

国際法上の国家責任における

「過失」及び「相当の注意」に関する考察(一)

湯 山 智 之

はじめに

第一章 国際法上の「国家」と「過失」

一 伝統的な過失責任論

二 客観責任論

三 機関の過失を根拠とする過失責任論

四 客観的な過失概念を根拠とする過失責任論

五 国家の「擬人化」に基づく過失責任論

六 小括(以上本号)

第二章 国際義務の分類論と「相当の注意」

第三章 領域使用の管理責任と「相当の注意」

第四章 一般的考察

はじめに

一 問題の所在と概観

本稿は、国際法上の国家責任法における「過失 (fault または culpa)」と「相当の注意 (due diligence)」の妥当範囲及び機能を明らかにしようとするものである。主体の心理状態を意味する「過失」と客観的な行為義務を意味するものと一般に理解される「相当の注意」とは異なる概念であると考えられるが、⁽¹⁾ともに違法性(義務違反)とは区別された責任の要素(いわゆる「帰責事由」)として作用するので、両者を同時に論じるのが適切である。

伝統的に「国家責任 (State responsibility)」と呼ばれる国際法の一分野は一九世紀以来の仲裁裁判例の蓄積により形成され、また先年法典化作業を完了した国連国際法委員会 (ILC) による「国家責任条文草案」(以下、ILC 草案)の起草作業⁽²⁾により理論的整備の進んだ分野である。⁽³⁾しかしながら、まだまだ明らかにされていない問題も多い。その中でも「過失」の問題はこの分野における大きな争点の一つである。

すなわち、国家の国際義務違反から生じる責任は、国家の(広義の)「過失」を本質的要素とするのか否か、そしてそれによって国家責任の性格は(帰属及び)義務違反を要素とする「客観責任」であるのか、それとも義務違反に加えて「過失」を要素とする「過失責任」であるのかという問題である。

ここでこの問題に関する議論を概観するならば以下のようになる。Grotius 以来、国際法においても国内法の過失責任の原則(民事及び刑事責任において過失が要素である)が妥当するものとされ、「過失」に代表される心理的・主観的要素が国家責任の不可欠の要素であるとする過失責任論が通説であった。しかし、Anzilotti が国際義務違反を

主たる要素とする客観責任論を主張した。それ以外に、一定の場合(私人の行為による責任、不作為による責任、逆に作為による責任の場合など)に限って過失責任を認める折衷的見解も主張された。この Anzilotti 説は大きな影響力を持ち、現在では客観責任が多数説であると解されている。⁽⁴⁾

客観責任説と過失責任説の論争についてはいくつかの論点が存在する。第一は、抽象的ないしは集合的実体であつて、その機構が複雑化した近代国家に自然人の有する過失を帰すことの困難である。過失責任説の難点でもあるが、過失責任を維持するために、過失責任説の側からこの点を克服するための様々な主張がなされてきた。

第二は過失概念の内容である。「過失」とは不注意という心理的状态を意味するが、過失責任説の中には過失を国際義務違反と同一視する客観的過失概念を唱える論者もいる。⁽⁵⁾特に問題となるのは Alabama 号事件以来国際法に導入され、外国人の待遇に関する多数の仲裁判例において用いられてきた「相当の注意」の概念である。これを客観責任論者は客観的な行為義務ととらえるのに対し、過失責任論者は(主観的か客観的かの差異はあるが)過失と解する。

第三は、多数の判例をどのように解釈するかであり、特に大きな論争を呼んだのは国際司法裁判所のコルフ海峡事件判決の解釈である。⁽⁷⁾アルバニア領海であるコルフ海峡を通航する英国艦隊の軍艦が触雷した事件で裁判所はアルバニアの責任を認定したが、果たしてそれが客観責任に基づくのかそれとも過失責任に基づいたのか、それぞれの立場により解釈が分かれる。⁽⁸⁾判例はどのような統一的説明も受け入れられるものではないという指摘がある。⁽⁹⁾

第四は、一九七三年に採択された ILC 草案(第一読)三条⁽¹⁰⁾である。同条は国家責任の要素として、行為の国家への帰属と行為の国際義務違反の二つのみを列挙し過失に言及しなかった。外国人の待遇としての国家責任の法典化作業が国際標準主義と国内標準主義の対立で挫折したあと、草案の対象を国家の国際法違反に関する一般規則とするアプローチに変更した結果、採択された条文である。条文草案は客観責任主義を採用したとの理解もあるが、⁽¹¹⁾義務違反

の違法性阻却事由である「不可抗力（及び偶発事態）」の存在により、消極的な形で過失責任の原則が維持されているという見解もある。⁽¹²⁾

この問題については、日本でも多数の先行研究が存在する。⁽¹³⁾ 過失の問題については、基礎となる概念から演繹していく理論的アプローチと、国家実行（特に仲裁判例）を検討してゆく実証的アプローチがある。すでに述べたように、実行が統一的説明を許すものではなく、過失の問題は国家責任の体系的基礎的な問題、ひいては法の違反や責任というものをどのように考えるかという根本的な問題であることから、まずは理論的アプローチを採用し、必要に応じて実行を参照してゆくべきであろうと考える。

二 概念の整理

「過失」は広義の「過失」と狭義の「過失」があり、広義の「過失」は「故意」をも含んだ概念である。故意はいうまでもなく、狭義の過失も主体の不注意として心理状態を意味する。前述したように、過失概念には、「客観的過失」（「規範的過失」ともいう）概念も存在する。

なお、ここで国内法における過失概念についても参照しておきたい。国際法学者が過失を論じる際、国内法における過失概念の影響を受けることもあるからである。⁽¹⁴⁾

国内法（大陸法）における狭義の過失は心理状態であって、「意思の緊張を欠いた状態」をさす。もともとローマ法における culpa は外形的行為または事象から評価される客観的概念であったが、三世紀以降キリスト教やヘレニズム哲学の影響により、行為者の道徳的品性への倫理的非難（注意 *diligentia* の違反または不注意 *negligentia*）という主観的意味に再構成され、故意（*dolus*）と並ぶ不法行為の帰責事由となるにいたり、この心理的過失としての culpa が

中世に継受された。近代においても、主体の意思の自由を保障し意思の発現としての行為のみを帰責の対象とする個人主義思想や、その後の自立した個人の行動の自由を重視する経済的自由主義によって心理的過失概念は維持された。

他方で、英米法においては、一般的不法行為であるネグリジエンス (negligence, 不注意) は、心理的状态であるとされるものの、合理人を標準として、所与の状況下で予見可能な他人の利益に注意を払う義務 (注意義務 *duty of care*) を負っていたにもかかわらず当該義務に違反した場合に責任ありとされるもので、客観的な責任である。⁽¹⁵⁾ 大陸法、特にドイツの不法行為責任はこのネグリジエンス責任の影響を受けて過失の客観化を進め、過失を具体的な行為義務 (予見可能性に基づく結果回避義務) という意味で用いるようになった (客観的過失概念)。また、フランス法で過失にあたるフォート (faute, 非行) も学説において客観化が進められ、通説では「先存する義務の違反」を中核とし、義務違反と心理的要素の両方を含むものとされている。⁽¹⁶⁾

このように過失概念には「主観的・心理的」であるか「客観的」であるかという区別があるが、これとは別に「抽象的」「具体的」という区別もある。⁽¹⁷⁾ 「抽象的過失」とは、過失の判断において通常人、一般人または合理的人間といったものを観念しそれを範型として行為者の行為を評価する (いわゆる「善良な家父の注意 *diligentia boni patris familias*」または「注意深き家長の注意 *diligentia diligentis patris familias*」)⁽¹⁸⁾ のに対し、「具体的過失」は、行為者の具体的事情を考慮に入れて判断するものである (いわゆる「人がわが事において示す勤勉 *diligentia quam in suis*」)。以下「自己の物におけると同等の注意」と訳す。⁽¹⁹⁾ 定義上、「自己の物におけると同等の注意」は加害者の態様に応じて過失の程度が軽くなることも重くなることもありうる。⁽²⁰⁾ なお、国際法においては「善良な家父の注意」の程度の注意が国際標準主義、「自己の物におけると同等の注意」の程度の注意が国内標準主義に相当するものとされる。⁽²¹⁾

そういうわけで、過失の内容も国、時代によって様々であることに注意する必要がある。従って「過失」といっても、どの過失概念に基づいて議論しているのかを押さえておくことが必要である。本稿では、明確にするために必要に応じて「心理的（主観的）」「客観的」「抽象的」「具体的」の語を用いることとしたい。

また「過失」とは別に「相当の注意」という概念もある。これも国内法に起源を有する。すなわち英米法のネグリジェンス責任において、注意の基準を示す語で、通常「注意、すなわち所与の状況において合理的人間が通常払う注意を示す用語である。⁽²²⁾

この概念が国際法に導入されたのはAlabama号事件英米仲裁裁判所判決（一八七二年）⁽²³⁾であるとされている。⁽²⁴⁾

Alabama号事件は、米国での南北戦争に中立を宣言していた英国国内で南軍向けの軍艦が建造され出港し、米国に被害を与えた事例であるが、英米両国間で結ばれた付託合意であるワシントン条約において定められた裁判準則（いわゆるワシントン三原則）では、中立国政府はその領域内において中立義務違反となるような行為が行われることを防止するために相当の注意を払う義務があるとされ、⁽²⁵⁾ 判決は英国政府が注意を払わなかったと認定した。その後相当の注意が（特に私人による行為からの）外国人の保護に関する仲裁判例や法典化案⁽²⁶⁾において導入された。この相当の注意に関して、その程度が「善良な家父の注意」か「自己の物におけると同等の注意」か、判例・学説は分かれて⁽²⁸⁾いる。

最後に、「過失責任 (fault responsibility)」に對置される「客観責任 (objective responsibility)」にも注釈が必要である。これは責任の成立のためには過失は必要なく義務違反（と行為の国家への帰属）により生じるというものである。しかし、この「客観責任」は、責任の正当化事由（加害者にその挙証責任がある）が認められる点で英米法の「厳格責任 (strict liability)」⁽²⁹⁾がこれに近いとされ、正当化事由を認めない「絶対責任 (危険責任)」とは異なる責任である⁽³⁰⁾と考えられている。また、客観責任論においても「過失」または「相当の注意」の役割を認めないわけではなく、そ

のような要素は義務の内容を構成するとされ、あくまで「義務違反」に付随するものであるということによって客観責任論の一貫性を維持している。⁽³¹⁾ なお、不可抗力(義務履行の不可能性)を過失の不存在という主観的事由であると理解し、不可抗力の立証により違法性を阻却される点で、国家責任は「相対的に客観的な責任」であるという指摘もある。⁽³²⁾

三 本稿の構成

本稿では、国家責任の客観的要素たる「義務違反」に付加される要素としての「過失」または「相当の注意」概念の妥当範囲と機能を明らかにしようとするものである。最終的に国家責任が「過失責任」であるか「客観責任」であるかの問題も考察したい。

第一章では、国家のような抽象的実体または組織体に心理的過失が妥当するのかという問題意識の下に主要な学説の内容を分析する。ここで過失が妥当しないのであれば、もはや国際法において過失を語る必要はなくなるからである。そこで抽象的実体に心理的過失が妥当しないという批判に過失責任説がどのように対応しているかを検討したい。

第二章では、主として、国際義務(一次義務)を分類し、義務の内容に応じて「相当の注意」が帰責事由として機能するという説を検討し、相当の注意を払う義務の妥当範囲と機能を検討してゆきたい。

第三章では、国家は領域主権のコロラリーとして相当の注意を払って領域を管理しなければならないという「領域使用の管理責任」という観念があり、この概念を検討して「相当の注意」の妥当範囲と機能を検討することとしたい。

以上の順序に沿って検討を進め、これまでの検討を踏まえて、第四章では本稿の問題に対する一般的な考察を行うこととしたい。

- (1) 国際法上心理的概念としての「過失」は妥当せず、客観的な「相当の注意」が妥当するといった見解や、「相当の注意」も主観的な概念であって「過失」概念と同義であるといった見解もある。
- (2) 最終的な正式名称は「国際違法行為に対する国の責任 (Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts)」に関する条文草案。UN, GAOR, 56th Sess., Supp.10(A/56/10)(2001), p.59, reprinted in J. Crawford, *The International Law Commission's Articles of State Responsibility*(2002).
- (3) 「国家責任」は伝統的には外国人の待遇に関する国際法規則を意味したが、ILCの法典化作業の方針転換の影響により、国家の国際法違反の結果一般へと拡大している(そのこと自体の妥当性にも議論がある)。ただし、国際法の違反の結果は「責任」(事後の賠償 *reparation* など)であるとは限らないし、また、国家以外の国際法主体性の承認とそれともなって、国際組織の責任のほか、国家以外の主体が責任を負う法現象(個人の国際刑事責任の発達)、国家以外の主体が国家の責任を追求する法現象(コンセンション違反など)に関する私企業による受人国の責任追及や国際人権条約の履行確保機関における人権侵害に対する個人による責任の追及など)など、「責任」のあり方は多様化している。「国際責任 (international responsibility)」という場合、従来型の国家对国家の責任を意味すると同時に、国際法違反による責任全般を意味する可能性もあるので、ここでは少なくとも責任主体が国家の場合に限定するという意味で「国家責任」の名称を用いる。なお、「国家責任」に対する最近の原理的な検討・批判として、兼原敦子「法実証主義の国家責任法論の基本原理再考」立教法学五九号(二〇〇一)一五九頁、小畑郁「国際責任論における規範主義と国家間処理モデル」国際法外交雑誌一〇一巻一号(二〇〇二)一六頁。
- (4) 学説の整理及び過失責任論・客観責任論の論者の主要なリストについては、UN, Secretariat, “*Force majeure*” and “*fortuitous event*” as circumstances precluding wrongfulness: survey of State practice, international judicial decisions and doctrine, *ILC Yearbook*, 1978, vol.2, part 1, p.188, para.488; R. Pisillo-Mazzeschi, *The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States*, GYIL, vol.35(1992), p.9. また、以下を参照、田畑茂二郎「国際責任における過失の問題」『横田先生還暦祝賀・現代国際法の課題』(一九五八)三四七頁、波多野里望「現代国際法における過失の本質」(一)(二)(三・完)国際法外交雑誌五九巻三号一頁(一九六〇)・六号二六頁・六〇巻一号七二頁(一九六一)。
- (5) UN, Secretariat, *op.cit.*, p.199, para.507. なお、この客観的過失概念に英米法のネグリジエンス (*negligence*) 概念の影響を見るものとして、P. De Sena, *Condotta di singoli organi e condotta dell'apparato statale in tema di colpa nell'illecito internazionale*, RDI, vol.71(1988), p.536.

