

The Corporate Counselor

- Insights into Japanese Corporate Law -

November 2010/No.4

CHOICE OF GOVERNING LAW UNDER JAPANESE LAW

The governing law clause enables the parties to a contract to choose the law that will govern matters relating to contract formation, interpretation, and enforceability. Since the governing law clause can have a significant impact on the outcome of a dispute, the parties to an agreement should carefully consider which law to govern their arrangement and confirm that their selection of law will be honored by a court. The choice of governing law normally should be considered before drafting an agreement, since the governing law could impact how a matter will be enforced or interpreted (which may impact how a party negotiates a sensitive matter), and which legal counsel should be retained to advise on the transaction. In this client briefing, therefore, we address a fundamental and critical issue—how Japanese law recognizes the selection of a governing law clause.

Choice of law—affirmative selection

In Japan, the parties to a contract are generally free to select the governing law for the arrangement (even if non-Japanese law is selected), except in certain instances involving consumer contracts or employment agreements (where special treatment is afforded to the consumer or the employee, as the case may be).

In the case of consumer contracts, Japanese law stipulates that specific laws of a consumer's habitual residence (which is roughly equivalent to domicile) that protect the consumer shall apply to a consumer contract at the option of the consumer even if the parties have selected another governing law. For example if a consumer residing in Japan enters into a contract in Japan with a commercial entity (other than an employment agreement, which is discussed below) and selects a foreign law to govern the arrangement, Japanese law will still apply at the option of the consumer with respect to certain matters that are intended to protect the welfare of consumers. While providing a full list of such mandatory protective provisions is beyond the scope of this client briefing, the following are some typical examples of provisions that a consumer may elect to apply to a consumer contract (even if the selected non-Japanese law does not provide such protection): (1) prohibition on exempting certain obligations of a commercial entity to compensate the consumer for his/her damages, (2) inclusion of cooling-off period to permit product returns, and (3) prohibition on a commercial entity from imposing undue liability on a consumer.

In the case of employment agreements, Japanese law stipulates that specific laws with the closest relationship to the agreement that protect the employee shall apply to an employment

agreement at the option of the employee even if the parties have selected another governing law. For example, even if the parties select non-Japanese law to govern an employment agreement for services to be rendered primarily in Japan, certain Japanese laws will govern the arrangement at the option of the employee. Such mandatory provisions include the regulation of: (1) overtime work, (2) minimum wage, (3) annual paid holiday, and (4) limitations on employment termination.

In addition, the public policies of Japan could prevent the application of a non-Japanese law to a contract. There is no Japanese statute or official government statement stipulating what are the public policies of Japan, which makes navigating through this exception particularly murky. The following are some examples of the application of this exception. The Supreme Court of Japan held in 2002 that the provisions of U.S. Patent Law § 271(b), which in general prohibits activities outside of the United States that lead to the violation of a U.S. patent right, were unenforceable on public policy grounds with respect to activities in Japan because Japanese law should regulate conduct that occurs in Japan. In addition, the award of punitive damages pursuant to a foreign law may not be enforceable on public policy grounds in light of the general unavailability of punitive damages under Japanese law. While the foregoing examples may help provide a general sense of the matters that are unenforceable due to Japanese public policy concerns, you may wish to consult with your Japanese legal counsel concerning a specific issue given the potentially broad and uneven reach of this exception.

Choice of law—absence of any governing law clause

If an agreement does not include a governing law clause, and the court (or arbitrators) cannot find an implied agreement on governing law, then Japanese law provides that the law of the place that has the closest relationship to the contract shall apply to the arrangement. There are rules concerning the presumption of location. For example, the location of the seller's habitual residence shall be presumed the place with the closest relationship to the contract in the context of a sale and purchase agreement of goods.

* * * * *

A number of factors should be considered when determining the governing law clause for a contract. Such factors include: the availability of specialist lawyers within the relevant jurisdiction able to advise on the transaction, the stability of the jurisdiction of the governing law, the ability of the governing law to address complex concepts and structures that may be features of the proposed transaction, and whether the laws of the country that will have jurisdiction over possible disputes will impose any limitations on the governing law selected by



Nobuya Matsunami
松浪 信也

Partner
03-5562-8633
n_matsunami@jurists.co.jp



Stephen D. Bohrer
スティーブン ボーラー
Counsel—Cross-Border
Transactions Group Leader
03-5562-8648
s_bohrer@jurists.co.jp

the parties. With no punitive damages, a professional judicial class, no costly pre-trial discovery, and no class actions, the selection of Japanese law for a commercial matter can provide transaction parties with many benefits that should not be underestimated.

