



| | |
|------------------|---|
| Title | 国際法における権利濫用の成立態様（ 1 ） |
| Author(s) | 臼杵, 知史 |
| Citation | 北大法学論集, 31(1), 39-106 |
| Issue Date | 1980-08-08 |
| Doc URL | http://hdl.handle.net/2115/16303 |
| Type | bulletin (article) |
| File Information | 31(1)_p39-106.pdf |



[Instructions for use](#)

国際法における権利濫用の成立態様 (一)

白 杵 知 史

目 次

- 序 論
- 第一章 国際法における権利濫用の成立態様 (一) —— 悪意の権利濫用 ——
 - 一 国内法における悪意の権利行使の禁止
 - 二 国際法学説における悪意の権利行使の禁止
 - 三 国際裁判の先例に関する若干の考察
 - 四 実定国際法における悪意の権利行使禁止の原則の受容
 - 五 悪意の権利行使禁止の原則の適用上の問題点
- 第二章 国際法における権利濫用の成立態様 (二) —— いわゆる「権利濫用」 ——
 - 一 国内法における「権利濫用」概念 —— 「権利目的」論的構成 ——
 - 二 国際法学説における「権利濫用」禁止の原則
 - 三 国際裁判の先例に関する考察
 - (一) 先例の分析に関する若干の予備的考察
 - (二) 条約目的に違反する権利行使 (以上、本号)

(三) 慣習法の権利目的に反する権利行使

(四) 「比例性の原則」に違反する慣習法上の権利行使

四 「権力濫用」禁止原則の適用上の限界をめぐる若干の論点

第三章 国際法における権利濫用の成立態様 (一) —— 利益の不均衡による権利濫用 ——

結論に代えて —— 若干の基本的論点について ——

序 論

国内法と同様に、国際法においても、権利濫用禁止の観念が導入されうると説く学者は少なくない。すでに一九二五年のハーグ国際法アカデミーの講義で、ポリチス (N. Politis) は、法が永続的に発展しかつ変化することはいわば理論をこえた公理であるとし、権利濫用の観念はかかる法の性格から導かれるコローリーであるか、ないしは法制度に固有の観念であると述べた。⁽¹⁾ 彼によれば、個人の権利が社会の共通の利益に基づいて制約されるように、国際法においても国家の権利は必然的に国際社会に生ずる共通の利益に服するという新しい社会環境が次第に認められる傾向にあるとされた。⁽²⁾

周知のように、国内法においては、いかなる権利行使も社会の一般的な利益を侵害するときには、権利濫用として禁止される。権利が社会において認められたものである以上、権利の反社会的な行使は許されないとするのである。国際法においても、かかる権利濫用禁止の法原則が妥当すると考えることは不合理ではなからう。少なくとも、「法の一般原則」とみることは不可能ではないように思われる。しかしながら、この妥当性をめぐる問題は、学説上、完全な意見の一致をみているわけではない。

一方の見方として、国際法におけるその原則の妥当性の根拠を狭くとらえる見解がある。すなわち、この原則はあくまで国内法の原則であって、理論的には、国際法において当然には適用されないとみるのである。たとえば、ルーレン (J.D. Roulet) によれば、国際法において権利濫用禁止原則は不要であり、国際法規の原始的かつ不明瞭な性質にてらして、それと同様に柔軟かつ正確さを欠く権利濫用禁止原則は何ら積極的な結果を生み出しえないとされる。⁽³⁾

他方、権利濫用の禁止は法に本質的な原則であって、国際法においても当然に認められなければならないとする見解がある。このような見方は、わが国では名島助教教授によって比較的早くから主張されていた。名島助教教授によれば、「法秩序とその構造目的に反する個別的権利を認めることは法理的矛盾である」とされ、国際法における権利濫用概念は基本的には「法秩序一般の枠内で捉えられるのとはほぼ同様と見て差支つかえない」と論じられる。⁽⁴⁾ また、ラウターバクト (H. Lauterpacht) は、いかなる法体系においても裁判官は法の実質的な完全性を達成するために法の文言のみならず、法の目的・精神をも考慮しなければならないとし、国際法においても、国家の行動の自由 (権利行使) は「法の一般的な総体から導かれる禁止規範」によっても規律されうると論ずる。そして、権利濫用禁止の原則はそのような禁止規範の一つであり、それ自身、国際法の主要な淵源とみななければならないとされる。⁽⁵⁾

ところで、権利濫用禁止原則は本来、国内法の原則であるとしても、そのことは国際法におけるその原則の妥当性を排除するものではなからう。この問題は、(国際) 法の本質的な機能・目的に関する基本認識にかかわる主題であり、とりわけ、法の漸進的な発展をどのように理解すべきかという問題に関連している。いかなる法体系も法の安定性と社会の変化に対応する適合性の確保なしには発展しえない。⁽⁷⁾ それは国内法、国際法を問わず、法秩序の基本的な要請である。しかるに、伝統的な国際法は、法の社会的適合性の要請を狭くとらえ、国家主権の行使は、国家相互の明示または黙示の合意に基づく国際法によって特に禁止されない限り、原則として、排他的かつ自由なものであると

してきた。⁽⁸⁾従つて、そこではすでに合意された実定国際法の法的安定性が確保されれば十分であるとされた。⁽⁹⁾かかる法的安定性がいわゆる契約遵守の原則によって保証されてきたことはいうまでもない。(国家の行動の自由を広く認めようとする実証主義学派でさえ、この契約遵守の原則の存在は否定していない。)⁽¹⁰⁾

しかしながら、そのような既存の実定法秩序は、国際社会の新しい利益を保障するのに必ずしも十分でない場合がある。法の社会的適合性が法秩序の基本的な要請の一つであるとすれば、かかる場合にその利益を保障する基本原理が作用しなければならぬであろう。何故ならば、「変化する国際法秩序を契約遵守の原則だけで支えることは不可能」であり、実定法と社会的事実との間の矛盾を存続させることは、国際法秩序そのものにとって危険だからである。⁽¹¹⁾そこに法の社会的適合性が要求される。このような見方が正しいとすれば、新しい利益の出現に際し法的保護が要請されるのは、なにも国内法秩序にのみ固有の現象ではない。かかる利益保護が無視されるなら、その結果として、社会的な不正が生ずるのであるという認識は、国際法秩序においても十分に考慮されてしかるべきであろう。

さて、そうした新しい利益が出現する場合、社会に機能する法は、多かれ少なかれ、既存の実定法規を補充・修正する基本原理を必要とする。(もとより、法の安定性の要請は無視しえない。)権利濫用禁止の観念は、かかる基本原理の一つとして理解されるものである。それは、本質的に法の社会的適合性という基本的要請に基づく利益調整の原理であることができる。国内法では、一般に、権利の本質はその権利によって実現される利益に他ならないと認識される。そして、個人の権利濫用は、かかる利益の実現(権利行使)が新たに法的保護を必要とするに至った他の利益において制限される形で規定されるものといえる。⁽¹²⁾

国際社会における権利濫用禁止の本質も、基本的には同じ形で理解することができる。この原則を国際法秩序の基本的要請——法の社会的適合性の要請に基づく利益調整——にかかわる問題として強調していたのは、すでに言及し

たラウターバクトである。彼が一九三三年の著書『国際社会における法の機能』で展開した「(法の) 変更の手段としての権利濫用論」(the doctrine of abuse of rights as an instrument of change) がそれである。そこで彼は次のように述べる。既存の完全な法的権利を行使する場合であっても、それが社会的かつ道義的により重要な利益を侵害するならば、権利の濫用であり違法となる。それは、これまで法的保護を必要としなかった利益が権利に転化する過程である。⁽¹³⁾ この場合、既存の権利主張に固執する positivistic な解釈は、国際社会の「変化と安定」の調和をめざす法の本質的な目的を害することになるであろう、⁽¹⁴⁾ と説く。

このようにみると、国家の自由に任される行動(権利行使)は、国際社会に出現する新しい法的利益を無視して認められるものではないといえるのではなからうか。これまでの学説・先例では、国家の権利行使は、国際社会の倫理的な考慮、関連の国際法規に内在する趣旨・目的および諸国の追求する具体的利益の公平な均衡といった要請を無視しては認められないとされてきた。そこに、権利濫用禁止の原則が適用されてきたことは疑いない。

ただ、すでに示唆したように、国際法における権利濫用禁止の観念は、国家主権の問題と深く関連している。それ故にまた、その濫用禁止原則の法源性をめぐって意見の対立がある。国家の行動の自由を広く認め、また法の安定性を強調する立場から、この原則の国際法の法源性を認めない見解もみられる。⁽¹⁵⁾ しかしながら、周知のように国際裁判では、条約あるいは慣習国際法の規則の他に、「文明諸国が認めた法の一般原則」の適用が認められている。⁽¹⁶⁾ 後述するように、権利濫用禁止原則は、現在、そうした国内法に共通に認められている法原則である。それ故、かりに権利濫用禁止原則が国際法の法源でない⁽¹⁷⁾としても、国内法上の共通原則が客観的に認識しうる形で、国際裁判の準則として適用される可能性は認めなければならないであろう。⁽¹⁸⁾ いずれにせよ、法の本質的な目的・機能に調和する権利濫用禁止原則は、国際法の漸進的な発展をもたらすものといえよう。かかる理解から、学説・先例は、その原則が国際法

説
においても適用可能であることを示してきたのではなからうか。

論
本稿は、かかる問題関心から国際法における権利濫用の成立態様について実証的な考察を加えようとする試みである。⁽¹⁹⁾ 具体的にいかなる態様のもとに、国家の権利濫用が成立するのか、国内法と同様に、その実際の成立には様々な態様が複雑に交錯している。が、基本的には諸国の国内法に共通するいくつかの成立態様が、国際法の場合にも等しく認識することができる。⁽²⁰⁾ 以下、本稿では国際法において権利濫用が成立するとされてきた学説・先例にてらして、

典型的にみられる次の三つの態様について考察することにする。まず、第一章では、国家がもっぱら他国に損害を与えるという悪意で自己の権利を行使する場合に成立する権利濫用（悪意の権利濫用）について、第二章では、国家が国際法規の定める特定の目的以外の目的のために、その法規によって付与された自己の権利を行使する場合に成立する権利濫用（いわゆる「権力濫用」）、第三章においては、国家が自ら正当に追求しうる利益に対して、著しく過度な損害を他国に与えるような場合に成立するとされる権利濫用（利益の不均衡による権利濫用）について、それぞれ考察する。このように本稿は、国際法において禁止される国家の権利濫用の成立態様に考察の重点をおくものである。が、最後に、その権利濫用に関する若干の論点を取り上げる。

(1) N. Politis, "Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droit dans les rapports internationaux," *Recueil des Cours*, tome 6, 1925-I, p. 86.

(2) *Id.*, pp. 86-88.

(3) J.D. Roulet, *La Caractère Artificiel de la Théorie de l'Abus de Droit International Public*, 1958, pp. 138-139, 149.

150. 同様の見解は、シェルニにもみられる。彼によれば、権利濫用禁止の原則は国家の自由と独立を基調とする国際法秩序においては承認しがたい (inaccettabile) ところ。M. Scerni, *L'Abuso di Diritto nei Rapporti Internazionali*, 1930, p. 80. もともと、ルールはこの原則が慎重かつ適切に用いられるならば、国際法においても「場合によっては、何らかの有用な役割をはた

- 「うるでもらう」ところ。J.D. Rowley, *op. cit.*, p. 149.
- (4) 名島芳、『国際法における権利濫用』(一九六六年)九〇頁。
- (5) 名島芳、前掲書、九四頁。
- (6) H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, 1933, pp. 86-87, 298.
- (7) この点に論及する文献としては差し当たり、W. Friedmann, "The Growth of State Control over the Individual, and its Effect upon the Rules of International State Responsibility", *B. Y. I. L.*, vol. 19, 1938, p. 118. 田畑茂二郎「国際裁判における政治的紛争の除外について——その現実的意味の考察——」法学論叢第三三巻第五号、一一一頁、東寿太郎、「国際法における事情変更の原則」商経法論叢第一四巻第二号(神奈川大学)、二〇五—二〇六頁参照。
- (8) 田岡良一、『国際法字大綱・上巻』(昭和一八年)一七一—一七二頁。H. Kelsen, *Principles of International Law*, 1952, p. 306.
- (9) もっとも、この場合でも法の社会的適合性の要請に基づく「事情変更の原則」の適用はなお問題となりうる。東寿太郎、前掲論文、一九七—二二八頁参照。田畑茂二郎、前掲論文、一一一—一二二頁参照。O. J. Lissitzyn, "Stability and Change: Unilateral Denunciation or Suspension of Treaties by Reason of Changed Circumstances", *Proceedings of the A. S. I. L.*, 1967, p. 187.
- (10) いうまでもなく、契約遵守の原則は実定国際法の拘束力の基礎を成す原則である。田畑茂二郎『国際法Ⅰ〔新版〕』(法律学全集)、一三七頁参照。
- (11) 東寿太郎、前掲論文、二〇五頁。なお、田畑教授によれば、「実定法はその本質上静止的守旧的であり、既往の状態の確定乃至固定化以上ではありえず、「それは社会情勢の変化に適合せず或ひは不正となり陳腐となる」と論じられる。田畑茂二郎、前掲論文、一一〇頁。
- (12) このような見解は、たとえば、次の L. Campbell の権利濫用論にみられる。「元来、権利は社会的に役に立つという理由で法律上保護されている利益であるから、社会的な効用がなくなればその保護も亦奪われざるを得ない。権利濫用の理論はまさにこの間における緩和の手段を明かにするものであって、問題は「社会的効用という目的を以て個人に与えられているところの権利が、外観上はその権利を規定する法条に一致するにも拘らず、なお明かに反社会的な方法で行使され得るかどうか」である、と。末川

博『権利侵害と権利濫用』（昭和四五年）二二五—二二六頁。かかる見方は、国内法上、権利濫用禁止の觀念を肯定する論者に基本的に共通しているように思われるので、この点について特に立ち入りない。

(13) H. Lauterpacht, *op. cit.*, supra note 6, pp. 295-296. このような見解は、その後、フォス (Adolf Voss) に全面的に引き継がれた。彼はラウターパハットの説を引用しつつ、権利濫用禁止の原則は「法の発展をもたらす、権利を創出する機能」をはたすものであると云う。A. Voss, *Rechtsmibbrauch im Völkerrecht*, Inaugural-Dissertation, Universität zu Münster (Westf.), 1940, SS. 137-138.

(14) H. Lauterpacht, *op. cit.*, pp. 298-300. A. Voss, *op. cit.*, SS. 146-148. フォスによれば、契約遵守の原則の他に、権利濫用禁止と事情変更の原則は、法の発展をもたらす動態的な法原則として、あらゆる法体系にとって有効かつ必要な基本原則である (*op. cit.*, S. 147) とされる。

(15) J.D. Rowlet, *op. cit.*, pp. 149-150; M. Scerni, *op. cit.*, p. 80. cf. I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 2nd ed., 1974, p. 432.

(16) 田畑茂二郎、前掲書（法律学全集）一三四頁。

(17) ブラウンリーによれば、権利濫用禁止の原則は法の漸進的發展において有用な作用をはたしうるが、一般原則としては実定（國際）法上存在していなごとされる。I. Brownlie, *op. cit.*, p. 432.

(18) 田畑教授によれば、権利濫用禁止の原則は「国内法の場合においても、はじめから当然に認められていたもの」ではなく、それ故「法秩序に当然に内在されている原則」とみることは正しくないとされつつも、「国内法上の共通原則が裁判基準として援用されることを通じて、そうした原則が次第に國際法上の原則として認められるにいたる場合がある」とされる。田畑茂二郎、前掲書、一三一頁、一三四頁。

(19) 名島助教は、「濫用禁止原則の實際上の適用に於て、最も問題となるのは、結局は濫用認定の標識の問題であり、この標識の確立なしには、右原則が甚だフラットニックな法原則にとどまるおそれは多分にある」とされる。かくて、「この原則が國際法廷によって適用されつつけるならば、権利濫用は一般概念的にはいかなる法体系においても存在し得べき違法現象であると同時に、実定的な裁判規範として、技術的に実証された國際法規となるものと思われる」という。名島芳、前掲書、一〇〇頁および三五頁。本稿の考察も基本的には、このような方法意識によるものである。なお、國際法における権利濫用に關するわが国の研究として

は、名島芳、前掲書の他に、入江啓四郎『国際法解義〔重訂版〕』（一九七二年）二一三—二二九頁、がある。
 (20) このような視点に基づく研究としては次のものがある。本稿は、これらの研究に多くの示唆を受けた。B. Cheng, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, 1953, pp. 121-136; G. D. S. Taylor, "The Content of the Rule against Abuse of Rights in International Law", *British Yearbook of International Law*, vol. 46, 1972-1973, pp. 323-352; B. O. Iluyomade, "The Scope and Content of a Complaint of Abuse of Right in International Law", *Harvard International Law Journal*, vol. 16, 1975, pp. 47-92.

