
政府職員の事項的免除の位置
—免除の理論的根拠に着目して—

新倉圭一郎*

State officials are entitled to immunity from foreign jurisdiction in respect of acts performed in an official capacity. This immunity is called immunity *ratione materiae*. Although this immunity has been confirmed in state practices since 19th century, there is yet no established rationale of this immunity, which causes two problems of interpretation.

The First is whether this immunity extends to international crimes. The second is the validity of relying on the attribution rules articulated in the ILC Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts in determining whether an official's act constitutes an "act performed in an official capacity." This paper attempts to gain a perspective to examine these two issues by clarifying the rationale of the immunity.

This paper is structured into four parts. Firstly, it examines previous researches on the immunity and points out the problems with each theory. Second, based on the examination of leading cases, it is shown that the immunity *ratione materiae* of state officials derives from the control of home countries over the acts performed in an official capacity. The Home Government has the right to decide what instructions to give to its officials in order to implement its policies and to assess whether such instructions have been properly carried out, which is protected under international law by the principle of non-interference. As a result, it prohibits other countries from exercising jurisdiction over acts performed by officials in order to implement the home country's policies. Third, two issues as pointed out above are considered through the perspective of the rationale of the immunity. In the last part, the conclusion is stated.

* 東京都立大学准教授

はじめに

他国の政府職員やその一定の行為に対する刑事管轄権行使を禁止する、いわゆる政府職員の刑事管轄権からの免除の問題は、今日の重要論点の一つであり¹、ILC(国連国際法委員会)における法典化作業や国家実行を通じて各則の明確化が進められている。しかし、こうした作業や活動では、その性格上、「なぜ政府職員が他国の刑事管轄権から免除されるのか」という免除の理論的根拠に焦点が当たりにくく、この点については学説でも未だに認識の共有が見られない感がある。

こうした状況は、とりわけ、政府職員が「公的資格で行った行為」を対象とする「事項的免除」について、次の二点でその理論的根拠の特定が急がれていることに鑑みれば、問題である。第一に、事項的免除と国際犯罪との関係を検討するにあたって、免除の理論的根拠が一つの重要な指標を提供する。「国際犯罪」という概念は、その定義自体これまで議論されてきたところであるが²、法益の特殊性、個人の国際責任、普遍的管轄権等の様々なインプリケーションを含んでいる。したがって、事項的免除の有無という文脈で国際犯罪が論じられる場合、そのどの側面に着目して検討すれよいかの問題となるが、政府職員の事項的免除の理論的根拠にまで遡って検討しない限り、国際犯罪との接合点を見極めることは困難であろう。実際、実行において、政府職員の事項的免除は国際犯罪には認められない、という結論が諸国の一般的な傾向として確認できるものの、その理由づけは多岐にわたっており、なお国際慣習法上の免除の例外規則として成立するには至っていないことが指摘されている³。こうした理由づけの収斂を阻害している原因の一旦は、そもそも、他国の政府職員が公的資格で行った行為が「なぜ法廷地国の刑事管轄権から免除されるのか」という免除の理論的根拠に関する理解の共有がなされていないことにあるものと考えられる。

第二に、政府職員の事項的免除については、免除の対象となる行為の同定において国家責任条文の行為帰属規則を参照することの是非が議論され

ているが、この点についても事項的免除の理論的根拠が一つの指標を提供するものと思われる。後述の Enrica Lexie 事件判決のように、事項的免除の対象となる行為の同定に当たって国家責任条文の行為帰属規則を参照する実行が存在するほか、2016年に暫定的に採択された ILC 条文草案のコメンタリーでも、政府職員が事項的免除を享受する「公的資格で行われた行為 (act performed in an official capacity)」であるためには、第一に、当該行為が本国に帰属しなければならないとされ、本国に帰属する行為であるか否かを判断する出発点として国家責任条文を検討すべきことが確認されている⁴。しかし、こうしたアプローチに対しては、免除と国家責任法の機能上の違いを強調した異論が提起されており⁵、ILCでも、国家責任条文の行為帰属規則が一般的に適用されるわけではないことが注意深く指摘されている⁶。

国家責任という異なる法制度の下で生成、機能してきた規則を事項的免除となる行為を特定する規範として援用することが妥当なのか、妥当であるとすればどの範囲で援用すべきなのか、検討が求められている。こうした問題に対しては、国家責任条文の個々の規定ごとに、事項的免除の理論的根拠に照らして援用することが合理的か否かを検討するというアプローチが有用であろう⁷。

こうして、事項的免除の理論的根拠の明確化が求められているにもかかわらずその内実について認識の共有が見られない背景には次の二つの法的事情がある。第一に、当該免除の代表的事例では、「国家の免除」や「職員は責任を負わない」といった既存の制度(国家免除、責任法)に依拠していることを示唆するような概念が明確な説明なく使用されている。第二に、古くから国際法上、様々な免除制度が存在するにもかかわらず、個々の制度の区分が意識されることなく、国家の一定の職務が他国の管轄権行使対象外であることが「免除」という概念によって説明されている

この様な判断が蓄積した結果、個々の実行の先例としての位置づけや、民事訴訟と刑事訴訟との区別の要否等、法理の射程を見極めるのが非常に困難であるほか、異なる理由付け相互の妥当性を評価することも難しい状況にある。そして、こう

した状況が、免除の例外規則の正当化⁸や他の国際法規範との関係性を精査することを困難にしているのである。

本稿は、以上の問題意識にもとづき、政府職員の事項的免除について、「なぜ免除されるのか」という理論的根拠を明らかにするための検討を行う⁹。上述のように、こうした作業は、国際犯罪についての免除の有無や国家責任法における行為帰属規則との関係性といった、現代的な解釈問題を検討する上で必要な作業として位置付けられるが、本稿では紙幅の関係上、これらの問題を正面から扱うことは困難である。そこで、事項的免除の理論的根拠を明確にした上で、これらの問題について本稿の検討から導き出される示唆を簡単に検討することとしたい。具体的な検討は以下のように進められる。まず第一に、政府職員の「事項的免除」の理論的根拠に関する先行研究を検討し、それらを批判的に検証する。その上で第二に、当該免除に関する代表的な実行を詳細に検討し、免除の理論的根拠を実行から内在的に特定することを試みる。そして第三に、実行から導出した理論的根拠を整理し、国際犯罪への免除の有無、国家責任法上の行為帰属規則との関係性について若干の検討を行うこととする。

I. 先行研究とその問題点

政府職員の「事項的免除」の理論的根拠については、民事管轄権の文脈で国家に認められてきた国家免除の適用とみる立場、そもそも政府職員個人に責任がないことによるものと評価する立場がみられる。以下では、第一の立場を国家免除説、第二の立場を実体責任説と呼び¹⁰、その内実と問題点を検証する。

1. 国家免除説とその問題点

国家免除説を明確に主張する論者の一人がOrakhelashviliである¹¹。民事訴訟においては、国家自体ではなくその政府職員に訴えを提起した場合であっても国家免除が適用されることは広く受け入れられているが¹²、当該免除が刑事管轄権にも同様に適用されると考える。

Orakhelashviliが³、政府職員の刑事管轄権からの事項的免除と民事管轄権からの国家免除を同視するのは、いずれも「主権的権限の完全性(integrity)と国家の職務を保全する」という目的を享有していると考えるからである¹³。彼によれば、かつての絶対免除主義の時代には、国家は相互に対等な存在であるため、他国の裁判所で訴えられることはないと言われていたが、こうした国家の地位に基づく国家免除のアプローチは現在では廃棄され、免除の有無は訴訟事項たる行為の性質によって判断されることになったとする¹⁴。その結果、国家が主権的権限として行った主権的行為(act of sovereign)を他国の裁判権行使から保護する機能的な国家免除観が採用されるようになっているとされ¹⁵、国家の職務として行われた行為を対象とする政府職員の「事項的免除」を、主権的行為という職務を保護する国家免除が適用されたものと整理する¹⁶。国家免除適用の局面でも実際に行っているのは政府職員であり、当該職員が行った主権的行為という行為の性質を理由に国家が他国の民事裁判権行使から保護されてきたのであれば、管轄権の性質にかかわらず同様の行為は国家免除の対象になるとの理解である。こうした理解を前提に、Orakhelashviliは、民事管轄権の文脈で認められてきた免除と刑事管轄権で認められてきた免除を免除認否判断において区別すべき理由はないことに度々言及している¹⁷。

同様の見解は、民事管轄権において政府職員の免除の有無が問題となったJones事件貴族院判決の中でも示されている。サウジアラビアの政府職員が本国で行った拷問等について、当該政府職員に対する損害賠償請求を英国の裁判所が受理するか否かが問題となった本件において、Bingham of Cornhill判事は、政府職員を訴えることによって国家の免除に対する権利を制限することは認められないため、政府職員がその資格で行った行為が、国家自身が訴えられれば免除の対象となる性格の行為であれば国家免除の対象となると述べ、こうした命題を確認した先例として、政府職員の事項的免除の代表的先例とされる後述のPinochet事件貴族院判決やBlaškić事件判決に言及している¹⁸。彼によれば、本件で被告とされた

私人はいずれもサウジアラビアの職員として行動していた以上、その行為は本国に帰属する国家の行為であり、こうした行為に対する訴えは、被告が職員個人であっても国家免除の対象となるとされる¹⁹。ここでは、民事、刑事にかかわらず、政府職員の一定の行為が他国の管轄権から免除されるのは、国家に帰属する国家の行為であるという行為の性質に鑑みて、他国による一方的な裁判管轄権行使が禁止されるからであるとの理解がとられており²⁰、行為の性質に着目して、国家免除と政府職員の免除(民事、刑事含めて)を包括的に捉える整理が行われているといえる。

民事管轄権の文脈で認められてきた国家免除が刑事管轄権にも適用されるとの理解を前提にすれば、事項的免除によって保護される国家の機能—別言すれば、国家の職務—は、国家が政策として行った行為全般ではなく、あくまでも主権的な権限の行使として行った一定の職務に限定されることになる²¹。民事管轄権の文脈では、免除の対象は国家の行為一般ではなく、主権的行為に限定されるというのが現行法(国家免除)の特徴であり、政府職員の「事項的免除」も、公的資格で行われた行為一般ではなく、業務管理行為を除いた主権的行為に限定されることが Orakhelashvili によって強調されている²²。

また、ILC の上記コメンタリーでも、事項的免除は職員が「公的資格で行った行為」を対象とするとされながらも、当該行為の具体例としては、軍事活動、警察権限の行使に関わる行為、外交活動、立法行為、司法運営に関わる行為、種々の行政行為等、これまで国家免除の対象となる代表的な行為とされてきた行為群が、国家免除に関する代表的な実行を註で引用しつつ列挙されている。ここでも、免除の対象となる具体的な行為としては国家免除の対象行為が想定されていることがわかる²³。

確かに、民事訴訟の文脈で認められてきた国家免除の射程が民事管轄権に限定される論理必然性はなく、刑事管轄権をも対象とする法理が示されてきたことは理論的にはありうる。また、この立場によれば、民事管轄権の文脈での実行の蓄積に依拠して政府職員の「事項的免除」を一般規則と

