

国際法における 緊急状態理論の歴史的展開

山 田 卓 平

I. はじめに

[問題の所在]

[本稿の検討対象]

II. 緊急状態理論に対する批判

III. 20世紀中頃にかけての批判点克服の試み

1. 20世紀前半の緊急状態理論

2. 20世紀中頃における緊急状態理論の傾向

3. 小 括

IV. ILC 国家責任条文第1読草案の作業における批判点克服の試み

1. アーゴの提案——1980年第8報告書補遺

2. 第1読草案の内容

3. 批判点克服の試み

4. なお残る批判

V. 現代における批判点克服の試み——ILC 国家責任条文の完成をめぐる

1. クロフォードの提案——1999年第2報告書

2. 国家責任条文の内容

3. ILC 委員や諸政府の反応

VI. おわりに

1. 現代までの批判点克服の試み

2. 残された課題

1. はじめに

[問題の所在]

緊急状態をめぐる問題は、自己保存の要請と法秩序維持の要請が衝突する問題である。この点、「緊急は法をもたない (Necessitas non habet legem)」という格言に表れるように、自己保存を法秩序維持よりも優位におくことも一つの理論的選択肢である。しかし、法学者にとっては、この格言の克服、つまり、緊急状態を何とかして法の中に取り込み、その中で一定の位置を与えていくことが重要な課題であり続けた。この点、国内法においては、憲法学における国家緊急権や、刑法・民法における緊急避難の形で議論されてきた。それでは国際法学においてはどうか。

この問題は、国際法学者の間で大きな論争を呼んできた。まず一方で、緊急権や緊急避難の理論への反対説が有力に主張されてきた。この説によれば、避難行為はあくまでも国際法上違法で、行為国は国家責任を負うという評価になる。緊急状態概念の濫用の歴史に鑑みれば、この立場には一定の説得力がある。

しかしその一方で、国際社会においても何らかの緊急状態が起こって、自己保存の要請に迫られる場合がありうるという現実を無視できない。アーゴは、国連国際法委員会 (ILC) において、「法の極みは不正の極み (summum ius, summa iniuria)⁽²⁾」という結果を防ぐためにも緊急避難⁽³⁾について規定すべきだと述べる。例えば、トリー・キャニオン号事件で

(1) 本稿で「国家責任」というとき、国際違法行為に基づく国家の責任を指す。但し、違法性以外の帰責根拠に基づく国家責任類型の可能性を必ずしも否定するものではない。

(2) この法諺については、船田享二「Summum ius summa iniuria」『法哲学年報1969——法思想の諸相』1-19頁(1969)を参照。

(3) Roberto Ago, *Addendum to the Eighth Report on State Responsibility*, A/CN.4/318/ADD.5-7, [1980] 2 Y.B.Int'l L.Comm'n 51. [以下、アーゴ第8報告書補遺]; [1980] 1 Y. B. INT'L L. COMM'N 183.; Report of International

国際法における緊急状態理論の歴史的展開

は、公海上で座礁したタンカーによる大規模な油汚染を食い止めるための最後の手段として、英国海軍・空軍が当該タンカーを爆撃した。当時、この爆撃行動の根拠となる国際条約は存在していなかった。英国政府内部では、他のいくつかの法的根拠の主張が断念された末に、最終的に緊急避難に依拠することが合意された⁽⁴⁾。もしこの行動について英国は通常通り国家責任を負うとするならば、それはまさに、「法の極みは不正の極み」という結果になってしまうのではなからうか。

だとすれば、我々がなすべきことは、今日までに発展してきた緊急状態理論の内容の実証性、内容的正当性 (rightness)、理論的整合性 (coherence) を検討し直し、より正当かつ理論整合的な実定法規範を提示していく努力だと思われる。

[本稿の検討対象]

本稿は、この課題の中でも、特に、内容的に正当な緊急状態理論とはいかなるものかについての検討を行うものである。このような理論の実証性などに関する検討は、また別の機会に行う予定である。その点で、本稿は、今後の実証的検討のための準備作業をなす。

まず、本稿で特に着眼するのは、20世紀前半において、緊急状態理論には極めて強い批判があったにもかかわらず、現在に至るまでにその反対論が徐々に下火になっていったように感じられることである。なぜ批判が減ったのか。いくつかの原因が考えられるが、その一因として、反対説が提示する批判点を克服すべく、緊急状態理論の論者達が、その理

Law Commission on the work of its thirty-second session (5 May - 25 July 1980), A/35/10 (1980), [1980] 2 Y. B. INT'L L. COMM'N (PART 2) 49. [以下、1980年 ILC 報告書]

(4) もっとも、英国政府は、この緊急避難理論を外部に主張しなかった。この事実をどのように評価すべきかも問題となるだろう。拙稿「トリー・キャニオン号事件における英国政府の緊急避難理論」神戸学院法学第35巻3号73-128頁(2005)参照。

論内容を変容させていったことが挙げられるのではないか。もしそうだとすれば、理論内容の変容の歴史は、内容的により正当な緊急状態理論の追求努力だったと見ることもできる。

このような視点から、本稿では、まず反対説による批判点を確認した上で（Ⅱ）、その後の緊急状態理論の変遷をたどり、その内容の変容を明らかにする。その変容のうち、いくつかは、批判点克服の試みとして評価できるものであろう。（以上Ⅲ、Ⅳ、Ⅴ）そのような努力を評価しつつ、一方で、現代でもなお残されている課題を抽出する（Ⅵ）。本稿での具体的検討対象としては、法典化作業や学説、特に後半は、ILCでの法典化作業が中心となっている。その理由は、近年の緊急状態理論に関する議論の展開が、ILCを主な舞台としてきたこと、および、最近の国際裁判例も、ILCの緊急避難規定をほとんどそのまま採用する傾向があることによる。また、特にILCでは、緊急状態規定の提案、それに対する批判、それを受けて批判克服のための規定文言や解釈の変更という一連のやりとりが集中的に現れた点で、本稿の検討のための格好の素材だという理由もある。

なお、本論に入る前に、本稿での用語法について付言しておく。「緊急権」理論とは、緊急状態を理由とする無実の相手に対する避難行為が「権利」⁽⁵⁾として認められると主張する理論のことを、「緊急避難」理論とは、権利としてではなく違法性阻却などの「抗弁 (defense)」として認められるとする理論のことを表す。そして、「緊急状態理論」とは、緊急権や緊急避難のように、緊急状態を理由とする避難行為を法的に何らかの形で許容する理論を総称する意味であり、多分に便宜的な用語であ

(5) 権利概念を用いて説明されている法的関係には、狭義の権利である「請求権 (claim)」の他に、「自由 (liberty)」ないし「特権 (privilege)」, 「権能 (power)」, 「免除 (immunity)」があるとされている。本稿で緊急「権」といったときの「権利」とは、狭義の権利、すなわち「義務」と相關関係にある「請求権」を念頭においている。田中成明『法理学講義』157-160頁 (1994) 参照。

る。

II. 緊急状態理論に対する批判

まずは、緊急状態理論に反対する論者達が特にどのような点を批判していたのかについて、確認しておく必要がある。

本理論に対する批判が特に強かったのは、20世紀前半である。その背景として、1914年にベルギーがドイツより侵攻されたとき、ドイツ宰相が「緊急は法を知らない (Not kennt kein Gebot!)」と強弁した出来事も影響していると思われる。当時の代表的な批判論者は、ドウ・ヴィンシェールであった。カヴァリエリやバドゥヴァン⁽⁶⁾も反対説に立つ。また、フェアドロス⁽⁷⁾、ケルゼン⁽⁸⁾なども否定的な見解を表明している。さらに、米州国際法学会 (American Institut of International Law) は、その第1

(6) 彼は、「緊急避難の抗弁により国際法規則の不遵守を正当化する実定国際法規則は存在しない」とする。その上で、キャロライン号事件など、緊急状態理論支持者が挙げる事例は、むしろ自衛や不可抗力の場合にあたと述べている。Jules Basdevant, *Règles générales du droit de la paix*, 58 R.C.A.D.I. 551-555 (1936-IV). 彼に限らず、緊急状態理論を否認する論者は、キャロライン号事件を緊急状態理論以外、つまり自衛その他の理論によって説明することになる。

(7) 「一般的な実行が、かかる権能を受け容れたようには見えない。……現代の見解でも、緊急権なるものは激しく拒絶されている。……緊急権を擁護するために、国際法の補助的法源、すなわち文明国により承認された国内法の一般原則に依拠することもできない。なぜなら、緊急避難を認める法規は、単に当該状況においてなされた行為を「処罰できない」と宣言するにとどまり、当該違法行為から、法に違反する行為という性格を取り除くことはないからである。」 Alfred Verdross, *Règles générales du droit international de la paix*, 30 R.C.A.D.I. 489-490 (1929-V).

(8) 彼は、国際法上の緊急権を認める理論的可能性は否定しないものの、実定法上確立しているか否かについて疑問を呈する。「あらゆる法政策的傾向から自由な視点に立つなら、手元にある資料の良心的な検討に基づくとき、法の欠缺以外の結果に到達することはほとんどできない。」 Hans Kelsen, *Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht*, 12 Z.a.ö.R.V. 565 (1932).

会期（於ワシントン）で決議した「国家の権利・義務に関する宣言」で、緊急状態理論に否定的な規定をおいた。その第1項は、次のようにいう。

「すべての国家は、存在する権利、および、その存在を保護・保存する権利を有している。しかし、その権利は、無実で不正を犯していない国家に対する違法な行為によって自己を保護したり自己の存在を保ったりする権利を含むことも、かかる目的の国家の行為を正当化することもない。⁽⁹⁾」

さらに、このような緊急状態理論への反対説は、20世紀中頃になっても依然有力であった。批判論者としては、ブライアリー、ウォルドック、ブラウンリー、ヒメネス・デ・アレチャガなどが著名である。日本では、田岡良一が、緊急避難に関する規則が国際法上確立しているという実証的根拠はなお薄弱だと主張している。⁽¹¹⁾

(9) 米国国際法学会の年次総会で、理事長 (Elihu Root) がこの決議に言及している。PROCEEDINGS OF THE AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW AT ITS TENTH ANNUAL MEETING 3 (1916).

(10) 彼は、「緊急避難の抗弁を許す一般原則はない」と述べる。Eduardo Jiménez de Aréchaga, *International Responsibility*, in *MANUAL OF INTERNATIONAL LAW* (SØRENSEN ED.) 543 (1968). 彼は、自ら仲裁裁判所長を務めた Rainbow Warrior 号事件において、自己の見解をそのまま判決に反映させている。Rainbow Warrior (*New Zealand v. France*), 82 I.L.R. 554-555 (1990).

(11) 田岡は、国家実行における「自衛」は、国内法上の自衛とは根本的に異なり、むしろ国内法上の緊急避難に類似すると分析した上で、国際法において緊急避難が認められるか否かについて検討する。彼によれば、緊急避難理論が認められるためには、社会組成員相互の間に、他人の苦難を自己のそれと同じように感じ取る連帯の観念がある程度まで発達していることが前提だという。その上で、国際社会においてもこのような協同的憐憫・連帯の観念が存在するとは思えないことから、緊急避難が国際法上確立しているという実証的根拠はなお薄弱だとする。田岡良一『国際法上の自衛権 [補訂版]』129-131, 361頁 (1981)。

国際法における緊急状態理論の歴史的展開

それでは、彼らは、いかなる根拠で本理論を批判していたのだろうか。まず、代表的な論者であるドウ・ヴィシエールの見解を見てみよう。彼は次のように言う。

「[緊急権の]理論はまさに法を否定するものである。それは常に、諸政府が意のままに使える都合の良い弁護の命題を提供した(そして、疑いなく、これからも長きにわたって提供するだろう)。……国家の保存は、その要求が他国の権利と衝突しない限りでのみ、「法的に保護される利益」であり、権利となる。それゆえ、この権利は「絶対的な」権利ではない。他国の権利により制限されるという意味で、本質的に「相対的な」権利なのである。他国の権利を超えた固有の利益をある国家が唱えれば、法的に解決不能な衝突を生み出すことになる。その主張は、主権国家平等の基本原則にまさに対立する。實際上、この主張は必然的に、他国によるその要求への屈服の拒否に直面している。……刑法によって認められた一定の解決から演繹された、緊急避難理論を支持するアナロジーも、やはり詭弁である。……少なくとも国際的組織化の現状においては、この考え方は国家間関係にまったく適用できないことが明白である。というのも、国内法領域では、本理論の適用は裁判所の絶えざるコントロールに服し、対立する利益同士間の価値のヒエラルキーを決定しうるが、国際秩序では、いかなる中央機関もこの機能を果たすことができない。緊急権なるものを主張する国家は、絶対的かつ譲渡できない自己保存の利益の存在によって、その暴力行為を常に正当化できる。ここでは、常に、最も恣意的な主観主義、要するに完全なアナキーに陥ることになる。このような主張は、確立した法秩序全体を破壊するものである。」⁽¹²⁾

(12) Charles de Visscher, *La responsabilité des États*, 2 BIBLIOTHECA VISSERIANA DISSERTATIONVM IVS INTERNATIONALE ILLVSTRANTIVM 111-112 (1924).

つまり、緊急状態理論に対する彼の主な批判点は、次の2点である。まず第1に、中央集権的な判断機関を欠く国際社会においては、本理論の主張は常に恣意的かつ主観的なものとならざるを得ないので、法秩序が破壊されてしまうこと。第2に、(特に緊急権理論については)自己保存の絶対性が主張され、無実のはずの相手国の権利をまったく省みないため、国家平等原則に抵触することである。

また、カヴァリエリも、国家実行の不統一性、義務的判断機関が国際社会に存在しないことによる濫用の懸念から、緊急状態理論の反対説に至っている⁽¹³⁾。さらに、ブライアリーは、19世紀以来の自己保存権の主張を特に念頭においた上で、そのような理論は、いかなる法制度の命令的な性格をも破壊してしまうだろう、と批判する⁽¹⁴⁾。ウォルドックも、自己保存権の主張を念頭においた上で、自己保存権は自衛権よりずっと広い概念であり、法の否定に繋がるとして批判する⁽¹⁵⁾。また、ブラウンリーは、緊急状態理論を自己保存権と同義のものともみなし、「武力行使の法的規制に対するもっとも大きな障害」として批判する⁽¹⁶⁾。

これら批判論者の見解の傾向をまとめると次のようになる。まず、彼らの多くは、緊急状態理論を、主に伝統的な自己保存権と同一、または類似するものと評価していた。その上で、本理論の適用範囲の広範さ、客観的判断機関の不在を背景とする濫用の危険、自己保存の絶対性・至上性を主張するのみで無実の相手国の権利・利益をまったく省みない点などが批判されていた。加えて、ブラウンリーのように、緊急状態

(13) Arrigo Cavaglieri, *Règles générales du droit de la paix*, 26 R.C.A.D.I. 557-560 (1929).