第一章 国際法における権利濫用の成立態様 (一) ——悪意の権利濫用——

一 国内法における悪意の権利行使の禁止

悪意の存在を理由として権利濫用を禁止しようとする試みは、ローマ法以来国内法制において広く認められている。ドイツ民法第二二六条（一八九六年制定公布）は「権利の行使は単に他人を害するために為されるときには、これを許さず」と規定している⁽¹⁾。権利濫用論の発生地であるフランスの著名な判決においては、「悪い感情に支配されて、敵意をもって為された行為が何ら権利の享有者に利益をもたらすことなく、しかも他人に甚大な損害を加える場合」の行為は是認されないとしている（一八五五年のコルマール判決⁽²⁾）。わが国の民法も「権利の濫用はこれを許さず」と規定し（第一条）、その濫用の態様の一つとして、悪意による権利行使が禁止されている⁽³⁾。五十嵐教授は、「権利者が、自己に正当な利益がないのに、相手方を害する目的で権利を行使したり、不当な利益を獲得する目的で権利を行使する場合……通常はこれだけで権利濫用とされる」と論じられる⁽⁴⁾。

英米法においてはこの種の制定法規はなく、コモン・ローの体系上、権利濫用の法理が存することについては若干の異論がある⁽⁵⁾。とくにイギリス不法行為法では、権利行使の動機 (motive) は重視されないとされる⁽⁶⁾。たとえば、

財産の利用が不当または悪意による動機によるものであっても、何ら違法とされえないと判示されたケースは少ない。⁽⁷⁾しかしながら、イギリス法のニューサンスに關しては、たとえ正当な財産の利用であれ、その利用が隣人を困惑させる意図の下に行なわれるときには actionable なニューサンスが成立するといわれる。⁽⁸⁾このことはアメリカ法についても同様である。プロッサー (W. Prosser) によれば、「被告が純粹な悪意 (malice) または遺恨 (spite) によって行動する場合には……かかる行動は社会的見地から保護されえず、そこにニューサンスに基づく責任が存することとは今や十分に確立されている」とされる。⁽⁹⁾こうして、悪意による権利行使の禁止は英米法においては、少なくともそのニューサンス法で承認されているといえる。⁽¹⁰⁾さらに英米行政法に目をむけるならば、行政裁量権の濫用が悪意 (bad faith) に基礎づけられる場合がある。ド・スミス (S. A. de Smith) によれば、その悪意の概念は、詐欺 (fraud) と害意 (malice) の二つの要素に区別され、後者は、権限を与えられた者が、権限の行使によって直接に影響をうける者に対し個人的な怨恨・憎悪という動機で、権限を行使する場合であるとされる。⁽¹¹⁾ここに悪意に基づく権限の行使が禁止されていることは否定できない (なお、前者の詐欺については、第二章で論及する)。

このようにみれば、悪意による権利 (権限) 行使の禁止は、ある程度は各国の国内法に共通する原則であるといえることができる。その場合、権利行使の態様の「著しい悪性」はいかなる権利についても当然に禁止されるといわれ、この禁止の主な目的は法に倫理的な規範を導入することにあるとされる。このような権利行使者の心理状態を問題にする禁止原則は、国際法においても存在するだろうか。国内法と国際法とは、その法主体の性格および社会的な構造が当然に異なることは否定しえない。国内法の主体である個人と異なって、国際法主体の国家は観念的・抽象的な存在である。が、他方で国家の行為は一般に国家機関の地位にある自然人の行なう行為を意味するとされる。そこに、複雑なかつ微妙な問題が生じよう。しかし、国際法でも悪意禁止の原則の存在が正面から否定されることは殆ど

ない。その問題はむしろ、悪意の立証が実際にきわめて困難であること、さらには国際関係の特殊な性格にてらして、その原則が実際には余り援用されないという背景で理解されなければならない。以下、これらの点について考察することにする。まず、国際法における学説をみてみよう。

- (1) 末川博、『権利濫用の研究』(昭和二四年)、一六九—一七〇頁。石本雅男、「ドイツ法における権利濫用の理論」比較法研究第三号、三三一—四一頁。
- (2) 江川英文、「フランス法における権利濫用論」比較法研究第三号、二二—二三頁。
- (3) 五十嵐清、『民法講義1総則』(五十嵐清他著・昭和五一年)、二〇—二三頁。
- (4) 五十嵐清、前掲書、二二頁。
- (5) B. O. Iluyomade, *op. cit.*, pp. 57-58.
- (6) 下山英二、「英米法における権利濫用」(末川先生古稀記念『権利の濫用・下』(昭和三七年)、三四〇—三四一頁参照)。
- (7) B. O. Iluyomade, *op. cit.*, pp. 57-58.
- (8) *Id.*, p. 58.
- (9) W. Prosser, *Handbook of the Law of Torts*, 3rd ed., 1964, pp. 618-619.
- (10) B. O. Iluyomade, *op. cit.*, pp. 58-59; N. Politis, *op. cit.*, p. 82.
- (11) S. A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, 1959, p. 199.

二 国際法学説における悪意の権利行使の禁止

国際法において、悪意の権利行使の禁止原則が存在することを肯定する見解は、古くはポリチスにみられる。彼によれば、もっぱら他人を害する意図 (intention exclusive de nuire) は権利濫用の主観的な基礎を成すものであるとし、国内法わけてもフランス民法 (判例) における悪意の禁止原則は国際法にも適用することができるとされる⁽¹⁾。リ

ペール (G. Ripert) も同旨の見解である。彼は、国際法上権利濫用の觀念が利用されなければならないとし、「国家が、自己の国際義務を尊重しつつも、もっぱら他国を害するために (pour nuire à autrui) 行動するときには国際法における権利濫用が存するであろう」という。その他、ラウターバクト⁽³⁾、チェン⁽⁴⁾、名島助教⁽⁵⁾にも類似の見解がみられる。

さて、これらの見解に共通する基本的な認識はどのようなものであるか。彼らの見解から何らかの特別の共通理由を見出すことは、必ずしも容易ではなく、国内法⁽⁶⁾におけると同様に、悪意の禁止原則の導入(存在)が当然視されていることによると考えられる。たとえば、チェン (B. Cheng) によれば、国内法におけるようにすべての権利は権利行使者の正当な利益を法的に保護するために認められるものであって、悪意の目的を伴う権利行使はかかる利益を促進するものではないので、法的保護に値しえないとされる⁽⁷⁾。

悪意の禁止原則を肯定する最も基本的な認識は、ラウターバクトの見解に見出すことができよう。その見解はこの主題を直接に取扱ったものではないが、彼によれば、国際法においても「法は社会的に行なわれうる道徳の最低限のものである」という命題が妥当するとされる。彼は、法が外的制裁の脅威によって遵守されるというよりも、むしろ法そのものが道徳的かつ社会的な内容を備えている故に遵守されるとし、国際法も多かれ少なかれ他の法と同様に、道徳 (morality) の命ずるものを表明するとみる⁽⁸⁾。さらに彼は、国際法における法の一般原則の法源性を肯定する立場から、かかる一般原則が国際法の一部として編入される過程を重視する。すなわち、国内法の基準・概念が国際法の一部を成すようになるにつれ、国内的な「道徳」の基準もまた国際的な平面で一定の役割をはたすことになる⁽¹⁰⁾という。要するに、ラウターバクトによれば、国内法の一般原則を媒介にして、国際的な平面においても(実定)法と道徳が融合し、そこに国際法の継続した活力が涵養されるので、社会道徳の規範は無視しえないとされる。

国際法における悪意禁止の原則が、もともと国内法に共通する法の一般原則であることに鑑みると、このような見方は決して不合理ではない。

もっとも、法の一般原則の国際法の法源性を否定する立場からは、ラウターパクトのような見解は当然には認められないことになる。⁽¹¹⁾しかし、悪意禁止の法原則そのものの存在を正面から否定する国際法学説はない。⁽¹²⁾

以上みたように、悪意による権利行使はこれまで学説において一般に禁止されているといつてよいであろう。

- (1) N. Politis, *op. cit.*, pp. 80-81.
- (2) G. Ripert, "Les Règles du Droit Civil applicables aux Rapports Internationaux", *R. d. C.*, tome 44, 1933-II, pp. 618-619.
- (3) H. Lauterpacht, *op. cit.*, 1933, pp. 294-295.
- (4) B. Cheng, *op. cit.*, pp. 121-122.
- (5) 名島芳, 前掲書, 八六頁。
- (6) 末川博, 前掲書, 一三六、一四三、一四六頁参照。
- (7) B. Cheng, *op. cit.*, p. 122.
- (8) H. Lauterpacht, *International Law, General Works*, vol. 1 (ed. by E. Lauterpacht), 1970, p. 205.
- (9) *Id.*, p. 46.
- (10) *Id.*, pp. 204-205.
- (11) A. Cavaglieri, "Règles Générales du Droit de la Paix", *R. d. C.*, tome 26, 1929-I, pp. 544-545. なお、名島芳、前掲書、一〇五頁参照。
- (12) その他の肯定説としては、古くはシェーン (P. Schoen) の見解をあげることができよう。彼は、自己の利益なしに மற்ற他人に害を与えることを目的とする権利行使は、当時 (一九一七年) の多くの諸国の国内法体系で不法行為 (eine unerlaubte Handlung) を成すものであるとし、この基本原則は国際法においても明白に認められるという。ただ、彼によれば、かかる不法行為は国際法上実際には殆ど出現しないであろうとされる。P. Schoen, *Die völkerrechtliche Haftung der Staaten aus unerlau-*

ben Handlungen, 1917, Breslau, S. 27. その他 G. Dahm, *Völkerrecht*, Bd. 1, 1958, SS. 196-197; F. Berber, *Rivers in International Law*, 1959, p. 209; P. Guggenheim, "La Validité et la Nullité des Actes Juridiques Internationaux", *Revue de Droit International*, tome 74, 1949-1, p. 250. など。ルールのほゞの悪意 (intention de nuire) の基準を国際法上採用すべきではなからうという点に、その主な理由は、この基準が行為者の心理的な動機に關するものである故にその實際の適用には相當の困難が伴うという点に在る。J.D. Roulet, *op. cit.*, pp. 67-69, esp. p. 69.

三 國際裁判の先例に關する若干の考察

さて、悪意による権利行使の禁止原則は、國際法上具体的にどのような場合に適用されるのであろうか。ここではそれが適用された——または適用されうる——とみられる次のような若干の主題について、先例をみることにする。すなわち、(一)、公海における漁業権の行使、(二)、未批准・発効前の条約目的を阻害する行為、(三)、コンセッションを一方的に破棄する行為、である。

(一) 公海における漁業権の行使

伝統的な公海自由の原則によれば、国家は公海そのものに屬地的な主權を行使することはできず、すべての国家はその使用の自由を享有する。この使用の自由には、一般に航行・漁獲・上空飛行などの自由の他に、國際法の一般原則によつて禁止されない限りは、いかなる自由も含まれるとされる。

ところで、かかる公海使用の自由はそれを利用して國家間で國際法上いかにして調整されるのであろうか。現行國際法上、その各国の自由に伴う利用の競合(牴触)については、すべての國家は他國の利益に「合理的な考慮」を払うべきものとされ、他國の自由を不当に妨げるようにその自由を行使してはならないことが確立している(公海條約第二條二項)。つまり、公海使用の自由は各國の自由競争を原則として、そこに内在する制約によつて調整されるの

である。⁽¹⁾ かかる内在的制約の一つとして、悪意による漁業権の行使は禁止されるといわれる。それを示した古典的なケースとして、ペーリング海オットセイ仲裁裁判事件(一八九二年)をあげることができよう。

本件は、アメリカがロシアから買受けたアラスカとその近隣島礁に繁殖するオットセイの無許可の捕獲をその国内法で禁止し、公海上で操業するイギリス漁船を同法に違反したとして拿捕・処罰したことに端を発する。⁽²⁾ 本件争点の一つは、アメリカのプリビロフ島に隣接する公海(ペーリング海)上で、アメリカがイギリス漁民の捕獲の権利を制限して、自国領域内で生息して公海を遊泳するオットセイに対して排他的な保護権を有するか否かであった。裁判所は、沿岸国(アメリカ)がその領海の限界をこえて公海上にいかなる管轄権も行使できないとして、オットセイ保護に関するアメリカの権利を否定したが、同時にイギリス国民の漁業権が公海上で「悪意によって」行使されてはならないとのべた。さらに、この点はイギリス側によっても認められ、もしイギリス漁民が「プリビロフ島の住人を害するという悪意の目的で、および彼ら(アメリカ)住民自身の利益に考慮を払うことなく……権利を行使して有害な一連の行為」を行なったことが真に主張されるならば、そのことによってアメリカは訴権を有するであろうとされた。⁽³⁾

本件判決は、基本的には漁業資源の保護に関する沿岸国の主権行使が領海三カイリ内に限られるとして、その領海外においては公海自由の原則が妥当していることを確認したものであって、漁業資源の保存について積極的な国際法規が示されたわけではない。⁽⁴⁾ が、公海自由の原則に基づく関係国(イギリス)の権利行使がなお権利濫用の法理によって制限されうることを認めた点で注目されよう。⁽⁵⁾ チェンによれば、悪意による損害惹起の禁止(the prohibition of malicious injury)は権利濫用論の重要な一側面であり、本件はかかる禁止規範の適用可能性を明瞭に認めたものであるとされる。⁽⁶⁾

(二) 未批准・発効前の条約目的を阻害する行為

次に、国際法において悪意の権利行使が禁止される例として、条約締結の手續に関する問題をあげることができ。国際法上、国家は、すでに署名したが未だ批准していない条約について、その未発効の条約の目的を阻害する行為を差し控えるべき義務を負うか否か。条約の発効について、国家がその署名に加えて批准が必要であると考えて合意した場合に、その署名の行為は条約の発効の最終的な意思表示ではない。その場合、蔽密には国家はその署名によって条約内容に拘束されないと考えられる。

しかしながら、このような場合に、条約の署名と批准の間において信義則 (the principle of good faith) が適用されることがある。チェンによれば、「条約の批准までの間、各当事国は信義則によって、署名した条約によって他の当事国の権利——多分に不完全ではあるが、しかし権利である——を害するような行為を慎むべきことが要求される」とされる。⁽⁷⁾ ラウターバクトも同様に、「本質的に法の一部を成す」信義則によって——条約を批准すべき法的義務は何ら存していないが——、署名された条約の価値を実質的に害することを意図する行為を差し控えるべき義務が存在することを認める。⁽⁸⁾ 条約法に関するウィーン条約 (一九六九年) は、批准を条件として署名している場合に、かかる義務の存在を肯定する (第一八条一項)。このウィーン条約の草案に関する各国政府のコメントの多くは——その信義則上の義務を条約の「交渉および作成の期間」にまで遡って適用することには反対しても——、その義務を署名後の行為について認めることには基本的に一致していた。⁽⁹⁾ 国連の国際法委員会においても、デ・ルナ (A. de Luna) によれば、ここで適用される信義則は国際社会を形成する主権国家が併存するということのコロラリーであるとされる。⁽¹⁰⁾ かかる認識は、ルテールによって次のように敷衍される。署名の行為は相手国側に一種の期待を創り出すものであって、ここで問題とされる信義則違反はこの「期待の不履行」に他ならないとし、その違反の有無は、意思表示・

条約目的および状況の全体にてらして各ケースごとに判断されなければならないという。⁽¹¹⁾

このような見解を実証する判例は必ずしも多いとはいえないが、つぎにその先例をみてみよう。常設国際司法裁判所のポーランド上部シレジアのドイツ人利益に関する事件（一九二六年・本案判決）は、すでに署名された条約の発効以前において信義則が適用されうることを認めたケースであるといえる。ドイツはベルサイユ条約の署名と批准の間の期間に、旧ドイツ帝国内にあった財産を譲渡したが、ポーランドによれば、ドイツによってポーランドに割譲される予定の地域内の財産が第三者に譲渡されることは、信義則によって締約当事国間に存する国際法に違反するとされた。⁽¹²⁾ 判決によれば、ベルサイユ条約の規定（第二五六条）は、ドイツによる主権の移譲前にドイツの行なう財産譲渡を無効とみなすいかなる権利もポーランドには与えていないとしつつ、⁽¹³⁾ 他方において、もし主権の実際の移譲がある以前にドイツの有する財産処分の権利が濫用されるならば、その譲渡行為は条約違反の性格を有しうるとした。⁽¹⁴⁾ このように裁判所は、その結論としてはドイツの行為を直接、権利濫用（信義則違反）であるとは認めなかったが、すでに署名された条約の発効以前の行為について、権利濫用の原則が適用されうる可能性を示したといえよう。⁽¹⁵⁾ この点について、さらに注目されるのは本件のドイツの主張（申述書およびドイツ弁護人の見解）である。それによれば、ドイツ政府はいかなる権利の行使も無制限ではありえないとし、かつ他国を害する目的以外に何ら重要な動機を伴わない権利の行使（悪意による権利行使）は権利濫用を構成することが認められるとされた。⁽¹⁶⁾

ただ、このような法的義務の存在を消極的にとらえる見解がないわけではない。たとえば、ハーヴァード条約草案（一九三五年）は、その「条約発効前の署名国の義務」と題する規定（第九条）⁽¹⁷⁾において、前述した信義則に基づく義務は法的な義務ではなく、道義的な義務でしかないとコメントしている。⁽¹⁸⁾ しかし、今日、学説の多くは、未批准・発効前の条約目的を阻害する行為が信義則（悪意による権利行使の禁止を含む）に違反するものであることを認めて

オコンネル (D. P. O'Connell) によれば、「もし締約国が誠実に一定の行為を約束し、その共同の締約国が批准を行なわなかったために損害を蒙るならば、その（前者の）国家は権利濫用に基づいて請求権を有しうる」とされる。²⁰⁾ 条約法の権威者マクネア (L. McNair) も、かかる場合、条約を批准した当事国はその条約を廃棄するか、または代替的に、条約を承認しつつ、受けとられるべきであった価値の減損について損害賠償請求権を有するという。²¹⁾ このような見方が正しいとすれば、すでに署名されたが未批准の条約について、その条約の価値を減損するような悪意による権利行使は、国際不法行為の成立をもたらす国際義務違反を成すものとみななければならない。

(三) コンセッションを一方的に破棄する行為

国際法上、国家が外国人（あるいは外国企業）と締結する契約は一般に国家契約と呼ばれるが、ここで問題とするコンセッションとは、国家がその国内資源の開発あるいは一定事業の経営などについて、外国人（あるいは外国企業）に与える特別の認可またはそのための契約を意味する。²²⁾ このようなコンセッションは、その契約国からみれば、国家の公益に関する性質を有するものであり、その契約の準拠法は一般に当該国家の国内法であるので、国内公法上の契約に類するものであるといえる。従って、コンセッションの供与国は、その受益者の本国に対する条約上の義務がない限りは、自国の公益目的（自国民の福祉あるいは国家の経済発展）のために、その立法権あるいは行政権を行使してそのコンセッションを期限終了前に一方的に破棄することができる。²³⁾

さて、国家がこのようなコンセッションを一方的に破棄（あるいは侵害）する場合に、かかる行為は当然には (Par. 6) 国際不法行為を構成しない。²⁴⁾ 伝統的な見解によれば、コンセッションは原則として国内法を基礎としたものであり、コンセッションそのものが予め国際法の原則によって規律されることが定められているときか、あるいはコ

