

重大な人権侵害行為に対する 国家免除否定論の展開

坂 卷 静 佳

概 要

1980年代以降、国家実行および学説上、重大な人権侵害行為についてまで、国家に免除が付与されるべきではないとの主張が提起されてきた。これらの主張は、慣習国際法上依然として免除の付与が義務づけられるいわゆる「主権的行為」であるかどうかにかかわらず、免除が否定されるとする点において従来の判断基準から逸脱する。免除を否定する学説の論理構成は、国家免除に関する現行の国際法規則のもとで免除が否定されるとするアプローチ、慣習国際法上の免除の例外であるとするアプローチ、強行規範に抵触することの帰結として免除が否定されるとするアプローチ、国際法の体系的な解釈のもとで免除が否定されるとするアプローチの4つに分けられる。これらの学説の主張の相違は、人権と国家の免除との価値の対立以前に、フォーラムの適切性、国家免除制度の内容、強行規範の効果および国際法規範の解釈方法についての理解の相違に起因する。

キーワード

国家の裁判権免除、重大な人権侵害行為、強行規範、規範の階層性、体系的解釈

I. はじめに

国家間の友好関係を維持するには他国に干渉すべきではないとして、「国家はその行為または国有財産をめぐる争訟について、国際法上一般に外国の裁判所の管轄に服することを免除され、その国内法上の責任を追及されない」といわれてきた¹⁾。これがいわゆる国

* 本論文の掲載に関して2名の査読者の方に審査いただき貴重なご指摘を賜りました。また、本稿の準備段階において、東京大学大学院法学政治学研究科中谷和弘教授、海上保安大学校講師鶴田順氏、国際教養大学講師豊田哲也氏、東京大学大学院西本健太郎氏に大変お世話になりました。ここに記して深く感謝申し上げます。当然のことながら、本論文中の一切の不備および誤謬は筆者の責めに帰します。

1) 山本草二『国際法 新版』(有斐閣, 1998年) 249頁。

家免除であり、慣習国際法上の原則とされている。国家の裁判権免除については²⁾、19世紀から20世紀初頭にかけて国家の活動が内容的にも地理的にも拡大し、とりわけ経済活動への参与が顕著になって以降、国家実行上、「業務管理的行為 (*acta jure gestionis*)」に対しては免除が否定されるとするいわゆる「制限免除主義」が普及してきたが³⁾、この立場においても、「主権的行為 (*acta jure imperii*)」に対しては国際法上免除の付与が義務づけられると解されてきた⁴⁾。つまり、制限免除主義が慣習国際法上許容されてからも、「主権的行為」については国家実行および学説上一貫して免除が認められている。

ところが近年、たとえそれが「主権的行為」であるとしても、重大な人権侵害行為に対しては、外国国家に免除を付与すべきではないとする主張が登場してきた⁵⁾。この背景には、人権概念が徐々に国際法上確立し発展してきたにもかかわらず、人権を侵害された個人に対する国際的な救済手段は依然として不十分であり、自国の内外で行われた人権侵害行為に対して、国内裁判所がその役割を担う必要があるとの認識がある。

人権は、ニュルンベルグ裁判以降、1948年の国連人権宣言そして数々の多数国間条約の締結を通して国際法上の重要な保護法益のひとつとして確立し、その侵害に対する国際的な救済も徐々に制度化されてきた⁶⁾。しかしながら被害者個人にとって、現存する救済

2) 以下、「裁判権免除」と言及するときは、国家の裁判権免除を意味するものとする。外国国家のほか「裁判権免除」が付与されることが慣習国際法上確立している対象として、たとえば外交官、領事、国家元首、国際組織などを挙げることができる。また、「国家免除 (*state immunity*)」または「主権免除 (*sovereign immunity*)」は裁判権からの免除のみならず、執行や課税など他国の管轄権の行使一般からの免除をも含める用語として使用されるが、本稿においては原則として国家の裁判権免除と同義とする。

3) Sir Robert Jennings & Sir Arthur Watts, *Oppenheim's International Law*, Vol. 1, Peace, 9th ed. (Longman, 1996), p.357.

4) D.J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, 6th ed. (Sweet & Maxwell, 2004), p.307; D.P. O'Connell, *International Law*, 2nd ed. (Stevens, 1970), p.841.

5) 近年、国家実行および学説上、私人の公正な裁判を受ける権利との関係において国家免除が制限されるとの主張も提起されている (H. Schermers, "Diplomatic Immunity in Modern International Law", Erik Desters & Niko Schrijvers eds., *Reflections on International Law from the Low Countries: in Honour of Paul de Waart* (M. Nijhoff Publishers, 1998), p.164.). この主張はとりわけ欧州人権条約6条との関係で提起されるが (David Lloyd Jones, "Article 6 ECHR and Immunities Arising in Public International Law", *I.C.L.Q.*, vol.52 (2003), pp.463-472.), 「このような抵触は慣習国際法規則の間でも生じうる」 (George Ress, "The Changing Relationship between State Immunity and Human Rights", Michele de Salvia, Mark E. Villiger eds., *The Birth of European Human Rights Law: Liber Amicorum: Studies in Honour of Carl Aage Nørgaard* (Nomos-Verl.-Ges, 1998), p.177.). 公正な裁判を受ける権利に基づく免除の否定の主張と重大な人権侵害行為にもとづく免除の否定の主張は、どちらもともに「主権的行為」にかかわらず免除が否定されることを主張するという点において共通するが、前者は後者と異なり、国家および国家元首等に付与される免除全般に疑義を提起する。国家実行上、私人の公正な裁判を受ける権利を根拠に国家免除が否定された事例はない。本稿においては、私人の公正な裁判を受ける権利にもとづく国家免除の否定の主張を検討の対象外とする。

6) Simma は、国際共同体の利益として、国際社会の平和と安全、発展途上国と先進国の連帯、環境保護、人類共通の遺産、人権をあげる。Bruno Simma, "From Bilateralism to Community Interest in Inter-

制度は満足のものではない。国際人権保障のための主要な条約においては、自由権規約の選択議定書や拷問禁止条約などのように、個人に直接的な救済の申立を認めている場合がある。しかし、たとえば自由権規約の個人通報制度は、そもそも受諾国が限定的であるのみならず、規約人権委員会の最終見解は各国の法制度の変更を促すにとどまり、被害者に直接的に救済が付与されるわけではなく、しかも法的拘束力をもたない⁷⁾。2002年に設立された国際刑事裁判所（以下ICCとする）は個人による予審裁判部への申立や損害賠償の請求を予定するが⁸⁾、その管轄権は、たとえば事項的には「国際共同体全体が関心を有する最も重大な犯罪」のみを対象とするなど⁹⁾、きわめて限定されている¹⁰⁾。ICCの報告書によると、かりに「国内法上の犯罪を構成する明確な犯罪または人権侵害をとまなう状況であっても、それらの違反はICC上の犯罪を構成しえないか、重要性の基準を満たせない」ため¹¹⁾、それらがICCにて救済されることはない。加えて、そもそもこのような条約上のシステムは、条約締約国のみを拘束するのであり、条約の非締約国には適用されないのである¹²⁾。

私人が外国国家により被った損害に対して救済を追及する伝統的な制度としては、国家

national Law”, *R.C.A.D.I.*, Tom. 248 (1994-IV), pp.235-243; Hermann Mosler, “The International Society as a Legal Community”, *R.C.A.D.I.*, Tom. 140 (1979-IV), p.50; 大沼保昭『国際法: はじめて学ぶ人のための』(東信堂, 2005年) 32-33頁。

- 7) 規約人権委員会の見解の意義については、足木孝・安藤仁介・寺中誠・東澤靖・阿部浩己「[座談会]国際救済申立手続の現在」『法律時報』77巻12号(2005年11月)4-24頁参照。
- 8) Article 15(1), (3) and 75, Rome Statute of The International Criminal Court, 2187 U.N.T.S. 90, entered into force July 1, 2002; Rule 94, Rules of Procedure and Evidence, PCNICC/2000/1/Add.1. この点につき、旧ユーゴ国際刑事裁判所およびルワンダ国際刑事裁判所においても、個人の情報提供にもとづく捜査は可能であるが (Art.18(1), Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia; Art.17(1), Statute of the International Tribunal for Rwanda.), 被害者による申立てを認める規定はなく、また、被害者が賠償を請求するには別途国内裁判所の手続に依らなければならないと規定されている (Rule 106, Rules of Procedure and Evidence (Adopted On 11 February 1994); Rule 106, Rules of Procedure and Evidence 2007.).
- 9) Article 5, Rome Statute of the International Criminal Court.
- 10) 2002年7月1日から2006年2月1日までに検察官に付託された事態の数は1732件であり、その内の3件が締約国から、1件が安全保障理事会からの付託であった。その内の5%は時間的管轄を欠き、24%は事項的管轄を欠き、13%は人的または領域的管轄を欠き、38%は複数の管轄権の根拠を欠くなどして明らかに根拠のない付託であり、重要性の分析(ローマ規程15条2項)の対象とされたのは全体の20%であった。報告書によると、国際刑事裁判所における重要性の最低基準は高く、「国内法上の犯罪を構成する明確な犯罪または人権侵害をとまなう状況であっても、それらの違反はICCの犯罪を構成しえないか、重要性の基準を満たせない」。(Update on Communications Received by the Office of The Prosecutor of The ICC, 10 February 2006, at http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/OTP_Update_on_Communications_10_February_2006.pdf)
- 11) *Ibid.*.
- 12) Human Rights Committee, International Law Association (British Branch), “Report on Civil Actions in the English Courts for Serious Human Rights Violations Abroad”, *E.H.R.L.R.*, Issue 2 (2001), p. 130.

