

2021 年度 青雲懸賞論文

制限免除主義は事項的免除に妥当するか
—公務員の事項的免除の範囲に関する考察—

A.法学部門（国際法）

野尻裕貴（のじりひろたか）

法学部法学科

4 年

02A18119

目次

はじめに	2
I. 免除についての慣習法.....	2
1. 免除の法源	2
2. 国家免除における制限免除主義.....	3
3. 事項的免除の慣習法.....	4
II. エンリカ・レクシエ号事件における免除に関する論点.....	5
1. エンリカ・レクシエ号事件の免除に関する争点.....	5
2. 多数意見の結論	5
III. 事項的免除の理論的根拠.....	6
1. 事項的免除の理論的基礎.....	6
2. 国家免除による説明.....	6
3. 国家への帰属による説明.....	7
4. 外交官の免除による説明.....	9
5. まとめ	9
IV. 事項的免除の範囲について.....	10
1. ロビンソン反対意見の問題点.....	10
2. 事項的免除に制限免除主義を適用できるか.....	11
3. まとめ	13
終わりに	13

はじめに

2020年5月21日、エンリカ・レクシエ号事件(*Enrica Lexie Incident*)において、国連海洋法条約附属書 VII の仲裁裁判所の判断¹は、イタリアの主張を受け入れて、イタリア海兵によるタンカー護衛に伴う行為には事項的免除が適用されるとして、インドの刑事管轄権からの免除を肯定した。これに対して、反対意見を付したロビンソン(Patrick Robinson)裁判官は、国家免除が適用されないような業務管理的行為について事項的免除は適用されないとして多数意見を批判した²。

これまで、公務員一般についての事項的免除と国家免除が本質的に同一であるという主張は有力になされてきた³。そうすると、国家免除において制限免除主義が慣習法となっていると主張される今日において⁴、事項的免除にも制限免除主義が適用されると考えるのは自然である。それにもかかわらず、事項的免除の方が国家免除よりも免除の対象となる行為の範囲が広いことは自明のこととされてきた。そこでは、本質論として国家免除と事項的免除の関係が議論される一方で、国家免除の理論が事項的免除に類推できるかどうかの議論はほとんど行われてこなかった。

本稿の目的は、その試みの一つとして、公務員の事項的免除に制限免除主義が妥当するかという命題に答えることである。

I. 免除についての慣習法

1. 免除の法源

本稿の目的は、国家免除において制限免除主義が認められることを前提として、個人の免除である事項的免除に、国家免除の理論である制限免除主義を適用できるかどうかという命題に答えることである。

2004年に採択された国連国家免除条約⁵は、いまだ発効しておらず、免除の法源のほとんど

(注) 文献の引用方法は『国際法外交雑誌』の執筆要領にならった。

<<https://jsil.jp/wp-content/uploads/2021/06/yoryo202103.pdf>>

また、インターネット上の文献の最終閲覧日はいずれも2021年1月12日である。

¹ The ‘*Enrica Lexie*’ Incident (The Italian Republic v. The Republic of India), An Arbitral Tribunal Constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, Award, 21 May 2020, PCA Case No. 2015-28.

<<https://pcacases.com/web/sendAttach/16500>>.

² The ‘*Enrica Lexie*’ Incident (The Italian Republic v. The Republic of India), An Arbitral Tribunal Constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, Dissenting Opinion-Judge Patrick Robinson, 21 May 2020, PCA Case No. 2015-28.

<<https://pcacases.com/web/sendAttach/16774>>.

³ Second Report on Immunity of State Officials from Criminal Jurisdiction, by Roman Anatolevich Kolodkin, Doc. A/CN.4/631, *Yearbook of the International Law Commission 2010* vol. II (part 1), p. 395, pp. 404-405, para. 28.

