

# 外国政府等に対する我が国国家機関の公権力行使 ——「主権免除」再考——

横溝 大  
よこ みぞ だい

金沢大学法学部助教授

はじめに

- 1 外国政府等に対する民事裁判
  - 2 国内に所在する外国政府等の財産に対する民事執行
- おわりに

はじめに

本稿の目的は、外国政府等に対し、いかなる場合に我が国が裁判所を通じて裁判や執行等の公権力行使を行うべきかについて、主として執行を中心に考察することにある。

20世紀に入り国家が国際商取引等の主体として積極的な役割を担うようになって以来、そのような私的活動を行う外国政府等に対する各国の公権力行使の可否という問題が顕在化した。これまで議論の中心であったのは裁判であり、外国政府等を被告とした訴訟につき裁判所がいかなる場合に裁判権を有するのかという問題は、民事裁判における主権免除の問題として、我が国も含め各国において従来活発に議論がなされてきた<sup>(1)</sup>。だが、各国の公権力行使は裁判に限られるものではなく、執行についても、自国国内に所在する外国政府等の財産に対する執行の可否という形で、矢張り外国政府等に対する自国公権力行使が問題となり得る。しかしながら、この問題については、各国における議論が着実に進展しているのとは異なり<sup>(2)</sup>、我が国においては、これまで裁判権に関する主権免除に付随した問題として若干言及されるのみであって、正面からこの問題を取り扱った論稿は、未だそれほど多くないように見受けられる<sup>(3)</sup>。これは、そもそも我が国では民事裁判における主権免除に関しても所謂絶対免除

主義を採用した判例が最近まで維持されていた上に、この問題に関する具体的紛争が未だ我が国で殆ど生じていないことに起因するのだろう<sup>(4)</sup>。

だが、民事裁判に関する主権免除につき我が国でも絶対免除主義が揺らぎつつある現在、国内に所在する外国財産に対する執行という問題が俄かに現実味を帯びてきた。また、我が国が民事裁判における主権免除に関してどのような立場を採用するにせよ、外国政府等が裁判における主権免除を放棄して自発的に我が国の裁判権に服し本案に敗れた場合や、また国際仲裁に応じて敗れた場合には、矢張り当該外国の我が国内に所在する財産に対する執行が問題となり得る。特に、各国政府が積極的に商業的活動に取り組んでいる現在において、外国政府等が我が国国内に保持している預金口座や証券等に対し、いかなる場合に我が国裁判所が執行を命じるべきかという問題は、実務上非常に重要な問題であると言えるだろう。

そこで本稿では、我が国の外国政府等に対する公権力行使につき、我が国国内に所在する外国政府等の財産について、いかなる場合に我が国裁判所が執行を命じるべきであるのかという点を中心に考察することにした。以下ではまず、執行の場合と対比する意味で、近時判例において展開のあった外国政府等に対する裁判の問題につき若干言及し(1)、その上で、外国政府等の財産に対する執行の問題について論じることとしたい(2)<sup>(5)(6)</sup>。

## 1 外国政府等に対する民事裁判

### (1) 国際法上の議論

外国政府等に対する民事裁判という問題については、周知のように、国家は絶対的に外国の裁判権から免除されるという所謂絶対免除主義と、国家が享有する免除の範囲を制限しようとする所謂制限免除主義とがあるとされ、近時は後者が有力になりつつあると言われている<sup>(7)</sup>。ブラウンリーに依れば、現在少なくとも20カ国の裁判所により制限免除主義が採用され、11カ国が原則として制限免除主義を支持し、英米等を始め8カ国がこの原則を立法化したとされている<sup>(8)</sup>。しかしながら、未だに絶対免除主義を維持している国も少からずあり<sup>(9)</sup>、また、制限免除主義の具体的内容や業務管理行為ないし私的行為の判断

基準は明確ではなく、結局、現在の国際慣習法に関する法的状況は、絶対的免除主義が最早国際慣習法とは言えず、外国国家の業務管理的行為につき裁判権免除を否定しても国際法に反しないが、制限免除主義に関する一般国際法規は現在も猶未成立であり<sup>(10)</sup>、主権的行為と業務管理的行為の判断基準も含め、細目は法廷地法によらざるを得ない、とされている<sup>(11)</sup>。

## (2) 我が国の裁判例

我が国の裁判例においては、大審院昭和3年12月28日決定<sup>(12)</sup>が、「凡ソ國家ハ其ノ自制ニ依ルノ他他國ノ權力作用ニ服スルモノニ非サルカ故ニ不動産ニ関スル訴訟等特別理由ノ存スルモノヲ除キ民事訴訟ニ関シテハ外國ハ我國ノ裁判権ニ服セサルヲ原則トシ只外國カ自ラ進ンテ我國ノ裁判権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条約ヲ以テ之カ定ヲ為スカ又ハ当該訴訟ニ付若ハ予メ将来ニ於ケル特定ノ訴訟事件ニ付外國カ我國ノ裁判権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」と述べて以来、大審院が示した形の絶対的免除主義を一貫して採用してきたが<sup>(13)</sup>、近時、制限免除主義の採用を示唆する裁判例も幾つか登場している。すなわち、円貨債権を発行した外国国家機関及びその保証をした外国国家に対する元金等支払請求に関する東京地判平成12年11月30日<sup>(14)</sup>は、本訴請求の原因行為である外国政府の保証による債券発行が、「今日の国際社会において国際金融取引として大規模に、かつ幅広く行われている経済活動に属する性質の行為」であることを理由の一つとして、被告であるナウル共和国等に対し主権免除を認めなかった<sup>(15)</sup>。また、東京高判平成10年12月25日<sup>(16)</sup>も、傍論ながら、制限免除主義の採用を主張するXらの主張について、「傾聴に値する」と述べている。

このような状況の下で近時下された、アメリカ合衆国に対してなされた横田基地における軍用機の夜間離発着に関する差止め及び損害賠償請求の可否が問題となった最高裁平成14年4月12日第2小法廷判決<sup>(17)</sup>は、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の認識を示しつつも、「このような状況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」とし、「本件差止請求及び損害賠償請求の対象である合衆国軍隊の飛行機の横田基地における離発着は、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であって、国際慣習法上、民事裁判権が免除されるものであることに疑問の余地はない」と判示した。

同判決が制限免除主義に関する各国の国家実行が積み重ねられて来ている現状に言及した点や、「外国国家の主権的行為については」、と範囲を限定して各国に外国に対する主権免除付与を要求する義務的な国際慣習法の存在に言及した点、さらに具体的判断に際し、「活動の目的ないし行為の性質」という制限免除主義における判断基準に言及した点を考慮すると、本判決は、一般論としては、最早絶対的免除主義に依拠してはならず、非主権的行為に関する義務的な国際慣習法の存在に対し疑問を投げかけたということが出来るだろう<sup>(18)</sup>。だが一方、それでは非主権的行為に関し我が国が如何なる処理をすべきなのか、という点につき、同判決は明言していない。そこで、同判決が、非主権的行為については常に裁判権を行使するという意味での制限免除主義を採用したとまでは言えないように思われる<sup>(19)</sup>。この点は、この事例で問題となった軍用機の離発着という行為については、絶対免除主義と制限免除主義のいずれの主義に基づいても、派遣国に主権免除が付与されるというその結論には変わりなかったので同判決は判断しなかったのだと解することも或いは可能かも知れない<sup>(20)</sup>。しかしながら、同判決が外国を被告とした民事訴訟に関し約70年振りに下された最上級審判決であるという点と、我が国の学説上、外国に駐留する軍隊による行為が常に主権的行為であると簡単に言うことが出来ないという点<sup>(21)</sup>を考慮すると、同判決が非主権的行為の処理という点について言及しなかったことには、寧ろ別の意図があったのではないかとと思われる。すなわち、同判決は、絶対的免除主義と制限的免除主義のいずれの原則を採用するかという点を明らかにするよりも、寧ろ、民事訴訟における主権免除に関する義務的な国際慣習法の範囲を明確にし、我が国法廷地法の判断に委ねられている範囲や問題をそこから区別することの方が得策だと考えたのではないか、というこ

