

# 国際私法・国際民事訴訟法制の次の課題 — 渉外企業法務の現場から

古田 啓昌  
ふる た よし まさ

アンダーソン・毛利・友常法律事務所 パートナー弁護士

- 第1 はじめに
- 第2 国際私法分野
- 第3 国際民事訴訟法分野

## 第1 はじめに

筆者は、1991年の弁護士登録以来、これまで約20年にわたって、日本の大手企業法務事務所に所属し、主として国際的なビジネス取引やビジネス紛争処理に携わってきた。この間、民訴法の全面改正（平成8年法律第109号）、法の適用に関する通則法（以下「法適用通則法」という。）の制定（平成18年法律第78号）、外国等に対する我が国の民事裁判権に関する法律の制定（平成21年法律第24号）、我が国の国際裁判管轄に関する民訴法・民事保全法の改正（平成23年法律第36号）など重要な立法が行われてきた。本稿では、こうした立法活動の意義を踏まえつつ、渉外企業法務に携わる弁護士の観点から、国際私法・国際民事訴訟の分野で今後の立法が望まれる論点について概観する。

## 第2 国際私法分野

### 1 予測可能性と法的安定性

企業活動を行う上で、予測可能性・法的安定性の確保は、極めて重要な課題である。予測可能性・法的安定性を確保するためには、明確なルールを予め成文化しておくことが望ましい。なるほど、個別案件について実際に紛争が生じた後の紛争解決の場面では、明確なルールが予め成文化されていなくても、関連する法規定の解釈や判例に基づいて、当該個別案件について妥当な解決を図ることも可能である。しかし、法規定の解釈については、判例準則が未形成の領域では、実際に紛争処理の局面に到らなければ、いかなる解釈を裁判所が採

用するか不透明であるという点で問題がある。

また、判例による準則形成も、将来における判例変更の可能性があるという点で問題がある。たとえ当該取引の時点で明確な最高裁の判例があったとしても、当該取引が実行された後に最高裁が判例変更を行った場合には、当該取引が実行された時点における判例準則と、その取引をめぐって紛争が生じて訴訟となった時点における判例準則とが異なることになる。その結果、取引時には当時の判例準則に照らして有効であるという前提で実行された取引が、当該取引を巡る紛争について裁判所が判決をする時点では、変更後の判例準則に照らして無効とされる事態が生じ得る<sup>(1)</sup>。これに対して、制定法でルールを定めた場合には、ルールの変更は法改正の形式で行われることになり、改正後のルールは改正後の取引についてのみ適用されるのが通常である<sup>(2)</sup>。それゆえ、取引時の法令に照らして有効であるという前提で実行された取引について、改正後の法令が遡及適用されて無効とされる事態は通常生じない。

この点について、法適用通則法には、例えば、法人、代理、債権譲渡、債務引受、相殺、信託、債権者代位権、債権者取消権など、実務上重要な法律関係に関する準拠法選択の規定が存在しない<sup>(3)</sup>。このうち、法人、代理、信託の準拠法に関しては、法適用通則法制定時の法制審議会において明文の規定を設けることも検討されたが、様々な見解があることから現時点で規律を決定することが困難である、実務上規定を設ける必要性がさほど高くない、現時点で規定を設けるとかえって企業取引実務に悪影響を与えるなどの理由から、最終的には立法は見送られた<sup>(4)</sup>。しかし、これらの法律関係は、国際取引において頻繁に登場する法律関係であることから、これらの法律関係について準拠法選択の明文の規定が存在せず解釈に委ねられていることは、国際取引の不安定要因になっている<sup>(5)</sup>。

## 2 国際的ビジネス取引と法律意見書

一定の国際的な企業間取引においては、当該取引の有効性を担保するために、弁護士の法律意見書を徴求することが一般的である<sup>(6)</sup>。弁護士は自らが弁護士登録を有する法域の法令についてしか意見を述べることができないので、ある

法律関係の準拠法が予め確定できない場合には、どの法域の法律専門家から意見書を徴求すべきかの判断に困難を来たすことになる。例えば、契約締結権限については、任意代理の本人と相手方の関係を規律する準拠法については見解が分かれており<sup>(7)</sup>、法人の内部関係に関する事項のうち、どこまでが従属法によって規律されるかについては明らかでない、そのため、場合によっては複数の法域の弁護士から意見書を徴求することとなり、取引コストの増大要因となっている。

