

《判例研究》

外国国家に対する民事裁判権免除

平成 18 年 7 月 21 日最高裁第二小法廷判決（平成 15 年（受）第 1231 号貸金請求事件）民
集 60 卷 6 号 2542 頁——破棄差戻し

〔判決要旨〕

1 外国国家は、主権的行為以外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に服することを免除されない。

2 外国国家の行為が、その性質上、私人でも行うことが可能な商業取引である場合には、その行為は、目的のいかんにかかわらず、外国国家が我が国の民事裁判権に服することを特段の事情がない限り免除されない私法的ないし業務管理的な行為に当たる。

3 外国国家は、私人との間の書面による契約に含まれた明文の規定により当該契約から生じた紛争について我が国の民事裁判権に服することを約することによって、我が国の民事裁判権に服する旨の意思を明確に表明した場合には、原則として、当該紛争について我が国の民事裁判権に服することを免除されない。

〔事実〕

日本国内に所在する、株式会社である X ら（原告、被控訴人、上告人）は 1986 年 5 月、Y（パキスタン・イスラム共和国。被告、控訴人、被上告人）の代理人である A との間で、米国製の高性能コンピュータを目的物とする売買契約（以下「本件売買契約」という）を締結した。

その内容は、1987 年 3 月に、X らがパキスタン国内において目的物を Y に引渡し、Y は 90 日以内に売買代金を支払う、というものである。また、本件売買契約に関して紛争が生じた場合は、日本国の法律に基づいて日本国の裁判所で裁判手続を行うことを、注文書に明記していた。

その後、X らは本件売買契約に従い、目的物を約定通り Y に引渡した。

しかしながら Y は、X に対して、支払期日までに代金を支払わなかった。そのため X らは、本件売買契約から生じた Y の X らに対する代金支払債務を、同額の金銭消費貸借上の債務とするべく、1988 年 4 月、X らを貸主、Y を被告として準消費貸借契約を締結した（以下「本借金銭消費貸借契約」という）。なお、弁済期日は 1995 年 4 月で、紛争が生じた場合は日本国の法律を適用することを定めていた（ただし本件売買契約とは異なり、管轄裁判所については特に定めていなかった）。

ところが、弁済期日が過ぎても、Y は X らに対して弁済をしなかった。そこで X らが Y

に対して、債務不履行を理由として本件金銭消費貸借契約に基づく貸付金、利息および遅延損害金の支払いを求める訴えを提起した。

第一審（東京地方裁判所）は Y 欠席のまま口頭弁論が終結して、X の請求を全部認容する判決を下した。Y 控訴。

第二審（東京高等裁判所）は以下のように判示して、Y の控訴を認容し、X らの訴えは不法であると判断して訴えを却下した。

「主権国家である外国国家は、不動産に関する訴訟等特別の理由が存する場合を除き、原則として我が国の民事裁判権に服することはない（主権免除特権）。……主権免除特権は、条約でこれを定めるか、特定の訴訟につき、予め若しくは訴訟の提起後、当該訴訟について外国国家が我が国の裁判権に服すべき旨を表示するなどの方法により、国家間の行為として明らかにされるか、又は、特定の訴訟につき、外国国家が自ら進んで我が国の民事裁判権に服する場合に限り、これを放棄したと解すべく、このような場合を離れ、外国国家と私人との間の契約等において我が国の民事裁判権に服する旨の合意がされたことにより直ちに外国国家をして我が国の民事裁判権に服させる効果を生ずることがないと解するのが相当である。（大審院昭和 3 年 12 月 28 日決定・民集 7 卷 12 号 1128 頁参照）」

「本件訴訟は外国の主権国家に対して金銭の給付を求める訴訟であることが X らの主張から明らかで、上記理解の下では、Y は、我が国の民事裁判権に服する旨を表示した等の事実がある場合を除き、我が国の裁判権に服することはない」

