

国際司法裁判所
主権免除事件
(ドイツ対イタリア ギリシャ訴訟参加)
2012年2月3日判決

目 次

	項
訴訟の経緯	1-19
I 歴史的及び事実的な背景	20-36
1. 1947年の平和条約	22
2. 1953年の連邦補償法	23
3. 1961年の協定	24-25
4. 「記憶、責任、未来」財団設立法	26
5. イタリア裁判所における訴訟手続	27-36
A. イタリア国民に関する事件	27-29
B. ギリシャ国民に関する事件	30-36
II. 紛争の内容と裁判所の管轄権	37-51
III. イタリア人原告らによる手続における ドイツの主権免除に関して主張された違反	52-108
1. 裁判所に係属する争点	52-61
2. イタリアの第1の主張；不法行為例外	62-79
3. イタリアの第2の主張；イタリア裁判所における主張の内容と 請求がおこなわれた状況	80-106
A. 違反の重大性	81-91
B. 強行規範と主権免除の関係	92-97
C. 「最後の手段」の主張	98-104
D. イタリアが主張する「事情の複合的効果」	105-106
4. 結論	107-108
IV. イタリア領内に存在するドイツ財産に対してとられた強制措置	109-120
V. ドイツに対する民事請求を認容したギリシャ裁判所判決の イタリアにおける執行を承認したイタリア裁判所判決	121-133
VI. ドイツの最終申立と救済措置要請	134-138
主文	139

判 決

小和田所長、 トムカ副所長、 コロマ裁判官、シンマ裁判官、アブラーム裁判官、 キース裁判官、 セプルヴェダ・アモール裁判官、 ベヌーナ裁判官、 スコトニコフ裁判官、カンサード・トリンダージ裁判官、ユスフ裁判官、 グリーンウッド裁判官、 シュエ裁判官、 ドノヒュー裁判官、 ガヤ特任裁判官、 クーヴルール裁判所書記

当事国及び参加国代理人（略）

上記のとおり構成された裁判所は

合議の上

次のとおり判決する。

1. 2008年12月23日、ドイツ連邦共和国（以下「ドイツ」という）は、イタリア共和国（以下「イタリア」という）の「ドイツが国際法上享受する主権免除を尊重しない」裁判実行による「国際法上の義務違反」に関する紛争について、イタリアに対する手続開始請求を裁判所書記に提出した。ドイツは請求の中で当裁判所の管轄権の根拠として1957年4月29日の「紛争の平和的解決に関する欧州条約」第1条を援用した。
2. 裁判所規程第40条第2項により裁判所書記は直ちに請求をイタリア政府に通知し、同条第3項により当裁判所で裁判を受けることができる全ての国に請求について通告した。
3. 当裁判所の裁判官席にイタリア国籍の裁判官がなかったため、イタリアは裁判所規程第31条2項により本件に出席する特任裁判官を選定する権利を行使し、ジョルジオ・ガヤ（Giorgio Gaja）氏を選定した。
4. 2009年4月29日の命令により、裁判所はドイツの申述書の提出期限を2009年6月23日、イタリアの答弁書の提出期限を2009年12月23日と定めた。これらの書面は期限内に遅滞なく提出された。イタリアの答弁書には「ドイツ軍による国際人道法への重大な違反によりイタリア人被害者らに支払うべき賠償金の件に関する」反訴請求が含まれていた。
5. 2010年7月6日の命令により、裁判所はイタリアが提出した反訴請求は裁判所規則第80条第1項に照らし受理できないと決定した。同命令により裁判所はドイツに対して抗弁書の提出、イタリアに対して再抗弁書の提出を許可し、それらの書面の提出期限を2010年10月14日と2011年1月14日と定めた。これらの書面は期限内に遅滞なく提出された。

6. 2011年1月13日、ヘレニック共和国（以下「ギリシャ」と言う）は裁判所規程第62条に基づき訴訟参加許可の請求を裁判所書記に提出した。請求の中でギリシャは「本件の当事者となることを求めるものではない」と表明した。

7. 裁判所書記は裁判所規則第83条第1項にしたがい2011年1月13日の書簡により訴訟参加許可請求謄本をドイツ政府とイタリア政府に送付し、請求に対する意見書提出の期限を2011年4月1日と通知した。裁判所書記は同条第2項にしたがい請求謄本を国連事務総長に送付した。

8. ドイツとイタリアはギリシャの訴訟参加許可請求に対する意見書を所定の期限内に提出した。裁判所書記は各当事者の意見書を反対当事者に送付し、両当事者の意見書をギリシャに送付した。

9. 裁判所規則第84条第2項及び両当事者が異議を述べなかつた事実を照らし、裁判所はギリシャの訴訟参加許可を承認するか否かについて弁論を行う必要はないと判断した。但し裁判所はギリシャに両当事者の意見に対して意見を述べる機会を与えるべきであり、両当事者には追加意見書の提出を認めるべきであると判断した。裁判所はギリシャの意見書提出期限を2011年5月6日、これに対する両当事者の追加意見書の提出期限を2011年6月6日と定めた。ギリシャの意見書と両当事者の追加意見書は所定の期限内に提出された。裁判所書記はギリシャの意見書謄本を両当事者に、両当事者の追加意見書謄本をギリシャに遅滞なく送付した。

10. 2011年7月4日の命令により裁判所はイタリア裁判所がイタリア国内での執行を認め、たギリシャ裁判所の判決に関する限りにおいてギリシャに非当事者として本件に訴訟参加することを許可した。裁判所は、裁判所規則第85条第1項にしたがい陳述書と意見書の提出期限をギリシャの陳述書は2011年8月5日、ドイツとイタリアの意見書は2011年9月5日と指定した。

11. ギリシャの陳述書とドイツの意見書は指定の期限内に遅滞なく提出された。2011年9月1日付の書簡により、イタリアの代理人はイタリア共和国は現段階ではギリシャの陳述書に対する意見を述べないが「口頭手続のなかで必要があれば陳述書の特定の事項について言及する地位と権利を留保する」と表明した。裁判所書記はギリシャの陳述書の謄本を遅滞なく両当事者に送付し、ドイツの意見書の謄本をイタリアとギリシャに送付した。

12. 裁判所規則第53条第2項により裁判所は当事者の見解を確認した後、訴答書面及び付属書類の謄本を口頭手続の開始の時に公開することを決定した。両当事者及びギリシャ

と協議した後、裁判所は訴訟参加国の陳述書及びこの陳述書に対するドイツの意見書も同様とすることを決定した。

13. 公開弁論は2011年9月12日から16日まで行われ、裁判所は下記の口頭の弁論と反論を聴取した。

ドイツについては、

Ms Susanne Wasum-Rainer,

Mr. Christian Tomuschat,

Mr. Andrea Gattini,

Mr. Robert Kolb.

イタリアについては、

Mr. Giacomo Aiello,

Mr. Luigi Condorelli,

Mr. Salvatore Zappalà,

Mr. Paolo Palchetti,

Mr. Pierre-Marie Dupuy.

ギリシャについては、

Mr. Stelios Perrakis,

Mr. Antonis Bredimas.

14. 弁論において裁判官から両当事者と参加国ギリシャに質問がなされ、それらは書面で回答された。両当事者はそれらの書面について意見書を提出した。

15. ドイツはその請求の中で次の要請をした。

「ドイツは裁判所が下記の通り判断し宣告するよう要請する。

イタリア共和国は

(1) 第二次世界大戦中の1943年9月から1945年5月にかけてのドイツによる国際人道法違反についてのドイツ連邦共和国に対する民事訴訟を許容する事により、ドイツ連邦共和国が国際法の下で享受する主権免除を尊重せず、国際法上の義務に違反した。

(2) 政府の非商業的目的に使用されるドイツの国有財産であるヴィラ・ヴィゴニー (Villa Vigoni) に対して強制的な措置をとることにより、やはりドイツの主権免除を侵害した。

(3) 前記の要請(1)の記載と類似の事件についてのギリシャ判決のイタリアでの執行を承認することにより、ドイツの主権免除をさらに侵害した。

よって、ドイツ連邦共和国は裁判所が下記について判断し宣告するよう要請する。

- (4) イタリア共和国は国際的責任を負う。
- (5) イタリア共和国は自らの選択により、ドイツの主権免除を侵害する裁判所その他の司法機関の決定を無効にするためのあらゆる措置を講ずることを保証せねばならない
- (6) イタリア共和国はイタリアの裁判所が将来において上記要請(1)で述べた事件についての法的措置をドイツに対してとらないための全ての措置を講じなければならない。」

16. 書面手続の過程において当事者らによって下記の申立がなされた。

ドイツ政府を代表し

申述書と抗弁書において

「ドイツは裁判所が下記の通り判断し宣告するよう要請する。

イタリア共和国は、

- (1) 第二次世界大戦中の 1943 年 9 月から 1945 年 5 月にかけてのドイツによる国際人道法違反についてのドイツ連邦共和国に対する民事訴訟を許容することにより、ドイツ連邦共和国が国際法の下で享受する主権免除を尊重せず国際法上の義務に違反した。
 - (2) 政府の非商業的目的に使用されるドイツの国有財産であるヴィラ・ヴィゴニーに対して強制的な措置をとることにより、やはりドイツの主権免除を侵害した。
 - (3) 前記の要請(1)の記載と類似の事件についてのギリシャ判決のイタリアでの執行を承認することにより、ドイツの主権免除をさらに侵害した。
- よって、ドイツ連邦共和国は裁判所が下記について判断し宣告するよう要請する。
- (4) イタリア共和国は国際的責任を負う。
 - (5) イタリア共和国は自らの選択により、ドイツの主権免除を侵害する裁判所その他の司法機関の決定を無効にするためのあらゆる措置を講ずることを保証せねばならない
 - (6) イタリア共和国はイタリアの裁判所が将来において上記要請(1)で述べた事件についての法的措置をドイツに対してとらないための全ての措置を講じなければならない。」

イタリア政府を代表し、答弁書と再抗弁書において、

「(イタリアの答弁書と再抗弁書で) 述べた事実と主張にもとづき、これらの申立に対する追加と修正の権利を留保しつつ、裁判所がドイツの全ての請求を棄却するよう要請する。」

17. 口頭手続において、両当事者から下記の最終申立がなされた。

ドイツ政府を代表し

「ドイツは裁判所が下記の通り判断し宣告するよう要請する。

イタリア共和国は

- (1) 第二次世界大戦中の 1943 年 9 月から 1945 年 5 月にかけてのドイツによる国際人道法違反についてのドイツ連邦共和国に対する民事訴訟を認める事により、ドイツ連邦共和国が国際法の下で享有する主権免除を尊重せず国際法上の義務に違反した。
- (2) 政府の非商業的目的に使用されるドイツの国有財産であるヴィラ・ヴィゴニーに対して強制的な措置をとることにより、やはりドイツの主権免除を侵害した。
- (3) 前記の要請(1)の記載と類似の事件についてのギリシャ判決のイタリアでの執行を承認することにより、ドイツの主権免除をさらに侵害した。
よって、ドイツ連邦共和国は裁判所が下記について判断し宣告するよう上申する。
- (4) イタリア共和国は国際的責任を負う。
- (5) イタリア共和国は自らの選択により、ドイツの主権免除を侵害する裁判所その他の司法当局の決定を無効にするためのあらゆる措置を講ずることを保証せねばならない
- (6) イタリア共和国はイタリアの裁判所が将来において上記要請(1)で述べた事件についての法的措置をドイツに対してとらないための全ての措置を講じなければならない。」

イタリア政府を代表し、

「書面と口頭手続により述べられた理由により、イタリアは裁判所が原告の請求には根拠がないと判断することを要請する。この要請はヴィラ・ヴィゴニーに設定された抵当権登記の抹消をイタリアに義務づける裁判所のいかなる決定についてもイタリアは異議がないことを前提とするものである。」

18. 裁判所規則 85 条 1 項にしたがって提出された陳述書の末尾において、ギリシャは特に意見を述べている。

「主権免除について国際司法裁判所が下すであろう判決の効果は、イタリアの法秩序、そして間違いなくギリシャの法秩序にとって極めて重大である。

.....

その上、人道法の基本的規則に対する違反を禁止する国際法上の強行規範に直面した場合の主権免除原則の効果についての国際司法裁判所の判断は、この点についてギリシャの裁判所の指針となるであろう。したがって、個人がギリシャ裁判所に提起した係属中又は将来の事件に対して重大な効果を及ぼすであろう。」

19. 裁判所規則第 85 条第 3 項による訴訟参加の内容についての口頭意見の末尾において、ギリシャは特に下記の意見を述べた。

「人道法の基本的規則に対する違反を禁止する国際法上の強行規範に直面した場合の主権免除原則の効果についての国際司法裁判所の判断は、この点についてギリシャの裁判所の指針となるであろう。…したがって、個人がギリシャ裁判所に提起した係属中又は将来の事件に対して重大な効果を及ぼすであろう。

.....

主権免除について国際司法裁判所が下すであろう判決の効果はまずイタリアの法秩序、そして確実にギリシャの法秩序にとって極めて重大である。」

I 歴史的・事实的背景

20. 裁判所は当事者間に概ね争いのない本件の事实的・歴史的背景を冒頭に簡単に述べておくことが有益であると思料する。

21. 1940年6月、イタリアはドイツの同盟国として第2次世界大戦に参戦した。1943年9月、ムッソリーニを権力から追放した後、連合国に降伏し、翌月ドイツに対して宣戦布告した。しかしドイツはイタリア領土の大部分を占領し、1943年10月から戦争の終了までに占領地の人々に対し民間人虐殺や多数の民間人を強制労働のために連行するなど多くの残虐行為を行った。その上ドイツ軍はイタリア国内とヨーロッパ各地において数十万人のイタリア軍を捕虜にした。これらの大部分の捕虜（以下「イタリア軍人収容者」という）は戦争捕虜としての地位を否定され、ドイツやドイツ占領地に強制労働のために連行された。

1 1947年の平和条約

22 第二次世界大戦後の1947年2月10日、連合国は特にイタリアとの戦争の法的・経済的結果を調整する平和条約をイタリアと締結した。平和条約77条は次の通り規定している。

「1 この条約の実施からは、ドイツ国に在るイタリア国及びイタリア国民の財産は、もはや敵産として取り扱われることはなく、右取扱に基く一切の制限は取り除かれなければならない。

2 1943年9月3日後にドイツ国の軍隊又は官憲によって強力又は強迫によってイタリア国領域からドイツ国に運び去られたイタリア国及びイタリア国民の識別し得る財産は、返還される。

3 ドイツ国に在るイタリア国の財産の回復及び返還はドイツ国を占領中の諸国によって決定される措置に従って行われる。

4 ドイツ国と占領中の諸国によるイタリア国及びイタリア国民の利益のためにするこれら並びに他のいかなる規定をも害することなしに、イタリア国は、1945年5月8日現在のドイツ国及びドイツ国民に対する一切の未解決の請求権を自国のため及びイタリア国民のために放棄する。但し、1939年9月1日以前に締結された契約及び他の義務並びに右時期に取得された権利から生じたものは、これを除く。この放棄は、戦争中に締結された取極に関する金銭債権、政府間の一切の請求権及び戦争中に生じた損失又は損害に対する一切の請求権を含むものと認められる。」

2. 1953年の連邦補償法

23 1953年、ドイツ連邦共和国は特定の類型のナチ迫害被害者に補償をするために国家社会主義者の迫害被害者に対する連邦補償法（BEG）を制定した。連邦補償法の下でのイタリア国民からの多くの請求は、請求者が連邦補償法の定義する国家社会主義者の迫害被害者とみなされなかったり、連邦補償法の要求するドイツ内の住所や永住権を持たなかったため認められなかった。連邦補償法は1965年、国籍や非ドイツ系民族の構成員であることを理由に迫害された人々からの請求に対応するために改正されたが、依然として1953年10月1日時点での難民資格保有を対象者の要件としていた。連邦補償法が改正された1965年以降も多くのイタリア人の請求者は1953年10月1日に難民資格を保有していなかったため補償の適格者として認められなかった。連邦補償法の制定当初法及び1965年改正法の明文規定により外国籍の被害者からの請求はドイツ裁判所によって常に却下された。

3 1961年の協定

24 1961年6月2日、ドイツ連邦共和国とイタリアの間に二つの協定が締結された。1963年9月16日に発効した第一の協定は「特定財産に関する経済、財政問題の解決」に関する協定である。同協定第1条でドイツはイタリアに「経済的性格の未解決問題」のために賠償を支払うこととし、同協約第2条は次の通り規定する。

- (1) イタリア政府は1939年9月1日から1945年5月8日までに生じた権利や事情に基づくイタリア共和国又はイタリアの自然人及び法人からドイツ連邦共和国又はドイツの自然人及び法人に対する全ての未払の請求が解決されたことを宣言する。
- (2) イタリア政府はドイツ連邦共和国及びドイツの自然人・法人に対し、上記の請求に関連するイタリアの自然人・法人によって行われる可能性のある全ての裁判手続その他の法的措置からの免除を保障する。

25. 1963年7月31日に発効した第二の協定は「国家社会主義者の迫害政策の被害を被っ

たイタリア国民に対する補償」に関するものである。この協定の効果としてドイツはこれらの政策により被害を受けたイタリア国民に補償金を支払うことを約束した。この協定第1条でドイツは下記の趣旨でイタリアに4000万ドイツマルクを支払うことに同意した。

「その人種、宗教、信条により国家社会主義者の迫害政策の犠牲となり、その迫害政策の結果自由を失い又は健康を侵害されたイタリア国民のため、またはこれらの迫害による死亡者の遺族のために」

この協定第3条は下記のとおり規定している。

「ドイツの補償法によるイタリア国民のいかなる権利も侵害しないことを条件として、第1条による支払はドイツ連邦共和国とイタリア共和国間のこの条約に規定された全ての問題の最終的な解決となる。」

4 「記憶、責任、未来」財団設立法

26. 2000年8月2日、ドイツにおいて強制労働や「国家社会主義者時代のその他の不正義」の被害を受けた個人のための財団を設立する「記憶、責任、未来」財団設立連邦法（以下「2000年連邦法」という）が制定された。財団は2000年連邦法による金員を対象者に直接支払うのではなく、ジュネーブの国際移住機関を含む「協力組織」を通じて支払う。2000年連邦法は補償の資格に一定の制限をおいている。この条項の効果の一つは、強制収容所又はそれに準ずる収容所に収容された者を除き戦争捕虜の地位を有していた者を補償対象から除外することである。法案に記載されたこの条項の公式の注釈によれば、その理由は戦争捕虜は「国際法の規則によって抑留当局によって労働させられた可能性がある」からである（裁判所書記による翻訳）（連邦議会文書14/3206 2000.4.13）。

前記（第21項）のように、ドイツから戦争捕虜としての地位を否定されていた数千の元イタリア軍人収容者が2000年連邦法による補償を請求した。2001年、ドイツ当局は国際法の規則によればドイツはイタリア軍人収容者の地位を一方向的に戦争捕虜から民間労働者に変更することはできなかったとの解釈を採用した。したがって、ドイツ当局によればイタリア軍人収容者は戦争捕虜の地位を失ったことはなく、その結果彼らは2000年連邦法による支給対象から除外されるというのである。イタリア軍人収容者から申立てられた補償要求はこの解釈によって大多数が却下された。それに対してドイツの裁判所に異議を申立て補償を求めた元イタリア軍人収容者による試みは成功しなかった。ドイツの裁判所はいくつかの判決において、当該個人は戦争捕虜であったので2000年連邦法による補償を受け資格がないと判示した。2004年6月28日、ドイツ憲法裁判所の裁判部は戦争捕虜を補

償から除外する 2000 年連邦法第 11 条第 3 項はドイツ憲法の保障する法の下での平等に違反せず、国際公法は強制労働について補償を受ける個人の権利を確立していないと判示した。

2004 年 12 月 20 日、元イタリア軍人収容者の一グループが欧州人権裁判所にドイツを提訴した。2007 年 9 月 4 日、同裁判所の裁判部は、その請求はヨーロッパ人権条約及び議定書の条文に照らし、「事項的管轄に適合」せず認められないと判示した（全国帰還兵協会 外 275 名対ドイツ事件 2007 年 9 月 4 日判決）。

5. イタリア裁判所における訴訟手続

A. イタリア国民に関する事件

27. 1944 年 8 月に拘束されてドイツに連行され終戦まで軍需工場での労働を強制されたイタリア国民のルイジ・フェッリーニ (Luigi Ferrini) 氏が、1998 年 9 月 23 日、イタリアのアレッツォの裁判所でドイツ連邦共和国を提訴した。2000 年 11 月 3 日、アレッツォ裁判所はドイツは主権国家として主権免除により保護されているからルイジ・フェッリーニ氏の請求は許容されないと判示した。フィレンツェ控訴裁判所は 2001 年 11 月 16 日判決（2002 年 1 月 14 日登録）において、同じ理由で原告の控訴を棄却した。2004 年 3 月 11 日、イタリア破毀院は訴えられた行為が国際犯罪である場合には免除は適用されず、ルイジ・フェッリーニ氏のドイツに対する損害賠償請求についてイタリア裁判所は管轄権を有すると判断した（フェッリーニ対ドイツ連邦共和国事件判決）。事件はアレッツォ裁判所に差し戻され、同裁判所は 2007 年 4 月 12 日の判決において、裁判所は本件について管轄権を有するが賠償請求は時効により認められないと判示した。控訴審のフィレンツェ控訴院は 2011 年 2 月 17 日判決において、アレッツォ裁判所の判決を破棄し、ルイジ・フェッリーニ氏に対する賠償金とイタリアにおける訴訟手続で発生した訴訟費用の支払いをドイツに命じた。特にフィレンツェ控訴院は、主権免除は絶対的ではなく国際法上の犯罪を犯したとして訴えられている国家が援用することはできないと判示した。

28 イタリア破毀院の 2004 年 3 月 11 日フェッリーニ事件判決に続き、2004 年 4 月 13 日にはトリノ裁判所で 12 人の原告がドイツに対して訴訟を提起した（ジョバンニ・マンテッリ他事件）。2004 年 4 月 28 日、シャッカ裁判所でリベラト・マイエッタがドイツに対して訴訟を提起した。両事件とも 1943 年と 1945 年に発生したドイツにおける連行と強制労働に関するものであり、ドイツは管轄権不存在の抗告をイタリア破毀院に提出した。イタリア破毀院はジョバンニ・マンテッリ他事件及びリベラト・マイエッタ事件に関する 2008 年 5 月 29 日の二つの決定において、イタリア裁判所はドイツに対する請求について管轄権を有すると認めた。現在ドイツに対する多数の類似の請求がイタリア裁判所に係属中である。

29 イタリア破毀院は、ドイツ軍のヘルマン・ゲーリング師団の一員でありイタリアのチビテッラ、コルニア、サン・パンクラツィオにおける 1944 年 6 月 29 日の虐殺に参加したとして訴追されたマックス・ジョセフ ミルデ (Max Josef Milde) 氏に対する訴訟において、フェッリーニ判決の論理を別の文脈において確認した。ラ・スペツィア軍事裁判所はミルデ氏に欠席判決で終身刑を言い渡し、ミルデ氏とドイツに対し訴訟の民事参加人である虐殺犠牲者承継人らに連帯して賠償金を支払うよう命じた(2006 年 10 月 10 日判決 (2007 年 2 月 2 日登録))。ドイツは判決のドイツ敗訴部分についてローマ軍事控訴裁判所に控訴した。2007 年 12 月 18 日、軍事控訴裁判所は控訴を棄却した。イタリア破毀院は 2008 年 10 月 21 日判決 (2009 年 1 月 13 日登録) の中でドイツの管轄権不存在の主張を否定し、国際法上の犯罪のケースでは主権免除は適用すべきでないというフェッリーニ判決の論理を踏襲した。

B. ギリシャ国民に関する事件

30. ドイツがギリシャを占領していた 1944 年 6 月 10 日、ドイツ軍はギリシャのディストモ村で多数の民間人を虐殺した。1995 年に虐殺犠牲者の親族らが人命と財産の損害についてドイツに対して訴訟を提起した。ギリシャのリヴァディア一審裁判所は 1997 年 9 月 25 日、ドイツに対して未宣告の判決書を送付し (法廷における宣告は 1997 年 10 月 30 日)、虐殺犠牲者らの承継人らに対する損害賠償を認容した。この判決に対するドイツの上訴は 2000 年 5 月 4 日、ギリシャ最高裁判所で棄却された。ギリシャ民事訴訟法第 923 条は外国に対する判決の執行については法務大臣の許可を要件としている。ディストモ事件の原告らは許可を請求したが、許可は得られなかった。その結果ドイツに対する判決はギリシャで執行されていない。

31. ディストモ事件の原告らは、(ドイツが) リヴァディア一審裁判所の 1997 年 9 月 25 日判決に従うことを拒否し、(ギリシャが) この判決の執行を許可しなかったことにより両国は欧州人権条約第 6 条第 1 項と同条約第 1 議定書第 1 条に違反したとして、両国を欧州人権裁判所に提訴した。欧州人権裁判所の 2002 年 12 月 12 日の判決は主権免除規則に言及し、原告等の請求は認められないと判示した (カログロプルー他対ギリシャ・ドイツ判決)。

32. ギリシャの原告らは 1997 年 9 月 25 日リヴァディア一審裁判所で宣告され、2000 年 5 月 4 日にギリシャ最高裁判所で維持された判決をドイツで執行するための手続をドイツ裁判所に申請した。これに対する 2003 年 6 月 26 日判決において、ドイツ連邦最高裁判所はこれらのギリシャの司法判断はドイツの主権免除の権利を侵害しておりドイツの法秩序の下では承認され得ないと判示した (ギリシャ市民ら対ドイツ連邦共和国事件)。

33. そこでギリシャの原告らはディストモ事件ギリシャ裁判所判決をイタリアで執行しようとした。フィレンツェ控訴院は 2005 年 5 月 2 日判決 (2005 年 5 月 5 日登録) において、ギリシャ最高裁判所判決のうち同裁判所における訴訟費用の支払命令はイタリアで執行できると判示した。2007 年 2 月 6 日付 (2007 年 3 月 22 日登録) の決定においてフィレンツェ控訴院は上記決定に対するドイツの異議を却下した。イタリア破毀院は 2008 年 5 月 6 日付の判決 (2008 年 5 月 29 日登録) でフィレンツェ控訴院の決定を維持した。

34. 損害賠償の支払いについても、フィレンツェ控訴院は 2006 年 6 月 13 日の決定 (2006 年 6 月 16 日登録) において、1997 年 9 月 25 日付のリヴァディア一審裁判所判決のイタリアでの執行を承認した。2008 年 10 月 21 日付判決 (2008 年 11 月 25 日登録) において、フィレンツェ控訴院は上記決定に対するドイツ政府の異議を棄却した。イタリア破毀院は 2011 年 1 月 12 日付判決 (2011 年 5 月 20 日登録) においてフィレンツェ控訴院の決定を維持した。

35. 2007 年 6 月 7 日、ギリシャの原告らはフィレンツェ控訴院 2006 年 6 月 13 日決定に従い、イタリア土地登記所コモ地方事務所において、コモ湖近郊にあるドイツ国有財産のヴィラ・ヴィゴーニに裁判上の抵当権を登記した。ミラノ地方法務局は 2008 年 6 月 6 日付申立書及びコモ裁判所において当該抵当権は取り消されるべきであると主張した。2010 年 4 月 28 日政令第 63 号、2010 年 6 月 23 日法律第 98 号、2011 年 12 月 29 日政令第 216 号により、国際司法裁判所の本件判決までの間裁判上の抵当権の効力が停止された。

36. 1995 年にディストモ事件の訴訟が開始されたのに続き、ドイツに対するギリシャ国民によるもう一つの訴訟がギリシャ裁判所に提起された。1944 年のギリシャのリドリキ村におけるドイツ軍の行為について賠償を求めるマリゲロス事件である。2001 年、ギリシャ最高裁判所は主権免除規則がマリゲロス事件で問題となった行為に及ぶか否かについての判断を求め、同事件をギリシャ憲法第 100 条により「国際法の規範が一般に承認されたものであるかどうかについての議論の解決」について管轄権を有する最高特別裁判所に移送した。最高特別裁判所は、2002 年 9 月 17 日の決定において、国際法の現在の発展段階ではドイツは主権免除を享受すると判断した(マリゲロス対ドイツ連邦共和国事件)。

II. 紛争の内容と裁判所の管轄権

37. ドイツが裁判所に提起した申立は手続全体を通じて不変であった(前記 15、16、17 項参照)。

ドイツは裁判所に、イタリアは第二次世界大戦中のドイツの国際人道法違反による権利侵害についてドイツに対して賠償を請求する民事訴訟をイタリア裁判所において許容する

ことにより、ドイツが国際法上享受する主権免除を尊重しなかったこと、イタリアに所在するドイツの国有財産であるヴィラ・ヴィゴニーに対して強制的な措置をとることにより、やはりドイツの主権免除を侵害したこと、イタリア裁判所における上記の事件と類似の事件についてのギリシャ裁判所判決のイタリア国内での執行を承認することによりドイツの主権免除をさらに侵害したことを認めるよう要請した。

結論的には、ドイツはイタリアが国際的責任を負うことを宣言し、イタリアに対して修復のための様々な措置をとることを命ずるよう裁判所に要請した。

38. イタリアは、ドイツの主張は理由がないので棄却することを裁判所に求め、ヴィラ・ヴィゴニーに対してとられた強制措置については申立から除外し、措置を終了させる命令がだされても異議はないと述べた。答弁書においてイタリアは「ドイツ軍による国際人道法への重大な違反によりイタリア人被害者らに支払うべき賠償金の件に関する」反訴請求を提出した。この請求は裁判所の管轄権に含まれず、その結果裁判所規則第 80 条第 1 項により承認できないことを理由として、2010 年 7 月 6 日の裁判所命令により却下された（前記第 5 項参照）。

*

39. 裁判所に提起された紛争の内容は両当事者により提出された主張により決定される。本件においてはすでに裁判所に提出された反訴は存在せず、イタリアは裁判所に「ドイツの請求は理由がない」との宣告を求めたので、これが裁判所に解決を求めた紛争の内容を決定する主張である。これらの主張について裁判所は事件を受理する管轄権を有するか否かを判断しなければならない。

40. イタリアは裁判所の管轄権と請求の受理許容性についていかなる異議も提起していない。しかしながら確立された判例法によれば、裁判所は「常に管轄権を有することを確認すべきであり、必要であればこの問題を職権で検討すべきである」（国際民間航空機関（ICAO）理事会上訴事件(インド対パキスタン) 判決）。

41. ドイツの請求は「紛争の平和的解決に関する欧州条約」第 1 条により裁判所に付託された管轄権に基づいて提起された。その文言は下記の通りである。

「締約国は締約国間に生じた、特に下記に関する全ての国際法紛争を国際司法裁判所の裁判に付託しなければならない。

- (a) 条約の解釈;
- (b) 国際法に関するあらゆる係争;
- (c) 確定すると国際的な義務違反を構成するであろう事実の存在;

(d) 国際的な義務違反に対する補償の範囲」

42. 同条約 27 条(a) は条約の時間的管轄の範囲について「本条約が紛争当事国間で発効する以前の事実又は状況に関する紛争」には適用されないと規定している。この条約はドイツとイタリアの間で 1961 年 4 月 18 日に発効した。

43. ドイツが裁判所に提出した主張は、請求時から現在まで同条約に加盟している両国間における、まさに上記に引用した第 1 条に含まれる「国際司法紛争」に関するものである。

44. 上記に引用した第 27 条が規定する時間的管轄の制限はドイツの請求には適用されない。これらの請求が言及している紛争は、「紛争当事国間で条約が発効する以前」、いいかえると 1961 年 4 月 18 日以前の「事実や状況」に関するものではない。裁判所に提起された紛争を引き起こした「事実や状況」は、ドイツが主張する主権免除を否定し、ドイツが所有する財産に対して強制措置を適用したイタリアの司法判断である。これらの判断と措置が行われたのは 2004 年から 2011 年の間であり、従って紛争の平和的解決のための欧州条約が両当事国間で発効したはるか後である。確かに裁判手続で問われている紛争の内容はドイツ軍の 1943 年から 1945 年の行為による損害の補償に関係するものである。しかしながら、裁判所におけるドイツの主張はイタリア裁判所の判決における内容の処理についてではない。ドイツの主張は専らその裁判及び執行からの免除が侵害されたことに関するものである。このような観点からみると 紛争は疑いなく両当事者間に条約が発効したはるか後に生じた「事実や状況」に関するものである。それゆえにドイツが裁判所に提訴した紛争の全部または一部が前記第 27 条の時間管轄の範囲内にあることについてイタリアは正當にも異議を述べなかったのである。よって当裁判所は本件紛争を取り扱う管轄権を有する。

45. 前記の分析について不同意ではなかった両当事者は、一方で、イタリアがその抗弁及びドイツが 1943 年から 1945 年にかけて犯した犯罪のイタリア人及びギリシャ人被害者に対する賠償義務が不履行であるとの主張に関連するいくつかの主張という全く異なる文脈において裁判所の管轄権の範囲について争った。イタリアによれば、重大な国際人道法違反による被害者への賠償義務を履行せず、賠償を請求する有効な方法を被害者らに提示していない国家は、被害者らの国籍国の裁判所において主権免除を享受する権利を剥奪されるから、ドイツの被害者らに対する賠償義務の履行とこれらの被害者が提訴した外国の裁判所でドイツが享受しうる主権免除には関連があるという。

46. ドイツはそのような主張は 1961 年 4 月 18 日以前の事実に関する賠償請求問題に関するものであるから裁判所は判断することができないと主張した。ドイツによれば、「イタリアとドイツの間で紛争の平和的解決のための欧州条約が発効した日以前に発生した事実は

明らかに裁判所の管轄権外である」そして「賠償請求は本件紛争の内容の範囲内ではなく、本手続の一部を構成しない」。ドイツの主張はドイツによる戦争犯罪及び人道に対する罪（38 項参照）のイタリア人被害者に対する賠償義務にドイツが違反したことの確認を求めるイタリアの反訴請求を却下した裁判所の命令に論拠を置いている。ドイツは賠償請求問題は 1943 年から 1945 年にかけて行われた行為の直接的な結果であり、前記却下は紛争の平和的解決のための欧州条約第 27 条の時間管轄制限により裁判所の管轄外であるという事実によるものであると指摘する。

47. イタリアはこの異議に対し、確かに 2010 年 7 月 6 日の命令は本件においてイタリアが反訴請求を追求することを妨げるが、一方で反訴請求の根拠となった主張をドイツの請求に対する抗弁として用いることを妨げるものではない反論した。すなわちイタリアの見解によれば適切な賠償がなされていないという問題は主権免除の問題の解決のためにきわめて重要であり、したがってそれについて付随的に判断する権限を裁判所が有することは明らかである、というのである。

48. イタリアの反訴請求を却下して以来、ドイツの犯罪によるイタリア人被害者に賠償する義務をドイツが負うのか、ドイツは全ての被害者に対してその義務を果たしたのか、それとも一部に対してのみだったのかと言う問題への判断を求めるいかなる申立も裁判所にはもはや提起されていないことを裁判所は留意する。したがって裁判所はこれらの問題について判断することを求められていない。

49. しかしながらイタリアは、ドイツの主権免除を侵害していないという申立の根拠として、ドイツが賠償義務を完全には果たしていないという事実によりドイツは被害者らが提起した民事訴訟においてイタリア裁判所で主権免除を享受する権利を剥奪されていると主張する。

50. イタリアが主張するように、国家が負うべきであると申立てられた賠償責任を完全に果たさなかったことが外国の裁判所における主権免除の存否や範囲について法的な効果を及ぼす可能性があるのか、裁判所は判断しなければならない。この問題は本件において主権免除について適用できる慣習国際法を定めるために裁判所が判断すべき法のひとつである。

仮に上記の問題に肯定的に答えるとするならば、第 2 の問題は、本件の特定の状況のなかで、特にドイツの賠償問題への対処を考慮した場合に、イタリア裁判所がドイツの主権免除を否定する十分な理由があったか、ということになるであろう。第 1 の問題に回答するまでは、裁判所が第 2 の問題について回答する管轄権を有することを確認する必要はない。

現段階では管轄権の存否や範囲についてのその他の問題は提起されていないと裁判所は思料する。

*

51. 裁判所はまずドイツの最初の申立てで提起された問題、すなわち、さまざまなイタリア人原告によって提起された訴訟においてドイツに対して裁判権を行使することにより、イタリア裁判所はドイツに主権免除を与える義務に違反したかという問題を検討する。裁判所は次に第IV節においてヴィラ・ヴィゴーニに対してとられた強制措置について、さらに第V節においてギリシャ判決がイタリアにおいて執行可能であることを宣言したイタリア裁判所の決定について検討する。

III. イタリア人原告らによる手続における ドイツの主権免除に関して主張された違反

1. 裁判所に係属する争点

52. 裁判所は、イタリアの裁判所における手続はドイツ軍隊及びその他のドイツ機関によって犯された行為に端を発しているとの認識から出発する。ドイツは「特に虐殺に際し、又は元イタリア軍人収容者に関して、イタリアの男女に与えた筆舌に尽くし難い苦痛」を全面的に認め（独伊共同宣言、トリエステ、2008年11月18日）、それらの行為が不法であることを受け容れ、本裁判所においてもドイツは「この点についての責任を完全に認識」と述べた。裁判所は問題の行為は「人道の基本的考慮」（コルフ海峡事件（イギリス対アルバニア）本案判決、ニカラグア事件（ニカラグア対アメリカ合衆国）本案判決）に対する完全な無視の表れと評するしかないと考える。事件の第1の類型は、1944年6月29日チビテッラ、コルニア、サン・パンクラーツィオにおいてドイツ軍の「ヘルマン ゲーリング」師団の構成員が、数日前にレジスタンス兵士らが4人のドイツ兵を殺害した後、人質にした203名の民間人を殺害した虐殺の例に示されるような、占領地において報復手段の一つとして行われる民間人の大規模な殺害に関するものである。（マックス・ジョセフ・ミルデ事件 ラ・スペツィア軍事裁判所 2006年10月10日判決（2007年2月2日登録））。第2の類型は、ドイツの事実上の奴隷労働者としてイタリアから連行されたルイジ・フェッリーニ氏のような民間人に関するものである。第3の類型は戦争捕虜としての地位と、その地位に伴い享受すべき保護を拒否され、強制労働者に類する扱いを受けたイタリア軍人らに関するものである。裁判所はこの行為が、1943年～1945年について適用可能な武力紛争に関する国際法に対する重大な違反であることは疑う余地がないと考える。1945年8月8日、ニュールンベルグで調印された国際軍事裁判所憲章第6条(b)は戦争犯罪として「占

領地所属もしくは占領地内の民間人の殺害、虐待、もしくは奴隷労働もしくはその他の目的のための追放」とともに「戦争俘虜に対する殺害もしくは虐待」を挙げている。同憲章第 6 条(c)は人道に対する罪として「戦前もしくは戦時中にすべての民間人に対して行なわれた殺人、殲滅、奴隷化、追放及びその他の非人道的行為」を列挙している。イタリアにおける民間人質殺害は第二次世界大戦直後の裁判で多くの戦争犯罪の被告らが有罪の宣告を受けた公訴事実の一つであった(例えば、フォン・マッケンゼンとメルツァー事件(1946)、ケッセルリンク事件(1947)、カプラー事件 (1948))。ニュールンベルグ憲章の原則は 1946 年 12 月 11 日国連総会決議 95 (I)により承認された。

53. しかしながら、これらの行為が違法であるか否かについては争いがなく、裁判所は判断を求められていない。裁判所に求められた問題は、それらの行為から生ずる賠償請求に関する手続においてイタリアの裁判所はドイツに主権免除を与えることを義務づけられていたか否かである。それに関連して裁判所は、両当事者間に適用法についてかなりの程度の合意が存在することを留意する。特に、両当事者は免除は単なる礼讓の問題ではなく、国際法により決定されることに同意している。

54. ドイツとイタリアの間においては、すべての免除の享受は条約ではなく慣習国際法のみ由来する。ドイツは 1972 年 5 月 16 日の欧州国家免除条約(以下「欧州条約」という)の 8 ケ国の参加国中の一国であるが、イタリアは参加国ではなく、したがって条約はイタリアを拘束できない。いずれせよ未発効ではあるが、2004 年 12 月 2 日に採択された国連主権免除条約 (以下「国連条約」という)には両国とも参加していない。2012 年 1 月 1 日現在、国連条約は 28 ケ国が署名し 13 ケ国の批准、受諾、承認、加入書面を得ている。同条約第 30 条は同条約は 30 番目の書面が託された日から 30 日後に発効すると規定する。ドイツもイタリアも同条約に署名していない。

55. したがって裁判所は裁判所規程第 38 条(1) (b)により、国家に免除を与える「法として認められた一般慣行の証拠としての国際慣習」が存在するか、仮に存在するとすればその免除の範囲と程度を判断すべきである。そのためには、裁判所は慣習国際法規則を確認するために繰り返し宣言された基準を適用すべきである。特に、北海大陸棚事件において、裁判所は慣習国際法が存在するためには「一般慣行」とともに「法的確信」が必要であると明らかにした(北海大陸棚(ドイツ連邦共和国対デンマーク,ドイツ連邦共和国対オランダ)判決)。さらに、裁判所は次のようにも述べた。

「多国間条約が慣習、又は実際には発達中の慣習を記録し、それらに由来する規則を定義することに大きな役割を果たし得るとしても、もとより国際慣習法の実質は第一に現実の実行と国家の法的確信の中から発見されることは明らかである。」(大陸棚事

件（リビア・アラブ・ジャマーヒリーヤ対マルタ）判決）。

このような文脈によると、特に重要な国家実行は、外国に免除を与えるか否かについての国内裁判所判決、免除に関する国内法を制定した国家の法令、国家が外国の裁判所に提起した免除の要求と国家による陳述、国際法委員会のこの問題に対する広範囲な研究と国連条約に採用された文言の中から見出されるべきである。この文脈において、法的確信は、特に他国における裁判からの免除の権利を国際法により付与されたとして免除を要求する国家の主張、国際法上の義務として課された免除付与を行う国家による承認、そして逆説的には外国に対して裁判権を及ぼすケースにおける国家の主張の中に反映される。確かに国家は時に国際法の要求より広範な免除を与える判断をすることがあるが、現在の目的のためには、そのような件における免除の付与は必須要件である法的確信を伴っていないという点から、裁判所は現在のところこの問題を考慮しない。

56. 主権免除の起源や主権免除の基礎をなす原則について過去に多くの議論があったが、国際法委員会は 1980 年に、主権免除規則は「現在の国家実行に深く根付いた慣習国際法の一般原則として採用」されてきたと結論づけた(国際法委員会年報 1980)。この結論は国家実行に関する広範囲な調査に基づいており、当裁判所の見解によれば、国内立法の記録、司法判断、免除の権利の主張、そして国連主権免除条約作成における諸国家の意見により裏付けられている。それらは、自国のための免除要求か他国への免除付与かを問わず、国家は国際法による免除の権利を有し、それに対応する義務として他国に対して主権免除を尊重し付与しなければならないことを前提に一般的に行動していることを示している。

57. 裁判所は、主権免除規則は国際法と国際関係に重要な位置を占めていると考える。それは国連憲章第 2 条第 1 項が宣明し、国際法秩序の基本的な原則のひとつである国家の主権平等の原則に由来する。この原則は、全ての国家はその領域において主権を有するという原則、その主権により領域内の事件や人間に対して管轄権が生ずるということと併せて考察されなければならない。主権免除からの除外は主権平等の原則からの逸脱を意味する。逆に主権免除は領域主権の原則とそこから生ずる管轄権からの逸脱となる可能性がある。

58. 両当事者間には慣習国際法の一部としての主権免除の有効性と重要性について幅広い合意がある。しかしながら、主権免除の範囲と程度を決定するために適用するのは 1943 年から 1945 年、すなわちイタリア裁判所の手続の原因となった事件の発生時の法なのか（ドイツの主張）、手続それ自体の開始時の法なのか（イタリアの主張）については当事者間に争いがある。裁判所は国際法委員会による国際違法行為に対する国家責任条約草案第 13 条に示された原則にしたがい、行為と国際法の適合性は行為の発生時に発効していた法によってのみ決定できると考える。その文脈において、問題となるドイツの行為とイタリアの

行為を区別することが重要である。問題となるドイツの行為は、第 52 項記載のとおり、1943 年から 1945 年になされ、したがってそれに適用されるのは当時の国際法である。問題となるイタリアの行為はイタリア裁判所による主権免除の否定と裁判権の行使であるが、イタリア裁判所で手続が始まる以前には行われていない。裁判所に提起された請求はイタリア裁判所の行為に関するものであるから、裁判所が適用すべきはその手続の時に有効であった国際法である。その上、裁判所は（国際法による外務大臣個人の免除の文脈で）免除の法は本質的に手続的性格であると判示したことがある（2001 年 4 月 1 日の逮捕状事件（コンゴ民主共和国対ベルギー）判決）。それは特定の行為についての裁判権の行使を規制するものであり、従ってその行為が適法か不法かを判断する実体法とは全く異なるものである。これらの理由により裁判所は、1943 年から 1945 年に存在した法ではなく、イタリアにおける手続当時に存在した主権免除の法を検討し適用すべきであると考ええる。

59. 両当事者は主権免除規則の範囲と程度に関しても対立している。この文脈において、裁判所は多くの国家（ドイツとイタリアを含む）が主権免除を要求する場合にも他国に与える場合にも、主権免除の制限に関して業務管理行為と主権行為を区別していることに留意する。そのようなアプローチは国連条約と欧州条約でも採用されている（米州機構における汎米法律委員会による 1983 年の米州主権免除条約草案も参照）。

60. 裁判所は、国際法が業務管理行為について主権免除問題をどのように取り扱っているかという問題の処理を求められていない。イタリア裁判所の手続の主題であったドイツ軍及び他の国家機関による行為は明らかに主権行為である。裁判所はイタリアが裁判官の質問に答えて、それらの行為は不法ではあるが主権行為とみなされると認めたことを留意する。裁判所は、「主権行為」「業務管理行為」という用語は、当該行為が適法であるという意味を含むものではなく、問題の行為を評価するために参照するのが主権行使を統制する法（主権法）であるか、それとも私的、商業的活動のような国家の非主権活動に関する法（業務管理法）であるかを示すものであると考える。この区別は国家がある行為について他国の裁判所で主権免除を享受できるか否かを決定する限りにおいて重要であり、それは裁判権が実行される前に適用されなければならない。それに反し行為が適法か違法かは裁判権の実行によってのみ判断される事柄である。本件は当該行為の違法性についてドイツが手続の全ての段階において認めているという特異な件であるが、裁判所はこの事実はそれらの行為が主権行為であるという性格を変更するものではないと考える。

61. 国家は一般に主権行為については免除を享受するという点について、両当事者間に争いはない。それは国連、欧州、そして米州条約草案、この問題について国内法を制定した国家の法令、国内裁判所の法理によって採用されているアプローチである。そのような中で、裁判所は本件手続によって提起された問題、すなわち国家の軍隊（及び軍隊と協力す

る国家のその他の機関)による武力紛争遂行過程における行為について免除が適用されるのかと言う問題にアプローチしなければならない。ドイツは主権行為について国家が享受する免除には重要な制限がなく、免除が適用されると主張する。イタリアは裁判所に提出した書面において、ドイツはイタリアの裁判所において二つの理由によって免除を享受できないと主張する。第一の理由は主権行為に関する免除は法廷地国内において人間の死傷や財物の毀損を招来した不法行為には及ばないというものであり、第二の理由はどこで問題の行為がなされたかにかかわらず、それらの行為は他のいかなる救済手段も存在せず、国際法の絶対的な性格に対する最も深刻な違反であるから、ドイツは免除を享受しない、というものである。裁判所は次にイタリアの各主張を検討することにする。

2. イタリアの第一の主張：不法行為例外

62. イタリアの第一の主張の核心は、法廷地国内における人の死傷や財産の損害を招来する不法行為については、それが主権行為であっても、もはや国家は免除を享受できないという地点まで慣習国際法は発展したということにある。イタリアは、この主張がイタリアで行われた行為についてイタリア裁判所に提起された請求についてのみ適用され、イタリアの領域外で拘束されてドイツを含むイタリア領域外に強制労働者として連行されたイタリア軍人収容者のケースには適用されないことを認めている。前記の主張の根拠として、イタリアは欧州条約に第 11 条、国連条約に第 12 条が採用されたという事実、そして専ら主権免除を扱う国内法を制定した 10 ケ国中（パキスタンを除く）9 ケ国が前記両条約と類似の条項を採用していることを指摘する。イタリアは、欧州条約には同条約は外国軍隊の行為には適用されないとの趣旨の条項（第 31 条）があることを認めるが、この条項は領域の主権国家の同意のもとに駐留する駐留軍隊の地位を規制する文書と条約の衝突を回避することを主な目的とする留保条項に過ぎず、国家が外国における軍隊の行動に関して免除を享受するという趣旨ではないと主張する。イタリアは、国連条約締結過程における、同条約が軍隊の行動に適用されないことを示唆する陳述（後記 69 項で論ずる）の重要性を否定する。イタリアは二つの国内法（英国とシンガポール）が外国軍隊に適用されないことも認めるが、外国軍隊による不法行為について裁判権を行使するその他の 7 ケ国（アルゼンチン、オーストラリア、カナダ、イスラエル、日本、南アフリカ、米国）に及ぶ重要な国家実行が存在すると主張する。

63. ドイツは、欧州条約第 11 条及び国連条約第 12 条は主権行為について主権免除を否定する限りにおいて、慣習国際法を反映していないと主張する。また、上記のどの条項も軍隊に適用することを予定していないから、いずれにせよ本件においては重要ではないとも主張する。ドイツはまた、イタリアの諸事件とギリシャにおけるディストモ事件を除けば、いかなる国の裁判所も武力紛争時における軍隊の行為について国家が主権免除を享受しな

いと判示したことはなく、反対に数カ国の裁判所においては、同種の事件について被告国家が主権免除を享受するという理由で明確に管轄権を否定したという事実を指摘した。

*

64. 裁判所は、主権免除は法廷地国の領域内における人の死傷や財産の損失を招来する行為に関する民事訴訟には及ばないという、交通事故やその他の「保険事故」から始まった見解についてまず検討する。そのような事件について、いくつかの国内裁判所が認定した主権免除制限は業務管理行為に限ったものとして扱われていた（例えばオーストリア最高裁判所 ホルベック対米国政府事件判決参照）。しかしながら裁判所は、主権免除に対する「不法行為例外」を規定する国内法の中に主権行為と業務管理行為を明確に区別した例が存在しないことに留意する。カナダ最高裁判所はカナダ国内法による例外規定がそのような区別に従うという見解を明確に否定した(シュライバー対ドイツ連邦共和国及びカナダ司法長官事件 (2002))。欧州条約第 11 条や国連条約 12 条においてもそのような区別は採用されていない。後に国連条約 12 条となった草案に対する国際法委員会の注釈は、これは意図的な選択であり、当該条項の適用は業務管理行為に限定されるものではないと述べている(国際法委員会年報 1991)。しかしながら、それが主権行為に適用しようとするものである限り、第 12 条は慣習国際法を代表するものではないと示唆したのはドイツだけではない。後に第 12 条となった国際法委員会の草案に対する批判のなかで、1990 年に中国は「この条文は主権行為と私法行為の区別を設けない点で制限免除主義の先を行っている」と批評した。また米国は 2004 年に国連条約草案に対する論評において、主権行為と業務管理行為の区別に配慮しない管轄権の拡張は「現在の国際法の原則と相容れないであろう」から、第 12 条は「主権行為と業務管理行為という伝統的な区別に矛盾なく解釈・適用されなければならない」と述べた。

65. 裁判所は本件において主権行為に適用可能な主権免除の「不法行為例外」が慣習国際法に存在するかという問題を一般的に解決することは求められていないと考える。裁判所に提起された争点は、法廷地国の領域において、外国軍隊またはそれと協働する他の国家機関によって、武力紛争遂行の過程でなされた行為に限られている。

66. 裁判所はまず、欧州条約第 11 条や国連条約第 12 条の採択が前項に記載した類型の行為について国家はもはや主権免除を享受しないというイタリアの主張に何らかの根拠を与えるものであるかを検討する。すでに裁判所が説明したように(前記第 54 項)、いずれの条約も本件の当事者間で効力を有しない。したがってこれらの条約の条項は、これらの条項とその採択と実施の過程から慣習国際法の内容を解明するという限りにおいてのみ本件と関連する。

67. 欧州条約第 11 条は不法行為例外を幅広い文言で宣言する。

「締約国は人に対する侵害又は有体財産に対する損害の救済手続において、傷害又は損害をもたらした事実が法廷地国の領域で発生し、かつ、傷害又は損害の加害者がこれらの事実が発生した時に当該領域内に存在した場合には、他の締約国の裁判所の管轄権からの免除を主張することができない。」

しかしながら、この条項は下記の第 31 条に照らして読まなければならない。

「この条約のいかなる条項も、締約国の軍隊が他の締約国の領域内にある場合において、軍隊又はそれに関連する何らかの作為不作為に関して締約国が享受する免除又は特権に対して影響を与えない。」

第 31 条の射程のひとつがこの条約と駐留軍隊の地位に関する各種の協定との関係であるとしても、第 31 条の文言はそれに限定されず、それらの軍隊が締約国との合意により駐留しているのか、その行為が平時に行われたか、武力紛争時に行われたかにかかわらず、外国軍隊の行為に関するあらゆる訴訟を条約の射程から除外している。協議手続のために作成された詳細な注釈を含む説明報告書は第 31 条について下記のように述べている。

「条約は武力紛争時に発生する事態を統制しようとするものでもなく、同盟国間の駐留軍の問題の解決のために援用され得るものでもない。通常それらの問題は特別協定により扱われる。」(第 33 条参照)。

.....

