

# 国際取引法要説

[改訂版]

岩崎一生 著

(C) Kazuo Iwasaki

Japan 2001

## は し が き

本書は、第4版（同文館出版（株）1992年刊行）を、その後の法令や判例などの変化をおりこみ、2000年末を基準に改訂したものです。

前回1999年の改定を機会に、これまで同様の印刷物としてではなく、CD-ROMによる電子出版物としてみました。国際取引法の分野は、とりわけ変化が激しいことに加えて、パソコンがこれだけ普及した今日では、最新の情報を読者に提供するには、印刷物よりもCD-ROMの方がより適しているからです。

国際取引の世界的な拡大に伴い、国際取引に関連する法律問題を取り扱う国際取引法は、その内容が飛躍的に発展しつつありますが、それを読者になじみぶかく理解しやすい日本法を基本にしつつも、グローバルな視点から国際取引法を解明するという本書の初版以来の基本的な姿勢は、今回の改定でも変わっておりません。

CD-ROMによる電子出版物としたことにより変わった点は、同梱のソフト Adobe Reader を活用すれば、本書の内容の検索が簡単にできるようになりました。このため、従来の事項索引、法令索引、判例索引は、必要なくなったので廃止しました。

本書の内容の検索が簡単になったことが、電子出版物としたことによりもたらされた大きな利点の一つであります。読者のみなさまが、Adobe Reader の使い方を理解されて、電子出版物としての本書の利点を十分に活用していただきたいと願っております。

国際取引法は広く、かつ、変化の激しい領域を対象としているため、最善の努力はしたつもりですが、私が見落としや説明が十分でない事項が少なくのではないかと心配しております。お気づきの点については、E-mail で、[contract@anet.ne.jp](mailto:contract@anet.ne.jp) までご連絡くださることを希望しております。

本書の電子出版にあたっては、原稿の整理、編集、ファイルの作成につき、名古屋大学大学院国際開発研究科博士課程の兼安シルビア典子さんに一方ならぬお世話になり深く感謝しています。厚くお礼申し上げます。

2001年3月 名古屋有松の自宅にて

岩 崎 一 生

# 第1章 国際取引法とは何か

---

## 第1節 国際取引と国際取引法

大まかな表現をすれば、国際取引法は、国際取引に関連する各種の法規範の集合体であるということができる。

こうした国際取引法を理解するためには、国際取引の実態とそれに関連する各種の法規範とは表裏の関係にあるので、国際取引の実態を理解しておくことが必要であり、国際取引の実態を知らずに国際取引法を理解することは困難である。

しかし、国際取引の実態を十分に把握し理解することは、それ自体が相当の努力と時間とを要する仕事であるから、国際取引法への入門に際しては、さしあたり国際取引についての基礎知識を説明しておくこととしたい。

### 1.1 国際取引の基礎知識

#### 1.1.1 国際取引の生成発展

##### 古代にも存在した交易

地球上の各種の資源が地域により偏在しており、気象条件や地理的条件をはじめとして、社会的条件も地域により異なっていることは、否定できない事実である。われわれが生活している地球のこの動かし難い事実が、国際取引を必要とし、更にそれを発展させてきた主たる原因であるといえることができる。

自国に産出する産品と、自国には産出しないが他国には産出する産品と交換する交易が、人類の歴史のかなり古い時代から行われてきたことは、漢の武帝の命によって張騫（チワンケン）が中央アジアに派遣された（紀元前139～前126年）ことにより開通したとされるシルクロードの歴史などに見られるところであり、交易は古い形の国際取引の一種である。

このように国際取引の歴史は非常に古いが、国際取引が質、量の両面において、飛躍的な発展を遂げ、現代的な国際取引が出現したのは、1780年代の英国に端を発する産業革命に伴う工業化の動きが、世界的な潮流となった19世紀以降である。

### 工業化がもたらした国際分業と貿易

工業化の潮流の中で、各国が、国民のより豊かで文化的な生活を実現したいとの普遍的で基本的な要求に応えるために採用した方策は、各国が国際的に見て自国で生産することが、他国に比較して効率的であり有利な商品の生産に集中し、自国の必要分を超える部分は他国へ輸出し、他方、自国で生産することが必ずしも有利でない商品については、これを他国から輸入するという、国際的分業とその商品の合理的な配分（貿易）であった。

こうした事情から、国際的な分業による商品の分配のために、物品の国際的な売買（貿易）とそれに付帯する取引が、古典的な国際取引の類型として登場し、1960年代までの世界の国際取引の中心であったといえることができる。

### 貿易中心から貿易 + 直接投資へ：国境なき経済

1970年代以降は、より有利に利潤を実現できる場所を求めて移動する資本の論理と外国の資本であっても自国の経済発展のためにはこれを積極的に受け入れようとする各国の経済政策とがうまくマッチした結果、国境を超えての資金や技術の移動が飛躍的に拡大し<sup>1</sup>、国際取引において直接投資が貿易をしのぐ存在となってきている。そうして、今日の世界の経済の実態は、国境なき経済（border-less economy）へ移行しつつあるといえることができる<sup>2</sup>。

## 1.1.2 古典的国際取引 = 貿易

### C I F 条件による貿易の場合

古典的な国際取引の典型である貿易については、様々な形の取引が存在するが、代表的な国際物品売買取引であるC I F条件による貿易は、通常次のようなステップで展開される<sup>3</sup>。

売主、買主間の交渉を経て物品売買契約の締結

買主とその取引銀行間における信用状（Letter of Credit: L/C）開設契約の締結

<sup>1</sup> 例えば、OECDによると、1973年に250億米ドルであった世界の外国投資合計額が、1996年には、3500億米ドルと14倍に急増している

<sup>2</sup> こうした世界経済の現状を論じた文献は数多いが、法学的見地から論じたものとして、参照、曾野「相互浸透の時代における「国際秩序」の衰退」『北大法学論集』39巻5・6合併号下巻1721頁以下

<sup>3</sup> こうしたステップがよくうかがえる判例の1例として、参照、神戸地裁判決昭和45年4月14日、判例タイムズ288号283頁

買主の取引銀行から売主の取引銀行を經由、売主に対する信用状開設の通知

売主と売買の目的物を輸送する運送人との間の物品運送契約並びに保険者との間の貨物保険契約の締結

売主による目的物の運送人への引渡しと運送人からの船荷証券 ( Bill of Lading: B/L ) 等の 船積書類の受領

売主は買主宛の為替手形と信用状の条件に適合する船積書類を自己の取引銀行へ提供して、売買代金を受領

売主の取引銀行は売主から買い取った為替手形と船積書類を、買主の取引銀行へ売却し、売主へ支払い済の売買代金を回収

買主の取引銀行は、買い取った為替手形と船積書類を買主に売却して、買主より売買代金を回収

買主は運送人に船積書類を提供して、目的物の引渡しを受け、売買の目的を達成する。目的物の滅失や毀損があれば、保険契約に基づき保険者へ求償。

貿易の特徴は、その取引のステップに見られるように、主たる取引である物品売買取引と、付帯する従たる取引である信用状や手形の取り立てについての外国為替取引、運送取引、保険取引の四者が一体となって有効に機能していることである。

### 1.1.3 貿易に付帯する取引

#### (1) 外国為替取引

貿易においては、買主に売主に対して物品の代金を支払うべき義務が生ずるが、この代金支払義務は、外国為替取引を利用して履行される。

外国為替は、貨幣制度を異にする国際間にまたがる資金移動又は代金決済を、現金や金地金を輸送することなく行うために用いられる信用手段を指し、具体的には、為替手形や小切手などの信用証券、書信、電信などの通信手段を利用した支払い指図や取り立て指図を指す<sup>4</sup>。

#### 送金

外国に所在する相手方への送金を希望する者は、日本の外国為替取扱銀行へ円貨を支払い、その銀行が振り出し希望する外貨で表示された小切手(外国為替)を取得し、これを送金先又は支払い先へ送付する。この場合に、小切手を振り出した銀行とその小切手を取得した者との間には手

<sup>4</sup> 詳細について、参照、岡田「国際的支払」沢田ほか『国際取引法講義』（有斐閣）106頁以下

円関係が成立する。また、場合によっては、銀行から小切手を取得する代わりに、その銀行の本支店または取引先銀行（コルレス銀行）に対して、書信又は電信による支払い指図（外国為替）をしてもらうことにより、送金先又は支払い先の銀行口座へ希望する外貨額が振り込まれる。この場合には、送金依頼者と送金依頼を受けた銀行との間には、外国為替契約が成立する<sup>5</sup>。

## 取り立て

外国に所在する相手方からの代金取り立てを希望する者は、相手方に対して振り出した為替手形（外国為替）につき、日本の銀行に対して取り立ての依頼を行い、その銀行は相手方の所在地の自分の本支店又はコルレス銀行に対して、その為替手形を送付し取り立てを依頼する。そして、取り立てられた外貨額は、取り立て依頼先の銀行を経由して、取り立て依頼者の銀行口座に振り込まれる。この場合には、取り立て依頼者と取り立て依頼を受けた銀行との間には、外国為替契約が成立する。

## 信用状：Letter of Credit: L/C

上記の場合に、取り立て依頼者の銀行口座に代金が振り込まれるのは、現実に取り立てが行われた後であるため、その間取り立て依頼者には、取り立ての成功についての不安が残るし、取り立てが不成功の場合には、全ての損失を負担しなければならないという危険が付きまとうので、この不安なり危険が取引を阻害しかねない。

この不安なり危険は、銀行が取り立て依頼を受けるのではなく、その為替手形を買い取ってくれば解消するが、この銀行が危険を負担することになるので、通常、銀行はその為替手形の買い取りは行わない。

そこで、取引を円滑に進めるため、売主が代金回収のために振り出す荷為替を銀行が安心して買い取れるように、買取銀行に対し、買主の依頼により、買主の取引銀行が、荷為替の決済を確約する書面を差入れることが一般的に行われるが、この荷為替の決済を確約する書面が荷為替信用状である。

信用状は、このほかに、銀行が取引先の依頼を受けて、その取引先の支払や契約の履行を保証するために、取引先の債権者や契約相手先に対して信用状を発行することがあり、このように保証状に代えて発行される信用状をスタンバイ信用状<sup>6</sup>（Standby L/C）と称する。

<sup>5</sup> 外国為替契約の一種である通知払式電信送金契約における受託者たる仕向銀行の送金人の名を正確に受取人に通知すべき義務が争われた興味深い事件として、東京地裁判決昭和 51 年 1 月 26 日、海事法研究会誌 15 号 6 頁がある

<sup>6</sup> 岩崎「国際取引におけるスタンバイ信用状」国際商事法務 13 巻 10 号

## (2) 物品運送取引

貿易においては、売買の対象となった物品をある場所から他の場所へ移動(運送)させる必要を生ずるのが通常の例である。

国際取引に伴う物品の運送の手段としては、海上、陸上、航空の3手段が考えられるが、一般的には、船舶による海上運送によって行われることが多い。海上物品運送契約の形態としては、個品運送契約と傭船契約とがある<sup>7</sup>。

### 個品運送契約

個品運送契約の場合、海上運送人は、荷送人(物品売買取引の売主である場合が多い)から物品の運送を引き受け、それらの物品(積荷)を自己の所有する船舶又は船主から傭船した船舶に積み込み目的地へ運送する。荷送人は物品を海上運送人に引渡し、それと引き替えに物品を表章する船荷証券(Bill of Lading: B/L)を取得する。この個品運送契約は、海上運送人があらかじめ定めた航路と時間的な予定に従い、特定の港に寄港する定期船(Liners)による海上物品運送取引に使用される。

### 傭船契約

傭船契約による場合は、目的物が大量であるときに採用されることの多い方法であるが、荷送人が海上運送人より船舶の全部(全部傭船)又は一部(一部傭船)を借りきり、荷送人が借り切ったスペースに船積した目的物を海上運送人が目的地まで運送することになる。この場合に海上運送人と荷送人との間で締結される傭船契約(Charter-party)には、船舶を一定期間傭船する定期傭船契約(Time Charter)、ある航海について船舶の全部又は一部を傭船する航海傭船契約(Voyage Charter)、船舶を賃借する船舶賃貸借契約(Charter by demise/Demise Charter)の三種類がある。

また、傭船契約による海上物品運送の場合にも、荷送人は物品を海上運送人に引渡し、それと引き替えに物品を表章する船荷証券を取得する。傭船契約による海上物品運送に使用される船舶は、傭船契約の規定に従い航海を行うものであるため、あらかじめ定められた航路を定期的に航海する定期船に対して、不定期船(tramps)と称される。

### コンテナ輸送：複合運送

最近の海上運送におけるコンテナ使用の増大に伴い、単一の運送契約の下に複数の運送手段による運送を行うため複数の運送人が関与することになる。例えば、日本から欧州向けの物品を日本

<sup>7</sup> 海上物品運送の詳細については、参照、浜谷『船荷証券と傭船契約』(同文館)；高橋、岩崎『海運事典(改訂増補版)』(同文館)関係項目

海を海上運送した後、シベリア並びに欧州内陸を鉄道運送するシベリア ランド ブリッジといった複合運送（combined transport）の重要性が増加してきている。

複合運送においては、荷送人と荷送人から物品の複数の輸送手段を通じての一貫輸送を引き受けた複合運送人との間において複合運送契約が締結され、荷送人は複合運送人に物品を引き渡して、引き替えに通し船荷証券（through B/L）を取得し、複合運送人が必要とされる各種の輸送手段の手配を行い輸送を実施する。

### （3）保険取引

貿易による物品の輸送に際しては、輸送途中における物品の滅失、破損、盗難などの損害及び輸送手段として使用される船舶、鉄道、自動車、航空機などの受ける損害など、運送取引には危険が伴うことは避け難いところである。

こうした各種の危険に対処するための方策が、損害保険への加入（付保）である。危険を負担しなければならない当事者（被保険者）が、保険者と保険契約を締結して保険料を支払い、その代償として、保険の対象とする危険が現実が発生した場合には、保険者より発生した損害の補償を受けることになる。保険への加入から、損害の補償に至るまでの一連の取引が保険取引とよばれる。

具体的には、海上運送については、貿易の対象である物品についての貨物保険と、輸送手段である船舶についての船舶保険が付保されるのが通常である<sup>8</sup>。

#### 1.1.4 国際投資取引

##### 国際投資取引：短期投資、長期投資

証券の売買や証券の引受けなどにより、国境を超えて債権や債券または株式などの債権を表章する証券の移転が行われる場合を、国際投資取引と称している。

債権や証券に表章される債権の償還期限を基準として、1年未満の場合を短期投資と1年以上または期限の定めのない場合を長期投資とするのが通例である<sup>9</sup>。

外国銀行への預金や外国短期証券の取得などが、短期投資の典型的事例であり、外国会社の株式の取得が長期投資の典型的事例である。

<sup>8</sup> 保険取引の詳細については、参照『新損害保険実務講座』（有斐閣）

<sup>9</sup> OECDの定めている「資本移動の自由化に関する規約」（Code of Liberalization of Capital Movement）によれば、1年未満を短期、1年以上5年未満を中期、5年以上を長期としている



### 長期投資：直接投資、間接投資

長期投資は、投資先への経営参加を目的とする直接投資と、経営参加を目的としない間接投資とに分けることができる。直接投資については、経営参加を目的とする外国会社の株式の取得（企業買収）や合併会社の設立などが、間接投資については、長期貸付や配当の取得や値上りを目的とし経営参加を目的としない外国会社の株式取得などが、その典型的な事例である。

企業買収に多額の資金を必要とする場合についてはシンジケート・ローン、合併会社の設立が大規模な開発事業（例えば、油田や鉱山の開発、石油コンビナートの建設）を目的とする場合についてはプロジェクト・ファイナンスといった国際金融取引が付随することが少なくない。

また、直接投資の対象とする事業に使用する技術に関連して、その技術の売買や賃貸（使用権の設定）のための国際的知的所有権取引が付随して行われることもある。

### シンジケート・ローン

国際的に知名度が高い信用力のある借入先（例えば、外国企業の買収を計画している多国籍企業など）の必要とする相当多額の長期資金につき、国際的に知名度の高い銀行（場合によっては、複数）が幹事銀行となって、貸付の条件を交渉して融資契約を締結した後、その貸付債権の一部を他の複数の銀行（協調融資団）に販売する金融取引が、シンジケート・ローンと称されるものである。

シンジケート・ローンを活用することにより、借入側は、その必要とする相当多額の長期資金を、多数の銀行より分割して借り入れるのに比較すると簡単な交渉と契約で、かつ有利な条件で調達できるという利点がある。他方、融資する銀行側も、信用度の高い借入先に対する確実な長期融資を行うことができ、かつ危険を分散できるという利点があるので、広く利用されているところである。

### プロジェクト・ファイナンス

大規模な開発事業は成功すれば利益の大きい事業であるが、必要とする資金量が多額であるので、個々の事業者だけでは負担が困難であり、金融機関からの資金の借入を必要とすることが少なくない。他方、こうした大規模開発事業の必要とする資金を銀行が融資する場合には、金融機関は相当に有利な融資条件を確保することができるが、建設中の開発事業には融資金額に見合うだけの十分な担保物件がなく、融資金の返済は主として当該開発事業からの利益に依存せざるを得ないなど予想されるリスクも大きい。

従って、大規模な開発事業の必要とする開発資金を融資するについては、各種のリスクを最小限度に押え、融資金の回収を確実にを行うために、事業全体につき担保を設定し、事業の売上金から

優先して融資金の返済を受けることが必要であり、そのためには、融資契約とともにいろいろな事業実施の仕組みが工夫されているところである。

このような融資金回収のために工夫された事業実施の仕組みを伴った開発事業用の多額の長期資金の融資を行う金融取引をプロジェクト・ファイナンスと称している。

### 国際的知的所有権取引

国際的知的所有権取引としては、知的所有権そのものの譲渡を目的とする取引と知的所有権に関する使用权（ライセンス：license）の設定を目的とする取引とに分けられる。

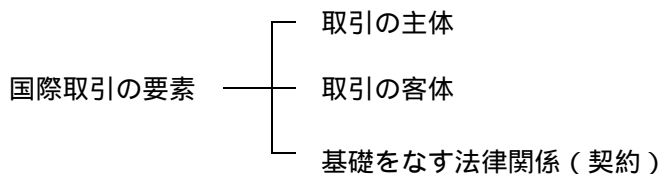
知的所有権の内容が技術に関するものであるときは、知的所有権を譲渡または使用权を設定することにより、その技術が当事者間において移転するところから、技術移転取引と称することもできる。

知的所有権の内容とはなっていないが、工業目的に役立つ技術を完成し、またはこれを実際に適用するために必要な応用技術知識及び資料ということのできる「ノウ・ハウ：Know How」<sup>10</sup>も、国際的な知的所有権取引において知的所有権とともに取引の対象とされることが多い。

## 1.1.5 法的にみた国際取引

### (1) 国際取引の要素

国際取引は、当事者すなわち国際取引の主体、取引の対象すなわち国際取引の客体、取引の基礎をなす法律関係すなわち契約という要素に分解することができる。



### (2) 取引の主体による分類

国際取引の主体（当事者）としては、法的に見ると、次の三つのグループが考えられる。

- 私人：自然人、法人、法人格のない（権利能力なき）団体
- 国家またはその一部：国家、政府機関、国营企業、国有企業
- 国際法人

<sup>10</sup> 「ノウ・ハウ」についての興味深い事件として、参照、東京高裁判決昭和41年9月5日、下民集17巻769頁

取引の主体 / 当事者によって国際取引を分類すると、次の6種類となる。

私人相互間の取引

私人と国家またはその一部との間の取引

国家またはその一部と他の国家またはその一部との間の取引

私人と国際法人間の取引

国際法人と国家またはその一部との間の取引

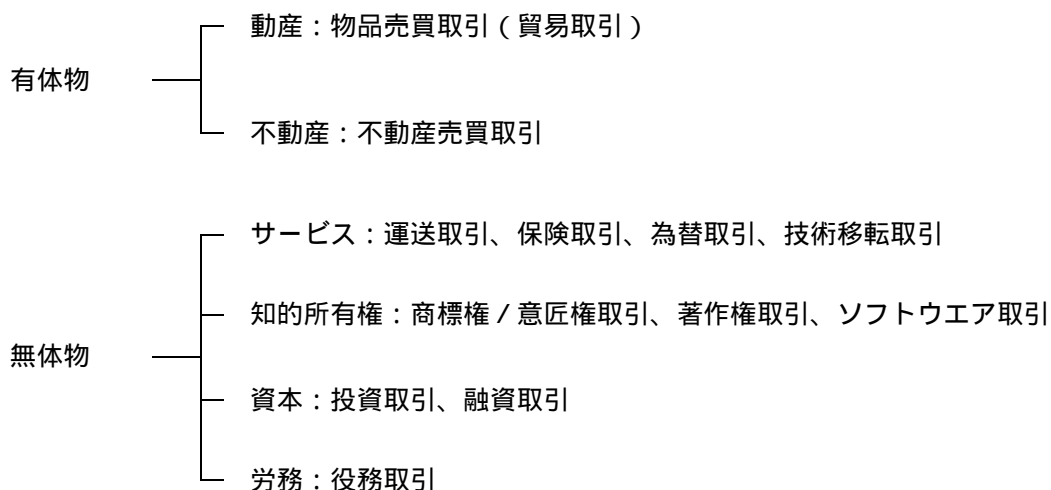
国際法人相互間の取引

現実の国際取引についてみると、主体をなすのは、 のパターンであり、次いで、 のパターンということになり、 ないし のパターンは少ない。

のパターンは、社会主義諸国や発展途上国の関連する国際取引に多く見られるところであり、国家通商とも呼ばれている。この種の国際取引については、後に検討する主権免除の問題が生じる（参照、第2章第4節4.2主権免除）。

### (3) 取引の客体による分類

取引の対象（客体）により、有体物についての国際取引と無対物についての国際取引とに大別され、それぞれ更に次のように細分類することができる。

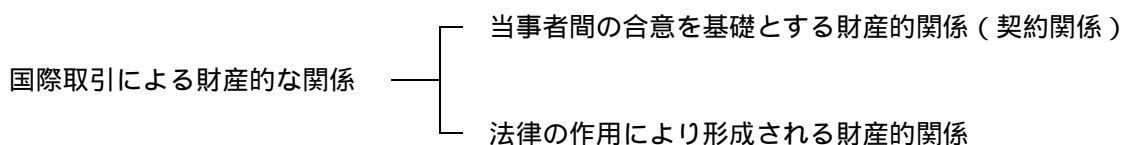


これらの取引のうち中心的な地位を占めるのは、物品売買（貿易）取引と資本取引であるが、最近においては、知的所有権取引もその重要性を増加しつつある。

#### (4) 取引の基礎をなす契約による分類

##### 法学的にみた国際取引の主要部分 = 契約

国際取引に従事する関係者（国際取引の主体）の間関係は、法学的に見ると、ある関係者が財産上の権利を取得し、相手方が財産上の義務を負担するという関係、更に、この財産的な関係は、当事者間の意思の合致（合意）を基礎にして形成される財産的關係（典型的な事例が契約関係）と、当事者の意思とは無関係に、法律的作用により形成される財産的關係（例えば、保険代位）とに細分することができる。



このうち、当事者間の合意を基礎とする財産的な関係である契約関係が、国際取引の主要部分であるといえることができる。

##### 国際取引契約の3類型

国際取引の基礎をなす契約の内容は、多種多様であるが、次のような3類型に分類することができる。

売買契約型：物品売買取引、不動産売買取引、知的所有権売買取引、投資取引等

貸借契約型：融資取引、リース取引、知的所有権使用取引

請負契約型：役務取引、サービス関係取引

## 第2節 国際取引をとりまく法的環境

### 2.1 国際取引の場である国際社会の基本構造

#### 2.1.1 現代国際社会の基本構造 = 主権国家の併立と平等

現代の国際社会を構成するものは、主権国家であり、その主権は平等である。この主権平等の原則は、国際連合の基本原則であり<sup>11</sup>、従って、現代国際社会の基本原則でもある。

<sup>11</sup> 参照、国際連合憲章第2条1号

### 2.1.2 主権国家の併立と平等 = 世界的な統一法と統一司法制度への障壁

この基本原則に従う限りは、全ての主権国家の同意を得ることなく、その支配領域に適用される世界的な統一法を立法し、その実効性を保証するための世界的な統一司法制度を樹立することは不可能である。このため、残念ながら、現状においては、国際取引を規制する世界的な統一法は存在せず、また、国際取引に関連する紛争を処理する国際裁判所も存在していない。

しかし、主権国家の併立と平等の下における世界的統一立法機関や司法機関は、実現困難であるものの、世界的な法の統一は、全く実現不能というわけではなく、次のような方法により、主権国家の主権との抵触を回避すれば可能である。

全ての主権国家が加盟する国際条約により特定の分野についての法規範の世界的な統一

統一法のモデル（模範法）を全ての主権国家が自国法として採択する方法による法規範の世界的な統一

### 2.1.3 国際条約による世界的な統一法

現状においては、国際取引に関連する分野において、全ての主権国家が加盟する国際条約は、まだ存在していないが、それを目指しての努力は行われており、かなりの成果を収めているものとしては、次のようなものがあげられる。

#### 貿易=国際物品売買の分野

「国際物品売買に関する国際連合条約」<sup>12</sup>が1980年にウィーンで作成され、1988年に発効しており、有力な加盟国としては、米国、中国、オーストラリア、カナダ、ロシア、ドイツ、フランス、イタリア、オランダなどがあげられるが、日本はまだ加盟していない。

現状では、まだ世界的な統一法に近づいたとは言いきれない状況である。

#### 国際物品運送の分野

海上物品運送契約に使用される船荷証券について、「1979年議定書により改正された1924年船荷証券統一法条約」<sup>13</sup>（ヘーグ・ウィスビー・ルール）があり、日本を含め先進海運諸国が加盟している。一方、これと全く異なる発想によるものとして、「1978年海上物品運送に関する国際連

<sup>12</sup> United Nations Convention on Contract for the International Sale of Goods ; 略称 CISG

<sup>13</sup> 平成5年条約3号

合条約」(ハンプルグ・ルール)があり、主として発展途上国が加盟している。このように両条約が併存しており、まだ世界的な統一法に近づいたとは言いきれない状況である。

他方、国際航空運送については、物品運送と旅客運送とを対象とする「国際航空運送についてのある規則の統一に関する条約」<sup>14</sup>(ワルソー条約)が、1963年に発効し、日本を含め100カ国を越える国が加盟しており、国際航空運送についての世界的な統一法に近づいている。

### 無体財産権の分野

1970年に発効した「工業所有権の保護に関するパリ条約」<sup>15</sup>、1974年に発効した「文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約」<sup>16</sup>及び「万国著作権条約」<sup>17</sup>には、日本を含め100カ国に近い国が加盟しており、国際工業所有権並びに著作権についての世界的な統一法に近づいている。

### ADR=国際商事仲裁の分野

1959年に発効した「外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約」<sup>18</sup>(ニューヨーク条約)には、日本を含め110カ国を超える国が加盟しており、国際商事仲裁についての世界的な統一法に近づいている。

## 2.1.4 模範法による世界的な統一法

国連の下部機関である国連国際商取引法委員会<sup>19</sup>(United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL)が中心となって、国際商事仲裁モデル法、国際振り込みに関するモデル法を作成し、国連が各国に採択を呼びかけている。

しかし、採択した国は、現状いずれも少数であり、世界的な統一法へ成長するかはっきりしていない。

## 2.1.5 国際商慣習の整備

国際取引につき自然に生成発展してきた各地域における商慣習を、整理統合して世界的に受け入れられるものにするにより、国際商慣習を確立させるならば、取引を規制する規範の一種にすることができる。

<sup>14</sup> 昭和28年条約17号

<sup>15</sup> 昭和50年条約2号

<sup>16</sup> 昭和50年条約4号

<sup>17</sup> 昭和52年条約5号

<sup>18</sup> 昭和36年条約10号

<sup>19</sup> 参照、藤下「国連国際商取引法委員会」国際法学会編『国際関係法辞典』(三省堂)325頁

更に一步進めば、各国ともにこれを国際商慣習法として認めるところとなり、事実上自主的に世界的な統一法が確立することができる。

このために努力し成果を収めているのが、国際商業会議所（International Chamber of Commerce: ICC）であり、その成果は、「インコタームズ」（Incoterms）並びに「荷為替信用状に関する統一規則及び慣習」である。

### （1）「インコタームズ」<sup>20</sup>（Incoterms）

貿易の中心をなす国際物品売買取引については、長期間に渡り反復継続して実施された結果、欧米の主要な取引センターを中心に、一定の取引類型についての物品の引渡し場所、物品についての危険負担、運送の手配、運賃の負担、貨物保険の手配、保険料の負担などの貿易条件につき商慣習が成立したところである。

しかし、この商慣習は、内容の細部につき地域により差異が見られたので、1930年代から、国際商業会議所が地域的差異の調整に当たり、1936年に主要な貿易取引類型の貿易条件につき国際的統一規則を策定して発表した。これを、International Commerce Terms と称したことから、略称が「インコタームズ」（Incoterms）となった。

その後隔年毎に、改訂版が発表されているが、最新の2000年版（2000年1月1日発効）では、13条件を定めており、関係者は、その条件の略号（例えば、CIFとかFOB）を国際物品売買契約中表示することにより、売主と買主の権利及び義務を明確にすることができるようになっており、取引の迅速化、明確化、効率化に貢献するため、世界的に広く使用されている。

「インコタームズ」は、現状においては、各地域の商慣習を人為的に整備したものであるため、国際慣習そのものではなく、国際物品売買契約中に当事者が、“CIF Kobe Incoterms 2000 Edition”などと表示することにより、当該契約の一部となる援用可能統一規則<sup>21</sup>であり、当該契約の効力の準拠法が許容する範囲において当事者を拘束するものと解されている。裁判例<sup>22</sup>も同様に解している。

### （2）「荷為替信用状に関する統一規則及び慣習」<sup>23</sup>

今日の貿易においては、代金の決済は荷為替によるのが原則であり、代金回収を確保するために荷為替信用状<sup>24</sup>が一般的に使用される。

<sup>20</sup> 参照、川又「インコタームズ」国際法学会編『国際関係法辞典』（三省堂）47頁

<sup>21</sup> 参照、川又、脚注20；畑田「援用可能統一規則と国際的約款」『現代契約法大系』（有斐閣）9巻62頁

<sup>22</sup> 東京地裁判決昭和32年7月31日下民集8巻1366頁

<sup>23</sup> 参照、相澤「信用状統一規則」国際法学会編『国際関係法辞典』（三省堂）450頁

<sup>24</sup> 参照、相澤「信用状」国際法学会編『国際関係法辞典』（三省堂）450頁

売主が代金回収のために振り出す荷為替を買い取る銀行に対し、買主の依頼により、買主の取引銀行が、荷為替の決済を確約する書面を差入れることが一般的に行われるが、この荷為替の決済を確約する書面が荷為替信用状である。

荷為替信用状についての各地域の商慣習につき、国際商業会議所が地域的差異の調整に当たり、1933年に国際的統一規則として発表したのが「荷為替信用状に関する統一規則及び慣習」であり、信用状統一規則と略称される。その後隔年毎に、改訂版が発表されているが、1993年改定版が最新版である。

信用状統一規則は、荷為替信用状に関する基本原則、その形式、解釈、譲渡、関係する銀行の責任と免責などを規定しており、その法的な性質については、当事者が契約中に援用することにより当該契約の一部となる援用可能統一規則の一種であると解する見解が一般的である<sup>25</sup>。

しかし、世界の銀行で広く受け入れられていることを理由に、信用状統一規則は、単なる援用可能統一規則ではなく、世界的な商慣習法であるとの見解<sup>26</sup>も見られる。

また、ニューヨーク州法の一部であるニューヨーク統一商事法典は、次の通り規定し、信用状統一規則が商慣習法であることを認めている。

N.Y.U.C.C. § 5-102

(4) Unless otherwise agreed, this Article 5 does not apply to a letter of credit or a credit if by its terms or by agreement, course of dealing or usage of trade such letter of credit or credit is subject in whole or in part to the Uniform Customs and Practice for Commercial Documentary Credit fixed by the Thirteenth or by any subsequent Congress of the International Chamber of Commerce.

## 2.2 法的環境の基礎：国際条約、国際商慣習法、各国法、各国裁判所

以上の考察から、国際取引及び国際取引紛争を現実に規制している法規範は、各国が締結した国際条約、国際商慣習法及び各国の国家法であり、国際取引についての紛争処理に当るのは、各国の司法機関であるというのが世界の实情である。

すなわち、国際取引に関連して当事者間に紛争を生じ、その解決が必要となった場合、国際取引についての紛争の処理に当るべき国際的な司法機関が現状では存在していないので、後に検討す

<sup>25</sup> 参照、相澤、脚注23

<sup>26</sup> 参照、伊沢「商業信用状の世界法」田中遺暦記念『商法の基本問題』（有斐閣）370頁以下



る国際商事仲裁などの訴訟外紛争処理制度による場合を除き、当事者は、原則として、いずれかの国の司法機関に提訴せざるを得ない。

更に、当事者より提訴を受けた司法機関は、国際取引紛争に適用すべき国際的な統一法は現状では存在していないので、自国が加盟した条約、国際商慣習法及び自国の法令に従って裁判を行い紛争の解決を図らざるを得ないこととなる。

## 2.3 国際取引をとりまく法的環境がもたらす矛盾

### 2.3.1 裁判所選択の困難と国際的訴訟競合の危険

国際取引紛争の解決を各国裁判所に委ねる場合、後に検討するように、各国の国際的裁判管轄に関する基準は統一されている訳ではないので、当事者は、いずれの国の司法機関に提訴すべきか判断が容易でない場合も出てくる。また、場合によっては当事者それぞれ別個の国の司法機関に提訴して国際的な二重訴訟となる危険性もある<sup>27</sup>。

### 2.3.2 適用される法規の予測困難

更に、当事者より提訴を受けた司法機関は、国際取引紛争に適用すべき国際的な統一法は現状では存在していないので、自国の法令に従って裁判を行い紛争の解決を図ることとなる。もちろん、各国には国際私法が存在し、必ずしも自国の法令のみしか適用しない訳ではないが、各国の国際私法の内容は国際的に統一されている訳ではないので、当該国際取引紛争に適用される法令を予測することは必ずしも容易ではない。

### 2.3.3 矛盾の原因と改善見込み

このように、国際取引紛争の訴訟による解決については、現状では、紛争の解決に当たる司法機関並びに適用される法規につき不確定要素が多く、当事者が訴訟の結果を正確に予測することを困難にしている。

この原因は、各国の国家法は、本来、国内市場における取引活動に対して有効に機能する法的枠組を提供することをその任務の一つにしており、国際取引を必ずしも対象にしていないにもかかわらず、国際取引紛争の解決をこれに依存せざるを得ないという矛盾にあるといえることができる。

<sup>27</sup> 例えば、参照、大阪地裁中間判決昭和48年10月9日、判例時報728号76頁（関西鉄工所事件）

こうした矛盾を放置することは、国民の福祉の向上のために国際取引の振興を必要とする各国の政策目標にも反する結果となるため、国際私法の統一や国際取引に適用すべき法規の統一が国際的に努力されているところであるが、各国間の利害の対立など様々な困難があり現在までのところは成功していないし、近い将来に成功する見込みも少ない<sup>28</sup>。

経済と法律は、相互に密接な関係にあり、相互に強く影響しあうところであるが、歴史的に見た場合、経済の実態が法律制度に先行しており、各国の国内市場の形成が各国の現在の国家法の整備を促し、国家法の整備が国内市場の発展を支えるという相互関係を見ることができる。こうした観点から国際取引についての国際的な法的枠組の整備を見ると、国際的な法的枠組が抜本的に整備されるためには、国際市場が現状以上に一段と発展することが先行するので、今後なお相当な時間を要するのではないかと考えられる。

#### 2.3.4 国際取引関係者の対応：訴訟外紛争処理制度と自主規範

一方、上記のような矛盾が存在する法的環境の中で国際取引に従事せざるを得ない関係者は、予測／計算可能性の基盤の上に営利事業を行っている者であるから、こうした不確定要素の多い法的環境を放置することは、自らの事業活動に不利であるので、自衛行動に出ざるを得ないことになる。

国際取引関係者のこうした自衛行動の一部は、具体的には次のような形で表れている。

国家の司法機関への依存を少なくして紛争処理を図るための訴訟外紛争処理制度（Alternative Dispute Resolution: ADR）の利用（参照、第5章第1節1.3 訴訟外紛争処理制度）

各国法への依存を少なくするために、国際取引に使用する契約の内容を周到に検討して自己完結的な契約書を作成しようとする努力

本来国家とは無関係に取引関係者の間において生成発展してきた国際取引についての商慣習を整備して、国際取引を規制する自主規範を国際的統一規則や国際的標準契約書式または約款といった形で確立しようとする動き（参照、本章第2節2.1.5 国際商慣習の整備<sup>29</sup>）

しかしながら、国際取引関係者によるこれらの自衛手段は、あくまでも関係国の国家法が許容する範囲内においてのみ有効に機能するものであり、国家法を超越したものではありえないから、

<sup>28</sup> 国際私法の統一及び渉外的私法の統一については、それぞれ参照、山田『国際私法』（筑摩書房）28頁以下及び6頁以下

<sup>29</sup> 参照、岩崎「国際取引とイギリス法」愛媛法学会雑誌7巻1号1頁以下

国際取引紛争の解決は最終的には国家の締結した条約、国際慣習法または国家法に依存せざるを得ないのが現状である。

## 第3節 国際取引法の内容

### 3.1 各国毎に異なる国際取引法の内容

国際取引法は、先に、国際取引及び国際取引紛争に適用される様々な法規範の総称であると定義したが、これでは抽象的に過ぎて、ある国際取引に適用すべき法規範の内容を特定することは困難である。国際取引法を検討していくためには、国際取引法の内容を具体的に明確にすることが必要である。

一方、国際取引がおかれている現在の法的環境の下においては、世界的に統一した内容の国際取引法といったものが具体的に存在しているわけではなく、現実に国際取引と国際取引紛争を規制しているのは、各国の締結した条約、国際慣習法及び各国の国家法であり、各国の司法機関であることは、既に見たところである。このことは、今日の国際取引法の内容をなしているものは、各国の締結した条約、国際慣習法及び各国の国家法であり、その内容は各国毎に異なっていることを意味している。

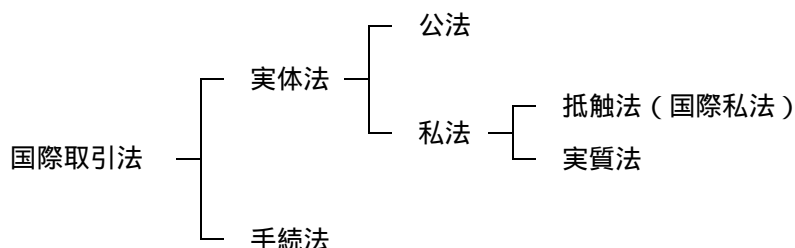
更に、米国のように連邦制度をとる国においては、連邦法と州法が異なることを考慮すると、場合によっては、カルフォルニア州の国際取引法とニューヨーク州の国際取引法とが内容において異なることもあり、法域（同一の法が支配する地域）により国際取引法は異なるといった方が正確である。

すなわち、理論的には、国際取引法と称するものは、日本の国際取引法、米国ニューヨーク州の国際取引法、フランスの国際取引法といった形で、世界の法域の数だけ存在することになる。

### 3.2 各国の国際取引法の内容

それでは、各国の国際取引法の内容は、どのようになっているのであろうか？

近代的な法制を有する国においては、国際取引法は、通常、次のような部分から構成されている。



国際取引法を構成する各部分は、ある特定の国際取引に適用すべき内容が、次のような過程を経て確定して行く。

### 公法

当該国際取引に適用すべき法規が問題となっている法域の公法のうち当該国際取引の内容に関係するものが適用されるのが原則である。

しかし、公法規範の内容によっては、その属する法域外での適用（域外適用<sup>30</sup>）が認められる場合がある。例えば、独占禁止法の域外適用がその例である。

### 抵触法（国際私法）

国際取引のように複数の国家に関連する法律関係に適用すべき実質法は、自国の実質法を含め、どの国の実質法とすべきかを決定する原則を規定した法が、抵触法である。

抵触法については、いずれの法域の抵触法によるべきかという循環論を回避するため、当該国際取引に適用すべき法規が問題となっている法域（法廷地）の抵触法を適用するのが世界的な原則である。

そして、抵触法のどの規範を具体的に適用するかは、当該国際取引の法的性質（法性）により確定する。

ただし、各国とも全ての法律関係につき、抵触法の内容が明文の規定または判例法として存在しているわけではなく、法の欠缺が見られるところである。法の欠缺がある場合には、解釈により補充することが必要になってくるため、解釈によって抵触法の内容に差異を生じることもある。

また、米国のように連邦制をとる国については、特定の法律関係について、連邦の抵触法によるべきか、それとも州の抵触法によるべきか、解釈が分かれてくることもある。こうした場合にも、解釈のいかんによって、抵触法の内容に差異が生じることもある。

<sup>30</sup> 参照、奥脇「域外適用」国際法学会『国際関係法辞典』（三省堂）20頁

### 実質法

ある国際取引に適用すべき抵触法が確定すると、その適用結果として、その国際取引に適用すべき国際取引法の実質法部分は、どの国の実質法（準拠法）であるかが確定する。

しかし、準拠法が確定しただけでは、例えば、日本の実質法が準拠法であるということが確定したに過ぎず、日本の実質法のどの部分はその国際取引に適用されるのかまでは確定しない。どの部分が適用されるかは、その国際取引の具体的内容によって確定することになる。

### 手続法

訴訟や仲裁による国際取引紛争の処理に際しての手続を規制する法原則を規定しているのが、国際取引法の手続法部分である。手続法については、訴訟や仲裁が行われる場所（訴訟地／仲裁地）の手続法による<sup>31</sup>というのが、世界的に広く認められた原則である。

従って、ある国際取引に適用される国際取引法の手続法部分は、その国際取引についての紛争を自国内で処理する場合に適用する手続法ということになる。

## 第4節 適用すべき国際取引法の確定過程

### 4.1 基本的な考え方

#### 紛争処理予定地 / 紛争処理地 適用される国際取引法の内容 結論

法的な問題の検討に際しては、検討に際して使用する基準が問題であるが、国際取引をめぐる法的問題の検討に際しても同様である。そして、その基準になるものが、国際取引をめぐる法的問題の検討の場合には、その問題に適用すべき国際取引法である。更に、この適用すべき国際取引法とその具体的内容は、次のような過程を経て確定されていくことになる。

#### 紛争処理予定地の想定

これまでに行ってきた国際取引をとりまく法的環境並びに国際取引法の内容の検討にあたって見たように、その国際取引についての紛争処理予定地または紛争処理地を特定することにより、適用すべき国際取引法が決定されることになる。ここから、具体的な国際取引をめぐる法的な問題を検討する際に、まず検討すべき事項は、紛争処理予定地をどこと想定すべきかということになる。

<sup>31</sup> 参照、桜田「手続は法廷地法による」国際法学会『国際関係法辞典』（三省堂）567頁

### 紛争処理予定地の国際取引法の内容の確定

紛争処理予定地の国際取引法の内容を、次のように検討し確定する。

**公法部分：** 問題の内容により、適用すべき公法が確定する

**私法部分：** 問題の内容によりその問題の法的性質（法性）が決り、それにより適用すべき抵触法が決る。その抵触法により、問題に適用すべき実質法（準拠法）が決り、その問題の内容により、適用すべき実質法の具体的内容が確定する

**手続法部分：** 紛争処理の手段の種類（訴訟、仲裁など）により適用すべき手続法が確定する。

細部については、参照、前出「3.2 各国の国際取引法の内容」。

### 確定した国際取引法の内容の問題への適用による結論

確定した国際取引法の内容を、問題へ適用して、法的な結論を得ることになる。

## 4.2 国際取引法の適用のステップ

国際取引法の問題への適用にあたっては、次のようなステップで考えることが必要である。

- 第1ステップ 取引の主体は誰か、その主体につき、どのような法的問題があるか
- 第2ステップ 取引の客体は何か、その客体につき、どのような法的問題があるか
- 第3ステップ 取引の基礎をなす契約の内容は、どうなっているか。その契約につき、どのような法的問題があるか

## 4.3 結論を踏まえた対策の検討

法的な結論を踏まえた上で、具体的な事案に即して、紛争の発生を極力予防するための対策を検討するとともに、それでも紛争が発生した場合における有利な解決のための対策の検討が必要である。

### 具体的事例

英国の銀行の東京支店に定期預金債権を有する英国国籍の定期預金債権者が、ロンドンにおいてその英国の銀行より融資を受ける必要が生じたために、その担保として、その英国銀行との間において、英国法に従い定期預金債権につき質権設定契約を締結した。この質権を第三者に対抗するための対抗要件は、いずれの国の法によるべきか。

### (1) 紛争処理地を日本と想定した場合

この問題に適用すべき日本の公法はない。

債権質の対抗要件は、債権質という担保物権の一種の方式に関する問題であるとその法的性質が解される<sup>32</sup>。従って、適用すべき抵触法は、法例8条である。法例8条1項及び2項によれば、債権質の対抗要件は、債権質の効力の準拠法によることとなる。本件債権質の効力の準拠法は、質権の対象である定期預金債権の効力の準拠法であり、それは日本法であると解される。そして、定期預金債権は指名債権であるから、本問題に関係する日本の実質法は、民法364条1項である。