- (6) 詳細な分析として、安藤仁介「国際法上の国家責任にかかわる「過失」の実態」『京都大学法学部創立百周年記念論文集』第二卷(一九九九)三一五頁。
- (7) *ICJ Reports*, 1949, p.4.
- (8) 過失要件説に立つてゐるとみるものとして、E. Vitta, *La responsabilità internazionale dello Stato per atti legislativi*(1953), p.738; H. Lauterpacht, *Oppenheim's International Law*, 8th ed., vol.1(1955), p.343; M. Garcia-Mora, *International Responsibility for Hostile Acts of Private Persons against Foreign States*(1962), p.22. 客観説に立つてゐるとみるものとして、G. Schwarzenberger, *International Law*, 3rd ed. (1957), pp.632-634; C.F. Amerasinghe, *State Responsibility for Injury to Aliens*(1967), p.37; I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, part 1(1983), pp.43-44. 明確な言明を避けており指針とはなりえないとするものとして、R. Higgins, *Problems and Process: International law and How We Use It*(1994), pp.159-160.
- (9) C. Rousseau, *Droit international public*(1953), pp.359-361. 例えば、国家責任の成立に過失の存在を参照する判例 (St. Albans 襲撃事件英米仲裁裁判所判決(一八七三))、J.B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*(1898), vol.4, p.4042; Home 伝道教会事件判決(一九二〇)、*RIAA*, vol.6, p.42; Zafiro 号事件同裁判所判決(一九二五)、*ibid.*, p.160)がある一方で、加害国によって誠実になされた合理的錯誤にも責任を認める判例も多い(例えば、スクリーナー船船主事件(一九二一))、*ibid.*, vol.6, p.57)。また、Anzilotti の客観理論に基づいて裁定した判決 (Caire 事件(一九二九))、*ibid.*, vol.5, p.516)もある。
- (10) *ILC Yearbook*, 1973, vol.2, p.179. 最終草案では二条である。
- (11) K. Zemanek, *La responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites, ainsi que pour faits internationalement licites*, in K. Zemanek and J. Salmon, *Responsabilité internationale*(1987), p.37; R. Pisillo-Mazzeschi, "Due diligence" e responsabilità internazionale degli stati (1989), pp.117-119. なお、ILCの内部での過失をめぐる議論については、A. Gattini, *La notion de faute à la lumière du projet de convention de la Commission du Droit International sur la responsabilité internationale*, EJIL, vol.3(1992), p.257; 安藤・前掲論文三〇七頁。
- (12) Gattini, *op.cit.*, pp.280-281.
- (13) 水垣進「国際法に於ける国家責任論」(一九三八)六六頁、田畑・前掲論文、波多野・前掲論文、山本草二「国際法における危険責任主義」(一九八二)七三頁、兼原敦子「国際違法行為責任における過失の機能」国際法外交雑誌九六卷六号(一九九八)一頁、安藤・前掲論文などがある。
- (14) 例えば、Zannas は過失が責任の要素であることを主張するが、それはフランス法のフォート概念である。P.A. Zannas, *La responsabilité*

internationale des Etats pour les actes de négligence (1952), p.47.

- (15) 望月礼二郎『英米法(改訂第二版)』一四三頁。
- (16) 平井宜雄『損害賠償法の理論』(一九七二)三三四頁、同「責任の沿革的・比較法的考察——不法行為責任を中心として」『基本法学5 責任』(一九八四)三頁、潮見佳男「ドイツにおける過失責任原則の変遷」『民事過失の帰責構造』(一九九五)一一一頁、向田正巳「過失責任における有責性原理」『橋研究二三卷二号』(一九九八)一頁。
- (17) ゲオルク・クリンゲンベルク(瀧澤訳)『ローマ債権法講義』(二〇〇一)(G. Klippenberg, *Obligationenrecht* (1987)) 九二頁。「主観的／客観的」の区別と「抽象的／具体的」の区別は文献によっては逆に用いられており、本稿では分析のため便宜的にこのような用語を用いることとする。
- 一般的には客観的過失の存在を証明するよりも主観的過失の存在を立証する方が原告の負担が重くなるはずであるが、前述の *culpa* も、「善良な家父の注意」及び「予見可能性」を標準に判断していたので、一般に理解されるほど具体的・主観的ではなかったことに注意する必要がある。他方で、現在の客観化された過失概念も行為義務に還元されるわけではなく、行為者の具体的事情を考慮する点で主観的な面を残している。
- (18) *culpa* の内容として古典期に成立した概念である。いわゆる善管注意義務である。
- (19) 日本の民法では「自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意」(六九五条)、「自己のためにすると同一の注意」(八二七条)、「その固有財産におけると同一の注意」(九四四条)として参照されているものである。
- (20) クリンゲンベルク・前掲書九一頁。
- (21) 著名な例が一九三〇年の国際連盟ハーグ法典化会議での国家責任に関する条約案をめぐる議論である。準備委員会が一九二九年に提出した議論の基礎第一七及び第一八は私人の行為による外国人の保護について「文明国から期待しうる……注意」を払わなかった場合に責任を負うとしたが、国内標準を主張する途上国の反対が強く、英米仏などの「防止、救済、処罰のため状況において合理的に期待されうる措置」をとらなかつたなら責任を負うという修正案をさらに修正した「防止、除去、処罰のため状況において通常とるべき措置」が可決されたものの、全体としての条約が成立しなかつた。松原一雄「国際法典編纂会議に於ける国家責任問題」『国際法外交雑誌三〇巻二号』(一九三〇)二五〇頁。
- (22) *due care, reasonable care* または *ordinary care* ともいふ。Black's Law Dictionary, 6th ed.(1990), p.457. なお、国際法上の相当の注意概念に関して、小畑郁「国際責任の法制度における「相当な注意」概念の再検討」桐山・杉島・船尾編『石本泰雄先生古稀記念論文集・

「転換期国際法の構造と機能」(二〇〇〇) 五五頁。

- (23) Moore, *op.cit.*, vol.1, pp.653-659.
- (24) H. Blomeyer-Bartenstein, *Due Diligence*, in *Encyclopedia of Public International Law*, vol.10(1987), p.138.
- (25) 中立国政府は、「その管轄内において、平和的関係にある国家に巡洋しまたは戦争を実行することを意図していると信じる合理的理由を有するいかなる船舶の機装、武装または装備を防止するため相当の注意を用いること、及び管轄内において、全体または一部において特別に適合され、上述した巡洋しまたは戦争を実行することを意図したいかなる船舶のその管轄からの出港を防止するため同様の注意を用いること」を義務づけられる(第一原則)。さらに、「自身の港または領海において及びその管轄内にあるすべての者に関して、前述する義務のいかなる違反も防止するため相当の注意を払うこと」を義務づけられる(第三原則)。 Moore, *op.cit.*, vol.1, p.550. なお英国政府はこれらの原則が実定国際法規則であることを否定した。
- (26) 「相当の注意」の用語が用いられた二〇世紀初頭の判例(いずれも反乱・革命による損害の事例である)として、Aroa 鉱山事件英國・ベネズエラ混合請求委員会判決、*RIAA*, vol.9, p.441; Sanbiaggio 事件イタリア・ベネズエラ混合請求委員会判決、*ibid.*, vol.10, p.524.
- (27) 一九二九年のハーバード・ロースタールの「外国人の被害に対する国家の国際責任に関する条約案」一〇条では、「国家は、外国人に対する被害が、当該被害を防止するため相当の注意を払うことの欠如から生じた場合に、国内的救済が当該欠如に対する適切な救済なしに尽くされた場合責任を負う」と規定する。 *AJIL*, vol.23(1929), supplement, p.187.
- (28) Alabama 号事件での当事国及び裁判所の議論については、山本・前掲書一一頁。他方で、明示的に「自己の物におけると同等の注意」に言及する例として「スペイン領モロッコにおける英国人財産事件」仲裁判決(一九二五)、*RIAA*, vol.2, p.639.
- (29) 望月・前掲書二五〇頁参照。
- (30) Brownlie は「第一応の責任 (*prima facie responsibility*) と呼んでゐる。 Brownlie, *op.cit.*, p.44. 英米法における契約責任も「厳格な」責任であるが、「絶対責任」「危険責任」であれ、およそ国内法上の責任において不可抗力など免責事由の認められない責任はまれである。「客観責任」と「危険責任」の差異は責任の趣旨(義務違反のみを要素とする責任か危険に対する保障責任か)にあるように思われる。
- (31) 一章の Anzilotti の見解。
- (32) Conforti は英米法の厳格責任やイタリア法の契約責任も同様に「相対的に客観的な責任」であるという。 B. Conforti, *Diritto*

internazionale, 4th rev. ed.(1995), p.345-348; De Sena, *op.cit.*, p.525. なお、不可抗力が主観的な概念か客観的な概念かはやはり過失責任論者と客観責任論者で異なる。U.N. Secretariat, *op.cit.*, p.201, para.512.

第一章 国際法上の「国家」と「過失」

この章では、自然人に特有の心理的過失が抽象的実体・組織体である国際法上の国家に妥当するの否かという観点から学説を概観する。Groius に始まる伝統的な過失責任論に対し、このような観点から批判を加えたのが客観責任論の立場に立つ Anzilotti である。この Anzilotti の批判を克服すべく、過失責任主義の立場から様々な反論がなされた。第一は国家の機関として行動する個人の過失をもって国家の過失であるとする Ago の見解である。第二は過失概念を客観的なものと観念することで抽象的実体への過失概念適用の問題を回避しようとする Sperduti らの見解、第三は国家を「擬人化」することで心理的過失を妥当させようとする Arangio-Ruiz らの見解である。

一 伝統的な過失責任論

国際法の父 Groius は、国際法上の責任にローマ法の過失責任の原則を導入した⁽¹⁾だけでなく、近代私法体系において過失責任主義を確立した学者であるとされる⁽²⁾。その命題は「過失 (culpa) は損害賠償の義務を生じる」という言葉で表される。「不法行為とは、作為であると不作為であるとを問わず、人間が一般にまたは特別の性質の理性に従ってなさなければならぬことに矛盾するあらゆる過失を意味する。このような過失からもし損害が生じた場合は、自

然法上賠償すべき義務が生じる⁽³⁾。不法行為は過失によって法的義務に反することであり、本人の過失なしにその所有する動物、船舶、船舶、使用人の行為に責任を負うのは国家法において特別の理由により認められるのであって、自然法及び諸国民の法の原則ではないと声明する⁽⁵⁾。

この原則は国家(君主)の責任についても変わらない。その官吏の行為について、「国王及び統治者はその陸兵または水兵が命令に反して友を害しても責任を負わない。自己の過失なしにその使用人の行為に対して責任を負うのは、それによってこの問題が解決される諸国民の法ではなく、国家法に属することである」と述べている⁽⁶⁾。官吏の行為について主権者が他の主権者に対して責任を負うためには心理的過失の存在が必要であり、それは臣下の行為を防止または処罰しなかったという事実からなる⁽⁷⁾。

また、私人の行為については著名な「加担理論」を主張する。「国家共同体は、他のいかなる共同体と同様に、自らの作為または不注意なしに個人の行為に責任を負わない」のであるが、「共同体またはその支配者は、その臣民の犯罪を知っていて、並びにそれを防止することが可能であり及び防止すべきであるにもかかわらず、防止しないならば当該犯罪に責任を負う」という。支配者は特に「容認 (patientia)」と「庇護 (receptus)」によって私人の犯罪に加担(共謀)することになるといふ。patientiaとは、犯罪を知り防止が可能であるのに防止しなかった場合であり、receptusとは、支配者が犯罪人を処罰しない場合である⁽⁸⁾。つまり、君主は私人の行為に直接に責任を負わないが、防止及び処罰を怠ることで私人の行為への加担となるような心理的過失を有する場合に責任ありとされるのである。

Grotius はローマ法の過失責任原則に依拠しているが、それは彼の考えた自然秩序に合致する限りで採用されていることに注意する必要がある⁽⁹⁾。それは、啓蒙期自然法の、自由で理性を持った主体の意思の自由を保障する考え方である⁽¹⁰⁾。人は理性に従って自由に意思を発現することができ、そのような意思の発現としての行為または意思に瑕疵あ

る行為に限り責任を負うという個人主義思想が過失責任原則の基礎となっているのである⁽¹¹⁾。そして、このような考え方を貫徹させたために、官吏や私人の行為に対する責任についても、使用者責任のような「他人の所為による責任」または代位責任ではなく、君主の自己責任という構成が採用されたわけである。

さらに、Grotius の時代は抽象的な法人としての国家が法理論に登場していなかった時代であり、君主の人格を前提として議論する以上その国家責任論は当然過失責任主義であった⁽¹²⁾。従って、Grotius の伝統的な過失責任論は現代の複雑化した国際法主体にそのまま適用できる根拠を失っていると言わざるをえない⁽¹³⁾。

いずれにせよこのような Grotius の過失責任論、特にその加担がない限り国家は私人の行為に責任を負わないとする理論は後代の国際法学者にも継承された⁽¹⁴⁾。例えば、Vattel は次のように論じている。市民の違法な行為を国家または主権者に帰すのは不当であるが、国家が当該行為を支持または承認するならば当該国家を真の加害者とみなすことができる。主権者は、その国民が他国の国民を害することを許容すべきではなく、可能な場合には加害者にその損害を賠償させ、加害者を処罰し、事例の性質及び状況によっては被害国が処罰できるよう引渡すべきである。しかし、当該主権者がこれらを拒否するならば、加担したことになり責任を負うという⁽¹⁵⁾。

二 客観責任論

伝統的な過失責任論を批判した最初の論者は Triepel である。Triepel は、伝統的学説、特に *receptus* における加担理論を批判して、国家が私人を処罰しないことは加担ではないと主張する。その理由は、第一に処罰の欠如は国家の許容を意味しないこと、第二に個人は国際法秩序の下にはないので国際法違反をなしえないことである。国家は自らの行為に責任を負うのであって、処罰の欠如が違法となるのはそのように義務づける国際法（領域内において外国に

対する犯罪行為を処罰する義務)があるからである。Triepelは国家の負う責任には二つの様態があるという。第一は、私人の加害行為を防止できなかったのにしなかったこと、すなわち国家に帰しうる不作為の過失(ワシントン三原則にいう相当の注意の欠如)により賠償を付与する責任である。第二は、サティスファクション(Genugtung、満足)を付与する義務(犯罪者の処罰の義務)の違反から生じる責任である。後者の責任は、前者の責任から生じる二次的なものであり、領域主権の帰結として、外国が保護を与えられるべき領域国内において侵害を受けたことによる当該外国の感情の慰撫を理由として課せられる責任である。この責任は国家の過失に関係のない純粹に客観的な責任である⁽¹⁶⁾という。

