

外国刑事管轄権から免除される政府職員の公 的行為：国際法における「帰属」の遍在性 に関する一考察

OKADA, Yohei / 岡田, 陽平

(出版者 / Publisher)

法学志林協会

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

法学志林 / Review of law and political sciences

(巻 / Volume)

120

(号 / Number)

2

(開始ページ / Start Page)

108(1)

(終了ページ / End Page)

71(38)

(発行年 / Year)

2022-12-05

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00030483>

外国刑事管轄権から免除される 政府職員の公的行為

——国際法における「帰属」の遍在性に関する一考察——

岡 田 陽 平

- 1 はじめに
- 2 政府職員の免除——人的免除と事項的免除
- 3 エンリカ・レクシ号事件および国連国際法委員会の作業
 - (1) エンリカ・レクシ号事件——事項的免除は業務管理行為にも及ぶか
 - (2) 国連国際法委員会の作業——「統治権能の要素」という表現の不採用
- 4 自己組織に干渉されない国家の権利
 - (1) 「実体法上の抗弁」論——国に帰属する行為は行為者個人には帰属しない
 - (2) 主権の属性としての「自己組織権」
 - (3) 「自己組織権」に基づけられる事項的免除の限界
 - (4) 国際犯罪例外をめぐる議論への示唆
- 5 おわりに

1 はじめに

国際法は、主として国によって形成され、また、国の行動を規律するものである。この命題が依然として真であるとすれば、そして、国が抽象的な実体であり、自然人を通じてのみ行動することができるということもまた真実であるとすれば、自然人の作為・不作為を、国際法の観点から、国の行為とみなす作業が不可欠となる。この法的作業を「行為の帰属 (attribution of conduct)」⁽¹⁾ という。これは、したがって、国際法の形成から適用に至る一連のプロセスの

一〇八

(1) Luigi Condorelli & Claus Kress, 'The Rules of Attribution: General Considerations', in

あらゆる段階において問題となりうる（「帰属」の遍在性⁽²⁾）。しかし、行為帰属の問題は、これまでもっぱら国家責任の成立要件の1つ（国際違法行為の一要素）として論じられてきた。かくして、行為帰属の基準は、国家責任を規律する国際法（国家責任法）上の規則というかたちで発展してきた。そして今日、それら規則は、国連国際法委員会（ILC）が2001年に完成させた「国際違法行為に対する国家責任に関する条文」（国家責任条文⁽³⁾）の第1部第2章（4～11条）に反映されているといわれる。そこで、以下の疑問が生ずる。すなわち、国家責任法上の行為帰属規則（国家責任条文の関連規定）は、国家責任以外の文脈で問題となる「帰属」作業にも適切な基準を提供することができるだろう⁽⁴⁾か。本稿は、政府職員（State officials）の外国刑事管轄権からの免除、とり

James Crawford, Alain Pellet & Simon Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press, 2010) 221, at 221.

(2) Simon Olleson, 'Attribution in Investment Treaty Arbitration', *ICSID Review*, Vol. 31 (2016) 457, at 457. 国際法の形成、解釈および適用において問題となる「帰属」は、（事実としての）行為のそれに限られない。たとえば、誰によって表明された意思が、国際法の観点から、国の意思とみなされるのだろうか（誰が国際平面において国を代表するか）。この意思表示（法律行為）の帰属は、主に条約法によって規律される。事実としての行為と法律行為との区別につき、濱本正太郎「国際法における無効の機能——責任との比較において」『国際法外交雑誌』102巻4号（2004年）639頁、642-649頁を参照。また、国がある事実を認識していたか（または知りうべきだったか）否かを判断する場面でも、帰属は問題となりうる（認識の帰属）。Csaba Kovács, *Attribution in International Investment Law* (Kluwer Law International, 2018), at 259-266.

(3) Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, UN Doc. A/RES/56/83 (12 December 2001), annex.

(4) 行為帰属に関する慣習国際法規則が国家責任条文に反映されているか否かは、当然、個別の規則ごとに評価すべき事柄である。

(5) この問題は、たとえば、旧ユーゴ国際刑事裁判所（ICTY）のタジッチ事件判決（*Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A. Appeals Chamber, Judgment of 15 July 1999）を契機として、非国際的武力紛争の国際化という文脈においてさかんに議論されてきた。この点について、国際司法裁判所（ICJ）は、ボスニア・ジェノサイド事件において、国家責任と武力紛争の分類という性質の異なる2つの問題の解決に際して、同一の基準を採用するよう論理的に求められるわけではない、と判示した。Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), Judgment, I. C. J. Reports 2007, p. 43, at 209-211, paras. 402-407. また、James Crawford, *State Responsibility*:

わけ、事項的免除（immunity *ratione materiae*）を題材に、この問いに取り組むものである。⁽⁶⁾

周知のとおり、目下、ILCがこの問題に取り組んでおり、2022年の第73会期において、「政府職員の外国刑事管轄権からの免除」に関する条草案（第1読草案）が採択された（以下、第1読草案⁽⁷⁾）。ILCでは、少なくとも、以下の2点について、概ね見解の一致がみられる。第1に、政府職員の免除は人的免除（immunity *ratione personae*）と事項的免除に区別される。第2に、事項的免除は、政府職員により「公的資格において実行された行為（acts performed in an official capacity）」（公的行為）⁽⁸⁾についてのみ適用される（第1読草案6条1項）。しかし、ある行為が「公的」なものであるか否かを決定する基準について、より具体的には、その基準が、国家責任条文の行為帰属の（諸）基準と同一であるか否かについて、ILCのなかで見解の不一致がみられた。その結果、暫定的に採択されたコメンタリーは、この点についてニュアンスのある説明⁽⁹⁾をしている。

The General Part (Cambridge University Press, 2013), at 149–156 も参照。

(6) 政府職員の免除については、比較的最近のわが国の学説に限っても、豊富な議論の蓄積がある。たとえば、竹村仁美「国家元首等の外国刑事管轄権からの免除——その輪郭と国際刑事管轄権との関係」『国際法外交雑誌』114巻3号（2015年）251–279頁；坂巻静佳「政府職員等の刑事管轄権からの免除に関する諸問題」『国際法研究』4号（2016年）187–221頁；新倉圭一郎「政府職員の事項的免除の位置——免除の理論的根拠に着目して」『国際関係論研究』（近刊）を参照。

(7) ILC, 'Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction. Text of the draft articles on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction adopted by the Commission on first reading', Report of the International Law Commission on the Work of its 73th Session (18 April–3 June and 4 July–5 August 2022), UN Doc. A/77/10 (Advance version of 12 August 2022) 188.

(8) 第1読草案は、その第2部（3, 4条）で人的免除を、第3部（5~7条）で事項的免除を取り扱っている。

(9) ILC, 'Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction. Text of the draft articles on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction adopted by the Commission on first reading. Text of the draft articles and commentaries thereto', *supra* note 7, p. 194 ('Commentaries to the draft articles adopted on first reading'), at 208–209,

この論点はまた、近年、エンリカ・レクシ号事件（イタリア対インド）において、⁽¹⁰⁾ 決定的に重要なものとして立ち現れた。この事件の争点の1つは、エンリカ・レクシ号に乗船していたイタリア海兵がインドの刑事管轄権から免除されるか否かであった。国連海洋法条約附属書VIIに基づいて設置された仲裁廷の多数意見は、国家責任条文4条および7条に基づいて、すなわち、国家責任法上の行為帰属基準に依拠して、問題となったイタリア海兵の行為は事項的免除の射程に含まれると判示した。⁽¹¹⁾ これに対して、Patrick Robinson 判事の反対意見によれば、ある行為が事項的免除の射程に含まれるか否かは、国家責任法上の行為帰属基準ではなく、国自身の免除と同じ基準、すなわち、主権的行為（*acta iure imperii*）か業務管理行為（*acta iure gestionis*）かの区別に基づいて判断されるべき事項であるという。その結果、問題の行為に事項的免除は適用されないと結論づけられた。⁽¹²⁾

国家責任条文4条のコメンタリーによれば、「帰属において、国家機関の行為が『商業的』または業務管理行為と性格づけられるかどうかは意味をもたない⁽¹³⁾」。つまり、主権的行為のみならず、業務管理行為もまた国に帰属し、したがって、国家責任を発生させるということである。他方、国家責任法上、行為者が国家機関の資格を有していたとしても、その資格とは無関係に、すなわち、私的な資格で実行した行為は国に帰属しない。この私的行為は、論理的に、

paras. 24-25.

(10) *The 'Enrica Lexie' Incident (Italy v. India)*, PCA Case No. 2015-28, Award (21 May 2020). この事件については、本稿で扱わない側面の解説も含め、和仁健太郎「エンリカ・レクシ号事件——国連海洋法条約附属書VII仲裁裁判所、二〇二〇五月二一日仲裁判断」『阪大法学』71巻1号（2021年）217-269頁が詳しい。

(11) *The "Enrica Lexie" Incident*, *supra* note 10, paras. 856-862.

(12) *The "Enrica Lexie" Incident*, *supra* note 10, Dissenting Opinion of Judge Patrick Robinson, paras. 60-63.

(13) ILC, 'Responsibility of States for internationally wrongful acts. Text of the draft articles with commentaries thereto', Report of the International Commission on the Work of its 53rd Session (23 April-1 June and 2 July-10 August 2001), *Yearbook of International Law Commission 2001*, Vol. II, Part 2, p. 31, at 41, para. 6.

国家免除法における業務管理行為よりも狭い概念ということになる。かくして、国家機関に関する限り、国に帰属する行為の範囲と国自身の免除が適用される行為の範囲は異なる（前者は後者よりも広い）ということになる。

しかし、主権的行為と業務管理行為との区別が、国家責任法上の行為帰属において何ら意味をもたないかといえば、必ずしもそうではない。国家責任条文5条によれば、準国家的実体（parastatal entities）——国家責任条文4条にいう国家機関ではないものの、しかし同8条が念頭に置く単なる私人でもない、国内法令に基づいて公的な職務を遂行する実体——の行為は、当該実体が「統治権能の要素（elements of the governmental authority/des prérogatives de puissance publique）」を行使している限りにおいて、国に帰属するという。ILCは「統治権能」の語を定義しなかったが、最後の特別報告者として国家責任条文完成に大いに貢献したJames Crawfordは、国家免除法において区別される主権的行為と業務管理行為の概念を「国家責任条文5条に基づく帰属にあてはめることは有用であり、それによって国際法のこれら異なる分野〔国家免除法と国家責任法〕の間の一貫性が保たれる」という⁽¹⁴⁾。そして、実際、国家責任条文5条に係る先例は、準国家的実体について、業務管理行為の国への帰属を排除してきた⁽¹⁶⁾。となれば、国家責任法上の行為帰属基準が事項的免除適用の可否を確定する目的において用いられる余地はない、とア・プリオリに措定することは、適当でないように思われる。だからといって、当然に用いることができるというわけでもない。果たして、政府職員は、その業務管理行為についても外国刑事管轄権から免除されるのだろうか。

そこで本稿では、事項的免除が適用されるか否かを判断する際に国家責任法

(14) *Ibid.*, at 43, para. 6.

