

# 国際的企業活動実務における国際私法の論点

築瀬捨治

やな せしゅうじ

弁護士(長島・大野・常松法律事務所)

- 1 はじめに：本稿の対象と目的
- 2 三つの事例と国際私法の論点
- 3 おわりに

## 1 はじめに：本稿の対象と目的

本稿は、国際的企業活動に係わる実務において生じた国際私法・国際民事訴訟法に関する問題を報告するものである。ここで取り上げる論点はもとより限られたものであり、また近時の実務上の諸問題を概観しそこから重要なものを選択しようとしたものではない。取り上げた事例は筆者又はそのパートナーが実務において経験したものである。

法律実務家からの報告は、法の適用を受ける者からの法への反応であり、現在適用されている法や法解釈の変更へのニーズの報告である。本稿が、理論と実務のひとつの架け橋となり、国際的企業活動における問題により妥当な解決を与えようとする要請をくみ取りつつ、国際私法・国際民事訴訟法の論点を考察することの必要性を、あらためて認識する機会を提供することができれば幸いである。

## 2 三つの事例と国際私法の論点

三つの事例において、それぞれ、(1)事実関係及び依頼者の課題、(2)国際私法又は国際民事訴訟法上の論点と依頼者にとっての問題点、及び(3)実務において採られた問題点の処理方法及び結果、を報告する。なお、すべての事例について、事実の記載においては、関係者の名称を架空の名称に変え、また事実を適宜簡略化している。

## 事例1 国際的企業活動をする者についての国際裁判管轄と 当事者自治の範囲

### (1) 事実関係及び依頼者の課題

期間10年（更新拒絶の通知なき限り更新される旨の自動更新条項付）の独占的代理店契約を期間満了時にメーカー（「A社」）に更新拒絶された代理店（「AJ社」又は単に「日本法人」という。）に多額の損害が生ずる事例。AJ社が依頼者。代理店の営業する国の公序に基づく代理店保護のための判例又は法律は、他国の法を準拠法として選択することによってその適用を免れるか。

AJ社はおそらくA社（米国法人）の製品をA社の商標で販売するために設立され、AJ社の営業はこれまでも現在もこれに限られている。日本全国に20店舗、従業員100名をかかえている。代理店契約の準拠法はニューヨーク州法で、日本法人は同契約中でニューヨーク州の裁判所の管轄に服する合意をしている。同州の法律事務所の意見書を取ったところ、ニューヨーク州法では、代理店保護の法律も判例もなく、日本法人は、同契約書に規定された「契約終了時にA社は契約終了による損害の賠償責任を負わない」旨の条項の文言<sup>(1)</sup>通りに、廃業に伴う損害・損失についてA社に対して何らの請求権を有しないという。代理店契約の終了により、AJ社はA社商品の供給を断たれ廃業することになる。店舗の閉鎖に伴う建物賃貸借契約の中途解約、及び従業員を解雇するための費用など、事業の廃止に伴う損害を如何にしたら最小にすることができるか。A社は、これまでAJ社を通して日本で自己の商号と商標を用いてA社商品の市場を開拓してきた。A社は自ら日本に新たな法人を設立して、AJ社の廃業後直ちに、この日本子会社の店舗でA社商品を販売し、日本市場でのA社商品の販売を継続する計画である。

### (2) 国際私法又は国際民事訴訟法上の論点と依頼者にとっての問題点

代理店契約の契約終了時に代理店が被る損害を回復させ契約終了後一定期間のうべかりし利益の損失補償を認めて、代理店を保護する日本の判例法理があ

る<sup>(2)</sup>。本件のA社との交渉において、A社の免責条項の効力について日本法を適用して、同条項は、日本における社会的妥当性を欠き公序良俗違反により無効と主張する余地はないだろうか。仮に、かかる保護を実現することに何らかの困難が伴うとしても、メーカーとの交渉においてその可能性を指摘して、交渉を有利に導く交渉材料として使いたい<sup>(3)</sup>。

(イ) ニューヨーク州裁判所における損害賠償請求訴訟

ニューヨーク州の実質法によれば、日本法人は敗訴することが予想される。本件は、日本法によれば公序良俗違反により代理店を保護し損害・損失の賠償を認めるべき場合であると仮定したとき、これをニューヨーク州の裁判所で適用させる法理はないか。これは米国国際私法の問題である<sup>(4)</sup>。

(ロ) 日本の裁判所における損害賠償請求訴訟

結局日本で請求訴訟を起さなければ、損害・損失の回復を計ることが出来ないか。

① 国際的企業活動をしている者に対する国際裁判管轄の判断基準

(i) 本件請求訴訟で日本の裁判所は裁判管轄を認めるか。

本件請求は当事者間の契約関係から派生した請求であるが、営業所所在地、義務履行地など国内土地管轄ルールをあてはめただけでは、裁判管轄を認めないことになろう。「被告がわが国となんらかの法的関連を有する事件については、被告の国籍、所在の如何を問わず、その者をわが国の裁判権に服させるのを相当とする場合のあることも否定し難いところである」という判例の言う基本に戻って、国際裁判管轄を認める立場を取らなければ、本件請求訴訟の裁判管轄は認められない<sup>(5)</sup>。日本でビジネスをしているときは、日本に国際裁判管轄を認めるべきである<sup>(6)</sup>。いかなる場合に日本でビジネスをしていると認定すべきかが問題であるが、被告の所在地にとらわれることなく、現代のクロス・ボーダーな国際的企業活動の実態及び証拠収集に資する情報処理技術の進展を見極めて認定すべきであろう。

国際的企業活動をしている当事者から見ると、国際裁判管轄の認められる範囲を主権の及ぶ範囲と同一とするという考え方は、予想に反する

ことであろうと思われる。ある国と何らかのコンタクトをもてば、それに応じてその国の国際裁判管轄に服するのは当然である。グループの一人社を通じて、何らかの形で特定の国でビジネスをしていれば、その国の裁判管轄に服することは覚悟していることであろう。適切な防御の機会が与えられることが重要であるが、正常な交通・通信機能があれば、著しく防御の機会が奪われるという場合は考えにくい<sup>(7)</sup>。