とである<sup>(22)</sup>。

近時、我が国の学説においても、この問題を国際法から検討するだけでは不十分であり、国際民事訴訟法的観点からも検討すべきであるという見解が幾つか登場しているが<sup>(23)</sup>、我が国で生じた民事訴訟において裁判所に対し紛争解決の具体的指針を呈示するためには、この問題に関する義務的国際慣習法の存在の有無についての我が国の認識や、国内抵触法ないし国際民事手続法上の判断枠組を明らかにする必要があるだろう<sup>(24)</sup>。このような観点から見ると、「絶対的免除主義」と「制限的免除主義」の原則のいずれを採用するのかといった一般論に止まるのではなく、主権的行為についてのみ義務的国際慣習法の存在を述べ、非主権的行為に関してどのような判断をすべきかについては法廷地法に委ねられることを間接的に示唆した判旨は、積極的に評価出来るのではないだろうか<sup>(25)</sup>。尚、国際法的観点から見ても、主権免除に関する義務的国際慣習法の存在する範囲を主権的行為に限定し、判断基準や非主権的行為についてそのような国際慣習法が未成立であることを確認した本判決の立場は、我が国の法的確信を明らかにしたという点で、この問題に関する国際慣習法の形成を促進するという意義を有するとも言えるのではないだろうか<sup>(26)</sup>。

このように、今後は、従来の国際法的観点からの議論に加えて、主権的行為か否かについての判断基準や、非主権的行為について我が国が如何なる態度を採用すべきなのかという問題について、我が国民事訴訟法制度の対象としている紛争の性質といった法廷地抵触法（国際民事手続法）の観点からより具体的な議論を進めることが、同判決により促されたとと言えるのではないだろうか<sup>(27)</sup>。

### (3) 抵触法（国際民事手続法）上の具体的判断枠組

それでは、我が国抵触法（国際民事手続法）上、この問題は如何に処理されるべきなのだろうか。

学説上は、主権免除が「相互の主権的地位の尊重という国際交流のコミティないし便宜から成立」したものであることを認めつつも、「現今の主権国家の対外的機能から考えると、そうした一般的免除の付与自体が一国の近代的ルール・オブ・ローの制度を破壊する方向に機能している点がないかどうか、検討

しなおされねばならない」とし、acta imperii と acta gestionis との区別基準は、「国際関係の円滑な運営という実際上の見地とルール・オブ・ローの一般的保障とのかねあいという角度から、当該時代における国家主権に関する意識を背景としながら決定してゆく以外にないと思われる」として、訴訟目的を基準とした判断枠組を提唱する立場がある<sup>(28)</sup>。この見解によれば、訴訟上の請求内容が、国際慣習法又は条約で決められている特別な主権活動主体の機能を阻害する可能性を持つ場合を除き、原則として全ての外国の国家行為について裁判権を認めるべきであるとされる<sup>(29)</sup>。また、近時では、私人の裁判を受ける権利の保障という利益と、国家の本質的な政府機能の保護という利益との調整という同様の観点から、国際裁判管轄の判断枠組を活用することを提唱する立場が登場し注目される。この見解によれば、原告の請求原因に関連する当該国家行為が、私人も従事できるような商業的行為であるとされれば、主権免除を否定する推定が働き、その一方で、外国国家に対して裁判権を行使することが、外国国家の利益の保護、一国の司法権の制約など、国際法の理念に反する特段の事情がある場合には、外国国家に対して主権免除を許与すべきであるということになる<sup>(30)</sup>。

これらの学説が示すように、この問題は、私人の裁判を受ける権利の保障と国家の主権的活動の保障とのバランスを何処で採るべきかという問題であると言えよう。このような観点からは、同じく私人の利益と国家の利益が対立する国内事案、すなわち我が国自体を被告とした民事訴訟についての我が国での処理が、被告が自国か外国かという違いはあっても参考になるだろう<sup>(31)</sup>。この点については、通常、「民事では、対等当事者間の生活関係から生ずる紛争が対象となるのであるから、たとえ、国家と私人との間の紛争でも、それが対等の関係から生ずるものであれば(たとえば、国と私人との間の土地所有権に関する争訟)民事訴訟の対象となる」とされている<sup>(32)</sup>。このように、我が国の民事訴訟制度は、基本的には私人間法律関係を念頭においており、我が国自体が被告である場合には、そのような公権力性の度合いの低い謂わば「民事的」ないし「私法的」な権利義務関係に基づいた請求のみが受け入れられていると言えよう。このような我が国民事訴訟制度の制度趣旨は、対象となる紛争が国際的

なものであっても何ら変わるものではないと考えられる<sup>(33)</sup>。従って、私人対「国家」の紛争の場合には、「国家」が外国の場合であっても、請求の基礎となる権利義務関係の公権力性の度合いが訴え受理の基準となると考えられる<sup>(34)</sup>。具体的には、損害賠償請求や差止め請求といった個々の類型毎に、我が国自体を被告とした訴訟での処理を参照しながら、それと整合的な判断枠組を設定することになろう<sup>(35)</sup>。

## 2 国内に所在する外国政府等の財産に対する 民事執行

### (1) 国際法上の議論

我が国では、国内に所在する外国政府等の財産に対する執行の問題は、従来国際法上の執行に関する主権免除の問題として扱われてきている。だが、この問題を包括的に扱った多国間条約は未だ存在していない<sup>(36)</sup>。尚、個別的には、我が国が批准した多国間条約として、外交関係に関するウィーン条約22条3項が、外交使節団の公館、公館内にある用具類その他の財産及び使節団の輸送手段が、差押又は強制執行を免除されることを定めており、また、国連海洋法条約32条が、領海内の外国船舶に関して、非商業目的のために運航される政府船舶につき、沿岸国の執行の対象から除外されることを定めている。また、2国間条約においてもその取り扱いが一致しているようには解されない<sup>(37)</sup>。尚、我が国が締結した2国間条約としては、例えば、日米通商航海条約18条2項が、商業活動等を行う公的企業が強制執行から免除されないことを定め、また、日ソ通商条約付属書3条及び4条が、通商代表部が当事者である契約に関する裁判の強制執行は日本にあるソ連の全ての国有財産に対して行うことが出来ること、及びソ連の外国貿易団体が締結する商事契約についての強制執行は当該団体の財産に対して行うことが出来る旨を定めている。さらに、既に確立した国際慣習法としては、外国の軍艦、軍用機等に対する執行からの免除が挙げられているが<sup>(38)</sup>、その他の財産に対しては、この問題を規律する国際慣習法上の法規範についての認識も、各国により様々に異なっているように見受けられる。

例えば、ドイツにおいては、「裁判国の領域内に所在又は位置づけられる当該

外国の所有物への裁判国による強制執行は、執行措置開始時点において当該対象物が当該外国の公権的目的に供している限りにおいて、当該外国の同意がなくては認められない」という義務的な国際法規範の存在が裁判例・学説上主張されているが<sup>(39)</sup>、フランスにおいては、そもそもこの問題に関する国際慣習法の存在自体に疑問が投げかけられているのである。

すなわち、フランスでは、裁判例において、「外国主権免除を規律する国際私法の原則に拠れば」と明言した1984年3月14日破棄院判決により、この問題が国内法である国際私法の問題であり、国際法の問題ではないことが確認されている。また、学説上も、この問題に関する各国の国家実行の多様性や、国際法上この問題の根拠としてあげられる国際礼讓が法律上の義務概念ではないこと、さらに、制限免除主義という外国国家の行為の性質に着目した概念が国家主権という主体に着目した概念を根拠に説明出来ないことなどから、この問題を規律する国際法の存在に疑問が投げかけられており、裁判例同様この問題を規律する法源を国際私法であるとする学説が主流なのである<sup>(40)</sup>。

国際慣習法の成立については、法的確信と国家実行がその要件として挙げられているが<sup>(41)</sup>、この問題に関する各国の法的確信の相違や国家実行の多様性からは、この問題に関し何らかの具体的判断基準を国際慣習法として見出すのは極めて困難であると言わざるを得ないように思われる。我が国における議論も、「制限免除主義の方向にあるものの、国家実行はなお様々である」として、国際慣習法の確立を明言していない論稿が大半であるように見受けられる<sup>(42)</sup>。このような状況の下で、仮にこの問題に関する国際慣習法が存在しているとすれば、それは、「執行対象財産に二種類の性質のものがある」、「各国は絶対免除主義の採用を要求されない」といった、非常に一般的なレベルのものでしかないのではないだろうか<sup>(43)</sup>。また、これらの法規範は、外国の軍艦又は軍用機に対する執行を禁止するものを除けば、「各国はこの問題につき制限免除主義と絶対免除主義のいずれかを自由に選択することが出来る」とか「各国は対象財産を区別する判断基準を自由に決定することが出来る」といった、「～が出来る」というこの問題に関する各国の自由を保障するだけであり、「各国は制限或いは絶対免除主義を採用すべきである」とか「各国は対象財産を区別する際、



当該財産の目的或いは性質に従って区別すべきである」といった、「～すべきである」という義務を各国に課すものではないのではないだろうか。

以上のような状況の下では、我が国裁判所が国内に所在する外国国家財産に対する執行という問題を処理する際に国際法が果たす役割は非常に限定的であると言わざるを得ず、具体的問題点の多くについては、外国政府等に対する民事裁判の場合と同様、国内法である抵触法（国際民事手続法）にその処理が委ねられていると言えよう。そこで、以下では、この問題を抵触法（国際民事手続法）上どのように処理すべきなのかを検討したい。

