HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	国際法における国家裁判免除の歴史的展開（１）
Author(s)	龔, 刃韌
Citation	北大法学論集, 40(1), 71-145
Issue Date	1989-11-11
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16674
Type	departmental bulletin paper
File Information	40(1)_p71-145.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

国際法における国家裁判免除の歴史的展開（一）

龔刃韌

目次

はしがき
第一章　国家免除原則の形成過程と根拠
第一節　国家免除の法的歴史的基礎
第二節　国家免除の形成過程
第三節　国家免除の根拠に関する古典的理論

考察のまとめ
第二章　第二次世界大戦以前の国家免除をめぐる立場の相違
第一節　一九世紀の実行と学説
第二節　二〇世紀前半期の実行と学説
考察のまとめ（以上、本号）
第三章　第二次世界大戦以後の国家免除に関する各国の実行の展開
第四章　国家免除の若干の理論的問題
終章　――むすびに代えて――

はしがき

国家免除という国際法上の制度は早くから現れたが、しかし、国家がどのような場合に免除を享有すべきか、その具体的な範囲について、各国の実行及び学説は一致していない。今まで統一的な国際条約が存在しなかったので、この問題は主に国際慣習法上の問題として取り扱われてきた。従って、各国の関連実行と学説の歴史及びその現状を十分に検討することは、国家免除の諸問題を正しく認識するために、最も基本的なアプローチとなる。

国際法上の国家免除、あるいは主権免除という概念は、ある国家が他の国家の国内裁判所の管轄に服さないことを意味する。しかしそれは、ある国家が外国の領域において、何らかの行為をなす場合に、実体法上の義務を負わせないことを意味するわけではない。国家免除は、あくまで実体法上の免除ではなく、手続法上の免除である。

国家免除に関しては、各国の実行と学説は分かれており、いわゆる絶対免除主義と制限免除主義との対立が存在している。前者によれば、国家が自ら外国の裁判管轄に同意しない限り、外国でいかなる種類の活動を行っても、完全な免除を享有する。これに対して、後者の場合は、国家の行為を主権的行為、あるいは統治行為（acts jure imperii）と非主権的行為、あるいは業務管理行為（acts jure gestionis）に分類し、前者の免除を認め、後者の免除を否認する。この二つの立場の対立は、各国の国家免除に関する実行と学説の歴史的発展のなかに一貫してみられた。

国家免除制度の存在は、国際社会におけるすべての国家の権利と義務に関係するが、あらゆる国家にこの免除に関する明確な実行があるわけではない。現在、相当数の国家は、外国免除に関する国内裁判判例を有しないだけでなく、政府見解もまだはっきりしていない。欧米諸国の国内関連実行は比較的に多く、一般に公表されている。これらは確かに国家免除原則の歴史的発展を研究するために、基本的資料を提供しているが、しかし、今日の多極構造の世界において、他の諸国の国家の関連実行と学説も見逃すことはできない。そうでなければ、理論上の正しい認識を得ることも、また実務上の問題を正確に解決することもできないからである。

国際関係の発展につれて、国家間の各種の往来が増加し、特に第二次世界大戦以降、国家政府と外国私人、法人との取引関係は著しく増えている。そのために、国家や政府が外国の裁判所で訴えられるケースも頻繁にみられる。国家免除問題は国際社会において、ますます注目されつつあるが、同時に各国の免除に関する立場の見解の対立と相異も無視しえない。この問題は、現代国際法上の最も重要な争点の一つといえる。

本稿の目的は、主に歴史的角度から、各国の実行と学説を比較しながら、国家免除の形成、発展及び現状を検討し、この原則の歴史的展開と問題点の分析を試みることにある。

第一章　国家免除原則の形成過程と根拠

第一節　国家免除原則の形成の法的歴史的基礎

国家免除原則の形成には、歴史的にいくつかの国際的、国内的な関連制度が影響を与えてきた。そのうち、最も重要なのは、外交使節の特権と免除、外国君主の個人免除及び国内法上の主権免責制度であるといえる。

一　外交免除

周知のように、外交官の特権としての外交免除は、古くから国際慣習法上の一つの単独の制度として形成され、一九六一年には「外交関係に関するウィーン条約」によって成文化された。外交使節の派遣は、おそらく国家間の関係と同時に起こった。しかし、近代的意味での常駐外交使節制度が始まったのは、中世以後のヨーロッパにおいてである。一三世紀にまずイタリア半島の都市国家間に常駐外交使節制度が現れ、一六四八年のウェストファリア欧州平和会議後は、ヨーロッパ諸国の間で普遍的な国際制度となった。(1) 外交使節の特権と免除は、その時から形成・発展をみてきた。特に、一八世紀に入ってから、欧米各国において外交使節の特権免除を承認する国内立法が広く制定され、(2) また、外交免除に関する二国間条約もみられた。(3) このように、近代的常駐使節制度の普遍化とともに、国際法上の一般制度としての外交免除は、主に一七世紀から一八世紀にかけて確立されたといえる。

古典的国際法理論としても、早くから論じられた。周知のように、ゲンティリス（A. Gentilis）は、一五八五年の『外交使節論』（De Legationibus）のなかで、最も早く体系的に外交使節の特権と免除を論述した。彼によれば、外交使節は神聖不可侵であり、接受国の刑事裁判管轄に服さないとされた。もっとも、ゲンティリスは、外国使節の契約行為に

ついて民事裁判免除を認めなかった。[4] 彼につづいて、グロティウス（H. Grotius）は『戦争と平和の法』（De jure belli ac pacis, 1625）の中で、治外法権の概念を提唱した。彼はゲンティリスより進んで、外交使節の刑事免除のみならず、動産や債務関係の民事管轄免除も認めた。[5] 各国の外交免除に関する実行の発展につれて、一八世紀の学説上の外交免除に関する論述はますます厳密になった。たとえば、バインケルスフーク（C. Bynkershoek）は、外交使節は、接受国の国民ではなくて、派遣国の国民であるから、犯罪事項についても、債務事項についても、接受国の裁判管轄から免除され、しかも外交目的で使用される財産は、動産であるか不動産であるかにかかわりなく、免除されるべきものとした。[6] バッテル（E. Vattel）も、普遍的な国際慣習法によって、外交使節は、接受国の管轄権と権威から完全に独立していることを認め、その免除は当然民事管轄を含むものとした。[7]

一八世紀末までは、国際交通が未発達であったこともあり、国家間の関係は、平時には主に外交使節の活動によるものに限られた。その当時、外交使節は、国家の対外的活動の唯一の機関であったといえる。これは、国際法史において、外交免除制度が最も早く現れた原因でもある。

ところで、一六世紀から一八世紀までのヨーロッパの絶対王政期において、近代国際法が形成されるとともに、外交免除の制度も確立された。この時期には、君主と国家が同一化されたため、国家間の関係は、君主対君主の個人的な関係を通じて現れた。それ故、初期の外交使節制度は、絶対王政期の彩りを帯び、外国が派遣した外交使節は当該外国君主の個人の代表として受け取られた。（絶対王政期の外交は、しばしば「宮廷外交」ともいわれる。[8]）つまり、この時期に外交使節が免除を享有したのは、この外交使節個人の権利というよりは、本国君主の権利と尊厳を象徴するものとみなされた。

このことは、古典的学説の中でもよく反映されていた。たとえば、グロティウスは、外交「使節はあたかも一種の擬

制によって、これを派遣する者の人格を代表すると考えられる」と述べた。[9] またバインケルスフークは、「外交使節が接受国（君主）の権利から免除される唯一の理由は、外交使節が職務を遂行する場合に、そして通常駐在国君主のライバルである本国君主の代表として行為をなすときに、その地位を変更して、接受国の臣民に変わるべきではない」とした。[10] バッテルも「主権者に帰すべき尊敬は、主権者個人の代表、特に最高度にその主人の人格を代表する大使に反映すべきである」と述べた。[11]

このように、歴史上外交免除の形成理由は、かなり外交使節の本国君主個人の代表性に基礎づけられたといえる。実際にも一九世紀以前は、外交免除の法的根拠として、「代表説」がかなり有力であった。そのことが後に国家君主個人の免除の形成に対して、強い影響を与えたといえよう。

二　外国君主免除

一八世紀以前は、国家君主が外国に行くチャンスは少なく、その地位について外国での法律問題が生ずることは極めて少なかったため、外国君主免除という概念は現れなかった。ところが、一八世紀に入ってから、事態は変わった。この時期、ヨーロッパ各国の君主は、国内において、ほとんど無制限の権力を握っていた。国家君主と国家は一体化され、「朕は国家なり」（L'Etat c'est moi）という言葉はまさしくその時代の王政の特徴を表わしている。このように、国家間の往来、そして国家の対外的活動はますます君主個人の意志に集中していた。かくして、君主の外国での法律的地位の問題が次第に重視されるようになった。

最も早くかつ明確に外国君主免除の概念を提起したのは、一八世紀の二人の代表的国際法学者、バインケルスフークとバッテルであった。バインケルスフークによれば、国家君主がたとえば、交渉、外国の政策の調査、あるいは単純な娯楽のためなど、いかなる理由で外国に行っても、君主のいる場所の変更によって、外国の管轄権に服するわけではな

いとし、刑事裁判についても、民事裁判についても、外国君主は、少なくとも外交使節に相当する免除を享有すべきであるとされた。[12] ただ、外国君主の財産については、バインケルスフークは、外交使節の財産と異なる扱い方をした。彼は、外国君主の財産を個人の財産と国家利益に関係する財産とに分け、前者の財産の免除を否認しつつ、後者の財産については、国際関係を考慮に入れて免除を認めた。[13]

バッテルも基本的にバインケルスフークと同じ認識をもっていたようにみえるが、しかし彼は、国家君主が外国に行くことを三つの場合に分け、それぞれに応じて、異なる扱い方をした。第一の場合は公式訪問である。この場合は、外国君主は外交使節より高い程度の免除特権をもつべきであるとした。第二は、君主が旅行者として外国に行く場合である。この場合に、当該君主の尊厳及びその代表しかつ支配する国家への尊敬に基づいて、滞在国は、完全な保護を与えるべきであり、しかも一切の管轄権を行使してはならないとした。最後に第三の場合、すなわち君主が敵として、外国に行って、しかも当該外国の安全と福祉を破壊する意図をもつときには、滞在国は、この君主に対して、適切な措置を取ることを認めた。[14]

もっとも、一八世紀の段階では、国家君主が外国に行くことは、依然として少なかった。そのため、君主に対する免除の付与、あるいは管轄権の行使に関する事例も少なく、しかも不確定であったため、外国君主免除の理論に十分な実践的証拠を提供することはできなかった。それゆえ、バインケルスフークとバッテルの以上の理論は、「先験性」をもつものであったといわれる。[15]

興味深い点は、外国君主の免除理由として、外交免除がよく提起されたことである。たとえば、バインケルスフークは、「もし君主の代表である大使が、契約の問題であれ、犯罪の問題であれ、接受国の管轄に服さないとすれば、君主自身の場合に関して、いまここで述べるように、われわれはこれと反対の結論に到達することになるのであろうか」と述

べ、[16] ここでは明らかに外国君主の免除が外交免除から推定されている。すでに述べたように、バインケルスフークとバッテルは、外交免除を論証するために、外交使節が代表する国家君主の権益を強調しながら、今度は外国君主の免除を論述する場合に、逆に、外交免除から類推していると考えられる。

外国君主免除（あるいは外国主権者免除）は、現代の外国国家免除の概念と異なるけれども、しかし一八世紀の歴史的条件を考えると、国家と一体化された君主個人の免除は、まさにその当時の国家の主権の特徴を反映しており、その意味で、国家君主の免除は、国家免除の最初の表現態様だったともいえる。ただし、一八世紀の外国君主免除は、おもに国際法学者の理論にとどまり、必ずしも当時の国際慣習法の制度として一般に確立されていたとは限らないことに留意すべきである。

三　国内主権免責

国際法上の国家免除は、ある国家が他の国家の裁判所で被告とされないことを意味するが、これに対して、国内主権免責は、国家の統治者あるいは統治機関が自国の裁判所に被告としてその責任を追及されないことを指す。また前者は、裁判手続の免除に限られるが、後者の場合には、手続法に限らず、実体法の責任の免除も含まれることがある。[17]

国内主権免責は、もともと君権神授の思想を根拠として、あくまで封建的専制主義の産物であったため、一六世紀から一八世紀のヨーロッパ社会絶対王政の発展に伴い、強調された。そして、国際法上の国家免除の形成に対しては、ヨーロッパ大陸法より、英米法の国内主権免責が与えた影響が大きいようにみえる。これはおそらく英米ではこの免責制度がずっと長く存続してきたからであろう。イギリスでは早くから国王免責制度が確立された。メイトランド(F.W. Maitland)は、「ヘンリー三世の治世に我々は、〈ブラクトン〉及び訴訟記録書の双方から、国王は訴えられることも、処罰されることもありえない、というもっとも積極的陳述を得ている。この意味では、『国王は誤りをなし得ず』(The King can

do no wrong）という法格言は完全に認められている」と述べている。[18] 一五世紀のチューダー王朝に入って、これはさらに強化された。一八六〇年にイギリスの議会によって「権利請願手続法」が制定されたが、国王政府に対する訴追は、依然として禁止された。実際にイギリスの国内主権免責制度は今世紀のなかばまで維持されてきた。[19]

アメリカの国内免責制度は、かなりの程度イギリスの影響を受けていた。ボーチャード（E.M. Borchard）によれば、アメリカの制度は、次の二つの法理に基づくという。第一は、「国王は誤りをなし得ず」であるが、ただ、始めから共和制をとってきたアメリカに、なぜこの封建的な法理が受け継がれたのか、これは一つのミステリーとみられている。第二の法理は、法律を制定する者（国家）は法律に服従することはできないということである。[20] さらにアメリカの免責制度は、アメリカの連邦制という事情とも関連している。つまりアメリカ憲法一七九五年の修正第一一条によって、州政府は連邦裁判権から免除されると規定していた。これは、今でも存在している。[21]

これらの国内免責制度が外国国家の裁判免除の承認に影響を与えたのは、おもに一九世紀以後のことである。たとえば、イギリスでは、国王政府の所有する船舶には、国王の同意がない限り、対物訴訟は禁止されていた。[22] このような免除は外国政府の船舶にも与えられるようになった。[23] さらに、イギリス国王の免除特権の存在は、外国君主への対人訴訟の免除にも影響を与えたようにみえる。[24] アメリカの国内裁判所は、一九世紀の段階では、国内主権免責と外国主権免除とをはっきり区別しなかった。たとえば、アメリカ連邦最高裁判所は、一八七五年の Beers v. Arkansas 事件で、「主権者が、その主権者の同意と許可がない限り、自国の裁判所においても、あるいは外国の裁判所においても、訴えられてはならないことは、すべての文明国家において確立された法的原則である」とした。[25]

ところで、英米における外国国家免除は、国内主権免責制度と関連性をもっていたが、しかし、それのみが国家免除の主要根拠であったと結論づけることはできない。イギリスも、アメリカも、のちにみるように、外国免除は、むしろ

国際法上の理由に基づいたのである。これらの国家の国内主権免責制度の長期的存在は、外国国家免除の一般原則の承認に対してというより、むしろ外国免除の適用範囲に対する影響が強かったと思われる。(26)

第二節　国家免除の形成過程

一　国家免除形成の歴史的前提

いうまでもなく、国家間の各種の往来・交流がなければ、国家免除という問題は生じない。一八世紀末まで各国の往来は、おもに外交使節の派遣と接受に限られていた。そのため、外交免除の制度は最も早くから形成され、そして、ヨーロッパ絶対王政の絶頂期であった一八世紀には、国家の主権者とみなされた君主個人の免除も、これに準じて論じられた。しかし、近代的意味での国家免除問題は、前述の古典的国際法の著作の中でも、明確な概念となっていなかった。

一八世紀後半から一九世紀始めにかけて、まずイギリスに起った産業革命の結果として、世界各地の間の距離は著しく短縮され、各国の様々なかたちによる往来が拡大され、国家間の経済貿易関係も急速な発展を遂げた。この産業革命とともに、フランス革命およびアメリカの独立は、近代資本主義の国家制度の基礎を打ち立てた。君主個人に代わって、国家の政府及び政府機関の内外の権能はますます強化されるようになった。特に、対外的には、政府はその国家のもっとも基本的な機関となった。さらに、政府の対外的活動は、伝統的外交関係の領域を超えて、次第に拡大された。外交領域以外の政府の域外活動は、まさしく国家免除原則が形成される契機をなしたといえよう。

ところで、国際法上の国家免除は、平等関係にある国家間においてしか提起されえない。関係国の間に、もし支配関係、あるいは不平等の関係があれば、相互に国家免除を付与することは考えられないからである。一九世紀以前の近代

国際法は、主にヨーロッパのキリスト教国の狭い範囲に限られていた。これらのヨーロッパ諸国とそれ以外の国家との間は、不平等な関係にあった。たとえば、一八世紀、ヨーロッパ列強はアジアのインド及びインドネシアに対して植民地活動を行い、一九世紀に入ってから、さらにトルコ、中国、日本などの国に進出し、これらの諸国と一連の領事裁判制度を含む不平等条約を結んだ。[27] これらの諸国の国内裁判所は、ヨーロッパ列強の外国人に対しても裁判権を行使しえなかったのであるから、まして国家間の免除の問題は、これらの不平等関係の国家間には生じえなかった。実際にも、国家免除の問題は、一九世紀の末にいたるまで、主に平等な関係にある欧米諸国の間にしか現れなかった。

二　国家免除原則の形成過程

一九世紀以前には、外国及びその財産に対して提起された国内裁判判例は極めて少なかった。だが、まったくなかったわけではない。たとえば、一六六八年に、スペインの三隻の軍艦が、オランダの港で、スペイン国王の債権者の請求によって、差押えられた事件があった。スペイン大使はこれに抗議を提出したため、オランダの議会(Staten Generaal)は、裁判所に対して、直ちにスペインの軍艦を釈放するように命じた。[28] オランダの国際法学者バインケルスフークは、この事件について、本件においてオランダ側がスペインの軍艦に対して裁判管轄を行使しなかったのは、国際法上の原則に基づくというより、むしろ国家政策上の配慮に基づいたと述べている。[29] このように、この事例は、国際法上の国家免除の先例としてみなしうるかどうかは必ずしも明確ではない。少なくとも一九世紀以前は、外国国家免除を承認する一般国家慣行はまだ明確に形成されていなかったといえる。国家免除に関する国家実行が大量に出現したのは、主に一九世紀に入ってからのことである。

