OUKA
The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	日本の擬似外国会社規制は正当化されるか : 通商航海条約における「事業活動の自由」とEU運営条約における「開業の自由」を比較して
Author(s)	小野木, 尚
Citation	阪大法学. 2011, 61(2), p. 225-252
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54762
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

日本の擬似外国会社規制は正当化されるか

――通商航海条約における「事業活動の自由」と EU運営条約における「開業の自由」を比較して――

小野木尚

一　はじめに
二　EU運営条約における「開業の自由」とは何か
（1）EU運営条約規定
（2）ECJ判決
（3）ECJ判決から読みとれる「開業の自由」の内容
三　通商航海条約における「事業活動の自由」とは何か
四　「開業の自由」と「事業活動の自由」の比較
五　日本の擬似外国会社規制はどうあるべきか
六　おわりに

（阪大法学）61（2-225）511〔2011.7〕

一　はじめに

経済活動のグローバル化が進む現在、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[1]。たとえば、Goldman Sachs 社は、日本では Goldman Sachs (Japan), Ltd. という会社の日本支店を通じて営業を行っていたが[2]、当該会社は、(Japan) という名称がついているものの、日本で設立された会社ではなく、イギリス領バージン諸島において設立された会社であり、また、バージン諸島においては全く営業を行っていなかった。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。

日本の会社法八二一条は、擬似外国会社は日本で継続的取引ができず、また、違反して取引をした場合には、会社の代表者が、取引の相手方に対して、取引によって生じた債務について会社と連帯して責任を負うと規定している。したがって、日本の会社法は、擬似外国会社に対して、継続的取引を禁止するという一般的な規制を設けているのである。しかし、このように擬似外国会社に該当することだけを要件として一般的に規制するのは、はたして合理性があるのだろうか。

欧州連合（ＥＵ）の場合、後述する Centros 事件判決[3]が示したように、日本でいう擬似外国会社であっても、国内の最低資本金制度を、他の構成国で適法に設立された会社に対して課すことは「開業の自由」に反し、債権者保護等を理由として支店登録を拒否することは認められない。これは、ＥＵ運営条約（Treaty on the Functioning of the European Union）四九条・五四条（ＥＣ条約四三条・四八条）により、構成国で設立された会社が他の構

成国で営業をする自由、すなわち「開業の自由」が認められており、擬似外国会社であっても構成国国内での活動が保障されているからである。

一方で、日本が締結する通商航海条約の規定にも、一方の締約国で設立された会社が他方の締約国において事業活動をする自由、すなわち「事業活動の自由」が定められている。

そこで、EU運営条約のいう「開業の自由」と通商航海条約にいう「事業活動の自由」が類似する場合、統一市場にはない日本における擬似外国会社に対する規制は、少なくとも通商航海条約を締結している国家との間においては正当化されないのではないだろうか。

日本の疑似外国会社規制を、通商航海条約との関連で論じたものは見受けられない。したがって本稿では、日本が通商航海条約を結ぶ相手国との間では、日本の擬似外国会社規制が正当化されない可能性があるという問題を、EU運営条約にいう「開業の自由」と通商航海条約にいう「事業活動の自由」を比較検討することにより、明らかにしたい。

論文構成として、まず**二**においてEU運営条約における「開業の自由」についてその内容を明らかにし、続いて**三**において通商航海条約における「事業活動の自由」の内容を明らかにする。そして**四**で「開業の自由」と「事業活動の自由」とを比較検討し、**五**で日本において望ましい外国会社規制について若干の考察をする。

二　EU運営条約における「開業の自由」とは何か

(1) EU運営条約

欧州連合（the European Union: EU）とは、そもそも経済統合、すなわち、物・人・サービス・資本の自由移動

を中核とする共同市場の形成を目的として発足した。[4] また、構成国間における貿易障壁をすべて撤廃し、個人及び企業の経済活動を自由化・維持することによって、この目的を達成しようとしている。[5]

このEUを規律しているのがEU法（広義）である。広義のEU法はさらに、主権の制限を伴わない狭義のEU法（EU条約[6]及びそれに基づく実施措置など）と、主権の制限を伴う超国家的法秩序を構成するEC法（EU運営条約（EC条約）及びそれに基づく派生法など）から成る混成的な法体系であるとされる。[7] そしてその中核をなすのがEU運営条約である。EU運営条約は、単一欧州議定書に始まり、マーストリヒト条約、アムステルダム条約、ニース条約及びリスボン条約による各改正を経て、EC条約から名称を変更して今日に至っている。本稿では、リスボン条約による改正後のEU運営条約の条文を基本とし、旧条文を用いる際には、必要に応じて現行の条文番号を付記する。

EU運営条約は四五条以下において、人、役務及び資本の自由移動について定めている。同条約四九条一項は「いずれかの構成国の国民の他の構成国の領域における開業の自由に関する制限は、禁止する。この禁止は、いずれかの構成国の領域に居住しているいずれかの国民による代理店、支店又は子会社の設立に対する制限にも及ぶ[8]」と定めており、構成国国民が享受する「開業の自由（freedom of establishment）[9]」に対する制限の撤廃を構成国に対して求めている。

この「開業の自由」とは一次的開業と二次的開業の二つに分類される。すなわち一次的開業とは、ある構成国の国内法に基づく会社の設立を意味し、二次的開業とは、他の構成国における代理店、支店又は子会社の設立を意味する。[10] そして、EU運営条約五四条[11]により、自然人だけでなく、構成国の法律に基づいて設立された会社にも四九条にいう「開業の自由」が保障される。

構成国の法律に従って設立された会社が享受する「開業の自由」の内容は、欧州司法裁判所（以下「ＥＣＪ」という）の判決によって明らかにされてきた。それに伴って、各構成国が他の構成国で設立された会社に対してどのような規制を課す権限があるのかという規律管轄権の範囲も次第に明らかになってきている。以下では会社の「開業の自由」に関して判断した主要なＥＣＪ判決を検証し、判決から明らかになる「開業の自由」の内容について検討する。(12)