による外交的保護が存在する。私人が外国国家においてその身体または財産に損害を受けた場合¹³⁾、被害者の国籍国は、加害地国に対して救済を求める国際法上の権利を有し、私人の損害を自身の損害として引き受けて、損害の回復を追及することができる¹⁴⁾。しかしながら、外交的保護において、国籍国は侵害国に対して責任を追及する権利をもつにとどまり、責任を追及する義務を負っているわけではない。権利行使の実現は国籍国の意向次第となるため、私人の実質的な救済には寄与しない場合が多い¹⁵⁾。また、そもそも重大な人権侵害の多数は、ほかならぬ自国政府によって為されているというのが国際社会の現状である。

このように、国際人権法の実体規範の発展に比して、人権を侵害された個人が直接的に救済を獲得する手段は限定されており、とりわけ国籍国または在留国内で当該国家から人権を侵害された場合に救済を受けられる可能性はきわめて低い。こうした事情から、私人が外国国家より直接的に損害賠償を得るための別の手段として、人権侵害国以外の国内裁判所における民事救済に目が向けられるようになった¹⁶⁾。そして、アメリカ合衆国連邦控訴裁判所 1980 年 6 月 30 日 *Filártiga* 事件判決を契機に¹⁷⁾、1980 年代以降、外国国家による法廷地国内外での人権侵害行為について、国内裁判所で外国国家を訴える事例が徐々に増加してきた。

法廷地国内外での人権侵害行為にもとづく外国国家に対する訴えの増加とともに、重大な人権侵害行為を行った国家に対し国家免除を否定することができるかどうか（あるいは、否定すべきかどうか）について多数の学説が登場した。このような学説が増加して以来 20

13) 侵害国による救済が付与されることは可能性として低い。Magfalia Karagiannakis, "State Immunity and Fundamental Human Rights", *Leiden Journal of Int'l Law*, Vol.11 (1998), p.22; Hazel Fox, *The Law of State Immunity* (Oxford University Press, 2002), pp.537-538.

14) 国際法学会編『国際関係法辞典 第2版』(三省堂, 2005年) 109-110頁; 山本『前掲書』(注1) 654頁。

15) Richard Garnett, "The Defence of State Immunity for Acts of Torture", *Australian Y. B. of Int'l L.*, Vol.18 (1997), p.104; Lorna McGregor, "Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty", *E.J.I.L.*, Vol.18 (2007), pp.908-909.

16) Human Rights Committee, International Law Association (British Branch), *supra* note12, pp.129-131; Beth Van Schaack, "In Defense of Civil Redress: The Enforcement of Human Rights Through Civil Litigation in The Context of The Proposed Hague Judgments Convention", *Harvard Int'l L. J.*, Vol.42 (2001), pp.155-159.

17) 1980年6月30日、アメリカ合衆国連邦控訴裁判所が、1789年外国人不法行為にもとづき、パラグアイ人によるパラグアイ人に対するパラグアイでの拷問および殺人について裁判権を認めた事例。それ以後、外国国家による人権侵害行為の救済地として国内裁判所に注目が集まった。1789年外国人不法行為法は、「[連邦(=筆者註)]地方裁判所は、諸国民の法(the law of nations)またはアメリカ合衆国[が締約国である]条約に反して行われた不法行為に関してのみ、外国人による民事訴訟について第1審裁判管轄権を有する」と規定する(28 U.S.C. § 1350)。連邦控訴裁判所は、拷問行為の禁止が慣習国際法の一部を構成しており、拷問行為は「諸国民の法」に反するとして、連邦の裁判権を認めた。(Filártiga v. Peña-Irala, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980))

年余りがたとうとしているが、免除の可否およびその論理構成について、未だ意見の合致は得られておらず依然として混沌とした状況にある。そこで、本稿においては、現時点における議論を整理することを通じて、この問題に取り組むにあたっての方向性を示すこととしたい。

これらの学説の対象は、戦争犯罪・ジェノサイド・強制労働・拷問といった一般に「重大な人権侵害行為」と評価される行為である¹⁸⁾。これらはいずれも、法的観点から、強行規範の違反¹⁹⁾、国際（人権）法の違反、ならびに国内法の違反を構成する。学説が免除を否定する根拠としてとりあげる側面はそれぞれ異なるため、根拠によっては、想定される「重大な人権侵害行為」に対する否定にとどまらない射程を有する論理構成もあり、学説の是非を評価するうえで考慮する必要がある。

また、実際の判例上問題となったのは法廷地国領域外での行為が多いが、免除を否定する論証において、域外行為と域内行為とが区分して論じられることはほぼない。一般に国家免除は管轄権がある場合に問題になると解されており²⁰⁾、論理的には、国家免除を検討する局面で域外行為と域内行為とを区別する必要はない。また、これらの学説の目的は、管轄権がある場合に、侵害地にかかわらず重大な人権侵害行為の被害者を救済することであり、その論証に地理的射程は必ずしも関係がない。

そこで以下においては、まずⅡにおいて、重大な人権侵害行為に対しても国家免除が肯定されるとする学説について、続いてⅢにおいて、そのような行為については免除が否定されるとする学説についてそれぞれ検討することとする。Ⅲでは、国家免除否定論の内部において乱立する学説の論理構成を整理し、相互の対立点を明確化することによってその構造を明らかにする。そして最後Ⅳにて、以上の分析をまとめ、現時点における立ち位置を示すとともに、当該問題に取り組むべき方向性を示唆することとしたい。

18) たとえば、Andrea Bianchi, “Denying State Immunity to Violations of Human Rights”, *Austrian Journal of Public International Law*, Vol.46 (1994), p.206.

19) 強行規範概念にはそれ自体争いがあり、どの国際法規則が強行規範であるかについて厳密に確立してはいない。(Cf. Ulf Linderfalk, “The Effect of *Jus Conges* Norms: Whoever Opend Pandora’s Box, Did You Ever Think About the Consequences?”, *E.J.I.L.*, Vol.18 (2007), pp.853-871.) しかし、ウィーン条約法条約が制定にいたる議論のなかで、ILCにより強行規範に反するとして例示された条約は以下の通りである。国連憲章の諸原則に反する武力行使を是認する条約、国際法上の犯罪の実施を是認する条約、奴隷貿易、海賊またはジェノサイドといったすべての国家がその抑制に協力することを求められる行為を是認または黙認する条約、人権・国家平等または自決権の原則に反する条約。(Yearbook of I.L.C, 1966, Vol. II, p.248.) その後、拷問行為の禁止も強行規範の違反として一般に認められるようになった(Cf. *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States*, § 702(d)).

20) *Yearbook of I.L.C., 1991*, Vol. II, Part Two, p.24, Art.6, para.3.

II. 国家免除肯定論

重大な人権侵害行為についても国家は免除を享受すると主張する学説は、原則としてその種の行為に対しても免除は及ぶとの前提のもと、第1に、当該行為が強行規範の違反であるとしてもそれによって国家免除が無効化されるわけではないこと、第2に實際上、国内裁判所による管轄権の行使は人権の救済手段として必ずしも適切ではなく、免除を付与することこそが人権保護に資することを理由に、国家は免除されると主張する。

第1の点につき、Zimmermannは、たとえば拷問の禁止が強行規範を構成するとしても、「その禁止が、被告国家に対する国家免除を否定する権利を法廷地国に付与するさらなる强行規範、つまり国家免除の一般原則を凌駕する强行規範を必然的に伴うとは言えない」と指摘し²¹⁾、国家免除と拷問の禁止とは、「相互に作用し合わない2つの異なる一連の諸規則にかかわるものとして、両問題を捉えるのが適当である」と主張する²²⁾。しかしながら、强行規範の効果についての主張はともかく、国家免除と各々の强行規範とが相互に作用しあわない独立の規範であるとの主張は、両者の関係が国家実行および学説上論争となっている今日においては説得力を欠くと思われる。

第2の免除を否定することが好ましくない実質的な理由として、以下の主張がなされている。强行規範に反するか否かを基準とすることに関し、强行規範概念は曖昧でありかつその射程は広く、また、その禁止が强行規範として一般に認められている「拷問、非人道的処遇および虐待という概念でさえ理解は様々である。したがって、国内裁判所が他国の[このような]行為を裁くことを認めることは適切ではない。」²³⁾。被害者の救済地として国内裁判所が管轄権を行使することに関し²⁴⁾、外国国家の国内裁判所は、国際人権法上の義務を監督するために十分に準備されておらず、このための国際的な手続を実効的に補完し

21) Andreas Zimmermann, "Sovereign Immunity and Violations of International Jus Cogens- Some Critical Remarks", *Michigan Journal of International Law*, Vol.16, No.2 (1995), p.438. この文脈では「拷問の禁止」が取り上げられているが、本稿の題名が「国家免除と国際法上の强行規範の違反」であることから明らかであるように、强行規範全般に対する主張である。

22) *Ibid.* このように、国家免除肯定説の主張には、国家免除規則を自律的制度と捉える理解がしばしば垣間見られる。(Cf. Bianchi, *supra* note18, p.198.) Fox はこのような国家免除の捉え方について、自己完結的制度 (self-contained regime) を連想させると指摘する。(Hazel Fox, "State Immunity and Other Norms of International Law: Possible Methods of Accommodation", J. Erauw, V. Tomljenović & P. Volken eds., *Liber Memorialis Petar Šarčević: Universalism, Tradition and the Individual* (European Law Publishers, 2006), p.558.)

23) Zimmermann, *supra* note 21, p.439.

24) Zimmermann は裁判所の中立性に問題を提起するが (Ibid.), 人権侵害行為は確かにとりわけセンシティブな問題ではあるものの、国家免除のすべての事例に妥当する批判であって、これをもって重大な人権侵害行為に対して免除を否定すべき説得力ある主張となるとは思われない。

えない²⁵⁾。「国家は徐々にこのような繊細な問題について国際的な判断を受け入れるようになってきたにもかかわらず、個別国家が他国の行為に対して管轄権を一方的に行使し始めれば、この過程は後退することになる可能性がある。」²⁶⁾。他方で、かりに人権規範にもとづく免除の否定が認められれば、フォーラム・ショッピングが生じ、リベラルな管轄権規則をもつ先進国の国内裁判所での裁判が増大するおそれがある²⁷⁾。

Zimmermann は、基本的な人権侵害が問題である場合に外国国家に免除を否定することは、「国際法が守ろうとしている社会制度、つまり、自国民の権利を保護するために国家が主権国家として相互に交流し合う継続的国際関係を破壊する。…外国国家に主権免除を付与することは、国家に対等なパートナーとして相互間の問題を規律することを可能とする必要条件をも構成する。…このような相互関係は、強行規範を甚だしく侵害した国家との間においてとりわけ重要である。なぜなら、さもなければ、国際共同体は一般にもはやその行動に影響を与えることができないであろうからである。」と主張する²⁸⁾。

それに対して、重大な人権侵害行為に対して国家免除を否定すべきであると主張する論者は、人権を侵害された個人を救済するフォーラムとして国内裁判所が裁判権を行使する必要があると主張する。たとえば、Orakherashvili は、「免除を付与することは免責とは同じではないと主張されるが…、国家免除という障害に直面した個人は自身の権利を主張する他の選択肢を持たないため、現実には真逆であることが明らかである。…それゆえ、強行規範違反の事例において免除を付与することは必然的に免責を導き、当該違反を犯した国家に、その違反の法的責任を突きつけられないと安心させるメッセージを送ることになる」と述べる²⁹⁾。しかしながら、この反論は、国内裁判所が裁判権を行使することに対する免除肯定論者の懸念に応えるものではない。国家免除を付与することにより保護される利益を過小評価しすぎているように思われる。加害国に責任を認めさせ、被害者に救済を与えることの必要と、国内裁判所の裁判権の行使とを直接的に結びつけることは拙速な議論にすぎる。

25) Christoph H. Schreuer, *State Immunity: Some Recent Developments* (Grotius Publications, 1988), p.60. Schreuer は、「人権分野における国内裁判所のより現実的な役割は、国際的な監督機関により侵害がおきたと有権的に判断された場合に、管轄権を設定することであろう。」と指摘する。Garnett もまた、ICCPR の選択議定書のもとでの人権委員会を通じての対処のような「トランスナショナルな判断方法を強化することによって、拷問を廃絶することができるであろう…」と主張する (Garnett, *supra* note15, p.126.)。

26) Garnett, *ibid.*, p.125.

