〔研究論文〕

強行規範と国家免除：強行規範研究（一）

何　鳴

〔Article〕

Jus Cogens and State Immunity: When They Meet with the Legal Process of Resolving Violation of Human Rights

Ming　HE

Abstract

This article is not the first time to research the problem about “jus cogens and state immunity meet with the legal process of resolving of violationa of human rights ”, because I tried to clearing the problem in my another article “Who Has the Authority to Arrest Saddam Hussein, When He was Iraqi President ? ”before five years ago. In that article I noticed the relationaship between jus cogens and state immunity. Now in this article I tried to analyze the two functions, jus cogens and state immunity. The two international norms are different, of course, but when we use them to judge the violation of human rights, which one is superior that confuses us. Jus cogens is a superior norm, and also a premptory norm too, already became a principle. May be we can say that it is not difficult to apply jus cogens. But it is not easy to judge the tort that came from the violation of human rights or from the resposibility of state.

Finaly, I have to say the Japanese courts could not apply jus cogens, so they could not make any conclusions to judge the violation of human rights that occured during the World War Ⅱ. So the victims could not to win the suit, that is be called to“postwar compensation trial”.

I thanks the Italian, Germany, American, and another foreign scholars and lawyers. We use different languages to think about same problem, the relationaship between jus cogens and state immunity.

はじめに

2005 年「誰がフセイン大統領を逮捕してよいか」(1)の論文を執筆した時に、「強行規範 jus cogens と国家免除との関係、あるべき関係」という問題に気を取られるばかりでいた。国際法の強行規範と国際慣習法としての国家免除および両者の関係というのは､現在人権法の発展と国際社会全体の、また強行規範による人権の国際的保護(2)の現実において、強行規範が各国家の国家免除の権利を凌ぐか、ということになっている。強行規範は新しい国際法で、国家免除は従来の国際法である。現在、国境を越える人権の国際的保護が進められている。この現状において、人権の国際的保護に援

用される強行規範と国家主権に支えられる従来の法規範の国家免除が互いに本来の守備範囲を保ちつつありながら、互いの守備範囲に進出している。この状態が強行規範と国家免除と衝突の問題を引き起こしている。そこでこの二つの国際法規範のあるべき関係は問われる。両者の関係が国際法の新しい現実問題になっているだけでなく、また国際法の体系構築という国際法学の問題でもある。すなわち、両者の活動と両者の関係は国際法体系における法規範間の階層を成しながら[3]、国際法秩序を維持している。現実問題でも、国際法規範間の階層という国際法学の問題でも、強行規範と国家免除という二つの国際法規範がますます多くの事例を以て国際法に問題を提起している－強行規範と国家免除が国際法体系においてどう共存すればよいか、いかに国際社会の共通問題の人権侵害の解決に取り組めばよいか。

筆者がフセイン元大統領の逮捕という国際社会の出来事に惹起されて強行規範と国家免除の関係という問題に取り組み始めたが、実際上、世界中の国際法研究者および実務者がそれぞれの実際問題およびケースを以て同問題に挑んでいる。強行規範と国家免除の関係というのやはりは国際社会と国際法の重要な問題である。そして国際社会の共通問題に取り組むのが国際法の醍醐味であり、国際法の意義である。

本来、本研究は「国際法の強行規範研究」の第二部である。第一部は強行規範の実定法学の研究である。強行規範の法規範としての正当性と妥当性をチェックする、いわゆる理論研究である。第二部は強行規範の応用編である。強行規範が法規範として適用される現場で国際社会の社会的関係の調整および国際問題の解決にどのような役割を果たしているか、を検討してみる。この検討の切り口の一つとして、従来の国際法の国家免除が強行規範と法適用の現場で衝突している、という現象を取り上げる。このような経緯で本研究は強行規範の研究を本末転倒にしている。あえて強行規範の応用編を逆行にして先に繰り上げるのは、なにより国際社会の社会的関係の調整と国際問題の解決の現場で強行規範と国家免除が衝突している、という現実問題が緊急問題になっているためである。

一　三つのケースの問題提起：人権侵害を追究すると強行規範が国家免除と衝突するか？

具体的に、強行規範がどんな場合で国家免除という国際法の従来の法規範と衝突しているだろうか。それは、人権侵害を国際法に従って追究する場合、とりわけ一国内の重大な人権侵害に対して国境を越えて国際法を、それも最も有効な強行規範を動員して追究する場合、国家主権を守る国家免除が強行規範と拮抗する、という現象である。以下のケースがこの衝突の問題を提起している：

強行規範を適用して国家免除を認めないケース

○ イタリア高裁 Ferrini Case（2004, Italian Supreme Court, Luigi Ferrini v. Federal Republic of Germany）[4]

事実：原告はイタリア国民の Ferrini 氏で、被告のドイツ国を相手に第二次世界大戦中の 1944 ～ 1945 年に被告にドイツ国に強制連行され、強制労働され、被害を受けた。この被害事実に基づいて原告人は被告人のドイツ国に損害賠償を請求する。

判決：原告請求容認。

意義：国境を越える人権侵害の事件に国際人権法を適用し、外国国家に対する個人の請求権を認めた。国境を越える人権侵害の事件に国際法の強行規範－本件では強制連行・強制労働を奴隷、拷

問という強行規範の違法行為として、強行規範を援用し、被告国の国家免除を認めない、主権平等と人権保護の間で価値観の平衡を保つ必要があると判断し、国家の人権侵害の加害行為を国際法上の犯罪行為として認定した。国家免除の認定に関して本件の判決は国家免除の実定国際法から国家首脳の職務免除を導出し、両者の厳密な類推を試みた。同判決は強行規範の主要原則の確認および適用、国家免除と人権保護の平衡関係の判断および国家免除から国家首脳の職務免除の類推は、国際法にとって重要な貢献になっている(5)。

同様な戦時中の被害の訴訟事件にはギリシャ高裁の審理の事件、と日本の戦後補償裁判の一連の事件がある。ギリシャの事件はイタリアの事件と問題点が同様であるが、日本の事件の場合では、問題はむしろ法適用にある。