（2）ＥＣＪ判決

① Centros 事件判決(13)

事件の概要

Centros 社は、一九九二年五月に、イングランド・ウェールズ法において私有限責任会社（private limited company: 以下「ＰＬＣ」という）として登録された。同社の株主は、デンマーク国籍でデンマークに居住するブライド（Bryde）夫妻であり、取締役であったブライド婦人は、同年夏、Centros 社の支店を登録するために会社の定款（memorandum of association）の認証を求めて、デンマークの商取引・会社監督庁（以下、「デンマーク会社監督庁」という）(14)に申入れた。資本金は一〇〇ポンドであるが、実際には払い込まれていなかった。

デンマークにおける外国の有限責任会社の支店登録は、事件当時、デンマーク合併規則一一七条～一二二条によって規律されていた。それによると、構成国において設立された有限会社は、デンマーク領で設立され、会社を代理して活動することが認められている一人以上の取締役によって管理される支店を通じて営業をすることができ、そして、支店は営業をするために会社監督庁によって登録されなければならない旨を定めていた。

また、事件当時、デンマークにおいて設立される有限責任会社には二〇万デンマーククローネの資本金を払い込む義務が課されていた。しかし、デンマーク法は、デンマーク領において支店を設立することを目指す他の構成国で設立された会社に対して最低資本金を課してはいなかった。他方、イギリス法は、有限会社に対する最低資本金制度を有していなかった。

デンマーク会社監督庁は、Centros 社のイングランドとウェールズにおける活動について提出を要請した情報をブライド夫妻から得られなかったため、支店の登録申請を拒否した。これに対してCentros 社は、支店の登録申請拒否決定の取消を求めて東部地区高等裁判所（Eastern Regional Court）に提訴した。しかし、同裁判所は、「開業の自由」に関するEC条約の規定は、設立された構成国とは別の構成国でのみ営業を行う会社が、営業を行う構成国の法律の適用を回避することを許可していないとして、Centros 社の申立を退けたため、Centros 社はデンマーク最高裁判所に上告した。そこでデンマーク最高裁判所は審理を中断して、下記の問題についてヨーロッパ司法裁判所に対し先行判決を求めた。

構成国A国で適法に設立され、その国に登録事務所を持つ会社が、A国で営業活動をせず、別の構成国B国で支店を開設して活動しようとし、それがB国の最低資本金規制制度を回避する目的を有している場合、B国が支店の登録申請を拒絶することがEC条約五二条・五八条（EU運営条約四九条・五四条）に抵触するか否か。

判決内容及び検討

本件は、デンマーク法の適用を回避するために英国で設立された会社について、当該会社がもっぱらデンマーク

で支店を通じて営業することを目的としている場合、デンマークにおける支店登録を拒否することは、EC条約（現EU運営条約）の保障する「開業の自由」に違反するかどうかが問題となった事案である。

判決は主に三つの部分にわたって判断を下した。第一に、本件がEC条約の保障する「開業の自由」の適用範囲に服するか、第二に、「開業の自由」の適用範囲に服する場合に、デンマーク法を回避するためにデンマーク人であるブライド夫妻が英国で会社を設立し、支店を通じてそのほぼ全ての営業をデンマークで行う行為が「開業の自由」の濫用に当たらないか、そして第三に、支店登録拒否はEC条約の目的に照らして、正当化されるかの三点である。(15)

第一の点については、支店を開設する先の構成国の国民が他の構成国で会社を設立する場合でも、構成国の法律に基づいて設立された会社が設立国以外の構成国において支店を有することを望む場合は、共同体法の適用範囲に入ることを確認した。

続いて第二の点について判決は、「国内裁判所は、不当な行為をする者について、共同体法規定によって与えられる利益を否定するために、その者の濫用的行為や詐欺的行為を考慮することができる」(16)として、濫用的行為又は詐欺的行為の規制のために「開業の自由」の制限が認められる可能性があるとした。しかし一方で、「共同体法の規定の目的に照らしてそのような行為を評価しなければならない」(17)とした上で、「開業の自由に関する条約規定は、構成国の法律に基づいて設立された会社が他の構成国において代理店、支店、子会社を通じて活動することを可能にする目的を有しているため、会社を設立することを望む構成国国民が、最も規制的でないと思われる会社法規定を有する構成国において会社を設立し、他の構成国において支店を開設することを選択すること自体は、開業の自由の濫用とはなりえない」(18)とし、ブライド夫妻の行為について「開業の自由」の濫用を否定した。このことから、構成

国の国内法回避を目的として他の構成国で会社を設立した場合であっても、支店を前者の構成国内に設けることは「開業の自由」によって保障されることが明らかとなった。

そして第三の点について判決は、デンマーク法の「開業の自由」に対する制限とされる措置の合理性について、四つの要件を挙げて、その措置が正当化されるかどうかを検討した。すなわち、EC条約四三条・四八条（EU運営条約四九条・五四条）の規定する「開業の自由」を損なういかなる措置も、（a）非差別的であること、（b）一般利益における緊急の必要性（imperative requirement）によって正当化されること、（c）当該措置が目的の実現の確保に適切なものであること、（d）当該措置が目的達成に必要な限度を超えていないこと（比例原則）の要件を全て満たさない限り、正当化されないとした。その上で、デンマーク会社監督庁が主張していた、債権者保護の必要性により支店登録拒否が正当化されるとする事に関して、上記の要件を全て満たさないため、正当化され得ないと判示したのである。

② Überseering 事件[19]

事件の概要

Überseering BV（以下「Überseering 社」という）は、オランダ法に従って設立され、アムステルダムにおいて登録された会社である。また、NCC 社は、ドイツにおいて設立された建設会社である。