- (ii) 本件の管轄合意が、契約両当事者ともニューヨーク州の裁判所の専属管轄に服するとの合意であれば日本の裁判所が管轄を認める余地はないか。

最判昭和50年11月28日、民集29巻10号1554頁は、国際的専属管轄の合意が「はなはだしく不合理で公序法に違反するとき等の場合」にはこれを無効とする余地を認めている。A社の目的は、日本の裁判所の管轄に服することを避けることにある。A社が日本でビジネスをしていると認定された場合、これは判例のいう、「はなはだしく不合理で公序法に違反するとき等」にあたるか。可能性はあると考えるべきであるが、裁判所の判断の予想は極めて困難である。

## ② 私的自治の原則の適用範囲の制限

本件代理店契約と密接な関係を持つ法域は日本であり、当事者自治の原則は日本の公序により制限を受け、日本の裁判所は日本の公序に関わる問題については、当事者の選択した準拠法に拘わらず日本法を適用すべきであるという法理を主張したら、日本の裁判所はこれを認めるか。ここでいう当事者自治の制限は、当事者自治の範囲を任意法規の分野に限定しようとするものではなく、絶対的強行法規の特別連結理論を念頭においている。国際的企業活動において締結される契約の準拠法の決定における当事者自治の範囲の問題である。国際的企業活動を行う者は、企業活動を行う法域の公序により、当事者自治の制限を受けるべきではないかという問題である。当事者間の契約で任意にその適用を排除し得ないその国の公序があるときは、準拠法として他国の法を選択することによってその適用を免れることを許すべきではないのではないか<sup>(8)</sup>。

国際的企業活動をする会社にコンプライアンス（法令遵守）が求められていることからすれば、絶対的強行法規（国際的強行法規）を積極的に認めていく

べきであると主張することが考えられる。本事例においては、民法90条の公序則は、それが本事例に適用されて本件代理店契約の免責条項を無効とし代理店を保護する結果となるそのような公序に関する限り、絶対的強行法規にあたると主張すべきことになろう<sup>(9)</sup>。

### ③ 代理店保護の法理は通則法42条の公序か

日本法では代理店保護は、契約当事者間の契約に任された問題か。中南米諸国の代理店保護法では、当事者自治に任せておけない問題であるという立場を取っている。ニューヨーク州法を適用した結果のAJ社の請求棄却は、日本の公序に反するかという問題である。仮に、日本法によれば公序則の適用により代理店を保護すべきであると判断される場合でも、ニューヨーク州法の適用結果は、日本の裁判所により排除されない可能性が高い<sup>(10)</sup>。

(イ) 上記(イ)と(ロ)のいずれの場合にも、日本法の認める損害賠償の額はきわめて低額に留まる恐れがあり、法的論点について裁判所の受け入れる主張を固め法的手続きをとるための時間とコストに見合わない恐れが強い。法的論点について裁判所の判断が明らかでないこと、日本のマーケット・シェアを維持するために将来を見すえた態勢を迅速に構築することが当事者双方の利益に資するという事情も重要である。

### (3) 実務において採られた問題点の処理方法及び結果

日本の判例法理に基づく請求権やそれを実現するための法的手続きをA社に指摘することなく、AJ社の株式全株の売却を申し入れた。A社は、株式の購入には同意しなかったが、20店舗中10店舗の営業の譲り受けに同意した。日本法の援護があれば、日本法人及び従業員らの損害をさらに小さくすることが可能だったかもしれない。

## 事例2 準拠法の分割指定と準拠法の変更合意

### (1) 事実関係及び依頼者の課題

甲造船会社（日本法人）と乙船舶会社（日本法人）は、日本法を準拠法とする船舶建造契約を締結した。乙は、船舶建造中にこの契約上の注文者の地位を

英国法人たる銀行（以下単に「英国銀行」という。）のA子会社と入れ替わり、A子会社から船舶を賃借して運行することによって、船舶建造のための資金調達コストを下げる計画をたてた。乙が依頼者。英国銀行とA子会社は、このファイナンスのための船舶建造契約の Novation Agreement（以下「Novation Agreement」という。）その他の一連の契約のすべてについて準拠法を英国法とするよう要請した。英国法を準拠法とする Novation Agreement によって、船舶建造契約の注文主を変更してA子会社を注文主とするために、船舶建造契約の準拠法をあらかじめ日本法から英国法に変更しておくことを求めたが、甲と乙はいずれも、船舶建造契約の準拠法の日本法から英国法への変更を拒否し、英国銀行及びA子会社はこれを受け入れた。日本の国際私法上、日本法を準拠法とする船舶建造契約の更改は日本法を準拠法として行うことを要するから、更改は日本法を準拠法として行うことが必要となり、英国銀行とA子会社はこれに同意したが、Novation Agreement 中に信用供与の判断の基礎を形成する Representations and Warranties、支払に関する条項及び仲裁条項等を入れることを求め、これらの準拠法を英国法とすることを求めた。

英国銀行及びA子会社はまた、船舶の建造を管理する能力を持たないから、これを乙に任せることとするが、この体制に不安を覚えたときなどに、乙の所有するB社への再更改（Further Novation）を行う選択権を得て、その裁量でこれを行行使することにより、船舶建造契約の注文者の地位から逃れてA子会社の同契約に基づくすべての債務を消滅させそれから逃れることができるようにするよう要請した。この再更改（Further Novation）に関して、A子会社はまた、将来の再更改（Further Novation）による自己の契約上の債務の消滅とB社の新債務の成立の第三者対抗要件を、更改契約の時点であらかじめ備えることを要請した。A子会社の選択権が行使されて再更改が現実に起こる前に、かかる第三者対抗要件をあらかじめ備えなければならない。準拠法の分割指定により日本法による更改をしたうえで、再更改（Further Novation）に関するこれら二つの要請を満足させることがA子会社及び依頼者を含む取引関係者の課題である。なお、紛争はロンドンを仲裁地とするICC仲裁に付する旨の仲裁合意がある<sup>(11)</sup>。船舶建造契約の更改と再更改のそれぞれの当事者を図示すると、別紙

1 のようになる。

## (2) 国際私法上の論点と依頼者にとっての問題点

### (イ) 契約準拠法の分割指定

Novation Agreement 中の更改についてだけ船舶建造契約の準拠法たる日本法によることとし、その他の事項の合意については英国法を準拠法とすることができるか。これが国際私法上有効でなければ、取引関係者の要請を満たすことはできない。これは準拠法の分割指定か<sup>(12)</sup>、それは有効かが国際私法上の論点である。

