

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——

山 田 卓 平

はじめに

2001年に採択された国連国際法委員会（以下 ILC）国家責任第2 読条文草案は、違法性阻却事由として、同意（20条）、自衛（21条）、国際違法行為についての対抗措置（22条）、不可抗力（23条）、遭難（24条）、緊急状態（25条）の6つを挙げている。

もちろん、これらはいくまでも草案に過ぎず、また、採択をもって慣習法として確立していることを意味するものでもない。それぞれの規定についての本格的な検討はむしろこれから始まると言うべきだろう。国際法上の大論点の一つである自衛や最近活発に研究されている対抗措置は言うに及ばず、同意については特別報告者 Crawford が削除を提案⁽¹⁾し、緊急状態については Rainbow Warrior 号事件仲裁判決やいくつか⁽²⁾の学説においてその慣習法性が疑われている事実を思い起こすとき、こ

(1) James Crawford, *Second Report on State Responsibility: Addendum*, A/CN.4/498/Add.2 (1999), at 14.

(2) Gabčíkovo-Nagymaros 計画事件 ICJ 判決が違法性阻却事由としての緊急状態を慣習法として承認したのは記憶に新しい (Gabčíkovo-Nagy-

これらの事由には検討すべき課題がいくつも待ち受けているように見える。

その中でいわば「無風状態」のように見えるのが、不可抗力や遭難という規定である。ILC も多くの国際法学者も、これらの事由は古くから争いなく認められてきたものという印象を持っているように思える。確かに、不可抗力や遭難というような状態に起因する行為についてまで責任を負わせるべきではないという考えは、おそらく国際法に限らず、一般的な法意識として存在していると言っていいだろう。⁽³⁾

しかし、そうした印象にもかかわらず、ILC における違法性阻却事由についての議論において、これら2つの事由の歴史は決して古いものではない。ILC での作業方針を議論するために1963年に開かれた「国家責任に関する小委員会」で議論の土台となった Ago 作成の作業文書では、違法性阻却事由の中に不可抗力・遭難は存在せず、それ以外の4つの事

maros Project (Hungary/Slovakia), 1997 I. C. J. 40 (Sep 25).)。しかし、緊急状態という例外事由には根強い反対があった。例えば、de Visscher は「正当化と無責任の原因」となる可能性のある事由として緊急状態を検討した上で、最終的に否定的結論を導く (Charles de Visscher, *La responsabilité des États*, 2 BIBLIOTHECA VISSERIANA DISSERTATIONVM IVS INTERNATIONALE ILLVSTRANTIVM 111-114 (1924).)。同様に、一般規則としての緊急状態の存在を疑問視する最近の見解として、例えば、IAN BROWNLIE, *PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* 468 (5th ed. 1998).; Eduardo Jiménez de Aréchaga, *International Responsibility*, in *MANUAL OF INTERNATIONAL LAW* (SØRENSEN ed.) 543 (1968). さらに、Jiménez de Aréchaga が裁判長を務めた Rainbow Warrior 号事件仲裁判決は、「緊急性の抗弁を許す一般原則はない」という彼の見解をそのまま引用して、本規則の提案には「論争的性格 (the controversial character)」があると述べた (Rainbow Warrior (New Zealand v. France), 82 I. L. M. 554-555 (1990).)。緊急状態については、機会を改めて検討したい。

(3) もっとも、特別な立法により、不可抗力の場合でも責任発生を認める場合もある。例えば、債務不履行による損害賠償について規定する日本民法第419条は、その第2項で金銭債務の特則として次のように規定する。「前項の損害賠償に付ては債権者は損害の証明を為すことを要せず。又債務者は不可抗力を以て抗弁と為すことを得ず。」

ILC 国家責任条文草案における不可抗力・遭難規定

由しか挙げられていなかった。⁽⁴⁾ 加えて小委員会での議論でも、他の委員の間からその点について問題視するような意見はまったく出なかった。これは何を意味するのだろうか。

この小さな疑問を出発点として、本稿では、以下の点について検討する。まず第1に、ILCにおける作業以前に、果たして不可抗力・遭難という違法性阻却事由は国際法上確立していたのかどうか。第2に、この点に否定的な結論が出るとすれば、主にどのような理論によって、不可抗力の状態に起因する行為（作為・不作為）についての国家責任否定が図られていたのか。第3に、不可抗力・遭難という違法性阻却事由が主張されるようになった理由はどのようなものだったのだろうか。そして最後に、それらの検討を踏まえた上で、不可抗力・遭難規定の評価を試みる。

1. ILC 第2読草案23条・24条の概要

これらの検討に入る前に、2001年に採択された ILC 第2読草案の規定⁽⁵⁾を確認しておこう。

第23条は、違法性阻却事由の一つとして、「不可抗力 (*Force majeure*)」を規定する。具体的には次のような規定となっている。

1項「国家の国際義務に一致しない当該国家の行為の違法性は、その行為が不可抗力、つまり当該国家の統制を超える抵抗しがたい力又は予測されない事態の発生であって当該義務の履行をその状況下で物理的に不可能にするものに起因する場合には、阻却される。」

2項「1項は、次の場合には、適用しない。(a)不可抗力の状況が、それ単独で又は他の要因と結びついて、それを援用する国家の行為に起因する

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

(5) *Titles and Texts of the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts Adopted by the Drafting Committee on Second Reading*, A/CN.4/L.602/Rev.1 (2001).

場合、又は、(b)その国家が当該状況発生の危険を引き受けている場合。」

(6)
23条の註釈でも確認されているように、不可抗力とは、行為者に自由意思がない (involuntary) か、または少なくとも他の行為の自由な選択の余地がない状態が想定されている (パラグラフ 1)。不可抗力成立には、以下の3つの要件が必要とされる (パラグラフ 2)。①当該行為が抵抗しがたい力 (an irresistible force) または予測されない事態 (an unforeseen event) によること、②その力または事態が国家の統制を超えること、③その力または事態により義務履行が物理的に不可能になることである。具体的には、自然的または物質的事態 (a natural or physical event) (悪天候、地震、洪水、干ばつなど) だけでなく、人間の関与 (human intervention) (例えば、第三国の軍事活動によるある地域の反乱・破壊の結果として領域の一部のコントロールを喪失) や両者の組み合わせによることもある。物理的 (絶対的) 不可能性が要求され、政治的または経済的危機により義務履行がより困難になった程度では不可抗力とみなされえない (パラグラフ 3)。

また、第24条「遭難 (Distress)」は、次のような規定である。

1項「国家の国際義務に一致しない当該国家の行為の違法性は、問題の行為の実行者が遭難状態においてその者の生命又はその者に保護を託された他者の生命を救うために合理的な他の方法を有しない場合には、阻却される。」

2項「1項は、次の場合には、適用しない。(a)遭難の状態が、それ単独で又は他の要因と結びついて、それを援用する国家の行為に起因する場合、又は、(b)問題の行為が同等の若しくはより大きな危険を生じさせるおそれがある場合。」

(7)
24条の註釈によれば、不可抗力と異なり、行為者には自由意思が全く

(6) *Report of International Law Commission on the work of its fifty-third session*, A/56/10 (2001), 183-188.

ILC 国家責任条文草案における不可抗力・遭難規定

ないわけではない。もっとも、生命の危険が迫っていて他の行為の選択の余地が事実上存在しないことから、「相対的不可能性 (relative impossibility)」と呼ばれることもあるという (パラグラフ 1)。その点では、いわば不可抗力「的」状態であれば遭難とはみなされえないと言えるだろう。そこで本稿では、ILC 草案の不可抗力や遭難に当たると考えられるような場合を便宜上「不可抗力的」状態と表現する。

2. 不可抗力・遭難という違法性阻却事由は 国際法上確立していたのか

これらの規定は、一見、自明の規則であるように思える。ILC 草案の註釈も、これらの規定は古くからの慣習法規則を法典化したものと考えているように思われる。

しかし、国家責任論の歴史において、これらの規定内容は、果たしてどれだけ認められてきたのだろうか。まず過去の法典化作業や学説を概観してみよう。⁽⁸⁾

周知の通り、19世紀末より、国家責任論の法典化の試みがいくつも見

(7) *Id.* at 189-194.

(8) なお、過去の法典化作業や学説では、ILC 草案のような「違法性阻却」ではなく、「責任免除」「責任阻却」などという用語が使われることもある。「違法性」阻却事由と「責任」阻却事由を区別して議論すべきと主張する論者もいることを考えると、本来ならこれらの用語の違いにも気を配るべきである。しかし、「責任阻却」などの用語を用いる論者が、「違法性阻却」との相違をどこまで意識していたかは、不明であることが多い。そこで、両事由の区別の問題については本稿の最後 (後掲註150) で触れるとして、とりあえずここでの法典化作業・学説の検討では、「違法性阻却」という表現が用いられていない例外事由も含めて、不可抗力や遭難をどれだけ見つけることができるかについて概観する。また、本稿で「責任の否定」というとき、違法性阻却とは異なるものとしての「責任阻却」を意味するものではなく、厳密な理論はともかくとして国家責任の存在が否定される、という意味にすぎないことを断っておく。

られる。しかし、実は、それらの多くの作業において、不可抗力や遭難についての例外規定は存在しない。例えば、年代順に挙げれば、国際法学会 (l'Institut de Droit International) 「暴動、反乱または内戦時に外国人の被った損害を理由とした国家責任についての規則」(1900年)⁽⁹⁾、日本国際法学会・国際法協会日本支部法典案第2「外国人ノ生命身體又ハ財産ニ付テノ國家ノ責任ニ關スル規程」(1926年)⁽¹⁰⁾、国際法学会「領域内における外国人の身体または財産に対する損害を理由とした国家責任」決議(1927年)⁽¹¹⁾、ハーバード・ロースクール作成の草案(いわゆるハーバード草案)「領域内における外国人の身体または財産に対する損害についての国家責任の法」(1929年)⁽¹²⁾において、不可抗力や遭難についての例外規定はない。また、ハーグ法典編纂会議「領域内における外国人の身体または財産に対する損害についての国家責任」についての準備委員会作成の「討論の基礎」(1929年)は、「国家が責任を否認できる事由」という項目を設けたが、自衛や復讐などを挙げつつも、不可抗力や遭難については触れていない⁽¹³⁾。さらに1961年のハーバード草案「外国人への損害についての国家の国際責任に関する条約」第4条(sufficiency of justification 正当化理由の充足)では、公序維持の必要性などが挙げられているが、不可抗力や遭難は列挙されていない⁽¹⁴⁾。

もっとも、責任論の法典化作業の中で例外的に不可抗力規定を置いて

(9) 18 A. I. D. I. (Session de Neuchatel) 254-255 (1900).

(10) 国際25巻603-604頁(1926)。

(11) 33 (III) A. I. D. I. (Session de Lausanne) 330-335 (1927).

(12) Harvard Law School, *The Law of Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigners*, 23 A. J. I. L. 133-139 (Supp. 1929).

(13) SHABTAI ROSENNE, 4 LEAGUE OF NATIONS CONFERENCE FOR THE CODIFICATION OF INTERNATIONAL LAW [1930] 1624 (1975).

(14) FRANCISCO V. GARCIA-AMADOR ET AL., RECENT CODIFICATION OF THE LAW OF STATE RESPONSIBILITY FOR INJURIES TO ALIENS 172-178 (1974).

ILC 国家責任条文草案における不可抗力・遭難規定

いるものもある。⁽¹⁵⁾それは、ILC における García-Amador の報告書である。その第3報告書(1958年)では責任免除・軽減事由として、緊急状態・被害外国人側の過失と並んで、不可抗力が挙げられている⁽¹⁶⁾(13条)。また、その改訂草案(1961年)も、免除・軽減事由の一つとして不可抗力規定を維持している⁽¹⁷⁾(17条)。しかし、周知のように、彼の報告書は委員会ではほとんど検討されることなく終わってしまった。

なお、責任論以外の法典化作業では、ILC における条約法の法典化作業の中で不可抗力について言及されたことがある。Fitzmaurice はその第4報告書(1959年)の中で、「不履行を正当化する事由」の規定を設け、その一つとして「履行不能」を挙げた(14条)。彼は、その説明の中で、この履行不能は不可抗力のときを意味すると述べている。⁽¹⁸⁾しかし、彼の第4報告書は ILC で議論されることなく、またその後、条約法のみを法典化し責任論に触れないという方針への⁽¹⁹⁾転換の影響で、「不履行を正当化

(15) 個人による国家責任法典化作業では、Graefrath と Steiniger が起草した草案(1973年)第10条の次のような規定がある。「賠償義務は、不可抗力や緊急状態のときには適用されない。」U. N. Secretariat, “Force majeure” and “fortuitous event” as circumstances precluding wrongfulness: survey of State practice, international judicial decisions and doctrine, A/CN.4/315, [1978] 2 Y. B. INT’L L. COMM’N (Part 1) 223.

(16) F. V. García-Amador, *Third Report on State Responsibility*, A/CN.4/111, [1958] 2 Y. B. INT’L L. COMM’N 50-52.

(17) F. V. García-Amador, *Sixth Report on State Responsibility: Addendum*, A/CN.4/134/Add.1, [1961] 2 Y. B. INT’L L. COMM’N 53. なお、第3報告書とは異なり、改訂草案は、免除・軽減事由の規定を「第5章 作為または不作為の帰属可能性 (imputability)」に置いている。つまり、行為帰属の例外として理論づけている。それに伴って、17条のタイトルも「責任」免除事由ではなく、単に「免除および軽減事由 (Exonerating and extenuating circumstances)」と変更されている。

(18) Gerald Fitzmaurice, *Fourth Report on Law of Treaties*, A/CN.4/120, [1959] 2 Y. B. INT’L L. COMM’N 64.

(19) Waldock 第3報告書パラグラフ6で、責任及び承継についての詳細な規定は、別の作業に回す方針が述べられた (Humphrey Waldock, *Third*

する事由」の規定は法典化の対象外となってしまったため、結局ここでも本規定について議論は深まらなかった。

以上見てきたように、多くの法典化作業で不可抗力や遭難についての例外規定は置かれず、置かれた数少ない例でも、議論されることもなく終わったのである。

このような傾向は国家責任論に関する著名な論者の学説でも一般的に確認されるように思われる。例えば、Anzilotti は責任阻却事由として自衛、緊急状態、自力救済の3つを挙げるが、不可抗力や遭難は挙げていない。⁽²⁰⁾ Strupp は、違法性阻却事由として、緊急権（緊急状態）と復仇（自衛も含む）の2つを挙げる。⁽²¹⁾ また、Ago は違法性阻却事由として、同意、国際違法行為に対する制裁の正当な行使、自衛、緊急状態の4つを挙げ⁽²²⁾る。de Visscher は、正当化と無責任の原因 (Des causes de justification

report on Law of Treaties, A/CN.4/167&Add.1-3, [1964] 2 Y. B. INT'L L. COMM'N 7.). この方針に従い、Fitzmaurice 報告書での「不履行の正当化事由」規定は二度と復活しなかった。

(20) DIONISIO ANZILOTTI, 1 COURS DE DROIT INTERNATIONAL 505-517 (traduit par Gilbert Gidel, 3e éd. 1929) (1927). 1902年論文では、そもそも責任阻却事由についての記述がない (Dionisio Anzilotti, *Teoria generale della responsabilità dello stato nel diritto internazionale* (1902), in SOCIETÀ ITALIANA PER L'ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE, OPERE DI DIONISIO ANZILOTTI, II/I, 1-147 (1956).). なお、彼は、1906年論文後半の「緊急状態 (état de nécessité) において為される行為と、暴動または内戦時の外国人が被った損害についての責任の問題」というタイトルの節で、暴動・内戦時の外国人損害に関わる国家責任を否定している。節のタイトルだけ見ると、緊急状態を理由に責任否定しているように思える。しかし、記述内容をよく読むと、緊急状態を理由に暴動・内戦時の責任を否定しているというわけではなく、お互いの記述には直接的繋がりはない。Dionisio Anzilotti, *La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers*, 13 R. G. D. I. P. 303-307 (1906).

(21) Karl Strupp, *Les règles générales du droit de la paix*, 47 R. C. A. D. I. 567-572 (1934).