一九九〇年一〇月、Überseering 社は、ドイツ・デュッセルドルフにおいて土地を取得し、一九九二年一一月二七日に、土地の上に建っていた建物の改装契約を NCC 社と締結した。NCC 社は契約に基づき改装工事を行ったが、Überseering 社は塗装工事に欠陥があるとして、一九九六年に補償を求めて NCC 社をドイツの地方裁判所に提訴し

た。しかしながら、提訴前の一九九四年一二月に、デュッセルドルフ在住の二人のドイツ人によってÜberseering社の全持分が取得されていた。このため、ドイツ法によると同社は全持分が二人のドイツ人に移転した時点でその本拠（center of administration）をデュッセルドルフに移転したことになり、オランダ法に基づいて設立された会社であるÜberseering社は、その本拠たるドイツにおいて再設立されない限り法人格を持たず、結果として訴訟を追行できない[20]として、地裁は訴えを却下し、高等裁判所も地裁の判断を支持した。Überseering社はこれを不服としてドイツ連邦最高裁判所（Bundesgerichtshof; 以下「BGH」という）に上告した。

BGHは、本拠地法主義を採用し、会社の本拠地法により問題を解決すべきとしたが、会社の実際の本拠が他国に移転した事案において、EC条約四三条・四八条によって保障される「開業の自由」が、会社の法的立場と会社の本拠が存在する国家の法律とを結びつけることを排除しないか否かについて、ECJの判例から明確に導き出せなかったため、以下の二点についてECJの先行判決を求めた。

・EC条約四三条及び四八条は、会社が実際の本拠を移した国では契約に基づき訴訟を提起することができない場合、ある構成国の法律に基づき有効に設立された会社の法人格及び訴訟当事者能力はその本拠を移した地である他国の法律によって決定されることを排除するという意味において解釈されるべきか。

・もしそうであるとするならば、会社の「開業の自由」（EC条約四三条・四八条）は、会社の法人格及び訴訟当事者能力が、会社が設立された地の法によって判断されることを要求しているのか。

判決内容及び検討

本件は、オランダで設立された会社が、その全ての持分権をドイツ国民に取得されたことにより、ドイツ法によればその本拠がドイツに移転されたとみなされる場合において、ドイツ法がその会社の法人格及び訴訟当事者能力を認めないとすることが「開業の自由」に反するか否かが争われた事案である。

ＥＣＪは本判決において、(ⅰ)「開業の自由」に関するＥＣ条約の規定が適用されるか、(ⅱ)「開業の自由」の制限が存在するか、(ⅲ)「開業の自由」の制限が正当化されるかの三点について順に検討しており、基本的にCentros事件判決の考え方を受け継ぐものである。しかし、「開業の自由」について最初に判断を下したDaily Mail事件判決[21]について以下のように解釈したことは重要である。

まず、Daily Mail事件判決では、各構成国の会社法の内容が調和していない状況をＥＣ条約は認めているのであり、「ＥＥＣ条約五二条及び五八条（ＥＣ条約四三条・四八条、ＥＵ運営条約四九条・五四条）は、構成国の法の下で設立された会社に対して、その法人格を維持したまま、他の構成国にその管理支配地又は管理の中心を移転する権利を与えるとは解釈することができない[22]」と判示して[23]、会社の設立国及び本拠地である英国租税法が適用されることによって、「開業の自由」が制限されることを認めたものであった。

これについて本判決は、Daily Mail事件判決は、会社が設立国法によって与えられる法人格を維持したまま別の構成国に本拠を移転しようとした場合における、設立国と会社との関係について判示したものであり（転出問題）、本件は、ある構成国で設立された会社を別の構成国で承認するか否かという問題であるため（転入問題）、事案が異なるとした[24]。

また、Überseering事件判決は、Centros事件判決が示した四要件に照らした上で、ドイツ以外の構成国の法の下

で有効に成立した会社の法人格及び訴訟当事者能力は債権者等の利益保護の目的のために否定することはできないとした。これは、規律管轄権の問題として、構成国は他の構成国で有効に成立した会社の法人格及び訴訟当事者能力について規律する権限を有しないと判断したと解釈できる。

③ Inspire Art 事件判決[25]

事実の概要

Inspire Art 社は、二〇〇〇年七月二八日にイングランド・ウェールズ法に従って設立された私有限責任会社（PLC）であり、その登録事務所を英国に有していた。唯一の取締役はオランダ・ハーグに居住しており、単独かつ独立して会社を名乗って活動することが認められていた。Inspire Art 社は、「Inspire Art Ltd」という名称において活動し、アムステルダムに支店を有していた。また、同社はオランダ商取引・会社監督庁の商業登記簿に、オランダ擬似外国会社法（WFBV）一条における擬似外国会社であるという事実を表示せずに記録された。しかし、英国会社である Inspire Art 社は、もっぱらオランダにおいて取引をしていたため、擬似外国会社であるという表示が必要であるとして、商取引・会社監督庁は二〇〇〇年一〇月三〇日、アムステルダム州裁判所に、Inspire Art 社はWFBVにいう擬似外国会社であるという表示を商業登記簿における同社の登記に付加する命令を求めて提訴した。また、WFBVにいう擬似外国会社は、付加的な法定義務を負うものとされていた。[26]

Inspire Art 社は、第一に、同社がWFBV一条の定める擬似外国会社要件を満たしていないこと、第二に、同社がWFBV一条の要件に合致すると州裁判所が判断したとしても、WFBVの規定はEC条約四三条・四八条（EU運営条約四九条・五四条）に違反すると主張した。これに対して二〇〇一年二月五日付の命令においてアムステ

ルダム州裁判所は、Inspire Art 社がＷＦＢＶ一条における擬似外国会社であると認定した上で、訴訟手続きを中断し、ＷＦＢＶの共同体法との適合性に関する以下の問題についての先行判決をＥＣＪに求めた。

・ＥＣ条約四三条及び四八条は、オランダよりも規制が緩い英国で設立された会社が、英国では全く営業をせずにもっぱらオランダで営業する場合において、オランダがＷＦＢＶに従って、会社の支店開設に対して追加の要件を課すことが許されないと解釈されるべきか。

