

# 国際法上の国家責任における 「事実上の機関」について

湯  
山  
智  
之

- はじめに
- 一 国家責任条文章案（第一読草案）における「事実上の機関」
  - 二 近年の国際判例における「事実上の機関」
    - 1 在テヘラン米国外交・領事職員事件国際司法裁判所判決（一九八〇年）
    - 2 対ニカラグア軍事的・準軍事的活動事件（本案）国際司法裁判所判決（一九八六年）
    - 3 イラン・米国請求権裁判所の諸判決
    - 4 Loizidou 事件（本案）欧州人権裁判所判決（一九九六年）
    - 5 Tadic 事件（本案）旧ユーゴ国際刑事裁判所判決
  - 三 国家責任条文章案（最終草案）における「事実上の機関」
  - 四 一般的考察
    - 1 「事実上の機関」の帰属の根拠―授権とコントロール
    - 2 指示の具体性の要件と事実上の機関の証明
    - 3 事後の授権及び黙示の授権の可能性
    - 4 国際テロリズムと「事実上の機関」
- 結論に代えて

## はじめに

国際法上国家はその機関の行為にのみ責任を負う。ただしその機関がフォーマルな国家機関や公務員、すなわち「法律上の機関 (*de jure organs*)」であるとは限らない。国家はフォーマルな機関の地位を持たないが国家を代表する一定の個人または個人の集団(非国家行為体 *non-State actors*)の行為にも責任を負う。このような個人または集団は「事実上の機関 (*de facto organs*)」<sup>(1)</sup>と呼ばれる。本稿では、この「事実上の機関」の位置づけ及び「事実上の機関」と認定されるための要件について考察を行う。

具体的には、二〇〇一年に国連国際法委員会(以下、ILC)が採択した国家責任条文草案(正式名称は「国際違法行為に対する国の責任」に関する条文草案。以下、ILC草案)<sup>(2)</sup>の最終草案六条は、一九九六年に採択された第一読草案八条(a)(同条そのものは一九七四年に採択)の規定を変更し、「事実上の機関」の基準として、人または人の集団の行為が「国家の指示により (*on the instructions of*)、または国家の指揮(命令)もしくはコントロールの下で (*under the direction or control of*)」でなされた場合に当該国家に帰属すると規定したが、それが妥当な基準であるかどうかについて検討する。第一読草案の採択から最終草案の採択までに事実上の機関に関するいくつかの国際判例が出ており、本稿ではこれらの判例を参照したい。

国際法上の国家の責任は行為の国家への帰属と行為の国際義務の違反という二つの要素からなるとされる。<sup>(3)</sup>事実上の機関の問題は前者の帰属の要素に関係する。国家は法的人格であってその機関の地位にある自然人の行為を通してのみ行為するので、機関の地位を有する個人の行為が「国家の行為」とみなされる。しかし、何に基づいてある者を

国家の機関と認定するかは非常に難しい問題である。かつて、帰属の決定は国際法によるのか国内法によるのか、あるいは帰属は法的作用であるのか事実の認定であるのかという議論があった<sup>(4)</sup>。ILCの最終草案の審議においてもこの点が議論になった。これは第二読の特別報告者のCrawfordが、国内法上機関の地位を持つ者の行為は国家の行為とみなされるといふ第一読草案五条における国内法への言及の削除を提案したのがきっかけであった<sup>(5)</sup>。

国際法は「国家」の組織の定義を持たないので、第一次的には当該国家の国内法を参照せざるをえない（国際法にあって国内法は事実でしかなく、事実としての参照にとどまる<sup>(6)</sup>）。しかし、国家は自らを自由に組織しいかなる者にとどのような方法で自らの機能を付与するかを決定する自由を有し<sup>(6)</sup>、国内法によらないで個人に一定の任務を実行させることもできる。このような場合に国家の責任を認めなければ、国家は自らに不都合なことを公的な機関または公務員以外の者に委任することで責任を免れることになる<sup>(7)</sup>。国際法は独自の見地から国家の機関を特定することができるしななければならない。ここに「事実上の機関」の帰属が認められる余地があり、また国家機関の権限踰越行為に対する責任と同様、このような場合こそ国際法が帰属に関して「補完的」であるが独自のかつ欠くべからざる役割を果たす局面なのである<sup>(8)</sup>。

先に述べたように、国際法は国家の組織を定義しておらず、国家は自らを組織する自由を有する。国家の有する機能は各国に応じて多様であり、機関に付与された機能の内容（例えば立法・行政・司法権の行使であるか否か）または性質（例えば公権力または強制的権限の行使であるか否か）を基準とすることはできない<sup>(9)</sup>。「事実上の機関」の場合は国内法によって機関たる地位が指定されているわけではないから国内法に依拠することもできない。つまるところは国家と問題となる個人または実体との関係に帰属の根拠を求めなければならないのではないだろうか<sup>(10)</sup>。

また、「事実上の機関」の問題は、私人の行為に対する国家の責任<sup>(11)</sup>の一事例を構成する。国家は私人の行為に責

任を負わないが、例外的に責任を負う場合が存在する。一つは私人が「事実上の機関」とみなされる場合であり、いま一つは国家の管轄またはコントロールの下にある私人の行為への監督に「相当の注意」を払うことを欠いた場合である。<sup>(11)</sup> もちろん前者は国際法上の観点からは私人は国家機構の一部と観念され、後者においては私人の行為が直接国家に帰属するのではなく、「相当の注意」を欠いたという国家の不作为に責任の根拠が求められるのであるから、あくまで国家はその行為にのみ責任を負うという命題は理論的には維持されているのであるが。

以上のような問題意識の下に、「事実上の機関」を考察することにする。なお、「事実上の機関」には、公の当局が存在しない場合に私人が自発的に政府機能を実行する場合（Crawford は緊急時の公務員 *agents of necessity* と呼ぶ<sup>(12)</sup>）も含まれることがあるが「事実上の機関」と趣旨を異にするので、本稿では直接には扱わない。また、第二読の審議の際に取り上げられるようになった国家所有企業の問題も、近年の投資紛争などに関する判例があるが、これも特殊な問題なので直接には対象としない。他方、Crawford の提案に基づき最終草案一条として草案に追加された「国家により自らの行為として認められかつ採用された行為」も、フォーマルな機関ではないが帰属が認められるという点で「事実上の機関」の一つのカテゴリーとして本稿の検討対象に含める。<sup>(13)</sup>

## 一 国家責任条文案（第一読草案）における「事実上の機関」

ILC は一九七四年に特別報告者 Ago の原案に基づいて「事実上の機関」に関する八条(a)を暫定的に採択した。「人または人の集団の行為は、以下の場合に国際法上国家の行為とみなされるものとする。(a) 当該人または人の集団が事実上当該国家に代わって (*on behalf of that State*) 行為していたことが証明された場合」という条文である。<sup>(14)</sup>

八条のコメンタリーでは次のように述べている。八条は国内法上の機関に関する条文を補完するものである。それは、国際法秩序の実効性原則が役割を果たすもので、国際法が必然的に法的連関ではなく国家機構と行為する私人との現実の連関（real link）を考慮しなければならない場合であるという。国際社会においては様々な理由により、国家機関自身が直接一定の任務を引き受け自ら実行することを好まず、代わりに国家の機関が補助者（auxiliaries）としての私人または私的集団の行為によって自身の行動を補完する場合がある。主に、私人または私人の集団を警察または軍隊の補助者として雇用したり隣国に「志願兵」として送る事例と、外国領内で一定の任務（諜報や誘拐など）を実行するため雇用する事例とに大別されるという。<sup>(15)</sup>

このコメンタリーで事実上の機関の行為に対する国家の責任が認められたとする国際先例として、ILCは以下の三つを挙げている。<sup>(16)</sup>

第一はZafiro号事件英米仲裁裁判所判決（一九二五年）である。これは、米国海軍指揮下の補給船Zafiro号の民間人乗組員の英国人財産に対する略奪行為に関する事例であるが、裁判所はZafiro号は商船であったが事実上米国海軍の補給船として行動していたと認定、上官（海軍士官及び上級船員）の監督懈怠を違法と認定したものである。<sup>(17)</sup>

第二はStephens事件米墨一般請求委員会判決（一九二七年）である。インフォーマルな地方的警備隊に所属するメキシコ人兵士が米国人Stephensほかに発砲し殺害した事例で、このメキシコ人兵士の所属する警備隊の性格が問題となった。委員会は、軍服及び記章の欠如もあって、メキシコ陸軍に属する不正規の補助部隊であるとの認定は困難であるとしつつも、この警備隊がメキシコ「のために行動している（acting for）」ことを認めメキシコへの帰属を認定した。<sup>(18)</sup>

最後はサボタージュ事件（Lehigh Valley 鉄道会社事件またはBlack Tom及びKingsland事件）米独混合請求委員会

判決（一九三九年）である。これは、米国が第一次世界大戦に参戦する前の時期に米国内で起きた二件の火災がドイツの秘密工作員によるものであるとして訴えが提起された事件である。事実認定をめぐる裁判所の当初の判断は新たな証拠の提出により開かれた再審において覆され、ドイツの賠償責任が認定された<sup>(19)</sup>。

ILCは国家実行にも言及しているが、それらは外国領域内で実行された誘拐に関する事例である。なかでも著名なのはEichmann誘拐事件及びArgoud大佐誘拐事件である。前者は、ナチ戦犯でアルゼンチンに居住していたEichmannがイスラエルの情報部員と思われる者に誘拐されイスラエルで訴追された事件である。アルゼンチンはイスラエルによる主権侵害を主張したのに対し、イスラエルは「志願者」が自発的にかつイスラエル政府の了知なしに実行したことであると主張したが、最終的に遺憾の意を表明した<sup>(20)</sup>。後者の事件は、一九六三年、フランス反政府組織のリーダーでありドイツ国内で偽名で生活していたフランス人Argoud大佐が誘拐されてパリに連行され、匿名の電話を受けたフランス警察が車の中で拘束されている彼を発見、反逆罪で逮捕し起訴した事件である。ドイツは実行にはドイツ国民が参加していたもの彼らはフランスから命令を受け給与を支払われていたのでフランスに責任があると主張したが、フランスは関与を否定した<sup>(21)</sup>。ほかにILCはRossi事件<sup>(22)</sup>及びJacob事件<sup>(23)</sup>を挙げている<sup>(24)</sup>。

さらにILCが強調するのは、事実上の機関の場合、「国家の国際責任が証明されるそれぞれの具体的事例において、人または人の集団が特定の機能を実施することまたは特定の任務を実行することを国家の機関によって現実に命じられた（appointed）こと、〔または〕当該機関の教唆（instigation）により一定の任務を実行したことが真に証明されなければならない」として、請求国の側に事実上の機関であることの举证責任が課せられることである。このことは八条(a)の「証明された」という文言に示されている<sup>(25)</sup>。

以上が、ILCの第一読草案八条コメンタリーの主な内容であるが、事実上の機関とされるための要件は何かとい

う問題が残る。八条(a)は「国家に代わって行為する」と規定しているがこれだけでは具体性がない。学説も八条(a)の原則には同意しつつも、この文言は何らの基準も示していないと批判する。<sup>(26)</sup>この「国家に代わって行為する」の文言が(b)も含めた八条全体のタイトルとなっている点もこの文言のあいまいさを増幅するものである。<sup>(27)</sup>オーストリア政府のコメントは明確化のため「統治権能の要素の実効的行使」という文言を追加するよう求めた。<sup>(28)</sup>

Agoに続いてILC草案の特別報告者となったRiphagenは、イニシアチブの存在する側に関して明確な差異があるとして(a)(b)をそれぞれ別の条文にすべきこと、八条(a)はあいまいであるとして、「当該人または人の集団が当該機関と協働しかつその教唆により行為した(acted in concert with and at the instigation of such organ)」ことが証明された場合」と修正することを提案した。<sup>(29)</sup>

このようにあいまいさの残る第一読草案八条(a)であるが、コメンタリーにおいては、人または人の集団が「特定の機能を実施または特定の任務を実行するよう国家の機関によって現実に命じられたこと」または「当該機関の教唆により一定の任務を実行したこと」という一定の基準が示されていたことに留意しなければならないであろう。<sup>(30)</sup>

## 二 近年の国際判例における「事実上の機関」

さて、第一読草案八条が暫定的に採択された後、国際司法裁判所をはじめいくつかの裁判所で「事実上の機関」に関わる判例が出され、これらの判断は八条のILCの第二読における再検討に大きな影響を与えることになった。ここでは、それらの判例を取り上げ検討することとしたい。なお、検討の対象となる判例には、人権侵害のように個人に対する国家の責任を取り上げたものがあるが、国際法違反による国家の責任という点では国際責任と共通すると考

えて取り上げることにする。また、旧ユーゴ国際刑事裁判所のように個人の国際刑事責任に関する事件もあるが、国際法上の国家責任の問題についての判断を含むので参照することとしたい。

### 1 在テヘラン米国外交・領事職員事件国際司法裁判所判決（一九八〇年）

本事件（以下、大使館人質事件という）は、イラン革命で国外退去した前イラン国王の米国入国に対して、一九七九年一月四日にイラン国内で発生した暴徒による米国大使館及び領事館の襲撃及び占拠に関するものであるが、国際司法裁判所はこれらの行為に対するイランの責任を二つの段階に区切って議論している。

第一段階は襲撃の発生からイランによる占拠の公的承認がなされるまでの時期である。この時期におけるイランの責任について、裁判所は当該暴徒がイラン政府の法律上の機関であったか否かを検討し、「暴徒が大使館への攻撃を実行した際、イラン国家の承認された『公務員』または機関としてのいかなる形式の公的地位を持っていたとの示唆もなされていない」と述べてこれを否定し、次に事実上の機関であるか否かを検討してこれに消極的に回答して、私人の行為であってイランに帰属しないと結論づけながらも、最終的に国家の側に私人の行為に対して必要な措置をとらなかつたという不作為にイランの責任を認定した。<sup>(31)</sup> すなわち、ILC第一読草案の帰属の枠組みに従って検討している。<sup>(32)</sup>

注目すべきは、事実上の機関でないという認定からうかがわれる事実上の機関の判断基準である。「彼らの〔暴徒の〕行為は、問題の機会に、イラン国家の権限ある機関により特定の活動（specific operation）を実行するよう委任されてきて（having been charged, 命じられていて）国家に代わって行為したことが証明された場合にのみ、イラン国家に直接帰属するとみなされうるであろう」が、「その時点における暴徒と〔イラン〕国家のいかなる権限ある機



関とのそのような連関の存在」を必要な程度にまで証明する証拠はないと述べた。<sup>(33)</sup> また、襲撃前の十一月一日に発せられた米国への攻撃を呼びかける最高指導者 Khomeini 師の声明に関して、そのような一般的宣言を「米国大使館に侵入し及び占拠するとの具体的行動を行うこと」の「イラン」国家からの授権」に等しいものと解釈することはできないとし、さらに襲撃後に行われた Khomeini 師の祝福なども襲撃の当初の独立した非公的性格を変えるものではないとした。

次に、第二段階では、裁判所は多数のイラン当局から出された承認 (approval)、特に米国が前国王を送還し財産を返還するまで占拠及び人質行為を継続すると宣言した Khomeini 師の十一月一七日の命令 (decree) に着目した。裁判所によれば、この宣言によって表明されたイランの政策は状況の法的性質を根本的に変更したという。「Khomeini 師及びイラン国家の他の機関によってこれらの事実と与えられた承認及びそれらを継続させるとの決定は、継続している大使館の占拠及び人質の拘禁を当該国家の行為へと変質させた。侵入の実行者及び人質の監視者である暴徒は今やその行為に国家自身が国際的に責任を負うところのイラン国家の公務員となった」としイランの責任を認定した。<sup>(34)</sup>

この判決からうかがえることは、私人の行為を国家に代わって行為する「事実上の機関」とみなすためには、当該私人が特定の法律上の機関から（事前に）具体的活動を行うよう委任または授権されてなくてはならないという基準であり、これは ILC 第一読草案コメンタリーの基準に合致するものである。

Condorelli はこの第二段階における暴徒の行為のイランへの帰属の認定を「事実上の機関」の事例とみなしているが、「公的な政府の承認」が、第一段階における具体的行動の実行の委任または授権と同視してよいかどうかは議論の余地がある。というのは、のちに ILC は「事実上の機関」とは異なる帰属の根拠とみなしたからである。

## 2 対ニカラグア軍事的・準軍事的活動事件（本案） 国際司法裁判所判決（一九八六年）

この事件（以下、ニカラグア事件という）は米国がニカラグアに対して行った軍事的及び準軍事的活動やニカラグアの反政府勢力 Contra に対して行った援助の違法性が認定されたわけであるが、帰属の問題が論点となったのは、一つは米国情報当局の指揮下でニカラグアの港湾に機雷を敷設した者、もう一つは米国の反政府勢力 Contra という二つの実体の行為である。