して措定することが可能であり、刑事管轄権分野におけるその慣習法性を改めて論証する必要はなくなるといふ利点もある²⁴。しかし、この立場にはいくつか検討を要する点が残されている。第一に、管轄権の種別を問わず国家免除が適用されることが、刑事管轄権の文脈で政府職員の事項的免除を認めた代表的な国家実行を内在的に検証して示されているわけではない。民事管轄権の文脈で、政府職員の行為について職員を訴える訴訟であっても国家免除の適用対象となりうることを認める場合²⁵、その理由としては、民事訴訟での訴訟事項はあくまで職員が行った「国家に帰属する」国家の行為の違法性であるという見解²⁶、さらには、仮に職員が敗訴したとしても最終的には本国政府が賠償金を支払うことになるといった見解等が示されてきた²⁷。こうした、本国が訴訟手続や判決に結果的に影響を受ける点に着目した理由づけが民事訴訟では妥当するのに対して、刑事訴訟で審理対象となっているのは職員個人の行為の違法性であり、職員個人の責任の有無である。実際、後述の、Pinochet 事件判決における Phillip 判事のように、職員個人を訴える刑事管轄権において民事訴訟の文脈で生成してきた国家免除をそのまま適用できないとの言明は度々表明されており、刑事管轄権からの「事項的免除」を認める実行から免除の理論的根拠を内在的に導出することなく両者の同質性を前提にすることはできない。

第二に、政府職員が公的資格で行った行為全般ではなく、その中でも統治権行使の要素の強い「主権的行為」に免除の対象が限定されると理解する点にも疑問が残る。政府職員の事項的免除は、職員の行為を公的資格で行われた行為と私的行為に分類し、前者にのみ認められる免除であると説明されるのが一般的であり²⁸、国家実行でもそのような定式化が行われている²⁹。対して、国家免除はかつての絶対免除主義の時代から、公益に基づく国家の行為であっても商業行為等の「業務管理行為」が除外されるに至るといふのが現行法に至る歴史的展開の核であり、上記の定式化との齟齬は免れない。Orakherashvili は政府職員の免除に関する国家実行を国家免除に適合的に解釈するが、事項的免除を認めた代表的な国家実行そのも

のを内在的に論証した上で主張されているわけではなく、後述の実体責任説を説得するには至っていない。

第三に、この見解をとる論者は、事項的免除の対象となる行為の特定において、国家責任条文の行為帰属規則にしばしば依拠するが、こうした判断の是非も検討を要する。民事、刑事問わず、政府職員の管轄権からの免除を国家免除の適用によって理解する上述の Jones 事件判決における Bingham of Cornhill 判事は、「国家は、確立した例外が適用されない限り、国際法上自らが責任を負う行為について免除を主張することができる」と述べ³⁰、国家に帰属するゆえに免除の対象となる行為と国家責任法上国家に帰属する行為とを連動させる理解を示している³¹。しかし、裁判所の管轄権の所在を問題とする免除法と国家の実体責任を問題とする国家責任法では法理の趣旨が大きく異なり、行為帰属規則に依拠した判断枠組が実効的に運用されるには、事項的免除の理論的根拠に鑑みて国家責任法上の規則を準用することの適否が慎重に吟味される必要がある。

以上のように、国家免除説にはなお検討を要するいくつかの疑問点が残されている。

2. 実体責任説とその問題点

実体責任説は、Cassese³²、Akande³³といった国際刑事法の代表的な論者によって採用されている³⁴。Akande の言葉を借りれば、政府職員の「事項的免除」は、職員が公的資格で行った行為は本国に帰属するものであり、職員個人は当該行為について責任を負わないという実体法上の抗弁 (defense) を意味するとされる³⁵。国家免除説のような手続ではなく、実体法上の責任のレベルで規律が及んでいると理解する点³⁶がこの説の特徴である。

この説の特徴としては、以下の二点を挙げることができる。第一に、実体責任説は、事項的免除の代表的な先例が示した言説に依拠して主張されている。実体責任説によって最も引用されるケースが Blaškić 事件判決の次の一節である。

「政府職員は、国家の道具 (instrument) に過ぎ

ず、その公的活動は本国にのみ帰属する。当該職員は個人としてではなく国家のために行った行為について制裁や罰則を受けることはない。別言すれば、政府職員は彼ら個人ではなく、彼らがそのために行動する国家に帰属する違法行為の帰結を負うことはない。すなわち、彼らはいわゆる『機能的免除』を享受する。これは 18、19 世紀にまで遡る国際慣習法の確立した規則であり、それ以来幾度も述べられてきたものである。』³⁷

ここでの、職員は自己に帰属しない行為について制裁を受けることはないとの理由づけは、確かに実体責任の有無を問題とする実体責任説の立場を採用したようにも見える。

第二に、実体責任のレベルで行為の帰属を論じるこの見方においては、国家責任の行為帰属規則との親和性は国家免除説よりも強く、この立場がとられる場合も、しばしば国家責任条文の行為帰属規定に依拠して行為が職員個人には帰属しないことが主張されている。例えば、後述する Blaškić 事件において、クロアチアは、公的資格で行動する国家機関に拘束力を伴う命令を出す権限を ICTY に認めることは、国家機関の行為は国家の行為と見做され、職員の国際違法行為は職員個人ではなく国家の国際責任を発生させるという国家責任条文草案 4 条で明らかにされた国際法上の確立した原則に反すると主張を行い、公的資格で行動する国家機関に当該命令を下すことに反対している³⁸。

このように、実体責任説は、政府職員に「事項的免除」が認められるのは、行為の性質上他国の管轄権行使が禁止されるからではなく、責任の所在という実体法レベルでの規律が及んでいるからであると理解する。先例に依拠され、政府職員が公的資格で行った行為が免除の対象となるという一般的な理解とも整合するこの実体責任説は、同じく実体責任レベルでの行為の帰属を決定する国家責任法のアナロジーという手法とも相まって説得的な理解のようにも思える。しかし、この説についても、いくつかの疑問点を指摘することができる³⁹。

第一に、実体責任説については、職員個人では

なく本国に帰属する理論的根拠や法的効果が定かではないという点を指摘できる。国家責任法における行為帰属は、ある特定の行為が国家責任を発生しうる「国家の行為」か否かを決定するプロセスであるのに対して⁴⁰、政府職員の「事項的免除」の文脈で語られる行為の帰属とは、本来生ずるはずの、政府職員の国内法上の刑事責任が消滅することを基礎づける法理である。行為帰属の結果、国家の国内法上の刑事責任に繋がるわけでも、国際法上の責任に繋がるわけでもなく、単に職員個人の国内法上の責任を消滅させる法理とは一体いかなる理論的根拠によって正当化可能なのであろうか⁴¹。職員個人の責任が問われないことを説明するのであれば、国家免除のような裁判管轄権の所在を規律する法理を援用すれば足りるはずである。実体法上の責任の存在如何という立法管轄権のレベルから他国の管轄権行使を規律する法理であるとすれば、法的な根拠・論理も含めた慎重な実証的論証が求められるはずである。

第二に、行為帰属の根拠として国家責任条文に依拠する主張については、同条文のコメンタリーで述べられているように、国家責任の発生如何が個人の責任の有無を予断するものではないとの理解が広く共有されていることとの関係が問題となる⁴²。行為が国家に帰属し、国家責任を発生することと、職員個人の責任の有無は別の問題として考えるべきではないかとの疑問が残る。

第三に、政府職員の刑事管轄権からの免除については、法廷地国における他国の政府職員による行為がその職務の遂行において行われた場合であっても、法廷地国が当該行為や、政府職員の自国における滞在に同意していなければ、免除を認める義務はないことがしばしば主張⁴³、判断⁴⁴されているが、法廷地国の同意の有無が実体責任の発生如何に影響することの理論的な説明は、実体責任説の立場からは容易ではないであろう。

確かに、行為の帰属概念を用いる国家実行の一節は、一見すると、実体法のレベルで政府職員の責任の有無が問題とされているようにも見えるが、そういった文言を表面的に受け取るべきか否かは、国家実行で採用された法理を内在的に検証したのちに判断しうる問題であろう。現代において実体

責任説を主張する論者は、本来科せられるはずの国内法上の刑事責任から職員が免れる法的な根拠や論理を何ら示しておらず、各則との整合性にも疑義がある以上、同説の妥当性は、実行の実証分析を通じて再検証する必要がある。

3. 小括

以上のように、政府職員の「事項的免除」の理論的根拠については、国家免除説、実体責任説いずれも疑問点を残している。国家免除説については、民事管轄権の文脈で生成した国家免除の理論的根拠が職員個人の責任を問う刑事管轄権にも妥当するのかわかではなく、免除の基準についても、事項的免除が公的資格で行われた行為一般を対象とすると考えられていることとも齟齬を来す。また、実体責任説については、職員の行為が本国に帰属することと、職員が国内法上の刑事責任の追及対象とならないこととの理論的な関係性が説明されていないことに加え、法廷地国で行われた犯罪行為については、当該国家の同意如何で事項的免除の有無が変わるとする実行とも整合しない。また、いずれの説も、免除の対象となる行為を同定する際に国家責任条文を参照しているが、そうした判断がなぜ正当化されるのか、事項的免除の理論的根拠を明らかにした上で国家責任条文の各規定内容との整合性を吟味する必要がある。いずれの説も、重要な疑問点を残しており、政府職員が公的資格で行った行為がなぜ他国の刑事管轄権の対象とならないのかという観点から実証分析を改めて行う必要があるだろう。

なお、実証分析に当たっては、概念の使用と法理の性質を区別することに心がける。現状の学説や実行では、それぞれ自身の理解を前提に概念を用いており、たとえ「国家免除 (state immunity)」や「行為の帰属 (attribution)」という概念が用いられていたとしても、そのことが法理の成立を予断するものではない。当然、一定の概念が使用されていることが法理の内実を知る手がかりになる場合もあるが、概念の使用自体から法理の性格を導き出すアプローチとは距離をとる。

II. 実行分析

本節では、政府職員の「事項的免除」を検討対象とした代表的な実行の分析を行う。当然、同法理との関係で民事訴訟と刑事訴訟に違いを見出さない国家免除説は、民事裁判判決も先例として引用するが、こうしたアプローチの正否は刑事訴訟で妥当する法理の性格を明らかにしたうえで、民事訴訟とで区別する必要性の有無を検討するというプロセスを経て判断できる問題であり、本稿での検討は、刑事管轄権のケースに限定する。なお、ここで扱う実行はこの分野の代表的な先例であり、後の実行で参照されるものも多いことから、国内裁判所と国際裁判所を問わず、時系列に沿って検討することとする。

1. 実証分析

(1) McLead 事件

本件は、自衛権のリーディング・ケースとして知られる Caroline 号事件との関連で問題とされた、米国の領域に侵入して同号を奪取、破壊した罪、そしてその際に米国人を殺害した罪で英国人たる McLead が起訴された事件である。当該起訴をきっかけに、英米の間で起訴の国際法上の合法性をめぐる書簡が交換された。英国からの抗議に対して米国务長官の Webster が応答した次の一節が、実体責任説によって自説の根拠として依拠されている。

「軍隊 (a public force) の一部をなし、本国政府の権限のもとで行動する個人が、侵入者や犯罪者として責任を問われることはないというのは、文明国の慣行によって認められた国際法の原則であり、米国政府はそれに異議を唱えるつもりはありません。…刑事手続であれ民事手続であれ、公的権限のもとで、かつ、正規の上官の命令に従って行動したという事実は、正当な抗弁 (a valid defence) と見做されなければなりません。さもなければ、個人は、政府の行為から生じた損害や戦争による損害についてさえ責任を問われることになるでしょう。」⁴⁵