ギリシャ高裁の審理事件－ Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany 2002 も第二次世界大戦の戦時中ドイツの強制連行・強制労働による被害を事実にした戦後補償訴訟の事件である(6)。同判決においてギリシャ高裁はドイツの強制連行・強制労働の加害行為は国際法の強行規範の違法行為であるため、国家免除の適用免除にあたる、と判断している。同裁判所が「国家免除適用の棄権 waiver of immunity」の司法判断で国家免除の革新的な解釈をした、という意義がある。

イタリアとギリシャの上述事件のほかに、同時期において欧米で戦後補償訴訟は集中的に提起されていた。アメリカで、Princz v. Germany 事件の判決が戦時中の加害行為を重大な人権侵害と認定し、人権侵害と国家免除の関係に関して問題を提起し、人権侵害の場合の国家免除を支持しなかった(7)。欧米の司法界が揃って戦後補償裁判を行い、国家による人権侵害に対する個人の司法解決の請求を受理し、認定したことは、戦時中の人権侵害の法的追究を可能にした。個人に対する国家の人権侵害が国家免除の対象外である、という欧米の司法機関の見解は人権侵害に強行規範と国家免除との法規範上の関係をどう保つかの問題を国内法にも、国際法にも提起している。

日本では二 0 世紀八 0 年代の終わり頃から韓国、中国、フィリピン、イギリス、カナダ、オランダ、台湾、香港などの国と地域から第二次世界大戦の戦時中日本の戦争行為にもたらされた被害を事実にした一連の戦後補償訴訟が提起された(8)。この訴訟内容の豊富な日本の戦後補償裁判には法律争点も豊富である。目立った法律問題の一つとして、裁判所側が国際法の強行規範を適用していないことである。この不適用も原因の一つとして、戦後補償訴訟の勝訴を困難にしている、少なくとも勝訴例が少ない。日本の裁判所が国際法の強行規範を適用しなかったのは国家免除という国際法の規範を盾にして両規範の拮抗を以て強行規範の適用を否定したのではなくーイタリアとギリシャの判例とは違うー、強行規範に対する認識不足と適用不足とでも言えよう。

国家免除の「人的免除」、「職務上の免除」の範囲と程度を再確認したケース：

○ ICJ「逮捕状」事件（2002 年、コンゴ共和国 v. ベルギー）(9)

同事件は国家免除に関する最近の司法審理の事件である。司法機関（ICJ）が下した国家免除に関する判断は時間的に最も現時点に近い。そのため、ICJ のこの司法判断は国家免除に関する国際法の理論上と実行上において最新の権威である。

具体的に、国家免除に関して、同事件で ICJ の判断は国家免除の内容としての「人的免除」（personal immunity）を問題視している。国家免除の実質的な部分の「人的免除」は国家のための公務を努める場合にしか発生しないものである。すなわち国際関係に関する国家の公務を努める資格を有する人が職務を果たす場合に、この公務に応じて国家免除を認める。この場合の「人的免除」はさらに「職務上の免除」（functional immunity）と賦与される。この「職務上の免除」の確立により、同事件の

争点－国家官僚が職務上の免除の対象になるか－が解決される。同事件の判決および裁判官たちの意見が国家の公務を執行する国家官僚がすなわち「職務上の免除」の対象である、と明確にしている。国家官僚が職務上の免除を賦与される判断の基準は公務執行中、または問題とされた行為が国家の公務との間に因果関係を有するかどうかによる、と明示している。

国家免除の法規範の違反になるかと疑問視されるケース：

○ アメリカ軍によるイラク・フセイン大統領の逮捕

この逮捕は上述した二件のように司法機関に提訴された司法事件ではないが、国際社会の最近の重要な出来事であり、国家免除の国際法の問題を提起している。この逮捕事件に提起された国家免除の問題は、すなわち「職務上の免除」はどのレベルの国家官僚にまで適用できるか、国家首脳は国家免除の対象になるか、とりわけ国家首脳が人道に対する罪を犯した場合で国家免除の国際法は援用できるか、国家免除の国際法が活動できるか、である。同事件に対して国家免除の国際法を以て問い詰めれば、問題の所在はむしろアメリカ単独の大統領逮捕の行為は国家免除の国際法に違反していると言わざるを得ないか、というところである。そのため、同事件は国家免除という国際法の違反の事例を以て同法規範を再認識する、という意義がある。

国家首脳の逮捕事件はほかにピノチェト元チリ大統領の外国（スペイン）での逮捕事件があった。しかし、イラク・フセイン逮捕事件のように現職で、重大な人権侵害行為があるという公的機関による正式な判断が下される前の段階で、一国の単独の逮捕行為、などとは違う。すなわち、ピノチェトの逮捕事件は国家免除の適用外の問題である。正確に言えば、この事件には国家免除適用の適格性がない、というのが当時の共通認識である[10]。（ピノチェト事件はむしろ引渡の問題が重要である。）

上述した三つの事件に提起された共通の問題は、従来の国際関係を調節する国家免除は国際法の新興法律の人権法およびこの人権法の原則を含む強行規範に対して人権侵害の追究の現場で拮抗している、ということである。この拮抗または衝突はどこで、どんなことが原因で引き起こされたか。具体的に検討してみる。

二　強行規範と国家免除の法規範上の意義

強行規範と国家免除の法律は国際法における機能の検討を通して、この両法規範の別個の意義、と守備範囲を明確にする。さらに以下の検討を通して両法規範が人権保護の現場で法規範が衝突しているか、対象の確定で衝突しているか、を検討してみる。

1　従来の国際法規範と新しい国際法規範

強行規範は国際法システムのなかで新しい法律である。国家免除は従来の国際法で、慣習国際法となっている[11]。この新しい国際法と従来の国際法が別個の機能を果たしている。強行規範は第二次大戦の教訓としてその後に国連の場で、国際司法の活動を通して形成された法規範群である。強行規範は重大な人権侵害を国際犯罪と規定している。それゆえ強行規範の対象は人権侵害の国際犯罪行為である。重大な人権侵害が一国内の国境を越えて発生するものが多い。そのため強行規範は権威のある国際公的機関－安保理および司法裁判所の判断の正当性の根拠として援用される。この

