

国際会社法の諸問題 [下]

藤田友敬 東京大学助教授

三 抵触法上の諸問題 (承前)

4 国際的企業再編

(1) 総説・企業再編の抵触法的構造

最後に、近時しばしば話題となる国際的企業再編についても触れておこう。企業再編についての抵触法的な分析は、なかなか面倒である。それは、「合併」、「会社分割」、「株式交換」といった企業再編が、抵触法的にみた場合にはどのような構造を持つのかということから解明していかなくてはならないからである。

企業再編は、会社法の立場からは、一つのとまった組織的行為ととらえられている。たとえば、合併とは、「二個以上の株式間の契約により、その一部の会社または全部の会社が解散・消滅して、その財産が存続会社(吸収合併の場合)または新設会社(新設合併の場合)に包括的に承継され、その社員(株主)が存続

会社または新設会社の社員(株主)になるという効果が生ずるもの」(注四四)等と説明される。しかし、抵触法的には、「合併」、「会社分割」、「株式交換」といった現象を単純に一つの単位法律関係でくくってしまうことはできず、もう少し立ち入った構造の分析が必要なのではないかと思われる。特に、企業再編によって財産が移転する局面と、会社組織の消滅・成立あるいは拡大(新株の発行等)といった局面とを区別して分析する必要がある。この点は、近時の文献においては自覚的に論じられるようになってきている(注四五)。

合併(吸収合併)を例にとつて説明しよう。吸収合併(正確には、日本法上そのように呼ばれる組織再編)は、①一つの会社の法人格の消滅、②消滅する会社の財産の包括的な移転、③もう一方の会社における新株発行、それに伴う資本の増加といった一連の効果を伴う現象である。これら各々について、処理を考える必要がある(注四六)。

第三者に当然に対抗することができるか(注五〇)。

この問題を、「合併の効果の問題」ととらえ合併当事会社(ここではいずれも日本人)の従属法で考えてしまつてよいかは疑問がある。むしろ、合併による財産承継についても、財産の移転その財産の種類に応じ分けて考えるべきであるとの指摘がなされており(注五一)、そのような考え方からは、このようなケースについては債権譲渡や債権譲渡の対抗要件の準拠法で処理すべきことになると思われる。

② 例2: 会社分割と免責の債務引受け
もう少し複雑な例としては次のようなものがある。A会社(日本人)がB会社(日本人)に、会社分割制度を利用して、営業の一部を承認させたとする。その際、分割契約書上は、イギリスの債権者Cに対してA会社が負う債務(準拠法はイギリス法)もB会社が承継することになっており、A会社はCに対して異議催告を行ったとする(商法三七四条ノ二〇)。

この例の場合も、日本人同士の場合と同様である。会社分割が日本法に基づいて行われることは異論がない。それではCのAに対して有している債権も、日本法に従つて当然に移転する(商法三七六条ノ二六)と考えてよいか。そのように解する立場もあるが(注五二)、会社分割に際して承継される債務について要求される債権者保護手続は、簡素化された特殊な免責の債務引受けの手続ともいふべき側面があり、そういう点からはむしろ債権の準拠法で考えるべき問題ではないかとの疑問がある。

(4) 相手企業の従属法において同種の企業再編制度がない場合

国際的企業再編の可否、手続について配分的適用を考える場合、相手方の企業の従属法において、同種の制度がない場合にはどうなるか。

合併はともかく、会社分割や株式交換については、わが国のそれと同様の制度がそれほど普遍的に存在するわけではない。そこでそのような場合にはどうなるかということが問題となる。たとえば、仮にアメリカの会社が日本の会社を完全子会社にしようとする場合、日本の会社法については日本法の株式交換の規定が適用される。同様の制度のない州法を従属法とするアメリカの親会社ではどのような手続をすればよいか。あるいは日本の会社が会社分割制度によって、その一部の営業をアメリカの会社に承継させようという場合、会社分割制度のない州法を従属法とするアメリカの会社の側は、どのような手続をとればよいか。これらはいわゆる送致範囲の問題である。

