

News
Letter

RIBLS

立教大学ビジネスロー研究所
〒171-8501
東京都豊島区西池袋3-34-1
03-3985-4264
http://law.rikkyo.ac.jp/ribls/

第10号

Rikkyo Institute for Business Law Studies

第11回 法務研究科特別セミナー 「日本法の透明化～外から日本法はどうみえているか～」

特定領域研究「日本法の透明化」第1回 シンポジウム

- 苗村博子氏 (苗村法律事務所弁護士)
「国際民事訴訟における日本法」
- マーク・レヴィン氏 (ハワイ大学ロースクール準教授)
「外国研究者から見た日本法」
- 絹巻康史氏 (拓殖大学教授)
「海外ビジネスにおける日本法」
- ロバート・グロンディン氏 (ホワイト・アンド・ケース外国法事務弁護士
事務所シニアパートナー、在日米国商工会議所最高顧問、元会頭)
「外国企業から見た日本法」
- 山田寛氏
(モルガン・スタンレー証券会社法務部エグゼクティブ・ディレクター)
- 古田啓昌氏
(アンダーソン・毛利・友常法律事務所パートナー弁護士・成蹊大学教授)
「国際仲裁における日本法」
- 司会 早川吉尚・立教大学教授

■日時/場所

日時：2006年3月3日(金)

9:00～18:00

場所：京王プラザホテル47階「あけぼの」
〒160-8330東京都新宿区西新宿2-2-1
JR京王線・小田急線・東京メトロ丸ノ内線
・都営新宿線
新宿駅徒歩5分

はじめに

第11回法務研究科特別セミナーは、平成18年3月3日に、特定領域研究「日本法の透明化」第1回シンポジウムを兼ねる形で開催された。

平成16年度から6年計画でスタートした特定領域研究「日本法の透明化」(以下「透明化」プロジェクト)は、日本法をひろくグローバルユーザーに提供するための基盤整備に役立てることを目標として立ち上げられた。具体的には、国際取引に関連する複数の法分野を選定し、各分野の基本判例の英語版を作成し、書き下ろした概説と組み合わせ、またメンバーの手になる論稿や重要関連法令



等を英文情報としてプロジェクトHPにアップロードすることによって、当該法分野の全体像を有機的に浮かび上がらせようとするものである(<http://www.tomeika.jur.kyushu-u.ac.jp/>)。この「透明化」プロジェクトの一環として開催されたのが、上記シンポジウムであった。

このシンポジウムでは、翻訳スキルという技術面から、法律書出版、判決の書き方を含むわが国裁判所のあり方、立法過程、官庁の所掌、法学教育、法科大学院制度等きわめて多岐にわたる問題点について様々な観点から議論が戦わされた。

翻訳の技法とシステム変換

奈良時代に唐から律令制度を継受して以来、日本で行われてきた法令翻訳作業は、いわば内向きの翻訳活動であった。それゆえ新規な造語も読み手の努力にゆだねていけばいずれは社会に浸透することが期待できた。これに対して「透明化」プロジェクトは外向きの活動であり、こういう甘えは許されない。言葉自体を訳してもその意味が伝わるとはいえず、両言語のネイティブスピーカーの協働が不可欠である。定訳辞書は重要であるが、それで十分ではなく、判例中の慣用表現や法律用語特有の表現をどう訳すか、

同じ言葉でもニュアンスの違いを汲み取ってどう訳し分けるか、に意を払う必要がある。翻訳者の英語そのものはきれいな英語に訳せているが、法律概念を十分理解しないで訳していて意味が通じないことがままあることに注意が必要である。コンセプトは大陸法であるのにコミュニケーションの手段はコモンローの用語である、という点を自覚しなくなる点も問題であるとの指摘もある。また一旦できた翻訳を固定化するのではなく、バージョンアップする工夫が必要であり、WikipediaほかITの活用も考える必要がある。

「透明化」プロジェクトが目標としているのは、ある法体系から別の法体系へのいわばシステム変換であり、この到達点を明確に意識しなければならない。

従来、研究業績としての翻訳がカテゴリカルに低い評価しか与えられてこなかったのは、システム変換という本質とそのための方力が一般に認識されていなかったからであり、また高い評価を得てしかるべき業績としての翻訳が少数にとどまっていたのは研究者の側にもかかる自覚がなかったからではないだろうか。システム変換ができる翻訳者を育成することが必要不可欠である。