「Y 代理人 A 代表者名義の注文書……には、紛争が生じた場合に日本国の裁判所で裁判することに同意する旨の定めがされているものの……注文書による意思表示は、相手方である X らに対してされたもので、Y から日本国に対してされたものでないことも明らかである〔から〕Y が日本国の裁判権に服さないという主権免除特権の放棄について、日本国に対する個別的な表示をしたということもできない」

X ら上告。

〔上告理由〕

「平成 12 年 4 月 20 日付最高裁事務総長通達により、応訴意思確認の手続を定めた平成 6 年 12 月 14 日最高裁事務総長通達を廃止したことは、裁判所が絶対免除主義に固執しないことを宣言したと解されるものであり、平成 14 年 4 月 12 日の最高裁判所第 2 小法廷の判決（横田基地夜間飛行差止等請求事件）が『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。しかし、このような状況下にある今日においても、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引き続き肯認することができるというべきである』と判示したことは、最高裁判所が私法的行為については民事裁判権が

免除されないとの制限免除主義の立場を採用したと解されるものである」

「制限免除主義を採用した場合、本請求は、私法的行為であり、法廷地国を義務履行地とする契約に関する訴訟であり、外国国家である相手方が裁判権に書面により同意している場合であるから、裁判権の行使が認められる典型的な事案というべきである」

〔判決理由〕——破棄差戻し

「外国国家の私法的ないし業務管理的な行為については、我が国が民事裁判権を行使したとしても、通常、当該外国国家の主権を侵害するおそれはないものと解されるから、外国国家に対する民事裁判権の免除を認めるべき合理的な理由はないといわなければならない。外国国家の主権を侵害するおそれのない場合にまで外国国家に対する民事裁判権免除を認めることは、外国国家の私法的ないし業務管理的な行為の相手方となった私人に対して、合理的な理由のないまま、司法的救済を一方的に否定するという不公平な結果を招くこととなる。したがって、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解するのが相当である」

「外国国家は……私人との間の書面による契約に含まれた明文の規定により当該契約から生じた紛争について我が国の民事裁判権に服することを約することによって、我が国の民事裁判権に服する旨の意思を明確に表明した場合にも、原則として、当該紛争について我が国の民事裁判権から免除されないと解するのが相当である。なぜなら、このような場合には、通常、我が国が当該外国国家に対して民事裁判権を行使したとしても、当該外国国家の主権を侵害するおそれはなく、また、当該外国国家が我が国の民事裁判権からの免除を主張することは、契約当事者間の公平を欠き、信義則に反するというべきであるからである。……原審の引用する前記昭和3年12月28日大審院決定は、以上と抵触する限度において、これを変更すべきである」

「Yのこれらの行為〔本件売買契約および本件金銭消費貸借契約〕は、その性質上、私人でも行うことが可能な商業取引であるから、その目的の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いふべきである。そうすると、Yは、前記特段の事情のない限り、本件訴訟について我が国の民事裁判権から免除されないことになる」

〔参照条文〕

民事訴訟法第1編第2章。なお、国連裁判権免除条約（国および国の財産の裁判権免除に関する国際連合条約——未発効）2条、10条

〔研究〕

本判決は、外国国家に対する民事裁判権免除に関して、大審院時代の判例（注1）を変更して、制限免除主義を採用した最高裁判例である。本判決が下されるまでは、前掲大審院

決定の他、下級審の裁判例もおおよそ裁判権免除に関して絶対免除主義を採用していた。そのため本判決は、日本における裁判権免除の問題について、実務に与える影響が大きい、重要な意義を有する判決だと思われる。

本判決の問題点は、第一に、裁判権免除の対象となる行為や事項にはどのようなものが当たり（免除の範囲）、対象とならない行為や事項とどのような方法で区別するか、という点が挙げられる。そして第二に、国家による裁判権免除の放棄の意思表示は、どのような方法によらなければならないのか、という問題がある。以下、それぞれ検討してゆこう。