相手会社の従属法上、同種の制度がない場合には、抵触法上もそのような企業再編は不可能だと考える立場もある(注五三)。しかし、これまで述べてきたように企業再編を機能的に分解し、各要素ごとに適切な法と連結を考えると、いうアプローチを徹底するならば、会社分割や株式交換そのものに相当する制度が存するか否かはポイントではなくて、企業再編の当事会社の会社がなすべきこと(財産の承継とか社員の変動等)を達成する制度が、当該会社の従属法上存在するならば、それに関する規律するルールを

(2) 法人格の消滅・発生、社員関係の消滅・発生等

会社の解散、新たな会社の設立、新株の発行等については、近時有力に主張されているのは、配分的適用と呼ばれる考え方である(注四七)。それによると、このような法律関係は、合併当事会社の従属法に従つて判断されることになる。たとえば、アメリカ法人X会社が日本法人A会社を吸収合併する例を考えよう。この場合、A会社が解散し、その株主は吸収会社の株式を割り当てられることになるが、この点に関する準拠法は、A会社の従属法である日本の商法ということになり、商法四〇八条以下で規律されることになる。これに対して、X会社の側では、アメリカ法(正確には、設立の際に準拠した州法)が適用される(もつとも、配分的適用を基本としつつも、合併手続の一部について累積適用を主張する見解もある(注四八))。

(3) 財産・債務の移転

これに対して、企業再編に伴う財産や債務の移転については別途考える必要がある。こういった点については、むしろ財産の性質に応じて、その移転のための準拠法が定まると考えるべきように思われる(注四九)。この点は、内国法人同士の合併を考えようがわかりやすいので、以下のような例で説明する。

① 例1: 合併による包括承継

たとえば、甲会社(日本人)が乙会社(日本人)に吸収合併されたとする。この場合、甲会社が海外居住の債務者丙との関係で、その債権が乙会社に移転したことを、債務者および適用すればよいとすることも考えられよう(注五四)。

もつとも、この場合、「問題の会社がなすべきこと」がどうとらえられるかという点は、実はなかなか厄介である。たとえば、アメリカの会社(デラウエア州法人)が日本の会社を完全子会社とすることを考えよう(ただし、53で述べるように、そもそもこのような国際的株式交換が可能かどうかという点については、別途わが国の実質法上も問題があるが、ここではこの点は無視する)。完全子会社となる日本法人については、日本の株式交換制度の要件・手続を満たしていればよいとして、完全親会社となるデラウエア州会社の従属法上は何をすればよいか(デラウエア州法上は株式交換に相当する制度はない)。この場合、完全親会社となるべき会社にとって必要なことは、完全子会社となる会社の株主から株式の現物出資を受けて新株発行することに尽きるとみることができるとすれば、その要件・手続を満たせばよいということになる(注五五)。株式交換についてこのような考え方がとれるとすれば、日本の会社がアメリカの会社(デラウエア州法人)に営業を承継させ、その対価として株式を受け取る場合についても、日本の会社の側で商法上の会社分割手続をとり、デラウエア州会社の側では、営業の現物出資による新株発行の要件・手続の手続が満たされればよいということになろう(注五六)。

なお、同じような種類の制度が相手国で用意されていない場合に、最終的に当該制度は利用

できるかについては、実質法上の要請として類
似した制度が相手国に存在するという要件が
あるかどうかを検討しなくてはならない。

四 準拠法と無関係に適用される規範

1 (抵触法的な意味での) 公法と私法

渉外的私法関係については、これまで説明し
たように、まず法廷地の国際私法によってこ
の国の法が適用されるかという抵触法上の判断
を行った上で、その後準拠法となる実質法を適
用するというプロセスをとる。これに対して、
このようなステップを経ないタイプの法規範も
あることに注意を要する。たとえば、外国での
企業活動についてある国の独占禁止法が適用さ
れるか否かは、別に準拠法選択というステップ
を踏むことなく、いきなり当該独禁法の条文あ
るいはその趣旨(保護法益は何か等)から、外
国法人にも適用されるか、国外の活動にも適用
されるかといった結論が出されるわけである。
準拠法選択というステップが介在しないタイプ
のルールを、以下では「(抵触法的な意味での)
公法」と呼ぶこととしよう(注五七)。独禁法
や証券取引法(の規定の多く)等がその例であ
るほか、いわゆる外人法(たとえば、商法中の
外国会社の規定)もその例である。
独禁法の例などをみるとあまりにも自明にも
みえるこの区別——準拠法の問題を介在させて
考えなくてはならないか否か——は、実は国際
会社法においてはかなり重要な意味を持つ。こ