本問題においては、紛争処理手続上の問題は発生していないので、適用すべき日本の手続法はない。

従って、この質権の対抗要件は、民法364条1項の要件である第三債務者（本件の場合、定期預金債務者である外国銀行の東京支店）への質権設定の通知または第三債務者による質権設定の承諾であるとの結論になる。

### (2) 紛争処理地を英国ロンドンと想定した場合

この問題に適用すべき英国の公法はない。

債権質の対抗要件は、その法的性質は方式の問題であると解される。従って、適用すべき抵触法は、先決判例 *Scandinavian American National Bank of Minneapolis v. Kneeland* (1913)24 W.L.R. 587 である。この先決判例によれば、契約の方式は契約締結地法の要件を満たせば足りるとしている。従って、本問題の準拠法は、質権設定契約の締結地法である英国法である。

本問題においては、紛争処理手続上の問題は発生していないので、適用すべき英国の手続法はない。

以上から、この質権の対抗要件は、英国法により、定期預金証書に裏書きこれを質権者に交付ることである。

### (3) 必要な措置

以上の検討から、日本または英国における債権質の対抗要件は、その内容が異なるので、将来の紛争を予防するためには、いずれかの国の対抗要件を具備しておくだけでは不十分であり、両国における対抗要件を満たすように予め措置を講じておくことが必要になる。

<sup>32</sup> 参照、東京地裁判決昭和47年4月15日判例時報683号111頁。ただし、最高裁の見解は異なる、参照、最高裁判決昭和53年4月20日民集32巻616頁

## 第5節 本書の対象とする国際取引法

### 5.1 国際取引紛争処理地の想定

#### 一般的に使用頻度の高い紛争処理地が対象

ある国際取引についての法的問題を検討するためには、その国際取引についての紛争処理地を想定することが必要であることは、前節で述べたところである。しかし、全世界の全法域を想定して検討することは、多大の時間と労力を要して現実的ではない。

現実的な対処としては、まず、現実に国際取引紛争処理地として使用される頻度の高い場所を想定地として検討を行い、そのほかに個々の場合の特別な条件から紛争処理地となる可能性のある場所があれば、それをも想定地として追加検討することが賢明であろう。

#### 一般的に使用頻度の高い紛争処理地

一般的に使用頻度の高い紛争処理地はどこかということとは、国際取引関係者は、どのような要件を満たす場所を紛争処理地として、現実に使用しているかを検討することにより、明確になってくる。

国際取引紛争の処理方法は、後に検討するところであるが、訴訟と訴訟外紛争処理制度（主として仲裁）に二分されるので、紛争処理地もそれぞれの場合につき考えることが必要となる。

#### （1）訴訟による紛争処理を想定する場合

#### 紛争処理地の要件

紛争処理地の司法機関が当該紛争につき国際的裁判管轄を有しなければならない

訴訟を実際に担当するのは、各国の司法機関であるが、各国の司法機関は、紛争の当事者の一方が紛争の解決を求めて訴状を提出してくれば、自動的にそれに応じて紛争処理手続を開始するものではない。各国の司法機関は、自国の手続法に照らして、当該紛争につき国際的裁判管轄を有する場合にしか、紛争処理に応じないのが各国の通例である。従って、紛争処理地の司法機関が当該紛争につき国際的裁判管轄を有しなければならない。

国際的裁判管轄を規定する各国の手続法の内容には、かなりの差異が見られるところであるので、紛争処理地の司法機関が当該紛争につき国際的裁判管轄を有しているかどうかの確認は、各国の国際的裁判管轄に関する手続法の内容を調査する以外には方法はない。



相手方の財産が所在するか所在する可能性の高い地であることが必要である

国際取引紛争の最終的な解決のためには、司法機関において勝訴の判決を取得しただけでは不十分であって、判決債務者である相手方が判決を任意に履行しない場合には、相手方の財産に対して強制執行ができなければならない。そのためには、相手方の財産が所在するか所在する可能性の高い地であることが必要である。

国際取引法の内容と司法機関が整備されていて結果の予測性が高い地であることが必要である

紛争処理に当る司法機関の判断が、高い精度で予測可能であることが、事業として国際取引に従事する当事者にとっては、予想外の結果となるという危険を避けるために必要である。

そのためには、各国の裁判官は、国際取引法を含め自国の法律に従って、紛争処理のための判断を行うのが通例であるから、紛争処理地の国際取引法の内容が整備充実していて、国際取引に関連する法的問題の多くについて予測可能性が高いことが必要とされる。

また、迅速で公平な裁判を行われるためには、司法制度が整備されており、国際取引の実態に明るい裁判官が紛争処理に当たってくれることが必要である。

国際取引の共通語である英語によって紛争処理手続が行える地であることが望ましい

各国はその国の司法機関における紛争処理手続においては、自国の公用語の使用を義務づけているのが通例である。従って、国際取引の共通語である英語が公用語ではない場合には、公用語への翻訳に時間と費用を浪費しなければならないことになる。こうしたことを避けるためには、英語によって紛争処理手続が行える地であることが望ましい。

### 国際取引一般に広く使用されている訴訟の場合の紛争処理地

以上のような条件を満たして、現実に、国際取引一般に広く使用されている紛争処理地として考えられるものは、現状においては、ロンドンとニューヨークということになる。

## (2) 訴訟外紛争処理制度による紛争処理を想定する場合

### 紛争処理地の要件

相手方の財産が所在するか所在する可能性の高い地であることが望ましい

訴訟外紛争処理制度による場合にも、敗訴した相手方が任意に紛争処理手続の結論を履行しない場合には、相手方の財産に対して強制執行ができなければならない。そのためには、相手方

の財産が所在するか所在する可能性の高い地であることが望ましい。仲裁の場合には、世界の主要国は、外国仲裁判断の承認及び執行に関するニューヨーク条約に加盟しているので、紛争処理地と相手方財産の所在地とが異なる国にあっても、両国がニューヨーク条約の加盟国であれば、訴訟の場合の判決に比較すると、相手方財産の所在地で執行することが容易である。しかし、紛争処理地に相手方の財産がある方が、執行はより簡単である。

訴訟外紛争処理制度に関する法制が整備充実している地が望ましい

訴訟外紛争処理制度による場合には、その処理手続の細部につき当事者の合意によって決定することが可能であるが、合意が欠けているときには、紛争処理地の法制に依存することが必要となる。従って、訴訟外紛争処理手続を円滑に進行させるためには、訴訟外紛争処理制度に関する法制が整備充実している地であることが望ましい。

紛争処理に当る適任者が確保できる地であることが望ましい

訴訟外紛争処理制度の場合には、紛争処理に当る仲裁人なり調停人に、国際取引に明るく適正妥当な判断能力のある適任者を得ることが、迅速で、公正妥当な結論を確保するために必要である。そうした適任者を、紛争処理地以外の場所から招聘することは可能であるが、多額の経費を要することになるので、そうした適任者を確保できる地であることが望ましい。

#### 国際取引一般に適用できる訴訟外紛争処理制度の紛争処理地

以上のような条件を満たして、現実には、国際取引一般に広く使用されている訴訟外紛争処理制度についての紛争処理地として考えられるものは、現状においては、ロンドンとニューヨークということになる。

## 5.2 本書の対象：日本の国際取引法

以上の検討により、われわれが通常の場合に、紛争処理地として想定しておくべき場所は、米国ニューヨーク市と英国ロンドン市であるということになった。

そのほかに、われわれ日本人としては、日本を想定地の一つとしておく必要がある。それは、日本が上記の条件を満たすからではなく、日本の当事者としては、日本において訴訟を提起したり、応訴したりするなど紛争処理に関与する機会が少なくないと予想されるからである。

従って、日本において国際取引の実務に関与する者にとって、必要とされることの多い国際取引法の知識は、米国ニューヨーク市、英国ロンドン市及び日本国の国際取引法であるということになる。

しかし、関係者のそれぞれが、こうした広範囲にわたる知識を修得し、かつ、常にその知識を最新のものにしておくことは容易なことではない。日本人の場合には、まず、関連する必要な情報の収集が容易であり、修得が比較的しやすい日本の国際取引法を中心として学習するのが効果的である。

ニューヨークやロンドンについては、その専門家に必要な情報の提供を求めたり、検討を依頼する場合に必要とされる基礎的な知識と、必要に際し自ら調査する場合の調査方法を学習するのが、現実的な学習方法であると考えられる。

そこで、本書で対象とする国際取引法も、われわれ日本人に理解し、修得し易い日本の国際取引法を中心にし、ニューヨークとロンドンについては、範囲を基礎的なものに限定し、かつ、比較的簡単な説明にとどめている。

### 5.3 日本の国際取引法の基本構造（法源）

本書の対象とする日本の国際取引法を知るためには、まず、それがどのような基本構造となっているのか、どのような形式のものがどのような序列で存在しているか、その法源を理解することが有益である。

日本の国際取引法の基本構造（法源）は、次の通りである。

#### （1）日本国憲法

日本の国際取引法は、日本国憲法を頂点とする日本の法制の一部であるから、日本の国際取引法の基本構造の頂点に立つのは日本国憲法である（日本国憲法第98条1項）。

#### （2）日本国が締結した条約及び確立した国際法規（国際法）

条約の締結には、国会の承認が必要であり（日本国憲法第61条）日本国憲法第98条2項は、日本国が締結した条約及び確立した国際法規の遵守を規定しているため、日本国が締結した条約及び確立した国際法規は、日本の国際取引法の一部を構成する。確立した国際法規とは、世界的な立法機関が存在しない現状では、国際慣習法を指すものと解されている。

日本国が締結した条約及び確立した国際法規と憲法との優先順位については、憲法学において議論のあるところであるが、憲法が優先すると解するのが通説である。

### (3) 日本の関連法令

日本国憲法第76条3項は、裁判官に、日本国憲法とともに日本の法令の適用を義務づけており、日本の法令のうち国際取引に関連するものは、日本の国際取引法の一部を構成する。

日本国憲法第98条により、憲法が法令に優先するとともに、日本国が締結した条約及び確立した国際法規も法令に優先すると解される。

### (4) 日本の国際私法により準拠法として指定された外国法

日本の法令の一部である法例は、国際取引において発生するさまざまな法律関係について、場合により外国法を準拠法として、その外国法が日本の公序良俗に反しない限りにおいて(法例第33条)適用を命じているので、法例により指定された外国法は、日本の国際取引法の一部を構成する。そして、日本の法律と同格と解される。

### (5) 慣習法

法例第2条及び商法第1条は、公序良俗に反しない慣習であって、法令に規定なき事項に関するものを慣習法として認め、次のような効力を与えている。

(ア) 商事に関するものについては、法律として民法に優先する効力(商法第1条)

(イ) 商事に関しないものについても、法律と同一の効力(法例第2条)

従って、国際取引に関するこのような慣習法が存在すれば、日本の国際取引法の一部を構成する。現状において、裁判例において、このような慣習法と認められたものはないが、荷為替信用状についての「統一信用状規則」については、これを国際慣習法と認める見解もある<sup>33</sup>。

### (6) 条理

以上の日本の国際取引法の構成する部分に規定されていない事項も、裁判官は、法令の欠缺を理由に裁判を拒否することは許されないため(日本国憲法第32条)、条理(場合により社会

---

<sup>33</sup> 伊沢、脚注26、370頁以下

通念、公序良俗などと称される)によって裁判を行うから(明治8年太政官布告103号裁判事務心得第3条)、条理<sup>34</sup>も場合により日本の国際取引法の一部を構成する。

---

<sup>34</sup> 条理を使用している法令の規定としては、民事調停法第1条「この法律は、民事に関する紛争につき、当事者の互譲により、条理にかなない実情に即した解決を図ることを目的とする。」がある

## 第2章 国際取引の主体に関連する法律問題

---

国際取引の主体(当事者)は、その性質に応じて、次の三つのグループに分類することができる。

私人：自然人、法人、権利能力なき社団または財団

国家またはその一部：国家、政府機関、国有企業、国営企業

国際法人

本章では、これらの国際取引の主体と主体に関連する法律問題を規制している法の内容を検討する。

### 第1節 自然人

国際取引にその主体として登場する自然人につき、法的に問題となる事項は、権利能力と行為能力である。

#### 1.1 権利能力

自然人について、一般的に権利義務の主体となることのできる能力(権利能力)の存否の判断は、どの国の法を基準とすべきか、その準拠法が一見問題になるように見える。

しかし、自然人が権利能力を当然に有することを、今日の文明国は広く認めており、仮に、自然人の権利能力を否定するような制度を認める法律があっても、文明国の裁判所においては、それは公序に反するから適用されない(参照、法例第33条)ので、今日では、自然人の権利能力の存否についての準拠法を問題にする必要はないとされている<sup>1</sup>。

---

<sup>1</sup> 参照、山田『国際私法』(筑摩書房)152頁

場合によって、個別的権利能力という概念が問題にされることがあるが、この概念は、権利能力を有する自然人が、土地所有権といった個々の権利を享有し得る能力を指し、用語が紛らわしいが、「権利能力」の問題ではない。それは、あくまでも問題となる権利の取得の問題にほかならないので、その権利自体の準拠法によって定められるべき性質のものである<sup>2</sup>。

## 1.2 財産的行為能力

ある自然人が、財産上の法律行為を単独で完全になし得る能力（財産的行為能力）を有するかどうか、その者の年齢による成年・未成年の問題として、また、その者の心身の欠陥による禁治産者・準禁治産者・成年後見の対象者の問題として、国際取引においても稀に問題となることがある。その場合に、更に、どの国の法律を判断の基準とすべきかが問題となり、準拠法の決定が必要となる。

### 原則：本国法主義

この問題につき、法例第3条1項、4条1項及び5条は、その自然人の本国法（その者の国籍の属する国の法；米国のような連邦制国家の場合は、法例第28条3項による）によると規定している。

### 例外：内国取引保護主義

法例第3条2項が、内国取引保護主義の立場から、本国法主義の原則を制限している。しかし、外国に在る不動産に関する法律行為については、法例第3条3項後段により2項の例外の適用が排除され、1項の原則による。

なお、外国に在る不動産に関する法律行為は、本条の立法趣旨から、物権的法律行為（物権変動そのものを目的とする登記や引渡しといった法律行為）だけでなく、債権的法律行為（当事者間に債権債務関係を生じさせる売買契約といった法律行為）をも含むものと解されている<sup>3</sup>。

ただし、手形行為能力や小切手行為能力は、それぞれ特別法規である手形法第88条、小切手法第76条による。

<sup>2</sup> 参照、折茂『国際私法（各論）（新版）』（有斐閣）2頁

<sup>3</sup> 参照、山田、脚注1、185頁

## 第2節 法人

### 2.1 権利能力

#### 2.1.1 法人の権利能力の有無とその範囲

今日の文明国は、自然人については、当然に権利能力を認めているが、法律上の擬制である法人については、法人が権利能力を取得するための要件や、その権利能力の範囲などについては、各国においてまちまちである。

このため、いかなる国の法律が、法人についてのこれらの問題を決定するのかという準拠法決定の必要が、国際取引においても生じる場合がある。

##### (1) 日本

法人の権利能力の準拠法（法人の従属法）については、国際私法に明文の規定、更には慣習法を欠くため、条理によらざるを得ない。

しかし、この条理については、学説において、設立準拠法主義と住所地法主義の対立が見られるばかりでなく、裁判例<sup>4</sup>も同様である。

設立準拠法主義は、法人の本質はあくまでも法技術的手段たることにあり、法人に権利能力を付与するものはやはり一定の国の法律である。従って、法人の権利能力の準拠法は、設立に際して準拠した法律であるといわなければならないと主張する<sup>5</sup>。

他方、住所地法主義は、法人の業務活動の中心地であり、法人と最も緊密な関係に立つ住所地（主たる事務所所在地）における社会一般の利益を保護するためには、法人の権利能力の準拠法は住所地の法によるべきであると主張する<sup>6</sup>。

現状では、設立準拠法主義が多数説であるといえることができる<sup>7</sup>。

<sup>4</sup> 関東庁高等法院判決昭和4年5月20日新聞3222号9頁（設立準拠法主義）、東京地裁判決平成4年1月28日判例時報1437号122頁、判例タイムズ811号213頁；最高裁判決昭和50年7月15日民集29巻6号1061頁（住所地法主義）

<sup>5</sup> 参照、山田、脚注1、198頁

<sup>6</sup> 参照、山田、脚注1、198頁

<sup>7</sup> 参照、折茂、脚注2、50頁



## (2) ニューヨーク

法人の従属法が設立準拠法であることは自明のこととされ、営利法人が有効に権利能力を取得するためには、その活動の場所、その機関、社員または株主の住所に関係なく、設立地たる州の法の要件を充足しなければならず (Restatement, Second, Conflict of Laws § 296)、一州による権利能力の付与(法人格の付与)は他の州によっても承認される(Restatement, Second, Conflict of Laws § 297)<sup>8</sup>。

しかし、設立準拠法主義に対する反動にも、かなり顕著なものがある。すなわち、その業務を主としてまたはもっぱら自州において営むものでありながら、他州においてその法により設立された会社(疑似外国会社: pseudo-foreign corporation)に対して、自州の法を適用しようとする傾向が見られるとの指摘がある<sup>9</sup>。

## (3) ロンドン

指導的判例である Dutch West India Co. v. Henriques Van Moses(1724) 1 Strange 612 以来、設立準拠法主義が採用されている<sup>10</sup>。

### 2.1.2 法人の従属法の属する国以外の国における従属法の適用の制限

法人の権利能力の準拠法が従属法による原則については、法人の活動の場所(行為地)が法人の従属法の属する国以外の国に及ぶ場合であって、従属法の認める権利能力の範囲が、行為地の同種の法人に認められる権利能力の範囲より狭いときに、制限を受けることがある。

#### (1) 日本

この問題についての国際私法の明文の規定、更には慣習法は存在しないので、条理によらざるを得ないが、この条理については、次のように学説は見解が分かれており、裁判例は、公刊されたものの中には見当たらない。

##### 第一説

行為地で継続的な取引に従事する外国法人であって、登記(参照、商法第479条2項)などの方法により、その権利能力の範囲が公示されているもの：原則通り従属法の適用

<sup>8</sup> 参照、山田、脚注1、200頁注(三)

<sup>9</sup> 参照、折茂、脚注2、49頁

<sup>10</sup> 参照、山田、脚注1、200頁注(三)

それ以外のものまたは偶発的な個別取引をなすもの：法例第3条2項の類推適用により行為地法の適用<sup>11</sup>

## 第二説

外国法人による取得が問題とされる個々の権利義務そのものの準拠法(個々の法律行為の準拠法)を適用<sup>12</sup>

### (2) ニューヨーク

外国法人による取得が問題とされる個々の権利義務そのものの準拠法(個々の法律行為の準拠法)を適用(Restatement, Second, Conflict of Laws § 301)

### (3) ロンドン

外国法人による取得が問題とされる個々の権利義務そのものの準拠法(個々の法律行為の準拠法)を適用<sup>13</sup>

## 2.2 行為能力 = 代表者の代表権

### 2.2.1 法人の財産的行為能力

法人については、国際取引においてその身分的行為能力は問題となる余地はなく、問題になるのは、もっぱら財産的行為能力である。しかも、法人の場合は自然人と異なり、法人自身が法律行為を行うことはできず、法人を代表する自然人の行為を通じてしか法律行為を行うことができないという特別な事情が伴う。

従って、法人の財産的行為能力の問題は、いかなる自然人が法人を代表していかなる種類の行為をなし得るかという法人の代表権の問題でもあり、換言すれば、法人の代表者の行為の効果の法人への帰属の問題でもある<sup>14</sup>。

この問題につき、どの国の法律を判断の基準とすべきかという準拠法決定の必要が生じる。

---

<sup>11</sup> 参照、山田、脚注1、204頁

<sup>12</sup> 参照、折茂、脚注2、57頁

<sup>13</sup> Dicey & Morris, The Conflict of Laws 9th ed. (Stevens) p.705, Rule 141(1)

<sup>14</sup> 参照、山田、脚注1、205頁

### (1) 日本

法人の財産的行為能力の準拠法については、国際私法に明文の規定、更には慣習法を欠くため、条理によらざるを得ない。

しかし、この条理については、学説において、法人の本質より法人の権利能力の準拠法（法人の従属法）によるべきであるとする多数説と取引保護の観点からもっぱら行為地法によるべきであるとする有力説との対立が見られる<sup>15</sup>。

一方、裁判例は、最高裁が、株式会社の設立発起人が、将来設立する会社の営業準備のため、第三者と契約を締結した場合、当該会社が、設立された後において、この契約上の権利義務を取得し得るかという問題は、会社の行為能力の問題であると法性決定した上で、会社の財産的行為能力の問題は、法例第3条1項を類推適用して、問題の会社の従属法に準拠して定めるべきであるとしている<sup>16</sup>。

そして、東京地裁は、米国カリフォルニア州法人の代表者の契約締結権限を規律する法人の従属法は、設立準拠法たる米国カリフォルニア州法であると判示している<sup>17</sup>。

### (2) ニューヨーク

法人の代表者の第三者に関する法律行為の場合には、当該法律行為の準拠法によることになる（Restatement, Second, Conflict of Laws § 301）。その他の場合には、当該法律行為及び当事者に最も密接な関係を有する地の法律が準拠法となる。そして、最も密接な関係を有する地がどこかを決定する基準は、通常は、法人の従属法（＝設立準拠法）による（Restatement, Second, Conflict of Laws § 302）。

### (3) ロンドン

法人の従属法（＝設立準拠法）による<sup>18</sup>。

## 2.2.2 清算法人の行為能力 = 清算人の代表権

法人の財産的行為能力の場合に準ずる<sup>19</sup>。

<sup>15</sup> 参照、山田、脚注1、205-6頁

<sup>16</sup> 最高裁判決昭和50年7月15日民集29巻1061頁「国産金属工業事件」

<sup>17</sup> 東京地裁判決平成4年1月28日判例時報1437号122頁、判例タイムズ811号213頁

<sup>18</sup> Morris, The Conflict of Laws 3rd ed. (Stevens) p.443

<sup>19</sup> 参照、山田、脚注1、206頁

### 2.2.3 設立発起人の代表権

この問題については、国際私法に明文の規定、更には慣習法を欠くため、条理によらざるを得ないが、この条理につき、次のような学説と裁判例が見られる。

発起人が、法人の設立前ないし設立中に、法人の名において第三者との間になした法律行為の効果の設立後の法人への帰属の有無、帰属の要件などは、法人の代表者の代表権に準ずる問題として、設立されるべき法人の従属法によると解する見解がある<sup>20</sup>。

裁判例も、株式会社の設立発起人が、将来設立する会社の営業準備のため、第三者と契約を締結した場合、当該会社が、設立された後において、この契約上の権利義務を取得し得るかという問題は、会社の行為能力の問題であると法性決定している<sup>21</sup>。従って、設立されるべき会社の従属法によることになる。

## 2.3 内部関係

法人は、法技術的産物であるから、その設立から運営、消滅に至る各段階において、法人の内部関係は法の規制を受けるが、法人についての世界各国の法制はまちまちであるので、いずれの国の法の規制を受けるのかという準拠法の決定が問題となるところである。

国際取引において、取引の主体である法人の内部関係が問題になることは少ないが、証券の国際取引や外債の発行などの関連において、また、投資取引や国際金融取引の結果として合併会社が設立されるといった場合において、法人の内部関係が問題となる余地がある。

### (1) 日本

この問題について、国際私法に明文の規定、更には慣習法を欠くため、条理によらざるを得ないが、その条理につき、学説は次のように説明している<sup>22</sup>。

#### 1) 法人の設立

法人格（権利能力）の取得の問題であるから、法人設立の実質的、形式的要件、設立無効の原因などは、法人の従属法によることとなる。

<sup>20</sup> 参照、山田、脚注1、206頁

<sup>21</sup> 最高裁判決昭和50年7月15日民集29巻1061頁「国産金属工業事件」

<sup>22</sup> 参照、山田、脚注1、202-3頁

## 2) 法人の内部組織

法人機関の種類、性質、員数、選任、解任及び退任、職務権限、法人と社員との関係及び社員相互の関係、社員権の譲渡性、定款及び寄付行為の変更などは、法人格と密接な関係を有するから、いずれも法人の従属法による。

## 3) 法人の消滅

法人の解散の時期、解散の自由、解散の効果、清算などは、法人格の喪失の問題であるから、法人の従属法による。

## 4) 社債の発行

社債の発行資格、社債の発行決議、発行限度などは、会社の内部組織に関する問題であるから、会社の従属法による。

## 5) 会社の合併

会社の合併には、当事会社の全部が解散して新会社を設立する新設合併と当事会社の一部が解散して存続会社に吸収される吸収合併とがある。

新設合併の場合は、解散については法人格の消滅であるから解散する会社の従属法により、設立する新会社についてはその従属法によると考える。

また、吸収合併の場合は、解散する会社についてはその従属法により、吸収については存続会社の従属法によると考える。

## (2) ニューヨーク

法人の設立及び消滅は、設立準拠法による (Restatement, Second, Conflict of Laws § 296 & 299)、法人の内部関係は、法人の設立準拠法による (Restatement, Second, Conflict of Laws § 303 - 309)。

## (3) ロンドン

法人の設立及び消滅並びに内部関係は、法人の設立準拠法による<sup>23</sup>。

---

<sup>23</sup> See Dicey & Morris, *supra* note 13, p.705, Rule 141(2)

### 第3節 権利能力なき社団または財団

社団または財団の実体を有する団体または財団に対して法人格を付与するかどうかは、各国の法政策によるので、社団の実体を有しながら法人格のないもの、または独立の目的のために存在する財産の集団で独立の運営の組織を有しながら法人格を有しないものが、各国の法制上いわゆる「権利能力なき社団または財団」として存在し、国際取引の主体として登場することがある。

そこで、こうした社団または財団を、どの国の法律に基づき、どのように取り扱うべきか、その判断の基準となる準拠法の決定が問題となるところである。

日本の場合、この問題についても、国際私法に明文の規定、更には慣習法を欠くので、条理によらざるを得ない。

この条理について、通説は、このような社団または財団の実体並びに経済的機能に即して、法人に関する法理を準用すべきであるとしている<sup>24</sup>。

この通説によると、権利能力なき社団または財団の従属法が問題となるが、これは、法人のそれと同様に、権利能力なき社団または財団を設立するに際して準拠した法律であると解している<sup>25</sup>。

裁判例には、法人格のない英国法上の組合であるパートナーシップ（Partnership）につき、その内部及び外部の関係は組合契約の効力に関する問題と法性決定して、法例第7条1項によるべきであるとしたものがある<sup>26</sup>。すなわち、通説とは異なり、契約の一種として取り扱い、法人に関する法理の準用はしていない。

### 第4節 国家とその一部

国家自体、国家の政府または政府機関、国有企業または国营企業が、貿易取引の当事者となったり、政府の所有する船舶が国際運送取引に関与するといった形で、国家またはその一部が国際取引の主体として、国際取引に登場する事例も少なくない。

このように国際取引の主体として登場する国家またはその一部につき、その権利能力や行為能力の問題をどのように取り扱うべきかが問題となるところである。また、国際慣習法上の原則とし

<sup>24</sup> 参照、山田、脚注1、211頁

<sup>25</sup> 参照、山田、脚注1、212頁

<sup>26</sup> 東京控訴院判決明治42年4月26日新聞572号13頁

て、各国の裁判所は外国国家及びその国有財産に対する訴訟について裁判管轄権を有しないとする「主権免除の原則」が認められており、この原則の適用が問題となる。

## 4.1 権利能力及び行為能力

### 国家自体及び国家の政府

各国は、通常、各国の法制において、例えば民法第36条1項のように、外国国家及びその政府を外国法人として取り扱っている。従って、国家自体及び国家の政府については、世界的に、その法人格（権利能力）が承認されているといえることができる。また、その行為能力については、法人の場合と同様である。

### 設立準拠法により法人格を有するもの

政府の機関、国有企業または国営企業のうちには、その設立に際し、設立の行われた国の法律に基づいて設立され、設立準拠法により法人格（権利能力）を付与されて法人となっているものが多い。

このような政府の機関、国有企業または国営企業は、法人の一種であるから、その権利能力や行為能力について、先に検討したその他の法人と区別する理由はなく、同一に取り扱われている（参照、本章第2節 法人）。

### 設立準拠法による法人格が明確でないもの

政府の機関、国有企業または国営企業のうちには、その設立に際し、設立の行われた国の法律に基づいて設立されてはいるが、設立準拠法による法人格（権利能力）の付与が明確でないものもある。

しかし、こうした政府の機関、国有企業または国営企業が現実に果たしている社会的機能を考慮して、いわゆる「権利能力なき社団または財団」として取り扱われる。

## 4.2 主権免除

### 4.2.1 主権免除と国際取引

国際慣習法上の原則として、各国の裁判所は外国国家及びその国有財産に対する訴訟について裁判管轄権を有しないとする「主権免除の原則」が認められている。

この原則が、国際取引との関連において問題となるのは、国際取引の当事者の一方が国家またはその一部(国有企業もしくは国営企業など)であり、他方が私人の場合である。こうした国際取引に関連して、私人である当事者が、当該国際取引上の紛争を解決するため、相手方である国家またはその一部(国有企業もしくは国営企業など)に対して訴訟を提起しようとする場合がある。

#### 訴訟による国際取引紛争の処理に際しての障害

訴訟地としては、相手方の国と第三国が考えられる。相手方の国の裁判所に訴訟を提起する場合、通常、その国を相手方とする民事訴訟を認めない国はないので、訴訟そのものの実施は可能であるが、この訴訟が当事者の一方が自国であるから公平妥当に行われまいというのではない。少なくとも、建前としては、こうした訴訟であっても公平妥当に行われることになっている。しかし、訴訟を提起する私人の側としては、果して公平妥当な裁判が期待できるのか不安を禁じえないことも少なくない。従って、できれば第三国で訴訟を実施したいと希望する場合が多い。

第三国において私人が訴訟を提起した場合、被告となった外国国家またはその一部である国有企業もしくは国営企業が、主権免除の原則を根拠にその第三国の裁判所が裁判管轄権を有しないと抗弁し、この抗弁をその裁判所が認めて訴えが却下され、第三国における訴訟が実施できないことがある(例えば、制限的免除主義に移行する以前の英国における、*Baccus S.R.L. v. Servicio Nacional del Trigo*, (1957) 1 Q.B. 438 を参照)。

#### 仲裁による国際取引紛争の処理に際しての障害

また、紛争の解決を訴訟ではなくて国際商事仲裁によった場合には、仲裁手続には国家が関与しないので、仲裁手続においては主権免除の原則が問題となる余地はない。しかし、勝訴した私人が、相手方国家またはその一部がその仲裁判断を任意に履行しないため、その仲裁判断を執行しようとする、主権免除の原則の壁に遮られることがある。すなわち、相手方の国の裁判所において執行判決を取得しようとする場合には、主権免除の原則は関係ないが、自国またはその一部が履行を拒否している仲裁判断に、その国の裁判所が執行判決を付与してくれる可能性は極めて少ない。

そこで、第三国の裁判所において執行判決を取得しようとする、相手方国家またはその一部が主権免除の原則を根拠とする抗弁を行い、裁判所がこの抗弁を認めて訴えが却下され、第三国における執行判決も取得できないことがある(例えば、米国における、*Maritime International Nominees Establishment v. The Republic of Guinea*, 20 International Legal Materials 1355 (C.A.D.C. Cir.) )。

#### 私人側にとり重要な主権免除の問題



以上のように、国際取引紛争の主たる紛争処理手段である訴訟と仲裁のいずれの場合についても、国家またはその一部（国有企業もしくは国営企業など）を相手方として国際取引を行った私人は、法的な救済を受けられないという極めて不利な立場におかれることが多いといえることができる。

従って、国家または国有企業もしくは国営企業を相手方として国際取引を行う私人にとり、主権免除の原則の適用は極めて重要な問題であるといえることができる。

#### 4.2.2 主権免除の原則

各国の裁判所は外国国家及びその国有財産に対する訴訟について裁判管轄権を有しないとする国際慣習法上の「主権免除の原則」には、広義と狭義の二つの意味がある。

**広義** 裁判管轄権を有しないという意味は、広義では、司法的権力作用の全てからの免除を意味する。従って、外国国家、その一部は、主権免除を認めた国の裁判所における訴訟から免除されるだけでなく、主権免除を認めた国の国家機関による強制執行その他の保全措置を含めた強制措置からも免除されることになる。

**狭義** 裁判管轄権を有しないという意味は、狭義では、訴訟からの免除だけを指す。

#### 国際取引における主権免除

先に、「4.2.1 主権免除と国際取引」において見たよう、国際取引において主権免除が問題となるのは、単に訴訟からの免除だけではなく、強制措置からの免除を含めた広義の主権免除の原則である。

#### 4.2.3 適用の具体的基準：法廷地法

主権免除の原則は国際慣習法上の原則であるが、その適用の具体的基準までが、国際慣習法において明確になっているものではない。そして、この原則は裁判管轄権という手続法に関する事項を対象とするものであるから、その適用の具体的基準は、法廷地法によることとなる。

法廷地法において、次のような事項についての具体的適用基準が確定する。

#### 絶対（的）免除主義か相対（的）免除主義

歴史的には19世紀にまず確立した考え方が、絶対（的）免除主義であり、当事者間の紛争の原因となった国際取引の内容のいかんを問わず全ての場合に外国国家またはその一部に免除を与え、裁判管轄権を否定する。

20世紀に至り、第1次世界大戦後において国家、国有企業及び国営企業の国際取引への関与の度合いが拡大するに従い、絶対(的)免除主義の不合理性を是正するものとして、支持を受けることになり、今日では世界の大勢となっているのが相対(的)免除主義である。

相対(的)免除主義においては、国家またはその一部の行為を、公法的行為( *acta jure imperii* ) または主権的行為と私法的行為( *acta jure gestionis* ) または非主権的行為とに二分し、公法的または主権的行為については免除を認めるが、私法的または非主権的行為については免除を否定するものである。

### 免除を享有する主体

主権免除を享有する主体として、国家自体、国家の政府、国家の政府機関については、それらが何を指すかは、自ずから明らかであるが、国有企業や国営企業については、その範囲が当然には明かではない。

従って、どのような要件を具備する企業が、国有企業または国営企業として免除を享有できるのか、その要件が問題である。

また、地方公共団体や連邦制の下にある州が、免除を享有できるかは問題である。

### 享有主体による免除の放棄

享有主体による主権免除の放棄ができるのか、できるとすればどのような要件の下において放棄が認められるのかが問題である。

また、国際取引契約において、享有主体が、その契約に関連する紛争の商事仲裁による解決に同意したことは、免除の放棄となるかも問題である<sup>27</sup>。

## 4.2.4 各国における実行<sup>28</sup>

### (1) 日本

この問題についての明文の規定、更には慣習法はないので、条理によらざるを得ないが、裁判所や政府は、次のような判断を示している<sup>29</sup>。

<sup>27</sup> 参照、岩崎「仲裁契約と主権免除」松浦・青山編『現代仲裁法の論点』(有斐閣)126頁以下

<sup>28</sup> 参照、岩沢「外国国家・国有企業と国際取引上の問題点 - 国家の裁判権免除」総合研究開発機構編『多国籍企業と国際取引』(三省堂)288頁以下

<sup>29</sup> 参照、広部「裁判免除と執行免除」沢木、秋場編『国際私法の争点(新版)』(有斐閣)221頁

昭和3年の大審院決定（昭和3年12月28日民集7巻12号1128頁）が、この問題についての最初の司法判断であるが、絶対（的）免除主義の立場に立っており、国家による免除の放棄、国家に対する訴状の送達についても厳格に解している。第2次世界大戦後の裁判例は、この判例を引用して基本的には同じ立場をとっている（例えば、福岡高裁判決昭和31年3月15日下民集7巻3号629頁）。しかし、放棄の免除や訴状の送達については要件を緩和する傾向を示しているが、最近において、主権免除につき判断を行っておらず、現時点で、裁判所がどのような判断をするかが注目される。

日本政府は、外国の裁判所において日本国が被告となった事件において、主権免除の主張をしている。しかし、日本が締結した条約には、制限（的）免除主義の立場を示すものがある（例えば、日米通商航海条約第18条2項など）。

しかし、享有主体の具体的な範囲、免除の放棄の具体的な要件などについては、明確になっていないのが、現状であり、これが、日本を国際取引紛争の処理地とすることを妨げている一つの要因である。

## (2) ニューヨーク

この問題について制限（的）免除主義を明確に立法化した連邦法である1976年外国主権免除法（Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, 28 U.S.C. 1330）が適用され、この法律に適用基準が具体的に明確にされている<sup>30</sup>。

## (3) ロンドン

この問題について制限（的）免除主義を明確に立法化した1978年国家免除法（The State Immunity Act 1978, 1978 C. 33）が適用され、この法律に適用基準が具体的に明確にされている<sup>31</sup>。

# 第5節 国際法人

## 国際法人とは

19世紀後半以降、国際社会の組織化が急速に進展し、また、国際的交流がさまざまな形で活発化したことに伴い、国家とは別個の国際的団体が数多く誕生し、いろいろな活動に従事するよう

<sup>30</sup> 参照、岩沢、脚注28、328頁以下

<sup>31</sup> 参照、岩沢、脚注28、328頁以下

になった。こうした状況を踏まえて、国家以外の、国際的活動に従事する諸団体を「国際法人」(international body corporate; international corporation; international juridical person)としてとらえる見解が現れてきたものである。

最初は、国際的に活動する政治団体を対象として国際法人と呼んだようであるが、第2次世界大戦後、商業的性格を持った国際的団体を、通常の国際組織と区別して、国際法人と呼ぶ見解が有力となってきている<sup>32</sup>。

従って、法人のうち、特定の国の法律ではなく、条約に準拠して設立され、条約によって法人格を付与された法人を国際法人と称することができる<sup>33</sup>。

具体的には、一般条約により成立した政府間国際組織(例えば、国際連合、国際通貨基金(IMF)、世界銀行)と、特別条約により成立した政府間国際組織(例えば、欧州共同体(EC))及び政府と公私の事業体による国際共同事業(例えば、スカンディナヴィア航空会社)とがあげられる。

### 国際取引における国際法人

国際法人も、例えば、世界銀行が融資を行うなど、その事業活動の一環として、国際取引に従事することも少なくなく、国際取引の主体として登場することがある。最近における訴訟の事例としては、世界的なスズの需給調整と価格の安定を活動目的として、32カ国間の条約で設立された国際法人である国際スズ理事会<sup>34</sup>が、ロンドン金属先物取引所における先物取引において失敗した結果、債権者より借入金の返済を訴求された事件(Standard Chartered Bank v. International Tin Council and others, 25 International Legal Materials 650 (1986) by Q.B.D. of England)と、巨額の借入金の返済が困難であるため、更にそれが国際法人の破産の請求にまで発展した事例(In re International Tin Council, Financial Times Law Reports 27 January 1987 by Chancery Div. of England)などがある。

### 国際法人の取扱

国際法人も法人である以上、その権利能力、行為能力、内部関係などは、国際法人なるがゆえの特別な取扱は必要ではなく、私人である法人の場合(参照、**本章第2節 法人**)に準じて取り扱えば足りると考える。

ただ、国際法人の従属法である設立に際して準拠した条約は、私人たる法人の従属法である一国の法律と比較すると、内容において簡単である場合もあり、準拠した条約の内容では、明文の規定、更には慣習法を欠くことが多く、条理により解決しなければならない問題も少なくないと考えられる。この場合の条理をどう考えて行くべきかは、検討課題である。

<sup>32</sup> 参照、横田「国際法人」沢木、秋場編『国際私法の争点(新版)』(有斐閣)105頁

<sup>33</sup> 参照、山田、脚注1、217-8頁;山内「国際法人」国際法学会編『国際関係法辞典』(三省堂)288頁

<sup>34</sup> 庄司「国際スズ理事会」国際法学会編『国際関係法辞典』(三省堂)270頁

## 第6節 代理

### 6.1 序説

#### 6.1.1 国際取引の主体と代理の関係

代理人が本人に代って、第三者との間において法律行為を行い、その法律効果が本人に帰属する制度を代理（agency）と称することは、広く世界各国において認められているところである。

従って、国際取引の主体となる自然人や法人は、常に、本人または代表者が自ら取引活動に従事するとは限らず、代理人を使用して取引活動を行うことも少なくない。

もっとも、代理に関連する法律問題は、国際取引の主体にのみ関連するものではないが、国際取引の主体に関連する場合が多いので、ここで検討することとする。

#### 6.1.2 代理の容認の準拠法

世界各国において、全ての法律行為につき代理が認められているわけではなく、代理の認められる法律行為の範囲は、各国の法律により異なるので、国際取引に関連して、ある法律行為について代理が許されるか否かという問題につき判断基準が必要となる。この問題は、法律行為の成立に関する問題であるから、当該法律行為の成立の準拠法が、その判断基準（準拠法）となると解されている<sup>35</sup>。

#### 6.1.3 代理人の能力

代理人が行為能力者であることを要するかということについては、日本のように代理人が行為能力者であることを要しないとする法制（民法第102条）を持つ国もあり、その判断の基準となるべき準拠法が問題となる。

##### (1) 日本

この問題について、国際私法に明文の規定、更には慣習法を欠くため、条理によらざるを得ないが、この場合の条理をどう考えるべきかについては、学説は次のように説明している。

代理人の能力は、授権行為の際に考慮され、現実には特に代理人と相手方との関係において問題となるものであるから、原則として授権行為の準拠法によるのが妥当であるが、取引保護の必要

<sup>35</sup> 参照、山田、脚注1、241頁

がある場合には、代理行為地法による制限に服するとする<sup>36</sup>。すなわち、授権行為の準拠法が、代理人は能力者であることを要求しているも、代理行為が行われた地の法律が能力者であることを要求していない場合に、取引保護の必要があるときは、能力者であることを要求していない代理行為地法が優先することになる。他方、この問題は、能力に関する問題であるから、代理人自身の本国法によるとの見解もある<sup>37</sup>。

この問題についての公刊された裁判例は、見当たらない。

## (2) ニューヨーク

この問題についての、公刊判例は見当たらない。

## (3) ロンドン

この問題についての、公刊判例は見当たらない。

### 6.1.4 代理における法的問題

代理が許容される場合には、代理により、本人と代理人との関係、代理人と相手方との関係、相手方と本人との関係という三面関係が生じる。

本人と代理人との関係においては、法定代理の場合については法律の規定により、また、任意代理の場合については本人の行為により、代理人への代理権の授与（授権行為）が行われる。

代理人と相手方との関係においては、代理人が本人に代って相手方との間において法律行為（代理行為）が行われる。

相手方と本人との関係においては、代理行為の法律効果の本人への帰属ということが行われる。

そこで、次に問題となるのは、これらの三面関係における代理権の成立、範囲、消滅などの問題である。これらの問題が、国際取引に関連して発生した場合には、どの国の法を基準として判断すべきか、準拠法を決定して判断することが必要となる。

## 6.2 法定代理

本人（例えば、禁治産者）と特定の法律関係にある代理人（例えば、後見人）との間に、法の規定によって成立するのが法定代理であるが、法定代理人は身分行為を代理する 경우가多く、国際

<sup>36</sup> 参照、山田、脚注1、245頁

<sup>37</sup> 参照、西「国際私法における代理権」『神戸法学』9巻1・2合併号228-9頁

取引との関連においては、極めて稀で、禁治産者に代って後見人が国際取引を行うといった場合などが考えられる。

### (1) 日本

代理については、国際私法に明文の規定、更には慣習法を欠くので、法定代理についても条理によらなければならない。

学説は一致して、法定代理の場合の三面関係については、本人と法定代理人との間の法律関係の準拠法によるべきであるとしている<sup>38</sup>。

代理人と相手方との関係及び相手方と本人との関係（両者を外部関係と称する）については、取引保護の考慮を必要とする場合については、法例第3条2項の規定を類推適用し、更に、内国にとどまらず一般的に行為地における場合にまで拡張して適用すべきであるとの見解もある<sup>39</sup>。

裁判例については、法定代理の準拠法を論じたものは、見当たらない。

### (2) ニューヨーク

この問題についての判例は見いだせない。任意代理に準じた取扱になると考えられる。

### (3) ロンドン

この問題についての判例は見いだせない。任意代理に準じた取扱になると考えられる。

## 6.3 任意代理

任意代理につき、代理権の発生、範囲及び消滅並びに復任権の有無などが、国際取引との関連において問題となった場合には、判断の基準となる代理権の準拠法の決定が必要となる。

### 6.3.1 本人と代理人との関係

#### (1) 日本

代理については、国際私法に明文の規定、更には慣習法を欠くので、任意代理についても条理によらなければならない。

---

<sup>38</sup> 参照、山田、脚注1、242頁

<sup>39</sup> 参照、山田、脚注1、242頁

この条理の考え方につき、特に授權行為の準拠法が当事者により明示されていれば授權行為の準拠法を、それが明示されていなければ、授權行為の基礎をなす基本関係(例えば、委任とか雇用)の準拠法を代理権の準拠法とする見解と、代理行為地法 = 代理の準拠法とする見解との対立が見られる<sup>40</sup>。

この問題についての公判裁判例は、見当たらない。

## (2) ニューヨーク

当事者である本人と代理人及び授權行為の基礎をなす基本的関係に最も密接な関連を有する国の法律が代理権の準拠法となる (Restatement, Second, Conflict of Laws § 291 )。

