vidal Martins v. Uruguay*, *supra* note 77, para. 10; *Lopez Burgos v. Uruguay*, *supra* note 45, para. 14. 加えて領域内の事例であるが、自由権規約委員会のサヤディほか対ベルギー事件で委員会は、国連安保理の制裁対象者リストから被害者の名前を削除する権限をベルギーは持たないが、「それにもかかわらず、できるかぎり迅速に彼(女)らの名前をリストから削除し、彼(女)らに何らかの形態の賠償を提供し、かつ削除要請を公表するために、可能なあらゆることを行う義務を締約国は負うと考える」との見解を示している。この一節は、実効的な救済を実施する能力がなくとも救済義務の適用が妨げられないことを示唆している。Nabil Sayadi and Patricia Trinch v. Belgium, Communication No. 1472/2006, U.N. Doc. CCPR/C/94/D/1472/2006 (2008), para. 12.

- (25) *Isak and Others v. Turkey*, ECHR (Third Section), App. No. 44587/98, Decision, 28 December 2006, p. 20.
- (26) *Isak v. Turkey*, ECHR (Fourth Section), App. No. 44587/98, Judgement, 24 September 2008, paras. 121-125. 類似の事例に「ロキエほか対トルコ事件判決」<sup>248</sup>。 *Solomon and Others v. Turkey*, ECHR (Fourth Section), App. No. 36832/97, Judgement, 24 June 2008, paras. 80-84.
- (27) *Isak and Others v. Turkey*, *supra* note 92, p.20. See also *Solomon and Others v. Turkey*, *ibid.*, para.45.
- (28) *Lopez Burgos v. Uruguay*, *supra* note 45, para. 123. 同じく引用されたマリニョーナ対ウルグマール<sup>249</sup>。 *Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay*, Communication No. 56/1979, para. 103, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 at 92 (1984).
- (29) *Issa and Others v. Turkey*, *supra* note 12, para. 71.
- (30) 裁判所が引用したロキエ・ブルコス対ウルグマール事件で「トムシヤットは多数意見の論理を「過度に広い言い回しであり、そしてされゆえに誤解を招く結論に至る可能性がある」と批判している<sup>250</sup>。 *Lopez Burgos v. Uruguay*, *supra* note 39.
- APPENDIX. Individual opinion appended to the Committee's views at the request of Mr. Christian Tomuschat
- (31) *Isak v. Turkey*, *supra* note 93, para. 121. See also *Solomon and Others v. Turkey*, *supra* note 93, para. 80.
- (32) E. g. *Osman v. the United Kingdom*, ECHR (Grand Chamber), App. No. 23452/94, Judgement, 28 October 1998, paras. 115-116.
- (33) *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*, *supra* note 7, paras. 43-46.
- (34) *Ibid.*, para. 149.
- (35) *Jaloud v. The Netherlands*, ECHR (Grand Chamber), App. No. 47708/08, Judgement 20 November 14, paras. 140-153.
- (36) 調査義務は、特に米州人権裁判所と自由権規約委員会において、生命権の多重的な侵害が疑われるがその実行者が特定できない強制失踪の事例を契機として発展してきた経緯がある。その例として以下を参照。 *Herrera Rubio v. Colombia*, Communication No. 161/1983, U.N. Doc. CCPR/C/31/D/161/1983, paras. 103-105.
- (37) 欧州人権裁判所は時間的適用の検討にあたって、侵害的事態発生時と、欧州人権条約の締約国に対する発効日または欧州人権裁判所の管轄権の効力発生日との間の時間的長さに焦点を当てる。ここで、事態が条約発効日より昔に起こった場合

と、発効後だが裁判所の管轄権の発生日の前に起こった場合とでは、事態発生時にそもそも条約の適用が及んでいたかという点で違いが認められる。すなわち前者では事態発生時に条約適用がないことから、当該事態に由来する条約義務の存否が問われうるのに対し、後者では時間的適用はあくまで裁判所の審理権の問題にすぎない。それにもかかわらず、裁判所はこの違いに重きを置いておらず、単に事態発生時からの合理的な時間の長さを問題にしてゐる。See e. g. *Janowiec and others v. Russia*, ECtHR (Grand Chamber), App. Nos. 55508/07 and 29520/09, Judgement, 21 October 2013, para. 146.