(14) JAMES LESLIE BRIERLY, *LAW OF NATIONS* 404-405 (6TH ED., 1963).

(15) Claud Humphrey Waldock, *The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law*, 81 R.C.A.D.I. 461-462 (1952).

(16) Ian Brownlie, *The Use of Force in Self-defense*, 37 BRIT.Y.B.INT'L L. 184-191 (1961). See IAN BROWNLIE, *PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* 448 (6TH ED., 2003).

国際法における緊急状態理論の歴史的展開

理論の過去の援用事例の多くが武力行使の文脈だったことに鑑みて、武力行使禁止原則との抵触も批判された。

それでは、今日までに実際に主張されてきた緊急状態理論には、かかる批判点を克服する試みが見いだされるだろうか。まずは、特に批判が強かった20世紀前半における緊急状態理論の内容を確認し、その上で、その後の緊急状態理論において、批判点を克服する試みが見られるかどうかについて検討する。

III. 20世紀中頃にかけての批判点克服の試み

1. 20世紀前半の緊急状態理論

19世紀までの緊急状態理論は、国家の絶対的権利としての自己保存権の主張と重なっていた。⁽¹⁷⁾しかし、19世紀終わりから20世紀前半にかけて、緊急状態理論として次の2つの立場が並存するようになった。

まず第1は、自己保存権ないし緊急権を容認する立場である。もっとも、以前のように、自然法理論に基づく絶対的権利として位置づける立場ばかりではなくなった。例えば、ウェストレークは、法実証主義の立場から、実定法上の「在る法」としての自己保存権を追究した。⁽¹⁸⁾彼は、自己保存権の絶対性を否定して、この権利の範囲の拡大を戒めている。また、シュトゥルツは、「実定国際法は、いわゆる自己保存の基本権

(17) 例えば、ホイートンは次のように述べる。「国家の絶対的国際的権利のうち、最も不可欠かつ重要なものの一つで、残りのあらゆる権利の基礎となっているのは、自己保存権である。それは、他国との関係において権利であるだけでなく、当該国家自身の構成員との関係では義務でもある。それは、国家が彼らに対して負う義務の中で最も厳粛かつ重要なものである。」HENRY WHEATON, ELEMENTS OF INTERNATIONAL LAW 61 (the literal reproduction of the edition of 1866 by Richard Henry Dana, Jr., 1936). 20世紀になっても、この考え方は一部で存在し続けた。例えば、Lord Phillimore, *Droits et devoirs fondamentaux des états*, 1 R.C.A.D.I. 49-50 (1923).

(18) JOHN WESTLAKE, CHAPTERS ON THE PRINCIPLES OF INTERNATIONAL LAW 112-114 (1894).

や例の事情変更条項を認めないものの、真の緊急権は認めている。」と述べる。⁽¹⁹⁾ル・フルやヴァイデンも、⁽²⁰⁾ドイツのような濫用を戒めつつ、⁽²¹⁾

(19) 「実定国際法は、いわゆる自己保存の基本権や例の事情変更条項を認めないものの、真の緊急権は認めている。我々が証明してきたような真の「主観的権利」が存在するか、アンチロッチのように当該場合において単に違法性が阻却されるに過ぎないかは重要でない。決定的なのは、国際慣習がこの権利を肯定していることである。というのも、諸国家は、多かれ少なかれ明確な言葉で「直接的に」、または、抽象的な緊急権に反対せず、事実上「具体的に」それを認める形で「間接的に」、しばしば当該権利の存在を主張してきているのである。当該事件における国際違法行為を完全に排除する緊急状態は、客観的に確認するならば、ある国家が、その存在や領域的・属人的地位、まさに政府や政体を危うくし、また、独立性や行動資格を制限しさらに破壊するような可能性のある現実のまたは急迫した重大な危険に晒されている状況であって、かつ、国際法により保護される他国の一定の利益を侵害することでしかその状況を回避できない場合と定義される。」Karl Strupp, *Les règles générales du droit de la paix*, 47 R.C.A.D.I. 567-568 (1934). このように、彼は、緊急権を主張しつつも、緊急「権」という構成に必ずしも固執しておらず、「緊急避難」抗弁の可能性を否定していない。

(20) 彼は、ドイツによるベルギー侵略のような濫用事例を批判しつつ、自然法の立場から、緊急権自体は正義実現のために必要だと主張する。濫用防止の方策としては、第三者機関による判断を提案する。「緊急権は、想定していないような事件において、正義の規則を補足するもののように思えるだろう。それは、正義をより大きく保証し、それによって実定法を衡平に接近させることに貢献しうる。いかなる場合も、法を力に接近させるために緊急権を援用することはできない。緊急権の問題についての唯一可能な解決策は、……「無辜の第三者」の仲裁者、つまり常設国際司法裁判所または国際連盟理事会に訴えることである。」Louis Le Fur, *La théorie du droit naturel depuis le XVIIe siècle et la doctrine moderne*, 18 R.C.A.D.I. 429-437 (1927).

(21) 彼は、ドイツによる緊急権概念の濫用を戒める一方で、緊急権概念自体への誤解を取り除いて、その存在の証明を目指している。具体的には、国家実行や学説を挙げて、国際法が緊急状態の場合について十分考慮し規則化していることの論証を試みている。Paul Weiden, *Necessity in International Law*, 24 TRANSACTIONS OF THE GROTIUS SOCIETY 105-132 (1939).

緊急権を認める。

第2は、緊急「権」ではなく、抗弁としての「緊急避難」概念を容認する立場である。オッペンハイムは、「基本権」や「自己保存権」という概念によると、避難行為による損害の受忍義務を相手国に負わせることになるはずだが、そのような実行の存在を実証できないとして、自己保存の場合でも避難行為の違反は残り、せいぜい免責事由 (an excuse) として機能するにすぎない⁽²²⁾という。この場合、避難行為の被害国は、損失補償 (indemnities) を要求しうる⁽²³⁾。さらに、アンチロッチは、緊急避難は法の違反を正当化するだけであって、権利ではないとする⁽²⁴⁾。なお彼

(22) 「もしあらゆる国家が自己保存「権」を有しているならば、自己保存としてお互いになされたあらゆる侵害を認め、容赦し、耐える義務がすべての国家に課されることになるだろう。しかし、そのような義務は存在していない。自己保存は一定の場合には国際法により承認された免責事由 (an excuse) となるけれども、いかなる国家も、自己保存の行為として他国によってなされた侵害を辛抱強く甘受することを義務づけられておらず、むしろ拒絶することができる。確かに、一定の場合、自己保存としてなされた侵害は国際法により妨げられていないのは事実である。しかし、その侵害は侵害であり続け、拒絶されうる。結果として、自己保存は免責事由である。なぜなら、自己保存の目的や利益のためになされる場合、他国による侵害は、一定の例外的な場合において妨げられていない一方で、関係国は、辛抱強く容赦し耐える必要はないからである。」 LASA F.L. OPPENHEIM, 1 INTERNATIONAL LAW 177-178 (1st ed., 1905).

(23) LASA F.L. OPPENHEIM, 1 INTERNATIONAL LAW 293-294 (4th ed., edited by A.D. McNair, 1928).

(24) 「必要とあればたとえ他国の権利を犠牲にしても、自己保存についての国家の権利があるとする諸政府の公式の宣言が明らかに存在している。しかし、誰かがやったように、それらの宣言を重要視して、国際法上、緊急状態で行動する国家が、被害国に結果甘受義務を生じさせるような真の主観的権利を行使するという結論を導くのは正当ではないように思える。このような宣言は、緊急行為の法的性質を定義することを目的とするものではまったくなく、緊急性が法の違反を正当化しうる (peut rendre légitimes) ことを主張するだけなのは明白である。……国際法において、緊急避難によりなされた行為は、合法的 (禁止されていない) 行為である。

は、物理的損害についての金銭支払義務については、国家実行上不明であるとする。⁽²⁵⁾ アーゴも、違法性阻却事由としての緊急避難を認める。⁽²⁶⁾ 彼

なぜなら、法が自己保護のために法主体に対して残している自由の範囲内で当該行為がなされているからである。」DIONISIO ANZILOTTI, 1 COURS DE DROIT INTERNATIONAL 511-513 (traduit par Gilbert Gidel, 3e éd. 1929) (1927).

なお、1906年論文では、彼は、緊急避難規則の存在証明として、その援用事例が数多いことと同時に、より理論的根拠として、国際法形成についての意思実証主義を前提にしつつ、自己の生存が脅かされるときでも履行を要求されるような国際法規則を諸国家が作成するはずがないことを主張する。国家の生存が危機となる場合にそもそも義務の性格が失われるということは、あらゆる国際法規則に内在されているというのである。「[緊急避難の]原則が実定国際法で承認されていることはもはや疑えないだろう。すなわち、諸国家がある事件で負う責任を免れるために本原則に頻繁に訴えていることは、その範囲決定について必ずしも一致がなくても、本原則が国家関係を規律する法に属するとみなしていることを示すのである。……諸国家は、国家相互関係における行動規則を作成するときに、それらの規則においてなによりも自己保存の保障を追求したことから考えると、それらの国家が、たとえその存在を危険に陥らせるとしても当該規則の遵守義務があると理解していたというのは、不条理であって認められるものではない。むしろ、ある国家がその存在を危険に晒さないと義務履行できないときには、国際法規則を作った国際法主体の意思により、当該国際法規則の義務的効力は中断する (la force obligatoire des règles de droit des gens cesse) と決めなければならない。それにより、ある国家が自己保存の必要のために犯した国際法に反する行為は違法行為ではないことになる。なぜなら、遵守が国家の保存と相容れなくなった時点で、実際には、違反された規則は義務的ではなくなったからである。従って、国家の保存または存在についての国際的権利なるものに依拠して、対立および相容れない2つの権利が衝突し、下位のものが上位のものに屈服しなければならないとして語られる原則を主張する必要はない。なぜなら、当該事件において法規則の義務的性格こそが欠落するからである。」Dionisio Anzilotti, *La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers*, 13 R.G.D.I.P. 303-304 (1906).

(25) ANZILOTTI, COURS, *supra* note 24, at 514.

(26) 「一定の国際義務の遵守がある国家の存在自体を危険に陥らせるような極端な場合に、その遵守義務が例外的に停止 (suspendu) するという意味で、緊急避難が国際法の慣習規則により違法性阻却事由として承認さ

らはいずれも、キャロライン (Caroline) 号事件での英国の行動のような事例を緊急避難の典型例としている。つまり、A国政府の打倒を計画する組織が隣国B国領域内で武装準備をしており、かつB国政府の取締りに期待できないとき、その鎮圧のために国境を越えて軍隊を派遣する行為を、緊急避難行為の典型例として挙げているのである⁽²⁷⁾。

このように、20世紀前半における緊急状態理論には、かかる2つの立場 (緊急権理論と緊急避難理論) が混在していた。それでは、その後の緊急状態理論の内容に、前述した批判点を克服する試みを見いだすことはできるのだろうか。

2. 20世紀中頃における緊急状態理論の傾向

1) 理論内容の変化

この点注目されるのは、20世紀中頃になると、緊急状態理論の内容に若干の変化が見られたことである。すなわち、第1に、緊急「権」の主張は影を潜め、主に抗弁としての緊急避難のみが主張されるようになり、第2に、すべてではないものの多くの論者が、避難行為の相手国が被った物理的損害についての金銭支払義務まで主張していた。例えば、ビン・チェンは、自己保存という言葉を使っているものの、それに基づく行為は権利行使ではなく、避難行為の結果生じたいかなる物理的利得も、補償されなければならないように思えると述べる⁽²⁸⁾。パウエットは、自己

れていることを主張するのは、正当なように思われるだろう。」Roberto Ago, *Le délit international*, 68 R.C.A.D.I. 544 (1939). アーゴは、緊急避難を違法性阻却と位置づけつつ、国際義務の効力自体に影響を与える (義務が停止) と述べている。これは、ILC 第1読草案における違法性阻却事由の効果に関する立場に繋がる。

(27) OPPENHEIM, *supra* note 22, at 178-179.; ANZILOTTI, *COURS, supra* note 24, at 507.; Ago, *supra* note 26, at 541.

(28) 「自己保存の必要性は、本来なら違法な行為を正当化および免責し、この種の行為から通常生じる法的結果を排除する。しかし、避難行為実施は権利の問題にはならない。……自己保存の結果得たいかなる物理的利得

保存や緊急避難による行為はあくまで違法であるが免責しうる (excusable) とする。⁽²⁹⁾ ソレンセンは、義務的裁判管轄権の不存在による濫用の危険を認識しつつも、違法性阻却事由としての緊急避難を承認し、その一方で避難行為による損害について補償義務が生じるべきとする。⁽³⁰⁾ シュバルツェンバーガーは、「[緊急避難は] せいぜい、行為を免責する (excuse) もののだが、さらに、他の国際法主体の権利の侵害についての⁽³¹⁾ 金銭支払義務 (the duty to make compensation) を含みうる」と述べる。

も、補償されなければならない (must be compensated) ように思える。」
 BIN CHENG, GENERAL PRINCIPLES OF LAW AS APPLIED BY INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS 74-75 (1953, reprinted in 1987).

(29) 「自己保存や緊急避難が、ある行動を合法にはしない (従って自衛とは異なる) が免責させる (excusable) 概念として使われる限り、それらの概念の射程範囲は必然的に制限される。それらは、「国民の安寧は法よりも上位にある (*Salus populi suprema lex*)」という格言を証明すべく、国際法義務に違反していない国家に対するすべての自明の違法行為を免責するようなことはできない。そのような見解、すなわち、国家のすべての義務が自己保存「権」や緊急「権」に服するというような見解は、法秩序全体を破壊してしまう。……緊急避難により、武力行使を制限する国際法上の義務の不遵守が免責されるのは、自衛権行使に付随する場合のように、無辜の国家の権利が侵害される状況である。」 D.W. BOWETT, SELF-DEFENCE IN INTERNATIONAL LAW 10 (1958).

(30) 「[緊急避難の濫用の] 危険を考慮すると、解釈により厳格な基準を導くことが重要である。……緊急避難行為の合法性の確認は、避難行為が他国に弁償する義務を負うか否かの問題に影響しない。国内法秩序においては、周知のとおり、合法的な行為により損害を被った者は、その損害行為が自らの利益のためになされた一方当事者によって、補償を受けなければならない。[確かに] この点について国内法秩序で承認された原則から、国際平面での問題を解決できるような正確な結論を確信をもって導き出すことはほとんどできない。しかしながら、行為の合法性とそれがもたらした損害の補償義務との両立性を明言することは可能である。」 Max Sørensen, *Principes de droit international public*, 101 R.C.A.D.I. 220 (1960-III). なお、彼は、緊急避難行為による保護対象利益として、国家の存在自体のみならず、人命も含んでいる。現在の ILC 条文における「避難」概念も含んで議論していることになる。

日本では、田畑茂二郎が、武力行使以外の国際義務違反について緊急避難を主張できるとしつつ、一方で、惹起した損害についての補償義務が課される⁽³²⁾としている。

この2つの特徴は、ILCにおけるガルシア・アマドールの提案にも表れている。以下、少し詳しく検討しよう。

2) ガルシア・アマドールによる提案

<1958年第3報告書>

1955年、ILCはガルシア・アマドールを特別報告者に指名し、国家責任の法典化作業を始めた。彼は、1956年から1961年まで毎年、報告書を提出した。1958年に提出された第3報告書は、「責任免除 (Exoneration

(31) GEORG SCHWARZENBERGER, A MANUAL OF INTERNATIONAL LAW 179 (5th ed., 1967). See G. SCHWARZENBERGER, 2 INTERNATIONAL LAW 30-31 (1968).; G. SCHWARZENBERGER, INTERNATIONAL LAW AND ORDER 203 (1971).