この原則は、その後、英国の法務官によって次のように言い換えられている。

「本国政府によって許可もしくは承認された敵対行為を行う個人が、個人的な侵入者や犯罪者として個人的に責任を問われず、当該行為については本国のみが責任を負うという国際法の原則は、現在確立したものであり争われることはない。実際、…Webster 氏によってこの原則は認められている。」⁴⁶

「抗弁」という概念が用いられていることや、侵害行為については個人ではなく本国のみが責任を負うという表現は国家責任の帰属法理を想起させ、管轄権行使の可否という手続というよりは責任の有無という実体のレベルでの規律が語られているようにも思える。しかし、McLead の刑事訴追後に、彼が違法に被った損害について米国に賠償責任があるか否かが審理された仲裁裁判において、英国のコミッショナーは、「McLead の逮捕、拘留及び裁判は、有罪であれ無罪であれ、正当化されえないものであり、米国政府もそのように認めている。(下線筆者)」と述べ⁴⁷、責任の有無の次元ではなく、米国の管轄権行使の違法性が問題とされているような言明もみられる。「責任」「免除」といった概念が用いられていることそれ自体が法理の内実を示すものではないことは上述の通りであり、いずれにせよ、職員が国内法上の責任を問われない法的な論理が定かではないという実体責任説への疑問を補う説明が見られない以上、本件自体を同説の権威的な先例とすることは問題が残る。

さらに、上記の言明では、軍隊の構成員が上官の命令に従って敵対行為を行ったという状況が想定されており、政府職員一般に適用される「事項的免除」というよりも、むしろ上官命令の抗弁に依拠したものと解する⁴⁸。仮に、そうでないとしても、軍隊という極めて厳しい規律下にある組織を前提に論じられた論理を政府職員一般に広げることができるのか、先の一節からは定かではない。本件の先例としての位置づけを上記の言明のみから判断することには慎重になるべきである

う。

以上のように、本件の言明のみから法理の内実を特定することは困難である。

(2) Eichmann 事件イスラエル最高裁判決

1960 年、イスラエルは、ナチスによるユダヤ人抹殺計画において中心的な役割を果たした Eichmann をアルゼンチンから自国に拉致し、人道に対する罪や戦争犯罪等の罪状で起訴した。対して、Eichmann の代理人は、イスラエル裁判所の管轄権についていくつかの異議を提起した、その一つとして、本件で問題とされている彼の行為は、ドイツの政策実現のために行われた「国家の行為 (act of state)」であり、当該行為について個人的に責任を問われることはないとの抗弁が主張されたため、他国の政策実現のために行われた行為について刑事裁判権を行使しうるか否かが問題となった。Eichmann 側のこうした主張から、国家行為理論の適用が問題となった先例のように思えるが、裁判所による理由づけの内実は政府職員の「事項的」免除のそれと極めて類似したものであり、同分野のリーディング・ケースとしても挙げられることが多い⁴⁹。

判決において「国家行為」理論の内実に関する説明は極めてシンプルな次の一節である。

『「国家行為」理論は、国家元首であれ、政府の指示で行動する責任ある職員であれ、国家の機関として行われた行為は、当該国家のみの行為とみなされることを意味する。したがって、当該行為については国家のみが責任を負い、他国は、本国の同意がない限りそれを行った個人を処罰する権利を有さない。そうでなければ、当該他国は本国の国内問題に干渉することになり、主権に基づく国家平等の観念に反することになる (下線筆者)』⁵⁰

職員の行為が「国家の行為とみなさ」れ、当該行為については「国家のみが責任を負う」との説明がから、一見すると実体責任説を確認したものと読めるが、「本国の同意がなければ他国は加害私人を処罰する権利を有さない」との表現からは、あくまで処罰権という手続のレベルでの説明

が行われているとの印象を受ける。

こうして判決の文言から確定的な評価が困難な以上、当該一節の評価は、判決において参照が指示されているケルゼン『法による平和』⁵¹及び本主題に関する彼の論文における叙述を踏まえて行う必要がある。同書において、Kelsen は、一般国際法上、戦争に訴える行為は政府の命令や許可を得て行われた国家の行為と見做されるという言明について、次のような叙述を行っている。

「ある行為が国家の行為であることの法的な意味は、行為がそれを行った個人ではなく、国家に帰属するということである。もし、個人によって行われたある行為が国家に帰属するのであれば、当該行為については国家が責任を負う。…もし、ある行為がそれを行った個人ではなく国家に帰属するのであれば、一般国際法上、当該個人は、問題の行為を行った国家の同意なく、当該国家の行為について責任を問われることはない。」⁵²

なぜ、国家に帰属する行為について当該国家の同意なく個人が責任を問われることがないのか。彼によれば、「国家が責任を負う」とは、違反に対する結果が違反行為を行った個人ではなく、国民全体に集団的に科せられる点にポイントがあるとされ、責任の所在は違法行為の結果科せられる制裁の対象によって決定されるという考え方が示されている⁵³。そのうえで、彼は、政府職員が国家の行為として国際法上禁止される行為を行った場合に職員個人の国内法上の責任が排除され、責任が問われなくなる理由を、国家免除法理の帰結として説明する。すなわち、国家の法的存在は国家の「行為」に表れるとの認識のもと、民事にせよ刑事にせよ、職員によって行われた国家の「行為」について他の国家が管轄権を行使することは行為国に対する管轄権行使に当たり禁止されるため、国家免除によって当該行為について職員個人に制裁を科すことができなくなる。その結果、職員の国内法上の責任が排除されることになると説明する⁵⁴。国家免除を、国家の「行為」について裁判権行使を禁止するものであると解し、たとえ本国ではなく職員個人が被告として訴えられたケ

ースでも、国家の行為について審理することになるのであれば国家免除の対象となると説明するのである。

このように、Kelsen は、国家に帰属する行為について職員が免責されることを、当該行為について法廷地国の管轄権行使が禁止されることによって説明している。責任の所在=制裁対象という独自の法概念を前提に、職員個人が刑事訴追を受けない以上、当該職員には訴追対象の行為は帰属せず責任は発生しないとの理解である。「当該行為については国家のみが責任を負い」という表現は、職員個人の刑事責任を問うことはできないので、(国家責任が発生するとすれば)国家間で処理すべき問題である旨を述べたものと考えられる。こうした説明から、国家に帰属する行為についての管轄権の所在、より具体的には処罰権たる刑事管轄権の所在の問題として検討されていることは明らかであろう。Eichmann 事件判決が、本国の同意の有無を重視したのもこうした Kelsen の議論に依拠したものである。

このように、「国家の行為」たる行為の性質に依拠して民刑問わず裁判権行使の可否を論ずる Kelsen の理解は、Orakhelashvili に代表される国家免除説と類似している。しかし、Kelsen の説明には、職員の責任を問う刑事訴訟において一方的な管轄権行使を控えるべき理論的根拠が必ずしも定かではないという問題がある。「国家の法的存在は国家の『行為』に表れる」ことが一言されているが、その趣旨は必ずしも明らかではなく、国家の行為の違法性ではなく個人の行為の違法性を審理する刑事訴訟において、他国の行為に対する管轄権行使を禁止する法理がなぜ適用されるのか、説得的に説明されていない。そこで、本判決では、Kelsen の免除観を参考にしつつもこの点を補った議論が行われている。すなわち、国家に帰属する行為については他国の一方的な管轄権行使が禁止されるとしつつも、他国を訴え、その行為の違法性や国家の責任の有無を審理することそれ自体ではなく、政府職員に対する刑事処罰が本国の国内問題であるゆえに他国による干渉が禁止される旨の説明が慎重に加えられている。国家の行為とみなされる職員の行為の処罰権がなぜ本

国に帰属する国内問題なのかは必ずしも明確に説明されていないが、不干渉原則に基づく理論的根拠をあえて示したことは、判決では明示されていないものの、刑事管轄権の固有性を意識した法理として事項的免除を説明していたと評価すべきであろう。

(3) レインボー・ウォーリア号事件国連事務総長裁定

1985年7月、フランスの地下核実験に抗議するため、グリーンピースによって派遣されたレインボー・ウォーリア号がニュージーランドのオークランド港に停泊していたところ、フランスの対外治安総局に所属する政府職員が同号を爆弾によって沈没させ、乗船していたオランダ人乗組員一名が死亡した。本件において、ニュージーランドは、実行犯たるフランスの政府職員の刑事訴追を求めたのに対して、フランスは、当該職員の解放を一貫して求めた。交渉によっても両国の主張の対立が解消されることなく、国連事務総長に裁定を求めることとなった。

本件においてフランスは、「Caroline 号が英国の軍隊によって破壊された際に、米国政府に対して英国政府が行ったように、フランスは、自国のために行動した個人に代わって、ニュージーランド及び被害者に対するすべての責任を負う用意がある」⁵⁵として、職員の行為の帰結についてはフランスが謝罪と賠償を行うと述べて職員個人の解放を求めた。対してニュージーランドは、「政府の命令に従って行動する軍隊構成員が…個人の刑事責任から免れると認めることはできない」とし、ニュルンベルグ刑事裁判所判決やその後の戦争犯罪に関する判決で確立したように「上官命令」は国際法上の抗弁と考えることはできないと述べて実行犯は刑事訴追されるべきと主張した⁵⁶。このように、本件では、フランスが政府職員の刑事責任を否定する主張を展開したことから、職員の実体責任の所在に関する問題として議論されている。ただし、フランスは、上官の命令に従って行った行為についての軍隊構成員の責任の有無が問題とされた Caroline 号事件における英国の見解を想定して当該主張を行っており、対するニュージー

ランドも、軍隊構成員を対象とする上官命令の法理の問題として捉えている。ここでは、職員一般を想定して責任の所在が論じられていたわけではない点に留意する必要がある。

こうした見解の対立を前に、事務総長は、「自らの任務を十分に果たすには、これらの対立する立場を尊重し、かつ調整する…解決策を見つけないければならない」と述べ⁵⁷、実行犯たるフランス政府職員を欧州外の孤島に所在するフランス軍事施設に三年間移送すること、彼らは家族等のごく限られた一定の人物以外との接触は禁止されること、フランス政府が彼らの状況について定期的にニュージーランド政府及び事務総長に報告すること、等の裁定を下した⁵⁸。当事国は、上官命令の抗弁の適用の可否という法的紛争として主張を行っていたが、最終的には両者の主張の調整という政治的な判断によって解決をみたのである。

以上に鑑みれば、本判決を政府職員の事項的免除に関する先例として位置付けることは問題があるろう。

(4) Blaškić 事件 ICTY 判決

上述の実体責任説にみられるように、本件の一節は、事項的免除法理の理論的根拠を示した代表的な一節として位置付けられている。本件では、審理の過程でクロアチアの防衛大臣に罰則付き文書提出令状 (*subpoena duces tecum*) が出されたところ、公的資格で行動する国家機関に対して拘束力を伴う命令を下す裁判所の権限にクロアチアが異議を唱えたため、当該権限の有無が争われた。裁判所は、第一に、政府職員の違法行為について当該職員自身を裁判所に召喚しうるか否かについて、

「そのような職員(政府職員-筆者)は、国家の単なる手段(instruments)であり、その公的な行為は本国に帰属するのみである。彼らは、私的にではなく国家のために行った行為について制裁や刑罰の対象となることはない。別言すれば、政府職員は、彼個人ではなく彼の本国に帰属する違法行為の帰結を負うことはない。彼らはいわゆる『機能的免除』を享受する。これは 18 世紀及

