

擬似外国会社規制に関する比較法的考察

—カリフォルニア州一般会社法規定を参考に—

小野木 尚

大阪経済法科大学法学部 准教授

I はじめに

経済活動のグローバル化が進む現在、証券会社や資産の流動化等の新しい金融手法において、日本法以外の法律に従って設立された会社（以下、「外国会社」という）を利用する需要が増加している。日本では、特に外国証券会社が、その日本での営業を外国会社の日本支店を通じて行ってきた。このような会社は、設立地においては全く営業をせずに、専ら日本で営業するものであった。このように、日本法以外の法律に従って設立された会社で、日本で営業することを主たる目的とする会社のことを、擬似外国会社という。

日本の会社法821条は、「日本に本店を置き又は日本において活動することを主たる目的とする外国会社」、すなわち「擬似外国会社」は、「日本において取引を継続してすることができない」（1項）と定めるとともに、これに「違反して取引をした者は、相手方に対し、外国会社と連帯して、当該取引によって生じた債務を弁済する責任を負う」（2項）と規定している。同条の規定の趣旨は、外国会社を利用した日本の会社法制の脱法・潜脱を防止することを目的とするものとされている¹。

ところで、日本が締結する通商航海条約に

は「事業活動の自由」を定める規定があり、締約国の会社に対して内国民待遇が定められている（例えば、日米友好通商航海条約7条）。外国会社に対してのみ継続的取引を禁止することに着目すれば、会社法821条の規制は、内国民待遇に反するとも思われる。もっとも、擬似外国会社は、実質的には内国会社であるのだから、条約上の締約国会社には該当せず、条約と会社法821条は抵触しないという批判も可能であるが、この解釈は条約の文言上採用することはできない。しかし、日本では、「事業活動の自由」が問題となった判例はなく、「事業活動の自由」と擬似外国会社規制の関係は明らかにされていない。

一方でドイツでは、ドイツ連邦最高裁判所の判決によって、独米友好通商航海条約の定める「開業の自由」とドイツ法との関係について、独米友好通商航海条約の妥当範囲内では、ドイツ法の本拠地法主義は排除され、設立準拠法主義によるということが明らかとなっている。外国会社に対しても本拠地法の適用・遵守を要求するドイツの本拠地法主義が、通商航海条約によって排除される点に着目すれば、外人法上で外国会社を規制する日本法と通商航海条約との関係性について、何らかの示唆が得られるようにも考えられる。しかし、日本とドイツでは、法人の従属法の決定方法において異なる考え方を採用してい

¹ 相澤哲編『一問一答 新・会社法〔改訂版〕』（商事法務、2009年）229頁。

るため、条約は本拠地法主義を排除とするドイツ連邦最高裁判所の解釈を、そのまま日本の条約に対する解釈に妥当させることは難しい²。

それでは、仮に日本の擬似外国会社規制が条約違反ではないとしても、擬似外国会社に該当するものを一律に規制する方法は合理的であるのだろうか。米国でも、たとえばカリフォルニア州一般会社法は、擬似州外国会社に対する規制があるが、取締役の選任・解任といった一定の事項についてのみ、同州法の適用を定める方法を採用している。日本の会社法821条の定める擬似外国会社規制は、日本の会社法制の脱法・潜脱を防止することを目的としているが、はたして会社法のどの規定の脱法・潜脱を防止しようとしているのか明らかではない。仮に会社の利害関係人に関する規定の脱法・潜脱を防止しようとしているならば、継続的取引の禁止といった一律的規制は、その目的に比して過度な手段であるのではないだろうか。

本稿では、①会社法821条による擬似外国会社規制が「事業活動の自由」に反し、条約の締約国間では正当性を有さないのではないかと、そして②「事業活動の自由」に反しないとしても、その一般的な規制方法は合理的といえるかどうかについて検討するものである。特に、②は、米国のカリフォルニア州の擬似州外会社規制を参考に若干の検討を行う。

II 法人の従属法の決定基準

社団、財団その他の団体または事業体は、いずれかの国の法にしたがって設立され、その国の法によって法人格が与えられることによって初めて権利義務の主体となることができる。このような法人に固有の法を、法人の「従属法」といい、法人の設立、内部組織などの問題は、法人の従属法³によって判断される。

法人の従属法の決定基準については、主に設立準拠法主義と本拠地法主義が対立している。設立準拠法主義によれば、法人が設立時に準拠した法が法人の従属法となるため、一旦外国法にしたがって設立され、法人格が与えられた法人は、内国でもその法人格が国際私法上認められることになる。したがって、法人の設立地を選択することによって、実際に活動する地の法が法人の従属法として適用されることを回避することが可能となる。一方、本拠地法主義によれば、法人が本拠を有する地の法が当該法人の従属法となるため、設立地と本拠地が異なる場合には、その法人格は国際私法上認められない。したがって、本拠地と設立地が異なる擬似外国会社は、本拠地法主義の下では法人格が認められないことになる。

1 日本における会社の従属法の決定基準

日本の国際私法規定には、法人の従属法を決定する成文規定は存しない。この点につい

² この点につき、拙稿「通商航海条約における外国会社をめぐる国際私法上の問題—ドイツ連邦最高裁判所の判例を手がかりに—」 阪大法学65巻2号537頁以下（2015年）を参照されたい。

³ 法人の「属人法」という呼び方もあるが、本稿では自然人の「属人法」と区別するために、原則として法人については「従属法」という言葉を用いる。

ては、以前として、解釈に委ねられている⁴。多数説によれば、法人の従属法の決定基準として日本の国際私法は設立準拠法主義を採用するとされる⁵。設立準拠法主義とは、「法人の設立に際して準拠された法をその従属法とする考え方」である⁶。したがって、設立準拠法に従って有効に成立した法人は、その法人格について、日本において国際私法上承認される。

しかし、国際私法の原則にしたがって、従属法によって付与された法人格が日本国内で認められた外国法人が、当然に日本国内で法人として活動することが承認されるかどうかという点については、別問題であるとされる。つまり、「外国法上有効に成立した法人が内国において法人として活動することを認められるためには内国法上その法人格を承認されることが必要である。」⁷。これが「外国法人の認許」の問題である。さらに、認許された外国法人であっても、国家の監督および権利享有の点で、内国法人と異なった扱いを受け、「外国法人の認許」を含むこれらの問題は、