(15) Crawford, *supra* note 5, at 130.

(16) この、いわゆる「制限的アプローチ」（Olleson, *supra* note 2, at 473）をもっとも明確に採用した先例として、*Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, Award, 18 June 2010, ICSID Case No. ARB/07/24, para. 180を参照。国家責任条文5条の解釈適用に係る先例については、岡田陽平「行為帰属法の規範構造——国家責任条文第5条の解釈を中心に」『国際法外交雑誌』119巻1号（2020年）57頁、62-67頁を参照。

上の行為帰属基準に依拠することの是非について、国家責任法上の行為帰属と政府職員の事項的免除、それぞれの理論的根拠を踏まえつつ、検討する。以下、本稿の射程を明らかにするために、まず、国際法上の免除、とりわけ、政府職員の免除について概観する(2)。そのうえで、エンリカ・レクシ号事件仲裁判断を振り返り、続いて、ILCにおけるこれまでの議論を整理する(3)。そして、少なくとも国家機関に関する限り、事項的免除適用の可否を判断する際に国家責任法上の行為帰属基準に依拠することには理由があることを示す(4)。最後に、国家責任法と国家免除法の関係という観点から若干のまとめを行い、国際法における帰属の遍在性について検討する意義を確認する(5)。

2 政府職員の免除——人的免除と事項的免除

国は、国際法上、(少なくとも一定の裁判手続について)外国の裁判権から免除されるが、国と何らかの関係をもつ自然人(国家組織において特定の地位を有する者や国のために行動する者)もまた、外国の裁判権から免除される場合がある。国自身の裁判権免除のみならず、そのような自然人の免除も含むものとして、国家免除(State immunity)⁽¹⁷⁾や主権免除(sov⁽¹⁸⁾erign immunity)の語を用いることがある。このことには、次の含意があるように思われる。第1に、たとえ免除が自然人たる政府職員によって援用されうるとしても、それは当該政府職員個人ではなく、その本国がもつ権利だということ⁽¹⁹⁾ある。第2に、

(17) See, e. g., James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (9th ed., Oxford University Press, 2019), at 471–472. See also Chimène I. Keitner, 'Immunities of Foreign Officials from Civil Jurisdiction', in Tom Ruys, Nicolas Angelet & Luca Ferro (eds.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law* (Cambridge University Press, 2019) 525, at 525.

(18) See, e. g., Malcolm N. Shaw, *International Law* (9th ed., Cambridge University Press, 2021), at 636–642.

(19) Crawford, *supra* note 17, at 472. See also Ingrid Wuerth, 'Foreign Official Immunity: Invocation, Purpose, Exceptions', *Swiss Review of International and European Law*, Vol. 2/2013 (2013) 207, at 215–216.

政府職員の免除もまた、結局のところ、国家主権に基礎づけられるということである。⁽²⁰⁾本稿が明らかにしようとするのは、政府職員の免除が、国自身（が被告となる場合）の裁判権免除とどのような関係にあるのか、そして、主権のいずれの具体的要素（element）または属性（attribute）に基礎づけられるのか、ということである。

もっとも、本稿は政府職員の免除全般を扱うものではない。以下の3つの点において、本稿の射程が限定的なものであることを確認しておかねばならない。第1に、外交官および領事官は、広い意味での政府職員に含まれるが、本稿では扱わない。外交関係および領事関係を規律する国際法については、それぞれ、「外交関係に関するウィーン条約」（外交関係条約）および「領事関係に関するウィーン条約」（領事関係条約）という普遍的な参加を獲得した条約が詳細な規定を置いている。⁽²¹⁾ゆえに、外交官および領事官の免除の内容・射程は、これら条約の関連規定の解釈を通じて特定されることになる。そして、そうした条約規定は、外交官や領事官の（政府職員一般との関係における）特殊性を反映したものになっている。⁽²²⁾たとえば、外交関係条約31条1項は外交官の裁判権免除について定めているが、これによると、外交官は「接受国の刑事裁判権からの免除を享有する」。この免除には、限定や例外は付されていない。他方で、民事裁判権および行政裁判権については、原則として「免除を享有する」としつつ、いくつかの例外が設けられている。「外交官が接受国において自己の公の任務の範囲外で行う職業活動又は商業活動に関する訴訟」（同項（c）号）が

(20) Cf. Roman A. Kolodkin, 'Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction', Report of the International Law Commission on the Work of its 58th Session (1 May—9 June and 3 July—11 August 2006), Annex I, *Yearbook of the International Law Commission 2006*, Vol. II, Part 2, p. 191, at 194, para. 3.

(21) 執筆の時点（2022年8月31日）において、外交関係条約（18 April 1961, 500 UNTS 95）と領事関係条約（24 April 1963, 596 UNTS 261）の当事国数は、それぞれ、193と182である。

(22) また、「外国国家の裁判権免除と外交特権免除との間にある歴史的な経緯等の違い」も無視すべきでない。水島朋則「外交特権免除の根拠——大使館員課税事件」森川幸一他編『国際法判例百選』（第3版、有斐閣、2021年）48頁、49頁。

その例である。この例外の射程は、「外交官は、接受国内で、個人的な利得を目的とするいかなる職業活動又は商業活動も行ってはならない」と定める同条約42条との関係において特定されるべきものであり、これは、外交官の裁判権免除を論ずる場合には特別な考慮が必要になるということの一例といえよう。⁽²³⁾

第2に、本稿は、主に政府職員の外国「刑事」管轄権からの免除に焦点を絞るが、政府職員の外国「民事」裁判手続からの免除に関する事例も必要に応じて参照する。この区別が意味をもつか否かは、政府職員がなぜ免除を享有するか、その理由に依存すると考えられる。ゆえに、論点先取りを避けるためには、外国刑事管轄権からの免除と外国民事裁判手続からの免除とを何ら区別せずに検討を重ねる⁽²⁵⁾ことも、民事裁判手続に係る事例を完全に無視して議論を進める

(23) 実際、外交関係条約31条1項(c)号は、固有の解釈問題を生じさせている。このことを示す近年の事例として、バスファル対ウォン事件英国最高裁判所判決を挙げることができる。この判決では、外交官の免除の方が国自身の裁判権免除よりも広い射程をもつという点について、(理由づけに違いはあれど)すべての判事の見解は一致していた。すなわち、同号にいう「商業活動」は、国自身の裁判権免除に係る(主権的行為との対比における)業務管理行為よりも狭い概念であり、外交官が自身および家族の日常生活のために家事使用人を雇用する(つまり、サービスを購入する)場合であっても、そのような活動について、接受国の民事裁判権は及ばないということである。*Basfar v. Wong*, [2022] UKSC 20, Judgment (6 July 2022), paras. 27-38 (Lord Briggs and Lord Leggatt: (with whom Lord Stephens agrees)), 110-112 (Lord Hamblen and Lady Rose: (dissenting)). もっとも、この判決(多数意見)の注目すべき点は、家事使用人を「現代の奴隷」(modern slavery)と呼ばれる状況下に置いて搾取した場合、すなわち、報酬を支払わないまま強制的に労働に従事させるという意図的かつ継続的な一連の行動を通じて、外交官に実質的に経済的な利得が発生していた場合には、同号にいう「商業活動」に該当し、したがって、当該外交官は接受国の民事裁判権に服すると判示したところにある。*Ibid.*, paras. 39-57 (Lord Briggs and Lord Leggatt: (with whom Lord Stephens agrees)).

(24) 本稿では、「刑事管轄権からの免除」を、身体の不可侵(personal inviolability)も含む概念として用いる。第1読草案は、「刑事管轄権」および「免除」の語について定義規定を置かなかった('Commentaries to the draft articles adopted on first reading', *supra* note 9, at 203, note 922)が、ILCもまた、「刑事管轄権からの免除」は身体の不可侵をも含む広い概念であるという前提で作業を進めてきた。ILC, 'Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction. Text of the draft articles and commentaries thereto provisionally adopted by the Commission at its sixty-fifth session', Report of the International Law Commission on the Work of its 65th Session (6 May-7 June and 8 July-9 August 2013), *Yearbook of International Law Commission 2013*, Vol. II, Part 2, p. 39, at 40, para. 5.

ことも、⁽²⁶⁾ 適当ではないと思われる。

第3に、本稿では、政府職員免除のうち、人的免除は検討の対象としない。人的免除を享有するのは、きわめて少数の、限定されたカテゴリーの政府職員であると考えられている。しばしば挙げられるのが、国家元首、政府の長および外務大臣（いわゆるトロイカ）である。⁽²⁷⁾ 人的免除は、地位に基づく免除（status-based immunity）であり、ゆえに、その射程は「公的行為だけでなく私的行為をもカバーする広範なものである」が、他方でこの免除は「その地位にある者が当該職を離れると失われる」⁽²⁸⁾。これに対して、事項的免除——機能的免除（functional immunity）ともいわれる——は、より広範な政府職員によって援用されうるものの、その公的行為についてのみ適用される⁽²⁹⁾。このタイプの免除は、政府職員の行為に付着するもの（conduct-based immunity）であるから、政府職員（国家元首等を含む）⁽³⁰⁾ は、その職を離れた後であっても、その受益者であり続ける⁽³¹⁾。以上のことから明らかなように、人的免除の適用に

(25) もっとも、この文脈において刑事管轄権と民事裁判手続とを区別する必要はないという見解も珍しくない。See, e. g., Alexander Orakhelashvili, 'Jurisdictional Immunity of States and General International Law: Explaining the *Jus Gestionis v. Jus Imperii* Divide', in Ruys, Angelet & Ferro (eds.), *supra* note 17, p. 105, at 106.

(26) 政府職員の外国民事裁判手続からの免除については、たとえば、Tomonori Mizushima, 'The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of *Ultra Vires Conduct*', *Denver Journal of International Law & Policy*, Vol. 29 (2001) 261; Keitner, *supra* note 17 を参照。

(27) *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, *arrêt*, C. I. J. *Recueil* 2002, p. 3, at 21–22, paras. 53–55. 第1 読草案 3 条も参照。もっとも、外務大臣が人的免除の受益者に含まれることに対しては、しばしば疑問が呈される。See, e. g., Dapo Akande & Sangeeta Shah, 'Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts', *European Journal of International Law*, Vol. 21 (2011) 815, at 820–825. 水島朋則『主権免除の国際法』（名古屋大学出版会、2012 年）260–276 頁も参照。

(28) Joanne Foakes, *The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law* (Oxford University Press, 2014), at 7. 第1 読草案 4 条 1 項および 2 項も参照。

(29) Foakes, *supra* note 28, at 7.