27) *Ibid.*.

28) Zimmermann, *supra* note 21, pp.439-440.

29) Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law* (Oxford University Press, 2006), pp.358-359.

Ⅲ. 国家免除否定論

重大な人権侵害行為について国家免除の否定を主張する学説は多岐にわたるが、それらは論理構成より4つに分けることができると思われる。第1に、通説的な国家免除理解のもとで、国家免除に関する国際法規則の適用により免除が否定されると主張する立場である。第2に、通説的な国家免除理解からは逸脱するものの、国家免除に関する慣習国際法上、免除が否定されると主張する立場である。第3に、重大な人権侵害行為は強行規範の違反を構成し、強行規範の効果として免除が否定されるとする立場である。そして第4に、国家免除規則を他の国際法規則と整合的に解釈することで免除が否定されるとする立場である。以下においては、それぞれの論理構成とその背景とを明らかにしたうえで、各学説に対する批判に触れることを通じて、その妥当性を検討する。

1. 現行の国家免除に関する国際法規則のもとの免除の否定

重大な人権侵害行為に関し、現行の国家免除に関する国際法規則のもとで免除が否定されるとの主張には、以下の2つのアプローチがある。第1に、強行規範の違反は非主権的行為であるから、法廷地国は免除を否定しうるとする立場である。第2に、強行規範等の違反にもとづく訴えについては、当該規範の性質から国家免除を放棄することへの同意が推定されるため、法廷地国は免除を否定しうるとする立場である。これらのアプローチにおいては、強行規範の違反は非主権的行為または黙示の放棄に該当するか否か判断する指標にすぎず、この論理構成の帰結は裁判権の行使の許容であって、義務ではない。

(1) 非主権的行為アプローチ

重大な人権侵害行為が強行規範の違反を構成する場合、それは「主権的行為」に該当せず、したがって免除が否定されるとするアプローチがある³⁰⁾。これを便宜的に「非主権的行為アプローチ」と呼ぶ。この立場は、通説的な国家免除理解のもとで人権侵害行為に対して免除を否定することを目指す点で後述する黙示の放棄アプローチと共通する。

たとえば Larocque は、拷問行為は主権的行為か否かという問いに対し、国家は国家実

30) しばしば代表的な事例としてあげられるのが、Isabel Morel de Letelier *et al.* v. The Republic of Chile *et al.*, 488 F. Supp. 665 (D. C. Cir. 1985) である。アメリカ合衆国 1978 年 FSIA § 1605(a)(5) の人身損害例外規定にもとづき免除が否定された判決であるが、地方裁判所は「外国国家は…個人の暗殺を企図する行為をはたらくいかなる「裁量」も有していない。[そのような]行為は国内法上および国際法上認められた人道という原則に明らかに反する。」と述べた (*Ibid.*, p.673.)。

行の積み重ねを通じて拷問を違法化し、「国家は自身が追及しうる一連の政策から恒久的に排除」してきたのであり、拷問を命じることは「社会的権力の行使ではなく、単なる発語にすぎない。…単なる声の風 (flatus vocis) にすぎず、主権的行為ではない。…拷問の重大なる違法性は、国家行為の文脈上の性格を判断する際の決定的要素となり、[拷問]はそもそも免除の範囲から除外されることとなる。」としたうえで、「制限免除主義のもとで、その正当性を決定するのは非難される行為の性格 (character) である。拷問は強行規範により国際的に違法とされており、したがって決して主権的行為たりえない。このため、免除は付与されるべきではない。」と主張する³¹⁾。また、Orakhelashvili も、強行規範の違反を構成する人権法の重大な違反に関し、「一定の人権法の重大な違反が国家の任務に含まれるとみなされえないのは、それらが、その違反が無条件に違法であるとの国際共同体の決定を反映して、上位の地位を付与された強行規範により違法とされているからである。外国の裁判所が拷問のような強行規範の違反について裁判する場合、違反が生じた国の国家主権を侵害することはない。強行規範の違反は主権的行為ではなく、免除を付与されない。」と主張している³²⁾。

制限免除主義のもとで一般に適用されてきた「主権的行為」か「業務管理的行為」という基準は、その判断要素を行為の性質 (nature) および目的という事実の評価におく、それに対してこれらの学説は、国際法上の違法性という法的評価を判断要素とする。しかしながら、Orakherashvili 自身が認めているように、論理的には、行為の違法性はその性質および目的とは切り離して評価しうる³³⁾。また、国家実行上、国際法上の違法性という要素が主権的行為か否か判断する際に考慮されてきたとは言い難い³⁴⁾。

Thomas および Small による、「国家は拷問を犯すために市場に参入することはない。私人と契約を締結することにより管轄権に同意するように、国家は拷問行為に従事することによって管轄権に同意していたとは主張しえない」との批判に対する³⁵⁾、Orakhelashvili の、「拷問、奴隷化または戦争犯罪といった人道に関する規範のもとで違法化された行為は、私人によってでさえ為される。したがって、主権的行為というよりも業務管理的行為と性質において類似している。他方で、契約違反のような典型的な業務管理的行為は、拷問または奴隷化と同じく国家の特権の範囲外であると言うことができ、一定の商業的か

31) François Larocque, “Bouzari v. Iran: Testing the Limits of State Immunity in Canadian Courts”, *Canadian Yb.I.L.*, Vol.41 (2003), p.383.

32) Orakhelashvili, *supra* note 29, p.325.

33) *Ibid.*, p.323.

34) Karagiannakis, *supra* note 13, p.13; Schreuer, *supra* note 25, p.55.

35) Katherine Reece Thomas & Joan Small, “Human Rights and State Immunity: Is There Immunity from Civil Liability for Torture?”, *N.I.L.R.*, Vol.50 (2003), p.25.

つ非主権的行為に対して同じ基準を適用することができる。」という回答は³⁶⁾、かなり無理があるように思われる。制限免除主義のもとでの主権的行為か業務管理的行為かという基準は、事実としての行為の性質および目的の評価にもとづく基準であって、合法または違法という法的評価に基づく基準ではない。水島が批判するように、「…通常であれば主権的行為とみなされるものが、国際強行法規に違反すると主権的行為でなくなるというのは、これもやはり『行き過ぎた擬制』との評価を免れない」のではなかろうか³⁷⁾。

(2) 黙示の放棄アプローチ

重大な人権侵害行為が強行規範の違反を構成する場合³⁸⁾、および、当該加害国が当事国である国際条約の違反を構成する場合³⁹⁾、強行規範それ自体また条約に対する国家の合意からその違反にもとづく訴えについて国家免除を放棄することへの同意が推定されるため、裁判所は免除を否定しうとするアプローチがある。この立場を便宜的に「黙示の放棄アプローチ」と呼ぶ⁴⁰⁾。

この立場の先駆けと思われるのは、Belsky, Merva および Roft-Arriaza による 1989 年の論稿である。そのなかで彼らは、強行規範という概念が国際法上の原則として広く受け入れられてきたとしたうえで⁴¹⁾、主権国家の意思にその拘束力の根拠をおかない強行規範が存在するという、つまり、「国家が違反できない規則の体系が存在するという、そのような規則に反する国家の行為が主権的行為として認められないことを意味する。国家のある行為がもはや主権的とは認められない場合、当該国家はもはや主権免除という防御を提起する資格をもたない。したがって、一連の強行規範を認めると、国家はこれらの規範に反する場合にその免除を放棄することに黙示に同意していることとなる」⁴²⁾、

36) Orakheralashvili, *supra* note 29, p.325.

37) 水島明則「国際強行法規違反行為への外国国家免除の否定論について」浅田正彦編『21世紀国際法の課題 安藤仁介先生古稀記念』(有信堂高文社, 2006年) 107頁。

38) 人権侵害行為について、強行規範を理由に免除の放棄が主張された代表的な事例として、以下をあげることができる。Siderman de Blake v. Republic of Argentina, 965 F.2d 699 (9th Cir. 1992); Princz v. Federal Republic of Germany, 26 F.3d 1166 (D. C. Cir. 1994); Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya, 101 F.3d 239 (2nd Cir. 1996)。ただし、いずれの判決においても免除放棄の主張は却下されている。

39) 人権侵害行為について、締結された条約を理由に免除の放棄が主張された代表的な事例として、以下をあげることができる。Lois Frolova v. Union of Soviet Socialist Republics, 761 F.2d 370 (7th Cir. 1985); Guy von Dardel v. Union of Soviet Socialist Republics, 736 F. Supp. 1 (D. C. Cir. 1990)。ただし、いずれの判決においても免除放棄の主張は却下されている。

40) Karagiannakis, *supra* note 13, p.20.

41) Adam C. Belsky, Mark Merva & Naomi Roht-Arriaza, "Implied Waiver under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law", *California Law Review*, Vol.77, No.2 (Mar., 1989), p.386.

42) *Ibid.*, p.394.