場合、この権威のある判断の実効性は国境と国家主権を超えて果たされる。

国家免除は従来の国際法で、従来の国家主権および主権平等を理念とした国際法の伝統的な法規範である。主権平等というと、国家の司法管轄権の独立を含む。その意味で、国家免除は国家主権および主権平等、司法管轄権の独立という理念の実質的な内容でもある。国家免除は従来の国際法として自己言及的なレジームを成している[12]。このレジームにおいて、国家免除は国際慣習法として国家間関係を調節している。国家免除の国際慣習法は以下の分野をカバーする：

a　外国国家に対して司法管轄権の行使を回避し、慎む。

b　外国の主権行為に対して免除を講じる。この場合の免除は原則となっている。とりわけ交戦状態・戦時行為に対して免除を講じる。

c　国家官僚・国家役人が公務を執行する場合で生じた個人責任の行為－犯罪を含む行為に対して免除を与える。この種の免除は「人的免除」であり、さらに「職務上の免除」（functional immunity）と発展されている。

これらの原則の下で国家免除は以下の機能・活動を呈している：

state immunity －国家免除の基本であり、主権免除とも言う。国家主権および主権平等を理念とする従来の国際法の中心的な法原則である。国家免除はさらに「物的免除」と「人的免除」と細分される。上述の「逮捕状」事件は「人的免除」を法律争点とするものである。同事件の ICJ の司法判断は「人的免除」から「職務上の免除」というのを導出して、確立した。上述の Ferinni 事件ではイタリア高裁は国家免除と国家首脳の「職務上の免除」の間に厳密な推論関係があると示した。すなわち、国家免除と国家首脳の「職務上の免除」との間で因果的関係がある。

「職務上の免除」を確認したイタリア高裁の判断ではこの「職務上の免除」は国家免除と同一のものと見なされている[13]。この見解と捉え方は有意義なもので検討に値する。本論文では省く。

foreign state immunity － state immunity は国際法であるが、この「外国国家に対する免除」は国内法であると言えよう。なぜかいうと、国家免除は国家関係を調節するための法原則であるため、この法原則に基づいて実際的な具体的な内容、範囲と対象に関して国内法に任せる。国内で国家免除に関する規範と規定を立法する。この「外国国家に対する免除」によれば、国家免除という法原則は国際法として国内で実行され、国内の法制度により実現される。各国内法が具体的な国家免除に関する規範と規定を制定する。この意味でいえば、国家免除は国際法と国内法の両面がある、と言えよう。

jurisdictional immunity －管轄権の免除というのが国家免除の「人的免除」の部分である。外国の当事者が被告となる場合で、司法にかけられない、司法の管轄権を受けないことを認められ、保証される。「人的免除」は司法管轄権免除の強調であると理解することができるだろう。

しかし、管轄権の免除というのは植民地、租界の時代では植民地主義者とその国の治外法権とされた歴史がある。すなわち、治外法権は国家免除というより、むしろ不平等の国家間関係の所為であり、国家免除の誤用である[14]。そのためか、現在国家免除の法システムには管轄権の免除を設けない、その代わりに司法過程で「人的免除」および「物的免除」を援用する。

国家免除が上述した幾つかの機能を付けられ、対象に応じて適用することが可能にされている。このような複数の機能を有する国家免除は国家主権と主権平等を理念とする従来の国際法である。

国家免除が伝統的な従来の国際法だと言えるならば、強行規範は第二次大戦後に誕生した現代国際法だと言える。しかし、強行規範が新しい国際法として国際法に登場しているが、実質的な内容としては不明瞭で、曖昧である、と指摘されている[15]。このいわゆる不明瞭、曖昧と言われたのは

強行規範が法規範としては権利・義務の対象者が不明瞭であり、規範の指定が不明瞭である、と本論文は強行規範に対する指摘をそう理解している。

強行規範は法原則である。憲法的な原則的法である。ウィーン条約法条約五三条に決められている強行規範と従来の学説および見解によれば、強行規範は、「いかなる逸脱も許されない規範として、国により構成されている国際社会全体が受け入れ、かつ、認める規範」である。一般的に、強行規範は海賊の禁止、ジェノサイドの禁止、奴隷の禁止と侵略の禁止、拷問の禁止を具体的な内容とする。である。上述したイタリア高裁は Ferrini 事件の判決において強行規範の内容を再度確認している。強行規範の「……禁止」の禁止法規は強力の拘束指向の法である。強行規範の禁止事項は人間社会の文明に許容される最も基本的なものである。その限度を超えてはならない、超えたら犯罪行為になる。この強力の拘束力が強行規範の実効性である。そして、強行規範は国際社会の平和理念を呈示している。強力の拘束力はこの平和理念とその実現の保障である。この平和理念は禁止法規の形で呈示され、諸国の行為の指針となる。それゆえ強行規範は憲法的な原則的法である。

2　国際法の上位法としての強行規範

強行規範が国際社会の歴史的社会的な法需要により、従来の国際法に欠ける強制機能を期待されている。それゆえ強行規範は国際法の上位法としての要素を有する。強行規範の上位法としての要素を強行規範の以下の活動において見られる：

強行規範の内容と理念は国際社会の共通的価値である。強行規範の禁止規定には国際社会の共通的価値が濃縮されている。強行規範に内包されている国際社会の共通的価値は国際法の憲法としての国連憲章にも具現されている[16]。一般的に社会の共通の価値が制定法の理念である。国際法の場合も同様で、強行規範の理念が国際社会の共通的価値である。共通的価値は共通の責任と義務を意味する。それゆえ強力な拘束力がある。この強力な拘束力が従来の国家間合意の国際法と異なり、国家を拘束する上位の法律である。

強行規範が憲法的な原則的法の性質を有する。この憲法的な原則的法は国際法の他の法律を統合する機能がある。国連憲章が国際法の憲法だと言うならば、強行規範が国連憲章の基本的な原則である。この基本的な原則に基づいて、憲章の他の条項はこの原則の具体的分野における展開であり、実質事項である。