(30) 第1 読草案 4 条 3 項。

(31) Foakes, *supra* note 28, at 7.

においては、これが地位に付着した免除であるということから、免除される行為とそうでない行為とを区別する必要がなく、そもそも国家責任法上の行為帰属基準に依拠することの適否が問題にならない。かくして、以下では、もっぱら事項的免除に焦点を絞って検討を進める。

3 エンリカ・レクシ号事件および国連国際法委員会の作業

(1) エンリカ・レクシ号事件——事項的免除は業務管理行為にも及ぶか

「はじめに」で触れたように、実際、国家責任法上の行為帰属基準に依拠するかどうかによって、事項的免除適用の可否に係る結論は異なりうる。このことを如実に示したのが、エンリカ・レクシ号事件である。この事件では、エンリカ・レクシ号に乗船していたイタリア海兵による発砲行為が問題となった。同船はミラノの企業が所有するイタリア船籍の石油タンカーであるが、当該海兵は、海賊対策のために、船舶防護分遣隊 (Vessel Protection Detachment) (以下、VPD) の隊員としてこれに乗船していた。VPDは、イタリアの2011年法律107号 (VPD法) に基づいて派遣されるものである。

2012年2月15日、エンリカ・レクシ号は、インド・アレッピー (アラップーザ) 沖約20海里の海域を航行していたところ、インド漁船セント・アントニー号 (エンリカ・レクシ号側の認識としては「正体不明の船」) による接近を受けた。イタリア海兵2名がセント・アントニー号に向けて発砲し、これによりインド人漁師2名が死亡した。その後エンリカ・レクシ号がインド・コチ港に入港したところ、インド当局はこれらイタリア海兵を殺人の容疑で逮捕した。

九九

かくして、問題の発砲行為について事項的免除が適用されるか、言い換えれば、イタリア海兵に対して刑事管轄権を行使したことによりインドは国際法に違反したか、が争点となった。イタリアの主張によれば、エンリカ・レクシ号が商船であったか軍艦であったかは事項的免除の適用において意味をもたない

という。これら海兵は「海洋の安全に対する国家的利益のために国の権能を行使して」行動していたという。たとえそうではなく、「問題となる利益が商業的なものであったとしても、主権的行為と業務管理行為の区別は、政府職員の外国刑事管轄権からの事項的免除との関係においては意味をもたない」。重要なことは、「問題の行為が公的資格において実行された」かどうかであるという⁽³²⁾（820項）。

仲裁廷はまず、この発砲事件について、インドが（イタリアとともに）管轄権を有することを確認し、したがって、本件で明らかにすべきは、慣習国際法に基づいてこれら海兵が享有する免除により、インドによる管轄権行使が妨げられるか否かであるとした（839-842項）。そのうえで、概要次のように判示した。第1に、VPDとしての任務遂行中も、海兵らはイタリア海軍の構成員であり続け、司法警察職員としての地位も追加的に有していた。ゆえに、海兵らは、事項的免除の適用上、政府職員と性格づけられる（848-855項）。第2に、「事項的免除が適用されるか否かを確定するために、仲裁廷は、海兵らの行為が実際に政府職員としての任務の射程に含まれる行為であったことを確認しなければならない」（856項）。ここで仲裁廷は、直ちに、「適用すべき正しい基準は[……] 帰属 (imputability) のそれである」とするILCの報告書——政府職員の外国刑事管轄権からの免除に関する作業において最初の特別報告者を務めた Roman Anatolevich Kolodkin の第2報告書——⁽³³⁾に依拠する（857項）。

かくして、仲裁廷はまず国家責任条文4条を（その全文を引用しつつ）参照

(32) 括弧内は仲裁判断 (*The “Enrica Lexie” Incident, supra note 10*) の項数を示している（以下同じ）。これに対してインドは、イタリアによる定式化を否定するというよりも、事項的免除には法廷地国の領域内で実行された不法行為に係る例外 (territorial tort exception) が存在し、それが本件に適用されると主張した。 *Ibid.*, para. 846.

(33) Roman Anatolevich Kolodkin, ‘Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction’, *Yearbook of the International Law Commission 2010*, Vol. II, Part 1, p. 395, at 404, para. 25 (citing Eileen Denza, ‘*Ex Parte Pinochet*: Lacuna or Leap?’, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 48 (1999) 949, at 951).

し、「国がその職員の行為につき、公的な性質を有するものであるという判断を行った場合、その性格づけは正しいという推定が国際法上存在する」と述べた⁽³⁴⁾。(858項)。そして、「本件において、海兵らはイタリア海軍の構成員として、国の職務を遂行していた」、すなわち、国から与えられた VPD 法が定める任務（海賊被害発生リスクのある海域を航行するイタリア船舶の防護）に基づきエンリカ・レクシ号に乗船していたのであって、同船が商船であるとしても、これら海兵が VPD 隊員として公的資格において行動しており、したがって、その行為がイタリアに帰属するというに変わりはないと判示した⁽³⁵⁾。(859項)。

さらに仲裁廷は、海兵らが厳密な意味において与えられた任務の範囲内で行動していたか、それとも、権限逾越または指示・命令違反があったかについての判断を回避した。これを可能にしたのは、これら海兵が「国の名において、かつ、その『公的資格』において」行動している限り、権限逾越や指示・命令違反があったとしても、事項の免除の適用は妨げられない、という前提である。仲裁廷は、この前提が国家責任条文7条——国家機関が公的資格において行動している限り、権限逾越や指示違反があったとしても、その行為は国に帰属する——により補強されると考えた(860項)。本件発砲事件当時、VPD 隊員間の指揮命令系統は機能しており、かつ、問題の海兵らは一見したところ交戦規則に従っていた。かくして仲裁廷は、問題の行為が権限を逾越して、または、違法に行われたものであったかどうかにかかわらず、海兵らはイタリア海軍の構成員および VPD の隊員として、その公的職務を遂行して行動していた、と結論づけた(861-862項)。

(34) 仲裁廷は、ここでも Kolodkin の報告書 (Roman Anatolevich Kolodkin, 'Third report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction', *Yearbook of the International Law Commission 2011*, Vol. II, Part 1, p. 223, at 233, para. 30) に大いに依拠している。

(35) ここで仲裁廷は、「帰属において、国家機関の行為が『商業的』または業務管理行為と性格づけられるかどうかは意味をもたない」とする国家責任条文4条のコメンタリー（前掲注13と対応する本文を参照）を引用している。

Robinson 判事は、この多数意見の結論——イタリア海兵らは当該発砲行為につきインドの刑事管轄権から免除される——に反対したが、それは、「政府職員の免除は、かなりの程度、国家免除の反映である」と考えたからであった⁽³⁶⁾。かくして、Robinson 判事は、免除による保護を「外套」(cloak)にたとえて、次のように指摘した。「外国政府職員は、その本国が着ている免除の外套と同じものを着ているのであって、外国政府職員は、その本国の免除の外套によって与えられる保護から『利益を得る (benefits)』。したがって、何らかの理由で国が免除をもたない場合、当該国は、その職員に保護を提供する免除の外套をもたないということになる」⁽³⁷⁾(60 項)。となれば、制限免除主義（大多数の国はこれを採用している）を前提とする限り、本件においても、問題の行為が主権的行為と業務管理行為のいずれに分類されるのかを確定する必要が生ずる。Robinson 判事によれば、両者は、行為の目的ではなく、その性質に基づいて区別される (62 項)。

Robinson 判事がまず着目したのは、VPD 法によれば、防衛大臣と船主らが枠組合意を結んだうえで、実際の VPD 派遣は、個別の船主による申請に基づいて行われるということであった。このことから、「イタリア政府とエンリカ・レクシ号の船主との間には、きわめて特殊な、直接的で特定のな契約関係が存在した」と評価する (63 項 (i))。海賊から船舶を保護するという目的の公的性格はここでは意味をもたず、これは、商業的な性質をもった通常の役務提供契約であるという。かくして、イタリア政府とエンリカ・レクシ号の船主との間の契約は業務管理的な取引であり、免除の適用を惹起するものではない (同 (ii))。また、特に注目すべきと考えられたのは、枠組合意が、船主に対して「VPD 業務 (employment of the VPD) に係る費用を償還する」よう義

(36) 興味深いことに、Robinson 判事もここで、Kolodkin の第 2 報告書 (Kolodkin, *supra* note 33, at 403, note 49) に依拠する。The “Enrica Lexie” Incident, *supra* note 10, Dissenting Opinion of Judge Patrick Robinson, para. 60.

(37) 括弧内は Robinson 判事の反対意見 (The “Enrica Lexie” Incident, *supra* note 10, Dissenting Opinion of Judge Patrick Robinson) の項数を示している (以下同じ)。

務づけている点であった。これは、財・サービスの交換という商業的取引の要素を示しているという(同(iv))。さらに、Robinson判事は、それにより海兵らがエンリカ・レクシ号に乗船することとなった商業的取引と本件発砲行為とは切り離すことができないと考えた。なぜなら、当該取引がなければ、海兵らはエンリカ・レクシ号に乗船しておらず、本件発砲行為は、当該商業的取引を背景に、かつ、それに基づいて実行されたものだからである。ゆえに、これら海兵によって船主に提供された役務は、免除の適用を惹起しえない(同⁽³⁸⁾(v))。

かくして、海兵らは、イタリアが行った商業的取引を履行するために同国によって選任されたのであって、イタリア自身が国としてもたない免除によって保護されえない。海兵らはその公的資格において行動していたという事実は、ここでは意味をもたない(69項)。Robinson判事は、最後に、「政府職員の免除に係る法を国家責任法における帰属の原則と混同する」ことに対して警鐘を鳴らす。「ある政府職員の行為が国に帰属するからといって、その職員が当該行為について常に免除を享有すると当然にみなすべきではない」と(70項)。

(2) 国連国際法委員会の作業——「統治権能の要素」という表現の不採用

以上みてきたように、ILCの作業は、エンリカ・レクシ号事件仲裁判断に大いに影響を与えたが、しかし、事項的免除の理論的根拠と射程——国家責任法

(38) 本稿の目的との関係で重要なことは、そもそも事項的免除の適用において主権的行為と業務管理行為との区別が意味をもつか否かであり、両者をいかに区別するかではない。したがって、後者の点に係るRobinson判事のリーズニングについて、ここでその是非を検討することはしない。この点については、さしあたり、Raffaella Nigro, 'The Arbitral Award in the *Enrica Lexie* Case and its Questionable Recognition of Functional Immunity to the Italian Marines under Customary International Law', *Italian Yearbook of International Law*, Vol. 30 (2021) 209, at 221-224; Natalino Ronzitti, 'Functional Immunity of the Marines on the *Enrica Lexie*: A Reply to Raffaella Nigro', *Italian Yearbook of International Law*, Vol. 30 (2021) 227, at 229-230を参照。

