慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	会社の国籍 (一) : アメリカの国際投資を中心として
Sub Title	The nationality of corporations : with special reference to U.S. International Investment (1)
Author	桜井, 雅夫(Sakurai, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1988
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.61, No.3 (1988. 3) ,p.23- 59
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19880328-0023

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

会社の国籍（一）

——アメリカの国際投資を中心として——

桜井雅夫

一　問題の所在
二　会社の国籍決定基準の変遷
　1　一般
　2　アメリカ
三　法人格と直接投資
　1　アメリカ
　　(1)外国直接投資
　　(2)子会社・関連会社
　　(3)子会社と支配主義
　2　日本
　　(1)対外直接投資
　　(2)対内直接投資
　　(3)直接投資と支配主義
　3　国際機関
　　(1)ＩＭＦにおける直接投資
　　(2)ＯＥＣＤにおける直接投資
　　(3)ＯＥＣＤ・ＤＡＣにおける直接投資
　　(4)ＵＮ・ＣＴＮＣにおけるＴＮＣの「構成体」
　　(5)ＯＥＣＤ・ＣＩＭＥにおけるＭＮＥの「構成体」
四　対外直接投資
　1　国内法
　　(1)「アメリカ人」
　　(a)輸出管理法における“U. S. person”
　　(b)海外民間投資公社法における“eligible investor”
　　(c)対外援助法におけるアメリカ系会社
　　(2)内国歳入法典における“controlled foreign corporation”
　　(3)反トラスト法における“enterprise entity”
　2　リステートメント—対外関係法
　3　国際法
　　(1)投資保証協定
　　(2)友好通商航海条約
　　(3)投資奨励保護協定

(4)租税条約……以上本号
対内直接投資……以下次号
五
1 国内法
(1)国産品使用義務法案
(2)税 法
2 リステートメント
(1)対外関係法
(2)抵触法
3 国際法
(1)友好通商航海条約
(2)投資奨励保護協定
(3)租税条約
六 設立準拠法主義と支配主義
1 支配企業の国籍
2 リーディング・ケース
(1)アメリカ住友商事事件
(2)アメリカ伊藤忠商事事件
(3)子会社の通商条約上の権利
(4)通商条約の交渉経緯
(5)判決に対する評価
七 支配主義の意義
1 会社ヴェール
2 支配の検証
(1)株式の所有
(2)主たる事務所
(3)経営組織・生産・技術等の支配
八 結論と若干の私見

一 問題の所在

会社の国籍なる概念が使用されるのは、例えば、或る保護主義的な経済規制を適用する目的で地場の会社と外国からの会社とを区別したり、[1] 国の対外経済援助や投資保証制度を会社に適用するために「敵国」会社について定義したり、[2] 友好通商航海条約上の内国民待遇の適格性を付与したり、[3] 租税条約上の特別待遇を与えたり、[4] 一国の外交的保護権を発動したりする場合である。[5] このように、会社の国籍という概念は、会社乃至その事業活動を国内法に服せしめたり、国家が行使する経済・財政権限に服せしめるための基盤としては、確かに適したものである。

会社に対して国籍を推定し得るか否かという問題は、ラベルによれば、今日では解決済みである。[6] 当然ながら、国籍は自然人に固有なものである。ダイシー＝モリスも指摘するように、そもそも国家に対する忠誠といったような主

観的な特性を会社に帰属させることは論理的に困難なのであるが、それでも国籍なる概念は会社に対しても拡張適用されているわけである。[7] そして、エーレンツヴァイクもまた、国籍はさまざまな法律上の目的から、会社に対しても推定されるとしている。[8] いずれにしても、法人の国籍という表現はあくまでも便宜上のものであり、法人の国籍という問題は、何を基準にして内国法人と外国法人とを区別するかという問題に帰着する。[9]

さて、会社の国籍は、第一に抵触法上の問題として、第二としてそれ以外の問題として検討される。前者はさらに会社設立の準拠法の問題と会社の内部関係・外部関係の準拠法の問題として検討される。いずれの場合もその決定基準は一様ではない。一般には、設立準拠法主義か本拠地法主義で決定される場合が殆どであろう。[10]

ところが、今日のように国際経済や国際事業活動が錯雑化してくると、このような従来の国籍決定基準で問題を処理することができるのかどうか、また決定した会社の国籍が問題の処理や解決に最も適切であるかどうかという点に、大きな懸念がもたれるところである。

今日、日米間の貿易収支インバランスの是正にとって決定的な措置は、両国政府サイドでは見当たらないとされている。その中でいわば唯一有効かもしれないといわれているのが、日本からアメリカへ「出資による直接投資」(equity investment) を行うことであるとされている（直接投資であっても、貸付ではアメリカの資本収支をも圧迫することになるからである。[11]）このため、日本政府とアメリカ政府はそれぞれさまざまな措置を講じている。ガットのウルグアイ・ラウンドの交渉項目となって八七年四月から始まったＴＲＩＭ (Trade-Related Investment Measures. 貿易関連投資措置) の排除なども、アメリカが最もこだわっている点である。

しかしながら、そのような措置は必ずしも自国の経済、自国の企業活動に大きなプラスをもたらすどころか、かえって他国の経済・他国の企業活動を助長してしまうことになるかもしれない。というのは、企業サイドでも従来の国籍テストでは企業を日本企業、アメリカ企業、第三国企業などと区別することが次第に困難になってきているからで

ある。

会社の国籍を法学的に処理することはそれほど困難なことではない。問題はその形式的処理が現実の国際企業活動と遊離してしまうことはないかということである。

とくに、今日の日米間の直接投資を「所有と支配」(ownership and control)[12] 例えば、議決権株式の所有度と経営組織の支配度という観点から考えるとき、次の問題は重要である。すなわち、

— 日本の会社が全額出資し経営を支配するアメリカ法人、アメリカの会社が全額出資し経営を支配する日本法人の準拠法はどのように決定されるのか、

— 日米の会社が折半で出資し各経営支配権の帰属が明快でないアメリカ法人又は日本法人の準拠法はどのように決定されるのか。[13]

今日生じている会社の国籍問題は、設立準拠法主義と本拠地法主義で処理してよいほど単純なものではない。かといって、例えば「(経営) 支配主義」(control theory)[14] が最良の代案であるということもない。しかしながら、ほかの決定基準のなかにあって、やはりこの支配主義は、若干の曖昧さを含みながらも、国際事業経営の実態を把握するには改めて評価に値するのではないかと考えられる。

本稿では、このような問題を主として投資母国及び投資受入れ国としてのアメリカといった側面から分析し、日米間の投資にとって「支配主義」が有する意義を論じることとしたい。

(1) Vagts, Detlev F., "The corporate alien; definitional question in federal restraints on foreign enterprise," *Harvard law review*, Vol. 74, 1961, p. 1489.

(2) Daimler Co. *v.* Continental Tyre & Rubber Co., (1916) 2 A.C. 307; 2 & 3 Geo. VI, c. 89 § 2 (1) (e); Hamburg-American Co. *v.* United States 277 U.S. 138(1928); Behn, Meyer & Co. *v.* Miller, 266 U.S. 457 (1925); Kaufman *v.* Société Internationale por Participation Industrielles et Commerciales, S.A., 343 U.S. 156 (1952); Clark *v.* Uebersee

Finanz-Korporation, 332 U.S. 480 (1947); Kuenigl *v.* Donnersmarck, (1955) 1 Q.B. 515 (1954). 詳しくは、本稿二2参照。

(3) Walker, "Provisions on companies in United States commercial treaties," *American journal of international law,* Vol. 50, 1956, p. 373.

(4) 例えば、日米租税条約（正式には「所得に対する租税に関する二重課税の回避及び脱税の防止のための日本国とアメリカ合衆国との間の条約」）。本稿四3(4)参照。

(5) 例えば、バルセロナ・トラクション事件。本稿四2注12参照。

(6) Rabel, Ernst, *The conflict of laws; a comparative study.* 2d ed. Prepared by Ulrich Drobnig. Ann Arbor, Univ. of Michigan Law School, 1958-60. Vol. 2, p. 18-19; Hadari, Yitzhak, "The choice of national law applicable to the multinational enterprise and the nationality of such enterprises," *Duke law journal,* Vol. 1974, no. 1, Mar. 1974, p. 3-4.

(7) Dicey, Albert V., *and* J. H. C. Morris, *Dicey and Morris on the conflict of laws.* 8th ed. London, Stevens, 1967. p. 482.

(8) Ehrenzweig, Albert A., *Conflict of laws.* St. Paul, Minn., West Pub. Co., 1960. §136, at 374 & n. 22; Rabel, *op. cit.,* p. 17-24; Robock, Stefan H., *and* Kenneth Simmonds, *International business and multinational enterprises.* Homewood, Ill., R. D. Irwin, 1973.