まず、一九八三年から八四年にかけて中央情報局（CIA）により UCLAs (Unilaterally Controlled Latino Assets) と呼ばれたラテンアメリカ諸国籍の者が実行したとされる、ニカラグアの港湾への機雷敷設などの攻撃である。裁判所は米国大統領が政府情報機関に機雷敷設を授権したこと、同情情報機関が給与を支払いかつその指示の下で行為する者により、米国公務員の監督の下でかつ兵站支援を受けて機雷敷設が行われたことを認定した。より詳細には、いくつかの証拠及び証言から、母船、高速艇や武器が米国当局から供給され、現実の攻撃は UCLAs が実行したこと、ヘリコプターの操縦士には米国民（CIA と契約した文民であった）が含まれていたこと、米国軍事要員の直接の参加は証明されなかったものの、米国の要員が作戦の計画、指揮、支援及び実施に参加していたことを認定した。以上から機雷敷設行為の米国への帰属が証明されたと裁判所は認定した。<sup>(36)</sup>

次に問題となったのは、ニカラグアの反政府勢力 Contra である。その軍隊がニカラグア領内で行ったとされる人権法及び人道法に違反する行為が米国に帰属するかどうかが争点になった。ニカラグアは米国が傭兵部隊としての Contra を創設し組織し、米国の公務員が Contra の作戦を指揮したと主張した。裁判所は、米国の介入前から Contra が活動していたこと、米国の資金供与はあったがそれは Contra の各作戦毎に行われたものではないこと、Contra のすべての作戦が米国の指揮の下で行われたのではないことを確認して、米国による Contra の創設や直接の戦闘支援

を否定した。しかし、米国の財政的支援により飛躍的に *Contra* の増強が図られたこと、その他訓練、装備、武器、組織化に関する米国の支援の事実を認定した。裁判所は、「この時点で裁判所が決定しなければならないことは、*Contra* の米国政府に対する関係が、法的に *Contra* を米国政府の機関とまたは当該政府に代わって行為していると同視するのが正しいという程度にまで、一方で従属（dependence）、他方でコントロールのそれであったか否かである」とまとめる。<sup>(37)</sup>

裁判所は、*Contra* は米国の財政援助にかなり依存していたが、「*Contra* が米国に代わって行為していると扱うことを正当化するほどのコントロールをあらゆる分野で現実に行使した」との証拠はないという。*Contra* のリーダーが CIA によって選任され給与を支払われていたことが証明されたが、それも組織、訓練、装備の供与、作戦の計画、目標の選定、作戦上の支援と同様、一定程度の従属を示すに過ぎず、帰属の認定のためには十分ではない。そこで、判決は、「前述した米国によるあらゆる形態、及び米国に高度に依存する軍隊への被告国による一般的コントロールは、さらなる証拠なしには、原告国の主張する人権及び人道法に違反する行為の実行を米国が命令（指揮）または強制した（directed or enforced）ことを意味しない。そうした行為は米国のコントロールがなくても *Contra* の構成員によりなされたであろう。この行為が米国の責任を生じるためには、原則として、その過程で申し立てられた違反が行われた軍事的または準軍事的作戦の実効的コントロール（effective control）を当該国家が持っていたことを証明しなければならぬだろう」と判示し、*Contra* の行為は米国に帰属せず、*Contra* が責任を負うとした。<sup>(38)</sup>

このように *Contra* の行為の米国への帰属は否定されたが、米国の *Contra* への支援は内政不干涉義務違反であること、ゲリラ作戦のマニユアルの配布は人道の最低限の基準を定めたジュネーブ諸条約共通三条の違反の奨励であり、諸条約の「尊重を確保する」ことを義務づける共通一条の違反を構成することが認定された。<sup>(40)</sup>

なお、ILC草案の特別報告者であったAgoはこの事件の際裁判官としてこの事件の審理に参加していた。彼は個別意見を付して、裁判所の理由付けにコメントを加えている。それによると、裁判所の結論には賛成であるが、Contraの行為が米国に帰属するのは、「Contra軍の一定のメンバーが米国当局により、米国に代わって特定の行為を遂行することまたはある種の特定の任務を実行することを具体的に委任されていた場合にのみ」可能であって、Ago裁判官は裁判所の判示の核心は、米国が人権及び人道法違反行為をContraに「命令（指揮）または強制した」のではないという点にあるとみる。彼は、Contraの行為に米国が直接責任を負うという表現を伴った「コントロール」の概念の導入が誤った印象を与えるという。というのは、他国の行動をコントロールする国家が当該他国の違法行為に責任を負う「間接責任」との混同を招くからである。本件は事実上の機関の帰属の問題であって「間接責任」の問題ではないという。<sup>(41)</sup>

裁判所は大使館人質事件と異なり、Contraの作戦に対する米国の責任を明示的に国家責任の帰属の問題として扱っているわけではない。しかし、Ago裁判官の個別意見の存在もあり、多くの評者は事実上の機関の事例であると理解している。<sup>(42)</sup> その場合、この判決で表明された準則をどのように定式化するかが問題となる。後述のTadic事件旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所判決では、「実効的コントロール」の有無こそが事実上の機関の帰属の基準であるという解釈をとった。このような解釈を採用するならば、Contraの行為が米国に帰属するためには「実効的コントロール」が必要であるという裁判所の示した基準は、Ago意見も指摘するように、まったく新しい要素を付け加えるものである。

すなわち、Ago裁判官によれば、コントロールの基準は他国の行った行為に対して責任を負う場合（第一読草案二八条、最終草案一七条）の基準であって「事実上の機関」の要件ではなく、国家の「命令（指揮）」または「強制」

の有無こそが決定的な要素であるという。Condorelliも、このような解釈に立つて、ニカラグア事件はILCや大使館人質事件の立場、すなわち国家による具体的行動の委任という従来の基準に合致するものであると評している。<sup>(43)</sup>

「実効的コントロール」または高度の依存（従属）の概念は国家と「事実上の機関」と主張されている実体との「関係」を示す概念であつて、これまでのILCのコメンタリーや大使館人質事件において示されてきた立場、すなわち国家（の法律上の機関）による（具体的行為の）授權または委任という国家の側のイニシアチブを問題にする考え方とは差異がある。Crawfordも、両者は一般的な従属と支援の状況が帰属には不十分である点で一致していたが、裁判所は実効的コントロールを、Ago裁判官は違法行為の具体的授權を要求した点で差異があるとしている。<sup>(44)</sup>

ニカラグア事件の解釈としては「実効的コントロール」の有無が重要であるとされたというのが正しいであろう。しかし、本件が「事実上の機関」の事例でその認定基準として「実効的コントロール」が参照されたかどうかは明示されていないことに注意しなければならない。なお、本件で示された「実効的コントロール」の認定のための立証基準はきわめて高いもので、組織、財政的支援、訓練、装備や武器の供与、作戦への支援などかなりの程度の米国の援助の事実を認定しながらも、それらの事実は米国の「一般的コントロール」を示すものであつても、「実効的コントロール」をみたすには不十分であるとした点<sup>(45)</sup>はTadic事件判決において疑問視されることになる。

### 3 イラン・米国請求権裁判所の諸判決

イラン・米国請求権裁判所では、イラン革命中の米国人の追放や財産の没収<sup>(46)</sup>に関する訴えが多数提起され、その中で「革命防衛隊 (Revolutionary Guards)」などの実体の行為がイラン国家に帰属するか否かが争点となった。これらの判決で関連する帰属の原則は、第一に事実上の機関の行為の帰属、第二に公的当局不在の状況において統治権能の

要素を行使した実体の行為の帰属、最後に新政府の樹立に成功した反乱団体の行為の（遡及的）帰属（第一読草案一五条一項、最終草案一〇条一項）であった。以下「事実上の機関」が争点となった主要な二つの事件を参照する。

最初の事件は Short 対イラン事件（一九八七年）である。請求者 Short はイラン国内情勢の悪化に伴い、雇用されていた米国企業からの通知を受けて一九七九年二月九日にイランを出国し、それにより雇用契約が終了したが、これはイランの違法な追放（事実上の追放）でありイランは賠償責任を負うと申し立てた。裁判所は、前提として帰属の問題を解決しなければならぬと述べ、一般論として、命令または具体的な国家行為がなくても状況により外国人が出国を余儀なくされる場合、当該状況が国家に帰属するならば責任を負うと述べる。

裁判所は、革命によって樹立された新政府は、旧政府の行為だけでなく、樹立前の革命運動に帰属する行為にも責任を負うとの原則を引用し、イラン政府は新政府樹立宣言（二月一日）前の行為にも責任を負うると判示する。しかし、請求者はその行為が彼のイランからの出国を強いたところのいかなる革命運動の構成員（agents）も特定できなかった。権限ある機関により特定の行動を実行するよう委任されていて国家に代わって行為したことが証明された場合のみ、イランに帰属する」という大使館人質事件判決を引用して、「革命の支持者の行為は、現存する政府の支持者の行為が政府に帰属しないとまさに同様に、革命の成功から生じた政府に帰属しえない」という。さらに、請求者の引用する Khomeini 師ら革命指導者の宣言について、これらは反米的であるが、米国人の集団的追放を特定していない。ここでも、「米国大使館襲撃前になされた Khomeini 師の声明は大使館襲撃の具体的行動の授権に等しいものと解釈することはできない」という大使館人質事件判決を引用して、同様に、宣言が請求者のイラン出国を強いることを革命者に授権したに等しいとすることはできないと述べ、請求を棄却した。<sup>(47)</sup>

第二の事件は Yeager 対イラン事件（一九八七年）である。一九七九年二月二二日、Bell Helicopter 社（以下、BH

I) に雇用されている Yeager のアパートに革命防衛隊を名乗りライフル銃を携行した二名の男性が訪ねて三〇分で荷造りをするよう言い渡した。Yeager 夫妻は残りの財産をアパートに残したまま Hilton Hotel に連行された。そのままホテルで拘束された後、一七日に他の BHI 社員とともにバスで空港に連行され出国させられた。Yeager がイランに残した財産や空港で革命防衛隊とされる者に奪われた現金などの賠償を求めたのが本件である。

裁判所は、新政府となった革命運動の行為は新政府に帰属することを認める。そして、「行為を国家に帰属させるためには、行為者とその国家との結合を合理的な確実さをもって特定することが必要である」と述べて帰属の問題を検討する。まず、「革命防衛隊」の地位である。Khomeini 師を支持する集団が組織した革命委員会 (Komieh) が地域の治安部隊として行動し、国家機構の中で確固たる地位を占めていたこと、この革命委員会が一九七九年五月に「革命防衛隊」の名前で公式に承認される以前から Khomeini 師から「革命防衛隊」と呼ばれていたことを認定する。次に、裁判所は本件の事実を検討して、請求者を Hilton Hotel に連行した者が革命防衛隊に属するという主張は信頼できるとする<sup>(48)</sup>。

問題はこの行為がイランに帰属するか否かである。この時点で革命防衛隊は公式に承認されていない。しかし、「行為の国家への帰属は国内法上公式に承認された機関の行為にとどまらない。そうしなければ、国家は国内法を援用することによって国際法上の責任を免れうるからである」。行為者が事実上国家に代わって行為することが証明された場合、または公的当局が不在の場合に統治権能の要素を行使する場合に国家がその者の行為に責任を負うことは、国際法上一般に受け入れられているという。

裁判所は、「記録において、一九七九年二月一日以降、革命委員会 (Komiehs)」、または「防衛隊」が事実上新政府に代わって行為していたこと、または少なくとも公的当局の不在において統治権能の要素を行使していたこと

——その活動について新政府がその知識を持っていたに違いなくそしてそれに特に異議をはさまなかった——の推定を設けるに十分な証拠」があると認定、イランの側に、事実上国家に代わって行為しなかったもしくは統治権能の要素を行使しなかったこと、または防衛隊をコントロールできなかったことの証明責任があるとした。

そして、裁判所は、防衛隊がBHI社員の退去を行い、このような規模及び性質の活動は新政府に知られていたと判断し、こうした状況の下では、防衛隊が事実上国家に代わって行為しなかったことまたは統治権能の要素を行使しなかったことをイランは証明せず、ゆえに防衛隊はイランのために行為していたと認定した。さらに、イランは防衛隊をコントロールできなかったことも証明しなかった。新政府は防衛隊の活動及び公の治安の維持における彼らの役割を受け入れておきながら、彼らによる米国民への違法行為を実効的に防止するため必要なコントロールを行わなかった。「国際法上、イランは一方で革命委員会(Komiteh) または防衛隊による統治権能の行使を容認しつつ、同時に彼らによって行われた違法行為に対する責任を否認することはできない」として、防衛隊による追放行為がイランに帰属すると結論づけた。<sup>(49)</sup>

また賠償額の算定の際に、空港における現金の没収に関して、革命防衛隊が空港において関税、移民、安全業務を行っていたことが報道から確認されるので、防衛隊が新政府の機関として行為していたことが明白であり、このような状況の下では、「被告は空港において活動する『革命防衛隊』をコントロールしなかったこと及びできなかったことを証明しなければならぬ」が、このような行為を禁止したまたは適切なコントロールを行使した証拠はないので、没収行為はイランに帰属するとの認定を行っている。<sup>(50)</sup>

これらの事件以外にも、ある実体が事実上の機関であるか否かが争われた事例がある（政府所有銀行の事例を除く）。例えば、米国人の追放に関するArthur Young社対イラン事件（一九八七年）では、裁判所は「行為の国家への



帰属は、行為する者の属性 (identity) とその者と国家の結合が合理的な確実さをもって証明された場合にのみ正当化される」と述べ、請求者たる会社がこの帰属の要件の立証責任を負うが、「これらの「行為者 (agents)」が誰であり彼らがどのようににイラン政府と結びついているか」を証明しなかったとして請求を棄却した<sup>(51)</sup>。また、Hill 対イラン事件（一九八八年）では、公立大学の助教授である Hill に学長が行った国外退避の指示が追放にあたるかどうか争点となり、裁判所は、学長の発言は単なる助言に過ぎず、請求者は学長の行為が公的行為であることを立証しなければならぬが、公立大学の学長は私的な被用者であつて、学長が政府当局の指揮の下に行為していたか学長が事実上の公務員である場合にのみイランは責任を負うと述べて請求を棄却した<sup>(52)</sup>。

ほかに米国人の財産を革命防衛隊が没収した一連の事件がある。例えば、William Pereira Associates 対イラン事件（一九八四年）は、革命防衛隊による請求者のオフィス内の財産及び会社の自動車の押収に関する事件であるが、唯一の証拠は一九八〇年一〇月五日付の「イスラム革命防衛隊」名の差押通知であつた。裁判所は「イランは革命防衛隊の行為に責任を負うと考えられなければならない」と判示してイランの責任を認め<sup>(53)</sup>た。その後の事例でもおおむねこの判断が踏襲されているが、その理由はイランが革命防衛隊を公式に国家機関として承認した後の事件であるからとの指摘がある<sup>(54)</sup>。

また、その地位が問題となつたものとして、「労働者評議会 (Workers' Councils)」がある。これはイラン・イスラム共和国憲法及びその実施法に基づいて一九七〇年から一九八〇年にかけて設立された労働者の団体であり、企業内で経営者に対して労働者の利益を代表し経営に協力することを目的とする<sup>(56)</sup>。Shering 社対イラン事件（一九八四年）では、Shering 社はそのイラン子会社に他の子会社を通じて融資をしていたが、その債権の回収が同子会社内に設立され経営に拒否権を持っていた労働者評議会に妨害されたとして、評議会の行為にイランは責任を負うと主張した。

裁判所は、評議会はイラン法の授權により設立されたがそのことはイランの国家機構の一部であることや公務員であることを意味しないとされた。さらに、評議会が事実上イランに代わって行為したこと、すなわち「評議会の構成員の選出に対する政府の影響力が存在したこと、政府の命令、指令及び勧告が評議会に発せられていたこと、または評議会が政府機関の指示の下で行動したこと」の証拠はないとして請求を退けた。<sup>(57)</sup> Eastman Kodak 社対イラン事件（一九八七年）では、原告会社の子会社がその労働者評議会により清算されたことで会社が受けた損害について、子会社の活動及び経営への評議会の関与がイラン政府機関により授權されていたことからその行為はイランに帰属すると認定した。<sup>(58)</sup>

このようなイラン・米国請求権裁判所の判例について、革命という状況に由来する特殊性もあるが、事実上の機関についてはおおむね具体的行動の委任という基準を適用している。Shari 対イラン事件のように、明示的に大使館人質事件に依拠して判断した事例も存在する。また、第一読草案八条(a)の文言に忠実に、実体が事実上国家に代わって行為していたことを完全に立証するよう請求者に義務づけていることも顕著な傾向で、このように帰属を申し立てる側のみ挙証責任を課したことは当時のイランの情勢を考えると立証は困難であったとして強い批判がある。<sup>(60)</sup>

他方、Yeager 対イラン事件は解釈が難しい。まずこの判決自体が革命防衛隊が「事実上の機関」（第一読草案八条(a)）であるのか、それともいわゆる「緊急時の公務員」（第一読草案八条(b)）に該当するのかを明確にしていない。学説の解釈も様々である。<sup>(61)</sup> さらに、同事件のユニークな点は、革命防衛隊の活動及び統治権能の行使に対するイランの黙認を帰属の根拠としているようにみえること、そして、イランが防衛隊の違法行為を防止するためのコントロールをしなかったこと及びなしえなかったことを立証しなかったことから（違法性阻却事由としての不可抗力の文脈ではなく）帰属の問題としてそれを肯定したという論証の方法である。黙認していたことまたはコントロールの不可能

性により機関の行為が帰属するのであるか。<sup>(62)</sup> 帰属に関する証明を請求者には一応の証拠の提出で推定を設けた上で被告国家には反証を義務づけるという挙証責任の分配に関する判断も裁判所の他の判決とは対照的である。