[第 31 条] 条約がこれらの問題に影響を与えると解釈されてはならない。(第 116 項)

68. 裁判所は同条約第 31 条は「留保条項」としての効力を有し、その結果軍隊の行為に対する主権免除は完全に条約の適用外にあり、慣習国際法によって判断されなければならないことについてイタリアに同意する。しかしながら結論的には、同条約に第 11 条の「不法行為例外」が含まれることは、国家は軍隊による不法行為について免除を享受できないという主張の根拠とはなり得ない。説明報告書が述べる通り、同条約第 31 条の効果は条約はこの問題に何の影響も与えないということである。下記の各国の裁判例は、第 31 条の趣旨は軍隊の不法行為についての主権免除は第 11 条の影響を受けないということであると結論づけた。

ベルギー(2000.2.18 ヘント第一審裁判所 ボッテルベルゲ対ドイツ国事件判決)、アイルランド(1995.12.15 最高裁判所 マッケルヒニー対ウィリアムズ事件判決)、スロベニア(憲法

裁判所 caseNo. Up-13/99)、ギリシャ (マリゲロス対ドイツ連邦共和国事件)、ポーランド(ポーランド最高裁判所 ナトニエヴスキー対ドイツ連邦共和国事件)。

69. 国連条約第 12 条は下記の通り規定する。

「いずれの国も、人の死亡若しくは身体の傷害又は有体財産の損傷若しくは滅失が自国の責めに帰するとされる作為又は不作為によって生じた場合において、当該作為又は不作為の全部又は一部が他の国の領域内で行われ、かつ、当該作為又は不作為を行った者が当該作為又は不作為を行った時点において当該他の国の領域内に所在していたときは、当該人の死亡若しくは身体の傷害又は有体財産の損傷若しくは滅失に対する金銭によるてん補に関する裁判手続において、それについて管轄権を有する当該他の国の裁判所の裁判権からの免除を援用することができない。ただし、関係国間で別段の合意をする場合は、この限りでない。」

欧州条約とは異なり、国連条約にはその射程から軍隊の行為を除外する条項は存在しない。しかし、国際法委員会の第 12 条への注釈はこの条項は「軍事紛争に関わる状況」には適用されないと述べる (国際法委員会年報 1991)。その上、国連総会第 6 委員会の主権免除条約特別委員会報告において特別委員会議長は「条約草案は軍事活動をカバーしないという一般的理解に基づいて準備されてきた」と声明した。

いかなる国もこの解釈に疑問を提出しなかった。その上、現在までに条約を批准した国家のうちの 2 ケ国であるノルウェーとスウェーデンが「条約が国際人道法に言うところの武力紛争や、国の軍隊が公務として遂行する活動を含む、軍事活動には適用されない」という理解を同趣旨の文言で宣言したことを裁判所は留意する。これら各種の証拠に照らし、裁判所は、条約第 12 条の存在は武力紛争の状況下に法廷地国の領域において他国の軍隊や協働機関により人の死亡若しくは身体の傷害又は有体財産の損傷をひきおこした行為に関する賠償手続については慣習国際法は主権免除を拒否しているという主張のいかなる根拠にもなり得ないと結論する。

70. 国内法の形式による国家実行について検討すると、専ら主権免除を主題とする法律を制定した国として両当事者が言及した 10 ケ国中 9 ケ国が法廷地国における死亡、傷害又は財産損害に関する賠償について国家は免除を享受できないという効果をもつ条項を採用していることを裁判所は留意する。(1976 米国外国主権免除法、1978 英国国家免除法、1981 南アフリカ外国免除法、1985 カナダ国家免除法、1985 オーストラリア外国免除法、1985 シンガポール国家免除法、1995 アルゼンチン裁判所における外国の免除に関する法律、2008 イスラエル外国免除法、2009 日本対外国民事裁判権法)。パキスタン国家免除法(1981)のみが類似の条項を含まない。

71. これらのうちの2つの法令（英国国家免除法、シンガポール国家免除法）は外国軍隊の行為に関する訴訟を適用から除外している。これに対応するカナダ・オーストラリア、イスラエルの条項では駐留国の同意を得て駐留している軍隊による行為、または駐留軍に関する法令によって定められた事柄についてのみ除外している。南アフリカ、アルゼンチン、日本の法令には除外条項が存在しない。但し日本の法令（第3条）は「この法律の規定は、条約又は確立された国際法規に基づき外国等が享有する特権又は免除に影響を及ぼすものではない」と規定する。

1976年の米国外国主権免除法には特に外国軍隊の行為に関する請求についての特別の条項はないが、「外国に対する、米国内で発生したその外国の不法な作為・不作為による人の死傷又は財産的損害についての金銭賠償」請求については免除を認めないという条項（1605(a)(5)）は「裁量権が濫用されたか否かを問わず、裁量権の行使又は不行使に基づくすべての請求」（1605(a)(5) (A)）には適用されない。他国の立法例がないこの条項の解釈として、米国の裁判所は米国内での暗殺に関与した外国のエージェントは免除を享受できないと判示した（米国コロンビア地方裁判所、1980 レテリエル対チリ共和国事件判決）。しかし、当裁判所は米国の裁判所がこの条項を武力紛争の過程における外国の軍隊や協働する機関による行為に適用することを求められた例を知らない。

実際、国内法に軍隊の行動についての一般的除外を規定していない7ヶ国のうち、この法律を武力紛争の過程における外国軍隊や協働機関の行為に適用することを裁判所が求められた国は存在しない。

72. 裁判所は次に軍隊の行為に関係する主権免除についての国内裁判所判決の形式の国家実行を検討する。外国の領域にその同意を得て駐留又は訪問している軍隊が不法行為に関与したとして訴えられた手続において国家が免除を享受するか否かについては、多くの事件について国内裁判所で検討されてきた。1934年1月のエジプト裁判所決定（Bassionni Amrane 対 John 事件）、1957年のベルギーブリュッセル控訴裁判所判決（S.A. Eau, gaz, électricité et applications 対 Office d'aide mutuelle）、そして1957年のドイツシュレースヴィヒ控訴裁判所判決（英国免除事件）は国内裁判所が外国軍隊の行為は主権行為であるとして免除を与えた初期の例である。その後、数カ国の裁判所が軍艦による損害について国家は免除されると判示した（2001 オランダ最高裁判所 米国対 エームスハーヴェン港湾局事件、1999.9.3 フランスエクサンプロヴァンス控訴裁判所第2裁判部 アリアンツ保険対米国事件判決、2000 イタリア破毀院（軍事演習による損害）トレント対米国事件判決）。英国の裁判所は外国軍隊の英国領域内での行為による不法行為訴訟において、当該行為が主権行為である場合には慣習国際法は免除を求めていると判示した（1995 控訴院リトレル対米国（No. 2）事件、2000 貴族院 オランダ対 ランペンウォルフ事件）。アイルランド最高裁

判所は、法廷地国の領域にいる外国軍隊の構成員による主権行為については法廷地国の許可がない場合にも国際法は外国政府に免除を与えることを求めていると判示した（1995 マッケルヒニー対ウィリアムズ事件）。その後、欧州人権裁判所大法廷はこの判断は国際法の広く支持された見解を反映したものであるから、免除の享受は欧州人権条約と矛盾するとみなされるべきではないと判示した（2001.11.21 マッケルヒニー対アイルランド事件判決）。本件で提起された特有の争点に直接かかわるものではないが、他のいかなる国の裁判所でも否定されたことがないと思われるこれらの司法判断は国家は外国の領域で軍隊が行った主権行為については免除を享受することを示唆している。

73. しかしながら、本件の目的のために最も適切な国家実行は、武力紛争時に軍隊によって行われたと主張されている行為に関する手続において国家が免除を享受するかという問題についての国内裁判所の判断の中に見出すことができると裁判所は考える。それらの全ての事件の事実関係はイタリア裁判所に提起された事件と非常に類似点の多い、第二次世界大戦中の事件に関するものである。この文脈において、フランス破毀院は第二次世界大戦中に占領下のフランスから連行された原告によって提起された事件についてドイツに一貫して免除を与えてきた(2003.12.16 ブシュロン事件、2004.6.2 X事件、2006.1.3 グロス事件)。裁判所はまた、フランス破毀院は2006年の判決にいたる手続において国際法に基づいて免除を与えたのであるから、フランスが欧州人権条約に違反したとは言えないと欧州人権裁判所が判示したことを留意する（2006.6.16 グロス対フランス事件決定）。

74. スロベニアとポーランドの最上級の裁判所も第二次世界大戦中に国内でなされたドイツ軍の違法行為についてドイツに免除を認めた。2001年、スロベニア憲法裁判所はドイツによる占領時にドイツに連行された原告がスロベニア最高裁裁判所が恣意的にドイツの免除を認めたと主張する訴訟において、ドイツは免除を享受すると判示した(2001年3月8日判決)。ポーランド最高裁判所は2010年10月29日ナトニエヴスキー対ドイツ連邦共和国事件判決において、1944年にドイツ軍が占領下のポーランドの村を焼き、数百人の住民を虐殺した際に負傷した原告による訴訟について、ドイツは免除を享受すると判示した。同裁判所は、フェッリーニ事件、ディストモ事件、マルゲロス事件の判断、欧州条約と国連条約の条項、その他の文書を広範に検討した上で、武力紛争の過程における軍隊の行為に起因すると主張される損害賠償については国家は今なお免除を享受すると結論づけたのである。ベルギー(2000.2.18 ヘント第一審裁判所 ボッテルベルゲ対ドイツ事件判決)、セルビア(2001.11.1 レスコヴァツ一審裁判所判決)、ブラジル(2008.7.9 リオデジャネイロ連邦裁判所 バレット対ドイツ連邦共和国事件判決;ブラジル領海内でのドイツ潜水艦によるブラジル漁船撃沈に関する訴訟についてドイツの免除を認定)の下級審もそれらの国の領域又は領海における戦争行為についてドイツは免除されると判断した。

75. 最後に、ドイツの裁判所も軍隊の行為についてはその行為が法廷地国で行われた場合にも不法行為例外は国際法による国家の免除享受を妨げないと結論づけたことを裁判所は留意する。(2003.6.26 連邦最高裁判所 ギリシャ市民対ドイツ連邦共和国事件判決；ドイツの免除享受を侵害しているとしてディストモ事件ギリシャ判決のドイツでの執行を否定)。

76. 本件の主題であるイタリアの諸判決を除けばイタリアの主張を支える司法実行が存在する唯一の国はギリシャである。ギリシャ最高裁判所のディストモ事件 2000 年判決は、それが武力紛争時の軍隊の行為には適用されないことに全く言及せずに不法行為例外について広範囲な議論を行っている。しかしながら ギリシャ最高特別裁判所はマルゲロス対ドイツ連邦共和国事件判決においてディストモ事件における最高裁判所の論理を否定し、ドイツは免除を享受すると判断した。特に、最高特別裁判所は不法行為例外は武力紛争遂行における国家の軍隊の行為には適用されないと判断した。この判決はディストモ事件の結論を変更するものではない。しかし今後外国軍隊のギリシャにおける行為が原因であると主張された賠償手続における免除の可否という同じ争点を扱うギリシャの裁判所その他の機関は、マルゲロス判決以降に慣習国際法が変化したと考えない限り、最高特別裁判所マルゲロス事件判例に拘束されることになるとギリシャは当裁判所に説明した。マルゲロス判決以降、第二次大戦中のドイツ軍の行為による損害であると主張してドイツに賠償請求した手続において免除を拒否したギリシャの裁判所は存在せず、最高裁判所も 2009 年決定において傍論ではあるがマルゲロス事件の論理を承認したとドイツは指摘した。マルゲロス判決と 2009 年の事件の傍論、更にディストモ判決の執行をギリシャ自身の国内で許可しなかったギリシャ政府の決定、欧州人権裁判所のカロゲロプルー他対ギリシャ・ドイツ事件 (2002 年 12 月 12 日決定)において前記決定を擁護したことを考慮すると、ギリシャの国家実行は全体としてイタリアの主張を裏付けるものではなく、むしろ否定するものであると裁判所は結論する。

77. 当裁判所の意見によれば、主権行為についての主権免除は、当該行為が法廷地国で行われたとしても、武力紛争の遂行における軍隊その他の国家機関による人の死傷や財産の損害をもたらす行為についての民事訴訟に引き続き適用されるという主張を司法判断の形式における国家実行は支持している。慣習国際法が免除を要求していると考えていることを明らかにしている諸国家の主張や、多くの国内裁判所の判断に示されるように、その実行には法的確信が伴っている。反対の司法判断がほとんど存在しないこと、現在までに裁判所が知り得る範囲では、国際法委員会の主権免除に関する作業や国連条約の採択の過程で慣習国際法はそのようなケースについて免除を要求していないという意見が各国から出されていないことも重要である。

78. 前記に照らし、裁判所は、慣習国際法は武力紛争の遂行過程において、国の軍隊その他

の国家機関が損害をもたらす行為を他国の領域で行ったとして訴えられている国に対して免除を認めることを現在も要求していると考える。この結論は裁判所が言及した欧州人権裁判所判決によって認められた(72, 73, 76 項参照)。

79. 従って、当裁判所は、本件におけるイタリアの主張に反し、ドイツに対する免除を拒否したイタリア裁判所の決定は不法行為例外によって正当化することはできないと結論づける。

3. イタリアの第 2 の主張: イタリア裁判所における主張の内容と請求が行われた状況

80. その第 1 の主張とは異なり、イタリア裁判所に提訴されたすべての請求に適用されるイタリアの第 2 の主張は、免除の拒否はイタリア裁判所に提起された請求の内容とその請求がなされた状況の特別な性格により正当化されるというものである。この請求には 3 つの要素がある。第一に、イタリアは、これらの請求の原因となった行為は武力紛争の遂行に適用される国際法の原理に対する深刻な違反であり、戦争犯罪と人道に反する罪を構成すると主張する。第二に、イタリアは、侵害された国際法規則は強行規範であると主張する。第三に、イタリアは、原告らは他のあらゆる形式の補償手段を拒否され、イタリアの裁判所による管轄権の行使は最後の手段として必要であると主張する。イタリアが口頭手続において、イタリア裁判所はこれらの 3 つの要素の効果を合わせて主権免除を拒否したと主張したことは認識するが、裁判所は次にこれらの各要素について検討することにする。

A. 違反の重大性

81. 第一の要素は、国家が武力紛争法(今日では国際人道法という用語が通常用いられるが、1943 年から 1945 年にはその用語は使用されなかった)に対する重大な違反をした場合、国際法はその国家に主権免除を与えない、又は少なくともその免除の権利を制限するという命題に依拠している。本件において裁判所は、イタリア裁判所の手続で提起されたドイツの軍隊その他のドイツ機関の行為は武力紛争法に対する重大な違反であり、国際法上の犯罪となるものであることをすでに明らかにした(前記 52 項参照)。問題はその事実がドイツの主権免除の享受を剥奪する効力を有するかにある。

82. しかしながら、裁判所はまず最初に免除の有効性がある程度違法行為の重大性にかかっているという主張には論理的問題があることを検討しなければならない。裁判権からの免除は、単に不利な判決を受けることからの免除にとどまらず訴訟手続に従うことからの免除でもある。したがって、それは必然的に予備的性格をもつ。その結果、国内裁判所は提起された本案について聴取する前、事実を確定する前に外国が国際法により免除を享受す

るか否かの判断を求められる。仮に免除の可否がその国家が実際に重大な国際人権法又は武力紛争法に違反したことに影響を受けるとすれば、国内裁判所は管轄権の有無を判断するために、本案について取調をしなければならないことになる。一方である国家から免除を剥奪するためには、その国家がそのような不法な行為をしたという単なる主張だけで充分であるとするれば、免除は事実上、請求の技巧的構成によって容易に否定されることになる。

83. とはいえ、裁判所はそれにもかかわらず、人道法又は武力紛争法に対する重大な違反の場合には国家は免除を享受できないという地点まで慣習国際法が発展したのかについて検討しなければならない。本件の主題となっているイタリア裁判所の判断を除けばそのような場合に国家は免除の享受を剥奪されるという主張を裏付けると考えられる国家実行はほとんど存在しない。ギリシャ最高裁判所がディストモ事件においてそのような論法を採用したが、最高特別裁判所は2年後にマルゲロス事件においてそれを否認した。当裁判所が前記第76項で指摘したように、ギリシャ法において後続ケースの裁判所は2002年以降に慣習国際法が変化すると判断しない限りマルゲロス事件の判例に拘束され、その後慣習国際法が変化すると判断した裁判所は存在しない。当裁判所は不法行為例外と同様に、ギリシャの実行は全体的に見るとイタリアによって提出された見解が慣習国際法の一部となったことを否定する主張を裏付けるものであると考える。

84. その上、慣習国際法は国家の主権免除享受が訴えられた行為の重大性や違反したとされる規則の絶対的性格に依拠するものとしては扱っていないことを示す他の国の多数の国家実行がある。

85. その実行は国内裁判所の判決に特に顕著である。国際人権法に対する重大な違反又は人道に対する犯罪又は戦争犯罪として訴えられた場合には、国際法はもはや主権免除を求めているとの趣旨の主張はカナダ(2004 オンタリオ控訴裁判所 ボウザリ対イランイスラム共和国事件; 拷問に対する訴え)、フランス(ブシュロン事件に関する2002.9.9 パリ控訴院及び2003.12.16 破毀院判決、2004.6.2 破毀院判決(X事件)、2006.1.3 破毀院判決(グロス事件); 人道に反する罪に対する訴え)、スロベニア(スロベニア憲法裁判所; 戦争犯罪と人道に反する罪に対する訴え)、ニュージーランド(2007 最高裁判所 ファン対ジャン事件判決; 拷問に対する訴え)、ポーランド(2010 ナトニエヴスキー事件最高裁判所判決; 戦争犯罪と人道に反する罪に対する訴え)、英国(2007 貴族院 ジョーンズ対サウジアラビア事件判決)の各裁判所において否定された。

86. 裁判所は裁判官からの質問に対する回答において、イタリア自身がイタリアの事件のこの側面についての不確実性について述べたことを留意する。イタリアは次のように述べた。

「イタリアは戦争犯罪と人道に対する罪は主権行為とみなすことができず、国家がその防御のために援用することができないという見解を認識している…イタリアはこの分野で主権免除の法は変化の過程にあることを認識しているが、現段階ではこの過程が新しい一般的な免除例外、すなわち国際犯罪から発生した賠償についての全ての訴えについて免除を否定する規則に結実するか否かははっきりしていないことも認識している。」

類似の不確実性はマンテッリ対マイエッタ事件におけるイタリア破毀院の命令においても顕著である(2008年5月29日命令)。

87. 裁判所は、フェッリーニ事件イタリア破毀院判決において根拠として挙げられているにも関わらず、2000年のピノチェト事件(3)英国判決は本件と関連性がないと考える。ピノチェト事件は元国家元首の他国における刑事訴訟からの免除に関するものであり、損害に対する責任を決定するための手続における国家自体の免除に関するものではない。前者の種類の政府高官の免除と後者の国家の免除の場合との区別についてはピノチェト事件で数人の裁判官が強調している(ハットン卿 pp.254,264、ミレット卿 pp. 278、フィリップス卿 pp. 280-281)。貴族院は後に2007年のジョーンズ対サウジアラビア事件においてこの区別を更に明確に説明し、ビンガム卿は刑事訴訟と民事訴訟の区別をピノチェト事件における「判断の根本」とであると述べた(para.32)。その上ピノチェト事件判決の論理は1984国連拷問禁止条約の特定の文言に依拠しており、その条約は本件とは関係がない。

88. 国内法に関連して、イタリアは米国外国主権免除法(1996年制定)の改正に言及した。その改正は特定の行為(例えば拷問、超法規的殺害)が米国政府により「テロ支援国家に指定」された国家によって行われたとして訴えられた場合、免除を与えないことにするというものである。裁判所はこの改正が他国の立法に例を見ないものであることに留意する。主権免除に関する国内法を制定した国の中で、訴えられた行為の重大性によって免除を制限するという条項を持つ国は皆無である。

89. さらに留意すべきことは、欧州条約、国連条約、そして米州条約草案では、違反の重大性や侵害された規則の絶対的な性格を根拠とする主権免除制限は規定されていないということである。国連条約にこのような条項が存在しないことはとりわけ重要である。なぜなら、条約案文の検討中にそのような条項が必要か否かという問題が提起されたからである。1999年、国際法委員会は国連総会第6委員会指摘された主権免除についてのいくつかの問題に関する国家実行の発展について検討するためのワーキンググループを立ち上げた。ワーキンググループはその報告書付録において、追加的事項として「国家による、強行規

範の性格を持つ人権規範違反を原因とする人の死傷の場合」に関する請求についての国家実行の発展に言及し、この問題は無視すべきではないが国際法委員会の条文案を訂正することは奨励しないと述べた(国際法委員会年報 1999)。その後この問題は国連総会第 6 委員会が創設したワーキンググループによって検討され、1999 年にこの問題は「ワーキンググループが成文化作業を行うに足りるほど熟していない」ので取り上げないことにすると決定したと報告し、もし何らかの措置が必要であれば、いかなる行動方針をとるかについて決定するのは第 6 委員会であると述べた。それに続く第 6 委員会の議論の中で強行規範違反による免除制限を条約に取り入れるべきであると提案した国はなかった。この歴史は国連条約が 2004 年に採択された際に諸国は慣習国際法が今イタリアが主張しているような形で主権免除を制限しているとは考えていなかったことを示していると裁判所は考える。

90. 国際人道法又は人権法に対する重大な侵害に関する場合には、国家はもはや免除を享受できないという主張を欧州人権裁判所は受け容れなかった。2001 年、同裁判所の大法廷は 9 対 8 の僅差で次のとおり結論づけた。

「国際法における拷問禁止の特別な性格にも関わらず、裁判所は提出された国際文書、裁判例又はその他の資料の中から、国際法の問題として、国家は拷問行為について申立てがあった外国の民事訴訟において、もはや免除を享受できないと結論づける確固とした根拠を見出すことができなかった。」(アル・アドサニ対英国事件)

翌年、カロゲロプルー他対ギリシャ・ドイツ事件において、欧州人権裁判所はディストモ判決による執行についてギリシャ政府が許可を拒否したことに係る請求を棄却し、次のように述べた

「裁判所は、国家は外国において提起された人道に反する罪についての賠償を求める民事請求に関して免除を享受できないという命題の国際法における受容が確立されたとは認めない。」(2002 年 12 月 12 日判決)

91. 当裁判所は、現存する慣習国際法の下では、国家は国際人権法又は武力紛争法に対する重大な違反があったとして訴えられたという理由によって免除を剥奪されることはない結論する。そのように結論するにあたり、当裁判所は、これは外国の裁判所における裁判権からの国家それ自体の免除に関するものにすぎず、免除が国家の高官に対する刑事訴訟において適用されるか、適用されるとすればいかなる範囲においてかという問題は本件の争点ではないことを強調しなければならない。

B. 強行規範と主権免除規則の関係

92. 裁判所は次に、ドイツが 1943 年から 1945 年にかけて違反した強行規範規則を強調するイタリアの主張の第 2 の要素を検討する。この主張は、武力紛争法の一部をなす強行規範規則とドイツへの主権免除付与は抵触するということを前提とする。これによれば、強行規範は条約上の国際法規則であれ、慣習国際法上の国際法規則であれ、常に強行規範に矛盾する国際法規則に優先する。そしてある国が他国の裁判所における免除を与える規則は強行規範ではないから、免除規則は強行規範に道を譲らねばならないというのである。

93. 従って、この主張は国家が他の国家に対して免除を与える事を求める慣習法と強行規範との間の抵触の存在を前提としている。しかしながら、裁判所の見解ではそのような抵触は存在しない。占領地における民間人虐殺、奴隷労働のための民間人の連行、奴隷労働のための戦争捕虜の連行を禁止する武力紛争法が強行規範であると仮定すると、これらの規則と主権免除には抵触は存在しない。両者の規則は別の事柄に関するものである。主権免除規則は手続的性格であり、その効力はある国家の裁判所が他の国家に関して裁判権を行使してよいかを決定することに限定される。この規則は手続の原因となった行為が適法か違法かという問題には関係がない。これが（裁判所が前記 58 項で説明したとおり）、現在の主権免除法が 1943 年から 1945 年に起きた事件に関する手続に適用されても、問題の適法性と責任の判断について法は遡及適用されないという原則に反しない理由である。同じ理由で、慣習国際法により外国に免除を認めることは、強行規範違反により創出された状況を適法と認めたり、その状況の維持に支援や援助をすることを意味するものではなく、したがって国際法委員会の国家責任条約草案第 41 条の原則に矛盾しない。

94. 本件において、虐殺、連行、奴隷労働禁止規則に対する違反は 1943 年から 1945 年にかけて起こった。これらの行為の違法性はすべての関係者により公然と認められている。これらの違反を原因とする請求についてイタリアの裁判所が裁判権を有するか否かを決定するための主権免除規則の適用は、侵害された規則とはいかなる抵触も生じえない。また、元の不法行為より、不法行為を行った国の賠償義務に焦点をあてることにより増強される主張でもない。賠償義務はそれを実現させる規則とは独立して存在する規則である。主権免除は後者にのみ関連する。外国に免除を与えるという決定は、それが元の不法行為を禁止する規則に抵触しないのと同様に損害賠償義務とも抵触しない。その上、ほとんどの平和条約や戦後清算は賠償の支払いを求めないという解決か一時金の支払い又は相殺の利用を採用してきたという一世紀にわたる実行の背景に反し、全ての 1 人 1 人の個人の被害者に完全な代償の支払いを求める規則が諸国家の国際社会において、ひとつとして逸脱を許さない規則として受け容れられ、国際法に含まれていると見るのは難しい。

95. 裁判所は、強行規範以外のあらゆる規則は適用すれば強行規範の執行を妨げる可能性の

ある限りにおいて、直接の抵触がない場合にも適用されないという主張には理由がないと考える。強行規範は逸脱を許さない規則である。しかし、裁判権の射程及び範囲並びについて行使されうるかを決定する規則は強行規範を含む実体規範からの逸脱ではなく、それらの規則の修正を求めたり適用を排除する効力が強行規範概念に内在しているものでもない。裁判所は、その採用が、施行されうる強行規範を利用できなくなる結果となるにも関わらず、このアプローチを 2 つの事件で採用した。軍事活動事件において、裁判所は強行規範の性格をもつ規則が裁判所に本来有しない管轄権をあたえることはないと判断した（コンゴ領における軍事活動事件(コンゴ民主共和国対ルワンダ)判決)。逮捕状事件において裁判所は、表現としては強行規範の概念には言及しなかったものの、外交部長官が疑いもなく強行規範の性格を有する規則に違反する罪に問われたということはコンゴ民主共和国が彼に代わって免除を要求する慣習国際法の特権を剥奪するものではないと判断した。(2000年4月11日の逮捕状事件(コンゴ民主共和国対ベルギー)判決)。裁判所は他国における手続からの主権免除に関する慣習国際法の適用についても同様の論理が該当すると考える。

96. その上、強行規範の効果が主権免除の法を排除するという主張は下記の国内裁判所で否認されてきた。英国(貴族院 ジョーンズ対サウジアラビア事件判決)、カナダ(オンタリオ控訴裁判所 ボウザリ対イランイスラム共和国事件判決)、ポーランド(最高裁判所 ナトニエヴスキー事件判決)、スロベニア(スロベニア憲法裁判所 No. Up-13/99,)、ニュージーランド(最高裁判所 ファン対ジャン事件判決)、ギリシャ(最高特別裁判所 マルゲロス事件判決)。また、欧州人権裁判所もアル・アドサニ対英国事件とカロゲロプール他対ギリシャ及びドイツ事件(前記90項で論じた)において詳細な検討の末に同様の判断をした。なお、裁判所は、フランス破毀院の2011年3月9日リュニオン航空対リビア・アラブ ジャマーヒリーヤ国事件判決が上記と異なる結論を裏付けるものとは考えない。破毀院はこの判決で、仮に強行規範が主権免除に対する適法な制限を構成するとしても、そのような制限はこの事件の事実においては正当化されないと述べたに過ぎない。したがって本件の主題であるイタリア裁判所の判決は、この部分のイタリアの第2の主張のこの部分が依拠する理論を受け容れた唯一の国内裁判所判断ということになる。その上前記70項～71項で検討した主権免除に関する国内法の中に強行規範違反として訴えられた場合に免除を制限するものは存在しない。

97. よって、裁判所は仮にイタリア裁判所の手続に強行法規違反が関係したとしても、主権免除に関する慣習国際法の適用はそれに影響を受けないと結論する。

C. 「最後の手段」の主張

98. イタリアの主張の第三の要素は、さまざまなグループの被害者らが賠償を確保するため

にイタリアの手續の中で行った他の試みがすべて不成功に終わったから、ドイツが享受してきた免除を拒否したイタリアの裁判所の判断は正当化されるというものである。これに対しドイツは、第二次世界大戦直後、ドイツは複雑な一連の国際協定による賠償のために莫大な経済その他の犠牲を払ったが、当時の経済的現実を反映してどの連合国もその国民が負った損害に対する完全な賠償を受領できなかつたと反論する。また、ドイツは1961年の2つの合意によるイタリアに対する支払、より最近では2000年連邦法によりドイツに強制労働力として違法に連行されたさまざまなイタリア人に対する支払が行われたことを指摘する。イタリアは、しかしながら多数のイタリア人被害者が、それにも関わらず全く賠償を受けずに残されていると主張する。

*

99. 裁判所はドイツが戦争犯罪と人道に反する罪のイタリア人被害者らに対する補償措置を確立するための重要な対策を積み重ねてきたことに留意する。しかしながら、ドイツは戦争捕虜は強制労働者としての補償の対象ではないことを理由にその国家補償計画から大部分のイタリア軍人収容者の請求を除外することを決定した（前記26項参照）。圧倒的多数のイタリア軍人収容者は実際にはナチス当局から戦争捕虜としての待遇を拒否された。そのような歴史にもかかわらず、2001年にドイツ政府は、それらの収容者は法的に戦争捕虜の地位を有していたから補償を受ける資格がないと決定した。裁判所は、ドイツが当時戦争捕虜の地位の承認を拒否し、戦争捕虜として保証される法的保護を否定したにも関わらず、被害者らがその地位を有していたことを理由に補償を否定するとは驚くべきことであり、遺憾であると考える。

100. その上、政府高官の刑事手続からの免除という異なる文脈においてではあるが、裁判所がすでに判示した通り、免除が特定の事件について裁判権の行使を妨げるという事実は、実体国際法の適用可能性に影響を与えるものではない（2001年4月11日の逮捕状事件（コンゴ民主共和国対ベルギー）判決、刑事司法共助に関する特定問題事件（Djibouti対フランス）判決も参照）。この文脈において、裁判所は国家が他国の裁判所において免除を享受することはその国家が国際的責任や賠償義務を負うか否かという問題とは全く別個の問題であることを指摘する。

101. それにもかかわらず裁判所は、ドイツのイタリア被害者に対する補償対策の欠陥が、ドイツから裁判権免除を奪う権限をイタリア裁判所に与えるというイタリアの主張を受け容れることができない。裁判所は、主権免除の享受は補償を確保するための有効な代替手段の存在にかかっているという慣習国際法を導くことができる国家実行を見出すことができない。この問題に関する国内法の中にも、免除の抗弁に対する国内裁判所の判断の中にも、免除の享受がそのような前提条件にかかっているといふいかなる証拠もない。欧州条

約にも国連条約にもそのような条件は含まれていない。

102. その上、そのような条件が存在すると仮定すると、とりわけ本件のように請求が広範囲な政府間交渉の主題となってきた場合には、その適用はきわめて実行困難であることを裁判所は看過することができない。仮にイタリアの主張に従うと、そのような交渉が進行中であり、妥結が期待されるときには免除が適用されるが、国際合意の期待が失われたと考えられる時点で免除が停止されることになるであろう。しかし関係国中の一国の国内裁判所は、いつその時点が到来したかを判断するのに適しているとは言えそうもない。その上、イタリアも認めるように戦争直後には普通におこなわれた一括支払いによる解決が行われた場合、特定の原告が現在も賠償を受ける資格を有しているか否かは解決の詳細と資金の受領国（この場合には法廷地国）がそれをいかに配分したかについての裁判所による調査にかかることになる。戦争直後に補償合意として資金を受領した国家がその資金を国民である被害者個人に分配せず国家経済や社会基盤の再建のために使用することを選択した場合、個人が金銭の分配を受けられなかったという事実がどうして資金を彼らの国籍国に支払った国家に対する請求の根拠になるのか理解困難である。

103. したがって裁判所はドイツはこの理由により免除を拒否され得るというイタリアの主張を認めない。

104. この結論に至る過程において、裁判所は国際法によるドイツの裁判権からの免除が、関係するイタリア国民に対する法的補償を不可能にする可能性があることを認識しなかった訳ではない。しかしながら、イタリアにおける手続の根拠となった、第 99 項で述べたイタリア軍人収容者とその他の未補償を訴えるイタリア国民の請求は、この問題の解決の見地から行われる今後の 2 国間交渉の主題となるであろう。

D. イタリアが主張する「事情の複合的効果」

105. 口頭手続の中でイタリアの代理人は、イタリア裁判所のドイツに対する免除拒否が正当化されるのは違反の重大性、違反された規則の地位及び代替的救済手段の不存在の累積的効果によるものであるから、イタリアの第 2 の主張の 3 つの要素は一体として検討されねばならないと主張した。

106. 裁判所はすでにイタリアの第 2 の主張の 3 つの要素のいずれも、それ自体としてイタリア裁判所の行為を正当化するものではないと判断した。これらが複合すればそのような効果を生ずるという主張は説得的ではない。国家実行について検討しても、これらの要素のうち二個又は三個全ての同時存在により本来享受すべきであった被告国家に対する主権

免除付与の拒否を正当化したものは存在しない。

事情の複合的効果の主張が、国内裁判所は一方で裁判権を実行することを正当化する可能性のある各種の事情、他方で免除を守ることに伴う利益という異なる要素を比較衡量すべきだという意味であれば、そのようなアプローチは主権免除の本質からみて賛同できない。本判決の第 56 項で説明したように、主権免除の根拠である国際法によれば、これは外国の権利である。その上同第 82 項で説明したように、国内裁判所は免除に関する問題を本案を検討する前の手続の冒頭で判断しなければならない。したがって免除が求められた国内裁判所に係属する各事件特有の事情の比較衡量の結果に主権免除の可否を依拠させることはできない。

4. 結論

107. よって当裁判所は、当裁判所が慣習国際法により享受すると判断した主権免除をイタリア裁判所が否定した行為は、イタリアがドイツに対して負う義務の違反となると判断する。

108. したがって、当事者間でかなり詳細に争われたいくつかの論点については裁判所は判断の必要がない。特に国際法は武力紛争法違反の被害者である個人に直接補償を請求する権利を与えているというイタリアの主張の当否について裁判所は判断する必要がない。また、平和条約第 77 条第 4 項及び 1961 年協定の条項はイタリアにおける手続の主題についての拘束力ある請求権放棄条項であるというドイツの主張の当否についても判断する必要がない。これは、もちろん、これらは重要な問題ではないという趣旨ではなく、本件の限りにおいて判断の範囲に含まれないというに過ぎない。ドイツは第二次大戦中の戦争犯罪と人道に反する罪についてイタリアやイタリア国民個人に対して今でも責任を負っているのかという問題はドイツの免除享受に影響を与えない。同じように、免除の問題に関する裁判所の判断はドイツが責任を負うか否かの問題について影響を与えない。

IV. イタリア領内に存在するドイツ財産に対してとられた強制措置

109. ギリシャのリヴァニア一審裁判所判決でドイツに対する賠償請求を認められたギリシャ人原告らは、同判決のイタリアにおける執行を承認したフィレンツェ控訴院 2006 年 6 月 13 日判決に基づき、2007 年 6 月 7 日、コモ地方土地登記所において、コモ湖近郊に位置するドイツの国有財産であるヴィラ・ヴィゴーニに対して裁判上の抵当権を設定した。(前記第 35 項)

110. ドイツは裁判所において、そのような強制措置は国際法によって享受する強制執行か

らの免除に違反すると主張した。イタリアはその措置を正当化しようとしなかった。反対に、イタリアは裁判所において、イタリアは「ヴィラ・ヴィゴーニに設定された抵当権登記の抹消をイタリアに義務づける裁判所のいかなる決定についても異議がない」と表明した。

111. 2010年4月28日政令第63号、2010年6月23日法律第98号、2011年12月29日政令第216号により、当該抵当権は当裁判所に本件が係属中であることを考慮して効力が停止された。しかしながら、それは取消されていない。

112. 裁判所は、上記のように抵当権の効力が停止され、当該強制措置の国際的合法性についてのイタリアの主張・立証が存在しないにも関わらず、当事者間のこの問題に関する紛争は未だに存在し、この主題は消滅していないと考える。イタリアはヴィラ・ヴィゴーニに対する裁判上の抵当権はイタリアの国際的義務に反する措置であることを公式に認めたのではない。また前記のとおり、措置の効力を喪失させたのでもなく、単にそれを停止したのみである。イタリアは代理人を通じて裁判所に、イタリア裁判所のドイツに対する決定は法律により当裁判所の決定までの間停止され、それらの決定の執行は「イタリアはドイツの訴える不当な行為をしていないと裁判所が決定した場合にのみ行われる」と述べた。それはヴィラ・ヴィゴーニに対する抵当権は当裁判所がそれが国際法に違反しないと結論した場合再び活性化することを意味している。当裁判所にそのような結論を要求しないまま、イタリアはそれを排除せず、適切な措置を直ちにとることなく裁判所の判断を待っているのである。つまり、ヴィラ・ヴィゴーニに対してとられた強制措置をめぐる紛争に関するドイツの第2の申立について両当事者が判断を求めていることになるから、裁判所は判断しなければならない。

113. この点についての申立に十分な理由があるか否かを検討する前に、裁判所は、外国の領域にある自国の財産に対する執行からの免除は、同じ国家が外国の裁判所で主権免除を享受する問題から更に踏み込んだ問題であることを述べておく。仮にある国が主権免除を要求できない状況の下で適法に判決を宣告されたとしても、それだけではその判決を受けた国家を法廷地国または当該判決を有効とみなす第三国における強制措置に従わせてよいということにはならない。同様に、外国裁判所における主権免除の放棄は、それ自体ではその国家が外国に所在する所有財産についての執行免除を放棄したことを意味しない。執行免除を規制する慣習国際法の規則と主権免除（厳密にいうと、外国の裁判権に服さない国家の権利）を規制する慣習国際法の規則は別個のものであり、別個に適用されなければならない。

114. 前項の趣旨は、本件において裁判所は、ドイツに対する金銭賠償を認容したギリシャ

判決の執行のためにヴィラ・ヴィゴーニへの強制措置として設定された抵当権がドイツの執行免除に違反しているか否かの判断をするにあたり、ギリシャ判決自体が主権免除違反であるか否かを判断する必要はないということを意味する。同様に、本件強制措置が執行免除に適用される規則に照らして国際法上適法かという問題は、ギリシャ判決のイタリア領内での執行を承認したイタリア裁判所の判断が主権免除に適用される規則に照らして国際法上適法かと言う問題とは別個であり、別個に検討されなければならない。後者の問題はドイツからその第三の申立の主題として裁判所に提出されたものであり(第17項参照)、本判決では後に検討することにする。

115. ドイツはここで問題となっている論点についての自らの主張を裏付けるため国連条約第19条に規定された規則を引用した。同条約は発効していないが、ドイツの見解によればそれは執行免除の問題について一般国際法の下に存在する規則を成文化したものである。したがってその文言はその問題に関する慣習法を反映しているから拘束力があるという。

116. 「判決後の強制的な措置からの免除」と題された第19条は次のとおりである。

「いずれの国の財産に対するいかなる判決後の強制的な措置（差押え、強制執行等）も、他の国の裁判所における裁判手続に関連してとられてはならない。ただし、次の場合は、この限りでない。

- (a) 当該国が、次のいずれかの方法により、そのような強制的な措置がとられることについて明示的に同意した場合
 - (i) 国際的な合意
 - (ii) 仲裁の合意又は書面による契約
 - (iii) 裁判所において行う宣言又は当事者間で紛争が生じた後に発出する書面による通知
- (b) 当該国が当該裁判手続の目的である請求を満たすために財産を割り当て、又は特定した場合
- (c) 当該財産が、政府の非商業的目的以外に当該国により特定の用途に使用され、又はそのような用途が予定され、かつ、法廷地国の領域内にあることが立証された場合。ただし、そのような強制的な措置については、裁判手続の対象とされた団体と関係を有する財産に対してのみとることができる。」

117. 国連条約の策定にあたってこれらの条項は長期にわたる困難な議論を引き起こした。裁判所は本件の目的のためには第19条の全ての内容が現在の慣習国際法を反映しているかについて判断する必要はないと考える

118. 実際は、裁判所にとっては、外国所有の財産に対するいかなる強制措置も、それが実行される前に充足すべき下記の条件のうち、少なくとも一つの条件が満たされていることが確認できれば十分である。それは、当該財産が政府の非商業的目的以外の活動に使用され、又は当該財産を所有する国が強制的な措置の実行に明示的に同意し、又は当該国が当該財産を法的請求を満たすために割り当てたことである。（この確立された実行の例として下記の裁判例がある。1977.12.14 ドイツ憲法裁判所判決、1986.4.30 スイス連邦裁判所判決（スペイン王国対X会社事件）、1984.4.12 イギリス貴族院判決（アルコム株式会社対コロンビア共和国事件）、1992.7.1 スペイン憲法裁判所判決（アボット対南アフリカ共和国事件））。

119. 本件において、当該強制措置の対象となった財産は政府の完全に非商業的な目的、したがってドイツの主権機能に属する目的のために使用されていることが明らかである。実際、ヴィラ・ヴィゴーニはドイツとイタリアの文化交流の促進を目的とする文化センターの所在地である。この文化センターは1986年4月21日付の交換文書の形でなされた両政府間の合意に基づいて組織・運営されている。当裁判所においてイタリアは、当該機関を「研究・文化・教育分野におけるイタリアとドイツの協力のための優秀なセンター」と表現し、イタリアは「その独特の両国による運営のしくみ」に直接に関与してきたこと認めている。ドイツは当該抵当権設定のような強制措置の行使についていかなる方法によっても明示の同意をしたことがなく、ヴィラ・ヴィゴーニをドイツに対する法的請求を満たすために割り当てたこともない。

120. これらの事情の下で、当裁判所はヴィラ・ヴィゴーニに対する裁判上の抵当権の登記は、ドイツに対する免除を尊重すべきイタリアの義務への違反となることを認める。

V. ドイツに対する民事請求を認容したギリシャ裁判所判決の イタリアにおける執行を承認したイタリア裁判所の決定

121. ドイツは第3の申立において、ディストモ村虐殺事件に関する訴訟でギリシャ裁判所が宣告した判決のイタリアにおける執行を承認したイタリア裁判所の決定によっても、ドイツの主権免除が侵害されたと主張する。1944年6月にギリシャの村で起きたドイツ軍による虐殺事件の被害者の承継人が1995年にギリシャの裁判所にドイツに対する損害賠償訴訟を提起した。地域管轄を有するリヴァディア一審裁判所は1997年9月25日の判決で原告らに対する賠償の支払いをドイツに命じた。判決に対するドイツの上訴は2000年5月4日、一審裁判所判決の最終審であるのギリシャ最高裁判決により棄却され、同時にドイツに対して上訴審における訴訟費用の支払いが命じられた。一審裁判所と最高裁判所で勝訴した原告らはギリシャとドイツで執行できなかったため（前記30、32項参照）、それらの

判決のイタリアでの執行の承認を求めてイタリアの裁判所に申請した。フィレンツェ控訴院はリヴァディア一審裁判所で認められた金銭賠償については 2006 年 6 月 13 日の決定によりこれを承認し、ドイツによる異議申立を経て 2008 年 10 月 21 日の決定で承認を確認し、ギリシャ最高裁判所で認められた訴訟費用については、2005 年 5 月 2 日の決定で承認し、ドイツによる異議申立を経て、2007 年 2 月 6 日に承認を確認した。後者の決定は 2008 年 5 月 6 日、イタリア破毀院により維持された。リヴァディア一審裁判所判決について承認を与えた決定についてもイタリア破毀院に上訴されたが、破毀院は 2011 年 1 月 12 日に上訴を棄却した。

122. ドイツはイタリアにおける 1943 年から 1945 年の戦争犯罪についてのイタリア裁判との関係でドイツが援用したのと同じ理由で、ギリシャ最高裁判所の判決はそれ自体ドイツの主権免除を侵害して宣告されたとして、リヴァディア裁判所とギリシャ最高裁判所の判決の執行を承認したフィレンツェ裁判所の決定はドイツの主権免除を侵害していると主張する。

123. これに対しイタリアは、本判決の第Ⅲ節で提起され議論されたのと同じ理由で、ギリシャ裁判所の判決にも、その判決のイタリアにおける執行を承認したイタリア裁判所の判決にも、ドイツの主権免除に対する侵害はないと主張した。

124. まず留意すべきことは、ドイツの第 3 の申立における主張は、前に提起され、前記第Ⅳ節（109 項から 120 項）で議論された主張とは完全に分離・区別されるということである。裁判所がここで検討しようとしているのは、ヴィラ・ヴィゴーニに対する裁判上の抵当権のような強制措置がドイツの執行免除を侵害するかという問題についてではなく、ギリシャで認められた金銭賠償のイタリアにおける執行を承認したイタリア判決、又はその結果としての強制措置が原告の裁判権からの免除を侵害したか否かである。ヴィラ・ヴィゴーニに対する強制措置は専らリヴァディアのギリシャ裁判所の判決の執行を承認するフィレンツェ控訴院の判決によって課すことができたので、これらの二つの側面には関連があるが、それにも関わらず二つの問題は明確に区別される。前記の部分で議論されたのは執行からの免除に関する問題であり、裁判所がここで論じようとしているのは裁判権からの免除である。前に述べたとおり、二つの形態の免除は異なる規則により規制される。

125. 裁判所はここで、外国に対して提起された請求の本案について宣告した判決についてではなく、外国の裁判所が第三国に対して宣告した判決の法廷地国領域内での執行の承認を求める請求について、裁判権の免除の問題をどのように考えるかについて説明する。このようなケースでは裁判所は免除を主張する外国に対する直接の判決を求められているのではなく、被告国家の裁判権免除を規制する規則をすでに検討・適用したと考えている他

国の裁判所が宣告した判決の執行の承認を求められているという事実から困難が生ずる。

126. 本件において両当事者は、このような状況では承認の請求を受けた裁判所が第三国の主権免除を尊重したか否かは専ら第三国に対する本案の判決を宣告した外国裁判所によって免除が尊重されたか否かにかかっているという基準により主張しているようである。すなわち、両当事者はフィレンツェ控訴院がリヴァディア裁判所とギリシャ最高裁判所の判決の執行を承認することによりドイツの主権免除を侵害したか否かは、ドイツがギリシャで訴えられた手続における抗弁の中で主張した主権免除にこれらの判決自体が違反したか否かに依存すると問題設定しているようである。

127. 国内裁判所が外国判決に承認を与える前に、その判決が被告国家の免除を侵害して宣告されたものでないか確認することには何の支障もない。しかしながら、当裁判所は本件の目的のためには全く異なる観点からこの問題を検討すべきであると考え。当裁判所の見解によれば、フィレンツェ控訴院がドイツの主権免除に違反したか否かを判断するためにはギリシャ裁判所の決定自体が免除を侵害したかという問題について判断する必要はないばかりか、判断することができない。それは本件において当事者の地位にないギリシャ国家の権利・義務について判断することになるからである(1943年にローマから移送された貨幣用金事件(イタリア対フランス、英国、米国)、東ティモール事件(ポルトガル対オーストラリア)判決参照)。裁判所の観点によれば、本件の目的のために重要な問題はイタリアの裁判所自身が承認を認容するにあたってドイツの主権免除を尊重したのかであり、承認の対象となった判決を宣告したギリシャの裁判所がドイツの主権免除を尊重したか否かではない。この種の状況下では上記の二つの問題への回答が同一である必要はない。当裁判所がここで検討しなければならないのは第一の問題のみである。

128. ある裁判所に対し本件のように第三国に対する外国判決の承認が請求された場合、その裁判所は当該第三国に関する裁判権の行使を求められている。確かに承認申請の手続の目的は本案の紛争についての判断ではなく、すでに存在する判決の本案を宣告した裁判所の国以外の領域での執行を可能にする宣告に過ぎない。したがってすでに判決が出されている事件の実質についてあらゆる側面から再検討することは承認裁判所の任務ではない。それにも関わらず、承認裁判所は承認可否の決定によって、外国判決に対して法廷地国で本案について宣告された判決と同様の効果を与えることに帰着する裁判権を行使するという事実は残る。したがって、その裁判所に提起された手続は外国判決の対象となった第三国に対して行われたものとみなされなければならない。

129. これについて裁判所は国連条約第6条第2項の次の文言に留意する。

「いずれかの国の裁判所における裁判手続は、次の場合には、他の国に対して開始されたものとみなす。

- (a) 当該他の国が当該裁判手続の当事者として指定される場合
- (b) 当該他の国が当該裁判手続の当事者として指定されていないが、当該裁判手続が実際には当該他の国の財産、権利、利益又は活動に影響を及ぼすものである場合」

この文言を承認手続に適用すると、このような手続は外国判決の対象となった国家に向けられたものとみなさなければならないことを意味することになる。実際、それが（認められなかったとはいえ）、フィレンツェ控訴院の承認決定に対して異議申立をしたり承認判決についてイタリア破産院に上訴したりする資格がドイツに与えられた理由である。

130. 上記により、第三国に対する外国判決の承認を求められた裁判所は、その外国判決が判断した事件の性質を考慮し、承認申請が係属する国の裁判所において被告国家が主権免除を享受するか否かを自ら検証しなければならない。言い換えるなら、外国判決の主題となったものと同種の本案紛争がその裁判所自体に提起された場合、被告国家に主権免除を与える国際法の義務があるか否かをその裁判所は自ら検証しなければならない。（2010 カナダ最高裁判所 クウェート航空対イラク事件判決、2011 英国最高裁判所 NML キャピタル株式会社対アルゼンチン共和国事件判決参照）。

131. したがって、この論理に照らすと、ドイツに対して宣告されたギリシャ判決のイタリアにおける執行を承認したイタリア裁判所はドイツの免除を侵害したことになる。本判決の前記第Ⅲ節で述べた理由により、執行の承認の対象となったギリシャ判決（即ち、ディストモ事件）の主題と同種の本案訴訟が仮にイタリア裁判所に提起された場合、イタリア裁判所はドイツに免除を与える義務を負っていた。したがって、イタリア裁判所はドイツの主権免除に違反することなくギリシャ判決を承認することは不可能であった。