まず、裁判権免除とは何であろうか。

田畑教授は「国家が主権を有し、相互に平等であることの結果として……国家は外国の裁判所において、原告として訴訟を提起することは認められるが、被告として裁判権に服することから免除される」原則であると説明しておられる（注 2）。「国家はその行為や財産に関して、外国の裁判管轄権に服することを強制されない」のである（注 3）。

根拠としては、国家が「相互に平等であること」（注 4）や、「相手国との友好関係の維持」（注 5）などを挙げることができる。歴史的には、西欧各国の国内裁判の慣行が、国家主権観念と結びついた結果、国際法上の原則として承認されたといわれている（注 6）。

では、どのような場合に、裁判権が免除されるのであろうか。国家の全ての行為や事項について免除が認められるとは考えられていないため、その範囲が問題となる。

ここで考え方の対立を整理しておこう。裁判権免除に関しては、絶対免除主義と制限免除主義の、二つの考え方がある。

まず絶対免除主義は、条約で異なる取極をしたり、国家が自発的に免除を放棄したりした場合（明示的に放棄の意思表示をすることに限らず、提訴または応訴によって放棄の意思表示を読み取ることもできるだろう）、あるいは法廷地に存在する不動産や相続に関する訴訟を除いて、国家の全ての行為や事項について裁判権免除を認める考え方である（注 7、8、9）。

絶対免除主義は 19 世紀から 20 世紀前半にかけて多くの国でとられていた考え方である。当時なぜ支配的な考え方となっていたのか、その理由について高桑教授は「国家の独立、平等という観念が強かっただけでなく、国家の機能が警察、外交、軍事等に限られており、国家が私人の経済的活動にかかわることが少なかったため」と説明しておられる（注 10）。つまり、国家の活動範囲が限られていたため、外国国家に対する裁判権を免除しても（言い換えるならば、西欧各国の国内裁判の慣行によって承認された裁判権免除について、その原則を変更することなく維持したままであっても当面の間は）弊害はなかった、と言えるであろう。

しかしながら 20 世紀に入ると、たとえば社会主義国家の台頭からも明らかなように、国家の活動領域は拡大した。国家や公営企業が商業活動を積極的に行うようになったし、国家と私人が関わる機会も増大した。絶対免除主義をとったままでは、私人の権利保護が図れなくなると考えられるようになったのである。

そこで考えられたのが制限免除主義である。この考え方は、国家による行為を、公法的行為（主権的行為）と私法的行為（業務管理的行為）とに区別する。そうして、私法的行為については、裁判権免除を認めないと考えるのである（注 11）。制限免除主義によれば、国家と私人との間で私法的な紛争が生じた場合、私人の権利実現に途を開くこととなる。

はたして、どのように考えれば良いであろうか。

前掲大審院決定の判断を見てみよう。大審院は「凡ソ國家ハ其ノ自制ニ依ルノ外他國ノ權力作用ニ服スルモノニ非サルカ故ニ不動産ニ關スル訴訟等特別理由ノ存スルモノヲ除キ民事訴訟ニ關シテハ外國ハ我國ノ裁判權ニ服セサルヲ原則トシ只外國カ自ラ進シテ我國ノ裁判權ニ服スル場合ニ限り例外ヲ見ルヘキコトハ國際法上疑ヲ存セサル所ニシテ此ノ如キ例外ハ條約ヲ以テ之カ定ヲ爲スカ又ハ當該訴訟ニ付若ハ豫メ將來ニ於ケル特定ノ訴訟事件ニ付外國カ我國ノ裁判權ニ服スヘキ旨ヲ表示シタルカ如キ場合ニ於テ之ヲ見ルモノトス」といい、絶対免除主義の立場を明らかにしている。時代性を考慮すれば、国際的な潮流とかけ離れた判断とは言えまい。

その後、裁判権免除に関しては、絶対免除主義をとる裁判例が蓄積されていった（注 12、13、14）。しかしながら国際的には、かつては絶対免除主義が主流であったけれども、現在では多くの国が制限免除主義を採用している（注 15）。