(9) 江川英文『国際私法（改訂）』有斐閣、一九八五年、一六六頁。澤木敬郎『新版国際私法入門』有斐閣、一九八四年、一五六頁。桜井雅夫「多国籍企業の法律問題—法人の国籍と裁判管轄権を中心として—」『法学研究』（慶應義塾大学）、五九巻二号、一九八六年二月、一四三頁。

(10) 詳しくは、桜井、同論文、一三三—六七頁。

(11) 詳しくは、『対米投資摩擦』桜井雅夫他。東京、日本在外企業協会、一九八七年。一六二頁。

(12) 次の論文参照。森健「海外投資における〝所有度〟と〝支配度〟」『アジア経済』一六巻七号、一九七五年七月、七五—八五頁。所有と支配に関するケース・スタディは、次の文献を参照。桜井雅夫『国際経済法研究』東洋経済新報社、一九七七年。第六章。

(13) 次の論文は、日本における同様の問題の把握を試みたもので、注目に値する。道垣内正人「経済の国際化と〝外国〟的なものの日本における法規制—日本法における〝日本〟と〝外国〟との区別」『ジュリスト』一九八四年一月一日号。

(14) "Control theory" は、従来わが国の学界では「管理（者）主義」とよばれてきているが、経営学、国際ビジネス論等における ownership and control の分析手法からすると、「（経営）支配主義」という表現のほうがニュアンスが出るように思われる。本稿では、ひとまず「支配主義」という表現を用いることとする。

二　会社の国籍決定基準の変遷

1　一般

会社の国籍をどのような基準で決定するかという問題をめぐる事例や紛争には、事欠かない。この事例・紛争はいつまで遡れるのかは不明であるが、少なくとも今世紀に入ってからの事例としては、ソフィーナ（Sofina）社のものが引用されている。

ソフィーナ（Sofina）社は、ベルギーで法人格を付与された持株会社で、ブラッセルに本部を有し、アルゼンチンに主要な公益事業施設を有していた。一九一四年、Cade 社がアルゼンチンで設立され、自社の株式と引き換えに Sofina 社から在アルゼンチン施設を取得する。Sofina 社が経営支配するスペインの会社 Chade 社は、自社の株式を、Sofina 社が所有する Cade 社の株式と交換する。この作戦は、Sofina 社が当時ドイツの大手電機メーカーによって所有されていたことから命じられたものである。その後、スペイン内乱勃発時にルクセンブルグの Sodek 社が、Chade 社から Cade 社の株式を九九年ということで賃借する。一九四〇年に、Sodek 社は清算され、新たにパナマ法人を設立し、本部をニューヨークに設置し、Cade 社株に関わる Sodek 社の権利を取得した。一九四八年にルクセンブルグの法令は Sodek 社を再設立させて、Sodek 社が Chade 社との間の九九年賃借権に基づく諸権利を再請求したのである。(1)

こうした事例は、いわゆる「敵国企業」の法人格に関して設立準拠法主義を覆して本拠地法主義を採る場合に生じ

る問題にやや類似している。自国の経済・企業の権益を保全することを目的とした場合には、たとえ設立準拠法主義に基づいて国籍テストを行う国であっても、本拠地法主義、支配主義のテストを採用することもあるのである。

二〇世紀初頭の自由経済思想のもとでは、ビジネスには国籍という概念が在存しなかった。[2] プリヴィ・カウンシルの次の言葉は、示唆に富むものである。

「会社は、個人と異なり、単なる経済的存在体である。資金の造出・費消以外の活動はビジネスには開放されていない。特定の年に或る国から主要な所得分を稼得したときは、この会社がその年にそこに根を下ろしたとみるのが正当な結論である。[3]」

つまり、クロンシュタインによれば、ビジネスというものは、生活の政治的側面とは一般に抵触しない自律的な活動なのである。[4]

会社の国籍に関する最も一般的なテストは、英米法における法人格付与国（設立地、place of incorporation）テストと大陸法における本拠地(siège réel, seat)テストである。[5] 英米法のテストにおいては、会社は設立させた法を有する国の市民とみなされる。[6] このテストは、リステートメント　―対外関係法（本稿四2参照）二七条で承認されている。大陸法の本拠地テストにおいては、法人の国籍は、主たる営業地(principal place of business)乃至法人の本部（headquarter）の所在地といったような要素によって決定される。[7] 法人格付与国（設立地）テストの主たる長所は、その簡潔性と確実性にあるといわれ、他方本拠地テストは事業の基礎にある「経済的現実」（economic reality）をより良く反映するものであるといわれている。[8]

しかし、本拠地テストだけでは容易に回答が出るわけではなく、操作も受けやすい。純粋の本拠地テストは、そのテストの要素が支配に真正（genuine）の関係を有する場合にのみ支配力を有する当事者を認知するものである。例えば、取締役会がどこで開催されるかということに基づいてテストが行われるのであれば、希望する結果を得るための操作は容易にできるはずである。[9] 本拠を決定するための有力な要素は管轄権によってさまざまであり、法人の本部所

在地、取締役会の通常の開催地、又は株主総会の開催地で認知される。[10] しかし、いかなる場合であっても、本拠地テストの目標は、その会社の「営業上の住所」(commercial domicile) を確認することである。[11] この方法だと、事業活動と日常 (day-to-day) の経営支配が或る国でいつ行われ、全体的 (overall) な経営支配が他の国でいつ行われているのかを識別することが困難であるかもしれない。[12]

(1) Kronstein, Heinrich, "The nationality of international enterprises." *Columbia law review*, Vol. 52, 1952, p. 983-84.
(2) Kronstein, *ibid.*, p. 985.
(3) Wallace Bros. & Co., Ltd. *v.* Comm'r of Income Tax, 11 Fed. L.J. Ind. 32, 36(P.C. 1948); Kronstein, *op. cit.* p. 985.
(4) Kronstein, *op. cit.*, p. 985.
(5) Hadari, *op. cit.*, p. 7; 山田鐐一教授によれば、このほかに社員の国籍主義、社員の住所主義、資本の国籍主義、免許地主義、定款作成主義、株式引受地主義、営業中心主義、管理主義などが主張されている。同『国際私法』筑摩書房、一九八二年。二〇〇頁、注2。
(6) Hadari, *op. cit.*
(7) Hadari, *op. cit.*, p. 7.
(8) Hadari, *op. cit.*, p. 10.
(9) Hadari, *op. cit.*, p. 43.
(10) Hadari, *op. cit.*, p. 8-9.
(11) Hadari, *op. cit.*, p. 10. アメリカの裁判所でも、多重になっている管轄権を整理決定する目的で会社の「主たる営業地」(principal place of business) を確定する場合には、類似テストを適用している。28 U.S.C. § 1331(c)(1983).
(12) Hadari, *op. cit.*, p. 10.

2　アメリカ

アメリカの場合、会社の国籍に関しては、抵触法問題の決定のためだけであるならば、古典的な法理論に依ることが適切であるとする立場が大勢を占めている。すなわち、英米法ではこのような立場――設立準拠法主義（正確には法人格付与主義）に依る。[1] しかしながら、抵触法の領域外で生じる国籍問題に関しては、右の理論による説明は不可能である。[2]

アメリカの司法府、立法府及び行政府は、これまで法人の国籍に関してその他多くのテストを利用してきたが、[3] このなかには、出資者（例えば、株主）の国籍、[4] 経営者の国籍、[5] 及び支配テスト、[6] も含まれている。株主の国籍テストは、アメリカ資産の外国人所有を規制したり阻止することが重要であると認められるような状況のもとで使用されてきた。[7] 経営者の国籍のテストは緊急時における国内管理は必要であるような分野（例えば、通信）で使用されてきた。[8] また、支配度テスト（control test）は最も流動的なもので、外国の影響を多くの方法で減少させようとする排他的立法の中で使用されてきた。[9]

最初のリーディング・ケースは Daimler 事件である。[10] この事件では、イギリスで法人格を付与された会社が敵国外人であるイギリス人居住者であるか否かの決定を行うために、株主と取締役の検討をしている。この会社はドイツに親会社を有する販売子会社であった。判決では、法律上の「経営支配権」（control）が敵国人の手中にあるから当該会社には敵性がある旨判示した。その後、その支配度テストは、第二次大戦後に対敵通商法（Trading with the Enemy Act of 1939）のなかに条文化された。[11] アメリカ最高裁は、第二次大戦前は同様のケースにも支配度テストを適用しなかった。すなわち、Hamburg-American 事件では、一九一七年対敵通商法（Trading with the Enemy Act of 1971, Act of Oct. 6, 1917）に基づいて、裁判所は内国会社が所有する在米資産は、たとえ当該内国会社の全株式を敵性を有する

ドイツの会社が所有していたとしても、非敵国資産である旨判示した。[12]

その後、一九一六年船舶法（Shipping Act of 1916）二条及び三五条によって、戦時又は緊急時におけるアメリカ船舶の譲渡の場合、アメリカ外で認許されかつアメリカ市民でない者によって支配されている会社に譲渡する会社に譲渡することは、海事委員会が承認しないかぎり違法であると規定した。議会の審議をみると、この立法があらゆる形態の経営支配を包摂することを企図したことは明らかであり、[13] また事実そのような意図を実現するためにあらゆる形態の経営支配を網羅したものであった。