## (3) ロンドン

授權行為の基礎をなす基本的関係の準拠法が、代理権の準拠法となる<sup>41</sup>。

### 6.3.2 外部関係

#### (1) 日本

この問題についても、国際私法に明文の規定、更には慣習法を欠くので、条理によらなければならないが、この条理の考え方につき、学説に対立が見られる<sup>42</sup>。

相手方の保護ないし取引の安全を理由に、代理行為地法 = 代理権の準拠法とする。(多数説)  
 代理人が行った代理行為の効力の問題であることを理由に、代理人が行った契約(代理行為)自体の効力の準拠法によるべきであるとする。(以前の多数説)

相手方の保護の徹底を理由に、授權行為の準拠法または授權行為の基礎をなす基本関係の準拠法が代理権の準拠法であるのが原則であるが、内国が代理行為地である場合には法例第3条2項を類推適用し、更にそれを内国にとどまらず第三国たる代理行為地にまで拡張して適用しようとする。ただし、代理権が代理関係の準拠法を指定した権限証書により授与され、その証書が代理人により相手方にも示されていた場合には、代理行為地法ではなく、当該代理関係の準拠法が適用される。一律に代理行為地法の適用を認めることは、形式的、観念的にすぎるくらいがあること、また、この説による方が、取引の安全が実質的に達成されることを理由とする。

公判の裁判例としては、 のもとになったものがある<sup>43</sup>。

<sup>40</sup> 参照、高桑「表見代理」沢木、秋場編『国際私法の争点(新版)』(有斐閣)95頁

<sup>41</sup> See Morris, supra note 18, p.297; Dicey & Morris, supra note 13, Rule 167

<sup>42</sup> 参照、山田、脚注1、243頁

<sup>43</sup> 神戸地裁決定昭和34年9月2日下民集9巻1849頁



## (2) ニューヨーク

代理人が行った代理行為に最も密接な関連を有する国の法律が準拠法となる（Restatement, Second, Conflict of Laws § 292）。

## (3) ロンドン

英国法の下における代理の準拠法については、先例が少なく、重要な点が明確でないとの指摘があるが<sup>44</sup>、契約の相手方と本人との間で代理権の存否及び範囲が問題とされる場合（任意代理の外部関係）については、代理行為自体の準拠法による<sup>45</sup>が、代理行為自体の準拠法は代理行為が行われた地（代理行為地）の法律とする先例が存在する<sup>46</sup>。

## 6.4 無権代理及び表見代理

本人と代理人との関係において、授權行為の準拠法または授權行為の基礎をなす基本的関係の準拠法によれば代理人が代理権を有しないか代理権を踰越している場合であって、代理行為地法によっても、代理人が代理権を有しないか代理権を踰越しているときに、代理の三面関係につき無権代理及び表見代理の問題を生ずる。

### 本人による追認の可否及び本人の相手方に対する責任

本人が、代理人の無権代理行為または表見代理行為を追認することにより、その法律行為の法律効果が本人に帰属するか、追認の要件は何か、本人は相手方に対して責任を負うかが問題となり、判断の基準となる準拠法の決定が必要となる。

### (1) 日本

この問題についても、国際私法に明文の規定、更には慣習法を欠くので、条理によらなければならないが、この条理の考え方につき、学説に対立が見られる<sup>47</sup>。

無権代理または表見代理となった代理人らしき人物が行った行為自体の効力の問題であるから、その代理人らしき人物が行った行為自体の準拠法による。

相手方の保護及び取引の安全のため、無権代理または表見代理となった代理人らしき人物が行った行為の行われた地の法すなわち代理行為地法による。

<sup>44</sup> Fridman, *The Law of Agency* 6th ed. (Butterworths) 350

<sup>45</sup> See Dicey & Morris, *supra* note 13, Rule 168

<sup>46</sup> *Chatenay v. Brazilian Submarine Telegraph Co.* (1891) 1 Q.B.D. 79; *Maclaine Watson & Co. Ltd. v. International Tin Council* (1987) 3 All E. R. 787 at 796

<sup>47</sup> 参照、山田、脚注1、246頁

代理権の効力の問題であるから、授權行為の準拠法によるのが原則であるが、取引の安全のため、代理行為地法の制限を受ける。

公刊された裁判例には、この問題を取り扱ったものは見当たらないが、表見代理に類似する名板貸（参照、商法第23条）についての裁判例<sup>48</sup>があり、参考になる。

## (2) ニューヨーク

当事者及び代理人らしき人物が行った代理行為に最も密接な関連を有する国の法律が準拠法となる（Restatement, Second, Conflict of Laws § 292, 293）。

## (3) ロンドン

代理人らしき人物が行った代理行為の準拠法による<sup>49</sup>。

---

<sup>48</sup> 大阪高裁判決昭和37年4月6日下民集13巻4号653頁

<sup>49</sup> See Morris, *supra* note 18, p.297; Dicey & Morris, *supra* note 13, p.871, Rule 168

## 第3章 国際取引の客体に関連する法律問題

---

### 法的に見た国際取引の客体 = 権利または義務

国際取引の客体(対象)については、先に見たように、客体の物理的な性質に応じて有体物と無体物に大別することができる(参照、第1章第1節 1.1.5 (3) 取引の客体による分類)。一方、法的に見ると、国際取引の対象になっているものは、これらの国際取引の客体についての権利または義務であり、国際取引の結果それらの権利または義務が当事者間において発生、変動または消滅することになる。

### 国際取引の客体についての準拠法決定の必要

国際取引の客体についてどのような権利または義務が成立し、変動し、または消滅するかについても、世界的に統一された法に基づく基準があるわけではなく、国際取引法の他の問題の場合と同様、各国法に依存しているのが現状である。

各国法の下において、国際取引の客体につき、物権、債権または知的所有権が成立するという事は、ほぼ共通している。しかし、その内容については、当然のことながら、各国毎に異なっている。

従って、具体的な国際取引の客体について、その権利または義務の成立、変動または消滅が問題となった場合、その判断の基準となるべき法として、どの国の法を選択すべきかという、準拠法の決定の必要が生じる。

## 第1節 物権

### 1.1 所有権

#### 1.1.1 所有権の準拠法

##### (1) 日本

法例第10条1項により、物権の一種類である所有権の準拠法は、目的物の所在地法である。所有権の対象が動産または不動産であることにより準拠法を区別せず、統一している動産、不動産統一主義（同則主義）である。

所有権の準拠法である目的物の所在地法は、所有権の成立と効力に関する、次のような事項についての判断基準となる。

##### (ア) 所有権の成立、内容、効力

所有権の対象となり得る物は何か  
 動産、不動産の区別、主物、従物の区別等  
 物権的請求権

##### (イ) 所有権の得喪変更（物権変動）

法律行為による物権変動  
 法律行為以外の事実（時効、混同など）による物権変動

##### (2) ニューヨーク

目的物と当事者に最も密接な関係を持つ国の法によるのが原則であるが（Restatement, Second, Conflict of Laws §222）、その最も密接な関係を持つ国の法は、目的物の所在地法と解されることが多い<sup>1</sup>。

##### (3) ロンドン

目的物の所在地法による<sup>2</sup>。

<sup>1</sup> 参照、山田『国際私法』（筑摩書房）257頁

<sup>2</sup> Dicey & Morris, The Conflict of Laws 9th ed. (Stevens) Rules 77,78

### 1.1.2 目的物の所在地

目的物の所在地は、目的物の物理的な所在地を指すので、通常、その決定には問題を生じないところである。しかし、次のような特殊な目的物については、その所在地の決定につき、単に物理的な所在地ということではなく、特別の考慮を必要とする。

#### (1) 国際的に常時移動する船舶や航空機

これらについては、特定の時点で偶然所在した場所の法を準拠法として適用することに合理的な根拠を欠くことや、いずれの国の法も適用されない公海や公海上の空域に所在する場合には、所在地法がなく準拠法が決定できないという場合が発生することから、特別な取り扱いが行われる。

これらは動産ではあるが、一般の動産とはその性質を異にするので、法例第10条の動産には含まれず、これらの動産については、国際私法上明文の規定を欠く。従って、条理によらざるを得ないが、その場合の条理としては、それらの所属国法—旗国法または登録国法—によるのが妥当である。

しかし、旗国法と登録地法とが一致しない場合については、登録地法によることに学説は一致している<sup>3</sup>。

この場合の旗国法とは、船舶や航空機は、通常、いずれかの国において登録され、その国の国旗を掲げるところから、船舶または航空機登録の行われた場所の属する国の法を旗国法という。

裁判例としては、学説と同趣旨のものがある<sup>4</sup>。

#### (2) 国際的運送過程にある移動中の物（運送品）

こうした物については、通常、船荷証券（B/L）や航空運送状（Airwaybill）といった証券が発行され、それらの証券の授受によって運送品の処分が行われるので、運送品自体の所有権が問題となる事例は、実務的には少ないが、ときに問題となることがある。

そうした場合に、特定の時点で偶然に所在していた場所の法を適用する方法では、船舶や航空機の場合と同様準拠法が決定できない場合を生ずる余地があることや、船舶や航空機などの輸送手段中に物理的に所在していたことを理由に、その輸送手段についての物権の準拠法とされる旗国

<sup>3</sup> 参照、山田、脚注1、274頁；折茂『国際私法（各論）（新版）』（有斐閣）92頁

<sup>4</sup> 山口地裁柳井支部判決昭和42年6月26日下民集18巻711頁；松山地裁判決平成6年11月8日判例時報1549号109頁

法または登録地法を同様に適用することは合理的根拠を欠くことから、これらの物についても特別な取り扱いが必要となる。

これらは動産ではあるが、一般の動産とはその性質を異にするので、法例第10条の動産には含まれず、これらの動産については、国際私法上明文の規定を欠く。従って、条理によらざるを得ないが、その場合の条理としては、運送品の輸送の最終目的地である仕向地法によることが多数説により支持されている<sup>5</sup>。

裁判例も、仕向地法によっている<sup>6</sup>。

## 1.2 担保物権

### 1.2.1 法定担保物権

国際取引に関連して、例えば、英国から日本へ貨物が海上運送された場合、英国法を準拠法とする海上運送契約に基づき、その貨物につき運賃請求権を有する海上運送人は、荷受人より運賃の支払を受けるまでは、日本において貨物に対し留置権を行使できるかといった問題を生ずることがある。こうした場合に、留置権の成立及びその効力を判断するためには、その準拠法を決定する必要が生じる。

被担保債権(上記の例でいえば、運賃請求権)がそれ自体の準拠法(上記の例でいえば、英国法)により有効に成立していることが前提となるが、問題となっている権利が法定担保物権である場合には、法定担保物権は物権の一部であるから、法例第10条により、法定担保物権の目的物(上記の例でいえば、貨物)の所在地法により、担保物権の成立及び効力は判断されることになる。

裁判例は、法例第10条の規定に即して、上記のように判断している<sup>7</sup>。

これに対して、通説は、法定担保物権の成立には、法例第10条に従い目的物の所在地法によるだけでは十分ではなく、被担保債権の準拠法も当該法定担保物権の成立を認めていることが必要であると、要件を加重する。しかし、こうして成立した法定担保物権の内容及び効力については、目的物の所在地法によるとする。その理由とするところは、法定担保物権は、一定の債権を担保するために法律により特に認められた権利であるから、それは被担保債権の効力の一つというべ

<sup>5</sup> 参照、山田、脚注1、273頁

<sup>6</sup> 横浜地裁判決大正7年10月29日評論8巻諸法4頁、涉外判例百選(第3版)(有斐閣)66頁

<sup>7</sup> 大審院判決昭和11年9月15日法律新聞4033号16頁、涉外判例百選(第3版)(有斐閣)62頁

きであるので、目的物の所在地法が成立を認めるだけでは足りず、被担保債権自体の準拠法も、その成立を認めることが必要であるとする<sup>8</sup>。

#### 裁判例と通説との比較

	法定担保物権の成立の準拠法	法定担保物権の内容、効力の準拠法
裁判例	目的物の所在地法	目的物の所在地法
通説	被担保債権の準拠法と目的物の所在地法の累積的適用	目的物の所在地法

### 1.2.2 約定担保物権

約定担保物権の成立及び効力の準拠法については、法例第10条に従い、目的物の所在地法によることで通説及び裁判例は一致している<sup>9</sup>。

### 1.2.3 権利質

契約債権の債権者（例えば、定期預金の預金者）が、自分が負担する債務（例えば、銀行借入金の返済債務）の担保として自己の有する債権（定期預金債権）を銀行に差入れ、銀行がその債権に質権を設定することがあり、これを債権質と称する<sup>10</sup>。質権の対象となる主要な権利は、債権のほか、株式（社員権）、物権、無体財産権などであり、これらを総称して権利質という。

権利質については、質権者と質権設定者との間に、質権設定の原因をなす契約（例えば、融資契約）が存在するばかりでなく、質権設定契約が存在するので、両者の準拠法を分けて検討する必要がある。

質権設定の原因をなす契約の問題は、後述の契約の成立及び効力の準拠法によることについては異論をみない。

質権設定契約の準拠法については、質権は約定担保物権の一種類であり物権に属するので法例10条の適用も考えられるが、権利質の場合、質権の対象は権利であって有体物ではないので、法例第10条にいう物権は有体物についての物権であり、権利質は含まれない。従って、国際私法上明文の規定を欠くので、条理によらなければならない。この場合の条理として、質権の目的たる権利の準拠法によることに通説及び裁判例は一致している<sup>11</sup>。

<sup>8</sup> 参照、山田、脚注1、261頁；折茂、脚注3、100頁

<sup>9</sup> 参照、山田、脚注1、261頁；折茂、脚注3、108頁；大審院判決昭和11年9月15日法律新聞4033号16頁、涉外判例百選（第3版）（有斐閣）62頁

<sup>10</sup> 国際取引契約に関連して権利質が問題となった事例として、最高裁判決昭和53年4月20日、民集32巻3号616頁並びに東京地裁判決昭和42年7月11日、判例タイムズ210号206頁がある

<sup>11</sup> 参照、山田、脚注1、261頁；最高裁判決昭和53年4月20日民集32巻616頁〔バンコック銀行事件〕

質権の対象となる主要な権利は、債権、株式、物権、無体財産権などであるので、質権設定契約の準拠法は、それぞれの場合に応じて、債権、株式、物権、無体財産権自体の準拠法によることになる。

債権質権設定契約の第三者に対する効力の準拠法について、これを債権譲渡とは異質のものであると解し、法例 12 条の適用はないとする通説と、現実には債権譲渡と区別することが困難であり法例 12 条にいう債権譲渡又はこれに準ずるものと解し、法例 12 条の適用があるとする見解とが対立している<sup>12</sup>。

また、債権質権設定契約の方式については、一般規定である法例 8 条によることになるが、債権質の対抗要件についての法例 8 条 2 項の適用については、見解の対立が見られるところである（参照、第 4 章第 3 節 3.2.1 契約の効力に関連して方式が問題となる理由）。

#### 1.2.4 国際的に常時移動する船舶及び航空機についての担保物権

これらの担保物権の準拠法については、法定及び約定のいずれの担保物権についても、所有権の場合と理由により、法例第 10 条による物権の準拠法である目的物の所在地法を適用することには問題があり、法例第 10 条ではなくて条理によって準拠法を決定しなければならないと解することについては、学説も裁判例も一致している。

しかし、この場合の条理をどう解するかについては、学説、裁判例ともに、それぞれ細かく分かれている<sup>13</sup>。

##### 法定担保物権

多数説は、法定担保物権の成立については被担保債権の準拠法と旗国法の累積適用を、その効力については旗国法としており、一部の裁判例<sup>14</sup>がこれを採用している。

##### 約定担保物権

多数説は、約定担保物権の成立及び効力の準拠法のいずれも、旗国法としており、一部の裁判例<sup>15</sup>がこれを採用している。

<sup>12</sup> 参照、岡本「債権譲渡」『涉外判例百選（第 3 版）』（有斐閣）107 頁

<sup>13</sup> 参照、谷川「船舶担保物権」『涉外判例百選（第 3 版）』（有斐閣）68 頁

<sup>14</sup> 広島高裁決定昭和 62 年 3 月 9 日判例時報 1233 号 83 頁、判例タイムズ 633 号 219 頁；秋田地裁判決昭和 46 年 1 月 23 日下民集 22 卷 1・2 号 52 頁

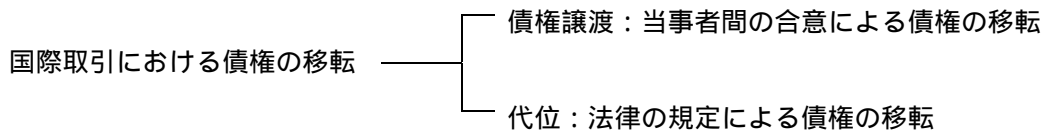
<sup>15</sup> 長崎控判決明治 41 年 12 月 28 日新聞 550 号 12 頁



## 第2節 債権、債務

国際取引においては、有体物とならんで無体物が取引の対象となるが、無体物の中で主要なものは債権である。債権が取引の対象となった場合には、当事者間の債権の譲渡についての合意により債権が移転することになり、債権譲渡といわれる。

他方、国際取引においては、債権譲渡のほかに、当事者間の合意ではなく法律の規定により債権が移転する場合があります、これは代位といわれる。



債務が、国際取引の対象となった場合は、債務引受といわれる。

### 2.1 債権譲渡：合意による債権の移転

国際取引においても、国内取引と同様に、債権者が譲渡人となって、その有する既存の債権や将来の債権を譲受人に売却譲渡する場合がある。業として売掛債権を買取り、債権譲渡を受ける者をファクター（Factor）、こうした売掛債権の譲渡による資金調達方法をファクタリング（Factoring）と称している。

債権譲渡の場合、譲渡人（旧債権者）と譲受人（新債権者）においては、まず債権の売買行為（原因行為）があり、その履行行為として債権の譲渡行為（準物権行為）がなされることが多く、両行為は区別されるとするのがこれまでの通説であるが、現在の取引の実態に即していないとの批判もある<sup>16</sup>。

譲渡の対象となった債権が譲渡できるものであるか否かの譲渡（可能）性、譲渡可能である場合の譲渡の要件、債務者を含めた第三者に対する債権譲渡の効力などが問題となったときには、その判断基準となる準拋法の決定が必要となる。

#### (1) 日本

まず、第三者に対する債権譲渡の効力については、法例第12条は、債務者その他の第三者保護の目的から、債務者の住所地法によると規定している。この場合の債務者の住所については、債

<sup>16</sup> 参照、斉藤「債権譲渡の準拋法」ジュリスト1143号59頁（1998）

務者が本店（本社）以外に、外国にも支店（支社）を持っており、その支店が債務者である場合に、本店の所在地又はその支店の所在地のいずれが住所となるか問題となる余地がある。法例第12条の立法趣旨が、第三者保護のため債権譲渡の優劣に関する確認手段の確保の保証にあるとの理解にたち、特定支店との取引により生じた債権の譲渡の際の債務者住所は、その債務の直接管理に当たる当該支店の所在地と解しないと、法例第12条が機能しなくなるとの見解がある<sup>17</sup>。

しかし、その他の事項については、国際私法に明文の規定を欠くので、条理によらなければならない。

譲渡の対象となる債権の譲渡（可能）性の問題は、その債権の効力の問題として、債権の効力の準拠法によることについては、学説は一致している<sup>18</sup>。

他方、債権譲渡行為の成立と当事者間の効力の準拠法については、次のような学説の対立がある。

通説は、債権譲渡行為は、対象となる債権（原債権）の同一性を失わせることなく債権者のみの交替を行う準物権行為であるから、原債権の準拠法によるのが条理であると解している<sup>19</sup>。

これに対して、有力説は、債権譲渡行為も一つの債権法上の法律行為であることを理由に、法例第7条により、当事者が自由に選択した法もしくは行為地法によるのが条理であると解している<sup>20</sup>。

## (2) ニューヨーク

譲渡の対象となる債権の譲渡（可能）性については、その債権の準拠法による（Restatement, Second, Conflict of Laws § 208）。

また、債権譲渡行為の成立と当事者間の効力の準拠法については、譲渡行為自体の準拠法による（Restatement, Second, Conflict of Laws § 209）。

債権譲渡の第三者に対する効力の準拠法については、譲渡行為自体の準拠法によるのが原則であるが、企業による債権譲渡の場合には、その債権の管理のための帳簿が存在する場所の法による（Restatement, Second, Conflict of Laws § 211）。

## (3) ロンドン

<sup>17</sup> 参照、岡本、脚注12、107頁、また、同趣旨の裁判例、東京地裁判決昭和42年7月11日判例タイムズ210号206頁、涉外判例百選（第3版）（有斐閣）110頁もある

<sup>18</sup> 参照、折茂、脚注3、205頁

<sup>19</sup> 参照、山田、脚注1、322頁

<sup>20</sup> 参照、折茂、脚注3、201頁

譲渡の対象となる債権の譲渡(可能)性については、その債権の準拠法によることは先例が確立している<sup>21</sup>。また、債権譲渡行為の成立と当事者間の効力の準拠法については、譲渡行為自体の準拠法による<sup>22</sup>。

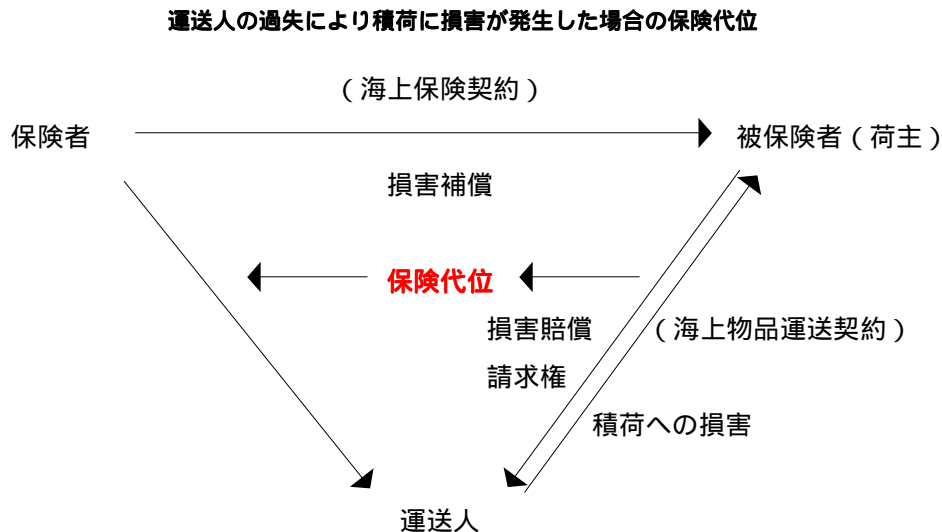
しかし、第三者に対する効力の準拠法についての判例法は、明確でないとされる<sup>23</sup>。

## 2.2 代位：法律による債権の移転

法律による債権の移転である代位が、国際取引に関連して問題となるが多かったのは、保険代位といわれるものであるが、国際的な企業買収や企業の合併(Merger and Acquisition: M & A)の増加に伴い、会社合併による債権の移転の問題も増加するであろう。

### 2.2.1 保険代位

保険者が被保険者との保険取引に基づき、被保険者の受けた損害を被保険者に補償したことにより、被保険者が受けた損害につき被保険者に対して損害賠償債務を負う者に対する損害賠償請求権が、被保険者より保険者に法律の規定により移転するか、移転するとすればその要件や効力といったことが問題となり、その判断基準となる準拠法の決定が必要となる。



#### (1) 日本

代位の準拠法については、国際私法に明文の規定がないので、条理によらなければならない。

<sup>21</sup> Morris, *The Conflict of Laws* 3rd ed. (Stevens) p.359; Dicey & Morris, *supra* note 2, Rule 83

<sup>22</sup> See Dicey & Morris, *supra* note 2, Rule 84

<sup>23</sup> See Morris, *supra* note 21, p.362

保険契約に基づき被保険者にその受けた損害を補償したことにより、損害賠償請求権が被保険者より保険者に法律の規定により移転するか否か、すなわち保険代位が成立するか、また、その効力がどうなるかは、代位の原因である保険契約の法的効果にほかならないから、保険契約の準拠法によるのが、条理であるとするのが通説である<sup>24</sup>。

裁判例にも、通説と同趣旨のものがある<sup>25</sup>。

## (2) ニューヨーク

保険者による被保険者に対する補償行為に最も密接な関係を有する法、すなわち保険契約の準拠法によることになる（Restatement, Second, Conflict of Laws § 221）。

## (3) ロンドン

保険代位が成立するか、また、その効力がどうなるかは、代位の原因である保険契約の法的効果にほかならないから、保険契約の準拠法による<sup>26</sup>。

### 2.2.2 企業合併による債権の移転

#### (1) 日本

企業合併による債権の移転の準拠法については、国際私法に明文の規定がないので、条理によらなければならない。

この場合の条理については、債権の移転の原因となる事実（この場合は企業の合併）の準拠法によるというのが通説である<sup>27</sup>。

#### (2) ニューヨーク

債権の移転の原因となる事実（この場合は企業の合併）の準拠法による（Restatement, Second, Conflict of Laws § 302）。

#### (3) ロンドン

<sup>24</sup> 参照、桜田「保険代位」涉外判例百選（第3版）112頁以下

<sup>25</sup> 東京高裁判決昭和44年2月24日高民集22巻1号80頁、判例時報559号75頁、涉外判例百選（第3版）（有斐閣）112頁；神戸地裁判決昭和45年4月14日判例タイムズ288号283頁など

<sup>26</sup> See Dicey & Morris, supra note 2, Rule 176

<sup>27</sup> 参照、沢木『国際私法入門（第3版）』（有斐閣）213頁

会社の合併による包括的な継承を設立準拠法が認めている場合には、設立準拠法によった先例はあるが、包括的な継承を認めていない場合にも適用あるかは先例がなく明確でない<sup>28</sup>。

## 2.3 債権者代位権

債権者代位権は、債権者が債権の十分な弁済を確保するために、債務者が第三者に対して有する権利を行使しない場合に債務者に代わってその権利を行使する権利（例えば、民法 423 条）をいう。債権の効力として債権者に付与された権利であるという実体法上の側面と、他人である債務者の権利を債権者が自己の名の下に追行する資格が与えられ、訴訟手続においてはいわゆる第三者の訴訟担当に該当するという手続法上の側面とを有するところから、この権利の行使が国際取引に関連して生じた場合に、その準拠法の決定につき問題を生ずることとなる。

### 債権者代位権の準拠法

国際取引に関連して債権者代位権の行使が行われた事例<sup>29</sup>はあるが、この事件では準拠法の決定は問題となっていない。準拠法の決定が論じられたのは、国際取引に関連する事件ではないが、外国人である不法行為の加害者が日本人である被害者に対して賠償を行わないばかりでなく、加害者の加入している賠償責任保険の保険金請求権を行使しない場合に、賠償債権の債権者である被害者に、自己の名の下に他人である加害者（賠償債権の債務者）が保険会社に対して有する保険金請求権の追行を行ったのが、その一事例<sup>30</sup>である。

この事件において、裁判所は、債権者代位権は、債権者に債務者の第三債務者に対する直接の実体法上の請求権を付与するものでなく、債権者が自己の名において、債務者に属する権利を訴訟上追行できる訴訟法上の権限を付与するものであると解し、訴訟法上、何人が訴訟実施権を有するかの問題の解釈の基準については、法廷地法を適用すべきであると判示した。

これに対して、通説は、債権者代位権は、債権の効力の一面であるが、その客体となる債務者第三者間の法律関係にも影響するから、その準拠法も無視できないとして、債権者の債権の実質の準拠法と代位行使される債務者の権利の準拠法の累積的適用を妥当とする<sup>31</sup>。

一方、有力説は、債権者代位権の行使が第三者の利害関係に及ぼす影響が大きくないことから、債権者の債権の実質の準拠法と代位行使される債務者の権利の準拠法の累積的適用の必要はなく、債権者の債権の実質の準拠法の適用で足りるとする<sup>32</sup>。

<sup>28</sup> See Morris, *supra* note 21, p.443

<sup>29</sup> 東京地裁判決昭和 47 年 7 月 26 日、著作権研究 5 号 116 頁

<sup>30</sup> 東京地裁判決昭和 37 年 7 月 20 日、下民集 13 卷 7 号 1482 頁

<sup>31</sup> 参照、三つ木「債権者代位権」涉外判例百選（第 3 版）（有斐閣）106 頁

## 第3節 有価証券

### 3.1 有価証券の種類

財産権の中には、権利が証券にいわば化体され、権利の行使は原則として証券によってなされ、特にその譲渡は、証券と分離してすることができないものが存在する。こうした財産権を表章する証券を有価証券と呼び、有価証券は、その表章する権利の内容により、債権証券、物権証券、社員権証券に分類される。

#### 債権証券

債権証券の代表的なものが、一定金額の金銭給付を目的とする債権を表章する手形、小切手、社債券などと、物品の引渡を請求する権利を表章する船荷証券、貨物引換証、倉庫証券などがある。

#### 物権証券

物権証券の代表的なものが、主たる債権とともに、これを担保する抵当権をも表章している抵当証券である。

#### 社員権証券

社員権証券の代表的なものが、株券である。

#### 国際取引の客体としての有価証券

以上の有価証券のうち、国際取引の客体として現実に利用されることの多いものは、船荷証券と株券である。手形や小切手は、国際取引の客体というよりは、国際取引に付随する支払手段として、利用されるのが通常である。

### 3.2 船荷証券の譲渡

---

<sup>32</sup> 参照、海老沢「債権者代位権」沢木、秋場編『国際私法の争点（新版）』（有斐閣）152頁

船荷証券が国際取引の客体として登場するのは、船荷証券の譲渡が行われる場合であり、指図式のときは裏書により、無記名式のときは単なる証券の交付により、譲渡が行われる。そして、その譲渡の成立及び効力が問題となった場合には、判断基準である準拠法の決定が必要となる。

日本の場合、船荷証券の譲渡を動産の譲渡として、法例第10条を適用することは、有価証券としての船荷証券の特殊性を考慮すると妥当ではなく、法例第10条の対象ではない。従って、国際私法には、船荷証券の譲渡の準拠法の決定についての明文の規定を欠くので、条理によらなければならないことについては、学説、判決例とも一致している。

しかし、この条理の理解につき、次のような見解の対立が見られる<sup>33</sup>。

多数説は、裏書の成立及び効力については、裏書地法を、証券の交付については、法例第10条により、譲渡当時の証券の所在地法によるべきであるとする。

これに対して、転々流通してきた船荷証券上必ずしも明確ではない裏書地や、交付地の法をすべて参照して、当該船荷証券が適法に譲渡されてきたか、裏書の連続が認められるかを判断しなければならないことになると、船荷証券の流通を阻害するので、取引の安全上、仕向地法によるのが妥当であるとする見解もある。

一方、裁判例は、指図式船荷証券の裏書による譲渡につき、裏書を法律行為の一種と解し、法例第7条2項及び9条により、行為地法（通常は裏書地法となる）によるべきであるとする<sup>34</sup>。

### 3.3 株券

国際取引において株券が取引の対象とされるのは、通常、発行済の株券の譲渡が行われる場合と、新たに発行される株式に応募して株券を取得する場合である。

株券は、社員権を表章する有価証券であるから、有体物ではあるが単なる動産とは性質を異にしているため、その準拠法の決定についても特別の考慮を必要とする。

#### 3.3.1 株券の譲渡

株券の譲渡に関連して、株券の譲渡可能性、譲渡の成立とその効力が問題となる場合には、その判断基準としての準拠法の決定が必要となる。

##### (1) 日本

<sup>33</sup> 参照、平塚「船荷証券」池原・早田編『涉外判例百選（第3版）』（有斐閣）82頁

<sup>34</sup> 横浜地裁判決大正7年10月29日評論8巻諸法4頁

動産については、法例第10条が存在するが、株券についてはその特殊な性質から、動産には含まれず、従って、株券の準拠法については、国際私法に明文の規定がなく、条理によらなければならない。

しかし、この条理につき、これまでのところ、学説の検討も十分でないし、裁判例も見られないところである。

株券の譲渡可能性は、会社と社員の関係（会社の内部関係）に関連する事項であるから、会社の従属法が準拠法となるべきものとする。

株券の譲渡の成立と効力の準拠法については、株券の表章する社員権の得喪に関連する問題であるから、社員権の準拠法である会社の従属法によるべきものとする。

## (2) ニューヨーク

株券の取得の成立と効力の準拠法は、会社の従属法である会社の設立準拠法による<sup>35</sup>。

## (3) ロンドン

株券の譲渡可能性並びに株券の譲渡の成立及び効力の準拠法は、会社の従属法である会社の設立準拠法による<sup>36</sup>。

### 3.3.2 応募による株券の取得

株券の取得の成立と効力が問題となる場合には、その判断基準としての準拠法の決定が必要となる。

#### (1) 日本

動産については、法例第10条が存在するが、株券についてはその特殊な性質から、動産には含まれず、従って、株券の準拠法については、国際私法に明文の規定がなく、条理によらなければならない。しかし、この条理につき、これまでのところ、学説の検討も十分でないし、裁判例も見られないところである。

株券の取得の成立と効力の準拠法については、株券の表章する社員権の得喪に関連する問題であるから、社員権の準拠法である会社の従属法によるべきものとする。

<sup>35</sup> Leflar, American Conflicts Law 4th ed. p.701

<sup>36</sup> See Dicey & Morris, supra note 2, p.510



## (2) ニューヨーク

株券の取得の成立と効力の準拠法は、会社の従属法である会社の設立準拠法による<sup>37</sup>。

## (3) ロンドン

株券の取得の成立及び効力の準拠法は、会社の従属法である会社の設立準拠法による<sup>38</sup>。

# 第4節 無体財産権 / 知的所有権

## 4.1 国際取引における無体財産権

国際取引の客体として、伝統的な客体である物権や債権とならんで、第二次世界大戦後に重要性を増したものとして、無体財産権があげられる。

無体財産権が国際取引の客体となるのは、無体財産権自体が譲渡され譲渡契約の対象とされる場合と無体財産権の利用のため利用・実施契約の対象とされる場合である。しかし、これらの契約（原因行為）と対象となった無体財産権の移転行為や利用権設定行為とは区別することができ、分けて考えなければならない。ここでは、無体財産権の移転行為や利用権設定行為が検討の対象であり、原因行為たる契約については、国際取引契約において検討する。

### 無体財産権 = 知的所有権

無体財産権は、権利の対象が、著作物、発明、意匠といった人間の精神的な創造活動の所産、商標といった事業活動に有用な識別標識といった無体物の価値であるところから、無体財産権と称されるが、その価値の形成過程が主として人間の知能に由来することから知的所有権とも称される。

無体財産権は、上記の無体物である価値を他人の競争的利用を排除して独占的に支配できる財産権であるという点において、所有権に類似するが、客体が無体物である事実上の占有が不可能である点において異なっている。

<sup>37</sup> See Leflar, *supra* note 35, p.701

<sup>38</sup> See Dicey & Morris, *supra* note 2, p.510

### 無体財産権 = 著作権 + 工業所有権

無体財産権は総称であり、具体的にはその客体に応じて、著作物については著作権と、その他のものを客体とする工業所有権とに二分される。そして、工業所有権は、更に、発明については特許権、意匠については意匠権、商標については商標権等と細分される。

## 4.2 無体財産権についての属地主義<sup>39</sup>

無体財産権については、沿革的に、一国で付与した無体財産権の効力は、その国の領域に限られ、その成立、変動及び効力などは全てその権利を認めた国の法律による。各国は、原則として、自国の認めた無体財産権について外国法を適用しないし、また、外国の法律によって認められた無体財産権を自国の領域内において承認しないとする属地主義の原則の影響が強いという特徴がある。

一方、国際取引の拡大に伴い、属地主義が無体財産権についての国際取引を阻害するとの弊害が認識され、各種の国際条約が締結されてきている。例えば、1978年に成立した特許協力条約により、国際出願が加盟国における正規の国内出願と認められ、手続面での属地主義の原則が緩和されてきている。また、1995年に成立した世界貿易機関(WTO)についての協定の一部であるTRIPS協定(知的所有権の貿易関連側面についての協定)は、加盟各国の国内法上の知的財産権保護の最低限度の保護とその調和を図るものであり、実体、手続の両面から属地主義の原則を緩和している。しかし、全世界の全ての国が締約国となっている国際条約はまだない。

## 4.3 無体財産権の準拠法

どのような価値につき無体財産権の成立を認め、その無体財産権にどのような効力を付与するか、また、無体財産権の得喪の要件をどうするかは、各国の法律によるため、国際取引の客体としての無体財産権につき権利の成立やその効力、または、その得喪が問題となった場合には、その判断の基準としての準拠法の決定が必要となる。

<sup>39</sup> 詳細は、参照、紋谷「知的所有権の国際的保護」沢木・秋場編『国際私法の争点(新版)』(有斐閣)25頁以下

## (1) 日本

無体財産権については、国際私法に明文の規定がなく、条理によらなければならない。

この条理の理解については、次のような見解の対立が見られる。

権利付与国法主義： 無体財産権は国家によって付与されるものが多いという特性を考慮すると、無体財産権の成立、効力、消滅は、権利付与国法ないし登録国法が妥当である<sup>40</sup>。

保護国法主義： 問題となっている無体財産権につき保護を求められる国つまり保護国法によるのが妥当である<sup>41</sup>。

しかし、当該無体財産権につき国際条約、例えば、「工業所有権の保護に関するパリ条約」<sup>42</sup>や著作権についてのベルヌ条約<sup>43</sup>、万国著作権条約<sup>44</sup>、が存在しその適用を受ける場合には、条約の規制を受けることになるので、当該無体財産権についての準拠法を問題とする実益はない場合がある。

無体財産権の準拠法を論じた裁判例は見あたらず、裁判所の見解は明確ではない。

## (2) ニューヨーク

権利付与国法主義による<sup>45</sup>。米国連邦裁判所が著作権の準拠法につき判示した事例としては、Itar-Tass Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc., No. 97-7498; 1998 U.S. App. LEXIS 21016 by U.S.C.A. 2nd Cir. (国際商事・海事判例紹介「IBL98-29」)がある。

## (3) ロンドン

権利付与国法主義による<sup>46</sup>。

<sup>40</sup> 参照、紋谷「工業所有権と属地性」沢木、秋場編『国際私法の争点(新版)』(有斐閣)24頁

<sup>41</sup> 参照、木村『国際工業所有権法の研究』(日本評論社)82頁以下

<sup>42</sup> 参照、大瀬戸・木村「工業所有権の保護に関するパリ条約」国際法学会編『国際関係法辞典』(三省堂)224頁

<sup>43</sup> 参照、清水「文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約」国際法学会編『国際関係法辞典』(三省堂)690頁

<sup>44</sup> 参照、清水「万国著作権条約」国際法学会編『国際関係法辞典』(三省堂)652頁

<sup>45</sup> See Leflar, *supra* note 35, p.524

<sup>46</sup> See Dicey & Morris, *supra* note 2, p.549,550

#### 4.4 無体財産権と並行輸入<sup>47</sup>

無体財産権に関連する国際取引につき、各国において、よく問題となるのは、真正商品の並行輸入の適法性である。外国において適法に販売された商品を輸入する行為が、その商品についての内国の特許権者や商標権者の権利を侵害するか否かが問題となる。

日本の場合、商標権については、商標権の機能を害しないとの機能説に立脚して、並行輸入を肯定する判決例<sup>48</sup>や、特許権につき国際的消尽理論により並行輸入を肯定する判決例<sup>49</sup>がある。

---

<sup>47</sup> 参照、木棚「並行輸入」国際法学会編『国際関係法辞典』（三省堂）696頁

<sup>48</sup> 大阪地裁判決昭和45年2月27日判例時報625号75頁、涉外判例百選（第3版）258頁

<sup>49</sup> 東京高裁判決平成7年3月23日判例時報1524号3頁

# 第4章 国際取引契約に関連する法律問題

---

## 第1節 契約交渉段階における問題

国際取引契約の場合、申込に対して直ちに承諾が行われ契約が成立することもあるが、契約内容につき当事者間において様々な交渉が行われ、その上で契約の締結に至ることも少なくない。従って、この交渉段階においても当事者間に法的問題を生ずることがある。

### 1.1 予備的合意

#### 1.1.1 契約についての予備的合意

国際取引契約の成立を期して関係当事者間において交渉が繰り返され、次第に契約内容が固まっていくな過程において、あるステップごとに相互の合意、ときには合意できない事項を確認して、次のステップに移るといことが行われ、従って、各ステップでの確認を文書化して確実に期するといことが実務においては行われる。

こうした契約交渉過程における確認文書の中でも正式契約締結の直前の確認文書は、確認のためばかりでなく、各当事者の内部機関（例えば、常務会とか取締役会）における意思決定や契約の実施に際して協力してもらう必要のある外部機関（例えば、契約の実施に必要な資金を融資する金融機関）の事前の同意の取り付けのために必要なことも少なくない<sup>1</sup>。

こうして当事者間において積み重ねられていく合意は、あくまでも最終的な契約の成立を前提条件とするものであるので、予備的合意と称される。予備的合意の後に最終的な契約が成立すれば

---

<sup>1</sup> 参照、藤岡「国際取引の法務戦略」（商事法務研究会）39頁以下；坪田「国際契約法 総論」（商事法務研究会）16頁

予備的合意について問題は生じないが、契約締結直前の予備的合意が行われたものの、予定または期待された事情や条件がうまく実現せず、最終的な契約が締結できない場合に、そうした契約交渉の最終段階における予備的合意の法的効力が問題となることがある<sup>2</sup>。

予備的合意の法的効力が問題となった場合には、その判断の基準となる準拠法を決定して、その効力を判断しなければならない。

### 1.1.2 予備的合意の準拠法

予備的合意の法的効力を判断するための準拠法の決定に際しては、まず、予備的合意の法的性質を確定し、それに適用すべき法例中の法選択規則を確定し、その法選択規則を適用して予備的合意の準拠法が決定される。

法例中には、予備的合意そのものについての法選択規則はないが、予備的合意は法律行為の一種であると法性決定ができるから、法例第7条により予備的合意の効力の準拠法が決定される。

法例第7条により予備的合意の効力の準拠法を決定する場合、まず、法例第7条1項に従い、その予備的合意の準拠法についての当事者の明示または黙示の意思を探求して可能な限り当事者の合意による準拠法を適用することになる。しかし、当事者の明示または黙示の意思を確定できないとき、すなわち、当事者の意思が不明のときには、法例第7条2項に従い行為地法を適用することになる。そして、行為地の確定に際しては、予備的合意を契約に類似するものと解すれば、法例第9条2項の適用が可能となる。

「インドネシア林業開発事件」<sup>3</sup>においては、マレーシアの有力実業家と日本の総合会社との間におけるインドネシアにおける林業開発事業計画についての契約交渉の最終段階における予備的合意の法的効力が争点の一つとなった。日本の裁判所は、この予備的合意についての当事者の準拠法に関する明示または黙示の意思が不明であるとし、主として交渉が行われた場所である東京が行為地と認められるので、法例第7条2項により行為地法である日本法が準拠法となること、並びに、予備的合意の申込が発信された場所が東京であることから法例第9条2項によっても東京が行為地と看做し得るので行為地法である日本法が準拠法となることを理由として、日本法を準拠法と決定して判断を行っている。

<sup>2</sup> 国際取引契約についての予備的合意につき、その法的効力が争われた興味ある事例として、東京地裁判決（昭和60年7月30日、判例時報1170号95頁、判例タイムズ561号111頁）とその控訴審である東京高裁判決（昭和62年3月17日、判例タイムズ632号155頁）「インドネシア林業開発事件」がある

<sup>3</sup> 参照、脚注2

### 1.1.3 日本法の下における予備的合意の効力

日本民法における予約は、その予約に基づいて本契約を成立させるために、当事者の一方のみの意思表示だけで足りる一方の予約のみを対象としており（参照、民法第556条、559条）、当事者双方が予約完結権を持つ双方の予約を対象としていない。

一方、国際取引契約についての予備的合意は、その内容によるが、実際上一方の予約であることは極めて稀であり、従って民法にいう予約に該当しないのが通例であると考えられる。予約に該当しない場合については、予備的合意の契約としての効力、従って契約として成立しているか否かが問題となる。

上記「インドネシア林業開発事件」においては、裁判所は、日本商法の下においては日本の商社側の当事者（部長）には当該合意の内容についての契約締結権限がないこと、並びに、交渉段階で作成された各種の文書などに照らして、当該合意は、契約締結交渉過程において、双方のそれまでの了解事項を書面化して確認したものに過ぎないことを理由として、当該予備的合意は契約としての効力を有しないとの判断を示している<sup>4</sup>。

従って、日本法の下においては、予備的合意が当事者間の了解事項を書面化して確認したものに留まる限りは、予備的合意自体が予約に該当する例外的な場合を除いて、予備的合意として独自の効力を持つものではなく、契約としての成立要件を満たして始めて契約としての効力を有することになると解することができる。

## 1.2 契約締結上の過失

### 1.2.1 契約交渉段階における契約締結上の過失

予備的合意が契約として成立していない場合であり、契約締結交渉の段階における確認文書に過ぎない場合であっても、予備的合意が成立するなど交渉当事者間にある程度の緊密な関係が形成されてくると、単なる契約交渉段階からは一步踏み込んだものになり、契約準備段階に到達したといえることができる。

契約準備段階に至った後に、当事者の一方が理由なく交渉を打ち切り、それによって相手方の契約成立への信頼を裏切ったときには、その行為を契約締結上の過失であるとして、相手方は、その受けた損害を交渉を一方的に打ち切った当事者に対して賠償請求することができるかが問題となるところである。