一八一二年の Schooner Exchange v. M'Faddon and Others 事件に対するアメリカ合衆国連邦最高裁判所の判決は、外国国家免除に関する初期の最も重要な判例の一つである。一八一〇年、アメリカ人が所有する船が、フランスの海軍

によって公海で拿捕された。この船舶は捕獲審検所の検査を受けずにフランスの海軍に編入された。翌年に同船が海難のためフィラデルフィアに入港した時に、原船主が所有権を主張し、アメリカの裁判所で海事訴訟を起こした。連邦最高裁判所は本件の上告審において、一方において法廷地国の領域管轄権の排他性と絶対性を認めながら、他方において国際法の基本原則に基づいて領域管轄権の例外とされる外国の免除原則を確認した。さらに同最高裁は、外国国家免除の承認は本来領土国の同意によるべきであるが、しかし、この同意すなわち領域管轄権を緩和する同意は、すでに国際慣習になっており、各国は外国国家に免除を付与する国際義務を負っていると判示した。(30)

イギリスの裁判所も、一八二〇年の The Prins Federik 号事件(31)と一八七九年の The Constitutions 号事件(32)という二つの海難救助の報酬に関する海事訴訟において、外国の軍艦の裁判免除を認めた。特に注目されたのは、一八八八年イギリス控訴裁判所の The Parlement Belge 号事件の判決である。ベルギー政府の郵便船は、一八七六年にイギリスの港で衝突事件を起こしたため、イギリスの裁判所に訴えられた。イギリスの裁判所海事部は原告の請求に基づいて拘束状を発したため、本件は控訴裁判所の判断が求められた。控訴裁判所は、外国政府の郵便船は、外国の軍艦と同じく外国の公用財産であるとし、国際法上の原則及び国際礼譲に基づいてベルギー側の裁判免除を肯定した。(33)この判決は、初めて外国の非軍事用の公船の免除を認めたもので、その後のイギリス裁判所の対物訴訟に大きな影響を与えた。

一九世紀外国免除に関する初期のフランスの裁判例は、すべてフランスの民法典規定をいかに適用するかという問題と関わっていた。同法典の第一四条によると、外国人がフランスにおいてフランス人と契約を結ぶ場合に、当該契約の紛争はフランスの裁判所が管轄権をもつとされる。問題は、これが外国政府に及ぶかどうかということである。これについて、一八四九年の Gouvernement Espagnol c. Lambége Pujol 事件に関する破毀院の判決は、リーディング・ケースとなった。一八三七年、フランスの商人らはスペイン政府との間に軍靴提供契約を結んだ。その後、スペイン政府は

為替手形を期日までに支払わなかったため、フランスの商人に訴えられた。フランス破毀院は、フランス民法第一四条は、フランス人に対する契約義務を負う外国人に対して、フランス裁判所に召還することを授権しているが、しかし、国際法上の主権独立原則によって、外国国家あるいは政府にはこれを適用してはならないとした。[34] 同破毀院は一八八五年のもう一つの事件において、同様の原則に基づいて、外国政府の鉄道経営管理行為の裁判免除を認めた。[35]

一九世紀初期のドイツ裁判所は、一般に外国国家免除を認めなかった。ところが、外国の財産に対する裁判所の差押え命令が、ドイツ政府によって阻止されたことがあり、[36] 一八三六年にプロシア議会は、外国財産に対する差押えの禁止法令を制定した。[37] このように、ドイツにおいてまず外国財産の免除を認めたのは、裁判所ではなくて、政府及び議会であった。その後、ドイツ裁判所も外国免除を一般的に認めるようになった。たとえば、プロシア衝突裁判所は、一八八二年の Ziemer v. die Königlich Russönishe Regierung 事件において、外国がその他国の裁判管轄に服さないことは、確立された国際法の原則であるとし、本件のルーマニア政府の鉄道管理行為について管轄権をもたないという判決を下した。[38] またドイツ帝国裁判所も一八八八年のある公債に関する事件において、外国の裁判免除を明確に認めた。[39]

ベルギーの裁判所も早くから外国の免除原則を認めた。たとえば、一八四〇年の Société Générale pour Favoriser L'industrie Nationale c. Syndicat d'Amortssement 事件において、ベルギーの会社は、ある債券関係の訴訟で、オランダのある行政機関にたいして、オランダで接収された財産の返還を求める反訴を提起した。ブリュッセル控訴裁判所は、行政機関を含む外国政府は、当該国家を代表し、ベルギーとの関係においては国際法にのみ服するとして、本件の外国機関に対するベルギーの民法規定の適用を拒否した。[40] またアントワープ民事裁判所は、一八七六年のもう一つの事件において、契約不履行のために訴えられたトルコ政府に対して、管轄権がないと判断した。[41]

他の諸国、たとえばオーストリアの最高裁判所や、[42] ハンガリーの最高裁判所が、[43] 一九世紀の間に、国際法の原則とし

て、外国の免除を認めた判決もみられた。イタリアの裁判所も、一般原則として外国の免除を承認した。(44)

以上に述べたように、国家免除制度あるいは原則は、おもに国内裁判判例の集積によって形成された。それは、単なる国際礼譲への配慮に留まらず、国際法上の原則として、少なくとも一九世紀の欧米諸国では広く認められていたと看取できる。外交免除や君主の個人の免除と異なって、国家免除に関する国際法学説は、各国の関連実行より遅れていたようにみえるが、しかし、一九世紀の後半になって、この原則は、学説上でも一般に認められるようになった。そこでまず、国家免除の法的根拠について、みることにする。

第三節　国家免除の根拠に関する古典的理論

一　治外法権説

歴史上、いわゆる治外法権の概念は、二つの意味をもっていた。一つは、外交使節の特権と免除を指すもので、もう一つは、領事裁判制度と関連するものである。(45)本稿での治外法権は、前者の意味に限定する。

最初、外交免除特権の根拠として提出されたこの説によれば、外交使節は、駐在国に滞在する場合、あたかもその領土の外にいるかのように、駐在国の領域管轄権に服さず、その国の法令の適用を受けないものと考えられた。(46)この説は、外交使節の免除特権の根拠として、一八世紀から一九世紀にかけて有力に唱えられたため、国家免除の登場につれて自然にそのまま転用された。たとえば、ガッバ(Gabba)は、外交使節の治外法権は、外国政府及び外国主権者の裁判免除に対して、現代実定国際法上の有力な根拠を提供すると述べた。(47)「浮かぶ領土」と呼ばれる外国軍艦の免除の確立についても、治外法権の理論が想起される。

他方、国家免除の根拠ともされる治外法権説は、早くから多くの学者の批判を招いていた。たとえば、ホール（W. E. Hall）は、次のようにいう。「この（治外法権という）擬制は、さらに不適当である。なぜなら、これは目的と範囲とにおいて実際に区別される免除について同一のまちがった概念を与え、しかも、この理論で暗示されたことに対して、完全に一致する免除のセットは存在しないからである。」[48] ローラン（F. Laurent）も、国家主権者は自国内では法律の上に存在し得るが、外国にいる場合にはその外国の法律を超え得ないから、治外法権は不合理のものであると指摘した。[49]

一九世紀のいくつかの国内判例では、外国の免除の根拠としての治外法権説を排斥された例もみられた。たとえば、一八一二年のSchooner Exchange事件において、アメリカ連邦最高裁判所は、「治外法権という擬制は、領土主権の意思に反して、確立しかつ支持されることはできない」とした。[50] イギリスの裁判所（court of chancery）は、一八四四年のDuke of Brunswich v. The King of Hanover事件において、さらに明確に治外法権説を批判した。「一部の国際法学者によって、治外法権の名で説明された理論もしくは擬制が、合法的なものとして実施されるならば、すべての国家主権にとって、外国主権者または外国使節さえも、自国の領域内に入れることは、高度な危険をもたらすことになると思われる」と。[51]

このように、治外法権説は、一九世紀においても一般的に認められたとはいえない。この説の問題点は、以上に述べた諸批判を踏まえると、次のように考えられる。まず国際法上の国家免除は、実質的に他の国の裁判管轄すなわち手続法上の免除に留まり、国家の域外行為の実体法上の義務や責任を免除することを意味しない。ところが、治外法権説は、このような免除内容の区別を認めないだけではなく、その擬制の自然の結果として、むしろ領土主権を完全に無視して、外国国家に実体法上の免除を付与すべきであるとの印象を与える。さらに、治外法権説は、一つの擬制として、国家免除の現実に合致しないだけでなく、国家免除の存在理由をほとんど説明することができない。この説は、国家免除の根

拠あるいは原因というより、むしろ「結果」の説明でしかない。結果を原因とするのは、論理的な矛盾であろう。しかも、この結果も必ずしも国家免除の内容を正確に反映しているとはいえない。このようにみると、治外法権説は、国家免除の法的根拠としては適切ではないといえる。なお、治外法権という用語は、外交免除あるいは国家免除の法的根拠として、いまなおよく使われているが、これは、法的意味においてというより、フロード・ジロー（Freud-Giraud）が指摘するように、単に一つの言葉使いにすぎないと考えられる。(52)

二　尊厳説

特に英米の裁判判例では、国家あるいは主権者の「尊厳」がしばしば外国に免除を与える一つの根拠として引用されている。たとえば、アメリカ連邦最高裁判所の Schooner Exchange 事件判決は、外国主権者が領土国の管轄権に服することは、この主権者の尊厳及びその国の尊厳と相入れないと述べ、(53) イギリス控訴裁判所も、The Parlement Belge 事件において次のように述べた。すなわち、「すべての主権者の外国の裁判所からの免除は、次のような真実な原理に基づいて推論された。つまり、このような裁判管轄の行使は、外国主権者の堂々とした尊厳にふさわしくない。換言すれば、すべての最高権威者の絶対的独立と両立しがたいのである。」と判示した。(54)

尊厳という概念は、もともと国家君主の最高の地位に由来するものである。君主が自国の裁判管轄に服さなかったのは、君主が法律の上位にあるという理由のほか、もし君主と臣民との間に何かの訴訟関係が起こった場合に、君主個人の尊厳を損ずることになると考えられたからである。このような考え方は、その後外国君主あるいは外国国家にまで及ぼされた。但し、後者の場合には、もっと広い意味での尊厳が用いられ、儀礼上の尊敬から法的な裁判免除までいろいろな栄誉と特権が与えられた。(55) 各国の実行を参照しながら、国家の尊厳を捉えると、おもに二つの意味に分けられる。一つは、国家間の儀礼上の相互尊重である。たとえば、外国の元首が享受すべき待遇、外国国家を象徴する国旗に対す

る尊敬、公海における異なる国家の国有船舶間の特定の礼節などが挙げられる。もう一つは、外国国家免除の法的根拠として使われている場合である。前者の儀礼上の相互尊重は、国家尊厳の本来の意味により合致するようにみえる。後者の場合は、若干疑問が残る。

国家の尊厳という概念は、その内容が非常に曖昧である。儀礼上の国家間の相互尊重はあくまでも道義的領域に属する。これと国際実定法上の制度である国家免除は区別しなければならない。ところが、尊厳という概念は、必ずしも明確な法的意味をもつとは限らない。というのは、もし尊厳を法的にとらえた場合、国際法上これに相当する法的義務がはっきりしないからである。さらに、尊厳は国家専制君主制に由来する遺物であったので、続けて近代の国家免除の根拠とするのは適切とはいえない。ロータパクト（H. Lauterpacht）がいうように、「国家の尊厳は、自国の法に服することによって損なわれないと同様に、公平に適用された外国の法に服することによっても、損なわれない」のである。(56)

実際に、初期の判例と学説を検討すると、次のことがわかる。つまり外国免除の根拠について、尊厳という概念は従来単独には使われておらず、むしろその他の概念と一緒にあるいは混合して使われてきたのである。たとえば、前述のイギリス控訴裁判所は、外国主権者の尊厳をその外国の絶対独立と同義的に表現している。オッペンハインム（L. Oppenheim）も、尊厳は国際人格者としての国家と国家の平等を意味するという考えを示した。(57) このように、尊厳という概念は、独自のかつ明白な意味を欠き、不確定なものであるから、これを他の国際法上の概念と併用する場合を別にして、少なくとも単独で国家免除の根拠とすることは妥当ではないであろう。

三　礼譲説

外国主権者に対する免除の付与は、しばしば国際礼譲によるという理由が付けられた。たとえば、ホール（E. Hall）は、「国家がその主権者と一体化され、そして国家間の関係が相当な程度で個人間の関係にあった時に、礼譲の考慮は自

然に目立つようになる」と述べ[58]、実際に、外国主権者個人だけでなく、外国国家あるいは政府の裁判免除についても、国際礼譲の考慮と考えられるとした[59]。

国家免除に関して、国家間の政治的配慮に重点をおくのが、礼譲説の特徴であるといえよう[60]。この説は、ある程度まで国家免除の形成理由を説明することができる。外国国家に関連する訴訟事件について、もし外国私人と同じように、国内裁判所による画一的、一方的な管轄権が行使されるときは、容易に当該外国との関係に障害をもたらすことになろう。

他方、礼譲説は以上のような理由がある反面、なお次のような問題点があると思われる。つまり、この説は、非法的な政治的要素を中心としているため、裁判免除を認めるか否かは、国際法上の権利・義務と無関係に決められる可能性を与えるおそれがある。特に、国際法上すでに確立された外国免除の具体的規則（たとえば外国非商業用政府船舶の免除）の根拠については、必ずしもこの非法的要素を中心とする礼譲説では十分に説明することができない。さらに、礼譲説と関連する国際政治や外交関係は、変化しやすい要素をもち、外国免除を決定するために、それらの要素を考える必要があるとしても、しかし過度にこれに依拠するなら、いっそうの不一致と混乱を引き起こす可能性もなくはない。従って、国家間の相互往来を促進するために、つまり国際社会の実際上の必要性から、礼譲説は、国家免除の補助的根拠として考えうる余地はあるが、その主要な法的根拠とするのには、疑問が残るといえよう。

四　主権国家平等・独立説、par in parem non habet imperium の由来

国家免除原則の形成期である一九世紀に、各国の国内裁判所は、国際法の主権平等・独立という基本原則を外国免除の最も主要な根拠とみなしていた。たとえば、アメリカ連邦最高裁判所の Schooner Exchange 事件の判決（一八一二年）は、「世界は平等の権利をもつ独立の主権国によって構成され、それらの共通の利益は相互の交際によって促進されるの

で、すべての主権者は、一定の状況において、各国の領域内での絶対的かつ完全な管轄権を緩和することに同意してきた」と述べている。[61] フランス破毀院は、一八四九年の Gouvernement Espagnol c. Lambège Pujol 事件において、「各国の相互独立は、最も普遍的に認められている国際法上の原則である。この原則によって、ある国家の政府は、たとえ契約行為に関することでも、外国の管轄に服し得ない結果が導かれる」と指摘した。[62] またイギリス控訴裁判所は、一八八八年の The Parlement Belge 号事件において、「各国主権者の絶対的な独立性と、各主権者が互いにその独立性と尊厳を尊重するよう求める国際礼譲の結果として、自己領域内にある他の国家の主権者または使節の身体、公共の用に供されている国家の財産に対して、各国は領域主権の行使を控えるのである」と述べた。[63] ドイツのプロシア衝突裁判所は、一八八二年の Ziemer v. die Könighch Russänishe Regierung 事件の判決の中で、「外国がその他の国の裁判管轄に服さないことは、確立された国際法の原則である。この原則は、国家独立の理論及び国際往来の必要性から推論され、最近の国際社会において各国の一般的承認を得てきた」と述べた。[64] さらに注意されるのは、イタリアのナポリ破毀院が、一八八六年の Typaldos Console di Grecia a Napoli v. Marniconnio di Aversa 事件において、本件に対して管轄権をもつと主張したにもかかわらず、なお一般原則として「国際法の基礎は、各国の主権と独立であり、この原則の結果として、いかなる国家も権力を行使する際に、他国の管轄から免除される。これは何人も否認することのできないものである」としたことである。[65] 主権平等・独立説は、一九世紀の学説上においても、広く認められていた。

もっとも、この説には批判的見解がなかったわけではない。特に、この説の表現として、par in parem non habet imperium（対等なるものは、対等なるものに対して支配権をもたず）という法律格言を使ったことが、いろいろな議論を引き起こした。たとえば、ローラン（F. Laurent）は、国家免除の根拠について、「国家が君主個人に集中していることを意味するこの格言を適用することは、時代錯誤であり、観念の取り違えである」と批判した。[66] バール（L. von Bar）

も、この法律格言は、「実際に封建時代（特に神聖ローマ帝国）の国内法にのみ属したもので、しかも刑事管轄についてしか適用されなかった」とし、これを国家免除の根拠とみなすのは、不当であると指摘した。[67] これらの批判的見解は、国家免除の法的根拠としての主権平等・独立説に対するものというより、むしろ par in parem non habet imperium という格言の適用に対する批判のようにみえる。

さて、この法律格言は、従来、国家免除の根拠として学説と判例において広く援用されてきたので、以下、この格言の起源及び沿革について簡単に検討してみたい。

par in parem non habet imperium という格言の出処は、三世紀ごろの古ローマ帝国の元老院の決議の中に遡ることができるようである。しかし、このときの表現は現在使われるものと少し異なり、et dicendum est, prætorem quidem in prætorem vel consulem in consulem nullum imperium habere である。[68] これは当時、ある法務官がその他の法務官に対して支配権をもたないのと同様に、ある執政官が他の執政官に対して支配権をもたないことを意味した。[69] つまり、同じランクの官吏の間に支配統制権がないことを指すものである。

この古代ローマ法の規則は、ヨーロッパ中世に入ると、ローマ教会法によって受け継がれた。一一九九年、ローマ法王（Pope Innocent III）は、次のような規則を定めた。すなわち、「ある法王は、おのおのの権限の行使について、その法王の後継者の権利を侵害することはできない。というのは、前任者の権威はその後継者と同じであって、対等なものは対等のものに対して支配権をもたない（cum non habet imperium par in parem）からである」と。[70] この規則は、後に一二三四年に、ローマ法王（Gregory IX）の教会法の中に記入された。[71] ここでみたように、対等なものの間では互いに支配権をもたずという原理は、主としてローマ教会の前任法王と後継法王との間の対等な関係を法的に根拠づけるために用いられたのである。