⁴ 岩沢雄司『国際法』(東京大学出版会、2020年)191頁。

⁵ 「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(United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, 11 January 2007)」。

が慣習法に委ねられている。免除とは外国国家に対して管轄権を行使しないという不作為を求めるものである。そして、国家の不作為について、法的信念を判断することは困難であるため、免除の慣習法は現在でも不明確な部分が多い⁶。

以下では、議論の前提として、国家免除と事項的免除の概念を整理しておく。

2. 国家免除における制限免除主義

国家免除 (State immunity; immunity of States) とは、国家は外国の裁判権から免除されるという原則、つまり国家は外国の裁判所によって裁判されないという国際法の原則である⁷。また、国家免除は、主権免除や国家の裁判権免除とも呼ばれる。

かつて絶対免除主義の慣習法が認められていたかどうかはさておき⁸、現在では国家免除においては制限免除主義が広く認められている⁹。制限免除主義とは、国家による行為を主権的行為 (acts *jure imperii*) と業務管理的行為 (acts *jure gestionis*) に区別し¹⁰、前者については免除を肯定する一方で、後者の業務管理的行為については免除を否定する見解である。日本も各国の国家実行に遅れて 2006 年にパキスタン貸金請求事件で最高裁判所も制限免除主義を採用し制限免除主義へと転換したとされる¹¹。国家免除事件で ICJ (国際司法裁判所 International Court of Justice) も国家免除を慣習法として認定した上で制限免除主義の枠組みを採用している¹²。

もともと、制限免除主義の国際慣習法といっても、主権的行為と業務管理的行為の区別の基準は一致しているわけではない。一般に、業務管理的行為とは国家の商業取引に関する行為であるが、行為目的説が国家の行為の目的によって区別し、行為性質説が私人でも行えるような行為といえるか否かによって区別する¹³。国家免除条約 2 条 2 項の規定は、性質説を採用しつつも目的説を取り入れている。ちなみに、ロビンソンは、行為性質説による方が説得的であり各国の国家実行もそれにならっていると指摘している¹⁴。

⁶ 水島朋則『主権免除の国際法』(名古屋大学出版会、2012年) 13-14頁。

⁷ 岩沢『前掲書』(注4) 187-188頁。

⁸ 絶対免除主義の慣習法が存在したことに対する疑いについて、水島『前掲書』(注6) 12頁。

⁹ 岩沢『前掲書』(注4) 191頁。

¹⁰ 同上、189頁。

¹¹ 最高裁第二小法廷判決平成18年7月21日民集60巻6号2542頁、4頁。

<https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/348/033348_hanrei.pdf>

¹² *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgement, I.C.J. Report. 2012, paras. 56, 59-60.*

¹³ 岩沢『前掲書』(注4) 191頁。

¹⁴ Dissenting Opinion of Judge Robinson, *supra* note 2, para. 62.

3. 事項的免除の慣習法

国家が享有する免除とは異なり、個人の免除は二つに分類される。人的免除(*immunity ratione personae*)と事項的免除(*immunity ratione materiae; functional immunity*)である。

人的免除は、その者の地位に基づく免除であり、国家元首と政府の長及び外務大臣が享有主体であるとされる¹⁵。人的免除は、免除を享有する者の公的地位に基づくものである。人的免除は、国家の代表として側面から認められ、公的行為と私的行為の両面において行為について妥当する。そのため、人的免除は「完全」な免除などとも呼ばれる¹⁶。どの者が人的免除を有するかについては一定の争いがあるが、刑事問題相互援助事件における ICJ 判決は、ジブチの国家元首に対しては人的免除を肯定し、国防大臣には人的免除を否定した¹⁷。

一方で、公務員の事項的免除は、公務員が行った公的行為を対象とした免除である。事項的免除は公務員の地位に関係なくすべての公務員が主張できるが、その免除の範囲は免除の対象となるような公務を行った場合にのみである¹⁸。つまり、事項的免除が問題になる場合、その者がいかなる地位にいるかは問題にならず、問題の行為が免除に値する行為かどうか判断される。事項的免除は、すべての者が享有できる代わりに、行為の対象が限定された相対的な免除といえる。

Blaškić 事件判決をはじめとして事項的免除の存在自体はおおよそ肯定されるが¹⁹、その免除の内容については大きく対立する。コロドキンも慣習法として肯定しつつ、その内容の不明確さを認めている²⁰。

法典化作業を行っている ILC (国際法委員会 International Law Commission) の第 8 レポートにおける条文案 5 条と 6 条 1 項は、公務員が「公的資格に基づいて行った行為(acts performed in an official capacity)」については外国の刑事管轄権から免除されることを規定している²¹。

¹⁵ Second Report on Immunity of State Officials from Criminal Jurisdiction, *supra* note 3, paras. 36-37.