しかしながら、その後の Behn Meyer 事件[14]でアメリカ最高裁は、右の経営支配原則の適用を拒否し、たとえ外国人財産管理委員会による戦時取得であっても会社の国籍は法人格付与地（設立準拠地）で決定される旨判示した。この事件では、当該企業は同盟国側で法人格を付与されたものの、株主はすべて敵国人であった。

このように、最高裁は支配理論を無視したのであるが、国務省はメキシコの石油会社事件では支配主義の立場を採用している。この紛争は、メキシコ政府がアメリカ人株主とイギリス人株主に対して補償なしにメキシコの会社を接収したものである。メキシコ政府は、当該会社は設立された国の国民であると主張したが、アメリカ政府は最終的に支配主義の立場を採った。[15]

第二次大戦勃発時には、アメリカ議会は大統領に対して、支配主義に基づいて決定された国籍を有する「外国民」の資産を凍結し後に帰属させる権限を付与した。[16] この原則により、外国民がかなりの程度まで経営支配する会社は外国人であるとみなされた。Clark *v.* Uebersee Finanz-Korporation, A. G. では、最高裁は先述の Behn Meyer 事件の判示を議会が覆したことを述べ、右立法五条bの改正条項が完全にその政策を反映したものであることを判示した。[17]

その後、第二次大戦が終了し平和時に入ったときは、アメリカは通商関係上の目的から再び設立準拠法主義に戻っている。尤も、通商条約によっては、第三国の国民が経営支配する締約国の法人の権利はこれを拒否することも可能

となっている。[18]

このように、アメリカは、抵触法の外で生じる会社の国籍問題に関しては、決して首尾一貫した立場をとってきたわけではない。このことは今日でも全く変わっていないどころか、むしろ或る決定的利害が絡むと以前よりも簡単に国籍決定基準を変えることがある。

(1) Rabel, *op. cit.*, p. 31-67.

(2) Miller, John T., *Les gouvernements et les placements privés à l'etranger*. Paris, Domat Montchrestien, 1950.

(3) Vagts, *op. cit.*, p. 1524-50.

(4) Vagts, *op. cit.*, p. 1531-38. アメリカ住友商事事件において、第二巡回裁判所は、このテスト方法を利用し、日本法人が全額所有する子会社は日本の子会社であると判示した。詳しくは、本稿六参照。

(5) Vagts, *op. cit.*, p. 1541-44.

(6) Vagts, *op. cit.*, p. 1544-50. 支配権を構成する要素は不明確のままであり、したがって裁判所は支配の形跡についてはかれらが見たままに解釈している。*Ibid.*, p. 1544-45. ヴァーツによれば、「このアプローチは、支配に関わる真実の微妙な要素を探し出すのであれば不可欠のもののように思われる。」*Ibid.*, p. 1545.

(7) Vagts, *op. cit.*, p. 1532. 敵国資産立法においては、力点はますます法人格付与国（設立地）から出資者（株主）国籍のほうに移ってきている。

(8) 例えば、Communication Act of 1934, 47 U.S.C. § 310(b)(3)（外国人役員又は取締役を有する内国法人に対してはラジオ免許を拒否するもの。）

(9) Vagts, *op. cit.*, p. 1545.

(10) Daimler Co. *v.* Continental Tyre & Rubber Co., 1916, 2 A.C. 307.

(11) Hadari, *op. cit.*, p. 24; Kronstein, *op. cit.*, p. 986.

(12) Hamburg-American Co. *v.* United States, 277 U.S. 138(1928). なお、これは先例たる Behn, Meyer & Co. *v.* Miller, 266 U.S. 457(1925)を踏襲したものである。これは、フィリピンで事業活動を営むイギリスの会社の株式の過半数をドイツ人が所有していたものである。

(13) 56 Cong. Rec. 8029 *et seq.* (1918)
(14) Behn Meyer & Co. *v.* Miller, 266 U.S. 457 (1925)
(15) U.S. Foreign Rel.: 1913 at 1003 (Dept. of State 1920); Jones, "Claims on behalf of nationals who are shareholders in foreign companies," *British year book of international law*, Vol. 26, 1949, p. 225, 237-42.
(16) 55 Stat. 739 (1941), 12 U.S.C. § 95(a) (1946).
(17) 332 U.S. 480, 488 (1947).
(18) 例ばえ、イタリアとの通商条約。T.I.A.S. No. 1965 at 40 (Dept. of State 1948).

三　法人格と直接投資

ここでは、国籍決定に大きに影響力を有する「所有と支配」(ownership and control) などに重点を置いて「支配主義」の有効性を判断するために、まず直接投資（対外直接投資、対内直接投資）の意味を吟味することとしたい。

1　アメリカ

(1) 外国直接投資

外国直接投資 (Direct foreign investment, DFI) に関してひとつの手がかりを与えるものは、一九七六年国際投資調査法 (International Investment Survey Act of 1976) である。[1] 同法三条によれば、直接投資とは、一人の者（法人を含む）が、法人企業において一〇パーセント若しくはそれ以上の議決権付証券を所有し若しくは支配すること又はそれに等しい権益を人格なき企業 (unincorporated businesse enterprise) において支配することであり、「証券投資」(portfolio investment) とは、この直接投資に含まれないすべての国際投資である。次出2で述べるように、"portfolio investment"

という用語は、とくに日本法との関係では、証券投資よりも「間接投資」(indirect investment) としたほうがよいと思われる。

さらに、アメリカ商務省 (Dept. of Commerce) が毎年一回発表する外国投資統計のうち対米外国直接投資統計である *Survey of current business, foreign direct investment in the United States* は、右の定義にもう少し説明を加えている。すなわち、直接投資には、次のような事業活動が含まれる。

— 新規企業を設立するか、既存の事業活動を拡張するか、又は操業を外国人が支配する不動産を取得するために、資金を支払うこと、

— 既存企業—又はその一部—を直接買収かエクイティ購入を通じて取得するか、企業価額の少なくとも一〇パーセントを外国人投資家が当該企業の権益を支配している既存関連会社 (amliate、後出。) の中で自己のエクイティ権益を増加させるか、又は現地の関係者とジョイント・ヴェンチャーを行うために、資金を支払うこと。直接投資は、或る国の個々の者による所有を指し、全員の所有を合計したものを指しているのではない。例えば、或る者が一一パーセントを所有し、他の者が九パーセントを所有する場合には、一一パーセントの権益は含まれるが、九パーセントの権益は除かれる。単一所有者たる投資家であるか否かの基準 (single-owner criterion) からすると、所有（出資）が分散していて何びとも一〇パーセント又はそれ以上の権益を有さず、所有者（出資者）が経営に影響力を及ぼさないか若しくは及ぼすことができないような所有公開会社への投資は除外される、

— 親会社と関連会社との間で、現金又はその他流動資産のフロー及び受取り可能勘定で会社間長期貸付を行うこと、

— 親会社が在外関連会社から持分に応じて受け取るべき利益を再投資すること。

さらに、同じ商務省が常時モニタリングを行い、その結果に基づいて毎年作成する *Foreign direct investment in the United States* が収録する対内直接投資は、次のようなものである。すなわち、

「法人営利企業の議決権付証券の一〇パーセント若しくはそれ以上、又は法人格なき営利企業のそれに等しい権益、及び不動産取引における一〇パーセント若しくはそれ以上の、直接又は間接の所有。」[2]

この範囲でいくと、在外親会社から関連会社への貸付は収録されないことになる。

以上のアメリカの定義乃至説明は、日本の現行の外国為替管理法規のそれに殆ど同じであるといえる。

(2)子会社・関連会社

いずれの用語も法律によって一様とはいえないが、一般的には、五パーセント以上の出資を有しているものが「関連会社」(affiliate)であり、五〇パーセント以上（法令によっては五〇パーセント超）の出資を有しているものが「子会社」(subsidiary)であるということができる。[3]

(3)子会社と支配主義

「対外直接投資」として定義される会社向け投資の場合、アメリカ人[4]が当該会社の議決権株式の五〇パーセント以上を占めているときは、当該会社はアメリカの子会社であり、それがアメリカが支配主義を主張する有力な根拠のひとつになることが多い。

(1) 桜井雅夫「国際事業活動に関する情報公開のための法的措置」『法学研究』(慶應義塾大学)、五二巻一一号、一九七九年一一月。五六―六二頁。

(2) U.S. Dept. of Commerce. International Trade Administration, *Foreign direct investment in the United States; 1985 transactions.* Washington, D.C., 1986.

