

# 国際法上の緊急避難に関する一考察

——二つの「緊急避難」と国家責任条文二五条の意味（下・二）——

北村 朋史

## 目次

### 序 問題の所在

#### 第1章 国際法上の緊急避難に関する国家実行・裁判例

（1）法的な抗弁がなされていたか疑わしいケース

（2）緊急避難が援用されたケース

（3）自衛または不可抗力が援用されたケース

（4）二つの「緊急避難」とその妥当基盤（以上（上））

#### 第2章 国家責任条文二五条の起草作業

（1）国家責任条文第一読作業（以上（下・一））

（2）国家責任条文第二読作業（以下（下・二））

（3）国家責任条文二五条の意味

### 結 結びにかえて

## 第2章 国家責任条文二五条の起草作業

国際法上の緊急避難に関する実行について検討した前章における考察によれば、国際法委員会における法典化作業に先立つ時代においては、「自衛型緊急避難」と「不可抗力型緊急」という二つの異なる「緊急避難」が、そして少なくともそこで検討した国家実行や裁判例によれば、これら二つの異なる「緊急避難」のみが存在していたと言える。外国領域やその排他的な管轄下において生じた危険に対する防衛を目的として、当該外国に対して負う国際義務から逸脱する行為を正当化し、これによって生じる賠償義務を否定する事由としての「緊急避難」、及び自国の財政難に際して、対外的な金銭債務の履行遅滞を理由とした賠償義務を否定する事由としての「緊急避難」である<sup>(1)</sup>。

これに対して、国際法委員会によって起草された国家責任条文二五条は、一方で、緊急避難の援用に対していくつもの厳格な条件を課し、また一方で、それがどこで生じた危険なのか、あるいはいかなる性格の危険であるのかかわりなく、重大かつ差し迫った危険一般に際して、国際義務に合致しない国の行為の違法性を阻却する一つの緊急避難規則として起草されている。こうした国家責任条文の緊急避難規則はいかにかたちづくられたのか、そして上記二つの「緊急避難」の内容等に照らしていかなる意味を有しているのかを検討することが本章の課題である。

国家責任に関する法典の起草作業は一九五六年に開始され、特別報告者に指名された García-Amador の下で「外人の処遇」に関する国家責任条文案案が起草されたが<sup>(2)</sup>、二〇〇一年に国際法委員会によって採択された国家責任条文が、直接的には、「国家の国際責任を規律する一般規則の定義」<sup>(3)</sup>へと方針を転換した一九六三年以降の作業

によって起草されたものであることは広く知られている通りである。そして、このことは、同二五条に結実した緊急避難に関する規定についても同様である。本章では、国家責任条文二五条の原型をかたちづくった Ago を特別報告者とする第一読作業について詳しく検討した上で、これをいかに修正したのかという観点から Crawford を特別報告者とする第二読作業を検討し、もって上記課題の解明に取り組むこととする。

## (1) 国家責任条文第一読作業

### 1 Ago 草案における緊急避難

#### Ago 草案の基本構造と緊急避難規則の起草原理

Ago 草案、及びそれを踏襲した以後の国家責任条文草案の特徴は、なによりも「第二次規則」、それも「一般規則」としての国家責任法を起草した点にある。すなわち、これら草案は、国際法規則を国家にながしかの具体的な作為・不作為を直接的に命じる規則（「第一次規則」とそれら規則が課す義務が履行されなかった場合の結果について規律する規則（「第二次規則」）に分類し、原則としてあらゆる「第一次規則」に適用可能な「一般規則」としての「第二次規則」をその起草の対象にしたのである。「外国人の処遇」に関する義務の内容に立ち入りつつ、これら義務の違反によって生じる責任に限定して国家責任法を起草した García-Amador 草案に対する反対ゆえ、またあらゆる国際義務の違反の結果について規律する一般的な国家責任法が存在するという認識ないし信念の下で、「責任だけをそして責任のすべてを」<sup>(4)</sup>対象とする国際法規則の「法典化」が試みられたのである。<sup>(5)</sup>

そして、こうしたアプローチに基づき起草されたAgo草案は、一条において、「国家によるすべての国際違法行為は国家責任を生じる」と規定し、また二条において、「作為または不作为からなる行為が国際法上その国家に帰属」し、「その行為がその国家の国際義務の不履行を構成する場合」には、国際違法行為が存在すると規定している<sup>(6)</sup>。国家責任条文の起草に先立ってAgoにより提出された作業文書においては、「国際違法行為の構成要素」として、過失の要否につき検討すべきことが明記されている<sup>(7)</sup>。またAgo草案においては、やはり「国際違法行為の存在条件」として、損害の要否につき検討がなされている<sup>(8)</sup>。しかしながら、前者については学説や実行の不統一ゆえ、また後者については「第一次規則」に属する要素であるとして、違法行為の構成要素から除外されて、あらゆる国際義務の不履行の結果について規律する一般的な規則としてのAgo草案は、行為の国への帰属と国際義務違反の存在のみを違法性及び責任の発生要件とするものになったのである。

こうしたAgo草案の基本構造は、同草案三三条に挿入された緊急避難規則の起草にも、大きな影響を及ぼすことになったと言える。まず第一にAgo草案における緊急避難規則は、「国家によるすべての国際違法行為は国家責任を生じる」とされたことの帰結として、「責任阻却事由」ではなく、「違法性阻却事由」として性格づけられている。

右の通りAgoが過失、むしろには損害の要否を「違法行為の構成要素」として論じていたことに鑑みれば、同氏の責任法理において「違法性」という概念に「法の違反」という固有の意味が与えられていたとは考え難い。むしろ、Ago草案における「違法行為」とは、「国家責任を生じる行為」と同義のもので、ここに「違法だが国家責任を生じない行為」、またそれゆえ「責任阻却事由」について論じる余地は、そもそも存在しなかったように思われる<sup>(11)</sup>。「国家によるすべての国際違法行為は国家責任を生じる」としたAgo草案一条は、こうした「違法性」概念から導

かれたいわば自己完結的な規則だったのであって、これが国家責任法の「根本規則」とされた以上は、「責任阻却事由」という性格づけは、不可能であつたように思われるのである。

しかしながら、Agoは、緊急避難をはじめとする例外事由の性格を論じる段に至つて、次のように指摘している。<sup>(13)</sup>

我々は、「責任阻却事由」と「違法性阻却事由」という表現は単なる同義語であるとみなすことはまったく誤りであると考えている。そのような理解は、違法行為をその行為によつて生じる責任という観点から定義する者、より端的に言えば、単に法が問題とされる行為に責任を付しているという理由から、その行為に違法という性格を与える者にとつてのみ妥当とされるものである。これはよく知られたKelsenの議論である。こうした議論の支持者によれば、ある行為の遂行に責任が付されなければ、その行為を違法と性格づけることは論理的に不可能で、それゆえこれら論者が責任阻却事由と言うとき、それは違法性阻却事由について語っているに等しい。しかし、「違法行為」という概念を「責任」という概念に関連してはいるが、これとは異なる概念とみなす者にとつては、様相は異なる。ある国の行為が「第一次」規則によつてその国に課される義務に合致していないという事実を意味する違法性の概念とまた別の「第二次」規則がそのような国の行為に付す法的帰結を意味する責任の概念を区別しなければならないことは、本委員会が条文草案を通じて明確にしてきたところである。こうした理解によれば、少なくとも理論的には、違法性を阻却することなく責任を阻却する事由があつてはならないとする理由は存在しない。