(32) 「緊急避難……が国際法上合法かどうかについては議論がある（たとえば、ケルゼンなどはその合法性に対して否定的である。）……[デンマーク艦隊引渡要求事件やオーラン港におけるフランス艦隊撃沈事件など] 相手国に違法性がないにもかかわらず、緊急の必要性を理由に武力が行使された例があるが、しかし、今日の国際連合憲章の下においては、そうした緊急避難を理由とする武力の行使は許されないといわなければならない。もっとも、緊急避難はかならずしも武力行使の形態をとらないで行われることがある。たとえば、二国を貫流する川の上流の国家の側にある水門をどうしても開く必要がある場合、それについて下流の国家の許可を求める時間的余裕がないとか、あるいは許可を求めてもえられないときには、下流の国家の領域内に入り自らの手で水門を開くということも緊急避難だといえることができる。このような場合は、緊急やむをえない措置として許されるといってよいであろう。もっとも、緊急避難は、相手国の不法な行為に対するものではないから、それによって惹起された損害に対しては、当然補償の責を負わなければならないものとされている」田畑茂二郎『国際法 I [新版]』350-352頁（1973）。

(33) [1955] 1Y.B.INT'L L.COMM'N 190.; *Report of the International Law Commission covering the work of its seventh session, 2 May - 8 July 1955*, A/2934 (1955), [1955] 2 Y.B.INT'L L.COMM'N 42.

from responsibility)・軽減事由 (Extenuating circumstances)」と題する章 (第6章) の中に、不可抗力、被害外国人側の過失、そして緊急避難を規定する第13条をおいている。⁽³⁴⁾ 同条の規定は次のようなものである。

第13条

1. 前条の規定にもかかわらず、とられた措置が、不可抗力の結果、または国家のなんらかの絶対必要な利益 (some vital interest of the State) を脅かす重大かつ急迫した危険 (a grave and imminent peril) による緊急状態 (a state of necessity) の結果であって、かつ当該国家がその危険を引き起こしたわけではなく、さらに他の手段で対処できなかった場合には、当該国家は外国人への損害について責任を負わない。
2. 同様に、損害行為が被害外国人自身の側のなんらかの過失 (fault) によって引き起こされた場合には、国家はその損害について責任を負わない。

(34) Francisco V. García-Amador, *Third Report on State Responsibility*, A/CN.4/111, [1958] 2 Y.B.INT'L L.COMM'N 50-53. 第6章は、第13条と第14条から成る。第14条は、私人によるまたは暴動などによる外国人への損害について、防止・処罰を明らかに怠った (manifestly negligent) 場合の国家責任 (第10条、第11条に規定) は、当局に損害行為の黙認 (connivance) または共犯関係 (complicity) がある場合には、さらに加重されることを規定する。具体的には、黙認・共犯の再発防止のためにすべての必要な措置をとることまで要求される (第25条)。問題の官吏を職から外したり、公安当局を強化したりする措置がそれにあたる。本規定は一般利益 (general interest) の保護の意味を持ち、決して処罰ではないが、刑事責任が推定されるようなサティスファクション (satisfaction) の特徴を含む点で、厳格な意味での賠償義務の考えから離れているという。Id., at 70. この規定の検討は大変興味深いところだが、本稿の射程範囲から外れる。とりあえず、彼の刑事責任に関する考え方として以下参照。Francisco V. García-Amador, *State Responsibility: Some New Problems*, 94 R. C. A. D. I. (1958-II) 395-399 (1959).

3. 不可抗力, 緊急避難, 外国人に帰属する過失は, たとえ責任免除 (exoneration from responsibility) の根拠として認められない場合でも, 賠償の量 (the quantum of reparation) の決定において軽減事由 (extenuating circumstances) を構成する。

ガルシア・アマドールによれば, 緊急避難の場合でも避難行為はあくまでも違法であるが, 国家責任は免除または軽減されるという。つまり, 緊急避難の法的性質を, 違法性は阻却しないが, それでも国家責任を免除する (第13条1項) または軽減する (第13条3項) 事由と位置づけていることになる。彼は, 行為の違法性を「国家の国際義務違反という単なる事実」と解し, それだけでは国家に責任を負わせるに必ずしも十分ではない, という立場をとる。具体的には次のように述べる。

「作為または不作為の内在的な不正または違法性 (the intrinsic wrongfulness or illegality), すなわち国家の国際義務違反という単なる事実は, それ自体では, 損害について国家に責任を負わせるのに十分とは限らない。それに加えて必要なのは, 国家に当該作為または不作為を強いたり損害行為を直接惹起したりした, 当該国家の意思からまったく離れた原因または状況の不存在である。」⁽³⁵⁾

「当該国家の意思からまったく離れた原因または状況」という言葉からは, ドイツや日本刑法での責任阻却事由や, 英米刑法での免責事由⁽³⁶⁾

(35) García-Amador, *Third Report, supra* note 34, at 51.

(36) ここでの「責任 (Schuld; culpabilité; culpability)」とは, 犯罪構成要素であり, (諸説あるものの) 「行為者の人格に向けられた非難」と定義される。具体的には責任能力, (責任) 故意・(責任) 過失, 期待可能性という要素からなり, これらが満たされないときには, 人格への非難可能性を欠くとして責任が阻却され, 犯罪が成立しないことになる。以上について, 大塚仁『刑法概説 (総論) 第3版増補版』418-431頁 (2005) を参照。

(37) (excuse) に類似した議論をしている印象がある。しかし、ガルシア・アマドールはこれ以上詳述していないので、この点は判然としない。少なくとも明確なのは、彼が、緊急権という構成ではなく、緊急避難の抗弁と位置づけていることである。さらに、彼は、緊急避難の法的性質として、違法性阻却という構成ではなく、それ以外の根拠で国家責任の発生を否定または軽減させる立場をとっている。本稿では、とりあえず、これを国家責任免除・軽減事由と呼んでおく。違法性阻却事由も、それにより国家責任の発生が排除されるという意味で、国家責任免除事由に含めるべきかもしれないが、ここでの国家責任免除・軽減事由とは、違法性阻却を除く概念として設定しておく。すなわち、定義するならば、「ある国家に帰属する行為が違法であるにもかかわらず、その国家責任を免除または軽減する事由」ということである。ガルシア・アマドールの用語 (Exoneration from responsibility) を直訳すれば、責任阻却 (軽減) 事由と呼ぶことになるだろうが、この用語を使わないのは、上記の国内法上の概念と類似するとの予断を与えないためである。

それでは、免除または軽減されるどころの「国家責任」とは具体的に

(37) ドイツ刑法での違法性阻却・責任阻却の区別にあたる議論は、英米刑法では (存在しなかったわけではないが) それほど重要視されてこなかった。しかし、近年、ドイツ法に類似して、正当化事由 (justification) と免責事由 (excuse) の区別論の有用性が主張されている。もっとも、区別基準のみならず区別論の有用性自体にも議論があり、未確定な部分が多い。以上の議論については、以下を参照。GEORGE P. FLETCHER, *RETHINKING CRIMINAL LAW* 759-875 (1978).; ジョージ・P・フレッチャー「ドイツ刑法とアメリカ刑法の比較的考察」刑法雑誌24巻3/4号374-389頁(1982).; Paul Robinson, *Criminal Law Defences: A Systematic Analysis*, 82 COL. L. R. 199 (1982).; Kent Greenawalt, *The Perplexing Borders of Justification and Excuse*, 84 COLUM. L. REV. 1897-1927 (1984).; J. C. SMITH, *JUSTIFICATION AND EXCUSE IN THE CRIMINAL LAW* (1989).; ANDREW ASHWORTH, *PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW* 253-254 (4th ed. 2003). 木村光江『主観的犯罪要素の研究：英米法と日本法』173-185頁(1992)。奈良俊夫「アメリカ刑法における「抗弁」法理の動向(1)」比較法雑誌29巻1号238-243頁(1995)。

はいかなる内容のものか。ガルシア・アマドールによれば、主に賠償義務 (the duty to make reparation)⁽³⁸⁾ である。従って、緊急避難により、賠償義務が完全に免除されたり (国家責任免除)、軽減されたり (国家責任軽減)⁽³⁹⁾ することになるのである。賠償には、主に原状回復、それが不適切なときの金銭賠償が含まれる⁽⁴⁰⁾。つまり、緊急状態が発生しても、国家責任の一部が軽減されるだけのときは、一定の賠償義務が残存し、その具体的内容の一つとして避難行為による物理的損害についての金銭支払義務を負うことがあることになる (従って、この場合の金銭支払は、むしろ「金銭賠償」と呼ぶ方が正確である)。

さらに緊急避難の要件はいかなるものか。この点彼は、国家の絶対必要利益を脅かす重大かつ急迫した危険の存在、危険が当該国家により惹起されたわけではないこと、他の手段で対処できないこと (避難手段の唯一性)、を要求している。

なお彼は、緊急避難抗弁が国際慣習法上すでに確立していると考えているが、一方で、その内容について論争や不明確性があることを認めている。しかし、むしろだからこそ、この不明確性をなくすために ILC で規定化すべき、という立場であった⁽⁴¹⁾。また、ここでの法典化作業は、

(38) 第1条にその旨規定する。Francisco V. García-Amador, *Second Report on State Responsibility*, A/CN.4/106, [1957] 2 Y.B. INT'L L. COMM'N 105. ここで「主に」と述べたのは、第25条 (前掲註34) で賠償義務に収まらないような法的効果を認めていることによる。

(39) 国家責任軽減については、第24条3項の規定 (「賠償の程度または量の決定の際には、本草案第13条で言及されている軽減事由を考慮に入れる。」) でも再度確認されている。García-Amador, *Third Report, supra* note 34, at 67.

(40) 第24条1項にその旨規定する。Id.

(41) 「緊急避難 (necessity) の問題を巡って、大きな不明確性があることは否定できない。つまり、帰属する作為または不作為がいかなる状況にあれば、緊急避難 (the state of necessity) によって賠償責任 (responsibility for the purposes of reparation) の完全な免除 (full exoneration) が正当化され、または賠償責任が軽減 (extenuate) されるのかは、争いのある

外国人損害についての国家責任の場合に限定されていた。それに伴い、第3報告書第13条は、緊急避難の結果として「当該国家は外国人への損害について責任を負わない」と規定し、対象を限定する。しかし、ガルシア・アマドールは、緊急避難抗弁の本来の適用範囲が外国人損害についての国家責任のみに限定されるとは考えていなかったと思われる。なぜなら、彼は、註釈の記述においてかかる限定に言及せず、むしろ国家責任の一般理論を念頭におくアンチロッチやシュトゥルツの緊急状態理論を引用しているからである。⁽⁴²⁾

<1961年改訂草案>

彼が提出した最後の報告書は第6報告書（1961年）である。そこに付された改訂草案には、先の第13条を修正した条文が、第17条として規定されている。⁽⁴³⁾

第17条 [免除事由および軽減事由 (Exonerating and extenuating circumstances)]

1. ある作為または不作為が、問題となる国際義務の国家による履行を不可能にし、かつ当該国家自身の機関または官吏の作為または不作為の結果ではなかった不可抗力により生じる場合には、その行為は当該国家に帰属しない。

問題である。しかしながら、このような不明確性や外交文書その他において対立があることをまさに主な理由として、本草案は抗弁 (a defence) としての緊急避難に言及すべきである。もし緊急避難が国際法上承認されているのであれば (実際にされているのだが)、抗弁として許容される状況に関する過去の論争の再発をできる限り防ぐために、緊急避難の定義が必要となる。」(下線 筆者) *Id.*, at 53.

(42) *Id.*, at 52-53.

(43) Francisco V. García-Amador, *Responsibility of the State for injuries caused in its territory to the person or property of aliens: Revised draft*, A/CN.4/134/Add.1, [1961] 2 Y.B.INT'L L.COMM'N 48.

国際法における緊急状態理論の歴史的展開

2. 同様に、ある作為が⁽⁴⁴⁾、国家のなんらかの絶対必要な利益を脅かす重大かつ急迫した危険を伴う緊急状態の結果であって、かつ当該国家がその危険を引き起こしたわけではなく、さらに他の手段で対処して損害を防ぐことができなかつた場合には、その行為は国家に帰属しない。
3. 同様に、作為または不作為が、損害を被った外国人自身の側の過失 (fault) によって引き起こされた場合には、その行為は国家に帰属しない。
4. 不可抗力、緊急避難、および外国人に帰属する過失は、たとえ責任免除 (exoneration from responsibility) 根拠として認められない場合でも、本草案第26条4項で規定する目的のために、軽減事由 (extenuating circumstances) として作用する。

それでは、この条文と、前の第13条の規定との間に、見るべき相違点はあるのだろうか。

この点、新しい第17条が、「作為または不作為の帰属 (imputability)」と題する章 (第5章) の中におかれていたことが注目される。従って、緊急避難は、行為の国家への帰属を排除する事由という位置づけに見える。このことは、彼が、1958年第3報告書での「責任免除、軽減事由」というタイトルから「責任」の語を削除して、「免除事由および軽減事由 (Exonerating and extenuating circumstances)」という名称を第17条に与え、さらに、「その行為は国家に帰属しない (imputable)」と条文の文言を変更したことからも裏付けられるように思える。

それでは、彼は本当に、「国家責任免除・軽減」という構成を転換させたのだろうか。実は、必ずしもそうとは言い難い。なぜなら、彼は、

(44) 他の項は「作為または不作為 (act or omission)」なのに、第2項のみ「作為 (act)」となっている。この理由は明らかではない。単なるミスの可能性も否定できない。

後の自著において、緊急避難規定を行為の帰属についての章においた理由は、不可抗力、緊急避難、被害外国人の過失という事由の発生が当該行為の「違法な」性質に影響を与えるか否かというかなり学究的な論争に、立ち入りたくなかったからだと述べているからである。⁽⁴⁵⁾ これらの事由が違法性阻却事由か否かの論争を避けたかっただけなのである。従って、彼が第17条を行為の帰属に関する章においたのは、必ずしも緊急避難などを行為帰属排除事由と位置づけたかっただけからではない。むしろ注目すべきは、第17条4項で責任免除や軽減事由という文言が維持されていること、それを受けて第26条4項が⁽⁴⁶⁾緊急避難などの事由による賠償義務軽減を規定していること、さらに、第17条の註釈が、第3報告書第13条からの内容的変更として、不可抗力と緊急避難を分けて規定した点にしか触れていないことである。⁽⁴⁷⁾ これらのことから考えると、第3報告書での位置づけ通り、彼は、緊急避難を国家責任免除・軽減事由として考え続けていたと解すべきである。ゆえに、緊急避難の法的性質について、1958年第3報告書との相違を導くことはできない。

3. 小 括

既に述べたように、緊急状態理論に対しては、伝統的な自己保存権との同一性・類似性や、適用範囲の広範性、濫用の危険、無実の相手国の権利・利益に対する配慮のなさ、武力行使禁止原則との抵触の可能性などが強く懸念されてきた。しかし、20世紀中頃の緊急状態理論では、こ

(45) Francisco V. GARCÍA-AMADOR, *THE CHANGING LAW OF INTERNATIONAL CLAIMS* 259 (1984).