ところで、一三世紀前半になって、以上のローマ教会法規則は、ボローニア(Bologna)注釈学派によって再び世俗的法の意味を与えられた。はじめこの規則は、同一のランクと肩書をもつ前任統治者と後継者との間の相互の対等関係を指したが、後に同一のランクと肩書をもつ同時代の統治者たちの間に適用された。[72] この後者への適用の転換が近代国際法学で援用されているこの法律格言の意味に近いと思われる。

以上の法律格言は、一五世紀ごろ、コモンローの裁判手続法上の一つの規則にもなった。このきっかけは、一四八七年のある事件において、イギリス財務裁判所（court of exchequer）が、同じレベルの判事の間に、あるいは同じレベルの裁判所の間に、互いに支配権をもたないという意味で、この格言を援用したことによるといわれる。[73]

par in parem non habet imperium は、かなり早くから国際法学者の著作の中でも言及されたが、[74] しかし、外国国家あるいは外国君主の裁判免除の根拠として、明確に広く援用されるようになったのは、おもに一九世紀以後のことである。ただ、注意すべきことは、国家免除の根拠に関する場合には、この格言が最初から主権平等の代名詞として使われていることである。[75]

このように、par in parem non habet imperium という格言は、歴史的にいろいろな意味が付与されてきた。そのため、この格言は、特定の内容に限定されず、それぞれの時代と援用される文脈によってその適用対象も異なっていた。従って、一つの表現方法として、この格言を国家免除の根拠とされる主権平等を表すものとして使っても差し支えないであろう。しかし、より重要な問題は、表現方法の適切性いかんというよりは、むしろこの格言が表す主権平等が国家免除の正しい根拠といえるか否かということである。

国家免除の根拠とされる主権平等説に対して、一九世紀段階での批判はそれほど多くはなかったが、その中でベルギーのスペ（G. Spée）の批判が注目される。彼によれば、主権平等は、国家による外国での契約違反があるとき、その裁判

から免れる理由にならない。というのは、国家主権のもっとも主要な特性は、司法権であり、この司法権は絶対的なものであって、これを行使しなければ、裁判拒否となるであろうし、また、もし法廷地政府が自国の裁判所で個人から訴えられることができるなら、外国政府が当該国の裁判管轄に服しても、その主権を損うものではなく、むしろ主権平等に合致することになるとされる。(76)

従来、国家免除の根拠としての主権平等説に対して、二つの面からの批判と異議がみられる。一つは、国家免除を原則的に否定する立場からの批判であり、もう一つは、制限免除の立場からの批判である。前者は、国家免除を国際法の原則として認めないという立場から、当然、主権平等説も否定することになる。(77)他方、後者つまり制限免除主義による批判は、必ずしも国家免除の根拠として主権平等・独立説を全面に否定するものではなく、むしろこの主権平等から絶対免除主義を導く結論に対して主たる批判を向けていたといえる。すなわち、制限免除主義の理論によれば、外国の非主権的あるいは私法的行為（acts jure gestionis）に対して、裁判管轄権を行使しても、国際法上の主権平等原則に著しく違反することにならないとされる。(78)たとえば、一八八六年のある事件において、イタリアのナポリ破毀院は、外国国家が民事関係において、国内裁判所の管轄に服することは、その外国の主権を侵害することにならないと指摘した。(79)

この制限免除主義の考えは、今世紀になってからますます多くなってきたにもかかわらず、主権平等説は、国家免除の根拠として、一九世紀だけでなく、今世紀に入ってもなお各国の裁判所と学説によって広く受け入れられている。(80)この理由は、次のように考えられる。まず、この説は国際社会における国家の基本的な地位と国家間の基本関係を正確に反映しているので、国家免除の形成理由を明確に説明し得たことである。次に、この説は、法的な面が強調される利点があって、前述の尊厳説や礼譲説などの非法的要素に立脚する弱点を克服することができる。第三は、制限免除主義理論は、国家の非主権的あるいは私法的行為（acts jure gestionis）について、裁判免除を否定するが、しかし、国家の主

権的あるいは統治行為（acts jure imperii）については、なお裁判免除を認めているので、この後者の行為の免除根拠については、主権平等説以外には、より説得力のある法的根拠は発見され難いことである。

考察のまとめ

以上の検討から、次のことが分かる。国家免除原則の形成は、歴史上いくつかの国際法上および国内法上の関連要素によって影響されてきた。そのうち、外交免除は、国家間の関係の発展につれて最初に現れた。その後、これは外国君主の個人免除の出現と深く結び付いていた。さらに、特に英米における国内法上の主権免責制度もある程度外国国家の免除の承認に影響を与えた。これらの諸要素は、近代国際法上の国家免除原則の法的歴史的基礎になるわけである。

ところで、外国の政府を裁判免除の基本的主体とする国家免除制度は、主として一九世紀の欧米諸国の国内実行、特に国内裁判例の集積によって形成されてきた。実際に、一九世紀末になって、オランダやスカンジナビア諸国を除いて、ほとんどすべての欧米諸国は、国際慣習法上の一つの原則として、外国国家免除を認めたといえる。[81] 国家免除の根拠について、治外法権説、尊厳説、礼譲説、及び主権平等・独立説などがみられたが、そのうち、主権平等説は、国際社会の基本的構造、つまり主権国家間の並列的な関係を反映しつつ、しかも国際法のもっとも基本的原則に基づいているので、国家免除の法的根拠として、最も広く受け入れられていたといえる。

（1）H. Lauterpacht ed., *Oppenheim's International Law*, Vol.I, 1955, p.769.

（2）例えば、一六四八年のウエストファリア会議前後には、ポルトガルとオランダは、すでに外交使節の免除を認める国内法を制定した。一八世紀になってから、イギリス、プロシア、フランス、アメリカなどの国家も相次いで同様な国内法を制定した。R. Phillimore, *Commentaries upon International Law*, 1855, Vol.2, pp.147-149.

(3) Féraud-Giraud, *États et souvervain devant les tribunaux étrangers,* 1895, p.252.
(4) A. Gentilis, *De Legationibus,* 1585, [Classics of International Law, edited by J.B.Scott] , Chap.16.
(5) H. Grotius, *De Jure Belli ac Pacis,* 1625, [Classics of International Law, edited by J.B. Scott] , Chap.18, Sec.4.
(6) C. Bynkershoek, *De Foro Legatorum,* 1744, [Classics of International Law, edited by J.B. Scott] , Chap.5, Chap.16.
(7) E. Vattel, *The Law of Nations,* 1758, [Classics of International Law, edited by J.B. Scott] , Book 4, Chap.7-8.
(8) 岡義武『国際政治史』(一九五五年)、一〇一一頁。
(9) H. Grotius, op.cit., Book 2, Chap.18.
(10) C. Bynkershoek, op.cit., p.44.
(11) E. Vattel, op.cit., p.371.
(12) C. Bynkershoek, op.cit., Chap.3.
(13) Ibid., Chap.4.
(14) E. Vattel, op.cit., Chap.7.
(15) P. Corbett, *Law and Society in the Relations of States,* 1955, p. 199.
(16) C. Bynkershoek, op.cit., p.18.
(17) ここでは、国際法上の国家主権免除の意味と区別するために、免除という用語を避け、免責という用語を使う。
(18) F.W. Maitland, *The Constitution History of England,* edited by H. A.L. Fisher, 1968, p.100.
(19) イギリスの国内主権免責制度は、一九四七年に「国王訴訟法」が制定されるまで、ずっと維持されてきた。
(20) E.M. Borchard, Government Liability in Tort, *Yale Law Journal*, Vol.34(1924), p.4.
(21) J.E. Nowak et al., *Constitutional Law*, 2nd Ed., 1983, pp.52-54.
(22) N. Matsunami, *Immunity of State Ship*, 1924, pp.40-41.
(23) The Prins Federik Case(1820), *English Reports,* Vol.165, p.451 ; The Parlement Belge Case(1880), *Law Reports Series,* 5 P.D., p.197.
(24) Charles, Duke of Brunswick v. King of Hanover Case(1844), *English Reports,* Vol.49, p.724 ; Haber v. Queen of

Portugal Case(1851), *English Reports,* Vol.117, p.1246.

(25) United States Reports [20 How.], p.527.

(26) これらの国家の歴史上の外国免除に関する立場の変遷については、本稿第二章以後の内容を参照。

(27) J.B. Moore, *A Digest of International Law*, Vol.2, Chap.7, Sec.2.

(28) C. Bynkershoek, op.cit., pp.150-151.

(29) Ibid.

(30) *The United States (Supreme Court) Reports,* 1812, [7 Cranch], p.116.

(31) *English Reports,* Vol.165, p.1543.

(32) *Law Report Series,* 4 P.D., p.393.

(33) *Law Report Series,* 5 P.D., p.214.

(34) Dalloz, Recueil Hebdomadaire de Jurisprudence, 1849-I-5.

(35) Dalloz, 1885-I-341.

(36) Fauth v. die Regierung von Nassau Case (1819), E.W. Allen, *The Position of Foreign States before National Courts, Chiefly in Continental Europe*, 1933, p.59.

(37) Ibid., p.60.

(38) Ibid., pp.62-63.

(39) Ibid., p.69.

(40) Ibid., p.191.

(41) Ibid., p.198, p.212.

(42) A. v. die Türkische Regierung Case(1863), ibid., p.267.

(43) X. v. Prince Lippe－Schaunburg Case(1875), ibid., p.276.

(44) Typaldos, Console di Grecia a Napoli v. Marnicomio di Aversa Case(1886), Harvard Research, [Supplement] *A. J.I.L.*, Vol.26(1932), pp.623-625.

(45) P.W. Thornely, Exterritoriality , *B.Y.I.L.*, Vol.7(1926),p.121.

(46) F. Pietri, *étude critique sur la fiction d'exterritorialité*, 1895, p.21. しかし，ここでいう治外法権は，あくまで一つの擬制にすぎない。というのは，外交使節などは，実際に常に駐在国の領土内にいるからである。

(47) Gabba, De la compétence de tribunaux á l'égard des souvervains et des Etats etrangers, *Journal du droit international privé*, Tome 16(1889), p.547.

(48) E. Hall, *A Treaties on International Law*, 1896, p.178.

(49) F. Laurent, *Droit civil international*, Tome 3, 1880, p.14.

(50) U.S. [7 Cranch], p.138.

(51) Engilsh Reports, Vol.49, p.724.

(52) Fraud-Giraud, op.cit., p.6.

(53) U.S. [7 Cranch] , pp.137-138.

(54) *Law Report Series,* 5 P.D., p.207.

(55) たとえば，バッテルによれば，ある国家の君主が旅行者として外国にいく場合にも，いかなる侮辱からも保護され，最も十分な尊敬が保証され，当該外国の管轄から免除されるべきであるとされた。E. Vattel, op.cit., p.386.

(56) H. Lauterpacht, The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States, *B.Y.I.L.*, Vol.38(1951), p.231.

(57) L. Oppenheim, *International Law*, Vol.1, 1905, §120-121.

(58) E. Hall, op.cit., p.175.

(59) Ibid., p.174.

(60) 換言すれば，国際社会において構成員たる国家間の友好関係を維持することから，外国国家の免除の必要性を強調するのは，礼譲説をささえる理由であるといえる。国家免除の根拠としての礼譲説は，今世紀にはいってからも，多くの学者によって支持されている。たとえば，オコンネルは，国家免除の根拠について，礼譲説が最も正確な理論上のアプローチであるように見えると指摘している。O'Connell, *International Law,* 1970, Vol.1, p.843.

(61) U.S. [7 Cranch], pp.136-137.

(62) Dalloz, 1849-1-9.
(63) *Law Report Series,* 5 P.D., pp.214-215.
(64) E.W. Allen, op.cit., pp.62-63.
(65) Harvard Research, op.cit., pp.624-625.
(66) F. Laurent, op.cit., p.51.
(67) *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Tome 11, 1889-1892, p.415.
(68) *Du Digeste ou des Pandectes*, [Les Cinquante Liwes], Tome 5, 1804, 原典： (Digest 36, I. 13. §4. 3c－6c.)
(69) この格言の出処及び最初表現のラテン語の意味について′北海道大学法学部の小菅芳太郎教授と小川浩三助教授の助言を頂いた°
(70) Corpus Juris Canonici, Decretales Gregorii IX. Lib. I,Tit.VI, Cap.xx, (De Electione). これについて′次の論文が参考になる° Y. Dinstein, Par in parem non habet imperium, *Israel Law Review*, Vol.1(1966), p.408.
(71) Ibid.
(72) Glossa, Corpus Juris Civils (Novellae), Authenticorun, Collatio I, Tit.VI ； Y.Dinstein, op.cit., p.408.
(73) English Reports, Vol.145, (Exchequer), Jenkins' Eight Centuries of Reports [174] , Case XLVIII, 3H,7.
(74) Belli, *De Re Militari et Bello Tractatus*, 1563, [Classics of International Law , ed.by J.B. Scott], ChapXVI, [44] , p.91 ； A.Gentili, *De Iure Belli Libri Tres*, 1612, [Classics of International Law, ed. by, J.B. Scott], BookIII, ChapVIII, [526], p.323.
(75) 例えば′ L. Oppenheim, op.cit, supra note(1), pp.264-265.
(76) G. Spée, De la competence des tribuaux nationaux à l'egard des gouvernements et des souverains étrangers, *Journal du droit international privé*, Tome 3(1876), p.435 seqq.
(77) H. Lauterpacht, op.cit., supra note(57), p.229.
(78) 大沸堂鼎「国際法における国家の裁判権免除」′法学論叢（京都大学)′ 一九六一年′ 八六巻六号′ 一一三頁°
(79) supra note(65).

(80) 例えば、国際連合国際法委員会の国家免除問題に関する特別報告者スチァリトクール (S. Sucharitkul) は、その報告の中で、次のように述べた。「国家免除原則をささえるもっとも説得力のある根拠は、国家の慣例と実行によって証明され、国家の主権、独立、平等及び尊厳という用語に表現される国際法の中に発見され得る」。I.L.C. Yearbook, 1981, Vol.II, p. 156.

(81) E.W. Allen, op.cit., p.57 ff. ; M. Schimttoff and F.Wooldridge, The Nineteenth Century Doctrine of Sovereign Immunity and the Importance of the Growth of State Trading, *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 2(1972), p.200.

第二章　第二次世界大戦以前の国家免除をめぐる立場の相違

第一節　一九世紀の実行と学説

国家免除の制度はおもに一九世紀に欧米諸国の国内裁判判例を通じて形成されたが、その免除の具体的な範囲については、最初から各国の認識が一致していたとはいえない。以下この点を中心に、おもに一九世紀の各国の判例と学説の両面を考察する。

一　各国初期の判例の分析

一九世紀のアメリカでは外国国家免除に関する判例は少なかった。その中で一八一二年に外国軍艦の裁判免除を認めた The Schooner Exchange v. M'Faddon 事件が注目される。この事件において、連邦最高裁判所のマーシャル (Marshal) 長官は、外国軍艦に限らず、外国免除の一般原理についても詳しく述べていることから、この判決は、外国免除に関する最も重要な古典的な判例になっている。(1) 本判決は、長い間絶対免除主義の先例として、アメリカだけでなく、他の諸国の国内裁判所においてもよく援用されてきたが、最近になって、本判決は絶対免除主義の先例であるか否

かが問題とされてきた。

The Schooner Exchange 判決の絶対的免除性格を否定する場合、次の理由が挙げられる。まず、この判決が、外国国家免除を領域管轄権の例外として扱ったことである。従って、このような例外的性質をもつ外国免除は絶対的ではあり得ないことになろう。次に、この判決においては、外国免除の主体は、外国主権者個人、外交使節及び外国軍隊という三種類に限定されたことである。いずれの場合も、絶対免除と制限免除との争点になっていない主体である。第三に、本件の認めた外国軍艦の免除は、今でも議論の余地なく確立された国際法上の規則である。そのために、本判決は、絶対免除主義に直接的な論拠を提供していない。第四に、この判決の中で、外国船について、公と私との区別がみられたことである。この区別は制限免除主義の理論にむすびつきやすい印象を与える。

このように、Schooner Exchange 判決は、必ずしも絶対免除主義の先例であるとはいえない。何人かの学者は、この判決はむしろ制限免除主義の先例をなすとさえ断言した。[2] しかし、この判断にも、疑問がないわけではない。というのは、制限免除主義理論の基盤は、外国免除の付与が、主として当該外国の行為に対する区別（acts jure imperii と acts jure gestionis）によって決定されることであるが、この判決の中にこのような概念はみられないからである。実際、この判決中の公と私の区別は、外国の財産に限られ、外国国家の行為について述べたものではない。しかもこの区別も、主に外国免除の享有主体の内容にかかわっている。[3] 従って、この判決を言い渡したマーシャル長官個人が外国免除の範囲を制限しようとする意識があったか否かは別として、[4] 少なくとも本判決は、明確に制限免除主義の理論に基づいて下されたともいえない。

以上のように、Schooner Exchange 判決は、国際法の国家免除の一般原則を古典的に述べたが、その後の絶対免除主義と制限免除主義のどちらの先例になったのかは必ずしも容易に断定されえない。もっとも、一九世紀のアメリカ裁判

所では、国内主権免責に関する考えがあったので、外国免除に対して無制限とする意向が強かった。[5] それは、アメリカの裁判所が、Schooner Exchange 判決を絶対免除主義と解釈し、これを受け継いだことと無関係ではなかったといえよう。

イギリスの裁判所は、早くから絶対免除主義の伝統をもっていたといわれるが、しかし、一九世紀のイギリスのいくつかの裁判判例を検討すると、疑問が生じる。

たとえば、一八七三年の The Charkieh 号事件（イギリスのテームズ川での船舶衝突事件）において、オランダのある会社がエジプト君主所有の商船に対して、損害賠償を求める対物訴訟を提起した。[6] イギリス海事裁判所のフィリモア (R. Phillimore) 判事は、「国王が、自己の利益となるときは商人たる性格を装い、他方、国民に対して義務を負うときには、その仮装を捨て、そして、個人に害を与えることについて、再び自己の利害のために、国王としてのすべての特権を主張し、主権者として現れることを認める国際法の原則、確立された判例及び法学者の意見は存在しない」と述べた。[7] 本件では、主にエジプトが当時、国際法上で独立主権的地位をもたないことに基礎をおき、訴えられた船の商業性は補助的理由としてエジプト側の裁判免除が否定された。しかし、本件が示唆するように、イギリスの裁判所は、必ずしも最初からすべて絶対免除主義を支持してきたとはいえない。

