

擬似外国会社に関する一考察

～ VantagePoint 判決を手がかりに～

伊達竜太郎*

一. 問題の所在

企業活動の国際化を背景に、わが国において、国際会社法の議論が蓄積している¹。その中でも、国際的な企業組織再編の議論が急速に発展してきている²。ただし、国際的な企業組織再編に関する比較法研究の観点からは、EU 諸国とわが国との比較法研究の文献が散見されるが、米国と

わが国との比較法研究の文献はあまり見当たらない³。このことは、米国において準拠法の異なる企業間合併⁴が条文上認められているにもかかわらず、判例⁵および学説⁶の展開が見られないことにも一因があるかもしれない。米国において直接的な国際合併の議論が進展していない理由としては、実務上、準拠法の問題を一定程度回避するために、ある法域の範囲内で合併取引

* 筑波大学大学院博士課程在学。前イリノイ大学客員研究員。筑波大学では、徳本穰教授の指導を受けている。イリノイ大学では、Larry E. Ribstein 教授の指導を受けた。両教授の大変有益な御指導に対しまして、厚く御礼を申し上げます。なお、本稿の内容の一部については、筑波大学商事法研究会、日本大学商事法研究会で報告の機会を得たほか、筑波大学の弥永真生教授、中村・角田・松本法律事務所の松本真輔弁護士からも貴重なコメントを頂いた。ここに記して、厚く御礼を申し上げます。

- 1 河村博文『国際会社法論集』（九州大学出版会、2002年）、山内惟介『国際会社法研究（第1巻）』（中央大学出版会、2003年）、龍田節「国際化と企業組織法」竹内昭夫＝龍田節編『現代企業法講座第二巻－企業組織』（1985年）260頁、藤田友敬「国際会社法の諸問題〔上〕〔下〕」商事1673号（2003年）17頁・1674号（2003年）20頁等参照。
- 2 落合誠一「国際的合併の法的対応」ジュリ1175号（2000年）36頁、江頭憲治郎「商法規定の国際的適用関係」国際私法年報2号（2000年）136頁、早川吉尚「国境を越えたM&Aの抵触法的規律」立教59号（2001年）254頁、松井秀征「外国会社との合併・株式交換をめぐる法的規律〔IV〕会社法からの分析」商事1625号（2002年）43頁、中東正文「国際会社法〔IV. 企業組織の国際的再編〕」商事1706号（2004年）26頁、藤田友敬「国際会社法（V. 国際的な結合企業関係）」商事1706号（2004年）33頁等参照。
- 3 米国における国際的な公開買付に関しては、元永和彦「国際的な株式公開買付けにおける抵触法上の諸問題〔上・下〕」際商19巻7号779頁・8号（1991年）961頁、浜田道代「国際的な株式公開買付けを巡る法的問題」証券研究102号（1992年）73頁等参照。また、国際的合併に関するわが国と米国との比較研究の文献は、数えるほどである。この点に関連して、松井・前掲注（2）43頁等参照。国際的合併を含む国際的な企業組織再編に関しては、別稿において詳細に論じていきたい。
- 4 米国における準拠法の異なる企業間合併には、国境をまたがる国際的な企業間合併に加えて、州をまたがる企業間合併を含む。以下では、便宜上、両者を含む概念として、国際的合併と記載していく。
- 5 デラウェア州衡平法裁判所の前所長で、現在、ニューヨーク大学ロー・アンド・ビジネス・センターの所長である William T. Allen 教授、およびデラウェア州衡平法裁判所の現所長である William B. Chandler Ⅲ氏の2人からは、直接的な国際合併の訴訟を取り扱ったことはないとのコメントを頂いた。
- 6 証券規則を中心とした国際的な公開買付を取り扱う文献は多数存在するが、直接的な国際合併の議論に関して言えば、EUの判例や学説の状況を取り扱った文献を除き、あまり見当たらない。

を完結する三角合併の手法を用いることで、準拠法の異なる企業同士の国際的合併の手法を選択せず、理論上も活発な議論がなされていないことが挙げられると思われる。実際に、ドイツのダイムラー・ベンツ社と米国デラウェア州法上のクライスラー社との世界的に大型な企業間同士の統合事例は、三角合併の手法を用いたものであった⁷。

ここで、視点を変えて、米国における企業組織再編と内部事項理論に基づく設立準拠法主義という観点から、連邦裁判所や州裁判所、特にデラウェア州裁判所の判例を調べてみると、いくつかの重要な判例に行き着くことが分かる。その中でも、本稿で取り上げる VantagePoint 判決は、デラウェア州法人同士の合併局面において、一方の会社がデラウェア州会社法に基づいて設立されているが、カリフォルニア州に実質的な本拠地を置いている事例、いわゆる擬似外国（州外）会社と認定される会社の問題を取り扱っている。米国においては、会社従属法の決定基準に関して、設立準拠法主義が採用されており、どの州で企業活動を行うかに関係なく、会社設立者は、特定の州会社法を自由に選択できる。このことを背景に、特定の州で会社を設立し、他州に本拠地を置く擬似州外会社をめぐる事例は、米国において多数存在する。そこで、

設立準拠法主義の立場に立つ米国において、擬似州外会社に対して、どのように規制しているのか、さらに、紛争が生じた場合、どのような解決がなされているのかを検討することは、同じく設立準拠法主義の立場に立つわが国の擬似外国会社の規定を考察する際に、有益な示唆が得られるものと思われる。

わが国の擬似外国会社の規定に関しては、2005年会社法改正前の商法482条において、擬似外国会社は内国会社と「同一ノ規定」に従うことを要求していた。従来は、この「同一ノ規定」に「設立」に関する規定を含むのかどうかで学説上の争いがあった⁸。判例においては、改正前商法482条の「同一ノ規定」に内国会社の設立に関する規定も含むと判断されている点が共通しており、擬似外国会社には、わが国の規定に基づき再設立を要求していた⁹。さらに、実務上、外国証券会社や資産の流動化取引等の金融手法において、外国法に従って設立された会社が日本支店を利用する際に、擬似外国会社規定の適用可能性があること自体、望ましくないと指摘されていた¹⁰。

そこで、このような議論を背景に、2005年の会社法改正によって、一種の脱法的行為を防止するためという規定の趣旨は維持しつつ、会社法821条において、擬似外国

7 長田真里＝小塚荘一郎「国際的な企業結合のプランニング－ダイムラー・クライスラー社の事例－」商事1665号（2003年）4頁参照。三角合併に関する国内文献としては、中東正文「アメリカ法上の三角合併と株式交換」中京28巻2号（1994年）1頁、落合誠一「合併等対価の柔軟化とM&A法制の方向性」企会59巻8号（2007年）1098頁、中山龍太郎「外国会社による三角合併利用に係る実務上の課題」商事1802号（2007年）24頁、早川吉尚「国際M&Aを巡る国際私法上の問題と三角合併」企会59巻8号（2007年）1105頁、弥永真生「諸外国における三角合併に関する制度との比較」企会59巻8号（2007年）1112頁等参照。

8 改正前商法482条に関する議論については、上柳克郎ほか編集代表『新版 注釈会社法（13）』（有斐閣、1990年）534-535頁〔岡本善八〕、山田鎌一「商法482条の「同一ノ規定」の意義」『国際私法の争点（新版）』（有斐閣、1996年）100-101頁等参照。

9 大決大正7年12月16日民録24輯2326頁（1審につき、東京地決大正7年9月10日評論7巻商法580頁）、東京地判昭和2年9月17日新報142号19頁、東京地判昭和29年6月4日判タ40号73頁。

10 小野傑「会社法現代化要綱試案を読み解く－証券化、流動化実務への影響」金法1695号61頁（2004年）参照。

会社は、日本において取引を継続することができないこととした¹¹。本改正により、改正前商法のような擬似外国会社が再設立をすべきという問題は生じないように、立法上の手当てがなされた。そして、日本における継続的取引がなされない限り規制が及ばないことになり、効果を明確にするという観点からは、規定の適用範囲が明らかとなったが、要件の不明確さゆえに、わが国の擬似外国会社規定の適用範囲は曖昧なままであるとも指摘される。

さらに、本稿の主要な問題意識としては、会社と、株主、取締役および役員間のような会社の内部関係で紛争が生じた場合、会社法821条は、擬似外国会社の内部事項に適用範囲が及ばないと読めることから問題となりうる。原則としては、わが国が設立準拠法主義に立つ限り、内部事項については設立準拠法所属国の専属管轄に服すると解される¹²。ただし、例えば、デラウェア州で設立された会社が日本では擬似外国会社にあたる場合で内部事項をめぐる紛争が生じた際に、例外的に、わが国の裁判所が専属管轄を有する場合がありますように思われる。ここで、抵触法上の問題として、わが国の裁判所¹³において、デラウェア法または日本法のどちらを適用すべきかという問題が生じるが、擬似外国会社の内部事項の紛争に関して、内部事項理論に基づく設立準拠法の例外として、わが国の裁判所がデラウェア法を適用しないならば、どのような根拠条文で日本法を適用するのか明らかではない。現行法上、内部事項の紛争においてわが国の擬似外国会社規

定の適用を考慮しないのであれば、国際私法上の公序（通則法42条）を適用するか、もしくは、会社法の規定の中にある公法的な規定を、準拠法如何を問わずに適用すべきか等という解釈論を展開することになる。しかし、このような解釈論では、どのような場合に日本法の適用範囲が及ぶのかが明らかではなく、利害関係者にとって予測可能性を欠くおそれがある。そこで、立法論上は、擬似外国会社規定の中に、内部事項を規律する規定を組み込むべきかという問題が生じうる。

本稿においては、以上のような視点を手がかりにして、分析を試みるものである。その際には、「会社法制の現代化に関する要綱試案」に対するパブリック・コメントの結果のように、擬似外国会社の規定を削除すべきであろうか、それとも、仮に擬似外国会社の規定が必要であるとすれば、わが国の会社法上、どのような実態を有する会社を擬似外国会社として規制すべきか、または、会社法規定にある公法的な規定を個別に特定し、擬似外国会社に対してどの規定を適用または準用すべきか等という点をさらに解明していく必要があると思われる。

本稿で検討するデラウェア州裁判所で判断された *VantagePoint* 判決では、州外会社の内部事項の問題をめぐる、デラウェア州の設立準拠法またはカリフォルニア会社法の擬似州外会社規定の適用をめぐる問題が生じており、わが国の擬似外国会社法制の考察に際して、重要な示唆を与えるものと思われる¹⁴。以下では、*VantagePoint* 判決の事案を概観し、そこで議論となった争点

11 「会社法制の現代化に関する要綱試案」に対するパブリック・コメントの結果では、擬似外国会社の規定を削除すべきであるという案が多数を占めていたが、擬似外国会社の規定は、会社法改正後も維持されたままである。

12 上柳ほか編集代表・前掲注（8）534-535頁〔岡本善八〕。

13 デラウェア州裁判所においても、同様に抵触法上の問題が生じうる。この点の判断については、本稿で検討する *VantagePoint* 判決では、内部事項理論に基づく設立準拠法であるデラウェア法を適用している。

