慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔下級審民訴事例研究五八〕外国国家の大使館用の土地建物取得及び取得費用融資の仲介を内容とする仲介契約に基づく報酬請求の訴えについて、外国国家の民事裁判権免除が認められた事例(東京地裁平成一七年一二月二七日判決)
Sub Title	
Author	芳賀, 雅顯(Haga, Masaaki) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2008
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.81, No.8 (2008. 8) ,p.139- 151
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20080828-0139

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

〔下級審民訴事例研究五八〕

外国国家の大使館用の土地建物取得及び取得費用融資の仲介を内容とする仲介契約に基づく報酬請求の訴えについて、外国国家の民事裁判権免除が認められた事例

東京地裁平成一七年一二月二七日判決（東京地裁平一五（ワ）第二九七二六号）報酬金請求事件、判例タイムズ一二二三号二八七頁、判例時報一九二八号八五頁

〔事　実〕

原告は、被告（サウディ・アラビア王国）との間で、被告が日本で有する大使館用の土地建物の取得の仲介契約（土地建物取得仲介契約）と、その取得に要する費用の融資の仲介契約（融資仲介契約）を平成九年にそれぞれ締結した。被告は、原告の仲介により、被告が取得を希望した土地建物を訴外Aより取得し、またその取得費用に関する融資を訴外B金融機関より受けた。

その後、原告は、本件訴訟に先立ち、両仲介契約に基づく報酬請求権と取得に要した経費のうち、一部の支払いを求めて平成一三年一二月に東京地方裁判所に訴えを提起した。被告は日本の民事裁判権が及ぶことを争わず、請求認容判決が下され、同判決は平成一五年九月に確定した。

そこで、原告は被告を相手に残額と利息の支払いを求めて訴えを提起したところ、被告は日本の民事裁判権からの免除を主張して訴え却下の判決を求めた。

〔判　旨〕

本件訴えを却下する。

「外国国家に対する民事裁判権の免除については、外国国家が自発的に応訴するなどの例外的場合を除き、原則としてすべての国家行為について民事裁判権が免除されるとする絶対免除主義と国家行為を主権的行為と商業取引などの私法的

ないし業務管理的行為に分け、主権的行為についてのみ民事裁判権の免除を認める制限免除主義がある。」

「そこで、検討すると、現在、外国国家の主権的行為については、民事裁判権が免除される旨の国際慣習法の存在を認めることができるが（最高裁平成一四年判決参照）、それ以外の業務管理的行為についてまで民事裁判権が免除される旨の国際慣習法が確立していることを認めるに足りる証拠はない。」「そして、国家の活動範囲が拡大し、国家が一般私人と同様の立場で商業取引などを行うようになった今日においては、国家との取引の相手方になった私人の権利についての裁判上の保護を与える必要があり、また、このような商業取引などの業務管理的行為について民事裁判権を肯定したとしても外国国家の主権を侵害することにはならないということができるから、主権的行為についてのみ民事裁判権の免除を認める制限免除主義が相当である。」

「そこで、次に、主権的行為と業務管理的行為との区別が問題になるところ、外国国家の主権を侵害しない限りで、国家との取引の相手方になった私人の権利についての裁判上の保護を図るという見地から、この区別は、外国国家の行為の性質の外、外国国家の動機・目的を総合的に考慮して判断するのが相当である。もっとも、国家との取引の相手方の保護という観点からは、この場合に考慮すべき動機・目的は、国家機関の内部におけるものでは足りず、当該行為の内容として客観的に表示されていることを要するというべきである。」

「なお、この点、国家及び国家財産の裁判権免除に関する国際連合条約（以下『国連裁判権免除条約』という。我が国は未批准。）は、外国国家が国家免除を援用することができない訴訟として『商業取引』を挙げ（同条約一〇条一項）、『商業取引』であるか否かを決定する際には、第一に契約又は取引の性質を基準としなくてはならず、ただし、当該契約又は取引の当事者が合意した場合、又は法廷地国の実行において当該契約又は取引の非商業的性質を決定する際にその目的が関連する場合には、当該目的も考慮されなければならないと定めていること（同条約二条二項）が参考になる。」「本件各仲介契約は、土地建物取得及び取得費用融資の仲介契約であり、それだけをみれば、私人間で締結される仲介契約と性質上異なる点は見当たらない。」しかし、「本件各仲介契約は、国家が大使館用の土地建物を取得すること及びその購入資金の融資の仲介をその内容とすること、その交渉は、日本国政府、産業界、政界、金融業界の高級者レベルとの交渉が含まれているなどの点において、通常の商業取引としての不動産仲介やこれに伴う融資の仲介とはその内容が大きく異なり、外交目的を有する国家の主権的な活動という側面が強いというべきである。そして、以上の内容はすべて契約内容に取り込まれ、原告もそのことを承知の上で、当該契約を締結していることは明らかである。」