#### 4 Loizidou 事件（本案） 欧州人権裁判所判決（一九九六年）

本判決で問題となったのは、キプロス紛争（ギリシア系キプロス政府とトルコ系住民の間で争われている）に関係して、一九七四年にキプロスに軍事侵攻し現在もキプロス北部に存在しているトルコへの、一九八五年に独立を宣言した北キプロス・トルコ共和国（以下、TRNC）当局の行為の帰属である。なお、国連安保理は独立宣言を否定し諸国に承認しないよう求めており、トルコを除いてTRNCを承認した国はない。

申立人 Loizidou はキプロス国民（ギリシア系）で、トルコ軍占領下の北部キプロスに地所を所有していたが、トルコ軍侵攻後はトルコ軍兵士により当該地所への帰還を妨げられ、一九八九年に停戦ラインを超えた際にはトルコ軍により逮捕され北キプロスの警察官により拘禁された。また、一九八五年のTRNCの憲法では、放棄された不動産の所有権はTRNCに移転することを規定していた。申立人は帰還の妨害が欧州人権条約第一議定書一条の財産権の侵害であるとしてトルコ政府を相手取って欧州人権委員会に申立を行った。委員会の報告の後<sup>(63)</sup>キプロス政府が欧州人権裁判所に事件を付託した。トルコ政府は先決的抗弁を提起して裁判所の管轄権を争ったが、裁判所は一九九五年の判決で抗弁を退けた。<sup>(64)</sup>

本案判決で、裁判所は前記の問題を帰属（imputability）の問題として論じている。

申立人は、裁判所は条約上の人権侵害に対するトルコの責任を決定するためには国家責任の原則を考慮すべきであると主張する。国家責任の観念は説明責任の現実的観念であり、権限踰越行為のように、行為または事態が現実のこ

ントロールの外にあつても責任を負う。国家責任の原則によれば国家は地域的統治体——それが違法（違法な武力行使の結果）であるか適法（被保護国のような場合）であるかに関係なく——に統治を委任しても責任を免れえないこと、トルコによる北キプロスの設立は違法であり、トルコが北キプロスに実効的全般的コントロールを有している証拠があるので、その占領地域で起きた人権侵害にはトルコが責任を負うとの強い推定が働くことを主張した。キプロス政府は、トルコは北キプロスに実効的コントロールを及ぼしており、統治を違法な傀儡政権（かいらいせいけん）に委ねたからといって国際法上の義務を免れることはできないと主張した。

トルコ政府は、条約一条の「管轄」の概念は責任法の問題と同一ではないこと、一条は主張された行為が現実に被請求国の当局によりなされたこと及びこの当局が申立人への実効的管轄権を行使していたことの証拠を求めるものであること、北キプロスは民主的に設立された独立国家であつてトルコは実効的コントロールを有していないと反論した。

裁判所は、先決的抗弁に関する先の判決を引用して次のようにいう。一条の「管轄」の概念は締約国の領域内にとどまらず、締約国の責任は領域外のその当局の作為不作為によって生じる。関連する国家責任の原則に従つて、締約国の責任は合法か違法かを問わず軍事行動の結果として領域外の地域に実効的コントロールを行使する際に生じ、人権を保障する締約国の義務は、直接にかその軍隊または下位の地域的統治体を通してかを問わず、そのようなコントロールの事実から導かれるという。

裁判所は、帰属の問題の評価にとつて重要なのは、申立人の財産へのコントロールの喪失がトルコの占領及びTRNCの樹立によるものであることをトルコが了知していたことであり、申立人が何度も財産へのアクセスを拒否されたのは境界地域をコントロールするトルコ軍によるものであることという。

「裁判所は、申立人及びキプロス政府が示唆したような、TRNCの当局の政策及び行動にトルコが詳細にわた

るコントロールを現実に行使したか否かを決定する必要はない。トルコ軍が島の一部に実効的な全般的コントロール (effective overall control ; contrôle global) を行っていることは……北キプロスで現実の任務に従事している多数の部隊から明白である。そのようなコントロールは、関連する基準及び事件の状況によれば、TRNCの政策及び行動に対するトルコの責任を生ぜしめる」。ゆえにそのような政策または行動により影響を受ける者は条約一条の趣旨でトルコの「管轄」内に入り、人権を保障する義務はキプロスの北部に及ぶと結論づけた。<sup>(65)</sup>

さらに、裁判所は、このような結論からトルコのキプロス介入の合法性に関する自らの立場を表明する必要はないと述べ、国際社会がキプロス共和国が唯一の正統政府であると認め、TRNCの正統性を一貫して否定してきたことを想起すれば十分であると付け加えている。<sup>(66)</sup>

この *Loizidou* 事件判決を国家責任に関する先例と考えることができるかどうかは難しい問題である。請求者とトルコとの間で国家責任法の適用の可否について見解は分かれていた。裁判所の判断は、請求者の主張を採用して、欧州人権条約一条の「管轄」を判断するにあたって、帰属に関する責任法の原則を参照したものと思われる。国家責任法における帰属の原則は、一次規則を履行すべき国際法上の「国家」の範囲に等しいので、<sup>(67)</sup>このような解釈にも一定の妥当性がある（もちろん、一次規則は独自に定めることもできるが）。

しかし、裁判所が帰属のどの原則を適用したのかは不明である。請求者が主張していたのは地域的統治体の行為に関する原則（第一読草案七条一項。最終草案では四条一項に含められた）<sup>(68)</sup>であり、これに同意して外国の軍事占領下で樹立された傀儡政権の当該外国への帰属を認めた事例であって前記の原則の適用例とする主張も有力である。<sup>(69)</sup> *Kress* は、裁判所はTRNCの地位について判断しなかったが、事実上の政府とみなさざるをえず、実質的には他国の指揮またはコントロールの下にある国家の行為の当該他国への帰属（第一読草案二八条一項。最終草案では一七条）とし

て扱われたのであり、他国のコントロール下にある国家と事実上の機関の境界線上の事例であるという。<sup>(70)</sup> Crawford は、Bernhardt 裁判官反対意見を参照しつつ、帰属と因果関係の境界線上の事例であるとしている。<sup>(72)</sup>

後述する Tadic 事件判決で旧ユーゴ国際刑事裁判所上訴裁判部は、Loizidou 事件を事実上の機関の先例としつつ、ニカラグア事件の「実効的コントロール」の基準を修正する一つの根拠としているが、両事件の間にはコントロールの対象についての差異がある。ニカラグア事件は違法行為がなされた実体の活動に対する国家のコントロールの程度を問題にしているが、Loizidou 事件では、違法行為がなされた地域に対する占領国の「実効的な全般的コントロール」を認定した事例である。後者の判決は一定の地域にコントロールを行使していれば、その地域に存在する実体の「政策及び行動」のすべてが帰属することになると判示するが、その根拠が十分に説明されているとは言い難い。<sup>(73)</sup>

かりに事実上の機関の先例と考えた場合でも、証明の基準がこれまでにみた国際司法裁判所やイラン・米国民権侵害に対するトルコの責任の強い推定を帰結すると主張し、トルコは拳証責任は請求者側が負うべきであると主張した。裁判所は推定を設けて被告に反証の責任を課すことはしなかったものの、特定の違法行為に対するトルコの関与を厳密に立証する必要はないと判断し、請求者側の立証責任の程度を相当程度軽減した。De Hoogh は領域へのコントロールの事実は行為の了知や責任を含意しないとしたコルフ海峡事件などの国際司法裁判所の判例に合致しないと批判する。<sup>(74)</sup> 実際、コルフ海峡事件は国家による領域の排他的コントロールの事実は被害国による事実からの推論や情証証拠による間接的な証明方法を正当化すると述べ、<sup>(75)</sup> 人権に関する第三者機関の実行もこのような傾向にあるといえる。<sup>(76)</sup> Dipla もまた、従来の国際法ではトルコの責任は単なる推定(反証により覆しうる推定)であるのに、Loizidou 判決はそれを覆しえない推定に変え、絶対的にトルコに条約違反の責任を負わせた点で革新的であると評している。<sup>(77)</sup>

## 5 Tadic 事件（本案）旧ユーゴ国際刑事裁判所判決

本件は旧ユーゴスラビア領域で行われた国際人道法の重大な違反を犯した個人の刑事責任に関する裁判であるが、その中で国家責任法に関する判断が行われた。というのは、被告人に適用される法規の決定のために被告人の関係した紛争が国際的武力紛争であるか国内的武力紛争（内戦）であるかの決定が必要となり、武力紛争の性格が国際的であればジュネーブ諸条約の重大な違反が、国内的であればジュネーブ諸条約共通三条などの違反が適用されるからである。<sup>(78)</sup>旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所では、内戦当事者の行為が外国国家の「事実上の機関」の行為として帰属するなら国際的武力紛争、帰属しないなら内戦となるという図式で議論された。

本件の被告人はボスニア・ヘルツェゴビナのセルビア人で、セルビア人勢力の部隊（VRS）に所属して、Omarska 地方の住民を攻撃してキャンプに収容し、キャンプ内で殺人や暴行を行った容疑（人道に対する罪、ジュネーブ条約の重大な違反など）で訴追された。本件では、ボスニア・ヘルツェゴビナの独立を主張するセルビア人勢力の国家（Republika Srpska）とその軍隊（VRS）が新ユーゴスラビア（セルビア・モンテネグロ）の軍隊（VJ）の機関とみなされるかが争点となった。

本事件管轄権判決で上訴裁判部は、旧ユーゴ紛争が全体として国際的武力紛争であるとする検察側のアプローチを退け、旧ユーゴ紛争は国際的・国内的両方の側面を持つ混合的性格の紛争であると判示した。<sup>(79)</sup>これは紛争の性格の決定は個々の事件においてその文脈毎に決定すべきであるということを含意していた。

### A 第一審裁判部判決（一九九七年）

裁判部は、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所規程二条に規定するジュネーブ諸条約の重大な違反の適用の前提とし

て、犯罪の犠牲者がジュネーブ第四条約（文民条約）四条にいう保護を受ける者でなければならず、その条件の一つがその者が紛争当事国の国民でないことであるという。一九九二年五月一九日の旧ユーゴ軍の撤退まではこの条件が満たされるが、撤退後もこの条件が満たされるかどうかが問題となる。Republika Srpskaとその軍は新ユーゴとその軍から区別される存在であるけれども、「国際慣習法の規則として、人、集団または組織の行為は、国家の事実上の機関または公務員として行為する場合当該国家に帰属しうる」。正統政府と争う叛徒に事実上の機関に関する国家責任の原則を適用した先例としてニカラグア事件があり、人道法の適用や紛争の混合的性格でも共通している。ニカラグア事件が示したのは「実効的コントロール」という敷居の高い基準であり、検察側にその挙証責任があるという。

裁判部は、五月一九日以後付近に駐留していたJNA部隊がそのままVRSの一部となり、引き続き俸給を新ユーゴが支払っていた事実を認定する。裁判部はVRSと新ユーゴ軍の間の二つの関係を検討した。第一に、VRSの司令部と新ユーゴ軍との間には高度のコミュニケーションが存在し、参謀間の協働（coordinate）が存在したが、これは「命令（command）及びコントロール」の関係ではない。第二に、Contraとは異なり、Republika Srpskaの指導者はボスニア・セルビア人自身が選んだ。以上から、裁判部は実効的コントロールを示す証拠はないとした。

次に裁判部は、推論により実効的コントロールを認定できるかどうかを議論する。ボスニア・セルビア人でない旧ユーゴ軍将校が同じ地位のままVRSに移った事実があるが、攻撃やキャンプの運営はVRS司令官の命令により行われた。当該司令官の権限を覆す形での新ユーゴからの命令があった証拠はない。新ユーゴはVRSの将校に俸給（年金を含む）を支払っていたが、ニカラグア事件では、財政的援助は実効的コントロールには十分ではないとされている。<sup>(80)</sup>

以上から裁判部は、VRSは新ユーゴの事実上の機関または公務員ではなく、犠牲者はジュネーブ条約（共通三条



を除く）上の保護を享有しないとして規程二条に関する訴因については無罪とした<sup>(81)</sup>。

判決に対して McDonald 裁判官が個別・反対意見を表明している。第一に、VRS は新ユーゴの実効的コントロールの下にあると主張している。旧ユーゴ軍の撤退と同日に行われた VRS の創設は、安保理決議七五二を履行するため、軍事組織や部隊の名称を変更しただけの法的なフィクションに過ぎず、実質的には同一の軍隊であり、VRS は新ユーゴに代わって旧ユーゴの作戦を継続している。第二の主張は、実効的コントロールの基準は適切ではないというものである。ニカラグア事件は二つの帰属の基準を示した。すなわち、一つは VRS が新ユーゴの構成員とみなされるための「一方で従属、他方でコントロール」の基準であり、もう一つは VRS が新ユーゴに代わって特定の行為を遂行することを具体的に委任されていた場合で、この場合の基準が「実効的コントロール」であるという。本件はニカラグア事件とは異なる事案であり、後者の基準はニカラグア事件の事案にとどまり、本件は前者の従属とコントロールの基準により VRS を新ユーゴ軍の一部と認定すべきであるという<sup>(82)</sup>。

#### B 上訴裁判部判決（一九九九年）

このような第一審裁判部の判断に対し、検察側は本件は個人の刑事責任の問題であって国家責任法ではなくジュネーブ条約及び人道法の一般原則に依拠すべきことなどを主張した<sup>(83)</sup>。上訴裁判部はそれとは異なる理由から第一審裁判部の認定を覆し、VRS の新ユーゴへの帰属を認め国際的武力紛争と認定してジュネーブ条約の重大な違反を適用した。関連する部分の判示内容は次のとおりである<sup>(84)</sup>。

上訴裁判部は、内戦が国際化するための条件は VRS が新ユーゴの法律上または事実上の機関であったか否かであるという。まず裁判部は国際人道法の観点から検討する。ジュネーブ第三条約（捕虜条約）四条は合法的な戦闘員とみ

なされるための条件を定めており、紛争当事国に属するならば準軍事的集団もこれに該当する。この「属する」は明確でも具体的でもない。刑事責任に必要なのは当事国のコントロールの範囲である。どの程度のコントロールが必要かを決定しなければならないが、人道法は独自の基準を定めていないので、一般国際法すなわち事実上の公務員として行為する者についての基準を定める国家責任法の原則を検討しなければならないとする。

裁判部は次の二つの前提問題を検討する。一つは、国家責任と個人の刑事責任では基準が異なるので、ニカラグア事件の実効的コントロールの基準は適用されないという検察側の主張であり、これについて裁判部は、個人が国家の機関とされる条件は同じであり、一方では個人の行為の帰属により国家の責任が生じ、他方で個人が国家の事実上の公務員として行為したことで紛争が国際的性格を持ち、重大な違反の適用の前提がみたされることになるという。もう一つはニカラグア事件の解釈であり、裁判部は、帰属の二つの基準を示したとする McDonald 裁判官及び検察側の解釈を否定し、同事件判決は実効的コントロールという単一の基準を示したとした。

しかし、裁判部は、ニカラグア事件の基準は二つの理由で説得力がないという。第一の理由は、国家責任法の論理に合致しないことである。事実上の機関として行為する私人の行為の帰属を認める規則の趣旨は、国家が私人を用いたことを理由に責任を免れることを防ぐことにある。基準は高いものである必要はない。その要件は国家が私人にコントロールを行使したことであり、コントロールの程度は事件の事実状況により様々である。裁判部は二つの状況を区別する。第一は、私人または組織されていない個人の集団の場合であり、帰属を証明するためには一般的支配では不十分であって、国家による違法行為の具体的指示（または事後の承認）が必要であるという。

第二の状況は、戦争または内戦における軍事的単位のような、組織されかつ階層構造化された集団 (organised and hierarchically structured group) である。それは組織構造、命令系統、一組の規則、権威の象徴を持つ。集団の構成員

は自身のためではなく集団の基準に従い、集団のリーダーの権威に従う。当該集団の行為が国家に帰属するためには、集団が国家の全般的コントロール（overall control）の下にあれば十分である。国家のコントロールがあれば指示とは無関係に、または反する場合でも責任を負う。権限踰越行為に限らず国家責任法全体が説明責任の觀念に基づいており、法的形式性を度外視して、個人または集団に一定の機能を委託した国家がその行為に責任を負うよう確保するものである。同じ論理は組織された集団についてもあてはまる。組織された集団は一連の行為を行う。全般的なコントロールの下であれば、具体的に強制、要請または命令されたか否かに関係なく責任を負うべきであるという。

第二の理由として、裁判部は判例・実行と合致しないことを挙げる。判例及び実行は、個人または組織されていない集団にはニカラグア事件の実効的コントロールの基準（すなわち個人の活動に関して具体的な指示を出すことにまで及ぶコントロールの基準）を適用するが、軍事的または準軍事的集団には具体的指示の有無を問題にしていないという<sup>(85)</sup>。帰属を認めるためには、全般的コントロールすなわち軍事的活動の一般的計画における調整または援助が証明されなければならない。他方、個人または組織されていない集団に対しては判例は具体的な指示もしくは指令、または事後の承認または支持を要求している<sup>(86)</sup>。また、裁判部は事実上の機関の第三のカテゴリー（基準）も示唆している<sup>(87)</sup>。