強行規範が国際司法機関で適用される法律である。とりわけ国際刑事裁判所は強行規範に基づいて設立された裁判所である。国際司法機関は国際社会の権威のある司法機関として、国家に対して拘束力のある司法判断を下し、国家にこの司法判断に対する服従を要求することができる。とりわけ国際刑事裁判所は国家の合意を超えて強行規範の違法行為－重大な人権侵害行為を裁き、違法者を犯罪者として追究する。

強行規範のこのような活動から言えば、強行規範は国際法の上位法である。国際法に上位法が生じるのは従来国家合意の国際法にはなかった。その意味で強行規範が上位法として活動すると、国際法システムに従来に存在しなかった法規範間の階層関係が生じるようになった。この国際法規範間の階層関係は複雑な国際関係を調整する際に法規範を有効に適用することを可能にする。

3　人権保護と新旧規範の衝突

上述した三つの事件を始めとして従来の国家免除の法と新しい強行規範の法が人権保護の現場で衝突を起こしている[17]。この衝突の問題点、または原因は二つある。一つは、法規範自身の問題で

あり、もう一つは適用の問題である。

法規範自身の問題というのは、本来各自の対象を持つ法規範が同一問題に対処する場合で対象区分と対処方法の調節に衝突が起こるからであろう。国家免除の守備範囲は国家主権および主権平等、司法管轄権の独立というところである。それに対して強行規範は国家のための法ではなくて、国際社会全体のための法であるため、強行規範の禁止規定は国境を越えるすべての人権侵害とその行為を対象とする。しかし強行規範が国境を越えて人権侵害の行為を裁くとなると、国境で国家免除により強行規範の実行に待ったをかけられる。上述した三つの事件の共通点として、人権侵害の裁判で人権侵害の訴えに対して国家免除を以て抗弁される、ということである。新しい国際法の強行規範が従来の国際法の国家免除と法的制御の対象が異なるが、また同一の対象を捉える。強行規範が人権侵害ーたとえ一国内の侵害でもーを国際社会全体の平和を脅かす犯罪行為として裁く。国家免除が国家の主権を守るのを終始目的とする。そしてこの人権侵害行為の発生地は同一であり、一国内である。この場合で、当該国家が強行規範を受け入れる受容度が強行規範の執行を左右する大きな要因となる。強行規範を受け入れない場合は、国家免除で抗弁する。

適用の問題というのは根底には強行規範を受け入れ、または認識し認知する国家の意思に左右されるものがある。自国を含む国家の主権を守り、国家の利益を重んずる国家免除の法体制の下で諸国が自国の主権と利益を堅持する。人権侵害および人権侵害を追究するための強行規範を法観念上また自国の利益にもなるという感情としても、拒絶することはない。しかし、強行規範が国境内に入るとなると、国家が国家主権を盾にして抵抗することを選択する。この現実問題は国家の非ではなくて、国際法上で国家免除と強行規範のあるべき関係を検討するのが現実的である。イタリア高裁が裁判でこの両規範の衝突およびあるべき関係という問題に取り組んでいる。

三　裁判における強行規範と国家免除の法律争点、解決と適用

現在、強行規範と国家免除の衝突という現象は国際と国内の司法裁判の現場で集中的に現れている。人権侵害の被害者が多くの場合で個人であるため、個人が外国国家を相手に人権侵害の被害を訴えるのはまだ日が浅い。国際の司法機関が国家を相手に人権侵害の事由で起訴するのも多くない。その意味で人権侵害の裁判は国際法にも国内法にも判例になる。人権侵害を法廷で裁くとなると、強行規範の適用と国家免除の抗弁がともに登場する[18]。審理および裁判において強行規範と国家免除のそれぞれの法機能を再確認しながら、両規範のあるべき関係を模索している。

1　事件の法律争点－どこが問題であるか

Ferrini 事件の法律争点－人権侵害（同事件では強制連行・強制労働を人権侵害と該当する）の行為者が国家である場合、国家免除になるか。同事件およびこの法律争点には以下の通りの意義がある：

第一は、第二次大戦中の戦時行為－ドイツ軍による強制連行・強制労働を人権侵害の行為と認定し、強行規範の禁止事項にあたると裁判所が判断した、ことである。

第二は、国家の戦時行為が司法訴訟・司法判断の対象になりうる、ことである。

第三は、戦時行為が慣習国際法により国家免除になるかは司法判断に任せる、ことである。同様に、現在日本で行われている戦後補償裁判は妥当である。そして、戦時行為により個人が損害賠償を請求する場合で、ハーグ条約三条の適用可能性に関して司法判断を請求するのも妥当である。国

家免除に関する司法判断は重要である。

第四は、強行規範違反の人権侵害行為は国際犯罪である。国際犯罪の場合では依然として従来の慣習国際法および国家間の国際法のように国家免除を認められるか、である。

同事件で強制連行・強制労働の行為を人権侵害であると認定したことは原告、被告、と裁判所側には異議がない。争点になるのは戦時中の人権侵害が国家免除になりうるか、である。法律争点に絞られたのは原告側の正当性と援用された強行規範、と被告側に正当性と援用された国家免除が同事件において適用することができるかである。すなわち、人権侵害（強制連行・強制労働）に違反された強行規範、と国家の主権を守るーこの事件の場合では国家が外国国家に対して司法管轄権の行使を回避する慣習法ーのどちらがより規範性と拘束力が強いか、である。

2　事件の審理－両法規範の機能検討から判決へと結束

Ferrini 事件の審理は同事件に強行規範の適用に対する国家免除の抗弁という法律争点の解決を中心とする。同事件を始めとしてギリシャ高裁の人権侵害の裁判、イスラエル裁判所のナチスの人権侵害の事件[19]のようなドイツに対する戦後補償訴訟の事件で、ナチスの重大の人権侵害に対して原告と被告および裁判所の全員一致で議論の余地がない。同様に強行規範とその適用に対しても、議論の余地がない。問題になるのは、人権侵害の追究事件の場合では国境を越えると国家免除の活動の余地があるか、どこまであるか、の問題である。すなわち、強行規範の絶対的適用に応じて国家免除の機能を制限するか、それとも強行規範の活動に合わせて国家免除の機能を修正するか。そうすれば、国家免除が上述の事件の法適用に消失することがない。要するに、国家免除を調節する必要がある。