法令のあり方

わが国は制定法の国であり、内閣府が進める法令外国語訳プロジェクトは価値あるプロジェクトであるとの評価が高い。しかしわが国の法令は法文を見ただけでは意味がわからないことが少なくない。そもそも当該法律の基本的な原理や原則が、当然であるとして明文で書かれないことが稀ではない。また法令に一般社会で通常用いられる用語が多用されており、その言葉の外延をどのように確定するのが法令の文面だけでは明らかにならない。これを具体化するのには判例の役割であるが、他方わが国の判例自体も問題を孕んでいる。これについては次節を参照されたい。

法文策定の技術的な観点と並んで、わが国の法令のあり方に関して問題なのは、複数の法令の管轄官庁が異なるため、当該複数の法令間に調和がとれないことがある点である。たとえば公開買付と株式交換を例にとると、商法上の株式交換は組織法の問題として株主総会だけで済ませられるが、海外の会社が株式交換をしようとする公開買付しなければならなくなり、商法の問題ではなく証券取引法の問題になる。かかる取り扱いの差異がグローバル化した資本市場や投資家に対して合理的であるのか、という問題である。

判決のあり方

わが国の裁判所の能力は、その公正さもふくめて内外で高く評価されているが、こと国際的な事案との関連では、裁判所の対応に

は改善が望まれる点が少ない存在する。第一に、大都市の裁判所は別としても、わが国法曹は一般的に国際的な事案に対して「引きがち」な傾向があるように見受けられることである。

また、わが国の裁判所は個別事件を処理することに重点を置きすぎる結果、事実認定だけで結論を導く傾向がある。前述のようにわが国の法令の多くは抽象的であるゆえに、裁判所による具体化、明確化を必要としているにもかかわらず、社会コントロールに必要なルール定立を避ける傾向があるのではないか、ということである。これに対しては、事実審では事実認定が勝負で、法規範の定立は法律審である最高裁の職務である、との異論もある。加えて、個々の裁判官は判決を書くに当たって過去の判例や学説を渉猟しているはずであるのに、判決文には少数の最高裁判決しか引用しないのが通常である。とすると判決が出されても、裁判官がどのような思考過程と法的理由に基づいて到達した結論であるのかがわからないままとなり、裁判所の出す結論の予測可能性を低下させることになる。

そしてこのことは最終的には訴訟地としてのわが国の魅力を半減させる。

さらに判例情報の一般公開については、最高裁のHPによってかなり早まったとはいえ、いまだに下級審判決で法律論を展開している判決の公表には時間がかかりすぎる。そもそもスクリーニングされた限定的な数の判決しか判例雑誌には掲載されないし、判決言渡時から掲載時まで半年はかかるのが常態である点には改善が期待される。



訴訟地・仲裁地としての日本

ビジネスの世界では、訴訟をしないよう最大限の努力をするのが基本である。かりに訴訟にならざるを得ないとしたときに、わが国が訴訟地に選ばれるかはわが国の司法サービスが利用されるか、ひいてはわが国の法が透明であるか、透明度が一層求められるかと密接に関連する。しかるに訴訟地としての日本を避けたがるのが

一般の傾向である。訴訟手続きの観



点から見て、理由は複数考えられるが、第一にディスカバリの制度がないことが大きい。わが国の場合訴状提出段階で緻密な理論武装が必要となる反面、ディスカバリの制度がないため相手方の証拠にアクセスできず、手持ち証拠だけで争わなければならないの

で、日本での訴訟を依頼者に決断させることは容易ではない。また送達に関しては、時間がかかりすぎるとの批判が強い。

訴訟進行についてはわが国の裁判所の期日管理とその結果(2年以内に第1進判決を出す)に対する評価は高いものの、仮処分が訴訟と同時進行である点には不満が多い。また、わが国の裁判はきわめて書面主義的傾向が強く、裁判所の心証が訴訟過程においては通常わからないため、これを開示してもらえぬ制度が望ましい。

翻って仲裁地としての日本の現状をみると、他のアジアの国々よりもはるかに日本商事仲裁協会(JCAA)の年間受理件数が10-20件と少ない。なぜ仲裁地としての日本にポピュラリティがないのであろうか。第一に弁護士資格のないものが仲裁して報酬を得た

場合に弁護士法72条(非弁活動禁止)に触れないかが法文上明らかではない。これは立法上除外規定において明確にすべきである。また現実に英語で仲裁を遂行する場合に対応可能な弁護士、通訳スタッフ、速記者の数が少ない、また第三仲裁人候補者として両当事者の国籍以外の人で法律の素養のある日本在住者が少ないこと等が現実的な障害となっている。仲裁人の養成が必要である。他方、紛争当事者である日本企業に、仲裁＝調停のイメージで捉えており拘束力ある判断が出る制度という理解が浸透していない。国際商事仲裁の場合、まず念頭に置くべきは「法」による仲裁であり、国内で行われている仲裁(調停類似のもの)とは区別すべきであるということがまだ十分理解されていない。また日本企業はそもそも契約中の仲裁地指定をわが国へもってくるように努力をしない傾向があるように思われ、この点の意識喚起も重要である。