すなわち、ここにおいてAgoは、「違法性」の概念を国の行為が国際義務に合致していないという事実を意味す

るものと定義している。違法性が義務違反という事実を意味するならば、違法性阻却事由、すなわち義務違反の存在にもかかわらず違法性を阻却する事由の存在をいかに説明しうるかは定かではないが、いずれにしても、ここにおいては「違法だが国家責任を生じない行為」、またそれゆえ「責任阻却事由」について論じる余地が認められているのである。

しかしながら、Agoはこれに続けて、次のような理由を挙げて国際法における「責任阻却事由」の存在を否定している。<sup>(15)</sup>

国際法が、その主体にとって不利益となる帰結を与えることなく、ある行為を国際的に違法であると性格づけるといった奇妙でそれ自体の精神に反するような立場をとりうることは想像し難い。そのような性格づけをすることになる意義があるのか理解し難い。義務を課しつつその違反に対して法的な帰結を与えないのは、実際にはそうした義務をまったく課さないことと同じである。そして、そうした状況を国際法秩序のような実効性を有する法秩序について想定することは、その法体系の主要な特徴のひとつに明白に矛盾することのように思われる。

右の通りAgoは、「単に法が問題とされる行為に責任を付しているという理由から、その行為に違法という性格を与える」ことは誤りであるとし、「違法性」を国の行為が国際義務に合致していないという事実を意味するものと定義している。しかしながら、「その主体にとって不利益となる帰結を与えることなく、ある行為を国際的に違法であると性格づける」ことは奇妙であるとの論理は、「単に法が問題とされる行為に責任を付しているという理由から、その行為に違法という性格を与える」こととなんら変わりが無いであろう。すなわち、Ago草案において

は、やはり「違法行為」とは「国家責任を生じる行為」であるとの定義が維持されていたのであって、「違法性」とは国の行為が国際義務に合致していないという事実を意味するとの「言い換え」が可能であったのは、「違法性」及び「責任」の発生根拠が、緊急避難等の例外事由を除けば、もっぱら国の行為と国際義務の不一致に求められたからに過ぎない。そして、Ago がこうした定義を維持し、これをもって「責任阻却事由」という性格づけを否定せざるを得なかった背景には、やはり「国家によるすべての国際違法行為は国家責任を生じる」という国家責任法の「根本規則」の保全という考慮が作用していたものと考えられるのである。<sup>(16)</sup>

第二にAgo 草案の緊急避難規則は、実体的な損害が「第一次規則」に属する要素として、違法性、それゆえ責任の発生要件から除外されたことの帰結として、損害を賠償する責任ではなく、「行為の違法性を理由として生じる責任」を否定する事由として起草されている。とこののは、Ago は、緊急避難規則の効果について次のように指摘している。<sup>(17)</sup>

国によってなされた行為の違法性が阻却されるという可能性は、仮に個々の事案において「緊急避難」を理由としてそれが認められたとしても、それ自体としては、当該行為をなした国がその行為の違法性を理由として負ったであろう国際法上の帰結を阻却するに過ぎない。したがって、ここで言う阻却とは、同じ行為がまた別の「主題 (heading)」の下で生じうる帰結をも対象とするものではまったくない。特に当該国に対しては、違法行為責任とは別の根拠によって「緊急避難」行為により生じた損害を補償する義務が生じるであろう。

すなわち、Ago によれば、国際法上の緊急避難は、仮にその成立が認められたとしても、他国に実体的な損害が

生じた場合には、その損害を償う義務を否定するものではないが、行為の違法性は阻却されるため、かかる義務を違法行為責任として性格づけることはできない。逆に緊急避難によつて否定されるのは、行為の違法性、すなわち国の行為が国際義務に違反していることそれ自体を理由として生じる責任というわけである。

しかしながら、二国間的な義務構造を有する伝統的な国際法にあつては、国家責任の主な機能は、加害行為によつて生じた損害を払拭することにあつたとされてきたのであつて、<sup>(18)</sup> 国際法において損害賠償と区別される責任が存在するかは、決して自明であるとは言えない。にもかかわらず Ago は、ここでそうした責任の中身についてなら明らかにすることなく、「行為の違法性を理由として生じる責任」なるものを否定する事由として緊急避難規則を起草しているのであるが、その背景には次のような理由があつたとみて差し支えないであろう。

というのは、Ago は、違法性、それゆえ責任の発生要件としての損害の要否について検討し、「第一次規則」の中には実体的な損害があつてはじめて責任が発生するものがあるものの、それはそうした実体的損害が「第一次規則」の義務の違反要件とされているからであるとして、これを違法性、それゆえ責任の発生要件から除外している。<sup>(19)</sup> その結果、すべての国際違法行為は国家責任を生じ、また国際違法行為は国の行為と国際義務の不一致から生じる、すなわち国家責任は、緊急避難等の例外事由を除けば、国の行為と国際義務の不一致のみから生じるという責任の一般法理が出現したわけだが、こうした一般法理の下にあつては、損害賠償義務の否定を目的とした例外事由を起草する余地はもとより存在しなかつたというべきであろう。Ago 草案においては、緊急避難等の例外事由を除けば、もっぱら国の行為と国際義務の不一致に責任の発生根拠が求められたため、その責任を否定する例外事由も、行為の違法性、すなわち国の行為が国際義務に違反していることそれ自体を理由として生じる責任の否定を目的としたものとして起草されることになったのである。



もつとも、Ago 草案においてこうした緊急避難はいかに起草されたのであろうか。前章における検討によれば、国家実行や裁判例において支持されていたと考えられる二つの「緊急避難」は、いずれも国の行為が被害国に生じた損害を賠償する義務を否定する事由として用いられてきたもので、それゆえ、これら国家実行や裁判例からいかに「行為の違法性を理由として生じる責任」のみを否定する緊急避難を導きうるかは定かではない。

この点、Ago 草案の緊急避難規則は、実際には、もっぱら学説に依拠した演繹的な思考によって導かれたものであったことが指摘できる。というのは、Ago は、国家の基本権理論に基づく緊急避難の理解、すなわち緊急避難の根拠を外国のいかなる権利にも当然に優越する絶対的な権利としての自己保存権に求める理解を「純粹に抽象的な思惟の産物」として否定しつつ<sup>21)</sup>、次のような理由によって、国際法における緊急避難規則の存在について検討するにあたっては、それがいかなる内容を有する規則として理解されるべきかをまずもって確定せねばならないと指摘している<sup>22)</sup>。

我々の目的に関連する答えは、最終的には、常のごとく国際社会の現実に探し求めなければならない。しかしながら、この主題の真実を我々を確信させるに十分な明確性と客観性をもって浮かび上がらせるよう望むならば、その問題自体を正確で包括的な条件の下に位置づけなければ、より具体的には、その問題をそれが必然的に属する範囲、それが論理的に意味する限度内に位置づけなければならない。なぜなら、単にそのような行動をとることに利益があるからという理由をもつていかに重大な国際義務の遵守からも解放されるべきことを主張する国に對して免除を与える国家実行や国際裁判機関の判決があったとしても、国際法関係の体系全体を壊滅させるよう望むのでなければ、これを拒絶しなければならないことは言うまでもないからである。

やらにこれに続けて Ago は、次のように指摘している。<sup>(2)</sup>

「緊急」の事態は極めて重大で疑いもなく深刻なものでなければならぬという前提がなければ、そうした事態は他国に対する国際義務に合致しない国の行為の違法性を阻却する事由にあたるかという可能性を検討することすらできない。したがって、いくつもの特別に厳格な条件が満たされなければならない。我々は、この主題に関するもつとも權威を有する著述家による長年の入念な研究で、主に国内法体系との関連で受け入れられている原則に基礎を置く研究の助けを借りながら、これら条件を列挙するよう試みることをとする。