Triepelの理論は、個人は国際法に違反しえないこと、及び国家は自らの行為にのみ責任を負うことを前提として、処罰義務違反の場合にのみであるが過失の介在を否定するより客観的な責任の理論を構築したところに独自性がある。しかし、処罰義務違反による責任も実質的に個人の行為から責任が生じているとして批判され、防止義務の違反から処罰の義務が生じるという観念も後の学説では支持されなかった⁽¹⁷⁾。

次に、客観責任主義を明確に打ち出し後の学説に大きな影響を与えたAnzilottiの見解をみてゆくことにする⁽¹⁸⁾。Anzilottiは、責任は客観的であることを主張する。まず、責任の本質は国家の同意した義務の不履行であると述べ、責任とは義務の不履行によって発生する新たな法的関係(賠償の義務)であると定義する⁽¹⁹⁾。

Anzilottiは、責任の要素を他国の権利侵害すなわち国際法規範に反する行為、及び違反と国家の行為との因果関係と定義される帰属(imputabile; imputabilita)の二つであるとした。帰属に関して彼はJellinekやTriepelの理論を援用して、国家のみが国際法規範の名宛人であり国家のみが責任を負うと述べ、Grotiusの加担理論やAnzilotti以前の通説における「国家の間接責任」のような、個人の行為が国際法違反となることを認める学説を批判する。そして、

違反となる具体的行為が個人や公務員の行為であっても、それが国家の行為とみなされるように国家に結合される関係の有無が検討されなければならないとする⁽²⁰⁾。

Anzilottiはそこで、帰属の要素に国家の故意 (dolus, dolo) ・ 過失 (faute; culpa) が含まれるかという問題を検討する。すなわち、国家の活動と国際法違反との間に因果関係があれば十分なのか、それとも違法行為が直接または間接に国家によって意思されたことが必要なかという問題である。Anzilottiはローマ法の影響を受けた過失責任主義が通説であることを確認するが、それは否定すべきであるとする⁽²¹⁾。

ここで特徴的なのは、Anzilottiは「過失」を国家の意思ではなく個人の意思と解する点である。故意過失とは自然人の心理的態度・精神状態 (animus) として理解されるので、国家はそのような故意過失を持たないという⁽²²⁾。「その語の心理的意味において、国家の固有の意思は存在しない。集団の目的の実現をめざす個人の意思が存在するのみである。それは国家の法的組織を通してその意思を代表する意思である。ゆえにわれわれの問題は、国際法に反する行為が国家に帰属するために、当該行為が……〔国家の〕意思を形成または表明する権限を有する個人の故意または過失から生じるかどうかを探求することになる⁽²³⁾」。

そこで Anzilottiは、違法行為の帰属のためにそれが国家の機関たる個人 (官吏) の過失の結果でなければならぬかを検討する。「個人の意味及び行動は、意思を表明し行動を発現する権能を個人に付与する、共同体に妥当する法によって国家の意思及び行動となる⁽²⁴⁾」。つまり、国家は国内法によって組織された法人であり、国家への帰属は、公務員を組織しその権限を決定する当該国家の国内法によって確立されるというわけである⁽²⁵⁾。

そこで彼が検討するのは、著名な設例であるが、国家の機関たる個人の行為が国内法にも国際法にも違反する場合、及び国内法に合致するが国際法には違反する場合である⁽²⁶⁾。第一の場合、すなわち公務員が国内法の命令に違反しまた

は国内法上の権限を逸脱しつつ同時に国際法にも違反した場合、その行為は国内法に反するのであるから国家に帰属しない。それは私人の行為に過ぎない。ゆえに、当該公務員の過失はその行為を国家の行為とみなさせないという結果になる。

しかし、実定国際法はこのような場合にも国家に国際責任を負わせている。外国は公務員の行為が権限踰越であるか否かを知ることができないので、国家が当該行為を国内法が命じていないことまたは授權していないことを主張して責任を免れることができるなら国際法の実現が確保できなくなるであろう。そこで、国際法は国家の活動範囲から生じた不正な被害に保障するように義務づけている。ゆえに、この場合の責任は客観的であるという。⁽²⁷⁾

第二の場合、すなわち公務員が国内法に合致しその権限の範囲内で行為するが国際法には違反する場合、当該公務員は国内法を遵守する義務を負っていてその義務を履行したのであるから過失は存在しないという。この場合、上位機関（国際法違反を許容または命令した立法者または憲法制定者）の過失が探求されなければならないが、そのような探求は困難かつ不可能であり、立法や国内組織の瑕疵は予見や注意にもかかわらず生じうるから違法行為の発生に無関係である。さらに、国際義務の履行を確保する国内組織を持たないことの過失、「それ自体に内在する過失（*culpa qui inest in re ipsa*）」という概念を立てたとしても事実には合わない抽象的概念でしかない。ゆえにこの場合の責任は客観的であるという。⁽²⁸⁾

最後に彼は、一定の国際義務の内容と伝統的な国内私法の過失概念（一定の行為から生じる結果の予見の欠如）との類似性に言及している。⁽²⁹⁾ 学説には私人の行為に関する責任の場合に過失が要件であると主張するものがあるがこれは国際義務の解釈の誤りであり、⁽³⁰⁾ 国家の不作为による責任について過失が要件であるとする説についても同様であるという。⁽³¹⁾

一定の国際義務は国家に、その権力下にある個人に対して自らに付与された機能及び権限に対応する注意を払うよう義務づけている。それは一定の個人の行為の実現を絶対的に防止することを義務づけているのではなく、防止のため監視し一定の措置をとるという相対的な性格の義務である。ゆえに個人の行為が発生したことで責任が発生するのではなく、行為が生じないよう必要な注意を払わなかったことで発生する。これは過失によるものではなく、義務の違反によるものである。⁽³²⁾

実行においては、一八七一年のワシントン三原則や一九〇七年の「海戦ノ場合ニ於ケル中立国ノ権利義務ニ関スル条約」(ハーグ第一二条約)八条に規定する中立国の注意義務や、外国人に対する民衆暴動から当該外国人を保護する義務の例がある。このような注意義務には、国家が自身の事項に用いる相当の注意及び善良に統治された国家(*Bien ordonné*)が用いる相当の注意があり、それぞれ国内私法の「自己の物におけると同等の注意」及び「注意深き家長の注意」が類似している。しかし、これは便宜的な類推にとどまり、「その特別の内容が一定の事態の発生を防止するための監視 (*surveillance*) をすることにある義務の不履行の事例——それらはアプリアリに定義できない——の全体を総合的に表現するためにのみ国家の過失を言っているに過ぎない」⁽³³⁾。従って、*Anzilotti* は責任は客観的であり、官吏の精神状態は無関係であると結論づけるのである。

なお、*Anzilotti* がのちに執筆した概説書では、行為の国家への帰属は国際法規範によるが国内法に「反致」される⁽³⁴⁾として従来の見解は変更され、それにもなって過失の論じ方も修正されている。帰属の条件として国家の機関たる個人の過失が必要であるか否かは国際法規範が規定しており、当該法規範の解釈の問題である。⁽³⁵⁾ 一部の規範はそのような規定を持っている(例えば純粹に客観的な責任を規定するハーグ陸戦条約三条)。しかし、大部分の場合はそうでなく法の一般原則によらなければならぬとして、前述した推論に若干の修正を加えて(例えば、公務員の権限踰

越の行為は国家に帰属しないが保障により責任を負うという見解はもはや見られない(過失の責任の要件性が否定されると結論づけている。⁽³⁶⁾)

以上が Anzilotti の客観責任論⁽³⁷⁾であるが、それは以下のようにまとめられる。第一に、国際責任は違法行為からのみ生じる。第二に、国際法に違反しうるのは国家の行為のみである。第三に、心理的事実である過失は自然人に固有の現象である。第四に、法的実体としての国家は心理的過失を有さない。第五に心理的過失は一般的な責任の要素ではなく、特定の規範の内容である。⁽³⁸⁾

このような Anzilotti の見解は、後の国際法学者にも広く支持されるにいたった。⁽³⁹⁾特に、第四の点を支持する見解、すなわち抽象的または集合的実体である国家ないしその機関(例えば立法機関)には心理的概念である過失は存在しえない、または立証が困難であるという見解は多い。⁽⁴⁰⁾また、第五の、過失は特定の国際義務の内容であるに過ぎないという主張(正確には Anzilotti は過失に類似しているとしたのであるが)⁽⁴¹⁾も支持されている。ただし、過失は心理的過失ではなく「相当の注意」という客観的基準へと修正されている。⁽⁴²⁾他方で、帰属の決定が国内法(または国内法への反致)によるという見解は Ago らの批判の対象となった。⁽⁴³⁾

なお、Anzilotti の客観責任論においては彼の実証主義(意思主義)の立場のウェイトが大きいように思われる。⁽⁴⁴⁾ Anzilotti は国際法の妥当根拠を国家の意思に求め、国際義務の違反を責任の基礎に据えた。国家がすでに同意したことに違背すれば、過失といった帰責事由がなくともそれだけで責任が発生すると考えるのが自然であろう。Anzilotti が常設国際司法裁判所のホルジョウ工場事件判決(管轄権)の一節「約定違反は適切な形式による賠償(reparer)の義務を伴うというのが国際法の原則である。ゆえに賠償は条約の適用違反を不可欠に補完するものであって、それが当該条約中に規定されることは必要ではない」⁽⁴⁵⁾を引用して、国際義務の違反はつねに責任を発生させるとしているこ

とからもうかがわれる。⁽⁴⁶⁾

三 機関の過失を根拠とする過失責任論

い)ではAgoの議論を取り上げる。Agoの過失責任論は国家の過失はその機関の過失に等しいこと、機関たる個人の過失が国家に帰しうることを、そしてこの主観的過失が国家責任の不可欠の要素であることを主張するものである。

Agoは国家責任を二つの基本的要素に区別する。すなわち、客観的要素と主観的要素である。前者は国際義務との対比における違法な行為であり、後者は当該行為の国際法主体への帰属(imputation)である。⁽⁴⁷⁾ 帰属は自然の創設した関係(lien)ではなく、法規則によって行われる「論理的作用」すなわち法的作用の結果であり、法が違法行為と所与の主体との間に創設する法的関係であるという。⁽⁴⁸⁾

Agoは帰属について、その条件は法秩序及びその主体の性格に応じて様々であるが、主体がすべて抽象的実体である国際法における帰属の条件は、①能力を有する主体の存在、②当該主体の機関の行為(国際義務に反する作為または不作為)の具体的実現、③当該行為を行った機関の広義の「過失(faute)」であるとする。⁽⁴⁹⁾

この「法的帰属」は帰属の対象となる主体が自然人の場合は難しいものではないが、法人の場合事情は異なる。特に国際法はその主体がもつとも典型的で完全な法人である国家によって構成される。そこでまず、法人に違法行為を帰属させうるのか、次に帰属させうるとしたらどのような場合にそれが可能であるかという問題が生じるという。

前者の問題(法人への帰属の可否)についてAgoは次のように論じる。法人は法秩序であり、機関の資格を有する自然人の行う権利義務を実現する行為がそこに結び付けられる。ある法秩序がその法に反する行為を自らの法秩序

に帰属させることはできない。違法行為を行う機関は当該法秩序の機関とはいえないからである。しかし、全体の法秩序(国際法)に反する部分的法秩序(国家)の機関の行為を後者の秩序に帰属させることは可能である。このような推論により Ago は⁽⁵⁰⁾の問題に肯定的回答を与えている。なおここで、法的作用である帰属は法秩序において当該法秩序の規則の効果として行われるから、国際違法行為の帰属は国際法秩序によって行われることを付言している。⁽⁵⁰⁾

後者の問題、すなわちどのような場合に法人への帰属が認められるかという帰属の条件に関して Ago は次のように述べている。法人は外部世界においてはその機関である自然人の活動によって表示される。帰属の対象となるのは機関として現れる自然人の具体的な行為(国際義務に反する作為または不作為)である。ここで、機関はどのようにして決定されるのかという問題が生じる。国家のみがその内部の秩序において、その組織を設立しその機関を決定することができる。しかし、その決定は外部の法秩序である国際法において同等の法的価値を有するわけではない。国際法は国家の「内的組織(organisation interne)」及び国家が機関に付与した権限を「事実のデータ(données de fait)」、⁽⁵¹⁾帰属に「必要な事実の条件(condition de fait nécessaire)」として参照するに過ぎないという。

国家の「内的組織」が必要条件であるとして、それで十分であるのか。Ago は第一に帰属の対象となる機関に区別があるか、第二に機関のすべての行為が帰属するかを検討する。第一の問題に関しては、立法・行政・司法機関や自律性を有する機関などさまざまな事例を検討して、国際法は機関を区別せず、機関のすべての行為を国家に帰属させているという。第二の問題については、まず、国内法に反するか否かにかかわらず、権限において及び権限を利用して行われた行為が帰属し、その基準は実効性であるという。すなわち、国家を代表して (au nom de l'Etat) 実効的に行われた行為が帰属すると結論づけている。⁽⁵²⁾

なお、私人の行為については Anzilotti と同様に Grotius 説を批判して、私人の行為は国家に帰属せず、国家の違法

行為にとっての「外在的事態 (événement extérieur)」であつて、違法行為を構成するのは機関の不作为 (防止義務または処罰義務の違反) であるとした。⁽⁵³⁾

いいで Ago は、「過失」が帰属の第三の要件であるか否かについて議論する。それに先立って議論の前提を明らかにする。まず、「過失」の意味内容である。すべての法領域において「過失」の概念は同じであるべきとし、私法の通説における過失 (広義の過失。故意を含む) の定義、すなわち「他人の主観的権利の具体的被害と当該被害の加害者との間の心理的關係」を採用する。

次に、この過失の概念、及び国家の行為と意思はその機関の行為と意思に等しいという前提により、「国家の過失」とは、故意ないし (狭義の) 過失として特徴づけられるような「国家の国際法の義務に反する行為とそれを行った機関の人格との間に」存在する「心理的關係」であるという。⁽⁵⁴⁾最後に、過失の問題は違法行為の法的結果 (賠償または制裁) の主体への帰属の問題ではなく、違法行為の主体への帰属の問題であるとする。⁽⁵⁵⁾