日本法における準拠法選択

準拠法に関する規定により、契約の当事者は、契約の成立、解釈及び強制力に関する事項を規律する法律を選択することができる。準拠法に関する規定は、紛争の結果に重大な影響を及ぼすため、契約当事者は、その取り決めを規律する法律をいずれの法とすべきか慎重に検討し、その選択が裁判所により尊重されるか確認する必要がある。準拠法の選択は、通常は契約の作成前に検討されるべきものである。というのは、準拠法はある事項の強制力や解釈(当事者が微妙な事項をどのように交渉するかに影響する可能性がある)、及びその取引の助言のためにどの法律顧問を任用するかに影響を与えるからである。そこで本書においては、この基本的かつ重大な事項—日本法がどのように準拠法の選択を解釈するかについて記載することとする。

1. 準拠法の選択—明示の選択がある場合

日本において、契約当事者は一般的にその取引について自由に(日本法以外が選択されたとしても)準拠法を選択することができる。但し、消費者契約及び労働契約が問題となる場合は、消費者又は労働者にとり特別な取扱いがなされている。

消費者契約においては、消費者の利益を保護する消費者の常居所地法のうち特定の条項は、準拠法としてその他の法律が選択されていたとしても、消費者の選択により当該消費者契約に適用されることになる。例えば、もし日本に居住する消費者が日本において事業者と契約(下記で議論される労働契約を除く。)を締結し、かつ外国法を準拠法として選択した場合、消費者の選択により消費者の保護を目的とする日本法の一定の条項が依然適用されることになる。そのような強行法規を列挙することは本書の目的を超えるものであるが、消費者が消費者契約について適用を選択できる条項の典型例として以下のものがある(仮に選択された外国法がそのような保護を与えていない場合であっても適用される): (1)消費者が被った損害の賠償に関する事業者の一定の義務を免除することの禁止、(2)返品が可能なクーリング・オフ期間の設定、(3)事業者が不相当な責任を消費者に課すこと。

労働契約については、労働者の利益を保護する労働契約に最も密接に関連する地の法律の一定の条項は、準拠法として他の法律が選択されていたとしても労働者の選択により当該労働契約に適用される。例えば、仮に当事者が日本法以外の法を準拠法として選択したとしても、労働がもっぱら日本において行われる場合には、労働者の選択により日本法の一定の条項が適用されることとなる。そのような強行規定には、(1)時

References: Articles 7, 8, 11, 12, and 42 of the General Act regarding Application of Laws.

間外労働、(2)最低賃金、(3)年次有給休暇及び(4)解雇の制限に関する規制が含まれる。

加えて、日本の公の秩序のために、ある契約に対する日本法以外の法の適用が排除される場合がある。日本の公の秩序が何であるかについて明示的に規定した法律又は公的な文書はなく、本例外を判断することは一筋縄ではいかないが、この例外の適用例としては次のようなものがある。2002年に最高裁判所は、アメリカ特許の侵害に至るアメリカ国外の行為を禁止するアメリカ特許法第 271 条(b)項は、日本における行為については公序に反するために執行できないと判示した。その理由は、日本における行為については日本法が適用されるべきであることにある。加えて、外国法に基づく懲罰的損害賠償は、日本においては存在しない制度であるため、公序により認められない可能性がある。以上のような例は、日本の公序のために認められない事項に関する一般的な感覚を得るための手助けになるかもしれないが、本例外は広く必ずしも均一的には適用されない可能性があるため、特定の事項については日本の法律顧問に確認することが必要な場合もある。

2. 準拠法の選択—当事者による準拠法の指定がない場合

契約の当事者が準拠法の指定をしない場合で、裁判所(又は仲裁人)が準拠法に関する黙示の合意を見出すことができない場合、契約の準拠法は、当該契約締結当時において最も密接な関係のある地の法となる。そのような場所の推定については規定がある。例えば、商品に関する売買契約においては、売主の常居所地法が、その契約に最も密接な関係のある地の法律であると推定されることになる。

* * *

契約の準拠法を決定する場合には複数の要因を検討する必要がある。その要因には当該取引において助言できる専門の弁護士がいるか、準拠法国の安定性、企図されている取引の特徴となる可能性のある複雑な概念や構造を当該法律が処理できるか、潜在的な紛争について管轄権を有することとなる国の法律が当事者により選択された準拠法について何らかの制約を課すか、などが含まれる。懲罰的損害賠償がなく、法律専門家層が存在し、費用が嵩む審理前のディスカバリーがなく、またクラス・アクションが存在しないことから、商業的な事項について日本法を選択することは、取引の当事者に軽視できない利益を与えることとなるかもしれない。

参照条文: 法の適用に関する通則法第 7 条、第 8 条、第 11 条、第 12 条及び第 42 条

Nishimura & Asahi

Ark Mori Building, 1-12-32 Akasaka, Minato-ku, Tokyo 107-6029, JAPAN

Phone: 81-3-5562-8500

Fax: 81-3-5561-9711/12/13/14

URL: <http://www.jurists.co.jp/en/>

西村あさひ法律事務所

〒107-6029 東京都港区赤坂 1-12-32 アーク森ビル(総合受付 28 階)

電話: 03-5562-8500(代) FAX: 03-5561-9711~9714 URL: <http://www.jurists.co.jp/ja/>