すなわち、Ago 草案の緊急避難規則も、国家実行や裁判例といった経験的な事実から導き出されたものではなく、むしろ「それが必然的に属する範囲」、「それが論理的に意味する限度」というやはりすぐれて抽象的な思惟の産物として起草されたものだったのである。他方、Ago 草案においては、そうした抽象的な思惟の過程において、なぜ国際法において緊急避難規則の存在が認められるべきなのかという同規則の妥当根拠は示されていない。むしろ、同草案においては、緊急避難規則の濫用の防止という観点から、もっぱらその「範囲」や「限度」の限定性が強調されているのである。

したがって、こうした緊急避難規則の起草方法によつては、その規則に国家実行や裁判例にみられた「緊急避難」のあり方が反映される可能性はもとより存在しなかったと言うべきであろう。むしろ、原則としてあらゆる国際義務の違反の結果について規律する「一般規則」としての国家責任法の起草を目的とし、国家責任は、緊急避難等の例外事由を除けば、国の行為と国際義務の不一致のみから生じるとした Ago の責任法理においては、その緊

急避難規則も、「行為の違法性を理由として生じる責任」を否定する一つの緊急避難規則であることが自明の前提とされていたのである。

そして、こうした緊急避難規則の内容が、一方で、国内法上の緊急避難、それも刑法上の緊急避難からの類推に基づく学説に依拠して起草されたことも、また一方で、かかる起草にあたってはなによりもその濫用を防止しなければならぬということが指針とされたことも、特に驚くべきことではない。緊急避難規則を国際実践とは離れて起草するのだとすれば、その範は国内法上の緊急避難からの類推に求めるほかになく、また損害賠償とは区別される「行為の違法性を理由として生じる責任」を否定する事由としての緊急避難は、「国内不法行為法」上の緊急避難というよりは、「国内刑法」上の緊急避難に類するものと考えられるからである。他方、そうした「国内刑法」上の緊急避難からの類推に基づく学説に対しては、国内法秩序と国際法秩序の構造的な相違、特に国際社会における中央集権的な判断機関の欠如ゆえ、その濫用の危険性が広く指摘されてきたからである<sup>(23)</sup>。

かくしてAgo草案における緊急避難規則は、「責任だけをそして責任のすべてを」対象とした国際法規則の起草という方針に端を発する形式論理的な理由から、学説への依拠という手段と濫用の防止という指針を特徴とする抽象的な思惟の産物として起草されることになったと言えるが、その具体的な規定内容はいかなるものとなったのか。以下では、同草案の緊急避難規則の要件、適用範囲、効果についてそれぞれ検討する。

## Ago草案の規定内容

緊急避難規則にこつ起草したAgo草案三三三条の規定は、次の通りである。<sup>(24)</sup>

### 第三三条 緊急避難

1 国が、重大で差し迫った危険に脅かされている不可欠の国家利益を守るためのその他の方法を有さない場合、国際義務によつて要求されるものと合致しない国の行為の国際違法性は阻却される。これは、他国に対する義務の不遵守が、これによつて守ろうとされた利益と同等またはより上位の当該他国の利益の犠牲を生じるものでない場合にのみ適用される。

2 第一項は、「緊急避難」の状態の発生が、これをその行為の理由として援用するよう主張する国によつて引き起こされたものである場合には適用されない。

3 同様に第一項は次の場合には適用されない。

(a) 国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、特にその行為が侵略の禁止の不遵守を含む場合

(b) 国の行為が合致しない国際義務が条約によつて課されていて、その条約が明示的または黙示的に当該義務の不遵守に関するいかなる「緊急避難」の抗弁の適用可能性も排除している場合

### 緊急避難の要件

Ago 草案三三三条においては、まず避難行為によつて保全される利益が「不可欠の国家利益」であることが要求されている。この点は、国家の基本権理論に基づく緊急避難の理解と比べた際の Ago 草案の大きな特徴のひとつである。すなわち、前者の理解によれば、緊急避難は国家の自己保存権を根拠とし、それゆえ国家の生存自体が脅かされている場合にのみ認められると解されてきたのに対して、Ago は、国家の生存がなら脅かされていない場合であっても、緊急避難が認められうることを主張しているのである<sup>(25)</sup>。もっとも、このことはな

んらかの国家利益が侵害されていさえずれば、緊急避難が認められうることを意味するわけではない。むしろ Ago によれば、緊急避難の抗弁は、「絶対的に例外的な性格のもの」という条件の下ではじめて国際法において承認されうるのであって、それゆえ緊急避難によって保護される国家利益は、これを主張する国にとって「例外的な重要性」を有するものでなければならぬとされる<sup>(26)</sup>。

次に Ago 草案三三条においては、こうした国家利益が「重大で差し迫った危険」に脅かされていることが要求されている。かかる脅威は、「極めて重大」なもので、国家利益に対する「現在の危険」を表すものでなければならぬとされる<sup>(27)</sup>。

また Ago 草案三三条においては、こうした危険から国家利益を保護するためのその他の方法が存在しないことが要求されている。すなわち、避難行為は、極めて重大で急迫の危険を避けるために「利用可能な唯一の方法」でなければならず、たとえ「はるかに負担が大きい」ものであっても、国際義務違反をとみなない方法があるのであれば、これと異なる方法によって危険を回避することは不可能であるとされる<sup>(28)</sup>。

さらに Ago 草案三三条においては、こうした行為によって保全される国家利益の程度がこれによって侵害される他国の利益の程度を上回るものであること（以下、「法益衡量」）が要求されている。そして、このことは、同草案においては、緊急避難が認められるのは国の生存自体が危険に脅かされている場合だけであるという考えが完全に放棄されているからであると説明されている<sup>(29)</sup>。すなわち、ここにおいては、緊急避難による保全利益の範囲と法益衡量の要否が関連づけて論じられていて、国の生存自体が危険に脅かされている場合に限らず緊急避難を認める以上は、法益衡量の要件が不可欠であることが示唆されているのである。他方、Ago によれば、避難行為によって侵害される他国の利益が、「ほとんど価値のない利益」であることまでは要求されない。ここで問題となるのは、

絶対的な意味での価値の重要性ではなく、その優劣だからである。<sup>(3)</sup>

最後にAgo草案三三条においては、国家利益に対する危険が緊急避難を主張する国自身によって引き起こされたものでないこと（以下、「非自招性」）が要求されている。かかる危険の発生は、「その国の支配を完全に超える」ものでなければならないとされる。<sup>(3)</sup>

右のようなAgo草案における緊急避難規則（及び後に示す通りその基本構造を踏襲した国家責任条文の緊急避難規則）については、「国内刑法」上の「正当化的緊急避難」に類似しているとの指摘がある。<sup>(3)</sup>

というのは、「国内刑法」上の緊急避難、あるいはこれに関する理解としては、「正当化的緊急避難（justified necessity）」や「免責的緊急避難（excused necessity）」が存在する。すなわち、二つの社会的な害悪のうち、より害悪の小さいものを選ぶことは正当化されうるといふ理由に基づく緊急避難、及び自らの生命を危険に晒すような極限状況に置かれた人に道義的な行為を期待することはできないため、その責任は免除されうるといふ理由に基づく緊急避難である。そして、これらいずれの緊急避難であるかによって、その規則の内容及解釈は異なるが、Ago草案三三条は、緊急避難による保全利益を国家の生存に限定していないという点で、また法益衡量の要件を課している点で、「正当化的緊急避難」に類似しているという趣旨である。

