

## 論文の内容の要旨

論文題目：外交的保護の構造転換——国家責任法論の再構成のために——

氏名：開出雄介

本稿は、現在の国家責任法論のいずれもが前提としている、従来の国家責任法に関する一定の理解に対して、従来の国家責任法がそれを通じて形成されたと言われる外交的保護について存在する「理論と現実の乖離」を手掛かりとして外交的保護の歴史的展開を再検討することを通じて疑問を呈し、もって国家責任法論再構成のための視座を示そうとしたものである。

このために本稿は、以下のように議論を展開した。

序論では、国家責任法に関する現在の議論を整理した上で、現在の国家責任法論のいずれもが前提としている、従来の国家責任法に関する一定の理解に対して、従来の国家責任法がそれを通じて形成されたと言われる外交的保護について存在する「理論と現実の乖離」を指摘することによって、問題提起を行った。

具体的には、次のように議論を行った。現在国家責任法に関しては、現に妥当している「ある法」としての責任法が損害払拭の責任法であることが共有された上で、「あるべき法」の構想について、主に議論が行われている。「あるべき法」の構想としては、公益保護の責任法追加論というべき議論と、合法性コントロール論との、混同されがちだが互いに区別される二つの議論が提示されている。（第一章「現在における国家責任法論の展開」）

公益保護の責任法追加論も、合法性コントロール論も、従来妥当してきた責任法が、損害

払拭の責任法であるとの理解は共有しているところである。しかし、かかる理解は、本当に適切なのだろうか。というのも、従来の国家責任法がそれを通じて形成されてきたものと言われる外交的保護について、通説的見解と、外交的保護のリーディングケース(1928年 PCIJ マヴロマティス事件判決)とされる判決等の間で、外交的保護に関する顕著な説明の違いがあるからである(「理論と現実の乖離」)。(第二章「外交的保護を巡る「理論と現実の乖離」」)

この「理論と現実の乖離」は、外交的保護に関するどのような理解の違いを反映したものであるのか。そしてこれはなぜ生じたものであり、歴史的展開のなかでどのように位置付けられるものであるのだろうか。かかる点を検討するために外交的保護の歴史的展開を再検討することは、現在の国家責任法論の根本的な問題点を指摘することに繋がり、同時にその再構成のための視座をも示すことになると考えられる。(第三章「問題設定と本稿の構成」)

第一部「学説」では、序論の問題提起を受け、18世紀末から21世紀にかけての外交的保護の学説史を検討した。これによって、以下のことを明らかにすることができた。

18世紀末から19世紀の間、一方では、ほとんどの論者は、この時期の国際法学において国家が国家であるだけで有するとされていた国家の基本権に関して、この基本権が侵害されたとき、侵害された国家が侵害した国家に賠償を請求できるとする、基本権責任と言うべき責任を認めていた。(第一章第一節(1)「基本権責任論」)

他方では、18世紀末から19世紀初頭に活躍した論者を除いて、国家が他の国家にした約束を根拠とする責任(約束責任)には、ほとんどの論者は言及していなかった。(第一章第一節(2)「約束責任の不在」)

このように基本権責任の肯定と約束責任の不在によって特徴付けられる国家責任法論を展開しつつ、19世紀半ば頃から外交的保護について論じ始めた論者たちは、外交的保護を基本権責任の一種であると位置付けていた(基本権責任説)。(第一章第二節「忘れられた外交的保護理論」)

20世紀に入ると、一方では、基本権論自体に対する批判のなか、基本権責任説そのものはとらないにしても、国家が国家であるがゆえに有する権利が外交的保護の基礎であるとする基本権責任説の核は引継ぐ、基本権的権利責任説と言うべき見解が盛んに提唱され、通説的見解を形成するに至った。(第二章第一節「基本権責任説の継承と通説的見解」)

他方で、かかる説と対抗する形で、外交的保護は国家が他の国になした、自国領域における当該他国民の待遇に関する約束を根拠とする権利義務関係に基づくものであるとする見解(約束責任説)が唱えられていた。(第二章第二節「約束責任説」)

第二部「実行」では、主に第一章における学説の対抗から明らかにした分析の視点(権利義務関係の淵源、内容、根拠、個人の権利の位置づけ)に基づいて、18世紀末から20世紀にかけての外交的保護の実行を検討した。この結果、次のことを明らかにすることができた。

18世紀末から19世紀の実行においては、外交的保護に関して一般国際法上の請求と条

約上の請求の「二本立て」を行うことが出来るということが、広く共有されていた。その上で、19 世紀半ばごろから、そのうち一般国際法上の請求が基本権責任・基本権的権利責任として位置付けられていること、そして、条約上の請求が、条約上の約束責任として位置付けられていたことが、次第に明らかにされていった。(第一章「18 世紀末から 19 世紀にかけての実行」)

20 世紀に入ると PCIJ は、外交的保護のリーディングケースであるマヴロマティス事件判決において、外交的保護の一般論として約束責任説をとった。そしてかかる立場は PCIJ・ICJ において、基本権責任説・基本権的権利責任説によって対抗されつつも、脈々と受け継がれていた。この上で ICJ は 1970 年、判決のなかで約束責任説と基本権責任説・基本権的権利責任説の一類型の差異を認識したという意味で画期的なバルセロナ・トラクション事件判決において、基本権責任説・基本権的権利責任説の一類型を退け、マヴロマティス事件判決以来の約束責任説をとっていたのである。その後の判例、特にディアロ事件判決も、約束責任説を引き継いでいた。(第二章「20 世紀から 21 世紀にかけての実行」)

\* \* \*

現在の国家責任法論においては、従来妥当してきた責任法は損害払拭の責任法であったとされ、そしてその根拠として論者たちは、従来の責任法の代表例である外交的保護が、損害払拭の責任法にあてはまるものであったことを挙げているところ、本稿は以上のように、外交的保護の実行はこのような理解よりも複雑な形で展開してきたことを明らかにすることができた。

このような複雑性をあえて捨象して、一般国際法上の外交的保護に着目するならば、19 世紀には基本権責任・基本権的権利責任の追及として認められていた一般国際法上の外交的保護が、20 世紀に入ると、約束責任の追及として考えられるようになったのであり、一般国際法上の外交的保護が、19 世紀から 20 世紀にかけて、基本権責任・基本権的権利責任の追及から約束責任の追及に大きく転換したということが出来る(「外交的保護の構造転換」)。

序論で示した外交的保護における「理論と現実の乖離」は、学説が 18 世紀末から 19 世紀にかけて学説・実行に定着していた考え方を継受したのに対して、実行は 19 世紀から 20 世紀にかけて、このように大きく転換していたことから生じたものと理解されることとなるのである。

以上の本論の検討を踏まえ、「結論」では、以上の検討結果をまとめた上で、約束責任との責任類型を踏まえた国家責任法論の再構成が要請されることを指摘した。この上で、この観点から国家責任法の「ある法」研究に関して浮き彫りとなる課題を指摘した。