### 3 我が国の市場活性化のために

とりわけ、これから新たな取引を行うとする企業にとって、当該取引をめぐって今後いかなる法律関係が生じ得るかにつき、予め相当の確度をもって理解しておくことは、リスク管理の観点からも必要不可欠である。予測可能性・法的安定性が乏しい法域は、それだけで、国際的な事業展開を行う企業体から否定的な評価を受ける恐れがある<sup>(8)</sup>。我が国が、国際企業にとって魅力ある市場としての役割を担っていくためにも、準拠法の選択についても、できるかぎり予測可能性・法的安定性を確保していく必要がある。債権譲渡、債務引受、相殺、信託、代理など、実務上も問題となることが多い法律関係については、準拠法選択ルールの成文化に向けた検討を継続し、早期に規定を設けることが望ましい。

## 第3 国際民事訴訟法分野

### 1 裁判の適正と迅速

一般に紛争の処理に際しては、適正かつ迅速な裁判が求められる、このことは、国際的なビジネス紛争処理紛争処理においても同様である。我が国の民事裁判においては、かつて、裁判の「適正」を重視するあまり、裁判の「迅速」が阻害される傾向があったが、この点は、少なくとも国内の民事訴訟に関する限り、平成8年の民訴法改正及び平成15年の裁判の迅速化に関する法律の制定により、大きく改善された<sup>(9)</sup>。しかし、国際民事訴訟の局面では、なお改善を要する事項が残されている。

## 2 国際裁判管轄

我が国の国際裁判管轄については、最判平成9年11月11日民集51巻10号4055頁が実務上の準則となっているが、将来における判例変更の可能性があるという点で予測可能性、法的安定性に問題があり、また「我が国で裁判を行うことが当事者間の公平、裁判の適正・迅速を期するという理念に反する特段の事情」の有無をめぐって、訴訟が長期化するという問題があった。この点は、平成23年法律第36号による改正後の民訴法において、国際裁判管轄ルールが制定法となり、また義務履行地（民訴法3条の3第1号）、財産所在地（同条3号）、事務所又は営業所の所在地（同条4号）、不法行為地（同条8号）などが国際裁判管轄の管轄原因として機能する範囲を明文で限定したことは評価できる。改正民訴法が平成24年4月に施行された後は、「日本の裁判所が審理及び裁判をすることが当事者間の衡平を害し、又は適正かつ迅速な審理の実現を妨げることとなる特別の事情」（同法3条の9）の有無をめぐって訴訟が長期化する事態は、一定程度改善されると期待される。

もっとも、登記又は登録の訴えの管轄について専属管轄とされた点は、例えば企業が各国の特許を包括的に譲渡する場合に障碍となる可能性があり、また、労働関係に関する訴えについて管轄合意が原則として無効とされた点は、労働者が一方的に退職して会社の機密情報や知的財産を不正に持ち出して海外に移住した場合に我が国の企業の利益を害するのみならず、海外で求職する我が国の労働者の利益をも害する可能性がある<sup>(10)</sup>。

## 3 国際訴訟競合

我が国と外国とで同一の国際的な事件について訴訟が提起された場合、どのように規律されるかという国際訴訟競合の問題については我が国の民訴法上規定がない。平成23年改正民訴法の立案過程において訴訟競合に関する規律を設けることが検討されたものの、最終的に見送られた。しかし、実務上、国際訴訟競合が生じることは珍しくないことから、この点に関する規律を成文化することが望ましい。その際には、民訴法142条が重複起訴を禁止する理由（最判平成3年12月17日の説示によれば「審理の重複による無駄を避けるためと複数

