

会社従属法における設立準拠法の適用範囲

—アメリカの内部事項理論を参考に

伊達 竜太郎
だてりゅうたろう

沖縄国際大学法学部教授

はじめに

1. アメリカにおける設立準拠法主義をめぐる議論
2. 日本における設立準拠法主義をめぐる議論

おわりに

はじめに

会社の組織や機関などをめぐる会社内部の法律問題に関し、法人格を付与する国や法域の法を「会社従属法」と呼ぶ。会社従属法は、基本的に、会社の設立から消滅に至るまでの諸問題を規律付けており、準拠法として単一の法が適用されるべきである。

わが国では、会社従属法の決定基準に関し、会社の設立時に選択した国や法域の法を適用する「設立準拠法主義」と、会社の主たる事業活動が行われる国や法域の法を適用する「本拠地法主義」が解釈上対立しており、設立準拠法主義が通説である⁽¹⁾。なお、この局面においては、外国国家行為承認説の見解も有力に主張されている⁽²⁾。ただし、この局面で具体的な法律問題が生じた場合、より単位法律関係の切り分けによる解決を導きやすいと想定されることから、本稿では、通説のように、抵触法に基づいて会社従属法を決定すべき立場から検討する。

また、昨今の会社法改正や準拠法決定に関する通則法改正では、準拠法の適用範囲が不明確であるなどとの理由で、会社従属法について明文の規定を設けていないとも言われる⁽³⁾。そして、わが国の裁判例では、会社従属法が問題となった事案において、設立準拠法主義と本拠地法主義のいずれに立つかは必ずしも明らかではない場合がある⁽⁴⁾。

他方で、アメリカにおいては、各州法などで、内部事項理論に基づく設立準

拠法の規定が存在している。それに加えて、連邦最高裁判所やデラウェア州最高裁判所などの裁判例では、内部事項理論に即して議論がなされている⁽⁵⁾。

そこで、会社従属法の決定基準に関し、アメリカにおいて、どのように規制しており、紛争が生じた場合、どのように解決しているのかを検討することにより、わが国の規定などを考慮する際に、有益な示唆を得ることができると考えられる⁽⁶⁾。本稿においては、会社従属法の議論が蓄積するアメリカの判例と学説の議論を踏まえ、利害関係者の予測可能性を向上させるという観点から、わが国の設立準拠法主義をめぐる議論を中心に解釈論と立法論を展開する。立法論については、通則法の立法論と外国会社規制に関する会社法の立法論の両方を想定して検討していく。以下では、アメリカの議論に引き続き、比較法的な考察として、日本の議論を行う⁽⁷⁾。

1. アメリカにおける設立準拠法主義をめぐる議論

(1) 会社設立の状況

Cary 教授は、1974 年の著名な論文において、会社法市場の概念を普及させた⁽⁸⁾。会社法市場において、会社はアメリカの各州の中から設立地を自由に選択することができ、現在、デラウェア州は、会社設立市場における支配的な地位を確立している。Cary 教授の主張した会社設立の特徴は、会社法の規律付けへの重要な示唆を与え、多くの論争を引き起こしている。Cary 教授は、デラウェア州会社法が株主の犠牲により経営陣に利する法制度であり、底辺への競争 (race to the bottom)⁽⁹⁾ を導くという主張を提起した。この見解に対しては、デラウェア州会社法は、すべての会社の利害関係者に利益を与え、頂点への競争 (race to the top)⁽¹⁰⁾ を導くと反論する見解もあり、現在も対立が継続している⁽¹¹⁾。

このような議論の是非はともかく、デラウェア州は、会社設立で多くの利益を享受している。デラウェア州の人口は、アメリカの人口のわずか 0.3% 以下にも関わらず、アメリカの公開会社の 50% 以上はデラウェア州で設立されている⁽¹²⁾。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⁽¹³⁾。また、デラウェア州の裁判所では、数

多くの公開会社に関わる訴訟を取り扱っている。これらのことから、デラウェア州が公開会社の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。デラウェア州が会社設立地を選択される理由としては、法の柔軟性、予測可能性、許容性、対応の早い立法環境、専門的で効率性の高いビジネス中心の裁判制度などが挙げられる⁽¹⁴⁾。

(2) 内部事項理論に基づく設立準拠法主義

(a) 抵触法第2リステイトメント 302条

会社従属法との関係で根本的に重要なこととして、デラウェア州を含むほとんどのアメリカの州では、内部事項理論 (internal affairs doctrine) に基づく設立準拠法主義を採用している。内部事項理論においては、会社と、株主・取締役・役員間のような会社の内部関係で争いのある場合、会社の設立州法が州の政策に一致しないような稀な状況以外では、原則として、会社の設立州法を適用する (抵触法第2リステイトメント 302条など)⁽¹⁵⁾。

抵触法第2リステイトメント 302条コメント a. の分類によると、内部事項理論の範囲に含まれる事項としては、主に、①株主と会社の関係に影響する事項と②会社債権者の利害に影響を及ぼしうる会社の内部事項を想定している。まず、①株主と会社の関係に影響する事項の観点から、会社設立、取締役や役員の選任、定款の作成、株式の発行、新株予約権、取締役会や株主総会の開催、累積投票を含む投票方法、計算書類などの閲覧請求権、定款変更、合併、各種の企業組織再編行為などがある⁽¹⁶⁾。また、②会社債権者の利害に影響を及ぼしうる会社の内部事項としては、社債の発行、配当、自己株式の取得などがある⁽¹⁷⁾。このように、内部事項を主に2つの観点から分類しており、設立準拠法の適用範囲をより明確化していると思われる。さらに、内部事項理論に基づく設立準拠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・利害関係者の正当な期待の保護などが挙げられる⁽¹⁸⁾。

(b) その他の規定

まず、アメリカ法曹協会 (American Bar Association: ABA) の作成した法律モデルとしては、模範事業会社法 (Model Business Corporation Act: MBCA) がある。

