The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	二国間投資協定における事業活動の自由と日本の擬似外国会社規制
Author(s)	小野木, 尚
Citation	国際公共政策研究. 2016, 21(1), p. 115-124
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/57779
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

二国間投資協定における事業活動の自由と日本の擬似外国会社規制

Is the Japanese Regulation of Pseudo-Foreign Companies Compatible with the Bilateral Investment Treaty?

小野木　尚*

Hisashi ONOGI*

Abstract

Article 821 of the Japanese Companies Act regulates Pseudo-Foreign Companies by stipulating that "A Foreign Company that has its head office in Japan or whose main purpose is to conduct business in Japan may not carry out transactions continuously in Japan" (Section (1)) and "A person who has carried out transactions in violation of the provisions of the preceding paragraph shall be liable, jointly and severally with the Foreign Company, to perform obligations that have arisen from such transactions to the counterparty" (Section (2)). However, this provision could be contrary to the Freedom of Business provided in the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation, which entitles companies founded in the contracting state to national treatment in the other. On the other hand, similar provisions can be found in the Bilateral Investment Treaties. This article will attempt to analyze the relationship between Article 821 of the Japanese Companies Act and the provision of Bilateral Investment Treaties that Japan has enacted in order to examine if the Japanese Regulation of Pseudo-Foreign Companies is compatible with the Treaty provisions.

キーワード：擬似外国会社規制、会社法 821 条、二国間投資協定、事業活動の自由

Keywords：　Regulation of Pseudo Foreign Company, Bilateral Investment Treaty, Freedom of Business

* 大阪経済法科大学法学部助教

1. はじめに

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」を「擬似外国会社」と定義し、そのような外国会社は「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）と規定する。しかし一方で、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、締約国の会社に対する内国民待遇が定められている。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考えられる[1]。

ところで、締約国の会社に対する内国民待遇を定める条項は、日本が締結する投資協定においても見受けられる。本稿では、会社法 821 条の定める擬似外国会社規制が、投資協定の定める内国民待遇と抵触するか否かについて明らかにすることを目的とする。

以下では、２．で二国間投資協定について概観し、３．で投資協定が適用される会社の判断基準について確認したうえで、日本の締結する投資協定における同判断基準について考察する。そして、４．で、投資協定における内国民待遇と会社法 821 条との関係について検討を行う。

2. 二国間投資協定（BIT）とは

投資協定とは、他方の締約国の領域内における一方締約国の投資家及びその投資財産の保護などを目的とする国際条約である。2016 年 6 月現在において、二国間レベルの投資協定（Bilateral Investment Treaty: 以下、「BIT」という）の総数は 2954（うち発効済は 2319）あり、投資条項を含むその他の条約は 361（うち発効済は 293）あるとされる[2]。投資協定は、1959 年に西ドイツがパキスタンとの間に締結したものが最初であり、この時期には、多くのアジア・アフリカの植民地が独立を果たしていた。西欧諸国はこれらの国との経済関係の安定化のために通商航海条約を締結することを望んだが、当該諸国には通商航海条約が含む広範な義務を負う意思または能力がなかったため、投資保護に目的を絞った協定である BIT が締結されるに至ったとされる[3]。その後、1990 年代には、社会主義体制を放棄した東欧諸国と先進西洋諸国の間や途上国間でも BIT が結ばれることとなり、その数は大幅に増加した[4]。

日本では、1978 年に、エジプトとの間で BIT を締結したのを皮切りに、2016 年 3 月時点では、未発効のものを含むと 28 の投資協定がある[5]。また、日本が当事国である経済連携協定（EPA）の中にも、投資章を含むものがあり、その数は未発効である日モンゴル EPA 及び環太平洋戦略的経済連携協定（TPP）も含め、15 に上る[6]。

BIT では、締約国の自然人だけでなく、会社についても投資家として保護しているものがある。３．では、BIT が適用される会社の定義について、3 つのアプローチを概観したうえで、日本の締結する

