
裁判権免除法理の成立とその理論的破綻

—不干涉原則に基づく判断回避の法的構成—

新 倉 圭一郎*

SUMMARY

Jurisdictional immunities of States are considered to be immunity *ratione personae*. This personal nature of the immunity is understood in the following meanings. First, it derives from the status of a defendant State. The basis on which one State is considered to be immune from the territorial jurisdiction of the courts of another State is said to be that of “*par in parem non habet imperium*”. Secondly, it is raised as a plea when a State is made a party to the proceedings. It arises by impleading the State or its property. Thirdly, national courts can exercise their jurisdiction if a defendant State consents to it and waives its immunity.

But in modern times when so called restrictive immunity practices are mainstream, the theoretical rationale that this immunity *ratione personae* is still valid is not obvious as it is presently contemplated. For it may be questionable why we can understand them by the immunity *ratione personae* based on status of a defendant State, though they are based on subject-matter *ratione materiae*.

It is Brownlie that criticized the theory supporting the personal immunity of States from this viewpoint. The purpose of this article is to clarify the problems of considering that this immunity *ratione personae* is still valid in modern times, and highlight the issues to be considered in order to elucidate the exact legal nature of the current system by analyzing Brownlie’s argument and several scholars’ ones responding to him.

* 東京大学大学院総合文化研究科博士課程

1. はじめに

1-1. 問題の背景

国際法上の制度として免除 (immunity) が語られる場合、その意味は多様である。19 世紀には、外交官、主権者や軍隊といった国家の統治機構の中核を担う機関が他国での裁判所の審理から免除されることが専ら議論されていた¹。その後、国家間の交流が増大するにつれ、それ以外の国家機関、さらには、国家とは独立の法人格を有し国家の組織形態には組み込まれていない団体であっても国家の主権的権能を行使する団体の行為は「国家の」裁判権免除の適用対象とされ、今日ではそれらの行為のうち国家の主権的行為 (acts *jure imperii*) に限って国際慣習法上他国の裁判権から免除されると説かれている²。

この裁判権免除は、国際慣習法上確立した制度と考えられている。ここで「確立した」ということの意味は、単に国際法上の制度として妥当しているということだけでなく、いわゆる絶対免除主義と呼ばれる時代に理論化された制度が、その対象を制限させた形で現代においても引き続き妥当していることをも含意している。いわゆる制限免除主義に至る現代への変化を、免除の対象の量的変化として捉える理解である³。

こうした理解は、単に制度の歴史的説明というだけでなく、その法的性質の理解に重要な意味を有している。すなわち、絶対免除主義においては、国家は原則として他国の訴訟手続から免除されとの理念が基礎をなすため、上記の理解を前提とすることによって、現代においても国家が他国の裁判権から免除されることをあくまで原則として観念する構成が維持されている。学説は、いわゆる絶対免除主義から制限免除主義へと至る過程を質的には連続したものと捉えることによって、裁判権免除を原則として指定するというアプローチを説明し、免除認否の基準についても例外的に免除を否定しうる類型を特定することに議論を集中させてきたのである。国連国際法委員会 (以下、「ILC」) において条文化された裁判権免除条約や、日本を含めた各種国内法が、国家が原則として他

国の訴訟手続から免除されることを宣言した上で、その例外を規定するという方式を採用しているのもこうした理解に則ってのことである。

しかし、こうした理解が正しいものであることの理論的根拠は一般に考えられているほど自明なものではない。実際、国際司法裁判所が 2012 年に下した裁判権免除事件判決では、まさに裁判権免除を原則として指定することの是非を巡って多数意見と反対意見の間で見解が分かれた。第二次大戦中にドイツ軍が行った抑留や大量虐殺を理由に、ドイツに対して提起された賠償請求について、イタリアの裁判所が当該訴えを認めたことの国際法上の合法性が問われた本件では、多数意見は、裁判権免除が国家の権利であり国際慣習法の一般規則であること⁴、主権的行為について国家は一般的に免除を享受することを確認した上で⁵、国家実行から軍隊の上記侵害行為に関する免除の例外規則を導き出すことが出来ないとしてイタリアの国際法違反を認定した。しかし、こうした論証方法に対しては、Yusuf 判事や Gaja 特任判事から、法廷地国においてなされた外国軍隊による不法行為について、免除を認める規則を導出できるほど国家実行は収斂しておらず、本件で訴訟事項とされた行為はグレーゾーンに該当するため裁判権免除に関する現行規範に反するとは言えないとの反論が提起された。これら少数意見は、主権的行為一般に対する免除付与を原則として指定した上でその例外を許容する規則の生成を論証するという多数意見のアプローチそのものに対する批判を示したものであるが、こうした反論を否定して免除原則アプローチを採る説得的な根拠が多数意見から提示されているとは言い難い⁶。

確かに、他国が何らかの形で関わる訴訟について法廷地国裁判所が管轄権を行使する事項が増えていることは間違いなく、免除の対象が量的に減少したとの指摘は、現象面の説明としては正しい。しかし、現代の実行を通説の理解する様な「裁判権免除」制度によって把握できる理論的な根拠は、いわゆる絶対免除主義と評されるかつての実行の存在を指摘するだけでは十分に示されたとは言いがたい。例えば、日本の教科書では、免除制度の根拠を国家主権や “*par in parem non habet*

imperium”（「対等なる者は互いに支配権を持たず」）という法諺に見出した上で、私人の取引の安全を確保するという観点から、免除の適用が主権的行為に限定されてきたと説かれることが多い⁷。しかし、対等性ゆえに他国を一方的に国内判断に服させることが許されないとの前提をとりながら、管轄権行使が控えられるのは一定の「事項」に限られるとすることは理論的な整合性を欠くともいえる⁸。現代において主流となっている、一定の場合にのみ免除を付与するという実行が、裁判権免除制度の理論化に当たって依拠された、基本的には免除を付与するというかつての実行とは質的に異なる様相を呈している以上、制度の法的性質を問い直すことは自然な作業とも言える。制度の法的性質は、要件・効果、管轄権行使可否の基準等に関わる根本的な論点であり、現代において通説の説く様な裁判権免除なる制度が国際法上の根拠に支えられているのかという問題は、各則に関わる議論を超えた重要性を本来は有しているものと思われる。

1-2. 裁判権免除の「人的」性格

裁判権免除を巡っては、免除の例外規則を中心とする各則が論じられる事が多いが、いわゆる制限免除主義へと至る流れの中で、当該制度の理論的根拠を批判的に問い直す研究も少数ながら存在してきた。そうした研究の中心的人物の一人が、本稿の取り上げる Brownlie である。ILC が法典化作業を進める傍らで、1987年に万国国際法学会（以下、「Institute」）は、「国家の裁判権免除に関する現代的問題」と題するテーマを設け、ILC が置き去りにした理論的な問題に取り組んだ⁹。そこで、他国の主権的行為と呼ばれる事項に対して国内裁判所の管轄権行使が認められない理由を改めて問い直した報告者 Brownlie は、「免除」という概念は、何らかの法的理由によって領域国の司法手続が及ばないという結果を描写しているに過ぎず、その根拠に目を向ければ、国家の法的地位の保護を免除の根拠にしながら一定の行為については管轄権行使を認めるという一般的な理解は明らかに理論的な矛盾を来しているとの問題提起を行った。

こうした議論を展開するに当たって彼が着目しているのが、通説の指摘する裁判権免除制度の「人的な (*ratione personae*)」性格である。まずは、制度の法的根拠における人的性格であり、裁判権免除は、国家の法的地位を根拠にしているという点で主体の性質に着目した人的な制度とされ、国家はその平等・独立といった法的地位ゆえに原則として他国の裁判所からの免除を享受すると説かれている¹⁰。そしてさらに、制度の内容についても次の二点で人的な性格を備えたものと理解されている。すなわち、第一に、裁判権免除は国家が他国の裁判所で訴えられ被告とされた場合に適用される（要件の人的性格）¹¹。ここで言われている他国の裁判所において「訴えられる」とは、国家が実際に他国の裁判所において訴訟当事者とされる場合に加えて、擬制的な場合も含めて理解されている。例えば、国家とは独立の団体が国家の主権的権能の行使として行った行為が訴訟事項となった場合、被告は当該団体であってもそれを「国家」とみなすことによって国家が訴えられたものとして裁判権免除の対象となると考えられている¹²。また、国家の財産が他国の訴訟手続の対象とされる場合にも、所有国が間接的に訴えられたものと観念されて裁判権免除の適用対象に含められるものと理解されている¹³。こうした場合も、あくまでも国家が他国の裁判所で「訴えられる」とみなされるという構成がとられることが本制度の特徴である。第二に、たとえ通常であれば免除を享有すべき事案でも、本国の同意があれば法廷地国の管轄権行使の違法性が国際法上問われることは無くなると考えられている（同意の効果における人的性格）¹⁴。本来、制度の要件や同意の効果に関する評価は、制度の法的根拠をどう理解するかに依存するはずであり、以上三点における人的な性格の関係も、制度の根拠から要件・同意の効果の人的性格が論理的に導き出されるものと理解すべきである。実際、後述の様に、裁判権免除制度生成期には、その様な理解がとられていた。

ILC が作成した「国及びその財産の裁判権からの免除に関する国際連合条約（以下、「国連国家免除条約」）」も、以上の様な制度として法典化が行われている。すなわち、当該条約では、まず第

5条において、国家が他国の裁判権から免除されることを一般原則として確認し、その上で例外事項を列挙している（第10条～17条）。また、第6条（「免除を実施するための方法」）では、その第1項において、「いずれの国も、自国の裁判所における裁判手続において他の国に対して裁判権を行使することを差し控えることにより…免除を実施する」と規定し、第6条2項において、他国に対して裁判手続が開始される場合として、(a)他国が当該裁判手続の当事者として指定される場合、(b)当該裁判手続の当事者として指定されていないが、当該裁判手続が実際には、他国の財産、権利、利益又は活動に影響を及ぼすものである場合、を挙げている。いわゆる制限免除主義と呼ばれる広範な実行はこうした特徴を有する単一の制度の下で把握しきれると考えられてきたのである。

こうした理解に対してBrownlieは、確かに、被告が他の国家であれば原則として免除が認められていた絶対免除主義と評される裁判権免除制度の生成期には、国家の法的地位を保護する単一の人的制度としてこれを位置づける理論的基礎が存在していたかもしれないが、現代ではそうした基礎はもはや妥当しないとして異論を提起した。そしてその上で、彼は、いわゆる制限免除主義と呼ばれる実行は、①訴訟事項の性質が国内裁判所の判断に適したものではないという「事項的な」(*ratione materiae*)理由で判断を控えたものであり、②こうした訴訟事項の「事項的な」性質に基づく管轄権行使の回避は、単一の根拠に基づく制度によるものではなく、不干涉原則を中心とする諸原則や政策的考慮等の複数の異なる次元の理由によって行われたものであるとの主張を展開した。単一の人的制度として裁判権免除が国際法上妥当していることを否定するこの報告書は、通説的な立場をとる委員から猛烈な反対にあったが、それでも彼と問題意識を共有する委員の賛同を得て、最終的には大きな変更を加えられることなく決議が採択されることとなった¹⁵。

本稿がBrownlieの議論を取り上げるのは、理論的な根拠を突き詰めることなく裁判権免除の各則を論ずる学説が大勢を占める中で、制度の枠組み自体を問い直す数少ない議論が、彼の見解に

答する形で展開されてきたからである。これらの学説は、管轄権行使の可否が訴訟事項の性質という「事項的な」基準によって決せられる様になった現代においても、①国家の法的地位の保護を目的とした人的な性格を有する制度が、②多様な免除事例を統一的に根拠づける単一の制度として国際法上妥当している、と主張する通説に対して各々独自の観点から議論を行っている¹⁶。本稿は、免除を人的に把握し、かつ、統一的な根拠に基づく単一の制度と理解するという上記二点のいずれについても通説に異論を提起したBrownlieの学説とそれに応ずる学説の議論を検討することによって、現代において「人的」な裁判権免除なる制度が国際法上の制度として妥当していることと捉えることの理論的な問題点を探り、制限免除主義と呼ばれる実行を規律する制度を明らかにする為に検討すべき課題を浮き彫りにすることを試みる。人的な裁判権免除制度を認めるか否かは、上述の様に、裁判権免除を原則として措定するアプローチの妥当性や、免除認否の基準、制度の要件（私人間訴訟や、法廷地国裁判所に他国の行政行為の無効確認を求める訴訟等における裁判管轄権の行使に国際法の規律が及ぶか）、行為国の同意の効果をどの様に評価するかといった点に関わる解釈論上重要な問題である。なお、2004年に国連国家免除条約が採択されているが、後述の様に、人的性格を有する単一の裁判権免除制度を認めるか否かは、当該条約の具体的な解釈や、その一般国際法上の位置づけ如何に関わってくるため、この問題を検討する重要性はいささかも減ぜられるものではないであろう。

具体的な検討に先立って、一点、用語について確認しておく。冒頭でも述べた様に、免除の享受主体として語られるのは国に限られておらず、主権者や外交官、軍隊といった多様な実体に及ぶ。そこで本稿では、検討の中心に据える、国家が他国の裁判所で享受する人的な免除を「裁判権免除」と呼び¹⁷、裁判権免除の理論化が試みられる以前に確立したものと考えられている外交官、主権者、軍隊の享受する免除を「外交官等の免除」と呼んで両者を区別することとする。後述のように、外交官等の免除については各論者共に見解を

共有していることに加え、両者の関係をどのように考えるかが各論者の見解を分ける一つのポイントとなっており、混同を避ける必要があるからである。

2. Brownlie による人的制度としての「制限免除」理論に対する批判

2-1. 通説の理論枠組み

19世紀の学説は、国内に所在する他国の主権者、外交官や軍隊構成員に対して裁判管轄権を行使することが出来るかという問題を論じていた。裁判権免除は、そうした特定の実体に特別な地位が認められていることを前提に、相互に独立・平等たる主権国家体制が成立に向かう19世紀以降の実行を通じて徐々に理論化されたものと考えられている¹⁸。

その為、裁判権免除を理論化するに当たっては、外交官等の国家を代表する個人に対して古くから免除が認められてきたこととは無関係に独自の制度として理論化するかという問題、そして、仮に両者を同種の制度として観念する合には、裁判権免除をどのような法的枠組みで理論化するかが問題となった。前者について、国家の機能は外交、防衛に限らず多岐にわたっており、主権者、外交官、軍隊といった統治機能の中核を担う機関と国家自体とを完全にイコールなものとして理解することは難しい。しかしながら学説は、外交官や軍隊が国家の職務の一部をなしており、それらに対する諸免除はいずれも国家のために認められていると解することによって、国家の免除の一類型をなすものと評価した。例えば、ILCにおける起草作業において初代の特別報告者を務めた Sucharitkul は、厳密に言えば外交官に対する免除が裁判権免除¹⁹とは異なる国際法上の原則によって規律されること²⁰、さらには、外交官免除の基礎が、裁判権免除とは異なり機能的なものであることを指摘しつつも、「実際には他国に対する免除の観念と切り離すことはできない」と理解している²¹。外交官が享受する他国の訴訟手続からの免除を国家の免除の一類型と位置づけることによって、国家が他国の訴訟手続において享受する免除が国際法