<sup>4</sup> 参照、東京高裁判決昭和62年3月17日判例タイムズ632号155頁

こうした場合にも、国際取引契約についての契約締結上の過失の成否とそれに対する損害賠償の可否の決定は、準拠法を決定して判断することとなる。

### 契約交渉段階における契約締結上の過失についての準拠法

この場合には、契約交渉段階における契約締結上の過失に基づく賠償責任の法性決定がまず問題となるところである。契約の原始的不能や無効の場合の契約締結上の過失に基づく賠償責任については、それを契約責任とするか不法行為責任とするかにつき裁判所の見解も分かれているところである<sup>5</sup>。

しかし、契約交渉段階における契約締結上の過失に基づく賠償責任は、契約の成立が認められない段階における契約責任の追求は論理的に矛盾しており、不法行為責任と見るのが妥当であると解する。そして、不法行為責任と解した場合には、法例第11条により不法行為地法が準拠法となる。

上記「インドネシア林業開発事件」において、東京地裁は、当事者間の交渉の過半が東京でなされている事実から、東京を原因事実発生地＝不法行為地とみるのが相当であるとの判断を示し、東京高裁もこの見解を支持している。

### 日本法における契約交渉段階の契約締結上の過失

この問題につき、学説は、契約の原始的不能や無効の場合について展開された「契約締結上の過失理論」を契約交渉が準備段階に留まり契約成立に至らなかった場合にまで拡大してきている<sup>6</sup>。一方、従来この問題につき消極的であった判例も、最近においては契約準備段階についてまで認める傾向にある<sup>7</sup>。

最高裁は、現代における信義誠実の原則は、契約法関係を支配するにとどまらず、すべての私法関係をも支配する理念であると解すべきであるから、契約締結交渉の段階においても妥当する。従って、当事者間において契約締結交渉が進捗して契約準備段階に至り、相手方において契約の成立が確実のものと期待するに至った場合には、その一方の当事者としては相手方のこの期待を侵害しないよう誠実に契約の成立に努めるべき信義則上の義務があるものというべきであって、一方の当事者がこの義務に違反して相手方との契約の締結を不可能ならしめた場合には、特段の

<sup>5</sup> 参照、契約責任であるとするもの、東京地裁昭和53年5月29日判例時報925号81頁、東京地裁判決昭和56年12月14日判例タイムズ470号145頁；不法行為責任であるとするもの、東京高裁判決昭和54年11月7日判例時報951号50頁、東京地裁判決昭和56年3月23日判例時報1015号84頁

<sup>6</sup> 詳細については、参照、本田「契約締結上の過失理論について」現代契約法大系（有斐閣）1巻201頁以下

<sup>7</sup> 参照、最高裁判決昭和58年4月19日民集138号611頁；東京地裁判決昭和34年6月22日下民集10巻6号1318頁、福岡高裁判決昭和47年1月17日判例時報671号49頁、東京地裁判決昭和53年5月29日判例時報925号81頁、東京地裁判決平成10年11月26日判例時報1684号75頁。また、否認した事例としては、参照、東京地裁判決昭和49年1月25日判例時報746号52頁、東京地裁判決昭和50年5月19日判例時報806号62頁



事情がない限り、相手方に対する違法行為として相手方の被った損害につきその賠償の責を負うべきものと解するのが相当であるとの判断を示している<sup>8</sup>。

この最高裁の判断に従い、東京高裁と東京地裁は、上記のマレーシアの有力実業家と日本の総合商社との間におけるインドネシアにおける林業開発事業計画についての予備的合意の効力が争われた「インドネシア林業開発事件」においては、契約締結交渉が契約準備段階に到達していたと認定し、その段階において日本の総合商社が、相手方に対して終始、契約が確実に成立するものとの期待を持たせる態度をとり続けていたにもかかわらず、正当な理由も事情もないのに、契約締結を中止するに至ったことには、契約締結上の過失があり不法行為が成立したと認めて、相手方の損害を賠償すべきであるとの判断を示している。

また、この事件においては、予備的合意の成立をもって、契約締結上の過失を認め得る契約準備段階に到達したものであることが注目される<sup>9</sup>。

### 1.2.2 ニューヨーク及びロンドンにおける状況

ニューヨーク州法の下における事件としては、「インドネシア林業開発事件」に類似のものは見当たらないが、米国デラウェア州裁判所における事例として、ITEK Corporation v. Chicago Aerial Industries, Inc., 248 A. 2d 625 (1968)があり、また、英国における類似の事例としては、Donwin Productions Ltd. v. E.M.I. Films Ltd., The Times, March 9, 1984 がある。

いずれの事例においても、予備的合意が成立した後一方的に交渉を打ち切り、契約締結に応じなかった当事者の信義則違反の責任を認めている。

## 第2節 契約の成立に関連する問題

### 2.1 意思表示（申込／承諾）の準拠法

#### 2.1.1 申込または承諾に関連する問題

##### (1) 日本

契約という法律行為の要素である申込や承諾といった意思表示については、それらの成立または効力が、次のような具体的な事例において問題となるところである<sup>10</sup>。

<sup>8</sup> 最高裁判決昭和58年4月19日民集138号611頁

<sup>9</sup> 契約準備段階への到達の成否が争われて否定された事例として、参照、東京地裁判決、昭和59年1月26日、判例時報1128号58頁

<sup>10</sup> 参照、山田『国際私法』（筑摩書房）239頁

すなわち、申込については、ある意思表示が申込となるか否か、申込が効力を生ずるのは、発信によってか到達によってか、それとも相手方の了知をまってか、申込の効力存続期間、申込の撤回または取消、申込の失効原因、意思表示のかしある申込の効力、申込の内容が可能であり確定しており適法か、申込の解釈などが問題となる。

また、承諾については、ある意思表示が承諾となるか否か、承諾が効力を生ずるのは、発信によってか到達によってか、それとも相手方の了知をまってか、意思表示のかしある承諾の効力、承諾の解釈などが問題となる。

国際取引契約に関連するこれらの問題については、渉外的要素を含んでいるので、まずその判断の基準となる準拠法の決定が必要となるが、多数説と有力説との間に下記のような見解の対立が見られるところである。しかし、意思表示の準拠法についての裁判所の判断を示した公判判例はいまのところ見られない。

#### 多数説：契約の実質の準拠法による

わが国の多数説は、申込並びに承諾は、契約の要素をなす意思表示であり、契約と緊密な結合関係にあるので、契約の実質（＝契約の成立及び効力）の準拠法によるべきであるとしている<sup>11</sup>。従って、上記の問題はまず契約の実質の準拠法を決定し、これを適用して結論を出すことになる。契約の成立が問題となっている状態で、契約の成立を前提とする契約の実質の準拠法が存在するものとして、これを適用するのは厳密に言えば論理的な矛盾であるが、次の例に見られるように、仮に契約が有効に成立したものと仮定して、その契約の実質の準拠法を決定している。

しかし、多数説に対して、次のような批判が有力である。例えば、日本の商人が、平常取引の相手方であるイギリスの商人に対して書面でその営業の部類に属する契約の申込をし、その申込にこの契約の準拠法を日本法とする条項を挿入したが、イギリスの商人がこの申込に対して何の返事もしなかった場合が想定される。この場合の沈黙が承諾となるかとの問題については、多数説によると、申込において契約の実質の準拠法として指定された日本法により判断することになり、日本商法第 509 条が適用されて申込は承諾されたものとみなされることになり、この場合の取引の相手方であるイギリスの商人の利益保護の観点から妥当ではないとの批判が行われている<sup>12</sup>。

この批判に対して、多数説によった場合であっても、沈黙の効果に関する各国法の諸規定は、国際私法の観点からは証拠法規定として、準拠法の内容とはならないものと考えべきである。そ

<sup>11</sup> 参照、山田、脚注 10、239 頁

<sup>12</sup> 参照、山田、脚注 10、239 頁

して、沈黙の意味については、これらの規定の助けを借りながら、手続法上の「事実認定」の問題の一環として処理することによって、より妥当な解決がえられるであろうとの反論がある<sup>13</sup>。

裁判所は、取消不能信用状の条件変更の申込についての準拠法の決定につき、多数説により準拠法を決定しつつも、準拠法とされた日本商法第 509 条の適用については、被申込者である商人の営業とする基本的商行為に属する取引の申込に限定するべきであるとの見解を示し、多数説によった場合の結果に対して批判的である<sup>14</sup>。

#### 有力説：限定した範囲において本人の常居所地法ないし営業地法による

多数説を批判する有力説は、契約の要素をなす申込とか承諾とかの意思表示自体の成否の問題は、契約自体の問題と区別して判断し得ないわけではなく、契約の実質の準拠法とは別個の準拠法によるべきであるとする。そして、必要最小限の範囲において契約の実質の準拠法から区別すべきであり、意思表示の成否と意思表示の効力発生時の問題にかぎり、当事者の利益保護の立場から、当該意思表示の相手方（上記の例でいえば、被申込者であるイギリス商人）につき、本人自らが適用を予測し得ない法律の適用によって本人に不利益が生じないように、本人が当然に知ることができる法律によって、すなわち本人の常居所地法ないし営業地法によるべきであるとする<sup>15</sup>。従って、有力説の立場に立った場合であっても、意思表示の成否と意思表示の効力発生時の問題以外の意思表示に関する問題については、多数説と同様に契約の実質の準拠法により解決することになる。

#### (2) ニューヨーク

連邦並びに州国際私法において、申込及び承諾を契約から分離して取扱うことはしていないことから見て、申込及び承諾の問題も、日本の多数説と同様に、契約の実質の準拠法によるものと見られる。

#### (3) ロンドン

英国国際私法においては、申込及び承諾を契約から分離して取扱うことはしていないことから見て、申込及び承諾の問題も、日本の多数説と同様に、契約の実質の準拠法によるものと見られる。

1991年1月1日からは、Contracts (Applicable Law) Act 1990 が適用されているが、同法にも申込または承諾についての特別な規定はない。

<sup>13</sup> 参照、曾野「国際契約の成立」沢木、秋場編『国際私法の争点（新版）』（有斐閣）126頁

<sup>14</sup> 参照、東京地裁判決昭和52年4月18日判例時報850号3頁

<sup>15</sup> 参照、山田、脚注10、240頁

## 2.2 契約の成立の準拠法

### 2.2.1 日本

#### 契約の成立に関連する問題

ここにいう契約の成立に関連する問題とは、契約の成立に申込と承諾を常に必要とするか、交叉申込をもって足りるか、申込ないしは承諾が、錯誤、詐欺、脅迫などに基づいてなされたときに、そうした意思表示のかしにより契約が無効となるか取消可能となるのか、契約の目的が可能であるか、確定しているか、適法であるかなどの問題を指している。

#### 法例第7条：当事者自治の原則

契約の成立そのものについての法選択規則は、法例中にはないので、法律行為の一種である契約については、法律行為についての法選択規則である法例第7条の適用があり、契約の成立の準拠法に関する当事者の意思が明示されている場合には、これによるべきことはもちろんであるが、当事者の意思が明確に表示されなかった場合でも、契約の型、内容、性質、当事者、目的物、更には、裁判管轄条項や仲裁条項等、当該契約についてのもろもろの主観的、客観的事実を考慮して、合理的に当事者の意思を探求して、推認すべきである。そして、当事者による明示の指定も黙示の指定もない場合にのみ、行為地法によるべきである。

この見解については、学説、判例ともに異論を見ないところであるが、裁判所は、実際は当事者の黙示の意思をあまり探求せずに、意思不明なものとして安易に行為地法を適用している場合<sup>16</sup>が多いとの批判が強い<sup>17</sup>。

#### 裁判所が当事者の意思の推認に使用した事情の例

裁判所は、国際取引契約につき、次のような事情を当事者の意思の推認に使用している。

金銭消費貸借契約における当事者が契約書において使用した年号や債務者の住所：甲府地裁判決大正8年3月2日法律新聞1557号20頁

制作物供給契約における契約締結地、契約履行地、当事者双方の営業所所在地及び訴訟手続中における準拠法についての当事者の合意：東京地裁判決昭和52年4月22日下民集28巻399頁

当座預金取引契約における契約の用語、契約中に摂取した取引慣行、当事者の双方の本国法など：大阪高裁判決昭和37年10月18日下民集13巻2094頁

<sup>16</sup> 例えば、東京地裁判決昭和42年7月11日、判例タイムズ210号206頁：対比せよ；最高裁小法廷判決昭和53年4月20日、民集32巻616頁

<sup>17</sup> 参照、山田、脚注10、287頁

定期預金契約における銀行の所在地及び使用した契約書式：最高裁小法廷判決昭和 53 年 4 月 20 日民集 32 卷 616 頁

不動産賃貸借契約における不動産の所在地：大阪高裁判決昭和 44 年 8 月 5 日高裁民集 22 卷 543 頁

### 契約についての行為地

契約についての行為地は、公債が特定国で発行された場合や契約当事者が同一法地域内において契約を締結し契約の締結地がはっきりしている場合には、その公債発行地や契約締結地が行為地とされる<sup>18</sup>。

しかし、異法地域者間において通信により契約が締結された場合には、申込と承諾のいずれの行為地をもって契約の行為地とすべきかにつき問題の生ずるところである。このために法例第 9 条 2 項は、異法地域者間における通信による契約締結の場合における、契約の成立及び効力の準拠法を決定するに際しての行為地につき、申込の通知を発した地を、もし被申込人が承諾をなした当時申込の発信地を知らなかったときは申込者の住所地を行為地とみなすべきものとしている。法例第 9 条がその適用の場合を明確にしていなかったため、契約の行為地が明確な場合についても、法例第 9 条 2 項により契約についての行為地を決定すべきであるかのような誤解を招きやすいが、この規定は、行為地が明確でない場合についての補充的基準であることに留意しなければならない<sup>19</sup>。

### 契約成立における申込の優越性

法例第 9 条 2 項は、契約成立における申込に承諾に対する優越性を認めているが、それは、契約では申込が始めであり、これで契約の内容が定まり、申込が元となるのであって、承諾はこれに同意を表すものに過ぎないと認識を基礎とするものと解される<sup>20</sup>。

### 2.2.2 ニューヨーク

ニューヨーク州においては、「ある種の取引における準拠法の指定並びに法廷地の指定に関する条項の有効性」との標題をもつ州制定法が制定されたことにより、ニューヨーク州抵触法の一部が改正され、1984 年 7 月 19 日より施行されている。

<sup>18</sup> 参照、大審院判決昭和 9 年 12 月 27 日民集 13 卷 2386 頁；東京地裁判決昭和 42 年 7 月 11 日判例タイムズ 210 号 206 頁

<sup>19</sup> 参照、久保「現行法例の成立について」青山法学論集 3 卷 2 号 53、60 頁

<sup>20</sup> 参照、久保、脚注 19、53 頁

この改正は、ニューヨーク州一般債務法 (General Obligations Law) に § 5-1401 が付加された結果、次の要件を満たす契約、合意又は約束については、契約当事者は、従来の判例法による法選択規則においては要求された、その契約、合意、又は約束とニューヨーク州との間の顕著な関連又は合理的な関係が存在しない場合であっても、ニューヨーク州法をその準拠法として有効に指定することができることとなり、契約準拠法をニューヨーク州法と指定することにつき当事者自治の原則が認められることとなった<sup>21</sup>。

- ( a ) 対象とする金額の総計が 25 万米ドルを超えること
- ( b ) 労務の提供を目的とするもの、又は一身専属的なものでないこと
- ( c ) 個人、家族又は世帯のための役務に関する取引に関係したものでないこと
- ( d ) ニューヨーク州統一商事法典 § 1-105(2) に規定する抵触準則の適用を受けるものでないこと

ニューヨーク州裁判所またはニューヨーク州所在の連邦裁判所において、国際取引契約の成立が争われる場合には、契約の対象とする金額の総計が 25 万米ドル以下であるときには、当事者が契約中に契約の成立の準拠法をニューヨーク州法と指定していても、その契約との間の顕著な関連又は合理的な関係を有する他の州法または外国法が、契約の成立の準拠法に決定される危険性があることに注意しなければならない。

### 2.2.3 ロンドン

英国法においては、日本法の場合と同様に、当事者の意思が尊重され、当事者が契約準拠法条項により指定した法を適用した結果が英国の公序に反しない限り尊重される<sup>22</sup>。

1991 年 1 月 1 日からは、Contracts (Applicable Law) Act 1990 が適用されているので、国際取引契約については同法が適用される場合が多いが、同法第 3 条は、当事者が明示または黙示的に指定した法を契約の実質の準拠法としており、第 4 条は、当事者による明示または黙示的の指定がない場合につき、契約が最も密接な関連を有する国の法によることとしている。

## 2.3 書式の戦い

### 2.3.1 書式の戦いが問題となる場合

申込者が、その所定の注文書を使用して申込をしたが、被申込者は、申込者の注文書に添付した注文請書を使用せず、被申込者自身の所定の注文請書を使用して承諾を行ってきたため申込と承

<sup>21</sup> 詳細については、参照、岩崎「ニューヨーク州抵触法の改正」国際商事法務 15 卷 1 号 13 頁以下

<sup>22</sup> Halsbury's Laws of England 4th ed. Vol.8: Conflict of Laws paras.584

諾がその内容において必ずしも一致しないような場合が、「書式の戦い」といわれるものの典型的な事例である。

こうした場合に当事者が申込と承諾の内容の不一致を問題にしている限りは、当事者間に契約も成立せず、契約の履行も起りえないのであるが、場合によっては、申込者が申込と承諾の不一致を問題とせず契約の履行を行い、被申込者もこの履行を受領し、当事者間に契約が成立し履行が行われたかのような状態が現実には発生することがあり、果して当事者間にどのような契約が成立したのかを判断しなければならない場合が生ずる。

この場合、被申込者が行った承諾の内容が申込と完全には一致していないわけであるから、変更を加えた承諾ということになり、この変更を加えた承諾(新たな申込)に対して申込者の行為による承諾が行われ、この変更を加えた承諾の内容を内容とする契約が成立したと考えることができる。一方、申込者の行った履行は、被申込者の変更を加えた承諾を拒絶し、最初の申込を内容とする新たな申込を現実の行動により再度行ったものであり、被申込者がこれを受領することにより承諾したことになり、最初の申込の内容を内容とする契約が成立したと考えることもできる。この問題は、両当事者間の法律関係の準拠法により確定しなければならない。

### 2.3.2 準拠法の決定

#### 日本の場合

意思表示についての独自の準拠法を認めない立場に立てば、契約の実質の準拠法がこの問題についての準拠法となる。この場合における契約の実質の準拠法についての明示または黙示の当事者の意思が確定できれば、勿論その当事者の意思による契約の実質の準拠法によればよいわけで問題はない。しかし、当事者の意思が不明であることも少なくなく、その場合には、法例第7条2項及び第9条2項により契約についての行為地法によって判断しなければならない。

法例第9条2項にいう申込として、最初の申込をとるのか、それとも変更を加えた承諾を新たな申込としてとるのかにより、契約の行為地が変わり、契約の実質の準拠法も変わってくるが、学説は、契約成立における申込の優越性を尊重して、変更を加えた承諾ではなく申込者の行った最初の申込が法例第9条2項にいう「申込」に該当すると解すべきであるとする<sup>23</sup>。

一方、意思表示の成否と意思表示の効力発生時の問題については、契約の実質の準拠法とは区別して意思表示の準拠法を認める立場に立てば、変更を加えた承諾の行う際に被申込者が準拠法を指定していても、変更を加えた承諾の申込者に対する効果については、申込者の常居所地法または営業地法によることとなると解される。

<sup>23</sup> 参照、田中「隔地的法律行為」涉外判例百選(第二版)(有斐閣)84頁

この問題を検討した判決例は少なく、古い判決によれば、日本民法第 528 条を理由に変更を加えた承諾をもって新たな申込と解し、法例 9 条 2 項を適用してこの新たな申込の発信地の法である日本法を、当事者間の契約の実質の準拠法として決定し、日本法により被申込者が行った変更を加えた承諾の内容を内容とする契約の成立を認めている。(大阪地裁判決大正 10 年 3 月 11 日法立評論 10 巻諸法 98 頁)しかし、この判決は、学説による批判の対象となっている<sup>24</sup>。

#### ニューヨーク及びロンドンの場合

両者ともに、書式の戦いは契約の成立の問題として処理するので、その場合の準拠法の決定は、契約の成立の準拠法の決定と同様である。

## 2.4 契約締結能力、権限の準拠法

契約当事者本人により契約が締結された場合に当事者の契約締結能力が問題とされるときや、代理人または代表者により契約が締結された場合にその契約締結権限が問題とされるときには、その判断の基準となる準拠法を決定しなければならない。

### 2.4.1 自然人の契約締結能力

契約当事者が自然人の場合、その契約締結能力は法例第 3 条により決定される準拠法によることとなる。

### 2.4.2 法人の契約締結能力

契約当事者が法人の場合、その法人の権利能力の範囲の問題であれば原則として法人の従属法である設立準拠法によるが、法人の従属法が認める権利能力の範囲が行為地法たる日本法または第三国法が同種の法人に認める権利能力の範囲よりも広いときには、日本民法第 36 条 2 項本文の規定する限度に制限され、法人の従属法が認める権利能力の範囲が行為地法たる日本法または第三国法が同種の法人に認める権利能力の範囲よりも狭いときには、取引を継続して行う法人については、その従属法の認める範囲において、一回限りの偶発的取引をなす法人については、法例第 3 条 2 項を類推適用して、行為地における同一法人と同一の権利能力の範囲を有すると解される<sup>25</sup>。

<sup>24</sup> 参照、田中、脚注 23、84 頁

<sup>25</sup> 参照、山田、脚注 10、200、204 頁



他方、法人が問題となっている個々の権利を享有し得るかの問題であれば、法人の契約締結能力の問題ではなく、個別的権利能力の問題であり、問題となっている権利自体の準拠法によると解される<sup>26</sup>。

法人の従属法についての裁判所の見解は判決例が少なく明確ではないが、東京高裁判決昭和49年7月18日判例タイムズ316号115頁は設立準拠法説を採っており、最高裁判決昭和50年7月15日民集29巻6号1061頁における裁判所の判断については、法人の従属法につき住所地法説を採ったものと見る見解がある<sup>27</sup>。

### 2.4.3 任意代理人の契約締結権限

#### (1) 日本

当該契約につき代理が許されるかの問題は、当該契約の成立の準拠法による。契約の相手方と本人との間で代理権の存否及び範囲が問題とされる場合（任意代理の外部関係）については、船長がその職務上代理人として契約した場合に船長の所属する船舶の旗国法によることを除き、次のように見解が分かれている<sup>28</sup>。

#### 多数説：代理行為地法

相手方の保護ないし取引の安全を理由に、代理行為が行われた地（代理行為地）の法律によるべきであるとする。

#### かつての多数説：代理行為自体の準拠法

代理人が行った代理行為の効力の問題であることを理由に、代理人が行った契約（代理行為）自体の効力の準拠法によるべきであるとする。

#### 第三説：授權行為の準拠法を原則とし、法例第3条2項の類推適用

本人と代理人との間の授權行為の準拠法によるのを原則とするが、法例第3条2項を内国にとどまらず第三国が代理行為地である場合にまで拡張適用する。ただし、代理権が代理関係の準拠法を指定した権限証書により授与され、その証書が代理人により相手方にも示されていた場合には、代理行為地法ではなく、当該代理関係の準拠法が適用される。一律に代理行為地法の適用を

<sup>26</sup> 参照、山田、脚注10、205頁

<sup>27</sup> 参照、山田、脚注10、202頁注(7)

<sup>28</sup> 参照、高桑「表見代理」沢木、秋場編『国際私法の争点(新版)』（有斐閣）95頁

認めることは、形式的、観念的にすぎるくらいがあること、また、この説による方が、取引の安全が実質的に達成されることを理由とする<sup>29</sup>。

判決例としては、第三説のもととなったものがある<sup>30</sup>。

## (2) ニューヨーク

代理人が行った代理行為に最も密接な関連を有する国の法律が準拠法となる (Restatement, Second, Conflict of Laws § 292 )

## (3) ロンドン

英国法の下における代理の準拠法については、先例が少なく、重要な点が明確でないとの指摘があるが<sup>31</sup>、契約の相手方と本人との間で代理権の存否及び範囲が問題とされる場合 (任意代理の外部関係) については、代理行為自体の準拠法による<sup>32</sup>が、代理行為自体の準拠法は代理行為が行われた地 (代理行為地) の法律とする先例が存在する<sup>33</sup>。

なお、契約については、Contracts (Applicable Law) Act 1990 が 1991 年 1 月 1 日から施行され適用されているが、代理は同法第 1 条 2 項(f)により、同法の適用除外となっている。

### 2.4.4 法人の代表者の契約締結権限

これは代表者の行為の効果の法人への帰属の問題であり、法人の行為能力の問題である。(参照、第2章第2節 2.2.1 法人の財産的行為能力)

## 2.5 書面と契約の成立

### 2.5.1 準拠法：契約の効力の準拠法

国際取引契約については、その成立のために契約書面を必要とするかが問題となるところであるが、問題の解決のためには、判断の基準となる準拠法の決定が必要となる。この場合の準拠法は、

<sup>29</sup> 参照、山田、脚注 10、244 頁

<sup>30</sup> 神戸地裁決定昭和 34 年 9 月 2 日下民集 10 卷 9 号 1849 頁

<sup>31</sup> Fridman, *The Law of Agency* 6th ed. (Butterworths) 350

<sup>32</sup> Dicey & Morris, *The Conflict of Laws* 9th ed. (Stevens) Rule 168

<sup>33</sup> *Chatenay v. Brazilian Submarine Telegraph Co.* (1891) 1 Q.B.D. 79; *Maclaine Watson & Co. Ltd. v. International Tin Council* (1987) 3 All E. R. 787 at 796

契約の実質的成立要件に関するものであるから、契約の成立の準拠法によるべきであり、契約の方式の準拠法によるべきではないと解される。

契約の成立につき契約書面を必要とするかの問題は、契約の方式の問題と考えやすいくらいはあるが、法律行為の手續と実体を区別した上で、実体の形式的成立要件をもって方式であると解すべきであるから<sup>34</sup>、契約の実質的成立要件である契約書面の要否の問題は契約の方式の問題ではない<sup>35</sup>。

### 2.5.2 準拠法 = 日本法の場合

国際取引契約は、隔地者間において交渉し締結されることが多いが、契約の成立に関して日本民法第526条1項は、「隔地者間の契約は承諾の通知を發したる時に成立す」と規定し、契約書面の作成を契約の成立要件とはしていない。

しかし、今日の国際取引においては、迅速なる取引が要求されることも少なくなく、当事者間の意思疎通のための通信手段として電話、電信、テレックス、ファックスといったものが使用されるが、同時に、こうした通信手段による意思表示の内容を確認するための文書を作成して、相手方に送付することが非常に普及しており、こうした場合における確認書の法的効力や当事者の署名の有無が問題となることがある。

国際売買契約の成立に関連して、被申込者の承諾の電信を受けて申込者が契約確認書を作成して被申込者に送付し、その署名を求めた場合に、それに署名して返送することにより売買契約が成立することになるのが争われた事例がある<sup>36</sup>。この事件においては、裁判所は、契約確認書に署名せず返送もしていないので売買契約は成立していないと主張する被申込人の抗弁を退けて、国際売買契約も、特段の意思表示ないし慣習の認められないかぎり、当事者間の合意のみにより成立する不要式の諾成契約であり、当事者間に通例交換される契約確認書は、後日における契約の円滑なる履行、紛争発生の際の証拠の確保等を目的として、既に成立した契約内容を確認するために作成されるものであって、その作成ないし交換は契約成立の要件にはならないと判示している。この判示事項については、学説においても異論がないところである。

また、商法第737条が、運送契約書を交付することを要すと規定している傭船契約については、傭船契約書の交付のときに傭船契約が成立すると解すべきかが問題となるところであり、この点が争われた事例がある<sup>37</sup>。この事件において、裁判所は、慣例として傭船契約成立後に傭船契約書を作成し署名することになっているが、これは契約の成立を確認する意味を有するにとどま

<sup>34</sup> 参照、桜田「方式」涉外判例百選（第二版）（有斐閣）56頁

<sup>35</sup> 参照、後出、契約の効力と方式

<sup>36</sup> 参照、神戸地裁判決昭和37年11月10日下民集13巻2293頁

<sup>37</sup> 参照、東京地裁判決昭和31年11月29日下民集7巻3430頁

り、契約成立の要件ではないと判示している。傭船契約が諾成かつ無方式の契約であることは、学説においても異論のないところである<sup>38</sup>。

### 2.5.3 準拠法 = ニューヨーク州法の場合

ニューヨーク州法の下においては、有償契約であれば、その成立には契約書面は必要ではなく、契約書面がなくても有効に成立する。しかし、無償契約の場合には、契約は成立するが、契約書面がないと法律上強行できない。すなわち、契約書面のない贈与契約の場合、その契約により金品を受贈しても不当利得にはならないが、訴訟により贈与を強制することはできない。法律上強行できる無償契約は、法定の方式を充たす書面（捺印証書）によるものでなければならない。

国際取引契約の場合、その大半は有償契約であるから、契約書面がなくても法律上強行でき、通常は問題ないが、第三者のためにする契約、契約の更改あるいは変更または期限の猶予についての契約、和解契約などは、内容によっては無償契約である場合には、法定の方式を充たす書面（捺印証書）がないと法律上強行できなくなるので注意を要する。

また、ニューヨーク州を含め米国各州においては、民事訴訟において陪審裁判が実施されているため、陪審員を欺き有利な判決を詐取することの防止を目的とする詐欺防止法<sup>39</sup>が存在し、500ドル以上の動産売買契約（NY U.C.C. § 2-201）、投資証券類の売買契約（NY U.C.C. § 8-319）、保証契約、土地または土地に関する権利の売買契約、合意のときから1年以内に履行を完了し得ない契約などについては、有償契約であっても契約書面を作成していないと、その契約は法律上強行できない。すなわち、訴訟において契約の成立を主張できないことになる。

国際取引契約の場合、その大半は、詐欺防止法により、契約書面を必要とするものに該当するので注意を必要とする。

### 2.5.4 準拠法 = 英国法の場合

英国法の下においても、ニューヨーク州法の場合と同様、有償契約であれば、その成立には契約書面は必要ではなく、契約書面がなくても有効に成立する。しかし、無償契約の場合には、契約は成立するが、契約書面がないと法律上強行できない。すなわち、契約書面のない贈与契約の場合、その契約により金品を受贈しても不当利得にはならないが、訴訟により贈与を強制することはできない。法律上強行できる無償契約は、法定の方式を充たす書面（捺印証書）によるものでなければならない。

<sup>38</sup> 参照、石井『海商法概説』（岩波書店）186頁など

<sup>39</sup> 本来は、1677年に制定された英国制定法であるが、米国の独立時に継受され、ルイジアナ州を除く米国各州法の一部となっている。参照、樋口「アメリカ契約法」（弘文堂）130頁以下

国際取引契約の場合、その大半は有償契約であるから、契約書面がなくても法律上強行でき、通常は問題ないが、第三者のためにする契約、契約の更改あるいは変更または期限の猶予についての契約、和解契約などは、内容によっては無償契約である場合には、法定の方式を充たす書面(捺印証書)がないと法律上強行できなくなるので注意を要する。

1954年 Law Reform (Enforcement of Contracts) Act が制定され、詐欺防止法が適用される契約は、保証契約及び土地または土地に関する権利の売買契約に限定されることになった結果、現在では、保証契約及び土地または土地に関する権利の売買契約についてのみ例外的に有償契約であっても契約書面がないと法律上強行できない。従って、ニューヨークの場合と比較して問題は少ない。

## 第3節 契約の効力に関連する問題

### 3.1 契約の効力の準拠法

#### 3.1.1 契約の効力の準拠法によるべき問題

有効に成立した国際取引契約により、当事者間にいかなる権利義務が発生するにいたるかという契約の効力に関する諸問題、例えば、次のような具体的な問題が、契約の効力の準拠法により解決されることになる<sup>40</sup>。

契約当事者が負担すべき給付義務の内容なり範囲なりに関連して争われる契約解釈の諸問題<sup>41</sup>

当事者が契約上の義務を履行しなかったときに、債権者はいかなる救済を与えられるかという契約違反の成否とその救済に関連する諸問題<sup>42</sup>

双務契約における同時履行の抗弁権に関する諸問題

双務契約における危険負担に関する諸問題

#### 3.1.2 契約の効力の準拠法の決定

<sup>40</sup> 参照、折茂『国際私法(各論)(新版)』(有斐閣)147頁

<sup>41</sup> 例えば、東京控訴院判決昭和7年12月27日、法律新聞3531号15頁；大阪地裁判決昭和37年11月16日、判例時報339号36頁

<sup>42</sup> 例えば、東京地裁判決昭和31年11月29日、下民集7巻3431頁

### 単一指定説：通説

法例第7条1項は、契約の成立及び効力の準拠法は当事者の意思に従って決定すると規定している。契約は成立して始めて効力を有するわけであるから、成立と効力は本来原因と結果の関係にあり、効力の準拠法が問題となる時点において、成立の準拠法は既に確定していることになり、成立の準拠法が効力の準拠法に論理的に先行する。従って、法例第7条1項は、契約の成立の時点で成立の準拠法が確定し、その成立の準拠法により契約の効力も判断されること、言い替えれば、契約の成立の準拠法と効力の準拠法は同一であるべきこと（すなわち単一指定）を意味すると解するのが通説の見解である<sup>43</sup>。通説の立場に立てば、当事者が契約の効力の準拠法を契約の成立の準拠法とは別に指定することは認められず、契約の成立の準拠法が自動的に契約の効力の準拠法となる。仮に、契約の成立の準拠法とは別個の法を当事者が契約の効力の準拠法として指定していても、それは抵触法的指定ではなく、実質法的指定であると解することになる<sup>44</sup>。

### 分割指定容認説

これに対して、法例第7条1項は、契約の成立の準拠法並びに効力の準拠法がともに当事者の意思に従って決定されることを規定するにとどまり、両者が同一であるべきことまでもは要求していないので、契約当事者が契約の効力については、成立の準拠法と異なる準拠法を指定できる、すなわち分割指定を認めていると有力説は解している<sup>45</sup>。この分割指定を認める立場に立てば、契約の効力の準拠法についての当事者の指定の有無を検討しなければならないことになる<sup>46</sup>。

### 判決例

単一指定と分割指定との是非の問題についての直接的な判断を示したものではないが、分割指定を認めたものと解される判決がある<sup>47</sup>。この事件において、日本の損害保険業者が発行している英文の貨物海上保険証券中の次の条項が問題となった。

"This insurance is understood and agreed to be subject to English law and usage as to liability for and settlement of any and all claims."

この条項の意味するところを、裁判所は、保険契約自体の有効性と航海事業の適法性については日本法に準拠するが、保険金請求に関する保険者の填補責任の有無と保険者に填補責任があるとすればその決済については、英国の法と事実たる習慣に準拠する趣旨であると判示したこと

<sup>43</sup> 参照、山田、脚注10、292頁

<sup>44</sup> 参照、後出3.1.3 抵触法的指定と実質法的指定

<sup>45</sup> 参照、高桑「実質法的指定と抵触法的指定」涉外判例百選（第3版）（有斐閣）78頁

<sup>46</sup> 当事者による指定の検討の仕方については、参照、前出〈法例第7条：当事者自治の原則〉

<sup>47</sup> 参照、東京地裁判決昭和52年5月30日判例時報880号79頁

をあげて、裁判所が分割指定を認めたものと解する見解がある<sup>48</sup>。しかし、英国の法と事実たる慣習に言及する後半の部分を抵触法的指定ではなく実質法的指定であると解する見解<sup>49</sup>もある。

### 3.1.3 抵触法的指定と実質法的指定

#### 抵触法的指定と実質法的指定

当事者が行う契約の効力の準拠法の指定については、その事案の具体的状況に応じて、抵触法的指定と実質法的指定とを区別することが必要であることが一般的に承認されている。

抵触法的指定とは、契約の効力を支配する法すなわち準拠法そのものを指定する場合であり、実質法的指定とは、契約の効力を支配する準拠法が存在することを前提にして、その準拠法の許容する範囲内において、当事者が契約の内容の細目を定める代わりに、特定の国の法規又は慣習によることとした場合である<sup>50</sup>。

実質法的指定であれば、契約の効力の準拠法は別に存在し、実質法的指定が行われた契約条項は契約の効力の準拠法が認める範囲内で、すなわち、準拠法が任意法とする部分において効力を有することになる。従って、指定された法律が、指定後に改正されても従前の規定に従わなければならない。また、契約の個々の条文は、準拠法の下における契約条項として解釈されなければならない<sup>51</sup>。この点において、抵触法的指定と実質法的指定を区別することは必要である。

#### 単一指定説との関連

契約の効力の準拠法について、単一指定説に立つならば、当事者が契約の成立の準拠法と別個の法を契約の効力の準拠法と指定している場合には、契約の効力の準拠法には契約の成立の準拠法と同一の法が自動的に指定されているので、この契約の効力の準拠法についての当事者の指定は、実質法的指定であると解せざるを得ないことになる。

#### 分割指定説との関連

他方、分割指定説に立つならば、契約の効力の準拠法についての当事者の指定が、契約の成立の準拠法とは別に契約の効力の準拠法を指定する意思で行った抵触法的指定なのか、それとも、契

<sup>48</sup> 参照、土井『国際取引法基本判例』（同文館）92頁

<sup>49</sup> 参照、石黒「国際運送保険契約」現代契約法大系（有斐閣）8巻263頁

<sup>50</sup> 参照、山田、脚注10、277頁

<sup>51</sup> 参照、高桑、脚注45、72頁

約の効力の準拠法は契約の成立の準拠法と同一としつつも、契約の効力に関連する特定の問題について実質法的指定を行ったものを区別することが必要となる<sup>52</sup>。

### 至上約款は実質法的指定か抵触法的指定か

当事者の行った指定が実質法的指定か抵触法的指定かが問題となった実例としては、船荷証券における次の至上約款がある。

「この船荷証券が運送品の水上運送をカバーするがぎり、この船荷証券は、1957年日本国国際海上物品運送法の規定に基づいて効力を有する。ただし、1924年8月25日ブラッセルで署名された船荷証券に関する若干の規則の統一のための国際条約と同様の性格を有する他の立法がこの船荷証券に強行的に適用されると判示された場合には、この船荷証券はその立法の規定に基づき効力を有し、かつ、上記法律または立法（以下、ヘーグ・ルール立法と呼称する）が本証券に摂取されているものとみなされる。」

この至上約款は、海運実務においては、海上物品運送契約の条項を定めたものとは考えられていない<sup>53</sup>。すなわち、実務においては至上約款を実質法的指定とは考えず抵触法的指定と考えているわけである。

しかし、学説は両者に分かれており<sup>54</sup>、裁判所の見解も分かれている<sup>55</sup>。

抵触法的指定と解する判決：

東京地裁判決昭和36年4月21日、下民集12巻820頁、東京地裁判決昭和58年1月24日、海事法研究会誌63号18頁、東京地裁判決昭和59年7月11日、海事法研究会誌62号46頁など。

実質法的指定と解する判決：

東京地裁判決昭和39年1月31日、下民集15巻11頁。

### 3.1.4 補助準拠法

契約の成立から消滅にいたる法律上の諸問題は、契約の方式の準拠法を適用すべき問題を除き、契約の成立の準拠法並びに契約の効力の準拠法（両者は同一であり、総称して契約の実質の準拠

<sup>52</sup> もっとも、分割指定を認めるならば、抵触法的指定と実質法的指定の区別は不必要となるとの見解もある。沢木「当事者の自治」涉外判例百選（第2版）（有斐閣）69頁

<sup>53</sup> 谷川、高田、桜井『改訂コンテナB/L』（勁草書房）168頁

<sup>54</sup> 参照、野村「至上約款と実質法的指定」沢木、秋場編『国際私法の争点（新版）』（有斐閣）130頁

<sup>55</sup> 細部については、参照、高桑、脚注45、72頁



法)によるのが原則であるが、例外的に、次のような契約の実質の準拠法とは別の法律(これが補助準拠法と称される)によることが認められる場合がある<sup>56</sup>。

### 履行地法

契約の履行は、契約の主要な目的であるから契約の実質の準拠法の支配に服するのは当然である。しかし、履行の態様すなわち取引の日、取引の時間、支払に用いられる貨幣の種類、度量衡等については、契約の実質の準拠法によるよりも履行地法によるのが合理的であり実際的である。従って、特に当事者による反対の意思が表示されない限り、当事者による黙示の実質法的指定があったものと解して、履行の態様については履行地法によることが広く認められている。

### 貨幣所属国法

契約債権については、契約の実質の準拠法の許容する限りにおいて、例えば、契約の実質の準拠法は日本法であるが、外国通貨を以て債権額を指定した場合のように、契約の実質の準拠法の所属国法以外の国の貨幣によってその債権額を表示することがある。その場合、貨幣の定義、名目価値等に関する問題については、その貨幣所属国の法律によることにつき当事者の黙示の実質法的指定があったものと解して、その貨幣所属国の法律によることになる。

### 契約用語の言語所属国法

契約書は、契約の実質の準拠法の許容する限り、例えば、契約の実質の準拠法は日本法であるが、契約書は英文となっている場合のように、当該契約の実質の準拠法所属国法以外の国の国語で作成することが可能であり、そのうちに法律用語が使用されることがある。こうした場合に、法律用語を含めて契約書の解釈については、契約用語の所属国の法律によることにつき当事者の黙示の実質法的指定があったものと解して、契約用語の言語所属国法が適用される。

英語のように、多数の国が公用語として使用している言語については、言語所属国が一義的に特定されないが、契約をめぐる四囲の事情から英国か、米国か、カナダかなどを決定せざるを得ない場合もある。

補助準拠法を実質法的指定と解するのは、契約の実質の準拠法につき単一指定しか認めない通説の立場に立った場合であるが、分割指定を認める立場では、抵触法的指定と解することになる<sup>57</sup>。

<sup>56</sup> 参照、山田、脚注10、293頁

<sup>57</sup> 参照、前出3.1.3 抵触法的指定と実質法的指定；詳細については、参照、佐藤「補助準拠法」沢木、秋場編『国際私法の争点(新版)』(有斐閣)129頁

### 3.1.5 国際取引契約の解釈

契約の解釈は、原則的には、契約の効力の準拠法によるべき問題である。しかし、例外的に、契約用語の言語所属国法が補助準拠法として適用される場合があることは上述の通りである。

更に、契約の効力の準拠法につき、単一指定説か分割指定説のいずれの立場をとるかにより、契約の解釈に差異を生じることがあるので注意を要する。

すなわち、単一指定しか認めない立場に立てば、契約中に当事者が契約の効力の準拠法として契約の成立の準拠法以外の法律を指定している部分については、実質法的指定を行ったものと解され、契約の効力の準拠法(=契約の成立の準拠法)に違反しない限度において、当事者による実質法的指定に従って契約の解釈が行われることになる。

一方、分割指定を認める立場では、当事者による契約の効力の準拠法の指定を抵触法的指定か実質法的指定かに分けて、それに応じた契約の解釈が必要となる。従って、いずれの立場に立つかにより、契約の解釈に差異を生ずる場合が出てくることがある。

## 3.2 契約の効力と方式

### 3.2.1 契約の効力に関連して方式が問題となる理由

契約が有効であるために、契約が一定の形式(例えば書面であるとか公証人により作成された証書)によることを法律により要求されることがあり、これが契約の方式の問題であるから、国際取引契約の方式は、本来、その契約の効力の準拠法に照らして検討すれば足りる問題である。

しかし、法例第8条が、法律行為の方式の準拠法を、本則として法律行為の効力の準拠法により、補則として行為地法によるとしたことから、契約の有効要件のうち方式の問題として、契約の効力の準拠法ではなく契約の行為地法による判断に委ねてもよいものは何かが問題となるところである。従って、何を行為地法によらしめたほうが国際私法的利益衡量的問題として妥当であるかという観点から合目的になされるべきであるということになり、契約の方式とは、抽象的にいえば、契約当事者がその合意を表現すべき方法ないしは外部的形式であるが、何が契約の方式に該当するかは、一つの法性決定の問題にほかならないということになる<sup>58</sup>。

国際取引契約に関連してこの問題が争われた事例としては、債権質の対抗要件としての第三債務者に対する通知またはその承諾には、確定日付ある証書によることを要するかの問題がある<sup>59</sup>。

<sup>58</sup> 参照、山田、脚注10、249頁

<sup>59</sup> 参照、最高裁判決昭和53年4月20日民集32巻3号616頁

最高裁は、承諾、通知は、債権質の効力に関する要件と解すべきであるから、これは法例第8条にいう法律行為の方式に当たらないとの判断を示したが、原審である東京高裁は、この通知、承諾を方式と性質決定している<sup>60</sup>。

学説も、最高裁を支持する見解<sup>61</sup>と原審を支持する見解<sup>62</sup>とに分かれている。

### 3.2.2 契約の方式の準拠法の決定

法例第8条により、本則は契約の効力の準拠法が方式の準拠法であるが、補則として行為地法によることも認められる。

この場合の行為地の決定につき、隔地的法律行為の行為地の決定に関する法例第9条の適用については、この適用を認める見解と適用を否定する見解とがあるが、法例第9条は当事者の意思推定としての行為地の決定に関する規定と解すべきであり、当事者の意思と関係のない法例第8条2項の行為地については法例第9条の適用がないと解するのが妥当であるとする適用否定説が有力である<sup>63</sup>。