(22) Roberto Ago, *Le délit international*, 68 R. C. A. D. I. 532-545 (1939).

et d'irresponsabilité) となる可能性のあるものとして、自衛・復讐・緊急状態の3つのみを検討している(結局、緊急状態については否定⁽²³⁾)。いずれも、不可抗力や遭難を含めていない点では共通している。

もっとも、これらの中で、「緊急状態」に今日の不可抗力や遭難の場合が包含されていたのではないかという疑問も生じよう。確かに、日常会話でも、「緊急状態」と「不可抗力」という用語は常に峻別して使われるわけではないだろう。後述するように、国家実行や国際判例などにおいてもこの2つの用語は互換的に使われることがある。しかし、少なくとも Anzilotti や Ago が理論立てている緊急状態とは、国家の存在自体の重大かつ急迫した危険 (un danger grave et imminent pour l'existence même de l'État) であり、当該国家に起因せず他の手段では避け得ないものと定義づけられていた⁽²⁴⁾(Strupp もほぼ同様の定義である)⁽²⁵⁾。この定義は今日の ILC 草案にも(そのままではないものの)基本的に受け継がれている。具体的想定例として、Anzilotti は、自国に侵入して革命または独立運動を引き起こそうとする者達が自国国境付近の外国領域で組織されていることを知り、そのことを当該外国当局に有効に通報できない場合に、その陰謀者を捕らえるために兵力を派遣するという例を挙げる⁽²⁶⁾。それに対して、ILC 草案の不可抗力・遭難では、国際義務の履行が物理的に不可能になったり、行為者などの生命の危険が迫っていて事実上義務履行が不可能な状態になったりしている場合が想定されている。これらに該当するような場合でも国家の存在自体に危険が及んでいるわけではないような例はいくつも考え得るだろう。例えば、不可抗力や遭難の典型例としてしばしば挙げられる、悪天候による軍用機の領空侵犯の場

(23) de Visscher, *supra* note 2, at 107-114.

(24) ANZILOTTI, COURS, *supra* note 20, at 513-514.; Ago, *supra* note 22, at 545.

(25) Strupp, *supra* note 21, at 568.

(26) ANZILOTTI, COURS, *supra* note 20, at 507.

合では、その本国の存在自体に危険が及んでいるわけではない。従って、個別の事例において常に峻別が可能かどうかはともかく、少なくとも、彼らの言う緊急状態が、ILC 草案が挙げる不可抗力や遭難の例を全て包含していた⁽²⁷⁾と言うことはできない。

それでも、ILC 草案23条の註釈は、「違法性阻却事由としての不可抗力」の証拠として、「不可抗力」という用語に言及している国際判決をいくつか挙げて⁽²⁸⁾いる。これらの判決は、どのような場合にそしてどのような理論的位置づけで「不可抗力」に言及していたのであろうか。以下検討してみよう。(なお、本稿での引用における下線および [] 部分は筆者による。)

<ロシア賠償事件仲裁判決 (ロシア／トルコ 1912年)>

この事件では、露土戦争後の議定書 (1878年) により負った賠償義務の不履行についての抗弁の一つとして、トルコが自国の財政危機は不可抗力に当たると主張した⁽²⁹⁾。判決は、トルコの抗弁を斥けたものの、一般論として次のように述べた。

「不可抗力の例外」は、私法においてと同様、国際公法においても抗弁たりうる。国際法は政治的必要性に適応しなければならない。ロシア帝国政府は、「国家の存在自体が危険になり、国際義務の遵守が「自己破壊的 (self destructive)」であるなら⁽³⁰⁾」、国家の条約実施義務は弱まりうることを明示的に認めている。」

(27) 自由意思の有無に着目すると、遭難規定は不可抗力規定よりもむしろ緊急状態規定に類似するものとも考えられる。しかし、後述するように、責任論の法典化史においては、遭難規定は不可抗力規定から枝分かれしたものであり、緊急状態規定よりも歴史が浅い。

(28) 24条 (遭難) 註釈は、国際判例として Rainbow Warrior 号事件判決を特に大きく扱っている。本事件については後述する。

(29) *Affaire de l'indemnité russe (Russie v. Turquie)*, 11 R. I. A. A. 439 (1912).

(30) *Id.* at 443.

ILC 国家責任条文草案における不可抗力・遭難規定

ここでは確かに、「不可抗力」を理由として責任が否定されることが述べられている。しかし、注意しなければならないのは、不可抗力とは、国家の存在が危険に晒され、国際義務を遵守すると自己破壊的な結果になってしまう状態と考えられていることである。これはトルコが抗弁においてかかる場合を「不可抗力」と表現した用語法の影響を受けたものと思われるが、厳密に言えばこのような場合はむしろ「緊急状態」として理論付けされてきた事由に当たると言うべきであろう⁽³¹⁾。実際、ILC 草案25条（緊急状態）の註釈は、「不可抗力」と表現されているが、緊急状態により類似している」と述べてこの判決を緊急状態の証拠としても挙げているのである⁽³²⁾。

<セルビア公債事件, ブラジル公債事件 PCIJ 判決 1929年>

セルビア公債事件とは、フランス人所有のセルビア公債の金フランでの支払いをセルビアが履行しなかった事件である。判決では、金フランによる支払義務を認定した後、「不可抗力」という節を設け、第一次世界大戦による経済混乱が不可抗力に当たって、セルビアの支払義務不履行が正当化されるかどうかを検討した。判決は次のように述べる。

「不可抗力」—その経済的結果がいかに大きくても、戦争それ自体がセル

(31) それぞれの判決では言及されなかったものの、当事国が経済危機を「不可抗力」と表現し、それにより自国の責任を否定しようとしていた例は他にもある。PCIJ ベルギー-商事会社事件において、ギリシャが仲裁判決による金銭支払義務の不履行の正当性を主張したときや、ICJ でのモロッコにおける米国民の権利事件において、フランスが自国の為替管理を正当化しようとしたときがその例である。いずれの場合でも、ロシア賠償事件仲裁判決が重要な先例として援用されている。Société commerciale de Belgique, C. P. J. I. (sér. C) N° 87, 206-207.; C. I. J. Mémoires, Affaire du Maroc (France c. É.-U. A.), vol. II, 182-184.

(32) *Supra* note 6, at 197. 上述のベルギー-商事会社事件も緊急状態の先例として挙げられている (*id.* at 198.).

ピア政府と私人公債保有者との間の契約上の義務に法的に影響を与えたと主張しえない。戦争によって引き起こされた経済的大混乱は当該債務国の義務を免除させなかつた。⁽³³⁾

また、同じくフランス人所有のブラジル公債の支払不履行が問題となつたブラジル公債事件でも、判決で同内容の記述が見られる。

「不可抗力」—法原則の見地からは、大戦に起因する経済的大混乱はブラジル政府をその義務から免除させなかつた。金の支払いについては、もしその契約が金の価値の支払いを目指すものとみなされるなら、金貨を獲得できないという事実から不可能性を主張することはできない。金の価値と同額分を入手することが可能である。⁽³⁴⁾

このように、両事件判決は、確かに不可抗力に言及している。両事件においては、戦争による経済混乱は不可抗力に当たらないとされたものの、いずれも一般論として違法性阻却事由としての不可抗力という規則自体は認めていると解することもできそうである。しかし、注意しなければならないことがある。本事件で問題になっていたのは、国家と私人の間の公債契約義務の免除であつたということである。判決によれば、本契約の準拠法は前者の事件ではセルビア法、後者ではブラジル法である。だとすれば、ここで問題になっていた「不可抗力」は、あえていうならセルビア法ないしブラジル法上のものであつたと解釈せざるを得ないのでないだろうか。少なくとも、ここで言及された「不可抗力」が果たして国際法上の概念と言えるかどうかについて、慎重に扱わなければならない。⁽³⁵⁾

(33) *Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France*, 1929 C. P. I. I. (sér. A) N°. 20, 39-40 (12 juillet).

(34) *Affaire relative au paiement, en or des emprunts fédéraux brésiliens émis en France*, 1929 C. P. I. I. (sér. A) N°. 21, 120 (12 juillet).

(35) 23条註釈も、これらの事件での「不可抗力」が必ずしも国際法上の概念というわけではないことに当然気づいていると思われる。これらの事件においては「不可抗力が法の一般原則として承認された」と述べているの

ILC 国家責任条文草案における不可抗力・遭難規定

< 灯台事件常設仲裁裁判所判決（仏／ギリシャ 1956年） >

この事件は、フランスの会社が経営していた灯台をギリシャが接收した後、戦争でトルコ軍が破壊してしまったため、ギリシャが灯台を再建し、最終的に当該会社に返還したものの、元の灯台と比べて価値が下落してしまっていたというものである。判決は、灯台の価値下落分の支払いについてのフランスの請求を斥けた。判決は次のように述べる。

「設備や備品の価値下落に関しては、ギリシャは、疑いなく、1915年のそれらの接收の執行の際に不正を犯した。しかし、損害が責任を生じさせるためには、その損害がフォート (une faute) の結果として生じるだけでは足りない。その行為と損害との間の因果関係 (un lien de causalité) の存在が必要である。ところで、[元と] 同じ状態の灯台を当該会社に返還することの不可能性によって構成される損害は、ギリシャの接收ではなく、[トルコの] 砲撃によって引き起こされた。この砲撃は不可抗力の場合を構成し、たとえ灯台が当該会社の手にあったとしても損害を被っただろうし、ギリシャは責任を負うとみなされえない。ゆえに、この点に関して、いかなる義務もギリシャは負わ⁽³⁶⁾ない。」

判決はこのように述べて、価値下落という損害についての賠償義務を否定する。確かに、判決は不可抗力を根拠に責任を否定している。しかし、注意しなければならないのは、ギリシャの行為（灯台の接收）と損害（灯台の価値下落）の間の因果関係の欠如を証明する過程で「トルコの砲撃＝不可抗力」に言及しているにすぎないということである。ギリシャの行為（接收）が不可抗力に起因するがゆえに正当化されるという文脈ではない。

以上、ILC 草案23条の註釈で挙げられている国際判例を検討した。これらは一見、違法性阻却事由としての不可抗力が確立していることを述

はその表れだろう。

(36) Affaire relative à la concession des phares de l'empire Ottoman (Grèce v. France), 12 R. I. A. A. 219-220 (1956).

べているように見える。しかし、実は、むしろ「緊急状態」に当たる場合であったり、必ずしも国際法上の概念として述べられていなかったり、行為と損害の因果関係の欠如を証明する過程で言及されているに過ぎず、不可抗力状態に起因する行為を正当化する文脈ではなかったりした。いづれも、「違法性阻却事由としての不可抗力」の直接の証拠とはなりにくいように思える。

本章では、法典化作業、主要な学説、そして国際判例を概観してきた。その検討の結果に鑑みれば、不可抗力や遭難という違法性阻却事由が国際法上確立していたかについて疑問視されるように思われる。それでは、ILC 草案が規定するような不可抗力や遭難に当たるような場合、すなわちいわば不可抗力的な状態に起因する行為についての国家責任を否定するために、どのような理論が主張されてきたのだろうか。まずは国際判例および国家実行の概観から始めよう。

3. 不可抗力的な状態に起因する行為についての 国家責任を否定する理論の傾向

1) 国際判例・国家実行における傾向

① 悪天候や自然災害の場合

まず、不可抗力的な場合として典型的なのは、悪天候や自然災害の場合であろう。これらの事態に起因するやむを得ない行為について責任を否定するとき、いかなる論理に依拠されてきたのだろうか。以下、ILC 草案が想定する典型的な例の一つである、悪天候などによる軍用機の領空侵犯の場合を検討する。これらの事件において、侵入機の国籍国はいかなる論理で侵入についての責任を否定しようとしていたのか。また、逆に被侵入国はいかなる論理で侵入の責任を追及したのだろうか。

なお、以下の事例においては、本当に悪天候のような事態が存在していたのか自体、当事国の間で対立したままで終わってしまい、真相が不明であることもある。しかし、本稿の関心から重要なのは、当事国の主

張している論理の内容である。

<米空軍機によるユーゴスラビア領空侵入 (1946年)>

1946年8月9日、ウィーンからイタリアに向かっていた米空軍の非武装の軍用輸送機 C-47 が、ユーゴスラビア領空に侵入し、ユーゴ空軍により強制的に着陸させられ、乗組員が暫く拘束された。8月14日の、国務長官代理から在ユーゴ米国代理公使への電報では、次のことをユーゴ外務省に伝えることが指示された。⁽³⁷⁾

「(1)合衆国は、ユーゴ領域を避けるようにという永続的な指示にもかかわらず、航空機が不慮に (inadvertently) ユーゴ領域上空を通過したことを遺憾に思う。」

「(2)……航空機は、アルプス上空で悪天候に遭遇し、進路に迷い、より低い高度に降下して自らの位置の確認をしようと旋回していたところ、ユーゴ機により強制着陸させられた。」

「(5) [ユーゴ政府には] いくつかの誤解があると思われ、この種の確立した国際法原則のいかなる違反も意図されて (intended) いない。」

10日後の8月19日にも、米軍輸送機 C-47 による同様の侵犯事件が起き、ユーゴ空軍により撃墜された。この事件についても、米国は悪天候によるやむを得ない領空侵入であったことを述べ、ユーゴの攻撃を国際法違反として非難した。⁽³⁸⁾

これらの一連の事件に関して、ユーゴは次のように反論した。8月30日の同国代理公使から米国国務長官代理への書簡では、⁽³⁹⁾

「いずれの航空機も悪天候に起因する緊急事態で (in an emergency) ユーゴ上空を飛行したわけではなかった。というのも、アルプス上空の天気

(37) 1946-VI FOREIGN RELATIONS OF THE UNITED STATES [hereinafter FRUS] 920-921.

(38) 15 DEPARTMENT OF STATE BULLETIN 415-419 (1946).

(39) 1946-VI FRUS 934-936.

は満足なものだったからである。」

として、米国との事実認識の相違を述べ、撃墜による犠牲者についてのユーゴの責任を否定した。その上で、

「これらの飛行が構成するユーゴの主権の意図的 (intentional) かつ重大な侵害は我慢ならない。」

と述べて、米国を批判した。

これに対して、9月3日にプレスリリースされた国務長官代理からユーゴの代理公使への返答において、米国は、独自の事実調査に基づいて、⁽⁴⁰⁾悪天候の状況だったことなどを主張した上で、次のように述べた。

「いかなる米国航空機も、緊急事態で (in an emergency) 強制される場合でなければ、ユーゴの事前の承認なしに意図的に (intentionally) ユーゴ上空を飛行したことはない。」

「悪天候・方向見失い・機械トラブルのようなコントロール不能の状況により強制される場合を除いて、米国機はユーゴ当局からの事前許可なしにユーゴ領域を横断しないという保証を、ユーゴ政府は米国政府から既に受け取っている。」

米国は、このように述べて自国機の領空侵入を正当化し、ユーゴによる攻撃を批判した。

その後、10月になって、ユーゴが15万ドルを支払い、本事件は収束した。10月8日の在ユーゴ米国大使からユーゴ政府への書簡では、⁽⁴¹⁾15万ドルの受取を通知した上で、改めて、悪天候に起因するコントロールを超えた理由によるものとして、本件の米軍機の侵入を正当化し、ユーゴの責任を主張した（もっとも、ユーゴは自らの法的責任自体は否定した）。⁽⁴²⁾

(40) *Supra* note 38, at 504.

(41) *Id.* at 725.

(42) 1946-VI FRUS 966-967.

<米空軍機によるハンガリー領空侵入 (1951年)>

1951年11月19日、ドイツからユーゴスラビアのベオグラードに向かっていた米国の非武装軍用輸送機 C-47 がハンガリー領空でソ連戦闘機により強制着陸させられた事件である。

12月14日の米国の覚書によれば、ハンガリーは、米軍機が故意に (deliberately) ハンガリー国境を侵犯し、しかも、スパイ及び陽動作戦隊員をハンガリー領内でパラシュート降下させるという計画的な意図を持っていたとして、米国の非難とした⁽⁴³⁾という。

それに対して、米国は、次のように述べて、領空侵入を正当化しようとした⁽⁴⁴⁾。

「(当該機は) 進路を見失い、非意図的に (unintentionally) ハンガリー国境を横断した。……領空侵犯の全くの偶然かつ無意識の性質 (the entirely accidental and unwitting nature) に鑑みれば、「[ハンガリーが主張するところの] 計画的な意図をもったハンガリー国境侵犯」について合衆国当局の側に責任は当然あり得ず、それゆえ、この事故に関連してそのような根拠で誰かを処罰するという問題はあり得ない。」

なお、同じ趣旨の主張は、同月の複数の書簡でも確認できる⁽⁴⁵⁾。

その後、ハンガリーの軍事法廷判決に従い、米国政府は「罰金 (fines)」を支払って乗組員の本国送還を実現した⁽⁴⁶⁾。しかし、米国は、自国の国家責任を認めた訳ではなかった。米国は1953年3月17日にソ連・ハンガリー一両国に対して正式に外交請求を行った。その書簡では、当該航空機は、風⁽⁴⁷⁾に吹かれてコースを外れ、その方角も速度も乗組員はわからなくなっ

(43) 1951-IV FRUS 1468-1470.

(44) *Id.* at 1471.

(45) *Id.* at 1473-1474.; *Id.* at 1476-1478.