---

[1] この点につき、小野木尚「擬似外国会社規制と事業活動」国際私法年報 14 号 200 頁以下（2013 年）を参照。
[2] 国連貿易開発会議（UNCTAD）ホームページ http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA（最終アクセス 2016 年 6 月 28 日）。
[3] 小寺彰編『国際投資協定　仲裁による法的保護』（三省堂、2010 年）7 頁〔小寺彰〕
[4] 小寺編『前掲書』（前掲注（4））8 頁
[5] 日中韓投資協定については、二国間投資協定ではないが、ここでは BIT に含める。
[6] 日本が締結する投資関連協定の概要について、経済産業省通商政策局経済連携課「投資協定の概要と日本の取組み」（2016 年 3 月）を参照。以下 URL にて入手可能：http://www.meti.go.jp/policy/trade_policy/epa/pdf/BITrsrc/bitoverview.pdf（最終アクセス 2016 年 6 月 28 日）。尚、本稿では紙幅の関係上、日本が締結する BIT のみを検討の対象とし、投資章を含む EPA についての検討は別稿に譲るものとする。

BIT における会社の定義について検討を行う。

3. BIT における会社の定義

3.1: BIT における「会社」の定義に関する３つのアプローチ

BIT の適用を受ける前提として、投資家及び投資財産のそれぞれについて条約の規定する該当性を満たすことが必要となる。この点について、ほぼ全ての BIT は、投資家及び投資財産についての定義規定を有しているが、本稿においては、BIT の適用を受ける「投資家」の定義について焦点を当てる。

「投資家」、すなわち、投資を行い、その結果として条約の実質規定が定める保護を享受する者については、大きく分けて（a）個人または国民と（b）会社（companies）またはその他の法人があり、BIT ではその双方について定義が置かれている[7]。このうち、何を一方の締約国の会社または法人とみなすかが問題となるが、この点を判断する基準として、以下の 3 つのアプローチが挙げられる[8]。

第一に、会社の設立がどの国の法に従ってなされたかということである。すなわち、会社の経済活動の場所や本拠（seat）とは関係なく、会社が設立された際に準拠した法秩序がどの国のものであるかという基準で、条約における「会社」としての該当性の判断を行うものである。このアプローチは、英米法系諸国で好まれるとされ[9]、会社の設立地が 1 つに定まるという点で明確性に優れる一方で、会社が設立地と形式的な連関しか有しない場合にも、条約上の会社としての該当性を満たし、条約が適用されることになる[10]。このため、第三国の投資家が、条約の一方の締約国で設立された会社を通じて他方の締約国内で投資を行うことによって、条約による投資保護の恩恵を享受することも考えられる。また、投資受入国の投資家であっても、他方の締約国で会社を設立し、その会社を通じて自国での投資を行うことによって、条約による投資保護の恩恵を受けようとすることも考えられる[11]。このように、第三国の投資家などが特定の BIT の保護を受けるために行う投資方法は、「条約漁り（treaty shopping）」と呼ばれている[12]。

このような条約漁りを制限するために、設立地の基準と共に、利益否認条項（a denial of benefits clause）を設けている BIT もある[13]。この利益否認条項の規定方法は条約によってさまざまであるが、典型的には以下のような事項を定めている。すなわち、会社が実質的な事業活動をその設立準拠法の属する締約国の領域内で行っていない限り、当該会社が第三国の国民によって所有または支配（own or control）される場合は、投資受入国は、当該一方締約国で設立された会社に対して BIT による利益を否認することができるというものである[14]。さらに、この条項の重要なバリエーションとして、一方締約国の国民が所有または支配する他方締約国の会社について、当該一方締約国の領域内において条約の与える利益を否認することができるとするものもある。すなわち、一方の締約国の国民が BIT の他方の締約国で単に会社を設立し、その会社を通じて自国で投資を行うことにより、自国における

---

[7] Rudolf Dolzer and Margarete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Kluwer Law International, 1995, p.31.
[8] *Id.*, p.35.
[9] *Ibid.*
[10] *Id.*, p.36.
[11] Kenneth J. Vandevelde, *Bilateral Investment Treaties*, Oxford University Press, 2010, p.162.
[12] *Id.*, p.162.
[13] *Id.*, p.163. 利益否認条項として、たとえば、United States-Argentina BIT, Art. I(2)は以下のように規定する：
Each Party reserves the right to deny to any company of the other Party the advantages of this Treaty if (a) nationals of any third country, or nationals of such Party, control such company and the company has no substantial business activities in the territory of the other Party, or (b) the company is controlled by nationals of a third country with which the denying Party does not maintain normal economic relations.
[14] *Supra* note 12, p.163.

