

政府職員の外国の刑事管轄権からの免除

——根拠の考察——

秋 山 英 輝

(法学専攻 法政リサーチ・コース)

目 次

| |
|----------------------|
| はじめに |
| 第一章 政府職員の免除規則の法的性質 |
| 第一節 政府職員の免除の区別 |
| 第一項 人的免除 |
| 第二項 事項的免除 |
| 第二節 免除の手続的性質 |
| 第三節 小 括 |
| 第二章 高位の政府職員の人的免除の根拠 |
| 第一節 機能的必要説 |
| 第二節 機能的必要性および代表性の結合説 |
| 第三節 内政不干渉原則に基づくとする説 |
| 第四節 考 察 |
| 第三章 政府職員的事项的免除の根拠 |
| 第一節 国家責任の帰結とする説 |
| 第二節 主権免除の帰結とする説 |
| 第三節 内政不干渉原則に基づくとする説 |
| 第四節 考 察 |
| 結 論 |

はじめに

本稿は、政府職員（State officials）の外国の刑事管轄権からの免除の「根拠」に焦点を当て、根拠の特定を試みるとともに、根拠の検討を通じて当該免除規則の不明確な部分の明確化に取り組むことを目的とする¹⁾。

ここで政府職員とは、「国家を代表しまたは国家権限を行使する個人」をいうものとする。これは、2022年に国連国際法委員会（以下、ILC）が採択した「政府職員の外国の刑事管轄権からの免除」の第一読草案2条(a)が規定する定義である²⁾。もっとも、国際法上、外交使節団、領事機関、特別使節団、および軍隊の構成員の免除を規律する特別の規則が存在する³⁾。本稿は、そのような特別の規則が適用されない場合の政府職員の免除を検討対象とする。

1990年代以降、大規模な人権侵害を行った者が処罰を免れるという「不処罰」の問題に関心が高まった⁴⁾。そのため、そのような者の処罰を目的とする外国の刑事管轄権行使の事例が増加した。その際、政府職員の免除が、外国の刑事管轄権行使の障害となってきた。加えて、政府職員の免除は、外交官や領事官とは異なり法典化されておらず、その内容は必ずしも自明ではなかった。

後述するように、政府職員の外国の刑事管轄権からの免除は、人的免除 (*immunity ratione personae*) と事項的免除 (*immunity ratione materiae*) に区別され、両者には誰が免除を享有するのか（人的範囲）、免除がいつまで存続するのか（時間的範囲）、そしていかなる行為が免除されるのか（事項的範囲）に違いがある。この中で、人的免除については、人的範囲に国家元首、政府の長、および外務大臣（以下、トロイカ）が含まれるとされるが、それ以外にどの範囲まで及ぶかが議論になっている。その背景には、他の高位の政府職員（high ranking State officials）も外遊の機会が増えたことがある。また、事項的免除については、対象となる行為の範囲やその例外といった事項的範囲が不明確となっている。

このような背景の下で、ILC は、2008年より「政府職員の外国の刑事管轄権からの免除」の条文草案の準備作業を開始し、2022年には第一読草案およびコメントリーを採択した。条文草案3条は、人的免除の人的範囲について、その享有主体をトロイカに限定し、他の高位の政府職員を含めなかった。また、6条1項は、事項的免除の事項的範囲について、「公的

資格で行われた行為」を対象としつつ、7条において、集団殺害犯罪等の国際法上の犯罪に関しては事項的免除を適用してはならないとした。もっとも、上記の規定の特に7条については、ILCの委員の間でも議論があり⁵⁾、当該草案の採択をもって政府職員の免除の内容が明確になったとはいえない状況にある。

この点について、学説では、国際法上、様々ある免除規則は各々根拠を持っており、その根拠により免除の享有主体、免除の範囲、そして免除の例外が画定されることが指摘されてきた⁶⁾。したがって、政府職員の免除の根拠の探究は、既に指摘した政府職員の免除の不明確な部分の明確化に資すると考えられる。しかしながら、免除の根拠の探究は、必ずしも体系的に行われてきたわけではない。政府職員の外国の刑事管轄権免除に関するILCの最初の特別報告者Kolodkinは、政府職員の免除の根拠を検討することの重要性を指摘し、提出した第一報告書では免除規則の根拠の分析を行った⁷⁾。その一方で、後任の特別報告者Escobar Hernándezは、免除の根拠について十分な議論を行ったわけではない。また、学説においても免除の根拠に関する理解が多様なものとなっており、見解の一致がみられない。

そこで本稿では、政府職員の免除規則の根拠を検討し、不明確な部分の明確化を試みる。第一章では、政府職員の免除規則の法的性質を整理する。第二章では人的免除の根拠に関する三つの理解、第三章では事項的免除の根拠に関する三つの理解を検討し、考察を行う。

第一章 政府職員の免除規則の法的性質

本章は、政府職員の免除規則の法的性質を概観したうえで、根拠との関連性を指摘する。第一節では、政府職員の免除を人的免除と事項的免除に区別し、両規則の特徴を整理する。第二節では、人的免除と事項的免除の法的性質に関する議論を検討する。

第一節 政府職員の免除の区別

国際法上、政府職員の免除は、人的免除と事項的免除に区別される。これらの免除には人的範囲、事項的範囲、時間的範囲に違いがあるため、判例ではこの区別が採用されてきた⁸⁾。

第一項 人的免除

人的免除とは、免除の享有主体の地位に基づく免除である。人的免除の人的範囲は、現職の高位の政府職員に限られるとされる⁹⁾。2002年の逮捕状事件において国際司法裁判所（以下、ICJ）は、「国家元首、政府の長、および外務大臣といった（telles que）国家において高位を占める一定の者」と述べ、トロイカに言及しつつ、人的免除の享有者にトロイカ以外の高位の政府職員も含まれうることを示唆した¹⁰⁾。他方で、2008年の刑事司法共助事件においてICJは、検事正および国家安全保障長官が人的免除の享有主体ではないと判示した¹¹⁾。

また、国内判例においては、防衛大臣¹²⁾ や通商大臣¹³⁾ に人的免除を認めるものがある一方で、国務大臣¹⁴⁾、国家安全保障局長¹⁵⁾、および農林大臣¹⁶⁾ の人的免除を否定するものもある。この点について、ILCの条文草案3条は、人的免除の人的範囲をトロイカに限定した。もっともILCの一部の委員から、トロイカ以外の高位の政府職員も人的免除が認められるとの見解も示されていた¹⁷⁾。このように、人的免除の人的範囲の問題は解決されていない。

他方で、人的免除の時間的範囲や事項的範囲は明確になりつつある。時間的範囲については、現職である期間に限定されると考えられている¹⁸⁾。ILCの条文草案4条1項は、「在任中にのみ人的免除を享受する」とし、時間的範囲を「現職」にある間に限定した。また、人的免除の事項的範囲は、在任中または在任前に行われたか否か、公的資格または私的資格で行われた否かを問わず、すべての行為が対象となると考えられている¹⁹⁾。ILCの条文草案4条2項は、「人的免除は、公的資格で行われたか私的資

格で行われたかを問わず、在任中に行われたか、在任前に行われたかを問わず、国家元首、政府の長、および外務大臣により遂行されたすべての行為を対象とする」と規定した。

第二項 事項的免除

事項的免除とは、政府職員の行為に基づく免除である。事項的免除の人的範囲と時間的範囲は事項的範囲に比べて明確であると考えられている。人的範囲は、政府職員の地位の階層に関わらず、国家の機能を遂行している政府職員が含まれるとされる²⁰⁾。条文草案5条は、「そのようなものとして行為する政府職員 (State officials acting as such) は、外国の刑事管轄権からの事項的免除を享受する」とした。さらに、時間的範囲は、政府職員の地位を退いた後も存続すると考えられている²¹⁾。条文草案6条2項は、「公的資格で行った行為に関して事項的免除は、その者が政府職員でなくなった後も存続する」とし、時間的範囲を「現職」にある間に限定しなかった。

事項的範囲は、政府職員が在任中に公的資格において行った行為のみが対象であると解されている²²⁾。条文草案6条1項は、「政府職員は、公的資格で行われた行為に関してのみ事項的免除を享受する」とした。もっとも、公的資格で行った行為の判断基準は必ずしも明確ではない²³⁾。また、国際法上の犯罪や法廷地国の領域内で当該国の同意なく行われた行為が事項的免除の例外に該当するか否かは、学説において議論がある²⁴⁾。