もっとも、ここで注意すべきは、Ago草案は確かに「正当化的緊急避難」と共通する特徴を有している一方で、こうした観点からは必ずしも説明のつかない要素も含んでいるように思われることである。

第一にAgo草案においては、避難行為によつて保全される利益が「不可欠の国家利益」であることが要求されているが、「正当化的緊急避難」の観点からはなぜかかる要件が課されるべきか明らかではない。緊急避難の根拠が、二つの害悪のうちその程度が小さい害悪の選択を認め、これによつて社会全体としての害悪を減じることにあ

るならば、法益衡量の要件さえあればよく、緊急避難によって回避される害悪が絶対的な意味において重要なものであるかは、その成立と無関係であるように思われるからである。例えば Buza は、この点について、次のように指摘している<sup>(33)</sup>。

ここで問題とされる利益は、絶対的な観点から特別に重要でなければならぬわけではなく、例えば、国の生存が脅かされていることが必要とされるわけではない。国際法においても、問題とされる利益は相対的な性質のもので、それは保護される利益が侵害される利益よりも重要でなければならないということなのである。

既述の通り Ago は、「主に国内法体系との関連で受け入れられている原則に基礎を置く研究の助けを借りながら」、その草案を起草したのであるが、「不可欠の国家利益」の要件に関しては、これを支持する学説は引用されていない<sup>(34)</sup>。また避難行為による侵害利益については、Ago 自身が、「ここで問題となるのは、絶対的な意味での価値の重要性ではな(い)」から、「ほとんど価値のない利益」であることまでは要求されないと述べていたところである。にもかかわらず避難行為によって保全される利益については、緊急避難の抗弁は「絶対的に例外的なもの」であるとの理由をもって、それ自体として「例外的な重要性」を有するものであることが要求されているのである。

第二に Ago 草案は、非自招性の要件を課し、その意味について、かかる危険の発生は「その国の支配を完全に超える」ものでなければならないと説明しているが、「正当化的緊急避難」の観点からはなぜかかる要件が課されるべきかやはり明らかではない。緊急避難の根拠が二つの害悪のうちその程度が小さい害悪の選択を認め、これによって社会全体としての害悪を減じることにあるならば、そうした社会的な有益性にもかかわらず、避難行為が国の



先行過失のみをもって緊急避難の成立を否定することはできないように思われるからである。例えば Redtslob は、この点について、次のように指摘している。<sup>(36)</sup>

この権利（緊急避難の権利）は、その犠牲者が自らの「注意の欠如（*manqué de diligence*）」によって危険に晒されている場合にも排除されない。なぜならその権原の根拠は存続しているため、すなわち関連する価値の顕著な不均衡によって特徴づけられる「遭難状態（*état de détresse*）」はいまだに存在しているからである。

しかしながら、Ago 草案においては、上記の学説がその他のいくつかの学説とともにむしろ自招危難の場合の緊急避難を否定する学説として引用されている。<sup>(37)</sup> この点は、単なる誤読と解するべきであろうが、いずれにしてもなぜ避難行為による保全利益が侵害利益よりも大きい場合であっても、避難行為が国の先行過失によって違法性が生じるかはなんら明らかにされていないのである。

Ago 草案において、緊急避難規則は、「責任阻却事由」ではなく「違法性阻却事由」として性格づけられている。そして、このことは、一見したところ保全利益の範囲の拡大や法益衡量の要件の導入といったその具体的な規定内容と適合しているようにも思われる。しかしながら、Ago 草案における「違法性阻却事由」との性格づけは、「すべての国際違法行為は国家責任を生じる」という前提から導かれたもので、そこにおいて国際法上の緊急避難の妥当根拠が検討されていたわけでも、またその規定内容がかかる根拠との関連で導き出されていたわけでもない。むしろ Ago は、もっぱら緊急避難の濫用の防止という指針に基づいて、学説において主張されてきた要件をいわば脱文脈のかつ重疊的に導入し、また場合によっては、そうした学説に言及することなく自ら新たな要件を創設する



ことによって、極めて厳格な緊急避難規則を起草しているように見受けられるのである。

### 緊急避難の適用範囲

Ago 草案三三条は、条約が明示的または黙示的に緊急避難規則の適用可能性を排除している場合や、強行規範から生じている国際義務の違反の場合には、同条は適用されないと規定している。これら義務違反の場合には、右の要件に従って判断される事案の個別具体的な事情について検討するまでもなく、即座に国の行為の違法性が認定されるのである。

このうち条約が緊急避難規則の適用可能性を排除している場合としては、ある種の国際人道法規則（武力紛争に適用される人道法条約）の例が挙げられている。これらの人道法条約上の義務は、その当事国の不可欠の利益が危険に晒されているという異常な状況においても、またはそうした状況においてこそ、作用するよう意図されていたのであるから、これに合致しない国の行為の違法性を緊急避難規則によって阻却することはできないという趣旨である。<sup>(38)</sup>

しかしながら、これらの人道法条約が、Ago 草案の緊急避難規則の適用可能性を排除していると言えるかは疑問である。これらの条約が、その「第二次規則」において、緊急避難規則の適用を排除しているならば話は別だが、これらの条約は、「国家にながしかの具体的な作為・不作為を直接的に命じる規則」について規定しているのみであって、なぜこれによって「第一次規則が課す義務が履行されなかった場合の結果について規律する規則」とされるAgo 草案の緊急避難規則の適用が排除されるかは明らかではないからである。これらの人道法条約上の義務に合致しない国の行為の違法性がAgo 草案の緊急避難規則によって阻却されないことは確かであろうが、それは、これらの条約の当事国はその義務の履行によって生じる自国の利益の侵害に同意し、したがってその利益はも

はや同規則によって保護されるべき価値を失っているから、すなわち国家利益に対する危険の存在という同規則の要件が満たされていないからと解するのが妥当であるように思われる。逆にAgo草案三三三条は、「第一次規則」が「第二次規則」の適用可能性を排除しているからという不合理、または不確かな論理構成をとっているがため、むしろこれらの条約上の義務違反に際する緊急避難の成立の余地を残しているように思われるのである。

他方、Ago草案三三三条は、強行規範から生じている国際義務の違反の場合にも、緊急避難規則の適用が排除される<sup>(39)</sup>としているが、その理由は次のように説明されている。

侵略にあたるすべての武力の行使を禁止する義務は、その強行的性格ゆえ、二国間で締結されたすべての相反する条約を無効にする力を有し、そのため武力の行使に服する旨の国の事前の同意も（武力の行使の違法性を阻却する）事由にはなり得ないところ、たとえ真正なものであったとしても、武力を行使する国による緊急避難の主張にはそのような効果が存するとすれば、それはばかげた状況である。

すなわち、Agoによれば、侵略の禁止等の強行規範から生じている国際義務の違反は、被害国による事前の同意をもってしても違法性は阻却されないのだから、緊急避難によって違法性が阻却されると解するのは不合理であるというのである。

しかしながら、Ago草案における緊急避難がいかなる根拠に基づくものであったかはもとより明らかでないが、これによって侵害することを許される被害国の利益の範囲は、被害国自らによる処分が認められる利益の範囲を上回ってはならないとする必然的な理由はなく、それゆえ「被害国による事前の同意をもってしても違法性は阻却さ

