

# 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(二)

湯 山 智 之

はじめに

第一章 国際法上の「国家」と「過失」(以上二三卷二号)

第二章 国際義務の分類論と「相当の注意」

一 国際法委員会における国際義務の分類論の展開

1 Agoの見解

2 国際法委員会の分類論

3 学説の評価と分類論の終焉

二 学説における国際義務の分類論

1 Reuterの見解

2 Pisillo-Mazzechiの見解

3 Lefebvreの見解

4 Dupuyの見解

三 まとめと国際義務の分類論についての試論

1 本章の議論のまとめ

2 国内法における義務の分類論の内容

3 国際義務の分類論についての試論

4 国際法における「帰責事由」と義務の分類論の意義(以上本号)

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

## 第二章 国際義務の分類論と「相当の注意」

本章では、国家責任における「過失」及び「相当の注意」の問題を考察する手がかりとして、学説で唱えられている国際義務の分類論を取り上げることとしたい。国際義務の分類論には、特別報告者 Ago が提唱し ILC の国家責任条文案（第一読草案）に採用された分類論と Reuter が導入を提唱した分類論の二種類がある。

国際義務の分類論は国内民法（フランス、イタリア法など）における判例・学説の理論に由来する。契約上の債務は「結果債務 (obligations de résultat)」と「手段債務 (obligations de moyens)」(または行為債務 obligations de comportement) に分類される。「結果債務」とは債務者が債務の完全な達成を約束するもので、債務の不履行すなわち約束した結果の不実現があれば（不可抗力すなわち履行が物理的に不可能な場合を別として）直ちに契約責任を負う（例えば売買契約における代金支払後の商品引渡債務）。

「手段債務」の場合、債務者は約束した結果を注意を払って履行する義務しか負わず、合理的な蓋然性の範囲内でそれにより一定の結果を達成しうる措置をとればよい。債権者は不履行の事実に加えて債務者が状況において必要とされる手段を用いなかったことまで立証しなくてはならない。手段債務の例として挙げられるのは医師の診療債務である。すなわち、医師は患者の病気の治癒を保障する義務を負うわけではなく、治癒の目的のため、合理的かつ能力のある医師であれば患者の治療のためなしうるであろうすべてのことをする義務を負うに過ぎない。他の例は法廷弁護士（勝訴を義務づけられているわけではない）や物の保管義務、委任契約における受任者の義務である。結果債務は「成功する義務」、手段債務は「努力する義務」と形容される。両者の区別は義務の目的の実現に内在する

不確実性(義務履行の蓋然性)の大小に依存する。ただし、結果の達成が確実な範囲内では手段債務も「成功する義務」になる。<sup>(1)</sup>

このような義務の分類論は Ago によって国際法に移植され、「行為の義務 (obligations of conduct)」「結果の義務 (obligations of result)」「防止の義務 (obligations of prevention)」の三つの義務の区別が ILC の国家責任条文草案(第一読草案)に規定され、学説においても定着しつつあった。しかし、Ago の導入した義務の分類論は批判を受け、第二読の特別報告者であった Crawford の提案により最終草案からは削除された。本章一ではその過程をたどる。

次に、債務の分類論をより正確に国際法に導入し、国際義務の分類によって責任の要素における「相当の注意」の介在する範囲を画そうとする学説がある。Reuter, Pisillo-Mazzeschi, Lefebvre, Dupuy らの見解である。本章二ではこのような見解を検討することとしたい。

## 一 国際法委員会における国際義務の分類論の展開

### 1 Ago の見解

国家責任条文草案の特別報告者であった Ago は、一九七七年及びその翌年に提出した報告書の中で、国際義務の違反という責任の第二の要素に関して、国際義務を「行為の義務」「結果の義務」「防止の義務」に分類することを唱えた。

Ago はまず「結果の義務」と「行為の義務」を区別する。彼によれば、国家の国際犯罪と国際不法行為の区別とは異なる視角からの義務の区別が存在するという。それは義務が国家にその要求を課す方法の違いに由来する。あらゆる国際義務は特定の目標に向けられているが、その目標達成のための手段の決定が国際的平面においてなされるのか

それとも国内的平面でなされるかで決定的な違いがある。国際義務自身が具体的な行為の採用を要求するならばそれは行為の義務である。他方、国際義務が国家の有する義務達成手段の選択の自由を尊重して、国家に当該選択を委ねるならば結果の義務であるという。<sup>(2)</sup>

Agoによれば、このような国際義務の「結果の義務」と「行為の義務」の区別は国際実<sub>行</sub>及び学説 (Triepelなど) において確認されるという。特に、国際連盟・ハーグ法典編纂会議の準備委員会の審議における、法律の制定が国家責任を生ぜしめるかという問題に対する各国政府の回答を主たる根拠としている。すなわち、立法が国際法違反となるのは国際法が明確に義務を定めていた場合に限られ、外国人の保護に障害となる法律の制定自体は違法ではなく、具体的に他国の権利を侵害する行為によって国家責任が発生するというのが大多数の国の見解であったとしている。<sup>(3)</sup>

#### (1) 行為の義務

「行為の義務」、正確には「国家に特定の行為の採用を求める国際義務」とは、国家に「特定の一連の行為の採用を具体的に求める」義務である。<sup>(4)</sup> 行為の義務は「国際法がある意味で、国家組織の何らかの構成要素に特定の一連の行為の採用を要求することで国家の領分に侵入する」ものであり、国際義務ではまれである。<sup>(5)</sup> 例として次のようなものを挙げる。立法機関の行為 (法令の制定または改廃) に関しては、条約の定める規則を国内法に編入するよう求める統一法や国際私法に関する条約規則、<sup>(6)</sup> 行政上の措置に関しては平和条約に規定される兵器の引渡、軍艦の引渡または自沈、防備施設の撤去の措置、司法機関の行為に関しては外国判決承認に関する条約などである。<sup>(7)</sup> また「行為」には作為だけでなく不作為も含まれる。<sup>(8)</sup> 行為の義務においては、義務の要求するとは異なる行為を国家が行えば、有害な結果の有無にかかわらず国際義務違反が発生することになるという。<sup>(9)</sup>

(2) 結果の義務

Ago は、「結果の義務」すなわち「国家に特定の結果の達成を要求する国際義務」は達成すべき結果のみを指示しその達成のための手段の選択の自由を国家に委ねる義務であると説明する。通常、国家は、法律の制定、行政規則の制定、従来の実行の継続や新たな実行の採用など、国際義務を履行するための手段についての自由を有し、国際義務は結果の義務が一般的であるという。

Ago は結果の義務を二種類に区別する。すなわち、結果の達成のため国家の持つ手段の選択の自由が当初において有する自由にとどまる場合と、手段の選択の幅が当初における自由よりも広く、当初において結果を達成できなくとも事後、代替的な手段によって達成することで義務違反を免れうる場合である<sup>(10)</sup>。

前者の、国家が当初の選択の自由のみを有する場合について、Ago はそれをさらに二つに分ける。一つは、手段の選択が完全に国家に委ねられている場合であり、それには国家の選択の自由を明示する条約規定<sup>(11)</sup>、条約実施のために「あらゆる適当な手段」を用いることを認める義務<sup>(12)</sup>、明示していないが義務が達成すべき結果のみを特定し手段には言及していない事実から選択の自由が推論される義務<sup>(13)</sup>がある。いま一つは、当該手段を選択することは義務的ではないが、それがもつとも結果を達成しうる手段であることが示唆される場合である。規約上の権利の実施方法として立法措置を示唆する社会権規約二条及び自由権規約二条二項がその例であり、立法措置でなくとも同程度に結果を達成できるのであれば他の手段を用いてもよいとされる<sup>(14)</sup>。

後者のカテゴリーに関して Ago は、結果の義務には、当初の選択の自由を越えて事後の救済をも許容する程度まで許容性を有するものがあると主張する。国際法は、結果の達成を妨げる行為を当初に行った国家が、その当初の行為が結果を達成不可能にしない限り、当該行為の許容しがたい結果を事後の行為によって救済することを認めている

という。このような事後の埋め合わせを認める規則は、明示的には存在しないが、当該規定を条約の規定全体と結びつけて、その趣旨及び精神に従ってまたは慣習法の関連する規則に照らして検討することで見出されるという。

このような種類の義務の例として、彼は人権の保護を挙げる。自由権規約の精神、目的及び文脈からみて、規約上の権利と両立しない第一次機関の決定は違反とはみなされず、上級機関が当該決定を破棄すれば結果を達成したことになる。規約の国内的救済の規定はこのことを確認する。ガット三条一項及び二項の規定する差別的内国税の禁止、慣習法上の内外人平等待遇、外国人財産収用に対する補償、外国人に対する犯罪の処罰義務なども、国内的救済の規定はないが、事後の行為により義務違反を免れるという<sup>(15)</sup>。

さらに、当初の行為により結果の達成が不可能となった場合でも代替的結果の達成で義務を履行したことになるものがあるという。外国人の人身及び財産への危害を防止するよう注意する義務において、防止できなかったとしても外国人の受けた損害に賠償をすれば履行したとみなされる。また、自由権規約九条一項に規定する恣意的拘禁の禁止に反する行為を行ったとしても、同条四項及び五項は裁判所による拘禁の合法性の審査を受ける権利、違法な逮捕または拘禁に対する賠償の権利を規定しており、賠償を支払えば義務を履行したことになるという<sup>(16)</sup>。

Ago は、このような結果の義務は、義務の要求する結果と国家がとった行為の結果を比較して、義務が求める具体的結果を国家が事実において達成できなければ違反したことになるという。結果を達成しなかったことが具体的に証明されない限り、義務国がもつとも適切と思われる措置をとらなかつたことを義務違反とみなすことはできないし、結果達成を妨げうる措置をとつても具体的な結果の不達成がなければ義務違反とはならない。また、結果の不達成の事実があれば、達成の見込みのある措置をとつたとしても責任を免れないとしている<sup>(17)</sup>。

(3) 防止の義務

Ago は、義務の分類の第三の類型として「一定の事態を防止する国際義務」を挙げる。Ago はこの義務を「その具体的目的が外国または外国の代表及び国民を不正に害するような一定の事態の発生を防止することにある義務」と定義している。「事態 (event)」は、予防措置を欠いた敵国内の民用物の爆撃のように国家の行為を原因とする場合もあるが、多くは国家の防止の欠如を原因とする、私人 (叛徒や暴動を含む) による外交公館、外交官、若しくは外国人の人身及び財産への有害な行為であり、もつとも参照される古典的な防止の義務の例はそのような私人の行為を相当の注意を払って防止する義務であるという。「防止」のための行為とは、「本質的に、物理的に可能な限りで、この事態を防止するための監視及び注意 (surveillance and vigilance)」である。防止の義務とされるためには、義務の直接の目的が事態を防止することではなくてはならないという。<sup>(18)</sup>

この防止の義務の違反があったとするためには二つの条件があると Ago はいう。第一の条件は義務の目的とする防止すべき事態の発生であり、第二の条件は当該事態の発生が国家機関の注意の欠如によって可能になったことである。両者の条件がともにみたされない限りこの義務の違反を認定することはできない。すなわち、事態 (例えば私人による外交公館の攻撃) が発生しない限り義務違反を追究することはできないし、事態が発生しても義務を負う国家の注意の欠如に帰しえないのであれば違反とすることはできない。Ago はこのことは防止義務の性質から推論され、また実行からも確認されるという。<sup>(19)</sup>

Ago はこの二つの条件に付け加えて、国家の側の予防の欠如が発生した事態の「あれなければこれなし」の原因の一つとみなされるような関係、少なくとも間接的な因果関係が必要であるという。国家が注意を払ったにもかかわらず事態が発生した場合、防止の義務の違反は存在しないし、国家がいかなる行為をとったとしても事態が妨げられな

かったであろう場合には、国家がいかなる措置もとらなかったとしても義務違反とはみなされないという。<sup>(20)</sup>

以上が Ago による二つの義務の説明であるが、いくつかの補足をしておこう。第一に、Ago の義務の分類は、国内法（秩序）と国際法（秩序）の分離、及び国家が国内において有する国際義務の履行の手段の自由を重視し、その観点からなされたものである。そのことはこの分類を証明するものとして国内法令の制定・廃止が国際法違反となるか否かに関する伝統的議論が参照されていることからうかがわれ、行為の義務と結果の義務の区別の中心に国内法令の制定の適法性の問題が据えられている。

第二は、Ago の国際義務の分類論と国内私法における債務の分類論との関係である。Ago はその分類論が国内私法のそれにインスパイアされたものであることを認める。国際義務の区別は「ローマ法に由来する国内私法体系によって与えられたモデルにならっている」もので、この用語法は有用である。しかし、国際義務の区別には特別な意味すなわち「国際社会とその法の典型的諸局面に対応しているとわれわれに思われる意味」が与えられるので、行為の義務は「特定の行為の義務」、結果の義務はなお「意図された結果を確保するため要求された国家の『行為』」の義務と呼ぶのが賢明であり、国内法上の債務の区別に近づけるのは国際法とは異なる社会的・法的体系に論理的に影響を受けているので危険であるという。<sup>(21)</sup>

そして、国内私法の義務の区別との間には不一致があるという。すなわち、行為の義務の多くは国内法のそれと一致するが、つねにそうなるわけではないと述べて、次のような例を挙げる。医師の患者の治療義務（必ずしも患者の治療が可能でない）を行為の義務とするような私法の基準に従えば、外国人を第三者の侵害から保護する国際義務も行為の義務となるが、国家は保護のための適切とみなす手段を選択しうるのであるから、これは結果の義務で



あるという<sup>(22)</sup>。つまり、国際義務の分類は国内私法の義務の分類に由来するが独自性を持っているのであるという。

第三に、「防止の義務」の内容である。Agoが防止の義務の例に相当の注意を払って私人による行為を防止する義務を挙げたこと、防止措置の内容として「注意」や「監視」の語を用いたことや防止の義務の履行を限界づけるものとして防止の物理的可能性を示したことなどは、いわゆる「相当の注意」を払う義務を念頭においているようにみえる。実際、ILCの審議では、何人かの委員が「防止の義務」が「相当の注意義務」に等しいものであることを指摘した<sup>(23)</sup>。

しかし、Ago自身は一次規則に踏み込むことになるとして防止の義務の内容を明確にすることを拒み、両者をパラレルにとらえることはできないと主張した。その理由として、「相当の注意義務」には「行為の義務」に該当するものもあり(求められる「相当の注意」を払わなければ違反となる)、他方、防止の義務は「相当の注意」のような特定の形式を求めるのではなく、事態発生防止を確保するため注意を払うことを求めているに過ぎないと主張したのである<sup>(24)</sup>。さらに、防止すべき事態には、私人の行為など国家にとって「外在的な事態」だけでなく、軍事攻撃による損害のように国家自身の行為に起因する事態も含まれるとAgoがしていたことにも留意すべきである。

第四に、義務の分類の基準は義務の目的であるとされていることである。例えば、自由権規約に定める恣意的拘禁の禁止は事後の裁判所の審査さらには補償の付与によって履行が達成されたことになる「結果の義務」であるのに対し、外交官の身体の不可侵の義務の場合はその活動を妨げないことが目的であり、侵害があれば直ちにその違反が生じる「行為の義務」であるという<sup>(25)</sup>。また、領域内において隣国の転覆を目的とする組織を黙認しないことを求める義務は「防止の義務」ではなく「行為の義務」であるという。というのも、当該組織による隣国への攻撃という事態は義務の間接的目的であって、直接の目的は領域内で組織を黙認しないという「行為」である。ゆえに、攻撃という「事

態」の発生の有無にかかわらず、黙認のみによって当該義務の違反が発生するという。<sup>(26)</sup>

## 2 国際法委員会の分類論

このような Ago の国際義務の分類論は第一読草案の二〇条から二三条までに規定された。条文に関しては若干の文言の変更があるものの、おおむね Ago の原案通りとみてよい。

他方、コメンタリーでは、一部委員からの疑問を反映して、「行為または手段の義務 (obligation "of conduct" or "of means")」と「結果の義務」の区別が实际的利益を持つことの論証を行っている。一部の委員からは実際上両者の義務の特定が必ずしも容易でないのでこの区別の採用が不確実性をもたらすとの疑問が出されたが、コメンタリーでは次のように答えている。解釈の問題が生じる事例が存在するのは確かであるが、解釈を行うのは裁判所であり、解釈の問題が生じること自体はこの区別を条文草案から削除する十分な理由にはならない。この区別は義務違反の時点と期間を決定するために重要である。また区別の基準を示す必要はなく、それは一次規則の形成の段階での問題であって、現段階で強調すべきなのは、義務違反の条件が行為の義務と結果の義務とで異なることであるという。<sup>(27)</sup>

特に Ago 草案との差異が見られるのは「防止の義務」に関してである (防止の義務に関する二三条コメンタリーでは「事態の『義務』とも呼ばれている)。ILC の審議ではこの義務が「結果の義務」の一部であるとの指摘がなされ Ago もこれを認めた結果、二三条のコメンタリーにおいて、防止の義務が「結果の義務の別個の特別な種類」であり、「国家に具体的に要求される結果が一定の事態の不発生を確保することにある」と明記された。<sup>(28)</sup> ただし、事態の発生の防止を求める義務のすべてが二三条の主題となる義務に該当するわけではなく、防止を目的として特定の作為不作為をとるよう要求する行為の義務となるものもあると述べている。<sup>(29)</sup>

さらに、防止すべき事態の例に、外国、その代表またはその国民にとって有害な事態のほか、「環境」への有害な事態が付け加えられたのが新しい点である。<sup>(30)</sup> 具体的には国際河川や湖沼の環境保全に関する義務、国際水路や湖沼の利用の私人による妨害を防止する義務が防止の義務の例として挙げられている。<sup>(31)</sup>

「事態」が「損害」ではない点は Ago の原案と変わらないが、「国家の行為を含まない人または自然の行為」と定義され、国家自身の行為に起因する事態も含まれるとした Ago のそれとは異なる定義が与えられている。<sup>(33)</sup> また、防止の義務の違反の条件については、結果の不達成すなわち事態の発生、及び当該事態の発生と国家が現実に採用した行為との間の間接的因果関係の存在という二つの条件は Ago のそれを踏襲しているが、前者の条件については、国家のとった防止のシステムが防止の目的上非実効的であったとしても他国が義務違反を主張することはできないことが明示され、後者の条件は「国家が現実に採用した行為と事態の発生を防止するために採用することが合理的に期待されたとであろう行動とを比較する」ことによつて得られるので、「それぞれの義務の目的及び様々な種類の事態の防止の多かれ少なかれ本質的性格」は考慮する必要がないとしている点が注目に値する。