の中でも、わが国の擬似外国会社法制を考察する上で重要な点を検討し、そこから導かれる議論をもとに、日本法における解釈論および立法論へ示唆を与えていきたい。

二. VantagePoint 判決¹⁵

まず、事案の概要について述べる。Examen Inc. (以下、「E社」という)は、ウェブに基づく法律管理の事業を営むデラウェア州で設立された非公開会社であった。ただし、E社はカリフォルニア州に本拠地を置き (is headquartered in)、5つの州に支店を置くものの、デラウェア州には支店すら置いていなかった。2005年2月17日に、E社は、Reed Elsevier Inc. (以下、「R社」という)との間で、R社のデラウェア州子会社である LexisNexis (以下、「L社」という)と、同年4月15日満期の合併契約を締結し、デラウェア州の株式会社である LexisNexis Examen が存続会社となった。VantagePoint Venture Partners, Inc. (以下、「V社」という)は、デラウェア州のリミテッド・パートナーシップで、E社のシリーズA社外優先株式の83% (909,091株)を保有するベンチャー・キャピタルであった。E社の設立州であるデラウェア州会社法とE社の定款における合併決議要件は、普通株主およびシリーズA優先株主と一緒に単一クラスとして、それらの発行済社外株式の過半数を要求した。V社の優先株式が普通株式に転換された場

合、V社の保有株式数は1,392,727株となるが、転換後の社外株式総数が10,297,608株となった。すなわち、優先株式の保有者であるV社は、優先株式が普通株式に転換された場合、転換後の基準で議決権を行使するが、単独で合併の承認を得るための5,148,805株に到達せず、当該合併の承認を拒否することができなかった。

同年3月3日に、原告E社はV社に対して、当該合併における株主の議決権行使に関してはデラウェア会社法が適用されることを求めて、デラウェア州衡平法裁判所に訴えを提起した。この点に関連して、E社は、デラウェア会社法とE社の定款に従い、当該合併における普通株主および優先株主の議決権は単一クラスで行使されると主張した。これに対して、被告V社は、①デラウェア州法人であるE社の本拠地がカリフォルニア州にあるので、E社の内部関係にはカリフォルニア会社法が適用され、同条2115条のもとの「擬似カリフォルニア会社 (quasi-California corporation)」である、②E社は擬似カリフォルニア会社であるから、カリフォルニア会社法1201条(a)項に従い、提案された合併において、V社はE社のシリーズA優先株式の保有者として、個別クラスの種類株主総会で議決権を行使できる、③当該合併は差し止められる等と主張した。

同年3月29日のデラウェア州衡平法裁判所の判断は、以下の通りである。デラウェア州最高裁判所の McDermott 判決¹⁶で検討

14 VantagePoint 判決において擬似州外会社と想定されうる会社を日本法のもとで考慮する場合に、当該会社がわが国でいう単なる外国会社ではなく擬似外国会社にあたるかどうかは、カリフォルニア会社法とわが国の会社法の規制が異なっており、わが国の裁判所の判断如何で結論が異なる可能性はあるが、本稿においては、当該会社がわが国において擬似外国会社にあたりうるということを前提に議論を展開していく。

15 VantagePoint Venture Partners 1996 v. Examen, Inc., 871 A.2d 1108 (Del. 2005). 本稿は、わが国において本判決を初めて紹介および検討するものである。また、本判決のデラウェア州衡平法裁判所の判断に関しては、Examen, Inc. v. VantagePoint Venture Partners 1996, 873 A.2d 318 (Del. Ch. 2005)を参照。

16 McDermott Inc. v. Lewis, 531 A.2d 206 (Del. 1987).

された内部事項理論（internal affairs doctrine）を参考に、合併を承認する議決権行使の局面において、合併当事会社の設立地であるデラウェア州法が適用される。被告であるV社の主張するカリフォルニア会社法の議論は排除され、原告であるE社の設立州であるデラウェア会社法で定める株主の単一クラスとしての議決権のみが行使され、個別クラスの種類株主総会を行うことはできないとして、原告の申立てを認められた。

デラウェア州衡平法裁判所の判断に対して被告は、デラウェア州最高裁判所に上訴し、最高裁判所の判断まで合併を差し止めることを求めた。被告は、原告がカリフォルニア州に本拠地を有することで、カリフォルニア会社法2115条の要件を満たし、カリフォルニア法の種類株主総会の過半数の承認を得る必要があり、合併を差し止めることができると主張した。しかし、最高裁判所は、原判決を容認し、被告による合併差止の主張を否定し、同日、原告はL社との合併をクロージングした。

本件における主要な争点は、デラウェア州の設立準拠法のもとで、普通株主および優先株主を一緒に単一クラスで議決権が行使され、合併が実行されるか、それとも、本拠地があるカリフォルニア州の擬似州外会社規定のもとで、個別クラスの種類株主総会で議決権が行使され、優先株主である

被告が合併の拒否権を行使できるか、ということであった。

デラウェア州最高裁判所の判断は、以下の通りである。内部事項理論に基づく設立準拠法主義は、連邦裁判所および州裁判所の抵触法実務における長年続く準拠法の原則である。内部事項理論の適用は、設立州法が国際通商や州際通商で国家政策に一致しないような稀な状況以外では、合衆国憲法の原則¹⁷によって権限を与えられる。

カリフォルニア会社法2115条は設立準拠法の例外であると被告は主張した。同条は州外会社（foreign corporation）¹⁸に対してカリフォルニア州の内部関係規定に従うことを要求する。同条が定義する州外会社は、社外議決権証券の過半数をカリフォルニア州に居住する者が登録し、また会社の財産、従業員の給与総額および売上高の諸要素で判断される事業の過半数をカリフォルニア州で行う場合、カリフォルニア法が域外適用的な効果を有し、州外会社の基本定款は設立州法を排除するように修正される。しかし、内部事項理論で判断する確実性に比べて、2115条の適用は一貫性に欠ける。例えば、会社の事業の半分をカリフォルニア州で行っているかどうか、社外議決権証券の過半数をカリフォルニア州に居住する者が登録しているかどうかは、毎年変動する可能性がある。したがって、2108条で要求される年次報告書の状況によって、

17 デュー・プロセス条項および州際通商条項（Commerce Clause）を根拠に議論がなされる。前者のデュー・プロセス条項に関しては、何人も、法のデュー・プロセスによらずして生命、自由もしくは財産を剥奪されない（U.S. CONST. amend. V.）。後者の州際通商条項に関しては、州際取引を行う州外会社に過度の負担を課する州規制は、この条項に反するものとされる（U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 3.）。

18 ここでの foreign corporation の概念は、外国会社に加えて、州外会社を含み、本件では、カリフォルニア州から見て州外で設立されたデラウェア州法人の意味で用いられている。よって、以下では、foreign corporation を外国会社とは訳さず、州外会社として記載していく。また、州外会社には、①真正州外会社（true foreign corporation）、すなわち、ある州会社法に基づき設立されて、2州以上で企業活動をする会社、および、②擬似州外会社（quasi-foreign corporation）、すなわち、ある州会社法に基づき設立されたが、会社の組織や企業活動が主に他州に存在する会社、の2種類に分けられる。本件においては、州外会社の中でも、②擬似州外会社の要件を満たしうる会社が問題となっている。

会社はある年度は2115条に従うが、次年度は従わない可能性がある。よって、画一的な内部事項理論を優先的に考慮する必要がある。

原告会社がカリフォルニア会社法2115条の要件を満たすにもかかわらず、設立州法を適用するデラウェア州裁判所の判断は、将来のフォーラム・ショッピングを導くと被告は論じる。また、2115条の要件が満たされている場合、カリフォルニア州裁判所は同条を適用し、原告の設立地であるデラウェア州法を排除すると被告は論じた。被告が根拠としたのは、カリフォルニア州裁判所で1982年に判示された Wilson 判決¹⁹であるが、同判決は、合衆国最高裁判所の CTS 判決²⁰前およびデラウェア州最高裁判所の McDermott 判決²¹前に判示された。Wilson 判決は、カリフォルニア法の強行規定である累積投票に関して、累積投票の規定を有していないが他の投票方式を有するユタ州の会社に適用する際に、2115条が合衆国憲法に違反しないと判示し、同条の適用を認めた。しかし、Wilson 判決の10年後の1992年、カリフォルニア州最高裁判所に

おける Nedlloyd 判決は、McDermott 判決の内部事項理論の分析、特に会社の議決権争いは設立州法で規律される点を引用した²²。2003年、カリフォルニア州控訴裁判所の State Farm 判決²³は、Wilson 判決後20年における内部事項理論の容認の拡張を受けて、Wilson 判決の妥当性に疑問を投げかけた。また、Draper 判決²⁴から得られる示唆としては、連邦最高裁判所の Kamen 判決²⁵と CTS 判決後、内部事項理論の持続性と合衆国憲法上の意義を認識し、デラウェア州法人の内部関係にデラウェア法を適用するだろう。本判決もこの見解に従うものである。

三. VantagePoint 判決の研究²⁶

1. 序論

本判決では、デラウェア州で設立された会社同士の合併局面において、デラウェア州で設立されたがカリフォルニア州と実質的な結びつきがある非公開会社、いわゆる擬似州外会社と認定される会社の問題を取り扱っている。デラウェア州最高裁判所

19 Wilson v. La. Pac. Res., Inc., 138 Cal. App. 3d 216 (Ct. App. 1982).

20 CTS Corp. v. Dynamics Corp. of Am., 481 U.S. 69 (1987).

21 McDermott Inc. v. Lewis, 531 A.2d 206 (Del. 1987).

22 Nedlloyd Lines B.V. v. Superior Court, 3 Cal. 4th 459, 11 Cal. Rptr. 2d 330, 834 P.2d 1148, 1155 (Cal. 1992).

23 State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Superior Court, 114 Cal. App. 4th 434, 8 Cal. Rptr. 3d 56 (Cal. App. 2d 2003).