## (2) 我が国における従来の議論

我が国においては、この問題を正面から扱った重要裁判例は現在までのところ見当たらない。僅かに、裁判における主権免除と執行における主権免除とを分離して考えることが出来るとした東京地裁昭和57年5月31日判決<sup>(44)</sup>及び東京高裁昭和58年12月14日判決<sup>(45)</sup>があるのみである。一方、学説上は、各国での議論から何が国際慣習法なのかを抽出しようとするものが多く、我が国裁判所がいかなる場合に外国政府等の財産に対して執行を命じるべきかを具体的に論じたものは少ないように見受けられる。その中で、主権免除の様々な問題に言及し且つ新たな判断枠組を提唱する広瀬善男教授の論稿が注目される。

同教授は、国際関係の円滑な運営という実際上の見地とルール・オブ・ローの一般的保障との兼ね合いという角度から、ここでも外国政府等に対する民事裁判の場合同様、訴訟目的を基準にした判断枠組を提唱する。すなわち、訴訟上の請求内容が、国際慣習法又は条約で決められている特別な保護主体である主権活動主体の機能を阻害する可能性を持つ場合を除き、原則として全ての外国財産について強制執行を認めるべきであるとするのである。そこでは、執行ないし保全措置が、「外交使節…や元首、政府関係機関…等主権者及びその代理者の職務の行使を妨害したり、軍隊…、保安衛生関係の公船、公用航空機」に対してなされる場合等が機能阻害の例として挙げられている<sup>(46)</sup>。

原則と例外を逆転させ、執行に関する主権免除の範囲を非常に限定するこのような立場については、各国主権の属地性という原則からは国内に存在する外

国財産への執行を免除するという点こそが寧ろ例外であるということを明らかにした点が評価出来るように思われる。

一方、我が国に所在する外国中央銀行の財産に対する執行という限定された分野についてはあるが、同様にこの問題についての新たな具体的判断基準を提唱する立場として、山内惟介教授が挙げられる。

同教授は、この問題につき、「最終的には、主権国家の活動の自由の確保か、その濫用に対する規制かという点をめぐっての政策的な判断に帰着」するとするが、その場合の法律構成として、裁判における主権免除にみられた公法的行為か否かという単一基準を執行の段階でも考慮しようとするのではなく、組織法的側面、即ち中央銀行の法的地位をも考慮した、組織法的局面と行為法的局面の二段階構成の採用を主張する。

一方で、組織法的局面においては、裁判における主権免除において公法的か否かの判定が当該行為地国法に委ねられていることの類推から、「当該中央銀行がその設立国法上独立法人格を付与されているか否か」が基準になり、付与されている場合には執行免除が否定され、されていない場合には肯定される。他方、行為法的局面では、「執行目的物の用途ないし使用目的が公法的行為に関するか私法的行為に関するか」という目的論的アプローチを採用した上で、「手続的に、主権免除特権の援用を主張する国側の主張・立証責任を肯定したうえで、免除特権援用国による執行目的物の立証の成否」をその基準とした、「従来の実体的構成に代わる手続的構成」を提唱する。その場合の立証にあたっては、口座に対する執行の実施がその国の主権行使のうえでどのような障害を生ぜしめるかについて、抽象的な危険性ではなく、被告国家にとって当該の具体的な執行措置がその口座で予定されている公的な職務執行に対してどの程度に侵害することになるかについての具体的な危険性の立証まで求められてよいのではないかとし、執行における主権免除が認められるか否かを国側の立証に依らしめるのである<sup>(47)</sup>。

このような立場については、ある行為が公法的か否か、及び中央銀行の組織法上の地位の判断を我が国抵触法(国際民事手続法)上何故法廷地法ではなく当該行為地国法に委ねなければならないかという点に疑問がある上<sup>(48)</sup>、この問題

の周辺領域を扱う法規範及び国内民事手続法制度との整合性という問題や、そもそもどのような実定法上の根拠に基づいてこのような主張がなされているのかという根本的な問題が生じるように思われる。

この問題についての具体的判断枠組として見出し得たものは以上である。このように、我が国においては、この問題に関する具体的議論は未だ十分とは言えないのが現状である。

### (3) 検討

#### (a) 抵触法上の解決の指針

さて、それでは、この問題について我が国抵触法（国際民事手続法）の採るべき判断枠組につき、どのように考えるべきだろうか。

この点を考える上でまず最初に考えなければならない問題は、国内にある外国国家財産に対する執行という問題を規律する明文規定が我が国にない場合に、如何にこの問題を規律する一定の法規範の存在を根拠づけるかという点である。

この点につき、従来学説上提唱されてきたのは、明文規定がない場合には法の欠缺があるのであるから、「条理」によって判断すべきであるという立場である。例えば、法例と離れ「仲裁契約」「製造物責任」「国有化」等、ある単位法律関係を設定しそれについては法例に明文の規定がない以上法の欠缺があるとして、「条理」の名の下に準拠法選択規則を比較的自由に提唱する立場は学説上しばしば見受けられる<sup>(49)</sup>。また、周知のように、国際裁判管轄に関しては、所謂昭和56年のマレーシア航空事件に関する最高裁判決以降、一貫してこの問題を「条理」によって判断するという立場が最高裁によって採用されている<sup>(50)</sup>。ここで扱っている問題についても、前述した我が国の学説上の2つの立場は、この問題を国家主権活動の有効な機能の確保という要請と当事者の私法上の権利保護という要請との間の法政策的判断の問題であると理解する点で共通しているが、そこからダイレクトに一定の判断枠組を提唱しており、条理という用語こそ用いてはいないものの、実定法がないところに自由に法規範を設定するという点では、基本的にはこれらの立場と変わるところがないように思われる。

しかしながら、「条理」という方法には、仮にその法源性を認めたとしても尚、

その運用面において、ルール選択の恣意性という問題があると考えられる。例えば、学説上提唱される新たな単位法律関係に基づく準拠法選択規則には様々なものがあるが、法例に示される単位法律関係以外に何故当該単位法律関係が存在するのか、その存在の根拠付けという問題に答えられないように思われる。ここでの問題についても、訴訟目的を基準とする立場と二段階的構成を採用している立場は、それぞれ二つの相対立した要請の間の法政策判断を反映しているが、いずれも条理以外の根拠を持たない点で、我が国抵触法体系の中でいずれがより正当であるのかを決定するのは困難だろう。明文法規が存在しない事項についてある法規範が提唱される場合に、当該法規範の存在を示す「条理」に代わる何らかの正当化根拠が、ルール選択の恣意性という批判から免れるためには必要なのではないだろうか。

そのような正当化根拠の一つの方法として、ここでは、明文化されていない法規範の存在を、他の明文規定等との整合性という観点から確定するという方法を試みたい<sup>(51)</sup>。そのような明文規定等としては、勿論法例や外国判決の承認に関する民訴法 118 条等他の抵触法規範に関するものが考えられるが、抵触法（国際民事手続法）も日本の法体系の一部である以上は、我が国の他分野に関する法制度との整合性も当然要請されているのであるから、それらの法制度に関する明文規定等も同様に考慮されるべきだろう<sup>(52)</sup>。特に、ここで問題となっている国内における外国国家財産の執行という問題は、我が国民民事手続法制度と密接に絡んでいる問題であり、我が国の民事手続法制度の制度的な統一性を保障する法規範が我が国法体系上要請されていると考えることが出来るだろう。

以上から、この問題に関する抵触法（国際民事手続法）上の法規範の存在を正当化する手段としては、① 抵触法（国際民事手続法）上の近接した問題との整合性と、② 国内民事手続法制度との整合性の二つが考えられる。即ち、「立法」や「裁判」に関する国家管轄権理論との整合性、及び、国内での日本政府財産に対する執行に関する法規範との整合性、の二つである。ところで、国内における外国国家に対する裁判という問題については、前述のように、国際法上制限免除主義が提唱されているのみであり、現時点では国内抵触法の観点からの議論が十分に蓄積されているとは言い難いのが現状である。そこで、ここでは

後者の観点から議論を進めることにしたい。

尚、国内民事手続法制度との整合性を有する抵触法（国際民事手続法）上の法規範を考える場合には、二つの方法が考えられる。即ち、各国法の比較により外国国家財産に対する執行につき一定の具体的判断基準を予め設定した上で、これと国内での日本政府財産に対する執行の場合とを比較整合させる方法と、国内での日本政府財産に対する執行の場合から、我が国民民事手続法制度が法政策上根本に据えている概念や判断基準を考察し、これを尊重した抵触法（国際民事手続法）上の法規範を類推する方法である。