契約準拠法の分割指定は、国際私法上これを有効に行うことができるとの立場をとってよいと考えた。分割指定を行うにあたっては、二つの単位法律関係を作るために、契約を明確に分割することが実務上工夫を要するところである。

### (ロ) 日本法を準拠法とする船舶建造契約の再更改の第三者に対する効力

上記(1)で述べた将来の再更改 (Further Novation) に関する二つの要請のうち、再更改予約完結権の行使による再更改の第三者に対する効力は、日本法によって判断されるか。これは国際私法上の論点である。

この国際私法上の問題については、再更改の効力は更改後の船舶建造契約の準拠法である日本法によるところ、その第三者に対する効力についても、当事者の交替による契約債権・債務の包括的な消滅と発生の問題として、契約準拠法たる日本法により決定されると判断し、日本法に従って第三者対抗要件を備えるべきであると考えた。

日本法上、再更改による A 子会社の債権の消滅と B 社の新債権の成立の対抗要件を Novation Agreement 締結時に、即ち再更改が起こる前に、具備する方法はあるかが次に問題になるが、この問題は、国際私法上の問題でなく、日本の実質法の問題である。

日本法に従って第三者対抗要件をあらかじめ備えることができるかという実質法上の問題について、再更改が現実に起こるまではこれを具備する方法はないとの結論を得た<sup>(13)</sup>。そのため、債権債務の発生の準拠法を日本法でなく英国法とするほかない。

船舶建造契約の準拠法を日本法のままとしたときには再更改の第三者対抗要件をあらかじめ満たすことができないと判断したために、甲と乙に船舶建造契約の準拠法を英国法に変更するよう再度要請して、船舶建造契約の準拠法を日本法から英国法に変更したうえで、英国法を準拠法とする Novation Agreement を締結することとした<sup>(14)</sup>。上記(イ)の分割指定は不要となった。このような展開は、取引関係者の予想しなかったところである。依頼者を含めて取引関係者にとっては、クロスボーダーな金融取引において、関連する問題についての法が国によって異なることが望ましいが、これは当分解決する見込みのない課題である。

(イ) 船舶建造契約の準拠法の変更合意の成立及び効力の準拠法

船舶建造契約の準拠法を変更する合意の成立及び効力の準拠法はどこの国の法か。法廷地国際私法か。当事者の選択する準拠法か。準拠法選択合意の成立及び有効性の問題は、準拠法選択合意の対象となる契約の成立・有効性の問題とは別個の問題であるものの、当事者の選択した実質法により決定されるとする説（準拠法説）が最近有力であるようである。従来の多数派説は、法廷地国際私法が独自に決定すべきものとする<sup>(15)</sup>。これらの問題を念頭において、どのような内容の法律意見を得ておくのがよいか。

(3) 実務において採られた問題点の処理方法及び結果

(イ) 契約準拠法の分割指定

Novation Agreement のために下記の分割指定条項のドラフトを用意したが、上記(2)(ロ)の理由で、船舶建造契約の準拠法を日本法に変更したうえで英国法を準拠法とする Novation Agreement を締結することとしたため、これは不要となった。

10 GOVERNING LAW AND JURISDICTION

**10.1 English Law and jurisdiction.** This Agreement (other than Clauses 3.1, 7.1, 7.2, 7.3, 7.9 (a) and 7.10) shall be governed by and construed in accordance with English law. The courts of England shall have jurisdiction to settle any disputes arising out of or by virtue of all provisions of this Agreement.

**10.2 Japanese Law.** Clauses 3.1, 7.1, 7.2, 7.3, 7.9 (a) and 7.10 shall be governed by and construed in accordance with Japanese Law.

(ロ) 船舶建造契約の準拠法を日本法から英国法に変更する合意

船舶建造契約の準拠法を英国法に変更するために別紙2の準拠法を変更する合意条項のドラフトを作成した。

準拠法の合意の成立及び有効性の問題（その私法上の拘束力ないし効力の問題）と、その合意による国際私法上の効力の問題は別個の異なる問題である。前者の問題につき、国際私法独自説では、指定行為の有効性は、いずれかの国の実質法により決定されるべき問題でなく、法廷地国際私法の解釈により決定されるべき問題であるとする。しかし、合意の結果生じる国際私法上の効果は法廷地の国際私法により決定されるが、合意の成立は契約の準拠法によるのが当事者の意思であろう。ここでの合意は、日本法を準拠法とする指定を撤回する合意と英国法を準拠法として指定する合意を含んでいる。準拠法を指定する合意の有効性は、指定された法による準拠法説（効果法説）によれば、前者の撤回の合意は日本法、後者の準拠法指定の合意は英国法によることになる。従って、この準拠法の変更の合意の有効性について、それぞれ日本法と英国法の法律意見が必要となる。ロンドンを仲裁地とするICC仲裁合意があるから、仲裁廷は英国国際私法を適用してこの準拠法の変更合意の効力を判断することが予想される。準拠法として日本法を指定し、後にこれを撤回して英国法を指定した合意のすべてについて、英国法（英国国際私法を含む。）上その成立と効力が認められるとの法律意見を得ておくべきであろう<sup>(16)</sup>。

### 事例3 公益的事業を行う外国法人の認許

#### (1) 事実関係及び依頼者の課題

公益的事業を行う外国会社が、民法35条1項の「外国会社」として外債発行主体としての資格が認められるか、また金融商品取引法による開示の目的で「国際機関又は政府関係機関等」に該当するかが問題となった事例。

「予防接種のための国際金融ファシリティ」(International Finance Facility for

Immunisation Company) (以下、「IFFIm」という。)は、英国会社法に基づく株式資本を有しない無期限の非公開保証有限会社であり、慈善団体として英国チャリティー委員会に登録されている。IFFImは、国連ミレニアム宣言の第4である2015年までに5歳未満の幼児死亡率を3分の2引き下げるという目標達成のために、GAVI (Global Alliance for Vaccines and Immunisation: ワクチンと予防接種のための世界同盟)が行うワクチン・予防接種の実施のために必要な資金調達を行う役割を担っている<sup>(17)</sup>。IFFImは、各国との協定の下に、各国から寄付を受け、それを返済原資として資金調達を行っている。IFFImは、GAVIから提案されたプログラムに基づいた資金調達を行うことができるかについて、財務マネージャーである世界銀行の意見に従うことになっている。