### 3 学説の評価と分類論の終焉

このような Ago が提唱し ILC が採用した国際義務の分類論は、これまでこのような国際義務の分類論が存在しなかったために学説・判例において大きな影響を与えたが、<sup>(34)</sup> 他方で学説から様々な批判を受けた。批判の内容は、おむね次の五点にまとめることができる。

(1) 第一は、国内法における「結果義務（債務）」「手段義務（債務）」を国際法に移植しながらもその内容が一致しないことである。

Combacau は国内法の債務の分類論と同じ名称を用いながら基準が異なる点を批判する。Ago の義務の区別は、Triepel や Anzilotti らの二元論的立場に由来し、義務者に与えられた義務履行の方法の選択の自由に基づいている。国内法の義務の区別は「結果のリスクの多少の性格」による。国際法のそれぞれの義務と国内法のそれぞれの義務は名称は同一でも内容の異なるものであり、相互に異質な「根本的異種配合 (hétérogénéité)」である<sup>(35)</sup>。Salmon は、国際法と国内法で同じ用語で異なる意味を持つこと自体は問題ではなく数多くそのような例は存在するが、国内法概念が債務不履行の証明についての実益があるのに対し、ILCのそれには実益がなく、混乱の原因を増やすだけである<sup>(36)</sup>。

ILC草案の第二読の特別報告者を務めた Crawford もILCに提出した報告書の中で次のように述べている。国内法の区別は結果達成の蓋然性の程度に基づいていて、結果の義務は一定の範囲で結果を保障するのに対し、行為の義務は結果達成のためその能力のすべてを用いる義務、すなわち最善の努力を尽くす義務 (best effort obligations) である。従って、結果の義務の方が負担が重くその義務違反の立証はより容易である。他方、第一読草案の区別の基準はリスクではなく確定性 (determinacy) である。行為の義務は多かれ少なかれ確定された行為を行う義務であるのに対し、結果の義務は手段の選択を国家に付与している。ゆえに結果の義務は行為の義務より負担が少ないとされる。つまり、草案は大陸法の区別を導入する際、効果を逆転させている。国内法上の概念との関係があいまいで矛盾している<sup>(37)</sup>。

(2)第二は、Ago の提唱した「結果の義務」と「行為の義務」の区別は、そのあいまいさから、あるいは一次義務は多様であるから、明確に一次義務を分類することができないという批判である。

Combacau は「結果の義務」と「行為の義務」の二分法は意味がなく明確でもないという。意味がないというのは、

交渉義務のように国際的手段によってすなわち国内的手段を用いないで履行される義務もあるので、この二分法はすべての義務をカバーできないからである。<sup>(38)</sup> 明確でないというのは、国家の国内における行為の国際的決定の程度は現実には無限に多様なので義務の二分法はこれに適合しないからであるという。<sup>(39)</sup>

Salmon も、国際義務では、結果と手段は密接に結び付いており区別が困難であること、目的と結果が相互に入れ替わりうること、序列化または段階化された複数の目的が存在しうることを指摘し、区別の適用は困難であるとする。例えば、ILC が行為の義務とする人種差別撤廃条約二条一項(c)は、一定の目的のため国内法の制定改廃を義務づけるが、重要なものは結果である。同じく、ジュネーブ諸条約の重大な違反行為の処罰規定は、重要なものは処罰という結果であり、「適切な」(英文テキストでは「有効な」) 刑罰を定めるための「必要な」立法の内容は国家の判断に委ねられている。逆に、ILC が結果の義務とする自由権規約九条一項の恣意的逮捕及び拘禁の禁止は、不作為義務であるから義務の内容は明確であり、また黙示的に執行府及び司法府の行為を対象としている。外国人に対する犯罪の加害者を処罰する義務も同様に司法府の行為を対象としているという。<sup>(40)</sup>

Crawford は、彼の議論の結論を三つにまとめている。まず、義務の分類は一次規則の解釈に代わることはできない。義務違反の有無は、義務の定める条件と事案の事実によるものであり、文脈や文言が変われば局面も変わるといふ。彼はその例として、一般に国際法に反する国内法は具体的に適用されてはじめて責任が発生するが、拷問の禁止に関してはその価値の重要性のゆえに拷問を授權しあるいは許容しまたは拷問をもたらしうる法律の制定を禁止するとした旧ユーゴ国際刑事裁判所の Furundzija 事件判決<sup>(42)</sup>を挙げている。

次に、Crawford は、一次規則はきわめて多様であり様々な方法で定式化されるので、それらを結果の義務と行為の義務に二分するのは困難であると指摘する。結果達成のための手段は様々な程度の具体性をもって規定されうる

し、達成されるべき目的は状況に応じて必要な手段を具体的に想定させる。この点で、Crawfordは「特定の結果を達成するために『最善の努力』を尽くす義務」の例を挙げる。この義務は、結果の義務ではなく、結果を達成するため関係国に合理的に要求される利用可能な措置を講ずる義務である。この目的で一定の措置をとれば、明白に不適切でない限り違反の問題は生じない。しかし、結果が達成されそうなることが明白で、達成のためのさらなる措置がなされる状況においては、義務はより厳格になり結果の義務となるという。最後に、すべての義務をどちらかの義務に分類することはできないという。<sup>(43)</sup>

(3) ILCの義務の分類論に対する第三の批判は、この区別が実際の効果を持たないというものである。Crawfordは、草案の義務の区別が参照された国際判例を検討する。欧州人権裁判所のColozza事件<sup>(44)</sup>、国際司法裁判所のE L S I事件<sup>(45)</sup>、イラン・米国請求権裁判所のイラン対米国事件(A 15 (IV) 及びA 24事件<sup>(46)</sup>)の三つである。いずれも問題となった国際義務が「結果の義務」であるとされているが、Crawfordによれば、事件の争点は関係する規則の解釈または事実の評価によって決定されており、関連する義務を結果の義務と分類したことは争点の解決に無関係であり、分類したことによって裁判所の決定が実質において異なったわけではないと指摘している。<sup>(47)</sup>

また、Crawfordは義務の区別は一次規則の内容と意味に関係し、ゆえに二次規則の表明において循環しているようにみえるという。例えば第一読草案二〇条は、国家が一定の行為をする義務を負う場合、当該行為をしないならば違反であるということ述べるに過ぎない。特定の義務の意味は関連する一次規則の解釈によるのであり、その解釈のプロセスは条文草案の射程外である。義務の区別は循環しているまたは一定の一次規則の解釈の推定を作り出すものでしかなく、それは草案の機能ではないとした。<sup>(48)</sup>

(4) 批判の第四番目は、「結果の」義務における、当初の義務に合致しない行為があっても、国内的救済や事後の賠

償の付与など同等の結果の達成により、あるいは「代替的結果」の達成により義務を履行したことになるという考え方が合理性を欠く、または現実に適合しないという批判である。

Combacau は、外国人に対する犯罪を防止できなかった場合に加害者の処罰という事後の「挽回」によって義務の履行を認める考え方は防止と処罰という二つの手段の選択を認めることになるので、また外国人の人身または財産に対する損害への賠償（自由権規約の恣意的逮捕及び拘禁に対する賠償もそうであるが）の付与という代替的結果の達成によって義務の履行を認める考え方は賠償を付与しさえすればよいことになるので、外国人への損害を防止する義務は存在しないことになるという。Ago の「結果の義務」は、国内的手段が存在する限り挽回の可能性を認め、義務の尊重と違反の選択を引き伸ばすことを国家に許すもので、義務が保護する利益を損なうという<sup>(49)</sup>。

Salmon も、Ago の結果の義務に関する仮説は義務の存在を損なうという。まず、義務に反するある機関の行為が司法機関または行政機関の最後の行為までは違法とはならないこと、及び被害国が国内的救済が完了するまで違法行為との評価を差し控えなければならないことは合理的ではないし、実行に反する<sup>(50)</sup>。現実には外国人などへの犯罪を防止する義務及び実行者を処罰する義務は「並列的義務」であり、防止の欠如により外交官が殺害されれば違法行為がすでに発生し、処罰のため自由になる手段を用いなければ第二の違法行為が発生するという。

Salmon は、さらに「代替的結果」の仮説も正確ではないとする。外国人財産の公益目的での収用において補償の支払を義務づける規則における補償は、違法行為に対する賠償ではない。補償の支払は代替的結果ではなく、（正当な）収用を発生させる条件とする「単純な義務」であるという<sup>(51)</sup>。また、自由権規約九条にいう賠償の支払が代替的結果であるならば、恣意的逮捕及び拘禁を禁止する義務は存在せず、恣意的逮捕及び拘禁を条件とする賠償付与の義務が存在するのみということになってしまう。実際は恣意的逮捕及び拘禁の禁止と賠償の支払は重疊的に妥当する「並列的

義務」であり、前者の義務違反があれば直ちに違法行為となると指摘している。<sup>(52)</sup>

Crawford は、暫定草案二二条二項に規定する、人権保護及び外交的保護の分野における「拡張された結果の義務」の議論を検討する。まず、人権に関しては履行監視機関の実行を参照する。欧州人権条約四一条は、人権を侵害した締約国の国内法が部分的な賠償の付与しか認めていない場合に被害者に「正当な満足」を与えるとしており、このことは違反に対する国内での賠償の付与とは無関係に条約の違反が成立することを意味する。自由権規約の個人通報制度及び米州人権裁判所の争訟手続は被害者の具体的な権利の侵害（またはそのおそれ）を要件としているのに対し、政府通報制度及び勧告的意見手続では国内法自体の合法性の審査がなされうると解されるので、賠償の付与は違反の構成要素ではないという。

次に、外交的保護の分野については英国政府の草案に対するコメントを引用する。すなわち、「公正で効率的な司法システムを付与する義務」の場合、下級審における買収行為は上級審において利用可能な救済が存在すれば違法ではないが、無害通航の拒否や収用後合理的期間内に補償を支払わない場合、不履行の「訂正」のため国内手続に訴えるのは（違反発生後の）国内的救済の完了とみなされる。<sup>(53)</sup> Crawford は、義務は事後の賠償や救済を条件とするものではない（ただし、「訴追か引渡か」の選択を認める義務のように、当初の違反を事後の行為により取消または救済することを認める義務も例外的に存在する）<sup>(54)</sup>としている。

(5) 第五は、防止の義務の内容に関して、防止すべき事態の発生が義務違反の要件となるか否かという点である。この点は後述する国内法の義務の分類論をそのまま国際法に導入する論者から指摘されているが、ここでは Crawford のコメントを参照する。彼は、防止の義務は事態の発生ではなく不発生を結果とする「消極的」結果の義務であると分析し、ある義務が結果の義務であるか否かは一次規則の解釈によるとする。



そこで、CrawfordはILCが防止の義務の例とする二つの義務を検討している。第一は、外交関係条約二二条二項に規定する外交使節団の公館を保護する義務である。この義務は防止の義務ではなく行為の義務、すなわち使節団を保護するためあらゆる適当な措置をとる継続的義務であるという。国際司法裁判所の在テヘラン米国外交・領事職員事件（以下、大使館人質事件）判決では、襲撃の脅威に直面してのイラン政府の不作為、すなわち攻撃を防止しその完了前に止めさせるためのいかなる適切な措置もとらなかったことが義務違反であると認定した。ゆえに、侵入、損壊または妨害がまだ起きていない、起こらないだろうという理由で国家は「特別の責務」を怠ってよいわけではないという。

第二は、隣国への汚染による越境損害を防止するためその最善の努力を用いるべきであるという原則(Trail Smelter事件で表明された原則)である。この義務は、国家は措置を講じなかったことではなく、損害の発生によって責任が発生するような義務を負うとも解釈できるとい<sup>(55)</sup>う。

ゆえに、Crawfordは、「防止の義務」といっても、ILCが説明するような、義務違反の要件が防止のため措置の欠如と事態の発生の二つであるというのは、防止の義務の自然な解釈であっても、唯一の可能な解釈ではないと述べている。国家は不可抗力の場合を除いて一定の結果が発生しないよう保障する義務を負うこともあれば、不可抗力に等しい予見不可能な事態に対して無条件に危険を引き受けることもできるとして、一次規則の解釈の問題であることを指摘している。<sup>(57)</sup>

このように学説において様々に批判されたILC第一読草案の義務の分類論であったが、第二読の審議においてCrawfordは、結果の義務、行為の義務、防止の義務の区別を削除すべきであるという提案を行<sup>(58)</sup>い、ILCの起草委

員会は第一読草案の二〇条、二一条、二三条を削除することを決定し、二〇〇一年に採択された最終草案では義務の分類に関する規定は姿を消した。

## 二 学説における国際義務の分類論

学説においては、国内法(特にフランス、イタリア)における契約上の債務の「結果債務」「手段債務(注意義務)」の区別を Ago の議論よりも忠実な形で国際法に導入しようとするアプローチが存在する。これは、一次義務を一定の基準の下に分類し、一定のタイプの義務を「相当の注意」に関連づけるアプローチである。以下その主要な学説を取り上げ検討する。<sup>(59)</sup>

### 1 Reuter の見解

このようなアプローチを最初にとったのは Reuter である。彼は様々な方法による法律行為の分類を行っているが、その中で拘束力 (force obligatoire) に応じた分類として前述の分類を試みている。Reuter の問題意識は、政治的合意に見受けられる協調、友好、援助、一般的協議などの一般的約束は法規範を創設するものなのか、多くの条約が持つ、定義や原則を一般的に表明する条約冒頭の諸規定は法的価値を持つのかという問いである。

Reuter は前提として次の三つを指摘する。第一に、法規範と法律行為を区別すべきで、法規範が文言のあいまいさによりその法的性格が疑われるとしても、それを創設した法律行為は存続していると考えらるべきであるということである。第二に、十分に具体的な義務を確立していないことを理由に規範に内容がないと考えることの誤りである。サンクションがないことを理由に規範たることを否定するのは現実的ではなく、義務を多くの人間に適用する際にニュア

ンスをつける必要が存在する。第三に、技術的に詳細でなく執行のための具体的補足規定がないために直接規範を適用することができない場合があるが、規範が義務的であることと執行可能であることは区別して考えなければならぬということである。Reuterはこのようにして内容のあいまいな一般的な規範の法的拘束力を否定する見解に反駁するが、その際、社会生活の現実から拘束力の弱い規範が必要とされていることを強調している。<sup>(60)</sup>

そこで彼は、もっとも重要かつ優先される義務の区別として「行為の義務」と「結果の義務」の区別を挙げる。前者は患者の治癒そのものではなく治癒にいたるあらゆることをなす医師の義務、後者は不動産の売主の所有権移転義務が例である。国際法においてもこの区別は同様に基本的であり、特に責任において様々な結果をもたらすという。<sup>(61)</sup>

Reuterはある考え方を取り上げて批判する。すなわち、一般的条約にしばしば見出される原則の宣言を「プログラムの」規範と呼び、純粹の政治的テキスト、法的価値のない単なる意図の宣言とみなすという考え方であり、それは不正確であるという。例えば、国連憲章のいくつかの規定(一条一項、二条三項及び三三条)は、加盟国にその紛争を平和的手段により、「正義及び国際法の原則に従って」、三三条の列挙する様々な手段により解決する義務を課しているが、これは加盟国がこれらの平和的手段を全面的に拒否してはじめて違法となるもので、きわめてあいまいな義務すなわち行為の義務を定めているのだという。条約において自然法に言及する例がある(例えば国連憲章一条一項の「正義」の原則及び同五一条の「自衛の自然的権利」(仏語正文による))が、これも内容がまったく無ではない義務を創設している。さらに、欧州石炭鉄鋼共同体条約の冒頭の規定(二―五条)がある。EC裁判所は、他の規定と結合しなければならぬとしつつも、一定の法的価値を認めたと彼はいう。<sup>(62)</sup>

行為の義務の別の側面は、義務の内容の具体的定義がデリケートなことであるとReuterは述べる。この義務はきわめて柔軟な「基準」または「指令」として作用し、内容は慣習及び実行によって確立されるのだと述べる。義務は

国際社会では漸進的であり、欧州石炭鉄鋼共同体の「勧告」や欧州共同体の「指令」など、国際組織の定める規範を拘束力の弱められた義務すなわち行為の義務の例であるとしている<sup>(63)</sup>。また、別の論文ではいわゆる「交渉義務」を行為の義務であるとしている<sup>(64)</sup>。

Reuter は過失 (faute) 及び意図 (intention) の問題を論じる中で再び義務の区別に言及している。「過失」の問題そのものについては、各国の国内法においても異なるこの語の多義性を指摘しているが、現実には過失や意図を考慮しなければならぬ場合があるとして、行為の義務の違反を含めいくつかの例を検討している<sup>(65)</sup>。

「行為の義務」について、彼は次のように述べている。国家はきわめて広い分野で行為の義務を負っており、それは、事例に応じて具体的に特定されるいわゆる「相当の注意」という定式に帰着する。この場合の不法行為は不注意 (negligence) の不法行為である。この義務は、行為の規則として定義されるが一般的指令に過ぎず、個別の状況において「共通の良識の対応」を具体化するものである。国内法においても、「善良な家父」という抽象的な人間の類型を指し、その仮設的行為を問題となる行為と比較する。国際法の場合には、国家の数が多くなくかつその平等が純粹に形式的なものであるので、国家の行為の抽象的定義は難しい。裁判官は途上国と先進国の責任、自由主義国家と独裁国家の責任を同じように評価することになり、個別の状況の評価を求められることになる。裁判官が事案の状況を考慮する範囲で、行為の義務は一般原則であることをやめ道德規則に近づく。この傾向は「過失」というあいまいで主観的な語の使用を完全に説明するという<sup>(66)</sup>。このように、Reuter は国際法にあっては「相当の注意」として表現される「行為の義務」の違反が適用において道德的判断を含み、「過失」の適用される場合を説明しうることを指摘している。

彼は、行為の義務の典型的例として、「その管轄に属する領域において、外国及び外国人に対して、それらの権利

の十分な保護を確保するようにその権能を行使する「義務を挙げている。これは「注意義務 (obligation de vigilance)」であって、損害のないことを保障することを義務づけられるのではなく、その目的を通常確保するであろうあらゆる予防措置をとることのみを義務づけられるものである。当該義務の違反は不注意による責任であるという。

この義務の対象は、外国人に関しては、その人身及び財産に対する犯罪及び暴力を防止すること並びに刑事及び民事の制裁を科すことである。この注意義務は「最小限の基準」であって、その内容に関して実行は具体的状況に応じて多様であるが、自国民と同等の待遇を確保したという事実によっては免責されない。外国国家に関しては、平時において、国家の代表を保護すること、及び他国の領域への侵害の企てに自国の領域が使用されないよう確保することである。戦時においては、その陸・海・空の領域が交戦国の行為及び交戦権に関する行為の本拠とならないよう必要な注意を払う中立国の義務であるという。