条文草案2条(b)は、「『公的資格で行われた行為』とは、国家権限 (State authority) の行使において政府職員により行われた行為を意味する」とした。ILCは、「公的資格で行われた行為」として性格づけられる行為は、国家に帰属することが前提条件であるとする²⁵⁾。加えて、ILCは、当該行為には国家との特別の関係 (special connection) がなければならず、「国家権限」の行使という要素も必要であることを確認した²⁶⁾。

条文草案7条は、「外国の刑事管轄権からの事項的免除は、以下の国際法上の犯罪に関して適用してはならない」と規定し、そのような犯罪として、集団殺害犯罪、人道に対する犯罪、戦争犯罪、アパルトヘイト犯罪、拷問、および強制失踪を挙げた。ILC は、たとえ政府職員によりこれらの犯罪が行われたとしても、国家は政府職員に事項的免除を適用してはならないことを確認している²⁷⁾。しかしながら、条文草案の準備作業における7条の採択では、異例の記録投票が行われたこともあり²⁸⁾、必ずしもILCの委員の間で見解が一致していたとはいえない。その後の第一読草案の採択では投票が行われなかったものの、上記の記録投票において反対投票を行った委員は「2022年に投票が行われなかったことは、法または法的立場が何らかの形で変化したことを意味するわけではない」²⁹⁾と述べている。

他方で、ILC は、法廷地国の領域内で当該国の同意なく行われた行為、例えば法廷地国内での殺人、スパイ、破壊工作や誘拐などの行為を、7条の規定に含めなかった。その理由としてILCは、7条のコメンタリーにおいて、法廷地国内で当該国の同意なく行われた一定の犯罪はその国の「領域主権原則に服する」ため、管轄権からの免除は生じないことを指摘した³⁰⁾。

しかしながら、上記の事項的免除の例外に関しては、関連する国内判例が多様なものとなっており³¹⁾、必ずしも明確になっているわけではない。

第二節 免除の手続的性質

国際法上、管轄権からの免除は、立法管轄権の行使から免れることを意味するわけではなく、立法管轄権が及ぶことを前提に、裁判管轄権の行使から免れることを意味するものと解されてきた³²⁾。言い換えれば、免除は実体法上の責任を免れさせるものではないとされる³³⁾。逮捕状事件においてICJは、「免除」(immunity)と実体法上の責任を免れるとする「免責」(impunity)を区別した³⁴⁾。そして、前者はその性質上、手続的であると

した³⁵⁾。そのため免除の問題は、裁判所が実体的な判断をする前の裁判手続の早い段階の問題であり³⁶⁾、先決的に決定されなければならないとされる³⁷⁾。

もっとも後述するように、学説においては、事項的免除を実体法上の抗弁 (substantive defence) と解する見解がある。すなわち、この説の論者は事項的免除を「免責」と捉えるのである。これは、政府職員の行為が国家に帰属することにより、行為の責任は行為者個人ではなく国家が負うという理解が根底にある。

この点について ILC は、人的免除および事項的免除を性質上手的なものとして理解している³⁸⁾。

第三節 小 括

本章では、政府職員の免除規則の法的性質を二つの側面から検討した。第一に、政府職員の免除は、人的免除と事項的免除に区別されており、また前者は人的範囲が、後者は事項的範囲が不明確であること示した。第二に、免除は一般的に手続的性質と捉えられているが、学説では実体法上の抗弁と捉える見解があることを指摘した。

根拠を探究する本稿との関係では、これらの側面は、根拠の特定により明確にできる対象であるといえよう。特に、人的免除の人的範囲と事項的免除の事項的範囲の明確化においては、根拠がそれらの範囲を明確にできると考えられるため、それらの免除を正当化する根拠の特定が求められていると解される。

第二章 高位の政府職員の人的免除の根拠

本章では、高位の政府職員の人的免除の根拠に関する議論を考察する。第一節では、近年有力な理解とされる機能的必要説を検討する。第二節では、機能的必要性と代表性の結合説を、第三節では、内政不干涉原則に根

拠を求める見解を検討する。

第一節 機能的必要説

Wickremasinghe によれば、特定の重要な地位の機能は国際関係の維持にとって重要であるため、その保護と便益のためにそのような地位の者には人的免除が必要であるという³⁹⁾。この説の論者は、2002年の逮捕状事件 ICJ 判決をその根拠としてきた。本件では、コンゴ民主共和国の現職外務大臣 Yerodia が享有する外国の刑事管轄権からの免除が問題となった。ICJ は、この免除を導くにあたり、外務大臣の機能を強調した。まず ICJ は、「慣習国際法上、外務大臣に付与される免除は、その者個人の利益のためではなく、国家の代表としての機能の能率的な遂行を確保するためのものである」と述べた。次に、「外務大臣は国の外交活動に従事しており、一般的に国際交渉や政府間会合において国家の代表として行為する」という機能を有し、「これらの機能の遂行にあたっては、外務大臣は頻繁に海外渡航が要求され、それが故に、その必要が生じた時にはいつでも自由にそれをする立場になければならない」という。そのため、ICJ は、外務大臣が「外国において完全な刑事管轄権からの免除と不可侵を享受する」と判示した⁴⁰⁾。本件において ICJ は外務大臣の機能を強調したことから、学説では、ICJ が機能的必要説の見解に立っているものと解されている⁴¹⁾。

逮捕状事件は現職外務大臣の免除に関するものであり、国家元首や政府の長について判断したわけではない。もっとも、国内裁判所では現職国家元首の免除を導く際に、機能の遂行に着目した例がある。1990年の Noriega 事件では、米国への麻薬の輸入に関する共同謀議に参加したことに起因する六つの容疑で起訴されたパナマの事実上の国家元首 Noriega が国家元首の免除を享受するのかが問題となった。結論として米国連邦地方裁判所は、米国政府は一度も Noriega を法的な統治者として承認したことがないことを理由に、「国家元首の免除」の主張を却下した。もっとも、同裁判所は、国家元首の免除の根拠が「指導者が外国の法制度のもと

で拘束、逮捕、妨害されることなく自由に政府の職務を遂行できるようにすることで、主権国家間の国際礼譲と尊重を促進することにある」ことを述べていた⁴²⁾。

学説においても、機能的必要説が有力であるとされる⁴³⁾。万国国際法学会は2001年に「国際法上の国家元首と政府の長の裁判管轄権および執行管轄権からの免除」に関する決議⁴⁴⁾を採択した。当該決議の前文は、国家元首と政府の長の免除は「独立し能率的な方法でその機能を遂行し、その者の責任を果たすために必要」であることを確認した⁴⁵⁾。

しかしながら、機能的必要説には次のような批判がある。第一に、Pedretti は、機能の能率的な遂行のために高位の政府職員に人的免除が付与される一方で、機能の遂行にとって不可欠とは言えない私的行為についてまで、行為者が外国の管轄権行使から絶対的に免除されるというのは、機能的必要説では必ずしも論理的に説明できないと指摘する⁴⁶⁾。

第二に、Pedretti は、機能的必要説に基づくと、幅広い高位の政府職員が人的免除の享有主体となる可能性が生じ、高位の一定の者にのみに認められるとする人的免除の性質が損なわれると指摘する⁴⁷⁾。Akande および Shah によれば、トロイカ以外の高位の政府職員も外国政府との交渉において ICJ が指摘するような外務大臣の機能と同様の機能を果たすことがありうるという⁴⁸⁾。特に、逮捕状事件において ICJ により示された外国訪問の必要性などは、グローバル化が進んだ国際社会において外務大臣に特有の機能とはいえない状況にある⁴⁹⁾。実際、通商大臣に対し、機能の遂行上の必要性から人的免除を認めた判例がある⁵⁰⁾。したがって、機能的必要説を採用した場合、トロイカ以外の高位の政府職員にも人的免除が認められることとなろう。