24 Draper v. Gardner, 625 A.2d 859 (Del. 1993).

25 Kamen v. Kemper Fin. Serv., 500 U.S. 90 (1991).

26 本判決に言及する論文としては、Erin A. O'Hara & Larry E. Ribstein, Corporations and the Market for Law, 2008 U. Ill. L. Rev. 661, 719 (2008) (Erin A. O'Hara & Larry E. Ribstein, The Law Market (Oxford Univ. Press, 2009) の第6章にほぼ相当); Timothy P. Glynn, Delaware's Vantagepoint: The Empire Strikes Back in the Post-Post-Enron Era, 102 Nw. U. L. Rev. 91 (2008); Matt Stevens, Note, Internal Affairs Doctrine: California versus Delaware in a Fight for the Right to Regulate Foreign Corporations, 48 B. C. L. Rev. 1047 (2007) 等を参照。この他にも、本判決を引用する Casebook 類としては、Melvin Aron Eisenberg, Corporations and Other Business Organizations: Cases and Materials (Foundation Press, 9th ed. Supp. 2009); Lawrence A. Cunningham & Linda O. Smiddy & Larry D. Soderquist, Corporations and Other Business Organizations: Cases, Materials, Problems (LexisNexis, 6th ed. Supp. 2009); Therese Maynard, Mergers and Acquisitions: Cases and Materials (Aspen Publishers, 2nd ed. 2008) 等を参照。

で判断された本判決から導かれる重要な意義としては、デラウェア州で設立したが他州で擬似州外会社にあたりうる場合であるにもかかわらず、合併における議決権行使というデラウェア州法人の内部関係に他州の会社法を適用することはできず、設立州法であるデラウェア州法を適用すると判断した点が挙げられる。この判断は、米国における企業組織再編をめぐる、内部事項理論に基づく設立準拠法主義を認識した重要な判決である、連邦最高裁判所の Edgar 判決²⁷や CTS 判決²⁸、および、デラウェア州最高裁判所の McDermott 判決²⁹という裁判例の流れの中で、画一的な法の適用という観点から、内部事項理論を通じて設立準拠法を適用することを堅持した点が評価される。また、デラウェア州裁判所が内部事項理論の権威を高めるため、前述した裁判例と同様に、合衆国憲法上の議論に言及した点が特徴として挙げられる³⁰。内部事項理論を公法上の合衆国憲法レベルにまで高めることは、域外適用的な権限を内部事項理論に与えるという、裁判所の意思表示であるように思われる。すなわち、擬似州外会社が存在しうるような局面において、少なくともデラウェア州裁判所で判断が下される場合、デラウェア州等の設立準拠法が、

他州の法律や外国法に優先して域外適用的に考慮されることを示唆していると思われる。

主要な争点としては、合併におけるデラウェア州の設立準拠法とカリフォルニア州の擬似州外会社規定のどちらを適用するか、具体的には、デラウェア州法上の単一クラス投票とカリフォルニア州法上の個別クラス投票とのどちらを適用するかが問題となった。原告の設立州であるデラウェア州法が適用される場合、個別クラスの種類株主総会は行われず、単一クラス投票のもとで、被告はわずかな割合の議決権しか有せず、合併を阻止することはできない。しかし、仮に本拠地のあるカリフォルニア州法が適用され、株主が個別クラスの種類株主総会で議決権を行使する場合、シリーズ A 優先株式の83%を保有する被告は合併を阻止できる拒否権を有する。本判決では、本拠地のあるカリフォルニア州ではカリフォルニア州法が適用されると規定されているにも関わらず、設立地のデラウェア州法が適用されると判示し、種類株主総会を行うことを認めなかった。このことにより、被告は合併を差し止めることはできなかった³¹。

デラウェア州法人をめぐる企業組織再編

27 Edgar v. MITE Corp., 457 U.S. 624, 645-46 (1982).

28 CTS Corp. v. Dynamics Corp. of Am., 481 U.S. 69, 89-93 (1987).

29 McDermott Inc. v. Lewis, 531 A.2d 206 (Del. 1987).

30 本稿においては、合衆国憲法上の議論は必要最小限にとどめ、日本法へ有益な示唆が得られると思われる、内部事項理論に基づく設立準拠法主義および擬似外国会社の規定をめぐる議論について主に検討していきたい。ただし、合衆国憲法上の議論に関連して付言しておく、本判決でも議論されたような設立準拠法を憲法上の地位にまで高める判断を批判する見解もある。なぜなら、会社法市場の機能が、直接的な憲法上の議論なしに、内部事項理論を発達させることが可能であるからであり、また、他の準拠法ルールと異なり、設立準拠法だけが憲法上の保護を必要とするより高い政策的な根拠を有する訳ではないからである等と主張される。この点に関しては、O'Hara & Ribstein, *supra* 26, at 716-21を参照。このような内部事項理論を憲法上の地位にまで高めることの適否はともかく、デラウェア州裁判所で判断が下される場合、デラウェア州で設立された会社に対してデラウェア法を適用できるという判断は確立していることが明らかであると思われる。

31 本判決では、デラウェア州裁判所が、以下で議論するような会社設立市場を念頭に置いて判断を下した側面以外にも、被告であるV社が、洗練された株主としてのベンチャー・キャピタルであるという事実も判断に影響を及ぼした可能性はある。

の紛争で準拠法が問題となる場合、デラウェア州裁判所の態度³²として、以下の3つの視点が存在すると思われる。つまり、デラウェア州から検討した場合、①他州との関係、②連邦との関係、③他国との関係³³という視点である。本判決においては、主に、①他州との関係、②連邦との関係という側面からの考察が可能であると思われる。①他州との関係として、他州であるカリフォルニア州の擬似州外会社規定が設立州のデラウェア州法人に適用されるかどうかという局面では、デラウェア州裁判所は、他州の規定によるデラウェア州法人の内部関係への介入に対する懸念を示す場合がある。また、②連邦との関係として、内部事項理論を連邦法である合衆国憲法上の地位にまで高める点を本判決でも強調していることが挙げられると思われる³⁴。以下では、この視点も交えつつ、本判決の個

別論点をめぐる議論を具体的に紹介および検討していきたい。

2. 内部事項理論と会社設立市場

内部事項理論とは、会社と、株主、取締役および役員間のような会社の内部関係で紛争がある場合、設立州法を強制的に適用する準拠法原則のことである³⁵。設立州法の適用原則で考慮すべき要素としては、結果の確実性、予測可能性、画一性および利害関係者の正当な期待の保護等が挙げられる³⁶。本判決では、内部事項理論の重要性に言及することで設立準拠法主義を再肯定し、内部事項理論が憲法上の強制を伴うことを宣言し、他州はデラウェア州法人の内部関係を規律できないと判断した。また、擬似州外会社の規定の要件を満たしうる場合においても、デラウェア州裁判所では、設立州以外の州法が適用されることはない

32 わが国の裁判所と比較すると、デラウェア州裁判所は、より能動的に政策的な意思決定をする傾向があるように思われる。このことは、米国がコモン・ロー体系に属することとも関連するが、裁判所の意識としては、判例による法形成という側面を追求する場合が少なからずあるように思われる。

33 国際競争という観点から考察する場合、デラウェア州の立場からすると、例えば、EU法の国際的な合併規制はモデルケースになる反面、脅威になる可能性を含んでいる。なぜなら、EUの法整備の魅力が高い場合、設立市場としての魅力も増すことが予想され、デラウェア州としては新規設立を奪われたり、ひいては、デラウェア州に設立していた会社がEU域内に再設立するおそれが生じるからである。

34 合衆国憲法の議論とは異なる連邦との関係という視点からは、連邦議会が会社の内部関係を直接規制する立法を選択できるので、デラウェア州の優位性への脅威は、他州だけからではなく連邦政府や連邦法からも生じうる。この点に関連して、Mark J. Roe, *Delaware's Competition*, 117 *Harv. L. Rev.* 588, 596-97 (2003); Lucian Arye Bebchuk & Assaf Hamdani, *Vigorous Race or Leisurely Walk: Reconsidering the Competition over Corporate Charters*, 112 *Yale L. J.* 553, 603-04 (2002) を参照。2002年に成立したSOX (Sarbanes-Oxley) 法はその顕著な例であろう。連邦議会は、エンロンの問題を発端として、SOX法により、世界大恐慌以来の内部事項に関する企業統治分野における幅広い連邦規制を行った。ここで、SOX法は、連邦法による州法で規律されるガバナンス領域への介入という側面を有しており、デラウェア州の優位性が脅かされる可能性が生じる。このような状況下で、デラウェア州の意思決定者は、連邦の介入から州の設立市場を保護するための行動をとる可能性がある。ここでは、会社の内部関係に関する連邦政府と州間の適切な権限配分が重要となってくる。この点に関連して、Renee M. Jones, *Rethinking Corporate Federalism in the Era of Corporate Reform*, 29 *J. Corp. L.* 625 (2004) を参照。

35 *Restatement (Second) of Conflict of Laws* § 302 cmt. a (1971) 参照。よって、内部事項理論に基づく設立準拠法は、契約や不法行為など会社外部の第三者の権利が問題になる場合には適用されない。この点につき、John Kozyris, *Corporate Wars and Choice of Law*, 1985 *Duke L. J.* 1, 98 (1985) を参照。

36 *Restatement (Second) of Conflict of Laws* § 302 cmt. b (1971) 参照。本判決においても、設立準拠法の適用を堅持することによって予測可能性が高まると考えられており、複数の法の適用を回避した。また、設立準拠法は画一性を要求するという点も特に強調された。

ことが明らかとなった³⁷。

本判決を含むデラウェア州裁判所の態度としては、①他州との関係という視点からの考察が可能である。デラウェア州の主導的な設立市場の役割に関しては、州間競争の Race to the top と Race to the bottom の議論がよく知られている³⁸。この対立する議論の是非はともかく、デラウェア州では、会社の設立市場において多くの利益を享受していることは確かである。デラウェア州の人口は米国の人口のわずか0.3%以下³⁹にもかかわらず、デラウェア州は公開会社の設立市場において現在も支配的地位を維持しており、現に米国の公開会社の50%以上とフォーチュン誌のランキング上位500社の60%以上はデラウェア州で設立

されている⁴⁰。デラウェア州における実質的な登録免許税収入の大部分は、数少ない公開会社から生み出されている⁴¹。また、デラウェア州の裁判所では、多くの公開会社に関わる訴訟を取り扱っている⁴²。これらのことから、デラウェア州が公開会社市場における支配を維持するための強い動機付けを有することが推測できる。さらに、デラウェア州を設立地として選択する理由としては、法の柔軟性、予測可能性、許容性、対応の早い立法環境および専門的で効率性の高いビジネス中心の裁判制度等が挙げられる⁴³。

しかし、デラウェア州は公開会社の設立市場で支配的地位を維持しているにもかかわらず、非公開会社の設立市場においては

37 本判決において、合併局面で優先株式を保有する被告が個別クラス投票を行うことができるかという議論は、会社と株主間の関係を含む問題であるから、内部事項理論によって規律されると言及したが、被告の議決権の種類が内部事項理論の適用範囲に正確に含まれるかどうかという議論はなされなかった。

38 Race to the top の議論を展開する論者として、Robert Daines, Does Delaware Law Improve Firm Value?, 62 J. Fin. Econ. 525 (2001); Roberta Romano, Law as a Product: Some Pieces of the Incorporation Puzzle, 1 J. L. Econ. & Org. 225 (1985); Daniel R. Fischel, The "Race to the Bottom" Revisited: Reflections on Recent Developments in Delaware's Corporation Law, 76 Nw. U. L. Rev. 913 (1982); Ralph K. Winter, Jr., State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation, 6 J. Legal Stud. 251 (1977) 等を参照。Race to the bottom の議論を展開する論者として、Lucian Arye Bebchuk, Federalism and the Corporation: The Desirable Limits on State Competition in Corporate Law, 105 Harv. L. Rev. 1435 (1992); Melvin Aron Eisenberg, The Structure of Corporation Law, 89 Colum. L. Rev. 1461 (1989); William L. Cary, Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware, 83 Yale L. J. 663 (1974) 等を参照。まず最初に、Cary 教授によって、デラウェア会社法は株主の犠牲によって経営陣に利する法制度であるから、Race to the bottom を導くという主張が提起された。この見解に対して、デラウェア会社法は全ての会社の利害関係者に利益を与えるから、Race to the top を導くと反論され、現在も対立が継続している。

39 Population Division, U.S. Census Bureau: Annual Estimates of the Resident Population for the United States, Regions, and States and for Puerto Rico: April 1, 2000 to July 1, 2008 (2008), <http://www.census.gov/popest/states/NST-ann-est.html> を参照。

40 State of Delaware Division of Corporations, <http://www.state.de.us/corp/aboutagency.shtml> を参照。また、フォーチュン500社の20%近くの本拠地はカリフォルニア州にあるが、デラウェア州には1社しか本拠地がない。この点につき、Our Annual Ranking of America's Largest Corporations, FORTUNE 500, <http://money.cnn.com/magazines/fortune/fortune500/2009/states/CA.html> を参照。