上の行為帰属基準が意味をもつのか、もつとすればそれはなぜか——について、必ずしも論理的に一貫した説明を提供するには至っていないように思われる。

まず、Kolodkin の第 2 報告書を見ると、そこでは次のように説明されている。「ある職員の行為が国に帰属する基準を、当該職員が事項的免除を享有するか、事項的免除がいかなる射程をもつかを確定するために用いることは適切であると考え。同時に、責任における行為の帰属と、免除における行為の帰属とを区別する客観的な理由はないように思われる」⁽³⁹⁾。かくして Kolodkin は、国家責任条文 4 条のコメント⁽⁴⁰⁾に依拠しつつ、事項的免除の適用において、主権的行為と業務管理行為との区別は意味をもたない、すなわち、たとえ業務管理行為であっても、それが、公的資格において行動する政府職員によって実行されたものである（したがって、国家責任法上国に帰属するものである）限り、事項的免除の射程に含まれるという立場を採用する。つまり、「この場合には、国の免除の射程とその職員の免除の射程は同一ではない」。これは、エンリカ・レクシ号事件仲裁判断の多数意見の立場に合致する。しかし Kolodkin は、単に「同一ではない」としたのではない。国の免除とその職員の免除は、「その本質において、単一かつ同一であるという事実にもかかわらず」、射程は同一ではないと述べており、この点に注目すると、Robinson 判事と同じ前提を採用しているように見受けられる⁽⁴¹⁾。Kolodkin は、別の報告書でも、「政府職員が公的資格で実行した行為が実際にはその本国自身の行為であると同様に、政府職員がそのような行為について享有する免除は、実際には本国の免除である」と説明している⁽⁴²⁾。が、同一の免除であるにもかかわらず、国自身が外国による管轄権行使の対象となる場合と政府職員が対象となる場合とで免除の射程が異なることの説明ないし正当化はなされていない。

(39) Kolodkin, *supra* note 33, at 403, para. 24.

(40) 前掲注 13 と対応する本文を参照。

(41) Kolodkin, *supra* note 33, at 404-405, para. 28.

(42) Roman Anatolevich Kolodkin, 'Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction', *Yearbook of the International Law Commission 2008*, Vol. II, Part I, p. 157, at 179, para. 88.

Kolodkin の後を継いで特別報告者となった Concepción Escobar Hernández もまた、この点をいかに整理するかに苦心した。彼女は、行為の国への帰属を、事項的免除適用の「必要条件 (prerequisite)」と性格づけた⁽⁴³⁾。これが意味するところは、この要件が充足されたとしても、行為者たる政府職員が事項的免除を援用する資格を得るには十分ではない、ということである。というのも、Escobar Hernández の理解では、事項的免除もまた、国際司法裁判所 (ICJ) が国自身の裁判権免除との関係で確認したように、国家主権平等原則の尊重を確保するためのものであり、したがって、事項的免除によってカバーされる行為には、「主権との結びつき (a link to the sovereignty)」が存在しなければならない。この結びつきは、単にその行為が国のために実行され、したがって、その国に帰属するというだけでなく、それが「主権の表徴 (a manifestation of sovereignty)」であり、「統治権能の要素 (elements of the governmental authority)」の行使の一形態を構成していることをも要求するという。そして、「この要件は国家責任と免除との区別を反映しており、それゆえに、前者のための基準や法的分類のすべてを後者に自動的に適用することはできない」と指摘する⁽⁴⁶⁾。

かくして Escobar Hernández は、特別報告者として、事項的免除の射程を画する「公的資格において実行された行為」の概念について、次のような定義規定を提案した。

この条文草案の適用上、[…]「公的資格において実行された行為」とは、政府職員が統治権能の要素を行使して実行した […]⁽⁴⁷⁾ 行為を意味する。

(43) Concepción Escobar Hernández, 'Fourth Report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction', *Yearbook of the International Law Commission 2015*, Vol. II, Part 1, p. 3, at 29-30, paras. 111, 118.

(44) *Ibid.*, at 30, para. 118.

(45) *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenante))*, arrêt, C. I. J. Recueil 2012, p. 99, at 123, para. 57.

(46) Escobar Hernández, *supra* note 43, at 31, para. 118.

(47) *Ibid.*, at 32, para. 127.

興味深いことに、Escobar Hernández は、一方で国家責任と事項的免除との違いを強調し、前者に係る行為帰属基準がそのまま適用されるわけではないと説いた（ここでは国家責任条文4条が念頭に置かれている）が、他方で、彼女が導入しようとした「統治権能の要素」は、国家責任条文5条が、準国家的実体の行為の国への帰属の基準として採用したものであった。⁽⁴⁸⁾ Escobar Hernández は、当然このことに自覚的であったし、また、「統治権能」を定義することの難しさも十分に理解していた。⁽⁴⁹⁾ 彼女は、ILCにおける検討に先立ち、他のメンバーに対して、次のような説明を追加的に行った。『公的資格において実行された行為』という観念は、主権的行為の同義語ではない。なぜなら、これは場合によって、主権的行為の限界を超えて、政府職員が国の職務の遂行中に自らの任務を果たして実行した業務管理行為をも含むうるからである」と。他方で、「公的資格において実行された行為と主権的行為には、いくつか共通する要素があり」、それは、いずれも「統治権能の要素の行使または主権の行使の表徴を構成する」ものであるということだと説いた。⁽⁵⁰⁾

以上のことから、2人の特別報告者の立場には、いくつかの共通点が存在していたといえるだろう。第1に、両者は、事項的免除を国自身の免除とは切り離しえないものとみなしていた。第2に、であるにもかかわらず、いずれの特別報告者も、これら免除の射程が（完全には）一致しないと考えた。Escobar Hernández は、Kolodkin のように主権的行為と業務管理行為との区別が意味をもたないとまではいわないものの、業務管理行為にも事項的免除が及びうると述べた。だが同時に、政府職員の商業的な行為が（責任法上）国に帰属するものの、当該行為につき行為者たる職員が外国刑事管轄権から免除されない場合もあるという。しかしながら、免除される業務管理行為とそうでない業務管

(48) 前掲注14-16と対応する本文を参照。

(49) Escobar Hernández, *supra* note 43, at 23, para. 83.

(50) 3271st Meeting (Concepción Escobar Hernández), Summary Records of the 67th Session (Second Part), *Yearbook of the International Law Commission 2015*, Vol. I, p. 208, at 210, para. 12.

理行為をいかに区別すべきかについて、明らかにされることはなかった。

そうであるがゆえに、彼女が提案した「統治権能の要素」基準が ILC において採用されることはなかった。たとえば、Sean D. Murphy 委員は、率直に、「統治 (governmental)」の語は問題をはぐらかしているだけで、特別報告者の定義は何も明らかにしていないと批判した。⁽⁵¹⁾ 他方で、委員らの間では、以下の点につき一般的な支持があった。すなわち、事項的免除の適用上、公的行為の概念は、「私的な資格において実行された行為 (acts performed in a private capacity)」(私的行為)との対比において理解されるべきものであるということ、そして、私的行為は業務管理行為と必ずしも同一ではなく、公的行為もまた主権的行為と同一の射程をもつものではないということである。⁽⁵²⁾ 問題は、このことをいかなる文言で表現するか、ということであった。

ILC での議論を経て、特別報告者は、別の文言を受け入れる準備があると述べた。⁽⁵³⁾ これを受けて、起草委員会は、「統治権能」ではなく、「国家権能 (State authority)」の語を採用した。前者は、公的行為が特定の国家機能の行使に限定されると解釈されかねず、狭きに失する一方で、「国家」権能と表現すれば、過度に制限的なものにはならないという利点がある、との理由から⁽⁵⁴⁾ である。その結果、次のような条文案が2条 (f) として採択された。

(51) 3272nd Meeting (Sean D. Murphy), Summary Records of the 67th Session (Second Part), *Yearbook of the International Law Commission 2015*, Vol. I, p. 212, at 221, para. 67.

(52) ILC, 'Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction', Report of the International Law Commission on the Work of its 67th Session (4 May—5 June and 6 July—7 August 2015), *Yearbook of the International Law Commission 2015*, Vol. II, Part 2, p. 71, at 75–76, para. 204.

(53) 3278th Meeting (Concepción Escobar Hernández), Summary Records of the 67th Session (Second Part), *Yearbook of the International Law Commission 2015*, Vol. I, p. 263, at 266, para. 23.

(54) 「主権的権能 (sovereign authority)」の語もまた限定的に過ぎるとされた。ILC, 'Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction. Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Mathias Forteau' (4 August 2015), at 3–4, at https://legal.un.org/ilc/documentation/english/statements/2015_dc_chairman_statement_immunity.pdf (as of 31 August 2022).

この条文草案の適用上、[…]「公的資格において実行された行為」とは、政府職員が国家権能を行使して実行した行為を意味する。

この条文は、現在まで維持されている（第1読草案では2条（b））。起草委員会によれば、この「国家権能」は、当時の2条（e）——「この条文草案の適用上、[…]『政府職員』とは、国を代表する又は国家職務（State functions）を遂行するすべての個人を意味する」——（第1読草案では2条（a））にいう「国家職務」をカバーするものとして採用された。⁽⁵⁵⁾ コメンタリーをみると、ここでいう「国家職務」の行使は、「国によって遂行されるあらゆる活動（the activities carried out by the State）を意味するものとして、広い意味において理解されなければなら」ず、「国によって遂行される立法上、行政上、司法上またはその他の職務を含む」⁽⁵⁶⁾。これが、国家責任条文4条の定式化と一致することは、改めて指摘するまでもない。そして、この包括的アプローチは、国連総会第6委員会でも広範な支持を受けた。⁽⁵⁷⁾

かくして、この結論だけを見れば、事項的免除が適用される公的行為とは、国家責任条文4条に基づいて国に帰属する行為と同じ射程をもつ概念であるということになる。しかし、なぜそうなるのかについて、必ずしも十分な説明はなされていない。事項的免除とは、結局のところ何のためにあるのだろうか。確かに、国自身の免除と事項的免除とは同一の免除である、という説明には、一定の説得力がある。つまり、事項的免除が存在せず、したがって、国のため

(55) *Ibid.*, at 4. See also ‘Commentaries to the draft articles adopted on first reading’, *supra* note 9, at 209–210, para. 27.

(56) ILC, ‘Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction’, Report of the International Law Commission on the Work of its 66th Session (5 May–6 June and 7 July–8 August 2014), *Yearbook of the International Law Commission 2014*, Vol. II, Part 2, p. 142, at 145, para. 11. 同じ説明は、第1読草案のコメンタリーにおいて維持されている。‘Commentaries to the draft articles adopted on first reading’, *supra* note 9, at 206, para. 13.

(57) See, e. g., Sixth Committee, Summary Record of 24th Meeting (10 November 2015), paras. 5 (Greece), 17 (Belarus), 64 (Germany), 72–73 (Austria), but see para. 92 (Croatia), UN Doc. A/C. 6/70/SR. 24 (4 December 2015). See also Roger O’Keefe, *International Criminal Law* (Oxford University Press, 2015), at 433.

