



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	越境損害に関する国際協力義務 ー国連国際法委員会におけるQ・バクスターの構想について
Author(s)	臼杵, 知史; USUKI, Tomohito
Citation	北大法学論集, 40(1), 1-70
Issue Date	1989-11-11
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16673
Type	departmental bulletin paper
File Information	40(1)_p1-70.pdf



越境損害に関する国際協力義務

——国連国際法委員会におけるQ・バクスターの構想について

白 杵 知 史

目 次

はじめに

第一章 前史——国家責任条約草案作成過程における危険責任

一 ILCにおける違法行為責任と危険責任の区別

二 危険責任の導入をめぐる意見対立

第二章 領域管理責任原則に基づく国際協力義務

一 Q・バクスターの基本姿勢

二 本条約案における利益衡量論

三 国際協力義務——危険活動の実施に伴う国家の注意義務

第三章 国際協力義務の形態と内容

一 連続する二つの交渉義務

二 特別条約締結の交渉義務(第一交渉義務)

三 事後賠償問題の解決に関する交渉義務(第二交渉義務)

第四章 国際協力義務の構想に関する若干の論点

一 伝統的國家責任規則との関係

二 國家の注意義務内容の客観化傾向との関係

おわりに

はじめに

国連国際法委員会 (The International Law Commission 以下、ILCとする) は、一九八〇年から伝統的な國家責任とは別に、「国際法によって禁止されない行為から生じる有害結果に関する國際責任」について条約案を作成する作業を行っている。その特別報告者に指名されたQ・バクスター (R. Q. Quentin-Baxter, ニュージイルランド出身) は、この主題に関する五つの報告書 (一九八〇年—一九八四年) を提出し、そこに示された基本方針に即してILCの作業が現在進められている。

Q・バクスターによれば、その新しい国際責任は、国際法によって特に禁止されない危険活動から発生する損害の防止および事後救済のために、関係国が特定の国際協力の義務を履行することであるとされる。このような国家責任概念は、後述するように、国際環境保護の見地から積極的意義を有するものとして評価されるが、他方、伝統的な責任概念、すなわち損害発生後の賠償責任を中核とする従来の責任概念とは異なるものである。従って、その新たな責任概念の法的構成に対して ILC のみならず、学説においてもいくつかの疑問が提起されてきた。以下本稿では、そうした現実を踏まえて、右の国際協力義務に基礎を置く責任概念の根拠と内容を明確にし、その意義と若干の問題点を考察する。

(なお、この条約案の作成作業は Q・バクスターの急逝(一九八四年)によって一時中断し、その後アルゼンチン出身のバルボザ (J. Barboza, 新特別報告者) の報告書(一九八五年以降)に基づく審議が継続中であるが、本稿では Q・バクスターによって提示された責任概念を考察の対象とする。⁽¹⁾)

* 本稿は、「国際環境法」をテーマとした国際法学会一九八八年春季大会で筆者が行った研究報告の基礎を成すものである。

(1) バルボザの第一報告書(一九八五年)から第四報告書(一九八八年)については、順次以下を参照。J. N. Doc. A/CN.4/384: A/CN.4/402; A/CN.4/405; A/CN.4/413。これらの報告書に基づく ILC の最近の討議内容について、筆者は別稿を予定しているが、さしあたり以下を参照されたい。小木曾本雄「国際法委員会第三八会期の審議概要」国際法外交雑誌八六巻一号、九三九六頁、同「国際法委員会第三九会期の審議概要」国際法外交雑誌八七巻一号、七七七九頁参照。

第一章 前史——国家責任条約草案作成過程における危険責任

一 ILC における違法行為責任と危険責任の区別

ILC は一九六三年、国家責任条約草案の作成のための特別報告者としてアゴー (R. Ago) を指名した。この条約案

作成の作業は現在なお継続中であるが、周知のように、この草案の目的は国家に具体的な作為・不作為を命じる国際義務（第一次的規則）の違反・不履行によつて生じる法的結果（第二次的規則）を規定することにある。⁽¹⁾ この点について、アゴーはその草案作成過程（一九六九年）で、彼に託された作業が右の国際義務違反の觀念に焦点を当てるものであるとしつつ、「責任」（responsibility）という言葉はつぎの二つの異なる意味を有すると述べた。その一つは、違法行為から発生する責任であり、他の一つは、完全に合法的行為または活動から生じる一定の結果を賠償すべき客観的かつ第一次的な義務としての責任であるとする。⁽²⁾ このような區別に基づいて、アゴーは彼の作業が前者の意味での責任発生の際の諸条件を検討するものであるとした。⁽³⁾

ところで、そのようなアゴーの見解に対して、ILCの若干の委員は、後者の責任についても審議する余地があると指摘した。彼らによれば、国家責任の問題は当面、違法行為責任の結果に限定されるが、国家の国際責任には、原子力損害・宇宙損害の場合に見られるように、国家の合法行為（活動）からも発生するとされ、それは合法行為から発生した損害についての賠償義務であるという意見もみられた。⁽⁴⁾ 審議の結果、国際義務違反に基づく責任の觀念と「賠償を命じる第一次規則の義務」から成る危険責任觀念を区別すべきとするアゴーの主張が認められ、ILCは一九七〇年、国家責任条約草案に関する作業計画の一部として、以下を決定した。ILCは「いわゆる危険責任（responsibility for risk）」という（国際違法行為に基づく国家責任とは）全く異なる基礎によつて、宇宙及び原子力の活動のような一定の合法活動の実施から生じる責任に関する諸問題」を分離して扱う。アゴーもこの決定に同意し、「一定の合法活動の危険を保証する別の責任形態」については、その将来の検討に反対しないと述べた。⁽⁸⁾

このようなILCの基本的立場は、その後、アゴーによつて提示された国家責任条約草案の第一条の審議（一九七三年）において確認された。すなわち、その第一条は「国家のすべての国際違法行為は当該国家の国際責任を伴う」と規

定するが、この規定内容は前述の第二の責任形態（危険責任）の存在を否定するものではないとされた。⁽⁹⁾ こうして、国家の国際責任は国際的に違法でない国家の行為からも発生するという可能性が認められた。⁽¹⁰⁾

二 危険責任の導入をめぐる意見対立

さて、右の一九七三年の審議では、一九七〇年の決定内容を確認するに先立ち、危険責任観念の取り扱いに触れる基本問題が論じられた。（後述するように、Q・バクスターはそこでの議論を十分に意識しつつ、彼独自の責任観念を導入するに至る。）

一九七三年の第一条をめぐる審議では、国家の国際責任の成立をもつばら原因行為の違法性ないし合法性によつて認定するという伝統的アプローチに疑問を呈する意見が述べられた。カーニー（R. D. Kearney）及びカスターネーダ（J. Castañeda）は、現代科学技術の進展と共に国際違法行為による国家責任と「それ自体違法でない行為」に基づく国家責任の区別が次第に不明瞭になりつつあるという。⁽¹¹⁾ とくにカーニーは、後者の責任発生の主たる要因は「違法行為の存否」⁽¹²⁾（fact of wrongful action）よりも、むしろ問題の活動に伴う「危険の蓋然性」（probability of risks）であるとす。

他方、問題の行為はなお合法・違法のいずれかとして捉えることが可能であるとし、危険責任観念の導入に慎重な見解がみられた。ハンブロー（E. Hambro）によれば、従来は合法とみなされた行為でも、それが最新の技術進歩の状態に鑑み今や違法と考えられるべきケースがあり、ここでは合法―違法の境界線を移動すること（shift）が法律家に要求される役割であるとされる。⁽¹³⁾ このような合法―違法の二分論は、アゴアの強調するところでもあった。アゴアは、危険責任観念の導入に積極的なカーニーの意見に言及しつつ、次のようにいう。「問題は、そのような（カーニーの主張するような）二種類の行為の区別に際しての曖昧性よりも、むしろハンブローが述べたように、これまで合法とされた活動

が今や違法に転化する新しい(活動)分野で、義務ないし禁止を課する不文法(慣習法)が急速に発展しつつある」とことであり、かかる義務・禁止の違反が国家責任の淵源を成す行為である。⁽¹⁴⁾これは、危険活動についても特定の国際義務違反を介して伝統的國家責任の成立を広く認定しようとする見解であるといえよう。

ところで、右に見たアゴーの見解は、国家責任条約草案の対象を国際違法行為の法的結果に限定しようとする彼の基本姿勢の当然の帰結であると考えられる。しかし、それは同時に、危険責任観念それ自体が国際法上十分に発展していないとするアゴーの見方を反映するものであった。実際、彼は次の二点に論及した。一つは、危険責任の本質について、合法活動に起因する損害に賠償義務を認めることは、嚴格に言えば責任(responsibility)の問題ではなく、保証(guarantee)の問題である⁽¹⁵⁾。第二に、国際義務違反に基づかない國家の賠償義務は国際法の第一次規則が命じる義務であり、このような規則がILCの法典化に適するまでに成熟しているかどうかは疑問であるとする。「合法的、しかし危険な活動」(lawful but dangerous activity)に起因する損害の賠償義務は、それを認める特別条約の規定が存する場合は別として、国際慣習法の規則として確立されていない⁽¹⁶⁾というのである。国際法上、危険責任の観念を認めるにはなお時機尚早とする意見は、アゴーのみならず、その他の委員によっても表明された(一九七三年ILC審議)⁽¹⁷⁾。

以上にみたように、ILCは国家責任条約草案の作成過程で国際法上「違法でない」行為(活動)によっても國家の国際責任が発生しようとし、違法行為責任に對置されるその新しい責任原則は(仮に国際法上認められるとするならば)國家に危険責任主義に基づく損害賠償義務を課するものであることを想定していたといえる。このことは、前述の審議の過程でこの問題に言及した委員の多くが宇宙活動及び原子力活動による損害発生危険性に触れた事実を照らして疑いない。当時すでに、これらの分野では関係の多数国間条約で、宇宙物体の落下及び原子力事故に伴う第三者損害について特定の加害国の直接または間接の無過失賠償責任が認められていた⁽¹⁸⁾。ただ、前述のように、一九七三年のILCの

審議では、これらの既存の条約規定の対応が伝統的國家責任の原則と並行して議論されるべき新たな責任原則の存在を示すものか否かについては、意見の一致をみなかった。危険活動による損害の重大性を考慮して無過失賠償責任の問題を検討すべきであるとする少数の委員の立場に対して、大勢は慣習法規として未確立な新たな賠償責任の討議には消極的であったといえよう。後者の立場では、特定の危険活動を規律する具体的行為規範の発展を期待し、その義務違反に違法行為責任の発生を認めようとする伝統的なアプローチが強調された。かかる意見の相違を前提に、かつ現行の國家プラクティスを正確に反映する新しい國家責任の規則を提示しようと試みたのが、次にみるQ・バクスターである。

- (1) Yearbook of ILC, 1969-I at 106 (18), Ago.
- (2) Id., at 105 (7), Ago.
- (3) Id., at 107 (21), Ago.
- (4) Id., at 107 (26), Ruda ; at 108 (32), Ramangasavina ; at 110 (17), Albónico ; at 114 (8), Eustathiades ; at 117 (29), Castañeda.
- (5) Id., at 114 (8), Eustathiades ; at 117 (29), Castañeda. 前者はいう。伝統的アプローチでは、國家責任の規則は國際違法行為に連結してのみ重要な規則、すなわち第一次規則を補充する規則であった。しかし、國際法の新しい傾向では、責任は違法行為についてのみならず、違法でない行為によっても認められ、この責任はいかなる規則違反なしにも生じるものであり、obligation to make reparationの見地から明らかにされる責任である。カスターネータも同様に、合法行為による賠償義務の觀念に次のように言及する。アゴーの國家責任の法典化作業で、ILCは國際義務違反を構成しない國家の行態に伴って生じるresponsibility for riskの重要性を十分に考慮すべきであり、国内法に起源を持つこの責任原理は過失(fault)觀念から切り離されたliabilityおよび違法性(wrong)の確定なしにcompensationの支払いを命ずるものである。
- (6) Id., at 241 (22), Ago.
- (7) Yearbook of ILC, 1970-II, at 178 (6) (B).

- (8) Yearbook of ILC, 1971-II (1), at 203 (20).
- (9) Yearbook of ILC, 1973-I, at 13-14.
- (10) Id., at 6 (12), Ago.
- (11) Id., at 7 (22)-(23), Kearney : at 10 (16), Castañeda.
- (12) Id., at 7 (23), Kearney.
- (13) Id., at 7-8 (32), Hambro
- (14) Id., at 13 (3), Ago. 同前⁴⁹ Id., at 17 (48), Ago.
- (15) Id., at 14 (4), Ago.
- (16) Id., at 14 (4)-(5), Ago.
- (17) Id., at 12 (4), Ushakov : at 13 (49), Bilge : at 16 (34), Sette Camara.
- (18) それらの条約として、一九六〇年・原子力の分野における第三者損害に関するパリ条約、一九六三年・原子力船運航者の責任に関するブラッセル条約、一九六三年・原子力損害に対する民事責任に関するウィーン条約、一九七一年・宇宙損害賠償条約、がある。詳しくは、山本草二、「国際法における危険責任主義」(一九八二年、有斐閣)二二―二七二頁を参照。

第二章 領域管理責任原則に基づく国際協力義務

さて、一九七八年、ILCの作業グループは主題の性質について次のように述べた。「このトピックは、諸国がその領域またはいかなる国家の主権にも服さない地域でのいずれかにおいて、諸国が物理的環境を利用したりまたはその利用を管理する方法に関係する。このトピックはまた、このような利用または管理が他国の領域または国家の管轄外での地域で、他国の国民とその財産に与えるかもしれない有害結果に関係する」と。¹このような作業グループの勧告をうけて、Q・バクスターは、本条約案は領域外で認知されうる有害結果をもたらす活動を実施したりまたはそれを許す国家に国

国際法上要求される義務を取り扱うものであるとし、既存の関係諸条約をみても環境に対する大多数の危険、とりわけ回復不能な越境損害発生の脅威に備えた国際的規制の必要性は十分に認められているとす⁽³⁾。こうして、ILCは、違法行為に関する国家責任規則(State responsibility)とは別に、国際環境損害を規制する新しい領域管理責任の規則(International liability)が存在するとの判断を前提とし、その国際法規の発見をQ・バクスターに委ねた。

一 Q・バクスターの基本姿勢

Q・バクスターが提出した五つの報告書(一九八〇年—一九八四年)によれば、この主題に関する国際責任は、国際法によって特に禁止されない危険活動に起因する損害の防止及びその救済を目的とする関係国間における国際協力義務の履行であるとされる。このような国際協力の義務を設定する目的は、彼が自ら認めるように、一九七三年のILC討議で表面化した危険活動の合法—違法性の認定をめぐる意見対立を回避しようとすることにあり、基本的には、この協力義務の履行を媒介に特定の危険活動の実施ないしそれに起因する損害についての事前ないし事後の規制方式を紛争当事国に選択させるのが、Q・バクスターのアプローチである。

Q・バクスターがそのような国際協力義務の概念を導入するに至った背景・理由を明らかにするために、まず、本条約案のタイトル(International liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law)に含まれる二つの語(句)に関する彼の説明をみておかなければならない。

関連の第一の語は、liability(仏文テキストではresponsabilité)である。Q・バクスターによれば、この語は伝統的國家責任の規則(第二次的規則)によって発生する国際義務違反の結果——広義の賠償責任——を意味するものとしても使用されうるが、この主題においては、違法でない行為から生じる損害に関する國家の第一次的「義務それ自体」

(obligation itself)を意味するといふ。⁽⁵⁾しかし、彼によれば、この義務は、ILCで当初主張されたような無過失賠償責任を直ちに指示するものではないとされる。このような賠償責任義務の規則は現行国際法上専ら特別条約の産物でしかなく、本条約案でそれを一般法規と認めることは主権国家の行動の自由に対する不当な制約として多くの国家によって反対されるであろうと考えるのである。⁽⁶⁾こうして、本条約案は、違法行為責任についてはいうまでもなく、危険活動の合法性を前提とする無過失賠償責任の方式についても、それを直接には規定しえないとされる。(無過失賠償責任の規則に至らない第一次的規則に基づく義務の具体的内容については、第三章で述べる。)

このような説明から推測されるように、次に問題となるのが、彼によって予定される第一次的義務が適用される危険活動の法的性質である。これを明確にするのが、もう一つの語句、すなわち、acts not prohibited by international law についての以下のような解釈である。ある行為(acts・仏文テキストでは activities)⁽⁷⁾が国際法によって禁止されるか、それとも許容されるかは必ずしも明確でない場合がある。本条約案は、越境損害をもたらす危険活動についてそのような禁止—許容の不明確なケース(a grey area)を扱う。したがって、右の第二の語句は、国際法によって許容される「合法行為」(lawful acts)と同義ではなく、⁽⁸⁾国際法によって禁止されるか否かを直接には問わない行為(acts, whether or not prohibited)である。⁽⁹⁾つまり、本条約案は、越境損害の発生をもたらす加害行為が国際法上違法であるとは明確にされないような、むしろその合法—違法性をめぐって関係国の意見が一致しない一定の事態(situation)を取り扱うとする。⁽¹⁰⁾こうして、Q・バクスターによれば、そこで規定される新しい国家責任の規則は、右の国際(環境)紛争の解決をはかる調停手続規則とみることできるとされる。⁽¹¹⁾(もとより、越境的加害行為が国際法の明確な禁止規範に違反する場合には、伝統的違法行為責任の成立を認めうるが、そのようなケースは本条約案の対象外とされる。)⁽¹²⁾以上のように、Q・バクスターが本条約案に導入しようとする国家責任の規則は、伝統的國家責任の規則にとつて代わる新たな事後賠

償責任の規則ではなく、越境損害の発生をもたらす危険活動の実施についてその合法—違法性の認定が困難な事態に適用される第一次的規則である。⁽¹³⁾次に、このような新たな責任のレジームを設定することの妥当性について彼の見解を概観し、さらに、そこに適用されるとする国際法の第一次的規則の内容をみてみよう。

- (1) Yearbook of ILC, 1978-II (2) at 150-151 (13). なお、本条約案に関するQ・バクスターの第一報告書から第五報告書は順次、Yearbook of ILC, 1980-II (1) at 247-266 ; 1981-II (1) at 103-123 ; 1982-II (1) at 51-64 ; 1983-II (1) at 201-225 ; 1984-II (1) at 155-173を参照。(以下、これら報告書からの引用部分は、報告書の順番およびパラグラフ番号によって示す。たとえば、第一報告書のパラグラフ23からの引用については、QB-1/23とする。)
- (2) QB-1/26.
- (3) QB-1/28.
- (4) QB-1/14.
- (5) QB-1/12 (and note 17) ; 同前、Yearbook of ILC, 1980-II (1) at 251 (1), Barboza.
- (6) QB-3/7 and 20.
- (7) Q・バクスターは、acts (English text) と activities (French text) の語の互換的使用法は認められないとし、英文テキストにおいても activities を用いるべきことを暗に支持する。なぜならば、acts (不作為を含む) は国家がその国際義務にらして取るべき行態を意味するからである。QB-5/3. e.g. QB-1/7-9.
- (8) QB-1/14 ; QB-3/12 and 36.
- (9) QB-1/8 ; Yearbook of ILC, 1982-I at 227 (5), Quentin-Baxter.
- (10) QB-3/6. e.g. QB-3/12 ; Yearbook of ILC, 1984-I at 199 (6), Quentin-Baxter.
- (11) QB-3/31. すなわち、そのような事態で加害国は少なくとも被害国の有する正当な利益を事前・事後に客観的に考慮すべき義務を負い、本条約案の規則はこの義務履行によって彼らの間の意見対立を防止する手段を提供すると。QB-4/43-44.
- (12) 本条約案の規則は現行の禁止規則にてらして存在する関係国の権利義務を決して棄損するものではない。QB-3/37. また、

本条約案の規則はいわゆる residual rule であり、特定の越境損害の防止・賠償の措置を定める現行の特別条約にとって代わることを用意しないと。QB-5/48.