(46) 26 DEPARTMENT OF STATE BULLETIN 7 (1952).

(47) 以下で要約・一部引用がされている。28 DEPARTMENT OF STATE BULLETIN 496-498.; Oliver Lissitzyn, *The Treatment of Aerial Intruders in Recent Practice and International Law*, 47 A. J. I. L. 581-585 (1953).

ていたなどのため、基地に引き返そうとしたところ、無意識のうちに (unwittingly) ハンガリー国境を横断してしまった、と主張された。つまり、乗員は、いかなる時もハンガリーに入ることを「意図していなかった (did not intend)」のであり、本事件での事実は、「不可抗力の場合 (a case of force majeure)」を構成するという。

その後、1954年3月3日に、米国は、ハンガリーとソ連両国による当該航空機と乗組員の扱いに関して ICJ に提訴したが、両国が管轄権を拒否したため、7月12日の ICJ 命令により、訴訟は中止された。

以上、領空侵入の例を見てきた。検討したのは2例のみである。他にも膨大な類似例があるのは言うまでもなく、それらの網羅的な検討を経なければ決定的なことは言えないだろう。⁽⁴⁸⁾⁽⁴⁹⁾しかし、この限られた検討か

(48) 領空侵犯ということで問題になった最近の例として、2001年4月1日に中国戦闘機と衝突した米軍偵察機が中国領空に無許可で進入し海南島に着陸した事件がある。米国は、「国際的な緊急手続に従った末の緊急着陸 (an emergency landing after following international emergency procedures)」であると主張した

(<http://usinfo.state.gov/regional/ea/uschina/pruehltr.htm>)。

(49) 本稿では直接の検討対象ではないが、国家に帰属する行為の実行者ではなく、私人が不可抗力的な状況に陥ることも数多い。例えば、悪天候などのため私船が無断で外国の港に入港するなどの場合である。この場合には、国家機関の行為ではないため、原則として旗国の国家責任は問題とならず、代わりに当該沿岸国の国内管轄権が当該船に及ぶか否かという文脈で争われることが多い。

その例として、米国・メキシコ一般請求委員会の Kate A. Hoff 事件判決 (1929年 4 R. I. A. A. 444-449.) がある。これは、米国船が、悪天候のためやむをえずメキシコの港に無許可で入港したところ、船と積荷が押収され、船長も密入国の罪で逮捕されたという事件である。米国は、申立ての一つとして、当該船は遭難状態で (in distress) 入港したので国内関税法の実施について国内管轄権から免除されると主張した。それに対して、メキシコは、本件では遭難状態ではなかったという主張や、当該船押収の時点で、遭難に関する国際法規則が存在していたとは言えないという主張などを行った。

ILC 国家責任条文草案における不可抗力・遭難規定

らまず気づくのは、緊急事態 (emergency) や不可抗力 (force majeure) といった用語が用いられているのと同時に、「意図的でない」「不慮」「偶然かつ無意識」というような側面にも着目して、領空侵入についての責任の否定が図られていることである。一方で、被侵入国であるユーゴやハンガリーも「意図的」ないし「故意」の侵入である点をも強調して、国家責任を追及しているのである。つまり、国家責任の有無を左右する点として、当事国間は、故意や過失の有無をも重視していたことがわかる。ILC 草案23条註釈が、航空機の領空侵犯事例において「これらの事

これに対して、Nielsen 委員は、次のように述べた。まず、領海に進入した他国船に管轄権が及ぶという原則について、2つの例外が承認されてきたとする。一つは、無害通航権である。そして、もう一つの例外として、次のように述べる。

「上位の力 (a superior force) により領海に存在する船の免除 (immunity) も……承認されてきた。「遭難」(“distress”) 状態の船の地位についての原則は、国内法及び国際法両方で承認されている。……国内裁判所はしばしば関税法違反の罪に関連して遭難の抗弁を検討してきた。……これらの事件においては、これらの法の下での訴追からの免除を求めて当該船は不可抗力 (*vis major*) の結果、入港禁止の港へ入ったと主張された。本件で引用されている1880年のメキシコ法は、非常に包括的な文言で、極めてしばしば援用されてきた国内管轄権からの免除の原則を承認しているように思える。」

つまり、遭難や不可抗力により領海に進入した船舶については、国内管轄権から免除されるというのが、国際法及び国内法上の原則であるというのである。

また、類似の場合の国内管轄権からの免除の規則は、国家実行においても確認される。例えば、1920年に米国船が英領バハマで座礁したところ、バハマ税関当局が関税支払を要求した事件で、米国は、「悪天候や船長のコントロール外の他の事態により水域に入った船は外国の管轄権に服しない」のが一般原則であると主張した。それに対して、バハマ植民地相代理 (the Acting Colonial Secretary of the Bahamas) も、「本事件の全ての状況から見て」、英国政府は陸揚げした積荷に関して関税支払請求を押しつけることを望まなかったと述べた (GREEN HACKWORTH, 2 DIGEST OF INTERNATIONAL LAW 279 (1941)).

件が遭難または不可抗力を基礎としているかどうかは必ずしも明確ではない。」と述べているのは正しい認識である。⁽⁵⁰⁾

② 人為的事態（戦争、内戦、革命、暴動など）の場合

一方、ILC 草案註釈も示すように、不可抗力の状態は人為的に引き起こされることもある。例えば、国家間の戦争や、内戦、革命、暴動などによる混乱状態がそれに当たる。特に国際判例では、これらの例の方が、より多く問題になってきた。実際、ILC 草案23条の註釈（パラグラフ7の脚註376）は、暴動・革命時に私人が外国人に損害を与えた際に、領域国が防止や処罰などをできなかったことについて、当該国の国家責任が発生するか否かが問題となった判例を4つ挙げている。⁽⁵¹⁾ これらの判例においては、どのような論理が見られるのか。検討してみよう。

<The Saint Albans 襲撃事件判決（米／英 1873年）⁽⁵²⁾>

これは、英領カナダから国境を越えて侵入したグループが、米国の Saint Albans 村を襲撃した事件である。米英請求委員会は、次のように述べて、米国による英国の責任についての主張を斥けた。

「当該事件の計画の隠密性ゆえに、それがカナダにおける女王陛下の官吏に知られなかったのは存在し得たはずの注意が彼らの側に欠如していたから（because of any want of diligence）であると、私は言うことができない。むしろ、ある国家が合理的に（reasonably）他国に要求できるいかなる注意（care）でも、このような場合に当該事件を発見するのに十分ではなかったらうからであると私は思う。」

(50) *Supra* note 6, at 186. 脚註372で述べられている。

(51) *Id.* at 186.

(52) JOHN BASSETT MOORE, 4 HISTORY AND DIGEST OF THE INTERNATIONAL ARBITRATIONS TO WHICH THE UNITED STATES HAS BEEN A PARTY 4042-4054 (1898).

ILC 国家責任条文草案における不可抗力・遭難規定

<Wipperman 事件判決 (米/ベネズエラ 1889年または1890年)⁽⁵³⁾>

これは、在ベネズエラ米国領事 Wipperman を乗せた米国行きボートがベネズエラ領内で座礁した際に、原住民が彼の財産を略奪した事件である。米国人である Findlay 委員は、次のように述べて米国の請求を斥けた。

まず彼は、一般論として、

「合理的な洞察力 (reasonable foresight) や通常の用心 (ordinary precaution) では防止できないような突然かつ予期せぬ暴力行為の場合に、賠償責任を負わせることのできるような、いかなる確立した法の原則もない。」

と述べ、違法行為の防止のための「合理的な注意 (reasonable diligence)」がなされ、犯人を処罰するという誠実かつ真面目な決意が明らかである限り、国際義務履行における怠慢は認められないと論じる。

その上で、本件の事実を検討し、略奪行為を防止できなかったことについてベネズエラは責任を負わないと結論づけた。

<Amelia de Brissot ほか事件判決 (米/ベネズエラ 1889年または1890年)⁽⁵⁴⁾>

これは、ベネズエラの Orinoco 川とその上流の Apure 川を航行する米国船会社の船を暴徒が襲撃した事件である。本船には Apure 州の知事とその兵員などが乗っており、暴徒は本知事を標的としていた。米国人請求者は、州知事が本船から離れなかったことなどが損害を引き起こしたとして、その州知事の行為についてベネズエラに責任があると主張した。

これに対して、3人の委員はいずれも、知事の行為についてのベネズエラの責任を否定した。中でも、米国側委員の Little は、攻撃は知事に

(53) 3 *id.* at 3039-3043.

(54) *Id.* at 2949-2971.

っても船長にとっても不意打ち (a surprise) であり、当該状況における彼の部隊の混乱と壊滅は奇妙ではなく、彼の過失 (fault) に帰するものではない、と論じた。⁽⁵⁵⁾ また、第3委員 (米国人) の Findlay も、ベネズエラはこの残忍な暴動を知ったり予期したりするいかなる手段も有しておらず、この攻撃は待ち伏せかつ完全な不意打ちであり、暴動を予期して防止しなかったことについてベネズエラに責任はないとした。⁽⁵⁶⁾

<John Gill 事件判決 (英/メキシコ 1931年)⁽⁵⁷⁾>

これは、英国人技師 Gill がメキシコ革命軍に襲撃され財産などに損害を被った事件である。前の3例とは異なり、メキシコの責任が認められた。

本請求委員会は、同委員会の過去の判例を検討した上で、一般論として次のように述べる。

損害を発生させる事態をメキシコ当局が知っていたまたはその悪評ゆえに知っていたと推定され、かつ、当局による鎮圧・処罰の証明がない場合には、当局の側の過失 (a fault) についての強い一応の証拠が存在する。しかし、怠慢 (negligence) または不作為 (omission) のせいではなく、即時かつ決定的な措置をとるのが不可能であることによって行動が欠如してしまう多くの場合がありうる。つまり、極めて突然の性質の状況に直面するときである。また、とられた行動により暴動を「完全に」鎮圧したり「全ての」犯罪者を処罰したりできなくても、不作為や怠慢として責められえないことも知られている。

このように一般論として責任を免れる可能性を述べつつも、結局、本件では、メキシコの責任を認容した。

以上、ILC 草案23条註釈で挙げられている4つの判例を概観した。こ

(55) *Id.* at 2967-2968.

(56) *Id.* at 2969.

(57) 5 R. I. A. A. 157

これらの検討から分かるのは、内戦、革命、暴動時の外国人損害に関する防止・処罰不履行についての領域国の責任の判断に際して、領域国の官吏・当局が合理的な注意を果たさなかったか、予期できたかどうか、過失や怠慢があるかといったような点が問題にされることが多いということである。結局、領域国の国家責任の判断の際に当局の相当の注意不履行や過失の有無が検討される傾向があると言えよう。実際、23条註釈は、これらの判例を、暴動の予測不可能性 (unforeseeability) が責任否定の根拠となりうることを示した例として紹介しているだけであり、不可抗力が明示的に援用された例として挙げているわけではない。また、このように相当の注意不履行や過失の有無が問題となる傾向は、例外がない⁽⁵⁸⁾わけではないものの、同種の多くの判例で確認することが出来る。⁽⁵⁹⁾

(58) 内戦・暴動などによる外国人損害に関わる国家責任が争われた全ての判例で、過失や相当の注意不履行の有無が明示的に問題になっているわけではない。例えば、Sentence arbitrale sur la réclamation numéro 63, présentée par Don Luis Piola (Italie v. Pérou), 15 R. I. A. A. 444-445 (1901); Petrocelli Case (Italy v. Venezuela), 10 R. I. A. A. 592 (1903); Mena Case (Spain v. Venezuela), 10 R. I. A. A. 748-751 (1903); Georges Pinson (France v. United Mexican States), 5 R. I. A. A. 352-354 (1928); Leonor Buckingham (Gr. Brit. v. United Mexican States), 5 R. I. A. A. 288 (1931). を参照。

(59) 内戦・革命・暴動時の私人による外国人損害に関わる国家責任の有無が争われた判例のうち、判決で過失や相当の注意不履行の有無が問題になっていたと解しうる例は数多い。本文で挙げたもの以外に次のような例がある。Sentence arbitrale sur la réclamation numéro 71, présentée par Dona Carolina Galvarro, veuve de Don José Cresceri (Italie v. Pérou), 15 R. I. A. A. 452 (1901); Sambiaggio case (Italy v. Venezuela), 10 R. I. A. A. 507, 511, 524 (1903); Kummerow, Otto Redler & Co., Fulda, Fischbach, and Friedericy Cases (Germany v. Venezuela), 10 R. I. A. A. 398 (1903); Jennie L. Underhill Case (U. S. v. Venezuela), 9 R. I. A. A. 159 (1903); Home Frontier and Foreign Missionary Society of the United Brethren in Christ (U. S. v. Gr. Brit.), 6 R. I. A. A. 42-44 (1920); Affaire des biens britannique au Maroc espagnol (Grande-Bretagne v.

③ 小括

本節では、自然のおよび人為的な要因による不可抗力の状態において、国家責任の有無が問題になった例を検討してきた。検討した例は限られており、しかも、常に一貫した理論が見いだせるわけではない。しかし、これらの検討から、一応、次のような傾向が見いだせるように思われる。つまり、不可抗力状態（悪天候・自然災害・戦争・内戦・革命など）に起因する行為（作為・不作為）についての責任否定の論理として、不可抗力などに言及されることはあるものの、むしろ、過失や相当の注意不履行などの有無が責任の肯定・否定の論拠となっている例が目立つことである。

2) 法典化作業や学説

前節では、国際判例や国家実行の傾向を概観した。それでは、法典化作業や国際法学者の学説において、不可抗力の状態による行為についての責任否定の理論はどのように構成されていったのだろうか。

Espagne), 2 R. I. A. A. 642 (1924-1925).; Several British Subjects (Gr. Brit. v. U. S.), 6 R. I. A. A. 158-160 (1925).; Laura M. B. Janes et al. (U. S. v. United Mexican States), 4 R. I. A. A. 86-87 (1925).; Home Insurance Co. (U. S. v. United Mexican States), 4 R. I. A. A. 52 (1926).; J. J. Boyd (U. S. v. United Mexican States), 4 R. I. A. A. 380-381 (1928).; James F. Bartlett (Gr. Brit. v. United Mexican States), 5 R. I. A. A. 152 (1931). など。

なお、仲裁裁判における欧米先進国の裁判官は、しばしば、内戦・暴動による外国人への損害に関して国家は責任を負わないという「原則」を認めつつも、過失や相当の注意不履行などが存在する場合は、「例外的に」国家責任の発生を認めるという理論構成をとっていた。このような理論傾向は、後述する「討論の基礎 No. 22」に反映している。

(60) 本稿で「過失」という言葉を使うときは、特に区別しない限り、故意も含むいわゆる「広義の過失」を意味するものとする。

① 法典化作業

<過去の法典化作業の概観>

周知の通り、ILC の作業以前の責任論の法典化作業は、検討対象を領域内の外国人損害に関わる国家責任の問題に限定していた。領域内の外国人への損害についての事件において、不可抗力の状態が問題となる場合としては、もちろん自然現象に起因することもあるが、国際判例・国家実行の数では、人為的事態によるケースが圧倒的に多い。つまり、内戦や革命、暴動などの場合である。従って、ここでは、内戦や暴動などの場合の外国人損害に関わる国家責任についての理論傾向を検討することになる。前述の通り、国家責任論の法典化草案のほとんどで、不可抗力や遭難についての規定は見られない。それでは、これらの草案は、内戦や暴動の場合の外国人損害についていかなる規則を規定していたのであろうか。⁽⁶¹⁾

この点、そもそも内戦や暴動の場合でも常に外国人損害について責任を負わせるべきとする立場もあった。例えば、国際法学会での議論において、Fauchille は、いわば報償責任を基礎とした「国家的危険 *risque étatif*」の理論を主張し、国家責任を常に認めようとした。⁽⁶²⁾

しかし、この主張は他の委員により斥けられ、⁽⁶³⁾その後の法典化作業の

(61) なお、「内戦」や「暴動」などの場合を厳密に区別して議論すべきという立場もある。例えば、米国国際法学会において、Garner は、「暴動」と「反乱・内戦」を区別し、それぞれについて異なる規則を主張した。James Garner, *Responsibility of States for Injuries Suffered by Foreigners within their Territories on Account of Mob Violence, Riots and Insurrection*, PROCEEDINGS OF THE AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW AT ITS TWENTY-FIRST ANNUAL MEETING 55 (1927). しかし、これらの場合の区別は現実には困難であると思われるし、実際、峻別せずに論ずる立場が一般的であった。同じく米国国際法学会における Eagleton の反論を見よ (*id.* at 67.).

(62) *Supra* note 9, at 234-236.