法例第9条適用否定説による場合、隔地者間の契約についての行為地の決定については解釈によることとなるが、見解の分かれるところである。

すなわち、契約当事者双方の意思表示がなされた場所の認める方式をとるとともに備えた場合に行為地法によったものと解する見解と、こう解することは厳格にすぎ国際取引契約の失効を招きやすく当事者の便宜に反する結果となることを理由に、当事者双方の意思表示がなされた場所をとるとして契約の行為地とみ、申込者は申込地の、承諾者は承諾地の法律の認める方式を備えれば、方式に関して契約は有効なものと認めるべきであるとする見解とがある<sup>64</sup>。

### 3.2.3 当事者双方の行為地法が要求する方式が異なる場合

英国法を契約の実質の準拠法とする契約を英国契約法に規定する捺印証書の方式により締結することに日本法人と英国法人とが合意した場合、英国法人である当事者は捺印証書の方式を満たすことができるが、日本法人である当事者は日本法には捺印証書という方式はないからこの方式を満たすことができない。すなわち、捺印証書の当事者である法人については、英国会社法の規

<sup>60</sup> 参照、東京高裁判決昭和49年12月19日判例タイムズ324号214頁

<sup>61</sup> 参照、山田、脚注10、250頁；岡本「債権譲渡」沢木、秋場編『国際私法の争点（新版）』（有斐閣）150頁

<sup>62</sup> 参照、木棚、松岡、渡辺『国際私法概論（第3版）』132頁；道垣内「債権質」涉外判例百選（第三版）（有斐閣）108頁

<sup>63</sup> 参照、山田、脚注10、252頁

<sup>64</sup> 参照、山田、脚注10、252頁

定するその法人の Corporate Seal を捺印することが英国契約法上求められるが、日本法人には Corporate Seal はなくこれを捺印することは不可能である。この結果、日英両法人間においては英国法に規定する捺印証書による契約の締結はできないと解せざるを得ない。

しかし、実務においては、日本における登記済の代表者職印は、その目的と機能において英国会社法の規定する Corporate Seal に近似しているため、日本の会社が代表者職印を捺印していれば、英国契約法の規定する捺印証書による契約としての効力を有すると解して処理している場合が多い<sup>65</sup>。また、会社の社印（会社の代表者職印ではなく、社名を表示した角印）を押捺すれば足りるとしている<sup>66</sup>。

### 3.3 強行法規と国際取引契約

#### 3.3.1 問題の所在

社会、経済秩序の維持、取引の保護、経済的弱者の保護などの観点から、各国は強行法規を制定し、国内において契約の自由にある程度の制限を加えているのが現状であり、具体的には、為替管理、労働条件の確保、不当労働行為の禁止、高利禁止、経済的な独占行為の禁止などについての強行法規が存在する。

これらの各国の強行法規は、国際取引契約との関連においては、その国際取引契約の成立または効力の準拠法の一部をなす場合には、その国際取引契約の成立や履行につき、準拠法の一部として適用されることになる。

しかし、ある国の強行法規がある国際取引契約の成立または効力の準拠法の一部をなさない場合、すなわち、その契約の効力の準拠法とその契約に基づく債務の履行が行われる履行地の法とが異なるといった場合に、その履行地法の一部をなす強行法規は、その債務の履行につき適用あるのか、適用されるときには、特にその強行法規に違反する契約の効力はどうなるのかが問題となるところである。

また、国際取引契約が特定の国において履行されるときに、その国が上記のような目的で制定している強行法規の適用を、当事者が自由に契約成立または効力の準拠法を選択し他の国の法を準拠法とすることにより、免れる結果となったり意識的に回避することを認めることは妥当かという問題も生ずる<sup>67</sup>。

<sup>65</sup> 例えば、岩崎、『英文契約書（全訂新版）』（同文館）18頁

<sup>66</sup> 例えば、参照、日本鋼管（株）海外法務室編『実戦国際ビジネスQ&A』7頁

<sup>67</sup> 参照、山本「国際契約と強行法規」現代契約法大系（有斐閣）8巻112頁

### 3.3.2 為替管理法規と国際取引契約

#### 為替管理法との関連

各国の強行法規のうちで国際取引契約の効力と関連して問題となることが多いのは、為替管理法規である<sup>68</sup>。それは、次のような事情による。すなわち、日本を含め多くの国においては外国為替管理の必要から、一定の国際取引契約の締結に当って、その国の為替管理法規に基づく政府の許認可が要求される場合が少なくない。しかし、現実には、取引上の各種の事情から要求される政府の許認可を得ないで契約が締結されることがある。そうして、一方の当事者がのちにその契約の履行を求められたような場合に、契約上の責任を回避するための抗弁として、その契約が為替管理法規が要求する政府の許認可を取得していないので効力を有しないと主張することが少なくない。

#### 為替管理法規に違反する国際取引契約の効力

日本の裁判所において、日本の為替管理法規に違反した国際取引契約の効力が問題となった事件は少なくないが<sup>69</sup>、この問題についての指導的判例は、昭和40年の最高裁判決<sup>70</sup>である。

上記事件において、裁判所は、為替管理法規の性格を、本来自由であるべき対外取引を国民経済の復興と発展に寄与する見地から過渡期的に制限する取締法規であると解し、これに違反する行為は刑事法上は違法ではあるが、私法上の効力には何ら影響がないと判示している。その理由として、当事者の行為は、その本質上許されない行為ではなく、現在における取締の必要上、いわば暫定的に許可を必要としているに過ぎないものであって、その許可を取得しておらず強行法規に違反することを理由に私法上の効力が否定され、その結果当事者の一方がそうした契約に基づく債務を免れるならば、かえって信義誠実の原則に反することになることをあげている。

学説においても、公法である為替管理法規が、問題となった契約の実質の準拠法のいかにかわらず適用されることについては、その根拠は必ずしも一様ではないが、異論のないところである<sup>71</sup>。そして、為替管理法規に違反する契約の私法上の効力を認める判例の立場に対しては批判する見解が少なくない<sup>72</sup>。

<sup>68</sup> 参照、土井「国際契約と官庁の許可」沢木、秋場編『国際私法の争点（新版）』（有斐閣）128頁

<sup>69</sup> 例えば、最高裁判決昭和40年12月23日民集19巻2306頁；最高裁判決昭和50年7月15日、民集29巻1029頁；東京地裁判決昭和32年7月31日、下民集8号7号1366頁；大阪地裁判決昭和36年6月30日、下民集12巻1552頁など

<sup>70</sup> 最高裁判決昭和40年12月23日民集19巻2306頁

<sup>71</sup> 参照、横山「外国公法の適用」涉外判例百選（第三版）（有斐閣）40頁

<sup>72</sup> 批判的見解については、参照、上記判決における松田二郎裁判官の反対意見；本問題の全般については、参照、土井『国際取引法判例研究1』83頁以下

### 3.3.3 労働法規と国際取引契約

#### 継続的労務給付地の労働法規の適用

国際取引に関連して雇用契約が締結された場合、その契約の内容又はその契約に基づく当事者の一方の行為が契約の効力の準拠法に照らしたときには違法ではないが、継続的労務給付地の労働法規に違反する事態が発生することがある。日本が継続的労務給付地である場合につき争われた事例も見られるところである。

#### 対立する裁判所の見解

この問題についての裁判所の見解には、対立が見られるところである。裁判所は、昭和40年の事件<sup>73</sup>においては、雇用契約に基づく解雇の効力について、継続的労務給付地である日本の労働法を適用して判断すべきであり、この点に関しては、法例第7条の適用は排除されるとの判断を示している。

これに対して、昭和44年の事件<sup>74</sup>においては、同じく解雇の効力につき、継続的労務給付地が日本であり、日本には独自の強行法規たる労働法規があるという一般的な理由に基づき法例第33条を根拠として法例第7条の適用を排斥すべきではなく、法例第7条に基づく外国法規を適用した結果日本の労働法規によって維持される社会秩序が具体的に破壊される危険性がある場合にのみ法例第33条によりその外国法の適用を排除すれば足りるとの判断を示している。

#### 学説

学説も分かれており、昭和40年の判決を強行法規の特別連結理論を採用した画期的な判決であると積極的に評価する見解<sup>75</sup>と、労働契約といえども私法的効果を生ずる契約であることは明かであり、当事者自治の原則の適用範囲に属するものというべきであり、当事者による明示の準拠法の指定がある以上、公序良俗に反しない限り、その準拠法を適用するほかはなく、弱者保護といった政策目的は別の方法で実現されるべきであるとの見解<sup>76</sup>とが見られるところである<sup>77</sup>。

## 3.4 契約債権の消滅に関連する問題

<sup>73</sup> 参照、東京地裁判決昭和40年4月26日労働民集16巻308頁

<sup>74</sup> 参照、東京地裁判決昭和44年5月14日下民集20巻342頁

<sup>75</sup> 沢木「労働契約における当事者自治の原則と強行法規の連結問題」立教法学9号145頁

<sup>76</sup> 参照、山田、脚注10、282頁

<sup>77</sup> 学説の細部については、参照、山本、脚注67、113頁以下

### 3.4.1 消滅時効

日本の消滅時効に見られるように、債権を一定期間行使しなかった場合に、その債権の行使ができなくなるとする制度は、各国に見られるところであるが、その要件や効力などは各国法により差異の見られるところであるので、国際取引契約より生じた債権を一定期間行使しなかったことを理由にその債権の効力が問題となるときは、消滅時効の準拠法の決定が必要となる。

#### 日本

しかしながら、消滅時効については、わが国国際私法には明文の規定を欠くので、条理に従ってその準拠法を決定しなければならない。この問題を取り扱った事例<sup>78</sup>において、両裁判所は、消滅時効は債権を長期間行使しなかったときの債権の運命の問題であるから手続法上の制度というよりは実体法上の制度と考えるのが妥当であり、従って、その成立及び効力に関する準拠法は、法廷地法ではなく、債権自体の準拠法によるべきであると判示している。

この問題についての学説には、英米におけるように訴権の消滅に関する訴訟法上の制度と考え法廷地法による見解もあるが、消滅時効は債権の消滅に関する制度と考え債権の実質の問題であるから債権の効力の準拠法による見解が多数説である<sup>79</sup>。

消滅時効の準拠法は、時効期間、時効の中断または停止の可否、事由またはその効果、時効完成の効果、時効の援用の可否、契約による期間の短縮または延長の可否などにつき適用されることになる<sup>80</sup>。

消滅時効の準拠法を債権の効力の準拠法とした場合に、時効期間は債権の効力の準拠法によることとなるが、その時効期間が法廷地法の認める時効期間よりも長いときに、法例第33条のいわゆる公序に違反すると考え、法廷地法の認める限度に短縮すべきであるとする見解があり、上記の大審院判決はこれを認めていた。しかし、学説はこれに批判的で、債権の準拠法が認める時効期間が極端に長い場合、あるいは全く認めない場合には、法例第33条の適用が考えられるが、一般的に時効期間の長短により法例第33条を適用すべきではなく、また法例第33条による外国法の適用排除の結果がただちに日本民法の時効期間を認めることにはならないと主張していたところである<sup>81</sup>。

上記徳島地裁判決は、この学説の批判に従い、当事者の援用がなければ消滅時効の効果は発生せず、当事者の意思に委ねられている面のあることを無視できないから、時効に関する規定を全くの公序的規定と解することはできない。債権の準拠法による時効期間を適用することが、わが国

<sup>78</sup> 大審院判決大正6年3月17日、民録23輯378頁;徳島地裁昭和44年12月16日、判例タイムズ254号209頁

<sup>79</sup> 参照、山田、脚注10、324頁

<sup>80</sup> 参照、折茂、脚注40、218頁

<sup>81</sup> 参照、山田、脚注10、324頁

の時効制度については市民法秩序を害する結果とならない限り、法例第33条を適用する余地はないと判示している。

## ニューヨーク及びロンドン

英米においては、権利が時効により消滅するのではなく、権利は消滅しないが、権利についての訴権が消滅すると考える。従って、訴権の消滅は訴訟法上の問題となり、法廷地法によることとなる。

### 3.4.2 相殺

国際取引に関連しても、債務者がその債務と債権者に対して有する他の債権との法律に基づく相殺（法定相殺）を主張する場合は考えられる。

#### (1) 日本

従来日本においては、国際取引に関連して法定相殺が争われた事件は見られない。昭和53年の事件<sup>82</sup>においては、相殺の前提となる自働債権の成立が否定されたので、相殺が問題となる余地がなかったが、今後は考えられるところである。こうした場合における法定相殺の成立要件や効力などについては、その準拠法によることになるので、その準拠法を決定することが必要となる。

この問題についての通説は、法定相殺が自働債権と受働債権という二つの債権の運命に関する法律関係であることを理由に、問題となる二個の債権の効力の準拠法によって債権の消滅が認められることが必要であると主張している。これに対して、法定相殺が反対債権の利用による債務者の免責行為であり、履行に代わるべき債務消滅の方法であることを理由に、受働債権の準拠法によるべきであるとする見解もある<sup>83</sup>。

なお、法律に基づく法定相殺ではなく、当事者間の相殺契約により相殺（任意相殺）を行う場合については、相殺契約が当事者間の独自の債権契約であるので、相殺契約の効力の準拠法によることとなる。従って、融資契約中に相殺契約を規定する条項があれば、その条項に基づく相殺は、融資契約の準拠法によることとなる<sup>84</sup>。

#### (2) ニューヨーク

ニューヨーク州を含め米国の場合、法定相殺が認められるか否かは、反対請求の問題であり、手続法の問題であると考えられるので、法廷地法によることとなる<sup>85</sup>。

<sup>82</sup> 参照、最高裁判決昭和53年4月20日民集32巻616頁

<sup>83</sup> 参照、山田、脚注10、323-4頁

<sup>84</sup> 参照、榊田「国際的貸付契約」現代契約法体系（有斐閣）8巻190頁

<sup>85</sup> Restatement, Conflict of Laws 2d §128.



なお、法律に基づく法定相殺ではなく、当事者間の相殺契約により相殺（任意相殺）を行う場合については、相殺契約が当事者間の独自の債権契約であるので、相殺契約の効力の準拠法によることとなる<sup>86</sup>。従って、融資契約中に相殺契約を規定する条項があれば、その条項に基づく相殺は、融資契約の準拠法によることとなることは、日本の場合と同様である<sup>87</sup>。

### (3) ロンドン

英国の場合、法定相殺が認められるか否かは、反対請求の問題であり、手続法の問題であると考えられるので、法廷地法である英国法によることとなる<sup>88</sup>。

なお、法律に基づく法定相殺ではなく、当事者間の相殺契約により相殺（任意相殺）を行う場合については、相殺契約が当事者間の独自の債権契約であるので、相殺契約の効力の準拠法によることとなる。従って、融資契約中に相殺契約を規定する条項があれば、その条項に基づく相殺は、融資契約の準拠法によることとなることは、日本の場合と同様である<sup>89</sup>。

## 3.5 外国通貨金銭債権に関連する問題

### 3.5.1 貨幣の準拠法の適用範囲

契約債権については、契約の実質の準拠法の許容する限りにおいて、例えば、契約の実質の準拠法は日本法であるが、外国通貨を以て債権額を指定した場合のように、契約の実質の準拠法の所属国法以外の国の貨幣によってその債権額を表示することがあり、この場合の債権を外国通貨金銭債権という。その場合、貨幣の定義、名目価値等に関する問題については、その貨幣所属国の法律によることにつき当事者の黙示の実質法的指定があったものと解して、その貨幣所属国の法律によることになる<sup>90</sup>。これが、貨幣の準拠法であり、補助準拠法の一つとされる<sup>91</sup>。

外国通貨金銭債権の給付の対象を確定するためには、当該債権の成立時に対象とされた通貨の一定量が何であったのか、そして弁済時にこれと同一性を有するものは何であるかを確定する必要があり、これらの問題の解決につき適用されるのが、当該通貨所属国の貨幣法である。そして、

<sup>86</sup> Franklin Soc. for Home Bldg. & Sav. v Weseman, 170 Misc 1000, 10 NYS2d 247.; Restatement, Conflict of Laws § 128.

<sup>87</sup> See Dicey & Morris, supra note 32, p.1114

<sup>88</sup> See Dicey & Morris, supra note 32, p.1114

<sup>89</sup> See Dicey & Morris, supra note 32, p.1114

<sup>90</sup> 参照、山田、脚注 10、293 頁

<sup>91</sup> 参照、前出 3.1.4 補助準拠法；但し、貨幣の準拠法という考え方については、設定しない方がよいとする見解がある。参照、田中「国際的金銭債権」現代契約法体系（有斐閣）8 巻 90 頁

世界各国の貨幣法は、当該貨幣の単位の変更がなく、その同一性が保持されている限り、当該債権の成立時にその債権を表示するのに使用された通貨量が、その実価の変動にかかわらず、その成立時から支払時に至るまで、給付の対象とされるという名目主義の原則を認めている<sup>92</sup>。

貨幣所属国の貨幣法の適用により決定されるのは、当該貨幣の単位の法定とその法定通用力である。しかし、債権の目的である通貨の所属国法により法定通用力を与えられた通貨を、給付の対象とされる通貨量だけ提供すれば、債務の本旨に従った履行の提供があったものとされ、債務者は免責され、債権者は、かかる履行の提供を拒絶すれば受領遅滞となるかの問題は、当該債権の準拠法による問題であり、貨幣所属国法の貨幣法が適用されるところではない<sup>93</sup>。

### 3.5.2 弁済の通貨 = 代用給付権

外国通貨で金額が確定され、表示された外国金銭債権を、債権者又は債務者は、当該債権の確定、表示に使用された外国通貨（勘定通貨）ではなく支払地／履行地の通貨で、支払を請求したり、又は、支払をする権利を有するか、また、そうした権利を有するとするならば、勘定通貨から支払通貨への換算はどのように行うのか、という問題を生ずるが、これが代用給付権の問題である。

#### (1) 日本

代用給付権の準拠法

契約の実質の準拠法につき分割指定を認めない立場では、債権の準拠法 = 契約の成立の準拠法であり、代用給付権の問題は債権の効力の問題であるから債権の成立の準拠法によらざるを得ないが、債権の成立の準拠法以外に当事者の黙示の実質法的指定により履行地法が補助準拠法として適用されると解する<sup>94</sup>。

しかし、分割指定を認める立場からは、債権の成立の準拠法以外に代用給付権の準拠法を指定することが可能であり、その準拠法を決定する必要があるが、学説は分かれている<sup>95</sup>。

日本法における代用給付権

日本法における債権者の代用給付権につき、最高裁は、次のように判示している<sup>96</sup>。

<sup>92</sup> 田中、脚注91、89頁

<sup>93</sup> 田中、脚注91、91頁

<sup>94</sup> 参照、前出3.1.4補助準拠法 履行地法

<sup>95</sup> 学説の細部については、参照、田中、脚注91、92頁以下；畑口「代用給付権」沢木、秋場編『国際私法の争点（新版）』（有斐閣）155頁

<sup>96</sup> 参照、最高裁判決昭和50年7月15日、民集29巻6号1029頁

外国通貨をもって債権額が指定された金銭債権は、いわゆる任意債権であり、債権者は債務者に対し、外国通貨または日本通貨のいずれによっても請求することができる。民法 403 条は、債務者の代用給付権を定めたものに過ぎない（債権者の代用給付権を否定する趣旨ではない）。

この事件の場合、債権の準拠法も履行地法もともに日本法であるので、最高裁が、補助準拠法としての日本法を適用したものか、債権の準拠法としての日本法を適用したものか、履行地法としての日本法を適用したものであるかについては、判示していないため明確ではない。裁判所は、従来の判決例<sup>97</sup>においても、この点を明確にしていない。

上記の最高裁判決については、債権者の代用給付権を認めなかった従来の判決例<sup>98</sup>を否定する結論となっており、学説も支持説と反対説に分かれている<sup>99</sup>。

債務者の代用給付権については、民法第 403 条の規定するところである。

## (2) ニューヨーク

代用給付権の問題は、契約債権の弁済の問題であるから、支払地（履行地）の法が、準拠法となるとの先例<sup>100</sup>がある。

支払地（履行地）が米国内の場合、ニューヨーク州裁判所及びニューヨーク州に所在する連邦裁判所を含め全ての米国裁判所は、判決は米国通貨で行わなければならない<sup>101</sup>ので、代用給付権の問題が発生する余地はない。

## (3) ロンドン

代用給付権の準拠法は、支払地（履行地）法により、支払地（履行地）が英国の場合、英国通貨による代用給付が、債務者には認められるが<sup>102</sup>、債権者には認められない<sup>103</sup>。

<sup>97</sup> 甲府地裁判決大正 8 年 3 月 3 日、新聞 1557 号 19 頁;東京控訴院判決大正 15 年 5 月 13 日、新聞 2576 号 13 頁;神戸地裁判決昭和 37 年 11 月 10 日、下民集 13 卷 11 号 2293 頁

<sup>98</sup> 甲府地裁判決大正 8 年 3 月 3 日、新聞 1557 号 19 頁;東京控訴院判決大正 15 年 5 月 13 日、新聞 2576 号 13 頁;神戸地裁判決昭和 37 年 11 月 10 日、下民集 13 卷 11 号 2293 頁

<sup>99</sup> 参照、後藤「弁済の通貨」涉外判例百選（第三版）（有斐閣）104 頁

<sup>100</sup> Dougherty v Equitable Life Assur. Soc., 266 NY 71, 193 NE 897, reh den 266 NY 615, 195 NE 226; Graham v First Nat. Bank, 84 NY 393

<sup>101</sup> Coinage Act of April 2, 1792, Ch 16 § 20, 1 Stat 250, 31 USC 1952 ed § 371

<sup>102</sup> See Dicey & Morris, supra note 32, p.903

<sup>103</sup> See Dicey & Morris, supra note 32, p.904

### 3.5.3 外国通貨で表示された債権の換算時期

#### (1) 日本

勘定通貨から日本通貨への換算につき、最高裁は、債権者の代用給付権に関する上記判決において、現実に弁済をする時の外国為替相場によってその換算をすべきであるが、判決にあたっては、裁判所は、事実審の口頭弁論終結時の外国為替相場によって換算すべきであると判示している。換算時期についてのこの最高裁の判断については、学説は支持説と反対説に分かれている<sup>104</sup>。

#### (2) ニューヨーク

ニューヨーク州裁判所及びニューヨーク州に所在する連邦裁判所を含め全ての米国裁判所は、判決は米国通貨で行わなければならない<sup>105</sup>。

このため、外国通貨債権については、これを米国通貨へ換算しなければならないが、換算基準日については、当該債権の履行地により変わってくる<sup>106</sup>。履行地が米国内であるならば、契約に規定する履行期日が、契約違反に対する請求のときは、契約違反の日が、換算基準日となる<sup>107</sup>。また、履行地が外国であるならば、判決の日が、換算基準日となる<sup>108</sup>。

#### (3) ロンドン

英国裁判所は、勘定通貨から英国通貨への換算を判決日の外国為替相場によって換算すべきとの先例とそれに基づく裁判所規則<sup>109</sup>があるので、法令に別段の定めがない限り、これによる。

<sup>104</sup> 参照、後藤、脚注 99、104 頁

<sup>105</sup> Coinage Act of April 2, 1792, Ch 16 § 20, 1 Stat 250, 31 USC 1952 ed § 371

<sup>106</sup> Restatement, Conflict of Laws § 423, § 424.

<sup>107</sup> Hicks v Guinness, 269 US 71, 70 L Ed 168, 46 S Ct 46; Pape v Home Ins. Co. (CA2 NY) 139 F2d 231

<sup>108</sup> Zimmerman v Sutherland, 274 US 253, 71 L Ed 1034, 47 S Ct 625; Deutsche Bank Filiale Nurnberg v Humphrey, 272 US 517, 71 L Ed 383, 47 S Ct 166; Shaw, Savill, Albion & Co. v The Fredericksburg (CA2 NY) 189 F2d 952

<sup>109</sup> Miliangos v. George Frank (Textiles) Ltd.(1976) A.C. 443; Practice Directions (1977) 1 W.L.R. 187

# 第5章 国際取引紛争の処理に関連する法律問題

---

## 第1節 国際取引紛争の処理の現状

取引についての当事者間の紛争を完全に回避することは不可能であり、国際取引についても紛争（国際取引紛争）は避けられない。しかし、紛争が効率的に解決できないときは、取引を阻害する大きな要因となる。

従って、国際取引の促進のためには、効率的な取引紛争の処理が必要不可欠である。そこで、本章では、国際取引紛争の処理の現状を明らかにする。

### 1.1 訴訟制度と訴訟外紛争処理制度

先に説明した国際取引をとりまく法的環境<sup>1</sup>の下においては、多数の主権国家が併存する一方、国際取引紛争を処理する国際的司法機関が存在していない世界の現状においては、国際取引紛争の処理制度は、その処理の主体により、次の二種類に分類することができ、両者を比較するとき、その本質と機能に大きな差異が見られる。

**訴訟制度**：併存する主権国家の司法機関（裁判所）が主体となる裁判に依存する処理制度

**訴訟外（裁判外）紛争処理制度**：紛争当事者の合意を基礎に私人又は私的機関が主体となつて紛争の処理に当る訴訟以外の処理制度（Alternative Dispute Resolution: ADR）

---

<sup>1</sup> 参照、第1章第2節 国際取引をとりまく法的環境

## 1.2 国際訴訟

### 1.2.1 国際訴訟の意義

各国の司法機関による国際的事件の処理手続を国際訴訟と称するが、国際訴訟は、国際取引紛争の処理ばかりでなく、国際的な結婚、離婚、相続などの家族法に関連する事件の処理なども含んでいる。このため、国際取引紛争の処理のための国際訴訟は、正確には国際訴訟の一部に過ぎない。

本書における国際訴訟の検討は、国際取引紛争の処理のための国際訴訟に限定されたものであり、国際訴訟全般に及ぶものではないが、便宜上、国際訴訟と称する。

### 1.2.2 国際訴訟の特徴

#### 国家秩序の維持のための強行性を有する紛争処理制度

今日の国際社会を構成する近代国家は、国家の構成員に対し、私的紛争解決のための自力救済を禁止すると同時に、国家の司法機関による私的紛争の解決を図ることにより、国家秩序を確立し維持している。

このため、私的紛争の当事者である国家の構成員は、国家がそれを認める場合を除き、国家の司法機関による私的紛争の解決を拒否できない、すなわち、訴訟は被告となる当事者の同意を必要とすることなく実施できる、強行性を有する紛争処理制度である。

#### 法律による公正な手続と判断

また、訴訟は、国家目的のために存在し、税金により運営されている制度であるから、国家の秩序維持と人権の擁護という国家目的の達成のために、法律に規定した公正なる手続の確保と法律にしたがった結論（判断）を優先させざるを得ない<sup>2</sup>。

#### 国際取引紛争の処理を第一義的な目的とする制度ではない

従って、国際訴訟は、決して国際取引紛争の処理を第一義的な目的とする制度ではない。例えば、日本の場合、裁判官は、憲法において法律による裁判を義務づけられている（憲法第76条3項）。このため、早く、安く、現実的な解決が求められる商事紛争の解決という観点からは、国際訴訟には自ずから一定の限界があるのは、避けられないところである。

<sup>2</sup> 「適式に定立された法規が存在する以上は、裁判はその内容においても、またその手続方式においてもこれを適用遵守してなされなければならない。」兼子、竹下「裁判法（新版）」法律学全集（有斐閣）7頁

## 1.3 訴訟外紛争処理制度（ADR）

### 1.3.1 訴訟外紛争処理制度（ADR）の意義

紛争当事者が、その合意により、自力救済の禁止の枠内で、私人又は私的機関の判断により当該紛争の処理を図ることは、国家にとり、一概に排除すべき理由もない。裁判所の負担を軽減し、訴訟遅延の緩和を図る見地からは、むしろ歓迎すべきことである。

#### ADR と訴訟の併存

このため、近代国家は、一定の訴訟外紛争処理制度を認め、訴訟との併存を図っているのが現状である<sup>3</sup>。国際取引についての紛争の処理に使用される ADR の代表的なものとしては、当事者による交渉（和解）、斡旋、調停、仲裁がある。

### 1.3.2 訴訟外紛争処理制度（ADR）の特徴

#### 紛争当事者間の合意が基礎

ADR は紛争当事者間の合意を基礎とする、従って強行性のない紛争処理制度であるから、訴訟と異なり、必ずしも法律による手続と判断に基づき紛争を処理しなければならないとの制約はない。

#### 柔軟な処理手続と現実的な判断基準

ADR による国際取引紛争処理に際しては、当事者の合意により、早く、安く、現実的な解決が行われるように柔軟な処理手続と現実的な判断基準を取り決め、それらを優先させることが可能である。

#### オーダーメイドの紛争処理制度

各国の司法制度による大枠の規制はあるが、当事者が周到なる事前の準備を行った上で、当該取引に即して ADR の細部につき調整を行うことが可能であるから、既製の紛争処理制度である訴訟に対してオーダーメイドの紛争処理制度であるといえることができる。

<sup>3</sup> 参照、松浦「仲裁と国家・裁判所」松浦・青山編『現代仲裁法の論点』（有斐閣）26頁以下

### ハイリスク・ハイリターンの紛争処理制度

従って、当事者が周到な調査と準備の上 ADR を使用する場合には、国際取引紛争の処理方法としては、ADR の方が当事者の要請により良く応え得るだけの弾力性を備えているといえる。反面、調査と準備ができない当事者にとっては、不用意に利用した場合には、思わぬ結果となる恐れもある、ハイリスク・ハイリターンの紛争処理制度でもあるといえる。

## 第2節 国際訴訟による国際取引紛争の処理

### 2.1 国際裁判管轄

#### 2.1.1 国際裁判管轄の意義

##### 国際訴訟の出発点 = 国際裁判管轄の有無の決定

国際取引紛争についての訴えが、紛争の当事者により、特定の国の裁判所に提起された場合、裁判所は通常、無条件にその事件の内容の審理を行うものではない。

その裁判所は、まず、その事件の内容を審理する権限（国際裁判管轄）があるか否かを一定の基準に従って決定し、当該事件の審理へ進むか否かについての結論を出す。

国際裁判管轄があるときは、その事件の審理へと進む

国際裁判管轄がないときは、その事件の審理を行うことなく訴えを却下する

従って、国際裁判管轄の有無の決定が国際訴訟の出発点であるといえる。

##### 国際裁判管轄決定の基準 = 各国の法規範

各国の裁判所が、紛争の当事者より提起された国際取引紛争についての訴えを審理する国際裁判管轄があるか否かを決定する基準としては、国際的な統一基準があることが望ましい。

しかし、この問題の重要性が認識されるようになったのが、比較的最近のことであることもあって、世界的に整備が遅れており、国際的に統一された基準は、現状では存在していない。この



ため、各国の裁判所は、国際裁判管轄に関する自国の法規範を適用して決定せざるを得ない状況にある。

### 国際裁判管轄の予測の困難性

こうした事情から、各国の国際裁判管轄に関する法規範は、当然のことながら完全に同一ではなく、またその細部までが明文を以て規定されている訳ではないから、訴えを提起する当事者としては、その訴えを提起する裁判所が、果してその訴えにつき国際裁判管轄を有するか否かを完全に予測することが極めて困難な場合も少なくない。

### 国際的訴訟競合の危険性

また、各国の国際裁判管轄に関する法規範は、当然のことながら完全に同一ではないばかりでなく、他の国の裁判所に係属している事件については自国の国際裁判管轄を認めないとの規定を必ずしも含んでいない。

この結果、既にある国の裁判所で係属中の事件につき、被告による別の国の裁判所での訴えの提起が認められ、同一国際取引紛争についての国際訴訟が複数の国の裁判所で同時並行的に進行する事態（国際的訴訟競合）が発生する危険性が、現状においては否定できない。

### 国際的な裁判の拒否

他方、極めて特殊な場合には、紛争の当事者より提起された国際取引紛争についての訴えが、世界のいずれの国の裁判所によっても、国際裁判管轄なしと決定されて訴えが却下され、国際的な裁判の拒否という当事者の救済上問題な事態の発生も懸念されるところである。

## 2.1.2 国際裁判管轄決定についての日本の基準

ここでは、日本の裁判所に、国際取引紛争についての訴えが提起された場合には、日本の裁判所は、どのような法規を適用して、国際裁判管轄の有無を決定するかを検討することとする。

### 国際裁判管轄についての法規の不明確性

国際裁判管轄の決定基準は、訴訟法の問題であるから、法廷地である日本の訴訟法によることになる。しかし、この基準を規定した明文の法規範については、民訴法を始めとする国内法規には、これについての規定はないばかりでなく、日本が加入した条約においても、「国際航空運送につ

いてのある規則の統一に関する条約」<sup>4</sup>第28条1項のように、この条約の対象とする国際航空運送についての紛争といった特定の国際取引紛争についての国際裁判管轄を規定したものの以外には、国際裁判管轄についての成文規定は存在しない。

また、不文の法規範については、不動産を直接目的とする権利関係の訴訟については、不動産所在地国に国際裁判管轄が専属することが広く承認されているとする裁判例<sup>5</sup>があるが、国際裁判管轄についての一般に承認された国際法上の原則もいまだ確立していないとするのが、裁判例<sup>6</sup>や学説<sup>7</sup>における一般的な見解である。

### 条理による国際裁判管轄の決定

このように、国際裁判管轄についての法規が存在しない（法規の欠缺）以上、当事者間の公平、裁判の適正・迅速を期するという理念により条理に従って国際裁判管轄を決定すべきであるとするのが、裁判例<sup>8</sup>や学説<sup>9</sup>における一般的な見解である。

この見解によった場合に、民訴法の国内土地管轄の規定の取扱いについては見解の差異が見られるところであるが、民訴法の国内土地管轄の規定は裁判管轄の場所的配分という点では国際裁判管轄決定と同性質のものであるので、それらの規定は国際的配慮を加えた上で条理の中に取り入れることができると考えるのが、今日の裁判例や学説における一般的な見解であるといえる<sup>10</sup>。

### 2.1.3 具体的な国際裁判管轄の決定

上記の一般的な見解によった場合、日本の裁判所における具体的な国際裁判管轄の決定は、民訴法の国内土地管轄の規定に国際的配慮を加えた上で条理の中に取り入れて、次のような基準で行われることになる。

#### (1) 被告の住所地所在国裁判所の国際裁判管轄

<sup>4</sup> 略称「ワルソー条約」（昭和28年条約17号）

<sup>5</sup> 東京地裁判決昭和29年6月9日下民集5巻836頁

<sup>6</sup> 最高裁第二小法廷判決昭和56年10月16日民集35巻1224頁

<sup>7</sup> 高橋「国際裁判管轄」沢木・青山編『国際民事訴訟法の理論』（有斐閣）32頁

<sup>8</sup> 最高裁第二小法廷判決昭和56年10月16日民集35巻1224頁、最高裁第三小法廷判決平成9年11月11日民集51巻10号4055頁

<sup>9</sup> 池原「国際的裁判管轄」『新・実務民事訴訟法講座』（日本評論社）7巻18頁

<sup>10</sup> 参照、高橋、脚注7、47頁以下

国内訴訟における管轄についての基本的な原則である、受動的な立場にある被告の防御の利益を重視する手続的公平の観念（民訴法第4条参照）は、国際訴訟についてもその妥当性が認められている。

ただ、民訴法4条2項については、国際的配慮を加える必要があり、日本に住所がない場合であっても、外国に住所があるときには、日本に居所があれば、直ちに日本の裁判所に国際裁判管轄を認めるべきではない。また、最後の住所についても、外国に住所・居所がない場合にのみ、日本における最後の住所によって、日本の裁判所に国際裁判管轄を認めるべきであると解されている。

また、民訴法4条4項は、自然人の場合と同様に、まず、主たる業務担当者の住所を管轄原因とするのは、その社団または財団が世界中のどこにも事務所や営業所を持たない場合に限定されると解され、更に、主たる事務所や営業所が外国に所在し、日本における事務所や営業所が従たるものである場合には、民訴法5条5項を類推して、日本における事務所や営業所の業務と関連ある訴えについてのみ、日本における事務所や営業所が管轄原因になると解されている。

しかし、裁判例には、外国に主たる事務所をもち、日本には営業所を有する外国法人を当事者とする事件につき、その事件と日本の営業所の業務との関連性を検討することなく、日本に営業所が所在することのみに基づいて、日本の裁判所の国際裁判管轄を認めたもの<sup>11</sup>もあり、学説の多くは批判的である。

#### （2）義務履行地所在国裁判所の国際裁判管轄

民訴法5条1号については、国際取引契約に基づく義務の履行地が、すべて国際裁判管轄の管轄原因として認められるものではなく、義務履行地が契約上特約されているか、契約内容から一義的に定まるものである場合にのみ、国際裁判管轄の管轄原因となると解されている。

#### （3）被告の財産所在国裁判所の国際裁判管轄

民訴法5条4号については、請求または担保の目的物を国際裁判管轄の管轄原因とすることは合理性があるが、請求の内容とは直接関連がない被告の財産所在地を管轄原因とできるのは、原告の請求額に見合う以上の財産が日本にある程度継続して所在する場合に限定されると解されている。

#### （4）関連請求に基づく国際裁判管轄

<sup>11</sup> 最高裁判決昭和56年10月16日民集35巻1224頁

民訴法 7 条については、まず、請求の客観的併合の場合については、いずれか一つの請求につき日本の裁判所の管轄が認められれば、それをもって無条件にその他の請求についても国際裁判管轄の管轄原因とする見解と、併合される請求相互間に関連性がなければ管轄原因にならないとする見解とがある。

次に、主観的併合（共同訴訟）の場合については、いずれか一つの請求につき日本の裁判所の管轄が認められても、それをもってその他の請求についても国際裁判管轄の管轄原因とすることを否定する見解が有力である。

#### **(5) 被告の応訴に基づく国際裁判管轄**

民訴法 12 条については、国際訴訟への無条件の類推適用が認められている。

#### **(6) 当事者の合意に基づく国際裁判管轄**

民訴法 11 条については、「**2.1.4 国際裁判管轄についての合意**」に説明するように、原則的に、当事者による国際裁判管轄の合意を管轄原因とすることが認められている。

### **2.1.4 国際裁判管轄についての合意**

#### **国際裁判管轄についての合意の目的**

国際裁判管轄について、日本の場合には、極めて限られた場合を除いて法規は存在していないため、日本の裁判所の国際裁判管轄の決定は条理によらざるを得ないとは、既に説明したところであるが、他の諸国についても、国際裁判管轄についての法規が完備しているとはいえないのが、世界の現状である。

このため、国際取引の当事者は、その取引をめぐる紛争が発生し、自主的な処理ができない場合における訴訟地がどこの国の裁判所となるかについては、なかなかはっきりとした予測ができない状況にあるといわざるを得ない。

しかし、このように訴訟地についての予測が困難であることは、国際取引の当事者にとり好ましいことではないので、当事者は、特定の国の裁判所において訴訟を提起するとの合意（国際裁判管轄の合意）を行い訴訟地についての予測可能性を高めるための努力を行うことになる。

#### **国際裁判管轄の合意の種類と効力**

国際裁判管轄の合意には、特定の国の裁判所のみを第一審の管轄裁判所として指定する旨の合意、すなわち、専属的国際裁判管轄の合意と、被告となる当事者の本社所在地の裁判所を第一審の管轄裁判所として指定する旨の合意のように一定の範囲の複数の裁判所を指定する合意、すなわち、非専属的国際裁判管轄の合意とがある。

いずれの場合についても、契約の一種であるから、それが有効に成立したかどうかは、契約の成立の準拠法により決定される。国際裁判管轄の合意が契約の一部となっており、独自の契約の準拠法が指定されていない場合には、それを含む契約の成立の準拠法による。

しかし、こうした当事者間の国際裁判管轄についての合意が有効に成立していても、それに裁判所を拘束する効力、すなわち、訴訟法上の効力を認めるか否かについては、訴訟法上の問題であり、法廷地法により決定される。

### 日本法における国際裁判管轄の訴訟法上の効力

日本の国際民訴法には、国際裁判管轄の合意の訴訟法上の効力を直接に規定する法規が存在していないので、条理に従って民訴法 11 条の規定につき国際的配慮を加味したものが基準となる。

次のような要件を満足するものについては、訴訟法上の効力を認めるのが、裁判例<sup>12</sup>及び学説の大勢であると考えられる。

- 外国の裁判所が合意された管轄裁判所である場合には、当該事件が日本の裁判所の専属的管轄に属するものでないこと
- 合意された管轄裁判所が、その適用すべき法規に従って、当該事件につき国際裁判管轄を有すること
- 合意がはなはだしく不合理で日本の公序に違反するようなものでないこと
- 方式については、少なくとも当事者の一方が作成した書面があり、国際裁判管轄の合意の存在と内容が明確であること

## 2.2 訴訟当事者

### 2.2.1 当事者能力

<sup>12</sup> 最高裁判決昭和 50 年 11 月 28 日民集 29 巻 1554 頁

## 当事者能力

訴訟における当事者能力は、民事訴訟において当事者となることのできる一般的な能力を指す。具体的な事件とは無関係に考えられる意味で一般的な能力であり、具体的な事件との関係で、いかなる者を当事者として判決を下すことがその事件の解決にとって有効適切であるかという観点から決る当事者適格<sup>13</sup>とは異なる。

当事者能力を有しない者は、その名において原告または被告となることができないし、判決の名宛人としてその効力を受けることもないので、当事者能力があるか否かは訴訟の当事者にとり重要な問題である。

## 当事者能力の判断基準

国際取引紛争についての国際訴訟であっても、当事者の双方が日本人、日本法人または日本の法人でない団体（以下日本人と総称する）である場合には、民訴法 28 条及び 29 条により、当事者能力が決定されることになる。

しかし、当事者の一方または双方が外国人、外国法人または外国の法人でない団体（以下外国人と総称する）の場合には、上記の民訴法の規定が適用になるのか否か、すなわち準拠法はなにかが、問題となるところである。

この場合に、自然人については、各国の法制は一般にその当事者能力を認めているから、準拠法によって差異を生ずる余地はほとんどないが、問題となるのは、法人、特に法人でない団体の当事者能力の準拠法である。

日本の法規範には、この問題についての一般的な規定はないが、日本が加入している条約の中には、日米通商航海条約 4 条 1 項のように条約の対象とする外国人の内国民待遇を規定しているものもあり、この条約の対象とする外国人については日本人と同様に民訴法が適用される<sup>14</sup>。

このような条約の規定がない場合には、明文の法規を欠くので、条理により準拠法を決定しなければならない。条理の理解につき、学説においては法廷地法説と属人法説の対立が見られるところであるが、裁判例の大勢は法廷地法説である<sup>15</sup>。

## 法廷地法説

<sup>13</sup> 参照、青山「外国人の当事者能力および訴訟能力」沢木・青山編『国際民事訴訟法の理論』（有斐閣）203 頁以下

<sup>14</sup> 参照、東京地裁判決昭和 47 年 5 月 16 日判例タイムズ 279 号 232 頁

<sup>15</sup> 学説及び裁判例の詳細については、参照、青山、脚注 13、204 頁以下

当事者能力は、訴訟手続の問題であるから、法廷地法によることが世界的に認められているばかりでなく、妥当である。従って、民訴法 28 条が適用される結果、外国人については、その他の法令である法例 3 条により指定される準拠法（実体法）上の権利能力の有無によって、当事者能力が決定される。また民訴法 29 条は、当然に外国の法人でない団体にも適用される。

### 属人法説

当事者能力は、人の属性・能力に関する問題であり、一般的権利能力に対応する概念であるから、属人法によるべきである。そして、属人法としては、本国訴訟法により直接当事者能力を判断すべきであるとする。

## 2.2.2 訴訟能力

### 訴訟能力

訴訟能力とは、単独で有効に訴訟行為をなし、また相手方及び裁判所の訴訟行為を受け得る能力である。

訴訟能力のない者（訴訟無能力者）の訴訟行為、またはこれに対する相手方の訴訟行為は、訴訟無能力者の保護のため無効とされるので、国際取引紛争の相手方が自然人の場合には、その者の訴訟能力が問題となる。

また、相手方が、法人及び法人ではないが当事者能力のある団体の場合には、それらが自ら訴訟行為を行い、または受けることはできないので、それら自体の訴訟能力が問題となる余地はないが、それらに代って訴訟行為をし、また訴訟行為を受ける者はだれかが、訴訟能力に関連して問題となる。

### 訴訟能力の判断基準

国際取引紛争についての国際訴訟であっても、当事者の双方が日本人である場合には、民訴法第 28 条、31 条及び 32 条により、訴訟能力が決定されることになる。

当事者の一方または双方が外国人の場合には、民訴法 28 条及び 33 条の規定の適用が問題となるところである。学説においては、法廷地法説と属人法説が対立しているが、裁判例の大勢は、法廷地法説である。

法廷地法説は、外国人についても28条が適用され、法例3条1項により本国実体法により訴訟能力が決定される。33条は28条にいう「別段ノ定」であり、外国人が本国法上無能力者であっても、日本法によれば訴訟能力を有するときは、訴訟能力者とみなした特則であると解する。属人法説は、28条は外国人には適用されず、33条のみが適用されるが、同条は、外国人の訴訟能力は本国訴訟法によることを前提とした上で、外国人が本国訴訟法上無能力者であっても、日本法によれば訴訟能力を有するときは、訴訟能力者とみなした特則であると解する。

#### 法人及び法人ではないが当事者能力のある団体に代る訴訟行為者

日本の法人及び法人ではないが当事者能力のある団体について、民訴法37条は、無能力者の法定代理及び法定代理人に関する規定を、法人の代表者及び29条所定の団体の代表者・管理人に準用して、それらに代って訴訟行為をし、また訴訟行為を受ける者に、法人の代表者及び29条所定の団体の代表者・管理人を当てている。