¹⁶ 一般に国家元首は、在職中に完全な免除である人的免除を享有し、退職後は事項的免除を享有するとされる (岩沢『前掲書』(注 4) 212 頁)。

¹⁷ *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France), Judgement, I.C.J. Reports 2008*, para. 185.

¹⁸ Preliminary report on immunity of State officials from criminal jurisdiction, by Roman Anatolevich Kolodkin, Special Rapporteur, Doc. A/CN.4/601, *Yearbook of the International Law Commission 2008* vol. II (part 1), p. 157, paras. 80-81.

¹⁹ *Prosecutoer v. Tihomir Blaškić. ICTY, Appeal Chamber, IT-95-AR 108 bis, 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. 41.

²⁰ Second Report on Immunity of State Officials from Criminal Jurisdiction, *supra* note 3, para. 18.

²¹ Eighth report on Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, Doc. A/CN.4/739, p. 21.

II. エンリカ・レクシエ号事件における免除に関する論点

1. エンリカ・レクシエ号事件の免除に関する争点

エンリカ・レクシエ号事件は、イタリア船に護衛のために乗船していたイタリア海兵に対するインドの刑事管轄権行使が争われた事件である。仲裁裁判では海洋法の解釈や管轄権の有無についても争われているが、本稿では海兵の事項的免除の論点に絞って検討を進める²²。

イタリアは、海兵がイタリア船籍の護衛のために行った行為は、事項的免除の対象となるから、インドが刑事管轄権を行使することはできないと主張した²³。それに対して、インドは法定地不法行為例外などを根拠として免除を否定されると主張したため²⁴、両者の見解が激しく対立した。仲裁裁判所の判断は海兵に対する免除を肯定したが、それに対してロビンソンによるものをはじめとして複数の反対意見が付されている。ロビンソン反対意見については III.2.(2)にて詳述する。

2. 多数意見の結論

多数意見は、①「海兵が公務員であること」、②「海兵の行為が公的資格に基づいて行われたこと」の二点から海兵の事項的免除を肯定した²⁵。多数意見は、事項的免除について不明確な部分があることを認めつつも、制度自体は十分に確立した慣習法であると述べた²⁶。

多数意見は、公的資格に基づいて公務員が行った行為は、国家の責任となるか国家に帰属すると述べている²⁷。公務員とはその地位に関係なくすべての公務員を意味するから、海兵も公務員に含まれ、海兵が行った船の護衛は職務の範囲内であるから免除を享有するという当てはめを行っている²⁸。法廷地不法行為例外が適用される可能性も検討しているが、免除が否定されるのはあくまで例外として認識しており、原則として公的資格に基づいて行った行為はすべて免除の対象となると考えているようである²⁹。多数意見の規範は ILC 草案 5 条と一致するが、多数意見の理論は明らかではなく国家免除と同一として捉えているかどうかすら明らかでない。そもそも、慣習法として確立している以上、本質論に深く立ち入る必要がないと考えている可能性もある³⁰。

²² その他の論点も含めたエンリカ・レクシエ号事件の詳細な解説について、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、二〇二〇年五月二一日仲裁判断—」『阪大法学』71 卷 1 号 (2021 年) 217 頁。

²³ *Enrica Lexie*, *supra* note 1, paras. 813-829.

²⁴ *Ibid.*, paras. 830-837.

²⁵ *Ibid.*, para. 873.

²⁶ *Ibid.*, paras. 843-845.

²⁷ *Ibid.*, para. 857.

²⁸ *Ibid.*, para. 849.

²⁹ *Ibid.*, paras. 862-872.