「したがって、本件各仲介契約の締結は国家の主権的行為であるということができ、本件において被告に対する我が国の民事裁判権は及ばないというべきである。」

〔評　釈〕

判旨に反対する。

一　本決定の意義

本判決は、制限免除主義の立場から、わが国における外国国家の大使館用の不動産取得およびその融資の仲介契約に基づく報酬および費用の請求を求める訴えについて、日本の民事裁判権から免除されるとしたものである。

日本に所在する不動産に関する訴訟で主権免除が問題となった事件は、これまでにも若干ある。しかし、大使館用の不動産取得の仲介契約および購入資金の融資に関する仲介契約をめぐる紛争についての裁判所の判断は、おそらくは本件がはじめてと考えられる。裁判所は、商取引における制限免除の判断に際して、二〇〇四年の国連裁判権免除条約を参考にしながら、[1] 平成一四年に下された横田基地訴訟最高裁判決の判断枠組に沿う形で、行為の性質のみならず目的をも考慮することができるとした。

本判決が下された後に最高裁は平成一八年判決によって制限免除主義に立つことを明らかにしたため、[2] 今後、外国国家を相手とする紛争がわが国の法廷で審理される機会が増えることが考えられる。本判決は、「大使館用の用地取得が主権免除の対象になるか」という古典的問題を含む仲介契約について判断基準を示した点で、下級審裁判例ではあるものの注目すべき事案であるといえる。しかし、この問題は、商業的行為による免除の対象となる範囲をいかに確定させるかという、長く国際法学で論じられてきた問題が関係するため、今後も議論が続くことが予想される。

二　主権免除の基本姿勢に関する議論

(一)　諸外国の動向

国家はその行為または国有財産をめぐる争訟について、国際法上一般に外国の裁判所の管轄に服することを免除され、その国内法上の責任を追及されないという原則を、主権免除の原則という。[3] この原則の根拠は、国家が主権を有し、相互に平等の立場にあることから導かれる。

主権免除については、大別して絶対免除主義と制限免除主義の立場がある。前者は、外国国家が免除を放棄した場合や法廷地国の不動産に関する訴訟などを除いて、当該国家は法廷地国の民事裁判権から免除されるとする立場であ

る。これに対して、後者は、公法的行為と私法的行為（あるいは業務管理的行為）とに分け、商業活動のような私法的行為（業務管理的行為）については裁判権からの免除を認めない立場である。制限免除主義の立場は、今世紀に入ってから、国際条約あるいは各国の国内法で採用される傾向にある。たとえば、一九七六年ヨーロッパ国家免除条約、二〇〇四年国連裁判権免除条約など、また国内法についてはアメリカ合衆国の一九七六年外国主権免除法、英国の一九七八年国家免除法をその代表例としてあげることができるし、国内法を制定していない国でも判例上明確に制限免除主義が採用されている国もある。(4)

㈡　わが国の裁判例

わが国の裁判所の動向を見てみると、大審院昭和三年一二月二八日決定（民集七巻一二号一一二八頁）が、中華民国に対する手形金支払請求事件で、絶対免除主義に立つことを明らかにして以来、長い間、この立場が支配的であった。この昭和三年の大審院決定の内容は、大きく三つに分けることができる。すなわち、第一に、不動産に関する訴訟など特別の理由がない場合を除いて、外国は日本の民事裁判権に服しない、第二に、例外的に外国国家が日本の民事裁判権に自ら進んで服する場合には日本の裁判権が認められるが、これは条約で定められるか、または特定の事件について裁判権に服する旨の意思表示が国家から国家に対してなされていることを要し、当事者間でなされた合意では不十分であること、第三に、訴状の送達は、主権行使の一態様であるので、日本の裁判権に服していない外国国家に対しては許されない、というものである。