41 Marcel Kahan & Ehud Kamar, Price Discrimination in the Market for Corporate Law, 86 Cornell L. Rev. 1205, 1224-25 (2001) を参照。

42 Id. at 1227-28.

43 Kent Greenfield, Democracy and the Dominance of Delaware in Corporate Law, 67 Law & Contemp. Probs. 135, 137-38 (2004) を参照。デラウェア州の裁判制度に関する国内文献としては、徳本穰「会社の紛争処理におけるデラウェア州衡平法裁判所の特質（1）会社法の効率性を高めるための紛争処理の仕組」専法90巻（2004年）73頁参照。

支配的地位を獲得している訳ではない⁴⁴。例えば、LLCの設立に関しては、デラウェア州ではなく、フロリダ州が主導的な地位を獲得している⁴⁵。ただし、非公開会社の内部関係に関する訴訟が行われる場合、デラウェア州裁判所が終局的な裁判所になる傾向にあり、デラウェア法の適用を好む傾向にある⁴⁶。VantagePoint 判決で問題となった会社は非公開会社であり、仮にカリフォルニア州の擬似州外会社の規定が設立準拠法であるデラウェア法を超えて適用されるならば、デラウェア法を最善と考えてデラウェア州に設立した者にとっては、デラウェア州で設立する利点が失われる可能性があり、デラウェア州からすると大きな後退を意味する。仮にデラウェア州で設立市場としての魅力が失われてしまうと、デラウェア州での設立地としての価値を減少させ、デラウェア州への設立を躊躇したり、会社の本拠地がある他州への再設立等を通じて、登録免許税収入等が減少するおそれが生じる。また、会社設立者や事業運営者は、会社に将来適用される法基準を知る必要⁴⁷があるが、擬似州外会社規定の適用が考慮されるならば、法適用の予測可能性が著しく減退するおそれが生じる。本判決でも認識したように、会社の事業の半分がカリフォルニア州で行われているかどうか、社外議決権証券の過半数がカリフォルニア州に居住する者に登録されているかど

うかは、毎年変動する可能性がある。しかし、毎年適用される法が異なるならば、予測可能性という観点からは思わしくない状況を放置することになりかねない。デラウェア州で会社を設立し、本拠地をカリフォルニア州等の他州に置く割合が高い米国の現状においては、設立州のデラウェア法に固執するデラウェア州裁判所の判断は理解できるように思われる。このように、デラウェア州裁判所が設立準拠法の適用を再確認することで、公開会社および非公開会社のどちらの市場においても支配的地位を維持する意図が働くと言える。

そして、デラウェア州が設立市場で支配的地位を維持する状況において、設立準拠法主義は重要な役割を果たしている。連邦の意思決定者は会社の内部関係を規制することを伝統的に避け、その代わりに、州が多くを規制している⁴⁸。また、他州が設立市場でデラウェア州を追い越すことは現実的には困難であるが、デラウェア州は他州の規制にもろい側面がある⁴⁹。ゆえに、デラウェア州裁判所が懸念することは、他州との直接的な競争ではなく、本判決でも認識されるように、デラウェア州法人の内部関係規律に対する他州の介入である可能性もある⁵⁰。

44 Kahan & Kamar, *supra* 41, at 1227.

45 2005年のデータでは、フロリダ州において123,437社のLLCが設立されているが、デラウェア州は2番手の87,360社の設立に留まる。この点につき、Int'l Ass'n of Commercial Adm'rs, *Annual Report of Jurisdictions* 39-48 (2005), available at http://www.iaca.org/downloads/AnnualReports/2006_AR.pdf を参照。

46 O'Hara & Ribstein, *supra* 26, at 702-6.

47 David M. Majchrzak, Note, *Corporate Chaos: Who Should Govern Internal Affairs?*, 24 T. Jefferson L. Rev. 83, 86 (2001) を参照。

48 Roe, *supra* 34, at 596-97.

49 Glynn, *supra* 26, at 116.

50 *Id.* at 108. 本判決においては、カリフォルニア州の擬似州外会社の規定によるデラウェア州法人の内部関係規律への介入が問題となっている。この規定の他にも、他州の会社法の中で絶対的強行法規と認識できる規定に関しては、同様の議論が展開されるであろう。

3. デラウェア州の設立準拠法とカリフォルニア会社法2115条の適用

第2抵触法リストイメント302条は、設立州法が会社の内部関係の紛争に適用されるが、他州が当事者と密接な関連を有している場合等にはその限りではないという2つの側面を含んでいる⁵¹。つまり、前者は原則的な内部事項理論に基づく設立準拠法の議論であり、後者は例外的な状況下において、会社の本拠地を有するカリフォルニア州のような設立州以外の州法が、州外会社を規律する場合に適用される。1977年に制定されたカリフォルニア会社法2115条⁵²は、この例外的側面を成文化し、擬似州外会社の規定として知られており、カリフォルニア州と密接関連性を有するが、他州で設立された会社に適用される。同条によると、一定基準を満たせば、設立州に関係なく、州外会社の基本定款はカリフォルニア法に従うために修正され、カリフォルニア法に従うと判断される。同条の適用範囲が及ぶためには、州外会社において、①会社の財産、従業員の給与総額および売上高の平均で評価される全事業の50%以上がカリフォルニア州で行われ、②社外議決権証券の50%以上がカリフォルニア州で居住する者によって保有されている場合、カリフォルニア法の適用を要求する⁵³。つまり、同条は、①事業活動基準と②株主基準の2つを定めており、①事業活動基準は、

カリフォルニア歳入租税法（Revenue and Taxation Code）の算定方法を用いてその価額を計算し、財産、給与総額、売上高という3要素方式が採用されている。同条が適用されるためには、①と②の双方の要件を満たすことが要求される。ここでは、会社が規定の要件を満たす場合、たとえカリフォルニア州外で会社が設立されたとしても、州外会社の内部関係にカリフォルニア会社法が適用される点が重要である。すなわち、会社の事業の大部分がカリフォルニア州内で行われる場合、カリフォルニア州に居住する株主や債権者等の利害関係者の利益が、設立州の権利よりも重要であるという価値判断を採用していると言える。そこで、州外会社におけるカリフォルニア州の株主や債権者等の利害関係者を保護するために、設立州法の適用を排除して、カリフォルニア会社法の州外会社規定の適用ないし州内会社規定の準用をする旨規定している⁵⁴。本判決で問題となった会社は、デラウェア州で設立されたが、カリフォルニア州で主要な事業活動を行っており、2115条の要件を全て満たす可能性があった。同条の要件を備えるデラウェア法人が吸収合併される場合、カリフォルニア法を適用するならば、優先株主の種類株主総会において、種類株式の過半数の承認を得ることが必要であった⁵⁵。そこで、本判決においては、単一クラス投票を規定する設立州法で

51 Restatement (Second) of Conflict of Laws § 302 (1971)を参照。

52 Cal. Corp. Code § 2115 (1977 & Supp. 1984).

53 Cal. Corp. Code § 2115. 企業組織再編の局面では、それぞれのクラスにより議決権が行使される。また、この要件を満たした州外会社は、次年度の初めから135日以内に、カリフォルニア法で定められたガバナンス基準に従わなければならない。会社が期間内にできることとして、①追加的な2115条の適用を避けるため、カリフォルニア州での事業活動を減らす、②カリフォルニア州での事業活動を継続し、設立州法と2115条の両方に従う、③設立州とカリフォルニア州での登録免許税を避けるため、カリフォルニア州に会社を再設立することが挙げられる。この点につき、Cal. Corp. Code § 2115, legislative committee cmt. を参照。

54 Cal. Corp. Code § 2115, legislative committee cmt. 州内会社規定の準用としては、例えば、取締役の選任と解任、取締役の注意義務基準、違法な利益分配に関する取締役や株主の責任、取締役や役員等の損失補償、株主総会決議要件、累積投票、合併、組織再編の制限と条件（本判決で問題となったクラス投票を含む）、株式買取請求権等を規律する。この点につき、Cal. Corp. Code § 2115 (b)を参照。

あるデラウェア法を適用すべきか、もしくは、個別クラスの種類株主総会を規定する実質的な本拠地のあるカリフォルニア法を適用すべきか問題となり、デラウェア州の設立準拠法が適用された。

また、カリフォルニア州の会社局長 (Commissioner of Corporations) が認定した証券取引所に上場した公開会社には2115条を適用しないが、非公開会社には適用される⁵⁶。本判決では、原告が非公開会社であるから、同条の明らかな適用除外には当たらないが、デラウェア州裁判所の解釈において同条の適用の有無が問題となった。前述したように、設立市場におけるデラウェア州の主導的な役割からすると、デラウェア州裁判所では、カリフォルニア会社法2115条の適用を認めたくないと思われる。なぜなら、仮にデラウェア州裁判所がカリフォルニア法の適用を認めた場合、同条の要件を満たすデラウェア州法人は、デラウェア法が適用されないことから、デラウェア州に設立する利点を失うために、カリフォルニア州に再設立しうからである。本判決のデラウェア州最高裁判所の判断は同条を適用せず、デラウェア州の内部事項理論を絶対的な原則として再確認したが、そのように判断することで、他

州への再設立を導きうるリスクを避けたと評価できるように思われる。

ただし、カリフォルニア会社法2115条の範囲に含まれるデラウェア州法人の内部関係訴訟は、訴訟当事者の裁判所の州選択によって結論が異なる可能性のあることに留意する必要がある⁵⁷。デラウェア州裁判所で判断された本判決や McDermott 判決では、デラウェア州の絶対的基準として内部事項理論に基づく設立準拠法主義を堅持している。他方で、カリフォルニア州裁判所で判断された Wilson 判決⁵⁸では、設立準拠法主義のデフォルト・ルールの側面を有する例外として2115条を認識し、設立州法を排除してカリフォルニア法を適用している⁵⁹。このように、訴えられた州の裁判所によって適用される法が異なる場合、擬似州外会社の訴訟においては、デラウェア州裁判所とカリフォルニア州裁判所の違いにより、判断が正反対になる可能性がある。本判決の判断を批判する論者は、デラウェア州最高裁判所は設立準拠法を適用すべきではなく、原告会社はカリフォルニア会社法2115条の要件を全て満たしていたから、設立準拠法の例外として同条を認識すべきであったと主張する⁶⁰。しかし、設立準拠法を適用する確実性に比べて、カリフォル

55 Cal. Corp. Code § 1201 (a).

56 Cal. Corp. Code § 2115. 会社局長に認定された証券取引所として、New York Stock Exchange (NYSE), American Stock Exchange (AMEX), Nasdaq Stock Market (NASDAQ) が挙げられる。

57 国際訴訟競合や国際商事仲裁等の国際民事手続法の視点に関しては、本稿の四、2を参照。もちろん被告は、原告が提訴した管轄地を争って、手続の停止 (stay) を申し立てることも考えられる。また、フォーラム・ノン・コンビニエンスの法理によって、裁判所は内部事項につき裁判管轄権を有するが、他の裁判所で事件がより適切に判断されると考えられる場合、裁判所は自己の裁量に基づき、管轄権の行使を差し控えることができる。