ンセクションに国家間の黙示の合意の性格が認められるときにのみ、その一方的破棄が国際不法行為を成すとされる。⁽²⁵⁾ 他方で、外国人財産の収用の一形態として、コンセクションが国家によって破棄される態様によっては、その国家の行為が「恣意的な」作為または不作為であるが故に、国際不法行為を成すという見解がある。この見解によれば、コンセクションの一方的な破棄は、必ずしもつねに国家の合法的な収用行為とはみなされずに、一定の条件または状況においては国際不法行為を構成するとされる。それは、「恣意的な」作為または不作為の故に生ずるとされる不法行為であるので、国家が外国人の本国に対して負う条約上の義務に違反する行為とは本質的に異なるとされる。ジェサップ (P. C. Jessup) によれば、⁽²⁶⁾ 国際法上、原則として、単なる国家契約の違反またはその不履行は直ちに不法行為を構成しないが、しかし、その違反または不履行がいわゆる「不法なもしくは没収的な契約違反」(tortious or confiscatory breach of contract) を成すときには、国家責任が発生するとされる。⁽²⁷⁾ このような見解は、わが国では山本教授にみられる。山本教授はつぎのように論じられる。従来、行政契約(コンセクション)の違反は「裁判拒否」のような明白な国際不法行為を伴わない限り、直ちに国家責任を生じないとされてきたが、「今日では、行政契約の破棄が「恣意的に」行なわれる限り国際不法行為を構成する、と解せられるようになった。」「それは、すくなくとも契約の文言に表示された当事者の合意に反するような方法で、予期された契約関係の進行を阻む場合を指すのである」⁽²⁷⁾ と。

ただ、学説においても、コンセクションの破棄に付随する「恣意性」(arbitrariness)の具体的な内容は必ずしも明確ではないとする見方がないではない。⁽²⁸⁾ しかし、悪意によるコンセクションの一方的な破棄が国際不法行為を成すということについては、とくに異論はないといえよう。ハイド (C. C. Hyde) によれば、⁽²⁹⁾ 契約違反を成す国家行為の動機 (motive) がその行為に違法性を付与するには必ずしも十分ではないが、しかし国家の悪意 (bad faith) の存否は、

その契約違反が国際不法行為を成すか否かの決定に当たって考慮されるべき一つの要素であるとされる⁽²⁹⁾。ルテール (P. Reuter) においても、とくに仲裁裁判においてかかる不法行為責任の成立は様々な形で認められてきたが、その一として、「犯意を伴うような悪意の行為の観念」(idée d'acte malicieux comportant une intention de nuire) を認めるものとされる(他の観念として裁判拒否と外国人に対する差別があげられる⁽³⁰⁾)。その他、セレンセン (M. Sørensen) によれば、外国人財産の収用は「善意の社会的なまたは経済的な目的によって動機づけられた」当該財産の利用を不可欠とするものでなければならないとし⁽³¹⁾、国家契約の破棄に関する最近の学説においても、このような見方は、基本的に継受されている。たとえば、この問題にかかわる多くの国際法の諸原則を分析したパザルチ (H. Pazarcic) は次のようにいう。恣意性を判断する最もよい基準は、国家によって追求された動機と目的 (les motifs et les buts) であり、一定の目的のために国際法によって承認された権利は、他目的のために、とりわけ「悪意のある態度と犯意を伴って」(d'une manière malicieuse et avec l'intention de nuire) は行使されえないという⁽³²⁾。

さて、このような学説⁽³³⁾とは対照的に、コンセッションの一方的な破棄について、国家の悪意による不法行為を明白にみとめた先例は決して多くはない(その一方的な破棄については、ケースの状況いかんで、権利濫用禁止の原則のほかに、既得権尊重の原則、エストoppel原則などの諸原則が主張されるからである⁽³⁴⁾)。周知のように、アメリカは今世紀の初めから、自国民の契約が外国政府によって専断・恣意的に破棄された場合には、その行為を不法行為 (tort) として、外交保護権を行使してきた⁽³⁵⁾。すでにみたジュサップの見解は、基本的にはこのようなアメリカの実践を踏まえている。そこでは、差別的な取扱い、裁判拒否、没収、アメリカ国民の経済的な権益に対する「不合理な侵害」があるときに、外交保護権が行使されたといわれる⁽³⁶⁾。その実践を詳細に解明することは困難であるが、ここではヘンリー・サベイジ事件(一八五二年)をとり上げてみよう。アメリカ人サベイジはサルバドル政府の特別の許可をえて相

当量の火薬を輸出し、当局の指定の場所に保管したが、その後サルバドルの政令によって六か月後に火薬を専売とすること、およびこの期間中は一定量以上の販売が禁止された。政令発布後、政府による買取りが拒否され売却処分は機会なくして、火薬が没収されたために仲裁裁判に付託され、サルバドル政府に損害賠償義務が認められた。かくて、本件は、サルバドル政府が予め六か月以内に火薬の処分が不可能であることを知りつつ、その買取りを拒否し、サベイジから悪意によって火薬を剝奪しようとしたことを禁止した先例とみることができ⁽³⁷⁾。

以上みたように、コンセッションの一方的な破棄が悪意によって行なわれる場合に、国際不法行為が成立するとみることが不可能ではない。かかる不法行為に基づく国家責任の発生は、契約の破棄・不履行に伴う恣意的な「態様または状況」において認められるものであるといわれる⁽³⁸⁾（英米法における契約の“tortious breach”に類する不法行為⁽³⁹⁾）。そのような恣意的な行為として、例えば、純粹に政治的な目的に動機づけられたかあるいは相手方外国人の本国に対する復仇（*reprisal*）を目的とする国家の契約破棄があげられるが、いずれにせよ、このような見方は、国家による一方的な契約破棄に権利濫用の成立を認めようとするものであるといえる⁽⁴⁰⁾。

ところで、かかる権利濫用の禁止は、外国人財産の取扱いに関する国際法の基本認識にかかわるものとして把握されている。一般に、コンセッションを法的に条約と同様に取扱うことは認められていない。しかし、コンセッションがつねに契約当事国の国内法によって規律されるとすれば、その国家が契約を恣意的に破棄することによって、外国人の權益が侵害されることになり、その契約関係に基づく私権的な性質は完全に否定されることにならう。そこで、コンセッションの公的性質（一方的破棄を行ないうる国家の権能）を認めつつ、なお国際法は外国人の權益を保護するように機能しなければならないという価値判断が強調される⁽⁴¹⁾。

すでにみたようなコンセッションの恣意的破棄の禁止は、実はかかる価値判断に基づいて有力に主張されてきたも

のとみることが出来る。この点について、ダン (F. S. Dunn) は次のように論じる。個別的に領域単位に分断された政治的な組織体としての国家は、国際的な社会生活ことに現行の国際的な通商活動(貿易その他の経済交流)を継続して維持する責任を負っている。従って、国家が、そのような国際社会にとって必要な最低限の経済状態(貿易・投資・資本移動の自由)の維持に反するような形で、その政治権力を濫用するときには、社会の構成員である他国に対して当然に国際責任を負わなければならないという。⁽⁴³⁾要するに、国内社会におけると同様に、「通常の社会的な期待」に反するようなコンセッション(契約)の破棄は、国家の国際責任の発生をもたらすというのである。⁽⁴⁴⁾かくて、コンセッションの恣意的な破棄による国家責任は、本来の不法行為概念によって説明されうるものとされる。その他、学説では、その国家責任の発生の根拠を、通常の契約義務違反(条約義務の違反に類する)とは異なるものとして、⁽⁴⁵⁾国家の「契約外的な義務」⁽⁴⁶⁾の違反によって説明するものがある。が、その根本は、前述のダンの見解と同様であるといえよう。いずれにせよ、外国人財産の取扱いに関して、たとえコンセッションの準拠法が国内法であると指定されていても、国際法がその破棄行為の国際的な効果に着目して、独自に不法行為責任を認めることは不可能ではない。⁽⁴⁷⁾以上、コンセッションの一方的な破棄が恣意的な主権の行使によって行なわれるときには、そこに権利濫用に基づく国家責任が成立するとみることができよう。(ただ、コンセッションの一方的な破棄が直ちにすべて「恣意的な」行為であるという推定をうけるならば、国家がつねに外国人よりも不利な立場におかれるであろうという見解(一九三一年・国際漁業会社事件判決)⁽⁴⁸⁾は、十分に考慮されなければならない。⁽⁴⁹⁾)

(1) 山本草二、「公海の自由」(皆川洗・山本草二編『演習国際法』)、二〇四—二〇五頁。

(2) 本件については、高林秀雄、「ペーリング海オットセイ仲裁裁判事件」(田畑茂二郎編『ケースブック国際法』)、一三七—一四〇頁参照。

- (3) B. Cheng, *op. cit.*, pp. 121-122.
- (4) 山本真二『国際漁業紛争と法』八二―八三頁。
- (5) Cf. F. G. Amador, "State Responsibility — Some New Problems", *R. d. C.*, tome 94, 1958-II, p. 386.
- (6) B. Cheng, *op. cit.*, p. 121.
- (7) *Id.*, p. 111.
- (8) L. Oppenheim-H. Lauterpacht, *International Law*, vol. I, 8th ed., 1955, p. 909. 同旨として G. Dahm, *Völkerrecht*, Bd. 3, 1961, S. 83.
- (9) *Yearbook of I. L. C.*, 1965-II, pp. 43-45; *United Nations Conference on the Law of Treaties*, Official Records, A/CONF. 39/11/Add. 2, pp. 130-132; *Id.*, A/CONF. 39/11, p. 361; *Id.*, A/CONF. 39/11/Add. 1, p. 29. この規定の研究については W. Morvay, "The Obligation of a State not to frustrate the Object of a Treaty to its Entry into Force", *Z. f. a. o. R. V.*, Bd. 27, 1967, pp. 451-462.
- (10) *Yearbook of I. L. C.*, 1965-I, pp. 88-89.
- (11) *Id.*, pp. 90-91. なお、条約法会議(一九六八年)に送付された国際法委員会の最終草案(第一五条)において、未批准・発効前の条約目的を阻害してはならない国家の義務は賛成一六、反対なし(棄権一)で認められた。*Id.*, p. 283.
- (12) *P. C. I. J.*, Series A. No. 7, p. 30.
- (13) *Id.*, pp. 29-30. 横田喜三郎『国際判例研究Ⅰ』六二頁。
- (14) *P. C. I. J.*, Series A. No. 7, p. 30. 横田喜三郎、前掲書、六二頁。
- (15) J-P. Cot, "La Bonne Foi et la Conclusion des Traités", *Revue Belge de Droit International*, 1968-I, p. 154, footnote 51.
- (16) *P. C. I. J.*, Series C. No. 11-(I), pp. 374-376 (Mémoire du Gouvernement allemand); p. 136 (Discours de M. Le Professeur E. Kaufmann).
- (17) その第九条の内容は次のとおりである。条約の発効以前において、署名国は(条約に特別の規定がない限り)、そこに規定された義務を履行する責務を負わない。但し、「ある状況においては、条約が未発効の間、署名後適当な期間内に、信義誠実 (good

faith)の問題として、署名国は他の当事国が条約に規定された義務を履行することを不可能にしたり、または一層困難なものにするような行動をとることを差し控えることを要求される。」A. J. I. L., vol. 29, 1935, Supplement, p. 778.

(18) *Id.*, p. 781. もっとも、この草案はその但し書きにおいて信義則の有する法的価値は認めている。かかる矛盾は「おそらくその信義則の実際の適用が困難であることによるものと思われる。そのコメントによれば、問題の信義則違反の存否は、もっぱら当事国の主観的な意図によつて明らかにされるものであり、個々のケースの状況に応じて判断されるべきものである」とされる。*Id.*, p. 782.

(19) F. O. Wilcox, *The Ratification of International Conventions*, 1935, p. 27; P. Fauchille, *Traité de Droit International Public*, tome 1, 1926, pp. 319-320; A. Cavaglieri, *op. cit.*, pp. 520-521; D. P. O'Connell, *International Law*, vol. 1, 1965, p. 243.

(20) *Id.*

(21) L. McNair, *The Law of Treaties*, 1961, p. 204.

(22) 田畑茂二郎、前掲書、四五〇頁。

(23) 横川新、「外国人財産の収用とコンセッション」(皆川洗・山本草二編『演習国際法』)二六八頁。

(24) 田畑茂二郎、前掲書、四五〇頁。C. F. Amerasinghe, *State Responsibility for Injuries to Aliens*, 1967, pp. 70-88; I. Brownlie, *op. cit.*, pp. 530-532.

(25) I. C. J. Reports 1952, p. 112.

(26) P. C. Jessup, *A Modern Law of Nations - An Introduction*, 1950, p. 104. シェッサン著・落合淳雄訳『現代の国際法』(一九七二年)一六六頁。

(27) 山本草二、「国際法と国家契約」(ジュリスト・第四一五号、一九六九年)一〇三頁。山本教授の指摘されるように、学説はつぎの二つに大別される。一つは、裁判拒否あるいは外国人に対する差別的な措置が認められるときに、国際不法行為が成立するとう見解である。いま一つは、契約規定の内容いかんにかかわらず、コンセッションを「不当な」あるいは「恣意的にまたは悪意で」廃棄するときにも、国際不法行為が成立するとみる見解である。後者の見解は次のものにみられる。L. T. Kissam and E. K. Leach, "Sovereign Expropriation of Property and Abrogation of Concession Contracts", *Fordham L. R.*, vol. 28,

- 1959-1960, p. 210. および、ソーンとバクスターのヘーヴアード草案（一九六一年）第二十一条一項。L. B. Sohn and R. R. Baxter, "Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens", *A. J. I. L.*, vol. 55, 1961, pp. 566-575.
- なお、川岸繁雄「コンセクションと国有化(一)——コンセクションの一方的破棄と国家の国際責任についての考察——」神戸学院法学第八巻第二・三号、六五—六六頁参照。
- (28) 田畑茂二郎「コンセクションの破棄と国際責任」(前原光雄教授還暦記念『国際法学の諸問題』) 一六〇頁。
- (29) C. C. Hyde, *International Law chiefly as interpreted and applied by the United States*, vol. 2, 1951 (2nd Revised Ed.), pp. 989-990, footnote 8.
- (30) P. Reuter, *Droit International Public*, 4^e édition, 1973, p. 207.
- (31) M. Sørensen, "Principes de Droit International Public", *R. d. C.*, tome 101, 1960-III, p. 177.
- (32) H. Pazarcı, "La Responsabilité Internationale des Etats a l'occasion (raison) des Contrats conclus entre Etats et Personnes Privées Etrangères", *R. G. D. I. P.* tome 79, 1975, p. 417.
- (33) その他 I. Brownlie, *op. cit.*, p. 531; F. A. Mann, "State Contracts and State Responsibility", *A. J. I. L.*, vol. 54, 1960, p. 575.
- (34) H. Pazarcı, *op. cit.*, pp. 412-416; R. Y. Jennings, "State Contracts in International Law", *B. Y. I. L.*, vol. 37, 1961, p. 177.
- (35) 川岸繁雄「前掲論文」六五頁。E. M. Borchard, *Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, 1915, pp. 284, 292-295; R. B. Lillich and G. A. Christenson, *International Claims: Their Preparation and Presentation*, 1962, pp. 62, 64.
- (36) J. G. Wetter, "Diplomatic Assistance to Private Investments", *University of Chicago L. R.*, vol. 29, 1962, p. 322.
- (37) A.-C. Kiss, *L'Abus de Droit en Droit International*, 1953, pp. 124-125. 香西茂「外人財産の取用と国際法」法学論叢第六一巻第三号、五一—五二頁参照。もつとも、判決の基礎がいかなるものであつたかは、必ずしも明白でない。香西茂「前掲論文」五二頁。
- (38) なお、古くはラ・プラテルとポリチスにおいて、この不法行為責任の成立は、契約の不履行という事実に加えて、債務国の側における《la mauvaise foi, l'iniquité notoire ou l'injustice flagrante》によると解されていた。*Recueil des Arbitrages Inter-*

nationaux, vol. 2, p. 548, cited in F. A. Mann, *op. cit.*, supra note 33, p. 579.

(33) *Yearbook of I. L. C.*, 1959-II, pp. 31, 33.

(40) *Id.*, p. 33.

(41) *Id.*, pp. 7-9, 33-34. なお、コリンズによれば、国家が外国人（財産）を「恣意的な」方法で取扱う場合に国家責任が発生する

ことは古くからみとめられてきたが、かかる「恣意性」の概念は実は権利濫用の概念に基づいておけるとされる。L. Collins, "Some

Thoughts on the Control of Abuse of Executive Discretion in International Law", in *Internationales Recht und Wirtschaftsforsderung: Festschrift für F. A. Mann*, 1977, p. 329. 田畑茂二郎、C. F. Murphy, Jr., "State Responsibility for

Injuries to Aliens", *N. Y. Univ. L. R.*, vol. 41, 1966, p. 138.

(42) 一九六一年のソニー・マンヌスターのハーバー・マン草案第一二条一項のコメント。L. B. Sohn and R. R. Baxter, *op. cit.*, pp.

569-570. 田畑茂二郎、前掲論文、一五九頁。

(43) F. S. Dunn, *The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law*, 1932, pp. 163-172. なお、

カールストンの見解も理論上若干の問題はあるが、基本的にはこのような見方に通じるものであると見えよう。彼によれば、

国家がその国家契約上の権利を「善意」で行使して当該契約関係を終了しうる場合とは別に、一定の主権行使については直ちに国

際不法行為が生ずるとされる。かかる主権の行使が、いかなる行使であるか必ずしも明確にされていないが、(田畑茂二郎、前掲書、

四五—四五三頁)、この点を別とすれば、一定の主権行使に基づくコンセンションの一方的破棄が、契約の相手方の有する通常

の期待あるいは取引の安全性(国際社会の一般利益)を毀損するときは、国際法がその破棄行為を直接にとり上げることがで

き、外国人の本国に対する権利侵害が認められるとする点に基いて注目されよう。K. S. Carlston, "Concession Agreements

and Nationalizations", *A. J. I. L.*, vol. 52, 1958, pp. 260-279, esp. pp. 267, 278; Ditto, "International Role of Concession

Agreements", *Northwestern Univ. L. R.*, vol. 52, 1957, pp. 620-630, 637-640.