外国の法人及び法人ではないが民訴法29条に基づき当事者能力のある団体について、それらに代って訴訟行為をし、また訴訟行為を受ける者を規定する日本の明文の法規はない。条理によるべき問題であるが、この条理の理解につき、この場合にも法廷地法説と属人法説が見られる。

法廷地法説は、民訴法28条により国際私法によるべき問題であり、国際私法では、これは法人または団体の機関の職務権限の問題であるから、設立準拠法によるのが原則であるが、法廷地における訴訟手続の安定の必要から、設立準拠法の適用が法廷地法により制限される場合が例外的にあると解する。

属人法説は、これらの法人または団体の従属法（訴訟法）により、例外的に法廷地法を適用すべきであると解する。

両説が、例外的に法廷地法によるべき場合とするのは、次のような場合である。

日本において営業所を設け継続的に取引を行う外国会社の場合、その日本における代表者が、日本における営業に関する訴訟ばかりでなく、外国にある本支店の営業を含めて、訴訟行為をなす権限を有する（商法479条4項、有限会社法76条）。

上記以外の外国法人が、日本において認許され日本に事務所を設けて活動する場合には、日本において登記された代表者が、日本における活動に関する訴訟ばかりでなく、外国にある事務所の活動を含めて、訴訟行為をなす権限を有する。

法人ではないが民訴法29条に基づき当事者能力のある団体については、民訴法37条の類推適用により、その代表者・管理人は訴訟行為をなす権限を有する。



## 2.3 訴訟手続

### 2.3.1 適用手続法

#### 手続は法廷地法による

国際取引紛争についての国際訴訟においては、実体的権利・法律関係（実体問題）に関しての裁判所の判断は、法廷地の国際私法によって決定される準拠法が適用されて行われる。他方、訴訟手続について生ずる問題（手続問題）についての裁判所の判断は、世界的に広く承認されている「手続は法廷地法による」との原則によって、日本においても、法廷地の訴訟法が適用されると解されている。

#### 手続と実体の区別

国際訴訟の過程において生ずる法律問題が、手続問題か実体問題かにより、裁判所が適用すべき判断基準が上記のように異なるので、問題が手続問題か実体問題かを区別すること（手続と実体の性質決定）が必要であり、かつ重要であることになる。

しかし、手続と実体は、私権の実現・保護の目的に向かって密接な関係にあることから、両者を区別することは、極めて困難な問題であり、区別の基準についての一般的な原則は、いまだ確立されていない現状である。裁判例、学説ともに、個々の問題についての検討を重ねて、その集積の中から解決の方向を見付けようとしている。

#### 法廷地の裁判権の発動にかかわる問題 = 手続

手続の進行に関する問題（期日、期間、口頭弁論手続など）、裁判所への申立て方式（訴えの提起や変更の方式）など、法廷地の裁判権の発動にかかわる問題は、法廷地の秩序維持の必要から手続問題と解される。

#### 証拠に関する問題 = 実体

挙証責任の配分、自白の問題については、実体問題と解する見解が有力である。

#### 時効、相殺に関する問題 = 実体

時効、相殺に関する問題については、実体問題と解する見解が有力である。

### 2.3.2 国際司法共助

#### 国際司法共助の中心：送達と証拠調べ

日本で行われている訴訟のために、外国の司法機関が協力したり、外国で行われている訴訟のために、日本の司法機関が協力するといった、司法機関による国際的な協力を国際司法共助という。そして、その主たるものは、送達と証拠調べである<sup>16</sup>。

国際取引紛争の処理のための訴訟が日本の裁判所において提起された場合に、その事件についての訴訟書類を、日本の裁判所が、外国にいる訴訟関係者に送達することが必要になることがある。また、その事件のために、外国で証拠調べをすることが必要になることがある。こうした場合に、国際取引紛争に関連して、国際司法共助が問題となる。

#### 外国で行う送達についての国際司法共助

日本の裁判所における事件についての訴訟書類を、日本の裁判所が、外国にいる訴訟関係者に送達することが必要な場合の国際司法共助は次の方法で行われる。

「民事訴訟手続に関する条約」(民訴条約：昭和45年条約6号)による送達

送達を受ける者が、民訴条約締結国にいる場合に利用でき、日本の裁判所の依頼を受けた当該外国に駐在するわが国の領事官が、当該外国の指定する当局に依頼して送達を実施される。また、民訴条約6条は、当該外国が拒否しない場合における三種類の例外的方法を規定している<sup>17</sup>。

「民事または商事に関する裁判上及び裁判外の文書の外国における送達及び告知に関する条約」(送達条約：昭和45年条約7号)による送達

送達を受ける者が、送達条約締結国にいる場合に利用でき、日本の裁判所が、当該外国の中央当局に依頼して送達が行われる(3条)。また、送達条約8条及び10条は、当該外国が拒否の宣告をしていない場合における、例外的方法を規定している。

当該外国が、同時に民訴条約の締約国でもある場合には、送達条約により送達を行わなければならない(22条)。

<sup>16</sup> 詳細については、参照、小林「国際司法共助」沢木・青山編『国際民事訴訟法の理論』(有斐閣)285頁；服部「民事事件における国際司法共助」『新・実務民事訴訟法講座』(日本評論社)7巻87頁以下

<sup>17</sup> しかし、日本の裁判所が、当該外国にいる送達を受ける者に直接文書を郵送する方法は、民訴法108条の規定に反しできないとの見解もある

日本国とアメリカ合衆国との間の領事条約 17 条 1 項 ( e ) ( i ) 並びに日本国とグレート・ブリテン及び北部アイルランド連合王国との間の領事条約 25 条による送達

送達を受ける者が、アメリカ合衆国または連合王国にいる場合には、日本の裁判所が、当該外国に駐在する日本の領事官に依頼して送達が行われる。

二国間司法共助取り決めによる送達

送達を受ける者が、取決め相手国にいる場合には、外交上の経路を通じて送達が行われる。

### 外国で行う証拠調べについての国際司法共助

民訴条約による証拠調べ

日本の裁判所が、民訴条約締約国である当該外国に駐在する日本の領事官に依頼し、領事官から当該外国の指定当局を経由して、その国の司法当局に実施してもらうことになる ( 8 条、14 条 )

日本国とアメリカ合衆国との間の領事条約 17 条 1 項 ( e ) ( i ) 並びに日本国とグレート・ブリテン及び北部アイルランド連合王国との間の領事条約 25 条による証拠調べ

日本の裁判所が相手国に駐在する日本の領事官に依頼し、領事官が直接証拠調べを実施する。

二国間司法共助取り決めによる証拠調べ

日本の裁判所が外交上の経路を通じて、相手国の司法当局に証拠調べを実施してもらうことになる。

### 2.3.3 国際的訴訟競合

#### 国際的訴訟競合の現状における不可避性

同一当事者間の同一国際取引紛争につき、当事者の一方は X 国で、相手方は Y 国で、それぞれ訴訟を提起するといったように、複数の国において訴訟が提起された事態を国際的訴訟競合と称している。以前は、国際的<sup>18</sup>二重起訴の禁止あるいは外国訴訟継続の効果などと称されていた<sup>18</sup>。

<sup>18</sup> 国際的訴訟競合の詳細については、参照、沢木「国際的訴訟競合」『新・実務民事訴訟講座』（日本評論社）7 巻 87 頁以下；石黒「外国における訴訟係属の国内的効力—国際的訴訟競合を中心として—」沢木・青山編『国際民事訴訟法の理論』（有斐閣）323 頁以下

国際裁判管轄に関する世界的な法規範が存在していれば、国際的訴訟競合の場合についての規則も当然含まれ、その規則に従って処理されるどころであり、国際的訴訟競合という事態は回避され生じないと考えられる。

しかし、世界の現状においては、国際裁判管轄に関する世界的な法規範が存在せず、各国の法規範により対処しなければならないため、国際的訴訟競合は避けられないところである。

### 国際的訴訟競合の国内的効果

日本における国際取引紛争の処理を検討するという本書の観点からは、同一当事者間の同一国際取引紛争につき、日本の裁判所への訴訟の提起に先だつてまたは同時もしくは遅れて、外国の司法機関への訴訟の提訴が行われた場合に、日本の裁判所における訴訟に与える法的な効果(国際的訴訟競合の国内的効果)が問題となる。

この問題の判断の基準となる準拠法については、日本の国際私法に明文の規定はないが、訴訟手続は法廷地法によるとの原則により、日本法によることについては裁判例、学説とも一致するところである。

ところで、この問題についての日本法について、民訴法 142 条に二重起訴の禁止に関する規定が見られるところであるが、同条にいう裁判所とは、日本の裁判所を指し、外国の司法機関は含まれないので、同条は国際的訴訟競合には直接適用されない、従って、日本法には国際的訴訟競合を規制する法規は存在しないとするには、裁判例、学説とも一致するところである。

#### (1) 日本の裁判所への訴訟の提起と同時にまたはこれに先だつて外国の司法機関への訴訟の提訴が行われていた場合

これまでの裁判例は、日本法には国際的訴訟競合を規制する法規は存在しないので、国内的効果を認めず国際的訴訟競合を放置したもの<sup>19</sup>と、放置することは条理に反するとして、日本の裁判所に国際裁判管轄を認めず訴えを却下したもの<sup>20</sup>とがある。

学説は、民訴法 142 条の基礎をなす矛盾する判決の回避、訴訟経済の要請などの理念は国際的訴訟競合についても妥当するところであることを理由に、国際的訴訟競合を放置することには批判的であり、外国裁判所における判決が将来日本において承認されることが予測される場合には、後発の日本の裁判所における訴訟は却下または中止されるべきであるとする見解もある。

#### (2) 日本の裁判所への訴訟の提起に遅れて、外国の司法機関への訴訟の提訴が行われた場合

<sup>19</sup> 例えば、大阪地裁中間判決昭和 48 年 10 月 9 日判例時報 728 号 76 頁

<sup>20</sup> 東京地裁判決平成 3 年 1 月 29 日判例時報 1390 号 98 頁

この場合の国際的訴訟競合は、後発の外国司法機関が対処すべき問題であり、先発の日本の裁判所における訴訟には効果を及ぼさない。

## 2.4 国際取引紛争についての実体判断

### 2.4.1 法選択問題の必然性

国際取引紛争は、その性質上複数の法域に関連する法律問題を包含しているので、それらの関連する複数の法域の法のいずれを実体判断の基準とすべきかとの法選択問題を必然的に伴う。この法選択問題についての選択規則を規定するのが各法域の国際私法（=抵触法）である。

### 2.4.2 国際私法は法廷地法

国際私法は各国法の一部であり、その内容はそれぞれ異なるから、国際私法についても法選択問題を生ずる余地がある。しかし、国際私法についても法選択を論ずることは、またその法選択規則を必要とするとの循環論に陥ることになる。この循環論を断ち切るため、国際私法については法廷地の国際私法によることが世界的に確立している。

従って、各国裁判所は、国際取引紛争の処理にあたっては、法廷地の国際私法により実体判断に適用すべき基準である準拠法を決定し、実体判断を行っている。その概要については、**本書第2章から第4章**において、既に述べたところである。

## 2.5 内国判決の外国における承認と執行

### 2.5.1 内国判決の外国における承認と執行の必要性

各国の裁判所による判決において債務の履行を命ぜられた判決債務者が、その債務を任意に履行しない場合には、当該国家の司法機関による強制執行が認められることは、司法制度の法質上必要なことであるため、世界的に確立している。

しかし、国際取引紛争について、例えば、日本の裁判所において勝訴判決をえた判決債権者が、判決債務者が任意にその判決を履行しないため、日本国内において、その判決を執行しようとし

ても執行の対象となるべき債務者の財産が国内に存在しないので、債務者の財産が所在する外国において、日本の裁判所において得た勝訴判決を執行したいと希望する場合が生ずる。

また、同一事件について、外国において訴訟を提起されたといった場合には、日本の勝訴判決の判決債権者は、その判決の効力である既判力を当該外国裁判所が承認することを求めることが必要になる。

### 2.5.2 外国における承認と執行の基準：各国の法制

外国判決の各国における承認と執行に関する世界的な統一規範は存在していない。また、仲裁判断の場合についての1958年ニューヨーク条約<sup>21</sup>に匹敵するような、締約国が相互に他の締約国の判決の承認及び執行を約束する世界的な条約も存在していない。このため、各国の判決の外国における承認及び執行は、当該外国の法規範により判断されるところであり、日本の判決もその例外ではない。

### 2.5.3 外国における承認と執行の困難性

外国判決の承認及び執行に対する各国の法制は、日本の民訴法118条に見られるように、相互の保証をはじめとして相当に厳しい要件を満足することを求めているのが通例であり、従って、日本の判決を外国の裁判所において承認してもらったり、執行してもらうことについては、困難を伴うことが少なくない。

## 2.6 外国判決の日本における承認と執行

### 2.6.1 外国判決の日本における承認及び執行の基準：日本法<sup>22</sup>

日本において外国判決を承認または執行する場合の基準となる準拠法が、現状においては、法廷地法である日本法とならざるを得ない事情にあることは、既に、「2.5 内国判決の外国における承認及び執行」に関連して見たところである。

<sup>21</sup> 外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約（昭和36年条約10号）

<sup>22</sup> 外国判決の承認及び執行については、参照、高桑「外国判決の承認及び執行」『新・実務民事訴訟法講座』（日本評論社）7巻87頁以下；高田「財産関係事件に関する外国判決の承認」沢木・青山編『国際民事訴訟法の理論』（有斐閣）365頁

## 2.6.2 外国判決の自動的承認

外国の裁判所の確定した判決は、民訴法 118 条各号の要件を具備しているときは、その判決は自動的に承認される。すなわち、日本は、承認または不承認につき何ら特別の процедуруを必要としない自動的承認制度を採用している。

外国判決の承認の効果として、当該外国判決につき判決国法が認めている効力が日本に拡張されると解するのが通説である。

## 2.6.3 外国判決承認の要件

外国裁判所の確定判決については、判決国法において裁判権の行使権限を有する司法機関の最終的判断であれば、その名称、組織を問わないし、判決という名称でなくてもよいとされるが、裁判上の和解や公正証書等は判決でなく、中間的判決も確定判決には含まれないと解されている。

外国裁判所の国際裁判管轄（1号）の有無の判断基準については、承認国である日本法による国際裁判管轄の判断基準<sup>23</sup>に従うとするのが、通説や裁判例である。

敗訴の被告が公示送達によらないで訴訟の開始に必要な呼出しもしくは命令の送達を受けたことが必要とする2号は、呼出し等に関する特別規定であり、日本語への翻訳文を添付しない訴状の郵送送達の有効性が2号に関連して問題となる<sup>24</sup>。また、呼出しもしくは命令の送達以外の手続的公序に関連した問題は3号によると解されている。

外国判決が日本の公序に違反しないこと（3号）とは、外国判決の内容が日本の公序に違反しないこと（法例第33条参照）を要件としているものではなく、その外国判決の日本における通用を認めることにより、日本の公序が侵害されることがあってはならないとするものと解するのが、学説、裁判例<sup>25</sup>である。

相互の保証（4号）の有無の判断基準は、判決国における日本の判決の承認のための要件が、日本における外国判決の承認の要件と重要な点において同じであれば足りるとするのが、裁判例<sup>26</sup>、学説の大勢である。

## 外国判決の執行

外国判決の執行に際しては、その外国裁判所の給付判決が民訴法 118 条の要件を満たしていることが前提となるが、執行機関がこれを判断するのではなく、裁判所がこれを判断して、所定の

<sup>23</sup> 参照、2.1.2 国際裁判管轄決定についての日本の基準

<sup>24</sup> 東京地裁判決平成2年3月26日金融商事857号39頁

<sup>25</sup> 東京地裁判決昭和44年9月6日判例時報586号73頁

<sup>26</sup> 最高裁判決昭和58年6月7日判例時報1086号97頁

要件を具備していると判断したときは、執行判決を言い渡し、この執行判決に基づいて執行機関による執行が行われる。

## 2.7 国際倒産

### 2.7.1 国際的な事業活動を行う者の倒産の処理

国際取引当事者については、その事業活動は世界各国に及び、またその資産は世界各国に所在している場合が多い。このように国境を超えて事業活動を行う者が、場合によっては倒産状態に至ることも少なくない。

こうした場合に、全世界的な規模による単独の倒産手続による処理が、倒産者の事業活動の実体に即しており、望ましいところであるが、こうした倒産手続を実施する国際的機関も手続基準もいまだ存在していない。このため、こうした場合の倒産手続についても、各国の裁判所と各国の倒産法に依存して実施しなければならない現状である。しかし、現状において、日本を含め各国の国際倒産に関する倒産法の規定は、十分に整備されているとはいえない状況にある。

### 2.7.2 日本における倒産処理の外国における効力

国境を超えて事業活動を行う者についての倒産処理手続が日本において開始された場合に、倒産法は、倒産者が日本人・法人であるか、外国人・法人であるかを問わず、その倒産手続は日本に所在する倒産者の財産にのみ効力が及ぶと規定して属地主義を明確にしている（破産法 3 条 1 項、和議法 11 条、会社更生法 4 条 1 項、民事再生法 4 条）。このため、倒産者は、在外資産については依然として管理処分権を有し、倒産処理手続により選任された管財人は、管理処分権を有しない。

一方、日本における倒産手続の効力を外国が承認するか否かは、外国判決の承認の一環であり、各国が自国法により決定するところである。

従って、倒産者に対して債権を有する債権者の内、倒産者の在外資産につき他の債権者に先駆けて、資産所在地法に基づき強制執行を行った者が、その他の債権者に優先して弁済を受けることができるという債権者間の不平等を生ずる結果となることもある。



### 2.7.3 外国における倒産処理の国内的効力

日本の倒産法は、その属地主義の原則により、在日資産についての外国における倒産処理手続の効力を承認しない（破産法3条2項、和議法11条、会社更生法4条2項）ので、外国の倒産者が日本国内に資産を有する場合には、倒産者に対して債権を有する債権者は、在日資産に対して日本法に基づき強制執行を行ない弁済を受けることができる。また、倒産者に対して債権を有する債権者は、外国における倒産処理手続とは無関係に、日本における倒産処理手続を開始することができる」と解されている。

しかしながら、日本の倒産法の属地主義の原則は、破産宣告の行われた当該外国の法律が、破産管財人が在外資産を含めて破産者の全財産に対する管理処分権を取得することを認めている場合には、その破産管財人が、在日資産につき破産者が有する日本法に基づく権利を行使することまでも禁ずるものではないと、日本の倒産法の属地主義の原則を制限的に解した裁判例<sup>27</sup>もあり、学説の大勢もこれを支持している。

## 第3節 訴訟外紛争処理制度による国際取引紛争の処理

### 3.1 国際商事仲裁とは何か

#### 3.1.1 国際商事仲裁の意義

訴訟外紛争処理制（ADR）の一種である仲裁が、その処理の対象とする紛争は、単に国際取引紛争にとどまらず、広く民商事紛争一般更には労働、公害などについての紛争にまで及んでいる<sup>28</sup>。

このように広く利用されている仲裁のうち、国際取引紛争を解決するための仲裁が、国際商事仲裁であるといえることができる。国際商事仲裁も仲裁の一種であることには変わりないが、その対象が渉外的要素を含む国際取引紛争であるということから、渉外的要素を含まないその他の仲裁と比較した場合、仲裁契約や仲裁判断の準拠法等につき特別な検討を要するところが、その特色である<sup>29</sup>。

<sup>27</sup> 東京高裁判決昭和56年1月30日判例時報994号53頁

<sup>28</sup> 日本における各種の仲裁については、参照、小山『仲裁法 新版』（有斐閣）8頁以下

<sup>29</sup> 参照、岩崎「仲裁の準拠法」JCAジャーナル1988年6月号2頁以下

仲裁は、特定の法律関係の当事者が、当事者間に現に存在する紛争または将来発生するかもしれない紛争の解決を、私人である第三者（仲裁人）の裁断により解決することに合意し（仲裁の合意／仲裁契約の成立）、当事者がその合意に基づき紛争解決を仲裁人で構成される仲裁裁判所に付託し、これを仲裁裁判所が引き受け（仲裁付託契約の成立）、仲裁裁判所が審理のための仲裁手続を経て裁断（仲裁判断）を行い、仲裁判断を当事者に交付することにより、当事者間の紛争を国家の裁判所の手を経ることなく自主的に解決する制度である。

### 3.1.2 仲裁の法認と規制

#### 仲裁の司法制度への組み込み

仲裁は、本来、私人間の自主的な紛争処理制度であり、国家とは無関係な存在であるが、以下に説明するように、国家が仲裁を司法制度の一部へ組み込み、仲裁契約や仲裁の結果である仲裁判断に法的効力を認めること（法認）が、日本を始めとして近代国家諸国では行われているところである。これは、仲裁の利用者である取引関係者の要請に応えるばかりでなく、法認する国家に対しても利益をもたらすからである。

すなわち、仲裁の利用者からすれば、仲裁契約の相手方が仲裁契約に違反して仲裁手続の開始に応じず訴訟を提起した場合に、その訴訟手続を却下してもらうことや、当事者が自主的に仲裁判断を履行しない場合に国家の裁判所の手を借りて仲裁判断を執行できるということは、仲裁の利用者にとり好都合であり望むところである。

他方、国家としては、仲裁制度を法認して確立させることは、裁判所の手間を省略して民商事紛争の有効な解決ができ社会の秩序維持に資することになり、国家にとっても好都合であり、利益をもたらす。

#### 仲裁に対する規制

しかし同時に、仲裁を法認する国家としては、無制限に法認することは法秩序に悪影響があるので、法認するのはそれに値するものに限定し、公正と正義に反する仲裁手続や仲裁判断が行われるのを防止するため、仲裁手続や仲裁判断に対して一定の規制を行うところである。

多くの国の場合、この規制のために、仲裁法を制定したり、民事訴訟法の一部に仲裁に関する規定を設けたりしている。

#### 日本における規制

仲裁が法認されている国、例えば、日本の場合、「公示催告手続及び仲裁手続に関する法律」<sup>30</sup>(以下仲裁法と称する)が、仲裁制度に対して次のような法律効果を付与するとともに規制を行っている。

仲裁契約に対してはその法的効力を認め(仲裁法 786, 787 条) 仲裁契約が対象とする紛争につき訴訟が提起された場合、被告が仲裁契約の存在を根拠に仲裁により当該紛争を解決すべきことを主張する仲裁の抗弁を提起したときは、原告の訴えを却下するとの効果(仲裁契約の抗弁)を付与している<sup>31</sup>。また、仲裁判断に対しては、確定判決と同一の効力を付与している(仲裁法 800 条)。

他方、仲裁契約の有効要件(仲裁法 786, 787 条) 仲裁人の忌避(仲裁法 792 条) 仲裁判断の成立要件(仲裁法 799 条) 仲裁判断の取消(仲裁法 801, 805 条)の規定を設けて、仲裁に対する規制を行っている。

合わせて、仲裁手続に対しては、その円滑な実施を促進するため、仲裁人の選任や補充、証人、鑑定人の尋問などについての裁判所の協力を規定している(仲裁法 789 条 2 項、791, 795, 796 条)。

## 3.2 国際商事仲裁手続

### 3.2.1 仲裁契約(仲裁の合意)

#### 仲裁契約の意義

仲裁手続の出発点であり、その基礎をなすものは、当該国際取引についての現在または将来の紛争を仲裁により解決することについての当事者間の契約、すなわち仲裁契約(=仲裁の合意)であり、これには、2種類のものがある。

紛争発生後に、紛争の当事者間において、紛争の基礎となった当該国際取引契約から独立して締結される仲裁契約

簡単な仲裁契約実例：「甲及び乙は、1998年8月 日付パソコン売買契約につき生じた紛争の一切を、名古屋 市における仲裁により解決することに合意する。」

<sup>30</sup> 平成 10 年 1 月 1 日からの民訴法の改正の施行に伴い、従来の民訴法のうち第 7 編公示催告手続と第 8 編仲裁手続が従来そのまま存続することになり、その名称を「公示催告手続及び仲裁手続に関する法律」に変更した

<sup>31</sup> 裁判所は、大審院判決大正 2 年 1 月 23 日民録 19 輯 8 頁以来、妨訴抗弁としての仲裁契約の抗弁を認めている

紛争発生前に、国際取引契約の当事者が、当該契約に関する将来の紛争を仲裁により解決することを規定した条項（仲裁条項）の形で国際取引契約にあらかじめ盛り込んだ仲裁契約

仲裁条項実例：「この契約に関連して当事者の間に生ずるすべての紛争は、国際商事仲裁協会の国内商事仲裁規則に従って、（ ）\*において仲裁により解決されるものとする。」

\*都市名を入れる。たとえば東京

### 仲裁契約の効力 = 仲裁契約の抗弁

仲裁契約は、本来、契約の一種であるから、仲裁契約の当事者間において契約としての効力を持つのが原則であるから、当事者の一方が、仲裁契約に違反して、仲裁契約の対象とする紛争を仲裁ではなく、国家の裁判所へ提起した場合、それは仲裁契約違反であり、契約違反についての責任、例えば、仲裁契約の解約や損害賠償を追及されるが、仲裁契約に違反して提起した訴訟そのものは影響を受けない。

しかし、これでは、仲裁契約を締結しても、あまり実効がなく、仲裁が国家の期待する訴訟に代替する機能を果たし得ないので、後述のニューヨーク条約が、締約国に対し仲裁契約に違反した訴訟を中止または停止させる効果（仲裁契約の抗弁）を付与することを義務づけているほか、多くの国々は、それぞれの法制において、仲裁契約の抗弁を認めている。

この結果、ニューヨーク条約の加盟国においては、同条約第2条3項により、同条約第2条1項の要件を充たす仲裁契約に対し、仲裁契約の抗弁の効力が認められている。また、同条約の加盟国ではなくても、仲裁契約の抗弁を認めている国、すなわち、世界の大多数の国においては、一旦仲裁契約が締結されると、当事者双方の合意がなければ、その仲裁契約の対象とする紛争につき訴訟を提起できない。すなわち、仲裁契約につき通常の契約にはない強行性が、ほぼ世界的に認められているのが現状である。

## 3.2.2 仲裁人の選任と仲裁人契約

### 仲裁人の選任

紛争が現存する場合には、仲裁契約が成立すると、また、将来の紛争についての仲裁契約の場合には、仲裁契約が対象とする紛争が発生すると、当事者は、仲裁契約の規定するところに従い、仲裁人の選任を行うことになる。

仲裁契約中に仲裁手続が従うべき仲裁規則が規定されている場合には、その規則に従い仲裁人の選任が行われることになる。

仲裁契約中に仲裁手続が従うべき仲裁規則が規定されていない場合、または、仲裁契約中に規定する仲裁規則中に仲裁人の選任についての定めがない場合には、仲裁契約において指定された仲裁地の仲裁法の規定に従い、仲裁人の選任が行われることになる。

### **仲裁人契約の成立**

仲裁契約に従い選任された仲裁人が、その任務を引き受けると当事者と仲裁人間に委任の一種である仲裁人契約が成立する。しかし、仲裁契約に従い選任された仲裁人が、その任務を引き受けることを多忙などの理由で拒否する場合には、当事者は、仲裁人の選任をやり直さなければならない。

### **3.2.3 仲裁裁判所の構成と仲裁付託契約**

仲裁契約に従い選任され、その任務を引き受けた仲裁人は、仲裁を実施するための機関である仲裁裁判所を構成し、当事者と仲裁裁判所の間、当該紛争の解決をその仲裁裁判所の裁断に委ねることを内容とする仲裁付託契約が締結される。

そして、この仲裁裁判所が、当事者の主張、反論を審理し、証拠調べを行い、仲裁判断を作成し当事者に交付して、その任務を終える。

### **3.2.4 機関仲裁と個別的仲裁**

当事者の合意により場合によっては、仲裁人の選任を始めとして仲裁手続全般につき常設仲裁機関の援助を受けることがある。この場合の仲裁は、機関仲裁と呼ばれ、常設仲裁機関の援助を受けない個別的 (Ad Hoc) 仲裁と区別される。機関仲裁の場合は、当事者と常設仲裁機関との間には仲裁管理業務委託契約が成立する。

#### **主要常設仲裁機関**

主要な国際的常設仲裁機関としては、次のようなものがあげられる。

( 1 ) 国際商業会議所 ( International Chamber of Commerce : I.C.C. )

パリに本部をおいているが、世界各国の法人や個人を会員とする国際的な社団法人であり、独自の仲裁規則を制定しており、世界各地で仲裁を行う<sup>32</sup>。

(2) ロンドン国際仲裁裁判所 (London Court of International Arbitration : LCIA)

ロンドンに本部をおいているが、世界各地からの委員で構成される委員会により運営される。独自の仲裁規則を制定しており、世界各地で仲裁を行う<sup>33</sup>。

(3) 米国仲裁協会 (American Arbitration Association : AAA)

ニューヨークに本部をおく米国の公益法人であり、独自の仲裁規則を制定しており、米国において仲裁を行っているが、国際取引紛争の処理件数も多い<sup>34</sup>。

(4) 投資紛争解決国際センター (International Centre for Settlement of Investment Disputes : ICSID)

国家と他の国家の国民との間の投資紛争の解決に関する条約 (昭和 42 年条約 10 号) に基づいて設立された国際機関であり、締約国と他の締約国の国民との間の投資をめぐる紛争のみを対象とする特殊な仲裁機関である<sup>35</sup>。

日本の主要常設仲裁機関としては、国際商事仲裁協会と日本海運集会所があり、いずれも独自の仲裁規則を持ち、国際取引紛争も国内取引紛争も手掛けている<sup>36</sup>。

### 3.2.5 審理手続の基準

個別的仲裁の場合には、仲裁裁判所は、仲裁地の仲裁法の規制に反しない限り、当事者間の仲裁契約の中に規定があれば、その規定に従い審理手続を進める。当事者は、仲裁契約中に規定を設けず、その代わりに、第三者が制定した個別的仲裁のための仲裁規則 (例えば、UNCITRAL 仲裁規則<sup>37</sup>) による旨を規定する場合もあるが、そのときはその指定された仲裁規則に従うことになる。

<sup>32</sup> 参照、小原「ICC 仲裁裁判所仲裁規則」『注解仲裁法』(青林書院)712 頁以下; <http://www.iccwbo.org/>

<sup>33</sup> 参照、小杉「ロンドン国際仲裁裁判所仲裁規則」『注解仲裁法』(青林書院)679 頁以下; <http://www.lcia-arbitration.com/>

<sup>34</sup> 参照、岩崎「アメリカ仲裁協会商事仲裁規則」『注解仲裁法』(青林書院)697 頁以下; <http://www.adr.org>

<sup>35</sup> 参照、横田「投資紛争解決国際センター」『注解仲裁法』(青林書院)402 頁以下

<sup>36</sup> 参照、国際商事仲裁協会について、服部「国際商事仲裁協会商事仲裁規則」『注解仲裁法』(青林書院)429 頁以下、[p://www.jcaa.or.jp](http://www.jcaa.or.jp); 日本海運集会所については、谷本「日本海運集会所海事仲裁規則」『注解仲裁法』(青林書院)449 頁以下

<sup>37</sup> 国際商事仲裁協会編「仲裁法規集」に収録されている

機関仲裁の場合には、仲裁裁判所は、仲裁地の仲裁法の規制に反しない限り、当該常設仲裁機関の仲裁規則<sup>38</sup>に従い審理手続をとり進める。

仲裁契約または当事者により指定された仲裁規則中に規定のない事項については、仲裁地の仲裁法の規定があればこれにより、それもないときには、仲裁地の仲裁法の規制に反しない限り、仲裁人が仲裁付託契約により授権された権限を行使して仲裁人が決定することになる。

仲裁審理は、公開を原則とする訴訟と異なり、非公開で行われる。

### 3.2.6 仲裁地

仲裁の審理が主として行われ仲裁判断が作成される場所となる仲裁地は、当事者が仲裁契約で指定しているか、適用すべき仲裁規則中に規定があれば、それに従い、そうした指定または規定がない場合には、仲裁人の判断により、仲裁地が決定される。

### 3.2.7 仲裁判断

#### 仲裁判断の実体判断基準

仲裁裁判所は仲裁判断を行うに当たっては、仲裁付託契約中に仲裁判断の基準につき規定があれば、その規定に従って裁断を行うことを義務づけられる。しかし、そうした規定がない場合には、仲裁人の良心に従って公正な裁断を行わねばならないが、何等かの法律により裁断を行うことを義務づけられるかどうかは仲裁地法の定めるところによる。

また、国際商事仲裁の場合、仲裁地以外の場所(外国)における承認及び執行の必要性が高いが、ニューヨーク条約が世界的に普及しているので、ニューヨーク条約の規定する執行拒否理由に該当するような仲裁判断を作成しないことを、紛争当事者は仲裁裁判所に対し黙示的に要求していると考えられる。従って、ニューヨーク条約の規定する執行拒否理由に抵触しないことも、実体判断の差異の基準となる。

日本の場合、仲裁判断に理由を付さない場合には仲裁判断の取消原因となるが(仲裁法 801 条 5 号)、法律によることを仲裁裁判所に義務づける法律の規定はない。

#### 仲裁判断の成立要件

<sup>38</sup> 主要常設仲裁機関の仲裁規則は、国際商事仲裁協会編「仲裁法規集」に収録されている

仲裁判断は、仲裁地の仲裁法の規定する成立要件を充足しなければならない。例えば、日本が仲裁地となった場合には、仲裁判断は作成年月日を記載し、仲裁人が署名した書面にすることが必要とされる（仲裁法 799 条）。

### 仲裁判断の非公開

この仲裁判断書は、当事者全員の同意がない限り公表されないのが原則であるが、仲裁の研究と仲裁に対する認識を促進するため、当事者の同意を得て公表されているものが少数ながらある<sup>39</sup>。

### 仲裁判断の効力

日本で作成された仲裁判断に対しては、仲裁法は、確定判決と同一の効力を付与している（第 800 条）。従って、仲裁判断債務者が、任意に履行しない場合には、日本において裁判所による強制執行が可能である（民事執行法第 22 条 6 号）。

日本で作成された仲裁判断の外国における執行については、**本章第 3 節 3.3 仲裁判断の国際的承認及び執行**を参照。

## 3.3 仲裁判断の国際的承認及び執行

### 3.3.1 仲裁判断の国際的承認及び執行に関する国際条約

#### 日本が加盟している国際条約

日本が加盟している国際条約であって、仲裁判断の国際的承認及び執行に関連するものとしては、次のものがある。

#### (1) 多国間条約

- ・ 1927 年 9 月 26 日にジュネーブで署名された外国仲裁判断の執行に関する条約<sup>40</sup>（ジュネーブ条約）

<sup>39</sup> 例えば、日本においては、日本海運集会所編「日本海事仲裁判断全集」1-3 巻（日本海運集会所）；土井輝生編「仲裁判断要約集」（国際商事仲裁協会）がある

<sup>40</sup> 昭和 27 年条約 11 号



- ・ 外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約<sup>41</sup>（ニューヨーク条約）
- ・ 国家と他の国家の国民との間の投資紛争の解決に関する条約<sup>42</sup>（ICSID<sup>43</sup>条約）

## （2）二国間条約

日本は、多数の国と通商航海条約を締結しており、その中に、仲裁判断の国際的承認及び執行についての規定を持ったものが存在する。

### ジュネーブ条約<sup>44</sup>

この条約は、仲裁判断の国際的承認及び執行についての最初の国際条約であり、1927年に締結されたが、仲裁判断の国際的承認及び執行についての要件が厳しかったため、実際に適用されることが少なかった。

こうした実務上の欠陥を是正するため、1958年にニューヨーク条約が締結された結果、ニューヨーク条約加盟国間においては、本条約は失効した。ただ、本条約の加盟国であるが、ニューヨーク条約の加盟国でない国がわずかに残っており<sup>45</sup>、こうした国については現在でも有効である。

### ニューヨーク条約<sup>46</sup>

本条約の前身であるジュネーブ条約の要件を緩和し、仲裁判断の国際的承認及び執行を促進することを目的の一つとして<sup>47</sup>、1958年にニューヨークで締結されたため、ニューヨーク条約と略称される。

本条約第3条は、次のように規定し、これにより、加盟国<sup>48</sup>で作成された仲裁判断は、他の加盟国において、その国で作成された仲裁判断（内国仲裁判断）と同一の条件で、原則として承認及び執行されることになった。

「第3条

<sup>41</sup> 昭和36年条約10号

<sup>42</sup> 昭和42年条約10号

<sup>43</sup> International Center for Settlement of Investment Disputes の略称

<sup>44</sup> 本条約の解釈については、参照、『注解仲裁法』（青林書院）346頁以下

<sup>45</sup> 1998年7月末の時点では、マルタとミャンマーがこれに該当する

<sup>46</sup> 本条約の解釈については、参照、『注解仲裁法』（青林書院）359頁以下

<sup>47</sup> ニューヨーク条約の他の目的は、仲裁契約の国際的承認である（同条約第2条1項）

<sup>48</sup> 1998年8月現在で、130カ国を超えており、最新の情報は、UNCITRALのホームページ（<http://www.un.or.at/uncitral>）を参照

各締約国は、次の諸条に定める条件の下に、仲裁判断を拘束力のあるものとして承認し、かつ、その判断が援用される領域の手続規則に従って執行するものとする。この条約が適用される仲裁判断の承認又は執行については、内国仲裁判断の承認又は執行について課せられるよりも実質的に厳重な条件又は高額の手数料若しくは課徴金を課してはならない。」

本条約第5条及び6条は、次のように規定し、両条に規定する理由が存在する場合に限って、例外的に、仲裁判断の国際的承認及び執行が認められないか、または、延期される。

「第5条

1 判断の承認及び執行は、判断が不利益に援用される当事者の請求により、承認及び執行が求められた国の権限のある機関に対しその当事者が次の証拠を提出する場合に限り、拒否することができる。(以下省略)」

「第6条

判断の取消し又は停止が、第五条1(e)に掲げる権限のある機関に対し申し立てられている場合において、判断が援用されている機関は、適当と認めるときは、判断の執行についての決定を延期することができ、かつ、判断の執行を求めている当事者の申立てがあるときは、相当な保障を立てることを相手方に命ずることができる。」

### ICSID 条約<sup>49</sup>

本条約によって、世界銀行の付属機関として設立された国際投資紛争解決センターの管理の下に行われた仲裁判断の承認及び執行につき、本条約第54条1項は、「各締約国は、この条約に従って行われた仲裁判断を拘束力あるものとして承認し、また、その仲裁判断を自国の裁判所の確定判決とみなしてその仲裁判断によって課される金銭上の義務をその領域において執行するものとする。(以下省略)」と規定し、極めて容易な要件の下における、ICSID 仲裁判断の国際的な承認及び執行を認めている。

しかし、国際投資紛争解決センターの管理の下に行われる仲裁は、本条約の締約国と他の締約国の国民との間の投資紛争に限定されるので(第25条1項)、他の種類の国際取引紛争については利用できない。

### 二国間条約

二国間条約の代表的な事例は、日米友好通商航海条約<sup>50</sup>であり、仲裁判断の国際的承認及び執行について次のように規定して、相互に相手国において作成された仲裁判断について、自国における承認及び執行を認めている。

<sup>49</sup> 本条約については、参照、横田、脚注35、402頁以下

<sup>50</sup> 昭和28年条約27号

## 「第4条[出訴権および商事仲裁] 2項

(省略) その(仲裁)契約に従つて正当にされた判断で、判断がされた地の法令に基づいて確定しており、且つ、執行することができるものは、公の秩序及び善良の風俗に反しない限り、いずれの一方の締約国の管轄裁判所に提起される執行判決を求める訴に関しても既に確定しているものとみなされ、且つ、その判断についてその裁判所から執行判決の言渡を受けることができる。その言渡があつた場合には、その判断に対しては、その地でされる判断に対して与える特権及び執行の手段と同様の特権及び執行の手段を与えるものとする。アメリカ合衆国の領域外でされた判断は、アメリカ合衆国のいずれの州のいずれの裁判所においても、他の諸州でされる判断が受ける承認と同様の限度においてのみ、承認を受けることができるものとする。」

3.3.2 日本において作成された仲裁判断の外国における承認及び執行<sup>51</sup>

## 仲裁判断の国際的承認及び執行についての条約の加盟国の場合

日本において作成された仲裁判断は、上記の仲裁判断の国際的承認及び執行についての条約の加盟国においては、それぞれの条約の規定する要件を充たせば、その承認及び執行が可能である。

特に、ニューヨーク条約の要件を充たす仲裁判断の他の加盟国における承認及び執行は、極めて容易である。その理由は、同条約が、仲裁判断の承認または執行を、例外的に、拒否できる場合を、次の通り第5条1項(a)から(e)、2項(a)及び(b)に規定する理由が存在する場合に限定しているからである。

## 「第5条

1 判断の承認及び執行は、判断が不利益に援用される当事者の請求により、承認及び執行が求められた国の権限のある機関に対しその当事者が次の証拠を提出する場合に限り、拒否することができる。

- (a) 第二条に掲げる合意の当事者が、その当事者に適用される法令により無能力者であつたこと又は前記の合意が、当事者がその準拠法として指定した法令により若しくはその指定がなかつたときは判断がされた国の法令により有効でないこと。
- (b) 判断が不利益に援用される当事者が、仲裁人の選定若しくは仲裁手続について適当な通告を受けなかつたこと又はその他の理由により防禦することが不可能であつたこと。
- (c) 判断が、仲裁付託の条項に定められていない紛争若しくはその条項の範囲内でない紛争に関するものであること又は仲裁付託の範囲をこえる事項に関する判定を含むこと。ただし、仲裁に付託された事項に関する判定が付託されなかつた事項に関

<sup>51</sup> 参照、道垣内、早川「日本の仲裁判断の主要な外国における執行」松浦・青山編『現代仲裁法の論点』(有斐閣) 421頁以下

する判定から分離することができる場合には、仲裁に付託された事項に関する判定を含む判断の部分は、承認し、かつ、執行することができるものとする。

- (d) 仲裁機関の構成又は仲裁手続が、当事者の合意に従っていなかったこと又は、そのような合意がなかったときは、仲裁が行なわれた国の法令に従っていなかったこと。
  - (e) 判断が、まだ当事者を拘束するものとなるに至っていないこと又は、その判断がされた国若しくはその判断の基礎となつた法令の属する国の権限のある機関により、取り消されたか若しくは停止されたこと。
- 2 仲裁判断の承認及び執行は、承認及び執行が求められた国の権限のある機関が次のことを認める場合においても、拒否することができる。
- (a) 紛争の対象である事項がその国の法令により仲裁による解決が不可能なものであること。
  - (b) 判断の承認及び執行が、その国の公の秩序に反すること。」

また、ニューヨーク条約の要件を充たす仲裁判断の承認及び執行を、他の加盟国が延期できるのも、同条約第6条に規定する場合に限られる。

#### 「第6条

判断の取消し又は停止が、第五条1(e)に掲げる権限のある機関に対し申し立てられている場合において、判断が援用されている機関は、適当と認めるときは、判断の執行についての決定を延期することができ、かつ、判断の執行を求めている当事者の申立てがあるときは、相当な保障を立てることを相手方に命ずることができる。」

ニューヨーク条約と二国間条約の両者が適用可能な場合については、承認または執行を求める仲裁判断債権者の選択により、いずれの条約によるかを決定することができる(ニューヨーク条約第7条1項)。

### 国際的承認及び執行についての条約に加盟していない国の場合

上記の仲裁判断の国際的承認及び執行についての条約に加盟していない国または地域においては、その国または地域の外国仲裁判断の承認または執行についての法規によることになる。

### 3.3.3 外国において作成された仲裁判断の日本における承認及び執行<sup>52</sup>

#### 国際的承認及び執行についての条約に加盟している国の場合

仲裁判断の作成地が、国際的承認及び執行についての条約に加盟している国の場合、その仲裁判断が当該条約の要件を充たしており、当該条約の規定する承認または執行の拒否または延期の理

<sup>52</sup> 参照、松浦「日本における外国仲裁判断の承認・執行」松浦・青山編『現代仲裁法の論点』(有斐閣)407頁以下；道垣内、早川「主要な外国の仲裁判断の日本における執行」松浦・青山編『現代仲裁法の論点』(有斐閣)431頁以下

由がなければ、日本の裁判所において自動的に承認されるとともに、執行判決を得て強制執行することが極めて容易である。

### 国際的承認及び執行についての条約に加盟していない国の場合

仲裁判断の作成地が、国際的承認及び執行についての条約に加盟していない国の場合、その外国仲裁判断の日本における承認または執行については、仲裁法にも明文の規定を欠いている。しかし、日本がジュネーブ条約やニューヨーク条約に加盟していなかった当時の裁判例<sup>53</sup>ではあるが、そうした場合につき、法の欠缺を理由に、仲裁判断債権者に対し権利救済の道を絶つことは不当であり、内国仲裁判断についての仲裁法第 800 条及び 802 条を適用して、承認及び執行を認めるべきであると判示しているが、学説は分かれている<sup>54</sup>。

## 3.4 国際商事仲裁の利点と問題点

### 3.4.1 国際商事仲裁の利点

国際商事仲裁を国際訴訟と比較した場合には、次のような利点があげられる。

#### (1) 仲裁の抗弁の国際的承認

1923年ジュネーブ議定書<sup>55</sup>及び1927年ジュネーブ条約<sup>56</sup>並びに1958年ニューヨーク条約<sup>57</sup>は、仲裁により紛争を解決することにつき当事者間で有効な合意(仲裁契約)が行われた場合、仲裁の抗弁の成立を認めているので、これらの条約の締結国の裁判所は、有効な仲裁契約が存在するときは、この仲裁契約に違反して提起された訴訟において、当事者の一方より仲裁の抗弁が行われると、その仲裁の抗弁を認めて訴訟の却下または停止を命じることを条約上義務づけられている<sup>58</sup>。