58 Wilson v. La. Pac. Res., Inc., 138 Cal. App. 3d 216 (Ct. App. 1982) を参照。この他にも、デラウェア州法人をめぐる争いにおいて、カリフォルニア州裁判所でカリフォルニア法を適用した事例としては、Frieese v. Superior Court of San Diego, 36 Cal. Rptr. 3d 558 (Ct. App. 2005); Western Air Lines, Inc. v. Sobieski, 12 Cal. Rptr. 719 (Ct. App. 1961) 等参照。

59 実際に、本判決においても、デラウェア州衡平法裁判所に訴えが提起された後、被告は、カリフォルニア会社法2115条が原告会社の内部関係に適用されるように、カリフォルニア州裁判所に対して、訴えを提起していた。ただし、カリフォルニア州裁判所は、デラウェア州衡平法裁判所の判決が下されるまで、判断を差し控えることと決定していた。

60 Stevens, supra 26, at 1076.

ニア会社法2115条の適用は一貫性に欠けるとも批判される⁶¹。また、デラウェア州裁判所においては、本件を含めて、2115条の適用を認めず、設立準拠法を堅持している状況は明らかである。さらに、カリフォルニア州最高裁判所においてすら、McDermott 判決の内部事項理論の分析、特に会社の議決権争いは設立州法で規律される点を引用した判決も出ている⁶²。このような現状からすれば、本判決で設立準拠法の例外として2115条を適用すべきであるという見解は、現時点において、デラウェア州裁判所ではもちろんのこと、カリフォルニア州裁判所においても、必ずしも完全に採用されている訳ではないと思われる。今後のカリフォルニア州裁判所における展開は、判例の推移を見守っていかないと不明な点は残るものの、デラウェア州の設立準拠法とカリフォルニア会社法2115条の適用が問題となる局面は、会社設立市場と本拠地の主要な州間において、重要な論点と言えるように思われる。

四. 日本法の議論

1. 設立準拠法と擬似外国会社の規定

わが国の準拠法決定に関する法例は、2006年、「法の適用に関する通則法（以下、「通則法」という）」として、1898年に制定されて以来、約100年ぶりに改正された。通則法は、法例の規定を口語化したことに加えて、内容的にも大幅に法例を変更した。しかし、通則法では、抵触法の適用範囲が不明確である等の理由で、法例と同様に、法人の準拠法について何ら明文の規定を設けていない⁶³。そこで、法人の準拠法に関しては、解釈で判断することになる。わが国では、会社従属法の決定基準に関して、従来から設立準拠法主義と本拠地法主義とが解釈上対立しており、設立準拠法主義が通説であると解されている⁶⁴。設立準拠法主義を採用することは、会社の機関構成や株主の権利等に関する法人の内部事項の規律について、当該法人の設立時に依拠した国の法律に従うことを意味する。設立準拠法主義が支持される理由として、株主や会社債権者等の利害関係者にとっ

61 Deborah A. DeMott, Perspectives on Choice of Law for Corporate Internal Affairs, 48 Law & Contemp. Probs. 3, 161 (1985) 等を参照。

62 Nedlloyd Lines B.V. v. Superior Court, 3 Cal. 4th 459, 11 Cal. Rptr. 2d 330, 834 P.2d 1148 (Cal. 1992)。また、デラウェア州法人をめぐる争いにおいて、カリフォルニア州裁判所でデラウェア法を適用した事例としては、Grosset v. Wenaas, 35 Cal. Rptr. 3d 58 (2005) 等を参照。Grosset判決では、カリフォルニア州に本拠地を置くデラウェア州法人において、合併が行われて株主の株式が購入された後、株主代表訴訟での株主の地位に関して、カリフォルニア法とデラウェア法のどちらが適用されるかが問題となった。本判決と同様に、合衆国憲法上の問題にも言及し、内部事項理論に基づく設立準拠法としてのデラウェア法が適用されて、株主としての地位を欠くと判断された。

63 神前禎『解説 法の適用に関する通則法 新しい国際私法』（弘文堂、2006年）18-20頁、小出邦夫『一問一答 新しい国際私法-法の適用に関する通則法の解説-』（商事法務研究会、2006年）158頁。他方、米国においては、第2抵触法リステイメントで内部事項理論に基づく設立準拠法が規定されていることに加えて、VantagePoint 判決でも見られるように、内部事項理論を合衆国憲法上の規定に即して議論が展開されており、日本の状況とは異なっている。

64 山田鏡一『国際私法〔第3版〕』（有斐閣、2004年）227頁、溜池良夫『国際私法講義〔第3版〕』（有斐閣、2005年）296頁、神前禎＝早川吉尚＝元永和彦『国際私法〔第2版〕』（有斐閣、2006年）115頁、櫻田嘉章『国際私法〔第5版〕』（有斐閣、2006年）76頁、澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門〔第6版〕』（有斐閣、2006年）185頁、石黒一憲『国際私法〔第2版〕』（新世社、2007年）380-381頁参照。また、設立準拠法主義の理解としては、その趣旨に鑑みれば、国家行為としての法人格付与の承認という捉え方になるという見解がある。この点につき、道垣内正人『ポイント国際私法各論』（有斐閣、2000年）177頁以下参照。

て、会社従属法の判断が容易であること、会社従属法が固定的であり望ましいこと、事実上の本拠地の移転が容易となること、日本法上の関連規定⁶⁵と整合的であること等が挙げられる。

また、外国会社とは、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（会社法2条2号）。このような外国会社の中で、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、すなわち、擬似外国会社は、日本において取引を継続して行うことができない（会社法821条1項）。このように、わが国においては、外国会社と擬似外国会社とを区別して規制している。わが国における擬似外国会社の規定の趣旨は、2005年会社法改正前の商法の時代から、外国会社が設立準拠法主義を採用することを前提に、そこから生じる不備を補完することにあるという見解が有力であった⁶⁶。つまり、日本法の適用を回避する目的で、意図的、詐欺的、濫用的に外国法に準拠して会社を設立しようとする一種の脱

法的行為を防止するための規定である⁶⁷。また、実質的には、内国取引の安全を図るために、法律回避によってわが国の資本制度等の及ぶ会社債権者等を保護することが規制の趣旨であると指摘される⁶⁸。

2. 裁判管轄、当事者による裁判所選択および法の適用

では、ここでは具体的に、VantagePoint判決の議論から示唆を得るために、デラウェア州で設立された会社が、日本では擬似外国会社にあたりうる場合⁶⁹を検討していく⁷⁰。わが国が設立準拠法主義に立つ限り、会社の内部関係で紛争が生じた場合、例えば、本判決で問題となったような合併局面で優先株主の議決権行使をめぐる争いが生じた場合、原則としては、設立準拠法所属国の専属管轄に服すると解される⁷¹。ただし、日本では擬似外国会社にあたる場合に内部事項をめぐる紛争が生じた際に、例外的に、わが国の裁判所が裁判管轄を有する場合がありますように思われる⁷²。ここで、抵触法上の問題として、わが国の裁判所およびデラウェア州裁判所のどちらの

65 法律行為についての当事者自治の原則（通則法7条）、外国会社の認許（民法35条）、外国会社の定義（会社法2条2号）、擬似外国会社（会社法821条）が挙げられる。会社法において擬似外国会社の規定が存在することは、わが国が設立準拠法主義を採用していることを前提として、外国会社規制として一定の規制を課す趣旨である。

66 岡本善八「外国会社に関する諸問題－わが国法上の地位－」同法15号（1952年）72頁、高柔昭「わが国の外国法人制度について」論叢140巻5・6号（1997年）23頁。ただし、当該規定に関して、本拠地法主義を前提に議論を展開する見解もある。例えば、田中耕太郎『会社法概論（下）[改訂版]』（岩波書店、1955年）589頁参照。しかし、法的安定性の観点からは、本拠地法主義は、擬似外国会社の規定に関する内国公序として考慮すれば足りるので、設立準拠法主義を基礎に於いて見解が妥当すると主張される。この点につき、上柳ほか編集代表・前掲注（8）523頁〔岡本善八〕参照。

67 『商法修正案理由書』（博文館、1898年）219-20頁、山田三良「商法第258条ニ就テ」法協21巻5号（1903年）671頁以下参照。

68 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－」阪法48巻3号（1998年）175頁参照。ただし、擬似外国会社の規定の趣旨としては、わが国に居住する株主の保護を考慮していないように思われる。この点につき、本稿の四、3を参照。

69 どのような場合にわが国で擬似外国会社にあたるかという重要な問題があるが、この点は後述していく。

70 本稿では、設立準拠法主義を採用するデラウェア州とわが国の事案に即して検討していく。また、本拠地法主義の法域で会社が設立されたが現実の事業活動は外国に存在する場合、当該外国会社法に基づいて、再設立手続が要求されることになろう。

71 上柳ほか編集代表・前掲注（8）534-535頁〔岡本善八〕。

裁判所においても、日本法またはデラウェア法のどちらを適用すべきかという問題が生じうる。まず、デラウェア州裁判所に訴えが提起された場合⁷³、VantagePoint 判決の判断によると、デラウェア州裁判所が、内部事項理論に基づく設立準拠法であるデラウェア法を適用することはほぼ間違いない。他方で、日本の裁判所に訴えが提起された場合⁷⁴に初めて、内部事項理論に基づく設立準拠法の例外として、日本法の規定が適用されるかどうかが実質的に考慮されることになる⁷⁵。このことは、会社の内部関係に関して紛争が生じた場合、訴訟当事者による裁判所の選択、つまりデラウェア州裁判所か日本の裁判所かによって結論が異なる可能性があることも示唆する。

そして、わが国における強行法規の回避の意図が疑われる擬似外国会社の事例において、わが国の裁判所で内部関係の紛争が生じた場合、わが国の擬似外国会社の規定

は、擬似外国会社に対して、わが国の会社法のどの条文が具体的に適用されるかという規定にはなっておらず、当該内部事項に適用範囲が及ぶような規定にはなっていないとも読めることから問題が生じうる。そこで、内部事項をめぐる紛争に関して、わが国の裁判所がデラウェア州法を適用しないならば、どのような根拠条文で日本法を適用するのか明らかではない。

現行法上、内部事項をめぐる紛争において、わが国の擬似外国会社規定の適用を考慮しないのであれば、まず、国際私法上の公序（通則法42条）を考慮することで紛争を解決することができるかどうかの問題となりうる⁷⁶。従来から、擬似外国会社の規定は、わが国における内国牽連性の存在が認識される場合、国際私法上の公序類似の観点から、設立準拠法の適用を排除するものであると指摘されていた⁷⁷。国際私法上の公序に関しては、通則法42条において、

72 ここでの議論の前提としては、特定の国家の裁判所を用いて紛争を解決することを念頭に置いている。しかし、国際的なビジネス紛争の解決には、特定の国家の裁判所以外の機関で行うという手法、すなわち広範な当事者自治を認めている国際商事仲裁が多用されているが、本稿では、この点を検討するものではない。

そして、訴えを提起する裁判所としては、デラウェア州裁判所と日本の裁判所以外にも、会社がデラウェア州や日本以外の法域でも事業活動を行っている場合、その事業活動を行う法域の裁判所も考えられるが、本稿では事業活動法域における裁判所は考慮に入れない。