に行動する政府職員に対して外国が自由に管轄権を行使できるとなると、国自身の免除は容易に迂回されうる。国自身の免除は通常民事裁判手続において問題になるから、この迂回防止論は、政府職員の外国民事裁判手続からの免除の説明として、よりよくあてはまるように思われる。⁽⁵⁸⁾これが外国刑事管轄権からの免除にもあてはまると仮定しても、しかし、政府職員が、国自身が免除を享有しない行為についてまで、外国の管轄権行使から免除されることは説明できない。この「ずれ」の理由を説明できない限り（または、「ずれ」など存在しないことを明らかにしない限り）、エンリカ・レクシ号事件仲裁判断においてみられたような見解の不一致は、今後も避けがたく生ずるだろう。以下では、学説や先例をさらにさかのぼって分析することで、この「ずれ」の正当化を試みたい。

4 自己組織に干渉されない国家の権利

(1) 「実体法上の抗弁」論——国に帰属する行為は行為者個人には帰属しない

事項的免除は国自身の免除よりも広い射程をもつか。そうだとすれば、それはどのように正当化されるか。この問いには、これまで多くの法律家が取り組んできた。たとえば、この文脈でしばしば参照されるのが、Hans Kelsenである。彼の分析の前提によれば、「国は、当該国の機関としての資格で行動する人間によって実行される行為、すなわち、国の行為（acts of State）を通じてのみ、その法的存在を表示することができる」。そのコロラリーとして、「国は他国に対して管轄権をもたないという原則は、[...] 国自身が他国の裁判所において訴えられる場合のみならず、個人が被告または被告人となる場合で、かつ、その個人が国の行為としての性格をもつ民事上または刑事上の違法行為

(58) See, e. g., *Jones and Others v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, Judgment of 14 January 2014, App. Nos. 34356/06 & 40528/06, paras. 202–204.

について訴えを提起される場合にも適用される。つまり、そのような違法行為は、その個人ではなく、⁽⁵⁹⁾ 本国に帰属する (imputed) ことになる。

Antonio Cassese もまた、類似のアプローチを採用し、「機能的免除は、[...] 実体法に關係する——すなわち、実体法上の抗弁である」という。政府職員が「国内法または国際法に違反した場合、その違反は、その行為者には法的に帰属せず (not legally imputable)、その本国に帰属する」。この免除がその政府職員の離任後も失われぬのは、「当該行為が法的に国に帰属し (legally attributed to the state)、したがって、当該行為に対するいかなる責任も、⁽⁶⁰⁾ 国のみが負いうる」からである。

この「実体法上の抗弁」論は、ブラスキッチ事件旧ユーゴ国際刑事裁判所 (ICTY) 上訴裁判部判決 (裁判長は Cassese が務めていた) においても採用された。この事件において、上訴裁判部は、ICTY が政府職員に対して拘束力ある命令を発する権限をもつか否かについて明らかにするよう求められたが、政府職員は「単なる国の道具であり、政府職員の行為は本国のみに帰属する」として、これを否定した。政府職員は、「私的な行為ではなく、国のために実行した行為について、制裁や刑罰に服しえない」。つまり、政府職員がその本国のために行動していた場合、違法行為はその職員個人ではなく、本国に帰属するのであって、その職員は当該違法行為の帰結を負担しえない。これが⁽⁶¹⁾ 「『機能的免除』を享有する」ということである。

(59) Hans Kelsen, *Principles of International Law* (Rinehart & Company., Inc., 1952), at 235. ILC の 2 人の特別報告者は、いずれも、この「古い『ケルゼン理論』を、何ら批判的に検討することなく、教条主義的に受け入れてきた」と批判する論者もいる。Riccardo Pisillo Mazzeschi, 'The Functional Immunity of State Officials from Foreign Jurisdiction: A Critique of the Traditional Theories', *Questions of International Law, Zoom-out* 17 (2015) 3, at 3-4.

(60) Antonio Cassese *et al.*, *Cassese's International Criminal Law* (3rd ed., Oxford University Press, 2013), at 318-319. *See also* Akande & Shah, *supra* note 27, at 826-827.

(61) *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-AR108 bis, Appeals Chamber, Judgment on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997 (29 October 1997), para. 38. この事件では、クロアチアとその防衛大臣に対して

しかしながら、この実体法上の抗弁論には、国際関係の現実に合致していないという根本的な欠陥があるように思われる。このことは、Kelsen⁽⁶²⁾や Cassese⁽⁶³⁾も古典的先例として参照したマクラウド事件が例証している⁽⁶⁴⁾。この事件は、カロライン号事件の名でよく知られている。1837年のカナダ反乱の最中、叛徒が用いていたカロライン号が、ナイアガラ川（米国領域内）にて英国軍による攻撃を受け、その結果米国人の死亡者が出た。この殺人の容疑で、英国軍人のマクラウド（Alexander McLeod）は、ニューヨーク州ルイストンにて、米国当局によって逮捕された。この事件が事後的免除に関する重要な先例とみなされているのは、英国政府が、カロライン号に対する攻撃は「上官の命令に従った公務中の（in her majesty's service）者による公的行為」であり、したがって、「当該の者に対する米国における法的手続の正当な根拠になりえない」として、マクラウドの即時釈放を要求し、当時の米国國務長官 Daniel Webster⁽⁶⁵⁾もこれに同調したことによる。Websterは、米国司法長官に宛てた書簡で、「すべての文明国の慣行により認められた公法の原則」によれば、国の軍隊の構成員であり、かつ、その政府の権限の下で行動する個人はその法的責任を問われないのであって、この原則に異議を唱える意向は米国政府にない、と述べた。しかし、ここでの議論との関係でより重要なことは、ニューヨーク州

文書提出命令状が発付された。これに対してクロアチアは、その公的資格で行動する国家機関に対して拘束力ある命令を発する権限は ICTY にはないと主張した。さもなければ、国家責任条文4条（当時の5条）に反映された国際法の原則——「いかなる国家機関の行為もその本国の行為とみなされねばならず、その帰結として、政府職員のいかなる国際違法行為も、当該職員ではなく、その本国の国際責任を生じさせる」——に抵触するという。Ibid., para. 39.

(62) Kelsen, *supra* note 59, at 236.

(63) Cassese *et al.*, *supra* note 60, at 318.

(64) マクラウド事件については、たとえば、R. Y. Jennings, 'The *Caroline* and *McLeod* Cases', *American Journal of International Law*, Vol. 32 (1938) 82; Chimène I. Keitner, 'The Forgotten History of Foreign Official Immunity', *New York University Law Review*, Vol. 87 (2012) 704, at 752-753 を参照。

(65) Mr. Fox to Mr. Forsyth, Washington, 13 December 1840, reprinted in *People v. McLeod*, 25 Wend 481 (1841), at 501. See also John Bassett Moore, *A Digest of International Law*, Vol. II (Washington: Government Printing Office, 1906), at 24.

最高裁判所が、上述のような両国政府の立場にもかかわらず、マクラウドに対して裁判権を行使したという事実である。その際に最高裁は、「この容疑者を殺人、あるいは何らかの罪で有罪とすることは、[...] 国際法に革命をもたらすかもしれない」と述べていた。⁽⁶⁷⁾

レインボー・ウォーリア号事件もまた、政府職員がその公的行為に対して個人として刑事責任を負う場合がある——すなわち、国に帰属する行為が行為者個人にも法的に帰属しうる——ということを示しているように思われる。1985年7月、レインボー・ウォーリア号は、船体に仕掛けられた爆発物によって損傷し、ニュージーランドのオークランド港にて沈没した。これにより、オランダ人1名が死亡した。これについて、フランス政府は当初関与を否定していたが、ほどなく同国首相は、この爆発物設置がフランス対外治安総局（DGSE）の将校らによって実行されたものであったと認め、賠償を行う準備があることを示した。⁽⁶⁸⁾しかし、ニュージーランド当局により逮捕されていた将校らが釈放されることはなく、オークランド裁判所は彼らに10年の禁固刑を言い渡した。⁽⁶⁹⁾

これらの事件は、Casseseによると、いわゆる域内不法行為例外（territorial tort exception）——「外国で行動する政府職員が、当該外国の刑事法規に違反した場合、その職員が当該領域国の同意なくその職務を遂行していたときには、その職員は刑事責任を負い、当該外国の刑事裁判により罪を問われう

(66) Mr. Webster to Mr. Crittenden, Washington (15 March 1841), *British and Foreign State Papers 1840-1841*, Vol. 29 (1857) 1139, at 1140.

(67) *People v. McLeod*, *supra* note 65, at 515. もっともマクラウドは、最終的に証拠不十分で無罪とされた。

(68) *The Rainbow Warrior Affair (NZ/Fr.)*, Ruling of 6 July 1986 by the Secretary General of the United Nations, 19 RIAA 199, at 200.

(69) *R v. Mafart and Prieur*, New Zealand, High Court, Auckland Registry, 22 November 1985, *International Law Reports*, Vol. 74 (1987) 241, at 255-256. See also Hazel Fox, 'Imputability and Immunity as Separate Concepts: The Removal of Immunity from Civil Proceedings Relating to the Commission of an International Crime', in Kaiyan Homi Kaikobad & Michael Bohlander (eds.), *International Law and Power: Perspectives on Legal Order and Justice* (Martinus Nijhoff, 2009) 165, at 175-177.

る」——の先例と位置づけられる。Cassese は、たとえそうだとし、政府職員がその行為から生じた損害について賠償するよう求められることはなく、国際責任を負うのは国であるという⁽⁷⁰⁾。しかし、実体法上の抗弁論の肝は、個人の行為が国際法上のみならず国内法上も存在しないというところにあったはずである。そして、国際刑事法の発展にかんがみれば、国際法上の不存もまた、説明が困難であるように思われる。「国際刑事裁判所に関するローマ規程」⁽⁷¹⁾ 27条1項によれば、「公的資格は、いかなる場合にも個人をこの規程に基づく刑事責任から免れさせるものではなく、また、それ自体が減刑のための理由を構成するものでもない」として、公的資格が実体法上の有効な抗弁とはなりえないということを明示している。さらに ICJ も、ボスニア・ジェノサイド事件判決において、「責任の二重性は、依然として、国際法の不変の特徴 (a constant feature) である」という⁽⁷²⁾。つまり、国と当該国のために行動する個人とは、同一の行為に対して、それぞれ法的責任を負う場合があるということである⁽⁷³⁾。確かに、(実際の行為者たる) 政府職員個人のものとはみなされない一定のカテゴリーの行為——条約への署名や国のために行う商業的取引、すなわち、法律行為 (acte) ——は存在する。しかし、政府職員のその他の行為——事実としての行為 (fait) ——は、実体法上、国家責任のみならず、行為者個人の責任をも生じさせるのである⁽⁷⁴⁾。ILC の作業においても、Kolodkin はその最初の報告書の段階で、実体法上の抗弁論を明確に否定していた⁽⁷⁵⁾。

(70) Cassese *et al.*, *supra* note 60, at 318, note 21.