上妥当していることを示そうとしたものと思われる。ここでは、職務の性質等の観点から両者を同種のものとみなすことが適切かといった実質的な検討は行われることなく、「国家の利益のため」という一般的な共通点を拠り所に理論化が試みられた点に特徴がある。

では、裁判権免除は、外交官等に対する免除と基礎を共有する制度としてどのように理論化されたのか。裁判権免除の基礎としては、国家の独立や平等、相互主義や国際礼讓、国際関係における政治的障害を避ける必要性、強制執行が不可能である事といった、複数の法的、政治的要因が挙げられることが多いが²²、実質的には、19世紀に国家を体現するものと考えられていた主権者相互の關係に倣って把握しようとしたことがその理論構成を支えている²³。この点 Brownlie は、「国家免除一般の問題にしばしば過度な形で影響を与えてきたのは、主権者個人 (*in person*) やその代表の免除の名誉に基づく儀礼的な特徴である」と述べており²⁴、同様の指摘は、Sucharitkul によっても行われている²⁵。相互に独立平等であることに加え、威信や名誉を帯びた主権者間の關係を基礎にすることによって、他国を訴えることはその威信・名誉を害するため国際法上禁止されるという考え方が成立したのである²⁶。

こうした理論的基礎の下、裁判権免除は国家の法的地位に基づく人的な制度として構成され、その論理的帰結として次の二点が指摘された。第一は、免除付与の要件についてであり、国家が他国の裁判所で訴えられた場合のみ裁判権免除は適用されるものと説かれた。主権者が他国の訴訟手続にかけられること自体でその威信が害される様に、他国に対して訴訟手続を開始することは、それ自体でその国家の法的地位を害するという趣旨である。そして第二に、免除の有無を左右する要素として被告国の同意の存在が重視されている。主権平等に基づく法的地位を保護する制度である以上、他国裁判所の管轄権行使に同意した国家を訴えたとしても国際法違反が生ずることはない。被告国の同意は、単に免除の例外を正当化することを超えて、同意が存在しないことが裁判権免除の本質的な要素を構成するとまで説かれている²⁷。

こうした伝統的な理解は、主権国家体制確立の過渡期であり、主権者とのアナロジーや絶対主義国家といった観念が依然として残存していた時代には馴染みやすい考え方であったといえよう。「人的制度」としての裁判権免除という構成は、こうした時代背景の中で生成した実行を念頭に形作られてきたのである。

確かに、被告が他の国家であれば原則として免除が認められた時代の実行を念頭に置けば、こうした制度の法的性質は整合的に理解しやすい。また、主権者間の関係を基礎とする構成も、主権者や軍隊といった国家統治の中枢を担う機関が他国の裁判所で訴えられる局面においてはある程度説得力を有するかもしれない。軍隊も国防を担うという点で国家権力そのものであり、他国の裁判所で訴えられることは主権者や国家の威信に関わる事項だからである。しかし、19世紀末以降、国家の機能が拡大し、他国の裁判手続にかけられることが必ずしも直ちに国家の威信に関わらないケースが増えるにつれて、「免除」の対象も国家の一定の行為に限定されていく。こうして現実の変化に直面してもなお、伝統的な枠組みを維持しようと説明を試みる多くの学説に対し、その限界を鋭く指摘したのが Brownlie であった。

2-2. 制限免除主義理論とその論理的矛盾—人的な性格の理論的破綻

20世紀に入り、免除の対象が国家の一定の行為に限定されていくという実行の変化に直面しても、学説は、それらを裁判権免除法理によって把握することの妥当性を疑わなかった。すなわち、学説は、そうした変化を免除の対象が量的に制限されているに過ぎないものと理解し、免除される行為を主権的行為 (*acts jure imperii*)、その例外を業務管理行為 (*acts jure gestionis*) と類型化して裁判権免除法理の枠内に位置付けたのである²⁸。しかし、Brownlie は、この学説の対応に不満を持ち、Institute の報告書の中でその理論的脆弱性を露わにする議論を展開した。

免除の範囲が限定されることが伝統的な理論枠組みとの整合性に関する問題を引き起こすのは、管轄権行使の可否を判断する際の重点が、被告の

法的地位から訴訟事項の性質へと移ることになるからである。他国の一定の行為について国内裁判所の管轄権行使を認めることは、他国の裁判所で訴えられること自体から保護されるという、上述の伝統的な理論的基礎と齟齬を来す可能性を孕むものであり、Brownlie は、制限免除主義という形で裁判権免除法理が存続していると説く通説の問題点について次の二点を指摘している。第一は、契約締結や商取引行為に起因する紛争を免除の例外として正当化する論理についてである。上述のように、主権国家は国家としての地位ゆえに原則として他国の裁判管轄権行使から免除されるというのが伝統的な理解であり、そうした免除法理を制限免除主義の下においても維持するためには、例外の存在を当該法理の中で正当化しなければならない。そこで通説は、大きく分けて、二重の人格と黙示の放棄という二つの理論のいずれかに依拠することによってこの問題に回答しようと試みた。二重の人格理論とは、主権者や大使に対する免除に起源を有するもので、主権者や大使同様、国家についても公的人格として行動する場合と私的人格で行動する場合を区別することによって²⁹、被告の法的地位に基づくという免除制度の前提と、その対象が国家の一定の行為に限定されることを整合的に説明しようとする理論である。しかし、この区別は多くの論者から批判されている。代表的な論者である Fitzmaurice が主張する様に、国家が私人でも行いうる行為を行ったからといって国家としての資格を失うわけではなく、その行為はいかなる場合にも公的目的に資するからである³⁰。例えば、鉄道の運営を国家が担う国では、料金設定や路線の配置等について公共の福祉の観点からの考慮が働くことは避けられず、たとえ私人でも行いうる行為であったとしても完全に私人と同様の立場で行動するわけではない。

次に依拠されたのが、国家は、他国民との商取引行為を行うことによって、免除の特権を失うことに同意したことになると説く黙示の放棄理論である³¹。しかし、この説明も、国家が明示の同意を与える場合には成立しうが、特定の行為から同意を黙示的に推定することまで認めると、矛盾を露呈することになる。裁判権免除が他国の裁判

手続にかけられることから国家を保護する制度だとすれば、管轄権行使に実質的に同意を与えていない国に対して裁判手続を開始することは本来認められないはずだからである³²。

第二に、Brownlieの批判は、国家とは独立の法人格を有する団体の扱いについても向けられている。州や地方公共団体といった政治的下部組織 (political subdivisions) や国家の機関 (agencies) は、中央政府の統治機構に組み込まれることなく独自の法人格を備えていることが多いが、こうした団体は、免除に関する諸条約において「主権的権限を行使する場合」に限って免除を認められるという扱いがなされている³³。Brownlieは、この種の扱いが、国家とは独立の法人格を有する団体を「締約国」とは別個の団体として扱いながら、主権的権限の行使として行われたその行為については条約の適用対象に含める点に着目し、次の様にコメントしている。「独立の法人格のテストを採用しながら、最終的には主権的権限の行使において行われた行為であるかを参照することは論理的に一貫しない」³⁴と。確かに、こうした場合の焦点は行為の性質にあり、被告が外国国家であるか否かは重視されていない。これら団体を国家自体とは区別している時点で、もはや国家が訴えられたか否かという点は問題とされていないからである。

以上の様に、現代における国家の機能拡大に伴って訴訟事項の性質を理由に裁判所が審理を控える実行を、なお「人的」な裁判権免除制度の下で捉えようとする見解の論理的な矛盾を指摘したBrownlieは、「一度、国家の活動が関わっているという事実のみでは免除付与の決定要因とはならないことが受け入れられれば、関係者の地位が持つ重要性は減ぜられている」³⁵とし、この問題を新たな枠組みの下で捉え直す必要性を説いた。Brownlieは、他国を訴訟手続にかけるという要件が実質的に求められていない以上、被告の法的地位に基づく単一の人的制度によって現代の実行を捉えることはもはや適当ではないと主張したのである。

2-3. Lauterpachtの裁判権免除「廃棄」論

現代の実行が、人的な裁判権免除法理で捉えきれないものであることを指摘したBrownlieは、引き続き、この分野の新たな規律態様の提示へと議論を進めるが、通説の説く意味での裁判権免除が国際法上妥当していると評価することへの疑念は、実はBrownlieが最初に提起したものではない。一般に絶対免除主義から制限免除主義への過渡期と評価される時期に同種の問題提起がLauterpachtによって既になされており、Brownlieの議論は彼の主張を受けてのものであると位置づけることが出来る。そこで、Brownlieの議論を検討する前提として、Lauterpachtが何を問題とし、どの様な点を後の学説の検討に託したのかを確認しておく。

Lauterpachtの主張は次の二点に要約することが出来る。まず第一に彼は、通説の説く裁判権免除制度の理論的基礎が現代においてはもはや維持され得ないことを指摘した。すなわち、Lauterpachtは、裁判権免除の起源を国家の威信や「国家は法に服することはない」という伝統的な観念に見出した上で³⁶、法の支配を前提とする現代においては、もはやこうした伝統的な観念は裁判権免除の根拠とはなり得ないとして、その廃棄を提唱した³⁷。そして第二に、たとえ裁判権免除に関するかつての理論的基礎が現代において維持され得ないものであったとしても、依然として国際法が、一定の事項について国内裁判所に判断を控える様に求めていることを示した。彼は、こうした事項に「免除 (immunity)」という用語を当て、その根拠を示すことなく次のように論じている。第一に、他国の立法行為及びそれに従ってとられる措置については免除が依然として規則として存続するとし、制定法による外国人財産の国有化の様な場合の救済は、国内訴訟手続ではなく外交的性格のものであるべきと述べている。そして第二に、他国の領域内で行われた執行及び行政行為 (executive and administrative acts) に関しても免除が妥当するとする。具体的には、不当な退去強制や税の取り立て、違法な抑留、裁判拒否が例示され、他国及びその機関が当該国の領域内で行ったこれらの行為については、訴えを認

めてはならないと述べている。こうした場合には、救済は法廷地国の裁判所ではなく、当該他国内での司法的救済措置か外交的保護制度に従った外交的措置に求めるべきであるという。第三に、例えば、英国で締結された契約や、英国外で締結されてはいるが英国裁判所に英国法を適用させることを英国の国際私法が認めている契約を除く、他国とのもしくは他国による契約については免除が引き続き付与されると述べている。裁判権免除を廃棄した事によって、国際私法上私人よりも他国が不利な地位に置かれるべきではないというのがその理由である。そして最後に、外交官免除に関する受け入れられた国際法原則に反して国家に訴訟を提起しても国有財産に執行をかけてもならないことが指摘されている³⁸。

一方で裁判権免除制度の廃棄を説き、他方で依然として国内裁判所が管轄権行使を控えるべき事項の存在を指摘する Lauterpacht のこの主張については、いわゆる制限免除主義の裁判権免除法理を主張したものに過ぎないとするものをはじめ様々な評価があるが³⁹、彼の主張をごく自然に受け取れば以下の様になろう。まず、彼は、生成期において裁判権免除制度を支えていた理論的基礎が現代において妥当し得ないとしてその廃棄を提唱しており、いわゆる絶対免除主義の時代に理論化された裁判権免除制度と制限免除主義と呼ばれる実行を規律する制度とを連続的に捉える立場を強く批判している。換言すれば、いわゆる制限免除主義と呼ばれる実行がいかなる根拠によるものなのかを、伝統的な裁判権免除制度とは一度切り離して再検討すべきことを説いたのである。

そして、現代においてもなお管轄権行使を控えるべき事項として彼が挙げた項目を見れば、それが「免除」という単一の概念の下で論じられているながら、一つの制度によるものと捉えているわけではないことが分かる。上述の第三点目は国家と私人との平等という観点から国際私法上の立法論を展開したものであるし、第四点目は外交官等の免除の問題である。第一点目と第二点目の他国の立法・行政行為についてはどの様な根拠によって免除が付与されるのか明らかにされていないが、少なくとも、列挙された事項を全て単一の制度の

枠内で捉えるのではなく、管轄権行使を控えるべき事項ごとに根拠は異なりうるという主張は読み取れる。ここでの「免除」という概念は、単に裁判所の管轄権行使が及ばないという効果を意味しているに過ぎず、その根拠となる制度の同一性は全く想定されていないのである。彼が裁判権免除理論の廃棄を提唱したのもこのことを示唆しているように。

そしてさらに、根拠は管轄権行使を控えるべき事項ごとに異なるとしても、他国の立法・行政行為について国内裁判所が判断を控えることをどう理解するかがこの分野の中心的課題であるとの意識も読み取れる。他国の政策実現措置について裁判所が判断を控えることは、あくまでも訴訟事項の性質に着目した「事項的な」判断である。そのため、私人間紛争においても十分に問題となりうるのみならず、行為国の同意が法廷地国裁判所の管轄権行使に決定的な影響を与える根拠は一見して定かではない。これらを規律する制度が人的な性格を有するか否かについて Lauterpacht は自己の立場を明確に示していないが、少なくとも、裁判所が管轄権行使を控える際の根拠を考慮して「免除」付与の実行について再検討を行う必要があると考えていたことは間違いないであろう。Brownlie は以上の Lauterpacht の指摘に触発され、彼の問題提起に沿って議論を展開していくのである。

3. Brownlie の司法判断非適合性 (non-justiciability) 法理

Brownlie は、Institut に提出した報告書の中で、「Lauterpacht のアプローチ及び制限免除原則一般の支持者の主張する主題の性質の強調は、不可避的に、法廷地国の司法機関の有する本質的な権限 (essential competence) の重要性をあぶり出す。」と述べ、Lauterpacht が何ら説明することなく「免除」と呼んだ事項の一部が、「司法機関の本質的な権限」の問題であることを明らかにしようとした。Brownlie の主張の要点は、それまで「免除」という名で一括りにされてきた問題の中には、実は二つの異なる問題が混在しており、

事柄の性質を基準とする現代に主流の実行は、免除制度とは異質の法理によるものであることを示すことにあった。

3-1. 問題状況の分類—管轄権、外交官等の人的免除、訴訟事項の「事項的な」性質に基づく司法判断適合性

Brownlie は、他国の行為を国内裁判所が審理することが出来るかという問題には、国際法上、大きく分けて三つの論点が関係しているとみる。第一は、そもそも法廷地国に管轄権が認められる事項かという、いわゆる裁判管轄権の有無の問題であり、「法廷地国との関連性という観点から（一般国際法上）通常の事物管轄（subject-matter jurisdiction）を行使する基礎が無ければ、いずれにしる、法廷地国の裁判所の権限外の争点でありうる」という⁴⁰。確かに、国際法上認められた管轄権の基礎を欠く事項について訴えを提起された場合には、国内裁判所は却下する他ないのであって、裁判権免除を認めるか否かに関わらずこの点が問題となることに疑いはないであろう⁴¹。その上で、この裁判管轄権の存在を前提として、その行使態様の適否が次の二つの観点から問われると主張する。