A証券会社は、ユーロ市場で発行されルクセンブルグ証券取引所に上場される、IFFIm発行債券(ワクチン債)の売り出しを日本で行いたい。そのためには、IFFImが日本法により外国法人として認許されていなければならない。また、金融商品取引法に従った債券発行体の開示については、外国での取り扱いの例にならってソブリン適格性を満たしているものと認められるべきであると考えている。筆者の所属法律事務所のパートナーが、IFFImの有価証券届出の代理人。日本法に関する法律意見書の当局への提出は、日本法上義務づけられていない。

## (2) 国際私法又は国際民事訴訟法上の論点と依頼者にとっての問題点

### (イ) IFFImは、民法35条1項の「外国会社」か

英国会社法に基づく会社であるが、営利を目的とする事業会社ではない。営利を目的としない外国会社が、民法35条1項の「外国会社」に含まれるとしなければ、IFFImは日本法により「外国会社」として認許されないことになる<sup>(18)</sup>。

近時、国の内外を問わず営利を目的としない団体、法人が重要な役割を果たすようになってきており、またそれらを認めるための法的整備も進んでいる。このような状況を踏まえて民法35条1項を解釈し、日本法が認許する外国法人に、営利を目的としない外国会社が含まれるとしてよいか。

### ① 民法 35 条 1 項

民法旧 36 条 1 項は、外国の公益法人は認許しない趣旨であるとされていた<sup>(19)</sup>。この民法旧 36 条は、一般社団法人及び一般財団法人に関する法律及び公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律（平成 18 年 6 月 2 日法律第 50 号）により、現行の民法 35 条に変更され旧 36 条 1 項の「商事会社」は 35 条 1 項で「外国会社」に改められた（平成 20 年 12 月 1 日施行）。この「外国会社」の解釈が問題となる。民法 35 条 1 項の「外国会社」の意味は、会社法にいう「外国会社」の意味を参酌しつつ、民法 35 条の立法の背景及び外国法人の認許の意味を総合して、これを探求すべきであろう。

### ② 会社法の「外国会社」の意味

会社法（平成 17 年 7 月 26 日法律第 86 号）は「外国会社」を定義して、「外国の法令に準拠して設立された法人その他の外国の団体であって、会社と同種のもの又は会社に類似するものをいう。」と規定している。江頭教授は、「日本法は、外国の非営利法人を認許することには消極的であるが（国及び国の行政区画以外は、原則として認許しない）、外国会社は当然に認許され（民法 35 条 1 項）」るという<sup>(20)</sup>。「外国会社」は、その定義から「会社と同種のもの又は会社に類似しているもの」でなければならない。そこで会社法でいう「会社」に営利を目的としないものが含まれると解されるかが問題となる。

「会社（外国会社を含む。）」がその事業としてする行為及びその事業のためにする行為は、商行為とされ（会社法 5 条）、「営利」の目的と「株主の利益最大化」が会社の原則であるとされる<sup>(21)</sup>。しかしこの会社の原則が例外を伴った緩い原則である<sup>(22)</sup>ことに着目すれば、会社は必ずしも営利を目的とせず主として公益目的で設立される余地がある<sup>(23)</sup>。

会社法 105 条 1 項、2 項は、株式会社について、利益配当請求権と残余財産分配請求権の全部を否定する定款の定めは、その効力を有しないと規定している。持分会社については、利益の配当、出資の払戻し、残余財産の分配のいずれについても、定款で定めることができると規定されている（会社法 621 条、624 条、666 条）にとどまり、株式会社の定款についての上記の趣旨の規定はな

い。会社法の「外国会社」の定義にいう「会社と同種のもの又は会社と類似しているもの」は、組織形態ばかりでなくその目的においても会社法の「会社」と同種又は類似のものをいうと解するのが、妥当な解釈であろう。「外国会社」を会社法の対象としてその規律に服させている以上、同法の対象となる日本の会社とその基本的な目的ないし性質においても同種、同類のものを意味していると解されるからである。IFFImは、ワクチン債の発行により民間投資を受け入れていることから、この資金調達と利息の支払いによって、営利活動の一構成員となっているといえよう。ワクチン債の発行目論見書によると、IFFImのメンバー（株主のことであろう）は、GAVIファンド（米国ワシントン州で登録されている非営利団体）とGAVI財団（スイス法に基づき財団として設立された慈善事業体）でありいずれも非営利目的の団体であるが、IFFImが株主の利益配当請求権と残余財産分配請求権のすべてを否定する会社であるかどうかは明らかでない。

IFFImが会社法にいう「外国会社」に当たるかどうかを判断するに当たり、さらに会社法の「会社」が現実にもどのように使われる余地があるかを、検討してみよう。株主の利益配当請求権の全部を否定して、残余財産分配請求権のみを株主に認める会社を設立し、もっぱら非営利事業のみを多年にわたって営み、わずかの残余財産を残すのみで財産のほとんどを非営利事業に投入する会社は、会社法に反しないであろう。このように考えると、株主の利益配当請求権と残余財産分配請求権のすべてを否定する定款であってはならないという、上記の会社法の要件は、会社をもっぱら公益目的で設立しもっぱら公益目的の事業を行うことに対する、現実の制約にはならないようにみえる。会社法がその営利性について、この程度の要件しか課していないことからすれば、IFFImが会社法にいう「外国会社」であるために設立準拠法上要請される営利性の要件は、きわめて緩いものであってよいと考えられる。

### ③ 公益法人関係法

公益法人三法の施行の結果、行政庁の公益認定を受けない「一般社団法人」と「一般財団法人」が存在することとなった。日本法上、法人は、「学術、技芸、慈善、祭祀、宗教その他の公益を目的とする法人」、「営利事業を営むこと

を目的とする法人」に限定されることなく（民法33条）、一般社団法人及び一般財団法人に関する法律（以下、「一般社団・一般財団法人法」という。）の定めるところにより「その他の法人」（民法33条）の設立が認められる。法人の「目的」について、一般社団・一般財団法人法は、別段の制限を設けていない。この結果、日本法はいまや、公益を目的とすることを、法人設立の要件としていない。私的な目的の法人設立も広く認められている。