(3) 参考までに、ブラックの法律辞典によれば、子会社(subsidiary corporation)は、他の会社（例えば、親）によって持分の少なくとも過半数を所有され支配されているものである。会社に関していえば、議決権付株式の五〇パーセントが他の者によって所有されているものである。(*Black's law dictionary.* 5th ed. St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1979. p. 1280) また、関連会社(affiliate company)は、他の会社によって有効に支配されている会社である。アメリカ投資会社法(Investment Company Act)(15U.S.C.A.§80a-2)では、議決権付株式の五パーセントを直接・間接に所有している会社である。判例上は、親会社・子会社(subsidiary)として結びついている会社同士で、株式所有の同一性を特徴としているものである。(Northeastern Consol. C. *v.* U. ol. Co. C. *v.* U.S.C.A. Ill., 406F. 2d 76, 79). *Black's law dictionary.* 5th ed., p. 54.

（4）　アメリカ人とは、自然のみならずアメリカ市民が五〇パーセント超で出資しているアメリカ法人を含む。

2　日　本

(1) 対外直接投資

「外国為替及び外国貿易管理法」二二条は、「対外直接投資」を次のように定義している。

「居住者による外国法令に基づいて設立された法人の発行に係る証券の取得若しくは当該法人に対する金銭の貸付けであって当該法人との間に永続的な経済関係を樹立するために行われるものとして政令で定めるもの又は外国における支店、工場その他の営業所（以下「支店」という。）の設立若しくは拡張に係る資金の支払をいう。」

政令すなわち「外国為替管理令」一二条は、右前段を受けて次のような外貨証券の取得又は金銭の貸付けを、対外直接投資としている。すなわち、

①出資比率が一〇パーセント以上となる外国法人の発行する外貨証券の取得又は当該外国法人に対する期間一年超の貸付け

なお、「一〇パーセント以上となる」とは、例えば、居住者が外国法人の発行株式・持分のうち七パーセントを所有している場合（この段階では、対外直接投資には該当しない。）において、当該居住者がさらに五パーセント取得して合計一二パーセント所有することになるときの、居住者が追加的に取得する五パーセントの様式・持分取得のことをいい、この取得が対外直接投資に該当することとなる。

②他の投資者（非居住者を含む。）と共同して外国法人の経営に参加すること目的として出資する場合は、他の共同投資者との出資額の合計額が一〇パーセント以上となる場合における当該外国法人の発行する外貨証券の取得又は当該外国法人に対する期間一年超の金銭の貸付け

③居住者との間に役員の派遣、長期にわたる原材料の供給その他の大蔵省令で定める永続的な関係のある外国法人が発行する外貨証券の取得又は当該法人に対する一年超の貸付け。

そして、右③を受けて、「外国為替の管理に関する省令」二〇条は、次のような関係を永続的な関係としている。すなわち、

イ　役員の派遣
ロ　長期にわたる原材料の供給又は製品の売買
ハ　重要な製造技術の提供

なお、二人以上の居住者が共同の意思をもって外国為替管理令の右一二条の①、②に該当する行為を行った場合も、外国為替の管理に関する省令の右二二条に準ずる行為として対外直接投資とされる。

④海外支店等を設置又は拡張するために行う必要な資金の外国へ向けた支払

おな、「設置又は拡張するために行う必要な資金」は、次のものを指している。

イ　支店等の設置時に必要な資金（設置後三月以内の運営に必要な資金を含む）
ロ　支店等の拡張時に要する資金であって、固定資産又は繰延資産の増加に伴うもの

以上の定義をまとめると、表1のようになる。一見して厳密な規定のようであるが、「永続的な関係」の基準であるイ、ロ、ハに結局は大蔵省の裁量権の範囲に入り、結局は直接投資と他の投資の区別が曖昧になっている。日本人の外国投資の保護という観点からすれば、直接投資の範囲は広いほうがよいかもしれない。

(2)対内直接投資

対内直接投資に関しては定義はないが、外国投資家の出資比率が五〇パーセント以上であるものに右の法二六条二項及び政令二条が一定の認可基準として規定を設けている（次の(3)を参照）。

なお、通産省が毎年調査の対象とする「外資系企業」は、外資比率が二五パーセント以上の会社であって外資が経営参加を目的として株式を取得しているもの、を指している。

以上でも、所管の省庁が目的を異にしているところから、対外直接投資の定義と対内直接投資の関連規定とが整合していないことがわかる。外資を管理するという観点からすれば、その目的によって基準を変えるということは十分にありうることである。

(3) 直接投資と支配主義

右法、政令によれば、①外国投資家が一〇パーセント出資した会社が五〇パーセント以上一〇〇パーセント未満で出資し会社を設立すると、前者が子会社、後者が孫会社となり、②外国投資家が五〇パーセント出資した会社が一〇〇パーセント出資して会社を設立すると、前者が子会社、後者が孫会社となる。[1] また、対内直接投資における外資による会社の実質的支配の判断基準は、資本構成によるものと人的構成によるものがある。まず、資本構成による実質支配は、外資比率が五〇パーセント以上か否かにより判断される。[2] 次に、人的構成による実質的支配は、非居住者の役員が過半数を占めるか否かで判断される。すなわち、非居住者個人が役員の過半数を占め又は代表権を有する過半数を占める日本の法人は、外国投資家となる（監査役は役員に含まれない）。この基準は、相対的に明快なほうである。

さらに、日本からみて対内直接投資はアメリカからみて対外直接投資である。その場合、抵触法上設立準拠法主義を採れば在日米系会社は当然に日本法人である。しかしながら、後述するように抵触法外では日本法上の対内直接投資であってもアメリカ法上の対外直接投資のなかの子会社として「支配主義」を適用することが少なくない。

対外直接投資に関しては、子会社等の規定がない。[3] しかし、大蔵省と日本銀行の裁量権の範囲にある省令のイ、ロ、ハによる「永続的関係」の判断基準は、本稿の主題である会社の国籍を「支配主義」の立場から検討する場合には、子会社乃至自国会社の判断基準として、資本構成、人的構成と並んで物的構成を判断するうえで最も重要なものである。

なお、法人税法、租税特別措置法、商法、連結財務諸表原則等の場合

表1　日本における外国為替管理法上の対外直接投資と国際収支統計との関係

外国為替管理法上の直接投資の形態 ＼ 国際収支統計上の区別	直接投資	証券投資	借款（貸付）
証券取得	○	○	×
債権取得	○	×	○
支店・駐在員事務所等	○	×	×
不動産投資	○	×	×

出所：桜井雅夫『国際開発協力の仕組みと法』（三省堂，1985年）

には、外国為替管理法と合わせると全く整合性がみられない。[4]

（1）詳しくは、桜井雅夫「海外子会社による再投資の法律問題」『慶應法学会法律学関係』慶應義塾大学、一九八三年。図1。

（2）同論文、図2。

（3）通産省は、日本企業の海外事業活動を調査するに当たっては、孫会社を「日本側出資比率の合計が五〇パーセントを超えている現地法人が五〇パーセント超の出資を行っている外国法人」と定義している。この場合、子会社に出資する本邦企業は複数でよいが、孫会社に出資する子会社は一社に限定し本邦企業から直接の資本が孫会社にわずかでも入っているものは、調査の対象となっていない。

（4）桜井「海外子会社による再投資の法律問題」、一〇二―〇五頁。

3　国際機関

(1) IMFにおける直接投資

IMF（国際通貨基金）の *Balance of payments manual* 四版（一八章）によると、直接投資とは、投資家の属さない国において操業すする企業の中で永続的な権益を取得するために行われる投資であって、当該投資家の目的が当該企業の経営に対して影響を及ぼす程度まで参加することにあるものである。この国連統計作成マニュアルは、三版までの規定を変えて、直接投資と証券投資との識別の基準としての議決権付株式の所有比率等の具体的数字を示さなくなった。[1] したがって、IMFの発表する直接投資データは、IMF事務局の裁量権に基づいたものになっている。尤も、IMFの意図は、国際収支の把握にあり、子会社等の識別にはない。

(2) OECDにおける直接投資

OECD（Organisation for Economic Co-operation and Development. 経済協力開発機構）の資本自由化規約は、その附

属書A表I・Bにおいて、わが国からみて対外直接投資に相当するものについて規定している。その直接投資の内容は、ある企業の永続的な関係を樹立する目的で、

イ　出資者に専属する企業、子会社又は支店の設置又は拡張及び既存の企業への参加

ロ　新設又は既存の企業への参加

ハ　長期貸付け（五年以上）

といった方法で行う投資であって、その企業の経営に実質的な影響力をもつものとされている。[2] この場合、「永続的な関係」とか「実質的な影響力」といった状態の判断は、参加国政府の担当官の裁量に任されているという点が問題である。

しかし、この点は、国際投資一般に係る機能を有する国際機関が外国系子会社をどのように捉えるかをみるうえで重要なものである。

(3) OECD・DACにおける直接投資

OECD・DAC（Development Assistance Committee. 開発援助委員会）は、援助受取り国への民間資金フローとしての直接投資として、出資又は五年超の貸付けであって、企業経営に実質的な影響を与えるものを計上している。[3] この場合も、右(2)と同様の問題は勿論生じるし、またその前にDACメンバーとしての日本の大蔵省と外務省の主観的判断が大きく数字を左右することになる。この発展途上国向け投資のうちの子会社問題に関して右(2)と同様の指摘が可能である。