び 19 世紀に遡り、それ以来何度も述べられてきた国際慣習法の確立した規則である。」

と述べ、Mclead 事件を参照すると共に、当該規則が Eichmann 事件判決でも確認されたことに一言している⁵⁹。

ここでの「政府職員は、彼個人ではなく本国に帰属する違法行為の帰結を負うことはない」旨の一節は、一見すると実体責任説を採用したようにもみえる。しかし、仮に職員の行為について本国が責任を負うとしてもなぜ職員個人が自己の責任から解放されるかについて全く説明はなく、当該一節の趣旨は必ずしも明確ではない。他方、裁判所は、当該一節に続いて、政府職員が公的資格で行った自らの行為について責任を問われるケースではなく、他者の違法行為を審理する手続との関係で国際裁判所が政府職員に拘束力のある命令を下すことができるか否かという問題に検討に移るが、そこで述べられた言説は本稿の観点から参考になる。すなわち、当該問題に上記の規則を適用できるか否かは、直接依拠できる先例がないため、免除の理論的根拠に遡った検討が行われているからである。

本問題の検討において、裁判所は、まず、国内法のアナロジーに依拠するアプローチには明確に反対の立場を示す。すなわち、国内法では裁判所が政府高官を含む国家機関に文書提出命令等の命令を下すことが認められているが、それは国内法システムでは裁判所が国家の統治機構の一部をなすからであり、中央政府を欠き、相互に平等でありかつ国内管轄権の尊重を求める権利を有する主権国家からなる国際社会では、こうした考え方をとることはできないと一言する⁶⁰。

そのうえで、国際法の規律について次のように述べる。

「国際慣習法は、主権国家の内部組織(internal organization)を保護するのであり、各主権国家が自国の内部構成を決定し、とりわけ、国家の代理や機関として行動する個人を決定する権利を各国に委ねている。各主権国家は、…自国の機関に指示を与え、それに従わない場合の制裁や他の救済

措置を規定する権利を有している。この排他的な権限のコロラリーとして、各国は、自国の機関が公的資格で行った行為や処理は当該国家に帰属し、個々の機関はそれらの行為や処理に責任を負うことはない。この一般規則は、国際法上確立しており、国家の主権平等(対等なもの是对等なものに支配権をもたず)に基づくものである。』⁶¹

国家には、自国の政策を実現させるためにどのような組織構成をとるか、いかなる個人を国家機関とし、どのような指示を与え、指示に反する機関にどのような制裁を科すかを決定する排他的な権限が国際慣習法上認められているとし、「そのコロラリーとして」国家機関が公的資格で行った行為は本国に帰属し、各機関が個人的に責任を負うことはないと説明されている。こうした説明から、国家機関が責任追及を受けないことが処罰権という管轄権の所在の問題として論じられていることがわかる。すなわち、国家が政策実現のための行政の組織化や運営を行う権利、そして、個々の職員への職務の割り振りの決定や、その違反に対する処罰といった職務実現のための統制権を持っている。他国が職員の公的行為の違法性を判断し刑事罰を加えることは、本国に認められた当該権限への不当な介入になるため、本国以外の国家の管轄権が否認される。「自国の機関が公的資格で行った行為は当該国家に帰属し、個々の機関は責任を負うことはない」という説明は、実体的なレベルでの責任帰属ではなく、本国に統制権の一環としての処罰権が帰属するという手続レベルの規律を想定しているのである。

ここでは、Eichmann 事件判決で必ずしも明確にされていなかった、国家に帰属する行為についての処罰権が本国の国内問題と評価される理由も説明されており、政府職員の事項的免除の理論的根拠が十分な形で提示されるに至ったと評価することができよう。

(5) Pinochet 事件英国貴族院判決

チリの元国家元首 Pinochet が療養のため英国に滞在中、在任中に行った拷問やその共同謀議等で訴追するためスペインが英国に引き渡しを請求

した。本判決では、当該請求に応じて、Pinochet に刑事管轄権を行使しうるか否かが検討された。英国の国家免除法第 20 条 1 項では、国家元首には外交関係条約が外交官に付与している免除に必要な変更を加えた免除が適用されると規定されており、直接的には当該国内法の適用によって判断されることになる。しかし、同法の趣旨は元国家元首の「事項的免除」に関する国際法上の規則を制定法に落とし込むことにあるといった理解や⁶²、他国の公的行為については制定法よりも国際慣習法上の免除の方が範囲が広いと、結局、慣習法上の免除を考えなければならないといった理解のもと⁶³、実質的には国際慣習法の解釈問題として検討された。

本判決が下されたのは、国際犯罪と事項的免除との関係という問題意識が共有され始めた時期であり、後述のように、免除を否定する判決の理由づけは実に多様であった。しかし、それとは対称的に、元国家元首に認められる「事項的免除」の理解は、判事の間である程度的一致をみることができる。元国家元首の「事項的免除」については、大きく、刑事管轄権の文脈で生成してきた政府職員の「事項的免除」を民事管轄権からの免除とは異なる固有の法規範として認める判事と、民事の文脈で生成してきた国家免除と「事項的免除」を同視する判事の二つの見方が示されているが、実際上は、両者の立場に大きな違いはない。

すなわち、刑事管轄権の文脈で固有の免除制度が生成していると説く判事は、政府職員の一定の行為について民事管轄権から免除が認められてきたのは、当該行為に民事管轄権を行使することは結果として当該賠償義務を負うことになる本国を訴えたことになるからであると理解した上で⁶⁴、そうした議論は、国家元首の個人責任を問う刑事管轄権には当てはまらないとして両者を区別する⁶⁵。しかしその一方で、本国政府を訴えることを禁止する原則に加えて、政府職員の民事管轄権からの免除(国家免除)は、他国の国内問題について判断することを禁止する原則にも支えられてるとし、後者の不干涉原則が刑事管轄権の文脈での「事項的免除」を基礎づけているのだとの整理を行っている(Phillips 判事⁶⁶)。対して、民事管

轄権の文脈で生成した国家免除が刑事管轄権にも適用されると説く判事は、いずれの文脈でも、国家は他国の行為について判断することは認められないという国際法の基本原則に裏付けられた制度であると理解し、外交官や国家元首が在任中に任務として行った行為について退任後も裁判権からの免除が認められているのは、在任中に行われた公的行為について問題にすることを認めれば、国家免除を裏口から否定する道を認めることになるからであると説明する (Browne-Wilkinson 判事⁶⁷、Goff 判事⁶⁸、Millet 判事⁶⁹)。

ここでは、管轄権の種別を問わず国家免除が適用されると主張する論者も、他国を訴えたことになるか否かという被告の性格を問題とする法理として国家免除を理解しておらず、他国の特定の行為については行為国が管轄権を有し、他国が判断すべき問題ではないという Phillips 判事らと同様の理解を前提にしていることがわかる⁷⁰。また、こうした異同を論ずることなく、端的に国家元首に認められる「事項的免除」を論ずる判事も、免除の根拠を、他国の国内問題についての判断を禁止する不干渉原則に見出す議論を行っている (Saville 判事⁷¹、Hope 判事⁷²)。

政府職員に認められる事項的免除に関する以上の理解のもと、判決では、問題となる行為が「国家元首の公的権限 (public authority) 行使において行われたか」⁷³、「国家元首としての公的職務 (official functions) の一環として行われたか」⁷⁴、「公的もしくは統治的行為 (official or governmental acts)」⁷⁵や「公的資格で行われた行為」⁷⁶であり免除の対象となるか否かが論点であるとされ、後述のように、Goff 判事以外の判事が否定的な結論を下している。

以上の様に、本件の判事は、いずれも、政府職員が任務として行った公的行為の法的評価や処罰は本国の国内問題であり当該権利が本国に認められるため、他国の刑事管轄権からの「事項的免除」が認められると説明している。Eichmann 事件判決や Blaškić 事件判決と同様の理論的根拠に基づいて、政府職員の一定の行為に関する管轄権を本国に振り分ける法理が示されているのである⁷⁷。

(6) 逮捕状事件国際司法裁判所判決

2000年、ベルギーは自国の国内法に基づいて、当時コンゴの外務大臣であった Yerodia に対して逮捕状を発給した。Yerodia が外相就任前の 1998年にコンゴにおいて行った演説が、ジュネーブ条約等の重大な違反及び人道に対する罪に当たるとし、当該行為については「それが行われた場所に関わりなく」ベルギー裁判所が管轄権を持つと規定したベルギー国内法に基づく措置であった。本件は、この逮捕状の発給が外務大臣の免除等の侵害に当たるとしてコンゴがベルギーを ICJ に訴えたものである。判決では、主に、Yerodia に在職中に逮捕状が出されたことが外務大臣の免除の侵害に当たるか否かが問題とされたため、事項的免除の侵害が直接の争点ではなかった。しかし、傍論において、外務大臣を退任した後、在職期間外で行われた行為や、在職中であっても私的資格で行われた行為については、他国の裁判所が元外務大臣を訴追することができる旨が確認されている⁷⁸。

争点が人的免除侵害の有無であったこともあり、本判決において政府職員の事項的免除に関する記述はこれ以上存在しない。したがって、事項的免除の内実について何らかの示唆を得ることは困難であるが、ILC での法典化が本格的に行われる前の 2002年に、条約の明文規定によって退任後の「事項的免除」が認められていた外交官 (外交関係条約 39 条 2 項) や領事官 (領事関係条約 5 3 条 4 項) 以外の政府職員にも、国際慣習法上、同様の免除が認められることを ICJ が明確にしたことは、国家実行や国際裁判所における実行の展開そして、ILC の法典化作業を後押しする効果があったことは間違いのないであろう。

(7) 司法共助事件国際司法裁判所判決

フランスがジブチの検事総長及び国防大臣に罰則付きの召喚状を送付することの違法性が一つの論点となった本件において、ジブチは次のような主張を行った。すなわち、「機能的免除もしくは事項的免除」の観点から、国家機関として行われた行為について職員個人は刑事責任を負わないというのが国際法の原則であり⁷⁹、国家機関が公的

資格においてその職務の遂行において行われた行為は本国に帰属するため⁸⁰、ジブチ検事総長及び国防大臣は罰則付きの召喚状に従う義務はないと主張した。ジブチの事項的免除に基づくこの主張に対して、フランスは、当該免除に関しては、その地位にかかわらず全ての政府職員が職務の遂行において行ったと主張すれば他国の刑事訴訟から逃れうるという事態を回避するため、当該職員の行為が職務遂行の文脈で行われたものか否かを国内裁判所が事件ごとに判断しなければならないと述べ⁸¹、ジブチ検事総長も国防大臣もフランスの国内裁判所において当該免除を主張してこなかった以上、彼らに召喚状を発給しても国際法上の義務に違反したとは言えないと反論した⁸²。

ジブチの議論は、実体責任の有無を問題としているように見える。対して、フランスは、フランスの裁判所において免除を主張するための手続的な要件を満たしていないという形で反論している。

こうした主張に対して、裁判所は、まず、本件におけるジブチの請求が、ジブチという国家の免除の請求であることを確認する⁸³。その上で、召喚状の対象となった行為が国家機関としての職務の範囲内の行為であることはICJにおいて具体的に立証されておらず⁸⁴、当該職員の免除に関する請求が外交ルートやフランス裁判所で主張されたこともないこと⁸⁵、さらには、フランスの国内裁判所もICJも、問題とされている行為がジブチの行為であることや、ジブチ検事総長や防衛大臣がそれらの行為を、ジブチの国家機関、代理、下部組織として行っていたことがジブチから知らされることもなかったことを確認し⁸⁶、次のように述べた。