イタリア高裁が国家免除の機能検討、と強行規範に対する国家免除、という二点を捉えて審理を進めた[20]。イタリア高裁のこの審理の進め方をふまえて国家免除の機能から調節の可能性を検討してみる。

a,　国家免除の機能：推敲および調節の可能性、とイタリア高裁の発見と貢献

イタリア高裁が認めたように国家免除は国際慣習法である。慣習法として活動している歴史において国家免除は時代の移り変わりを見せてくれる。国家免除誕生の当初の 18 と 19 世紀には国境と国家主権を確立する時代であるため、法原則として国家免除は「絶対的な国家免除」であった。国家免除の法規範としての内容が単純で、原則しかない、絶対的な規定であった。20 世紀の国際貿易の時代になると、独立の国家の増加とともに、国際貿易に参入する国家も増加した。この時代の社会の法需要として、国家免除が「絶対的」な免除から、制限的、部分的または対象・目的区分的な免除へと変化せざるを得ない。この社会の法需要に応じて国家免除に関する使用方法、学説も変化を試み、西洋では制限的な国家免除を確立した。すなわち対象と目的を限定して、国家の公務と政府の国家行為に対する国家免除、と商務とプライベート的な国家行為に対しては国家免除を与えない、という限定的な国家免除の原則に結束している。絶対的な国家免除から限定的な国家免除へと変化したのは国家免除に対する機能の調節である。この調節が可能になれば、国家免除の適用はケースにより絶対的な適用と限定的な適用を調節することができる。

Ferrini 事件でイタリア高裁が国家免除の機能を調節して適用するために、国家免除を国際法秩序と関連づけてみた。すなわち、国家免除を単独の自己完結の権利と見なすのではなく、国際法秩序と関連づけて、国家免除は他の法規範とともに国際法秩序で活動するものである。国際法秩序にお

いて、国家免除は国家の絶対的な権利ではなく、司法管轄の例外である[21]。そのため、国家免除でも司法の管轄－本論文では調節というーまたは調節を受け入れる必要がある。この結論はイタリア高裁が国際法に対する重要な法発見であり、貢献である。

b, 強行規範に対する国家免除

人権侵害の訴訟では強行規範と国家免除の問題は両規範が衝突しているという形で現れているが、この問題の本質は国家免除を強行規範と対立させるところにある。すなわち、国家免除を国家の絶対的な基本権利と見なせば、人権侵害の訴訟は国家の壁にぶつかり、進行困難になる[22]。この実例はイタリア高裁の Ferrini 事件である。逆に、人権侵害を解決するために強行規範を強制的に押しつけると、本来の自国の合意および利益を超える強行規範に対する拒絶反応が出てくる。この実例はイラク元大統領の逮捕事件である。（なお、この逮捕事件の場合では強行規範を動員したか、この逮捕行為の正当性と妥当性があるか、または強行規範の動員には問題がある。）一国内の人権侵害を追究するために強行規範をどう適用するかという問題は、とりわけ強行規範を正当性および適用法とする国際刑事裁判所にとって考慮すべき注意事項であろう。

イタリア高裁が Ferrini 事件の審理で国家免除を国家の絶対的な基本権利とは取り扱わないでいる。国家免除の機能を推敲し強行規範と拮抗しないように調節する工夫を見せてくれた。この工夫は法律の解釈であり、裁判の法適用でもある。イタリア高裁が工夫した解釈と適用は Ferrini 事件の解決に役に立っただけでなく、人権侵害を裁判するために強行規範と国家免除の両法規範を再確認し、この確認を通して新しい解釈を工夫してみたことは、両法規範の衝突という問題の解決に貢献した。

3　裁判所の解釈

人権侵害の訴訟で原告側に援用される強行規範と被告側に援用される国家免除が衝突し拮抗する現実において、裁判所の法解釈が決定的である。Ferrini 事件でイタリア高裁はこの両法規範の解釈を努め衝突問題の解決を志向する。

a　強行規範の違反はすなわち国家免除の暗黙的な放棄（waiver of immunity）

「（国家が）強行規範に違反すれば、国家免除の適用を暗黙的に放棄することになる」というのはイタリア高裁が Ferrini 事件の適用法の解釈に関して下した見解の一つである。人権侵害の訴訟で強行規範と国家免除が衝突を生じることに応じて、まず原則を確立するー国家が強行規範に違反する場合、すなわち国家免除の適用を暗黙に放棄する。この原則が確立されたのには条件があった。強行規範と国家免除の両法規範の関係が暗黙放棄の原則の条件である。すなわち国家免除が国家の絶対的な権利ではない以上、国家免除を国家の権利として享受し行使するのには適格を問う必要がある。強行規範にー当然に他の国際法規範に不都合のことがなければ、国家免除の権利および適用は認められる。反対に強行規範に違反すれば国家免除の権利享受には適格性がない。この原則の確立により国家免除は限定的なものになる。そうすれば国家免除およびその適用が裁判および司法判断の対象になり得る。いうまでもなくこの意味でイタリア高裁のこの「暗黙的放棄」の解釈は強行規範と国家免除の衝突の解決にも同事件の法的解決にも役に立っただけでなく、国際法にも貢献ができた。

Ferrini 事件とイタリア高裁のほかに、ギリシャ高裁も Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of