この大審院昭和三年決定は、その後、長い間変更される機会がないまま、先例としての意義を有し続けてきた。(5)最近の裁判例でも、横田基地訴訟第一審判決では、昭和三年の大審院決定を引用して絶対免除主義に基づき、横田基地における航空機の飛行差止めおよび損害賠償を求めた訴えを却下した。(6)また、コンピューターの売買代金債務を消費貸借の目的とする準消費貸借契約について東京高裁平成一五年二月五日判決は、同様に絶対免除主義の立場から訴えを却下していた。(7)

また、かつて、わが国の裁判所は絶対免除主義を前提にして、(8)外国国家を相手方とする民事訴訟が提起されたときには、当該外国国家が応訴の意思を有するか否かを確認するため、訴状とその翻訳文を添付して外務省を通じて確かめるという扱いをしていた。(9)しかし、この通達は、平成一二年四月二〇日付けの最高裁事務総長通達によって廃止さ

れた。[10]

ところが、最近では平成一四年の横田基地訴訟最高裁判決を契機として、制限免除主義による裁判例が目立つようになってきた。横田基地訴訟最高裁平成一四年四月一二日判決は、[11]傍論ながら、「外国国家に対する民事裁判権免除に関しては、いわゆる絶対免除主義が伝統的な国際慣習法であったが、国家の活動範囲の拡大等に伴い、国家の私法的ないし業務管理的な行為についてまで民事裁判権を免除するのは相当ではないとの考えが台頭し、免除の範囲を制限しようとする諸外国の国家実行が積み重ねられてきている」と述べ、制限免除主義に理解を示していた（その際、免除の基準として「活動の目的ないし行為の性質」を挙げている）。その後の下級審裁判例として、たとえば、横浜地裁平成一四年八月二九日判決は、[12]米軍に供された土地の明渡請求訴訟について制限免除説に立ちつつ免除を肯定した（判断基準については触れず）。また、東京地裁平成一五年七月三一日決定は、[13]ナウル共和国金融公社が発行した債券についてナウル共和国が支払を保証し、かつ主権免除の放棄を表示している場合にはわが国の民事裁判権からの免除は認められないとした。さらに、東京地裁平成一六年一〇月一四日判決は、[14]チュニジア国籍を有する者がトルコ国営航空の航空機で来日したが上陸を禁止されたところ、送還されるまでの間に警備員によって暴行されたなどとして、航空会社などを相手に損害賠償を求めた事案である。裁判所は、「被告トルコ航空がトルコ共和国の国営会社であるとしても、……これをトルコ共和国の国内における行政行為、立法行為、軍隊に関する行為、外交活動に関する行為、公的債務に関する行為など、いわゆる主権的行為が問題とされている場合とみるべきものではなく、主権免除の対象となるものではない」とした。また、東京地裁平成一七年九月二九日判決は、[15]ジョージア州港湾局日本代表部に勤務していた者が解雇無効の確認を求めた事件で、裁判所は、「本件における雇用契約は、その性質上も目的上も私法的・業務管理的行為というべきであり、本件解雇も被告の主権的行為に属するとは認められない」とした。そして、最高裁平成一八年七月二一日判決は、[16]パキスタン共和国との間でコンピューターの売買代金債務を目的とする準消費貸借契約を締結し、その支払が求められた事案で、「外国国家は、その私法的ないし業務管理的な行為については、我が国による民事裁判権の行使が当該外国国家の主権を侵害するおそれがあるなど特段の事情がない限り、我が国の民事裁判権から免除されない」とし、本契約は「私

人でも行うことが可能な商業取引であるから、その目的いかんにかかわらず、私法的ないし業務管理的な行為に当たる」とした。

このように現在では、制限免除主義に立つことが判例上確立した。

㈢　わが国の学説

昭和三年の大審院決定判決が下された当時は、絶対免除主義の立場に立った大審院の判断は妥当であるとの評価が有力説によってなされていた。[17] しかし、現在では、ヨーロッパ免除条約の制定、アメリカや英国などの国内法あるいは各国での判例の動向などからすると、絶対免除主義を国際慣習法と見ることはできないとされる。[18] ただし、制限免除主義が国際慣習法として確立しているか否かについては、日本における学説の評価は分かれている。[19]