(71) Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, 2187 UNTS 90.

(72) *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, *supra* note 5, at 116, para. 173.

(73) *See, e. g.*, Wuerth, *supra* note 19, at 218.

(74) Chimène I. Keitner, 'Categorizing Acts by State Officials: Attribution and Responsibility in the Law of Foreign Official Immunity', *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 26 (2016) 451, at 453-459.

(75) Kolodkin, *supra* note 42, at 179-180, para. 89.

（2）主権の属性としての「自己組織権」

それでは、なぜ政府職員は、国自身が免除を享有しない行為についてまで、外国刑事管轄権から免除されるのだろうか。この問いに取り組む糸口は、ブラスキッチ事件判決のなかにあるように思われる。上訴裁判部は、事項的免除について、上述のとおり実体法上の抗弁論を採用しつつも、国際社会の環境——そこでは、各主権国家が「自らの主権的属性および特権を守ることに腐心する」——という観点からも説明しようとする。⁽⁷⁶⁾「慣習国際法は、各主権国家の内部組織を保護している」。つまり、慣習国際法上、その内部組織の確定、とりわけ、その職員または機関として行動する個人の任命は、各主権国家に委ねられている、という。加えて、それら国家機関に指示を与える権限や、そのような指示が守られなかった場合に制裁を加える権限もまた、各主権国家がもつ。国は、「この排他的な権限のコロラリー」として、その機関が公的な資格で実行した行為はその本国に帰属し、したがって、当該機関たる個人はこれに対して責任を負わないと主張することができる。⁽⁷⁷⁾ここでは、事項的免除は、政府職員個人の行為が（法的に）存在しないことの帰結としてではなく、国がもつ自らの内部組織に対する排他的権利から生ずるものとして位置づけられている。

この点、内部組織に対する排他的権利（内部組織権）は、政府職員の事項的免除のみならず、国自身の免除との関係でも重要な役割を果たしているということを描きしておくべきであろう。具体的には、雇用契約に係る裁判手続から⁽⁷⁸⁾の国の免除は、部分的に、この内部組織権に基礎づけられていると考えられる。

(76) *Prosecutor v. Blaškić*, *supra* note 61, para. 40.

(77) *Ibid.*, para. 41. See also Antonio Cassese, *International Criminal Law* (2nd ed., Oxford University Press, 2008), at 303; Ronzitti, *supra* note 38, at 230.

(78) Joanne Foakes & Roger O'Keefe, 'Article 11', in Roger O'Keefe & Christian J. Tams (eds.), *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property: A Commentary* (Oxford University Press, 2013) 183, at 184. 坂巻静佳「制限免除主義の下での裁判権免除の判断基準——雇用契約事案の分析を通じた再検討」『国際法外交雑誌』116巻3号（2017年）284頁、304-305頁も参照。

「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」(国連国家免除条約⁽⁷⁹⁾) 11条はまず、「いずれの国も、自国と個人との間の雇用契約 […] に関する裁判手続において、[…] 免除を援用することができない」と定める(1項)。しかし、これにはいくつかの例外が存在し、同条2項(c)によれば、「裁判手続の対象となる事項が個人の採用、雇用契約の更新又は復職に係るものである場合」には、国は外国の裁判権に服さない。この免除は、被用者が(外交官等の)⁽⁸⁰⁾特定の地位を有していることや、特定の職務を遂行する(統治権能を行使する)ために採用されている⁽⁸¹⁾ことを要件としない。つまり、国が免除を享有するかどうかは、被用者たる職員によって遂行される国家職務の性質ではなく、被用者が原告としてどのように請求を定式化するかに依存するというのである。言い換えれば、同一の被用者であっても、国によって解雇された場合に、金銭の支払いを求めるか、解雇は無効であるとして職員としての地位の確認を求めるかで、法廷地国による裁判権行使の可否は異なりうるということである。このことを説明(ないし正当化)するのが、まさに内部組織権である。すなわち、外国職員の採用等が主題となっている場合に法廷地国による裁判権行使が許容されるならば、それは、実質的には、当該外国に対して特定の個人を雇用⁽⁸²⁾するよう強制する権限を法廷地国に与えることに等しい。そしてこれは、国がもつ「自己組織に対する主権的権限 (les pouvoirs souverains d'auto-organisation)⁽⁸³⁾」への干渉であり、許容されないと考えられた。

そして、ここにこそ、国家責任法と国家免除法との間の規範的インターフェ

(79) 国連国家免除条約は、2004年12月2日に国連総会によって採択された(UN Doc. A/RES/59/38)が、執筆の時点(2022年8月31日)では未発効である。

(80) 国連国家免除条約11条2項(b)号を参照。

(81) 同(a)号を参照。

(82) ILC, 'Jurisdictional immunities of States and their property', Report of the International Law Commission on the Work of its 41st Session (2 May—21 July 1989), *Yearbook of the International Law Commission 1989*, Vol. II, Part 2, p. 97, at 110, para. 512.

(83) Riccardo Pavoni, 'La jurisprudence italienne sur l'immunité des États dans les différends en matière de travail: Tendances récentes à la lumière de la convention des Nations Unies', *Annuaire français de droit international*, tome 53 (2007) 211, at 217.

イスが見出される。国家機関の行為が広く国に帰属する（すべきである）ということは、国の「自己組織権」の観点から規範的に説明されてきた。すなわち、Luigi Condorelli がいうように、いずれの者に国家機関の地位を与え、それにいかなる権限を付与するか⁽⁸⁴⁾の決定について、国際法は何ら基準を定めておらず、これはもっぱら国内法に委ねられている。換言すれば、国際法は、国がどのようにして自己を組織するかを規律しておらず、これは、各国家の手に残された（*réservé*）領域の中核をなす。この「自己組織権（*droit de s'auto-organiser/droit a l'auto-organisation*）」をもたない実体は、主権国家ではない。つまり、この権利は、主権の主たる要素または属性の1つだ⁽⁸⁵⁾ということである。もっとも、「自己組織権」はややミスリーディングな表現である。というのも、Condorelli が指摘するように、これは国際法上の権利ではない（国際法が国に付与することができるようなものではない）。主権国家の存在は、国際法が規律しない歴史的過程の結果であり、国際法はこれを現実として認めるだけである。国際法がなすのは、主権を国に与えることではなく、（国際法上の原則・規則を通じて）国がもつ主権を保護することである。かくして、「国が自己をどのように組織するかについて他国から干渉されない権利」と呼ぶ方が正確だ⁽⁸⁶⁾と思われるが、以下では便宜上「自己組織権」と表記する。

他方で国は、国際関係において、自己組織権を行使した以上、そこから生じた帰結をも引き受けなければならない。すなわち、問題となる行為が国家機関のそれであると立証された場合、その行為が違法であるという主張に対しては異論を唱えることができるとしても、それが自身の行為であるということを否定してなお当該国が誠実であり続けることは原則としてできない。かくして、Condorelli によれば、国際法が規律する帰属という作業は、その実質において、信義誠実の原則に由来する、広い意味での禁反言に帰せられるという。国⁽⁸⁷⁾

(84) Luigi Condorelli, 'L'imputation a l'Etat d'un fait internationalement illicite: Solutions classiques et nouvelles tendances', *Recueil des cours*, tome 189 (1984) 9, at 27.

(85) *Ibid.*, at 28-29.

(86) *Ibid.*, at 29-30.

は、抽象的な実体であり、そのために行動する個人を欠いてはその目的を達成することができない。ゆえに国は、自己をどのように組織するか、すなわち、特定の国家職務を遂行するにふさわしい者が誰であるかについて決定する権限をもっていなければならない。そして国は、その職務が適切に遂行されるよう確保するために、当該国のために行動する者を保護する権限⁽⁸⁸⁾、および、職務遂行のために付与された権能の不適切な行使につき懲戒・処罰等の措置をとる権限⁽⁸⁹⁾を排他的に行使できなければならない。さもなければ、国はその手足をもがれることになる。したがって、政府職員がその本国のために行動している限り、外国は当該職員に対して刑事管轄権を行使しえない。しかし国は、その代償として、そのような職員の行為を自らのものとして引き受けるよう義務づけられているのである。

それゆえに、国がその職員の行為について外国刑事管轄権からの事項的免除を援用するという事は、その政府職員が当該国のために行動していたということ、つまり、問題の行為が当該国に帰属するという事を認めることに等しく、その後、そうではないと主張することは妨げられうる⁽⁹⁰⁾。このことは、以下のように、ICJの刑事司法共助事件（ジブチ対フランス）判決（2008年）によく表現されている。

国が、免除を理由として、その国家機関に対する裁判手続を進めないよう

(87) *Ibid.*, at 54.

(88) 同じ論理は、まったく異なる文脈においてではあるが、国連の職務中に被った損害の賠償事件勧告的意見（1949年）において、ICJによっても展開された。裁判所は、いわゆる機能的保護の措置をとる国連の黙示的権能を、その職員による効率的で独立した任務遂行を確保する必要性から導き出した。*Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1949*, p. 174, at 182-184.

(89) ゆえに、政府職員がその権限を踏越して行動していたとしても、そのことにより、当然に事項的免除を失うわけではない。さもなければ、免除の価値はほとんどない。Wuerth, *supra* note 19, at 219. この点については、本稿4(3)も参照。

(90) Condorelli, *supra* note 84, at 51, 53-54. 米国法における免除と責任との関係について、Curtis A. Bradley, 'Conflicting Approaches to the U. S. Common Law of Foreign Official Immunity', *American Journal of International Law*, Vol. 115 (2021) 1, at 18-19を参照。

外国裁判所に求めた場合、当該国は、そのような機関がその文脈において
実行したあらゆる国際違法行為に対する責任を引き受けたことになる。⁽⁹¹⁾

国が事項の免除を援用しても、問題の行為が国際法上違法とみなされるかどうかを争う余地は残されているとみるべきであるが、その行為がそもそも自国には帰属しないという主張はもはや認められないということになろう。⁽⁹²⁾

(3) 「自己組織権」に基礎づけられる事項的免除の限界

以上のことから、国家組織に属する者——その国の国内法に基づき国家機関の地位を有する者——に関する限り、国に帰属する行為と事項的免除が適用される政府職員の行為は同じコインの表裏であり、その射程を同一の基準——国家責任条文4条の定める基準——によって画することには理由があるといえよ

(91) *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C. I. J. Recueil 2008, p. 177, at 244, para. 196.