まず、管轄権行使の対象とされる主体の性質に着目するのが、第二の、訴訟当事者の「人的免除（immunity *ratione personae*）」の問題であり、ここでは、「それが無ければ存在するであろう事項管轄から逸脱する特権」⁴²を訴訟当事者が有するか否かが問われる。「人的免除」という用語が用いられているのは、他国の裁判所で訴えられた被告の法的地位を根拠とする法理だからであり、しばしば“*par in parem non habet jurisdictionem*”という法諺が提起される状況に当たると説明されている⁴³。そして Brownlie は、一般国際法上の同意原則が基礎をなす点がこの分野の特徴であるとして次のように述べている⁴⁴。「他の場合には存在しないであろう特権や免除は、領域国の明示の許可によって与えられるかもしれない。そのような免除の法的基礎は、国際法における同意の一般原則に過ぎない」。すなわち、外交官等が他国の裁判所で訴えられた場合に人的免

除を享受するのは、法廷地国が外交官等の入国を許可した際にその法的地位の特殊性に鑑みて裁判権行使の対象としない旨自ら管轄権を放棄したからであるという理解である。そしてさらには、他国が自主的に当地の裁判管轄権に服する場合にはその同意が管轄権行使の可否を決定づけるとも述べ⁴⁵、外交官等の本国が免除を放棄することが出来ることも、一般国際法上の同意原則によって説明している⁴⁶。外交官等の免除は、外交官等が訴訟手続にかけられることから保護されるべき特別な性格を帯びているゆえに本国同士が相互に同意することによって形成された制度であり、それゆえに外交官等が他国の裁判所で訴えられた場合に適用されるという要件及び本国の同意によって放棄しうる人的な性格を帯びているのだと理解するのである。

しかし、Brownlie の議論で重要なのは、外交官等に人的免除が認められること自体ではない。むしろ、この第二の分野が被告の地位に基づくという制度であるという特徴を意識することによって、いわゆる制限免除主義の代表的な事例と考えられてきた軍艦以外の国有船舶や政府のチャーターした船舶、さらには中央銀行の事例や大使館の修繕契約違反の様な、被告の地位そのものではなく訴訟事項の性質に着目して管轄権行使の可否が問われる事例の多くを免除の領域から除外し、第三の分野の問題として分類した点が重要である。彼は、この第三の法分野を、「管轄権の領域的範囲の問題ではなく、他の法原則や政策の観点に基づくその適切性」⁴⁷が問題となる分野であると性格づけている。被告の性質に鑑みて領域国の管轄権がどこまで及ぶか（どこで裁くべき被告か）を問題とする外交官等の免除とは異なり、この第三の法分野では、訴訟事項の「事項的な」性質に鑑みて法廷地国が当該管轄権を行使する場として適切なフォーラムか否か（どこで裁くべき事項か）を問題としているというのである⁴⁸。外交官等の人的免除もいずれの裁判所が被告たる外交官を裁く場として適切かを問題としているという点ではフォーラムの適切性に関わるが、訴訟事項の性質のみに着目して判断を控えるのがこの第三の分野の特徴という趣旨である。そして、一般には裁判

権免除に関する事例として分類されている大部分の判決をこの第三の分野に振り分け⁴⁹、この分野を「厳密に言えば免除ではなく司法判断非適合性 (non-justiciability) に関するもの」⁵⁰と評して独自の問題領域であることを強調した。

3-2. 複数の法的・政策的要因に基づく司法判断適合性

3-2-1. 司法判断適合性とは

従来、「免除」の問題として一括りにされてきた問題から、訴訟事項の「事項的な」性質を理由にフォーラムの適切性を問う分野を括り出した Brownlie であるが、訴訟事項の性質上、国内裁判所の判断に不適合であるという論理は、被告の地位を理由とする裁判権免除の場合ほど明瞭なものではない。この点、Brownlie 自身は詳しい説明を行っていないが、彼の意図は「司法判断適合性」という概念を用いていることから窺い知ることができる。

「司法判断適合性 (justiciability)」は、英米法系の国内法において用いられることが多い概念であり、ある事項が司法裁判所の判断に適しているか否かを問題とする局面で援用される⁵¹。その代表的な論者である Mann は、1986 年に公刊した『英国裁判所における対外事項 (*Foreign Affairs in English Courts*)』の中で、司法判断適合性を「一定の諸問題について意見を述べる国内裁判所の能力 (ability)」と定義し⁵²、司法判断に不適合な場合として次の二点を挙げている。第一に、争点が、単なる倫理的もしくは専門的な事項、社会や家族上の問題の様な、そもそも法に従って判断される問題ではない場合である⁵³。試験の成績や医師の判断の様に、それぞれの専門分野の基準に従って判断される場合がその例として想定され、裁判所による司法判断にはなじまないケースとして比較的容易に理解できる。そして第二に、司法の統制を除外するほど特定の機関に絶対的な裁量が認められている場合も、司法判断に不適合であるとされる⁵⁴。憲法上、政策実現のための一定の裁量が認められている行政機関が、政策的要因を考慮して最適だと判断した措置をとる様な場合が念頭に置かれる。もちろん、こうした裁量措置に

ついて司法の審査が全く及ばない訳ではないが、裁量を枠づける限界について審査しうるに留まる。

以上より、司法判断適合性という概念の下では、訴訟事項の性質が国内裁判所の司法判断に適切と言えるか、言い換えれば、紛争解決の場として適切なフォーラムと言えるかが問題とされていることが分かる。そして、本稿との関係ではこの概念の次の特徴が重要である。まず第一に、国内法上、司法判断適合性は国内裁判所の司法判断に適さないという結果を意味する概念に過ぎず、その根拠は、訴訟事項の性質上そもそも法的紛争とは言えない場合、他の機関に裁量が認められている場合といった様に複数に亘っている。そして第二に、いずれの理由によるにせよ、司法判断適合性を欠くということは訴訟事項が「本質的に」国内裁判所の判断になじまないことを意味しており、関係当事者の同意によっても管轄権が設定されることはない。これは、上記の憲法上の三権分立を理由とする場合であっても同様である。例えば、実際に英国では、ローマ条約締結の差し止めを求めて市民が国王を裁判所に訴えた際、条約締結権は国王の特権であり、それを裁判所で争うことは出来ないとして却下されたケースが存在する⁵⁵。ここで裁判所に判断を行う権限が無いのは、憲法上裁判所に条約締結権が認められていないためであり、それは国王の同意の有無如何によって左右されるものではない。そもそも法的紛争で無い場合は言うまでもないが、行政に裁量が認められている場合でも裁判所の権限への制約は「本質的な」ものなのである。

上述の様に Brownlie は、司法判断適合性如何を、訴訟事項の性質に鑑みて法廷地国裁判所が適切なフォーラムか否かを問題とする概念であると説明しており、彼も Mann と同様の意味で当概念を用いていることが分かる。そして、報告書の中で、司法判断適合性が否定される事項として次の項目を挙げている：(a) 国家間の取り決めについて国際法の観点からの妥当性、意味、効果を判断することは他国の裁判所の権限外であること、(b) 国際法の観点から主権国家の国内の行政及び立法措置の有効性、意味、効果を判断することは他国の裁判所の権限外であること、(c) 当

該国内裁判所以外の救済措置にその解決が委ねられた問題について法廷地国の法システムは権限を有さないこと、(d)他国の外交・防衛政策の内容、指揮、正確な実施方法は法廷地国の法システムの権限外にあること、(e)国家間の仲裁は仲裁地の管轄権外にあること、(f)国際法規則に服する機関、制度、基金を創設する政府間協定の有効性、意味、実施方法に関する取り決めは法廷地国の法システムの権限外にあること。各項目においてBrownlieが挙げる事例の多くは、「免除」という概念を用いて判断が控えられている現代のケースであるが、問題はその根拠である。果たしてBrownlieは、こうした事項を、どの様な根拠によって司法判断適合性が否定されたものと評価したのであろうか。

3-2-2. 不干涉原則に基づく司法判断適合性

Brownlieは自身の教科書の中で、一般に裁判権免除とされる実行が“*par in parem non habet jurisdictionem*”という法諺で表され国家の法的地位に付随する厳密な意味での免除ではなく、司法判断適合性の法理として表れることを指摘した上で⁵⁶、その特徴を次の様に説明している。「免除⁵⁷が基礎とするもう一方の原則は、他国の国内問題への不干涉原則である。…その様な問題を列挙することは難しいが、国内裁判所は、主題の性質によってそこが適切なフォーラムではなく、何ら有益もしくは効果的なことができないと受け入れるようになるであろう」⁵⁸。また、Instituteの報告書でも、事柄の性質を理由に「免除」を与える判決が、主に不干涉原則を反映したものであることを確認し⁵⁹、例として、他国の立法・行政行為、外交・防衛政策に関わる事項を挙げている。これらは、通説によってしばしば制限免除主義の実行の主要な例として挙げられる事項である⁶⁰。それぞれについてのBrownlie自身の説明は極めて簡素なものに留まっているため、報告書の中で及されている事例を手掛かりに彼が司法判断適合性という概念を用いることの意図を検証してみたい。

3-2-2-1. 他国の立法・行政行為

報告書でBrownlieが言及する事例の中で、不干涉原則と国内裁判所における他国の立法、行政

行為の有効性審査の適切性ととの関係を最も明確に説明しているのが、*Buck v. Attorney-General* 事件英国控訴院判決（1964年）である。本判決は、Brownlieの論文の中で⁶¹、「他の独立国の国内問題について管轄権を行使しないという原則」を確認した判決として言及され⁶²、議論の拠り所とされている。本件の概要は以下の通りである。シエラレオネは、英国の植民地及び保護領となっていたが、英国議会がシエラレオネ独立法に基づいてシエラレオネ憲法令（Sierra Leone (Constitution) Order in Council）を發布し、英国から独立することを認めた。しかし、一部の植民地住民が、英国法上、独立を承認できるのは保護領だけであるため、植民地を含めて独立を宣言した当命令及びそれに基づくシエラレオネ憲法は無効であると主張し、無効確認の訴えを英国裁判所に提起した。この様に、他国の憲法の有効性を国内裁判所が判断することができるかという問題が中心的な論点をなしていたことが本件の特徴であった。

判決では、三人の判事の内二人が、訴訟手続にシエラレオネが関与していないことを確認している⁶³。その上で、Diplock判事は、本件では、シエラレオネ憲法の有効性の問題が、契約に関する判断に付随して生じているのではなく、まさに訴訟の主題となっているとし、主題の性質上、判断を回避すべき旨、次の様に述べている。「これらの諸規則（英国が諸国家団体の一員として遵守する規則—著者註）の一つは、国際公法の規則に従った場合を除いて、他の独立国の国内問題について管轄権を行使しない、または、他国もしくはその財産に対して強制措置を適用しないというものである。英国の司法部門によるこの規則の適用例として最もよく知られている一つが、有名な主権免除法理である。…主権免除法理の適用は、当該論点が争われている人ではなく、争点の主題に依存する」⁶⁴。

以上の様に、Diplock判事は、紛争主題の性質との関係で国内裁判所の司法権には一定の制限が課せられるとし、他国の国内問題、具体的には他国域内における当該国国内法の有効性について判断を下す権限を認められていないことを確認した。

この判決が、シエラレオネが訴訟当事者ではないことを確認した上で下されている点に着目した Brownlie は、Diplock 判事の意見の趣旨を、「国会議員の議席数の再分配は議会の特権に関わる事項であり司法判断の対象外である」と判断した英国控訴院判決を参照しつつ⁶⁵、次の様に評価している。すなわち、憲法によって議会に裁量的権限が認められている事項について、裁判所がその有効性を判断することができないのと同様、国際法が、一定の政策実現の為の裁量を他の国家に認めた結果、行為国以外の国内裁判所の判断には不適切な事案とされる場合があるというのである。例えば、取用の対象となった財貨が法廷地国内に所在する場合、当地の裁判所の管轄権自体は認められうるが、それを行使して国際法に照らして当該措置を無効と判断すれば、行為国の取用実施という政策実現を妨げることになる。こうした場合に管轄権を行使することは、不干渉原則に基づいて国内裁判所に分配されている権限を超えることになるため、国際法上司法判断適合性が否定されると主張したのである。

以上の議論は、司法機関の権限論として主張されている点に特色がある。Brownlie は、国際法上、国内裁判所に管轄権が認められていたとしても、なお適切なフォーラムとして処理すべき問題領域に限界を設けるという形で裁判所に関する固有の規律が及んでいると考えた。そして、その限界を超える管轄権行使を裁判所の「権限超越 (*ultra vires*)」と性格付け、他国の政策実現を害しうる判断を下す権限はそもそも一国の司法機関には認められていないと説いたのである⁶⁶。

3-2-2-2. 他国の外交・防衛政策

他国の外交・防衛政策についても、基本的な理解は同様である。Brownlie は、報告書の中で、「他国の外交・防衛政策の内容、指揮、正確な実施方法は、法廷地国の法システムの権限外にある問題である」との項目を用意し、他国の外交・防衛政策の内容や実施方法の合法性判断等、国内裁判所が判断を下せばこうした政策の実現を害する様な訴えを、司法判断に不適合なものと位置づけた。

この項目との関係では、これらが、従来、外交

官等の免除の問題であると考えられてきたことが問題となる。報告書でも、①軍隊に関する行為、②外交免除に関する国際法の諸原則に反する行為、③領事免除に関する国際法の諸原則に反する行為、④特使に関する国際法の諸原則に反する行為、⑤国家の対外政策の実現に排他的に関わる行為、を想定した旨述べられている。Brownlie は、免除が当事者の性質に着目した制度であり、司法判断適合性が訴訟事項の性質を理由とする制度であるという違いを意識することによって、こうした事項の中にも不干渉原則を理由に司法判断適合性が否定される事例が存在することを指摘したのである^{67, 68}。

外交免除や領事免除について人的免除と事項的免除の関係をどう理解するべきかは、現在も議論のある論点であるが、外交官の事項的免除を司法判断適合性の問題として分類する Brownlie の議論は、一つの整理の仕方として理論的に一貫したものである⁶⁹。

3-2-3. 他の法的・政策的要因に基づく司法判断適合性

上述の様に、「司法判断適合性」は、訴訟事項の性質上、国内裁判所の判断に適さないという結果を示す概念に過ぎず、その結果を導き出す根拠が単一であるとは限らない。この点、彼は、「包括的な根拠や指導的原則を選択することは、いずれにしても、妥当性の疑わしい方法論である」と一言し⁷⁰、この分野を単一の制度によって把握しようとしてきた従来の理解を批判している。Brownlie が、事柄の性質を理由に「免除」を与える判決について「主に (*principally*)」不干渉原則を反映したものと述べているのはその為であり、実行上、「免除」という概念を用いて法廷地国裁判所が管轄権行使を控えるケースとして彼が提示した事項は、他国の国内問題への干渉に当たる状況に限られている訳ではない。例えば、平和条約の中で自国民の請求を国家間で処理する旨規定し、当事国の裁判所以外の救済手段にその解決を委ねた場合に、当該条約に基づく私人の訴えについて主権的事項に該当するとして「免除」の判断を下した実行があるが、彼はこうした判断

を「国家はその同意無く国際裁判所に付される様求められることはないという国際法の原則」の手續的なコロラリーであると述べている⁷¹。当事国が、条約締結によって当該国内裁判所以外のフォーラムで紛争を処理することに同意した場合には、そこがより効果的な紛争解決のフォーラムであり、上記の原則のコロラリーとして当事国の裁判所の司法判断適合性が否定されると理解したのである。