・ＷＦＢＶの規定がＥＣ条約規定に適合しないと判断される場合、ＷＦＢＶに定められるオランダ法の規定はその立法目的によって正当化されるため、その適用についてＥＣ条約四三条・四八条は影響を及ぼさないという意味において、ＥＣ条約四六条（ＥＵ運営条約五二条）が解釈されなければならないか。

判決内容及び検討

本判決は、Centros 事件判決と Übersseering 事件判決におけるＥＣＪの基本的な考えを確認するものであった(27)。ＥＣＪは、当該国による規制についてはまず会社法指令に合致するか否かを判断し、それを超える規制は直ちに指令に反することから違法であるとする一方で、会社法指令にない規制についてはＥＣ条約四三条・四八条の定める「開業の自由」に対して障害があるかを判断し、その上で障害がある場合には Centros 事件判決で示された四要件に照らして正当化されるかを判断した。

ＥＣＪは判断の結果、他の構成国で有効に設立された会社に対して、それが擬似外国会社に該当する場合には最低資本金規制を課し、違反した場合に罰則を与えるという規定は、債権者保護、「開業の自由」の不当行使の防止、

実効的な税務監査と公正な取引保護という目的によって正当化されないと判示した。また、最低資本金制度については、「開業の自由」に対する過度の規制となり、より規制的でない方法によっても債権者保護は図れるとした。

すなわち、他の構成国で有効に設立された会社に対して、構成国は、「開業の自由」を制限するような最低資本金制度を課す権限を有しないとしたものであると解される。

(3) ECJ判決から読みとれる「開業の自由」の内容

「開業の自由」に関する一連のECJ判決を検討した結果、EC条約四三条・四八条（EU運営条約四九条・五四条）が保障する会社の「開業の自由」とは、構成国の法律に従って会社を設立する権利（一次的開業の権利）と、ある構成国で設立された会社が代理店、支店、子会社を通じて他の構成国において営業をする権利（二次的開業の権利）のことである。また、後者では、当該会社が設立国で営業をするかどうかという事実は関係がなく、営業国の法律回避がある場合でも保障される。この「開業の自由」に制限を加えることによってその利益が少しでも損なわれる場合には、当該措置は「開業の自由」に反するとされる。しかし、各構成国は、自国の公共の利益のために「開業の自由」を制限する措置を、一定の条件の下で正当化される場合には、行使することが許されている。

一連のECJ判決は、国内法による規制措置がEC法において妥当するかどうかについて判断するプロセスを明らかにした。それは以下のとおりである。

まず、規制措置が会社法指令の規定に明らかに反する場合には、その措置は違法であり認められない。

次に、会社法指令の適用範囲を超える内容の規制は、EC条約四三条・四八条（EU運営条約四九条・五四条）における「開業の自由」に反するかが判断される。ここで当該規制措置がEC条約四三条・四八条の目的に照らし

て「開業の自由」に反するとされた場合、さらに当該規制措置が四つの要件によって正当化されるかが判断される。この四要件とは、（a）非差別的であること、（b）一般利益における緊急の必要性（imperative requirement）によって正当化されること、（c）当該措置が目的の実現の確保に適切なものであること、（d）当該措置が目的達成に必要な限度を超えていないこと（比例原則）である。この四つの要件をすべて満たす場合に限り、「開業の自由」を規制する措置が正当化される。

このようにEC法では、原則的に「開業の自由」を保障することにより、構成国の法律に従って設立された会社が支店等を利用して自由にその実質的な本拠を移動させることを可能にしている。また、構成国間の会社に対する規制を統一するために会社法指令を出しており、情報開示等の規制を課すことによって、債権者保護等の目的を達成しようとしている。一方、各構成国が外国会社に及ぼすことのできる規制措置は、その目的達成のために過度であってはならず、常に条約の目的の文脈において判断されなければならない。

構成国が、会社がその本拠を移転する場合に関して具体的にどのような規律管轄権を有するかについては、ECJの判例からある程度明らかになった。まずECJの判例は、会社の移転について、ある構成国の法律に従って設立された会社が、設立国での法人格を維持したままその本拠を他の構成国に移転する場合（転出問題）と、他の構成国で設立された会社を自国内において承認する場合（転入問題）の二つに分類している。

前者（転出問題）に関しては、構成国は、自国の会社法に従って設立された会社に対して、他の構成国への本拠の移転を伴った開業（一次的開業）を制限する規制措置を講ずることが認められる。具体的には、設立国の租税法に関して、同法の適用が、会社が本拠を移転して他の構成国で開業することを妨げる場合であっても、「開業の自由」には反しない。つまり、租税法分野では、構成国はその構成国で設立された会社との関係において規律管轄権

を有する。[28]

一方、後者（転入事案）の場合における構成国の会社の移転に関する規律管轄の範囲は以下のようであると解される。まず、構成国は擬似外国会社自体あるいはその構成人に対して、詐欺を防止し又は罰則を与える適切な措置を講ずるという権限が認められている。しかしながら、その規制措置が正当化されるには、Centros 事件判決で示された四要件が満たされなければならない。具体的には、構成国は自国の最低資本金に関する規定を外国会社に対して適用することができない。また、他の構成国で適切に設立された会社の法人格及び訴訟当事者能力について判断する権限を有しない。さらに、他の構成国で適切に設立された会社と自国会社との吸収合併において、その商業登記を拒否することはできない。[29] ただし、いずれの場合においても、Centros 事件判決で示されたとおり、四つの要件を満たす場合には、会社の国際的移転に関して規制措置を講ずることができるのである。

三　通商航海条約における「事業活動の自由」とは何か

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。[30] 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。[31] 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。[32]