73 被告が対抗訴訟をわが国の裁判所に提起することで、フォーラム・ショッピングに発展する可能性はある。

74 デラウェア州と日本という複数の法域において同一の事件が提訴された場合、どちらの国の国際裁判管轄ルールによっても、当該事件について国際裁判管轄が認められる、いわゆる国際訴訟競合の問題が生じうる。

75 もちろん、日本の裁判所も、わが国の擬似外国会社の規定を適用せず、設立準拠法であるデラウェア法を適用する場合もありえよう。また、擬似外国会社の局面における執行という問題が最終的には重要なポイントとなりうるが、この点に関しては、別稿において論じていきたい。

76 このような国際私法ルートからの解決を試みるのであれば、性質決定、連結点の確定、準拠法の特定、準拠法の適用という、国際私法における準拠法の選択・適用に関する4つのプロセスのいずれの局面において解決すべきか、今後はより詳細な検討を要するに思われる。例えば、本稿で取り上げる、準拠法の適用という局面における国際私法上の公序の解釈による考察がありえよう。その他の国際私法ルートでの解決策としては、連結点の確定という局面において、当事者が連結点を故意に変更することによって、法律回避を可能とし、国際私法が理念とする「最も密接な関係を有する法律の適用」という原則が歪められる可能性があるという観点からの考察もありえる。ただし、旧法例10条で、法律行為の方式について法律回避を無効とする規定を有していたが、通則法への法改正により、当該規定が削除されたことに鑑みると、通則法の下で法律回避無効論を主張することは困難である可能性がある。

77 石黒一憲『金融取引と国際訴訟』（有斐閣、1983年）263-264頁参照。

外国法によるべき場合において、その規定の適用が公の秩序又は善良の風俗に反するときは、これを適用しない。本稿との関連では、デラウェア州の設立準拠法という外国法を適用した結果、法廷地である日本法における私法秩序の根幹部分を害する場合には、デラウェア法を適用しないことになろう。公序則の発動要件としては、①適用結果の異常性と②事案の内国関連性という2つの要素が問題となり、それぞれが独立の要件という訳ではなく、両者を総合して通則法42条の公序か否かが判断される⁷⁸。1つ目の要素からすると、外国法の適用が、日本法における私法秩序の根幹部分を害するとは必ずしも言えない場合にまで、擬似外国会社を一律に公序の問題と解することは困難であると思われる。なぜなら、日本法より外国法を適用する方が株主や債権者等の利害関係者保護あるいはガバナンスの観点から充実している場合にまで、外国法の適用を回避することの妥当性を再考する必要があるからである。2つ目の要素からすると、わが国で擬似外国会社という状況が作出されている場合、わが国と擬似外国会社が密接な関係があり、内国関連性が強いので、公序に反する可能性は高くなると評価されよう。そこで、擬似外国会社の規定は、適用結果の異常性がさほど強くなくとも内国関連性が強ければ公序に反する可能性がある場合に含まれることにより、公序則の発動要件が満たされる場合に類似すると思われる。ただし、公序の

問題として擬似外国会社の規定をとらえることは、より慎重な議論を展開する必要がある⁷⁹。

そして、わが国の裁判所で擬似外国会社の内部関係の紛争が生じた場合、わが国の擬似外国会社規定の適用を考慮せず、国際私法上の公序（通則法42条）を適用することで紛争を解決する以外にも、会社法の規定の中にある公法的な規定を、国際私法によって指定される準拠法如何を問わずに擬似外国会社に適用すべきか⁸⁰という解釈論を展開することも可能であろう⁸¹。しかし、このような解釈論では、どのような場合に擬似外国会社の内部関係訴訟に日本法の適用範囲が及ぶのか否かが明らかではなく、利害関係者にとって予測可能性を欠くおそれがある。そこで、立法論上は、会社法の規定の中にある公法的な規定を個別に特定し、擬似外国会社規定の中に、内部事項を規律する規定を組み込むべきかという問題が生じうる。以下では、このような州外会社の内部事項へ強行法的に介入する擬似州外会社の規定を有するカリフォルニア会社法の議論について検討していく。

3. カリフォルニア会社法からの示唆

前述したように、ある会社が、カリフォルニア会社法2115条の一定基準を満たせば、設立州に関係なく、カリフォルニア法に従うと判断される。同条は、①事業活動基準と②株主基準の2つを定めており、さらに、①事業活動基準には、財産、給料、

78 神前ほか・前掲注 (64) 86-88頁参照。

79 擬似外国会社の規定を公序の問題としてのみとらえることは、擬似外国会社の内部事項を規律する明確な規制類型とは言えないようにも思われる。

80 準拠法如何を問わずに適用される、公法的規制の適用範囲の議論に関しては、早川吉尚「準拠法の選択と『公法』の適用」国際私法年報5号（2003年）206頁を参照。

81 前述した公序に関しては、法適用の局面では準拠法選択によって送致される範囲と考え、その後は公序で処理される。これに対して、公法的側面を強調する絶対的強行法規においては、法適用の局面で準拠法選択によって送致される範囲には入らないと考えられる。つまり、ここでいう絶対的強行法規とは、例えば、わが国における通常の強行法規が、国際私法によって指定される準拠法如何を問わずに適用されるべき場合に問題となる。

売上高という3要素方式が採用されている⁸²。この基準で注目されることは、わが国の会社法821条1項のように、会社の本店が要件とされておらず、事業活動と株主の要件に重点を置いている点である。わが国の会社法においては、①事業活動の認定についても、財産は物的組織を、給料は人的組織を、売上高は事業取引を反映したものととして、この3要素が参考になる⁸³。会社法821条の「事業」の場所は、顧客や仕入先の所在地、取引場所、取引の方式、資金調達等を考慮して実質的に判断されると解説される⁸⁴。会社法821条について、①事業活動の認定の3要素からは、事業取引の観点を取り入れているものとして肯定的に評価できるが、その他の要素である物的組織や人的組織という要素は含まれていない点で未だ不十分であるという評価も可能であろう。さらに、②株主の要素は考慮されておらず、この点についても、今後、さらなる議論が展開されることが望ましい⁸⁵。

また、カリフォルニア州の会社局長（Commissioner of Corporations）⁸⁶が認定した証券取引所への上場会社⁸⁷には2115条を

適用しないが、非上場会社にのみ同条は適用される。これに対して、わが国の擬似外国会社の規定において、上場会社と非上場会社による区分はなされていない。わが国の擬似外国会社の規定が上場会社にも適用される点で、カリフォルニア州の規定よりも適用範囲が広いことになる。しかし、カリフォルニア会社法2115条が非上場会社に適用を限定していることで、規制機能の低下は見られるものの、わが国よりも裁判例は格段に蓄積されている⁸⁸。米国では1国の中で州法が異なっていることによって、本判決でも見られるような州法間レベルで、設立準拠法と擬似州外会社法をめぐる紛争はわが国よりも生じやすい。他方、わが国で設立準拠法と擬似外国会社の規定をめぐる紛争が生じるのは、まさに法域の異なる日本法と外国法間の紛争に限定される。したがって、わが国における擬似外国会社の規定を、グローバルに事業を展開しているような上場会社にも適用を及ぼすことで、上場会社による日本法の意図的な適用回避を防止できるため、適用範囲を非上場会社に限定する必要性は少ないと思われる⁸⁹。

82 主として、①事業活動基準は債権者保護に、②株主基準は株主保護に向けられている。擬似州外会社をめぐる米国の判例、カリフォルニア会社法2115条の基準および模範事業会社法等の詳細については、河村博文「外国会社の法規制」（九州大学出版会、1982年）42頁、近藤弘二「擬似州外会社への州会社法の適用」〔1980-1〕アメリカ法40頁、眞砂康司「擬似外国会社の法規制の問題」関法38巻4号（1988年）95頁を参照。

83 河村博文「擬似外国会社はいかに規制されるべきか」私法43号（1981年）288頁。

84 相澤哲ほか「一問一答 新・会社法〔改訂版〕」（商事法務、2009年）230頁参照。

85 株主の要素が考慮されていないということは、当該規定の趣旨において、わが国に居住する株主の保護は考慮しないと解されるように思われるが、それで立法政策上は妥当なのかどうか再考する余地がある。

86 カリフォルニア州の会社局（Department of Corporations）に関しては、河村・前掲注（82）79頁以下に詳しい。

87 本稿の米国における議論では、公開会社という文言を用いて議論したが、ここでは、上場会社と記載していく。わが国の会社法2条5号では、発行する株式のうち1株でも譲渡制限を付していない株式を発行していれば公開会社とされており、米国の公開会社とは意味が異なるので、便宜上、用語を変えて用いている。

88 わが国の裁判例は、カリフォルニア州よりも圧倒的に少ない。カリフォルニア州では、近年も裁判例が蓄積されているが、わが国では時代的にも古い判例に限られている。わが国の裁判例に関しては、後掲注（94）参照。

そして、カリフォルニア会社法2115条が州外会社におけるカリフォルニア州の株主や債権者等の利害関係者を保護するために、設立州法の適用を排除して、カリフォルニア会社法の州外会社規定の適用ないし州内会社規定の準用をする旨規定している。例えば、取締役の選任と解任、取締役の注意義務基準、株主総会決議要件、合併、株式買取請求権等を規律する。他方、わが国の会社法821条1項においては、事実上の本店か、または主たる事業活動地か、いずれかをわが国に有している外国会社は、わが国において取引を継続してすることができない、と規定するのみであり、擬似外国会社に対して、わが国の会社法のどの条文が具体的に適用されるかという規定にはなっていない。仮にわが国においてもカリフォルニア会社法のように具体的な適用条文を規定するならば、擬似外国会社の内部事項へ強行法的に介入する側面はあるものの、適用される会社法の規定を逐一明らかにしないことには、擬似外国会社の利害関係者にとって予測可能性を欠く可能性があるので、具体的な適用規定を設けることも立法論的に検討すべきという見解もありえよう。この方向で立法論を展開するならば、わが国の会社法の中にある強行規定をパッケージとして強制するのか、それとも、擬似外国会社に適用される会社法の

規定を個々の規定ごとに分解した上で、絶対的に適用されるべき規定を設定すべきか⁹⁰、という議論を今後より一層詰めていく必要がある⁹¹。

4. 擬似外国会社の規定をめぐる議論

ここまで、日本の裁判所に訴えが提起された場合において、日本法が適用されることを前提に、わが国の擬似外国会社の規定のあるべき方向性を議論してきた。しかし、ここでも、擬似外国会社の規定自体がそもそも必要であるのかという根本的な疑問に突き当たる。つまり、原告側の訴訟戦略として、原告がデラウェア州裁判所で訴えた場合にデラウェア法が適用される可能性の高いことを事前に認識している場合、日本法の適用を回避したいならば、訴訟コスト等はかかるものの、そもそも日本の裁判所に訴えを提起せず、デラウェア州の裁判所に訴えを提起することが想定される。このように考えると、わが国の擬似外国会社の規定は、果たして機能するのかどうか重要な点となる⁹²。

わが国の擬似外国会社の規定に関しては、改正前商法482条において、日本に本店を設け、または日本において営業を主たる目的とする会社、すなわち擬似外国会社は、内国会社と「同一ノ規定」に従うことを要求していた。この「同一ノ規定」に