という論理構成を提案した。また、強行規範のみならず、「国家が実効的救済を提供する義務を伴う人権条約を締結すること、および、人権宣言8条により有権的に解釈される国連憲章を批准することが、国内裁判所において免除の黙示の放棄となる」との論理構成を提示する論者もいる⁴³⁾。

Belsky らの論稿において、強行法規に違反する行為を非主権的行為としながらも、後述する非主権的行為アプローチではなく黙示の放棄アプローチが提唱されたのは、アメリカ合衆国が1976年に制定した外国国家の免除に関する外国主権免除法（以下1976年FSIAとする）の構成に起因する⁴⁴⁾。1976年FSIAは、外国国家はアメリカ合衆国の裁判所の管轄権から原則として免除されると規定したうえで（§1604）、免除が否定される例外事項を挙げるという構成をとるが（§§1605～1607）、その際、非主権的行為あるいは業務管理的行為といった雑駁な規定をおくのではなく、商業活動（§1605(a)(2)）、国際法上違法な収用（§1605(a)(3)）、相続等（§1605(a)(4)）、人身損害（§1605(a)(5)）というように免除されない事項を細かく列挙する方式を採用した。さらに、合衆国最高裁判所は、1976年FSIAが「外国国家に対する管轄権を獲得するための唯一の根拠である」とし、裁判権の可否を判断するには、FSIAに規定されている例外に当てはまるかどうか返答しなければならないと判示した⁴⁵⁾。したがって、アメリカ合衆国において外国国家に対し裁判所の管轄権が行使されるには、1976年FSIA上のいずれかの免除例外規定に該当する必要がある。そのため、アメリカ合衆国では、免除を否定するために非主権的行為アプローチに依拠することができないのである。

また、1976年FSIAのもとでも不法行為については免除が否定されているにもかかわらず黙示の放棄アプローチが主張されたのは、1976年FSIAの規定ぶりとともに、特定の事案と関係する。Belsky らが執筆する契機となった、アメリカ合衆国最高裁1989年 *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.* 事件判決は、アラスカから南米まで石油を輸送中のリベリア船籍の船舶が、公海上でアルゼンチンの飛行機により繰り返し攻撃を受けた、アメリカ合衆国の属地的管轄権の外での行為が問題となった事案であった⁴⁶⁾。人身および財産に対する損害についての免除の否定を規定したFSIA§1605(a)(5)は、その射程を「合衆国内で生じる、人身損傷または死亡、もしくは財産に対する損害またはその損失」についての訴えに限定している⁴⁷⁾。そのため、域外人権侵害行為については別

43) Karagiannakis, *supra* note 13, pp.20-21. ただし、後述するように、Karagiannakis 本人が条約締結による黙示の放棄という論理構成は説得的ではないと指摘している。

44) Foreign Sovereign Immunities Act 1976 (H.R. 11315), P.L. 94-583 (21 October 1976).

45) *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.*, 488 U.S. 428 (1989), p.439.

46) *Ibid.*, p.440.

47) 28 U.S.C. §1605(a)(5).

の根拠を提示する必要がある、黙示の放棄例外を規定する FSIA §1605(a)(1)の解釈適用によって免除を否定する⁴⁸⁾、黙示の放棄アプローチが主張されたのである。

外国国家等による域外人権侵害行為に対する裁判権の行使については、アメリカ合衆国のみならず、同じく外国国家免除に関して国内法を制定したいずれの国家も同様の困難に突き当たりうる。1970年代後半以降、現在に至るまで、アメリカ合衆国を皮切りに、英国⁴⁹⁾、シンガポール⁵⁰⁾、パキスタン⁵¹⁾、南アフリカ⁵²⁾、カナダ⁵³⁾、オーストラリア⁵⁴⁾、アルゼンチン⁵⁵⁾の計8カ国が国家免除に関する国内法を制定した。いずれの国内法も、原則として免除を認める規定を置いた後、それに続いて免除例外項目を列挙する構成を採用している。したがって、当該国内法が適用される限り、非主権的行為アプローチをとることはできない。コモン・ロー諸国では、当該国内法に規定されていない事項についてはコモン・ローに依拠して判断される可能性が残されており⁵⁶⁾、コモン・ロー上は主権的行為か業務管理的行為かという制限免除主義のもとで提唱されてきた基準が適用される⁵⁷⁾。しかし、国内法の規定上、その対象は、当該国内法発効前の事案と⁵⁸⁾、刑事手続や駐留軍隊に關す

48) 28 U.S.C. §1605 (a)(1).

§1605(a) 外国国家は、下記のいずれの場合にも、連邦裁判所および州裁判所の管轄権から免除されない。

(1) 外国国家が明示にまたは黙示に (explicitly or by implication) 免除を放棄した場合。当該放棄の条件に従ってなされる場合を除き、外国国家による放棄の撤回は認められない。

49) State Immunity Act 1978, ch.33 (以下、1978年SIAとする。)

50) State Immunity Act, Ch.313 (revised version 1985). 1979年10月26日にNo.16 of 1979として制定された後、1985年に改正された。

51) State Immunity Ordinance, Ordinance No.VI of 1981.

52) Foreign States Immunities Act, No.87 of 1981 (20 November 1981), as amended by Foreign States Immunities Amendment Act, No.48 of 1985.

53) State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18.

54) Foreign States Immunities Act 1985, No.196 of 1985 (16 December 1985).

55) Inmunidad Jurisdiccional de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Argentinos, Ley N° 24.488 (Promulgada Parcialmente: Junio 22 de 1995). アルゼンチンは非コモン・ロー諸国のなかで唯一、国家免除に関する国内法を制定した国である。

56) たとえば、英国では、Holland v. Lampen-Wolfe 事件に関する貴族院 2000年7月20日判決において、英国 1978年SIAとコモン・ローとの関係において、Lord Hope of Craigheadにより以下のように述べられている。「英国法によって民事手続において外国国家に付与される免除は、2つの独立したレジームに服する。第1に、1978年国家免除法第1部に規定される[レジーム]であり、外国国家は2条から11条に規定される一連の免除例外のどれかに該当しない場合、英国裁判所の管轄権から免除される。…第2に、コモン・ロー上のレジームである。それは、1978年法の第1部の射程外となるすべての事例に適用される。本件においては、1978年法の16条2項について検討する必要がある。この条項は、当該手続が『英国に駐留中の外国軍隊により為された、または、それに関するあらゆること』に関連する場合、[1978年]法第1部は適用されないとする。」(Holland v Lampen-Wolfe, [2000] 3 All ER 833; [2000] 1 WLR 1573.)

57) *Ibid.* Holland v Lampen-Wolfe 事件貴族院判決において、Lord Milletは、コモン・ロー上の免除を判断する際には、「I Congreso事件で判示された法により、訴えられた行為が主権的 (*jure imperii*) か業務管理的 (*jure gestionis*) かが問題となる」と述べている。

58) 英国 1978年SIA 23条3項・4項; オーストラリア外国国家免除法7条; シンガポール国家免除法1条2項・3項。

る手続といった一定の事項に限定されており⁵⁹⁾、いまのところ重大な人権侵害行為にコモン・ローが適用された事案はない⁶⁰⁾。そして、パキスタンを除くいずれの国内法においても、不法行為について免除が否定されるのは、当該不法行為またはそれによる損害等が自国領域内でおきている場合に限定されており⁶¹⁾、不法行為に関する規定の適用についてはアメリカ合衆国と同様に領域的な制限がある。

しかしながら、放棄の意思表示は、「放棄は推定されない」という一般的な解釈原則にもとづき、これまで厳格に解釈されてきた⁶²⁾。国家免除の文脈においても、裁判権の行使に対する同意または免除の放棄の意思表示は推定されない⁶³⁾。したがって、強行規範や条約の締結からその意思表示を引き出すことは恣意的な解釈と思われる。また、強行規範に関し、Yang が指摘するように、「その同意なくして *jus cogens* が国家を拘束するという[とき、]…ここでの『同意』は強行規範の拘束力についての同意を意味するのであって、他国の国内裁判所への同意を意味しない。」⁶⁴⁾ 同じことは国際条約にも妥当するのであり、Karagiannakis が述べるように、実効的救済を付与する義務とは、「国家が、その領域内で生じた侵害に対して、国内裁判所の特定されない何らかの[救済]方法を提供し、かつ、[国家が]それに服することに合意すること」を意味するにとどまる⁶⁵⁾。したがって、強行規範の存在または国際条約の締結それ自体を理由に免除の放棄を推定するアプローチの採用は、このような同意の推定が国家免除に関して慣習国際法上確立しない限り困難であると思われる⁶⁶⁾。

59) 英国 1978 年 SIA16 条 2 項（駐英外国軍隊に関する手続の除外）・3 項（1965 年原子力施設法 17 条 6 項が適用される手続の除外）・4 項（刑事手続の除外）・5 項（11 条に規定される付加価値税および所有不動産にかかる税以外の税に関する手続の除外）；シンガポール国家免除法 19 条 2 項（駐留軍隊、刑事手続、および、13 条に規定される関税、消費税、物品サービス税または所有不動産にかかる税以外の税に関する手続の除外）；南アフリカ外国国家免除法 2 条 3 項（刑事手続の除外）；カナダ国家免除法 18 条（刑事手続および刑事手続の性質をもった手続に対する適用除外）；パキスタン国家免除令 18 条 2 項（駐留軍隊、刑事手続、または、12 条に規定される付加価値税および所有不動産にかかる税以外の税に関する手続の除外）。

60) ただし、カナダでは、慣習国際法は制定法を経ずに即座にコモン・ローに編入されるため、SIA に規定されていない免除例外がコモン・ローとして適用される可能性はあるとの指摘がある。（Larocque, *supra* note 31, pp.374-380.）

61) 英国 1978 年 SIA5 条；シンガポール国家免除法 7 条；南アフリカ外国国家免除法 6 条；カナダ国家免除法 6 条；オーストラリア外国国家免除法 13 条；アルゼンチン外国国家免除法 2 条(e)。パキスタン国家免除令では人身損害に関する規定それ自体が存在しない。

62) 中谷和弘「言葉による一方的行為の国際法上の評価（三・完）」『国家学会雑誌』111 卷 1 号=2 号（1998 年）18 頁；*Yb.I.L.C.*, 2006, Vol. II, Part Two, p.370.

63) Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with Commentaries, 1991, *Yb.I.L.C.*, 1991, Vol. II, Part Two, p.27.

64) Xiaodong Yang, “*Jus Cogens* and State Immunity”, *New Zealand Yearbook of International Law*, Vol.3 (2006), p.154.

65) Karagiannakis, *supra* note 13, p.21.

66) Jürgen Bröhmer, *State Immunity and the Violation of Human Rights* (Martinus Nijhoff, 1997), p.