だが、ここでの問題は、私人の権利義務関係に実効的な影響を与えうる外国「国家」の存在というある法的事実を、私人間の国際的法律関係の安定という観点から法廷地国がどのように評価するかという問題である。その点で、既に断定的に新たな権利義務関係を形成した外国国家行為が存在している場合にその効果を法廷地国でどのように評価するかという外国国家行為承認の場合と問題状況を同じくする。そこで、この問題についても、外国国家行為承認の場合と同様、我が国抵触法（国際民事手続法）が、我が国の民事手続法制度の制度的な統一性を保護しながら、主体的に決定すべき問題であると考えられる。ここで問題となる抵触法（国際民事手続法）上の「外国国家財産」「公的財産」等の概念や判断基準も、外国「判決」という概念同様<sup>(53)</sup>、法廷地の概念を基準としつつ、これと代替可能な範囲にまで押し広げて設定すべきであり、またそうすることによって、我が国民民事手続法制度との整合性を確保しながら外国「国家」の存在やその判断を最大限尊重するということが可能になるのではないだろうか<sup>(54)</sup>。尚、従来の狭義の国際私法的観点からは前者の比較法的方法も可能ではあるだろうが、我が国民民事手続法制度との整合性の観点が抜け落ちがちになるし、また、外国「国家」という公権力が関わっているという点を看過することになると思われる。このような観点から、ここでは、後者の方法を採用こととし、以下ではまず日本政府の財産に対する執行の議論を検討する。

#### (b) 日本政府財産への執行との比較

さて、我が国には、国に対する強制執行の可否につき直接に規定した明文はない。学説上は、国に対しては強制執行が出来ないとするのが元々の通説だっ

たが<sup>(55)</sup>、昭和40年代以降は、国に対する強制執行の可能性を一般的に否定する根拠がないとして、これを積極的に解するのが通説となっている<sup>(56)</sup>。また、執行対象については、国有財産法3条2項及び18条にいう不融通物である「行政財産<sup>(57)</sup>」については強制執行することが出来ず、同法3条3項及び20条にいう融通物である「普通財産<sup>(58)</sup>」のみについて強制執行できるとされ、国の現金や債権に対する強制執行も可能であるとするのが通説及び現在までの実務である<sup>(59)</sup>。若干の異論はあるものの<sup>(60)</sup>、この問題に関する我が国民手続法の法規範は、国有財産法2条の定める国有財産の範囲<sup>(61)</sup>と、貸付、交換、売却、譲与、信託、私権設定等の可能性、即ち融通性が認められない「行政財産」とそれ以外の「普通財産」との区別を前提にしていると言うことが出来るだろう。尚、国有財産法3条2項にいう行政財産には、国において国の事務、事業又はその職員の住居の用に供し、又は供するものと決定したものである公用財産、直接公共の用に供する公共用財産、皇室の用に供する皇室用財産、国の企業又はその企業に従事する職員の住居の用に供する企業用財産の4つがある。

我が国政府等の財産に対する執行に関する以上のような民事手続法上の黙示の法規範は、当事者の私法上の権利保護の要請と、我が国政府の公的活動の尊重という要請との間の法政策判断により導かれて出来た法規範の筈である。そして、外国国家財産に対する日本国内での執行というここで扱っている問題も、矢張り当事者の私法上の権利保護という要請と、私人の法律関係に実効的な影響を与え得る外国「国家」の存在及びその活動の尊重という要請との間の法政策的判断の問題であると言える。そうである以上、対象財産が日本政府等のものである場合と外国政府等のものである場合とで抵触法上その扱いを区別する理由はなく<sup>(62)</sup>、抵触法（国際民事手続法）上日本政府等と同視出来る外国政府等の財産についても、同様の法規範を抵触法（国際民事手続法）上の法規範として考えることが出来ると思われる。このような考え方は、国際民事手続法上我が国の判決と同視される外国「判決」に我が国国内で国内判決と同種の効果を認めるという発想と同様である。また、このような考え方は、民事訴訟法の国内管轄に関する規定を国際裁判管轄の判断においても参照する近時の裁判例の具体的判断枠組（但し、「条理」という文言は最早不要と考える）や学説の二重機

能説とも整合しているように思われる。

尚、このように国内民事手続法規範の規範構造から一定の抵触法(国際民事手続法)上の法規範を類推する場合に問題なのは、当該法規範が、「国有財産」の範囲や執行可能性の具体的基準を、当該外国のこの点に関する法規範に委ねていると解することも可能である点である。この点は、外国判決承認執行において、判決文に書かれていない遅延利息部分の執行につき、最高裁のように判決国法に依らしめるか、それとも我が国手続法に依らしめるのか、というのと同じ問題である。対象となる外国政府等の財産につき、当該外国にいて保護されるのと同様の保護を我が国でも与えるべきであると我が国抵触法(国際民事手続法)が考えるのであれば、これらの具体的基準についても、当該外国の法規範に委ねることになるだろう<sup>(63)</sup>。

だが、この問題が日本の国家機関を通じた執行における当事者の権利保護の要請と直接結びつく問題であることを重視すれば、そのように我が国抵触法(国際民事手続法)上の法規範が当該外国の法規範に具体的基準の判断を委ねたと解すべきではなく、これらの点についても我が国の法規範が決定すると解すべきだろう。すなわち、国有財産法の基準に基づいた日本の国内民事手続法規範をよりリジッドに抵触法(国際民事手続法)上の法規範に組み込む解釈を採るべきであり<sup>(64)</sup>、外国「国有」財産に金銭債権を含めないとしつつ、融通性が認められる財産か否かを執行可能性の基準とする抵触法(国際民事手続法)上の法規範が存在するものとする。尚、具体的に執行から保護される財産としては、不動産、船舶・航空機等、地上権・地役権・鉱業権等、知的財産権等、株券・社債券等、不動産の信託の受益権のうち、融通性の認められない「行政財産」に分類されたものである。執行対象財産に融通性が認められるか否かに関する個々の具体的な解釈は、公用財産、公共用財産、皇室用財産、及び企業用財産に対する融通性を否定する国有財産法3条を参照しつつ、基本的にはこれと同様の基準により判断されることになるだろう<sup>(65)</sup>。

### (c) 具体的問題点

以上より、国内における外国政府等の財産に対する執行に関する抵触法(国際民事手続法)上の法規範の内容が確定されたと考える。以下では、この問題に

関する具体的問題点について若干言及したい。

まず、混合口座の取扱いについてである。混合口座とは、公権的活動と私的活動との双方に供されることを目的とした外国政府等が保有する預金口座のことだが、これに対する執行の適否につき、各国の立場は現時点では分かれている<sup>(66)</sup>。前述の私見からは、金銭債権が我が国において国有財産でない以上は<sup>(67)</sup>、外国大使館の場合も含め外国の混合口座に対する日本での執行は常に可能ということになるだろう。尚、諸外国の裁判例・学説においては、外国大使館の保有する混合口座について特別視する立場もあるが、国際法上はともかく、国内抵触法（国際民事手続法）上大使館と外国自身の場合とを区別して考える必要はないように思われる。

次に、公的機関の財産の取扱いについてである。我が国裁判所がある財産に対し執行を行うべきか否かの基準となるのは、前述したように、対象財産に融通性があるか否かである。すなわち、対象財産が「国の事業又は国の企業の用に供するか否か」が基準なのであり、どの主体が対象財産を有しているかは、対象財産の性質を判断する際の一要素とはなるが、決定的な基準とはならないと考えられる。例えば、ある公的企業が公的活動と商業的活動を同時に行うようなものであった場合に、対象財産が執行可能であるか否かは、当該財産がいかなる目的に供されるかにより個別具体的に決定されることになるのではないだろうか<sup>(68)</sup>。

尚、外国自体を被告とした給付判決に基づき、公的企業の財産に対し執行することが出来るかという点については、その法人格の独立性の判断を設立国法に委ねようという考えもあるだろうが、この点が我が国の民事執行及び当事者の執行を受ける権利の制限に直接関わる問題であることから、我が国抵触法（国際民事手続法）で直接規律すべき問題であると考え<sup>(69)</sup>。具体的には、国有財産法3条2項4号の「国の企業」を定める政令を参照しながら、問題となる外国企業の機能により、個別に決定することになるだろう。そして、我が国から観て「国の企業」と同視し得る外国の公的企業の財産については、手続法上は当該外国自体の財産と同視され、外国自体を被告とした判決に基づいた執行が認められることになるだろう<sup>(70)</sup>。



第三に、融通性があり執行可能とされた対象財産が「外国」に帰属しているか否かが問題となった場合については、法例10条等通常の外国法適用制度に依る<sup>(71)</sup>。