れないのだから、緊急避難によって違法性が阻却されると解するのは不合理である」との論理が妥当するかは疑問である。例えば、「国内刑法」においては、同意殺人や自殺関与も処罰されるから、個人の生命はその主体の意思にかかわりなく保護されていると考えられるが、まさにカルネアデスの板の設例にみられるごとく、個人の生命を侵害する行為であっても、緊急避難によって正当化または免責される可能性は否定されていない。

にもかかわらず Ago は、強行規範から生じている国際義務の違反の場合には、その緊急避難規則の適用そのものが排除されるとしているのだが、その背景には、緊急避難の濫用を防止するという意図が介在していたと言える。すなわち、Ago によれば、国際法における緊急避難の妥当性を否定する見解は、主にその濫用に対する懸念を理由とするものであったとされる。<sup>(41)</sup>そして、そうした懸念は、緊急避難が国連憲章においてもっとも厳粛に宣明されていて、また現代国際法において疑いなく強行規範としての効力を認められている義務、すなわち侵略の禁止という義務の違反を対象とする場合に特に強く主張されてきたとされる。<sup>(42)</sup>それゆえ、かかる義務の違反を緊急避難規則の適用外としたならば、同規則の濫用の危険も、その妥当性に対する批判も解消されるはずで、これを同規則の適用外とするための「論理」が、その「強行的性格」であったというわけである。

しかしながら、侵略に関する緊急避難の濫用を防止するために侵略の禁止の義務、ましてやその他の強行規範から生じている義務の違反をすべて同規則の適用外とする必要があったかは疑問である。侵略に際してなされた緊急避難の抗弁がその濫用にあたるならば、かかる抗弁の成立は、緊急避難規則が「正しく」適用されさえすれば否認されるはずだからである。逆に同条は、いかなる必然性もなく強行規範から生じている義務の違反全般をその適用対象から除外することによって、自ら起草した緊急避難規則の存在意義を不当に制限しているように思われるのである。

**緊急避難の効果** Ago 草案において、緊急避難規則は、「行為の違法性を理由として生じる責任」を否定し、他

方、同じ行為が別の表題の下で生じる帰結を否定するものではないと説明されている。すなわち、避難行為によって他国に損害を与えた国は、たとえ緊急避難の抗弁が認められて、その行為の違法性が阻却されたとしても、これによって生じた損害を償う義務を負うのである。

こうした違法行為責任に基づかない義務をいかに根拠づけるかは別として、かかる義務の存在自体は、国際法上の緊急避難の存在を認める学説においてかねてから広く主張されてきたところである。例えば、Rivier は、国は緊急避難の抗弁によって他国の権利を侵害することを許されるとしつつ、これによって惹起された損害は賠償されねばならないと指摘している。<sup>(44)</sup> また von Liszt も、緊急状態は侵害行為の違法性を阻却するとしつつ、これを主張する国は被害国に対して補償をしなければならないと指摘している。<sup>(45)</sup> さらに Redslob も、緊急避難の権利を援用する国は他国に生じた損害を賠償しなければならないとし、これは、その援用国は自らのものを救うために他国の利益を犠牲にしているからであると説明している。<sup>(46)</sup>

他方、Anzilotti のように国際法上の緊急避難の存在を認めつつ、「国際実践によれば引き起こされた実体的損害を償う義務（適法行為による責任）は生じない」<sup>(47)</sup>として、かかる義務の存在を明示的に否定する者もなかったわけではない。しかしながら、そこで想定されていた国際実践とは、先に検討した「自衛型緊急避難」の事例、すなわち避難行為国に対する危険が被害国の領域またはその排他的な管轄下において生じていたケースであって、いかに被害国による先行違法行為がないとはいえ、これに損害を受忍させるべき特別の理由が存在すると思われる場合であったことは注意を要する。<sup>(48)</sup>

もともと、こうした学説における緊急避難、すなわち「行為の違法性を理由として生じる責任」は否定するけれ

ども、他国に与えた損害を償う義務は否定しないという緊急避難が、現実の国際社会においていかなる意義を有するものであったかは明らかではない。既述の通り二国間的な義務構造を有する伝統的な国際法にあつては、国家責任の主な機能は、加害行為によつて生じた損害を払拭することにあつたとされるのであつて、それゆえそうした責任追究に対してなされる抗弁は、まさに損害を償う義務を否定するためになされていたと考えられるからである。<sup>(49)</sup> Ago は、避難行為によつて生じた損害を償う義務があるからといつて、緊急避難は「無価値」であると論じることが誤りであると主張しているが、その理由はなんら示されていないのである。<sup>(50)</sup>

それでは、Ago 草案の緊急避難にはいったいいかなる「価値」があつたのか。この点で注目されるのが、同草案においては、「国際犯罪」なる違法行為類型が導入されている点である。すなわち、Ago によれば、とりわけ第二次世界大戦以降、その履行が国際共同体全体の集団的利益に該当する義務を課す新たな規則が生じてきたとされる。<sup>(51)</sup> そして、この種の規則によつて課される義務の違反は、その他の違反と同様に取り扱うことができぬもので、その違反は、その他の違反とは異なる責任制度に服するとの確信が醸成されてきたとされる。<sup>(52)</sup> そして、Ago は、これらの義務違反には他国の領土保全や政治的独立に対する武力行使を禁止する義務の違反や、すべての人民の同権や自決の原則を尊重する義務、及びすべての者のために人権及び基本的自由を尊重する義務等の重大な違反が含まれるとし、<sup>(53)</sup> これらの義務違反を「国際犯罪 (international crime)」と呼んで、その他の義務違反（「国際不法行為 (international delict)」と區別しつつある。<sup>(54)</sup>

他方、Ago がこれらの「国際犯罪」が服する責任制度の内容をいかに理解していたかは、必ずしも明らかではない。Ago は、この点は責任の内容と形態について取り扱う際に決するべき問題であると留保し、<sup>(55)</sup> しかしその後国際司法裁判所への転出にともなつて国際法委員会の職を辞しているため、同氏自らがこれを取り扱うことはなかつ

たからである。しかしながら、Ago は、一九六二年に開催された国際法委員会一四会期において次のような見解を表明し、右の「国際犯罪」概念の導入にあたってもこれを引用している。<sup>(35)</sup>

今日では、賠償を必要とする行為と制裁を必要とする違法行為の間により明確な区別がなされねばならないかもしれない。その区別は違反された規則の性質に関連するかもしれない。おそらくその違反が賠償のみを必要とする規則とその違反が賠償だけでなく制裁も必要とする規則が存在する。

すなわち、Ago は、国家責任の内容について明言を避けているものの、「国際不法行為」が賠償という帰結のみを生じるのに対して、「国際犯罪」はこれに加えて制裁という帰結を生じるものと解していたように見受けられるのである。

こうしたAgo 草案の構造に鑑みるならば、その緊急避難規則とは、「国際犯罪」によって生じる制裁という帰結を否定する事由として理解することができるかもしれない。この場合、Ago 草案の緊急避難規則は、「国際犯罪」という特定の違法行為類型のみに適用される「特則」ということになる。またそうした特定の違法行為類型がとりわけ第二次世界大戦後の国家実行によって確立してきたのだとすれば、なぜこれら類型のみに適用される規則を戦前の実行によって基礎づけるかはもとより疑問である。しかしながら、緊急避難規則が重大な国際義務違反に対する制裁を否定する効果を有するならば、少なくともその「価値」は明白であると言えよう。

もっとも、こうしたAgo 草案の緊急避難規則の理解は、同氏自らによって否定されている。とこうのは、Ago が、強行規範から生じている義務の違反は被害国の同意をもってしても違法性が阻却されないと、緊急避難に