「自己の国家機関のために免除を主張しようとする国家は、相手国の当局に通告することが求められる。…さらに、他国の裁判所に対して、免除ゆえに司法手続を進めるべきではないと通告する国家は、自己の機関が行った問題について国際違法行為の責任を負うことになる。」⁸⁷

以上の言明については、本稿の観点から次の二点が指摘できよう。第一に、裁判所がジブチ

の「免除」と呼ぶ法理は、実体責任のレベルではなく、あくまで管轄権行使の可否に関する手続的な規律として認識されている。裁判所は、すべての国家機関に事項的免除が認められる以上、単に免除を主張するだけで訴訟が停止されるという結果を回避する必要があるとのフランスの問題意識に応ずる形で、免除を援用するためには、政府職員があらかじめ国内裁判所で免除を主張しておかなければならないという手続的な要件を認めたが、実体責任の有無の問題であれば、免除の主張の有無によって職員に対する管轄権行使の可否が左右されることは考え難い。

第二に、管轄権の行使の可否を規律する法理であるとして、民事訴訟の文脈で認められてきた国家免除との異同はどう考えればよいか。この点、召喚状の対象となった行為が「国家機関としての職務の範囲内である」か否かを問題としている点は、国家免除とは異なる法理を想定しているように読める。しかし、この言明は、ジブチによる、「政府職員については、公的資格で行動するか、私的資格で行動するかのいずれかである。前者の場合、職員の個人的な刑事責任が提起されることはなく、後者には機能的免除が彼らの利益になるように作用することはない。…問題は、…免除の問題が主張された時に、問題となっている行為を具体的に立証することである。」⁸⁸との主張に応じたものに過ぎない。また、一般に、国家免除の認否は、主張の有無にかかわらず裁判所が職権で判断すべき事項とされている点も⁸⁹、独自の免除法理を想定しているとの印象を与えるが、援用の要件という手続的な段階で処理した本判決から免除法理の内実を特定することは困難であり、少なくとも、免除の理論的根拠については何らの言及も見られない。

最後に、判決における「免除を主張する国家は自己の職員の行為によって発生した国際違法行為の責任を負うことになる」との一節は、免除の対象となる行為と責任法上本国に帰属する行為とが一致することを前提にしているようにも読める。他方、職員の行為によって国際法上の責任が発生する場合には、免除を主張することによって当該責任の問題を国家間の問題として引き受ける旨を

確認したものに過ぎないものと読むことも可能であり、この一節から事項的免除と国家責任法上の行為帰属規則との関係の評価することは困難である。しかし、仮に、両者が理論的に接合する関係性になかったとしても、国家責任法上本国に帰属する行為と事項的免除の対象となる職員の行為の範囲では重なる部分が多いという認識は読み取ることができる。

(8) Enrica Lexie 事件仲裁裁判所判決

本判決は、事項的免除に関する規則、とりわけ、免除の対象となる行為の同定や免除の例外について比較的詳細に論じられた近年の代表的な先例である。本件では、海賊対策のために一部の法執行権限を与えられ、イタリア商船の警備を行っていたイタリアの軍隊構成員が、航行中に、インドの漁船と船員を海賊と誤解し射殺した事件について、インド当局が当該イタリア職員を逮捕し、刑事訴追した事例である。本件でイタリアは同職員の「事項的免除」の侵害等を主張してインドを国連海洋法条約上の仲裁裁判に訴えた。

両当事国はいずれも、公的資格で行われた行為について、政府職員に「事項的免除」が認められることを認めた上で、主に、法廷地国で行われた「領域的不法行為 (territorial tort)」に関する例外事由に該当するか否かを争った⁹⁰。なお、イタリアは、刑事訴追の対象となった自国の政府職員は海上警備という国家利益のために国家権限を行使していたと主張する一方で、仮に、当該職員が商業目的で行動していたとしても、問題となった行為が公的資格で行われたものである限り、「主権的行為」と「業務管理行為」の区別は政府職員の「事項的免除」には無関係であると述べ、民事の分野で生成した国家免除との違いを強調している⁹¹。

こうした主張を背景に、裁判所は、「管轄権からの免除というのは、定義上、本来存在する管轄権を行使する権利の例外として機能するものである」と述べ⁹²、問題となっている免除が実体責任の有無ではなく、管轄権行使の可否の問題であるとの認識を示す。そして、政府職員には、その「公的行為」や「公的資格で行われた行為」について、国際慣習法上、他国の刑事管轄権からの

「事項的」免除が認められるとして Blaškić 事件判決、司法共助事件判決を先例として挙げた。

その上で、本件のイタリア職員の行為がその職員としての職務の範囲内で行われた行為 (公的資格で行われた行為) といえるか否かについて、裁判所は、Kolodkin の ILC 第二報告書に依拠し、適用すべきテストは「帰責性 (imputability)」であり、「問題の行為が本派遣国に帰責 (imputable) もしくは帰属する (attributable) 場合には、事項的免除が継続して適用される」との認識を示す⁹³。そして、いずれの政府職員の行為であれば派遣国に帰責・帰属するかについては、まず、国家責任条文第 4 条を参照し、いかなる立場や職種であれ、本国の国内法に従ってその地位を認められている者は国家機関であり、その行為は本国に帰属することを確認する。その上で、同じく上述の第二報告書を註で挙げつつ、イタリア職員の行為が権限踰越もしくはその指示や命令に反するものであったとしても、本国の名のもとに公的資格で行われた行為であれば事項的免除が適用されるとし、当該結論は、国家機関の行為が権限踰越である場合や命令違反によるものであっても本国に帰属することを規定した国家責任条文第 7 条によって確認される (corroborated) と述べる⁹⁴。以上に鑑み、裁判所は、本件では、イタリアの国家機関たる職員は、その命令や職務規定に従って行動しており、問題となった行為は、それが権限踰越や国内法上違法であるか否かにかかわらず、イタリア軍構成員としての職務の遂行において行われたと認定し、事項的免除の対象であると判断した⁹⁵。

このように裁判所は、政府職員の公的行為一般に適用される国際慣習法上の制度として事項的免除を捉えた上で、イタリア職員の行為が事項的免除の対象となるか否かを判断する局面では国家責任条文の行為帰属規則を参照して免除を認定しているが、不法行為例外の適用如何を判断するにあたっては国家免除条約を参照している。すなわち、「領域的不法行為」という概念は国連国家免除条約第 12 条に採り入れられているとし、当該例外規則の国際慣習法性は留保しつつも、当該規定を適用するためには、問題となっている行為が法廷地国で行われていることと、法廷地国の同意なく

当地に所在し、公的職務を行う他国の政府職員によって行われた行為であること、という二つの要件を満たす必要があると述べ、船上での事件である本件ではいずれの要件も満たされていないとして、本件における適用可能性を否認した⁹⁶。ここで国家免除条約が参照されている趣旨は明確に説明されていないが、国家免除条約がそのまま適用されたわけではなく、あくまでも「領域的不法行為」という規則の内実を検討するにあたって参照されたに過ぎない。実際、上記の二つの要件を論ずる際には、第12条の条文を引用するとともに、政府職員の事項的免除に関する「領域的不法行為」例外について当該二要件を示したILCの特別報告者の報告書を註で引用している⁹⁷。

以上の判断は、免除の理論的根拠を含めた規範の内実について明確な言及は行っていないものの、少なくとも、政府職員の行為の性質に基づいて管轄権の所在を決定する法理であること、そして、イタリア職員の行為が「主権的行為」ではなく「公的資格で行われた行為」であることに着目していることから、国家免除とは異なり、職員が公的資格で行った行為一般を法廷地国から免除させ、本国に管轄権を振り分ける法理であると評価していることは明らかである。振り分ける理論的根拠は明確に示されていないが、Blaškić事件判決が先例として依拠されていることから、本判決同様、職員に対する本国の統制権が国内問題として保護されるとの認識に基づくものと考えべきであろう。

Ⅲ. 考察

1. 事項的免除の理論的根拠

政府職員の「事項的免除」に関する前述の先行研究は、いずれも前節で検討した実行を踏まえて唱えられたものである(Enrica Lexie事件判決は当該先行研究が提示された後に下された判決であるが、そこでもBlaškić事件判決に沿った判断が下されていたことは上述の通りである)。ここでは、前節の分析を踏まえて、先行研究の評価を行う。

まず、実体責任説については、第一に、

McLead事件、Eichmann事件判決、Blaškić事件判決において、政府職員が公的資格で行った行為は本国政府に帰属するゆえに、職員個人は当該行為について責任を負うことはないと言明されていたことの評価が問題となる。こうした説明は、一見すると実体責任の有無の問題と認識しているようにも見えるが、法理の確定的な評価が困難であったMcLead事件を除き、いずれも、政府職員に対する本国の統制権の一環としての処罰権の所在の問題として検討していることが明らかにされた。

本国に認められる統制権の一環として、政府職員が公的資格で行った行為については本国の処罰権が尊重されるとの理解は、理論的に明快である他、免除の範囲、法廷地国による合意の効果といった各則とも整合的である。職員が純粹に個人的な資格で行った行為であっても、他国で刑事処罰を受ければ当該職員が職務を続行することは困難であるため、本国の政策実現への影響は否定できないが、Blaškić事件判決で示されたように、ここでの処罰権は、本国が政策実現のために職員にどのような指示を与えるかを決定し、当該指示が適切に行われたか否かに関する評価、制裁を行う権利である。また、私的な資格で行われた行為も含めた完全な免除が認められる外交官とは異なり(外交関係条約第31条)、ここで検討している事項的免除は、法廷地国による事前の同意に基礎づけられたものではなく、そういった観点からも公的資格で行われた行為に免除の対象が限られることも理解できる。

では、管轄権の所在の問題と考えるとして、民事訴訟の分野で生成してきた国家免除との関係はどう考えればよいのか。この点、国家免除と同種の法理であることを示唆する実行は、Pinochet事件判決と司法共助事件判決である。後者の司法共助事件判決では、「国家の免除」という表現が用いられてはいるものの、免除の内実は留保した上で援用の必要性という手続的要件によって処理しており、判決自体から免除法理の性質を評価することは困難であった。Pinochet事件判決では、確かに、民事管轄権の文脈で生成してきた国家免除の原則に基づいてPinochetに対する管轄権行

使の可否を判断する判事もいたが、こうした判事は、他国に対する管轄権行使を禁止する法理(他国を訴えることを禁止する法理)であるとの、一般的に理解される意味での国家免除法理が刑事管轄権にも適用されると考えていたわけではなかった。彼らは、他国を訴えた場合には免除が適用されるはずの行為について、訴えの対象が職員個人であるからといって裁判権行使を認めれば、国家免除を骨抜きにすることになるため間接的に本国を訴えたこととみなすという民事裁判の文脈で確認されてきた理由付けは、職員個人の責任を問う刑事管轄権には当てはまらないとし、他国を「訴える」ことになるか否かを問題とする法理と並行して国家免除を支えてきた、職員が「公的資格で行った行為」に対する本国の管轄権行使の尊重を求める不干渉原則が、管轄権の種別を問わず他国の裁判権行使を禁止する、との理解を示していた。こうした、刑事管轄権の特徴を意識した、職員の行為に対する処罰権の所在を問題とする事項的免除の理解は、Eichmann、Blaškić 事件判決等、本稿の検討した多くの実行において確認できるものであった。