さらに、注意の程度に関しては、それぞれの義務の固有の対象及び事実の状況を考慮しなければならないが、判例は以下の二つの基準を導いているという。第一は、義務の尊重を通常確保するため十分な法的及び物理的機構を恒久的に保持しなければならないことである。第二は、状況に応じた注意をもってその自由になる機構を用いなければならないことであるという。<sup>(67)</sup>

以上が Reuter の見解である。国際義務に行為の義務と結果の義務の区別を持ち込み、一般的な交渉や協力の政治的約束、条約の冒頭の規定、国際組織の勧告やいわゆる「相当の注意」の義務が拘束力の緩やかな義務という意味での行為の義務に該当することを指摘している。<sup>(68)</sup>

## 2 Pisillo-Mazzeschi の見解

Pisillo-Mazzeschi は、実定法の内容として、国際義務が「結果の義務 (obblighi di risultato; obligations of result)」と「注意義務 (obblighi di diligenza; obligations of diligent conduct)」<sup>(69)</sup>に区別されることが確立されていると説く。彼は、過失に関する学説を分析して、理論的なアプローチが実証的分析を妨げていること、議論が二次規則にのみ集中して一次規則を度外視していることを指摘した上で、外国人の保護、武力行使の禁止、環境保護の三つの分野における実質的義務の内容を分析している。<sup>(70)</sup>

## (1) 外国人及び外国国家代表の安全

まず、Pisillo-Mazzeschi は、領土内で外国人の安全及び財産、並びに外国国家代表の安全を保護する一般国際法上の義務について考察している。彼はこの義務をさらに二つに分類する。すなわち、行為者の行為が国家に直接帰属することを前提に、国家の作為(外国人への侵害)を差し控えることを求める消極的義務(避止義務)と、行為が国家に帰属しないことを前提に、私人など第三者の有害な行動から外国人を保護する積極的義務(保護義務)である。<sup>(71)</sup>

## (a) 避止義務の違反

この場合において、彼は、国家機関がその権限内で行った違法行為であり、先例・実行においては、当該行為が国家に帰属するとされ、当該義務の違反の認定にあたって「相当の注意」は参照されていないという。先例で扱われた事例には、兵士、予備役兵士及び警察官による外国人の殺害、行政機関による恣意的逮捕、拘禁及び拘禁中の不当な待遇若しくは不当な長期間の抑留、契約、財産権及び他の経済的利益の侵害、並びに司法機関による「直接の」損害の事例がある。<sup>(72)</sup>特に、避止義務違反と保護義務違反の両者の事例を同時に扱った先例において、後者にのみ相当の注

意を参照しているという<sup>(73)</sup>。また、避止義務違反の事例では、加害国による、当該違反が誠実によってまたは合理的錯誤に基づいてなされたという抗弁や国内標準主義の主張は認められなかったとしている<sup>(74)</sup>。

(b) 保護義務の違反

私人（私的資格で行動する公務員や群集、暴動、革命団体を含む）の行為から外国人の人身及び財産を保護する義務は、Pisillo-Mazzeschiによれば、性質の異なる二つの義務、すなわち、私人の有害な行為を防止する義務、及び、防止措置にかかわらず有害な行為が発生した場合に責任ある者を処罰する義務に分けられるという。

(i) 防止義務の違反

まず、防止義務であるが、これは絶対的な防止の義務ではなく、防止のため相当の注意を払う義務であるとされる。この義務はさらに二分される。第一は、防止に関する国際規範の尊重を保障するのに十分な法的及び行政的機構を恒常的に所有する義務（所有の義務）である。第二は、状況が求める注意を用いて当該機構を使用する義務（使用の義務）である<sup>(75)</sup>。

前者の「所有の義務」の存在は、数多くの国際判例によって実証されるという<sup>(76)</sup>。この義務は相当の注意の欠如に条件づけられていない。他方、「使用の義務」は相当の注意規則によって条件づけられている。判例を検討した上で Pisillo-Mazzeschi は、外国人及び外国国家代表に対する私人の違法行為の防止、群集による暴力、暴動または騒乱による外国人の被害の特別の状況における防止、内戦における叛徒または革命軍による外国人の被害の防止のいずれの事例においても、相当の注意が作用していると述べる<sup>(77)</sup>。

防止の義務に関しては、結果の義務（最低限の法的及び行政的機構を保障する義務）と注意義務（当該機構を機能させる義務）からなり、相当の注意は後者にのみかかわると結論づけている。

## (ii) 処罰義務の違反

Pisillo-Mazzeschi によれば、外国人に被害を与えた私人を処罰する義務においても「所有の義務」と「使用の義務」の区別が存在し、そのことは判例から認められるという。そして、処罰に関する「所有の義務」、すなわち国際最低基準をみたす法執行機関を所有する義務は相当の注意によって条件づけられていないとしている<sup>(78)</sup>。

そして、処罰に関する「使用の義務」では議論は複雑であるという。というのは、この種の状況には「裁判拒否 (denial of justice)」と「別の規則も適用されるからである。各種の法典化の内容も分かれており、「裁判拒否」の正確な範囲 (特に、司法機関に加えて、司法運営に携わる行政機関の行為も対象に含めるか否か) に関する学説も分かれている。Pisillo-Mazzeschi は、相当の注意を要求しない裁判拒否の規則の適用範囲と相当の注意規則の適用範囲は並立しており、判例を事案毎に細かく分類すると次のようになるという。すなわち、機関が司法機関であるか行政機関であるかに関係なく、外国人に被害を与えた私人を裁判にかける前の活動、つまり事件の捜査並びに責任ある者の捜索及び逮捕に関しては相当の注意が参照されているが、裁判の起訴、裁判の実施、有罪宣告、刑の言渡及び (行政機関による) 刑罰の執行については裁判拒否つまり結果の義務の違反として扱われていると結論づけている<sup>(79)</sup>。

このような使用の義務における相当の注意義務と裁判拒否の区別について Pisillo-Mazzeschi は次のように説明する。この区別は義務の履行にともなう危険の大きさに基づいている。すなわち、加害者の捜索及び逮捕の場合、国家に一定の客観的結果の達成の保障を求めることは不可能である。ゆえに、私人による外国人への侵害を防止する場合と同様に、結果の達成のため努力するよう義務づけることしかできない。これに対して、当該加害者を起訴すれば、裁判の実施、判決の言渡、刑罰の執行には外在的な不確実なファクターは存在しないので結果の義務となるという<sup>(80)</sup>。



(2) 外国国家の安全

Pisillo-Mazzechi は、私人の外国に対する敵対行為（いわゆる「間接侵略」）についての国家責任を考察するとし、当該行為に対する国家の関与の度合いに応じて、私人に対する直接の組織及び派遣、援助並びに黙認の三つの場合に分けて論じている。

(a) 避止義務の違反

(i) 直接の組織及び派遣

国家が武装集団、テロ集団、ゲリラなど他国への敵対行為を目的とする私人の集団を直接組織し派遣することは武力不行使義務に違反する。当該集団の行為が国家に帰属するか否かについて学説は分かれているが、彼は近年の有力な学説は国家と当該集団との間に直接のコントロールの関係があれば「事実上の機関」になるとしているという。国際司法裁判所の対ニカラグア軍事的・準軍事的活動事件（以下、ニカラグア事件）（本案）判決も、ニカラグアの反政府勢力 *Contra* の行為に関して米国との間に全面的な指揮とコントロールの関係がないとして米国への帰属を否定した。これは、一定程度の関係があれば帰属することを認めていると解すことができる。ゆえに、この場合は避止義務に違反する作為による違法行為であり、相当の注意規則は関係しないという。<sup>(82)</sup>

(ii) 援助

他国への敵対行為を目的とする私人の集団に国家が軍事的・組織的・財政的援助を行うことについて、学説では国家に帰属するか否かについて議論がある。外交実行では援助を供与した集団が他国を攻撃することが「（間接）侵略」を構成するとされる。侵略の定義に関する決議三条(g)も、武装集団の派遣に対する国家の「実質的関与」を侵略行為としている。加えて、そこまでいたらない援助であっても、それ自体援助を禁止する国際義務の違反となる（友好関

係原則宣言)。ニカラグア事件では、米国の Contra への援助はそれ自体 Contra の行為を米国に帰属させるものではないとしたが、援助行為は武力不行使義務違反（武器及び訓練による援助）及び内政不干渉義務違反（財政的援助）とされた。以上から、Pisillo-Mazzeschi は、国家による武装集団への援助は、集団の行為が国家に帰属しない場合でも、<sup>(83)</sup> 避止義務（武力不行使義務または不干渉義務）すなわち結果の義務の違反であるという。

(iii) 保護義務の違反（黙認）

国家は領域内で私人が外国へ敵対行為を行うことを黙認 (tolerate) してはならない義務を負っており、Pisillo-Mazzeschi はこの義務は相当の注意規則により条件づけられているという。

リーディングケースは Alabama 号事件仲裁判決<sup>(84)</sup>である。彼は同判決の原則は一九〇七年のハーグ諸条約で確認されたのみならず、その後の実行において、中立法の分野を越えて外国国家に対する実質的な武力の組織的行使一般の黙認を禁止する義務へと広げられた<sup>(85)</sup>という。また、ニカラグア事件判決でも、ニカラグア領内からのエルサルバドル反政府勢力への武器の移送に関するニカラグアの責任について、注意の欠如はなかったと認定したという。以上の検討から、彼は領域内での黙認が保護義務違反（不作為による違法行為）となること、当該義務は相当の注意によって条件づけられると結論している<sup>(86)</sup>。

(3) 環境の保全

Pisillo-Mazzeschi は、学説を概観して、この分野においては、責任の内容がいわゆる適法行為による責任かそれとも違法行為による責任かについて、違法行為である場合に一次義務の内容は客観的な結果の義務なのか注意義務なのかについて学説は分かれているとし、彼自身は、一般国際法の内容はいわゆる越境損害防止義務、すなわち国家にそ

の管轄または管理下の活動が他国の環境または共通環境に損害をもたらしやしないよう監視する義務であるという見解をとる。判例では、Trail Smelter 事件仲裁判決が越境損害防止義務を確立し、国際司法裁判所のコルフ海峡事件判決及び Lanoux 湖事件仲裁判決が責任の内容が違法行為による責任であること、及び一次義務の内容が注意義務であることを認めている。また、外交実行や各種の条約、ストックホルム国連人間環境宣言の準備作業、様々な機関の文書が注意義務かつ違法行為責任としているという。

以上の検討から、彼は次のように結論づけている。第一に、環境保全に関する国家の責任は違法行為責任である。第二に、一次規則の内容は保護義務（防止及び処罰の義務）であり、相当の注意規則により条件づけられている。第三に、環境に関する義務に禁止義務は存在しない。すなわち国家自身の活動は禁じられていない。国際法は国家自身の活動に対しても環境に損害を与えないという結果ではなく、損害を与えないよう必要な措置をとることのみを義務づけている。ゆえに注意義務を課すことに合理性があるという。

また同様に、一次規則は使用の義務しか国家に課しておらず、所有の義務は課していないという。さらに、国家に求められる注意は国際的基準であって、客観的内容を有し、外国人保護の場合の「文明国」の一般的基準ではなく、科学的・技術的性格を有するとい<sup>(90)</sup>う。

#### (4) Pisillo-Mazzeschi の一般的結論

さて、以上の一次規則の検討から、Pisillo-Mazzeschi は「相当の注意」概念について以下の見解を示している。

##### (a) 注意の内容と性質

注意の内容が国内標準（内外人平等）か国際標準（国際最低基準）かの論争があるが、彼は、実定法（大多数の判

例)で認められているのは「相当の注意」という国際標準であつて、現存する手段の使用で足りるとする、あるいは国内事項及び自国民に関して通常払う注意で足りるとする「自己の物におけると同等の注意」ではないという立場をとる。それは、国内法の「善良な家父」の注意にほぼ等しい基準で、実行では、外国人保護の分野では「文明国」または「善良に組織された国家(Stato ben organizzato)」の基準、環境保全の分野では「一般に受け入れられた国際規則及び基準」として参照されているもので、国家に良い手段または最高の手段を用いることを求めるものであるという。相当の注意の性質が客観的か主観的かについては、実行は個々の国家機関または公務員の心理状態を参照せず、全体としての国家における客観的な行為基準であるとしている。この理由として、第一に、注意が心理的過失であれば注意の内容は「自己の物におけると同等の注意」でよいことになるが、実行が採用してきたのは「相当の注意」であること、第二に、国家の法秩序の複雑な構造は違法行為における単一機関の心理的態度の探求または証明を困難にすることを指摘する<sup>(91)</sup>。

(b) 相当の注意の作用する範囲

Pisillo-Mazzeschi は、「過失」が国家責任の一般的基準であるという主張を否定し、また相当の注意が不作為による違法行為(作為義務違反)の場合のみに関わる、あるいは私人の行為に関する義務違反の場合にのみ関わるといった主張を排斥する。不作為による違法行為というカテゴリは相当の注意の関わる義務の範囲より広いからであり、私人の行為に関わる義務のカテゴリに関しては、相当の注意は他の国際主体の行為にも関わり、私人の行為に関する義務でも「保護義務」の中の「所有の義務」は相当の注意を条件とせず、処罰に関する「使用の義務」のすべてに相当の注意が関わるわけではないからであるという<sup>(92)</sup>。

さらに、ILC第一読草案二三条の「防止の義務」の場合に相当の注意がその要素となるという主張についても、

注意を要する義務の範囲は防止の義務よりも広いこと、防止の義務でも相当の注意が関わるのは「使用の義務」だけであることを理由に否定する<sup>(93)</sup>。また、防止の義務と異なり、Pisillo-Mazzechiは、注意義務違反は有害な事態の発生を要件としないという。例えば、大使館への侵害の危険や環境に損害をもたらすおそれのある企業活動などの場合、危険が現実化しなくても、保護の措置の欠如により義務違反が発生し、加害国は当該違法行為を中止する義務を負うとしている<sup>(94)</sup>。

代わって彼が提示するのが、フランス、イタリアなどの国内法上の結果債務と手段債務の区別に対応する結果の義務と注意義務という国際義務の区別である。この二つの義務のカテゴリーの区別を正当化するのは、義務の履行を条件づける具体的な危険（リスク）の差異である。結果債務の場合義務の目的の実現に危険は存在しないのに対し、注意義務にあつては義務の目的の実現は不確定であり、結果の達成を絶対的に保障することはできない。国際法においても、相当の注意規則の発展を通して自律的に結果義務と注意義務の区別を發展させてきたと彼はいう。区別の根拠は義務の客観的な内容の差異であり、結果達成の蓋然性である。国際義務は、リスクの基準により、一方では他国への被害を回避することを保障する義務、他方で結果達成のためあらゆる努力をする義務に分類されるという<sup>(95)</sup>。

(c) 国家責任の性格

Pisillo-Mazzechiは相当の注意が持つ二つの機能を指摘している。一つは一次義務を特徴づける要素、義務の目的を決定する基準としての機能である。もう一つは、義務違反を評価するための統一的要素であり責任の基準としての機能である。ゆえに、相当の注意を一次規則の内容に解消してしまふAnzilottiの説は相当の注意が二次規範のレベルで統一的に作用するがゆえに誤りであり、相当の注意を責任の基準としてのみ把握する説も一次義務における機能を見落としているがゆえに正確ではないという<sup>(96)</sup>。

国際責任が客観責任か過失責任かについて、Pisillo-Mazzeschiは責任の一般的レジーム（結果の義務）は客観的であるが、その中で義務の性質に応じて特別の責任のレジーム（注意義務）が存在するという立場をとっている。この特別のレジームは、注意の欠如を責任の第三の要素ではないが責任の必要条件とするものである。このレジームでは、被害国は、加害国の側の注意の欠如、すなわち加害国が現実にとった行為と相当の注意規則が求める行為との不一致を立証しなければならない。結果義務違反の場合は結果の不達成を立証すれば、加害国に違法性阻却事由の挙証責任が課せられる。それに比べて注意義務違反は、被害国に不注意という立証のより困難な事由の立証を求めることで挙証責任を加重する。それによって義務を負う国の負担を緩和するものであり、被害国と加害国の間で衡平なリスクの分配を行うものであるとしている<sup>(97)</sup>。

以上がPisillo-Mazzeschiの見解であるが、基本的には相当の注意は特定の義務の内容であるとしたAnziottiの理論の延長線上にあるものと評価できる<sup>(98)</sup>。この見解には次のような批判が提起されている。第一は、結果の義務と注意義務の区別が実定法上確立されていることを疑問視するものである<sup>(99)</sup>。第二の批判は、「相当の注意」は彼の主張するような客観的な行為基準ではなく、心理的な「過失」または「不注意」であるというものである<sup>(100)</sup>。

### 3 Lefebvre の見解

Lefebvreは、環境損害に関する責任（liability）を考察した著書<sup>(101)</sup>の中で、環境保護に関する限りであるが国際義務の分類論に関する彼の見解を述べている。

Lefebvreは、違法行為責任の一般原則は厳格責任であり、過失は責任の要素ではなく義務の要素であるが、義務の

内容により、義務違反の成立が国家の義務履行のための努力に依存する「相当の注意義務 (due diligence obligation)」と、そのような努力とは無関係に違反が認定される「絶対的義務 (absolute obligation)」があるという。

この「相当の注意義務」は、「国家に、第三国の法的に保護された利益を公的または私的行為による侵害から防止するため立法、行政、司法的性質の「実効的措置」をとるよう求める」義務である。「実効的」とは意図された結果をもたらしうるような場合を意味する。この義務はとられるべき行動に焦点を当てる（その結果ではなく）。この義務の違反を認定するためには、この行動の実質が検討されなければならないという（その例として、大使館人質事件判決）。

相当の注意の概念は、様々な分野で違法行為責任の過酷な効果を和らげる手段として受け入れられ、特にその管轄または管理の下にある私人の侵害を防止するため行使すべき監督 (supervision) の程度を説明するのに適しているとされてきた。

ある義務が相当の注意義務か否かは、通常は当該義務の内容、趣旨及び目的から推論されるという。例えば、実質的な損害をもたらす越境環境汚染 (transboundary environmental interference causing significant harm) を防止し除去 (abate) するため適当な措置をとるよう求める義務 (彼は「質的環境基準」と呼ぶ) がそうである。<sup>(102)</sup> ストックホルム人間環境宣言第二一原則のように単に防止する義務を規定するだけの規則は相当の注意義務かどうかは不明であるが、準備作業を検討すれば相当の注意義務と結論でき、従ってこの文言が挿入されている多くの多数国間条約における同様の義務についても注意義務であると考えられる。また、学説の多数が認めるように、越境環境汚染を防止及び除去する慣習法上の義務もそのように解されるという。<sup>(103)</sup>