一八八〇年の The Parlement Belge 号事件の控訴審において、イギリス控訴裁判所は、ベルギーの郵便船が、部分的に商業的目的で使われたことについて、次の二つの考えを示した。一つは、外国主権者の所有財産がこの主権者の通常の方式で国家の公用船であると宣言されたときは、この宣言を終局的なものとみなされなければならない。公共の目的で使用された船は、外国軍艦と同じカテゴリーに属するとされる。もう一つは、本件で対象となった船は、主に郵便物を運ぶ目的をもち、この主要目的に対して補助的に商業目的に使われたに過ぎないので、部分的かつ補助的に乗客と商

品を運送したとしても、同船は裁判免除を失わないということである。[8] この判決も、絶対免除主義の先例をなすかどうか、長い間イギリスの判例において様々な解釈が生まれた。[9] 本判決には少し曖昧なところもある。外国船の免除の主要理由として、その船の公共財産の性質が強調されるならば、外国の軍艦に類似し、商業用政府船舶を含むいかなる政府公船も、同様な理由によってその免除が認められうる。しかし他方、以上引用した判決内容を考えると、もしベルギーの船が、全面的に商業目的で使用されるならば、判決の結果が変わる可能性もまったくないわけではないと思われる。従って、イギリス控訴裁判所のこの判決については、視点によって、異なる結論を引き出すこともできるといえよう。

一九世紀のイギリス裁判所は、対物訴訟についてその判例傾向を明らかにしたとは必ずしもいえないが、しかし、対人訴訟については、明白に絶対免除主義を採用した。たとえば、先に引用したイギリス控訴裁判所の The Parlement Biege 号事件の判決も、たとえ外国主権者が私的商取引をなしたとしても、人的に訴えられてはならないとした。[10] また一八九四年の Mighell v. Sultan of Johore 事件において、同控訴裁判所は、名をかくした外国のスルタンの婚約解除のような純粋な私法的問題に対しても、管轄権をもたないという判決を下した。[11]

フランス破毀院は、一八四九年の Gouvernement Espagnol v. Lambège Pujol 事件の軍靴売買契約に関する訴訟において、外国の私人と外国政府とを厳格に分け、前者にのみフランスの民法の規定の適用を肯定した。また、不動産訴訟を除いて、外国政府によってなされたいかなる行為についても、この行為の性質を問わずに、すべてフランスの裁判管轄権を否定した。[12] 明らかに、フランス破毀院のこれらの判決は、外国政府の絶対免除を認めたものであり、アメリカ、イギリスの裁判所より早くかつ明確に絶対免除主義を採用したといえる。その後のフランス裁判所の判例は、だいたいこの破毀院の判決の方向に沿ってきた。

このように、フランス裁判所は、外国政府について、その絶対免除を認めたが、外国君主個人については、その行為

を公的行為と私的行為に区別しようとした。たとえば、一八七二年の Mellerio v. Isabelle de Bourbon 事件において、パリ控訴裁判所は、宝石購入契約の訴訟について、スペインの前女王の裁判免除を認めなかった。[13] この判決は、イギリス裁判所の外国君主についての対人訴訟の絶対免除主義と対照することができるであろう。

ドイツの地方裁判所は、一九世紀の前半に、外国の財産に対して差押えを認めようとしたが、それらはほとんど行政府によって禁止された。[14] 一八八二年になって、プロシア衝突裁判所は、はじめて外国国家の財産に対する差押えの免除の絶対性を認めるようになった。[15]

このように、外国の国家財産の差押えや執行免除の絶対性が確立されたが、しかし、外国国家の裁判免除については、一九世紀のドイツの判例は、必ずしも一致していたとはいえない。いくつかのドイツの裁判所においては、制限免除主義の傾向がみられた。たとえば、一八八五年の Heizer v. Kaiser-Franz-Joseph-Bahn A.G 事件において、ドイツ社債所有者が債券及び利子の支払いを求めるために、オーストリアのある鉄道会社を訴えたところ、オーストリア政府は、訴訟係属中に同鉄道会社を接収し、ドイツの裁判所で免除を要求した。これに対して、バイエルン衝突裁判所は、一旦国家が私法的領域に入ったときは、その権利と義務について、そして、このような権利の保護に奉仕する裁判手続きについて、私法の主体という地位をもつのであるとし、オーストリア政府はドイツの裁判管轄に服すると判断した。[16]

ベルギー裁判所の初期の判例は、フランスの判例の影響を受けて、絶対免除主義を採用していたが、[17] 一八五七年の L'État du Pérou c. Kreglinger と一八七六年の Rau Vanden Abeele et Cie c. Duruty という二つの外国政府のグアノ販売契約の事件について、はじめて外国政府の行為を主権的行為と民事的行為に区別し、これらの事件では管轄権をもつと判断した。[18]

特に、一八八八年の Société pour la Fabrication des Cartouches c. Le Ministre de la Guerre de la Principauté de

Bulgarie事件において、ベルギー裁判所の制限免除主義の考えはさらに明白になった。ブリュッセル民事裁判所は、ブルガリア政府の銃弾購入契約行為について、ブルガリア政府は、ベルギーの会社と契約を結んだので、裁判管轄を規律する諸規則を含むその契約のすべての民事的効果について裁判に服さなければならないとした。しかし、問題となる契約の中に、ブルガリアの裁判所で紛争解決を求める旨の両当事者の合意があったため、ベルギー裁判所は、本件についての管轄権の行使を拒否した[19]。本件で注目されるのは、ベルギーの裁判所が外国政府の銃弾購入行為というような明白な軍事的目的の契約を普通の民事的行為と同一視した点である。

一八九六年のDe Croonenbergh c. L'État Indépendent du Congo事件において、ブリュッセル民事裁判所は、公債事項を討議するために、外国政府によって雇われた代理人の報酬請求について、管轄権をもつと判断した。この判決によると、ベルギーでの民事の権利に関係する訴訟は、裁判所の排他的な管轄権に属している。このことは、たとえ外国政府が関連しても支持されなければならないとされた[20]。この判決は、フランスの判例の影響を受けたベルギーの初期の判例と正反対の立場を示している。ベルギー最高裁判所の判決はなかったが、しかし、以上みたように、一九世紀後半になってから、判例では制限免除主義の傾向が強くなった。

イタリアの裁判所は、外国免除に関する最初の事件から、ほぼ制限免除主義の立場をとってきた[21]。一八八六年のTypaldos Console di Grecia a Napoli v. Marnicomio di Avera事件において、ギリシャの領事は、公的資格でイタリアにあるギリシャ人の避難所の維持費を支払う義務を負うことになったが、支払いの不履行によって訴えられた。ナポリ破毀院は、現代国家は二重の機能をもっており、政治主体としては国内裁判所の管轄に服さないが、民事取引の領域に従事する場合には、裁判所の管轄に服することになると判示した[22]。

このような制限免除主義の考えは、同年のGuttieres v. Elmilik事件の判決において再び示された。これは、フラン

スにあるチュニジア人の遺産の相続問題に関する交渉過程において、チュニジアの君主が雇った通訳が報酬を求めるために提起した訴訟である。フロレンス破毀院は、次のように述べた。「実際に、一旦政府を政治的主体と民事的主体に分ける区別が認められたなら、そして、ひとたび国家でさえ、純粋な管理的性質の行為という理由で政治的主権を損なわずに外国の裁判所の管轄に服させることが承認されるなら、外国に対してこの（民事的）資格で訴訟が提起される場合に、この外国が、後者のカタログの中に含まれなければならないことは当然である。この点で、外国はイタリア王国の構成員でないそのほかの自然人や法人と同一化されるのである」と。(23) このように、民事関係について、外国政府と外国私人とを区別せずに、すべてイタリアの管轄に服させることが主張された。外国政府を政治的主体と民事的主体とに分ける区分の仕方は、イタリア裁判所が初期の段階から外国の人格を二つに分割する考えを示していたといえる。

翌年の一八八七年に、このチュニジア人の遺産と関連する事件において、チュニジア国家財産の差押えの免除問題が生じた。ルッカ控訴裁判所は、国家の財産を公的財産と非公的財産（たとえば世襲財産）とに区別して、後者に対しては、外国の国家財産であるか否かを問わず、イタリア民事訴訟法第九二四条に基づいて差押えが認められると述べた。(24) このように、外国免除に対する制限は、訴訟管轄にとどまらず、財産の差押えにまで及ぼされることになったことが注目される。

一九世紀のオーストリア最高裁判所のいくつかの判決は、外国の絶対免除を認めたようにみえる。たとえば、一八六三年の A. v. die Türkische Rigierung 事件において、最高裁判所は、穀物運送契約から生ずる紛争について、被告であるトルコ政府に対して管轄権がないと述べた。(25) 同じ事件において、トルコ政府はまた原告として訴えを提起し、私人から反訴が起こされたときに、オーストリア最高裁判所はこれを受理した。もっとも、判決が私人の方に有利に言い渡されたのち、同裁判所は、トルコ政府にたいする判決の執行を禁止した。なぜなら、外国に対する判決の執行は、すで

に民法の領域を越えるからであるとされた。[26] 一八八七年のある鉄道建設契約から生ずる訴訟についても、同裁判所はハンガリー政府の裁判免除を認めた。[27] 要するに、外国が自らオーストリア裁判所に紛争解決を求めない限り、外国の裁判免除は認められていた。

＊　　＊　　＊

以上の各国の判例の分析から、次のことがわかる。つまり、一九世紀の間に、国家免除原則の形成に伴い、各国の実行の相違は早くから現われた。

従来、英米諸国は絶対免除主義の伝統をもっていたといわれるが、しかし、一九世紀のアメリカとイギリスの関連判例をみると、この見方は必ずしも正確であるとはいえない。絶対免除主義の先例とみなされたアメリカ連邦最高裁判所の Schooner Exchange 事件（一八一二年）に関する判決は、実際に国家免除の一般原則の論述にとどまり、絶対免除主義と制限免除主義のいずれの立場もはっきりとは採用していなかったと思われる。イギリスの裁判所は、一九世紀に対人訴訟については絶対免除の立場をとっていたが、しかし、対物訴訟において、外国政府の商業用船舶に対して、むしろ制限しようとする傾向がみられた。（一八八〇年の The Parlement Belge 号事件のイギリス控訴裁判所の判決は、外国商業用政府船舶に一般的に裁判免除を付与すべきかどうかについては、必ずしも明確な回答を与えたとはいえない。）

ところで、ヨーロッパ大陸法諸国の一九世紀の判例の差異は、より明瞭であるようにみえる。たとえば、フランス、オーストリア及び初期のベルギーの裁判判例は、明白に外国の絶対免除主義を認めた。特に、フランスの破毀院の一八四九年の Pujol 事件に関する判決は、絶対免除主義の初期の最も重要な判例であるといえる。但し、フランスの裁判所は、外国政府の絶対免除を認めたが、外国君主個人の絶対免除を認めなかったといえる。この点でイギリスの対人訴訟の絶対免除主義と異なることに留意すべきである。ところで、ヨーロッパ大陸法は、英米法のように判例法中心主義ではな

いこともあり、一九世紀後半になってから、たとえばベルギーの裁判所は、初期の絶対免除主義を制限免除主義に転換した。他方、イタリアの裁判所は、最初から訴訟免除だけでなく、外国財産の差押えの免除についても制限主義を採用した。ドイツのいくつかの裁判所は、制限免除主義の傾向を示したが、しかし、外国財産の差押えの絶対免除を認めた。

このように、一九世紀は、国家免除原則の形成期であるが、しかし、この原則の適用範囲に関しては、統一的な立場が確立されたとはいえず、最初から各国の実行は、さまざまの相違をみせていたのである。

二　一九世紀の学説上の論争

国家免除原則が国際法学説において一般的に認められたのは、各国の国内判例より少し遅れて、おもに一九世紀の後半に入ってからであるといえる。各国の実行と同じように、国家免除原則の適用範囲に関しては、学説上においても、早くから論争がみられた。

(一)　Turkish Gouvernement c. Sclessin 事件をめぐる論争

一八七六年のベルギーの Turkish Gouvernement c. Sclessin 事件において、トルコ政府は、契約不履行のために、ベルギーのある会社から訴えられた。控訴中に、アントワープ商事裁判所は、臨時措置として、トルコ政府に属する軍用品に対して差押えを授権した。[28] この差押え措置は、ただちに国際法上の論争を引き起こした。

まずドイツのホルツェンドルフ (F. von Holtzendorff) は、次の三つの理由に基づいて、ベルギー裁判所の以上の措置を否定する見解を述べた。[29] 第一に、国家免除原則によれば、いかなる国家の裁判所も、外国に対して管轄権を行使しえず、外国に属する公共財産に対する押収は違法である。その唯一の例外は、法廷地の不動産に関する行為と外国からの法廷地での反訴行為に限られる。[30] 第二に、本件において差し押さえられたものが特殊な性質をもっているということである。つまりトルコ政府の軍事用品に対して、民事訴訟法の枠内で行う差押え措置は、ベルギーの国際的中立義務と

相容れない。[31] 第三に、以上の差押えが、同時にトルコ政府の公使の行為に向けられていることである。本件においてトルコの公使は、本国の権利を確保するために、必要な措置を監視する任務を委任されたからである。[32] 以上の理由によって、ホルツェンドルフは、ベルギーの裁判所は、トルコ政府の財産に対して、差押えを命ずる権限がないと主張したのである。

これに対して、スペ（Spée）は反論を行った。[33] 彼は、まずベルギーの国内法に外国免除の根拠がないことを指摘した。つまり、ベルギー民法典第一四条は、民事事項について、ベルギー裁判所が外国人に対して管轄権をもつと定めているが、外国国家を例外とする規定は設定されていない。しかも、ベルギー憲法第九二条によれば、裁判所は、民事事項に関して排他的管轄権があるとされている。そのため、スペによると、ベルギーの民法典規定における外国人は、外国私人に限らず、外国政府にまで及ぶとされた。[34] さらに、スペは、民事事項について、ベルギー政府は自国の裁判所に訴えられうるので、外国政府をベルギーの裁判管轄に服させても、国際法上の主権平等・独立の原則に違反しないとした。[35] かくして、スペは、ベルギー裁判所によるトルコ政府の財産の差押えは有効であるという。

ホルツェンドルフとスペの右の論争は、およそ外国免除原則に関する最初の直接的な論争である。前者が提唱した絶対免除理論は、当時の学説上の多数説であった。後に同事件の控訴審において、アントワープ民事裁判所は、トルコ政府の財産に対する差押え措置を無効とする宣言を行った。[36]

(二) 一九世紀の学説の一般的対立

一九世紀の後半になって、国家免除原則は多数の国際法学者によって認められるようになったが、しかし、免除の範囲に関する学説上の対立は早くからみられた。一九世紀には、絶対免除主義は学者の間に相当に有力であった。その支持者としては、フェリックス（Foelix）、マルテンス（J. Martens）、ヘフター（Heffter）、ローレンス（Lawrence）、

ブリュンチュリ（Bluntschli）、デモロンブ（Demolombe）、ガッバ（Gabba）、カルボ（Calvo）、ホルツエンドルフ（Holtzendorff）、クレティアン（Chrétien）、ウェストレイク（Westlake）などがある。(37)

制限免除主義を支持する学者も早くから台頭した。そのうちで最も早くそれを提唱したのは、フランスのデマンジエ（Demangeat）であったといわれる。一八五六年に、彼は制限免除主義をとりつつ、次の諸理由に基づき、フランス破毀院の一八四九年のPujol事件判決の絶対免除主義を批判した。第一に、外国は訴訟において、原告として出頭できるので、被告としても召喚されるべきである。第二に、フランス民法典第一四条によれば、フランスの立法は、外国国家免除を認めないようにみえる。第三に、民法典第一四条が私人にしか適用されないとしたら、第八条と第一五条も同様であるといわなければならないが、しかし実際にこれら条文は個人間にのみならず、個人と外国政府との間の訴訟においても疑いなく援用されている。第四に、フランス人が外国と契約を結ぶ場合、契約紛争について、その外国の排他的管轄権に黙示的に服すことになるという論理は根拠がない。第五に、外国に対して言い渡される判決が外国において効力がないという抗弁は、説得力がない。なぜなら、民法典第一四条によって外国の私人に対して判決が宣言されるからである。第六に、司法機関は国内政府あるいは主権者と個人との紛争について管轄権をもっているから、個人と外国政府ないし外国主権者との紛争についても管轄権をもつべきである。(38)

ドイツのバール（L. von Bar）も、国の法律によって設定される法律上の権利に由来するものを除いて、私人と同様に、外国及び外国主権者に対する国内裁判管轄権を認めた。その観点から、国家財政法による公債契約について、外国国家は国内裁判所に召喚され得ないが、しかし、商品の引渡や不動産をめぐる訴訟、及び外国が自ら訴えを提起するなどの場合に、召喚することができるとする。(39)

ベルギーのローラン（F. Laurent）は、一八八〇年に、さらに明白に制限免除主義を述べた。彼によると、国家は二

重の人格をもっている。いい換えれば、国家は二種類の行為をなし得る。国家が主権の領域内にある行政的行為をなす場合には、司法管轄に対して無答責であるが、他方、たとえば、財産に関する行為や、契約上の債権、債務のような私人と同じ民事行為を行う場合には、これに対して、裁判所が管轄権をもつとする。また、彼は、法廷地国と外国国家とを厳格に区別せずに、一旦国家が私人と民事契約を締結すれば、国内裁判所が契約から生じる紛争に対して管轄権を行使することができるとした。(40)

以上に述べた初期の制限免除理論は、イタリアのガッバ(Gabba)によって全面的に批判された。イタリア裁判所ははじめから外国国家に対して制限免除主義を採用してきたにもかかわらず、ガッバは明確に絶対免除主義を主張した。彼は連続的に三つの論文を発表して（一八八八―一八九〇）、絶対免除主義の理論を詳しく述べた。(41)

ガッバはまず一九世紀の各国の代表的な国際法学者の学説を検討し、当時は絶対免除主義理論は国際法学説上の支配的見解であるとした。(42)彼の見解によれば、不動産に関する紛争と外国自らの提訴や反訴などきわめて限られた場合を除いて、すべて外国の民事活動に裁判免除が認められるとされた。ガッバによれば、通常の政治活動以外のすべての国家活動、たとえば、地域工業、運送、郵便及び鉄道などの事業は、それぞれ国家の公的な一般利益から区別されるのではなく、むしろ常に連結・混合している。事実、国家は私法領域を含めていかなる種類の事業に従事しても、いつもこの国家の自治権(autonomie)に従ってなされるものである。この自治権は国家に固有のものであり、主権の属性である。すなわち、国家が行うすべての行為は主権的な性質をもっているといえる。(43)