(46) 第26条4項は以下のような規定である。「賠償の性質および程度の決定に当たっては、被害外国人に帰属する過失、その他本草案第17条第4項に軽減事由として記述された事由を考慮する。」García-Amador, *Revised draft*, *supra* note 43, at 49.

(47) *Id.*, at 53. なお、第3報告書第14条の加重事由規定は、改訂草案においては削除されている。

国際法における緊急状態理論の歴史的展開

これらの批判点を克服するための努力が一定程度見られるように思われる。すなわち、次の2点の特徴が見られた。

- 1) 緊急「権」の主張は影を潜め、抗弁としての緊急避難が主に主張されるようになったこと。
- 2) 避難行為の相手国が被った物理的損害についての金銭支払義務を認める傾向がより強まったこと。

第1の点は、権利性を否定することにより、自己保存権概念からの脱却を印象づける。第2の点は、避難行為の相手国は当該事態についてあくまでも無実なので、その物理的損害について、避難行為国が少なくとも一定程度の負担を負うべきという問題意識による。つまり、無実の相手国に対して配慮を見せているのである。これらの傾向は、ガルシア・アマドールの提案においても同様である。彼は、緊急避難を国家責任免除・軽減事由として位置づける。さらに、緊急状態が発生しても、国家責任の一部が軽減されるだけのときは一定の賠償義務が残存し、その具体的内容の一つとして避難行為による物理的損害についての金銭支払(賠償)義務を負うことがありうる。⁽⁴⁸⁾

もっとも、いまだ不十分な点もある。まず、この頃の緊急状態理論では、厳格かつ精緻な要件に服させようとする努力がまだ十分とは言えず、濫用の危険を抑えるための手立てを講ずることが強く意識されていたようには感じられない。また、田畑のような例外はあるものの、多くの論者は、武力行使への適用可能性を特に排除していない。これらの点が明確に意識され、議論の対象になるのは、ILCにおけるアーゴの提案をめぐってであった。

(48) もっとも、同じように緊急避難の要件を満たしながら、国家責任が完全に免除される場合と軽減にとどまる場合があるとすれば、その区別の基準の問題が生じるが、ガルシア・アマドールはこの点明らかにしていない。

Ⅳ. ILC 国家責任条文第1読草案の作業における批判点克服の試み

1. アーゴの提案——1980年第8報告書補遺

1962年4月27日のILC第14会期第631回会合で、トゥンキン (Tunkin) は、国家責任の問題についての予備研究をするために委員会の設置を提案した。⁽⁴⁹⁾ その提案に基づいて第637回会合で小委員会の設置が決定され、⁽⁵⁰⁾ 今後の法典化の方針が討議されることになった。1963年1月の小委員会第5回会合では、アーゴ (Ago) が作成した作業文書について討議がなされた。作業文書は、「行為が違法でない状況 (circumstances in which act is not wrongful)」として4つの事由を挙げている。⁽⁵¹⁾ その4つとは、被害当事者の同意、国際違法行為の行為者に対する正当な制裁、自衛、そして緊急避難である。小委員会の他の委員はその提案内容に賛同し、⁽⁵²⁾ 討議を受けて作成された報告書でも、依然としてこの4つの事由が挙げられていた。⁽⁵³⁾

その後1963年に国家責任についての特別報告者に選ばれたアーゴは、1969年から順次、報告書を提出した。⁽⁵⁴⁾ 彼は、最後の報告書となる第8報告書補遺 (1980年) において、緊急避難に関する以下の規定を提案した。⁽⁵⁵⁾

(49) [1962] 1 Y.B.INT'L L.COMM'N, 16.

(50) *Id.* at 45.

(51) Roberto Ago, *Working Paper*, A/CN.4/SC.1/WP.6, [1963] 2 Y.B.INT'L L. COMM'N 253.

(52) *Report by Roberto Ago, Chairman of the Sub-Committee on State Responsibility*, A/CN.4/152, [1963] 2 Y.B.INT'L L.COMM'N 237.

(53) *Id.* at 228.

(54) 1969年第1報告書, 1970年第2報告書, 1971年第3報告書, 1972年第4報告書, 1976年第5報告書, 1977年第6報告書, 1978年第7報告書, 1979年第8報告書, 1980年第8報告書補遺

(55) アーゴ第8報告書補遺51頁。

第33条 緊急避難 (state of necessity)

1. ある国家が、重大かつ急迫した危険に脅かされている不可欠の (essential) 国家利益を守るために他の手段を有さない場合には、国際義務で要求されていることと合致しない当該国家の行為の国際的違法性が阻却される。他国への義務不履行が、守ろうとする利益と同等またはより上位である相手国の利益を犠牲にするものではない場合にのみ、このことが適用される。
2. 当該「緊急」事態の発生が、その行為の根拠として主張している国家により生ぜしめられた場合には、第1項は適用されない。
3. 同様に、次の場合には、第1項は適用されない。
 - a 当該国家の行為が合致していない国際義務が、一般国際法の強行規範から生じている場合、特に、その行為が侵略禁止の不遵守に関わる場合。
 - b 当該国家の行為が合致していない国際義務を規定している条約が、その義務の不遵守についての「緊急」抗弁の適用可能性を、明示的または黙示的に排除している場合。

それでは、20世紀中頃の緊急状態理論と比較して、アーゴ案にはどのような特徴があるのだろうか。おそらく以下のような点が指摘されうる。

<「不可欠の国家利益」概念の導入>

まず「不可欠の (essential) 国家利益」の概念が導入された (第33条1項)。

それまでの緊急状態理論は、主に国家自身の生存に関わる利益の保護を対象にしてきた。ガルシア・アマドール案での「国家の絶対必要な (vital) 利益」にはその残滓があるようにも思われる。1979年の ILC での議論 (第1569会合) の中で、アーゴが不可抗力との比較で緊急状態について述べたときにも、彼は、ガルシア・アマドールと同様に「絶対必

要な (vital)」という用語を用いていた。⁽⁵⁷⁾

しかし、アーゴは、第8報告書補遺において、「不可欠の国家利益」という語句を採用した。彼によれば、何が不可欠かは個別の状況に左右される。⁽⁵⁸⁾ 例えば、国家自身の生存のみならず、政治的または経済的な生存、不可欠な国家業務の継続的機能、国内平和の維持、ある地域の人民の生存、領域内の環境保護などが含まれるという。⁽⁵⁹⁾ かかる多様な利益を含ませるために、「不可欠の利益」という広い射程の語句を選択したという。⁽⁶⁰⁾ さらに、この方針は、国家実行の現実に、より合致するという。⁽⁶¹⁾ 加えて、「不可欠の利益」という、より実定法規範に馴染むと思われる概念を導入することにより、自然法における自己保存権概念との決別を目指す狙いもあるという。⁽⁶²⁾

<利益衡量の導入>

次に、「他国への義務不履行が、守ろうとする利益と同等またはより上位である相手国の利益を犠牲にするものではない」ことを確保しなければならぬ(第33条1項)。つまり、相手国との利益衡量の要件が加わり、⁽⁶³⁾ 本来無実である相手国の利益への配慮がなされている。

(56) アーゴによる不可抗力規定の導入は、国家責任論の歴史、特に過失論の展開との関係で、無視できない意味があったように思われる。詳細については、拙稿「ILC 国家責任条文草案における不可抗力・遭難規定——不可抗力的状态に起因する行為についての責任を否定する理論の展開——」神戸学院法学第32巻2号239-302頁(2002)参照。

(57) [1979] 1 Y. B. INT'L L. COMM'N 185.

(58) アーゴ第8報告書補遺19頁。

(59) アーゴ第8報告書補遺14頁。

(60) アーゴ第8報告書補遺19頁。

(61) アーゴ第8報告書補遺19頁。

(62) アーゴ第8報告書補遺16-18頁。バルボザ (Barboza) 委員はこの狙いを肯定的に評価する。[1980] 1 Y. B. INT'L L. COMM'N 175.

(63) アーゴによれば、自己保存権におけるように、保護利益が「国家の生存そのもの」という至上の利益に限定される場合、相手国の被害利益の方

＜強行規範から生じる義務の違反の不許容＞

第3に、強行規範から生じる義務の違反行為（特に侵略）は、避難行為として許容されない（第33条3項(a)）。強行規範については、その同定基準の曖昧さが指摘されているが、少なくとも奴隷取引やジェノサイド、侵略などの禁止が含まれることについて一応の了解がある。特に侵略禁止が含まれていることは、アーゴにとって大きな意味があった。彼によれば、ドイツによるベルギー侵攻など、過去に緊急避難理論の主張が批判された事例は、侵略の例ばかりであり、現在ではこれらは一般国際法上の強行規範に抵触するものであって、もはや許容されることはないという⁽⁶⁴⁾。その上で、彼は次のように述べる。

「これらの考察により、一定の論者は、「緊急避難」概念のよく知られた濫用により駆り立てられた恐怖感を克服できると我々は信じている。この濫用は、他国への武力攻撃、他国の国内事項への武力干渉または類似の行動を正当化する口実として緊急避難を主張するとき⁽⁶⁵⁾に生じてきたのである。」

つまり、アーゴは、強行規範から生じる義務の違反（特に侵略行為）への適用を除外することにより、過去の問題事例の再発を懸念するILC委員を、賛成に転じさせることができると目論んでいたのである。

もっとも、アーゴは、国連憲章第2条4項違反の武力行使の全てについて、緊急避難の適用を否定しているわけではない。彼は、たとえ国連

が上位になることは考えにくいので、利益衡量の要件の必要性がそもそもなかったが、「不可欠の利益」というより幅のある概念を導入したことによって、この要件が必要になったという。アーゴ第8報告書補遺20頁。

(64) [1980] 1 Y. B. INT'L L. COMM'N 165.; アーゴ第8報告書補遺20-21頁参照。

(65) アーゴ第8報告書補遺21頁。

(66) アーゴは、第8報告書補遺のパラ55からパラ66において、武力を伴う

憲章第2条4項に違反する行為でも、侵略に当たらない程度のもは強行規範に抵触しないことがあると考える。例として、キャロライン号事件におけるような自国への危険を排除するための限定的な武力行使は、強行規範に抵触しないとする。そして、そのような限定的武力行使に緊急避難が適用可能か否かは、国連憲章の解釈次第なので、責任法のみので法典化を任務とする ILC では結論できないと述べる。結局、侵略行為に至らない武力行使への緊急避難の適用可能性を必ずしも否定しないのである。⁽⁶⁷⁾

<違法性阻却事由という構成>

第4に、緊急避難は違法性阻却事由と構成される（第33条1項）。アーゴは、違法性阻却事由とは異なる「国家責任免除事由」なるものの存在を認めていない。⁽⁶⁸⁾ その理由として、彼は次のように述べる。

「義務を課しながら、同時にその義務の違反にいかなる法的帰結も与えないというのは、実際には、当該義務を課していないことに等しいだろう。」⁽⁶⁹⁾

すなわち、国際義務違反でありながら一方で賠償義務などの結果が生じないとすれば、実際上それは、当該国際義務の存在自体を無意味にしてしまうと主張するのである。さらに彼は、国際判例においても、違法性阻却事由と異なる⁽⁷⁰⁾ところの、国家責任免除事由なるものは実証されないと述べる。

領域侵害について緊急避難を主張できるかを論じている。アーゴ第8報告書補遺37-44頁。

(67) アーゴ第8報告書補遺21頁。

(68) Roberto Ago, *Eighth Report on State Responsibility*, A/CN.4/318 and ADD.1-4, [1979] 2 Y.B.Int'l L.Comm'n (Part 1) 27-30.

(69) *Id.*, at 29.

<条約による適用排除>

第5に、条約による適用排除の可能性が規定された（第33条3項(b)）。
具体的には、人道法条約においてそのような例があるという。⁽⁷¹⁾

以上の点が、アーゴ案の特徴である。なお、アーゴ案では、避難行為による相手国の損害についての金銭支払義務の可能性に関する明文規定がないことも指摘されうる。しかし、実はアーゴ自身、このような義務を避難行為国に負わせることについて、反対というわけではなかった。⁽⁷²⁾ 違法性阻却事由の検討が一通り終わった段階で、違法性阻却事由の援用国の金銭支払義務に関連する規定を挿入するか否かについて議論することが、前年1979年会期の議論において約束されていた。⁽⁷³⁾

2. 第1読草案の内容

以上のようなアーゴ案は、ILCでの議論を経て、若干の修正の末に採択された。採択された緊急避難規定は次のようなものである。⁽⁷⁴⁾

第33条 緊急避難 (state of necessity)

1 国家は、次の場合を除き、その国家の国際義務と合致しない行為の違法性を阻却する根拠として、緊急避難を主張することはできない。

a その行為が、重大かつ急迫した危険に対して当該国家の不可欠の利益を守るための唯一の手段であり、かつ、

(70) *Id.*

(71) アーゴ第8報告書補遺45頁。

(72) [1980] 1 Y. B. INT'L L. COMM'N 165.

(73) *Report of International Law Commission on the work of its thirty-first session (14 May - 3 August 1979)*, A/34/10 (1979), [1979] 2 Y. B. INT'L L. COMM'N (PART 2) 133.; see [1979] 1 Y. B. INT'L L. COMM'N 234.