の判決において互いに矛盾した既判力ある判断がされるのを防止するため)は国際的な重複起訴についても妥当し得ることから、外国における訴訟係属も一定の場合には考慮すべきである。この点について、承認可能性予測説に立ったと思われる裁判例も見受けられるが<sup>(11)</sup>、裁判例の傾向としては、国際訴訟競合を国際裁判管轄の有無を判断する際の「特段の事情」の一要素として考慮する例の方が多くようである<sup>(12)</sup>。平成23年法律第36号の立法過程では、いわゆる承認可能性予測説に基づき訴訟手続を中止することのできる旨の規定を置く案が提示されたが<sup>(13)</sup>、要件が不確実であることや先行訴訟を常に優先することの妥当性などについて裁判所や弁護士会など実務界からの反対が強<sup>(14)</sup>、立法化されなかった。こうした裁判例の傾向や立法過程での経緯に照らすと、外国における訴訟係属を(平成23年法律第36号による改正後の)民訴法3条の9所定の「特別の事情」の一要素として考慮することを前提に、外国訴訟の進捗状況に応じて我が国の手続を中止する旨の明文規定を設けると共に<sup>(15)</sup>、当事者の手続保障のため、中止決定に対する不服申立を認めるべきである<sup>(16)</sup>。

#### 4 外国への訴状・呼出状の送達手続

外国への送達は、民訴条約に基づく指定当局送達、ヘーグ送達条約に基づく中央当局送達、領事送達、管轄裁判所送達などの方法で実施されるが、いずれの方法も複数の関係機関を経由して行われるため、かなりの時間を要する。送達に要する期間は、早くて2ヶ月～4ヶ月(米国、英国など)、ときには5年～7年を要することもある(ブラジル)といわれている<sup>(17)</sup>。遅延が生じる理由は、訳文の作成に時間を要するほか、複数の官署間における書類の転達に多大の時間を要することであると推測される。国際送達手続は訴訟遅延の大きな要因となっており、迅速な紛争解決の阻害要因となっている。それぞれの送達方法について、標準処理期間の定めを設けるなどして、迅速な国際送達を実現する制度を設計していく必要がある。

#### 5 送達受領代理人制度

国際的な取引契約においては、送達に要する時間の節約及び手続の簡便化を

図るため、契約締結時に送達受領代理人 (Process Agent) を定めることが行われる<sup>(18)</sup>。しかし、我が国では、訴訟書類の送達は当事者本人に交付して行うことが原則とされており (民訴法 101 条)、送達受領代理人に対して送達を実施することができない。民訴法 104 条が規定する送達受取人の制度は、訴訟提起後の届出を前提としており<sup>(19)</sup>、訴訟提起前の契約によって指定された送達受領代理人は、民訴法 104 条が規定する送達受取人には該当しない。そのため、契約締結時に当事者間で送達受領代理人について合意し、送達手続の迅速化・簡便化を図りたいという当事者の意図を実現することができない。とりわけ外国への送達は極めて手間と時間がかかることから、契約締結時に合意した送達受領代理人に対する送達を有効とする必要性は高く、このような送達受領代理人に対する送達を有効とする規定を設けることが検討されるべきである。

## 6 直接交付、直接郵送による送達の日本法上の効力

英米法系諸国では、受送達者に対する直接交付や直接郵送する当事者主義的な送達が原則的な送達方法であることから、実務上、我が国に所在する当事者に対して、かかる方法で訴状等の送達が行なわれることがある。日本国内で行われた直接交付による送達については、民訴法 118 条 2 号の要件を満たさないとした最判平成 10 年 4 月 28 日民集 52 卷 3 号 853 頁があるが、日本国外で直接交付が行われた場合については、下級審の裁判例は肯定例と否定例 (ただし、和訳文の添付があれば適法であると判断された可能性もある。) が分かれている<sup>(20)</sup>。直接郵送については、我が国が民訴条約 6 条 1 項 1 号及び送達条約 10 条(a)の拒否宣言をしていないことから、学説は分かれており、裁判例では、いずれも結論として不適法とされているものの、翻訳文が添付されていない事例であり、翻訳文が添付されていれば適法と解する余地も残されている<sup>(21)</sup>。

このため、普段は日本に在住しているが、たまたま外国に所在しているときに外国訴訟の訴状等の直接交付を受けた被告、あるいは外国訴訟の訴状等を日本国内で郵送で受け取った被告は、民訴法 118 条 2 号に照らして、果たして有効な送達を受けたという前提で外国訴訟に応訴するのか、あるいは送達は無効であるという前提で外国訴訟を無視しても差し支えないのか、判断に窮するこ