一般社団法人の社員に剰余金又は残余財産の分配を受ける権利を与える旨の定款の規定は無効で（一般社団・一般財団法人法11条2項）、社員総会で剰余金の分配を決議することはできない（同法35条3項）が、一般社団法人及び一般財団法人の精算においては、残余財産の帰属は、定款の定めにより決まらないときは、精算法人の社員総会又は評議員会の決議により定めることとなっている（同法239条2項）。これによると一般社団法人の場合は、精算時に社員に残余財産を分配することができ、それに要請される非営利性の程度は会社法の「会社」と類似している。

#### ④ 認許の趣旨

外国国家行為により設立された外国法人のうち、民法35条1項に規定されたものが日本法上の法人としての資格が与えられる。民法35条の「認許」はこの趣旨である。

民法35条1項により自動的に認許され日本法上法人格を認められる外国法人の範囲は、明確でなければならない。民法35条1項は、「外国会社」以外の「法人」を同項本文による認許の対象から除外する趣旨であることは明らかである。認許される外国法人の範囲は明確でなければならないとの、上記の要請から、民法35条1項の「外国会社」は、原則として、会社法にいう「外国会社」と同一の意味であると解すべきであろう。

会社法は会社による非営利事業を広く認めていると解される。また、会社以外の法人については、その非営利事業の内容を法律によって規制することなく、それを法人組織で行うことを広く認めている。これを総合すれば、日本法上法人の事業は、営利事業であっても非営利事業であっても、いずれでも良いことになる。営利事業は会社により、非営利事業は会社以外の法人によるとの区別

は、一般的には認められるものの、それは法令上厳密な区別とはなっていない。外国の「公益」は必ずしもわが国の公益とは限らないとして外国公益法人を認許しない旧民法36条1項の考え方は、このような現行日本法のもとでは、変更されていると解すべきではなかろうか。会社法の「外国会社」の事業が広く非営利事業を含むことを会社法が許容していることは明らかである。外国法人の認許についての従前の考え方からの継続性をできるだけ生かす方向の解釈を取るべきであるとの立場から、民法35条1項の外国会社を、会社法の「外国会社」の範囲よりも狭く解して、非営利事業を目的とした会社を含まないとする解釈は、35条1項の文言からはなれた解釈であって、認許された外国法人の範囲を不明確にするという問題をとまなう。

IFFIm の設立準拠法と定款を子細に検討する必要があるが、IFFIm が、会社法の「外国会社」に該当し、従って35条1項によって認許されていると解する余地があると考ええる。

(ロ) IFFIm は、「条約の規定により認許された外国法人」か

IFFIm は、日本が締結している条約をその直接の設立根拠としていない。しかしながら、各国ないし国際機関との一連の契約に従って、これらの定める公益的な事業のための資金調達に従事している。かかる実情に合わせて、民法35条1項の「条約の規定により認許された外国法人」を広く解釈して、IFFIm がこれに該当すると解することができるか。

「条約自体に準拠して法人として設立されたものではなく、締約国のうちの一国の法律に準拠して設立され、条約は単に認めるに過ぎないという形態の国際法人」も、認許されるとの見解がある<sup>(24)</sup>。この見解によってIFFIm が外国法人として認許されているとするためには、IFFIm の存在を認めている条約があることが前提となるが、この点は確認していない。

IFFIm の事業目的が、国連ミレニアム宣言の目標達成のためであることから、多国間で認められた公益性を有する外国法人であると認められる。それゆえ、多国間条約を設立根拠とする公益法人と類似する性質を有するものとして、35条1項但書きの「条約の規定により認許された外国法人」に当たると解される余地はないか。

(イ) 上記(イ)と(ロ)のうち、いずれが実務上説得力があり迅速な問題の解決に導くであろうか。(イ)④の「外国会社」の解釈は、「公益は国によって異なり、外国の公益は、必ずしもわが国の公益にあらず」という外国公益法人原則不認許の根拠となっている考え方を捨て去ることを意味する。そのため、説得力のある根拠と資料の提出が求められるであろう。また、それが受け入れられないときのリスクを検討しておかなければならないだろう。それに比べると、(ロ)の議論は、本件では多国間で広く受け入れられている公益を目的としているので、解釈の筋道を示すことができれば、受け入れてもらえるとも期待される。

### (ニ) ソブリン適格性

金融商品取引法のソブリン適格性は、同法の開示規定の解釈により決められるものである。この目的では、ワクチン債が、債券の返済資金を国家との協定に依存していること及びもっぱら国際機関がその業務を遂行していることから認められる実体に基づいて、同法2条17号の有価証券に該当し外国債等の発行者の内容等の開示に関する内閣府令の定義する「外国債等」にあたと解してよいか問題である。ソブリン適格性が認められないと、他の国におけるワクチン債発行のための開示と異なり、IFFImは民間企業に求められる開示を求められる<sup>(25)</sup>。

### (3) 実務において採られた問題点の処理方法及び結果

日本における債券の売り出しが認められ、また「発行者が国際機関又は政府関係機関等である場合」に当たるとして金融商品取引法上のソブリン適格性が認められた<sup>(26)</sup>。

この金融庁の取扱いによると、IFFImは、金融商品取引法の求める債券発行体の開示の目的では、「国際機関又は政府関係機関等」に該当しその発行する債券は同法2条17号の「特別の法律により法人の発行する債券(同条3号)の性質を有するもの」に該当すると解釈したものと考えられる。民法35条1項の「外国会社」と「条約の規定により認許された外国法人」のいずれにより認許されていると解釈されたかについては、必ずしも明らかでない。しかしながら、ソブリン適格性が認められたことから、「条約の規定により認許された

外国法人」と認めたものと理解される<sup>(27)</sup>。

日本法により認許された外国法人の範囲が明確でなければ、外国法人の日本法上の地位が明確でないことが起こる。それは実務上の重要な障害となる。外国法人の取り扱いについての、外国法を含めた法律の変遷と現在の取り扱いをも踏まえた、民法35条1項の研究が待たれる。

### 3 おわりに

実務においては、案件を取り扱う中で、国際私法の問題点を考え、案件が終わると問題点について検討したことは過去のこととなり、次の案件に取り組むという連続である。法科大学院ができて、国際私法・国際民事訴訟法を教えるようになって、判例や教科書を概観して、実務のなかで実際に会った問題がいかに多いかに驚かされた。三つの事例の報告から、国際私法の論点、国際企業活動に伴う法律実務において、如何に数多く検討をせまられるかを伝えることができなければ幸いである。