(44) F. S. Dunn, *op. cit.*, cf. P. C. Jessup, *op. cit.*, p. 106. 山本教授は、「外国企業が通常当然に負うべき受忍義務の範囲をこえ

て、現地国家が契約の一方的な終了または変更を行なった場合には、その措置の有効無効を判定するために国際法が直接に介入す

ることとなる」と論じられる。山本草二、前掲論文、一〇三頁。

(45) *Yearbook of I. L. C.*, 1959-II, pp. 31 et seq (F. V. G-Amador).

- (46) J. G. Starke, *Introduction to International Law*, 6th ed., 1967, p. 256.
- (47) G. Foulloux, *La nationalisation et le droit international public*, 1962, p. 305; I. Brownlie, *op. cit.*, p. 530. もとしばしば指摘されるように、このような見方が資本輸出国（先進国企業）の側に有利な政治的イデオロギー（外国資本による経済的な支配）に堕してしまふ危険性はないではない。（cf. C. F. Amerasinghe, *op. cit.*, supra note 24, p. 10）近時、開発途上国（資本受入国）は外国資本による経済的な支配を排除し自国の経済的独立（富と所得の再分配・経済発展の格差是正）を達成するために、自ら適当と考える方法で国内における外国資本を一方的に規制する当然の権利を有することが強調される傾向にある（一九七四年の国連総会決議三二八一「国家の経済的権利及び義務に関する憲章」第二条二項）。しかし、かかる権利行使が国際的な投資・資本移動の自由を著しく阻害する効果をもたらす場合、その規制措置（コンセッションの一方的破棄を含む）が無条件に合法であるかどうか、相当に問題であろう。海外投資が開発途上国の自立的経済体制の確立を促進する経済協力形態であることに鑑みると、途上国の利益と過大な経済的負担・義務を回避しようとする資本輸出国（外国企業）の利害は合理的に調整されなければならない。従って、外国（企業）にとって通常予想しえないコンセッションの「明白に恣意的なまたは悪意による」破棄に権利濫用の成立を認めることは必ずしも不当ではないように思われる。R. Geiger, "The Unilateral Change of Economic Development Agreements", 23, *I. C. L. Q.*, 1974, pp. 74-76, 102, 104. （もとより、海外投資に伴う「富や危険の公平な配分」に関する具体的な基準の成否は今後の国際立法の展開にかかっている。）なお、この点は国有化措置の問題に関連して、のちに再度論及する（第三章・四）。山本草二、「国際経済憲章」（皆川・山本編『演習国際法』）三六三—三六六頁参照。曾野和明、「新国際経済秩序と法律学」（ジュリスト・六八一号、一九七九年）一六四—一六五頁参照。
- (48) *U. N. R. I. A. A.*, vol. 4, p. 700.
- (49) 従って、メロンによれば、両当事者の危険負担のバランスを確保するために、天然資源の探査・開発などの国家の公益に重大な影響をもつコンセッションについては、外国人契約者の側により高度の注意義務が要求されるといわれる（もとより、その注意義務の程度は各契約のタイプの個々のケースの状況によって異なる）。T. Meron, "Reputation of ULTRA VIRES State Contracts and the International Responsibility", *I. C. L. Q.*, vol. 6, 1967, pp. 288-289.

四 実定国際法における悪意の権利行使禁止の原則の受容

国内法上、悪意による権利の行使は、権利の行使について当然に要求される倫理的な考慮に反するものとして禁止される。⁽¹⁾ その意味で、悪意による権利行使を禁止する原則は、実質的には正義・衡平を実現する機能を有するものであるとされる。⁽²⁾ かかる倫理的な規範は、条約あるいは慣習法の実定国際法の原則として——国際裁判の準則であるか否かに関係なく——適用されることがある。現代国際法は、一定の法規範・法制度の履行について、すでに悪意による権利行使の禁止を実定法規として認めているように思われる。つまり、悪意による権利行使の禁止が国際法に適合するものとして、いわば積極的に受容されている場合が少なくない。そこに国際道徳に基礎をおく諸国の行為規範をみることができる。悪意による権利行使に関する国際的先例が乏しいことに鑑みると、かかる規範の存在は注目されてしかるべきであろうと思われる。ここでは、(一)、裁判拒否の制度、(二)、エストoppel(禁反言)の原則、(三)、条約の無効原因としての詐欺による意思表示、の三つの場合を中心に、この点を考察することにする。

(一) 裁判拒否の制度

国家の裁判機関が、その領域内で外国人に対して一定の司法上の保護を与えない場合には、「裁判拒否」(denial of justice)が存するとして、国家は国際責任を負わなければならない。裁判所のいかなる行為がこの裁判拒否に当たるかについては、一般に裁判所が外国人の訴訟の受理を拒否した場合に限らず、訴訟を受理した後においても、裁判手続が適正でない場合あるいは判決が外国人であることを理由に明らかに不当である場合も含まれるとされる。かかる場合に、国家の国際責任が成立することは現在確立された国際法規であるとされている。⁽³⁾ (事実の認定や国内法の適用における単純な過誤のみについては、国家の国際責任が成立しないことは一般に認められている。)⁽⁴⁾

さて、これらの手続上の不正規性あるいは判決の不当性について裁判拒否が成立するのは、より具体的にはどのような場合であろうか。国家実践の歴史は、当初、裁判拒否が単に訴訟の受理を拒否する場合にのみ成立するのか、それとも他の場合についても成立するのか、この点をめぐる対立を示してきた。裁判拒否の成立要件を狭く解する見解によれば、国内判決の不当性が安易に根拠とされるならば、国際裁判所が国内判決に関与する上訴裁判所に変形し、そこに外国の不当な干渉をもたらす危険性があるとされる。それ故、たとえば国際連盟の国際法の法典編纂のための専門委員会に提出されたゲレロ (Guerrero) 報告 (一九二六年) は、「裁判判決は、いかなるものであっても、また錯誤や不正によって歪曲されたものであれ、国家の国際責任をもたらさない」と規定する (第六項⁽⁶⁾)。他方、その成立要件を広くとらえる見解によれば、司法機関の行為といえども、その行為が国際法に反する場合には国家責任が発生することは否定しえず、国内判決はその意味で決して最終審ではありえないとされる。このような意見の対立は、一九三〇年のハーグの国際法典編纂会議の討議の過程においても露呈したが、最終的には、「上訴に服さない裁判判決が、国家の国際義務と明らかに両立しない場合」には裁判拒否が存したものととして、国家は国際責任を負わなければならないとされた (条約案第九条⁽⁸⁾)。

ところで、この「国家の国際義務」に反する場合として、その会議の討議 (第三委員会) の基礎とされた準備委員会案 (基礎案五) では、裁判判決の内容が明らかに外国人に対する「悪意」によって下された場合があげられた⁽⁹⁾。すでに当時の仲裁裁判の先例においては、国内判決が「明らかに不正な」⁽¹⁰⁾、「明白な悪意」⁽¹¹⁾、「無法な、悪意による、故意の職務怠慢」⁽¹²⁾などの特定の要因を伴う場合には、裁判拒否を構成することが認められていた。かかる見解は、国内判決 (手続) がつねに公正であるという保障は自国民に対しても絶対的なものではなく、裁判官の「善意」による単純な過誤は国際法において許容されなければならないとしても、しかし裁判官の「悪意」という特殊な要因の存在する

ような過誤は国際法上禁止されるといふ考えに他ならない⁽¹⁸⁾(なお、このような見解は、一九二七年に国際法学会の採択した決議第八条(裁判拒否の定義)にもみられた⁽¹⁴⁾)。こうして、国家はその司法機能の遂行上、外国人に対してはつねに善意で(in perfect good faith)行動しなければならぬという国際義務を負っているとされた⁽¹⁵⁾。

ただ、この点については若干異なるアプローチがないではない。それによれば、裁判拒否は国内判決(手続)が「明白な」または「重大な」過誤を伴うときに成立するとされ、かかる過誤は必ずしもつねに裁判官の悪意の存在に關連するものではなく、またはその悪意の存在に限定されないより広い(包括的な)内容を有するものであるとされる。国内判決(手続)が裁判官の悪意によって下された(拒否された)という動機の証明は実際にはきわめて困難であろう。従って、そのような悪意そのものが立証されなくとも、別の客観的な基準によって、判決(手続)の明白または重大な不当性をみとめようとするのが、このアプローチである。たとえば、マルティニ事件(一九三〇年)の仲裁判決によれば、「判決の欠陥は裁判官の側における悪意を推定させるようなものであるかもしれない」が、「この場合においても、決定的なのは、判決の客観的な性質である」とされた⁽¹⁶⁾。とくに、この判決は「心理的な動機は何らの意味ももたない」とみる⁽¹⁷⁾。しかしながら、裁判拒否の成立について裁判官の悪意の存在を全く無視することは正しい見解とはいえない。ド・ヴィシエール(Ch. de Visser)は、判決の「明白な不当性」(injustice manifeste)は重大な過失のみならず、悪意の存在が立証されることによってもみとめられるという⁽¹⁸⁾。フィツモーリス(G. Fitzmaurice)も同様に、裁判拒否を構成する重大な過誤(gross error)は、組織体としての文明諸国の裁判所の判決が「正当に構成されかつ権限のある裁判所」によって通常は与えられないであろうという場合に限らず、問題の過誤の「性質および程度」それ自体(国内裁判所の悪意による行動)からも生ずると論じている⁽¹⁹⁾。

このようにみると、これら二つの見解のちがいは、国内判決(手続)の不当性を決定するために用いられる基準に

関するものであるといえる。従って、二つの見解は相互に対立し排斥しあうものではない。つまり、裁判官の悪意が存在する場合に裁判拒否が成立するということは、何ら否定されていないとみななければならない。⁽²⁰⁾ この点は、裁判拒否が問題となったバロセロナ・トラクション事件の口頭弁論（一九六九年・国際司法裁判所）においても両当事国によって確認された。そこでは、いかなる場合に国家がその裁判所の司法機能における過誤によって国家責任を負うかが問題とされた。⁽²¹⁾ 両当事国（スペインとベルギー）の弁護人の一致した意見では、裁判官の悪意（主観的な要素）の存在が立証される場合と、判決そのものの客観的な不当性がみとめられる場合に、裁判拒否が成立するとされた。⁽²²⁾ 彼ら弁護人——グッゲンハイム (P. Guggenheim) とローラン (H. Rolin)——は、国内法上の過誤が例外的に重大である場合には、国内裁判官の「悪意または重過失 (culpa lata)」が推定されることがあるとし、⁽²³⁾ その場合には、たとえ客観的な基準（たとえば、判決それ自体の性質による基準）が用いられる場合であっても、裁判官の悪意の存在が推定されることによって、裁判拒否が成立することを認めた。⁽²⁴⁾

以上、倫理的な考慮に基礎をおく悪意の禁止に関する権利濫用の概念は、裁判拒否による国家責任の制度において認められてきたといえる。ガーナー (J. W. Garner) は、裁判拒否に基づく国家責任は国家の裁量権の濫用によって生ずると論じる。⁽²⁵⁾ 彼によれば、その国家責任は国際法上国家の特定の組織（司法機関）にまかされる裁量権が著しく不当に濫用されて、その結果外国人に明白な不正行為がもたらされたことによって発生するとされる。⁽²⁶⁾ 要するに、国家は国際法に基づくその領域主権の原則によって、単純な司法機能上の過誤については国際責任を負わない（外国の不当な干渉の排除）が、他方、国家は外国人に対して必要最低限の司法上の保護を与えなければならぬ。国内の司法機能の遂行において外国人に対する悪意が禁止されるのは、かかる保護義務の内容の一つであるとみななくてはならない。そうであるとすれば、このような悪意の禁止（倫理的な考慮）は、「単に抽象的な正義の問題」ではなく、国

家が外国人に与えるべき司法的保護の内容を定める慣習法規の健全な適用に内在している「衡平の原則」(equitable

principles)であるともいえる。⁽²⁷⁾

論 (二) エストツペル(禁反言)の原則

エストツペル原則の基礎は、信義則にあるとされるが、いうまでもなく、信義則と権利濫用禁止の原則(とくに悪意による権利行使の禁止)とは密接な関係にある。信義則によれば、国内法上契約関係にある者の間における取引は、相手方が「社会人として常識的な仕方で行動する」という期待の下に成立するために、この期待を毀損してはならないとされる。かかる法的要請は、当事者の「反倫理的な」行為を阻止するための法技術として用いられるものであつて、とくに英米法のエストツペルの法理に相応するものがその典型であるといわれる。⁽²⁸⁾このようにみると、信義則(エストツペルの法理)によって一定の信頼ないし期待が保護される場合には、少なくとも「間接的に」悪意による権利行使が禁止されるとみてよいであろう。ここで、本稿がエストツペル原則に着目し、この原則に悪意禁止の概念が受容されていることを確認するのもこのためである。

国際法でもエストツペル原則の基礎は国内法におけると同様に、信義則にあるとされ、⁽²⁹⁾その原則によれば、国家は他国を害するようにして、自己の行動(または公式の見解)の矛盾から利益を得ることは許されないとされる。⁽³⁰⁾従つて、その原則によって自己の行動ないし言動の一貫性を相手方に信頼させたいやうで、事後に相手方に不利益を与えてはならないとされる点に、⁽³¹⁾悪意禁止の要素を見出すことは不当ではないように思われる。かかる機能を有するエストツペル原則は、皆川教授によれば、国際法でも「矛盾する言動を禁止する」という一般的な原則として、すでに慣習的な基礎を有するに至つた原則であるとされる。⁽³²⁾またモスラー(H. Mosler)も、この原則は国際「法主体間のあらゆる種類の行為を規律するために作用する」ものであるとみる。⁽³³⁾実際、エストツペル原則が国際法で適用された事例は

少なくない。ここではコンセッションの「恣意的な」破棄に関する先例を素材に、エストツペル原則の機能的な側面をみてみよう。⁽³⁴⁾

コンセッションの「恣意的な」破棄、とりわけ悪意による一方的な破棄が国際不法行為を構成することについては前述の通りである(第一章・三)。が、かかる不法行為を構成するいま一つの態様として、エストツペル原則違反の行為を指摘することができよう。学説上、たとえコンセッションの破棄が国家主権の行使によるものと主張されたとしても、コンセッションの相手方(外国人ないしその企業)の正当な期待を毀損する場合には、そこに国際法違反が成立することを認める見解はこれまで少なくない。⁽³⁵⁾ 判例においては、コンセッションの一方的な破棄、わけても権限踰越を理由とする契約の不履行について、エストツペル原則の適用が認められている。すなわち、コンセッション契約が国家機関の越権行為によって締結されたことを理由に、その契約の国内法上の無効が事後に主張されたとしても、かかる契約を締結した日以降における締約国の行為に於ては、国際不法行為が成立するとされた。⁽³⁶⁾

その一つはシュフェルト事件(一九三〇年)である。本件では、ガテマラ法に基づいてコンセッションの締結に何らかの不正規性が存したとしても、このことはガテマラ政府の過失によるものであり、ガテマラが六年間その契約を承認しかつそこから利益を取得してきたことに鑑みると、ガテマラは国際法の原則によってその契約の有効性を否定しえないとされた。⁽³⁷⁾ これに類する先例としては、ヘミング事件(一九二〇年)、ルドルフ事件(一九〇三年)をあげることができる。前者においては、被告国(アメリカ)による国家契約の黙認の事実にてらして、その契約の締結が官吏の権限内の行動であると「信ずるに十分な理由を有する」相手方を保護すべきことが強調され、⁽³⁸⁾ 後者に関しては、国家契約の恣意的な廃棄によって、善意の信頼に基づいて資本・労力を投資した外国人に重大な損失を与える場合には、単なる契約債務の不履行とは別異の問題が生ずるとして、そこにエストツペル原則が適用された。⁽³⁹⁾

これらの判例においては、契約の相手方にとってその契約を有効なものとなしうる状況が存在し、彼らが有した正当な期待が毀損されたという事実が重視されている。従って、そこで適用されたエストoppel原則の機能は、官吏の国内法上の権限の有無にかかわらず、その官吏が権限内で行動したと確信した契約の相手方を保護することにあつたといえる。つまり、権限踰越を理由とする契約についても、ばら国内法のみが適用されるとすれば、契約の相手方（外国人）に不当な負担を与える危険性があるので、その相手方の一定の信頼を保護するためにエストoppel原則が適用されたといえよう。⁽⁴⁰⁾

最後に、国際司法裁判所の判決でエストoppel原則が適用された事例をあげるならば、スペイン王の裁定に関する事件⁽⁴¹⁾（一九六〇年）とブレア・ビヘア寺院事件⁽⁴²⁾（一九六二年）を指摘することができよう。ここでこれらの先例の内容に言及することはさけるが、いずれの先例も実質的にはエストoppel原則が適用されたものと考えられる。

以上みてきた国際法の学説・先例にてらして、悪意の権利行使はエストoppel原則の適用を通して、間接的に禁止されているとみることができよう。エストoppel原則が、慣習国際法規として国際法秩序のなかに受容されたという見方が正しいとするならば、特定の事態においてこのエストoppel原則が適用されることは少なくないであろう。もとより、このことは悪意禁止の権利濫用原則を排除する効果を有するものではない。本稿での問題関心からすれば、むしろ悪意禁止の権利濫用概念がすでにエストoppel原則を通じて国際法秩序のなかに——間接的にはあれ——受容されていることに注目しなければならぬ。⁽⁴³⁾

(三) 条約の無効原因としての詐欺による意思表示

国内法における錯誤とは、意思表示に至る過程またはその表示自体において事実と一致しない認識・判断を気づかずに行ない、それに基づいて意思表示をすることであるとされる。そのため、かかる意思表示は意思の欠缺あるいは

