



Title	外交的保護に関する「埋没理論」の再検討
Author(s)	加藤, 信行; KATO, Nobuyuki
Citation	北大法学論集, 32(4), 173-217
Issue Date	1982-03-30
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16383">https://hdl.handle.net/2115/16383</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	32(4)_p173-217.pdf



外交的保護に関する「埋没理論」の再検討

加藤 信行

目次

はじめに

第一章 埋没理論

第一節 学説の系譜―埋没理論の形成―

一 ヴァッテル理論

二 ヘフター及びゲッフケン

三 ボーチャードの埋没理論

第二節 埋没理論の法的性格

一 埋没理論の具体的内容

二 埋没理論の根拠及び歴史的背景―ヴァッテル理論との異同―

三 埋没理論と被害者の救済

第二章 埋没理論に対する学説的批判

第一節 従来の学説

一 国際法上の義務説

## 二 国際法上の職能説

## 三 代理説

## 第二節 名目的請求者説

## 第三章 埋没理論の実際的検証

## 第一節 非埋没現象

## 一 損害額算定の基礎

## 二 個人による外交的保護の放棄

## 第二節 常設国際司法裁判所および国際司法裁判所の判例の考察

## 第三節 第二次大戦後の新傾向―国家裁量権の抑制―

おわりに

## はじめに

通説と考えられる権威ある国際法廷の判例によれば、外交的保護において主張されるのは、国家それ自身の権利であって個人の権利ではない。従って例えば、外交的保護を行うか否かは国家の任意に委ねられており、たとえ国家がそれを行使して外国から賠償を得たとしても、これを被害者個人に引き渡すべき国家の国際法上の義務は存在しないとされる。

外交的保護のかかる「国家的性格」は、通説によれば、「個人請求の国家請求への埋没」(merger of the private claim into the

national claim of the state) の理論でもって説明される。すなわち、外交的保護においては、国家が個人の外国に対する請求を採り上げることによって、個人の請求は国家の請求の中に埋没し、代って国家の請求のみが問題となる、と説明されるわけである。こうした見解に対しては、主として、個人の権利の保護・救済に役立たないとの実際上の理由から、外交的保護における個人の権利性を認める方向での異論が唱えられている。しかし、立法論としてはともかく、実定国際法を説明するものとしては、今なお「個人請求の国家請求への埋没」の理論が妥当する、との考え方が支配的である。

そこで本稿では、この通説的な理論を「埋没理論」と銘打ち、

この理論が実定国際法の解釈として真に妥当するか否かの再検討を行うとともに、より妥当な解釈理論を模索することとしたい。このような理論的考察にあたっては、個人の保護・救済の觀念に配慮しつつも、何にもまして、外交的保護の実態、先例に基づいた実証的な分析を心がけなければならない。論述の進め方としては、まず第一章において、埋没理論がいかなるものであるかを、学説の系譜を辿りつつ、とりわけヴァッテルの理論との対比において明らかにする。次に第二章では、埋没理論を批判する諸学説を吟味し、最後に第三章において、埋没「理論」が「現実」から遊離していないかどうか焦点を当てて、外交的保護の慣行、先例を分析し、実定国際法の解釈論として妥当と思われる理論を導き出すことを試みる。

## 第一章 埋没理論

### 第一節 学説の系譜——埋没理論の形成——

#### 一 ヴァッテル理論

外交的保護を行う国家は、自己の主張を正当化する根拠とし

て、しばしばヴァッテル (E. de Vattel) を援用してきた。例えば、一九〇三年に設置されたイギリス・ヴェネズエラ混合請求委員会が処理したマティソン (Mathison) 事件あるいはステイーヴンソン (Stevenson) 事件において、英国は、「国民に対する損害はその本国国家に対する損害であり、(国家の) 請求が満たされないかぎり、それはあがなわれないものである。国際法上外交的保護が認められているのは、この理論に基づく。英国政府はこの種の問題に際し、常にかかる原理に従って行動してきた」と主張し、次にのべるヴァッテルを参照している。<sup>(1)</sup>ここに引用されているのは、彼の名著『国際法』(一七五八年)の中の次の一節である。「ある市民 (citoyen) を虐待する者は、何人たるを問わず、この市民を保護しなければならぬ国家を間接的に侵害するものである。この市民の主権者は、その侮辱の仇を討たなければならず、できれば、加害者に完全な賠償を強制しあるいは彼を処罰しなければならぬ。なんとなければ、然らざるときは、その市民は、市民社会の主要な目的たる保護を得ることができないからである。」<sup>(2)</sup>ここでは、「個人の蒙った損害は、単に個人のみに関わる私的なものではなく、その個人の所属する国家全体に関わる国家的なものとする考え方」、つまり「個人損害即ち国家損害とする考え

方」が表明され、それに基づいて国家による復仇行為が説明されており、<sup>(4)</sup>原始的な部族社会における集団的復讐 (Vengeance collective) の観念の近代的な法的定式化をそこに読み取ることができ<sup>(5)</sup>。復仇制度史上、中央集権的な近代国家の誕生を契機としてそれまでの私的復仇 (private reprisals) の制度は衰退し、一八世紀までには消滅した<sup>(6)</sup>。代つて登場した公的復仇 (public reprisals) は、国家をその遂行主体とし、かつそれは、懲罰的な性格を帯びるに至つた<sup>(7)</sup>。右のヴァッテルの一節は、一八世紀当時の公的復仇の性格をよく表わしていると思われるが、同時に、現代の外交的保護制度の理論的根拠を提供し<sup>(8)</sup>、外交的保護の国家慣行及び仲裁裁判がその後積み重ねられる端緒となつたのである<sup>(9)</sup>。

このようにヴァッテルの一節は外交的保護制度の発達にきわめて重要な役割を演じたのであるが、他方、ヴァッテルが今日の外交的保護とは幾分異なる文脈の中でこれを論じていたことも否定し得ない。その一節は、『国際法』の第二巻第七章『一国がその市民の行為においてなし得る役割』の中で述べられており、この表題からもわかるように、その章は、それまでの章で国家ないし主権者の加害行為について考察したのに続けて、私人が、外国ないしその国民に損害を与えた場合について言及したものである<sup>(10)</sup>。し

かも、加害者たる個人が被害者の本国領域内で犯した損害が、主として念頭に置かれて<sup>(11)</sup>いる。つまりそこでは、加害行為がどこであるかは必ずしも問わず、ある国の国民が他国ないし他国国民に対して与えた損害一般についての国際法上の問題を、加害行為の側面から論じていると解される<sup>(12)</sup>。従つて、現代の典型的な外交的保護が、「外国人が在留する国家においてその身体や財産を侵害され、損害を受けた場合に、その者の本国が在留国に適當な救済を与えるよう要求すること」と一応定義づけられる<sup>(13)</sup>のに対して、ヴァッテルはこれとは異なる一連の諸問題を想定していたと考えられる<sup>(14)</sup>。

また、右の一節だけを抽出して、これを現代の外交的保護制度に照らしてみると、不合理な側面を生ぜしめるといわなければならぬ。外交的保護の権威ボーチャード (E. M. Borchard) は、ヴァッテルの「個人損害即ち国家損害」の理論を次のように批判している。すなわち、市民が外国において侵害されたからといってその本国ないし人民 (People) が侵害されたことにならないし、また、市民は国家の人格を備えるもの (personification) ではなく、外国は、市民に対する損害について、その本国国家 (Nation) に対して責任を負うものではない。当該外国として

は、被害者個人に損害の回復を可能にさせる行政上、司法上の諸制度を用意し、その諸制度を忠実に機能させて、裁判拒否 (denial of justice) を防ぐ義務があるにすぎない<sup>(15)</sup>。より具体的に言うと、現行の外交的保護においては、まず第一に、その行使が国家の裁量の下になされ、その際市民の利益とは区別された全体としての国民の利益が考慮され、第二に、国内的救済完了の原則が適用され得るし、第三に、国籍継続の原則が認められているのであるが、これらのことが、ヴァッテルの「市民の一身における国家に対する間接損害」の理論によっては説明されない<sup>(16)</sup>、とするのである。

実際、第一に、ヴァッテルは国民 (Nation) ないし国家という概念を主権者とその臣民とから成る有機的統合体ととらえていたとの指摘<sup>(17)</sup>や、そこには「個人の請求と国家の要求との融合」が存在するとの指摘<sup>(18)</sup>があるが、そのことからわかるように、ヴァッテル理論からは、必ずしも個人の請求と区別された国家の請求を導き出すことはできない。しかもヴァッテルは、国家は被害者個人を保護「しなくてはならない」<sup>(19)</sup>と述べており、これを現代の外交的保護に即して考えると、外交的保護を行うのは国家の国際法上の義務であるとの立場、あるいは国家は被害者個人の代理であ

るとの立場をとっていたとみることも可能である<sup>(20)</sup>。従って、後述するような、国家は自己の裁量の下に国家それ自身の請求を行うのであって、これを行使すべき義務は課せられていないとする現代の通説的理解とは、明らかに異質なものを含んでいるといえる。

第二に、国内的救済 (完了) の原則は、インターハンデル事件判決 (一九五九年) で国際司法裁判所が明示的に述べているように、十分確立された国際法上の原則であるが、この原則をヴァッテル理論がうまく説明し得ないことは、次のアメラシング (C. F. Amerasinghe) の指摘からも明らかであろう。「もしも本国国家の実質的な権利が侵害されているのだとすると、何故、それに続く救済のための権利——国家の外交的保護権 (筆者注)——は、被害を受けた在外国民が加害国における国内的救済を尽くしていることをその条件とするのか、また、いかにして、その被害者の苦情の加害国国内での満足が彼の本国国家に対する侵害を拭い去るのか、理解するのは困難である」<sup>(21)</sup>。

第三に、ヴァッテル理論によれば、国家は、被害者が単に損害発生の時点で自国民でありさえすれば、それを国家自身が被った損害として外交的保護を発動し得ることになる。その後被害者の

国籍が他国に移ったとしても、国家自身が被った損害はすでに発生しているのであるから、これに基づく国家の外交的保護にはなら影響は及ばないことになる。<sup>(24)</sup> 実際、クラオス (H. Kraus) は、ヴァッテル理論のかかる論理的帰結を、外交的保護権行使のための国籍の要件として忠実に反映させ、損害発生の特時点で被害者の本国であった国家は、その後その国籍が変更されたとしても外交的保護権を發動し得るとした。<sup>(25)</sup> 同様にステイヴンソン事件において、ヴァッテル理論を援用する英国は、請求者の国籍変更は国家自身の損害に基づく請求に対してなら影響を及ぼすものではない、と主張した。<sup>(26)</sup> しかるに、常設国際司法裁判所もパネヴェジス・サルツティキス事件判決 (一九三九年) で事実上認めている<sup>(27)</sup> ように、国籍継続の原則は確立された国際法上の規則になっている<sup>(28)</sup> といえる。ステイヴンソン事件では、結局この原則が適用されて英国の主張は斥けられたし、<sup>(29)</sup> また、一九六五年の国際法学会ワルシャワ会期における決議、「個人が被った損害に基づいて國家が請求する国際的請求の国民の性格 (caractere national)」（第二条）においても、請求提出時に国籍の存在することが要件とされている。<sup>(30)</sup> この確立された原則をヴァッテル理論によって十分に説明することは困難であるといわなければならない。

以上のように、一八世紀におけるヴァッテルの所論は、国家による外交的保護の發動を根拠づけるものとしてこの制度の発展に寄与したにもかかわらず、これを、一九世紀以降に制度化された<sup>(31)</sup> 外交的保護の理論づけに適用するのは、容易でない<sup>(32)</sup> だけでなく、むしろ正しくないとされる。要するに、ヴァッテルは、この制度の「精神的な父」<sup>(33)</sup> の地位にとどまり、その理論は、現代の実定法解釈論としての通説たる埋没理論とは区別されるべき性質のものといえよう。

## 二 ヘフター及びゲッフェン

そこで次に、現代的な外交的保護の慣行が定着し出した後に、これについて見解を表明している初期の国際法学者の立場を検討する必要がある。一九世紀中葉、当時の国際法の実証的体系化を試みた代表的著作として、ヘフター (A. W. Heffter) の『現代ヨーロッパ国際法』(Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart) をみる<sup>(34)</sup> ことができる。(因みにパリー (C. Parry) によれば、外交的保護の問題を初めて系統立てて取り扱ったことの名誉は、ヴァッテルにというよりも、むしろヘフターに与えらるべきであるとされる。)<sup>(35)</sup>

ヘフターは、国家と臣民との臣属関係 (Untertan=Verhältnis) が存続する限りにおいて国家に帰属する四つの諸権限のうち、第一に次のものを挙げる。すなわち、「外国ないしその国民に対する自国民の正当な要求に際して、並びに外国の侵害に対する彼の合法的な防衛において、それが一個人たる臣民にすぎないとしても、これを国際法上の方法で支援し、また彼の代理 (Vertretung) を引き受けて、起こり得る権利侵害を取り除く」という権限、否、それどころか義務 (Befugnis, ja Verpflichtung) があるとする。国籍の機能として書かれたこの箇所こそ、現代の外交的保護の問題に対応する部分と考えられるが、ここでは、いまだ現在の通説に対応する見解は見当らない、少なくとも意識的に述べられてはいない、ということがわかる。本国国家の請求は在外自国民の「代理」としてなされる、とされているし、また、国家のその自国民に対する「諸権限」についての記述を進めている中で、Ius protectionis civilis に関するこの部分だけは、他の三者と異なり、ことさら「権限、否、それどころか義務」であるとしているからである。

もっとも、本書第七、八版の編者ゲッフェン (E. H. Geffcken) は、第八版 (一八八八年) において、この点に関する比較的詳細

な補注を施している。それによると、ひとたび外国の領域内に入った個人は、その地の法秩序に服さなければならず、ある私人が彼の権利を侵害した場合には、その地の警察 (Police) 及び裁判所の保護を求めなければならないのであって、被害者の本国は、裁判拒否がない限り干渉してはならない、とされる。さらに、他国の債権者である国民に関する保護は、(本国国家の) 裁量に依り、原則として国民のほうは傍観していなければならない、とされる。<sup>(38)</sup>つまり、国内的救済完了の原則が外交的保護の問題において適用されること、外交的保護権の行使は国家の裁量的行為であり義務ではないこと、が明確にされている。ヘフター自身の著述に比べ、ほぼ現代の外交的保護制度及び通説に合致するような修正が施されたといえよう。逆の見方をすれば、かかる補遺をせねばならないほど、ヘフターの見解がゲッフェン当時のそれと異なるものであったともいえる。同一書物の中に垣間見られるこうした学説の変化は、おそらく、諸国の慣行の法的成熟の度合いに対応するものであろう。