さらに、既に確認したが、報告書ではその他にも、「国家間の取り決めについて国際法の観点からその妥当性、意味、効果を判断することは他国の裁判所の権限外であること」、「国家間の仲裁は仲裁地の管轄権外にあること」、「国際法規則に服する機関、制度、基金を創設する政府間協定の有効性、意味、実施方法に関する取り決めは法廷地国の法システムの権限外にある」とも述べている。これらについて法廷地国裁判所の司法判断適合性が否定される理由について Brownlie は詳しく言及していないが、上述の他国の立法・行政行為、外交・防衛政策に関わる事項、当事国の裁判所以外の救済手段にその解決を委ねた場合も含めて、司法判断適合性を否定する方向へ作用する要因として次の四点を挙げている：①国家の問題 (affairs of States) は、当該国家の同意無く判断されるべきではないという原則、②他国の国内問題への不干渉原則、③国際法の問題は、適切なフォーラム、すなわち、外交上のフォーラムや (利用可能であれば) 他の国際的な手続、もしくは (利用可能であれば) 被告国の裁判所における国内救済手続で解決されるべきであるという原則、④訴因が、本質的に国際法の論点に基づいているという事実の意味 (significance)⁷²。そして、事柄の性質を理由に「免除」を与えている事例は、これらを総合的に考慮する⁷³ ことによって法廷地国の国内裁判所よりも適切なフォーラムが存在すると判断したものと説いた。この四つの要因のうち、①と②が国際法上の要因であることは明らかである。③は、全てが国際法上の要因という訳ではないが、他国の領域内における外国人侵害行為については国内救済完了原則という形で、自国民への国際法違反による侵害行為については外交的保護という形で国際法上の規範ないし制度とし

て成立している。もちろん、それ以外のケースが除外される訳ではないが、私人が他国を国内裁判所に訴えた場合にこうした規範ないし制度が類推適用される状況が代表的なケースと考えられているのであろう⁷⁴。④の意味について Brownlie は説明を加えていないが、国家間の取り決めについて国際法の観点から判断することを求める訴えの司法判断適合性が否定された例として、報告書の中では、領土問題について、政治的に慎重を要する問題であることや、証拠や判例上の観点から判断が困難であることを理由に適切なフォーラムとは言えないと述べた判決部分が引用されている⁷⁵。Brownlie は、この④の要因を国家実行一般に反映されている原則として提示している訳ではないが、本質的に妥当でありかつ十分に政策に基礎づけられたものであると一言している⁷⁶。この様に、現代において「免除」という概念を用いて国内裁判所が判断を控えている実行の多くは、不干渉原則を中心とする国際法のみならず、国内法、さらには「実質的な政策的考慮 (substantial policy considerations)」⁷⁷ によるものであると Brownlie は評価したのである。

そして、これらの諸要因を総合的に考慮すると述べられている趣旨は、上記の①から④が排他的にではなく重層的に作用することにあると説明されている⁷⁸。例えば、先の平和条約の事例は、①のコロラリーであることが指摘されているが、同時に③の要因も作用する事例であろう。また、不干渉原則が適用される事例についても、③の被告国の裁判所における国内救済手続に付すべきであるという原則が適用され得るだけでなく、例えば他国の国有化措置の国際法上の違法性を主張して訴えを提起する場合には、①、③、④も関わる⁷⁹。他国の国内問題への不干渉原則を中心としつつも、訴訟事項や請求内容に応じて多様な要因が、法廷地国裁判所以外のフォーラムがより適切であることを指示しているという理解である。

さらに加えて、Brownlie は、国内裁判所が司法判断適合性如何を決定するに当たっては、法廷地国裁判所における判断を肯定する方向に作用する原則も同時に考慮されているとも主張している。すなわち、彼は、法廷地国における私法上の行

為等、制限免除理論の下で「免除」の例外と評価されている事項も、種々の原則によって当地での司法判断適合性が肯定されたものであるとし、実行を次の様に説明している。すなわち、他国の政策自体の当否を判断することが国内裁判所の権限外の事項であるのは上述の通りであるが、その一方で、当該他国の外交政策の実現の為に法廷地国の法システム内で取引を行った場合には当該法システムの中での責任 (accountability) のリスクを引き受けたことになるという⁸⁰。その結果、当地の裁判所で責任を問われることが同意原則に合致する他、信義則、信頼 (reliance)、不当利得といった一般原則も当地の裁判所の司法判断適合性を肯定する方向に作用していると説く⁸¹。例えば、A国が領域内にB国の空軍基地を設置する際、当該基地がA国の私法に基づいて契約によって建設されれば当該契約の違反や建設に当たったの不法行為に基づく損害賠償請求に関してA国の司法判断適合性は肯定される。空軍基地の建設は明らかにB国の防衛政策を実現する為の行為であるが、B国はA国の裁判所で責任を問われることを回避したければAB間の条約によって基地を建設することも可能であり、さらには、賠償責任を認めてもB国の政策実現自体を阻害することにはならないため、同意原則及び上記の一般原則が優先されるという。しかし他方で、基地の建設差止命令を求める訴えは、B国の政策実現自体を妨害するためA国裁判所の司法判断適合性は否定されるという⁸²。この様に、Brownlieは、実際の実行は、司法判断適合性を否定する要因と肯定する要因を対抗させること (countervailing) によって管轄権を行使することが適切かを決定していると評価したのである⁸³。

3-3. 裁判権免除制度との相違点

以上の様に、いわゆる制限免除主義と呼ばれる実行についてのBrownlieの理解は、裁判権免除制度を支持する通説のそれとは大きく異なる。まず第一に、Brownlieの理解では、国内裁判所は事案ごとに複数の原則や政策的考慮を対抗させることによって当該裁判所が紛争解決のフォーラムとして適切か否かを決定しているのであって、被

告国家の地位に基づいた人的な裁判権免除という単一の制度に基づいて「免除」するか否かを判断しているのではない。その結果、国内裁判所が管轄権行使を控えるべきか否かは、「主権的行為」に当たるか否かではなく、訴訟事項の性質や請求内容ごとに不干渉原則を中心とする種々の要因を考慮してそこが適切なフォーラムか否かを検討することによって判断されていることになる。

そして第二に、一方的に他国の訴訟手続きにかけられること自体から国家を保護する単一の制度であることを否定する以上、要件及び同意の効果における人的な性格は、少なくとも伝統的な学説が説いた様な形で論理必然的な関係ではなくなる。この人的性格の有無についてBrownlieは、司法判断適合性における判断回避の基準が、訴訟事項の性質に基づく「事項的」なものであることを考慮して次の様に評価している。

まず、要件の人的性格については、例えば、私人間で他国の国有化措置の有効性を争う場合、有効性如何について国内裁判所が判断すれば、国有化を行った国家の政策実現を妨げることになりうるため、私人間訴訟でも司法判断適合性は問題となりうる。これは不干渉原則の場合に限るものではなく、司法判断適合性を否定する上記の諸要因は、いずれも訴訟事項の性質を理由に作用するものであり、訴訟当事者が誰であるかに関わらず問題となりうる。Brownlieは、「関係国のいずれも訴訟当事者でないことは重要ではない」と述べ、この点を明確に確認している⁸⁴。

他方、同意の効果については訴訟事項の性質ごとに分けて考える必要がある。まず、上述の司法判断適合性を否定する方向に作用する「国家の問題は、当該国家の同意無く判断されるべきではないという原則」の様に、行為国の同意の欠如が裁判所の司法判断適合性を否定する方向に決定的な影響を及ぼす場合は存在する。この原則の下では、国家が自国の関わる紛争をどこで処理することに同意したかがフォーラムの適切性を決するからである。また、報告書では、法廷地国裁判所の司法判断適合性を肯定する要因の一つとしても同意原則が挙げられ、法廷地国の法システムの中での取引行為によって政策実現を果たすことを選択した

場合には、当該国家はその法システム内で責任を負うリスクを引き受けたことになるため当地の司法判断に服すると説明されていた⁸⁵。従って、一見すると裁判権免除制度における場合と同様の効果が行為国の同意に認められている様にも思われる。しかし Brownlie は、同時に、法廷地国裁判所の司法判断適合性を肯定する要因としての同意原則は、管轄権行使の可否について決定的な効果を持つものではないことを強調し⁸⁶、「たとえ明示の放棄に直面したとしても、それでも国内裁判所は、例えば、管轄権行使の法的基礎が無く、権限を欠いていると決定するかもしれない」と一言している⁸⁷。彼の理解では、あたかも国内法上、行政と司法の間で権限分配が行われているかの様に、不干渉原則によって、政策を実現させる権限やそれを中止する権限は行為国のみに排他的に認められており、他国の司法機関にはそうした判断を下す権限は本質的に存在しない。

たとえ行為国の同意があっても依然として「他国の政策実現措置を害しうる訴え」という訴訟事項の性質には変わりがなく、当該裁判所に権限を認められた適切な紛争解決のフォーラムではないという結論には影響しないと考えたのであろう⁸⁸。Brownlie も、訴訟事項の性質上、行為国の同意がフォーラムの適切性如何を左右する可能性があることは認めているが、行為国の同意がどの様な効果を持つかは、司法判断適合性を左右する原則や政策的要因の内容によるのであり、あらゆる場合に法廷地国裁判所の管轄権行使を決定的に可能にするという形で一義的に理解することには反対しているのである。上述の様に、Brownlie は、外交官等の人的免除を一般国際法上の同意原則によって説明していたが、報告書ではこうした司法判断適合性における同意の効果の特殊性が指摘され、一般国際法上の同意原則とは区別すべきことが強調されている⁸⁹。

3-4. 小括

Brownlie は、いわゆる絶対免除主義の実行を念頭に論じられていた裁判権免除の理論的基礎が現代ではもはや維持し得ないことを指摘し、いわゆる制限免除主義の実行は、訴訟事項の性質に

じた複数の法的、政策的要因を考慮することによって、当該国内裁判所の効果的な紛争解決のフォーラムとしての適切性を否定したものであると説いた。そして、不干渉原則を中心とする複数の原則や政策的要因によって管轄権行使の可否が決められている以上、要件及び行為国の同意の効果の両側面において人的性格を認めるべき理由はもはや存在しないと主張した。

その後、この Brownlie の議論に応じて、単一の人的制度としての裁判権免除が国際法上妥当していると評することを巡る議論が、少数ではあるが展開されていく。果たして、後の学説は、彼の問題提起を受けてどのような議論を展開したのだろうか。

4. 学説の展開

Jennings、Crawford、Fox は、Brownlie が提起した、裁判権免除は現代においても国際法上の単一の人的制度と言えるのかという問題にそれぞれ独自の観点から迫っている。以下、順を追って検討していこう。

4-1. Jennings の学説

4-1-1. 制限免除主義における「免除」の例外とされてきた事項の分析

Brownlie 同様、現代において裁判権免除という単一の人的制度が国際法上妥当していると評価することに疑いの目を向けるもう一人の論者が Jennings である。Jennings も、国際法上、外交官等に免除が認められることは否定していない⁹⁰。彼が問題としているのは、外交官等の免除とは独立した単一の人的免除が国家に認められていると理解することであり、とりわけその問題点を、裁判権免除法理のもとで「免除」の例外として扱われてきた実行を分析することによって示そうと試みた。上述の様に、他国の訴訟手続にかけられること自体から国家を保護する制度という裁判権免除生成期の考え方を前提とすれば、法廷地国裁判所に管轄権行使が認められるのはあくまで例外であり、かつその為には被告国の同意を証明することを要するはずである⁹¹。Jennings は、制限免除

主義における「免除」の例外を認めたと評されている実行が、こうした裁判権免除の人的性格と整合しない形で展開していることに着目し、現代の実行を当該制度の枠内で捉えることを批判したのである。

この点を示す例として Jennings が挙げるのが、英国で制限免除主義を採用した事例として著名な *I Congreso del Partido* 事件の貴族院判決である。本件は、チリのバイヤーがキューバの国営企業から砂糖を購入したが、チリでの政変を理由にキューバ政府が当該砂糖の運送を中断した事件である。本件で問題となった運送中止措置は、政治的な理由で採られたものであるため、下級審はいずれもキューバに対する免除を認める判断を下したが、貴族院はその判断を覆し、キューバの免除を否認した。Wilberforce 判事によれば、船荷の積み下ろしを中止するキューバの命令が政治的な理由で下されたことは間違いないが、それは船舶の所有者として行われた行為であり、キューバは何らの主権的権限も行使していないため、主権的行為とは評価されないというのがその理由である。Jennings は、このようなボーダーラインの行為についてでさえ、裁判所は、免除が原則で管轄権行使はあくまで例外であるという考え方をを用いることなく、『私法上の』もしくは『商業上の』管轄権は自律的であり免除規則と対等に扱われていた」とし、国家が私法上の商取引関係に入ることによって当地の管轄権に黙示的に服したとみなされうるかという問題の立て方はされていないことを指摘している⁹²。

Jennings は、現代において裁判権免除の事例と評されるものにはこの種の実行が多く、

「近年展開してきている免除の『制限的な』見解は、単なる同意概念の拡張や観念的な同意の拡張によるものですらない。それは、放棄とは無関係であり、本来的に免除が認められない (authentic non-immunity) 分野の展開である」と主張する⁹³。私人でも行いうる行為について管轄権行使を認めるという実行は、「単に国際公法は商法のシステムを伴っていないためにそうせざるを得ない」のであり⁹⁴、国際法の観点からすれば、本来的に領域国に管轄権行使が認められる事

項であることを確認したものに過ぎないというのである

4-1-2. 評価

以上の様に、Jennings の議論の特徴は、従来主張されてきた裁判権免除の理論的根拠が現代における実際の事例と整合していないことを、制限免除主義のリーディングケースを分析することによって実証的に導き出したことにある。まず第一に、Jennings は、現代の実行を分析することによって、少なくともかつて説かれていた意味での人的性格を認める理由は無いことを指摘した。上述の様に、他国の訴訟手続にかけられることから国家の法的地位を保護するための制度として理論化されたのであれば、法廷地国裁判所の管轄権行使を正当化する為には、原則として被告国の同意の証明が求められる。しかし、現代の実行は、行為国の同意を論証することなく法廷地国裁判所の管轄権行使を認めているだけでなく、そもそも管轄権行使を免除の例外として扱ってさえいない。Jennings は、いわゆる絶対免除主義の実行を念頭に置いて説かれてきた理論的根拠から切り離して、現代の実行の論理を再検討すべきであるという Brownlie と同じ主張を、例外事例を検討することによって展開したのである。

そして以上の指摘は、いわゆる制限免除主義と呼ばれる現代の事例が裁判権免除という単一の制度によるものではなく、複数の要因によって導き出されているという評価につながる。すなわち、Jennings は、「私法上の行為」や「商業上の行為」であることを理由に管轄権を行使する事例は、原則たる免除の例外としてではなく、当該行為それ自身が法廷地国裁判所の管轄権行使を正当化する事項であることを積極的に確認したものであると評価していた。従来、裁判権免除法理の下では管轄権を行使する実行も免除の例外という形で当該法理の中で一元的に理解されてきたところ、少なくとも当該実行は「免除」を求める原則とは独立の規律に服していることを明らかにしたのである。また、現代の実行において「免除」と呼ばれている法的効果がどの様な根拠によって導き出されているかについて Jennings は