ととなる。いずれの場合についても、送達の有効・無効の基準を立法によって明確化することが望ましい。

## 7 国際証拠調べ

我が国の裁判所に係属する訴訟について、外国で証拠調べを行う方法としては、現状、①民訴条約に基づく指定当局証拠調べ、②領事条約、民訴条約、二国間の司法共助取決め又は個別の応諾に基づく領事証拠調べ、③二国間の司法共助取決め又は個別の応諾に基づく管轄裁判所証拠調べ、④民訴条約に基づく外交ルートによる証拠調べがある。このうち領事証拠調べは、外国の公的機関を通じて行う方法と比較して、比較的簡易であるが、証人に出頭を強制できないことから、証人が出頭を拒むおそれがある場合には利用できず、また、実務上対象となる証人は日本人及び日本語を十分に解するものに限られている。一方で、外国の公的機関を通じて行う証拠調べは、訳文の添付が必須であり、領事証拠調べと比較して更に時間がかかる。現状、外国に証拠調べの嘱託をする司法共助は、手間も事案もかかるため、裁判所が証拠申し出を採用せず、実務上ほとんど利用されていない<sup>(22)</sup>。ハーグ国際私法会議 (Hague Conference on Private International Law) が1970年に採択したハーグ証拠収集条約 (正式名称「民事又は商事に関する外国における証拠の収集に関する条約」) に加盟するのも一案であるが<sup>(23)</sup>、民訴条約とハーグ証拠収集条約とを比較すると、嘱託経路が若干簡素化される程度であり (民訴条約の下では、嘱託書は最高裁事務総局から外務省本省と在外日本国大使館を経由して外国指定当局に送付されるが、ハーグ証拠収集条約を批准すれば、最高裁事務総局から外国中央当局に直接に送付されることになる。)、証拠調べの所要期間が劇的に短縮されることは望みがたい。送達方法と同様、国際的な証拠調べについても、標準処理期間の定めを設けるなどして、迅速な国際証拠調べを実現する制度を設計していく必要がある<sup>(24)</sup>。

## 8 外国法の内容の確定

外国法が本案の準拠法となる場合に、その内容確定について当事者が主張・立証責任を負うか、又は裁判所が職権で行うのかに関しては、中間説も含めて

見解が分かれているが<sup>(25)</sup>、実際問題として、裁判所が外国法に通じていることは期待できないため、当事者双方が、外国法の存在及び内容について主張・立証を行うことが通常である。その場合、当事者双方が自分に有利な（又は少なくとも不利にはならない）、内容の異なる意見書を提出することから、外国法の内容を確定する制度的保障がない現状では、日本の裁判所が本案に適用すべき外国法の内容について自信を持って判断することは困難である<sup>(26)</sup>。その結果、外国法が実体準拠法となる事件では、裁判所が本案審理を回避するインセンティブが生じることとなる<sup>(27)</sup>。

この問題に対しては、例えば、条約によって、締約国が他の締約国から、自国の法内容に関して条約上の照会があった場合に、これに対して回答するための公的な機関を設置するなどの国家間の協力体制を構築するなど、裁判所の判断を制度的に保障する方法を検討すべきであろう。

## 9 外国判決の承認・執行

民訴法 118 条が規定する外国判決の承認要件については、特に同条 4 号の定める相互保証の要件について、それが裁判上認められるか否か予想が立てにくいことから、実務上問題となっている。現実には、民訴法 118 条 4 号の相互の保証を欠くことを理由として外国判決を承認しなかった裁判例が存することから<sup>(28)</sup>、個別取引の執行可能性（enforceability）について法律意見を求められた実務法曹としても、ある程度慎重にならざるを得ない。そのため、個別取引について徴求される法律意見書においても、相互の保証の要件具備については留保が付されることが多く、それが我が国との国際取引の消極要因となっている。

相互の保証の有無は、当該判決をした外国裁判所の属する国において、我が国の裁判所がしたこれと同種類の判決が同条各号所定の条件と重要な点で異なる条件のもとに効力を有するか否かを比較することによって判断されるところ（最判昭和 58 年 6 月 7 日民集 37 卷 5 号 611 頁）、外国判決の承認・執行に関する制度及び要件の規定は国により異なっており、ある外国の制度及び要件を正確に調査・理解するには相当な費用と時間が掛かることも予想される。さらに、その外国制度・要件が我が国の民訴法 118 条の要件と「重要な点で異なら