ところで、一九世紀における外交的保護制度の発展の契機となつたのは、英国の外相パーマストン卿 (H. J. T. Palmerston, Lord) が遂行したドン・パシフィコ (Don Pacifico) 事件である

とされる<sup>(39)</sup>。これは、アテネ在住のパンフィコが一八四七年に暴徒による侵害を被ったとして英国政府に保護を要請したのに対し、政府が一八五〇年、海軍を派遣して損害賠償の支払をギリシア政府に約せしめた事件である<sup>(40)</sup>。これに関する英国議会の討論において、外相パーマストンは、在外国民外交的保護の大義を開陳し<sup>(41)</sup>、国内的救済完了の原則を前提とした上で、本件のように加害国国内での十分な救済を期待し得ない場合はその例外であるとした<sup>(42)</sup>。この事件に見られるように、パーマストンは在外国民を守るため英国の權威と海軍とを積極的に利用した<sup>(43)</sup>。国内にいる外債保有者の保護については、英国は当初消極的であったが<sup>(44)</sup>、一八四七、四八年を転機として外交交渉の対象とするようになり、その際、介入するか否かは政府の裁量に依ることが宣言されている<sup>(45)</sup>。

以上のようなパーマストンの活動は、右の『現代ヨーロッパ国際法』第八版の注釈の主たる基礎となっており、一九世紀半ばを転機として形成されていった現代外交的保護の慣行——国内的救済完了の原則が外交的保護の要件として発展するものこの頃からである<sup>(46)</sup>——が、一八八八年の時点でほぼ「法的確信」をヨーロッパ諸国において得ていたことが推測される。この点、一八八〇年に同じくゲッフケンがコメントを加えた第七版には、かかる注

釈が欠けていることは注目に値しよう。要するに、慣習国際法として今日一般に認められている外交的保護の規則及び通説は、ヴァッテル同様、ヘフターの主著における叙述の中にも見出し難く、ゲッフケンの編集、注釈によるその第八版に至ってようやく、これに類するものを認め得るといえる。

### 三 ポーチャードの埋没理論

一九世紀末期から二〇世紀の初期にかけて外交的保護の問題が国際関係とりわけ大国と小国との関係における重要な関心事項となつたことを反映して、この問題を国際法の重要な一分野として体系的に取り扱つたポーチャード<sup>(47)</sup> (E. M. Borchard) の『在外国民の外交的保護』(Diplomatic Protection of Citizens Abroad, 1915) が登場した。現在一般に使われる「外交的保護」という術語は本書に由来するものである<sup>(48)</sup>。彼の実証的な論証は諸学者の注目を集め<sup>(49)</sup>、外交的保護に関する現在の通説を代表するものといえる。

ポーチャードはまず、国際法は国家間の関係のみを規律するものであり個人は国際法が諸国に帰属させる権利・義務の受益者にすぎないことを確認した後<sup>(50)</sup>、外交的保護は、国家の法的義務ではなく、専ら国家の権利である、とする。なぜならば、本国国家

は、自国民が外国で被った損害が本国による保障を受けるに足るだけの重大性を備えているかどうかについて、国家の政治的考慮に基づき、国家独自の裁量によって決定し得るのであって、国際法上のみならず国内法上も、国家に対して保護の履行を強制させる法的手段は存在しないからである。<sup>(53)</sup> 彼はこのように個人には外交的保護に関する権利がないことを述べているのであるが、但し、国民に対する侵害に基づく請求と、特定私人に対する侵害に基づく請求との間に明白な区別が存在することを認める。<sup>(54)</sup> これを認めなされ得る(外国からの損害賠償) 裁定額の分配においても、個人請求者が、なんらその請求に対する法的に執行可能なコントロールを持たないということは疑いを容れない<sup>(55)</sup>とされるのである。

このように、「その性質上国際的な手続」である外交的保護を行使し得るのは、主権的能力を持った国家のみであり、これを義務づけるいかなるものも存在しないことから、もともと個人が被った損害であるのにその損害に関するあらゆる権利が本国国家に帰属するとされるのである。そして、このことを説明するために用いられたのが、次のような「埋没」の理論であった。

「(被害者個人の) 請求は、政府とその自国民という関係においては、幾分個人のもの(private)と考へ得る。その請求を政府が採り上げ(sponsoring)て、これを外交的に債務者たる政府に提出するとき、その請求は国際的な性格のものとなる。個人の請求がこのようにして採り上げられるとき、それは、政府の公的な要求の中へと埋没する(the private claim becomes merged in the public demand of the government)のであって、その結果、国際的な見地からすれば、政府が、その請求を自己自身のものとする<sup>(57)</sup>ことによって、請求者(party claimant)たる性格を帯びることになる。」そして、このような理論が採用された一例として、メイン号(the Maine)事件を挙げている。この事件は、米国軍艦メイン号がスペインによって爆破され、その乗組員が損害を被った事件であるが、スペイン条約請求委員会は、乗組員の申し立てを却けた理由の中で次のように述べている。個人の請求が、その一身に損害を被った将校および乗組員のために生ずることはない。請求は全く国家的なものであり、将校、乗組員らの被ったすべての損害は、国家の損害の中に「埋没」するのである。従って彼らの唯一の救済は、本国政府からの恩恵的な賜金(Gratuitous bounty)による<sup>(58)</sup>と。

以上のように、ポーチャードによれば、外交的保護の作用として、個人の外国に対する要求を本國国家が採り上げるとともに、請求そのものが、国家が自己自身のものでしてなす要求へと質的に転化するとされる<sup>(6)</sup>。そこでは、実際の被害者が私人であろうと、外交官、領事、公船の乗組員といった公的地位にある者であろうと、國際的請求における権利主体は一律に国家であるとされる。本稿では、以下、このような通説的見解、すなわち、外交的保護において主張される被害利益は国家のそれであり、手続上のみならず実体上も国家が権利主体であるとして、被害者個人の権利性を否定する見解を、「埋没理論」と称することにし、その意味するところを吟味しつつ、それが今日の実定國際法を説明するものとして妥当かどうかの再検討を試みたい。

## (1)

- (1) *United Nations, Reports of International Arbitral Awards* (以下、U. N. R. I. A. A. と略す) (1974), Vol. X, pp. 495, 501.
- (2) Emer de Vattel, *The Law of Nations* (1758) (Classics of International Law, ed. C. Fenwick, trans. 1916), p. 136.
- (3) 田畑茂二郎「外交的保護の機能変化」(一)『法学論叢』五二卷四号) 一一二頁。

- (4) See Erik J. S. Castrén, "Some Considerations upon the Conception, Development, and Importance of Diplomatic Protection," *German Yearbook of International Law*, Vol. II (1962), p. 43. なお、復讐については『國際法』の他の部分でまとめて取り扱われている。Vattel, *Le Droit des gens ou principes de la naturelle* (1758), Deutsche Übersetzung von W. Euler, *Die Klassiker des Völkerrechts*, 1959, Buch II, Kapitel XVIII, § 342—§ 354, S. 358—364.
- (5) Edwin M. Borchard, "The Protection of Citizens Abroad and Change of Original Nationality," *Yale Law Journal*, Vol. 20 (1934) No. 4, p. 361; *Ann. I. D. I.*, Vol. 36—I (1931), p. 256; Pierre Michel Blaser, *La Nationalité et la protection juridique internationale de l'individu*, 1962, p. 27.
- (6) Evelyn Speyer Colbert, *Retaliation in International Law* (1948), pp. 14—15.
- (7) *Id.*, pp. 51, 54—55, 60; Paul de Visscher, "Cours general de droit international public," *Recueil des Cours*, tome 36 (1972—II), p. 155. 寺沢「復讐制度の成立」(二・完)『國家学会雜誌』七六卷一・二二頁) 一一四頁。
- (8) *Ann. I. D. I.*, Vol. 36—I (1931), pp. 256—257; Joseph Cuthbert, *Nationality and Diplomatic Protection: The Commonwealth of Nations* (1969), p. 2; Blaser, *loc. cit.*

note 5.

- (9) Richard B. Lillich and Stephen C. Neff, "The Treatment of Aliens and International Human Rights Norms: Overlooked Developments at the UN," *German Yearbook of International Law*, Vol. 21 (1978), p. 97.
- (10) Vattel, a. a. O., Anm. 4, Buch III, Kapitel VI, § 71, S. 217. もっとも、ヴァン・ベンフィスによれば、これは加害者が国家である場合の意味も含むとされる。H. F. van Panhuys, *The Role of Nationality in International Law* (1959), p. 60.
- (11) Vattel, a. a. O., Anm. 10, Buch II, Kapitel VI, § 75, 76, S. 218—219
- (12) F. S. Dunn, *The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law* (1932), p. 49.
- (13) 大蔵省編『外交的保護』（国際法学会編『国際法辞典』鹿島出版会 一九七五年）七三頁。ただし、「在留」は必ずしも条件とされない。高野雄『国際社会における人権』（岩波書店 一九七七年）五七—六〇頁、広瀬善男『国家責任論の再構成』（有信堂 一九七八年）三〇—五頁。また、公海上における場合も外交的保護の範疇に含め得るであろう。田畑茂二郎『国際法Ⅰ（新版）（法律学全集）』（有斐閣 一九七三年）四七七頁参照。
- (14) Dunn, *op. cit.* note 12, pp. 49, 52; Cuthbert, *loc. cit.*

note 7. この点、ダンは「より狭い」とするのに対し、クルースベートは「より広い」枠組で論じられたとするが、これは、蓋し、視点のちがいによる相違にすぎない。ダンは、現代の外交的保護の範疇のうち国家機関が犯す場合が欠除している点を、クルースベートは、およそ私人が犯した不法行為の国家責任が加害行為地のいかに問わず問題とされている点を、各々とらえたと思われる。

- (15) *Ann. I. D. I.* Vol. 36—I (1931), p. 264.
- (16) Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad: or the Law of International Claims* (1915), pp. 351—352; See *id.*, pp. 666—667.
- (17) Dunn, *op. cit.* note 12, p. 52; Frank G. Dawson and Ivan L. Head, *International Law National Tribunals and the Rights of Aliens* (1971), p. 2; Borchard, *op. cit.* note 5, p. 362. 広瀬善男『国家責任論の再構成』（有信堂 一九七八年）一八四—一八五頁。
- (18) Blaser, *loc. cit.* note 5.
- (19) もっとも、W. Euler の独語訳 (Vattel, a. a. O., Anm 4, S. 217.) では、この箇所が単に、「保護者としての国家」とされている。
- (20) Borchard, *op. cit.* note 16, p. 29; Borchard, *op. cit.* note 5, p. 363; Karl Doehring, *Die Pflicht des Staates zur Gewährung diplomatischen Schutzes: Deutsches Recht*

- und Rechtsvergleichung* (1959), S. 10; Castrén, *op. cit.* note 4, pp. 43, 46 note 51; Dawson and Head, *op. cit.* note 17, p. 8.
- (21) *I. C. J. Reports* 1959, p. 27.
- (22) 大塚重雄「国内的救済原則の適用の限界」(『法字論叢』七六卷一、二号)六七頁。皆川汎『國際訴訟序説』(鹿島研究所出版会 一九六三年)一三三頁。
- (23) Chittharanjan F. Amerasinghe, *State Responsibility for Injuries to Aliens* (1967), p. 62.
- (24) *Id.*, p. 61; Charles de Visscher, *Theory and Reality in Public International Law* (1957), p. 273; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 3rd ed. (1979), p. 482; Clyde Eagleton, "International Organization and the Law of Responsibility," *Recueil des Cours*, tome 76 (1950-I), p. 354; Blaser, *op. cit.* note 5, p. 35; Paul de Visscher, *op. cit.* note 7, p. 165.
- (25) *Ann. I. D. I.*, Vol. 36-I (1931) pp. 481—482.
- (26) *U. N. R. I. A. A.*, Vol. K, pp. 495, 498.
- (27) 裁判所は、「請求は、その提出時のみならず損害を被った時点でも自国民に関するものであることを要する、この規則」が遵守されていないという被告国リトアニアの抗弁を正当と認めて、損害発生時に被告会社が原告国たるエストニアの国籍を有していたことを立証する責任があるとした。他方、請求提出時における国籍関係の存在については争われていない。(1939) *P. C. I. J. Series A/B*, No. 76, p. 16. 皆川汎編著『國際法判例集』(有信堂 一九七五年)四七六頁。
- (28) 例えばクスニートは、この原則は共通の裏書きを得ており十分承認されているとする。Cuthbert, *op. cit.* note 7, p. 31. もつとも、これを認めない見解もないわけではない。一九二四年の独米混合仲裁委員会におけるパーカー(Parker)判事の行政決定第五号では、「一般に認められた原則がどうか疑わしい」とされる。“Administrative Decision No. V [October 31, 1924],” *A. J. I. L.*, Vol. 19 (1925), pp. 612—613.
- (29) *U. N. R. I. A. A.*, Vol. K, p. 510; See Hubert W. Briggs, *The Law of Nations* (2nd. ed., 1953), p. 735.
- (30) *Ann. I. D. I.*, Vol. 51-I (1965) p.261.
- (31) Dunn, *op. cit.* note 12, p.53—55.
- (32) *Id.*, p.52.
- (33) *Id.*, p.48.
- (34) くフターに関する簡潔な紹介として、宮崎繁樹「くフター」(國際法学会編、前掲『國際法辞典』六一三頁)。
- (35) Clive Parry, "Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law," *Recueil des Cours*, tome 90 (1956-II), pp.657—658.
- (36) August Wilhelm Heffter, *Das Europäische Völkerrecht*

- der Gegenwart auf den bisherigen*, achte Aufl., bearbeitet von F. Heinr. Geffcken (1888), S.135.
- (37) ペリーは、ヘンターを現代外交的保護の先駆者と認める根拠として、国際不法行為に関する叙述の箇所 (Ebenda., §101—§104) を引き合いに出しているが (Parry, *op. cit.* note 35, p.658 note 1)、そこでは、国家が国際責任を追究し得る諸態様が類型化されているのみであって、外交的保護における被害者個人と本国との関係という本稿での問題については触れられていない。
- (38) Ebenda., S. 136—137, Anm. 2.
- (39) Lillich and Neff, *op. cit.* note 9, p.98 note 6.
- (40) Jasper Ridley, *Lord Palmerston* (1970), pp. 506—520.
- (41) Lillich and Neff, *loc. cit.* note 39 ; R. B. Lillich, “Duties of States Regarding the Civil Rights of Aliens,” *Recueil des Cours*, tome 161 (1978—III), p. 350.
- (42) Colbert, *op. cit.* note 6, p. 70 ; Elihu Root, “The Basis of Protection to Citizens residing Abroad,” *A. J. I. L.*, Vol. 4 (1910), p. 522.
- (43) Ridley, *op. cit.* note 40, pp.486—494 ; Leland Hamilton Jenks, *The Migration of British Capital to 1875* (1927), p. 119.
- (44) *Id.*, pp. 119—125.
- (45) *Id.*, pp.124—125. 吉岡昭彦「イギリス自由主義国家の展開」(『岩波講座・世界歴史(110・近代7)』岩波書店 1971年) 10頁。
- (46) A. A. Cançado Trindade, “The Birth of State Responsibility and the Nature of the Local Remedies Rule,” *Revue de droit international de sciences diplomatique et politiques*, tome 56 (1978), p. 157.
- (47) A. W. Heffter, *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen*, siebente Aufl., bearbeitet von F. H. Geffcken (1882), S. 132. Anm. 2.
- (48) Dunn, *op. cit.* note 12, pp. 56, 58.
- (49) *Id.*, p.60.
- (50) *Id.* もともと「外交的領事的保護」という名がそれ以前に使われていたことがある。Francis Rey, *La Protection diplomatique et consulaire dans les échelles du levant et de barbarie* (1899). 領事もいわれる外交的保護を行う場合があることに鑑みれば、「外交的領事的保護」のはうが、比較的妥当であるといえよう。「外交的保護」という用語自体の不適切性を指摘するものとして、Castrén, *op. cit.* note 4, p.38 ; Maximilian Koessler, “Governmental Espousal of Private Claims before International Tribunals,” *Chicago Law Review*, Vol. 13 (1945), p. 180.
- (51) 例えば、Dunn, *op. cit.* note 12, p. 1 ; George Scelle, “Règles général du droit de la paix,” *Recueil des Cours*,

tome 46 (1933-W), p. 656.