(74) 1980年 ILC 報告書33頁。

- b その行為が、義務の相手国の不可欠の利益に対する深刻な侵害とならなかった場合
- 2 いずれにせよ、国家は、次の場合、違法性を阻却する根拠として緊急避難を主張することができない。
 - a 当該国家の行為が合致しない国際義務が、一般国際法の強行規範から生じている場合、または、
 - b 当該国家の行為が合致しない国際義務を規定している条約が、その義務について緊急避難を主張する可能性を、明示的または黙示的に排除している場合、または、
 - c 問題となる国家が当該緊急状態の発生に寄与してきた場合⁽⁷⁵⁾

それでは、アゴ案からの変更点はいかなるものか。

まず、原則的に緊急避難は主張できないが一定の条件下で例外的に認める形式、すなわち「消極的規定方式」が採用されていることが注目される。これは、ヴァラット (Vallat) 委員が、緊急避難の例外性を強調し、適用をより厳格化するために、条約法条約第62条 (事情の根本的な変化)⁽⁷⁶⁾ の規定方法を参考にして提案したものである。シュヴェーベル

(75) アゴ案では、「生ぜしめられた (caused)」だったが、起草委員会で、「寄与してきた (has contributed)」に変更された。起草委員会議長によれば、この変更は、単に不可抗力規定 (第31条)、遭難規定 (第32条) で既に用いられている文言に一致させただけだという ([1980] 1 Y. B. INT'L L. COMM'N 271.)。しかし、この変更により、緊急状態発生への避難行為の関与の程度が低くても緊急避難の適用が排除される可能性が生じた。従って、これも、本理論の厳格化に繋がる変更と解することができる。

(76) *Id.*, at 169. 条約法条約第62条1項は次のような規定である。「条約の締結の時に存在していた事情につき生じた根本的な変化が当事国の予見しなかつたものである場合には、次の条件が満たされない限り、当該変化を条約の終了又は条約からの脱退の根拠として援用することができない。(a) 当該事情の存在が条約に拘束されることについての当事国の同意の不可欠の基礎を成していたこと。(b) 当該変化が、条約に基づき引き続き履行しなければならない義務の範囲を根本的に変更する効果を有するものであるこ

国際法における緊急状態理論の歴史的展開

(Schwebel) 委員がこの修正案に同調⁽⁷⁷⁾し、アーゴも当該修正案の是非を起草委員会に委ねることに同意した。⁽⁷⁸⁾そこで起草委員会は⁽⁷⁹⁾この案を受け入れたのである。

さらに、第1読草案では、新しく、第35条 [損害についての金銭支払に関する留保 (Reservation as to compensation for damage)] が設けられた。これは、前述した1979年会期での約束に基づいて、アーゴ自身が⁽⁸⁰⁾起案して起草委員会に提出され、最終的に採択されたものである。本条は⁽⁸¹⁾次のように規定する。

「第29条、31条、32条または33条の規定による国家の行為の違法性阻却は、その行為により生じた損害についての金銭支払 (compensation) に関して生じうるいかなる問題にも影響を与えない。」

これは単なる留保条項であり、同意、不可抗力・偶発事故、遭難、緊急避難といった事由を対象にしている。さらに、「金銭支払 (compensation)」についての問題とだけされていて、文言上は、義務のみならず友誼的観点からの金銭支払の問題も含みうる。もっとも、審議において、シュヴェーベル委員が、相手国の損害についての金銭支払義務を避難行為国に負わせるべきと主張した⁽⁸²⁾ところ、複数の委員が彼の意見に賛同し、⁽⁸³⁾反対者はいなかった。従って、ILC 委員の間では、避難行為による相手国の損害についての金銭支払義務の発生可能性について、賛同があった

と。」

(77) *Id.*, at 171.

(78) *Id.*, at 183.

(79) *Id.*, at 271.

(80) *Id.*, at 273.

(81) 1980年 ILC 報告書34頁。

(82) [1980] 1 Y. B. INT'L L. COMM'N 163, 171.

(83) Calle y Calle 委員 (*id.*, at 172.), 鶴岡委員 (*id.*, at 177.)。

と解しうる。

3. 批判点克服の試み

以上述べてきたように、アーゴ案およびその後の第1読草案の緊急避難規定には、ガルシア・アマドール案など、20世紀中頃の緊急状態理論の傾向と比較して、様々な相違点があった。その中で、緊急状態理論に対する批判点の克服の試みと言えるのは、おそらく次の5点である。

- 1) より実定法規範に馴染むと思われる「不可欠の国家利益」概念を導入することにより、自己保存権概念との決別を印象づけようとしたこと。
- 2) 無実の相手国の利益に配慮するために、利益衡量の要件を導入したこと。
- 3) 強行規範に抵触する避難行為を許容しないことにより、過去の（特に侵略絡みの）問題事例の再発を防ごうとしたこと。
- 4) 条約による適用排除を認めて、緊急避難の適用範囲を制限しようとしたこと。
- 5) 緊急避難適用の厳格化のために、⁽⁸⁴⁾消極的規定方式を採用したこと。

この中でも、特に3)は大きな意味がある。なぜなら、上記のように、アーゴは、この変更を緊急避難規定への支持を確保するための切り札と意識しており、さらに、この意図は第1読草案第33条註釈のpara 37でも⁽⁸⁵⁾繰り返されているからである。

(84) 規定内容の厳格化・明確化は、当該規定の濫用を防止し実効性を高めることに効果がある。See THOMAS M. FRANCK, THE POWER OF LEGITIMACY AMONG NATIONS 50-66 (1990). 浅田正彦「国際法における規則の明確性と実効性——兵器の使用規制をめぐって——」岡法37巻1号98-99頁（1987）参照。

(85) 1980年 ILC 報告書50頁。

それでは、緊急避難規定に対する反応はいかなるものだったのか。ILC での議論では、緊急避難規定の削除まで求めるラディカルな意見は、一人（ウシャコフ（Ushakov）委員）⁽⁸⁶⁾を除いて、存在しなかった。これには、アーゴが凝らした様々な工夫が功を奏した面がある。例えば、フランス（Francis）委員は、濫用の歴史に鑑みて緊急避難概念に強い懸念を有していたが、アーゴ案の周到な規定ぶりに触れて賛成に転じた、と述べているのである。⁽⁸⁷⁾

4. なお残る批判

しかし、だからといって、ILC 委員や諸政府が規定内容に満足したわけではない。主な批判点は次の2点であった。

<濫用の懸念>

まず、不可欠の利益への危険や利益衡量について、それらの基準の曖昧さや個別の国家が独自に判断できてしまうという主観的性格、そしてそれによる緊急避難抗弁の濫用のおそれである。この濫用のおそれは、究極的には、国際法秩序への悪影響の懸念に繋がる。これは、従来から緊急状態理論反対論者の最大の批判点であった。

この点、アーゴは、緊急避難行為を厳格な条件に服させさえすれば、濫用の危険は軽減されるはずと述べる。⁽⁸⁸⁾また、過去の実行に照らして、利益の不可欠性の決定や利益衡量などの判断は、指摘されているほど難しいものではないとも弁明していた。⁽⁸⁹⁾

しかし、アーゴと同様に楽観的意見の委員もいたものの、⁽⁹⁰⁾多くの委員

(86) [1980] 1 Y. B. INT'L L. COMM'N 165-166.

(87) *Id.*, at 170.

(88) *Id.*, at 182.

(89) *Id.*, at 182-183.

(90) Barboza 委員 (*id.*, at 175-176.)。

が懸念を表明した。ウシャコフ委員によれば、緊急避難は、他の違法性阻却事由と比べて、その要件充足の判断が主観的になりがちだという。利益衡量についても、客観的な判断は困難であり、特に不可欠の利益同士が対立する場合は、比較はもはや不可能であるとする。⁽⁹¹⁾かかる懸念から、彼は、緊急避難規定の削除を要求⁽⁹²⁾、最後まで明確に反対の立場を貫いた。⁽⁹³⁾ヤンコフ (Yankov) 委員は、本規定の導入に絶対反対ではないものの、利益の不可欠性の決定や利益衡量のための客観的基準設定の難しさを指摘し、国際法秩序の安定性に有害なインパクトを与える深刻な可能性を指摘した。⁽⁹⁴⁾他にもヴァラット委員やシュヴェーベル委員、鶴岡委員⁽⁹⁷⁾などが判断の主観性や濫用についての懸念を表明している。

もっとも、採択された第1読草案第33条では、適用の厳格化を確保すべく、消極的規定方式が採用された。第1読草案第33条註釈パラ31は、濫用は、「詳細かつ慎重な言葉遣いの規定が採択されれば回避されうる」と述べる。⁽⁹⁸⁾

しかし、それにもかかわらず、国連総会第6委員会での第1読草案第33条の検討時には、フランス⁽⁹⁹⁾、モンゴル⁽¹⁰⁰⁾、チェコスロバキア⁽¹⁰¹⁾、ハンガリ

(91) *Id.*, at 165.

(92) *Id.*, at 165-166.

(93) *Id.*, at 271.

(94) *Id.*, at 173-174.

(95) *Id.*, at 169.

(96) *Id.*, at 171.

(97) *Id.*, at 177.

(98) 1980年 ILC 報告書49頁。

(99) 「この規則が導くかもしれない濫用、とりわけ不可欠の利益が極端な危険に脅かされていることを客観的に決定することの困難さを考えると、本草案中にこのテーマに関する明示の規定を挿入しないのがおそらく一番良いでしょう。」A/C.6/35/SR.50 (1980), para.40.

(100) 「かなり明白なのは、本条文の規定は、客観的基準よりもむしろ主観的判断に基づくということです。例えば、2つまたはより多くの国々が関与している場合、どちらの利益が不可欠なのかを實際上決定するのは困難

国際法における緊急状態理論の歴史的展開

(102) (103) (104) (105) (106)
一、白ロシア、リビア、ブルガリア、バングラデシュの代表が、利益の

かまたはほとんど不可能でしょう。それゆえ、第33条の討議において一部の委員が表明したその点に関する深刻な懸念を我々も共有します。」 A/C.6/35/SR.53 (1980), para.28. モンゴル政府は、1981年に ILC に提出したコメントでも同様の懸念を述べている。A/CN.4/342 and Add.1-4, [1981] 2 Y.B. INT'L L. COMM'N 76.

- (101) 「第1に、……第5章 [違法性阻却事由] の規定は、いかなる濫用も不可能性にするように組み立てられなければいけません。しかしながら、第33条において、本委員会は、逆の方針を採ってきました。つまり、「不可欠の利益」や「重大かつ急迫した危険」というような曖昧な文言を用い、緊急状態の概念を拡大して主権的独立体としての国家の生存への直接的な脅威がない場合をも含ませさせています。……緊急状態の定義がないままに定式化された第33条は、他国の不可欠の利益とは何かを一方的に決定することを禁ずる国家の主権的平等の観点から問題となりえます。」 A/C.6/35/SR.54 (1980), para.16. 同国は、書面のコメントでも同様の懸念を表明している。A/CN.4/362, [1983] 2 Y.B. INT'L L. COMM'N (PART 1) 2.
- (102) 「緊急避難に関する第33条は、委員会において相当の議論を呼び、委員全員の賛成を得たわけではありませんでした。「不可欠の利益」という表現は、曖昧すぎるように思えて、主観的解釈を招きます。」 A/C.6/35/SR.55 (1980), para.44.
- (103) 「第33条は、特に不十分に見えます。なぜなら、当該規定は国家に、自らの国際義務を取り消し、行動についての責任を免れることのできる、「不可欠の利益」という口実を提供するからです。様々な解釈（その一部はおそらく主観的）がなされうるのが、「不可欠の利益」の基準です。……この用語の定義は問題を孕んでいます。」 A/C.6/35/SR.57 (1980), para. 41. 同国は、その後提出した書面コメントでも同様の意見を述べている。A/CN.4/362, [1982] 2 Y.B. INT'L L. COMM'N (PART 1) 17-18.
- (104) 「第三世界諸国の政治的経済的独立を得る努力は、事実上、植民地施政国の不可欠の利益への脅威を構成し、第33条の条文に従えば、施政国はその緊急状態により必要ないかなることもできる権利を得ることになります。第33条1項(a)はまた、「重大かつ急迫した危険」に言及し、その理論的可能性を広く残しています。この概念は、経済的危険、特に新独立国が自らの資源への主権を獲得するために外国人独占主義者の利益を国有化する危険を含むよう、拡大するかもしれません。第33条1項(b)は不明確です。」 A/C.6/35/SR.57 (1980), para.34.
- (105) 「基本的な問題は、本概念の疑わしい要素にあります。それらは、客

不可欠性、重大かつ急迫した危険の存在、利益衡量などについての基準の曖昧さや判断の主観性、そしてそれによる緊急避難抗弁の濫用の危険性について強く批判した。また、書面によるコメントでも、⁽¹⁰⁷⁾ ソ連や英国が同様の懸念を表明している。ILC 委員以外の法学者では、例えば、サルモンが、義務的司法制度がないという国際社会の現実に照らして、第1 読草案で規定される緊急避難理論は濫用のおそれがあると釘を刺している。⁽¹⁰⁹⁾

観的基準よりも主観的判断に依拠しています。この領域では、緊急避難の概念が国際義務の不当な違反への道を開く深刻な可能性が残ります。」 A/C.6/35/SR.59 (1980), para.11.

(106) 「自己保存または併合行為の概念は、過去に、武力による違法な領域の侵略、占領または併合行為を正当化するために諸国家により利用されてきました。違法な行為は、緊急避難の概念により正当化できません。ひとたび正当化の余地があると、侵略国は、緊急避難の名の下で違法行為を正当化する責任を引き受けるでしょう。侵略国は、そのような行為のための緊急性があるか否かを決定する権限を思いのままにし、すべての違法行為を例外的状況の範疇に入れるでしょう。国際法の分野では、国家責任の例外としての緊急避難概念は、たぶん、弱く小さな国を占領または併合する口実を強国に与えることとなります。「重大かつ急迫した危険」という文言による緊急避難概念の制限は、そのような濫用を防止しそうにありません。」 A/C.6/35/SR.59 (1980), para.39.

(107) 「第33条1項は受け入れることができない。……利益がどれだけ「深刻に」害されているか、また利益がどれだけ「不可欠」のものかを評価する基準が曖昧かつ主観的なので、本条は、極端に広く解釈されることになるかもしれない。」 A/CN.4/351 and Add.1-3, [1982] 2 Y.B. INT'L L. COMMN (PART 1) 19.

(108) 「緊急避難の抗弁には、国際関係全体にわたって非常に深刻な濫用の可能性があるだろう。当該規定が法の支配を弱める重大な危険がある。」 A/CN.4/488 (1998), at 88.

(109) Jean J.A. Salmon, *Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international ?*, in *ESSAYS IN INTERNATIONAL LAW IN HONOUR OF JUDGE MANFRED LACHS* (J. MAKARCZYK ed.) 264 (1984).