第四に、「執行」の意味することについてである。この問題における「執行」の概念は、各国毎にそれぞれ異なるが、内国手続法制度との整合性から抵触法(国際民事手続法)上の法規範を導く私見からは、この問題に特有の「執行」という概念は必ずしも決定する必要がないことになる。すなわちここでいう「執行」としては、日本政府に対して我が国民民事手続法が行うことが可能な全ての方法が含まれるだろう。但し、日本政府に対する「執行」としては、郵便局にある現金や省庁事務室のロッカーや机等に対する差押といった直接強制の例しかないようである<sup>(72)</sup>。このような現状で「執行」の具体的な範囲を述べるのは困難だが、私人の権利実現の為の民事執行の利用を制限する特別法規が存在しない以上、仮差押や間接強制など、通常の私人間手続において利用出来る全ての手段が利用可能であると解するべきだろう。

尚、国内の場合と国際の場合とを比較する際に生じる唯一の相違は、外国判決執行の局面であろう。すなわち、外国で第三国に対する給付判決が下され、当該判決に基づいた執行判決請求訴訟が我が国で提起されるような場合である。だが、外国判決の執行判決は強制執行の前段階でありそれ自体はここで言う「執行」には当たらないと考える<sup>(73)</sup>。従って、執行判決請求訴訟の段階において敗訴した第三国がこの問題を争うことは出来ず、対象財産への執行可能性の問題については、請求異議の訴えなどの中において主張されるべきであろう。

最後に、「免除特権の放棄」についてである。外国の保有する財産の用途やその変更に関する当該外国の意思表示は、それが執行手続開始前になされ、且つ明示的に行われる限りにおいて、我が国でも承認されるべきだろう。そのような意思表示は「国家行為」であり、外国国家行為承認制度の中でその承認が考えられることになる。従来「免除特権の放棄」という形で議論されてきた点は、理論的にはこの外国国家行為承認の問題に吸収されることになるだろう。

## おわりに

以上、外国政府等に対する公権力行使につき、国内に所在する外国政府等の財産への執行という問題を中心に考察した。この問題は、主権免除の問題として国際法上議論されるだけでなく、抵触法（国際民事手続法）上も検討されるべきであり、その際には、他の隣接分野に関する法規範や、国内法体系との整合性を有する法規範を抵触法（国際民事手続法）上確定すべきであるというのが私見であり、外国政府等に対する裁判に関しては、請求の基礎となる権利義務関係の公権力性の度合い（それが「民事的」ないし「私法的」と言えるか否か）が裁判遂行の基準となり、他方、外国政府等の財産に対する執行に関しては、外国「国有」財産に金銭債権を含めないとしつつ、対象財産に対する執行可能性を、我が国の財産に対する執行に関する国有財産法上の議論を参照しながらこれと同様の基準即ち融通性があるか否かに基づいて決定すべきであるというのが、ここでの結論である。このような結論自体は、例えば執行について言えば、預金口座等の金銭債権に対しては常に執行が可能であるという点を除けば、対象財産の用途により執行可能性を考えようとする従来議論とそれ程異なるものではない。何故なら、融通性の有無は、基本的には対象財産が公の用に供されるか否かという点に基づいて判断されるからである。しかしながら、本稿で採用した、国内の法律問題に関する法規範の規範構造から国際的な法律問題に関する法規範を類推するという方法は、民事手続法に限らず租税法や刑法等他の強行的適用法規の国際的場面での適用を考える際にも有用であり、その意味で、ここでの検討も一定の意義を有していたのではないかと考える。

より直接的には、ここでの検討は、前述したように外国人が日本政府を被告とした場合にも同様に当てはまるように思われるが、それだけでなく、さらに進んで、国際倒産に関しても、一定の示唆を与えると思われる。すなわち、従来国内倒産に参加し満足を得る外国国家の日本国内での「執行」が、国際法上の執行管轄権の属地的制約との関係で問題視されていたが<sup>(74)</sup>、この点についても、請求の基礎となった債権が「民事的」である場合には、倒産手続に外国国家が参加すること自体は特に問題とならないように思われる。尚、国際法上は、

当該外国が「民事的」債権を日本国内で満足させることにつき、日本が自国の主権を一部放棄したと説明すればいいのではないだろうか。

尚、抵触法上の「執行」と「裁判」との関係につき、私見では特に問題とならなかったが、差止命令や間接強制等の所謂権利制限的国家行為が、その「抽象性」の高さ故に「立法」と同視しうるものであることを考えると<sup>(75)</sup>、「立法」「裁判」「執行」の三つを区別することなく連続的に捉え、同一の概念の中で国家管轄権の問題について統一的且つ整合的な解釈を示す方が、三者の線引の基準設定についての不毛な労力をなくすという意味で、抵触法上将来的にはより建設的であるように思われる。

最後に、本稿では検討することが出来なかったが、抵触法上の「国」とは何かという問題は、法例などの外国法適用制度、外国判決の承認をその中心とした外国国家承認制度、そして本稿が対象とした国家管轄権理論のいずれの分野にも深く関わる問題である。この点については今後の検討課題としたい<sup>(76)</sup>。

- (1) 例えば、太寿堂鼎「主権免除をめぐる最近の動向」京大法学論叢 94 巻 5・6 号 (1974 年) 152 頁以下、同「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』(1982 年) 45 頁以下、広瀬善男「国際法上の主権免除の現況－問題点の検討と若干の提言」明治学院論叢 343 号〈法学研究 29 号〉(1983 年) 19 頁以下、山本草二『国際法 (新版・補訂)』(1997 年) 249 頁以下、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』(1987 年) 147 頁以下、猪俣弘司「特権免除・国家免除と日本の国家実行」村瀬信也＝奥脇直也『山本草二先生古稀記念・国家管轄権－国際法と国内法』(1998 年) 287 頁以下等。
- (2) その一端は、拙稿「国内に所在する外国国家財産に対する執行について」金沢法学 43 巻 2 号 (2000 年) 133 頁以下において示した。
- (3) 例外として、山内惟介「外国中央銀行と執行免除－西ドイツ法・スイス法を中心として」国際法外交雑誌 86 巻 2 号 (1987 年) 125 頁以下、岩沢雄司「外国国家・国有企業との国際取引上の問題点」総合開発研究機構編『企業の多国籍化と法・多国籍企業と国際取引』(1987 年) 273 頁以下。
- (4) 尚、信森毅博「中央銀行からみた主権免除法制整備の必要性」NBL 753 号 (2003 年) 16 頁、28 頁は、主権免除法制一般に関する具体的な基準作りの遅れにつき、「国際法と民事訴訟法が交錯する特異な分野であることも検討が進まないことに影

響を与えているのであろう」とする。

- (5) 尚、外国国家に対する公権力行使としては、立法管轄権の行使、すなわち、自国法の外国国家への適用の問題も考えられる。例えば、外国国家の私的活動が我が国と密接な関連を有している場合に、これに独占禁止法等による規制をかけることの可否という問題が想定出来よう。しかし、我が国において議論がなされているとは言い難く、この点についての検討は他日を期したい。
- (6) 尚、本稿は、2002年5月13日に開催された国際私法学会第106回大会において筆者が行った報告、「外国政府等に対する我が国国家機関の公権力行使—『主権免除』再考」を基にしている。元々同報告は、拙稿・前掲注(2)を基にしたものであり、今回の執筆に当たっては、拙稿脱稿後の議論をフォローすると共に、外国政府等に対する民事裁判に関して加筆することとした。
- (7) 岩沢雄司「外国国家及び国際機関の裁判権免除」高桑昭＝道垣内正人編『新・裁判実務大系三 国際民事訴訟法（財産法関係）』（2002年）15頁、高桑・前掲注(1)154頁以下、太寿堂・前掲注(1)講座47頁以下、広部和也『裁判免除と執行免除』澤木敬郎＝畑場準一編『国際私法の争点（新版）』（1996年）220頁等。但し、水島朋則「不法行為訴訟における国際法上の外国国家免除(一)」法学論叢（2001年）121頁は、「そもそも『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』と言えるかは相当疑わしく、むしろ否定的に解すべきであろう」として、従来の「絶対免除主義から制限免除主義へ」という図式に疑問を示す。
- (8) Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (5th ed. 1998), at 330-331.
- (9) *Ibid.*, at 331.
- (10) 高桑昭・判例評釈・民商法雑誌127巻6号（2003年）871頁、Peter D. Trooboff, “Foreign State Immunity: Emerging Consensus on Principles”, *Recueil des cours*, tome 200 (1986-V), at 271-274.
- (11) 岩沢・前掲注(7)16頁、山本・前掲注(1)260頁以下。また、中谷和弘「国際法の観点から見た主権免除 国際法委員会の最近の動向を参考にして」法律時報72巻3号（2000年）35頁も、「免除の範囲を定めることは、今日なお基本的には各国の裁量事項（国内管轄事項）であると考えられる」としている。尚、近時、水島朋則「不法行為訴訟における国際法上の外国国家免除(一)・完」法学論叢152巻3号（2002年）113頁、118頁は、不法行為訴訟に関し、主権・非主権行為を区別する義務が国際法規則として存在していないとし、また、同上122頁以下は、「『少なくとも主権行為に関する限りその種の不法行為訴訟〔法廷地国内での人的・物的損害に基づく不法行為訴訟—筆者注〕において外国国家に免除を与えなければならない』とい