(32) Borchard, *op. cit.*, note 16, p. 16.

(33) *Id.*, pp. 29—30, 356.

(34) *Id.*, pp. 357, 360, 362—363.

(35) *Id.*, p. 357.

(36) *Id.*, pp. 356, 357.

(37) *Id.*, pp. 356—357.

(38) *Id.*, pp. 361—362.

(39) 田畑・前掲「外交的保護の機能変化」(一)一九八、二〇〇頁。

## 第二節 埋没理論の法的性格

### 一 埋没理論の具体的内容

埋没理論から派生的に導き出される諸原則について、つまり埋没理論が具体的にいかなる内容を持つかについて、まず整理しておく必要がある。例えばコンバコ (J. Combacon) のように、埋没 (substitution) 理論に由来する帰結を簡潔に二つに分けて論じること(1)もできるが、次のように四つに分類して考えることが可能であろう。

第一は、国家の権利行使の任意性である。ボーチャードによれ

ば、国家は外交的保護の権利を行使するか否かについて全く自由な裁量権をもち、その許否の判断にあたっては、国家の政治的外交的な考慮がはたらく。(2) 国家は、個人の請求がいかに正当な根拠に基づくものであろうともこれを保護する義務を負わないし、逆に、個人の請求がなくても、さらには個人の意思に反してでも、外交的保護権を發動し得る。(3) 個人が自己の権利を放棄したとしても、国家は、その市民という人格において国家に加えられた侵害に基づく請求を遂行することを妨げられないのである。(4) 従って、例えば個人が加害国との契約の中で、本国政府の外交的保護には訴えない旨のカルボ条項を挿入していたとしても、国家はそれに拘束されることなく外交的保護権を發動し得ることになる。(5) 第二は方法の任意性である。外交的保護権を發動した場合でも、いかなる方法で紛争を解決するか、どのような内容の請求を提出するかは、国家の任意に委ねられる。(6) 単なる請求の提出や外交交渉、あるいは、より法的な手続としての調停、仲裁裁判、司法裁判への付託等、様々な方法が考えられる。(7) ひとたび外国に提出した請求を撤回することも国家の自由である。(8) 第三は損害の異質性である。コンバコによれば、伝統的理論では、個人が金銭賠償を欲していようと、国家は、加害者の処罰とか陳謝などを要求して

「全く象徴的な償い」で満足してもよい。損害賠償を請求する場合でも、国家は、国家が被ったと考えるいわば抽象的な損害についてその回復を求めるのであって、直接の犠牲者たる個人が実際に被った損害は、賠償額の算定にあたって必ずしも考慮されない。この点について、常設国際司法裁判所は、一九二八年のホルジョウ工場事件判決（本案）において次のように述べている。

「損害を被った個人の権利ないし利益は、その同一の行為が同様に侵害を与え得るところの国家の権利と、常に異なる平面上にある。従って、個人が被った損害は、決して国家が被るであろう損害と実質的に同じものではない。それは、単に、国家に支払われべき償いの一つの恰好の尺度を提供し得るにすぎない。」<sup>(9)</sup>「第四は、賠償の国家への帰属性である。賠償が支払われる場合でも、その賠償を受け取るのは国家であり、被害者個人ではない。ポーチャードによれば、それを被害者個人に返還すべき国家の国際法上の義務は存在しない。」<sup>(10)</sup>

以上のように、埋没理論によれば、外交的保護のあらゆる段階において国家の裁量権が認められており、コンパコの言葉を借りれば、「個人の請求は国家の請求の背後へと完全に消滅する」と<sup>(12)</sup>される。

## 二 埋没理論の根拠及び歴史的背景——ヴァッテル理論との異同——

では、かかる理論が生れた原因及び歴史的背景はいかなるものであろうか。まず埋没理論の根拠について、田畑茂二郎教授は、「国際法主体性の問題と個人要求の国家要求への転化の問題との間には直接の関係はない」<sup>(13)</sup>ことを以下のように説明される。

田畑教授によれば、この埋没の事態は、単なる要求主体の変更のみならず、「個人の私的な利益の侵害を理由とする要求から、国家の公的な利益の侵害を理由とする要求への、要求そのものの実質的な変更」を意味している。ところで、国際法上の権利、義務の主体たり得るのは個人ではなくて国家のみである、ということから当然に認められる結果は、国家の行為として要求がなされるといふ単なる主体の変更にすぎないから、このことだけならば、「要求の実質そのものは個人の要求の延長として、個人の要求をその実質的な同一性を維持しながら」国家が要求を提出することも可能である。従って、「要求の実質そのものの変更は、決して人々のいうように個人が国際法上権利義務の主体たり得ないことの当然の結果ではない。」<sup>(14)</sup>教授はこのように論じた後に、結局、埋没理論の「観念的な根拠」を、ヴァッテルの「個人損害即

ち国家損害とする考え方<sup>(15)</sup>の中に見出し出すのである。

確かに田畑教授が言われるように、埋没理論の根底にはヴァッテル理論、すなわち個人損害を国家損害と同視する考え方が横たわっていることが十分に推測される。実際ボーチャードは、外交的保護制度には、原始的な集団的復讐の観念、及びその近代的な法的定式化としてのヴァッテル理論が反映されていることを認識して<sup>(16)</sup>おり、ヴァッテル理論を批判してその修正を迫りつつも、これを外交的保護発動の根拠として<sup>(17)</sup>いる。彼は、「アメリカ市民に對する損害から生ずる國際的請求において、個人の請求は公的要求の中に埋没するのであって、市民の一身における國家に對する損害が、理論上申し立ての主題となる」<sup>(18)</sup>（傍点筆者）とも述べている。前述のメイン号事件においても、乗組員個人の損害が「國家の損害に埋没」するとされたのであった。

しかしながら、埋没理論成立の理由を考えるにあたっては、その根底にヴァッテル理論が存在することを過度に強調すべきではなく、國家のみを國際法上の主体としてきた伝統的な理論を無視すべきではないであろう。ヴァッテルの一節に依拠するかぎり、外交的保護は國家の義務であるとの理論または國家は個人の代理であるとの理論が成り立ち得ることは前述の通りであるが、この

ことからわかるように、個人損害は國家損害であるとの考えのみによっては、埋没理論を十分に説明することはできない。なぜならば、個人損害は國家損害であるというだけでは、ただ國家がその損害に基づいて請求を提出することが根拠づけられるのみであり、なお依然として、個人がその損害について加害者に損害賠償その他の請求権を有することは必ずしも否定されないからである。もしも個人が國際法上の權利主体たり得るならば、たとえ個人損害が國家損害であるとしても、必ずしも個人の要求が國家の請求に埋没し消滅し去ることにはならない。これは、例えば個人の國際法廷における出訴権が認められる場合を考えれば明らかであろう。逆に、國家のみが國際法上の主体とされるならば、個人は國際法の平面に姿を現わすことはなく、従って、權利を行使するか否か、得られる賠償をいかに処分するかなどについて、個人の意向はなんら國際法に反映されないであろう。田畑教授御自身が後に述べておられるように、「國家が國際法の主体として國際法上の要求を提出しうるとされる事態はさまざまの意味を持ち得る」<sup>(19)</sup>のであって、國家の權利ないし利益に對する侵害を理由として外交的保護が行われるという事態をも包含し得るのである。

かくて、伝統的な國際法学において國家のみが國際法上の主体

として構成されてきたことが、埋没理論成立のための必要条件であったことがわかる。<sup>(21)</sup> 歴史的に見ると、ヴァッテルにおける「個人の要求と国家の請求との融合」が「一九世紀に入り、……個人の私的利益と国家の主権の利益の概念が範疇的に分離されるに至る<sup>(22)</sup>」<sup>(23)</sup> としてようやく、個人請求の国家請求への質的転化の理論、すなわち埋没理論が成立したと考えられる。要するに、ヴァッテル理論は、外交的保護が公的復仇としての性格をとどめているために、その発動の根拠とされ得るものであっても、埋没理論における外交的保護の国家性を説明し尽くせるものではないといえよう。

そこで、敢えて埋没理論が登場した歴史的背景の考察を試みるならば、それは、外交的保護が法的に制度化されていた一九世紀、なかんずく、ゲッフェンがその見解に大幅な補充を行った一八八〇年代に向けられるべきであろう。一八七〇、八〇年代から一九一四年に至る一時期は、周知のように、帝国主義の時代といわれている。<sup>(24)</sup> この帝国主義は、「その典型においては、民族国家の対外的膨張」であり、「資本主義の担い手である個別の企業や銀行は、政府を主体とする国民経済の中に編入され……保護主義や干渉主義の主張が主力となる」のであって、その「保護や干渉の主体は、もちろん個別の企業や個人ではなく、政府であるから、そ

の程度や性質は往々恣意的なものとならざるをえない<sup>(25)</sup>」のであった。ジェサップ (P. C. Jessup) によれば、外交的保護に関する国際法の発展の歴史は、帝国主義の歴史の側面である。<sup>(26)</sup> また、ロブレス (G. Rolfs) は、外交的保護のルールを「一九世紀拡張主義から生じた、ヘーゲル哲学の影響の一産物」であるとさえ表現したとされ、<sup>(27)</sup> さらに、ロイ (S. N. G. Roy) は、国家の外交的保護権が帝国主義推進の法的装置とされたと同時に帝国主義が外交的保護の発展を助長した、と述べている。<sup>(28)</sup> 他方、ダン (S. Dunn) は、外交的保護制度は、列強の領土征服の代替物としてこれを遅らせあるいは思いとどまらせるよう機能した、として、<sup>(29)</sup> 外交的保護制度自体に批判的な諸見解とは逆に、これを積極的に評価しているが、いずれにせよ、列強の帝国主義的な非ヨーロッパ諸国への拡大との密接な関係を認識している点では同様である。

外交的保護は一九世紀中葉から法的に制度化されたものであり、通説的見解の萌芽を見出し得る『現代ヨーロッパ国際法』第八版や、埋没理論を完成させたボーチャードの名著『在外国民の外交的保護』は、以上のようないわゆる帝国主義の時代の中で著わされたものである。この時代においては、外交的保護権が、

ヴァッテル理論を根拠として発動され、なおかつ、国家主権概念の絶対化と相俟つて、国際法主体たり得ない個人の立場が捨象されたと推察し得る。従つて、埋没理論が抛つて立つところの歴史的背景を敢えて求めるのであれば、田畑教授が言われる一八世紀マーカンティリズム<sup>(32)</sup>というよりも、むしろ、私的对外投资がはじめて国際的な広まりをみせた一九世紀後半、なかんづく帝国主義の時代といわれる当時の歴史的背景を考察することが必要なのはなからうか。

### 三 埋没理論と被害者の救済

以上のような内容と歴史的背景をもつ埋没理論は、国際社会の秩序維持及び個人の権利の保護という面においてきわめて不適当であるとの批判がなされる。国際的な人権保障の観点からは、まず、外交的保護においては、本国家が「相手国との関係において外国人としての立場にある自国民についてのみ、人権保障の機能をはたすにとどま<sup>(34)</sup>り、さらに国籍継続の原則も加わつて、個人の権利救済が国籍によつて左右されるという制約があるが、これはこの制度自体に内在する制約といえる。それに対し、高野教授が指摘されるように、外交的保護は、「人権保障の機能を果た

す以上に、国家自体のそのときどきの状況における政治的・外交的立場に密着して機能する」ため、「人権の国際的保障の機能は回避されてしまふか、人権の国際的保障を名目とする権力的干渉に転化される<sup>(36)</sup>」のを容認することになる、という弊害は、埋没理論と深い関係をもつものといえよう。

ところで、外交的保護が、外国によつて損害を受けた個人の保護・救済を期待し得る重要な手段として、不完全ながら人権保障の機能をこれまで果してきたし今後も果し得る、ということは否定し得ないであろう<sup>(37)</sup>。国際的な人権保障体制が完備された暁には、外交的保護は時代遅れの制度となり得ようが、その実現を近い将来に期待するのは非現実的である<sup>(39)</sup>。現段階においては、国際人権規約を核とする国際社会一般の国々による人権保障は、その実効性が弱く、外交的保護による救済を「補足すべきもの<sup>(41)</sup>」といえよう。国際司法裁判所のノッテボーム事件判決に対する批判<sup>(42)</sup>も、こうした外交的保護の機能の認識がその前提にある。また、国際企業活動の分野においても、外交的保護ほど実効性のある他の一般的な保護制度は存在しないとされる<sup>(43)</sup>。たしかに、多数国間条約としてすでに一九六六年一〇月に発効している「国家と他の国家の国民との間の投資紛争の解決に関する条約」は、二七条