国際私法上の問題とは区別された、外人法上の問題とされる⁸。

わが国では、外人法上の問題とされる「外国法人の認許」について、民法35条が規定している。同条1項ではまず、認許される外国法人の範囲について定めており、外国会社は認許の対象とされる。またそれらの認許された外国法人は、2項によって、「日本において成立する同種の法人と同一の私権を有する」とする。すなわち、わが国の民法35条は、外国法人がいずれの国に属するかについては関係なく、一般的に認許する方法を採っている（一般的認許主義）⁹。

このように、多数説によれば日本は国際私法上、設立準拠法主義を採っているとされ、外国法に従って有効に成立した法人は、国際私法上その法人格が日本においても当然に承認され、なんら特別な行為を要しない¹⁰。しかし、「法人が外国法上有効に成立したか否かの問題と、外国法上有効に成立した法人が内国において法人として活動することを認められるか否かの問題とは別個の問題」なので

⁴ 平成19年に施行された「法の適用に関する通則法」の立法過程では、法人に関する規定を設けるべきか検討がなされたが、「①法人をめぐる諸問題へのアプローチにつき、学説上、準拠法選択という方法（通説）と外国国家行為の承認という方法（有力説）との対立があること、②仮に準拠法選択という方法を採用した場合でも、設立準拠法説に対する疑問や本拠地法説との併用という議論があること、③準拠法の適用範囲に関する議論が不十分なために適切な条文化が困難であること、④取引実務の観点からも条文化の必要性は高くなく、むしろ議論が不十分なままで規定を設けると実務に悪影響をもたらす懸念があること、⑤諸外国における立法の動向も流動的なこと」といった理由によって、結果として、規定の設置が見送られたとされる。高杉直「国際私法における法人」国際法外交雑誌106巻2号1-2頁（2007年）参照。

⁵ 櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈国際私法第1巻』（有斐閣、2011年）157頁〔西谷祐子〕参照。

⁶ 櫻田・道垣内編『前掲書』前掲注(5)143頁〔西谷〕。

⁷ 山田録一『国際私法（第3版）』（有斐閣、2004年）225頁。

⁸ 同上。なお、「認許」について、外人法上の問題ではなく、国際私法上の問題ととらえるべきとする見解もある（西島太一「外国会社と我が国民商法規定：所謂会社従属法の適用範囲及び擬似外国会社の取扱について」阪大法学48巻3号161頁以下（1998年））。また、「認許」について、「通常は「承認」と訳される言葉であり」、「外国法人の法人格の承認は民事訴訟法118条の規定する外国判決の承認と連続する問題」であると解する説（外国国家行為承認説）については、道垣内正人『ポイント国際私法 各論（第2版）』（有斐閣、2014年）204頁以下、横溝大「法人に関する抵触法的考察—法人の従属法か外国法人格の承認か—」民商法雑誌135巻6号1045頁以下（2007年）を参照。

⁹ なお、外国法人の認許の方法としては、個別の外国法人ごとに認許する方法（個別的認許主義）や、特定の国に属する一定の外国法人を包括的に認許する方法（概括的認許主義）もあるとされる。櫻田・道垣内編『前掲書』前掲注(5)171頁〔西谷〕、林良平、前田達明編『新版 注釈民法(2)総則(2)』（有斐閣、1991年）195頁〔溜池良夫〕、溜池良夫『国際私法講義（第3版）』（有斐閣、2005年）305頁などを参照。

¹⁰ 山田『前掲書』前掲注(7)246頁。

2. 擬似外国会社規制に関する比較法的考察

あり、「現在の国家中心的法律機構の下では、外国法上有効に成立した法人格者が内国において当然に権利主体として存在しうるのはいかなないとし、内国法上その法人格を承認し、内国で法人として活動することを承認すべき」とする¹¹。このように、民法35条にいう外国法人の「認許」とは、「外国法人が、わが国において法人としての資格で業務活動を行い、権利義務を享有しうるように、その法人格を承認すること」¹²なのであり、外国法人が内国において法人として活動するために、外国法人の従属法によって与えられた法人格を内国において承認することである。

また、「法人として活動することを認められるとは、単に法人として権利を取得し義務を負担し、その権利義務実現のために訴訟当事者となりうることをこのみにとどまらず、その本来の目的たる業務を遂行しうべきことすなわち継続的な営業活動をなしうることまでも意味するものというべきである」とも主張される¹³。同時に、外国法人の「認許」とは、外国法人が内国において法人としての活動をなしうべき資格を抽象的、一般的に認められるということであって、いかなる権利を享有しうるか、いかなる営業を許可されるかという個別的、具体的な問題とは区別されるべきことは、当然であるとされる¹⁴。

したがって、外国会社の場合は、設立準拠法主義にしたがって、その法人格は国際私法上自動的に承認され、そして、外国会社は民法35条の「認許」の対象となっているので、当然に内国において法人として活動するために法人格が認められる。この場合、法人とし

ての活動が認められるということは継続的な営業をもなしうることまでも意味するのであるから、認許された外国会社について継続的取引が認められるといえるだろう。

このように、「認許」には継続的取引が含まれると解される。また、実際にどのような権利を取得できるか、あるいはどのような営業を許可されるかということについては、「個別的、具体的な問題」であり、別途規定されることになる。

一方で、外国会社が内国で継続的取引をするためには、会社法817条以下の監督規定を遵守しなければならない。また、「日本に本店を置き、又は日本において事業を行うことを主たる目的とする外国会社」は擬似外国会社とみなされ、日本国内で継続的取引ができないとされる（会社法821条1項）。つまり、民法35条の定める「認許」によって認められる継続的取引は、会社法上の監督規定を順守しなければ否定されることになる。民法が認める継続的取引の可能性に要件を課するという意味において、会社法上の監督規定は民法35条による認許の例外規定であるといえる。

このように日本では、外国会社について、設立準拠法主義にしたがい、会社の設立時に準拠した法が当該会社の従属法とされ、外国法によって与えられた法人格は日本の国際私法上承認される。そして、当該外国会社は民法35条によって認許され、日本国内で継続的取引をすることが認められる。ただし、会社法817条以下の外国会社に対する監督規定に服する。特に、擬似外国会社と認められる場合には、当該外国会社は日本国内で継続的