³⁰ 対してロビンソンは慣習法として地位が疑わしいと考えている (Dissenting Opinion of Judge Robinson, *supra* note 2, para. 58.)。

III. 事項的免除の理論的根拠

1. 事項的免除の理論的基礎

エンリカ・レクシエ号事件において海兵の免除に関する見解が対立した背景には、事項的免除の理論的基礎が不明確であるという事情がある。制度の存在自体を疑問視する見解すら主張されるのはそのためである³¹。国家免除が主権の保護という観点から説明され、人的免除が国家の權威の観点から説明されるのに対して³²、事項的免除の理論的な基盤は脆弱である。

ここでは事項的免除の理論的基礎について検討する。それは3種類に分類される。①国家免除からの説明、②行為の帰属からの説明、③外交官の免除からの説明である。ただし、①説に依拠しているはずの ILC ですら随所に帰属の概念を用いているように、三つの見解は必ずしも排他的な関係にはない。

2. 国家免除による説明

(1) 理論構成

一つ目の見解は、公務員の事項的免除は、実際には国家免除によって保護されるという見解である。それは、独自の制度として事項的免除を捉えるのではなく、国家免除と同一の制度として捉える。ILC の特別報告者コロドキン(Roman Anatolevich Kolodkin)は、公務員を国家の代理人として捉え、公務員が行った行為は主権的性質を帯びるか、公的性格に基づいたものになると説明している³³。この点は、ジブチの公務員の事項的免除を主張することとは国家免除を主張することと本質的に同じであるという ICJ の発言に端的に表れている³⁴。

国家免除からの説明では、国家免除のもつ理論的根拠は、事項的免除を語る上でも重要になる。伝統的に、国家免除は主権平等原則によって説明されてきた³⁵。しかし、国家免除の範囲が限定される制限免除主義の時代では、そのような理由付けは説得的ではない。追加的な要素を想定することで整合性をとろうとする見解もあるが、その追加的な要素とは何かが明確となっていない現状では説得力は薄い³⁶。それよりも、主権免除の根拠は、請求の相手方が国家であるという人的理由ではなく、争訟の内容による制限として捉えなおすべきである³⁷。つまり、訴訟の内容が主権を侵害する内容であるか否かによって判断すべきで

³¹ 水島『前掲書』(注6) 279-280頁。

³² Preliminary report on immunity of State officials from criminal jurisdiction, *supra* note 18, para. 78.

³³ *Ibid.*, para. 88.

³⁴ *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters*, *supra* note 17, para. 188.

³⁵ 岩沢『前掲書』(注4) 187-188頁。Jurisdictional Immunities of the State, *supra* note 12, para. 57.

³⁶ 水島『前掲書』(注6) 151頁。

³⁷ 道垣内正人「外国国家が享受する民事裁判管轄権免除に対する制限」『私法判例リマークス』36号(2008年)149頁、小寺彰「国家の裁判権免除に関する制限免除主義の採用」『判

ある。

(2) ロビンソン反対意見との関係

以前から国家免除と事項的免除が本質的には同一であるという説明はされてきたが、その多くは両者の範囲が異なることを自明のこととしてきた³⁸。それに対して、ロビンソンは、両者の範囲が同一であることまで主張している。ロビンソンは、国家免除による説明を、事項的免除の存在を肯定するためではなく、範囲を確定させるために用いたといえる。

制限免除主義において、国家免除は業務管理的行為に及ばない。ロビンソンによると、それは事項的免除でも同様である。つまり、ロビンソンは、国家免除による保護がない範囲の行為については、事項的免除も及ばないと考えている³⁹。したがって、海兵の行為が業務管理的行為にあたる場合には、海兵は事項的免除を主張することはできなくなる。これによると、事項的免除の対象となる行為の範囲は、国家免除と同一かそれより狭いという帰結になる。

不法行為請求については国家免除が否定されるという見解があるが⁴⁰、ロビンソンの意見に従うと、その限界づけも当然に事項的免除に妥当するということになりそうである。そうすると、エンリカ・レクシエ号事件でも、不法行為の観点から事項的免除を否定するという見解もありうる。

3. 国家への帰属による説明

(1) 理論的構成

二つ目の見解は、公務員が公務で行った行為は国家に帰属するため、公務員個人は責任を負わないとする見解である。

Blaškić 事件判決によると、公務員は国家の単なる道具(*mere instrument*)にすぎず、公務員が公的資格に基づいて行った行為は国家に帰属し、国家がその行為の責任を負うことになる。公務員はそのような行為について制裁や刑罰に課せられることはない⁴¹。