このような考えに基づいて、ガッバは制限免除論の説く国家行為二重区分説は根拠がなく、明白な基準も存在し得ないと批判する。外国国家行為の区別基準としてのいわゆる目的基準は、きわめて不明確であるので、実際に適用され難いという。ローランが提出した民事法規によって締結される契約を基準とする説は、あまりにも私法行為を拡張し過ぎ

て、結局外国の武器と弾薬の購入行為さえ訴えられる危険を導き、またバールの国家法による公共機能の基準も適用され得ないとする。というのは、たとえ国家の民事行為であっても、常に政治的重要性をもっているからである。(44)

確かに、一八九〇年までは、ガッバがいうように、絶対免除主義は国際法学説上の支配的見解であった。制限免除主義を主張するローランも、一八八〇年に、彼の見解が学説上の少数派であることを認めていた。(45)しかし、一九世紀の末になって、制限免除論の支持者は顕著に増加した。一八九五年にフランスの国際法学者フェロージロー(Féraud-Giraud)は、これまでの国家免除に関する各国の国際法学説を総ざらいし、次のように述べた。国内裁判所が外国政府に対して管轄権を行使し得ないことは原則としてあるいは一般規則として確立されたことは疑いない。しかしこれには例外が存在する。そして国家免除の例外を多少広げようとする学説と、その例外を狭い限界に閉じ込めようとする学説との相違は、明白に存在すると。彼の研究結果によると、一八九五年当時に、絶対免除主義を支持する学者はやや多かったが、制限免除主義の提唱者も多くなってきた。(46)このようにみると、一九世紀末に、絶対免除主義と制限免除主義のどちらが支配的学説であるかは必ずしも容易に断定できるとはいえない。むしろ両論の対立は次第に目だつようになってきたことが注目される。

(三)　一八九一年万国国際法学会決議

一八九一年ハンブルクで開催された万国国際法学会の一つのテーマは、外国国家と主権者に対する裁判管轄の問題であった。(47)この問題に関する特別報告者の一人は制限免除の提唱者バールであった。

彼はその報告書のはじめに国家免除に関する学説上の相違を認めた。まず絶対免除主義について、バールは四つの根拠を挙げた。第一は、伝統的学説、第二は、par in parem non habet jurisdictionem という格言、第三は、外国及び外国主権者に対する判決の執行不可能性、最後の第四は、国内裁判所が言い渡した判決による国際関係の不和の恐れであ

る。[48]

続いて、バールは、制限免除主義の立場から、以上の絶対免除主義を次のように批判した。まず外国絶対免除に関する伝統的国際法学説は存在しなかったとする。たとえば、古典的国際法学者バインケルスフーク（Bynkershoek）はむしろ国内裁判所の管轄権を強調しているという。また par in parem non habet jurisdictionem という格言は、封建時代において国内刑事法の場合にしか適用されなかったものであり、現代の国家免除の根拠として妥当しないとする。外国国家に対する裁判管轄権の行使が国際関係の不和をもたらすという理由についても、国際社会における国家主権は絶対的ではなく、相互的な制限を受けているとして斥けた。ある国家が他国の会社と商取引を行った場合、このような制限が課されることは、これは古代ローマですでに商業と国際関係の基礎とみなされた善意（bonne foi）原則によって明かであるとする。また、外国に対する判決の執行不可能性は確かであるが、しかし、少なくともこのような判決には、道徳上の効力が存在するという。従って、バールは外国政府の活動の機能によって、ratione gestionis 行為と ratione admitrationis 行為とに分け、それに基づいて国内裁判管轄を決定すべきであると主張した。[49] このような制限免除の考えに沿って、バールは五カ条の決議案を提出し、それを解説した。

もう一人の報告者ウェストレイク（Westlake）は、絶対免除主義の支持者として知られ、会議には出席しなかったが、以上のバールの報告書と決議案に対し異議を唱える意見書を送った。ウェストレイクによれば、国家免除の決定的ポイントは、依然として判決の執行の不可能性にあるという。バールは外国国家に対する国内裁判所の判決は道徳的効力をもつといったが、しかし、ウェストレイクは、判決の固有の効力は実際に裁判所の前で両当事者が事実と法律に対して、十分な解明を行うことに依存するとし、そのため、もし一方の当事者が欠席した場合に、事実と法律を解明し得ないので、判決が言い渡されても、その効力が欠けるとみる。外国政府は通常外交交渉による解決を好むので、裁判所の通知

を受けても、弁護するために自ら法廷に出廷することはないとし、従って、外国あるいは外国主権者を被告とする場合の真実の救済は、仲裁裁判所によって得られると提言した(50)。

以上の議論にもかかわらず、同国際法学会は、いくつかの細かい修正を加えて、バールの決議案をほぼそのまま採択した。五カ条から構成されたこの決議のうち、特に第二条は最も注目される。第二条の第一項は、外国に対して、受理可能の訴訟実行を次のように列挙している。第一は、法廷地にある不動産のみならず、動産を含む物権訴訟である。第二は、外国が法廷地において相続人たる資格において行う訴訟である。第三は、外国が法廷地で行う商工業の設立と鉄道の敷設に関する訴訟である。第四は、外国が裁判所で自ら免除を放棄する場合の訴訟である。第五は、外国によって法廷地で締結される契約に関する訴訟である。但し明示の約款または訴訟自体の性質により、法廷地国で完全な執行をなし得る場合に限る。第六は、外国による法廷地での不法行為あるいは準不法行為から生じる損害賠償に関する訴訟である(51)。

以上に述べたように、国家免除原則の形成初期から、各国の関連実行の相違に応じて、学説上においても、この原則の適用範囲についていろいろな論争がみられた。一八八八年にガッバはいまだ絶対免除理論が国際法学説上の支配的見解であるとしたが、しかしわずか三年後の一八九一年の万国国際法学会のハンブルク会議において、制限免除主義に基づいた決議が採択されたことは興味深い点である。同学会のこの決議の採択は、必ずしも制限免除主義が当時すでに国際法学説上の支配的見解になったことを意味するわけではないが、しかし、この決議の採択によって、少なくとも、絶対免除主義が依然として当時の支配的見解であるとはいい難くなる。しかも、この決議はその後の国際法学界の動向に深い影響を与えたものである。

第二節　二〇世紀前半期の実行と学説

一九世紀に形成された国家免除原則の妥当範囲は、欧米諸国に限られた。二〇世紀になってから、特に第一次世界大戦をきっかけとして、外国政府を巻き込む民事、海事事件は急激に増加した。そのような状況の下で、ますます多くの国家によって外国国家免除問題が認められると同時に、この原則の適用範囲について、各国の実行及び学説上の対立も一層明瞭になった。

一　各国の外国免除に関する実行

二〇世紀前半期の国家免除に関する各国の実行は、およそ次の三種類に区分される。第一は、基本的に絶対免除主義の立場をとる実行である。第二は、反対に制限免除主義を採用する実行である。第三は、立場がやや不明確で以上のどの種類にも属しないか、むしろ両者の中間とみられるものである。以下、それらについて分類して述べることにしたい。

(一)　絶対免除主義の立場をとる実行

一九世紀のイギリスにおいては、対人訴訟について外国主権者個人の絶対免除が認められた。この立場は二〇世紀に入っても依然として維持された。ところで、近代国家免除のもっとも基本的主体である外国政府に関するイギリス裁判例は、第一次世界大戦までみられなかった。これについて、イギリス判例の一つの重要な発展は、Duff Development Company Limited v. Government of Kalantan 事件にみられた。一九二一年、本件の被告政府は、原告会社と協定を締結し、この会社に採鉱、木材の伐採及び道路建設などの権利を与えた。数年後に紛争が起こり、この協定上の仲裁条項に従って、ロンドンの仲裁裁判所に付託された。裁定が会社側に有利に下されたため、当該政府は、イギリス裁判所に仲裁裁定の無効を申し立てた。最初、高等法院は、この申し立てを却下したが、この判決は、控訴裁判所によって破

棄された。これに対して、会社側は、被告は独立国家ではなく、また仲裁裁判への同意及びイギリス裁判所への申し立てなどによって、免除を放棄したという理由で、貴族院に上訴した。この事件に対して、イギリス貴族院は、次のような判決を下した。第一に、裁判所は、外国の地位が不明確な場合には、イギリス政府の情報を求めるべきである。第二に、この問題について、政府の結論は終局性をもっている。本件について、被告政府は独立国家であるという政府からの情報を得た。第三に、被告政府が、仲裁条項を含む協定を締結し、そして仲裁裁定を無効とするために裁判所に申し立てた行為は、裁判所の管轄に服することを構成するものではない。(52)

この判決は、一八九三年の Mighell v. Sultan of Johone 事件の判決で認められた裁判管轄原則を維持したといえる。(53) ただ、今度の貴族院の判決は、次の点で注目される。一つは、対人訴訟について、外国主権者個人の絶対免除が外国政府にも拡大されたことである。もう一つは、本件では外国政府が、契約規定を通じて仲裁裁判に同意したとしても、裁判免除の放棄とはみなされないことである。そのほか、本件では、仲裁裁判への同意は、仲裁裁定の執行への同意に及ばないとされた点も注意されるべきである。その後、外国免除原則はまた外国政府の特別組織にも適用された。(54)

ところで、第一章で述べたように、一九世紀のイギリスの裁判所は、対人訴訟と違って、対物訴訟の場合には、必ずしも絶対免除の立場をとっていたわけではない。第一次世界大戦後、外国免除に関する対物訴訟について、イギリスの判例法は微妙な発展をみせた。まず一九一九年の The Porto Alexandre 号事件が注目される。ポルトガルの商業用政府船舶が、リスボンからリヴァプールにむけ貨物運送中、マーセイ河で座礁し、リヴァプールの曳船三隻によって救助作業が行われた。その後救助作業の報酬問題について、対物訴訟が起こされた。第一審では、一八八〇年の The Parlement Belge 号事件の先例にしたがって、ポルトガル側の免除を認めた。原告らは、外国公船の免除は外国政府所有でも普通の貨物運送に従事する船舶には及ばないという理由で控訴した。控訴裁判所は、本件で訴えられた船は、外国政府の財産

であり、かつ公共の目的に使用が予定されており、従って、本件と The Parlement Belge 事件とを区別することはできず、国家財産が貿易のために使われた事実はこの財産に対する免除を喪失させないとして、第一審の判決を確認した。[55]

このように、イギリスの裁判所は、この判決を通じて、はじめて明確に外国の商業用政府船舶の免除を認めた。本判決は、イギリス裁判所の外国免除に関する対物訴訟の判例法の発展に重要な転換点を与えた。まさしくこの判決から、イギリス判例法は、対人訴訟と共に対物訴訟においても完全に絶対免除主義によって支配されることになったといえる。

ところで、The Porto Alexandre 判決が、商業用政府船舶の免除を認めたのは、おもに外国政府の郵便船の免除を認めた The Parlement Belge の先例を適用したとされる。外国国家所有財産で公的目的で使用されるという意味で外国政府所有あるいは占有の郵便船と商業用船は本質的に異なるところはないとされた。しかし、具体的な用途について、両者の間には基本的な相違があるといわなければならない。The Parlement Belge 事件で、イギリス控訴裁判所が当該船舶の主要な用途が商業的ではないと言及したことにも注意すべきである。[56] そのために、外国の商業用政府船舶に対して、The Parlement Belge 判決で定められた外国公船免除の原則をそのまま適用し得るかどうか、議論を引き起こした。たとえば、ウォルトン（F.P. Walton）は、外国国家が貿易業者として行為をなす場合に、外国財産免除の原則の適用は、不公平な結果を導くことになるとして、The Porto Alexandre 判決を批判した。[57] 特に注意すべきことは、一九三八年の Compania Naviera Vascongado v. Cristina 事件において、イギリス貴族院の五人の判事のうち、三人の判事は、The Parlement Belge 事件で確立された外国公船免除の原則を商業用政府船舶に適用すべきかどうかについて、疑問を提起し、また The Porto Alexandre 判決に対して留保的態度をみせたことである。[58]

にもかかわらず、上記の Cristina 事件において、イギリス貴族院は、外国免除に関する対物訴訟の絶対免除主義を依然として一般的に認めた。同貴族院のアトキン（Atkin）判事は、次のように対物訴訟に関する外国免除の一般原則を述

べた。「船舶への令状や差押えを無効とする申し立ての基礎は、わが国の国内法に受け入れられている国際法上の二つの命題にみいだされるべきである。この二つの命題は、すでに確立され、論争がないようにみえる。第一は、国内裁判所が外国主権者を訴えることはできないことである。すなわち、国内裁判所は、外国主権者個人に対するものであれ、特定な財産の回復あるいは損害賠償を求めようとするものであれ、外国主権者の意思に反して令状によって外国主権者を訴訟手続きの当事者とさせてはならない。」「第二は、国内裁判所が令状によって、外国主権者が訴訟の当事者であるか否かにかかわらず、外国主権者が所有、占有または支配する財産を差し押さえ、あるいは留置してはならないことである。外国主権者の商業目的のみに使用される財産、あるいは、私的個人財産について、この第二の原則が及ぶかどうか、この原則の考えられる制限に関して、国際実行において相違が存在するが、イギリスにおいては、その第二の原則が両方に適用されることは完全に確定されたと判断される。」[59] このように、第一次世界大戦から第二次世界大戦の間に、外国免除に関するイギリスの判例法は、絶対免除主義の絶頂期に到達したといえる。[60]

第一次世界大戦以後、イギリスと同じように、アメリカにおいても外国の商業用政府船舶の免除問題が生じた。当時、アメリカ政府は、この問題に対して制限免除の態度をとっていたが、他方、アメリカの裁判所は、外国政府により実際占有された商業用船に対して管轄権を行使しない傾向をみせていた。[61] 一九二六年の Berizzi Brothers co. v. Steamship "Pasaro" 事件に対する連邦最高裁判所の判決は、外国免除に関するアメリカ判例法上の重要な里程標となった。イタリア政府が所有し運航していた商業用船 Pasaro 号は、イタリアからニューヨークへ人工の絹を運送する仕事に従事していた。一部の船荷が引き渡されなかったため、対物訴訟が提起された。本件について、アメリカ政府はイタリア側の免除請求を認めなかった。[62] また、ニューヨーク連邦地裁も裁判管轄権を肯定した。しかし、連邦最高裁は、本件について、次のように述べた。「政府が自国民の通商を拡大し、または国庫の収入を図る目的で取引に従事する船舶を取得、装備、

運航する場合には、それは軍艦と同じく公船である。平時において、人民の経済的福祉を維持し、振興することは、海軍を維持し、訓練することよりも劣る公共目的しかもたないとする国際慣例は存在しない」[63]。このように、同最高裁は、下級裁判所の判決を破棄し、イタリアの商業用政府船舶免除を認めた。

この判決は、外国商業用政府船舶を外国軍艦と同じ公船とし、その免除を認めたが、これは、百年余り前の同裁判所の Schooner Exchange 事件の外国軍艦免除の原則を適用したものとみられる。特に注目されるのは、外国商業用政府船舶に関するアメリカ政府と最高裁の意見の相違である。イギリスの判例法と同様に、アメリカも外国商業用船舶の免除を認めることによって、判例法による外国免除に関する絶対免除主義の方向を確定することになった。

ところで、Pesaro 事件における最高裁の判決に対して、当時アメリカの国際法学者から批判がみられた。たとえば、ガーナ（J.W. Garner）は、次のようにいう。最高裁のこの判決は、古い時代に形成された理論を確認したが、その時代には国家が商船を経営することはなく、すべての国家所有船舶は真の意味での公船であったため、これらの船の免除を認める理由は存在した。しかし、現在の条件は完全に異なり、無数の国家所有船舶は、私人所有の船舶と競争し、普通の商取引に従事している。外国国家所有の商業用船の免除を認めた最高裁の判決は、変則的で、不公正な不平等を取り除くための国際合意の必要性を強調することにしか奉仕しないと[64]。

さて、アメリカ裁判所では、外国免除に関連する訴訟について、長い間、行政府と裁判所との間に複雑な関係があった。一九二一年の Ex Parte In the Matter of Muir 事件において、連邦最高裁判所は、外国が免除を主張する方法について、次のように述べた。つまり、外国は、その外交代表を通じて出廷する場合を除いて、アメリカ政府に対しても免除を主張することができ、もしその免除要求がアメリカ政府によって承認されたら、司法長官あるいは長官の指示による法務官吏によって、適当な示唆の形でこれを裁判所に示し、かつ支持することができると[65]。つまり、外国免除の請求

手続及びアメリカ政府がその意見を裁判所に伝える方式が明確化された。しかし、同判決は、裁判所が外国免除問題に関して政府意見に従うことまで言及しておらず、むしろ司法独立の原則に基づいて、裁判所自らの裁量権を強調した。[66]

しかし、一九三八年の Compania Espanala v. The Nevemar 事件に関する同最高裁の判決によって、外国免除について、アメリカ政府の影響力が強まることになった。スペインのある会社の商船 Nevemar 号がニューヨーク港で船荷を卸していたときに、スペイン領事は本国政府の法令に従い、同船を徴収した。原船主はアメリカ裁判所で対物訴訟を提起した。最高裁は、同裁判所の Pesaro 判決原則を再び確認し、外国政府が占有かつ使用している船は、たとえ商品の運送に従事したとしても、アメリカの海事裁判権から免除されるべきであるとした。他方、もし外国政府の免除要求が、アメリカ政府によって、承認または許可されたら、裁判所は政府の意見に従うべきであると述べた。[67] これは、外国免除問題について、連邦最高裁がはじめて政府意見を尊重する「義務」のあることを指摘したものである。この判決は、五年後の Ex parte Republic of Peru 事件において、同最高裁によって再確認された。[68]

以上の二つの判決方向に沿って、一九四五年アメリカ最高裁はもう一つの重要な判決を下した。それは、Mexico v. Hoffman 事件である。これは、船舶衝突事件に関する訴訟である。問題の船舶は、メキシコ政府所有であるが、会社に占有されていた。メキシコ側の同船に関する免除請求に対して、アメリカ政府は明確な態度を表明しなかった。最高裁は、次のように述べた。「このようなケースにおいて、裁判所が管轄権を行使するか、それとも放棄するかを決定する際の指導的原則は、裁判所がそのようにして政府の外交事務の行動を当惑させないことである……。しかし、政府が（外国免除）に許可を与えない場合に、裁判所による免除の承認は、同様に我が国の利益を保護している政府を当惑させることになる」として、メキシコ政府が当該船を占有していなかったとの理由でその免除請求を拒否した。[69] ここでは、政府が外国に免除許可を与えないことが、当該外国免除の拒否の重要な根拠とされている。