こうして過失の議論の前提を明らかにした上で、Ago は本論に入る。実行の解釈に先立って、まず、過失を否定する論理的根拠があるかどうかを検討する。ローマ法の影響を受けた国際法において、学説の一部が主張するように、過失の要素を排除した体系が認められるというのは奇異であると述べている。彼は Anzilotti の客観責任理論を俎上にのせてその難点を二つ指摘する。

第一点は、機関の行為を国家に帰属させるために国内法に依拠することの誤りである。Anzilotti は、このことを前提に、国際法にも国内法にも反する機関の行為は国家に帰属せず、国際法に反するが国内法を遵守して行動した機関には過失ありとみなすことはできないとした。しかし、Ago は帰属を決定するのは国際法であり、国内法に反する機関の行為も国家に帰属するのだから、「国際法秩序が、国家の国際違法行為の存在の確認を条件づけるために、機関

の行った違反の意思的性格を考慮すること、すなわち機関の故意または過失に法的価値を付与することを妨げるいかなる論理的理由も存在しない」という。

第二の難点は、国家と機関が人格において分離され、前者は国際法に従い、後者は国内法に従うという Anzilotti の（意識せざる）前提である。Ago は、機関は国家そのものであるからこの前提は誤りであるという。機関が国内法上適法に行動したとしても、国際法は独自に機関の過失の有無を認定することができる。以上から、Ago は客観説の理論的根拠は一貫しないとしている。⁽⁵⁶⁾

そこで、Ago は過失が帰属の必要条件であるか否かに対する答えは抽象的基準ではなく慣習法に見出されなければならぬとして実行の分析に移る。まず、争いがないのは私人の行為による責任と一般に理解されている場合、正確にはその国民による不正な被害から外国及び外国国民を保護する国家の一般的義務の違反による責任の場合である。実行はこの場合、国際違法行為が存在するためには国家機関の過失がなければならぬことを示しているという。⁽⁵⁷⁾

次に、実行は機関の作為による責任の事例においても過失を帰属の要件としているという。機関の作為による責任の事例において非意図的行為による違反の発生はまれであるが、この種の違反は特に戦時法の分野でしばしば見出されるという。Ago はいくつかの例を挙げる。濃霧のためあらゆる予防措置をとったにもかかわらず特別の徽章を見ることのできないで行った病院、教会または中立国大使館への砲爆撃、停戦協定締結後に山中に迷った砲兵隊が通信の切断で新事実を知らずに行った敵陣地への砲撃、税関当局が過失なしに完全にその資格を知らないで行った外交官の鞆の搜索、他国に返還すべき義務を負っていた物が過失なく損壊した事例、稼働させる義務を負っていた灯台の落雷による破壊といった事例では、義務の要求する行為または結果は実現されていないにもかかわらず、機関の故意過失が存在しないがゆえに違法行為及び責任がないことになるという。

そして彼は錯誤、偶発事態、不可抗力といった理由により責任の存在が否定された実行を参照する。その多くはやはり戦時法に関するもので、天候や機械の故障による中立国の領空侵犯の事例や、目標の誤認による砲爆撃で第三国に被害が生じた事例である。⁽⁵⁸⁾ これらの事例から自らの主張が裏付けられるとしている。⁽⁵⁹⁾

最後に、Ago は過失の程度（いわゆる国内標準か国際標準かの問題）について議論する。実行は明確な基準を与えていないが、外国及び外国人を私人の被害から保護する義務の違反による責任の場合は最軽過失（*culpa levisissima*）を否定する、すなわち通常要求される注意を支持する傾向があり、機関の行為による責任の場合は最軽過失で十分であるとしているという。国際法では国内法と異なり注意の程度は事例の具体的状況に応じて様々であり、それは賠償の範囲の問題に考慮を要すると指摘する。⁽⁶⁰⁾

なお、Ago は ILC において、García Amador に代わって一九六三年から七九年まで国家責任条文草案の特別報告者として精力的に法典化作業を推進した。この作業においても過失を違法行為の本質的要素とする彼の見解は維持されていたように思われる。⁽⁶¹⁾ Ago の提案した草案の中には明示的に過失に言及した条文は存在しない。しかし、Ago が過失の消極的限界と観念していた偶発事態及び不可抗力について——最終的に帰属の条件ではなく違法性阻却事由として提案したが——当初はこの二つの事由を違法性阻却事由として提案する予定がなかったことや想定された具体例⁽⁶²⁾から、過失の消極的限界という性格は維持されていたとみるべきであろう。⁽⁶⁴⁾ 特に、偶発事態及び不可抗力の原案は国際違法行為の行為者個人（国家の機関または公務員）にとつての実行可能性及び認識の欠如として定式化されていた。⁽⁶⁵⁾

以上が Ago の過失責任論であるが、国家が法人であることを自覚した上で過失責任主義を構築しようとするものである。Ago の理論は、Anzilotti の提示した命題のいくつか——国家責任は国際義務の違反から生じる、国家はその行為についてのみ責任を負う、国家の行為は機関の行為として把握される、及び「過失」は主観的・心理的概念であ

る——を継承し、帰属は国内法によるという命題については否定した。総体としての国家に主観的過失は妥当しないものの、機関として行為する自然人に「過失」を帰し、この機関の「過失」が国家の「過失」とみなされると主張した。さらに、過失は不可抗力など「過失の欠如」⁽⁶⁶⁾があれば違法ではないという逆(裏)の形で過失が責任の本質条件たることが証明されるという主張は特筆すべきものがある。

他方でいくつかの批判がある。一つは実行の分析に関するもので、実行は主観的過失を要件としていないこと、並びに「相当の注意」を主観的概念としたこと及び錯誤や不可抗力が「過失の欠如」を意味することは実行の分析として、⁽⁶⁷⁾ いるが実際には理論的前提に基づく実行の解釈に過ぎないことなどである。⁽⁶⁸⁾ また、Agoの過失概念に関して、実質的には不可抗力のような事由が存在しない限りつねに存在すると観念されるので精神状態(animus)に等しい内容の空虚な概念となってしまうこと、国家とは別個の存在であるはずの機関の過失を国家の過失に一致させるのは非合理的であること、⁽⁶⁹⁾ 機関が過失の状態にあった⁽⁶⁹⁾ との認定は単に「違法行為が機関によって行われた⁽⁷⁰⁾」ことを意味するに過ぎないとの批判がある。なお、ILC草案は、不可抗力(偶発事態を含む)を違法性阻却事由と把握し、公務員の過失を含意したAgoの原案を修正して国家の立場からの予見可能性及び抵抗可能性という客観的な定式を採用した。⁽⁷⁰⁾

このようなAgoの理論は、後の学説によりいくつかの修正がなされた。⁽⁷¹⁾ すなわち、第一の修正は、個人の心理的過失を国家に帰属させることの困難を克服するため過失の問題の生ずる論理的契機を再検討することである。第二は、過失を機関として行為する個人の過失ではなく、集合体としての国家の過失とすることである。⁽⁷²⁾ 第三は、実行に適合させるために過失の推定・過失の挙証責任の転換という構成を採用することである。⁽⁷³⁾ 特に、第二点に関して、心理的過失が機関たる個人ではなく国家に帰属するとする見解は多い。⁽⁷³⁾ また、不可抗力など逆の形で過失は責任の要素であることが証明されるとのAgoの見解も支持する論者が多い。⁽⁷⁴⁾

四 客観的な過失概念を根拠とする過失責任論

ここでは抽象的実体としての国家に過失が帰属することの不都合を回避するために「過失」を客観的概念として把握しようとする説を検討する。それは Sperduti らの見解である。

Sperduti はまず、過失の問題の本質について「抽象的実体の特質から生じる国際法主体の本来的性質が……責任の条件としての過失の問題についての検討において考慮されなければならないより基本的な与件である」と言明する。近年の学説は国際法主体（国家）がその組織を通して行動することが過失の問題に影響するか否か、どのように影響するのかが問題であることで一致している。過失の問題は（国家の）組織の問題に依存していることを自覚している。Anzilotti の理論は過失責任論に不利になる有効な主張であった。しかし、過失の問題と組織の問題が結び付くということ自体を問題にすべきである。むしろ過失の問題は法的義務の本質そのものに関する前提に結び付けられるべきである⁽⁷⁵⁾という。

Sperduti は Anzilotti 説を分析する。Anzilotti の説でもっとも基本的なことは、過失は（国家機関として活動する）個人についてのみ語ることができ、国家は機関たる個人以外に心理的活動・態度を持たない、そして個人は機関としての職務に関してのみ過失ありとされる（国家の国際義務に関して過失ありとはされない）という点である。Anzilotti の理論は過失の倫理的概念を前提としている。ゆえに過失は自然人にのみ関係する心理現象となつて、抽象的実体には参照しえず個人にのみ結び付けられる。ところが個人は国際法とは別の法体系（つまり国法秩序）の下にあるので、個人の動機は国家責任からは切り離されてしまうことになる⁽⁷⁶⁾と指摘する。

さらに、彼は客観理論について次のように指摘する。国際法主体が抽象的実体であるがゆえに過失を否定することの帰結は、責任には精神状態をとまなわなくても違法な行為だけで十分であるという客観理論となる。法的義務は主

体の意思の方向の観念に適した内容を欠いた、単なる法的言語の定式に過ぎなくなる。法に「反して」行為することが適切である可能性を否定してしまう。ゆえにこの理論は理論的一貫性で優れていても実際上は時代遅れであると Sparduti は批判している。⁽⁷⁷⁾

Sparduti によれば、責任は違法性を中心としているが、そこから生じた損害という結果とも結び付いているという。責任の対象と責任の理由は区別されるべきである。責任の対象はそれによって法的に保護された利益の侵害が生じた行為であるが、責任の理由は当該行為によって害された法的社会的秩序の回復の負担（制裁または賠償）を責任主体に負わせることである。間接責任（私人の行為に対する責任）のように、他人の行為に責任を負うこともある。ゆえに行為の違法性の評価は被害を考慮しなければならないし、主体の意思の法に反する方向という現象に被害が因果的に結び付くかどうかを（法的にだけでなく社会的にも）考慮しなければならない。従って、違法行為の正当化事由を認めるものでなくてはならないとして、彼は責任は過失責任でなければならないとする。⁽⁷⁸⁾

それで Sparduti の提示する過失概念は、その違反が法的結果を持たない特殊な義務というものである。それは、「法秩序に由来する他の個々の義務を統合すること、及び当該個々の規範が定められた実際的・目的の実現を確保することを目的とした」義務である。具体的には、国際法上の個々の義務に反する行為の遂行を回避するため注意を払わなければならないという義務である。例えば、外国領土の侵犯は、当該侵犯行為が機関によって具体的に行われたのではなく、侵犯であるとの自覚を伴って、すなわち他国に損害を与えてはならないという要請にその具体的行為を合致させるため注意を払ったならば侵犯を回避しえたであろう場合に初めて違法と評価される。⁽⁷⁹⁾ 個々の義務違反に過失に関する義務が結合して違法（故意過失による規範の違反）と評価されるという。

このように過失は「他者を害するなかれ」の定式に要約され、他の義務に対する「補完的義務」として存在するが、

一定の状況においては「機能的義務」として独自の意義を有するという。すなわち、私人の行為など、主体の行為に因果関係において由来しないが社会的に有害な事態に関して課せられる義務である。国家はその権限下にある個人から国際的に保護された利益の尊重を得るため注意を行使しなかった場合に責任を負う。Anzilottiは過失に類似した「特別の内容」の義務の違反としたが、Spertuiは過失⁽⁸⁰⁾が「特別の内容」の義務であるという。機能的義務の場合は、補完的義務の場合と異なり、その違反によって責任が生じる⁽⁸⁰⁾。このような「補完的義務」または「機能的義務」である過失は、Agoのというような帰属の条件ではなく、行為の違法性の評価に属する⁽⁸¹⁾という。

なお、このようなSpertuiの見解を継承したのがLuzzattoである。彼は過失は心理的要素（主体の態度）と規範的要素（予見可能性及び防止の可能性）の両者を含み、「一定の結果を予見しその回避のための行為をとる義務を定めつつ心理的現実の法的平面への置換を行う、規範との対比における心理的關係」、「注意して行為すべき義務に反する心理的態度」と定義される⁽⁸²⁾。

実行の分析によれば、国家機関の作為による違法行為の場合、国際法規範の課す行為義務の違反とともに、過失に要約される、注意して行為しなければならないという一般的義務の違反が存在し、違法性は義務に反する具体的行為と行為者（*agente*）の心理的態度の双方の要素からなる⁽⁸³⁾という。

他方で、不作為による違法行為の場合、ある規範の課す義務の違反と広義の過失がそこに具体化される義務の違反とを区別できず、違法性は後者の義務の違反からのみ生じるといふ。行為義務に反する意思の態度（過失）が違法性の認定のためつねに必要なものである。この場合の責任は客観的ではない。作為による違法行為の場合には区別しうる違法性の主観的要素と客観的要素が不作為の場合には区別できないユニークな義務の違反である⁽⁸⁴⁾という。

この義務は、学説では私人による行為を防止する義務の違反として論じられるが、実行では様々な分野（外国・外

国人の保護、中立国の義務や相隣関係、領域主権の行使など⁽⁸⁴⁾において、(私人の行為に限らず)一定の有害な事態の実現を防止するため注意して行為する義務であつて、国家が創出したまたはコントロールしうる危険から生じた有害な事態に関して作用する。それは他国の権利を侵害する行為(事実)の発生を回避するため通常の状態において十分な注意を払う義務であるが、国家に一定の結果達成を義務づけるのではない。結果達成のための防止、監督または保護をする義務であり、結果の達成は義務の目的であつて内容ではない。また、達成のための手段はアプリアリに決定することはできない。それは具体的状況に照らして決定されるという⁽⁸⁵⁾。

以上が客観的過失概念を主張する説である。Spertiniは抽象的実体としての国家に心理的過失を適用することの困難から客観的過失概念を採用し、Luzzattoの見解は国内民事法における過失の客観化の影響を受けたものと推測されるが、過失に心理的要素を認め折衷的である。両者とも注意義務として観念される過失が国家責任の要素であると主張する⁽⁸⁶⁾。Anzilottiの私人の行為に対する責任の理論を修正した上で受け入れ、それを原則に位置づけて過失責任理論を構築した⁽⁸⁷⁾。また、過失は義務違反から独立した責任の要素でなければ、Agóのように帰属の条件とするものでもなく、違法性の主観的要素として位置づけられている。

しかし、これらの見解は、過失に心理的要素を残したため、完全に抽象的実体たる国家への過失の適用の問題を免れたわけではない(「相当の注意」も主観的に解釈されている)⁽⁸⁸⁾との指摘がある。