¹¹ 同上

¹² 櫻田・道垣内編『前掲書』前掲注(5)170頁〔西谷〕。

¹³ 山田『前掲書』前掲注(7)246頁、山田録一「条約に依る外国法人の認許」国際法外交雑誌57巻2号4頁（1958年）。

¹⁴ 山田『前掲書』前掲注(7)247頁、櫻田・道垣内編『前掲書』前掲注(5)171頁〔西谷〕。

取引ができない。

しかし、上記のように擬似外国会社に対して一律的に継続的取引を禁止する会社法821条は、「事業活動の自由」を認める通商航海条約の規定に違反する可能性がある。以下では、日本が締結する代表的な通商航海条約である、日米友好通商航海条約について検討する。

Ⅲ 友好通商航海条約

1 日米友好通商航海条約における締約国会社の取扱い

通商航海条約とは、諸国の経済協力関係を設定する基本条約として、最も一般的に締結される二国間条約である¹⁵。通商航海条約は通常、自然人・法人を含む両国国民の入国・居住・事業活動・身体および財産の保護・商品の輸入・関税・裁判管轄権など、二国間の協力関係を促進する上での基本的な諸事項を規定している¹⁶。そして、このような国家間の交流のルールに関する広範囲な事項につき、自由、無差別という基本思想に基づいて定めている¹⁷。

日米友好通商航海条約は、戦後初めて日本が締結した通商航海条約であり、1953年10月10日に発効した。同条約は、前文に掲げる目的を達成するために、締約国の国民及び会社に対して、様々な法的地位を認めている。

まず、本稿に関連するものとして、締約国の会社の定義及び法的地位について、同条約22条3項は以下のように定める。

「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」¹⁸。すなわち、当該規定は、「前段においてこの条約にいう会社とはいかなるものであるかを定義し、後段において一方の締約国の会社はその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において認められるべきこと」を定めているとされる¹⁹。つまり、相手国の法令に基づき正規に成立した会社を相手国の会社として法律上取り扱うべきことを定めており、さらに、国内の手続きで相手国の会社としての地位を承認する措置をとる必要についても規定しているとされる²⁰。

上記のように定義される締約国会社に対しては、様々な条約上の地位が認められるが、その1つとして、「事業活動の自由」が挙げられる。すなわち、締約国会社は、日本の領域内において営業活動一般を行うことについて一定の業種を除き内国民待遇が保障され、さらにその保障の実体化として支店、代理店

¹⁵ 波多野里望、小川芳彦編『国際法講義[新版増補]』（有斐閣、2002年）335頁。

¹⁶ 同上。

¹⁷ 柳井俊二「友好通商航海条約—その類型とわが国が締結しているものの概況—」時の法令632号35頁（1968年）。

¹⁸ 日米友好通商航海条約22条3項の英文は以下のとおりである。

“As used in the present Treaty, the term “companies” means corporations, partnerships, companies and other associations, whether or not with limited liability and whether or not for pecuniary profit. Companies constituted under the applicable laws and regulations within the territories of either Party shall be deemed companies thereof and shall have their juridical status recognized within the territories of the other Party.”

¹⁹ 山田鏡一「条約による外国法人の認許」国際法外交法雑誌57巻2号21頁（1958年）。

²⁰ 兼松武「逐条解説 日米通商航海条約（三）」時の法令99号（1953年）26頁。

2. 擬似外国会社規制に関する比較法的考察

等の設置及び維持に関して内国民待遇を与えられる（条約7条1項、2項）。

学説における多数説によれば、このような日本の領域内で法人として活動をなすための法人格の承認は、民法35条1項但書の定める「条約上の認許」であると解されている²¹。そして、「条約上の認許」についても、通常の認許と同様の意義に解すべきことは当然でなければならないとされる²²。Ⅱ1で確認したとおり、民法35条1項の定める「認許」の意義とは、継続的な営業活動をなすことまでも意味するものというべきであるから²³、「条約上の認許」がなされた締約国会社についても、内国での継続的取引が認められると解される。

しかし、会社法821条は、擬似外国会社について継続的取引を禁止している。民法が認める継続的取引の可能性に要件を課すという意味において、会社法821条の擬似外国会社規制は民法35条による認許の例外規定であるといえるが、内国での営業活動一般を行うことについて内国民待遇を与えている条約上の「事業活動の自由」との関係が問題となる。すなわち、アメリカ合衆国内で設立された会社は、日米友好通商航海条約7条1項の規定により、日本国内で営業活動を行うことについて、制限業種を除き内国民待遇が与えられているのであるから、外国会社にのみ継続的取引を禁止するという点に着目した場合、会社法821条の文言は内国民待遇を与える「事業活動の自由」に反すると解しうる。

この点につき、アメリカ合衆国で設立され

た会社といえども、擬似外国会社と判断される場合には、日米友好通商航海条約上の締約国会社とはみなされず、内国会社として扱われるべきであることから、条約と会社法821条は抵触しないと批判も可能である。しかし、条約上の文言は「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」と規定するのであるから、会社法821条は依然として日米友好通商航海条約の定める「事業活動の自由」に反すると解釈する余地がある²⁴。つまり、米国で設立された会社は原則として、条約の締約国たる米国の会社として認められ、擬似外国会社として解釈されてはならない。そうでなければ、条約の趣旨に反することになる。ただし、例外的に米国で設立された会社が擬似外国会社として解釈される場合がある。それは、以下でみるようなドイツの判例などや国際法にいう「真正な連関」が、当該外国会社と条約の締約国である設立準拠法国との間に存在しない場合である。

ところで、会社法821条が日米友好通商航海条約の定める「事業活動の自由」に反するとの以上の結論は、日本の先行研究によって裏付けることができない。そこで、日米友好通商航海条約と同様の規定を有する独米友好通商航海条約の規定の解釈を検討することにより、何らかの示唆を得ることが考えられる。この点につき、ドイツ連邦最高裁判所では、独米友好通商航海条約の規定に関して、2