第二節 機能的必要性および代表性の結合説

人的免除は、機能的必要性、すなわち高位の政府職員の機能の能率的な遂行を確保する必要性と、代表性、すなわち国家を体現するという代表的

性格の両者が根拠であるとする理解がある。

この理解が示された判例として、例えば1989年の Marcos 事件がある。本件では、フィリピンの大統領を務めた Marcos がその地位を悪用して公的資金を入手したとされる事案について、米国当局が銀行関連の書類を入手するためにスイスに司法共助を要請したことから、米国が Marcos に対して管轄権を有するのかが問題となった。スイス連邦裁判所は、「慣習国際法は、国家元首、外国を訪問しているその家族の構成員にも同様に、個人の不可侵権および刑事管轄権からの免除を常に付与してきた」とし、その根拠として「慣習国際法は、国家間関係における代表的性格を理由とするのと同様に、国家元首の機能と主権の象徴的体现を考慮して、国家元首に人的特権を付与している」と述べた⁵¹⁾。

ILC の特別報告者 Kolodkin は、逮捕状事件において ICJ が示した外務大臣の免除の根拠は、外交関係条約上の免除の根拠と同様であると指摘する。すなわち、外交関係条約上の特権および免除は、機能的必要性と代表性の両者を根拠としており、このような根拠の理解は、逮捕状事件についてもあてはまると捉えている⁵²⁾。

しかしながら、この説は、国家元首の人的免除しか説明できない。国家元首については、国家を体现している者であると考えられてきた⁵³⁾ ことから、代表性に根拠を求めることが可能であろう。その一方で、Watts によれば、政府の長や外務大臣は、「高い地位にあるものの、国家元首のように自国を象徴したり、人格化したりすることはない」ため、「国際法上、彼らは自身に付随する資格、主権および威厳により特別な扱いを受ける権利を享受しない」という⁵⁴⁾。したがって、機能的必要性と代表性の結合説を採用した場合、政府の長や外務大臣には人的免除が認められないこととなる。

第三節 内政不干渉原則に基づくとする説

第三の見解として、人的免除は内政不干渉原則に基づくとするものがあ

る。Akande および Shah は、「ある国の指導者を逮捕および拘禁することは、事実上、その国の政府を変更することである。これは、その外国の自立性と独立に対する干渉の特に極端な形態であろう」と指摘する。そして「独立という概念は、国家が自国の政府を任命する排他的な管轄権を有することを意味し、また他の国家はこの問題に介入する権限がないことも意味する」と述べる⁵⁵⁾。

しかしながら、この説を認めれば、逮捕状事件で認められた外務大臣の人的免除を説明することが困難になるとされる⁵⁶⁾。この点について、政府の長は、国家元首と同様の法的地位にあると解されている⁵⁷⁾。そのため、内政不干渉原則に基づき政府の長は、外国の刑事管轄権からの人的免除を享有するものと解することができる。しかしながら、外務大臣については政府の長のような地位にあるとはいえない。したがって、このような説を採用すると、外務大臣には人的免除が認められないこととなる。

第四節 考 察

本章で検討した根拠の理解と人的免除の人的範囲の関係は、概ね以下のようなになる。第一に、機能的必要説、すなわち機能遂行上の必要性を根拠とする場合、享有主体の範囲はトロイカ以外の高位の政府職員に及ぶ可能性がある。第二に、機能的必要性と代表性の結合説、すなわち機能遂行上の必要性およびその者が国家を体现することの両方を根拠とする場合、国家元首以外の高位の政府職員には人的免除が認められないこととなり、享有主体の範囲は非常に制限的なものとなる。第三に、内政不干渉原則を根拠とする場合、国家元首や政府の長以外の高位の政府職員には人的免除が認められないこととなる。

有力に主張されている機能的必要説を採用した場合、人的範囲が明確ではないので高位の政府職員の機能が個別に検討されることになる。そのため、ある高位の政府職員がある国では人的免除を認められるが他の国では認められないといった事態が生じうる。しかしながら、このような事態は、

円滑な国家間関係の確保という人的免除の保護法益の観点から望ましいものとはいえない⁵⁸⁾。そのため単純な機能的必要性のみでは不十分である。

また、機能的必要性和代表性の結合説や内政不干渉原則に基づくとする説では、外務大臣には人的免除が認められないこととなり、特に逮捕状事件 ICJ 判決や当該判決以降の国内判例⁵⁹⁾とも整合せず妥当とはいえない。

結論として、人的免除は、機能的必要説が根拠であると考えている。ただし、人的免除の人的範囲は、国際法が認める代表的機能を有する者に限定されると考える。

いかなる理由であれ、高位の政府職員が外国の刑事管轄権に服するならば、その者の機能の遂行能力は損なわれ、このことは、円滑な国家間関係の確保を難しくする。とりわけ、国際法が定める代表的機能を遂行するトロイカ⁶⁰⁾は、国際法によりそのような機能が認められていない他の高位の政府職員とは異なり、常に自由である必要性が高いといえよう。

このことは、逮捕状事件 ICJ 判決においても示されていると考えられる。なぜなら、ICJ は、一方では外務大臣の機能、特に外国訪問の必要性等を指摘しつつ、他方では職務の性質上、国家を代表する者について規定した条約法条約 7 条 2 項(a)を参照し、国際法が認める代表的機能に触れていたからである。ここで ICJ は、代表の意味として、国家の威厳を体现するという意味の代表説を採用したわけではなく、「外務大臣がその職位のみによって、国のために行為する全権を有するものとの推定がある」⁶¹⁾ という意味での代表的性格を指摘していた。したがって、逮捕状事件において ICJ は、機能遂行上の必要性に着目するだけでなく、トロイカが国際法上、国際関係において国家を代表するという機能を有していることにも着目していたと解されよう。

このように考えると、国際法上、そのような代表的機能が認められていないトロイカ以外の高位の政府職員には人的免除が認められないこととなるだろう。もっとも、それらの職員が外国に特別使節団の構成員として派遣される場合には、特別使節団条約に基づく特権および免除を享有すると考え

られ、それらの職員の保護としては十分といえよう。

絶対的な免除という人的免除の性質に鑑みると、国際法上、国際関係において国家を代表している者に人的免除の享有主体を限定し、その範囲を明確にすることは、円滑な国家間関係の確保という人的免除の保護法益との関係でも合理的と解される。したがって、人的免除の根拠は機能的必要説であるが、そのような免除を享有する主体は、国際法が認める代表的機能を有する者に限定されると考える。このように考えると、人的免除の人的範囲は、トロイカに限定されるものと解される。

第三章 政府職員の事項的免除の根拠

本章では、政府職員が享有する事項的免除の根拠に関する三つの理解を検討する。第一節では、事項的免除の根拠を国家責任の帰結であるとする説を検討する。第二節では、事項的免除の根拠は主権免除の帰結であるとする説を検討する。第三節では、少数説ではあるものの内政不干涉原則に根拠を求める見解を示す。

第一節 国家責任の帰結とする説

この説の論者である Cassese によれば、事項的免除は、「公的資格で遂行するが故に、国家に帰属する行為について政府職員は他国に対して責任を負わないという概念」に基づくという。彼は、事項的免除を人的免除のような手続的性質ではなく、実体法上の抗弁であると捉える⁶²⁾。

国家責任の帰結として政府職員個人の責任が排除されるという考え方が示された先例として、Caroline 号事件に関連する McLeod 事件⁶³⁾ が挙げられる。特に、McLeod に対する米国の刑事訴追の合法性に関して英国の司法職員により提出された書簡の次の内容である。すなわち、「国際法の原則、すなわち自身が所属する政府により権限を付与された、または承認された敵対行為を行う個人は、個人的な侵入者あるいは不法行為者として

個別に責任を負わず、その行為はこの場合、その者が所属する国家が単独で責任を負うことになるという原則は、十分に確立されており、現在では議論の余地はない」という言及である⁶⁴⁾。

上記の個人は責任を負わないという考え方について、Kelsen は次のように説明する。すなわち、国家は国家機関としてのその資格で人間が行う国家の行為を通じてその法的存在を示すため、たとえその行為が違法行為であったとしても、それは個人にではなく、国家に帰属しなければならず、いかなる国家も他国に対して管轄権を持たないという原則は国家の行為に関する民事的または刑事的な個人責任を排除するという⁶⁵⁾。