投資保護の利益を得ることを否定することができるというものである[15]。また、いくつかの利益否認条項は、投資受入国が外交関係または通常の経済関係を有さない第三国の国民によって会社が所有または支配されている場合、その会社に対して条約による利益を否認することを可能にするものもある[16]。この場合、条約漁りそのものを防止することを目的とはしていないが、投資受入国が特定の国の投資家に対して条約による利益を否定することにより、投資受入国の特定の外交政策の目的の達成を促進するものとなるとされる[17]。

このように、典型的な利益否認条項は、条約による利益保護を受ける条件として、会社が単なるペーパーカンパニーではなく、その設立地の領域内において実質的な事業活動を行っていることを要求するものであり、条約漁りをより難しくするものであるとされるものの、条約漁りを完全に防止するものではないとされる[18]。

第二に、会社の本拠（seat）がどの国にあるかということである。すなわち、条約規定の定める利益を享受する会社は、その主たる事業活動が行われる地（principal place of business または siège social）を締約国の領域内に有さなければならないとする考え方であり、ドイツの締結する BIT に一般的に採用されている[19]。このアプローチによれば、設立地のアプローチよりも、会社とその所属国である締約国との間により強い連関を求めており、会社は、当該締約国の領域内に本店または最も重要な生産施設を有していなければならないとされる[20]。一方で、このアプローチの短所として、多数の国の領域内に施設を有する会社の場合は、どの国に本拠（seat）があるかについて判断が難しいという点が挙げられる[21]。

第三に、会社の所有または支配する者の国籍によるという考え方である。このアプローチによれば、会社を所有または支配する株主の国籍によって、その会社の「会社」としての条約該当性を判断するというものである[22]。これは、設立地を基準とするアプローチよりも、会社とその所属国との間により強い連関を要求するものであるが、株式は転々流通するものであり、所有または支配関係が変化する可能性があるため、明確性に欠けるという短所があるとされる[23]。

以上のように、BIT において投資家として保護される「会社」としての判断基準については、大きく 3 つあるが、これらの 3 つのアプローチは組み合わされることがある。それでは、日本の締結する BIT ではどの「会社」としての判断基準として、どのアプローチを採用しているのだろうか。以下では、日本が締約国となっている BIT における「会社」としての定義規定について検討する。

3.2: 日本の締結する BIT における「会社」の定義

日本が締結する BIT のうち、投資家として認められる「会社」または「企業」の定義としては、大きく分けて 3 つある。

（1）「会社」が一方締約国で設立され、かつその住所が当該締約国内に存在することを要件とするもの

---

[15] *Id.*, p.163.
[16] *Ibid.*
[17] *Ibid.*
[18] *Ibid.*
[19] *Supra* note 8., p.35, *supra* note 12., p.163.
[20] *Supra* note 12., p.163.
[21] *Ibid.*
[22] *Supra* note 8., pp.35-36.
[23] *Supra* note 12., p.164.

第一に、当該会社が一方締約国の「会社」として認められるために、当該一方締約国の法令に基づいて成立し、かつその住所を当該締約国内に有していることを要件とするものである。この規定は、日本が締結した初期の段階の投資保護協定に多く見受けられ、たとえば、日エジプト BIT1 条 4 項は以下のように規定する[24]。

「会社」とは、有限責任のものであるかどうか、法人格を有するものであるかどうか、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。一方の締約国の関係法令に基づいて成立し、かつ、当該一方の締約国の領域内に住所を有する会社は、当該一方の締約国の会社と認められる。

さらに、このような一方締約国の「会社」と認められる会社には、他方の締約国内での事業活動について、内国民待遇が与えられる。たとえば、日エジプト BIT3 条 2 項は以下のように規定する。

いずれの一方の締約国の国民及び会社も、他方の締約国の領域内において、投資に関連する次の事業活動を含むすべての形態の事業活動に従事することに関し、当該他方の締約国の国民及び会社又は第三国の国民及び会社に与えられる待遇よりも不利でない待遇を与えられる。
（a）支店、代理店、事務所、工場その他の事業活動の遂行のため適当な施設の維持
（b）自己が設立し、又は取得した会社の支配及び経営
（c）会計士等の技術者、高級職員、弁護士、代理を業とする者その他の専門家の雇用
（d）契約の締結及び履行