²¹ 溜池『前掲書』前掲注(9)306頁、山田『前掲書』前掲注(7)248頁、同「前掲論文」前掲注(9)22頁、櫻田・道垣内編『前掲書』前掲注(5)172頁〔西谷〕。

²² 山田「前掲論文」前掲注(9)4頁。

²³ 山田『前掲書』前掲注(7)246頁。岡本善八「外国法人の認許と承認」澤木・塚場編『ジュリスト増刊 国際私法の争点(新版)』97頁参照。

²⁴ 拙稿「擬似外国会社規制と事業活動の自由」国際私法年報14号207頁（2013年）参照。

つの判決が公表されている²⁵。それによれば、「条約の妥当範囲において、会社の従属法は原則として経営管理地の法律ではなく、会社の設立に妥当した法律に連結される」とし、ドイツ法が採用する本拠地法主義が独米友好通商航海条約によって破られ、締約国の会社の従属法の決定基準として設立準拠法主義が採用される旨を明らかにしている。さらに判例は、条約が適用されるためには、締約国に属する外国会社とその設立準拠国(締約国)との間に「真正な連関」が要求される可能性について言及した。この「真正な連関」は、当該外国会社が設立準拠国内で「何らかの取引活動を行うことで十分」であるとの解釈を示したため、主たる業務が当該設立準拠国内で行われなければならないといった要件は課されていないと解釈しうる。

以上のように、ドイツでは日米友好通商航海条約とほぼ同様の内容を有する独米友好通商航海条約について、ドイツが伝統的に採用する本拠地法主義を破るものと解釈されており、もっぱら国際私法上の問題として扱われていると考えられる。したがって、条約が、国際私法上の問題として、会社の従属法の決定基準について設立準拠法主義を採用していると解釈しても、そもそも日本では設立準拠法主義を採用しているとされるため、日本における会社の従属法の決定基準について結論は変わらない。また、本拠地法主義は、ドイツに本拠を有する外国会社に対してドイツ法に従って再設立することを求めることによ

り、ドイツ法上のすべての規則が当該外国会社に適用されることを要求するという機能を有するところ、そのような本拠地法主義が条約により排除されるという条約の効果に着目することも考えうる。しかしながら、現行の会社法821条は擬似外国会社に対して日本法に従った再設立を求めるものではないため、上記の解釈は日本における条約解釈について妥当しないというべきである。したがって、条約を制限的に解する「真正な連関」の議論についてのみ、日本における条約の解釈に妥当しうる。すなわち、設立準拠国(締約国)とそこで設立された外国会社との間に「真正な連関」が存在しない場合には、条約の適用範囲外となるが、そのような場合を除いては、原則として当該外国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。

以上から、日本の会社法821条による擬似外国会社規制は、日米友好通商航海条約に反するという解釈は、ドイツの条約に対する判例によって直接的に裏付けることは難しい。しかしながら、条約上の「事業活動の自由」は、締約国会社に対して継続的な営業活動をなしうることまでも意味するものと解されるため、締約国会社であったとしても擬似外国会社に該当すれば一律的に継続的取引を禁止する会社法821条の規制は、原則として条約に反するといえる²⁶。また、例外として擬似外国会社規制が条約に反しない場合は、当該外国会社と締約国たる設立準拠国との間に

²⁵ BGH-Urteil v. 29.01.2003, BGHZ, 353, BGH-Urteil v. 05.07.2004, NJW-RR 2004, 1618. 事件および判決の概要については、拙稿「通商航海条約における外国会社をめぐる国際私法上の問題—ドイツ連邦最高裁判所の判例を手がかりに—」阪大法学65巻2号537頁以下(2015年)を参照されたい。

²⁶ なお、その他の外人法規定についても、締約国会社の取扱いが、内国会社に対する取扱いよりも実質的に不利であれば、「事業活動の自由」の定める内国民待遇に違反する可能性がある。ただし、通商航海条約では、内国民待遇が認められない制限業種が定められており、個別具体的に判断する必要があると思われる(たとえば、日米友好通商航海条約7条2項は、公益事業、造船、航空運送、水上運送、銀行業務、土地その他の天然資源の開発については、制限業種として、締約国が制限を課することができる権利を留保している)。

「真正な連関」が認められないときに限られるというべきである²⁷。

それでは、仮に条約に違反しないとしても、擬似外国会社を一律に規制する会社法821条の規制方法は合理的であるだろうか。以下ではこの点について、米国におけるカリフォルニア州一般会社法における擬似州外会社に対する規制を参考に若干の検討を行う。

IV カリフォルニア州一般会社法における擬似州外会社規制

1 アメリカ合衆国における会社の従属法の決定基準

アメリカ合衆国においては、会社は、ある州の法律に基づいて設立されるものであり、その主たる事業所の所在する州で設立される必要はなく、その必要性に応じて最も適切な州法の下で設立することを選択することができる。この選択は、株主ではなく会社の経営者によってなされるため、経営者が株主よりも経営者を優遇する立法および判例法を有する州を設立地として選択する可能性が生じるとされる²⁸。

また、アメリカ合衆国における会社法の特徴はその抵触法規則にあり、例外を除き、設立準拠法がその会社の「内部関係 (internal affairs)」を規律する (抵触法第 2 リステイトメント § § 296-310(1971))。この規則は、

「内部関係理論 (internal affairs doctrine)」とよばれ、株主と経営者との関係などは、会社が設立された州の会社法規定および判例法が適用されることになる。したがって、会社法に関連する問題について、設立州以外の州で訴訟が提起された場合には、当該裁判所は法廷地法ではなく、設立州の実質法を適用しなければならない²⁹。

このように、アメリカ合衆国内では、会社の従属法の判断基準として、設立準拠法主義が採用されており、会社の内部関係については設立準拠法が適用されることになる。

一方で、会社の「外部関係 (external affairs)」については、通常、設立準拠法ではなく、事業活動が行われる地の法が適用される。たとえば、企業がどの州で設立されたのかに関わらず、州内で行われる全ての事業に関連する雇用条件や最低賃金については、当該州の労働法が規律する。さらに、一部の活動については、内部関係規則と外部関係規則の双方によって規律される。たとえば、州会社法が合併に関する権利およびその手続きについて規律するとともに、合併は個別に反トラスト法や証券取引法にも従う³⁰。