(63) もっとも、採択された規則の第1項では、暴動・反乱・内戦の過程で

歴史でも批判されることはあれ採用されることはなかった。むしろその後の法典化作業を概観して気づくのは、領域国が外国人を保護できなくても、過失や相当の注意不履行為が存在しないとして責任が否定されうる傾向があることである。前述の国際判例の傾向を踏まえていると言えるだろう。一例として、ハーグ法典化会議に先立って準備委員会が用意した「討論の基礎」がある。「反乱 (insurrections), 暴動 (riots), 他の混乱 (disturbances) から生じた損害」という分類の中で、反乱や暴動の参加者による外国人への損害について国家は原則として責任を負わないこと (No. 22) が示された後、次のような項目が置かれていた。⁽⁶⁴⁾

身体・財産へ損害を受けた外国人が損害賠償請求権を有する場合として、次の4つを規定する。(a)損害行為が外国人一般または特定国の国民に向けられているとき(b)通告なしの港の閉鎖または外国船を港内で留めるとき(c)損害が官吏による法律違反行為によるとき(d)戦争法の一般原則により損害賠償義務が確立しているとき。

従って、例えば、暴動が外国人に向けられているときは、領域国当局の過失の有無にかかわらず責任が生ずると解釈できる。一定の限度で結果責任を規定していると解しうるのである。Id. at 254.

(64) 国際連盟のハーグ法典化会議前の専門家委員会の討議 (1926年) においては、国家責任発生の範囲を狭めようとする Guerrero の提案を批判していたドイツの Schücking さえも、Fauchille の理論は支持できないと述べていた。SHABTAI ROSENNE, 1 LEAGUE OF NATIONS COMMITTEE OF EXPERTS FOR THE PROGRESSIVE CODIFICATION OF INTERNATIONAL LAW [1925-1928] 95 (1972). 他にも批判する論者は多いが、例えば、Charles Strupp, *Responsabilité internationale de l'État en cas de dommages, causes aux ressortissants d'un État étranger en cas de troubles, d'émeutes ou de guerres civiles*, INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, REPORT OF THE 31ST CONFERENCE VOL. I, 134-137 (1922).

(65) ROSENNE, *supra* note 13, at 1623-1624. No. 22 (b) では補償についての内外人平等が、No. 22 (c) では、反乱成功による新政府樹立の場合に、当該国家がかつての反乱による外国人への損害について責任を負うことが規定されている。なお、No. 21 は、当局による鎮圧行為に起因する外国人への損害についての無責任の原則を示すと同時に、一定の場合の補償義務について規定する。

ILC 国家責任条文草案における不可抗力・遭難規定

No. 22 (a) 「それにもかかわらず、国家が損害の防止及び行為者の処罰についてその状況で与えるべき注意 (diligence) を行使しなかったときは、反乱又は暴動に参加している者によってまたは暴徒の暴力行為 (mob violence) によって外国人の身体又は財産に与えられた損害について、国家は責任を負う。」

No. 22 (d) 「活動が外国人または特定の国籍の人へ向けられていた場合で、政府が自身またはその官吏の側に過失 (negligence) がないことを証明しないとき、暴動に参加している者によってまたは暴徒の暴力行為によって外国人の身体又は財産に与えられた損害について、国家は責任を負う。」

このように、暴動・暴力行為が外国人を標的にしているかどうかで立証責任が転換されるものの、いずれにしても、損害防止や犯人の処罰についての相当の注意不履行・過失の有無により国家責任の判断が左右されるという規則が採用されているのである。

ほぼ同様の規定は、ハーバード草案 (1929年) でも見られる。第11条と第12条は、暴徒の暴力行為 (mob violence) や反乱者 (insurgents) の行為に起因する外国人への損害について、損害防止のための「相当の注意 (due diligence)」の不履行がある場合に責任が発生しうることを規定⁽⁶⁶⁾している。また、1927年国際法学会決議第7条でも、騷擾・暴動・反乱・内戦の際の損害について、一定の注意 (diligence) を欠いたときに責任⁽⁶⁷⁾が生ずると規定する。

もっとも、かかる規則は、必ずしも内戦や暴動の際にのみ適用される特別な規則というわけではなかった。例えば、「討論の基礎」では、行政

(66) Harvard Law School, *supra* note 12, at 134. なお、これらの規定では、責任発生のために、相当の注意不履行に加えて、国内救済手続を尽くしても十分な救済が得られなかったことも必要とされている。国内救済完了を責任発生要件とするいわゆる「実体説」の立場である。国内救済完了規則についての実体説に関しては、拙稿「国内的救済原則の成立 (二)・完」論叢147巻5号77-85 (2000) を参照。

(67) *Supra* note 11, at 332.

機関の行為や通常時の私人の行為による外国人への損害について、外国人保護のための注意 (diligence) 不履行により責任が生ずるとされている (No. 10, No. 17, No. 18)。つまり、過失や相当の注意の有無が問題になるという点では、通常時の外国人損害の場合も反乱・暴動の場合も共通しているのである (もっとも、反乱・暴動の場合と異なり、「原則は無責任 (No. 22)」という規定はない)。また、ハーバード草案でも、損害防止についての相当の注意不履行は、一般的規定 (第10条) や通常時の私人の行為に起因する損害 (第11条)、他国の行為に起因する損害 (第14条) においても、同様に要求されている。⁽⁶⁸⁾ 国際法学会決議でも、一般規則たる第1条が「……その国家責任は、義務の不遵守がその機関の過失 (une faute) の結果でないときには、存在しない。……」⁽⁶⁹⁾ と規定する。⁽⁷⁰⁾

以上見てきたように、不可抗力の例外規定を持たない法典化作業として前述したものの多くは、責任発生のために国家機関の過失や相当の注意不履行を要求していた。⁽⁷¹⁾ かかる傾向は、先に検討した国際判例の傾向と一致する。これらの草案は、内戦・革命・暴動時において領域国が外国人を保護できなかったことについては、不可抗力などの例外事由の適

(68) ROSENNE, *supra* note 13, at 1623. なお、これらの場合は、反乱・暴動の場合と異なり、「文明国から期待されうる (could be expected from a civilized State)」程度の注意が求められると規定されている。

(69) Harvard Law School, *supra* note 12, at 134-135.

(70) *Supra* note 11, at 330-331.

(71) かかる傾向に鑑みれば、中には、内戦や暴動の場合についての別条項を特に設けず、一般規則のみを置いてその規定を内戦・暴動の場合にも適用する法典化草案があるのも不思議ではない。例えば前述した日本国際法学会・国際法協会日本支部国際法典案 (1926年) 第2の第1条は、「國家ノ當該官憲ノ故意、過失又ハ怠慢ニ基キ外國人ノ生命、身體又ハ財産ニ損害ヲ及ホシタルトキハ其ノ作爲ノ場合タルト不作爲ノ場合タルトヲ問ハス國家ノ國際義務違反ヲ構成スル限り當該國ノ力責ニ任ス」と規定する (前掲註10 604頁)。この一般条項は、内戦・暴動の場合もそうでない場合にも、共通して適用されることが意図されている。

ILC 国家責任条文草案における不可抗力・遭難規定

用によるのではなく、「相当の注意不履行がない」または「過失がない」という理論によって責任を否定しうることを想定していたのである。

以上のような分析は1978年に国連事務局が作成した167ページにもわたる研究「違法性阻却事由としての「不可抗力」と「偶発事故」」における記述でも伺える。本研究では、過去の法典化作業を概観した上で、次のように記述する。

「上述の草案が「過誤 (fault)」「意図 (wilfulness)」「過失 (negligence)」または「相当の注意 (due diligence)」を考慮している限り、不可抗力または偶発事故の状況により引き起こされる作為または不作為は、それらの草案の下で、国家の国際責任を生じさせないだろう。このようなアプローチは、違法性阻却事由としての不可抗力や偶発事故の具体的規定を草案に挿入することを不要にする。⁽⁷²⁾」

ところで、私人による外国人への損害に関わる国家責任の判断の際に、過失や相当の注意不履行が考慮されてきたという傾向自体は、今までにも指摘されていることであり、特に新しい指摘ではない。それだけに、不可抗力という例外事由による責任否定という理論構成が確立する可能性など元々なかったかのようにも思われるかもしれない。しかし、歴史的には、むしろ「不可抗力による例外」の理論が先行して主張されていた。そして、過失・相当の注意不履行という理論は、その理論に対するアンチテーゼとして、意図的に主張された側面があるのである。

<「過失・相当の注意不履行」理論の背景>

実は、歴史的には、内戦・暴動などの場合の外国人への損害に関わる国家責任を否定する論拠の一つとして、内戦や暴動状態は不可抗力に当たると主張する立場があった。反乱・内戦時の外国人損害に関わる国家責任を否定する論者の論拠を整理した Garner は、その論拠として、①他

(72) U. N. Secretariat, *supra* note 15, at 226.

国に在住する外国人は反乱・内戦による危険を引受けていること、②外国人に自国民より高い保護を与えることになり不平等が生じること（内外人平等）、③反乱・内戦は不可抗力状態に当たること、④外交介入を認めると強国に弱国の尊厳・主権を侵害する口実を与えてしまうことなどが主張されてきたことを述べている。⁽⁷³⁾

一例として、Calvo の見解を見てみよう。彼は多数の国家実行を検討した上で、各国が国内騒擾や内戦時の外国人損害について賠償責任を認めてきていないことを根拠に、かかる場合の国家責任を否定する。そして、理論的根拠としては、次のように述べる。

「この場合に政府の責任つまり賠償の原則を認めると、それは、限度を超えかつ有害であり、本質的に、強国に有利でより弱い国を損なうような特権を創り出すことになり、自国民と外国人の不当な不平等を確立させることになるだろう。他方、我々が反対する理論を承認すると、間接的ではあるが、国家の独立の構成要素の一つである領域管轄権の要素に重大な侵害を与えることになるだろう。」⁽⁷⁴⁾

この主張は、Garner の紹介する論拠のうち、②と④に当たると言って良いだろう。さらに、彼は、③の主張、つまり不可抗力として責任を否定する主張も行っている。

「[自ら引き起こした損害について賠償義務を負うという規則は]通常時及び普通の状況において適用されるのであって、全ての既成の秩序を覆し、しばしば国家を破滅に瀕しさせるような非常に重大かつ不可抗力の場合にまで拡大して適用することを論理的に考え得るであろうか。そのような状況は、我々には本質的に異なるように見え、この相違は、実行により認められている [賠償責任を認めないという] 規則をあらゆる点から正当化する。」⁽⁷⁵⁾

(73) Garner, *supra* note 61, at 59.

(74) CARLOS CALVO, 3 LE DROIT INTERNATIONAL THÉORIQUE ET PRATIQUE 142 (5e éd. revue et complete 1888).

(75) *Id.* at 148. 「国家の破滅の可能性」の言及に鑑みれば、Calvo のいう

ILC 国家責任条文草案における不可抗力・遭難規定

このように、Calvo は国内騒擾・内戦時の外国人損害に関わる国家責任を否定する論拠の一つとして、これらの場合は不可抗力に当たることを主張しているのである。

以上のような主張は、法典化作業においても見られた。国際連盟のハーグ法典化会議前の専門家委員会(1925-1927年)での Guerrero の立場である。1926年1月16日に専門家委員会で討議された小委員会報告(いわゆる Guerrero 報告)の原案第10項は、

「暴動、革命または内戦の場合に外国人が被った損害は、国家の国際責任を引き起こさない。」

とし、暴動・革命・内戦時の外国人損害に関わる国家責任を否定するものだった。⁽⁷⁶⁾ その理由説明の中で、彼は次のように述べる。

「戦争は革命同様、国家自身の意思によらない不幸な出来事である。つまり、それは地震や洪水、流行病などと同様に不可抗力の場合である。」⁽⁷⁷⁾

この原案についての討議を踏まえて同月に Guerrero が作成した小委員会報告の結論第8項は、次のようなものであった。

「暴動、革命または内戦の場合に外国人が被った損害は、国家の国際責任を引き起こさない。しかしながら、暴動が外国人それ自体に向けられており、かつ国家がその監視および鎮圧義務を履行しなかったときには、国家

「不可抗力」は、ILC 草案での「緊急状態」に近いとも解されよう。もっとも、本節での論述は、第2章での判例検討のように、「不可抗力」主張の内実を探ることを目的としているわけではなく、「過失・相当の注意不履行」理論の背景を探ることを目的としているので、ここではこの点に拘っていない。

(76) ROSENNE, *supra* note 64, at 95. もっとも、第11項は、正統政府または反乱者により外国人の財産が独占・没収された場合には国家責任発生の余地を認める。*id.* at 96.

(77) *Id.* at 95.

⁽⁷⁸⁾
は責任を負うだろう。」

原案の討議での Schücking の意見⁽⁷⁹⁾に基づいて、暴動が外国人を標的にしている場合の但書を加えた点を除いては、原案同様、国家責任を否定する趣旨を維持している。この項目の解説の中で、彼は次のように述べている。

「革命は不可抗力 (*vis major*) の場合であるということを否定する者の意見には我々は与しない。……国家は、その権力またはコントロールの下にもはやない領域で発生したことに⁽⁸⁰⁾ついて責任を負えない。そのときには、不可抗力の場合が、国家が保護者としてその義務を履行することを妨げるのである。」

このように、不可抗力という例外事由による責任否定という理論も見られていたのである。それでは、この理論が一般化しなかったのはなぜだろうか。

この理論について注意が必要なのは、内戦や暴動などの場合を「包括的に」不可抗力と位置づけていることである。本来、内戦中とは言え、

(78) SHABTAI ROSENNE, 2 LEAGUE OF NATIONS COMMITTEE OF EXPERTS FOR THE PROGRESSIVE CODIFICATION OF INTERNATIONAL LAW [1925-1928] 130 (1972).

(79) ROSENNE, *supra* note 64, at 95-96. もっとも、Schücking の修正案は、暴動や内戦時に暴力行為が外国人を標的としていたときは、監視・鎮圧義務不履行が推定され、被責任追及国が義務履行を立証したときのみ責任を免れるというものであった。しかし、Guerrero による小委員会報告では、義務不履行の立証責任が責任追及国にあり、しかも対象を暴動の場合に限定している点で、Schücking 提案より責任発生⁽⁸⁰⁾の範囲を狭めている。

(80) ROSENNE, *supra* note 78, at 127.; ACADEMIE DIPLOMATIQUE INTERNATIONALE, 2 DICTIONNAIRE DIPLOMATIQUE (1933). の 'responsabilité des États' の項 (執筆担当 Guerrero) にも同様の記述がある (p. 568)。

外国人損害について「常に」領域国に落ち度がないということは考えにくい。内戦中でも、個別の事件に応じて領域国の怠慢が存在することは、実際上はありうるはずであろう。不可抗力状態に起因する行為かどうかを個別の状況に照らして判断し、内戦中でも、領域国のある具体的行為については不可抗力によるとは言えないと認定することも可能なはずである。現在の ILC 草案の立場はまさにそのようなものであろう。しかし、この理論では、具体的な怠慢の有無の検討は想定されず、あくまでも、「内戦・暴動＝不可抗力」という性質決定を根拠に、領域国の外国人保護不履行について包括的に責任が否定されているのである。従って、内戦・暴動を不可抗力と性質決定してしまうやり方は、領域国の具体的な怠慢行為の有無を各場面ごとに検討するまでもなく、包括的かつ半ば絶対的に責任を否定出来る点で、極めて便利な論拠であると言えるだろう。また、この論理により、私人による損害に関してのみならず、政府の暴動鎮圧行為の過程での直接的な損害行為についての責任も否定することになる。実は、欧米先進国の論者でも、内戦などの場合に不可抗力という言葉を使うことがなかったわけではない。しかし、それは内戦・暴動＝不可抗力というように包括的に性質決定する趣旨ではなく、具体的状況⁽⁸¹⁾によっては不可抗力とみなされることもあるという趣旨であった。その点で、「内戦・暴動＝不可抗力」と性質決定してしまう Calvo や Guerrero の立場とは根本的に異なるのである。

だとすれば、このような主張に対して、主に欧米先進国の論者が批判を試みたのは当然の流れであろう。

その例の一つが、1898年の国際法学会における Brusa 報告である。彼

(81) L. von Bar, *De la responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers en cas de troubles d'émeute ou de guerre civile*, 1 (2e série) R. D. I. L. C. 466 (1899).; Julius Goebel, *The International Responsibility of States for Injuries Sustained by Aliens on Account of Mob Violence, Insurrections and Civil Wars*, 8 A. J. I. L. 815 (1914).; Garner, *supra* note 61, at 63.; de Visscher, *supra* note 2, at 104.