89 ただし、上場会社の場合、株主構成が随時変化するので、株主要件を課すと、法的安定性を害するという要素も考慮する必要がある。さらに、上場要件として株主の分散を要求している証券取引所に上場している会社の場合、仮にわが国の擬似外国会社の規定において、わが国で居住する株主の割合を50%や70%等に設定するならば、その基準如何によっては、擬似外国会社が上場要件を満たさないことも多いであろう。

90 早川吉尚「擬似外国会社」ジュリ1267号（2004年）117-120頁参照。

91 カリフォルニア法を参考にするならば、設立準拠法の適用を原則としつつ、わが国の株主および債権者保護の観点から、特に重要と認識される内国会社法の規定を特定した上で、その規定のみを、わが国に存在する擬似外国会社に適用すべきである。この点につき、河村・前掲注（82）74頁参照。会社法制定前にこのような立法論が主張されたが、何が特に重要な内国会社法の規定であるのか特定が困難であるとの理由で、この立場は採用されなかった。この点につき、江頭憲治郎『株式会社法〔第3版〕』（有斐閣、2009年）898頁参照。

92 ただし、前述したように、ここでも被告が対抗訴訟をわが国の裁判所に提起することによって、最終的に日本の擬似外国会社の規定が適用されることも考えられる。

「設立」に関する規定を含むかどうか、すなわち擬似外国会社は日本法に従って再設立手続をなすべきであるかどうかで学説上の争いがあった⁹³。判例においては、改正前商法482条の「同一ノ規定」に内国会社の設立に関する規定も含むと判断されている点が共通しており、擬似外国会社には、わが国の規定に基づき再設立を要求していた⁹⁴。このような判断が下される場合、擬似外国会社は、日本法に従って再設立されない限り、わが国において法人格が認められないことを意味していた。このように解されると、擬似外国会社が法人として取引をすることは一切できず、その結果、代表者が個人責任を負うおそれがあった。さらに、実務上、外国証券会社や資産の流動化取引等の金融手法において、ケイマン法のような外国法に従って設立された会社が日本支店を利用する際に、擬似外国会社規定の適用可能性があること自体、望ましくないと指摘されていた⁹⁵。

このような問題を背景に、「会社法制の現代化に関する要綱試案⁹⁶」においては、擬似外国会社は日本法により再設立しない以上その法人格を否認するという a 案と、擬似外国会社の規定を削除し擬似外国会社を通常の外国会社と同等に取り扱うとする b 案とが提示された。パブリック・コメン

トの結果においては、擬似外国会社の規定を削除すべきであるという b 案が多数を占めていた⁹⁷。しかし、わが国の会社法の潜脱防止を目的とする擬似外国会社の規定は維持すべきであるという有力な見解が主張されたこともあり、擬似外国会社の規定は、2005年の会社法改正後も維持されたままである⁹⁸。日本法の適用を避けるため、意図的に外国において会社を設立しようとする一種の脱法的行為を防止するためという規定の趣旨は維持しつつ、擬似外国会社と取引をする内国債権者の取引安全を考慮した上で、擬似外国会社の規定を存置させたと言える。ただし、会社法改正後は、改正前商法の規定とは異なる側面もあり、擬似外国会社であっても通常の外国会社と同様に法人格が認められうることを前提に、日本において取引を継続してすることができないと規定された（会社法821条1項）⁹⁹。つまり、前提としては、擬似外国会社も一般の外国会社と同様に、擬似外国会社を設立した国で法人格が認められる限り、民法35条1項¹⁰⁰によって、わが国においても法人として認許される¹⁰¹。したがって、会社法改正によって、擬似外国会社が外国会社の登記をすることが可能となった（会社法818条1項、933条1項）。さらに、会社法改正により、日本における継続的取引がな

93 改正前商法482条に関する議論については、上柳ほか編集代表・前掲注（8）534-535頁〔岡本善八〕、山田・前掲注（8）100-101頁等参照。

94 大決大正7年12月16日民録24輯2326頁（1審につき、東京地決大正7年9月10日評論7巻商法580頁）、東京地判昭和2年9月17日新報142号19頁、東京地判昭和29年6月4日判タ40号73頁。

95 小野・前掲注（10）61頁参照。日本における流動化スキームの一環として外国SPCを使用する際の議論としては、相澤ほか・前掲注（84）232-233頁、高橋宏明＝山原英治「証券化にかかる海外SPCをめぐる法律上の問題点（上）（下）」NBL609号（1997年）22頁・612号（1997年）42頁参照。

96 「会社法制の現代化に関する要綱試案」（2003年（平成15年）10月22日法制審議会会社法（現代化関係）部会）第5部1参照。

97 相澤哲ほか「『会社法制の現代化に関する要綱試案』に対する各界意見の概要」ジュリ1267号（2004年）129頁参照。

98 相澤哲＝葉玉匡美「外国会社・雑則〔上〕」商事1754号（2006年）97頁参照。具体的には、「擬似外国会社に係る規制を設けないということは、わが国として、外国会社を利用したわが国の会社法制の潜脱を容認すること、ひいてはわが国の会社法制すべてを任意法規化することを意味し、適切ではない」と主張されたようである。

されない限り当該規制が及ばないことになり、擬似外国会社と取引をした相手方を保護するという観点から、効果を明確化し、規定の適用範囲を明らかにした¹⁰²。

しかし、そもそも擬似外国会社の規定する内容が不明確であるという批判が、すでに立法当初の改正前商法の時代からなされていたが、改正後も規定の適用範囲は曖昧なまま残存していると指摘される。すなわち、わが国の擬似外国会社規定の適用範囲が不明確な根本的原因是、擬似外国会社規定の要件面の不明確さであるという点が挙げられる¹⁰³。会社法821条の要件として規定する「本店」とは、「定款上の本店ではなく、事実上の本店を意味し、また営業設備の主従ではなく会社の業務指揮の中心機関の所在地」のことをいう¹⁰⁴。そして、「主たる目的」に関連しては、「①当初は外

国での事業を中心としていたが、後に日本における事業規模が拡大して、現在はその事業の大半が日本に移行している場合、②現在は日本でのみ事業活動を行っているが、将来は、他国における事業活動をも予定している場合、③外国会社が日本に加えて他の国でも事業を行うために設立されたが他国での事業は不成功に終わり、現在のところ日本でだけ事業を継続している場合等でも、日本において事業を行うことを主たる目的としているということにはならない」と立法担当官から解説される¹⁰⁵。ただし、このような立法担当官による解説は、一定の限度で適用範囲の明確化に寄与するが、未だ要件面の不明確さは否めないとも指摘される¹⁰⁶。また、会社法821条1項において、事実上の本店か、または主たる事業活動地か、いずれかをわが国に有してい

99 継続取引に該当するか否かは、取引回数というよりも、継続的事业活動の一環か否かという観点から判断すべきである。この点につき、江頭・前掲注（91）895頁参照。

また、わが国の擬似外国会社規制は片面的な抵触法規定となっており、わが国で設立されて外国で本拠を有する会社（擬似内国会社）に対して適用範囲が及ばず、擬似内国会社の本拠地国の規制に委ねられる。この点につき、上田純子「外国会社の意義」会社法の争点（有斐閣、2009年）217頁参照。

100 「一般社団法人及び一般財団法人に関する法律」の施行後は、民法36条1項から民法35条1項に変更されている。

101 相澤＝葉玉・前掲注（98）97頁参照。この点に関しては、改正前商法482条の解釈如何によって法人格を認めない可能性があったことからすると、立法による大きな前進であろう。

102 松井秀征「判批」国際私法判例百選〔新法対応補正版〕（2007年）47頁参照。今後、この条文の解釈上の主要な問題点としては、①外国会社が擬似外国会社に該当するか否か、②擬似外国会社に該当するとして、継続的な取引を行っているか否かということになるとも指摘される。他方で、擬似外国会社に該当しない場合でも、外国で設立された会社に対しては、通常的外国会社規定の適用が問題となる。この点につき、会社法817-823条（821条を除く）等を参照。

また、会社法が、継続性のない取引を許容したことは、資産流動化スキームにおいて擬似外国会社が利用されることを許容することを主要な目的としており、このような形態の会社には、わが国の擬似外国会社規定の適用範囲が及ばないことが明らかとなった。この点に関して、相澤＝葉玉・前掲注（98）98頁参照。

103 内海英博＝遠藤聖志「擬似外国会社に関する規制の改正について」国際税務25巻9号（2005年）30頁参照。この不明確であると指摘される要件面を考慮する場合においても、わが国の擬似外国会社の認定基準に関して、カリフォルニア会社法2115条が参考になると思われる。

104 上柳ほか編集代表・前掲注（8）533頁〔岡本善八〕。取締役会や株主総会等の全ての機関が日本にある場合は判断が容易であるが、その一部だけが日本にある場合の判断基準は、各機関の現実的機能を考慮することになる。なお、「日本において事業を行う」とは、事業活動の中心が日本にあることをいう。

105 相澤ほか・前掲注（84）230-231頁参照。

106 内海＝遠藤・前掲注（103）30頁参照。ただし、本条の効果から逆算して、要件を絞ることができれば、要件面は不明確ではないという主張もありえる。

れば規制の対象となる点からも要件面の不明確さを理解できる。つまり、擬似外国会社の規定であった改正前商法482条をめぐる判決では、外国会社がわが国に事実上の本店を置いているが、主に外国で事業活動を行うという会社までも、当該規定の適用範囲に含まれることになっていた¹⁰⁷。

そして、会社法821条の効果の側面として、同条1項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責任を負い（会社法821条2項）、さらに、外国会社が登記をするまでの間と同様に、会社設立の登録免許税に相当する過料に処することとした（会社法979条2項）。会社法821条1項に違反して取引をした者は過料に処されることになった点で、規制強化の側面があると指摘される¹⁰⁸。また、責任の主体が会社の代表者だけではなく、取引をした個人が連帯無限責任を負わされることで、改正前商法よりも責任を負う者の範囲が拡張された¹⁰⁹。そこで、会社法改正によっ

て、擬似外国会社規定の適用範囲の外延が曖昧であることは維持され、その上で、責任の程度に関する曖昧さが加わり、予測可能性を害する問題があるとも評価される¹¹⁰。擬似外国会社規定の適用範囲をより明確にして利害関係者の予測可能性を向上させるとする観点からは、今後さらに、擬似外国会社規定の要件および効果に関して、解釈論ばかりではなく、立法論も視野に入れた考察を要するようと思われる¹¹¹。

では、「会社法制の現代化に関する要綱試案」に対するパブリック・コメントの結果で示されたように、そもそも擬似外国会社の規定を削除した方が妥当な結論を導きえるであろうか。しかし、並行して作業が行われていた国際私法の現代化の中で設立準拠法主義を採用することが明文化されると、擬似外国会社の規律の廃止は、会社法制をめぐる国際的な制度間競争に突入することを意味し、慎重に検討する必要があると指摘される¹¹²。つまり、日本法を回避し

107 大決大7年12月16日民録24輯2326頁参照。

108 神作裕之「会社法総則・擬似外国会社」ジュリ1295号（2005年）144頁参照。ただし、擬似外国会社の規定全体として概観すれば、擬似外国会社名義で事業を行った者については、会社法979条1項（改正前商法498条ノ2に相当）の過料規定は適用されず、それに代えて、同条2項の過料規定が適用されるので、会社法改正で、過料規定の強化が図られたわけではないとも説明される。この点に関して、相澤ほか・前掲注（84）231-232頁参照。