詳細に論じていないが、Lauterpacht が提唱した免除の制限的な見方にますます近接してきているとの指摘を行い⁹⁵、さらには、Institute に提出した Brownlie のレポートを「免除ではなく「無権限」(“incompetence”)に関する問題である故に、裁判権免除の研究から除外するとても有益な諸事例のリスト」と評しており⁹⁶、複数の法規範(及び政策的要因)が法廷地国裁判所に管轄権行使を控える様に求めているという Lauterpacht や Brownlie の見解に共感した叙述を行っている。

最後に、かつて認められていた人的性格の理論的根拠が現代の実行では確認できないとしても、現代の実行になお要件及び行為国の同意の効果における人的な性格を認めるべき新たな理論的根拠が存在するかが問題なる。Jennings はこの点についても具体的に議論を展開していない。しかし、上述の Brownlie に対する好意的な評価に鑑みれば、複数の法規範が規律を及ぼしている現代においてはもはやこうした人的性格を語る理由は失われていると評価しているものと思われる。少なくとも、裁判権免除のかつての理論的根拠が現代の実行と整合しない以上、管轄権行使の回避を求める要因の性格を明らかにした上で、この分野を規律する原則に人的な性格を認めるべきか否かを改めて検証しなければならないと考えていることは間違いないであろう。

4-2. Crawford の学説

Brownlie の問題提起に応じて議論を展開している第二の論者が、Crawford である。母国オーストラリアの国家免除法の作成にも携わった Crawford は、管轄権行使可否の判断が依然として困難なケースが存在するのは、制度の根拠(rationale)について一致した見解がみられないからであるとの強い思いから、訴訟事項の性質を根拠に管轄権行使を控える実行の理論的根拠を提示する必要性を説いた⁹⁷。彼は、自身の議論が Brownlie に負ったものであることを明記しており、制限免除主義と呼ばれる実行を紛争解決のフォーラムに関する複数の原則によって規律されたものと評価するという点でその主張に賛同している⁹⁸。しかし彼の議論の主眼は、Brownlie の議論

を裁判権免除制度の新たな根拠として援用することによって、制度の人的性格を説くことにあった。

4-2-1. 単一の裁判権免除制度を擁護する通説への反論

Crawford は、裁判権免除の制度的特徴がその人的な性格にあることを確認した上で、法規則の成立形態という観点から、当該人的制度を基礎づける法的根拠として従来通説が主張してきた見解に反論している。すなわち彼によれば、法規則一般の成立形態としては、当該規則自体に関する十分に一般的な合意が存在する場合と、他の確立した諸規則から演繹的に導き出される場合のいずれかがありうるが、これまで、現代においても裁判権免除が単一の国際法上の制度として妥当していると言われる際に主張された根拠は、このいずれに照らしても問題を孕んでいるとする。まず、前者は、国家実行と法的確信による国際慣習法の成立形態を指しており、この形で裁判権免除が成立しているか否かはこれまでも議論されてきた。この点について裁判権免除を支持する論者は、国家実行から免除認否を決定する明確な規則を導き出すことが出来ないとしても、国家が他国の裁判管轄権から免除されること自体は一般に受け入れられているとして⁹⁹、自己の主張を正当化してきた。Crawford は、具体的に如何なる国家の行為について免除を与えるべきかを命ずる規則を国家実行から導き出すことが出来ない以上、この形態で裁判権免除が成立していると考えすることは出来ないとして、こうした評価を批判した¹⁰⁰。確かに、裁判権免除を国家実行と法的確信のみからなる制度と理解するとすれば、具体的に免除の対象を指図する規則を実行から導出できないにも関わらず、特定の事項について免除付与を求める制限免除主義という形で制度が成立していると評することに疑問を提起する彼の批判には首肯できるものがある¹⁰¹。

そして、後者の演繹的な成立態様については、主権平等原則及び“*par in parem non habet jurisdictionem*”の法諺を根拠に裁判権免除という単一の制度が国際法上妥当していると評価することの適否が問題となるが、Crawford は、これ

らの原則や法諺は、如何なる行為について平等と評価されるかを指図していないとして、こうした見解にも異を唱えている¹⁰²。あらゆる行為について免除されるというかつての絶対免除主義ならともかく、具体的に如何なる行為について平等なのかを特定出来なければ制限免除主義の根拠とはなり得ないという趣旨である。

以上の様に、Crawford は、単一の人的制度が現在も妥当していることを論証する通説の議論を真っ向から批判した。そしてこの批判は、20 世紀初頭に理論化された裁判権免除なる人的制度がその対象を制限された形で現代においても妥当しているという通説の理解に対しても向けられたものと言える。しかし、こうした批判を展開した上で彼は、制限免除への移行が人的性格という特徴を曖昧にする傾向にあることを認めつつも¹⁰³、なお、「国家が少なくとも一定の行為については免除を享受するという普遍的な合意が事実上存在する」¹⁰⁴と述べ、実際に「免除」という概念を用いて管轄権行使を控える実行が広範に存在する以上、人的制度たる裁判権免除を廃棄するのは現実的ではないと考えた。そこで、これらの実行を説明するため、裁判権免除生成期に提示された主権平等の理論的根拠とは切り離した形で、裁判権免除制度の新たな根拠を示そうと試みたのである。

4-2-2. 紛争解決規則のアナロジー

Crawford も、他国の一定の行為に対する裁判管轄権行使がなぜ禁止されるのかという問題に取り組むに当たって、裁判権免除と外交官等に対する免除との関係をどう理解すべきかという問題に直面したが、この点彼も、国家に認められる裁判権免除を外交官等に対する免除とは別の問題として論証する必要があると考えた¹⁰⁵。外交官等に対する免除は古くから疑われることなく認められてきており、まさにそのことが国際法規範たることを支えているのに対し、裁判権免除の実行は国ごとに異なっており、同じ問題と捉えることは妥当ではないという趣旨であろう¹⁰⁶。そこで、古くからの実行を直接の根拠にすることを断念した Crawford が依拠したのが、既に確立した紛争解決のフォーラムに関する規則から裁判権免除制度

を演繹的に導き出すという方法であった。

彼の主張の要点は、国際法の規律態様に対応した形で妥当する三種の紛争解決規則から裁判権免除が演繹的に成立していると説く点にある。すなわち、第一に、条約の有効性や終了を巡る紛争や、境界画定の様に国際法が完全に規律を及ぼす分野があり、この場合には国際法が自律的な法システムとして当事者間の関係を規律すると共に¹⁰⁷、フォーラムの選択についても国際法上の規律が存在するとする¹⁰⁸。具体的には、「国家は同意無く国際的な判断に服するよう求められることはないという規則」¹⁰⁹——彼はそれを「国際紛争解決規則」¹¹⁰と呼ぶ——が妥当することから、ましてや国家はその同意なく上記のような問題について他国の裁判管轄権に服することはないという帰結が導かれる。主権国家としてのアイデンティティに基づいて、自らの同意なく司法判断に服さないことを唱える点において、「国際紛争解決規則」と裁判権免除は類似するとされ¹¹¹、さらに、現代では制限免除主義が採られていることも、「国際紛争解決規則」が妥当するような純粹に国家間の事案が国内裁判で問題となることは稀であり、それらは主権的行為に当たるであろうことを考えれば説明できると説く。

こうして、国際紛争解決規則を通じて国際的な管轄事項と国内的な管轄事項が分配されているとの理解を示した Crawford は、引き続き、国家間で管轄が分配されていることを説明する。すなわち、第二の問題領域として、国際法が最低基準を設定するもの実際の規律は国内法に委ねている分野の存在が指摘される。こうした分野では、例えば、外国人の待遇に関する国際法規範に違反して外国人を侵害した場合の様に、国内救済完了規則によって、まずは、被告国の裁判所に管轄権が分配されるとする。国内救済完了規則は、外交的保護権行使の要件として広く認められているが、Crawford は、被害者本国の裁判所が、当該被害者の国籍を理由に加害国に対する訴えを受理することを認めることは、国内救済完了規則と整合せず、本国の裁判所で訴えられた加害国は、自国の救済手続をまずは利用するよう要求する資格があると説く。そして、この原則が他国に対する「私

法上の」請求に関することや、被告国で行われた行為にのみに適用されるという点で制限的であること、さらには、被告の同意によって放棄することを認めていることから、人的制限免除と類似していることを指摘している¹¹²。

そして最後に、国際法が国内法に完全に規律を委ねている分野として、いわゆる国内管轄事項に言及している。すなわち、自国と十分なつながりのある私人への国籍の付与や、領域内に居住する自国民への立法権の行使、管轄内の自国軍隊の処遇といった事項は、国際法が特定の国家に主要なもしくは排他的な権限を委ねた事項に当たるため、他国の裁判所や政府機関による権限行使の対象とはならないと説明されている¹¹³。こうした事項が一国の自律的な処理に委ねられている以上、紛争が生じた場合にも、当然、当該国家に判断を下す排他的もしくは第一次的な権限が認められるとの理解である。

こうした理解を前提に Crawford は、これまで裁判権免除の例外として管轄権行使が正当化されてきた事項についても、訴訟事項が業務管理行為に当たるからではなく、法廷地国が紛争解決のフォーラムとして適切であることが確認されたものと理解している。例えば、いわゆる不法行為例外について Crawford は、業務管理行為に限定することなく不法行為を免除の例外とする国内法や国家実行の存在を指摘し、その管轄権行使の根拠を、自国領域内における明らかな加害行為や損害に対する当該国家のコントロールが国際法上認められていることに求めている。また、例えその加害行為が他国の公権力を用いた行為であるとしても、他国においてその様な行為を意図的に行うことは明らかな国際法違反であり、自国領域内で当該違法行為の結果を処理するために管轄権を行使することは国際法上認められた法廷地国の権利であるとも述べている¹¹⁴。また、欧州国家免除条約等で、ある国家と私人との間の仲裁について、仲裁地の裁判所が当該仲裁手続の公平性や合法性について監督的な管轄権 (supervisory jurisdiction) を行使することが認められている点は¹¹⁵、それが紛争処理に関する国内の公共政策 (local public policy) に関わる事項であることによって説明し、

それに対して、国家間の国際仲裁は、国際紛争解決規則の適用対象である為、仲裁地の管轄権は及ばないと説いている¹¹⁶。さらに、商取引行為が法廷地国裁判所の管轄権行使の対象となることについては、国際紛争解決規則の適用対象及び行為国の国内管轄事項ではないことに加えて、広範な国際慣行が法廷地国裁判所の管轄権行使に服することが適切であると支持している旨の説明を行っている¹¹⁷。この様に、Crawford は、法廷地国裁判所が実際に管轄権行使を行っているのは、上記の諸紛争解決規則の適用対象外であることに加えて、それが国際法上認められた権利の行使であることや、領域国の公共政策にかからせることが認められている事項であること、さらには適切なフォーラムであることの広範な実行による支持といった、法廷地国裁判所が司法判断を及ぼすべき積極的な理由があったからであると理解したのである。

以上を要して Crawford は、現在、「免除」という概念で表現されている法現象は、「単一の規則や原則の帰結ではなく」、紛争解決のフォーラムとしての適切性を規律する「諸原則や諸考慮 (considerations) をバランスさせた結果」であると評している¹¹⁸。ここで “considerations” という用語が用いられているのは、上述の仲裁手続に対する管轄権行使が認められているケースの様に、法的な理由だけでなく政策的な考慮が行われていることを示している。こうした理解の下、Crawford は、この問題に対するより良いアプローチとして、実行上生ずる問題ごとに管轄権行使を控えるもしくは管轄権を行使する理由を考慮し、当該問題ごとに特別の規則を作り上げることを提唱したのである¹¹⁹。

4-2-3. 評価

Crawford の主張は、次の様に評価出来よう。第一に、彼は、主権的行為という事柄の性質を理由に管轄権行使を控える実行が主流の現代において、人的な裁判権免除制度が妥当していることの法的根拠として従来主張されてきた議論は、もはや説得力を欠いているとの指摘を行っており、現行法としてなお単一の人的制度が規律を及ぼしているのかを改めて検討する必要性を説いている。

第二に、彼は、制限免除主義と呼ばれる実行を、フォーラムの適切性に関する複数の法規範及び管轄権行使を正当化する政策的な要因によって説明した。これらの主張は、他国の一定の行為について国内裁判所が管轄権行使を控える法的根拠について、Crawford が Brownlie の主張に同調していることを示している。そして、管轄権行使を控えるべきか否かは、訴訟事項が国際法によって完全に規律される事項か、国内救済完了規則の適用対象に当たるか、国内管轄事項に該当するかという「事項的な」基準によって判断されるとされており、この点でも Brownlie の議論と違いは無い。

そして第三に、Crawford は、以上の評価を前提にしつつも、広範な実行が「免除」という概念を用いていることを重視し、フォーラムの適切性に関する三種の国際法規範を人的制度たる裁判権免除の新たな根拠として援用しようと試みた。一見すると、彼のこの主張は Brownlie の議論を真っ向から否定するものの様に思われるが、Crawford は理論的に自己の主張が正しいと述べているわけではない点に注意が必要である。まず、Crawford は、国際紛争解決規則、国内救済完了規則、国内管轄事項から演繹的に導き出される「裁判権免除」を“a rule”とも言い換えており¹²⁰、単一の制度の存在を主張している様にも思えるが、彼が管轄権行使を控える法的根拠に遡った末論理的に導き出した結論は、そうした制度を想定したものではない。彼によれば、「免除」するか否かは、管轄権行使を控えるよう求める諸規範の適用があるか、管轄権を行使すべき法的、政策的考慮があるかを事例ごとに検討することによって判断されるのであり、単一の制度の下で画一的な基準が主張されている訳ではないからである。問題となった事項ごとに特別の規則を作り上げることを提唱していることが、この点を端的に物語っている。

そして、制度の人的性格についても、理論的にそうした性格が確認できると主張している訳ではない。まず、同意の効果について、Crawford は、国際紛争解決規則が免除制度と整合することを「重要な点は、国家免除規則が被告国の同意によって解除されることである」と説明し¹²¹、さらに

は、国内救済完了規則を類推することに関しても、「当該類推は、いずれの規則（国家免除と国内救済完了規則一筆者註）も放棄することができるという事実によって補強される」と述べており¹²²、上記の紛争解決規則の類推を主張するに当たって同意の効果という要素をとりわけ重視していることが分かる。確かに、国際紛争解決規則と国内救済完了規則については、被告国の同意の有無がフォーラムの適切性を決する重要な要素となっており Crawford の指摘は正しい。しかし、いわゆる制限免除主義と呼ばれる実行の中核をなす国内管轄事項を巡る紛争について、被告国の同意の有無がフォーラムの適切性如何に決定的な影響を与える理由を彼は何ら説明していない。Brownlie の様に、不干渉原則を理由に行為国が判断すべき事項については、行為国の同意がある場合でも他国の裁判所の審理に適さないという法的評価もあり得、少なくとも国内管轄事項を裁判権免除の新たな法的根拠の一つとするのであれば、行為国の同意の効果との関係について何らかの説明は必要である。