こんにち、わが国の文献では制限免除主義を支持する学説が圧倒的である。[20] しかし、制限免除主義を採用した場合であっても、その具体的判断に際しては議論がある。すなわち、「例えば、外国が外債その他の借款を自ら発行したり、政府債務保証を与えた場合に、その履行をめぐる訴訟について、これらの国家活動を主権的権能に属する行為として裁判権免除が与えられるのか否か、外国軍隊が、日用品の購入、武器弾薬の供給契約等をした場合にその履行をめぐる訴訟についてはどうか、といった問題については、現時点では必ずしも制限免除主義の判断が統一されているわけでもない」との指摘がある。[21]

三　不動産に関する訴訟と主権免除

本件は、不動産購入が直接の問題ではない。不動産購入の〝仲介契約〟とその購入資金の融資の〝仲介契約〟である。その意味では、裁判所が不動産をめぐる主権免除を問題とするのではなく、商取引行為と制限免除の関係を問題にしている点は、妥当といえる。しかし、不動産に関する訴訟と主権免除をめぐる内外の議論は、本件を検討するに際して重要と思われるので、簡単に確認をしておきたい。

下級審裁判例には、外国国家に対して当該外国国家が日本に有する不動産を直接の目的とする訴訟について日本の裁判権が認められたケース、[22] あるいは、外国国家が当事者となって日本にある不動産について訴訟を提起するケースがある。[23] これらの事案は、外国国家が自ら日本の裁判所で訴えを提起した事案であるから、外国国家の民事裁判権の免除について絶対免除主義を採ろうと制限免除主義を採ろうと、日本の裁判所が民事裁判権を行使することについて

問題はない。

しかし、むしろ本件との関係では、これらの事件の判例評釈に興味深い点を見いだすことができる。やや古い評釈であるが、たとえば、澤木教授は、「本件の如く単に外国において不動産を所有するというだけの関係であれば、裁判権の免除を否定することもできようが、それが大使館用地であるような場合、更に問題は複雑となろう」と述べる。[24] また、広瀬教授は、「外国公館の敷地や建物の売買又は賃貸借の問題で、……フランス判決からは、使用目的が国家権力的性質のものであることが明瞭であれば、その契約に関する訴訟で、外国は一般的に免除権を与えられる趣旨がうかがわれる」のに対し、「イタリアの判決では、大使館用の建物でも建物売買という契約の性質は、独立主権国家の国際法上の国家公権力行使の問題とは関係のない……行為であるとして、裁判権免除を認めなかった」とする外国の先例を紹介している。[25]

四　国連裁判権免除条約における商取引の基準

国連裁判権免除条約では、商業取引が裁判権免除の例外をなすか否かについて、二条二項により、行為性質説を原則としつつ、当事者間で合意がある場合および法廷地国で行為目的説が採用されている場合に行為目的説によることができるとしている。[26] すなわち、当該行為の性質を調べた結果、契約が商業的であると思われる場合であっても、さらに目的についても参照することによって商業性を覆すことができることになる。したがって、同項は裁判権からの免除を肯定する方向にのみ機能することになる。これはかねてから途上国側が主張していた、契約目的が公的なものであり、国家が契約を必要としているときには契約は非商業的として扱うとの意見をくみ入れたものである。[27] それゆえ、この規定は、商業取引の免除該当性の判断基準を、行為性質説によるべきであるとするアメリカや英国などの立場と、行為目的説によって判断すべきであるとする中国などの立場を折衷する妥協的規定であるとされる。[28]

しかし、このような規定の仕方は、取引の目的という主観的要素を考慮に入れなければならず、主権免除がなされない範囲が拡大することについて予測が困難になるおそれがあるとの批判がある。[29]

五　検討

こんにち、もはやわが国の裁判所は、絶対免除主義の立場に依拠して外国国家に対する民事裁判権の行使を控える

根拠を見いだすことに乏しいとする点では、見解の相違を見ないということができる。問題は、どのような場合に国家の主権的行為として免除が認められ、あるいは業務管理的行為として免除が認められないのかという基準にある。国家の主権的行為については、法廷地国は、外国の主権的権能の実現を保護する公正かつ衡平な必要がある場合に、[30]外国国家の主権免除を認め、国内民事裁判権の行使を控えるとされる。しかし、民事裁判権の免除の問題は、一面では、ある国家が外国国家に対する民事裁判権の行使の問題であると同時に、他面では相手方である（多くの場合は）私人の裁判を受ける権利を奪うことになるという点も看過することができないと思われる。[31]この点からは、相手方の予測可能性・基準としての明確性により優れている行為性質説によるべきであろう。その意味では、行為性質説がこんにち、一般に有力であると説かれるのは、[32]妥当と思われる。