(92) このことをどのように説明するかは、やや複雑な問題をはらんでいる。何よりもまず、国がその職員について事項的免除を援用した場合、その事実、問題の行為が当該国のために実行されたということ、すなわち、当該国によって付与された職務の遂行に関連して実行されたものであるということを強く示唆し、その行為が当該国に帰属することを基礎づける証拠となりうる。問題は、それにもかかわらず、その後当該国が、実際にはその職員が純粹に私的な資格で行動していたことの立証に成功した場合、当該国に、問題の行為は自国に帰属しないと主張することを許すかどうかである。この点、事項的免除の援用は、国家責任条文11条にいう承認・採用を構成するという主張はありえよう。あるいは、当該国による援用に応じて、法廷地国が事項的免除を付与して管轄権行使を控えた場合には、厳密な意味での禁反言 (Thomas Cottier & Jörg Paul Müller, 'Estoppel' (last updated September 2021), in Anne Peters & Rüdiger Wolfrum (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2008–), at www.mpepil.com (as of 31 August 2022)) の要件が充足され、その結果として、不帰属を主張することが禁じられる余地はあろう。もっとも、国家責任条文11条が現行国際法を反映したものであるかは必ずしも明確でなく (11条に関する近年の裁判例の検討につき、岡田陽平「移送受刑者に対して行われた恩赦と生命に対する権利——憎悪犯罪の実行者に対する恩赦等の措置が国家責任条文11条にいう承認・採用を構成するか」『人権判例報』5号 (近刊) を参照)、また、禁反言と一口にいっても、正当化原理の異なる複数の「禁反言」法理が並存する可能性も示唆されており (若狭彰室「国際法における禁反言法理の正当化原理」『世界法年報』39号 (2020年) 116頁, 137頁)、いずれの説明についてもさらなる検討が必要であると思われる。この点については、今後の課題とすることについて読者のご海容を乞う。

う。そして、国家責任条文7条が、4条から独立した別個の規則というよりも、4条に基づいて帰属する行為の限界について確認するものであることに鑑みれば、エンリカ・レクシ号事件において仲裁廷の多数意見が、4条とともに7条に依拠したことに⁽⁹⁴⁾もまた理由があるといえよう。ただし、いくつかの点には留意しておく必要がある。第1に、国家責任条文7条が明確な基準を提供しているとは必ずしもいえない。⁽⁹⁵⁾第2に、政府職員の事項的免除と責任法上の行為帰属とが、自己組織権という主権の同じ要素・属性に基礎づけられるとしても、両者がその異なる側面——一方でその法的保護、他方でその行使がもたらす法的帰結——に関わり、それゆえ異なる目的をもっている以上、実行の積み重ねを通じて、両者の基準が乖離することはありうる。⁽⁹⁶⁾

また、事項的免除が主権国家の自己組織権に基礎づけられるとすれば、これを援用することができる政府職員は、国家組織に属する者に限定されるという結論が導かれよう。したがって、私人の行為に係る国家責任条文8条はもちろん、準国家的実体の行為を扱う5条もまた、事項的免除が適用されるかどうかを確定する基準を提供するものとは考えにくい。5条が対象とする準国家的実体の存在意義は、まさに、国家組織からは独立した実体に公的職務を委ねることにより、その効果的遂行を実現することにある。⁽⁹⁷⁾ゆえに、単なる私人ではなく、ある国の国内法に基づき公的職務を委ねられた準国家的実体（の職員）で

(93) 岡田「前掲論文」(注16) 69-70頁を参照。

(94) 新倉「前掲論文」(注6)を参照。

(95) 杉原高嶺他『現代国際法講義』(第5版、有斐閣、2012年) 325-326頁〔白杵知史〕。また、岡田「前掲論文」(注16) 72-75頁も参照。

(96) 'Commentaries to the draft articles adopted on first reading', *supra* note 9, at 208-209, para. 25. See also Micaela Frulli, 'On the Existence of a Customary Rule Granting Functional Immunity to State Officials and its Exceptions: Back to Square One', *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 26 (2016) 479, at 497. もっとも、これは事項的免除の「限界 (limitation)」ではなく、「例外 (exception)」の問題と考えるべきであろう。両者の違いについては、本稿4(4)を参照。

(97) Roberto Ago, 'Troisième rapport sur la responsabilité des Etats', *Annuaire de la Commission du droit international 1971*, Vol. II, Première partie, p. 209, at 268, para. 164.

あったとしても、その公的職務に関連して実行した行為について、事項的免除を援用して、外国による逮捕、訴追または処罰から免れることはできないように思われる。

しかし、そのような実体（の職員）が、公的職務を遂行するとどまらず、公権力を行使して行動していた場合には、外国による刑事管轄権の行使が妨げられる可能性はある。国連国家免除条約をみると、国家機関の地位をもたない実体であっても、それが「国家の主権的な権能（sovereign authority）の行使としての行為を行う権限を有し、かつ、そのような行為を現に行っている場合」には、同条約の適用上「国」とみなされ、したがって、免除を享有する（2条1項（b）号（iii））。この条約がもたら民事裁判手続からの免除を念頭に置くものであることには留意が必要であるが、準国家的実体に関する限り、自己組織権に基礎づけられる政府職員の事項的免除によってカバーされるか否かを問うのではなく、国自身の免除——統治権能という（自己組織権とは異なる）主権の要素・属性を他国による干渉から保護するための免除——の射程の問題として整理すべきものように思われる。⁽⁹⁸⁾⁽⁹⁹⁾

(98) 政府職員の事項的免除と国自身の免除がそれぞれ主権の異なる要素・属性を保護するものであり、したがって、両者は区別すべきものであるとすれば、後者に係るいわゆる不法行為例外（国連国家免除条約12条）を前者にそのままあてはめることはできないというべきであろう。Philippa Webb, 'How Far Does the Systemic Approach to Immunities Take Us?', *AJIL Unbound*, Vol. 112 (2018) 16, at 18-19. したがって、エンリカ・レクシ号事件において、仲裁廷の多数意見が、インドの域内不法行為例外に基づく主張について検討する際、国連国家免除条約12条を参照したこと（*The 'Enrica Lexie' Incident*, *supra* note 10, paras. 865-872）には疑問がないではない。もっとも仲裁廷は、国連国家免除条約12条に置かれた例外が「慣習国際法の下で認められた」ものであると考えていたわけでは必ずしもなく（*ibid.*, para. 868），その意味において12条への参照は仮定的なものであったというべきである。

(99) *Cf.* William S. Dodge, 'NSO v. WhatsApp: Should the Solicitor General Recommend Allowing Foreign Corporations to Claim Immunity?', *Just Security* (9 June 2022), at <https://www.justsecurity.org/81843/nso-v-whatsapp-should-the-solicitor-general-recommend-allowing-foreign-corporations-to-claim-immunity/> (as of 31 August 2022). 上述のとおり、国家責任条文5条（およびそのコメントリー）は、「統治権能」の語を定義しなかったが、同条はもっぱら主権的行為についてのみ国への帰属を認めるものと解されるようになっている。しかし、国に帰属する行為の射程から準国家的実体の業務管理行為がカテゴリー的に排除されるわけ

(4) 国際犯罪例外をめぐる議論への示唆

周知のとおり、政府職員の外国刑事管轄権からの免除に関する作業において、ILCが直面した最大の困難は、政府職員が国際法上の犯罪（国際犯罪）を実行したと疑われる場合においても事項的免除が適用されるかどうかという問題（いわゆる国際犯罪例外）であった。この問題をめぐっては様々な立場が主張されているが、本稿の目的との関係では、これを「公的行為」の射程に係る問題として論ずるアプローチ——国際犯罪を構成する行為は事項的免除の適用上「公的行為」とはみなされえないという立場——が重要であると思われる。

このアプローチをとる代表的な論者として、Rosanne van Alebeek を挙げることができる。彼女によれば、国際法上の犯罪に対する政府職員の個人責任の原則が発展した結果、国はもはや、政府職員が国際法の下で権限を行使する場合、それら職員の任務を決定する完全な自由をもたない。そして、国際犯罪に対する普遍的管轄権の原則が慣習法の地位を有することについて広範な合意が存在することに鑑みれば、政府職員がその任務の範囲内において行動していたか否かを判断する本国の管轄権は排他的なものではない。その結果として、「国際犯罪は、もはや公的行為とは性格づけられない」と結論づけるが、

ではない。岡田「前掲論文」（注16）88-89頁。つまり、5条に基づいて国に帰属する行為の範囲は、一方で4条の下でのそれよりも狭いが、他方で主権的行為に限定されるわけではない、ということである。となれば、やはり国家責任条文5条の行為帰属基準と国家免除の基準とを完全に同じものと考えすることはできない（5条に基づいて国に帰属する行為であっても、国家免除が適用されないものもある）ように思われる。

(100) 坂巻静佳『『人道に対する犯罪』条文草案における政府職員の外国の刑事管轄権からの免除とアムネ스티』『国際法外交雑誌』119巻4号（2021年）520頁、526-529頁を参照。

(101) 坂巻「前掲論文」（注6）215-220頁を参照。

(102) Rosanne van Alebeek, 'Functional Immunity of State Officials from the Criminal Jurisdiction of Foreign National Courts', in Ruys, Angelet & Ferro (eds.), *supra* note 17, p. 497, at 519.

(103) *Ibid.*, at 500, 520-521.

(104) *Ibid.*, at 521. *See also* Frulli, *supra* note 96, at 498; William S. Dodge, 'Foreign Official Immunity in the International Law Commission: The Meaning of "Official Capacity"', *AJIL Unbound*, Vol. 109 (2015) 156, at 159.

らといって、国際犯罪を構成する政府職員の行為が、国家責任法上、その本国に帰属しなくなるわけではないという。なぜなら、免除法と責任法における公的行為の概念は、それぞれ「本質的に別個のもの」だからである⁽¹⁰⁵⁾。

このアプローチは、国際犯罪を公的行為の「限界 (limitation)」を超えたものと位置づけるが、その眼目は、政府職員が国際犯罪を実行したと疑われる場合には事項的免除が適用されないという結論を、演繹的な推論により導くところにある。同じ結論に、帰納的分析を通じて至ることも考えられる。すなわち、そのような場合に適用される事項的免除の「例外 (exception)」が慣習国際法上存在しているということを示す方法である。しかし、この試みは、国家実行における乗り越えがたい一貫性の欠如に必ずや直面する⁽¹⁰⁷⁾。学説上も、国家実行が一貫していないことを理由に、国際犯罪例外に懐疑的な論者は多い⁽¹⁰⁸⁾。それゆえに、van Alebeek は、事項的免除の例外の問題としてではなく、公的行為の観念に内在する限界の問題として構成する——公的行為を制限的に「解釈

(105) van Alebeek, *supra* note 102, at 521.

(106) *Ibid.*, at 521, 523.