(4) UN・CTNCにおけるTNCの「構成体」

国連多国籍企業委員会（Commission on Transnational Corporations）は、TNC行動規範（Code of Conduct on Transnational Corporations）の策定作業を行っている。八七年三月の同委員会の特別会期再会会期現在の草案中のTNCに関

する定義の中で、「構成体」(entity)[4]という用語が次のように使用されている。

「TNCとは、構成体の法的形態及び活動分野に関わりなく二又はそれ以上の国に存在する複数の構成体から成る企業であって、一又はそれ以上の意思決定センターを通じての一貫性のある政策と共通の戦略を認めてひとつの意思決定システムのもとで事業を行い、そのシステムの中で構成体は、一又はそれ以上の構成体が他の活動に対して重要な影響力を行使し得る程に、並びに特に他の構成体と知識、資源及び責任を共有し合えるほどに、所有その他の関係で結びついているものである。[5]」

この定義では、TNCが何であるかが分からないこともさることながら、そもそも「構成体」が何を指しているのかが全く不明快である。

ひとつの会社であっても複数の会社のクラスターであっても構成体であるとすると、会社の従属法と構成体の従属法の概念が説明できなくなる。

(5) OECD・CIMEにおけるMNEの「構成体」

OECDの国際投資多国籍企業委員会（Committee on International Investment and Multinational Enterprises）の「国際投資及び外国籍企業に関する宣言」の附属書「多国籍企業の行動指針」8は、MNEの「厳密な法的な定義は、行動指針の適用上必要ではない」としながらも、次のような説明を行っている。

MNEは、「通常、二以上の国において設立され、民間若しくは国家により又はその双方により共同して所有されている会社又は他の構成体からなり、かつ、当該会社又は構成体の一又は二以上のものが、他の構成体の活動に対して重要な影響力を行使しあうほどに並びに特に他の構成体と知識及び資源を共有しあうほどに結びついているものである。他の構成体との関係におけるそれぞれの構成体の自主性の程度は、当該構成体間の結びつきの性質及び関係する活動分野によって、多国籍企業ごとに大きく異なっている。これらの理由から、行動指針は、その遵守を容易にするため各種の構成体が互いに必要な協力及び援助を行うであろうという了解の下に、当該構成体間における現実の責任の配分に応じて、多国籍企業（親会社及び（又は）現地の構成体）内の各種の構成体を対象としている。

行動指針において使用されている「企業」とは、それぞれの責任に応じ、これらの各種の構成体をいう。[6]」

この説明及び「構成体」は、前出UN・CTNCの定義の母体であり、不明快なことは全く同じである。

要するに、直接投資の主体であり客体でもある「構成体」の概念がないと、従属法問題が十分に論じられないのである。

（1）桜井雅夫『国際開発協力の仕組みと法』三省堂、一九八五年、一九五頁。

（2）桜井雅夫、同書、一九二―九三頁。規約の英文が曖昧なため、貸付けの短、中、長期の区分に異議がある。

（3）桜井雅夫、同書、一八三―八四頁。

（4）構成体（entity）は、現実の存在体であり、例としては法人、パートナーシップ、エステート、トラストなどが挙げられる。株主との関係での会社というような場合における別個の存在体を指すこともある。また、アメリカ破産法（一〇一条）は、個人も含めている。*Black's law dictionary*. 5th ed. p. 477.

法的構成体（legal entity）は、自然人を除く法的な存在体である。法的に機能を果たしうるという法的想定のもとで十分な存在を示せば、法人の場合と同じように代理人を通じて訴えを提起したり提起されたり決定を行ったりする。*Ibid.*, p. 804.

（5）英文は、桜井雅夫「多国籍企業の法律問題」（前出）、一四一頁。

（6）英文は、桜井雅夫、同論文、一四一頁。

四　対外直接投資

アメリカは、一定の対外政策を遂行し且つ自国民が関係する在外会社を保護する立場から、当該会社の外部関係を中心に設立準拠法主義を否定し、支配主義的な基準をとるような立法を行うことが多い。以下は、その事例の一部である。

1　国内法

(1)「アメリカ人」

(a)輸出管理法における“U.S. person”

アメリカは、とくに共産圏諸国を封じ込めることを目的として、厳しい輸出管理を行っている。この場合、在外現地法人の事業活動も事情によってはアメリカ法人として管理することとしている。

一九七九年輸出管理法（Export Administration Act of 1979）一六条(2)は、アメリカ人（U.S. person）を、「（アメリカ外にあってアメリカ人でない者に雇用されている個人居住者でない）すべてのアメリカ居住者又は国民、（すべての外国関係者の国内恒久的施設を含む）すべての国内居住者、並びに大統領命令に基づいて決定される国内関係者によって事実上支配されているすべての国内関係者の（すべての在外恒久的施設を含む）すべての在外子会社及び関連会社」としている。そして、この意味でのアメリカ人は、製品の輸出にさいして商務省の許可（包括／個別）を取得しなければならない。[1]この規定に基づけば、アメリカ法人であるI.B.M. World Trade Corporationが全額出資で日本の会社法のもとで設立した日本アイ・ビー・エム（株）は、直接投資の形態の日本法人でありながら右輸出管理法上はアメリカ人とみなされ、したがって日本から製品を輸出するときはアメリカ政府の輸出ライセンスを取得しなければならないことになる。

在外子会社の「事実上の支配」とは、アメリカの関係者が在外子会社の政策全般を確立し又は日常（day-to-day）の操業を支配する権限又は能力を有することである。[2]

次の場合には、支配が存在しているとみなされる。すなわち、

— アメリカの親会社が在外子会社の議決権証券の五〇パーセント以上を所有し又は支配しているとき[3]

— アメリカの親会社が在外子会社の議決権証券の二五パーセント以上を所有し、かつそれと同等又はそれ以上の証券を有する出資者が他に居ないとき[4]

— 在外子会社が、出資に基づく支配と関わりなくアメリカの親会社との排他的経営援助契約に基づいて操業され、又は子会社の取締役会の構成員の過半数が親会社の取締役会の構成員でもあるとき[5]

— 親会社が子会社の取締役会の過半数を任命する権限について、それを行使しなくても能力を有しているとき

— 親会社が在外子会社のＣＯＯ（Chief Operating Officer）を任命することができるとき[6]

この基準の意味するところは、アメリカがアメリカ会社であるか否かの決定に際して、少なくとも反ボイコット法規の域外適用に関するかぎり、所有と支配（ownership and control）を中心に「支配主義」を採用しているということである。

(b)海外民間投資公社法における“eligible investor”

アメリカは、対外直接投資の保護を目的として投資保険制度を有しており、海外子会社設立の際のアメリカ人投資家を付保可能の適格投資者（eligible investor）とするだけでなく、所定の要件を充足すれば現地法人たる当該子会社をも適格投資者として認めている。

対外援助法（Foreign Assistance Act）の一部である海外民間投資公社法（Overseas Private Investment Corporation Act）二三八条(e)及びＯＰＩＣ保険約款二・〇一条は、（アメリカからみれば）外国会社による外国投資（当該外国内向け及び当該外国外向け）の投資保険引受けに関して興味ある規定を設けている。すなわち、付保適格者として認められるのは、①アメリカ市民、②アメリカ又はその州若しくは領域の法令に基づいて設立されかつアメリカ市民によって「実質的に受益的に所有」された会社、パートナーシップ又はその他社団並びに③かかる一又はそれ以上のアメリカ市民、会社、パートナーシップ又は社団によって完全に所有された外国会社、パートナーシップ、又はその他社団である。

アメリカは、自国の対外民間投資の保護を目的とする限り、現地法人といえどもアメリカ人が「実質的に受益的に

所有」(substantially beneficially owned) する場合には、その所有度を基準にこの現地法人をアメリカ人投資家に準じて扱う。この場合の「実質的支配」の判断基準は、各クラスの発行済株式の五〇パーセント超保有である。[7]

(c)対外援助法におけるアメリカ系会社

アメリカは、直接投資の保護を目的として、国際法に反してアメリカ系会社を国有化する投資受入れ国に対して一定の経済制裁を加える法令を有している。

一つは、前出対外援助法六二〇条(e)、いわゆるヒッケンルーパー修正 (Hickenlooper Amendment) である。すなわち、

「大統領は……この法律……に基づいて援助を供与されている国の政府……が、……

(1)アメリカ市民若しくはアメリカ市民が五〇パーセント以上受益的に所有している会社、パートナーシップ若しくは社団が所有する資産の所有権若しくは支配権を国有化し、収用し若しくは徴収した場合、……

は、当該政府に対して援助を停止するものとする。……」

他は、国際開発協会法 (International Development Association Act. 第二世銀法) 一二条、米州開発銀行法 (Inter-American Development Bank Act) 二一条、アジア開発銀行法 (Asian Development Bank Act) 一八条及びアフリカ開発基金法 (African Development Fund Act) 二一〇条におけるゴンザレス修正 (Gonzales Amendment) である。この場合には、大統領が右国際金融機関及び世界銀行（IBRD）のアメリカ人理事に対して当該国への借款供与決定にあたって反対投票をするよう指令するというものである。同じような規定を踏襲したものに、一九七四年通商法 (Trade Act of 1974) 五〇二条b項がある。これは、当該国に対して特恵を付与しないというものである。[8]