このように、日エジプト BIT に代表されるような類型では、「投資家」に含まれる「会社」について、「有限責任のものであるかどうか、法人格を有するものであるかどうか、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。」と定めることによって、条約上の「会社」について幅広く定義するとともに、「一方の締約国の関係法令に基づいて成立し、かつ、当該一方の締約国の領域内に住所を有する会社は、当該一方の締約国の会社と認められる。」と規定し、設立準拠法所属国が一方締約国にあることと、その会社が当該締約国内に存在することを要求している。このうち、「住所を有する」とは「主たる事務所を有する」と解されているとされる[25]。したがって、日本が締結する BIT のうち、日エジプト BIT に代表される類型では、当該 BIT が適用される「投資家」としての「会社」は、一方締約国の法律に基づいて設立され、かつ、当該締約国内に主たる事務所を有することが要件であるとされ、設立準拠法の要件と本拠地の要件が組み合わされているものと解される。また、そのような会社は、他の締約国内における事業活動について、内国民待遇が与えられることとなる。

（2）一方締約国の法律に基づいて設立されたことのみを要件とし、かつ利益否認条項を置くもの

日本が締結する BIT のうち、2003 年 1 月に発効した日韓 BIT 以降、条約が適用される「投資家」

[24] このように一方締約国の投資家としての地位を認められる「会社」または「企業」の定義として、設立地と住所を当該締約国に有することを要件とするものとして、日本が締結する投資関連協定は以下が挙げられる。日スリランカ BIT1 条 4 項、日トルコ BIT1 条 4 項、日香港 BIT1 条 2 項(a)、日バングラデシュ BIT1 条 4 項、日露 BIT1 条 3 項、日モンゴル BIT1 条 4 項、日パキスタン BIT1 条 4 項。
[25] 松本委員「II 投資協定における利益否認条項」24 頁（http://www.meti.go.jp/policy/trade_policy/epa/pdf/FY20BITreport/DoB.pdf）（最終アクセス 2016 年 6 月 28 日）

としての法人の定義に関して、一方締約国の法律に基づいて設立されたことのみを要件とするものが多く見受けられる。たとえば、日韓BIT1条1項は以下のように定める。

「投資家」とは、それぞれの締約国について、次のものをいう。

（a）当該締約国の関係法令によりその国籍を有する自然人

（b）営利目的であるかないか、また、民間が所有し若しくは支配しているか又は政府が所有し若しくは支配しているかを問わず、当該締約国の関係法令に基づいて設立され又は組織される法人その他の団体（会社、社団、信託、組合、個人企業、合弁企業、団体及び組織を含む。）

そして、「投資家」としての定義に該当する法人は、他方の締約国内における投資及び事業活動について、内国民待遇が与えられる。これについて、日韓BIT2条1項は以下のように定める。

各締約国は、自国の領域内において、投資財産の設立、取得、拡張、運営、維持、使用、享有、売却その他の処分（以下「投資及び事業活動」という。）に関し、自国が同様の状況において自国の投資家及びその投資財産に与える待遇よりも不利でない待遇（以下「内国民待遇」という。）を、他方の締約国の投資家及びその投資財産に与える。

このように、一方締約国の法律に基づいて設立された会社は、条約の適用される「投資家」としての地位が認められ、他方の締約国の領域内における事業活動について内国民待遇が与えられる。そして、一方締約国の会社が条約上の「投資家」として認められるために、当該一方締約国の領域内において「住所」を有することは要求されない。

しかし、条約の適用を受ける一方締約国の会社が、当該締約国内における「住所」の存在を要件としない場合であっても、そのような会社が条約締約国以外の第三国の投資家によって所有または支配される場合には、一定の条件の下、条約によって与えられる利益を否認することができると定める利益否認条項が置かれている。たとえば、日韓BIT22条2項は、以下のように規定する。

一方の締約国は、他方の締約国の投資家のうち、第一条（1）（b）の法人その他の団体であって、第三国の投資家により所有され又は支配されるもの及びその投資財産に対して、この協定による利益を次のいずれの場合においても否認する権利を留保する。