そうして、このような状況の中、最高裁も制限免除主義の立場へと移行してゆくこととなる。

まず 2000 年 4 月 20 日付けの最高裁事務総長通達により、外国国家に対する民事事件の訴えについて、応訴意思の確認作業に関して定めている通達が廃止された（注 16）。次に、いわゆる横田基地訴訟事件で最高裁は、傍論ではあるけれども制限免除主義の立場を明らかにした（注 17）。加えて下級審の裁判例ではあるけれども、平成 17 年 12 月 27 日東京地裁判決は「必ずしも我が国の判例が現在も絶対免除主義を採っているということとはできない」との判断を示していた（注 18）。

かくして、判例変更へと至る要素が見られる中で現れたのが本判決である。学説も最高裁の判断を支持する（注 19）。

思うに、裁判権免除の考え方そのものは、国家が互いに平等であることの帰結として認めるべきである。国家の行為や事項が紛争の対象となった際、その全てを他国の裁判権に服させるのは、国家間において深刻な問題を生じさせる恐れがあるからである。

しかしながら、現在のように国家や公営企業の活動領域が拡大している状況の中、絶対免除主義を貫徹させるのも、また問題を生じさせる。私人の自由な商業活動を保護するためには、権利実現のための手続保障を認める必要があるからである。

本件事例においては、被告国家が本件売買契約の目的物の代金を支払わなかったことから紛争が生じた。このような場合にまで裁判権免除を認めるのであれば、私人による権利実現の途を閉ざしてしまう結果となる。そうすると、国家を相手とする契約の締結に私人は消極的となり、国際的な商業活動を萎縮させる恐れも出てくるだろう。

以上より、およそ私法的行為が紛争の目的となっている場合においては、裁判権免除を認める現実的な意義を見出すことはできまい。他国との友好関係を維持することが、逃げ道を作ることにつながってしまつては、私人を保護すべき国家の役割を放棄したと見ざるを得ないであろう。それゆえ制限免除主義を採用すべきであり、最高裁の判断は妥当であると考えられる。

それでは次に公法的行為と私法的行為とは、どのような方法で区別すべきか検討してゆこう。制限免除主義を採用したとしても、公法的行為と私法的行為の区別の方法を確定させなければ、制限免除主義を実効たらしめることができない。

この点、大きく分けて二つの基準がある。行為目的説と行為性質説である（注 20）。行為目的説は、国家の行為がいかなる目的でなされたかに着目し、国家の権力活動に直接関係してくる公共目的でなされた行為なのか否か、によって区別する。逆に行為性質説は、行為の客観的性質に着目し、行為の目的を問わず、契約など本来は私人でも行うことのできる性質の行為は私法的行為であると考えて免除を否定する。本判決は判決文からも明らかのように、行為性質説を採用している（注 21）。

行為目的説に立つと「国家の活動は多かれ少なかれ公的目的にかかわる以上」公法的行為であると認められやすく、行為性質説に立っても「軍隊での使用に関連した契約のように、『契約』といっても私人には行いえない内容を含」むため、判断基準としては適当でないとい批判されることがある（注 22）。

国家の活動が、何らかの公的目的を遂げるためになされていることに鑑みると、行為目的説に立てば公法的行為の範囲が広がる（注 23）。その意味で行為目的説を採用することはできない。では行為性質説はどうか。最高裁はおそらく、私人の権利保護のため、基本的には行為性質説に立ちつつ、たとえば私人でも行いうる性質の行為でも国家の権力活動に密接に関係する行為は「特段の事情」があるため、免除を認めるべきだと判断したのである（注 24）。

しかし、このように行為性質説の留保型を認めれば、結局は裁判権免除が認められやすくなる恐れがあるのではなからうか。行為性質説を採用した上で、国家間の政治的解決しか道がない場合のみ裁判権免除を認めるなど、「特段の事情」を限定的に捉える解釈が妥当であると考えられる（注 25）。