は、内戦・暴動時の外国人損害に関わる国家責任の問題をめぐってそれまでに主張された理論の一つに、「内戦・暴動=不可抗力」として外国人損害に関わる国家責任を否定する主張があることを紹介しつつ、これらの場合は性質上不可抗力の場合とは言えないとして、その主張を批判した。⁽⁸²⁾

また、Guerrero 報告の後に組織された準備委員会が1928年3月に作成し、各国政府に送った論点表 (List of Points) では、Guerrero 報告を無視し、むしろそれに対抗する理論提示の方向性が見える。⁽⁸³⁾ 論点表の第8項および第9項は次のようなものであった。⁽⁸⁴⁾

[8]「国家の軍隊または官吏が、反乱、暴動または暴徒の暴力行為を鎮圧する際に外国人の身体または財産に損害を与えた場合、つまり戦闘中に破壊された財産や通商のための港の閉鎖、徴発などについての国家責任。」

[9]「反乱または暴動に参加している者や暴徒の暴力行為によって外国人の身体または財産が被った損害。一般的に、そのような場合に国家は責任を負うかまたは負わないか。以下の場合の立場はどのようなものか。(a)政府または官吏の側の過失 (negligence) が確立しうる場合。または共謀 (connivance) が示されうる場合。(b)かかる場合に自国民または他の外国人が被った損害について政府が補償する場合。(c)反乱が成功し、損害を与えた反乱団体が権力を握って政府になる場合。(d)反乱活動が外国人それ自体または特定国民に対して向けられている場合。」

Guerrero 報告の違いとしてまず気づくのは、反乱や暴動時の損害で

(82) 17 A. I. D. I. (Session de la Haye) 97-98 (1898).

(83) もっとも、1926年1月29日付けで各国に送付された質問状に添付された Guerrero 報告についての各国の意見を一瞥する限り、暴動・内戦時の外国人損害についての彼の理論に対する批判は意外にもあまり目立たなかった。具体的に批判したのは、スイスの意見だけである。ROSENNE, *supra* note 78, at 276.

(84) SHABTAI ROSENNE, 2 LEAGUE OF NATIONS CONFERENCE FOR THE CODIFICATION OF INTERNATIONAL LAW [1930] 583 (1975).

も、政府の鎮圧行為の過程での損害（第8項）と反乱者や暴徒による損害（第9項）の場合とを分けて規定していることである。これは特に前者の場合についてはより容易に国家責任を認めるべきとする考えが反映されていると言えるだろう。そして何よりも大きな相違点は、第9項(a)において、政府や官吏の過失または共謀がある場合についての問題が提示されていることである。この質問の意図として、当然これらの場合には責任が発生するとの回答を期待していたと言って良いだろうが、それだけでなく、そもそもこのような質問をすること自体、Guerrero 報告と根本的に相容れない。というのも、Guerrero 報告では、内戦や暴動などは包括的に「不可抗力」と性質づけられ、官吏の「過失」などというのが存在するような場合はそもそも想定しないという前提に立っている。従って、第9項は、反乱や暴動の場合でも官吏の過失が存在しうることを想定する時点で、Guerrero の考えを根本的に否定しているのである。

この論点表に対する各国の回答を踏まえて作成された「討論の基礎」では、このような転換がさらに明らかになっていた。それは前述した No. 22 (a) (損害防止や犯人の処罰についての相当の注意不履行・過失の有無により国家責任の判断が左右されるという規則を採用)⁽⁸⁵⁾ である。つまり、たとえ反乱や暴動などの状況下でも、個別の事態に応じて、過失の有無を判断し、領域国に責任を負わせることができるのである。

以上のことから、「過失・相当の注意不履行」理論は、内戦や暴動時の外国人損害に関わる国家責任を否定するための理論の一つとして、主にラテンアメリカの論者によって主張された⁽⁸⁶⁾「不可抗力による例外」理論

(85) 前述したように、No. 22 (d) では、暴動・暴力行為が外国人を標的にしているときには、被責任追及国に過失の不存在の立証責任を負わせる。義務不履行の立証責任を責任追及国に負わせていた Guerrero 報告を修正し、前述の Schücking 提案に従うことになったのである。

(86) もっとも、ラテンアメリカの論者の全てが Calvo や Guerrero などの見解を支持しているかということ、例外がないわけではない（例えば Wiesse）。U. N. Secretariat, *supra* note 15, at 210-211.

を否定する機能を果たしたのである。

② 国家責任の一般論についての学説

(87) この対立関係は、学説でも確認することができる。例えば、Eagleton は、1928年の著作で、「暴動および内戦」という項を設け、内戦などを不可抗力とみなして責任を否定する理論を批判する (CLYDE EAGLETON, THE RESPONSIBILITY OF STATES IN INTERNATIONAL LAW 125-126 (1928).)。巻末で Appendix として Guerrero 報告を掲載しているので、この記述は Guerrero 報告を批判する意図と思われる。そして、暴動などの場合も、通常の場合と同様、相当の注意 (due diligence) 義務違反の有無により責任認定をすべきだと主張した。内戦などを包括的に不可抗力と位置づけることを明確に批判する他の論者として、Goebel, *supra* note 81, at 815.; Gaston Leval, *Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, REPORT OF THE 24TH CONFERENCE 206 (1907).

また、この対立は、国際判例においても見いだすことができる。前述したように、Amelia de Brissot ほか事件判決では、3人の委員一致の上で、知事の行為についてのベネズエラの責任を否定した。しかし、ベネズエラ人委員と米国人委員との間でその論理は異なっている。米国人の Little 委員は、襲撃は不意打ち (a surprise) であり、当該状況における知事の部隊の混乱と壊滅は、彼の過失 (fault) に帰するものではない、と論じ、同じく米国人の Findlay 委員も、襲撃についてのベネズエラの予期可能性を否定して、ベネズエラの責任を否定した。いずれも、当該状況においてベネズエラ側に過失や相当の注意不履行が無いことを論拠としていると解釈しうる。一方、ベネズエラ側の Andrade 委員は、そもそも過失などの有無を検討することなく、代わりに Calvo などの学説を引用し、およそ国内騒擾・内戦の場合の損害については国家責任が生じないと述べ、ベネズエラの責任を否定した (*Supra* note 53, at 2949-2967.)。特に当該状況におけるベネズエラの過失の有無を具体的に検討することなく、かかる場合の責任を全面的に否定しているのである。この論拠の違いは、ベネズエラが本襲撃後に犯人を裁判にかけなかったことについての責任問題に関する判断の相違に影響した。Andrade 委員は、この点についても一纏めに責任を否定するのに対して、Little 委員と Findlay 委員は、襲撃後のベネズエラの対応を別途検討し、犯人を裁判にかけなかったことについては、ベネズエラの責任を認めたのである。Id. at 2967-2971.

(88) 連盟の法典化作業における「相当な注意」概念主張の戦略性を指摘す

前節で対象としたのは法典化作業だったが、それらは領域内の外国人損害に関わる責任の場合に限定して理論化を試みていた。しかし、学説レベルでは、あくまで責任の一般論を構築する試みも存在した⁽⁸⁹⁾。これらにおいて、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一般的な理論を見つけることはできるだろうか。

この点、国家責任の一般論について述べている主要な論者の見解を一瞥しても、該当する理論を必ずしもはっきりとは見いだすことができない。前述したように、彼らは、不可抗力や遭難という例外事由を挙げていない。

しかし、その中で、不可抗力的状态の場合の責任否定を明確に意識していた論者もいた。それは Ago である。彼の説の特色は、不可抗力的状态に起因する行為について、「国家に過失がない」と構成することにより国家責任を否定しようとしたことである。彼は、1939年のハーグ・アカデミーでの講義録で過失について述べ、1940年の「国際違法行為における過失」論文⁽⁹⁰⁾でこの点についてさらに詳しく論じている。

る立場として、小畑郁「国際責任の法制度における「相当な注意」概念の再検討—国際連盟の法典化作業におけるその一般化」『転換期国際法の構造と機能』55-87 (2000) 参照。

(89) 領域内の外国人損害についての責任論のみを論述対象にしている学者が、責任の一般論構築を念頭に置いていなかったかという決してそういうわけではない。例えば、Eagleton は、「責任は基本原則であり、その根は国際法全分野の下深くに枝状に広がっている。」と述べる (EAGLETON, *supra* note 87, at 207.). 逆に、責任一般論を論じている学者でも、一方で検討対象を外国人損害についての責任に限定した論文を著す例もある。例えば、Carlos Calvo, *De la non-responsabilité des États à raison des pertes et dommages éprouvés par des temps de troubles intérieurs ou de guerre civiles*, 1 R. D. I. L. C. 417-427 (1869); Anzilotti, *La responsabilité*, *supra* note 20.

(90) Ago, *supra* note 22, at 476-498.; Roberto Ago, *La colpa nell'illecito internazionale* (1940), *reprinted in* 1 SCRITTI SULLA RESPONSABILITÀ INTERNAZIONALE DEGLI STATI 271-302 (1978).

彼は、国際違法行為の成立のために、国際法義務に違反する行為と⁽⁹¹⁾その行為の国家への帰属の2要件を挙げた上で、過失について次のように述べる。

「過失概念はあらゆる法分野において同じでなければならず、国内法と同様国際法では、過失の問題は、違法行為 (il torto) の主観的要素に関する問題、つまり、損害を与える行為が行為者に帰属 (l'imputabilità) する条件としての自由意思性 (la volontarietà) の問題に他ならないのは、明白であるように見えるだろう。」⁽⁹²⁾

つまり、国家機関の過失 (la colpa, una fauta) を、行為の国家への帰属の要件を満たすための必要条件とする。その点では、理論上、過失は必ずしも国際違法行為の「独立の」要件として述べられているわけではないが、実質的に要件とする趣旨であると言って良いだろう (過失要件説)。なお、彼は、「過失」とは、狭い意味での怠慢 (la negligenza) つまり「狭義の (in senso stretto) 過失」のみならず、故意も含むいわゆる「広義の (in senso lato) 過失」の意味であると述べる。⁽⁹³⁾

彼は、伝統的立場は過失を責任の基礎としてきたと述べた上で、それを批判するいわゆる「客観説」の立場を紹介し、その中でも特に Anzilotti の説を批判して、過失要件説が正しいと論ずる。それでは、彼は過失要件説をどのように証明したのか。

彼の過失要件説の特徴は、専ら国家実行の検討によって導かれている

(91) Ago, *supra* note 22, at 441.

(92) Ago, *supra* note 90, at 286. 若干表現が異なるが同趣旨の記述として Ago, *supra* note 22, at 486.

(93) Ago, *supra* note 90, at 286. 彼は国内私法における過失概念を参考に行っている。そのことは、同ページの脚注1において、他の学者の次のような見解を引用していることから伺える。「過失 (Verschulden) は、私法と同一の定義において、故意 (Vorsatz) と [狭義の] 過失 (Fahrlässigkeit) を含む。なぜなら、過失 (Verschulden) は、その性質に従って、一般法的に本質的な要因を表しているからである。」以下も参照 Ago, *supra* note 22, at 485-486.

ことである。彼は、まず Anzilotti 説を理論的観点から批判して、過失要件説を先験的には否定できないとした上で、この問題は国家実行の検討⁽⁹⁴⁾によってのみ解決されると述べ、詳細な検討を始める。この検討に当た⁽⁹⁵⁾

(94) Anzilotti は、問題となる行為が①国際法違反&国内法違反の場合と②国際法違反&国内法上合法の場合に分けて検討する。①の場合では、国内法違反の行為は国家の行為にならないはずであるにもかかわらず国家責任が生じるのは、「危険の保証」という根拠ゆえであり、責任の根拠として国家機関の過失が入る余地がないと述べる。②の場合では、国家機関は国内法に従って行動しているものであり、機関に過失はないとする。(Anzilotti, *La responsabilité*, *supra* note 20, at 289-290.)

この見解に対して、Ago は次のように批判する (Ago, *supra* note 22, at 488-491.)。①の場合に、国家責任の発生を認めるということは、結局は、国際法上、機関の行為の国家への帰属を認めていることを意味するのであり、ゆえに、機関の過失がすなわち国家の過失とみなされうるので、国家の過失について語ることの論理的不可能性は全くない。従って、国家がその官吏の行為について保証するといういわゆる客観的保証というフィクションに頼る必要がないと述べる。次に②の場合については、国際法はある行為を故意や過失によるものと独自にみなすことができるのであり、同じ行為が国内法上故意や過失によるとみなされなくても関係ないと述べる。

以上の考察は、過失の要件性を「先験的に」否定することはできないことを断っておく意図であり、過失要件説を積極的に証明するものではない。過失要件説の論証の重点は、あくまでもその後の実証的検討にある。

ところで、Ago の Anzilotti 批判には説得力があるだろうか。①の場合についての批判とほぼ同様の指摘は、他の論者によってもなされている(田畑茂二郎『国際法I [新版]』464 (1973))。Anzilotti も自説の不十分さを認識していたのだろうか、その後出版した教科書の国家責任の章では、②の場合を想定したと解しうる部分はあるものの、①の場合についての記述が消えている。ANZILOTTI, COURS, *supra* note 20, at 499-500.

しかし、少なくとも②の場合についての Ago の批判は、Anzilotti 説の趣旨を誤解しているように思われる。Ago は Anzilotti が国内法上の過失について論じていると解しているが、Anzilotti は、国際法上の故意・過失が存在しないことを言うために、官吏が国内法を遵守していることに着目しているだけであって、国内法上の過失について論じているわけではなく、あくまで国際法レベルの議論をしているのである。

(95) Ago, *supra* note 90, at 23.; Ago, *supra* note 22, at 491.

っては、私人の行為による（外国人への）損害の場合と国家機関の行為による損害の場合に分けて検討する。

まず、私人の行為による外国人損害については、国家に「合理的かつ通常の注意 (una diligenza ragionevole, normale)」が要求され、それを果たしているときは、「最軽過失 (la culpa levissima)」が排除され国家責任が発生しないとする⁽⁹⁶⁾。もっとも、この場合の責任発生のために過失や相当の注意不履行が要求されるという考え方は、前述したように国際判例や法典化作業においても見られる考え方であり、特に珍しい指摘ではない⁽⁹⁷⁾。

従って、より問題になるのは、それ以外の場合でも過失が要求されるかどうかであろう。

彼は国家機関による直接的な損害行為の場合にも過失が必要とされるという。彼は、検討事例として、主に自然現象などを原因とする行為、つまり不可抗力の状態に起因する行為について責任が否定されたまたは否定される可能性が表明された事例を多数列挙する。具体的には、悪天候による誤爆、軍用機の領空侵犯などである⁽⁹⁸⁾。そしてこれらの場合に責

(96) Ago, *supra* note 90, at 296.