Germany 事件の審理において「暗黙的放棄」の解釈を採取している。イタリア高裁の Ferrini 事件と同様にギリシャ高裁の Voiotia 事件、とアメリカ裁判所の Princz 事件もドイツに対する戦後補償の訴訟事件である。Ferrini 事件と同様の事由と請求事項である上で、国家免除と強行規範の法律争点も同様である。ギリシャ高裁は、ドイツが強行規範に違反したため、国家免除の適用ができない、weiver of immunity に当たる、と判断を下した。アメリカ裁判所は、強行規範に違反したことは即ち国家免除の放棄である、と結論を出している[23]。

b　重大な人権侵害には国家免除の適用をしない

「暗黙的放棄」に続いてイタリア高裁はさらに国家が重大な人権侵害をした場合には国家免除を適用することができない、と判断を下した。イタリア高裁のこの判断は 2000 年国際司法裁判所の「逮捕状事件」の判決に続いて人権侵害には国家免除を適用しないという司法判断を明確にしている。同様な意義で、ギリシャ高裁は、いかなる主権国家でも強行規範に対する自分の重大な違反行為でありながら、順当に国家免除を期待することがあり得ない、と踏み込んだ判断も下した。イタリア高裁とともにギリシャ高裁も同様に人権侵害に国家免除を適用・援用することができないという解釈を取ったことで、「暗黙的放棄」原則の確立と人権侵害に国家免除を適用しないという原則の確立にとって判例の蓄積と慣習法化の意義がある。

もう一つの現実を見逃すことができない。国家の重大な人権侵害を裁く実践において、国家免除により国家に免除を与え、または認めたのは、司法判断にしても、他の決定にしても、皆無である。戦時中ナチス・ドイツの重大な人権侵害の世界各地で行われた追究には世界関係国の司法機関および他の権威的な機関が国家免除を与えたのは一つもない。当然に戦後ドイツ政府がその都度国家免除を援用したことがなかったことにも留意する必要がある。この両方の現実が日本の戦後補償裁判にとって受け入れる必要があろう。

c　強行規範の価値を裁判の適用法にする

イタリア高裁が Ferrini 事件の審理と判決において国際法の強行規範に対して有意義な解釈をして国家免除の絶対性を挑戦している。同高裁が強行規範の内容を再確認したことはウィーン条約法条約五三条の積極的な法使用とになる。その上で、強行規範は人権保護を目的とする意義で、国際社会の共同の価値となっている、と判断を下している。裁判の場で、しかも国内裁判の場で強行規範を国際社会の共同の価値であると判断を下したのは強行規範の国家実行に積極的な意義がある。

さらに、強行規範と人権の保護は国際社会の共同の価値であると判断した同高裁は、国家免除は国家の主権を保護する価値である、という判断も下した。それゆえ人権保護と国家免除がともに価値として両者の間で平衡を保つ必要があると、指摘している。

イタリア高裁が国際社会の価値を裁判で適用したことは重要である。価値を正当性にする、または価値を法規範と同じレベルで正当性の根拠にすることは裁判法と訴訟法に意義がある。国際法の意義から言えば、国家主権と人権という国際社会の共同の価値が諸国にとって行為規範である。そして同裁判で同高裁が国連憲章およびウィーン条約法条約の規定をケースを以て解釈したことは国連憲章とウィーン条約法条約に対して貢献ができた。

比べてみれば、再度に言わなければならないのは、日本の戦後補償裁判は国際法の価値に関する理解が不十分なことである。もし、日本の戦後補償裁判で司法機関が国内法のような明文的な箇条規定とは違う、国際法の独自の正当性と裁判適用可能な「価値」の理解、とりわけ強行規範の価値

と実用性の理解が足りれば、戦後補償裁判が現状と違う結果が出て来るであろう。

○本論文の検討－

a　責任の確定と追究

人権侵害の訴訟で強行規範と国家免除の衝突という問題を理解し、かつ解決するために、両法規範のそれぞれの目的－責任の追究を理解し、それぞれの責任と所在を析出するのが主要なことであろう。すなわち、人権侵害に強行規範を適用するということは、人権侵害の責任を国際社会・国際共同体に対する犯罪行為に帰属させることである。人権侵害は国際犯罪である。一方、国家免除が防止するのは個別の具体的な国家に対する主権侵害の行為である。主権侵害は国家責任である。国際犯罪に対しては国際社会・国際共同体全体が原告であり、強行規範を以て国際の法機関で裁く。一方、主権侵害は国家責任である意味で、責任の当事国に対して責任を追究するか、または責任の免除を認定する。人権侵害と国家免除は別々の対象と責任規定を有する。両法規範を衝突させるのは当事者自身と裁判の関係者が両者を混同しているからであろう。

b　国内法廷における国際法の上位法の意義

人権侵害の訴訟で強行規範の適用に対して国家免除で抗弁することに対して、本論文は強行規範の上位法としての性質を国内法廷にて必ずしも正確に理解され、かつ有効に適用されていない、と主張したい。上述したように、日本の戦後補償裁判はイタリア高裁とギリシャ高裁の審理事件と同様な明確な重大な人権侵害の訴訟事由でありながら、国際法の強行規範の動員と適用が不十分であった。国際法の強行規範を上位法として動員し日本の戦後補償裁判で適用すれば、同裁判の法律争点を克服することができるであろう。

4　強行規範および国家免除を適用するために推敲すること

イタリア高裁が Ferrini 事件で国際法の強行規範を国内法廷で適用するために推敲を試みた。国際法規範の階層関係を論証したことは有効で判例になる推敲を見せてくれる。国家免除の適用と不適用に関する説明も有効で判例になる推敲である。

a　国際法規範間の階層論と国際法秩序への位置づけ

Ferrini 事件に強行規範を適用するために、イタリア高裁が国際法規範の間で階層関係があることを論拠にしている。イタリア高裁の判決によれば、強行規範は国際法制度の頂点である。その意味で強行規範は他の法規範を越える。また国際法の分野の制定法－多国間条約および慣習法をも越える。法規範の規範力から言えば、強行規範は強制的な法規範（peremptory norms）である。国家免除法は非絶対的な法規範（non-peremptory norms）である。そのため、強行規範は国家免除法を越える。

国際法秩序のレベルからいえば、国際法秩序は人権保護に賦与する価値は国家免除の価値より高い。国際法秩序の構造として人権保護と国際社会の平和を目的とする人権法は上層にある[24]。人権保護と反対の意義でいえば、重大な人権侵害は国家行為により生じるものである。国家とその行為を制御するのは上層にある人権法にしかない。