(13) QB-1/21 and 51・QB-2/15. なお、本稿表題が示すように、ILC の内部の大勢はともかく、本トピックが狭く「国際環境損害」に限定されるとする国連総会又は ILC の正式決定は為されていない。

二 本条約案における利益衡量論

(一) 領域管理責任原則に基づく違法性認定の基準——利益衡量論

まず、本条約案の対象となる危険活動に伴う事態に関する Q・バクスターの基本認識を理解するためには、越境損害の発生を規律する国際慣習法の規則、すなわち、国家の領域管理責任原則の内容およびその適用のあり方に概括的に触れておく必要がある。

この慣習法規によれば、いずれの国家も他国の権利を侵害するような方法で自己の領域を使用したり、または使用させてはならない義務を負うとされる。この原則の適用上、領域国が負うとされる国際義務の範囲は、相手国の侵害法益が国際法上の権利として確立されている場合には特に問題ない。そこでは加害行為の違法性、すなわち、他国に対する権利侵害の発生が容易に認められるからである。しかし、越境損害の発生を特別に禁止し規制する個別の条約規則がないかぎり、被害国の侵害法益の性質は不明確であり、それに対応する加害国の国際義務の範囲も容易に確定しえないのが一般的である。領域管理責任の原則は、あらゆるタイプの越境損害の発生を防止しないし禁止する一般的な基準を有していないからである。この場合、領域管理責任の原則に基づいて越境損害の発生をもたらす加害行為の違法性を認定するには、新たなアプローチが必要とされる。

その違法性の認定を可能とする方法として国際法に導入されたのが、国際河川の水利用から生ずる越境汚染を規律する利益衡量論である。これは、国内法にみられる近隣妨害（ニューサンス）の法理の基本観念を国際河川法に移植したアプローチである。その基本観念によれば、権利を享有する法主体がその権利の行使によって得る利益とこの行使によって他者に与える不利益及び社会的不利益を比較衡量して、他者に過度な損害を与える行為（権利行使）は禁止されるとする。このような考えは、国際河川の水汚染の禁止についても妥当するとされてきた。すなわち、国際法は原則として各河岸国による水利用を正当な主権行使と認めるが、その水利用が物理的一体性を成す他国の河川流域に有害結果をもたらすときには、前述の利益衡量の方法によって違法とされることがある。国際河川に損害を惹起する国家の行為はそれ自体直ちに違法ではないが、被害国が当然に負担すべき不利益の程度を越える損害発生は禁止されるというのである。その被害国における受忍限度の範囲は特定の河川流域に存する相隣関係事情（地形、水質、代替資源の利用可能性など）によって多様であるが、利益の比較衡量論はそうした水汚染に違法行為責任を認める一つの有効なアプローチとみなされて⁽¹⁾いることは疑いない。

(二) 違法性の認定に至らない利益衡量論

さて、国際法によって特に禁止されない危険活動の実施に伴う事態についても、Q・バクスターは、先述の国際河川の分野で妥当するとされる利益の比較衡量論が有効に適用されるという⁽²⁾。彼によれば、そのような危険活動の実施の自由は、それに伴う越境損害から保護される他国の自由と合理的に調整されなければならない⁽³⁾ならず、そこで関係国相互の個別利益の公平な実現を確保するのが利益衡量の方法であるとする。おそらく、国際河川の場合と同様に、国家の領域主権の行使に伴う重大な越境損害の発生は他国の一方的犠牲において独占的利益を得るものであって、領域主権の相互尊重に

反すると考えるのであろう。

この点について、Q・バクスターは次のように述べる。(1) この条約案の主題は、国際法が特定の防止基準ないし禁止規則を有していない場合に、法が無視しえない重大な越境損害をもたらす活動を扱うものである。(2) このような活動は、一方で、それが惹起する損害の重大性を理由に「禁止される過程にある活動」あるいは「合法と違法の中間に位置する活動」といえる。(3) 他方、その危険活動は、利益調整のいかんによって、防止及び(もし必要ならば)賠償についての十分な保証を条件に禁止を逃れる活動であると捉えることもできる。(4) (2) かかる合法—違法性の不明確な活動をその状態に放置することは法政策上望ましいものではなく、最終的には合法または違法な活動のいずれかに分化されるべきである。(5) たゞこの確定のための学説・国家プラクティスが殆ど存在しないとしても、関係国には危険活動のもたらす社会的価値とそれに起因する有害結果の程度を適切に考慮して相互の権利義務関係を確定することが要求される。(6) (3) 本条約案はこのような確定のプロセスを促進することを目的とし、関係国間での複雑・多様な利益調整を可能とする規則を設ける。(7) (10)

このように、Q・バクスターは、国際法によって特に禁止されない活動がもたらす重大損害に着目して関係当事国による利益調整が必要であるとする。ただ、ここで注意すべきことは、彼においては、利益衡量の方法を用いるべきことはいつても、加害行為の違法性の認定の問題には立ち入らない。(8) その問題は伝統的國家責任論の分野に属する。かかる區別は、彼の条約案作成の作業が従来の國家責任規則の法典化作業と異なるものであるということの当然の帰結である。(9) しかし、この点は別として、彼が関係国間における利益調整の実施そのものをとくに重視する理由は何か。一つには、主題の危険活動の実施は、それが国際法によって特に禁止されていない以上、その社会的有用性にてらして「可能な限り」継続されなければならないと考えるからである。本条約案の基本目的は、加害行為の違法性の認定に先立って、

有害結果からの他国の保護を確保するとともに、危険活動の継続的実施の自由を最大限認めるような特定の規制レジームを関係国に設定させることにあるとされる。¹³もとより、前述のQ・バクスターの見解にみられるように、損害の保証を条件にすべての危険活動の継続的実施が許容されるのではない。関連の利益調整の結果、特定の危険活動が関係国によつて禁止されることもあろう。いずれにせよ、ある危険活動が禁止されるかまたは許容されるかの決定が（本条約案に規定する）適切な利益調整のプロセスなしに行われるならば、関係国間で保護すべき多様な権益が不当に無視されるおそれがあるという。¹⁴第二の理由として、越境損害に関する国際紛争では、関係国がそれぞれの領域主権を強調する一般的・抽象的な権利主張を試みるものが少なくなく、この種の紛争ではその第三者解決が強制されない限り、加害行為の違法性の認定に依拠するアプローチは必ずしも有効ではないという。¹⁵確かに、領域管理責任原則に基づいて他国領域に対する重大損害の発生は違法である。しかし、Q・バクスターによれば、このような違法行為責任の発生に直結する一般原則の適用では、加害国は自己の行動の合法性（領域主権の排他性）を主張し、他方で被害国は自ら蒙った損害の違法性（領土保全権に対する侵害）を主張するのが通例であり、このようなケースについては関係国に「原因行為の違法性の確定」よりも、むしろその確定に先行する「利益調整のための協議」を要求することが有益であろうとされる。¹⁶こうして、彼は、関係当事国の協力によつて各々の個別利益を公平に比較衡量しうる紛争解決の枠組みを設けることが先決かつ有用であるとし、¹⁷そのために次のような二つの国際協力義務の履行が必要であるとす。それらは、（1）特定の危険活動の実施に関する具体的な防止基準、禁止規範の設定または損害保証の事前確約の取りつけに関する交渉義務（事前の国際協力義務）と（2）かかる事前協力に基づく特別の合意なしに発生した損害を公平に配分するための交渉義務（事後の国際協力義務）である。

- (1) 以上について詳細は、拙稿、「国際法における権利濫用の成立態様（二・完）」、北大法学論集第三二巻第二号、六三七-六五〇頁を参照。
- (2) QB-3/13-14, e. g. QB-1/43, 48, 59 ; U.N.Doc. A/38/10 (1983) para. 291.
- (3) QB-1/38, 63 ; QB-2/5, 56 ; QB-3/13, 36, 50. U.N.Doc. A/37/10 (1982) para. 116.
- (4) QB-4/20 ; QB-2/40. e. g. QB-2/59-60.
- (5) QB-4/2 ; QB-1/14.
- (6) QB-4/2.
- (7) QB-4/21. e. g. QB-4/69.
- (8) QB-4/23.
- (9) QB-3/50.
- (10) QB-4/21 ; QB-1/38.
- (11) QB-2/56 ; U.N.Doc. A/38/10, para. 293.
- (12) QB-4/40.
- (13) QB-2/40, 70 ; QB-3/14-15 ; U.N.Doc. A/36/10 (1981) para. 181. Q・バクスターによれば、利益衡量の方法は違法性の認定を目的として適用されるほかに、当事国双方の協力によつて加害活動の継続的実施の許可の条件を明らかにする（結果的には合意による違法性の阻却ないし違法性の認定回避）ためにも利用されるという。QB-3/15.
- (14) QB-1/38. e. g. QB-4/9 ; Yearbook of ILC, 1980- I at 256 (9), Statement of Quentin-Baxter.
- (15) QB-4/60. なお、この条約案に定める新しい責任のレジームは特定の行為に関する合法—違法性を直接に明確化することを目的としなかつた。QB-1/63.
- (16) QB-3/50 ; QB-1/38 ; QB-2/86.
- (17) 本トピックは国際協力によつてのみ防止・賠償されうる損害の事実またはその可能性 (the fact or possibility of the loss or injury) を扱う。QB-5/7. e. g. U.N.Doc. A/38/10, para. 290.

三 国際協力義務——危険活動の実施に伴う国家の注意義務

Q・バクスターによれば、右の協力義務は国際慣習法に基礎をおく利益調整実施の義務であり、領域内危険活動の実施はそれによつて被害を蒙る他国の利益を合理的に考慮することを条件に初めて完全に許容される自由となるとされる⁽¹⁾。本条約案はかかる利益調整の実施手続を規定するものであり、そうした手続的義務の履行がそこで扱う危険活動について国家に要求される責任内容である。また、そのような利益調整実施のための協力義務は、その違反が違法行為責任の発生に直ちに結びつくことのない国際法上の第一次規則としての義務である。以下では、このような国際協力義務の淵源及びその存在基盤について彼の見解をみてみよう。

Q・バクスターはいう。利益調整実施の義務は国家の領域管理責任原則から当然に導かれる一般的かつ積極的な協力義務である⁽²⁾。従来、領域管理責任原則に基づく国家の注意義務の内容は、一般には、個別ケースの具体的状況を勘案して領域内私人の加害行為について領域内に期待される損害防止の「相当」注意義務に他ならず、その義務履行の有無・程度は損害の発生後にはじめて判断される仕組みであった⁽³⁾。しかるに、Q・バクスターが提示する協力義務は、伝統的注意義務と同様に領域管理責任原則から導かれる義務とはいえず、実害発生の前後を問わず客観的に適用されるものである⁽⁴⁾。(もとより、その前後で協力義務の内容は異なる。)すなわち、既に若干触れたように、国際法によつて特に禁止されない危険活動に関する事前の協力義務として、関係国は次の二つの事項についての合意に到達するため誠実に交渉しなければならないとされる。

それらは、(1) 現に進行中の越境損害の発生⁽⁵⁾の程度または潜在的越境損害の発生の可能性、および(2) そこで了解された危険な事態にとつて適切な防止または救済の措置である⁽⁶⁾。現代国際社会における領域管理責任原則の適用は、こ

れまでのように事後の違法行為責任を核とする伝統的國家責任の法体系に委ねるだけでは不十分であるというのである。とりわけ、Q・バクスターにおいては、本条約案の関心の一つは事後救済よりも「可能なときはいつでも損害の惹起を回避すべき義務」を優先させることであるとされる。⁽⁷⁾

次に、事後の協力義務として、関係国は事前の協力義務によつて特別条約が締結されないうちに発生した損害について、それを彼らの間で公平に配分するための交渉義務を負う。⁽⁸⁾ 確かに、有害結果を防止する手段を講ずる余地がない事態においては、伝統的國家責任は発生しない。しかし、国際違法行為の不存在を理由に、発生した損害を被害国に一方的に負担させることが正当でない場合がある。⁽⁹⁾ 少なくともその損害を当事国間で公平に配分すべき義務(equitable obligation)が認められる方向にある。⁽¹⁰⁾ たとえば、ILCは國家責任条約草案に規定された違法性阻却事由についての討議で、行為の違法性は阻却されても、このことは当該行為によつて発生した損害を補償すべき義務の問題を予断しないと、特定のケースによつては阻却の基礎を成す伝統的國家責任規則とは異なる規則が適用されることがあるとした。すなわち、行為の合法―違法性の問題とは別に、発生した損害の公平配分に関する問題は既にILCによつて十分に予知されていたとする。⁽¹¹⁾ よつて、通常予見しえない損害発生についても、衡平(equity)に基づく国際法の第一次的規則によつて加害国が賠償義務を負うとされる可能性は否定しえないという。⁽¹²⁾

ところで、このような国際協力義務の導入の必要性は、Q・バクスターによれば、「現代国際生活の性質そのもの」に根ざすとされる。すなわち、およそ法が存在する分野においては、各々の法主体の行動の自由は、相互の自由を等しく尊重し合うものでなければならぬとする根本規範に服し、國家の行動の自由もこの規範によつて制約される。⁽¹³⁾ とりわけ、現代の国際社会に顕著な相互依存性に鑑みるとときには一層そのように考えなければならぬ。なぜならば、今日、いかなる國家も越境リスクを生み出すことなしにはその領域内で創造的活動を行うことはできず、科学技術の進歩に伴

う越境損害発生の可能性は日毎に増加している。このような状況で加害行為の違法性の認定が不可能あるいは困難であるとして他国ないしその国民 (innocent victim) に対する重大損害の発生ないし危険を無視することは、現代国際社会における国家主権とそれに対応する国際義務の間に致命的な間隙 (fatal gap) をのこすであろうという¹⁴。これは、伝統的責任論に依拠して、(潜在的) 加害国が回復不能な損害発生¹⁵の脅威を事前または事後に予見・回避の不可能な損害発生として放置するような事態に対して新たな国際的規制の必要性を強調する見方といえよう。かくして、Q・バクスターによれば、国家はその領域内 (管理下) での自由な活動を自ら実施するかまたは許可するに際して、当該活動によつて被害を蒙るおそれのあるすべての国家の利益を予め考慮して行動すべき事前の協力義務を負うとされる。さらに、加害国はその領域内の危険活動によつて損害が発生したときには、その損害が自国領域内 (管理地域) に起因したという事実に基づいて事後の協力義務を負うというのである。¹⁶

このように、Q・バクスターは、禁止—許容の不明確な危険活動の実施について、領域管理責任の原則はそれ自体直ちに関係国に対して、右にみたような利益調整に関する協力義務を課すると考へる。¹⁷ 要するに、領域管理責任原則をもつばら伝統的國家責任体系内での禁止規則としてのみ適用することは現代国際社会の現実に鑑み不適切であるとし、国際法によつて特に禁止されないにせよ、重大な越境損害をもたらし (可能性のある) 危険活動の実施の自由は上記の国際協力義務 (交渉義務) によつて制限されなければならないとする。¹⁸ そこに従来の國家責任規則を離れて領域管理責任原則に基づく國家の注意義務の内容を客観化しかつ強化しようとするQ・バクスターの基本姿勢をみることができよう。

そのような交渉義務は手続的性格を有し、その機能は、前述のように、領域管理責任原則に基づく関係国間の実体的権利義務関係の確定を促進することにあるといえる。この手続的義務と実体的義務の相互補充性は、(事前の協力義務について) すでに国際河川の水利用についての國家プラクチスにみられる。そこでは、関係国は彼らの多様な関連利益を

自発的に調整するため、特別条約の締結に向けて相互に誠実に交渉すべき義務を負うとされた。ラヌ湖事件（一九五七年）判決の次の一節は、そうした国際慣習法上の義務を端的に表明するものであるという。（1）国際河川の水利用に伴う諸国の対立する利益は、互譲の精神に基づいて調整されなければならない、そのための唯一の方法は相互に関連する利益を広く比較衡量して条約を締結することである。さらに、その判決によれば、（2）右の条約締結に向けての協力義務の履行に際して、国家はその締結に最善の条件を提供するようなあらゆるコミュニケーション（情報伝達）と接触を誠実に受け入れるべき義務をも負うとされた。⁽¹⁹⁾

Q・バクスターは、このような協力義務が相互依存性の増強する国際社会で国家に要求される新たな合理的注意義務（reasonable duty of care）であるとし、⁽²⁰⁾ 本条約案は越境損害に関する国家プラクティスで一般に認められる傾向にある右の慣習法上の義務の一般化をはかるものであるとする。⁽²¹⁾ こうして、特別条約の締結（合意形成）を介して、それまで合法—違法のいずれとも確定しえなかった危険活動の実施ないしそれに起因する損害発生について、次のような特別の規制レジームが設定されることになる。そうしたレジームの一つは、危険活動の具体的実施基準または損害発生の防止基準を定めてその違反に違法行為責任を認定する方式であり、他の一つは、加害行為の違法性を問わずに無過失賠償責任の義務を認める方式である。⁽²²⁾ このように、Q・バクスターにおいては、越境損害の規制方式としてこれらいずれの責任形態（事後賠償システム）⁽²³⁾ が妥当するかは、関係当事国間の利益調整のための交渉義務をとおして選択・確定されなければならないとされる。これが本条約案の主たる機能である。

(一) QB-1/7-9, e. g. QB-4/2.