上記の説明によると、公務員が行った公的行為はすべて国家に帰属することになる。この見解は、事項的免除の範囲は国家免除よりも広く、主権的行為と業務管理的行為の両者に及ぶという帰結に直結する⁴²。国家に帰属する説明によると、事項的免除では、主権的行為と業務管理的行為の区別は不要である。したがって、国家免除が認められない業務管理的行為であっても、公務員が責任を負うことにはならない。結論だけを見ると、エンリカ・

例評論』582号(2007年)209-210頁。

³⁸ Second Report on Immunity of State Officials from Criminal Jurisdiction, *supra* note 3, para.28; Dapo Akande and Sangeeta Shah, "Immunities of State Officials, International Crimes and Foreign Domestic Courts," *European Journal of International Law* Vol. 21 (2011) p. 815, p. 827.

³⁹ *Ibid.*, para. 60.

⁴⁰ 水島『前掲書』(注6)171-172頁。

⁴¹ Blaškić, *supra* note 19, para. 38.

⁴² Akande and Shah, *supra* note 38, p. 827.

レクシエ号事件の多数意見がこの説に依拠していると考えられることも可能である⁴³。

(2) 批判

もっとも、国家への帰属からの説明は単体では説得力に欠ける。多数意見はおおよそ国家への帰属と公務員個人の免責を直接に結び付けているが、ロビンソンはこの点を批判している⁴⁴。

「国家への帰属」の理論は、主に国家責任の分野で議論されてきた⁴⁵。ある国家機関の行為が国家に帰属するからこそ、国家責任を追及することができるという文脈で語られてきた。確かに理論的には国家への帰属が肯定されれば、個人の責任はなくなるように思われるが⁴⁶、行為の国家への帰属と個人の免責は無関係であるという指摘がある。国家責任条文⁴⁷1条及び2条は、行為が国家に帰属すること及びその行為が国際義務に違反することを国家責任の要件として定めているが、28条以下の定める効果は国家責任の発生のみであって、58条が個人責任とは無関係である旨を明記している⁴⁸。強行法規違反の事項的免除の例外を規定する条文案6条でも、強行法規違反の場合には事項的免除を「適用すべきではない (shall not apply)」という文言を用いることで意図的に帰属の議論を避けている⁴⁹。近年の傾向は行為のもたらす法的効果として個人の免責が認められることに否定的といえる。コロドキンが行為の責任の問題と帰属の問題は区別すべきと述べているのは、このような点に由来する⁵⁰。

Blaškić の説明は公務員個人が本質的に免責されることを意図している。国家への帰属の理論は公務員が責任そのものを負わないように読める。そのような理由付けは、免除が手続的なものであることと矛盾する⁵¹。仮に行為が国家に帰属するならば、個人にはいかなる行為の結果も帰属しないはずなのに、なぜ国家が事項的免除を放棄して、免責されたはずの個人に責任を負わせられるのかが説明できない⁵²。

⁴³ 和仁「前掲論文」(注22)257頁。

⁴⁴ *Enrica lexie, supra note 1, paras. 857-858; Dissenting Opinion of Judge Robinson, supra note 2, para. 70.*

⁴⁵ 丸山珠里「国家責任論における「行為の国家への帰属」について—一国連国際法委員会による「国家責任条文を手がかりとして」—」『社会科学ジャーナル』30巻3号(1992年)99頁、101-104頁。

⁴⁶ 古谷修一「国際法上の個人責任の拡大とその意義—国家責任法との関係を中心として—」『世界法年報』21号(2001年)82頁、85頁。

⁴⁷ Responsibility of States for internationally wrongful acts, Doc. A/RES/56/83, 2002.

<<https://undocs.org/en/A/RES/56/83>>

⁴⁸ 岩沢『前掲書』(注4)584-585頁。

⁴⁹ Eighth report on Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, *supra* note 21, p. 21.

⁵⁰ Second Report on Immunity of State Officials from Criminal Jurisdiction, *supra* note 3, para. 24.

⁵¹ *Ibid.*, para. 64; Fifth report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, Doc. A/CN.4/701, paras. 148-152.

⁵² Xinxiang Shi, “Diplomatic Immunities *Ratione Materiae* under the Vienna Convention on Diplomatic Relations: Toward a Coherent Interpretation,” *the University of Edinburgh*, 2018, pp.