裁判部によれば、国家の全般的コントロールの認定には違法行為の具体的指示は必要ではなく、財政支援、訓練及び装備の供与または作戦上の支援に加えて、国家が集団の軍事的行動における組織、調整または計画において一定の役割を占めていけばよいという。コントロールする国家がその領域で戦闘が行われている国でない場合や、領域で行われている国であっても内戦があったり弱体な政府である場合には立証の基準は高くなり、コントロールする国家が領土的野心を持つ隣国の場合にはコントロールの立証は容易になるという。

結論として、一審の認定した事実<sup>(88)</sup>に依拠して、VRSは軍事組織であり、新ユーゴは、単なる資金や装備の支援を

越えて軍事的作戦の計画への参加及び監督に従事しVRSに全般的コントロールを行使していたと認定した。<sup>(88)</sup>

なお、Shahabuddeen 裁判官は個別意見を付した。同裁判官は、多数意見には賛成するがニカラグア事件判決の判断を否定する必要はないという。同事件は外国軍隊の行為に責任を負うか否かの事例ではなく、具体的指示なしに外国軍隊を通して武力を行使したか否かの問題である。実効的コントロールの基準は人道法違反行為に関してのみの基準であって、判決はContraの武器援助及び訓練により米国が武力不行使義務に違反したことを認定しており、この認定は米国とニカラグアとの間には国際的武力紛争があったことを含意している。本件でも新ユーゴはVRSを創設し資金援助し訓練し武器・装備・兵站を供与したのだから国際的武力紛争の条件はみたされるという。<sup>(89)</sup>

このように上訴裁判部判決は、ニカラグア事件の実効的コントロールに修正を加え、個人または組織されていない集団には実効的コントロールすなわち具体的指示という基準が妥当するが、組織された(武装)集団の場合は「全般的コントロール」でよいという基準が適用されると判示した。

まず、問題となるのは、武力紛争法と国家責任法の関係、より具体的には紛争の国際的性格の決定と帰属の原則との関係であろう。第一審裁判部の判断も分かれ、<sup>(90)</sup>個人の国際刑事責任の文脈において国家の責任に関する規則を参照することへの疑問も根強く提起されてきた。第一審裁判部は紛争の国際的性格の決定のため直接国家責任法の原則を採用したが、上訴裁判部は第一次的には一次規則たる国際人道法の原則を適用しなければならぬが、その内容が明確ではないので一般原則たる国家責任法を参照するとした。

上訴裁判部の示した解釈基準としての国家責任の参照は、先のLoizidou事件判決における欧州人権条約一条の解釈にあたって帰属の規則が参照されたのと共通している。しかし、国際人道法の場合は、ハーグ陸戦条約三条及びジュネーブ諸条約第一議定書五一条が交戦国は軍隊構成員の一切の行為に責任を負うとして独自の帰属の原則を定めてお

り、また上訴裁判部判決も言及するようにジュネーブ第三条約四条も合法的な戦闘員の要件を規定するほか、第一追加議定書四三条も軍隊の定義をおり、これらの一次規則の解釈だけで交戦国への帰属を判断が可能かどうかを検討すべきであったと思われる。<sup>(90a)</sup> もちろん、違法な戦闘員や軍隊以外の機関及び公務員は国家責任法の原則に照らして判断しなければならない。

いずれにせよ、国家責任法（二次規則）によるのであれ武力紛争法（一次規則）によるのであれ、帰属の規則によりある者が外国国家の機関と判断されることで、武力紛争が国際的性格を持つことになり、機関とされた者が国際的武力紛争において妥当する犯罪について刑事責任を持つ。つまり、国家責任の判断が個人責任の前提となるという関係が存在することになる。<sup>(91)</sup>

次に、Tadic 事件の示した「全般的コントロール」の基準の妥当性である。学説においては上訴裁判部が組織された集団への「全般的コントロール」の根拠として挙げた実行（特に Yeager 事件及び Loizidou 事件）の解釈は誤りであるという批判は多い。<sup>(92)</sup> 上訴裁判部の判示を詳細に批判した Sassoli 及び Olson は、裁判部の掲げる実行の多くは国家の領域内で行う武装集団の行為に関するもので当該国家の領域へのコントロールが決定的な要素となった事例であり、Loizidou 事件も外国の軍事占領下におかれた領域における事件であって、国外における武装集団の行為の事例である本事件とは異なるという。<sup>(93)</sup> Tadic 事件に先行する諸判決の中で、武装集団の場合は具体的な指示ではなく全般的コントロールでよいと明示的に判示したものは存在しない。

さらに、そもそも組織された集団の場合には国家の具体的な指示がなくとも一般的なコントロールさえあれば帰属を認めるといふ裁判部の論理も問題があるように思われる。国家の具体的な指示を帰属の本質とする立場からの批判がある<sup>(94)</sup> ほか、Kress は上訴裁判部は権限踰越行為も含め一般的には具体的指示が必要としながら指示のない集団の構

成員の行為（そのほとんどはその集団または自己のために行為したといえるのであろうが）に帰属を認めるのは一貫していないと批判する<sup>(95)</sup>。コントロールを帰属の基準と考えるとしても、組織的集団の場合は単なる私人よりも国家からの自律性が高いのであるから国家のコントロールの程度はより強いものでなくてはならないのではないだろうか。また Kress は組織的集団と個人を区別することの困難を指摘する<sup>(96)</sup>。上訴裁判部が指摘するように、国家は一定の機能を個人に委託することによってそこから生じる責任を免れることはできないのであるが、だからといって、そうではない行為までも帰属させる必要性はない。

Sasóli 及び Olson は Tadić 判決の国際人道法上の問題点を挙げている。まず、個人の刑事責任を裁く旧ユーゴ国際刑事裁判所が一般国際法上の問題について国際司法裁判所の判例から逸脱することは問題であるという<sup>(97)</sup>。次に、ボスニア紛争を国際的紛争とすることで、ボスニア政府がボスニア国民であるセルビア人やクロアチア人を「保護された者」や「捕虜」として取り扱わなければならないとするのは不合理な結果を招き、また旧ユーゴ紛争を混合的性格の武力紛争とした Tadić 事件管轄権判決に反するばかりか、国籍を基準とするジュネーブ第四条約四条の文言にも反する<sup>(98)</sup>。さらに、「全般的コントロール」の基準はあるべき法なので「法なくして罪なし」の原則に抵触するという<sup>(99)</sup>。

本件における新ユーゴの「全般的コントロール」の存在の認定は情況証拠に基づくもので、結論を導くには十分なものではなかったとの指摘もある<sup>(101)</sup>。国家間の紛争で違法行為が加害国の領域内または軍事占領下であるならば間接的な証明方法も認められるが、刑事裁判の場合、合理的な疑いを越えて証明しなければならぬのは検察側である。これまで外国軍が内戦に介入しても内戦当事者間の紛争は国際化しないとされてきた<sup>(102)</sup>。上訴裁判部は被害者保護を優先させたのかもしれないが、Sasóli 及び Olson はジュネーブ諸条約共通三条でも犠牲者に保護を与え被疑者を処罰することが可能であったと主張する<sup>(103)</sup>。ただ、ユーゴ紛争の特殊性も考慮しなければならないであろう。すなわち、旧ユー

ゴが崩壊する中で成立したボスニア・ヘルツェゴビナの独立に反対して軍事作戦を遂行していた旧ユーゴ軍部隊がそのままボスニアに残留してVRSに名称を変更したという事情である。ゆえに本件を純粹な内戦への外国軍の介入の事例に分類するのも難しいところである。<sup>(104)</sup>

最後にこの判決の位置づけについて、Kress 及び Dopagne は後の実行で踏襲されることなく孤立した事例であると評価している。<sup>(105)</sup>

### 三 国家責任条文草案（最終草案）における「事実上の機関」

ILCは一九九六年の暫定草案の採択後、第二読の作業を行うことを決定し、一九九七年に特別報告者としてCrawfordを指名した。Crawfordは一九九八年の第一報告書において第一読草案八条に対する政府コメントや採択後の実行を検討して、「事実上の機関」に関する条文の修正を提案した。その見解は次のようなものである。<sup>(106)</sup>

Crawfordによれば、国家により事実上命令（指揮）または授権された行為が国家に帰属することは争い得ない。実行者が私人であることも、行為の内容が「統治」活動であるか否かも関係ない。この私人には国家から分離した人格を持つか否かに関係なく実体が含まれる。彼は八条コメントを引用して、人または人の集団が特定の任務の実行を国家機関から「現実的に命じられた」または一定の任務を国家機関の「教唆により実行した」ことが証明された場合に帰属することを肯定する。この表現は、第一読草案八条が「現実の指揮（命令）または指示（actual direction or instruction）の場合」にとどまることを意味する。

特別報告者はこのような場合だけに帰属が認められるかどうかを疑問視する。第一読草案一一条のコメントリーを

引用して、「促進」及び「協働」は「任命 (appointment)」または「教唆」より広いのではないかと述べ、「人または集団に対する国家の事実上のコントローラーが独立の帰属の根拠として扱われるべきか否かという問題が生じる」という。この点で八条(a)は再検討を要するとする。

Crawford は、ニカラグア事件、Tadic 事件（一審裁判部判決。報告書の時点では上訴裁判部判決は出ていなかった）、Yeager 事件、Loizidou 事件などを参照するが、それらの判決ではコントローラーの概念が強調されている。そこで、LIC の検討すべき「問題は、八条(a)が現実の授權または指示の事例を越えて、特定の活動または作戦が事実上国家の指揮及びコントロールの下にある場合も含むべきかどうかである」。Ago 裁判官は明示的指示のある場合にとどまるとした。ニカラグア事件は権限下の不正規軍に対するコントローラーの問題であるかもしれないが、一般原則としての言明であるという。そこで Crawford は、国家の指揮及びコントロールの下で実行された特定の行為も帰属するように定式化するのが望ましいとした。そして条文及びコメントリーでは、「国家が特定の活動を指揮及びコントロールし、かつ申し立てられた行為が当該活動の当然の、不可分のまたは意図された一部である場合にのみ」国家に帰属することが明確にされなければならないと提案した。

Crawford が提案した新しい八条(a)は、タイトルを「事実上国家の指示または指揮及びコントロールの下で実行された行為の国家への帰属」に変更した上で、「人または人の集団が、行為を実行する際、事実上、国家の指示により (on instructions of)、または国家の指揮及びコントロールの下で (under the direction and control of) 行為する場合」に帰属するというものであった。なお、コメントリーでは、八条(a)は使用関係 (agency) の場合と指揮及びコントロールの場合の両方を含むが、「コントロールは意図された行為を生じるように現実に行使されなければならない」と<sup>(107)</sup>されている。



さらに、特別報告者は国家が私人の行為を事後に採用した場合にも帰属するという新たな提案を行った。これは大使館人質事件判決を根拠としているが、ほかに灯台事件仲裁判決（一九五六年）を挙げている。オスマントルコ帝国の自治領であったクレタ島当局のコンセッション違反の状況を島の領域主権がギリシアに移転した後もギリシアが支持し当該状況を自ら継続したため責任を負うとされた事例である。<sup>(108)</sup> Crawfordは私人の行為の承認が将来的効果を持つのかそれとも遡及的効果を持つのかという点を論じている。大使館人質事件では明確ではないが、どちらの立場を採用してもイランは（公的宣言の）前の段階から責任ありとされていた。そのような前段階の責任がない状況も想定されうる。採用が明確でないまいさのないものであれば遡及効を認める理由があり、現に灯台事件はどのように裁定したという。定式化の問題としては大使館人質事件で用いられた「承認（approval）」「支持（endorsement）」では広すぎ、「採用（adoption）」が「行為が国家によって実質的に自らの行為として認められたとの観念を有している」ので適切であるとした。<sup>(109)</sup>

そこでCrawfordが提案した一五条bisは、他の条文によっては帰属しない行為が「国家が事後当該行為を自らの行為として認め（acknowledges）または採用する（adopts）場合、その範囲で当該国家の行為とみなされる」というものであった。なお彼は、国家の採用または認知の行為は、明確になされなければならないこと、単なる支援または支持とは区別されることを述べている。<sup>(110)</sup>

ILCは基本的にはCrawfordの提案を受け入れた。二〇〇一年に採択された最終草案八条は、「人または人の集団の行為は、当該人または人の集団が当該行為を実行する際、事実上国家の指示により、または国家の指揮もしくはコントロールの下で行ったときは当該国家の行為とみなされるものとする」というものである。<sup>(111)</sup>

原案からの大きな変更は、第一に第一読草案八条(b)を独立の条文（最終草案九条）としたこと、第二に原案の「指

揮及びコントロールの下で」を「指揮もしくはコントロールの下で」という文言に変更したこと、最後に八条のタイトルを「国家によって指揮またはコントロールされた行為」に変更したことであろう。<sup>(112)</sup>

同条コメントリーによれば、八条のカバーする状況には二つの状況があるという。一つは違法行為実行の際に国家の指示により行為する私人の場合である。事実上授権された行為であって、国家の公的機構外で補助者として私人を雇用したり教唆したりする場合、すなわち第一読草案八条のコメントリーで挙げられていたような、隣国への志願兵の派遣や外国で特定の任務を遂行させる場合である。

コメントリーの挙げるもう一つの状況は、私人が指揮またはコントロールの下で行為するより一般的な状況である。ILCによると、このような行為が帰属するのは、「国家が特定の活動を指揮またはコントロールし、訴えられた行為が当該活動の不可分の一部である場合」に限られる。コントロールの程度についてはニカラグア事件で問題となった。Tadic事件上訴裁判部判決はニカラグア事件のアプローチを否定し「全般的コントロール」の概念を採用した。しかし、ILCによれば、両事件は法的問題及び事実状況が異なるという。旧ユーゴ裁判所の任務は国家責任ではなくて個人の刑事責任の問題であり、争点も国家の責任ではなく人道法の適用法規の問題であったと述べ、(Tadic事件判決自体は明示的に責任の問題として扱ったにもかかわらず) 同事件を国家責任の事例とはみなさない傾向が明確であるという。また、特定の行為がコントロールの下にあったか否か、コントロールされた行為の帰属の程度の問題は各事件における評価の問題であった。このようにILCは事実上の機関であるか否かの判断は個別事例毎に事実、特に指示、指揮またはコントロールと違反を申し立てられた具体的行為との関係の事実に基づいて行われる必要があることを強調している。<sup>(113)</sup> 「指示」「指揮」「コントロール」は選択的でいずれかが証明されればよい(ただしいずれかが行為に関係しなければならぬ)<sup>(114)</sup> という。

さらに ILC は Crawford 案 一五条 bis を受け入れ最終草案 一一条として採択した。「前諸条の下で国家に帰属しない行為は、にもかかわらず、国家が当該行為を自らの行為として認めかつ採用する場合、その範囲で国際法上当該国家の行為とみなされる」という条文であるが、こちらは八条と異なり、原案の「認めまたは採用する」という選択的文言を「認めかつ採用する」と重疊的文言に変更している。

一一条コメントリーでは、この帰属の原則について、行為（多くの場合は私人または実体の行為）の遂行の時点では帰属しないが事後的な国家による自らの行為としての認知及び採用により帰属すると説明する。ILC は実行として、前述の灯台事件、大使館人質事件のほかに、Eichmann 事件を挙げている。ILC によれば、同事件では、安保理の議論においてイスラエル外相はアルゼンチンの非難を否定も肯定もせず、Eichmann 誘拐を「志願者」の行為であると述べ、安保理決議 一三八はイスラエル政府が少なくとも誘拐の計画に認識し同意していたとの認定を含意していたという。

ILC も Crawford の見解を踏襲して、自らの行為としての認知及び採用は単なる支援や支持とは異なり、また行為の事実的存在の認知や行為の言葉による賛意の表明では帰属しないとす。認知には事実状況の一般的認知以上のものが必要であるという。一一条は帰属に関する規定なので別に違法性の要素が必要である。当初の私人の行為が適法であることまたは国際法により規律されていないこともありうる。また認知及び採用は（他者の違法行為の）責任の引き受けとも異なる。

ILC は認知及び採用を重疊的要件とし、そしてこの二つの条件の順序は事態の通常順序を意味するという。ILC はこの認知及び採用が大使館人質事件のように明示的に、または国家の行為から推論されなければならないとしている。「認知及び採用の行為は、それが言葉をとるのであれ行為をとるのであれ、明確であまいさのないもので

なくてはならない」という<sup>(116)</sup>。

以上が Crawford 及び ILC の議論である。Crawford による「指揮及びコントロールの下で」という文言の挿入はニカラガ事件の判示の定式化であろう<sup>(117)</sup>。しかし、それは判決のいう「実効的コントロール」だけを採用したのではないし、Ago 裁判官の個別意見の判示の核心部分であるとする「命令（指揮）または強制した」という要素を採用したのでもなく、いわば両者を折衷して定式化したに過ぎない。まずこのような定式化がニカラガ事件の正確な解釈か否かが問われなければならないであろう。

さらに、ILC は「指揮またはコントロール」と選択的な基準に変更したが、明確な根拠があるかどうか疑わしい。

ILC では、「事実上の機関」の立証、特に具体的指示の証明が困難であったことが指摘され、ラテンアメリカにおける「失踪」をその例として挙げる委員もいた<sup>(118)</sup>。そのような理由から、「指示により」に加えて、Crawford の提案する指揮・コントロールの基準の追加が歓迎されただけでなく、事実上の機関を認める範囲を広げるために「指揮またはコントロール」というフレキシブルな選択的基準への変更が行われたと考えられる<sup>(119)</sup>。