よってそうした効果が生じるとすればそれは「ばかげた状況」であるとして、これら義務の違反を緊急避難規則の適用外としていることは既に指摘した通りであるが、Agoは、これに続けて次のようにも指摘している。<sup>(8)</sup>

現在の国際法において「国際犯罪」とみなされるような行為を犯した国が、「緊急状態」における行為であったと主張するだけで、またたとえそのような行為であったことを証明できたとしても、いかなる違法性も免れるとしたら、それは同様にばかげたことであろう。

ここにおいても、なぜ緊急避難によって「国際犯罪」の違法性が阻却されることがばかげているのかは明らかではないが、Ago草案の緊急避難規則がこれらの義務違反については適用できないのだとすれば、その効果をこれらの義務違反によって生じる制裁という帰結の否定と解することは当然できないであろう。

他方、Ago草案の緊急避難規則の効果については、また別の理解も指摘しうる。というのは、右で引用した国際法委員会一四会期における発言によれば、Agoは、「国際不法行為」、すなわち「国際犯罪」にあたらないう通常の国際義務違反については、賠償責任のみを生じると解していたように見受けられるが、戦間期に著したハーグ国際法アカデミーの講義録においては、国際違法行為の効果には賠償と制裁の二つがあるとした上で、次のように指摘している。<sup>(9)</sup>

しかし、このことは、それ自体として「国際民事違法行為」というカテゴリーと「国際刑事違法行為」というカテゴリーが創設可能であることを意味するものではまったくないことを付言せねばならない。なぜなら、国際実



行の検討から導かれる結論によれば、いくらかの論者が主張するように被害国に賠償と制裁の選択が委ねられているのか、あるいはこちらの方が国際実行により適格的であると思われるが、支払われるべき賠償を得ることが明らかにできない場合に限って抑圧的な制裁を加える機会が被害国に与えられるのか、いずれにしても国際法はすべての違法行為に対してこれら二つの形態の法的効果を付加する傾向にあるように思われるからである。

すなわち、ここにおいても賠償と制裁という二つの国家責任の存在が指摘されているものの、二つの違法行為類型の存在が指摘されているわけではなく、むしろ国際法上のあらゆる違法行為は、賠償だけでなく、制裁という帰結を生じることが指摘されているのである<sup>(61)</sup>。そして、こうした理解の可能性は、後に国際法委員会の討議においても指摘されている<sup>(62)</sup>。あらゆる国際違法行為に制裁という帰結が生じるとすれば、緊急避難規則が国際犯罪については適用できないとしても、その他の国際違法行為によって生じる制裁という帰結は否定しうるから、Agoが緊急避難は「行為の違法性を理由として生じる責任」のみを否定すると言うときの責任とは、「国際不法行為」に対する制裁を意味していたと解することは可能であろう。

しかしながら、Agoの意図はともかくとして、こうした帰結を「行為の違法性を理由として生じる責任」と解しうるかは疑問である。というのは、Agoがここで言う制裁として想定していたのは「復仇 (représaille)」であるが、こうした意味における「制裁」とは、同氏自らが認めていたように被害国が賠償を得られない場合に限って認められるというのが実行や学説の支持してきたところである<sup>(63)</sup>。したがって、ここで言う「制裁」とは、賠償義務の履行確保を目的とした強制執行手段として性格づけられるべきもので、国際違法行為によって生じる責任にはあたらないからである<sup>(64)</sup>。



結局、Ago 草案三三条は、緊急避難の適用について極めて厳格な要件を課し、また強行規範から生じている義務の違反等は同規則の適用外としているのだが、仮に緊急避難の抗弁がこれら条件を満たし、その成立が認められたとしても、それによっていかなる効果が生じるかははなはだ不明確なのである。

## 2 第一読草案における緊急避難

### 国際法委員会における討議

Ago によって提出された緊急避難規則に関する草案は、国際法委員会三二会期で討議に付されたが、同委員会の多くの委員の関心は、その濫用の危険、またそれゆえかかる危険をいかに排除するかという点に集中していたと言える。

例えば、Yankov は、避難行為による保全利益が侵害利益と同等またはより上位のものでなければならぬことは疑いがないとしつつ、これら利益の優劣をいかに判断できるかは疑問であるなどとして、Ago 草案三三条は多分に主観的な判断に依拠していると指摘している。そして、こうした主観的な判断は、不当な国際義務違反に際する緊急避難の援用を招く「裏口」として機能してきたとして、客観的な要件や十分な証拠基準の導入といった方策を提案している<sup>(66)</sup>。また緊急避難の濫用の危険への対応という問題意識は、同規則の適用範囲のさらなる制限の要求というかたちでも表れている。例えば、Vallat は、Ago 草案三三条が緊急避難の抗弁に付した制限に基本的に同意するとしつつ、自国の管轄外または他国の管轄内における武力の行使は、いかなる緊急避難の抗弁も排除する旨強調すべきことを主張している<sup>(66)</sup>。既述の通り Ago は、緊急避難の濫用の防止という観点から、侵略の禁止等の国際

法上の強行規範から生じている義務の違反は同規則の適用外であるとしつつ、侵略に至らない武力の行使の禁止が強行規範にあたるかは国連憲章の解釈によるとして、これに対する緊急避難規則の適用可能性を留保していたのであるが、<sup>(96)</sup>ここにおいては、すべての武力の行使を適用外とすべきことが主張されているのである。

他方、Ago 草案において挙げられていた実行との整合性という観点から、その緊急避難規則の定式、またはその存在意義自体に疑問を呈する見解もなかったわけではない。例えば、Riphagen は、カロライン号事件や米墨国境事件を挙げながら、<sup>(98)</sup>これら事例は被害国による先行違法行為はなくとも、緊急状態の発生が被害国に帰せられる場合であるとして、その他の緊急避難と区別する必要性や、自衛の下に位置づける可能性につき検討すべきであると指摘している。<sup>(99)</sup>また Reuter は、なぜ Ago 草案三三条が一般的な条文として定式化されねばならなかったかは理解できるとしつつ、財政的な義務の不遵守に関する抗弁は、履行の「相対的」な不可能性を理由とした不可抗力の抗弁となされてきたとし、かかる適用対象の違いに応じた特定の規則が必要であると指摘している。<sup>(100)</sup>むしろ Ushakov は、Ago 草案に挙げられたいかなる実行も真の緊急状態を示したものではなく、それゆえその緊急避難規則には存在理由がないと指摘している。<sup>(101)</sup>しかしながら、国際法委員会の討議において、これら疑問に関する回答や検討がなされた形跡はない。多くの委員は、Ago 草案においては緊急避難の存在を支持する多数の実行が挙げられているとし、<sup>(102)</sup>同草案の緊急避難規則に対する根本的な問いが顧みられることはなかったのである。

最後に緊急避難の抗弁が認められたとしても、他国に生じた損害を償う義務が存在することは多くの委員が支持しているが、<sup>(103)</sup>同時に次のような指摘もなされている。

Ago は、その草案の一八節において、緊急避難の抗弁が法的に認められたとしても、その国の行為そのものは、

明らかに国際違法行為のままで、国のその他の違法行為によって生じるものとまったく同じではないとしても、極めて類似した新たな法関係を伴うと述べている。そのような場合、当該行為をその他の規則、例えば国際法によって禁止されていない有害行為に関する責任に係る規則に従って扱うことは、ア priori に排除されているのである。<sup>(74)</sup>