う規則を支える実行が、皆無とは言えなくとも、慣習国際法の成立を認めるほど十分な程度には存在して」おらず、「むしろそのような規則の存在を否定する実行（あるいは潜在の実行）のほうが、普遍的とまでは言えないとしても、多いとは言えるであろう」とし、「その種の不法行為訴訟において外国国家免除を否定することは、たとえ外国国家の主権行為が関わる場合でも、国際法に違反するものではないと言えることができる」とし、不法行為に関し各国に主権免除義務を課す国際慣習法の存在を否定しており、注目される。薬師寺公夫・判例解説・ジュリスト 1246号（平成14年度重要判例解説）（2003年）259頁も同旨。但し、この点に関する我が国裁判所の国際慣習法についての認識は、これとは異なっていることにつき、後掲最高裁平成14年4月12日第2小法廷判決参照。

- (12) 民集7巻12号1128頁。
- (13) 岩沢・前掲注(7)17頁。裁判例として、青森地裁昭和31年2月14日決定労民集7巻1128頁、福岡高裁昭和31年3月15日下民集7巻3号629頁、東京地裁昭和32年3月16日決定労民集8巻2号243頁、東京地裁昭和32年4月20日労民集8巻2号255頁、横浜地裁昭和35年5月19日決定労民集11巻3号527頁、東京地裁昭和35年9月19日下民集11巻9号1931頁。
- (14) 判例時報1740号54頁。
- (15) 但し、控訴審判決である東京高判平成14年3月29日判決集未登載では、大審院昭和3年12月28日決定が引用され、絶対免除主義が採用されている。尚、同判決は、外国国家から独立した公法人に対する主権免除について初めて言及した判決としても注目される。すなわち、同判決は、「当該外国国家の国内法における当該外国国家とは独立した法主体である法人については、たとえ、それが公法人であっても、当該外国国家と同等の主権免除特権を原則として有するものではない」とし、被告・控訴人であるナウル共和国金融公社につき、「あくまで控訴人共和国〔被告であるナウル共和国―筆者注〕とは別個独立の法主体であって、金融及び投資の業務を行うという目的の追求及び達成のために必要又は適当なすべてのことを行う権限と権利を有し…、その名において原告又は被告となることが認められていること…などに照らすと、…控訴人共和国との間に主として財務に関する密接な関係があるとしても、控訴人共和国の国家機構に当たらないものであることは明らかであるから、控訴人公社は、控訴人共和国の一部門として控訴人共和国と同等の主権免除特権を有するとの控訴人公社の主張は、採用することができない」とした。また、同判決は、「当該外国国家と当該公法人との国内法における法律関係と関係する他国との法律関係とに基づき、例外的に、当該公法人が他国に対し当該外国国家の主権免除特権に由来する司法上の免責特権を有する場合においても、その特権を他国に対し

放棄する旨の意思表示をする方式は、当該外国国家がその主権免除特権を他国に対し放棄する旨の意思表示につき要する方式と常に同一とまで解されないのであって、当該公法人が他国の国民等の私人との間においてそのような司法上の免責特権を放棄する合意があるときは、それがその他国に対し直接表示されていないとしても、それゆえに無効となるものとは解されないというべきである」とし、ナウル共和国に関する場合と異なり、債券の券面上に表示された免除特権の放棄の意思表示の効力をナウル共和国金融公社に関しては認めた。公法人が国家から独立しているか否かの判断を当該外国国家の国内法に委ねているように見受けられる点、また、その理由は不明確ながら、公法人についても例外的に主権免除が付与される場合があることを認めた点、さらに、公法人における免除特権放棄の方式については、外国国家の場合と異なり一般的な表示で十分であることを示した点等、外国中央銀行等外国公法人の取り扱いを考える上で十分検討すべき重要な判決である。

(16) 判例時報 1665 号 64 頁。

(17) 民集 56 卷 4 号 729 頁。

(18) 本判決が「絶対主義を改めたともみられる」とするものとして、長谷川俊明・判例解説・国際商事法務 30 卷 9 号 (2002 年) 1317 頁。また、広部和也・判例解説・法学教室 269 号 (2003 年) 165 頁も、「従来とは異なる判断に基づいている」とする。尚、本判決以前に本判決同様外国の「公法的行為」に関する民事訴訟を各国に禁ずる義務的国际慣習法規範の存在を示唆した東京高裁平成 12 年 12 月 19 日判決金融・商事判例 1124 号 36 頁が、その傍論において、国内立法による制限免除主義の採用の可能性を示唆していることから、外国の非主権的行為に係る訴訟については何らかの義務を各国に課す国際慣習法がないことを黙示的に示したと解されることにつき、拙稿・判例評釈・ジュリスト 1231 号 (2002 年) 197 頁。

(19) 同旨、高桑・前掲注(10) 874 頁。理由は異なるものの、この判決を「制限免除主義の立場にたつてその論理を展開しているわけではな」く、寧ろ「制限免除主義との距離が感じられる」と位置付けるものとして、横田守弘・判例解説・法学セミナー 571 号 (2002 年) 107 頁。尚、広部・同上 165 頁は、主権的行為以外につき本判決が論じていない等の「問題点はあるものの、実質的には、絶対免除主義をとる大審院判例を変更する姿勢を示しており、制限免除主義への途を開いたと言えるであろう」と微妙な表現を用いている。

(20) 高桑・同上、872、874 頁。小寺彰「国際法判例の動き」ジュリスト 1246 号 (平成 14 年度重要判例解説 (2003 年) 254 頁。広部・同上 165 頁も、結論が同じであることを前提にしているように見受けられる。

(21) 拙稿・判例評釈・法学協会雑誌 120 卷 5 号 (2003 年) 1069 頁以下。

- ㉓ 尚、前掲東京高裁平成12年12月19日判決が、「絶対的免除主義」と「制限的免除主義」のいずれを採用するのかといった一般論に止まるのではなく、国際慣習法が我が国の裁判権行使を禁止する事項の範囲を示した上で、それ以外の事項に関する民事訴訟の適否について国内抵触法（国際民事手続法）上議論する余地を認めたものと位置付けられることにつき、拙稿・前掲注⑧197頁以下。
- ㉔ 拙稿・同上、小林秀之「国際法と国際民事訴訟法の交錯－総論」法律時報72巻3号（2000年）4頁以下、村上正子「主権免除について」法律時報72巻3号（2000年）15頁以下。
- ㉕ 拙稿・同上、信森・前掲注④28頁。
- ㉖ 同判決が、判断基準について「活動の目的」と「行為の性質」のいずれを採用するのかについて判断を避けたのも、この文脈からは、判断基準につき国際慣習法が成立していない点を敢えて示すものとして捉えることが或いは出来るかも知れない。但し、軍隊による靴の購入契約同様、私人による行為と同視出来るかをメルクマールとする所謂行為性質説の立場（それについては、例えば、太寿堂・前掲注①52頁以下）からは、航空機の離発着による騒音公害は、業務管理的行為とされる余地があり（そのように主張するものとして、榎本信行＝加藤健次「基地騒音公害と外国政府の責任－横田基地騒音訴訟を中心に」淡路剛久＝寺西俊一編『公害環境法理論の新たな展開』（1997年）250頁以下。但し、執筆者は当該事案の原告代理人である）、その意味では、両者に言及しつつ軍用機の離発着は主権的行為であることが明らかであるとした同判決は、若干不用意だったのではないかとも思われる（この点に関する判示が簡単であることを指摘するものとして、横田・前掲注⑨107頁）。尚、同判決を逆に「わが国裁判所では主権免除の問題が引き続き国際慣習法に依拠して決定されることを示唆」したものと位置づけるものとして、薬師寺・前掲注⑩259頁。
- ㉗ 但し、水島・前掲注⑪118頁、122頁以下。
- ㉘ 尚、同判決後に下された下級審裁判例として、東京地裁八王子支部平成15年5月23日判決判例集未登載がある。ワールドカップ世界大会に出場来日したセネガルチームのサポーター用のTシャツやユニフォーム等衣料品製作の委託契約につき、契約の相手方であるセネガル共和国に対し日本の有限会社から未払い代金の支払いが請求された事例において、裁判所は、被告が口頭弁論期日に出頭せず準備書面を提出しないことから、請求原因事実を自白したものとみなし、原告の請求を認めた。欠席判決とはいえ、外国国家の非主権的行為に対し我が国が裁判権を行使した事例として注目されるが、被告が出頭していないことのみを本判決が理由として挙げ、所謂主権免除の問題を意識していないように見受けられる点が気にかかる。