一項で、私的投資者の本国による外交的保護を排除し、投資者と外国とが国際的な法廷において対等な立場で仲裁され得る旨規定しているが、仲裁判断後の外交的保護発動の余地はあるし、この仲裁方法自体、その実効性に限界もある。従って、外交的保護は、この分野においても保護の機能を果し得る。国際司法裁判所のバルセロナ事件判決に対する批判も、多国籍企業の輩出等の新たな事態に対応する法的整備の必要性とともに、いまだ外交的保護が有用な手段であることを示しているといえよう。従って、外交的保護が、国家それ自身の要求として個人を捨象してしまうのではなく、できるだけ、実際の被害者たる個人や企業の保護・救済という機能を果たすことが望まれる。

しかしながら、埋没理論を採ることによる弊害は、通説自身が認容するところである。その弊害を承認した上で、あるべき法の (de lege ferenda) 提案としてはともかく、実定国際法としては、今なお埋没理論が妥当する、として批判説に反駁するのである。例えば田畑教授は、外交的保護の弊害を強調しながらも、「実定法的事実として、『個人要求の国家要求への没入』の事実が存在すること……を肯定」するし、コンバコも、埋没の古典的テーゼを理論としては承認する。また、カヴァレ (L. Cavare)

は、実際に次の (a) ないし (d) のような事実が認められるとして、外交的保護権の行使が国家にとって真正正銘の権利 (droit véritable) であるとする古典的理論に、一応の理解を示している。(a) 国家は自己の名において行動する。(b) 外交的保護は個人の要求によるのみならず、国家の自発的意図によっても行われる。(c) 若干の例外を除き、国家はその交渉 (démarches) に個人を参与させない。仲裁ないし司法手続の場合、一般に、国家がその手続における唯一の当事者である。賠償金が与えられる場合について、諸国の国内立法はそれに対する個人の請求権を稀にしか認めておらず、また諸条約は時々これに関する国家の裁量権を是認しており、賠償金を受け取るのは国家である。(d) 諸国は、外交的保護権行使の制限を主張する国々、特にラテン・アメリカ諸国に対してしばしばこの権利を主張してきた。

埋没理論が外交的保護の実態に即しているかぎり、国際的な人権保障の要請を振りかざしてこれを批判してみても、それは、実定国際法の解釈論として通説に取って代ることはできない。しかし、ダンも強調するように、一般的抽象的な理論は、現実から乖離する危険性を常にはらんでいることに注意しなければならぬ。こうした視点から、次章では、埋没理論を批判する諸見解に

について検討、吟味するものとす。

## (II)

- (1) Hubert Thierry, Jean Combacau, Serge Sur, Charles Vallée, *Droit international public*, deuxième éd. (1979), pp. 648—649. なお、田畑、前掲「外交的保護の機能変化」(1)100—104頁参照。
- (2) Borchard, *op. cit.* note(1) 16, pp. 351, 363, 367—368, 834—835.
- (3) 高野、前掲『国際社会における人権』四一頁。
- (4) Borchard, *op. cit.* note(1) 16, pp. 358, 372.
- (5) *Id.*, pp. 372, 810. 高野雄一『国際法概論 上(新版)』(弘文堂 一九六九年)三二一頁。同、『国際法概論 下(新版)』(弘文堂 一九七二年)一一五—一二七頁。
- (6) Borchard, *op. cit.* note(1) 16, p. 367.
- (7) *Id.*, p. 360.
- (8) *Id.*, pp. 366—367.
- (9) Thierry, Combacau, Sur, Vallée, *op. cit.* note(II) 1, p. 649.
- (10) (1928) *P. C. I. J.* Series A. Vol. 3, No. 17, p. 28. 皆川、前掲『国際裁判例集』四五四頁。
- (11) Borchard, *op. cit.* note(1) 16, pp. 359—360. 高野、前掲『国際法概論 下(新版)』三一一—三二二頁。
- (12) Thierry, Combacau, Sur, Vallée, *op. cit.* note(II) 1, p.

648.

- (13) 田畑、前掲「外交的保護の機能変化」(1) 一一二頁。
- (14) 同、一一二—一一三頁。
- (15) 同、一一二—一一三頁。
- (16) Borchard, *loc.cit.* note (1) 5; *Ann. I. D. I.*, tome 36—1 (1931), pp. 256—257.
- (17) Borchard, *op. cit.* note(1) 16, p. 351.
- (18) *Id.*, p. 360.
- (19) 田畑茂二郎「国際法における国家と個人の関係の変化について——特に個人の国際裁判所への出訴権を中心として——」(『国際法外交雑誌』四六巻二号)六一頁。
- (20) 石本泰雄「国際法——その構造転換への始動」(1) (『法学雑誌』二六巻三・四号) 六三頁。
- (21) 外交的保護の國家性が國家のみを國際法上の主体とする伝統的理論に由来することについて、次のものを参照。James Leslie Brierly, “Le Fondement du caractère du droit international”, *Recueil des Cours*, tome 23 (1928—III), p. 531; Rudolf L. Bindschedler, “La Protection de la propriété privée en droit international public,” *Recueil des Cours*, tome 90(1956—II), p.183; “Round Table: Toward More Adequate Diplomatic Protection of Private Claims: ‘Aris Gloves’ ‘Barcelona Traction’ and Beyond,” *Proceedings of the A. S. I. L.*, Vol.65 (1971), p.337 (Lucius C.

- Caflich) ; Philip C. Jessup, *A Modern Law of Nations* (1950), p. 99. 落合啓隆訳『現代の国際法』(敬文堂 一九七三年) 一〇九頁。山下眞雄「国際責任」(国際法学会『国際法講座』第二巻、有斐閣 一九五三年) 二二二頁。
- (22) 広瀬、前掲『國家責任論の再構成』一八六頁。また、山本草二「海外企業活動をめぐる紛争の法構造」(『国際問題』二四〇号) 七八頁参照。
- (23) 岡義武『国際政治史』(岩波書店 一九五五年) 一〇二頁。
- (24) 同、一一二頁。
- (25) 河野健二『西洋経済史』(岩波書店 一九八〇年) 二七四頁。
- (26) Jessup, *op.cit.* note(II) 18, p. 96. 落合訳、『前掲書』一〇六頁。回答' Richard A. Falk, "The New States and International Legal Order," *Recueil des Cours*, tome 108 (1966-II), pp. 94—95.
- (27) Sep. Opin. of Judge Ammoun, *I. C. J. Reports* 1970, p. 293.
- (28) S. N. Gua Roy, "Is the Law of Responsibility of States for Injuries to Aliens a Part of Universal International Law?," *A. J. I. L.* Vol. 55 (1961), p. 880. See *id.*, pp. 863—891 esp. 866.
- (29) Dunn, *op. cit.* note(I) 18, pp. 57—58. See *id.*, pp. 22—26. 回答' Colbert, *op. cit.* note(I) 6, p. 99.

- (30) 外交的保護制度自体を一九世紀欧米の帝國主義の産物としてその一般国際法上の効力を否定する、ロフレス、ロイ、アナンド(R. P. Anand)らの立場を紹介し、批判するものとして、Alwyn V. Freeman, "Recent Aspects of the Calvo Doctrine and the Challenge to International Law," *A. J. I. L.*, Vol. 40 (1946), pp. 121—147 esp. 121, 125, 143—145; P. C. Jessup, "Non-Universal International Law," *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 12(1973), pp. 417—421; Dawson and Head, *op. cit.* note(I) 18, pp. 32—36; R. B. Lillich, "Toward the Formulation of an Acceptable Body of Law Concerning State Responsibility," *Syracuse Law Review*, Vol.16 (1965), p. 735; *Id.*, "Forcible Self-Help by States to Protect Human Rights," *Iowa Law Review*, Vol.53 (1967), pp. 326—330; *Id.*, "The Diplomatic Protection of Nationals Abroad: An Elementary Principle of International Law under Attack," *A. J. I. L.*, Vol.69 (1975), pp. 359—365; *Id.*, "The Valuation of Nationalized Property in International Law: Toward a Consensus or More "Rich Chaos" ?," in R. B. Lillich and contrib., *The Valuation of Nationalized Property in International Law*, Vol. III (1975), pp. 190—195; Lillich, *op. cit.* note(I) 41, pp. 360—368.
- (31) 田柳茂一郎「國家主權と國際法」(『法律学体系・法学理論

- 篇一五六』日本評論社 一九五〇年) 三六一—三八頁。対人主権概念の側面が過度に強調されたと思われる。逆に、外交的保護制度を否定する立場は、領域主権概念を絶対視するものといえよう。前掲注(27)の諸論文、参照。
- (32) 田畑茂二郎「外交的保護の機能変化」(二・完)、『法学論叢』五三卷一・二号) 三九九—四〇三頁。
- (33) Dawson and Head, *op. cit.* note(1)17, p. 48 note 56.
- (34) 高野、前掲『国際社会における人権』五三、三七三頁。
- (35) *Ann. I. D. I.*, Vol. 36—1 (1931), p. 261.
- (36) 高野、前掲『国際社会における人権』三七三頁。なお、外交的保護に伴う弊害一般につき、『同書』三七—四二頁。
- (37) 例えは Doehring, a. a. O. *Ann*(1)20, S. 8; *Sep. Opin. of Judge Jessup, I. C. J. Reports* 1970, p. 165, para. 11. 広瀬、前掲『国家責任論の再構成』一七三—一七五頁。ロラン(Henri Rolin)は、外交的保護の現実の体系は、有用かつ不可欠であるとして、これを温存せねばならぬことを説く。*Ann. I. D. I.*, Vol. 37(1932), pp.499—500.
- (38) *Ann. I. D. I.*, Vol.51—II(1965), p. 251.
- (39) Elinh Lauterpacht and John G. Collier ed., *Individual Rights and the State in Foreign Affairs* (1977), p.10; Paul de Visser, *op. cit.* note(1) 7, p. 156. 安藤仁介、「国家責任に関するブードール案の一考察」(変動期の国際法(田畑茂二郎先生還暦記念))有信堂 一九七三年)二八

五頁。

- (40) 高野、前掲『国際社会における人権』一〇二頁。
- (41) Jessup, *op. cit.* note(II)21, p. 117. 落合訳『前掲書』二二九頁。
- (42) 「真正結合」理論 (*I. C. J. Reports* 1955, p. 23) を「外交的保護の範囲を狭めると批判すべきなり」(*Dis. Opin. of Judge Read, I. C. J. Reports* 1955, pp.44, 49; *Dis. Opin. of Judge Guggenheim, I. C. J. Reports* 1955, pp. 59, 63; Joseph L. Kunz, "The Nottebohm Judgment," *A. J. I. L.*, Vol. 64(1960), pp. 565—567; J. Mervyn Jones, "The Nottebohm Case," *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 5 (1956), p. 244; Clyde Eagleton, "Ferment or Revolution?," *A. J. I. L.*, Vol. 50 (1956), pp. 919—920. 逆に、ブラウンリーは長期滞在の亡命者等に鑑み、この理論によってむしろ外交的保護は拡大されるとしてその有用性を指摘する。Brownlie, *op. cit.* note (1)24, p. 419.
- (43) 個別的な海外投資保護の諸型態については、例えば次のものを参照。ヌウォング、皆川洗・小沼敏訳、『海外投資の法的諸問題』(六)りかん社 一九六八年) 七二—一八九頁、二六六—二九九頁。横川新『国際投資法序説』(千倉書房 一九七二年) 二〇九—二四三頁。桜井雅夫『国際経済法研究—海外投資を中心として—』(東洋経済新報社 一九七七年)

二〇三—二四四頁。

- (44) これがいかに外交的保護の伝統的な方法と異なるかにつき、Charles Vuylsteke, “Foreign Investment Protection and ICSID Arbitration”, *Georgia Journal of International & Comparative Law*, Vol. 4 - 2(1974), pp. 343—361 esp. pp. 348—350, 357.
- (45) 広瀬、前掲『国家責任論の再構成』一七五頁。
- (46) 両当事者の合意が付託の絶対条件であり、また、ラテン・アメリカ諸国は加盟していない。桜井、前掲『国際経済法研究』二五三—二五五頁。喜多川篤典『国際商事仲裁の研究』（東大出版会 一九七八年）二九一—二九三頁。ラテン・アメリカ諸国の立場を分析し、その加盟の方向を展望するものとして、Paul C. Szasz, “The Investment Disputes Convention and Latin America”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 11 - 2(1971), pp. 256—265.
- (47) Richard B. Lillich, “The Diplomatic Protection of Multinational Corporations” in Abdul A. Said and Luiz R. Simons ed., *The New Sovereigns, Multinational Corporations as World Powers* (1975), p.118. 棚田嘉章「法人の国籍」と多国籍企業」『多国籍企業の取引活動と法的諸問題』機械振興協会・経済研究所・国際商事仲裁協会 一九七六年）八五頁。横田洋三「国際法における国際企業活動の地位」『シニリスト』七〇三号）二二頁。

- (48) 企業活動の保護という観点を前面に押し出す批判として、Preston G. Lutz, “Diplomatic Protection of Corporations and Shareholders—Capacity of Government to Espouse Claims of Shareholders of a Foreign Corporation,” *California Western International Law Journal*, Vol. 1, pp. 149—150. 逆に、判決の立場を擁護する代表的見解として、Eduardo Jiménez de Aréchaga, “International Law in the Past Third of a Century,” *Recueil des Cours*, tome 159 (1978-I), p. 287.
- (49) *Proceedings of the A. S. I. L.*, Vol. 65(1971), pp. 354—355, 363; Lillich, *op. cit.* note(II)47, pp. 108—109.
- (50) 田畑、前掲「外交的保護の機能変化」(一)二〇五頁。
- (51) Thierry, Combacau, Sur, Vallée, *loc. cit.* note(II)1.
- (52) Louis Cavaré, “Les Transformation de la Protection diplomatique,” *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, Bd. 19(1958), S. 57—58.
- (53) Dunn, *op. cit.* note(I)12, pp. 67—97.