三つの事例のそれぞれに関連して、事案の法的論点の背後にある課題について、法律実務家の立場から意見を付け加えてみたい。

事例1では、契約の当初から予想されるべき紛争について、それが現実に起こったときに如何にして、これまで当事者を規律してきた契約関係を清算し、それぞれに新しい道を見出すべきかが問題である。当事者の契約の合意を言葉どおりに守らせるニューヨーク州法も、信義則や公序良俗を理由にわずかばかりの損害回復を認めるにも躊躇すると思われる日本の裁判所のいずれも、この問題を適正に処理する能力を持たないと評価されるのではなからうか。

事例2では、準拠法の分割指定、準拠法の変更合意、実質法的指定など、ともすれば実務では問題になりそうもないと思われがちだが、実務上現実に用いられていることを報告したものである。そこで述べたように、契約のドラフトの内容が変更されていったが、その過程で日本と英国の弁護士がそれぞれの国の国際私法の内容を説明しつつ議論を深めていったことが理解されると思う。このように複数の法域に関係する取引を扱う実務では、外国の法律家と国際私法の議論を英語でする能力が求められることが少なくない。日本の法律家

がそのような能力を備えるためには、そのための教育の充実に取り組むことが求められる。

事例3では、外国法人を国内法で法人として認めるか、の問題である。外国公益法人原則不認許のままで、日本法は法人の活動の国際化に対応していけるであろうか。各国の法を準拠法としてその適用を認める、日本の国際私法の考えからすると、外国法が法人として認める団体を、日本法はむしろ原則、認めてよいのではなかろうか。

国際的に企業活動を展開する企業は、経済合理性という道しるべに従って、複数の国で行動する。国境を越えた活動は、その顧客である個人のレベルでも進行している。個人は、国境を越えて、旅行し、ものを買ひ、サービスを受け、仕事をし、投資し、教育を受ける。国境を越えた通信と情報伝播の技術の普及が、これに拍車をかけている。そのような状況のなかで、国際的に企業活動を行う企業は、どこの法律をルールとするか、どこの裁判所で紛争の解決をするか、あるいは紛争の解決をどこの裁判所でもなく特定の仲裁人にゆだねるか、を当事者の選択するところにより、明確にしたいという要請を強めていくのではなかろうか。私的自治への要請が次第に強まっていくのではないかと思われる。それと同時に、法の目的を実現しようとする法の意図からみると、国境をこえて活動する者は、活動するそれぞれの地の強行法規を遵守すべきであるという認識も要請も強まるであろう。

国際私法と国際民事手続法は、このような変化にどのように答えていくのであろうか。

## 別紙一覧（末尾）

別紙1 船舶建造契約の更改契約及び再更改契約の当事者

別紙2 船舶建造契約の準拠法を変更する合意条項のドラフト

- (1) 代理店契約にこの趣旨の条文があるのは、むしろ一般的である。本件の代理店契約がもはや手元にないため、英文契約条項の詳細は不明である。下記の条項が同旨の条項の例である。

No compensation or indemnity shall be payable by Supplier upon cancellation or termination or expiration of this Agreement, or upon refusal by Supplier to agree to an extension of this Agreement or to enter into a new agreement, and Agent shall not be entitled to, and does hereby waive any right to claim from Supplier for any goodwill or otherwise which may be created during the term of this Agreement.

- (2) 日本の判例は一般に、代理店契約に伴う継続的商品供給契約のメーカーによる解約について、代理店が被る損害の賠償責任を認める（例えば、東京地裁昭和56年5月26日判決（判例時報1020号64頁））。これらは本件と異なり契約期間の定めのない契約で解約による責任に関する規定がない事例のようである。このような事例での継続的商品売買契約の取引解消者の契約上の責任について、岩城謙二、新版注釈民法(4)債権(5)、有斐閣（2003年）89頁-112頁は、継続的な関係にある者に要請される信義則をその根拠とする。事例1のようなメーカーの免責条項があるときは、この条項の効力を争うことが必要で代理店はこの条項が公序良俗違反により無効であると主張することになろう。
- (3) 国際私法又は国際民事訴訟法上の論点に入る前に、日本法が準拠法だったと仮定して、本件で日本法人の保護を求めることができるかという民法上の問題がある。本稿での議論においては、本件代理店契約中の、契約終了時にはA社は代理店に何らの支払いをする義務を負わない旨の契約は、両当事者の営業の実態やそれに基づく将来の営業に関する当事者間の理解等（例えば、マーケット・シェア拡大の目的で、メーカーが代理店に多額の設備投資を要請するなど）を総合すれば、民法90条が適用されれば同条違反で無効であるとの裁判所の判断を得られる見込みがあることを前提とする。日本法上、裁判所のこのような判断を得ることは容易でないが、仮に事例1の事実関係の下に日本法を準拠法とする契約中のかかる免責条項の効力について法律意見を求められれば、その契約文言に従った効力は民法90条の公序則による制限を受ける可能性があると指摘することになろう。契約期間の定めがある場合でも当事者双方があたかも期間の定めがないかのような行為をかさねていることが少なくない。店舗の改良・増床や出店計画又は広告宣伝などについて長期間にわたり毎年行われるメーカーと代理店の日本でのマーケット・シェアを高めるための戦略協議、それらによって生じた継続的供給を受けるであろうという代理店の期待、代理店の営業によって形成されてきた日本のマーケットをメーカーが代理店契約解消後無償で事実上引き継ぐことになること等に配慮すれば、免責条項の適用結果と損害との乖離が過大であり、メーカーに一方的に有利であることから、契約内容を公序良俗規範によって制限すべき場合

にあたとされる可能性がある。森田修，新版注釈民法(3)総則(3)，有斐閣(1993年)94頁以下は，公序良俗違反の契約類型として過大な損害賠償額の予定を論ずるが，本件のような免責条項は取り上げていない。なお，南米諸国に広く認められる代理店保護法は，外国のメーカーからの自国の産業保護も目的の一つであるようで，当事者間の契約に拘わらず適用される強行法規である。