瑕疵ある意思表示として一般に無効となる⁽⁴⁴⁾。国際法においても、かかる制度の主な目的は、表意者にその負担すべき主観的な帰責事由（重大な過失）がない限り、表意者の内心の自由（善意）を保護することにあるとされる⁽⁴⁵⁾。すなわち、この法的保護は、原則として「原因を知らずして同意した者は義務を負わず」という信義則に基礎づけられる。さらにこの表意者の善意に関連して、もしその表意者の錯誤が相手方の悪意によって誘発された場合には、一層つよい理由で表意者を保護する必要があるとされている（詐欺による意思表示の無効⁽⁴⁶⁾）。つまり、詐欺（および強迫）による意思表示は、完全かつ自由な意思表示とはいえないとされ、そこに相対的な無効の効果が認められる。

さて、国際法における詐欺による意思表示 (dolosive error; l'erreur dolosive) は、とくに条約の締結について、国内法におけると同様の法的背景と要件のもとに成立しうる。伝統的に条約は国内契約に関する法理を類推する形で解釈されてきた。ラウターバクトによれば、「当事者の自発的な意思が、契約でも条約においても法律関係の基本的な条件」であるとされ、詐欺に基づく条約は、契約におけると同様に取消すことができるものとされる⁽⁴⁸⁾。現在、他の多くの学説においても、条約の締結に際して、相手方を故意に欺罔して錯誤に陥れて自国に有利な条約を結ぶ場合には、かかる錯誤を条約の無効原因として援用することができるとされる⁽⁴⁹⁾。その相手方の行為は悪意に基づくものであることは明らかである⁽⁵⁰⁾。先例においても、条約当事国に対する相手方の悪意に基づく錯誤は、その無効原因とされなければならないと判示された（一九三九年の *Jungshans* 事件⁽⁵¹⁾）。

周知のように、このような無効原因——詐欺に基づく条約——は、一九六九年の「条約法に関するウィーン条約」において法典化された（第四九条）。が、この問題に関する国家間の実行・先例が乏しいせい⁽⁵²⁾か、この規定が導入された法的基礎については余り論じられていない。しかし、本稿では、その法典化における支配的な見方、とりわけその規定の国際関係における妥当性をめぐる議論を無視することはできない。それらによれば、基本的な次の理由か

ら、条約の締結時における詐欺的な行為が禁止されることが承認されたといえる。すなわち、詐欺は「当事者間の相互信頼の基盤の全体を毀損する」ような重大な効果をもたらすものであるので、それを条約の無効原因として明白に規定しなければならず、とくにかかる規定は、国家間の相互依存性が増大する現在において、私人間におけると同様に諸国の行為を規律する *moral rules* として導入されなければならないとされたのである。⁽⁶⁴⁾ かくて、その規定を討議した国連の国際法委員会の大多数の委員の見解においては、詐欺 (*fraud*) の概念そのものが条約法の分野においても適用しうるものとして承認されたとみることができる。⁽⁶⁵⁾

もっとも、その討議においては、詐欺に関する正確な内容 (定義) とその規定の適用範囲については、将来の国家実践と判例の発展にまかされるものとされた。⁽⁶⁶⁾ が、少なくとも詐欺概念の内容については、虚偽の声明あるいは悪意による不実表示または状況にてらして公開すべきことが要求される重大な事実の隠匿がふくまれることにほぼ見解の一致がみられる。⁽⁶⁷⁾ 従って、この条約規定によって、エーリアス (T. O. Elias) の指摘するように、「法的な意味を有する道義的な邪悪さ (*moral turpitude*) に関する一つの標準的な概念」が条約法の制度に受容されたとみることができよう。⁽⁶⁸⁾ 以上、(私人と異なり国家に対する詐欺行為の立証はきわめて困難であろうが) 条約法の分野においても詐欺的な行為について、基本的には悪意による権利濫用禁止の概念が認められているといえる。⁽⁶⁹⁾

このように考察すると、悪意による権利行使の禁止を支える社会的倫理的な考慮は、特定の法主題に関する慣習国際法規や条約規定を通してすでに国際法秩序のなかに受容されていることがわかる。この事實は、権利の行使について当然に要求される倫理的な考慮 (悪意の禁止) が国際法においても適合するものであるとする諸国の意思を表明するものとして注目されよう。たしかに、国内法の一般原則はそれ自体直ちに国際法上の原則を構成するものではないとする見解は現在でも支配的である。が、同時に、国内法の一般原則のなかには、すでに慣習国際法規を構成するに

至つたとされるいくつかの法原則があるといわれる（たとえば、賠償の範囲に関する原則、既判力の原則⁽⁸⁰⁾、悪意による権利行使禁止の原則も、本来は国内法に共通する法の一般原則であるが、今日次第に諸国を直接に拘束する法原則として（国際裁判の準則であるか否かに関係なく）定着しつつあるといえる。

- (1) 星野英一、『民法概論Ⅰ（序論・総則）』八三—八五頁。
- (2) 青野耕毅、「信義則及び権利濫用の機能」〔『民法の争点・シニリスト増刊』加藤・米倉編〕五頁。
- (3) 田畑茂二郎、前掲書、四三—四三六頁。最近の研究としては次のものがある。A. O. Adede, "A Fresh Look at the Meaning of the Doctrine of Denial of Justice under International Law", *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 14, 1976, p. 91.
- (4) 田畑茂二郎、前掲書、四三七頁。
- (5) 田畑茂二郎、前掲書、四三七頁。E. J. de Aréchaga, "International Responsibility", in *Manual of Public International Law* (ed., by M. Sørensen), 1968, p. 551.
- (6) The Report of the Sub-Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law of the League of Nations (Guerrero Report), cited in *International Responsibility*, Second Report by F. V. G-Amador, *Yb. I. L. C.*, 1957-II, p. 111. 田畑茂二郎、前掲書、四三五頁。cf. Harvard Law School, *Responsibility of State; Draft of Convention prepared by E. M. Borchard (Reporter), Comment on Art. 9, A. J. I. L.*, Special Supplement, vol. 23, 1929, p. 175.
- (7) E. J. de Aréchaga, *op. cit.*, pp. 551-552.
- (8) *Id.*, p. 551; *Yb. I. L. C.*, 1957-II, p. 112, footnote 24. 田畑茂二郎、前掲書、四三五—四三六頁。
- (9) H. Accioly, "Principes Généraux de la Responsabilité Internationale d'après la Doctrine et la Jurisprudence", *R. d. C.*, tome 96, 1959-I, p. 376, note 15.
- (10) Cotesworth and Powell Case (1875), cited in E. J. de Aréchaga, *op. cit.*, p. 553.
- (11) Denham Case (1933), *U. N. R. I. A. A.*, vol. 6, p. 321. cf. Salem Case (1932), *U. N. R. I. A. A.*, vol. 2, p. 1202.

- (12) Gordon Case (1930), *U. N. R. I. A. A.*, vol. 4, p. 590; Garcia and Garza Case (1926), *U. N. R. I. A. A.*, vol. 4, pp. 123, 126.
- (13) G. Fitzmaurice, "Hersch Lauterpacht - The Scholar as Judge. Part I.", *B. Y. I. L.*, vol. 37, 1961, p. 57. cf. Harvard Law School, *op. cit.*, supra note 6, p. 186.
- (14) Art. 8 (3), l'Avant-projet (Rapport final de M. L. Strisower); Art. 8 (3), Projet de Convention, *Annuaire de L'Institut de Droit International*, 1927, tome I, pp. 544, 559. H. Accioly, *op. cit.*, p. 384.
- (15) E. J. de Aréchaga, *op. cit.*, p. 552.
- (16) Martini Case (1930), *U. N. R. I. A. A.*, vol. 2, p. 987.
- (17) *Id.* なお、同旨として、G. D. S. Taylor, *op. cit.*, p. 334.
- (18) Ch. de Visscher, "Le Dénier de Justice en Droit International", *R. d. C.*, tome 52, 1935-II, p. 406.
- (19) G. Fitzmaurice, *op. cit.*, p. 57.
- (20) 皆川 汎、「裁判拒否」(国際法学会編『国際法辞典』所収)、二八七頁。なお、フリーマンは国内法の誤った適用による国家責任の成立について「悪意」(Bad Faith) が本質的な要素とみなされたか否かを分析する。A. V. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, 1938 (Kraus Reprint, 1970), pp. 322-353. 彼によれば、若干のケースを除いて、判例では悪意の存在は責任発生の原因として必ずしも重視されていないとされる (pp. 323, 330.)。が、悪意に基づく国内判決を下すことは国際義務違反であることには変わりはないとみる (p. 330, footnote 3.)。
- (21) E. J. de Aréchaga, "International Responsibility of States for Actes of the Judiciary", in W. Friedmann and others, ed., *Transnational Law in a Changing Society* (Essays in Honor of P. C. Jessup), 1972, p. 183.
- (22) *Id.*, pp. 184-185.
- (23) *Id.*
- (24) 本件における田中裁判官の個別意見もこの点のみとめる。I. C. J. Reports 1970, p. 156. なお、国連行政裁判所によって下された補償裁決の効果に関する事件におけるハックワース (G. H. Hackworth) 裁判官の反対意見も同旨である。I. C. J. Reports 1954, p. 90.

- (25) J. W. Garner, "International Responsibility of States for Judgements of Courts and Verdicts of Juries amounting to Denial of Justice", *B. Y. I. L.*, vol. 10, 1929, p. 189.
- (26) *Id.*
- (27) E. J. de Aréchaga, *op. cit.*, supra note 21, pp. 186-187. なお、プロセロナ・トラクション事件における田中裁判官の個別意見によれば、裁判拒否の制度における bad faith, abuse of powers or rights に対する非難の倫理的評価は「国内的なまたは法技術的な」(a municipal or legal-technical) 次元における問題であるよりは、むしろ「国際的なかつ道義的な」(an international and moral) 平面における問題であるとし、その評価は国際法と国内法の連結部分における国際責任の問題に他ならないとみる。 *I. C. J. Reports* 1970, p. 158.
- (28) 五十嵐清、前掲書、二〇頁。
- (29) D. W. Bowett, "Estoppel before International Tribunals and its relation to Acquiescence", *B. Y. I. L.*, vol. 33, 1957, p. 176.
- (30) *Id.*, p. 193; G. Fitzmaurice, "The Law and Practice of the International Court of Justice: Treaty Interpretation and certain other treaty points", *B. Y. I. L.*, vol. 28, 1951, p. 21.
- (31) D. W. Bowett, *op. cit.*, pp. 177, 186; I. C. MacGibbon, "Estoppel in International Law", *I. C. L. Q.*, vol. 7, 1958, p. 512. フレア・ビクタ寺院事件におけるアルファロ (R. J. Alfaro) 裁判官の個別意見も同旨である。 *I. C. J. Reports* 1962, p. 42. vgl. J. P. Müller, *Vertrauensschutz im Völkerrecht*, 1971, SS. 10-11.
- (32) 皆川洗、*「法の一般原則」* (皆川・山本編『演習国際法』) 四六頁。その他、H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, pp. 169-172; Ditto, *International Law, General Works*, vol. 1, 1970, p. 203.
- (33) H. Mosler, "The International Society as a Legal Community", *R. d. C.*, tome 140, 1974-IV, pp. 146-147. 最近の同様の見解としては、P. K. Menon, "International Boundaries - The Guyana and Surinam Boundary", *I. C. L. Q.*, vol. 27, 1978, pp. 767-768.
- (34) その他、エストックベル原則は条約の無効あるいは終了の原因を援用する権利についても適用可能である。この点については立入らないが、差し当たり以下を参照。B. P. Sinha, *Unilateral Denunciation of Treaty because of Prior Violations of Obli-*

- gations by Other Party*, 1966, pp. 81-84, 205.
- (35) H. Pazarci, *op. cit.*, pp. 408-412; T. Meron, *op. cit.*, pp. 282-286; cf. F. S. Dunn, *op. cit.*, pp. 163-169.
- (36) T. Meron, *op. cit.*, pp. 282-289.
- (37) *A. J. I. L.*, vol. 24, 1930, pp. 799-800; H. Pazarci, *op. cit.*, pp. 409-410.
- (38) *U. N. R. I. A. A.*, vol. 4, p. 142.
- (39) *U. N. R. I. A. A.*, vol. 9, p. 249. その他の類似のケースとしては以下がある。Davies Case (*U. S. v. Mexico*, 1927), *U. N. R. I. A. A.*, vol. 4, pp. 139-141; Aboilard Case (*France v. Haiti*, 1905), *U. N. R. I. A. A.*, vol. 11, pp. 71-82.
- (40) T. Meron, *op. cit.*, p. 289.
- (41) *I. C. J. Reports* 1960, pp. 213-214.
- (42) *I. C. J. Reports* 1962, pp. 23-32.
- (43) 国内法でも、信義則にみられる倫理的な振舞いあるいは衡平の要請という機能は、沿革的には、行為それ自体を倫理的に非難する場合と、かかる権利者に対する倫理的な非難を含むことなしに、法律取引における「信頼」保護を目的とする場合に区別されて、後者の場合には当初の倫理的な考慮をさらに客観的に構成したものであるといわれる。好美清光、「信義則の機能について」一橋論叢第四七巻第二号、八四一―八五頁。
- (44) 榎本洋之助、『民法講義 I 総則』(五十嵐清他著・昭和五一年)二〇六頁。
- (45) L. Dubouis, "L'erreur en droit international public", *A. F. D. I.*, 1963, p. 206.
- (46) *Id.*, p. 209; P. Guggenheim, *Traité de Droit International Public*, tome I, 1967, pp. 190-191; T. O. Elias, "Problems concerning the Validity of Treaties", *R. d. C.*, tome 134, 1971-III, p. 372; A. Oraison, "Le dol dans la conclusion des traités", *R. G. D. I. P.*, tome 75, 1971, p. 670.
- (47) 条約法に関するウィーン条約(一九六九年)第四八―四九条。なお、大蔵堂語、「締結意思の瑕疵に基づく条約の無効原因」国際法外交雑誌第六七巻第四号、八一―八九頁参照。A. Oraison, *op. cit.*, pp. 626-633.
- (48) H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, 1927, pp. 156, 160.
- (49) たとえば、L. McNair, *The Law of Treaties*, 1961, p. 211.

- (50) オリンピックはかかる *dol* がいかねた条約締結に於ける「悪徳」(le dessin de nuire)を意味するとして、その *dol* の創出者は明らかに信義原則に反するところ。A. Oraison, *op. cit.*, pp. 626-627. なお、国連国際法委員会に於けるウォルドック(Sir H. Waldock)によれば、*fraud* はその条約が単なる錯誤(不実表示)による条約よりもむしろ強制による条約に近いような「悪性」の類に『無効原因』(an "aggravated" ground of invalidity)であると考えられる。Yearbook of I. L. C., 1966-II, p. 11.
- (51) *U. N. R. I. A. A.*, vol. 3, p. 1855.
- (52) オリンピックの理由として *dol* を条約の無効原因として援用することは相手国の評判を書しうる結果をもたらす。同時に、援用国の無能をあらけ出すこと、さらには当事国間の紛争を一層悪化するをおそれることを示唆する。A. Oraison, *op. cit.*, p. 621.
- (53) Waldock (Yb. I. L. C., 1966-I, Pt. 1, p. 15; Yb. I. L. C., 1963-I, p. 27); Bedjaoui (*id.*, 1963-I, p. 16); Bartoš (*id.*, pp. 29-30); Yasseen (*id.*, p. 28); Tunkin (*id.*, p. 30). cf. A. Oraison, *op. cit.*, p. 622.
- (54) Tabibi, Yb. I. L. C., 1963-I, p. 28. 国連の主張によれば、Tsuruoka (*id.*, pp. 27, 36); Verdross (*id.*, p. 32); Bartoš (*id.*, p. 29); Yasseen (*id.*, p. 37).
- (55) なお、反対論の主たる理由は次の三点である。(1) この規定は実定法上存在しないとするハネーの見解(Yb. I. L. C., 1966-II, p. 11)。(2) この規定が実際に適用されたケースがなく(注10)ので理論的問題でしかなく(注11)見解(Gros, Yb. I. L. C., 1963-I, pp. 28, 36; Amado, *id.*, p. 31; Ago, *id.*, p. 31)。(3) 立証問題に関して、単なる不実表示のケースと区別することが困難であるために、条約義務の不履行の口実として濫用される危険性がある(従って、詐欺の存否を決定しうる客観的基準を含む規定が必要である)という見解(Amado, *id.*, p. 31; Ago, *id.*, p. 31; Rosenne, *id.*, p. 32; El-Erian, *id.*, p. 33)である。
- (56) 国際法委員会から国連総会に宛てた審議結果の報告書。Yb. I. L. C., 1963-II, p. 195; *Id.*, 1966-II, p. 244.
- (57) Yb. I. L. C., 1963-I, p. 48, para 5 (Second report on the law of treaties by Sir H. Waldock); Yb. I. L. C., 1966-II, pp. 244-245 (Reports of the Commission to the General Assembly, Pt. II: Report of the I. L. C. on the work of its eighteenth session).
- (58) T. O. Elias, *op. cit.*, p. 373.
- (59) なお、条約の安定性を確保するためには詐欺の構成要素がより明確にされなければならず、この点は将来の実践にまかされる一

この課題であろう。フィッモーリスは、条約の法的安定性の確保に比べて、詐欺的行為の禁止は決して輕視されるべきではないという。すなわち、彼によれば、条約の法的安定性を確保するためには錯誤の原則（買主注意（*Caveat emptor*）に類する原則）がふつうは幾分嚴格に適用されるとしても、この原則は（*lack of*）*good faith* によって問題がない場合において妥当するとされる。

I. C. J. Reports 1962, pp. 57-59.

(60) 皆川洗、「法の一般原則」（皆川・山本編『前掲書』）四二頁。

五 悪意の権利行使禁止の原則の適用上の問題点

加害の意図のみをもってする権利の行使を権利濫用として禁止する原則は、権利を行使する者（国家）の主観的な要素を根拠とする点で、権利濫用のその他の成立態様に比べて、特別な問題を提起する。ここでは、悪意禁止の原則の実際の機能を左右すると考えられる論点について若干の考察を試みることにする。