MBCAにおいても、州外会社の文脈ではあるが、設立準拠法のルールが採用されている。MBCAでは、1971年・1984年・2016年のいずれのバージョンにおいても、一貫して設立準拠法の規定が存在する。たとえば、MBCA（2016年）において、州外会社・州外事業会社とは、事業会社の州法以外の法の下で設立された会社を意味する（1.40条）⁽¹⁹⁾。州外会社の設立準拠法は、州外会社の内部事項に適用される（15.01条a項1号）⁽²⁰⁾。

また、複数の州法においても、規定を有している州がある。議論で取り上げられている州としては、規定の文言に若干の違いはあり、州内会社の規定か州外会社の規定かの違いはあるものの、たとえば、デラウェア州、カリフォルニア州、オハイオ州、ペンシルベニア州、フロリダ州などにおいても、設立準拠法に関連する規定が存在する⁽²¹⁾。

(3) 設立準拠法の適用されない場合

今まで見てきたように、設立準拠法の適用範囲として、ある事項が会社の内部関係に含まれる場合には、内部事項理論に基づく設立準拠法が適用される。他方で、ある事項が会社の内部関係に含まれない場合には、外部関係として、設立準拠法は適用されず、他の法の適用が想定される。すなわち、アメリカにおいては、設立準拠法の適用範囲として、会社の内部関係と外部関係の切り分けが、一定程度、明確になされている。

この設立準拠法の適用されない場合としての外部関係について、以下で言及していく。たとえば、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という会社と会社外部の第三者の権利が問題となる場合には適用されないとされる⁽²²⁾。

また、他州の利益が設立州の利益に優先するような例外的な状況として、他州に本拠地のある場合や会社のほとんどの株主が他州に居住しているような場合、すなわち、外国会社や擬似外国会社の規定が適用される場合にも、設立準拠法は適用されないこともある。たとえば、擬似外国会社に関して、詳細は後述するが、カリフォルニア州やニューヨーク州などの会社法の規定が存在する。

そして、ある問題は、会社の組織構造や内部管理に影響を及ぼさず、単一の

法適用を必要としない場合もある⁽²³⁾。それは、個別の株式譲渡の場合である。たとえば、X州で設立された会社が、Y州で株式譲渡を行う場合、Y州の会社法上の要件に従う場合もある。

(4) 内部事項理論をめぐる裁判例の分類

まず、連邦最高裁判所のEdgar判決⁽²⁴⁾やCTS判決⁽²⁵⁾、デラウェア州最高裁判所のMcDermott判決⁽²⁶⁾やVantagePoint判決⁽²⁷⁾という重要な裁判例などでは、画一的な法の適用という観点から、内部事項理論に基づく設立準拠法主義を堅持している⁽²⁸⁾。

ここで、内部事項理論に基づく設立準拠法を適用した裁判例の類型と件数について言及する。ここでは、上述のEdgar判決やMcDermott判決など、主にリステイトメント302条に関連する連邦最高裁判所と各州裁判所の裁判例を網羅的に調査した。ただし、株主の議決権行使と信託義務違反というように、1つの判決で複数の類型に分類される判例もある。

現時点での件数の多い順番に並べると、取締役や支配株主などの責任・信託義務違反 (breach of fiduciary duty) (60件)、株主代表訴訟 (35件)⁽²⁹⁾、株式の発行 (28件)⁽³⁰⁾、合併の実行・有効性 (16件)、株主の議決権行使 (12件)、法人格否認の法理 (11件)、企業買収の防衛策 (7件) である⁽³¹⁾。

また、筆者は、上述した2005年のVantagePoint判決を含めて、デラウェア州裁判所の最新の裁判例まで重点的に調査した。株主代表訴訟の要件が問題となった2011年のSagarra判決⁽³²⁾や、株主の閲覧請求権が問題となった2020年のJuul Labs判決⁽³³⁾などでも、基本的な枠組みは従来と変わらず、内部事項理論に基づく設立準拠法主義を堅持している。

総括すると、内部事項理論に基づく設立準拠法の適用をめぐるアメリカの裁判例では、少しの例外を除いて、設立準拠法の適用される場合が多いことは指摘できると思われる。

(5) 擬似州外 (外国) 会社

アメリカでは、会社と州の密接関連性 (事業活動や株主など) を要求する

ルールが存在する州と存在しない州がある。これは、擬似州外（外国）会社規定の有無で区別される。具体的な局面として、会社の設立地はデラウェア州だが、本拠地であるカリフォルニア州やニューヨーク州などの他州で擬似外国会社に該当する場合がある⁽³⁴⁾。

カリフォルニア州のような特定の州は、州と密接関連性を有する会社に対し、その州の擬似外国会社規制など独自のルールを適用する⁽³⁵⁾。カリフォルニア州の擬似外国会社規定は、会社の設立州法の適用を排除し、カリフォルニア州会社法を適用する（2115条）。たとえば、取締役の選任、取締役の注意義務基準、株主総会決議要件などについて、カリフォルニア州会社法を適用する。

この擬似外国会社に関連して、たとえば、デラウェア州裁判所の重要な裁判例である VantagePoint 判決⁽³⁶⁾は、デラウェア州で設立し、カリフォルニア州で本拠地を置く会社をめぐる、内部事項理論に基づき、内部事項の典型例である議決権行使に関連し、カリフォルニア州の擬似外国会社規定を適用せず、会社設立地のデラウェア州法を適用した点に意義がある。本判決は、合併局面の議決権行使をめぐる、設立準拠法のデラウェア州会社法とカリフォルニア州の擬似外国会社の規定が異なることに起因する。すなわち、カリフォルニア州では種類株主総会で優先株式の保有者として議決権行使により合併を阻止したい被告 Y と、デラウェア州では普通株主と優先株主と一緒に単一クラスの投票ができ、合併を促進したい原告 X の争いであった。

なお、擬似外国会社の本拠地などが多く存在するカリフォルニア州裁判所の裁判例では、擬似外国会社の規定を適用する場合も、設立準拠法を適用する場合もある⁽³⁷⁾。VantagePoint 判決では、別訴として、カリフォルニア州裁判所にも訴えは提起されていたが、デラウェア州裁判所での判決が下されるまで、カリフォルニア州裁判所は判断を差し控えていた。会社法の訴訟におけるデラウェア州裁判所への各州裁判所の信頼という側面が垣間見えると思われる。