それゆえ、イタリア高裁が国家免除の抗弁を退け、強行規範を適用するために国際法規範間の階層関係を理論立てにしている。有効な理論立てと推敲であると言える。

しかし、イタリア高裁のこの階層論に異議を唱えているのもある[25]。その異議は、基本的に国際

法の階層関係の配列というのが間違っていると主張している。この異議は問題探求の様々のアプローチとして有意義であるが、この異議の最も有意義なところは国家免除の内容に応じて強行規範は対応することができるかというところである。例えば private immunity と commercial immunity は強行規範に違反する場合、違反に対して強行規範が別々に対応できるか、を階層論に問題を提起している(26)。

b　国家免除から国家首脳の職務免除の厳密な類推

イタリア高裁が Ferrini 事件の審理で国家免除から類推して国家首脳の職務免除を導出したために厳密な類推を試みた。国家免除と職務免除の共通点を見つけるのが重要である。また共通点が作用する場所または条件を限定する必要がある。

国家免除にはもともと物的免除と人的免除の二つの内容がある。国家免除と国家首脳の職務免除の共通点は国家利益を遂行する、という国家の公務に両者が一致している。国家首脳の職務免除を成立させるためには、この職務は国家の公務と因果的関係があるかどうかに決められる(27)。

国家免除から職務免除を類推するのは人権侵害・国際犯罪の場合である。この人権侵害・国際犯罪が国家利益によるものであるかどうかを析出することが重要である。国家利益の場合では国家免除で考えられるが、個人の犯罪に対しては刑事法の管轄である。

○本論文の検討

国家免除から国家首脳の職務免除を導出することは現実的な意義がある。この問題に関して筆者が国際司法裁判所の「逮捕状事件」と 2004 年アメリカがイラクのフセイン大統領を逮捕した行動に関して、国家免除に国家首脳の免除を含む、と検討してみた(28)。イタリア高裁が試みた国家免除と国家首脳の職務免除の厳密な類推が有効で有意義な作業である。国家免除をより限定的免除へ進める今日で、国家免除に国家首脳の免除が含まれるのはより現実的になる。掌握のポイントは、国家首脳の免除の争点となる行為は国家公務とその遂行との間の因果的関係である。国家首脳の職務免除が国家免除の延長であるとも考えられる。逆の角度から言えば、国家首脳の職務免除は国家免除である。すなわち、国家首脳の免除は導出する必要がない。国家首脳の免除はいわゆる主権免除である。

結　び

1　人権侵害に対する国際法の強行規範を以て追究する場合に生じている強行規範と国家免除法との衝突は、国際法の法発展により当然に生じる現象または問題である。国際法の従来の国家免除法が依然として活動している国際社会で、人権法が最も発展した国際法の部門法である。その意味で新旧法律の衝突は避けられないことである。しかし、この衝突の現実および衝突の問題を解決することは強行規範と国家免除法のそれぞれの機能をチェックし調節してそれぞれの実効性を期待することができる。

2　人権侵害、とりわけ重大な人権侵害を犯すのは国家である。この侵害行為を国際犯罪として対処するのが新しく設立された国際刑事裁判所である。同裁判所自身の正当性、と同裁判所の適用法には国際法の強行規範がある。この意味で国際刑事裁判所で人権侵害の強行規範の適用に対して国家免除で抗弁することはすべての係争事件において生じ得る。強行規範と国家免除の衝突と

抗弁の問題は今後国際刑事裁判所の必須の審理対象であろう。国際法上はいうまでもなく、国内法とともにこの衝突問題を検討し対処しなければならない。

3　人権侵害の強行規範による司法審理と裁判で、国家免除の当否を判断する際、本論文で検討されている以上により詳細で具体的な判断基準または方法がある。例えば、国家免除の人的免除に、限定的人的免除に強行規範がどう入るか、物的免除には強行規範の問題があるか、などのより詳細で具体的な問題がある。これらの問題は訴訟法の問題にもなる。まだタッチしていない重要な問題ばかりである。

4　人権侵害に強行規範による司法判断、とイタリア高裁の Ferrini 事件の裁判をはじめとする欧米の裁判所で行われた戦後補償裁判は、日本の戦後補償裁判に大いに参考になる。この問題に関しては次作「強行規範研究（二)」で取り扱う。

1　何鳴「誰がフセイン大統領を逮捕してよいかー国際刑事法の目的による検証」文教大学国際学部紀要第 16 巻第 1 号（2005 年)。

2　この「人権の国際的保護」というのは一国内の人権侵害に対して国際社会の全体が保護措置を取る、ということである。現在、国連を中心にしてまたは国連が主導を取る一国内の大規模な人権侵害の平和強制活動は随時に行われている。国境を越え国連を中心にするこのような人権保護活動を「人権の国際的保護」と言えよう。

3　国際法の階層の問題というと、最近注目されるのは以下の研究例である。Martti Koskenniemi, “Hierarchy in International Law: A Sketch”, EJIL, vol.8（1997）, pp.566-582; Juan Antonio Carillo Salcedo, “Reflection on the Hierarchy of Norm in International Law”, EJIL, vol.8（1997）, pp.; Nico Krisch, “Interna-tional Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order”, EJIL, vol.16（2005）, pp.369-408; Dinah Shelton, “Normative Hierarchy in International Law”, AJIL, vol.100（2006）, pp.291-323. これらの最近の研究より時期的に早く国際法学上の国際法規範間の階層関係を問題視し、この階層関係を提唱し評価したのは Weil 氏である。Prosper Weil, “Towards Relative Normativity in International Law”, AJIL, vol.77（1983）, pp.413-423.

4　同事件の審理情況、法律争点および判決は、11 Mar. 2004, 87 Rivista diritto internazionale に紹介されている。

5　Pasquale De Sena and Francesca De Vittor, “State Immunity and Human Rights:The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case”, EJIL. vol.16（2005）, pp.89-112.