2. 慣習法上の例外アプローチ

慣習国際法上、国家は基本的人権を侵害する行為について免除を享受しないことが確立しているとする主張がある。現在、国家免除に関し、いわゆる「業務管理的行為」について免除を否定することが国際法上許容されるという以上の慣習国際法規則の確立は見出されていない。この立場の論理構成は従来の慣習法理解に疑義を提起する点において、その他の論理構成のいずれとも異なる。そこでこれを便宜的に「慣習法上の例外アプローチ」と呼ぶこととする。この立場の論者は、免除されるか否かを判断する基準から、国際法違反行為に対して免除が否定されるとする論者と、国際法違反を含む諸国家の共通利益を侵害する行為に対して免除が否定されるとする論者との2つに分けられる。後者のアプローチは、国家免除に関する規則全体の包括的な再検討を試みるアプローチであり、業務管理的行為に対する免除例外もこのアプローチのなかで正当化される。

前者のアプローチを主張した代表的な論者が Paust である。Paust は、1983 年の段階で既に、国際テロに対する被害者の救済の必要という観点から、学説および国内判例の検討にもとづき、「国際法違反にかかわる場合におけるこの非免除は、実のところ慣習国際法の現れである」と主張した⁶⁷⁾。さらに、Paust は、1985 年の論文においては多少主張を弱めたものの、「…公的行為に対しても、また、主権的行為 (public acts *jure imperii*) に対しても包括的な免除など存在してはいない」のであり、「国際法および合衆国法上、国際法違反については外国国家の免除を否定することが、義務づけられるとまではいかないまでも適切である。」と述べている⁶⁸⁾。

それに対し、諸国家の共通利益を侵害する行為について免除が否定されるとする後者のアプローチを論理的かつ詳細に論じたのが、2003 年の Caplan の論文である⁶⁹⁾。Caplan

191; 小畑郁「プリンツ事件」田畑茂二郎編代『判例国際法』(東信堂、2000年)92頁; 水島「前掲論文」(注37)107頁。

67) Jordan J. Paust, "Federal Jurisdiction over Extraterritorial Acts of Terrorism and Nonimmunity for Foreign Violators of International Law under the FSIA and the Act of State Doctrine", *Virginia Journal of International Law*, Vol.23, No.2 (1983), p.223.

68) Jordan J. Paust, "Draft Brief concerning Claims to Foreign Sovereign Immunity and Human Rights: Nonimmunity for Violations of International Law under the FSIA", *Houston Journal of International Law*, Vol.8 (1985), p.57.

69) Lee M. Caplan, "State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory", *A.J.I.L.*, Vol.97 (2003), pp.741-781. 慣習法とまでは主張していないが、「国際法上の強行規範に反する行為に対して[免除を制限する]第3の部類」を付け加えることは、「現行法と整合している」と主張した論文として以下をあげられる。Stacy Humes-Schulz, "Limiting Sovereign Immunity in the Age of Human Rights", *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 21 (2008), p.137.

は国家免除原則の射程を広くとる立場を批判し、以下のように主張を展開した。まず、国家免除は国家平等にもとづく国家の基本権ではなく⁷⁰⁾、主権平等原則と裁判管轄権原則との抵触のなかで、国家間の相互交流と相互の便宜供与によって相互の利益を高めるためになされた実際上の黙認であって、裁判管轄権の例外たる特権である⁷¹⁾。したがって、国際法上の国家免除の射程は、法廷地国が裁判権を譲歩して免除することに合意してきた状況を確認することによって明らかとなる⁷²⁾。国家実行を検討するに、「諸国家からなる共同体の集合利益」に資する重要な国家の行為に関して、裁判管轄権を放棄する実行が蓄積し、慣習国際法として凝集されてきた⁷³⁾。それによると、「慣習国際法上、国家免除の唯一の存在理由は、それにより国家が実効的に機能しかつ秩序正しい国際関係が維持されるということ」にあり、「外国国家の行為が有益な国家間関係の発展を阻害する場合には、国家免除の『合意』の対象外となり、国際慣習上免除されない。…免除される業務と免除されない業務とを区分する基準は、制限免除主義のように国家の行為が公的か私的かではなく、当該行為が法廷地国にとってきわめて重要な利益を実質的に毀損するかどうかである」⁷⁴⁾。法廷地国は国際法に免除の付与を義務づけられない範囲において、免除の否定に広い裁量権を有するが、その政策判断は裁判管轄権に関する国際法規則に整合していなければならず、法廷地国も国際共同体に帰属する以上、国際法規則に違反してはならない⁷⁵⁾。この「共通国益理論によれば、国家間関係、とりわけ法廷地国と外国国家との関係を深めない国家の行為は免除の保護を受けない。この種の行為の最たる例が、被告外国国家が法廷地国の不可欠の利益を毀損する行為であり、たとえば法廷地国民の虐待である。」⁷⁶⁾ Caplanはこのように述べて、少なくとも法廷地国国民に対する人権侵害行為については、国家免除に関する慣習国際法上免除を否定されていると主張した。

これらのアプローチは、国家免除に関する慣習国際法の適用の帰結として、国際法に反する行為・人権侵害行為に対して国家の免除が否定されると主張する。しかしながら、PaustやCaplanの主張する慣習法上の例外アプローチは、国家実行の裏づけを欠くように思われる⁷⁷⁾。

確かに、国際法上違法な行為に対して免除が否定されるとする見解がこれまでに存在し

70) Caplan, *ibid.*, pp.748-749.

71) *Ibid.*, pp.749-750.

72) *Ibid.*, p.777.

73) *Ibid.*, p.751, n.73, p.780.

74) *Ibid.*, p.777.

75) *Ibid.*, p.778.

76) *Ibid.*, p.781.

77) 水島「前掲論文」(注37) 104-105頁.

なかったわけではないが⁷⁸⁾、20世紀末になり重大な人権侵害行為が問題とされるようになるまで、国際法上の違法性を理由に免除が否定されると判示された事例はきわめて僅かであった。Paustを含め同様の立場を主張する論者は、国際法違反を理由に免除を否定した先例として、18世紀末から19世紀初頭にかけての船舶の事案を援用する。そのなかでもとりわけ頻繁に言及されるのが、1822年のアメリカ合衆国最高裁 *The Santissima Trinidad* 事件判決である⁷⁹⁾。本件は、Provincias Unidas del Río de la Plata (リオ・デ・ラ・プラタ連合)の武装公船による、スペイン船舶 *Santissima Trinidad* の捕獲に関し、スペイン船舶のそもそもの所有者よりその積荷の返還を求める訴えが提起された事件である。Story 判事は、当該船舶の中立国たるアメリカ合衆国での軍備増強が諸国民の法・中立法・国内法違反を構成し⁸⁰⁾、その同一航海中に行われた本件捕獲は不法行為を構成すると認定したうえで⁸¹⁾、属地的管轄権の例外は「諸国民の平和と調和を維持し、かつ、その尊厳と権利ともっとも合致する方法で外交を規律することを目的とした、共通の慣行および公共政策のようなものによってのみ許容される」ところ、「平和のために諸国民の一般的実行から法により推定される許可が、国家が悪事を行うことの許可と解釈され、かつ、信義誠実や友好から同じく推定される我が国の港に避難を求める人々に課されるすべての義務の違反が正当化されるとなると、まったく奇妙なことである」として、当該船舶が運んできた捕獲物に対してアメリカ合衆国の裁判所の管轄権が及ぶと判断した⁸²⁾。しかし、本件におけるアメリカ合衆国による裁判権の行使は、中立に関する一連の法規則にもとづく中立国としての権利の行使であって、国際法違反を理由に国家免除が否定された事例として解することは困難であるように思われる。この点につき、たとえば、Halleck は、「…中立の権利を侵害して獲得された財産が中立国の領域内に持ち込まれた場合、そもそもの所有者にそれを返還することは、その[中立]国の権利および義務である。」と述べるとともに⁸³⁾、さらに、アメリカ合衆国を例にとり、中立な政府の裁判所の管轄権は「特定の財産を返還するためにのみ行使され…、海事侵害に関する通常の事件や捕獲者の母国によってなされる懲罰的な損害賠償を賦課することには及ばない。[裁判所は、]…交戦団体の就航している巡洋艦による船舶の拿捕に対する損害賠償請求の申立には、管轄権をもたない。」

78) Rolando Quadri, *La giurisdizione sugli stati stranieri*, (A. Giuffrè, 1941), pp.127-128; 水島「前掲論文」(注37) 107頁。

79) 20 U.S. (7 Wheat.) 283 (1822); Cf. Anthony D'Amato, *International Law: Process and Prospect* (Transnational Publishers, 1985), pp.201-204.

80) 20 U.S. (7 Wheat.) 283 (1822), pp.341-346.

81) *Ibid.*, pp.348-349.

82) *Ibid.*, pp.353-354.

83) H.W. Halleck, *International Law; or, Rules Regulating the Intercourse of States in Peace and War* (D. Van Nostrand, 1861), §23, pp.531-532.

と指摘しており⁸⁴⁾、中立国による返還手続きがきわめて限定された権利であることが示唆される。したがって、中立を侵害された中立国の裁判所による侵害した船舶の捕獲物の所有者への返還手続きは、中立法上の中立国の権利および義務であって、中立以外に安易に一般化する事例ではないと思われる。

また、アメリカ合衆国 1976 年 FSIA §1605(a)(3)は、国際法上違法に収用された財産に関する手続きについて免除の否定を規定しており、慣習国際法上国際法違反行為に対して免除が否定されてきたことの論拠として援用されることがある。しかしながら、国有化は、制限免除主義を採用した多くの国家において、その合法違法を問われることなく主権的行為と判断されてきた⁸⁵⁾。財産収用に関する規定をもって、国際法に反する行為一般に免除が否定されるとの解することもまた過度な一般化であるし、それ自体慣習国際法として確立しているとは到底評価できない。さらに、かりに Caplan が述べるように、「法廷地国と外国国家との関係を深めない国家の行為は免除の保護を受けない」としても、人権侵害行為に対して免除が否定される実行は 1980 年代以降わずか数国に散見されるにとどまり⁸⁶⁾、このような行為が免除の否定を惹起するほどに国家間関係を毀損するとの理解それ自体、ここ 20 数年の間に登場した認識であるように思われる。

したがって、国際法違反行為または人権侵害行為に対して慣習国際法上の国家免除がそもそも及ぶか否かはともかくとして、そのような行為に対して免除が否定されるという慣習国際法は存在していないと評価するのが妥当であろう。

3. 強行規範無効アプローチ

強行規範違反行為に対して国家免除を付与することは当該強行規範に抵触するため無効であり、免除は否定されるとする主張がある。この立場を「強行規範無効アプローチ」と

84) *Ibid.*, §24, p.532.

85) Schreuer, *supra* note 25, p.55.