しかし、指揮とコントロールを選択的基準にしたことは非常に難しい問題を生じることになった。例えば、Dopagne は「指示」と「指揮」は性質の異なるものではないのではないかと問い、ILC が両者の異同について明確な説明を施さなかったことを批判する<sup>(120)</sup>。さらに彼は、ILC が個人と組織された集団を区別しないまま単なる（つまり程度に限定のない）「コントロール」でよいとした点を問題とする。Tadic 事件上訴裁判部判決でさえ、個人及び組織されていない集団には指示が必要であるとしていたからであるという<sup>(121)</sup>。

最終草案は「コントロール」を独立の基準としたわけだが、Kress は、「指示」及び「指揮」が事実上の機関の本質を示すものとみるので、「指揮」から切り離された「コントロール」は実質を欠くと主張する。「コントロール」は領

域に対する国家のコントロールを意味するものでもないし、事実上の機関に対する国家のコントロールはすでに「指示」及び「指揮」の概念に含まれている。Tadic 事件上訴裁判部判決の「全般的コントロール」を想定するなら「コントロール」の基準も必要となるが、法律上の機関の関与の具体性を緩和するなどの「全般的コントロール」の要素は条文にもコメントリーにも導入されなかったという。<sup>(122)</sup>

さらに、ILCが「指揮またはコントロール」が一般的レベルでは帰属の認定には十分ではなく（対象が個人であれ集団であれ）特定の行為に関連しなければならぬとした点は、Crawford が違法とされる行為が国家の指揮及びコントロールの下で行われた活動の一部であればよいとしたのを制限するものである。<sup>(123)</sup> ニカラグア事件に合わせたものと思われるが、帰属の認められる範囲を広げようとした趣旨とは両立しない。このILCの立場はTadic 事件の上訴裁判部の立場を否定するものである。<sup>(124)</sup>

総合的な評価として、ILCは事実上の機関の帰属の根拠としての「コントロール」の概念が「指示」や「指揮」の基準と並立することを確認したといえる。ニカラグア事件を含め「具体的指示」が唯一の基準として妥当してきたと主張する Dopagne は、このような定式化は法典化とはいえないと批判し、これで現行法の状態は不明確になったと評している。<sup>(125)</sup>

#### 四 一般的考察

##### 1 「事実上の機関」の帰属の根拠——授權とコントロール

これまで「事実上の機関」についての近年の国際判例とILCの見解をみてきたが、「事実上の帰属」の根拠を何

に求めるべきであろうか。

組織体というものは任務の授受によって成り立っているものであり、法律上の機関であれ事実上の機関であれ、国家（機関）からの一定の機能の委任または授權がその実体を当該国家の機関とみなすための条件であると考えられる。国家の多様な活動を考えれば、活動の内容は二次的な根拠でしかないし、司法機関や地域的統治体のように自律性を有する機関もあることから指揮命令関係の存在も本質ではないように思われる<sup>(126)</sup>。事実上の機関においても帰属の根拠は同じであろう。ILC第一読草案八条コメンタリーが「特定の機能を実施または特定の任務を実行するよう国家の機関によって現実に命じられたこと」を基準として挙げ、大使館人質事件が「国家の権限ある機関により特定の活動を実行するよう委任され」たか否かを検討したのも当然のことである。

学説においても事実上の機関の帰属の根拠は一般的には一致しているように思われる。例えば、Condorelliは、第一読草案コメンタリー、大使館人質事件、ニカラグア事件（及びAgó. 個別意見）を分析して、国家の機関が私人に一定の活動を委任したことすなわち私人に権限を行使して具体的行為の実行を「命令（指揮）または強制した」ことが証明されなければならないとする。ただし彼はニカラグア事件の「実効的コントロール」の表現にみられるように、私人が国家に実効的に従属する地位になければならないとしている<sup>(127)</sup>。

また、Kressは「教唆（instigation）」という語を用い、私人の特定の行為に対する国家の教唆が単一の基準であると主張するが、その内容は委任や最終草案の「指示」及び「指揮」（「指揮」は「指示」と異なり法律上の機関への私人の従属を含意しているとする）を含む概念である。ニカラグア事件で示された「実効的コントロール」は「教唆」の前提であるという解釈をとるが、他方で定義上私人が法律上の機関に従属していることを要素としない「指示」の場合もあるという<sup>(128)</sup>。

Dopagneも「指示」という言葉を用いるが、ILC第一読草案、大使館人質事件、ニカラグア事件を検討して私人が一定の任務を具体的に委任されていなければならないとしている。<sup>(129)</sup>

さて、ニカラグア事件の示した「実効的コントロール」や Loizidou 事件欧州人権裁判所判決や Tadić 事件旧ユーゴ国際刑事裁判所判決の示した「全般的コントロール」など、帰属の根拠を「コントロール」の概念に求める傾向があるが、どのように考えるべきであろうか。単に違法とされる行為を履行した個人が国家のコントロールの下にあるからといって、任務の委任または授権がなければその者を国家の機関であるとはいえないであろう。コントロールの位置づけについていくつかの仮説が考えられる。

第一に考えられるのは、一定の任務の委任または指示が帰属の根拠であるが、国家と私人の間の従属関係の存在がその前提とされているまたはそれに含意されているということである。これは先に述べた *Kess* が示唆する解釈である。<sup>(130)</sup> たしかに国家はコントロールできない実体の行為にまでも責任を負うものとはされない。国内法の使用者責任においても、被用者を請負人 (independent contractor) から区別するためにコントロール (指揮監督関係) の要件が (職務の範囲内か否かという要件に加えて) 存在する。「指示」「指揮」から単なる「奨励」や「要請」を区別するためにコントロールの基準が参照される必要があるかもしれない。Yeager 事件で米国・イラン請求権裁判所はイランに革命防衛隊がコントロールできなかったことの立証責任を課したが、コントロールできない実体は国家の機関と認められることはできない<sup>131</sup> という一種の消極的要件として、コントロールが事実上の機関の要素であるとされたのかもしれない。

しかし、国家はたいていの実体をコントロールできるのであって、国家に実力で反抗している叛徒のような存在でない限り、コントロールの有無を問題にする必要性は乏しい。領域内の私人の行為は国家が当然にコントロールすべ

きものであるから、私人に対するコントロールと事実上の機関の要件としてのコントロールをどう区別するのか、どの程度のコントロールによって私人が国家機関に変質するのかという問いに答えるのは難しい。大使館人質事件において、米国大使館を占拠している暴徒のイランへの帰属を認定した際、考慮したのはイラン政府の決定であって、コントロールの程度は一切考慮されていない。

次に、ニカラグア事件は通常の事実上の機関とは異なる特殊な状況を扱ったもので、ゆえに通常では問題となるコントロールの有無が問題となったとも考えられる。Ago 裁判官の個別意見でコントロールは他国の行為に対する責任（第一読草案二八条、最終草案一七条）の基準であると指摘しているのが参考になる。Contra は国家ではないけれども、ニカラグアの正統政府と敵対して戦っている叛徒であって、法主体性を持つかどうかはともかく、米国とは法的に異なる自律した存在である。この「法的形式性」を覆すためには米国による「実効的コントロール」という高度のコントロールの存在が必要であり、国際司法裁判所はその証明をニカラグアに要求したと考えることはできないだろうか。Tadic 事件上訴裁判部判決が指摘したような、「法的形式性」を度外視することが安易にできるわけではないように思われる。ただし、これは帰属の対象となる実体が違法行為を行ったとされる国家の領域外で行動している場合であって、領域内または軍事占領下で行動する場合には状況が異なると考えるべきであろう<sup>(81)</sup>（後述）。

## 2 指示の具体性の要件と事実上の機関の証明

次に、委任された指示または任務の具体性という問題がある。大使館人質事件では国際法違反であると申し立てられた特定の行為をイランが具体的に委任または授権したかどうかを検討され、ニカラグア事件においてAgo 裁判官は「ある種の特定の任務を実行することを具体的に委任されていた場合」にのみ帰属するとした。このように違法行



為を具体的に委任したかどうかという基準はILC最終草案においても踏襲された。しかし、このような基準は狭すぎ、その証明はきわめて困難であるように思われる。国家の法律上の機関の場合、国家が機関に一般的な内容の任務を付与し、当該任務に関連して国際義務に反する行為が行われるならば国家に帰属するであろう。事実上の機関の場合でも、付与された任務が一般的であつてもそれに関連する限りでは帰属を認めるべきであろうと思われる。この点に関しては、違法と申し立てられた行為が国家の命令した活動の「当然の、不可分のまたは意図された一部」であれば帰属を認めるというCrawfordの立場の方が正しいように思われる。

なお、これに関連して、事実上の機関が指示に反して行為したいいわゆる権限踰越行為の場合にも当該行為が国家に帰属するかという議論がある。Tadic事件で上訴裁判部は国家のコントロール下の軍事的集団が国家の指示なしにまたは指示に反して行動する可能性に言及している。<sup>(132)</sup> ILCは最終草案八条のコメントリーにおいて、「一般に、国家は、公務員でない者に適法な指示を与える際、当該指示が国際的に違法な方法で実行されるというリスクは引き受けられるものではない」と消極的な立場を示した。ILCはいくつかの事例では権限踰越行為が任務に付随的なものかまたは明確に授權内容に違反したかを問うことによつて解決しようともいう。他方で、国家の実効的コントロールの下で行われた場合には、個人が具体的指示を無視したとしてもなお帰属しようとした。<sup>(133)</sup>

Kressも事実上の機関による権限踰越行為の帰属を否定するが、その理由はこの点に関する実行が存在しないこと、帰属が指示の具体性を根拠としている限り指示に反する行為までは指示があつたとはできないことである。<sup>(134)</sup> De Hoogh は Tadic 事件の「国家責任は説明責任の現実的概念に基づく」という判示やジュネーブ第一追加議定書五一条を根拠に挙げて Kress の見解に反論する。彼は帰属を認めないことは権限踰越行為の帰属を認める最終草案八条の趣旨に反することになるという。すなわち、国家は機関を選択したことにより自らの指示していない行為にも責任

を負うべきである。システマティックまたは繰り返される行為の場合は特にそうである。そうでなければ指示の内容を一般的にしたり、国際法違反を行わないようにといった指示を出すことで容易に責任を免れることになるという。<sup>(135)</sup>

De Hoogh の見解が正しいであろう。例えば、国家が不正規兵の集団を用いて軍事作戦を実施した場合に当該不正規兵が作戦遂行中に国家の指示に反して人道法違反の行為を行ったならば当該行為は国家に帰属するであろう。この問題は、事実上の機関の帰属の本質とされている指示の具体性を厳格に維持することが合理的でないということを帰結するのである。

この指示の具体性の問題に関連して、事実上の機関の立証責任が帰属を主張される側に課せられ、しかも証明責任の程度が重いことが不当ではないかと指摘されてきた。すでに Condorelli は、法律上の機関と事実上の機関の大きな違いは、前者が国内法上の機関の地位にあることを確認すればよいのに対して、後者の場合は国家と私人との連関が完全に証明されなければならないという点にあり、その点は ILC 草案八条の「証明された」という文言からも確認されると述べていた。<sup>(136)</sup>

たしかに、法律上の機関と事実上の機関の大きな違いは証明責任の差であろう。もちろん、法律上の機関の場合でも職務の関連性については帰属を主張する側が証明しなければならぬが、フォーマルな地位にあることから有利に推定され、事実上の機関の場合の証明事由との間にはかなりの違いがある。しかし、第一読草案八条が事実上の機関の挙証責任を過度に強調したことによって、その後の実行において立証が過度に厳格に要求される弊害を生んだように思われる。

事実上の機関の証明には事実からの推論も認めるべきであろう。帰属を主張する側には国家の機構内部の事実の証明はきわめて困難だからである。例えば、外国で拉致された人物の身柄を国の当局が拘束している場合には、拉致の

実行者の人物や地位を特定できなかつたとしても、帰属を推定すべきであろう。さらに、違法行為が国家の領域内で行われている場合には、国家が領域に排他的コントロールを及ぼしていることから立証はきわめて困難である。コルフ海峡事件の判示に従って、情況証拠などの間接的な立証方法が許されなければならない。

ゆえに、ニカラグア国内で行動する *Contra* の行為の米国への帰属と、トルコの軍事占領下での TRNC 当局の行為のトルコへの帰属では、原告の立証責任の程度が異なるのは当然の結果である。<sup>(137)</sup> もっとも *Loizidou* 事件判決はさらに進んでトルコによる占領の事実からほぼ直接にトルコへの帰属を肯定したわけだが、一部の学説では、占領国への責任の集中を定めたジュネーブ第四条約四七条、二九条などの趣旨に合致するものと評価されている。<sup>(138)</sup>

### 3 事後の授権及び黙示の授権の可能性

帰属の根拠にある考え方は、*Condrelli* によれば、国家が主権の属性として及び国内事項（国家の体制選択権）として国家に留保された分野である国家の「自己組織権（*droit à l'auto-organisation*）」の概念であるという。国家はこの権利を行使して、自由に自らを組織し自らの機関である者を指定することができるがしかし、行使の結果である一定の者に自らの機関の地位を付与したという事実を否認することはできない。この考え方によれば国家が明示または黙示に自らの行為と認めた行為も国家に帰属するとされる。<sup>(139)</sup> つまり国家の自己組織化の方法は自由なのだからどのような方法であっても認めるべきであるということになる。そこで通常の事前のかつ明示的な委任または授権以外の方法がありうるか否かを検討する必要がある。

事後の授権による帰属については、*Crawford* の提案に基づき ILC 最終草案一一条においてこれを認める原則が定式化された。これには学説において批判がある。有力な批判は *Crawford* や ILC が根拠として挙げる判例・実行

が真に事後の帰属を認めるものではないというものである。<sup>(140)</sup> 大使館人質事件判決は大使館占拠を継続する政策のイラン政府による採用によって暴徒の行為がイランに帰属するとしたが、それは採用後の行為に関してであって、国際司法裁判所はイランの公的宣言に遡及効を与えなかったのである。<sup>(141)</sup> 灯台事件も事後の採用による遡及的帰属を認めたものかどは不明であり、責任の引き受けの事例であるという解釈もある。<sup>(142)</sup>

そもそも行為の時点で国家の行為でなかったものを国家の宣言によって国家の行為として認めるのは、事実を反する言明、一種のフィクションであってありえないことであるとの批判がある。<sup>(143)</sup> *Dopagne* は、最終草案一条は伝統的な「加担理論」の復活であり、私人の行為は国家に帰属しないという原則を崩すものであるとの批判を加えている。<sup>(144)</sup>

事後の帰属（少なくとも遡及的な帰属）は実行において確立しているわけではない。しかし、国家はどのような方法で行うかは自由なのであるから、当初は帰属しない行為であっても、事後の国家の行動（単なる支持や事実の一般的承認ではなく）により自らの行為として採用する意図が明瞭であれば、採用後はもちろん、きわめて例外的にであるが遡及的に帰属を認める余地はあるのではないだろうか。例えば、財産の没収が私人によって行われたがその財産を政府が保持してそこから利得している場合や、<sup>(145)</sup> 私人による誘拐に対し報酬を支払い被誘拐者の身柄を自らの権力下に置くような場合は、私人の行為を利用して自らの行為として採用したといえるのではないだろうか。<sup>(146)</sup> 米国で行われるいわゆる「賞金稼ぎ」*(bounty hunters)* が外国領域で行う誘拐行為について、米国の公的承認もしくは授権、奨励または主権侵害行為からの利得を理由に米国への帰属を主張する学説がある。<sup>(147)</sup>

次に黙示の授権による帰属の可能性である。*Condorelli* が黙示に自らの行為と認めたことになるとして挙げる例は、国家による他国の裁判所における主権的行為を理由とする裁判権免除の主張である。委任または授権はその性質上明示的に行われなければならないであろう。事実上の機関の場合は特にそうであろう。

しかし、Yeager事件はすでにみたように、革命防衛隊が統治権能を実行していることをイラン政府が了知しそのことに反対しない限りイランの機関であることが推定されるとした。また、米州人権裁判所の Velasquez Rodríguez 事件判決（一九八九年）では、様々な証拠及び証言を検討して、ホンジュラス国内で失踪がシステムティックに行われ、失踪の実行者がホンジュラス軍と結びつきを持つ者または軍の指揮下にある者であること、ホンジュラス政府が失踪の実行に有効な対応をとらなかったことなどを認定し、失踪の実行がホンジュラス公務員により実行されまたは容認されたこと、請求者がその救済を申し立てている人物が当該実行の枠内でホンジュラス公務員の手でまたは黙認の下で行われたことを認定した。<sup>(148)</sup> この認定で注目されるのは、失踪が繰り返し行われている場合に、それを領域国が黙認している場合に領域国に帰属する可能性である。もともとこの認定は、私人が失踪を行っているのではなくホンジュラス公務員の関与があることを前提としているが。