ドイツの一九世紀の裁判例は必ずしも一致していたとはいえないが、しかしいくつかの判例において制限免除の傾向がみられた。[70] 一九〇五年の Bardorf v. Belgischen Staats-und Eisenbahnfiskus 事件は、ベルギー国鉄本部が、ドイツの商人と鉄道の枕木を配達する契約を締結したが、契約違反の理由で訴えられたケースである。本件について、帝国裁判所は、外国が法人として私法領域で行う行為に関して免除を享有するか否かについては、一般的に認められていた合意がないとしつつ、しかし、多数の「文明」国家はたとえ私法関係から由来する権利請求に関しても、外国を国内裁判管轄に服させないと判断しており、従って、本件もドイツ国内法によるのではなく、国際法にしたがって扱うべきであるとして、管轄権の行使を拒否した。[71] この判決は、外国免除の適用範囲に関して、相違が存在することを意識しながら、他方において絶対免除主義を採用する立場を明らかにしたものである。このように、一九世紀にドイツのいくつかの裁判所が示した制限免除の傾向は、帝国裁判所のこの判決によって抑えられることになった。

一九二一年の The Ice King 事件において、原告は、アメリカ政府に属する商業用船による船舶事故について、損害賠償を求めるためにアメリカを相手として訴えを提起した。[72] アメリカ政府は主権国家であることを理由として、ドイツ裁判所の管轄権を争った。第一審は免除の申し立てを却下したが、控訴審はアメリカの免除を認めた。最後にこれを審理した帝国裁判所は、次のように判示した。「私的営業に従事する国有財産の免除を否定する主張は、近来国際法学説上の傾向となっているが、この傾向は普遍的に認められている国際法上の原則を変更するまでにはなっておらず、裁判所として、憲法第四条に基づいてこの原則に拘束される。従って、たとえ純私法的訴訟についても、外国が原則として国内裁判所の管轄から免除されることは認められなければならない」と。また、同裁判所は、外国が大規模の国有商船隊を保有することは免除の放棄とはみなされないとし、このような免除放棄につき、明示的宣言がない限り、これを推定することはできないと指摘した。[73] この判決も、一九〇五年の同裁判所の判決に引続いて、外国免除の適用範囲に関する

学説上の相違を認めつつ、ドイツ裁判所の絶対免除主義の立場を明白に確認した。特に、注目されるのは、同裁判所の免除放棄に関する見解である。一つは、実体法上の免除放棄と手続法上の免除放棄とを区別することである。[74] もう一つは、免除の放棄は明示的でなければならないということである。これは、一八八五年のバイエルン衝突裁判所の免除放棄に関する判決の原則を否定したものといえる。

以上にみたように、二〇世紀に入ってから、ドイツ裁判所は、明確に絶対免除の立場を採用することになった。ところで、ドイツ政府は、一九二七年に国際連盟の国際法法典化専門家委員会の質問に対する回答の中で、外国免除について、その独自の立場を表明した。つまり、原則として、外国は、主権行為であるか、非主権行為であるかを問わず、国内裁判管轄に服さないとしながら、しかし、この原則には、次の三つの例外があるとした。第一に、不動産に関する訴訟、第二に、外国が他国の領域内において行う営業あるいはあらゆる商業活動に関する訴訟、第三に、反対訴訟（cross action）である。[75] 特に、この第二点は、ドイツ裁判所の立場と微妙な相違があるようにみえる。

そのほか、一九三六年ドイツは、外国商業用政府船舶の免除を制限するブラッセル条約（一九二六）及び同条約に関する議定書に加入した。これによって、外国商業用政府船舶の免除は、ドイツで認められなくなった。[76] 海事訴訟以外の面においては、ドイツ裁判所の絶対免除主義の立場は、第二次世界大戦以後になって根本的な変化をみせた。

オーストリア最高裁判所は、一九世紀に絶対免除の立場をとっていたが、しかし、二〇世紀初期に、一度制限免除の傾向をみせた。たとえば、一九一八年 Kriegs-Getreide-Verkehranstalt v. Rumänischen Staat 事件において、同最高裁判所は、ルーマニア政府の穀物供給契約の免除を認めなかった。[77] また、同最高裁は、一九二〇年の X v. Ottoman State 事件において、次の理由に基づいて、トルコ大使館に関する工事費の支払い問題についてトルコ側の免除を否定した。つまり、「確かに外国の主権が含まれる場合にオーストリア裁判所は管轄権をもたない。しかし、もし外国が私法上の権

利の主体としてオーストリアに現れ、そしてオーストリアで履行されなければならない契約を締結したならば、オーストリア国の法体系にはいることになる。この外国はもはやオーストリア法体系から独立に存在することはできない」。[78]

ところが、以上の制限免除の立場は、長く続かなかった。まもなく一九二六年のX v. Cechoslovakischen Finanzärar事件を通じて、オーストリア最高裁判所は再び伝統的絶対免除の立場に戻った。この事件において、ウイーンにある機械工場は機械提供の入札を取った後チェコスロバキア国鉄との間にに支払い問題について紛争が起こった。この工場は、当該入札の条項に基づき、オーストリア裁判所でチェコ財務省を相手にして訴訟を提起した。最高裁判所は、入札中の条項は外国をオーストリア裁判管轄に服させるための明確な証拠にならないとして、被告側の免除を認めた。[79] ここで外国の機械購入行為について、最高裁が管轄権の行使を差し控えたことは、前述の同裁判所の判決との相違を示している。二年後のもう一つの事件において、同最高裁は、外国被告は、不動産に関する契約以外に国内裁判管轄に服さないことは国際法上の一つの基本原則であるとして、さらに絶対免除の考えを強調した。[80]

このように、オーストリア裁判所は、一時的に外国免除について制限主義の立場をとったが、再び絶対主義の立場に戻った。オーストリア政府も、一九二八年に国際連盟に対する回答の中で、外国の主権的行為と商業、工業行為とを区別するどのような科学的基準の発見も困難であると述べ、制限免除論について懐疑的な態度をみせた。[81]

ソビエトは最初の社会主義制度の国家として、しかも第二次世界大戦以前の唯一の社会主義国として、同国の国家免除に関する立場が注目される。

ソビエトの国内法における外国免除について、たとえば、ロシア共和国の一九二三年の民事訴訟法第二五六条（B）項によれば、「外国財産に対する差押えあるいは判決執行は、それぞれの特別の事件において、ソビエト政府の事前の同意を得る場合にのみ、行われることができる」。[82] 一九二九年ソビエト中央執行委員会も類似の法令を制定した。

実際には、ソビエトにおける生産資料の公有制及び対外貿易の国家独占により、ソビエトの個人、法人から外国政府に対して、提訴する可能性は極めて少ない。そのため、外国において訴えられる場合のソビエト政府の立場が、より注目される。ソビエトが外国裁判所でよく訴えられたのは、主としてソビエト通商代表部と関連してである。いわゆる通商代表部は、ソビエト国家の対外貿易の在外機関である。その任務は、おもに外国貿易部門においてソビエトの利益を代表すること、駐在国との貿易を規制すること、ソビエト政府の名で貿易業務を行うこと、そして貿易関係の発展を促進することが挙げられる。[83] 通商代表部は、関係国との間に条約がなければ、通常主権免除を要求した。しかし、その後いくつかの国家との二国間の条約、協定を通じて、通商代表部の免除問題に関して、二つの原則が形成された。一つは、通商代表部は、ソビエト外交使節団の一部分として、外交免除が与えられることである。もう一つは、通商代表部が商取引契約行為を行う場合に、駐在国の裁判管轄に服することである。[84] このように、ソビエト通商代表部は、特殊な法的地位を占めていることがわかる。

しかし、商取引を行う場合に、通商代表部の免除を主張しないことは、ソビエト政府が、制限免除主義の立場を採用したことを意味しない。というのは、ソビエトの国際法理論によれば、これは、あくまでソビエトがそれぞれの具体的協定においてその免除を放棄したとみなされるからである。パシュカーニスがいうように、「国際条約、もしくは一方的な制限において表示された外国裁判権に対するソビエト政府側の同意こそは、あらゆる場合に通商代表部が国内裁判所に服するための必須条件である」とされるのである。[85]

第一次世界大戦前に、オランダ裁判所は外国免除を国際法上の原則として認めなかった。[86] 一九一七年に、オランダ政府の提出になる、一八二九年のある法律の第一三条と第一四条の中間に新条項（第一三条（a）項）を挿入する法案が採択された。この新条項によると、「裁判官の司法権限、裁判所判決及び認証された法令の執行可能性は、国際的に認め

られている例外によって限定される」とされた。オランダ政府は、これについて、次のような絶対免除主義の解釈を行った。すなわち、一般的に認められる国際法によれば、ある国家は自発的な服従と不動産に関する訴訟を除いて、外国の裁判管轄に服さないとされるという。(87)

もっとも、必ずしもすべての裁判所が政府と同一見解を採用したわけではない。たとえば、アムステルダム地区裁判所は、一九二一年のある事件において、右の新条項は、外国の主権行為に関してその裁判免除原則を認めるものであるが、しかし、外国が主権権力の行使ではなく、私人のように行う行為については、この新条項はいかなる明示的決定も与えておらず、裁判所によって決定することができると述べた。(88) しかし、多数の裁判所は、なお絶対免除主義に傾いていたようにみえる。たとえば、一九二三年の Advokaat v. Schuddinck and the Belgian 事件において、原告はその船がベルギーの曳船によって引かれたときに破損を生じたので、損害賠償を求めるために、ベルギー国及び曳船船長に対して訴えを提起した。ドルドレヒト地区裁判所は、外国免除原則は、最初は外国の主権行為のみに適用されたが、次第に外国が従事する私法的性格の行為にも拡大適用されることになったため、本件の外国の曳船作業についても、裁判管轄権をもたないとした。(89)

一九四二年の Weber v. U.S.S.R 事件におけるアムステルダム控訴裁判所の絶対免除の立場はより明白である。これはソビエト通商代表により締結された貿易契約に関する紛争である。同控訴裁判所は、主権行為と非主権行為との区別は適切ではなく、実際上も不可能であるとした。なぜなら、公法機能と私法機能という両要素は、常に同一の国家行為の中に包含されるからであるとし、制限免除の二分理論を斥け、外国のすべての行為を公権的行為としてその免除を認めた。このように、同裁判所は、本件についてソビエトの商取引契約行為の免除を肯定した。(90)

日本大審院の一九二八年の松山哲雄ら対中華民国事件に関する判決は、その後の日本裁判所における外国免除に関す

る判例の基本的方向を決めたリーディング・ケースである。原告らは、中華民国代理公使が振り出した約束手形の裏書譲渡を受けたが、支払いを拒否されたので、訴訟を起こした。大審院は、本件について、次のように判示した。「凡ソ国ハ其ノ自制ニ依ルノ外他国ノ権力作用ニ服スルモノニ非サルカ故ニ不動産ニ関スル訴訟等特別理由ノ存スルモノヲ除キ民事訴訟ニ関シテハ外国人ハ我国ノ裁判権ニ服セサルヲ原則トシ只外国カ自ラ進ンテ我国ノ裁判権ニ服スル場合ニ限リ例外ヲ見ルヘキコトハ国際法上疑ヲ存セサル所ニシテコノ如キ例外ハ条約ヲ以テ之カ定ヲ為スカ又ハ当該訴訟ニ付若ハ予メ将来ニ於ケル特定ノ訴訟事件ニ付外国カ我国ノ裁判権ニ服スヘキ旨ヲ表示シウルカ如キ場合ニ於テ之ヲ見ルモノトス然レトモコノ如キ旨ノ表示ハ常ニ国家ヨリ国家ニ対シテ之ヲ為スコトヲ要スルハ無論ニシテ仮ニ外国ト我国臣民トノ間ニ民事訴訟ニ関シテ外国カ我国ノ裁判権ニ服スヘキ旨ノ協定ヲ為スモ其ノ協定自体ヨリ直ニ外国ヲシテ我国ノ裁判権ニ服セシムルノ効果ヲ生スルコトナキモノト謂ハサルヘカラス」と。(91)

この判決は、明らかに絶対免除の立場を採用したものである。これに対して、日本の国際法学者は基本的に賛成したが、しかし免除の放棄に関する判決内容について、批判がみられた。たとえば、横田喜三郎は、任意に裁判権に服従すべき旨の表示はもし「常ニ国家ヨリ国家ニ対シテ之ヲ為ス」外交文書によらなければならないとするならば、「少なくともその限りに於て、判決は支持されないと思う。国家が任意に他国の裁判権に服する場合には特にその旨を外交文書などで明言するということなく直接に他国の裁判所に起訴または応訴することはしばしばあるからである」と指摘した。(92)実際に、日本大審院のこの判決は、免除放棄について、当時のイギリス裁判所より狭い解釈をとった。というのは、イギリスの場合には、外国の代表が法廷に出頭することを免除放棄の条件として強調したが、日本の裁判所は、国家から国家に対して為される外交文書による放棄の表示しか認めなかったからである。

以上の諸国のほかにも、第二次世界大戦以前に、絶対免除の立場をとる国家は、少なくなかった。たとえば、ハンガ

リーのブタペスト控訴裁判所は、一九一九年のX v. Imperial Turkish Fiscus 事件において、次の理由に基づいてトルコ政府の貨物運送契約行為の免除を認めた。つまり、継続的な国際慣習法上の実行に従って、特定の例外を除いて、外国国家は、公法的行為だけでなく、私法的行為に関しても国内裁判権に服させてはならないと。[93] チェコスロバキア最高裁判所も一九二〇年に貨物鉄道運送に関する二つの訴訟事件において、外国が自ら免除を放棄する場合と不動産に関する場合を除いて、外国のすべての行為に免除を与えなければならないとし、外国の国鉄の運送行為の免除を認めた。[94]

英連邦のメンバーとしてコモン・ローの国家カナダ、南アフリカなどの国は、基本的にイギリスの判例法に従い、絶対免除の立場を採用していた。たとえば、カナダ・ケベック財政裁判所は、一九二二年の Brown v. S.S.Indochine という船舶衝突事件において、イギリス控訴裁判所の The Porto Alexandre (1920) の先例を援用し、外国の商業用政府船舶の裁判免除を認めた。[95] 南アフリカ最高裁判所も、一九二一年にある海事訴訟において、国家の収入を獲得するための船舶の使用は、国家の防衛と同じく公的目的を有するとした。[96]

ラテン・アメリカのいくつかの国も、外国免除に関する絶対免除の立場を表明した。たとえば、ブラジル政府は、一九二七年に国際連盟国際法法典化専門家委員会に対して、外国の自らの免除放棄と不動産に関する訴訟の場合を除いて、工業、商業行為を含むいかなる外国の行為に対しても免除を与えるべきであるという回答を行った。[97] アルゼンチン連邦最高裁判所は、一九三七年にある事件において、国際法の原則にしたがって、外国は原告として訴訟行為を行うことを損なわずに、他の主権国家の裁判所の管轄を受け入れることを強制されないと指摘した。[98]

(二) 制限免除主義の立場をとる実行

ベルギー破毀院は一九〇三年の Chemin de Fe Liégeois-Luxembourgeois v. État Néerlandais 事件において、はじめて外国免除問題を取り扱った。これは、駅の拡張工事に関する契約紛争で、原告は、オランダ政府に損害賠償を求め

るために提訴した。第一審は、被告政府の行為は私法行為であるとして、原告の訴えを認めたが、控訴審は、駅の拡張工事行為は政治的目的で政府の機能を果たすものであるという理由で第一審判決を破棄した。最後の破毀院は次のように判示した。主権は国家の政治行為のみを意味するが、国家の活動は政治領域に限られない。財産の獲得、契約あるいは商業への従事は、主権の行使ではなく、私人のように行う行為である。外国がこのように私的資格でその他の当事者と平等の立場で契約を締結した場合に、民事の権利に関する訴訟については、ベルギー憲法第九二条（民事訴訟に関する裁判所の排他的管轄権規定）に従って、ベルギー裁判所は管轄権を行使することができる。民事上の資格で訴えられる場合には、外国とベルギー国の地位は同じである。外国はベルギーの裁判所で債務者を訴えることができるので、同様に債権者に対して責任を負うべきである。また、外国政府に対する判決執行の不可能性は、ベルギー裁判所が判決を言い渡すことを妨げる理由にならない。独立した裁判判決の道徳的影響を見逃してはならない、と。[99]

ここで、ベルギー破毀院は明白に制限免除に関するベルギーの原則を述べた。つまり、民事訴訟について、外国とベルギーの法的地位が同一化されたことである。この判決によって、ベルギーの外国免除に関する制限免除主義の立場は定着したといえる。ただ注意すべきことは、外国財産の執行免除についてはなお絶対免除を維持する立場を表明したことである。この点、一九二一年のある事件で示されたように、判決執行に関する国家財産の絶対免除は、ベルギー国内法によるものとされた。[100]

イタリアの裁判所は最初から制限免除の立場を採用してきた。二〇世紀になってからも、この立場は維持された。一九二四年の Storelli v. French Republic 事件において、ローマ裁判所は、フランス政府がイタリアで航空基地を建造するための商品と労務に関する契約の締結行為を、免除の黙示的放棄とみなした。[101] つまり、イタリア裁判管轄の主張は、いわゆる「黙示放棄理論」に基づいたといえる。

右の黙示放棄理論は、一九二四年の Russian commercial Representation v. Fesini and Malvezzi 事件において、明確に強調された。繭の売買契約の紛争によって、ソビエト通商代表部に属する商品が仮差押えされた。ソビエト通商代表部は、この差押えを取り消すよう申し立てた。これについて、イタリア破毀院は、次のように述べた。イタリア裁判所は、外国が自ら裁判免除を放棄する場合でない限り、外国に対して管轄権をもたないが、そのような免除放棄は、外国がイタリアの裁判所で訴えを提起することによってその管轄を援用するとき、もしくはイタリアの領域内で商業及び工業活動を従事するときに暗示される。ソビエトが、イタリア領域において独占の形で行う商業行為は、前者の免除放棄として推定することができる。従って、商取引に関するすべての紛争についてソビエトはイタリアの裁判管轄に服すべきである、と。[102] ただ本件については、一九二四年イタリアとソビエトの二国間条約の規定によって、ソビエト財産に対する差押え措置が明確に禁止されていたため、ソビエトの申し立ては認められた。[103]