（a）当該一方の締約国が当該第三国との間で正常な経済関係を有していない場合

（b）当該他方の締約国の関係法令に基づいて設立され又は組織された当該他方の締約国の投資家が当該他方の締約国の領域内において実質的な事業活動を行っていない場合

上記の条文によれば､締約国の会社が第三国の投資家によって所有または支配される場合であって、かつ、①投資を受け入れる締約国と当該第三国との間に正常な経済関係が存在しない場合、または②当該会社が、設立準拠法所属国である当該締約国内で実質的な事業活動を行っていない場合には、投資を受け入れる側の締約国は、BITの定める利益を否認することができるものとする。さらに、利益否認を行う要件として、③投資受入国が第三国と外交関係を有していない場合[26]や、④当該第三国に

[26] たとえば、日ベトナムBIT26条1項（a）

関する措置であって、当該企業との取引を禁止するもの又は当該企業若しくはその投資財産に対してこの協定による利益を与えることにより当該措置に違反し、若しくは当該措置を阻害することとなるものを投資受入国である締約国が採用し、または維持する場合[27]を定める BIT もある。

したがって、日韓 BIT に代表されるような類型においては、「投資家」となる法人は、「営利目的であるかないか、また、民間が所有し若しくは支配しているか又は政府が所有し若しくは支配しているかを問わず、当該締約国の関係法令に基づいて設立され又は組織される法人その他の団体（会社、社団、信託、組合、個人企業、合弁企業、団体及び組織を含む。）」として幅広く定義され、そのようなものに該当する締約国の会社は、投資受入国である他方の締約国における事業活動について内国民待遇が与えられる。ただし、当該会社が第三国の投資家によって所有または支配される場合には、一定の条件の下で、投資受入国は当該会社に対して BIT による利益を否認することができる。そのような条件のうち、特に本稿に関わるものとして、当該会社は、設立国である締約国内で実質的な事業活動を行っていなければならず、そのような事実が認められない場合は、BIT 上の利益が否認されうるとする。

このように、会社が「投資家」に該当するかどうかは、原則として会社の設立準拠法が締約国に属するかどうかを基準とするが、当該会社が第三国の投資家によって所有または支配されている場合には、設立国である締約国内で当該会社が実質的な事業活動を行っていなければならないとされ、所有または支配する者の国籍基準と、本拠の基準が例外として組み合わされていると解される。これによって、第三国の投資家による条約漁りを一定程度防止しようとしているものと考えられる。

（3）締約国の法律に基づいて設立され、かつ当該締約国内で実質的な事業活動を行うことを要件とし、利益否認条項も有するもの

日本が締約国である BIT のうち、比較的新しいものとして、法人が「投資家」と認められるために、当該法人が締約国の法律に基づいて設立されたこと、及び、当該法人が当該締約国内で実質的な事業活動を行っていることの両方を要件とし、さらに、当該法人が第三国の投資家によって所有または支配されている場合には、一定の条件の下、投資受入国側の締約国が、他方の締約国の法人に対して、BIT 上認められる利益を否認する旨の利益否認条項を有するものがある。たとえば、日コロンビア BIT1 条（b）で、「締約国の投資家」に「締約国の企業」が含まれると定め[28]、さらに、同条（d）において、「締約国の企業」について以下のように定義する。

「締約国の企業」とは、次の（i）及び（ii）の双方に該当する法人その他の事業体をいう。
（i）営利目的であるか否かを問わず、また、民間又は政府のいずれが所有し、又は支配しているかを問わず、締約国の関係法令に基づいて適正に設立され、又は組織されるもの（社団、信託、組合、個人企業、合弁企業、団体、組織及び会社を含む。）
（ii）当該締約国の区域内において実質的な事業活動を行っているもの[29]

このように、締約国の法律に基づいて設立された会社は、当該締約国の区域内において実質的な事

[27] たとえば、日ベトナム BIT26 条 1 項（b）
[28] 日コロンビア BIT1 条（b）
「締約国の投資家」とは、一方の締約国若しくはその公的企業又は一方の締約国の国民若しくは企業であって、他方の締約国の区域内において投資を行おうとし、行っており、又は既に行ったものをいう。
[29] 英文は以下のとおりである。
“carrying out substantial business activities in the Area of the Contracting Party”

業活動を行っている場合に限り、BIT が適用される「締約国の企業」として認められることとなる。そして、そのような会社は、投資受入側である締約国の区域内において、投資活動に関し、内国民待遇が与えられる[30]。また、上記のとおり、利益否認条項も併せて規定されており、日コロンビア BIT22 条は以下のように規定する。