Kissが紹介している国際刑事裁判所規程起草の際の議論も興味深い。人道に対する罪の要素としての「国家または組織の政策」（規程七条二項(a)）に関して、準備委員会では、それが個人の行う犯罪行為の国家による容認も含むか否かが議論となった。一部の代表は不作為の場合も含むと主張したのに対し、大多数の代表は国家が私人の犯罪を現実に促進または奨励することが必要であるという立場をとった。委員会の下した結論は、原則として現実の促進または奨励が必要であり、それは国家または組織の現実の行動により表明されなければならないが、例外的状況においては、攻撃を奨励することを意図した意図的不作為（*abstention délibérée*）<sup>(149)</sup>の形式をとりうる。ただし、単なる不作為の事実からは推論されえないというものであった。

これらの議論から考えると、単なる不作為や黙認では私人の行為は国家に帰属しえないということになる。国家が意図的に行動を差し控え、私人の行為を容認する政策を採用していることが国家の現実の行為（情況証拠）から推

論されなければならない、または行為の実行者が公務員と密接な関係を持つ者であるといった状況でなければならぬということであろう。事後の帰属に関する「自らの行為として」認知し採用したという基準、そしてその証明方法——明示的宣言だけでなく国家の行為からの推論も認められる——が黙示の帰属の場合にも妥当するように思われる。

#### 4 国際テロリズムと「事実上の機関」

内戦への外国軍の介入の問題と並んで「事実上の機関」の問題が登場するもう一つの重要な文脈は、国際テロリズムを支援ないしかくまう国家に対する軍事行動に関してである。かつては米国によるリビア爆撃（一九八六年）、より最近では二〇〇一年九月一日の米国での同時多発テロ事件後の米英軍によるアフガニスタンの Taliban 政権攻撃に関連してテロ支援国家の国家責任が問題となった。本稿ではこの問題について本稿の目的に係する限りでコメントしておきたい。

テロ行為に対して支援または庇護を与えている国家に対する軍事攻撃は現在の国際法では自衛権に基づいてしか正当化することはできない。自衛として正当化するためにはテロ行為が国連憲章五一条で自衛の発動要件とされる「武力攻撃」に該当しなくてはならない。ニカラグア事件判決では、米国のニカラグア攻撃を集団的自衛として正当化する主張に対して、武力行使には他国の反政府勢力に対する軍事支援のようなものと「武力攻撃」のような重大な形態のものがあり、後者のみが自衛を正当化しうるとした。そして判決が「武力攻撃」に該当する例として参照したのが侵略の定義に関する国連総会決議三三二四の三条(g)に規定する事態であった。<sup>(15)</sup>

侵略の定義に関する決議三条(g)は「先に列挙した諸行為に相当する重大性を有する軍事力による行為を他国に対し

て実行する武装部隊、集団、不正規兵もしくは傭兵の国家によるもしくは国家に代わっての派遣、またはそれに対する実質的関与」を侵略行為としている。まず、テロ行為が「先に列挙した諸行為」すなわち領域への侵入や砲爆撃など、二条(a)から(f)に列挙された諸行為に相当する重大性を持つかどうかの問題になる。この問題がクリアされた上で、テロに対する国家の支援が「実質的関与」に該当するかの認定が必要となる<sup>(152)</sup>。

これを直接国家責任の帰属の問題として論じる学説もあるが<sup>(153)</sup>、まず一次規則としての三条(g)の文言の解釈、安保理などの事後の慣行及び決議の準備作業の参照により判断すべきであろう。Loizidou 事件での欧州人権条約一条や Tadic 事件における国際的武力紛争の認定と同様に、一次規則の内容だけでは明確にできない場合に初めて一般原則としての国家責任法の規則の参照によって解釈するというのが妥当な解釈方法である<sup>(154)</sup>。

かりに国家責任の帰属の原則を適用する場合、事実上の機関として国家に帰属する場合は「実質的関与」に該当し、国家が管轄または管理下の事態を防止するため相当の注意を払わなかった場合も含め直接帰属しない場合は該当しないというのが一つの考え方であろう<sup>(155)</sup>。

テロ支援国へのテロ行為の帰属を論じる学説はニカラグア事件の「実効的コントロール」の基準を適用する傾向がある<sup>(156)</sup>。Corten 及び Dubuisson は Taliban 政権がテロ組織 Al-Qaeda に実効的コントロールを及ぼしていたことは証明されていなしとし、Tadic 事件上訴裁判部判決が判示した「全般的コントロール」の基準については否定的であるが、かりに適用したとしても新ユーゴ当局がセルビア人勢力部隊の指揮に直接関与していたのと同様の事情は本件には存在しないという。また、大使館人質事件では単なる称揚は暴徒の行為をイランに帰属せしめないとしたが、Taliban 政権は同時多発テロには何らの言及もしていないという<sup>(157)</sup>。

Jinks も実効的コントロールの基準から出発する。しかし、この基準は Tadic 事件判決によって緩められたが、重

要なのは私的アクターに対する単なる支持や奨励ではなく指揮またはコントロールがなければならぬことである。さらに、九月二一日後の集団的対応が示すのは帰属の基準の實質的緩和であつて、米政府が主張するように、Taliban 政権が Al-Qaeda をかくまひ支援した (harbored and supported) <sup>(158)</sup> ことが帰属の認定に十分であることが米国の自衛権の主張に対する国際社会の支持を通して認められたという。

すでに述べたように、事実上の機関の本質は国家による授權、委任または指示であるから、そのような授權の存在が証明されなければならない。ただし、特定のテロ行為に対する授權である必要はない。さらに、Al-Qaeda は Taliban 政権の实效支配する地域内に基地を有しているので、両者の関係については情況証拠のような間接的な証明方法の援用が許されると解さなければならぬ。まして実効的コントロールのような厳しい基準は、主たる基地がアフガニスタン領域内にある状況とは事案が異なるので適用されないと考えるべきであろう。<sup>(159)</sup>

また、Al-Qaeda が繰り返し米国に対するテロを実行しており、国連安全保障理事会も決議一一一四（一九九八年）などで Bin Laden の引き渡しやテロリストへの避難場所・訓練基地の提供をやめることを求めているにもかかわらず、Taliban 政権が何らの措置もとらなかつたことは、同政権が黙認していると認定される余地はある。しかし、単なる不作為からはそれは認められず、自身の政策として採用したことを推論させるような国家の現実の言明や行為が存在しなければならぬであろう。米英両国の言明からはそのような証拠さえも示されていないように思われる。

### 結論に代えて

本稿では「事実上の機関」に関する ILC の当初の立場が、近年の国際判例の影響を受けてどのように変化したか



をフォローしてきた。事実上の機関については、「違法行為の具体的指示」や単なる財政や兵站の支援ではみたされないような「実効的コントロール」といった厳格な基準と被害国側がそれらを完全に立証しなければならないことが要求されてきた。Loizidou 事件判決や Tadic 事件判決は、事実上の機関の基準を緩和しようとする傾向の現れと評価することができる（特に Tadic 事件判決はコントロールの程度は事案の状況に応じて柔軟に設定できるとした）。

事実上の機関の基準を高く設定することで、国家が事実上の機関を用いて国際法違反の責任を回避する流れを作り出すことは適切ではない。しかし、事実上の機関の範囲を広げようとするあまり、事実において国家（正確には政府）の機構に属していない者までも事実上の機関と認定することは避けなければならない。特に、ILC 最終草案八条が原案の「国家の指揮及びコントロールの下で」を「指揮もしくはコントロールの下で」に変更した結果、単なる「コントロール」が帰属の一般的基準となってしまうことには賛成できない。国家は領域の排他的支配の結果として、私人など非国家行為体の行為へのコントロールの欠如に責任を負うのであり、両者の支配がどのように区別されるのかは不明確である。事実上の機関は国家（正確には国家の法律上の機関）からの一定の指示に基づいて判定しなければならない。証明の困難さは指示の具体性の緩和や情況証拠の採用によって克服すべきである。

「事実上の機関」の問題は、国家が直接責任を負う範囲と「相当の注意」の欠如により国家が責任を負う範囲をどこで区別し、異なる責任の方式の間でどのように役割分担をするかという問題にいたる。<sup>(60)</sup> Dupuy も、Tadic 事件に関して、国際法主体性の概念を拡大して非国家行為体に及ぼすのか、国家の帰属を拡大するののかの問題であると評している。<sup>(61)</sup>

帰属の範囲は公的領域と私的領域の区別の問題であるから、国家の帰属の拡大による責任の拡大は、国際法の介入による各国の社会の公的領域の拡大と私的領域の縮小をもたらすことになる。<sup>(62)</sup> 何も事実上の機関の範囲を拡大しなけ

れば国家による有効な規制が期待しえないというわけではない。各国がその「自己組織権」を行使した範囲に正確に帰属の範囲を認め「説明責任」を課せばよいのであって、それ以上に帰属を認める必要はないように思われる。ILCの最終草案も、「事実上の機関」を正当に評価するための基準の緩和はあったものの、国家機関の行為と私人の行為との区別という従来の枠組にとどまったと解すべきであり、またそのように運用されていくべきものである<sup>(163)</sup>。

- (1) 「事実上の公務員 (*de facto agent* または *de facto official*)」という語もあるが、学説では機関と公務員の語は厳密に区別されているわけではないので、本稿では「事実上の機関」で統一する。ILC草案の第二読の特別報告者Crawfordは「機関 (*organs*)」と「人 (*agents*, 公務員)」を区別し、前者をフォーマルな機関、後者を事実上の機関の意味で用いたが、これについては、拙稿「国際法上の「帰属」概念に関する考察」『香川大学法学部創設二十周年記念論文集』(二〇〇三年)三三四頁注(19)参照。
- (2) United Nations, Official Records of the General Assembly, 56th session, supplement no. 10(A/56/10) (2001), p. 43, reprinted in J. Crawford, *The International Law Commission's Articles of State Responsibility* (2002).
- (3) ILC最終草案二条。
- (4) 拙稿・前掲三〇六頁参照。
- (5) Crawfordの議論については、J. Crawford, First Report on State Responsibility, U. N. Doc., A/CN.4/490/Add.5 (1998), pp. 8-9, para. 167. なお、参照、山田中正「国連国際法委員会第五〇会期の審議概要」国際法外交雑誌九七巻六号(一九九九年)五五頁。最終草案は三条で国際違法行為の認定は国際法によって行われることを明確にしつつ、帰属における国内法の役割を草案四条二項に残した。
- (6) L. Condorelli, L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye (hereinafter Recueil des cours)*, vol. 189 (1984-VI), p. 28.
- (7) W. Riphaugen, Seventh Report on State Responsibility, *ILC Yearbook*, 1986, vol. 2, part 1, p. 11, para. 6. 「事実上の機関」に関する事例の多くが、誘拐、諜報活動、破壊工作、テロ行為などであることも、国家のこのような傾向を物語るといえるかもしれない。Cf. G. Townsend, *State Responsibility for Acts of De Facto Agents*, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 14 (1997), p.

678.

- (8) 最終草案の起草委員会の議長であった Simma は、通常の帰属の場合は国内法が「重要な役割」を果たすが、「国内法が国家の有機  
的構造の中で事実上国家機関として作用する個人または実体のいかなる分類も与えないかまたは不正確な分類を与える状況におい  
て」国際法が「補完的役割」を果たすと述べている。Statement of the Chairman of the Drafting Committee, B. Simma (1998).
- (9) Condorelli, *L'imputation*, p. 71.
- (10) ILC 草案のいくつかの条文には「統治権能 (governmental authority) の要素を行使する」ことへの言及がある (例えば最終草案  
五条及び九条)。しかし、五条自体は「統治権能」の内容を定義しておらず、ILC 自身もそれが社会の歴史や伝統に依存すること  
を認め、「特に重要なものは、権限の内容だけでなく、権限が実体に付与された方法、権限が行使される目的及び権限の行使について  
実体が政府に責任を負う程度であろう」と述べている。Commentary to Article 5, A/56/10, p. 94, para. 6.
- (11) H. Dipla, *La responsabilité de l'Etat pour violation des droits de l'homme. Problèmes d'imputation* (1994), p. 67.
- (12) Crawford, *First Report*, A/CN.4/490/Add.5 p. 23, para. 217.
- (13) すでにこの問題を取り扱ったものとして、葉師寺公夫「国際法委員会「国家責任条文」における私人行為の国家への帰属」山手  
治之・香西茂編『国際社会の法構造・その歴史と現状』(東信堂、二〇〇三年)二六一頁。
- (14) *ILC Yearbook*, 1974, vol. 2, part 1, p. 283, paras. 2-3. なお、八条(b)は国の当局が不在の場合に統治権能を行使した私人の行為に  
関するもので、Ago の原案では本来の「事実上の機関」に含められていたのを独立させたものである。Ago 案八条は、「国家の国内  
法秩序の下で、公式に国家の機関または国家から分離した公的組織の地位を持たない人または人の集団の行為もまた、国際法上当該  
国家の行為とみなされる」。R. Ago, *Third Report on State Responsibility*, *ILC Yearbook*, 1971, vol. 2, part 1, p. 267, para. 197.
- (15) *ILC Yearbook*, 1974, vol. 2, part 1, p. 283, para. 2. なお、Ago の報告書では、「公共交通、郵便業務、衛生業務、自動車の運転など  
を私人に委託する例が挙げられていた。Ago, *Third Report*, p. 263, para. 190.
- (16) *ILC Yearbook*, 1974, vol. 2, part 1, p. 284, paras. 4-5.
- (17) *Reports of International Arbitral Awards* (hereinafter RIAA), vol. 6, p. 160.
- (18) *Ibid.*, vol. 4, p. 265.
- (19) *Ibid.*, vol. 8, pp. 84 and 225.
- (20) Ago, *Third Report*, p. 265, para. 193.

- (21) *Ibid.*: Townsend, *op. cit.*, p. 669.
- (22) この事件は、スイス国内に在住するイタリア人 Rossi が一九二八年にイタリア警察との「合意により行動する」者により誘拐されイタリア国内に連行され、その地でイタリア警察により逮捕された事件である。スイス政府は、誘拐がイタリア警察の公務員またはそれに協働して行爲する者により行われたもので、当該誘拐は国際法違反であると主張したが、イタリア政府は否定した。Ago によれば、両国間には、イタリア政府との合意により行動していることが立証されたならばイタリアが責任を負うことで見解の一致があったという。Ago, *Third Report*, p. 265, para. 193.
- (23) 一九三五年に、スイス国内に在住するドイツ人ジャーナリストでスイスに亡命していた Jacob がゲシュタポの一員またはゲシュタポに雇用されたと思われる者により誘拐され、ドイツ国境で待ち受けていたドイツ当局に逮捕された事件である。スイス政府はドイツ当局の協力の下で行われたと抗議し、両国間でこの紛争を仲裁に付託する協定が締結された。しかし、ドイツが Jacob の身柄をスイスに返還し、スイス政府が Jacob を逮捕することで解決した(ドイツの関与を示す証拠が多数存在したことがその理由とみられてゐる)。*Ibid.*: Townsend, *op. cit.*, p. 668.
- (24) *ILC Yearbook*, 1974, vol. 2, part 1, p. 284, para. 5. さらに ILC は、新聞その他マス・メディアの行為により紛争が生じた事例において、そのような行為が起きた国においてこれらマス・メディアが政府によりコントロールされていることを理由として責任があるとの主張が行われたという。*Ibid.*, p. 284, para. 6. Cf. Ago, *Third Report*, p. 266, para. 194.
- (25) *ILC Yearbook*, 1974, vol. 2, part 1, pp. 284-285, para. 8. ただし、ILC は、立証できなかったとしても、私人の行為に関して国家が責任を負う場合に該当しうることを認めている。
- (26) I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, part 1 (1983), p. 164; Condorelli, *L'imputation*, pp. 54 and 101; C. Kress, *L'organe de facto en droit international public, réflexions sur l'imputation à l'Etat de l'acte d'un particulier à la lumière des développements récents*, *Revue générale de droit international public* (hereinafter RGDIP), vol. 105(2001), p. 101; A. J. J. De Hoogh, *Articles 4 and 8 of the 2001 ILC Articles on State Responsibility, the Tadic Case and Attribution of Acts of Bosnian Serb Authorities to the Federal Republic of Yugoslavia*, *British Yearbook of International Law* (hereinafter BYIL), 2001, p. 277.
- (27) Kress, *op. cit.*, p. 101. これは、Ago 案を修正した際、Ago 案八条(第一読草案八条(a))に含まれていた「緊急時の公務員」を独立させて八条(b)としたため生じたものと思われる。
- (28) *ILC Yearbook*, 1980, vol. 2, part 1, p. 92, para. 36.