初期の内部関係理論の下では、州は、州外会社をその領域内における州内事業に従事することから排除することができ、それによって、州外会社を州内における営業活動の条件に服させることができるとされた³¹。しかし

²⁷ 日本の会社法制において、会社法821条1項にいう「日本において事業を行うことを主たる目的とする外国会社」を「もっぱら日本で事業を行うことを目的とする外国会社」と狭く解釈するようである」と指摘するものもある (神田秀樹『会社法第19版』(弘文堂、2017年) 398頁)。「もっぱら日本で事業を行うことを目的とする外国会社」が、設立準拠法との間に「真正な連関」がない状況にある外国会社を示すと解釈できるならば、条約との抵触が発生しないといえる余地があるようにも思える。

²⁸ Bauman Jeffrey D., Russell B. Stevenson, Jr. and Robert J. Ree, *Business Organization Law and Policy Materials and Problems*, 9th ed., West Academic Publishing, 2017, p.487.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Id.*, p.488.

³¹ *Ibid.*

その後、合衆国連邦最高裁判所は以下のように判示している。すなわち、「州外会社をその領域内における営業活動から排除するという州の権限の範囲にかかわらず、州外会社と州内会社との差別が、州の正当な目的に対して合理的な関係を持たない場合、当該州の権限は、州内会社に課されるよりも多くの税金または他の負担を州外会社に課すことを正当化しない」³²とした。実際には、州は州外会社を排除しようとするのではなく、主に歳入の増加を目的として、何らかのコントロールを行使しようするとされる³³。

上記のように、内部関係理論は抵触法規則であり、合衆国憲法の要件に常に従うことを条件として、特定の管轄権によって変更されることができる³⁴。そのため、州民を保護することを目的として、州は、少なくとも原則として、他州（国）で設立されたとしても当該州と実質的な関係がある会社に対して、州の会社法の一部または全てを適用することについて自由であるとされる³⁵。ニューヨーク州およびカリフォルニア州は、擬似州外会社に対してこの権限を行使することを選択したものであるとされ、それぞれ擬似州外会社規制の規定を有する³⁶。しかし一方で、擬似州外会社規制は、合衆国憲法に違反するのではないかという問題が生じてきた。本稿では、特に、カリフォルニア州における擬似州外会社規制を定めるカリフォルニア州一般会社法

2115条について取り上げる。

2 カリフォルニア州一般会社法 2115条による擬似州外会社規制の内容

カリフォルニア州一般会社法2115条は、1977年法において導入された規定であり、それまでは、州外会社に対して適用される会社法規定は比較的少数であった。これは、カリフォルニア州および他州の殆どが、州外会社の「内部関係」の規律について自らの憲法上の権限を越えることに躊躇していたという事実によるところが大きいとされる³⁷。一方で、現行法は、特定の州外会社については、形式上は州外会社であるものの実際は半分以上が内国的であることを示すような特徴を、所有および活動の面で有している場合には、「擬似州外会社」³⁸という特別な種類に分類し、このように分類された州外会社は、州内会社に適用される複数の会社法規定の適用に服するものとしている³⁹。通常、上記の分類に属する州外会社に適用される規定は、株主および債権者の権利保護にとって最も重要なものであるとされる。すなわち、カリフォルニア州において擬似州外会社とされる州外会社については、カリフォルニア州会社法のうち、一部の規定が設立準拠法を排除して適用されることになる。以下では、擬似州外会社の定義、擬似州外会社としての地位の始期と

³² Western & Southern Life Insurance Co. v. State Board of Equalization of California, 451 U.S. 648(1987).

³³ Bauman, *supra* note 28, p.488.

³⁴ Solomon Lewis D., Donald E. Schwarz, Jeffrey D. Bauman and Elliott J. Weiss., *Corporations Law and Policy Materials and Problems* 4th ed., West Group, 1998, p.174.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ N.Y.B.C.L. § 1320, Calif. Corp Code § 2115.

³⁷ Wertlieb Neil J., *Ballantine & Sterling: California Corporation Laws*, Matthew Bender Elite Products, p.18-43.

³⁸ 日本法にいう「擬似外国会社」については、“nominally foreign corporation,” “pseudo-foreign corporation,” “domesticated foreign corporation,” “domiciled foreign corporation,” “quasi-domestic corporation,” “de facto domestic corporation”などの呼称がある。Wertlieb *supra* note 37, p18-44, 18-55.

³⁹ Wertlieb *supra* note 37, p.18-43, 18-44.

2. 擬似外国会社規制に関する比較法的考察

終期、擬似州外会社に対して適用される会社法規定について、それぞれ概略を述べる。

(1) 擬似州外会社の定義

擬似州外会社の定義については、カリフォルニア州一般会社法2115条(a)項に規定される。同項は冒頭で、「以下の場合に該当する場合には、州外会社（州外社団または州外非営利法人以外の、しかしそれ自体は州内営業を行わなくても州外親会社を含む）は、(d)項に定められる日から(e)項に定められる日まで継続して、(b)項に定める要件に従わなければならない」とし、擬似州外会社に該当するかどうかの判断基準として、(1)その会社に関する財産要素、支払給与要素および売上要素（歳入および課税法典の第25129条、第25132

条および第25134条に定義される）の平均が会社の最終の全所得年度の間50パーセントをこえていること、かつ、(2)最終の全所得年度における株主総会の登録日（当該年度において株主総会が開催されていない場合は最終の全所得年度の日）において、会社の議決権のある社外証券の半分をこえるものがこの州に宛先を有する者により登録して所持されていることを定める⁴⁰。すなわち、(1)その会社に関する財産要素、支払給与要素および売上要素の平均が会社の最終の全所得年度の間50パーセントをこえており、かつ、(2)最終の全所得年度における株主総会の登録日において、会社の議決権のある社外証券の半分をこえるものがこの州に宛先を有する者に

⁴⁰ 日本語訳については、北沢正啓、戸川成弘訳『カリフォルニア会社法』（商事法務研究会、1990年）における訳文を参考にした。また、2115条(a)項の英文は以下のとおりである。