注意の程度については、(他の論者と異なり) 次のように論じている。スペイン領モロッコにおける英国人財産事

件判決は、国家は他国の利益を保護するために「自己の物におけると同等の注意」、すなわち自国の利益と同程度の注意をもって行為すべきであるとし、注意は他国が合理的に期待しうる程度を明白に下回ることにはできないと述べている。この判示は、注意は客観化された国際最低基準であること、同様の状況において「文明国」または「善良な政府 (good government)」が払ったであろう注意の程度であることを示唆している。しかし、同判決は、特定の事件で払われるべき注意の程度は、その使用が事件の状況に依存する利用可能な手段と保護される利益の性質との関数であるとしている。ゆえに、国家の有する手段に影響する発展の状態や地理的特質のような「主観的要素」が導入されることになる。また、注意の程度は社会的、経済的及び政治的価値により変化しうるので、ストックホルム国連人間環境会議以降重大な問題となった環境保護に関しては注意の程度は増大しているという。

なお、「実質的損害をもたらす越境環境汚染の防止及び除去の義務」の履行における注意の基準は、関連する手続的及び実体的義務からなる複合した義務（法的拘束力のないものも含む）により明確にされ、後者の義務を履行することが前者の義務の求める注意を払っていることの証拠とみなされるという。こうした「ソフトな」手続的・実体的義務の不履行が直ちに相当の注意義務違反となるわけではないが、以下の場合には注意義務違反を構成する。すなわち、一つは、「ソフトな」義務の違反が重大である場合、つまり越境環境汚染の発生に「ソフトな」義務の違反が関連する場合であり、もう一つは「組織的」である場合、つまり損害が潜在的で、影響を受ける国の注意喚起にもかかわらず原因国が「ソフトな」義務を履行しない場合であるという。<sup>(14)</sup>

以上が環境に関する相当の注意義務についての Leifer の見解であるが、絶対的義務については次のようにいう。国際環境法では絶対的義務は例外的である。その例として、協議などの手続的義務やタイムスケジュールを定めて汚染物質の排出を削減するといった「量的環境基準」を定める義務がある。「質的環境基準」すなわちそれ自体許容し



がたい活動を禁止する義務、特定の技術または製品の使用を命令または禁止する義務、「適当な措置」をとる義務などに關しては、規制のため立法管轄権を行使し及び国家の公的セクターが活動を行う範囲で絶対的義務であるが、活動が私的セクターで行われる範囲では相当の注意義務である。というのは、私人の行為をコントロールする義務は相当の注意義務だからである。また、「努力するものとする」(shall endeavour)「最大限可能な範囲で避けるものとする」といった文言が用いられていれば相当の注意義務となるという<sup>(105)</sup>。

なお、違法性阻却事由たる「不可抗力及び偶発事態」に關連して、次のように述べている点が注目される。不可抗力という阻却事由の存在は現行の違法行為責任の厳格さを緩和するものである。環境保護に關する義務においても、原因国が領域に対するコントロールを失っていた場合、越境環境汚染をもたらした管轄または管理の下の私人活動について不知であった場合、汚染が自然または人為的原因による偶発事故であった場合などが考えられる。絶対的義務であっても注意を払って行為したことを証明すれば責任を免れうる。不可抗力は絶対的義務の絶対性を侵食し、その可能性が相当の注意義務との区別をぼやけさせる。しかし、挙証責任という手続的差異により前述の区別は維持されているという<sup>(106)</sup>。

最後に、LeFebvreはILC草案(第一読)の「結果の義務」「行為の義務」「特定事態発生防止の義務」の分類論と「絶対的義務」「相当の注意義務」の分類との異同について次のように論じている。

まず問題になるのは、「防止の義務」と「相当の注意義務」の關係であり、「防止の義務」は「相当の注意義務」と同一であるとの指摘もあるが、ILC自身も認めるようにそうではない。相当の注意義務は防止の義務の目的である外在的事態の発生とは必ずしもリンクしない。相当の注意義務は、その違反があるとされるためには国家による当該義務の履行のための努力の評価を要するものである。逆に、防止の義務であれば相当の注意義務といえるかどうか。

防止の義務が違反の認定に国家の行為と事態の間の因果関係を要求していることを考えると、防止の義務は絶対的義務ではない。Ago自身は絶対的な防止の義務も存在しうるとしていた。Lefebberは、絶対的な防止の義務であれば、(違法性阻却事由に該当する場合を除き) 外在的事態の発生に対する保険のようなものになるであろうと述べる。

彼は、越境環境汚染を防止する義務は汚染という事態の防止が究極の目的であるが、これを「防止の義務」と考えるならば、実質的損害をもたらす越境環境汚染が現実には発生しない限り同義務の違反は認定されないことになる。それでは、環境を汚染にさらすような政策を採用しても違法ではないことになってしまふ。ゆえに、草案の規定する「行為の義務」と考えるべきである。例えば、越境環境汚染を防止するために「適切な措置をとる」よう国家に求める義務は、義務の究極の目的は防止することであるが、直接の目的は「適切な措置をとる」という行為である。<sup>(107)</sup> 汚染の発生を待たずとも、注意を払わない国家に対して行動 (action) することができる。

結局、LefebberはILCの義務の分類の適用は問題があるという。導入の目的は義務違反の認定を容易にするためであるが、環境に関して義務の分類は困難であること、違反の決定は一次規則の内容によるわけであり、この区別によって違反の決定と責任の基準の関係が不明確になるとして批判している。<sup>(108)</sup>

Lefebberの見解は、Pisillo-Mazzeschiの影響を受けつつも、環境に関する注意義務の性格及び環境に関する他の義務との関係などをより発展させたといえるであろう。

#### 4 Dupuyの見解

ILCでの議論を受けて、DupuyはILC草案(第一読)の義務の分類論についてコメントしている。その前にDupuyの基本的な立場をみておこう。<sup>(109)</sup>

Dupuy によれば、違法行為概念の単純化などの Anzilotti の実証主義的な客観責任の理論は学説及び判例において支持されているが、それには多くの原因があるという。一つは、責任の要件を行為の違法性及び国家への帰属とし、さらに違法性の決定にあたって国家の意図の具体的評価を排除することで証拠の提示を容易にするという運用上の有効性である。さらに、この理論の本質的利点は学説と実行の調和を許すことである。国家実行は国家が平等な主権にもなう自由を有するという観念にインスパイアされている。客観責任の理論は、意思主義、すなわち国家は自らが同意した規範に違反する行為にのみ責任を負うとするがゆえに主権を保護する理論であるという。

しかし、Dupuy はそれが過度な単純化であると批判する。すなわち、違法性を決定するためには国家の行為を決定した意図または動機を参照して、行為を具体的に評価することが必要であるという。一次規範の多くは行為の違法性を一定の動機または目的に依存させている。ゆえに、所与の状況における義務の尊重の有無の判断は動機の探求を経ることになる。このような当事国の意図や目的などが参照される一次規範として、彼は、外国人財産の収用の条件、侵略の定義、及び人権や経済の分野における無差別の原則を挙げる。さらに「悪意 (mauvaise foi または intention malveillante)」が参照された判例<sup>(10)</sup>や、権利の行使が競合する規範の尊重と両立しない動機に基づいてなされる場合<sup>(11)</sup>（いわゆる「権利濫用」）を挙げる。そして、Dupuy は「相当の注意」もまた主観的要素の考慮の例としている<sup>(12)</sup>。

Dupuy は、客観的義務違反としての違法行為は抽象的な定義で、現実の意図を考慮した違法性の具体的評価は、違法行為が一元的かつ絶対的な概念ではないことを示しているという。そして、国家の行為の違法性の評価は、適用可能な法規範の実質、国家の実際の行為の確認、当該行為が行われた具体的条件の評価（行為の国家への帰属と結びつく）の三種類のデータの照合 (confrontation) であるとしている。

以上を踏まえて、Dupuy の国際義務の分類についての見解を参照しよう。

Ago を特別報告者として進められた ILC の国家責任条文案案は、行為の帰属と義務違反という単純な責任の定義を採用し、責任の構成要素からの損害を除外し、責任の射程を外国人の保護から義務の違反全般へと広げたことで、被害国の特定という新たな問題に直面した。そこで、異なる賠償のカテゴリーに対応する義務の分類が必要になるが、Ago が提示した一次義務の分類のいくつかは第二部の法的レジームの別に対応して「ない」と Dupuy は問題提起する。<sup>(112)</sup>

Ago の行った「行為の義務」と「結果の義務」の別は、ローマ法諸国、特にフランスの法体系に見られるものであるが、Ago の意図したものはそれとはまったく異なるものである。ローマ法の伝統における「行為の義務（または手段の義務）」は、一定の結果の実現のために努力する義務であり、「結果の義務」は、具体的な結果を達成する義務である。両者の区別は義務の目的の実現に内在する不確実性の部分の大小に依存する。

Dupuy によれば、この国内法の区別を国際法に移入することには利点がある。それが慣習法に起源と実行を有する注意義務の分野に適合するからである。国家が領域内に位置する汚染源からの国際河川の汚染や外国または外国人に損害をもたらす領域内での私人活動などの一定の状況の発生を回避するため最善を尽くさなければならぬ状況、「より一般的には、領域管轄権 (compétence territoriale) の排他的かつ絶対的な行使が、コロラリーとして、それを享受する国家が『善良に統治された国家 (well governed State)』(ワシントン原則)、すなわちローマ法(及び民法典)の『善良な家父』の国家の等価物である『bona res publica』の要求するあらゆる注意を払うことになるあらゆる場合」に適用される。「相当の注意」の基準により、一方の国は、措置が講じられれば損害が防止しえたことを他方の国が証明すれば責任ありとされる。この概念の柔軟さは国際法のある部分の急速な発達(環境保護の分野で新たな注意の基準・ガイドラインが発達し慣習法化しつつある)に適合するという。<sup>(114)</sup>

Dupuy は、このような義務の区別についての Ago の理解は誤っていると指摘する。本来の意味における「行為の義務」は、相対的、柔軟でかつ変動している「行為の基準」である。Ago の「行為の義務」は、柔軟性ではなく、その内容の厳格な決定によって特徴づけられている。Ago の「行為の義務」が「相当の注意の義務 (obligations of due diligence)」とは相容れないことは、後者の義務が「防止の義務」(結果の達成を求める)とされていることから明白である。「結果の義務」についてローマ法と異なるのは、Ago が当該義務を代替的義務の行使(主に国内的救済に関する)によって責任発生を遅らせる可能性によって特徴づけたことである。Ago の区別の実質的問題は名称ではなく、それが意味するものである<sup>(15)</sup>。

そこで、Dupuy は本来の国内法の義務の区別をより正確に国際法に導入することを主張する。彼は、重要なのは本来の区別を再確認することであり、少なくとも次の二つの点で意義があるという。第一は「行為の義務」の真の射程であり、第二はこの義務の違反による責任が現実には発生する方法 (modus operandi) である。

まず第一点に関して。この義務の区別は相当の注意義務の違反による責任を正当に考慮するものであるという。当該責任は「防止の義務」を含む真の意味の「行為の義務」に該当する。強調されるのは現実の行為であり、第一読草案二三条の「一定の事態」という結果)ではない。古典的理解では、A国が損害を被った場合、その原因となった行為を検討し、それが注意の欠如であり、かつ当該欠如がB国に帰属するならばB国は有責とされる。例えば、大使館人質事件で国際司法裁判所は、イランが外交官に対する人質行為を回避するためあらゆる適切な措置を講じなかったことに慣習法上の相当の注意義務(外交関係条約に法典化された)の違反を認定した。考慮されたのは最善の努力をする義務の違反であって、結果が現実には達成されたことではない。「防止の義務」は行為の義務のサブカテゴリーと考えるべきであるという。

第二点に関して。義務の区別に応じて違反から生じる結果が区別されるならこの区別に意義があると Dupuy は指摘する。その例として、彼は、一九八五年にスイス領内の Sandoz 工場の事故によりライン川下流のドイツ及びフランスの領域が汚染された事件を例に挙げる。この事件に適用される規則は一九七六年のライン川化学汚染防止条約七条であり、これは行為の義務である。フランス及びドイツは、スイス政府が「あらゆる必要な立法及び行政上の措置」をとらなかつたことを証明することになる。問題になるのは、具体的事件において事故に照らしてのスイス政府の具体的行為（事故が起きる前の）であつて、「事態」すなわちライン川の汚染ではないという。

さらに、行為の義務と結果の義務の区別は、責任の時間的広がり（*momentum a quo*）の決定に有用であるという。行為の義務（防止の義務を含む）では、違反は国家の行為が要求された行動に合致しない時点からである。結果の義務の場合、例えば二〇〇一年一月一日を期して関税を撤廃する義務の場合、一月二日の午前零時から違反は成立するという。

結論として、Dupuy は、行為の義務と結果の義務の分類は意味のある分類なので、ただし防止の義務に関する条文は削除した上で、それぞれ「努力する義務」と「達成する義務」という正確な定式化の下に条文草案に導入されるべきであると主張している。<sup>(116)</sup>

### 三 まとめと国際義務の分類についての試論

#### 1 本章の議論のまとめ

本章では二種類の国際義務の分類論をみてきた。フランス法をはじめとする国内法における債務の分類論を国際法に適用は Ago が先鞭をつけ、「結果の義務」及び「行為の義務」に、さらに相当の注意義務として理解される「防止

の義務」を付け加えた分類がILC第一読草案二〇条から二三条までに結実した。しかし、それは国内法の義務の分類を正確に反映したものとは言いがたい。Ago及び第一読草案の採用した分類論は、国際法の履行のために国家に委ねられた国内的手段の選択の自由の有無という観点からなされたもので、このような観点自体は一定の意義がある。すなわち、国際義務が国家の持つ国内的手段を考慮して定立されており、その不履行を判断する際にも国内的手段を考慮することが必要な場合が多い(Combacauが指摘するように純粹に国際的平面のみで履行される義務もある)ということである。しかし、まったく文脈の異なる国内法の義務の分類論の名称をそのまま借用したことには問題があるように思われる。

Ago及び第一読草案の分類論の最大の難点は、Crawfordのいう「拡張された結果の義務」、すなわち当初の違反となるような行為があっても事後の同等のまたは代替的結果の達成により義務の履行が認められるという考え方である。多くの批判があるように、それは義務の正確な理解ではない。確かに、収用または国有化における補償支払の義務や「引渡ししか訴追か」の義務のような特殊な例はあるものの、自国民による外国人に対する犯罪を防止する義務と処罰する義務や、自由権規約の恣意的逮捕及び拘禁の禁止と賠償の支払義務などのように、一般的には事後の別の行為とは無関係に当初の行為で義務違反が発生したと考えるべきであろう。同じ人身への侵害であるのに、外交官の場合には直ちに違法となるが、市民の場合は事後に賠償が支払われるまで違法ではないというのは理解できない。

また、Agoが提唱した義務の分類論が実益を欠いているという点は、それが大きな理由となって最終草案では削除されたわけであるが、義務の分類論自体の妥当性そのものの難点ではないであろう。理論上または講学上の意義が残っているかもしれないからである。

他方で、Reuterはじめ、Pisillo-Mazzechiらの義務の分類論は、義務の履行の不確実性または履行に内在する危険

を基準として国際義務を分類することによって、義務違反の認定に「相当の注意」の介在する範囲を画定しようとするものである。この分類論では、「結果の義務」を絶対的義務として、「手段の義務（行為の義務）」を注意義務として理解する点で国内法の義務の分類論に忠実である。これは前章二で参照した Anziotti の見解（「過失」は一部の義務の内容に過ぎない）を発展させる（ただし、心理的な「過失」ではなく客観的な「相当の注意」とする点で、また厳格な客観責任説を採用しない点で Anziotti 説とは若干異なる）ものであると評価できよう。

ただし、Pisillo-Mazzeschi は例えば外国人及び外国の国家機関を保護する義務を避止義務と保護義務、防止義務と処罰義務、所有の義務と使用の義務というふうに細かくカテゴリー化してゆくが、このような細分化（特に所有の義務と使用の義務の区別）が実定国際法上も認められるかは疑問である。国際法の履行のために最低限必要な国家機構を所有する義務はむしろ注意義務の内容としてとらえる見解もある<sup>(17)</sup>。国際義務の履行のために適切な国内組織を所有してなくてはならないというのは、国内法の援用により国際義務の履行を免れることはできないという原則の適用であって、それ自体の違反が問題となったわけではない。他方で、従来一般的に私人の行為に基づく国家責任の文脈で語られてきた「相当の注意」が、国家自身の行為を対象とする場合（外国人に対する犯罪の容疑者を逮捕する場合や国家自身の活動に基づく越境汚染を差し控える場合）にも適用されるとの指摘は注目すべき点である。

この二種類の分類論において、それぞれ相当の注意義務として理解される「防止の義務」（Ago 自身は「相当の注意義務」とは一致しないとしていた）と「手段の義務」において、義務の構造の理解には違いがある。すなわち、前者においては防止すべき「事態」の発生があつてはじめて義務違反が発生するものに対して、Pisillo-Mazzeschi, Lefebvre, Dupuy らは、「相当の注意義務」は一定の処置を講じる義務であつて、想定された事態が発生する前であっても、必要な措置をとらないならば違法行為となると理解している（注意義務は「努力する義務」と説明されるが、「努



力」さえすれば履行したことになるのではなく、合理的に実行可能な範囲で一定の措置をとらなければならない<sup>(118)</sup>。Crawfordの「最善の努力を尽くす義務」も後者の分類論のいう注意義務の構造に近似しているが、越境汚染防止義務については彼は損害の存在が義務違反の要件であることを示唆し、この点に関して Leteberとは異なる立場である<sup>(119)</sup>。この問題については、「相当の注意義務」は措置をとる義務であると考へたい。環境汚染が発生するまで義務違反を追及できないというのではなく、その蓋然性が高い場合に予測される危険に比例する措置をとらなければ違法であり、関係国も義務の履行を要求できるというのが正確な義務の理解であり、そのように解する方が利点があるように思われる。

## 2 国内法における義務の分類論の内容

ここで、国内法における義務の分類論について確認しておく必要がある<sup>(120)</sup>。

フランス法は、不法行為責任の場合も債務不履行責任の場合も、損害、フォート (faute) の存在、及び損害とフォートの間の因果関係の三つを要件とする。フォートについては、学説により「先存する義務の違反 (manquement à une obligation préexistante)」<sup>(121)</sup>として客観的に定義された(一要件説)。しかし、通説は、この説の影響を受けつつも、フォートは客観的要件(行為の違法性)だけでなく主観的要件(行為の有責性)も必要とする説(二要件説)をとる。フランス法における「結果債務」と「手段債務(行為債務)」という債務の区別は、契約責任の場合のフォートをとるのようにして説明するかという観点から(客観説によって)なされたものであり、契約当事者が結果の確実な実現を約束したのか、それともその結果の実現のために努力することしか約束していないのかという「債務の範囲」また「債務の強度」による分類である<sup>(121)</sup>。