委員会が直面している問題は、行為の違法性がなくなるのか、またその全体がまたは一部がなくなるのかである。これは極めて微妙な問題で、(Ago 草案において) 採用された解決策が正しいものなのか分らない。より特定のな英語を使用すれば、「損害賠償 (damages)」はないが「補償 (compensation)」はある、換言すれば、金銭的な責任はあるが違法行為はなされていないというケースを扱うとき、委員会は、現在はその埒外にある領域に足を踏み入れることになる。なぜなら今委員会が検討しているのは、国の違法行為のみだからである。<sup>(75)</sup>

既述の通り Ago は、緊急避難の抗弁が認められたとしても、そのことは「当該行為をなした国がその行為の違法性を理由として負ったであろう国際法上の帰結を阻却する」だけで、当該行為をなした国はそれによって生じた損害を補償する義務を負うと説明している。しかしながら、「その国の行為そのものは、明らかに国際違法行為のまま」、「行為の違法性がなくなるのか、またその全体がまたは一部がなくなるのか」といった発言に鑑みるならば、Ago の言う「行為の違法性を理由として負ったであろう国際法上の帰結」の意義が理解されていたかは疑問なのである。

## 第一読草案の規定内容

Ago 草案において提案された緊急避難規則は、国際法委員会における右の討議の後、起草委員会における改正作業を経て、第一読草案として採択されたが、その内容は次の通りである。<sup>(76)</sup>

### 第三三条 緊急避難

1 国は、次の場合を除くほか、自国の国際義務に合致しない自国の行為の違法性を阻却する根拠として緊急避難を援用することができない。

(a) 当該行為が、重大かつ差し迫った危険から国の不可欠の利益を守るための唯一の手段であり、かつ  
(b) 当該行為が、その義務の相手国の不可欠の利益を大きく損なうものではなかったこと。

2 国は、次のいかなる場合にも、緊急避難を違法性を阻却する根拠として援用することができない。

(a) 国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) 国の行為が合致しない国際義務が条約によって課されていて、その条約が明示的または黙示的にその義務に関して緊急避難を援用する可能性を排除している場合、または

(c) 問題とされる国が、緊急避難の状態の発生に寄与した場合

Ago 草案三三三条からの変更点は必ずしも多くないが、主な変更点としては次の諸点が指摘できる。すなわち、①第一読草案三三三条においては、第一項が「次の場合を除くほか、…緊急避難を援用することができない」というように否定形を用いて規定されている点、②Ago 草案においては、避難行為による侵害利益は、保全利益と同等ま

たはより上位のものであつてはならないという相対的な基準に服せしめられていたところ、第一読草案においては、「当該行為が、相手国の不可欠の利益を大きく損なうものではない」という絶対的な基準が用いられている点、そして③Ago草案においては、緊急状態の発生がこれを援用する国によつて「引き起こされたものでない」ことが要求されていたのに対して、第一読草案においては、緊急避難を援用する国がかかる状態の発生に「寄与していない」ことが要求されている点である。これら修正点は、いずれも国際法委員会の討議において、緊急避難規則の濫用を懸念する委員によつて提案されていたもので、その効果の程は必ずしも明らかではないが、同規則の要件をいっそう厳格化し、客観化することを目的としたものであったと言える。

他方、国際法委員会の討議においては、同様に緊急避難の濫用の危険への対応という観点から、国連憲章に規定される武力の行使の禁止は、すべて緊急避難の適用外とすべきことが主張されていたが、この点につき第一読草案は、その立場を明らかにしていない。第一読草案二三条二項(a)においては、Ago草案二三条三項(a)に規定された「特にその行為が侵略の禁止の不遵守を含む場合」という文言が削除されていることからすれば、同草案においては、侵略の禁止だけでなく、その他の武力の行使の禁止も強行規範から生じている義務で、それゆえその違反は緊急避難規則の適用外であるとの認識が示唆されているようにも思われる。しかしながら、第一読草案は、その注釈において、国連憲章二条四項に規定される武力の行使の禁止は侵略に至らないものであつても強行規範から生じている義務にあたるか、また同規定は明示的または默示的に国の行為の違法性を阻却する事由として緊急避難を援用する可能性を排除しているかという問題を指摘した上で、これら憲章の規定の解釈は国連のその他の機関に帰属する任務であるとして、その立場を留保しているのである。<sup>(7)</sup>

最後に第一読草案は、三五条「損害の補償に関する留保」において、「国の行為の違法性の阻却は、その行為に

よって生じた損害の『補償 (compensation)』に関する問題に影響を及ぼすものではない」と規定している。Ago は、その草案の注釈において、避難行為国にはたとえ緊急避難が認められたとしても他国に生じた損害を補償する義務が生じるとし、またその他の多くの委員も、かかる義務の存在を認めていたが、第一読草案において、「影響を及ぼすものではない」という表現にとどめられているのは、同条文が緊急避難規則の効果だけでなく、不可抗力、同意、遭難というその他の例外事由の効果についても一括して規律していることによるものと考えられる。<sup>(79)</sup>

結局、国際法委員会における討議においては、国家実行や裁判例との適合性という実証的な観点から、Ago 草案の緊急避難規則の定式や存在意義に疑義を呈する見解もみられたものの、かかる見解が同委員会によって考慮された形跡はなく、第一読草案として採択された緊急避難規則は、その濫用の危険を主張したその他の多くの委員の立場を反映して、Ago 草案の緊急避難規則の要件をさらに厳格化し、また客観化することを意図したものになったと言える。

一九九七年から右の緊急避難規則を含む国家責任条文案の第二読作業が開始されたが、そこでは同規則についていかなる修正がなされたのであろうか。

- (1) 北村朋史「国際法上の緊急避難に関する一考察——一つの『緊急避難』と国家責任条文二五条の意味(上)——」『法学会雑誌』五五卷二号(二〇一五年)、第二章。
- (2) 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), *Yearbook of the International Law Commission* 1961, Vol. II, pp.46-54.
- (3) Report of the International Law Commission covering the work of its fifteenth session (A/5509), *Yearbook of the International Law Commission* 1963, Vol. II, p.224, para.52.

- (4) *Ibid.*, p.253.
- (5) こうした経緯について、特に松井芳郎「国際連合における国家責任法の転換―国家責任法の転換(二・完)―」『国際法外交雑誌』九一卷四号(一九九二年)・二二・二七頁を参照。
- (6) Second report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur (A/CN.4/233), *Yearbook of the International Law Commission 1970*, Vol. II, p.187, para.30 and p.195, para.55.
- (7) Yearbook of the ILC 1963, *supra* note 3, p.253.
- (8) Yearbook of the ILC 1970, *supra* note 6, pp.194-195, paras.53-54.
- (9) Yearbook of the ILC 1963, *supra* note 3, p.236. 同旨の理解として、山田卓平「ILC 国家責任条文草案における不可抗力・遭難規定」『神戸学院法学』三三二巻二二号(二〇〇二年)・二九二・二九四頁。
- (10) Yearbook of the ILC 1970, *supra* note 6, pp.194-195, para.53. 同旨の理解として、西村弓「国家責任法の機能」『国際法外交雑誌』九五巻三二号(一九九六年)・六三・六四頁。
- (11) Ago は、一九三九年に出版されたハーグ・アカデミーにおける講義録において、違法行為とはまさに責任が付される行為として性格づけられるのであるから、緊急避難等の例外事由を「責任阻却事由」として性格づける多数説は、明らかに誤りであると指摘している (Roberto Ago, "Le délit international," *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye* (1939-II), pp.118-119)。
- (12) Yearbook of the ILC 1970, *supra* note 6, p.179, para.13.
- (13) Eighth report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur (A/CN.4/318 AND ADD.1-4), *Yearbook of the International Law Commission 1979*, Vol. II, Part I, pp.27-28, para.50.
- (14) Ago は「おそらくこうした理由から、緊急避難等の事由によつて違法性が阻却されるのは、『国際義務違反が欠如しているからである』と説明しているが (*ibid.*, p.30, para.55) 、『こうした説明は、ただちに「それならばなぜ、ILC の方法上、こうした要因が、『二次規則』に包含されるのか(兼原敦子「国家責任法の『一般原則性』の意義と限界」『立教法学』五五号(二〇〇〇年)・一四二頁)」という新たな、そしてより根本的な疑問を生じるであろう。
- (15) Yearbook of the ILC 1979, *supra* note 13, pp.28-29, para.52.
- (16) この点について、特に Théodore Christakis, "Les «circonstances excluant l'illicéité»: une illusion optique?" in Angelet, N. et al. eds., *Droit du pouvoir, Pouvoir du droit – Mélanges offerts à Jean Salmon* (2007), pp.228-231 を参照。
- (17) Addendum to the eighth report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago (A/CN.4/318/ADD.5-7), *Yearbook of the International*