(a) A foreign corporation (other than a foreign association or foreign nonprofit corporation but including a foreign parent corporation even though it does not itself transact intrastate business) is subject to the requirements of subdivision (b) commencing on the date specified in subdivision (d) and continuing until the date specified in subdivision (e) if:

(1) The average of the property factor, the payroll factor, and the sales factor (as defined in Sections 25129, 25132, and 25134 of the Revenue and Taxation Code) with respect to it is more than 50 percent during its latest full income year and

(2) more than one-half of its outstanding voting securities are held of record by persons having addresses in this state appearing on the books of the corporation on the record date for the latest meeting of shareholders held during its latest full income year or, if no meeting was held during that year, on the last day of the latest full income year. The property factor, payroll factor, and sales factor shall be those used in computing the portion of its income allocable to this state in its franchise tax return or, with respect to corporations the allocation of whose income is governed by special formulas or that are not required to file separate or any tax returns, which would have been so used if they were governed by this three-factor formula. The determination of these factors with respect to any parent corporation shall be made on a consolidated basis, including in a unitary computation (after elimination of intercompany transactions) the property, payroll, and sales of the parent and all of its subsidiaries in which it owns directly or indirectly more than 50 percent of the outstanding shares entitled to vote for the election of directors, but deducting a percentage of the property, payroll, and sales of any subsidiary equal to the percentage minority ownership, if any, in the subsidiary. For the purpose of this subdivision, any securities held to the knowledge of the issuer in the names of broker-dealers, nominees for broker-dealers (including clearing corporations), or banks, associations, or other entities holding securities in a nominee name or otherwise on behalf of a beneficial owner (collectively nominee holders), shall not be considered outstanding. However, if the foreign corporation requests all nominee holders to certify, with respect to all beneficial owners for whom securities are held, the number of shares held for those beneficial owners having addresses (as shown on the records of the nominee holder) in this state and outside of this state, then all shares so certified shall be considered outstanding and held of record by persons having addresses either in this state or outside of this state as so certified, provided that the certification so provided shall be retained with the record of shareholders and made available for inspection and copying in the same manner as is provided in Section 1600 with respect to that record. A current list of beneficial owners of a foreign corporation's securities provided to the corporation by one or more nominee holders or their agent pursuant to the requirements of Rule 14b-1 (b) (3) or 14b-2 (b) (3) as adopted on January 6, 1992, promulgated under the Securities Exchange Act of 1934, shall constitute an acceptable certification with respect to beneficial owners for the purposes of this subdivision.

より登録して所持されていれば、擬似州外会社としての規制を受けることとなる。また、州外親会社のうち、それ自体はカリフォルニア州内で事業を行っていない場合であったとしても、上記の要件に該当する場合には擬似州外会社の規制に服する⁴¹。ただし、ニューヨーク証券取引所、NYSE Amex⁴²、NASDAQ Global MarketまたはNASDAQ Capital Marketの市場にその社外証券が上場されている州外会社、または、2115条が適用されない1または2以上の会社によってその議決権付き株式のすべてが直接または間接に保有されている州外会社については、同条は適用されない⁴³。

財産要素、支払給与要素および売上要素については、歳入および課税法典（Revenue and Taxation Code）の概念を用いており、会社の営業権税申告書（franchise tax return）において会社の所得のうちカリフォルニア州に割り当てうる部分を計算する際に使用されるものである。また、その所得の割当てについて特別の方式の適用を受ける会社、または個別のもしくはいかなる納税申告書の提出も要しない会社に関しては、それらの会社がそのような3要素方式の適用を受けるならばそのように使用されたであろう要素を基に計算される⁴⁴。これらの3要素の平均が、最終の全所得年度の間50パーセントをこえる場合、擬似州外会社としての要件の1つを満たす。たとえば、州外会社が、その財産の50パーセントをカリフォルニア州

内に有しており、カリフォルニア州内の従業員への給与の支払額が全従業員への給与支払額のうち40パーセントを占め、かつ、カリフォルニア州内での売上が全売上の65パーセントを占める場合、3つの要素の平均は50パーセントをこえることとなり、第一の要件を満たすことになる。

次に、擬似州外会社としての第2の要件として、議決権付き社外証券のうちその半数以上がカリフォルニア州内に住所を有する者によって所持されていることが挙げられる。これについて、議決権を有さない証券の保有者には、上記の計算から除外される。また、「議決権付き社外証券（voting securities）」という文言から、普通株に限られず、議決権を有するあらゆる証券が含まれるとされる⁴⁵。なお、発行者の知る限りでブローカーディーラー、ブローカーディーラーのためのノミニ（清算会社を含む）、またはノミニ名義でもしくはその他の方法で受益的所有者のために証券を所持する銀行、社団、もしくはその他の組織体（総合して“ノミニ所持人”）の名義で所持される証券は、社外証券と認められない。ただし、州外会社が、すべてのノミニ所持人に対して、すべての受益的所有者に関し、カリフォルニア州内および州外に宛先を有する受益的所有者のために所持される証券の数を証明することを要求するときは、そのように証明されたすべての証券は社外証券であるとされる。

(2) 擬似州外会社としての地位の始期と終期

⁴¹ 親会社に関する財産要素、支払給与要素および売上要素の決定は、単一計算（会社間取引の排除後の）において親会社および親会社が直接または間接に取締役の選任につき議決する権利を有するその社外株式の50パーセントをこえて所有するすべての子会社の財産、支払給与および売上を含むが、その子会社に割合的少数所有があるときはその少数所有に等しい割合の、子会社の財産、支払給与および売上を差し引いて、連結基準によりなされなければならない、とされる。

⁴² 2012年5月以降は、買収に伴い、NYSE MKTに名称変更されている。

⁴³ Calif. Corp Code § 2115 (c) (2016).

⁴⁴ Wertlieb *supra* note 37, p.18-46, 18-47.

⁴⁵ Wertlieb *supra* note 37, p.18-47.