契約において債務者が「特定された債務 (obligation déterminée)」すなわち「明確に定められた結果」を約束した場合 (「結果債務」) は、債権者がその結果の不実現を証明すれば債務者はフォートありとされ、債務者は単なる「慎重に注意を尽くして行為したこと」(フォートの不存在) の立証ではなく、不可抗力または第三者もしくは被害者の行為といった外在的原因(本人の責に帰しえない原因)により履行できなかったことを証明しない限り免責されない。

他方、一定の契約債務 (「手段債務」) においては、内容が明確でなく、ゆえに債務の履行にあたって一定の結果を実現すべく慎重に注意を尽くすこと (民法典で規定された「一般的な分別と注意の義務 obligation général de prudence et diligence」) のみを義務づけている<sup>(122)</sup>。この場合、債権者は債務者が慎重に注意を尽くして行為したことを証明しなければならず、それによってフォートありとされる。なお、この一般的注意義務の内容は、複雑な社会関係のもとでは種々の状況の下で多様な具体的内容を持ちうる。そこで、「善良な家父」の注意 (注意深い責任感を有する平均人の注意義務、「抽象的軽過失」) を標準にして判定される。なお、手段債務の場合でも結果の実現の可能性がある場合には当該結果の実現に向けて行動することを義務づけられる<sup>(123)</sup>。

両者の債務の場合も、債務が存在する限り、その不履行はすべてフォートありとされることになる。「善良な家父の注意」は契約上のフォート一般の問題ではなく、債務の内容でしかない。手段債務において、債務不履行を立証するためには債務者の行為態様の具体的評価が必要になる。結果債務の場合、債務者の行為態様の評価は問題とされないが、それは債務者が結果の実現を約束したのであるから履行しないことそれ自体によってフォートがあることが明らかであると説明されている。

この債務の分類論は契約上の債務を越えた一般性を持つ<sup>(124)</sup>。フランスの民法学説によれば、債務不履行責任と不法行為責任に差異はない。契約上のフォートは不法行為法上のフォートと同一であり、契約外の義務の多くについては民

法典の規定する「一般的な分別と注意の義務」があてはまる。不法行為においても法令などにより特定された義務が課せられていれば、その違反が証明されれば加害者が注意を尽くしたとしてもフォートの存在が認められる。<sup>(125)</sup>つまり、法令上の義務を含めた義務全般に妥当する理論である。<sup>(126)</sup>

近年、このような結果債務と手段債務の二分論は相対化が指摘されている。債務の強度は当事者の合意により自由に決定できるからである。手段債務においては「加重された手段債務」(債務者に高度の注意義務を課す)や「緩和された手段債務」(債務者に「自己の物におけると同等の注意」などの軽度の注意義務しか課さない)<sup>(127)</sup>、結果債務においても「緩和された結果債務」(慎重に注意義務を尽くしたという「フォートの不存在」を証明すれば免責される)や「加重された結果債務」(不可抗力による免責も認めない)<sup>(128)</sup>が存在し、また両者の融合もあるという。さらに、ローマ法にあつては、悪意の存在を条件とする契約責任も存在したという。<sup>(129)</sup>

この債務の区別の実益としては、証明責任の分配と証明対象の確定という「訴訟実務的有用性」があるとされてきた。すなわち、結果債務にあつては、債権者は、結果の不実現を立証すれば、債務者の側でそれが不可抗力によることを立証しない限り、債務者のフォート(注意の欠如)を立証する責任を負わない。手段債務の場合、債務者の行為態様の評価に踏み込んで立証することが必要となる。なお、近時は「フォートの不存在」の証明責任を債務者に課す手段債務の類型も現れ、実用性はあまりなくなっているが、理論的ないし教育的意義はなお重視されているという。

### 3 国際義務の分類についての試論

そこで、このような国内法における債務の分類論は国際法にも適用可能であり、なおかつ一定の有用性を持つているように思われる。国内法の債務の分類論は、責任が「先存する義務の違反」に基礎を置き、義務の内容に応じて当

事者が証明すべき対象を確定しその証明責任を割り当てるといふ機能を持っている。国際法上の国家責任も、国際義務の違反を基礎においており、違反の認定のために、一次義務の内容に応じて、換言すれば義務の強度（義務履行の確実性）に応じて、当事者が証明すべき内容を決定しその証明責任を分配することができるのであれば有益である。実際、国際法においても様々な分野において注意義務が存在し、「相当の注意」としてある程度共通した内容を持っている。フランス法などの分類論の導入は、注意義務違反の場合における不可抗力との関係を整理することができる。すなわち、相当の注意を尽くしたとしたら義務の目的が達成できたであろう状況は、不可抗力の状況ではなかったことを意味する<sup>(130)</sup>。注意義務違反を被害国が証明できたならば、加害国に不可抗力の存在の証明を求める必要はない（もちろん加害国は義務の履行が不可能であったという主張をすることは可能であるが、それは不可抗力の抗弁ではなく相当の注意を払ったという否認の主張となる）。結果の義務の場合には、請求国が義務違反の存在を証明できたとしても、被請求国は不可抗力の事由の存在を証明して、違法性を阻却させることができる。

国際法において結果の義務と注意義務との分類論を採用する場合、なぜ国内法の契約責任の理論が不法行為責任であると観念される国家責任の制度に妥当するのかの説明が必要であろう。考えられるのは、両者の責任の構造的類似性である。すでに述べたように、国際法の国家責任は一次義務の違反を責任の基礎とし、フランス法の民事責任も「先存する義務の違反」を基礎とし、特に契約責任に関しては帰責の根拠を契約の拘束力に基づかせるので、ともに客観的な責任の体系であるといふことができる<sup>(131)</sup>。国際法では契約責任の制度が存在しない。国際条約の違反も国家責任（不法行為責任）の対象であり、すべて不法行為責任の制度に吸収されている。フランス法の理論も契約責任についての理論であるが、不法行為責任を含めた民事責任全般をカバーする理論である。

国内法における義務の分類論を国際法において用いるとしても、単なる指針ないしは理念型としての働きにとどま

るとすべきであろう。CrawfordがAgoの分類論について指摘したことがこちらの分類論にもあてはまるであろう。義務の分類論は「結果の義務」と「注意義務」の区別について何らの基準も示していない。それは一次義務の解釈に依存するからである。義務違反を決定するのは一次義務の内容と解釈である。また、一次義務の内容は多様であり、すべての義務が結果の義務・注意義務の二つのカテゴリーに分類されるとは限らない。注意義務についても注意の程度は様々に定められうる。フランス法と同様に、義務の区別が相対化される余地があるとみるべきであり、より細かな義務の分類も可能であろう。<sup>(132 a)</sup>

例えば、国際法においても「加重された結果の義務（不可抗力のリスクを引き受けた義務）」が存在しうるであろう。人権条約における「逸脱しえない権利」は不可抗力による違法性阻却を認めない趣旨であるとの見解がある。<sup>(133)</sup> 宇宙物体が地表にもたらした損害に対する打ち上げ国の無過失責任を定める宇宙損害責任条約二条についても同様の指摘がある。<sup>(134)</sup>

通常の「結果の義務」については、多くの一次義務がこれに該当するであろう。<sup>(135)</sup> 私法のアナロジーでいえば、禁止義務や給付の義務を定める義務は原則として結果の義務に該当するといえる。

一般的な「注意義務」、すなわち「相当の注意義務」（「善良に統治された国家」「善良な政府」に期待される程度の注意を払う義務）は、想定された事態の蓋然性（予見可能性）と合理的に期待される措置の実施可能性によって条件づけられた義務である（もつとも、Crawfordが「最善の努力を尽くす義務」に関して指摘したように、結果達成の蓋然性が高ければ注意義務も結果の義務に近づく）。私人の行為から在留外国人や外交使節を保護する義務及び越境損害の防止に関する義務はその典型的な例であろう。また、「適当な措置をとる」義務や「合理的な措置をとる」義務<sup>(136)</sup>は注意義務であることが多いと考えられる。<sup>(140)</sup> 条約締結時には義務の具体的内容を想定しえず、何が「適当」「合理」<sup>(139)</sup>

的」であるかは具体的状況の中で決定されることを意図していたと考えられるからである。<sup>(141)</sup>さらに、管轄または管理の下の私人の行為をコントロールする義務は、確実な義務履行が期待しえないから、一般に注意義務に該当すると考えられる。<sup>(142)</sup>

もちろん、注意の程度が「相当の注意」か、それより高度の注意か、またはより低い程度の注意かは慎重な検討が必要であり、一次義務の内容及び解釈によるであろう。例えば国連海洋法条約一三九条一項は、締約国が深海底における自国の活動（自国民その他の活動を含む）が深海底に関する条約第一一部の規定に従って行われることを「確保する義務を負う」と規定する。しかし、同部の規定の不履行による損害賠償責任について規定する同条二項但書で、締約国が所定の条項に定める「実効的な遵守を確保するための必要かつ適当な措置をとった場合には」責任を負わない旨規定する。ある見解によればこの義務は、被請求国の側で注意を尽くしたことの証明をすれば責任を免れる義務（いわば緩和された結果の義務）であると解される。<sup>(143)</sup>

緩和された注意義務としての「自己の物における同等の注意」を払う義務、すなわち国家が自国民または国内事項に対して通常用いるべき基準の注意義務の存在もア priori に排除すべきではないであろう。在留外国人に国家が与える保護の水準に関して、「国際標準主義」と「国内標準主義」の対立があったが、国際法上の義務であれば当然に「国際標準主義」であるとは限らない。それは個々の義務の内容及びその解釈に依存するのであって、一次規則は「相当な注意」と「自己の物における同等の注意」のどちらも参照することができると考えるべきである。<sup>(144)</sup>

「海戦ノ場合ニ於ケル中立国ノ権利義務ニ関スル条約」（一九〇七年ハーグ第一三三條約）八条及び二五五條は、中立国が自国国内における中立義務違反の防止のため「施シ得ベキ手段ヲ尽ス（employ the means at its disposal）コトヲ要ス」と規定したが、これはワシントン原則及び Alabama 号事件の「相当の注意」概念を否定する意図であったとさ

れる。緩和された注意義務の内容については議論があるが、「自己の物における同等の注意」と解する学説がある<sup>(145)</sup>。また、(二次規則というよりも一次規則に属するかもしれないが) 暴動や反乱による外国人の人身・財産の被害の防止及び処罰の欠如による領域国の責任については「自己の物における同等の注意」であるとされている。このような場合に、領域国が外国人に対して特別の注意を払うことは期待できないと考えられるからである<sup>(146)</sup>。もしこれらの義務が「自己の物における同等の注意」であるとすれば、抽象的な「善良に統治された国家」の基準ではなく、被請求国の具体的な能力や事情に照らして義務の履行の有無が判断されることになる。

さらに、フランス法の債務分類論には存在しないが、理論的には、最軽度の注意を課す義務よりさらに義務の強度の弱い義務として、違反の認定のためには、外形的に義務と両立しない行為の存在だけではではなく、違反の意図、動機、故意 (dolus)、悪意 (malice)、または不誠実 (bad faith) などの存在まで必要である義務を想定することができる<sup>(147)</sup>。例えば、いわゆる「裁判拒否」に関して、外国人に不当な判決が国際法違反となるためには、外国人を差別する「悪意 (in-will)」の存在が必要とする見解がある<sup>(148)</sup>。これは、国内裁判所の判決の実質的な再審査となることを回避するため判決が国際違法行為を構成する場合を厳しく制限し、単に外国人に不利な判決が下されただけでは違法とはならないという考慮によるものと考えられる<sup>(149)</sup>。他国の違法行為を援助する行為は援助国の意図が違法性の要件とされている<sup>(150)</sup>。Dupuyが指摘していたように、学説では、違反の認定にあたって故意の存在が条件であるとする義務として、権利濫用の禁止<sup>(151)</sup>、外国人財産の収用における公益性の要件<sup>(152)</sup>、外国人の恣意的追放の禁止<sup>(153)</sup>などが挙げられている<sup>(154)</sup>。

## 4 国際法における「帰責事由」と義務の分類論の意義

Pisillo-Mazzeschi は、「相当の注意」が一次規則の内容として義務を特徴づける機能を持つと同時に、義務違反を評価するための統一的要素、責任の基準としての二次規則の機能を持つことを指摘した。それは、「相当の注意」に限らず、「不可抗力」「自己の物におけると同等の注意」「意図」などのいわば「帰責事由」全般にいえることである。これらは義務違反の認定にあたっては、一次義務から独立して作用し、一次規則の内容には関係なく共通した内容を持つている。しかし、それらは一次義務の内容でもあり、その存在は一次義務の解釈によって導かれるものである（不可抗力による違法性阻却を許すまたは許さないということも義務の内容に含意されていると考えればであるが）。特に、注意義務の場合には、予見可能性と措置の実行可能性の枠の中で具体的状況に照らして措置された具体的な義務の違反を認定するという形で義務の内容と帰責事由が結びついている。

Pisillo-Mazzeschi や Dupuy も指摘するように、義務の分類論は、「義務の強度」に応じて様々に違反の要素を設定し、また当事者間におけるそれらの証明責任の分配に反映させている。「結果の義務」においては違法行為国の側に不可抗力の存在の举证責任が課せられている（もつとも強度の強い義務は不可抗力による違法性阻却も認めない）が、義務の強度が弱くなるにつれて、被害国の側の立証すべき内容が増え、客観的かつ抽象的基準の求める措置を加害国がとらなかったことの立証から、個別の被請求国の具体的な能力や事情に照らして通常払うべき注意を欠いていたことの証明へと証明責任は重くなり、もつとも弱い場合には加害国が現実に悪意または不誠実であったという証明の難しい事由の証明をしなくてはならなくなる。国際義務の分類論すなわち帰責事由は、それ自体実定法上確立しているとはいえないが、規範の定立の際に国家が注意を介在させたり、（妥協の産物として）あいまいな定式化を選ぶことなどにより義務の強度を自由に設定（調節）できるという一種の技術であり、またその技術の責任法のレベルにおけ



る表現に過ぎないといえるのではないだろうか。<sup>(155)</sup>

このように国際義務の分類論は「相当の注意」の妥当範囲をある程度説明することができる。しかし疑問も残る。国際義務の分類は義務の想定する状況によるものであり、「相当の注意義務」の多くは、ReuterやLefebvre, Dupuyらも指摘するように、領域内の私人の活動を規制する義務（いわゆる領域使用の管理責任）である。Pisillo-Mazzeschiの行った義務の分類を検討すると、「相当の注意」の介在は一次規則の分類によるのではなく、規則の適用される事案の状況によると考えた方がよいものもある。外国人の保護や武力不行使原則において、国家自身の行為は結果の義務、私人の行動の規制に関しては注意義務とされていることや、処罰義務において、容疑者の身柄が手中になれば相当の注意義務、身柄を拘束した後は結果の義務となるといった説明がそうである。国内法においてある債務が手段債務とされるのも、債務の内容である行為自体が確実な実施を期待しえないとの判断があるからであろう。「相当の注意」が事案の状況に応じて介在する余地はないのか検討する必要がある。また、国家責任が「客観責任」か「過失責任」かという本稿のテーマに答えるためには、注意義務の注意の程度、「相当の注意」の内容——本章で参照した論者の見解は必ずしも一致しない——を吟味する必要がある。

(1) 国際法学者による研究として、J. Combacau, Obligations de résultat et obligations de comportement: Quelques questions et pas de réponse, in *Mélanges offerts à Paul Reuter*(1981), p. 193; *ibid.*, La responsabilité internationale de l'État, in J. Combacau and S. Sur, *Droit international public*, 5th ed.(2001), pp. 548-549; B. Conforti, Obblighi di mezzi ed obblighi di risultato nelle convenzioni di diritto uniforme, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 24(1988), p. 234; R. Pisillo-Mazzeschi, "Due diligence" e *responsabilità internazionale degli stati*(1989), pp. 391-395; E. Wyler, *L'illecité et la condition des personnes privées*(1995), p. 24; P.-M. Dupuy, *Reviewing the Difficulties of Codification: On Ago's Classification of Obligations of Means and Obligation of Result in Relation to*

State Responsibility, EJIL, vol. 10(1999), p. 371.

- (2) R. Ago, Sixth Report on State Responsibility, *ILC Yearbook*, 1977, vol. 2, part 1, p. 4, paras. 1-3.
- (3) *Ibid.*, pp. 6-7, 14 and 15-16, paras. 8, 30 and 33.
- (4) Ago 草案二〇条 *ibid.*, p. 8, para. 13.
- (5) *Ibid.*, p. 8, para. 14.
- (6) 例として挙げるのは、国際動産売買統一法に関するハーグ条約、国際私法に関するハーグ諸条約及びILO条約(五五号、一一二号、一二二号、一二三三号条約など)のほか、一九五五年の「独立民主オーストリアの再建に関する国家条約」(UNTS, vol. 217, p. 223) 一〇条一項(条約に規定する原則の国内立法化並びに原則に反するナチ時代の立法及び行政措置の改廃を義務づける)、人種差別撤廃条約二条一項(c)(人種差別の効果をもつる法令の改廃義務)などである。
- (7) 例として一九六八年のブリュッセル条約、ほかに平和条約における捕獲審検所の決定を改訂する義務を挙げる。
- (8) Ago は、立法上の不作為の例としてオーストリア国家条約一〇条一項の規定する一定の法律を維持する義務、行政上の不作為としてウィーン外交関係条約における外交公館の不可侵や外交官の身体の不可侵、一般国際法上の警察や軍隊による外国の領土不可侵の義務、一部分の領域において軍隊を維持または集結させない平和条約上の義務、司法機関に関しては主権免除や一定の紛争において裁判権を差し控える義務(外国仲裁判断の承認及び執行に関するニューヨーク条約や外国における訴訟係属中の裁判手続の中止を義務づける国際条約)を挙げる。
- (9) Ago, Sixth Report, pp. 5-7, paras. 5-6.
- (10) *Ibid.*, pp. 8-9, paras. 14-16.
- (11) 例として、欧州経済共同体設立条約一八九条(現・欧州共同体設立条約二四九条、欧州共同体の指令は達成すべき結果について加盟国を拘束するが形式及び手段に関しては国内機関に委ねているとする)。
- (12) 人種差別撤廃条約二条一項(人種差別を撤廃する政策などを「すべての適当な方法により」とることを締約国に義務づける)、ウィーン外交関係条約二二条二項(接受国は外交公館の不可侵を保護するため「適当なすべての措置を執る特別の責務を有する」)など。
- (13) 欧州人権条約、ILO条約、最恵国待遇、外国人保護に関する義務(条約及び慣習法上の)を挙げている。
- (14) Ago, Sixth Report, pp. 9-10, paras. 17-18.
- (15) *Ibid.*, pp. 10-12, paras. 19-22. <sup>59</sup> Ago はこのような趣旨から、国内的救済の完了は、「結果の義務」である外国人の待遇に関する

る義務の違反の条件であるところ、立場をとった。Ago 草案二二条 (第一読草案二二条) 参照。Ibid., p. 20, para. 47. なお、この点に  
 関して、加藤信行「国内的救済原則の法的性格と「複合行為」」国際法外交雑誌九〇巻六号(一九九二)一頁。

(16) 当初の行為を事後的に埋め合わせることができるための条件は、①義務自身が文脈や趣旨及び目的からの推論により、結果に合致  
 しない状況が創出されたあとでも結果を達成する裁量を国家に与えていること、②当初の行為により結果が事実上達成不可能となっ  
 ていないこと(例えば、外交公館不可侵の義務のように当初の行為により侵害が発生すればもはや回復は不可能である)、③国内法  
 体系において事後の結果達成を不可能にしていること(ある国内機関の行為を他の機関が取消することができないならば事後の達成  
 は不可能である)である。以上の条件は Ago 草案の二二条二項に定式化されている。Ago, Sixth Report, pp. 18-20, paras. 40-46.