- (4) 米国の Restatement (Second) of Conflict of Laws § 187 (2) (b) は，当事者による準拠法の指定がなければ適用される州法の“fundamental policy”に反する法の選択を禁じて当事者自治を制限している。そのコメント g で，“fundamental policy”の例として，「優越的地位にある者の圧力からの他方当事者の保護を目的とする法律に含まれていることがある」と述べているが，かかる制限の内容は明確でない。ニューヨーク州の裁判所が日本の民法90条の公序則による保護を“fundamental policy”にあたと判断するかどうかについては，本事例でさらにニューヨーク州の法律事務所の意見を求めて調査することはしていない。

ちなみに日本の国際私法での考え方を考察してみると，日本の国際私法では，外国公法の適用の可能性に加えて，法廷地の強行法規の適用を認めて当事者自治の原則に対する制約を認める見解がある。日本の絶対的強行法規（又は国際的強行法規——私法であるにも拘わらず，準拠法の如何に関わらず適用される法規であって，通則法42条の公序とは異なるもの）を日本の裁判所が適用すべきだとする議論である。法例研究会「法例の見直しに関する諸問題(1)」別冊 NBL No. 80，商事法務(2003年)66頁。国際的企業活動を行う者は，企業活動を行う法域（最密接関係地の法）の絶対的強行法規を遵守すべきであるとの考えから，外国の絶対的強行法規についても法廷地の裁判所がこれを適用すべきであると考えられないであろうか。この考え方を米国国際私法についての主張に用いれば，日本の強行法規（民法90条の公序則）は絶対的強行法規であるとしてこれをニューヨーク州の裁判所が適用すべきであるとの主張になる。

- (5) 国際裁判管轄についての基本的な考え方については，最判昭和56年10月16日，民集35巻7号1224頁。なお，不法行為責任を問う構成をとれば，日本に国際裁判管轄が認められる余地がある。代理店契約に基づくチーズパウダーの継続的供給を停止した東京地裁平成11年5月28日判決（判例時報1727号108頁）の事案では，外国メーカーを被告に加えて契約に基づく損害賠償責任を追及することをしていないが，契約責任を追及しようとする裁判管轄権が障害になったのであろうか。外国メーカーの関係者の証言を得ていないことが，供給停止に至る事実の認定の障害になっていることが判決文からうかがわれ，そのままでは適正な紛

争の解決が得られなかった恐れがある。

- (6) 消費者からの訴えについての管轄が問題になっているケースが多いようであるが、米国の裁判所は一般にこの考え方をとっているようである (World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson, 444 U. S. 286 (1980) 及び Asahi Metal Industry Co. v. Superior Court of California, 480 U. S. 102 (1987))。これらの判例の考え方に従えば、日本市場で消費者が購入すると知りながら製品を流通に置いたこと、さらにそのときに日本市場への製品の供給の意図 (日本の代理店経由の製品販売等により認定される。) が加われば、日本の裁判管轄を認めることになる。原告が日本の消費者であるか日本の取引契約の相手方であるかを問わず、自らの意思で日本でビジネスをしていると認定された場合には、判例の言う「わが国となんらかの法的関連」を自ら作り出していると解される。その結果、損害をこうむったと日本の原告が主張する訴訟においては、かかる者を被告として日本の裁判権に服させるのが相当と考えられる事例が一般的であろう。
- (7) 国際裁判管轄について、条約はない。コモンローの国も存在した変化のやまない国際社会においては、国際裁判管轄のルールを多国間条約で定めるのが合理的か疑問である。条約がないために、各国の裁判所の国際裁判管轄は、国際法の規律の枠内で各国の国内法に委ねられている。日本の裁判所の国際裁判管轄に関する法制を整備するための法律案が平成22年10月に国会に再度提出されている。しかしながら、具体的な事案ごとに裁判所の判断にまかせるのが望ましいという考え方もあろう。国際裁判管轄のルールを、日本国の法律により定めると、日本の裁判所の統一的な処理を可能とする利点があるものの、具体的な事案において、日本の裁判制度による原告の権利実現の道を合理的な理由なく閉ざす結果となる可能性を否定できないことに留意すべきである。日本の裁判所はその国際裁判管轄権を広く認めすぎるとの批判はこれまで一般的にないのであるから、日本の裁判所の国際裁判管轄権の存否の判断は、日本国の法律によるのではなく、国際社会の変化に対応するために、裁判所の判断にゆだねるのが賢明であるとの考えがあり得る。国際裁判管轄は、原告に対する日本の裁判所のサービスの範囲の問題であり、被告にとっては日本の裁判所が裁判権の行使により紛争の事案に関与してくる限度の問題である。これを法律により定めておく方がよいのか、あるいは裁判所の判断に任せるのがよいのかの問題である。立法に関与する者の作る一般的規律に依存することなく、裁判所の判断に信頼を置けば、後者を選択することになろう。
- (8) 絶対的強行法規の特別連結を認めて当事者の選択した契約準拠法の適用を制限

する議論である。社会的・経済的な日本の公の秩序にかかわる法規は多数あるが、それらが絶対的強行法規にあたるかどうかについて、あるいはグローバルな企業活動を前提にしたその適用の要件について、定めていないものがほとんどである。いかなる場合に絶対的強行法規と解されるかは、これらの法規についても不明確である。

- (9) 大陸法系の国の法に準拠した契約の解釈は、一般に契約の文言から離れて契約当事者の権利義務を決定する余地を認める。信義誠実の原則、権利濫用、公序、事情変更の原則などによる。これに対して、英米法系の国の法に準拠した契約の解釈は、契約の文言に従って契約当事者の権利義務を決定するようであり、このことが国際取引契約の準拠法として英米法がよく選択される一つの原因になっているようである。最密接関係国が大陸法系の国で当事者が英国法や米国法を指定している場合、国際私法はこのことをどのように評価するのであろうか。民法の公序に関する一般原則の中には、絶対的強行法規があるか。あるとすればどれか。一般的なルールを決めるのは極めて困難で、具体的事案を基礎として初めて何らかのルールを設定できるかもしれない。民法の公序に関する一般原則は、当事者の主張する事実を裁判所が設定するルールを適用することによって実現されることを考慮すれば、民法90条の一般原則自体は、一般には当事者の適用を求める意思表示をまっとう適用する相対的強行法規であると解するのがより適切なのかもしれない。
- (10) 通則法42条の公序による外国法適用結果の排除は、民法90条のいう公序則を適用するのではなく、国際私法により準拠法として決定した他国の法を尊重するという国際私法独自の観点から、外国法の適用結果の反公序性を判断するというのが判例である（米国特許法の適用結果を排除した、最判平成14年9月26日、民集56巻7号1551頁）。なお、外国法を準拠法として指定した契約について日本法の法律意見を求められたときには、通常、契約文言に従った効力は日本の公序による制限を受ける可能性があるとの一般的な限定が付され、外国の当事者はかかる一般的な限定意見に異議をとめない。
- (11) 契約中に全当事者に守秘義務を課する条項がある。従って、(1)の記載以外の契約内容を開示しない。
- (12) 特定の国の法律の一部の規程を契約中に盛り込んだ事例がある。これは「実質法的指定」であるが、本件では更改契約と更改契約以外の契約の準拠法をそれぞれ日本法と英国法とするもので、準拠法の分割指定にあたる。
- (13) 民法515条により確定日付のある証書を作成する必要があるが、公証人は再更