2. 日本における設立準拠法主義をめぐる議論

(1) 会社従属法の決定基準と裁判例

わが国では、会社従属法の決定基準に関して、設立準拠法主義と本拠地法主

義が解釈上対立しており、設立準拠法主義が通説である。わが国の通説が採用する設立準拠法主義は、アメリカの内部事項理論に基づく設立準拠法主義と、基本的に同様の会社従属法の決定基準と言える。設立準拠法主義が支持される理由は、株主や会社債権者などの利害関係者にとっ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、日本法上の関連規定と整合的であることなどが挙げられる。関連規定としては、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）、設立準拠法の登記（933条2項1号）などが挙げられる。

また、昨今の会社法改正や準拠法決定に関する通則法改正では、抵触法の適用範囲が不明確であるなどとの理由で、会社従属法について明文の規定を設けていないとも言われる。ただし、アメリカの各州法の規定などの議論からすると、外国会社の定義（会社法2条2号）などの規定により、内国会社と外国会社の区別を設立準拠法によって行うことは、準拠法選択規則として設立準拠法主義を採用することと、整合的であると言えるように思われる。

そして、わが国の裁判例では、会社従属法が問題となった事案において、設立準拠法主義と本拠地法主義のいずれに立つかは必ずしも明らかではない場合がある。たとえば、会社従属法に言及した最高裁判決⁽³⁸⁾では、「設立」と「本店」の双方に言及があり、設立準拠法主義と本拠地法主義のいずれに立つか明らかではない。

この最高裁判決以外にも、従来の裁判例⁽³⁹⁾は、会社の設立準拠法と本拠地や本店所在地などとの双方から、その従属法を認定している場合がほとんどである。そこで、従来のわが国の裁判例は、会社従属法の決定基準に関して、設立準拠法主義か本拠地法主義かを曖昧にしていたと言える。

ただし、1992年判決⁽⁴⁰⁾では、会社の「従属法は、法人の設立準拠法であると解するのが相当である」とし、一般論として、設立準拠法主義を明示的に言及している。もっとも、この1992年判決は、会社の従属法を認定する際に、会社の本拠地にも言及しており、本拠地法主義においても結論が異なる事案であった⁽⁴¹⁾。

なお、このような裁判例の流れの中で、会社の設立準拠法だけに言及し、従

来の裁判例とは異なり、本拠地・本店所在地・主たる事務所などから、会社の従属法を認定していない裁判例も登場している⁽⁴²⁾。私見として、2014年判決や2016年判決では、訴訟当事者の主張に影響を受けた可能性はあるが、会社従属法の決定基準として、設立準拠法の適用を従来の裁判例よりも明確にしているとも評価できるように思われる。

(2) 設立準拠法の適用範囲

(a) 総論

本稿では、アメリカの議論から示唆を得て、わが国の設立準拠法主義において、会社の内部関係と外部関係の分類とその適用範囲について検討する。アメリカでは、各州法などで内部事項理論に基づく設立準拠法が規定され、裁判所で設立準拠法をめぐる事案が積み重ねられており、明文規定を欠くとも言われる日本の状況とは異なる。連邦最高裁判所やデラウェア州最高裁判所などの裁判例では、設立準拠法の適用範囲の方向性が示されており参考になる。

ここで、まず、会社従属法に関する設立準拠法主義の明文化の問題について検討する。この議論は、2006年の改正作業の段階で、法制審議会・国際私法部会で検討されたが、具体的な明文化は見送られたことから、以下で検討を行う。

まず、立法担当者は、明文化を見送った理由として、諸外国の法制として、アメリカ・イギリス・ドイツでは、会社従属法に関する特段の規定は見られないことに言及する⁽⁴³⁾。しかし、そもそも制定法国の日本と判例法国のアメリカなどで、会社従属法に関する捉え方が異なっており、明文化を見送る確たる理由には当たらないように思われる。また、アメリカの連邦最高裁判所やデラウェア州最高裁判所などの判断においては、内部事項理論に基づく設立準拠法の適用を確立している。さらに、規定作りの側面に関しても、アメリカでは、各州法などにおいて、設立準拠法に関連する規定が存在する。これらの点については、立法担当者への反論として想定されると思われる。

州によって会社法が異なり、日本より準拠法問題が起きやすいアメリカでは、今まで積み上げられた判例や抵触法第2リステイメントなどを活用して、会

社従属法をめぐる紛争を解決している。わが国の現状においては、会社従属法の問題が生じて日本の裁判所へ持ち込まれた際に、会社従属法の根拠規定がないことから、結果的に解釈に委ねられており、わが国に会社従属法の規定のないことこそが、訴訟当事者の予測可能性を不明確にしていると思われる。

次に、立法担当者は、明文化を見送った理由として、わが国では、規定を設ける実務的な必要性は高くなく、会社従属法の議論の蓄積が十分ではないと言及する⁽⁴⁴⁾。しかし、会社従属法が問題となりえるような国際的な企業をめぐる紛争解決手段としては、国際仲裁が多く活用されている。仲裁は、原則として非公開であり、事案が公表されず、議論が蓄積されにくい側面がある。わが国における会社従属法をめぐる判例や学説上の議論の蓄積を待つのでは、時間がどれだけかかるか不透明である。したがって、アメリカとの比較法研究など様々な事案のさらなる研究を積み重ねる必要があると思われる。

(b) 設立準拠法の適用範囲⁽⁴⁵⁾

会社従属法について明文の規定を設けていない最大の理由として、抵触法規則としての設立準拠法の適用範囲が不明確であることが挙げられよう⁽⁴⁶⁾。そこで、本稿では、わが国の設立準拠法の適用範囲として、アメリカの議論から示唆を得て、会社の内部関係と外部関係の切り分け方が基本的に妥当であると考える⁽⁴⁷⁾。どこまでが内部事項かは解釈に委ねられる場合もあるが、会社の内部関係には、法人格と密接な関係を有し、統一的な利害調整の必要な事項について、原則として設立準拠法が適用される場合、画一的な法の適用を確保することが、一定程度、可能となり、利害関係者の予測可能性が促進されると思われる。