(17) Ibid., p. 12, para. 25.

(18) Ago, Seventh Report on State Responsibility, ILC Yearbook, 1978, vol. 2, part 1, p. 32, paras. 1-2. Agoによれば、防止の義務は草  
 案の作業にすでに登場したことがあるという。一つは、ILCが損害は国家責任の要素ではないとした際である。つまり、例えば第  
 三者による有害な行為から大使館を保護する義務においては、保護のための注意の欠如に加えて一定の有害な事態の発生が責任の成  
 立に必要なものであるけれども、そのような「外在的事態」の発生は義務違反の要素に含まれると結論づけた際にある。もう一つは、私  
 人の行為に対する国家責任の文脈において、私人の行為は国家に帰属しない外在的事態であるが、当該事態の発生により、義務違反  
 を構成するものとしての国家の行為を検討する可能性が生じるとした際であるという。Ibid., pp. 32-33, paras. 4-5.

また、Agoによつて「純粋な行為の不法行為 (délits de pure conduite)」と「事態の不法行為 (délits d'événement)」を区別すること  
 を提唱していた。すなわち、不法行為には国家の行為によつて違反が生じる場合だけでなく、敵国の病院の爆撃や大使館への個人の  
 攻撃のように外在的事態によつて違反が生じる場合があるという。これらの事態は国家の行為(爆弾の投下や大使館保護の不注意)  
 の結果であるので不法行為が国家の行為から生じるという命題は維持される。またこのような不法行為の区別は個人の行為からの保  
 護、行為の監視または防止義務において重要であるところ。Ago, Le délit international, Recueil des cours, vol. 68(1929-II), pp. 447 and  
 499.

(19) Ago, Seventh Report, pp. 32 and 33-35, paras. 3 and 6-13. Agoが実行として参照しているのは、私人及び叛徒その他による外国人  
 の人身及び財産に対する損害に対する国家責任に関するハーグ法典編纂会議での議論と、私人による外交公館及び外交官への被害に  
 関する外交実行である。なお、外交実行では派遣国が被害が現実に発生する前に接受国の保護が不十分であると要求した事例がある  
 ことを記している。

- (20) *Ibid.*, pp. 35-36, paras. 14-16. Ago 草案二二条は「一定の事態を防止することを国家に要求する国際義務の違反は、国家の側の防止の欠如に基づいて当該事態が発生しない限り、存在しない」とする。
- (21) Ago, Sixth Report, p. 8, para. 12.
- (22) *Ibid.*, p. 8, n. 27.
- (23) Reuter (*ILC Yearbook*, 1979, vol. 1, p. 14, para. 6), El-Erian (*ibid.*, p. 15, para. 9) 及び Vallat の発言 (*ibid.*, para. 14)。学説でもそのように捉えるものがある。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. 258.
- (24) *ILC Yearbook*, 1979, vol. 1, p. 10, para. 5 and p. 18, para. 36.
- (25) Ago, Sixth Report, p. 12, para. 23.
- (26) *Ibid.*, Seventh Report, pp. 35-36, para. 15.
- (27) *ILC Yearbook*, 1977, vol. 2, part 2, pp. 12-13, paras. 1-5.
- (28) *Ibid.*, 1978, vol. 2, part 2, p. 81, para. 1.二三条も「国際義務が国家に求める結果が一定の事態の発生を自らの選択により防止することにある場合、採用された行為によって国家が当該結果を達成しなかった場合にのみ当該義務の違反が存在する」と規定し、防止の義務が結果の義務の一部であることが明示されている。
- (29) ILCが挙げるのは、自国内における他国への破壊活動を目的とした運動を禁止しなければならない義務、衝突を防止するため船舶または航空機の航路を指定することを求める義務、海洋及び沿岸の汚染を防止するためタンカーによる石油排出を規制する義務などである。*Ibid.*, p. 81, para. 2.
- (30) *Ibid.*, p. 81, para. 2.
- (31) ILCが「結果の義務」としての「防止の義務」の例として挙げるのは、自国内で他国の国民が群集から危害を受けないよう確保する義務、外交関係条約に定めるような外交使節団の公館及び外交官の人身を危害から保護する義務、国境河川が人工的に汚染されないよう確保すること及び国境の河岸及び湖岸への損害を防止することを求める義務（「ノルウェー・ソビエト協定」一四條）、航行、灌漑及び水力発電のための水路の使用が人の行為または自然現象によって妨げられないよう確保する条約上の義務、土木建造物(civil engineering works)の建設による当事国の湖水規制の妨害及び湖岸への損害を防止する義務（Lugano 湖の規制に関する一九五五年九月一七日

- のイタリア・スイス条約」一〇条) などである。 *Ibid.*, pp. 81-82, para. 3.
- (32) ILCによれば、「事態」は一般には有害な結果(損害)であるが、あらゆる事例でつねに損害が生じるわけではないとして、人身への攻撃の例を挙げている。
- (33) *Ibid.*, pp. 81-82, paras. 3-4. 「個人または第三者」が「一定の行為に従事すること」または「自然にまたは人工的に発生したかを問わず(洪水または汚染のような)災害」であるとも述べている。
- (34) 独自の視点からILCの分類論を発展させたものとして、村瀬信也「国際紛争における「信義誠実」原則の機能」上智法学論集 三三巻三号(一九九五)二〇〇頁。
- (35) Combacau, *Obligations de résultat*, pp. 201-203. 同旨、Conforti, *op.cit.*, p. 235. Sternも、国際法ではフランス法の義務の区別が伝統的に用いられてこなかったこと及びILC草案では意味が異なっていることを批判している。B. Stern, *Responsabilité internationale*, in D. Carreau(ed.), *Repertoire de droit international*, 2nd ed.(1998), vol. 3, p. 10.
- (36) J. J. A. Salmon, *Le fait étatique complexe: une notion contestable*, AFDI, vol. 29(1982), pp. 724-725.
- (37) J. Crawford, *Second Report on State Responsibility*, A/CN.4/498(1999), paras. 57-58 and 89.
- (38) Dupuyも、国連海洋法条約二〇四条一項のように国際的平面での協力を規定する場合、分類に困ると指摘している。P.-M. Dupuy, *Le fait générateur de la responsabilité internationale des états*, *Recueil des cours*, vol. 188(1984-V), p. 50.
- (39) 彼が例として挙げるのは、当局に外交官や外交公館の侵害を禁止する義務(不作為義務にみえるが、実際には立法など積極的措置をとる)を求めている)や、ECの指令(結果の義務であるが、加盟国の行為を狭く条件づけている)などである。Combacau, *Obligations de résultat*, pp. 200-201.
- (40) Salmon, *Le fait étatique*, pp. 726-727. また、Dupuyは、多くの国際義務で達成すべき結果と履行すべき方法が結合または混在している、例えば、国連海洋法条約一九四条二項は達成すべき目標と履行すべき方法の両方を定めているので、どちらに分類すればよいのか困ることになるという。Dupuy, *Le fait générateur*, pp. 49-50; *ibid.*, *Reviewing*, p. 376. さらに、Tomuschatは、ILCが外交関係条約二二条一項の義務を行為の義務、同条二項の義務を結果の義務としたことについて、両項に差異はなく、逆に二項の方が国家自身の行為が対象ではないので義務の負担が重いという。C. Tomuschat, *What is a 'Breach' of the European Convention on Human Rights?*, in *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe, Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol. 3(1994), pp. 325-326. Wylterも「結果」「行為」「事態」といった概念のあいまいさ、「結果」と「損害」の関係の不明確さを指摘し、分類の困難な規

則の例として欧州人権条約一二条を挙げている。Wyller, *op.cit.*, pp. 30, 34, 141 and 144.

- (41) なお、ConfortiによるILCの義務の分類論への批判は、具体的な違反なしに抽象的に国家が責任を負うことは実行では認められないというものである。彼によれば、国家の責任は国際規範が立法、司法、行政の具体的手段の採用を指示しているか否かということから発生するのではなく、国際法に違反する法令は具体的に適用されてはじめて責任が発生するという。このことは国際法が政府権力の実効的かつ具体的な行使を規律する法であることから認められるという。唯一の例外はILCが行為の義務の例とした統一法条約であり、締約国が条約の定める規範を採用しなかったことよってのみ責任が生じ、規範を具体的に適用しなかったという事実からは責任は発生しないという。Conforti, *op.cit.*, pp. 237-238.

- (42) *Prosecutor v. Furundzija*, Case No. IT-95-17/1-T(1998), para. 150.

- (43) Crawford, *op.cit.*, paras. 77-80. Tomuschatは、人権に関する国家の義務で重要なものは差し控える義務と保護する義務の差異、自由権に関する義務と社会権に関する義務の差異であって、ILC草案の義務の区別はこれらの差異を適切に反映していないと批判している。Tomuschat, *op.cit.*, pp. 334-335.

- (44) ECHR, series A, vol. 89(1985). この事件で裁判所は、欧州人権条約六条一項の義務が手段の選択に裁量を認める義務であるとした。
- (45) ICJ Reports, 1989, p. 15. Schwebel 裁判官の反対意見は、イタリアのパレルモ市長によるELSIの徴用の合法性について、米伊通商条約追加協定一条の規定する、他方の締約国の企業に対する「恣意的または差別的措置」の禁止は結果の義務であること、徴用（一条に違反する恣意的措置）後の行政及び司法手続において徴用の結果を、徴用がなかったら存在したであろう状態にまで解除しなかったがゆえに、一条の違反が存在することを指摘した。Ibid., pp. 117 and 121. しかし、判決は、ELSIが債務超過によってその資産へのコントロールを喪失していたことを指摘して、パレルモ市長の措置は恣意的ではないと判断した。

- (46) Award No. 590-A16(IV)/A24-FT(1998). アルジェ協定中の一般宣言の一般原則Bで、米国裁判所に係属するイランを被告とする訴訟を終了させることが合意され、米国はイラン・米国請求権裁判所が管轄権を有しないと決定した場合を解除条件として当該訴訟を停止する措置をとったが、イランがこの措置が宣言の不履行であると訴えた。米国はこの措置が米国の法体系内で現実にとりうる唯一の可能で適切な措置であると主張した。裁判所は、宣言に規定する義務が結果の義務であると判示し、宣言の文言を厳格に解釈するのではなく、米国が義務履行のために選択した手段が宣言の趣旨及び目的に反するものであるかを確かめなければならず、その答えは事実の証拠の中にあるとした。Ibid., para. 99.

- (47) Crawford, *op.cit.*, paras. 60-68. 同書 Tomuschat, *op.cit.*, pp. 332 and 335. なお、Crawfordは参照していないが、第一読草案の義

- 務の分類論を参照するものに、旧ユーゴ国際刑事裁判所の Blaskic 事件上訴裁判部判決（一九九七）がある。同裁判所がクロアチアの国防大臣に対する文書提出命令（subpoena duces tecum）を発給できるか否かの議論の中で、裁判所は、諸国に裁判所への協力及び援助を義務づける裁判所規程二九条は、ILC 第一読草案二二条一項にいう「結果の義務」であり、国家は義務の履行に責任ある者を特定することによって選択権を有するとした。Prosecutor v. Blaskic, Case No. IT-96-14-AR108bis(1997), para. 43. Cf. Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project, ICJ Reports, 1997, para. 135.
- (48) Crawford, *op. cit.*, paras. 88-92. 同旨 Wylter, *op. cit.*, pp. 23. Wylter は義務の区別が賠償の形式にいかなる影響も及ぼしてないことを指摘している。Ibid., pp. 144-145.
- (49) Combacau, Obligations de résultat, pp. 190-192.
- (50) 違法行為が複数の機関の複数の行為からなる「合成された行為」である場合（例えば裁判拒否）もあるという。
- (51) 正当な収用の条件をみたしていない収用の場合の（違法行為の結果である）賠償義務との関係では「並列的義務」となるという。Salmon, *Le fait étatique*, p. 731.
- (52) Ibid., pp. 727-731. 彼は、国際義務は「単純な義務」「選択的義務」「並列的義務」に分けられるという。「選択的義務」は、「引渡か訴追か」の義務のように二つの義務の間の選択が認められる状況で、どちらの選択肢も履行しない場合はじめて義務違反となる。「並列的義務」では、二つの義務は対象を異にし重畳的に義務づけられるという。そこで、一次規則に賠償（補償）義務の規定がある場合にそれが一次義務なのかそれとも違法行為への制裁としての賠償義務なのかは、個別事例毎に条約または慣習法規則の内容を検討することが必要であると指摘する。「単純な義務」の例としては正当な収用または国有化の場合の補償支払義務や「絶対的必要」により没収または破壊した中立国の海底電線に対する補償（ハーグ陸戦規則五四条）の例を挙げ、「選択的義務」の例としては国連総会決議一九四（III）の一項を挙げる。「並列的義務」については、ハーグ陸戦条約三条の賠償義務、公海条約二〇条に規定する海賊船または海賊航空機であるとの十分な根拠なしに行われた拿捕への賠償義務、同じく公海条約二三条七項の違法な追跡権行使に対する賠償義務を挙げ、これらは違法行為に対する賠償義務を定めるもので、賠償支払の有無に関係なく当初の行為によりすでに義務違反が発生しているという。Ibid., pp. 731-733.
- (53) A/CN.4/488(1998).
- (54) Crawford, *op. cit.*, paras. 69-75 and 88. また Dupuy も、自由権規約九条に関する Ago の説明は、恣意的拘禁及び逮捕は違法ではないとすれば九条一項の明確な意味に反し、違法であるが責任は生じないとすれば国家の責任は義務違反から生じると規定する国家

責任条文案一条に反することになると批判する。ゆえに、両者は別個の義務であり、恣意的逮捕または拘禁はそれ自体で国家の責任を生じさせるとしている。Dupuy, *Reviewing*, p. 383.

(55) *Ibid.*, paras. 85-87.

(56) Crawford の提案により不可抗力の条文に、新たに不可抗力によって生じた事態のリスクを引き受けていた場合を例外とする条文が設けられた(最終草案二四条二項(b))。

(57) Crawford, *op.cit.*, para. 90.

(58) もっとも、Crawford は二〇条以下を削除するにはためらいを覚えるとも述べ、区別の一定の有用性を認めて括弧に入れた単一の条文を提案している(義務の区別の有用性とは、この区別が通用していること、いくつかの事例で違反時点の決定などの価値を有すること、義務違反に関する事項における国際法の概念的枠組が相対的に乏しいことである)。彼が括弧に入れて提案した条文(二〇条)は以下のようなものであった。

「二〇条 行為の義務と結果の義務

一 国家に特定の行為の採用を求める国際義務は、その国家が当該行為を採用しない場合違反がある。

二 国家に特定の結果をその選択する手段により達成または防止することを求める国際義務は、その国家が採用した手段により当該結果を達成または防止しない場合に違反がある。」

Crawford は、防止の義務は結果の義務と同様に扱うとして旧二三条を削除したこと、特定の義務が行為の義務であるか結果の義務であるかは一次規則の解釈によるものであること、義務が両方に該当する可能性は排除されないこと、括弧に入れるのはそれが一次規則の分類に関係し条文案の枠内でどのような結果を有するかが不明であるからであることを説明している。*Ibid.*, para. 156.

(59) なお、萌芽的ながら先駆的見解とされるものとして、L. Srisower, *Rapport sur Responsabilité internationale des Etats*, AIDI, vol. 3 (1927), p. 469 ; S. Romano, *Corso di diritto internazionale*, 4th ed.(1939), p. 282.

(60) P. Reuter, *Principes de droit international public*, *Recueil des cours*, vol. 103(1961-II), pp. 471-472. 国内法にも同様な状況があり、例えば大企業間や労働組合の分野での取決めが例として挙げられている。

(61) *Ibid.*, p. 472.

(62) *Ibid.*, pp. 473-474.

(63) *Ibid.*, pp. 474-475.