以上のように、公務員の行為が国家に帰属するということを認めても、そこから直接に免除の結論を導くのは疑問の残る説明である⁵³。

4. 外交官の免除による説明

公務員一般の免除を、外交官の事項的免除の延長線にあると捉える見解がある⁵⁴。

外交関係条約⁵⁵には、外交官が人的免除と事項的免除の両者を享有することが明記されているため、外交官の免除の内容は明確となっている。

31条1項は、外交官が民事裁判権と刑事裁判権の両者から免除されることを規定しており、39条2項但し書きは「任務を遂行するにあたって行った行為」についての免除は、人的免除の消滅後も存続すると定めている。つまり、外交官は人的免除と事項的免除の両者を享有する。

しかし、外交官の免除は、国家免除や事項的免除との同一性を主張するには、その内容面で大きく異なりすぎている⁵⁶。なぜなら、条約の締結当時は絶対免除主義が主流の時代であり、外交官の免除はその内容を反映している⁵⁷。広範な免除が認められている外交官の免除は、もはやそれらとは別個の制度として認識しなければならない。

外交官の免除の規定の一部を、通常の公務員の事項的免除に類推することは可能であるが、両者が同一であるとまでは到底言えない。Shiの論文も、公務員一般の事項的免除と理論的基礎を共有する部分では類推が可能であると述べており、両者が同一であるとまでは考えていない⁵⁸。

外交官の免除だけを公務員一般の事項的免除の根拠とすることも難しいとすると、こちらの説も結局は国家免除に依拠せざるを得ない。

5. まとめ

以上のように、帰属による説明や外交官の事項的免除による説明だけでは、公務員の事項的免除をうまく説明できない。いずれにしても国家免除を基礎に据えなければ、事項的

26-27; Seventh report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, Doc. A/CN.4/729, paras. 72-74.

⁵³ *Ibid.*, para. 153.

⁵⁴ Shi, *supra* note 52, p. 20.

外交官の免除が事項的免除の延長にあるとする見解について、Roger O'Keefe, *International Criminal Law*, (Oxford International Law Library, 2015), p. 453.

⁵⁵ 「外交関係に関するウィーン条約(Vienna Convention on Diplomatic Relations, 18 April 1961)」。

⁵⁶ Eileen Denza, *Diplomatic Law Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations fourth edition*, (Oxford University Press, 2018), pp. 234-235.

⁵⁷ Shi, *supra* note 52, p. 37.

⁵⁸ *Ibid.*, pp.20-21.

免除の根拠をうまく説明することはできない。したがって、国家免除と事項的免除が本来的に同一であるという説明はやはり有力である。

もともと、国家免除の理由付けは、他の説明を排除するものではなく、国家免除と事項的免除の本質的な同一性を前提に、補足的に帰属や外交官の免除を用いることは可能である。実際、コロドキンが公務員を代理人とみなすことによって事項的免除を説明しており、国家免除と国家への帰属を両立させているように考えられる⁵⁹。

IV. 事項的免除の範囲について

1. ロビンソン反対意見の問題点

(1) 制限免除主義の範囲

前述のように、国家免除と事項的免除の概念が本質的に同一であるという説明自体には説得力がある。しかし、結論として、ロビンソンが海兵の刑事管轄権行使の問題で、制限免除主義を適用したことは明らかな誤りである。

制限免除主義は民事裁判権の行使を想定した理論である。一方で、公務員の事項的免除は民事管轄権と刑事管轄権の両者にまたがる分野である。そして、エンリカ・レクシエ号事件で争われたのは、公務員に対する刑事管轄権の行使である。コロドキンも両者が有する質的な差異について指摘している⁶⁰。

制限免除主義が慣習法として認められるのは、民事裁判権からの免除の問題のみである。制限免除主義は刑事管轄権からの免除は議論の対象としていない。つまり、民事管轄権からの免除の理論的根拠を、刑事管轄権からの免除に適用することはできない。パキスタン貸金請求事件で否定されたのは民事裁判権からの免除であり、その判旨も責任の追及といったような刑事法の理論には一切言及せず民事法の理論に終始している⁶¹。そうすると、この判決の射程は刑事管轄権の行使には及ばない。