ない」(と将来的に我が国の裁判所が判断するか否か)を予め一定の確度をもって予想することは決して容易ではない。この課題に対しては、外国判決の承認要件から相互の保証を除くことを含めて、更に検討すべきである<sup>(29)</sup>。

- (1) たとえば、最判平成18年1月13日民集60巻1号1頁を嚆矢とする一連の最高裁判決によって、利息制限法の超過利息のみなし弁済の有効性に関するルールが変更されたことにより、消費者金融業界では数兆円の時価総額が失われたとされている。三宅伸吾『Googleの脳みそ 変革者たちの思考回路』(日本経済新聞社、2011年)56頁。
- (2) 法改正によって実質的なルール変更がされた場合、改正後のルールは改正法施行後の事象にのみ適用される(あるいは、改正前の法令の規定によって生じた効力を妨げない)旨を、経過措置として規定するのが通常である。
- (3) なお、債権譲渡の債務者その他の第三者に対する効力については、債務者の住所地法によるとしていた旧法例12条の規律を改め、譲渡される債権の準拠法によるものとされている(法適用通則法23条)。
- (4) 法制審議会における議論の概要につき、小出邦夫編著『逐条解説 法の適用に関する通則法』(商事法務、2009年)382頁以下。
- (5) たとえば、西村ときわ法律事務所編『ファイナンス法大全 アップデート』(商事法務、2006年)433頁以下参照。
- (6) たとえば、外債の発行につき太田昭和監査法人『外債発行マニュアル(三訂版)』(ぎょうせい、1992年)285頁、不動産の証券化につき国土交通省総合政策局不動産課不動産投資市場整備室監修『基礎からよくわかる不動産証券化ガイドブック 改訂版』(ぎょうせい、2008年)69頁など。
- (7) 本人と代理人との間の委任契約の準拠法による説、代理行為の行為地法による説、代理人の営業所所在地法による説、授權行為の準拠法と代理行為地法との選択連結を認める説、代理行為の準拠法による説、本人による準拠法指定を認める説などがあるとされている。法例研究会『法例の見直しに関する諸問題(4)——代理、信託、親族関係等の準拠法及び総則規定について』(商事法務、2004年)10頁。
- (8) その意味では、文部科学省の科学研究費補助金を受けて実施された特定領域研究「日本法の透明化」プロジェクト(平成16年～平成21年)は、極めて意義のある試みであった。ジュリスト1394号(2010年)の特集「日本法の基層 分野横断的考察と分析」の各論文参照。