(二) QB-2/47.

- (3) 山本章二「前掲書」、九四―九九頁参照。
- (4) U.N. Doc. A/37/10 (1982) paras. 120, 122-123. e.g. QB-1/26.
- (5) この予見可能性は違法行為責任発生の要件としての predictable な損害を対象とするものではなく、「最善かつすべての care を払っても遅かれ早かれ発生するであろう」損害にわたる foreseeability で十分であるとされる。本条約案はかかる広義の予見可能性を前提とする損害発生を対象に、「第一次的規則として機能する注意義務(交渉義務)を規定するという。U.N.Doc. A/36/10 (1981) para. 183. なお、Q・バクスターは、「この広義の予見可能性とは、ある活動にともなって「現実に発生する蓋然性は低くはせよ、ひとたび発生すれば測り知れないほど大規模な損害」(low accident rate, but a probability of extensive loss) についての妥当なるものだろう。QB-3/19. これは「高度の危険性を内蔵する活動 (ultra-hazardous activity) から生じる損害の定義である。山本章二「前掲書」一一―一二頁参照。
- (6) QB-1/60.
- (7) QB-3/6. 「損害発生(の事前)の合理的評価」(reasonable appreciation of injury) はそれ自体損害(の評価)に等しく、実害と潜在的損害の区別は不要である。U.N.Doc. A/36/10 (1981) para. 187. e.g. QB-1/26.
- (8) U.N.Doc. A/37/10 (1982) para. 116.
- (9) QB-1/46-47.
- (10) QB-1/31.
- (11) QB-1/30. 違法性阻却事由に言及しつつ、「その違法性が完全に阻却されても加害国による賠償(補償)が支払われるべきケースがあるとするQ・バクスターの発言については、Yearbook of ILC, 1982-I at 286-287 (7).
- (12) QB-1/46. もとよりその他の衡平が作用して損失の配分ないし被害国への一般的損失負担の可能性も否定し得ないといふ。Id.なお「本稿では彼の報告書における reparation の語を「賠償」として訳出・使用した。
- (13) QB-1/52. QB-4/1.
- (14) Id.
- (15) e.g. QB-1/28, 45.
- (16) U.N.Doc. A/37/10 (1982) para. 121. Yb. of ILC, 1982-I at 287 (11), Quentin-Baxter.

- (17) QB-1/51, 54. e. g. U.N.Doc. A/37/10, para. 143.
- (18) かくべ' Q・バクスターにおおては' *sic utere tuo ut alienum non laedas* の法格言 (a prohibition against acting within ones own domain in such a way as to damage others) に基づく領域管理責任原則は現代国際社会の状況に適する working rule of law に修正されなければならず、そのような原則は損害発生の広い予見可能性に基づく交渉義務の淵源を成すとされ
 re. QB-3/23. U.N.Doc. A/36/10 (1981) para. 176.
- (19) QB-1/50. なお、このケースについて、拙稿、前掲論文、六四二―六四三頁参照。山本草二、前掲書、三三二―三三六頁。
- (20) QB-1/61. なお、Q・バクスターは、ラヌ湖判決の一般化をはかる基礎はつぎのような「出現しつつある国家プラクティスのパターン」にあるという。すなわち、諸国はその領域内の活動が他国に有害結果をもたらしうると知ったときには、その関係国との間に危険の評価および防止・賠償の内容についての agreements に達するための措置をとると。QB-1/31, 60-61.
- (21) QB-1/13.
- (22) QB-4/69.
- (23) QB-5/45, 48.

第三章 国際協力義務の形態と内容

一 連続する二つの交渉義務

前述のように、Q・バクスターはここでの問題の本質が国家の領域内での活動の自由と当該活動に起因する損害から他国の保護をどのように調整するかであるとし、関係国は他国利益配慮の一般的義務から派生する事前及び(又は)事後の交渉義務を負うとする。従って、本条約案はそれ以上の実体的な権利義務の確定に直接関与しない。そのような直接的確定は伝統的國家責任規則または無過失賠償責任規則のいずれかの適用を予断することになるとされるからである。ここでは本条約案に規定される交渉義務の具体的内容について考察する。

Q・バクスターは、既存の国家プラクティスから次のような連続する二つの交渉義務を導く。その一つは、越境損害の危険が予測される場合に、関係国は、関連情報の提供および事実認定機関設立の義務を履行し、(1)損害発生を防止するための特定基準、および(2)もし必要ならば、この防止基準を遵守しても発生するであろう損害の賠償義務の事前確約を規定する特別条約を締結するための交渉義務である。(これを以下、第一交渉義務とよぶ。)他の一つの交渉義務によれば、右の防止・賠償に関する特別の合意が成立しない場合に発生した損害について、関係国は新たにその賠償に関する権利義務関係を決定するための交渉を行わなければならないとされる。(以下、これを第二交渉義務とする。)このように、本条約案は、全体として、越境損害の危険の客観的評価を起点とし、最終的には事後の損害賠償義務の有無・範囲の決定に至るまでの手続規則を規定するものである。

この手続規則は、本条約案に基づく新しい国家責任内容の概要を示すものであり、Q・バクスターの第三報告書(一九八二年)に付されたschematic outline(以下、アウトラインという)として提示された。⁽²⁾このアウトラインは全体で八節から成り、そのうち一節は条約の適用範囲、用語の定義及び留保事項を規定し、八節は紛争解決条項である。アウトラインのその他の節は、前述の第一交渉義務(二節―三節および五節―七節)と第二交渉義務(四節―七節)に関する部分である。次に、アウトラインの主要規定の内容にそくして上記二つの交渉義務の基本構造に論及する。

二 特別条約締結の交渉義務(第一交渉義務)

(一) 第一交渉義務の規定内容

第一交渉義務の主たる内容はアウトラインの二節および三節で規定され、次のような一連の三つの義務から構成され

る。(イ)その第一は情報提供の義務である。国家は自国の領域内または管理下の活動が他国に越境損害を与えるか又は与えるであろうと予見するときには、当該他国にその事態に関する情報を提供しなければならぬ。また、その(潜在的)被害国はそうした事態について他国に通報する権利を有し、それを受けた(潜在的)加害国は(潜在的)被害国に対して上記の情報を提供すべき義務を負う。この情報は(潜在的)加害国が予見可能と考える損害の種類・程度を示すものですべての関連ある利用可能な情報でなければならず、かつ加害国はこの段階で自らの救済措置を提案しなければならぬ(以上、二節、1—2)。ここで規定される予見可能性は厳格な要件ではなく、一般に損害発生危険を感じることと十分であるとされる。⁽⁴⁾

(ロ)第二の義務は事実認定機関設立の義務である。右の情報は(潜在的)加害国による救済措置の提案を含むものでなければならぬが、もし(潜在的)被害国がそれを自国の保護に不十分と判断するならば、いずれか一方の要請で事実認定機関を設立すべき協力義務が発生する(二節、4—5)。(ハ)第三に、そのような事実認定機関の設立ないし当該機関への付託事項についての合意成立が合理的期間内に不可能か、当該機関が設立されてもその認定が受諾されないか不十分であるときには、関係国は問題の事態について相互の権利義務関係を満たす特別条約(レジーム)締結の交渉義務を負う(三節、1、3)。このように、特別条約締結の交渉義務は、それに先行する事実認定機関設立の義務の不履行はもとよりその履行によっても問題が解決されないときに生じる義務である。(この条約締結に際しての指針については、後述する。)

以上に見たように、国家はその領域内または支配下での危険活動の実施について、それが何らかの越境損害をもたらすとする他国からの通告を受けるときには、損害発生危険を客観的に評価し、かつ適切な救済措置を提案・協議すべき義務を負う。領域国(支配国)はその危険活動の実施またはそれに伴う損害発生が特定の国際義務の違反を生ぜし

めるものと考えない場合にも、上記の一連の協力義務を一方的に拒否することはできないとされる。⁽⁶⁾ くり返し述べるように、国際法によつて特に禁止されていない活動についても、その活動に起因する損害発生 of 重大性に照らして、現代の領域管理責任原則はそのような客観的かつ具体的な注意義務を領域国（支配国）に要求するのである。

(二) 交渉指針としての「防止と賠償」の複合性

さて、アウトラインは特別条約締結の交渉過程で考慮すべき事項を規定する。それによれば、本条約案の目的は、(潜在的)被害国の利益の「十分な保護」と(潜在的)加害国がその領域内または管理下でいかなる活動を実施するかについて有する「選択の自由」を両立させることである(五節、1)。この目的実現のための「十分な保護」(adequate protection)は、(イ)損害の危険を可能な限り回避する防止措置と(ロ)この防止措置が不可能なときにとられる賠償措置を要求するとされる(五節、2)。他方、加害国の活動の自由も無視すべきではなく、防止と賠償のいずれの措置を講ずるにせよ、問題の活動の重要性(社会的有益性)と経済的な持続可能性(viability)が正当に考慮されなければならないとする(五節、2)。

ここで注目されることは、その条約締結の交渉で越境損害の防止措置のみならず賠償措置も考慮すべきという規定内容である。本条約案での防止と賠償の関係は伝統的國家責任の法体系における両概念の関係とは異なる。いうまでもなく、その伝統的理論においては賠償は何らかの防止義務の違反から直接かつ当然に派生する法的結果である。しかるに、右の条約締結交渉で関係国が考慮すべき賠償は、関係国の協力で事前にかつ広範に予見される損害発生 of 危険に対する保証であり、関係国の双方が適切と考える危険に対する備えを意味する。⁽⁷⁾ 既述のように、第一交渉義務の発生要件は関係国の一方が重大な越境損害の発生を感知しそれを相手国に通告することで満たされ、そこで広く予見される越境損害

には防止可能な損害に限らず、最大の注意を払っても防止しえない損害も含まれるのである。従って、Q・バクスターによれば、このような（後者の）危険については損害賠償の事前保証それ自体が広義の「防止」措置の一形態であり、それは関係国の合意によって特別条約に導入可能な規制方式の一つであるとされる。⁸このような考えは、彼によって「防止と賠償」の複合性あるいは連続性（continuum）と呼ばれる。⁹

ところで、Q・バクスターが示す交渉指針では、この複合性の概念（賠償の事前保証）は一定のケースで活動国の自由と被害国の保護の間に適切なバランスを確保するものとされる。なぜならば、条約交渉の過程で危険活動の実施基準又はそれに起因する損害発生防止基準の設定が客観的に不可能と判断される場合には、損害賠償の事前確約の合意によってのみ被害国の救済と（危険ではあるが、しかし）社会的効用を有する活動の継続性を同時に両立させることができるからである。すなわち、彼においては、その特定の実施・防止基準の設定が不可能なことを理由に、はじめから危険活動の停止をもって損害発生防止とする考え方は、当該活動に伴う社会的有用性を阻害するものとして排斥されるのである。¹⁰さらに、（危険の事前評価に基づいて）防止基準の設定が可能な場合であっても、その基準の遵守に要する経済的費用が高価であり活動の有用性を損なうと判断されるときには、合意によって危険活動の継続を認めつつ損害賠償義務の事前の引受けが可能であるという。¹¹（なお、ここでは、理論上、伝統的違法行為責任の成立が関係国の特別合意によって回避される場合と考えられる。）¹²

他方で、Q・バクスターは次のようにも述べる。本条約案は、防止措置の一環としての賠償を強調する余り、賠償の事前確約と引き換えに、最初から防止可能な損害を惹起するライセンスを潜在的加害国に与えるものと考えられるべきではない。¹³実行可能な防止措置にかわる安価な代替物として、潜在的加害国による賠償義務の引受けを安易に認めることは必ずしも潜在的被害国にとっての最良な保護措置ではないという。¹⁴従って、特定の危険活動の実施を禁止したり、あ

るいは損害発生防止基準を具体的に特定して伝統的違法行為責任を認める規制方式、さらには防止可能な損害について特定基準を設けつつ同時にそれによつてカバーしえない将来の損害賠償義務を規定しておく規制方式の導入も合意可能である。この最後の（混合）方式はトレイル熔鉱所事件の確定判決（一九四一年）で採用された。⁽¹⁵⁾ここでは、カナダ領域内にある熔鉱所の操業を継続的に認めつつ、アメリカ側の利益をいかに保護するかが考慮され、⁽¹⁶⁾判決は利用可能な科学知識に基づく防止措置を示し、かつそれを遵守しても発生するであろう損害について関係国の取り決めによる賠償が支払われなければならないと決定した。⁽¹⁷⁾ここで注目されるのは、関係国の合意に基づく仲裁裁判で、科学技術の専門家による環境影響評価が行われそれを前提に熔鉱所が遵守すべき損害の防止基準が特定されたこと、そしてそれによりカバーされない将来損害に無過失賠償の責任を予め認めたことである。

このように、第一次交渉義務によつて合意可能な賠償措置は、何らかの防止義務違反に付随・連動して強制される事後賠償の措置ではなく、⁽¹⁸⁾（上記のいずれかの指針に基づいて）関係国によつて具体化される防止措置の一環として位置づけられるものである。要するに、若干の交渉指針は提示されたが、事前の危険評価の内容いかんで、損害発生に備えて特定の禁止・防止義務を認めるか、それとも新たな無過失賠償責任を導入するかは、基本的には、交渉当事国の裁量的自由であるとされる。⁽¹⁹⁾

(1) QB-2/5-6, 13.

(2) アウトラインの内容については、Yearbook of ILC, 1982-II (2) at 83-85, Q・バクスターはこのアウトラインを具体化したときに（一九八二年）、アウトラインの内容はその後の国家プラクチスの素材に照らして検証されなければならないと述べた。U. N. Doc. A/37/10 (1982) para. 110.

(3) なお、アウトラインの二節の3によれば、加害国は国益を理由とする情報の提供を要求されないが、しかしその場合でも

関係活動による危険の存在は潜在的被害国に通告をしなければならぬとする。

- (4) フォットランソンの二節と三節は 'damage or possible damage を扱う手続がある。' Yearbook of ILC, 1983-1 at 216-217 (8) . また、ここで対象となる越境損害は常に損害の現実的発生について予見可能なものである必要はなく、特定活動の実施に結びつくリスクのレベルにあるものでよいとされる。QB-4/63、本トピックの文脈では、"a risk of accident is foreseeable" べ十分であるとすう。U. N. Doc. A/37/10 (1982) paras. 123-124 第二章 三 (註) 5、7 を参照。
- (5) U. N. Doc. A/37/10, para. 123.
- (6) QB-1/60.
- (7) Id., para. 117. 伝統的責任体系での防止概念と賠償概念の関係、及びこの二概念の連続性については、QB-4/40, 41 (note 81) など、Q・バクスターは 'reparation とすう語を (行為の合法・違法性のいかんを問わず) 広く to make good the loss を意味するものとして使用する。'
- (8) QB-2/91.
- (9) QB-4/40-41.
- (10) QB-3/21.
- (11) Id. QB-2/40.
- (12) QB-2/40.
- (13) QB-3/23. この点を問題とす意見として Yearbook of ILC, 1982-1 at 245 (20) , Statement of Ni.
- (14) QB-3/20. 同様の意見は、Yearbook of ILC, 1983-1 at 268 (21) , McCaffrey.
- (15) トレイル判決が示した規制レジームが本条約案でも導入可能なことについては U. N. Doc. A/37/10, para. 119. の第二判決の内容は次のように評価される。ある活動の実施過程に固有の危険は広く予見可能 (foreseeable as a statistical possibility) であっても、加害国に有効な防止措置を期待しえない。それ故、伝統的國家責任規則は適用しえないが、しかし、トレイル判決 (一九四二年) では加害領域国のカナダは判決によって可能とされる防止措置のほかに、防止不能な将来の損害についても賠償義務を引き受けた。QB-2/39. U. N. Doc. A/39/10 (1984) para. 230. この将来損害についての賠償義務は無過失損害賠償義務である。QB-3/15.