五 国家の「擬人化」に基づく過失責任論

国際法秩序における主体の位置付けと国家の概念に関する独自の理解に基づき、国家を国内法における自然人に等しい存在とみなし、組織体としての国家への心理的過失の適用という問題を回避しようとするのが、ILCの国家責

任条文案書の特別報告者（一九八七―一九六六年）でもあった Arangio-Ruiz の見解である。

Arangio-Ruiz は大多数の学説が前提としている、国際法と国家の関係についての次のような思考を問題にすることから始める。すなわち、国際法を「普遍的社会の憲法」とみなす思考であり、国際法と国内法の間を国家法と「法的下位存在」（公法人や私法人）の内部秩序の法との関係にあるとみなし、国際法は国家の内的側面については無関心であるまたは国家の組織の自由を尊重し、外的側面のみを規律するという思考である。

彼はこの前提は国際社会の現実に適合しないという。第一に、国際法が国家や政府の形成、国家の組織、国家の変更に關する実定法規則を持たないのは、無関心や国家の自由の尊重を示すのではなく、国際法が国家に關して何も語っていないことを物語る⁽⁸⁸⁾。第二に、国内法では法人の構成員はまず国家社会に所属し国内法に拘束される（国家への所属が法人への所属に優越する）のに対し、国際法は国家の公務員や国民についての規定を持たず、国民は国家への拘束こそが「最高かつ本来的」⁽⁹⁰⁾である。第三に、国際法の歴史的起源である。すなわち、国家は国際法が創設したものではなく国際法が成立する前から存在してきた歴史的現実であり、国際法はそのような主権国家間の非集権的体系（国家の社会 society of States）の法であつて、統合された普遍的社会の公法ではなかつた。ゆえに、国際法は特殊な（ *sui generis*）法体系であり、国際社会は普遍的な法共同体ではないと結論づけている⁽⁹¹⁾。

さらに、Arangio-Ruiz は、一般的な「国家」の理解をも批判する。すなわち、同じ「集合的実体（collective entity）」であることを理由に、国際法上の「国家」を国内法上の「法人」とのアナロジーでとらえる観念、ないしは国際法上の「国家」を国内法上の「国家」と同一視し前者を後者の外的側面ととらえる観念である。

彼は、「国際法上の国家」を国内法上の法人と比較して次のように述べる。国内法における法人は、自然人たる個人をその構成員とし、個人間の法的関係の法的な手段として存在し活動する。これは法秩序が創設したものに過ぎず、

「所与の」または「現実の (real)」実体ではなく、「二次的」人格である。他方で、ユニークで特殊な法体系である国際法では、主権国家こそが「所与の人格」「現実の実体」「一次的人格」である。国内法が自然人を前提としているのと同じように国際法は国家を前提としている。ゆえに、国際法上の「国家」を国内法上の法人とのアナロジーでとらえることは誤りである。⁽⁹²⁾

そこで、主権国家は組織構造においても法人とは異なる。国内の法人は法によって設立されその介入を受けるが、国際法上の国家は「独立した政治的統一体としての存在という単なる事実に基づいて存在する」「歴史的出来事の産物」なので、国際法の介入を受けない。そして、国内法によって組織される法人とは異なり、国際人格としての国家は国際法によって組織されるわけではなく、その組織は「事実の構造」でしかないことになるという。⁽⁹³⁾

このような「事実的実体」としてとらえられる国家への違法行為の「帰属」もまた、従来の理解とは異なることになる。Arangio-Ruiz は、従来の学説が主張する「法的帰属 (legal attribution: imputation juridique)」の観念——個人の行為及び意思の国家への帰属は法規範の作用によって行われる——を批判する。⁽⁹⁴⁾ Ago は国際法、Anzilotti は国内法という違いはあるが、この観念は、国家を法人とみなし、法人は自ら行為し意思することはできず機関の行為によってそれが実現されることを前提としている。「法的帰属」の理論では、法人の帰属に関する条件、すなわち法人の設立文書上構成員 (agent) である者が権限の範囲内で行為したという条件が国家にも適用されているという。

この「法的帰属」概念をArangio-Ruizは次のように批判する。第一に、国際法は国家の設立及び組織に関して積極的ではないので、国家機関の権限を規定する国内法規則は、法人の設立文書が国内法の法的補完であるという意味での国際法の補完ではない。第二に、帰属は国家機関の国内法上の正統性や権限に条件づけられるものではないという。⁽⁹⁵⁾

代わって彼が提示するのは次のような帰属の観念である。すなわち、行為と (国際人格としての) 国家の組織の間

にあるのは事実的關係であり、行為の国家への「付属 (attachment; apparence)」を言うべきである。その判断は解釈者 (国際裁判官や政府の外交担当者) によってなされる事実の認定という論理的作用 (法的作用ではなく) である。国際法の役割は人格の行為を法的に評価し、そこから結果を導くことである。⁽⁹⁶⁾

では、どのようにして「付属」という作用が行われるのか？ 国家の「行為」には多数の自然人が関係するので、国際人格が行為または意思したと結論づけるためには人格と個人の実質的連関が必要である。⁽⁹⁷⁾ また、国家の行為は多様な事実からなり、しかもそのそれぞれが国内法からは独自の法的価値が付与される諸事実の複合的性質を有する。一部の学説は「私人」の行為や「内部の下位の機関」の行為による国際違法行為の状況を語り、あるいはそうした行為は「最高機関」の行為を伴わなければ違法行為を構成しないとするが、このような考えは国家を法人とみなし、「私人」や「内部の下位の機関」を国際法の観点からも独自の行為であるとの評価を与えるもので誤りである。⁽⁹⁸⁾ これらの行為は「事実の要素」「具体的構成要素」に過ぎず、国際法の観点からは全体として単一の行為と評価されなければならないという。⁽⁹⁹⁾

最後に Arangio-Ruiz が「過失」の問題について論じているところを参照しよう。彼は、国家の「過失」が責任の要件であり、そのことは ILC 草案 (第一読) 三二条 (不可抗力及び偶発事態) 及びそのコメントリーも認めていると述べる。⁽¹⁰⁰⁾

Arangio-Ruiz によれば、国際人格としての国家の事実的性質は、国家への故意または過失の帰属が国内法または国際法による法的帰属となる可能性を否定するという。行為の主観的要素である故意過失の問題は、国家の行為の帰属の問題同様、事実の問題であり、その認定は裁判官などによって行われる論理的作用 (すなわち事実の認定) であるという。

そして、国内不法行為法における個人の故意過失の決定も困難であるが、国家の故意過失の認定は一層困難である。少なくとも国内法上の法人としての国家と同様に複雑であるばかりか、国内法の国家の範囲を越えているがゆえにさらに複雑である。国家の行為は様々なレベルの様々な機関の多数の行為からなるので、下級公務員の行為や心理的態度がそれ自体国家の行為や心理的態度を具体化するものではないことになる。その点で国家の過失の決定は大きな困難を有しているが、責任の条件としての過失の有無や程度の問題は違反される国際法規則の内容によって決定される法の問題であるとしている。⁽¹⁰⁾

以上が Arangio-Ruiz の見解である。きわめて特異な見解であると言わざるをえないが、これを支持する学説があるのも事実である。⁽¹⁰⁾ 特に、Palmisano は Arangio-Ruiz の見解を發展させている。すなわち、彼は Arangio-Ruiz の主張する国家の事実的観念、並びに国家の行為及び意思は全体として把握されることを出発点とする。そこから、国内法がその「一次的人格」たる自然人の外形的行為と内面的態度を識別するように、国際法上の国家も、集合的実体であるとしても、実体視してその外形的行為と内面的態度を把握することができると主張する。国家の「内面的態度」は、国内法における自然人の心理的態度を決定する方法を国家に類推して、いくつかの複雑なファクター、すなわち公務員個人及び集団の心理的態度、政治的及び行政的決定並びに社会的確信を条件づける制度的及び手続的メカニズム、国家機構の頂点にある者の態度、社会集団の文化的伝統、イデオロギー的傾向などを考慮に入れるべきであるという。そして、「主体の意思の担う方向と違反のあった規範の規定とのコントラスト」と定義される過失もこのような方法で認定することができると説く。⁽¹⁰⁾

これらの説は、国際法の国家の生成・組織に対する消極的態度、国際法の発達の歴史については傾聴すべき点がないわけではない。また、国際法上の国家を自然人と同一視することができれば、これまで議論されてきた、国家に心

理的過失を帰属させることの困難は克服されるであろう。しかし、理論的な障害が克服されたとしても、事実において多数の自然人の組織体である国家の意思や行為を一個の自然人のように把握するということはきわめて困難であると思われる。また、全体として把握される事実的実体たる国家の「行為」や「過失」を認定するための明確な指針や基準を提示しておらず、実際の適用は困難であるように思われる。

六 小 括

以上、様々な学説を参照してきたが、国家責任における過失の問題は、Spadoni が指摘するように、国際法における「国家」の組織の問題と関連して議論されてきたといえるだろう。「国家」が君主の人格と同義であった Grocius においては「国家」の「過失」は容易に肯定された。しかし、現代に入って、Anzilotti や Ago は、「法人」としての「国家」は心理的態度を持たないがゆえに、直接「過失」を負いうる存在ではないことを前提として、「国家」の過失をその機関である自然人の過失と観念した。そして、過失が責任の不可欠の要素であることを Anzilotti は否定し、Ago は肯定した。Spadoni の指摘を踏まえて言えば、国家は国際法秩序に属するが個人はそうではないという客観理論の前提——それは Grocius 以来の加担理論を否定する意義を有した——は個人に特有の「過失」を国際法から排除したのに対し、Ago は、帰属は国際法的作用であること及び機関たる個人も国家の一部であることを理由に、国際法に「過失」を復活させたといえるであろうか。

他方で、視点の転換を主張したのが Spadoni であり、心理的過失概念に代わって客観的過失概念を観念することで、「国家」の「過失」という矛盾を回避しようとしたのである。また、Arangio-Ruiz は、国際社会の歴史及び構造の特殊性から、「国家」を国内社会における「自然人」に比すべき「一次的人格」であるとし、そこから「国家」が「自

然人」であるとき、ゆえに「国家」に過失を帰せしめると主張した。

これらの論者の議論において、「過失」は単純な「心理的過失」を意味するものではない。Sperduti や Luzzatto は明確な客観的過失概念を採用したが、Anzilotti や Ago も、法規範の認識（可能性）といういくらか規範的な過失概念を採用し、純粋な不注意、結果の予見に対する欠如といった *culpa* 概念ではないということに注意する必要がある。

国家責任における過失の問題を考える上で一番重要な問題は、国家の抽象的もしくは集合的実体または組織体であることをどう考えるかである。国家の性質を理由にアプリアリに国際法上の国家は心理的態度を有しえないのであれば、少なくとも心理的・主観的な過失の存在は否定できるであろう。⁽¹⁰⁴⁾

Anzilotti や Ago をはじめ、学説は国際法上の国家を法人と理解する点で一致するが、Arangio-Ruiz の、国家を事実的実体とみる見解をどのように解すればよいか。現実には国家はもちろん社会的に一定のまとまりを持った集団として実在しているが、一人の自然人と同じ意味で実在する人格ではない。多数の自然人の集合でしかない。それは法人すなわち権利義務を帰属させるための法的手段として擬制されたものである。法の世界において一個の人格として観念的に存在するに過ぎない。法の平面では自然人と同等の法的人格を獲得し、自然人の人格からの類推により一定の特質を帰せられるが、すべての特質を備えているわけではなく、具体的事実・実態に適合する範囲でということになるろう (Ago や Arangio-Ruiz も指摘するように、「自然人」もまた抽象化された人格であって、具体的存在との間にはギャップがあるわけだが)。自然人に固有の不注意という精神的状態までアプリアリに備えているわけではない。⁽¹⁰⁵⁾

しかし、もし真にその必要があれば、法は擬制によって国家の心理的態度をも指定することができると思われるのではないだろうか。例えば、Kelsen は独特の議論によって国際責任が客観的であることを説いたが、⁽¹⁰⁶⁾ 法人の刑事責任について述べた箇所が示唆的である。「団体は犯罪を犯しえない (societas non potest delinquere)」という原則は、

現実の人格が有するような *mens rea* (主観的要素、犯意) または有責性 (*culpability*) を構成する精神状態を持ちえないことを理由としている。しかし、これは決定的な理由ではない。近代刑法では、*mens rea* を要件としない絶対責任もある。法が法人の機関が悪意で行為したことを条件として法人に刑事制裁を定めるならば、法人は犯意を持っていると言うことも可能である。法人への帰責 (*imputation*) は、自然の現実の描写ではなく、法的構成 (*jurisic construction*) である⁽¹⁰⁷⁾。

現に法人の刑事責任を定める国内法もある⁽¹⁰⁸⁾だけでなく、一般に法人は契約を締結するなど法律行為をなすにあたってその意思を表示する。国際法においても、一定の範囲で国家の心理的態度が参照されている。Palmitano は、実定国際法において国家の心理的態度が参照される局面を挙げている。例えば、条約は国家の意思の合致であり、条約の無効原因には人間心理に関する事由 (錯誤、詐欺など) が存在する。慣習法は諸国家の確信 (黙示の同意) からなる。領土紛争の解決や違法性阻却事由として国家の同意または黙認が言われる。強行規範の成立において諸国家の確信が、自衛と復仇の区別において国家の動機または意図の役割が参照される。彼は、このような例から全体としての国家 (機関ではなく) に自然人が有する心理的態度が帰せられることを主張する⁽¹⁰⁹⁾。

国家の「意思」に関していえば、基本的に国家の同意を基礎として国際法が生成される以上、国家の意思を特定することが必然的に要請される。そこで抽象的実体たる国家の意思が擬制される。国際法は条約の締結において国家の意思を正統に表明する機関及び手続を詳細に定めている⁽¹¹⁰⁾。慣習法成立のため法的確信の存在や黙認といった一定の意思的態度は一定の事態に対する国家の沈黙から推論することができる。

ゆえに、「国家」や「法人」の心理的態度を現実存在しないとしても、法秩序はそれを「擬制」することができる⁽¹¹¹⁾。とさえしよう。どのような場合に「法人」や「国家」が意思を表明したことになるかという条件を法規範が定めるこ

とによって、それを帰属させることができる。抽象的ないし集合的実体であるからといって、直ちにそれらが心理的態度を有しないと結論づけることはできない。⁽¹¹⁾

「心理的過失」についても、法規則がそれを擬制することも可能であると考えられる。その場合でも、法規則が国家の「過失」の存在と役割を明示的に規定していなければならぬ。ただし、「同意」や「黙認」とは異なり、心理的過失すなわち意思の緊張を欠いた不注意という状態を推論によって特定することは困難で、国際法規範が一定の事実を国家の心理的過失とみなすと定めていることが必要であるように思われる。