権利を行使する者の行為について、その動機の正当性を求める場合（主観的要件）には、その行為者の心理状態の探究にまで進まざるをえないので、そこに法技術上微妙なかつ困難な問題がおこりやすい。とりわけ、行為者の心理的な価値判断が求められるときには、その判断が様々な状況の変化に支配されやすいため、権利濫用禁止の法理は権利の行使を全面的に回避させる結果を生ぜしめかねないといわれる。それ故、ドイツ民法の悪意禁止の規定（第二二六条）の要件は、その草案制定の段階では、行為者が他人に損害を加える目的を現実⁽¹⁾に追求するだけでなく、その行為者が「もっぱら」他人に損害を加える目的のみを有してそれ以外の目的を何ら有していない場合に限るとし、きわめて制限的な内容をもつものであった。その根底には、悪意の禁止内容を余りに広く解釈することは、法と道徳の混淆をきたし、ひいては明確な法規範に裁判官の主観的な判断が介入するおそれがあるという理由が存したといわれ⁽²⁾る。

現在の國際法においても、基本的にはそれと同じ問題状況がみとめられる。國家が惡意の目的を達成しようとする手段は、その結果が発生するまでの間において個々の様々な行為から構成されるもので、現実にはそれらの複合行為がどの程度までその國家の惡意の目的を推定させうるか、という微妙な問題が生ずる。その点の解明には、イルヨマデ (B. O. Iluyomade) の⁽³⁾ いうように、裁判所による複雑な審理が要求されると考えられる。

他方、この点に関連して、國際法上、特別の禁止規定がない場合には、國家の自由に有利な推定がはたらくともいわれる。周知のコルフ海峡事件 (一九四九年・國際司法裁判所) において、エセル (B. Ecel) 裁判官は、国内法上すべての個人の犯罪に有利な推定がみとめられることに対応して、國際法においてもすべての國家 (の自由) に有利な推定が作用するとし、國家は國際法に従って行動するという「法的な推定」 (presumptio juris) が存在する⁽⁴⁾ という。ラルストン (J. H. Ralston) の仲裁裁判の研究によれば、「國家の行為の正規性および必要性に有利な法的推定がはたらく」ことが認められたケースは少なくないとされる⁽⁵⁾。

ところで、かかる法的推定は必ずしも絶対的に作用するものではありえない。もちろん、その法的推定を全面的に否定することは、後述するように、國際法秩序の性格からして若干の困難な面をもつことはたしかであろう。しかし、一切の挙証責任が原告國にかされて被告國の行為が自動的に合法化されるとすれば、惡意の禁止原則の存在そのものが否定されることにもなりかねない。それ故、權利行使に付随する惡意の立証は実際には容易ではないとして、前述の法的推定にはつねに反駁の可能性が認められなければならない。すなわち、たとえ權利濫用は推定されるものでないとしても、その挙証責任が濫用があったと主張する當事者にかされるといふこと自体に、反駁の可能性が認められなければならない⁽⁷⁾。かくて、合法性の推定が何らかの事実によって論駁されうるということも等しく認められなければならない。要するに、國家の行為の合法性が推定されるということは、必ずしもつねにその行為がそれ自

体が合法であることを意味しない。もとより、その論駁は、タクナ・アリカ仲裁判決（一九二五年）で指摘されたように、「明白なかゝ納得の、く証拠（clear and convincing evidence）によって支えられるものでなければならぬ」⁽⁸⁾。これとは別に、国際法秩序の性格にてらして、悪意禁止の原則の適用に消極的な見解はいま尚少くない。その見解は、悪意禁止の原則の実際の機能を左右する基本的な問題にふれるもので、それを無視することはできないであろう。

テーラー（G. D. S. Taylor）は、国家の悪意の存在を立証することの困難性に加えて、悪意の存在そのものを主張することは、相手方の国家の名誉または尊厳にふれるので、一般には悪意禁止の原則の援用には当然に慎重とならざるをえないという。彼によれば、国家間のノーマルな交流を一定の範囲内で継続させていくためには、国際法秩序において、ある程度の善意（Good faith）の推定が必要とされるとし（法的安定性）、慎重な配慮が要求されるとする⁽⁹⁾。たしかに、国家の悪意を非難することは国際関係において重大な implications を有する。実際には、イルヨマデの指摘するように、かかる非難が現実に行なわれることは稀であるかもしれない⁽¹⁰⁾。国際法は——国内法における場合と異なつて——、何よりもその法主体（国家）の誠意と自発的な遵守に支えられている秩序であるので、その悪意が軽々しく推定されてはならないし、一方の当事者による「常軌を逸した非道な行為」（outrage）がなされたという主張は、紛争の友誼的な解決（amicable settlement）を一層厄介なものにしうることは否定しえないであろう⁽¹¹⁾。

このような見解は、政治的なアプローチとしては理解しえても、悪意禁止の原則の価値を否定することに通じるものである。ラウターパクトのいうように、基本的には国際法においても、法は社会的に妥当する最低限の道徳規範を命ずるものとみなくてはならない。つまり、悪意禁止の国内法上の一般原則はつねに国際関係の基本的な構造・理念と調和するように適用されなければならないとしても、そのこと自体はこの原則の存在を否定する理由とはなりえない

らといわなければならぬ。

- (1) 田中裁判官は、ロセロナ・トラクション事件における個別意見で、裁判拒否における bad faith の存在を立証すること、国家機関の決定における心理状態 (inner psychological process) に与えられるために容易ではなかつた。I. C. J. Reports 1970, p. 159.
- (2) 系上則雖「レノツ法に在る權利濫用の理論」(末川記念・『権利の濫用・下』二九七—二九八頁)。
- (3) B. O. Huxonade, *op. cit.*, p. 75; Separate Opinion of Judge Tanaka, I. C. J. Reports 1970, pp. 158-160.
- (4) I. C. J. Reports 1949, p. 119.
- (5) J. H. Ralston, *The Law and Procedure of International Tribunals*, rev. ed., 1926, pp. 223-224. この点を考ふるに「マートン」リヌ湖事件を以てタリナ・マリカ事件の仲裁判決を指摘するに可き。それぞれ以下参照。U. N. R. I. A. A., vol. 12, pp. 306-307; pp. 929-930.
- (6) P. C. I. J. Series A. No. 7, p. 30. 横田喜三郎、前掲書、六二頁。
- (7) J. H. Ralston, *op. cit.*, p. 224.
- (8) U. N. R. I. A. A., vol. 2, p. 930.
- (9) G. D. S. Taylor, *op. cit.*, pp. 334-335.
- (10) B. O. Huxonade, *op. cit.*, p. 51. なお、田中裁判官も「ロセロナ・トラクション事件において、国内司法機関に対する道徳的非難(悪意の存在)に基つて裁判拒否の申立は、諸国に於て敬遠される grave charge であると考へられるところ。I. C. J. Reports 1970, p. 160.
- (11) B. A. Wortley, *Expropriation in Public International Law*, 1959, p. 33. なお、ローによれば、権利を行使する国家の側の悪意の存在を認定するよりも、むしろ被害国の善意を法的に保護する方が重要であるとし、悪意の禁止原則とは別に、権利濫用の法理を客観的に構成するべきであるとされる。とくに彼は、その濫用禁止の法理に刑事的非難の色彩 (la coloration pénale) ——悪意に対する道徳的非難——を含ませることは、国家の名誉または尊厳に微妙に与えられることとなるので決して望ましくないことであると云ふ。J. P. Cot, *op. cit.*, p. 159; cf. J. Charpentier, "Cour Internationale de Justice", A. F. D. I., 1964, p. 338.

第二章 国際法における権利濫用の成立態様 (一)——いわゆる「権力濫用」——

国内法上、悪意による権利行使を禁止する法原則は当初重要な役割をはたすものとして期待されたが、後述するよう、その禁止要件に固有の限界が存するとされ、現在、権利濫用禁止の要件はむしろ客観的な基準によるのが妥当であるとされている。国際法においても、権利濫用に関する学説・先例に類似の傾向をみとめることができる。すなわち、悪意による権利行使を禁止する他に、国内行政法における「権力濫用」(détournement de pouvoir)理論が導入され、それが実際にも適用された。本章ではこの「権力濫用」理論に基礎をおく権利濫用禁止の原則を考察する。

一 国内法における「権力濫用」概念——「権利目的」論的構成——

国内法では、権利濫用の成立態様として悪意の存在とは別に、権利の行使がその権利の社会的なあるいは経済的な「目的」から逸脱している場合をあげる見解がみられる。ここでは、かかる見解がみとめられるに至った背景を探りつつ、国際法においても適用可能な「権力濫用」という理論を検討するうえに必要な予備的な考察を行なうことにする。

国内法における権利濫用論は、一九世紀中頃に悪意による権利行使について展開をみて以来、学説・判例を通して著しい変遷を経てきた。その過程で、悪意禁止の要件に固有の限界が認識された。若干ふれたように、ドイツ民法の制定時においては、悪意の立証が困難であることを理由に、その禁止規定(第二二六条)を設けても実用性に乏しいことが指摘され、その後、判例は「善良の風俗に反する方法で故意に他人に損害を加えた者は賠償の義務を負う」という規定(第八六二条)に依拠する傾向を強めたといわれる。¹⁾ その結果、公序良俗違反の権利濫用は悪意禁止の要件を具備・充足しない場合にも成立すると解されるに至った。(同時に、悪意の権利行使は常に公序良俗違反を構成す

(2) ドイツ民法におけるこの傾向は、権利行使に際して権利者の側に全く利益を欠くという事態はきわめて稀であるという認識を背景としたものである。(3) すなわち、悪意禁止の要件を嚴格に適用するならば、権利行使によって他人の利益を害しても、同時に権利者自身の利益の追求のためにその権利が行使される場合には、権利濫用は成立しないとされ、権利濫用の禁止される範囲は相当に狭くなる。

かかる悪意禁止要件の限界を克服する試みとして、権利濫用の成立態様を客観的にとらえようとする見解があらわれた。それによれば、権利をその目的 (finale) あるいは本旨 (destination) から逸脱して行使する場合には、そこに権利濫用が成立するとされる。このような見解はドイツの学説・判例と併行して、フランスにおいても提唱され、とりわけジョスラン (L. Joserand) は、権利は法によって指示された目的に従って行使されなければならないという説を重視したといわれる。(4) この見方が当時どの程度支配的なものであったかは必ずしも明らかではないが、(5) 現行の各国の国内法では権利濫用の観念をもっぱら悪意禁止の要件にのみ基礎づける見方は狭きと失すると考えられているとされる。(6)

ところで、悪意禁止の要件よりも広い範囲にわたって権利濫用の成立を認めようとする学説は、フランス行政法においてすでに定着した「権力濫用」(détournement de pouvoir) の概念を借用し、その学説の強化に努めたといわれる。(7) すでにあげたジョスランも権利目的論的な理論構成は行政法の学説・判例で広くみとめられているところであるという。(8) 周知のように、「権力濫用」理論は、一八五〇—六〇年代に形成され、その後、判例によって確立されたフランス行政法の理論である。(9) すでに阿部教授の詳細な研究によって紹介されているように、この理論によれば、機関が国民のために付与されている自己の権限を、形式的には法令に反しないとしても、与えられた「目的」から逸脱して行使したときには、その権限の行使は当初の法的効果を生じないとされる。(10) 従って、ジョスランに代表され

る権利濫用論は、権利（権限）の「目的に関する統制」⁽¹¹⁾に依拠する点において、この「権力濫用」理論と基本的に同じ内容を有するものといえる。

さて、かかる「権力濫用」理論は大陸法系の諸国（とくにフランス、ドイツ）の行政法のみならず、現行の英米行政法においても広く導入されている。ローソン（F. H. Lawson）によれば、コモン・ロー上の概念とくに行政裁量権（government discretion）がその権限の付与に当たって設けられた目的を実施するためにのみ行使されなければならないという概念は、大陸法系諸国の権利濫用の概念に最も類似するものであるとされる。⁽¹²⁾ わが国の行政法（学）においても、行政庁の自由「裁量には、常に行政の目的による条理上の制約」が存在し、「この目的を無視し、恣意的に、著しく不公正な行為を行なったときは、それは裁量権の濫用」として違法であると解されている。⁽¹³⁾ その他、この「権力濫用」理論は、カナダ、オーストラリアなどの多くの現行の行政法において承認されている。⁽¹⁴⁾ 従って、この理論は——各国の法制上、細かな法技術上の相違はあっても——、目的違反の裁量権の行使が濫用を構成するとされる点で、国内（行政）法上の一般原則であるといえることができる。⁽¹⁵⁾

以上みたように、国内（私）法において権利の社会的な目的からの逸脱が権利濫用を成すという考えが強調されるに至り、権利濫用論と「権力濫用」理論は、その共通の基本的な要素において接近するようになったといえよう。⁽¹⁶⁾ 換言すれば、「権力濫用」は広義の権利濫用の一つの成立態様に他ならない。本章は、以下において、かかる「権力濫用」理論（とくにその基本的な内容）が法の一般原則を構成するという前提のもとに、国家の権利（裁量権）は国際法の趣旨・目的に反するような「不当な目的」のために行使されてはならないという原則に着目するものである。

- (2) 川村フク子、「権利濫用」(『ドイツ判例百選(別冊ジュリスト二三号)』) 八九—九一頁。
- (3) F. H. Lawson, *Negligence in the Civil Law*, 1950, p. 17.
- (4) F. H. Lawson, A. E. Anton and L. N. Brown, *Amos and Walton's Introduction to French Law*, 3rd ed., 1967, p. 220.
なお、江川英文、前掲論文、二八一—三二二頁参照。
- (5) 江川英文、前掲論文、二八一—三二二頁参照。
- (6) 石本雅男、「権利濫用」(『判例演習・民法総則(増補版・柚木・谷口他編)』) 五一—六頁。
- (7) S. Trifu, *La Notion de l'Abus de Droit dans le Droit International*, Thèse 1940, pp. 59-62.
- (8) 江川英文、前掲論文、三一頁。
- (9) 阿部泰隆、「自由裁量権の範囲」(『フランス判例百選(別冊ジュリスト二五号)』) 七六頁。
- (10) 阿部泰隆、『フランス行政訴訟論』(一九七一年) 八三—八四頁参照。
- (11) J.P. Jacqué, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, 1972, p. 172.
- (12) F. H. Lawson, *op. cit.*, p. 19.
- (13) 田中二郎、『新版・行政法 上(全訂第一版)』(昭和四五年) 一〇六一—一〇七頁。なお、橋本公直「行政法における権利濫用」(法律時報、第三〇巻第一〇号) 四四頁参照。
- (14) B. O. Iluyomade, *op. cit.*, pp. 59-60.
- (15) *Id.*, p. 61; L. Collins, *op. cit.*, p. 337.
- (16) S. Trifu, *op. cit.*, pp. 42-43.

二 国際法学説における「権力濫用」禁止の原則

国際法の多くの学説は、国家の一定の権利(権限)の行使について、「権力濫用」禁止の原則が適用されうること
を認めている。もっとも、国際法学においてこの原則が説かれるに至った契機は、論者によって必ずしも同じではな
い。しかし、いずれにせよ「権力濫用」が国際法上、禁止される点では共通しているといえる。以下、ここで

は次の四点を中心に学説をみてみよう。すなわち、(一)、悪意の権利行使禁止との関係、(二)、国家の裁量権に関する基本的認識、(三)、国家の裁量行為の内部的適法性、(四)、最近の国際法学説、についてである。

(一) 悪意の権利行使禁止との関係

悪意に基づく権利行使を禁止するという原則が、その妥当範囲において狭く限定されていることは国際法学説においても早くから指摘されていた。ポリチスは、権利濫用の成立態様を客観的に構成しようと試みた国内法の傾向を意識して、⁽¹⁾ 国際法においても、国家の権限に対する「社会目的」(but social) による制限が存するとみることが、権利濫用論を理解するうえで不可欠であると説く。⁽²⁾ 彼によれば、権利濫用は権利の経済的・社会的な目的あるいは本旨に反するものとしてとらえることができる⁽³⁾。かかるポリチスの見解は、その後の学説においても基本的に引き継がれている。ラウターバクトは、権利濫用の成立はなにも悪意による権利行使に限定されるものではなく、たとえ権利の行使者(国家)が自己の利益を追求している場合にもみとめられるとし、⁽⁴⁾ またトリフ(S. Trifu)も、前述のポリチスの見解を全面的に継承した一九四〇年の学位論文で、悪意の存在は権利の反社会的な行使の唯一の基準ではないとし、⁽⁵⁾ 国際法上一定の目的のために国家の行動の自由が認められるときには、この「目的」以外の行動をとることによって国家の国際責任が発生するとみる。⁽⁶⁾

悪意の権利行使禁止と「権力濫用」(権利の社会目的からの逸脱)の禁止に関する類似の見解は、戦後、ルテール(P. Reuter)にみることができる。彼は次のようにいう。国家はたとえ悪意であっても、まったく理由のない行為(les actes totalement gratuits)を行なうことはきわめて少なく、従って、悪意の存在を理由に国家の行為に違法性が認められることは稀である。しかし、こういう場合に、国家によって「追求された目的の違法性」(le caractère illicite de but poursuivi)は、純粋に外在的な要素にてらして認められるとし、裁判所はこの客観的な手掛かり(標識)

を無視することはできないと論じる。⁽⁷⁾

以上の諸見解は、たとえ国家の悪意による権利行使が存在しない場合であっても、国際法の定める権利の社会目的から逸脱する権利行使については権利の濫用が成立するというものである。ただ、このような国際法学説の動向を、悪意の権利行使禁止の限界を克服しようとした国内法社会の現実とまったく同様にとらえることは若干疑問なしとしない。なぜなら国際社会においては、悪意の権利行使禁止が国家によって積極的に援用されて、その結果として、この要件の限界を克服しようとする試みはみとめられないからである。ただ、少なくとも学説では、悪意の権利行使の禁止が相当に狭い範囲においてのみ妥当するものであるとされ、かかる理解から、国際法規の目的において許されない権利行使も存在するということが認められてきたといえよう。⁽⁸⁾