## 第二章 埋没理論に対する学説的批判

## 第一節 従来の学説

## 一 国際法上の義務説

外交的保護は国家の国際法上の権利であるのみならず義務であると見解は、これまで幾度か提起されている。埋没理論が確立する以前は、それがむしろ主流をなしていたともいえる。<sup>(1)</sup>ヴァッテルやヘフターもこの立場に属するといえよう。この説は、ヴァッテルがこれに与していることからわかるように、個人損害は国家損害であるとの考え方は必ずしも矛盾しないが、他方、外交的保護を国家それ自身の「権利」にすぎないとする埋没理論とは、明らかに対立する立場といえる。

外交的保護を国家の法的義務とする見方は、一九三〇、三一年の国際法学会(ケンブリッジおよびオスロ会期)における議論においてもみられた。ド・ラ・バルラ (de la Barra) は、国家主権の行使と抵触しない諸国の相互依存の高まりというプラクティス及び国際的レベルにおける人権の承認という原理の中に感じら

れる現代国際法の進化に基づいて、「外交的保護の基礎に関して、国家は国際法上自国の国民を保護する義務を負う、との規則を受け入れることが可能である」とした。<sup>(2)</sup>同様にド・ラ・ブラデル (de la Pradelle) も、「国家が保護する権利という定式を退け、義務であることを宣言しなければならない」と説き、クデー (Coudert) は、「外交的保護に名を借りた列強の帝国主義的な実行を批判して、ド・ラ・ブラデルの見解に賛意を表わしている」。<sup>(4)</sup>

このような義務説に対しては、セフェリアデ (S. Sferiades) が指摘するように、かりに本国国家の義務であるとき、国家がこれを拒む場合、実際にいかにしてその保護義務の違反にサンクションを与えるのか、との疑問が生ずる。<sup>(5)</sup>それを達成する強制手段が存在しないことは、すでにボーチャードの説明に見られるが、今日の国際慣行において、そうした義務を見い出すのは困難である。国際司法裁判所は、バルセロナ事件において、個人が本国による十分な保護を与えられていないと考へても、彼らにはならぬ国際法上の救済策がなく、国内法に訴え得るにすぎず、その場合、国内立法は国家に保護の義務を課してその履行を求める権利を国民に付与し得るが、しかしこれらはすべて国内法上の問題

にとどまり、国際法に影響を及ぼすものではない、と述べている。<sup>(6)</sup> さらに国内法上の義務についてみて、デーリングク (K. Doehring) は、諸国の比較法的検討の末、個人は権利として国家に外交的保護を求めることはできないことを確認している。すなわち、国家には一般に国民を保護すべき義務があるが、しかし外国との国際的な関係を司法審査の対象とする訴えは、固まった判例の立場から (アメリカー政治問題の理論、イギリスー国家行為論、フランスー統治行為論)、あるいは、一般に裁判管轄権が欠如するとの理由から (ドイツ帝国、スイス)、退けられるのであって、外交的保護に関する義務の懈怠ないし裁量権の濫用を理由とする請求も、また、それらに基づく損害賠償の請求も、「全く期待し得ない」という。同様に、ボン基本法下の西ドイツにおいても、外交的保護を与えることは、客観的な国内法上 (nach objektiven innerstaatlichen Recht) 義務づけられる政府の任務であるが、それは司法統制になじまぬ政府の自由な政治的裁量事項に属するものであって、外交的保護を求める請求権が国民の公法上の権利として (im Sinne eines subjektiven öffentlichen Recht) 存在してはいないとされる。<sup>(8)</sup>

この点、ウィーダーケーアー (A. Wiederkehr) も、スイス、フ

ランス、ドイツを中心に検討した結果として、同じ結論を得ており、<sup>(9)</sup> 一九七一年秋のアメリカ国際法学会の討議においても、アメリカ、カナダ、スイスの各国政府には、法源のいかんを問わず、外交的保護の義務が課せられないことが伝えられている。<sup>(10)</sup> このように、国際法上のみならず国内法上も、一般的に外交的保護の義務を命じたものは見出し難い。従って、義務説は、立法論としては傾聴に値するものがあるとしても、実定国際法を説明するものとはいえない。

## 二 国際法上の職能 (fonction) 説

ロラン (H. Rolin) によれば、外交的保護の介入を行うに際して、「国家は国際社会 (la communauté des Nations) の名において、<sup>(11)</sup> 一の職能 (fonction) を果し、公的な活動を行なう」とされる。またシャルル・ド・ヴィンチェール (Charles de Visschers) も、外交的保護を、国際法が国家に属するものとして認めるとともに一定の諸条件に服せしめることの一の職能 (fonction) を履行する国家の権限として考へる。<sup>(12)</sup> さらに、国際法上の職能という概念を一層明瞭に説いた代表者として、セル (G. Scelle) を挙げるこゝがある。

セルはまず、政府の主たる役割を、あらゆる法主体——それが国民であれ何であれ——に正規の法状態の実現を保証することに求める<sup>(13)</sup>のであるが、そのように法状態の実現が問題とされるかぎり、外交的保護の許否に関して政府の恣意的な裁量が是認される事態は、国際社会という法組織体の破壊にほかならないと考える<sup>(14)</sup>。そして埋没 (novation) 理論を、「個人の真の人格を消滅させるのみならず、本来の実際の権利主体を完全に排除し、法的関係を政治的關係に置き換える擬制である」として、さらに続けてこれを次のように非難する。この古典的理論は、政治的恣意を法的に正当化することによってその主観性 (subjective) を取り除こうとしたのであるが、取り除こうとしたまさにその主観性で汚れた、法律を装った偽まん (subterfuges pseudo-juridiques) によって、容認し得ない濫用を諸国のプラクティスに引き起こしたのである<sup>(16)</sup>。と。こうしてセルは、埋没理論を、個々の国家が各々の利益に基づいて外交的保護を行使する事態を黙認する「主観的理論」として批判した後、今後、外交的保護が、国際社会における「法の執行」ないし「制裁」という意味でとらえられるようになるであろうと説く<sup>(17)</sup>。

ここで彼らの言う国際法上の職能ないし執行、制裁とは、本来

の法主体たる個人の権利を擁護するための職務という意味あいを含んでおり<sup>(18)</sup>、そのかぎりて義務説に近い立場といえるし、また、真の権利者が個人であり国家は単に一定の職務を遂行するための一つの機関としてとらえられているという点で、次に述べる代理説に接近するものと考えられる。いずれにしても、客観的な国際法秩序という視点を前面に押し出し、その秩序維持の一環として外交的保護制度が理解されているという点に、この説の特徴があるといえよう。

この見解は、さらに国籍継続原則、国内的救済原則の存在理由との関係で、有益な視点を提供すると思われる。前者の原則は、被害者の強大国への国籍変更によって大国が権力的に紛争に介入するような事態を回避する機能<sup>(19)</sup>を、後者は、加害領域国の主権を尊重しつつ、私人对国家の紛争が国際紛争に転化、拡大するのを抑制し、同時に、領域国に実効的な救済を要求することによって個人の利益を保護する機能<sup>(20)</sup>を、それぞれ有しており、職能説が言うような、被害者個人、その本国、加害領域国各々の利益の調整および秩序維持の役割を果していると考えられるからである。個人の利益ないし本国の利益を外交的保護の唯一の問題とするのみでは、これらの原則の存在理由を十分に説明することは困難であ

り<sup>(21)</sup>この点において職能説は注目すべき見解といえよう。

しかし、この見解に対しては、まず第一に、「職能」という言葉自体、権利・義務とは異質な非法律的概念であるとの批判が投げかけられている<sup>(22)</sup>。また、外交的保護の分野において、そもそも右のような客観的な国際法秩序なるものを問題とし得るかとの疑問が生じ得よう。バルセロナ事件判決が、国際社会全体に対する義務と外交的保護の分野におけるような他の一国に対する義務とを峻別していることからも推測し得るように、外交的保護制度を客観的な法秩序——その理解の仕方にもよるが——という枠で考えるのは困難と思われる。

### 三 代理 (Representative) 説

ラルストン (J. H. Ralston) によれば、「事実上すべての国際諸法廷において、国家は自己自身の利益のためにではなく、その市民のために (for the benefit of its citizens) 訴えを起こす当事者として現われる。そして、権利の回復が求められるのは、国家の威敵に対する侮辱ではなくて、請求国政府によって代理される各々の市民 (each of the citizens represented by the claimant government) の特定の損害である<sup>(24)</sup>」国際法廷における事件は、

領土紛争や国旗掲揚の権利といった国家それ自身の権利が問題とされる場合、あるいは、見知らぬ全体としての国民のための請求という資格で国家が登場する場合、あるいはまた、日本家屋税事件<sup>(25)</sup>のように政府自身が請求者である場合、など様々であるが、しかし、ラルストンによれば、「通常、仲裁委員会に付託される請求は、国民の請求であって、政府自身のもではない<sup>(27)</sup>」とされる。そしてこれを裏付けるように、メッガー (Meizger) 事件でダフィールド (Duffield) 仲裁官が述べた次の一節は、真の請求主体としての個人の立場を端的に表わしているとされる。「ドイツ側委員は、これが個人とウェネズエラとの間の請求事件ではなく、ドイツ帝国が行っている国際的請求であるとの立場をとる。(しかし) 仲裁官の見解では、この立場はとり得ない。……仲裁官は、……この委員会において、請求はドイツ国のそれではなく、一個人の請求である、という見解に立つ<sup>(28)</sup>」。

国家を真の請求者たる個人の代理としてとらえるこのような見方は、イーグルトン (C. Eagleton) にもみられる。彼は、外交的保護の過程において、「国家は個人の代理 (representative) であって、国家がそれ自身究極目的のではない」と説き、「もしも個人が国際法廷における原告適格を有しないとしてみても、それ

は、彼の諸権利がそれらの法廷によって認められていないからではなく、国家が個人を代理することによって問題が処理され得るという多大な便宜のゆえである<sup>(29)</sup>。またアマドールは、経済協力のための保証協定 (Guarantee agreement) の下での特殊なタイプの請求及び国家の一般利益 (general interest) に基づく請求<sup>(30)</sup>以外については、個人が被った損害の賠償を得るために国際的請求を提出する国家の権利は、純粹に「代理的」(representative) 性格である、として以下のように述べている。請求は、国家自身の名において国家自身のためになされるのではなく、「国民の名においてあるいは国民のために」(in the name or on behalf of its nationals) なされる。なぜなら、国家自身の権利を主張しているのではないからである。この種の請求は、その発端にある被害者の加害国国内法上の請求と異なる全く新たな請求ではなく、むしろその延長である、と<sup>(31)</sup>。

以上のような代理説の理論構成は、通説に異議を唱え、外交的保護における個人の権利保護の役割を強調する先にみた諸説に、多かれ少なかれ、通ずるところがあると思われる。例えば、国際法上の職能説を説くシャルル・ド・ヴィンシェールが、「大部分の場合、国家は、公平な裁判を被害者個人に保障するためにしか介

入しない。この場合、私的損害の存在が唯一の基礎にあり、政府は、その損害に関する解決をもたらすための仲裁契約、仲裁裁判所、混合仲裁委員会の署名をめざして、単に手続的な目的のためにのみ介入するのである<sup>(32)</sup>と述べているのも、国家の行動の手続的、代理的性格を表現したものとも解される。そのように、個人の権利性を肯定的にとらえるという方向において、義務説、職能説、代理説は同一線上にあるといえる<sup>(33)</sup>。とはいえ、国際法上の義務あるいは職能とみる場合には、それを実定法的に認識するのが困難であるのに対し、代理説は、その論者がそれまでの諸先例に基づいて実証しているだけに、より説得力があり、少なからぬ国際仲裁裁判例における外交的保護の実態に、より即した見方のように思われる<sup>(34)</sup>。

しかしながら、後述するように、常設国際司法裁判所、国際司法裁判所は、外交的保護において主張されるのは国家それ自身の権利であるとしており<sup>(35)</sup>、代理説は明らかに、この判例の立場と両立しない。さらに、少なくともラルストン<sup>(36)</sup>は、国家の行う請求が個人のためのものであるとしつつも、国家がその請求を自由に操作し得る権利を持つことを認めており、そこで使われている「代理」の概念自体、きわめて疑わしいものといえる。そこで、

このような代理説を、法理論的に批判し発展させた、新たな理論の展開がみられた。ケスラー (M. Koessler) の理論がそれである。最後に、このいわば名目的請求考説とでも言うべき見解について検討することとする。

(III)

- (1) Borchard, *op. cit.* note(I)16, p. 29; Doehring, a. a. O. Anm(I)20, S. 9—10, Anm 26—28; Edmond Pittard, *La Protection des nationaux à l'étranger* (1896), pp. 84—87. 千賀鶴太郎『国際公法要義(訂補四版)』(蔵松堂書店 一九一五年)一一二頁。
- (2) *Ann. I. D. I.*, Vol.37(1932), p. 263.
- (3) *Id.*, pp. 492—493.
- (4) *Id.*, p. 500.
- (5) *Id.*, pp. 493—494
- (6) *I. C. J. Reports* 1970, p. 44, para. 78. Q. v. Paul de Visscher, “La Protection diplomatique des personnes morales,” *Recueil des Cours*, tome 102 (1961—I), p.136; Brownlie, *op. cit.* note(I) 24, p. 591; Doehring, a. a. O. Anm.(V) 1, S.11.
- (7) *Ebd.*, S. 88—89.
- (8) *Ebd.*, S. 126—127.
- (9) Alex Wiederkehr, *Der Staat und seine Bürger im Aus-*  
*land*(1963) (diss.), S. 16—19, 106—108, 135—136, 143, 166.
- (10) *Proceedings of the A. S. I. L.*, Vol. 65(1971), pp. 334—340. まだ、近時のフランスの判例として、*A. F. D. I.* (1977), p. 1067.
- (11) *Ann. I. D. I.*, Vol. 37(1932), p. 500.
- (12) Charles de Visscher, *loc. cit.* note(I)24.
- (13) Scelle, *op. cit.* note(I)51, p. 657.
- (14) *Id.*, p. 660.
- (15) *Id.*, p.661.
- (16) *Id.*, pp. 661—662.
- (17) *Id.*, pp. 662—663. Q. v. Castrén, *op. cit.* note(I) 4, pp. 47—48.
- (18) *Ann. I. D. I.*, Vol. 37 (1932), pp. 499—500; Scelle, *op. cit.* note(I)51, p. 661.
- (19) *Ann. I. D. I.*, Vol. 36—II (1931), p. 202. 田畑 前掲『国際法一(新版)』四八三頁。
- (20) 大森 前掲『国内的救済原則の適用の限界』七二—九七頁。E. J. de Aréchaga, “International Responsibility,” in Max Sørensen ed., *Manual of International Law* (1968), pp. 583—584; A. O. Adede, “A Survey of Treaty Provisions on the Rule of Exhaustion of Local Remedies.” *Harvard International Law Journal*, Vol. 18(1977), pp. 15—17.