民事管轄権で適用される国家免除についても、しばしば、その根拠として不干渉原則が挙げられる⁹⁸。しかし、Pinochet 事件判決において強調されたように、仮に、同じく、不干渉原則に基づいて行為の性質に着目して免除制度を理解するとしても、刑事管轄権からの事項的免除は、他国を訴え、その行為の違法性や責任の有無を審理する民事裁判権とは異なる独自の理論的根拠を備えた制度として位置付けるべき旨整理されている。そして、こうした整理が重要なのは、この理論的根拠の違いが、そのまま、免除の対象となる行為の範囲の違いとして表れるからである。

刑事管轄権の文脈で政府職員が公的資格で行った行為の評価が本国の国内問題であることの趣旨は、Blaškić 事件判決で明らかにされている。すなわち、国家がその職務を実現するための行政の組織化や個々の政府職員の統制権は本国に排他的に認められるため、本国の職務命令に従って行った行為についての法的評価や処罰の要否を本国の同意なく決定することは、違法な干渉にあたり

というのが「事項的免除」を基礎づける法理であるとの趣旨である⁹⁹。こうした理解を前提にすれば、国家の統治機構の組織化、政策実現に当たっての個々の職員の統制権(その一環としての処罰権)が保護法益であり、免除の対象は職員が公的資格で行った行為一般に及ぶことになる。他方、民事訴訟において、職員が公的資格で行った行為が訴訟事項となる場合、多くは、職員個人ではなく、国家の行為として扱われ、国家の責任が追及される。したがって、当該訴訟では、職員の公的行為についての処罰権の所在という問題の立て方ではなく、他国の行為に対して合法性を判断し、賠償責任や特定履行を命ずる判決を下すことによってその国の政策実現を害するゆえに不干渉原則に反するといった論理構成がとられることになろう¹⁰⁰。いずれも不干渉原則に基づいて行為の性質に基づく管轄権の調整を行う法理であるとしても、要件や免除の基準は刑事管轄権と民事管轄権で異なりうる¹⁰¹。

2. 国際犯罪との関係

政府職員の「事項的免除」に関する上述の理解を前提とすれば、通常の国内犯罪との関係では本国に処罰権が帰属するという関係性が国際犯罪については変化しうるかが問題となるであろう。この点、本稿で検討した実行の中で参考になるのが、Eichmann 事件判決と Pinochet 事件判決であろう。上述のように、前者では、政府の命令や許可を得て行われた職員の行為に関する処罰権は本国に属することが確認された。しかし、Eichmann が行ったとされる人道に対する罪や戦争犯罪といった悪質な行為については本国の主権的な管轄から完全に外れ、それらを行った者はその公的資格や本国の国内法に守られることなく個人的に責任を負うとの判断が下されている¹⁰²。また、判決では、こうした原則はニュルンベルグ国際軍事裁判所憲章の第7条で規定されたものであるとされ、ニュルンベルグ判決の、「一定の場合に国家代表を保護する国際法原則は、国際法によって犯罪と非難された行為には適用されない。…戦争法に違反する者は、国家の権限遂行として行動していても、その行為を認可する国家が国際法上認められ

た権能を外れて行動している場合には、免除を得ることはない」との一節が引用されている¹⁰³。ここでは、職員が行った行為が国際法によって犯罪として非難される行為である以上、もはや当該行為に関する主権的な管轄権を本国に認めることはできない、との説明が行われていることがわかる。職員の行為に関する管轄権が本国から外れる理由付けとして、国際法が犯罪として規定する国際犯罪であることのみで足りるとする点は後の Pinochet 事件判決との関係でも問題となりうるが、国際犯罪であっても事項的免除が及ぶか否かを判断するにあたって、当該行為に関する本国の専属的な管轄権を認めうるかが問題とされていることがわかる。

後者の Pinochet 事件判決では、政府職員が任務として行った公的行為の法的評価や処罰は本国の国内問題であり、当該権利は本国に属するとの理解が判事の間で共有されていた。しかし、拷問行為について Pinochet の刑事管轄権からの免除を否定する理由づけとしては、極めて多様な見解が主張されえいる。拷問等禁止条約に加入することによって、国家単位の組織的拷問行為は免除の対象となる「公的職務 (official function)」とは評価されなくなった (Browne-Wilkinson 判事¹⁰⁴、Hutton 判事¹⁰⁵)¹⁰⁶、拷問等禁止条約に加入したことによって免除を放棄したことになる (Saville of Newdigate 判事¹⁰⁷)、強行規範たる国際犯罪の性質と事項的免除との非両立性 (Hope 判事¹⁰⁸、Millet 判事¹⁰⁹)、国際犯罪についての域外管轄権と事項的免除との非両立性 (Phillip 判事¹¹⁰)。本件の判事の中には、Eichmann 事件判決の様に、国際法が、拷問を国際犯罪や強行規範としての性格を有する悪質性の高い犯罪として性格付けしたことに着目して免除の対象外とみなす判事も存在している (Hope 判事、Millet 判事、Hutton 判事)。しかし、それだけで行為国の専属的な管轄事項から外れると評価するには不十分だと考える判事も存在しており、彼らは、国際犯罪について他国に普遍的管轄権行使が認められている点こそが、行為国の専属的な管轄事項から外れると評価するに当たって重要であると説いている。

すなわち、拷問が「公的職務」に該当しないと

説く Browne-Wilkinson 判事は、拷問等禁止条約が拷問について普遍的管轄権を設定したことを強調し、国際法が禁止し域外国に処罰のための管轄権を認める事項が同時に「公的職務」たることはあり得ないと論じている¹¹¹。また、拷問等の国際犯罪についての域外管轄権と事項的免除との非両立性を主張する Phillips 判事は、拷問について域外管轄権の行使は、国家は他国の国内問題に干渉しないという原則に優越すると説き、国際犯罪は任務の遂行として行われたとしても国際共同体にとって有害であること変わりなく、当該犯罪について域外管轄権が確立した場合には、公的資格で行われた行為を対象外とする理由はないと主張する¹¹²。ここでは、事項的免除が管轄権の所在の問題であることを前提に、他国に域外管轄権行使が認められる以上、本国の専属的な管轄権は認められないと説明されている。また、Saville of Newdigate 判事の採用する拷問等禁止条約に加入することによって免除を放棄したことになるという構成についても、政府職員の行為についての実体法上の責任の所在が本国の同意の有無如何で変わることは考え難く、裁判権行使の可否という管轄権の所在の問題としてとらえて初めて成立する論理構成といえよう。

このように、本件で検討対象とした Eichmann 事件判決、Pinochet 事件判決では、国際法が犯罪として非難する行為であることに着目するか、より進んで、当該行為について普遍的管轄権が認められていることを重視するかで違いは見られるが、いずれの実行においても、国際犯罪については、もはや職員が公的資格で行った行為についての法的評価、処罰権限は本国の国内問題とは見做されなくなっていることが免除の対象外たることの理由とされている。国際犯罪と事項的免除の関係については、強行規範の射程等、他にも検討すべき論点はあるが、少なくとも理論的根拠の観点からは、国際法上の個人責任の浸透という実体責任のレベルではなく、本国の専属的な管轄権の範囲という観点から検討すべき問題であることを示唆している。

3. 国家責任法上の行為帰属規則との関係

政府職員の事項的免除が、職員の行為についての処罰権の所在を決定する法理であるとの検討結果は、免除の適用対象たる行為を同定する際に国家責任条文を参照するアプローチにどのような示唆を与えているであろうか。この点に関連する言及がみられたのは、司法共助事件判決と *Enrica Lexie* 号事件判決である。司法共助事件判決については、「本国が法廷地国の裁判所に自国の政府職員が免除を享受する旨を通告する場合には、当該職員の国際違法行為の責任を負うことになる」との言明が、事項的免除の対象となる行為と責任法上、国家に帰属する行為との同一性を前提とした一説であるとも読みうるものであったが、判決自体から確定的な評価を行うことは困難であった。他方、*Enrica Lexie* 号事件判決では、免除の対象となる行為か否かを判断するにあたって明確に国家責任条文が参照されていた。すなわち、職員の行為が職務の遂行として行われた行為か否かを判断するにあたって適切な基準は「帰責性(imputability)」であり、行為が本国に帰責もしくは帰属する場合には事項的免除が適用されるとの認識が示され、国家責任条文の行為帰属の条文(第4条、7条)を参照する形で、免除の適用対象となる行為か否かが判断されていた¹¹³。ここでは、「帰責性」という概念でまとめられているように、行為帰属と義務違反を別次元の問題として整理する国家責任法上の帰属規則そのものが適用されているわけではない。また、具体的な免除認否判断の局面でも、権限踰越の行為であっても職員が公的資格で行った行為であれば免除の対象となるという結論を導くに当たって、国家責任条文第7条によっても「確認される(corroborated)」といった形で条文が参照される等¹¹⁴、少なくとも国家責任条文をそのまま適用しているわけではないことが慎重に示唆されている。しかし、管轄権の所在の問題として免除の問題を捉える本判決が、免除の対象となる行為の同定において国家責任法における行為帰属規則が参考になると考えていることは確認できる。

政府職員の行為について免除が認められるか否かを判断する際に、国家責任条文を参照するアプ

ローチは、民事管轄権の文脈でも見られる。その代表的な例として挙げられる *Jones* 事件貴族院判決では、上述のように、*Bingham of Cornhill* 判事が「確立された例外が適用される事例でない限り、国家は、国際法上責任を負う行為について免除を請求することができる¹¹⁵」と一言しているほか、*Hoffmann* 判事が「(権限踰越の行為について—筆者)国家免除の適用において政府職員が公的資格で行動していないと判断すれば、責任規則と免除規則との間に非対称を生み出すことになるであろう¹¹⁶」と述べ、国家が責任を負う局面と免除を享受する局面を連動させる認識が示されている。私人の行為の国家への帰属は事実としての側面を問題とするのに対して、管轄権の調整を趣旨とする免除制度において私人の行為が免除の対象となるか否かは規範的な判断であり、理論的には両者は区別すべきことが学説によって指摘されてきた¹¹⁷。確かに、こうした主張はもともとであり、理論的に両者を混同した判断は慎むべきであろうが、理論的には別個の法理であるとしても、両者を連動させることが合理的な判断に繋がることはありうるであろうか。

上述のように、民事訴訟において政府職員の行為が国家免除の対象となるのは、訴訟事項が実質的に国家の行為であり、最終的に国家が賠償責任を負う等、国家自体が判決によって影響をうける点が重視されている。そうであるとすれば、*Jones* 事件のように組織的な拷問について賠償を請求するケースでは、同一の行為によって民事訴訟では本国の国内法上の賠償責任が問われ、国家間では国際法上の賠償責任が発生することになるが、この責任は実質的には同種のものであり、両者を共に認めるとするのは合理的とは言えない。そこで、国家責任の対象と国家免除の対象を連動させることによっていずれかのフォーラムで妥当な解決を図るという仕組みを採用することにも理由があるといえる。

対して、*Pinochet* 事件判決で指摘されたように、職員個人の刑事責任を問うケースについて同様の説明で国家責任の帰属法理の参照を正当化することには困難を伴う。*Jones* 事件貴族院判決でも、刑事訴訟では、「国家は国際法上も英国法上