(16) U. N. R. I. A. A., vol. 3, p. 1939.

(17) Id., p. 1980.

(81) QB-2/91, QB-3/21. Yearbook of ILC, 1980-I at 260 (6), Quentin-Baxter.

(91) QB-3/25. U. N. Doc. A/37/10, para. 119. なお、特別条約締結のための交渉では、アウトラインの五節の基本原則のみならず、その六節の関連諸要因と七節の関連諸事項が関係国によって考慮される。

(三) 「防止と賠償」の複合性に関する国家プラクチスの評価

右にみたように、特定の危険活動の規制内容（防止措置または（及び）賠償措置）は、第一交渉義務を履行して関係国が行う利益調整の過程ではじめて具体化される。その交渉以前においては領域管理責任原則に基づく他国利益配慮の一般的義務が存在するにすぎず、⁽¹⁾第一交渉義務の履行によって当該義務の具体的内容・範囲が客観的に確定されるものといえる。⁽²⁾

ところで、Q・バクスターのこのような考え方はこの主題について生成・発展の過程にある現行の国家プラクチスの内容を反映するものであるとされる。そこでは、特定の危険活動に妥当する事後賠償責任の原則はなお未確立であるという。すなわち、諸国は越境損害の防止の必要性は認めても、防止し得なかつた損害の賠償問題を規律する明確な法原則を確定しなかつたとする。この点を敷衍するならば、国家プラクチスに関する彼の分析結果は次の二点から成る。

(一) 第一に、既存の諸条約にみられる防止義務優先の事実である。諸国は個別条約で、越境損害の発生を回避すべき防止措置の規定を設けるのがふつうであり、ごく限られた場合に防止不能な損害についての賠償義務規定（無過失責任原則）を取り入れてきた。しかし、国家プラクチスからそれ以上に具体的な規律内容を導出することはできない。⁽³⁾なぜなら、特定の条約で防止基準を設けてもその違反の効果を明確にせず、他方で無過失賠償責任を認める条約規定を慣習法

規とする基盤はなお未成熟だからである。⁽⁴⁾しかしながら、(2)第二に、越境損害の危険が予見されるならば、関係国の権益はその危険の実現に先行して規律されなければならないとする程度の法意識の存在は認めなければならない。⁽⁵⁾それが上記の国家ブラクチスに合致する正しい評価である。かくて、本条約案では、そうした生成過程にある国家ブラクチスを反映するものとして、防止措置のみならず賠償の事前確約をも含む包括的な保護措置(「防止と賠償」の複合性)についての合意を関係国に要求することが可能であるとする。⁽⁶⁾要するに、主題に関する防止義務は現行法に確固たる地位を占めるが、他方で、そのような防止義務の違反から導出しえない賠償義務の存在をも考慮するならば、「防止義務と賠償義務を明確に区別すべき理論的必然性」(doctrinal compulsions)はもはや存在しないというのである。⁽⁷⁾(もとより、国家ブラクチスに見られる防止・賠償の義務から特定の越境損害の発生に一般的に妥当する事後賠償責任の方式を特定することはできないとされる。)

このように、既存の国家ブラクチスに何らの規則も見出しえないとするのは正しい解釈とはいえないとし、彼は、主題に関する多様な条約の存在そのものは少なくとも諸国による一般的な利益調整義務の履行を示すものであるという。⁽⁸⁾すなわち、それら条約が危険活動ないしそれに起因する越境損害の合法―違法性を不問または未解決のままに防止・賠償の措置を規定するものであるとしても、そのような条約の存在は当事国間で具体的利益衡量が行われた証拠に他ならず、かかる法的評価を諸国の行動パターンに与えないことは誤りであるとされる。⁽⁹⁾その合法―違法性を確定する国家ブラクチスの不存在を理由に問題の解決を放置することは、最初からなんらかの事後賠償方式の発見にのみ着目する「画一化した」(stereotyping)思考法を示すものであり、本条約案の作成に当たってかかる見解は排除されなければならないという。⁽¹⁰⁾要するに、Q・バクスターにおいては、国家ブラクチスに見られる合意形成の事実は、少なくとも諸国が危険活動の実施に際して他国利益配慮の一般的義務を履行した結果を示すものであり、そこに特別条約締結のための第一

交渉義務を支える法的基礎があると考え⁽¹¹⁾。そして、特別条約の締結を継続的に促進することが事後賠償規則の明確な発展をもたらすであろうと期待し、その締結に向けての交渉環境の設定と整備が強調されることになるのである⁽¹²⁾。

以上にみたように、本条約案の第一交渉義務の規則は国家ブラクチスに遍在する次のような不変的要素を確認するものである。国家は、自己の領域又は支配下における越境損害発生⁽¹³⁾の危険を自ら感知するか他国から通告されるときには、その危険の防止又は適切な事後保証について（潜在的）被害国と交渉を行わなければならない⁽¹³⁾。これが現代国際社会における国家の危険管理の一般的かつ最低限の責任であるとするのが、Q・バクスターの基本認識である。

現在、このような事前の手続的義務を認める国家ブラクチスは少なくない。一九七二年のストックホルム人間環境宣言の原則二項は国家の環境損害「防止の責任」について規定するが、現行の国家ブラクチスはこの防止責任が前述のラヌ湖判決で示されたような国際協力義務を含むとする方向で発展している。その原則二項は国際環境損害について国家の領域管理責任原則を確認し、同二四項は環境の保護・改善のための特別条約締結の必要性を認める⁽¹⁴⁾。その後の国連総会決議は、その二二項の実施に向けて国家間協力が必要であること、かつ、この国際協力は事前の情報交換、通告、協議によって効果的に達成されるとする⁽¹⁵⁾。また、国際環境保護のための国家の行動準則を規定した国連環境計画（UNEP）の原則案（一九七八年）は、ストックホルム人間環境宣言原則二二項を確認したうえで（原則三）、国家は天然資源を共有する他国の環境に重大な影響を与えるおそれのある活動について、実行可能な範囲でその影響を事前に評価すべきこと（原則四、八）、そのための通告、協議そして情報交換の規定を設ける（原則五、六）⁽¹⁶⁾。同様の手続的義務を規定する最近の条約例として、一九七八年の海洋環境を汚染から保護するための国際協力に関するクウェート条約（一〇一一一条）、一九八一年の中西部アフリカ地域の海洋および沿岸の環境の保護と開発に関する協力のためのアビジャン条約（一一三—一四条）、一九八〇年の陸上源の汚染から地中海を保護するためのアテネ議定書（八一—九条、一二—二条）、一

九八三年の広域カリブ地域の海洋環境の保護と開発に関するカルタジェナ・ドゥ・インディアス条約（二二—二三条）がある。⁽¹⁷⁾その他、一九七九年の国連ヨーロッパ経済委員会（ECE）の広域越境大気汚染条約など、多くの条約例をあげる事ができる。⁽¹⁸⁾

同時に、Q・バクスターが指摘するように、これら既存の条約から特定の危険活動に一般に適用可能な何らかの事後賠償責任の規則を導き出すことは困難である。⁽¹⁹⁾右の若干の条約例を見ても、クウェート条約（一三条）、アビジャン条約（一五条）、カルタジェナ・ドゥ・インディアス条約（一四条）は事後賠償規則の作成と明確化に協力すべきと規定するにとどまり、ECE条約とアテネ議定書には損害防止の事前協力の規定は存しても事後救済の規定を有しない。かくて、Q・バクスターのみならず、ハンドル（G. Handl）およびビルダー（R. Bider）が述べるように、ストックホルム人間環境宣言の原則二二項は国家が環境損害の事後賠償に関する国際法の発展に協力すべき義務を負うとしたが、その後の国家プラクティスではその賠償の法理の発展に見るべき進展がないといえよう。⁽²¹⁾

こうした現状評価が正しいとするならば、領域管理責任原則に基づく国家責任の法内容は、少なくとも国際環境損害に関する限り、損害の防止及び事後救済についての国際協力義務を含むといえる。⁽²²⁾かかる責任概念の拡大ないし変質——手続的な協力義務の導入・重視——は主としてストックホルム人間環境宣言以降の国家プラクティスを反映するものであり、それが今日発生可能な多種・多様な国際環境損害の法規制を伝統的国家責任の法体系に委ねるだけでは不十分であるという認識によることは疑いなかろう。

(1) Q・バクスターにおいては、第一交渉義務で特別条約が締結されるまではこの他国利益配慮の一般的義務の具体的な内容は未確定であるとされる。それ故、その時点まで右の義務内容は、包括的に、the general duty to avoid, or minimize and

- repair, physical transboundary harm by the U. N. Doc. A/38/10 (1983) para. 291. QB-4/63.
- (2) なお、第一交渉義務は、領域管理責任原則から導かれる第一次的規則であり、この第一交渉義務が適用されるまでは伝統的國家責任の規則は適用されないとされる。Yb. of ILC, 1980-1 at 258-259 (26), Quentin-Baxter.
- (3) QB-4/46. のようなQ・バクスターの見解を支える國家ブラクチスの分析はこの主題について国連事務局が作成した以下の文書に詳しい。Survey of State Practice Relevant to International Liability for Injurious Consequences Arising Out of Acts Not Prohibited by International Law (Study prepared by the Secretariat), U. N. Doc. A/CN.4/384 (1984), esp. paras. 267-268, 270-271, 274, 317 (note 38), 389-397, 444, 447.
- (4) QB-1/27. Yb. of ILC, 1980-1 at 256 (2), Quentin-Baxter. このような國家ブラクチスの評価はリップハーゲンによっても指摘された。彼によれば、國家ブラクチスでは防止措置がとられたか否かを問わずに賠償措置が否定されたり肯定されるとき、従って、防止措置と事後賠償措置の間には絶対的な結びつきが認められないとする。さらに、越境損害の多くが人間の力によつては抑止し得ない自然の力の介入によつて発生することと無関係ではなく、その損害の発生が専ら特定の加害國の法的非難に値する活動に起因するとはいえない以上、危険活動の規制は完全な自由にも完全な禁止にも至らない「中間的解決」(other intermediate solutions under international law) によるべきことを示唆する。Yb. of ILC, 1980-1 at 245 (29) (30) (32) (34), Ripphagen. なお、かかる解決に反対して、この主題における責任 (liability) は伝統的注意義務違反による違法行為責任かまたは危険活動についての無過失賠償責任のいずれかであるという意見があった。Yb. of ILC, 1980-1 at 253 (21), Thiam.
- (5) QB-4/9.
- (6) QB-2/70. ここではQ・バクスターは、関連の諸条約に見られる「諸義務のパターン」について、事後賠償のみを扱う条約は殆ど存在せず、多くの条約は特定活動による損害を防止するかまたは最小化すべき措置とともに事後賠償措置を規定するところである。なお、e. g. Doc. A/38/10 (1983) paras. 289-290.
- (7) QB-2/16.
- (8) QB-4/9. U. N. Doc. A/38/10, para. 291.
- (9) QB-4/9, 39.

- (10) QB-4/46. Q・バクスターは(生成・発展中の)国家アクタスを既存のパターンに従って解釈しないという。QB-2/18.
- (11) QB-4/8-9.
- (12) QB-3/32, QB-4/9.
- (13) QB-4/9.
- (14) 小田滋、石本泰雄編、『解説・条約集』(増補版、一九八五年)七〇頁。
- (15) U. N. G. A. Res. 2995 (Yb. of the U. N., 1972, at 330-331) and 3129 (Id., 1973, at 374-375).
- (16) 17 *I. L. M.* (1978) at 1098-1099. (Draft Principles of Conduct in the Field of the Environment for the Guidance of States in the Conservation and Harmonious Utilization of Natural Resources Shared by Two or More States).
- (17) The 1978 Kuwait Regional Convention for Co-operation on the Protection and Development on the Marine Environment and the Coast Areas, 17 *I. L. M.* (1978) at 515-516. Convention for Co-operation in the Protection and Development of the Marine and Coastal Environment of the West and Central African Region, 20 *I. L. M.* (1981) at 750. The 1980 Athens Protocol for the Protection of the Mediterranean Sea against Pollution from Land-Based Sources, 19 *I. L. M.* (1980) at 872-873. The 1983 Cartagena de Indias Convention for the Protection and Development of the Marine Environment of the Wider Caribbean Region, 22 *I. L. M.* (1983) at 230-231.
- (18) The 1979 Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution, 18 *I. L. M.* (1979) at 1444. その他、前掲註(3)参照。
- (19) 前掲註(3)。
- (20) 17 *I. L. M.* (1978) at 516-517 (The Kuwait Regional Convention). 20 *I. L. M.* (1981) at 751 (The Abidjan Convention). 22 *I. L. M.* (1983) at 231 (The Cartagena de Indias Convention).
- (21) G. Handl, "The Environment : International Rights and Responsibilities", *A. S. I. L.*, Proceedings of the 74th Annual Mtg., (1980) at 223 et seq., esp., at 233-234. Remarks of R. B. Bilder, *op. cit.*, at 242-243.
- (22) G. Handl, *op. cit.*, at 224-228. 山本暲一、「環境損害に関する国家の国際責任」法学(東北大)四〇巻二号、三三頁。

三 事後賠償問題の解決に関する交渉義務（第二交渉義務）

(一) 第二交渉義務の規定内容

第二交渉義務は、第一交渉義務の履行が拒否されるか、またはそれが履行されても関係国間に賠償についての特別の合意が成立しないままに損害が発生した場合に、当該関係国にこの損害に関する賠償義務の存否と範囲についての誠実な交渉を命ずるものである⁽¹⁾（アウトライン四節、1）。既にみたように、Q・バクスターによれば、領域管理責任原則に基づく他国利益配慮の一般的義務はこのような事後の協力義務をも関係国に要求するとされる。

さて、この第二交渉義務の指針はアウトラインによって次のように規定される。加害国は、関係国の「共有期待」(shared expectations)に合致しないと確定されない限り、その危険活動に起因する損害を被害国に賠償しなければならぬ⁽²⁾（四節、2）。しかし、ここに定める賠償義務は無過失賠償義務（自動的賠償義務）ではない⁽³⁾。それは、次の二点において、加害国に課される「条件付き」賠償義務を規定するものである⁽⁴⁾。（1）第一に、右の規定から明らかなように、加害国が関係国の「共有期待」に依拠してその賠償義務の存在を否定することが可能である。ここでいう「共有期待」とは、賠償問題の処理について（a）関係国間の書簡・その他の意見交換で表明される期待であり、かかる表明がない場合には（b）関係国、関係国が属する地域的その他のグループまたは国際社会で、通常遵守される共通の立法その他の基準・行態のパターンに示される期待を意味する（四節、4）。（a）の書簡・意見交換での期待表明は第一交渉義務の履行過程で行われ、そこで関連の損害賠償請求権が明示的に否定されるとき、あるいは将来発生する問題の損害を相互に受忍限度内にあると決定するときには、加害国に賠償義務はないとされる⁽⁴⁾。また（b）によれば、このような立証が不可能なときでも、加害国は自己の賠償義務を否定するために関連の国内立法の規定などを援用して同種のケースに

ついでに賠償義務の不存在を立証しうる。⁽⁵⁾ (2) 第二に、右の規定(四節、2)に基づいて被害国に支払われるべき賠償 (the reparation due to the affected State) は、関係国の「共有期待」のみならず、その他の諸原則(五節)によっても確認されなければならない (shall be ascertained)、⁽⁶⁾ さらに加害国によつてとられた事前の救済措置、両当事国の事前の行為の合理性、他の関連要因(六節)と諸事項(七節)をも考慮すべきとされる(以上、四節、3)。これは、上述の「共有期待」に基づく加害国の反証がない場合であっても、そのことから直ちに加害国の賠償義務が推定されるのではないことを意味する。その反証の不存在は賠償問題についての実質的な交渉を義務づけるものでしかないと推量される。何故ならば、そこにいう諸原則(五節)は利益の比較衡量による当事国間での公平な損失配分を要求する基本原則であり、Q・バクスターによれば、加害行為の違法性を前提としない損失配分においては関連状況に鑑み加害国の一方の損失負担が必ずしも常に公平ではない場合があるとされるからである。実際、後述するように、彼は、重大損害の発生はそれ自体事実問題 (a pure question of fact) であるとし、⁽⁶⁾ 損害の発生とともに加害国の賠償責任が一応推定されるには別の追加要因が必要であり、さらに加害国の一方的損害負担が正当とされるべき特定の状況を示唆する。以下、この点を今少し詳しくみてみよう。

(二) 無過失賠償責任の直接的導入の否定

このように、加害国が自己の賠償義務を否定する「共有期待」の存在を立証しえない場合でも、その賠償義務の存否はなおアウトラインに定める基本原則(五節)を具体化する関係国間の交渉で確立されなければならない。これらの原則は、第一交渉義務におけると同様に、⁽⁷⁾ 本条約案の基本目的として被害国利益の十分な保護と加害活動の社会的有益性・経済的持続可能性との適切な調整を要求する(五節、1—3)。⁽⁸⁾

この利益調整の導入は、加害国の無過失賠償責任がつねに第二交渉義務における妥当な損失配分の方式ではないとするQ・バクスターの基本姿勢を反映するものである。この点について彼は次のようにいう。加害国の側の事情を一切考慮せずに損害の発生を直ちに賠償義務に結びつける見解は、現行の国家プラクティスに正当な基礎を有していない。⁽⁹⁾ これまで、危険活動によって生じた損害の事後賠償の取り扱いでは、特定の事後賠償方式をなんら確定することなく、単に因果関係の存在を前提に加害国が被害国に対して賠償の支払いを認めるのが一般的であった。⁽¹⁰⁾ 従って、彼は、そのような特定の賠償原理に基づかない紛争解決 (non-principled solution) のプラクティスを促進することが必要かつ先決であり、そのための第二交渉義務の履行を介して諸国が多様な危険活動に妥当する損害賠償方式を形成することにならうという。⁽¹¹⁾ このようにQ・バクスターによれば、本条約案に加害国の無過失賠償責任を直接規定するには国家プラクティスの一層の発展が必要であるとされる。现阶段での無過失賠償責任の原則は、第一交渉義務における賠償の事前確約と同様に、関係国が第二交渉義務の履行過程でアウトラインに規定する基本原則 (五節) に合致するものとして選択する一つの事後賠償方式でしかない⁽¹²⁾ というのである。