- (29) 具体的には、私人の行為は国家に帰属しないとすする条文（第一読草案二一条）の但書として規定することを提案した。Riphaegen, *Seventh Report*, pp. 10-11, paras. 5 and 8-9.
- (30) ILCは、私人の行為に関する第一読草案二一条のコメントリーで、(自国) 領域内で活動する集団の行為に関する責任は、私人の行為に対する監視などの欠如により、または領域内で外国への攻撃を目的とする準備活動を容認しない特別の義務から生じる責任であるが、集団と国家とのより密接な関係により「事実上の機関」とみなされることによる責任の原因も存在するとして次のように述べる。「当該政府が当該集団の組織化を奨励し及び促進しさえし、財政的援助、訓練及び武器を供与し、集団の活動をありうる作戦の目的で自らの軍隊のそれに協働させる (co-ordinate) ことなどが知られる場合には、当該集団は国際法の観点からは個人であることを止める。当該集団は国家と協調し (in concert with) かつその教唆により (at the instigation) 行為する形態となり、そして当該国家によって授權され (authorized) 及び委託せられた (entrusted) 任務 (missions) を実行するのである」。ILC *Yearbook*, 1975, vol. 2, pp. 79-80, para. 32. 同書では「協働」「教唆」だけでなく、「授權」「委託」というキーワードが示されている点で興味深い。この箇所は前述したRiphaegenの修正案の元になったと想像されるが、また後述のニカラグア事件やTadic事件で問題となった外国による武装集団への支援の状況にILCがどのように考えていたかを読み取ることができる。
- (31) *ICJ Reports*, 1980, pp. 29-33, paras. 57-68.
- (32) Condorelli, *L'imputation*, pp. 94-95.
- (33) *ICJ Reports*, 1980, p. 29, para. 58.
- (34) *Ibid.*, pp. 34-35, paras. 73-74.
- (35) Condorelli, *L'imputation*, p. 102.
- (36) *ICJ Reports*, 1986, pp. 45-51, paras. 75-86.
- (37) *Ibid.*, p. 62, para. 109.
- (38) *Ibid.*, pp. 64-65, para. 115.
- (39) *Ibid.*, pp. 53-65, paras. 93-116.
- (40) *Ibid.*, p. 114, para. 220.
- (41) ほかに、Ago 裁判官は、本件は、実体の行為の帰属の否定と帰属しない実体の行為に関連しての国家機関の行為による責任の認定という点で大使館人質事件と類似しており、同事件を引用すべきであったと述べている。*Ibid.*, pp. 187-190, paras. 14-19.

- (42) 例えは、J. Verhoeven, *Le droit, le juge et la violence. Les arrêts Nicaragua c. Etats-Unis, RGDP*, vol. 91 (1987), pp. 1230-1231. なお、Verhoeven は、裁判所の結論は、米国による「一般的コントロール」の事実にもかかわらず Contra が米国の機関の資格を持たないからなのか、それとも、一般的コントロールのゆえに Contra は事実上の機関の資格を持つが、違反の申し立てられた作戦に、特別の「コントロール」を行使しなかったからなのかは不明であると述べている。
- (43) Condorelli, *L'imputation*, p. 101 ; F. Dopagne, *La responsabilité de l'Etat du fait des particuliers : les causes d'imputation revisitées par les articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, Revue belge de droit international*, vol. 34 (2001), pp. 497-498. なお後述の Tadic 事件上訴裁判部判決もこのような立場をとる。
- (44) Crawford, *First Report*, A/CN.4/490/Add.5, p. 18, para. 203.
- (45) この裁判所の認定を批判し、米国 (CIA) の Contra に対する「作戦上のコントロール」が存在し、Contra のニカラグア市民 (文民) への残虐行為に米国は責任を負うと主張するものとして、F. A. Boyle, *Determining U. S. Responsibility for Contra Operations under International Law, American Journal of International Law (hereinafter AJIL)*, vol. 81 (1987), p. 86.
- (46) 革命の進行とともに、旧政権を支えているとされた米国に対する反対感情が高揚し、米国人に対する危害が跡を断たず、一九七八年一月から翌年二月までの間に約四万人の米国人が国外退去を余儀なくされた。C. N. Brower, *The Iran-United States Claims Tribunal, Recueil des cours*, vol. 224 (1990-V), p. 268. なお、米国は請求権裁判所での追放に関する事件の中で、米国人の集団追放が違法でありイランは責任を負うとの請求を提起したが、裁判所はそのような一般化は裁判所の司法機能に反するとして退け、追放の違法性は個々の事件の状況に照らして判断しなければならないとした。Short v. Iran, reprinted in *International Law Reports* (hereinafter ILR), vol. 82 (1990), p. 158, para. 27 ; Yeager v. Iran, *ibid.*, pp. 187-188, para. 24 ; Rankin v. Iran (1987), *ibid.*, p. 210, paras. 11-12.
- (47) Short v. Iran, pp. 159-162, paras. 28-35. Brower 裁判官の反対意見があり、Khomeini 師の声明が米国人に対する危害や集団的追放をもたらしたのであること、革命運動の場合は国家と異なり支持者の行動も帰属すること、請求者に拳証責任を課すのではなく、裁判所は米国人の追放は Khomeini 師及びその支持者の作為または不作為のゆえになされたという「覆しうる推定」を採用すべきであったことを主張している。Ibid., p. 162. 本件と同様の理由で請求を否定した事件として、Rankin v. Iran, *ibid.*, p. 204.
- (48) 詳細には、Yeager の家主が彼らを革命防衛隊と説明したこと、彼らが独自の腕章を着用していたこと、報道によれば連行の前日から革命防衛隊が治安維持のため Hilton Hotel をコントロール下に置いていたことから、請求者の主張を認めた。
- (49) Yeager v. Iran, pp. 191-195, paras. 35-46.

- (50) *Ibid.*, p. 200, paras. 61-63.
- (51) *Arthur Young & Co. v. Iran et al.*, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 17, p. 245.
- (52) *Hill v. Iran et al.*, *ibid.*, vol. 18, p. 154.
- (53) *William Pereira Associates, Iran v. Iran*, *ibid.*, vol. 5, p. 198.
- (54) 責任を肯定したものと同一の *Computer Sciences Corp. v. Iran et al.* (1986), *ibid.*, vol. 10, p. 269; *Sola Tiles, Inc. v. Iran* (1988), *ibid.*, vol. 14, p. 223. 特殊なケースは *Daley* 対イラン事件である。一九七九年二月一九日に *Hilton Hotel* で制服を着用した者による行われた請求者の自動車の没収について、政府の同ホテルに対する実効的コントロールの事実からイランの責任を導いた。*Daley v. Iran* (1988), *ibid.*, vol. 18, p. 232. それに対して、*Noori* 裁判官の意見は、*Hilton Hotel* に対するイランのコントロールの事実は、同ホテルに駐在する革命防衛隊が自動車を没収したことを当然に導くものではないと批判する。*Ibid.*, p. 268. 他方、証明が不十分であるとして請求を否定した判決として、*AHFI Planning Associates, Inc. v. Iran et al.* (1986), *ibid.*, vol. 11, p. 168; *Schoff v. Iran* (1990), *ibid.*, vol. 24, p. 203; *Pointon v. Iran* (1991), *ibid.*, vol. 24, p. 227.
- (55) D. D. Caron, *The Basis of Responsibility: Attribution and Other Trans-Substantive Rules*, in R. B. Lillich and D. B. Magraw (eds.), *The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility* (1998), pp. 139-140.
- (56) 詳細は G. H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (1996), p. 204.
- (57) *Schering Corp. v. Iran*, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 5, p. 361.
- (58) *Eastman Kodak v. Iran*, *ibid.*, vol. 17, p. 153.
- (59) 裁判所は「革命運動」に対する帰属を国家に対する帰属と同様に扱っていると分析した上でこのような立場の妥当性を疑問視する見解として Caron, *op. cit.*, p. 147.
- (60) Aldrich, *op. cit.*, p. 471; Townsend, *op. cit.*, p. 659; Caron, *op. cit.*, pp. 137 and 148.
- (61) 事実上の機関とみるものとして Kress, *op. cit.*, p. 111. 第一読草案八条(b)を適用したものとみる見解として Dopagne, *op. cit.*, p. 505. Crawford はそれぞれの条文で例として参照している。Crawford, *First Report, A/CN.4/490/Add.5*, pp. 20 and 24, paras. 209 and 219. この事件での革命防衛隊は法律上の機関でもあるとするものに De Hoogh, *op. cit.*, p. 271.
- (62) むしろ私人の行為に対する責任と結びつける考え方もある。Townsend は違法行為を了知しながら行為しなかったことに責任を認定したコルフ海峡事件判決との類似性を指摘する。Townsend, *op. cit.*, p. 651.

- (63) 委員会は、Loizidou の逮捕及び拘禁がトルコ兵によるものであり、地所へのアクセスの侵害がキプロス北部に全般的コントロールを行使するトルコ軍の存在によるとしていずれも帰属を肯定したが、どちらも欧州人権条約上の権利の侵害にあたらなかった。Reprinted in *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, *Publications of the European Court of Human Rights (hereinafter ECHR)*, series A, vol. 310, p. 45.
- (64) *Ibid.*
- (65) *Loizidou v. Turkey (Merits)*, reprinted in ILR, vol. 108, pp. 463-467, paras. 49-57.
- (66) 裁判所が TRNC の地位及び樹立の合法性について判断を回避してトルコにのみ責任を負わせた点は反対意見によって批判されている。例えば、Petiti 裁判官は裁判所は独自に TRNC の地位及び責任を認定すべきであったと述べた。 *Ibid.*, p. 479. Bernhardt 裁判官の意見については注(71) 参照。
- (67) 拙稿・前掲三一九頁。
- (68) 請求者の主張は TRNC がトルコの「地域的統治体」であると裁判所に認定させることが一つの目的であろうが、トルコによる TRNC へのコントロールの有無に関係なく帰属が認められるとしていたことにも留意しなければならない。
- (69) De Hoogh, *op. cit.*, pp. 273-274; M. C. Vitucci, *Atti della Repubblica turca di Cipro del nord e responsabilità della Turchia: Il caso Loizidou*, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 81 (1998), p. 1073.
- (70) Kress, *op. cit.*, p. 109.
- (71) Bernhardt 裁判官の反対意見 (Rocha 裁判官が同調) は、状況からしてトルコのみ責任があるわけではなく、裁判所はトルコの占領が違法であるとの想定にのみ基づいて北キプロスで起きたことすべてが違法であると判断しているが、現在の状況は統一交渉の失敗など様々なファクターの結果であり、裁判所のように判断することはできないと述べている。 *Loizidou v. Turkey (Merits)*, p. 471.
- (72) Crawford, *First Report, A/CN.4/490/Add. 5*, p. 21, para. 211. ほかに、裁判所の認定は、北キプロスの実効的支配を確立しているのは TRNC ではなくトルコであるという国家性に関する認定であるとみる見解がある。G. Cohen-Jonathan, *L'affaire Loizidou devant la Cour européenne des droits de l'homme. Quelques observations*, *RGDIP*, vol. 102 (1998), pp. 140-141.
- (73) Kress も、裁判所は全般的コントロールの内容 (コントロールの権力すなわち TRNC の政策へのコントロールなのか、それともコントロールの行使すなわち TRNC の政策への形成または関与なのか) を明らかにしなかったし、全般的コントロールの法的根拠及び趣旨を明確にしていないと批判している。Kress, *op. cit.*, p. 108.



- (74) De Hoogh, *op. cit.*, pp. 272-273.
- (75) *ICJ Reports*, 1949, p. 18.
- (76) 例えば、宮崎繁樹「許容性決定に関する概観」『国際人權規約先例集—規約人權委員会精選決定集第2集』（東信堂、一九九五年）一八頁。
- (77) H. Dipla, *Responsabilité de l'état et droits de l'homme : l'arrêt de la Cour de Strasbourg en l'affaire Loizidou c. Turquie*, *Revue hellénique de droit international*, vol. 50 (1997), pp. 24-26. Cf. B. Rudolf, *Loizidou v. Turkey*, *AJIL*, vol. 91 (1997), p. 532.
- (78) 本事件の管轄権判決は、ジュネーブ諸条約共通三条や同第二追加議定書など内戦に適用される国際人道法に違反する行為を行った個人の国際刑事責任（戦争犯罪）が慣習法上確立しているとした。Prosecutor v. Tadic (*Jurisdiction*), ICTY (Appeals Chamber) Case No. IT-94-1-AR72 (1995), reprinted in *International Legal Materials* (hereinafter ILM), vol. 35, p. 62, para. 96. なお、この問題については、樋口一彦「内戦に適用される国際人道法の違反に対する処罰（一）（一・完）」*琉大法学五八号*（一九九七年）二〇三頁・五九号（一九九八年）一六一頁。
- (79) *Prosecutor v. Tadic (Jurisdiction)*, p. 57, para. 77.
- (80) なお、裁判部は、新ユーゴと Republika Srpska は大セルビアの創設、クロアチアの Krajina 地方への補給路確保という共通の軍事的及び政治的目的を持っていたのでコントロールの必要はなかった、兵站補給や将校の補完はあったが両者の関係は一般的な協働のレベル以上のもではなかったと認定している。
- (81) *Prosecutor v. Tadic (Trial Judgement)*, ICTY (Trial Chamber II) Case No. IT-94-1-T (1997), reprinted in ILM, vol. 36, pp. 924-933, paras. 578-608.
- (82) また、裁判官は、本件は個人の刑事責任の決定が問題となっており、国家責任の帰属が問題となっていないのではないことを強調し、占領軍は責任を回避するため傀儡政権を樹立することがありフォーマルな基準に依るべきではないと述べている。*Ibid.*, p. 970. この反対意見に全面的に賛成するものとして、T. Meron, *Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Nicaragua's Fallout*, *AJIL*, vol. 92 (1998), p. 236.
- (83) *Prosecutor v. Tadic (Appeal Judgement)*, ICTY (Appeals Chamber), Case No. IT-94-1-A (1999), reprinted in ILM, vol. 38, pp. 1533-1534, paras. 68-74.
- (84) *Ibid.*, pp. 1535-1549, paras. 80-162.

- (85) 裁判部は Stephens 事件、Yeager 事件、Loizidou 事件を参照して、いずれの事件にも具体的指示の有無は検討されていないとする。また、裁判部はドイツのデュッセルドルフ上級地方裁判所の Jorgic 事件判決（一九九七年）を参照している。同事件では、具体的行為の命令の有無を検討せずに、新ユーゴによるボスニア・セルビア人軍への財政支援、組織化、装備供与及び両者の間の緊密な人的、組織的及び兵站の相互関係から、セルビア人勢力が新ユーゴに代わって行為したと認定した。他方、民族解放運動に関する国家実行及びニカラグア事件 (Contra の行為に関する認定) は、基地の供与や経済的及び軍事的支援では援助国の責任はないとしたという。*Ibid.*, pp. 1542-1544, paras. 125-130.
- (86) 大使館人質事件、ニカラグア事件 (UCLAs の行為に関する認定)、Short 事件を参照してゐる。*Ibid.*, p. 1544, paras. 133-135.
- (87) 国家の指示の有無に関係なく、国家の機構の中での現実の行為により個人が国家機関と認定される場合があるという。私人が軍隊の枠組の中でもしくは関係してまたは国家当局と共謀して行為する場合、私人の行為は国家に帰属し当該私人は刑事責任を問われると云ふ。*Ibid.*, pp. 1545-1546, paras. 141-145.
- (88) 上訴裁判部の新ユーゴのボスニア人勢力に対する「全般的コントロール」の事実の認定に新たに付け加えられたのは、一九九五年のデイトン・パリ協定の締結の際の事情である。代表団は新ユーゴ三人、Republika Srpska 三人の計六人で構成され、代表団の決定が可否同数の場合は新ユーゴの Milosevic 大統領が決定票を投じることになっていた。また、一般枠組協定は Milosevic 大統領が署名し、その後も新ユーゴは Republika Srpska の協定遵守を確保することを誓約したなどの事情である。裁判部はこのことが一九九二年から九五年まで新ユーゴがセルビア人勢力をコントロールしていた事実の事後の確認であるとした。このような事実認定に対する批判として、M. Sassoli and L. M. Olson, *The judgment of the ICTY Appeals Chamber on the merits in the Tadic case. New horizons for international humanitarian and criminal law? Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 82, no. 839(2002), p. 741.
- (89) *Prosecutor v. Tadic (Appeal Judgement)*, p. 1612. ニカラグア事件では米国の武力不行使原則の違反にもかかわらず Contra とニカラグアの紛争を国際的武力紛争と認定しなかったのだから説得力に欠けるように思われる。なお、Shahabudeen 裁判官は、Blaskic 事件第一審裁判部判決（二〇〇〇年）に付した宣言でも、全般的コントロールの基準に反対し、つねに実効的コントロールがなければならぬとの意見を述べている。それによれば、実効的コントロールは柔軟な概念であること、具体的指示の存在はコントロールの証明の手段に過ぎないので存在しなくてもよく、具体的指示は人道法違反に対しては必要なく、武力行使にありさえすればよいといふ。*Prosecutor v. Blaskic (Trial Judgement)*, ICTY (Trial Chamber I), Case No. IT-95-14-T.
- (90) Celebici 事件第一審裁判部判決（一九九八年）は、ニカラグア事件はニカラグアに対する武力行使及び国内事項干渉による米国の

責任を決定することを任務としていたのに対し、本件は国際人道法違反による個人の訴追及び処罰が問題である、ニカラグア事件は既存の主権国家間の問題であるのに対し本件は国家の崩壊と新国家の成立という特徴があるという違いがあるとし、ニカラグア事件の基準を採用しなかった。Prosecutor v. Delalic et al. (Trial Judgement), ICTY (Trial Chamber II), Case No. IT-96-21-T, paras. 230-231. すでにRajic事件の起訴状審査に関する決定（一九九六年）も国家の責任と個人の刑事責任という違いがあるとして、「実効的コントロール」の基準を採用せず、「一般的な政治的及び軍事的コントロール」という基準を採用して、クロアチアがボスニア・クロアチア人勢力にコントロールを及ぼしていたと認定した。Prosecutor v. Rajic (Review of the Indictment pursuant to Rule 61), ICTY (Trial Chamber), Case No. IT-95-5-R61 and IT-96-18-R61, paras. 22-32. 他方、Aleksovski事件第一審裁判部判決（一九九九年）の多数意見はTadic事件第一審裁判部判決の判示をボスニア・クロアチア人勢力に適用して国内的紛争と認定したのに対し、Rodrigues裁判官はCelebici事件判決に依拠して反対意見を述べた。Prosecutor v. Aleksovski (Trial Judgement), ICTY (Trial Chamber I), Case No. IT-95-14/1-T, para. 46. 同事件上訴裁判部判決（二〇〇〇年）はTadic事件上訴裁判部判決の判決に従って「全般的コントロール」基準を適用し国際的武力紛争と認定した。Prosecutor v. Aleksovski (Appeal Judgement), ICTY (Appeals Chamber), Case No. IT-95-14/1-A, para. 92.