*Law Commission 1980*, Vol. II, Part 1, p.21, para.18.

- (18) 北村、前掲論文、一五二頁。
- (19) 本稿、注(10)を参照。
- (20) Yearbook of the ILC 1980, *supra* note 17, pp.16-17, para.7.
- (21) *Ibid.*, p.19, para.11.
- (22) *Ibid.*
- (23) 北村、前掲論文、一一八頁を参照。
- (24) Yearbook of the ILC 1980, *supra* note 17, p.51.
- (25) *Ibid.*, p.17, para.8.
- (26) *Ibid.*, p.19, para.12.
- (27) *Ibid.*, pp.19-20, para.13.
- (28) *Ibid.*, p.20, para.14.
- (29) *Ibid.*, para.15.
- (30) *Ibid.*
- (31) *Ibid.*, pp.19-20, para.13.
- (32) Robert D. Sloane, "On the Use and Abuse of Necessity in the Law of State Responsibility," 106 *American Journal of International Law* 3 (2012), pp.454-459 and 474-478.
- (33) I. Buza, "The State of Necessity in International Law," 1 *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* (1959), p.213.
- (34) Yearbook of the ILC 1980, *supra* note 17, p.19, para.12.
- (35) R. Redtslob, *Traité de droit des gens* (1950), p.249. 括弧内筆者注。
- (36) Yearbook of the ILC 1980, *supra* note 17, p.20, note 26.
- (37) Redtslob は、先の引用部分に続けて、「その犠牲者が自らの意思によって危険を作り出した場合は話は別である」と述べているが (Redtslob, *supra* note 35)、これが Ago の意味するところの非自招性、すなわち危険の発生が「その国の支配を完全に超える」ものでなければならぬという同義でないことは明らかであろう。
- (38) Yearbook of the ILC 1980, *supra* note 17, pp.20-21, para.16.
- (39) *Ibid.*, p.38. 括弧内筆者注。



- (40) 例えば、日本国刑法二〇二条。
- (41) Yearbook of the ILC 1980, *supra* note 17, pp.49-50, para.75.
- (42) *Ibid.*
- (43) この点に関する考察については、特に Théodore Christakis, “Nécessité n’a pas de loi? La nécessité en droit international,” in Théodore Christakis ed., *La nécessité en droit international* (2006), pp.52-54.
- (44) Alphonse Rivier, *Principes du droit des gens*, vol.1 (1896), p.278.
- (45) F. von Liszt, *Das Völkerrecht*, 12<sup>th</sup> ed. (1925), p.201.
- (46) Redsiob, *supra* note 35, pp.251-252.
- (47) Dionisio Anzilotti, *Cours de droit international* (1929), p.514.
- (48) *Ibid.*, p.507.
- (49) 北村、前掲論文、一五三頁。
- (50) Yearbook of the ILC 1980, *supra* note 17, p.21, para.18.
- (51) Fifth report on State responsibility by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur (A/CN.4/291 and Add.1 & 2 and Corr.1), *Yearbook of the International Law Commission 1976*, Vol. II, Part 1, p.31, para.97.
- (52) *Ibid.*
- (53) *Ibid.*, pp.52-53, paras.148-150.
- (54) *Ibid.*, pp.53-54, para.153.
- (55) *Ibid.*, p.52, para.146.
- (56) Future work in the field of the codification and progressive development of international law (General Assembly resolution 1686 (XVI)) (A/CN.4/145), *Yearbook of the International Law Commission 1962*, vol. I, p.35, para.17.
- (57) Yearbook of the ILC 1976, *supra* note 51, p.51, para.144.
- (58) Yearbook of the ILC 1980, *supra* note 17, pp.38-39, para.55.
- (59) Ago, *supra* note 11, pp.529-530.
- (60) つづいた国家責任の理解は、Ago に固有のものではなく、その根拠や説明の相違は別として、Anzilotti や Verdross 等の論者によってもかねてから主張されてきたところである。この点につき、特に西村弓「国家責任法における違法性の根拠」『上智法学論集』四三巻四号（二〇〇〇年）五八・六〇頁を参照。

- (61) Yearbook of the ILC 1963, *supra* note 3, p.234.
- (62) Ago, *supra* note 11, pp.527-529.
- (63) 特に *ibid.*, p.530, note 1 を参照。
- (64) 復讐の正当性や機能に関する伝統的学説については、特に岩月直樹「現代国際法における対抗措置の法的性質」『国際法外交雑誌』一〇七卷三号(二〇〇八年)・七九・九二頁を参照。
- (65) Summary records of the meetings of the thirty-second session, *Yearbook of the International Law Commission* 1980, vol. I, pp.173-174, paras.1-9.
- (66) *Ibid.*, p.169, para.25.
- (67) Yearbook of the ILC 1980, *supra* note 17, p.44, para.66.
- (68) 画事件の概要については、北村、前掲論文、第一章(㉔)1を参照。
- (69) Yearbook of the ILC 1980, *supra* note 65, p.162, paras.12-15.
- (70) *Ibid.*, p.164, paras.23-26.
- (71) *Ibid.*, pp.165-166, para.38.
- (72) 例<sup>㉔</sup> Šahovic (*ibid.*, p.167, para.7, Vallat (p.169, para.21), Francis (p.170, para.2), Barboza (p.176, para.23), Tsuruoka (p.177, para.32) を参照。
- (73) 例<sup>㉔</sup> Schwebel (*ibid.*, p.163, para.18), Šahovic (p.167, para.13), Baxter (p.169, para.19), Calle Y Calle (p.172, para.17), Jagoia (pp.174-175, para.14), Barboza (p.176, para.26), Tsuruoka (p.177, para.36), Pinto (p.178, para.5) を参照。
- (74) Riphagen (*ibid.*, p.161, para.10).
- (75) Reuter (*ibid.*, p.164, para.22).
- (76) Report of the International Law Commission on the work of its thirty-second session (A/35/10), *Yearbook of the International Law Commission* 1980, Vol. II, Part 2, p.34.
- (77) *Ibid.*, pp.44-45, para.24.
- (78) *Ibid.*, p.61.
- (79) 同様の指摘として、山田卓平「国際法における緊急避難」『龍谷法学』四六卷一号(二〇一三年)・一〇四頁。