(三) 第一交渉義務との連続性

他方、Q・バクスターは、第二交渉義務は第一交渉義務と異なつて、関係国に完全な選択的交渉の自由を認めるものではないとする。⁽¹³⁾ 何故ならば、損害の発生に伴う事後賠償の問題は、(1) 第一交渉義務における関係国の履行態様と密接不可分であり、また(2) 第二交渉義務は既に発生した損害の公平な配分を究極の目的とするからである。⁽¹⁴⁾ 従つて、これら二点を考慮するならば、第二交渉義務の開始の時点で、少なくとも加害国が一応の賠償義務 (a prima facie liability) を負うとされる場合があるという。以下、加害国がその賠償義務を直接には否定しえないとされる、これら二つの

要因について述べる。(一)その一つは、加害国による第一交渉義務の一方的拒否である⁽¹⁵⁾。すなわち、もし被害国が事前に通告した危険の存在を無視して加害国が第一交渉義務に基づく特別条約締結のための協力なしに行動し、その危険が実現するならば、そこに加害国の一応の賠償責任が発生するとされる⁽¹⁶⁾。また、加害国が自ら予見しえたであろう損害に関する適切な情報を被害国に公開・提供しなかったという事実は、この損害についての被害国の完全賠償請求権の主張 (the claim of the affected State to receive as reparation the full value of loss sustained) を強化するものであろう⁽¹⁷⁾。という。(なお、被害国が了知した危険を事前に加害国に通告しなかった損害については、被害国はエストツペル原則の適用によってその賠償を請求しえないとされる⁽¹⁸⁾。)

このように、危険の事前評価とそれに対処するのに必要な保護措置の提案・協議はすべて利害関係国に要求される基本的義務であり、——第一交渉義務の不履行はそれ自体国際違法行為を構成するものではないが(二節、8)——加害国はそうした不利益(賠償義務の推定)なしには、危険評価を起点とする国際協力を一方的に拒否し得ないことになる。(2)第二の要因として、被害国が危険活動の実施によって得られる利益を加害国と共有しないときには、加害国の賠償義務を覆すのに十分な理由は存在せず、かかるケースでは被害国の完全賠償の権利(entitlement to full compensation)が認められるであろうとされる⁽¹⁹⁾。

これら二つの要因は少なくとも加害国側の一応の賠償義務を推定させるものといえる。ただ、このような賠償義務の推定と完全賠償請求権の関係について、Q・バクスターの見解は必ずしも明確ではない。すなわち、その賠償請求権に対応する賠償義務の存在確定の基準が曖昧である。従って、この点については慎重な解釈が要求されるが、一つの可能な見解は、右の要因(通告義務の不履行と共有利益の不存在)のいずれかが認められるときには原則として加害国の賠償責任が発生するという考え方である⁽²⁰⁾。そのうえで賠償額の多寡を決定する副次的要因(アウトライン六一七節)が適

用されると考えうる。他方、第二の解釈として、加害国の側で予見しえたであろう損害が発生した場合があつても、加害活動の実施に関係国が共有利益を有していないときにのみ加害国は原則としてその損害賠償の義務を負うとする見解も可能であろう。⁽²¹⁾これは、加害活動の実施に有利な推定をおくことによつて、上記二つの要因がともに認められるときに加害国の賠償義務が積極的に肯定されるとする考え方である。Q・バクスターは、発生した損害を被害国にシフトしてはならないとすべき主たる要因として損害の予見可能性⁽²²⁾と共有利益の不存在を強調するが、右のいずれの解釈が妥当であるかについては明確な見解を提示していないように思われる。おそらく、彼は、右のいずれか一つの要因によつて少なくとも加害国の賠償義務が推定されるとし、この場合には加害国による第二交渉義務の履行拒否は認められないと考えるのであろう。実際、彼は、加害国の賠償義務の有無は適用可能なアウトラインの基本原則（五節）の内容が確定されるまでは必ずしも絶対的なものではないといふ。⁽²³⁾すなわち、右のいずれか一つの要因では被害国の完全賠償請求権を認めるのに不十分であるにせよ、（1）共有利益が存する危険活動の実施に際して加害国が事前の協力義務を履行しないか、あるいは（2）加害国が事前の協力義務を履行しても、発生した損害が加害国の一方的利益の追及の結果であると判明するときには、第二交渉義務で加害国に不利な事後賠償義務の推定がはたらくといえよう。

以上が、事後賠償問題に関する関係国の協力義務（第二交渉義務）の規定内容とその交渉指針である。それによれば、国家は自国領域またはその管理下の活動が他国に越境損害の発生をもたらしたときには、その活動ないし損害が国際法によつて特に規制・禁止されないにせよ、その損害の公平配分を確保するために関係国と協力すべき義務を負うとされる。⁽²⁴⁾Q・バクスターによれば、現代国際社会における領域管理責任原則は関係国に、第一交渉義務のみならず、このような事後賠償についての協力義務をも要求するとされる。ただ、越境損害発生的事実によつて加害国の無過失賠償責任が直ちに認められるわけではない。そのような賠償義務は、基本的には、第二交渉義務に従う国家プラクティスの今後の

発展に委ねられるべきであるとする。⁽²⁵⁾ それゆえ、賠償義務の確定に関する彼の主張には不明瞭な部分が少なくない。(このことはまた、主題に関する大多数のケースでは危険活動の実施に関係国が何らかの共有利益を有するので、第一交渉義務に基づく特別条約が多くの困難なく締結されるであろうとする彼の期待と無関係ではないように思われる。)⁽²⁶⁾

かくて、無過失賠償義務の確定条件(加害国による通告義務の不履行かつ(または)共有利益の不存在)に関する若干の示唆はあるものの、Q・バクスターは明らかに本条約案における無過失賠償責任原則の一般法規化に消極的である。⁽²⁸⁾ その理由は、おそらく次の二点に集約されよう。第一は、この責任原則に関する国家プラクティスの稀少性⁽²⁹⁾と相まってその安易な直接的導入が領域主権に対する不当な制約となるとする国際法委員会及び国連第六委員会における意見の存在である。彼はこうした意見を本条約案の作成に当たって完全に無視することはできないとする。第二の理由は、本条約案で扱う多様な危険活動について無過失賠償責任を認めることは、危険活動が有する社会的有用性の一方的否定に通じるとする彼の基本認識である。現状ではなおその有用性を是認すべき多くの事態が存在するとし、そこでは危険活動の実施によつてもたらされる損益が関係国間の協議によつて公平に配分されるべきというのである。⁽³¹⁾ 第二交渉義務の規定にみられる複雑・多様な考慮要因(五節―七節)は、その交渉の基本的な枠組みがこうした事態を想定して設定されたことを示すものといえよう。いずれにせよ、Q・バクスターにおいては、無過失賠償責任原則は基本的には交渉当事国が特定の危険の性質、防止措置の有効性、危険活動の経済的持続可能性などを考慮した結果利用しうる一つの政策方針(a policy choice)であるとされる。⁽³²⁾

(一) U. N. Doc. A/37/10 (1982) para. 117. アウトラインの四節は、二節―三節で予見されなかった damage or possible damage の発生時だ、またそれが予見されても事後賠償に関する備えがなくては実害が発生したときに適用されると。Yb.

- of ILC, 1983-1 at 261-262 (8), Quentin-Baxter.
- (2) QB-3/40. U. N. Doc. A/37/10 (1982) para. 137 ; A/39/10 (1984) para. 228.
- (3) U. N. Doc. A/38/10, para. 293.
- (4) U. N. Doc. A/37/10, para. 145. なお、特別条約締結に際して、損害賠償請求権を明示的に否定した条約例として、国連ヨーロッパ経済委員会の閣僚会議で署名された一九七九年の「広域越境大気汚染に関する条約」(Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution)がある。QB-3/27.
- (5) この点については、次のような意見対立がある。一方で、関係国双方の国内法・国内判決に示された基準が賠償を認めるべきで、同種のケースで越境損害を理由に賠償を否定することは unfair であるという意見がある。(Barboza's 2nd Report on *International Liability for Injurious Consequences Arising Out of Acts Not Prohibited by International Law*, U. N. Doc. A/CN.4/402, 1986, para. 57.) 他方で、環境に関する国内規制は多様であるので、国家間での形式的な相互主義の観念は認められなければならない。Yearbook of ILC, 1982-1 at 243 (8), Riphagen. 同書は Id., at 281 (21), McCaffrey.
- (9) QB-3/27, 34.
- (7) U. N. Doc. A/37/10 (1982) para. 118.
- (8) QB-3/26.
- (6) QB-4/51. なお、国際越境損害の発生について、無過失賠償責任原則の導入に否定的ないくつかのヨーロッパ諸国が存在し、他方、多くの困難 notwithstanding の原則を支持するであろう北米諸国があるという。U. N. Doc. A/38/10, paras. 289-290.
- (10) Yearbook of ILC, 1982-1 at 286 (6), Quentin-Baxter. Q. バクスターは、賠償責任 (legal liability) を不問にして恩恵による補償 (*ex gratia compensation*) が支払われた第五福隆丸事件に言及しつつ、重大損害の発生の事実が確定される場合には加害国が賠償(補償)の支払いを拒否したケースは殆どないという。QB-1/37. また、賠償問題に関する事後の協力義務は現行の国家プラクティスを十分に反映するであろう。U. N. Doc. A/37/10 (1982), para. 121 ; cf. U. N. Doc. A/36/10 (1981), paras. 167-168.
- (11) QB-4/61. Yb. of ILC, 1982-1 at 288 (13), Quentin-Baxter.
- (12) QB-3/40. e. g. U. N. Doc. A/38/10 (1983), paras. 288-289, 295.

- (17) Q-B-3/35. U. N. Doc. A/37/10, para. 119.
 (17) Q-B-3/35.
 (18) U. N. Doc. A/38/10, para. 298. なお、第二交渉義務は、それに先行する状況の全体を考慮して行われるとされる。U. N. Doc. A/37/10, para. 120.
 (19) U. N. Doc. A/37/10, paras. 145, 149. U. N. Doc. A/38/10, para. 298. いずれかの当事国による情報の不提供は相手国の側
 に有利な推定を与える。Q-B-3/26, 28.
 (17) Q-B-3/28.
 (18) U. N. Doc. A/37/10, paras. 144-145.
 (19) Q-B-4/72. 同前註、Balandá, Yearbook of ILC, 1982-I at 247 (33) (34).
 (20) cf. U. N. Doc. A/37/10, para. 144. 及び Yb. of ILC, 1983-I at 267 (7), NI.
 (21) cf. U. N. Doc. A/38/10, para. 293 ; Yb. of ILC, 1980-I at 249 (26), Pinto ; at 257 (15), Q-Baxter.
 (22) これは第一交渉義務の発生要件と同様の「広義の予見可能性」を意味する。例えば、宇宙活動のように特定事故の発生が明らかに unpredictable であっても、特定の危険活動の実施に結びつく損害発生リスクは広く予見しうる (can be foreseen) ので本条約案の規制対象となるという。(もともと、これ以外のごく少数の unforeseen accident——「誰もが予見しえぬ損害」とも呼ばれる (Q-B-3/41) ——の本条約案での取り扱いは、Q・バクスターの立場は留保される。) 以上
 註、Q-B-3/29.
 (23) U. N. Doc. A/38/10, para. 294. なお、これに関連して Q・バクスターはいう。国家ブラクチスの一層の検討なしにアウ
 トラインの五節―六節の基本原則「関連要因を完全かつ明白に記述することは望ましいとはいえず (Q-B-4/51)」、とりわけ五
 節の原則は相当の発展を必要とする (Q-B-4/55)。いずれにせよ、国家ブラクチスの詳細な検討が進捗するにつれて五節の
 原則内容が強化されるであろうという。Q-B-4/63. さらに、彼は、基本原則の具体的確定のいかんによっては加害国の賠償義
 務の推定は正当に修正ないし逆転されることがあるという。Q-B-1/59. Q-B-4/69.
 (24) このような第二交渉義務の発生要件は、加害行為の合法―違法性の認定のための因果関係 (causality) ではなく、有害結
 果が一国の領域内 (支配地域) の活動に由来するという事実であるとされる。Q-B-3/40. すなわち、単なる損害発生の実

(small element of causality)を始点に關係国は賠償問題の解決のために協力すべき義務を負う。 U. N. Doc. A/37/10, paras. 121, 127.

(25) QB-4/60, 67.

(26) U. N. Doc. A/38/10 (1983) para. 298.

(27) なお、これに関連して、アウトラインでは、事前の協力義務を履行することなく高度な危険性を内蔵する活動(*ultra-hazardous activity*)を実施するならば加害国の無過失かつ完全な賠償義務の肯定に殆ど近い結果をもたらすであろうとされ⁹⁰。 U. N. Doc. A/37/10 (1982) para. 149. しかし、このような見解(ただし、国連総会宛 ILC の作業報告)と(本文で言及した)共有利益の有無という主要因との関係はなお不明確である。

(28) QB-3/40. 本トピックは無過失賠償責任原則を直接に記述しようとするものではないと。 QB-4/5.

(29) QB-4/55, 60.

(30) QB-4/5.

(31) 第二交渉義務における利益バランスは *automatic measure of reparation* を認めることによつては達成しえず、それは公平な損益配分を目的とする關係国の誠実な交渉義務によつて可能となる⁹¹。 U. N. Doc. A/37/10 (1982) para. 116. 同旨は⁹² *Id.*, para. 126.

(32) QB-3/40. QB-4/6.

第四章 国際協力義務の構想に関する若干の論点

一 伝統的國家責任規則との關係

(一) 「中間領域」論に対する批判

Q・バクスターによれば、本条約案は、合法行為による越境損害に限らず、その損害が加害国の国際違法行為によつ

て発生したか否かについて関係国間に意見の対立がある場合にも適用されるとする^①。それ故、本条約案の対象は国際法によつて明白に違法なものとして禁止されていないかあるいは越境損害の発生を防止すべき国家の注意義務の基準が特定されない危険活動であるといえる。(このような対象領域はしばしば grey area または twilight zone と呼ばれるの^②で、以下「中間領域」とする。)

右の対象領域は、既述のように、ここで扱う条約のタイトルのなかに含まれる二つの語(句)の法的意味に関連して明確化され^③、「国家が明白に国際法規に違反した場合に限つてその法益侵害の責任を負うという、伝統的國家責任原則の「厳格性」を緩和^④しようとする彼の國家責任論 (international liability) の基本的前提である。しかし、かかる前提に対して、本条約案は國家の違法行為責任に対比される合法行為に関する國家の賠償責任について規定すべきである、という批判がある。それは、伝統的國家責任規則と同様に、その条約案の規則を越境損害についての事後賠償責任の内容に限定すべきであるとし、「中間領域」の存在を否定する見解である。アケハースト (M. B. Akehurst) は、本条約案では「国際法によつて許容される行為」というタイトルを使用しえたこと、また ILC の当初の意図 (一九七三年) が違法行為による國家責任と合法行為から生じる賠償責任の区別にあつたことを指摘しつゝ、理論上国際法によつて禁止されないすべてのものは許容されるのであり、他方、許容されないすべてのことは禁止されるという^⑤。すなわち、本条約案の対象となる國家の領域内の行為 (acts) はあらゆる人間の諸活動 (any human activity) であるとされる (アウトライン一節) が、国際法上大多數の違法「行為」は国際法によつて禁止されない合法「活動」の実施過程で発生する。例えば、國家領域内における熔鋸所の操業は国際法によつて禁止されないが、この許容の事実から操業活動の過程で行われる越境効果を伴う煤煙排出行為が許されるわけではない。その排出は国際法によつて許容された活動から発生するが、しかし排出行為がそれ自体が許容されない国際違法行為であることは十分に考えられるというのである^⑥。従つて、ア

ケハーストによれば、国際法によって禁止されない活動についてQ・バクスターが創設しようとする新しい責任概念は、そのような活動に包摂される個々の行為に国際違法性を認める伝統的責任概念と重なり合うとし、本条約案に規定する責任概念は合法行為に基づく国家の賠償責任とすべきであるとされる。⁽⁸⁾同様の批判はハンドル(G. Handl)にみられる。それによれば、本条約案の主題は越境損害を賠償すべき国際法上の国家の第一次義務としての責任、すなわち合法行為に基づく国家の無過失損害賠償責任であるとされる。⁽⁹⁾

これらの批判に対して、Q・バクスターは、彼の構想が違法「行為」の認定が困難なケースについて、行為の合法―違法性の決定を回避する形で関連の合法「活動」から生じる有害結果を規制するための国際法の第一次的規則の創設を試みるものであるという。つまり、概念上、行為の合法―違法性の決定を離れて当該行為から成る関連活動をここでの規制対象とするという。従って、その第一次的規則は理論上伝統的国家責任の規則(第二次的規則)の適用を否定するものではないとされる。(もつとも、こうした行為と活動の区別およびそれに対応する第一次的規則と第二次的規則の区別が実際には国際法規の規範性を弱める効果を有するという批判がないではない。これについては後に論及する。)次に、ハンドルの提唱する国家の無過失賠償責任の妥当性については、既存の条約制度は特定の危険活動を対象とするものであり、Q・バクスターは基本的には関係国の同意なしにその賠償責任原理を一般化しえないとする。特定の規制レジームは多種多様な危険ないし損害を扱う本条約案への導入になじむものではなく、また現状では諸国は無過失賠償責任の無条件の適用にきわめて否定的であるというのが、彼の基本認識である。⁽¹⁰⁾こうして、繰り返し述べるように、Q・バクスターは、加害行為の合法―違法性の決定するために有用な学説と国家プラクティスは殆ど存在しないと、現状ではなお国家プラクティスの一層の発展を促す国際協力義務の履行が必要であると、諸国の現実のプラクティスでは、合法―違法性の不明確な加害活動の実施条件あるいは事前・事後の賠償の引き受けについて関係国相互の利益調整が行われてき