(二) 国家の裁量権に関する基本的認識

さて、国際法における「権力濫用」理論の導入ないし適用は、国際法秩序における国家の裁量行為の法的有効性をめぐる議論においても主張されてきた。例えば、セル (G. Scelle) によれば、「国際的な権限を行使する国家のあらゆる法律行為は、その有効性について論じることができる」とし、国家の「統治権が国際法秩序のなかで認められかつ付与された以外の目的 (E. fine) で行使されるときには、つねに国家責任が発生しうる」とされる。⁽⁹⁾ この見方は、国家の裁量権の濫用をまったく放置することは「法の否定」に通じるといふ基本認識に支えられている。つまり、セルは、国家の「恣意的な決定は法の否定」であり、「裁量権の行使は法的な権限の適用」に他ならず、「これら二つの事柄は本質的に両立しえない」という⁽¹⁰⁾ (国連加盟承認の事件 (一九四八年・国際司法裁判所) における陳述)。かかる認識に立脚して、彼は、フランス公法における「権力濫用」の概念は古くから法律学のなかに導入されてきたものであり、「すべての法秩序において適用される」と説くのである。⁽¹¹⁾

一般に、「権力濫用」理論の導入を肯定する論者は、国家の裁量権は国際法のみとめる一定の目的によって付与される限り、法的な制約に服するとみる。かかる理解から、ブルカン (M. Bourquin) は、国家がその主権的な存在であるにもかかわらず国際法に拘束されるということは争い得ぬ原則（「国際法の優位性」の原則）であると、この原則のコロラリーとして、まず国家はその自己の権限の有無については決定の自由をもたないという。⁽¹²⁾ すなわち、国家の権限は国際法秩序によって付与・配分されたものであるとみる。⁽¹³⁾ さらに、彼は、国際法の本質的な機能は国家に国際的な権限を付与・配分することに加えて、その権限を規律・統制することでもあり、⁽¹⁴⁾ 国際法秩序による国家の権限行使の規制のあり方として、次の三つの場合が考えられるとする。第一に、国際法が国家の権限の具体的な行使について何ら関与しない完全に任意的な裁量権が存在する場合である。第二に、国際法は国家の権限の行使について、その目的と手段を正確に指示・命令する場合、最後に、国際法が国家（国内法秩序）に手段の選択を委ねながらも到達すべき目的を課するような「相対的に」任意的な国家の裁量権の存在をあげる。⁽¹⁵⁾ かかる分類・区別に基づいて、ブルカンは、最後の相対的に任意な裁量権の行使は国家が一定の法目的の達成に必要な手段を確保するように要求される限り、国際法による制約に服するとする。⁽¹⁶⁾ そうして、このような裁量権の行使が「基本的な国際生活の諸状態に触れる」場合には、そこに国際法が関与することに反対する理由は何らないと論じる。⁽¹⁷⁾

ただ、あらゆる国家の裁量権の行使が国際法によって嚴格に規制されうるとみることは必ずしも正確な見方であるとはいえない。この点は、ブルカンにおいても周到に考慮されていることは先にみたとおりである。要するに、法秩序は一定の場合に国家に完全な裁量権を認めるとしても、それは法秩序がその裁量権の行使については規律することを差し控えているにすぎず、他方、特定の権限については、その行使が権限の目的にてらして規律される場合があることを認めなければならない。同様の見解はルテールにも見られるが、⁽¹⁸⁾ そこで彼は次のようにいう。主権に関する古

典的見解によれば、国家はその *motifs* (動機・理由) のいかんを問わず、自由にその裁量権を行使しえたが、しかし近時、かかる裁量権の基礎を成す *motifs* が強調され、それに従わない裁量権の行使は法秩序に違反するという見方が次第に確立されてきたと論ずる。⁽¹⁹⁾

このようにみると、国際法に「権力濫用」理論を導入しようとする学説は、国家の自由裁量権が原則として国際法秩序によって付与された権限であるという認識をその基本的な背景としているといえよう。

(三) 国家の裁量行為の内部的適法性

ところで、国内行政法における「権力濫用」は公益目的に合致しない自由裁量の濫用がある場合をいうが、この濫用行為は、たとえ法規の定める客観的な要件——機関の権限の有無、行為の成立する形式・手続——に適合するものであっても、公益目的に反するが故にその完全な効力が発生しえない行為であるとされる(瑕疵ある行政行為⁽²⁰⁾)。すなわち、「権力濫用」の司法的統制においては、法規の文言から直接には見出せない不文の法原則が裁判所によって適用されるものであって、この統制は制定法規の存在する領域について行なわれる通常の行政行為に対する司法統制とは異なるものであるとされる。かくて、阿部教授の指摘されるように、「権力濫用」理論は、その濫用の行為が法律の形式的な侵犯(違反)を何ら伴わない場合に適用されるものとして、行政行為のいわば「内部的適法性」に関する法理であるといえることができる。⁽²¹⁾

このことは国際法においてもすでに何人かの学者によって主張されている。前述のブルカンの見解も、ある種の国家の権限を相対的に任意な裁量権としてとらえる点において、行政行為の内部的適法性に関する理論と軌を一にすることができる。同様に、ローラン (H. Rolin) は、「国際法が国内法秩序における国家の権限を規律する方法は二つあるとして、一つは実定国際法規による「直接的な規律」であり(外部的適法性)、他の一つは国家の権限が

説論
追求しなければならぬ目的 (finale) を確定することによって、その権限を間接的に制限する (de limiter indirectement) 場合である (内部的適法性) という (ノッテボーム事件における口頭弁論)。モスラー (H. Mosler) も、国家は国際法規の特定の目的を実現しなければならぬ義務を負うことがあるとし、その場合、たとえ国家がその目的達成の方法あるいは時宜について広範な政治裁量をもつ場合であっても、そこに国際義務の違反が成立することがありうる⁽²³⁾とされる。

もっとも、このような「権力濫用」理論の性格、すなわち内部的適法性の理解の仕方については、若干異論がないわけではない。その一つとして、国家の特定の裁量行為に「権力濫用」が成立するとされる場合の授権「目的」が必ずしも明瞭にされえないことがあるといわれる。カウフマン (E. Kaufmann) によれば、「権力濫用」理論は国内の私法・行政法にみられるが、この理論は一般に、国際法が国家に許与する「主権」行為については妥当しないとされる⁽²⁴⁾。わけても諸国の有する一般的かつ重大な利益については、行政法におけるような特定の役務あるいは行政の「正常な」役務の内容が具体的に指示されていない以上、「権力濫用」理論の類推適用は認められないであろう⁽²⁵⁾。しかし、公益目的という法準則を国際法から完全に排斥することは、後にみる国際先例に鑑みるならば (第二章・三)、決して正しい見方であるとはいえない。

さらに別の異論として、国際法における「権力濫用」はその性質上、実定法規 (条約・慣習法) の趣旨・目的にてらして成立するので、その濫用行為は必ずしも国内法におけるような「権力濫用」を構成しないと考えられるかもしれない。すなわち、国際法における「権力濫用」行為は、もともと国家の無権限あるいは明示的な禁止要件に違反する実定法規の違反行為として把握されるべきであるという反論である⁽²⁶⁾ (外部的適法性)。しかし、この点は国家の裁量権が実定法規によってどの範囲まで規律されているという評価にかかわるものであって、国際裁判所が「権力濫用」

理論を適用するに際して考慮すべき一つの要素にすぎない。つまり、その理論そのものを国際法から排除する決定的な理由とはなりえないように思われる。

(四) 最近の国際法学説

「権力濫用」観念を国際法に導入することによって主権行使の絶対的裁量性を修正しようとする試みは、多かれ少なかれ、最近の学説にもみられる。

イルヨマデ (B. O. Luyomade) は、権利 (権限) あるいは裁量権の行使はその授權目的のために行使されなければならないという権利濫用の概念は多くの国の法体系で広く承認されている「法の一般原則」であるという⁽²⁷⁾。とりわけ、権利濫用と「権力濫用」(détournement de pouvoir) の二つの概念には多くの共通要素がみられるとし、それぞれ異なった法領域 (私法・公法) において同じ機能をはたすものであることが強調される⁽²⁸⁾。かくて、彼は国家の裁量権は決して無制限でありえず、裁量権がみとめられた正当な目的 (legitimate ends) に従わなければならないと説く⁽²⁹⁾。類似の見解は、テーラー (G. D. S. Taylor) にもみられる。彼は、国際裁判においてイギリス行政法上の裁量権濫用の法理がしばしば適用 (援用) されてきたことを証明し、国際法における権利濫用禁止の原則の内容は、そのイギリス法の濫用の諸形式・分類を用いることによって明らかにすることができる⁽³⁰⁾と論ずる。この理解の当否はさておき、彼らの研究は「権力濫用」理論の実際の適用形態に重点をおくものであるが、少なくともその理論の国際法における適用可能性を間接的に認めるものであるといえよう。かくて、シオラ (L. Siota) の指摘するように、国際法上の権利濫用の基準である社会目的の観念 (idée de «but social») は多くの学者によって支持されている⁽³¹⁾といえる。そこで、この理論に関する国際先例を検討するのが次の課題である。

- (1) N. Politis, *op. cit.*, pp. 80-85.
- (2) *Id.*, p. 83.
- (3) *Id.*, p. 85.
- (4) H. Lauterpacht, *op. cit.*, 1933, pp. 294-295.
- (5) S. Trifu, *op. cit.*, p. 55.
- (6) *Id.*, p. 85.
- (7) P. Reuter, "Principes de Droit International Public", *R. d. C.*, tome 103, 1961-II, p. 601.
- (8) その他の類似の見解として、Opinion Individuelle de M. Azevedo, *I. C. J. Reports* 1947-1948, p. 80; J-P. Jacqué, *op. cit.*, pp. 171-172. 名島秀、前掲書、九五頁。
- (9) G. Scelle, *Précis de droit des gens*, tome 2, p. 29, cité par J-P. Jacqué, *op. cit.*, pp. 172-173; G. Scelle, "Règles Générales du Droit de la Paix", *R. d. C.*, tome 46, 1933-IV, p. 369.
- (10) *I. C. J. Pleadings*, Conditions de l'Admission d'un État comme Membre des Nations Unies, 1948, p. 76.
- (11) *Id.*
- (12) M. Bourquin, "Règles Générales du Droit de la Paix", *R. d. C.*, tome 35, 1931-I, p. 146. なお、桑原舞路、「國家の國際権限——アルカンの場合——」(広島法字第三卷第一号・一九七九年)一一三—一三〇頁参照。
- (13) M. Bourquin, *op. cit.*, p. 147.
- (14) *Id.*, pp. 101-102.
- (15) *Id.*, p. 148.
- (16) *Id.*, pp. 145-146.
- (17) *Id.*, p. 148.
- (18) P. Reuter, *op. cit.*, 103 *R. d. C.*, p. 444.
- (19) *Id.*, pp. 444-445.
- (20) 阿部泰隆、前掲書、八一頁。橋本公直、前掲論文、四四頁。

- (21) 阿部泰隆、前掲書、八一頁。橋本公直、前掲論文、四四頁。
- (22) *I. C. J. Pleadings* 1955, vol. 2, p. 406. 同旨として、名島芳、前掲書、三五頁。
- (23) H. Mosler, *op. cit.*, 140 *R. d. C.*, pp. 88-89.
- (24) E. Kaufmann, "Règles Générales du Droit de la Paix", *R. d. C.*, tome 54, 1935-IV, p. 523.
- (25) *Id.*
- (26) G. Salvioli, "Les Règles Générales de la Paix", *R. d. C.*, tome 46, 1933-IV, pp. 67-68; cf. L. Siorat, *Le Problème des Lacunes en Droit International*, 1959, pp. 400-401.
- (27) B. O. Iluyomade, *op. cit.*, p. 61.
- (28) *Id.*, p. 52.
- (29) *Id.*, p. 83.
- (30) G. D. S. Taylor, *op. cit.*, pp. 324-325.
- (31) L. Siorat, *op. cit.*, p. 403. なお、この原則の存在をみとめる他の学説として次のものがある。名島芳、前掲書、九七頁; P. Guggenheim, *op. cit.*, 74 *R. d. C.*, p. 250; J-P. Jacqué, *op. cit.*, p. 172; M. Sørensen, *op. cit.*, 101 *R. d. C.*, p. 222; G. Dahm, *Völkerrecht*, Bd. 1, 1958, S. 195; Verdross-Simma, *Universelles Völkerrecht*, 1976, S. 235.

三 国際裁判の先例に関する考察

(一) 先例の分析に関する若干の予備的考察

権利濫用論と「権力濫用」論は本来それぞれ異なる国内法領域（私法と公法）で発展してきた法理であるので、その内容も必ずしも同じではない。また行政法の「権力濫用」理論の内容は複雑であるので、予め、本章の先例分析に関する若干の留意点に言及しておくのが適当であろう。

第一に、権利濫用の成立態様とされる悪意（他人を害する意思）の存在と、行政裁量権の濫用を構成する「不当目

「的」の追求という二つの要素は、密接不可分な関係にある。これら二つの要素を実際に厳密に区別することは困難であるが、後者の要素は前者のそれに比べて、より緩やかな内容をもつものであり、一般には単に利己目的を追求する意思があれば足りるとされる。すなわち、国内行政法の「権力濫用」は、悪意 (malice) による権限の行使のみならず、いわば損害の発生に対する未必的故意に類するような権限の行使によっても成立するものと一般に考えられている。たとえば、イギリス行政法における裁量権濫用の諸形式には、悪意による裁量権の行使の他に「不当目的の追求」が含まれる。それらは、制定法が掲げる一定の目的を考慮しない裁量権の行使 (不当目的の追求)、権限の与えられた目的であると (善意で) 信ずる目的以外の目的を達成しようとする詐欺 (fraud) による裁量権の行使などである⁽¹⁾。フランス行政法における「権力濫用」理論についてもほぼ同様に分類・説明することができる⁽²⁾。いずれにせよ、悪意による権利行使は「権力濫用」として禁止されることもある⁽³⁾。

第二に、これらの裁量権濫用の諸形式は、制定法の趣旨・目的を考慮してこれに反する裁量権の行使を濫用とする点で、原則として「権力濫用」の内容は「目的の観念」として定義される⁽⁴⁾。従って、厳密に言えば、適法理由の欠如あるいは理由の不正確さによる裁量権濫用の形式とは異なる。すなわち、後者の形式は行為の目的に関して違法とされる濫用ではなく、ある行為をなし得るために必要な要件の存在 (法定条件) を満たしていない行為に関する「要件 (処分事由) の観念」として一般に理解されるものである⁽⁵⁾。ただ実際には、「権力濫用」の存在が認められるときにも、要件事実の瑕疵が伴う。つまり、自己に委任された利益を保護する以外の目的のために権限を行使する場合、その行為の基礎をなす事実 (正当化事由) が欠けているのが普通である⁽⁶⁾。この点はフランス行政法のみならず、関連のない事由に基づく裁量濫用の形式を認める英米行政法においても確認することができる⁽⁷⁾。本稿はかかる理解のもとに関連の国際先例を分類・考察する⁽⁸⁾。

第三に、右の第二点に関連して、国内行政法における要件事実（処分事由）の正確性に対する司法統制は、さらにいくつかの形式に分類される。ここではその一つである「比例性の原則」に言及することにする。この原則は、行為とその基礎をなす要件（処分事由）の間に存在する均衡性あるいは妥当性に関するもので、行政目的の達成手段は公益のために必要とされる程度に比例していなければならないと一般に理解されるものである。⁽⁹⁾

このようにみると、国内行政法の裁量濫用の諸形式は相互に重複する場合が少なくなく、具体的に個々のケースがいかなる形式の濫用に当たるかを区別することは必ずしも容易でないといえよう。しかし、一般的には「目的と動機」あるいは「目的と要件事実」がそれぞれ複合する諸形式を成して裁量濫用が成立すると把握することができる。以上の理解をふまえて、以下、国際裁判の具体的な適用事例として、(一)、条約目的に違反する権利行使、(二)、慣習法の権利行使に反する権利行使、(三)、「比例性の原則」に違反する慣習法上の権利行使、に関する諸先例を考察する。

(二) 条約目的に違反する権利行使

国家が特定の条約において何らかの義務を負う場合に、この条約義務に関連して「権力濫用」が問題となることである。そこで問題とされる国家の裁量権は次の二つに分類することができる。(一)、一つは、条約自体に基づく裁量権である。いかなる条約の規定も完全かつ明瞭ではありえず、ある特定の主題について、条約に定める権利・義務は必ずしも完全な契約的バランスを保持していないことが多々ある。ことに義務履行の方法・手段について広い裁量権が認められることは少なくない。かかる場合、その条約上の裁量権の行使が条約の趣旨・目的にてらして「権力濫用」であると考えられることがある。そのような先例として、タクナ・アフリカ事件と南西アフリカ事件及び自動的留保に関する諸ケースをあげることができる。(二)、他の一つは、慣習法に基づく裁量権の行使との関連で「権力濫用」が問題とされる場合である。国家は、たとえ条約において特定の義務を負うことがあるとしても、通常、慣習国際法に基づく

広い裁量権を有する。その裁量権は特定の条約によって規律されるものではなく、国家は自己の条約義務を回避するようにその裁量権を行使することがありうる。かかる慣習国際法上の裁量権の行使は、間接的にはその条約のみとめない不当目的を追求するものとして「権力濫用」の行為であるとみることができ。 (もとより、この場合は条約の掲げる一定目的以外の目的で裁量権を行使する場合は異なる。) 以下、これらの二つの裁量権の行使について順次検討してみよう。⁽¹⁰⁾