132. このような判断をするにあたり、ギリシャ裁判所自体がドイツの免除を侵害したかという問題について判断する必要はない。その問題は当裁判所に提起されていない上、前述の理由により判断することができない。例えば、被告国家が本案の口頭弁論で免除を放棄した場合のように、本案について宣告された判決が被告国家の主権免除に違反していないが他国で提起された承認手続は被告の免除により妨げられるということは、ある状況下では十分に起こり得ることを当裁判所は一般論として指摘するにとどめることにする。それが、二つの問題が別個であること、および当裁判所がギリシャ裁判所の判決の適法性について判断しないことの理由である。

133. よって、当裁判所はフィレンツェ控訴院の上記の判決はイタリアがドイツの主権免除

を尊重する義務に違反したものであると結論する。

VI. ドイツの最終申立と救済措置要請

134. 口頭手続末尾の最終申立においてドイツは当裁判所に6件の要請をした。そのうち最初の3件は宣言的判決、残りの3件は既成の違反に対する原状回復を要求するものである（前記第17項参照）。当裁判所はこれらの要請について主文において判断することを求められている。

135. 前記第Ⅲ節、第Ⅳ節、第Ⅴ節で述べた理由により、当裁判所はイタリアが1943年から1945年のドイツによる国際人道法違反に起因する民事請求を許容することによりドイツが国際法上享受する主権免除に違反したとの宣言、ヴィラ・ヴィゴーニに対して執行措置をとることによりドイツに対する主権免除に違反し、上記と類似の事件についてのギリシャ判決を承認することによりドイツの免除を侵害したことの宣言を求めるドイツの最初の3件の要請を認容する。

136. ドイツは第4の申立において、イタリアが国際的責任を負うと判断し、宣言することを裁判所に求めた。

イタリアによる国際法上の法的義務に対する違反は、一般国際法の効果として不法行為による損害の完全な修復の義務についてのイタリアの国際的責任をとることは疑いない。本件における修復義務の概要は下記においてドイツの第5第6の申立とともに検討される。それらについての当裁判所の判断は主文において示されるであろう。一方特定の義務に違反したという認定から責任は当然に推定されるから、主文にイタリアが国際的責任を負う旨の宣言を含めることは完全に過剰であり、当裁判所は必要を認めない。

137. 第5の申立において、ドイツはイタリアが自らの選択によりその裁判所その他の司法機関によるドイツの主権免除を侵害するすべての決定を無効にすることを保証するあらゆる手段をとるよう命ずることを当裁判所に要請した。これは関連する決定は全て効力を喪失すべきであることを意味すると理解される。

国際違法行為の責任に関する一般国際法によれば、国際法委員会による国際違法行為に対する国家責任条約草案第30条に表現されているように、国際違法行為に対し責任ある国家は、違法行為が継続している場合にはその行為を停止する義務を負う。その上、当該行為が終了していたとしても、原状回復が物理的に不可能でない場合及び原状回復が金銭賠償の代わりに原状回復から得られる利益に対して均衡性を害した負担を伴わない場合には違法行為が行われる以前に存在した状態を再構築する義務に基づく国家責任を負う。この

規則は国際法委員会草案の第 35 条に反映されている。

したがって、当裁判所はドイツの第 5 の申立を認容すべきである。ドイツの主権免除を侵害する判決及び措置のうち未だに効力を有するものの効力は消滅すべきであり、それらの判決や措置により生み出された効果は取り消されるべきであり、そのようにして違法行為の前に存在した状態は再構築される。本件において原状回復が物理的に不可能、又は原状回復が金銭賠償の代わりに原状回復から得られる利益に対してイタリアに均衡性を害した負担を負わせるということは、主張・立証されていない。特に、違反の一部が司法機関によってなされ、当該司法判断の一部がイタリア国内法で最終的なものであることはイタリアに課された原状回復の義務を解除するものではない。一方、被告には要求された結果を実現するのに適すると思われる手段を選択する権利がある。したがって、被告には適切な立法又は同様の効果を有する他の手段を選択し、この結果を実現する義務がある

138. 最後に、ドイツは第 6 の申立において、将来イタリアの裁判所が、第 1 の申立記載の出来事（すなわちドイツによる 1943 年から 1945 年の国際人道法違反）についてドイツに対する法的措置をとらないことを保証するあらゆる手段をとることをイタリアに命ずるよう求めた。

当裁判所が従前の判例で示したように(特に、コスタリカとニカラグアの航行その他の権利に関する紛争事件判決参照)、国家の善意が推定されるから、一般的な判断として、その行為が不法であると当裁判所に宣言された国家がそのような行為を将来繰り返すことを裏付ける理由はない。したがって当裁判所が国際不法行為の責任国に対し、被害国に対する再発防止の保証の約束や、不法行為の再発を防止する特別の措置をとることを命じるのは、当該事件の具体的事情に照らしそれが正当化される特別の事情があると判断される場合に限られる。

本件においては当裁判所がそのような事情があると信ずるいかなる理由もない。したがって、ドイツの最後の申立は認容しない。

139. これらの理由によって、

裁判所は、

(1) 12 対 3 で、

イタリア共和国は、ドイツの 1943 年から 1945 年にかけての国際人道法違反についてイタリアで提訴された民事請求を許容することにより、ドイツ連邦共和国が国際法上享受する免除を尊重する義務に違反したことを認定する。

賛成: 小和田所長、トムカ副所長、コロマ裁判官、シンマ裁判官、アブラーム裁判官、キ

ース裁判官、セプルヴェダ・アモール裁判官、ベヌーナ裁判官、スコトニコフ裁判官、グリーンウッド裁判官、シュエ裁判官、ドノヒュー裁判官

反対: カンサード・トリンダージ裁判官、ユスフ裁判官、ガヤ特任裁判官

(2) 14 対 1 で、

イタリア共和国はヴィラ・ヴィゴーニに対して強制措置をとることにより、ドイツ連邦共和国が国際法上享受する免除を尊重する義務に違反したことを認定する。

賛成: 小和田所長、トムカ副所長、コロマ裁判官、シンマ裁判官、アブラーム裁判官、キース裁判官、セプルヴェダ・アモール裁判官、ベヌーナ裁判官、スコトニコフ裁判官、ユスフ裁判官、グリーンウッド裁判官、シュエ裁判官、ドノヒュー裁判官、ガヤ特任裁判官

反対: カンサード・トリンダージ裁判官

(3) 14 対 1 で、

イタリア共和国は、ドイツの 1943 年から 1945 年にかけての国際人道法違反についてのギリシャ判決のイタリアでの効力を承認することにより、ドイツ連邦共和国が国際法上享受する免除を尊重する義務に違反したことを認定する。

賛成: 小和田所長、トムカ副所長、コロマ裁判官、シンマ裁判官、アブラーム裁判官、キース裁判官、セプルヴェダ・アモール裁判官、ベヌーナ裁判官、スコトニコフ裁判官、ユスフ裁判官、グリーンウッド裁判官、シュエ裁判官、ドノヒュー裁判官、ガヤ特任裁判官、

反対: カンサード・トリンダージ裁判官

(4) 14 対 1 で、

イタリア共和国は適切な立法又はその選択にかかるその他の手段により、ドイツ連邦共和国が国際法上享受する免除を侵害した裁判所その他の司法機関による決定の効力の取消を保証しなければならない。

賛成: 小和田所長、トムカ副所長、コロマ裁判官、シンマ裁判官、アブラーム裁判官、キース裁判官、セプルヴェダ・アモール裁判官、ベヌーナ裁判官、スコトニコフ裁判官、ユスフ裁判官、グリーンウッド裁判官、シュエ裁判官、ドノヒュー裁判官、ガヤ特任裁判官、

反対: カンサード・トリンダージ裁判官

(5) 全員一致で、

ドイツ連邦共和国によるその余の申立を棄却する。

2012 年 2 月 3 日、ハーグ、平和宮にて、フランス語を正文として、フランス語と英語で 4 部を作成し、1 部は裁判所の記録保管所に置き、その余はドイツ連邦共和国政府、イタリア共和国政府及びギリシャ共和国政府にそれぞれ送付された。

(署名) 所長 小和田恒

(署名) 裁判所書記 フィリップ・クーヴルール

コロマ裁判官, キース裁判官及びベヌーナ裁判官は裁判所の判決に個別意見を添付する。
カンサード・トリンダージ裁判官及びユスフ裁判官は裁判所の判決に反対意見を添付する。
ガヤ特任裁判官は裁判所の判決に反対意見を添付する。

[→HOME](#)

国際司法裁判所（ICJ）主権免除（独対伊）事件判決

ユスフ裁判官反対意見

2012年2月3日

（要旨）

本件の重要問題はイタリア裁判所がドイツの主権免除を侵害したかである - イタリア裁判所は、他に救済手段が存在しない、人道法に対する深刻な違反に対する補償請求についてドイツの主権免除を否定した - 多数意見はこの核心争点に対して適切に取り組むことができなかった - 多数意見はその代わりに武力紛争時に軍隊によって行われた主権行為に対する主権免除の範囲及び強行規範の効力に焦点を当てた - 多数意見の分析は他に救済方法のないナチス蛮行被害者の現実の生活状況に適切に取り組むものとはいえない - 主権免除は他の救済手段が利用できない場合に障壁として利用されてはならない - イタリア国内裁判所における被害者らの提訴は補償を受けるための最後の手段であった - 主権免除は国際法において不変の価値ではない - 国際法の体系が国家中心モデルから個人の権利をも保護するモデルに移行したことを反映して、主権免除の射程は前世紀を通じて狭められてきた - それは、スイスチーズのように穴だらけである - 主権免除の国家実行はその範囲と射程について大きな相違点がある - 慣習法の不確実性は多様な司法判断に対する形式的な調査によっては解決されない - 慣習国際法は相対多数の問題ではない - 各事件の事情や性格、その背景事実が検討されなければならない - 人権と人道法の基礎となる一般原則も解釈の手段とされるべきである - 主権免除の機能と基本的な人権と人道法の現実化の均衡も衡量すべきである - 慣習法が不完全で不安定な場合には主権免除を認める事についての公平性と適法性を検討すべきである - 主権免除の法の発展はしばしば国内裁判所の孤立した判決から始まり、徐々に主流となる - 国内裁判所による管轄権の主張は主権免除に対する新しい例外を現実化する - 国内裁判所は、全ての国際人道法又は人権の侵害に対する補償請求について主権免除を否定できるわけではない - 他に救済手段が存在しないという例外的な事情の下で主権免除の不当な適用を排除して管轄権を主張することは、国際人道法のより厳格な遵守に貢献するものである。

I. 序論

1. 私は遺憾ながら裁判所多数意見の「イタリア共和国はドイツの1943年から1945年にかけての国際人道法違反についてイタリアで提訴された民事請求を許容することによりドイツ連邦共和国が国際法上享受する免除を尊重する義務に違反した」という認定に同意できない。

2. 私はこの認定を導いた論理と理由づけにも反対する。

3. 私の反対は、特に本件において扱われた両当事者間の紛争の核心争点に対する不十分な方法に関するものである。それは本件紛争における主権免除否定と密接に関連する国際人道法違反に対する補償義務についての十分な検討の欠如、国際法における主権免除の射程と範囲及びその制限についての多数意見の理由づけと結論、そしてとくに主権免除の分野における慣習国際法の発見と発展に関する国内裁判所の役割について多数意見によって採用されたアプローチである。

私はこれらの点についての意見を以下に開陳する。

II. 裁判所に提起された核心争点

4. 重大な人権と人道法違反に関する事件についての国内裁判所における外国の主権免除については近年学界で広く議論され、さまざまな司法機関において対立する司法判断を生み出してきた。しかしながら本件の裁判所における核心争点はより限定された狭い射程のものである。それは 1943 年から 1945 年の第三帝国の行為に起因する補償請求の訴訟においてドイツの主権免除を否定したイタリア裁判所の決定に関するものである。

5. イタリア裁判所に提起された請求は特定の類型に属する被害者によるものである。彼らはドイツが補償を懈怠し、被害補償のための他の手段からも排除していると訴えている（これらの類型の内容については判決第 52 項参照）。したがって裁判所は他の救済手段が存在しない状況下におけるナチス犯罪被害者の補償・賠償請求についてイタリア裁判所がドイツに主権免除の付与を拒否したことが国際的違法行為を構成するかという問題について判断しなければならなかった。多数意見はこれに対し違法行為を構成すると答え、私はそれに反対である。そして多数意見がこの結論を導くために採用したアプローチにも同意できない。

6. 多数意見はドイツも認めている第三帝国の違法な取扱いの特定類型の被害者に対するドイツの補償懈怠がイタリア裁判所におけるドイツの免除の存否や範囲について法的な効果を及ぼす可能性があるのか、その結果本件の特定の状況下でドイツの免除を否定したイタリア裁判所が法的に正当化されるのかを判断する管轄権を有していることを認めた（判決第 50 項）。それにもかかわらず多数意見は本案についての考察の過程において検討の対象をほとんど完全に「武力紛争の遂行過程における国家の軍隊の行為に免除が適用されるか」という問題に限定した(同第 61 項)。

7. 私見によれば、この核心的争点の設定は他の救済手段の不存在のためイタリア裁判所に

請求せざるをえなかったナチス蛮行被害者らの現実の生活状況に比べ、余りにも抽象的・形式的である。裁判所に提起された紛争は武力紛争下における国家の軍隊の違法行為に対する一般的な免除適用可能性ではない。これは学術論文や学者の議論に委ねるべき非常に広範な主題である。本件の紛争は、第三帝国により行われドイツも認めた犯罪に対する実効的な補償を得られなかった特定の種類のイタリア人被害者らに補償請求の代替手段を提供するためにドイツの主権免除を否定したイタリア裁判所の決定についてである。

8. イタリアは書面においても(イタリア答弁書 87-122 頁、イタリア再抗弁書 11-26 頁)、口頭手続においても(CR 2011/18 第 11 項、CR 2011/21 第 4-12 項、CR 2011/21 17 頁第 1-37 項)、この点を繰り返し強調した。ドイツもそれに対して多くの反論をした(CR 2011/17 14-42 項、CR 2011/20 30 頁 11-36 項)。したがって裁判所はこの点に適切に焦点を合わせるべきであった。

9. 残念ながら多数意見の前記のアプローチの結果、補償の懈怠とイタリア裁判所による免除の否定による補償のための代替手段の提供との関係の本件紛争における重要性は判決において完全に無視されるか、事実上看過された。唯一の例外は特定の種類の犠牲者らに補償が欠けていることについてイタリアが提起した「最後の手段」の主張を扱った短い部分(判決第 98~104 項)である。

10. その部分で多数意見は「ドイツは当時戦争捕虜の地位の承認を拒否し、戦争捕虜として保証される法的保護を否定したにも関わらず、被害者らがその地位を有していたことを理由に一つのグループの被害者らに対する補償を否定することを決定した」(同第 99 項)と留意した。しかしながら、この補償の懈怠と他の救済手段の不存在が国際法上法廷地国の裁判所においてドイツに主権免除を付与するか否かの判断に対して及ぼし得る影響力を検討する代わりに、多数意見は「裁判所は、ドイツが補償を否定したことは…驚くべきことであり…遺憾であると考える」(同)と述べるに留めた。これについては、国家間の紛争は国際的な裁定機関、中でも国連の主要な司法機関に驚きや遺憾を表明してもらうためではなく、国際法に基づく適切な解決のために持ち込まれたことを想起すべきである。

11. 一方で私は「裁判所は国際法によるドイツの裁判権からの免除が、関係するイタリア国民に対する法的補償を不可能にするかも知れないということを認識しなかった訳ではない」(判決第 104 項)という多数意見の記述に同意する。しかし私見によれば、裁判所はこの記述からとくにイタリア裁判所の決定の適法又は違法について何らかの法的結論を引き出すべきであった。その代わりに多数意見はイタリア軍人収容者及びその他のイタリア国民の請求が「この問題の解決の見地から行われる今後の二国間交渉の主題となるであろう」(同)と述べ、裁定を求めて持ち込まれた紛争の核心的争点の一部について裁判所自身に

よる法的決定よりも外交的アプローチを提唱するのである。

III. 国際人道法違反に対する賠償義務

12. 第三帝国による国際人道法違反についての賠償の懈怠とイタリア裁判所による主権免除拒否との直接的な関係について、多数意見が両者の緊密な関係を認識していたにもかかわらず、一般論としてさえ賠償責任の義務について検討する必要性を顧みなかったことも遺憾である。

13. 1907年ハーグ第4条約第3条は人道法違反の結果として発生した損害に対する賠償義務を下記のとおり規定している。

「前記規則の条項に違反した紛争当事者は必要な場合には賠償を行う責任を負う。紛争当事者は自国の軍隊に属する者が行ったすべての行為について責任を負う。」

14. 同様の条項は1949年ジュネーヴ諸条約第1追加議定書(1977)(以下「第1追加議定書」という)第91条にも見出すことができる。これらの条項は賠償の対象が個人であるか国家であるかについて明示していない。しかし、それらは人道法違反に対する賠償・補償の国際法上の義務の存在を明確に認めているということができる。

15. 人道法違反の結果として発生した損害に対する賠償を個人の原告が請求するようになったのは、せいぜい最近の約20年間である。そのような例には奴隷労働者、慰安婦、拷問被害者を含む第2次世界大戦中の国際人道法違反の被害者らが1990年代に日本の裁判所に提起した訴訟、すでにドイツによって解決されたが、ドイツに対するホロコースト賠償運動が「労働奴隷」のために米国裁判所に提起した訴訟、ナチスの軍隊による虐殺事件の被害者親族らがドイツに賠償を請求して1995年にギリシャ裁判所に提訴したディストモ事件訴訟、1944年8月に逮捕されてドイツに連行・抑留され戦争が終わるまで軍需工場で労働を強制されたイタリア国民ルイジ・フェッリーニ氏がドイツに対してイタリア裁判所に提訴した訴訟が含まれている。

16. 歴史的には、そのような違反に対する賠償は長年にわたって国家間レベルの平和条約や和解協定によって処理されてきたことは疑いない。最近では国連安保理事会により設立されたイラク補償委員会や二国間合意により設立されたエリトリア・エチオピア請求権委員会のような、これとは異なる仕組みも利用されている。しかし、これは個人がそのような仕組みにおける最終的な受益者となることを過去も現在も予定していないということや、個人が賠償を請求する権利を有しないということの意味するものではない。それは、違反

の被害者らに分配するために被害者の国籍国が合計金額を受け取ることを意味するにすぎない。そのような協定は、無数の民事訴訟提起の回避、平和条約締結の遅延、旧交戦国の関係正常化など、政治的又は実際的理由のために用いられてきた。

17. ここで問題となるのは国家責任である。犯罪が武力紛争時に国家の官憲によって犯された場合、その国は官憲の違法行為の責任を負い、被害者に対して補償しなければならない。そのような補償は多くの場合国家間の仕組みや違反に責任を負う国家による特別の基金を通じて行われる。しかし、国家責任の法は国家による違法行為の結果として個人に権利が生じる可能性を排除していない。実際、国際法委員会による国家責任条文草案第 33 条 2 項は次の通り規定している。

「この部は、国家以外のいかなる個人又は構成体に対して、直接的に権利を付与することを意図した国家の国際責任から生じるいかなる権利にも影響を与えない。」

18. その上、国際法委員会の注釈は国家責任に関する国際法規則により個人が権利の保有者になる場合があると明確に述べている。私見によれば、これは人権条約のみならず人道法条約にもあてはまる。特に最近の人権と人道法の分野における国際法の発展に照らして解釈すると、ハーグ第 4 条約第 3 条及び追加議定書第 91 条はそのような規則の好例である。赤十字国際委員会の追加議定書第 91 条に対する注釈はこの発展を認めている。

「賠償を受ける資格を有するのは通常は紛争当事国かその国民であり、中立規則違反又は紛争当事国の領域内での中立国民に対する不法行為のような例外的な場合には中立国も対象となる。…しかしながら、1945 年以後、個人による権利の行使を承認する傾向が現れた」

19. したがって、ハーグ第 4 条約第 3 条及び第 1 追加議定書第 91 条は、平和条約その他の合意を通じて二国間の仕組みを設立する国家実行や被害国による賠償問題の処理には非常に長い期間を要するという事実にも関わらず、個人が国際人道法違反によってもたらされた損害の賠償を請求する権利を排除していない。

20. そこで、外国が責任を認めているにも関わらずその救済の枠組に含まれず、結果的に違反に対する賠償を受ける権利の享受者となる可能性を奪われた国際人道法違反被害者の場合はどうなるのかと言う問題が提起される。とりわけその国内裁判所に訴えることが被害者らにとって利用可能な唯一の救済方法である場合に、被告国家が賠償義務の障壁として主権免除を利用することが許されるのか？私見によれば、これが裁判所が本件において検討すべき根本問題である。

IV. 主権免除の射程の評価と補償請求との抵触の可能性

21. 私は、国際法における主権免除の射程と範囲並びに例外と不適用に関する説得的とは言えない多数意見のアプローチと理由づけにも同意できない。法学者の一部は主権免除は領域主権と管轄権の原則の例外にすぎないと考えているが（例えば R ヒギンズ「主権免除の法の未解決の側面」参照）、実際には主権免除は単なる礼讓の問題ではなく慣習国際法規則である。ただし、その適用範囲は国家中心の法制度から国家に対する個人の権利も保護する制度への国際法の進化を反映し、前世紀を通じて縮小されてきた。

22. 主権免除の適用範囲の縮小は国内裁判所の判決に牽引され、国家や国有企業との取引を行う個人の権利についての認識の発展に助けられてきた。実際、国家に対する個人や法人の権利を保護する目的により、制限免除主義は早くも 19 世紀に国内裁判所に導入された。同様に、国家に対する個人の権利を保護するために不法行為例外が発案された。

23. したがって、主権免除は国家間の調和と友好関係を維持するために重要ではあるが、その適用範囲が全ての状況において明確であり一貫性と安定性を具備した法の規則とは言えない。国家実行における免除の射程と範囲についての解釈と適用には、特に各国の裁判所の判断において非常に多くの相違点がある。したがって、免除の適用に関する相反する国内判決が継続して存在するにもかかわらず、いくつかの免除例外を慣習国際法の一部であると位置づけることは、これと異なる国内判決を根拠とする他の例外を慣習国際法の不存在の裏付けと解釈することと同様に余り説得力がない。これは、とりわけ両者とも援用するケースの数が限定されている場合にはチェリー・ピッキング（自論に都合の良い事例のみをとりあげて立論する詭弁）の印象を受ける。

24. 例えば一握りの国内裁判所判決（判決 73-74 項参照）が、

「主権行為についての主権免除は、当該行為が法廷地国で行われたとしても、武力紛争の遂行における軍隊その他の国家機関による人の死傷や財産の損害をもたらす行為である場合には引き続き民事訴訟に適用される」（判決 77 項）。

という主張を支持する国家実行に基づく慣習国際法の存在を実証する役目を果たすのか疑問である。同じように、イタリア・ギリシャの最高裁判所判決に反対する判決により重点を置いた理由も疑問である(同 27-36 項)。慣習国際法は相対多数の問題なのか？
相反する裁判例や国家実行の存在に照らし、この分野の慣習国際法は未だに不完全で不安定であることを認めるのがより適切ではなかったか？

25. 行為の性質によって特定の例外を分類するという実的な目的にしばしば利用される業務管理行為と主権行為という伝統的な区別さえ、特定の行為がどちらに属するかの分類は諸国家と国内裁判所において未だに論争の対象であり、一定の形で普遍的に適用されているとは言えないことを想起すべきである。その上、区別の基礎をなす概念、すなわち商業取引の定義も曖昧である。現在のところ、主権免除に対する例外や制限は常に発展し続けている。

26. 実際、主権免除はスイスチーズのように穴だらけである。したがって、慣習国際法が国家実行と法的確信の中で発見されるものである以上、相反する国内裁判所判決の解釈と適用が現在の実行の特徴であるということは、とくに人権と国際人権法違反の分野において主権免除の射程距離と範囲が国際慣習の未だに不確実、不安定で輪郭がはっきりしない分野であることをはっきりと証明している。

27. 私見によれば、武力紛争時における人権と人道法違反（又はその違反に対する賠償の欠如）に関する未だに数が少なく互いに矛盾する国内裁判所判決を形式的に調査したり、免除を適用又は不適用するためにそれを数えたりする事を通じては、これらの不確実性は適切に解決されない。そのような方法は余り有益な結果を生みそうもないし、この分野の法の解明に貢献しそうにもない。その上、裁判権からの主権免除は抽象的方法により解釈したり孤立して適用すべきではない。各事件ごとの特徴や事情、基礎となる事実を全て考慮すべきである。本件は責任国が自ら認める違法行為に対する、他に利用できる救済手段が存在しない状況下での賠償請求である。これが多数意見も認めるように（第 60 項）、本件が特異であることの理由である。

28. 人権と人道法による基本的権利という、法廷地国が領域内で保障義務を負い、その現実化が国際社会の基本的な価値観を反映する問題に関する紛争において主権免除が問題になった場合、現代の国際法の下では「国際社会において共に価値のある二つの機能の間の均衡が達成されねばならない」と考えるのがより適切である（2000年4月11日の逮捕状事件（コンゴ民主共和国対ベルギー）判決、ヒギンズ、クワイマン、バーゲンソール裁判官共同個別意見）。今日の世界において主権免除を裁判を受ける権利や有効な救済を妨害するために利用することは免除の悪用と評価されるであろう。

29. そのような均衡が、主権免除の本質的機能及び目的と、基本的人権と人道法の原則の保障及び現実化の間に求められなければならない。欧州人権裁判所(ECHR)はウェイトとケネディ対ドイツ事件及び Beer and Regan 対ドイツ事件において免除の享受（国際機関のケース）と裁判を受ける権利及び有効な救済手段の権利との均衡の必要性を認め、下記の点を

強調した。

「裁判所にとって、ドイツの裁判権からの免除を ESA（欧州宇宙機構）に与えることが欧州人権条約の下で認められるかどうかを決定する重要な要素は、欧州人権条約上の権利を実効的に保護するための合理的な代替手段を申立人が利用可能であった否かである。」

30. 私見によれば、本件においてイタリア裁判所が国際法上主権免除を認めるべきであったか否かを検討するに際し、イタリア裁判所に提起された請求に特有の事情と直接に関連する人権と人道法の基礎をなす原則の適用、実効的な救済の権利のような基本権の具体化、人道法違反の結果として発生した損害の賠償を受ける権利、裁判拒否からの保護を検討の対象から除外することはできない。また、イタリア裁判所に係属した事件で問題となった主権免除の法は現代の国際法の状況下におけるそれらの権利の現実化と抵触する方法で解釈されてはならない。更に重要なことは、適切な補償がなされていない人権と人道法違反の事件のように主権免除規則やその例外がともに不確実・不安定なときには、それらの原則と免除付与の目的についての均衡と正当性の評価を頼りに判断すべきだということである。

31. そのような原則は国連総会が宣言した「国際人権法及び国際人道法に関する重大な違反の被害者が救済及び賠償を受ける権利に関する基本原則とガイドライン」に含まれている（2005年12月16日決議）。これによれば、

「11. 国際人権法に対する重大な違反や国際人道法への深刻な違反による損害の救済策には、国際法によって認められた下記の被害者の権利が含まれる。

- (a) 平等で実効的な裁判の利用
- (b) 適正、効果的、迅速な被害補償
- (c) 違反と補償手段に関する情報へのアクセス。

国連基本原則はさらに下記のように規定する。

「12. 国際人道法への重大な違反の被害者は... 国際法の下で認められる実効的な司法救済を平等に利用する権利を有するべきである。」

32. 国連総会決議の条項の説明の中で国連特別報告者デオ・ヴァン・ボーベンは次のように言及した。

「当初からこの原則とガイドラインは国家責任法に基礎をおいていた. . . しかし一部の政府は国家責任法の条項は国家間の関係を念頭において作成されたものであり、国家と個人の間に関係に適用されるものではないと主張した。この主張は広く承認された多数の人権条約により人権が国際法の不可欠で活動的な一部となったという第 2 次世界大戦後の歴史的な発展を無視するものであると批判された。また、それは政府による不法行為に対する救済策を備える義務が非常に広く認められ、人権の侵害、更に強い理由により、重大な人権の侵害に対する実効的な救済の権利が慣習国際法の一翼を形成すると考えられるようになったことを無視するものであるとも言われた。」

33. 同じように、国連ダフルール委員会報告書は下記のように述べている。

「現在では、人権に対する重大な侵害が行われ、それが国際犯罪も構成する場合、慣習国際法はその侵害を行った個人の犯罪責任を定めるだけでなく、その犯罪者の国籍国又はその犯罪者が法令上又は事実上の機関として行動した国家の損害補償（賠償を含む）義務も課している」

34. 判決第 52 項に記載されたナチス体制による不法行為のイタリア人被害者の 3 つの類型の中で、多数意見は特に実際にはナチス当局により戦争捕虜としての待遇を拒否されたにもかかわらず戦争捕虜は強制労働に対する賠償の対象ではないとしてドイツによって補償対象から除外されたイタリア軍人収容者の苦難を強調する。少なくともこの類型の被害者は国家間合意やドイツの国内立法のような仕組みを通じてドイツから賠償を受け取る可能性がないと判断されるから、私見によれば、多数意見はイタリア裁判所がドイツに免除を認めるとイタリア軍人収容者の補償請求権、裁判を受ける権利、被害に対する実効的な救済の権利を侵害することになるのではないかという問題を検討すべきであった。

35. 主権免除は国際法において不変の価値ではない。その国際社会の発展に対する適応性と柔軟性は前世紀を通じて徐々に創設された多くの例外により証明された。その大部分は国家との商業的取引にかかわった個人、又は国家官憲の不法行為の犠牲者である個人の国家に対する権利保護の規範的重要性の増大を反映したものであった。これは国家間の関係の安定や国家に関する訴訟の管轄権の秩序ある分配と実行のための主権免除の重要性が弱まったということではない。主権免除は例外の増加にもかかわらず、そのような機能を果たし続けている。

36. 主権免除の法と例外が未だに不確実又は不安定な国の国内裁判所に国際犯罪に起因する請求の事件が提起された場合、主権免除の許否の判断のためには、提起された請求の性質について適切に評価するだけでなく、その判断が国際社会において同等の重要性が認め

られている他の規範的価値に与える影響について評価することが求められる。実際に、外国の権利としての免除の可否についての判断の前に、免除例外の適用の可否を判断するために、事件の基礎をなす事実の調査を行わなければならないことは、国内裁判所の判決において広く認められている(例えば、ハノーファー労働裁判所 *Conrades* 対 英国 (1981)、英国控訴院 *Farouk Abdul Aziz* 対イエメン (2005)、カナダ最高裁判所 *クウェート航空対イラク* (2010) 参照)。この文脈において、フランス破毀院はブシュロン事件判決において次のように述べた。

「慣習法による外国の主権免除は相対的なものにすぎず、いくつかの例外を認める。したがって主権免除が申立てられた裁判所は、申立に理由があるか否かを判断するためにその申立の有効性を本案事件に照らして検討しなければならない。」

37. したがって、主権免除の予備的な性格は、主権免除が主張された行為についての適切な法的評価に基づいて免除が申立てられているかの検討や、必要な場合には管轄権の有無を検討するために事件の基礎をなす対立する要素を比較衡量することについて国内裁判所(本件においてはイタリア裁判所)を排除するものではない。

38. 本件におけるドイツの主張の中心は、下記のように主権行為について国家が享受する主権免除には重要な制限は存在しないという認識にある。

「武力紛争時における軍隊による人道法違反について主権免除を制限する法的確信に裏付けられた一般的国家実行は存在しない。」(ドイツ訴答書面第 55 項)

ドイツによれば、

「戦争被害に関する請求の解決の国家実行はきわめて一貫している。そのような請求は通常関係国間の国際条約によって解決される。特に第 2 次世界大戦の結果生じた全ての請求はこの伝統的な方法に従った。」(同)

39. 一方イタリアは次のように主張した。

「1961 年協定によりドイツが認めその後の片務的措置により再確認した第 2 次世界大戦末期のドイツ当局による国際人道法違反について、多数のイタリア人被害者に対する適切で実効的な補償をドイツが継続して拒否していることを検討する必要がある。」(イタリア答弁書第 6、15 項)

イタリア側の見解によれば、

「国際法のあらゆる重要な規則違反について、そのような恥知らずで長期にわたる補償の拒否に直面したイタリアの裁判官らは主権免除原則の適用によって被害者らの請求を簡単に却下することができなかった。明らかに裁判官らは補償が全くなされていない重大犯罪に単なる手続法の原則を適用することによって典型的な裁判拒否の状況を作り出すかも知れないと感じていた。イタリア裁判所が主権免除を認めるなら数千人の被害者の全ての補償要求を完全に阻止することになる。それらの請求が目的を達成する全ての可能性を実効的に拒否することになる。反対に彼らはドイツに対する主権免除否定に綿密な理由づけを行い、本案において請求が現実化するか否かについて確認した。(同第 6、16 項)

40. 人道法違反に起因する補償と主権免除との衝突の可能性の問題は最近万国国際法学会の報告と決議において取り扱われた。2009 年同学会ナポリ会議に向けた「個人の基本権と国家裁判権からの免除」と題する報告書の導入部において、報告者のレディ・フォックスは次のように述べた。

「主権免除について更に困難な問題が生ずる。すなわち官憲個人は一般に国内裁判所における刑事訴追の対象となるのに、その行為を命じた国家がそのような犯罪の結果に対する補償請求の民事訴訟から主権免除によって守られるのは不合理であり道徳的に正当化できないということである。」

41. レディ・フォックス報告についての決議の中で学会は、「国家とその官憲の裁判権からの免除と国際犯罪に起因する賠償請求の潜在的な抵触」を課題のひとつとして検討し、裁判所に提起された紛争の争点に関連する二つの見解を公表した。第一に決議は前文で「国内裁判所における主権免除の否定は国際犯罪に対する実効的な補償の実現のための一つの方法である。」と認めた。第二に決議は原則についての第 2 条第 2 項で「主権免除はこの決議が認めた犯罪の被害者に対する適切な補償の障害物となってはならない。」と表明した。(同 228-230 頁)

42. これらの意見表明は、第 2 次世界大戦中の第三帝国による残虐行為のイタリア人被害者のように、他の救済手段が利用できそうにないという、武力紛争時の不法行為に起因する補償請求のなかでも特に例外的な状況にあるものと主権免除の関係についての国際法の現段階の状況を反映したものであると考える。私見によればこの声明は外国の官憲による不法行為についての損害賠償が国内裁判所に提起された場合には常に主権免除を否定すべきだという意味ではない。ただ、犯罪被害者に対する適切で実効的な補償の必要性を示し、

他の救済手段が利用できないという例外的な事情の下で主権免除が補償の障害物となるべきではないと述べたのである。これは被害者にとって他の救済方法がないという特別な状況に限定された非常に極限された免除例外である。これらが本件にどのように適用されるかという問題は後記の第 49-54 項で論ずる。

V. 国内裁判所、主権免除、法廷地国における 国際人道法違反に対する補償請求権

43. 主権免除に関する法は歴史的に国内裁判所判決を通して発展した。主権免除の性質や範囲を最も頻繁に決定し発展させてきたのは、いつの時代にもそのような国内裁判所であった。業務管理行為と主権行為の区別やその他の主権免除に対する制限や例外も国内裁判所によって形作られた。そのような変化の多い環境の下では特定の状況における法の解釈と適用についての見解の不一致や衝突が必ず生じる。したがってそれらの例外や制限の多くの側面が不安定なままであるのは驚くべきことではない。

44. イタリア裁判所の判決とギリシャのディストモ事件判決は、不法行為例外、雇用例外、知的財産権例外のような主権免除の多く例外を形成してきた国内裁判所の判決による幅広い発展過程の一部と見ることができる。最初に一つか二つの国内裁判所が認め、判決当時の慣習国際法における主権免除の射程と範囲について不安定な性格を与えたとき、これらの例外は国際法違反と考えざるを得なかったのではないかということが当然問われなければならない。

45. この関係において特に興味深いのは、不法行為例外を最初に認めた判決のひとつであるオーストリア最高裁判所の 1961 年ホルベック対米国政府事件判決について多数意見が肯定的に言及していることである。現在では広く適用され、主権免除に関する現行の全ての条約の中に成文化されているこの重要な例外の運命を想起してみると、オーストリア判決は 60 年代半ばには国際司法機関により主権免除違反とされていた。幅広い法的確信と国家実行を獲得する初期の状態で明らかにその芽を摘まれるところであった。

46. デニング卿は制限免除主義について下記のように述べた。

「変化が起こる時は常に誰かが、いつか、最初の動きを起こさなければならない。一つの国が独自で最初の変化を開始し、他の国が追随する。最初は一滴、やがて流れになり、最後は洪水になる。」(ブローマー「主権免除と人権侵害」1997 から引用)

47. 特定の国際法の規則は法廷（主権免除のケースでは国内法廷）がその地位を明らかにし

て法的性格を確立するときまでグレーゾーンに残され、その存在について法律学界において議論される。これは主権免除の例外と制限について繰り返し行われたことである。実際に主権免除の例外と制限は、外交交渉、会議の決定、国際的な司法・仲裁機関の宣言を通じて発展してきたのではない。それは多くの場合、次第に主流となるひとつの、時には孤立した国内裁判所の判決を通じて発展したのである。

48. 従って主権免除の分野では、その判断が最初は他の裁判所と共有されず、関心を払われず、従来の国家実行と一致しなくとも、そのような国内裁判所が法発展機能を果たすことを排除するものではない。主権免除の制限や例外の一部について初めて定式化した特定の判決への言及を通じて多数意見自身が将来の主権免除の法の発展のための国内裁判所の能力を認めているように見える。

49. 万国国際法学会に対する「国内裁判官の活動とその国家の国際関係」と題する報告書の中で、ベネデット・コンフォーリ教授は次のように述べた。

「決議案の第 4-7 条 において、国内裁判所の独立は国際法の多様な源泉との関係において考察される。まず慣習法について言うと国内裁判所が慣習法の適用を求められた場合、その判断について完全に独立していることは疑いがないように見える。しかしながら、それらの判断にはやや問題となりそうな二つの側面がある。第一は裁判所の慣習法形成及び修正に対する関与である。第一の側面に関する限り、国内判例の主要動向を踏まえると、裁判所は慣習法が正義と公平の要請に合致するかを検討し、合致しない場合にはその結論が形成段階にあり不完全なものであっても、国家実行に根拠がある場合には適用を拒否し得ると言うことができる。」

彼はさらに次のように付け加えた。

「この点についての結論として、慣習法の消滅又は新しい慣習法の形成が未だ不完全なものであっても国際的又は国内的実行に基礎を置くものであれば、裁判官は従来の慣習国際法の適用を拒否するか、法的確信の存在を確認できる場合にはその一部又は全部を修正し得ると言うことができる。」(仮報告書 第 2 部 司法の独立と国際法の源泉 386-387 頁)

50. 主権免除規則と国家の官憲による国際犯罪について個人が補償を受ける資格は双方とも変化の過程にある。万国国際法学会は上記のナポリ決議中の「国家及び官憲の主権免除と国際犯罪に対する補償請求の内在的抵触」に言及した部分でそれを認めた。そのような抵触は過去には存在しなかった。それは最近発生したものである。それは主権免除は犯罪

被害者に行うべき補償を免れる障壁として利用されてはならないという国際社会で広く支持された見解（一種の法的確信）の結果である。私見によれば、これがイタリア破毀院がフェッリーニ事件とその後の事件で扱った状況である。

51. 私見によれば、責任国も認めている武力紛争法への深刻な違反に対する補償の懈怠についての国内裁判所による管轄権の主張は、とくに他の救済手段が存在しない場合には外国の独立や主権を害するものではない。それは被害者が補償のための他の手段を持たない状況下で人権と人道法及びこれらの権利の具体化を保証する広く支持された法的確信に基礎を置く、主権免除に対する新しい例外の具体化に貢献するに過ぎない。

52. 戦争犯罪や人道に対する罪についての補償の懈怠はとくに他の救済方法が利用できない場合には国内裁判所での主権免除否定につながるという認識は、主権免除の射程をさらに狭めるというよりは国際社会が付与した人権と人道法の保障の規範的重要性の増大と人類に対する実効的な救済を現実化する権利を調和させるものである。それは国家による人道法への無配慮を抑止する効果も持つであろう。

53. イタリア人被害者の請求をとりまく例外的な状況のなかで、「免除が特定の事件について裁判権の行使を妨げるという事実は、実体国際法の適用可能性に影響を与えるものではない」(判決第 100 項)と述べることで十分なのか、明らかとは言えない。この文脈において、そのようなケースで免除が与えられた場合、被告国家は自ら認めている違反の被害者に代替する救済策を設ける義務を負うのかという疑問が提起される。これは手続中又は判決において回答が示されるべきであった重要な疑問である。その上請求を実現させる可能性のある補償手段や救済手段が備わっていない責任というものが被害者の役に立つのか疑問である。

54. 上記の主張は国際人道法又は人権に対する侵害についての補償請求があれば必ず侵害行為が行われた国の国内裁判所が侵害に責任を負う国の主権免除を否定する資格があることを意味するものではない。それでは無数の訴訟が法廷地国の司法機関と責任国の政府機構を埋め尽くす結果となる可能性がある。その上前記のような伝統的な国家間協定や補償の仕組みに加えて、安保理事会決議 687 によって設立されたイラクのための国連賠償委員会（1991）、2000 年 12 月 12 日の合意により設立されたエリトリア・エチオピア請求権委員会のような国際法違反の被害者への補償を可能にする新しい実行が近年国際的なレベルで発展しつつある。

55. そのような委員会に付託された個人の請求は各国によって実現されるべきであるが、最も重要な問題はそのような補償請求を対象とする救済手段が利用可能であること、補償

のための実効的な手段が得られることにある。私見によれば、イタリアのケースのように国家間の賠償計画によってもその他の国際機構によっても責任国の立法によってもカバーされず、当該被害者らがいわば制度の隙間から滑り落ちた特定の種類の被害者のための補償においてのみ法廷地国の裁判所は裁判の拒否を避けるため重大な人道法違反の被害者らに代替する最終的な補償手段と実効的な救済手段を提供する資格が与えられる。万国国際法学会がナポリ決議で言及した「内在的な抵触」は、そのような例外的な状況下においては国際人道法の重大な違反の被害者らの利益となるよう解決されねばならない。

VI. 結語

56. 本件紛争の核心的な争点は、人権又は人道法に対する違反であると訴えられた場合に常に主権免除が制限されるべきであるという一般的に言うところの主権免除に対する人権または人道法例外ではない。核心的な争点は主権免除が国際犯罪の被害者の実効的な救済を妨げ他に救済の手段がないという例外的な状況において、そのような主権免除が国内裁判所によって許容されるのか否かである。換言すると補償のための他の救済手段が存在しない場合に、主権免除が国内裁判所において被害者への補償義務を回避するための障壁として利用されてよいのかということである。

57. そのような場合には、上記（49-54 項）に示唆したような極めて限定された範囲において主権免除を否定することにより人道法はよりよく適用され、人権に基礎をおく国際社会の価値も全体としてよりよく保障され则认为。

58. 国連の主要な司法機関として裁判所は特に法が不確定又は不安定な場合に国際法の規則を明確化したり指針を提供するという重要な役割を持っているが、本件はこれを果たす貴重な機会である。裁判所はその意味において、被害者に他の補償手段が存在しないという状況の下で主権免除に対する限定的で実行可能な例外をすでに発展している法として明らかにすることができたかもしれない。そのような例外は人権と人道法の保障に対して国際社会が与える規範的重要性の増大及び主権免除の不当な適用を排除することによる国際犯罪の被害者の実効的な救済を受ける権利の現実化と主権免除の調和をもたらしたかも知れない。

59. 補償が実行されず、責任国は人道法への深刻な違反への関与を認めており、被害者には救済手段が与えられていないという例外的な状況における国内裁判所による管轄権の主張は、私見によれば国家関係の調和をかき乱すものではなく、国際人権、人道法のより厳格な遵守に貢献するものである。

国際司法裁判所（ICJ）主権免除（独対伊）事件判決
カンサード・トリンダージ裁判官反対意見
2012年2月3日

目次

	項
I. 序文	1-6
II. 本案前の争点：主権免除に関する時際法問題	7-17
III. 主権免除と戦後補償請求：本件における必然的な関係	18-23
IV. 本件におけるドイツの国家責任の承認	24-31
V. 人間の基本的価値：忘れられた学説発展の再発見	32-40
VI. 国際法学会の研究成果	41-52
VII. 国際人道法と人権に対する重大な違反の閾値	53-62
VIII. 当裁判所で主張された、裁判を受ける権利に関する請求権放棄の問題	63-68
IX. 国際法への重大な違反の被害者個人の権利の国家間放棄の不承認	69-72
X. 両当事者の裁判を受ける権利についての立場	73-79
XI. 裁判官の質問に対する両当事者及びギリシャの説明	80-96
1. 両当事者及びギリシャに対する質問	80
2. 第1回の回答	81-91
(a) ドイツとイタリアの回答	82-89
(b) ギリシャの回答	90-91
3. 第2回の回答	92-96
(a) ドイツの意見	93
(b) イタリアの意見	94-96
XII. 第2次世界大戦当時の強制労働禁止	97-120
1. 規範的な禁止	97-101
2. 禁止に対する司法的承認	102-113
3. 成文化作業における禁止	114-116
4. 国際犯罪と強行規範による禁止	117-120
XIII. 強行規範と主権免除否定についての 両当事者と参加国の口頭弁論における主張	121-129
XIV. 主権免除と裁判を受ける権利	130-155
1. 欧州人権裁判所の判例法に広がるせめぎあい	130-142
(a) アル・アドサニ事件（2001）	130-134
(b) マケルヒニー事件（2001）	135-138
(c) フォウガティ事件（2001）	139-140

(d) カロゲロプール事件 (2002)	141-142
2. 国内の判例法に広がるせめぎあい	143-148
3. 法の支配の時代における国内・国際レベルの前記のせめぎあい	149-155
XV. 主権行為と業務管理行為に関する当事者間の論争	156-160
XVI. 個人と主権免除：頑迷な国家中心思考の短見	161-171
XVII. 裁判の必要性についての国家中心思考の歪んだ見解	172-176
XVIII. 個人と主権免除：頑迷な国家中心思考の克服	177-183
XIX. 国家犯罪に主権免除は存在しない	184-198
1. 無防備状態の民間人の虐殺	185-191
(a) ディストモ虐殺事件	185-188
(b) チビテッラ虐殺事件	189-191
2. 軍需産業における強制労働とそのための移送	192-198
XX. 個人の裁判を受ける権利の普及：両当事者の ゴイブ外事件(米州人権裁判所 2006)への言及	199-213
XXI. 個人の裁判を受ける権利：強行規範への判例法の進化	214-220
XXII. 無法を超えて：個人被害者の法のための権利	221-226
XXIII. 消滅することのない条理の優越性に向けて	227-239
XXIV. 人権と国際人道法への重大な違反の被害者個人の補償請求権	240-281
1. 被害者個人に補償する国家の義務	240-257
2. 本件における被害者の類型	258-260
3. 「記憶、責任、未来」基金 (2000) の法的枠組み	261-267
4. 両当事者の主張の検討	268-281
XXV. 人権と国際人道法への重大な違反の被害者個人に対する補償の必要性	282-287
1. 補償の一形態としての裁判の現実化	282-284
2. 重大な違反に対する法の反作用としての補償	285-287
XXVI. 強行規範の優越性：その解体の試みへの反駁	288-299
XXVII. 要約: 結論的考察	300-316

I. 序文

1. 私は、主権免除（独対伊　ギリシャ訴訟参加）事件について裁判所が本日（2012年2月3日）宣告した判決の多数意見に、遺憾ながら賛同することができない。私の反対意見は多数意見が採用した方法論、実行されたアプローチ、本質的な争点に関する全ての論理、そして判決の結論にわたる判決全体に対するものである。私はこの事件の手の過程でドイツ、イタリア、ギリシャが提起した争点がきわめて重要であると考えているので、この争点についての紛争の解決が私の考える裁判の現実化という責務と不可分であることを念頭

に置きつつ私の反対意見の基礎についての記録を残そうと思う。

2. そこで、私は裁判所によって宣告されたばかりの判決が扱った全ての問題についての私の全面的な反対意見の根拠を、細心の注意を払い、まさに正義を実現するという最終目標に導かれた国際的な司法機関の作業への敬意と熱意を込めて開陳する。この趣旨において私は提起された争点の解明と国際法の進歩と発展に貢献することを期待して裁判所に提起され本件判決の対象となった紛争に関するあらゆる側面、とりわけ人権と国際人道法に対する重大な侵害を基礎事実とする個別事件、人道の基本的な重要性に基礎を置く事件についての当裁判所の判例について述べるであろう。

3. まず、本案前の争点として私は主権免除に関する考察の時間を超えた広がりについて述べた後、本案について第1に本件において（私の考えでは）必然的な主権免除と戦後補償請求の関係、第2に本件におけるドイツによる国家責任の承認についての私の考察の出発点について述べる。その後、私は人間の根源的価値を承認する今日では忘れられたいくつかの学説上の発展を再発掘し、この問題の主題と関連する国際法の研究機関の学問的研究を回顧する。さらに私は人権と国際人道法への侵害の重大性の閾値に言及するであろう。

4. 次に私はこの裁判所において主張された裁判を受ける権利に関する請求権放棄の問題への考察と、国際法への重大な違反の被害者の個人の権利の国家間による放棄の不承認という立場について論述する。そこで私は裁判を受ける権利についての両当事者の主張を再確認するであろう。次に2011年9月16日の裁判所における口頭弁論での私の質問に対する回答の中で当事国であるドイツ、イタリア、参加国のギリシャから示された説明について検討する。

5. 私は次に第2次世界大戦の時代における強制労働の禁止と強行規範による禁止及び主権免除の否定について考察する。さらに、国際判例における主権免除と裁判を受ける権利の緊張についての検討と、本件の当事者間の主権行為と業務管理行為に関する論争についての評価について述べる。私は更に個人と主権免除に焦点を当てて考察し、頑迷な国家中心思考の短見を指摘し、とくに裁判の切実な必要性がある場合における国家中心思考による歪曲の克服の必要性を強調するであろう。これは強行規範の分野における個人の裁判を受ける権利の普及により、国家犯罪には主権免除が存在しないという私の立場を支持するものとなるであろう。

6. 続いて私は被害者個人の法への権利について叙述し、決して消滅しない条理の優越性を立証する。私の論述の次の部分は専ら人権と国際人道法への重大な違反の被害者としての個人の補償請求権と、そのような被害者に補償すべき国家の必須の義務に充てられる。そ

して最後に強行規範の優越性への支持について述べ、強行規範の解体の試みに反駁する。私が結論的考察を示すための論理の筋道はそこで完成するであろう

II. 本案前の争点：主権免除に関する時際法問題

7. 主権免除の適用問題について考察するための不可避の前提として時際法の問題を検討しなければならない。この問題は本件において主権免除の可否は免除が要求された行為の実行時（1940年代）を基準に判断するのか、現在の紛争が裁判所に係属したときを基準に判断するのかという本案前の争いをドイツ・イタリア間に引き起こした。

8. ドイツはこれについて、ドイツ軍がイタリアに駐留した1943年から1945年には「絶対免除主義は争う余地がなかった」、そして今日でさえ「政府の主権行為に対する絶対免除は一般的に認められている慣習法である」と主張する。ドイツは更に、この主義からの離脱や主権免除に対する遡及効を有する新しい例外の創造は国際法の一般原則に違反することになるであろうと主張する。

9. 一方イタリアは、本件において問題となっている2004年以降にイタリア裁判所がドイツに対する訴訟の管轄権を認めた行為は、主権免除に対する今日の理解を正しく適用したものであると主張する。イタリアは更に主権免除は手続上の規則であり、裁判所に訴訟が係属した時に有効であった法に基づいて判断されねばならないとする。また、諸国の裁判所は一般的に「元の不法行為の時ではなく、訴訟提起の時に」存在した法を適用してきたと主張する。