たにすぎないと理解するのである。Q・バクスターは、そこに本条約案が規定する二つの交渉義務の実施基盤があると考える。¹¹⁾

ところで、このような基本的アプローチの相違が国家ブラクチスの評価の仕方に起因することは疑いない。この点にQ・バクスターの構想の実現の成否を左右する一つの困難な問題があるように思われる。その詳細な検討は別として、右のハンドルですら本条約案が国家の無過失賠償責任を直接規定しないことに問題があるとしつつ、¹²⁾しかし、Q・バクスターによる国家ブラクチスの評価は国際社会の現況に照らして決して誤りではないという。すなわち、ストックホルム人間環境宣言（一九七二年）で国家は環境損害の事後賠償に関する国際法の発展に協力すべき義務を認めた（原則二二）が、その後の国家ブラクチスにおいては越境汚染またはその他の環境損害に関する事後賠償の法理はなお未発達であるとす。ハンドルは、今日の国際社会においては諸国が越境損害の発生を防止しないことに伴う国際法上の帰結を明確化しない顕著な傾向が認められるというのである。¹³⁾このような見方が正しいとすれば、Q・バクスターの構想にみられる国際協力義務の創設はむしろ今後の関連の国際法規の形成・発展に積極的な機能を果たすものとして評価すべきであろう。

(二) 本条約案の基本的性格

Q・バクスターによれば、この主題については加害行為の合法―違法性を強いて決定することなく関係国相互が対立する利益を調整してきたという「諸国が通常選好する行動パターン」¹⁴⁾（交渉による問題解決）に着目すべきであり、このパターンを認めそれを一層発展させることが肝要であるとされる。本条約案がそうした機能を遂行することによって特定種類の越境損害または危険を規制する精密な国際法規が形成されるであろうとする。¹⁵⁾従って、アウトラインの規定内

容はその形成過程に適するものでなければならず、関係国が個別・具体的な関連事情を公平に考慮する際に利用可能な原則または要因を示すことを要求されるのである。かくして、Q・バクスターによれば、本条約案の適用は関係国による「自発的法制設行為」(voluntarism)あるいはその自己規制(self-regulation)に負うところが大であるとされる⁽¹⁶⁾。このような彼の基本姿勢は、現代国際社会における越境損害の規制のありかたに関する次のような見方にも窺われる。国際社会における科学技術の進展に伴って、いかなる国家も越境損害の危険なしに社会的効用の大きい創造的活動には従事し得ない今日的情況が存在し、そこでは問題の危険活動から関係国の一方が常に利益を享受したりその相手国が一方的に損害を負担するような単純な事態は稀である。かかる相互依存性の増大する現代社会では、関係国の双方が多様な利害を有するのが通例であつて、越境損害の国際的規制は個別の事態の特殊事情に適した方式によるものでなければならぬ⁽¹⁷⁾。従つて、彼においては、すべての越境損害は違法であるとか、それが自動的に賠償されるべきであるとする主張は国際社会における進歩(human progress)を阻害するものであり、本条約案の作成に当たつては、法政策上、他国の越境損害からの自由と両立可能な最大限の行動の自由が国家に認められなければならないとされる⁽¹⁸⁾。こうして、危険ではあるが有益な活動を害することなく、かつ当該活動に起因する重大損害の発生を放置しない何らかの柔軟な法的規則が必要であり、相互依存社会での複雑な諸利益の入念な調整に耐えるのが関係国相互に要求される国際協力であるとする⁽¹⁹⁾。国際法によつて明白に禁止されない危険活動の実施を妨害することなしにそれに起因する損害に十分な救済を付与すること、これはQ・バクスターが彼の五つの報告書のなかで繰り返し強調した基本的な方針(policy aim)である⁽²⁰⁾。

このように、いずれの自由の保護にも偏することのない国際協力義務の履行を要求するQ・バクスターの構想(アウトラインの規定内容)に対して、その規範内容が余りに「許容的」であつて越境損害から他国を保護するには不十分で

あるという批判がある。⁽²³⁾ そのような批判の多くは、本条約案の規則が基本的には損害の事後賠償責任に限定されるべきとする前述の主張と無関係ではない。

さて、その種の一つの批判は、ここで扱う危険活動は伝統的國家責任の規則でカバーされる場合があるとして、本条約案の作成が伝統的國家責任の成立を可能とする他の國際法規の一般的規範性を弱めるという。たとえば、シンクレア (I. Sinclair) は、加害行為の違法性の認定が真に困難なケースは別として、当該行為の違法性が自明なときにも關係國間に意見の不一致があるとしてこの条約案が適用されるならば伝統的國家責任が回避される可能性があるとする。⁽²⁴⁾

(もつとも、シンクレアは領域の非加害利用原則の適用によって國家責任の成立が容易に認定される場合は極めて限定されているとして、基本的には Q・バクスターの構想を支持する)⁽²⁵⁾ 類似の見解はマグローウ (D.B. Magrow) にみられる。彼によれば、本条約案の一つの利点は加害行為またはそれに起因する損害の合法—違法性の困難な決定を回避し關係國の交渉による問題解決をはかることにあるが、第一交渉義務を履行することなく実施された活動によって発生した損害に國際違法性を認めうる場合がある。この場合、第二交渉義務の履行過程で加害國による金銭賠償を条件にその活動の継続を許容するようなアウトラインの規定内容は疑問であろう⁽²⁶⁾。これは、被害國の事前の同意(特別条約の締結)は行為の違法性阻却を可能とするが、事後の同意は違法行為による損害賠償請求権の放棄を認めるにすぎないという立場からの批判であろう。⁽²⁷⁾ 本トピックの対象を國際法上合法的な行為に起因する越境損害に限定すべきとするアケハーストの見解も、基本的には同様の問題提起につうじる。彼によれば、このトピックの基礎は國際環境損害の発生であり、それに関する國家プラクティスで表明された國際法規の大多数は加害國の「非加害の義務」に關係づけて (in terms of a duty not to damage the environment) 定式化された。⁽²⁸⁾ それ故、Q・バクスターが本条約案で規制されるとする多くのケースは右の國際義務の違反に基づく伝統的國家責任の規則が適用される場合であるという。⁽²⁹⁾

このような批判に対して、Q・バクスターは次のようにいう。この条約案の規則は従来の国家責任の規則が適用されるケースを排除するものではなく、⁽³⁰⁾ 明白な主権侵害となる越境損害の発生には国際違法性が認められる。しかし、その違法性が不明確な場合に、通常の国家責任規則の適用を離れて本条約案の規則が適用されると。⁽³¹⁾ 従って、違法行為の存在を前提とするこれまでの国家責任の法体系と本条約案によって創設される新しい責任のレジームは何ら相互に排他的関係を立つものではないという (double systems : double regimes)⁽³²⁾。しかしながら、このような見解がシンクレアによつて示唆された問題点を解消するものではないことは明らかである。何故ならば、Q・バクスターによれば、越境損害の被害国は伝統的国家責任規則と本条約案の規定のいずれに基づいて紛争を解決するかを選択できるとするからである。⁽³³⁾ そこに越境損害の発生をめぐる国際紛争の解決に関する彼の政策的配慮が介在する。すなわち、重大な主権的利益の調整をめぐる国際紛争の第三者解決は常に例外的であり、この場合、国家が相互に利用可能な紛争解決の手續を設けることが必要であるとする。⁽³⁴⁾ 彼は、領域管理責任原則の個別事態への適用をめぐる紛争においては、これまで関係国は重大損害惹起の禁止原則を認めつつ加害行為の違法性を回避する形で⁽³⁵⁾ 具体的な利益調整を試みてきたケースが少なくないという。⁽³⁶⁾ 危険活動の実施ないしそれによる損害または危険の防止・救済に関する国際紛争においては、関係国の一方が問題の活動の禁止あるいは損害発生⁽³⁷⁾の違法性を主張するならば双方にとつて満足な解決に到達することは実際不可能であろう、というのがその理由である。もとより、くり返し強調するならば、Q・バクスターの構想においても、国家が自らを国際違法行為による越境損害の被害国と考えるときには、伝統的国家責任の規則に基づいて国際請求を提起し、加害国に対し当該事態の改善を要求しうることは否定されない。⁽³⁸⁾ (なお、以上の問題提起の重要性はこの条約案の適用に関する紛争の第三者解決規定 (アウトライン八節)⁽³⁹⁾ の導入の成否にも左右されようが、この規定は具体的内容を欠くものであり従来の ILC の審議においても殆ど議論されていない。)

こうして、本条約案の作成に当たっては、危険活動の実施条件あるいはその活動に伴う重大損害の発生について関係国が公平な問題解決に達するためのコミュニケーションを促進するための手続的措置が重要であるとされる。⁽⁴⁰⁾それは、この条約案が法の強制的性格よりも、むしろ法の説得性、すなわち法が提示するガイドラインに基づく交渉による解決 (negotiated settlement) を重視し⁽⁴¹⁾、関係当事国の権利義務関係の明確化を目的とする a soft approach に依拠することによる。⁽⁴²⁾ いずれにせよ、このような Q・バクスターの構想は、従来の厳格な国家責任規則の適用が困難な加害行為またはそれに起因する損害を規制する一つの新しいアプローチとして注目される。ただ、その実現には、以上に見たような伝統的國家責任規則との関係でいくつかの困難があることも否定しえないであろう。

- (1) QB-2/19.
- (2) Yearbook of ILC, 1982- I at 227 (5), Q-Baxter. Id., at 276 (22), I. Sinclair.
- (3) 本稿「第二章の一を参照」。
- (4) 山本草二「前掲書」六五頁参照。
- (5) Yearbook of ILC, 1982- I at 289 (26), D. Thiam.
- (6) M. B. Akehurst, "International liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law", 16 *Netherlands Yearbook of International Law* (1985) at 3-4 (n) 3.
- (7) Id., at 8-9.
- (8) Id., at 8 (note 31).
- (9) G. Handl, "Liability as an obligation established by a primary rule of international law—Some basic reflections on the International Law Commission's work", 16 *Netherlands Yearbook of International Law* (1985) at 51, 55.
- (10) QB-3/40, QB-4/5.
- (11) QB-2/5.

- (12) G. Handl, “International Liability of States for Marine Pollution”, 21 *Canadian Yb. of International Law* (1983) at 87-88.
- (13) *Id.*, at 85-86.
- (14) QB-5/44.
- (15) QB-5/44-45.
- (16) QB-5/46.
- (17) Yearbook of ILC, 1980- I at 256 (5)-(6), Q-Baxter. *Id.*, 1982- I at 227 (6)-(8), Q-Baxter.
- (18) QB-2/43.
- (19) QB-2/41. QB-2/57.
- (20) QB-2/57.
- (21) QB-1/61.
- (22) QB-2/5.
- (23) cf. QB-4/19.
- (24) Yearbook of ILC, 1982- I at 276 (20), I. Sinclair.
- (25) *Id.*, at 276 (21)-(24), I. Sinclair.
- (26) D. B. Magrow, “Transboundary Harm : The International Law Commission’s Study of “International Liability””, 80 *A. J. I. L.* (1986) at 318.
- (27) M. Sørensen ed., *Manual of Public International Law* (1968) at 541.
このマグロウの見解は、伝統的國家責任の法理を前提にQ・バクスターの第二交渉義務に内在する問題を指摘するものといえる。なお、後述の註(35)を参照。
- (28) M. B. Akehurst, *op. cit.*, at 4.
- (29) *Id.*, at 4-9, esp., at 4, 5, 8.
- (30) QB-2/10, 13. QB-4/60.

- (15) Yearbook of ILC, 1981-I at 258-259 (26), Q-Baxter.
- (16) Q-B-2/9, Q-B-3/37. 国家責任の伝統的規則を書ることなく、加害行為の合法—違法性の決定という困難な問題よりも、むしろ他国に対する十分な保護を条件に危険活動の実施を認めるような合意達成を助けるのが本条約案（代替的手続）である（Q-B-3/37）。その他、同様の見解は、Yearbook of ILC, 1980-I at 258 (19), Quentin-Baxter : Id, 1981-I at 230 (26), F. Vallat.
- (17) Yearbook of ILC, 1982-I at 228 (12), Quentin-Baxter.
- (18) Yearbook of ILC, 1982-I at 286 (5)-(6), Quentin-Baxter. cf. Id, 1982-I at 227 (6), Quentin-Baxter.
- (19) Q・バクスターによれば、諸国は特定活動について予見される損害の重大性に照らして危険活動の実施条件に合意することによって、相対立する利益を調整してきたが（cf. Q-B-1/64）、この調整の結果は実際には当該活動ないしそれに起因する損害の合法—違法性の決定と表裏一体の関係にあるところ（cf. Q-B-3/15）の見解においては、特定のケースで損害の重大性とその他の関連要因（保護すべき権益）を比較衡量することによって精密な規制レジーム（特別条約）が成立するならば、潜在的に違法な加害活動も関係国間の合意を媒介にその違法性が阻却されると考えるのであろう。ただし、権利侵害行為に対する被害国の事後の同意は加害行為の違法性を阻却しえず、賠償責任の放棄を意味するにすぎない。それ故、こうした国家責任の法理が妥当するならば、Q・バクスターの示す第二交渉義務との関係で複雑な問題が生じると思われる。
- (20) Yearbook of ILC, 1982-I at 286 (6), Quentin-Baxter. U. N.Doc. A/37/10 (1982), para. 121. cf. Yearbook of ILC, 1982-I at 227 (7), Quentin-Baxter.
- (21) cf. Yearbook of ILC, 1982-I at 227 (6), Quentin-Baxter.
- (22) Yearbook of ILC, 1982-I at 286 (6), Quentin-Baxter. U. N. Doc. A/37/10 (1982), para. 136.
- (23) Yearbook of ILC, 1983-II (1), at 225.
- (24) Q-B-5/47.
- (25) U. N. Doc. A/37/10 (1982), paras. 127, 149, Q-B-4/61.
- (26) Q-B-4/43.

二 国家の注意義務内容の客観化傾向との関係

(一) 国際協力義務の実効性

現在、国際法上特に禁止されていない危険活動に起因する損害の発生について、国家がこれを防止すべき注意義務の内容を客観化し、当該国家の違法行為責任を認定しようとする傾向がある。^① Q・バクスターの構想もこのような国際法の発展方向と無関係ではない。右の活動の多くは重大損害の発生をもたらす危険性を有するが、その社会的効用も否定しえない。また、この種の活動に伴う損害の発生は最高水準の科学的知識をもつてしても予見・防止しえないのが通例である。従って、一般には、かかる活動ないし損害の発生については、国家が明白に国際法に違反したとしてその違法行為責任を追及するのが不可能である。^② しかし、このような場合にも国家の注意義務を従来为国家責任論のもとで高度なものにしその違反に国際違法行為の成立を認めようとする主張がある。それは、危険活動の実施を禁止することなく(多くの場合にその禁止は困難である)、その実施に先立って具体的な措置を講ずることを関係国に義務づけ(「実施・方法の義務」)、かつその違反に伴う損害発生に加害国の違法行為責任を認定するアプローチである。^③ そこで関係国に要求される具体的措置の内容は、損害発生 of 危険の事前通報とその危険評価に基づく事前の防止・賠償措置に関する協議の措置であり、^④ Q・バクスターがアウトラインで示した第一交渉義務の内容と同じである。^⑤ 国家の注意義務内容を損害の発生前に客観的に確定させる点において、領域管理責任原則の現代的機能を強調するQ・バクスターの構想につうじめるものがあるといえる。

しかし、危険活動の実施を制約する右の国家の注意義務は、その内容において本条約案の規定と類似するが、その法の効果において当該規定と異なる。これはアウトラインの実効性に関する問題として、ILCにおいても取り上げられ

た論点である。Q・バクスターは本条約案に規定する第一交渉義務の不履行が直接に国家責任の発生をもたらさないとする。すなわち、アウトラインの規定によれば、損害または危険の通報にともなつて防止・賠償の救済措置を提示すべき義務(二節、1-2)、国家の安全・事業活動の機密保護を理由に関連情報を提供しえないことの通報義務(二節、3)および事実認定機関設立の協力義務(二節、5)の不履行はそれ自体いかなる訴権(right of action)も発生させるものではないとされる(二節、8)。さらに、事実認定機関の設立が不可能な場合に関係国の一方の要請で生じる特別条約締結のための交渉義務(三節、1)の不履行についてもそのことから直ちに訴権は発生しないとされる(三節、4)。第一交渉義務の法的効果に関するこれらの規定は、前述の中間領域における国家間協力・コミュニケーションの促進を優先させようとするQ・バクスターの基本姿勢によつて説明される。実際、彼は、第一交渉義務の不履行に強い法的効果(国際義務違反による国家責任)を認めることが危険活動の実施条件に関する合意形成を妨げるであろうことを示唆する。これに対して、第一交渉義務が関係国間での協力の義務を強調することは特別条約の締結の増加に伴う将来の慣習法の形成には有用であるが、第一交渉義務のなかには既に確立した国際慣習法規が存在するのでその違反に国家責任を認めないとするのは疑問である、という主張がある。要するに、問題は、手続的義務の機能を実体的権利義務関係の明確化に限定するか、それとも伝統的國家責任規則の適用と結びつけて捉えるかである。いうまでもなく、Q・バクスターは前者の機能を重視し、国際協力の遂行を阻害するおそれのある後者の主張を退ける。⁽¹¹⁾