従って、国際商事仲裁については、仲裁契約の対象とする紛争は仲裁により解決せざるを得ないとする国際条約による制度的保証が、これらの条約の締結国間において存在する。

また、締約国でなくても、仲裁の抗弁を認めている国も少なくない。この結果、仲裁契約が存在するにもかかわらず訴訟が提起されるといった危険性は少ないといえることができる。

<sup>53</sup> 東京地裁判決昭和 28 年 4 月 10 日下民集 4 卷 4 号 502 頁

<sup>54</sup> 参照、道垣内、早川、脚注 52、436 頁

<sup>55</sup> 仲裁条項に関する議定書(昭和 3 年条約 3 号)

<sup>56</sup> 1927 年 9 月 26 日にジュネーブで署名された外国仲裁判断の執行に関する条約(昭和 27 年条約 11 号)

<sup>57</sup> 外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約(昭和 36 年条約 10 号)この条約の解釈については、参照、Van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958* (1981); Gaja ed., *New York Convention in International Commercial Arbitration* (1980); 岩崎「1958 年外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約(ニューヨーク条約)の日本における適用に関連する問題」JCA ジャーナル 1985 年 1 月号 1 頁以下

<sup>58</sup> 参照、仲裁条項に関する議定書 4 条、ニューヨーク条約 2 条 3 項

日本においても、ジュネーブ条約加盟以前から、国際取引紛争についての仲裁の抗弁を承認している<sup>59</sup>。

#### (2) 仲裁地の予見・確定可能性

当事者間の仲裁契約において、仲裁地につき合意することも可能であり、仲裁契約を基礎とする仲裁の場合には、仲裁地についての合意は仲裁人を拘束するので、約定の仲裁地以外の場所において仲裁が実施されることは、通常考えられず、訴訟の場合の国際的二重起訴の危険性といった問題の発生する余地がない。従って、仲裁地の予測または確定は法廷地の予測または確定と比較して確度が高く、このため、仲裁手続に適用される仲裁地法の予測も容易である。

#### (3) 実体判断の基準となる準拠法の予見・確定可能性

仲裁契約の当事者間において、仲裁人が紛争の解決に際して適用すべき準拠法につき合意が存在する場合には、仲裁人は、裁判所と異なりこの準拠法に常に拘束されるので、紛争の解決に適用すべき準拠法の予測または確定も訴訟に比較して容易である。

この結果、仲裁の場合には、法廷地の国際民事訴訟法や国際私法に拘束される訴訟の場合と異なり、仲裁契約の内容を整備しておくことにより、仲裁の結果を予測することが容易であるといえることができる。

#### (4) 仲裁判断の国際的執行の可能性

仲裁の結論である仲裁判断の場合には、自発的履行も少なくないが、当事者が自発的に履行しないときには、仲裁地における執行については仲裁地法が、外国における執行についてはジュネーブ条約やニューヨーク条約や二国間条約を適用しての執行が可能であることは既に見たところである。

これは、判決と仲裁判断の本質的差異によるものである。すなわち、外国判決が外国裁判所の公権力による判断であり、国家主権の発動の結果と見られるところから、外国判決の執行を容認することは、外国主権を自国内で行使させることになるため、各国はその執行を制限する態度をとっているのに対し、仲裁判断は、当事者の事由意思による仲裁契約を基礎として私人である仲裁人が下した判断であり、国家主権の発動とは考えられないため、各国ともに外国仲裁判断の承認及び執行については寛容な態度をとっていることによる。

#### (5) 主権免除の原則の克服

<sup>59</sup> 参照、東京控訴院判決昭和10年8月5日、法律新聞3904号5頁

この点についても既に検討したところである。

### 3.4.2 国際商事仲裁の問題点

以上のように、現状においては唯一の有効な国際商事紛争についてのADRである国際商事仲裁は、国際訴訟が必然的に伴う問題点を相当程度に解決しているといえることができる。しかし、国際商事仲裁については全く問題がない訳ではなく、次のような問題点が指摘できる。

#### (1) 仲裁契約の必要不可欠性

仲裁の場合には、当事者間に仲裁契約が存在しない限り、その当事者間の紛争の処理を仲裁により解決することができない点は大きな問題点である。

#### (2) 国際条約の適用範囲による制約

国際取引に関連することの多い主要な各国は加盟国となっているが、世界中の全ての国が、ジュネーブ条約やニューヨーク条約の加盟国という訳ではないので、非加盟国における仲裁判断の執行が予想されるような場合には、仲裁が有効に機能しえないことも考えられる。

#### (3) 仲裁により解決可能な紛争の範囲についての制約

当事者間の国際商事紛争の全てが仲裁により解決可能というわけではなく、例えば無体財産権の成立や独占禁止法違反の成否についての判断に関連する紛争の場合には、これを仲裁により解決することを法的に禁止している国も少なくない<sup>60</sup>。仲裁地または仲裁判断の執行地が、こうした国であるときには、仲裁手続の実施または仲裁判断の執行が困難となる<sup>61</sup>。

#### (4) 仲裁地の選択についての制約

世界中どこにおいても、信頼の置ける仲裁人を選任したり、質の良い仲裁機関のサービスを受けたりすることは現実には可能ではなく、国際商事仲裁の仲裁地として適当な場所は限定されてくるため、適切な仲裁地の選定が必ずしも容易ではないということも問題である<sup>62</sup>。

<sup>60</sup> 仲裁法 786 条は、当事者が係争物につき和解をなす権利のあることを要件としている。

<sup>61</sup> ニューヨーク条約 2 条 1 号により、仲裁による解決が可能でない事項についての仲裁契約は承認されないし、5 条 2 項 (a) により仲裁判断の執行拒否原因となる。

<sup>62</sup> 仲裁地の選定の詳細については、参照、Iwasaki, Selection of situs: criteria and priorities, 2 Arbitration International No.1,57 (1986)

## 第4節 国際訴訟と国際商事仲裁の比較

現実の国際取引紛争処理については、国際訴訟と国際商事仲裁の両者を比較検討して、いずれかを選択することが多い。

しかし、国際取引紛争の内容により、一部の紛争については国際訴訟により、その他の紛争については国際商事仲裁によるとする事例も、稀には見られるところである。

国際訴訟と国際商事仲裁の比較は、個々の事例により具体的な状況が異なるので、一律に論ずることは困難であるが、いずれの場合にも共通する要素につき検討すれば、次のようになる。

	国際訴訟	国際商事仲裁
紛争処理開始以前の紛争当事者間の合意の必要性	不必要  各国裁判所における紛争処理は、訴訟開始の要件を満たせば、紛争当事者の一方が同意しなくても開始できる(強行性を有する)公的な紛争処理であるので、事前の合意は不要	必要不可欠  仲裁は、紛争当事者の合意に基づく私的な紛争処理であるから、紛争処理開始以前に、仲裁により紛争を解決することについての紛争当事者の合意(仲裁契約)が成立していることが必要  従って、紛争当事者間に仲裁契約が存在しなければ、仲裁手続は開始できない
処理の対象となる紛争の範囲	国際契約紛争のすべてが、処理の対象となる	国際契約紛争のうち仲裁による解決が可能(仲裁適格性のある)ものに限定される
判断を下す者(処理機関)の紛争当事者による選択	裁判官を紛争当事者は指名できない  法律専門家ではあるが、紛争の内容については非専門家	仲裁人は、紛争当事者の選任によるのが原則  紛争の内容に応じた専門家を仲裁人に選任することが可能である
判断を下す者(処理機関)の国際的中立性の確保	裁判官は、裁判所所在国の国民に限定されるので、紛争当事者全員にとり第三国である国の裁判所で紛争処理が行われない限り、国際的中立性の確保に問題を生ずる  裁判官の国籍の多様性を求めることは不可能	紛争当事者の意向により、いずれの国籍の仲裁人でも選任できるので、処理機関の国際的中立性の確保は容易である  仲裁人の国籍の多様性を確保することは容易である
判断の基準	実体問題=裁判所所在地の国際私	実体問題=紛争当事者の指定した基



	<p>法により決定される準拠法、従って、紛争当事者が指定した準拠法が適用されるとは限らない</p> <p>手続問題 = 裁判所所在地の手続法</p>	<p>準（例えば、商慣習）に基づく判断、従って、紛争当事者が準拠法を指定した場合には、その準拠法が適用される</p> <p>手続問題 = 仲裁地の仲裁法に違反しない限り、紛争当事者が指定した仲裁規則や仲裁法</p>
判断の予測可能性	<p>実体、手続の両面とも紛争当事者が指定した基準によらない場合があり得るので、予測可能性が常に確保できるとはいえない</p>	<p>実体、手続の両面とも紛争当事者が指定した基準によるので、予測可能性が高い</p>
判断の質	<p>裁判官という法律専門家による法律に基づく判断であるから、判断の質にばらつきはないが、取引の実態に即した判断とは、必ずしもいえない</p>	<p>仲裁人の選任が妥当であれば、取引の実態に即した判断が期待できる</p>
処理地の特定	<p>訴訟地を紛争当事者が合意により特定しても、その場所が訴訟地となる保証はなく、特定は困難</p> <p>国際的訴訟競合の危険性が伴う</p>	<p>紛争当事者が合意により仲裁地を特定することが可能</p> <p>仲裁については、国際的な競合は起こり得ない</p>
外国における執行	<p>判決の外国における執行は、困難が多い</p>	<p>仲裁判断の外国における執行は、一般的に、判決よりは容易である</p> <p>特に、仲裁関連国際条約（例えば、ニューヨーク条約）の加盟国間においては、更に容易である</p>
機密保持	<p>各国とも裁判の公開が原則であるので、紛争内容も公開され、機密の保持はできない</p>	<p>仲裁は、非公開が原則であるので、紛争内容についての機密保持は可能である</p>
処理に要する時間	<p>強行性を持つ紛争処理制度である裁判は、判決の妥当性を確保するため、複審制が原則であるから、控訴、上告が行われれば、長時間を要することとなる</p>	<p>仲裁では、控訴、上告が認められない単審制が原則であるから、短時間で処理できる場合が多い</p>
処理のための経費	<p>裁判所に納付する費用は、それほど多額ではないが、控訴、上告が行われれば、弁護士費用などを含めた訴訟経費の総額は高額となる</p>	<p>仲裁人報酬を含めた仲裁経費は、必ずしも安くはないが、控訴、上告がないので、それに伴う弁護士費用などを含めた経費総額の節約が可能である</p>
使用言語	<p>裁判所所在国の公用語を使用しない</p>	<p>紛争当事者が指定した言語を使用する</p>

	<p>なければならない</p> <p>英語圏以外では、国際取引の共通語である英語の使用ができない</p>	<p>る（英語が通例である）</p> <p>英語圏以外でも、紛争当事者が指定すれば、英語の使用が可能</p>
紛争処理の国際的競合	<p>国際的訴訟競合を生ずる危険性が大きい</p>	<p>紛争当事者が、仲裁地または仲裁機関を特定していれば、国際的仲裁競合を生ずる余地はない</p>
主権免除の原則の適用	<p>絶対免除主義の国では、適用される</p>	<p>仲裁手続自体については、適用はない</p> <p>仲裁判断の執行手続において、例外的に適用される場合がある</p>

# 参考資料

---

1. 仲裁に関する国際条約・通商条約締約国一覧表
2. 外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約（1958年ニューヨーク条約）
3. 日本国とアメリカ合衆国との間の友好通商航海条約
4. 民事訴訟手続きに関する条約
5. 民事又は商事に関する裁判上及び裁判外の文書の外国における送達及び告知に関する条約



## 外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約 （1958年ニューヨーク条約）

（昭和36年7月14日・条約第10号）  
効力発生、昭36・9・18〔昭36外告112〕

### 第1条

- 1 この条約は、仲裁判断の承認及び執行が求められる国以外の国の領域内においてされ、かつ、自然人であると法人であるとを問わず、当事者の間の紛争から生じた判断の承認及び執行について適用する。この条約は、また、仲裁判断の承認及び執行が求められる国において内国判断と認められない判断についても適用する。
- 2 「仲裁判断」とは、各事案ごとに選定された仲裁人によつてされた判断のほか、当事者から付託を受けた常設仲裁機関がした判断を含むものとする。
- 3 いかなる国も、この条約に署名し、これを批准し、若しくはこれに加入し、又は第十条の規定に基づき適用の拡張を通告するに当たり、他の締約国の領域においてされた判断の承認及び執行についてのみこの条約を適用する旨を相互主義の原則に基づき宣言することができる。また、いかなる国も、契約に基づくものであるかどうかを問わず、その国の国内法により商事と認められる法律関係から生ずる紛争についてのみこの条約を適用する旨を宣言することができる。

### 第2条

- 1 各締約国は、契約に基づくものであるかどうかを問わず、仲裁による解決が可能である事項に関する一定の法律関係につき、当事者の間にすでに生じているか、又は生ずることのある紛争の全部又は一部を仲裁に付託することを当事者が約した書面による合意を承認するものとする。
- 2 「書面による合意」とは、契約中の仲裁条項又は仲裁の合意であつて、当事者が署名したものの又は交換された書簡若しくは電報に載っているものを含むものとする。
- 3 当事者がこの条にいう合意をした事項について訴えが提起されたときは、締約国の裁判所は、その合意が無効であるか、失効しているか、又は履行不能であると認める場合を除き、当事者の一方の請求により、仲裁に付託すべきことを当事者に命じなければならない。

### 第3条

各締約国は、次の諸条に定める条件の下に、仲裁判断を拘束力のあるものとして承認し、かつ、その判断が援用される領域の手續規則に従つて執行するものとする。この条約が適用される仲裁判断の承認又は執行については、内国仲裁判断の承認又は執行について課せられるよりも実質的に厳重な条件又は高額の手数料若しくは課徴金を課してはならない。

## 第4条

1 前条にいう承認及び執行を得るためには、承認及び執行を申し立てる当事者は、その申立ての際に、次のものを提出しなければならない。

- (a) 正当に認証された判断の原本又は正当に証明されたその謄本
- (b) 第二条に掲げる合意の原本又は正当に証明されたその謄本

2 前記の判断又は合意が、判断が援用される国の公用語で作成されていない場合には、判断の承認及び執行を申し立てる当事者は、これらの文書の当該公用語への翻訳文を提出しなければならない。その翻訳文は、公の若しくは宣誓した翻訳者又は外交官若しくは領事官による証明を受けたものでなければならない。

## 第5条

1 判断の承認及び執行は、判断が不利益に援用される当事者の請求により、承認及び執行が求められた国の権限のある機関に対しその当事者が次の証拠を提出する場合に限り、拒否することができる。

- (a) 第二条に掲げる合意の当事者が、その当事者に適用される法令により無能力者であったこと又は前記の合意が、当事者がその準拠法として指定した法令により若しくはその指定がなかつたときは判断がされた国の法令により有効でないこと。
- (b) 判断が不利益に援用される当事者が、仲裁人の選定若しくは仲裁手続について適当な通告を受けなかつたこと又はその他の理由により防禦することが不可能であったこと。
- (c) 判断が、仲裁付託の条項に定められていない紛争若しくはその条項の範囲内でない紛争に関するものであること又は仲裁付託の範囲をこえる事項に関する判定を含むこと。ただし、仲裁に付託された事項に関する判定が付託されなかつた事項に関する判定から分離することができる場合には、仲裁に付託された事項に関する判定を含む判断の部分は、承認し、かつ、執行することができるものとする。
- (d) 仲裁機関の構成又は仲裁手続が、当事者の合意に従っていなかつたこと又は、そのような合意がなかつたときは、仲裁が行なわれた国の法令に従っていなかつたこと。
- (e) 判断が、まだ当事者を拘束するものとなるに至っていないこと又は、その判断がされた国若しくはその判断の基礎となつた法令の属する国の権限のある機関により、取り消されたか若しくは停止されたこと。

2 仲裁判断の承認及び執行は、承認及び執行が求められた国の権限のある機関が次のことを認める場合においても、拒否することができる。

- (a) 紛争の対象である事項がその国の法令により仲裁による解決が不可能なものであること。
- (b) 判断の承認及び執行が、その国の公の秩序に反すること。

## 第6条

## 外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約（1958年ニューヨーク条約）

判断の取消し又は停止が、第五条1(e)に掲げる権限のある機関に対し申し立てられている場合において、判断が援用されている機関は、適当と認めるときは、判断の執行についての決定を延期することができ、かつ、判断の執行を求めている当事者の申立てがあるときは、相当な保障を立てることを相手方に命ずることができる。

## 第7条

- 1 この条約の規定は、締約国が締結する仲裁判断の承認及び執行に関する多数国間又は二国間の合意の効力に影響を及ぼすものではなく、また、仲裁判断が援用される国の法令又は条約により認められる方法及び限度で関係当事者が仲裁判断を利用するいかなる権利をも奪うものではない。
- 2 千九百二十三年の仲裁条項に関するジュネーヴ議定書及び千九百二十七年の外国仲裁判断の執行に関するジュネーヴ条約は、締約国がこの条約により拘束される時から、及びその限度において、それらの国の間で効力を失うものとする。

## 第8条

- 1 この条約は、国際連合加盟国のため、及びその他の国であつて、国際連合の専門機関の加盟国であるか若しくは今後その加盟国となるもの、国際司法裁判所規程の当事国であるか若しくは今後その当事国となるもの又は国際連合総会が招請状を發したもののため、千九百五十八年十二月三十一日まで署名のために開放しておく。
- 2 この条約は、批准されなければならない。批准書は、国際連合事務総長に寄託するものとする。

## 第9条

- 1 この条約は、第八条に掲げるすべての国に対し加入のために開放しておく。
- 2 加入は、加入書を国際連合事務総長に寄託することにより行なうものとする。

## 第10条

- 1 いかなる国も、署名、批准又は加入の際に、その国が国際関係について責任を有する領域の全部又は一部にこの条約の適用を及ぼす旨を宣言することができる。その宣言は、この条約がその国について効力を生ずる時に、その効力を生ずる。
- 2 前記の適用の拡張は、その後いつでも国際連合事務総長にあてた通告により行なうものとし、国際連合事務総長がその通告を受領した日の後九十日目又はこの条約が当該国について効力を生じた日のいずれかおそい日から効力を生ずるものとする。
- 3 署名、批准又は加入の際にこの条約の適用を及ぼさなかつた領域については、各関係国は、憲法上の理由により必要があるときは、その領域の政府の同意を得ることを条件として、そ

の領域にこの条約の適用を及ぼすため必要な措置を執ることの可能性を考慮するものとする。

## 第11条

連邦制又は非単一制の国の場合には、次の規定を適用する。

- (a) この条約の条項で連邦の機関の立法権の範囲内にあるものについては、連邦の政府の義務は、この範囲では連邦制の国でない締約国の義務と同一とする。
- (b) この条約の条項で、州又は邦の立法権の範囲内にあり、かつ、連邦の憲法上立法措置を執ることを義務づけられていないものについては、連邦の政府は、州又は邦の適当な機関に対し、できる限りすみやかに、好意的な勧告を附してその条項を通報しなければならない。
- (c) この条約の締約国である連邦制の国は、国際連合事務総長を通じて伝達される他の締約国の要求により、この条約の個々の条項に関する連邦及びその構成単位の法令及び慣行についての説明を提出し、かつ、立法その他の措置によりいかなる程度にその条項が実施されたかを示さなければならない。

## 第12条

- 1 この条約は、第三番目の批准書又は加入書の寄託の日から九十日目に効力を生ずる。
- 2 第三番目の批准書又は加入書の寄託の後にこの条約を批准し又はこれに加入する各国については、この条約は、その国の批准書又は加入書の寄託の後九十日目に効力を生ずる。

## 第13条

- 1 締約国は、国際連合事務総長にあてた文書による通告により、この条約を廃棄することができる。廃棄は、同事務総長が通告を受領した日の後一年で効力を生ずる。
- 2 第十条の規定に基づき宣言又は通告を行なった国は、その後いつでも、国際連合事務総長にあてた通告により、同事務総長がその通告を受領した日の後一年でこの条約の適用を関係領域に及ぼすことを終止する旨を宣言することができる。
- 3 この条約は、廃棄が効力を生ずる前に承認又は執行の手續が開始された仲裁判断については、引き続き適用する。

## 第14条

締約国は、他の締約国に対し、この条約の適用を義務づけられている範囲を除き、この条約を援用する権利を有しないものとする。

## 第15条

国際連合事務総長は、第八条に掲げる国に対し、次の事項について通告するものとする。



## 外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約（1958年ニューヨーク条約）

- (a) 第八条の規定による署名及び批准
- (b) 第九条の規定による加入
- (c) 第一条、第十条及び第十一条の規定に基づく宣言及び通告
- (d) 第十二条の規定によりこの条約が効力を生ずる日
- (e) 第十三条の規定による廃棄及び通告

**第 16 条**

- 1 この条約は、中国語、英語、フランス語、ロシア語及びスペイン語の本文をひとしく正文とし、国際連合の記録に寄託するものとする。
- 2 国際連合事務総長は、第八条に掲げる国に対し、この条約の認証謄本を送付するものとする。

〔下名省略〕

## 日本とアメリカ合衆国との間の 友好通商航海条約

(昭和28年10月28日・条約第27号)  
効力発生、昭28・10・30〔昭28外告110〕

日本国及びアメリカ合衆国は、両国の間に伝統的に存在する平和及び友好の関係を強化し、並びに両国の国民の間の一層緊密な経済的及び文化的関係を促進することを希望し、また、相互に有利な通商関係を助長し、相互に有益な投資を促進し、並びに相互の権利及び特権を定める取極によつてそれらの目的の達成に寄与することができることを認識しているので、無条件に与えられる最恵国待遇及び内国民待遇の原則を一般的に基礎とする友好通商航海条約を締結することに決定し、そのため、次のとおりそれぞれの全権委員を任命した。

〔委員名省略〕

これらの全権委員は、互にその全権委任状を示し、それが妥当であると認められた後、次の諸条を協定した。

### 第1条〔入国および在留〕

- 1 いずれの一方の締約国の国民も、(a)両締約国の領域の間における貿易を営み、若しくはこれに関連する商業活動を行う目的をもつて、(b)当該国民が相当な額の資本を投下した企業若しくは当該国民が現に相当な額の資本を投下する過程にある企業を発展させ、若しくはその企業の運営を指揮する目的をもつて、又は(c)外国人の入国及び在留に関する法令の認めるその他の目的をもつて、他方の締約国の領域に入り、及びその領域に在留することを許される。
- 2 いずれの一方の締約国の国民も、他方の締約国の領域内において、(a)自由に旅行し、及び自己が選んだ場所に居住し、(b)良心の自由を享有し、(c)公私の宗教上の儀式を行い、(d)国外の公衆に周知させるため資料を収集し、及び送付し、並びに(e)当該領域の内外にある他の者と郵便、電信その他一般に公衆の用に供される手段によつて通信することを許される。
- 3 本条の規定は、公の秩序を維持し、及び公衆の健康、道徳又は安全を保護するため必要な措置を執る締約国の権利の行使を妨げるものではない。

### 第2条〔身体の保護〕

- 1 いずれの一方の締約国の国民も、他方の締約国の領域内において、いかなる種類の不法な迫害も受けることはなく、且つ、いかなる場合にも国際法の要求する保護及び保障よりも少ない不断の保護及び保障を受けるものとする。
- 2 いずれか一方の締約国の領域内で他方の締約国の国民が抑留された場合には、その者の要求に基き、もよりの地にあるその者の本国の領事官に直ちに通告されるものとする。その者は、

(a)相当且つ人道的な待遇を受け、(b)自己に対する被疑事実を正式に且つ直ちに告げられ、(c)自己の防ぎよのための適当な準備に支障がない限りすみやかに裁判に付され、及び(d)自己の防ぎよに当然必要なすべての手段(自己が選任する資格のある弁護人の役務を含む。)を与えられる。

### 第3条〔労災保障および社会保障〕

- 1 いずれの一方の締約国の国民も、他方の締約国の領域内において、雇用されている間に業務の結果生じた疾病、負傷若しくは死亡又は業務の性質に起因する疾病、負傷若しくは死亡を理由として行う金銭上の補償その他の給付又は役務の提供を定める法令の適用について、内国民待遇を与えられる。
- 2 本条1に規定する権利及び特権の外、いずれの一方の締約国の国民も、他方の締約国の領域内において、(a)老齢、失業、疾病若しくは身体障害による賃金若しくは所得の喪失又は(b)父、夫その他自己を扶養する者の死亡による経済的扶助の喪失に対し経済上の需要を個別的に審査しないで給付を行う強制的な社会保障制度を定める法令の適用について、内国民待遇を与えられる。

### 第4条〔出訴権および商事仲裁〕

- 1 いずれの一方の締約国の国民及び会社も、その権利の行使及び擁護については、他方の締約国の領域内ですべての審級の裁判所の裁判を受け、及び行政機関に対して申立をする権利に関して、内国民待遇及び最恵国待遇を与えられる。いずれか一方の締約国の会社で他方の締約国の領域内で活動を行っていないものは、その領域内において、登記その他これに類する要件を課されないで、それらの裁判を受け、及び申立をする権利を有するものとする。
- 2 一方の締約国の国民又は会社と他方の締約国の国民又は会社との間に締結された仲裁による紛争の解決を規定する契約は、いずれの一方の締約国の領域内においても、仲裁手続のために指定された地がその領域外にあるという理由又は仲裁人のうちの一人若しくは二人以上がその締約国の国籍を有しないという理由だけでは、執行することができないものと認めてはならない。その契約に従って正当にされた判断で、判断がされた地の法令に基いて確定しており、且つ、執行することができるものは、公の秩序及び善良の風俗に反しない限り、いずれの一方の締約国の管轄裁判所に提起される執行判決を求める訴に関しても既に確定しているものとみなされ、且つ、その判断についてその裁判所から執行判決の言渡を受けることができる。その言渡があつた場合には、その判断に対しては、その地でされる判断に対して与える特権及び執行の手段と同様の特権及び執行の手段を与えるものとする。アメリカ合衆国の領域外でされた判断は、アメリカ合衆国のいずれの州のいずれの裁判所においても、他の諸州でされる判断が受ける承認と同様の限度においてのみ、承認を受けることができるものとする。

## 第5条〔資本、技術の保護および科学・技術の交流〕

- 1 いずれの一方の締約国も、他方の締約国の国民又は会社とその設立した企業、その資本又はその提供した技能、技芸若しくは技術に関し適法に取得した権利又は利益で当該一方の締約国の領域内にあるものを害する虞がある不当な又は差別的な措置を執つてはならない。いずれの一方の締約国も、他方の締約国の国民及び会社が自国の経済的發展のため必要な資本、技能、技芸及び技術を衡平な条件で取得することを不当に妨げてはならない。
- 2 両締約国は、特にそれぞれの領域内における生産力の増進及び生活水準の向上のため、科学及び技術に関する知識の交換及び利用を促進することに協力することを約束する。

## 第6条〔財産の保護〕

- 1 いずれの一方の締約国の国民及び会社の財産も、他方の締約国の領域内において、不断の保護及び保障を受けるものとする。
- 2 いずれの一方の締約国の国民及び会社も、その住居、事務所、倉庫、工場その他の建造物で他方の締約国の領域内にあるものについては、不法な侵入及び妨害を受けないものとする。当該建造物及びその中にある物件について必要がある場合に行う当局の搜索及び検査は、占有者の便宜及び業務の遂行に周到な考慮を払い、法令に従つてのみ行うものとする。
- 3 いずれの一方の締約国の国民及び会社の財産も、他方の締約国の領域内において、公共のためにする場合を除く外、収用し、又は使用してはならず、また、正当な補償を迅速に行わないで収用し、又は使用してはならない。その補償は、実際に換価することができるもので行わなければならない。また、収用し、又は使用した財産に充分相当する価額のものでなければならない。その補償を決定し、及び実施するため、収用若しくは使用の際又はその前に、適当な準備をしなければならない。
- 4 いずれの一方の締約国の国民及び会社も、他方の締約国の領域内において、本条2及び3に規定する事項に関しては、いかなる場合にも、内国民待遇及び最恵国待遇よりも不利でない待遇を与えられる。更に、いずれか一方の締約国の国民又は会社が実質的な利益を有する企業は、他方の締約国の領域内において、私有企業を公有に移し、又は公の管理の下に置くことに関するすべての事項について、内国民待遇及び最恵国待遇よりも不利でない待遇を与えられる。

## 第7条〔営利事業および公益事業〕

- 1 いずれの一方の締約国の国民及び会社も、直接であると、代理人によつてであると、又は何らかの形態の適法な団体を通じてであるとを問わず、他方の締約国の領域内ですべての種類の商業、工業、金融業その他の事業の活動を行うこと、従つて、(a)支店、代理店、事務所、工場その他その事業の遂行のため適当な施設を設置し、及び維持し、(b)会社に関する当該他方の締約国の一般法に基いて会社を組織し、及び当該他方の締約国の会社における過半数の利益を取得し、並びに(c)自己が設立し、又は取得した企業を支配し、及び経営することに関し

て、内国民待遇を与えられる。更に、当該国民又は会社が支配する企業は、個人所有の形式であると、会社の形式その他のいずれの形式であるとを問わず、その事業の遂行に関連するすべての事項について、当該他方の締約国の国民又は会社が支配する同様の企業が与えられる待遇よりも不利でない待遇を与えられる。

- 2 各締約国は、外国人が、その締約国の領域内で公益事業を行う企業若しくは造船、航空運送、水上運送、銀行業務（預金業務又は信託業務に限る。）若しくは土地その他の天然資源の開発を行う企業を設立し、当該企業における利益を取得し、又は当該企業を営むことができる限度を定める権利を留保する。但し、いずれか一方の締約国が、その領域内でそれらの事業を営むことに関して外国人に内国民待遇を与える限度について新たに行う制限は、その実施の際その領域内でそれらの事業を行っており、且つ、他方の締約国の国民又は会社が所有し、又は支配している企業に対しては、適用しない。更に、いずれの一方の締約国も、他方の締約国の運送事業、通信事業又は銀行業を営む会社に対し、その会社が行うことを許される本質的に国際的な業務に必要な機能を営むための支店及び代理店を維持する権利を否認してはならない。
- 3 本条1の規定は、いずれか一方の締約国が外国人の支配する企業の自国領域内における設立に関して特別の手續を定めることを妨げるものではない。但し、その手續は、本条1に規定する権利を実質的に害するものであつてはならない。
- 4 各締約国の国民及び会社並びに当該国民又は会社が支配する企業は、本条に規定する事項については、いかなる場合にも、最恵国待遇を与えられる。

## 第8条〔自由職業および非営利活動〕

- 1 いずれの一方の締約国の国民及び会社も、他方の締約国の領域内において、自己が選んだ会計士その他の技術者、高級職員、弁護士、代理を業とする者その他の専門家を用いることを許される。更に、当該国民及び会社は、当該領域内における自己の企業又は自己が財政的利益を有する企業の企画及び運営に関し、もつぱら自己のために検査、監査及び技術的調査を行わせ、並びに自己に報告させるという特定の目的で、当該領域内で自由職業に従事するための資格のいかんを問わず、会計士その他の技術者を用いることを許される。
- 2 いずれの一方の締約国の国民も、外国人たることのみを理由としては、他方の締約国の領域内で自由職業に従事することを禁止されることはない。当該国民は、資格、居住及び権限に関する要件で当該他方の締約国の国民に対して適用されるものに従うことを条件として、当該領域内で自由職業に従事することを許される。
- 3 いずれの一方の締約国の国民及び会社も、他方の締約国の領域内で学術、教育、宗教及び慈善の活動を行うことに関して、内国民待遇及び最恵国待遇を与えられ、且つ、その活動を行うため当該他方の締約国の法令に基いて団体を組織する権利を与えられる。

## 第9条〔財産の取得および処分〕

- 1 いずれの一方の締約国の国民及び会社も、他方の締約国の領域内において、(a)第七条又は第八条に基いて行うことを許される活動の遂行及び居住のため適当な土地、建物その他の不動産を賃借し、占有し、及び使用することに関する内国民待遇並びに(b)他方の締約国の関係法令で認められる不動産に関するその他の権利を与えられる。
- 2 いずれの一方の締約国の国民及び会社も、他方の締約国の領域内において、すべての種類の動産(無体財産を含む。)を購入、賃借その他の方法によつて取得し、所有し、及び占有することに関して、内国民待遇及び最恵国待遇を与えられる。但し、いずれの一方の締約国も、公共の安全の見地から危険と認められる物及び第七条2の第一文に掲げる活動を行う企業における利益を外国人が所有することについては、第七条その他この条約の規定によつて保障される権利及び特権を害しない範囲内において、制限することができる。
- 3 いずれの一方の締約国の国民及び会社も、他方の締約国の領域内にある財産を遺言によると否とを問わず遺産として取得することに関し、当該国民又は会社が外国人又は外国の会社であるという理由で内国民待遇を与えられない場合には、その財産を自由に処分することを許され、且つ、その処分をするため五年を下らない期間を与えられる。
- 4 いずれの一方の締約国の国民及び会社も、他方の締約国の領域内において、すべての種類の財産の処分に関して、内国民待遇及び最恵国待遇を与えられる。

## 第10条〔工業所有権〕

いずれの一方の締約国の国民及び会社も、他方の締約国の領域内において、特許権の取得及び保有並びに商標、営業用の名称及び営業用の標章に関する権利並びにすべての種類の工業所有権に関して、内国民待遇及び最恵国待遇を与えられる。

## 第11条〔課徴金および租税〕

- 1 いずれか一方の締約国の国民で他方の締約国の領域内に居住するもの及びいずれか一方の締約国の国民又は会社で他方の締約国の領域内で貿易その他の営利的活動又は学術、教育、宗教若しくは慈善の活動を行うものは、当該領域内において、所得、資本、取引、活動その他の客体について課される租税、手数料その他の課徴金又はその賦課及び徴収に関する要件について、当該他方の締約国の国民又は会社が負担する課徴金又は要件よりも重い課徴金又は要件を課されることはない。
- 2 いずれか一方の締約国の国民で他方の締約国の領域内に居住せず、且つ、貿易その他の営利的活動を行わないもの及びいずれか一方の締約国の会社で他方の締約国の領域内で貿易その他の営利的活動を行わないものに関しては、当該他方の締約国は、本条1に規定する原則を一般に適用することを目標としなければならない。
- 3 いずれの一方の締約国の国民及び会社も、他方の締約国の領域内において、所得、資本、取引、活動その他の客体について課される租税、手数料その他の課徴金又はその賦課及び徴収

に関する要件について、いかなる場合にも、第三国の国民、第三国に居住する者及び第三国の会社が負担する課徴金又は要件よりも重い課徴金又は要件を課されることはない。

- 4 いずれか一方の締約国の会社で他方の締約国の領域内で貿易その他の営利的活動を行うもの及びいずれか一方の締約国の国民で他方の締約国の領域内で貿易その他の営利的活動を行うが当該領域内に居住しないものについては、当該他方の締約国は、所得、資本その他の標準による租税、手数料その他の課徴金で当該領域に対して適正に割り当てられ、又はあん分される課徴金をこえるものを課してはならず、また、当該領域に対して適正に割り当てられ、又はあん分される額に達しない額の控除及び免除を認めてはならない。もつぱら学術、教育、宗教又は慈善の目的のため組織され、且つ、運営される会社についても、また、同様とする。
- 5 各締約国は、(a)相互主義に基いて租税に関する特定の利益を与える権利、(b)二重課税の防止又は歳入の相互的保護のための協定に基いて租税に関する特別の利益を与える権利並びに(c)自国民及び隣接国に居住する者に対し所得に関する租税及び相続税に関する個人的な免除で自国に居住しないその他の者に認める当該免除よりも有利なものを認める権利を留保する。

## 第12条〔為替制限〕

- 1 いずれの一方の締約国の国民及び会社も、両締約国の領域の間及び他方の締約国の領域と第三国の領域との間における支払、送金及び資金又は金銭証券の移転に関して、当該他方の締約国により内国民待遇及び最恵国待遇を与えられる。
- 2 いずれの一方の締約国も、その通貨準備の水準が著しく低下することを防止し、又は著しく低い通貨準備を適度に増加するため必要な範囲内で行う場合を除く外、本条5に定める為替制限を行つてはならない。本条の規定は、いずれか一方の締約国が国際通貨基金に対して負う義務を変更するものではなく、また、国際通貨基金が特定の為替制限を行うことを締約国に特に認め、又は要請する場合にその為替制限を行うことを妨げるものではない。
- 3 いずれの一方の締約国も、前記の2に従つて為替制限を行う場合には、自国民の保健及び福祉に欠くことができない貨物及び役務のための外国為替の利用を確保するため必要なすべての準備をした後、(a)第六条3に掲げる補償として支払われた額、(b)給与、利子、配当金、手数料、権利の使用料、技術的役務に対する報酬その他の所得の額並びに(c)借入金の償還、直接投下資本の償却及び資本の移転に係る額の、他方の締約国の通貨で表示された外国為替による回収について、その他の取引のための特別の需要を考慮して適当な準備をしなければならない。二以上の為替相場が実施されている場合には、当該回収に適用される相場は、国際通貨基金によつて当該取引のため特に承認された相場又は、その承認された相場がないときは、正当な実効相場（為替の取引についての租税又は手数料を含む。）でなければならない。
- 4 為替制限は、いずれの一方の締約国も、他方の締約国の国民及び会社の請求権、投資、運送、貿易その他の利益又は競争的地位に対して不必要に有害な又はし意的に差別的な方法で行つてはならない。

- 5 本条において「為替制限」とは、いずれか一方の締約国が課するすべての制限、規制、課徴金、租税その他の要件で、両締約国の領域の間における支払、送金又は資金若しくは金銭証券の移転について負担又は妨害となるものをいう。

### 第13条〔関税および業務の遂行の規制〕

いずれか一方の締約国の国民及び会社で当該締約国の領域内で事業を行うものを代理する商業旅行者は、他方の締約国の領域に入り、及びその領域から出る際並びにその領域に在留する間、関税その他の事項（第十一条5に規定する例外に従うことを条件として、当該商業旅行者、その携帯する見本及び注文の取集めについて課される租税その他の課徴金を含む。）及びその業務の遂行を規律する規制に関して、最恵国待遇を与えられる。

### 第14条〔関税および輸出入に対する制限または禁止〕

- 1 各締約国は、いずれの場所から到着したかを問わず、また、運送手段の種類を問わず、他方の締約国の産品に対し、並びに、径路及び運送手段の種類を問わず、他方の締約国の領域への輸出に向けられる産品に対し、輸出若しくは輸入に対し若しくはこれに関連して課され、又は輸出品若しくは輸入品のための支払手段の国際的移転に対して課されるすべての種類の関税及び課徴金、当該関税及び課徴金の賦課の方法並びに輸出及び輸入に関連するすべての規則及び手続に関して、最恵国待遇を与える。
- 2 いずれの一方の締約国も、他方の締約国の産品の輸入又は他方の締約国の領域への産品の輸出について制限又は禁止をしてはならない。但し、すべての第三国の同様の産品の輸入又はすべての第三国への同様の産品の輸出が同様に制限され、又は禁止される場合は、この限りでない。
- 3 いずれの一方の締約国も、他方の締約国が重大な利害関係を有する産品の輸出又は輸入について量的制限をする場合には、
- (a) 当該一方の締約国は、特定の期間中に輸出し、又は輸入することができる産品の総数量又は総価額及びその総数量若しくは総価額又は期間の変更について、原則として事前に公表しなければならない。
  - (b) 当該一方の締約国は、いずれかの第三国に割当を行うときは、その産品の貿易に影響を与える特別の要因に妥当な考慮を払った上で、他方の締約国が以前の代表的な期間中に供給し、又は供給された産品の総数量又は総価額に比例する割当を当該他方の締約国に与えなければならない。
- 4 いずれの一方の締約国も、衛生上の理由その他商業的性質を有しない慣習上の理由により、又は詐欺的の若しくは不公正な慣行を防止するため、禁止又は制限をすることができる。但し、その禁止又は制限は、他方の締約国の通商に対してし意的な差別をするものであつてはならない。



- 5 いずれの一方の締約国の国民及び会社も、輸出及び輸入に関するすべての事項について、他方の締約国により内国民待遇及び最恵国待遇を与えられる。
- 6 本条の規定は、いずれか一方の締約国が与える次の利益には適用しない。
  - (a) 内国漁業の産品に与える利益
  - (b) 国境貿易を容易にするため隣接国に与える利益
  - (c) 当該一方の締約国が加盟国となる関税同盟又は構成地域となる自由貿易地域の存在に基いて与える利益。但し、当該一方の締約国が、自国の計画を他方の締約国に通報し、且つ、協議のための適当な機会を当該他方の締約国に与える場合に限る。
- 7 本条2及び3((a)を除く。)の規定にかかわらず、締約国は、貨物の輸出及び輸入について、第十二条に従って行われる為替制限と同等の効果を有し、又はその為替制限を効果的にするため必要とされる制限又は統制をすることができる。但し、その制限又は統制は、それらの規定から不必要に逸脱してはならず、また、外国との間の非差別的な貿易の最大限度の発展を助長し、並びにその制限の必要を除去するに足りる国際収支状況及び通貨準備をもたらすための政策に適合するものでなければならない。

## 第15条〔関税行政〕

- 1 各締約国は、法令及び一般に適用する行政上の決定で、関税、租税その他の課徴金の額、関税のための品目分類並びに輸出品及び輸入品若しくはそのための支払手段の移転についての要件若しくは制限に関するもの又は輸出品及び輸入品の販売、分配若しくは使用に影響を与えるものをすみやかに公表し、並びにその法令及び決定を一律、公平且つ適切に実施しなければならない。行政上新たに定められる要件又は制限で輸入品に影響を与えるものは、衛生上又は公共の安全上の理由で課するものを除く外、一般の慣行として、公表後三十日を経過するまでの間は実施せず、又は公表の際輸送中である産品には適用しないものとする。
- 2 各締約国は、他方の締約国の国民及び会社並びに他方の締約国の産品を輸入する者が関税に関する事項に関する行政処分(過料を科し、その他不利益処分を行うこと、没取並びに行政機関が行う関税のための分類及び評価の問題についての決定を含む。)について迅速且つ公平な審査を受け、及び正当と認められた場合にその是正を求めることができる訴願及び出訴の手続を定めなければならない。関税及び海運に関する法令に対する違反で書類の作成に関するものを理由とする不利益処分は、当該違反が記載上の過誤から生じた場合又は善意によることが証明された場合には、単に警告として行うため必要な限度をこえるものであつてはならない。
- 3 各締約国は、一方の締約国の産品を輸出し、又は輸入する者がその産品をいずれか一方の締約国の会社の海上保険に付することを妨げる差別的措置を執つてはならない。この規定は、第十二条の規定の適用を妨げるものではない。

## 第 16 条〔製品の待遇〕

- 1 いずれの一方の締約国の産品も、他方の締約国の領域内において、国内における課税、販売、分配、保管及び使用に影響があるすべての事項に関して、内国民待遇及び最恵国待遇を与えられる。
- 2 いずれか一方の締約国の国民若しくは会社又はいずれか一方の締約国の国民若しくは会社の支配する他方の締約国の会社が当該他方の締約国の領域内で生産する物品は、その領域内において、輸出、課税、販売、分配、保管及び使用に影響があるすべての事項に関して、生産する者又は会社のいかなる問はず内国原産の同様の物品が与えられる待遇よりも不利でない待遇を与えられる。

## 第 17 条〔国家貿易〕

- 1 各締約国は、(a)その政府が所有し、又は支配する企業及びその領域内で排他的の又は特別の特権を与えられた独占企業又は機関が、他方の締約国の通商に影響を与える輸出又は輸入を伴う販売又は購入を商業的考慮（価格、品質、入手可能性、市場性、運送その他販売又は購入の条件等に関する考慮をいう。）によつてのみ行うべきこと並びに(b)他方の締約国の国民、会社及び通商が、(a)に規定する販売又は購入に参加するため競争する適当な機会を通常の商慣行に従つて与えられるべきことを約束する。
- 2 各締約国は、他方の締約国の国民、会社及び通商に対し、(a)政府による需品の購入、(b)特権の賦与その他政府による契約及び(c)政府又は排他的の若しくは特別の特権を与えられた独占企業若しくは機関が行う役務の販売に関しては、第三国の国民、会社及び通商に与える待遇と比べて公正且つ衡平な待遇を与えなければならない。

## 第 18 条〔独占的商慣行の排除・公企業と私企業の関係〕

- 1 両締約国は、競争を制限し、市場への参加を制限し、又は独占的支配を助長する事業上の慣行で商業を行う一若しくは二以上の公私の企業又はそれらの企業の間における結合、協定その他の取極により行われるものが、それぞれの領域の間における通商に有害な影響を与えることがあることについて、一致した意見を有する。従つて、各締約国は他方の締約国の要請があるときは、それらのいかなる事業上の慣行に関しても協議し、及びその有害な影響を除去するため適当と認める措置を執ることに同意する。
- 2 いずれの一方の締約国の公の所有又は支配に属する企業（社団法人、団体及び政府機関を含む。）も、他方の締約国の領域内で商業、工業、海運業その他の事業の活動を行う場合には、自己又は自己の財産のため、私の所有又は支配に属する企業が課税され、訴えられ、又は裁判の執行を受けることその他当該領域内で負う義務を当該領域内で免除されることを請求し、又はその免除を享有しないものとする。