- (16) Blaser, *op. cit.* note(1)5, pp. 34—35.  
 (22) Borchard, *op. cit.* note(1)5, p. 372.  
 (23) I. C. J. Reports 1970, p. 32, para. 33. この峻別は対する裁判に「Rosalyn Higgins, "Aspects of the Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd." *Virginia Journal of International Law*, Vol. 11—3 (1971), pp. 329—330.
- (24) Ralston, *The Law and Procedure of International Tribunals*, revised ed. (1956), pp. 147—148.  
 (25) 横田喜三郎『国際判例研究Ⅲ』(有斐閣 一九八一年)一四—一二三頁、参照。  
 (26) Ralston, *op. cit.* note(Ⅲ)24, p. 137.  
 (27) *Id.*, pp. 229—230.  
 (28) *Id.*, p. 231; U. N. R. I. A. A., Vol. 10, p. 418—419.  
 (29) Clyde Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*(1928) (Kraus reprint 1970), p. 221.  
 (30) F. V. Garcia Amador, "State Responsibility Some New Problems," *Recueil des Cours*, tome 94 (1958—II), pp. 472—474.  
 (31) *Id.*, p. 472.  
 (32) *Ann. I. D. I.*, Vol. 37(1932), p. 482.  
 (33) 田畑、前掲「外交的保護の機能変化」(一・完)〔法学論叢』五三巻一・二号〕四〇四—四一一頁、参照。

- (34) 小寺初世子「国際法主体としての国家と個人」(『小谷鶴次選厝記念・国際法の基本問題』有信堂 一九七六年)三五—三六頁、参照。  
 (35) 後述第三章第一節参照。  
 (36) Ralston, *op. cit.* note(Ⅲ)24, pp. 236—239.

## 第二節 名目的請求者 (nominal plaintiff) 説

ケスラーによれば、まず「代理」という用語自体が不正確であり排除されるべきであるとされる。なぜなら、正確には、請求権遂行のために登場し行動する者が、自己の名においてではなく、他の機関 (agent) として行動するべきのみ、「代理」と言い得るのであるが、外交的保護の場合、本国国家は、自己自身の名において登場し行動するのであり、従って、請求当事者 (party-claimant) の代理ではなく、国家自身が請求当事者である、からである。ところで「請求者」という場合、それは二つの意味を含んでいる。一つは、請求権を(手続的に)遂行し得るのみならず、それに関する実体的権利の保有者たり得るところの、「真の利益主体」(real party in interest) の意味であり、他の一つは、実体法上第三者に帰属している権利を遂行する当事者として

ての、「名目的請求者」(nominal plaintiff) という意味である<sup>(1)</sup>

こうしてケスラーは、次に、外交的保護における「請求者」たる国家が、そのいずれであるかを検討する。その中で彼は、ヴァッテルの個人損害は国家損害であるとのドグマに基づく古典的理論は諸国のプラクティスを十分に説明し得ず、過度な誇張であり危険な一般化であることを、一般に損害額算定の基準が個人の被った損害に置かれていることから論証する。さらに、国内法の分野では、共同体のメンバーに対する損害は、必ずしも共同体それ自体に対する損害という性質を帯びるものではなく、国内法は、不法行為 (acts) と犯罪 (crimes) とを峻別しており、後者の特殊な状況においてのみ、公的利益に影響が及び、国家自身の介入が正当化されるとする。従って、被害者がたまたま国外にいるということは、その私的損害を公的損害 (public offense—犯罪) へと変化させるのに十分な理由とはならないと説く<sup>(2)</sup>。

かくて、ケスラーは次のような結論に達する。「保護する国家は、請求遂行における唯一の請求者であるにもかかわらず、『真の利益主体』ではなく、保護される個人のために訴訟を提起する名目的請求者であることが提唱される。国家は、派生的な訴訟原因 (derivative cause of action) を持っており、これは、代表訴

訟 (Derivative suit—派生訴訟) における株主請求者 (一般に、株主は、彼自身請求者であるが、会社の利益において訴訟を行うと言われている。) のそれに幾分類似している。救済の権利あるいは権利保護請求権 (Rechtsschutzanspruch) は保護する国家に帰属するが、実体的な権利は個人に属する」<sup>(4)</sup>。

以上のようにケスラーは、外交的保護における国家の「権利」の性格を、国内法制度からの類推によって明らかにするのであるが、その論証自体には必ずしも十分に首肯し難い点がある。国際関係における他国の加害行為を国内法上の違法行為と同様にみなすことはできないし、会社における株主を外交的保護における国家に置き換え、会社を個人に置き換える発想は、比喩としては興味深いが、外交的保護の実体から幾分遊離した議論のように思われる。さらに、彼の批判はヴァッテルに向けられているが、ヴァッテル理論批判は必ずしも埋没理論批判を意味せず、従って、この名目的請求者説と埋没理論との異同が問題となり得よう。

このような問題点にもかかわらず、ケスラーの見解は、被害法益に注目しつつ、かつ国家が自己の名において請求を遂行することを認めて、実体上の権利者と、その権利を遂行する権利すなわち手続的権利の主体とを区別する点で特徴があり、示唆に富むもの

がある。このような区別はとくにデーリンクにも顕著にみられ、<sup>(5)</sup>また、米国のグレイ (Gray) 事件判決にもみられるが、<sup>(6)</sup>これらは、ボーチャードその他の人の説が手続的な執行可能性ないし救済方法を権利の本質的内容とする英米法的な「権利」概念に基づいていると考えられるのに対し、手続的権利と実体的権利を別個に考える大陸法的な「権利」概念の系統に属するものといえよう。<sup>(7)</sup>

この説を外交的保護権の具体的内容と照合してみると、まず、個人に属する実体的な権利を遂行する権利は国家が握っているのであるから、国家には必ずしも外交的保護を行う義務がないことになる。実際ケスラーは、国民が外交的保護を受けている資格は権利として保証されたものではないことを、ほぼ普遍的に受け入れられている原則として是認している。<sup>(8)</sup>これは、外交的保護の義務が存在していない現実と合致する。しかもこの説は、「外交的保護において国家はそれ自身の権利を主張する」とする国際司法裁判所の立場と、必ずしも両立しないものではないと考えられる。ただ、その場合の「国家それ自身の権利」とは、この見解によれば、「救済の権利」あるいは「権利保護請求権」という手続的な権利を意味すると理解されるのである。<sup>(9)</sup>このような点において、名目的請求者説は代理説と大きく異なり、より外交的保護の

先例と調和し得る柔軟性を備えていると思われる。さらに、この説は、埋没理論が国際的平面における個人の存在を全く捨象してしまうのに対し、国家が行う請求の基礎にある個人の利益を見失わない。従って、外交的保護における個人の保護・救済の機能を前面に押し出し得る契機を内蔵しているといえる。

以上のように、埋没理論を批判する諸見解のうち、名目的請求者説が、最も現実の外交的保護を説明するのに適しているように思われる。では、埋没理論と名目的請求者説とは、いずれが、より妥当なものといえるであろうか。次にこの点を、現実の外交的保護の実践を分析することによって検証しなければならぬ。その際、外交的保護において個人が実体的権利者であるといえるか否かが、解決の基準となる。

## (N)

(1) Koessler, *op. cit.* note (I)50, p. 184.

(2) *Id.*, pp. 185—188.

(3) *Id.*, pp. 188—189.

(4) *Id.*, p. 189.

(5) Doehring, a. a. O. *Ann.*(I)20, S. 19—25.

(6) R. B. Lillich, *The Protection of Foreign Investment* (1965), pp. 193—194.

(7) 小寺初世子「国際人權条約と国際法主体論——条約が主体論に及ぼす影響についての一考察——」(前掲『変動期の国際法(田畑茂二郎先生遺稿記念号)』一七八—一七九頁、参照)。

(8) Koessler, *op. cit.* note(1)50, p. 192.

(9) 広瀬・前掲『国家責任論の再構成』一七九頁、参照。

### 第三章 埋没理論の實際的検証

#### 第一節 非埋没現象

##### 一 損害額算定の基礎

埋没理論によれば、前述のように、国家が被る損害は個人が実際に被った損害とは質的に異なり、国家が請求する賠償額は、個人の損害に基づいて算定されるわけではない。そして伝統的な見解では、この賠償は処罰の観念を伴ったものとされる<sup>(1)</sup>。外交的保護における個人の保護・救済の性格を前面に押し出すのであれば、その賠償は、個人の実害の私法的な損害填補、危険負担といった性質を帯びやすいであろうが、実害とは異質のいわば抽象的な国家損害を問題とする埋没理論においては、賠償の制裁的、懲

罰的な性格と結びつきやすいといえよう。ブライアリー<sup>(2)</sup> (Brierly)も、個人損害は国家損害であるという見方を一応是認した後、その賠償の懲罰的性格を認めており、これを排斥する試みに対しては、理論の中に「非現実」を導入し、請求国の合法的な補償を否定するのみならず仲裁への付託を阻害するものであって、正しくもなく便利でもない、として批判する<sup>(4)</sup>。では、このような埋没理論の立場に対して、外交的保護の実態はどうなのか、若干の先例を眺めてみよう。

まず、すでに触れたステイヴンソン事件の仲裁裁定において、仲裁官は、外交的保護の請求の場合常に国家に対する侮辱(indignity)が存在するが、しかしそれは通常完全に懲罰的な性格を有しており、救済的・賠償的なものではない、とする一方、他方において加害国に請求し金銭賠償を受ける能力を有する被害者たる国民が常に存在することを認めた。そして、当法廷に与えられた権限によれば英国国民の請求以外の何ものについても判断を下し得ないとして、「英国政府それ自身に対する侮辱」に基づく問題についてはその審理権限を否定し、結局、被害者ステイヴンソンの請求を承継した一三人の妻子のうち、国籍継続の原則の要件を満たす二人の子が被った損害についてのみ、ヴェネズエ

ラに対してその賠償の支払いを命じた。<sup>(5)</sup>

ここでは、一般論として、外交的保護においては国家損害に基づく懲罰的な請求が問題となり得ること、しかしそれは金銭賠償にはなじみ難い性質のものであることが認められている。そして具体的には、個人が実際に被った損害が、そのまま、支払われるべき賠償額として算定されているのである。専ら個人の被害を基準とした先例として、他に例えば、カルタージュ号 (Le Cartage)<sup>(6)</sup> 事件、マヌーバ号 (Le Manouba)<sup>(7)</sup> 事件 (ともに常設仲裁裁判所一九一三年判決) や、一九二五年のジェーンズ (Jane) 事件 (メキシコアメリカ仲裁裁定)<sup>(8)</sup> などを挙げることができる。

次に、英米合同委員会に付託されたアイム・アローン号 (The Im Alone) 事件を取り上げてみよう。カナダ登録のラム酒運搬用帆船アイム・アローン号は、英米酒類取締条約を根拠として追跡する米國警備船の停船命令をあくまで拒否したため、同警備船によって撃沈され、乗組員一名の死亡者を出した。そこでカナダは合同委員会に事件を付託した。委員会は、アイム・アローン号の実質的な所有・管理者が米國人であると認めて、船舶、船荷の損失については賠償の支払いを不要とした。しかし、同被害船に対する故意の撃沈行為は違法であるとして、米國はカナダに謝罪

しかつ二万五千ドルの賠償を支払うべきこと、また、密輸謀議に加わらなかつた同船乗組員のために二万五千六百ドル余りの賠償を支払うべきこと、を決定した。<sup>(9)</sup>

この事件は、主権に対する侵害といった非経済的な国家損害が金銭賠償として算定されたとみられる。<sup>(10)</sup> ケスラーによれば、個人損害が国家損害の性質を帯びる例外的なケースであるとされる。<sup>(11)</sup> しかし、にもかかわらず、国家損害に関する賠償額がそれ自体に基づいて算定されている一方で、それとは明確に区別された乗組員つまり被害者個人の賠償額が、別個に算定されている。<sup>(12)</sup> 実際、通常は、国家の要求する賠償額は、個人の実害と一致することがきわめて多いといわれる。<sup>(13)</sup> 前述のドン・パンフィコ事件においても、パーマストンは、パンフィコの要求額に五百ポンド加えた額を請求するよう在ギリシア大使に命じたが、それは、パンフィコ及びその家族が被った侮辱及び苦痛の補償としてのものであつた。<sup>(14)</sup>

以上の先例から、賠償額の算定の実際においては、まず個人の損害が基本とされるのであって、国家が被ったと考えられる損害は、その上で別途に、ブライアリーの言う如く懲罰的なものとして、あるいはアマドールの言う「国家に対する道徳的損害」<sup>(15)</sup> とか

「外国人の身体、財産の安全の実効的な保障」<sup>(16)</sup>の見地からのものとして、考慮され得るにとどまる、と理解するのが妥当のように思われる。ダンのように、完全に被害者個人が被った実際の損害が問題である<sup>(17)</sup>、とまでは言えない<sup>(18)</sup>としても、アメリカンゲが次のように述べているのは正当であろう。「(ホルジョウ工場事件判決が言うように) 究極的な賠償は外国人に対する実際の損害以上のもを含むかもしれないが、外国人が被った損害が、賠償額の基礎である。こうして査定される損害は、外国人の物質的損失及び精神的苦痛の両方の損害を含み得る。個人の経済的資産が擬制によって本国国家の富の一部とみなされ得るとしても、実情では、国際法がこのような資産を実際に本国国家の財産として扱っているとはいえない。精神的苦痛を含む個人的損害に關していえば、そのような損害を本国国家それ自身に帰属させることは、法的擬制によってさえ困難であろう。このように、国際法はここで本国国家の利益よりもむしろ外国人の利益に注意を向けている、という結論に達せざるを得ないように思われる」<sup>(19)</sup>

以上要するに、個人損害は必ずしも、単に「一つの拾好の尺度を提供し得るにすぎないもの」とは断じ難く<sup>(20)</sup>、埋没理論ではうまく説明し得ないほど、被害者個人の立場が損害額算定にあたって

考慮されているといえよう<sup>(21)</sup>。アイム・アローン号事件のように、個人に対する損害が同時に本国国家の主権に対する侵害を構成する場合や、ボーチャードが埋没の一例として引用するメイン号事件のように、被害者が外交官、領事、軍艦乗組員といった国家的地位にある場合など、確かに国家損害が問題とされ得よう。しかし、外交的保護の典型的ケースである全くの私人が被った損害に基づく請求の場合には、抽象的な国家損害は必ずしも問題とされてはいない。外交的保護における請求の提出・遂行主体、賠償金の名宛人は確かに国家であるが、しかしそのことから、被害法益を区別せずに個人の請求を一切捨象してしまうことには問題があるといえよう。

## 二 個人による外交的保護の放棄

埋没理論によれば、国家は個人の意思とは無関係に外交的保護を發動し得る。また、個人は、国家の権利である外交的保護権を放棄し得ないから、外国政府と結んだ契約の中にカルボ条項を挿入していたとしても、それは国内的救済原則を確認した規定であって、国家の外交的保護権を妨げる目的をかぎり有効なものではないとされる<sup>(22)</sup>。