(1) 条約目的に違反する条約上の権利行使

、タクナ・アリカ事件(一九二五年)は、一八八三年のペルー・チリの平和条約の適用をめぐって「権力濫用」の存否が問題とされたケースといえる。その平和条約(アンコン条約)によれば、ペルーのタクナ・アリカ地方はこの条約の批准から一〇年間はチリの法律と権限のもとにおかれるべきであるとされ、その期間経過後は新たな条約(特別議定書)によってその地方の法的地位を人民投票に基づいて決定すると規定されていた。⁽¹¹⁾ (第三条)。ペルーは、チリがその条約で予定する人民投票の実施を妨げるような施政行為を行なったとして、平和条約の無効を主張した。⁽¹²⁾ 両国によって設けられた仲裁裁判所は、特別議定書に関する両国の交渉が行なわれていた間はその地方は継続してチリの法律と権限に服するが、チリが人民投票の実施に関して平和条約の目的を毀損するような方法でその権限を行使するときは条約の無効が認められるとした。⁽¹³⁾ この点に関して裁判所は、チリによる徴兵法の執行は「徴兵のためというよりは、むしろその地方からペルーの青年を追放する結果——たとえそれが(チリの側の)目的でなかったとしても——を伴った」として、そこに「チリ当局の権力濫用」(an abuse of Chilean authority)が存在したと判示した。⁽¹⁴⁾ かくて本件では、チリによる徴兵法の執行(条約上の権利の行使)が人民投票を実施するという条約目的の実現を妨げるときには、チリの行為は「権力濫用」を構成するということが認められたといえる。(なお、判決はその濫用の立

証が必ずしも十分ではない面もあるとして、徴兵法の執行のみをもって平和条約そのものは無効とはされないとした。

国際司法裁判所の南西アフリカ事件（一九六六年）では、周知のように、南ア共和国の委任統治について裁量権の濫用があったかどうか一つの争点とされた。第一次大戦後、南西アフリカは国際連盟が設けた委任統治制度のもとに置かれ、南ア共和国（以下、南アとする）を受任国とする委任統治地域とされたが、問題はアパルトヘイト政策に代表される南アの統治政策が委任状に規定する目的に違反するか否かであった。⁽¹⁵⁾ 委任状は南アに広範囲にわたる裁量権を付与するものであった。すなわち、委任状（第二条）によれば、南アは同地域に対して「施政および立法の全権」(full power of administrative and legislation) を有し、南アの諸法を状況に応じて必要な変更を加えて適用しうるとし（第一項）、かつ南アはこの地域住民の福祉と進歩を「最大限に促進しなければならぬ」(shall promote to the utmost) とされた。⁽¹⁶⁾ 原告（エチオピアとリベリア）は、南アの行動はその住民の福祉と進歩の増進を阻害し、委任状に定める義務に違反するとして、受任国の政策が「隠された（不当な）目的」(ulterior purpose) に向けられたことを申し立てた。⁽¹⁷⁾ 裁判所はこの裁量権の濫用の存否について直接に司法判断を下す必要を認めなかったが、両当事国および若干の裁判官はその裁量権の濫用に論及した。

ここでは、南アの裁量権の濫用について、次のような基本的な意見の対立がみられた。一方の見解によれば、南アの行動は国際法の積極的な制限規定によってのみ制約され、委任状は南アに対して住民の福祉・進歩を促進するために行動すべきことを規定するにすぎないので、南アの具体的な施政の方法についてはいかなる司法審査も及ばないとされる（南アの再抗弁書）。⁽¹⁸⁾ 裁判所の多数意見は、委任状の解釈・適用について原告が法的利益をもたないとする点で、基本的にはこの見方に通じるものがあるといえよう。ただし、裁量権の濫用には直接にふれていない。⁽¹⁹⁾

他方、このような見解とまったく対立する意見は、ジェサップ (P. C. Jessup) 裁判官とフォルスター (I. Forster) 裁判官にみられた。ジェサップ裁判官は、委任状の定める目的の達成とそのため適切な手段の選択について受任国のとった政策方針は裁判所の司法審査に服するとみる⁽²⁰⁾。彼によれば、裁判所は委任状の解釈・適用に関する紛争について、行政法における裁量権濫用の基準を用いることができる⁽²¹⁾とされる。従って、ジェサップ裁判官は、かりにアパルトヘイト政策の採用・実施が一般国際法に違反する行為でないとしても、本件は裁判所の司法審査に服する (Justice) 紛争である⁽²²⁾という。かかる裁量権濫用の基準に具体的に言及したのが、フォルスター裁判官で、彼は、南アの裁量権は委任状の目的を達成するために行使されなければならず、その目的以外の目的のために遂行される南ア的行為は「権力濫用」(détournement de pouvoir)を構成する⁽²³⁾という。類似の見解は南ア側の国籍裁判官 (Van Wyk) の個別意見にもみられる⁽²⁴⁾。

この問題は、委任状の内容とその解釈の仕方にもよるが、その規定によっては、裁量権の基礎となる授權目的が多様なかつ複雑な内容を持ち、その目的に反する裁量権の行使を確定することが相当に困難なことがある⁽²⁵⁾。しかし、委任状の目的がある程度明確なときには、その裁量権の枠を逸脱する行為は「権力濫用」であるとみとめなければならぬ。本件は、少なくとも何人かの裁判官によって、この「権力濫用」を認定しようとした点で注目されよう。

最後に、条約上の権利行使に「権力濫用」理論が適用されうることを示唆した同様の先例として、国際司法裁判所における自動的留保に関する若干の事件を指摘することができる。

国際司法裁判所の義務的な管轄は、法律的な紛争について、選択条項受諾宣言によって設定される(規程第三六条二項)。周知のように、この宣言には、紛争当事国の一方が裁判所に付託された問題をその国内問題に関する紛争で

あると決定するならば、裁判所の管轄権が自動的に失われるという形の留保が付されることがある。いわゆる「自動的留保」(Automatic Reservation)である。多くの学説はこの留保が裁判所規程(第三六条六項)あるいはその選択条項の趣旨に違反するとみるが、裁判所の先例は少なくとも現在に至るまでこの留保の有効性については判断を下していない。紛争当事者の見解もその効力について必ずしも一貫していない。

さて、かかる状況において、国家に自動的留保の援用権をみとめつつ、その行使については一定の限界が存在するとして、それが濫用される範囲内で当事者の援用は排除されるという見解がある。この見解は、ノルウェー公債事件、インターハンデル事件およびブルガリア航空機墜撃事件でみられた。ノルウェー公債事件(管轄権・一九五七年)では、ノルウェー(被告国)は裁判管轄を争う次の二部から成る先決的抗弁を提起し、その一つは、本件は国内法の問題であり、国際法の問題ではない(第一部)とし、他の一つは、もしこの第一部の抗弁がみとめられないならば、フランス(原告国)の受諾宣言に付されている自動的留保を援用する(第二部)というものである。⁽²⁶⁾ 裁判所はこのうち第二部の抗弁(自動的留保の援用)を認め⁽²⁷⁾たが、バドヴァン(J. Bastevant)およびリード(J. E. Read)の両裁判官によって反対論が展開された。リード裁判官によれば、ノルウェーは一方で裁判所の決定を必要とするような先決的抗弁を提起しつつ(第一部)、他方で自動的留保を援用する(第二部)という内容の矛盾する抗弁を提起している点において権利濫用が成立するとされる。⁽²⁸⁾ バドヴァン裁判官もかかるノルウェーの行動にみられる自己矛盾に権利濫用が成立しうることを示唆する。⁽²⁹⁾ また、インターハンデル事件(管轄権・一九五九年)におけるグッゲンハイム(スイス側弁護人)の主張にも類似の見解がみられる。彼は、自動的留保が「何らかの有効性をもつと仮定したとしても」、裁判所には文明諸国の多くの法秩序で認められている「裁量権の濫用」を伴う行為を無効にするべき任務が課されているという。⁽³⁰⁾ 同様の見方は、ブルガリア航空機墜撃事件(一九五九年のアメリカによる提訴)におけるアメリカ

カの主張にあらわれる。ブルガリア（被告国）は自動的留保を援用し裁判所の無管轄を主張したが、これに対してアメリカは紛争の主題が——紛争発生後の当事国間の交渉において——明らかにいずれの国内問題でもない取扱われてきたときには、一方の当事国が事後にその主題を国内問題として「恣意的に（arbitrarily）性格づけることは許されない」という。⁽³²⁾（但し、アメリカはその後、本件の訴えを取り下げた。⁽³³⁾）

以上みてきたように、裁判所規程の当事国は相互主義の原則に基づいて自動的留保を援用しうるが、規程目的を逸脱するような権限の行使について「権力濫用」の成立を語ることは不可能ではない。すなわち、その留保の援用権は、真に国内問題である紛争の主題を裁判所の義務的管轄から排除するという目的のためにのみ行使されなければならない。もっとも、この場合、「権力濫用」理論が適用されるためには、訴訟の進行過程あるいは紛争付託前の交渉の過程で、紛争の主題が明らかに国際法の問題として性格づけられることが必要であるとみるべきであろう。

(2) 条約義務を回避する目的の慣習法上の権利行使

国際法は、国家が慣習法に基礎をおく権利を自己の条約義務を回避する目的で行使することを禁止する。この場合、その国家の権利は条約によって規律される主題に直接には関連しない。しかし、この権利が条約の特定の義務を回避する目的で行使されるときには、その行使は決して無制限に合法とされるものではない。⁽³⁴⁾ すなわち、条約の相手国に一定の権益（条約義務に対応する）を認めようとする条約目的から逸脱する「権力濫用」の行為が生ずるとされるのである。チェン（B. Cheng）によれば、一般に主権の行使は特定の条約義務との関係において誠実にあるいは合理的に行使されなければならないとし、その条約義務を回避することを目的とする権利の行使は「虚偽による権利行使」（fictitious exercise of a right）であり権力濫用を構成するとされる。⁽³⁵⁾ また、シオラ（L. Siora）は、そのような権利行使は国家が国際法の違法な目的をそれ自体合法的な手段によって追求する場合に当たるという。⁽³⁶⁾ ここで

は、かかる「権力濫用」の行為が国際法上禁止されうることを認めた先例をいくつか考察することにする。

常設仲裁裁判所の北大西洋沿岸漁業事件（一九〇一年）の一つの争点は、米国住民がいかなる範囲でイギリス領アメリカの漁業条約に基づく漁業の自由を享受しうるかであった。⁽³⁷⁾ その条約によれば、米国住民はイギリス領カナダの沿岸であらゆる種類の魚類を採取する自由をイギリス国民と同様に享受するとされた（第一条）。⁽³⁸⁾ 裁判所はこの点について、イギリスはアメリカの同意なしにその水域（領海）で規制権を行使しうるが、この規制は漁業条約を誠実に履行すべき義務に矛盾するものであってはならないとした。⁽³⁹⁾ すなわち、イギリスの規制権の行使はその条約に基づくアメリカ住民の漁業の自由を毀損しないような合理的な範囲内にとどまるべきであると判示したのである。⁽⁴⁰⁾ かくて、本件はイギリスの規制権の行使がアメリカ住民に一定の漁業の自由を認めるべきとする条約目的から逸脱するものとして、「権力濫用」の成立を認めた先例であるといえよう。⁽⁴¹⁾

まったく同様のアプローチは、上部サヴォアとジェクスの自由地帯に関する事件（一九三二年・常設国際司法裁判所）にもみられた。本件では、フランスはスイスとの国境地帯で関税障壁から免除される自由な地帯を維持する条約義務を負うとされたが、裁判所はこの義務に関してフランスによる「権力濫用」が発生しうることに論及した。裁判所によれば、フランスは関税以外の財政上の税の賦課および交通の規制のために、その国境で一定の警戒線を設けるという明白な主権を有するが、しかし、フランスが「警戒線という口実のもとに関税障壁を設けて、その（自由な）地帯を維持すべき義務を回避してはならない」とされた。⁽⁴²⁾

その他、オスカー・チン事件（一九三四年・常設国際司法裁判所）においても、「権力濫用」理論の適用可能性が認められたといつてよいであろう。すなわち、本件では、自国運送会社の利益のためにとられたベルギーの措置が、外国人の通商の自由を尊重すべきベルギーの条約義務に違反するものであったか否かが問題とされた。⁽⁴³⁾ 裁判所はその

判決で、問題のベルギーの措置がとられた状況において、ベルギーが条約の「義務を間接的な手段によって免れようとする」(d'arriver, par des moyens détournés, à éluder les obligations) 意図を有したか否かを問題にして、「権力濫用」理論を用いた。(但し、裁判所はこの理論の適用によって、ベルギーの措置が「権力濫用」に当たるとは認定しなかった。)

以上みたように、条約の目的を逸脱する「権力濫用」の行為(条約義務を回避する主権行使も含む)は、特定の条約に明示的な禁止規定がないときでも、その条約上の権利行使あるいはその条約に関連しうる慣習法上の権利行使について成立しうるとみて差支えないであろう。⁽⁴⁵⁾ もっとも、特定の条約の授權目的が複雑・不明確であるか、あるいはその条約義務の内容が必ずしも明瞭でない場合には、なお議論の余地がのこるであろう。そうした認定上の問題はあがるが、すでにみたようなタイプの「権力濫用」行為については、裁判所は条約の目的・義務を勘案して、この目的を逸脱する(義務を回避する)行為が国際法上禁止されうることを実際に認めているといえよう。

- (1) S. A. de Smith, *op. cit.*, p. 199.
- (2) 阿部泰隆、前掲書、八六―八七頁。橋本公亘、前掲論文、四五頁参照。
- (3) この点は、第二章、三・(三)・(3)で論及する。
- (4) 阿部泰隆、前掲書、八四頁。
- (5) 阿部泰隆、前掲書、八三―八四頁。
- (6) 阿部泰隆、前掲書、一三二頁。橋本公亘、前掲論文、四五頁参照。
- (7) S. A. de Smith, *op. cit.*, pp. 203-204.
- (8) 第二章、三・(三)・(1)参照。
- (9) 阿部泰隆、前掲書、一七一頁。橋本公亘、前掲論文、四五頁。この「比例性の原則」は、第二章、三・(四)の先例分析に関係す

- る。なお、主にドイツにおけるこの原則の意義・適用については、田村悦一『自由裁量とその限界』（昭和四二年）二二三―二四七頁参照。
- (10) なお、特定の条約が何ら介在しない場合に成立するとされる国家の「権力濫用」の先例については、本章、三・(白)および(四)でみることにする。
- (11) *U. N. R. I. A. A.*, vol. 2, p. 934.
- (12) *Id.*
- (13) *Id.*, p. 935.
- (14) *Id.*, p. 941.
- (15) *I. C. J. Reports* 1966, pp. 10-12 (Applications, Memorials).
- (16) *Id.*, p. 140.
- (17) *Id.*, p. 150.
- (18) *I. C. J. Pleadings* 1966, vol. 5, pp. 157-160.
- (19) *I. C. J. Reports* 1966, p. 425 (P. C. Jessup).
- (20) *Id.*, pp. 425, 433.
- (21) *Id.*, p. 437.
- (22) *Id.*, pp. 433, 441.
- (23) *Id.*, p. 480.
- (24) *Id.*, pp. 150, 152. 但し、彼はこの委任状の規定については、実際には悪意による裁量権の濫用しか発生しないであろうという (*id.*, p. 152)°
- (25) 高野雄一「任意条項の受諾と Automatic Reservation」(前原教授記念・『国際法学の諸問題』) 三〇三―三三四六頁。
- (26) *I. C. J. Reports* 1957, pp. 22-23.
- (27) *Id.*, p. 27.
- (28) *Id.*, pp. 91-94.

- (29) *Id.*, pp. 71-73.
- (30) *I. C. J. Pleadings* 1959, pp. 579-580.
- (31) *I. C. J. Pleadings*, Aerial Incident of 27 July 1955, 1959, p. 271.
- (32) *Id.*, pp. 305, 308, 323-324.
- (33) *Id.*, p. 676.
- (34) B. Cheng, *op. cit.*, p. 117.
- (35) *Id.*, p. 122.
- (36) L. Siorat, *op. cit.*, pp. 407-408.
- (37) B. Cheng, *op. cit.*, pp. 123-124; 尾崎重義, 「北大西洋沿岸漁業事件」(波多野里望・筒井若水編著『国際判例研究、領土・国境紛争』) 六五-六六頁。
- (38) 尾崎重義, 前掲書, 六三-六四頁。
- (39) B. Cheng, *op. cit.*, p. 125; 尾崎重義, 前掲書, 六七-六八頁。
- (40) B. Cheng, *op. cit.*, p. 125; 尾崎重義, 前掲書, 六八頁。
- (41) B. Cheng, *op. cit.*, p. 125.
- (42) *P. C. I. J. Series A/B No. 46*, p. 167; 横田喜三郎, 『国際判例研究II』 一〇頁。
- (43) *P. C. I. J. Series A/B No. 63*, p. 82; 横田喜三郎, 前掲書, 九七頁。
- (44) *P. C. I. J. Series A/B No. 63*, p. 86; 横田喜三郎, 前掲書, 一〇二頁。なお、この理論の適用可能性は、ハースト (Sir C. Hurst) 裁判官の反対意見でも肯定されている。*P. C. I. J. Series A/B No. 63*, p. 116.
- (45) なお、この点を肯定する見解として、国際司法裁判所の「未成年者の後見に関する一九〇二年の条約の適用に関する事件」でのスペンダー (Sir P. Spender) 裁判官の個別意見をあげることができる。*I. C. J. Reports* 1958, p. 120.

(未完)

Abuse of Rights in International Law (1)

Tomohito USUKI*

The question of whether the notion of abuse of rights can be recognized in the international sphere has been a controversial subject in the science of international law. Some international lawyers, whose interpretation of its sources is too rigidly positivistic, have asserted that the doctrine of abuse of rights does not exist in positive law on the ground that the doctrine has not secured explicit acceptance by States. Some have also said that the doctrine would unjustly emphasize the relativity of rights and would result, outside the judicial forum, in instability.

However, international judicial decisions and the teachings of many publicists show three ways of exercising a right which are often unacceptable in international law. The exercise of State sovereign right may be considered abusive: (1) because of the malevolent intent of the States, (2) because of the improper purpose for which the State seeks to evade treaty obligations or rules of law (*détournement de pouvoir*), or (3) because the interests of other States injuriously affected is more socially important than the right exercised (unreasonable balance between the conflicting interests involved). In this article, the author shows that the notion of abuse of rights under these three categories can be applied as a legal principle in international law. In fact, an examination of judicial practice shows that it has frequently been necessary to prevent antisocial use of rights in international society. Thus, it may safely be said that the prohibition of abuse of rights is a general principle of law, a part of the common stock of legal science, which enables international judicial organs to adjust the law to social changes.

* Assistant in International Law, Faculty of Law, University of Hokkaido