(80<sup>a</sup>) P. d'Argent, *Les réparations de guerre en droit international public* (2002), p. 507. 彼は、このような見地から上訴裁判部判決を批判している。Ibid., pp. 525-528.

(91) 樋口一彦「内戦の国際化と国際人道法」琉大法学六二号（一九九九年）二八四頁、Sassoli and Olson, *New horizons*, p. 739.

なお、上訴裁判部の見解によれば、国際的武力紛争に該当する場合に国家責任と個人責任の競合が必然的に生じることになるが、このような責任の重複は戦争犯罪、人道に対する罪、平和に対する罪など「国際法違反の犯罪」とされる犯罪の多くにみられる現象である。戦争犯罪の処罰はもとは国際人道法の履行確保手段であり、軍隊による違法行為（内戦に適用される人道法の違反などを除いて）において交戦国の責任と軍隊構成員の刑事責任が重畳的に発生する（例えばジュネーブ第一条約五一条）。人道に対する罪も、原則として国家の政策として広範または組織的に行われる行為であり（参照、国際刑事裁判所規程七条）、対象とされる行為は国家の慣習法上の人権尊重義務の違反にもなる。平和に対する罪も同様である。これらの犯罪は国家の義務履行を強化し国家的犯罪を国際的に抑止する機能を持ち、その限りで国家の機関である個人の刑事責任が国家の国際義務の存在を前提としており、ある行為が国家に帰属することによって当該国家の責任とその機関たる個人の責任が同時に発生することになる。他方で、純粹に私的行為を対象とする海賊行為や私人の行為も念頭におくジェノサイド（ジェノサイド条約四条参照）の場合は事情は異なる。ただし、ジェノサイ

下条約適用事件国際司法裁判所判決（先決的抗弁）は国家によるジェノサイドが当該国家の国際責任を発生させると判示した。ICJ *Repears*, 1996, p. 616, paras. 32-33. 上の問題については C. Dominicé, *La question de la double responsabilité de l'Etat et de son agent*, in E. Yakpo and T. Bounedra (eds.), *Liber Amicorum Mohammed Bedjaoui* (1999), p. 143; 古谷修一「国際法上の個人責任の拡大とその意義」世界法年報二一〇〇二年(二〇〇一年)八二頁。

- (92) 例えば、Kress, *op. cit.*, p. 115-116; Dopagne, *op. cit.*, pp. 505-506. また旧ユーゴ裁判所のニカラグア事件の解釈を批判するものとして De Hoogh, *op. cit.*, p. 290. Cf. A. -L. Sjölund, *Criteria for establishing an international armed conflict in Bosnia and Herzegovina. An analysis of the Tadic judgment in the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Finnish Yearbook of International Law*, 1999, p. 285.

(93) Sassòli and Olson, *New horizons*, p. 740.

(94) M. Sassòli and L. M. Olson, *Prosecutor v. Tadic (Judgement)*, *AJIL*, vol. 94 (2000), p. 575; Dopagne, *op. cit.*, pp. 504-505.

(95) Kress, *op. cit.*, p. 128. また彼は、上訴裁判部が全般的コントロールの基準の適用において、VRSの新ユーゴへの従属の事実を重視した点も一貫しないとしている。 *Ibid.*, p. 129.

(96) *Ibid.*, pp. 130-131.

(97) 国際司法裁判所は自らの判例に従うであろうから、二重の基準が並存することになるという。なお、国際司法裁判所ではボスニア・ヘルツェゴビナが新ユーゴ（セルビア・モンテネグロ）を訴えたジェノサイド条約適用事件が係属中であり、その判断が注目される。

(98) 管轄権判決で上訴裁判部は、ボスニア・セルビア人勢力を新ユーゴの機関とみなすことは、セルビア人勢力によるボスニア市民に対する残虐行為に重大な違反を適用しながら、ボスニア政府軍のセルビア人文民への残虐行為には適用しないことになり、それはセルビア人勢力を不利な立場におくことを意味し不合理な結果であるとした。 *Prosecutor v. Tadic (Jurisdiction)*, p. 57, para. 76.

(99) ただ、第四条約は交戦国と文民の関係を問題にしているのであって、兵士の国籍が保護される者と同じであってもかまわないであろう。問題が生じるのはボスニア政府軍によるボスニア・セルビア人の取り扱いにジュネーブ条約を適用する場合であって、このような事案である Celebici 事件の上訴裁判部判決（二〇〇一年）では、民族や外国との紐帯をジュネーブ第四条約の「保護された者」の決定の基準とした。 *Prosecutor v. Delalic et al. (Appeal Judgement)*, ICTY (Appeals Chamber), Case No. IT-96-21-A, para. 52.

(100) Sassòli and Olson, *New horizons*, pp. 740-744.

- (101) *Ibid.*, New horizons, p. 741; *ibid.*, Prosecutor v. Tadic, p. 575.
- (102) ニカラグア事件でも国際司法裁判所はニカラグアと米国の紛争は国際的であるが、ニカラグア政府とContraとの紛争は国際的性格を持たないとした。*ICJ Reports*, 1986, p. 114, para. 219. この問題については、樋口一彦「内戦に適用される国際人道法」琉大法学五五号（一九九五年）一〇一頁。
- (103) Sassoli and Olson, New horizons, p. 745.
- (104) *Ibid.*, p. 740; 樋口「内戦の国際化と国際人道法」二八八頁。
- (105) Kress, *op. cit.*, pp. 131-132; Dopagne, *op. cit.*, p. 506.
- (106) Crawford, First Report, A/CN. 4/490/Add. 5, pp. 16-23, paras. 195-216.
- (107) *Ibid.*, First Report, A/CN. 4/490/Add. 6, p. 4.
- (108) RIAA, vol. 12, p. 160.
- (109) Crawford, First Report, A/CN. 4/490/Add. 5, pp. 42-44, paras. 281-286.
- (110) *Ibid.*, First Report, A/CN. 4/490/Add. 6, p. 7.
- (111) United Nations, Official Records of the General Assembly, 56th session, supplement no. 10(A/56/10) (2001), p. 10.
- (112) 一九九九年に起草委員会が採択した八条のタイトルは「指示または指揮もしくはコントロールの下で事実上実行された行為の家への帰属」であった。なお、フランス語バージョンのタイトルは二〇〇〇年まで、スペイン語バージョンでは二〇〇一年まで「指揮及びコントロールの下で」のままであったという。Dopagne, *op. cit.*, p. 597, n. 65.
- (113) 「当該行為を実行する際」という文言はこのことを示すためであるとシムマ。Statement of the Chairman of the Drafting Committee, B. Simma.
- (114) A/56/10, pp. 103-109.
- (115) *Ibid.*, p. 45.
- (116) *Ibid.*, pp. 118-122.
- (117) De Hoogh, *op. cit.*, p. 277.
- (118) Kress, *op. cit.*, p. 120.
- (119) 他国の行為に対する責任を扱う最終草案一七条が国の「指揮及びコントロール」があったことを要件としていることと区別する

とこの考慮もあつたようである。B. Simma, *The Work of the International Law Commission at Its Fifth Session (1998)*, *Nordic Journal of International Law*, vol. 67 (1998), p. 452; J. Crawford, P. Bodeau and J. Peel, *La seconde lecture du projet d'articles sur la responsabilité des Etats de la Commission du droit international, RGDI*, vol. 104 (2000), p. 915.

(120) Dopagne, *op. cit.*, p. 508.

(121) *Ibid.*

(122) 彼は、刑法上の幫助のような「機能的コントロール」であれば「コントロール」を独立の基準とする意義があるとして、「当該人または人の集団が国家の指示もしくは指揮の下で行為した場合、または国家が当該行為に対して他の形式のコントロールを行使した場合」に帰属するという修正を提案している。Kress, *op. cit.*, pp. 137-139. なお、二〇〇一年の起草委員会はコントロールの参照を削除することを検討したが結論にいたらなかったという。Dopagne, *op. cit.*, p. 507, n. 67.

(123) Kress, *op. cit.*, p. 120.

(124) De Hoogh, *op. cit.*, p. 281.

(125) Dopagne, *op. cit.*, pp. 508-509.

(126) 拙稿・前掲三二七、三三〇頁。

(127) Condorelli, *L'imputation*, pp. 101-103.

(128) Kress, *op. cit.*, pp. 125-127.

(129) Dopagne, *op. cit.*, pp. 497-498. 逆に、De Hooghは国家の私人に対するコントロールが基準であるという立場をとっている。ただし、Loizidou事件やTadic事件のように国家が領域をコントロールして統治機能を行使している場合は、事実上の機関ではなく、領域的統治体（傀儡政権）として位置づけられている。De Hoogh, *op. cit.*, p. 290. 概念上は一定の領域をコントロールし統治機能を行使しているも、国内法により機関としての地位が付与されていないければ「事実上の機関」に分類すべきであるように思われる。

(130) Kress, *op. cit.*, p. 105.

(131) ほかに、米国による具体的指示の存在を証明するのが困難であるので米国のコントロール下であれば十分であると国際司法裁判所が考えた可能性や、Contraの人道法違反が問題になっていることからContraが米国の軍隊とみなせるかという観点から委任よりもコントロールの有無が検討されたという可能性も考えられる。

(132) *Prosecutor v. Tadic (Appeal Judgement)*, p. 1541, para. 121.

- (133) A/56/10, p. 109.
- (134) Kress, *op. cit.*, pp. 135-136. また、ILCが法律上の機関による権限踰越行為の帰属の根拠を権限の外観においていることから、そもそも事実上の機関は外観を避けるために用いられているのではないかと述べている（この根拠自体が不確実なので事実上の機関へのアナロジーを認めるのには不十分であるとしている）。
- (135) De Hoogh, *op. cit.*, pp. 282-285.
- (136) Condorelli, *L'imputation*, pp. 56-57.
- (137) ボスニア内戦の場合も、クロアチア軍は直接に紛争に介入し一定の地域を支配下に置いたので、ボスニア・クロアチア人勢力のクロアチアへの帰属の証明の敷居は低くなるということになる。Cf. *Prosecutor v. Blaskic (Trial Judgement)*, paras. 83-94.
- (138) Vitucci, *op. cit.*, p. 1075; Sassoli and Olson, *New horizons*, p. 740.
- (139) Condorelli, *L'imputation*, pp. 27 and 53.
- (140) Kress, *op. cit.*, pp. 136-137; Dopagne, *op. cit.*, pp. 518-522. また、金子大「国連国際法委員会におけるテヘラン米国大使館員人質事件判決の取扱い」大内和臣・西海真樹編『国連の紛争予防・解決機能』（日本比較法研究所、二〇〇二年）一五三頁。
- (141) Condorelli, *L'imputation*, p. 102.
- (142) Kress, *op. cit.*, pp. 136-137. 実際には、私人の行為に対する責任の引き受けすなわち賠償義務の創設である場合が多いであろう。なお、Dopagneは責任の国家承継の問題であるとしている。Dopagne, *op. cit.*, pp. 519-520.
- (143) Kress, *op. cit.*, p. 137.
- (144) Dopagne, *op. cit.*, p. 522.
- (145) Mazzei 事件イタリヤ・ベネズエラ混合請求委員会判決、RIIA, vol. 10, p. 525. Cf. M. Akehurst, *A Modern Introduction to International Law*, 6th ed. (1977), p. 89.
- (146) 欧州人権裁判所の Stocké 事件（一九九一年）では、ドイツ国民でドイツで犯罪を犯してフランスに逃亡した Stocké（申立人）に警察の情報提供者であった Köster が接触し偽ってドイツ国内に連れ出し、その地で申立人は Köster の通報によりドイツ警察によって逮捕されたという事例である。警察は最初 Köster との協議に応じたが偽計には参加しなかった。Stocké の申立に対し、欧州人権委員会も裁判所もドイツ当局と Köster との協力が立証されなかったと判示したが、委員会は、「国家当局すなわちその階層構造上の地位とは関係なく国家の公務員と私人との間における、海外で生活する人物を彼の意思に反して、彼の居住する国の同意なしに彼が

訴追されている国に帰国させるための共謀 (collusion) の事例において、関係する締約国は自らに代わって事実上行為する私人の行為に責任を負う」との見解を述べた。Stocké v. Federal Republic of Germany, ECHR, series A, vol. 199, p. 24, para. 168. 本事件では事前の「共謀」の存在もなければ、事後の「共謀」も存在しなかった点 (Köster は報酬を希望していたが支払われず、さらに不法監禁罪で起訴された) に留意しなければならない。

- (147) P. J. Seaman, *International Bounty hunting: A Question of State Responsibility*, *California Western International Law Journal*, vol. 15 (1985), pp. 405 and 408; Townsend, *op. cit.*, p. 663.
- (148) Reprinted in ILM, vol. 28 (1989), pp. 318-321, paras. 147-148.
- (149) 彼はほかに難民条約の「迫害」の定義において国家が故意に容認した場合も「迫害」に含める実行を参照しているが、これらはまだ一般法化せず特別法の問題であるとしている。Kress, *op. cit.*, pp. 117-118 and 132-135.
- (150) テロ集団に対する「自衛」は概念的に誤りであるという主張もある。「自衛」を武力不行使原則の例外として定義するならばそれは正しい。ただ、国連憲章二条四項は「国際関係において」の武力行使を禁止しているのであって、テロリストに対する武力の行使は、一般論としては国際法上禁止されていないことになる。これを自衛と呼ぶか国際法上禁止されていない武力行使と呼ぶかは自衛概念の定義による。ただ、テロ集団への軍事力の行使が外国の領域に及ぶ場合には国際関係における武力行使ということになり、自衛による正当化の要件をみたさなければならぬであろう。
- (151) *ICJ Reports*, pp. 102-104, paras. 193-195.
- (152) この点につき、浅田正彦「同時多発テロ事件と国際法上の自衛権」法学セミナー二〇〇二年三月号三六頁。また、テロ攻撃の繰り返しが「武力攻撃」を構成するかという議論については、C. Cocuzza, *State Involvement in Terrorist Activities and Economic Sanctions: The Libyan Case*, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 7 (1986-87), pp. 207-208.
- (153) D. Jinks, *State Responsibility for Sponsorship of Terrorist and Insurgent Groups: State Responsibility for the Acts of Private Armed Groups*, *Chicago Journal of International Law*, vol. 4 (2003), p. 88.
- (154) O. Corten and F. Dubuisson, *Opération "liberté immuable": une extension abusive du concept de légitime défense*, *RGDIP*, vol. 106 (2002), p. 65. 国家責任法上国家に帰属することによって、「実質的関与」に該当するということになる。このような解釈方法は条約法条約三一条三項(c)に基礎づけることができよう。なお参照、松井芳郎「国際テロリズムに対する一方的武力行使の違法性」小林正弥編『戦争批判の公共哲学』(勁草書房、二〇〇三年)一五五頁。



- (155) 松井・前掲論文一七二頁。L. -A. Sicilianos, L'invocation de la légitime défense face aux activités d'entités non-étatiques, *Hague Yearbook of International Law*, 1989, pp. 151-152.
- (156) L. Condorelli, The Imputability to States of Acts of International Terrorism, *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 19(1989), p. 237.
- (157) Corten and Dubuisson, *op. cit.*, p. 65. 逆に「テロ行為を支持する Taliban 指導者 Omar 師の発言による事後の帰属を議論するもの」として M. Byers, Terrorism, the Use of Force and International Law After 11 September, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51 (2002), p. 401.
- (158) Jinks, *op. cit.*, pp. 89-90. Slaughter 及び Burke-White は「Taliban による黙示の支援や事後の承認に加えて、Taliban 政府とテロリストが一体となっており、「実効的コントロール」の基準は適用できないと主張する。A. -M. Slaughter and W. Burke-White, An International Constitutional Moment, *Harvard International Law Journal*, vol. 43(2002), pp. 19-20.
- (159) ただし Al-Qaeda のネットワーク及びそのテロ行為は国境を越えているので、組織の自律性の程度に応じて Taliban の側の一定程度のコントロールが証明されなければならないとも考えられる。
- (160) 参照、葉師寺・前掲論文三一一頁。
- (161) P. -M. Dupuy, Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des Etats. Un bilan, *RGDIP*, vol. 107(2003), p. 318.
- (162) 拙稿・前掲三二七頁。
- (163) Dupuy も「ILC 最終草案における帰属の範囲の拡大の傾向に留意しつつも、草案は伝統的な帰属の論理をラディカルに変更するものではないとコメントしている。Dupuy, *op. cit.*, p. 319.