本件では裁判所は、国連裁判権免除条約二条二項に依拠して、行為の性質と目的の双方を加味して商取引行為の業務管理的行為性を否定している。これは、横田基地訴訟最高裁平成一四年判決が、「活動の目的および行為の性質」を基準として取り上げていることの影響も受けていると思われる。しかし、外国国家の当該行為の目的を考慮するとなると、免除の範囲が広がることについて相手方が予測できないことが考えられ、また、国家の活動は最終的には主権的活動に行き着くことから合理的歯止めをかけることが困難になると思われる。本件で裁判所が、行為の目的をも考慮する際に、「動機・目的は、国家内部におけるものでは足りず、当該行為の内容として客観的に表示されている」必要があるとし、外国国家の活動目的を客観化することで行為目的説に対する批判を回避しようとしているとも取れるが、行為目的の客観化を図ったとしても先に述べた合理的歯止めという観点からはやはり疑問が残る（行為の目的は、明確化を図ったとしても、いかようにも取れる場合がある）。[33]また、本判決後に下された平成一八年最高裁判決は、「行為の目的」という基準を用いていない。さらに、本評釈四でも述べたように、国連裁判権免除条約二条二項の規定は、途上国側からの主張である行為目的説と先進国側からの主張である行為性質説の妥協として設けられたものであり、行為の目的に着目しなければならないというわけではない。

では、本件のような仲介契約は、主権的行為に該当するのであろうか、それとも業務管理的行為に該当するのであ

ろうか。この点は、先に三のところで紹介したように、かねてから見解の分かれる問題を含む。しかし、「外国の主権的権能の実現を保護」することに主権免除の意義があるのであるならば、大使館の敷地や建物に関する売買・賃貸借をめぐる紛争については、外国国家権力の内国での行使に支障をきたすような場合（たとえば、大使館の返還や大使館員の退去を求める）には主権免除を認めるが、賃料などの金銭債務については免除を認めないとするのが[34]、相手方の裁判を受ける権利の確保という観点からも妥当と思われる。ましてや、外国国家の大使館用の土地建物取得を直接の対象とせず、大使館用の土地の土地取得および取得費用融資の仲介を内容とする〝仲介契約〟に基づく報酬請求については、当該契約には主権的性格は希薄であるといえ、免除を認めないとする立場が妥当と考える。[35]

六　結論

以上に述べたところから判旨に反対する。

（1）　日本は二〇〇七年一月一一日に同条約に署名した。同条約の成立過程や二〇〇七年一月一一日現在における署名国および締約国の状況については、山田中正「国連国家免除条約」国際法外交雑誌一〇五巻四号七〇九頁（二〇〇七年）を参照。

（2）　最高裁平成一八年七月二一日民集六〇巻六号二五四二頁。

（3）　山本草二・国際法〔新版〕二四九頁（有斐閣・一九九四年）。

（4）　主要国における制限免除主義を採用した判例の概観は、たとえば、伊藤哲朗「国家免除：免除襟外の理論と実行」東海法学三五号五九頁（二〇〇六年）、岩沢雄司「外国国家・国有企業との国際取引上の問題点」総合研究開発機構編・多国籍企業と国際取引（Ⅱ）二八六頁（三省堂・一九八七年）、広部和也「最近における主権免除原則の状況」国際法外交雑誌一〇四巻一号一五頁（二〇〇五年）、吉田健司「判解」最高裁判所判例解説〔民事篇〕（平成一四年度（上））三八五頁（法曹会・二〇〇五年）などを参照。

（5）　しかし、高桑昭「民事裁判権の免除」澤木敬郎＝青山善充編・国際民事訴訟法の理論一六八頁（有斐閣・一九八七年）は、日本は制限免除主義によると考えられる条約をも締結しており、また国際会議での発言からも絶対免除主義に固執していないことが窺われると指摘していた。