日本法は使われているか

日本法は現在どの程度グローバルユーザーに使われているのだろうか。ここでグローバルユーザーとして想定すべき状況は分野によって異なる。

貿易取引や直接投資についてみると、大手企業の場合は子会社を通してビジネスをするので紛争は現地子会社と相手国企業間で生じ、主たる関心事は出先の国の法律ということになるが、中小規模企業の場合には日本法



が使いやすいかという点はストレートな関心事となる。また貿易取引に関わる国際取引の場合、高度技術商品をのぞけば、継続取引であることが常態であり、その場合紛争が発生しても交渉でことが解決されることが多い。準拠法が主たる関心事となるのはむしろサブコントラクトについてであることが多く、ここで日本法を理解してもらう必要性は高まる。準拠法としては、メーカーの場合、NY州法やカリフォルニア州法が準拠法になることが多いようであるが、一国の国内法に換えてユニドロワ国際商事契約原則を用いることもかなり見られる。もっとも近時は、イギリス法を用いるケースが増えつつある。なおわが国の裁判所には、企業間取引の契約事案に関して、契約書に書いてあっても信義則で制限したり、当事者の意思を契約文言とは違う形で推認したりする例があるが、日本法を準拠法にして日本の裁判所で訴訟になると、契約を締結していても結果が予測できない、ということになり、その結果NY州法やイギリス法を準拠法にして管轄もその地に定めるという方向に傾くことになる。

他方、金融を例にとると、必ずしもクロスボーダーで行われる有価証券の発行等クロスボーダーな証券取引だけが問題なのではなく、むしろ国内の金融市場自体が海外とつながったグローバルなものになっているということを念頭に置かなければならない。その上で注目すべきは、いわゆる証券化をもちいた金融商品である。証券化に当たって重要な役割を果たすのが、ケイマンに設立する特別目的会社(以下SPC)とチャリタブルトラストである。オリジネーターがSPCに資産を移転するにあたり、SPCの部分にいわばケイマン法を一部パッチワークするわけである。これをなぜ日本の資産流動化法上の特定目的会社でやらないかという、日本法を用いてオリジネーター倒産時に倒産の効力をSPCへの譲渡に及ばないように遮断できるかが

明らかではないこと、加えて使いやすいケイマン法がいわばパッケージとしてSPCとチャリタブルトラストを用意しているのでそれをそのまま用いたほうが弁護士や格付け機関との協議を省けて簡便であるという実務サイドの発想がある。

他方、日本法が使われない結果となるように設計されている事例も散見される。たとえば、法例を改正した法適用通則法である。これは債権譲渡の第三者対抗要件の準拠法について債権準拠法説によったものである。日本の債権者(オリジネーター)が海外の複数の債務者に対して有している債権を証券化しようとする場合、通常オリジネーターがもつ債権はSPCに移転する。このSPCがこれらの債権を執行しようとする場合に譲渡は対抗できるのか、あるいはある商社が倒産した場合にSPCへの譲渡は倒産手続きに対抗できるのか、という疑問に答えるために国際私法によって準拠法を決めることがまずは必要となる。もし債権者の常居所地法主義を採用していれば、日本法上の対抗要件を備えるだけで済んだのであるが、今回の改正で採用された債権の準拠法主義をとると、個々の債権の準拠法上の対抗要件を備えない限り対抗できないこととなる。これは日本企業が保有する多種多様な債権を考えると、現実には証券化の途を閉ざすものとなる。

また債権譲渡特例法による債権譲渡の登録にあたっては債務者の郵便番号を書くことが必要になるが、債務者が海外に在住する場合この要件を満たさない所以对外債権にこの法律は使えない。グローバルな対応可能性のある法律の利用可能性を運用で制限している例である。

さらに、わが国の企業が発行する社債はユーロで発行する場合でも社債管理会社の設置義務がおよぶと解されているため、そのコストを避けるためすべてイギリス法によって起債されており、法務省自ら日本法を使えなくしていることになる。

さらに、日本企業が日本のみならず海外でも公募をするグローバルオファリングがなぜ日本法によらないのか。これはNY州法によることで、ロンドン、NY等の海外引受会社全部に予測可能性が高まるという長所があるからであり、また膨大な契約書、法律関連文書の作成をこなせる法律事務所がアメリカ又はイギリスにはあるということである。