<武力行使への適用可能性について>

前述の通り、アーゴ案では、侵略行為に至らない武力行使への緊急避難の適用は必ずしも否定されていない。この立場に対して、ヴァツラト委員は、自国管轄外又は他国領域内の全ての武力行使に緊急避難が適用されないことを強調すべきと主張し、⁽¹¹⁰⁾ フランシス委員もその意見に同調した。⁽¹¹¹⁾ しかしそれに対して、アーゴは、次のように述べて、すべての武力行使への適用可能性を排除すべきという修正案を明確に拒否した。

「もちろん、明確に強行規範に含まれる、他国での武力行使に関わる行動形式があります。しかし、他のよりはっきりしないケースにおいてまで、緊急状態抗弁の許容性を完全に否定するのは、明らかに行き過ぎでしょう。そこまでやると、自国領域への砲撃の危険を取り除くための他国領域進入も妨げられることになってしまいうでしょう。」⁽¹¹²⁾

それでは、第1読草案ではどちらの立場が採用されたのだろうか。確かに、採択された第33条では、アーゴ案と異なり、侵略禁止への言及が削除されている（第2項(a)）。これは、侵略行為に当たらない武力行使はすべて強行規範に抵触しないかどうかの解釈問題を避けるためだとい⁽¹¹³⁾う。しかし、結局 ILC は、アーゴと同様に、強行規範に抵触しない種類の武力行使がありうることを認めている。第1読草案第33条註釈は、パラ23から24において、次のように述べている。

「これら [=強行規範に抵触しない武力行使] には、例えば、自

(110) [1980] 1 Y. B. INT'L L. COMM'N 169.

(111) *Id.*, at 171.

(112) *Id.*, at 183.

(113) 起草委員会議長ヴェロスタ (Verosta) 委員の説明参照。 *id.*

国領域への攻撃を準備中の武装グループによる有害活動を未然に防いだり、外国領域に拠点を持つと思われる越境武装集団または犯罪者一味を追跡したり、当該外国の権力・支配下でない敵対勢力やグループの攻撃または抑留を受けている自国民その他の人々の生命を保護したり、国境を越えて発生または広がる虞のある混乱の源を取り除いたり無力化したりするために、外国領域へ侵入することが含まれるであろう。」⁽¹¹⁴⁾

このように、犯罪者集団の越境攻撃を未然に阻止するための武力行使などは、強行規範に抵触しないという。それでは、かかる限定的武力行使には、緊急避難が適用されるのだろうか。註釈は次のように続ける。

「本問題は、国連憲章第2条4項が緊急避難によって回避できない義務を課す意図なのか否かに集約される。……委員会は、この問題についての立場を明らかにすることを求められていないと考える。⁽¹¹⁵⁾ 憲章規定の解釈作業は、国連の他の機関に委ねられるのである。」

こうして、ILCは、強行規範に抵触しない武力行使への緊急避難の適用は国連憲章規定の解釈問題なので、判断できないとした。この点、アーゴは、同様に国連憲章の解釈問題だと言いつつも、ILCでの議論の中で、適用可能性の完全否定は明らかに行き過ぎだと主張しており、結局は、緊急避難が適用可能な武力行使類型の存在を明確に肯定した。一方、ILCは、そのような肯定までには至っていない。しかし、緊急避難の適

(114) 1980年 ILC 報告書44頁。

(115) 1980年 ILC 報告書44-45頁。第1読草案におけるこの立場は、以下でも解説されている。James Crawford, *Second Report on State Responsibility: Addendum*, A/CN.4/498/ADD.2 (1999), para. 286. [以下、クロフォード第2報告書]

用が可能な武力行使類型が存在するとの解釈の余地を排除しなかった点では、アーゴの立場と共通するのである。

かかる ILC の立場は、総会第 6 委員会で批判された。⁽¹¹⁶⁾ エジプトは、強行規範の範囲の解釈が狭すぎると批判し、侵略行為の範囲を拡大すべきと主張した。⁽¹¹⁷⁾ チェコスロバキアは、国連憲章第 2 条 4 項違反はすべて強行規範に抵触すると解釈すべきと主張している。⁽¹¹⁸⁾ 委員以外の法学者では、サルモンやツェマネクが⁽¹¹⁹⁾、武力行使への緊急避難適用の余地を残したことを批判している。⁽¹²⁰⁾

この後に ILC で緊急避難規定が検討されたのは、第 2 読草案段階、すなわちクロフォードが特別報告者であった時期である。それでは、以上のような批判について、彼はどのように取り組んだのだろうか。

(116) また、スウェーデンは、書面コメントにおいて、強行規範概念の内容の曖昧さが、緊急避難の適用条件をさらに曖昧にしてしまうと批判する。「緊急避難が主張されえる条件は、国際法上、はっきりと確立してきていない。第 33 条において、緊急避難の援用可能性は一定の制限に服することになるだろうが、それらの制限はいくつかの点でかなり曖昧である。特にそれは、委員会がここでも再び、内容を明確化しようとしないうちに一般国際法の強行規範概念に依拠してきたことによる。」 A/CN.4/342 and Add.1-4, [1981] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n 77.

(117) A/C.6/35/SR.52 (1980), para.53.

(118) 「国連憲章第 2 条 4 項に従い武力による威嚇または武力の行使を慎むことは、いかなる場合にも無視できない強行的性格を有する義務に含まれるべきです。」 A/C.6/35/SR.54 (1980), para.16.

(119) Salmon, *supra* note 109, at 269.

(120) Karl Zemanek, *La responsabilité des États pour faits internationalement illicites, ainsi que pour faits internationalement licites*, in RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE (P.WEIL ed.) 42 (1987).

V. 現代における批判点克服の試み—— ILC 国家責任条文の完成をめぐって

1. クロフォードの提案——1999年第2報告書

クロフォードは、第1読草案第33条に若干の修正を加え、以下のよう⁽¹²¹⁾な規定案を示した。

- 1 国家は、次の場合を除き、その国家の国際義務と合致しない行為の違法性を阻却する根拠として、緊急避難（Necessity）を主張することはできない。
 - a その行為が、重大かつ急迫した危険に対して当該国家の不可欠の利益を守るための唯一の手段であり、かつ、
 - b その行為が、(i) 義務の相手国の不可欠の利益、または (ii) 義務が一定の共通または一般利益の保護のために成立している場合はその利益、に対する深刻な侵害とならない場合
- 2 いずれにせよ、国家は、次の場合、違法性を阻却する根拠として緊急避難を主張することができない。
 - a 問題となる国際義務が、一般国際法の強行規範から生じている場合、または、
 - b 問題となる国際義務が、緊急避難を主張する可能性を、明示的または黙示的に排除している場合、または、
 - c 緊急避難を主張する国家が緊急の事態の発生に実質的に寄与してきた場合

彼は、第1読草案の規定をほぼそのまま採用している。明らかな相違は、比較衡量の対象となる相手側の利益として、個別の国家に属しない

(121) クロフォード第2報告書パラ356。[1999] 1 Y. B. INT'L L. COMM'N 141.

「一般利益」についても考慮を求めたことである（第1項(b)⁽¹²²⁾）。その他にも、State of necessity（緊急避難）という文言を、State（国家）との混同を避けるために Necessity（緊急避難）に変更し、緊急避難の適用排除を意図する国際法規範を条約に限定せずに慣習法にも広げる（第2項(b)⁽¹²⁴⁾）、などの変更を行っている⁽¹²⁵⁾。しかし、いずれもそれほど大きな内容的変更をもたらすものではないように思われる。緊急避難行為による損害についての金銭支払に関して、第1読草案第35条の留保条項が維持された⁽¹²⁶⁾。

しかしながら、彼は、たとえ文言に大きな変更を加えなくても、規定内容について、いくつか補足説明ないし解釈の変更をしている。これらの補足説明や解釈の変更は、註釈で記述することを意図していたのだろう。それでは、特に前章の最後に挙げた2つの問題についての彼の説明を見てみよう。

<濫用の懸念について>

彼は、濫用の危険について、恐れるに足らないことをアーゴ以上に強調した。緊急避難の濫用の事実は、経験上確認されないと⁽¹²⁷⁾いう。さらに傍証として、過去に同じく濫用が懸念された条約法条約第62条（事情の根本的な変化）の規定が、その後の歴史で濫用されていないことにも注

(122) クロフォード第2報告書パラ290。[1999] 1 Y. B. INT'L L. COMM'N 141.

(123) クロフォード第2報告書パラ290。もっとも、フランス語では、一貫して *état de nécessité* である。

(124) クロフォード第2報告書パラ290。

(125) クロフォード第2報告書パラ356。

(126) 但し、第1読草案第35条は、金銭支払義務の留保の対象として、同意（第29条）、不可抗力・偶発事故（第31条）、遭難（第32条）、緊急避難（第33条）の4つの事由を挙げていたが、クロフォード案では、遭難と緊急避難の場合に限定されている。クロフォード第2報告書パラ356。[1999] 1 Y. B. INT'L L. COMM'N 143.

(127) クロフォード第2報告書パラ291。

目すべきとしている。⁽¹²⁸⁾

<武力行使への適用可能性の否定>

既に述べたように、第1読草案段階で、ILCは、国連憲章第2条4項違反行為への緊急避難の適用可能性を完全には否定していなかった。しかし、クロフォードはこれを完全に否定するに至った。この違いの直接の理論的根拠は、アーゴとクロフォードの、「憲章第2条4項と強行規範との関係」に関する見解の相違である。

まずアーゴは、たとえ国連憲章第2条4項に違反する行為であっても、強行規範に抵触しないものがありうると考える。そのような限定的武力行使について緊急避難を主張できるか否かは、国連憲章の解釈次第なので、責任法のみをの法典化を任務とするILCでは結論できないと述べ、結局、強行規範に抵触しない武力行使への緊急避難の適用を否定しなかった。彼のこの立場は、第1読草案時点でのILCの立場となった。

一方、クロフォードは、憲章第2条4項違反の行為はすべて強行規範から生じる義務に違反する、という前提から出発する。この前提に従って、彼は、第2条4項違反の行為についての緊急避難の適用可能性を一切否定する。その点で問題になったのが、いわゆる人道的介入を緊急避難理論に根拠付けることができるかである。彼は、この論点は国連憲章の解釈問題であり、委員会の作業の対象外とする。その理由は次の通りである。まず、人道的介入が第2条4項に違反するとすれば、すなわち必ず強行規範に抵触するので、緊急避難は主張できない。一方、第2条4項に反しないのであれば、そもそも合法なので緊急避難を主張する必要性は生じない。従って、緊急避難規定は人道的介入の問題と無関係であり、すべては憲章解釈の問題（人道的介入が第2条4項に違反するか否か）⁽¹²⁹⁾だというのである。

(128) クロフォード第2報告書パラ291。[1999] 1 Y. B. INT'L L. COMM'N 180.

(129) クロフォード第2報告書パラ287。[1999] 1 Y. B. INT'L L. COMM'N 141,

2. 国家責任条文の内容

それでは最終的に採択された緊急避難規定はいかなるものか。国連総会⁽¹³⁰⁾で採択された国家責任条文は、以下のような規定を設けている。

第25条 緊急避難

- 1 国家は、次の場合を除き、その国家の国際義務と合致しない行為の違法性を阻却する根拠として、緊急避難を主張することはできない。
 - a その行為が、重大かつ急迫した危険に対して不可欠の利益を守るために当該国家にとっての唯一の手段であり、かつ、
 - b その行為が、義務の相手国または国際社会全体の不可欠の利益に対する深刻な侵害とならない場合
- 2 いずれにせよ、国家は、次の場合、違法性を阻却する根拠として緊急避難を主張することができない。
 - a 当該の国際義務が緊急避難を主張する可能性を排除している場合、または、
 - b 当該国家が緊急の事態に寄与してきた場合

さらに、この規定によっても強行規範から生じる義務に合致しない行為の違法性は阻却されず（第26条）、物理的損失についての金銭支払の問題⁽¹³¹⁾には影響を与えない（第27条(b)）。

それでは、クロフォード案と相違点はあるだろうか。この点注目されるのは、保護対象たる不可欠の利益として、避難行為を行う国家自身の

172.

(130) A/RES/56/83 (2001).

(131) 強行規範例外は、すべての事由をカバーしうる独立の条文（第26条）になった。金銭支払義務についての留保条項も、すべての事由をカバーしうるよう修正された。これらの修正には、プレ（Pellet）委員の意見の影響が大きい。[1999] 1 Y. B. INT'L L. COMM'N 173, 176.

利益のみならず、当該国家の人民や国際社会全体の利益も想定されていることである。⁽¹³²⁾ クロフォード報告書段階では、第1読草案までと同様に、「国家の不可欠の利益」という文言だったが、起草委員会で「国家の (of that State)」⁽¹³³⁾ が削除され、不可欠の利益の主体が拡大した。これは、「国際社会全体 (the international community as a whole) の不可欠の利益」⁽¹³⁴⁾ の保護も含めることをより明確にするためである。

しかし、それ以外は、クロフォード案の内容をほぼ維持していると言えよう。以下に国家責任条文の緊急避難規定の内容をまとめておく (ILCでの緊急避難規定の変遷については後掲の表を参照)。

まず、要件は以下の通りである。避難行為の前提となる危険の種類・程度としては、不可欠の利益に対する重大かつ急迫の危険が存在しなければならぬ。利益の不可欠性の判断はその時々⁽¹³⁵⁾ の状況を勘案してなされる。また、危険は客観的に確立したものでなければならず、単なる懸念⁽¹³⁶⁾ では足りない。

次に、避難行為の態様については、まず当該利益保護のための唯一の手段でなければならない。加えて、義務の相手国または国際社会全体の不可欠の利益に対する深刻な侵害を惹起しない程度のものでなければならぬ⁽¹³⁷⁾。つまり、避難行為が国と相手側双方の損害の程度や害された利益

(132) *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, in Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session*, A/56/10 (2001), 202. [以下2001年条文25条註釈]

(133) [1999] 1 Y. B. INT'L L. COMM'N 283.

(134) 2001年条文25条註釈195頁。もっとも、すでにアーゴが、第8報告書補遺の中で、「主にここ20年で、生態学的均衡の保護が全ての国家の「不可欠の利益」と考えられるようになってきた。」(アーゴ第8報告書補遺27頁)と述べていた(下線筆者)。しかし、提案された条文案では、(個別の)国家の利益に限定されていた。

(135) 2001年条文25条註釈195, 202頁。

(136) 2001年条文25条註釈202頁。

(137) エコノミデス委員の意見を受け ([1999] 1 Y. B. INT'L L. COMM'N 173.),

国際法における緊急状態理論の歴史的展開

の質の衡量により、避難行為の許容性が判断されるのである。⁽¹³⁸⁾ それに加えて、一般国際法の強行規範から生ずる義務に合致しない行為は許されない（第26条）。それでは、国連憲章第2条4項に反する行為は全て強行規範から生じる義務に違反し、緊急避難が適用されないというクロフォードの立場は、ILCにより受け容れられたのであろうか。確かに、註釈では明確な記述はない。しかし、クロフォードの立場は、後に触れるように、ILC委員による広範な賛同を得た。加えて、註釈も暗にクロフォードの立場に立っていると思われる。なぜなら、第25条註釈パラ21での、「強制的な人道的介入措置が現代国際法において合法となりうるかどうかの問題は、[いわゆる一次規則の問題なので] 第25条によりカバーされない」という説明は、前述のように、国連憲章第2条4項に反する行為はすべて強行規範から生じる義務に違反するというクロフォードの立場を前提にして、はじめて成り立つ記述だからである。⁽¹³⁹⁾

効果としては、避難行為の違法性が阻却される。もっとも、避難行為によってもたらされた物理的損失についての金銭支払の発生の可能性は残る（第27条(b)）。

いずれにしても、特定の種類の緊急状態について、条約や慣習法が緊急避難の適用可能性を否定しているときには、適用が排除される。第1読草案第33条では条約のみだったが、クロフォード案と同様、ここでは国際慣習法も念頭におかれている。⁽¹⁴⁰⁾ また、避難行為を行う国家自身が当該緊急状態発生に寄与してきたときにも緊急避難は適用されない。⁽¹⁴¹⁾

国際社会全体の利益についても、「不可欠の利益」のハードルが課せられた。もっとも、この変更がどれだけの変化をもたらすかは不明である。

(138) 2001年条文25条註釈203-204頁。

(139) 2001年条文25条註釈205頁。

(140) [1999] 1 Y. B. INT'L L. COMM'N 283.