10. 主権免除の適用の可否についての時際法の問題の検討において二つの問題が提起される。すなわち、第1はこの数十年間に主権免除の法が変遷または発展したかという問題であり、第2は本件において裁判所に紛争が持ち込まれた時点での理解における主権免除を適用すべきか、と言う問題である。第1の問題については、主権免除の法は静止していたのではなく明らかに発展・進化してきた。国際人権法、現代国際刑事法、国際人道法の発展が主権免除の法の進化に影響を与えなかったはずはない。

11. 第2の問題については、裁判所に紛争が係属したときの主権免除に焦点を当てるべきケースがある。いずれにせよ、イタリア裁判所が2004年以降に宣告した主権免除を否定し個人の被害者への損害賠償を認めた判決について第2次大戦中の解釈により問題を考察することは意味をなさない。国際法の成立と発達及びその解釈と適用は、時際法の問題と切り離すことができない。時際法の問題はパルマス島事件の1928年4月4日の仲裁裁定（オランダ対米国）でクローズアップされた。この中で仲裁裁判官のマックス・フーバーは次の

ように述べている。

「特定の事件において、継続する時点で異なる法体系が存在する場合にどちらの法を適用すべきかという問題（いわゆる時際法）について、権利の創造と権利の存在が区別されなければならない。権利の創造行為を権利発生時に有効であった法に従わせた原則と同じ原則が、権利の存在、換言すればその存続については進化した法の求める条件に従うことを要求する。」

12. かつて存在すると誤認されていたような「不変の」規則は国際法には存在しないことが現在では明確に認識されている。万国国際法学会はそのローマ会議(1973年)とヴィースバーデン会議(1975年)において「時際法」問題を扱っている。そこでは与えられたいかなる状況も、現在に存在しやがて発展していく法規則に照らして理解すべきであるという基本命題について一般的承認があった。潜在的緊張関係への意識が1975年のヴィースバーデンにおける学会による慎重な決議に反映されている。

13. 時の経過が国際法の規則の成立と発展に与える衝撃又は影響は法の外部の現象ではない。実証主義・主意主義による国際法の問題は、われわれの学説の基礎に関係する国際法の原則の不当な矮小化による(例えば国家実行の観察方法の強調を伴って、時間に対する法の独立の樹立を試みようという(虚しい)主張を育てた。

14. その概念的な分野において、例えば国際法規範の内容及び効果と新たな期間に発生した社会の変化の関係を考慮しつつ時際法の様相が研究されるようになった。これに関する参照すべき先例はナミビア事件における勧告的意見(1971)の有名な傍論の中に見出される。その中で委任統治の制度(委任統治下の領域)は「静止」していたのではなく「明らかな進化」を遂げていたことを認め、裁判所がそれについて解釈する場合には、その後の50年間に起きた変化とその期間における国際法の大きな進化の集積への考慮を怠ってはならないと付け加えた。裁判所の言葉によれば、「国際文書は解釈時の全法体系の枠組みのなかで解釈・適用されなければならない。」

15. 本件においては、2010年7月6日の裁判所命令がイタリアの反訴請求を「承認しがたい」ものとして却下した後にも、大変遺憾なことに引き続き主権免除を補償請求から分離しようとした事実がある。紛争当事者であるドイツとイタリア自身は口頭手続と書面手続において主権免除の問題と戦後補償問題の事実的背景とを関連づけていた。私見によれば、事実関係(原因事実を含む)以外の文脈から主権免除の無効を考えることができないのは避けがたいことのように思える。本件の手続がはっきりと示したように、二つの要素は不可分である。私はこの反対意見を通してこの原点に戻ろうと思う。

16. 私見によれば、紛争の原因となった事実を単に軍需産業での強制労働は過去（第二次世界大戦中）には禁止されていなかったとか、強行規範は当時には存在していなかったとか、人間の生来の権利は認められていないと主張するために援用し、同時に主権免除の盾に隠れることは許されない。それは私にはまったく理解できないものであり、不処罰と明らかな不正義に導くものである。それは国際法に反するものである。それは過去において受け容れられなかったのと同様に今日も受け容れられない。それは国際法の基礎にある条理に過去も現在も反するものである。

17. 同じ継続した状況の中で、時間の経過と法の進化を特定の事実との関係のみにおいて受け容れ、他の事実との関係では受け容れず、単に訴訟における一方の利益に資するために時際法について考慮することはできない。今日、主権免除と戦後補償請求の相互関係に対する深い認識があり、それは再確認されている。それらの相互関係をそのような根拠を示すこともない独断的立場から捨て去ることはできない。過去に犯された残虐行為に対する法的結果から逃れるため固定されたドグマの背後に隠れることはできない。残虐行為を終らせ、それが世界のどこにおいても二度と引き起こされないための終わりのない闘いのなかで、法の進化が考慮されなければならない。

III.主権免除と戦後補償請求：本件における必然的な関係

18. イタリアの反訴請求を即時却下した 2010 年 7 月 6 日の裁判所命令以降も両当事者（ドイツとイタリア）が引き続き紛争の背後にある事実と歴史的背景に言及したことを看過してはならない。特筆すべきことは、2010 年 7 月 6 日の裁判所命令の後でさえ両当事者、とくにドイツが本件の事実的、歴史的背景について言及し続けたことである。特にドイツは書面及び口頭申立の一部を専ら補償問題に費やした。

19. 実際、イタリアの反訴請求に対する 2010 年 7 月 6 日の裁判所命令の後、ドイツは(2010 年 10 月 5 日の) 抗弁書を提出したが、その第 3 部第 12~34 項は「イタリアとイタリア民間人に対する補償」に充てられていた。補償問題と本件の事実関係について、例えば抗弁書第 13 項では、イタリアは戦後補償の枠組みに参加し、かなりの金額の補償金をドイツから受け取ったと主張する。更に抗弁書第 34 項で、ドイツは集団的な補償を始めとする様々な補償の仕組みを通じて完全に満足すべき方法で補償の義務を果たしたと主張する。

20. 両当事者の主張は口頭手続においても同様である。イタリア側補佐人はこれについて次のように陳述した。

「裁判所におけるこの一週間の弁論で、大部分の議論と発言はこの補償問題に焦点を当て続け、ドイツ側の各補佐人はこの問題に対する義務違反がなかったことを力説するのに全精力を費やしたにもかかわらず、ドイツ側代理人がこの期に及んで補償問題は本件の一部を構成するものではないと主張するとは驚くべきことではないだろうか？」

21. ドイツは口頭手続第 2 回弁論において「本件は第 2 次大戦中の国際人道法違反や補償問題を対象とするものではない」と述べたが、ドイツ代理人は「ドイツの戦争犯罪被害者は意図的に無補償のまま放置されたという、イタリアやギリシャの友人たちによってつくられた全ての誤った印象を一掃」したいと述べた。彼女はその後第 2 次世界大戦後に設けられた補償の仕組みを説明し、次のように述べた。

「—1960 年代初頭にドイツ連邦共和国は人種的・宗教的迫害の犠牲者のためにギリシャに 1 億 1500 万ドイツマルクを支払った。訴答書面で言及したように、ドイツは同様にイタリアと二つの条約を締結し、それに従って 8000 万ドイツマルクをイタリアに一括金として支払った。

—およそ 3400 人のイタリア民間人が「記憶、責任、未来」基金から強制労働の補償を受けた。イタリアの個人に基金から支払われた合計額は 200 万ユーロに近い。

—その上、約 1000 人のイタリア軍人収容者が基金から強制労働についての補償を受けた。

—更に、多数のイタリアとギリシャの個人がドイツの戦後補償法により支払を受けた。」

22. ドイツ側補佐人の主張については、ドイツが全体としては補償を懈怠しているというイタリアの立場がどのような点で「国家社会が発案した補償体系全体についての説明を要求」しているのかという疑問がさらに提起される。ドイツの主張は「ドイツに対して宣戦を布告していた国家社会が発案し、ドイツの降伏の数か月後にポツダムで発表された」補償体系の設立の説明へと続いている。そしてドイツ補佐人は「政治的、歴史的、法的文脈において放棄条項は、一種の偶発的なものであるとか、国際責任の体制に適合しない逸脱した条項とみなされてはならない」と主張した。

23. この点の結論として、我々は本件の元になった歴史的背景などの事実関係から抽象的原則を引き出すことはできないと言うことができる。主権免除は虚空の中で検討できるものではなく、事件の元となった事実と必然的に関連する事柄なのである。これがまさに、きわめて遺憾にもイタリアの反訴請求を却下した 2010 年 7 月 6 日の裁判所命令に対する私の反対意見で主張したことである。その命令の直後に依然として両当事者自身（ドイツとイ

タリア) が主権免除の問題に対する彼らの(書面及び口頭の) 主張を戦後補償請求の事実的背景と関連づけていたのである。主権免除と事実的背景は必然的に相互関連する以外になかったのだ。

IV. 本件におけるドイツの国家責任の承認

24. 特定の事件における主権免除の主張と戦後補償の必然的な相互関連性を確認した後、私は次の問題点、すなわち本件の事実的原因となった不法行為に対するドイツの国家責任の承認について検討する。これは原告国家がその事件の元となる事実的背景を形成する加害行為についての自らの責任を認めているという、ハーグ裁判所における国家間訴訟においてきわめて稀で前例のない本件の特異性を明らかにすることにつながる。

25. 本件手続の書面と口頭の段階を通してドイツは殊勝にも本件の事実的原因となっている不法行為、即ち第 2 次世界大戦中に第三帝国が行った犯罪に対する国家責任を繰り返し自ら認めた。例えばドイツは訴答書面の中で次のように述べた。

「紛争の歴史的文脈は一方でドイツ軍隊が行った不法行為、他方で戦後ドイツが前記の不法行為によって負った国際責任を果たすため国家間レベルで実行した施策の少なくとも概略を述べることなくしては完全に理解されない。…ナチス独裁の終了後に出現した民主ドイツは 1943 年 9 月 8 日乃至 9 日からイタリアの解放までの期間にドイツ軍が行ったきわめて重大な国際人道法違反について一貫して深い遺憾の意を表明してきた。」

26. ドイツは更に「侵略戦争の野蛮な戦略の犠牲者」となったイタリア市民らを記憶するために数々の機会に自ら行ってきた「象徴的行為」について言及した。そして、将来的にもそのような行為を行う準備があると述べた。ドイツは特にトリエステ近郊の追悼施設「リジェラ・ディ・サン・サッバ」(第 2 次世界大戦中のドイツによる占領期に強制収容所として使用された)で行われた 2008 年の式典に言及した。そこで、ドイツは「とりわけ虐殺に際し、又は元イタリア軍人収容者に関して、イタリア人男女に負わせた筆舌に尽くし難い苦痛」について全面的に認めたのである。

27. トリエステ近郊の追悼施設で行われた式典の期間(2008 年 11 月 18 日)に行われたドイツ・イタリア当局の会議の結論の一つは、ドイツとイタリアの歴史家の共同委員会の設立の決定であった。

「両国が全体主義体制の支配下にあった時代の、特に第三帝国により強制労働者(軍

人収容者)として虐待されたイタリア軍人らを含む戦争犯罪の被害者に着目した両国に共通する歴史研究の委託を受け、実際に両国から5名ずつの高名な学者により構成される第1回共同委員会が2009年3月28日、ドイツとイタリアの文化的出会いのための卓越したセンターであるヴィッラ・ヴィゴーニで開催された。」

28. ドイツは更に「極めて深刻な違反ないし犯罪がイタリアにおいて占領軍により行われたことに異議を唱えない」と述べた。さらに「第三帝国の軍隊による違法行為は1943年から1945年に行われた。それ以来、元来の被害に新しい加害は付け加えられていない。」と述べた。その抗弁書においてドイツは再度「ドイツの占領軍が戦争法に対する極めて深刻な違反を犯した第2次世界大戦中の恐るべき事件(ただし、裁判所に提起された主権免除の問題とは分離することを求める)」と言及した。

29. 同様に、2011年9月12日の裁判所における公開の口頭手続においてドイツ側補佐人は次のように述べた。

「ナチス独裁の終了後に出現した民主ドイツはドイツ軍が行ったきわめて重大な国際人道法違反について一貫して深い遺憾の意を表明し、1943年9月から1945年5月のイタリアの解放までの期間にイタリアの人々に苦痛を負わせたことを完全に認める。これにしたがいドイツ政府はイタリア政府の協力の下に被害者とその家族に手を差し伸べるための幾多の行動をしてきた。…

最も恐ろしい犯罪はドイツにより第2次世界大戦中に犯された。ドイツはこれについての責任を完全に認識している。それらの犯罪はドイツが戦争終了後設立し実行した経済的、政治的、その他の補償・賠償のための機関や仕組が特異であるのと同様に特異である。我々は歴史をやり直すことはできない。仮に被害者や被害者の子孫がそれらの仕組が不満足であると感じるなら、我々はきわめて残念である。」

30. その後まもなく裁判所の2011年11月15日公開法廷においてドイツ側補佐人は次のように繰り返した。

「主権免除に関する複雑な法的性格のこれらの手続ではドイツが全ての責任を認めている恐ろしい戦争中の出来事的人間的側面を公正に評価することが全くできないことを我々はよく理解している。私はこの機会に法廷の中においてだけではない、我々の被害者に対する極めて深い敬意を強調しておきたい。」

ドイツは更に特に1944年6月10日に実行されたギリシャのディストモ虐殺に対する責任を認めた(後記188項参照)。

31. ディストモ虐殺は決して孤立した残虐行為ではない。当時の占領下のギリシャでは、組織的な抑圧と極度の暴力という類型の他の虐殺も発生していた。当裁判所において、ドイツ側の国家責任を認める上記の陳述は称賛されるべきものであるが、戦後補償請求と必然的に関係する主権免除の請求に関する本件の事実的背景を抽象化することが不可能であることを再び示している。

V. 人間の基本的価値：忘れられた学説発展の再発見

32. 法学説(例えば「諸国の最も優秀な国際法学者の学説」)は国際法の正式な「法源」として裁判所規程第 38 条(1) (d)に「判例」とともに列挙されている。従って、これを主権免除に関する本件のなかで提起された基本的問題の考察から排除し、専ら主権免除の手續問題の(国際、国内の)判例法のみを参照することはできない。根本にある人間の価値を活かした最も明晰な国際法的思考にも焦点を当てるべきである。そこで私は本件を考察するにあたり特に重要であると思われるいくつかの著作を検討することにする。

33. 私がここで検討する著作は網羅的なものではなく選択的なものである。過去から学ぶことを忘れてるように見える特に活動的な(忙殺的でなければ)法律専門家として、人間の価値の考察を通じた特別の訴訟戦略を追求するにあたって、この時代に忘れられたままであるべきではないいくつかの思索を選択する。すなわち二つの世界大戦を経験して生き抜いた世代に属し、両大戦間の苦難の時代と第 2 次世界大戦の恐怖のなかで国際法に献身した、今は忘れ去られたかのように見える次の 3 人の卓越した法律家の思想に焦点を当てる。

アルベルト・ドゥ・ラ・ブラデル (Albert de La Pradelle (1871-1955)) 後に小さな変更を経て ICJ 規程となった旧国際常設裁判所(常設国際司法裁判所)規程を 1920 年に起案した法律家諮問委員会の元メンバー。

マックス・フーバー (Max Huber (1874-1960)) 常設国際司法裁判所の元裁判官。

アレハンドロ・アルバレジ (Alejandro Alvarez (1868-1960)) ICJ の元裁判官。

34. ドイツでナチズムが隆盛したころ、他の場所では、そして外でもなく国際法思想の領域で人道主義が育てられた。1932 年 11 月から 1933 年 5 月にパリで行われた啓発的な講義の中でアルベルト・ドゥ・ラ・ブラデルは次のように述べた。国際法は国家間関係に優越し、人類を保護するために国家間関係を統制する。それはまさに「人間社会の法」である。国際法は各々の訴訟において、人間個人の権利の尊重と人間に対する国家の義務の履行を保障しようとする。国際法は人間から作られ、人間によって、人間のために存在する。

35. 国際法の下では国家はその構成員たる人間に自らの運命の主人公であることを許さなければならぬ。真の「人類の法」の枠組みのなかでは自然法から発生した法の（そして国際法の）一般原則が重要で指導的な役割を果たす。単なる国家中心思考は危険であると彼は警告する。彼の言葉によれば、

「国際法は国家間の相互の権利と義務によって成り立っているという概念はゆゆしく、危険である。…そのような概念を判断の過程から排除することが必須である。…それは国際法の形成と発展について、主権についての新しい表現で示される諸国家の各々の権利のみを諸国家に重視させる差し迫った危険を引き起こす。」

彼の見解の中で注目すべきことは、法的良心から発生したそれらの一般原則や、個人の人権を尊重する「人類の発展」に依拠していることである。

36. 一方マックス・フーバーは晩年に執筆し彼の人生の終わり近くに出版された著書の中で、人類の法としての国際法の全領域における「国益」に優る「上位の価値」の重要性に注意を喚起した。当時(1954年執筆)から振り返り、彼は次のように考察する。

「現在を1914年と比較すると明らかに法の価値が弱まってきており、法が課している制限への本能的な尊重が減退している。これは間違いなく国家の法体系の内部の損傷の結果である。人間と生命の価値の低下、広く蔓延した法的良心の低下。これらは大部分の人類が大きな抵抗もなく戦争法の価値の低下を受け容れた理由を説明している。」

37. フーバーにより自然法思想の見地から主唱され支持された国際法は人間個人を保護しようとするものである。現代の国際人道法（例えばジュネーブ4条約で具体化したもの）は究極的には国籍の区別ない個人の保護を意味するものであり、人類に重点を置いたものであったと彼は述べている。彼はさらに何人かの国際法哲学者により考案された究極的な理想である世界共同体に言及している。

38. また、アレハンドロ・アルバレジは没年の前年に（当初はパリで）出版した著書「人々の現実の生活に関する新しい国際法」(1959)の中で、第2次世界大戦後の「社会的大変動」後に「国際法的良心」から発生した一般原則であり、人道に対する罪に関する教訓としての国際法の基礎を解明した。彼によればそれらの国際法の一般原則も法的良心に由来するものであり、新しい時代に再確認されるべきである。

39. それらは1899年と1907年の万国平和会議の歴史的例証として、より重要である。ア

レハンドロ・アルバレジはさらに進んで、それは国際法の発展の「ダイナミズム」の結果であると述べた。

「この法について『現行法』と『あるべき法』という伝統的な区別をすることは困難である。形成された国際法のそばには常に形成過程にある国際法が存在する。」

40. 人間の基本的価値に重点を置いた学説の発展についてのこの簡単な検討は、20 世紀の二つの世界大戦の恐怖の証人である世代の最も卓越した法律家らはこの分野において国家重視のアプローチを追求することが全くなかったということを明らかにした。反対に彼らは個人を重視する全く異なるアプローチを進めた。私の考えでは、今日でも同様であるべきであるが、彼らは国際法の歴史的起源に忠実であった。ある分野が第 2 次世界大戦の恐怖を回避するために何の役にも立たなかった国家重視のアプローチによって強く特徴づけられているとしても、例えば主権免除は今日では人間の根本的な価値に照らして再検討されるべきである。主権免除は結局のところ特典であり、人間の根本的な価値に照らし今日の国際法の発展と無関係な抽象的存在では有り得ない。

VI. 国際法学会の研究成果

41. この関係において、国際法の分野の学会の研究成果を援用することができる。本件の中心争点である主権免除の問題は次の世代の法学者や万国国際法学会 (IDI) 及び 国際法協会 (ILA) のような学会の関心の的となった。万国国際法学会は 19 世紀末の草創期から現在にいたるまでこのテーマに関与してきた。まず 1891 年の同学会ハンブルグ会議における「国家又は国家元首に対する裁判における裁判所管轄権に関する国際規程草案」(起草委員会及び L. von Bar, J. Westlake, A. Hartmann による) 第 4 条(6)は次のように規定した。

「外国に対して認められる唯一の訴訟は…

— 領域内で行われた不法行為又は準不法行為に対する損害賠償訴訟である。」

42. 半世紀以上後、1954 年の同学会エクス・アン・プロヴァンス会議の「外国国家の裁判権と強制執行からの免除」の結論 (報告者 E. Lémonon) の第 3 条は次のように述べた。

「国内裁判所は外国や外国法人に対し、紛争が公共機関の行為に関するものでない限り、第 1 条に照らし常に訴訟を許容することができる。行為が公共機関によるものであるか否かの判断は法廷地法による。」

43. 1991 年、同学会のバーセル会議において、裁判権と強制執行についての主権免除に関

する現代的問題の結論(報告者イアン・ブラウンリー)は(主権免除に関する法廷地国裁判所の権限を示す基準として)第2条(2)(e)で次のように述べた。

「その国と合意がない場合、当事者である外国から主権免除の要求があるにも関わらず法廷地国の関係機関が請求の内容を判断することができる権限の基準として下記を挙げることができる。…

一法廷地国の機関は法廷地国の国内管轄内における外国又はその官憲による行為に起因する人の死亡又は負傷、実体的財産の滅失又は損傷に関する訴訟について権限を有する。」

44. 10年後、2001年バンクーバー会議における、国際法における元首と政府の長の裁判と執行からの免除に関する万国法学会決議(報告者J. バーホーベン)は第3条で次のように述べた。

「民事及び管理行為について、国家元首はその公的職務の実行のための行為に関する訴訟を除いては外国の裁判所におけるいかなる免除も享受できない。公的職務の実行のための行為に関する訴訟においても国家元首は反訴について免除を享受できない。しかしながら、国家元首が法廷地国内で公的職務に従事している場合には裁判所の手続は及ばない。」

45. 4年後の2005年、万国国際法会議クラクフ会議における「虐殺・人道に対する罪・戦争犯罪に対する国際刑事訴訟」の結論において(報告者C. Tomuschat)次の見解が示された(第3条(a))。

「法的な合意が存在しない場合、普遍的管轄権は次の条件で行使されるべきである。
一国際的、国内的な武力紛争における虐殺、人道に対する罪、戦争被害者保護のための1949年ジュネーブ条約に対する重大な違反、その他の国際人道法に対する重大な違反のような国際法により規定された国際犯罪には普遍的管轄権が行使される。」

46. 最後に同学会は2008年のナポリ会議において採択した「国際犯罪事件における国家と国家を代表して行動した個人の主権免除に関する決議」(報告者レディー・フォックス)において次のように述べた(第2条(3)(4))。

「一条約と慣習国際法により国家は国際犯罪を防止し抑圧する義務を負う。主権免除は犯罪被害者に対してこの決議が認めた適切な補償の障碍となってはならない。…諸国家はその官憲が国際犯罪に関与したとされる場合には主権免除の放棄を検討すべき

である。」

47. 更に、同じ万国国際法学会 2009 年ナポリ決議は下記のように明確に付け加えた。

(第 3 条 (1) (3) (a) (b))

「一国際法に従った個人の免除以外には国際犯罪には主権免除は認められない

一上記の条項は下記に影響を及ぼさない。

一前項で言及した個人の国際法上の責任

一そのようないかなる個人の国際犯罪を構成する行為の国家への帰属。」

同決議の第 4 条は、上記の条項は「国家の官憲により行われた国際犯罪について外国の国内裁判所に提起された民事訴訟においてどのような場合に国家が主権免除を享有するかという問題に影響を及ぼさない」と述べている。

48. 上記により次の事実が明らかである。

当初、万国国際法学会は主権免除について、静的で不変のものではなく、現在も発展中であり、限界と例外を伴うものであることを明かにした(1891 ハンブルグ会議、1954 エクス・アン・プロヴァンス会議、1991 バーゼル会議)。さらに国家元首の免除についても同様のことが言えるとした(2001 バンクーバー会議)。より最近(2005 年クラクフ会議)では万国国際法学会は国際犯罪(人権と国際人道法に対する重大な侵害)に対する普遍的管轄権を支持した。そしてこの問題に対する最も最近の取り組み(2009 年ナポリ会議)では万国国際法学会は国際犯罪には主権免除は適用されないとはっきり指摘した(第 III 条(1))。この決議は賛成 43 反対 0 棄権 14 で採択された。

49. 2009 年ナポリ決議採択に先立つ学会の討論の中で、特に下記の意見が表明された。

(a) 国家責任を伴う、国家が計画・準備した犯罪については、不処罰を避けるため、国内・国際を問わずあらゆる裁判権への障壁が排除される(A. A. Cançado Trindade 発言)。

(b) 主権免除は刑事処罰の免除と理解されてはならない(G. Abi-Saab 発言)。

(c) 被害者が無救済のまま放置されることを避ける必要が強調されるべきである(G. Burdeau 発言)。

(d) そのような進歩的なアプローチをとることが必要である(R. Lee 発言)。

50. 前記のもう一つの学会である国際法協会(ILA)もこの問題を強調した。「重大な人権侵害に対する普遍的管轄権の実行」最終報告書(2000 ロンドン会議)において、国際法協会の「国際法と実行」委員会は「国際法の下で犯罪と評価される、国際人道法と国際人権に対

する重大な違反であって、とりわけその重大性が普遍的管轄権に服することを通じた特別の対応に値するもの」の略語として「重大な人権侵害 (gross human right offences)」という用語を採用した。国際法協会委員会の「結論と勧奨」(No.4) のひとつは下記の通りである。

「重大な人権侵害は普遍的管轄権から免除されないという原則は、犯罪が公的立場から犯された場合にも適用されるべきである。」

51. 10年後、「武力紛争の被害者のための補償」についての報告書(2010 国際法協会ハーグ会議)において、武力紛争被害者に対する補償(実質問題)委員会は「武力紛争被害者のための補償についての国際法原則についての宣言」草案第6条注釈のなかで、補償の義務は(常設国際司法裁判所が1928年ホルジョウ工場事件で判示したように)ハーグ第4条約第91条、1949年のジュネーブ4条約の1977年追加議定書第91条の「国家責任の一般原則に由来する」と述べた。そして国際法協会委員会は次のように付け加えた。

「個人の請求は伝統的に退けられてきたが、学界の支配的見解は国際人権法だけでなく国際人道法においてもますます個人の補償請求権を認めつつある。国家実行についても同様の変化が認められる。」

52. 結論として、国際法学会の業績を含む現代の国際法学説では、主権免除と裁判を受ける権利の間の緊張関係を特に国際犯罪の場合には後者を重視する形で徐々に適切に解消しつつある。それは裁判の切実な必要性、そして国際犯罪が行われた場合の不処罰を回避し、それらの将来における再発防止を保障することに対する学説の関心を表している。犯罪的な国家政策やその結果として起こる国家による残虐行為は主権免除の盾によって隠すことはできないということが今日一般的に認められている。

VII. 人権と国際人道法への重大な侵害の閾値

53. 次に、専門家の著作の中では現在まで十分に発展しなかった側面、すなわち被害を受けた個人に対する補償のための裁判権へのあらゆる障碍を排除する人権と国際人道法に対する侵害の重大性の閾値について考察する。この関係において個人だけでなく国家の国際犯罪に対する責任確定の実現可能性を論証する努力が学問的レベルで続けられてきた。それは国際犯罪における国家責任が一般国際法の中で明らかになりつつあることを示唆している。言うまでもなく、私が提唱している人類及び個人のための国際法という現代的な見地からみると、国家による犯罪の実行が全ての被害者個人に対する補償の決定という結果を伴うことは一層明らかである。

54. この論理の中では、被害者に対する補償と裁判権に対するあらゆる障碍の排除という不可避的な法的結果を発生させるのに必要な人権侵害の重大性の閾値を考察することが重要である。今日、すべての大規模な残虐行為を誰が行ったかにかかわらず重大性の閾値に照らして考察することは非常に重要である。これは明白なことのようには思えるが、残念ながら国家をあらゆる種類の責任から免除する実行が存続している。ときおり人権侵害の重大性の閾値を解釈する試みが行われた。この関心はいまだ確固たる結論に至っていないとはいえ、時に、例えば国連国際法委員会（ILC）の作業の中で示された。

55. 国連国際法委員会は 1976 年、国家責任条約草案の検討（報告者 Roberto Ago）の中で、（国連憲章のような）「人類の良心に深く根ざし」「国際社会の法秩序」の基礎をなす根本原則に違反する「他のものより深刻」で「国際犯罪」を構成する国際的違法行為があることを認めた。同委員会はそのような「例外的に深刻な過ち」を確認する必要性を認める中で、「第 2 次世界大戦中の未曾有の惨事の恐ろしい記憶」を 1976 年において、なお想起した。

「ナチス体制によって行われた人間に対する計画的虐殺が残した恐怖の感覚、そして人の生命と尊厳に対する全く残忍な攻撃に対して感じた怒りは、国内法だけではなく、その上に、人々の根本的な権利と個人が保護され尊重されることの保障を強制的に命ずる国際社会の法の必要性を指し示した。」

56. 「人類刑法典」草案の国連国際法委員会報告者(ドゥドゥ・ティアム)は、10 年後、その第 5 報告書(1987)において、同様の関心から、問題の違反は「人類社会の基礎そのものに影響を与える犯罪」であると主張した。続いて 1989 年に同報告者は国際人道法に関するジュネーブ 4 条約(1949)、更に第 1 追加議定書(1977)に編入された「重大な違反」の概念に注意を喚起した。更に 10 年後、国連国際法委員会は前記の草案第 7 条の注釈（1996 報告書）において次のように述べた。

「特に国際法の最も基本的な規則に違反し国際平和と安全の脅威となる凶悪な犯罪が人類の良心に衝撃を与えて以来、いくつかの点で 法典の定める犯罪に最も責任のある者が国家主権を引き合いに出して彼らの地位の効能である免除の影に隠れることを許すのは矛盾である。」

57. 国際法に対する重大な違反の概念は 2001 年の国家責任条文案で再び姿を現し、国連国際法委員会により採用された。第 40 条は「一般国際法の強行規範」上生じる義務の「義務履行に責任ある国家による著しい又は組織的な不履行」と定義した。第 41 条は再び「重大な違反」に言及する。これらの条項の注釈は問題の違反の「組織的、大規模、言語道断な

性質」を強調する。それらの違反は国家責任を生じ、それは国際的な個人の犯罪責任を消すことはない。重大な違反についての国家責任は一般国際法に内在する。今日の国際人権法と国際刑事法の発展が指し示すように国家と個人の責任は相互に補完する。

58. その上人権に対する重大な侵害の場合には、関係国は他国に対してではなく、究極的には個人及び人類に対する重大な危害について責任を負う。国連国際法委員会自身も採用したばかりの条項への注釈を記載した 2001 年最終報告書においてそれを認めている。国連国際法委員会は次のように述べている。

「人権保障に関する条約上の義務違反に対する国家責任は他の条約参加国すべてに対して負うことになるが、関係する個人は最終受益者とみなされるべきであり、その意味において重要な権利の保持者である。」

59. 要するに、補償を受ける権利の保持者は被害を受けた人間としての個人である。国際人道法と人権に対する重大な侵害の実行において、実行者個人が国家の名の下に行った犯罪は不可避免的に国家自体の責任による犯罪につながる。結局、戦争犯罪、平和に対する犯罪、人道に対する罪は計画的・組織的方法により行われ、共同犯罪であることを露顕するのである。それらは国家の力に依存し、まさに国家の犯罪である。したがって、国家の国際的責任と個人の国際犯罪の責任は彼らが相互補完的であったのと同様に相互補完的である。

60. 規範的意味における個人の基本的権利に対する重大な侵害の問題は現在まで十分な発展を遂げていないが、繰り返し焦点化した。例えば、ジュネーブ国際人道法 4 条約(1949)の第 1 追加議定書採択 (1977 第 85 条)の直後のように、それが特別な注目を浴びる歴史的瞬間があった。1949 年のジュネーブ 4 条約に記載された重大な違反 (第 1 条約第 49-50 条、第 2 条約第 50-51 条、第 3 条約第 129-130 条、第 4 条約 146-147 条)は今日では慣習国際法の一部を構成すると考えられている。

61. 法学のレベルでは、重大な人権侵害の閾値は今日注目を浴び始め、国際刑事法の新しい判例法の枠組みの中で考察されている。それは国際人権法の分野における法解釈の中で、とりわけよく発展した。一つの例は人及び人民の権利に関するアフリカ委員会によるコンゴ民主共和国対ブルンジ・ルワンダ・ウガンダ事件 (2003) の処理である。過去 10 年にこの関係において司法機関によって成し遂げられた最も有名な発展は米州人権裁判所による前記の一連の虐殺に関する決定であった。

62. この関係における、米州人権裁判所の判決としてとりわけ下記の事件が参照されるべきである。

プラン・デ・サンチェスの虐殺対グアテマラ（2004年4月29日）、マピリパンの虐殺対コロンビア、（2005年9月15日）、イトゥアングの虐殺対コロンビア（2006年7月1日）、ゴイブル対パラグアイ（2006年9月22日、後記）、アルモナシド・アレジャノ対チリ（2006年9月26日）、カストロ・カストロ刑務所対ペルー（2006年11月25日）、ラ・カントウタ対ペルー（2006年11月29日）。

国際人権法と国際刑事法の間には共通点を見出す余地がある。もうひとつの共通点は国際人権裁判所と国際刑事裁判所の手続における被害者自身の参加（彼らの法的な当事者適格）に見出される。

VIII. 当裁判所で主張された裁判を受ける権利に関する権利放棄の問題

63. （補償請求のための）裁判を受ける権利の放棄については、本裁判所における口頭手続において両当事者（ドイツ・イタリア）及び参加国（ギリシャ）の間で論争となった。ドイツは個人の補償請求権に関するイタリアの主張に対して、外国の主権免除の尊重は裁判を受ける権利に対する適法な制限であると主張した。また、実際の違反が終了した後に金銭賠償を放棄することを禁止するいかなる規則も存在しないと主張した。ドイツは更に、仮にイタリアの主張が認められるとすると、ドイツと連合軍の戦争法に対する違反についてドイツを原告及び被告とする大量の訴訟が提起され、第2次世界大戦後につくられた全ての補償計画の仕組みが崩壊する可能性があるとして主張した。ドイツは最後に、設立された補償システムは包括的であり、被害国とドイツの利益の調和を図るものであると主張した。

64. イタリアは1947年の平和条約の請求権放棄条項は国際人道法違反を含むものではないと反論し、国際人道法への重大な違反に対する補償請求は1947年の平和条約第77条(4)の射程外であり、イタリアは放棄していないとの立場を繰り返し表明した。また、国際人道法違反に対する補償請求権は放棄していないというのが、1947年条約の当該条項の唯一の解釈であると主張し、仮にドイツに対するそのような全ての請求を放棄する趣旨であるとするならば、それはドイツが犯した全ての戦争犯罪を免責することになり、ジュネーブ条約体制のもとでは許されず、違法であると主張した。

65. イタリアは特に、イタリア軍人収容者の補償請求権について、彼らはナチスにより戦争捕虜の地位を剥奪され強制労働者として使役されたにもかかわらず、戦争捕虜であったという理由で「記憶、責任、未来」基金が提供する補償制度から除外されるという矛盾した取扱を受けたことについて言及した。イタリアは更に次のように主張した。放棄したといわれている当時（1947年の平和条約および1961年協定）、それは犯罪として確立していなかったから、虐殺被害者の請求が放棄されたと考えることはできない。その

上、そのような放棄の承認はそれらの犯罪の実行者は刑事責任を負うが民事責任を負わないという常識に反した状況を生み出すことになる。そのような結果は刑事責任には民事責任を伴うことを認める全ての現代の国際刑事法の発展とも相容れない。

66. ギリシャは 1907 年ハーグ第 4 条約第 3 条、1977 年第 1 追加議定書第 91 条、国際赤十字委員会国際人道法成文化規則 150（慣習国際法として。後記参照）、国際法委員会国家責任条文第 33 条(2)、及び国家実行を根拠に、国際人道法への重大な違反に対する個人の補償請求権の存在をギリシャ裁判所は承認したと主張した。ギリシャが特に強調したのはこの点であり（後記 147 項参照）、細心の注意が払われるべきである。

67. 実際に、本件手続の初期の段階で 2010 年 7 月 6 日の（イタリアの反訴請求を却下した）裁判所命令に対する私の反対意見において私はこの点を検討すべきであると考えた。1907 年ハーグ陸戦条約第 3 条は付属書の条項に違反した交戦国はその軍隊の構成員が行った全ての行為に責任を負い、賠償義務を負うと規定する。この条項の草案（ドイツ代表の提案により作成された）は補償の対象は前記の違反の被害者個人であるとの見解を支持していた。

68. 70 年後、この条項は 1949 年国際人道法に関するジュネーブ条約の第 1 追加議定書第 91 条によって改正された。1907 年の条項に対する違反についての国家責任の承認や、それに伴い国家が被害者個人に対する補償義務を負うことについて、(1907 年にも 1977 年にも) 反対意見や議論はなかった。これについて前記の 2010 年 7 月 6 日の裁判所命令の反対意見の中で私は次のように述べた。

「歴史的な第 2 回ハーグ平和会議において、参加諸国は、武力紛争の（以前の国家実行のように敗戦国だけが勝者のためにするのではなく）全ての参加国に補償を義務づける一般的義務を記載することを決定した。これはドイツの提案をもとになしとげられ、ハーグ陸戦条約第 3 条に結実した。それは専ら国際人道法違反に対する補償制度実行のみを扱った初めての条項である。ドイツの提案に力を得て、1907 年のハーグ陸戦条約第 3 条は国家よりも人間個人に権利を授与する意図を明らかにした。

1907 年第 2 回ハーグ平和会議のこの遺産は現代のために計画されたものである。第 2 次大戦中（1943 年から 1945 年の時期）に強制労働のために移送された人々の損害についての時間の経過は、補償を受けるための被害者の長期にわたる努力とともに専門家の著作において指摘されてきた。…それらの被害者は非人道的で屈辱的な待遇に耐えねばならなかったばかりか、その後、不処罰、無補償、明らかな不正義の中で報われない人生を終えた。人類の正義の時間は人間の時間とあきらかに異なるのである。」

(主権免除 (独対伊)、反訴請求事件、2010年7月6日命令、116-118項)。

IX. 国際法への重大な違反の被害者個人の権利の国家間における放棄の不承認

69. したがって、個人の裁判を受ける権利の重要性は疑問の余地がない。それらの重大な違反の事件では、個人の被害者はいかなる国家も介することなく自ら直接に国家責任を援用することができる。彼らはそれを国内法によるのと同様に、今日国連が想定している法の支配にしたがって国内レベルでも国際レベルでも行うことができる。伝統的な「統治行為」の理論は国家による人権と国際人道法への重大な違反については何の役にも立たない。

70. こうした事情の下で優先されるべきは補償請求のために裁判を利用する被害者個人の権利である。要するに 1907 年のハーグ陸戦条約第 3 条と 1977 年の第一追加議定書第 91 条は重大な違反の被害者らに国際的レベルで補償を受ける権利を授与しているのである。そして責任国は彼らに必ずそのような補償をしなければならない。近年国際人権法の分野においてこの趣旨の多くの実行が発展し、固有の権利を主張する個人を所属国から解放する要素の一つとなった。

71. やはり主権免除に関する本件の 2010 年 7 月 6 日の裁判所命令に対する私の反対意見において、私は国家は自らのために請求権を放棄することができるが、国際法への重大な違反の被害者個人の権利を放棄することはできないという基本的立場を述べた。人権及び国際人道法への重大な違反の被害者の請求権は所属国による放棄や関係国間での放棄を許容するものではない(114-115 項)。そのような趣旨の放棄であると主張されているものは、そのすべての法的効果を剥奪されるべきである(151、153 項)。私は同反対意見において更に次のように述べた。

「私の理解によれば、いかなる場合にも個人の固有の権利についての国家による放棄は国際公序に反するものであり、いかなる法的効果も否定されるべきである。そのようなことは第 2 次世界大戦中や 1947 年の平和条約の時には認識されていなかったという、既存の権力に阿諛した古い実証主義者を思い起こさせる考えは、私の見解によれば根拠がない。国家は何の処罰も受けることなく組織的な集団殺害、虐待、奴隷化、移送、強制労働など、人間性に対する犯罪を犯し、その後他国との交渉による請求権放棄条項の障壁に隠れ、全ての請求を相手国との平和条約によって解決しようとする可能性があることが認められる。

この問題の重要性は第三帝国の時代やそれ以前にも、私の見解によれば全ての法の究極の源泉である人間の良心、普遍的な法的良心に深く刻み込まれていた。強制労働はドイツの第三帝国の時代には禁止されていなかったという考えは、古い実証主義者の

独断によっても成り立たない。それは、武力紛争時においても平和時においても成り立たない。過去の個人に対する虐待への否認と非難が国際人道法の分野だけでなく、労働関係の基準（ILO 条約による）においても明らかになったので、漸進的な制限がそれを禁止へと導いている。私の認識ではこれらのすべての要因が発生する前に…過去の重大な違反が良心の重荷となっていたため、奴隷化と強制労働は人間の良心により禁止された。」（124-125 項）

72. ここでもう一度頑迷な国家中心思考を超えねばならない。本件の 2010 年 7 月 6 日の裁判所命令に対する反対意見の中で 私の国際法に関する考え方が多数意見のそれとは全く異なることを指摘した。

「頑迷な国家中心思考を超え、権利の究極の保持者である人間に手を差し伸べよう。彼らを圧迫するのではなく保護すべきである国家が人間の権利への深刻な侵害に対する補償請求を放棄しようとしている。

国家は望むのであれば国家自身の権利を放棄することができる。しかし、国家は権利への重大な侵害に対する補償請求権を放棄することはできない。それは個人の固有の権利であって国家の権利ではないからである。これに関する放棄であると言われるいかなる行為も国際公序に反するものは強行規範への違反となる。この広い視野と高い価値基準はいわゆる国家の法（国際法、万民法）の『創始者』らの見解や私が現代国際法思想の中で最も明晰なものともみなす傾向と一致している。

国際法秩序を人間の苦痛や忘却される運命にある無辜の沈黙の上に打ち立てたり維持することはできない。20 世紀の二つの世界大戦（1916 年から 1918 年及び 1943 年から 1945 年の期間）の間に強制労働のための民間人の集団移送が行われた時、それは戦争犯罪や人道に対する罪を形成する違法行為であり、人権と国際人道法への重大な侵害である残虐行為であることをすでに誰もが知っていた。結局のところ、良心の上に立つ意思が、明白な不正義を取り除く究極的な力の源泉として法を発展させるのである。」（177-179 項）

X. 裁判を受ける権利についての紛争当事者の立場

73. ドイツとイタリアは裁判を受ける権利について根本的に異なる理解をしている。双方とも裁判を受ける権利は実効的な救済と公正な裁判という 2 つの（補足的な）構成要素を含む基本的な権利であることについては同意する。しかし問題となっているケースについて、その範囲と実行の結果について争いがある。ドイツは裁判を受ける権利に伴う義務の範囲

は国民と外国人に、差別と妨害なく裁判を利用する機会を保障することに限定され、実効的な救済と公正な裁判の保障についても同様であると主張する。これに対しイタリアは裁判を受ける権利は請求者側を充足させる義務を課すものであると理解する。イタリアは裁判を受ける権利の範囲を事件の結果にまで拡張し、外国国家に対する場合であっても、被害者側が利用できる他の実効的な救済手段がない場合には、裁判拒否を回避するために国内裁判所は主権免除を否定すべきであると主張する。

74. ドイツは裁判を受ける権利を非常に狭く解釈し、法廷地国の司法機関を差別なく完全な手続上の権利をもって利用することに尽きると主張する。この意味においてギリシャ市民が全く同じ機会を与えられたように、イタリア市民もドイツ法によりドイツ連邦憲法裁判所に至るまでの司法救済を完全に利用することができた。その上、ドイツは「原告は彼らが主張することができる真の法的請求権を有しているか」という問題により裁判を受ける権利と実効的な救済を受ける権利を区別する。

75. ドイツは次のように主張する。

戦争犯罪やその他の国際人道法違反から個人の補償請求権が生じることはなく、したがって（当然の結果として）訴訟の権利もない。同様に、1947年の平和条約と1961年の協定は戦争によるイタリア国民の損害について国家間の補償制度を創設したのであり、それを遡及的に変更することはできない。1907年ハーグ陸戦条約第3章の通常解釈によれば、この条項は個人の補償請求権を創設したものではない。そのような個人の権利に言及した武力紛争被害者の補償に関する2005年の国連総会決議60/147や2010年のILA報告書草案は現存する慣習法や条約上の規則に依拠したものではなく、新しい規則の導入の提案にすぎない。したがって、これらの事件に対するドイツ裁判所の決定は裁判の拒否ではなく、イタリア国民が彼らの主張する実体的な権利を有していないことを認定したにすぎない。

76. ドイツは更に主張する。

仮にそのような訴訟の権利と補償請求権が認められるとしても、ドイツはそれを侵害していない。ドイツの司法制度の全てのレベルの完全な利用をすべての原告は認められており、イタリア市民やギリシャ市民から手続上の権利が侵害されたという主張がなされたことはなく、国籍によるいかなる差別も存在しない。仮に裁判を受ける権利が（加害国とされている）国家の裁判所で請求が認められなかった個人に外国の裁判所（そして場合によっては同時に又は連続して複数の国の裁判所で）で加害国とされる国家を訴えることを許容するものと解釈されるなら、甚だしい「裁判所あさり」が起きる可能性がある。

77. イタリアは、個人の補償請求権と、同じ理由による戦争被害に対する訴訟提起の権利は存在すると、非常に明確に主張する。イタリアは次のように主張した。

この個人の補償請求権は第 1 次世界大戦後のヴェルサイユ条約（第 304 条）と混合仲裁裁判所の創設に起源を求めることができる。ただし、この方式は第 2 次大戦後には採用されなかった。しかしながら、国際的な代替手続以外に国内の救済手段の利用も妨げられてはならない。実際にイタリア裁判所は平和条約や補償のための国家間の仕組みが提供されているにもかかわらず、イタリアに対する訴訟を許容している。

イタリアは更に裁判を受ける権利に対する各地域的及び世界的な人権保障機関の理解と、米州人権裁判所の判決(ゴイブル事件、後記第 XVII 節)に基づき、侵害された実体的権利が絶対的なものであれば裁判を受ける権利も絶対的権利であると主張した。

78. イタリアは、裁判を受ける権利は「有している権利の享受拒否」である裁判拒否からの保護の義務を伴うと主張する。例えばフェッリーニ氏をはじめとする人々がドイツの裁判所と行政機関で請求を認められなかったとき、唯一の法的手段としてイタリア裁判所にドイツを提訴したのである。そのような件についてイタリア裁判所でドイツ国家の主権免除を否定することは、被害者が他の全ての補償手段を奪われている状況下では被害者の裁判を受ける権利の実効的な行使のために必要である。

79. ドイツとイタリアは裁判を受ける権利について基本的に異なる立場を維持した。この問題についてより詳細に述べて評価する前に（第 XII 節参照）、裁判所の口頭手続における質問に答えた両当事者と参加国ギリシャの説明を次に検討するのが適当であると考えられる。そのような説明を検討したのち、論理的順序に従い本件のその余の側面を検討することにする。

XI. 裁判官の質問に対する両当事者及びギリシャの説明

1. 両当事者及びギリシャに対する質問

80. 2011 年 9 月 16 日の口頭手続を終えるに当たり、私は当事者であるドイツとイタリア、そして参加国のギリシャに対し、各々が裁判所に提出した主張についての説明を求めるため、いくつかの質問をする必要があると考えた。そのときに私が行った質問は下記のとおりである。

「裁判所における言語的公平のため、私は他の法廷言語で質問する。

ドイツ、イタリア、ギリシャに 3 つの質問をする。

裁判所の弁論における主張や両当事者の見解のなかで、1961 年のドイツとイタリアの協定と 1947 年の平和条約第 77 条(4)の請求権放棄条項の正確な射程をどのように考えているか？ 補償問題は今日では完全に終了していると考えてよいのか？それとも、

いくつかの問題が今日も未解決のまま残っているのか？

私のドイツとイタリアに対する第 2 の質問は次の通りである。

不法行為例外は業務管理行為にのみ適用されるのか？ それとも主権行為も不法行為例外の対象と考えるのか？戦争犯罪を主権行為と考えるのはなぜか？

私のドイツとイタリアに対する第 3 の質問は次の通りである。

被告が言及した特定の原告らは補償を実効的に受けたのか？もしそうでないとすれば、彼らは国内の訴訟以外の方法でその権利を認めさせたり実効的に補償を受けることができるのか？人権と国際人道法への重大な違反に対する補償制度は未だに国家間レベルに限ると考えることができるのか？補償を請求する権利は広い意味での裁判を受ける権利と関係があるのか？そして、そのような裁判を受ける権利と強行規範にはどのような関係があるのか？

最後にギリシャに対する私の質問は次の通りである。

ギリシャの法制度において、マルゲロス事件に関するギリシャ特別最高裁判所の判決はディストモ事件に関するギリシャ最高裁判所判決にどのような法的効果を及ぼすのか？ディストモ虐殺事件に関するギリシャ最高裁判所判決はギリシャの法制度の内外で今も執行を停止されているのか？」

2. 第 1 回の回答

81. 確認のために、2011 年 9 月 16 日の裁判所における口頭手続の末尾で私が行った質問に対するドイツ、イタリア、ギリシャからの回答を要約する。まず、紛争当事者であるドイツとイタリアの回答、次に参加国であるギリシャの回答について述べる。

(a) ドイツとイタリアの回答

82. 両当事者に対する私の第 1 の質問について、ドイツは、2010 年 7 月 6 日の裁判所命令（特に 27-28 項参照）は 1947 年の平和条約と 1961 年の二つの協定が本件手続と関連性をもつと判断したと述べた。ドイツは第 2 次世界大戦に関する補償が未解決であるか否かは、本件の主題ではないという立場を繰り返し主張した。イタリアは、1961 年の協定は 1947 年の平和条約の請求権放棄条項の範囲について当事者間に意見の対立が存在したことの結果であり、ドイツはその問題のためにいくつかの措置をとらざるを得なかったと反論した。そして、協定は一方で未解決の経済問題の補償の手段であり（「清算協定」）、他方では迫害被害者に対する賠償の手段であった（「賠償協定」）と主張した。

83. イタリアは更に次のように述べた。

清算協定はイタリアが請求権放棄条項についてのドイツの解釈を受け入れていなかったことを示す決定的な証拠であり、賠償協定は差別的な理由の標的にされた特定の種類の被害者を対象とするものである。1961年の協定は未解決の経済問題と迫害被害者への補償のみに関するものである。それらの協定は請求権放棄条項を含むが、それらは「協定の内容となった事柄に関するものに過ぎず、戦争犯罪に対する補償請求にまで拡張されるものではない」。イタリアは1947年平和条約の第77条(4)の請求権放棄条項についても、この条項は国際人道法に対する重大な違反に起因する補償請求には適用されないという立場を繰り返し主張した。

84. 両当事者に対する私の第2の質問について、ドイツは次のように回答した。

不法行為例外は軍隊の行為や本件で問題となっている武力紛争時の行為には適用されない。また、国家の行為は行為の性質により分類されるのであり、その行為の適法性とは関係がない。この意味において主権行為が国際法の重大な違反となる可能性があり、国際法には国家責任や国家犯罪責任によって主権免除を剥奪したり制限することはないという確固とした規則がある。

85. 一方イタリアは次のように回答した。

補償問題は未解決であり、本件紛争において言及されている類型を含む数種の種類の被害者が補償資格を認められないままである。不法行為例外は業務管理行為にも主権行為にも適用され、これが適用される主権行為に対して主権免除を与える義務は存在しない。「不法行為例外が及ばないという結論を要求する固有の性質が主権行為に内在するのではない。不法行為例外は法廷地国で行われた不法行為に対する法廷地国の支配権や管轄権の要求にもとづいて正当化されるものである」。したがって、このような正当化事由によれば、不法行為例外は主権行為であるか業務管理行為であるかを問わず、法廷地国の域内で行われた外国の行為すべてに適用される。

86. イタリアはさらに、人道に対する罪や戦争犯罪は主権行為ではありえないから国家は防衛のために主権免除を援用することはできないという見解をイタリアは認識しているが、主権免除の法のこの分野は変化の途上にあることを認めた。また、イタリア裁判所に提起された事件の特異かつ特有の事情の下でこの裁判所に提起された事件は、不法行為例外及び主権免除と絶対的規範の実効的な施行の間の両立しがたい抵触の存在という別の論点を基礎としたものであり、これらの論点はイタリアはドイツに免除を与える義務がないという立場を支持するものであると主張した。