McLeod 事件を参照しつつ、より明示的に事項的免除との関係で国家責任の帰結とする理解を示した判例として、1997年の Blaškić 事件旧ユーゴ国際刑事裁判所（以下、ICTY）上訴裁判部判決がある。本件において ICTY 上訴裁判部は、公的資格において行動する政府職員は「国家の単なる道具であり、その公的行為は国家にのみ帰属しうる」とし、「言い換えれば、政府職員は、自身に個人的に帰属するのではなく、そのために行為する国家に帰属する違法行為の結果を負うことはできない、いわゆる『機能免除』（functional immunity）を享受している」⁶⁶⁾と判示した。学説では、Blaškić事件 ICTY 上訴裁判部判決を、国家責任の帰結とする理解を示すものと解釈してきた⁶⁷⁾。

このように、政府職員の行為は国家に帰属することにより国家のみが責任を負い、個人は責任を負わないという国家責任の帰結として事項的免除を捉えるならば、事項的免除を「国家責任法上の行為の帰属に関する規則と一致させる強い理由がある」ことが指摘されてきた⁶⁸⁾。ILC の特別報告者 Kolodkin は、政府職員が事項的免除を享有するか否か、また事項的免除の射程を決定するために、「行為の国家への帰属という基準を用いることは正しい」と述べる⁶⁹⁾。

この点について、2020年の Enrica Lexie 号事件仲裁裁定は、事項的免除の適用の可否を決定するために、その判断基準として国家責任法上の帰

属の規則を参照し、イタリア海兵の行為が政府職員としての任務の範囲内の行為であったか否かを検討した⁷⁰⁾。仲裁廷は、上記の Kolodkin の見解を引用し、国家責任条文4条1項および2条を参照しつつ、「国家がその職員の行為を本質的に公的であると特徴づけることについて正しいという国際法上の推定が存在する」と述べた。本件において、海兵は、海賊の危険がある国際海域を航行するイタリア船籍の船舶を保護するためにイタリアの国家の命令の下にあったという。故に、「海兵は、イタリアの軍隊の一員として、国家の任務を遂行していた」と述べて海兵の事項的免除を認め⁷¹⁾。

このように、政府職員の行為が国家に帰属することにより、国家のみが責任を負うという国家責任の帰結として事項的免除を説明する理解は、判例や学説において示されてきた。しかしながら、この理解には次のような批判がある。まず、個人の責任が排除されるというこの説の前提に対する批判である。Pedretti は、逮捕状事件で ICJ が免除と免責を区別したことを踏まえ、「管轄権からの免除は、国際法に違反する犯罪を追及される政府職員の個人責任の発生を妨げない」という⁷²⁾。また、Kolodkin の後任として特別報告者に任命された Escobar Hernández は、「同一行為の二重責任」(single act, dual responsibility)、すなわち、一つの行為から国家の責任と個人の責任が生じることは、ICJ の判例⁷³⁾ においても確認されてきたと指摘した⁷⁴⁾。

次に、免除の目的における帰属の規則と国家責任法上の帰属に関する規則は、本質的に異なるという批判である。Escobar Hernández は、国家責任法上の帰属に関する規則は ILC が「国家責任の文脈で定義したものである」と指摘し、その規則の目的を検討した。そして、事項的免除の文脈において、国家責任条文に含まれるすべての帰属の基準が免除の目的において有用であるかは疑問であると指摘した⁷⁵⁾。その上で、行為の国家への帰属は公的資格で行われた行為の「前提条件」(prerequisite)ではあるが、十分条件ではないとした⁷⁶⁾。また、石井由梨佳教授は、免除と国家責

任は「歴史的発展および法的構造」において一致しないとし、「機能的免除と国際違法行為に対する国家責任に関する ILC 条文草案における帰属の基準に必要な要素は異なる」と述べた⁷⁷⁾。

第二節 主権免除の帰結とする説

この説の論者である Alebeek によれば、事項的免除は、「主権免除規則の当然の帰結 (corollary)」であるという⁷⁸⁾。また Gaeta、Viñuales および Zappalá は、「国際関係において政府職員が行った行為に対する免除の権利は、国家が外国の管轄権からの免除を主張する権利の論理的帰結 (logical consequence)」⁷⁹⁾と述べる。学説では、政府職員に対する訴訟を通じて主権免除が回避されることを防止するために、政府職員には免除が認められるとの理解は広く認められてきたとされる⁸⁰⁾。

2008年の刑事司法共助事件 ICJ 判決は、事項的免除と主権免除の関連を示唆する判例として挙げられる。本件において、ジブチは当初、検事正および国家安全保障長官の人的免除を主張していたが、口頭弁論において上記の職員の機能的免除に主張を変更した。ICJ は、「このような命題を主張することは、本質において、ジブチ国家の免除 (l'immunité de l'Etat djiboutien) ——検事正と国家安全保障長官はそこから利益を得ると考えられている——を援用することになると考える」と述べ、ジブチの機能的免除の主張を ICJ は主権免除として捉えている⁸¹⁾。

同様の考え方は、Enrica Lexie 号事件において反対意見を付した Robinson 仲裁人により示されていた。Robinson 仲裁人によれば、多数意見とは異なり、事項的免除は「その大部分が国家の免除の反映」であり、「しばしば主権免除規則の当然の帰結」として理解されてきたという。そして外国の政府職員は、「その者の国家が身に纏う免除の外衣」(the cloak of immunity worn by his State) と同じ免除の外衣を身に纏うことの結果として、「外国の政府職員は、その者の国家の免除の外衣により与えられる保護の利益を得る」という⁸²⁾。

このように、国家の行為を実際に遂行する政府職員は、国家が享有する主権免除の利益を受けることの帰結として、事項的免除を享有すると考えられているといえよう。

しかしながら、この理解には次のような批判がある。第一に、主権免除と事項的免除は事項的範囲に違いがあるとの批判である。Akande および Shah によれば、「政府職員の免除は、国家自身の免除と同程度ではなく、より広範囲に及ぶということが、事項的免除の機能の一つの帰結である」という⁸³⁾。すなわち、事項的免除を主権免除の帰結と理解した場合、制限免除主義の下での主権的行為と業務管理的行為の区別は事項的免除の文脈でも妥当するものと解されるが、現実には、政府職員の業務管理的行為も公的行為として事項的免除の対象となりうるため、主権免除と一致しないのである。

第二に、主権免除は主に民事管轄権からの文脈で問題となるため、刑事管轄権からの免除とは区別されるとの批判である。2012年の国家の裁判権免除事件において ICJ は、本件では「他国の裁判所の管轄権からの国家の免除のみを扱っていることを強調しなければならない」とし、「国家の職員に対する刑事手続において免除が適用されるか、および、もし適用されるとすればどの程度かという問題は、本件では争点になっていない」と述べた⁸⁴⁾。この言及について、学説は、ICJ が民事管轄権からの主権免除と刑事管轄権からの政府職員の免除を区別して、本件では国家の民事管轄権からの免除のみに言及したと解している⁸⁵⁾。

第三に、事項的免除と主権免除の関係について、国家実行は必ずしも同一のものとして扱っているわけではないとの批判である。Fox および Webb によれば、「主権免除と区別する他の種類の免除として、政府職員の免除が扱われるべきか否かについては異なる実行がある」という⁸⁶⁾。Samantar 事件において米国連邦最高裁判所は、外国主権免除法 (FSIA) に関して、「FSIA を全体として解釈すると、『外国』をその国のために行動する政府職員を含めて解することを示唆するものは何もない」とし、主

権免除を扱う FSIA という法律は、政府職員の免除について扱っていないことが強調された⁸⁷⁾。学説では、政府職員の刑事管轄権からの免除は主権免除と共通点があるものの、両者を混同してはならないとする見解も示されている⁸⁸⁾。

第三節 内政不干涉原則に基づくとする説

少数ではあるが、内政不干涉原則を根拠として事項的免除を理解する立場がある。Pinochet 事件における英国貴族院の Millet 判事は、事項的免除は「主権国家の平等と他国の国内事項における不干涉原則にその根拠を見出す」と述べた⁸⁹⁾。さらに Phillips 判事は、事項的免除については二つの説明ができるとし、その一つは「ある国家が他国の国内事項について裁判をすることは国際法に反するという原則である」という⁹⁰⁾。