(141) 寄与による適用排除を拡大して、緊急避難の適用をより厳格化するために、クロフォード案にあった「実質的に (materially)」という限定は削除された。 *Id.*, at 284-285.

3. ILC 委員や諸政府の反応

このような緊急避難規定についての反応はいかなるものだったのだろうか。

まず、クロフォード案に関する議論では、ほとんどすべての ILC 委員が本規定の維持に賛成した⁽¹⁴²⁾。確かに批判もあったが、アーゴ案の討議時と比べれば穏当なものにとどまったように感じられる。さらに、ILC で採択された規定に関する、総会第 6 委員会での政府発言や書面コメントを概観しても、少なくとも第 1 読草案時と比較すれば、緊急避難規定への批判は減少したように思われる。確かに、英国は、依然として緊急避難規定について反対の立場を堅持した⁽¹⁴³⁾。しかし、このような国はむしろ例外的である。多くの政府は、緊急避難規定の維持に積極的に賛成するか、もしくは特に反対していない。オーストリア、ドイツ、メキシコ、

(142) 例外は、ロシアのルカシュク (Lukashuk) 委員である。「当初から、第33条とその註釈には疑いを持ってきた。多分、それなしで済みますのがより賢明であろう。」しかし、彼は「疑い」の内容について詳述していない。*Id.*, at 173.

(143) 英国は書面コメントで次のように述べる。「緊急避難の抗弁は、非常に深刻な濫用を招きやすい。これは、本条文草案に規定されている他の違法性阻却事由とは異なる。なぜなら、本抗弁が主張されるかもしれない状況の範囲が極端に広い（実際、ほとんど無制限である）こととともに、広い範囲の利益の保護が主張されるかもしれないからである。緊急避難の抗弁は、法の支配のまさに限界に位置するものであり、国家間の法的責任の通常の枠組みを記述する一組の条文草案の中に含まれるべきものではない。」A/CN.4/515 (2001), at 32-33. もっとも、その後の総会第 6 委員会での同国代表の発言は、若干トーンダウンしている印象がある。「我が代表は、緊急避難規定について若干の懸念を有しています。なぜなら、「深刻な違反」や「国際社会全体に対して負う義務」の概念が曖昧だからです。しかし一方で、註釈が条文を大いに明確にしており、当該法の理解についての有用な貢献となっています。」A/C.6/56/SR.11 (2001), para.22.

(144) オランダ代表の発言。A/C.6/54/SR.21 (1999), para.51.

(145) 「緊急避難についての第33条に関しては、特別報告者により提示されたテキストと、起草委員会により採択された第33条草案の文言との間に、

⁽¹⁴⁶⁾ ロシアが本規定について不安を吐露しているが、その発言を精査すると、
⁽¹⁴⁷⁾ ⁽¹⁴⁸⁾ 少なくともドイツおよびメキシコの発言は、批判というよりも、消極的

わずかだがかなり重要な相違が存在することを、我々は指摘いたします。起草委員会による最も微妙な変更の一つは、第1項(a)の文言に関わります。すなわち、「不可欠の利益」基準は、もはや国家に限定されていないのです。曰く、「その行為が、重大かつ急迫した危険に対して国家の不可欠の利益を守るために当該国家にとっての唯一の手段」から、(その行為が)「重大かつ急迫した危険に対して不可欠の利益を守るために当該国家にとっての唯一の手段」に変更されているのです。この変更は、本条文の適用範囲の拡大という重大な結果を引き起こします。……第33条の文言の変更は、それらの広範な影響と濫用の可能性を考えると、慎重に検討されるべきです。非常に論争のある人道的介入の論点については、特別報告者の意見に完全に同意します。すなわち、人道的介入の問題は国際法の第一次規則、特に国連憲章第2条4項により規律されるのであり、[緊急避難に関する]第33条によってではありません。」A/C.6/54/SR.22 (1999), para.16.

(146) 「国家がそのような[緊急避難についての]権利を与えられる場合、完全に違法な行為を正当化するために使用されることがあります。国際法は、「不可欠の利益」の定義を何ら提供していないので、必然的に、それぞれ特定の場合ごとに、様々な要素全体を勘案して、確定されることになるでしょう。実際、註釈は、諸裁判所が本概念をいかに多様に解釈しているかを示しているのです。」A/C.6/56/SR.14 (2001), para.50.

(147) 「緊急避難に関する第33条の規定は、難しくかつ疑問の余地があります。違法性阻却事由としての緊急避難は、極端な場合にのみ主張されえるべきです。それゆえ、条文草案は、消極的方式で起草されるべきです。本条約草案が定める緊急避難の枠組の中で人道的介入の問題を議論すべきか否かについて、委員会が本問題の解決を国連システムの中での発展に委ねたのは、おそらく賢明なことでした。」A/C.6/54/SR.23 (1999), para.7. しかし、ここで提案された消極の規定方式は第1読草案段階で既に採用されているので、これは批判というよりも確認にすぎない。さらに、人道的介入の問題について、ILCの処理を評価している。

(148) 1999年の総会第6委員会で、メキシコ代表は次のように述べている。「第33条 [=緊急避難規定]の導入は、条文草案を不必要に複雑化するかもしれません。緊急避難の概念は、明確な条件と厳格な制限の下でのみ、本条文草案に含まれるべきです。人道的介入のように、国際法に完全には根付いていない概念を含めるのに、本条文草案は適切な場所ではありません。国連憲章で規定されている武力行使についての規定は強行規範であり、

規定方式や人道的介入の正当化の回避など、ILC が既に決定した方針の念押しに近いものである。

このように批判が減少したのはなぜか。その要因の一つとして、ガブチコボ・ナジマロシユ計画事件判決で、ICJ が緊急避難を国際慣習法規則と認めた事実が大きい⁽¹⁵⁰⁾。ILC において、中国のへ (He) 委員は、濫用の危険性を述べつつも、緊急避難は国際慣習法上承認されてしまっている⁽¹⁴⁹⁾ので、緊急避難規定を完全に削除することはできないとし、代わりに、厳格な条件・制限を明文化することを訴えている⁽¹⁵¹⁾。カメルーンのカムト (Kamto) 委員も、緊急状態の判断基準の主観性ゆえに、一度は本規定の削除に賛成だと言いつつも、すでに国際慣習法で承認されている⁽¹⁵²⁾事実は無視できないとして、削除の主張を貫いていない。また、第1読草案時には批判的な意見を述べていたモンゴル政府は、2001年の総会第6委員会では、次のように述べて、緊急避難規定を含む諸条項に賛意を

これらの違反を正当化するために緊急避難を主張することはできません。] A/C.6/54/SR.23 (1999), para.20. これも批判というよりも確認に近い意見である。さらに、2001年の総会第6委員会においては、同国代表は、ILC による緊急避難規定の厳格化努力を評価するに至っている。A/C.6/56/SR.14 (2001), para.11.

(149) さらに、1980年の ILC 審議と比べて、1999年時は緊急避難規定の討議の時間が大幅に少なかったことも無視できないかもしれない。アーゴ案の緊急避難規定は、起草委員会に委ねられるまでに、(特別報告者による概要説明の時間を除いて) 5回連続の会合(第1614回会合の途中から第1618回会合まで)で集中的に検討されたのに対して、クロフォード案の同規定は、2回の会合(第2591会合の途中から第2592会合まで)のみで、しかも不可抗力規定及び遭難規定と合わせて議論された。しかし、委員の発言内容の「質」に着目しても、やはり批判は減少したように感じられる。

(150) もっとも、これは ICJ 判決と ILC 草案がそれぞれお互いの根拠になりあう、もたれ合い現象の一例とも言える。以下を参照。Takuhei Yamada, "State of Necessity in International Law: A Study of International Judicial Cases" 神戸学院法学34巻4号155-157頁(2005)。

(151) [1999] 1 Y. B. INT'L L. COMM'N 178-179.

(152) *Id.*, at 179.

表している。「前草案の複数の条文が、すでに国際司法裁判所の判決や勧告的意見で引用されてきた。ガブチコボ・ナジマロシュ計画事件での違法性阻却要因としての緊急避難の議論はその例である。」⁽¹⁵³⁾ また、スロバキア政府代表も、「特に、ICJ ガブチコボ・ナジマロシュ事件判決を考慮して、第33条（緊急避難）の内容に同意する」と述べる。⁽¹⁵⁴⁾ クロフォード自身、緊急避難規定が生き延びた理由として、ICJ ガブチコボ・ナジマロシュ計画事件判決での承認の影響が大きいことを認めている。⁽¹⁵⁵⁾

もっとも、それだけでは批判が減少した理由を説明しきれないように思われる。やはり、これまで指摘されてきた批判点を克服すべくなされた規定内容の発展も、理由の一つであろう。緊急避難規定の必要性を疑問視していたエコノミデス委員は、「特別報告者は非常に注意深く本規定を練り上げた」と評価して、結局本規定の維持に反対していない。⁽¹⁵⁶⁾ 具体的には、緊急避難の成立・適用可能性の幅を狭める試み、特に、武力行使への適用可能性をクロフォードが否定したことの影響が大きかったように思われる。というのも、複数の委員が、武力行使、特に「人道的介入」への緊急避難の援用可能性の問題を懸念しており、⁽¹⁵⁷⁾ また、1999年の総会第6委員会において、メキシコ代表が、「国連憲章で規定されている武力行使についての規定は強行規範であり、これらの違反を正当化するために緊急避難を主張することはできない」と念押ししていたのである。⁽¹⁵⁸⁾

(153) A/C.6/56/SR.14 (2001), para.52.

(154) A/C.6/54/SR.22 (1999), para.55.

(155) [1999] 1 Y. B. INT'L L. COMM'N 180.

(156) *Id.*, at 173.

(157) カテカ (Kateka) 委員 (*id.*, at 171.), エララビイ (Elaraby) 委員 (*id.*, at 172.), ルカシユク委員 (*id.*), エコノミデス委員 (*id.*, at 173.)。

(158) A/C.6/54/SR.23 (1999), para.20. 発言内容は前掲註(148)。同じく不安を吐露していたオーストリア代表 (A/C.6/54/SR.22 (1999), para.16. 前掲註(145)) やドイツ代表 (A/C.6/54/SR.23 (1999), para.7. 前掲註(147)) も、人道的介入に関するクロフォードの立場を評価している。

VI. お わ り に

1. 現代までの批判点克服の試み

緊急状態理論は、歴史上、鋭い批判に晒されてきた。このことは、ILCにおいて緊急避難規定案が俎上に載せられたときも同じであった。しかし、特に第2読草案の検討段階になると、そのような批判も下火になっていったことが興味深い。その要因は複数あるだろうが、本稿は特に、緊急状態理論に対する批判点を克服する試みに焦点を当ててきた。19世紀から2001年国家責任条文までの緊急状態理論をめぐる議論を概観したとき、次のような数々の工夫があった。

- 1) 緊急権ではなく、抗弁としての緊急避難理論が主流になったこと
- 2) 避難行為による相手側の損失について、金銭支払義務の発生可能性を黙認したこと
- 3) より実定法規範に馴染むと思われる「不可欠の利益」概念を導入したこと
- 4) 無実の相手側の利益に配慮するために、利益衡量の要件を導入したこと
- 5) 強行規範に抵触する避難行為を許容しないことにより、特に、国連憲章第2条4項違反の武力行使への適用可能性を否定したこと
- 6) 条約・慣習法による適用排除を認めて、緊急避難の適用範囲を制限しようとしたこと
- 7) 緊急避難適用の厳格化のために、消極的規定方式を採用したこと

2)について、ILC 国家責任条文第27条(b)は単なる留保条項にとどまっているが、前述の通り、ILCでの審議過程では金銭支払義務の発生可能性について複数の委員が支持し、反対はまったくなかった。従って、ILCにおいて、かかる義務の発生可能性がほぼ黙認されたと解釈できる

だろう。

いずれにせよ、以上の変化の中でも、緊急避難理論が概ね支持を得る上で大きな役割を果たしたのは、5)だと思われる。

2. 残された課題

本稿で述べてきたように、緊急状態理論の内容は、特に最近ではILCでの作業を通して、変容してきた。そのほとんどは、過去の批判を乗り越えていくための変容だったわけだが、懸念を感じる点がないわけではない。それは、最終的な国家責任条文で、不可欠の国家利益のみならず、国際社会全体の不可欠の利益の保護まで射程に加えられるようになったことである。濫用の懸念の一因が、緊急避難の諸要件の抽象性⁽¹⁵⁹⁾にあったことを考えると、不可欠の利益の範囲の拡大は、このような濫用の危険⁽¹⁶⁰⁾をさらに増幅させるおそれがあるように思われる。かかる観点から、オーストリア代表は、総会第6委員会において、「国家の」の削除についての懸念を表明した⁽¹⁶¹⁾。さらに、ICJ 漁業管轄権事件において、スペインは、生態系保護を第1読草案第33条の「不可欠の利益」に含めることに

(159) 要件の抽象性への批判として、英国の書面コメント (A/CN.4/515 (2001), at 33. 前掲註(143)) やロシア代表の発言 (A/C.6/56/SR.14 (2001), para.50. 前掲註(146)) を見よ。See Christian Tomuschat, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century (General Course on Public International Law)*, 281 R.C.A.D.I. 287-289 (1999).