このように、伝統的國家責任論の枠組みのなかで発展してきた危険活動に関する「実施・方法の義務」は必ずしもQ・バクスターが提案したアウトラインの規定(第一交渉義務)と同一ではない。たしかに、両者の規定内容ともに国際法の第一次規則によつて設定される國家の義務である。しかし、アウトラインは第一次義務の不履行に通常の國家責任規則が適用されることを明示的に排除する。これは、問題の加害活動が国際法によつて禁止されているか否かについ

て関係国の任意の法的判断・対応を重視しつつ（第三章の二）、ひとたび関連の危険活動について本条約案に基づく紛争の解決を選択した当事国には自発的誠意に基づく積極的な協力義務（第一交渉義務）の履行が要請されるという趣旨であらう。

もつとも、アウトラインの規定でみたように（第三章の三（三））、第一交渉義務の履行態様は第二交渉義務における事後賠償問題の解決において賠償義務の有無の推定に不利な法的効果をもたらすとされる¹²。問題は、この程度の限定された法的効果が関係国による第一交渉義務の履行を担保するかどうかであろう。ハンドルはこのような疑問を提起し、第一交渉義務に規定する手続的義務の不履行には因果関係の存在を前提に通常の家責任の規則が適用されるべきであるとし、本条約案は合法行為に起因する損害について無過失賠償責任（strict liability）を直接に規定すべきであるとい¹⁴う。この問題はQ・バクスターの構想の実効性を考える際に無視しえない重要性を有する。その構想では越境損害の事後賠償よりも、むしろ損害の防止または最小化が優先されるべきであるとされ、関係国の協力によって将来発生しうる損害に備えた適切な保護措置を決定し合意させることに主たる目的があつた¹⁵。とくにその保護措置の内容については、（二つの交渉指針としてではあるが）事前の賠償確約は広義の防止措置の一環として位置づけられるべきとし（防止と賠償の複合性）¹⁶、事後賠償の措置が実行可能な防止措置の安価な代替物になつてはならないとする環境保護の基本姿勢が強調された¹⁷。しかし、上記のように第一交渉義務の履行が容易に無視されるとするならば、ハンドルが指摘するように¹⁸、問題解決の場は多くのケースで損害発生後の第二交渉義務の履行過程に限定されることにならう。ここに今後の重要な検討課題が残されているように思われる。

（1）山本草二、前掲書、とくに二〇〇一三三八、三三〇三三九頁参照。

- (2) 山本草二、前掲書、一二、一九、五三、六一頁参照。
- (3) 山本草二、前掲書、五五、五八-五九、一〇二頁参照。
- (4) 山本草二、前掲書、一〇二、三四〇頁参照。
- (5) 本稿、第三章の二を参照。
- (6) これらのイウケラインの規定内容については、以下参照。
Yearbook of ILC, 1982-1 at 224-225.
- (7) QB-5/47、関係国の voluntarism に依拠する本条約案は、彼らの間のコミュニケーションを促進する諸条件を規定することによって国家が「公平な解決」に到達することを要求するものであって、この理由から第一交渉義務の違反に「強い法的効果」(dire legal consequence) を付着せよなこと。
- (8) QB-5/47、なお、山本教授によれば、国家は国家責任の成立に直結する「実施・方法の義務」の設定に消極的な場合があるとし、それは国家の安全保障を目的とし国家の直接の責任の下に行われる核兵器実験、気象変更実験などであるとされる。
山本草二、前掲書、五五頁参照。
- (9) QB-4/19, 50.
- (10) Yearbook of ILC, 1982-1 at 279 (6), J. Barboza. cf. G. Handl, op. cit., at 75 (note 128).
- (11) QB-3/31. U. N. Doc. A/37/10 (1982), paras. 115, 130. cf. Yearbook of ILC, 1980-1 at 258-259 (26), Quentin-Baxter.
- (12) U. N. Doc. A/37/10 (1982), para. 119.
- (13) G. Handl, op. cit., at 50 (note 9), 73-74.
- (14) Id., at 55-56, 70-78.
- (15) QB-3/9. U. N. Doc. A/37/10 (1982), para. 115. cf. QB-1/4-9 ; QB-2/5-6, 56-72.
- (16) Yearbook of ILC, 1980-1 at 260 (6), Quentin-Baxter. QB-3/21.
- (17) QB-3/20.
- (18) G. Handl, op. cit., at 72 (note 120), 73-74 and 74 (note 124).

(二) 責任帰属の要件

本条約案の規定内容が国家の注意義務の客観化の傾向のなかで提起する第二の問題は、私人行為の国家への責任帰属要件についてである。上述したような伝統的國家責任規則のもとで主張される國家の特別な注意義務は、國家の管轄する領域内における私人ないし私企業の活動についても妥当するとされる傾向にあるといわれる。Q・バクスターの提唱する国際協力義務の設定がこうした傾向の延長線上にあることは否定しえない。すなわち、有名なトレイル・スマルター事件の判決（一九四一年）では、國家はその領域を使用したりまたは使用を許すに際して「私人の活動」の結果が他國領域内に重大な損害を与えないように防止すべき義務を負うとされた。が、この防止義務が既存の産業慣行によつて十分に予見しえない重大損害についても適用されるかどうかは疑わしいため、現在、私人の危険活動の実施基準ないしそれに起因する損害の賠償の確約などに関する關係国の事前の交渉・協議の義務を認めることが必要であるという主張がみられる⁽¹⁾。既に見たようにQ・バクスターの構想はかかる規制方式に類似するが、その目的・機能および法的効果の点で異なる。かくして、次の問題は、彼が提唱する国際協力義務に伝統的責任帰属の要件が妥当するか否かである。

Q・バクスターによれば、本条約案は、他國の領域または管理下にある人または物に損害をもたらすかまたはもたらしうるような國家の領域または管理下で行われる諸活動について適用され、この活動は人間によるあらゆる活動（any human activity）を含むとされる（アウトライン一節、1-2）⁽²⁾。従つて、この条約案に基づく國家の責任（international liability）は次の二つのレベルでの私人の活動について発生するといえる。（1）第一は、國家の領域管轄権に服する地域（territory）で実施される私人の活動が他國に越境損害をもたらすかそのおそれがある場合である。（2）第二は、國家の領域に關係づけられない場合であつて、その國家の実質的な管理（substantial control）のもとで私人が行う活動が右と同様の越境損害を発生させるかその可能性がある場合である。（なお、國家の管理に服する船舶・航空機で行われる

活動は、無害通行中の船舶と他国の許可をえてその他国領域内を飛行中の航空機による活動を除いて、いかなる他国の領域または管理下でも行われていないものであるとする。(アウトライン一節、2。³)

このように国家「領域」内およびその「管理」下の主権の行使はそこで行われる私人の危険活動について本条約案による制限を受ける。Q・バクスターによれば、国家は主権の排他性に基づいてその領域主権または管理に服する活動がもたらす「物理的な現象」(physical manifestations)を規制すべき一般的義務を課され、この現象が国家機関の活動によつて発生するか、それとも私人の活動によるかは基本的に区別しないとされる。⁴ 伝統的な国際法によれば国家は原則としてその管轄権に服する私人の行為について直接には国家責任を負わないとされ、国家はその私人の加害行為を防止すべき相当な注意義務に違反したときにのみ有責であるとされる。⁵ しかし、Q・バクスターは本条約案でそのような従来の責任帰属の要件を認めない。その条約案が規定する国家の義務は伝統的な国家責任の規則が適用されなかつたかまたは関係国がその適用を回避するような事態を扱うので、責任帰属の問題は伝統的な規則とは異なるものでなければならぬ、というのがその理由である。⁶ すなわち、右の相当注意義務は侵害発生の見込み可能性を前提に具体的事情を考慮した適切な措置を国家に要求するにとどまり予めその防止措置が特定されているわけではない。しかし、通常予見不能な重大損害の発生にこの伝統的法理を適用することはきわめて困難である。このことを踏まえて、本条約案は広く予見される損害発生について国家の注意義務を事前に確定するための国際協力義務を創設するものである。従つて、Q・バクスターによれば、この国際協力義務は必ずしも伝統的な責任の規則と直結しない国際法の第一次的規則であり、かかる協力義務のもとでは国家はその領域内で排他的規制権能を有する以上、それに関連する事柄に起因する物理的な越境効果に第一次的な責任を負う (remain primarily accountable for the things that happen within their own territories) とされる。⁷ 要するに、国家はこの条約案の規定にしたがつてその領域内または管理下の危険活動に起因する一切の損害または

危険について（潜在的）被害国と交渉すべき義務を負うとする。⁸その活動主体は国家機関に限られず私人を含むという意味で、伝統的な国家責任規則を離れた広い責任帰属の要件が採用されているといえる。

他方、アウトラインの基本が伝統的な国家責任とは区別される国家の交渉義務にあるとはいえ、私人の活動を国家に直接帰属させることに慎重な見解がないではない。⁹例えば、シンクレアの意見がそれである。帰属の要件について多くの条約例は国家自ら危険活動に従事するか、または私人の加害活動に国家が相当程度の積極的コントロールを及ぼすことを条件に国家への責任の帰属を認める。それ故、この条件が認められない場合に上記のような広い責任帰属の要件が妥当するかは疑問であり、本条約案でこの問題を安易に考えることは許されないのであるという。¹⁰とりわけ、領域内私人活動についてはともかく、この条約案で国家はその「管理」下の私人活動に起因するすべての有害結果について責任を負うものではなく、損害または危険に関する他国からの通告（一応の予見可能性）があるにせよ、国家がその管理下の活動から生じる一切の危険を了知していると推定されるべきではないとする。¹¹私人活動に対する国家の領域内支配とその属人的管理・規制の間にはその方法・手段において相当の差異がある、というのがその理由であろう。

しかし、シンクレアの意見にみられるように、本条約案で責任帰属の要件を厳格に捉えようとするのは若干問題であろう。この条約案の目的が通常の事後賠償責任の問題とは異なるような、むしろ国際協力義務の履行を命ずることにあり、特別条約の締結に向けての交渉義務に新たな責任帰属の要件を創設することは、その限りで不可能でないからである。その交渉義務の設定による重大損害の防止機能を重視するならば、Q・バクスターのいうように、少なくとも国家の領域内で認知される危険は私人活動に起因するものであれ、広い範囲で事前の利益調整義務の対象とされるべきであろう。¹²またこれに関連して考慮すべきことは、彼のアウトラインに関する説明をみる限り、国家が広い責任帰属の要件に服するとしても、第一交渉義務で設定される条約上の事後賠償責任の主体は必ずしもその国家に限定されない

ということである。⁽¹³⁾ 関係国の協議のいかんによつては、いわゆる民事責任型条約⁽¹⁴⁾あるいは混合責任条約⁽¹⁵⁾の締結も可能とされる。こうして問題は、責任帰属の要件を(1)従来の国家責任規則に従つて厳格に国家の管理の程度・手段に応じた形で設定するか、それともQ・バクスターの主張するように、(2)本条約案の目的・機能を強調して国家はその排他的主権のコロラリーとして領域内(又は管理下)で行われる一切の活動について少なくともこの条約案で課されるような他国法益配慮の義務を負うと認めるかである。

もとより、本条約案の目的が関係国の交渉・協議の促進にあるとしても、国家の(属人的)「管理」に服する私人の活動についてのどの程度まで責任帰属の要件が緩和されるか、は相当に困難な問題である。これは、基本的にはアウトラインに規定する「実質的管理」の程度に関する問題である。私人の国家「領域」内活動に比較して、公海・深海海底などその「管理」下の活動については国家の実効的支配の程度が弱いことは疑いなく、現行の国家責任の規則はこのような国家の「管理」下にある私人の加害行為について国家の直接的な責任を認めることにきわめて消極的である。⁽¹⁶⁾ つまり、特別の条約規定で私人の加害行為をすべて国家の行為とみなすか、あるいはその行為に対する国家の注意義務が条約で定型化されその履行確保を国家に義務づけられない限り、その種の国家責任への帰属は認められないといわれる。⁽¹⁷⁾ しかし、Q・バクスターの基本的立場は、国家「領域」内の私人活動に関すると同様に、こうした現行国際法規の不備を補填するために国家「管理」下の私人の活動についても緩和された帰属要件を導入し、関係国の協力(合意)によつて私人活動に関する国家の多様な賠償責任の導入・注意義務の定型化をはかることを目的とするものであろう。その意味で本条約案の機能は現行の国家責任規則を害することなくそれを補助することにある。このような目的・機能を強調するならば、もはや厳格な帰属要件にとらわれる必要はない、というのが彼の本旨であろう。

なお、学説は現在のところ、国際法上「合法的」行為について成立する国家責任(事後賠償責任)についてこの責任

帰属の問題を論じている。そのような前提に立つて、アケハーストは、合法行為に基づく帰属要件は関連の国際法規の個別的内容によって決定されるとし、⁽¹⁸⁾ ハンドルは私人によって実施される「高度の危険性を内蔵する危険活動」については国家の直接の無過失賠償責任が認められるべきとする。ハンドルはこのような危険活動の実施は少なくとも国家(管理国)の事前の許可または事後の監督に服するのでそれに起因する損害発生に国家の直接の関与が認められるとして(事後賠償)責任の直接的帰属を肯定する。⁽¹⁹⁾ しかし、Q・バクスターは既述のように、本条約案にいう国家責任を必ずしも「合法」行為に基づく国家の事後賠償責任と捉えない。従って、かかる基本的前提に関する問題の解決いかんによってこの条約案の責任帰属要件の内容が決定される、としかいえないのが現状に即した見方かもしれない。もとより、Q・バクスターの国際協力義務の導入を認めるという前提に立つならば、国家の「領域」内の私人活動から区別して、彼がその「管理」下の私人活動について要求されるとした管理の「実質性」の基準の具体化が当面の課題であろう。この場合、その具体的内容として右のハンドルの許可・監督の基準を適用することも可能であるが、しかし、アウトラインで規制されるべき活動は国際法によって特に禁止されていないにせよ(ハンドルが定型的に捉えるような)「高度の危険性を内蔵する活動」⁽²⁰⁾ に必ずしも限定されないのである。これは、いわゆる「中間領域」に属する多様な危険活動を扱うとする本条約案に固有な問題であるが、⁽²¹⁾ いずれにせよ、その「実質的管理」の基準の具体化をはかるうえでの基本は、余りに厳格な帰属要件を認めることなく国際協力義務の履行促進をいかに有効に達成するかであろう。

以上に概観したように、伝統的国家責任の成立要件の一部を成す責任帰属の要件がそれと目的・機能を異にする本条約案に適用可能とする見解は疑わしい。本条約案は基本的には、伝統的国家責任の成立が困難または不可能な活動について課される国家の義務を規定するものだからである。(もつとも、この条約案は専ら「合法」行為に関する国家の事後賠償責任を扱うべきという立場からは、伝統的帰属の要件の適用の可否が正面から論じられるといえよう。)次に、Q・

バクスターの構想が支持されるとして、国家の領域内での私人の活動については、その主権に基づく排他的支配の事実から国際協力義務の発生を認めることにはさほど困難はなからう。²²⁾しかし、本条約案で国家の属人的「管理」責任の対象とされる私人活動の範囲を過度に広汎に捉えることは問題であろう。国家が私人の活動に名目的な管理権を行使するにすぎないか、あるいは国家による私人活動の許可が損害または危険と何らの関連も有しないときに、他国からの損害・危険の通告を受けた「管理」国が自ら予見可能と考える損害の程度・種類を特定する情報を提供したり、それに基づく有効な救済措置を提案することは果たして可能であろうか(アウトライン二節、2の2)。²³⁾このことはその他の一連の協力義務、たとえば事実認定機関の設立に関する協力義務(同二節、2の5)あるいは特別条約締結のための交渉義務(同三節、1)の履行確保にも微妙な影響を与えるものと思われる。こうして、本条約案を国家の「管理」に服する私人の活動に適用するにあつては、この点に関する十分な検討が必要であらう。

(1) 山本草二「前掲書」とくに1011-1013、1111-1113頁参照。G. Handl, *op. cit.*, at 74-75.

(2) なお、この activity に他国に対する自然現象起因の危険 (natural danger) を除去しない活動 (国家の不作為) を含めるべきかどうかについては後の検討課題とされた(アウトライン一節、1の2 (b))。このような他国に対する危険の創出が自然現象と人間の諸活動の複雑な結合に基づく場合については、QB-3/42、アウトライン提出後の彼の立場は、この条約案にいう *etc* は activities を意味し、かつその activities には右の事態も含まれるとする。QB-5/3, 31-32。これを支持する見解 *cf.* Yearbook of ILC, 1982-I at 271 (32), Evensen.

(3) 以上のアウトラインの規定内容については、Yearbook of ILC, 1982-II (2) at 83-84, など、この内容について ILC 内部では決して強い反対はなかった。Id., 1983-II (2) at 84 (294).

(4) QB-4/62; QB-5/3, など、ンメンはつねに着目して、この条約案の責任帰属要件を“automatic” attribution と捉える。G. Handl, *op. cit.*, at 51 (n) 13.