最後に放棄の方法の問題が残る。

前掲大審院決定は、裁判権に服する旨の意思表示は、国家から国家に対してすることを求めている。「〔裁判権免除の放棄の〕表示ハ常ニ國家ヨリ國家ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ要スルハ勿論ニシテ假ニ外國ト我國臣民トノ間ニ民事訴訟ニ關シテ外國カ我國ノ裁判権ニ服スヘキ旨ノ協定ヲ爲スモ其ノ協定自體ヨリ直ニ外國ヲシテ我國ノ裁判権ニ服セシムルノ效果ヲ生スルコトナキモノ」と言うのである。

しかしながら本件最高裁判例は、私人との間の書面による契約で明示されていれば足りると判断している。どのように考えるべきか。

大審院の判断を分析するに、国家から国家に対しての意思表示を求めるのは、絶対免除主義からの当然の帰結ではあるまいか。国家から私人への意思表示で足りるとすれば、国家間の連絡がなくとも裁判権免除が放棄される結果となり、混乱を生じさせうる。絶対免除主義を採用する以上、国家から国家に対しての意思表示を求めなければ、私人の所在する国家は対処できなくなるからである。

ただ思うに、この問題は、最高裁が制限免除主義を採用した現在、ほとんど実益のない議論であると言って良いであろう。と言うのも、放棄の意思表示は、絶対免除主義の下での議論であり（絶対免除主義であっても放棄の意思表示があれば裁判権が免除されない）、制限免除主義の下では放棄の意思表示の有無に関わらず、当該行為が私法的行為であれば裁判権が免除されないからである（注 26）。

学説の中には、放棄の方法について詳しく論じているものもあるけれども（注 27）、この議論は無用だと思われる。強いて考えるならば、前述の「特段の事情」をより限定的に解釈しても、なお裁判権免除が認められる恐れがある場合に、私人が安全策として管轄裁判所についての合意をすれば良い、ということのみだと言えよう。

そうして、その場合には、当然に国家から私人に対しての意思表示をもってすれば足りると思われる（注 28）。ただし争いを避けるためにも、書面性が必要ではないか（注 29）。

以上より、本件事例において最高裁が、制限免除主義を採用した上で、裁判権免除の放棄の意思表示について触れた理由は、一般論として最高裁の考えを表明しただけであると見るべきであろう（注 30）。

このように考えれば、放棄の意思表示に関する最高裁の判断は、妥当であると言うべきである。

〔注〕

- (1) 昭和 3 年 12 月 28 日大審院決定（昭和 3 年（ク）第 218 号訴状差戻命令ニ對スル抗告事件）民集 7 卷 1128 頁。中華民國代理公使の振り出した約束手形の裏書譲渡を受けた原告が、中華民國を被告として支払いを求める訴えを提起した事案。
- (2) 田畑茂二郎『国際法 I』327 頁（有斐閣、新版、1973 年）。
- (3) 杉原高嶺ほか『現代国際法講義』90 頁〔高田映〕（有斐閣、第 4 版、2007 年）。
- (4) 田畑・前掲書 327 頁。よく「対等なるものは対等なるものに対して支配権をもたない」（*par in parem non habet imperium*）と説明される。
- (5) 杉原ほか・前掲書 90 頁。
- (6) 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』147 頁、150 頁（有斐閣、1987 年）。なお、太寿堂鼎「民事裁判権の免除」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座 7』45 頁、48 頁（日本評論社、1982 年）参照。
- (7) なお、新堂幸司＝小島武司編『注釈民事訴訟法（1）』94 頁〔道垣内正人〕（有斐閣、1991 年）参照。