86) アメリカ合衆国に加え、ギリシアとイタリアの裁判所が近年 1 件ずつ認めたにとどまる。Cf. Maria Gavouneli & Ilias Bantekas, “Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany. Case No.11/2000”, *A.J.I.L.*, Vol.95, No.1 (Jan., 2001), pp.198-204; Maria Panezi, “Jurisprudence: Sovereign Immunity and Violation of Jus Cogens Norms”, *Revue hellénique de droit international*, 56ème année (2003), pp.199-214; 山手治之「ドイツ占領軍の違法行為に対するギリシャ国民の損害賠償請求訴訟 (1)」『京都学園法学』2005 年第 2・3 号 (2005 年) 217-232 頁; 「ドイツ占領軍の違法行為に対するギリシャ国民の損害賠償請求訴訟 (2)」『京都学園法学』2006 年第 3 号 (2006 年) 293-353 頁; Andrea Bianchi, “Ferrini v. Federal Republic of Germany”, *A.J.I.L.*, Vol.99, No.1 (2005), pp.242-248; Pasquale De Sena & Francesca De Vittor, “State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case”, *E.J.I.L.*, Vol.16, No.1 (2005), pp.89-112; Carlo Focarelli, “Denying Foreign State Immunity for Commission of International Crimes: The Ferrini Decision”, *I.C.L.Q.*, Vol.54 (2005), pp.951-958.

呼ぶ⁸⁷⁾。この立場は、強行規範の違反を行為の性格の判断要素に組み込み、行為の性質の帰結として免除を否定する非主権的行為アプローチや、強行規範が存在するからその違反行為に対する免除の放棄を推定する黙示の放棄アプローチと異なり、強行規範の直接の効果として免除が否定されるとする。

たとえば、Orakhelashvili は、まず強行規範の性格について、「強行規範の不実施は、[強行規範の]違反と同じように共同体の利益を害しうる」のであり、「拷問、戦争犯罪またはジェノサイドの回避のみならず、損害賠償や犯罪人の訴追といったこれらの侵害行為に対する適切な救済の実現もまた、この共同体の利益である」として⁸⁸⁾、その効果が規範の執行にまで及ぶと主張する。彼によると、「[強行規範が]国家およびその職員の免除に関する『規則』または原則を凌駕することは、上位規範たる強行規範の自然な効果」であり⁸⁹⁾、「2組の規範間の抵触は強行規範を尊重する規範の階統の枠組を考慮して解決されなければならない」⁹⁰⁾。したがって、たとえば拷問を禁止する規範は、その規範の性格の帰結として、一般法か特別法かにかかわらずに国家免除原則に優位することになる⁹¹⁾。Orakhelashvili は、「国家免除という手続的障害は、階統上優位する規範と抵触すると法的効果を生じない」と述べるに留まり⁹²⁾、裁判権の行使が義務づけられるのか許容されるにとどまるのかについては明言していないが、強行規範の効果が執行にまで及ぶと解していることから鑑みて、法廷地国は原則として重大な人権侵害行為に対する裁判権の行使を義務づけられるとの立場であると思われる。

また、Cassese も、「強行規範は、外国国家の裁判権からの国家免除を取り去りうるという点において、[国家免除]にも影響を与えうる。」と指摘する⁹³⁾。さらに、Al-Adsani v. the United Kingdom 事件に関する欧州人権裁判所の反対意見においても、強行規範の優越性の帰結として、「抵触する規則は無効となるか、また、いずれにせよ強行規則の内容と抵触する法的効果を生じない」とし、「拷問の禁止に関する強行規範規則と国家免除に

87) Parlett は、この主張を“trumping” argument と呼ぶ (Kate Parlett, “Immunity in Civil Proceedings for Torture: The Emerging Exception”, *E.H.R.L.R.*, Issue 1 (2006), p.51). また、Yang は“abrogation theory”と名づける (Yang, *supra* note 64, p.131.).

88) Orakhelashvili, *supra* note 29, pp.79-81. Orakhelashvili による同趣旨の論文として、以下参照のこと。Alexander Orakhelashvili, “State Immunity and International Public Order”, *German Yearbook of International Law*, Vol.45 (2002), pp.227-267; “State Immunity and International Public Order Revisited”, *German Yearbook of International Law*, Vol. 49 (2006), pp.327-365; “State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong”, *E.J.I.L.*, Vol.18 (2008), pp.955-970, especially pp.963-970.

89) Orakhelashvili, *supra* note 29, p.341.

90) *Ibid.*, p.343.

91) *Ibid.*, p.344.

92) *Ibid.*, p.345.

93) Antonio Cassese, *International Law*, 2nd ed. (Oxford University Press, 2005), p.208.

関する規則の相互作用により、国家免除という手続上の障害は自動的に解除される。なぜなら、それらの規則はより高位の規則と抵触しているので何らの法的効果を生じないからである。」と主張された⁹⁴⁾。

以上から明らかになるように、このアプローチは強行規範と国家免除の関係について以下の3点を前提としている⁹⁵⁾。第1に国際法規範には序列があること、第2に抵触する規範を無効とする強行規範の効果は、条約のみならず慣習国際法や国内法にまで及ぶこと、第3に強行規範は直接的に抵触する実体法のみならずその執行を妨げる規則をも無効化することである。第1の点に関し、今日、具体的内容についてはともかく、階続の存在それ自体は広く認められるところであるように思われる⁹⁶⁾。しかしながら、第2、第3の前提および、このアプローチを採用した場合の帰結については激しい批判がある⁹⁷⁾。

まず、前提の第2の点につき、ウィーン条約法条約53条および64条によれば、強行規範の効果はそもそも条約の無効化であって、慣習国際法までをも無効化する効果はないとの批判がある⁹⁸⁾。これに対して、強行規範無効アプローチを主張するOrakhelashviliは、「強行規範と抵触する[規則]の無効という概念は、ウィーン条約が発明したものではなく一般国際法の一側面」であり、「一定の行為が根源的かつ非常に重大な違法性を伴うので、逸脱可能な条約中の規定により支持されていたとしても正当化されえないことから、条約に強行規範が適用されると解するのが正しいアプローチである」と反論する⁹⁹⁾。ある規範が強行規範であるのは国際共同体に不可欠の価値を保護法益としているからであるから、論理的にその効果は抵触する条約の無効にとどまらず、抵触する任意規範すべてに妥当するはずである。また、条約しか無効化されないとすると、たとえば地域的慣習国際法によって強行規範と抵触する規範の定立が可能となり、両者の関係が問題となるほか、實際上、国際共同体にとって重要な価値に保護が及ばないこととなる。したがって、Orakhelashviliの反論は妥当と思われる。

94) Case of Al-Adsani v. the United Kingdom [G.C.], no.35763/97, E.C.H.R., 2001-XI, p.112. (Joint Dissenting Opinion of Judge Rozakis and Caflisch Joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajić.)

95) Parlett, *supra* note 87; Yang, *supra* note 64, pp.136-152.

96) この点につき、Caplanは、強行規範の射程と内容が依然として不明確であるために、「法廷地国から自身の裁判所の規律権を奪うことになるばかりか、ある国際法規範が強行規範の地位に達しているかどうか判断することまで強いることになる」と批判する (Caplan, *supra* note 69, p.773.)。ただし、批判した当人も「海賊、ジェノサイド、奴隷、攻撃および拷問、[これらの]禁止といった一定の規範」が、強行規範であることにはコンセンサスが生じていると認めており (*Ibid.*, p.772.)、一定の範囲に合意はあると評価できよう。

97) 当然のことながら、人権侵害行為に対しては慣習国際法上免除が付与されないと主張する論者は、国家免除に関する規範と強行規範との抵触がそもそもないと批判する。(Cf. Caplan, *ibid.*, p.771.)

98) Zimmermann, *supra* note 21, pp.437-438.

99) Orakhelashvili, *supra* note 29, pp.205-206.

続いて、とりわけ激しい批判があるのが前提の第3の点、強行規範はそれに反する規範または行為のみならず、違反に対する強行規範の効果を妨げる（可能性がある）、その履行に関する法規則までも無効とするという理解についてである。批判者は、実体と手続とは区別され、強行規範たる実体法が必ずしもその手続に関してまで効果を有するわけではなく、基本的人権侵害を禁じる国際法規則が強行規範であるとしても、法廷地国はその規則によって被害者に救済を提供することまで義務づけられるわけではないと主張する¹⁰⁰。

たとえば、前述したように、免除肯定論を主張する Zimmermann は、強行規範による一定の行為の禁止が、法廷地国に対して被告国家に免除を否定する権利を付与するとはいえないと指摘する¹⁰¹。Fox は、国家免除が国際関係と私人間関係との間に境界線を引く役割を果たしているとの理解から¹⁰²、「国家免除は国内裁判所の管轄権についての手続規則である。それは実体法に関するものではなく、強行規範に含まれている禁止と矛盾しない。その違反を別の処理方法にまわすだけである。」と述べる¹⁰³。De Wet も同じく、強行規範とされる拷問行為の禁止が被害者に損害賠償請求権の履行を認める義務をも含むという広い解釈は、国家実行上支持されていないと指摘する¹⁰⁴。そして、Tomuschat も、「法的効力が他の『通常の』規則に階層的に優越する一次規則と、二次規則によって規律されることとなるその帰結とを区別することが適切である」としたうえで、武力行使の禁止・拷問禁止・ジェノサイドの禁止といった一定の行為を禁じる強行規範が、いずれもその違反についての規則を組み込んでいないことから、違反に関する規則は強行規範でもなければ、一次規則が強行規範であることから引き出されるものではないとして、「裁判権免除が優越する規則により妨げられるとの主張は説得力がない」と主張する¹⁰⁵。

さらに、この論理構成が導出する帰結についても批判がある。Reimann は、強行規範が国家免除に関する規則に優位するのであれば、「強行規範に反する場合には、免除を否定しうる (may) のみならず、否定しなければならない (must) との帰結が導かれるよう

100) 以下にあげるもののほかに、同様の主張をするものとして、水島「前掲論文」(注37)102頁; Dapo Akande, "International Law Immunities and the International Criminal Court", *A.J.I.L.*, Vol.98, No.3 (2004), p.414; Thomas Giegerich, "Do Damages Claims Arising from *Jus Cogens* Violations Override State Immunity from the Jurisdiction of Foreign Courts?", Christian Tomuschat & Jean-Marc Thouvenin, *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes* (Martinus Nijhoff Publishers, 2006), pp.226-227.

101) Zimmermann, *supra* note 21, p.438.

102) Fox, *supra* note 13, pp.517-518.

103) *Ibid.*, pp.524-525; Caplan, *supra* note 69, pp.771-772.

104) Erika de Wet, "The Prohibition of Torture as an International Norm of *jus cogens* and Its Implications for National and Customary Law", *E.J.I.L.*, Vol.15 (2004), p.107.