(97) 責任一般論についての学説でも、私人による外国人への損害に関わる国家責任発生のために過失や相当の注意不履行を要求する立場は多い。例えば、de Visscher, *supra* note 2, at 103-105.; 田畑 前掲註94 464-465。

(98) Ago は具体例について大要以下のように叙述している (Ago, *supra* note 22, at 494-497. Ago, *supra* note 90, at 298-301.)。

- ・普仏戦争中の事例：プロシア軍による病院砲撃について、仏軍指揮官が書簡で、この砲撃を偶然のせいにするのははや許されないと抗議したところ、プロシア軍指揮官が返答書簡において、霧がそれほど深くなく射程距離が短くて赤十字のマークのついた建物を区別できるならば、偶発事故とはみなされまいだろうと述べた。どちらの書簡も、過失なき病院砲撃の場合には国際違法行為の存在を排除する趣旨だったと解される。
- ・メキシコ国境を越えてインディアン暴徒を追跡した米国軍中隊長がメキシコ兵によって殺害された事件 (1886年)：偶発事故ゆえに、米国政府はメキシコ政府に賠償請求をしなかった。

任が否定されうるのは、それは過失が存在しないからだと説明するのである。前述の国家実行における傾向に照らしたとき、この説明には一定の根拠があるように思える。

従って、Ago の過失要件説は、不可抗力的な事例についての責任発生を否定する機能があったと言えよう。実際、次のような記述から、彼が、過失がない場合とはすなわち不可抗力的な場合のみだと考えていたことが伺える。

-
- ・ドッガーバンク事件：国際審査委員会が、砲撃ミスが濃霧に起因するものである以上、ロシアはいかなる賠償義務もイギリスに対して負わないと決定した。（筆者註：しかし、これは Ago の解釈間違いではないだろうか。実際には委員会は賠償義務を認めた。）
 - ・ドイツ航空機が操縦ミスによりフランス領内に着陸してしまった事件（1913年）：この事件において、フランス政府は賠償を請求しなかった。
 - ・英米仲裁裁判所1926年11月30日判決：1899年に米兵が反乱者との戦闘中にイギリス人の製糖所に損害を与えた事件は単なる事故であるとして英国の賠償請求を却下した。
 - ・第一次世界大戦中の諸事例：中立国領空侵犯についての抗議への抗弁として、雲、暴風、エンジン損傷などによる過失なき不可抗力またはミスが主張された。
 - ・1918年7月3日ドイツ・ルーマニア平和条約：犯罪人の扱いについての国際法規則違反によってドイツの戦争犯罪人が損害を被ったとき、その違反がルーマニアの国家機関の自由意思または過失による行為による場合には、賠償義務が生じることを規定している。
 - ・日中戦争中に日本空軍が米国艦を爆撃し、後に日本政府がその指揮官を解任した事例：空軍指揮官が最大限完全な予防措置をとらなかったことから直ちに解任されたのであり、もしこれらの措置がとられて過失がなければ、日本は責任を負うと考えなかっただろう。
 - ・日本政府から英国政府への書簡(1937年9月21日)9：日本空軍が英国大使を負傷させたことについて遺憾の意を表明し、日本空軍が意図的に又は過失により外国人を殺害または怪我をさせたことが確認できる場合には常に必要な措置をとるという保証を与えた。
 - ・イタリア・エチオピア戦争や、スペイン内戦、そして（論文発表当時に進行していた）第二次世界大戦中の事例。

「……過失の消極的限界は、問題の行為が自由意思でないという事実または侵害行為の結果が絶対的に予測できないという事実のどちらによっても、つまり一般的な用語を使うなら、不可抗力 (*forza maggiore*) または偶発事故 (*caso fortuito*) の結果によって与えられる。⁽⁹⁹⁾」

逆に言えば、不可抗力・偶発事故と言えない場合であれば、過失の存在が認められることになり、彼のいう過失は極めて広い概念ということになる。⁽¹⁰⁰⁾

以上、Ago の見解を見てきた。彼の説は過失要件説であり、「過失がない」として不可抗力的状态に起因する行為についての国家責任の否定が図られていた。

もっとも、この検討が Ago 以外の論者にも当てはまるかと言えば、必ずしもそういうわけではない。確かに、20世紀前半において、過失要件説は有力な説ではあったが、周知の通り、決して通説というわけではなかった。しかも、Ago 以外の過失要件説論者も、不可抗力の場合の国家責任否定を明確に念頭においていたとは必ずしも言えない。Oppenheim は、「他国に被害を与える国家の行為は、意図的かつ故意に (*wilfully and maliciously*) または過失 (*culpable negligence*) により犯されなければ、

(99) Ago, *supra* note 90, at 190.

(100) 本稿は、Ago の過失要件説を必ずしも支持する立場ではない。実際、過失要件説についての彼の証明には問題点がないわけではない。実証的に検討すると言いながら、あらゆる種類の国家責任事例を検討しているわけではないからである。例えば、立法行為や裁判拒否についての責任の場合にも、過失が必要とされているかどうかについての言及がない。これらの場合の国家責任発生には過失は不要とする説が有力なのは周知の通りである (田畑前掲註94 465-466。安藤仁介「国際法上の国家責任にかかわる「過失」の実態」『京都大学法学部創立百周年記念論文集』第2巻303-335 (1999)。) もっとも、ここで指摘したように、Ago の「過失」は極めて広い範囲を想定している。おそらくこの広い定義に照らして、これらの場合にも過失を見いだせると解釈することになるのだろう。彼に限らず、過失要件説論者は、概して過失の範囲を広く解する傾向がある。

国際違法行為ではない。」⁽¹⁰¹⁾と述べて、国際違法行為成立のために、故意・過失を要求する。しかし、過失を要件とする根拠を彼は明確にはしておらず、不可抗力の場合の問題にも触れていない。Lauterpacht も、責任発生のために原則として過失を要求する立場であるが、不可抗力の場合云々の記述は見られない。⁽¹⁰²⁾このように、Ago 以外の過失要件説論者が、その狙いの一つとして、不可抗力の場合の責任否定を想定していたかと言えば、少なくとも明示的な言及は見られない。そもそも、過失要件説の根拠は論者により様々であり、⁽¹⁰³⁾その全面的な検討は本稿の検討範囲を超える。

結局、戦前におけるほとんどの学説は、過失を重視する立場か否かにかかわらず、不可抗力の状態に起因する行為の責任否定の理論について、まだ明確に意識していなかったというのが正確なところであろう。

しかし、それでもあえてこの当時の責任論において不可抗力の場合の責任否定を説明するならば、少なくとも過失要件説論者においては、やはり、「過失がないから」という説明になるのではないかと思われる。⁽¹⁰⁴⁾

(101) LASA F. L. OPPENHEIM, 1 INTERNATIONAL LAW §154 (1st ed. 1905).

(102) HERSCH LAUTERPACHT, PRIVATE LAW SOURCES AND ANALOGIES OF INTERNATIONAL LAW 138-143 (1927). Hersch Lauterpacht, *Règles générales du droit de la paix*, 62 R. C. A. D. I. 359-364 (1937). Lauterpacht は、過失責任が原則だとしつつも、例外も認めている点で、Ago の説と必ずしも同じではない。

(103) 例えば、Lauterpacht は、実証的な検討も交えながらも、主に国内私法とのアナロジーという観点から検討しており、しかも「絶対責任」へのアンチテーゼとして過失責任を主張しているのが特徴である。

(104) 過失責任の場合には不可抗力の規則が必ずしも必要でないという考え方は、国内法においても見いだすことができる。

例えば、民法の不法行為責任についての各国の一般規定では、不可抗力の場合の例外への言及は見られない。なぜなら、特に大陸法系の国では、過失責任またはフォート責任が原則であり（ドイツ民法823条・826条，フランス民法1382条，イタリア民法2043条，日本民法709条など），不可抗力の場合は、過失がないなどとして責任が否定されうるからである。結局，加藤一郎が指

可抗力的状態に起因する行為についての責任の否定は、いわば過失要件説の機能の一つなのである。その点では、20世紀前半において過失要件説が多数説ではないまでも有力な立場であったことに鑑みれば、「過失が

摘するように、「過失責任の原則の下では、不可抗力による免責の問題は、過失がない、または因果関係がないという形で、不法行為の成立要件を欠くものとして処理することができ、不可抗力という概念を持ち出す必要はないことになる。」(加藤一郎「[不可抗力]について」『民法ノート(上)』154(1984))。英米法でも、現代不法行為法において中心的な位置を占めるネグリジェンス(negligence)は、過失責任を基礎とし、注意義務(duty of care)に違反することを要件の一つとしている。不可抗力のときはそもそも、注意義務の違反が認められないことになるだろう。

債務不履行に基づく損害賠償責任では、債務者の「責めに帰すべき事由」が考慮される例が多い(ドイツ民法275条・280条・286条(2002年度改正規定については、岡孝(編)『契約法における現代化の課題』181-245(2002)参照、イタリア民法1218条、日本民法415条)。従って、不可抗力の場合には、「帰責事由がない」として責任が否定されうる。なお、日本民法の通説では、帰責事由とは、「債務者の故意・過失または信義則上これと同視すべき事由」と解されている。(ところで、日本民法では、419条2項(前掲註3)の反対解釈により、金銭債務以外の一般債務不履行について不可抗力抗弁が可能と解されている。しかし、一部で有力な異論はあるものの、判例は、この不可抗力概念は無責(故意過失などが無い)を意味するに過ぎないと解し、本概念に必ずしも独自の意義を認めていない。沖野真巳「[責ニ帰スヘキ事由]・過失・瑕疵・欠陥(不可抗力)」法学教室164号17(1994)。

もっとも、例外がフランス民法である。1147条と1148条は次のように規定する。

1147条「債務者は、必要あるときは、不履行がその責に帰しうべからざる外来の原因によりて(d'une cause étrangère)生じたことを正当づけえざる全ての場合において、たとえ彼の側になんらの悪意なかりし場合といえども、あるいは債務不履行の理由により、あるいは履行における遅延の理由により、損害賠償支払いの言い渡しを受けるものとす。」

1148条「不可抗力(force majeure)または偶発事故(un cas fortuit)の結果により、債務者が義務付けられているものを与えもしくは為すことを妨げられ、または禁じられていることを為したるときは何らの損害賠償も発生せず。」

ないから」という説明が、不可抗力の状態に起因する行為についての責任否定を説明する有力な理論であったと位置づけることができよう。もちろん、条約に不可抗力などの例外規定がある場合などはそれによって

1147条は債務不履行についての損害賠償義務を定め、免責される「外来の原因」の典型が1148条の「不可抗力または偶発事故」を指すと解されている。もっとも、1147条の「不履行」に当たるためには、契約上のフォートが必要とされる。手段債務の場合は、「善良な家父の注意義務」を怠ったことまで必要とされるため、免責のためにはこの注意義務を払ったことを挙証すれば足りるのであり、1148条に基づいて、不可抗力または偶発事故を立証する必要はないと解されている。その点では1148条には独自の必要性がない。しかし、結果債務の場合は、原則として、債権者が債務の不履行または遅滞の事実を挙証するだけでフォートが推定されて責任が生じる（実際的には無過失責任に近くなると言えよう）と解されているため、1148条が独自の意味をもち、「不可抗力または偶発事故」を挙証したときには免責されることになる。（山口俊夫『フランス債権法』216-221（1986）、吉田豊「不可抗力概念とその周辺」法学新報97巻1/2号114-120（1990）を参照。）

以上、過失責任またはフォート責任の一般規則を概観した。概して、不可抗力の免責規定は存在せず、存在したとしても、独自の意義が認められていないことが多い。フランス民法では、特に結果債務不履行について、不可抗力規定が独自の意義を有すると解されているが、それは実際に無過失責任に近いとみなされているからこそであった。

一方で、「無過失責任においては、不可抗力が免責事由または減責事由として意味をもつ」（加藤）。不可抗力概念の起源は、ローマ法上のいわゆる「レケプトゥム責任」に遡ると言われる。ローマ法では、船主や旅館の主人、厩舎の主人などが客から預かった物品の滅失や損傷について結果責任を負うとされていた。しかし、船が難破したり海賊や盗賊に襲われたような場合でも主人の責任が問われるのは酷なので、これら不可抗力の場合の滅失・損傷については、免責されることになったのである。この法規則は現在にも伝わっている（ドイツ民法701条、日本商法594条1項）。また、危険責任についての特別法において不可抗力による免責規定がしばしば見られる。ドイツでは、鉄道会社（責任法1条2項）やエネルギー施設所有者（責任法2条）の責任や水の汚染についての責任（水管理法22条2項）などを定めた特別法で、免責事由として不可抗力の規定がある（椿寿夫・右近健男『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』55-58（1990）参照）。日本でも、鉱業法113条、大気汚染防止法25条の3、水質汚濁防止法20条の2などで同様の規定がある。危険

正当化されるだろう。しかし、少なくとも、不可抗力の状態に起因する行為についての責任否定を説明する「一般的な」理論として、「過失がないから」という説明は有力な立場であったことは確かである。

3) まとめ

本章では、不可抗力の状態（悪天候・自然災害・戦争・内戦・革命など）に起因する行為についての国家責任を否定するために主張されていた理論の傾向を探るべく、国際判例、実行、法典化作業そして学説を検討してきた。その結果、例外がないわけではないものの、過失などの要素の欠如を理由として責任を否定するという有力な傾向があったことが明らかになった。

以上が主に ILC の作業以前の理論状況である。一方で、現在の ILC 草案では、違法性阻却事由として不可抗力および遭難が規定されている。前章および本章の検討に照らしたとき、新たな理論がそこに提示されていることになる可言えよう。それでは、この理論の登場の理由はいかなるものだったのだろうか。

4. ILC における不可抗力・遭難規定の導入とその背景

1) 違法性阻却事由への不可抗力・遭難の追加

<小委員会での議論>

1962年4月27日の ILC 第14会期第631回会合で、Tunkin が、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を設置することを提案し⁽¹⁰⁵⁾た。その提案に基づいて第637回会合で小委員会が設置され、今後の法典⁽¹⁰⁶⁾

責任の免責事由としての不可抗力の優れた研究として、錦織成史「不可抗力と避けることのできない外的事実—危険責任の免責事由に関する一考察—」論叢110巻4/5/6号199-238(1982)参照。

(105) [1962] 1 Y. B. INT'L L. COMM'N, 16.

(106) 委員は次の10人である。Ago (議長), Briggs, Gros, Jiménez de Aréchaga, Lachs, de Luna, Paredes, 鶴岡, Tunkin, Yasseen. *id.* at

化の方針が討議された。1963年1月の小委員会第5回会合では、Ago が作成した作業文書について討議がなされた。議長の Ago の作業文書は、「行為が違法でない状況 (circumstances in which act is not wrongful)」⁽¹⁰⁷⁾として4つを挙げている。その4つとは、①被害当事者の同意、②国際違法行為の行為者に対する正当な制裁 (現在の「対抗措置」)、③自衛、④緊急状態である。その中には不可抗力や遭難は存在していない。これら4つの事由は、彼が1939年のハーグアカデミーの講義録で挙げたものと全く同じである。戦前からの自説をそのまま継承しているのである。加えて、小委員会の他の委員はその提案内容に賛同していた。⁽¹⁰⁸⁾不可抗力を加えるべきなどの意見が出されたわけではない。⁽¹⁰⁹⁾前章までの検討内容に照らせば、小委員会委員の無反応は、至極当然のものであるように思える。この討議を受けて作成された報告書でも、依然としてこの4つの事由のみが挙げられていた。⁽¹⁰⁹⁾それでは、不可抗力や遭難という事由はどの段階で現れたのだろうか。それには16年後の1979年まで待たなければならない。

<Ago 第8報告書>

特別報告者に選ばれた Ago は、1969年から順次、報告書を提出した。そして、最後の報告書つまり1979年の第8報告書で違法性阻却事由を扱ったとき、先の4つに加えて、「31条 不可抗力 (Force majeure)」「32条 偶発事故 (Fortuitous event, Cas fortuit)」の規定を置いた。その規定は以下のようなものであった。⁽¹¹⁰⁾

45.

(107) Ago, *supra* note 4, at 253.

(108) 自衛について Tunkin が若干意見を述べただけであった。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.

(109) *Id.* at 228.

(110) Roberto Ago, *Eighth Report on State Responsibility*, A/CN.4/318

31条：不可抗力

1項「国際義務によって要求されていることに一致しない国家の行為の国際的違法性は、当該国家に帰属するその行為の実行者が他のやり方で行為するのが絶対的に不可能である場合には、阻却される。」

2項「国際義務によって要求されていることに一致しない国家の行為の国際的違法性は、当該国家に帰属するその行為の行為者が彼自身又は同行者を遭難状態から守る他の手段を何ら有していない場合であり、かつ、当該行為が他者を同等の又はより大きい危険の状態に置かない限り、同様に阻却される。」

3項「義務遵守の不可能性又は遭難状態が、義務に一致しない行為が帰属する国家に起因する場合には、前項は適用されない。」

32条：偶発事故

「国際義務によって要求されていることに一致しない国家の行為の国際的違法性は、併発する外来的かつ予測されない要因により、当該国家に帰属するその行為の行為者が、その行為が国際義務に一致しないことに気付くのが不可能である場合には、阻却される。」

それでは、Ago は、これらの規定の根拠として、いかなる事例を念頭においていたのであろうか。彼の第8報告書では、悪天候による軍用機・軍艦の領空・領海侵入や反乱などによる外国人への損害などの諸事例が⁽¹¹¹⁾列挙されている。これらは、前述の戦前の論文での列挙事例と極めて類似していることに注目しなければならない。戦前の Ago の論文と第8報告書のいわば「橋渡し」の役割を果たしたのが、前年に国連事務局が作成した「違法性阻却事由としての「不可抗力」と「偶発事故」という

& Add. 1-4, [1979] 2 Y. B. INT'L L. COMM'N 66. 第8報告書のオリジナルは仏語である。仏語版は次の文献にも収録されている。ROBERTO AGO, 2 SCRITTI SULLA RESPONSABILITÀ INTERNAZIONALE DEGLI STATI (Part 2) 1095-1253 (1986).

(111) *Id.* (Eighth Report) at 52-57, 60-61, 62-65.