ここでは、前項と異なり、アメリカ系 (U.S.-owned) の会社である基準をアメリカ人による五〇パーセント以上の受益的所有という点においている。この直接投資の形態の会社は確かに現地法人なのであるが、アメリカとしては実

質的にはアメリカ法人であり、アメリカ国内法によってこれを保護しようとしている。もう少しいえば、アメリカは会社の外部関係に関しては支配主義的なものを導入してきているのである。

(2)内国歳入法典における“controlled foreign corporation”

法人に対する課税に関しては、アメリカは基本的には設立準拠法主義の立場をとってきたが[9]、アメリカ企業が支配している一部の外国会社に対しては徴税の目的上は若干の変更を加えている。例えば、内国歳入法典の一九六二年改正法[10]のサブパートFの規定[11]によれば、「アメリカ人株主」が、直接であると間接であると疑制であるとを問わず、全クラスの議決権付株式の五一パーセント以上の議決権を有する外国会社であって、当該株主が全クラスの議決権付株式の少なくとも一〇パーセントの議決権を有するアメリカ人（U.S. person）であるものは、「CFC」（controlled foreign corporation 支配外国会社）とされる（本稿五3(3)参照）[12]。そして、CFCがたとえアメリカ人株主（親会社）に所得を分配しなくても分配したものとみなしていわゆる“tainted income”（不当留保所得）に対する課税を行うこととしている[13]。この場合、判例[14]によれば、経営支配の要件のエッセンスは、この「五〇パーセント・プラス一」という条文の文字よりもどれだけ「事実上の支配」（actual control）を行っているかということである。これは、行政府が人工的な操業形態よりもむしろ会社の国籍を無視して外国籍企業の実態を捉えようとしていることを示している[15]。CFCに対しては、いかなる準拠法によって課税されるのであるか。その基本は、設立準拠法であるが、しかし実際には親会社がアメリカに在る多国籍企業の外国部分はアメリカの国籍を有するものとしている。つまり、設立準拠法は放棄せずに支配主義を加えたということになる。これは、会社のヴェール（本稿七1）の看破（piercing）ではなく、ヴェールの除払（lifting）によってあくまでもCFCを別個の課税対象として扱われているのである[16]。

(3)反トラスト法における“enterprise entity”

アメリカ反トラスト法は、アメリカ法人の在外子会社すなわち外国会社にも広く適用される。

アメリカは、会社の形態よりもむしろ実体に迫るために、会社の国籍という概念を修正してきている。すなわち、複数の会社から構成される単一の企業（enterprise as a whole）という経済上の実体を捉えることを目的として支配会社の法人形態を検証するうえで、さまざまな分野で企業体理論（enterprise entity theory）[17]を適用してきている。そのような事例においては、裁判所も立法も、複数（multiple）の会社であることに関わりなく企業全体を単一の事業単位とみるようになってきている。[18]

(1) 50 U.S.C. app. §§ 2401-20; 桜井雅夫「アメリカ輸出管理法の変遷（上・中・下）」『法と政策』（第一法規）、一八、一九、二〇号、一九八二年一一月、一二月、八三年一月、九八—一〇二、九五—九九、九四—九七頁。

(2) 15 C.F.R. §369.1(c) (1983); Marcuss, Stanley J., "Extraterritoriality; U.S. antiboycott law and the Foreign Corrupt Practices Act," *Law and policy in international business*, Vol. 15, no. 4, 1983, p. 1138-39; 小原喜雄「東西貿易をめぐる先進国間の経済摩擦—主として西シベリア天然ガス・パイプライン事件について—」『国際法外交雑誌』八四巻三号、一九八五年八月、三四頁。

(3) 15 C.F.R. §369.1(c) (i) (1983).

(4) 15 C.F.R. §369.1(c) (ii) (1983).

(5) 15 C.F.R. §369.1(c) (iii) (1983).

(6) 15 C.F.R. §369.1(c) (iv) (1983).

(7) 日本の場合には、通産省『海外投資保険の運用等』（昭和四五年一〇月二六日付四五輸保総第四号）の三項において、「持株比率、役員構成、取締役会の運営、その他経営に対する参加内容および発言権の比重等を総合的に勘案して行なうものとする」とされている。尤も、一九八七年一〇月一日施行の「貿易保険法」（旧輸出保険法）一条の二、一〇項三号において海外投資の定義が改められ、「実質的支配」の文言が削除されたため、右の判断基準が意味を有しなくなった。

(8) 桜井雅夫『国際経済法の基本問題』慶應通信、一九八三年。一三〇頁。

(9) イギリスは、課税上の住所は業務統括施設（place of central management and control）の居所としている。DeBeers Consol. Mines, Ltd. *v.* Howel, (1906) A.C. 4551, 458; Income and Corporation Taxes Act 1970, c. 10, §482 (7); Income Tax Ordinance §1.

(10) Act of Oct. 16, 1962, Pub. L. No. 87-834, § 12, 76 Stat 960 (Codified at Int. Rev. Code of 1954), §§ 951-64.

(11) Int. Rev. Code of 1954 § 951-64.

(12) Int. Rev. Code of 1954 § 957(a). 次の論文を参照。Alexander, "Controlled foreign corporations and constructive ownership," *Tax law review*, Vol. 18, 1963, p. 531.

(13) この種の tainted income のうちの "foreign base company sales income" である。Int. Rev. Code of 1954 § 954(d).

(14) Garlock, Inc. *v.* Commissioner, 490 F. 2d 898 (2d Cir. 1973), *cert. denied*, 417 U.S. 911, 94 S. Ct. 2608 (1974); Kraus *v.* Commissioner, 490 F. 2d 898 (2d Cir. 1974), *aff'd*, 59 T. C. 681 (1973); Liebman, Howard M., "The tax treatment of joint venture income under Subpart F; some issues and alternatives," *The Business lawyer*, Vol. 32, Jan. 1977, p. 356, 374-77.

(15) Hadari, *op. cit.*, p. 28.

(16) Hadari, *op. cit.*, p. 31.

(17) 全額所有の子会社を別個の構成体と認めるか否かの議論に関しては、次の論文を参照。Hadari, Y., "The structure of the private multinational enterprise," *Michigan law review*, Vol. 71, 1973, p. 729.

(18) Hadari, Y., "The choice of national law……," p. 32. EC域内ではEC委員会が関連会社間で正常な競争の維持が期待されない多国籍企業を単一企業として扱うとする。Kodak Co., 13 E.E.C. J.O. No. L147, at 24, (1970-1972 New Developments Transfer Binder) CCH Comm. Mkt. Rep. p. 9378 (1970).

2　リステートメント　—対外関係法

アメリカの *Restatement of the law second; foreign relations law of the United States* は、アメリカからみた国際法、国際法原則に効果を与えるアメリカ国内法部分及びその他対外関係にとって重大な関連事項を含むアメリカ国内法部分をまとめたものである。[1] その二七条は、「法人又はその他民間の法的構成体は、それを設立する国の国籍を

有する」としている。[2] その註解によれば、会社の国籍が、それを所有し又は支配する人（個人若しくは法人）の国籍と異なるときは、かかる人に国籍を付与した国は、かれらの行動を管理する法令を制定し、その領域でこれを執行する管轄権を有する。したがって、その国は当該会社に直接適用し得る法令を制定する管轄権を有しなくても会社の行動を管理する立場にあることになる。[3]

事例としては、次のようなものが挙げられている。すなわち、A国において法人格を付与されそこで事業活動を行っているX社が、B国の国民によって所有されているとする。この場合、B国はX社がB国の取引を制限するようなかたちでA国で事業を行うことを禁じる法令を制定する管轄権と、それをB国領域内で執行する管轄権を有することになる。[4]

これをアメリカの国民が所有し支配する会社にあてはめた場合に関しては、リステートメントのレポーターが注記している。すなわち、外国の法令に基づいて設立される法人であってアメリカ国民である個人又は法人が所有し支配するものは、アメリカが自国民を管理する権能によってアメリカによる各種の間接的な管理に従わせる可能性がある。この注記に基づけば、前出一九七九年輸出管理法上の "U.S. person" に対するアメリカ国内法の適用は当然であるということになる。一九五九年の外国資産管理法（Foreign Asset Control Regulations）においても、アメリカ市民・居住者又は現実にアメリカの域内にある者によって所有され支配されている会社等は、どこで組織されどこで事業活動を行っているかを問わず、アメリカの管轄権のもとにおかれる。これらの目標を達成させるための法的制裁はアメリカにある統制権益に向けられる一方、戦時経済統制は技術的に法人格付与国の国民である法人に対しても実際には降りかかっていった。[5]