かりに国家の心理的態様を措定するとしても、その際、違法行為を行った公務員の心理的態様を考慮に入れることも妨げられないというべきである。国家責任では、実際に国際違法行為を行った個人たる機関の人的事情が考慮されることがある。ILC草案に規定する「遭難 (distress)」の例がある。Ago が機関たる個人の過失の消極的限界としていた不可抗力の例のうち、国家の公務員として行為する個人の自己または自己に委託された者の生命が危険にある状況でこれを救うため行為した事例は、「遭難」という独立の違法性阻却事由として定式化された。⁽¹²⁾ また、Pugh 事件⁽¹³⁾、英国・パナマ仲裁裁判所判決（一九三三年）では、警察官による暴力が正当な職務の執行とみなされて適法とされ、公務員の振るった暴力の態様が損害賠償額に反映された米国・メキシコ一般請求委員会の Garcia and Garza 事件判決⁽¹⁴⁾（一九二六年）のような例がある。

いずれにせよ、国家の心理的過失を認めるためには、実定法上、国家の心理的過失という「法的構成」をしなければならぬことを規定する規則が存在すること、その方法を規定する規則が存在することが必要であると考えられる。前者に関しては、実定法上国家の過失が参照されているのかどうかを確認しなければならない。さらに、個別の状況に過失が要素となっていたとしてもそれだけでは不十分で、一般的に国家責任が過失責任を本質としているかど

うかも検討されなければならない。

この過失責任主義の要請は実定法というよりも理論的なものであろう。前述したように、Grociusが過失責任の原則を主張したのは、主体の意思自由を尊重する考え方であり、主体は意思した行為及び意思に瑕疵ある行為にのみ責任を負うというものであった。「事変の責めは何人によっても負われない (casus a nullo praestantur)」というローマ法以来の原則は、いかなる法体系であれ、責任の観念に内在しているとも考えられる。Sperdutiが、責任とは侵害された秩序の回復の負担を負わせることであり、ゆえに被害が主体の意思の結果でなければならぬという前提から国際法の過失責任主義を導こうとしたのも理解できないことではない。⁽¹¹⁵⁾そこで、この理論的前提が国際法体系においても妥当するのか否かを吟味しなければならない。後者の問題については、実定法規則において国家の心理的過失の定義が存在するか否か、あるいは過失概念が客観的なものとして構成されているか否かを確認する必要がある。

- (1) R. Ago, *La colpa nell'illecito internazionale*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol.3(1940), reprinted in *ibid.*, *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati*, vol.1(1978), p.274.
- (2) 潮見佳男『民事過失の帰責構造』(一九九五) 一一三三頁。
- (3) H. Grocius, *De jure belli ac pacis libri tres*(1625), bk.II, ch.xvii, 1.
- (4) Ago, *La colpa*, p.274.
- (5) Grocius, *op.cit.*, bk.II, ch.xvii, 20 and 21.
- (6) *Ibid.*, 20.
- (7) Ago, *La colpa*, p.247. ただし、Agoが引用するのは、「国王及び統治者は、盗賊及び海賊を防止すべきであり、可能である場合にそれをなさず、救済を付与しなかった場合は不注意により責任を負う」(Grocius, *op.cit.*, bk.II, ch.xvii, 20)である。
- (8) Grocius, *op.cit.*, bk.II, ch.xxi, 2-3. 加担理論とそれに対する Triepel や Anzilotti の批判について分析を加えたものとして、田畑茂二郎

- 「私人行為による国家の国際責任」(一)(二・完) 法学論叢三九卷五号七四五頁・六号九四〇頁(一九三八)。
- (9) M.G. Cohn, *La théorie de la responsabilité internationale*, *Recueil des cours*, vol.68 (1939-II), p.242.
- (10) 大沼保昭編『戦争と平和の法』(補正版、一九九五)三六三頁(古川照美執筆)。
- (11) 参照、潮見・前掲書二二二―二二三頁。
- (12) 波多野里望「現代国際法における過失の本質(二)」国際法外交雑誌五九卷六号(一九六一)三八頁、A. Favre, *Fault as an Element of the Illicit Act*, *Georgetown Law Journal*, vol.52(1964), p.555; R. Pisillo-Mazzeschi, “*Due diligence*” e *responsabilità internazionale degli stati*(1989), p.30. なお、田畑茂二郎「国際責任における過失の問題」『横田先生還暦祝賀 現代国際法の課題』(一九五八)三三三頁は、伝統的な過失責任論が国家責任の中での特殊な事例(私人や臣下の行為による責任など)を取り上げて過失責任論を主張しているに過ぎないと指摘している。
- (13) A. Gattini, *La notion de faute à la lumière du projet de convention de la Commission du Droit International sur la responsabilité internationale*, *EJIL*, vol.3(1992), pp.265-266. 同頁 E. Jiménez de Aréchaga, *International Responsibility*, in M. Sørensen(ed.), *Manual of Public International Law*(1968), p.535; I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, part I(1983), p.150.
- (14) Zouch, Wolff, Pufendorf, Burlamaqui, Calvo, Phillimore, Hallなど。なお、Pufendorfは「私人の違法行為の場合、*patientia*が推定されるという、より客観的な構成をとったところ」。Ago, *La colpa*, p.274; Pisillo-Mazzeschi, “*Due diligence*” e *responsabilità*, p.29.
- (15) E. de Vattel, *Droit des gens, ou principes de la loi naturelle*(1758), bk.II, ch.vi, 73-77. 波多野・前掲論文二六頁は「Vattelは法人としての国家概念を確立していたが、国家主権の絶対性を強調することで国家責任の概念を否定し、過失の適用可能性の問題を自覚していなかったという評価をしている」。
- (16) H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*(1899), p.324. Triepel理論の詳細な分析として、小畑郁「個人行為による国家責任」についてのトリール理論」神戸商船大学紀要・第一類文科論集三六号(一九八七)一頁。
- (17) Ago, *La colpa*, p.274; Pisillo-Mazzeschi, “*Due diligence*” e *responsabilità*, pp.34-35.
- (18) Anzilottiの国家責任理論の紹介として、大森正仁「国家責任法理論と戦争法・武力紛争法」『世界法年報二〇号(二〇〇一)五八頁』。
- (19) D. Anzilotti, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, part I(1902), reprinted in *ibid.*, *Scritti di diritto internazionale pubblico*, vol.1(1956), p.83; *ibid.*, *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers*, *RGDIP*, vol.13(1906), p.13; *ibid.*, *Cours de droit international* (French trans. by G. Gidel of 3rd Italian ed.), vol.1(1929), p.468.

- (20) *Ibid.*, La responsabilit , p.285. 同頁 *ibid.*, Teoria, pp.121 and 135. Anzilotti は帰属には①行為者 (agent) における法的権利義務を有する能力と②行為者と帰属が主張される行為との関係という二つの条件が必要であるが、①は国家の人格であれば当然満たされ、②は、国際法は国家によってのみ違反されるので、国家自身の行為とみなされるような国家の活動に結び付く関係 (直接責任) 及び他国の行為については当該他国との連合または従属関係 (間接責任) が探求されなければならないという。 *Ibid.*, La responsabilit , p.286.
- (21) *Ibid.*, p.287. 同頁 *ibid.*, Cours, pp.496-497.
- (22) 「故意と過失は、その後の適切な意味において心理的事実としての意思の存在の形式を意味し、ゆえに個人に関してのみそれらを語るべきである」。 *Ibid.*, Cours, p.498.
- Anzilotti の過失概念について次のような指摘がある。Anzilotti は過失を心理的態度 (意思の欠如) としたが、より正確には法的義務に反することの認識 (または認識可能性) という規範的要素を含むものとして把握しており、当時の刑法学説における過失概念との近似性が認められる。G. Palmisano, Colpa dell'organo e colpa dello stato nella responsabilit  internazionale: spunti critici di teoria e prassi, *Comunicazioni e studi*, vol.19/20(1992), pp.652-654, n.78.
- (23) Anzilotti, La responsabilit , p.287.
- (24) *Ibid.*, p.288. 同頁 *ibid.*, Teoria, pp.129-130.
- (25) 帰属が国内法によるという考えはのちに変更されるが、Anzilotti の理論的前提として、国際法と国内法をそれぞれ自律した法秩序とみる二元論の立場があり、また国家が何かという問題及び国家の内的組織は国家の国内事項であって国際法はこれに関与することはできないという考えがあった。Palmisano, *op.cit.*, p.638, n.32; P.-M. Dupuy, Dionisio Anzilotti and the Law of International Responsibility of States, *EJIL*, vol.3(1992), p.144. このような論理を突き詰めれば、国家が過失を有するか否かは国内法の問題となり、国際法は答えられないことになる指摘するものとして、Palmisano, *op.cit.*, p.638.
- (26) 一九〇二年の論考では、立法機関、船舶による行為など具体的事例毎に検討する方法をとって、その中で公務員の行為について二つの例を設けて検討している。Anzilotti, Teoria, p.126.
- (27) *Ibid.*, La responsabilit , pp.289-90; *ibid.*, Teoria, pp.132-135. また、このような場合に公務員の「選任における過失 (culpa in eligendo)」 「監督における過失 (culpa in vigilando または culpa in custodiendo)」を主張する説があるが、このような過失はフィクションに過ぎない、というのは、最高位の機関には適用しえないし、公務員選任に関する近代国家のシステムに適合しないとされる。 *Ibid.*, La responsabilit , pp.287-88. また、国家が完全な規制の自由を有する国家と公務員の関係の現実に適合せず、逆に国家が公務員に実効的

- コントロールを及ぼしえない場合には過失はないことになって不都合であると主張する。 *Ibid.*, *Teoria*, pp.133-134. Cf. *Ibid.*, *Cours*, p.501.
- (28) *Ibid.*, *La responsabilit *, p.290. 後に執筆した概説書では、「機関一般の故意または過失」を措定しても、このような過失概念の確実性は失われ、国家の意思が形成され行為が決定される複雑なプロセスを考えればこのような過失を採求するのは困難であると述べらる。 *Ibid.*, *Cours*, pp.500-501.
- (29) *Ibid.*, *La responsabilit *, pp.290-291; *ibid.*, *Teoria*, p.137; *ibid.*, *Cours*, p.501.
- (30) *Ibid.*, *Teoria*, p.135.
- (31) SchoenやStruppの見解であるが、作為と不作為の区別が明確ではないと批判している。 *Ibid.*, *Cours*, pp.501-502.
- (32) Anzilottiによれば、この注意は、具体的には私人の行為を抑制し処罰することであるが、私人の行為を禁じる立法、抑圧のための司法、防止のための行政の活動という国家活動のほぼすべてに関わる複雑な義務である。学説は、このような複雑な義務の内容を確定するのにより単純な「過失」すなわち国家の意思の探求を好んだという。 *Ibid.*, *Teoria*, pp.137-138.
- (33) *Ibid.*, *Cours*, pp.503-505.
- (34) 帰属は国際法規範の適用の結果であるが、国家と機関の関係を特定するために国内法に「反致」することもでき、国内公法が(加害行為を行った)個人に国家の行為をなす権限を付与している場合には帰属が推定されるとした。 *Ibid.*, p.469.
- (35) 国際規範は、一定の機関の意思及び行動を国家の意思及び行動として評価しているとして、国家元首、外務大臣、外交使節、領事といった個別機関や国際連盟などの集団的機関の例を挙げる。そして国際法が帰属のための条件を定めている例として、信任状や全権委任状を挙げている。 *Ibid.*, pp.251-256.
- (36) *Ibid.*, p.496.
- (37) Anzilottiの責任論が客観的であるというのは、いわゆる危険責任とは異なるものであるという見解として、Pisillo-Mazzeschi, "Due diligence" e responsabilit , p.43; Dupuy, *op.cit.*, p.142.
- なお、Scelleは国家責任に危険責任の考え方(フランス行政法の国家危険理論)を導入し、国家責任の基礎を国家機関の客観的瑕疵である役務過失(*faute de service*)とする立場から以下のようにAnzilotti説を批判している。この説は国家の人格性というフィクションに依拠し、機関の行為を国家の行為とみなすがこれもフィクションであって、機関の行為は個人の活動でしかなく、危険責任の方が機関の行為に国家が責任を負うことを適切に説明できる。客観理論は、公務員の行為をすべて国家の行為とみなすので、戦争

犯罪のように、公務員が個人的過失 (*faute personnelle*) に基づいて直接責任を負うことを説明できない。客観理論は過失の概念を否定したはずであるが、責任の根拠を公務員の不正行為に求めることによって公務員の過失の概念に依拠することになり矛盾している。Anzilotti はすべての国際法規則を国家の意思に基礎づけているが、これは国家の人格性を前提としているし、責任は契約責任であって真の客観責任ではない。客観理論は国家の行為とみなされない機関の権限踰越の行為や国家自身の機関ではない連邦構成国や従属国の行為に対する国家の責任を説明することができず、国家危険に基づかない限り説明することはできない。Scelle によれば、国際社会が君主の社会であった時代は国家の責任が私法上の責任（過失という個人主義理論に基づく契約・不法行為責任）と混同され、主体が国家の人格に代わってもこの概念が保持されたが、人的意思を欠く実体に過失を適用することは困難であるとして、公的団体の人格性というフィクションを排してその目的財産に賠償義務を課す国内公法の危険責任理論（役務「過失」は比喩であって実質は保障責任であるという）の導入を説いている。G. Scelle, *Manuel de droit international public* (1948), p. 904.

(38) 以下を参考にした。Pisillo-Mazzeschi, "Due diligence" e responsabilità, pp. 43-47; *ibid.*, The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States, GYIL, vol. 35 (1992), pp. 15-18. なお、Palmsano は、過失は人間の心理的所与すなわち個人の意思と不可分に結び付いた意味で理解されること、及び国際法上の国家は国内法によって組織された法的実体であることの二つが Anzilotti 説の主要な前提であると指摘している。Palmsano, *op. cit.*, p. 641.

(39) 客観主義の主要な論者のリストとして、Pisillo-Mazzeschi, "Due diligence" e responsabilità, pp. 44-47; *ibid.*, The Due Diligence Rule, p. 16, n. 21; U.N. Secretariat, "Force majeure" and "fortuitous event" as circumstances precluding wrongfulness: survey of State practice, international judicial decisions and doctrine (U.N. Doc., A/CN.4/315), *ILC Yearbook*, 1978, vol. 2, part 1, pp. 193-194, para. 494.