日本は一八五八年にアメリカとの間において日米修好通商条約を締結することを皮切りとして、英・仏・露・オランダ、その他多数の国家との間に通商航海条約を締結した。初期の条約は、当時の国内体制や諸外国との力関係から日本にとって不利な条項を含んでいたため、改訂交渉に苦労するという状況があったが、通商航海条約が日本

の近代化と国際社会との交流緊密化に果たした役割は大きかった。[33] その後、第二次世界大戦により、主要各国との通商航海条約は廃止されるに至ったが、戦前から存在する伝統的な友好関係の強化と、緊密な経済的及び文化的関係の促進、通商関係の助長を目的として、新たな通商航海条約が戦後に複数締結されている。本稿では、戦後に日本が初めて締結した通商航海条約であり、その後日本が締結した通商航海条約の先例となっている、日米友好通商航海条約（Treaty of Friendship, Commerce, and Navigation between The United States of America and Japan）について検討する。

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、一九五三年一〇月一〇日に発効した。同条約は前文において、日米間の平和及び友好の関係強化、両国国民間の緊密な経済的及び文化的関係の促進、相互に有利な通商関係・投資の助長、促進という目的を達成するために相互の権利及び特権を定める取極が寄与することを認識していることから、無条件に与えられる最恵国待遇及び内国民待遇の原則を一般的に基礎とする友好通商航海条約を締結すると定めている。特に無条件の最恵国待遇とは、相手国が相互条件その他実質的な反対給付に該当するような待遇を与えることを条件とせず、当該国で第三国が享受する待遇と同一の待遇を与えるべきことを意味しており、このことから前文の趣旨は、各条文の中に最恵国待遇に関して明文の規定が無い限り、一切の場合に無条件で最恵国待遇を与えるべきであるということであるとされる。[34]

日米友好通商航海条約は、前文に掲げる目的を達成するために様々な事項を定めているが、本稿に関連するものとして、「事業活動の自由」を七条において定めている。この条文は、一般に通商航海条約の核心をなす事業活動に関する待遇を規定している。[35] まず同条一項[36]において、一方の締約国の国民及び会社は、直接であると代理人によってであると又は何らかの形態の適法な団体を通じてであるとを問わず、他方の締約国の領域内ですべての種類の商

業、工業、金融業その他の事業の活動を行うことに関して、内国民待遇が与えられることを定めている。そして、（a）支店、代理店、事務所、工場等の事業活動の遂行に必要な施設の設置及び維持、（b）他方の締約国の法律に基づく商事会社の設立及び他方の締約国の会社の過半数の利益の取得、並びに（c）自己が設立し、又は取得した企業の支配及び経営に関して、内国民待遇が与えられるとする。さらに、同項後段において、当該国民又は会社が支配する企業は、個人所有、会社の形式を問わず、事業の遂行に関連するすべての事項について、当該他方の締約国の国民又は会社が支配する同様の企業が与えられる待遇よりも不利でない待遇を与えられるとしており、事業活動遂行一般に関する内国民待遇を規定している。

七条二項は、一項における内国民待遇を留保する制限業種を定めている[37]。したがって、これらの限定列挙された業種以外のすべての業種において、締約国の国民及び会社は他の締約国での「事業活動の自由」が認められているのである。

また、この条約における「会社」の定義は二二条三項に定められている。それによると、「会社」とは、有限責任であるかどうか又は金銭的利益を目的とするかどうかに関わらず、社団法人、組合、会社その他の団体をいい、いずれか一方の締約国の領域内で関係法令に基づ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する。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のである[38]。

これらの条文から明らかになる「事業活動の自由」の内容とは、以下のようなものであると言えるだろう。すなわち、一方の締約国の国民及び会社は、他方の締約国において、制限事業以外のすべての事業を行う自由が認めら

れており、そのような事業を行うために、他方の締約国において会社を設立することについて、あるいは支店、代理店、事務所等の施設を設置・維持することについて内国民待遇が与えられる。また会社については、一方の締約国で正規に成立した会社は他方の締約国においても、一方の締約国の会社としての地位が承認される。

四　「開業の自由」と「事業活動の自由」の比較

EU運営条約は、EU域内における共同市場の形成のために、構成国間における貿易障壁をすべて撤廃し、個人及び企業の経済活動を自由化・維持することを目的としている。一方、日本が締結する通商航海条約の代表例である日米友好通商航海条約は、伝統的な友好関係の強化と、緊密な経済的及び文化的関係の促進、通商関係の助長を目的としている。両者は全く異なる条約であるが、構成国又は締約国の国民及び会社が、他の構成国又は他方の締約国において営業することを保障することによって、構成国間又は締約国間の経済的な結びつきを強化しようとする点で共通している。そして、構成国又は締約国の国民並びに会社が別の構成国又は他方の締約国において活動することを保障しているのが、EU運営条約では「開業の自由」であり、通商航海条約では「事業活動の自由」なのである。したがって、「開業の自由」と「事業活動の自由」では、その目的が類似しており、比較することができると考えられる。

まず、「開業の自由」と「事業活動の自由」の形式的な内容の比較をする。二で検討した結果、「開業の自由」の内容は、大きく二つに分類されるとした。それは、構成国の法律に従って会社を設立する権利（一次的開業）と、ある構成国で設立された会社が、代理店、支店、子会社を通じて他の構成国において営業をする権利（二次的開業）である。

これは、通商航海条約にも共通している概念であると考えられる。すなわち、三で検討したように、「事業活動の自由」においても、その内容は、他方の締約国において会社を設立する権利、及び自国の会社の支店、代理店、事務所等を他の締約国に設置・維持する権利を意味する。したがって、これらはEU運営条約の「開業の自由」が保障する一次的開業と二次的開業にそれぞれ対応すると考えられる。

また、EU運営条約における「開業の自由」とは、各構成国の国民並びに会社に対して、他の構成国内で営業する権利を保障するものであり、そして日米友好通商航海条約における「事業活動の自由」においても、締約国の国民及び会社に対して、他の締約国の国内で営業する権利が保障されているのであり、内容が類似する。