右のように、アメリカは会社設立の準拠法を設立準拠法とするが、会社の準拠法に関しては支配主義的なものを重視していることが分かる。

このような論理によると、現地法人であってもアメリカ人がかなりの程度まで所有し支配しているものの権利を投資受入れ国又は第三国投資受入れ国が侵害した場合には、これら投資受入れ国は当該外国法人又は第三国外国法人に対して責めを負うというのがアメリカの立場になる。右リステートメント一七二条は一般的な外国投資に関し、一七三条は第三国への外国投資に関してこの点に規定をおいている。前出1(3)におけるヒッケンルーパー修正は前者の例であり、[6] 同(2)における適格投資家は後者の例である。この場合、アメリカによる保護の対象とすべき所有（出資）が "significant"（重要）な状態であるか否かは、個々のケースの諸事実に依って決まる。いずれの場合であっても過半数所有は significant な状態である。マイノリティ所有が significant な状態であるか否かの決定にあたって考慮されるべき要素は、その所有分を直接投資のかたちで取得したのか公開市場で購入したのか、出資者の代表者がどの程度経営に参加しているか、所有の性質が直接的なものか、法人とその当該出資者との間のその他事業関係、といったことであるが、しかしこれに限定されるわけではない。[7]

例えば、A国の国民XがB国の法令に基づいて設立された会社の株式の四〇パーセントを、B国政府の明確な承認を得て当該会社から直接に取得する。同じくA国の国民であるYはB国の国民からB国のべつの会社の株式一パーセントを相続し、残り九九パーセントはB国の国民によって所有されている。B国は双方の会社の全財産を補償措置なしに収用したとする。この場合、B国は、Xに対しては外国人財産の不法取得に関する規定に基づいて責めを負うが、Yに対してはその保有が significant でないために権利侵害の責めを負わないということになる。[8]

また、外国の会社の出資持分を所有しているアメリカ人は、そのアメリカ人がアメリカ国籍を有する個人として直接又は間接に二五パーセントを所有している場合には、International Claim Settlement Act に基づいて、権利侵害のときに支払請求を行うことを認められる。[9] このことは、アメリカは自国民が少なくとも二五パーセントの株式権益を間接に所有しているときでも当該外国会社をアメリカ系企業とみなして保護の対象とすることを示している。

アメリカの *Restatement of the law; foreign relations law of the United States (revised)*; tentative draft の二一六条は法人の国籍について、次のように規定している。

「国際法の目的上、法人はそれを組織する際に適用される法の属する国の国籍を有するが、他の国家はその国籍が国家とその法人との間の真正連関（genuine link）に基づくものでないときはその国籍を受容することを要しない。」[10]

この規定と一九六五年版リステートメント二七条の規定に共通しているのは、法人の準拠法は設立準拠法主義によっているという点である。新しいものは、真正連関に関する規定である。[11]

今回のリステートメント（改定版）案では、自然人の国籍と法人のそれとは決定的に異なるということを条件として、[12]法人の国籍という用語を認めているが、法人の場合には国籍のほかにも重要（significant）な連結点があることを指摘している点は注目に値する。すなわち、法人はそれを設立した国の国籍を有しているが、一つの国以上の国籍は有していないのが普通である。しかし、国際法上、外国法人に対する損害の問題を処理するような場合には、国籍以外の連結点も重要であるとしている。したがって、状況によっては、国籍に類似する連結点として次のような点を認めている。すなわち、(a)法人の出資持分が当該国の国民によって実質的に所有されていること(b)当該法人が当該国内にある事務所に経営されていること、又は(c)当該法人が当該国に主たる事業所を有していること。[13]

(1) *Restatement of the law second; foreign relations law of the United States.* St. Paul, Minn., American Law Institute Publishers, 1965.
(2) *Ibid.*, p. 77.
(3) *Ibid.*, p. 77–78.
(4) *Ibid.*, p. 78.
(5) *Ibid.*, p. 78.
(6) *Ibid.*, p. 524.
(7) *Ibid.*, p. 521.

(8) *Ibid.*, p. 521-22.
(9) *Ibid.*, p. 524.
(10) *Restatement of the law; foreign relations law of the United States (revised)*; tentative draft no. 6, vol. 1. Philadelphia, Pa, The Executive Office, The American Law Institute, 1985. p. 152.
(11) *Ibid.*, p. 153, 155. ノッテボーム（Nottebohm）事件、バルセロナ・トラクション（Barcelona Traction, Light and Power, Ltd.）事件に関しては、次の論文に関係リストを収録してある。桜井雅夫「海外子会社による再投資の法律問題」『慶應義塾創立一二五年記念論文集・慶應法学会法律学関係』慶應義塾大学、一九八三年。一一六、一二四頁。
(12) リステートメント（改定版）案のレポーターの注記では、「個人は単一の心身を表しているが、法人はさまざまな国籍を有するきわめて多数の人を集合することができる。さらに、法人の国籍はとくに人工的操作に従ったものである」としている。*Ibid.*, p. 155.
(13) *Ibid.*, p. 154.

3　国際法

(1) 投資保証協定

アメリカは、直接投資に伴うリスク（戦争、国有化、送金不能）の救済を目的として、第二次大戦後さまざまな国と二国間投資保証協定（Investment Guaranty Agreement）を締結してきた。救済の対象となる直接投資は、先述の対外援助法上の海外民間投資公社（ＯＰＩＣ）への付保の適格性を有する投資家の行う投資である。

この場合、アメリカがアメリカ系会社であると判断した現地法人に関して発生したリスクが保険事故であるか否かの認定は、ＯＰＩＣが独自に行い保険金を支払うが、そのあと協定に基づいてＯＰＩＣは相手国に対して求償代位（subrogation）の権利を行使する。

(2)友好通商航海条約

例えば、日米友好通商航海条約二二条三項によれば、「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」。この規定は明らかに設立準拠法主義の立場にたったものである。その意味での会社は、八条一項により、「自己が選んだ……高級職員（executive personnel）……を用いることを許される」ことになる。

この二つの規定から分かることは、例えばアメリカ法人の会社が日本に支店を設置した場合には、支店長等の高級職員のポストの人事はアメリカ側の自由に決定することができるかもしれないし、したがって現地人としての日本人従業員の支店内登用は考慮する必要がないことになるかもしれない。逆にアメリカ側が日本の会社法に基づいて日本法人の会社を設立した場合には、日本人従業員の登用問題が生じる可能性があるし、また日本人女性従業員の処遇に関してもいわゆる男女雇用機会均等法及び指針[1]が適用されよう。

(3)投資奨励保護協定

アメリカは、自国民による外国直接投資を保護し、（他方外国人による対米直接投資を管理することを目的として）、二国間ベースで相互協定の締結を推進している。

そして、モデル条約[2]の原版二条五項bにおいては、「一方の当事国の適用法規に基づいて合法的に法人格を付与され、構成され又は組織される会社であって、他方の当事国の国民又は会社によって所有され又は支配されるもの」という表現を用いている。そして、このような会社では「国籍に関わりなく自己が選んだ経営最高幹部要員（top managerial personnel）を用いることを認められる」とされている。これは、現行の通商条約八条一項（本稿六1参照）の規定と全く異なっている。すなわち、会社設立の準拠法は設立準拠法に基づいているが、会社の準拠法（内部関係、外部関係）は支配主義的なものに基づいていることを示している。この原版の規定は、改定版では二条四項に移り、表現もさら

に「一方の当事国の適用法規に基づいて合法的に組織される会社であって、投資であるもの」と変更され、現地法人でありさえすれば投資家側がトップの管理職を任命することができることになっている。これは、日米通商条約の現行規定からはさらに大きな変更であるとみることができる。

また、このような会社に対しては、「いずれの当事国も、投資の設立、拡張又は維持の条件として、製品を輸出する約束を要求し若しくは実行させ又は財若しくはサービスを現地で購入しなければならないことを明記し又はその他類似の要件を課すような現地化履行要件（performance requirements）を課してはならない」ことになる（モデル条約原版二条七項、改訂版二条五項、及びパナマと協定[3]二条四項、エジプトとの協定[4]二条七項、トルコとの協定[5]二条七項ほか）。この規定の意味するところは、会社の準拠法は法人格付与地の法であるが、会社の外部関係の準拠法は支配主義に依るということであろう。

アメリカは、かつてカナダのＦＩＲＡ（Foreign Investment Review Agency. 現在の Investment Canada）がアメリカからの投資に対してさまざまな現地化履行要件を課してきたことを不満として、ガットに不服の申立を行ったほか、ガット及びＯＥＣＤに対して「ＴＲＩＭ」（Trade-Related Investment Measures. 貿易関連投資措置）の検討を行うよう求めた[6]。パフォーマンス・リクワイアメントにせよＴＲＩＭにせよ、重要なことは、アメリカ政府は自国の対外直接投資に際しては在外米系子会社に対して受入れ国が課す阻害要因を除去しようとしながら、アメリカ議会は自国への直接投資に関しては在米外国系子会社に対してアメリカ国産品の使用義務を課す法案を審議しているということである。「自動車産品公正慣行法案」（Fair Practices in Automotive Products Act 本稿五1参照）はその典型例である。このようなアメリカの混乱は、直接投資を保護し他方で管理することを目的とする国としては当然の行動の結果である[7]。そして、このような行動はべつにアメリカに特有のことではなく、他の先進国が締結する条約においても共通に検出されることである[8]。