(40) E.M. Borchard, Theoretical Aspects of International Responsibility of States, ZaöRV, vol. 1 (1929), p. 225; J. Basdevant, Règles générales du droit de la paix, *Recueil des cours*, vol. 58 (1936-IV), p. 670; P. Guggenheim, *Traité de droit international public* (1954), vol. 2, p. 51; D. Levy, La responsabilité pour omission et la responsabilité pour risque en droit international public, RGDI, vol. 32 (1961), p. 746; A.P. Sereni, *Diritto internazionale* (1962), p. 1517; L. Delbez, *Les principes généraux du droit international public*, 3rd ed. (1964), p. 367; Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*, p. 535; J. Combacau, La responsabilité internationale, in H. Thierry et al., *Droit international public* (1975), p. 654; Brownlie, *op. cit.*, p. 150; C. Rousseau, *Droit international public*, vol. 5 (1983), p. 16.

ただし、Pisillo-Mazzeschi は次のように指摘している。すなわち、Anzilotti は結論として「国家」の「過失」を否定するものの、公務員の過失が国内法によって国家に帰せられうることは認めていたのであって、国家は抽象的実体であるから個人の心理的態度と

「Due diligence」 e responsabilità, p.45.
 いう意味での過失の概念が妥当しないこと自体を過失否定の根拠とする主張は後の学説によるものであると云う。Pisillo-Mazzechi,

- (41) Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (1915), p.213; Bourquin, *Règles générales du droit de la paix, Recueil des cours*, vol.35(1931-I), pp.505-506; S. Romano, *Corso di diritto internazionale*, 4th ed.(1939), p.278; C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law* (1928), p.76; Guggenheim, *op.cit.*, p.51; Sereni, *op.cit.*, p.1520.
- (42) Borchard, *The Diplomatic Protection*, p.213; Romano, *op.cit.*, p.278; Eagleton, *op.cit.*, p.76; Guggenheim, *op.cit.*, p.54; R.-L. Perret, *De la faute et du devoir en droit international* (1962), pp.147 and 202; Sereni, *op.cit.*, p.1520; Delbez, *op.cit.*, p.367; Combacau, *op.cit.*, p.64; Rousseau, *op.cit.*, p.17.
- (43) G. Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, 7th ed.(1967), pp.345-346; G. Barile, *Lezioni di diritto internazionale*, 2nd ed.(1983), pp.65-66.
- (44) Palmisano, *op.cit.*, pp.634-636.
- (45) PCIJ, series A, no.9, p.21.
- (46) Anzilotti, *Cours*, p.467. Anzilottiにおける、国家の同意した義務の不履行を責任の基礎とする観念は、心理的過失だけでなく、(有形的)損害も責任の要素から排除することになる。Palmisano, *op.cit.*, p.634. 彼は、国際関係において本質的なのは経済的要素ではなく国家の名誉や威厳といった観念的要素であり、他国による権利侵害を受忍することが国家の精神的損害を意味するとし、そのようなものとして定義された精神的損害にサティスファクションという効果が生じることを述べている。Anzilotti, *Cours*, p.493 and 523-525. なお、サティスファクションについては、拙稿「国家責任の救済手段の再構成」東北法学一四号(一九九六)一七六頁。
- (47) R. Ago, *Le délit international, Recueil des cours*, vol.68 (1929-II), p.441.
- (48) *Ibid.*, p.450 and 459.
- (49) *Ibid.*, pp.450-451. ①の要件に関しては、被保護国や従属国などの責任無能力が考慮されている。
- (50) *Ibid.*, pp.459-462. 「自然人主体と法人主体の差異は一般に信じられているよりも小さい。前者について、自然人として行った行為は法によって法的に評価され、法によって法主体としての自らに結び付けられる……。後者について、一定の自然人の行為は法的に評価され、主体としての自らではなく、異なる主体に結び付けられる。それが唯一の真の違いである」。 *Ibid.*, p.462.
- (51) *Ibid.*, pp.462-465; *ibid.*, La colpa, p.288. このような国内法を国際法にとって事実であると把握する Ago の見解は彼の国際法・国内

法二元論に基づくものであるという。Palmisano, *op. cit.*, p.645.

- (52) *Ibid.*, Le délit, pp.465-473. Ago は、帰属を決定するのは国内法であるという説や国際法であるが国内法による帰属に従うという説(ともに主として Anzilotti 説)を批判する。これらの説によれば国内法に違反する機関の行為は国家に帰属しないことになるが、この帰属は権限踰越行為の帰属を認める実行と矛盾する。Ago は、国際法は国家の内的組織を事実のデータとして前提とするに過ぎず、国内法上違法な行為も国家に帰属すると主張する。*Ibid.*, pp.469-472.

- (53) *Ibid.*, pp.473-476.

- (54) *Ibid.*, pp.475-486; *ibid.*, La colpa, pp.285-287. なお、「狭義の過失」とは、機関が「結果の予見の欠如により、当該違反を回避しえただであろう行為とは異なる行為を意図した」ことである。*Ibid.*, p.296.

- (55) 法秩序は他人の行為による責任や間接責任のように、両者の帰属を異なる主体に帰せしめることがある(このような責任を「客観責任」と呼ぶことができるという)が、国際責任ではそのような責任は存在しないとす。*Ibid.*, Le délit, pp.486-487; *ibid.*, La colpa, pp.287-288. なお、Ago は、責任には被害国に賠償を得る権利を生じさせるものと制裁を課す権能を生じさせるものの二種類があるとしていた。*Ibid.*, Le délit, p.425; *ibid.*, Third Report on State Responsibility, *ILC Yearbook*, 1971, vol.2, part 1, p208, para.36.

- (56) *Ibid.*, Le délit, pp.487-491; *ibid.*, La colpa, pp.288-293.

- (57) 客観論者はこの注意は違反に関わるものではなく義務の内容に過ぎないと主張するが、客観理論の前提を維持した説明であって、「責任が過失がなくても、過失をしない義務に反する行為から生じる」といつているに過ぎないという。*Ibid.*, Le délit, pp.491-492; *ibid.*, La colpa, pp.293-294.

- (58) たとえば、ロシア艦隊が日本軍艦と誤認して英国漁船を砲撃した Dogger Bank 事件(一九〇四)や日本軍が日中戦争中に米国軍艦 Panay 号を撃沈した事件(一九三七)など。

- (59) *Ibid.*, Le délit, pp.492-497; *ibid.*, La colpa, pp.297-301.

- (60) *Ibid.*, Le délit, pp.497-498. 別の論文では、私人行為による責任の場合の注意の程度については、ハーグ法典化会議の議論などを参照して、保護を要する人物の場合を別として、最軽過失を否定する(軽過失 *culpa levis* でなければ違法とはならない)一般の傾向があるが、明確な基準はなく具体的事例ごとに検討しなければならないとし、機関の行為による責任については一般的結論を導くことに慎重な立場をとっている。*Ibid.*, La colpa, pp.294-297 and 301-302.

- (61) García Amador 草案の行き詰まりを受けて草案の作業計画を議論した小委員会(六二年設置)の議長であった Ago は草案に取り上

- げられるべき論点を示した中で、責任の主観的要素に関連して「その行為が責任の主題となった機関の側の過失 (fault) がなければならぬか? 客観責任と広義の過失に関する責任。過失の程度の問題」を挙げた(強調は筆者)。Report by R. Ago, Chairman of the Sub-Committee on State Responsibility, *ILC Yearbook*, 1963, vol.2, p.228. Cf. R. Ago, First Report on State Responsibility, *ibid.*, 1969, vol.2, p.144, para.91. この小委員会委員で客観責任論をとる Jiménez de Aréchaga の批判に対し、過失が責任のために必要であるかを予断するものではないとしつつも、この問題を検討する必要がある多くの例があると反論した。*Ibid.*, 1963, vol.2, p.236.
- (62) Ago が小委員会の報告として提出した議論すべき論点の中の「行為が違法でない状況」には不可抗力及び偶発事態は含まれていない。
- (63) Ago は偶発事態の例として、劣悪な気象条件で位置を誤った航空機、船舶または国境警備兵による外国領域の侵犯、そのようなものと特定されていない外交封印袋の搜索、外交・領事職員が所有して間もない住居をそれと知らずに軍当局が行った徵用、射撃場に誤って入った外国人の射殺、孤立した高山において気象ないし無線連絡の障害により停戦の事実を知らずに行った砲撃の事例などを挙げている。Ago, Eighth report on State Responsibility, *ILC Yearbook*, 1979, vol.2, p.62, para.138.
- (64) このような見解と「Gattini, La notion, pp.268-271; *ibid.*, Smoking/No Smoking: Some Remarks on the Current Place of Fault in the ILC Draft Articles on the State Responsibility, EIL, vol.10(1999), pp.401-402. Cf. Barile, *op.cit.*, pp.69-70; B. Conforti, *Diritto internazionale*, 4th rev. ed.(1995), p.348.
- (65) Ago 草案三二条(不可抗力)一項は次のとおり。「国際義務の要求することと合致しない国家の行為の国際的違法性は、国家に帰属する行為の行為者が他の方法で行為することが絶対的に不可能である場合は、阻却される」。同じく三二条(偶発事態)の条文は、「国際義務の要求することと合致しない国家の行為の国際的違法性は、後発する外在的かつ予見可能な要素により、国家に帰属する行為の行為者がその行為が国際義務に合致していないことを認識する (realize) ことが不可能であった場合は、阻却される」。ILC *Yearbook*, 1979, vol.2, part 1, p.66.
- (66) Pisillo-Mazzechi, "Due diligence" e responsabilità, p.67.
- (67) *Ibid.*, The Due Diligence Rule, p.12.
- (68) *Ibid.*, "Due diligence" e responsabilità, p.69. 不可抗力に関する判例では誠実になされた合理的錯誤は免責事由とならないとされるので、不可抗力を心理的過失のないことと同一視できないという。*Ibid.*, The Due Diligence Rule, p.13.
- (69) Palmisano, *op.cit.*, pp.656-658.

(70) 最終草案二三条一項は、「国家の国際義務に合致しない国家の行為の違法性は、行為が不可抗力、すなわち状況において義務の履行を実質的に (materially) 不可能にする、国家の統制 (control) を超えた抵抗不可能な力 (irresistible force) または予見しなかった事態 (unforeseen event) の発生によるものである場合は、阻却される」と規定している。UN, GAOR, 56th Sess., Supp. 10(A/56/10)(2001), p.183.

なお、特別報告者 Crawford は、第一読草案の「国家が義務に合致して行為することまたは行為が義務に合致していないことを了知する (know) ことを実質的に不可能にする、その統制を超える抵抗不可能な力または予見しなかった外在的な事態」という定義が主観的要素を導入するもので、「法の不知は許さず」という原則と矛盾するので、「了知」を削除すべきであると主張し、最終草案ではこの文言は削除された。J. Crawford, Second Report on State Responsibility, A/CN.4/498/Add.2(1999), p.22 and p.65, para.260.

(71) Pisillo-Mazzeschi の註文を参照。Pisillo-Mazzeschi, The Due Diligence Rule, p.12.

(72) A. Ross, *A Textbook of International Law: General Part* (1947), p.256; Barile, *op. cit.*, p.65.

(73) E. Vitta, *La responsabilità internazionale dello Stato per atti legislativi* (1953), p.41; Morelli, *op. cit.*, p.345; M. Spinedi, *Responsabilità internazionale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol.27(1991), p.7. 他方で、公務員の過失を国家の過失とする Ago 説を維持するものとして、A. Carbach, *Le problèmes de la faute et sa place dans la norme du droit international* (1962), p.98.

(74) 例えば Conforti, *op. cit.*, pp.345-348.

(75) G. Sperduti, *Sulla colpa in diritto internazionale*, *Comunicazioni e studi*, vol.3(1950), pp.81-84.

(76) このような心理的概念としての過失は、自身の義務の違反の意図または義務に関する不注意を意味するという。Ibid., pp.84-86. Ago の過失理論における過失の倫理的理解も批判されている。Ibid., p.89.

(77) Ibid., pp.86-87.

(78) Ibid., pp.93-95. このような客観責任を絶対責任と同一視する見方には問題があるように思われる。客観責任の下でも、不可抗力など義務の履行を不可能にする事由が存在すれば責任を免れうるからである。

(79) Ibid., p.91.

(80) Ibid., pp.91-92 and 96-98. 「補完的義務」としては、行為の結果に対する認識という、義務違反 (客観的要素) に付加される主観的要素であるが、「機能的義務」としては、自らの不作為によって具体的な有害な事態 (義務の対象に属する事態) の実現が可能になるとの認識すなわち主観的要素であると同時に、そのような義務の内容でもあるという。Ibid., p.99, n.34. また、行為の不法行為 (補

- 完的義務」と事態の不法行為（機能的義務）という区別をすることもできるが、このような区別によって事態の不法行為と真のかつ適切な結果的事態による不法行為（爆撃により付随的に生じた衛生施設の損害など）との区別が難しくなるという。 *Ibid.*, p.101.
- (81) *Ibid.*, p.102.
- (82) R. Luzzatto, *Responsabilità e colpa in diritto internazionale*, RDI, vol.51(1968), pp.65-68. ただし、Luzzatto の過失理論にあって、Sperduti のような国家の組織性の考慮は希薄である。国際法では過失から規範的要素を除くことは不可能であると述べるにとどまる。
- (83) *Ibid.*, pp.67-68. Ago と同様に、作為による違法行為の場合に過失が要素であることの論証として、機関たる個人の錯誤の免責に関する実行に依拠する。ただし、実行では錯誤の免責可能性が不明な場合にも賠償が支払われた事例が存在し、当該実行から過失に依らない保障義務の存在が認められるという。 *Ibid.*, p.85.
- (84) Alabama 号事件仲裁判決、Trail Smelter 事件仲裁判決、国際司法裁判所のコルフ海峡事件判決などが挙げられている。
- (85) Luzzatto, *op.cit.*, pp.69-84. ただし、現段階の国際法では、外国人保護など個々の分野においてこのような注意義務の存在が認められるものの、一般条項として権利の濫用を禁止する規則は存在せず、国際社会の構造もそれを認めるまでにいたっていないという。
- (86) Pisillo-Mazzeschi は「心理的—規範的過失」と呼んでいる。Pisillo-Mazzeschi, "Due diligence" e responsabilità, p.72; *ibid.*, The Due Diligence Rule, p.13.
- なお、Pisillo-Mazzeschi は純粋に客観的な義務違反として過失を観念する学説も紹介している。例えば、P. Fauchille, *Traité de droit international public*, 8th ed.(1922), vol.1, part 1, p.515; G. Salvioi, *Les règles générales de la paix, Recueil des cours*, vol.46(1933-IV), p.96; H. Accioly, *Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence*, *ibid.*, vol.96(1959-I), p.369. しかし、このような「過失」概念は独立の要件として無意味であり、実質的に客観理論に等しいと指摘するものとして、Pisillo-Mazzeschi, "Due diligence" e responsabilità, pp.49-50 and 72; *ibid.*, The Due Diligence Rule, p.13. Cf. Jiménez de Aréchaga, *op.cit.*, p.535. そのことから考えると、「心理的—規範的過失」説も客観的過失概念を提示しつつも、過失責任主義を維持するためには主観的性格を維持せざるをえなかったということであろう。
- (87) Sperduti にあっては、私人の行為は国家の行為とは因果関係がなく、それに国家が責任を負うべきであるとの価値判断に基づいて責任が導かれるなど、「他人の所為による責任」または代位責任に近づく傾向がある。Luzzatto は、私人の行為に対する責任ではなく、不作為による責任として論じている。
- (88) Pisillo-Mazzeschi, "Due diligence" e responsabilità, p.79; *ibid.*, The Due Diligence Rule, p.14.