105) Christian Tomuschat, "L'immunité des Etats en cas de violations graves des droits de l'homme", *Revue generale de droit international public*, Vol.109, No.1 (2005), pp.57-58.

に思われる。しかしこれは行き過ぎである。国家は国際法に違反した他国に制裁を加える義務を課されておらず、法廷地国は、自身がふさわしいと考えるすべての事例について、国内法上免除を付与する自由を維持しないはずがない。」と主張する¹⁰⁶⁾。また、De Wetは、強行規範の優位にもとづき免除が否定されるとすると執行免除まで否定されることになるが、執行が非商業的財産に対してまで及ぶとすると、国際関係の基本枠組みにまで大きな影響を与えること¹⁰⁷⁾、さらに、免除を否定するために、強行規範がとりわけ小国に対して政治的に濫用される可能性が大きいことを指摘する¹⁰⁸⁾。その結果、「…拷問禁止という強行規範が主権免除に優位することによる不安定化が、強行規範の実効性 (*effe util*) を最大化することにより得られる利益に勝る可能性がある」として¹⁰⁹⁾、強行規範の効果の拡大解釈に異議を唱える。

これに対し、強行規範無効アプローチをとる論者は、強行規範は固有の重要性を有しており、執行に関してもその効果を伴わないとすればその意義は失われることとなる、また、実体法と手続法との区別は国際法上不分明であり、免除を本質的に手続的なものと捉えて強行規範の対象外とすることは正当化されないと反論している¹¹⁰⁾。

以上から明らかになるように、強行規範無効アプローチに対する賛否の争点は、強行規範の効果についての理解の相違にある。一方は、強行規範がその執行を妨げる国際法および国内法まで無効化する効力を有するとの理解を前提とし、他方は、強行規範が実体法上の効果に留まるとの理解を前提とする。このアプローチの可否を判断するには、強行規範概念の明確化が不可欠である。

4. 体系的解釈アプローチ

この立場の論者は、国家免除は国際法体系に帰属する一規則である以上、国際法体系の目的および価値に従って体系的かつ整合的に解釈されなければならない、その帰結として、国際法違反を構成する人権侵害行為に対しては国家免除が付与されないと主張する¹¹¹⁾。この立場を便宜的に「体系的解釈アプローチ」と呼ぶ。このアプローチは、強行規範無効ア

106) Mathias Reimann, "A Human Rights Exception to Sovereign Immunity: Some Thoughts on *Prinz v. Federal Republic of Germany*", *Michigan Journal of International Law*, Vol.16 (1995), p.421.

107) De Wet, *supra* note 104, pp.109.

108) *Ibid.*, pp.110-111.

109) *Ibid.*, p.120.

110) Orakhelashvili, *supra* note 29, p.341.

111) 近年、国際法のフラグメンテーションに対処する際に鍵となる概念のひとつとして、体系的解釈が注目されている。Cf. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law, Commission

アプローチが前提とする、強行規範たる基本的人権に関する諸規則と国家免除原則との抵触に関する強い批判を受けて、強行規範による国家免除の無効化に依拠しない論理構成として提案された。

国家免除原則とその他規則との整合的な解釈を主張する論者は、国家は国際法上原則として免除されるが、国家免除原則と他の法規則との関係については未確立であり、国際法によって保護されるべき価値の変化を考慮に入れて国家免除に関する法規則を解釈すべきであると主張する¹¹²⁾。

この立場の代表的な論者である Bianchi は¹¹³⁾、強行規範無効アプローチを論理的には認めつつも、「拷問禁止その他少数の国際人権規範を強行規範と特定し、国際秩序においてより優越する価値を保護するために、国家免除をより序列の高い規則に服しめる」ことになれば、「国内裁判所における国際人権訴訟というパンドラの箱が開かれざるをえない」として¹¹⁴⁾、実際上の観点から最良のアプローチではないと評価し、より穏やかで現実適合的なアプローチを模索する。そして、「規則間の合理的な関係は、その規則の属する法秩序の基本構造を構成する『適切な諸価値への全体の“従属”』、および、『他の適切な諸価値との回避可能な抵触の不存在』によって生じる」と指摘し、免除が国際法により判断されるべき問題であることに異議はないので、「[免除に関する]規則の一貫性は他の国際法規範を背景として分析されるべき」とであると述べた¹¹⁵⁾。今日の国際共同体において優越している価値は人権であるから¹¹⁶⁾、国際法秩序の一貫した解釈によると、基本的人権の保護に関する原則は国家免除原則に優位すると主張する¹¹⁷⁾。Bianchi は、法を解釈する際には、規範の階統に配慮するとともに、「立法者が一貫して行為したとの推定」に立って「法の裁決と執行における帰結と含意」とを考慮しなければならないとし¹¹⁸⁾、体系的かつ首尾一

Finalized by Martti Koskeniemi, A/CN.4/L.682, 13 April 2006, pp.206-243, paras. 410-480.

112) 強行規範の違反であることを踏まえて、国内法をそれに従って解釈すべきとの主張が原告被害者から提起された事件として、たとえば、Buzari v. Islamic Republic of Iran, [2002] O. J. No.1624 (S.C.J.), per Swinton J.; aff'd by [2004] O. J. No.2800 (C.A.). がある。しかし、第一審オンタリオ高等法院の Swinton 判事により、「法廷地国域外で侵された拷問行為を国家免除の例外とする一般的な国家実行が存在する」との結論を支持する国家実行は存在せず、「カナダ法は、現在の形で、今日の慣習国際法規範と整合している」と判断された (Ibid., para.73.)。

113) Bianchi, *supra* note 18, pp.195-229. Bianchi による本稿と同趣旨の主張が一部含まれる論文として以下をあげられる。Andrea Bianchi, “L’immunité des Etats et les violations graves des droits de l’homme: la fonction de l’interprète dans la détermination du droit international”, *Revue générale de droit international public* (2004), pp.99-100.

114) Bianchi, *supra* note 18, p.219.

115) *Ibid.*, p.220.

116) *Ibid.*, pp.202-206.

117) *Ibid.*, p.220.

118) *Ibid.*, pp.220-221.

貫した (systematically and coherently) 法規則の解釈を通じて¹¹⁹⁾、強行規範ではない国際法規則に保護される人権を含む、人権侵害行為について国家免除が否定されうると主張した¹²⁰⁾。

この立場は、強行規範無効アプローチと異なり、強行規範による国家免除原則の無効を主張するのではなく、両国際法規則の保護法益を国際社会の価値基準によって衡量することによって免除の否定を導出する。したがって、基本的人権の保護に関する原則が国家免除原則に必ず優位するとは言えない。Bianchi のような理解は、体系的解釈アプローチが有する、人権法の保護法益と国家免除に関する法規則の保護法益とを衡量しようというメリットを毀損する理解である。かりに、Bianchi の言うように、今日の国際共同体において人権という価値が優越しているとしても、加害国に対して裁判権を行使することが必ずやその保護に資するというわけではない。

Bianchi の主張を離れて、国家免除原則の体系的解釈というアプローチそれ自体はどのように評価できるであろうか。国家免除に関する条約は少なく、現時点においては、不文法たる慣習国際法上の法規則が適用されることとなる。国家免除が条約の規定ではない以上、裁判所における作業は条約解釈ではなく慣習法規則の特定である。慣習法を特定する際に検討されるのは国家実行と法的確信となる。そこに慣習国際法それ自体の解釈という余地はなく、体系的解釈というアプローチはそれ自体論拠が不明確である。また、国際社会において優越している価値を判断するのは解釈者であり、かつ、他の国際法規範をふまえた国際法規則の解釈の具体的な方法は指示されていないのであって、恣意的な判断がなされる恐れがある。ただし、国家免除に関し条約が適用されるとすれば、ウィーン条約法条約 31 条 3 項(c)の「当時国との関係において適用される国際法の関連規則」を通じて、他の国際法規則と整合的な体系的解釈が展開される余地はあるかもしれない¹²¹⁾。

この点、Karagiannakis は、解釈の方法を具体的に指定した。Karagiannakis は、国際法上免除が原則であるとしたうえで、「免除をどのように限定するのか規定する実定国際法規則は存在しない」と指摘し、そのため国際法上の人権に関する免除の内容を決定するには「基本的かつ明確に確立した国際法規則から演繹する必要がある」と主張して¹²²⁾、

119) *Ibid.*, p.219.

120) *Ibid.*, p.228. 他方で、「法の裁決および執行の帰結と含意」を考慮要素とすると、Bianchi の意図とは異なるが、強行規範の違反に対しても「不当な帰結」を導出する場合には、免除が付与される可能性がある。

121) Cf. Campbell McLachlan, “The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention”, *I.C.L.Q.*, Vol.54 (2005), pp.279-320; Andreas L. Pauls, “Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation: An Attempt at a Re-appraisal”, *Nordic Journal of International Law*, Vol.74 (2005), pp.297-334.

122) Karagiannakis, *supra* note 13, p.21.

以下のように議論を進めた¹²³⁾。第1に、主権国家の独立・平等・尊厳の諸原則は、法廷地国と外国国家とが同じ人権法に服している場合に免除を付与することを要請せず、また、内政不干渉原則は国家の留保事項ではない人権侵害行為には適用されない¹²⁴⁾。第2に、当該行為が国際法に反する行為であり、かつ、加害国国内で実効的な救済が手に入れられる場合、そこでの救済の追求が不首尾に終わったときには免除は付与されるべきではない¹²⁵⁾。したがって、「第1に、外国国家が、法廷地国と同じ国際人権法およびそれに関連する同じ国内法に服していること、第2に、外国において国内救済が利用可能であり、追求されたが不首尾に終わったこと、第3に、法廷地国の裁判所が、免除以外に利用可能な〔裁判権の行使の〕抑制に関する規則を有していること」、以上の「3要件が満たされる場合には、免除を付与する必要はない」と主張した¹²⁶⁾。

この立場は、免除の制限に関する具体的な実定国際法規則は存在しないとの前提に立ち、慣習国際法規則が未確立の分野においては、他の国際法規則に違反しない限りにおいて原則として裁判権を行使することが許されると理解する。そして、その帰結として、人権侵害行為に対して免除が否定されうると主張する。したがって、このアプローチの採用の可否は、国家免除に関する慣習国際法規則に依存する。本稿に即して言えば、国際法上保護される人権侵害行為に対する国家免除について国際法規則が確立している場合には、当該アプローチが採用される余地はない。

Karagiannakis は、なぜ主権国家の独立・平等・尊厳の諸原則が、法廷地国と外国国家とが同じ人権法に服している場合に免除を付与することを要請しないのか、また、外国において国内救済が利用可能であり、追求されたが不首尾に終わった場合に免除が付与されるべきではないのか、その理由を明らかにほしめない。外国国家と法廷地国とが同内容の国際法および国内法に拘束され、その違反に関し自国裁判所において訴えられうるとしても、同内容の法律違反について他国の国内裁判所で訴えられることをそれと同視することはできない。国家免除原則は、まさにこのような場合であっても、円滑な国家間関係を維持するために、国家に対する他国の裁判所による裁判権の行使を排除する原則である。

このアプローチの射程は、Karagiannakis 本人も指摘するように「強行規範に含まれるかどうかにかかわらず、人権一般に及ぶ」かなり広いものであり、その採用には慎重な

123) Karagiannakis は、Crawford が1983年の論文で提唱した枠組に沿って主張を展開した。Cf. James Crawford, "International Law and Foreign Sovereigns: Distinguishing Immune Transactions", *B. Y. I. L.*, Vol.54 (1983), pp.75-118.