6　Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany, Case 137/1997, summarize by Bamtekas, 92 AJIL（1998）, pp.765-768.

7　Hugo Princz v. Federal Republic of Germany, 103 ILR（1996）, overruled by Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 103 ILR（1996）.

8　日本の戦後補償訴訟に関して拙文「未解決の個人の戦争被害と司法の救済」文教大学国際学部紀要第 15 巻第 1 号（2004 年)、と「国内法廷における国際法の解釈、理解と適用－日本の戦後補償裁判の場合」同誌第 17 巻第 1 号（2006 年）が戦後補償の訴訟提起、審理情況と法律争点および法曹界と学界の検討について詳述している。

9　ICJ, 14 February 2002, Arrest Warrant of 11 April 2000（Democratic Republic of the Congo v. Beigium）.

10　Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet（No.3）, 38 ILM（1999）,（House of Lords）.

11　国家免除を慣習国際法として見なすのは Pasquale ほかの論説を挙げる。Pasquale De Sena and Francesca De Vittor, supra note 5, p.91; Erika de Wet,“Tthe Problem of Torture as an International Norm of jus cogens and Its Implications for National and Customary Law”, EJIL, vol.15（2004）, pp.97-121; Lee M. Caplan,“State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierachy Theory”, AJIL, vol.97（2003）, p.757.

12　法の「自己言及的」な機能性はルーマンによる。この「自己言及的」な機能性を欠けるのが国際法機能である、という実証研究は拙文「同一係争事件における安全保障理事会と国際司法裁判所」文教大学国際学部紀要第 12 巻第 1 号（2001 年）でなされている。

13　supra note 11（Pasquale）, p.92.

14　「治外法権」の国際法研究は、AJIL の 1940 年代の主要テーマであった。今日、治外法権と国家免除との歴史的関連及び決別・区別は国際法の有意義な課題であろう。

15　強行規範が法規範として不明瞭で、不確定的である、と主張しているのは、Lee M. Caplan, supra note 11, p.773.

16　「国際憲法」というと拙稿「国際社会の憲法としての国際法」文教大学国際学部紀要第 20 巻第 1 号（2009 年）を参照。同論文で国連憲章を国際法の憲法であると理解している。「国際憲法」のドイツ学派は国際法の憲法の意義を強力な結束力に付けている。

17　人権侵害の法的解決と国家免除との関係という問題に対して本論文の三つの事件より十年近く前から取り組んでいた。Bianchi,“Denying State Immunity to Violators of Human Rights”, Austrian Journal of Public International Law, vol.46（1994）, pp.195-229; Zimmerman,“Sovereign Immunity and Violation of International Jus Cogens: Some Critical Remarks”, Michigan Journal of International Law, vol.（1995）, pp.433-440; Johnson,“A Violation of Jus Cogens Norms as an Implicit Waiver of Immnity under the Federal Sovereign”, Maryland Journal of International Law and Trade, vol.19（2）（1995）, pp.259-291; Jodi Horowitz,“Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Other Ex Parte Pinocht: Universal Jurisdiction and Sovereign Immunity for Jus Cogens Violation”, Fordham International Law Journal, vol.23（1999）, pp.489-527.

18　人権侵害の裁判で国家免除で抗弁するという現象をヨーロッパの法廷で注目したのは Emmanuel Voyiakis,“Access to Court v State Immunity”, ICLQ, vol.52（2003）, pp.297-332. である。

19　イスラエルの事件は、Israel Supreme Court,“Eichmann Judgment”, ILR vol.36（1968）, p.308 を見る。

20　Ronzitti,“Un cambio di orientamento della Cassazione che favorisce i risarchimenti delle vittime”, 14 Guida al diritto（10 Apr. 2004）, pp.38-51.

21　Lee M. Caplan, supra note 11, p.744; Giannelli,“Crimini internazionali ed immunita degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Feriini”, Rivista diritto internazionale, vol.87（2004）, pp.643-684. この「例外論」は Ferrini 事件より早くから国際法学の検討事項となっている。例えば、Reimann,“A Human Rights Exception to Sovereign Immunity: Sonme Thoughts on Princz v. Federal Republic of Germany”, Michigan Journal of International Law, vol.16（1995）, pp.403-432; Adam C.Belsky,“Implied Waiver Under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law”, California Law Review, vol.77（1989）, pp.365-416.

22　国家免除を国家の基本的権利と見なすべきか否かという問題に関して Karagiannakis,“State

Immunity and Fundamental Human Rights”, Leiden Journal of International Law, vol.11（1998）, pp.9-43 を参照。この論文はむしろ基本的な人権に応じて国家の基本的権利を論じている。

23　Princz case, supra note 7.

24　自分の博士論文『現代国際法秩序』が国際法秩序の構造を分析している。同論文は人権法と主権法を国際法秩序の構造要件としている。そして、構造要件として人権法と主権法が国際法秩序において共存していると構造分析をしている。

25　Lee M. Caplan, supra note 11, pp.771-780.

26　ibid, p.775-776.

27　国家首脳の職務免除を認めるためにその職務と国家公的利益と因果的関連を説明でき、証明できる必要がある、とこの「因果的関連」を強調したのは拙文前掲論文 1 である。

28　国家免除と国家首脳の職務免除が強行規範で追究する場合の法律問題に関する検討はほかに、Antonio Cassese,“When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Beigium Case”, EJIL, vol.13（2002）, pp.853-875; Hahn,“Individualanspruche auf Wiedergutmachung von Zwangsarbeit im Zweiten Weitkrieg”, 48 Neue Juristische Wochenschrift（2000）, pp.3521-3525; Giannelli, supra note 21; Micaela Frulli,“When Are States Liable Towards Individuals for Serious Violations of Humanitarian Law? The Markovic Case”, Journal of International Criminal Justice, vol.1 ⑵（2003）, pp.406-427; A. Giannelli,“Crimini internazionali e immunita degli Stati dalla giurisdizione nella sent Ferrini”, Rivista di diritto internazionale, volume 87（2004）, pp.643-684, もある。この問題はやはり世界の国際法関係者の共通の関心問題である。