87. 私の両当事者に対する第3の質問について、ドイツは再度2010年7月6日の裁判所命令に言及し、第2次世界大戦に関する補償問題は未解決なのかと言う問題は本件の主題ではないと主張した。ドイツは第2次世界大戦の補償体制は古典的な国家間及び包括的な制度によるものと考えている。ドイツはさらに、ドイツに対して請求しようとする被害者はヨーロッパ人権条約第6条(1)の裁判を受ける権利保障にしたがって、ドイツの裁判所で訴訟を提起することができるかと主張した。

88. 一方、イタリアは次のように回答した。

本件紛争の基礎をなす事件で言及された類型の被害者で補償を受けたものはいない。10年にわたり補償を得ようと試みた人々は何の成果もあげられなかったにもかかわらず、補償制度が整備されないため、いくつかの類型の被害者らは補償を請求することができずにいる。ドイツ側にはそれらの類型の被害者らに補償をするための協定を成立させようという意思がないように見える。これらの類型の被害者が補償を受けるためには、国内裁判所における訴訟以外の手段は存在しない。例えば「イタリア軍人収容者」に補償を行うための協定の締結に対するドイツ当局の強い拒否感を考えると、国内裁判官が主権免除を否定しなかったなら戦争犯罪の犠牲者が補償を得るための他の方法は存在しなかった。

89. 続いてイタリアは次のように述べている。

人権と国際人道法への重大な違反に対する補償制度は国家間レベルに限定されるものではなく、被害者個人は国内裁判所において請求することができる。そして、国内裁判所に訴えることが何らかの補償を得るために利用できる唯一で最後の手段を意味する場合には、主権免除の否定は正当化される。「特定の事情のもとでは外国に主権免除を与えることによる裁判の拒否は実効的な補償の拒否を意味する可能性がある」。また、強行規範の概念は根本的な規則の領域に限定されるものではなく、そのような性格を有する規範が命じる義務への重大な違反の事例において利用可能な救済策に関するものでもある。個人の裁判へのアクセスを妨げる規則と強行規範の実効的な施行の間に抵触が存在し、強行規範の実効的な施行のための他の方法がない場合には「強行規範を優先して主権免除を否定し、被害者個人への裁判へのアクセスを認めるべきである」。

(b) ギリシャの回答

90. 私の知る限りではハーグ裁判所史上初めて非当事者である参加国に対して行われた私の質問に対し、ギリシャは次のように回答した。

特別最高裁判所は最高裁判所として位置づけられるものでもギリシャの司法体系を構成する裁判所でもなく、ギリシャにおける独特な法的地位のものである。また、特別最高裁判所は独立した非常設機関であり、ギリシャ司法機関の階層関係の中に位置づけられない。

そして、「今日の国際法の発展のなかで」慣習国際法を発見したり定義したりすることは特別最高裁判所の機能のひとつである。この機能の分野では、その判決は限られた効力しかもたず、特別最高裁判所にその問題を提起した裁判所のみを拘束する。特別最高裁判所の判決は対世的既判力をもたない。それは通常の裁判所や特別最高裁判所が後に慣習法が存在するという説に何らかの変化があったか否かを判断するためのものである。

91. ギリシャはさらに次のように述べた。

特別最高裁判所の判決は常に「同時代の国際法の発展段階とそれが一般的に受け入れている規則」において示される法的確信についての考察を反映している。マルゲロス事件の判決は、この判決に優先し異なる事件と考えられているディストモ虐殺事件最高裁判所判決の法的意味に何の影響も与えない。この意味において最高裁判所判決は「最終的で取消不能であり、執行は停止されているが、ギリシャの法秩序の中で効力があり、法的効果を生じている」。法務大臣が最高裁判所判決の執行を承認しなかったことは判決が「意味を失ったり、執行不能になったり」することを意味するのではない。ディストモ判決は「現在も有効である」。

3. 第 2 回の回答

92. 私が裁判所の口頭手続で行った質問に対する回答について、各当事者が意見を述べるのが適当であると思われた。これらの意見は各当事者の第 2 回の回答となっている。これらについても同様に、裁判所における主権免除に関する本件の両当事者の立場の相違を明らかにするために再確認して要約することにする。

(a) ドイツの意見

93. ドイツは私の質問に対するギリシャの回答についてのみ意見を述べた。ドイツはまず、ギリシャ憲法第 100 条(1)とギリシャ特別最高裁判所に関するギリシャ法 No. 345/1976 第 54 条(1)に言及し、特別最高裁判所の決定は後者の条項によるものであると述べた。これに基づいてドイツは、2002 年のマルゲロス事件判決以降「第 2 次世界大戦中の主権行為についてドイツの主権免除を否定したギリシャ裁判所は存在せず、ディストモ事件判決を執行する措置もとられていない」と述べた。ドイツはさらに、特別最高裁判所の法理を踏襲したギリシャ最高裁判所の 2 件の判決（2007 年及び 2009 年）によれば「国際人道法に対する重大な違反への訴えが事件の内容であったとしても、主権免除規則は影響を受けない。」と述べた。

(b) イタリアの意見

94. 一方イタリアは私の第 1 の質問（前記）に対するドイツの回答の一部について次のように意見を述べた。

ドイツの主張に反し、2010 年 7 月 6 日の裁判所命令からドイツが引用した部分の結論はイタリアの反訴請求の許容性の問題に厳密に限定されたものであり、ドイツの主たる請求で提起された問題の解決に影響を与えるものではなかった。ドイツの主たる請求についての本案におけるイタリアの主張、とりわけ戦争犯罪に対する補償義務は主権免除に特別な影響をあたえるという主張を裁判所は引き続き検討しなければならない。

95. 私の第 3 の質問に対するドイツの回答についてイタリアは下記のように意見を述べた。第 2 次世界大戦に関して創設された補償制度は「包括的」であるとドイツは説明するが、戦争犯罪のイタリア人被害者に関する補償は「部分的」なものであることを書面及び口頭による主張を通じてドイツ自身が認めている。1961 年協定は迫害被害者のみに関するものであった。このような補償制度を「包括的」と特徴づけることは、特に戦争犯罪のイタリア人被害者については適切でない。また、ドイツの主張はおびただしい数のイタリア人戦争犯罪被害者に何らの補償もなされて行われていないことを明らかにした。

96. イタリアは最後に、イタリアは 1943 年 9 月 8 日までドイツの同盟国だったので戦争犯罪のイタリア人被害者は補償を受けられないというドイツの主張に反論した。

「それは、開戦法規違反に対する責任制度と国際戦時法の条項に違反した結果の混同、特に国際人道法への重大な違反に対する特別な責任制度への無知による誤りである。」

私の第 3 の質問に対しても、イタリアは次のように主張した。

「イタリア人被害者がドイツ裁判所に提訴したことは、彼らが補償を得るための実効的な法的手段を与えられたことを意味しない」。ドイツ法はイタリア人被害者の補償について多くの「不当に制限的な要件」を課した。

XII. 第 2 次世界大戦当時における強制労働の禁止

1. 規範的禁止

97. 第 2 次世界大戦当時の強制労働に対する法的規制は 1932 年に発効した 1930 年の強制労働に関する ILO29 号条約に基づくものであった。同条約は強制労働の全面禁止を最終目標として強制労働に対するさまざまな制限と禁止を規定した。例えば戦争捕虜をいかなる方法によっても作戦行動に関連する労働（武器・弾薬の製造・運搬）や不健康又は危険な

労働に従事させてはならないことをはっきりと規定した（31-32条）。そして違反があった場合、労働者には異議申立の権利があり、懲罰の手段として加重労働を課してはならないとされていた（31条）。

98. 時がたつにつれ強制労働を含む別の状況が強いられてきたとはいえ、威圧や刑罰の威嚇による労働という意味での強制労働（第2条(1)）は1930年ILO29号条約以来非難され明確に禁止されてきた。この条約を受けて、一般的な受容に現実的に対応するために1957年強制労働廃止条約が採択された。私が本件の2010年7月6日反対意見（130-132項）で述べたように、それらの条約の基礎をなす強制労働廃止をめざすという一般国際法上の原則は、今日では強行規範の領域に属している。

99. その上国際人道法の分野において、1907年ハーグ陸戦条約と1929年ジュネーブ戦争捕虜条約は第2次世界大戦中の武力紛争時における戦争捕虜と民間人の待遇を規制した。1929年ジュネーブ条約は戦争捕虜について不健康または危険な強制労働の禁止を追加した（28-34条）。さらに、同時代の強制労働禁止に関するものとして1926年ジュネーブ奴隷条約がある。同条約は「強制労働が奴隷類似状態に深化することを防止する全ての措置をとる」国家の義務を明確に課した（第5条）。

100. 前記1907年ハーグ陸戦条約は、陸戦における法規及び慣例に関する規制として、占領地の住民に対する強制労働に関し「その本国に対する作戦行動」参加強制の禁止をつけ加えた（第52条）。ドイツは1907年10月18日にこの条約に署名し、1909年11月27日に批准した。ちなみにドイツは強制労働に関する1930年ILO29号条約を1956年6月13日によりやく批准したことを注目すべきである。仮にこの遅い批准により、1956年中ごろまではこの条約にもとづく裁判権から免れるとしても、いずれにせよナチスドイツの責任がなくなることはない。すでに第2次世界大戦の当時、誰も強制労働の不当性をあえて否定しなかったであろう。

101. ナチスドイツが創設した強制労働制度は、占領地域の住民の一部を重労働を強制するために支配し、私人により踏みにじられた奴隷と類似した境遇に永続的に置くというものであり、「奴隷化」と同義であると言うことができる。強制労働者を疲弊させて死亡させることがドイツ当局の方針であった。時には彼らは働くことができなくなった強制労働者を積極的に殺害することもあった。そのような状況は彼らの方針が「奴隷化」の定義に該当することを示している。

2. 禁止に対する司法的承認

102. そのようなナチスドイツの国家政策は第2次世界大戦直後のニュールンベルグ国際軍事裁判の審理と判断に影響を与えた。1945年のニュールンベルグ裁判憲章は戦争犯罪の一種として「占領地所属もしくは占領地内の民間人の……奴隷労働もしくはその他の目的のための追放」(第6条(b))を挙げ、人道に対する罪の一種として「戦前もしくは戦時中にすべての民間人に対して行なわれた……奴隷化、追放及びその他の非人道的行為」(第6条(c))を挙げた。前記のように、強制労働と奴隷化の禁止は一般国際法、ILOの国際文書、国際人道法の中ですでに確立されていた。

103. それはニュールンベルグ裁判の審理を通じて司法的にも承認された。具体的には第2次世界大戦中の奴隷労働の問題はニュールンベルグ裁判において主たる戦争犯罪のケースとして審理され(1946年10月1日判決)、同裁判所憲章第6条(b)の「戦争犯罪。すなわち、占領地所属もしくは占領地内の民間人の……虐待、奴隷労働もしくはその他の目的のための追放」との規定が適用された。同裁判所はさらに「占領地住民の強制労働に関する法は1907年ハーグ陸戦条約第52条に見出される」と指摘した。

104. これについてニュールンベルグ裁判所は「ドイツ占領当局の政策は1907年ハーグ陸戦条約の規定に対する著しい違反であった」と結論づけた。そして、「この政策は1941年11月9日のヒトラー演説の言葉から発想されたものと思われる」、「ドイツの占領当局は占領地住民の多くをドイツの戦争遂行のために働かせ、少なくとも500万人をドイツに移送し工業や農業に従事させた」、また「占領された国々の住民はドイツの戦争経済を支えるために占領地内で徴用され、労働させられた」、「多くの場合には彼らはドイツの要塞や軍事施設で労働させられた」と判示した。

105. ニュールンベルグ裁判所が引用するヒトラーの言葉からみて、第2次世界大戦中のドイツ軍需工業における占領地住民の広範な強制労働はナチスドイツの国家政策であったことに疑いの余地はない。そのような国家政策は、条約及び慣習法の両面において国際法に対する重大な違反であった。

106. 具体的には、労働者らにドイツでの労働への志願を勧める猛烈なプロパガンダキャンペーンが繰り広げられ、ドイツに行くことを拒否した労働者と家族を警察が威迫するケースもあったとニュールンベルグ裁判所は述べた。同裁判所に提出された証拠は労働者はドイツの監視下で輸送され、しばしば適切な食料、暖房、衣類、衛生設備も与えられることなく列車に詰めこまれ、ドイツにおける労働者の待遇が多くの場合残忍で粗野なものであったことを示した。また、多くの戦争捕虜は1929年のジュネーブ条約第31条に違反して作戦行動に関係する労働に直接送り込まれたと認定した。

107. ニュールンベルグ裁判所は、同裁判所が適用した慣習的規則について次のように述べた。

「憲章第 6 条は次のように規定する

(b) 戦争犯罪。 すなわち戦争の法規又は慣習に対する違反。この違反は、占領地所属もしくは占領地内の民間人の殺害、虐待、もしくは奴隷労働もしくはその他の目的のための追放、俘虜もしくは海上における人民の殺害もしくは虐待、人質の殺害、公私の財産の掠奪、都市町村の恣意的な破壊又は軍事的必要により正当化されない荒廃化を包含する。ただしこれらに限定されない。

(c) 人道に対する罪。 すなわち戦前もしくは戦時中にすべての民間人に対して行なわれた殺人、殲滅、奴隷化、追放及びその他の非人道的行為、又は犯行地の国内法の違反であると否とを問わず本裁判所の管轄に属する犯罪の遂行として、もしくはこれに関連して行なわれた政治的、人種的もしくは宗教的理由に基づく迫害行為。…

裁判所はニュールンベルグ憲章によって与えられた戦争犯罪と人道に対する罪の定義に当然に拘束される。しかしながら既に指摘したように、戦争犯罪については、ニュールンベルグ憲章第 6 条 (b) が定義する犯罪はすでに国際法において犯罪と認められていたものである。それらは 1907 年ハーグ陸戦条約第 46, 50, 52, 56 条及び 1929 年のジュネーブ条約第 2, 3, 4, 46,51 に規定されていた。これらの条項に対する違反がそれを実行した個人を処罰すべき犯罪を構成するという法理は確立しており、抗弁を認める余地はない。」

108. ニュールンベルグ裁判所はさらに、1907 年ハーグ陸戦条約に規定された規則は 1939 年までにすべての「文明国」によって認められ、ニュールンベルグ憲章第 6 条(b)で戦争の法規及び慣習として成文化されたと考えられるようになったと認定した。人道に対する罪についてニュールンベルグ裁判所は「テロ政策は疑いなく広い範囲で実行され、多くの場合組織的、系統的であり」「1939 年の戦争前に迫害、抑圧政策と政府に敵対するとみなされたドイツ市民に対する虐殺が「全く容赦なく実行された」と認定した。同裁判所は「1939 年の開戦時から広い範囲で戦争犯罪が行われ、それは人道に対する罪にもあたるものであった。」「それらの犯罪は侵略戦争の遂行又はそれと関連して行われ、したがって人道に対する罪を構成する」と結論づけた。

109. 極東軍事裁判所（東京裁判）においても、1948 年 11 月 12 日判決は徴集方法や収容施設への監禁等、強制労働の利用について関心を表明した。東京裁判はさらに「徴用工と戦争捕虜や民間人収容者の間には」ほとんど区別がなく、全て「奴隷労働者」といえるものであったと述べた。

110. 現代では、欧州人権裁判所に第2次世界大戦の生存者が提訴したコノノフ対ラトビア事件（2008～2010）において、同裁判所は民間人に対する支配と虐待が第2次世界大戦のはるか以前からすでに禁止されていたと判断するためには第1, 2 ハーグ平和会議（1899年及び1907年）から第2次世界大戦後（ニュールンベルグ裁判、東京裁判、1949年のジュネーブ会議）にいたる国際人道法の発展についての検討を行うことが適切であると指摘した（2008年7月24日判決）。

111. 同様の論理により、同裁判所はコノノフ対ラトビア事件最終判決（2010年5月17日、大法廷）において、村民（非戦闘員）に対する「虐待と殺傷」が1907年ハーグ条約の当時すでに「戦争犯罪」を構成していたことを確認するためには19世紀の法制から第2次世界大戦後までの国際人道法の発展をさらに深く検討することが適切であると述べた。同裁判所は特に次のように判示した。

「戦争犯罪の概念は何世紀もさかのぼることができるが、19世紀中頃は戦争犯罪を構成し個人が犯罪責任を負うべき行為について確固とした法制化が行われた時期であった。1907年のハーグ陸戦条約及び規則は1863年のリーバー戦時法典（1880オックスフォード提要）と、とりわけ1874年のブラッセル宣言に触発された。1907年のハーグ陸戦条約及び同規則は戦争の法規と慣例の宣言として初期の法制の中で最も影響力をもつものであった。それらは特に、重要な概念（戦闘員、民間人大量徴用、戦闘能力喪失者）を定義し、戦争法規慣例に対する違反を詳細に列挙し、マルテンス条項を通じて1907年のハーグ陸戦条約及び規則の特定の条項によりカバーされない場合に住民や交戦国民を一般的に保護した。この点について軍隊に対して常に訓令を発し、軍隊がこれらの規則に違反した場合に賠償する責任は国家にあった。」

112. 同裁判所は「ハーグ」と「ジュネーブ」の国際人道法を再検討した後、19世紀後半から20世紀前半にかけて「後者が前者を補足し」と述べた。さらに、ニュールンベルグ裁判憲章が「戦争犯罪の非網羅的な定義」を提供し、その判決は1907年のハーグ陸戦条約及び規則に定められた人道規則が『戦争法規・慣例の宣言』であり、それらの条項への違反は違反した個人を処罰すべき犯罪を構成することが1939年までに徐々に認識されるようになったことを認めたと述べた。（207項）。

113. そして同裁判所は「国際法と国内法（国際規範から移入されたものを含む）は国内の刑事・民事の責任追及の基礎となった」と述べた（208項）。

上記の考察によれば、要するに第2次世界大戦のはるか以前から、（強制労働のような）民間人虐待は違法であって、戦争犯罪であり、国家と個人はその責任を負うことが司法的に

認められていたことは明らかである。

3. 成文化作業における禁止

114. 奴隷制の一種としての強制労働の禁止はすぐに達成できるものではなく、それを根絶するための長い時間が必要であり、今日においても未だに残存しているという事実を念頭に置かねばならない。奴隷労働としての強制労働に対する闘いは繰り返し注目を浴びている。この関係において、例えばフェルゼイル (J.H.W. Verzij) は 1958 年に過去の非難されるべき虐待や恥辱に対処するいかなる試みも「比較的最近」のことであることを「認めなければならないのは衝撃的」と指摘した。したがって、

「公式な奴隷制度禁止は密かに又は公然と農奴制度がはびこっていた 19 世紀を通じて少しずつ不承不承に行われたにすぎないという屈辱的な歴史的証拠を認識すれば、1956 年において奴隷制度、奴隷貿易、過去から生き残って未だに存在している悪徳である奴隷類似制度や慣習を禁止する条約の締結は依然として必要といえる。」

115. 国連国際法委員会 (ILC) は同委員会と国際連合の草創期においてニュールンベルグ裁判憲章と同判決 (1950) において認められた国際法原則を定式化したが、その中の「戦争犯罪」には「占領地住民に対する奴隷労働その他の目的のための追放」が含まれ (原則 VI (b))、「人道に対する罪」には「すべての民間人に対して行われる奴隷化、追放、その他の非人道的行為」が含まれていた (原則 VI (c))。1950 年に定式化されたそれらの原則はすでに永い間世界の司法的良心のなかに深く刻み込まれていた。それらの犯罪も同じように、すでに永い間禁止されていた。

116. 奴隷制度の一種としての強制労働の禁止を成文化しようという努力は 20 世紀中頃の国連国際法委員会によるものだけではなく、数年前に国際赤十字委員会 (ICRC) によっても行われた。国際赤十字委員会が国際慣習人道法と題して 2005 年に出版した研究結果によれば、無給で虐待的な強制労働は禁止されており、同研究はそのような強制労働禁止は「国際的、非国際的な武力紛争に適用される国際法規範」の地位に到達していると主張する。

4. 国際犯罪と強行規範による禁止

117. 第 2 次世界大戦までに奴隷労働の一種としての強制労働はすでに国際法によって禁止されていた。第 2 次世界大戦のはるか以前、第 1 次世界大戦より前にその不当性は広く認められていた。今日においても継続されているように、平和時及び武力紛争時を問わず不法な行為が継続されていたことは、その問題において法が欠缺していることを意味しない。

違反が行われたとしても国際法による禁止が存在をやめるわけではない。その反対に、そのような違反を行った者が法的責任を負うことになる。

118. すでに 20 世紀初頭、1907 年ハーグ陸戦条約前文は、同条約に採用された条項に含まれない場合にも「人道の法則」と「公共良心の要求」の支配を受けるという、マルテンス条項をとり入れた。何人も慣習国際法による軍需工業における強制、奴隷労働からの保護の範囲外に置かれるべきではないことについて正当な配慮がなされた。そのような保護は第 3 帝国の不吉な悪夢と恐怖のはるか以前から国際法により人類に与えられていた。

119. このような考えから、本件の 2010 年 7 月 6 日裁判所命令に対する私の反対意見で (144-146 項)、(ここで触れる必要はないが、本件における当事者自らの提起を考慮して)、私は軍需工業における強制・奴隷労働の絶対的禁止の強行規範の発生について注意を喚起した。これについて私は次のように述べた。

「実際、私たちは第 2 回ハーグ平和会議(1907)より以前の第 1 回ハーグ平和会議(1899)の時代までさかのぼることができる。……第 1 回ハーグ平和会議の時代である 19 世紀の末までに、国家は個人に対する虐待(例えば、強制労働のための民間人移送)について不法行為責任を負うことがあるという考えが存在した。これはその後の時代の、戦争犯罪と人道に対する罪についての国家官僚個人の刑事責任を予告するものであった。

人類の良心の漸進的な覚醒は、万民法（国際慣習法）上の犯罪からニュールンベルグの遺産としての国際人道法違反(戦争犯罪と人道に対する罪の形で)、さらに国際人道法への重大な違反（1949 年国際人道法に関するジュネーブ 4 条約及び 1977 年第 1 追加議定書）への概念の進化を実現した。同様に人類の良心の漸進的な覚醒によって人類は保護の対象であることをやめ、権利の主体と考えられるようになり、基本的な生命の権利にはじまり、尊厳ある生活の権利の主体となった。

人類は平和時だけでなく武力紛争時もあらゆる環境下において権利の主体と認められた。平和時については、1948 年の世界人権宣言のずっと以前である両大戦間の時代、国際連盟のもとでの少数者保護制度と委任統治制度の先駆的な実験は国際法（進化した万民法）から直接に生じた権利を主張するために国際的手続に直接参加する資格を個人に与えた（各々、少数者委員会、委任統治委員会）。武力紛争時については、同じように 1907 年からの第 2 回ハーグ平和会議以来、人類は戦後補償請求の資格を認められた。」(144-146 項)

120. そのような戦後補償請求の権利が第 2 次世界大戦終了のずっと以前から認められてい

たのであれば、国家が他国との合意によって放棄することはできないはずである。これは恣意的な拘束、追放と軍需産業での強制労働による虐待とおびただしい人的損害の犠牲となった人間の固有の権利についても同様であった。私はこの点についてすでにこの反対意見のなかで考察した（前記第Ⅶ節参照）。

私は次に両当事者と参加国の強行規範と免除否定についての口頭における主張、さらに個人の裁判を受ける権利のための主権免除否定の問題について扱うのが論理の流れとして適当であるとする。

XIII. 強行規範と免除否定についての当事国及び参加国の口頭による主張

121. ドイツは強行規範と主権免除について、ここで問題となっているのは国際法の根本的な規則であり、（違反の結果のような）副次的な規則ではないと主張した。そして一般国際法において二つの規則の間の抵触は存在せず、どちらかの規則が他の規則の実行のために緩和されるのかという問題があるだけであり、本件においては何らかの形で主権免除原則が緩和されてきたことを国家実行は示していないと主張した。

122. 一方イタリアは、強行規範は国家責任の領域や国際法違反の防止に対して影響力を有すると主張する。イタリアの立場によれば、特別な場合において強行規範の実施のために主権免除を否定する権利が生ずる。したがって、そのような強行規範違反のケースにおいて主権免除を否定してドイツによる継続的な違反を終らせたイタリア破毀院決定は正当である。

123. ギリシャは次のように主張した。

ギリシャ裁判所によれば、絶対的な性格を付与された規則が侵害された場合、主権免除は認められ得ない。実体法（強行規範）と手続法（主権免除）を区別しようとする試みは法的価値がない。手続法が実体法である強行規範に優先することはありえない。それでは絶対的な規範に対する重大な違反を行った国家を免責する結果となるからである。その上そのような区別は国際的な法律文書の中で認められた実効的な救済の権利を阻害する。したがって、そのような規則を適用するための（主権免除に阻害されず）裁判を受ける実効的な権利が認められるべきである。

124. ドイツは次のように反論した。

主権免除を否定する決定はすべての平和条約が補償を求める民事訴訟（イタリア自身のような訴訟の対象となる可能性がある）によって傷つけられる可能性があり、平和協定や「合意は守られなければならない」という原則自体を不安定にする。また、公共の利益は個人の利益によって傷つけられるべきではなく、したがって、人権は国際社会の構造を

危うくする場合には認められるべきでない。

125. イタリアはこれに再反論した。

裁判所に求められているのは本件を特異なものにしている特殊な事実関係にもとづいたイタリア裁判所の判断の合法性についての審査であるから、ドイツが主張するように裁判所の決定が国際的な司法制度全体に破滅的な結果をもたらすとは考えられない。また、イタリアの主張は個人が違反した国の裁判所において目的を達成しなかった場合にのみ自国の裁判所で裁判を受ける権利を有するというものであり、「補足性の原則」に近いものである。

126. ディストモ虐殺に関するギリシャ最高裁判所の判決について、ギリシャはギリシャ裁判所における手続と判断について詳細に説明し、次のように主張した。

ギリシャ特別最高裁判所は「憲法裁判所」ではなく、法律の合憲性に関する限られた状況においてのみそのような役割を果たし、他国の例のようにその判断が国内の法秩序の中で優先権をもつものではない。したがって、ギリシャの法秩序の中における判決の効力には若干の疑問が提起されるが、ギリシャ最高裁判所のディストモ虐殺事件判決が覆されたとみなされるべきではない。

127. これに関してドイツは次のように主張した。

ギリシャの主張にも関わらず、マルゲロス事件特別最高裁判所決定以降にはその判決が拘束力ある判例となり、ギリシャの法秩序は主権行為についての主権免除に対していかなる制限も認めていないことは事実である。また、イタリア裁判所がディストモ事件ギリシャ判決の効力を認め執行したことによりドイツの主権免除を侵害した。これについてヴィッラ・ヴィゴーニに対する裁判上の抵当権の違法性をイタリア代理人が受け入れたこと、及びその状況を回復するイタリアの意思を留意する。

128. これに対しイタリアは次のように主張した。

ディストモ虐殺判決の執行は主張されているようなフェッリーニ判決によって引き起こされた「法廷あさり」の結果ではなく、外国判決の承認手続には主権免除を与えなければならないという原則は存在しない。ギリシャ裁判所がフェッリーニ事件と類似の状況において同じ理由によりドイツの免除を認めなかった以上、イタリアはドイツに免除を与える義務はない。

129. 私の理解によれば、国際法秩序を危険にさらしたり不安定にしたりするのは裁判の追求の中での補償請求の民事訴訟ではなく、国際犯罪である。私の認識では、国際法秩序を煩わせているのはそのような国際犯罪を犯行者の不処罰によって隠ぺいすることであり、被害者による裁判の追求ではない。国家が自国民の一部や他国民の殺害という犯罪的政策

を追求した場合、その国家がその後主権免除の陰に隠れることは許されない。主権免除はそのような目的のために持ち出されてはならない。国際犯罪を構成する人権や国際人道法への重大な違反は主権行為ではありえない。それらは反法的行為であり、簡単に消し去られたり主権免除によって忘却されるべきではない。それは裁判の利用を妨げ、不処罰を招く。これは強行規範への侵害は主権免除の要求を排除し、裁判が実行可能になるというあるべき姿の対極である。

XIV. 主権免除と裁判を受ける権利

1. 欧州人権裁判所の判例法に広がるせめぎあい

(a) アル・アドサニ事件 (2001)

130. 裁判を受ける権利と主権免除との間の緊張関係は欧州人権裁判所 (ECHR) の近年の事例の中に存在していた。リーディングケースであるアル・アドサニ対英国事件 (2001) は英国・クウェート二重国籍者である原告がクウェートで当局に拘束されていたときに受けた拷問に対する民事訴訟について、英国裁判所がクウェートの主権免除を認め原告の裁判を受ける権利を保護しなかったことは、ヨーロッパ人権条約第 6 条及び第 13 条に違反するとして英国を訴えた事件である。

131. 2001 年 11 月 21 日判決において欧州人権裁判所 (大法廷) は、拷問禁止は国際法において強行規範の地位にあることを認めたが、国家が「拷問行為について訴えられた民事訴訟については、もはや法廷地国において主権免除を享受することができない」と結論するだけの確固たる根拠を見出すことができなかつたと判示した。欧州人権裁判所 (大法廷) のこの決定は賛否 9 対 8 で行われた。多数意見の論法の欠陥はロザキス、カプリスチ両裁判官にヴィルトハーバー、コスタ、カブラル・バレット、ヴァジック裁判官が同調した共同反対意見によくまとめられている。彼らは強行規範と国際法のその他の規則が抵触する場合には前者が優先し、その結果、絶対的規則の内容に矛盾する規則は法的効力をもたないと正しく結論づけた。

132. 私の理解によると、反対意見の裁判官らは多数意見の論理の問題点の核心に触れている。多数意見とは異なり、彼らは拷問禁止が強行規範であるとの判断から正当な結論を引き出した。即ち、国家は拷問に対する賠償を求める外国裁判所における民事訴訟を無効にして自らの行為の帰結から逃れるために主権免除規則の陰に隠れることはできないということである。反対意見は多数意見によって引かれた刑事、民事手続の区別は、強行規範の作用においてそれほど本質的なものではないとも主張した。実際、問題の手続が刑事訴訟

なのか民事訴訟なのかということは重要ではない。本質的な問題は強行規範違反があり、従っていかなる司法的障碍も「関係する国際法規則の相互作用により」解除されねばならないということである。

133. 同様に、ルーケイド裁判官はその反対意見の中で、拷問禁止が真に強行規範であることを受け容れる以上、拷問行為の責任を対象とする手続においていかなる免除も認められない結論になると述べた。裁判所の多数意見が拷問禁止は強行規範であるという認定からアル・アドサニ事件の状況では主権免除の要求を否定する効果を有するという適切な結論を引き出すことができなかつたのは大変遺憾である。しかし、裁判所の多数意見は少なくとも主権免除の慣習法としての性格と、それが過渡期的な状態にあること、(国家が主権行為を行う場合にも)主権免除に制限が加えられる可能性を認め、正しい方向への将来の発展への道筋を閉ざさなかつた。

134. 本件において、イタリア裁判所は強行規範の地位を有する規範に対する違反が民事訴訟における主権免除の要求に与える効果について必要な法的結論を正しく導き出した。本件は絶対的規範への違反が行われ、これらの違反に対するドイツの責任については争いがないという事実が基礎になっている。したがって、欧州人権裁判所のアル・アドサニ事件反対意見の論理にしたがえばドイツは外国(イタリア)裁判所における強行規範違反への補償を求める手続において主権免除規則の背後に隠れることはできないという結論になる。これに関し、アル・アドサニ事件においては訴えられた行為が実行されたのは法廷地国ではない(クウェートで実行された)のとは異なり、イタリア裁判所に係属した請求に関連する犯罪のいくつかは、その全部又は一部がイタリア自身の領域で実行されたということを見過することはできない。

(b) マケルヒニー事件 (2001)

135. マケルヒニー対アイルランド事件(2001)は原告を狙撃したイギリス兵と北アイルランド国務長官に対してアイルランドで提起された損害賠償訴訟に関する事件である。国内裁判所は英国が主張した主権免除を根拠に彼の請求を棄却した。欧州人権裁判所(大法廷)は2001年11月21日の判決で、法廷地国の領域における作為・不作為による人間の傷害について「国際法と比較法の趨勢は主権免除の制限に向かっている」ように見えるがその実行は「普遍的とはいえない」と判示した。さらに、12対5の評決によりアイルランド裁判所の判断は個人の裁判を受ける権利に対する適正な制限を範囲を超えていなかったと認定した。

136. 多数意見に反対する5人の裁判官のうち2人(ロザキス、ルーケイド)は、彼らの各々

の個別反対意見において、多数意見の判断は国際法の発展を考慮せず、裁判を受ける権利を不当に制限し、この権利の本質を著しく傷つけていると主張した。ルーケイド裁判官はさらに次のように主張した。

「国際法における主権免除は、個人の権利が事実上存在せず、国家が司法手続の濫用による嫌がらせに対する防御をより必要としていた時代に発生した。現代では主権免除の原則はますます多くの制限に従っており、個人の立場の強化という人権の分野の発展の見地から適用が制限される傾向にある。」

137. 他の3人の反対派裁判官（カフリスチ、カブラル・バレット、ヴァジック）はその共同反対意見において、国連主権免除条約第12条の下では「外国の官吏の行為についての損害賠償訴訟について国家がその外国に主権免除を与える国際的義務」はもはや存在しないと、やはり（本件において不当に制限された）欧州人権条約第6条（1）による裁判を受ける権利の優先を支持した。彼らはさらに次のように主張した。

「主権免除原則はかなり以前から国家を裁判所の管轄権から免除する包括的規則ではなくなっていた。……

裁判権（及び執行権）に対する絶対免除主義は国家取引の出現により、20世紀の最初の25年間に動揺し始めた。……

絶対免除主義に対する例外は、まず大陸法国家、かなり後に英米法国家の国内法や裁判所において徐々に認められていった。……

問題の例外、特に不法行為例外は国際法の中にも入りこんで行った。」

138. 本件では、イタリアが主張するように、原告らはドイツ裁判所において訴訟を提起したが成果を上げることができなかった。したがって、北アイルランドで訴訟を提起することが可能であったマケルヒニー事件の原告に対する欧州人権裁判所の論理は元の事件の原告らがイタリア裁判所に提起する前に他の方法を追求している本件の事情の下では直ちに適用されない。本件では実効的に権利を守るための合理的な他の手段が存在しなかった。

(c) フォウガティ事件（2001）

139. フォウガティ対英国事件（2001年11月21日判決）は雇用紛争に関する事件である（在ロンドン米国大使館元職員による不当待遇と差別の訴え）。欧州人権裁判所はこの件において、国際法と各国の法は雇用関係の紛争において主権免除を制限する方向にあると認めた。さらに、国連国際法委員会が手続の内容が在外公館を含む職員の採用であるときには主権免除の適用の除外を意図しなかったことを裁判所は留意した。

140. 欧州人権裁判所は外国大使館の雇用に関する国家実行は一定していないと結論づけた。そして裁判を受ける権利に適用される制限は「個人に残された救済手段を裁判を受ける権利の本質そのものを侵害するような方法や範囲において制限・制約するものであってはならない」と判示したが、結論的には上記の各事件と同様の判断をした。しかしながら、本件の主権免除事件ではイタリアが主張するように「戦争被害者が補償を得るための他の手段が残されていない」のである。

(d) カロゲロプルー事件 (2002)

141. 最後に、重要な事件としてディストモ事件被害者の親族により提起されたカロゲロプルー事件 (2002) がある。原告らは欧州人権条約第 6 条及び同条約第 1 追加議定書第 1 条により提訴した。欧州人権裁判所の裁判部は請求を棄却した (2002 年 12 月 12 日判決) が、この事件はアル・アドサニ事件とは異なり、法廷地国 (すなわちギリシャ) において実行された人道に対する罪に関するものであった。裁判所裁判部の決定は裁判を受ける権利は (目的に比例した) 制限に従うことを前提としている。しかしそのような制限は、私の理解によれば、裁判を受ける権利の本質そのものを侵害せずにはおかないものである。

142. 裁判所の裁判部による結論は、裁判を受ける権利に対するいくつかの制限は公正な裁判に内在するものとみなされるべきであり、それに主権免除も含まれるというものである。ただし、判決は「これは将来における慣習国際法の発展を排除するものではない」と付け加えた。この声明は将来の発展に「ドアを開く」ことについて明確に表現しなかったアル・アドサニ事件やマケルヒニー事件の判例をやや前進させるものと考えられる。そのように将来の発展へ「ドアを開く」だけでは欧州人権裁判所の判断として十分なものであるとはとうてい言えないとしても、少なくとも本件で争われている問題の法が 10 年前 (2002 年) に変化の過程にあったということを推測することができる。

2. 国内の判例法に広がるせめぎあい

143. 国内裁判所の判例法に広がるせめぎあいは、当裁判所の口頭手続において、特にフェッリーニ事件イタリア破毀院判決(2004)に対する各々の観点から両当事者の関心の対象となった。ドイツは、イタリア破毀院は立法者に代わって国家実行においても他国の司法判断においても未だ国際的支持を得ていない新しい法を導入したと主張した。そして国内裁判所の実行は国際犯罪の場合であっても主権免除が認められることを示していると述べた。ドイツは、そのような観点からイタリア破毀院のフェッリーニ事件判決は国家実行の中で孤立した判断であり、主権行為に対する主権免除は今も確固とした国際法規則であると結

論づけた。

144. これに対しイタリアは、フェリーニ事件判決は主権免除規則を侵害するものではなく、主権免除規則は基本的に維持されており、ただ国際社会の基本的な義務との調和のために再評価され、主権行為に対する主権免除は不法行為例外のような例外の対象となり、絶対的なものとはみなされないと主張した。その見解によれば外国の行為に免除が与えられるか否かを判断するために外国の行為を分類・定義するのは国内裁判所の任務である。

そしてフェリーニ事件においてイタリア破毀院は違反の犠牲者に裁判を受ける実効的な権利を保障したが、それには二つの構成要素がある。それは公正な裁判の権利と補償の権利である。ドイツ裁判所によればフェリーニ氏等の被害者はドイツ法によって補償の権利を与えられていないのでイタリア裁判所に頼るほかはなく、よってイタリア破毀院は主権免除の原則を本件に適用する国際法との一貫性を保つために修正したのである。

145. フェリーニ事件イタリア破毀院判決（2004）は両当事者（ドイツ・イタリア）と参加国（ギリシャ）が本件の審理の過程で援用した関係判決のうちのひとつに過ぎない。審理の過程において両当事者と参加国は国内裁判所のその他の判決を争点に関する主張を立証するために援用した主権免除に関する国内裁判所の実行に限っても、例えばドイツはその主張を立証するためにイスラエルのテルアビブ地方裁判所の最近の即決判決、リオデジャネイロ連邦裁判所判決、ポーランド最高裁判所の判決に言及した。

146. 一方イタリアは、ドイツの主張に対して、国内裁判所が「強行規範違反に起因する請求に直面した場合、違法行為を行った国家の主権免除享受の問題について多様な見解を表明してきた。」と反論した。この見解の根拠としてイタリアは、上記のディストモ虐殺事件ギリシャ最高裁判所判決、フェリーニ事件イタリア破毀院判決に加えて、イタリアの見解によれば「この種の事件において主権行為に対する主権免除原則が制限を受けることを認める方向にある」ケベック最高裁判所及びフランス破毀院の最近の 2 件の判決を援用した。

147. 一方ギリシャは「ギリシャ裁判所の立場における根本的な主張は、人道法への重大な違反の場合に個人の補償請求権を認める事を基本にしている」と指摘する。ギリシャはさらに次のように主張する。

「人道法規則違反についての個人への補償義務は 1907 年ハーグ陸戦条約第 3 条から導かれる。……それは第 3 条の文言が個人を除外していないことから明らかになる。この趣旨の主張は第 2 回ハーグ平和会議の準備作業によっても裏付けられる。」

ギリシャはまた、違法行為を行った国家の補償義務は国際法の中で確立しているとも主張する。人権及び国際人道法条約は条約違反の被害者個人のために国家の補償義務を規定する特別の条項を採用している。

148. 裁判所における主張から導かれる全体像は、主権免除の要求と裁判を受ける権利の実行について国内裁判所の関係判例によって起きた緊張関係を明らかにしている。したがって裁判所は国内裁判所の実行のみを根拠にその論理を組み立てることは困難である。裁判所は裁判所規程第 38 条に列挙されたような現代の国際法の別の徴表（国際法の正式の「法源」）に依拠し、過去にそうしたように、それを超えなければならない。これが、本件のような議論のある事件を「国連の主要な司法機関」（国連憲章第 92 条）として適切に解決する唯一の方法である。

3. 法の支配の時代における国内・国際レベルの前記のせめぎあい

149. 現在の国内・国際レベルの法の支配の時代における上記のせめぎあいを念頭に置くと、これはさらに説得的である。この概念（本質的には国内レベルの法の支配）の起源は大陸法の国においても英米法の国においても、18 世紀末にさかのぼることができる。そしてそれは 19 世紀を通じて徐々に具体化して行った。それは特に 20 世紀に一連の基本的な原則と価値とその基礎となる権力の制限の必要という思想に適応するようになった。このような原則のひとつが法の下での平等である

150. 法の支配の概念は（既成権力への追従を特徴とする）法実証主義の先見性のなさから脱け出し、自然法学派の法思想に沿って国内外における「目的としての」正義の思想に近づいた。後者の領域では国家に優先して人権の保障に注意が注がれる。法の支配の概念が近年において国際組織法の分野でも存在感を示し、その中で受容されていることは驚くにあたらない。

151. 今日、私たちは、（現代の複数の国際裁判所の創設と併立により証明される）国際司法権の拡大、国際的レベルにおける裁判の利用の拡大、司法により解決すべき事件の増大を伴う国際法秩序自体の司法化を私たちの世代の一般的現象として目撃している。国内・国際レベルにおける法の支配という主題は最近（2006 年以来）国連総会自身の主題となり、現在にいたるまでそこですます注目されていることも驚くにあたらない。

152. 私はこの発展について刑事訴追又は引渡の義務事件（ベルギー対セネガル）仮保全措置 2009 年 5 月 28 日決定の反対意見において注意を喚起した。国連総会におけるこの発展の衝撃は 2000 年国連ミレニアム宣言とミレニアム開発目標の実行についての 2005 年経過

報告の中で示された。そして究極的または広い意味で個人の人権に関する中核となる多国間条約が注目された。

153. 2005年に採択された国連首脳会合成果文書は国内・国際レベルにおける法の支配に対する支持と実行の必要性を認めた。この注目すべき実行の特徴を列举すると、第1に前記のように多国間条約に焦点をあてたこと、第2に法の支配の優越性のための調査、第3に国内・国際両面における優越性の主張、第4に国家間の関係の問題に過ぎないという外見の克服である。

154. 私の見解によれば、これは現代国際法の異なる領域に波及した。主権免除に限っても、例えば1972年欧州主権免除条約（第11条）、2004年国連主権免除条約（第12条）が個人の身体傷害（賠償）を例外と定めた。つまり両条約ともその主題は単に国家間関係に限定されるものでないことを承認したのである。

155. それは実際にはそれらを超えて国家が各国の管轄権の下で人間を取り扱う方法も含むものであった。主権免除は国家犯罪を実行した国家を背後に隠すために考案されたものではない。この点を論ずる前に、私は次に主権行為と業務管理行為という古い二分法（本件で検討したように）及び主権免除における個人の扱い、頑迷な国家中心思考の先見性の欠如とその克服について論ずることにする。

XV. 主権行為と業務管理行為に関する当事者間の論争

156. 本件では、両当事者は主権免除の適用のため、更に広い意味では絶対免除主義から制限免除主義への発展の問題のための主権行為と業務管理行為の区別について方向の異なる見解を提唱した。ドイツは次のように主張した。

ドイツがイタリア領土に居た1943年～1945年の時代には「絶対免除主義は争う余地がなかった」。「1952年に一般的合意に基づき基本的な転回をもたらした」のは米国のテート書簡である。そして、それ以来「裁判実行は主権行為と業務管理行為の二つの類型に区別された」。

157. 一方イタリアは、当初の裁判実行は専ら主権行為と業務管理行為の区別にもとづいていたが、「最近になって多くの国の法と実行は」「主権行為に属するいくつかの行為についても主権免除の例外」とすることを支持するようになったと主張した。また、絶対免除主義から制限免除主義への発展の起源は国内裁判所の継続的な判決にあると主張した。そしてギリシャは2011年8月4日の「陳述書」のなかでこの見解を繰り返した。また、イタリアは、ベルギーの判例法が私的行為を免除の例外とする発展の先駆者であり、イタリア判

例法は 19 世紀以来「政治的実体として独立した権力を実行する国家は主権免除を享受し、法人としての国家は主権免除を享受しないという区別を一貫して行ってきた」と主張した。

158. イタリアはさらに次のように主張した。

「ベルギーとイタリアの判例法は永く孤立したままだったわけではなく、19 世紀末から法学説においても同じような反響があった。主権行為と業務管理行為の区別のターニングポイントは、ドイツが主張する 1952 年の米国のテート書簡ではなく、「第 2 次世界大戦のずっと以前の複数の裁判所による主権免除拒否は外国の主権や尊厳を傷つけるものと考えられなかった」。そして「制限免除への発展は個人保護の必要性によるものである」。「主権免除の例外は業務管理行為に限られるものではない」。

159. 裁判所における口頭手続の過程でドイツは、2004 年国連主権免除条約第 12 条による人的損害賠償例外（不法行為例外）は慣習法を成文化したものではなく、軍隊の行為には適用されず、国際的な国家実行はあらゆる主権免除例外から軍隊の行為を除外していると主張した。一方イタリアは、不法行為例外は本件のように不法行為の全部または一部が法廷地国で行われた場合には主権免除を否定するものであり、さらに国連主権免除条約第 12 条は主権行為と業務管理行為に何らの区別も設けていないと主張した。そして、ドイツ軍がイタリアで実行した特定の不法行為は単なる不法行為ではなく強行規範に対する重大な違反であり、救済の実現と裁判の利用のために不法行為例外が認められる傾向と、絶対規範に対する違反の場合には免除を否定する傾向が相まって、イタリアにはこれらの行為についてドイツに免除を与える義務がなかったと主張した。

160. 当事者間のこの論争は国家間関係の枠組みにとらわれている。強行規範を唯一の例外と主張することも含めて、それは伝統的な国際法の語彙体系から自由ではない。互いに全く異なる解釈によるものとはいえ、両当事者が論及した法の発展は厳格な国家中心思考を超えたより大きな枠組みのなかでこそ真価が認められるものである。争点についてよりよい理解に到達するために、私は次節以降において、この点について注意を喚起しようとする。

XVI. 個人と主権免除：先見性を欠いた頑迷な国家中心思考

161. そのために適切な出発点は、国際法秩序についての国家中心思考の歪みを確認し、国家の役割をめぐる神話を自覚することである。第 2 次世界大戦の恐怖と欧州関係の理性的思考の崩壊の中で、博学の思想家エルンスト・カッシーラー(1874-1945)は、その崩壊の中で果たした神話の役割を研究した。彼は死の直前に、大部分の人々の思い込みとは異なり文明は全く強固なものではなく、その下に過激な暴力や虐殺の応酬、歴史を通じた暴虐を

塗り込めた剥がれやすい塗装面に過ぎないと結論を下した。カッシーラーは 20 世紀の国家の神話に焦点を当て、マキャベリズム（倫理的思考の拒否又は無関心）、ホッブズ思想（被支配者が支配者に従属する、両者の永続的な関係）、ヘーゲル主義（自己保存する最高の歴史的な実在としての国家、その利益はいかなる倫理的思考にかかわらず全てに優越する）の系譜が悪影響を与えていることを確認した。

162. E. カーシーラはさらに、「政治的神話」を含む神話、特に 20 世紀に過激な暴力と全体主義に導いた神話に注意すべきであると警告した。もう一人の博識な思想家・歴史家であるアーノルド・トインビーもこの問題について同様の見解を提示した。1948 年に出版された洞察力に溢れた評論において、トインビーは（「状況ではなく動向としての」）文明という言葉によって理解されている実際の原理について疑問を提起し、これは社会的・倫理的レベルにおいて全く控えめな進歩に過ぎないと特徴づけた。その薄い地層の下に彼の時代の統制不能で過激な暴力に示される野蛮が不幸にも持続していたと彼は述べた。

163. 人間を排除した国家中心思考は徐々に国際法思想に侵入し、第 2 次世界大戦の恐怖と 20 世紀から 21 世紀初頭にかけて連続する残虐行為に代表される悲惨な結果を引き起こした。例えば「主権」という用語には永くやっかいな歴史がある。ジャン・ボダン(1530-1596) やエムリッシュ・ヴァッテル(1714-1767)の時代から現代まで、不当かつ不注意に国際関係から国内関係に転用された国家主権の名のもとに数百万の人間が犠牲になった。用語の誤用は国際法思想に影響を与え、さまざまな目的で倫理的配慮もなく、国際的な出来事の進行に影響を与えようとした。

164. やがて、国家間関係の領域においては成し得ることには限界があることが認識された。国際法の用語は国家平等原則の創設と承認に使用され始めたが、再び本質的に国家中心主義的な見解と論理に従う（対内的及び対外的な）主権の枠組みの中においてであった。当時隆盛していたウェストファリア・パラダイムを連想させる難解な専門用語（jargon）と出会ったのは、この曖昧な国際的見解による主権概念であった。このようにして主権免除という用語が生まれた。

165. 実際、「免除（immunity）」（ラテン語の *immunis* から派生した *immunitas* が語源）は 18 世紀半ば以来、課税、料金、義務の負担から免除された地位を意味する言葉として使用された。19 世紀末にかけて免除（immunity）は（国会議員と外交官に関するものとして）憲法と国際法の語彙にとり入れられた。刑法においては「不処罰の根拠」に関する言葉となった。国際法においては主権国家の「特典」に関する用語として使用されるようになった。

166. いかなる場合にも「免除 (immunity)」という用語は常に完全に例外的なこと、裁判権や執行権からの免除を意味した。それは決して「原則」や一般的に適用される規範ではなかった。それは、その発動により国際犯罪を、まして国際人道法や人権に対する重大な違反や残虐行為を裁判権から除いたりもみ消したりするためのものではなかった。それは決してそのような残虐行為や重大な違反の被害者への補償を排除するためのものでもなかった。そうでないと主張することは論点を回避するだけでなく「免除」と言う用語に対する深刻な歪曲を招くことになる。

167. 主権免除の理論は、各国の裁判権において、国家が個人に対する処遇にほとんど関心を払わなかった時代と環境のもとで創設された。近視眼的な国家中心思考に従い、19世紀末にかけて大きな役割を果たしたイタリアとベルギーの裁判所と貿易先進国の国内裁判所により徐々に主権行為と業務管理行為の区別が拡散した。そして主権免除はそれ以来前者のいわゆる主権行為に限って適用されるようになった。

168. 当時、この発展の寄与者たちは国際犯罪を念頭に置いていなかった。関心は主に商業取引に向けられ、国家が私的存在として活動した場合に免除の適用が除外された。40年前(1972)にバーセルで採択され1976年に発効した欧州主権免除条約のような主権免除条約の起案を含む立法活動におけるこの区別は少なくとも絶対免除主義の観念を終焉させた。アメリカ大陸において米州機構の汎米法律委員会は同じように主権免除の制限に向けて進行中の発展をとり入れた米州主権免除条約草案を1983年に決定した。

169. そのような発展は国家の通商関係を主権免除から除外することによりもたらされた。汎米法律委員会は主権行為と業務管理行為の古典的な区別の「頑迷さ」に疑問を提起し、そのような伝統的な区別を規定することを拒否した。いずれにせよ絶対免除主義から意識的に脱却した。現代の国際法の語彙に制限免除主義がとり入れられたことには変わりはないが、その基礎となった主な関心と動機は営業取引であった。要するに通商関係や取引をそこから排除したのである。

170. ハーシュ・ローターパクトは1951年に主権免除に対する鋭い批評のなかで、みずからの利益を擁護するために個人の法的救済を拒否する主権国家の特典に異議を唱えた。彼によれば絶対免除主義は不正義を招き、主権行為と業務管理行為の区別による制限免除主義への動きは国際法の発展の基礎や方向性を提供していないので、やはり解決にはならない。主権免除の概念はホッブス主義の国家観の表明であり、「専制主義者」のものである。それは原則ではなく漸進的な「国家における法の支配への一般的進歩」の中で再評価されるべき「例外」である。結局のところ、国家が「正当な請求を退けるために主権免除の盾によって自らを守る」たびに発生する「不正義に対する寛容」をもうやめなければならな