最後に、要件の人的性格の有無、すなわち、上述の三種の紛争解決規則から成る制度は、国家が他国の裁判所で訴えられた場合にのみ適用されるのか、言い換えれば、私人間紛争では問題とはならないのが問題となるが、この点に関して彼の主張に理論的な問題があることは、Crawford 自身が認めるところである。彼は、「確かに、いわゆる国内管轄規則は、人的な免除規則に明白には類似したものではなく、そうした（国家の一筆者）行為は、国家免除が抗弁として利用され得ないであろう私人の当事者間において生じうる。」と述べ、国内管轄事項の対象が私人間訴訟でも争われ得ることを認めながら¹²³、「それでも、国家免除規則の何らかのバージョンが…必要であること、さらには、他国政府や政府とその国民との関係に特に影響を与える諸問題が存在することに鑑みれば、国内裁判所による他国の行為への干渉に対するある程度確かな保護を提供する為に、この二つを関連付けることが適当である」と主張している¹²⁴。少なくとも要件の点で、人的制度の根拠とすることは理論的な整合性を欠いていることを

認めつつも、なお、実行が国内管轄事項を理由に「免除」を付与する問題の重要性を考えれば、国内管轄事項もその基礎として取り込むべきだとの趣旨であり、もはや理論的な説明は放棄されているのである。

以上の様に、一見すると Brownlie と正反対の議論を行っている様に思える Crawford であるが、むしろ理論的観点からすれば Brownlie の主張が正しいことを認めていることが分かる。その上で、理論的整合性よりも実行との整合性が重要であると判断し上記の議論を展開したのである。しかし、Brownlie も指摘する様に、「免除」という概念は管轄権行使を控えるという効果を示したものに過ぎず、当概念を用いた実行が広範に存在すること自体が単一の人的制度による規律が及んでいることの証左とはなり得ない。Crawford の議論は、いわゆる制限免除主義が主流の現代においては、単一の人的制度とみなすべき理論的な根拠はもはや存在しないことを逆説的に示したものと位置づけるべきであろう。

4-3. Fox の学説

現代においても裁判権免除が単一の国際法上の制度として妥当していることを主張する代表的論者が Fox である。彼女は、『国家免除法 (*The Law of State Immunity*)』と題するモノグラフの中で、とりわけ Brownlie の議論を念頭に置きながら裁判権免除の基礎について議論し、いわゆる制限免除主義を採用した実行が主流の現代においてもなお単一の根拠を持つ国際法上の制度と考えるべきであると強く主張した。

Fox が Brownlie の議論に対抗して主張しようとしたのは人的制度としての裁判権免除である。彼女は、制限免除主義が「行為者の人格ではなく行為の性質へと重点を移す」ことによって免除の性質を変化させたことを認めながらも、依然として国家の法的地位や属性を理由に国内裁判所に判断を控えることを求める制度と考えるべきであるとし¹²⁵、その人的性格として、他国を訴えた場合に適用されるという要件と¹²⁶、被告国が同意すれば法廷地国の裁判所は管轄権行使が可能となるという点に言及している¹²⁷。

彼女は、裁判権免除が国際慣行から成る国際慣習法上の制度であると明言しているが¹²⁸、その説明は、単に「免除」という用語を用いる国家実行の存在を指摘するに留まらず、外交官等の免除や不干渉原則との関係という従前の論点を明確に意識し、裁判権免除を国際法上の原則として打ち立てる根拠を示そうと試みている。そして、当該原則が人的な性格を有していると考えべき根拠についても踏み込んで議論を展開している。

4-3-1. 職務遂行を確保する制度

4-3-1-1. 国家の「独立」に基づく単一の制度

Fox がモノグラフを著したのは、これまで検討してきた各種の議論を経た後であり、裁判権免除に関する通説の理解には理論的な問題があることは明らかにされていた。その上で、なお人的な単一の制度が妥当していると主張する彼女の議論の中には、通説への批判に対する回答が用意されている。まずは、単一の制度たる根拠である。裁判権免除制度の単一性を主張する通説に対しては、絶対免除主義の実行を念頭に理論化された制度がそのまま現代においても妥当していると理解し、現代に至る流れを単一の制度によって連続的に把握することへの批判が提起されていたが、この批判に対して彼女は、通説が提示した理論構成に新たな法的根拠を与えるという形で回答を試みている。

まず、通説は、古くから確立している外交官等の免除と同種の制度であるとの意識の下、裁判権免除が単一の制度として妥当している理論的根拠を論じるという手法を採っていた。Fox の議論は、基本的に同様の手法によりながら、通説の説明不足を補う形で展開されている。すなわち、通説は、外交官等の免除が外交官個人ではなく本国の利益のために認められていることを指摘するのみで、国家自体の免除と外交官等の免除を同種の制度とみなせる根拠を十分に示していないという問題を抱えていたが、Fox は、他の論者同様、外交官の免除が裁判権免除の妥当性の直接の根拠とならないことは承知しつつも、両制度が異なる規範内容を有するのは、それぞれの状況に対応して規則が生成したからであると述べ、「起源は同じだが異

なる発展をした制度」として両者の関係を具体的に説明している。逮捕や抑留をはじめとする接受国による管轄権行使から外交官を保護することが外交法の基礎であるのに対し¹²⁹、その様な危険に晒されることのない国家については異なる規則が生成するのは当然であるというのが彼女の理解であり¹³⁰、その上でもなお、外交官に対する免除を、裁判権免除と目的を一にする同種の制度と評価しているのである。そして、それを裏付ける事象として、19世紀には国家の諸免除の有無を決定する際に外交官の諸免除が有益なアナロジーとして援用されていたことを挙げている¹³¹。

外交官の免除と裁判権免除との関係を以上のように説明する Fox は、両制度を同種の制度たらしめる共通する制度目的について次の様に述べている。彼女によれば、大陸法、コモンローいずれの諸国においても、一貫して国家の独立が裁判権免除を含む国家の免除を基礎づけていることが確認されてきており、免除の「絶対規則」だけでなく「制限規則」をも正当化してきたという¹³²。絶対免除主義と呼ばれる時代から現代に至るまで裁判権免除の基礎は一貫して国家の独立に求められてきているとの趣旨であり、“*par in parem non habet imperium*” という法諺も、対等な「独立」国家間の関係を表現したものであると理解される¹³³。そして、裁判権免除が制限免除主義という形で妥当しているのは、一般に言われる、国家と取引を行った私人に裁判所への提訴を認めることが正義に適うという点に加え、そうした取引に基づく請求への応答を国家に求めたとしても、当該国家の主権的な行為や統治行為について異議申し立てや調査を行うことにはならず¹³⁴、当該国家の主権的職務への干渉に当たらないからであると説明している¹³⁵。

彼女はここで言及する国家の「独立」の意味を次の様に述べている。「他国の独立を承認するということは、当該国家自身が自己の政策決定や行政行為に責任を持ち、裁判所としては、他国のこうした諸目的の達成を妨げることを控えなければならないと認めることを意味する」¹³⁶。裁判権免除の文脈で語られる国家の独立は、自立した主体として自国の政策を決定し実現することを意味す

るとの理解の下、「その公的職務を効果的に遂行できるよう国家に与えられ、国際関係の秩序だった遂行を確保するために国家代表に認められる諸免除」に関する法という裁判権免除の新たな見方を提示したのである¹³⁷。

Fox が、外交官の免除と裁判権免除を同種の制度と捉えるのは、以上の理解を前提にするからである¹³⁸。外交免除の制度趣旨については様々な議論があるが、その主要な目的が、外交官の職務遂行を確保することあるという点については大方一致している¹³⁹。Fox は、外交官や軍隊に対する免除を、外交・軍事というまさに国家の自律的な処理に委ねられた事項を保護するための制度として捉えた上で、保護される「公的職務」の対象を変化させながら、制限免除主義という現代の形での裁判権免除が妥当するに至っていると理解したのである¹⁴⁰。

こうした議論は、外交官の免除との同質性を通説より踏み込んで説明しているということに加え、本稿の観点からは、単一の裁判権免除制度を説く通説への批判に応えようとの彼女の問題意識を読み取ることが出来る点が重要であろう。すなわち、他国の訴訟手続にかけられること自体によって国家の法的地位が害されるという通説の理解では、制限免除主義の実行を整合的に説明できないことを把握した Fox は、通説とは逆の方向で、制限免除主義の実行の法的根拠となっている国家の独立によって裁判権免除生成期以来の実行を説明しようと試みた。制限免除主義が他国の政策実現措置に対する審査可能性を問題にしているのは、裁判権免除がその生成期から国家の独立に基づく「職務遂行を保護する制度」として妥当してきたからであると理解することによって、現代に至る流れを連続的に単一の制度によって把握しようとしたのである。この意味で、Fox の議論は、絶対免除主義の実行を念頭に通説が提示した単一の制度としての理論枠組に、(その枠組を維持したまま) 制限免除主義の実行に適合する形で新たな根拠を付与したものと評価することができるであろう¹⁴¹。

4-3-1-2. 人的制度としての裁判権免除

制限免除主義が主流の現代においても裁判権免

除が単一の制度として妥当している根拠を論証した Fox であったが、その人的性格はどう理解されるのか。彼女は、その答えを、この分野の規律態様に関する議論の中で示している。

Fox によれば、歴史的に、国際法は紛争を平和的に解決する手続から構成されてきた。裁判権免除制度もその一つであり、国家の主権的事項を当該国家の排他的な処理に委ねることによって、管轄権の衝突を回避し¹⁴²、紛争を適切な手続の下で解決させる役割を果たしてきたという¹⁴³。この様に、裁判権免除を国家間の管轄権の調整の問題と性格づけた Fox は、引き続き、その規律態様について次の様に議論を進める。すなわち、国家管轄権の調整は、国際法が歴史的に果たしてきた重要な機能の一つであるが、こと裁判所との関係で管轄権の調整を実効的に果たすことが出来たのは、そこに被告国の管理 (control) が及ぶことを認めてきたからであるとし、具体的に次の二点を指摘している。第一は、被告国の同意に法廷地国裁判所の管轄権行使可否に対する決定的な効果を与えることによって、被告国に自己と私人との間の紛争について管轄権を行使する場を決定することが認められてきたことである。この点につき彼女は、「免除という抗弁の人的な性質は、被告国に、直接的な当事者となる訴訟手続だけでなく、その機関や公務員、主権的権限を行使する他の実体に対する訴訟手続についての管理も認める。国家のみがその免除を放棄することができ、…法廷地国の裁判所の管轄権に服することになる。被告国に認められるこの管理の要素が重要である」と述べ、その意に反して自己の政策実現を害しうる判断を他国の裁判所が下すことから被告国を保護することによって、法廷地国と被告国との間で管轄権の衝突を回避することが期待されるとの認識を明らかにしている¹⁴⁴。Fox が、司法判断適合性概念による免除概念の代替に頑なに反対するのは、同意の効果を認めることがこの分野の実効的な規律にとって重要と考えるからに他ならない¹⁴⁵。

しかし、被告国の同意の効果を認めたとしても、管轄権行使の可否の判断において法廷地国の裁判所に広範な裁量が認められていれば、結局は法廷地国の一方的な判断に服することになる。そこで

Fox が着目したのが、他国を訴えるという要件であった。裁判権免除と同様、他国の行為の司法判断の可否に関わる法理論として国家行為理論があるが、当該法理は、他国の行為を合法的なもの扱い、当該領域内におけるその有効性を認めるように求めると同時に、法廷地国の公衆道徳 (public morality) に服させることをも認めている。また、司法判断適合性も、基準が不明確であることに鑑みれば、法廷地国の裁判所の裁量が広く確保されていることは否めない。そこで Fox は、こうした管轄権行使可否の判断において法廷地国の広範な裁量を許す法理や概念に対して、被告が国家であることが示されれば規則として直ちに適用される点に裁判権免除の利点があると考えたのである¹⁴⁶。

こうして、Fox は、裁判権免除が管轄権の調整を実効的に行うことが出来るのは、当該抗弁の援用に際して、法廷地国ではなく被告国の意向を尊重し、その管理を認めているからであると説いた。従って、たとえ制限免除主義が主流となったとしても、他国を訴えるという要件と被告国の同意の効果を認めることが免除を実効的な制度として機能させるための不可欠の条件として求められる。彼女は、上記の叙述を要して次の様に論じている。「それゆえ私は、免除という抗弁の人的性格は軽率に放棄されてはならないと強く主張する。当該抗弁は、国際法の主体としての国家の複雑な人格、手続上の利点や…その免除を放棄する権限や法廷地国の管轄権への当該同意の影響を理由とする地位に基づく抗弁として価値がある。免除の例外は、国家の明確な許可よりも機能を基準に決定されるかもしれないが、依然として国家が当該抗弁を管理する淵源であり手段である」¹⁴⁷。主権的事項という一定の行為に免除の対象を限定することによって、被告の法的地位から行為の性質へと重点が移ることは間違いないのであって、Brownlie の様な批判は正当な指摘といえる。Fox は、その批判の重みを十分に理解しつつも、なお人的制度と考えるべき理由があることを自覚的に示そうと試みたのである¹⁴⁸。

4-3-2. 評価

Fox は、Brownlie に対抗し、人的制度たる裁判権免除を独自の国際法上の制度として維持すべきと説くことを一つのモチーフとして議論を展開した。では、彼女の議論は、これまで検討してきた Brownlie を中心とする論者の批判にどれだけ説得的に答えているのであろうか。まず、制度の単一性については、裁判権免除生成期から制限免除主義に至る実行の根拠を国家の独立に求めることによって、単一の制度が妥当してきたことを説明している。この分野では、一貫して国家の職務の遂行が保護されてきたのであり、「絶対免除主義」、「制限免除主義」という形で変遷してきたのは、保護される「公的職務」の範囲が変化してきたに過ぎないという理解である。

他方、制度の人的性格についての説明には問題がある。なぜなら、彼女の議論は、Brownlie が提起した問題、すなわち、裁判権免除なる人的制度が国際法上妥当していることの「理論的」根拠を示すことを意図されたものではないからである。換言すれば、裁判権免除が国家の独立を根拠とする制度であることと、要件及び同意の効果の人的性格との理論的な関係性について全く議論されておらず、Brownlie の批判に対応した反論が行われていない。Fox の議論を Brownlie の批判に対応した形で解釈すれば、裁判権免除を、行為国の独立に基づく管轄権行使と法廷地国の管轄権行使との調整の問題として捉える理解は、行為国の同意に効果を認めることと整合的である。法廷地国の管轄権行使への制限が、他国の管轄権との関係で課された相対的なものだとなれば、行為国が同意すれば法廷地国の管轄権行使の違法性は問われないからである。その一方で、Fox の理解を前提としても、国家が他国の裁判所で訴えられた場合にのみ適用される理論的な根拠は定かではない。上述の様に、他国の政策実現措置を害する訴訟は私人間でも提起され得るからである。従って、たとえ Fox の説く様に、国家の独立に基づく単一の制度が絶対免除主義と評される時代から妥当しているとしても、それを現在理解されている様な人的な制度と解すべき理由はなお明らかとされていないと言わざるを得ない。結局、従来の議論を踏まえてそれへの自覚的回答を試みた Fox でさ

え裁判権免除の理論的根拠を示し得ていないことは、現代における当該制度の理論的な脆弱性を示す結果となっているものと思われる。

5. 結論

日本では、裁判権免除は国際慣習法上の制度だと言われる¹⁴⁹。果たしてそうだろうか。本稿で検討した Brownlie の議論とそれに端を発する学説の展開を見る限り、裁判権免除については、慣習法化を云々しうる様な人的制度と言えるかということ自体が大きな理論的な問題である。