(160) また、これは濫用の危険が増すという実際的な問題だけでなく、もとも国家の利益保護を念頭に発展してきた緊急避難理論の法的性質を大きく変質させる可能性がある点で、理論的にも大きな問題である。なお、この変更を肯定的に評価するものとして、Theodor Meron, *International Law in the Age of Human Rights, General Course on Public International Law*, 301 R.C.A.D.I. 249, 255-258 (2003). 彼は、国際社会全体の不可欠の利益も射程に入ったことに関して、緊急避難の人道的利益保護機能を見出し、これを「国家責任の人道化 (Humanization of State responsibility)」の一例とみなす。

(161) A/C.6/54/SR.22 (1999), para.16. 発言内容は前掲註(145)。

反対している。⁽¹⁶²⁾ 若干残念に感じられるのは、この変更は、1999年の起草委員会でなされたものであって、結局、国際法委員会で十分に議論されないままに終わったことである。

しかし、このような懸念はあるものの、全体としては、本稿で確認したように、批判点の克服が図られてきた。そこで、今後必要なのは、(この点になると本稿の射程を超えるわけだが) このような緊急状態理論が、国家実行や国際裁判例などにおいてどれだけ実証されるかの検討である。それは、単に諸要件が言葉の上で引用されているか否かだけでなく、諸要件がどのように解釈されているか、ILCなどが想定したように機能しているかについてまで検討する必要がある。中でも特に重点的な検討が必要なのは、「武力行使への適用の否定」についてである。これは、緊急状態理論をめぐる過去の議論において、武力行使への適用可能性が重要な争点だったからだが、それだけでなく、現在でも、このテーマに合致しない主張が存在するからでもある。例えば、NATOのコソボ空爆についての事件（武力行使の合法性に関する事件）に関するICJでの口頭手続で、ベルギー側弁護人は、武力行使の合法性を証明するための根拠の一つとして、緊急避難を援用している⁽¹⁶³⁾。また、学説上も、例えば、他国で武装準備するテロリストを鎮圧するための武力行使の法的根拠として、緊急避難への依拠を説く論考が近年存在している⁽¹⁶⁴⁾。この

(162) *Oral Argument of Sánchez Rodríguez*, 15 June 1998, CR 98/13, para.6., I.C.J. Pleadings, Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada) 567.

(163) ベルギー政府弁護人 Rusen Ergec の弁論 (CR 99/15 未校正)。http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/iybe/iybeframe.htm で入手 (2006年3月21日)。この弁論は、ユーゴスラビア (当時) による仮保全措置申請に対する反論としてなされた。仮保全措置の審理にもかかわらず、ベルギー側が本案に関わる問題 (本件武力行使の合法性) にまで言及した理由は必ずしも明らかではない。その後、ICJは、1999年6月2日の命令で仮保全措置申請を却下し、2004年12月15日の判決で裁判管轄権を否定したので、結局、緊急避難の主張について何ら判断を下す必要はなかった。

(164) 人道的介入との関連では以下の論考。W. D. Verwey, *Humanitarian*

主張は、オッペンハイムやアンチロッチ、アーゴなどが緊急避難として挙げてきた古典的事例、すなわち、犯罪者集団による越境攻撃を未然に阻止するための行為に類似する点で、決して新奇なものではない。このような異論が存在する以上、武力行使への適用を否定する ILC の立場が実定国際法上確立していることについて、他の要件以上に丁寧な証明^{(165) (166)}が求められるように思われる。

Intervention under International Law, 32 NETHERLANDS INT'L L. REV. 357-418 (1985).; Ole Spiermann, *Humanitarian Intervention as a Necessity and the Treat or Use of Jus Cogens*, 71 NORDIC J. INT'L L. 523-543 (2002). テロリスト鎮圧との関連では以下の論考。OSCAR SHACHTER, *INTERNATIONAL LAW THEORY AND PRACTICE* 169-173 (1991).; Andreas Laursen, *The Use of Force and (the State of) Necessity*, 37 VANDERBILT J. TRANSNAT'L L. 485-526 (2004).

(165) この点、2001年10月7日から始まったアフガニスタンでの軍事行動の法的根拠として、米国政府は自衛概念に依拠していた。ディンスタインは、他国で武装準備するテロリスト掃討のための武力行使を緊急避難と位置づける立場を批判した上で、自衛に根拠を求める。YORAM DINSTEIN, *WAR, AGGRESSION AND SELF-DEFENCE* 213-221 (3rd ed., 2001). もっとも、米国による自衛の拡大解釈は、実質的に緊急避難の主張と重なるとの解釈も不可能ではない。しかし、いずれにしても、米国の主張の適切性、すなわち当該軍事行動の合法性については、評価が分かれている。CHRISTINE GRAY, *INTERNATIONAL LAW AND THE USE OF FORCE* 159-175 (2nd ed., 2004). 違法と主張するものとして、松井芳郎『テロ、戦争、自衛——米国等のアフガニスタン攻撃を考える』(2002)。

また、ICJ 核兵器使用の合法性に関する勧告的意見の第105項(2) E は、核兵器の威嚇または使用が人道法の原則・規則に一般的には違反するであろうことを述べた上で、次のように続ける (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p.266.)。「しかしながら、国際法の現状および裁判所の有する事実の諸要素を勘案すると、まさに国家の生存 (the very survival) のかかった自衛の極端な事情において (in an extreme circumstance of self-defence)、核兵器の威嚇または使用が合法であるか違法であるかを、裁判所ははっきりと結論しえない」。それでは、この意見は、核兵器の使用について緊急避難抗弁が適用される余地を認めているのだろうか。この点、意見の当該部分の解釈には諸説ある。もし、ヒギンズ裁判官が指摘するように non liquet の表明と解釈する

ならば (*id.*, at 590.), 緊急避難抗弁の適用可能性について何らかの見解を導くことはできないだろう。

いずれにしても、武力行使について緊急避難が適用可能か否かについては、別稿で検討する予定である。

- (166) 以上は、緊急状態理論に対する伝統的な批判点から見た課題であった。しかし、緊急避難理論を受け容れる論者の間でも、その具体的理論内容についての対立が残っている。本稿で示してきたように、今日までの緊急状態（避難）理論では、避難行為による物理的損害についての金銭支払義務の発生可能性が概ね肯定されてきた。これは、無実の相手国に一方的に負担を負わせることを避ける点で、反対論からの批判を克服する試みの一つである。しかし、なお検討すべき課題として、かかる義務の法的根拠の問題がある。これは一見些末な問題のようだが、緊急避難の法的構造に関わる点で重要である。

まず、前述の通り、ガルシア・アマドールは、緊急避難行為はあくまで違法であって、賠償責任が免除または軽減されるだけであり、軽減にとどまる場合は残余の金銭賠償義務が生じうると説明した。

しかし、アーゴは、緊急避難を違法性阻却事由と位置づける。それでは、そもそも違法性が完全に阻却されるにもかかわらず、金銭支払義務が生じうるとすれば、その法的根拠をどのように説明するのか。これについて、彼は、避難行為の違法性が完全に阻却される以上、違法行為責任以外に金銭支払義務の根拠を求めざるを得ないと述べるにとどまり（アーゴ第8報告書補遺21頁）、結局具体的根拠を示唆していない。この点は、第1読草案の作業においてもほとんど議論されなかった。第33条註釈パラ39は、違法性が阻却されても、「他の何らかの方法で (*in some other way*)」金銭支払義務が生じる可能性があることを述べているが、その「他の方法」とは何なのかを示していない（1980年 ILC 報告書51頁）。第1読草案では第35条が設けられたが、これは単なる留保条項であり、しかも友誼的観点からの金銭支払の問題も含みうるものである。従って、審議過程では金銭支払義務の発生可能性について一定の賛同があったにもかかわらず、少なくとも明文上は、当該義務に触れることなく終わった。もちろん、留保条項は法典化の技術の一つであり、本条も金銭支払義務の発生可能性を否定しないという意味を持ちうるので、この規定方式自体は問題視するものではない。しかし、留保条項にとどまったことを一因として、避難行為による損害についての金銭支払義務の法的根拠に関して、結局ほとんど議論されることなく終わったことは否定しえない。それに対して、シュヴェーベル委員は、違法行為責任以外に根拠を求めようとするアーゴの意見に疑問を呈

し、むしろ、金銭支払義務は軽減された賠償義務の残存した部分と解し、避難行為はあくまでも違法であると説明した方がよいと主張した（[1980] 1 Y. B. INT'L L. COMM'N 163.）。すなわち、ガルシア・アマドル説を支持しているのである。（なお、ヤンコフ委員は、金銭支払義務の問題とは別に、緊急避難は国家責任を軽減させるだけであることを主張している（*id.*, at 174.）。）

一方で、クロフォードは、金銭支払義務の法的根拠の問題に踏み込んだ。彼は、緊急避難の要件が充足されても、その理論的效果として、国家責任は免除されるものの、違法性は残存すると主張する（クロフォード第2報告書パラ228-229, 353. [1999] 1 Y. B. INT'L L. COMM'N 138.）。つまり国家責任免除事由として捉える。その上で、金銭支払義務を主張するのである（クロフォード第2報告書パラ343）。しかし、彼は、ガルシア・アマドルと異なって、国家責任免除を主張するのみであり、国家責任の軽減には言及していない。それでは、国家責任が完全に免除されるにもかかわらず、金銭支払義務が生じうるとするならば、その法的根拠はいかなるものか。この点、彼は、緊急避難行為の被害国があくまでも無実であることに鑑み（[1999] 1 Y. B. INT'L L. COMM'N 174.）、避難行為国は、「衡平な（equitable）または適切な（appropriate）な程度」において財政的な負担を負うべきであると主張する（*id.*, at 143.）。結局は、「衡平（equity）」の考えが基礎になっているように解しうる。

しかし、国家責任条文では、第1読草案と変わらず、違法性阻却事由と位置づけられた。クロフォードは国家責任免除事由という立場だったが、彼自身、この旨を明文に反映させることにそれほど執着していなかったこともあり（クロフォード第2報告書パラ353. [1999] 1 Y. B. INT'L L. COMM'N 138.）、第1読草案と同じ位置づけ（違法性阻却事由）に落ち着いたのである。従って、ILCは、結局、金銭支払義務の法的根拠の問題について結論を出さなかったと言える。現に、ルカシク委員が、1999年の討議の中で、金銭支払義務の法的根拠について疑問を提起しているのである。[1999] 1 Y. B. INT'L L. COMM'N 174.

それでは、金銭支払義務の法的根拠をいかに説明すべきなのか。ILCにおいて、この問題を明確に意識していた報告者は、ガルシア・アマドルとクロフォードである。どちらの説明が妥当かは、国家実行や国際判例の分析を交えながら、今後検討されるべき課題である。いずれにしても注目されるのは、どちらの説明も、避難行為を違法と位置づける点で、緊急状態理論反対論者にとって、より受け容れやすいと思われることである。例えば、ロウは、違法性はなお残ると構成する方が国際法の遵守という国際

＜参考：ILCにおける緊急避難に関する規定内容の変遷＞

		ガルシア・アマドール草案第13条 (1958年 第3報告書)	ガルシア・アマドール改訂草案第17条 (1961年)	アーゴ草案第33条 (1980年 第8報告書補遺)	第1読草案第33条 (1980年)	クロフォード草案第33条 (1999年 第2報告書)	ILC 国家責任条文第25条
要件	保護利益か	避難行為国	避難行為国	避難行為国	避難行為国	避難行為国	避難行為国、避難行為国の人民または国際社会全体
	種類	絶対必要な(vital)の利益	絶対必要な利益	不可欠の(essential)利益	不可欠の利益	不可欠の利益	不可欠の利益
	危険の程度	重大かつ急迫した危険	重大かつ急迫した危険	重大かつ急迫した危険	重大かつ急迫した危険	重大かつ急迫した危険	重大かつ急迫した危険
		手段の唯一性	手段の唯一性	手段の唯一性	手段の唯一性	手段の唯一性	手段の唯一性

社会の利益にかなうという視点から、違法性阻却事由とは異なる excuse 概念の利点を強調する。Vaughan Lowe, *Precluding Wrongfulness or Responsibility; A Plea for Excuses*, 10 E.J.I.L. 409 (1999).

なお、ヘルツエグ (Herczegh) 判事は、ICJ ガブチコボ・ナジマロシュ 計画事件での反対意見において、緊急避難を国家責任免除・軽減事由として捉える。一見、ガルシア・アマドール説に類似しているように思われる。しかし、同判事の意見の実際的狙いは、緊急避難の厳格な要件を柔軟化することだったように思える。彼は、緊急避難の要件が充足されるときは国家責任が免除されて、いかなる賠償義務も負わないとした上で、たとえ緊急避難の要件を充足しなくても、状況によっては、国家責任が軽減されうると主張する。そして、ナジマロシュにおける工事停止は前者、ドゥナキリティにおける工事停止は後者に当たるといふ。*Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment*, I.C.J. Reports 1997, pp.182-189. すなわち、国家責任免除・軽減事由という構成を支持するとしても、国家責任軽減がどのような場合に生じるかによって、その狙いが大きく異なってくるのである。緊急避難の厳格な要件の充足を前提とする(ガルシア・アマドール説)のか、または、要件を充足していない場合の避難行為国の救済として「国家責任軽減」を認める(ヘルツエグ判事反対意見)のか。前者の場合は、緊急避難の要件を満たしても国家責任が軽減されるに過ぎない場合がありうる、つまり効果をさらに限定する点で、緊急避難理論の厳格化に、後者の場合は、要件を満たしていても国家責任が軽減される場合がありうる点で、緊急避難理論の柔軟化に繋がるだろう。

国際法における緊急状態理論の歴史的展開

態 様	避 難 行 為			強行規範から生ずる義務（特に侵略禁止）に違反せず	強行規範から生ずる義務（侵略禁止など）に違反せず	強行規範から生ずる義務（国連憲章2条4項など）に違反せず	強行規範から生ずる義務（国連憲章2条4項など）に違反せず（第26条）
		相手との関係		保護利益と同等またはより上位である相手国の利益を犠牲にせず	義務の相手国の不可欠の利益に対する深刻な損害を惹起せず	義務の相手国の不可欠の利益または一般利益に対する深刻な損害を惹起せず	義務の相手国または国際社会全体の不可欠の利益に対する深刻な侵害を惹起せず
効 果	理論的効果	国家責任免除・軽減	国家責任免除・軽減	違法性阻却	違法性阻却	国家責任免除（明文上は違法性阻却）	違法性阻却
	金銭支払義務	責任軽減のとき、金銭賠償義務が一部残存	責任軽減のとき、金銭賠償義務が一部残存		留保条項（第35条）	留保条項（第35条）	留保条項（第27条(b)）
適用が排除される場合				条約により明示的または黙示的に適用排除	条約により明示的または黙示的に適用排除	問題の国際義務により明示的または黙示的に適用排除	問題の国際義務により明示的または黙示的に適用排除
		当該国が危険を惹起	当該国が危険を惹起	当該国が危険を惹起	当該国が危険発生に寄与	当該国が危険発生に実質的に寄与	当該国が危険発生に寄与
その他					消極的規定方式	消極的規定方式	消極的規定方式

[付記]

川岸繁雄先生の御退職にあたり、本論文を献呈させていただきます。まだまだ未熟なもので恐縮ですが、その点は今後の研究で補っていく所存です。本学への赴任以来6年間、先生と職場をともにすることができたのは、私にとって望外の幸せでした。先生の研究室に赴任挨拶に伺ったとき、「見たいものがあります」とにこやかにおっしゃって、階段を上り、廊下の突き当たりのベランダにご案内下さいました。眼前に広がっていたのは、陽光に映える明石海峡と淡路島の美しい景色でした。そのときの情景を今でも忘れることはできません。これまでの御指導に感謝申し上げますとともに、今後はどうぞ御自愛第一にお過ごしなさいますよう、祈念しております。