も刑事責任を負わないので、刑事手続において訴えられることはない」として、刑事訴訟と民事訴訟を免除の適用において区別すべきことが強調されている¹¹⁸。したがって、職員個人の行為について個人の責任を追及する刑事管轄権には、上記のような理由で責任と免除の有無を連動させるべき理由はない。しかしその一方で、本稿の検討を前提とすれば、刑事管轄権からの政府職員の事項的免除は、公的資格で行動する職員の統制権一般が本国に帰属することから派生する法的効果であった。したがって、行為の合法性判断も統制権に含まれる以上、責任法における帰属法理同様¹¹⁹、権限踰越の行為も含めて、外見上公的資格で行った行為一般が免除の対象となるという判断は合理的ともいえる¹²⁰。以上のように考えれば、少なくとも、権限踰越の行為について規定した国家責任条文第7条の規定について言えば、国家実行が免除対象の確定において参照されていることにも一定の理由はあり、少なくとも免除の理論的根拠と矛盾するものではないといえる。他方、権限踰越行為の中でも、国際犯罪や法廷地国で行われた犯罪等に該当する場合には、事項的免除の例外事項として評価されることはありえ、両者の間に違いが生じるケースも考えられる。国家責任条文をどの範囲で参照することが妥当かは、個々のケースごとに国家責任法上の規則を参照すべき理由があるか否かを、国家に認められる統制権の射程を明確にすることによって検証する作業が求められよう¹²¹。

結論

政府職員が公的資格で行った行為が他国の刑事管轄権から免除される理論的根拠については、民事管轄権の文脈で生成した国家免除の適用によるものとの理解、本国に行為が帰属するため職員個人の責任が発生しないことの帰結であるとの理解が主張されてきたが、そのいずれの説も実行の示す法理を十分に捉えきれものではなかった。すなわち、そこでは、職務実現のために行政を組織化、運営する権利や、政策実現のための政府職員

の統制権は本国に排他的に帰属するため、国家が政府職員に課した職務が適切に行われたか否かという問題は本国の国内問題と評価されること、そして、その結果、職員が公的資格で行った行為の法的な評価(公的資格で行った行為か否かの評価も含めて)や、処罰する権限は本国に排他的に帰属し、他国が本国の同意なく当該行為について刑事管轄権を行使することは本国への違法な干渉にあたり禁止されるとの理解が共有されていることが明らかとなった。こうした理解の下で、民事管轄権からの国家免除とは異なり、職員が公的資格で行った行為一般を対象とする固有の免除法理が生成してきたのである。

事項的免除が以上の理論的根拠に基づいて刑事管轄権の所在を規律する規範であるとするれば、同免除が国際犯罪に及ぶか否かは、職員が国際犯罪を行ったことによって本国の専属的な管轄事項から外れる(国内問題と評価されなくなる)か否かによって決せられることになる。この点、Eichmann 事件判決のように、国際犯罪という行為の悪質性をもって本国の管轄事項から外れるとの立場と、Pinochet 事件判決の一部の判事のように、行為の悪質性だけでなく、国際犯罪について普遍的管轄権が認められていることを重視する立場がみられた。いずれが妥当な解釈であるかは実行の分析を待つ他ないが、行為の悪質性のみで免除が否定されるとの解釈は、いわゆるコア・クライムを処罰対象とする ICC で補完性の原則が基本原則とされている(悪質性の高い行為についても国家の処罰権が優先されている)ことや、同じく ICC で非締約国の免除がなお尊重されていることに鑑みれば疑問が残ろう¹²²。

また、上記の理論的根拠に鑑みれば、少なくとも権限踰越の行為について規定した第7条は、免除認否判断において参照することが合理的であることが示された。ただし、両者は制度趣旨を異にするため、国家責任条文がそのまま適用されているわけではなかった。あくまで参照の対象であり、参照の妥当性は、免除の理論的根拠に鑑みて個々の規定内容ごとに参照することが合理的か否かを慎重に検証する必要がある。

- ¹ D.Tladi, “Immunity in the Era of “Criminalisation” :the African Union, the ICC, and International Law,” *Japanese Yearbook of International Law*, Vol.58 (2015), p.17.
- ² 山本草二『国際刑事法』(三省堂、1991年)、4-22頁。
- ³ R.v.Alebeek, “The ‘International Crime’ Exception in the ILC Draft Articles on the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: Two Steps Back ?,” *American Journal of International Law* (hereinafter as *AJIL*)Unbound, Vol.112 (2018), p.27.
- ⁴ International Law Commission, Report on the 68th Session, UN Doc. A/71/10, p.354.
- ⁵ 民事管轄権の文脈であるが、Z.Douglas, “State Immunity for the Acts of State Officials,” *British Yearbook of International Law* (hereinafter as *BYIL*), Vol.82, Issue 1 (2012), p.294.
- ⁶ *Ibid.*
- ⁷ 免除の趣旨を考慮して、国家責任条文の個々の規定ごとに参照することが合理的か以下名を判断するアプローチを提唱するものとして、E. Hernández, ILC Forth Report on the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, UN Doc. A/CN.4/686 (2015), para.111.
- ⁸ 例えば、「事項的免除」を実体責任を規律する法理であると解すれば、国際犯罪について個人の刑事責任が認められてきていることが、管轄権の配分に関する法理であると理解すれば、国際犯罪について普遍的管轄権が認められてきていることが必要な考慮要素となるであろう。なお、少数ではあるが、現在でもなお、職員の「事項的免除」の国際慣習法性を否定する主張もあり(E.H.Franey, *Immunity, Individuals and International law* (Lambert Academic Publishing, 2011))、国家実行にも一定の影響を及ぼしている。*Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court and others*, 29 July 2011, *International Law Reports* (hereinafter as *ILR*) Vol.147, p.633. 本件の紹介と評価については、洪恵子「クルツ・バット引渡請求事件(英国)の国際法上の意義について」矢島基美ほか編『いのち、裁判と法—比較法の新たな潮流：滝沢正先生古希記念論文集』(三省堂、2017年)、267頁以下参照。しかし、本判決は、Franeyの議論に大きく拠りつつ、事項的免除の慣習法性自体ではなく、法廷地国の同意なく当地に滞在し、当地の政府の同意なく行われた他国職員の公的行為について免除を否定するに留まっている。
- ⁹ したがって、本稿は、一定の政府高官がその地位に基づいて享受する「人的免除(*immunity ratione personae*)」や政府職員のICCからの免除は検討対象外とする。
- ¹⁰ その他、外交官や領事官に認められてきた免除と同種の免除と整理する立場がある。ILCで第一報告者を務めたKolodkinがその代表であるが、この説は免除の理論的根拠を明確にするものではない上、後述のように代表的な事例でも外交官等の免除から政府職員の事項的免除を導出するという手法は採られておらず、本稿の観点から意味のある議論は行われていない。Second Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, by Roman Anatolevich Kolodkin, Special Rapporteur, *Yearbook of the International Law Commission* (2010), paras.85-87.
- ¹¹ A.Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law* (Oxford University Press, 2006.), pp.328-333. Orakhelashvili, “Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts: A Reply to D. Akande and S. Shah,” *European Journal of International Law* (hereinafter as *EJIL*), Vol.22, No.3 (2011), p.854. 他には、例えば、C. McLachian, “Pinochet Revisited,” *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.51 (2002), pp.959-966; I. Wuerth, “Pinochet’s Legacy Reassessed,” *AJIL*, Vol.106 (2012), pp.731-768.
- ¹² X. Yang, *State Immunity* (Cambridge University Press, 2012), p.433. 国連国家免除条約第2条(b)(iii)や(iv)において、国家の機関、下部機関や他の団体、国家の代表、国家の主権的な権能の行使として行っている場合には条約の適用対象たる「国家」とみなされる旨、規定されている。
- ¹³ Orakhelashvili, *supra* note 11(*Peremptory Norms in International Law*), p.328.
- ¹⁴ *Ibid.*, p.322.
- ¹⁵ *Ibid.*
- ¹⁶ *Ibid.*, p.328.
- ¹⁷ Orakhelashvili, *supra* note 11(“Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts”), pp.851, 854.
- ¹⁸ *Jones v. Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia and Others*, House of Lords (2006), p.5, para.10, available at <https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060614/jones.pdf>.
- ¹⁹ *Ibid.*, p.8, para.13.

²⁰ R. v. Alebeek, “Functional Immunity of State Officials from the Criminal jurisdiction of Foreign National Courts,” in T. Ruys eds., *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law* (Cambridge University Press, 2019), p.498.

²¹ Orakhelashvili, *supra* note 11 (*Peremptory Norms in International Law*), pp.322-323.

²² *Ibid.*, p.328.

²³ International Law Commission, Report (hereinafter as ILC Report) on the 68th Session, UN Doc. A/71/10 (2016), pp.355-356. 2015年にHernándezが提出した第四報告書では、「公的資格で行われた行為」とは政府職員による統治権限の要素を行使して行われた行為であるとされ、当該行為の同定に当たって、国家免除の文脈で生成してきた「主権的行為」が有用な考慮要素となると述べられている。ここでは、民事管轄権の文脈における「公的行為」と「私的なもしくは商業的な行為」との区分が、刑事管轄権における行為の性格付けにそのまま適用できるわけではないと留保しつつ、民事であれ刑事であれ、免除の対象となる行為が、国家の主権的な、統治的な要素の強い行為に限定されるとの認識が示されている。Hernández, *supra* note 7, para.120. 事項的免除の対象となる行為のこうした定義は、2016年に採択された条文案では、「公的資格で行われた行為」との表記に改められている。こうした修正は、政府職員が公的資格で行った行為一般に免除が適用されることを明確に確認したもののようにも読めるが、コメンタリーでは、2015年の定義では公的資格で行われた行為のうち、統治権限の要素を伴った行為とそれ以外の行為とを区分する必要が生じ、そうした作業は非常に困難で、委員会のマンデートを超えることが理由として指摘されている。ILC Report, *ibid.*, p.355 (7). こうした説明からは、事項的免除の対象となる職員の行為についての理解の違いが表現の修正を促したものは定かではなく、その内実についてはニュートラルな立場を維持しているとも考えられる。

²⁴ Wuerth, *supra* note 11., p.744.

²⁵ X. Yang, *supra* note 12, p.433.

²⁶ *Belhaj and another (Respondents) v Straw and others (Appellants), Rahmatullah (No 1) (Respondent) v Ministry of Defence and another (Appellants)*, UKSC (2017), 3 All ER 337, para.17.

²⁷ *Jaffe v. Miller*, Ontario Court of Appeals (1993), p.459.

²⁸ A.Sanger, “Immunity of State Officials from the Criminal Jurisdiction of a Foreign State,” *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.62 (2013), p.200.

²⁹ *The “Enrica Lexie” Incident* (The Italian Republic v. The Republic of India), Judgment, PCA Case No. 2015-28 (2020), para.843.

³⁰ *Jones*, *supra* note 18, p.6, para.12.

³¹ 同判事は、まず、サウジアラビア政府職員の行為が本国に帰属する行為であることを認定した上で、国家免除の例外事由に該当するか否かという手順で検討が進められており、職員の行為がサウジアラビアの「主権的行為」であることが明示的には確認されていない。しかし、免除の対象自体ではなく例外に該当するか否かという判断枠組は、国家免除の実行でも従来一般的にみられたものであり、免除の対象となる行為がサウジアラビアの「主権的行為」であることは前提とされていたものと考えられる。

³² A.Cassese, *International Criminal Law*, 2nd edition (Oxford University Press, 2008), pp.303-304.