ILC 国家責任条文草案における不可抗力・遭難規定

詳細な研究報告書である。⁽¹¹²⁾この報告書では、戦前の Ago の論文で挙げられていた事例（前掲註98）の多くが検討されており、同時に、Ago は第 8 報告書で挙げる事例を全てこの報告書から抽出している。

このような検討事例の類似性からは、これらの規定と戦前の彼の過失要件説との密接な関係が伺えるように思える。Ago 第 8 報告書の記述内容をもう少し読み込んだとき、このことはさらに明らかになる。不可抗力規定を支持する学説を検討するパラグラフで、彼は次のように述べている。

「義務履行が絶対的に不可能である状況において国家が選んだ行為の違法性阻却は、「不可抗力」とか「履行の不可能性」という概念を明示的に援用せず、故意 (malice) や過失 (negligence) を問われない場合に国家責任の可能性を排除する論者によって、黙示的だが必然的に受け入れられている。というも、他の行為が絶対的に不可能な状況においてかつその意図⁽¹¹³⁾とは関係なく行為した国家に、過失はまさか帰属しえないからである。」

つまり、過失要件説論者は過失がない場合に責任を否定するのだから、彼らの学説は論理必然的に、「不可抗力の場合には違法性阻却」という規則をも認めるものであると解釈するのである。⁽¹¹⁴⁾

(112) U. N. Secretariat, *supra* note 15.

(113) Ago, *Eighth Report, supra* note 110, at 58. この記述は第 1 読草案 31 条註釈にも引き継がれた。 *Report of International Law Commission on the work of its thirty-first session*, A/34/10, [1979] 2 Y. B. INT'L L. COMM'N (Part 2) 131.

(114) 事務局研究も、不可抗力の問題と過失の問題の密接な関係を前提としていた。不可抗力・偶発事故についての学説を検討する項 (35ページ分) では、「序論的考察」として、最初の14ページ分にわたって、「過失理論」と「客観理論」の対立について記述されている。そのように過失の問題について詳細に検討する理由として、次のように述べられている。

「不可抗力」と「偶発事故」は「過失」の不存在を直接的に引き起こす法的概念である……。……。それゆえ、国際違法行為についての国家責任が過失概念を基礎としているのかまたは国家に帰属する国際義務違反から「客観的

従って、Ago が過失を要件とすることによって実現しようとしていたこと、つまり不可抗力の状態に起因する行為についての責任の一般的な否定は、ILC への報告書では、違法性阻却事由に不可抗力・偶発事故を加えることによって実現されることが意図されていたのである。Gattini の次の見解は確かに正しいと言えよう。

「Ago が過失に割り当てた中心的な役割は、[第1読草案] 31条に隠され⁽¹¹⁵⁾ている。」

<ILC における採択>

その後の ILC における議論では、この Ago 提案はどのように扱われたのであろうか。

本稿で指摘してきたように、不可抗力という言葉が国家実行や学説などで使われることはしばしばあるが、国際法上の国家責任論において法的概念として確立していたかという点、必ずしもそうではなかった。当然、不可抗力と認定されるための国際法上独自の要件が確立していたわけでもない。従って、必然的に、Ago の提案には、国内法上の概念を一

に」生じるのかについての、また同様に、「国際違法行為」における過失要素の位置やまさに「過失」という用語に付されるべき意味についての国際法学者の理論的立場は、彼らが不可抗力と偶発事故が一定の条件下で国際法上の違法性を阻却するという、国家実行や国際判決で確認された事実を理論的に正当化しようとする際、その見解に反映されざるを得なかった。」(U. N. Secretariat, *supra* note 15, at 188-189.)

このように述べた上で、過失責任を支持する論者は、論理的に、不可抗力・偶発事故という違法性阻却事由を正当化することになると解するのである (*id.* at 201-203.)。これらの内容に照らせば、事務局の作業が、特別報告者 Ago の立場の影響を極めて強く受けているのは明らかである。

(115) Andrea Gattini, *Smoking/No Smoking: Some Remarks on the Current Place of Fault in the ILC Draft Articles on State Responsibility*, 10 E. J. I. L. 401 (1999).

部借りている部分と、彼自身の創作の部分とが混在することになった。

Ago 報告書の不可抗力概念は、各国国内法の規定の中でも、特にフランス民法1148条（前掲註104）の議論の影響を受けている。フランスの判例・通説では、1148条の「不可抗力」の要件は、①債務者または加害者本人の責に帰すことのできない外来の原因 (cause étranger) によるもので、②予見不能で (imprévisible)、回避しがたく (inévitabile)、かつ、③抵抗（克服）し難い (irrésistible, insurmontable) 出来事（例えば、天災地変、第三者の所為、君主の専断行為 fait du prince）の3つとされている⁽¹¹⁶⁾。これらの条件は、事務局研究で示され⁽¹¹⁷⁾、Ago 報告書を経て、その後第1読草案註釈でも採用された条件と酷似している⁽¹¹⁸⁾⁽¹¹⁹⁾。

偶発事故 (cas fortuit) という概念も、フランス民法1148条にヒントを得たものである。しかし、フランス民法では force majeure と cas fortuit の両概念を峻別しないで用いるのが一般的であるの⁽¹²⁰⁾に対して、Ago は、後者の概念に「外来的かつ予測されない要因により国際義務違反を知るのが不可能なとき」という独自の意味を与えた。

これらの概念は国内法から移入したものではなく、あくまでも国際法上確立してきたものであるという Ago の主張⁽¹²¹⁾にもかかわらず、一部の委員は、このような国内法からの移入と Ago の創作とを見抜いていた。ILC 第31会期の会合において、彼らは、国内法上の不可抗力や偶発事故などの概念を国際法に移入することによる混乱のおそれを指摘した⁽¹²²⁾。例

(116) 山口 前掲註104 220-221頁。山口俊夫（編）『フランス法辞典』238（2002）。

(117) U. N. Secretariat, *supra* note 15, at 69, 208.

(118) Ago, *Eighth Report*, *supra* note 110, at 58-59.

(119) *Supra* note 113, at 132.

(120) フランス法において、不可抗力・偶発事故の両概念についての学者の見解は必ずしも一致していないものの、一般に、不可抗力と偶発事故はそれぞれ単独で免責事由にならないとされている。山口 前掲註104 220頁。

(121) [1979] 1 Y. B. INT'L L. COMM'N 205.

(122) Reuter 委員 (*id.* at 200.), Sucharitkul 委員 (*id.* at 202-203.)。また、

えば、フランスの Reuter 委員は、不可抗力・偶発事故の意味は国によって様々であって、委員会はこれらの用語を使うべきでなく、また Ago の提案する「偶発事故」はフランスの慣行のみならず多くの法制度とも一致しない、と述べて批判している。

Ago の再説明にもかかわらず、必ずしもこれらの批判は消えなかったが、結局、規定案は起草委員会に回されることになった。この起草委員会から現在の第2読草案に至る過程でいくつかの修正がなされている。⁽¹²³⁾ その中でも特に大きな修正点は、次の2点である。

第1に、不可抗力と偶発事故を同一規定に統合し、最終的には偶発事故を削除したことである。このような変更の理由には、まず、前述の通り、フランス法において、両概念は区別されることなく、ひとまとまりの概念として議論されることが多いことがある。おそらくはこのことを背景として、ILC では両概念を別規定にすべきでない旨の意見が出さ⁽¹²⁴⁾れ、起草委員会では、統合されるに至った。起草委員会議長の Riphagen

英米の不法行為法では、自然現象のみを対象とした「神の行為(act of God)」の概念の方が知られているため、それと同じく、不可抗力も自然現象に限定すべきという意見を述べる委員もいた。Ushakov 委員 (*id.* at 198-199.), Verosta 委員 (*id.* at 199-200.)。

(123) なお、第1読草案段階での他の修正点としては、「国に帰属する行為の実行者」が「国」という表現だけになったことや、「絶対的不可能性」が「物理的不可能性」になったことなどがあるが、起草委員会議長の Riphagen の説明によれば、いずれも、Ago 案の趣旨を変更するものではなかった。*id.* at 234. 第2読草案段階での他の主な修正点は以下の通り。「外部的、外来的 external」の削除 (23 I。もっとも仏語テキストでは削除されず。), 「寄与する contribute」を「起因する due」に変更 (23 II(a), 24 II(a)), 危険の引受の場合の例外を追加 (23 II(b)), 「合理的な reasonable」の挿入 (24 I), 「極度の extreme」の削除 (24 I)。本稿執筆時点で、1999年度 ILC 年鑑が未公開のため、以下を参照。*International Law Commission Fifty-First Session Provisional Summary Record of the 2605th Meeting*, A/CN.4/SR.2605 (1999), at 18-21.

(124) Tabibi 委員 (*id.* at 198.), Thiam 委員 (*id.* at 198.)。

によれば、これら2つの事由の共通の特性、特に不可能性という要素を考慮して統合したという⁽¹²⁵⁾。第1読草案31条註釈でも、両概念を峻別しない旨が述べられている。第2読草案作成時になると、特別報告書 Crawford は、このような理由に加えて、国家責任の発生のために常に義務違反の認識が必要とは限らないということも考慮して、ついに「偶発事故」概念自体を削除するに至った。⁽¹²⁶⁾⁽¹²⁷⁾

第2の大きな修正点は、遭難規定への枝分かれである。これは元々、Ago が不可抗力の一部として Ago 案31条2項に規定していたものが、一部の委員の主張⁽¹²⁸⁾を反映して、起草委員会の段階で、独立の条文になったものである。⁽¹²⁹⁾

このような経緯で、違法性阻却事由に不可抗力と遭難という新しい事由が導入された。

(125) *Id.* at 234. 第1読草案31条(不可抗力及び偶発事故)は次のような規定となった。1項「国家の国際義務と一致しない当該国家の行為の違法性は、その行為が、当該国家の統制を超える抵抗しがたい力又は予測されない外来的な事態であって当該国家がその義務と一致するように行動すること又は行為がその義務と一致しないことを知ることを物理的に不可能にするものに起因する場合には、阻却される。」2項「1項は、当該国家が物理的に不可能な状況の発生に寄与した場合には適用しない。」

(126) *Supra* note 113, at 123.

(127) Crawford は、次のように述べる。「[「不可抗力と偶発事故」というタイトルはフランス民法に由来する。しかし、決して「偶発事故」のすべての場合が国際法における免責事由 (excuses) になるわけではなく、不可抗力の場合がその分野をカバーするのに十分である。」Crawford, *supra* note 1, at 21.

(128) Vallat 委員 (*supra* note 121, at 202.), Barboza 委員 (*id.* at 235.)。

(129) 第1読草案32条(遭難)「国の国際義務と一致しない当該国の行為の違法性は、当該国の行為を構成する行動の実行者が、極度の遭難状況において、その者の生命又はそのものに保護を託された者の生命を救うために他の手段を有しなかった場合には阻却される。」

2) 不可抗力・遭難規定導入の背景

以上、不可抗力および遭難規定が ILC 草案に取り入れられる過程を概観した。かくして、Ago が過失を要件とすることによって実現しようとしていたこと、つまり不可抗力の状態に起因する行為についての責任の一般的な否定は、ILC では、違法性阻却事由に不可抗力・遭難を加えることによって実現されうることになった。それでは、かかる展開はどのような理由によるのだろうか。このあたりの背景を知るには、もう一度 1963年の小委員会の議論に遡る必要がある。

1963年の小委員会での Ago の作業文書において、違法性阻却事由の中に不可抗力・遭難がなかったのは、既に指摘した通りだが、一方で、ILC で議論されるべき論点の一つとして、次のことが挙げられていた。

「請求主題である行為を行う機関の側に過失がなければならぬか。客観責任と広義の過失に関する責任。過失の程度の問題。⁽¹³⁰⁾」

つまり、Ago は、過失の要件性の問題や必要とされる過失の程度の問題を検討課題として提示していたのである。自説に照らせば、過失要件説を草案に規定したいという意図が裏にあった、またはたとえそこまで言えなくても、委員会においてこの問題を正面から議論したいという気持ちがあったのは間違いない。

しかし、小委員会の議論⁽¹³¹⁾では、他の委員から、過失に関して議論することへの懸念が表明された。

(130) Ago, *supra* note 4, at 253.

(131) また、過失を議論する実益を疑問視する委員もいた。Jiménez de Aréchaga は、過失の問題は理論的には非常に興味深いだが、実際の目的の法典化においては、それを強調するのは望ましくないと述べ、Briggs も Borchard の見解（欧州大陸では、国際法上の国家責任の基礎が危険か過失かについての議論が盛んであるが、見たところこれらの理論は国際裁判の決定や外務省の仕事において実際には殆どまたは全く意味がない。）を引用しつつ、同趣旨の発言を行った。しかし、Ago は、悪天候による航空機の領空

ILC 国家責任条文草案における不可抗力・遭難規定

特に、Tunkin は次のように述べて、過失について議論すると紛糾し、ILC の作業が滞ることを懸念していた。

「この問題 [= 過失が要件か否かの問題] についての国際実行は統一的でなく、おそらく ILC はその点についての統一的規則を採択できないだろう。」⁽¹³²⁾

これらの討議の後に小委員会の賛同の下で Ago が作成した報告書では、過失の問題が検討課題の一つとして残されてはいた。⁽¹³³⁾しかし、その後の展開を見る限り、Tunkin の意見はその後の Ago の報告書に大きな影響を与えたと判断される。既に知られているように、1969年から彼が ILC に順次提出していった報告書では、過失は国際違法行為の要件として規定されなかった。それだけではなく、そもそも過失を要件として規定しないことについての言及もない。これは、同様に要件として規定されなかった「損害 (damage)」についての扱いとコントラストをなしている。行為の国家への帰属と国際義務不履行の2要件が示された Ago 案第2条 [国際違法行為の存在の条件] の説明部分では、2つのパラグラフに渡って、損害を規定しないことについての論拠が論じられてい⁽¹³⁴⁾る。しかし、同じく要件として規定されなかった過失については、その問題に触れることさえしていない。そしてその後、第7報告書まで、彼が過失の問題に言及することはなかった。彼は、最後の第8報告書(1979年)で、しかも ILC 委員を辞した後というまさに最後の段階で、不可抗力・偶発事故規定(現在の不可抗力・遭難規定)を提案し、前述したように、その説明の中ではじめて過失要件説との関係に触れた。それにも

侵犯の例を挙げて過失の議論の実益性を強調することにより、これらの見解には反論している。(以上のやりとりについて Ago, *supra* note 108, at 236.)

(132) *Id.* at 236.

(133) *Id.* at 228.

(134) Roberto Ago, *Second Report on State Responsibility*, A/CN.4/233, [1970] 2 Y. B. INT'L L. COMM'N 194-195.

かわらず、ILC 第31会期の会合でこれらの規定が討議されたときには、Ago は過失の問題には全く言及しなかった。結局、Ago は過失の問題に触れること自体をできる限り避けていたのである。結局、過失の要件性の問題は、Ago の報告書でもそれを討議した ILC の会合でも、正面から議論されることはついになかった。⁽¹³⁵⁾⁽¹³⁶⁾

かかる経緯から次のような Ago の意図が読みとれるだろう。つまり、不可抗力の状態に起因する行為についての責任否定を一般的に確保するために、戦前の有力説であり自説でもある過失要件説について議論したい。しかし、小委員会での議論から明らかなように、この問題を正面から扱うのは困難なので、不可抗力などを違法性阻却事由に追加することにより、自らの過失要件説が目指していたことを実現する意図だったと思われる。

もっとも、これらの規定を導入しないと、不可抗力の状態に起因する行為の責任否定が不可能になるというわけではない。ILC 草案は、いわゆる「一次規則」を法典化の対象外としている。その点では、ILC 草案は、国家責任発生過程の全容を規定しているわけではない。Crawford が強調するように、過失の要件性に関する規定が草案にないからといって、個別の「一次規則」で過失が要求されることを全く妨げるものではない。

(135) もっとも、委員の中には、不可抗力・偶発事故の提案と過失などの要素の問題との関連を指摘する者もいた。タイの Sucharitkul 委員は次のように述べる。「究極的には、[Ago 案] 31条と32条によってカバーされる全ての場合に、国家に帰属する行為の実行者によって示される注意の程度として現れる主観的要素が考慮されなければならない。」 *supra* note 121, at 203.

(136) もっとも、後に Arangio-Ruiz により、損害に寄与した被害国の故意・過失が賠償の決定の際に考慮されるという「寄与過失」の規定が導入された（現第2読草案39条）。しかし、本稿で扱っている「過失の問題」は、責任発生のために行為国の過失が必要とされるかどうかの問題であり、被害国の寄与過失とは別の問題である。Crawford が第1報告書で過失の要件性を明示的に否定するまで、ILC においてこの問題が正面から議論されたことはなかった。

従って、具体的「一次規則」の内容によっては、過失の欠如を理由に責任が否定されることがありうる。⁽¹³⁷⁾例えば、内戦時の私人による外国人損害については、前述の国際判例が示すように、違法性阻却事由（不可抗力）ではなく、あくまで過失や相当の注意不履行の有無の考慮により、国家責任の有無が判断されるのではないだろうか。つまり、いわゆる「一次規則」レベルで処理されると解される。また条約で不可抗力や遭難の例外規定が置かれていれば、当然その適用により、責任が否定されることになる。⁽¹³⁸⁾

(137) James Crawford, *First report on State Responsibility*, A/CN.4/490/Add.4 (1998), at 10.; James Crawford, *Revising the Draft Articles on State Responsibility*, 10 E. J. I. L. 438 (1999).