- (e) G. Handl, *op. cit.*, 21 *Canadian Yb. I. L.*, (1983) at 108-109.
- (9) QB-2/19. なお、Q・バクスターによれば、既存の条約制度は関連活動が私人によって行われたかそれとも国家機関によるかによって特別な区別を認めていないと。QB-2/71.
- (7) QB-5/15. e. g. U. N. Doc. A/36/10 (1981), para. 179.
- (8) e. g. Yearbook of ILC, 1980- I at 259 (27), Quentin-Baxter. なお、この点についてILCの若干の委員は、この条約案で国家は厳格な意味での責任を負うのではなく、いくぶん緩和された責任、すなわち国家主権の排他性またはその規制権能に基づいて自国の領域内また管理下の事項についていわば社会的答責性の原則 (principle of a State's answerability for matters within its territory) : State's duty to answer in respect of transboundary loss) に服するのであるとする主張があった。e. g. U. N. Doc. A/39/10 (1984), paras. 227-228. この原則が本条約案で規定する交渉義務の淵源と考えられる。
- (6) e. g. U. N. Doc. A/37/10 (1982), para. 130.
- (10) Yearbook of ILC, 1982- I at 275 (15) (16), I. Sinclair. 同様の問題を示唆する意見として Id., at 246-247 (29), Balanda.
- (11) Yearbook of ILC, 1982- I at 275 (16), I. Sinclair. これについて、Q・バクスターも国家が損害発生を了知する機会と手段及びそれに対処して行動する機会があれば帰属の要件は満たされると考えたともいわれる。e. g. U. N. Doc. A/36/10 (1981), para. 173.
- (12) QB-4/62.
- (13) QB-5/3.
- (14) このような条約は航空機損害と油汚染損害に関するものであり、当事国は私的事業主体(運用管理者)による無過失賠償責任の履行を確保するのに必要な国内法上の措置を講ずる責任を負うにすぎない。詳細は、山本草二、前掲書、一八三—二一〇頁参照。
- (15) このタイプの条約は原子力施設の運用・管理と原子力船の運航に伴う損害について私的運用管理者の第一次的な無過失賠償責任を認めつつ、条約に設定された賠償限度額をその運用管理者が支払えない範囲でその事業活動を許可した当事国がいわば補充的な賠償責任を負うとする。山本草二、前掲書、二一一—二三三頁参照。
- (16) なお、宇宙活動については、宇宙条約(一九六七年)は当該活動が国家の許可なしには実施され得ないという理由で私的

事業活動もすべて国家の活動とみなすとする(第六条)。

(17) 山本草二、前掲書、とくに九七九八頁参照。なお、アケハーストは、国家が私人の行為について自動的に liable であるとする条約上の第一次的規則は月協定(一九七九年)第一条一項にみられると。M. B. Akehurst, op. cit., at 16.

(18) M. B. Akehurst, op. cit., at 16.

(19) G. Handl, op. cit., 21 *Canadian Yb. I. L.* (1983) at 108-116, esp., at 108-110.

(20) この種の危険活動の定義は次のものとして定着しつつある。「事業・産業上の安全基準と予防措置の整備によりその蓋然性は低いとはいえず、いったん事故・災害を生ずれば大規模の損害をもたらす活動」。山本草二、「国際法」(昭和六〇年)、五四三頁。その他の論者による同様の定義は、G. Handl, op. cit., 21 *Canadian Yb. I. L.* (1983) at 104, 106-107, 116. また、「このような危険活動に妥当する広い予見可能性は、当該活動の実施態様に關係なく活動の性質に照らして合理的防止措置をとっても損害が発生するであろう」「統計的蓋然性」であるといわれる。G. Handl, op. cit., 16 N. Y. I. L. (1985) at 64.

(21) この条約が可変的・相対的な損害またはその危険を対象とすることについては QB-1/60 ; QB-4/2 および山本草二、前掲書(一九八二年)、六五頁を参照。

(22) もつとも、これについては今後の ILC によるこの条約案作成作業の帰趨を左右するであろう重要問題がある。それは発展途上国における多国籍企業の活動から生じる有害結果についてこの条約案に規定する責任が領域主権の排他性を理由に専ら当該途上国に帰せられるか否か、についてである。アウトラインは、国家の国内法に準拠して設立された私的企業が他国領域内またはその管理下で行う活動、あるいはその企業が実質的にコントロールする外国の子会社の活動についてその企業の設立地国の責任を認めない。しかし、こうした規定は発展途上国によるその領域内外国企業に対する支配・規制の現実の非実効性にもかかわらずその途上国の責任を認めることになり、発展途上国に酷であるという批判がある。たとえば、スチャリトクルによれば、途上国はその領域内の多国籍企業の越境汚染活動に伴う危険を十分に評価する技術的手段・能力を備えずかつその危険を十分に規制するための国内法を有していないので、この条約案に規定する責任の履行は途上国がそうした危険を了知したときに限って要求されるとする。Yearbook of ILC, 1982-1 at 229 (20), Sucharitkul. このように、「条約案の責任が領域主権に対応する事業活動の実施国、実質的管理概念に基づく外国企業の設立国(または当該企業の大多数の株主の本国)などのいずれの国家について発生するかという問題、更にこの場合事後賠償問題の側面で責任配分をいかに公平

に行うかといった解決困難な問題が予想されている。D. B. Magrow, *op. cit.*, at 325-326, 329-330.
(23) e. g. G. Handl, *op. cit.*, 21 *Canadian Yb. L. L.* (1983) at 111.

おわりに

本稿では、国連国際法委員会における最近の立法作業で議論されている新たな国家責任概念について、その法的根拠と内容を明らかにし、それが国際環境法の漸進的発達をはかる上でいかなる意義を有するか、さらに伝統的國家責任概念との関係でどのような問題が提起されているかを検討した。

まず、新しい国家責任は、国際法によって特に禁止されない危険活動から発生する損害を防止及び救済するために關係国が一定の国際協力義務を履行することを意味する。従って、その責任概念は国際義務違反の結果として発生する通常の賠償責任（違法行為責任）でも、越境損害の発生に基づいて加害国に直接に課される無過失賠償責任でもないことを指摘した。Q・バクスターが提唱した具体的な国家責任の規則は、伝統的違法行為責任の規則にとって代わる新たな事後救済の規則ではなく、越境損害の発生をもたらす加害行為の合法―違法性をめぐって対立する關係国の利益を公平に調整するための手続的規則といえる。

次に、かかる利益調整の義務はこれまでの領域使用の管理責任を媒介にして、現代国際社会における国家責任の内容と範囲を拡大・強化するものであることに注目しなければならない。前述のように、科学技術の進歩に伴う危険活動の実施はその社会的効用を理由に直ちに禁止しえず、また、この活動に起因する重大損害の発生は最高水準の科学的知識をもってしても確実に予見し得ないのが普通である。他方、そのような重大損害発生リスクを放置するならば、他国の領域主権の一方的否定につうじるおそれなしとしない。このような国際社会の現状に鑑みて、領域管理責任原則は、

危険活動の実施あるいはそれから発生する損害について、関係国が相互に協力して特定の規制方式を決定する事前交渉（第一交渉義務）を行うこと、及びその規制内容に合意が成立しないままに発生した損害については賠償問題の解決のための事後交渉（第二交渉義務）を要請するというのが、Q・バクスターの構想の基本である。このような国家責任の新しい内容が、少なくとも国際環境損害に関する限り、トレイル・スマルター事件判決（一九四一年）、ラヌ湖事件判決（一九五七年）及びストックホルム人間環境宣言の採択（一九七二年）以降の国家プラクティスの発展方向を反映するものであることは疑いない。

他方、既に見たように、右のような新しい国家責任概念は、多くの合法活動に包摂される個々の行為に国際違法性を認めてきた伝統的責任概念と重なり合うとして、国際法によつて禁止されない行為から生じる国家責任は、国際法上、客観的に合法的行為に基づく国家の事後賠償責任として構成されなければならないといった反論がある。また、国際法委員会においても新たな責任概念（国際協力義務の履行）の提唱¹⁾に対して、それが損害の防止・救済の方法について関係国の選択の自由を広く認めるとして、批判的見解がないではない。それに対して、Q・バクスターは国際環境紛争では関係国がそれぞれの領域主権に基づく一方的・抽象的な権利主張を試みるものが少なくなく、かかる主題については関係国に原因行為の合法―違法性の確定を強いるよりも、むしろ利益調整のための協議を要求することが有益であろうとされる。そして、国家はこれまで実際に加害行為の違法性を不問に付する形で紛争解決を選好してきたとし、伝統的国家責任の規則とは別に、国際協力義務に基づく紛争解決の必要性を説く。（いうまでもなく、そのような国家プラクティスの現状では、特別条約が存在する場合は別として、危険活動一般について国家の無過失賠償責任を国際慣習法規と認める基盤は殆ど成熟していないとされる。）このような意見の対立は基本的には紛争解決手続の選定の自由に触れる問題²⁾であるが、われわれはここで国際環境紛争を解決するうえで次のような困難があることに注目しなければならない。

すなわち、リップハーゲン (W. Riphaegen) が Q・バクスターの構想を支持する理由として述べたように、越境損害の多くは人間の活動を契機として人間の抑止力の及ばない自然の諸力が介在するところで発生するものが少なくない。このような場合には、そうした損害発生を専ら特定の国家的法的非難に値する行為として評価することは必ずしも適切とはいえない。加害国(者)の特定化、因果関係の確定がきわめて困難だからである。従って、リップハーゲンによれば、危険活動の規制には完全な行動の自由にも、完全な禁止にも至らない中間的な解決が必要であるとされる。⁽³⁾ここに国際協力義務に基づく紛争解決手続の導入が肯定されるべき実質的基盤があるように考えられる。さらにまた、いわゆる「中間領域」の存在を前提とするこのような紛争解決の方法が、環境損害に関する事後救済の枠を越えて、当該損害の防止・救済を目的とする国家の社会的責任を強化するものであることは疑いない。それは、直接の関係国のみならず、国際社会全体に及ぶ回復不能な損害について、潜在的加害国(者)の行動を有効に規制しうる方法だからである。かくして、新しい責任概念を関係国の安易な政治的妥協を助長する非司法的解決として批判することは必ずしも正しい見方とはいえず、むしろ、ラヌ湖事件の判決が端的に示したように、当該概念の提唱は回復不能な越境損害の発生に備えて関係国の利害関係を広く捉え、その公平な調整を必要不可欠とする国際環境法の発展方向に合致するものといえよう。⁽⁴⁾

さて、右のような環境保護に関する国家責任の強化という視点から Q・バクスターの構想を受け入れるとしても、その有効な実現の確保には克服すべきいくつかの困難がある。それらは、既述のように、多様な私人の活動について関係国相互の国際協力義務が妥当するとされる「実質的管理」の程度の問題、第一交渉義務の違反・不履行がそれ自体国際違法性を有することなく加害国の事後賠償義務の推定に不利な効果をもたらすとする国際協力義務の実効性(損害の事前防止機能の有効性) いかんの問題、またこれとの関連で、かりに第一交渉義務が履行された場合であっても特別条約が締結される基盤が実際に存在するかどうかの問題である。とりわけ最後の問題、すなわち特別条約締結の交渉過程に

おける利益調整には相当の困難が予想される（アウトライン五節、1—2）。ピント（M. C. W. Pinto）が指摘するように、最新技術の開発を優先させる先進国と、他方でその安全性の確保を要求する開発途上国の意見対立は現実には避け難い⁽⁵⁾。実際、右の交渉指針の内容上、危険活動の有用性または持続可能性を過度に重視すべきではないといった意見が国際法委員会の討議でも見られた⁽⁶⁾。さらに、かりに開発優先の途上国が高度に危険な活動を実施する場合を想定するとき、その途上国の側に代替的活動を行う可能性がなく、かつ賠償の事前引受が経済的に不可能な場合に、その危険活動の停止をもって最善の防止措置とすることで関係国間で合意が成立するのだろうか、といった疑問が生じよう（アウトライン六節、4—9）。

もつとも、これらの困難を理由にQ・バクスターの構想を全面的に否定することが正しい見方といえるか否か、慎重な判断を要すると考えられる。というのは、彼の構想の基本は、本来、国際環境紛争について関係国が公平な問題解決に到達するためのコミュニケーションを促進することにあるからである。この点に関連して、ビルダーは、これまで国家が環境損害に関する事後救済の精緻な規則を十分に発展させることなく、むしろ交渉及び調停の手続による問題解決を追求してきたことを指摘しつつ、次のように述べる。国際法はそうした賠償の規則とそれを適用する司法裁判所からのみ構成されるものではなく、国家による問題解決を助けるような、その他の手続、手段、そして制度からも成るものであって、これらを活用した多様なタイプの取り決めが実現したことは一般には法が予定する正当な発展傾向であると⁽⁷⁾する。このような見方が正しいとするならば、国際協力義務の構想は、現代国際社会における環境損害と国家責任との関係を再検討することによって国際環境法の漸進的発達を促す一つの重要な基盤と方向づけを提示するものといえる。

繰り返し述べてきたように、なによりもまず、多様な国際環境損害に妥当する防止基準は一般に存在せず、加害行為の国際違法性を根拠に国家の事後賠償責任を追及するこれまでのアプローチは必ずしも有効ではない。かといって、事後

救済の根拠として加害国の無過失賠償責任を直接または間接に認めることが一般に支持されているわけではない。ただ、この場合でも、被害国またはその国民を重大損害から保護すべきとする基本的要請は維持されなければならない。そのために領域管理責任原則に基づく国家の注意義務を新たに設定する必要がある。その一つの試みが、危険活動の実施に伴う国家の国際協力義務の導入である。たしかに、この義務は、事後救済に関する確立した国家プラクティスからではなく（そのようなプラクティスは現存しないとされる）、生成・発展の過程にある国家プラクティスから導かれるとする点において、Q・バクスターの構想はいくぶん特異なアプローチといえよう。しかし、いずれかの国家が損害発生危険を予見するとき、または現実に損害が発生したときに、関係国に特定の手続的義務の履行を要求することによって、損害ないし危険の具体的評価に見合った規制方式の採用とその将来における一般的定着が期待できるとされる。以上にみたように、国際協力義務の構想は、環境損害の防止と救済の在り方を事後の賠償責任のレベルで捉えてきた従来のアプローチに対して、環境保護の現行国際法の不備をいかにして補うかについての有益な視点を提供するものである。

- (1) e.g. Yb. of ILC, 1984-I at 203 (31) Malek ; Id., at 207 (18) Ni ; Id., at 225 (21) Razafindralambo.
- (2) 山本草二、「国際紛争における協議制度の変質」、『紛争の平和的解決と国際法』（皆川洗先生還暦記念、一九八一年）所収、二二五頁以下、とくに二二〇-二二二頁、二二四-二二八頁参照。
- (3) Yb. of ILC, 1980-I at 245 (29) (30) Riphagen.
- (4) この発展方向を詳細に検討した論文として、山本草二、「前掲註(2)」、とくに二三四-二三六頁、二三八-二三九頁参照。
- (5) M. C. W. Pinto, "Reflections on International Liability for Injurious Consequences Arising Out of Acts Not Prohibited by International Law", 16 N. Y. J. L. (1985) at 42.
- (6) e.g. Yb. of ILC, 1982-I at 281 (22) McCaffrey ; Id., 1983-I at 264 (31) El-Rasheed ; Id., 1984-I at 203-204 (32) Malek.

(7) Remarks of R. B. Bilder, A. S. I. L., Proceedings of the 74th Annual Mtg., (1980) at 243-244.

* 本稿はQ・バクスターの基本構想の内容とその問題点(とくに伝統的な国家責任法との関係)に考察の重点をおいた。そのため、本稿では直接に引用しえなかつたが、ここでのILC作業に言及する邦語文献を挙げておく。安藤仁介「国際法における国家責任」『基本法学5・責任』(一九八四年、岩波書店)所収、一三三―一三四頁、村瀬信也「国際法委員会における立法過程の諸問題」『国際法外交雑誌第八四巻第六号』(一九八六年)四一―四二頁、筒井若水「現代資料国際法」(一九八七年、有斐閣)七九―八一、一二五―一二六、一二九頁、松井芳郎、佐分晴夫、松田竹男他著「国際法」(一九八八年、有斐閣)一〇一―一〇二頁(粟師寺公夫)、寺沢一、山本草二、広部和也編、「標準国際法」(一九八九年、青林書院)四一―二頁(山本草二)。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. XXXX No. 1

SUMMARY OF CONTENTS

International Liability for Transboundary Harm

————— An Attempt to Establish A “Duty of Cooperation”

in the International Law Commission of the United Nations

Tomohito USUKI*

Introduction

I. Responsibility and Liability in the Work of the Commission

1. State liability for lawful conduct distinguished from its responsibility for internationally wrongful acts
2. Liability for lawful conduct as a theoretical challenge to the concept of State responsibility : inadequacy of rules of prohibition or specific conduct

II. Foundation of the Duty to Co-operate

1. Basic approach of the Commission’s Rapporteur, Professor R. Q. Quentin-Baxter : the duty to co-operate deriving from a primary rule (*sic utere tuo ut alienum non laedas*)
2. Origin of the duty to co-operate : a “balancing-of-interest” test adopted in the law of international rivers
3. The duty to co-operate in respect of the risk or occurrence of transboundary harm arising out of “not prohibited but dangerous” activity

III. Legal Content of the Duty to Co-operate

1. Contemplating two tiers of procedural obligation
2. First negotiable duty to reach situation-specific agreements for prevention

*Professor of International Law, Hokkaido University.

and/or reparation of the transboundary harm

3. Second negotiable duty to settle the question of reparation due to the actual affected State of the transboundary harm

IV. Some Reflections on the Duty to Co-operate

1. Conceptual problem concerning the duty to co-operate as “State liability” for “not prohibited but dangerous” activity : its relationship to the rules of State responsibility
2. Some difficulties of giving effect to the duty to co-operate

Conclusion :

Remarks on the question of appropriateness of a “soft approach” proposed by the Commission’s Rapporteur to the international liability’s topic