(4) 租税条約

日米条約においては、会社設立の準拠法に関しては、アメリカが設立準拠法主義を採り日本が本拠地法主義を採っているように思われる。すなわち、二条一項e号は、次のように規定する。

「(i)「合衆国の法人」とは、合衆国、その州若しくはコロンビア特別区の法令に基づいて設立され若しくは組織された法人又は法人格を有しない団体で合衆国の租税に関し合衆国の法人として取り扱われるものをいう。

(ii)「日本国の法人」とは、日本国に本店若しくは主たる事務所を有する法人又は法人格を有しない団体で日本国の租税に関し日本国の法人として取り扱われるものをいう。」

しかしながら、この条約にいう「本店若しくは主たる事務所」が業務統轄地であるか定款上のそれであるかについては解釈が別れ、後者の立場を採った場合には日本はアメリカと同じ立場であることになる。(9)

また、課税という会社の外部関係の準拠法に関しては、会社をアメリカ法人（又は日本法人）として取り扱う基準をどこに求めるかという点については必ずしも明確ではない。例えば、議決権付株式をアメリカ人株主と日本人株主とで均等に所有しているような国際合弁会社の場合である。（この点については、本稿七2(1)で取り上げることとしたい。）

(1) 正式には、『雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等女子労働者の福祉の増進に関する法律』八条、及び『事業主が講ずるように努めるべき措置についての指針』。法八条は努力規定であるが行政指導の如何では禁止規定とそれほど違いがないことになるとの見解がある。赤松良子・花見忠『わかりやすい男女雇用機会均等法』有斐閣、一九八六年、七頁。

(2) Model bilateral investment treaty proposed by the U.S. Trade Representative, Jan. 11, 1982, reprinted in *BNA export weekly* (Mar. 23, 1982); Revised model bilateral investment treaty, Feb. 24, 1984, reprinted in *BNA export weekly* (May 15, 1984). 改定版は、筆者が一九八五年秋にワシントンD・Cで国務省で入手している。また、原版は、次の論文に収録されている。Gann, Pamela B., "The U.S. bilateral investment treaty program," *Stanford journal of international law*, Vol. 21, no. 2, Fall 1985, p. 373, 442-57. このタイプの条約では、一九八七年九月現在、中国、パナマ、ハイチ、セネガル、トルコおよびモロッコとの間で締約済み、カメルーン、エジプトおよびバングラデシュとの協定が上院に提出され、ス

リランカ、ガボン、ブルンジ、台湾、マレーシア、ホンジュラス、リベリア、コートジボアール、ソマリア、エルサルバドルおよびインドネシアとの間で交渉中である。*ILT*—United States, Sept. 1987, p. 3. また、ボリビア、コロンビア、エクアドルおよびウルグアイが交渉対象になっている。*Washington international business report*, Vol. 14, no. 24, Dec. 9, 1985, p. 1. べつに筆者が国務省で入手した文書によれば、交渉対象として検討中のものがこのほかに約四〇カ国あるとされる。*U.S. bilateral investment treaty program*. mimeogr. p. 1. なお、当時わが国に対してもモデル条約が提示されたといわれる。『日本経済新聞』一九八六年四月六日。

(3) Treaty Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments between the United States and Panama. *International legal materials*, Vol. 21, no. 6, Nov. 1982, p. 1227, 30-31.

(4) *International legal materials*, Vol. 21, no. 5, Sept. 1982, p. 927, 933.

(5) *International legal materials*, Vol. 25, no. 1, Jan. 1986, p. 85, 91.

(6) "Canada-administration of the Foreign Investment Review Act. Report of the Panel adopted on 7 February 1984 (L/5504)" GATT, *Basic instruments and selected documents; thirtieth supplement. Protocols, decisions, reports, 1982-1983 and thirty-ninth session*. Geneve, 1984. Sales Doc. no. GATT/1984-1). p. 140-69; *Investment performance requirements. Note by the Secretariat*. GATT. Consultative Group of Eighteen. Doc. no. CG. 18/W/64. Oct. 15, 1981. 9p.; OECD, *International investment and multinational enterprises; investment incentives and disincentives and the international investment process*. Paris, OECD, 1983. 249 p.; GATT. Uruguay Round Negotiating Group on Trade-Related Investment Measures, *Proposed work program for the Negotiating Group on Trade-Related Investment Measures*. Doc. no. MTN. GNG/NG12/W/1. Apr. 1, 1987. 2p.; ——, *Submission by the United States*. Doc. no. MTN. GNG/NG12/W/2. Apr. 1, 1987. 5 p.; Hilf, Meinhard, Francis G. Jacobs, *and* Ernst-Ulrich Petersmann, *jt. eds., The European Community and GATT*. Antwerp, Kluwer, 1986. p. 371, 378; Safarian, A. E., *Governments and multinationals; policies in the developed countries*. Washington, D.C., British-North American Committee, 1983. p. 64-67, 99-102; Fontheim, Claude G.B., *and* R. Michael Gadbaw, "Trade-related performance requirements under the GATT-MTN system and U.S. law," *Law and policy in international business*, Vol. 14, 1982, p. 129-80; Carasco, Emily F., "The Foreign Investment Review Agency (FIRA) and the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT); incompatible?" *Georgia journal of international and comparative law*, Vol. 13, issue 2, 1983, p. 441-63.

(7) アメリカ政府の国際投資政策及び "trade-related or other performance requirements" に関しては、U.S. Dept. of Commerce. International Trade Administration, *International direct investment; global trends and the U.S. role.* Washington, D.C., U.S. Govt. Print. Off., 1984. Esp. p. 85-88.

(8) 参考までに他の先進国と発展途上国との間の投資促進(奨励)相互保護協定で、本稿に関係あるものを例示しておく。

① イギリス＝フィリピン協定では、保護対象の会社に本拠地法主義を採るので、設立準拠法をどれにするかは投資家の意思による。さらに、投資紛争の当事者適格の認定に当たって、"effective seat of management" を基準としている。この基準でいくと、例えば、アメリカの会社が直接でなくイギリスを経由して投資を行った場合には、フィリピンとイギリスの協定上の保護を享受することができることもあろう。

② イギリス＝シンガポール協定では、保護対象の会社に設立準拠法主義を採りながら、紛争の当事者適格の認定に当たっては、"majority of shares" を基準としている。この基準でいくと、イギリス人投資家が(議決権付)株式の過半数を所有して設立したシンガポール会社は、投資紛争に関してイギリス会社とされることもあろう。

③ スウェーデン＝パキスタン協定も、同様である。

④ 日本＝スリランカ協定では、紛争当事者に関しては、"control of decisive influence" を基準とする。

⑤ 日本＝エジプト協定では、ほぼ同様である。

⑥ 西ドイツ＝シンガポール協定では、本拠地法主義を採る。

⑦ 投資紛争解決条約（正式には、「国家と他の国家の国民との間の投資紛争の解決に関する条約」）は、投資母国と投資受入れ国の合意があれば、"foreign control" の下にある在受入れ国会社は母国の法人格を有するものとしている。Sornarajah, M., "State responsibility and bilateral investment treaties," *Journal of world trade law*, Vol. 20, no. 1, Jan./Feb. 1986, p. 79, 87-89; なお、チェッシャー＝ノースは、イギリス国際私法上、会社の国籍が関係してくることは殆どないとしているが、右のように、少なくともイギリスの対外投資に関するかぎりそのような説明は不十分である。Chesire, Geoffrey, *and* P.M. North, *Private international law.* 10th ed. Lonndon, Butterworth, 1979. p. 192.

(9) 石黒一憲『企業の多国籍化と法』総合研究開発機構、一九八五年、一八頁。アメリカ側は、租税条約ではアメリカの会社の定義に関して一般に設立準拠法主義を旨としているが、相手国側の会社の定義に関してはまちまちである。例えば、米独条約は、「ドイツ国の会社」は「西ドイツに業務統括地又は本店を有する場合には租税の目的上西ドイツの法令に基づく法人として取り扱われる」としている。Article II(1) (f) of the 1954 Convention between the United States and the Federal

Republic of Germany for the Avoidance of Double Taxation with Respect to Taxes on Income, 5 *U.S.T.* 2678, *T.I.A.S.* No. 3133, 239 *U.N.T.S.* 3, as amended in 1965, 16 *U.S.T.* 1875, *T.I.A.S.* No. 5920, 578 *U.N.T.S.* 224. 米仏条約では、フランス会社は、「フランスの租税の目的上フランスに居住している場合には、フランス税法のもとでの法人団体として取り扱われる」としている。19 *U.S.T.* 5280, *T.I.A.S.* No. 6518, 719 *U.N.T.S.* 31(1969).