しかしながら、デ・フレチャガ (E. J. de Arechaga) によれば、通常は、被害を受けた個人ないし企業からの要求があった場合にのみ国際的請求が提出されるのであり、本国に対して要求を行わない旨の協定が存在するにもかかわらず、外交的保護が行われ得るとみるのは困難である、とされる。彼はさらに、国内的救済のレベルで自己の事件をどう処理するかに関して一定の裁量権を有する個人が、和解して、以後の請求の放棄を約したような場合、本国国家が彼のために行う外交的請求の提出が妨げられるということは、仲裁裁判において確立されている、としてタトラー号 (The Tautler) 事件仲裁裁定を引き合いに出している。<sup>(23)</sup> この事件の事実関係及び裁定は以下の通りである。

一九〇五年、カナダ当局は米国漁船タトラー号をだ捕、抑留した。米国政府が介入し得たであろう以前に、船主は、カナダ当局と協定を結んだ。それによって、当該船舶は釈放され、船主は、罰金を払い、本件に関して生じ得る一切の権利ないし請求権を放棄する旨の書面にサインした。しかるにその後、船主は米国政府に保護を求め、これに応じた政府は、本件のだ捕、抑留は違法であるとして、一九一〇年の特別協定の下に設置された英米仲裁裁判所に損害賠償の請求を提出した。米国側は、その損害は国家

に対するものであって、被害者個人はこれについての和解をなし得ないのであるから、船主の当該権利放棄は米国政府を拘束するものではない、と主張した。しかし裁判所は、次のように述べてこの主張を斥けた。「米国政府が擁護している唯一の権利は、その国民の権利であり、従って米国は、この請求を当法廷に提出するにあたって、その国民に開かれていたであろう法的根拠以外の法的根拠に基づくことはできない。」<sup>(24)</sup> この裁定が埋没理論では説明し得ないことは明らかであろう。

さらに、同様の問題が、カルボ条項の効力に関しても生じている。アメリカカリメキシコ一般請求委員会は北米浚渫会社 (North American Dredging Company) 事件 (一九二六年) の裁定で、以下のように述べて、カルボ条項が一定の効力を持つことを認め、その管轄権を否定した。裁定によれば、北米浚渫会社がメキシコ政府と締結した契約第一八条(カルボ条項) によって、会社は、「国際法違反」が生じた場合に本国政府の外交的保護を求め、権利を放棄してはいないし、本国政府が「国際法違反」について行使する外交的保護の権利を害してはいないが、しかし、「当該契約に関する紛争」について本国政府の保護を受けないことを、明白かつ率直に約束したのであり、そして、本件請求は当該

契約に関する紛争であるから、会社は本国政府の保護を求め得ず、従つて、この事件を当委員会に提出することはできない、とされた。<sup>(25)</sup>この裁定以前には、バルゲ (Bargue) 仲裁官の諸裁定をはじめとする、カルボ条項に基づき仲裁法廷の管轄権を否定する判例が存在していたとはいへ、カルボ条項を無効とするものが比較的多かった。<sup>(27)</sup>しかし、より精緻な論理を展開したこの北米浚渫会社事件裁定をリーディング・ケースとして、カルボ条項の一定の効力は、一般に承認されつつある。<sup>(28)(29)</sup>

この事件の判旨では、外交的保護を行使する国家の権利は否定されていないものの、国家の請求は、カルボ条項により、その国際法廷における管轄権が否認されている。個人請求を捨象して考える埋没理論の立場だと、管轄権は当然肯定されなければならないはずであるが、ここでは、個人の側での外交的保護の放棄が、国家請求に一定の効力を及ぼしているのであつて、埋没理論で説明をし尽くすことはできない。外交的保護が国家の権利であるということから演繹的に個人の請求の捨象を説くことの問題性が、ここでも明らかにされているといえよう。

(V)

(1) Amador, *op. cit.* note(III)30, p. 486.

(2) ミリアニ (Milliani) 事件で仲裁官は、「国際委員会が国旗に対する侮辱を金銭に換算することは、特に義務づけられていないかぎり稀であらう」と述べている。U. N. R. I. A. A., Vol. 10, p. 591.

(3) もっとも彼によれば、その場合の「国家損害」とは、「国家の名譽の毀損」といった不可解なものではない。それは、外国人に対する侵害の招来する結果が、必ずしも被害者個人あるいはその家族に対するのみならず、同様の立場に置かれている他の外国人が感ずる「安全の欠如及びそれに対する疑惑」にまで至るといふ、そういう明白な事実を表現したにすぎないものとされる。J. L. Brierty, "The Theory of Implicated State Complicity in International Claims," *British Yearbook of International Law*, Vol. 9 (1928), p. 48.

(4) *Id.*, p. 49.

(5) U. N. R. I. A. A., Vol. 9, pp. 506—507, 510.

(6) 横田喜三郎『国際判例研究Ⅲ』(有斐閣 一九八一年) 一〇八—一三頁。

(7) 『同書』一一四—一二〇頁。

(8) ジェーンズを殺害した犯人の処罰をメキシコ政府が怠ったことにより彼の遺族が被った損害について、それは、殺害行為自体から生ずる損害とも異なるが、本国国家の国家的名譽や国民感情に対する危害とも全く異なる、として、遺族の「個人的損害」が算定され、これが賠償額とされた。U. N.

- R. I. A. A., Vol.4, pp. 89—98 ; Q. v. Parry, *op. cit.* note (I)35, pp. 678—679.
- (9) Green Haywood Hackworth, *Digest of International Law*, Vol. 2 (1941), pp. 703—707. 高林秀雄「アイム・ブローン号事件」(田畑茂二郎編『ケースブック国際法』有信堂 一九七二年)一三四—一三七頁。
- (10) Amador, *op. cit.* note(III)30, pp. 481—482 ; Parry, *op. cit.* note(I)35, pp. 682—683.
- (11) Koessler, *op. cit.* note(I)50, p. 188.
- (12) マニナ (Maninat) 事件では、個人損害と国家損害が区別された後、両者を償うに足る賠償がなされた。U. N. R. I. A. A., Vol. 10, pp. 81—82 ; Q. v. F. V. Garcia Amador, Louis B. Sohn, R. R. Baxter, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens* (1974), p. 110.
- (13) Thierry, Combacau, Sur, Vallée, *op. cit.* note(II) 1, p. 649 ; Amador, Sohn, Baxter, *op. cit.* note(V)12, p. 107.
- (14) Ridley, *op. cit.* note(I)40, pp. 507—508. その後のギリシア政府への要求提出、仲裁裁定について。 *Id.*, pp. 514—520.
- (15) Amador, Sohn, Baxter, *op. cit.* note(V)12, pp. 93—94.
- (16) Amador, *op. cit.* note(III)30, p. 486.
- (17) Dunn, *op. cit.* note(I)12, pp. 173—174. ダンは、伝統的理論を追究する前述のブライアリーの見方を、国際交流に

望ましくない状態をもたらすものとして批判する。 *Id.*, pp. 186—187.

- (18) Parry, *op. cit.* note(I)35, pp. 661—662.
- (19) Amerasinghe, *op. cit.* note(I)23, p. 62.
- (20) Koessler, *op. cit.* note(I)35, pp. 185—186.
- (21) 例えはブラウンリーは、国民の一身において国家自身が損害を被ったとの前提が、外交的保護における請求の本質であるとし、埋没理論を一般的ルールと認めながら、「しかしながら、裁判拒否がなされた場合における損害の算定にあたって関連があるものとして諸法廷が一般に認めている要素は複雑であり、例えは被害者たる故人の遺族が真の請求者であるといった現実を、大いに反映しているのである」(傍点筆者)と記している。Brownlie, *op. cit.* note(I)24, p. 591.
- (22) Borchard, *op. cit.* note(I) 16, pp. 809—810 ; Eagleton, *op. cit.* note(III) 29, pp. 170—173, 175—176 ; Alwyn V. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*(1939) (Kraus reprint 1970), pp. 487—490.
- (23) Aréchaga, *op. cit.* note(III)20, p.581. カルホ条項が挿入されている場合、外交的保護が行われるのは稀であることと、*Id.* Richard B. Lillich and Gordon A. Cristenson, *International Claims : Their Preparation and Presentation* (1962), p. 14 note 54 ; Amador, Sohn, Baxter, *op.*

- cit. note*(V)12, p. 76.
- (24) *U. N. R. I. A. A.*, Vol. 6, pp. 48—51; G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, Vol. 5 (1943), p. 492.
- (25) *U. N. R. I. A. A.*, Vol. 4, pp. 26—34; *A. J. I. L.*, pp. 800—809; 山野勝由「ラテン・アメリカにおける外交的保護問題——カルボ・ドクトリンの成立と発展」(『外務省調査月報』四卷一〇号、一九六三年)四〇—四八頁。
- (26) Borchard, *op. cit. note* (1) 16, pp. 801—804; Eagleton, *op. cit. note* (III) 29, p. 173 note 39; Freeman, *op. cit. note* (V) 22, pp. 473—479; Archaga, *op. cit. note* (III) 20, p. 591.
- (27) Borchard, *op. cit. note* (1) 16, pp. 805—808; Eagleton, *op. cit. note* (V) 22, pp. 173; Hackworth, *op. cit. note* (V) 24, pp. 639—640.
- (28) Archaga, *op. cit. note* (III) 20, p. 592. さらに、カルボ条項の限定的効力は国際判例においてはほぼ確立されているとし、カルボ条項が結ばれていないことを、国籍継続原則、国内救済原則と並べて外交的保護発動の一要件とまでする見解もある。原正行「国家責任」(大平善悟編『現代の国際法(増補版)』有信堂、一九七四年)二〇六、二一三頁。
- (29) なお、カルボ条項、カルボ主義の分析を中心とする外交的保護の最近の研究として、中川淳一「外交的保護の歴史的发展——ラテン・アメリカの場合を中心として——」(東京大学、一九八〇年一月、未発表)。

## 第二節 常設国際司法裁判所および国際司法裁判所の判例の考察

前節では、埋没理論で説明するのが困難な若干の論点について、国際判例を挙げて考察した。次に、判例法形成の世界的権威をもつ国際法廷が、埋没理論との関係でいかなる立場をとってきたかを分析しよう。

常設国際司法裁判所(以下、PCIJという)、国際司法裁判所(以下、ICJという)は、外交的保護において国家は自己自身の権利を主張する、ということを一貫して認めている。その先駆的役割を担ったのは、一九二四年のマヴロマチス・パレスティン特許事件に関する管轄権判決である。判決は、国家の外交的保護の権利を国際法の基本原則として確認した後、続けて次のように述べた。「国家は、自国民の一人の主張を採り上げて彼のために外交的行動あるいは国際司法手続に訴えることによって、実際には、自己自身の諸権利——自国民という人格において (*in the person of its subjects*) 国際法の諸規則に対する尊重を確保する国家の権利——を主張しているのである。それ故、実際には多く

の国際紛争が個人的利益に対する侵害から発しているが、本件の紛争がそうであるかどうかは、この観点からは関係がない。ひとたび国家が自国民の一人のために国際法廷へ事件を付託したならば、国際法廷から見るとその国家が唯一の請求者である<sup>(1)</sup>。この一節は、P C I Jにおいて、セルビア公債事件判決<sup>(2)</sup>、パネヴエジス・サルヅティスキス鉄道事件判決<sup>(3)</sup>でそのまま踏襲され、I C Jの時代になってからも、ノッテボーム事件判決<sup>(4)</sup>、パルセロナ・トラクション電力会社事件判決<sup>(5)</sup>（第二段階）で援用されており、マヴロマチス事件判決の見解が維持されていることは明らかである。後者のバルセロナ事件では、「国家が主張するのは国家それ自身の権利である<sup>(6)</sup>」とされた。では、何故埋没理論が述べられたのであろうか。

マヴロマチス事件における右の一節は、次のような文脈の中で述べられた。すなわち、パレスタイン委任状第二六条により、P C I Jの管轄権に属するためには「紛争は受任国と他の連盟加盟国との間のものでなければならぬ」とされている。ギリシア人マヴロマチスが以前にオスマン帝国と結んだコンセツション契約の権利の実現をめぐる紛争を採り上げたギリシアの訴えが、はたして委任状に規定するような「国家間の紛争」に該当するかどうか

か、その問題に対する解答として示されたものである<sup>(7)</sup>。また、セルビア公債事件は、セルビア政府が発行した公債の所持者（フランス人）の請求を採り上げたフランス政府とセルビア政府との間の合意に基づき、P C I Jに付託されたものであるが、その紛争の実体は、債務国たるセルビア政府と私人たるフランス人公債所持者との間のものであった。そのため、裁判所が、裁判所規程三四条に規定するような当事者間の紛争として管轄権を認めるべきか否かという問題をめぐり、前述のマヴロマチス事件判決が繰り返されたのであった<sup>(8)</sup>。

これらの判例について、裁判所は埋没理論を採用したとする見方が多いが、シャルル・ド・ヴィンチェールは、以下のように述べて、それらが埋没理論の根拠となり得ないことを指摘する。これらの事件はともに国内法上の紛争であり、裁判所は、論理的には管轄権を否定しなればならなかった。なぜならば、まずマヴロマチス事件について言えば、第一に、ギリシア政府は、自己自身のための賠償ではなくて被害自国民たるマヴロマチスに対する直接の賠償を要求したし、第二に、ギリシア政府と被告国英国政府（委任統治国）との間の国家間紛争は、それに先立つ私人マヴロマチスと英国政府当局との間の紛争と全く同一の対象が問題にさ

れていたからである。さらにセルビア公債事件にあっては、情況は一層特徴的であつて、フランス・セルビア間の仲裁契約は、セルビアと公債所持人（私人）との間に係争が存在することを明記しており、かつ、裁判所自身、付託された紛争が国内法上の紛争であることを、次のように明白に認めているからである。「〔付託された紛争は〕公債所持人に対してセルビア政府が負つた義務の存在および内容を唯一の対象とする。そしてそれは、専ら債務國と私人との関係にかかわる、つまり、それ自体国内法の領域の問題である。』このように、これらの事件は國際的な紛争とは言ひ難く、従つて、論理的には管轄権を否定すべきだったのであるが、それにもかかわらず裁判所がこれを肯定したのは、政府が介入するという事実のみによつて、係争の性質が変化し、国内的平面から國際的な平面へと移行する、とのテーゼに基づくものである。しかし、このテーゼは人為的 (artificielle) なものと思われる。國家の介入は、純粹に形式的・手続的なものであつて、これによつて紛争の性質が変化したとは認め難い。<sup>(10)</sup>

このようにド・ヴィンチェールによれば、管轄権は否定されるべきであつたとされるのに対し、逆にポリティス (N. Politis) によれば、裁判所の唯一の関心事は管轄権を肯定することにあつた