一方で、Centros事件でECJは、デンマーク当局がデンマークの有限会社に課される最低資本金の要件を満たしていないことから、Centros社のデンマーク領内の支店登録を拒否したことは、「開業の自由」に反すると示したように、EU運営条約の「開業の自由」は、内国民待遇に留まらず、一歩先を行っているように見受けられる。他方、通商航海条約における「事業活動の自由」では、締約国の会社に内国民待遇が保障されると明文で規定されていることから、「開業の自由」は「事業活動の自由」よりも範囲が広い。

それでは、具体的に、擬似外国会社に対する規制についてはどのようになっているのだろうか。ECJ判決は、「開業の自由」に関して主に二つの点について明らかにした。一点目は、ある構成国で設立された会社が、法人格を伴ったままその税法上の本拠を別の構成国に移転する場合（一次的開業）には、設立国は当該会社を規律する権限を持ち、それが本拠の移転を妨げる場合であっても「開業の自由」には反しないとしたことである。

ECJ判決が明らかにした「開業の自由」に関する二点目は、ある構成国で設立された会社が代理店、支店、子会社を通じて他の構成国において営業をする場合（二次的開業）、当該会社が設立国で営業をするかどうかという

事実は関係がなく、営業国の法律回避がある場合でも保障されるということである。すなわち、全くの擬似外国会社であっても、支店等を通じて他の構成国で営業をすることが保障されており、このような「開業の自由」に反する規制は認められない。しかし、EU域内では構成国の擬似外国会社に対して、全く規制が無い訳ではなく、会社法指令において、債権者保護の目的のために、会社の情報開示を義務付けるなどの措置が取られており、各構成国が国内の立法に取り入れることによって、構成国の国内法規制の調和を図っている。また、会社法指令が適用されない範囲の規制に関しては、Centros事件判決で明らかになった四つの要件を満たすことにより、当該規制措置が「開業の自由」に反するとしても、正当化されるとしている。

一方、日本と通商航海条約を締結する相手国との間においては、会社法指令のような形での規制は存在していない。したがって、擬似外国会社に対する規制の内容は、各締約国の立法に完全に委ねられている。日本は、会社法八二一条において、擬似外国会社の日本国内での継続的取引を原則禁止しているが、擬似外国会社の活動を一般的に規制することは、締約国の外国会社が、内国会社に対する条件を満たすか否かに関わらず、その活動を禁止することになる。このことから、疑似外国会社の一律規制は、締約国の外国会社に対して内国民待遇の付与を定めている、通商航海条約における「事業活動の自由」に反する。

したがって、通商航海条約を締結している相手国の会社が、日本において擬似外国会社の要件を満たす場合、当該会社の継続的取引を禁止することは、通商航海条約の規定に反するため、日本が通商航海条約を締結している相手国との間では、現行の会社法による擬似外国会社規制は正当化されないと言えるだろう。

それでは、どのような擬似外国会社に対する規制が妥当なのであろうか。**五**では日本の擬似外国会社規制の状況を確認すると共に、今後の立法への示唆を得たい。

五　日本の擬似外国会社規制はどうあるべきか

日本では、外国の法律に基づいて設立された会社（外国会社）は、国際私法で法人格が認められ[39]、民法三五条の規定によって認許されることにより、日本の会社と同一の私権を有することになる。そして、このような外国会社は、外国会社として登記されることにより、日本において継続的に取引をすることができる（民法三七条、会社法八一七条、八一八条）。しかしながら、会社の設立が極めて容易な外国が少なくないという事実の下、日本に本店を設ける、または日本の会社法の適用回避の目的のためだけに外国法に依拠して会社を設立することが可能であり、外国会社は日本で事業活動ができるという原則が簡単に濫用され得るという意見がある[40]。

そこで、会社法八二一条一項は、「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、日本において取引を継続することができない」と定め、さらに同条二項において、「前項の規定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」と規定している。このように、日本の会社法は、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みなし、その法人格は認めるものの、一律に日本における継続的取引を禁止しており、これに違反した場合には罰則を設けている。

しかし、会社法が制定される際、この擬似外国会社規制に関する会社法八二一条は、欧米経済団体の猛反発の対象となった[41]。その理由は、新たな会社法の規定により、擬似外国会社は日本で継続的取引を行い得ないこと、そして違反して取引した場合の法律効果が定められたことによって、平成一七年改正前商法では曖昧になっていた擬似外国会社規制[42]が明確となり、従来から日本で活動する外国会社で擬似外国会社の要件に該当する会社が、日本で営

業できなくなる可能性が生じたためであった。[43]

このような欧米経済団体による抗議を受け、法務大臣及び法務省の立法担当者は、従前に国外でも事業を行っていたが現在は主に日本でのみ活動している会社、あるいは現在は主に日本でのみ営業しているが今後国外でも事業展開の予定又は可能性がある会社は擬似外国会社に当たらないとの解釈を示した。[44] さらに、参議院法務委員会においても、外国会社に与える影響を踏まえ、必要に応じ、会社法八二一条について見直しを検討すること等を内容とする付帯決議がなされた。[45]

しかしながら今日まで会社法八二一条の改正は行われておらず、この条文の平易な文言から、大手外国証券会社の支店を含む多くの支店が重大な法的リスクにさらされており、立法担当サイドからの解釈も裁判所を拘束するものではないため、問題は解決されていない。

このように、会社法八二一条は立法担当者からその解釈が示されたものの、文言上は依然として擬似外国会社を一律に規制している。一方で、経済の実態から言えば、法律回避はビジネスの常套手段とされる。[46] これに対して日本は、外国法人を利用した国際的租税回避について、税法上特別の規制が設けられており、対策を講じている（租特六六条の六以下、所得税法二条一項参照）。[47]

したがって、少なくとも、通商航海条約が適用される領域においては、擬似外国会社であるという理由だけで一律に継続的取引を禁止するといった形式的な規制の仕方ではなく、このような租税回避に対する対策のように、分野ごとの個別的立法によって規制目的に合致した規制をするべきであると思われる。[48]