もっとも、これらの判事の指摘では、事項的免除の文脈における「国内事項」が具体的に何を指すのか、一見するとその内容は明らかではない。この点について、Millet 判事によれば、「主権免除の目的は、行為の合法性が外国の国内裁判所により判断されることを防ぐためであることから、かかる行為が国家の国内法の下で違法または違憲であるか否かに関わらず、免除は適用可能である。主権国家は、自国の国内法の下で何が違法で、また何が違法ではないかを決定する排他的権利を有する」という⁹¹⁾。学説では、「政府職員が任務として行った公的行為の法的評価や処罰は本国の国内問題であり当該権利が本国に認められる」との理解から Millet 判事たちは事項的免除を説明していたと解されている⁹²⁾。

第四節 考 察

本章では、事項的免除の根拠として、国家責任の帰結とする理解と主権免除の帰結とする理解を中心に検討した。

まず、国家責任の帰結とする理解は、国家責任法上の行為の国家への帰属という考え方が根底にある。しかしながら、国家責任条文に含まれる全

ての帰属の規則が、事項的免除の文脈において適切とは思われない。なぜなら、例えば、国家責任条文10条は、行為時点では政府職員ではない者の行為の国家への帰属を規定するが、そのような者の行為を、行為の帰属を理由に、事項的免除の対象とすることは困難だからである。したがって、国家責任の帰結とする理解では、事項的免除を十分に説明できないと考えられる。

次に、主権免除の帰結とする理解は、政府職員の行為はその所属国の国家が享有する免除の保護の下にあるとの考え方を採用する。しかしながら、主権免除は、主権的行為と業務管理的行為を区別し前者のみが外国の管轄権行使から免除されるが、政府職員は公的資格で業務管理的行為を行う。そのため、主権免除の帰結とする理解は合理的ではない。

以上のことを踏まえると、事項的免除の根拠の検討においては、上記の理解とは異なる観点から考察をする必要があるといえよう。

結論として、事項的免除は「内政不干涉原則」を根拠とする規則であると考え。この結論を導くにあたり、国家責任の帰属の文脈で主張されてきたものではあるが、「国家の自己組織権」(droit de s'auto-organiser)の概念が有用である。

「国家の自己組織権」は、Condrelliにより主張される概念である。Condrelliによれば、原則として、国際法は国家の組織方法を規律しておらず、この問題は、「国家の留保領域の確固たる中核」(noyau dur du domaine réservé des Etats)であるという⁹³⁾。そのため、国家は国際法の規律が及んでいない国家の組織方法を自由に決定でき、「その要求にもっとも適切と判断した組織」を得るといふ⁹⁴⁾。

上記の考え方を指摘した Blaškić 事件 ICTY 上訴裁判部判決によれば、「慣習国際法は、その内部組織を決定すること、特に国家の職員または機関として行動する個人を指名することを各主権国家に委ねている」という。加えて、「各主権国家は、その機関（国内的次元で活動する機関および国際関係の分野で活動する機関の両方）に対して指示を出す権利を有し、ま

た、これらの指示に従わない場合の制裁やその他の救済措置を規定する権利も有している」という⁹⁵⁾。

以上より、国家の自己組織権は国際法により規律されていない国家の留保事項に属する権限であると位置づけることができよう。そして国家の自己組織権に基づき、国家は自国の機関や職員を自由に指定し、指定した職員への行為の指示やその指示の違反に対する措置をとる排他的権限を有すると解される⁹⁶⁾。

このように考えると、政府職員は、自身が所属する国家により付与された機能を遂行するのであり、このような行為は公的資格で行われた行為であるといえよう⁹⁷⁾。また、たとえその行為が違法であったとしても、政府職員の所属する国家のみがその行為者に対して制裁等の措置を行うのである。言い換えれば、国家の自己組織権は国家の留保事項であるため、国家の付与した機能を遂行して行った行為に対して、外国が政府職員に対して刑事管轄権を行使することは、当該留保事項への干渉を構成するものといえよう⁹⁸⁾。したがって、政府職員の事項的免除は、内政不干渉原則に基づいて説明することができよう。

そして、国家の自己組織権に基づくならば、事項的免除の範囲を適切に画定できよう。なぜなら、国家により付与された機能の遂行行為のみが事項的免除の対象となるのであり、国家責任の帰結とする説のように帰属の基準が広がりすぎないと考えられるからである。

それでは、事項的免除の根拠が内政不干渉原則であるとした場合、事項的免除の不明確な部分はどうのように理解することができるであろうか。

第一に、国際法上の犯罪との関係である。ここで国家の留保事項とは、国際法により規律されていない特定の事項を意味する。当該事項が国家管轄権の範囲であるか否かは、「本質的に相対的な問題であり、国際関係の発展に依存」し、国家の留保事項は「国際法の規則により制限される」という⁹⁹⁾。すなわち、国家の留保事項は、国際法の規律が及ぶことにより、縮小しうるものと解されよう。

国際法上の犯罪に関しては、「国際慣習法が直接個人の刑事責任を定めている」とされ¹⁰⁰⁾、また、「戦争犯罪、ジェノサイド、人道に対する罪及び拷問につき、一般国際法上普遍管轄権を設定し得る」とされ¹⁰¹⁾、拷問等禁止条約では、容疑者の所在を条件として普遍的管轄権の設定が認められている¹⁰²⁾。このように、国際法上の犯罪に関しては、個人の刑事責任や管轄権に関する国際法が存在すると解される。

もっとも、戦争犯罪や拷問は、その定義上政府職員により実行される。また集団殺害犯罪や人道に対する犯罪は政府職員により行われる場合が多い。そのため、これらの犯罪の行為者が事後的免除を享受する可能性がある。

この点について、Akande および Shah が指摘するように、国際法上の犯罪について普遍的管轄権が認められているにも関わらず、事後的免除を認めるならば、管轄権が「実質的に無意味」になると解される¹⁰³⁾。

以上より、国際法上の犯罪については、個人の刑事責任や普遍的管轄権に関する国際法上の規律がある以上、もはや国家の留保事項であることを理由とした事後的免除の主張は認められないものと解される¹⁰⁴⁾。そのため、国際法上の犯罪について、普遍主義に基づき外国が刑事管轄権を行使する場合には、国家の留保事項への干渉を構成するとはいえない。すなわち、国際法上の犯罪は、事後的免除の例外と位置づけられよう。

第二に、法廷地国の領域内で当該国の同意なく行われた行為についてである¹⁰⁵⁾。国際法上、国家は領域主権に基づき、領域内の人、財産および行為を規制することができる¹⁰⁶⁾。この国家の領域主権と他国との関係については、「独立国家間では、領域主権の尊重は国際関係の不可欠の基礎をなす」¹⁰⁷⁾ ことが ICJ により確認されている。すなわち、国家は領域主権に基づき領域内で行われた行為に管轄権を行使することができ、他国はそのような領域主権を尊重する国際法上の義務があるといえよう。

国際法が国家の領域主権原則を規定し、他国はその国の領域主権を尊重する義務を負う以上、国家の留保事項は制限されるものと解される。した

がって、国家の付与した機能を遂行する場合であっても、それが法廷地国の領域内で行われた場合には、法廷地国の領域主権が優先するといえよう。すなわち、法廷地国の領域内で当該国の同意なく行われた行為は、事項的免除の例外と位置づけられよう。

結 論

本稿では、人的免除と事項的免除にある不明確な部分の明確化を免除の根拠の検討を通じて取り組んだ。

高位の政府職員に対する外国の刑事管轄権の行使は、職員の機能の能率的な遂行の確保や円滑な国家間関係の確保を困難にする。そのため、私的行為であったとしても高位の政府職員は、常に自由であることの必要性が高いといえよう。もっとも、そのような絶対的な免除という人的免除の性質に鑑みると、享有主体の範囲は限定的であるべきである。本稿では、国際法が職位において当然に国家を代表するものと明示しているトロイカについては、その地位に鑑み人的免除が認められるものといえよう。そのため、トロイカについては、たとえ国際法上の犯罪の場合であっても、現職である限りは人的免除により保護されるものと解されよう。もっとも、人的免除は地位に基づく免除である以上、離職後の職員は人的免除を享受するとはいえないであろう。

事項的免除については、国家責任の帰結とする説と主権免除の帰結とする説を検討したものの、両説とも事項的免除を十分に説明できない部分があることが明らかとなった。そこで本稿では、国家の留保事項と位置づけられる国家の自己組織権という概念に基づき、国家に付与された機能を遂行する政府職員に対して、外国が刑事管轄権を行使することは、当該留保事項への干渉を構成することを指摘した。すなわち、事項的免除は、内政不干涉原則が根拠であると考えられるのである。その上で、国際法上の犯罪や法廷地国の領域内で当該国の同意なく行われた行為については、個人