一九二六年の Roumanian State v. Gabriele Trutta 事件において、原告であるイタリア人は、ルーマニア政府と軍靴売買契約を締結したが、支払い問題に関して紛争が生じたため、ローマ銀行に預かっているルーマニア政府の債券を差し押さえることを請求した。イタリア破毀院は、本件について次のように判示した。国家は公法資格と私法資格との両面を有し、国家が私法的行為を為すならば、私人と同様に外国裁判管轄に服すべきである。本件の軍靴の購入行為は、公権力を含まず、本質的に民事的行為である。軍隊のために靴を購入する事実も、この行為の民事的性質を変えないと。さらに、同破毀院は、ルーマニアの債券は世襲財産 (patrimonial property) で、国家の公共奉仕のために予定されたものではないので、差押えに服すべきであるとした。[104] ところが、この判決は、同年にイタリアの立法を導いた。この法律によれば、外国財産に対する執行問題は、イタリア政府の授権を必要とするとされた。[105]

スイスの初期のもっとも重要な判例は、一九一八年の K.K. Oesterreichisches Finanzministerium v. Dreyfus 事件に

関する連邦最高裁判所の判決である。オーストリア政府公債の持ち主であるスイス人は、満期の公債及び利息の支払いを求めるために訴訟を起こした。指定された銀行が満期公債の支払いを拒否したため、同銀行内にあるオーストリア政府の預金が差押えられた。オーストリア政府が行ったスイス裁判権に対する申し立ては第一審と控訴審によってともに却下されたため、最高裁に上告された。最高裁は、次の理由に基づいて下級審の判決を確認した。つまり、外国免除に関して絶対免除主義の実行は確かに広く行き渡ったが、しかし、このことは例外のないことを意味しない。イタリアとベルギーでは、外国国家の行為を分け、非主権行為は私人のように国内裁判権に服させるのである。本件について、スイス裁判所は疑いなく管轄権をもっている。というのは、オーストリア政府はスイスにおいて支払うことを明確に約束したからである。このように、本件では差押えも確認された。[106]

右の判決は、次の三点で注目される。第一は、スイス裁判所が、イタリア、ベルギーと同じように制限免除の立場を採用しようとする見解をみせたことである。第二は、外国の行為をスイス領域に結び付けた関係を強調したことである。第三は、外国に対する管轄について、裁判管轄と差押えや執行措置とをあまり区別しないことである。

この第三点は、スイス政府の関心を引き起こした。スイス連邦議会は、一九一四年の緊急立法に基づき、右の判決を否認した。一九一八年七月一三日、同議会は法令を発布し、外国に対する如何なる強制措置も(相互主義を前提として)禁止した。[107] これは、いうまでもなく、スイスの永世中立を守ることと関係があった。この法令は、一九二六年に廃止されたが、一九三八年に再び同様の立法が制定された。[108] これは、国際関係の変動に対するスイスの中立政策厳守の敏感性をよく伺わせる。

エジプト混合裁判所控訴院は、一九一二年の Dame Marigo Kildani v. Fise Hellenique 事件において、国家が私人あるいは民事上の人格として行為をなす場合に、これに免除原則を適用することはできないと指摘した。[109] 同裁判所は、

また、一九二〇年のある船舶衝突事件において、イギリスの商業用政府船舶の免除も否認した。[110] 一九三〇年のある雇用事件において、エジプト混合裁判所控訴院は、私人と同じ行為に従事する国家はその財産に対する執行措置から免除されないとした。[111] ここでは、外国の裁判免除のみならず、執行免除に関しても制限免除の立場がとられている。一九四二年の Egyptian Government v. Palestine State Railways Administration 事件において、エジプト混合破毀院は、外国政府の鉄道管理行為を私法的行為として、それに対して管轄権を確認した。[112] 要するに、ブリントン（F. Brinton）がのべたように、制限免除の適用基準の問題に直面することなく、エジプトの混合裁判所は、性質上国家主権の行使のいかなる面も含まず、普遍的商業取引として考えられる運営から生じる訴訟に関する場合に、いつも裁判管轄権を認めてきたのである。[113]

以上の国家以外にも、いくつかの国家の裁判所で制限免除の立場をとっていた。たとえば、ルーマニア最高裁判所は、一九〇六年 Statul Sârbesc v. Regina Natalia という財産に関する訴訟において、外国がルーマニア領域において私人と取引をなす場合には、差押えと執行を含むルーマニア裁判所のすべての司法行為に関する管轄権に黙示的に服したとみなされると述べた。[114] またギリシャのアテネ裁判所は、一九二八年のある牛売買契約に由来する事件において、外国が商品の売り主として行為することを選択する場合に、企業者の性格を引き受け、民事的取引に従事し、国内法における契約にたち入ることになるとし、管轄権を有すると判示した。[115]

(三) 絶対免除主義と制限免除主義との中間的国家実行

ここにいう「中間的国家実行」とは、外国免除に関して、その立場が不明確、あるいは国内判例が不一致であるため、判例の主要動向がはっきりしない場合を指す。絶対免除と制限免除のどちらも採用しないで、特殊な立場をとる場合もそれに属する。

外国政府のいかなる行為に対しても管轄権を行使しないという絶対免除の立場は、一九世紀のフランス判例法においてかなり鮮明に現れた。しかし、二〇世紀になってから、フランスの判例は微妙な変化をみせた。一九二九年の Lakhonsky v. Swiss Federal Government and Colonel de Reynier 事件において、パリ控訴裁判所は、自国民転売目的のココア運送契約は、商業的目的ではなく、政治的考慮に対応して結ばれたものであり、経済的利得と投機との観念から遠くはなれているとし、外国の免除を認めた。[116] ところが、一九二四年の Roumania v. Pascale 事件において、マルセーユ商事裁判所は、同じく自国民に転売するためにいろいろ商品を購入した外国の行為を私法的行為として、その裁判免除を否定した。[117]

一九二六年の Société le Gostorge et U.S.S.R. v. Association Franc-Export 事件において、フランス輸出協会は、農業展覧会の展示所賃借契約違反という理由で、ソビエト通商代表部に対して訴訟を起こした。パリ控訴裁判所は、フランスにおけるソビエト通商代表部の法的地位がまだ明確に定められておらず、当時進行中のソビエトとフランスの外交交渉によって別に定められるまでは、すべての領域で行われる商業取引は普通の商取引としてみなされるべきであり、国家の主権の原則とまったく関係ないと判断した。[118] この判決はフランス破毀院の支持を得た。[119] ところが、一九三三年の Hanukiew v. Ministre de L'Afghanistan という武器の提供と信用の供与に関する契約紛争において、フランス破毀院は、国家間の相互独立原則にしたがって、ある政府を契約の相手方当事者の属する外国の管轄に服させることはできないと述べ、再び一八四九年同裁判所が採用していた絶対免除主義を確認したようにみえる。[120] ところが、一九三六年のある著作権違反という訴訟事件において、同破毀院はまた訴えられた外国の行為が政治行為ではなくて、商業的行為だという理由で、管轄権をもつと判断した。[121]

このように、第一次世界大戦後、フランスの裁判所は、外国の商業行為に対して免除を制限しようとする動きがみら

れたが、しかし、全体的にみれば、外国免除に関して、フランスの判例は必ずしも一致していたとはいえない。その故に、この時期のフランスの外国免除に関する判例の主要傾向については、学者の意見もそれぞれ異なる。たとえば、ニボワイエ(J.P. Niboyet)は、フランス裁判所においては、古い絶対免除主義がすでに風化し、外国主権行為と商業行為とを区別して、後者の免除を認めていないと述べた[122]。これに対して、ハムソン(C.J. Hamson)は、フランス裁判所は、商業行為の非免除という原則を、外国国家から区別されるいくつかの実体（特にソビエト通商代表部のような組織）には適用するが、外国国家には適用していないので、依然として忠実に古典的絶対免除理論を維持していると指摘した[123]。

要するに、二〇世紀前半のフランス裁判所の外国免除に関する判例は、一九世紀の判例に比べると、確かに絶対免除から脱出しようとする傾向があったが、しかし、商業行為の免除を制限しようとするフランス裁判所の試みは、この商業行為の担当主体にこだわっただけではなく、外国行為の目的を重視することによっても限定された。

ポーランド最高裁判所は一九三七年のある事件において、外国免除に関して、特殊な立場を表明した。この事件において、原告はいわゆる違法の課税についてドイツ財務省を相手にして訴えを起こした。ポーランド民事訴訟法の第五条は、相互主義を条件としつつ、治外法権を享有する人々を訴えることはできないと定めている。最高裁判所は、ドイツでは外国免除について絶対免除主義の立場をとっているとして、この法律の規定に従い、本件について管轄権の行使を拒否した[124]。このように、相互主義は、ポーランド裁判所の裁量の基本的原則になっている。

スウェーデン、ノルウェー、デンマークは、すべて第二次世界大戦前に、ブリュッセル条約を批准し、外国の商業用政府船舶の免除を認めなかったが、しかし海事訴訟以外で、これらの国家の裁判所で明確に制限免除主義の立場に基づいて下された判決はあまりみられなかった[125]。海事訴訟に限っても、スウェーデンとノルウェーの裁判所は、外国の商業用政府船舶について、特に第二次世界大戦中にブリュッセル条約の適用をある程度に限定していた[126]。

前述のブラジル、アルゼンチンを除いて、多数のラテン・アメリカ諸国の外国免除に関する実行は明確にされていなかった。しかし、これら諸国の間に締結された一九二八年のハバナ国際私法条約は特に注目される。同条約の第三三三条によれば、締約国は、民事、商事訴訟事件についても、他の締約国及び国家元首に対して管轄権をもたないとされる。一見すると、右の条項は絶対免除主義の立場をとっていたようにみえるが、しかし、同条約の第三三四と三三五条をみると、外国元首のみならず、外国国家に対しても、その行為を公的性格と私的性格とに区別することが定められている。(127)

＊　　＊　　＊

二〇世紀前半期の国家免除に関する各国の実行の主要な特徴は、次の二点に要約できると思われる。一つは、国家免除原則を認める国家が大幅に増えたことであり、もう一つは、国家免除の適用範囲に関して、対立と相違がますます顕在化したことである。

一九世紀に外国国家免除原則を認めたのは、少数の欧米諸国に限られたが、二〇世紀になってからは、欧米のみならず、アジア、アフリカ、ラテン・アメリカまで広く認められるようになった。国家免除原則の承認国の増加につれて、この問題は、国際連盟の法典化作業の一つのテーマにもなった。一九二四年から一九二七年までの間に、二四カ国家が国際連盟法典化専門家委員会の質問に回答したが、そのうち、二一カ国は国家免除に対する法典化は望ましく、実現できると肯定的な回答を行った。(128) 国家免除原則がこのように世界的範囲で広く認められることになった理由としては、まず国際法のその地域的妥当範囲が、一九世紀後半から二〇世紀にかけてヨーロッパあるいはキリスト教国の外へ拡大するに至ったことであり、さらに、独占資本の確立にともない、国家の対外活動が増大し、かつ多様化したことが挙げられる。

他方、国家免除原則を認める国家の増加とともに、この原則の適用範囲に関する各国の実行の対立と相違はますます

顕在化するにいたった。特に第一次世界大戦後、絶対免除主義と制限免除主義という二つの立場の基本的対立が、一九世紀の段階よりさらに明瞭になったことが注目される。もっとも、この二つの基本的立場の中間に特殊な立場が存在することにも注意すべきであろう。二度の世界大戦の各国の裁判例の中で、何よりも注目されるのは、外国商業用政府船舶に関する判例が急増したことである。これは、戦争により多くの国家が私人の商船を徴収かつ使用したこと、またアメリカやソビエトなどの国が国営商船隊を建造したことも密接に関連していた。このようにして、一九世紀に確立された政府公船の免除原則は、商業用政府船舶に適用され得るかどうかという重要な問題が生じた。イギリス、アメリカ、ドイツなどの裁判所は、まさにこのような外国商業用政府船舶に関する判決を通じて、裁判所の絶対免除主義の立場を明らかにしていったといえる。

二　二〇世紀前半期の国家免除に関する国際法学説の相違

すでに述べたように、国家免除の形成期である一九世紀に学説上の相違と対立が現れ、今世紀に入ってから、この対立はより拡大した。本節では、第二次世界大戦前の欧米の代表的国際法学者の見解を以下簡単に概観することにする。

イギリス国際法学界では、長い間絶対免除主義が支配的学説であった。たとえば、オッペンハイム（L. Oppenheim）は、「国家平等の第三の結果は――par in parem non habet imperium の原則にしたがい――、いかなる国家も他の国家に対して裁判権を主張し得ないということである、従って、国家は外国の裁判所に訴え出ることはできるが、国家は自発的にその裁判所の裁判権に服さない限り、原則として外国の裁判所に訴えられ得ない」と述べた(129)。イギリス外務省の法律顧問フィッツモーリス（G. Fitzmaurice）は、一九三三年の論文において、制限免除主義を批判しながら、絶対免除主義の理論を述べた。彼によれば、主権国家は私人が従事し得る行為をなすときでも、主権国家であることを停止するわけではなく、その結果として、外国裁判所でこの国家に責任を負わせるいかなる企図も、この国家の主権性に合

致しないとし、そのことは、言い渡された判決が完全な効力を持ち得ないことによって証明されるという。そして、国家の行為を主権的と非主権的とに区分することは恣意的で非現実的であるとし、従って、唯一かつ有効な方向は、絶対免除主義を支持すべきであるという。[130] 他方、イギリスでは、たとえば、ガーナ(W. Garner)[131]やフィリモア(G. Phillimore)[132]などのようにある程度制限免除に賛成した学者もみられた。

アメリカでは、その裁判例とは対照的に、多数の学者は制限免除理論を支持していたようにみえる。たとえば、ウォルフマン(N. Wolfman)[133]、ディキンソン(D. Dickinson)[134]、ワトキンス(R.D. Watkins)[135]、フェアマン(Ch. Fairman)[136]、アレン(E.W. Allen)[137]などの学者は、制限免除主義を支持する見解を表明した。最も注目されるものは、一九三二年に、ジェサップ(C. Jessup)を報告者とし、デアク(F. Deak)を副報告者として、多数の国際法学者の参加によって作成された制限免除の方向をとるハーバード条約草案である。[138] この草案は、訴訟手続きと強制執行などの問題を含む国家免除のテーマをはじめて全面的かつ詳細に研究したものである。同草案の第一一条の規定によれば、「国家が外国の領域内で、私人が従事することができる工業、商業、金融その他の事業に従事し、あるいはその事業がどこで経営されていようとも、その事業に関連した行為を当該外国で為したときには、そのような事業の経営や、そのような行為に基づいて当該外国の裁判所に提起された訴訟の被告とされ得る」とされた。[139] このように、アメリカにおいては制限免除主義理論は優勢を占めていたといえる。これに対して、何人かの国際法学者、たとえばウェストン(H. Weston)[140]、アンゲル(E. Angell)[141]などは、依然として絶対免除理論を支持した。ハイド(Ch. Hyde)も、一九二二年に彼の権威ある国際法教科書の第一版で、主権免除の適用を制限する必要性を指摘しつつも、しかし依然として、国家の同意がない限り、外国裁判所で訴えられ得ないという絶対免除の原則を支持した。またハイドは、国家免除の適用に関するいかなる制限も国内裁判所の一方的な裁量によるのではなくて、一般国際協定によって解決されるべきであると主張し、かなり慎重な考えをみせた。[142]

フランスでは、外国免除に関する国内判例は一致していなかったにもかかわらず、多数の学者は制限免除理論を支持していたようにみえる。たとえば、フォーシーユ（P. Fauchille）は、外国の私法行為を非免除とする制限免除主義理論がより説得力があると指摘した。[143] ウェス（A. Weiss）は、一九三一年のハーグ講演において、制限免除主義を適用するために、行為性質基準論を力説した。[144] ニボワイエ（J.P. Niboyet）も、国家免除原則は外国の商業活動には適用されないと提唱した。[145]

ドイツの場合はむしろ絶対免除主義の学説が強かった。たとえば、ロネニング（S. Lonening）とニーマイア（Niemeyer）はともに、主権国家は私法的性質の訴訟においても外国の裁判管轄権に服さないという見解を表明した。[146] ベルギーの国際法学者ニース（E. Nys）は絶対免除主義を支持したが、[147] もう一人のベルギーの代表的な国際法学者ド・ヴィシェール（Ch.de Visscher）は、国家の行為を公法と私法に区別し、国家が私法によって支配される取引関係に入るなら、通常外国の裁判所の管轄に服すべきであると、制限免除の理論を説いた。[148]

オランダの国際法学者プラーグ（Van. Praag）は、国家行為を二分する説を批判し、絶対免除主義を主張したが、[149] シュトルップ（K. Strupp）は、国際法協会（International Law Association）の一九二六年のウイーン大会の特別報告者として提出した条約草案の第三条で、外国の商業行為を免除の例外とした。[150]

いうまでもなく、各学説は必ずしも各国の裁判例の一般的傾向と一致するとは限らない。第二次世界大戦前の欧米を中心とする国際法学説における絶対免除理論と制限免除理論との対立は、一九世紀の論争の延長として展開されており、どちらが支配的な学説であったか、必ずしも容易に断定はできないと思われる。

考察のまとめ

国家免除原則は、各国の実行を通じて一九世紀にすでに形成されたが、しかし従来この原則の適用範囲に関して各国の実行及び学説は一致しなかった。実際に国家免除原則が形成されると同時に、各国の関連実行の相違は現れた。絶対免除主義の伝統をもつといわれたイギリスとアメリカの一九世紀の判例も、必ずしもその立場を証明するものではない。外国政府の契約行為及び商業用政府船舶について、一九世紀のアメリカ、イギリスで、典型的な絶対免除主義の先例はみられなかった。一九世紀のヨーロッパ大陸法諸国の判例では、絶対免除主義と制限免除主義の二つの傾向が並存したといえた。判例の傾向が明確でなかった国も少なくない。いずれにしても、前世紀の国家免除に関する実行は少数の欧米国家に限られた。

二〇世紀に入ってから、特に第一次世界大戦後、国家免除原則を認める国家が大幅に増え、それにつれて適用範囲をめぐる実行の対立もさらに顕在化した。イギリス、アメリカ、ドイツ、ソビエト、オーストリア、日本などの裁判所における絶対免除主義の明確化あるいは定着化によって、絶対免除主義はその最盛期に到達したといえる。第二次世界大戦以前は、絶対免除主義の立場をとる国家実行が、比較的優勢であったようにみえるが、しかし、発展しつつある各国の実行を総括的にみると、必ずしも絶対免除主義が確立された各国の一般慣行になったとはいえない。実際に、二〇世紀から制限免除主義を採用してきたイタリア、ベルギーの判例傾向は、その影響を潜在的に拡大した。

学説においても早くから多様な見解がみられた。前世紀の八〇年代までは、絶対免除主義の理論が、国際法学説の多数説であったが、しかし、一九世紀末から、制限免除主義理論を支持する学者が多くなり、特にいくつかの国際法学術団体の決議と草案を通じて、制限免除理論が次第に有力になってきた。第二次世界大戦前の欧米の国際法学界では、絶

対免除主義と制限免除主義との対立が続いていた。

第二次世界大戦前の各国の国家免除に関する学説の一般状況については、一九二六年国際連盟国際法典化専門家委員会の特別報告者松田氏の報告の結論を借りて、概括することができる。第一に、共通に認められる点として、ある国の裁判所は、外国が主権的権利を行使するためになした行為が訴えられた場合に、その外国に対して管轄権をもたないことである。第二に、以上の場合を除くと、各国の学者と専門家の見解は分かれており、一部の人々は絶対免除主義を提唱し、他の一部の人々は制限免除主義を主張している。第三に、一九世紀から経済、金融、工業領域における国家活動が発展してきたが、しかし、これについて一九二六年段階で国家間の一致した協定を締結するために、確定的かつ正確な結論を引き出すことは依然として容易ではない。(151)

(1) *United States Reports* [7 Cranch], p.116.