## 第 19 条〔船舶の待遇〕

- 1 両締約国の領域の間においては、通商及び航海の自由があるものとする。
- 2 いずれか一方の締約国の国旗を掲げる船舶で、国籍の証明のため当該締約国の法令により要求される書類を備えているものは、公海並びに他方の締約国の港、場所及び水域において、当該一方の締約国の船舶と認められる。
- 3 いずれの一方の締約国の船舶も、他方の締約国の船舶及び第三国の船舶と均等の条件で、外国との間における通商及び航海のため開放された他方の締約国のすべての港、場所及び水域に積荷とともに入る自由を有する。その船舶及び積荷は、当該他方の締約国の港、場所及び水域において、すべての事項に関して内国民待遇及び最恵国待遇を与えられる。
- 4 いずれの一方の締約国の船舶も、他方の締約国の領域に又はその領域から船舶で輸送することができるすべての産品を輸送する権利に関して、当該他方の締約国によつて内国民待遇及び最恵国待遇を与えられる。それらの産品は、(a)関税その他の課徴金、(b)税関事務及び(c)奨励金、関税の払いもどしその他この種の特権に関して、当該他方の締約国の船舶で輸送される同様の産品が与えられる待遇よりも不利でない待遇を与えられる。
- 5 いずれの一方の締約国の船舶も、難破し、座礁し、又は他方の締約国の港、場所若しくは水域（外国との間における通商及び航海のため開放されているかどうかを問わない。）にやむを得ず入つた場合には、当該他方の締約国又は第三国の船舶が同様の場合に受ける援助及び保護と同様の援助及び保護を受けるものとし、また、当該他方の締約国又は第三国の船舶が同様の場合に支払うべき租税その他の課徴金と異なる租税その他の課徴金を課されないものとする。いずれか一方の締約国の当該船舶の積荷及びその船舶から救い上げられたすべての物品は、他方の締約国の領域内における消費のため搬入された場合を除く外、関税を免除されるものとする。但し、消費以外の目的のため搬入された物品については、それが当該他方の締約国から搬出されるまでは、歳入の保護のための措置を執ることができる。
- 6 この条約の他のいかなる規定にもかかわらず、各締約国は、沿岸貿易、内国漁業及び内水航行に関して自国の船舶のため排他的の権利及び特権を留保し、又は相互主義に基く限り外国の船舶に沿岸貿易、内国漁業及び内水航行を許すことができる。
- 7 本条において「船舶」とは、私の所有又は運航に係るものであると、公の所有又は運航に係るものであるとを問わず、すべての種類の船舶をいう。但し、本条 2 及び 5 の場合を除く外、漁船及び軍艦を含まないものとする。

## 第 20 条〔領域通過〕

次の人及び物については、国際通過のため最も便利な径路により各締約国の領域を通過する自由があるものとする。

- (a) 他方の締約国の国民及びその手荷物
- (b) 他方の締約国の領域への又はその領域からの途中にあるその他の者及びその手荷物
- (c) 他方の締約国の領域への又はその領域からの途中にある産品（原産地のいかなるを問わない。）

それらの通過中の人及び物は、関税、通過を理由として課される租税並びに不当な課徴金及び要件を免除されるものとし、また、不必要に遅延させられず、及び不必要な制限を受けないものとする。但し、それらの人及び物は、第一条3に掲げる措置及び通過の特権の濫用を防止するため必要な非差別的な規制に服するものとする。

## 第21条〔条約の適用制限〕

1 この条約は、次の措置を執ることを妨げるものではない。

- (a) 金又は銀の輸出又は輸入を規制する措置
- (b) 核分裂性物質、核分裂性物質の利用若しくは加工による放射性副産物又は核分裂性物質の原料となる物質に関する措置
- (c) 武器、弾薬及び軍需品の生産若しくは取引又は軍事施設に供給するため直接若しくは間接に行われるその他の物資の取引を規制する措置
- (d) 国際の平和及び安全の維持若しくは回復に関する自国の義務を履行し、又は自国の重大な安全上の利益を保護するため必要な措置
- (e) 第三国の国民がその所有又は管理について直接又は間接に支配的利益を有する会社に対してこの条約に定める利益（法律上の地位を認めること並びに裁判所の裁判を受け、及び行政機関に対して申立をする権利を除く。）を拒否する措置

2 この条約中の貨物に関する最恵国待遇の規定は、アメリカ合衆国又はその準州若しくは属地が相互に与え、又はキューバ共和国、フィリピン共和国、太平洋諸島の信託統治地域若しくはパナマ運河地帯に与える利益については、適用しないものとする。

3 この条約中の貨物の待遇に関する規定は、いずれか一方の締約国が関税及び貿易に関する一般協定の当事国である間は、その締約国が同協定で要求され、又は特に許される措置を執ることを妨げるものではない。更に、いずれの一方の締約国も、その意思によつて同協定の当事国となつていない国に対しては、同協定に基いて取り極めた利益を与えなくてもよい。

4 いずれか一方の締約国の国民で特定の目的のため他方の締約国の領域に入ることを許されるものは、その入国許可の条件として法令により明示的に課される制限に反して営利的職業に従事する権利を有しない。

5 この条約のいかなる規定も、政治的活動を行う権利を与え、又は認めるものと解してはならない。

## 第22条〔用語の定義〕

1 「内国民待遇」とは、一締約国の領域内で与えられる待遇で、当該締約国のそれぞれ国民、会社、産品、船舶又はその他の対象が同様の場合にその領域内で与えられる待遇よりも不利でないものをいう。

2 「最恵国待遇」とは、一締約国の領域内で与えられる待遇で、第三国のそれぞれ国民、会社、産品、船舶又はその他の対象が同様の場合にその領域内で与えられる待遇よりも不利でないものをいう。

- 3 この条約において「会社」とは、有限責任のものであるかどうかを問わず、また、金銭的利益を目的とするものであるかどうかを問わず、社団法人、組合、会社その他の団体をいう。いずれか一方の締約国の領域内で関係法令に基いて成立した会社は、当該締約国の会社と認められ、且つ、その法律上の地位を他方の締約国の領域内で認められる。
- 4 この条約の規定に基いて日本国の会社に与えられる内国民待遇は、アメリカ合衆国のいずれの州、準州又は属地においても、当該地域においてアメリカ合衆国の他の州、準州又は属地で創設され、又は組織される会社に与えられる待遇とする。

### 第23条〔適用領域〕

この条約の適用を受ける領域は、各締約国の主権又は権力の下にある陸地及び水域のすべての区域とする。但し、パナマ運河地帯及び太平洋諸島の信託統治地域（アメリカ合衆国大統領が宣言によりこの条約の規定を適用する当該信託統治地域の部分を除く。）を除く。

### 第24条〔協議および紛争解決〕

- 1 各締約国は、他方の締約国がこの条約の実施に関する事項について行う申入れに対しては、好意的考慮を払い、且つ、その申入れに関する協議のため適当な機会を与えなければならない。
- 2 この条約の解釈又は適用に関する両締約国の間の紛争で外交交渉により満足に調整されないものは、両締約国が何らかの平和的手段による解決について合意しなかつたときは、国際司法裁判所に付託するものとする。

### 第25条〔批准および廃棄〕

- 1 この条約は、批准されなければならない。批准書は、できるだけすみやかにワシントンで交換されるものとする。
- 2 この条約は、批准書の交換の日の後一箇月で効力を生ずる。この条約は、十年間効力を有し、その後は、本条で定めるところにより終了するまで効力を存続する。
- 3 いずれの一方の締約国も、他方の締約国に対し一年前に文書による予告を与えることによつて、最初の十年の期間の満了の際又はその後いつでもこの条約を終了させることができる。

〔未文及び署名省略〕

### 議定書

日本国とアメリカ合衆国との間の友好通商航海条約に署名するに当つて、下名の全権委員は、各自の政府により正当に委任を受け、更に、同条約の不可分の一部と認められる次の規定を協定した。

- 1 第四条 1 における「裁判所の裁判を受け、及び行政機関に対して申立をする権利」には、特に、訴訟上の救助、訴訟費用の担保及び裁判のための担保に関する権利を含む。
- 2 補償の支払を定める第六条 3 の規定は、いずれか一方の締約国の領域内で収用され、又は使用される財産で他方の締約国の国民又は会社が直接又は間接に利益を有するものについて、準用する。
- 3 第七条 2 において「公益事業を行う企業」とは、公共のため通信事業、水道事業、バス、トラック、軌道若しくは鉄道による運送事業又はガス若しくは電気の製造若しくは供給に関する事業を行う企業をいう。
- 4 第七条 4 に関しては、いずれの一方の締約国も、鉱業に従事する権利が相互主義に服すべきことを要求することができる。更に、日本国は、その規定によつて、第七条 2 の第一文に掲げる業種のアメリ合衆国の国民又は会社の企業に対し、当該国民の住所地又は当該会社が組織されるについて従つた法令若しくは当該会社の主たる事務所の所在地（当該会社が連邦の法令に基いて組織されている場合に限る。）の属するアメリカ合衆国の州又は準州が日本国の国民又は会社の同種の企業に与える待遇よりも有利な待遇を与える義務を負うことはない。
- 5 第八条 2 の規定は、公証人及び水先人には適用しない。
- 6 いずれの一方の締約国も、外資の導入について、第十二条 2 で定める通貨準備の保護のため必要な制限をすることができる。
- 7 第十四条 4 に関しては、いずれの一方の締約国も、その法令に従い、貨物の表示に関する要件で貨物の真正の原産地又は製造元が正確に表示されることを確保するため定められるものに従っていない貨物について、自国の領域へのその輸入を禁止し、それを差し押え、その他何らかの方法でその販売を制限し、又は規制することができるものとする。更に、各締約国は、その領域内で生産され、若しくは販売され、又はその領域から輸出された貨物の原産地が他方の締約国の領域又はその領域内の容易に認識される場所であることを直接又は間接に表示する虚偽表示を防止するため適当な措置を執るべきことに同意する。
- 8 工業原料又は基本食糧の入手が困難である緊急期間中は、第十六条 1 の規定は、いずれか一方の締約国が、それらの種類に属する供給不足の輸入品の国内における販売、分配又は使用に対する必要な統制で内国原産の同様の物品に関して行う統制と異なるものを実施することを妨げるものではない。いずれの一方の締約国も、その統制を行う場合には、その領域内における他方の締約国の通商の競争的地位に対する損害を最少限度にとどめるような方法でその統制を行わなければならない。また、供給事情により必要と認められる期間をこえてその統制を継続してはならない。
- 9 第十六条 1 の内国民待遇の規定にかかわらず、締約国は、すべての映画フィルムの上映のため上映者が実際に使用する映写時間中の最少限度の特定時間を内国原産の映画フィルムの上映に充てることを規定する映写時間の割当に関する規制を維持することができる。

- 映写時間の割当は、各劇場ごとの年間映写時間又はこれに相当するものを基礎として定められ、且つ、協議に付されるものとする。
- 10 第十七条 1 の規定の適用上、支払手段の入手可能性に関する考慮は、商業的考慮と認められるものとする。
- 11 第十七条 2 ( (a) を除く。 ) 及び第十九条 4 の規定は、郵便業務については適用しない。
- 12 第二十一条 2 の規定は、プエルト・リコについては、その政治的地位に生ずる変化のいかんにかかわらず、適用する。
- 13 第二十三条の規定は、もつぱら軍事基地として又は一時的な軍事占領によりいずれか一方の締約国の権力の下に置かれている地域並びに千九百五十一年九月八日にサン・フランシスコ市で署名された日本国との平和条約第三条でその地位を規定している北緯二十九度以南の南西諸島 ( 琉球諸島及び大東諸島を含む。 ) 孀婦岩の南の南方諸島 ( 小笠原群島、西之島及び火山列島を含む。 ) 並びに沖の鳥島及び南鳥島には、適用しない。
- 14 この条約中の最恵国待遇の規定は、( a ) 千九百五十一年九月八日にサン・フランシスコ市で署名された日本国との平和条約第二条に基いて日本国がすべての権利、権原及び請求権を放棄した地域に原籍を有する者に対し、又は ( b ) 同条約第三条に掲げる諸島の原住民及び船舶並びにそれらの諸島との貿易に対して日本国が与える権利及び特権については、適用しない。
- 15 日本国は、この条約の効力発生の日から三年を経過するまでの間は、外国人が円貨をもつて日本国の企業の発行済の株式 ( 社員の持分を含む。 ) を取得することについて現に行つていゝる制限を引き続き行うことができる。

[ 末文及び署名省略 ]

### 第 8 条 2 についての留保に関する交換公文 ( 二通 )

( 合衆国側往簡 )

書簡をもつて啓上いたします。本使は、千九百五十三年四月二日に東京で署名されたアメリカ合衆国と日本国との間の友好通商航海条約に関し、合衆国上院が千九百五十三年七月二十一日に次の決議によつて同条約の批准について助言及び承認を与えたことを閣下に通報する光栄を有します。

上院は、第八十三議会第一会期行政部 0 号議案千九百五十三年四月二日に東京で署名されたアメリカ合衆国と日本国との間の友好通商航海条約及び同条約に関する議定書の批准について、批准書の交換前に他方の締約国によつて同意されるべき次の留保を条件として、助言及び承認を与える旨を出席した上院議員の三分の二の賛成を得て決議する。

第八条 2 は、自由職業で、公的資格における任務の遂行又は公衆の健康及び安全の利益に関する任務の遂行を包含するため、州による許可を要し、且つ、法令又は憲法によつてもつぱらアメ

リカ合衆国の市民にのみ留保されるものには、適用されないものとし、また、前記の条約中のいかなる最恵国待遇に関する条項も、それらの自由職業には適用されないものとする。

この決議によつて、同条約の批准についての上院の助言及び承認は、自由職業に従事することに関する規定についての留保を条件として与えられていることが認められます。

本国政府は、上院が同条約の批准についての助言及び承認の条件とした留保を貴国政府において受諾することができるものと認められることを希望しております。批准書の交換前にこの書簡を受領したことを確認し、且つ、貴国政府のために前記の留保を受諾する旨の閣下の書簡は、両国政府による当該留保の受諾を完了するものとみなされます。

本使は、以上を申し進めるに際し、ここに重ねて閣下に向つて敬意を表します。

〔日本国側復簡省略〕

（日本国側往簡）

書簡をもつて啓上いたします。本大臣は、昭和二十八年四月二日に東京で署名された日本国とアメリカ合衆国との間の友好通商航海条約に関し、日本国国会が昭和二十八年八月七日に同条約の締結を承認したことを閣下に通報する光栄を有します。同条約の締結についての承認に関する国会の審議中に、同条約中の自由職業に従事することに関する規定についてアメリカ合衆国のためになんらかの留保が行われる場合には日本国政府も同規定について同様の留保を行うべき旨の希望が表明されました。

閣下が本日付の書簡でアメリカ合衆国のために行われた留保について本大臣に通報されましたので、本大臣は、日本国政府は次の留保をすることに決定したことを閣下に通報いたしたいと思ひます。

日本国は、アメリカ合衆国国民に対し、第八条2に掲げる自由職業に従事することについて、当該国民が属するアメリカ合衆国の州、準州又は属地（ディストリクト・オヴ・コロンビアを含む。）が日本国国民に対しそれらの自由職業に従事することについて禁止又は制限を課する程度と同じ程度に禁止又は制限を課する権利を留保する。

日本国政府は、日本国政府の前記の留保を貴国政府において受諾することができるものと認められることを希望しております。批准書の交換前にこの書簡を受領したことを確認し、且つ、アメリカ合衆国政府のために前記の留保を受諾する旨の閣下の書簡は、アメリカ合衆国政府による当該留保の受諾を完了するものとみなされます。

本大臣は、以上を申し進めるに際し、ここに重ねて閣下に向つて敬意を表します。

〔合衆国側復簡省略〕



## 民事訴訟手続に関する条約

(昭和 45 年 6 月 5 日・条約第 6 号)  
効力発生、昭 45・7・26〔昭 45 外告 103〕

この条約の署名国は、  
千九百五十年七月十七日の民事訴訟手続に関する条約に対し経験によつて示唆された改良を加えることを希望し、  
そのため新たな条約を締結することに決定して、次のとおり協定した。

### I 裁判上及び裁判外の文書の送付

#### 第 1 条

民事又は商事に関し、外国にいる者にあてた文書の送達は、囑託国の領事官から受託国の指定する当局にあてた要請に基づき、締約国において行なわれる。その要請書は、転達される文書を発出した当局の表示、当事者の氏名及び資格、名あて人のあて先並びに当該文書の種類を記載するものとし、かつ、受託当局の用いる言語で作成する。受託当局は、送達を証明し又は送達を妨げた事由を明示する書類を前記の領事官に送付する。

領事官の要請に関連して生ずる紛議は、外交上の経路を通じて解決する。

各締約国は、他の締約国にあてた通告により、自国の領域において行なわれるべき送達の要請書が第一項の事項を記載して外交上の経路を通じて自国に提出されることを希望することを宣言することができる。

この条の規定は、二の締約国がそれぞれの当局の間で直接に送付を行なうことを認めるための取極を行なうことを妨げるものではない。

#### 第 2 条

送達は、受託国の法律上権限を有する当局が行なう。その当局は、次条の場合を除くほか、文書の送達を、任意に受領する名あて人への交付に限ることができる。

#### 第 3 条

要請書には、送達すべき文書二通を添付する。

送達すべき文書が受託当局の用いる言語若しくは両関係国間で合意する言語で作成されている場合又はそれらの言語のいずれか一方による翻訳文がその文書に添付されている場合には、受託当局は、類似の送達の実施について国内法で定める方法又は国内法に反しない特別の方法によつてその文書を送達する。ただし、その旨の希望が要請書に表明されている場合に限る。その旨の希望が表明されていない場合には、受託当局は、まず、前条の交付を行なうように努めるものとする。

前項の翻訳文は、反対の取極がない限り、囑託国の外交官若しくは領事官又は受託国の宣誓した翻訳者がその正確であることを証明する。

#### 第4条

第一条から前条までに規定する送達の実施は、その送達が行なわれるべき領域の属する国によりその主権又は安全を害する性質のものであると判断される場合を除くほか、拒否することができない。

#### 第5条

送達の証明は、日付を付されかつ認証された名あて人の受取証又は受託国の当局が送達の事実、方法及び日付を確認する証明書によつて行なう。

前項の受取証又は証明書は、送達すべき文書二通のいずれか一方に付記し又は添付する。

#### 第6条

第一条から前条までの規定は、次の権能の行使を妨げるものではない。

- 1 外国にいる利害関係人に対して直接に文書を郵送する権能
- 2 利害関係人が直接名あて国の裁判所附属吏又は権限のある官吏に送達を行なわせる権能
- 3 各国が外国にいる者に対する直接の送達を自国の外交官又は領事官に行なわせる権能

前項に掲げるいずれの権能も、関係国間の条約によつて認められるとき、又は条約がない場合において送達が行なわれる領域の属する国が拒否しないときに限り、認められる。その国は、同項3の場合において、囑託国の国民に対し強制によらないで文書を送達すべきときは、これを拒否することができない。

#### 第7条

送達については、いかなる種類の料金又は費用の償還をも請求することができない。

もつとも、受託国は、反対の取極がない限り、裁判所附属吏の介入又は第三条にいう特別の方法の利用から生ずる費用の償還を囑託国に請求することができる。

## II 司法共助の囑託

#### 第8条

締約国の司法当局は、民事又は商事に関し、他の締約国の権限のある当局がその管轄区域内で証拠調べその他の裁判上の行為を行なうよう、自国の法律に従い、その当局に対して司法共助を囑託することができる。

## 第9条

司法共助の嘱託は、嘱託国の領事官により、受託国の指定する当局に転達される。この当局は、受託事項の実施を確認し又はその実施を妨げた事由を明示する書類を当該領事官に送付する。

前項の転達に関連して生ずる紛議は、外交上の経路を通じて解決する。

各締約国は、他の締約国にあてた通告により、自国の領域において実施すべき司法共助の嘱託が外交上の経路を通じて転達されることを希望することを宣言することができる。

この条の規定は、二の締約国がそれぞれの当局の間で直接に司法共助の嘱託を転達することを認めるための取極を行なうことを妨げるものではない。

## 第10条

司法共助の嘱託書は、反対の取極がない限り、受託当局の用いる言語若しくは両関係国間で合意される言語で作成するものとし、又はそれらの言語のいずれか一方による翻訳文であつて嘱託国の外交官若しくは領事官若しくは受託国の宣誓した翻訳者がその正確であることを証明したものをこれに添付する。

## 第11条

司法共助の嘱託を受ける司法当局は、自国の当局からの嘱託又は関係当事者からの類似の請求について用いられる強制方法と同様の強制方法によつて当該受託事項を実施する。その強制方法は、当事者の呼出しについては用いることを要しない。

受託当局は、嘱託当局の要請がある場合には、求められた措置に関係当事者が立ち会うことができるように、その嘱託当局に対しその措置をとる期日及び場所を通知する。

受託事項の実施は、次の場合を除くほか、拒否することができない。

- 1 書類の真正が立証されない場合
- 2 その実施が受託国において司法権に属しない場合
- 3 その実施が、その行なわれるべき領域の属する国によりその主権又は安全を害する性質のものであると判断される場合

## 第12条

司法共助の嘱託は、受託当局が権限を有しない場合には、その当局の国の法律の定めるところに従い、職権によつてその国の権限のある司法当局に転達される。

## 第13条

受託当局は、その受託事項を実施しないときは、その旨を直ちに嘱託当局に通知するものとし、その際、第十一条の場合にはその実施を拒否した理由を、また、前条の場合には嘱託が転達された当局を明示する。

#### 第 14 条

受託事項を実施する司法当局は、遵守すべき手続に関して自国の法律を適用する。  
もつとも、前項の司法当局は、囑託当局が特別の方法によつて実施することを要請する場合には、その方法が自国の法律に反しないものである限り、その要請に応ずる。

#### 第 15 条

第八条から前条までの規定は、各国が自国の外交官又は領事官に受託事項を直接実施させることを妨げるものではない。ただし、関係国間の条約がそのような実施を認めている場合又はその受託事項が実施されるべき領域の属する国がそのような実施を拒否しない場合に限る。

#### 第 16 条

受託事項の実施については、いかなる種類の料金又は費用の償還をも請求することができない。  
もつとも、受託国は、反対の取極がない限り、証人若しくは鑑定人に支払う費用、証人が任意に出頭しないため裁判所附属吏が介入することから生ずる費用又は第十四条第二項の規定の適用から生ずる費用の償還を囑託国に請求することができる。

### III 訴訟費用の担保

#### 第 17 条

締約国の裁判所において原告又は参加人となる者がいずれかの締約国に住所を有するいずれかの締約国の国民である場合には、その者に対し、外国人であること又はその国に住所若しくは居所を有しないことを理由としては、いかなる保証又は供託（その名称のいかんを問わない。）をも命ずることができない。  
前項の規定は、訴訟費用の支払を確保するため原告又は参加人に要求する費用の前納についても適用する。  
締約国間の条約であつて、それらの締約国の国民に対しその住所がどこにあるかを問わず訴訟費用の担保又は前納を免除することを定めるものは、引き続き適用する。

#### 第 18 条

前条第一項及び第二項の規定又は訴えが提起された国の法律によつて保証、供託又は前納を免除された原告又は参加人に対し締約国においてされた訴訟費用の負担を定める裁判は、外交上の経路を通じて行なわれる請求に応じ、他の各締約国において、権限のある当局により無償で執行を認許される。  
前項の規定は、その後に訴訟費用の額を定める裁判についても適用する。  
この条の規定は、二の締約国が関係当事者の直接行なう執行認許の請求をも認めるための取極をすることを妨げるものではない。

## 第19条

訴訟費用に関する裁判は、当事者の審尋なしに執行を認許される。もつとも、費用の負担を命ぜられた当事者は、執行を求められる国の法律に従つてその後不服を申し立てることができる。

執行認許の請求について裁判をする権限を有する当局は、次の事項のみを審理する。

- 1 費用の負担を定める裁判の謄本が、その裁判の行なわれた国の法律上、真正なものであるために必要な条件を満たしているかどうか。
- 2 その裁判が、その行なわれた国の法律上確定力を有するかどうか。
- 3 裁判の主文が、受託当局の用いる言語又は両関係国間で合意する言語で作成されているかどうか。また、それらの言語のいずれか一方による翻訳文であつて、反対の取極がない限り、囑託国の外交官若しくは領事官又は受託国の宣誓した翻訳者がその正確であることを証明したものが、裁判の主文に添付されているかどうか。

前項1及び2の条件は、その裁判が確定力を有することを確認する囑託国の権限のある当局の宣言又はその裁判が確定力を有することを立証するような正当に認証された書類の提出によつて満たされる。その当局の権限は、反対の取極がない限り、囑託国の司法行政を担当する最上級の職員が証明する。それらの宣言及び書類は、前項3の規定に従つて作成し又はこれらに翻訳文を添付する。

執行認許の請求について裁判をする権限を有する当局は、当事者が同時に請求する場合には、第二項3に規定する証明、翻訳及び認証の費用の額を定める。その費用は、訴訟費用とみなされる。

## IV 無償の訴訟上の救助

### 第20条

締約国の国民は、民事又は商事に関し、いずれの他の締約国においても、当該他の締約国の法律に従い、当該他の締約国の国民と同様に無償の訴訟上の救助を受けることができる。

前項の規定は、訴訟上の救助が行政事件について与えられる国においては、行政事件について管轄権を有する裁判所に係属する事件についても適用する。

### 第21条

無資力の証明書又は宣言は、いかなる場合にも、当該外国人の常居所地の当局又は、それがないときは、現在の居所地の当局が交付し又は受理したものとする。現在の居所地の当局が締約国に属せず、かつ、この種の証明書又は宣言を交付せず又は受理しない場合には、当該外国人の属する国の外交官又は領事官が交付し又は受理した証明書又は宣言で足りる。

請求者が請求を行なう国に居所を有しない場合には、無資力の証明書又は宣言は、その提出されるべき国の外交官又は領事官が無償で認証する。

## 第22条

無資力の証明書又は宣言を交付し又は受理する権限を有する当局は、請求者の資産状況につき他の締約国の当局に照会することができる。

無償の訴訟上の救助の請求について裁定する責任を負う当局は、その権限の範囲内において、証明書、宣言及び提供される資料を審査する権利並びに十分な心証を得るために追加の情報を求める権利を有する。

## 第23条

無資力者が無償の訴訟上の救助を請求すべき国以外の国にいる場合には、その者が訴訟上の救助を受けるための請求は、その者の属する国の領事官が、無資力の証明書又は宣言及び場合により請求の審理に役立つその他の証拠書類とともに、その請求について裁定する権限を有する当局又はその請求が審理されるべき国の指定する当局に転達することができる。

司法共助の囑託に関する第九条第二項から第四項まで、第十条及び第十二条の規定は、無償の訴訟上の救助を受けるための請求及びその関係書類の転達についても適用する。

## 第24条

訴訟上の救助の利益がいずれかの締約国の国民に与えられる場合において、当該訴訟に関する送達（その方法のいかんを問わない。）が他の締約国において行なわれるときは、受託国は、その送達につきいかなる費用の償還をも囑託国に請求することができない。

前項の規定は、鑑定人に支払われる費用を除くほか、司法共助の囑託についても適用する。

## V 身分証書の無償交付

### 第25条

いずれかの締約国の国民である無資力者は、内国民と同一の条件で身分証書の無償交付を受けることができる。そのような無資力者の婚姻に必要な書類は、締約国の外交官又は領事官が無償で認証する。

## VI 身体の拘束

### 第26条

身体を拘束する手段は、民事又は商事に関しては、執行の方法としても、また、単なる保全処分としても、それが内国民に対して用いられるものでない限り、締約国の国民である外国人に対して用いることができない。国内に住所を有する内国民が身体を拘束を解除されるために援用することができる事由は、それが外国で生じた場合においても、締約国の国民のために同一の効果を有する。

## VII 最終規定

#### 第27条

この条約は、国際私法会議の第七回会期に代表者を出した国による署名のため開放される。  
この条約は、批准されなければならない。批准書は、オランダ外務省に寄託する。  
各批准書の寄託について調書を作成するものとし、その認証謄本は、外交上の経路を通じて各署名国に送付する。

#### 第28条

この条約は、前条第二項の批准書のうち四番目に寄託されるものの寄託の時から六十日目の日に効力を生ずる。  
この条約は、その後批准する各署名国については、その批准書の寄託の日から六十日目の日に効力を生ずる。

#### 第29条

この条約は、これを批准する国の間では、千九百五年七月十七日にヘーグで署名された民事訴訟手続に関する条約に代わるものとする。

#### 第30条

この条約は、締約国の本土領域については当然に適用する。  
いずれの締約国も、自国が国際関係について責任を有する他の領域の全部又は一部につきこの条約を適用することを希望する場合には、その旨を文書によつて通告するものとし、その文書は、オランダ外務省に寄託される。その文書の認証謄本は、同外務省が外交上の経路を通じて各署名国に送付する。  
この条約は、前項の送付の後六箇月以内に異議を申し立てなかつた国と同項の通告を行なつた国が国際関係について責任を有する領域であつてその通告の対象となつたものとの間で、効力を生ずる。

#### 第31条

国際私法会議の第七回会期に代表者を出さなかつた国は、この条約に加入することができる。ただし、この条約を批准した国がオランダ政府から加入の通知を受けた後六箇月以内に異議を申し立てないことを条件とする。加入は、第二十七条第二項に定める方法に準じて行なう。この条約は、第二十八条第一項の規定に従つて効力を生じた後でなければ、これに加入することができない。

#### 第32条

締約国は、この条約の署名若しくは批准又はこれへの加入に際して留保を行なうことにより、第十七条の規定の適用を自国の領域に常居所を有する締約国の国民に限定することができる。

前項の留保を行なう国は、他の締約国の裁判所において原告又は参加人となる自国民につき、その者が当該他の締約国の領域に常居所を有する場合を除くほか、当該他の締約国が第十七条の規定を適用することを要求することができない。

### 第33条

この条約は、第二十八条第一項の日から五年間効力を有する。

前項の有効期間は、その開始後にこの条約を批准し又はこれに加入する国についても、同様とする。

この条約は、廃棄されない限り、五年ごとに黙示的に更新される。廃棄は、五年の期間が満了する少なくとも六箇月前にオランダ外務省に通告するものとし、同外務省は、それを他のすべての締約国に通知する。

廃棄は、第三十条第二項の規定に従って行なわれる通告に明示する領域の全部又は一部に限定して行なうことができる。

廃棄は、これを通告した国についてのみ効力を生ずるものとし、その他の締約国については、この条約は、引き続き効力を有する。

以上の証拠として、下名は、各自の政府から正当に委任を受けてこの条約に署名した。

千九百五十四年三月一日にヘーグで本書一通を作成した。本書は、オランダ政府に寄託するものとし、その認証謄本は、外交上の経路を通じて、ヘーグ国際私法会議の第七回会期に代表者を出した国に送付する。

〔下名省略〕



**民事又は商事に関する  
裁判上及び裁判外の文書の  
外国における送達及び告知  
に関する条約**

(昭和45年6月5日・条約第7号)  
効力発生、昭45・7・27〔昭45外告104〕

この条約の署名国は、外国において送達又は告知を行なうべき裁判上及び裁判外の文書をその名あて人が十分な余裕をもつて知ることができるための適当な方法を設けることを希望し、そのため、手続の簡素化及び迅速化によつて司法共助を改善することを希望し、そのための条約を締結することに決定して、次のとおり協定した。

**第1条**

この条約は、民事又は商事に関し、外国における送達又は告知のため裁判上又は裁判外の文書を外国に転達すべき場合につき、常に適用する。

この条約は、文書の名あて人のあて先が明らかでない場合には、適用しない。

**第1章 裁判上の文書**

**第2条**

各締約国は、次条から第六条までの規定に従い他の締約国からの送達又は告知の要請を受理しかつ処理する責任を負う中央当局を指定する。

各国は、自国の法律に従つて中央当局を組織する。

**第3条**

囑託国の法律上権限を有する当局又は裁判所附属吏は、受託国の中央当局に対し、この条約の附属書の様式に合致する要請書を送付する。この場合において、認証その他これに相当する手続を要しない。

前項の要請書には、当該裁判上の文書又はその写しを添付するものとし、これらの要請書及び文書又は写しは、それぞれ二通とする。

**第4条**

中央当局は、要請がこの条約の規定に従って行なわれていないと認める場合には、その旨を当該要請に対する異議の理由とともに直ちに要請者に通知する。

#### 第5条

受託国の中央当局は、次のいずれかの方法により、文書の送達又は告知を行ない又は行なわせる。

(a) 受託国において作成される文書はその国の領域内にいる者に送達し又は告知するためその国の法律で定める方法

(b) 要請者が希望する特別の方法。ただし、受託国の法律に反しないものに限る。

文書は、前項(b)の場合を除くほか、常に、任意に受領する名あて人への交付によつて送達することができる。

中央当局は、第一項の規定に従つて文書の送達又は告知を行なうべき場合に、その文書を自国の公用語で作成し又はこれに翻訳することを要請することができる。

この条約の附属書の様式に合致する要請書のうち文書の要領が記載されている部分は、名あて人に交付する。

#### 第6条

受託国の中央当局又は受託国が特に指定する当局は、この条約の附属書の様式に合致する証明書を作成する。

証明書には、送達又は告知が実施された旨を記載するものとし、その実施の方法、場所及び日付並びに文書の交付を受けた者を明示する。送達又は告知が実施されなかつた場合には、その事由を明示する。

要請者は、証明書が中央当局又は司法当局によつて作成されたものでない場合には、そのいずれか一方の当局がこれに確認を与えることを要請することができる。

証明書は、要請者に対して直接に送付する。

#### 第7条

この条約の附属書の様式中の印刷される文言は、必ずフランス語又は英語によるものとする。

その文言には、囑託国の公用語を併記することができる。

前項の文言に対応する欄には、受託国の言語、フランス語又は英語で記入する。

#### 第8条

各締約国は、外国にいる者に対する裁判上の文書の直接の送達又は告知を自国の外交官又は領事官に行なわせる権能を有する。ただし、その送達又は告知は、強制によらないものに限る。

文書の送達又は告知がその文書の作成された国の国民に対して行なわれる場合を除くほか、いずれの国も、自国の領域内での前項の権能の行使を拒否することを宣言することができる。

#### 第9条

各締約国は、更に、他の締約国の指定する当局に対し送達又は告知を目的として裁判上の文書を転達するため、領事官の経路を用いることができる。

各締約国は、特別の事情がある場合には、前項の目的と同様の目的のため外交上の経路を用いることができる。

#### 第10条

この条約は、名あて国が拒否を宣言しない限り、次の権能の行使を妨げるものではない。

- (a) 外国にいる者に対して直接に裁判上の文書を郵送する権能
- (b) 嘱託国の裁判所附属吏、官吏その他権限のある者が直接名あて国の裁判所附属吏、官吏その他権限のある者に裁判上の文書の送達又は告知を行なわせる権能
- (c) 裁判手続の利害関係人が直接名あて国の裁判所附属吏、官吏その他権限のある者に裁判上の文書の送達又は告知を行なわせる権能

#### 第11条

この条約は、締約国が、裁判上の文書の送達又は告知を目的として、前諸条に定めのない転達の経路、特に、それぞれの当局の間での直接の送付を認めるための取極を相互間で行なうことを妨げるものではない。

#### 第12条

締約国から転達された裁判上の文書の送達又は告知については、受託国の提供する役務に係る料金又は費用の支払又は償還を請求することができない。

要請者は、次のことから生じた費用を支払い又は償還する。

#### 第13条

この条約の規定に従つて要請された送達又は告知の実施は、受託国によりその主権又は安全を害する性質のものであると判断される場合を除くほか、拒否することができない。

受託国は、当該事件につき自国の法律上専属的な裁判管轄権を有していること又は自国の法律上当該請求の趣旨に対応する法的手段を認めていないことのみを理由として、前項の送達又は告知の実施を拒否することができない。

中央当局は、拒否した場合には、その旨を拒否の理由とともに直ちに要請者に通知する。

#### 第14条

送達又は告知のために行なわれる裁判上の文書の転達に関連して生ずる紛議は、外交上の経路を通じて解決する。

#### 第15条

訴訟手続を開始する文書又はこれに類する文書が送達又は告知のためこの条約の規定に基づき外国に転達された場合において、被告が出頭しないときは、

- (a) その文書が、受託国において作成される文書をその国の領域内にいる者に送達し若しくは告知するためその国の法律で定める方法により、送達され若しくは告知されたこと又は
- (b) その文書が、この条約に定める他の方法により、被告に対し若しくはその住居において実際に交付されたこと。

及び、これらのいずれかのこととともに、当該送達、告知又は交付が被告の防御のために十分な期間を置いて行なわれたことが立証される時まで、裁判所は、裁判を延期する。

各締約国は、自国の裁判所が、送達、告知又は交付の証明書を受理していない場合においても、次のすべての条件が満たされるときは、前項の規定にかかわらず裁判をすることができることを宣言することができる。

- (a) 前項の文書が、この条約に定めるいずれかの方法によつて転達されたこと。
- (b) その文書の発送の日から、当該裁判所が事件ごとに適当と認める六箇月以上の期間を経過したこと。
- (c) すべての妥当な努力にもかかわらず、受託国の権限のある当局から証明書を入手することができなかつたこと。

この条の規定は、裁判所が緊急の場合に仮の処分又は保全処分を命ずることを妨げるものではない。

#### 第16条

訴訟手続を開始する文書又はこれに類する文書が送達又は告知のためこの条約の規定に基づき外国に転達された場合において、出頭しない被告に対して裁判がされたときは、裁判所は、次のすべての条件が満たされる限り、不服申立期間の満了によつて失われた被告の不服申立権を回復させることができる。

- (a) 被告が、その責めに帰すべき事由によらないで、防御するために十分な期間内にその文書を知らず、又は不服申立てをするために十分な期間内にその裁判を知らなかつたこと。
- (b) 被告の主張が全く理由がないとは思われないこと。

不服申立権の回復の請求は、被告が裁判を知つた時から相当の期間内に行なわれない場合には、却下される。

各締約国は、その宣言に明示する期間の満了後に行なわれた不服申立権の回復の請求が却下されることを宣言することができる。ただし、その期間は、裁判の日から一年未満であつてはならない。

この条の規定は、人の身分に関する裁判については適用しない。

## 第2章 裁判外の文書

### 第17条

締約国の当局及び裁判所附属吏が発出する裁判外の文書は、他の締約国における送達又は告知のため、この条約に定める方法及び条件によつて転達することができる。

## 第3章 一般規定

### 第18条

いずれの締約国も、中央当局のほか、他の当局をその権限を定めて指定することができる。もつとも、要請者は、中央当局に対して直接に要請を行なう権利を常に有する。連邦制の国家は、二以上の中央当局を指定することができる。

### 第19条

この条約は、締約国が、自国の領域内で外国からの文書を送達し又は告知するため、自国の国内法により前諸条に定めのない転達の方法を認めることを妨げるものではない。

### 第20条

この条約は、締約国が次の規定と異なる取極を相互間で行なうことを妨げるものではない。

- (a) 転達される文書及び要請書それぞれ二通を必要とする第三条第二項の規定
- (b) 使用する言語に関する第五条第三項及び第七条の規定
- (c) 第五条第四項の規定
- (d) 第十二条第二項の規定

### 第21条

各締約国は、批准書若しくは加入書の寄託の時又はその後、オランダ外務省に対して次の事項を通告する。

- (a) 第二条及び第十八条の当局の指定
- (b) 第六条の証明書を作成する権限を有する当局の指定
- (c) 領事官を通じて転達される文書を受領する権限を有する第九条の当局の指定

各締約国は、該当する場合には、前項の場合と同様に、次の事項を通告する。

- (a) 転達の経路についての第八条及び第十条の拒否
- (b) 第十五条第二項及び第十六条第三項の宣言
- (c) 前項の指定、(a)の拒否及び(b)の宣言の変更

## 第22条

千九百五年七月十七日にハーグで署名された民事訴訟手続に関する条約又は千九百五十四年三月一日にハーグで署名された民事訴訟手続に関する条約の当事国である締約国の間では、この条約は、それらの二の条約の第一条から第七条までの規定に代わるものとする。

## 第23条

この条約は、千九百五年七月十七日にハーグで署名された民事訴訟手続に関する条約第二十三条及び千九百五十四年三月一日にハーグで署名された民事訴訟手続に関する条約第二十四条の規定の適用を妨げるものではない。

もつとも、前項にいう規定は、同項の条約に定める送付の方法と同一の送付の方法が利用される場合についてのみ適用する。

## 第24条

締約国間の取極であつて千九百五年の条約又は千九百五十四年の条約を補完するものは、それらの締約国が別段の合意をしない限り、この条約についても適用されるものとみなす。

## 第25条

この条約は、締約国が当事国であり又は当事国となる他の条約であつてこの条約により規律される事項に関する規定を含むものに影響を及ぼすものではない。もつとも、第二十二条及び前条の規定の適用を妨げない。

## 第26条

この条約は、ハーグ国際私法会議の第十回会期に代表者を出した国による署名のため開放される。

この条約は、批准されなければならない。批准書は、オランダ外務省に寄託する。

## 第27条

この条約は、前条第二項の批准書のうち三番目に寄託されるものの寄託の後六十日目の日に効力を生ずる。

この条約は、その後に批准する各署名国については、その批准書の寄託の後六十日目の日に効力を生ずる。

## 第28条

ハーグ国際私法会議の第十回会期に代表者を出さなかつた国は、この条約が前条第一項の規定に従つて効力を生じた後これに加入することができる。加入書は、オランダ外務省に寄託する。

前項の加入書の寄託の前にこの条約を批准したいずれかの国がオランダ外務省による当該寄託の通告を受けた日から六箇月の期間内に同外務省に対して異議を申し立てなかつた場合には、この条約は、同項の国について効力を生ずる。

この条約は、前項の異議の申立てがなかつた場合には、同項に定める期間が満了する月の翌月の初日に、当該加入書を寄託した国について効力を生ずる。

## 第29条

いずれの国も、署名、批准又は加入の時に、自国が国際関係について責任を有する領域の全部又は一部につきこの条約を適用することを宣言することができる。その宣言は、この条約がその国について効力を生ずる時に効力を生ずる。

そのような適用は、その後いつでもオランダ外務省に通告する。

この条約は、前項の通告の後六十日目の日に、その適用されることとなる領域について効力を生ずる。

## 第30条

この条約は、第二十七条第一項の規定に従つて効力を生じた日から五年間効力を有する。その日の後に批准し又は加入する国についても、同様とする。

この条約は、廃棄されない限り、五年ごとに黙示的に更新される。廃棄は、五年の期間が満了する少なくとも六箇月前にオランダ外務省に通告する。

廃棄は、この条約が適用される領域のうち特定の部分に限定して行なうことができる。

廃棄は、これを通告した国についてのみ効力を生ずるものとし、その他の締約国については、この条約は、引き続き効力を有する。

## 第31条

オランダ外務省は、第二十六条の国及び第二十八条の規定に従つて加入した国に対し、次の事項を通告する。

- (a) 第二十六条の署名及び批准
- (b) この条約が第二十七条第一項の規定に従つて効力を生ずる日
- (c) 第二十八条の加入及びそれが効力を生ずる日
- (d) 第二十九条の適用宣言及びそれが効力を生ずる日
- (e) 第二十一条の指定、拒否及び宣言
- (f) 前条第三項の廃棄

以上の証拠として、下名は、正当に委任を受けてこの条約に署名した。

千九百六十五年十一月十五日にハーグで、ひとしく正文であるフランス語及び英語により本書一通を作成した。本書は、オランダ政府に寄託するものとし、その認証謄本は、外交上の経路を通じて、ハーグ国際私法会議の第十回会期に代表者を出した国に送付する。

〔下名省略〕



## < 著者略歴 >

岩崎一生（いわさき・かずお）

1959 年：一橋大学法学部卒

1959 ~ 79 年：三井金属鉱業（株）海外部、Nestle Japan（株）法務部などに勤務

1979 年：愛媛大学法文学部 助教授

1981 ~ 82 年：ニューヨーク大学客員研究員（フルブライト上級研究員）

1985 年：愛媛大学 教授

1985 ~ 86 年：豪州モナシュ大学法学部 客員教授

1988 ~ 92 年：立命館大学国際関係学部 教授

1992 ~ 99 年：名古屋大学大学院国際開発研究科 教授

### 現在：

名古屋経済大学 大学院法学研究科 教授

名古屋大学 名誉教授

日本海法学会 理事

日本海運集会所 海事仲裁委員

American Arbitration Association（米国仲裁協会）国際仲裁委員

The Institute of Arbitrators Australia 国際仲裁委員

### 主要著書：

*Arbitration Procedures in Asia*（共著，Sweet & Maxwell 1999）

**英文契約書 作成実務と法理** 「全訂新版」（同文館 1998）

*Dispute Resolution in Asia*（共著者：Prof. Michael Pryles ほか Kluwer Law International 1997）

和英活用 **国際法務用語辞典**（同文館 1991）

*Dispute Resolution in Australia - Japan Transactions*（共著者 Prof. Michael Pryles, Law Book Co. 1983）

### 発行年月日：

平成 2 年 4 月 20 日 初版発行 同文館出版（株）発行

平成 4 年 4 月 30 日 4 版発行 同文館出版（株）発行

平成 11 年 4 月 1 日 改訂版（電子版）発行

平成 13 年 4 月 1 日 改定 2 版（電子版）発行