一方の締約国は、他方の締約国の投資家であって他方の締約国の企業であるものが第三国の投資家によって所有され、又は支配されており、かつ、次のいずれかの場合に該当するときは、当該他方の締約国の投資家及びその投資財産に対し、この協定による利益を否認することができる。

（a）一方の締約国が当該第三国と外交関係を有していない場合

（b）当該第三国に関する措置であって、当該企業との取引を禁止するもの又は当該企業若しくはその投資財産に対してこの協定による利益を与えることにより当該措置に違反し、若しくは当該措置を阻害することとなるものを一方の締約国が採用し、又は維持する場合

以上のように、日コロンビア BIT に代表されるような類型では、条約の適用を受ける「締約国の企業」は、「営利目的であるか否かを問わず、また、民間又は政府のいずれが所有し、又は支配しているかを問わず、締約国の関係法令に基づいて適正に設立され、又は組織されるもの（社団、信託、組合、個人企業、合弁企業、団体、組織及び会社を含む。）」であると幅広く定義するとともに、そのような企業は「当該締約国の区域内において実質的な事業活動を行って」いなければならないとする。すなわち、設立準拠法の要件と本拠地の要件が組み合わされていると解される。また、第三国の投資家による条約漁りに対応するために、利益否認条項も置かれている。

4. 会社法 821 条との関係

それでは、擬似外国会社規制について定める日本の会社法 821 条は、日本の締結する BIT の規定に違反するのだろうか。外国会社が会社法 821 条の定める擬似外国会社に該当する場合は、日本国内において継続的取引が禁止されることになる。しかし、当該外国会社が日本の締結する BIT の適用される「投資家」に該当する場合、日本国内における事業活動について内国民待遇が与えられることになるところ、内国会社は継続的取引が禁止される訳ではないことから、会社法 821 条の規定が BIT の定める内国民待遇に抵触するおそれがある。

この点について、以下では、3.2 で検討した類型ごとに、検討を行う。

(1)「会社」が一方締約国で設立され、かつその住所が当該締約国内に存在することを要件とするもの

この類型の BIT では、会社が内国民待遇の与えられる「投資家」として認められるためには、締約国の法律に基づいて設立されるだけではなく、当該締約国の領域内において「住所」を有することが要件とされる。また、「住所を有する」とは、「主たる事務所を有する」と解されているとされる。このような解釈を採用するとすれば、BIT の相手締約国の法律に基づいて設立された会社は、日本での

[30] たとえば、日コロンビア BIT2 条 1 項
一方の締約国は、自国の区域内において、投資活動に関し、他方の締約国の投資家及びその投資財産に対し、同様の状況において自国の投資家及びの投資財産に与える待遇よりも不利でない待遇を与える。
なお、投資財産の定義については、同協定 1 条（a）に規定がある。

事業活動につき内国民待遇が与えられるために、当該締約国の領域内に「住所」すなわち「主たる事務所」を有していることが必要である。つまり、BIT が適用される外国会社は、相手締約国で設立されかつ当該締約国内に主たる事務所を有しているのであるから、会社法 821 条が擬似外国会社として定義をする「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」に該当しない。したがって、会社法 821 条は、この類型における BIT の規定とは抵触しないと解される。

（2）一方締約国の法律に基づいて設立されたことのみを要件とし、かつ利益否認条項を置くもの

この類型の BIT においては、外国会社が BIT の適用される「投資家」と認められるためには、相手方の締約国の法律に基づいて当該外国会社が設立されることのみを要件とし、当該締約国内に「住所」を有することは要しない。しかし、当該外国会社が、締約国以外の第三国の投資家によって所有または支配されている場合には、設立国たる締約国内で実質的な事業活動を行っていなければ、投資受入国である日本は、BIT の定める利益を否認することができるとする利益否認条項が置かれている。BIT の定める利益には、事業活動に関する内国民待遇も含まれると解される。