- (9) 最高裁判所が平成 23 年 7 月 8 日に公表した「裁判の迅速化に係る検証に関する報告書（第 4 回）」によれば、民事第一審訴訟事件の平均審理期間（事件の受理日から終局日までの期間の平均値は、平成 16 年が 8. 3 月、平成 18 年が 7. 8 月、平成 20 年が 6. 5 月、平成 22 年が 6. 8 月と、漸減傾向にある（同報告書 20 頁）。
- (10) これらの点に関する私見について、古田啓昌「国際取引法の現状と課題 国際裁判管轄法制について」・現代民事判例研究会編『民事判例Ⅱ 2010 年後期』（日本評論社、2011 年）115 頁以下参照。
- (11) 東京地（中間）判平成元年 5 月 30 日判タ 703 号 240 頁
- (12) 東京地判昭和 59 年 2 月 15 日判タ 525 号 132 頁、東京地（中間）判平成元年 6 月 19 日判タ 703 号 246 頁、東京地判平成 3 年 1 月 29 日判時 1390 号 98 頁、東京地判平成 10 年 11 月 27 日判タ 1037 号 235 頁、東京地（中間）判平成 19 年 3 月 20 日判時 1974 号 156 頁
- (13) 「国際裁判管轄法制に関する中間試案」9 頁（第 8 の甲案）参照
- (14) 平成 21 年 10 月 2 日付け「『国際裁判管轄法制に関する中間試案』に対して寄せられた意見の概要」（法制審議会国際裁判管轄法制部会資料 21）44 頁以下参照
- (15) 特許訴訟の場合には、特許庁の審決が確定するまで裁判所の訴訟手続を中止できる旨の明文規定がある（特許法 168 条 2 項）。
- (16) 中止規定の立法私案として、古田啓昌『国際訴訟競合』（信山社、1997 年）126 頁
- (17) 最高裁判所事務総局民事局監修『民事事件に関する国際司法共助手続マニュアル』（法曹会、1999 年）32 頁、40 頁、119 頁。法制審議会国際裁判管轄法制部会第 2 回会議（平成 20 年 11 月 28 日）議事録 40 頁 [朝倉佳秀発言]。
- (18) 文例として、浜辺陽一郎『ロースクール実務家教員による英文契約書の書き方 第 1 巻（改訂版）』（アイ・エル・エス出版、2007 年）210 頁
- (19) 送達受取人の届出は、届出人の裁判所に対する訴訟行為であるとされている。秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ（第 2 版）』（日本評論社、2006 年）370 頁。取引契約において送達受領代理人の指定をするだけでは、裁判所に対して送達受取人の届出をしたことにはならない。
- (20) 日本国外における直接送達を有効とした裁判例として、東京地判平成 3 年 12 月 16 日判タ 794 号 246 頁、東京地判平成 6 年 1 月 14 日判タ 864 号 267 頁がある。他方、和訳文の添付がない限り無効であるとする裁判例として東京高判平成 9 年 9 月 18 日判時 1630 号 62 頁。
- (21) 少なくとも和訳文が添付されていない直接郵送は無効であるとする裁判例とし

て、東京地判昭和51年12月21日判タ352号246頁、東京地判昭和63年11月11日判時1315号96頁、東京地判平成2年3月26日金融商事857号39頁。また、和訳文添付の有無に関わらず直接郵送を無効とする裁判例として、東京地八王子支判平成9年12月8日判タ976号235頁。

- (22) いささか古い統計であるが、前掲『民事事件に関する国際司法共助手続マニュアル』327頁によれば、昭和63年から平成10年の11年間に我が国の裁判所が外国に証拠調べの囑託を行ったのは、平成元年の5件のみである。
- (23) 加盟に積極的な見解として多田望「日本の国際民事証拠共助法制について」熊本法学94号(1998年)82頁
- (24) ちなみに、米国連邦裁判所法典1782条(28 USC § 1782)が規定する「外国法廷及び外国当事者のための援助(Assistance to foreign and international tribunals and to litigants before such tribunals)」の制度を利用すれば、外国訴訟の当事者は、国際司法共助の手続によらずに(つまり、外交ルートを経由することなく)、米国の連邦地方裁判所に対し、外国訴訟で必要とされる証拠調べの米国内での実施を求めることができる。藤田泰弘『日／米国際訴訟の実務と論点』(日本評論社, 1998年)260頁。我が国でも同様の制度を導入することも検討に値しよう(その場合、民訴法234条以下が規定する証拠保全の制度を転用することが考えられる)。
- (25) 裁判例・学説の状況につき、高桑昭・道垣内正人編『新・裁判実務大系 第3巻 国際民事訴訟法(財産法関係)』(青林書院, 2002年)282頁[松岡博執筆]、門口正人ほか編『民事証拠法大系 第2巻 総論Ⅱ』(青林書院, 2004年)23頁[西田隆裕執筆]参照
- (26) 例えば、仙台地判平成21年3月19日判タ1305号276頁は、「外国法の調査には多大な時間と困難が伴うばかりでなく、日本法を解釈適用する場合と比較すれば、その適正性の確保にも限界があることは明らかである。」と指摘する。
- (27) 裁判例の分析として、河野俊行・早川吉尚・高畑洋文「国際裁判管轄に関する判例の機能的分析——『特段の事情』を中心として」NBL 890号72頁(2008年)参照。
- (28) ベルギーとの相互の保証を否定した事例として東京地判昭和35年7月20日下民集11巻7号1522頁、中国との相互の保証を否定した事例として大阪高判平成15年4月9日判時1841号111頁。
- (29) 早川吉尚「外国判決承認執行制度における『相互の保証』の要否」ジュリスト1232号136頁以下(2002年)