擬似州外会社の地位については、2115条(d)項に定める日に開始し、同条(e)項に定める日まで継続する。すなわち、始期については、(1)擬似州外会社の要件を満たした最終の全所得年度の直後の所得年度の始まる日もしくは最終全所得年度の終了時から135日目以降に始まる会社の最初の所得年度の初日、または(2)擬似州外会社の要件を満たすことを宣言する管轄権のある裁判所による終局的命令以後に始まる会社の最初の所得年度の初日からとされる⁴⁶。また、終期については、(1)擬似州外会社の要件のうち1つでも満たさなくなった最終の所得年度の直後の所得年度の最終日、または、(2)そのような要件の1つが満たされていないことを宣言する終局的命令が管轄権のある裁判所によりなされた所得年度の末日に適用されなくなるとする⁴⁷。

(3) 擬似州外会社に対して適用される会社法規定

2115条(a)項の要件を満たし、擬似州外会社としてみなされる会社については、同条(b)項にしたがい、主に州内会社に適用されるカリフォルニア州一般会社法の特定の規定が適用されることとなる。主なものとして、カリフォルニア州一般会社法における一般規定および定義規定、取締役の選解任に関する規定、利益等の分配に関する規定、株主総会に関する規定、株主総会または取締役会の承認が必要な財産の売却または組織再編に関する規定、記録の保管および調査に関する規定などがある。

3 カリフォルニア州一般会社法 2115条と合衆国憲法との関係性

このように、カリフォルニア州一般会社法2115条は、擬似州外会社となるべき要件について詳細に定めるとともに、要件を満たした場合に州外会社に対して適用される規定についても具体的に明示している。しかし、州外会社の「内部関係」の多くの側面に関する同条による規制は、合衆国憲法における十分な信用と信頼条項、デュー・プロセス条項、州際通商条項などの規定に違反すると主張された⁴⁸。この点についてカリフォルニア州の裁判所は、カリフォルニア州一般会社法2115条は合衆国憲法違反ではないとの判断を下している⁴⁹。一方で、デラウェア州最高裁判所は、内部関係理論は例外なく適用されるものであり、この理論は抵触法上の理論であるだけでなく、合衆国憲法によっても支えられるとしたうえで、同法2115条は、合衆国憲法および内部関係理論に基づき違憲でありかつ適用されないと宣言した⁵⁰。しかしながら、カリフォルニア州会社法とデラウェア州会社法との間の抵触問題は未だ連邦裁判所では判断が下されていないことから、カリフォルニア州会社法とデラウェア州会社法との間の抵触問題においても、カリフォルニア州一般会社法2115条は無視されるべきではないとされる⁵¹。

このように、アメリカ合衆国では擬似州外会社に対する規制について、内部関係理論や

⁴⁶ CA Corp. Code § 2115 (d) (2016).

⁴⁷ CA Corp. Code § 2115 (e) (2016).

⁴⁸ Wertlieb *supra* note 37, p.18-54.

⁴⁹ Wilson v. Louisiana-Pacific Resources, Inc. (1982) 138 Cal. App. 3d 216, 187 Cal. Rptr. 852.

⁵⁰ Vantage Point Venture Partners 1996 v. Examen, Inc., Del. Sup. Ct. No. 127, May 2005.

⁵¹ Marsh Harold, Jr., R. Roy Finkle and Larry W. Sonsini, *Marsh's California Corporation Law*, 4th ed., Aspen Law and Business, p.26-72.

合衆国憲法との整合性から議論される。これは、会社について、どの州法が当該会社に対して規制するのが妥当かといった、規律管轄権の観点から考察しているようにも思われる。日本においても、擬似外国会社を規制する目的についてより細分化して考察し、擬似外国会社に該当する要件をより明確にすることや、継続的取引の一律禁止ではなく、債権者や株主といった利害関係人の保護に関する規定のみ擬似外国会社に適用するといった、規制目的に合致した規制方法を検討するべきであると考えられる。一方で、カリフォルニア州一般会社法2115条の定める擬似州外会社規制について、友好通商航海条約等との関係性から考察するものについては、現在のところ見受けられないため、米国が日米友好通商航海条約等の条約についてどのように解釈しているかについては、今後の課題としたい。

V おわりに

本稿では、日本の会社法821条の定める擬似外国会社規制は、日本が締結する日米友好通商航海条約に定める「事業活動の自由」に違反する可能性について検討したうえで、米国会社とその設立準拠国である米国との間に「真正な連関」が存在しない場合を除き、原則として会社法821条は条約と抵触するとの解釈を述べた。一方で、仮に条約に違反しないとしても、日本の擬似外国会社に対する一律的規制が合理的か否かについて、カリフォルニア州一般会社法における擬似州外会社規制について考察した。同州における規制については、擬似州外会社となるべき要件を詳細に定めるとともに、州内の債権者および株主を保護するための特定の会社法規定が設立準拠法を排除して適用される旨を定めてい

る。このように、同州では日本のような一律規制を採用せず、具体的に擬似州外会社の要件を定めた上で、規制目的に合致する最低限度の条文の適用を課すといった規制方法を採用している。これは、米国における「内部関係理論」や合衆国憲法上の規定が関係しているものと考えられる。今後は、米国における判例を基に、擬似州外会社規制と合衆国憲法との関係性についてより詳細に検討し、米国における擬似州外会社に対する規律管轄権について明らかにするとともに、日本の会社法制において擬似外国会社が遵守すべき規定を提示することを課題としたい。

本稿は、科研費若手研究(B)（「通商航海条約における「事業活動の自由」と擬似外国会社規制の方法」、研究課題番号:16K16994）の助成を受けたものである。

小野木報告コメント

高橋 均
獨協大学法学部 教授

小野木論文は、従来、研究者の間で扱う機会が少なかった擬似外国会社に関して、擬似外国会社と事業活動の自由の関係の論点について、正面から取り上げていることに意義がある。

グローバル化が益々進展している中で、日本企業が海外に進出するのみでなく、外国会社がわが国で活動する機会も増加している。その際、外国法に準拠して設立された外国会社が日本で事業を行う場合に、わが国の法制度に従う必要がなければ、日本の会社にとっては同一条件のもとでの活動ということにならず不公平となり、結果として取引の相手方の不利益となる可能性がある。日本は設立準拠法主義を採用しており、会社法制が厳格ではない国で設立された外国会社が日本で事業活動を行った場合に、日本の会社法制に服する必要がなくなるからである。したがって、改正前商法においては、外国会社の中で、日本で本店を設けたり、日本で営業（事業）をしたりすることを主たる目的としている会社（擬似外国会社）は、日本の会社と同一の規定に従う必要があるとされていた（改正前商法482条）。ここでの「同一の規定」には、判例上、設立に関する規定も含むと解されていたことから、擬似外国会社は、日本法に基づいて会社を再設立しない限りは、法人格が認められなかった。