また、同様に制限免除主義の範囲は執行免除にも及ばない。国連国家免除条約は、裁判権からの免除と強制執行からの免除を別枠で規定している。確かに国家の裁判権免除については10条で制限免除主義を採用しているが、18条は国家免除の放棄と執行免除からの放棄を区別しているし、19条以下は国家財産の執行免除を強力に制限している。このように、両者は一連の手続だが異なる考慮がなされてきた⁶²。そこでは、強制執行が物理的強制力を

⁵⁹ 民法の一般原則として、代理人の行為は本人に帰属するため、行為者はその責任を負わない（民法99条1項及び2項）。参考は佐久間毅他『民法I総則（第2版）』（有斐閣、2018年）、191-192頁。

⁶⁰ Second Report on Immunity of State Officials from Criminal Jurisdiction, *supra* note 3, para. 28.

⁶¹ 前掲判決（注11）4頁。山口厚『刑法総論（第3版）』（有斐閣、2016年）3頁。

⁶² 松井章浩「国家財産に対する強制執行からの免除」『立命館法学』2003年4号、76頁、95頁。

伴うことや政治的影響が大きいことが考慮されてきたのである⁶³。

したがって、制限免除主義が妥当しうるのは、あくまで民事裁判権からの免除のみである。仮に制限免除主義の類推が肯定されても、刑事管轄権の問題には制限免除主義は妥当しない。これは制限免除主義を適用できるか否かの問題ではなく、制限免除主義が内包する限界である。制限免除主義を採用したとしても、ロビンソンの意見は的を射ていない。

(2)民事裁判権からの免除の問題

以上の批判に終始すると、公務員に対する民事裁判権行使では制限免除主義が妥当するのではないかという疑問が残る。国家免除と事項的免除が本質的に同一であるという主張は有力であるし、民事裁判権の免除の問題に限って言えば、少なくとも制限免除主義の範囲は及ぶ。民事管轄権の問題に限定すると、両者は刑事管轄権の場合よりも多くの共通項を見出すことができる⁶⁴。これについては、制限免除主義が事項的免除に類推されるかという命題に正面から答える必要がある。

2. 事項的免除に制限免除主義を適用できるか

(1)適用に際しての考慮要素

国家免除の理論を事項的免除に類推するためには、類推のための理論的な共通性やそれを妨げるような障害の有無を検討すべきである⁶⁵。したがって、制限免除主義が適用されるか否かを検討する際には、以下の点を考慮すべきである。①制限免除主義を採用することが国家免除の趣旨と矛盾しないか、②制限免除主義を採用することが事項的免除の趣旨に矛盾しないか、③制限免除主義を採用すると外交官の免除の制度の関係を整合的に説明できるかという3点である。これらのうち、②及び③の観点は関連するため、(2)にて並列的に検討する。

(2)国家免除の趣旨との関係

まず、ここでは国家免除の趣旨との整合性を検討する。

制限免除主義の類推を肯定すると、国家の行為が主権的行為であれば国家に対しても公務員に対しても免除が適用されるが、業務管理的行為であれば両者とも免除が否定される。つまり、国家免除が否定される場合と事項的免除が否定される場合は全く同一であるということになる。そこで異なるのは請求の内容でなく請求の相手方だけである。

制限免除主義は、内容的に主権を侵害しない訴訟では国家を私人と同様に扱うという原

⁶³ 同上、79頁。岩沢『前掲書』(注4)198頁。

⁶⁴ Preliminary report on immunity of State officials from criminal jurisdiction, *supra* note 18, para. 55.

⁶⁵ Shi, *supra* note 52, p. 21.