- (8) 山本草二『国際法』211頁（有斐閣、1985年）。条約によって免除されないことを定めていればその規約に拘束されるし、自ら放棄したのであれば当該国家に対する裁判権を免除する必要性が認められないのは当然である。なお山本教授は、不動産に関しては、請求原因が物権的請求権など不動産の直接支配を内容としており、領土主権と結びつくため、裁判権は不動産の所在地国に専属すると説明しておられる。
- (9) なお、昭和29年6月9日東京地裁判決（昭和28年（ヨ）第9952号不動産仮処分事件）下民集5巻6号836頁参照。事案は、日本国所在の原告がビルマ連邦を被告として、日本国所在の不動産につき、妨害排除請求の仮処分を申請したもの。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つたので、互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ことを否認するに由な〔い〕」と判示している。「領土主権の主要な対象」「国際間の礼譲」を理由としているところに特徴を見出せるであろう。本件評釈として、波多野里望「判批」涉外判例百選〔第二版〕182頁（1986年）参照。
- (10) 高桑・前掲論文155頁。
- (11) 新堂＝小島編・前掲書95頁。
- (12) 昭和31年2月14日青森地裁決定（昭和30年（ホ）第4号労働組合法違反過料事件）労民集7巻1号103頁、昭和31年3月15日福岡高裁決定（昭和31年（ウ）第27号工作等禁止仮処分命令申請事件）下民集7巻3号629頁、昭和32年東京地裁判決（昭和30年（ワ）第6164号雇用契約存続確認請求事件）労民集8巻2号243頁などが挙げられる。
- (13) なお、本件評釈として、小田滋「判批」涉外判例百選〔第二版〕184頁（1986年）参照。小田教授は本件事案の後の国際的な動き（制限免除主義を採用している条約の成立等）を紹介された上で、「国家主権の絶対性と市民社会の法的安定性の調和をどこに求めるか」考えなければならない旨言われる。
- (14) ただし、そのことをもって直ちに、日本の裁判所が絶対免除主義を是として裁判例を積み重ねていったとは言えないかもしれない。「戦前にはそれほど多くはなかったであろう外国国家の私法的、業務管理的な行為がたまたま問題となり、最上級審の判断……が出されてしまい、その判断が十分再吟味される機会もないまま長期間にわたる先例価値を保った結果……制限免除主義が大勢となってきたにもかかわらず〔制限免除主義への〕切替えができない状態が続いてしまったとの評価も可能である」と。林道晴「判批」金融・商事判例1259号2頁、4頁（2007年）参照。
- (15) 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104巻1号1頁、15頁（2005年）。広部教授が調べられたところによると、国内法を制定する国のほか、裁判所において制限免除主義が採用された国もあるようである。また社会主義国と発展途上国では、絶対免除主義の立場をとる傾向が強かったという。なお、道垣内正人「判批」

リマークス 2008 (上) 146 頁、148 頁 (2008 年) 参照。

(16) 「外国を相手方とする民事事件の申立てがあった場合には、裁判所は、当該外国が応訴する意思を有するかどうか等について外務省において確かめることをあらかじめ最高裁判所に依頼する」と定めた「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」(平成 6 年 12 月 14 日付け最高裁民二第 425 号事務総長通達) が廃止された。この経緯については、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 167 号 43 頁 (2000 年) 参照。通達廃止の準備作業を担当した者による解説である。

(17) 平成 14 年 4 月 12 日最高裁第二小法廷判決 (平成 11 年 (オ) 第 887 号横田基地夜間飛行差止等請求事件) 民集 56 卷 4 号 729 頁。事案は、横田基地に駐留する米軍の航空機の騒音に悩む住民が、米国を相手取って航空機の飛行差止等を請求したもの。最高裁は「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……〔諸外国において制限免除主義の考え方に基づく〕国家実行が積み重ねられてきている。しかし、このような状況下にある今日においても、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引き続き肯認することができるというべきである。……合衆国軍隊の航空機の横田基地における夜間離発着は、我が国に駐留する合衆国軍隊の公的活動そのものであり、その活動の目的ないし行為の性質上、主権的行為であることは明らか」と判示して、駐留米軍の航空機の飛行が主権的行為であることを理由として裁判権免除を認めた。