そこで、会社法では擬似外国会社に法人格を認める一方で、日本の会社法制の潜脱を防

止する観点から、日本における継続取引の禁止と、これに違反して取引の相手方に生じた債務については、取引行為者は外国会社と連帯して弁済する責任を負わせることとした（会社法821条）。

小野木論文は、会社法で定める擬似外国会社における継続取引の禁止が、事業活動の自由の原則に抵触するのではないかという問題意識が出発点にある。その点を考察する上で、いくつかの材料を提示し検討している。

第一に、日本が締結する通商航海条約で定める「事業活動の自由」の規定との関係である。すなわち、擬似外国会社に一律に継続的取引を禁止する会社法821条は、「事業活動の自由」を認める通商航海条約の規定に違反する可能性があるのではないかという問題提起である。

この点について、小野木論文は、日米友好通商航海条約を取り上げる。日米友好通商航海条約では、相手国の法令に基づき正規に成立した会社をもう一方の条約締結国の会社として法律上取り扱うべきであるとの趣旨を踏まえて、アメリカ合衆国内で設立された会社は、日本での内国民待遇が与えられていること（日米通商航海条約7条1項・2項）との文言からすれば、擬似外国会社の継続取引禁止の会社法の規定は、事業活動の自由に反し得るのではないかと疑問を投げかけている。しかし、日米友好通商航海条約の規定が無条件に擬似外国会社に該当するかは明らか

ではない。

そこで、小野木論文では、独米友好通商航海条約に対するドイツ連邦最高裁判所の判決に着目している。ドイツ連邦最高裁判所は、独米友好通商航海条約の適用範囲内では、ドイツ法の本拠地法主義は排除されるとするとともに、通商航海条約が適用されるための一般的な解釈を示している。すなわち、締約国に属する外国会社ともう一方の締約国（設立準拠法国内）との間において、当該外国会社が設立準拠法国内で、何らかの取引活動を行うことで十分であること（真正な連関）が存在しない場合は通商航海条約の適用範囲外とされるが、主たる業務が設立準拠法国内で行われなければならないという要件までは必要でないとしている。換言すれば、条約締結国とそこで設立された外国会社との間に「真正な連関」が存在する限りにおいては、当該外国会社は当該締結国の会社と認められ、かつ法律上の地位を締結国の領域で認められるという解釈である。したがって、擬似外国会社規制は、日米友好通商航海条約に反するという直接的な結論は、独米友好通商航海条約における判例から検討しても導けないとしつつも、主たる業務が米国ではなくわが国で行っている擬似外国会社に事業活動の自由を一方的に制限することは、日米友好通商航海条約に反するという解釈も成り立ち得るという考え方は、通商航海条約との関係で一つの示唆を示しているといえよう。

第二に、カリフォルニア州一般会社法における擬似州外会社規制を検討している。小野木論文では、カリフォルニア州一般会社法における擬似州外会社規制を取りあげ、擬似州外会社が、その財産・支払給与・売上の三つの要素から定義されていることを確認した上で、その規制対象は、取締役の選解任・利益

等の分配等に限定されていることを紹介している。

カリフォルニア州一般会社法における擬似州外会社規制を検討する意義は、擬似州外会社を単に州外で設立されてカリフォルニア州内で主に活動している会社という括りの定義ではなく、明確な数値に基づいて定義づけられていること、また、カリフォルニア州内での擬似州外会社を、継続的事業活動を一律禁止するというのではなく、規制対象を限定している点を紹介していることである。そもそも、擬似外国会社の事業行為が、脱法行為の潜脱防止であるということからすれば、会社法制のあり方として当然にあり得るところであり、また取引相手先の保護の視点から考えると、会社法上のどの規制内容を適用対象とすべきかという検討は重要である。カリフォルニア州一般会社法における擬似州外会社規制の内容から、わが国の擬似外国会社規制が事業活動の自由に反するとは直ちに結論づけられないものの、今後のわが国の擬似会社法規制の立法上の検討の際に大いに参考にならう。

外国会社からの積極的な投資を含めた事業活動は、わが国にとっても経済の活性化にとっても重要である。他方で、日本企業が外国会社と対等な条件で事業活動が保障されなければ、日本企業が不利益を被るだけでなく、債権者等の取引先にも不利益が及ぶ。この両者のバランスを考慮してあるべき方向性を示すことが、今後の擬似外国会社法制を巡る論点の本質である。この点でも、小野木論文は、かかる方向性を示すための議論の材料を提供しており、会社法研究者のみならず企業実務家にとっても示唆に富む内容といえよう。

今後の課題としては、擬似外国会社に対する事業継続の一律規制は事業活動の自由に反

するとの問題意識をもちつつ、擬似外国会社に事業活動の自由を一方的に許容することの具体的問題点の有無、仮に問題点が存在するとすれば、その解決のための検討が重要である。具体的には、「真正な連関」のような一定の要件を課すことの是非や、カリフォルニア州一般会社法を参考に、擬似外国会社の範囲を法的に絞ることにより、その定義に該当する擬似外国会社に限って事業活動の自由を保障するとの考え方もあろう。これらの検討のためにも、比較法の観点から、擬似外国会社に関して規定している他国や他州の会社法制および判例のさらなる調査の蓄積にもとづく比較検討は意味があると思われる。

また、取引相手の安全の確保から、わが国で活動する擬似外国会社に対しては、継続的な取引を許可する場合に、それと引き換えに、わが国の会社法において、制限すべき規定をその理由とともに具体的に示すことが立法論の点からも意義がある。

わが国の企業が海外展開する上での諸課題について、法理論的な観点からの論考は、国際私法からの検討を含め多々見受けられるものの、外国会社のわが国での事業活動の問題については、従来、必ずしも十分な議論が行われてこなかった。この意味からも、小野木論文が、国際私法のみならず会社法制の視点からも、擬似外国会社法制のあり方に関する更なる議論の契機となっていくことを期待したい。