い。

171. このことは、我々が主権行為と業務管理行為の区別を定式化する動機となった限定的な歴史的な文脈、すなわち取引と通商貿易関係から離れることにより、より明らかになる。我々が各国の裁判権における個人の取扱という広い分野の視野に立つと、伝統的な区別は不十分で不適当なことが分かる。過去の頑迷で危険な国家中心思考を完全に克服していかねばならない。

XVII. 裁判の必要性についての国家中心主義の歪んだ見解

172. 国際法の分野における近代的な国家理論としての国家の擬人化は 18 世紀中頃のエムリッシュ・ヴァッテルの著作(国際法, すなわち国家および主権者の行為と事務に適用される自然法の諸原則, 1758)により創始され、その時代の国際司法実行に大きな影響を与えた。国家の擬人化と主権の強調は国際法は国家間関係にのみ適用されるという考え(万民法ではなく国家間法)を導いた。それは国際法の対象として国家のみを認める還元主義的見地による国際法秩序に帰することになる。

173. 20 世紀半ばに広く認識されたように、この国家中心主義による曲解の結果が人類に災いをもたらすことが証明された。国家中心主義の熱狂の全盛期には個人は二次的な存在に格下げされた。例えばプロシア国家の擁護者であった G. W. F.ヘーゲル (1770-1831)にとっては個人は国家に完全に包摂される存在であった。社会自体も同じように国家に従属した。国家は自己完結し、自由は国家自身のみが享受するものであった。ヘーゲルは独裁的で絶対的な主権国家を支持し正当化した。彼にとって国家は社会より強力であり、個人は主権国家を通じてのみ彼らの利益を追求することができた。

174. 19 世紀後半以来、法実証主義は国家を完全に擬人化し、国家に「それ自体の意思」を付与した。そして国家がようやく認めた個人の権利を縮小した。(主意主義的実証主義による) 国家の「意思」説は国際法の主要な基準として創設され、個人・人間の提訴権を否定した。これは国際社会についての正しい理解を困難にし、国際法の範囲を主権国家だけの国家間法に厳格に限定して、国際法自体を傷つけるものであった。実際に国際法秩序が国際法(万民法)の創始者の下を離れたとき、人類に対する残虐行為が継続的に行われていた。

175. 戦争犯罪と人道に対する罪という継続的な残虐行為は、全能の国家の神話の真ただ中で発生し、社会環境までそのために動員された。第 1 次世界大戦の勃発以降に徐々に具体化した国家の犯罪的な政策は「技術的合理性」と「官僚的組織」に依拠していた。実際

に後述の恣意的な犯罪において、個人はますます弱く、無防備になっていった。国家による犯罪の被害者と親族だけでなく、社会環境全体にとって裁判が切実に必要であることがやがて明らかになった。そうでなければ継続する国家犯罪により個人は否定され、絶滅させられ、人生は耐え難いものになる。

176. 「国家の主権行為」とみなされる行為に対する個人からの訴訟を無効化する主権免除の実行が具体化しもっとも発展を遂げたのは、国家中心主義の短見が流行した時代であった。しかし、国家の「意思」に対する個人の服従の理論は万人を納得させるものではなく、やがてより明快な学説による公然たる挑戦を受けるようになった。国家の無責任と全能を導く絶対的な国家主権の思想は人間に対する国家（またはその名）による継続的な残虐行為を防止することができず、時を経るにつれて全く理由がないことが明らかになった。国家は業務管理行為か主権行為かを問わず、またその全て過失についても責任を負うことが今日では認められている。したがって、人権に対する重大な侵害の場合、その人権を守るための国際司法機関における個人の直接の請求は自国に対するものであっても完全に正当化される。

XVIII. 個人と主権免除：頑迷な国家中心思考の克服

177. 本件において我々は過去の伝統的な理論を導いたものとは全く異なる事実を扱っている。我々は国際犯罪（人権と国際人道法に対する重大な違反）についての主権免除の適用、被害者個人の一般国際法の下での補償請求権を実現するための裁判を受ける権利という問題を扱っている。本件を考察するために適切な主権行為と業務管理行為の区別基準は何か？何もない。

178. 戦争犯罪と人道に対する罪は業務管理行為やその他の「私的行為」とは考えられない。それらは犯罪である。それらを主権行為と考えることもできない。それらは重大な犯罪（*delicta*）である。主権行為と業務管理行為、国家の主権的又は公的行為と私的性格の行為の区別は国家の主権免除に関する本件を考察するためには全く不適當な伝統的理論の遺物である。そのような伝統的理論は国家中心思考の短見により、個人が国際法（万民法）の主体であることの承認を示した国際法の創始者たちの教えを忘却した。

179. いかなる国家も人間を奴隷化したり絶滅するために主権を発動し、主権免除の盾に隠れてその法的結果を免れることは許されなかったし、今後も許されない。人権と国際人道法、戦争犯罪と人道に対する罪については免除は存在しない。免除はそのような不正のためのものであるとは決して考えられてこなかった。責任に関する頑迷な国家中心思考の追求を主張することが明白な不正義を導いた。主権免除に関するドイツとイタリアの本件が

そのことを雄弁に証言している。

180. 個人はまさに国際法の（単なる「関係者」ではなく）主体である。法学説がこのことを忘れるたびに悲劇的な結末が発生した。個人は国際法（万民法）から直接導かれる権利の保持者であり義務の負担者である。この数十年の国際人権法、国際人道法、国際難民法、さらに国際刑事法の発展の収斂はこのことの明白な証拠を提供している。

181. 国家間の関係しか視野にない国家中心思考の短見とともに流行した主権免除理論は国際法（万民法）における個人の地位を不当に過小評価し無責任に軽視した。主権行為と業務管理行為の区別は本件のような事件について何の役にも立たない。国際犯罪は国家の行為でも「私的行為」でもない。誰が犯したに関わりなく犯罪は犯罪である。

182. 戦争犯罪と人道に対する罪は、国家による言語の悪用、物資の供給、国家の組織、国家政策の実行など、（残虐性を伴った）国家のいわゆる「情報」により個人によって実行されたことを歴史は示している。したがって、そのような犯罪に対する個人と国家の責任は一方が他方を排除する関係では全くない。そのような犯罪について主権免除を適用する余地はない。

183. そのような犯罪の実行者は、個人も国家も、それらの違法行為や強行規範違反の法的結果を主権免除の適用によって免れることができない。今日の国際法学説は各国の裁判所における国家の個人に対する義務をようやく承認しようとしている。これが当裁判所における本件の判断において最も配慮されるべき点である。

XIX. 国家犯罪に主権免除は存在しない

184. 次に、国家犯罪（*delicta imperii*）、強行規範違反の国際犯罪についての主権免除の不存在または不承認という論点を考察する。そのような国家犯罪のうち特定の事件の手の過程でしばしば取り上げられる二つの事例に言及しておこう。それは第 2 次世界大戦中に発生した無防備状態の民間人の虐殺（特にその具体例としてギリシャのディストモ虐殺事件、イタリアのチビテッラ虐殺事件）、軍需産業における強制労働に従事させるための移送である。当裁判所における主権免除の主張の事実的原因であるそのような国家犯罪は第 2 次世界大戦中にギリシャとドイツのみならず他の占領下の国々でも何件かの同様の事件を引き起こしたのと同じ類型の過激な暴力によって実行された。

1. 無防備状態の民間人の虐殺

(a) ディストモ虐殺事件

185. 本件の初期の段階（ギリシャの参加請求に関する 2011 年 7 月 4 日の裁判所決定）の私の個別意見において、私は本件手続の中で問題となった、218 人の村民（男女、子供）がナチス軍隊により虐殺されたディストモ虐殺事件（1944 年 7 月 10 日）に言及した。その個別意見の中で私はひとつの歴史的記録を引用した（第 29 項）。

186. 虐殺直後のギリシャのディストモ村の惨状と荒廃を含むもうひとつの歴史的記録が存在する。これは、上記の虐殺直後に救援のために村に到着した当時の赤十字国際委員会ギリシャ使節団長ステュレ・リネルの回顧である。下記に引用する記録はディストモ村とそこへの途上で見た犠牲者の死体を通してナチス軍隊の残虐性を描き出している。

「明け方、ディストモに向かう中央道路で我々は非常に長い時間をかけ、多くの妨害物を越えて破壊された道路を進んだ。道端で我々が近づく音を聞き、ハゲワシが低い高さからゆっくりと物憂げに飛び立った。数百メートルにわたる道路沿いの全ての木々に銃剣で打ちつけられた死体がぶら下がり、そのうち何人かはまだ息があった。彼らはナチス親衛隊の分隊を攻撃したパルチザンを援助した嫌疑によりこのような方法で処罰された村民だった。耐え難い悪臭がした。

村の中では家々の灰の中でまだ炎が燃えていた。老人から嬰兒まで、あらゆる年齢の数百人の人々が地面に倒れていた。ナチスは多くの女性たちの子宮を裂き、乳房を切り取った。他の人々は自らの腸で首を絞められ、頸に腸が巻きつけられたまま倒れていた。だれも生き残っていないように見えた。

しかし！村はずれに一人の老人が！彼は奇跡的に虐殺を生き延びた。彼は恐怖に打ちひしがれ、虚空を見つめ、その言葉は理解不能であった。我々は惨劇の現場で車を降り、ギリシャ語で叫んだ。『赤十字だ！赤十字だ！助けに来た。』」

187. リヴァディア一審裁判所判決(ボイオーティア県対ドイツ連邦共和国事件, 1997)とギリシャ最高裁判所(2001, ドイツによる上訴)におけるディストモ虐殺事件に対する司法判断には、それが理由の全てであるか否かにかかわらず、ひとつの共通点がある。それは法廷地国の領域(例えばディストモ虐殺事件ではギリシャ)で行われた第三帝国(又はその軍隊)の行為は主権行為ではなく、強行規範違反(1907 年ハーグ陸戦条約に添付された陸戦法及び慣習規則による義務違反)であり、したがって、主権免除を適用するいかなる可能性も排除されるということである。

188. その上、当裁判所における本件の手続の過程において、称賛すべきことに、ドイツ代

理人はディストモ虐殺に対する国家責任をドイツの成熟の証として率先して認めたことを看過すべきではない。ドイツ代理人は当裁判所の口頭弁論においてこのような趣旨から、ドイツに対する請求のもとになった事実を回顧したのち、主権免除について争うことは別としてディストモ虐殺事件に関する「リヴァディア裁判所の判決を尊重し」、次のように述べた。

「これが言語道断の犯罪であったことを再度強調させてほしい。我々ドイツ代理人はドイツの名において、ディストモで起こった出来事について深い悔恨の情を表明する。女性、子ども、老人を殺害することによっていかに軍隊があらゆる法と人道の限界を超えてしまうのか我々自身も理解できない。」

(b) チビテッラ虐殺事件

189. もう一つの虐殺は1944年6月29日、イタリア（アレツォ近郊の）チビテッラの町でナチス軍隊の同じような過激な暴力により行われた203人の民間人殺害である。事件は2004年のフェッリーニ事件の数年後にイタリア破毀院に係属した。そして2008年5月29日、破毀院は主権免除は強行規範違反を構成する国際犯罪（人権と国際人道法に対する重大な違反）に関する件には適用しないというフェッリーニ事件の立場を支持する12件の同文の決定を行った。

190. 少し後の2009年1月13日、イタリア破毀院はチビテッラ虐殺事件について再びその立場を確認した（2008年10月21日判決）。それは、元ドイツ国防軍の構成員で1944年6月29日にヘルマンゲーリング戦車師団により実行された虐殺に参加したナチス将校ミルデに対する刑事手続においてであった。破毀院はチビテッラ虐殺は国際犯罪であると認定し、民事訴訟からの主権免除を否定、被害者及び遺族のドイツ連邦共和国とミルデ（連帯債務者として）に対する補償請求を認容した。

191. フェッリーニ事件判決を解釈指針とするイタリア破毀院の判決の核心は人道に対する罪を助長する犯罪的な政策を遂行する国家の事件においては主権免除を拒否するということである。破毀院の判決は人権に対する重大な侵害の事件においては国家は主権免除を利用できないという意味において、明らかに価値重視的であった。そのような状況では被害者個人の補償請求権が重要視されたのである。

2. 軍需産業における強制労働とそのための移送

192. 民間人に対する人間以下の待遇による虐待、戦争産業における強制労働、そのための

移送についての国際人道法の分野における長年の禁止についてはすでに注意を喚起した。すでに指摘したように、この禁止は規範的水準において明らかにされ、国際法の法典化作業のなかで採用された。それは(国際人権法の分野において)、残酷、非人道的、劣悪な待遇とされ、強行規範の範疇に含まれる。

193. そのような国際犯罪はほどなくしてニュールンベルグと東京の先駆的な裁判のような国際刑事裁判所のみならず、最近の欧州人権裁判所 コノフ対ラトビア事件 (2008-2010) 判決のように、国際人権裁判所でも司法的に認められた。そのような犯罪はだれが実行したかにかかわらず、主権行為でも業務管理行為でもなく、国家及び個人双方に責任を生じる。

194. 今日まで歴史家によって余り研究されていないが、第2次世界大戦の過程においてナチスドイツは(絶滅のための)強制収容所と並行して強制労働収容所の体系を設立した。彼らは占領国からの強制労働収容者から収奪しようとした。おびただしい数のこの種の収容所が存在し、私企業がその敷地内に開設したものもあった。この「民営化」制度により強制労働収容者は無報酬、人間以下の生活又は生存環境で収奪された。

195. このような苦難を強いられたのはナチスドイツの私企業で働かせるために占領国から移送された収容民間人と戦争捕虜であった。そこで彼らは非人間的な労働環境で兵器生産のための強制労働に従事させられた。彼らはいわゆる総力戦のなかでの絶滅作戦における敵に対する計画的な破壊と虐殺の実行を目的とする巨大な生産企業の一部となった。強制労働者となった民間人と戦争捕虜は全てこの企業の中での非人間化のプロセスに包摂された。

196. 今日まで十分に研究されていない第2次世界大戦中の強制労働制度は欺瞞、歪曲、虚偽によって表現されてきた。わずかな歴史的記録によれば、労働者らは常に脅迫され、強制労働者はナチスの戦争産業の奴隷に転落した。1943年以降強制労働者はナチスドイツの戦争遂行の生命線となった。奴隷労働者は強制と支配のもとで迫害者の戦争産業に参加することによって生き残ろうとした。占領国における強制労働は、第三帝国によって立てられた戦争経済を支える長期計画の下で実行された。

197. 第2次世界大戦中の被占領国の民間人はドイツの軍需産業で奴隷労働に従事し、そのために移送された。本件が明らかにしたように、民間人だけでなくイタリア軍の構成員も戦争捕虜の地位(そしてその地位に基づく保護)を拒否・剥奪され、ドイツの軍需産業で強制労働者として同様に使役された。非常な残酷性をもって実行されたこれらの犯罪は当然にも被占領国において激しい怒りを引き起こし、ドイツと闘う組織的なレジスタンス運

動を発生させた。

198. 1944 年秋までに 770 万人の外国人労働者がドイツにいたと推測される。「奴隷労働」と「強制労働」はドイツの補償法において区別されてきた。

「[奴隷労働] 強制収容所（ドイツ賠償法により規定）又はゲットーその他の収容施設においてドイツ基金が認める苦難に類する環境下での強制による労働。

[強制労働] ドイツ帝国の領域及びオーストリア以外のドイツの占領地において監禁に準じ、またはきわめて劣悪な生活環境下での強いられた労働（『奴隷労働』を除く）。またはオーストリア領域外において国家社会主義者の『労働を通じた絶滅』政策の計画下に実行された強制的な労働。」

XX. 個人の裁判を受ける権利の普及：

両当事者による ゴイブル事件（米州人権裁判所 2006）の援用

199. 上記を総合すると、私の見解によれば、歴史（国際法史を含む）に学ぶ能力が欠けていると思われる右翼国家至上主義者らが未だに主張しているような、主権免除には制限がないという見解は全く誤りである。人道に対する罪には主権免除はない。私見によれば、国際犯罪、国家犯罪のケースにおいて制限がないのは重大な違反に対する補償を請求する人間固有の権利を含む個人の裁判を受ける権利である。この権利なくしては、国内・国際を通じて信頼に足る法制度は存在しない。

200. 数十年前、「人類という歪んだ材木から真直ぐなものが生み出されたことは一度もない。」というカントの箴言にもとづいて、アイザイア・バーリンは「国家の第一の義務は過度の苦難を防止することである」、人々に独断主義者による「きちんとした制服」を強いることは「ほとんど常に非人道への道である。」、20 世紀の空前の残虐行為は「高度の科学知識と技術」とともに支配、侮辱、「他者への無慈悲な破壊」をも実現してしまう可能性があることを示していると述べた。

201. 単なる災難と区別される悲劇は「回避しうる人為的過誤」によるものであり、破滅的な結果を伴うことがある。最後にバーリンは、我々は常に「客観的」な正義の理想と人間を「結果のための手段」として扱うことを禁止する自然法思想にもとづく普遍的原則に立ち戻られなければならないと結論付けた。これに関し 20 世紀のもう一人の偉大な思想家シモーヌ・ヴェイユはその啓蒙的な評論（1934、それ以来各国で異なる形式で出版された）の中で次のように述べた。ホメーロスのイリーアスの時代から現代にいたるまで、戦争の人類

に対する影響は常に人類の「本質的な悪」、すなわち「目的に対する手段の従属」を明らかにしてきた。権力の追求が目的とされ、人間の生命が犠牲に供される手段とされる。

202. ホメーロスのイリーアスの時代から現代にいたるまで、権力闘争の不合理な要求により、何が真に重要であるかを考える余裕がなかった。個人は「盲目の集団として放置され」、「自身の考えにしたがって行動する」ことができず、考える事すらできなかった。精神を破壊し無意識を作り上げる「社会的機械」によってすべての個人が「無力」となった以上、「抑圧者と被抑圧者」という用語と区別はほとんど意味を失った。すべての人々は精神の必要性に全く関心が払われず、「人間に値するものは何もない」世界で非人道の苦痛の中で生活（というよりも生存）を始めた。

203. 個人の裁判を受ける権利の普及は階層化された国際機構の見地からみても、国際司法裁判所において疑われることがなかった。これについて、刑事訴追又は犯人引渡義務に関する問題の事件（ベルギー対セネガル）の私の反対意見において、私は次のような見解が適切であると考えた。

「規範の前に事実が提示された場合、規範は至上の価値に正しく配慮しつつ、統制しようとする新しい状況に適応する必要がある。当裁判所において、現在のところ条文上の規定により国家が提訴権を独占しているが、これは国家の権利と個人の権利保護が両立しないことを示すものでない。提訴によって保護される権利の最終的な受益者は居住国とならんで個人であることが稀ではない。逆に、この裁判所における国家の主張の中での要求自体が個人の基本的な人権の保護のために国際人権法と国際人道法の原則と規範を援用することにより、過去の頑迷な国家中心思考を超えている。今のところ、実質的又は実体的な法に関して、本裁判所の訴訟の国家間構造はそのような原則や国際人権法と国際人道法の規範についての主張と立証の越えがたい障碍とはなっていない。」（2009年5月28日暫定命令）

204. その上、一昨日の国際労働機構の国際農業開発基金に対する本裁判所 2867 号勧告意見の私の個別意見の中で私はこの点について詳述した。私は（国連の主要な司法機関の任務であることを念頭において）二日前に勧告意見の私の個別意見で述べた批判的意見をここで繰り返そうとは思わない。そこで、この反対意見の目的に限定してそれらの意見をここに記すことにする。

205. 本件において、ドイツもイタリアも米州人権裁判所 2006 年 9 月 22 日ゴイブル対パラグアイ判決に言及した。イタリアは最初に答弁書において、裁判を受ける権利は「人権保障体制の中で権利が実質的に保障されるための不可欠の補完物とみなされている」という

主張の根拠として、米州人権裁判所の 2009 年 9 月 22 日判決を引用した。イタリアは更に「したがって、米州人権裁判所が、侵害された実体的権利が強行規範によって保障されたものである場合に、裁判を受ける権利は国際法における絶対的な規範であると述べたことは驚くにあたらない。」と主張した。

206. 一方ドイツは第 1 回の口頭手続において、これに関するイタリアの主張に応じて米州人権裁判所のゴイブル事件判決に言及した。ドイツはまずゴイブル事件の見解は（米州人権裁判所の他の一連の事件とともに）「戦争被害に関するものではない」と述べた。ドイツは更に、その件は違法行為を行った国家において裁判を受ける権利に関するものであり、主権免除に関するものではないとも主張した。

207. ゴイブル事件は 1970 年代の独裁政権時代に南アメリカ南部の諸国が彼らの共同の抑圧的犯罪政策を追求するために、いわゆる「諜報活動」についての国家間レベルの協力関係を形成した「コンドル作戦」に関するものである。それは人々に対する違法または恣意的な抑留、誘拐、拷問、虐殺又は超法規的処刑、強制失踪による各国の国民のうちの標的とされた部分の根絶、国境を超えた「反暴動」作戦の実行であった。国家の最高レベルにより計画された「コンドル作戦」はその作戦の隠ぺいも保証し、実行犯である公務員の免責と絶対的不処罰を伴った。

208. 米州人権裁判所における当該事件において、被告国家は称賛すべき手続的協調の精神から、重大な違法が行われた当時の犯罪的な国家政策の存在による自らの国際的責任を認めた。同様に重大な国家の犯罪はアジアでも 1970 年代に実行され、その 30 年前にはヨーロッパで、そして 20 年後に再びヨーロッパとアフリカで実行された。幾度となく、次の世代が世界の異なる地域で（このような国際法学説が主張されたか否かにかかわらず）国家による犯罪を目撃した。

209. 米州人権裁判所は 2006 年 9 月 22 日のゴイブル対パラグアイ事件判決において人権に対する重大な侵害が行われたことを認め、それに対応する補償を適切に命令した。米州人権裁判所は傍論において次のように述べた。

国家はその法令、制度、権力によって「犯罪行為からの保護を保障するような手段」を機能させるべきであるが、本件においては国家権力は保障されるべき権利への侵害の手段となった。更に悪いことに、国家が自ら『実行された犯罪の主要な要素』を構成し、「明らかな『国家テロ』の状況」をつくりだした。そのような侵害は、「国家間協力」によって実行されたのである。

210. ゴイブル事件についての私の個別意見において、私は特に（今日まで国際法学説において十分に扱われてこなかった）人権に関する国際法と国際刑事法との近似性と補完性の解明に努めた。すなわち、(a) 個人の国際法における（積極、消極の）性格、(b) 国家と個人の国際責任の補完性、(c) 人道に対する罪の概念化、(d) （重大な人権侵害の）再発の防止の保証、そして(e) 国際人権法と国際刑事法の協働による賠償裁判である。

211. 「コンドル作戦」は過去の出来事ではあるが、その傷跡は癒えていないし、おそらく癒えることがない。それが行われた諸国はそれぞれのやり方で今も過去と格闘している。しかし、いくつかの事件とその種の事態が国際裁判所（米州人権裁判所）に提起されたが、国際裁判の前進がそこで起った国際法思想の強い伝統のある地域だけに、どの国家もそれらの犯罪に関して敢えて今日に主権免除を主張することはなかった。歴史的に考察するならば、基本的人権保障のための適法な国内裁判所による実効的な救済の権利に関する 1948 年の世界人権宣言第 8 条は、その条約の準備作業が示すようにラテンアメリカで発祥し、世界人権宣言に対するラテンアメリカの貢献となった。

212. 実際に、最も重大な事件における主権免除の適用は被害者（とその親族）の立場だけでなく、社会環境全体としてみても司法の戯画化や誤りを招くことになる。主権免除の適用は争点となっている違法行為の重大性を抽象化し、すべての被害者（直接・間接の被害者である親族を含む）に対する裁判拒否となる。その上それは国家政策の遂行として実行された残虐行為による損害に相応する法秩序の反作用を不当に妨げる。

213. 私の理解によれば、人権と国際人道法に対する特定の重大な違反の事実認定は、裁判の必要的な現実化のために裁判権に対する全ての障碍を取り除く重要な基準となる。要約すれば、この点についての結論は、(a) きわめて重大な国家犯罪のようなケースでは主権免除は排除され、(b) 人権と国際人道法に対する重大な侵害は被害者に対する補償義務を不可避的に課する。

XXI. 個人の裁判を受ける権利、強行規範に関する判例の展開

214. 欧州人権裁判所は米州人権裁判所と異なり、裁判を受ける権利や公平な裁判のような基本的権利（欧州人権条約第 6 条（1）、第 13 条）は許容し得る内在的制約を受けるものと理解してきた。例えばその確立した判例において、許容される制約の基準、すなわち正当な目的、目的と制約の比例、権利の本質の不侵害を設定した（1985 年 5 月 28 日アッシンゲン対英国事件、1999 年 2 月 18 日ウェイトとケネディ対ドイツ事件、2001 年 5 月 10 日 T. P. と K. M. 対英国事件、2001 年 5 月 10 日 Z 外対英国事件、2003 年 1 月 30 日コルドヴァ対イタリア事件、2003 年 7 月 15 日アーンスト対ベルギー事件判決）。

215. この柔軟性は欧州人権裁判所（大法廷）の主権免除に関する事件の多数意見にとって好都合であった（上記第ⅩⅦ節）。欧州人権裁判所が裁判を受ける権利のような基本的権利についてこの不適切な解釈を初めて採用したアッシンデー事件は複数被害者に対する重大な人権侵害の事件ではなかったことを看過すべきではない。それは一人の被害者に関する欧州人権条約第 5 条（1）、同（4）、及び第 6 条（1）違反として提訴され、後者については裁判所が違反を認めなかった事件である。要するに、私の見解によれば、基本的な権利は許容できる「内在的」制約から解釈されるべきではない。

216. 一方、大西洋の反対側では米州人権裁判所はその「制約」についてではなく、裁判を受ける基本的権利自体の本質について、はるかに強く焦点を当ててきた。これらにおいては現在にいたるまで主権免除を支持することはなかった。欧州人権裁判所は締約国に「裁量の余地」を認めてきたが、米州人権裁判所は(少なくとも私の在任中は)認めてこなかった。その結果、裁判を受ける権利(米州人権条約第 8 条及び第 25 条)を「制約」を考える余地がほとんどない、真に基本的な権利として解釈した。主要な関心はそれをどのように保障するかにあった。

217. 人権に対する重大な侵害の事件についての米州人権裁判所による判断は裁判を受ける権利の根源的性格を強調する法律学の発展をもたらした。この権利は国家犯罪に関して不可欠であると考えられる。それはまさに権利のための権利、いかなる状況においても司法上の保護の不可侵（米州人権条約第 8 条、第 25 条）を保障する、個人の根源的権利を実効的に保護する法秩序への権利である。要するにそれは、米州人権裁判所がゴイブル対パラグアイ事件（2006 年 9 月 22 日）及びラ・カントウタ対ペルー事件（2006 年 11 月 29 日）で認めたように、強行規範の範疇に属するのである。

218. 裁判を受ける権利について許容可能な内在的「制約」ではなくその権利の本質に焦点を当て、欧州人権条約（第 6 条（1）及び第 13 条）の当該条文に依拠した解釈を発展させたなら、欧州人権裁判所の多数意見も上記に類似する結論に到達したはずである。もしそうしていたなら（そうすべきであったが）、裁判所の多数意見はこのような形（第ⅩⅦ節参照）で主権免除を支持することはなかったであろう。私の見解によれば、欧州人権条約第 6 条及び第 13 条は多数意見とは全く異なった方向を指し示しており、米州人権条約第 8 条及び第 25 条と同様に主権免除により「制限」されるものではない。

219. そうでなければ、国家は(虐殺や強制労働への動員のような)人権に対する重大な侵害を行い主権免除によってその責任から逃れるという無法な振る舞い可能になる。全く反対に、当該国家は欧州人権条約第 6 条及び第 13 条により、いかなる場合にも公正な裁判と適

正手続の保障による実効的（国内的）な救済を行う義務を負う。これが欧州人権条約前文の言及する法の支配にふさわしいものである。ここには主権免除の特典が存在する余地はない。裁判を受ける権利が存在しなければ司法制度は存在しえない。裁判を受ける権利の保護は絶対的であり、主権免除による「制約」を受けない。これは強行規範に属するのである。

220. 人権を侵害する有害な行為が公的（主権行為）なものか、国家の必要による私的（業務管理行為）なものか、またはそれが全て法廷地国内で実行されたか否か（強制労働のための移送は国境を超えた犯罪である）は重要ではない。概念の貧困さにおいて異彩を放っているこの伝統的な用語は我々がここで扱おうとしてること、すなわち国際人道法と人権に対する重大な侵害についての裁判の実現の不可欠性と全く調和しない。主権免除は個人の基本的な権利への重大な侵害に対する補償の分野には存在しえない。

XXII. 無法状態を超えて：被害者個人の権利のための権利

221. 広義の裁判を受ける権利は実効的な救済のための手段としての形式的な裁判の利用（訴訟を提起する権利）にとどまらず、適正手続の保障（武器対等、公平な手続）から（裁判上の賠償としての）判決、そしてその確実な執行、賠償金の支払いまでを含む。裁判の実現はそれ自体が被害者が満足を得るための保障の一種である。このように抑圧の被害者は彼らの権利を正当に主張する権利（権利のための権利）を有するのである。

222. この点については別の機会にすでに論じ、ここでは反対意見の論理の過程で触れたに過ぎないので、これ以上詳細に論ずるつもりはない。ただ米州人権裁判所はいくつかの裁判例のなかで実効的な救済と適正手続の保障の条文（米州人権条約第 8 章及び第 25 条）を適切に関連づけてきたが、欧州人権裁判所はようやくクドラ対ポーランド事件（2000 年 10 月 18 日判決）以来のこの 10 年、欧州人権条約第 6 条（1）と第 13 条を関連付けるという同じアプローチをとるようになったことは指摘しておきたい。これは二つの条文が個人の保護に利するために相互に補強することを再確認するものである。二つの国際人権裁判所の広義の裁判を受ける権利に関する法律構成は今日では一致しつつある。

223. すでに指摘した個人の補償請求権はその構成要素のひとつである。ホーンズビー対ギリシャ事件（1997 年 3 月 19 日判決）において、欧州人権裁判所は訴訟を提起する権利と手続保障の権利に言及した後に、仮に司法制度が最終的で拘束力を有する判決を許容しないなら裁判を受ける権利は空虚なものになるであろうと述べた。欧州人権裁判所の見解によれば、的確に執行されない判決は締約国が欧州人権条約を批准する際に尊重すると誓約した法の支配と相容れない状況を生み出す。

224. 裁判を受ける権利を強行規範の範疇に持ち込んだ法律構成（上記）は私見によれば、人道主義を基礎とする今日の国際法の発展を支えるものである。この観点から見て、2004年国連主権免除条約が強行規範の問題を完全に無視したことはきわめて遺憾であった。その条約準備作業においてその問題を正しく取り入れる機会があったにも関わらず、単にそうしないことにしたのである。その起草者たちは（本件判決（第89項）において裁判所が再確認しているように）1999年に国際法委員会のワーキンググループがこれを回避し、国連総会第6委員会のワーキンググループがこの問題は成文化するほど「熟していない」と主張してこの問題を除外したのである。

225. これはまったく妥当でない。その時までには米州人権裁判所と特設された旧ユーゴスラビア国際戦犯法廷(ICTY)という現在までの発展に最も貢献した二つの現代の国際裁判所がすでに強行規範の拡張された内実の上に法律構成を機能させていたのである。その上、とり入れるべき現代国際法の兆候があったにもかかわらず、とり入れられなかった。未発効の2004年国連条約は人権と国際人道法に対する重大な侵害の場合の主権免除の問題をとり入れなかったことについて厳しく批判されてきた。

226. その起草者たちは問題を認識していたが、国際法委員会と総会第6委員会のワーキンググループは問題は採用するほど「熟していない」と判断し、条約案の決定と承認のための安易な道を選び、当裁判所に係属している主権免除事件が例証するように、問題を未解決のまま不安定な状態に放置した。さらに悪いことに、アル・アドサニ事件（前記）の欧州人権裁判所（大法廷）の多数意見がその悪名高い2001年判決を導くために、2004年国連条約の準備作業における起草者らの怠慢を利用し、更に10年後、本日宣告された判決の中で当裁判所の多数意見が同じことを行っている（89-90項）。私はこれによって現代国際法が「凍結」されることを全く受け入れることができない。それゆえ、私はこの反対意見を作成し、提出することにしたのである。

XXIII. 消滅することない条理の優越に向けて

227. 人権と国際人道法に対する重大な侵害は強行規範違反となり、重い国家責任が課され、被害者には補償請求権が生じる。これこそ（各国のさまざまな法体系における）法の概念の基礎をなす公正の理想（自然法の条理への適合）に沿うものである。次の論点に移る前に、反対意見のこの部分で問うことがふさわしい二三の疑問を提起したい。人類はいつになったら過去の教訓を学ぶのか、いつになったら本件の基礎事実のような前の世代の恐るべき苦痛から学ぶのか？見たところ、今に至るまで学んだことはないから、おそらく学ぶことはないであろう。

228. いつになったら同じ人間の人間性を奪うのをやめるのだろうか？今日までやめたことがないから、おそらくやめることはないだろう。いつになったら平和と正義の下で生きるために必要な至上の価値（他者を害するなかれ）を彼らの法に反映させるのだろうか？
いまだにそれをしないから、おそらく決してすることはないだろう。十中八九、彼らは悪に従い、悪と共に生き続けるのだろう。しかし、この動かし難い限界のなかで、条理の優越のための努力も決して消えることはないように見える。シシフォスの神話のように、終わることなく永久に正義を追求することの中に常に希望が存在することを示唆しているかのように。

229. したがって、潜在する悪の問題が人類の思想史において主要な関心のひとつとして取り上げられ続けてきたことは驚くにあたらない。第2次世界大戦の直後に R. P. セルティヤンジュが哲学者、神学者、作家のために発した適切な警告は明確で完全に満足できる回答を発見することはできなかったが、この問題に彼らの関心を引き付けた。彼自身の言葉によれば、「全ての魂、全ての集団、そして全ての文明は悪を恐れる。悪の問題は全ての者の運命、人類の将来に疑問を投げかける。」

230. 住民に対する第三帝国の計画的な犯罪的国家政策の結果はその暗黒の時代を生きた様々な人々により表現されてきた。例えばクラウス・マンのような感受性の強い作者による1930年代の歴史小説は自らナチズムに合流した知識人たちを批判し（「メフィスト」1936年出版）、迫害を逃れて亡命した人々を描くドラマ（「火山」1939年出版）には（すでに噴火している火山のように）ほどなくして現実となり、占領地からの強制労働者を含む数百万の人々を犠牲にする社会の破局の予感が充満している。

231. 実際に、20世紀を通じて（制度自体には道徳的良心は存在しないので）国家の名のもとに語り、行動する人々によって犯罪的政策を追求する複数の国家が存在し、数百万人の人間を犠牲にし、さまざまな国際人道法と人権の重大な侵害による責任を負うことになった。その事実は今日では歴史家によって十分に記録されている。今後法律家によって発展させるべきものは、数十年にわたり、ときおり孤立した見識ある研究の対象となった、犯された犯罪の（官僚だけでなく）国家自身の責任である。

232. （いくつかの史料や生存被害者の証言が語る）それらの残虐行為の結果として発生した人間の苦痛は想像を超えて測りがたく、ただ衝撃的である。その上、とくに重大な違反により権利を侵害された被害者が司法手続を利用できない場合、苦痛はやがて投影される。私自身の経験によれば、虐殺事件に関する（米州人権裁判所における）国際裁判において、被害から長い年月が経過した後も生存被害者（又はその承継人）が彼らの苦痛の司法的確

認を求めることが幾度もあった。安易な想像とは異なり、明らかな不正義に直面した場合、とくに死者と生者の関係を深めていく文化の中では、人間の苦痛は時の経過により常に消え去るものではないのだ。不正義が持続する場合には人間の苦痛は世代を超えて投影するかもしれない。

233. ドイツの明晰な思想家であるマックス・シェーラー(1874-1928)が、死後に出版された評論(「苦しみの意味」1951)の中で全ての人間の苦痛には意味があり意味が深いほどその原因に抗うことが困難になるという彼の信念を表明した。そしてドイツの博学の哲学者カール・ヤスパース(1883-1969)は第二次世界大戦後に書かれた彼の思慮深い著作のひとつ(1953年に出版された評論)の中で、理性は「自由から発生する」「決断によってのみ」存在し、存在それ自体と切り離すことができない、我々は我々の統制をこえた事物のなすがままに存在していることを知っているが「理性は理性自体の強靱さの上のみ存在しうる」と述べた。

234. その後まもなく、著書「歴史の起原と目標(1954)」のなかでカール・ヤスパースは彼の信念を次のように明確に述べた。、

「…自然法が国際法の基礎であり、世界秩序の中で個人が実効的な裁判に頼ることを許すことによって国家による虐待から個人を保護するため、人類の主権の名のもとに活動する法廷が自然法の上に作られるであろう。…全体主義国家と総力戦は自然法と対立する。なぜならそれらにおいては人生の手段と前提が最終目標となっているだけでなく、手段の絶対的価値を宣言することにより集団の意義、人権を破壊するからである。自然法はこの世界の人間の状況のあらゆる面を代弁して生活状況を秩序づけることに専念する。」

235. カール・ヤスパースはハイデルベルグ大学において戦争直後の1945~1946の冬に行った講義をもとにして1946年に出版され、その後の激しい批判に耐えて再刊され続けてきた啓蒙的な評論(「戦争の罪を問う」)において、発生した問題への参加の程度に応じて個人の責任の等級を定めるため刑法上の罪、政治上の罪、道徳上の罪、形而上的な罪を区別した。この長編の評論のうち「ドイツ人としての罪の区別」を扱う章において、彼は国家主権を理由とする弁明を排斥し、第2次世界大戦に関して次のように力説した。

「今回はドイツがこの戦争を計画・準備し、相手側からのいかなる挑発なしに開戦したことを疑う余地はない。1914年とは全く異なる。…ドイツは…国際法に違反し、人々の絶滅その他の非人道的結果を招くおびただしい数の行為を行った。」

236. そして彼は「政治的主権の領域に犯罪というものがあるはずがない」という疑問に対して、それは「ヨーロッパの政治生活の伝統に由来する習慣的思考」であるとみなした。彼は更に述べた。

「元首は…人間であり、その行いに対して責を負う。…国家の行為は人間の行為でもある。人間は個人として責任があり、その責任を負うべきである。…人道と人権そして自然法の意味において…犯罪を規定する法はすでに存在する。」

実際、当裁判所における本件の審理を通して、ドイツは本件の基礎となった事実について国家責任を認めた（例えば 24-31 項）。

237. その上、過去数十年の間にドイツはそれぞれの場合や事情に応じて補償を支払ってきた。しかも例えば I.カント(1724-1804) や J. W.ゲーテ (1749-1832)のような世界的な思想家や作家の母国であるドイツは、有名な 1970 年 12 月 7 日のブラント前首相のポーランドのワルシャワにおける静かな謝罪のような公的な謝罪表明を含む悔恨の表明を繰り返し行ってきた。そうであれば、ドイツは本件をこの裁判所に提起する代わりにどうして今日にいたるまで補償を受けていない生存するイタリア軍人収容者に補償を支払わないのか疑問である。

238. 私見によれば、当裁判所の本件判決において、いつまでも未解決なイタリア軍人収容者の状況について、「驚き」と「遺憾」の表明にとどまらないことは可能であり、そうすべきであった。実際、国際人道法や人権に対する重大な違反の抽象概念を作る試みや、それを「不法行為」の一種に吸収しようという試みは、目隠しにより日光を防ごうとすることに似ている。主権免除の分野においてさえ裁判を受ける権利と国際責任に焦点を当てた国際法と人権の出現によって、それらの重大な違反の事件における免除を制限または排除するという意味の変化が進行していることが認められてきた。

239. 今日、被害者により補償請求されている国際犯罪の事件での主権免除否定を支持する方向の意見が力を得て来ている。実際、貿易関係や個人への損害賠償（例えば交通事故）の領域で主権免除否定を認めながら、同時に国家の犯罪的政策の追求による人権や国際人道法への重大な違反について国家を主権免除により保護しようと主張することは、私の理解によれば法的に不条理である。

XXIV. 人権と国際人道法への重大な違反の被害者としての個人の補償請求権

1. 被害者個人に補償する国家の義務

240. 早くも 1927-1928 年に常設国際司法裁判所は「約定の違反は適切な形態での補償義務を生ずる。したがって補償は条約不履行の必然的な代償である」と国際法の根本原則を反映した慣習国際法の規範に明白な法的承認を与えた（ホルジョウ工場事件判決第 8）。常設国際司法裁判所はさらにそのような補償は「可能な限り違法行為の結果を除去し、あらゆる蓋然性においてその行為が行わなければ存在したであろう状態を回復することである。」と述べた。（ホルジョウ工場事件本案判決第 13）

241. すでに述べたように、本件においてドイツは基礎事実である人権と国際人道法に対する重大な侵害についての国家責任を自ら認めている（上記第Ⅲ節参照）。国家の補償責任はそれらの重大な侵害の「必然的な代償」として不可避免的に発生する。その上、常設国際司法裁判所の確立した判例はすでに両大戦間の時代にその義務は全ての面（例えば、範囲、形態、受益者）において国際法により決定され、責任国の国内法の適用、解釈、施行困難などの理由により修正又は解除されるべきではないと判示していた（ダンツィヒ裁判所の管轄権に関する勧告的意見（1928）、ギリシャ・ブルガリア「共同体」に関する勧告的意見（1930）、上部サヴォアとジェクス自由地帯事件判決（1932）、ダンツィヒ領域におけるポーランド国民及び他のポーランドの出身または言語の者の待遇に関する勧告的意見（1932））。

242. 人権と国際人道法への重大な違反の被害者である個人の補償請求権については、本件において当裁判所で多くの議論が尽くされた。これについてドイツは、一般国際法の下では個人には補償請求権がなく、「特に戦争被害に対する」補償請求権は存在しないと主張した。その見解によれば、「1907 年のハーグ陸戦条約第 3 条も 1949 年の国際人道法に関するジュネーブ 4 条約の第 1 追加議定書（1977 年）もこれらの条約の基本構造に従う限り国家間の国家責任を規定したものであり、したがって個人に対していかなる直接的な効果を及ぼすものではありえない」。特に個人が裁判所に訴える権利を与えられるかという問題についてドイツは次のように主張した。

「多くの制約がある裁判を受ける権利と、解釈論としても存在しない戦争犯罪の結果として主張される提訴権という二つの異なる概念の不当な混合が力を合わせて最高規則である強行規範を創出するという解釈には無理がある。」

243. 一方イタリアは「不公平な特典からの個人の権利の保護と、個人の裁判を受ける権利と損害賠償請求権の承認」の目標は「免除規則と例外のさらなる発展にも影響を与えた」と反論し、さらに次のように主張した。

「強行規範により認められた個人の尊厳の最も根本的な原理に対する重大な侵害への

補償を求める個人の提訴について主権免除を制限することは合理的で公平な解決策であるとみることができる。」

そして「国際法秩序の根本規則に対する違反の被害者らが国内裁判所への提訴以外の全ての補償手段を奪われている場合、主権免除による手続的抗弁がそのような被害者らの唯一の利用可能な救済手段を奪うものとして使用されるべきではない。」と主張した。

244. 一方ギリシャもこれについて、「ギリシャ裁判所の立場における根本的主張は、人道法への重大な違反に関する個人の補償請求権を承認することに根拠を置いている」と主張した。ギリシャはさらに次のように主張した。

「条文に明文で規定されているわけではなく、個人は国家間条約を媒介にする必要があるとしても、人道法違反について個人に補償する国家の義務は1907年のハーグ陸戦条約第3条から導かれる。それは個人が第3条の文言から除外されていないことから明らかである。この趣旨の主張はすでに第2回ハーグ平和会議における条約準備作業において現れていた。」

245. 個人の補償請求権はこの問題に関する国際人権裁判所（欧州、米州のような）の多くの判例によって確立した国際人権法である。その上国際公法は、伝統的には国家間平和条約に包摂されると考えられていた戦争被害者個人の補償請求について発展途上にある。19世紀以来そのような古典的な考えを個人の請求に対する「一般の裁判所」の判断の新しい流れによって再構築しようという試みが続けられてきた。いずれにせよ国際人道法違反の究極的な被害者は国家ではなく個人である。

246. 第2次世界大戦中(1943-1945)にドイツの軍需産業で労働を強制された個人、または1944年のギリシャのディストモ虐殺やイタリアのチビテッラ虐殺被害者の近親者、またはその他の国家の残虐行為の被害者はそれに対する補償請求権の保持者（そして受給権利者）である。被害者は今日一般的に承認されている補償請求権を含む権利の真の主体である。今日では国際人道法の分野にもその例証がある。この関係で国際赤十字委員会（ICRC）の慣習国際人道法規則に関する研究をとりあげることができる。規則150は次の通り規定する。「国際人道法違反に対する国家責任は、それによる喪失や負傷に対する完全な補償であることを要する」。特に「個人の直接的な補償請求」の問題について規則150は「国際人道法違反の被害者個人の責任国に対する直接的な補償請求を支持する趨勢が強まっている」と述べている。

247. その上2004年の国連事務総長に対するダルフール国際調査委員会報告書は人権と国

際人道法違反を断定した後、「それは実行者個人の刑事責任だけでなく、その名のもとに実行者が行動した国家（または国家類似組織）の国際責任を生じさせる」、そしてそのような国際責任は「国家（または国家類似組織）が被害者に補償を支払わねばならない」ことを要求すると述べている。

248. 2004 年報告は国家責任の分野における国際人権法の影響を指摘した後、今日、「国家に対してだけでなく個人に対しても国家責任に基づく補償を行うという強い趨勢」があると主張した。前記のダフル委員会 は人権に関する国際法の影響の下で次のように結論づけた。

「重大な人権侵害が行われ、それが国際犯罪を構成する場合には、常に違反を実行した個人の刑事責任だけでなく、実行者の国籍国または実行者が法律上または事実上の機関として行動した国家に損害に対する救済（補償を含む）の義務が課されるという命題は今日では当然のことである。」

249. エチオピア・エリトリア請求権委員会の法的制度も参照に値する。委員会の成立根拠となったエリトリア国とエチオピア連邦民主共和国の政府間の 2000 年 12 月 12 日協定第 5 条（1）によれば、

「一方の政府による他方に対する、又は一方の国民による他方の政府又は他方が所有又は支配する物に対する傷害や損害に関する全ての請求について拘束力ある裁定により決定する」。

その上、2010 年の国際法協会（ILA）国際武力紛争被害者に対する補償（実質問題）国際委員会は武力紛争被害者のための補償についての国際法原則に関する宣言(実体問題)草案において補償請求権（第 6 条）に言及し、国際人権法における個人の重要な位置を認め、武力紛争に適用される国際法の規則において個人が弱い立場に置かれる理由はないと述べた。

250. 同じように、国際人権法への重大な違反と国際人道法への深刻な違反の被害者のための救済と補償の権利についての 2005 年の基本原則とガイドラインは第 15 条に被害者に補償する国家の義務を明記した。

「その国内法と国際法上の義務により、国家はその国家に帰責され、国際人権法に対する重大な違反や国際人道法に対する深刻な違反を構成する行為や懈怠の被害者に補償を行うべきである。」

これらの最近のすべての発展は頑迷で伝統的な国家中心思考を超え、人権と国際人道法への重大な違反の被害者としての個人の補償請求権を確立した。

251. 主権免除の分野が近年のそのような著しい発展から取り残されているとしたら、奇妙で超現実的である。そのような重大な違反による補償の権利の保持者は傷つけられた被害者個人である。私が本件の2010年7月6日裁判所命令（イタリアの反訴却下）に対する反対意見（第178項）で主張したように、国家は自らに属さない権利を放棄することはできない。人間からその補償請求権を奪うために、国際人権法や国際人道法のような国際法の分野における目覚ましい発展に背を向けることはできない。それは明らかな不正義を招くことになる。

252. 私には、人権と国際人道法への重大な侵害に対する補償制度は、戦争犯罪や人道に対する罪の結果損害を受けた個人の損失のもとに国家間レベルに限定されるという主張は明らかに根拠がないと思える。結局それらの個人は、その結果彼らに損害を与えた重大な国際法違反について補償を受ける権利の保持者である。補償制度は専ら国家間に属するものであるという解釈はもはや国際法秩序における個人の地位についての完全な誤解と言ってよい。私自身の考えでは「個人は、国家に優先する自身の権利の承認により国家から解放された」。したがって、人権と国際人権法への重大な侵害に対する補償制度が国家間レベルに限定され、個人は何の補償を得ることもなく背後に取り残されることはありえない。

253. 国内裁判所が被害者にとって人権と国際人道法への重大な違反に対する補償を得る唯一の手段ではないということも念頭に置くべきである。実際に、個人が補償を獲得するための別の手段として国際法廷がある。それらの中には国連安保理事会や平和条約又は国家や法人が設立した混合法廷、委員会及び準司法機関や「未解決の請求」のための仲裁がある。したがって国内裁判所は事件の性質によっては被害者のひとつの救済手段となるが、それは唯一のものではない。今日の国際法では国内裁判所と国際裁判所はさまざまな分野でますます緊密に接触するようになっている。

254. 例えば個人の権利の保護という国内公法と国際法が交錯する場面において、国家の義務として実効的な国内救済がはかられることがその一例である。地域統合法の分野において先決裁定手続（例えばEC条約第234条によるもの）は同じ効果を有するもう一つの例を提示している。国際刑事法における補足性の原則も、もう一つの例である。そして多数の例証は究極的な法の統合を明らかにしている。実際、究極的な問題は国内・国際レベルにおける裁判の実現である。結局のところ、国際犯罪は誰が実行しようと主権行為ではなく犯罪である。それは被害者への補償が要求される人権と国際人道法への重大な違反である。

主権免除の主張は被害者個人に補償を行うべき国家の義務と両立しない。

255. 実際、今日では米州人権裁判所も欧州人権裁判所も認めている（国家の義務に対応する）広義の裁判を受ける権利の構成要素としての個人の補償請求権の承認は、主権免除に関する本件の基礎事実のような人権と国際人権法に対する重大な違反の件においては、より説得的である。主権免除は法的真空状態の中で考察することはできない。本件の当初の書面手続から口頭手続の終了にいたるまで、両当事者間の主要な対立の分岐点はまさに人権と国際人道法への重大な違反の被害者に補償を行う国家の義務と主権免除の対置であった。

256. 訴答書面で明確に説明されたドイツの命題は次の通りである。

「イタリアは私的当事者が法廷地国の裁判所に外国を提訴することを禁止している主権免除の原則に拘束される」。

ドイツの見解によれば、

「イタリアにはドイツがその原則により享受する主権免除を無視するいかなる正当化事由もない」。

反対に答弁書で説明されているイタリアの命題は次の通りである。

「根本的な規則に対する重大な違反を犯した国家は仮にその行為が主権行為であったとしても、その違法行為について主権免除を援用する資格があるとは考えられない。仮に主権免除が認められるとすれば、主権免除は被害者への絶対的な裁判拒否と国家の不処罰を意味することになる」。

イタリアの見解によれば、

「国際法秩序が一方でその価値を減殺することを許さず、それに対する違反を容赦しない根本的な実体的規則を確立し、他方で免除が実質的に不処罰を意味する状況の下でそのような根本的な規則の違反の立案者に免除を与えることはありえない。」

257. 人権と国際人道法への重大な違反の被害者個人に対する国家の補償義務という問題の考察は決して避けることができない。それは慣習国際法と法の根本的な一般原則による国家の義務である。そうすると次にイタリアが主張するような第 2 次世界大戦中に行われた

重大な違反の被害者に対する補償義務に責任国が従ったかという問題を検討しなければならない。そこで、次の点が順次検討されるであろう。それは第 1 に本件における被害者の類型、第 2 に「記憶、責任、未来」基金（2000）の法的枠組み、第 3 に両当事者の主張に対する評価である。