アメリカ抵触法第2リステイメントなどの議論から示唆を得ると、本稿の「1(2)内部事項理論に基づく設立準拠法主義」でも言及したように、設立準拠法の範囲に含まれる事項は、①株主と会社の関係に影響する事項の観点に加えて、②会社債権者の利害に影響を及ぼしうる会社の内部事項の範囲も、わが国の立法論を考察する上で参考となる。

①株主と会社の関係に影響する事項の観点には、会社設立、取締役の選任、株式発行、取締役会や株主総会の開催、合併などがある。この中でも、株主と

取締役をめぐる争いとしては、たとえば、株主代表訴訟による取締役の責任追及などが挙げられよう⁽⁴⁸⁾。基本的に、これらの議論は、内部事項理論の範囲内にあると思われる。

(c) 具体的な適用範囲

ここでは、わが国における会社従属法の設立準拠法主義の適用範囲をめぐる議論を明らかにし、具体的な適用事項を列挙する形式で規定を設ける立法論を検討する。具体的な適用事項を列挙する形式の規定として、私見としては、以下のような文言を考えている。たとえば、「会社に関する次に掲げる内部事項については、会社従属法（設立準拠法）による。①成立及びその要件、②定款及び寄附行為並びにそれらの変更、③機関の構成並びに内部的権限及び義務、④会社との関係における株主の地位及びその責任、⑤会社債権者と関連する内部事項、⑥組織再編、⑦組織変更、⑧解散及び清算などの規定を設ける」などである。

①成立及びその要件においては、設立や法人格否認などが挙げられる。②定款及び寄附行為並びにそれらの変更について、定款は主に設立段階でも問題となるが、定款変更など事後的にも問題となりえるので、①とは別規定として想定している。③機関の構成並びに内部的権限及び義務については、機関設計や取締役会の決議事項などの幅広い適用範囲が想定されよう。④会社との関係における株主の地位及びその責任については、自益権、共益権、有限責任などが挙げられる。⑤会社債権者と関連する内部事項について、アメリカの抵触法第2リステイトメントの議論の観点からは、社債の発行、配当、自己株式の取得に加えて、情報開示や会社の計算などが、日本の会社法でも内部事項と想定されるように思われる。

なお、2006年の改正作業の段階における法制審議会・国際私法部会でも、A案・B案・C案の規定案が検討されていた⁽⁴⁹⁾。本稿の立場は、C案に近い。また、法制審議会でも議論されていたが、この規定案が、限定列挙か例示列挙かという議論もある。私見としては、例示列挙を想定している。限定列挙の場合は適用範囲が狭くなる可能性があるので、例示列挙として想定した方が、ある程度は適用範囲を幅広く捉えることができ、列挙されていない他の状況にも

対応できると思われる。

このように、ある程度の具体的な適用事項を列挙して規定した上で、列挙されていない事項は、規定が欠けていて、解釈に委ねられていると考えるべきである。日本の会社従属法の基準として、大きな方向性を定めておき、少数の規定が欠けている事項は、事案ごとに判断することが妥当である⁽⁵⁰⁾。会社従属法の規定が欠けているとも言われる日本では、会社従属法との兼ね合いで問題となりえる場合に、ある意味、ほぼ全ての事項を解釈に委ねている状況にあり、利害関係者の予測可能性を妨げていると言える。そこで、具体的な適用事項を列挙して規定を設ける立法論については、今後、さらに本格的に検討すべきである。

なお、本稿の「2(1)会社従属法の決定基準と裁判例」で取り上げた、1999年判決・2016年判決は、①成立及びその要件の議論として、1975年判決・1992年判決・2014年判決は、③機関の構成並びに内部的権限及び義務の議論として、2010年判決は、⑧解散及び清算の議論として、それぞれ設立準拠法の適用範囲に含まれよう。

(d) 株式譲渡

ここでは、上述した具体的な適用事項に列挙されていない事項を含む解釈問題として、株式譲渡の問題を取り上げたい。わが国の会社法の全ての規定で設立準拠法が適用される訳ではなく、株式譲渡において、設立準拠法の適用が及ばない可能性のある事項もある。すなわち、会社の内部関係と外部関係の切り分ける分岐点の一つとして、株式譲渡があると思われる。たとえば、アメリカの議論においては、株式譲渡に関して、既存株主から第三者への株式譲渡として、外部関係という位置付けになり、設立準拠法が適用されず、契約準拠法の適用される場合がある。株式譲渡の当事者間の契約については、契約の一般的な有効要件や効力を想定できれば、契約準拠法の枠組みでの議論が可能であると思われる。

他方で、株式譲渡から派生する行為に関して、前段落の局面を含む株式譲渡の対会社などとの関係については、設立準拠法が適用される局面もあると思われる。たとえば、閉鎖的な会社である中小企業においては、定款で株式譲渡制

限を設けている場合が、実務上、多いと思われる。その際に、株式譲渡を行いたい外国人株主などが、取締役会の承認を得る行為は、会社と株主間の行為であり、株主の権利内容にも関係することから、内部関係として、設立準拠法の適用が想定できるとと思われる。

(e) 取締役の責任

わが国の会社法の全ての規定で設立準拠法が適用される訳ではなく、機関の対外的責任や企業再編などにおいて、設立準拠法の適用が及ばない可能性のある事項もあろう。すなわち、会社の内部関係と外部関係の切り分ける分岐点として、取締役の責任⁽⁵¹⁾もあると思われる。たとえば、取締役の責任の中でも、取締役の対会社責任は、内部的な義務に違反したという観点と画一的な法の適用という観点から、会社従属法の設立準拠法が適用されると思われる。他方で、取締役の対第三者責任は、外部関係として、設立準拠法ではなく、不法行為準拠法による場合もあると思われる。

(f) 外国会社など⁽⁵²⁾

会社法2条2号において、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。会社法は、この外国会社の中で、設立準拠法主義を前提として、擬似外国会社の規定を置いている。すなわち、会社法821条1項において、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（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。

そして、設立準拠法が適用されない場合の側面として、わが国の外国会社や擬似外国会社の議論も考えられる。日本の株主や債権者などの利害関係者の保護という観点から、外国会社の設立準拠法を適用せず、わが国の外国会社規制などにより制限する場合も想定される。他方で、日本の会社が外国で事業活動をして、内国会社の設立準拠法が制限されるかどうかは、各国の外国会社規制などに委ねられるべき問題でもある。