六　おわりに

二で検討したように、ＥＵでは、ＥＵ運営条約が定める「開業の自由」により、擬似外国会社を含む構成国で設立された外国会社の活動を規制することは、原則認められない。他方、**三**で検討したように、日本が締結する通商航海条約は、締約国の会社に対する「事業活動の自由」を定めている。そして、**四**で検討したように、「開業の自由」と「事業活動の自由」の内容は類似点が多い。

また、通商航海条約における「事業活動の自由」は、締約国の会社に対して内国民待遇を与えており、会社法八二一条の定める擬似外国会社に対する一般的規制は、この「事業活動の自由」に反すると言える。したがって、日本の会社法による擬似外国会社の一般的規制は、少なくとも日本が通商航海条約を締結する相手国との間では、正当化されない。

もっとも、ＥＵは統一市場を目的としている一方で、日本はそのような前提を持たない。したがって、ＥＵ運営条約における「開業の自由」の解釈を、通商航海条約における「事業活動における自由」の解釈に直接当てはめることは難しい。しかし、両条約の史的発展を比較することにより、さらなる類似性を見出すことができれば、「開業の自由」の解釈を「事業活動の自由」の解釈の参考にすることは可能となるであろう。今後は、両条約の史的発展の比較を通じて、類似性を探ることを課題としたい。

（1）　外国会社を用いて日本で営業していた具体的な証券会社名は、「特別調査資料　銀行・証券の対日対外進出状況一覧二〇〇〇年版」（金融財政事情二〇〇〇年八月七日号）を参照。

（2）現在はゴールドマン・サックス証券株式会社として営業している。

（3）Case C-212/97 *Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* [1999] ECR I-1459.

（4）庄司克宏『EU法基礎編』（岩波書店、二〇〇三年）一頁

（5）前掲同

（6）EU条約とは、アムステルダム条約、ニース条約及びリスボン条約により改正されたマーストリヒト条約（欧州連合条約）をいう。

（7）前掲注(4)、三頁

（8）原文は以下のとおり。"Within the framework of the provisions set out below, restrictions on the freedom of establishment of nationals of a Member State in the territory of another Member State shall be prohibited. Such prohibition shall also apply to restrictions on the setting-up of agencies, branches or subsidiaries by nationals of any Member State established in the territory of any Member State."

（9）論者によって、「営業の自由」と翻訳される場合があるが、本稿では「開業の自由」と訳する。

（10）庄司克宏『EC法政策編』（岩波書店、二〇〇三年）三八頁

（11）条文は「構成国の法律に基づいて設立され、かつ定款上の本店、管理の中心又は主たる営業所を共同体内に有する会社は、本章の規定の適用上、構成国の国民たる自然人と同様にみなされる。会社とは、協同組合を含む民法又は商法に基づく会社、及び公法又は私法に基づくその他の法人をいう。ただし、営利目的を追求しないものは除く。」

（12）（2）で検討する判決は、Inspire Art事件以外は、直接擬似外国会社規制に関するものではないが、「開業の自由」の内容を検討するにあたって非常に重要な判決であるため、検討の対象とする。

（13）Case C-212/97; *Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* [1999] ECR I-1459.

（14）デンマーク通産省に属する機関である。

（15）この判断方法は、後のÜberseering事件判決、Inspire Art事件判決、SEVIC事件判決でも採用されている。SEVIC事件判決は、ドイツの会社とルクセンブルグの会社が吸収合併契約を締結し、その登記をドイツでなそうとしたところ、会社の組織変更に関するドイツ法はドイツで設立された会社間の合併しか定めていないという理由により拒絶されたことが、

「開業の自由」に反するかが判断された事案である。この事案において、ECJは、(i)国際合併は「開業の自由」の行使の特別な方法であり、EC条約四三条・四八条が適用される、(ii)合併の一方当事会社がドイツ以外の構成国で設立された場合において、国際吸収合併が行えない限り、ドイツ法は吸収合併が国内的か国際的かによって会社について異なる扱いをしており、そのような扱いの違いはEC条約四三条及び四八条の意味において制限をなし、「開業の自由」に反する、(iii)構成国の法律が外国会社と内国会社との合併について規定していないことを理由にその合併の商業登記を拒否することは、債権者保護等の目的においても過度な規制であって、正当化されないと判断した（Case C-451/03; *Sevic Systems* [2005] ECR I-10805.）。

(16) *See* para. 25 of Centros; Case C-212/97; *Centros Ltd.* v. *Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* [1999] ECR I-1459.

(17) *ibid.*

(18) *ibid.*, at para. 27.

(19) Case C-208/00; *Übersering* v. *NCC* [2002] ECR I-9919.

(20) ドイツ民事訴訟法（ZPO）五〇条一項は、法人格を有する者（会社を含む）は、訴訟当事者能力を有しており、その法人格は権利を行使し、義務を負う能力であると定義するとしている。BGHの判例によると、会社の法人格はその実際の本拠地の法律によって判断されるとし（本拠地法説）、このルールは他国で有効に設立され、その後実際の本拠地をドイツに移転した場合にも適用される。本件において、会社の法人格はドイツ法によって判断されるため、ドイツ法の下で法人格を得るためにドイツにおいて再設立されない限り、Übersering社は権利を行使できず、義務を負うことができず、そして訴訟の当事者となることができないとされた。

(21) Case 81/87; 27 Sept. 1988; *The Queen* v. *H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*

(22) *ibid.*, at para. 24.

(23) この判断は、二〇〇八年一二月一六日のCartesio判決（Case C-210/06, *Cartesio Okató és Szolgáltató* [2008] ECR I-9641）によって引き継がれていると考えられる。詳細は、上田廣美「EC法における「開業の自由」と会社法の交錯〜カルテジオ判決の波紋〜」亜細亜法学四四巻一号二五四頁以下（二〇〇九年）を参照。

(24) 森田果「ヨーロッパ国際会社法の行方（一）」民商法雑誌一三〇巻（四・五号）七八六頁（二〇〇四年）

(25) Case C-167/01; *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd* [2003] ECR I-6907.