- (64) P. Reuter, *De l'obligation de negocier, Comunicazioni e studi*, vol. 14(1975), p. 731(reprinted in *ibid.*, *Le développement de l'ordre juridique international*(1995), p. 251).
- (65) Reuter, *Principes*, pp. 597-598. なお、外に考慮されているのは権利濫用及び中間的行為 (*comportement moyen*) である。権利濫用については権利の行使方法、権利の目的または他国の権利に配慮する方法に関して留保のある権利として理解されること、中間的行為が軽微な違反に関して違法であっても責任の発生を認めない規則は、その違法性を訂正しうる上級機関や裁判所が存在する国内法体系では存在しうるが、国際社会ではその存在を認めがたいことを述べる。さらに、彼は意図についても議論している。行為は動機なしに行われえないものであって、意図が行為の違法性の表明に無関係ではありえない。行為の違法性の決定は外形的要素のみを考慮している場合が多く判決には明示されることはないが、心理的要素を含んでいる場合には裁判官がまったく言及しないわけにはいかないという。また、外国人、少数者、人権の分野における平等待遇の規則の場合にも同様であるという。 *Ibid.*, pp. 599-602.
- (66) *Ibid.*, pp. 598-599.
- (67) P. Reuter, *Droit international public*, 8th ed. (1983), pp. 256-259.
- (68) Combacau も、フランス法における手段(行為)の義務と結果の義務が国際法に移植されていて、違法行為の成立 (*constitution*) の方式に関して意義があることを指摘する。結果の義務は、被害者が損害を受ければ、国家がその防止のために持っていた手段の有無やその行使の有無とは無関係に違法行為が成立する。手段の義務は規範の起草者が定めた結果を達成するため正当に期待しえたあらゆる努力をしなかった場合にはじめて違法行為が生じる。これは「注意の義務 (*obligation de diligence*)」の分野であるという。Combacau, *La responsabilité*, p. 549. 具体的に「注意の義務」であるとされるのは外国人の待遇に関する領域国の義務の一部である。当該義務は不作為義務と作為義務に分かれ、作為義務(外国人を自国民の有害な行為から保護するため警察及び司法の公的役務を組織し機能させる義務)は、さらに行政的手段を行使する義務と司法的手段を行使する義務に分かれる。行政的手段については、外国人(外国の代表を含む)が私人の行為により特別に被ることが合理的に予見される損害を防止するため当該手段を用いなければならぬとされ、これは「注意の義務」の明白な事例の一つであると述べる。 *Ibid.*, p. 377. また、別の箇所では、私人を含む第三者の行為に対する責任は国家の不作為による「注意の義務」の違反であり、国家機関以外の存在による有害な行為については、注意の欠如、すなわちその発生を防止するために及び発生を許す物理的手段を当該第三者から奪うためにその権限を用いなかった範囲で責任を負うと述べている。 *Ibid.*, pp. 540-541.
- (69) 「相当の注意義務 (*due diligence obligations*)」と「絶対的義務 (*absolute obligations*)」とこの用語を用いている。 R. Pisillo-Mazzechi,

International Obligations to Provide for Reparation Claims?, in A. Randelzhofer and C. Tomuschat(eds.), *State Responsibility and the Individual* (1999), p. 158.

- (70) 彼の主著は‘Pisillo-Mazzeschi, “Due diligence” e responsabilità. その内容を要約したものとして’ *ibid.*, The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States, GYIL, vol. 35(1992), p. 9.
- (71) *Ibid.*, “Due diligence” e responsabilità, p. 195; *ibid.*, Due Diligence Rule, p. 22.
- (72) *Ibid.*, Due Diligence Rule, p. 23, nn. 40-43. なお、国家機関の権限踰越の行為、及び他の国際法主体の機関であって領域国の排他的コントロールの下にある機関の行為も避止義務の範疇に入るとしている。*Ibid.*, “Due diligence” e responsabilità, pp. 214 and 276.
- (73) 例えば、Sambiaggio 事件イタリヤ・ベネズエラ混合請求委員会判決 (RIAA, vol. 10, p. 524) や Youmans 事件米国・メキシコ一般請求委員会判決 (一九二六) (*ibid.*, vol. 4, p. 114) など。Pisillo-Mazzeschi, “Due diligence” e responsabilità, pp. 206-208.
- (74) *Ibid.*, “Due diligence” e responsabilità, p. 208; *ibid.*, Due Diligence Rule, p. 24
- (75) *Ibid.*, “Due diligence” e responsabilità, p. 231; *ibid.*, Due Diligence Rule, p. 26.
- (76) 例として挙げられているのは、国際法上の義務の履行を免れるために国内法を援用することはできないとした常設国際司法裁判所のポーランド国民の待遇に関する事件 (PCIJ, series A/B, no. 44, p. 24)。<sup>7</sup> 国家は国際義務の実施を実効的にする手段を持つべきであるとした Montijo 事件仲裁判決 (A. de La Pradelle and N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. 3(1872-75), p. 651)。<sup>8</sup> 国家は領土内において国際法の要求する一定の水準の秩序を保つ義務があるとした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. 615)。<sup>9</sup> Kennedy 事件米国・メキシコ一般請求委員会判決 (一九二七) (*ibid.*, vol. 4, p. 198)。<sup>10</sup> Venable 事件同委員会判決 (一九二七) (*ibid.*, vol. 4, p. 229) のほか、「国家は、通常の条件の下で、国際法及び条約上のその義務の履行のため適切な政府機構を維持する義務がある」とする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」(以下、ハーバード条約案) 四条 (AMIL, vol. 23(1929), supplement, p. 133) などである。また、国際司法裁判所の大使館人質事件 (ICJ Reports, 1980, p. 3) ではイランは攻撃を防止する手段を有していたがそれを用いなかったとされ、これも所有の義務と使用の義務の区別を明確にするものであると見う。Pisillo-Mazzeschi, “Due diligence” e responsabilità, pp. 231-234.
- (77) 私人の行為については Healey 事件仲裁判決 (F. K. Nielsen, *American-Turkish Claims Settlement*(1937), p. 391) 及び Wipperman 事件米国・ベネズエラ請求委員会判決 (J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*(1898), vol. 3, p. 3033)。<sup>11</sup> 群集、暴動または騒乱による被害については Youmans 事件判決、Noyes 事件米国・パナマ一般請求委

- 員会判決(一九三三)(RIAA, vol. 4, p. 311)‘スペイン領モロッコにおける英国人財産事件判決、大使館人質事件判決、叛徒及び革命団体の行為についてはHome 伝道教会事件米英仲裁裁判所判決(一九二〇)(*ibid.*, vol. 6, p. 42)‘Sambiaggio 事件判決が例として挙げられている。Pisillo-Mazzeschi, “Due diligence” e responsabilità, pp. 234-238; *ibid.*, Due Diligence Rule, pp. 27-28.
- (78) *Ibid.*, “Due diligence” e responsabilità, pp. 240-241; *ibid.*, Due Diligence Rule, pp. 28-29.
- (79) *Ibid.*, “Due diligence” e responsabilità, pp. 241-253; *ibid.*, Due Diligence Rule, pp. 29-30. 彼は多数の判決を挙げているが、直接に結論をインスパイアしているのは、防止と逮捕については相当の注意を参照しつつ、容疑者の逮捕後の拘留の欠如には参照しない一九六一年のSohn 及びBaxter のハーバード・ロースクール条約案二三条(F. V. García Amador *et al.*, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*(1974), pp. 234-235) であるように思われる。
- (80) Pisillo-Mazzeschi, “Due diligence” e responsabilità, pp. 253-254; *ibid.*, Due Diligence Rule, p. 30.
- (81) *ICJ Reports*, 1986, p. 14.
- (82) Pisillo-Mazzeschi, “Due diligence” e responsabilità, pp. 297-306; *ibid.*, Due Diligence Rule, pp. 31-32.
- (83) *Ibid.*, “Due diligence” e responsabilità, pp. 306-329; *ibid.*, Due Diligence Rule, pp. 32-34. なお、彼は「侵略」と武装集団の行為の帰属とを区別して扱う見解を示している。すなわち、国家から援助を受けた私人の集団による攻撃は、国家のコントロールの存在により当該国家に帰属する場合は、「侵略」の要件をみたす限りで、(直接) 侵略に該当し、帰属しない場合でも、援助が武器供与などの軍事的援助であれば武力不行使義務違反、さらに「実質的関与」にいたればいわゆる「間接侵略」を構成するとした。
- (84) Moore, *op.cit.*, vol. 1, pp. 653-659.
- (85) Pisillo-Mazzeschi の挙げる例は、他国内戦への介入の禁止に際して領域内での私人の活動を防止することを義務づける条約(米州諸国の一九二八年の「内戦の事態における国家の権利義務に関するハバナ条約」(LNTS, vol. 134, p. 45) など)‘テロ行為の防止を義務づける条約(民間航空不法行為防止条約一〇条一項、人質条約四条、シージャック防止条約二三条一項(a))、外交実行では、在ベルヌ・ルーマニア大使館侵入事件におけるスイスの見解(*Annuaire suisse de droit international*, 1959, p. 225.) などである。
- (86) Pisillo-Mazzeschi, “Due diligence” e responsabilità, pp. 329-350; *ibid.*, Due Diligence Rule, pp. 34-36.
- (87) いわゆるSandoz 事件(後述)。Cf. AFDI, vol. 33(1987), p. 719.
- (88) Pisillo-Mazzeschi は以下の条文を挙げる。国連海洋法条約の第二二部「海洋環境の保護及び保全」の諸規定特に一九四四条及び二三五条一項、並びに深海底における活動から生じる責任に関する一三九条、ロンドン海洋投棄条約一条、二条及び七条二項、オゾン層

保護ウィーン条約二条一項、南極鉱物資源活動条約七条五項、並びに環境改変技術敵対的使用禁止条約四条である。

- (89) 経済協力開発機構(OECD)事務局の見解では、越境損害に関しては国際法上長年國家に課せられてきた伝統的な相当の注意義務が妥当するところである。OECD Secretariat, *Observations on the Concept of the International Responsibility of States in Relation to the Protection of the Environment*, in OECD, *Legal Aspects of Transfrontier Pollution*(1977), p. 380. 国際法協会(ILA)のヘルシンキ規則一〇条は、國家は「他の流域國の領域においていかなる実質的な損害も生じない範囲で、國際河川流域の現存する水汚染を減少させるためあらゆる合理的な措置をとるべきである」とする。ILA, *Report of the Fifty-Second Conference*(1966), p. 496. ほかに、國際法学会(*Insitut de droit international*)の一九七九年(アテネ会期)の「河川及び湖沼の汚染と國際法」に関する決議二条とその審議過程、米國の對外關係法リステートメント六〇一節及び六〇二節など。

- (90) Pisillo-Mazzeschi, “Due diligence” e responsabilità, pp. 352-386; *ibid.*, Due Diligence Rule, pp. 36-41. なお、この見解は以下でも主張されている。Ibid., *Forms of International Responsibility for Environmental Harm*, in F. Francioni and T. Scovazzi(eds.), *International Responsibility for Environmental Harm*(1991), p. 15.

(91) *Ibid.*, “Due diligence” e responsabilità, pp. 254 and 398; *ibid.*, Due Diligence Rule, p. 41.

(92) *Ibid.*, “Due diligence” e responsabilità, p. 286.

(93) *Ibid.*, “Due diligence” e responsabilità, p. 389.

(94) *Ibid.*, “Due diligence” e responsabilità, p. 407.

(95) *Ibid.*, “Due diligence” e responsabilità, pp. 285 and 387; *ibid.*, Due Diligence Rule, p. 46.

(96) *Ibid.*, “Due diligence” e responsabilità, p. 401.

(97) *Ibid.*, “Due diligence” e responsabilità, p. 404; *ibid.*, Due Diligence Rule, p. 49.

- (98) Gattini, *op.cit.*, p. 255; G. Palmisano, *Colpa dell'organo e colpa dello stato nella responsabilità internazionale: spunti critici di teoria e prassi*, *Comunicazioni e studi*, vol. 19/20(1992), pp. 659-661, n. 97.

- (99) Gattiniは両者の義務の違反の場合にも意思的要素(故意・過失)が参照されているという。Gattini, *op.cit.*, pp. 263-264. 同頁、Palmisano, *op.cit.*, p. 722.

- (100) Palmisanoは、Pisillo-Mazzeschiが分析した外国人保護や侵略に関する実行を分析してこのような結論を導いている。Ibid., p. 719. 同頁、Gattini, *op.cit.*, pp. 260-265.

- (101) R. Lefebvre, *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability* (1996).
- (102) その例として、オゾン層保護のためのウィーン条約二条一項、国連海洋法条約一九四四条などを挙げている。
- (103) Lefebvre, *op.cit.*, pp. 61-64.
- (104) *Ibid.*, pp. 65-66.
- (105) *Ibid.*, pp. 69-71.
- (106) *Ibid.*, pp. 105-107.
- (107) これは、Ago が領域内において隣国の転覆を目的とする組織を黙認しないことを求める義務において、隣国への攻撃という事態は間接的目的であって、直接の目的は黙認しないことであると説明した例に類似するという。
- (108) Lefebvre, *op.cit.*, pp. 74-81. なお、国際環境法上の義務を ILC 草案の義務の分類に従って分類するならば、手続的義務(事業の計画段階での評価、通知、協議義務、活動段階でのモニター、コントロールの義務など)は特定の行為を要求するものであるから「行為の義務」、量的基準に関する義務(一定の物質を一定の期限までに何割削減するという内容の義務)は「結果の義務」となるという。*Ibid.*, pp. 76-77. また、賠償義務 (obligation to repair) は、違法行為責任から生じた新たな義務としての賠償義務及び一次規範に規定された賠償義務(適法行為責任)はともに「結果の義務」であるという。なお、前者の賠償義務は絶対的義務であるが、後者の義務が絶対的義務か相当の注意義務かは内容によるとしている。*Ibid.*, pp. 80-81.
- (109) Dupuy, *Le fait générateur*, pp. 31-33 and 36-39. ただし、Dupuy の責任の理解は、客観的な義務違反と主観的事情ないしは倫理的非難の両者からなるフランス法の *faute* の概念に近いように思われる(特に一九八五年の論文では *faute* の両者の側面の必要性を強調しつつある)。*Ibid.*, *Faute de l'Etat et «fait internationalement illicite»*, *Revue française de théorie juridique*, vol. 5(1985), p. 54.
- (110) コルフ海峡事件ではアルバニアが領海内の機雷の存在を無視したこと、大使館人質事件ではイランが(その情報を有しつつ)人質行為の防止を怠ったこと及び発生後にイランが行った公的宣言がその例とされている。
- (111) ただし、別の論文では、相当の注意が客観的な行為の基準であることも指摘している。P.-M. Dupuy, *Due Diligence in International Law of Liability*, in OECD, *op.cit.*, p. 372.
- (112) *Ibid.*, *Reviewing*, pp. 372-374.
- (113) *Ibid.*, *Le fait générateur*, p. 48. Dupuy にあっては、相当の注意を国家の領域支配のコロラリーとして定義する傾向が顕著である。*Ibid.*, *Due Diligence*, p. 370.

- (114) *Ibid.*, Le fait générateur, pp. 47-48; *ibid.*, Reviewing, p. 375.
- (115) *Ibid.*, Le fait générateur, pp. 48-51; *ibid.*, Reviewing, pp. 375-376.
- (116) *Ibid.*, Reviewing, pp. 377-382.
- (117) Reuter の見解のほか、Dupuy, Due Diligence, p. 373.
- (118) なお、一章で検討した Anzilotti や Luzzatto が述べる注意義務の構造もこのようなものである。
- (119) Crawford も、「相当の注意の義務」は相当の注意を払う義務であって（結果の達成の有無にかかわらず）、防止の義務とは異なるという立場である。Crawford, *op.cit.*, para. 83, n. 162.
- (120) 主に以下を参照した。森田宏樹「結果債務・手段債務の区別の意義について」『鈴木祿彌先生古稀記念・民事法学の新展開』（一九九三）一〇九頁（再掲、森田「契約責任の帰責構造」（二〇〇二）一頁）。
- (121) 結果債務と手段債務の区別の議論は Demogue (*Traité des obligations en général*(1925), vol. 5, no. 1237, p. 538 and vol. 6, no. 599, p. 644) が提唱し、Mazeaud 兄弟(例えば、H. and L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*(1947), vol. 1, no. 103-2, p. 106) により発展させられた。
- (122) 「手段債務」は「債務者は債権者に対し、自己のもつ手段を債権者に提供し、その行為について自己の最善を尽す以上のことを約束しない債務」という意味である。「行為債務」というのは、結果の実現ではなく行為することのみを約束したという意味である。
- 山口俊夫『フランス債権法』（一九八六）二二七頁、Conforti, *op.cit.*, p. 235.
- (123) 「与える債務」や「なさざる債務」は常に結果債務とされるのに対し、「なす債務」は分かれる。フランスの判例では、旅客運送契約は結果債務とされるが、診療契約は手段債務とされる。山口・前掲書二二七頁。また、日本法の契約責任の帰責事由を検討して、「なす債務」（給付義務）の不履行は、契約で約束した債務内容が履行過程の具体的状況において具体化した具体的行為義務の違反として認定されると述べるものとして、潮見佳男『契約責任の体系』（二〇〇〇）二二二頁以下。
- (124) 債務の分類論は直接にはフランス民法典における解釈論（債務者は外在的原因を立証しない限り債務の不履行により賠償責任を負うとするフランス民法典一一四七条と、売買や賃貸借における債務者の目的物保全義務について、債権者は債務不履行の事実だけでなく、債務者が「善良な家父」の注意義務を怠ったことを証明しなければならぬとする一一三七条を両立させるための解釈論）に由来するものであるという。
- (125) 野田良之「フランス民法における *faute* の概念」『我妻先生還暦記念・損害賠償法の研究・上』（一九五七）一三二頁、山口・前掲

書一〇〇頁、森田・前掲論文一三〇頁。もちろん、法令などの創設する義務が民法典上の一般的注意義務を介して課されることもありうる。H. and L. Mazeaud, *op. cit.*, no. 103-2, p. 106.

(126) Pisillo-Mazzeschi, "Due diligence" e responsabilità, p. 393.

(127) フランス民法典一九二七条は、無償寄託の場合に「自己の物の保管における同一の注意」(具体的軽過失)を課している。山口・前掲書二一七頁、森田・前掲論文一四九頁注(71)。

(128) Tunc は、「結果債務」「手段債務」に加えて、第三の債務として「保証債務 (obligation de garantie)」を挙げ、偶発事態による損害にも賠償する義務(民法典上の売主の瑕疵担保責任や保険契約など)をその例として挙げている。H. and L. Mazeaud and A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 6th ed.(1965), vol. 1, no. 103-8, p. 123.

(129) もとは民法典の解釈論に由来する債務の区別であるが、契約責任において債務の内容に応じて帰責事由を段階づける考え方は、ローマ法にさかのぼるといえる。ローマ法にあつては、「悪意責任」「過失責任」「保管責任」などが存在した。「悪意責任」は、債務者は悪意 (dolus, 義務違反の認識) がある場合に限り責任を負うものである。注意義務違反である「過失 (culpa)」は、重過失 (culpa lata) と軽過失 (culpa levis) に分けられた(最軽過失 culpa levissima という概念も想定されたようである)。さらに、軽過失は次の二種類に分けられた。一つは、抽象的軽過失 (culpa levis in abstracto) といつて、「注意深い家父」(善良な家父の注意)、すなわち正常な普通人の行動態度を基準とするものである。もう一つは、具体的軽過失 (culpa levis in concreto) といつて、「自己の物における同等の注意」つまり債務者が自己の事務や財産について負う注意を尺度とする(注意深い人には責任が重く、だらしのない人は責任が軽くなる)。「保管責任 (custodia)」は、不可抗力 (vis major) の場合(天災や戦争、生物である目的物の死亡の場合など)でない限り(第三者による窃盗のような場合にも)責任を負うという客観的な責任である。原田慶吉『ローマ法』(一九四九)一六二頁、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. Klasingberg, *Obligationenrecht*(1987))九〇頁、Mazeaud and Tunc, *op. cit.*, nos. 27-28, pp. 37-40.