また、今まで議論をしてきた原則としての設立準拠法ルートとは異なり、例外的な公法的規定や絶対的強行法規については、直接的に適用範囲を検討する必要性も生じる⁽⁵³⁾。そこでは、会社法のいずれの規定が、公法的規定や絶対

的強行法規に当たるのが焦点となり、設立準拠法の適用と絶対的強行法規の適用という併存した適用のあり方を考察する必要もある。会社法の中の一部の公法的規定は、準拠法いかに関わらず適用される可能性がある。どの規定が絶対的強行法規に当たるのかは、各規定の趣旨に沿って、その目的を実現する手段や方法として妥当かどうかを判断する必要がある。

会社法上の絶対的強行法規については、たとえば、従来から社債管理者の指定(会社法702条)や社債権者集会(会社法715条)などをめぐる議論がある⁽⁵⁴⁾。社債管理者や社債権者集会の規定は、国内投資家を保護するための公法的規定であり、準拠法を問わずに適用される規定であると捉えるべきであろう⁽⁵⁵⁾。

なお、私見として、会社法の中の公法的規定を特定できれば、これを外国会社規制に取り込むことも、将来的に検討すべきであると思われる。

(g) 擬似外国会社⁽⁵⁶⁾

2005年の会社法改正前の実務において、擬似外国会社は、外国証券会社や資産流動化取引の金融手法で問題となる場合があった⁽⁵⁷⁾。たとえば、ケイマン法のような外国法に従って設立された特定目的会社(SPC)が、日本支店を利用する際に、擬似外国会社の規定が適用されるおそれがあった。ただし、現在は、会社資産を証券化する資産流動化の手段として、SPCが日本で資産の取得や証券発行を複数回行って、1つの基本契約の一環で行われる場合、継続取引にならず、わが国の擬似外国会社には当たらないとされる⁽⁵⁸⁾。

擬似外国会社は日本で取引を継続できないが、法人格は認められ、取引は有効である。しかし、この規定に違反して取引をした者(代表者など)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い(821条2項)、会社の設立の登録免許税の額に相当する過料に処せられる(979条2項)。

わが国における擬似外国会社の規定の趣旨は、2005年会社法の改正前商法の時代から、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⁽⁵⁹⁾。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。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の及ぶ会社債権者などを保護することが規制の趣旨である⁽⁶⁰⁾。

2005年の会社法改正では、附帯決議で擬似外国会社の見直しを行う可能性を視野に入れていた。そこで、本稿では、見直す場合の方向性を示したい。わが国の擬似外国会社の規定を考察する際に、アメリカの裁判例とカリフォルニア州法などから示唆を得ると、2つの方向性が考えられる。すなわち、①擬似外国会社の規制を撤廃し、設立準拠法の適用を制限する場合として、外国会社と擬似外国会社を統合し、外国会社規制に一本化する方向性と、②擬似外国会社の規制を強化する場合、カリフォルニア州法などのように、会社法の公法的な規定を特定し、擬似外国会社規定に内部事項の規定を組み込む立法論がありえる⁽⁶¹⁾。

私見としては、設立準拠法の適用を制限する場合の統一的な理解を図り、擬似外国会社も継続取引を認めた上で、外国会社と同様の規制を行う①の方向性で良いと考える。特に、擬似外国会社に当たると、日本では継続取引ができず、日本でビジネスがしづらいことになり、現行の擬似外国会社の規制は、過度な規制と個人的に考えている。

なお、アメリカ法の議論から示唆を得るため、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についても検討する。まず、日本の裁判所に訴えが提起された場合、内部事項理論に基づく設立準拠法を適用せずに、日本法の規定が適用されるかどうかを考慮される。わが国の裁判所で擬似外国会社の内部関係をめぐる紛争が生じた場合、日本法の規定は、擬似外国会社に対して、わが国の会社法が具体的に適用される規定ではなく、内部事項に適用範囲が及ぶ規定ではない。

ここでは、国際私法上の公序の観点を想定してみる。国際私法上の公序は、通則法42条において、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。本稿の設定との関係では、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、法廷地の日本法における私法秩序の根幹部分を害する場合には、デラウェア州法を適用しないことになる。

他方で、わが国の擬似外国会社規定や国際私法上の公序を適用せず、会社法の中にある公法的な規定を、国際私法で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るという解釈論もある⁽⁶²⁾。しかし、この解釈論では、どの場合に擬似外国会社の内部関係に日本法の適用範囲が及ぶのか明らかではなく、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、会社法の公法的な規定を特定し、擬似外国会社規定に内部事項の規定を組み込むべきかという問題が生じうる。

ここでは、②の場合として、外国会社の内部事項へ強行法的に介入する擬似外国会社規定を有するカリフォルニア州会社法の議論もある。すなわち、カリフォルニア州の擬似外国会社規定では、会社の設立州法の適用を排除し、カリフォルニア州会社法を適用する場合がある(2115条)。たとえば、擬似外国会社に当たる場合、会社の設立準拠法ではなく、取締役の選任、取締役の注意義務基準、株主総会決議要件などについて、カリフォルニア州会社法を適用する。

このような②の規制のあり方も傾聴に値するが、VantagePoint判決の議論を参考にすると、設立準拠法で判断する確実性に比べて、カリフォルニア州会社法2115条の適用は一貫性に欠ける場合がありえる。たとえば、2115条においては、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が要件とされるが、これらは毎年変動する可能性がある。したがって、カリフォルニア州会社法2108条で要求される年次報告書の状況によって、会社のある年度はカリフォルニア州会社法2115条に従うが、次年度は従わない可能性がある。したがって、この局面においては、基本的に画一的な設立準拠法を優先的に考慮する必要があるように思われる。

そこで、私見としては、②の見解ではなく、①擬似外国会社の規制を撤廃し、設立準拠法の適用を制限する場合として、外国会社と擬似外国会社を統合し、外国会社規制に一本化する方向性を想定したい。このような①の観点から、外国会社は継続取引を前提とした上での規制であるが、継続取引ができない擬似外国会社をめぐる会社法821条1項においては、継続取引を認めた上で、新たに規制をかけるべきであると考えている。したがって、将来的には、外国会社規制