の刑事責任や普遍的管轄権の確立、また領域主権原則といった国際法の規律が及んでいることとの関係で、国家の留保事項は制限されているものと解される。そのため、上記の犯罪については、事項的免除の例外として、政府職員に対して外国の刑事管轄権行使が認められるとした。

上記の検討を通じて、人的免除と事項的免除の違いについては次の点を指摘できよう。すなわち、人的免除の享有者であるトロイカの代表的機能は、条約法条約7条2項(a)のように国際法が規定している。そのため、そのような機能の遂行においては、トロイカはそれ以外の政府職員よりも幅広い保護が求められるといえよう。他方で、事項的免除の享有者の機能の付与は、国家の留保事項である。そのため、国家の留保事項は国際法の規律が及ぶことにより縮小する以上、事項的免除の範囲も制限的なものとなろう。以上のことから、人的免除は事項的免除よりも免除の範囲が広くなっているのではないかと考えられる。

本稿は、政府職員の外国の刑事管轄権からの免除の根拠を特定し、そこから導かれる規則を示すことができたように思われる。特に、事項的免除の例外については、「国家の自己組織権」を念頭においた考察を行い、これまでの議論とは異なる視点を提供できたといえよう。

しかしながら、事項的免除が内政不干涉原則を根拠とする説を採用したとしても、権限踰越の行為の位置づけは未解決となっている¹⁰⁸⁾。また、事項的免除の例外と国際法上の犯罪の関係については、国際刑事裁判所(以下、ICC)との関係も念頭に置いた検討が必要であると考えられる。たとえ、本稿のように事項的免除の根拠として「内政不干涉原則」を採用し、国際法上の犯罪を事項的免除の例外と位置づけたとしても、「コア・クライムを処罰対象とする ICC で補完性の原則が基本原則とされている」ことや「ICC で非締約国の免除がなお尊重されている」ことを十分に説明できない¹⁰⁹⁾。したがって、事項的免除の例外については、国際刑事法も念頭においた、より体系的な分析が求められているといえよう。

本稿において十分に検討することができなかったこれらの事項について

は、今後の研究課題としたい。

- 1) 政府職員の免除規則の根拠について検討した先行研究として例えば、稲角光恵「国家元首や高官の刑事手続からの免除と公的資格無関係の原則との相克」金沢法学52巻1号（2009年）95-144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、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（2016年）1-29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37号（2022年）27-50頁。
- 2) International Law Commission, Text on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction with commentaries on first reading [hereinafter ILC's draft articles], Report of the International Law Commission on the work of its seventy-third session, UN Doc. A/77/10 (2022), p. 190. ただし、ILC は、政府職員の地位を決定する各国の制度は異なるため地位に関する網羅的なリストは作成しなかった。Ibid., para. (8). 軍隊の構成員については、近年の判例において事項的免除の享受者である政府職員として扱われている。2020年の Enrica Lexie 号事件の仲裁廷は、「政府職員は、国家の階層組織における地位に関係なく、一般に事項的免除を享受し、公的任務にあたる国家の軍隊の構成員を含む」と判示した。Enrica Lexie Incident (Italy v. India), PCA Case No. 2015-28, Award (21 May 2020) [hereinafter Enrica Lexie Award], p. 241, para. 848.
- 3) これらの特別の規則が適用される場合には、当該規則が ILC の条文草案に優先するとした。ILC's draft articles, *supra* note 2, p. 202, commentary on article 2, para. (18).
- 4) 尾崎久仁子『国際人権・刑事法概論〔第2版〕』（信山社、2021年）291頁。
- 5) ILC's draft articles, *supra* note 2, pp. 232-236, commentary on article 7, paras. (9)-(12).
- 6) 岡田陽平「公的資格は無関係か——現職国家元首に対する逮捕状発布にみる国際刑事裁判所と国連安全保障理事会の関係」法律時報93巻7号（2021年）36頁。
- 7) *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, Part Two, pp. 193-194, para. 19; Roman Anatolevich Kolodkin, "Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction [hereinafter Kolodkin Preliminary report]," UN Doc. A/CN.4/601 (2008), pp. 178-183, paras. 84-97. しかしながら、国連総会第六委員会においてオランダ代表 Lijnzaad は、人的免除の人的範囲について、「より広範な受益者の集団に関して議論する場合、まず、そのような免除を正当化する根拠を分析する必要がある。」と述べた。Official Records of the United Nations General Assembly (Sixth Committee), sixty-third session, Summary Record of the 22nd Meeting, UN Doc. A/C.6/63/SR.22 (2008), p. 12, para. 63.
- 8) *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others, Ex Parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, House of Lords (United Kingdom), Judgment of 24 March 1999 [hereinafter Pinochet Judgment], reproduced in *International Legal Materials*, vol. 38 (1999), pp. 600-601, 604-605 and 644-645; *Certain Questions of Mutual Assistance in*

- Criminal Matters (Djibouti v. France), Merits, Judgment* [hereinafter Mutual Assistance Judgment], *I.C.J. Reports 2008*, p. 241, para. 185. もっとも、逮捕状事件において ICJ は、この区別をしなかったとの指摘がある。Antonio Cassese, “When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case,” *European Journal of International Law*, vol. 13 (2002), p. 855.
- 9) UN Secretariat, “Memorandum on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction [hereinafter UN Secretariat memorandum],” UN Doc. A/CN.4/596 (2008), p. 56, para. 90.
 - 10) *Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Merits, Judgment* [hereinafter Arrest Warrant Judgment], *I.C.J. Reports 2002*, pp. 20-21, para. 51.
 - 11) Mutual Assistance Judgment, *supra* note 8, pp. 243-244, para. 194. もっとも、当該判決が人的範囲をトロイカに限定したとは解されるべきではないとする見解もある。国際司法裁判所判例研究会（玉田大執筆）「判例研究・国際司法裁判所 刑事司法共助に関する特定問題事件（判決・2008年）」国際法外交雑誌113巻3号（2014年）148頁。
 - 12) *Re General Shaul Mofaz*, Bow Street Magistrates’ Court (United Kingdom), Judgment of 12 February 2004, reproduced in *International and Comparative Law Quarterly* [hereinafter *ICLQ*], vol. 53, pp. 771-773.
 - 13) *Re Bo Xilai*, Bow Street Magistrates’ Court (United Kingdom), Judgment of 8 November 2005, reproduced in *International Law Reports* [hereinafter *ILR*], vol. 128, pp. 713-715.
 - 14) *Ali Ali Reza v. Grimpel*, Court of Appeal of Paris (France), Judgment of 28 April 1961, reproduced in *ILR*, vol. 47, pp. 275-277.
 - 15) *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, High Court, Queen’s Bench Division (United Kingdom), Judgment of 29 July 2011, reproduced in *ILR*, vol. 147, pp. 633-666.
 - 16) *Transparency International France v. Mr X*, Court of Cassation (Criminal Chamber) (France), Judgment of 15 December 2015, reproduced in *ILR*, vol. 195, pp. 219-226.
 - 17) ILC’s draft articles, *supra* note 2, pp. 218-221, commentary on article 3, paras. (11)-(15).
 - 18) Kolodkin Preliminary report, *supra* note 7, p. 177, para. 79.
 - 19) *Ibid.*
 - 20) *Ibid.*, p. 177, para. 80.
 - 21) *Ibid.*
 - 22) *Ibid.*
 - 23) 国連事務局は、国家責任法の文脈における行為の帰属がそのような基準と対応するのかを検討した。UN Secretariat memorandum, *supra* note 9, p. 102, paras. 155-156.
 - 24) 「国際法上の犯罪」の例外について例えば, Dapo Akande and Sangeeta Shah, “Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts,”