とされる。すなわち、裁判所規程は國家間の紛争についてのみ判断を下す義務を定めており、これを嚴格に解釈すると管轄権が否定されることになる、そこでそうした不当な帰結を避けるために、裁判所規程と調和するよう國家に請求者たる資格を認めたりすぎないと考えるのである。<sup>(11)</sup> また、ハマンホルド (A. Hammarston) は、これらの判決は管轄権決定の通常のプロセスに従つたまでであるとする。彼によれば、前述の一節は、管轄権を基礎づけるためになされた純粹かつ單純な一連の論理的前提の當然の帰結として表現されたにすぎず、外交的保護の基礎についてなんらかの態度を決定したものではない、とされる。<sup>(12)</sup>

いずれにせよ、以上の指摘から、裁判所が埋没理論に依拠していることは認め得るとしても、紛争の実態としては、個人請求の捨象は認め難いとして、<sup>(13)</sup> として、埋没理論が、管轄権問題——「國家間の紛争」のみが國際法上の紛争とされている実定法上の制約——と密接な関連を有していることが示唆されよう。つまり、國際法上の主体たる國家の請求であることが「國家間の紛争」であるための必要条件であり、この制約と紛争の発端にある個人請求とを結びつける媒介物として、埋没理論が述べられているのである。かかる理論は、國際法廷における出訴権が國家の

みに与えられている実定法上の現実を説明するには適当であらうが、しかしそれを越えて個人請求の検査をまで意味するとき、外交的保護の実態を無視するおそれがある。

## (W)

- (1) (Jurisdiction) (1924), *P. C. I. J. Series A. No. 2*, p.12; Hackworth, *op. cit. note(V)*24, Vol.5(1943), pp. 488—489. なお、竹本正幸「マウロマチス特許事件」(田畑茂二郎編、前掲『ケースブック国際法』一六七—一七一頁、参照。
- (2) (1929), *P. C. I. J. Series A. No. 20*, p. 17; Hackworth, *op. cit. note(V)*24, pp. 490—491. なお、竹本正幸「セルビア債事件」(田畑編前掲『ケースブック国際法』一七二—一七四頁、参照。
- (3) (1939), *P. C. I. J. Series A/B. No. 76*, p. 16. 皆川、前掲『国際法判例集』四七六頁。なお、横田喜三郎『国際判例研究Ⅱ』(有斐閣 一九七〇年)一八一—一九六頁、参照。
- (4) *I. C. J. Reports* 1955, p. 24. 皆川、前掲『国際法判例集』四八七—四八八頁。
- (5) *I. C. J. Reports* 1970, p. 46, para. 85. 皆川、前掲『国際法判例集』五二四頁。
- (6) *I. C. J. Reports* 1970, p. 44, para. 78. 皆川、前掲書』五二二—五二三頁。
- (7) Hackworth, *op. cit. note(V)*24, p. 488. 竹本、前掲「マ

ウロマチス特許事件」一六八頁。

- (8) (1929), *P. C. I. J. Series A. No. 20*, pp. 16—18; Hackworth, *op. cit. note (V)*24, p. 490.
- (9) これらP.C.I.J.の判例は、ヴァッテル理論を実行に移したものであるとする見方とし、Koessler, *op. cit. note (I)* 50, p. 185; Georges Berlia, “Contribution à l’étude de la nature de la protection diplomatique,” *Annuaire français de droit international*, (1957), pp. 64—65; Amerasinghe, *op. cit. note (I)* 23, pp. 56—59; Wilhelm Karl Geck, “Diplomatischer Schutz”, in herg. von Karl Strupp, Hans-Jürgen Schlochauer, *Wörterbuch des Völkerrechts* (1960), S. 383.
- (10) *Ann. I. D. I.*, Vol. 37(1932), pp. 483—485.
- (11) *Id.*, pp. 488—489.
- (12) *Id.*, pp. 497—498.

## 第三節 第二次大戦後の新傾向

## — 国家裁量権の抑制 —

第二次大戦後、アメリカ、イギリス、フランスの各国は、真欧の国有化諸国との間に補償金の「一括支払い解決協定」(lump-sum settlement agreements)を締結し、これに基づいて支払わ

れた補償金の個人への分配に関する紛争を解決するため、国内の立法措置によって委員会を設置した<sup>(1)</sup>。アメリカでは、国際請求委員会 (International Claims Commission of the United States)、イギリスでは、対外補償委員会 (British Foreign Compensation Commission)、フランスでもこれらと同様の機能を有する諸委員会がそれぞれ組織されたのであるが、これら委員会は、一般に、この種の賠償に関する国民の請求を、司法的手続に基づいて審理し、終局的 (definitive) な決定を下す権限を与えられた<sup>(2)</sup>。補償金分配手続に関するこの「裁判化」(Jurisdictionalisation)<sup>(3)</sup>は、そのかぎりて国家の裁量権の羈束化を意味するものといえよう<sup>(4)</sup>。また、右のような一括支払い協定が成立した以後の手続のみならず、加害国から賠償が得られない段階で、対外交渉力を高めるために、あらかじめ国民の請求を調査し、これに対し事前判決 (prejudication) を下す手続もつくられた。アメリカのガット・ダム請求法 (Gut Dam Claims Act, 1962) がその一例である。これは、カナダがセント・ローレンス川にダムを建設したことによってオンタリオ湖周辺の米国民が被害を被った事件において、カナダが補償請求に応じなかったのに対し、国内立法により、被害者の諸請求を「受理」し、それらの有効性 (validity)

と損害額とを「決定」する権限を、対外請求委員会 (Foreign Claims Settlement Commission) (国際請求委員会の後身) に付与したものである<sup>(5)</sup>。これによって、米国民が実際に被った損害が明確にされ、結局、カナダとの間に一括支払い解決協定の締結をみる事ができた<sup>(6)</sup>。

以上のように、右の国内委員会における国民の請求の審理、決定の方式の場合、個人が、補償金分配、損害額算定の準司法的手続において、自己の権利を主張し得るシステムが作られつつあるといえる。これは、外交的保護における実際の被害者である個人が、国内法において、自己の実体的権利を主張し得る一定の手続的権利を付与されたものとみることができであろう。

外交的保護の行使の許否に関しては、ひとたび国民の請求を採り上げるよう決した場合には、その後これを、国家の自由裁量によって放棄し得るかどうか、憲法上の問題として疑問視する学者もいる<sup>(7)</sup>。理由はともかく、放棄し得ないとされた実際の例としては、西ドイツにおけるオーストリア人の差別が問題とされた一九七二年の事件<sup>(8)</sup>に関して、オーストリア政府がとった見解を挙げることが出来る。政府は議会において、オーストリアの請求が認められるとは思わないが、真の利益代表 (被害者団体) と協議した

からには、いかなる場合もその請求を放棄しない、と宣明したといわれる<sup>(9)</sup>。ここでは、外交的保護における真の実体上の権利者が被害者個人であることが認識され、國家の裁量権が自己抑制されているといえよう。また、リリック (R. B. Lillich) によれば、米國務省は、裁量権を理由に外交的保護を行使しなかった場合、議会の批難を浴びるであろうことを十分認識しているとされる<sup>(10)</sup>が、このことから、外交的保護許否の裁量権が、少なくとも事実上は絶対無制約なものではないことが示唆されるであろう。

## (VII)

- (1) Georges Berlia, "Contribution a l'étude de la nature de la protection diplomatique", *A. F. D. I.* (1957), pp. 66—67; R. B. Lillich, *The Protection of Foreign Investment* (1965), pp. 167—172; Zvonko R. Rode, "The International Claims Commission of the United States," *A. J. I. L. Vol.* 47(1953), pp. 615—618.
- (2) Berlia, *op. cit.* (VII)1, pp. 67—69; Rode, *op. cit.* note(VII)1, pp. 618—619.
- (3) Berlia, *op. cit.* note(VII)1, pp. 67—69.
- (4) *Id.*, p. 70; 川岸繁雄「アメリカの一九四九年國際請求解決法とその適用」(前掲『変動期の國際法』三四〇頁)。
- (5) Edward D. Re, "Domestic Adjudication and Lump-sum

- Settlement as an Enforcement Technique," *Proceedings of the A. S. I. L.*, Vol. 58(1964), pp. 44—46; Lillich, "The Gut Dam Claims Agreement with Canada," *Proceedings of the A. S. I. L.*, Vol. 59(1965), pp. 892—894.
- (6) *Id.*, pp. 894—898; Comments by Gordon Christenson, "The Case for Cross Border Litigation: The Continent That Sues Together Hews Together", *Proceedings of the A. S. I. L.*, Vol. 68(1974), p. 247.
- (7) *Proceedings of the A. S. I. L.*, Vol. 64(1971), p. 335 (Martin Domke).
- (8) I. Seidl-Hohenveldern commented, "La sentence du tribunal arbitral austro-allemand concernant la protection diplomatique," *A. F. D. I.*(1972), pp. 323—326.
- (9) *Id.*, p. 327.
- (10) R. B. Lillich, "The Current Status of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens", *Proceedings of the A. S. I. L.*, Vol. 73(1979), p. 249.

## おわりに

外交的保護の制度は、ヴァツテル理論を契機として一九世紀、とくにその後半に発展し、二〇世紀に入ってから、ボーチャード

によって、埋没理論という形で体系化された。しかし、ヴァッテ  
ル理論は、当時の法観念としてはともかく、現代の外交的保護の  
基礎理論としては承認し難いものを含み、また埋没理論は、個人  
の国際法非主体性、外交的手続の国家による掌握、という側面を  
過度に強調する誤りを犯すことよって、個人が前景に現われる  
側面を見落とし、必ずしも外交的保護一般には妥当し難い点を露  
呈している。外交的保護に関する裁量権が国家に委ねられている  
ことは事実であるが、このことは、必ずしも個人請求の国家請求  
への埋没を意味しないのである。

他方、この埋没理論に対する従来の批判説は、本来の被害者た  
る個人の権利にのみ執着するために、国家の有する裁量権を十分  
に説明することはできないという弱点をもっている。これらの立  
場を止揚し、外交的保護の実態や先例を統一的に説明し得る実定  
的な国際法解釈論としては、実体的権利と手続的権利とを区別す  
る名目的請求者説が妥当と思われる。

もっとも、国家の裁量権に関しても、これを制限する動きがあ  
ることは前述のとおりであり、そのような、外交的保護に関する  
国家の裁量権の制限あるいは外交的保護の義務化の国内法上のプ  
ラクティスが、今後普遍的なものとなるならば、それは「法の

一般原則」として国際法にも反映される余地がないわけではない。<sup>(1)</sup>  
従って、将来的には、代理説や義務説が妥当するようになる  
ことも期待し得ないことではないであろう。

しかし、かかる将来的展望とは別に、埋没理論を基調とする現  
在の支配的なとらえ方には再検討されるべき余地がある。欧州人  
権条約や投資紛争解決条約のように、外交的保護制度自体を克服  
する手続がすでに実定法化されており、また、伝統的な外国人取  
扱いに関する国家責任法を、国際的な人権保障の枠組みの中でと  
らえなおす試みもみられるのであり、<sup>(2)</sup>こうした現代的諸状況に鑑  
みても、外交的保護における実体的な権利主体が国家であるとは  
言い難くなっているといえるのではなからうか。

(VIII)

(1) なお、広瀬善男「会社の外交的保護——Barcelona Traction 事件に関する一九七〇年の国際司法裁判所の判決——」  
『明治学院論叢法学研究』一八七号(二五頁、参照。

(2) Lillich and Neff, *op. cit.* note(1)9, pp. 99—118; Lillich,  
*op. cit.* note(1)41, pp. 390—410.

## A Re-examination of the "Merger" Theory of Diplomatic Protection

Nobuyuki KATO\*

### Introduction

- I. The "merger" theory
  1. Theoretical pedigree : origins of the "merger" theory
    - 1) Vattel's formulation
    - 2) Heffter and Geffcken
    - 3) Borchard's "merger" theory
  2. Characteristics of the theory
    - 1) Legal consequences
    - 2) Historical circumstances
    - 3) The theory and protection of the injured person
- II. Objections against the "merger" theory
  1. Former objections
    - 1) The "duty" theory
    - 2) The "function" theory
    - 3) The "representative" theory
  2. The "nominal plaintiff" theory
- III. Criticisms of the "merger" theory in the light of state practice and arbitral and judicial decisions
  1. Non-merger phenomena
    - 1) Calculation of reparations
    - 2) Waiver of diplomatic protection on the part of the injured person
  2. Consideration of decisions of the P. C. I. J. and the I. C. J.
  3. New aspects of diplomatic protection after 1945

### Conclusion

\* \* \* \* \*

---

\* LL. D. Candidate, University of Hokkaido

It is an elementary principle of general international law that the state retains the right of diplomatic protection on behalf of its nationals abroad. Under the accepted view, this is merely a right of the state, not an international duty; how and whether the state will exercise diplomatic protection is, as far as international law is concerned, discretionary with that state. According to the jurisprudence of the former Permanent Court of International Justice, by taking up the case of its national and by resorting to diplomatic protection on his/her behalf, a state is in reality asserting its own rights.

Such a "national character" of this principle is explained by the "merger" theory that every international claim has a public character, and when the government espouses its national's claim, the claim becomes merged in the public demand of the government. In opposition to this theory, some modern publicists consider the vindication of the interests of the injured person to be the sole aim of this principle and advocate that it is the government's "obligation" to enforce diplomatic protection, whereas other international lawyers contend that the enforcement is of a purely "functional" or "representative" nature. Both are, however, criticized as not being correct statements of the international law in force, but merely proposals *de lege ferenda*.

In this note, the author genealogizes and expounds the "merger" theory, which finds widespread acceptance, and shows that this theory is derived from the traditional doctrine that international law is binding upon states only, so that individuals are not acknowledged to have rights under the law, rather than from Vattel's thesis in the 18th century that an injury to a state's national vicariously injures the state. Although Vattel played a very important part as the "spiritual father" of the principle of diplomatic protection, it is during the latter half of the 19th century that the rules governing diplomatic protection and the "merger" theory from the state practice of European countries. Thus, the legal consequences as well as the historical circumstances of the "merger" theory are different from those of Vattel's formulation.

State practice and international precedents show that because

attention has often been paid to the injured person, the "merger" theory deviates from, and does not always necessarily offer an adequate explanation of, the fact of diplomatic protection, especially in the light of the calculation of reparations, the validity of the Calvo clause, and so on. Then the objections to the theory are examined to determine whether they are applicable instead. Although the espousing state controls the espoused claim, it should be noted that the ultimate object of asserting the claim is usually to provide reparations for the injured person.