のあり方をさらに検討していきたい。

おわりに

本稿における根本的な議論として、①わが国における会社従属法の規定の不存在や、②従来の裁判例において会社従属法を明確に言及していないことが、会社従属法をめぐる適用関係に関して、予測可能性を妨げている可能性があるという問題意識の下で、議論を展開した。そこで、本稿においては、アメリカの会社従属法をめぐる判例と学説の議論を踏まえ、利害関係者の予測可能性を向上させるという観点から、わが国の設立準拠法の適用範囲をめぐる議論の方向性を示した。具体的には、会社従属法の決定基準と裁判例、設立準拠法の適用範囲、擬似外国会社などについて考察した。

本稿の意義としては、以下のことが挙げられる。まず、「1(4)内部事項理論をめぐる裁判例の分類」と関連する。内部事項理論に基づく設立準拠法を適用した判例の類型と件数について言及した文献や統計は、日本に加えて、アメリカにおいても見当たらない。したがって、本稿の最初の意義としては、アメリカの設立準拠法をめぐる裁判例における類型を明らかにした上で、アメリカの裁判所において内部事項とされる設立準拠法の適用範囲を明確にし、内部事項と外部事項を切り分ける基準を明らかにするという新たな観点を付け加えられると思われる。

次に、「2(2)(c)具体的な適用範囲」と関連する。ここでの本稿の意義としては、具体的な適用事項を列挙する形式で規定を設ける立法論をより明確にし、⑤会社債権者と関連する内部事項などの新たな観点を付け加えられると幸いである。また、同じく「2(2)(c)具体的な適用範囲」において、私見として、個人的に想定する規定案は、アメリカの抵触法第2リステイメントの文言に加えて、わが国の裁判例も包括的に含まれる点にも、本稿の意義があると思われる⁽⁶³⁾。

そして、私見として言及した議論についても、本稿の意義があると思われる。ここでは、すべての私見に言及はしないが、その中でも、たとえば、「2(2)(g)擬似外国会社」において、外国会社規制に一本化する観点から、継続取引がで

きない擬似外国会社をめぐる会社法 821 条 1 項においては、継続取引を認めた上で、新たに規制をかけるべきであると指摘した点などが挙げられる。

本稿で言及した論点以外にも、国際会社法に関する各論として、設立準拠法の適用範囲については、国際的な企業組織再編や企業結合（親子会社）の規律などに加えて、わが国の外国会社規制のあり方や絶対的強行法規との関係性などもさらに検討する必要がある。

以上の議論により、本稿は、従来の議論と比較して、設立準拠法をめぐる具体的な適用事項を列挙する形式で規定を設ける立法論を含めて、新たな知見を付け加えられると幸いである。その上で、設立準拠法の適用範囲をめぐる議論の明確化に貢献できればと考える。このような観点を踏まえて、新たな研究成果を蓄積することで、わが国において、国際会社法の分野におけるさらなる理論的な発展に寄与することを願い、本稿を終えることにしたい。

* 本稿は、JSPS 科研費 19K01386 の助成を受けたものである。

- (1) 山田録一『国際私法〔第3版〕』（有斐閣，2004年）227頁，澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門〔第8版〕』（有斐閣，2018年）165頁，神前禎＝早川吉尚＝元永和彦『国際私法〔第4版〕』（有斐閣，2019年）114頁，江頭憲治郎『株式会社法〔第8版〕』（有斐閣，2021年）1030頁，田中亘『会社法〔第3版〕』（東京大学出版会，2021年）789頁。
- (2) 本稿では、紙幅の関係上、詳細を論じないが、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）189頁，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（2007年）1045頁。
- (3) 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。
- (4) わが国の裁判例は、本稿の「2(1)会社従属法の決定基準と裁判例」において言及する。
- (5) アメリカの議論は、本稿の「2(2)設立準拠法の適用範囲」で検討するように、わが国における設立準拠法の具体的な適用事項を列挙する形式で規定を設ける立

法論を想定する際に参考になると思われる。

- (6) 会社従属法の決定基準については、EUにおいても議論が蓄積している。本稿では、議論を明確にするために、この点に言及していないが、EUの議論については、伊達竜太郎「EUにおける国際合併の法理論」*沖縄法学* 45号（2017年）117頁。
- (7) わが国の会社法上の会社形態は、株式会社・合名会社・合資会社・合同会社の4種類が存在している。本稿においては、その中でも、1番多く活用されている株式会社を中心に議論を展開する。合同会社の議論については、伊達竜太郎「沖縄県における合同会社の活用～フロリダ州のLLC法制を手がかりに～」*沖縄大学法経学部紀要* 14号（2010年）13頁。
- (8) William L. Cary, *Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware*, *Yale Law Journal*, Vol. 83 (1974), p. 663. Law Market や会社法市場については、Erin A. O'Hara & Larry E. Ribstein, *The Law Market* (Oxford University Press, 2009); 伊達竜太郎「Law Market と会社法市場」*国際商事法務* 46巻2号（2018年）215頁。
- (9) Cary教授以外に、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*, *Harvard Law Review*, Vol. 105 (1992), p. 1435; Melvin Aron Eisenberg, *The Structure of Corporation Law*, *Columbia Law Review*, Vol. 89 (1989), p. 1461.
- (10) race to the topの議論を展開する論者として、Roberta Romano, *Law as a Product: Some Pieces of the Incorporation Puzzle*, *Journal of Law, Economics, and Organization*, Vol. 1 (1985), p. 225; Daniel R. Fischel, *The "Race to the Bottom" Revisited: Reflections on Recent Developments in Delaware's Corporation Law*, *Northwestern University Law Review*, Vol. 76 (1982), p. 913; Ralph K. Winter, Jr., *State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation*, *Legal Journal of Legal Studies*, Vol. 6 (1977), p. 251.
- (11) デラウェア州の動向が、race to the topまたはrace to the bottomを導くかどうかという議論に関わらず、デラウェア州は、州間競争よりも連邦政府の動向から、より影響を受けるとの指摘に関しては、Mark J. Roe, *Delaware's Competition*, *Harvard Law Review*, Vol. 117 (2003), p. 588.
- (12) State of Delaware Division of Corporations, at <http://www.state.de.us/corp/aboutagency.shtml>.
- (13) Marcel Kahan & Ehud Kamar, *Price Discrimination in the Market for Corporate Law*, *Cornell Law Review*, Vol. 86 (2001), p. 1205, pp. 1224-25.
- (14) Kent Greenfield, *Democracy and the Dominance of Delaware in Corporate Law*, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 67 (2004), p. 135, pp. 137-138. デラウェア州の裁判所は、