則ともいえる⁶⁶。また、その理論的根拠は、対物的な観点から説明するのが説得的であることは前述した(III.2.(1)参照)。そうすると、請求の相手方が国家であるか、公務員個人であるかは問題にならなさそうである。

もっとも、国家への請求と比して個人への請求は事実上容易である点には留意が必要である。同一の訴訟物を問題にするならば、本来は議論の実益がないし、むしろ国家の方が金銭賠償の能力は勝る。そこで問題になりうるのは、国家財産への強制執行が政治上又は事実上の問題として不可能な場合に、代替的に個人に請求を行う場合である。そのような請求について免除を否定することは、国家免除そのものを無意味なものにする危険性がある。また、公務員個人に対する請求が、国家免除を主張する相手国への報復としての意味として用いられることになる⁶⁷。免除の趣旨からしてそのような行為が許されると解するのは疑問ではある。

(3) 事項的免除同士の関係

次に、制限免除主義と事項的免除は両立するか、また制限免除主義と外交官の免除の制度の関係を整合的に説明できるかを検討する。ここでは、事項的免除が、国家免除にない要素を有しているのではないかという点を、外交官の免除の類推によって検討する。つまり国家免除がなく、事項的免除にプラス α として付与された要素と制限免除主義との整合性の検討である。

外交官の特権免除は、国家の代表としての性質から特権を享有する(代表説)と説明されるか、職務の遂行の確保の観点から特権を享有する(機能説)と説明されることが多い⁶⁸。外交関係条約前文も機能説と代表説の両者に依拠している。国家免除の性質に、職務と代表の要素が加わっているのであるから、外交官の免除の範囲が国家免除よりも広いのは当然といえる。

そして、機能説の説明は一般の公務員の職務にも当てはまる。国家免除を基礎に据えても、事項的免除には職務の遂行の確保という独自の趣旨がある。そのような考え方は、国家免除よりも事項的免除の範囲が広いというコロドキンの見解に親和的である。

もっとも、35条が国家の代表とすることや相手国との友好関係の促進などの広範な任務を外交官に認めていることには留意が必要である⁶⁹。外交官の任務は、それ自体が国家の代表としての側面を有しているといえる。また、任務の重要性の観点からしても通常の公務員とは異なる。

事項的免除に職務遂行の目的が含まれていると解することには問題ないが、その類推の程度は慎重な判断を要する。通常の公務員と外交官が共通して有している基礎を精査して、事項的免除の範囲の根拠とするべきである。

⁶⁶ *Ibid.*, p. 56.

⁶⁷ 水島『前掲書』(注6) 132-134頁。

⁶⁸ 岩沢『前掲書』(注4) 203頁。

⁶⁹ Denza, *supra* note 56, p. 32.

3. まとめ

現在の国家免除の原理は、対物的な観点から説明するのが説得的であり、請求の相手方が国家であっても公務員個人であっても、それ自体は決定的な差異とはならない。両者とも訴訟物が同一であるから、主権の侵害の観点から大きな違いが生じる可能性は低い。したがって、制限免除主義の理論と事項的免除に根本的な衝突があるとは言えない。そうすると、制限免除主義を、公務員に対する民事裁判権の場面で用いることは可能である。

しかし、公務員の事項的免除は、ILC 草案が刑事管轄権行使のみを規定していることから明らかなように、刑事管轄権に係る問題が主たる関心事であり、民事裁判権からの免除の問題は十分に議論されてこなかった。事項的免除の類推を考慮する際には、個人の免除が国家免除よりも侵害されやすいこと及び公務員の職務遂行を確保する必要があることの二点を考慮する必要がある。そうすると、制限免除主義をそのままの形で適用することがやはり難しい。仮に制限免除主義を適用するとしても、一定の制限をかけて適用すべきであろう。

終わりに

結論として、そのままの形で制限免除主義を事項的免除に適用することは難しい。

前提として、制限免除主義の範囲は刑事管轄権の行使には及ばない。しかし、民事裁判権の行使の分野に限定すると、国家免除と事項的免除の両者は根本的対立を有するものではなく、むしろ多くの理論的共通点を有するものといえる。そのため、国家免除の趣旨に反しない範囲や職務遂行を不当に侵害しない範囲を考慮しつつ、制限免除主義の適用を考えることが望ましい。

これまでの事項的免除の範囲に関する検討は、国家実行を探究するアプローチに比重を置いてきた。国家免除と事項的免除が同一であるという説明をしながらも、両者の範囲の相違が自明のこととされてきたのはそのためである。しかし、免除の分野は国家の不作為を求めるものであるため、国家実行のみから慣習法の内容を明確にすることは困難である。そのため、理論的に国家免除との共通性を明らかにすることは重要な意義がある。

今後の事項的免除の発展においては、そのような考慮がなされることが望ましい。