³³ D.Akande and S.Shah, “Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts,” *EJIL*, Vol.21, No.4 (2011), p.826. Akandeは、国家免除の適用に「加えて」この実体責任説が理論的根拠となっていると整理する。

³⁴ 上記以外には例えば、R. Pedretti, *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes* (Brill Nijhoff, 2015), pp.14-25. P.Gaeta, J. E. Viñuales, and S. Zappalá, *Cassese’s International Law*, 3rd ed. (Oxford University Press, 2020), pp.131-132.

³⁵ Pedretti, *ibid.*, pp.22-23. Akande and Shah, *supra* note 33, p.826.

³⁶ Cassese, *supra* note 32. Gaeta, *supra* note 33, p.132.

³⁷ *Prosecutor v. Blaškić (Objection of Croatia to the Issue of Subpoena duces Tecum) IT-95-14-AR108* (1997), *ILR*, Vol.110 (1997), p.707, para. 38.

³⁸ *Ibid.*, p.708, para. 39. 国家免除説の論者にも、国家責任条文を参照して免除の対象となる行為を特定する者もいるが、後述の司法共助事件判決に依拠するのみで参照の理論的趣旨は説明されていない。R.O’ keefe, *International Criminal Law* (Oxford University Press 2015), pp.406-408, 425-437.

³⁹ 国家の一機関が公的な資格で行った行為について無罪とする法理としては上官命令の抗弁が想起されるが、政府職員の事項的免除を同法理の帰結として説明するアプローチは、管見の限り、ILCでの議論も含めて学説上も採

用されていない (Eichmann 事件最高裁判決において上告代理人が上官責任の抗弁に依拠した主張を行ったが、裁判所は、現在同判決中で政府職員的事項的免除を明らかにしたとされている法理とは別の法理と位置付けたいうえで、上官命令の抗弁に基づく主張を否認した。 *Prosecutor v. Blaškić*, *supra* note 37, para.15).

⁴⁰ J. Crawford, *State Responsibility: the General Part* (Cambridge University Press, 2013), p.113.

⁴¹ 公務員に公的資格で行った自己の行為からの免責を認める法理は国内法上も多くの国にみられるが、そこでは、権限踰越の場合や重大な過失による場合には公務員個人の責任を認める制度を採用している国が多い。R.v.Albeek, *The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law* (Oxford University Press 2007), pp.112-113. したがって、法の一般原則による正当化も困難である。

⁴² 国家責任条文第 58 条。

⁴³ Alebeek, *supra* note 41, pp.504-508.

⁴⁴ *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court and others*, *supra* note 8.

⁴⁵ Letter Webster, 15 March 1841, 29 British & Foreign State Papers, 1139, partly cited in R.Jennings, "Caroline and McLead Cases," *AJIL*, Vol.32, pp.1210-1211.

⁴⁶ Jennings, *ibid.*, p.1215.

⁴⁷ *Ibid.*, p.1216.

⁴⁸ 後述の、レインボー・ウォーリア号事件におけるニュージーランドの主張参照。

⁴⁹ Cassese, *supra* note 32, p.303, note 2. H.Fox & F.Webb, *The Law of State Immunity*, 3rd edition (Oxford University Press, 2013), p.50 note 2.

⁵⁰ *Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, Supreme Court (1962), *ILR*, Vol.36 (1968), pp.308-309.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² H.Kelsen, *Peace through Law* (Garland Publishing, 1973), p.81.

⁵³ H.Kelsen, "Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals," *California Law Review*, Vol.31, p.533-534.

⁵⁴ *Ibid.*, p.540.

⁵⁵ *International Legal Materials*, Vol.26 (1987), p.1366.

⁵⁶ *Ibid.*, p.1357.

⁵⁷ *Ibid.*, p.1370.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Prosecutor v. Blaškić*, *supra* note 37, para.38.

⁶⁰ *Ibid.*, para.40.

⁶¹ *Ibid.*, p.710, para.41.

⁶² *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No 3) (1999)*, Judgment of Lord Hutton, *ILR* Vol.119, pp.203-204.

⁶³ Judgment of Lord Millet, *ibid.*, p.224.

⁶⁴ Judgment of Lord Phillips, *ibid.*, pp.235, 239-240.

⁶⁵ Judgment of Lord Phillips, *ibid.*, pp.235, 240.

⁶⁶ Judgment of Lord Phillips, *ibid.*, pp.240-240, 244.

⁶⁷ Judgment of Lord Browne-Wilkinson, *ibid.*, pp.152-153.

⁶⁸ Judgment of Lord Goff, *ibid.*, pp.161-162.

⁶⁹ Judgment of Lord Millet, *ibid.*, p.224.

⁷⁰ Millet 判事：「国家免除の目的は、そのような行為（問題となっている行為－筆者）の合法性を他国の裁判所において判断することを防ぐことにあるため、…当該行為が国内法上違法であれ、違憲であれ、その他認可されないものであるか否かにかかわらず、免除は適用される。主権国家は、自国の国内法において何が違法であるか、もしくは何が違憲であるかを判断する排他的な権利を有している。」 *Ibid.*

⁷¹ Judgment of Lord Saville, *ibid.*, p.219.

⁷² Judgment of Lord Hope, *ibid.*, p.194. Hope 判事は、不干渉原則という用語は用いていないが、元国家元首の「統治的行為 (governmental acts)」に免除が及ぶ理由を、「国家の主権的もしくは統治的行為は他国の裁判所が判断する問題ではない」からであると説明している。

⁷³ Judgment of Lord Goff, *ibid.*, pp.161.

⁷⁴ Judgment of Lord Browne-Wilkinson, *ibid.*, p154.

⁷⁵ Judgment of Lord Millet, *ibid.*, pp.223-224 Judgment of Lord Hope, *ibid.*, p.194. Hope 判事は、免除が及ぶ行為を「統治的行為 (governmental acts)」と表記する。

⁷⁶ Judgment of Lord Phillips, *ibid.*, p242.

⁷⁷ これは、職員個人の責任を負う刑事訴訟では、他国を訴え、その行為の違法性や責任の有無を審理する民事訴訟とは異なる理論的根拠によって免除が支えられることが明確に強調されている点で Eichmann 事件判決から一歩進んだ議論と位置付けられよう。

⁷⁸ Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, *I.C.J Reports* (2002), para.61.

⁷⁹ *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Dibouti v. France)*, Judgment, *I.C.J Reports* (2008), para.185.

⁸⁰ *Ibid.*, para.187.

⁸¹ *Ibid.*, para.189.

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Ibid.*, para.188.

⁸⁴ *Ibid.*, para.191.

⁸⁵ *Ibid.*, para.195.

⁸⁶ *Ibid.*, para.196.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Ibid.*, para.190.

⁸⁹ Fox, *supra* note 49, p.12. 国連国家免除条約第 6 条第 1 項。

⁹⁰ *The “Enrica Lexie” Incident* (The Italian Republic v. The Republic of India), Judgment, PCA Case No. 2015-28 (2020), paras.813-837. そのため、事項的免除の理論的根拠については踏み込んだ検討は行われなかった。

⁹¹ *Ibid.*, para.820.

⁹² *Ibid.*, para.808.

⁹³ *Ibid.*, para.857.

⁹⁴ *Ibid.*, para.860.

⁹⁵ *Ibid.*, paras.838-872.

⁹⁶ *Ibid.*, paras.865-872.

⁹⁷ *Ibid.*, para.868, note 1559.

⁹⁸ Fox, *supra* note 49, pp.25-26.

⁹⁹ 同様の評価として、Alebeek, *supra* note 20, p.500. ただし、Alebeek は、事項的免除が適用されることによって、職員個人には責任はないとみなされ、結果として誤った者に対して公訴が提起されたとして却下されると説く。 *Ibid.*, p.501. しかし、事項的免除が他国の行政組織権や政府職員の統制権を尊重するための法理であるとすれば、責任の所在とは別次元の法理であり、他国の国内問題に干渉する管轄権行使であるとして却下すれば足りるものと思われる。

¹⁰⁰ *I Congreso del Partido*, House of Lords (1981), *ILR* Vol.64 (1983), p.314.

¹⁰¹ ICJ も、国家免除の解釈において政府職員の刑事管轄権からの免除の実行は無関係であると断じているが、こうした言明の射程も本稿の結論を踏まえて検討すべきであろう。 *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, *I.C.J Reports* (2012), para.87.

¹⁰² *Eichmann*, *supra* note 50, pp.309-310, para.14.

¹⁰³ *Ibid.*, p.311.

¹⁰⁴ Judgment of Lord Browne-Wilkinson, *ibid.*, p.156.

¹⁰⁵ Judgment of Lord Hutton, *ibid.*, p.215.

¹⁰⁶ 同様の評価として、たとえば、 *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium)*, Joint Separate Opinion of Judge Higgins, Kooijmans and Buergenthal, *I.C.J Reports* (2002), para.85.

¹⁰⁷ Judgment of Lord Saville, *supra* note 62, p.221.

¹⁰⁸ Judgment of Lord Hope, *ibid.*, pp.200-201.

¹⁰⁹ Judgment of Lord Millet, *ibid.*, p.232.

¹¹⁰ Judgment of Lord Phillips of Worth Matravers, *ibid.*, p.244.

¹¹¹ Judgment of Lord Browne-Wilkinson, *ibid.*, p.156. 加えて、拷問等禁止条約上、拷問は、公務員又は公的資格にある者によってのみ行われることに鑑みれば、すべての政府職員に適用される事項的免除と本条約は相容れない点も免除を否定すべき論拠として挙げている。 *Ibid.*

¹¹² Judgment of Lord Phillips, *ibid.*, p.244.

¹¹³ *The “Enrica Lexie” Incident*, *supra* note 90, paras.857-858, 860.

¹¹⁴ *Ibid.*, para.860.

¹¹⁵ *Jones v. Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia and Others*, House of Lords (2006), p.6, para.12.

¹¹⁶ *Ibid.*, p.34, para.78.

¹¹⁷ Douglas, *supra* note 5, p.294.

¹¹⁸ *Jones*, *supra* note 18, p.18.

¹¹⁹ 国家責任条文第 7 条。

¹²⁰ 反対に、事項的免除の文脈では、個人を刑事責任から逃れさせるべきではないとの考慮から、個人的な目的で行った行為や権限踏越の行為については、国家責任条文の行為帰属規則とは異なる判断(事項的免除を認めない)が妥当であると主張するものとして、Hernández, *supra* note 7.

¹²¹ 国家責任条文の参照の可否を確定的に判断するためには、国家責任の行為帰属法理の理論的根拠を明確にする作業も不可欠である。この点、責任法上の行為帰属法理を国家の自己組織権から説明する Condorelli の議論に着目するものとして、岡田陽平「行為帰属の規範構造－国家責任条文第 5 条の解釈を中心に－」『国際法外交雑誌』第 119 巻 1 号(2020 年)、71 頁。

¹²² 条約で処罰義務が課せられていることが、事項的免除を否定するに当たって重要であると説く論者として、P.d’ Argent, “Immunity of State Officials and the Obligation to Prosecute,” in A.Peters eds., *Immunities in the Age of Global Constitutionalism* (Brill Nijhoff, 2015), pp.244-266.