これまで、Brownlie に始まり Fox に至る議論を検討し、その個々の主張を評価してきたが、それぞれの主張に対応する形で各論者の議論を整理し、そこから示唆される論点を抽出すれば次のようになる。まず第一に、Brownlie は、裁判権免除が理論化された当初から現代に至る変遷を、単に免除の対象範囲が減少したに過ぎないと理解する通説を批判した。裁判権免除を理論化する際に依拠された絶対免除主義と評される実行では、主権者間の関係に依って他国の訴訟手続きにかけられること自体が当該国家の法的地位を害するとの観念が前提とされていたが、他国の一定の行為について管轄権行使を認める実行が主流の現代では、こうした考え方は制度の基礎としては馴染まない。現代の実行の評価は、こうした裁判権免除生成期の実行を念頭に提示された理論的基礎とは切り離して検討されなければならないという彼の指摘は極めて説得的であり、裁判権免除制度を擁護する Fox を含めて本稿で検討した全ての論者の共通認識となっていると言ってよい。

第二に、いわゆる制限免除主義と呼ばれる諸実行を具体的にどの様に評価すべきかが問題となるが、この点、本稿で検討した学説では、国内裁判所が管轄権行使を控える根拠が訴訟事項の性質へと変化したことの評価を巡って議論が交わされており、より具体的には、①単一の制度によるか、複数の法的・政策的根拠によるのか、及び、②要件及び同意の効果における人的な性格を認めることが妥当か否か、という二点を巡って三つの見解が主張されていた。第一は、管轄権行使を控える

根拠が訴訟事項の性質に変化した以上、国家の法的地位を保護することのみを根拠とする単一の制度と考えることは出来ないとして、当該諸実行を複数の法的・政策的要因によるものと評価し、かつ、この複数の要因を人的制度として一括することにも異論を唱えるもしくは懐疑的な立場をとる Brownlie や Lauterpacht、Jennings の見解、第二は、同じく複数の法的・政策的要因によるものと評価しつつ、それら全体を人的制度として一括する Crawford の見解、第三は、単一の人的制度が引き続き存続することを主張する Fox の見解である。このうち、第二の見解は、理論的に成立し得ないことを Crawford も認めており、理論的観点から言えば第一の主張と同一とみなせるものであった。

そこで、Brownlie に代表される見解と Fox の見解の違いをどう評価すべきかが問題となるが、まず確認すべきは、他国の一定の行為について国内裁判所が判断を控える根拠について両見解に明確な対立がある訳ではないという点である。Lauterpacht、Brownlie、Jennings、Crawford は、いわゆる制限免除主義と呼ばれる実行では、国内裁判所は複数の要因によって管轄権行使の可否を決定しているのであり、単一の制度によって把握することは出来ないと言ったが、Fox も、複数の要因によって国内裁判所が管轄権行使を控えているということ自体は認めている。例えば、Brownlie が「国家間の取り決めについて国際法の観点からの妥当性、意味、効果を判断することは他国の裁判所の権限外であること」の例として挙げたケースについて、司法判断適合性が問われたものであることを明確に認めている他、他国の行為に関する国内裁判所の審査可能性を問う法理として、裁判権免除の他に国家行為理論に依拠するケースが存在することを確認している¹⁵⁰。Fox は、Brownlie が根拠の多様性に鑑みてもなお（訴訟事項の性質に照らして紛争解決のフォーラムの適切性を問う）司法判断適合性という概念の下で包括的に理解出来ると考えた問題群について、個々のケースで判断回避を求めている法理の要件・効果、判断基準、考慮要因等が多様であることから、訴訟事項の性質に基づくフォーラムの

適切性の問題として一括りにするのではなく、裁判権免除、司法判断適合性、国家行為理論という別個の法理として理論化すべきであると主張しているのである¹⁵¹。上述の様に、「免除」という概念は判断を回避するという効果を示したものに過ぎず、いかなる制度によるものかはその根拠と照らし合わせて検討しなければならないというのが Brownlie の問題意識の発端であったことに鑑みれば、複数ある判断回避の根拠をどの様な制度として捉えるか、如何なる概念の下で理論化すべきかを検討しなければならないというのが両者に共通する強い問題意識であったと言える。

こうした観点から見れば、Brownlie が複数の根拠によると述べているのは、訴訟事項の性質に着目して管轄権行使の回避を求める複数の根拠を同列に扱い、不干渉原則を根拠とする法理に特別な意味を認めていないからであり、他方で、その様な複数の根拠の中で、不干渉原則に基づく制度について要件及び同意の効果の点で人的な性格を認める Fox は、その制度の特色を強調する意味で単一の制度の存在を説いていたものと整理出来る。従って、両者の見解の相違は、結局のところ、不干渉原則に基づく制度の人的性格の有無如何に集約される。

この様に、この二つの見解の対立点は、国内管轄事項に対する不干渉原則に基づく管轄権行使の回避について、他の根拠に基づく事例と一括して訴訟事項の性質を理由にフォーラムの適切性が問われたものと評価するか、同じくフォーラムの適切性を問題としつつも要件及び同意の効果において人的な性格を帯びた特別な制度が成立していると評すべきかという点にあるとみるべきであろう。いわゆる制限免除主義と呼ばれる実行の主要な根拠が不干渉原則であることは、Brownlie、Fox 共に見解が一致しており、そうした制度に要件及び同意の効果における人的性格を認めるか否かで評価が分かれているのである。そして、本稿の検討の結果、少なくとも、当該制度に要件における人的な性格を認める理論的根拠は明らかにされておらず、裁判権免除制度が現在考えられている様な人的制度として妥当していることそれ自体が論証の必要のある一つの論点と評すべきことが示され

た。この点、判権免除生成期の実行に依拠するのみで当該制度を自明視する通説の立場は問題を孕んでいると言わざるを得ず、裁判権免除のリーディングケースと評される実行において国家の独立がどのような意味で用いられており、要件・同意の効果にどのような形で表れうるものなのか、それを人的な性格と評することの妥当性を改めて分析することが必要であろう。

最後に、国家の独立（不干涉原則）に基づく制度に人的な性格を認めない場合には当該制度の法的性質をどう理解するかが問題となるが、この点においても、Brownlie と Fox の議論が参考になる。この点、Brownlie と Fox の議論を見れば、同じ不干涉原則を根拠としつつも制度の法的性質について理論的に二通りの見方が示されていた。第一は、不干涉原則によって国内裁判所の権限に本質的な制限が課されており、他国の政策実現措置を害する管轄権行使は当該国家の同意がある場合であっても認められないとの Brownlie の立場であり、第二は、判断回避を行為国と法廷地国の間の管轄権の調整の問題と捉え、他国の独立を尊重する要請から当該国家の政策実現措置を害する管轄権行使に制限が加えられていると理解する Fox の立場である。後者の見方を前提にすれば、国内裁判所に対する制限は他国の権利行使との関係で課された相対的なものと理解され、行為国が同意すれば管轄権行使は認められることとなる。Fox はこの第二の理解を採りつつも、国家の独立との理論的な関係という観点から議論を行っていなかったため、同意の効果をこうした視点で説明していなかったが、いずれの立場を前提とするかで、行為国の同意の効果という点で違いが生まれることになる。このいずれが一般国際法を正確に反映しているかを明らかにするためには国家実行の精査が必要であるが、行為国が同意した場合でもなお裁判管轄権行使を禁止するという規制は極めて強力なものであり、その様な規律が実際に及んでいるのか注意深い分析を要するであろう。上述の様に Mann が司法判断適合性をあくまでも憲法上の問題として論じていたのもこのためであり、同意の効果に着目した厳密な分析が求められよう。

以上の理論的問題は、直接的には、制度の要件及び同意の効果における人的性格の有無という解釈問題に関わるが¹⁵²、加えて、次の問題に示唆を与える。第一に、本稿の検討が示した通り、裁判権免除が理論化された当初の実行から現代の実行を規律する制度を連続的に理解する立場には批判も多く、こうした批判が正しいとすれば、国家はその法的地位ゆえに他国の訴訟手続から原則として免除されるという考え方をとる国際法上の根拠は少なくとも現時点では明らかではない。不干涉原則が裁判管轄権行使可否の根拠であれば、法廷地国裁判所は当該原則に反する場合にのみ管轄権行使を回避すればよいことになり、免除を原則として措定するアプローチは妥当性を欠くことになろう。そして第二に、第一の点の帰結として、国内裁判所の管轄権行使可否の基準を明らかにするに当たっては、原則として付与しなければならない免除を例外的に認めなくてもよい場合を特定するという手法は不適切となり、免除付与の根拠となる不干涉原則に照らして、管轄権行使を控えるべき事項を明らかにしなければならないことになろう。また、管轄権行使に関する一般国際法の内容を特定するに当たって、裁判権免除を原則としその例外を特定するという規定ぶりをとっている国連国家免除条約や欧州国家免除条約等の条約、あるいは米国の主権免除法、英国の国家免除法等の国内法を証拠として援用することの妥当性も問題とされうることになる。

さらに、本稿が明らかにした理論的問題は、国連国家免除条約の解釈にも次の様に関わる。すなわち、一般国際法上国家に裁判権免除という単一の人的免除が認められないとすれば、免除を人的に理解している当該条約の解釈にあたって一般国際法を参照する理由は無くなる。当該条約の解釈は、条約の趣旨目的を考慮して条約固有の問題として行われなければならないことになろう。

国際法上、免除を享受する主体として語られるのは国家に限られず、外交官、軍隊、公務員、国際機関と多岐に渡る。こうした種々の「免除」の構造や相互の関係性（その有無も含めて）を明らかにすることが、重大な人権違反行為に対する免除否定の合法性といった近年の問題に対処するた

めにも重要な作業であると言える。裁判権免除のリーディングケースとされてきた実行の再評価を含め、「免除」と呼ばれる実行の法的根拠及びそれに基づく制度の法的性質を改めて検討することが今こそ必要とされているのである。

¹ H. Wheaton, *Elements of International Law: With Sketch of the History of the Science* (Philadelphia: Carey, Lea & Blanchard, 1836), §10.

² H. Fox, *The Law of State Immunity*, 2nd ed (Oxford University Press, 2008) pp.442-444. 国連国家免除条約第2条(1)(b)(ii)(iii). 本規定は、国際慣習法を反映したものとされている。Peter Tobias Stoll, “State Immunity”, *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press, 2012), Vol.IX, p.501.

³ Stoll, *ibid.*, p.499.

⁴ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, 3 Frb. 2012, paras.57, 106, (<http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf>).

⁵ *Ibid.*, para.61.

⁶ 多数意見は、裁判権免除を国家実行と法的確信からなる国際慣習法上の制度と捉えた上で、国連裁判権免除条約、欧州及び米州の諸条約、各国国内法、国内判例において「国家は、一般的に『主権的行為』について免除を享受する」というアプローチが採られていることを確認し、「その背景の下 (against that background)、…武力紛争の最中に他国の軍隊が行った行為について免除が適用されるか否かという問題にアプローチしなければならない。」と述べ、当該「主権的行為」一般に認められる免除の例外を国際慣習法上導出することができるか否かを検討している。*Ibid.* しかし、Gaja 判事が指摘する様に、少なくとも不法行為例外については主権的行為をも含めて免除が及ばないとする国内法もあり、国家実行と法的確信のみから、「主権的行為」一般について免除を認める旨の国際慣習法が妥当していることを論証することは成功しているとは言いがたい。*Dissenting Opinion of Judge ad hoc Gaja* (<http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16895.pdf>)

⁷ 小寺彰他編『講義国際法』(有斐閣、2004年)164-165頁、酒井啓巨他『国際法』(有斐閣、2011年)99-100頁。山本草二『国際法 [新版]』(有斐閣、1993年)90頁。

⁸ こうした理論的整合性の問題が認識されてこなかった原因の一端は、裁判権免除が国家実行と法的確信のみから成る国際慣習法と考えられてきたことにある。当該制度が、国家実行と法的確信に基づいて絶対免除主義という形で成立し、その後、同じく国家実行及び法的確信に基づいて例外規則が拡大していったと理解すれば、制限免除主義への移行も単なる免除の量的変化に過ぎないものとして、その理論的整合性はとりたてて問題とならない。しかし、後述の Crawford が指摘する様に、免除の例外とされる「業務管理行為 (acts *jure gestionis*)」を特定する規則を国家実行から導き出すことはできないだけでなく、そもそも絶対免除主義という形で国家実行と法的確信に基づく国際慣習法が成立していたことについて懐疑的な見方をする研究も存在する。O. Lissitzyn, “Sovereign Immunity as a Norm of International Law”, *Transnational Law in a Changing Society Essay in Honor of Philip C. Jessup* (1972). 本稿は、こうした研究成果に基づいて、制限免除主義と呼ばれる制度を「例外の正当化」ではなく、「『主権的行為』なる特定の行為にのみ裁判管轄権行使を控えること自体の根拠」に目を向けた場合に露わになる理論的問題点をあぶり出すことを目的とする。

⁹ *Annuaire de l'Institut de Droit International* (hereinafter cited as *AIDI*), Vol.62, Tome I (Séssion du Caire 1987), p.14.

¹⁰ Fox, *supra* note 2, pp.31, 57.

¹¹ *Ibid.*, p.103.

¹² *Ibid.*, p.436-447. 国連裁判権免除条約第2条(b)(iii)。

¹³ Fox, *ibid.*, p.210.

¹⁴ *Ibid.*, p.32.

¹⁵ A. Dickinson, R. Lindsay, J. P. Loonam, *State Immunity Selected Materials and Commentary* (Oxford University Press, 2005), pp.206-211.

¹⁶ この二つの点は、いずれも国内裁判所が管轄権行使を控える根拠をどう考えるかに依存するという点で関連しているが、後述の様に、複数の根拠によって管轄権行使を控えていると評価しつつ、こうした根拠を人的な制度として一括することを否定する Brownlie に対して、複数の根拠によることを認めながらも、なおそこに人的制度の存在を認めようとする Crawford といった様に、二つの論点は別個の問題として議論されている。従って、本稿で

も別の論点として分けて検討する。

¹⁷ 上述の様に、ここでの「人的制度」たる裁判権免除とは、他国を訴えることを要件とし、被告国の同意が法廷地国裁判所による管轄権行使の可否を決定的に左右する制度を意味する。

¹⁸ 酒井啓亘他『前掲書』(註3) 99-100頁。

¹⁹ Sucharitkul が議論しているのは、「国家免除」と外交免除との関係であるが、そこでは裁判権免除は国家免除の一類型とされている。S. Sucharitkul, "Immunities of Foreign State before National Authorities", *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (hereinafter cited as *RDC*), Tome 149 (1976-I), pp.121-124.

²⁰ *Ibid.*, p.97.

²¹ *ibid.*, p.96. 同種の説明として、*ibid.*, pp.97, 117.

²² *Ibid.*, pp.116-121.

²³ *Ibid.*, p.115. 他の要因では、裁判所が判断を控えるべき直接的な法的根拠とはなりえない。国家の独立や平等は抽象的に過ぎ、相互主義や礼譲は一般に法的な要請に基づくものとは考えられていない。さらに、国際関係における政治的障害も憲法上の要請を超えた国際法上のインプリケーションは明らかでなく、執行が不可能であることから直ちに裁判所の判断を控えるべきことにもならない。

²⁴ *AIDI*, supra note 9, p.22.