したがって、相手締約国の法律に基づいて設立された外国会社が第三国の投資家によって所有または支配される場合、当該外国会社は、実質的な事業活動をその締約国内で行っていない限り、日本における事業活動に関する内国民待遇が否定されうることになる。いいかえれば、日本における事業活動について内国民待遇を享受する相手締約国の会社のうち、第三国の投資家によって所有または支配されているものは、当該締約国内で実質的な事業活動を行っている必要があることから、会社法 821 条の定義する「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」には該当しないと解される。

ところが、相手締約国の法律に従って設立された会社が、第三国の投資家ではなく、当該締約国の投資家または日本の投資家によって所有または支配される場合、利益否認条項が適用されない可能性がある。この場合、BIT の規定により日本における事業活動に関する内国民待遇が認められる「投資家」として会社が判断されるかどうかは、当該会社が、当該締約国の法律に基づいて設立されたか否かという基準にのみに依存することとなる。ゆえに、当該会社が、設立国である相手締約国において何ら事業活動を行っていない場合、「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」に該当し、会社法 821 条によって継続的取引が禁止される。しかし、当該会社は BIT の適用範囲に入り、日本における事業活動に関して内国民待遇が認められるから、会社法 821 条と条約規定が抵触すると解される。もっとも、日本の投資家によって所有または支配される相手締約国の会社による日本国内での事業活動は、純粋な海外投資ではないと判断して、BIT が適用されないと考える余地もあるかと思われる。しかし、BIT の文言上、直接にそのように解釈することはできないため、依然として、会社法 821 条と BIT の定める内国民待遇とが抵触するおそれがある。

以上のように、この類型では、相手締約国の法律に基づいて設立された会社は、原則として日本国内における事業活動について内国民待遇が与えられるものの、当該会社が第三国の投資家によって所有または支配される場合には、内国民待遇が与えられるために当該相手締約国の領域内において実質的な事業活動を行うことが要求される。実質的な事業活動を設立国で行っている場合は、擬似外国会社に該当しないため、会社法 821 条と BIT の規定は抵触しない。しかし、相手締約国の法律に基づいて設立された会社が、当該締約国または日本の投資家によって所有または支配されている場合、利益否認条項は適用されないため、当該締約国の領域内で実質的な事業活動を行っていなくとも、日本における事業活動について内国民待遇が与えられる。このような会社は、設立国で事業活動を行ってい

ないことから、擬似外国会社に該当し、会社法 821 条によって継続的取引が禁止されるが、同条は条約の文言上、BIT の定める内国民待遇に反するおそれがある。

（3）締約国の法律に基づいて設立され、かつ当該締約国内で実質的な事業活動を行うことを要件とし、利益否認条項も有するもの

この類型の BIT において、外国会社が、日本における事業活動に関する内国民待遇が与えられる「投資家」として認められるためには、相手締約国の法律に基づいて設立されたこと、及び、当該締約国の領域内において実質的な事業活動を行っていることが要件とされる。実質的な事業活動を設立国の領域内で行っている場合は、擬似外国会社には該当しないため、内国民待遇が認められる相手締約国の会社には会社法 821 条は適用されない。したがって、この類型においては、会社法 821 条と BIT の規定は抵触しないと解される。

5. おわりに

本稿では、擬似外国会社について継続的取引を禁止する会社法 821 条の規定が、日本国内の事業活動に関する内国民待遇に反するおそれがあるのではないかとの問題意識を出発点として、日本が締結する BIT を類型化し、それぞれの類型について検討を行った。その結果、会社が設立された相手締約国における「住所」または「実質的な事業活動」の存在といった、当該締約国との間の実質的な連関を要求する類型においては、会社法 821 条は抵触しないと解されることを明らかにした。しかし、設立準拠法のみを要件とする類型においては、利益否認条項が適用されない場合、相手締約国で設立された会社が擬似外国会社に該当する場合であっても、日本における事業活動に関する内国民待遇が認められることとなり、継続的取引を禁止する会社法 821 条が BIT の規定と文言上抵触する可能性がある。利益否認条項が適用されるには、締約国会社が第三国の投資家によって所有または支配されていることが要件とされるが、当該締約国または日本の投資家によって所有または支配される場合については規定がないからである。この点について、国際投資紛争における仲裁判断ではどのように解釈されているかについて検討することを今後の課題としたい[31]。

[31] 小寺彰編『国際投資協定　仲裁による法的保護』（三省堂、2010 年）20-23 頁〔伊藤一頼〕において、この点につき検討がなされている。