（6）　東京地裁八王子支部判決平成九年三月一四日判例タイムズ九五三号二九八頁。

（7）　東京高裁平成一五年二月五日判決は、民集六〇巻六号二五五四頁に掲載されている。

（8）　高桑昭「判例解説」新堂幸司ほか編・民事訴訟法判例百選（Ⅰ）［新法対応補正版］三九頁（有斐閣・一九九八年）。

（9）　昭和四九年四月一五日付け最高裁民二第二八一号事務局長通達「外国を相手方とする民事事件における応訴意思の有無等の照会について」、および同通達を廃止して新たに制定された平成六年一二月一四日最高裁民二第四二五号事務局長通達「外国を相手方とする民事事件における応訴意思の有無等の照会について」。内容的に両者に差異はないとされる。後者の通達は、最高裁判所事務総局民事局監修・国際司法共助ハンドブック三四一頁（法曹会・一九九九年）に掲載されている。

（10）　林潤「『外国を相手方とする民事事件に関する応訴意思の有無等の照会について』と題する通達の廃止について」民事法情報一六七号四三頁（二〇〇〇年）。通達廃止の理由は、外国国家の応訴意思の確認が必要なときにのみ手続を経る趣旨が誤解され、すべての民事事件で外国国家の意思の確認が必要と解される余地があったことなどがあげられている。なお、同四四頁によると、平成六年から平成一一年までに、この通達に基づく意思確認がなされたのは合計二〇件であり、この中で外国から応訴の意思が表明されたものは無かったとされる。伊藤眞・民事訴訟法（第三版三訂版）三六頁（有斐閣・二〇〇八年）は、この通達廃止をもって絶対免除主義から制限免除主義に向けた流れを示すと評される。

（11）　最高裁平成一四年四月一二日判決民集五六巻四号七二九頁。

（12）　横浜地裁平成一四年八月二九日判決判例時報一八一六号一一八頁。

（13）　東京地裁平成一五年七月三一日決定判例タイムズ一一五〇号二八四頁。

（14）　東京地裁平成一六年一〇月一四日判決判例時報一九〇一号七七頁。

（15）　東京地裁平成一七年九月二九日判決判例時報一九〇七号一五二頁。

（16）　最高裁平成一八年七月二一日判決民集六〇巻六号二五四二頁。

（17）　江川英文「判批」判例民事法（昭和三年度）五二三頁（一九三〇年）、山田正三「判批」法学論叢二一巻六号九四三頁（一九二九年）、横田喜三郎「判批」国際法外交雑誌二八巻六号七三頁（一九二九年）。

（18）　薬師寺公夫「判批」平成一四年度重要判例解説（ジュリスト一二四六号）二五八頁（二〇〇三年）。

（19）　山本・前掲注（3）二五四頁は、制限免除主義は国際

慣習法としてはまだ完全には確立していないと述べるのに対して、新堂幸司＝小島武司編・注釈民事訴訟法（一）九六頁〔道垣内正人〕（有斐閣・一九九一年）は、国際慣習法の存在を肯定する。

(20) 秋山幹男ほか・コンメンタール民事訴訟法（I）〔第二版〕七七頁（日本評論社・二〇〇六年）、石黒一憲・国際民事訴訟法七〇頁（新世社・一九九六年）、伊藤・前掲注(10)三七頁、岩沢・前掲注(4)三八〇頁、小林秀之・国際取引紛争〔第三版〕八五頁（弘文堂・二〇〇三年）、斉藤秀夫ほか編・注解民事訴訟法（五）四三六頁〔第二版〕〔山本和彦〕（第一法規・一九九一年）、新堂幸司・新民事訴訟法〔第三版補正版〕八二頁（弘文堂・二〇〇五年）、新堂＝小島編・前掲注(19)九六頁〔道垣内〕、大寿堂鼎「民事裁判権の免除」鈴木忠一＝三ヶ月章編・新実務民事訴訟講座（七）五一頁（日本評論社・一九八二年）などは、明示的に制限免除主義を支持する。また、たとえば、本間靖規ほか・国際民事手続法一九頁〔中野俊一郎〕（有斐閣・二〇〇五年）などは、制限免除主義を前提に記述を進めている。もはや、絶対免除主義を支持する学説をわが国で見いだすことは、こんにちでは困難である。