²⁵ Scuaritkul, supra note 19, pp.96-97. Lauterpacht も裁判権免除の起源が主権者の免除にあることを指摘している。H.Lauterpacht, "The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States", *British Year Book of International Law* (hereinafter cited as *B. Y. I. L.*), Vol.28 (1951), pp.228-232.

²⁶ *Yearbook of the International Law Commission*, Vol II, Part One (1979), p.239. Brownlie に関しては supra note.9, p.22. 裁判権免除のリーディングケースとされる Schooner Exchange 号事件判決も、主権者相互の関係に基づいて判断を下していた。本判決については、拙稿「一般国際法における Schooner Exchange 号事件判決の位置」『国際関係論研究』28 卷 (2011 年) 参照。主権者とその威信を理由として他国の管轄権行使から保護されていたことについては、A. Watts, "The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers", *RDC*, Tome 247 (1994-III), pp.40-48.

²⁷ *Yearbook*, *ibid.*, Vol.II, Part One (1981), p.141.

²⁸ そうした分類は現在の学説でも採用されている。Stoll, supra note 2, p.501.

²⁹ Sucharitkul, supra note.14, p.186.

³⁰ G. G. Fitzmaurice, "State Immunity from Proceedings in Foreign Courts", *B. Y. I. L.*, Vol.14 (1933), pp.117, 121. Brownlie も同様の指摘を行っている。*AIDI*, supra note 9, p.26.

³¹ Sucharitkul, supra note.19, p.190.

³² *AIDI*, Vol.63, Tome 1 (1989), p.22.

³³ 欧州国家免除条約第 27 条。同様の規定として、国連裁判権免除条約第 2 条 1 項 (b) (iii)。

³⁴ *AIDI*, supra note 9, pp.40-41.

³⁵ *Ibid.*, p.42.

³⁶ Lauterpacht, supra note 25, p.230.

³⁷ *Ibid.*, p.237.

³⁸ *Ibid.*, p.238.

³⁹ Sucharitkul, supra note 19, p.191.

⁴⁰ *AIDI*, supra note 9, p.15.

⁴¹ 例えば、他国民が本国での国有化の違法性の宣言を他国の裁判所に求め、かつ国有化の対象物が当地に存在しない場合には、当該裁判所には全く関連のない訴えとして管轄権が否定されることが考えられよう。

⁴² *AIDI*, supra note 9, p.40.

⁴³ *Ibid.*, p.46. I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, seventh edition (Oxford University Press, 2008), pp.324-325.

⁴⁴ *AIDI*, *ibid.*, p.21.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*, pp.93-94.

⁴⁷ *AIDI*, supra note 9, p.40.

⁴⁸ *Ibid.*, pp.46-47.

⁴⁹ Brownlie は、この分野を「事項的免除」の問題とも呼んでいるが、それは正確性を欠くとして批判されてい

る。R. Jennings, "The Place of the Jurisdictional Immunity of States in International Law and Municipal Law", *Collected Writings of Sir Robert Jennings*, Vol.2 (Kluwer Law International, 1998), p.924 note 19.

⁵⁰ *AIDI*, supra note 9, pp.46-47.

⁵¹ 田中英夫編『英米法辞典』（東京大学出版会、1991年）488頁。

⁵² *AIDI*, supra note 9, p.98.

⁵³ F. A. Mann, *Foreign Affairs in English Courts* (Clarendon Press, 1986), p.63.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*, p.72.

⁵⁶ Brownlie, supra note 43, p.324.

⁵⁷ ここでは一般に「免除」と呼ばれている制度という意味で用いられているに留まり、Brownlieが第二の法分野として分類した厳密な意味での人的免除を対象にしたものではない。

⁵⁸ Brownlie, supra note 43, p.325.

⁵⁹ *AIDI*, supra note 9, p.47.

⁶⁰ Fox, supra note 2, pp.521.

⁶¹ 本論文では、「司法判断適合性」という概念自体について「技術的な意味での管轄権の問題とは区別された司法機能の限界」という一般的な性格づけしか行われていない。I. Brownlie, "The Justiciability of Disputes and Issue in International Relations", *B. Y. I. L.*, Vol.42 (1967), p.123.

⁶² *Ibid.*, p.130.

⁶³ *Buck v. Attorney-General (UK Court of Appeal, 1965)*, *ILR*, Vol.42, pp.20-21.

⁶⁴ *Ibid.*, pp.22-23. Diplock 判事は、この規則を礼讓の規則と呼ぶ。

⁶⁵ 選挙区割設定委員会が作成し議会が承認した新議席案の無効性を有権者が主張した当該事件において、Evershed 判事は、「特定の区割が最善もしくは最も正しいかどうかについて、裁判所が決定し意見を述べる権限を有すると議会が想定していたと考えることはできない。」と述べ、選挙区の設定及び議席の分配は議会の裁量事項であり、裁判所の判断すべき問題ではないと判示した。Brownlie, supra note 61, p.131.

⁶⁶ *Ibid.*, p.130.

⁶⁷ *AIDI*, supra note 9, p.64.

⁶⁸ 報告書では、自国領域内における軍事基地建設及び核兵器搭載機の利用の許可の事例、大使館建設のための契約、他国軍隊への輸送手段等の提供のための契約の例が挙げられている。いずれも、法廷地国内での行為のため、当地の国内法秩序は完全に排除されることはなく、損害賠償請求等は当地の裁判所の管轄権行使の対象となるが、差し止め請求等、他国の外交・防衛政策の実現を妨げることになり得る訴えは司法判断不適合と評価されるとする。*Ibid.*, pp.33, 35, 65.

⁶⁹ 他国の立法・行政行為の国際法上の有効性や意味如何は、他国の国内裁判所が一方的に判断しうる問題ではなく、立法を行った国家の国内での救済措置に訴えるか、外交的なフォーラムもしくは国際的な手続において争うべき問題であるというのが彼の認識である。*Ibid.*, pp.59-60.

⁷⁰ *Ibid.*, p.23.

⁷¹ *Ibid.*, p.62.

⁷² *Ibid.*, pp.54-68.

⁷³ *Ibid.*, p.47.

⁷⁴ 後述の様に、Crawfordはこの点を明示的に説明している。

⁷⁵ *AIDI*, supra note 9, p.58.

⁷⁶ *Ibid.*, p.59.

⁷⁷ *Ibid.*, p.47.

⁷⁸ *Ibid.*, p.59.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.*, p.35.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*, p.33.

⁸³ *AIDI*, supra note 32, p.17.

⁸⁴ *AIDI*, supra note 9, p.56.

⁸⁵ *Ibid.*, p.35.

⁸⁶ Ibid., p.93.

⁸⁷ Ibid., p.22.

⁸⁸ 司法機関であれば他国の一定の裁量を害する判断を下すことは出来ないという意味で、一国の司法機関に内在する権限の制約であるため、行為国が同意したとしても元来存在しない権限を付与することは出来ないという趣旨であろう。

⁸⁹ *AIDI*, supra note 9, p.93.

⁹⁰ Jennings, supra note 49, pp.917, 929.

⁹¹ Ibid., p.916.

⁹² Ibid., p.927.

⁹³ Ibid., p.918.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Lauterpacht が提唱した免除の制限的な見方にますます近接してきているとの指摘は行われている。Ibid., pp.929-930.

⁹⁶ Ibid., p.924.

⁹⁷ J.Crawford, "International Law and Foreign Sovereigns: Distinguishing Immune Transactions", *B.Y.I.L.*, Vol.54 (1983), pp.75-77.

⁹⁸ J. Crawford, "Execution of Judgments and Foreign Sovereign Immunity", *American Journal of International Law*, Vol.75 (1981), p.857, note 192. ここで Crawford が参照しているのは Brownlie の教科書第 3 版であるが、Brownlie が後に Institute に提出した報告書の中で展開する議論の核は当該教科書において既に提示されている。すなわち、免除認否の画一的な基準が依然として提示されておらず、免除の根拠に遡って新たなアプローチをとる必要性が指摘され、さらには、「国家免除」という概念が主権国家の平等を根拠とする人的制度を意味する場合の他に、司法判断適合性法理として表れることがあり、後者が他国の国内問題に対する不干渉原則に基づくことが説明されている。いわゆる制限免除主義と呼ばれる実行の大部分が司法判断適合性の問題であると述べられるのは第 4 版からであるが、Crawford はこの第 3 版を読み、いわゆる制限免除主義と呼ばれる実行の根拠の一つとして、Brownlie が司法判断適合性が否定される根拠として挙げた不干渉原則に言及している。Brownlie, supra note.43, third edition, pp.321-344.

⁹⁹ Fox, supra note 2, pp.18-25.

¹⁰⁰ Crawford, supra note 92, p.78.

¹⁰¹ いわゆる絶対免除主義の時代から現代至る変遷を、免除の量的変化として質的には連続して理解するという立場を採れば、具体的な例外的則を導出出来なくとも裁判権免除の法規範性に影響しないと理解することも可能である。しかし、こうした理解の妥当性を批判的に検討するというのが本稿の一つの目的であることは本論での叙述の通りである。

¹⁰² Ibid., p.77.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Ibid., p.78.

¹⁰⁵ Ibid., p.114.

¹⁰⁶ Crawford は、外交官等の免除の文脈で慣習法の成立態様を論じているわけではないが、外交官等の免除が古くから確立した制度と考えられている点に鑑みれば、帰納的態様で成立したものと捉えていると考えるべきであろう。Ibid., pp.85-88.

¹⁰⁷ Crawford, supra note 98, p.856.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Crawford, supra note 97, pp.79-80.

¹¹⁰ Crawford は、自身の論文の中で便宜的にと断った上でこの用語を用いており、彼の議論を紹介するという目的に照らして、ここでもそのまま使用した。Ibid.

¹¹¹ これは、厳密に言えば国際裁判の文脈で認められてきた規則である。しかし、Crawford は、国内裁判所では必ずしも国際法が適用されず、また、被告国は判決に国際法上拘束されることはないという違いはあることは認めつつも、被告国が適用法規に同意していないことや、判決を受け入れる国際法上の義務を負っていないことよって法廷地国裁判所が国際裁判所よりも適切なフォーラムと評価されるのは奇妙であると反論し、国内裁判所の判断にも類推適用されると説いた。Ibid., p.80.

¹¹² Ibid., p.84.

¹¹³ Ibid., p.83.

¹¹⁴ Ibid., pp.110-111.

¹¹⁵ 欧州国家免除条約第 12 条。国家免除条約第 17 条でも同様の条項が規定されている。

¹¹⁶ Crawford, *supra* note 97, p.113.

¹¹⁷ Ibid., p.113.

¹¹⁸ Ibid., p.115.

¹¹⁹ Ibid., p.114.

¹²⁰ Ibid., p.86.

¹²¹ Ibid., p.81.

¹²² Ibid., p.84.

¹²³ Crawford は、国内管轄事項を理由とする管轄権の不行使は、国家行為理論や抵触法の問題とも考えることも出来ると一言している。Ibid., p.83.

¹²⁴ Ibid., p.84.

¹²⁵ Fox, *supra* note 2, p.103.

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Ibid., p.105.

¹²⁸ Ibid., p.3.

¹²⁹ Fox, *supra* note 2, p.710.

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Ibid., p.704.

¹³² Ibid., p.57.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Ibid., p.64.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Ibid., p.58.

¹³⁷ Ibid., p.1.

¹³⁸ Ibid., p.710.

¹³⁹ R. Jennings and, A. Watts ed., *Oppenheim's International Law, Vol.1 Peace, Introduction and Part 1*, 9th ed. (London and New York: Longman, 1996), pp.1090-1091.

¹⁴⁰ Sucharitkul も、国家免除の基礎として機能的必要性に言及していたが、その趣旨は、免除の範囲を制限する要素としてであった。Sucharitkul, *supra* note 19, pp.120-121.

¹⁴¹ この Fox の議論には、免除を与えるべき事項を特定する規則を国家実行から導くことが出来ないにも関わらず国家実行と法的確信よりなる国際慣習法といえるかという Crawford の批判に対する回答も用意されている。同種の制度たる外交官の免除が確立した制度であると考えられていることに加え、裁判権免除を国家の独立という国際法原則に基づく制度であると捉えることによって、規則の妥当性は当該原則から導き出すことができるからである。Fox は、たとえ、国家実行から免除を付与すべき事項とそれ以外の事項とを区別する具体的な規則を導出することが出来ないとしても、国家が他国の裁判所から免除されることは一般的に認められているとしてその国際法規範性を認めているが、そうした議論は、以上の様な見方によって支えられているのである。Fox, *supra* note 2, p.18-25.

¹⁴² Ibid., p.26.

¹⁴³ Ibid., pp.52-55.

¹⁴⁴ Ibid., pp.137-138.

¹⁴⁵ Fox による「独立や平等が、他国の訴訟手続への同意を意味するものと読まれるならば、それらは、他国の主権的な公的行為に限定された免除の制限理論を正当化するという点において現行の国際法の下での妥当性を引き続き有している。」との叙述には、こうした意識を明確に読み取ることができる。Ibid., p.65.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Ibid., p.138.

¹⁴⁸ Fox は、他にも、この分野を人的な免除制度によるものと理解すべき理由をいくつか提示している。例えば、①免除が認められるのは主権国家のみであるため、主権国家としての地位が決定的に重要となるとの議論 (P.104) や、②明らかに免除が認められるハードケースでは、取り締まり機関としての優越的な役割における国家

の関与の程度が決定的な要素とされているという議論 (p.103) である。しかし、Brownlie も、事柄の性質決定において主体の地位が影響を及ぼし得ることを確認しており、有効な批判たり得ていない。AIDI, supra note 9, p.42.

¹⁴⁹ 日本の代表的な研究として、水島朋則『主権免除の国際法』(名古屋大学出版会、2012年) 8-19頁。

¹⁵⁰ Fox, supra note 2, pp.105-135.

¹⁵¹ Fox は、国家行為理論の特徴として、①他国の行為の有効性判断を控えるのではなく、積極的にその有効性を認めることを求める点、②行為国の管轄内で行われた行為に適用される点、③法廷地国の政策的、道義的評価にかからせることが認められている点、を挙げ、裁判権免除とは異なる独自の法理であることを強調している。Ibid., p.136.

¹⁵² いわゆる制限免除主義を規律する制度に要件の人的性格を認める理論的根拠が現時点では明らかにされていないこと、さらには、行為国の同意の効果については理論的には二通りの可能性があり検証を要することは上述の通りである。人的な裁判権免除制度の下でも「他国を訴える」という要件は擬制的に広く解釈されていたが、不干渉原則に基づく制度に要件の人的性格が備わっていないとすれば、そうした擬制的な解釈を採るまでもなく国有財産に対する差押えの事案や国家とは独立の法人格を有する団体に対する訴訟手続も当該制度の適用対象となる。また、純粋な私人間訴訟や法廷地国裁判所に他国の行政行為の有効確認を求める訴訟においてもその適用の有無が問題となり得る。

※本稿脱稿後に、H. Fox and P. Webb, *The Law of State Immunity*, 3rd ed (Oxford University Press, 2013) に接した。