(138) 例えば、次のような諸規定がある。国連海洋法条約18条2項「通航は、継続的かつ迅速に行わなければならない。ただし、停船及び投錨は、航行に通常付随するものである場合、不可抗力若しくは遭難により必要とされる場合又は危険若しくは遭難に陥った人、船舶若しくは航空機に援助を与えるために必要とされる場合に限り、通航に含まれる。」、同条約39条1項(c)「不可抗力又は遭難により必要とされる場合を除くほか、継続的かつ迅速な通過の通常の状態に付随する活動以外のいかなる活動も差し控えること。」、海洋油濁防止条約4条(a)「第3条の規定は、次のものには適用しない。(a)船舶の安全を確保し、船舶若しくは積荷の損傷を防止し、又は海上において人命を救助するための船舶からの油又は油性混合物の廃棄」、油濁民事責任条約3条2項(a)「所有者は、次のことを証明した場合には、汚染損害について責任を負わない。(a)当該汚染損害が戦争、敵対行為、内乱、暴動又は例外的、不可避的かつ不可抗力的な性質を有する自然現象によって生じたこと。」、油濁補償基金条約4条2項(a)「基金は、次の場合には、1の規定に基づく義務を負わない。(a)汚染損害が、戦争、敵対行為、内乱若しくは暴動によって生じ、又は軍艦若しくは国により所有され若しくは運航される他の船舶で事故の発生の時に政府の非商業的役務にのみ使用されていたものから流出し若しくは排出された油によって生じたことを基金が証明した場合」、ロンドン海洋投棄条約5条1項「前条の規定は、荒天による不可抗力その他人命に対する危険又は船舶、航空機若しくはプラットフォームその他の人工海洋構築物に対する現実の脅威がある場合において人命又は船舶、航空機若しくはプラットフォームその他の人工海洋構築物の安全を確保することが必要である

しかし、これらはいずれも具体的な「一次規則」がそのような規則を確立させている場合に限られるのであって、不可抗力的状态に起因する行為についての責任否定を「一般的に」保証しているわけではない。そこで、不可抗力・遭難を違法性阻却事由に加えることにより、この場合の責任否定を「一般的に」保証できることになるのである。Zemanek は、⁽¹³⁹⁾ ILC 第1 読草案は「客観責任」を採用したと理解した上で、その「厳格性」を和らげるために設けられた規定の一つとして、第31条に言及し、

「客観責任と現実の実行を両立させたい、つまり諸国家に受け入れられうる制度を作りたとき、草案31条は鍵となる規定である。」

と述べ、だからこそ、事務局が、前もって不可抗力・偶発事故について⁽¹⁴⁰⁾ 詳細な研究を行ったのだと論じるのである。

ときには、適用しない。ただし、投棄がその脅威を避けるための唯一の方法であると考えられること及び投棄の結果生ずる損害が投棄を行わなかった場合に生ずるよりも少ないと十分に見込まれることを条件とする。投棄は、人命及び海洋生物に対する損害の可能性を最小限にするように行われなければならない。また、その投棄については、直ちに機関に報告されるものとする。」、地中海投棄規制議定書8条「天候の変化又はその他のいずれかの原因による不可抗力によって、人命又は船舶或いは航空機の安全が脅かされている場合には、第4条、第5条及び第6条の諸条項は適用されない。……」（地球環境法研究会『地球環境条約集 [第3版]』368 (1999)。)、国際熱帯木材協定33条1項「理事会は、この協定に明示的に定められていない例外的な若しくは緊急の事態又は不可抗力のためこの協定に基づく加盟国の義務を免除する必要がある場合において、当該義務の履行が不可能であることに関する当該加盟国の説明に満足するときは、特別多数票による議決で、当該義務を免除することができる。」。

(139) 詳しい記述は別稿に譲るが、「客観責任」という用語は論者により多義的である。一般に「客観責任説」に分類されている論者の見解も、深く検討すると様々な内容を持っている。この多義性は、過失を巡る議論を混乱させてきた一因であるように思われる。特別報告者の Crawford も、ILC 草案を「客観責任」というカテゴリーで捉えることを嫌っている。Crawford, *Revising, supra* note 137, at 438.

以上の検討から、次のようなことが結論づけられる。Ago は不可抗力の状態に起因する行為についての責任否定を実現するためにも、自らの過失要件説について、ILC で議論することを望んでいた。しかし、それが困難であることを悟り、過失の問題を正面から議論することを避けた。そこで、不可抗力の場合に国家責任を否定する一般的な理論として、違法性阻却事由に不可抗力・偶発事故規定（後の不可抗力・遭難規定）を追加したのであった。Gattini の言葉を借りれば、Ago は ILC 内部における過失についての「不毛な原理論争を避けるために」、これらの規定を「潜入 (Einschmuggeln)⁽¹⁴²⁾」させたのである。

(140) Karl Zemanek, *La responsabilité des États pour faits internationalement illicites, ainsi que pour faits internationalement licites*, in *RESPONSABILITE INTERNATIONALE* (P. WEIL ed.) 40 (1987). これにより、不可抗力という一見地味なテーマのために、（おそらくは Ago の指示で）167ページにもわたる詳細な研究がなされた背景も理解できる。

(141) ANDREA GATTINI, ZUFALL UND FORCE MAJEURE IM SYSTEM DER STAATENVERANTWORTLICHKEIT ANHAND DER ILC-KODIFIKATION-SARBEIT 45 (1991).

(142) *Id.* at 46.; voir aussi Andrea Gattini, *La notion de faute à la lumière du projet de convention de la Commission du Droit International sur la responsabilité internationale*, 3 E. J. I. L. 271 (1992). もっとも、Gattini は不可抗力（と偶発事故）規定のみを対象として記述しており、遭難規定は含めていない点が本稿の立場と異なる。

なお、Gattini は、不可抗力・偶発事故規定の導入は、本来は国際違法行為の要件である過失についての立証責任を被責任国側に転換するものであり、ILC 草案は、過失を「消極的条件」としていることになると解釈する (*id.* (ZUFALL) at 267.; *id.* (*La notion*) at 283.; Gattini, *supra* note 115, at 402.). しかし、ILC の各委員はもちろんのこと、特別報告者 Ago 自身も ILC においてこのような趣旨のことまでは述べていない。European Journal of International Law の国家責任シンポジウムでも、Gattini による「消極的条件」の主張に対して、特別報告者 Crawford は必ずしも同意していない (Crawford, *Revising*, *supra* note 137, at 438.). Gattini 自身が過失要件説論者と思われることから、自らの立場に引きつけて ILC 草案を解釈している印象がある。

お わ り に——不可抗力・遭難規定の評価

冒頭で述べたように、不可抗力の状態に起因する行為についてまで責任を負わせるべきでないという考えは、国際法に限らず、一般的な法意識として存在していると思われる。しかし、それをどのような法理論で説明するかについては、選択肢は一つではない。本稿で検討したように、ILC 草案で提案されているような違法性阻却事由としての不可抗力や遭難という理論は、国際法上必ずしも確立してきたわけではない。それよりもむしろ、不可抗力の状態に起因する行為については過失や相当の注意不履行などが存在しないとして責任の発生を否定する理論が有力に主張されていた。そして、ILC において違法性阻却事由に不可抗力や遭難が追加された背景には、過失について正面から議論することを避けながら、不可抗力の状態に起因する行為について国家責任を一般的に否定するという側面があった。以上が本稿での検討内容の要旨である。

このようにして ILC は、「違法性阻却事由としての不可抗力・遭難」という新しい理論を提示したわけだが、本稿の検討を踏まえたとき、この理論はどのように評価されるのだろうか。

この点まず、これらの規定が慣習法規則なのかどうかについて疑いが生じるように思われる。その疑いは、Ago による提案当時はもちろんの⁽¹⁴³⁾こと、現時点においてもさえもいまだに消えていないように思われる。⁽¹⁴⁴⁾確かに、近年の Rainbow Warrior 号事件仲裁判決は違法性阻却事由と

(143) 不可抗力という違法性阻却事由を草案に新たに追加したことにより生じた問題として、ウィーン条約法条約61条の後発的履行不能との関係もある(いわゆる条約法と責任論の「交錯」の問題)。この問題については稿を改めて論じたい。

(144) この事件は、Rainbow Warrior 号を爆破したフランスの作業員男女2名を、国連事務総長裁定に基づく両国の協定に従って、仏領ポリネシアの孤島アオ島に隔離していたところ、期間(3年間)終了前にフランスが両者を帰国させてしまったものである。男性は、健康状態が悪化し、女性は妊娠

しての不可抗力および遭難を（明示はしていないものの）慣習法として扱っていると解されることから、現在ではこれらの事由は慣習法規則として確立したという評価も可能かもしれない。しかし、判決理由は、ILC 第1読草案31条（不可抗力）及び32条（遭難）に全面的に依拠している。不可抗力については、31条の註釈をそのまま引用する形で、不可抗力は、「一般的に「非自由意思 (*involuntary*)」または少なくとも意図的でない行為を正当化するために援用」され、「抵抗しがたい力または予測されない外来的事態」であって、義務遵守が「物理的に不可能」な場合であると説明する⁽¹⁴⁵⁾。遭難についても、32条の註釈を引用し、「極度の危険状態であって」、義務に違反する以外に「自分自身または保護を託された者を救う手段がない」場合であると定義づける⁽¹⁴⁶⁾。つまり、本判決における慣習法の論証は、ILC 第1読草案をそのまま援用するだけという安易な方法なのである。従って、この判決の評価には慎重さが求められよう。また、同じく近年のイラン・米国請求裁判所のいくつかの裁定は不可抗力に言及しているが、そもそもこれらは国際法上の国家責任における違法性阻却事由⁽¹⁴⁷⁾の文脈で言及されているわけではないことに注意が必要である。

しかつ父親が危篤であることが、フランスの挙げた帰国理由であった。仲裁裁判所は、判決理由の「違法性阻却事由」の項で、作業員の帰国及び再隔離不履行が不可抗力または遭難として正当化されるかどうかを検討した。不可抗力については、本件はそこまでの状況ではないとして否定された (Rainbow Warrior, *supra* note 2, at 552-553. フランスは、男性作業員を帰国させる際にニュージーランドへの書簡 (1987年12月14日) で、不可抗力を援用していたが、裁判の口頭弁論では援用しないと宣言した。しかし、裁判所は、フランスは不可抗力の援用を完全に排除する意図ではないと解し、検討を行った。)。一方、遭難については男性作業員の帰国についてのみそれに当たるとして正当化された (*Id.* at 559.)。

(145) *Id.* at 552.

(146) *Id.* at 553.

(147) ILC 第2読草案23条註釈が指摘するように (パラグラフ8)、イラン・米国請求裁判所のいくつかの判決で、不可抗力概念への言及が見られる。Gould Marketing, Inc. (as successor to Hoffman Export Corporation)

このように、不可抗力・遭難規定の慣習法規則性には今なお疑問の余地があるわけだが、一方で、「国際法の漸進的発達」に寄与するという ILC 草案の機能に着目したとき、これらの規定は国家責任論の発展の中でどのような意味を持つ可能性があるのだろうか。本稿で指摘したように、かつて有力であった過失要件説には、その機能の一つとして、不可抗力の状態に起因する行為についての国家責任の否定を一般的に確保するということがあった。だとすれば、国際違法行為の要件から過失を外

v. イラン国防省 (中間裁定 27 July 1983) (3 IRAN-U. S. CL. TRIB. REP. 152-154.); Int'l Technical Products Co., *et al.* v. イラン政府・イラン空軍・国防省 (部分裁定 19 Aug 1985) (9 *id.* at 22-26.); Anaconda-Iran, Inc. v. イラン政府・国立イラン銅産業会社 (中間裁定 10 Dec 1986) (13 *id.* at 211-216.); Amoco International Finance Co. v. イラン政府・National Iranian Oil Co. (NIOC)・National Petrochemical Co.・Kharg Chemical Co. Ltd. (部分裁定 14 July 1987) (15 *id.* at 211-213.); A. L. W. Short v. イラン政府 (裁定 14 July 1987) (16 *id.* at 83-86.); Mobil Oil Iran Inc., *et al.* v. イラン政府・NIOC (部分裁定 14 July 1987) (16 *id.* at 38-43.); Phillips Petroleum Co. Iran v. イラン政府・NIOC (裁定 29 June 1989) (21 *id.* at 106-111.)

しかし、これらの判決が「不可抗力」に明示的に言及するとき、その多くは、私人たる米国人又は米国会社とイラン政府又はイラン会社との間の契約の停止または終了の根拠としてであった(そのうちいくつかの事件の契約には、停止・終了の規定として不可抗力条項も置かれていた)。国際法上の国家責任における違法性阻却事由としてではないのである(当然、Rainbow Warrior 号事件判決と異なり、これらの判決では ILC 第1読草案31条への言及もない)。

なお、本裁判所における不可抗力の定義も、「相当の注意の行使を通じて統制する国家の権限を超えた社会的かつ経済的力 (social and economic forces beyond the power of the state to control through the exercise of due diligence)」(Gould Marketing, Inc. 事件)とされており、ILC草案を援用した Rainbow Warrior 号事件での定義「絶対的かつ物理的不可能性」とは異なる(この定義の違いを指摘するものとして、ROBERT JENNINGS & ARTHUR WATTS, 1 OPPENHEIM'S INTERNATIONAL LAW 511 (9th ed. 1992).)。

す立場においては、この点への対応がある意味「弱点」となりうるように思える。その対応策の一つが不可抗力や遭難という例外事由の設定であると考えられる。従って、国際法上の国家責任論において、過失要件説が退潮となり⁽¹⁴⁸⁾、過失要件否定説が国際法上の原則として確立していく流れが進むならば、不可抗力・遭難規定が今後国際法規則として確立し⁽¹⁴⁹⁾ていく必要性も大きくなっていくと思われる。その点では、不可抗力や⁽¹⁵⁰⁾

(148) もっとも、過失が国際違法行為の要件でないということと、過失概念が国家責任論において重要でないということは、理論的には必ずしも同じではない。過失を要件と明言しなくても、同概念を重要視する立場もありえるだろう。この点、兼原は、自身の「過失責任説」を「心理的要因、意図的要因、あるいは相当の注意の欠如といった主観的要因に、国家責任の発生を認定するための独自の機能を認める説」と定義する。過失が国際違法行為の要件であるかどうかには必ずしも拘っていないようにも解される（兼原敦子「国際違法行為責任における過失の機能」国際96巻6号5（1998））。国際法上の国家責任論において過失概念を重視すべきか否かの問題の解決のためには、過失概念を重視する立場と重視しない立場のそれぞれの理論的・実際的理由を深く検討する必要がある。特に、実際的理由の考察は必須である。この考察に重点を置かない限り、過失概念の重視の程度や定義の広狭（過失概念を重視する論者ほど、過失の範囲を広く解する傾向がある）についての様々な主張は平行線を辿り、結局、各論者の理論的な好みの違いとしか考えられなくなってしまうのではないだろうか。

(149) 第8版（1955年）まで過失要件説を採っていた Oppenheim の教科書が、第9版（1992年）に至ってこの説を否定したのは、その象徴的な例と言えるだろう。

(150) その場合でもなお、「違法性阻却事由」という位置づけに対して議論の余地がある。つまり、「責任阻却事由」という位置づけの可能性の問題である。特別報告者 Crawford は、不可抗力・遭難・緊急状態の場合は、違法性は阻却されず、責任が軽減されたり阻却されたりするだけと理論づける可能性を指摘した（責任軽減事由または責任阻却事由）（Crawford, *supra* note 1, at 55.）。区別の根拠として、彼は、相手国の先行違法行為の有無に着目しているようである。そして、この問題が第1読草案35条の検討の中で論じられていることが示すように、彼は特に「補償義務」の発生の可否と絡めてこの区別を主張している（もっとも、結局、不可抗力の場合については補償義務の発生に否定的見解をとる *id.* at 52.）。責任阻却事由の場合は補償義務

遭難という一見地味な規定の将来は、「過失は国際違法行為の要件か否か」という国家責任論における伝統的大論点についての議論の動向を反映することになるのである。

が生じうることを指摘する他の論者として、GATTINI, *supra* note 141, at 227.; Zemanek, *supra* note 140, at 39.; Vaughan Lowe, *Precluding Wrongfulness or Responsibility; A Plea for Excuses*, 10 E. J. I. L. 410 (1999).

また、Lowe は、責任は阻却されてもなお違法性は残ると構成する方が、国際法の遵守という国際社会の利益にかなうという視点からも、責任阻却事由を主張する。*id.* at 409.