- European Journal of International Law*, vol. 21 (2011), pp. 828-839. 「法廷地国の領域内で当該国の同意なく行われた行為」の例外について例えば、Pavel Caban, “Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction – Exceptions to Immunity *Ratione Materiae*,” *Czech Yearbook of International Law*, vol. 7 (2016), pp. 322-325.
- 25) ILC’s draft articles, *supra* note 2, p. 209, commentary on article 2, para. (24). ILC は行為の国家への帰属に関して、国家責任条文を議論の出発点として参照した。 *Ibid.*, para. (25).
- 26) *Ibid.*, para. (26).
- 27) *Ibid.*, p. 237, commentary on article 7, para. (15).
- 28) 投票結果は、賛成21票、反対8票、棄権1票であり、賛成多数で暫定的に7条が採択された。 *Yearbook of the International Law Commission*, 2017, vol. II, Part Two, p. 114, para. 74.
- 29) ILC’s draft articles, *supra* note 2, p. 231, commentary on article 7, para. (3).
- 30) *Ibid.*, pp. 241-242, commentary on article 7, para. (27). 他の見解として特別報告者 Kolodkin によれば、任務の遂行と政府職員の所在への法廷地国の同意がない場合には、政府職員はその国の管轄権からの事項的免除を享受しないと推定する基礎として十分であるという。 Roman Anatolevich Kolodkin, “Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction [hereinafter Kolodkin Second report],” UN Doc. A/CN.4/631 (2010), p. 423, para. 85. 他方で、国連事務局の覚書は、「領域国がその領域内での外国の国家機関による公的任務の遂行に同意していたか否か」が重要であるとし、任務の遂行に関する法廷地国の同意を強調した。 UN Secretariat memorandum, *supra* note 9, p. 108, para. 163.
- 31) 国際法上の犯罪が問題となった近年の判例を分析した研究として例えば、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片——」法学研究94巻12号（2021年）1-41頁。また、法廷地国の領域内で当該国の同意なく行われた行為を検討した学説として例えば、Yurika Ishii, “Immunity *Ratione Materiae* of the Marines as Vessel Protection Detachments: A Case Note on the M/V Enrica Lexie Case,” *Asian Journal of International Law* (2022), pp. 1-9.
- 32) Kolodkin Preliminary report, *supra* note 7, p. 174, para. 64.
- 33) *Ibid.*, pp. 174-175, para. 66; Eileen Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 4th ed. (Oxford University Press, 2016), p. 375.
- 34) Arrest Warrant Judgment, *supra* note 10, p. 25, para. 60. 加えて、ICJ は、(1)自国で訴追される場合、(2)自国が免除を放棄した場合、(3)離職後に、在任期間の前後で行われた行為や在任期間中に私的資格で行われた行為に関して訴追される場合、(4)ある種の国際刑事法廷の刑事手続に服する場合には、刑事責任が追及されうると述べた。 *Ibid.*, pp. 25-26, para. 61.
- 35) *Ibid.*, p. 25, para. 60.
- 36) Roman Anatolevich Kolodkin, “Third report on immunity of State officials from

- foreign criminal jurisdiction,” UN Doc. A/CN.4/646 (2011), p. 227, para. 11.
- 37) 主権免除や国際機関の職員の特権も同様であると考えられている。 *Case concerning the Jurisdictional Immunity of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Merits, Judgment* [hereinafter Jurisdictional Immunity Judgment], *I.C.J. Reports 2012*, p. 124, para. 58 and p. 143, para. 100; *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1999*, p. 88, para. 63.
- 38) ILC’s draft articles, *supra* note 2, pp. 199–200, commentary on article 1, para. (8).
- 39) Chanaka Wickremasinghe, “Immunities Enjoyed by Officials of States and International Organizations,” in Malcolm D. Evans (eds), *International Law*, 5th ed. (Oxford University Press, 2018), p. 351.
- 40) Arrest Warrant Judgment, *supra* note 10, pp. 21–22, paras. 53–54.
- 41) 水島朋則『主権免除の国際法』（名古屋大学出版会、2012年）281頁、国際司法裁判所判例研究会（河野真理子執筆）「判例研究・国際司法裁判所 2000年4月11日の逮捕状事件（判決・2002年）」国際法外交雑誌102巻2号（2003年）82頁、Cassese, *supra* note 8, p. 855.
- 42) *United States v. Noriega and Others*, United States District Court, Southern District of Florida, Judgment of 8 June 1990, reproduced in *ILR*, vol. 99, p. 161. 国家元首の民事管轄権からの免除の文脈ではあるが、国家元首の機能遂行の必要性から人的免除を導いた判例がある。例えば、*Lafontant v. Aristide*, United States District Court, Eastern District of New York, Judgment of 27 January 1994, reproduced in *ILR*, vol. 103, p. 585.
- 43) 竹村・前掲注1) 6頁。
- 44) Institut de Droit International, Resolution, “Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law,” *Annuaire de l’Institut de Droit International* [hereinafter *AIDI*], vol. 69 (2000–2001) pp. 742–755.
- 45) Foxによれば、万国国際法学会は、国家元首に関して、独立しかつ能率的な方法でその機能を遂行しその責任を果たすために必要な取扱いを規定することを念頭に置いていたという。Hazel Fox, “The Resolution of the Institute of International Law on the Immunities of Heads of State and Government,” *ICLQ*, vol. 51 (2002), p. 119. 同様の点は、2009年に万国国際法学会により採択された「国際犯罪の場合における国家および国家のために行為する者の管轄権からの免除」に関する決議の2条1項でも確認された。Institut de Droit International, Resolution, “Immunities from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes,” *AIDI*, vol. 73 (2009), pp. 228–230.
- 46) Ramona Pedretti, *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes* (Brill, 2014), p. 55.
- 47) *Ibid.*, p. 34.
- 48) Akande and Shah, *supra* note 24, p. 821.
- 49) 水島朋則「国の元首や政府の長らの特権免除——グローバル化する社会における刑事裁

判権のあり方」森肇志・岩月直樹編『サブテキスト国際法——教科書の一步先へ』（日本評論社、2020年）74頁。

- 50) 「自由に外遊できなければその機能を果たすことができない」との理由から、通商大臣であった Bo に人的免除が認められた。 *Re Bo Xilai*, *supra* note 13, p. 714.
- 51) *Marcos and Marcos v. Federal Department of Police*, Federal Tribunal (Switzerland), Judgment of 2 November 1989, reproduced in *ILR*, vol. 102, p. 201. 同様に、国家元首の機能遂行上の必要性和威厳の体現という点を指摘した判例として以下がある。 *Tachiona v. Mugabe*, United States District Court, Southern District of New York, Judgment of 30 October 2001, 169 F. Supp. 2d 259.
- 52) Kolodkin Preliminary report, *supra* note 7, pp. 178-179, paras. 86-87.
- 53) Pinochet 事件において Millet 判事は、「国家元首は、国家そのものを体現した存在とみなされている」と指摘していた。 Pinochet Judgment, *supra* note 8, p. 644.
- 54) Arthur Watts, “The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers,” *Recueil des cours de l’Académie de droit international* [hereinafter *Recueil des cours*], vol. 247 (1994), pp. 102-103.
- 55) Akande and Shah, *supra* note 24, pp. 824-825.
- 56) 岡田・前掲注6) 37頁。
- 57) Pedretti, *supra* note 46, p. 52.
- 58) 坂巻・前掲注1) 195頁。
- 59) 例えば、農林大臣の人的免除を否定したフランス破棄院は「被告の機能は、国家元首、政府の長、または外務大臣のそれではない」と判示した。 *Transparency International France v. Mr X*, *supra* note 16, p. 224. また、逮捕状事件より前の判例ではあるが、国務大臣の人的免除についてフランス上訴裁判所は「外務大臣ではなく国務大臣という Ali Ali Reza の地位は、そのような免除を享受すると推定するには不十分である」と判示した。 *Ali Ali Reza v. Grimpel*, *supra* note 14, p. 276.
- 60) *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of Congo v. Rwanda)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, *I.C.J. Reports 2006*, p. 27, para. 46; ILC’s draft articles, *supra* note 2, p. 215, commentary on article 3, para. (2).
- 61) Arrest Warrant Judgment, *supra* note 10, pp. 21-22, para. 53.
- 62) Cassese, *supra* note 8, pp. 862-863.
- 63) 本件は、英国人である McLeod が、米国領域内に侵入し Caroline 号を破壊し、その際に米国人を殺害したことから、米国により同人が訴追された事案である。
- 64) R. Y. Jennings, “The Caroline and McLeod Cases,” *American Journal of International Law*, vol. 38 (1938), p. 97.
- 65) Hans Kelsen, *Principle of International Law* (Reinhart Company, 1952), pp. 235-236.
- 66) *Prosecutor v. Blaškić, Judgement on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997* (29 October 1997) [hereinafter *Blaškić Judgment*], International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Appeals