(21) 吉田・前掲注(4)三九三頁。

(22) 東京地裁昭和二九年六月九日判決下民集五巻六号八三六頁。ビルマ連邦共和国（現ミャンマー連邦共和国）が日本にある不動産に関する仮処分事件の債務者とされた事件で、日本の裁判権が認められた事案で裁判所は、「不動産については、それが従来所在国の領土主権の主要な対象であったので、互いにこれを尊重することが国際間の礼譲とされ、かかる不動産を直接目的とする権利関係の訴訟はその所在地国の裁判権に専属することが、長きに亘り多くの国により承認されて来た……。我国に所在する不動産を直接の目的とする権利関係の訴訟については、たとい、外国国家を当事者とする場合においても、我国に裁判権があ」るとした。

(23) 東京地裁昭和三〇年一二月二三日判決下民集六巻一二号二六七九頁（控訴審は、東京高裁昭和三二年七月一四日下民集八巻七号一二八三頁）は、中華民国が、日本にある不動産の所有権移転登記を求めて訴えを提起した事案である。また、東京高裁昭和五六年一二月一七日判決判例時報一〇三四号八八頁は、ビルマ連邦社会主義共和国（現ミャンマー連邦共和国）が、日本に所在する不動産の明渡しを求めた事案である。

(24) 澤木敬郎「判批」ジュリスト二〇五号六五頁（一九六〇年）。

(25) 広瀬善男「判批」ジュリスト二二三号八六頁（一九六一年）。現時点で、これらの先例が当該外国でどのような位置づけを与えられているのかは分からないが、このよ

うな問題が外国では古くから提起されてきたということを認識すること自体は有益と思われる。

(26) 国連裁判権免除条約（大沼保昭編集代表・国際条約集二〇〇七年版八九頁以下（有斐閣・二〇〇七年）による）

第二条

第一項

(a) (b)略

(c)「商取引」とは、次のものをいう。

(i) 物品の販売またはサービスの提供のための商業契約または商取引

(ii) 融資契約または金融的性質を有するその他の取引（そのような融資または取引についての保証または賠償の義務を含む。）

(iii) 商業的、産業的、貿易的または職業的性質を有するその他の契約または取引（ただし、人の雇用契約を含まない。）

第二項

契約または取引が、第一項(c)の「商取引」であるかどうかを決定するにあたっては、第一義的には当該契約または取引の性質を参照すべきである。もっとも、当該契約もしくは取引の当事者が合意している場合または法廷地国の実行においてその目的が当該契約もしくは取引の非商業的性格の決定にあたり意味を持つ場合には、その目的も考慮すべきである。

(27) 中谷和弘「国際法の観点から見た主権免除」法律時報七二巻三号三七頁（二〇〇〇年）。

(28) なお、山田・前掲注(1)七三二頁。

(29) 中谷・前掲注(27)三七頁。

(30) 山本・前掲注(3)二六二頁。

(31) 現に、ヨーロッパでは欧州人権条約との関係で主権免除の問題が取り上げられている。この点については、水島朋則「外国国家免除と『裁判を受ける権利』との関係（1）（2・完）」法学論叢一五三巻六号八二頁、一五四巻二号九七頁（二〇〇三年）を参照。

(32) 山本・前掲注(3)二五九頁および前掲注(20)の諸文献。

(33) たとえば、古典的な例として挙げられる、国家が軍隊用に靴を大量購入した場合における行為目的説と行為性質説の結論の差は、本判決のように行為の目的を外形的・客観的に認識することで透明性を高めようとしても変わりない。おそらく、本判決の立場では、靴の大量購入が軍隊使用の目的であると外形的に判断可能である場合には免除の対象となるであろう。しかし、問題は、靴の売買なのであり、これを免除の対象とすべきではない。

(34) 広瀬・前掲注(25)八七頁は、行為目的説にも好意的と読める。

(35) 最高裁平成一八年七月二一日判決民集六〇巻六号二五四二頁は、行為性質説を採用しつつ、「当該外国国家の主権を侵害するおそれがあるなど特段の事情がある場合」には民事裁判権の免除が認められる余地を残している。このような判断方法を用いたとしても、やはり本件は免除が否定されるべきであろう。

芳賀　雅顯