(2) S.I. Sinclair, The Law of Sovereign Immunity : Recent Developments, *Recueil des Cours*, Tome 167 (1980-II), p. 122 ; G.M. Badr, *State Immunity : An Analytical and Prognostic View*, 1984, pp.11-13.

(3) この判決の中で、外国の個人あるいは私的商船と、外国軍艦とが区別され、また外国の主権者個人の私有財産と、外国国家の公有財産とが区別されたが、しかし、外国国家の行為だけでなく、国家あるいは政府の財産についての区別はみられなかった。7 Cranch, op.cit., pp.143-145.

(4) 一八四二年にアメリカ国内法の事件、つまり Bank of the United States v. Planters' Bank of Georgia において、同最高裁長官マーシャルは、州政府が商業貿易会社のパートナーになる場合、その主権的性格が放棄されることになると述べた。*United States Reports* [9 Wheat.], pp.906-908.

(5) R. Giuttari, *The American Law of Sovereign Immunity*, 1970, pp.35-43.

(6) *Law Reports Series*, 4 A.E., p.59.

(7) Ibid., pp.99-100.

(8) *Law Reports Series,* 4 P.D., p.197.

(9) The Porto Alexandre case (1920), *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases* [*Annual Digest*], Vol.1, p.146 ; Compania Navier Vascongado v. Cristina Case(1938), *Annual Digest*, Vol.9, p.250 ; The Philippin Admiral Case(1975), *International Law Reports* [*I.L.R*], Vol. 64, p.90.

(10) *Law Reports Series,* 5 P.D., p.220.

(11) *Law Reports Series,* 1 Q.B., p.149.

(12) それだけでなく、同破毀院の判決によれば、フランスの私人は、外国政府と契約を締結する場合に、ただこのような契約の締結という事実によって、この私人は、その外国の法律と裁判管轄に服すことになるとされた。Dalloz, Recueil Hebdomadaire de Jurisprudence, 1849, pp.9-10.

(13) E.W. Allen, *The Position of Foreign States before National Courts, Chiefly in Continent Europe*, 1933, p.156-157.

(14) E.W. Allen, op.cit., pp.57-69, 本稿第Ⅰ章第二節参照。

(15) Ziemer v. die Königlich Rumänische Regierung , E.W. Ellen, op.cit., p.63.

(16) Harvard Research, [Supplement], *A.J.I.L.,* Vol.26(1932), p.619.

(17) e.g., Société Générale pour Favoriser l'Industrie Nationale v. Le Syndicat d'Amortissement(1840), E.W. Allen, op.cit., pp.191-192.

(18) E.W. Allen, op.cit., p.194, p.195.

(19) Ibid., p.193.

(20) Ibid., p.202.

(21) 一八一一年の Morellet v. Governo Danese 事件において、トリノ破毀院は、国家の二重人格性を承認し、国家が政治主体として行為をなす場合と法人として行為をなす場合を区別して、後者の場合に国家の免除を否定する考えを示した。Harvard Research, op.cit., p.485.

(22) E.W. Allen, op.cit., p.233.

(23) Harvard Research, op.cit., pp.622-623.

(24) Hamspohn v. Bey di Tunisi Case(1887), E.W. Allen, op.cit., p.230.
(25) Ibid., p.267.
(26) Ibid., p.268.
(27) A und C. v. das K und K Österreichisch-Ungarisch Case, E.W. Allen, op.cit., p.266.
(28) Ibid., p.198, p.212.
(29) F. von Holtzendorff, Incompétence des tribunaux nationaux pour ordonner une saisie-arrêt sur des biens appartenant aux gouvernement, *Journal du droit international privé*, Tome 3(1976), p.431.
(30) Ibid., pp.432-433.
(31) Ibid., p.434.
(32) Ibid., p.434.
(33) G. Spée, De la compétence des tribunaux nationaux à l'egard des gouvernement et des souverains étrangers, *Journal du droit international privé*, Tome 3 (1876), pp.329-345, pp.435-447.
(34) Ibid., pp.330-331, pp.336-337.
(35) Ibid., pp.443-447.
(36) E.W. Allen, op.cit., p.212.
(37) 十九世紀の国家免除に関する各国の代表的国際法学説の権威ある紹介については、次の著書・論文を参照。Gabba, De la compétence des tribunaux à l'egard des souverains et des États étrangers, *Journal du droit international privé*, Tome 15 (1888), p.180-186. ; Féraud-Giraud, *États et souverains devant tribunaux étrangers*, Tome 1, 1895, pp.25-153.
(38) Gabba, op.cit., p.187-188.
(39) L. von Bar, De la compétence des tribunaux allemands pour connaître des actions intertées contre les gouvernements et les souverains étrangers, *Journal du droit international privé*, Tome 13 (1885), p.645.
(40) F. Laurent, *Droit civil international*, Tome 3 (1880), pp.44-109.
(41) Gabba, op.cit., supra note(37), *Journal du droit international privé*, Tome 15 (1888), p.180 ; Tome 16 (1889), p.538 ;

Tome 17 (1890), p.27.

(42) Ibid., Tome 15 (1888), pp.180-186.

(43) Ibid., Tome 16 (1889), pp.547-554.

(44) Ibid., Tome 17 (1890), pp.33-35.

(45) F. Laurent, op.cit., p.14.

(46) Fēraud-Giraud, op.cit., supara note(37), pp.28-30.

(47) *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Tome 11 (1889-1892), p.408.

(48) Ibid., pp.414-418.

(49) Ibid., pp.414-418.

(50) Ibid., pp.425-426.

(51) Ibid., pp.436-437.

(52) *Annual Digest*, Vol.2, p.126.

(53) *Law Reports Series,* 1 Q.B., p.149.

(54) Compania Mercantil Agentinia v. United States Shipping Board Case(1924), *Annual Digest,* Vol.2, p.138.

(55) *Annual Digest,* Vol.1, p.146.

(56) *Law Reports Series,* 5 P.D., p.220.

(57) W.P. Walton, State Immunity in the Laws of England, France, Italy, and Belgium, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Series 3, Vol.2(1920), pp.252-254.

(58) *Annual Digest,* Vol.9, pp.259-263.

(59) Ibid., p.252. この事件の内容は次の通りである。一九三七年六月、スペイン共和国政府はビルバオ港で登録されたすべてのスペイン船舶を徴用する法令を発布した。これは内戦を遂行するために、海上運送部門に対する政府の直接の支配を目的とする措置である。本件に関連するCristina号はビルバオ港で登録された商船である。同船はイギリスのカーディフ港に到着した後に、スペイン政府の訓令にしたがってスペイン領事の措置によって、事実上スペイン政府の占有になった。これに対

して、同船の船主は、イギリス裁判所に対物訴訟を申し立てた。第一審と控訴審はともに、スペイン政府の請求に基づいて、対物訴訟令状を取り消すことを認めた。貴族院は、下級裁判所判決を確認し、本件について管轄権をもたないと判断した。

(60) Ch.J. Lewis, *State and Diplomatic Immunity*, 1985, p.19.

(61) たとえば、アメリカ国務長官ランシングは、一九一八年の法務長官宛の手紙の中で、次のように述べた。「外国政府所有船舶が、商業活動に従事する場合には、それによる利益にあずかるかぎり、貿易上の制限に服すべきである」と。G.H. Hackworth, *Digest of International Law*, Vol.2, 1941, p.429.

(62) Ibid., p.437.

(63) *Annual Digest*, Vol.3, p.187.

(64) J.W. Garner, Legal Status of Government Ships Employed in Commerce, *A.J.I.L.*, Vol.20 (1926), p.766 ; E.D.Dickinson, The Immunity of Public Ships Employed in Trade, *A.J.I.L.*, Vol.21 (1927), pp.108-111.

(65) *Annual Digest*, Vol.1, p.143.

(66) Ibid., p.144.

(67) Ibid., Vol.9, p.179.

(68) Ibid., Vol.10, p.199.

(69) Ibid., Vol.12, p.145.

(70) 本章の第一節参照。

(71) E.W. Allen, op.cit., pp.82-83.

(72) *Annual Digest*, Vol.1, p.150.

(73) Ibid., p.151.

(74) アメリカの一九一六年船舶法には「この種の（国有）船舶は、専ら商船として使用されるのであるから、商船を支配する一切の法律、規則及び責任にしたがわなければならない」とする規定がある（第九条）。ibid., pp.151-152.

(75) S. Rosenne ed., *League of Nations, Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law, [1925-1928]*, Vol. 2, Documents, 1972, p.432.

(76) Visurgis and the Siena Case (1938), *Annual Digest*, Vol.9, p.284.
(77) E.W. Allen, op.cit., p.272.
(78) *Annual Digest,* Vol.1, pp.118-119.
(79) E.W. Allen, op.cit., p.274.
(80) Foreign States (Legation Buildings) Immunities Case, *Annual Digest*, Vol.4, p.157,
(81) S. Rosenne ed., op.cit., p.423.
(82) K. Grzybowski, *Soviet Public International Law, Doctrines and Diplomatic Practice*, 1970, pp.218-219.
(83) 吉永栄助等『ソビエト経済法―貿易関係法と裁事法』, 一九七二年, 一〇一―四頁。
(84) B. Fensterwald, Sovereign Immunity and Soviet State, *Harvard Law Review*, Vol.63(1949-1950), p.632.
(85) イエー・ベ・パシュカーニス著, 山之内一郎訳『ソビエト国際法概論』, 一九二七年, 三四一頁。
(86) オランダ裁判所の二〇世紀はじめころの外国免除に関する判例は, 一九世紀前半期のドイツ裁判判例に類似している。つまり, 裁判所は外国の財産に対する裁判管轄と差押えを一般的に許可したが, 政府によって制止された。E.W. Ellen, op.cit., pp.105-111.
(87) Ibid., p.128.
(88) Union of South Africa v. Herman Grote Case, *Annual Digest,* Vol.1, p.22. 本件において, 同裁判所は, 南アフリカ商業用政府船舶に対して, 海上救助報酬についての訴えを認めた。
(89) *Annual Digest,* Vol.2, p.133.
(90) Ibid., Vol.11, p.140.
(91) 日本大審院民事判例集七巻, 昭和三年, 一一三五頁。
(92) 横田喜三郎「外国に対する民事裁判管轄権」, 国際法外交雑誌, 二八巻, 昭和四年, 五九一頁。
(93) E.W. Allen, op.cit., p.276.
(94) X. v. Saxon Railway Fiscus Case and X. v. Austrain State Railway Case, ibid., pp.278-279.
(95) *Annual Digest,* Vol.1, p.157.

(96) (1)De Huworth v. The S.S. India Case ; (2)Mann George & Co.Ltd, v. The S.S. India Case, *Annual Digest*, Vol.1, p.156.

(97) S. Rosenne ed., op.cit., p.425. しかし，ブラジルは，一九二六年にブラッセル条約に加入し，外国の商業用政府船舶の裁判免除を認めなかった。

(98) Ibarra Y Cia v. Captain of the Spanish Steamer Ibai Case, *Annual Digest,* Vol.8, p.247.

(99) E.W. Allen, op.cit., pp.206-208.

(100) State of Portugal v. Sauvage Case, *Annual Digest,* Vol.1, p. 154.

(101) *Annual Digest,* Vol.2, p.129.

(102) Ibid., Vol.3, p.176.

(103) Ibid., p.177.

(104) Ibid., Vol.3, p.179.

(105) L. Condorelli and L.Sbolci, Measures of Execution Against the Property of Foreign States : The Law and Practice in Italy, *Neth. Y.I.L.*, Vol.10(1979), pp.200-201.

(106) E.W. Allen, op.cit., p.283.

(107) Ibid., p.284.

(108) J-F. Lalive, Swiss Law and Practice in Relation to Measures of Execution against the Property of a Foreign State, *Neth. Y.I.L.*, Vol.10(1979), p.153.

(109) J.Y. Brinton, Suits against Foreign State, *A.J.I.L.*, Vol.25 (1931), p.52.

(110) Hall v. Bengoa Case, *Annual Digest*, Vol.1, p.157.

(111) Monopole des Tabacs de Turquie and Another v. Régie Co-Intéressée des Tabacs de Turquie, *Annual Digest,* p.125.

(112) *Annual Digest*, Vol.11, p.146.

(113) J.Y. Brinton, op.cit., p.58.

(114) E.W. Allen, op.cit., p.290.

(115) Soviet Republic (immunity in Greece) Case, *Annual Digest,* Vol.4, p.172.
(116) *Annual Digest,* Vol.1, p.122.
(117) Ibid., Vol.2, p.132.
(118) Ibid., Vol.3, p.174.
(119) Ibid., Vol.5, p.18.
(120) Ibid., Vol.7, p.174.
(121) Ibid., Vol.8, p.225.
(122) J. Niboyet, Les immunites de juridiction en droit Français, des États étrangers engagés dans transactions privées, *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 43 (1936), p.532.
(123) C.J. Hamson, Immunity of Foreign States : The Practice of the French Courts, *B.Y.I.L.*, Vol.27(1950), pp.300-305.
(124) German Immunities in Poland Case, *Annual Digest,* Vol.8, p.239.
(125) G.H. Hackworth, op.cit., p.465.
(126) The Guernica Case (1938), *Annual Digest,* Vol.11, p.139. ; The Rigmor Case (1942), *Annual Digest,* Vol.10, p.240.
(127) *U.N. Doc, Materials on Jurisdictional Immunities of States and Their Property,* 1982, p.150.
(128) S. Rosenne ed., op.cit., pp.421-456.
(129) L. Oppenheim, *International Law*, Vol.1, 1912, 2nd edtion, p.169.
(130) G. Fitzmaurice, State Immunity from Proceedings in Foreign Courts, *B.Y.I.L.*, Vol.14 (1933), pp.101.
(131) F.W. Garner, Immunities of State Owned Ships Employed in Commerce, *B.Y.I.L.*, Vol.6 (1925), p.128.
(132) G. Phillimore, Immunité des États, au point de vue de la jurisdiction au de l'exécution forcée, *Recueil des Cours*, Tome 8 (1925), p.417.
(133) N. Wolfman, Sovereigns as Defendants, *A.J.I.L.*, Vol.4 (1910), p.373.
(134) D. Dickinson, Waiver of State Immunity, *A.J.I.L.*, Vol.19 (1925), p.555.
(135) R.D. Watkins, *The State as Party Litigant*, 1927, pp.189-191.

(136) Ch. Fairman, Some Disputed Applications of the Principle of State Immunity, *A.J.I.L.*, Vol.22 (1928), p.566.
(137) E.W. Allen, op.cit., pp.30-43.
(138) Harvard Research, [Supplement], *A.J.I.L.*, Vol.26 (1932), p.455.
(139) Ibid., pp.456-457, (Comment : pp.597-640).
(140) H. Weston, Actions against the Property of Sovereigns, *Harvard Law Review*, Vol.32 (1919), p.266.
(141) E. Angell, Sovereign Immunity, the Modern Trend, *Yale Law Journal*, Vol.35 (1925), p.150.
(142) Ch.C. Hyde, *International Law, Chiefly as Interpreted by the United States*, 1922, pp.445-448.
(143) P. Fauchille, *Traité de Droit International Public*, Tome 1, 1922, p.458.
(144) A. Weiss, Compétence ou Incompétence des tribunaux à l'egard des Etats étrangers, *Recueil des Cours*, Tome 1 (1923), p.525-549.
(145) J.P. Niboet, op.cit., p.525.
(146) S. Lonening, La Juridiction sur les Etats étrangers, *R.Dr.I. Pr. et Dr.Pénal Int.*, Tome 7 (1911), p.190 ; Niemeyer, A propos de la juridiction sur les Etats étrangers, ibid., p.191.
(147) Nys, *Le Droit International*, Tome 2, p.340.
(148) Ch. de Visscher, Les governements étrangers en justice, *Rev. de Dr. Int.et de Légis.Comp.*, Tome 3 (1922), p.149, p. 340.
(149) L. van Praag, L'Immunité de juridiction des Etats étrangers et l'examen de leus actes de puissance publique par les tribuaux internes, *Rev. de Dr. Int. et de Légis. Comp*, Tome 4 (1923), p.436.
(150) *Reports of the International Law Association*, Vol.34(1926), p.426.
(151) S. Rosenne ed., op.cit., pp.416-417.

The Historical Development of the Principle of State Immunity in International Law (1)

Renren GON*

Chapter 1. Formation and Basis of State Immunity
Section 1.Historical Backgrounds of State Immunity
2.Historical Evolution of State Immunity
3.Classical Theory on the Basis of State Immunity
Brief Summary
Chapter 2. Differing Positions on State Immunity in Practice of States
Section 1.Practice and Theory in 19th Century
2.Practice and Theory in early 20th Century
Brief Summary

*Lecturer of International Law, Beijing University.