他の法域が容易には対抗できない。ビジネス中心の裁判における高度な専門的知識と経験を有している (Bernard S. Black, *Is Corporate Law Trivial?: A Political and Economic Analysis*, *Northwestern University Law Review*, Vol. 84 (1990), p. 542, pp. 589-590)。なお、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」専修法学論集 90 卷 (2004 年) 73 頁。

- (15) Restatement (Second) of Conflict of Laws § 302 cmt. a, 304, 307, 309 (1971). 内部事項理論をめぐる裁判例では、設立準拠法の適用の根拠として、302 条に言及している。302 条から派生して、303 条～309 条などの内部事項理論に関連する規定もある。なお、同リステイメント 6 条の原則も参照。会社の設立州法が州の政策に一致しないような稀な状況については、302 条 (2) や cmt. g. などと言及される。
- (16) Restatement (Second) of Conflict of Laws § 302 cmt. a (1971).
- (17) *Id.*
- (18) Restatement (Second) of Conflict of Laws § 302 cmt. b, e (1971).
- (19) Model. Bus. Corp. Act § 1.40 (2016).
- (20) Model. Bus. Corp. Act § 15.01 (a) (2016).
- (21) これらの点については、後ほど言及するが、わが国の規定を導入しなかった理由への反論となるように思われる。
- (22) John Kozyris, *Corporate Wars and Choice of Law*, *Duke Law Journal* (1985), p. 1, p. 98.
- (23) Restatement (Second) of Conflict of Laws § 302 cmt. e (1971).
- (24) *Edgar v. MITE Corp.*, 457 U.S. 624, 645-46 (1982). *Edgar* 判決と *CTS* 判決に関しては、伊達竜太郎「会社の設立準拠法主義の進展～アメリカ連邦最高裁判所における議論を中心に～」沖繩法政研究 17 号 (2015 年) 1 頁。
- (25) *CTS Corp. v. Dynamics Corp. of Am.*, 481 U.S. 69, 89-93 (1987).
- (26) *McDermott Inc. v. Lewis*, 531 A.2d 206 (Del. 1987). *McDermott* 判決に関しては、伊達竜太郎「*McDermott Inc. v. Lewis*, 531 A.2d 206 (Del. 1987) ～米国デラウェア州最高裁判所における設立準拠法と子会社による親会社株式の議決権行使～」沖繩法学 49 号 (2021 年) 197 頁。
- (27) *VantagePoint Venture Partners 1996 v. Examen, Inc.*, 871 A.2d 1108 (Del. 2005).
VantagePoint 判決や日米における擬似外国 (州外) 会社の議論に関しては、伊達竜太郎「擬似外国会社に関する一考察～*VantagePoint* 判決を手がかりに～」筑波法政 49 号 (2010 年) 77 頁。
- (28) なお、設立準拠法主義に関連する学説の中に、会社は、株主・取締役・債権者

など様々な利害関係者の「契約の束」であり、内部事項理論による会社の準拠法は、契約準拠法の延長上で検討されるべきであると主張する有力な見解がある(O'Hara & Ribstein, *supra* note 8)。この主張をする Ribstein 教授は、会社の内部事項についても当事者による自由な法選択を認め、会社と商取引の領域で同様のルールを生み出し、内部事項理論を再考すべきであると主張する。ただし、会社法上の連邦裁判所や州裁判所における理解として、会社の内部事項に関する事案において、内部事項理論に基づく設立準拠法の適用をすることが確立しており、契約準拠法とは、一定程度、峻別されていると思われる。

- (29) 株主代表訴訟は、そもそも会社法と手続法のどちらに法性決定されるかという議論もあるが、この数字は、基本的に会社法と法性決定された場合の件数である。
- (30) ここでは、株主総会決議や取締役会決議における意思決定を伴う株式の発行も含む。
- (31) 6件以下の類型としては、6件（会社設立、社債の発行、株主総会の招集・承認、解散・清算）、5件（会社の機関構造、親子会社、新株発行、配当、定款の有効性や定款変更）、3件（情報開示、株主の閲覧請求権、株式分割）、2件（経営判断原則、株式買取請求権）である。
- (32) *Sagarra Inversiones, S.L. v. Cementos Portland Valderrivas, S.A.*, 34 A.3d 1074 (Del. 2011).
- (33) *Juul Labs, Inc. v. Grove*, 2020 WL 4691916 (Del. Ch. 2020)。Sagarra 判決や Juul Labs 判決などのデラウェア州裁判所の最新の裁判例については、別稿において詳細に論じていく。
- (34) アメリカにおいて、会社の利害関係者が設立地を決定する場合、会社設立の多いデラウェア州、または、本拠地の州という両者の中から選択するケースが多い (Robert Daines, *The Incorporation Choices of IPO Firms*, *New York University Law Review*, Vol. 77 (2002), p. 1559)。
- (35) ニューヨーク州とカリフォルニア州は類似のインセンティブを有しており、擬似外国会社に対する規制を行っている (Kozyris, *supra* note 22, pp. 66-67)。
- (36) *VantagePoint Venture Partners 1996 v. Examen, Inc.*, 871 A.2d 1108 (Del. 2005)。
- (37) カリフォルニア州裁判所でデラウェア州を含む他州の設立準拠法を適用した事例としては、*Nedlloyd Lines B. V. v. Superior Court*, 11 Cal. Rptr. 2d 330 (Cal. 1992); *Grosset v. Wenaas*, 35 Cal. Rptr. 3d 58 (2006)。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会社によって購入されたことに伴い、株主代表訴訟における株主の地位に関し、カリ