- (89) 国家及び政府が実効性の原則によって正統化されるのは、国際法が国家や政府の正統化に関する規則を持たないことを意味するところ。G. Arangio-Ruiz, *L'Etat dans le sens du droit des gens et la notion du droit international*, *ÖZÖR*, vol.26(1976), pp.271 and 325. なお、Arangio-Ruizの国際法主体論に関する主著として、*Ibid.*, *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*(1951).
- (90) 国内の法人の社員は国内法と法人の設立文書によって二重にコントロールされるが、国際法の場合、国家の公務員は国家のコントロールに服するに過ぎないところ。Ibid., *The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations, Recueil des cours*, vol.137(1972-III), p.651; *ibid.*, *L'Etat*, p.314.
- (91) *Ibid.*, *The Normative Role*, pp.646-660.
- (92) 国際法上の国家の範囲は必ずしも国内法上の政府機構に一致するものではないが、国際法はかつて君主・領主間の法であったように、現在も政府（広義の政府・国内法上の狭義の国家）の関係を規律する法であり、国際法上の国家は究極的には「権力」であるところ。Ibid., *L'Etat*, pp.297 and 330.
- (93) *Ibid.*, *Second Report on State Responsibility, ILC Yearbook*, 1989, vol.2, part 1, pp.50-51, para.172; *ibid.*, *L'Etat*, pp.327-328. 「法外的」ないし「前法的」存在であるとも述べている。また、国際人格としての国家を法人とみなすためには、国際共同体の存在を必要とするところ。Ibid., p.314.
- (94) 彼によれば、帰属には「行為の帰属」（他人の行為を主体に帰属させる）と「結果の帰属」（他人の行為や自然の行為の法的結果を帰属させる）があり、前者は事実問題であって、後者のみが法的作用であるという。後者は国内法では子の行為に対する監督者の責任や動物飼主の責任、土地工作物責任がそうであるという。Ibid., *L'Etat*, pp.326-328; *ibid.*, *Second Report*, p.49, n.405.
- (95) *Ibid.*, *Second Report*, p.51, paras.173-174. なお、別の論文では以下の三点を挙げる。①国際法は帰属に関する規則を持たない。国家間関係の成立以来、帰属を実現する規範の成立を確認できない。②国際人格としての国家は事実的実体であり、行為者と行為の関係は法規則に依拠しない具体的事実である。③国際法において国家の公務員は人格を有しないので「他人の行為の帰属」を観念する必要がない。Ibid., *L'Etat*, pp.324-325.
- (96) *Ibid.*, *Second Report*, p.51, para.175; *ibid.*, *L'Etat*, pp.325-328. ILC草案（第一読）の帰属に関する諸条文について次のようにコメントしている。帰属は事実認定であるが、国内・国際法を含む基準に従ってなされなければならない。草案は原則として帰属の基準として国内法を参照しているが、事実上の機関や権限踰越行為の場合は国内法規定への参照は排除される。草案の規定は現実には国家の構造に影響せず、現存する国家の事実の構造を受容し記述するのみである。草案は、行為者個人と国家の事実的組織との間の事

実的因果関係を決定する事実の基準を示すに過ぎない。このことは条約締結権限を規定する条約法条約七条も同様であるという。

Ibid., pp.51-52, para.176.

- (97) 国家と公務員（機関）の関係は、自然人とその器官との関係のような有機的な関係であるという。*Ibid.*, L'Etat, p.313
- (98) Pisillo-Mazzeschi は、Arangio-Ruiz が私人の行為も国家の複合的行為による責任とした点について、社会的集団の連帯性の観念を想起させるものであると指摘している。Pisillo-Mazzeschi, "Due diligence" e responsabilità, p.227.
- (99) Arangio-Ruiz, L'Etat, pp.314-320. このことは条約の締結にも該当し、憲法に反する国家の同意が有効とされるのは、それが全体としての国家の態度が同意を示すものであるからであるという。
- (100) *Ibid.*, Second Report, pp.48 and 50, paras.165 and 170.
- (101) *Ibid.*, pp.52-53, paras.177-179.
- (102) L. Ferrari Bravo, *Diritto internazionale e diritto interno nella stipulazione dei trattati*(1964), p.154; Barile, *op.cit.*, pp.30 and 64; F. Lattanzi, *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*(1983), p.117.
- (103) Palmisano, *op.cit.*, p.682. ただし、過失の一般的役割については実定法の解釈を越えたメタ法的または倫理的考慮であって確定的な結論を導くことはできないとし、個別の法規範毎に過失が違法行為の存在と結果にいつ、どのような方法で関係するかを確認してゆくという立場をとっている。*Ibid.*, p.699.
- (104) 国内民法法においては、「過失」概念は客観化された注意義務の違反として構成されているので、「法人」の「過失」は問題とされていないようである。ただし、法人の不法行為責任は使用者責任の法理によって追及される（ただし、ドイツ法では使用者責任が有用でないため履行補助者の過失の法理が活用される）。従って法人の過失の立証を要しない。Cf. Brownlie, *op.cit.*, p.38. しかし、近年は、ドイツの「組織体の過失」法理や日本の企業体責任論のように、企業に直接、不法行為の要件を適用する理論が認められつつあり、過失の客観化がこのような傾向を促したともみることができるともされない。参照、神田孝夫「企業の不法行為責任について」『不法行為責任の研究』（一九八八）四三頁。
- (105) 民法法学説にあっては、「法人実在説（有機体説及び組織体説）」と「法人擬制説」の議論があり、法人の行為能力及び不法行為能力に関して代表説（機関説）と代理説の対立の形で表れる。ただし、本稿で問題にしているのは、法人が自然人と同じ精神状態を持つ存在として「実在」するのか否か、過失のような自然人の心理的状态をも「擬制」できるかという問題である。民法上の法人の本質に関する議論については、石本雅男『法人格の理論と歴史』（一九四九）、川島武宜「法的構成としての「法人」」『川島武宜著作

集】第六卷（一九八二）七〇頁。

(106) Kelsen の国際責任論では、「中心的帰属」と「周辺の帰属」の概念が著名である。前者は行為が国家の行為であるかという問題であり、これは国家法秩序の作用によって帰属が行われ、国家機関として行為する個人の過失は考慮されない。「周辺の帰属」は国家にサンクションを帰属させることであり、これは国際法秩序の作用によるが、ここでも過失は考慮されない。H.Kelsen, *Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht*, ZöR, vol.12(1932), p.537. もう一つ特徴的なのは、法人の人格化を排し、団体の責任は団体の構成員全員によって負われるという集団責任の観念で、国家の国際責任において、構成員全体（すなわち国民）に着目すると、その責任はサンクションが向けられる者の過失に基づかないので絶対責任である。他方で、国家の機関として行為した個人にとっては、国際法が機関の過失を責任の条件としているかどうかの問題となる。この点についての Kelsen の見解はつねに明瞭であるわけではない (*ibid.*, *Principles of International Law* (1952), p.114) が、四六年の著書では、機関の過失が条件であるとしている。ただし、現代法の責任は法の義務づける予防の欠如（ネグリジェンス）により責任を負わせており、国際法の責任における機関の過失もネグリジェンスであって結局絶対責任と考えるべきである。さらに、国際法では、ネグリジェンスがなくとも国家が責任を負うハーグ陸戦条約三条のような例があるとしている。 *Ibid.*, *General Theory of Law and State* (1945), p.361.

(107) *Ibid.*, pp.104-105. Kelsen は、「人格化された法秩序によって構成される共同体である「法人」を实在視すべきでないと述べる。「法人」が権利や義務を有する、あるいは行為するといってもそれは比喩でしかなく、現実には共同体の構成員が権利や義務を負い、法人の機関として行為する個人が行為するに過ぎない。なお、Kelsen にあつては「自然人」もまた法的概念である。 *Ibid.*, pp.96 and 191.

(108) 実用主義的刑法観に立つ英米法は一九世紀以降法人の刑事責任を認めてきた。英国では、当初、*mens rea* を要件としないパブリック・ニューサンスや制定法犯罪などについて代任責任に基づいて法人の刑事責任を肯定したが、やがて法人の代表者（役員）の行為・意思を法人の行為・意思とみなすという構成（分身理論または同一視理論）をとることで *mens rea* を要件とする制定法犯罪及びコモン・ロー上の一般的犯罪に拡大された。米国（連邦及び大多数の州）では、代位責任の考え方がとられ、犯罪とされる行為が法人のためになされ、機関の権限内で行われる限りで被用者のいかなる行為にも刑事責任を問われる（ただし被用者の具体的行為については *actus reus* 及び *mens rea* の両要件の具備が必要）。ただし、法人の有する *mens rea* の性質については議論がある。「団体は罪を犯しえず」の原則が支配的であった大陸法系の諸国においても、オランダなど法人処罰を認める国が増えてきた。日本の学説においては、法人の刑事責任否定説から肯定説への変化が見受けられるが、その際の主要な争点は、第一に法人の实质と犯罪能力（法人の「行為」が存在及び倫理的な意思決定の可能性が存在するか否か）、第二に刑事責任の本質（倫理的な非難か抑止・予防か）などがある。また、

企業組織体の社会的実在を前提に企業の刑事責任を認める企業組織体責任論も主張されている。板倉宏「企業体と刑事責任」『企業犯罪の理論と現実』(一九七五)二〇頁、西田典之「団体と刑事罰」『基本法学2——団体』(一九八三)二五九頁、真鍋毅「英米における法人刑事責任の「確立過程」について」『井上正治博士還暦記念・刑事法学の諸相(下)』(一九八三)一七八頁、板倉「法人の犯罪能力と法人処罰」『ジュリスト増刊・刑法の争点(一九八七)』一三三頁、京藤哲久「法人の刑事責任——序論的考察」松尾・芝原編『刑事法学の現代的状況』(一九九四)八五頁、関哲夫「アメリカにおける法人処罰をめぐる議論」『鈴木義男先生古希祝賀・アメリカ刑事法の諸相』(一九九六)八一頁、「特集・法人処罰論の今日的視点」『刑法雑誌四一巻一号』(二〇〇二)、高山久美子「法人処罰」『ジュリスト』二二二八号(二〇〇二)七二頁。

なお、Jørgensen の分類によれば、企業の被用者の行為及び犯罪の主観的要素を企業のそれとみなす「同一性理論」を採用するのがフランス、ドイツ、イングランド、ウェールズ、カナダ、犯罪行為についての「集団的知識」を企業にとつての犯罪の主観的要素とする「帰責理論」をとるのがオランダ及び米国で、このほかにイタリアでは法人を实在視して刑法を適用しているという。Z.H.B. Jørgensen, *The Responsibility of States for International Crimes*(2000), p.75. なお、Jørgensen はそこから「法の一般原則」として国家の刑事責任の可能性を議論している。

(109) Palmisano, *op.cit.*, pp.706-710. また、侵略の要件としての侵略の意図にも言及している。Ibid., p.739.

(110) Anzilotti の見解(注(35))参照。また、Condorelli は、条約法条約七条二項及び四六条に関して、国家の自己組織の自由に国際法が加えた例外であると述べている。L. Condorelli, *L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances*, *Recueil des cours*, vol.189(1984-VI), pp.34-36.

(111) 拙稿・前掲一七九頁では、サティスファクションに関して単純に国家のような実体に精神的損害は存在しないと述べたが、この見解は修正する。ただし、国家の精神的損害についても、何をもって国家が精神的損害を受けたかを定義する法規則の有無が確認されなければならないであろう。なお、拙稿はサティスファクションは実質的に残余的救済手段としての機能を果たしていることを主張するものである。

(112) 最終草案二四條、A/56/10, p.189. コメントリーでは、遭難の状況にある政府航空機または船舶による他国の領空侵犯または領海侵犯の実行のほか、病気を理由に抑留していた工作員を帰還させた Rainbow Warrior 号事件仲裁判決などを挙げている。Ibid., para.1. なお、不可抗力に関する二三条のコメントリーでは、航空機の損傷もしくはコントロールの喪失または悪天候による領空侵犯の例を挙げている。Ibid., pp.185-186, para.5.

- (113) RIAA, vol.3, p.1439.
- (114) *Ibid.*, vol.4, p.119. Cf. Mallén事件' *ibid.*, p.173.
- (115) Bin Chen は、過失 (fault) は違法行為に等しいが、だからといって「責任における過失の原則は完全に余計なものまたは意味のないものというわけではない。というのは、それは十分には発展していない違法行為の概念にある一つの要素を明らかにするからである。すなわち行為の自由の要素である」として、過失責任の原則を維持しようとする。「過失は意思に従属すると言う際、行為は本質的に意思の表明である……。換言すれば、違法行為は違法行為者の自由意思から生じたものでなくてはならない」。さらに、「可能性は保護義務の制限ではなく、あらゆる義務の制限である」として、意思とは独立して生じまたはそのコントロールを越えた事態すなわち不可抗力 (vis major) には責任を負わないことに過失責任原則の反映を見ようとする。B. Chen, *General Principles of Law as Applied by International Court and Tribunals*(1987), pp.219 and 223. しかしながら、注(86)で紹介した Pisillo-Mazzechi の見解のように、たとえ意思自由の観念に基づく過失責任の原則が責任の観念に内在しているとしても、国家に適用しうるように過失概念を客観的なものとして構成するならば、過失責任主義の実体を失ってしまうであろう。

〔未完〕