- ㉞ 尚、ここで提唱される判断枠組が国際法上のものなのか国内抵触法上のものなのかについては明らかではない。但し、この判断基準が仮に国際法上提唱されたもののだとしても、我が国が国内法上これを国家実行として採用することを否定することにはならない筈であるから、これを国内法の解釈として考えることも可能であろう。
- ㉟ 広瀬・前掲注(1) 59 頁以下。
- ㊱ 村上・前掲注(3) 15 頁以下。但し、この見解では、国際裁判管轄に関する現在の議論が民事訴訟法における国内土地管轄規定に依拠する点が見落とされているように思われる。その他、同様に、「外国国家等の保護（政策目的の達成）」という利益と「外国国家等を相手として提訴しようとする者の『裁判を受ける権利』』という利益を考量する必要性等から制限免除主義の具体化を図ることを提唱するものとして、信森・前掲注(4) 25 頁。
- ㊲ この点については、後述の外国財産に対する執行においてさらに立ち入った検討を加える。
- ㊳ 斎藤秀夫＝小室直人他編『注解民法〔第2版〕(1)』（1994年）112頁（斎藤秀夫執筆）。
- ㊴ 大阪高裁昭和57年4月14日判決判例時報1053号115頁は、「国内裁判所は、国内における法律上の紛争、とりわけ私的な法律上の紛争をどのように合理的に解決すべきかという見地から判断をするのが建て前であり、このことは国内裁判所が私的な涉外関係上の紛争を判断の対象とする場合にも同様である」とする。
- ㊵ 尚、このような基準は、外国人が日本政府に対し民事訴訟を行う場合にも当てはまろう。拙稿「国境を越える不法行為への対応」ジュリスト1232号（2002年）131頁。また、外国政府等が原告である場合にも当てはまると思われる。この点に関する従来の裁判例は、外国が原告となることで免除特権を進んで放棄したという理由付けを用いているが、租税債権に基づく外国当局の請求が我が国の民事訴訟で認められないとされているように、矢張り対象となる紛争の公権力性の度合いが問題となるのではないだろうか。外国国家による主権的請求を主権免除の場合と整合的に捉え、国際裁判管轄の欠如にその拒絶の根拠を求める注目すべき論稿として、中野俊一郎「外国国家による主権的請求と国際裁判管轄権」神戸法学年報10号（1994年）121頁、特に132頁以下。尚、同上・129頁では、「外国地方公共団体による租税請求のような外国での公法的請求」と、「外国特許権のように領域的制限を伴う保護権の侵害に基づく請求」とを抵触法上同様に扱う立場が紹介されており、カードリーダー事件に代表される近時の外国特許権侵害に基づく請求を考える意味で興味深い。尚、両者を同様に捉える拙稿「電子商取引と各国法の抵触—解釈論的検討を中心に」中里実＝石黒一憲編『電子社会と法システム』（2002年）332頁も参照。ま



た、カードリーダー事件に関する最高裁判決については、拙稿・判例評釈・法学協会雑誌120巻11号(2003年)2299頁参照。

- 35) 尚、拙稿・前掲注②1071頁以下においては、最判平成14年4月12日の判断を従来の我が国を被告とした場合の判断との整合性という観点から検討している。このように、請求の相手方が誰かという「主体」ではなく、請求の基礎となる権利義務関係という「法律関係」に着目することは、外国中央銀行等国家から独立した外国公法人、さらには外国私法人の場合についても、この問題を同様の判断枠組により処理することを可能にするだろう。因みに、外国中央銀行について言うならば、公定歩合操作等の金融政策については、日本銀行を被告とした国内事案において不法行為法を適用した事例もありその公権力性の判断は微妙だが、少なくとも銀行券発行、信用秩序維持の為の信用供与、また考査等の行為は「公的」ないし「主権的」な行為として良いのではなかろうか。尚、日本銀行の業務の法的性格をめぐる議論につき、塩野宏監修日本銀行金融研究所「公法的観点からみた中央銀行についての研究会」編『日本銀行の法的性格—新日銀法を踏まえて—』(2001年・弘文堂)6頁以下参照。
- 36) この問題を扱った多国間条約としては、1926年のブリュッセル国有船舶免除条約、1958年の領海条約、1994年発効の国連海洋法条約、また、ヨーロッパ国家免除条約などが挙げられるが、いずれもその対象や地域が限定されている。尚、ヨーロッパ条約が一般国際法の法典化を目指したものではない点から、この問題に関する国際慣習法が存在するものとしてのこの条約の価値が限定的である点につき、J. Crawford, *Execution of Judgments and Foreign Sovereign Immunity*, 75 *The American Journal of International Law* (1981), at 822-823. また、国際連合国際法委員会が1991年に採択した国家免除条約草案(尚、この草案については、広部和也「国家免除条約草案の意義と問題点」国際法外交雑誌94巻1号(1995年)1頁以下参照。)は、未だ草案の段階に止まる。
- 37) *Ibid.*, 824ff.
- 38) 猪俣・前掲注(1)299頁。
- 39) 拙稿・前掲注(2)153頁以下。
- 40) 拙稿・同上160頁以下。
- 41) 村瀬信也「現代国際法における法源論の動揺—国際立法論の前提的考察として—」立教法学25号(1985年)81頁以下。
- 42) 広部・前掲注(7)221頁。
- 43) Leben, "Les fondements de la conception restrictive de l'immunité d'exécution des Etats", in : *L'immunité d'exécution de l'États étrangers* (Paris, Montchrestien, 1990),

at 20; 広瀬・前掲注(1) 39 頁。この点につき、近時公表された、Hazel Fox QC, *The Law of State Immunity* (2002), at 399 は、公的目的に使用される外国国家財産は差押及び執行から免除され、商業的目的に使用されるか使用されることを意図された外国国家財産は差し押さえ及び執行に服するというルールについて、1990 年代迄に主要な管轄地において一般的な同意が存在したようであるとするが、固より一般的なものに止まる。

④④ 労民集 33 卷 3 号 472 頁。

④⑤ 労民集 34 卷 5・6 号 922 頁。

④⑥ 以上、広瀬・前掲注(1) 59 頁以下。尚、同教授は、「国内訴訟上の通常の強制手続においても、特定の有体物や債権（我が国の民法 570 条及び 618 条参照）など、債務者の最低限の日常生活に関係のある財産や特殊の職業上の必需品などについては差押禁止の対象としており、同じ趣旨から、国際法上で『外交機能の保護』という国際社会の特別の利益要請の下で、強制執行や差押えについては管轄権とは違う意味での免除を要求しうるのも当然であると思われる」（広瀬・同上 26 頁）とし、必ずしも「裁判」と「執行」の場合での扱いを同視するわけではないが、「外交その他の重要な国家主権活動と関係のない外国国家財産に対しては強制執行も可能」であるとして、「通常の司法手続上の管轄権はこれを肯定し強制執行のみを免除する場合としては、…訴訟目的が外国の主権活動を阻害する性質のもの以外の訴訟についてアド・ホックにのみ認めべきものとなろう（一般的且つ当然には認めない）」（広瀬・同上 63 頁）として、両者をなるべく整合的に扱おうとしている。両者がずれる例として、「途上国における外国所有鉄道に対する訴訟では、金銭債権については裁判権も強制執行権も肯定されるが、しかし鉄道そのものの差押えについては、右鉄道が公共輸送用として不可欠の場合にかぎって、当該外国政府の要求に基づき、または法廷地の法務大臣等の行政府に強制執行停止の申立権限を与えることが考えられて良いであろう」とされている。広瀬・同上。

④⑦ 以上、山内・前掲注(3) 23 頁以下。

④⑧ ある国家行為の性質や合法性の判断を準拠法選択のアプローチにより当該外国法により判断することに対する疑問については、拙稿「外国国有化・収用措置の我が国における効果」法学協会雑誌 113 卷 2 号（1996 年）320 頁以下。

④⑨ 例えば、櫻田嘉章・判例評釈・民商法雑誌 78 卷 6 号（1978 年）854 頁、西谷祐子・判例評釈・判例タイムズ 977 号（1998 年）30 頁等。この点につき、多喜寛『国際私法の基本的課題』（1999 年）47 頁以下は、「比較的安易に法規の欠缺を認めて条理に訴えるという基本姿勢」（同上・52 頁）が我が国の学説に存在することを指摘している。