フォルニア州法とデラウェア州法のどちらが適用されるのか問題となった。同判決では、株主代表訴訟における株主の地位を含む株主の権利には、内部事項理論に基づく設立準拠法としてのデラウェア州法が適用され、株主としての地位を欠くと判断された。

他方で、カリフォルニア州裁判所でカリフォルニア州法（擬似外国会社の規定）を適用した事例としては、*Western Air Lines, Inc. v. Sobieski*, 12 Cal. Rptr. 719 (Ct. App. 1961); *Wilson v. La. Pac. Res., Inc.*, 138 Cal. App. 3d 216 (Ct. App. 1982); *Friese v. Superior Court of San Diego*, 36 Cal. Rptr. 3d 558 (Ct. App. 2005)。

- (38) 最判昭和50年7月15日民集29巻6号1061頁(1975年判決)。
- (39) 会社の従属法について言及した裁判例として、たとえば、浦和地越谷支判平成11年2月22日民集56巻8号2047頁(1999年判決)、東京地判平成22年2月10日平16(ワ)18443号(2010年判決)。
- (40) 東京地判平成4年1月28日判時1437号122頁(1992年判決)。
- (41) 神前禎「判批」『国際私法判例百選〔第2版〕』(2012年)47頁。
- (42) 東京地判平成26年8月26日平23(ワ)15352号(2014年判決)、横浜地判平成28年11月16日D1-Law 28253066(2016年判決)。2016年判決については、伊達竜太郎「法人の当事者能力と会社従属法の設立準拠法の適用範囲」金融・商事判例1584号(2020年)2頁。
- (43) 小出邦夫『逐条解説 法の適用に関する通則法〔増補版〕』(商事法務, 2014年)390頁。
- (44) 同上, 382頁。
- (45) 設立準拠法の適用範囲をめぐる議論に関しては、藤田友敬「会社の従属法の適用範囲」ジュリスト1175号(2000年)9頁、高杉直「国際私法における法人」国際法外交雑誌106巻2号(2007年)13頁、西谷祐子「法人および外人法規制」櫻田嘉章=道垣内正人『注釈国際私法 第1巻』(有斐閣, 2011年)139頁、大塚章男「会社法と抵触法の交錯」国際取引法学会1号(2016年)80頁、伊達竜太郎「会社従属法の設立準拠法主義とその展開—適用範囲をめぐる議論を中心に」日本私法学会私法81号(2019年)213頁。
- (46) 小出『前掲書』(注43)382頁以下。
- (47) なお、内部関係という用語は、個人的に、設立準拠法の適用範囲を想定する際のツールと捉えており、より根本的に重要なことは、内部関係の用語を通じて、単位法律関係をどのように設定するのかという観点であり、今後はさらに検討する必要がある。

- 48) 国際会社法の文脈における株主代表訴訟に関する最近の論稿としては、原田央＝サマanta・タン「株主代表訴訟に関する国際私法上の諸問題」商事法務 2211号（2019年）46頁。
- 49) 小出「前掲書」〔注43〕386-387頁。
- 50) 規定が欠けている場合も、基本的には、会社従属法を適用することが妥当であろう。
- 51) 会社従属法と機関の責任については、藤田「前掲論文」〔注45〕11頁以下、松井秀征「会社の機関をめぐる国際会社法上の分析」立教法学 81巻（2011年）26頁。
- 52) ここから、日本の実質法規定である外人法の検討を行う。上記の抵触法に基づく設立準拠法の議論と表裏をなす、設立準拠法が適用されない場合の議論である。本稿では、抵触法と外人法との適用関係について、外国会社規制を含むわが国の外人法は、抵触法による日本法の指定を待つことなく、直接適用されるべきであるとの立場から検討する。このような議論については、溜池良夫『国際私法講義〔第3版〕』（有斐閣、2005年）28頁以下。
- 53) これらの議論に関しては、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（早川④）、早川吉尚「会社法の抵触法的分析」商事法務 1706号（2004年）21頁。
- 54) 国際的な社債発行の議論については、原田晃治「社債をめぐる法律関係とその準拠法〔上〕〔下〕」商事法務 1356号（1994年）8頁、1358号（1994年）8頁、道垣内正人「企業の国際的活動と法」『岩波講座現代の法（第7巻）企業と法』（岩波書店、1998年）143頁、松井秀征「国際的な社債発行をめぐる法的問題」商事法務 1675号（2003年）59頁。
- 55) 社債については、以下の①～③のような単位法律関係の切り分けが想定される。たとえば、①社債をめぐる株主総会決議や取締役会決議については、設立準拠法を適用する、②外国会社と社債契約を締結する場合などにおいては、契約準拠法を適用する、③社債管理者や社債権者集会の規定の議論については、絶対的強行法規の適用になると思われる。
- 56) 擬似外国会社の議論の詳細については、伊達「前掲論文」〔注27〕77頁、伊達竜太郎「擬似外国会社の法理論」国際商事法務 44巻 4号（2016年）557頁。
- 57) 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」金融法務事情 1695号（2004年）61頁。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、相澤哲ほか『一問一答 新・会社法〔改訂版〕』（商事法

務, 2009年) 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)」NBL 609号(1997年)22頁, 612号(1997年)42頁。

58) 相澤『前掲書』(注57)232-233頁。

59) 岡本善八「外国会社に関する諸問題—わが国法上の地位—」同志社法学15号(1952年)72頁, 高桑昭「わが国の外国法人制度について」法学論叢140巻5・6号(1997年)23頁。

60) 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いについて—」阪大法学48巻3号(1998年)175頁。

61) ①設立準拠法の適用を制限する場合としては, 外国会社規制の適用される局面を想定している。また, ①と②については, そもそも規制強化なのか, 規制緩和なのかという議論はありえる。なお, ①や②の方向性以外にも, ③として, もちろん法改正を行わずに, わが国の現行の擬似外国会社の規定を存続させる現状維持という選択肢もある。

62) 早川①「前掲論文」(注53)206頁。

63) 同リステイトメントの文言は, 「1(2)(a)抵触法第2リステイトメント302条」におけるコメントa.の分類のことである。