2. 本件における被害者の類型

258. イタリアによれば、前記の違反について補償を受給する権利のある 3 つのタイプの被害者が存在する。すなわち、

- (i) 収容され、戦争捕虜の地位を否定され、強制労働のために移送された軍人たち（いわゆる「イタリア軍人収容者」）
- (ii) 拘禁されて収容所に移送され、強制労働させられた民間人
- (iii) 自由の戦士に対する恐怖と報復の戦略の一部として虐殺された民間人

259. イタリアは「今のところ彼らのうちで補償を受けとった者は全く、あるいはほとんどいない」と主張した。イタリアはさらに拘禁され強制労働のために収容所に移送された(ii)の類型に属するフェッリーニ氏について特に言及した。彼はすでに 1998 年にアレッツォ裁判所に訴訟を提起していたが、彼もドイツ当局に補償の支払いを求めていた。しかしフェッリーニ氏は 2000 年 8 月 2 日の法律（「記憶、責任、未来」基金法）による補償請求を提出しないことにした。「なぜなら、彼は基金法第 11 節 1 項の規定する『他の場所に監禁』された者ではなく、その上基金のガイドラインに規定された要件に適合すると証明できる立場になかったからである」。

260. イタリアは更に次のように述べた。

「2001 年にフェッリーニ氏は他の原告らとともに基金法 10 節、第 1, 11 項、第 3 項と第 16 項、第 1 項と第 2 項について連邦憲法裁判所に違憲審査を申し立てた」。そして「この申立は連邦憲法裁判所に却下された」。このような背景事実を念頭におき、次に 2000 年に設立された「記憶、責任、未来」基金の法的枠組みを検討しよう。

3. 「記憶、責任、未来」基金(2000)の法的枠組み

261. 1999 年から 2000 年にかけて、ドイツは第 2 次世界大戦中の交戦国であったかなりの数の国と戦争中にドイツ企業や公共部門において強制労働に従事した個人への補償についての外交交渉を行った。イタリアによればこの交渉はアメリカの裁判所において元強制労働者らがドイツ企業に対して提起した訴訟がきっかけであり、そのような背景についてドイツと米国は元強制労働者の請求に対応する制度の創設を予定することを合意した。

262. そのような合意に従い、2000年8月2日にドイツ連邦法が制定され、「記憶、責任、未来」基金が創設された。基金の目的は強制労働「及び国家社会主義者時代の他の不正義」（基金法第2条(1)）の被害者個人のための資金を形成することであった。基金は基金法に規定された個人に直接補償金を支払わず、合計額を受領したいわゆる「協力組織」が支払うことになっていた。（基金法第9条）

263. 基金法第11条は補償受給資格の要件を次のように定義している。

(a) 「強制収容所またはその他の刑務所、収容所、それに準ずる環境のゲッターに拘禁され強制労働に従事させられた者」（第11条(1)）、

(b) 「母国からドイツ（1937年の国境による）またはドイツの占領地域に追放され、企業または公共部門で強制労働に従事されられ、…拘禁され、またはとりわけ劣悪な生活環境に置かれた者」（第11条(2)）、

そして(c)は、戦争捕虜の地位にあった者はこの法による受給または受益の資格がないと明文で述べており(第11条(3))、本件において重要である。

264. したがって、基金法が特に他のドイツの補償制度から取り残された種類の被害者を救済しようとするものであるにも関わらず、基金法第11条(3)は「受給資格は戦争捕虜の地位によるものではありえない」と述べ、戦争捕虜を明文で除外した。この条項の射程について基金法の公式注釈が指摘している。

「連邦政府は除外の理由を次のように説明した。『国際法規則は戦争捕虜を労働させることを収容当局に許しているから、強制労働に従事した戦争捕虜には受給資格が与えられない』。しかしながら、戦争捕虜が釈放後に『民間人労働者』とされた場合には、他の要件を充足していれば基金法により受給資格が与えられる。」

ただし、連邦財務省との合意により2001年8月に作成された「ガイドライン」では、基金理事会は「強制収容所に収容されていた戦争捕虜」は「国家社会主義者のイデオロギーによる特別の差別と虐待を受け、強制収容所への収容は一般的な戦時中の処遇とは言えないので」基金法による受益者から除外されないとして、除外の範囲を限定した。

265. このような背景に関して、基金法の下での「イタリア軍人収容者」の受給資格の問題に関するある専門家意見(C.トムシャット)を看過することはできない。この専門家意見は、ドイツは本来戦争捕虜の地位を与えられるべき人々を強制労働者として扱ったが、彼らの実際の地位は戦争捕虜であるとドイツ政府にアドバイスした。この専門家意見の言葉によれば、「イタリア軍人収容者は」「第三帝国による大規模な侵害にも関わらず第2次世界大

戦終了後の彼らの最終的な解放にいたるまで国際法により戦争捕虜の地位を保持していた。従って基金法第 11 条(3)の除外条項は原則として彼らに適用することができる」。

266. このように、この専門家意見は軍人収容者の（それに付随する権利とともに）実際には拒否されていた法律上の地位を事実上の待遇に優先させた。前記の専門家意見によるこのアドバイスに基づき多くの被害者は基金法第 11 条(3)の例外規定に含まれることになり、補償制度から除外された。このような背景についてイタリアは、2000 年以来「数千人のイタリア軍人収容者と強制労働に従事したイタリア民間人が」基金法に基づき「補償申請をした」が、それらの申請は「ほとんど全て拒絶された。」と述べ、さらに次のように主張した。

「2003 年、ドイツの行政裁判所は何人かの『イタリア軍人収容者』による訴訟を却下した。イタリア裁判所に係属した事件はフェッリーニ事件を唯一の例外として 2004 年以降に提訴された。その時にはイタリア強制労働者はドイツ当局から補償を受ける可能性がないことが明白であった。」

267. 私の理解によれば、「イタリア軍人収容者」が彼らが実際には拒否された地位を理由に補償の受給から除外されたことは遺憾である。この人々の戦争捕虜の取扱いを受ける国際法上の権利を否定したことはまさにナチスドイツによる多くの違反のひとつである。この違反にもとづいて補償拒否というもう一つの違反を行うとは、イタリアの指摘するように「カフカ風の法のブラックホール」であり、二重の不正義を作り出すものである。

4. 両当事者の主張についての検討

268. 次にイタリアが言及した被害者に対する補償の問題について、両当事者が本件の手続において書面及び口頭で主張した内容を検討しよう。ドイツの提出した主張と証拠はどの特定の被害者が実際に補償を受け取ったかについて一般的に明らかにしていない。ドイツは「ここは 1945 年以降に連合国がドイツから受け取った全ての補償についての完全な貸借対照表を明らかにする場所ではない」と述べて 1945 年以降に支払った補償の完全な計算を提出しないが、ドイツとイタリアの 1961 年の二つの協定により「かなりの金額がイタリアに支払われ」、平和条約の請求権放棄条項にもかかわらず「公平の見地から」イタリアに支払を行ったと述べた。

269. さらにドイツは口頭の主張のなかで「イタリア軍人収容者」は基金法の解釈により補償を受けていないことを次のように明確に認めた。

「イタリアはドイツが 2000 年の『記憶、責任、未来』基金法を制定して初めてその法の人的適用範囲からイタリア軍人収容者が除外されていることに苦情を申し入れた。このグループの人々は戦争捕虜としてその時期遅れの補償制度の目的に含まれていなかった。」

270. 一方イタリアは書面による主張の中で 1961 年のドイツとイタリアの二つの協定は「非常に多数の被害者をカバーせず」、「未だに適切な補償を受けていない」と述べた。イタリアは、ドイツが過去数十年の間に戦争の残虐行為の被害者からの補償請求に対応するための多くの手段を創設し、実行したことを認め、二つの重要な立法（1953 年連邦補償法、2000 年 8 月 2 日基金法）が制定されたことにも言及したが、しかしながらどれもイタリア人被害者が補償を得るための実効的な法的手段を提供しなかったと述べた。これについてイタリアは、1953 年の連邦補償法では外国人は一般的に補償から排除されたと述べ、基金法について次のように主張した。

「13 万人以上のイタリア強制労働者が 2000 年 8 月 2 日法により補償申請をしたが、大多数（12 万 7000 件以上）の申請が同法の過度に厳格な補償要件によって却下された。」

271. イタリアは次のようにも主張した。

「ドイツが今までに創設した制度（関連協定によるものと一方的行為によるものを含む）は、特にそれらの制度がイタリア軍人収容者や第 2 次世界大戦の最後の数か月にドイツ軍隊によって実行された虐殺の被害者のような数種の類型の被害者をカバーしていないという理由により不十分であることが証明された。」

一方ドイツは特定の被害者については言及せず、その代わりに「すべての関係国と全ての戦争被害を包括する広範な計画のもとに」「補償が行われた」と一般論だけを主張した。

272. ドイツはイタリアとギリシャのために一括支払いが行われたことにも言及し、「およそ 3400 人のイタリア民間人が『記憶、責任、未来』基金によって強制労働に対する補償を受け」、「およそ 1000 人のイタリア軍人収容者が基金制度により強制労働に対する補償を受けた」と主張した。ドイツはこの後者のグループについて「2000 年に元強制労働者に対して見舞金を支払うことを決めた」と主張したが、「戦争捕虜はこの特別の構想に含まれず」「人種的、思想的迫害も受けた軍人収容者のみが支払の対象となった」と認めた。

273. 前記の主張に続いてドイツは、全ての「イタリア軍人収容者」が補償を受けたのでは

なく「人種的、思想的迫害」も受けた者だけが対象となったと述べた。イタリアはドイツのこの主張に対し、本件紛争の基礎となる問題はそのような後者の被害者に関するものではなく、「ドイツも間接的に認めているように、未だに補償を受け取っていない数万人のイタリア人被害者への戦争犯罪に対する補償の義務」に関するものであると反論した。イタリアは「その他の被害者、すなわち大多数の被害者を代表する、迫害被害者ではない被害者は全く補償されないままであるという事実を明瞭かつ完全に認識できる」と結論づけた。

274. すでに指摘したように、当裁判所の 2011 年 9 月 16 日の口頭弁論の最後に私が両当事者に行った質問のひとつはまさにこの事実を明らかにしようとするものであった。「被告が言及した特定のイタリア人被害者は実効的な補償を受けたのか」そして、もし受けていないならば「彼らはその権利が与えられたのか、そして国内裁判所以外のどのような方法によって実効的に補償を受けることができるのか」。両当事者のこの質問に対する回答は争点に対する各々の立場を明らかにするものであった。

275. ドイツは 2010 年 7 月 6 日の裁判所命令（反訴請求）に言及したり、「第 2 次世界大戦に関する補償が未だに請求可能か否かという問題は本件の内容ではない」と述べてこの質問を避けようとした。ドイツは第 2 次世界大戦についての補償制度は古典的な国家間の包括的な制度であり、ドイツに対する請求権を有すると考えている被害者らはドイツ裁判所に提訴することができるかと断言した。ドイツはそれらの特定の被害者が補償を受けたかという事実に関する質問に焦点を当てず、2010 年 7 月 6 日の裁判所命令（反訴請求）に曖昧に依拠してこの質問を避けているように見えた。

276. 一方イタリアはこの質問に対し「この紛争の基礎事実をなす事件で言及された種類の被害者はだれも補償を受けていない」と明確に答えた。さらに、数十年にわたる補償請求の試みが全く実を結ばなかったにも関わらずいかなる制度も設けられなかったことからみて、いくつかの種類の被害者は補償を請求することが不可能であるとも述べた。更にイタリアはこのような種類の被害者に対する補償を目的とした協定の締結をドイツ側が強く嫌悪していると主張した。また、イタリア軍人収容者に対する補償の問題は、基金による補償の可能性に関する議論のなかで駐ベルリンイタリア大使により提起されたことがあると述べた。

277. イタリアは同時に、これらの種類の被害者らが補償を得るためには国内裁判所における訴訟以外の手段は存在しないと主張した。また仮に国内裁判所の裁判官が主権免除を否定しなかったなら、戦争犯罪の被害者が補償を受けるための他の手段は残っていなかったと述べた。私の質問に対するドイツの書面による回答に対する論評において、イタリアはさらに、ドイツの主張はおびただしい数のイタリア人戦争犯罪被害者に補償が行われず、

その補償拒否は 1947 年の平和条約第 77 条の請求権放棄条項により補償義務を免れたという主張に根拠をおいていることを明らかにしたと主張した。ドイツはイタリアの「この紛争の基礎事実をなす事件で言及された類型の被害者はだれも補償を受けていない」という明確な主張を争わなかった。私の質問に対するイタリアの回答への論評においてドイツはこの主張に反論して誤解を解く機会があった。それにもかかわらずドイツはこの強い主張に対して沈黙を守ったことを看過すべきではない。

278. 既に述べたように、補償が行われたか否かと言う問題は裁判所の記録に照らして評価されるべきである。両当事者には書面及び口頭手続においてこの問題を明らかにする十分な機会が与えられた。彼らは私から単純な事実に関する質問にはっきり答えるように求められた。イタリアはそれに答えた。ドイツは 2010 年 7 月 6 日の裁判所命令（反訴請求）の効果により補償の問題はこの紛争から除かれたと主張してこの質問を回避した。これは全く説得力に欠ける。もし私の質問にはっきりと答えたなら、裁判所がこの事実に関する問題を明らかにする助けになったであろう。上記により、当事者が提出した証拠及び主張根拠から、イタリアの最近の判例で言及された特定の被害者らは実際に補償を受けていないと見ることができる。

279. この問題の結論として、裁判所の記録はイタリアが本件訴訟においてイタリアの最近の判例が言及したどの被害者も補償を受けていないと繰り返し主張したことを示している。これはイタリアにとって本件の基礎をなす基本的主張である。ドイツはその書面と口頭の主張、私の両当事者に対する質問においてこれに反駁する十分な機会があった。ドイツはこれらの特定の被害者に補償をしたという証拠を提出せず、その代わり支払についての一般的な言及にとどめ、ただ「イタリア軍人収容者」は「記憶、責任、未来」基金の構想の範囲の外にあることを認めた。

280. 要するに、既に述べたように(C. トムシャットの)専門家意見を根拠にドイツは強制労働者として使役されたイタリア人戦争捕虜（「イタリア軍人収容者」）に基金による補償を行わなかった。ドイツはそれらの被害者の待遇について彼らに二重の不正義を背負わせる解釈を採用した。第 1 に彼らが戦争捕虜としての権利により利益を得ることができたときにその地位は否定され、第 2 に、今、彼らが被害を受けた国際人道法違反（戦争捕虜の地位を否定したという違反を含む）に対する補償を請求すると、彼らは戦争捕虜として扱われるのである。

281. 彼らが戦争捕虜であるとみなされたのが遅すぎたのは（しかもなお悪いことに補償を拒否することは）遺憾である。彼らは第 2 次世界大戦中とその直後に（その保護のために）戦争捕虜とみなされるべきであったが、そのようにみなされなかった。これらは争いのな

い痛ましい事実である。上記により、裁判所の記録によればナチスドイツの人権と国際人道法に対する重大な違反の多くの被害者は実際に補償されることなく放置されていると、最終的に結論することができる。

XXV. 人権と国際人道法への重大な違反の被害者個人に対する補償の必要性

1. 補償の一形態としての裁判の実現

282. 私の理解によれば、本件で問題となった人権と国際人道法への重大な違反の被害者個人に対する補償は必須の課題である。被害者個人の補償を受ける権利は彼らがこうむった人権と国際人道法への重大な違反と分かちがたく結びついている。主権免除に関する本件においても、補償と主権免除についての当事者の主張は全く不可分であり、イタリアの反訴請求を即時却下した2010年7月6日の裁判所命令の方法によっても全く分離することはできない。その決定（私の反対意見がある）は口頭弁論を経ずに、論点先取の虚偽の論法を内容とする簡潔な二つのパラグラフ（28と29）に基づいて行われた。

283. 私がすでにこの反対意見（上記18-23項）で指摘したように、両当事者のドイツとイタリアは主権免除に関する対立した意見を展開するために本件の事実的及び歴史的背景について言及し続けた。本件の事情において主権免除と戦後補償の主張がコインの表裏のごとく不可分であることは驚くにあたらない。これは私が本件から引き出した多くの教訓のひとつである。その事実的背景は、国家が法の上に立とうとするときには必ず人権と国際人道法への重大な違反を含む人間に対する虐待が行われることを示している。

284. 法の支配はいかなる国家も法の上に立つことはできないという国家権力に対する法による制限をとまなっている。法の支配は自然法思想に由来する特定の根源的価値を守り、保障しようとする。この価値が忘れられると必ず抑圧のための国家機関が組織され、人権と国際人道法と法作用への組織的で重大な違反が行われることになる。そして不処罰を終わらせる裁判の現実化は、私見によれば、それ自体被害者に対する補償（満足）の重要な一形態をなす。

2. 重大な違反に対する法の反作用としての補償

285. それは、人間を犠牲にする過激な暴力に対する法の反作用と非常に類似する。我々はここで強行規範（後記参照）の分野についての議論を始めている。法は自然法の規範にしたがって人間関係を調整し、人間の苦痛の緩和をめざすため、粗野な権力に対する優越を主張する反作用を働かせる。このためには裁判の実行と被害者への補償が必須である。イ

タリアの法哲学者サンティ・ロマーノはその著書「法秩序」(1918年)において、制裁は特定の法規範により規定されるのではなく、法秩序全体に内在し、そこに存在するすべての権利の「実効的な保障」として機能するものに規定されると主張した。人間を犠牲にする過激な暴力行為が行われた場合、基本的権利の侵害には被害者への補償(満足)を実現する裁判が最重要であることを保障する(国内及び国際の)法秩序の反作用が内在する。

286. 私は10年前に別の国際裁判所(米州人権裁判所)の判決でまさにこの点について論ずる機会があった。そのとき私は究極的には人間の良心から発生し、それによって活動する法が賠償(語源はラテン語の *reparare* (再度配列する))を支払わせることを指摘した。そして、その法は更に侵害行為が二度と繰り返されないために介入するのだ。賠償はすでに実行された人権侵害を終らせるものではない。しかし、それは(不処罰や忘却という社会環境とは異なり)、少なくともすでに発生した苦痛の増幅を防ぐことができる。

287. 私がその機会に次のように述べたとおり、この見解によれば賠償には二つの意義が見出される。

「それは権利を侵害された被害者やその親族に(賠償の一形態としての)満足を与え、同時にそのような侵害により破壊された法秩序(人間の固有の権利の完全な尊重の上に立てられた法秩序)を再建する。したがって再建された法秩序は侵害行為が二度と繰り返されないことの保障を要求する。…賠償は法秩序を再建し、生き残った被害者の人生を立て直す。しかしそれは彼らの日々の生活に不可避免的に伴う苦痛を除去するものではない。損失はこの意味において全く取り返しがつかない。それでも賠償は正義を回復する責任を負う者の不可避の義務である。人間の良心及び法それ自身が偉大な発展を遂げた時代には、裁判の現実化は支配者の妨害行為や抑圧的な法の制定などすべての障碍に優先し、重大な人権侵害が時効によっても消滅しない絶対的なものであることを明らかにするものであることは疑いの余地がない。…賠償はこのような同じ人間に対する処遇における違反、公権力を有する責任者の不処罰、社会の無関心や忘却のような様々な形態で現れる人間の残虐行為に対する法のレベルでの反作用である。

破壊された法秩序(その根本にあるのは明らかに人権の尊重である)の反作用は、究極的には人間の連帯の精神により動かされる。…裁判の現実化の枠組みの中で、被害者(またはその親族)の満足と侵害行為の再発防止の保証を含むものと理解される賠償は…否定することのできない重要性が認められる。無関心と忘却の拒否と違反の再発防止の保証は私たちの住む価値基準が欠如した暴力的な社会における、被害を受けた者と受ける可能性のある者の連帯の連鎖の兆候である。これは究極的には生き残った者と死んだ犠牲者をつなぐ連帯の連鎖の雄弁な表現である。…」

XXVI. 強行規範の優越：その解体の試みに対する反駁

288. 最後の論点に移ろう。この反対意見において主権免除の要求が問題となるたびに、強行規範に関する曖昧な姿勢に強く反対してきた(前記第 224-227 項)。実際、主権免除に関する本件について、裁判所の多数意見と私の立場には多くの点(方法論、採用し追求されたアプローチ、論拠、結論)について深い対立があるようだ。この反対意見を、本件判決が論及している争点についての私の立場の根本にある特に重要な一つの点に絞るとすれば、それは国際法における強行規範の強化と優越性である。実際に、強行規範の優越性がなければ国際法には暗澹とした未来が待っているだろう。それはよりよい未来への希望が消えることであり、私は受け入れることができない。

289. 私は現代の国際裁判所である米州人権裁判所に最近係属した一連の虐殺事件に関する痛ましい国際裁判に裁判官として関与した経験があり、その中で人間というものの性質の最も暗い側面に接してきた。すでにそれらの事件の判決は宣告され、現代国際法(特に国際人権法)の歴史に属している。私はその体験の記憶を編集したので、現在及び未来の世代の国際法研究者は私がそこから得た教訓から得るところがあるかも知れない。私はこの反対意見においてこれらの教訓を回顧するつもりはない。ただ基本的な人間の価値に対するきめの細かい配慮なくして人権と国際人道法に対する重大な侵害のような事件にアプローチすることはできないことだけを指摘しておく。法実証主義者の思い込みに反し、法と倫理は分かちがたく結びついており、このことは国内・国際レベルでの裁判の確実な現実化のために心に留めておくべきである。

290. 「人道に対する初歩的配慮」の援用は、そのような考察が現実に適用された結果を予想し対応する一貫性の保障を欠いた修辞であってはならない。その上、法的信念についての非常に狭い見解を維持し、それを全く考慮に入れなくなる地点まで慣習の主観的要素を切り縮め、法の一般原則から追放すべきではない。本件において(裁判所の叙述によれば)「法廷地国の領域内で外国の軍隊により行われた行為」は、責任国であるドイツ自らが本件訴訟の全ての段階で認めていた違法「行為」である。それらは裁判所が繰り返し述べたような主権行為ではない。それらは違法行為であり、実行した国家と個人の責任をもたらす国家犯罪、残虐行為、最も重大な国際犯罪である。私がすでに述べたように、主権行為と業務管理行為の伝統的区分は本件のような重大な事件では意味をもたない。

291. 主権平等の原則は国家関係について適用されるきわめて基本的な原則である。それが正しく考慮されていたなら、それらの残虐行為や国際犯罪はその時(1943~1945)そのような形で発生していなかったであろう。いずれにせよ本件は国内レベルで実行された残

虐行為や国際犯罪に関するものであるから、その原則は本件の要点ではない。私の認識では問題についての中心となる原則は人道の原則と人間の尊厳の原則である。私の見解では、国際犯罪に対する国家責任とその不可分の補完物である被害者に補償をする責任国家の義務の上位に主権免除を不当に位置づけることはできない。

292. すでに述べたように、ハーグ法廷(常設国際司法裁判所と国際司法裁判所)の確立した判例は、原則として国際法違反とその結果を解消するための補償義務は不可分一体をなしているという解釈を支持している。本件判決のように、まるで暗い嵐(第2次世界大戦の社会的破局)の中から雷が不可分一体の物の上に落ち、それを粉々にしてしまうような作用を主権免除にさせてはならない。すでに述べたように主権免除は権利ではなく特典又は恩恵である。それを明白な不正義を招くような方法で維持してはならない。

293. 裁判所の多数意見は本件のような状況においても主権免除を維持することを正当化するため、争いの内容に関する国内裁判所の相対立する判例や矛盾する国内立法例を経験主義的に事例調査した。この調査は事実に対す用心深さと価値の忘却という法実証主義者の独特の方法論によるものである。そしてその見解に立つとしても、国内裁判所判決の事例調査は私から見ると国際犯罪のケースにおいて主権免除を決定的に支持するものではない。

294. 国内立法についても、私の見解では、人権と国際人道法違反のケースにおける主権免除否定を数カ国の少数の立法例によって抑止することはできない。そのような実証主義的調査は国際法の化石化を招き、その予期される進歩的発展ではなく、頑固な未発展を招くことになる。そのような不当な方法論は法律家の間に広がっているある種の不適切で説得力に欠ける概念化、とりわけ「主要な」規則と「副次的」規則、「手続」規則と「実体」規則、「行為」義務と「結果」義務の対立のようなものと一体となっている。言葉、言葉、言葉…価値はどこに行ったのか?

295. その種の概念化に頼ると、時に主権免除に関する本件のように、明らかな不正義に陥ることがある。裁判所は再び手続法(同裁判所の逮捕令状事件(コンゴ民主共和国対ベルギー)判決(2002)によれば、そこに主権免除が位置付けられる)と実体法の対立に依拠した。私見によれば、手続法と実体法の分離は存在論的にも義務論的にも実行不可能である。形式は内容に一致する。法手続はそれ自体で完結しない。それは裁判の実現の手段である。そして実体法の適用は最終的なものであり、裁判が実行されたことを意味する。

296. 本判決において多数意見は実体的な(「占領地における民間人虐殺、奴隷労働のための住民移送、奴隷労働のための戦争捕虜移送」の禁止を規定する)「強行規範」と手続的な「主権免除規則」には抵触は存在しない、または存在し得ないという誤った仮定から出発した。

この同義反復的な仮定は裁判所を本件のような重大な状況下でさえ主権免除を維持する判断に導いた。形式主義者には認識できなくとも、そこには本質的な抵触がある。抵触は存在し、裁判所の推論は強行規範からその効果と法的重要性を剥奪するいわれのない解体を導くものである。

297. このような事が起きたのは初めてではない。以前にも、例えば過去 10 年間に、本判決で裁判所が引用した逮捕状事件判決(2002)、コンゴ領域における武装活動(コンゴ民主共和国対ルワンダ) 事件判決(2006)がある。今こそ、強行規範に、それが要求し受けるに値する注目をすべき時だ。本件のような強行規範の解体は人権と国際人道法への重大な違反の被害者個人のみならず、現代国際法自身にとっても損失である。要するに、私見によれば、民間人虐殺や奴隷労働のための民間人や戦争捕虜の移送のような国際犯罪について主権免除の特典や恩恵はありえない。強行規範による絶対的禁止への重大な侵害に主権免除はありえない。

298. 主権免除を個別化したり孤立化する(虚空の中で主権免除を考察する)見地から考察し続けるべきではない。それは現代国際法全体の包括的な観点と主権免除が国際社会に果たす役割から考察されねばならない。国際法はすでに指摘した成文化の過程(例えば 2004 年国連主権免除条約草案)、または司法判断レベル(例えば 2001 年アル・アドサニ事件における欧州人権裁判所(大法廷)判決多数意見、本裁判所における本件)の過去の長く継続した怠慢により凍結されることはありえない。本件における裁判所の主張を類推すると「強行規範には」その射程や範囲を決定する規則としてその適用を中止したり制限したりする「内在的制約」というものは存在せず、ただ今日までなされていない確信をもった実行を求めている。

299. 裁判所はその判断にあたって人権と国際人道法への重大な違反による被害者の甚大な損害に無関心であったり、忘却してはならない。また、主権免除を絶対的価値とする不適切な判断によって国家の敏感な部分に過度に配慮すべきではない。全く反対に、国家の残虐行為の被害者らに無補償のまま放置してはならない。主権免除は本件の支配的な見解のように裁判権に対する障害物として機能させてはならない。それは裁判を現実化する道ではない。裁判を実現するためには、広範な被害者に裁判を保障し、彼らに損害を負わせた犯罪に対する賠償を請求し獲得する権能を与えるという最終目標を維持するべきである。強行規範は主権免除の特典や恩恵に優先する。そこから導かれる結論は、裁判拒否と不処罰の回避である。

XXVII. 要約：結論的考察

300. ここまでの全ての考察から、主権免除に関するこの判決の対象となった全ての論点について私の立場と裁判所の多数意見に支持された見解が完全に反対であることは明瞭である。私の反対意見は当事者（ドイツとイタリア）及び参加国（ギリシャ）が当裁判所において行った主張の評価のみに立脚するのではなく、むしろあらゆる原則の問題と根源的価値に重点をおいている。私は国際司法機関の誠実な作業のなかで私の根本的立場を本件の反対意見の根底に置かなければならないと考えてきた。私はこの段階において、論点の明確化と相互関係の強調のために私の反対意見の全ての論点をここに要約して記載することが適当であると考えます。

301. 第 1：同じ継続した状況の中で、時間の経過と法の進化を特定の事実との関係においてのみ受け容れ、他の事実との関係では受け容れず、単に訴訟における自己の利益に資するために時際法について考慮してはならない。過去の残虐行為の実行の法的結果から逃れるために静的ドグマの背後に隠れることはできない。法の進化を考慮すべきである。

第 2：同じように、本件の事実関係を抽象化してはならない。主権免除は虚空の中で考察することはできない。それは、係争の根源となった諸事実と分かちがたく結びついた問題である。事件の事実に背景をなす加害行為の責任を原告国家が裁判所における手続の全ての段階（書面及び口頭の段階）を通じて自ら認めているという、独特で前例のない本件のような場合には、上記の関係性の承認はさらに説得力がある。

302. 第 3：20 世紀の二つの世界大戦の恐怖を目撃した世代の法学者から、国家中心思考に全く縛られず人間の根源的価値と個人を中心とし、今日でも妥当する万民法の歴史的起源への忠実性を保った学説の発展が始まった。主権免除は要するに特典又は恩恵であり、人間の根源的価値に焦点を当てた今日の国際法の進化と無関係な抽象的な存在ではありえない。

303. 第 4：国際法学会の研究成果を含む現代の明晰な国際法学説はとくに国際犯罪のケースについて、主権免除と裁判を受ける権利の間の緊張を適切に後者を優先することにより徐々に解消しつつある。それは 裁判の切実な必要性、そして国際犯罪が行われた場合の不処罰を回避し、それらの将来における再発防止を保障することに対する学説の関心を表している。

第 5：閾値を超えた人権と国際人道法に対する違反は被害を受けた個人の賠償請求において裁判権に対する全ての障碍を排除する。すべての集団的残虐行為は誰が犯したかに関わらず、今日では閾値を超える重大なものと考えられていることは大変重要である。犯罪的な国家政策とそれに続く国家による残虐行為の実行は主権免除の盾によって隠されてはならない。

304.第 6：個人の固有の権利についての国家間による放棄は認められない。それらは国際公共秩序に反し、いかなる法的効果も剥奪されるべきである。これは人間の良心、世界の司法の良心、法の究極の源泉に深く刻み込まれている。

第 7：第 2 次世界大戦までに（奴隷労働の形態の）強制労働のための移送はすでに国際法により禁止されていた。第 2 次世界大戦のはるか以前にその違法性は規範レベル（1907 年ハーグ陸戦条約や 1930 年 ILO 強制労働禁止条約）で広く認められていた。成文化作業の中でもそのような禁止は認められていた。その上、それは司法的承認も受けていた。

第 8：戦後補償請求の権利も同じように第 2 次世界大戦のはるか以前に認められた（1907 年ハーグ陸戦条約において）。

305. 第 9：国際法秩序を不安定にしたり危機に陥れたりするのは国際犯罪であって、正義を求める個人の補償請求訴訟ではない。国際法秩序を悩ませるのはそのような国際犯罪をもみ消し実行者を処罰しないことであり、被害者が裁判を求める事ではない。国家がその国民の一部や外国の住民を虐殺する犯罪的政策を遂行した場合、後で主権免除の盾に隠れることはできず、主権免除はそのような目的のものとして許されるべきではない。

306. 第 10：国際犯罪を構成する人権と国際人道法に対する重大な侵害は反法律的行為、強行規範違反であり、それを全く消し去ったり主権免除に依拠して忘却の中に投げ入れることはできない。

第 11：国家によって実行された国際犯罪は業務管理行為でも主権行為でもない。それらは犯罪、国家犯罪であり、それに対する主権免除はない。そのような伝統的で浸食的な区別は意味がない。

307. 第 12：したがって、人権と国際人道法に対する重大な違反の場合に個人が国際司法機関にその権利を証明するために直接提訴することは、自国に対する訴訟の場合であっても完全に正当化される。

第 13：個人はまさに国際法の（単なる「関係者」ではなく）主体である。そして法学説がここから離れると、常にその結果は悲劇的である。個人は国際法（万民法）から直接に生じる権利の保持者であり義務の負担者である。この数十年の国際人権法、国際人道法、国際難民法、そして国際刑事法の発展の収斂はこのことをはっきりと証明している。

308. 第 14：主権免除を放棄できないということは全くない。人道に対する罪については主権免除はない。国際犯罪(国家犯罪)の事件において放棄できないものは人間としての固有の権利への重大な侵害に対する補償請求権を含む個人の裁判を受ける権利である。その権利なくして信頼に足る法制度は国際的にも国内的にも存在しえない。

309. 第 15: とりわけ人権と国際人道法への重大な違反の認定は、裁判の現実化の必要性のため、裁判権に対するいかなる障壁も除去するための価値ある基準となる。

第 16: 重大な人権侵害の侵害行為が公的なものか、国家の黙認を受けた私的なものか、また、それがすべて法廷地国内で行われたか（強制労働のための移送は国境を超えた犯罪である。）は重要な問題ではない。主権免除は個人の基本的な権利への侵害に対する補償の分野には存在しない。

310. 第 17: 広義の裁判を受ける権利は実効的な救済の手段として形式的に裁判を利用すること（提訴の権利）にとどまらず、適正手続の保障（武器対等、公平な手続）、（給付判決としての）判決に従った執行、賠償金の支払まで含むものである。裁判の現実化はそれ自体が被害者に満足を与える補償の一形態である。これにより抑圧の被害者らは正当に主張する法の権利を得るのである。

311. 第 18: 主権免除固有の分野においてさえ、国際人権法の出現と裁判を受ける権利と国際責任への関心の高まりによって重大な侵害の事件においては主権免除を制限又は排除するという内容の変容が進行したことが認められてきた。

第 19: 人権と国際人道法への重大な違反の被害者個人に対する国家の補償義務は慣習国際法及び根源的な一般法原則による義務である。

312. 第 20: 今日では被害者が補償を求めている国際犯罪の事件では主権免除を否定しようという意見が有力になってきている。実際、商業関係の領域や国内の個人的不法行為（例えば交通事故）に関しては主権免除の排除を認め、一方で人権と国際人道法に対する重大な違反により特徴づけられる国家の（犯罪的）政策追求による国際犯罪の場合に国家を主権免除により保護することを主張するのは法的不条理である。

313. 第 21: 広義の裁判を受ける権利はその許容可能な内在的「制約」ではなく、それが根源的権利であるという本質に焦点を当てて考察されるべきである。

第 22: 人権と国際人道法への重大な侵害は強行規範への侵害でもあり、国家責任と被害者の補償請求権が生じる。これこそ（各国のさまざまな法体系における）法の概念の基礎をなす、公正の理想（自然法の条理への適合）に沿うものである。

314. 第 23: 人権と国際人道法への重大な侵害に対する補償制度は戦争犯罪や人道に対する罪の結果損害を負った個人を排除し国家間レベルに限定されるという主張には根拠がない。本件の記録によれば、ナチスドイツによる重大な人権と国際人道法違反の被害者であるイタリア軍人収容者は実際に今日まで無補償のまま放置されていることが明らかである。

第 24: これらの国家の残虐行為による個人被害者がいかなる形態の補償からも取り残されることはあってはならない。主権免除は本件のような状況でなされたように、裁判権の障害物として機能してはならない。それは裁判の現実化を妨害するためのものではない。裁判の追求は全ての被害者に裁判を保障し特に彼らに損害を与えた犯罪に対する補償を請求し獲得することを可能にするという最終目標を維持することである。

315. 第 25: 強行規範から効果の法的重要性を奪う「手続」規則と「実体」規則の抵触に関する誤った思い込みや形式主義者の浅慮に同調してはならない。抵触が存在するという事実が変わりはなく、理由のない解体の試みに抵抗して生き続ける強行規範に優越性がある。民間人の虐殺や奴隷労働に従事させるための民間人や戦争捕虜の移送のような国際犯罪の事件において主権免除の特典や恩恵はありえない。それらは強行規範による絶対的禁止への重大な侵害であり、いかなる免除もありえない。

316. 第 26: 強行規範は主権免除の特典や恩恵の上位にあり、そこから全ての結論が導かれ、その結果裁判拒否と不処罰が回避される。

上記の全ての根拠により、国際犯罪、人権と国際人道法に対する重大な違反には主権免除は適用されないというのが私の確固たる立場である。

私の理解によれば、これが国際司法裁判所が本件判決において判断すべきであった内容である。

(署名) アントニオ・アウグスト・カンサード・トリンダージ.

国際司法裁判所（ICJ）主権免除（独対伊）事件判決

ガヤ特任裁判官反対意見

2012年2月3日

1. 裁判所の判決（多数意見）は、外国が法廷地国で行った不法行為に対する特定の補償請求には主権免除が適用されないという見解を受け容れた。しかしながら裁判所は次のように述べた。

「慣習国際法は、武力紛争の遂行過程において国の軍隊その他の国家機関が損害をもたらす行為を他国の領域で行ったとして訴えられている国に対して免除を認めることを現在も要求していると考える。」（第 78 項）

この点がいわゆる「不法行為例外」の本件への適用を否定する分水嶺である。こうして裁判所は第 2 次世界大戦中のイタリアにおけるドイツの違法行為についてイタリア裁判所が管轄権を主張したことは国際的義務に反すると結論づけた。

裁判所（多数意見）の論理は堅実で、関係する国家実行についての広範な調査も行っている。しかしながら「不法行為例外」の射程については更なる分析が必要であり、いくつかの判例によれば、この分野の法は「発展」過程にある。

2. 「不法行為例外」は次のように、国連主権免除条約第 12 条に採用されている。

「いずれの国も、人の死亡若しくは身体の傷害又は有体財産の損傷若しくは滅失が自国の責めに帰するとされる作為又は不作為によって生じた場合において、当該作為又は不作為の全部又は一部が他の国の領域内で行われ、かつ、当該作為又は不作為を行った者が当該作為又は不作為を行った時点において当該他の国の領域内に所在していたときは、当該人の死亡若しくは身体の傷害又は有体財産の損傷若しくは滅失に対する金銭によるてん補に関する裁判手続において、それについて管轄権を有する当該他の国の裁判所の裁判権からの免除を援用することができない。ただし、関係国間で別段の合意をする場合は、この限りでない。」

この法典化条約は 2004 年の国連総会で採択され、現在のところ 13 ケ国が批准し、未発効である。いずれにせよ、その条文の全てが一般国際法規則と一致するとみなすのは不当であろう。一方で、その条文の多くが完全に革新的なものとも見ることができない。このことは、後述の数カ国の国内立法とそれに先行する 1972 年の欧州主権免除条約第 11 条という前例が存在する第 12 条に特に当てはまる。

この欧州主権免除条約第 11 条の文言は次の通りである。

「締約国は人の傷害や有体物の毀損が法廷地国の領内で発生し、その発生時に傷害や毀損の行為者が法廷地国の領内に存在した場合には、傷害又は毀損の補償に関する手続において他の締約国の裁判所の管轄権からの免除を主張できない。」

以下の項において欧州主権免除条約について多くの言及をすることはないのであろう。なぜなら、それは主権免除に関する一般国際法規則の存在確認という目的のためには明らかに限定的な意義しか持たないからである。この条約は限定された地理的地域の 8 ケ国（オーストリア、ベルギー、キプロス、ドイツ、ルクセンブルグ、オランダ、スイス、英国）の批准しか得ていない。しかも、それは一般的規則の宣言を試みるものではなく、締約国の他の締約国の管轄権からの免除のみに関するものである。

3. 「不法行為例外」は 9 ケ国が制定した主権免除に関する国内法にも規定されている。このような国内法に「不法行為例外」を含んでいないのは一国（パキスタン）のみである。

国内立法は国家実行の重要な要素である。国際法規則の対象が司法当局の行為である場合には、裁判所による司法実行も明らかに同様である。司法当局が自国の立法者の要求から外れるのは例外的な状況に限られるであろう。私の知る限り、「不法行為例外」を含む立法を制定した国家のいかなる裁判所も国内法と一般国際法の両立について疑問を提起したことがない。

大部分の国家は主権免除に関する国内法を制定せず、直接に一般国際法を適用しているので、問題の国家の数は一見したところ諸国家の一般的な対応を代表するには不足しているように見えるかもしれない。しかし、10 ケ国の 30 年以上にわたる立法実行を、一般国際法の現在の状況を確認する目的のためにとるに足らないとみなすのは困難であろう。これらの国家に採用された基準は、すべての国家が従うことを要求する標準を成文化しようとしたものではない。特定の問題について、いくつかの国家の国内法は一般国際法より主権免除を広い範囲で認めている。これは、主権免除を一般国際法より制限する場合とは異なり、完全に適法である。「不法行為例外」を主張する場合、国家は同例外を適用して適法に裁判権を実行する権限があることを疑わないであろう。仮にその見解が一般国際法において根拠がないとみなされるなら、それらの全ての国家は「不法行為例外」を適用すると国際責任を負うことになる。また、このような国内法はよく知られており、多くの国家が影響を受けることになるから、他の国家の側から国際的レベルで何らかの形の抵抗があるはずである。多数の国の沈黙を「不法行為例外」適用の適法性に対する暗黙の批判であると解釈することはできない。

4. 「不法行為例外」を含む主権免除に関する国内法を制定した 9 ケ国において、この例外の内容は類似している。下記に関連条文の文言を年代順に引用する。

1976 年の米国主権免除法 1605 条 (a)によれば、

「(a) 外国は (次の) いずれの場合においても、アメリカ合衆国又は各州の裁判所の裁判権から免除されない。……

(5) 上記(2)項が適用されない場合であって、アメリカ合衆国で発生した、外国又は官吏若しくは被雇用者がその権限内で行った不法な作為又は不作為による人の死傷または財産の損害または滅失について、その外国に対する金銭賠償請求がなされている場合。ただし次に定める場合には本号は適用されない。

(A) 裁量権が濫用されたか否かを問わず、裁量権の行使又は不行使に基づくすべての請求

(B) 故意による刑事訴追、手続の濫用、文書による名誉棄損、口頭による名誉棄損、虚偽、詐欺、契約上の権利に対する妨害」

英国国家免除法 (1978) 第 5 節は下記の通りである。

「外国は連合王国内における作為または不作為による、(a) 死亡もしくは人の傷害または (b) 有体財産に対する損害もしくは滅失に関するいかなる訴訟手続において、裁判所の裁判権から免除されない。」

シンガポール国家免除法第 7 節は「連合王国」を「シンガポール」と置き換えたのみで、上記の英国国家免除法と同文である。

南アフリカの外国免除法第 6 節は次のように規定する。

「外国は共和国内における作為または不作為による、(a) 人の死亡もしくは傷害または (b) 有体財産に対する損害もしくは滅失に関する訴訟手続において、共和国の裁判所において裁判権から免除されない。」

オーストラリア外国免除法 (1985) 第 13 節によれば、

「外国はオーストラリア内で行われた作為または不作為による、(a) 死亡もしくは人の傷害または (b) 有体財産に対する損害もしくは滅失に関する訴訟手続に限り、訴訟手続から免除されない。」

カナダ国家免除法第 6 節は次の通りである。

「外国はカナダ内で発生した(a) すべての死亡もしくは人の身体の傷害または (b) すべての財産に対する損害もしくは滅失に関するすべての訴訟手続において裁判所の裁判権から免除されない。」

アルゼンチン外国裁判権免除法 24,488 第 2 条は次のように規定した。

「次の場合には外国は裁判権免除を援用できない…(e) 外国がアルゼンチン内で実行した犯罪または違反による滅失または損害について請求を受ける場合」

イスラエルの外国免除法 5769-2008 第 5 節によれば、

「外国はイスラエル内で実行された不法行為による人間の傷害または有体財産の損害に対する損害賠償訴訟について裁判権からの免除を得られない。」

最後に日本の対外国民事裁判権法第 10 条は次のように規定する。

「外国等は、人の死亡若しくは傷害又は有体物の滅失若しくは毀損が、当該外国等が責任を負うべきものと主張される行為によって生じた場合において、当該行為の全部又は一部が日本国内で行われ、かつ、当該行為をした者が当該行為の時に日本国内に所在していたときは、これによって生じた損害又は損失の金銭によるてん補に関する裁判手続について、裁判権から免除されない。」

表現は異なるが、これらの全ての条文は、法廷地内で発生し、死亡や人の傷害または有体財産の損害をもたらした外国によるすべての作為または不作為をカバーする一般的宣言を含んでいる。

5. 前項で引用したいかなる立法例も外国の作為または不作為が外国の主権の行使として行われた主権行為である場合に「域外不法行為原則」の適用を制限していない。

後に修正されることなく 2004 年国連条約第 12 条となった第 12 条草案に関する国際法委員会 (ILC) の注釈は次のように述べている。「第 12 条が予定する損害の分野は主に交通事故による偶発的な人の死亡もしくは身体の傷害または有体財産の損害に関するものである」が、「第 12 条の射程は脅迫暴行のような故意の身体傷害、財産の故意の損傷、放火または政治的暗殺を含む殺人に及ぶ広さをもっている。」『いくつかの国の判例』は主権行為と業

務管理行為の区別を維持しているが、第 12 条による『不法行為例外』はそのような区別を設定していない」。この注釈はさらに次のように述べている。

「不法行為地は、作為または不行為の動機、故意もしくは害意によるかまたは偶発的、怠慢、不注意、無謀、軽率であるか、そして行為の性質が主権行為であるか業務管理行為であるかに全く関わりなく、本質的な地域的結合関係を提供する。」

国連条約条文やその準備作業の中には、外国の行為が主権行為である場合に「不法行為例外」が適用されないことを示唆するものは存在しない。

イタリア破毀院はフェッリーニ事件において、ILC 注釈を根拠に、次のように述べた。

(ILC 草案第 12 条によれば)、「主権行為として行われた行為と業務管理行為として遂行された行為の区別は、『人の身体の完全性に対する攻撃』や『身体的』特性の滅失や損傷に起因する損害賠償については関連性がない。」(2004 年 3 月 11 日 No. 5044 判決)

カナダ最高裁判所はシュライバー (Schreiber) 対 ドイツ連邦共和国及びカナダ法務長官事件 (2002) において、「不法行為例外」が主権行為にも適用されることを支持し、仮にこれについて適用を認めないとすれば「基本的権利の最悪の侵害の被害者から国内裁判所における救済の可能性を奪うことになる」との見解を述べた。

アイルランド最高裁判所のマケルヒニー対ウィリアムズ事件では異なる見解が示された。ハミルトン裁判長は、英国兵士の不法行為が法廷地国で行われたとしても、「そのような作為または不作為が主権行為として行われた場合には」、「外国に主権免除が与えられるべきである」と判示した。アイルランドは主権免除に関する国内法を制定していないし、欧州主権免除条約にも加入していない。後にマケルヒニー氏が欧州人権裁判所にアイルランドを提訴した。同裁判所は「不法行為例外」は「国際法と比較法の趨勢に合致している」としながら、次のように判示した。

「この趨勢はもともと外国領土における軍隊の行為のような国家関係や安全保障に影響する敏感な問題を伴う本質的に国家主権の核心に関わる問題に関するものではなく、通常交通事故のような『保険事故』による人の傷害に関するものである。そのような主権行為に起因する損害賠償訴訟について主権免除を支持したのがアイルランドのみであり、主権免除を付与したとしても、これによってアイルランドが一般的に受け入れられている何らかの国際標準を逸脱したということでは決してない。」

マケルヒニー対アイルランド事件において欧州人権裁判所で問題となったのは、英国に主権免除を与える義務が被告国家にあったのかという問題ではなく、アイルランドが原告の裁判利用を拒否することにより欧州人権条約第 6 条の義務に違反したのかという問題であったことに注意すべきである。同裁判所は、国家は「不法行為例外」を適用することを求められているという考えには賛同しなかった。同裁判所は、主権免除に関する「国際法発展の現段階を考慮にいと」、アイルランドが裁判権を実行する義務に違反したとはいえないと判示した。しかし同裁判所は仮にアイルランドが訴訟を許容した場合に主権免除に関する国際法に違反することになったのかという点には言及しなかった。

6. 欧州主権免除条約には条約の適用範囲を制限する各種の条項が存在する。本件と関係する第 31 条は次のように規定している。

「この条約は他の締約国の領域内において軍隊が行った全ての作為または不作為等について締約国が享受するいかなる免除や特典にも影響を与えない。」

ILC 条文草案には類似の条項は存在しない。しかし第 12 条草案の注釈は、この条項は「軍事紛争に関わる状況においては適用」されないと述べている。ただし、何らの説明も、第 12 条草案が適用されない結果発生する事態に関する指摘もない。特に「軍事紛争に関わる状況」は国連条約の射程外と考えられているか、それとも条約に規定される他の条項が適用されることになるのか明らかでない。

ILC の注釈で示唆された適用除外は国連条約の条文の文言にも、条約に添付された解釈にも見出すことができない。また、この条約の採択を勧奨した特別委員会による国連総会に対する報告もこの問題に触れていない。しかし、この報告書を国連総会第 6 委員会に紹介するにあたり、特別委員会議長のゲルハルト・ハフナー氏は次のように述べた。「提起された問題のひとつは、軍事活動は条約にカバーされるかということであった。常に、カバーしないという一般的理解が優勢であった。」彼は更に ILC 注釈によって示唆された、「軍事活動」より狭い概念である「軍事紛争に関わる状況」の除外に言及した。特別委員会議長はこの問題は国連条約によって統制されないと意見を表明した。しかし、この見解の法的意味は全く明らかでない。同条約を採択した国連総会決議 59/38 はその前文の末尾で次のように述べた。「特別委員会報告の紹介における特別委員会議長の見解を考慮しつつ」。この一節の意味も全く明らかでない。

ノルウェーとスウェーデンは国連条約を批准するにあたり、この条約は「軍事活動」には適用されないという理解を宣言した。これらの 2 ケ国はハフナー氏の「軍事活動」は国連条約にカバーされないという見解を共有したのである。これらの解釈宣言は「軍事活動」は国連条約によって統制されないという見解を支持するが、すべての締約国を拘束する解

積を提供するものではない。

7. 前記第 3 項で言及した立法例のなかに「軍事紛争に関わる状況」や「軍事活動」に関する請求を一般的に除外したものはない。ただし、これらに関するいくつかの条文が存在する。

英国国家免除法（1978）16 (2)は次のように規定している。

「本法のこの部分は英国に存在する国家の軍隊の行為に関する訴訟手続とくに駐留軍法（1952）の適用を受けるものには適用されない。」

シンガポール国家免除法 19 (2) (a)にも類似の文言がある。これらの条項は法廷地国の領域に合意の元に駐留する国家の軍隊に対する請求に関するものと思われる。イスラエル外国免除法第 22 節はこの点について更に明確に規定している。

「本法の条項に関わらず、イスラエル国と当該外国の協定によりその地位が定められている外国軍隊の全ての作為または不作為を原因とする法的手続は、その協定によって統制される。」

オーストラリアの外国免除法（1985）第 6 節も「1963 年防衛（駐留軍）法」による免除や特典を除外し、カナダ国家免除法第 16 節は法廷地国にその合意の下に駐留する軍隊についてのみ「駐留軍法」に言及している

どの文言も「不法行為例外」に特別の関心を払っていない。それらはすべて外国の免除に関する、より一般的な条項である。いずれにせよ、これらの文言は、除外条項の適用がない軍事活動に関する請求は、法律に規定された「不法行為例外」を含む免除規則の適用範囲にあることを示唆している。

8. 数カ国の国内裁判所が第 2 次世界大戦中の軍事活動に関するドイツの主権免除について検討した。

イタリア破産院はフェッリーニ事件において、イタリア国民をドイツに移送し強制労働に従事させたという違法行為が「司法手続が提起された国において開始された」という事実に重点を置くという根拠に基づいて主権免除を否定した。(2004 年 3 月 11 日 5044 判決)。その後の何件かの判決において、同裁判所は「違法行為がやはりイタリアで行われたという観点から」主権免除を否定した（例えば 2008 年 5 月 29 日 14209 命令）。

フランスの破毀院は反対に、ブシュロン事件（2003年12月16日02-45961判決）とグロス事件（2006年1月3日04-47504判決）においてドイツの免除を認めた。両事件ともドイツに移送され強制労働させられたフランス民間人に関するものである。破毀院は主権行為であることを論拠とし、「不法行為例外」の適用可能性については検討しなかった。