(18) 平成 17 年 12 月 27 日東京地裁判決 (平成 15 年 (ワ) 第 29726 号報酬金請求事件) 判時 1928 号 85 頁。事案は、外国国家の大使館用の土地建物取得及び取得費用の融資について、外国国家と企業との仲介を原告がしたため、仲介契約に基づく報酬請求の訴えを提起したもの。東京地裁は前掲注 (17) の最高裁第二小法廷判決を参照した上で、制限免除主義が相当であると判断しつつ、主権的行為を理由として裁判権免除を認めた。

(19) 和田吉弘「判批」法セ 623 号 122 頁 (2006 年)、高桑昭「判批」ジュリ 1326 号 212 頁 (2007 年)、林道晴「判批」金融・商事判例 1259 号 2 頁 (2007 年)、水島朋則「判批」ジュリ 1332 号 277 頁 (2007 年) など。最高裁が判例変更に至った理由は、既述のような裁判例の蓄積が影響した模様である。道垣内・前掲「判批」148 頁、特に三木素子「判解」ジュリ 1342 号 177 頁 (2007 年) 参照。

(20) 広部和也「裁判免除と執行免除」国際私法の争点〔新版〕220 頁 (1996 年)。広部教授によると、他にもいくつかの基準が考えられているけれども、学説上も実行上も二つの説が有力だという。そうして裁判所でも、両説のどちらの基準を採用すべきなのか問題となってきた。

(21) なお、前掲注 (17) の最高裁第二小法廷判決は、航空機の離発着は「活動の目的ないし行為の性質上、主権的行為であることは明らか」と判示していることから、行為の目的および性質の二つを基準としている。

- (22) 杉原ほか・前掲書 93 頁。
- (23) 高桑・前掲「判批」 215 頁。靴一足の購入でも国家の行為であれば主権的行為となるのは、妥当ではあるまい。
- (24) 小寺彰「判批」判評 582 号 30 頁（判時 1968 号 208 頁）、31 頁（2007 年）。「国内法上の事由」があれば合理的な理由になると指摘しておられる。
- (25) 水島・前掲「判批」 279 頁。水島准教授は、「裁判所のこれまでの消極的な姿勢にかんがみれば意外な印象さえ受ける本判決の明快さは、1 つの安全弁を残したことで確保されたと見ることもできる」と指摘しておられる。
- (26) 和知麻里亜「判批」金融・商事判例 1254 号 2 頁、4 頁（2006 年）。
- (27) 高桑・前掲「判批」 214 頁。
- (28) 和知・前掲「判批」 4 頁。「〔放棄の意思表示に関する最高裁の〕判示は、制限免除主義の当然の帰結である」と言われる。
- (29) 高桑・前掲「判批」 214 頁。高桑教授は、本件消費貸借契約においては管轄裁判所の合意がないのであるから、本件売買契約の書面性をもってしても、放棄の意思は認められないと主張される。しかし本件消費貸借契約は、本件売買契約につき被告国家が債務不履行をした結果締結されたのであるから、両者を一体として見れば、放棄の意思表示があったと言うべきである。なお、三木調査官によれば、本件消費貸借契約の契約書には、本件売買契約の規定を準用する趣旨の記載があったという。三木・前掲「判解」 180 頁。
- (30) その意味で高桑教授が「事実審において放棄の意思の有無について審理をしていないので、それが判決の結論に影響を及ぼすことは明らか」（高桑・前掲「判批」 215 頁）だから最高裁は審理を原審に差し戻した、と分析されたのは誤っている。なお、三木・前掲「判解」 180 頁参照。実際は代理権等の争点について差し戻したようである。

〔参考文献〕

注に掲げたもののほか

大嶺崇「判批」ひろば 60 卷 2 号 73 頁（2007 年）

島田征夫『国際法』110 頁（弘文堂、全訂版、2008 年）