- (105) *Ilaşu and Others v. Moldova and Russia*, *supra* note 2, paras. 381–384.
- (106) *Ibid.*, paras. 385–392.
- (107) *Ibid.*, para. 384.
- (108) *Ibid.*, para. 385.
- (109) *Ibid.*, para. 385.
- (110) *Ibid.*, para. 392.
- (111) *Ibid.*, para. 393.
- (112) 帰属として理解する研究として、以下のものが挙げられ<sup>69</sup>。Döswald-Beck, *supra* note 40, pp.25–26; P. Tzevelakos, *supra* note 41, p. 331; J. M. Rooney, “The Relationship between Jurisdiction and Attribution after *Jaloud v. Netherlands*”, *Netherlands International Law Review* (2015), Vol. 62, pp. 417–418.
- (113) *Catan and Others v. Moldova and Russia*, *supra* note 72, paras. 96 and 115; *Mozar v. the Republic of Moldova and Russia*, *supra* note 72, paras. 93 and 115. See also Milanovic, *supra* note 25, pp. 40–41.
- (114) *Ilaşu and Others v. Moldova and Russia*, *supra* note 2, paras. 441, 448, 453 and 454.
- (115) *Ibid.*, para. 393.
- (116) 薬師寺公夫「ジェノサイド条約適用事件ICJ本裁判決—行為の帰属と国の防止義務再論」坂元茂樹編『国際立法の最前線』（有信堂、二〇〇九年）、三六八—三六九頁。
- (117) *Catan and Others v. Moldova and Russia*, *supra* note 72, paras. 111–123.
- (118) カタン事件判決では第八条（私生活及び家庭生活の尊重についての権利）および第一四条（差別の禁止）、モーゼー事

件判決では第三条(拷問の禁止)、第八条、第九条(思想、良心及び宗教の自由)、第三条(効果的な救済措置を受ける権利)、および第一七条(権利の濫用の禁止)が本案で審理された。

(119) 「実効的権力か、または少なくとも決定的影響の下」という文言から示されるように、裁判所の論理は「決定的影響」のみの認定でも通るものである。

(120) 注六五を参照。

(121) *Ilaşu and Others v. Moldova and Russia*, *supra* note 2, para. 317.

(122) ドスワルド・ベックは本判決の「責任」の認定方法について、追放先で重大な人権侵害を受ける危険がある場合に退去強制を禁止する法理と類似していることを指摘する。そしてその上で、発効前の引渡し行為と、発効後の帰属が組み合わさることで「管轄」が認められたと説く。帰属について本稿と異なる立場に立つが、発効前後の諸行為を足し合わせて「管轄」を導くアプローチは本稿に示唆を与えている。Döswald-Beck, *supra* note 40, pp. 25-26.

(123) 注六五で挙げたジェノサイド防止義務といった、履行可能なすべての締約国が負うことが要求されうる義務については、この限りでない。ただしその場合でも、ジェノサイド防止義務がそうであるように、関連国際法制度からそのような義務が導きうることは通常必要であると思われる、この場合第一の類型である国際法上の保障的地位から説明できよう。

(124) 自由権規約第二三条の救済措置を受ける権利が妥当する。Hugo Rodríguez v. Uruguay, Communication No. 322/1988, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/322/1988, para. 12.3. 加えて欧州人権条約第二三条は、条約第一節に他の実体的権利規定とともに置かれているが、救済を定める一般条項としての性格を持ち、かつ他の規定と併せ読まれてきた。See *Aksay v. Turkey*, ECtHR (Chamber), App. No. 21987/93, Judgement, 18 December 1996, paras. 95-98.

(125) 時間的適用のそのような性格を説く研究として、以下を参照：徳川信治「国際人権機関の法実践——『過去の不正義』への取り組み」『法律時報』八七巻一〇号(二〇一五年)、四二—四五頁。申恵丰「前掲論文(注六八)」、四八—四九頁。

(126) E.g. *Concluding observations on the sixth periodic report of Japan*, U.N. Doc. CCPR/C/JPN/CO/6, para. 14.