109 ただし、会社法改正によって、擬似外国会社にも法人格を認め、行為者に対して連帯責任を課すことで、実質的な弊害を防止している。この点に関して、江頭・前掲注（91）898頁参照。

110 三苫裕ほか「組織再編行為（続）、清算、株式会社以外の会社類型、外国会社」商事1725号（2005年）24頁、上田純子「会社法・関連立法の成果と国際会社法」『検証会社法（浜田道代先生還暦記念）』（信山社、2007年）625-26頁参照。

111 このような観点とは異なり、擬似外国会社に対しては、税法等における各分野の個別立法によって規制すべきであるという見解もある。この点につき、野村美明「外国会社の規律－居留地からグローバル社会へ」ジュリ1175号（2000年）25-26頁参照。

そして、わが国における擬似外国会社の規制は、会社債権者保護という取引の安全を念頭に置いた現行の法規制のままで機能し、他の解釈論や立法論を展開する必要はないという見解もありえよう。ただし、脱法的に日本法を回避する擬似外国会社に対しては、本稿で議論しているように、全ての内部事項の問題を規制しないままではよいのか疑問が残る。例えば、米国の第2抵触法リステイトメント302条においては、内部事項の問題として、合併を挙げている。仮に、デラウェア州で設立され、わが国で擬似外国会社にあたりうる会社が合併を行う場合、内部事項である合併の株主総会決議に関してデラウェア法が適用されると、日本法では合併局面において株主総会の特別決議が必要であるが（会社法783条1項、795条1項、804条1項、309条2項12号）、デラウェア法では普通決議で合併が実行されるように（Del. Code Ann. tit. 8, §251 (c) (2009))、まさに意図的な法律回避を可能とすることが妥当かどうか、検討の余地があると思われる。

てガバナンス規制の緩い外国法を選択することは、悪しき規制緩和への競争、いわゆる *Race to the bottom* を導くという懸念である。しかし、米国において、*Race to the bottom* の見解に対しては、デラウェア会社法は全ての会社の利害関係者に利益を与えるから、*Race to the top* を導くと反論されている。この観点からすると、わが国において米国での州間競争の議論が当てはまるかどうかはともかく、わが国の擬似外国会社の規律の廃止が、必ずしも *Race to the bottom* を導くかどうかは疑問が残る。さらに、擬似外国会社の規律を廃止することで、わが国の会社法制をめぐる国際的な制度間競争を促し、わが国の法整備や市場の国際競争力を向上させようならば、制度の廃止も説得力を持つように思われる¹¹³。

また、会社の発起人が、利害関係者¹¹⁴の最善の利益を想定して、自らの意思によって外国で会社を設立して、わが国では擬似外国会社にあたる状況を作り出したところで、このことも脱法的行為として批判されるのであろうか。そもそも、設立準拠法主

義には、法律行為の準拠法の決定に関し、法人を設立する当事者の意思に委ねるという当事者自治の原則が貫かれる側面がある¹¹⁵。このような私的自治の理念を強調すれば、擬似外国会社の規定に関わらず、設立準拠法選択の点も含めて、当事者がその意思に従って権利義務の内容を定めることが認められるべきこととなる。さらに、当事者自治の原則を尊重することが、利害関係者の利害に一致し、わが国の擬似外国会社の規定の趣旨に反しない場合がありうる。例えば、全ての発起人が全員米国人で、設立手続を行う弁護士が全て米国人であることから、まずはデラウェア州に会社を設立し、二次的に日本に進出するため、擬似外国会社にあたる状況が作り出された場合を想起すると、必ずしも当事者が日本法を回避する不法な意図を有していない可能性もある¹¹⁶。

五. 結び

擬似外国会社の実務上の議論としては、

112 2003年（平成16年）3月17日法制審議会会社法（現代化関係）部会第20回会議議事録。ただし、前述したように、通則法の中で設立準拠法主義が明文化された訳ではない。また、擬似外国会社法制をめぐる国際的な制度間競争の議論に関しては、早川・前掲注（90）118-119頁、神作・前掲注（108）143頁参照。

113 この観点とは異なるが、現行の会社法上、外国会社の日本における代表者権限の包括性・不可制限性（817条2項・3項）、外国会社の不法行為責任（817条4項）、外国会社の決算公告義務（819条）、日本における代表者全員の退任の場合の債権者異議手続（820条）、日本にある外国会社の財産の清算（822条）、外国会社の営業所閉鎖命令（827条）によって、内国債権者保護は一定程度図られるので、擬似外国会社の規定を廃止すべきであるとの見解もある。この点に関して、上田純子「欧州国際会社法—会社従属法・実質法のありかたをめぐって—」私法72号（2010年）253-254頁参照。

114 従来、わが国の会社法において、利害関係者保護という側面で念頭に置いていたのは、主に株主および債権者であろう。しかし、近時は、株主以外の会社利害関係者、すなわち債権者、従業員、地域社会等のステークホルダーの利害をどのようにわが国の会社法等の分野で取り込むべきか、活発に議論がなされている。この点に関しては、徳本穰「敵対的買収の法理論」（九州大学出版会、2000年）131頁以下、森本滋ほかシンポジウム「企業結合法の総合的研究」私法71号（2009年）168頁以下〔徳本穰・中東正文・森本滋発言〕を参照。

115 喜多川篤典「外国会社のはじめにたちかえて」『企業と法（上）（西原寛一先生追悼論文集）』（有斐閣、1977年）39頁、河野俊行「会社の従属法の決定基準—本拠地法主義・設立準拠法主義」ジュリ1175号（2000年）3頁参照。

116 欧米諸国等の外国企業が、中国を筆頭とするアジア諸国の市場にわが国の市場よりも魅力を感じることがある場合、外国で設立されたとは言え、わが国に事実上の本店または主たる事業活動地を置いて、市場参入してくれるだけでも是とすべき時代が到来するかもしれない。

外国証券会社や資産の流動化取引等の金融手法において、外国会社が日本支店を利用する際に、わが国の擬似外国会社規定の適用範囲が及ぶのかどうかという点であった。会社法改正において、継続性のない取引を許容したことは、このような外国会社の利用を容認し、当該会社には、わが国の擬似外国会社規定の適用範囲が及ばないことになった。さらに、現実には、擬似外国会社のような会社が数多く日本で企業活動を行っているにもかかわらず、当該会社が日本法の規律に従っていないことにより、わが国の擬似外国会社の規定が実効性ある規定として機能していないとも指摘される¹¹⁷。

会社法改正により、擬似外国会社の規定は日本で継続的取引がなされない限り当該規制が及ばないことになり、効果を明確にするという観点からは、規定の適用範囲が明らかとなったが、要件の不明確さゆえに、適用範囲は曖昧なままであるとも評価される。そして、擬似外国会社の内部関係で紛争が生じた場合、わが国の擬似外国会社の規定は、擬似外国会社の内部事項に適用範囲が及ばないとも読めることから問題となりうる。

本稿で検討したデラウェア州で判断された *VantagePoint* 判決では、カリフォルニア州では擬似州外会社にあたりうるにもかかわらず、合衆国憲法上の議論にも言及することで、デラウェア州の設立準拠法が域外適用的に考慮されることを示唆していた。他方で、デラウェア州で設立されて日本では擬似外国会社にあたる場合に内部事項をめぐる紛争がわが国の裁判所で生じた際に、域外適用的なデラウェア州の設立準拠法を適用するか、日本法を適用するかが問題となりうるが、わが国の擬似外国会社の

規定は内部事項に対して適用範囲が及ばない可能性があることから、脆弱な面を有することは否めない。

そこで、擬似外国会社の内部関係に日本法の適用範囲が及ぶことを明確化するという観点からは、カリフォルニア会社法型の規定を立法論として導入することも傾聴に値する。この方向で立法論を展開するならば、わが国の会社法の中にある強行規定をパッケージとして強制するのか、それとも、会社法の規定を個々の規定ごとに分解した上で、絶対的な適用規定を設定すべきか、という議論を今後より一層詰めていく必要がある。

しかし、内部事項をめぐる紛争が生じた場合でも、現行法上、国際私法上の公序（通則法42条）を適用するか、もしくは、会社法の公法的な規定を、準拠法如何を問わずに擬似外国会社に適用すべきか等という解釈論で、一定程度の対応は可能であるともいえる。このような解釈論では、利害関係者にとって予測可能性を欠くおそれはあるものの、裁判所において柔軟な解釈を導きえる可能性もある。したがって、このような解釈論と、カリフォルニア型の擬似外国会社規定を導入する立法論とを比較した上で、どちらの見解にどれだけの実効性があるのか、今後さらなる検討を要するものと思われる。

また、擬似外国会社に対する規制を強化するならば、暗黙的に実在する擬似外国会社の多くが、日本市場から撤退する危険性をもはらんでいる。当事者自治の原則を尊重することが、利害関係者の利害に一致し、わが国の擬似外国会社の規定の趣旨に反しない場合もありうるという観点からは、擬似外国会社の規律を廃止すべきであるという主張もなされるであろう。擬似外

117 早川・前掲注(90) 115-116頁、道垣内正人ほか「〔座談会〕日本法の国際化－国際私法の視点から」*ジュリ*1232号（2002年）104頁〔道垣内正人発言〕参照。

国会社の規律を廃止することで、会社法制をめぐる国際的な制度間競争を促し、わが国の法制度や市場の国際競争力を向上させるならば、制度の廃止も説得力を持つように思われる。日本法および市場が国際競争にさらされることによって、真の活力ある法制度および市場に生まれ変わることも期待される。

このように、擬似外国会社の議論は、日本の会社法の存在意義は何かという根本的な問題を含む、理論的にも実務的にも重要な問題である¹¹⁸。結局のところ、会社設立者が日本で会社を設立したい、あえて外国で設立して日本に事実上の本店や主たる事

業活動地を置くまでして日本法を回避したくない、もしくは、外国で設立したとしても事実上の本店や主たる事業活動地は日本に置きたいと言えるほど、日本の法制度および市場が、利害関係者にとって魅力あるものとなっているかどうか最終的に問われていると思われる。今後は、これらの観点も考慮に入れつつ、わが国における擬似外国会社の規定に関する解釈論や立法論を展開していく必要があると思われる¹¹⁹。

（筑波大学大学院ビジネス科学研究科
企業科学専攻）

118 早川・前掲注（90）114頁。

119 なお、会社法821条については、参議院において、以下の内容の附帯決議がなされている（第162回国会参議院法務委員会第26号〔平成17年6月28日〕）。

十五 外国会社による我が国への投資が、我が国経済に対してこれまで果たしてきた役割の重要性及び当該役割が今後も引き続き不可欠なものとして期待される点にかんがみ、会社法第821条に関して、その法的確実性を担保するために、次の諸点について、適切な措置を講ずること。

1 同条は、外国会社を利用した日本の会社法制の脱法行為を禁止する趣旨の規定であり、既存の外国会社及び今後の我が国に対する外国会社を通じた投資に何ら悪影響を与えるものではないことについて、周知徹底を図ること。

2 同条は、外国の事業体に対し、特定の形態を制限し又は要求する趣旨のものではないことについて、周知徹底を図ること。

十六 会社法第821条については、本法施行後における外国会社に与える影響を踏まえ、必要に応じ、見直しを検討すること。