(26) ＷＦＢＶにいう擬似外国会社には主に以下のような規制が課されている。擬似外国会社としての商業登記が必要である（二条）、擬似外国会社の登記がなされるまでその取締役が擬似外国会社と共に連帯責任を負う（四条四項）、擬似外国会社はオランダ有限会社（ＢＶ）にいう最低資本金を有していなければならない、擬似外国会社の作成する書類全てに、当該会社の名・法形態等の他、擬似外国会社である旨の記載がなければならない（三条）、これらの資本金・情報開示の要件を満たさなければ、取締役が連帯責任を負う（四条四項）など。

(27) 森田果「ヨーロッパ国際会社法の行方（二・完）」民商法雑誌一三〇巻六号一一〇一頁（二〇〇四年）

(28) Daily Mail 事件判決及び Überseering 事件判決、Inspire Art 事件判決における Daily Mail 事件判決の解釈から導き出される。

(29) 前掲注(15)、SEVIC 事件判決を参照。

(30) 波多野里望、小川芳彦編『国際法講義［新版増補］』（有斐閣、二〇〇二年）三三五頁

(31) 前掲同

(32) 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―」時の法令六三二号三五頁（一九六八年）

(33) 前掲同

(34) 兼松武「逐条解説　日米通商航海条約（一）」時の法令九七号二頁（一九五三年）

(35) 前掲・兼松九頁

(36) 日米友好通商航海条約七条一項の条文は以下のとおり。「いずれの一方の締約国の国民及び会社も、直接であると、代理人によってであると、又は何らかの形態の適法な団体を通じてであるとを問わず、他方の締約国の領域内ですべての種類の商業、工業、金融業その他の事業の活動を行うこと、従って（ａ）支店、代理店、事務所、工場その他その事業の遂行のため適当な施設を設置し、及び維持し、（ｂ）会社に関する当該他方の締約国の一般法に基づいて会社を組織し、及び当該他方の締約国の会社における過半数の利益を取得し、並びに（ｃ）自己が設立し、又は取得した企業を支配し、及び経

営することに関して、内国民待遇を与えられる。更に、当該国民又は会社が支配する企業は、個人所有の形式であると、会社の形式その他のいずれの形式であるとを問わず、その事業の遂行に関連するすべての事項について、当該他方の締約国の国民又は会社が支配する同様の企業が与えられる待遇よりも不利でない待遇を与えられる。」

(37) 限定列挙される業種とは、締約国の領域内で公益事業を行う企業若しくは造船、航空運輸、水上運輸、預金業務又は信託業務に限る銀行業務、土地その他の天然資源の開発である。

(38) 兼松武「逐条解説　日米通商航海条約（三）」時の法令九九号二六頁（一九五三年）

(39) 通説によると、日本の国際私法は設立準拠法主義を取っているため、外国会社の権利能力の有無の判断については、設立準拠法たる外国法によることとなる。したがって、外国法に従って有効に会社が設立された場合、その会社の法人格は日本で認められる。

(40) 早川吉尚「擬似外国会社」ジュリスト一二六七号一一五頁（二〇〇四年）

(41) 高岡秀一郎「在日欧州経済団体　新会社法八二一条改正あくまで要求」Jiji Top Confidential 二〇〇五年一二月一三日号四頁（二〇〇五年）

(42) 平成一七年改正前商法四八二条は、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、日本で設立した会社と同一の規定に従うことを要すると規定していた。この条文の効果につき、判例は、擬似外国会社は日本法に準拠して再設立されない限り法人格も認められないとされてきた（大審院決定大正七・一二・一六民録二四輯二三二八頁、東京地判昭和二九・六・四判タ四〇号七三頁）が、擬似外国会社の活動があるにも関わらず、昭和二九年以降、旧商法四八二条違反が訴訟において積極的に争われた事案はなく、現実の運用では実効性ある規定として機能しているか極めて疑わしかった。

(43) 会社法八二一条の立法趣旨は、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が、擬似外国会社の法人格を否認するということは、法的安定性の観点から問題があるといえるため、①擬似外国会社の法人格は認めるものの、②旧商法で認められていた効果を明確にする規定として、違反者に対する連帯責任の規定を設けているとされる。また、資産流動化において、外国会社が用いられることに関しては、通常そのような会社は擬似外国会社には当たらず、継続取引も行わないと解釈して、適用を除外している。（相澤哲編著『一問一答　新・会社法［改訂版］』（商事

法務、二〇〇九年）二二八―二三三頁）

（44）参議院法務委員会、財政金融委員会、経済産業委員会連合審査会における南野知恵子法務大臣の答弁（第一六二回国会同連合審査会第一号〔平成一七年六月九日〕）、及び参議院法務委員会における寺田逸郎政府参考人の答弁（第一六二回国会参議院法務委員会第二四号〔平成一七年六月一六日〕）参照。

（45）第一六二回国会衆議院法務委員会第二六号〔平成一七年六月二八日〕参照。

（46）野村美明『ケースで学ぶ国際私法』（法律文化社、二〇〇八年）一六四頁

（47）前掲・野村一六五頁

（48）カリフォルニア州一般会社法（California General Corporations Code）は、純利益の五〇％以上がカリフォルニア州内での営業から生じていること、そして株主名簿上の五〇％以上がカリフォルニア州の居住者である場合には、擬似州外会社であっても、準州内会社とみなして、カリフォルニア州会社法の一定の規定が適用されることが詳細に定められている（二一一五条）（リチャード・W・ジェニングス、龍田節訳「カリフォルニア会社法の改正について」国際商事法務六巻一三九頁（一九七八年））。このような規制方法も参考になるであろう。