(130) ILC草案(最終草案)二三条は、不可抗力を「状況において義務の履行を物理的に (materially) 不可能にする、国家の統制を越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」と定義して、客観的な不可抗力概念を採用した。UN Doc. GAOR, 56th Sess., Supp. 10(2001), p. 48. 予見可能でかつ実行可能な範囲で必要な措置をとれば義務を履行したことになる注意義務とはコインの裏表の関係にある。ただし、草案二三条二項は不可抗力の状況が自国の行為による場合を免責の例外とするいわゆる外部性の概念を規定しており、注意を尽くしたことが認められる場合のすべてが(免責される)不可抗力に該

当するわけではない。英米法の不法行為責任においても不可抗力 (*act of God*) は被告が立証すべき抗弁事由とされている。なお、ILC草案における「不可抗力」「遭難」概念と国家責任における「過失」の位置づけについて詳細な検討をしたものとして、山田卓平「ILC国家責任条文草案における不可抗力・遭難規定」神戸学院法学三三巻二号(二〇〇二)二三九頁。

Pisillo-Mazzeschi は、内乱や暴動は不可抗力とされるが、他方で領域国は内乱による被害に対して注意義務を負っているので、証明責任の分配が国内法のように明確ではないことを指摘している。Pisillo-Mazzeschi, "Due diligence" e responsabilità, pp. 273-276.

- (131) もちろん、フランスの民法理論においては、少なくとも通説(二要件説)においては、契約責任も主観的責任であるとされる。しかし、帰責の根拠は契約の拘束力(自らの意思によって規範を設定したこと)に基づいているので、責任の成立に債務者の心理的態様(意思能力の有無)は考慮されない。Cf. I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, part I(1983), p. 436. なお、英米法における契約責任は絶対責任または嚴格責任であるとされているが、これも契約の拘束力に基づく。しかし、例外があり、契約締結後の事態による履行不能(契約の挫折)の場合、契約が性質上軽減された義務を課すものとみなされる場合(医師の治療義務など専門職的サービスを提供する契約)や履行義務を合理的な注意なし努力を払う義務や最善の努力を払う義務にまで軽減する特約を定めた場合がそうである。望月礼二郎『英米法(改訂第二版)』(一九八九)四〇五頁。個々の概念について差異はあるものの、フランス法と類似した構造があるとみることができる。さらに、国連動産売買条約の規定や「ヨーロッパ契約法原則」における契約責任の客観的傾向(義務違反を中核に据えた構成)について、潮見・前掲書参照。

- (132) 国家責任条文草案は、国家責任を国際義務の違反と定義しつつ、その国際義務の性質は問わないとしている。最終草案一二条、GAOR, 56th Sess., Supp. 10(2001), p. 46. 国際法は国家の合意を基礎とする法秩序であるので、国際法上の国家責任は契約責任に近しいといえるかもしれない。

- (132 a) Wiyler は国内法の債務の分類論を国際法に導入することの問題点を指摘している。第一に分類の基準となる「危険」の概念のあいまいさと債務の多様性(手段債務とされる委任の受任者の義務が専門家の場合には結果債務に近づく例を挙げる)、第二に(ILC Cの分類論と同様に)違反の決定は義務の分類によっては解決せず一次義務の解釈に依らなければならないこと、第三に過失という主観的要素を参照する手段義務を認めることはこの要素を否定した国家責任の論理に矛盾することである。Wiyler, *op.cit.*, pp. 24, 29 and 42. 第一点及び第二点は正当な指摘であり、彼自身も述べるように、義務の分類は裁判官にとっての指針にとどまると考えるべきであろう。第三点については後で論じたい。

- (133) U. N. Secretariat, "Force majeure" and "fortuitous event" as circumstances precluding wrongfulness: survey of State practice,



international judicial decisions and doctrine(A/CN.4/315), *ILC Yearbook*, 1978, vol. 2, part 1, pp. 91-92, para. 93. 「逸脱しえない人権」を定める一次規則は、不可抗力だけでなく緊急事態など他の違法性阻却事由の援用も禁止していると考えられる。なお、この国連事務局の研究は、不可抗力が援用できない例として侵略を挙げている。 *Ibid.*, p. 80, para. 50.

- (134) B. D. Smith, *State Responsibility and the Marine Environment*(1988), p. 21, n. 91. ILC第一読草案の不可抗力の審議での、高度に危険な活動に対する責任は不可抗力が認められないとの指摘について、Njenga, *ILC Yearbook*, 1979, vol. 1, p. 203, para. 10. また、活動の事業者に被害者に対する無過失責任を定めるとともに、事業者の本国が被害者に残余の責任を負うことを定める条約(例えば原子力損害民事責任ウィーン条約や原子力船運航者責任条約)は、請求者の本国との関係で国家責任を負うことになるとの指摘がある。 G. Handl, *State Responsibility for Accidental Transnational Environmental Damage by Private Persons*, *AJIL*, vol. 74(1980), p. 530, n. 30. これらの条約は、締約国に一定の場合に請求者に賠償金を給付するという強化された結果の義務を課したものと見える(これらの条約にも免責条項があるがその範囲は狭い)。なお、これらの条約に関して、山本草二『国際法における危険責任主義』(一九八二)二一頁。油濁損害など無過失の民事責任の原則を定める条約も、締約国の裁判所が当該原則に従って裁定するという結果の義務を定めるものと考えられる(前述の Leifer の指摘参照)。

- (135) 一九六一年のハーバード条約案三条一項(d)は、条約(一方的宣言なども含む)の違反の場合は直ちに責任が生じるとし、意図や不注意の参照は不要であった。また、その例として二重課税防止条約に違反する租税徴収を挙げている。 Garcia Amador *et al.*, *op.cit.*, p. 164. 具体的に定義された措置を義務づける規則の違反においては過失の参照は認められないとするものとして Tomuschat, *op.cit.*, p. 333.

- (136) 例えば、ハーグ法典編纂会議の準備委員会の議論の基礎は、国家の機関や公務員の行為については直接国家に責任ありとする一方で、私人による損害からの外国人の保護に関しては注意(diligence)を参照している。第一七は、「国家は、外国人の人身または財産に私人によってもたらされた損害に対して、国家が当該外国人の人身または財産の保護に際して、状況及び外国人の特別の地位を考慮して文明国から期待されるような注意を示さなかったならば、責任を負う」とし、第一八は、「国家は、外国人の人身または財産に私人によってもたらされた損害に対して、国家が損害の加害者を捜索し及び処罰するに際して、状況を考慮して文明国から期待されるような注意を示さなかったならば、責任を負う」としている。 Reprinted in *ILC Yearbook*, 1956, vol. 2, p. 224.

- (137) 国連国際法委員会が二〇〇一年に採択した「有害な活動による越境損害の防止に関する条文案」(最終草案)三条は「原因国は、実質的な越境損害を防止し、かついかなる場合にもその危険を最小限にするためにあらゆる適当な措置をとるものとする」と規定す

るが、同条コメンタリーでは、この義務が相当の注意の義務である(完全な防止を保障する義務ではない)ことを明らかにしている。Commentary to Art. 3, GAOR, 56th Sess., Supp. 10(2001), p. 391, para. 7. なお、越境汚染防止義務に関しては以下を参照、繁田泰宏「原子力事故による越境汚染と領域主権(一)(二・完)」法学論叢一三二巻二号(一九九二)九七頁・一三三巻二号(一九九三)六三頁、葉師寺公夫「越境損害と国家の国際適法行為責任」国際法外交雑誌九三巻三・四号(一九九四)七五頁。

- (138) 例えば外交関係条約二二条及び二九条。一九九七年に国連総会で採択された「国際河川の非航行的利用の法に関する条約」七条一項は、「流域国は……他の流域国に実質的な損害をもたらすことを防止するためあらゆる適当な措置をとるものとする」と規定している。ILM, vol. 36(1997), p. 700. ILCの原案は、「流域国は、他の流域国に実質的な損害をもたらさないような方法で国際河川を利用するため相当の注意を払うものとする」と明示的に「相当の注意」に言及していた。GAOR, 49th Sess., Supp. 10(2001), p. 197. Cf. S. C. McCaffrey and M. Singala, The 1997 United Nations Conventions on International Watercourses, AJIL, vol. 92(1998), p. 97.

なお、ILCは、二〇〇一年の条文草案のコメンタリーで、「適当な措置をとる義務を負う」と規定するオゾン層の保護のためのウィーン条約二条、及び越境水路及び国際湖沼の保護及び利用に関する条約(ヘルシンキ条約)二条一項などは相当の注意義務であるとしている。Commentary to Art. 7, GAOR, 49th Sess., Supp. 10(2001), p. 238, para. 8, n. 925.

- (139) 例えば、ILCのヘルシンキ規則<sup>1</sup> ILA, *op.cit.*, p. 496.

(140) なお、明文で注意義務を課すものとして、敵対行為にともなうて軍事行動の結果が文民や民物に損害を与えないよう「不断の注意を払う」義務(ジュネーブ第一追加議定書五七条一項)がある。なお、注意の内容は予防措置(同二項)に具体化されている。

(141) 厳密に言えば、注意義務に分類される義務には、(文言が結果の義務であるかのように定式化されていても)義務の期待する国家の措置の内容が私人の規制など、その達成が不確実であるがゆえに注意義務とされるタイプと、文言のあいまいさのため、義務の期待する国家の措置の内容が事業の状況に照らして具体的に決定される(一次義務の履行は当該状況の予見可能性と措置の実行可能性に条件づけられる)がゆえに注意義務に分類されるタイプがあるように思われる。

(142) 私人の活動をコントロールする義務がつねに注意義務であるとは限らない。例えば、Condorelliは、宇宙における国家の活動(自国民も含む)の宇宙条約への適合性を確保することを義務づけた宇宙条約六条は、損害賠償責任に関する七条と合わせ読めば、注意の有無に関係なく国家に責任を負わしめる趣旨であるという。L. Condorelli, L'imputation à l'Etat d'un fait internationalment illicite: solutions classiques et nouvelles tendances, *Recueil des cours*, vol. 189(1984-VI), p. 121. これは異なる見解もあり(山本・前掲書二三三頁)、その場合は注意義務ということになる。また、核不拡散防止条約一条及び二条の義務についても、Condorelliは、起草過程で

は私人の行為にも締約国は義務を負うことが意図されており、これらの義務は注意義務ではないとしている。 *Ibid.*, pp. 132-134.

(143) *Ibid.*, p. 138.

(144) 後述するように注意の程度は義務の対象に依存するので、単なる外国人と外交使節では注意の程度が異なると考えられる。相当の注意義務としても、一般の外国人に過大な注意を課すことになるわけではない。

(145) *Gatini, op.cit.*, p. 265, n. 64. 国連事務局の研究では、この文言は、中立国が不可抗力により義務履行の手段を奪われた場合には同条約の違反は生じないことを意味するに過ぎないという。 *U. N. Secretariat, op.cit.*, p. 94, para. 102.

同じ文言が国連海洋法条約一九四四一条一項に用いられている。すなわち、海洋環境の汚染の防止、軽減、規制のため、「利用することができると必要な措置をとるものと規定している。 *Gatini* はこの義務も「自己の物におけると同等の注意」の例とする。 *Gatini, op.cit.*, p. 265, n. 67. 「できる限り」「実行可能な限り」といった文言は一九四四三項、二〇四四条及び二〇六条などに見られる。他方、ILCは相当の注意義務の例とする。 *Commentary to Art. 7, GAOR, 49th Sess., Supp. 10(2001)*, p. 238, para. 8, n. 925. また、社会権規約二条一項参照。

(146) 判例では、スペイン領モロッコにおける英国人財産事件仲裁判決、 *RIAA*, vol. 2, p. 644. 同事件は「自由になる手段に対応する程度の監視」とも述べている。また、 *Home 伝道教会事件判決* では国際基準の主張を否定して「信義誠実の違反または反乱鎮圧に不注意がある」場合にのみ領域国は責任を負うとした。 *Ibid.*, vol. 6, p. 42. 「相当の注意」を参照した判例もある(本稿はじめに・注(26)参照)。ほかに、国際法学会の一九二七年(ローザンヌ会期)の決議「領域内で外国人の人身及び財産に生じた損害による国家の国際責任」七条(AIDI, vol. 3(1927), p. 332)及び一九三〇年のドイツ国際法学会の「領域内で外国人の人身及び財産に生じた被害に対する国家の国際責任に関する条約草案」六条一項(reprinted in *ILC Yearbook*, 1969, vol. 2, p. 150)。参照、丸山珠里『反乱と国家責任』(一九九二)。

(147) 例えば、国内法においては、第三者の契約違反を知りつつ援助する行為が民事責任を生ぜしめるとの一般原則(日本法における債権侵害の不法行為に相当)がある。 *Cf. Crawford, op.cit.*, p. 7, para. 166. また、米国法においては、公職者に対する名誉毀損が成立するためには「現実の悪意」の立証を要求している。ただし、国際法においては、一次規則がこのような「意図」の存在を明示的に参照している必要がある。

(148) 例えば、ハーグ法典編纂会議における議論の基礎第五(*ILC Yearbook*, 1956, vol. 2, p. 224)「国際法学会決議六条(AIDI, vol. 3(1927),

- p. 332)、『ドイツ国際法学会草案三条三項二号』(ILC Yearbook, 1969, vol. 2, p. 150) Garcia Amador 草案(一九六一年の改訂草案)三条三項(García Amador *et al.*, *op.cit.*, p. 130)。
- (149) 他方で、国内裁判所の判決の内容の「明白な不正(manifestly unjust)」を要件とする見解がある。一九二二年のハーバード条約案九条(AJIL, vol. 23(1929), supplement, p. 173)や Salem 事件米国・エジプト仲裁裁判所判決(一九三二) (RIAA, vol. 2, p. 1165)などがそうである。どちらが実定法の内容か結論を下すのは難しいが、この議論については、田畑茂二郎『国際法新講(下)』(一九九一)二六頁。
- なお、Alabama 号事件判決を受けて一八七五年に国際法学会が採択した規則の五条は、中立国の義務違反の認定のためには中立国領域での敵対行為の発生に加えて、「敵対的意図(故意 dolus)または明白な不注意(過失 culpa)の証拠が必要である」とした。Moore, *op.cit.*, vol. 1, p. 675.
- (150) 国家責任条文案(最終草案)一六条は、他国の国際違法行為の実行における他国への一国の援助は、「その国が国際違法行為の状況を知りつつ(with knowledge of)援助を行った場合」に違法であるとされる。GAOR, 56th Sess., Supp. 10(2001), p. 47. 第一読草案二七条のコメントリーでは、援助行為が違法であるためには意図の存在が立証されなければならないとし、例として侵略の定義に関する決議三条(f)を挙げている。ILC Yearbook, 1978, vol. 2, part 2, pp. 99, 102 and 104.
- (151) 前節の Dupuy の見解を参照。この問題に関しては、白杵知史「国際法における権利濫用の成立態様(一)(二・完)」北大法学論集三一巻一号三九頁・二号二〇二頁(一九八〇)。
- (152) 前節の Dupuy の見解のほか、J. Salmon, L'intention en matière de responsabilité internationale, in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement: Mélanges Michel Virally*(1991), p. 417. 悪意によるコンセンション破棄については、白杵・前掲論文(一)五六頁。
- (153) Gattini, *op.cit.*, p. 255; M. Tamburini, *Trattamento degli stranieri e buona fede nel diritto internazionale generale*(1984), p. 62. 場合、外国人の追放一般は違法ではなく、「恣意的に」行われた場合にのみ違法となるが、判例では恣意性は客観的なものとして判断されているようである。参照、名島芳「外国人追放における権利濫用の一考察」『国際法における権利濫用』(一九六六)三頁。
- (154) このほか、Reuter 及び Salmon は、加害行為が公務員の正当な職務の執行である場合にも故意が条件とされているとして、警察官による武器の使用に関する Pugh 事件判決(本稿(一)七三頁参照)や国境警備に関する *Naulila* 事件仲裁裁判所判決(RIAA, vol. 2, p. 1025)を例として挙げている。これらの事例は、一次義務の内容として故意を参照したというよりも、個別の状況における違法性

の認定にあたって意図の要素が参照されたとも考えられる。また、意図を明示的に参照する義務として、一九二三年の鉄道の国際制度に関するジュネーブ条約二〇条が挙げられている。Reuter, *Droit International Public*, p. 255; Salmon, *L'intention*, p. 417.

なお、「意図」は、違法行為の成立条件としてではなく、違法行為の重大性を加重する要素となることがある。Palmisano は、英国の北アイルランドでの人権侵害行為の繰り返しとその公的な黙認が「行政実行」を構成するもので違反の重大性に影響すると欧州人権委員会に認定された例 (ECHR, series B, no. 23-I, p. 392) を参照している。また、彼は「侵略の意思 (animus aggressionis)」が「侵略」の要素であると述べるが、これも「侵略」が違法な武力行使の重大なものであると考えるべきであろう。また、特に侵略の定義に関する決議三条(f)及び(g)の場合には国家の内面的態度が決定的であると述べるが、それを認めたとしても主観的要素が国家責任一般の要素であるということにはならないであろう。Palmisano, *op.cit.*, pp. 732 and 739.

(155) Reuter が義務の分類を導入したのは、協調、友好、援助、交渉などの一般的約束の拘束力を説明するためであった。確かに、Weil も指摘するように (P. Weil, *Le droit international en quête de son identité, Recueil des cours*, vol. 237(1992-VI), p. 216)、「国際法においては努力する義務、協力する義務、検討する義務、条文中に「可能な限り」といった文言が挿入された義務、主観的理由による脱退条項を持つ条約(核軍縮に関する条約など)など、内容があいまいであるため規範性が脆弱な義務が多数存在する。このような「ソフトな」義務においても、解釈によっては「ハードな」義務にもなることもある(例えば、社会権規約の義務に関する社会権規約委員会の一般的意見三(一九九〇)、UN Doc. E/1991/23, Annex III)。そうした解釈が不可能な場合であっても、義務である以上は理論的には拘束力を持ち違反されるのであり、ただ違反の認定のために被害国の举证責任が著しく重くなるというだけである。Reuter はこうした義務を注意義務とみなした(例えば「協力義務」の協力の具体的内容は事案の具体的状況に照らして想定される)が、加害国の側の「協力しない」意図、「交渉しない」意図まで立証しなくてはならないとも考えられる。環境分野における協力義務を相当の注意とみなすものとして、OECD Secretariat, *op.cit.*, p. 385. ITC は、MARPOL 条約七条二項や南極鉱物資源活動規制条約二条一項における努力義務を相当の注意義務とみなしている。Commentary to Art. 7, GAOR, 49th Sess., Supp. 10(2001), p. 238, para. 8, n. 925.

〔未完〕