- 50) 例えば, 拙稿・判例評釈・法学協会雑誌 117 巻 9 号 (2000 年) 301 頁, 同・判例評釈・法学協会雑誌 115 巻 5 号 (1998 年) 125 頁参照。
- 51) 以下の方法は, 「市民社会に成立する諸秩序が……多数の制定法を伴いつつ形成している全体としての法……を尺度とし, これに照らして必要と考えられる規律」(多喜・前掲注(4) 49 頁) を出来る限り探求すべきであり, 安易に法の欠缺を認めない, という法解釈の方法に関する筆者の一定の態度に基づいている。その背景には, 条理の背後にあると思われる(多喜・同上 63 頁), 「自由法論の立場から, もっと積極的に法の欠缺を認め, 裁判所による法創造を期待すべきではなからうか」(澤木敬郎「国際私法における利益衡量」澤木=妖場編・前掲注(7) 32 頁という考え方に対する不信がある。
- 52) 例えば, 国内事件に関する我が国租税法上の規範構造から, 所謂涉外事件に関する抵触法上の「絶対的強行法規」の介入の構造を明確にしようとする, 石黒一憲「国際的「税務否認」の抵触法的構造—国際金融取引と国際課税との相剋?」貿易と関税 2000 年 3 月号 58 頁が, そのような試みとして, 注目されるべきであろう。尤も, 67 頁から 70 頁までの同教授の具体的立論については疑問がある(国内事件と涉外事件との平等的取扱いから「日本私法」の適用が導かれるが, そのような平等的取扱いは「日本私法」ではなく, 「準拠実体私法」というレベルにおいても実現されると言い得るのではなからうか)。
- 53) 懲罰的損害賠償や養育費の給与天引制度に基づいた外国判決が民訴法 118 条にいう「判決」に該当するかという問題につき, 拙稿・判例評釈・判例評論 475 号 (1998 年) 37 頁, 同・判例評釈・ジュリスト 1153 号 (1999 年) 134 頁, 同・判例評釈・ジュリスト平成 10 年度重要判例解説 (1999 年) 300 頁参照。
- 54) Pamboukis, *L'acte public étranger en droit international privé* (1993), 7ff.
- 55) 雄川一郎「日本の国家責任法」ジュリスト 305 号 (1964 年) 27 頁, 田中二郎『行政法中巻』(1955 年) 425 頁。
- 56) 中野貞一郎「国に対する強制執行」判例タイムズ 466 号 (1982 年) 9 頁, 古崎慶長「民訴法と国家賠償法との交錯に関する二, 三の問題」法曹時報 20 巻 3 号 (1968 年) 66 頁, 村重慶一編『裁判実務体系 18 巻国家賠償訴訟法』(1987 年) 246 頁(須藤典明執筆) 等。
- 57) 国有財産法 3 条 2 項, 18 条。
- 58) 同法 3 条 3 項, 20 条。
- 59) 中野・前掲注(5) 11 頁, 村重慶一「国家賠償法」鈴木忠一=三ヶ月章編『実務民事訴訟講座 10』(1970 年) 338 頁。
- 60) 例えば, 行政財産に対する差押は「当然差押禁止とは解されないが, 公益上の観

点から、少なくとも妥当ではない」とするのは、鈴木忠一＝三ヶ月章編『注解民事執行法(4)』(1985年)210頁(小倉顕執筆)。また、現実に一定の行政目的達成のために利用され、もしくは一定の行政目的の達成のために国が保有しているのも、原則として強制執行の対象とはなり得ないとすべきであるとするものとして、須藤・前掲注(60)249頁がある。

(61) 国有財産法2条。

(62) 「純粋な国内事件」と「涉外事件」との間の「平等」な取り扱いの抵触法上の要請につき、石黒・前掲注(62)70頁。

(63) 尚、拙稿・前掲注(2)179頁及び208頁注291、292参照。

(64) 尚、租税法に関して、法廷地絶対的強行法規が前提となる判断を実体私法に委ねている場合を想定しつつも、ここでの議論と同様の観点から、「法廷地国租税法固有の重要な政策目的の実現」のため、日本民法が国際的租税否認に関する抵触法規範に組み込まれるとする、石黒・前掲注(62)も参照せよ。この「実体私法」部分が国有財産法という法廷地「強行的適用法規」であった場合がここでの問題であり、少なくとも法廷地実体私法の適用の場合に比べれば、無理がなからう。

(65) この問題が「外国」財産の「内国」財産への同視という問題と考える私見の立場からは、この点は外国「判決」の承認の場合と同様に、職権で判断されるべきことになる。また、同様の視点からは、外国判決に関する自動的承認制度の際の議論と同様に(例えば、拙稿・判例評釈・ジュリスト1098号(1996年)144頁、同・判例評釈・ジュリスト1105号(1997年)153頁)、これらの判断は執行手続開始時点になされるべきことにならう。

(66) 拙稿・前掲注(2)136頁以下参照。

(67) 国有財産法2条。

(68) この点、拙稿・前掲注(2)180頁の記述が不明確であったので付け加える。

(69) 外国「判決」の定義を我が国抵触法(国際民事手続法)が主体的に決定するのと同様である。

(70) 尚、中央銀行については、国内中央銀行に対して特別な保護が与えられている場合にはこれを区別する理由もあろうが、筆者の見た限りにおいて、そのような特別な保護は与えられていなかった(日銀法にも特にそのような保護規定はない)。従って、他の公的機関と同様に、対象財産に融通性のない場合のみその財産が保護されることにならう。

(71) 中央銀行がカストディアンとして保管する証券等の資産については、例えば、石黒一憲他『国際金融倒産』(1995年)370頁以下(石黒一憲執筆)参照。尚、国有化・収用された企業の財産の帰属については、拙稿・前掲注(48)224頁。

72) 須藤・前掲注60 250頁以下。

73) P. Thery, "Judex Gladii (des juges et de la contrainte en territoire français)", *Mélanges Roger Perrot*, Dalloz, 1996, at 481. また, ある国を被告とした外国判決の承認に関しては, 民訴法 118 条 1 号要件において被告となった第三国に対する判決国の裁判の可否(その際の原因となる法律関係の性質の調査確定は実質再審査禁止の原則には当たらない)が判断されるのみであり, 通常外国判決承認制度において, 原因となった請求権と日本との密接関連性を要求していないことを考えれば, それで十分であろう。尚, 仮差押については, ここで問題とする対象財産に対する差押可能性の問題の他, 当該事案につき我が国裁判所が国際裁判管轄を有しているか否かは別途判断されるのは言うまでもない(従って, ここでも密接関連性の要件は必要なかろう)。

74) 石黒一憲『国際民事訴訟法』(1996年)290頁。

75) 尚, 資産凍結措置という権利制限的国家行為の抵触法上の位置づけにつき, 拙稿「国際預金取引への国家干渉に関する抵触法的考察」金沢法学 40 巻 2 号(1998年)189頁以下。また, 公正取引委員会の行う排除措置の国際的適用範囲の問題が「立法」管轄権の問題であるということにつき, 拙稿・判例評釈・ジュリスト 1177 号(2000年)210頁。

76) この点につき, 多喜・前掲注49 379頁以下は, 「国家や政府の承認は外交的政治的問題であって, 個人の私法的生活関係の規律のために諸国で行われている諸々の法律の中のいずれを適用するのかという国際私法の問題とは関係がない」という通説の立場に対し, 「国際私法に固有な意味での国家(政府), 及びその要件」の必要性に疑問を呈すると共に(同上 387頁, 388頁), 「国際私法に基づいて裁判所が準拠法を具体的に特定するに際しては, 理論的には右の国際法規範[『一定の地域, 一定の人民, 実効的な政府という国家成立の要素』を定めている国際法規範一筆者注]の具体的適用が不可欠の前提になる筈である」とし(同上 386頁), その上で, 国家承認が問題となる事例においては, 「既存の国家による国家(政府)の要件事実の有権的認定という一方的な法的行為が問題となっているのか, それとも単なる外交上の友好的又は敵対的態度の表明という政治的行為が問題になっているのか」(同上 384頁)を見極める必要があるとする(後者は, 「承認概念の濫用」に過ぎず, 国際私法上考慮すべきではないとする)。抵触法における独自概念としての「国」を設定する必要性について, 問題となるのは, 法例 28 条 3 項において, 一定の法域を「本国」とすることが認められている点であろう。だが, 厳密に考えれば「国」と「本国」は切り離して考えることができるのであり, 後者を抵触法独自に決定されるものであるとするのであれば, 「国」という概念の決定につき, 抵触法は国際

[横溝 大]

外国政府等に対する我が国国家機関の公権力行使 205

法に委ねている、ないし、国際法を前提にしているということも可能であろう。その意味で、現段階では、上記見解に共感を覚えるが、更なる検討は他日を期したい。