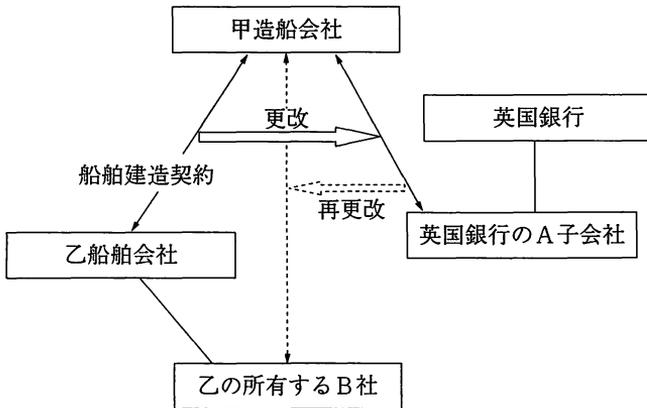
改が現実におこる前にあらかじめかかる書面を作成しない。

- (14) もっとも、再更改によるB社の甲造船会社に対する債権の成立の債務者甲その他の第三者に対する効力については、船舶建造契約の準拠法を英国法に変更し再更改が英国法に従って行われるとしても、日本の国際私法によれば、この債権者の交替の第三者に対する効力の準拠法は、当時の法例12条により、債務者甲の住所地法（即ち日本法）によるとする見解がありえよう。この場合、債権債務の発生準拠法を英国法に変更しても、B社の甲造船会社に対する債権の成立については、日本法に従って第三者対抗要件をあらかじめ備える方法がないからこの日本法上の難点は払拭されない。A子会社の再更改の目的は、船舶建造契約上の注文者としての債務から免れることであるから、この点はA子会社にとって重大な懸念ではない。
- (15) 法例研究会「法例の見直しに関する諸問題(1)」, 別冊NBL No. 80, 商事法務(2003年)20頁-24頁及び溜池良夫, 「国際私法講義第3版」有斐閣(2005年)352頁-355頁参照。
- (16) 準拠法の変更について、道垣内正人「国際契約におけるボイラープレート条項をめぐる若干の留意点(3)——準拠法条項・裁判管轄条項・仲裁条項」NBL No. 872, 商事法務(2008年)96頁-97頁。
- (17) 国連ミレニアム宣言の目標達成のために設立された法人であるが、条約が法人の設立準拠法であるわけではない。
- (18) 平成18年改正前の民法36条1項本文は、「外国法人は、国、国の行政区画及び商事会社を除き、その成立を認許しない。」と規定していた。ここでいう「商事会社」は、商行為をなすを業とする目的をもって設立された社団のみを意味し、外国の公益法人、中間法人、その他の法人格を有する社団、財団は認許しないとの見解が有力であった。しかし、外国会社の認許を広く認めようとする立場から、「商事会社」の概念を狭く解するのは妥当でないとの見解もあった。
- (19) 溜池良夫「新版注釈民法(2)総則(2)」有斐閣(1991年)199頁。
- (20) 江頭憲治郎「株式会社法第2版」有斐閣(2008年)880頁。
- (21) 江頭憲治郎, 前掲19頁-23頁。
- (22) 江頭憲治郎, 前掲22頁。
- (23) 江頭憲治郎・門口正人他編「会社法体系1」, 青林書院(2008年)111頁は、「会社法は、旧商法52条の規定を廃止し、会社の目的に営利性を要求しないこととし、公益事業、例えば、環境保全・病院や学校法人の経営等も株式会社の目的とすることができることとした」という。なお、森淳二朗, 「逐条解説会社法, 第

2巻株式・1」, 中央経済社(2008年)33頁-35頁, に同旨の見解がある。

- (24) 山田鎌一, 国際私法第3版, 有斐閣(2004年)248頁-249頁。
- (25) 金融商品取引法の求める開示について, 「外国の者」の発行する証券で同法2条17号の「特別の法律により法人の発行する債券(同条3号)の性質を有するもの」については, 民間企業の場合と異なり, 外国債等開示府令の第2号様式によることとしている(同府令5条及び1条1号イ)。この第2号様式によると, 発行者は「国」, 「地方公共団体」及び「国際機関又は政府関係機関等」に限られている。IF-Flmが, 金融商品取引法5条1項という「会社(外国会社を含む)」に該当すると解されると, 企業内容等の開示に関する内閣府令8条1項4号により, 同府令の第7号様式による開示が求められることになる。
- (26) 具体的には, 外国債等開示府令の第2号様式に従って作成された有価証券届出書の提出の受理を金融庁が認めたことを言う。
- (27) 上記注(25)参照。

◇別紙1 船舶建造契約の更改契約及び再更改契約の当事者



◇別紙2 船舶建造契約の準拠法を変更する合意条項のドラフト

Article 1 (略)

Article 2 Pursuant to Clause 23 (b) in the Shipbuilding Contract the parties hereto agree that, immediately after the amendments to the Shipbuilding Contract under Article 1 hereof taking effect, Clause 19 (a) in the Shipbuilding Contract shall be amended to read as follows:

“This Contract shall be construed and the relations between the Parties determined in accordance with the laws of England.”

Article 3 (略)

Article 4 (略)

Article 5 This Agreement shall be governed by and construed in accordance with Japanese law but in accordance with Article 2 the Shipbuilding Contract as amended by this Agreement shall be governed and construed in accordance with English law.