124) Karagiannakis, *supra* note 13, 21-22.

125) *Ibid.*, p.22. 国際紛争の処理に関する諸規則は国対国の紛争において適用される規則であるので、非国家当事者との紛争には直接的には適用されない。

126) *Ibid.*, p.23.

判断が必要である¹²⁷⁾。国家に免除を付与することで守られる国際法上保護すべき一定の利益があるとするとこれまでの理解に立てば、国際法上の基本原則に反しないことは免除を否定する十分条件にはなりえても、免除を否定する積極的な必要条件にはならない。また、被告外国国家にとってはもちろんのこと、法廷地国にとって、外国国家に対する裁判権に関する裁量の範囲が広がるのがそれ自体として望ましいことであるのかは検討する余地がある。

IV. おわりに

本稿において整理した重大な人権侵害行為に対する国家免除についての学説の相違は、第1にフォーラムの適切性、第2に国家免除制度の内容、第3に強行規範の効果、第4に国際法規範の解釈方法、以上の4点についての立場の相違を反映したものであるとまとめることができる¹²⁸⁾。

第1のフォーラムの適切性とは、国家等による人権侵害行為についての救済フォーラムとして国内裁判所が適切であるのかどうか、また、国内裁判所が外国国家によって人権を侵害された個人に救済を付与すべきかどうかということである。国家免除肯定説は、多数国間条約上のトランスナショナルな救済メカニズムの充実こそが国家等による人権侵害行為に対する適切な対処方法であり、たとえ国内裁判所が国際法上管轄権を行使しようとしても、外国国家に免除を付与すべきであると主張しており、国内裁判所での救済を肯定的に評価する国家免除否定説との根本的な相違がここにある。

第2の国家免除制度の内容とは、国際法上の国家免除制度は強行規範あるいは国際（人権）法に違反している行為について免除を否定するのかどうかということである。黙示の放棄アプローチと非主権的行為アプローチを採用する論者は、強行規範の違反行為は、通説的に免除の否定が許容されてきた、国家による自発的な免除の放棄と非主権的行為とに該当するとして免除の否定を構成した。それに対して、慣習法上の例外アプローチは、国家実行の検討から、通説たる国家の行為の性格という基準とは別の免除判断基準を導出し、その基準のもとでは免除が否定されうると主張する。この立場は通説的な国家免除理解に

127) *Ibid.*, p.21.

128) Caplan は、黙示の放棄アプローチに対し、「人権侵害に対して外国国家が免除を享受する権利は国際法に由来するものではなく…国内法上の規律の問題である」と批判し、非主権的行為アプローチに対しては、「主権的行為と業務管理的行為との区分は『健全なる論理的基盤に依拠するものではない』」と批判する (Caplan, *supra* note 69, p.775.)。Caplan と各アプローチを主張する論者との間にはまさに国家免除について理解の相違があり、その相違が相互に意識されない限り議論が噛みあうことはない。

疑義を投げかけ、国家実行の検討から国家免除制度それ自体を再構築し、自身の理解の枠内で免除を否定する点で、前二者のアプローチと大きく異なる。

第3の強行規範の効果とは、人権侵害行為を禁止する強行規範が国家免除を無効とする効果をもつのかどうか、ということである。これは論理的には国家免除制度の内容とは切り離して考えることができる。強行規範無効アプローチを採用する論者は、強行規範の無効化という効果は抵触する実体法のみならずその手続法にまで及び、国内裁判所が強行規範の違反にもとづく訴えについて裁判権を行使しないことを阻止する効果を有すると主張した。それ以外の立場を採用する論者は、強行規範は抵触する実体法を無効化するにとどまりその実現の手続にまで及ばない（あるいは及ばない可能性がある）と解している。

第4の国際法規範の解釈方法とは、国際法規範が他の国際法規範の解釈に影響を与えるかどうかということである。国家免除制度の射程を広くとりつつ、国際法体系には階級性があり強行規範は任意規範に対して上位に位置すること、あるいは、少なくとも人権侵害を禁じる国際法が存在することを踏まえ、国際法は法体系である以上整合的に解釈されるべきであるとの理解のもとで提唱されたのが体系的解釈アプローチである。この立場は、国家免除制度の内容に理解の相違があること、および、強行規範の効果が不確定であることを受けて主張された。

したがって、国家免除が肯定されるか否定されるか、否定されるとしてどの論理構成が妥当であるかは、フォーラムの適切性に関する価値判断と、それぞれの論理が依拠する国家免除制度、強行規範、そして体系的解釈という3つの概念の射程および内容に還元されることになる。では、いずれの論理構成が論理的にかつ實際上、妥当かつ説得的であろうか。フォーラムの適切性についてはいずれの立場にも一理あり、拙速に判断することはできない。論理構成の可否および当否という観点から各アプローチを評価し、外延を埋める戦略が適切であろう。

まず、国家免除概念について検討するまでもなく、黙示の放棄アプローチを採用することは、国際法上の放棄に関する原則からして困難である。国家免除についての実行上も、このような抽象的かつ包括的な放棄または服する旨の同意が認められたことはない。次に、強行規範の違反にもとづく非主権的行為アプローチは、制限免除主義のもとで免除の否定を主張する立場であるが無理があると言わざるをえない。制限免除主義は行為の性質および目的を免除の可否の判断要素とする立場であり、国家実行上もそのように運用されてきたのであって、違法性という要素はそのなかには含まれていない。そして、当然のことながら、強行規範の違反行為を非主権的行為とする国家実行の蓄積もない。したがって、黙示の放棄アプローチおよび非主権的行為アプローチにもとづき免除の否定が認められるには、実行の集積より慣習国際法化するか、または、強行規範は免除の黙示の放棄を推定す

るとの条約を制定するほかない¹²⁹⁾。

そして、慣習法上の例外アプローチは、実行を概観する限りその存在の立証は困難である。引用される事例は中立法にもとづく判例であって、たとえば国際人権法に反する行為について裁判権が行使されると一般化することはできない。また、国有化事例については、国際法に反する収用について免除を否定しているのはアメリカ合衆国のみであり、国有化はその違法性にかかわらず一般に免除が認められてきた。また、強行規範や国際人権法に関する重大な人権侵害行為に対して免除が否定される実行が登場してきたのは近年のことであり、慣習国際法上の例外として確立しているとはいえない。

とすると、強行規範無効アプローチと体系的解釈アプローチに依拠することになるが、いずれも概念が不明確であって、現時点において、このもとに免除の否定を正当化することはできない。強行規範無効アプローチは、強行規範の効果に争いがあり、強行規範をもって免除を否定しうるかどうかが明らかではない。体系的解釈アプローチに至っては、慣習国際法を解釈しうるのかどうかそれ自体曖昧であり、その正当性の立証なくして援用すること自体不可能である。また、確立した国際法規則から解釈を導出するとしても、他の国際法規則に反しないことが、円滑な外交関係の維持といった保護法益を有する国家免除を否定する論拠とはなりえない。

以上より、現時点においては、国家免除否定論の採用するいずれの論理構成も説得力を欠くと評価するほかない。では、重大な人権侵害行為に関する免除の否定に、どのような論理構成から取組むべきであるのか。強行規範概念は不明確であり、解釈というアプローチは不明確のみならず安定性を欠く以上、国際法上の概念として確立しかつ実行の蓄積ある国家免除に関する国際法規則のもとで対処するほかない。

第1に、そもそも国家免除原則の対象外の事案として、裁判権の行使が認められる可能性があると思われる。慣習法上の例外アプローチが立証できなかったということ、つまり、国際法違反を構成する人権侵害行為に対して免除が否定される事例がなかったということは、そもそも、慣習法たる国家免除原則は重大な人権侵害行為に及ばないのではなかろうか。言い換えれば、国家免除原則の射程はそもそも一定の範囲に限定されているのではなかろうか。慣習法上の国家免除原則それ自体の射程を問い直すことにより、重大な人権侵害行為に対する国内裁判所の裁判権の行使を国際法上正当化しうるかもしれない。

第2に、免除の否定を正当化するより実際的な方法として、国内法上の不法行為と構成して訴えを提起することが考えられる。重大な人権侵害行為は一般に国内法上の不法行為をも構成するからである。不法行為は今日一般に非主権的行為であると評価され、免除を

129) 水島「前掲論文」(注37)112頁。

否定しうるとする実行が蓄積してきた。確かに、国家実行上、不法行為について免除が否定されてきた事例の多くは自動車事故事例である。重大な人権侵害には様々な種類が想定され、特定の個人に対する拷問については交通事故と同様に対処しうるとしても、無差別かつ大規模な人権侵害行為に対して、国内裁判所が裁判権を行使することが、果たして交通事故事例における裁判権免除の否定を許容した国際法規則の趣旨および国家実行に合致するとは言い難い¹³⁰⁾。慎重な場合分けは必要であろうが、国内法上の不法行為という構成による訴えは、現時点において、重大な人権侵害行為について国内裁判所で救済を得る実効的な方法のひとつであろう。

130) Brömer は、特定の個人を侵害する意図をもってなされた人権の侵害と、無差別になされた人権侵害とを区別し、前者は、個別の損害賠償で対処可能であり、被害者個人に国内裁判所で救済を追及する権利を付与すべきであるが、後者は、たとえば国家に対する攻撃であれば国家間で解決すべきであると主張する (Bröhmer, *supra* note 66, pp.205-207.). 国家免除はその一側面において管轄権を分配する機能を有しており、きわめて納得しうる。