(107) この点について、オランダが興味深い例を提供している。オランダ政府は、2016年にILCに提出したコメントにおいて、「限界」アプローチを採用し、政府職員によって国際犯罪が実行された場合には事項的免除の適用はないという立場を示した。The Netherlands, 'Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction', at https://legal.un.org/ilc/sessions/68/pdfs/english/iso_netherlands.pdf (as of 31 August 2022)。しかし2020年、ハーグ地方裁判所は、政府がいう事項的免除の「限界」は慣習国際法において受け入れられていないと判示した。そして、裁判所はオランダ政府の見解には拘束されず、慣習国際法を適用せねばならないという。*Claimant v. Defendant I and Defendant II*, District Court of The Hague, 29 January 2020, Case No. C-09-554385-HA ZA 18-647, para. 4.48. かくして、一方で、国際犯罪（の容疑）の場合にも事項的免除が適用されるかどうかについて、国家実行が一貫していないことを理解するためには、複数の国の実行をみるまでもない、といえるかもしれない。他方でこの例は、「限界」アプローチの難点——演繹的推論で押し通すことの難しさ——をも示しているように思われる。

(108) See, e. g., Ingrid Wuerth, 'Pinochet's Legacy Reassessed', *American Journal of International Law*, Vol. 106 (2012) 731, at 747-759; Sean D. Murphy, 'Immunity *Ratione Materiae* of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: Where is the State Practice in Support of Exceptions?', *AJIL Unbound*, Vol. 112 (2018) 4.

する」——ことで、国際犯罪を事項的免除の射程から除外しようとしたのであ
(109)
る。

しかし、事項的免除の理論的根拠に照らせば、すなわち、自己組織権が主権の一要素であり、したがって、それ自体は前国際法的なものであることに鑑みれば、この「限界」アプローチは維持できないように思われる。Condorelli
(110)
が指摘するように、国がどのように自己を組織するかについて、国際法の規律が直接に及ぶことはない。言い換えれば、この自己組織に係る自由は、国際法が各主権国家に付与している権利ではなく、むしろ、それに基づいて国際法が存在し、発展していく根本的な前提である。ゆえに、国際（刑事）法がいかに発展しようと、国がもつ、国家機関または政府職員として行動する個人を任命し、それら機関・職員に命令を与え、そのような命令が遵守されなかった場合に制裁を加える権限（の排他性）は、変化しないというべきである。
(111)

だが、国の自己組織そのものを国際法が規律しえないとしても、それを法的に保護するかどうか、するとして、どの程度保護するかは国際法が決める事柄である。そうであれば、国際法を通じて保護または促進される他の利益や価値——たとえば、重大犯罪の不処罰の根絶——を考慮して、一定の場合に事項的免除が（公的行為についても）否定されることは、論理的にはありうる。ピノ
(112)
チェト事件英国貴族院判決が示すように、これは、すでに一定の条約——たと

(109) van Alebeek, *supra* note 102, at 518–521, 523.

(110) Condorelli, *supra* note 84, at 29–30.

(111) *Prosecutor v. Blaškić*, *supra* note 61, para. 41.

(112) *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others*, ex parte Pinochet Ugarte (*Amnesty International and others intervening*) (*No 3*), United Kingdom, House of Lords, 24 March 1999, [1999] 2 All E. R. 97, at 114–115 (Lord Browne-Wilkinson). 英国政府は、2016年にILCに提出したコメントのなかで、この貴族院判決に依拠しつつ、「拷問等禁止条約を批准した国は、その5条2項が定める、容疑者が自国の領域内に所在しかつ引渡しを行わない場合において自国の裁判権を設定する明示的な責務のために、拷問の罪に関して、自国職員の免除を黙示的に放棄している」と述べた。The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, 'Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction', https://legal.un.org/ilc/sessions/68/pdfs/english/iso_uk.pdf (as of 31 August 2022).

えば「拷問及び他の残虐な、非人道的な又は品位を傷つける取扱い又は刑罰に関する条約」⁽¹¹³⁾（拷問等禁止条約）⁽¹¹⁴⁾——により実現されている。しかし、そのような条約が存在しない場合には、2つの競合する——いずれも正当なものと考えられる——利益・価値の間でいかに適切なバランスを図るかについて、演繹的推論のみでもって説得的な結論に至ることは困難であろう。「関連する国家実行および国際裁判例を偏りなくかつ説得的なかたちで評価すること」⁽¹¹⁵⁾によってのみ、これは可能になると思われる。

関連して、ICJは、国際人権法または武力紛争法の重大な違反が問題となる場合⁽¹¹⁶⁾であっても、慣習国際法上、国は免除を失わないと判示したが、このことは、事項的免除に係る国際犯罪例外の存在を立証するうえで、直接の障害には

(113) Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 10 December 1984, 1465 UNTS 113.

(114) See, e. g., Akande & Shah, *supra* note 27, at 839-849; Pierre d'Argent, 'Immunity of State Officials and the Obligation to Prosecute', in Anne Peters *et al.* (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism* (Brill, 2014) 244, at 253-265; Mathias Forteau, 'Immunities and International Crimes before the ILC: Looking for Innovative Solutions', *AJIL Unbound*, Vol. 112 (2018) 22, at 24. But see Wuerth, *supra* note 108, at 763-764.

(115) Roger O'Keefe, 'An "International Crime" Exception to the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: Not Currently, Not Likely', *AJIL Unbound*, Vol. 109 (2015) 167, at 167. この点、関連する国家実行および国際裁判例のリストは日々増大しており、また、一定の例外を認める方向に少しずつ傾きつつあるように思われる。たとえば、ドイツ連邦通常裁判所は、2021年1月28日の判決において、下級の政府職員に関する限り、戦争犯罪の容疑に係る外国刑事裁判手続から免除されないと判示した。興味深いことに、裁判所は、本件では「国家組織において特に際立っているわけではない (in der Staatsorganisation nicht besonders herausgehobener)」自然人が裁判手続の対象になっているという点を強調した。Bundesgerichtshof [BGH], Judgment of 28 January 2021, 3 StR 654/19, in NJW (18/2021) 1326, at 1328, paras. 16-17. この判決については、たとえば、Claus Kress, 'On Functional Immunity of Foreign Officials and Crimes under International Law: The Jan. 28, 2021 Judgment of Germany's Federal Court of Justice', *Just Security* (31 March 2021), at <https://www.justsecurity.org/75596/on-functional-immunity-of-foreign-officials-and-crimes-under-international-law/> (as of 31 August 2022); フィリップ・オステン=久保田隆「国際刑罰権の間接実施と事項的免除——国家による中核犯罪の訴追と裁判権の免除をめぐる問題の一断面」『法学研究』94巻12号（2021年）1-41頁を参照。

(116) *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, *supra* note 45, at 139, para. 91.

ならない、ということ指摘しておきたい。これは、裁判所が、慎重にも、ここでは「国自身の裁判権免除についてのみ判断したのであって、政府職員に対する刑事手続において免除が適用されるかどうか、されうとして、どの範囲で適用されるかという問題は、本件では提起されていない」と述べたこと⁽¹¹⁷⁾のみを理由とするのではない。政府職員の事項的免除が、その理論的根拠の観点から、国自身の免除と区別される以上、後者に係る先例は、ここでいう「関連する」先例にそもそも該当しないのである。⁽¹¹⁸⁾

5 おわりに

以上の検討から、国家責任法と国家免除法の間には一定の規範的重なりがあると結論づけることができるように思われる。政府職員の事項的免除は、自己組織に干渉されない国の権利として把握することができる。国は自己組織について排他的に決定することができるが、これを責任法の側からみれば、国は、国家組織に属する者の行為を、国際関係において、自己のものとして引き受けねばならない、ということになる。かくして、行為者が国家機関の地位を有する限り、その行為者が政府職員として事項的免除を援用しうるかどうかという問題と、当該行為がその本国に帰属するかどうかという問題は、同じ基準に基づいて判断されることになる。したがって、事項的免除が（政府職員個人ではなく）国の権利であり、また、国家主権に基礎づけられるものであるとしても、その射程が（国自身の免除とは異なり）業務管理行為にも及ぶことは十分に正当化される。

もっとも、国家責任法上の行為帰属と政府職員の事項的免除との違いを完全

(117) *Ibid.*

(118) 「関連する」先例を特定することの難しさと重要性について、岡田「前掲論文」(注16) 89-91頁を参照。

(119) 本稿は、この規範的重なりについて、免除法の側から考察したものである。責任法の側から分析する試みとして、同上、82-89頁を参照。

に無視することは適当ではなく、行為の帰属が常に事項的免除に結びつくかについては、慎重な検討を要する。もし、国際犯罪例外が慣習国際法上存在するならば、政府職員の行為が、一方では責任法上国に帰属し、しかし他方では外国刑事管轄権に服する、ということが生じうる。なぜなら、この場合、事項的免除の否定は、行為の公的性質——これが国への帰属を基礎づける——の否定を前提としないからである。

本稿は、政府職員の事項的免除を通じて、国際法における帰属の遍在性について検討し、その一端の解明を試みたものである。もちろん、事項的免除に係る国際法の明確化もまた本稿の目的の1つであったが、では、それにとどまらない、帰属の遍在性に関する研究としての意義はどこに見出されるだろうか。本稿が、勢い、事項的免除の理論的根拠を分析することになったことから、了解されるように、国家責任法上の行為帰属規則が、国家責任以外の文脈で問題となる帰属作業にも適切な基準を提供することができるかどうかは、それぞれの文脈ごとに検討すべきものである。となれば、帰属の遍在性の問題として一括りにして論ずる意義はどこにあるのだろうか。

今日、国際法の実践において、国家ではないアクター——個人（政府職員、私人）、国際機構、企業、非政府組織（NGO）、武装集団等——が重要な役割を果たしていることは疑いえない⁽¹²⁰⁾。しかし、冒頭で述べたとおり、国際法は、依然として、主として国家間関係を規律する法として把握されているといつてよい。Crawfordは、法人格をめぐって、国際法が未だ「参加（participation）」の法ではなく、「排除の法（law of exclusion）」であると指摘する⁽¹²¹⁾。これは、国際法学が、国際法実践におけるアクターの多様化を捉えきれていないことの証左であろう。国が自然人（またはその集団）を介してのみ行動することのできる抽象的な実体であるにもかかわらず、また、国際法実現過程への参加者の多様化にもかかわらず、国際法が国家中心的な体系をまがりなりにも維

(120) 酒井啓巨他『国際法』（有斐閣、2011年）39-40頁〔酒井啓巨〕。

(121) James Crawford, 'Chance, Order, Change: The Course of International Law', *Recueil des cours*, tome 365 (2013) 9, at 159.

持しているのは、まさに国への帰属という法的作業を経由することによってである。実践におけるアクターの多様化に直面してもなお、この国家中心的な体系を維持することが可能であるか、また、維持することが適当であるかという問いに対しては、たとえ迂遠であるとしても、国際法プロセスにおいて問題となりうる帰属の1つ1つについて、その原理を説明することによってのみ、答えを与えることができると思われる。

【付記】本稿は、JSPS 科研費 20H01425 の成果を含んでいる。