Chamber, para. 38. 事項的免除は、しばしば機能的免除とも呼ばれる。

- 67) Akande and Shah, *supra* note 24, p. 827.
- 68) UN Secretariat memorandum, *supra* note 9, p. 102, para. 156.
- 69) Kolodkin Second report, *supra* note 30, pp. 403-404, paras. 24-25. Denza は、外交関係条約39条2項の文脈ではあるが、「適用される適切な基準は、帰属の基準である」と述べていた。Eileen Denza, “Ex Parte Pinochet: Lacuna or Leap,” *ICLQ*, vol. 48 (1999), p. 951.
- 70) 本件は、Enrica Lexie 号に乗船していたイタリア海兵により Saint Antony 号のインド人乗組員が殺害された事案において、インドが開始した捜査および手続から海兵が免除されるかが論点の一つとなった。
- 71) Enrica Lexie Award, *supra* note 2, pp. 244-246, paras. 856-862. 本件において仲裁廷は、「海兵の行為が権限踰越であるまたは指示もしくは命令に違反していると判断されるかもしれないとしても（本仲裁廷が本訴訟において予断しない問題である）、彼らが国家の名においてかつ『公的資格』において行為し続ける限り、そのことは彼らが事項的免除を享受することを妨げないであろう。このことは国家責任条文7条…で確認される（corroborated）」とし、権限踰越の場合でも事項的免除が適用されるとの立場を採用していた。 *Ibid.*, p. 245, para. 860. 和仁健太郎教授によれば、仲裁廷の理由づけは明確ではないが、国家責任の帰結とする理解を採用したとも考えられるという。和仁健太郎「エンリカ・レクシエ号事件——国連海洋法条約附属書Ⅶ仲裁裁判所、二〇二〇年五月二日仲裁判断——」*阪大法学*71巻1号（2021年）257頁。
- 72) Pedretti, *supra* note 46, p. 20.
- 73) Escobar Hernández は代表的な判例として以下を挙げた。 *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2007*, pp. 119-120, paras. 180-182.
- 74) Concepción Escobar Hernández, “Fourth report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction [hereinafter Escobar Hernández Fourth report],” UN Doc. A/CN.4/686 (2015), pp. 26-27, paras. 98-100. ILC の条文草案2条のコメントリーによれば、「『公的資格で行われた行為』として性格づけられるためには、まず行為は国家に帰属しなければならないが、このことは必ずしも国家だけが行為に責任を負うことを意味するわけではない」という。 ILC’s draft articles, *supra* note 2, p. 209, commentary on article 2, para. (24).
- 75) Escobar Hernández Fourth report, *supra* note 74, pp. 29-30, paras. 111-112. Escobar Hernández は、2001年の国家責任条文7条（権限の逸脱又は指示の違反）、8条（国が指揮し又は支配する行為）、9条（公の当局が存在しないか又は機能停止の場合に行われた行為）、10条（反乱団体その他の活動団体の行為）、11条（国が国自身のものとして承認し及び採用する行為）の帰属の規則は事項的免除の目的においては不適切であるとした。
- 76) *Ibid.*, p. 30, para. 118.
- 77) Ishii, *supra* note 31, p. 6.
- 78) Rosanne Van Alebeek, *The immunity of States and their Officials in International*

- Criminal Law and International Human Rights Law* (Oxford University Press, 2008), p. 103.
- 79) Paola Gaeta, Jorge E. Viñuales and Salvatore Zappalá, *Cassese's International Law*, 3rd ed. (Oxford University Press, 2020), p. 132.
- 80) Akande and Shah, *supra* note 24, p. 827; 坂巻・前掲注1) 203-204頁。
- 81) Mutual Assistance Judgment, *supra* note 8, p. 242, para. 188. 本件において、ICJは事項的免除を主権免除と同義と捉えていたとの解釈がある。国際司法裁判所判例研究会（玉田大執筆）・前掲注11) 148頁。
- 82) Dissenting Opinion of Judge Patrick Robinson, Enrica Lexie Award, *supra* note 2, p. 26, para. 60. 「外衣」(cloak) という表現は、2014年の Jones 事件において欧州人権裁判所も用いていた。 *Jones and Others v. The United Kingdom (Applications nos. 34356/06 and 40528/06)*, European Court of Human Rights, Judgment of 14 January 2014, pp. 53-54, paras. 202-204.
- 83) Akande and Shah, *supra* note 24, p. 827.
- 84) Jurisdictional Immunity Judgment, *supra* note 37, pp. 137-138, para. 87 and p. 139, para. 91.
- 85) 稲角光恵「外国刑事管轄権からの公務員の免除——国際犯罪は例外となるか——」金沢法学55巻2号（2013年）172頁。
- 86) Hazel Fox and Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, Revised and Updated 3rd Edition (Oxford University Press, 2013), p. 571.
- 87) *Samantar v. Yousuf*, Supreme Court of the United States, Judgment of 1 June 2010, 560 U.S. 305.
- 88) Concepción Escobar Hernández, “Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction,” UN Doc. A/CN.4/661 (2013), p. 44, para. 49.
- 89) Opinion of Lord Millet, Pinochet Judgment, *supra* note 8, pp. 644-645.
- 90) Opinion of Lord Phillips, *ibid.*, p. 658. もう一つの説明は、「国家活動の遂行に関して個人を訴えることは、間接的に国家を訴えることである。国家は、個人に対してなされた損害賠償に応じる義務がある。この理由は、刑事訴訟に当てはまらない」というものであった。
- 91) Opinion of Lord Millet, *ibid.*, p. 645.
- 92) 新倉・前掲注1) 38頁。
- 93) Luigi Condrelli, “L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite: Solutions classiques et nouvelles tendances,” *Recueil des cours*, vol. 189 (1984), p. 28.
- 94) *Ibid.*, p. 40.
- 95) Blaškić Judgment, *supra* note 66, para. 41.
- 96) 岡田・前掲注6) 36頁。
- 97) 同上。
- 98) 先例としての価値には一定の考慮が必要ではあるが、Eichmann 事件イスラエル最高裁判所判決は注目に値する。裁判所は、「国家行為」(Act of State) 理論は、国家機関であ

- る者により行われた行為は国家の行為であるということの意味するとした上で、その帰結として、「当該行為については、国家のみが責任を負うこと、また他国は、その者の所属国の同意がない限り、その者が行った行為を処罰する権利を有しない」と述べた。そして、もしそうでなければ、「第一の国家 (the first State) は、第二の国家 (the second) の国内問題に干渉する」ことになる」と述べた。もっとも結論として、国際法上の犯罪の場合には当該理論が適用されないとした。 *Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, Supreme Court (Israel), Judgment of 29 May 1962 [hereinafter *Eichmann Judgment*], reproduced in *ILR*, vol. 36, pp. 308-309.
- 99) *National Decrees Issued in Tunis and Morocco, Advisory Opinion, 1923, P.C.I.J. Series B, No. 4*, pp. 23-24.
- 100) 尾崎・前掲注4) 252頁。
- 101) 同上、316頁。
- 102) Opinion of Lord Browne Wilkinson, *Pinochet Judgment*, *supra* note 8, p. 595.
- 103) Akande and Shah, *supra* note 24, pp. 843-844.
- 104) 集団殺害犯罪、人道に対する犯罪および戦争犯罪との関係で *Eichmann* 事件におけるイスラエル最高裁は、「国際法上、このような悪質な行為は、その遂行を命じまたは承認する国家の『主権的』管轄権の外に完全に存在する」と判示した。 *Eichmann Judgment*, *supra* note 98, pp. 309-310.
- 105) 学説では、そのような行為の例として、「公的」犯罪も含まれるとされる。Caban, *supra* note 24, p. 322.
- 106) 岩沢雄司『国際法』（東京大学出版会、2020年）174頁。
- 107) *Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 35.
- 108) ILC は、政府職員により純粹に自己の利得のために行われた行為は、たとえそれが公的に行われたように見えたとしても、公的資格で行われた行為ではないとの見解を有している。ILC's draft articles, *supra* note 2, p. 210, commentary on article 7, para. (25).
- 109) 新倉・前掲注1) 45頁。