この問題に関するギリシャ裁判所の判断は分かれた。ギリシャ最高裁判所はディストモ事件（2000年5月4日判決）において、次のように判示した。

（慣習国際法規則は、）「法廷地国の領域において、当時法廷地国の領域に存在した外国の機関により行われた人または財産に対する不法行為に関する損害賠償の請求について、その損害が主権行為の結果であったとしても、国内裁判所が主権免除の例外とすることによって国際裁判権を行使しうることを求めている」。

同判決の多数意見は、これは「補償が請求されている攻撃（とくに人道に対する罪）が一般的に民間人を標的とするものではないが、特定の場所で直接的にも間接的にも軍事活動に関与していない特定の個人を標的とする場合には」「武力紛争時の軍事活動による損害」にも適用されるであろうという見解を支持した。

一方、2年後のマルゲロス事件において、ギリシャ特別最高裁判所は（6対5の評決で）、「不法行為例外」は外国軍隊の活動には適用されないという、ほとんど正反対の結論を下した（2002年9月17日判決）。

「国際法の現在の発展段階においては、戦時であるか平時であるか、またいかなる形態であるかを問わず、法廷地国の領域内で被告国家の軍隊が行った不法行為に関する補償請求について、主権免除の例外として、一国の裁判所において他の国家に対する司法手続を許容する一般的に承認できる規則は存在しない。」

ポーランド最高裁判所はナトニエフスキー事件（2010年10月29日判決）において類似のアプローチを採用した。同裁判所は次のように結論づけた。

「法廷地国の領域における軍事活動の範疇に属する不法行為によって生じた人権侵害に対する補償に関する件において、主権免除の例外を認める十分な根拠はない。」

法廷地国の領域における軍事活動について外国に主権免除を認めたその他の判決については第11項で言及するであろう。

9. 「域外不法行為原則」に関する国家実行の一般的分析及び特に軍事活動による被害者に関する分析は、国家当局が多種多様なアプローチを採用していることを示している。即ち、「見解と判例にはグレーゾーンがあり、立法例も今のところ多様である」という ILC の見解にしたがって主権免除の問題を検討することができる。この「グレーゾーン」においては国家は一般国際法の要求からはずれることなく多様な立場を採用することができる。

軍事活動について示唆される「不法行為例外」の制限の理論的根拠は明らかでない。そもそも、ILC の国際違法行為に関する国家責任条文第 4 条に規定されたように、国家機関の行為はあまねく国家に帰属するはずである。なぜ同じ国家の軍隊と他の機関が区別されなければならないのか？その上、法廷地国がその領域に外国軍隊が駐留することに同意している場合には、特別で友好的な免除制度の存在は理解可能である。通常、関係国の協定によりそのような制度が創設されているであろう。しかし、敵国が法廷地国の領域で行った行為について、裁判権行使という領域国の主権国家としての権利に優先する友好的制度が存在しなければならないのかと言う問題はさらに理解困難である。

軍事活動は大規模な損害をもたらす可能性があるという事実は、法的補償を求める多くの潜在的な原告を拒否する理由として妥当ではない。実際にはこのような救済方法は実効的でないかも知れないが、主権免除の適用は外国に請求する原告らに、獲得する可能性のある判決の執行の困難を更に一般的に与えることになる。

10. 「不法行為例外」を適用して主権免除を制限することを正当化するための要素のひとつが、外国に対する補償請求の原因となった義務違反の義務の性質である。これは専ら国内法上の義務であることもあるが、国際法上の義務違反の場合もある。後者の場合は、少なくとも民間人虐殺の場合には妥当する強行規範上の義務違反である。

実際に問題となるのは、強行規範上の義務違反の防止や中断のための裁判権の実行ではなく、問題の違反による損害の補償のための司法救済である。強行規範上の義務違反に対する補償義務も強行規範に含まれると解するのは難しいであろう。

したがって、例えば 1949 年ジュネーブ条約第 1 追加議定書第 91 条は「条約またはこの議定書の条項に違反した紛争当事者は、必要な場合には、補償義務を負う」と規定し、国際赤十字委員会による注釈は「平和条約の帰結として、各締約国は原則として一般的な戦争被害に関する問題と開戦責任について適切と思われる方法で処理することができる」と述べている。(1949 年 8 月 12 日ジュネーブ第 12 条約第 8 追加議定書 (1977 年 6 月 8 日) 注釈)

補償義務を強行規範上の義務と見ることは困難であるとしても、主張された違反が強行

規範に対する違反であるという事実は結論に影響を及ぼす。国際法委員会の国家責任条文草案第 41 条は、通常の違法行為によるものに加えて、一般国際法の強行規範上の義務に対する国家による重大な侵害についてのいくつかの効果を列挙している。第 1, 2 項はいくつかの特別の効果を列挙し、第 3 項は「この章が適用する義務に対する違反に国際法上必然的に伴う効果」について述べる。条文の文言やその注釈では主権免除について言及されていないとは言え、免除の制限は補償義務遵守の効力を強化するための適切な効果を有すると見るべきである。これは法廷地国の領域内における外国の軍事活動による損害の「グレーゾーン」に国家が裁判権を行使することの適法性に関する疑義の払拭に貢献する。換言すれば、仮に法廷地国における軍事活動による損害に関する一般的請求に免除が適用されたとしても、それは同じ地域における民間人虐殺や拷問にまで拡張されることはない。

11. 違反の性質によっては、外国による損害がどこで発生しようとも外国に対する主権免除の制限が及ぶと推論することはさらに困難である。

この推論は欧州人権裁判所のアル・アドサニ対英国事件の少数意見、イタリア破毀院のフェッリーニ事件（2004 年 3 月 11 日判決）を始めとする多くの事件、ミルデ事件（2009 年 1 月 1 日判決）で示唆された。またフランス破棄院のリユニオン航空対リビア・アラブ・ジャマーヒリーヤ国事件判決（2011 年 3 月 9 日）は外国の積極的な関与がある場合には、強行規範上の義務違反に関する補償請求について免除制限があることを指摘した。

欧州主権免除条約と国連主権免除条約は上記の見解を支持しない。なぜなら、外国により侵害された義務の性質による免除例外を採用しなかったからである。

1999 年、ハフナー氏に率いられた国際法委員会のワーキンググループは、「強行規範の性格を有する人権規範に対する国家の違反行為の結果としての人の死傷の事件」に関する請求について主権免除を拒否することは、ワーキンググループが国連総会に対して「無視すべきではない」と率先して提案した「最近の発展」であると評価した。国連総会ワーキンググループ議長（やはりハフナー氏）報告は「この問題を今回の検討課題に含めることは賢明」ではないと述べた。ただし、これを提案された例外への全面的な拒否とみることはできない。

国際法委員会のワーキンググループが主権免除制限の判断をしたのは、共に米国の 1996 年反テロ効果的死刑法に基づく 2 件の判断のみであることに注目すべきである。これは拷問、超法規的殺人、その他の行為が国務長官がテロ支援国家に指定した外国によって行われ、原告または被害者が米国民である場合には、その行為がどこで行われたかにかかわらず、その損害賠償訴訟について外国の主権免除を制限するために外国主権免除法を修正したものである。米国法が求めるのはこれらの状況のみであり、請求の原因となった義務の

国際法上の性質に基づく免除例外の存在について言及していない。

更に重要なことは前記第 3 項で言及した国内法にそのような例外に言及したものが存在しないということである。

この問題は欧州人権裁判所のアル・アドサニ対英国事件において徹底的に議論された。9 対 8 の評決の多数意見は次のように述べた。

「国家が法廷地国外において行ったとされる拷問の損害賠償の民事訴訟において主権免除を享受しないという主張が国際法に受け入れられたという確証を見出すことが」
(できなかった)。

オンタリオ控訴裁判所もボウザリ対イランイスラム共和国事件(2004年6月30日判決)において、違法行為が発生した場所にもとづく区別を強調した。カナダ法に基づく「不法行為例外」の適用可能性を暗示的に認めながら、同裁判所は「法廷地国外で行われた拷問行為について主権免除が認められるという慣習国際法原則を反映した実行」と述べた。

スロベニア憲法裁判所(2001年3月8日判決)は、次のように判示した。

「人権保護の分野における強行規範違反の場合に、国家の行為が主権行為であることの効果として、外国国家に対する訴訟をスロベニア裁判所に許容する」「趨勢」はあるものの「慣習国際法規則」は存在しない。

同裁判所はこの件において、後にスロベニア領となった地域で実行された行為について判示しているのである。

ディストモ事件のギリシャ本案判決の執行請求を受けたドイツ連邦裁判所 2003 年 6 月 26 日判決も類似のアプローチを採用した。

英国貴族院ジョーンズ対サウジアラビア事件(2007年)は強行規範に基づく義務違反に対する請求についての主権免除例外の存在を完全に否定した。これは法廷地国外で行われた拷問行為に対する請求に関する判決である。

これらの実行の要素の全てを検討すると、請求の原因となった国際法上の義務の性質は、強行規範による義務違反に対する補償請求事件において、違法行為地がどこであるかに関わらず外国に裁判権を行使してよいということの明白な証拠をそれ自体では提供するものではないという結論に達する。一方で、この実行から、侵害された義務の性質が「不法行為例外」の適用可能性について否定的効果を有すると推論することはできない。仮に侵害された義務が軽微なものである場合には「不法行為例外」にもとづいて訴訟が許容され、

強行規範による義務違反に関する請求の場合には「不法行為例外」が適用されないとするなら、それは異常というほかはない。

12. 上記の基準の適用は、ドイツが訴状で言及したイタリア裁判所の様々な判決のそれぞれの事実関係についての更に詳細な検討を裁判所に要求するであろう。それは、少なくともイタリア裁判所の特定の判決について、裁判権の実行は一般国際法上の義務違反であると見ることはできないという結論に裁判所を導くことになる。

(署名) ジョルジオ ガヤ

国際司法裁判所（ICJ）主権免除（独対伊）事件判決

コロマ裁判官個別意見

2012年2月3日

1. 私見によれば主権免除に関する国際法の現段階を正確に反映している裁判所の判決に私は賛成票を投じた。

2. イタリアはドイツの国際人道法違反に関する民事訴訟を許容することにより、ドイツが国際法上享有する主権免除に違反したと裁判所は判断した。しかし、裁判所の判決は武力紛争時に拷問行為、人道に対する罪、国際人道法違反を行った国家に免罪符を与えるものと受け取られてはならないことを強調しておかねばならない。そうではなく、裁判所は本件の事実を検討し、ドイツが行った行為は主権行為であり、主権免除の例外が適用されないと結論づけたのである。したがって、ドイツはイタリア裁判所における訴訟からの免除を享受すると裁判所は判断したのである。

3. ドイツはその軍隊が第2次世界大戦中にイタリアで行った行為の重大な性質を認めた。裁判所は本判決第52項でこれを認めた。ただし、裁判所に提起された事件は第2次世界大戦中のドイツ軍隊の行為の適法性や、そのような行為についてのドイツの国際責任に関するものではない。本件の争点はドイツが武力紛争の遂行過程における軍隊の行為に関してイタリア国内裁判所で主権免除を適法に享受するかという問題に限定される。裁判所は主権免除の問題を解決するためにドイツの行為の適法性の論点について検討する必要がなかった。裁判所の本件についての管轄権は主権免除の問題の検討のみに完全に限定される。ドイツの行為に関するその他の問題の検討は管轄権の範囲外であろう。ドイツが違法行為を行ったことについて当事者間に争いがなく、その行為が国際人道法に対する深刻で重大な違反であったという事実が裁判所の管轄権を変更することはない。ドイツが管轄権に同意するか、その特定の行為について主権免除を享受しないと判断されない限り、当裁判所も外国の国内裁判所もドイツの行為の適法性やそのような行為に起因する補償問題について審査する管轄権を有しない。

4. 国家の軍隊を武力紛争に動員する決定は典型的な主権行為であるから、第2次世界大戦中のイタリアにおけるドイツ軍隊の行為が主権行為であることは明らかである。国家の軍隊が国際武力紛争の遂行のために行う行為は当然に主権の実行としての行為である。そのような行為は主権免除の対象ではないという見解は主権免除の概念からその趣旨と意義を奪うことになるであろう。主権免除の理論は主権の保護と主権の平等のために発展した。主権免除は、同意がない限りある国家を他国の管轄権の実行から保護することによってその目的を達成する。この理論は、国家間の主権平等を維持するため、国家をその主権の実

行における行為についての訴訟から一般的に免除する。

5. 国家は主権行為について一般的に主権免除を享受するという原則は確立されている。問題はこの一般原則に対し、武力紛争時や占領の過程における外国領内での軍隊による違法行為について主権免除を否定する何らかの例外が存在するかである。法廷地国領内における損害賠償に関する件について、国家が主権免除を否定することを許容する例外が存在すると主張された。この例外は、ドイツ軍隊による国際不法行為の性格を有する行為について主権免除を拒否する資格をイタリアに与えるとも主張された。

6. 特定の類型の不法行為について主権免除に限定的な例外を認める方向に主権免除の法が進化してきたことについては争いがない。この例外は国連主権免除条約第 12 条に成文化されている。この条約は未だ発効していないが、第 12 条は現段階の慣習国際法を反映したものと見ることができる。同条は法廷地国の領域で発生した「国家によるものと主張される作為または不作為による人の死亡または負傷及び有体財産の損害についての金銭賠償手続においては」国家は主権免除を援用することができないと規定する。但し、この条約の条文に関する国際法委員会の注釈は、第 12 条の起草者らの意図は主に交通事故のような状況において保険会社が主権免除の陰に隠れて負傷した個人に対する責任を免れるのを防ぐことにあったと明言している。さらに、同注釈は第 12 条は武力紛争に関する状況には適用されないと述べる。国際法委員会が交通事故のような単発的な保険事故と武力紛争時の軍隊による行動を区別したことは理解できる。後者に関するケースでは国家にほとんど無制限の責任が生じるのに比べ、前者に関するケースでは不法行為国に限定的な責任しか生じない。したがって、前者は法廷地国の裁判権が扱うのに適しており、必然的に政治的な性質をもつ後者の場合には国家間による解決を追求せざるを得ないからである。

7. したがって、現在の国際法の下では国家は武力紛争時の軍隊による主権行為について主権免除を与えられる。現存する法の適用が裁判所の任務である以上、今日の裁判所の判決が主権免除の法の継続する進化を妨げることはできない。20 世紀を通じ、主権免除の法は国家が免除を享受する場面を著しく制限する方向で大きく進化してきた。将来において主権免除の例外がさらに発展し続けることは可能である。裁判所は今日存在する法を適用するのである。

*

8. 私はギリシャの主張を検討し、確認することも重要であると考え。本件の非当事者参加国として、ギリシャは特に「人道法への重大な違反についての個人の補償請求権」を強調した陳述書を提出した（第 34 項）。ギリシャは国際人道法は「国家に対して直接請求する個人の権利」を与えていると主張する（第 35 項）。ギリシャはこの主張の根拠としてハーグ陸戦条約（1907）第 3 条、1949 年 8 月 12 日ジュネーブ条約追加議定書（1977）第 91

条等を挙げた。

9. ギリシャは今日の国際人道法は個人を人権侵害に対する補償の最終的な受益者とみなしていることを正しく指摘した（国際法委員会国家責任条文草案第 33 条注 3 参照）。これは国際法における個人の権利の重要性の増大を反映した、まさに歓迎されるべき肯定的な進化である。しかし、これは外国に対して直接補償請求する法的権利を国際法が個人に付与したことを意味するものではない。ハーグ陸戦条約や 1977 年第 1 追加議定書はそのような主張の根拠とはならない。これらの条約の関連条文は単に国家は条約の条文に違反した場合に「補償を支払」わねばならないと規定するに過ぎない。それらは被害者個人に直接補償を支払うことを国家に要求する趣旨ではない。その上、全体の文脈から読むと、二つの条約はそのような方法による補償を規定していない。実際、ハーグ陸戦条約が締結された 1907 年には個人の権利が今日のような範囲では認められていなかったから、国家に個人に対する支払を国家に要求することは想像もつかないことであった。

*

10. 結論として、ドイツ軍隊の行為は主権行為に該当し、主権免除の原則に対する例外は適用されないから、ドイツは第 2 次世界大戦中にイタリアで行った軍隊の行為について主権免除を享受すると、裁判所は正しく判断した。ただし、この判断は両当事者が本件の審理過程で明らかになった問題解決のために交渉することを妨げるものではない。また、本件の事実的・歴史的な文脈における正義の達成のために、主権国家の維持と国家主権の平等を適正に保護している主権免除について現存する法を廃止することを余儀なくされるものでもない。

(署名)アブダル G.コロマ

国際司法裁判所（ICJ）主権免除（独対伊）事件判決

ベヌーナ裁判官個別意見

2012年2月3日

1. 私は、ドイツとの紛争の過程でイタリアがドイツの主権免除を侵害したという判決主文（判決第 139 項（1））には賛同するが、裁判所が採用したアプローチや理由の論理を支持することはできない。
2. 周知のように、グローバリゼーションの潮流の中での友好関係という最新動向にも関わらず、主権免除の原則の射程距離についての国家の見解は対立し、さらに対立を深めている。
3. かつては主権国家の絶対性に基づき、いかなる国家もあらゆる状況において他国に対して裁判からの免除を要求することができる絶対免除主義が妥当であると考えられた。
4. しかし、多くの国家は、国際的な行為主体の多様化や国際法の発展によってもたらされた主権概念の顕著な変化に適応して主権免除に対する立場を相対化させた。それは、要するに主権免除から私的・商業的行為（業務管理行為）を除外し、主権行為のみに制限するものであった。しかし、その二つのタイプの区別は常に容易とはいえない。また、国内法に関しては、裁判所が指摘するように（同 71 項）数が少なく、内容も一貫していない。各国の判例についても同様である。それらは主権免除の法が全ての種類の物を含んだ旗印に過ぎないという印象を与える。
5. 実際に、各国は、主権免除を規制する国際法に関わらず、自国の国内裁判所が外国の特定の行為を裁くことを許容する法律を制定した。例えば米国は、米国政府により「テロ支援国」に指定された外国に対する損害賠償民事訴訟を国内裁判所が遂行できるように、1996年に国内法(米国外国主権免除法（1976）1605A)を改正した。その結果、法学者らは、主権免除の慣習法に照らし、この分野における国家の立法権の限界について疑問を提起することになった。
6. 1972年の欧州主権免除条約（第 11 条）と 2004年の国連主権免除条約（第 12 条）が主権行為と業務管理行為を区別しない「不法行為例外」を導入したことにより状況は更に複雑化した。この原則は問題の行為の目的を問うことなく法廷地国内の人と財物の損害をカバーしようとするものだった。

7. その上、今日では主権の行使と国家責任は分かちがたく結びついている。国家は保護義務を負う自国民に対してのみならず、その領域外で他国の国民を傷つける行為についても責任を負う。

8. 主権行使と責任が不可分であるということは、国家は責任を負うことを条件に、外国の裁判所において主権平等の原則にもとづいて主権免除の要求を正当化できるということでもある。言い換えると、それらの裁判所における免除の享受は、関係国の責任からの解放を意味しない。それはその責任についての審理を他の外交手段または司法機関に委ねるものに過ぎない。主権平等は国際的な合法性の尊重に関する平等を伴ってこそ意味がある。

9. 本件紛争のように国際犯罪との関係で提起された場合には、主権免除の問題は、それが単なる手続問題であると指摘することだけでは免れることができない根源的な倫理的・法律的な問題を国際社会全体に引き起こすことが強調されねばならない。

10. その上、裁判所も注目するように、ドイツは「特に虐殺に際し、又は元イタリア軍人収容者に関して、イタリアの男女に与えた筆舌に尽くし難い苦痛」と、責任を負うべき不法行為があったことを認めた（判決 52 項）。しかし、裁判所は「ドイツが当時承認を拒否した地位を有していたことを理由に、ある種の被害者らへの補償を拒否するとは、驚くべきことであり、遺憾であると考える。」という見解を示すにとどまった（同 99 項）。

11. 私見によれば、原則に関する問題としても、本件の結論に関しても、裁判所はこの問題をそこに放置したままにしてはならなかった。まず、原則については、裁判所はすでに「主権免除を理由に、その国家の機関に対する司法手続を進行させるべきでない」と外国裁判所に通知した国家は、その機関が実行したすべての問題の国際違法行為の責任を負う」と明確に述べた（2008年6月4日 刑事司法共助に関する特定問題事件（ジブチ対フランス）判決）。本件では、ドイツはその機関が実行し、国家に帰せられる犯罪行為について、国家として主権免除を援用した。したがってそれらの行為の責任を負わなければならない。

12. 万国国際法学会が 2009 年ナポリ会議で採択した「国際犯罪事件において国家及び国家を代表して活動する個人の主権免除」に関する決議は、主権免除は国際法規則を回避するものではなく、各国の司法権の実行に際して裁判所が主権平等を考慮することを可能にしたものであると表現した「諸原則」と題する条項（第 2 条）を含んでいる。

「主権免除は管轄権の適切な配分と実行を保証するために、関係国の司法手続において、主権平等の尊重と国家を代表して活動する個人の機能の効率化のため、国際法に基づいて与えられる。」

13. 本件では、ルイジ・フェッリーニ氏を含む元イタリア軍人収容者をはじめとする、問題となっている類型の被害者に対する行為の違法性を認めているドイツは、原則としてそれらの行為の責任を負わねばならず、ただ法廷地の国内裁判所で免除を享受すべき状況にあるに過ぎないと、裁判所は述べるべきであった。

14. その上、責任の原則から導かれる結論について裁判所は次のように述べる。

「イタリアにおける手続の根拠となった、…イタリア軍人収容者その他の未補償を訴えるイタリア国民の請求は、この問題の解決の見地から行われる今後の 2 国間交渉の主題となるであろう」（判決第 104 項）。

私見によれば、これを単に交渉の主題となる可能性があるとするのではなく、ドイツはその国際責任を負い、第 2 次大戦以来ドイツが採用している基準について、そこから除外されている類型の被害者を含めるための補正についてイタリアと協議すべきである。

15. したがって、国家が法廷地国の裁判所における主権免除の利益を喪失するのは、違法行為の立案者と推定される国家がいかなる形態における責任も拒否するという、例外的な状況においてのみである。問題の国家が自身が依拠していた法の根源的な原則に従うことを拒否する場合には、自国において裁判を受ける個人の権利が優先される。

16. 私見によれば、そのような例外的な状況を国内・国際の裁判所が見逃すはずはない。仮に見逃すことがあれば、国際法秩序の根源を掘り崩す可能性のある悪用に道を開くことになりかねない。

17. ロザリン・ヒギンズの次の言葉のように、裁判官は常に法と正義に究極的な優先権が与えられるよう細心の注意を払わなければならない。

「管轄権に関する通常の規則の例外（主権免除）は国際法が求める場合、すなわちそれが正義及び当事者間の公平な防御と調和する場合にのみ認められるべきである。それは『権利として』与えられるのではない。」（「主権免除の法の未解決の側面」 1982）

18. 国際司法裁判所は、国家の主権と、そのような主権の中で機能する正義と公平に同等の比重を置こうとする、この数十年の主権免除を統制する法制度の発展を可能にしたアプローチに追随すべきであった。主権に対するウェストファリア概念は薄れ、個人が国際法制度の中心的位置を徐々に占めつつある。

19. その発展の一部は国際法委員会の成文化作業と国連主権免除条約（2004年12月2日国連総会決議59/38で採択）を反映したものであった。しかし、その発展はすでに終わってしまったわけではない。それが、裁判所が提起された事件を審理するにあたって議論された概念と規範を再評価し、必要であれば解釈に関して新しく出現した傾向とその射程について指摘する理由である。

20. 裁判所は主権免除の享受は国家責任に影響を与えないと明確に認めたが（判決第100項）、そこから明確な結論を導き出すことができなかった。例えば裁判所は、その責任を完全に否定する国家は主権免除を求める権利を失うと付言することができたはずである。

21. 主権免除の要求には義務が伴う。すなわち、国家は適切な方法で国際責任を果たさなければならない。そして、武力紛争に関しては、そのような方法に国家間交渉が含まれると私は考えるが、その交渉は問題の全ての状況をカバーすることを条件に運営されなければならない。

22. 本件は一定の特別な外見により特徴づけられている。ドイツは問題の不法行為の責任をイタリア裁判所で認めた。そしてそれらの行為の全部または一部がイタリア領内で行われた。しかしドイツは主権免除を要求し、それに関する義務にイタリアが違反したとして当裁判所に提訴した。また、本件に関係する個人被害者は様々な訴訟を提起し、敗訴した。

23. しかし、それらの個人はドイツ裁判所と欧州人権裁判所で勝訴することは不可能だったとか、もはやドイツには彼らに対する補償義務が存在しないと判断することはできない。そのような義務はドイツが認めた国際違法行為の結果であり、国家間交渉により解決できるはずである。したがって、これは両国間の未解決の問題である。

24. この種の違反に関するすべての紛争の処理について、主権免除を否定すべき例外状況とみなすべきであるという要求は全く現実的でない。それは全ての武力紛争の被害者個人による補償請求訴訟というパンドラの箱を開ける可能性がある。

25. 仮にドイツがそのような解決への道を閉ざし、それが開く気配もない場合には、同種の違法行為について外国裁判所における主権免除の否定という問題が再び正当に提起されうると私は考えている。このように、裁判所は、イタリアがドイツの主権免除を尊重する義務に違反したと判断するにあたり、いかなる意味においても、国際法の他の根本規範、すなわち国際違法行為に対する国家責任の履行を妨げようという意図はなかった。

26. したがって私は、第2次世界大戦にさかのぼる問題であること、その紛争の終了以来ドイツによりなされた努力、それについて国際責任を果たそうという意思に照らし、先に言及した主権免除否定を許容すべき例外的な状況に現在のところ至っていないと思える本件の性質を根拠に、判決の主文に賛成票を投じた。

27. 裁判所は判決第103項で行ったように、国家実行や学説による支持がないという口実によって、いわゆる「最後の手段」の主張を却下することはできない。実際、「付託される紛争を国際法に従って裁判することを任務」（裁判所規程第38条）とする裁判所は、その法的状況の中でその問題についての規範を解釈・適用しなければならない。言い換えれば、当事者を拘束する他の法規則を考慮に入れなければならない。結論的には、特に国内裁判所の予備審査において不法行為による国家責任への補償請求の道が閉ざされていると思われる場合に、国家責任を統制する法の効果を考慮せずに主権免除の法をどのように解釈・適用するのか、理解困難である。

28. それらの全ての要素と、その相互補足的性質を考慮に入れることにより、裁判所は国際司法のための国際法の統一的解釈を達成することができる。この統一的解釈という根本的な機能が、裁判を求める国際犯罪被害者を考慮せず、狭義の主権免除を孤立して考察するような狭く形式的なアプローチに制限されることはありえない。ヴォーン・ローが提唱した「接合規範」が主権免除の法と国家責任の法の連結の確立を可能にすると考えることもできる。これは裁判所がコルフ海峡事件（英国対アルバニア）本案判決において、人権と国際人道法の接点として「人道の基本的考慮」に言及したように、法の一般原則に依拠することによって行われるかも知れない。

29. 裁判所は司法業務の「技術的」概念に依拠し、国内裁判所は主権免除について、「各事件の特有の事情を考慮せず」予備的問題として決定するという（判決第106項）。しかし、これは誤解である。実際には主権免除の問題や主権免除の否定を要求する原告の主張について決定するために事件の本案について審理しなければならないことは珍しくない。例えば、当裁判所が管轄権に対する異議は「専ら予備的性質」を持つものではないと判断するためには、係属する事件の本案について審理しなければならないのである。

30. 更に、イタリアはその国民に代わって外交保護権を行使することにより、国民の主張を支持し続ける可能性があることも忘れてはならない。当裁判所がアマドゥ・サディオ・ディアロ事件（ギニア共和国対コンゴ民主共和国）先決的抗弁判決（2007）で認めたように、この制度は国際的な人権保障の最後の手段を意味する。

31. 最後に、私は当裁判所の理由づけが、管轄権の配分方法の要素である主権免除は、それ

が究極的には被害者による裁判の要求に対する障害物となる場合には正当化されないという、現代国際法の議論に基礎をおいていないことを遺憾に思う。すなわち、厳密に言えば、主権免除は国家に生来する主観的権利ではなく、各事件の性質が許す場合には外国の裁判を受けずにすむという可能性に過ぎない。

32. 裁判所が判決（第 106 項）で示唆したのとは異なり、国内裁判所は主権免除に関する法を解釈適用する完全な権限を有している。その権限が予備審査において行使される場合、当該事件の状況が外国の主権免除の享受を許容するか否かの判断に必要であれば、国内裁判所が当該事件の全ての事実について審理することは妨げられない。

33. 残った問題は、虐殺や人道に対する罪のような国際犯罪の実行の上に立てられた組織的な国家政策にも主権行為の名のもとに主権免除が及ぶのかという問題である。この問題は他の問題を引き起こす。すなわち、通常の状態作用と国際犯罪に分類される作用を区別し、それを主権免除享受から排除する権限を誰か有するのかと言う問題である。一方で、本件のように、犯罪行為が国家によるものであることが確定し認められている場合、国家はいずれかの時点で、最終的に外国の裁判所で裁かれることを回避するために、補償のための適切な回路を開くことが求められることになる。

34. 本件は、ある国家に対する主権免除制度は、その国家が自らの国際法違反を自認することと密接な関連があることを明白に証明している。慣習国際法の分析の中で、この趨勢に注目し、その国際法形成への影響を予想することは、当裁判所に与えられた義務である。この趨勢を反映した国内裁判所の判断が余り存在しないことは裁判所がこの趨勢を無視すべきであることを意味しない。

35. 刑事、民事を問わず、確立した秀逸な司法機関と国際レベルでの法の支配は、国家の名の下に活動する指導者たちによる国際犯罪とその防止に関する法の絶対的な規範への侵害を抑止することに貢献している。そのような抑止機能が国家とその代表者らに対する主権免除についての後ろ向きのアプローチによって傷つけられることのないよう、注意を払うべきである。

(署名) モハメッド・ベヌーナ.

国際司法裁判所（ICJ）主権免除（独対伊）事件判決

キース裁判官個別意見

2012年2月3日

1. 私は裁判所が到達した結論とその理由の多くの部分に賛同する。私がこの個別意見を提出するのは、国際法規則がある国を外国の裁判所の管轄権から免除するか否かは、国際法と国際法秩序の原則にいかに関心を持って依拠しているかを強調するためである。その強調は、本件判決の国家実行に関する徹底的で説得的な議論を補足することを意図するものである。

2. 法のこの分野で機能する国際法の基本原則は、国連憲章第2条の冒頭で宣言された国家の主権平等の原則である。この原則を精緻化するものとして採択された、1970年の友好関係原則宣言（総会決議2625（XXV））では、全ての国家は平等な権利と義務を有し、法的に平等であるとされた。当然、主権免除が問題となる事件では、その原則とそこから発生する権利と義務が、事件が提起された法廷地国と、被告または被告にされようとして外国の二つの国に適用される。仮に個人または法人を被告として提訴されたのであれば裁判所が管轄権を有する事実関係の場合に、なぜ被告が外国である場合には異なる扱いとなるのか？一方で、主権平等と外国の独立の原則は主権免除を支持する。平等な一方は他の一方に対して管轄権を行使できない。

3. 二つの命題はどのようにして調和させるべきか？その回答は、大部分が本件の判決や学術上の著作で検討された、国内裁判所の判断、条約や法律の改正、外交手続、そこに至る交渉の過程、その他の国家実行の中に見出される。それらの回答は現在も過去も訴訟で争われた行為の性質に特に注意を払ってきた。大まかに言えば、問題の行為が公的性質の行為、すなわち国家主権の実行とみるべき行為か、それとも私的性質の行為、すなわち国内法上他の私人の行為と区別できない行為か？前者の場合、外国の主権尊重の必要性、互惠主義の思想、国際関係のリスクの可能性に重点が置かれ、主権免除は肯定される。後者の場合、外国の行為とその他の私人の行為の国内法上の類似性と（非国家である）訴訟の相手方に関する権利及び義務から主権免除の否定が導かれる。それは例えば、行為が商業又は取引的性格であったり、法廷地国の領域でおこなわれた国内法上の不法行為、違法行為であったり、国内に存在する財物に関する行為である場合である。これらの要素に基づく回答は、時とともに主権免除を制限する方向に変化してきたし、今後も疑いなく変化して行くであろう。本件ではイタリアはその国内裁判所が採用した主権免除を制限する立場を擁護した。ドイツはこれと反対の主張をした。

4. それらの問題は200年前から現れ始めた。それを論証するために、私は19世紀の二つの判決と万国国際法学会の決議をとりあげる。多くの例からそれらを選択したのは、それ

らが私が指摘してきた原則その他の要素に焦点を当てているからである。それらは、20世紀にまで絶対免除主義に固執したとされることの多い英米法の伝統に属する法律家らが、他の系統の法律家らと同様に早くから前記の要素のバランスを認識していたことを示している。そして彼らはその法について、国内裁判所が外国に対して管轄権を行使する分野と主権免除によりそれを行使できない分野という、有益な二分類を行った。私は当裁判所及びその前任者らが国内裁判所の判例を引用するのは異例であることをもちろん認識している。しかし、本件の判決に示されたように、当裁判所は適切にもそれらの判決に重要な役割を与えた。法のこの分野においては、国内裁判所の判断は関係国の反発の有無にかかわらず、多くの国家実行の実例を提供している。その上、原則に論及したこれらの判決の論理は非常に価値がある。

5. アメリカ合衆国最高裁判所のマーシャル長官が200年前に述べた言葉から始めよう。スクナー船エクステンジ号対マックファドン事件(1812)において、彼は次のように述べた。

「裁判所の管轄権は国家が独立した主権権力として有する管轄権の一部である。その領域内における国家の管轄権は必然的に独占的かつ絶対的である。それは自ら課したものでない限り、いかなる制限にも服さない。外部の権力に由来するいかなる制限も、その制限の大きさにおいて主権を縮小させ、制限の源泉となった権力と同じ大きさの権力を付与することになる。」

彼は続いて領域国の同意の例として彼が言及したいくつかのケースについて、共通の慣行やその慣行によって生じた共通の意見によって検証した。60年後、英国の裁判官であるロバート・フィルモア卿はエジプト総督による主権免除の要求を拒否した。彼は裁判所の管轄権からの元首の免除について次のように考察した。

「この特権の基礎となる根拠の検討から始めよう。一般法体系の原則によれば、国家の域内にある人間と財産はその国の裁判所の管轄権に属する。…外国元首とその代理人はその身体または財産に関し、少なくともその財産が彼の地位の尊厳に関するものであり、彼の公的機能の実行である場合には、この原則の効果から絶対的に除外される。いかなる根拠によってこの例外が許容されるのか？この例外は彼がその統治権により主権国家に代わって何らかの絶対的権利を有していることによるものではない。彼についてそのような権利を認める事は領土主権の権利と両立しないであろう。…真の根拠は、外国主権の代表者を自由と尊厳のために免責し、訴訟の提起による困難な状況の表面化を避けるため、国内裁判権からの例外を普遍的に承認している独立国の合意と慣習である。」(The Charkieh号事件(1873))

共通の慣習とそこから生じた共通の意見についての裁判官らによる論及は、領域国の同意はフィクションであると見られるようになったことを示唆している。法の発展に関する私の理解によれば、並立する主権の調和は同意の思想に根拠を置くことをやめ、上記のような他の要素、特に問題となる行為の性質に重点を置くようになった。(黙示の)同意と原則という要素の組み合わせは、領域主権が外国の主権に優先する場合に論及した二つの判決の傍論部分に現れる。

6. マーシャル長官は彼が全く異なる状況であると理解しているケースを考察した。それは元首の個人財産に関する状況である。彼は、元首が外国で財産を取得する場合、「その財産を領域国の管轄権に従わせる。すなわち、彼はその限りでは元首としての地位を捨て、私的な個人とみなされることになる」。または、主権、平等、独立、尊厳という要素は後退し、一般的には黙示の外国の同意と前記の後退が相まって、主権免除が否定されるように見えると述べた。同様にロバート・フィルモア卿は、訴訟で問題となっている船舶が「通常の貿易のために雇われ、商船団と呼ばれるものに属している」事実注目した。彼は次のように述べた。

「この問題についての国際法の目的は、他の場合と同様に、不正義を実行することでも正当な要求の執行を妨げることでもなく、政府間交渉の代わりにすることである。それらが緩慢で曖昧であるという問題があるにも関わらず、裁判の通常の利用が外国国家の代表者の尊厳を傷つけ、機能に支障を与える場合に、訴訟においてこのような不都合の回避を具体化するためには、国際法については個人の尊厳と主権者の利便を尊重することにより、国内法についてはその主題についての裁判を遂行することによって、その目的が達成される。

主権免除の一般規則に対する普遍的に承認された例外を検証すると、この命題の真実性が証明される。例えば不動産には裁判からの免除が適用されないことが認められている。その理由の一つは、このような財産の所有者は財産を保有する国の司法制度を受け容れているから、免除の許容による国家の一般的不都合が、他の場合に免除の根拠となる利点に優先するということであろう。もう1つの理由は…訴訟の進行のために元首に出頭を求める必要がなく、そのような個人財産が彼の職務の正当な執行の必要条件であって何らかの職務の妨害となるということもないことである。免除は前記の2つの理由及び不動産の取得は特権の放棄を意味するという第3の理由の、3つのうちの1つの理由によってのみ否定される。」

7. 二つのうち最初の段落は、外国の実体的義務とそれを遂行又は執行するための手続的又

は制度的方法に重要な焦点を当て、ある場合には「正当な要求」は訴訟手続で追求され、他の場合には可能な方法は国家間交渉であると述べている。権利と手続に関するその区別は一般法、特に本件において重要である（判決第 III (3) 参照）。第 2 段落では領域主権が優先する他の例を挙げ、その結論にいたる理由を述べている。

8. 万国国際法学会は 1891 年に外国、元首、首長に対する訴訟における裁判所の管轄権に関する国際規則草案のなかで、外国に対する裁判所の管轄権を行使が許容される 6 つの状況を網羅的に列挙した。その中には法廷地国領内で行われた不法行為又は準不法行為による損害に対する訴訟が含まれていた（第 4 条 (6)）。その規定の直後に、他の事項と並んで主権行為に対する訴訟の禁止が規定された（第 5 条）。1 世紀後、同学会がイアン・ブラウリーを報告者として採択した裁判権と執行権に関する主権免除についての決議（「管轄権及び強制の問題に関する国家免除についての現代的課題（1991）」）でも類似のアプローチを見ることができる。法廷地国の裁判所その他の機関が管轄権をもつ場合の 9 つの判断基準と、管轄権を持たない場合の 5 つの判断基準が示された。前者の中には「法廷地国の国内管轄の中で実行された外国の行為による人間の死傷又は有体財産の喪失又は損傷」に関する訴訟が含まれている（第 2 条 (2) (e)）。管轄権を否定する後者の基準には (1) 「紛争の内容の事実と被告国家の処理の国際公法における正当性の関係」(2) 「法廷地国の機関は被告国家の防衛、安保政策の内容や実行について審査する権限を有すると見なされてはならない」が含まれている（第 2 条 (3) (d)）。

9. 同決議は国際法委員会が 2004 年国連条約の基礎となった主権免除草案を完成したわずか数週間後に採択された。1991 年に同委員会は、立法、行政行為、判例、条約その他多くの先例を含む多くの国家実行の調査に基づいて 1980 年に採択した注釈は今も一般的に適用できることを再確認した。「主権免除の合理的根拠」と題する注釈は下記のように述べた。

「主権免除の原則を支持する最も説得的な議論は、国家の慣習と実行及び国家の主権、独立、平等、尊厳に関する表現によって証明された国際法に見出される。それらの全ての観念は一体に融合して主権免除の強固な国際法的基礎をなしている。主権免除は主権に由来する。二つの対等な当事者の一方が他方に対して主権意思や権威を行使することはできない。“par in parem imperium non habet”（対等な者は対等な者に対して統治権をもたない）」（国際法委員会年報 1998 草案第 6 条注釈第 55 項、同 1991 第 5 条注釈）

10. この問題に関する作業を通じて、委員会は 19 世紀初頭に現れた「公」と「私」と簡潔に表現される区別を維持した。前者の分野では、主権平等・独立・互惠主義・尊厳の原則、国際関係に起こり得るリスク、必要な場合には領域国による領域主権の放棄への（黙示的）

同意が優先される。後者においては、その国の法制度の中で外国は実質的には私人であり、その意思により、また当然に、その国の法と司法制度に従う。双方の区別は、現在は国連主権免除条約第 3 部の「免除を援用することができない裁判手続」と題する規定となっている国際法委員会の 8 カ条の条項草案により定められた。草案の 4 個の条項に含まれていた「国家は裁判権の実行に同意したものとみなされる」との文言は、条約では「国家は裁判権からの免除を援用することができない」と改められた(国際法委員会年報 1991, 第 10 条注釈)。外国による黙示または擬制の同意は消え去った。領域主権の支持は一般法の宣言に根拠を置くことになった。

11. 原則に対するこのような考察に留意しつつ、イタリア裁判所に提起された請求の核心となる事実を検討しよう。1943 年 9 月からイタリアが解放される 1945 年 5 月まで、ドイツ軍隊はイタリアの人々に筆舌に尽くし難い苦痛を与えた。ドイツはそれらの事実とその違法性を認め、それらの恐るべき出来事に対する完全な責任を受け容れると述べた。これらの事実に基づいてイタリア裁判所はドイツに対する裁判権を実行できるのか? 主権平等の論争はどのように解決されるべきなのか?

12. イタリアによって示された一つの回答は不法行為例外である。イタリアの主張の通り、その例外は少なくとも学説上は、ずっと以前から認められていた。そして本件で問題となっている行為は、国際法においても、想像しうる限りの国内法制度においても明白に違法である。しかし、その例外はいかなる範囲に及ぶのか? 万国国際法学会の 1891 年と 1991 年の決議は領域的要素、すなわち問題の違法行為が法廷地国家の領域または国内管轄権の中で行われることを要求している(上記第 8 項参照)。同じ要素が 2004 年国連条約第 12 条に更に詳細に規定されている。

「いずれの国も、人の死亡若しくは身体の傷害又は有体財産の損傷若しくは滅失が自国の責めに帰するとされる作為又は不作為によって生じた場合において、当該作為又は不作為の全部又は一部が他の国の領域内で行われ、かつ、当該作為又は不作為を行った者が当該作為又は不作為を行った時点において当該他の国の領域内に所在していたときは、当該人の死亡若しくは身体の傷害又は有体財産の損傷若しくは滅失に対する金銭によるてん補に関する裁判手続において、それについて管轄権を有する当該他の国の裁判所の裁判権からの免除を援用することができない。ただし、関係国間で別段の合意をする場合は、この限りでない。」

13. 第 12 条と国際法委員会注釈で専ら強調されていることは、その私的性質と並んで裁判手続の地域的性質である。国内法上の補償請求権の存在、行為者が行為時に領域内に存在したこと、行為の一部または全部が領域内で行われたことを要する。委員会によれば、免

除例外は「関係国が不法行為地法に従うべき事件や状況下でのみ適用される」。国内裁判所が最も利便がよく、免除否定の規則は保険会社（大部分の傷害と損害は保険でカバーされるであろう）が主権免除の背後に隠れる可能性を防止することができる。（国際法委員会年報 1991 第 12 条注釈）。第 12 条に規定された内容は慣習国際法を反映したものと思われ、その法的根拠は他の場所で（本件ではイタリア外で）行われた違法・不法行為には明らかに適用されない。

14. 委員会は政治的暗殺（外国の指示または承認によるものを指すと思われる）もカバーされるであろうと認めている。その行為がある意味で非常に公的、政治的性格と言えるにも関わらず、そのような効果が及ぶのは、それが同時に民事責任と国内裁判所における裁判手続の原因となる重大な国内法違反だからであると理解することができる。マーシャル長官が述べた主権国家の裁判所の独占的な裁判権という出発点に戻ると、その国の法に対する違反について、主権平等、独立、尊厳、互惠主義、国際関係におけるリスクの可能性、領域国の黙示の同意等、いずれの理由によっても裁判権否定を正当化することはできないと考えることができる。

15. 私見によれば、国家間の武力紛争の過程で行われた行為は上記とは全く別の種類の問題である。それらは主権国家の外交、安全、防衛政策の遂行に関する国際・国家間レベルの行為であり、学会文献（前記第 8 項参照）に立ち戻り、国際法によって評価されるべきである。これらの行為は、本来国内法により評価される行為ではないが、例えば個人が個別に責任を負う犯罪の規定や宣言など、国際法の規定をとり入れている限り、国内刑法にも違反する可能性があり、それについて彼らが免除を享受するとは思われない。

16. 国際法委員会の注釈は、第 12 条草案は「武力紛争に関わる状況には適用されない」と明確に述べている（国際法委員会年報 1991 第 12 条注釈）。国連条約が武力紛争や軍隊の行為を原因とする請求には条約は適用されないと規定する欧州条約（1972 欧州主権免除条約第 31 条）と同じように規定していればより明白であったであろうが、2004 年 10 月 25 日に特別委員会議長が行った条約草案に関する委員会報告の中で委員会の立場を次のように明確に述べた。「提起された問題の一つは軍事活動が条約でカバーされるかということであった。一般的理解としてはカバーされないという見解が常に優勢であった」。ノルウェーとスウェーデンは条約の批准にあたり、類似の理解を陳述した。私の理解では、議長の声明が戦争犯罪の除外を意味していることは言うまでもない。

17. 多くの国の国内法で最初は外国に絶対免除を認め、後にこれを制限するようになったことからの類推によっても、上記の除外は裏付けられる。国際法委員会は過去の事情について次のように述べた。

「多くの国の実行のなかに主権免除の原則が確立したのは19世紀の事である。英国と米国をはじめとする英米法圏では、外国は領域国の裁判権から免除されるという原則は、国際礼譲によるものとは全く別に、各国元首に対する伝統的な免除の影響を受けて広い範囲に及んでいた。すなわち、英国では主権免除の原則は『国王は自国の法廷において訴追されない』という格言で表現される英国の憲法的慣習の直接の結果であった。したがって国家元首を訴追することは憲法的に不可能であった。国王に対する免除は後に外国元首にも適用が拡大され、法の発展の次の段階では外国国家にも及んだ。」（国際法委員会年報 1980）

しかし1932年までには、広範囲に調査し慎重に準備された、外国に対する裁判所の管轄に関する条約ハーバード草案の担当者らが下記のように述べる事が可能になっていた。

「（絶対免除規則に対する）例外は近代生活が変化し発展したことによる必要性によって姿を現した。国内裁判所に私人が提起した訴訟に国家が従うことを定めた法律が次々と制定された。国王は悪をなしえずという英国の古い原則は法原則としての効力をほとんど失った。」（1932 アメリカ国際法雑誌増刊 26 p527-528；この文献はフィリップ・ジェサップ教授を報告者とするグループによって作成された。）

したがって、この草案には主権免除に対する多くの例外が規定された。20年後、ハーシュ・ローターバクト教授は、最近の英米法圏における裁判手続からの国家の免除の制限に関する立法の変化に関連する国内法の類似性を強調した（「外国に対する主権免除問題」（1951）、英国国際法年報 28 p220-221, 233-235）。これらの国内法の多くは、法の支配の原則、国家と国民の法の下での平等、国家と個人の訴訟当事者としての同等の地位などの目的によるものであった。この初期の見解で提起された区別を想起すると、この新しい立法は民事訴訟に関して国家を裁判権に従わせようという趣旨であったことが分かる。反対に、それらの立法は国家の防衛やさらに広い目的の国家の軍隊の活動を原因とする請求を許容するものではなかった。そのような問題は軍人年金など帰還兵の社会復帰のための施策のような国家レベルの一般政策によって扱われた（例えば、ピーター・W・ホッグ、P. J. モナハン著「国王の責任」第3版 7(6) (b) 参照）。私人の行為との比較をあえて強調しているわけではないが、興味深いことに、国際法委員会の初代の特別報告者であるソンボン・スチャリクルは1959年に次のように記している。

「主権免除の原則は19世紀のイタリア裁判所も一般的に適用していた。しかし、最も初期においては、イタリア裁判所は国家の二重の性格を根拠に免除を制限する見解を採用していた。これは主にイタリアでは元首自身が私人の資格で行った行為について

イタリア裁判所の裁判権に服していたことによる」(1959 国際法における主権免除と貿易活動 p11)。

18. 国際法のレベルでは、旧交戦国に対する戦争被害や損失についての請求は、本件の 1947 年及び 1961 年の協定に見られるような国家間交渉や協定によって処理される (判決 22, 24 ~25 項参照)。そのような協定は、故意過失に起因するものであるか否かを問わず、損失に対する請求を私的請求によるのではなく、総額として、多くは互恵的基準により処理する。そのような国際実行は大規模な武力紛争による広範な破壊と荒廃という結果を考慮したものである。そのような破壊と旧交戦国の社会と経済の再建のための絶対的必要性という、それらの実行で考慮された観点から見ると、イタリアの下記のような主張は、少なくとも私の理解では全く現実的ではない。

「(被害者の国と違反に責任を負う国の双方) の国家は戦争被害について交渉し合意する場合に、(a) 戦争犯罪の被害を受けた (全ての個人でなければ) 全ての種類の被害者をカバーすること、(b) 象徴的なものにとどまらない十分な財政的手当、(c) 被害者に補償が行われる適切な機構、を保証しなければならない。したがって、相手方が一時金と交換に全ての請求を放棄することに同意したというだけでは十分ではない。その一時金が充分で適切であること、被害者にそれを分配するために被害者を特定する基準が確立されていることが必要である」(イタリア答弁書第 5、26 項)。

6 年間の激しい戦争後のヨーロッパで、主張された要求 (a) および (b) がどうして満足できたであろうか? 実際にはいかなる補償も、しばしば国家により一般的な復興目的に使用され、それは理解可能なことである。そして (c) は法的にも現実的にも認められた義務とは言えない。

19. アメリカ合衆国が歴史上締結した多くの和解協定に主に論及したルイス・ヘンキン教授は次のように述べた。

「政府はそのような個人請求を政府自身のものであるとして処理し、国家的財産そして国際交渉における持ち駒や『切り札』として扱ってきた。和解協定は相手国に対する個人の債務をまとめ、または反映しつつ、元来政府間によって行われ、一つの種類の請求についての譲歩は、他の債務あるいは債務とは無関係のより大きな政治的考慮についての相手国の譲歩の代償となる。結果として、協定が別段の規定を設けている場合を除き、国際的な和解協定は基礎となる個人債権を一般的に消滅させ、国内法に基づくあらゆる償還請求も終了させる。…

多くの場合、一括支払いの和解が民間人が他の国益の犠牲にされない最良の『取引』であるという保証はない。ほとんどの場合、私的当事者がその請求の完全な『価値』の回復を確信することはできなかった」(1996 外交問題と米国憲法 第2版 p 300。)

最近、コロンビア特別区連邦控訴裁判所は、この一節の最初の部分を引用し、「より大きな政治的考慮」に関して 1951 年の日本との平和条約に関する米国の 1952 年の立場表明を引用した。

「明らかに、被害国とその国民の請求に相応する賠償の支払いを主張すると、日本経済を破壊し、現在所有している可能性のある信用を費消し、国民の自発性を破壊し、窮乏と混乱を醸成し、その中で不満と共産主義の種子が繁栄するだろう。」(Joo v. Japan (2005))

厳しい戦後の現実と旧敵国との新たな関係の樹立の必要性の認識をもとに、非常に長きにわたって確立されたこの慣行は、本件手続の内容のような場合には、旧交戦国は同意なしに外国の裁判所の管轄に服さないという結論を強く支持している。

20. 最後に、本件の判決は、1943年から1945年にかけてイタリア市民に対して行ったきわめて重大な国際法違反に対するドイツの責任をいかなる意味でも否定するものではないことを強調しておきたい。ドイツは実際に、その代理人の言葉として、「恐ろしい戦時中の出来事についての完全な責任を受け容れ」た。しかし、その責任とそれに伴う義務は当裁判所における争点ではない。争点は、それらの出来事を原因としてイタリアの裁判所にイタリア市民個人から提起された訴訟におけるドイツの主権免除の要求のみである。

(署名) ケニス・キース.

[→HOME](#)