人材育成

上述したところにより裁判官、弁護士、仲裁人等、国際化対応可能な人材育成が重要であることは明らかとなったように思われる。法科大学院制度のスタートによって法曹人口が漸増することは確実になり、日本法の「透明化」に資する人材育成という観点からすると、こうして増加する法曹人口が国際的センスをもつことは、グローバル化した現代のわが国にとって当然要請されることである。ところが現行の法科大学院制度がかかる期待を担う制度になっているかと考えると、現状はむしろ逆である。その最大の元凶は新司法試験の合格者数をあらかじめ設定しているという制度設計がなされ、競争試験となっている点にある。在学中3年間を受験を意識した試験科目中心の学習に集中せざるを得ず、法科大学院修了時には国際契約を読みこなす国際交渉もこなせる人材となっているという理想はおおよそ実現不可能な現状となっている。新司法試験が競争試験ではなく資格試験となれば、法科大学院間、受験者間で自らの付加価値を高める競争が自然と起こり、国際化対応可能な人材育成はおのずと行われてゆくであろう。

「透明化」プロジェクトを超えて

「わからない」というのはカントリーリスクであり、透明性、予見可能性をどのように高めるか、が当面最大の関心事である。日本市場が(すでにグローバル化している市場として)法的に見てわからなければ困る。グローバル化した社会の中で、破綻した日本企業を外国企業がうまく再生している状況をみると、外国人プレーヤーが参画することを前提とし、外国人プレーヤーにも明確なルールをわかりやすく提示していくことが国益に通じるのではないかと。日本法は独自の価値をもちうるが、そうであれば日本の(法曹、官庁、研究者もふくめた)法律界がその価値をきちんと外へサポートし

説明責任を果たす必要がある。それは様々なレベルで重層的に解決を目指すさなければならず、「翻訳」という一事で解決できないことである。

(なお、以上のシンポジウムの概要に関しては、上記プロジェクトの研究代表者である河野俊行九州大学教授の手による「外から日本法はどうみえているかー特定領域研究『日本法の透明化』第1回シンポジウムの概要」ジュリスト1312号30頁(2006)につき、著者の許諾の下、これをサマライズする形で纏めさせていただいた。その点、さらに、同シンポジウムの開催に費やされた河野教授の多大な御努力につき、ここに感謝の意を表したい。)

■プログラム

- 9:00~9:15 主催者挨拶
河野俊行(九州大学教授)
- 9:15~9:45 「国際民事訴訟における日本法」
苗村博子氏(苗村法律事務所弁護士)
- 10:15~10:45 「外国研究者から見た日本法」
マーク・レヴィン氏(ハワイ大学ロースクール準教授)
- 11:30~12:00 「海外ビジネスにおける日本企業と法」
絹巻康史氏(拓殖大学教授)
- 14:00~14:30 「外国企業から見た日本法」
ロバートF.グロンディン氏(ホワイト・アンド・ケース外国法事務弁護士事務所
シニアパートナー、在日米国商工会議所最高顧問・元会頭)
- 15:00~15:30 「国際金融における日本法」
山田寛氏(モルガン・スタンレー証券会社法務部エグゼクティブ・ディレクター)
- 16:15~16:45 「国際仲裁における日本法」古田啓昌氏
(アンダーソン・毛利・友常法律事務所パートナー弁護士・成蹊大学法科大学院教授)
- 17:15~18:00 「日本法はどう見えているか、これから何をすべきか」
パネルディスカッション

立教大学ビジネスロー研究所 所員(ABC順)

所長 角 紀代恵(法学部教授、民法)	松井 秀征(法務研究科・法学部助教授、商法)
所員 浅妻 章如(法学部助教授、租税法)	野澤 正充(法務研究科教授、民法)
淡路 剛久(法務研究科教授、民法)	村松 幹二(立教大学、プロジェクト研究員)
舟田 正之(法学部教授、経済法)	奥野 寿(法学部助教授、労働法)
濱野 亮(法学部教授、法社会学)	坂本 雅士(経済学部助教授、税務会計)
橋本 博之(法務研究科教授、行政法)	高橋 美加(法学部助教授、商法)
早川 吉尚(法務研究科・法学部教授、国際私法)	溜箭 将之(法学部専任講師、英米法)
石川 淳(社会学部助教授、労務管理)	東條 吉純(法学部助教授、国際経済法)
伊沢 和平(法学部教授、商法)	上野 達弘(法学部助教授、知的財産法)
小林 憲太郎(法学部助教授、刑法)	

編集後記

日本法の透明化セミナーは成功裏に終えることができました。御礼申し上げます。なお、このたび当研究所の編集担当として市川美紗さんが参加することになりました。今後ともよろしく願いいたします。(U)