のことは、二で説明した外債に関する近時の
議論において強く認識されるに至ったことであ
る。ここでは、商法に含まれている一部の規定
は実は「公法」であって会社の従属法いかに
かわらず法廷地では当然に適用されるべき性
格のものではないかと主張がなされたわけだ
る。また逆に、これまであまり議論があつた
わけではなかったが、一般論としては公法とい
う色彩の強い証券取引法についても、中には私法的
な性格の規定が混在している可能性があるよう
に思われる。そこで、以下各々について多少敷
行して説明しよう。

2 商法の中の公法的規定——社債を例に

(1) 総説

すでに紹介したように、近時外債をめぐると法
的問題について盛んに議論がなされている。社
債の法律関係の中には、発行会社の従属法で規
律されるべき問題もある。たとえば、日本企業
が社債を発行する場合、たとえ募集がなされる
のが国外市場であっても、会社の従属法である
日本法の要求する取締役会決議(商法二九六条
は必要である(注五八)。会社の発行しうる社
債の種類等については、当該会社の従属法が適
用されよう(注五九)。これに対して契約条件
や契約の解釈等については、おおむね契約準拠
法で考えるべきであろう(注六〇)。ところが
社債管理会社をめぐると規律や社債権者集会の規
律をどう考えるかについてはそう自明ではな
い。その過程で、社債のルール、さらにより一
般的には会社法のルールには、準拠法選択とい

うステップが介在しないようなタイプのルー
ル、すなわち抵触法的な意味での公法が少な
く含まれているのではないかとの見方が次第
に強まってきたのである(注六一)。

(2) 外債と社債管理会社の設置強制

すでに紹介したように、平成五年改正によつ
て導入された社債管理会社の設置強制が、外債
に適用されるかについて議論があつた。この点
については、発行される社債の準拠法が日本法
である場合に設置が強制されるとする立場もあ
る(注六二)。この立場だと、海外で発行され
る社債で、日本法を準拠法とするものについて
は、社債管理会社の設置が強制されることにな
る(注六三)。しかし、現在の学説の多数は、
むしろ社債管理会社の設置強制に関する規定
は、国内投資家を保護するための「公法」で
あつて、準拠法いかにかわらず適用される
規定だとする(注六四)。このような立場から
は、その適用範囲は、準拠法とは無関係に商法
二九七条の趣旨に沿って独自に判断しなくては
ならないことになるが、①形式的に社債発行地
が日本である場合に適用されると解するもの
(注六五)と、②より実質的に一定以上の内国
関連性があるかどうかを判断すると解するもの
(注六六)がある。海外で発行された社債も比
較的短期間にはほとんどすべてが国内に還流す
ケースが少なくないという実態があるようであ
るが、①、②のいずれの立場をとるかであ
らうかという判断が変わってきうる。もし、
社債管理会社の設置を証券取引法上の発行開示
規制と同じように考えてよいというのであれば

ば、社債の発行地を基準とする①が自然である
(注六七)。しかし、社債管理会社は発行後の社
債の管理を行うことで社債権者の利益を保護す
る存在であり、むしろ流通市場こそが社債管理
会社の設置強制との関係では重視されるべきで
はないかという指摘もある(注六八)。その点
を強調すると②の立場につながる。もともと
こういう立場をとると、予見可能性を害するこ
とは否めない。

解釈論としていずれの立場が妥当かを論じる
ことは本稿の目的ではないので、これ以上立ち
入らないが、商法中の一部の規定が「公法」で
あつて準拠法いかにかわらず適用されるよう
な可能性があること、商法の規定の性格をそのよ
うな観点から検討し直す必要があること、さら
にはその実質的な規制内容についても解釈を
詰めるべき点が少ないこと(五二参照)に
注意する必要がある。

(3) 社債権者集会の規律

社債権者集会制度の規律についても問題があ
る。たとえば、外国会社が日本法を準拠法とし
て日本の投資家相手に社債を発行した場合、社
債の条件を変更するための社債権者集会はどの
ような手続で行われる必要があるか。一九九二
年に起きたKEPCO事件(前述二二参照)で
はまさにこの点が問題となつた。

社債権者集会の規律については、社債契約の
準拠法に従うという立場が有力である(注六
九)。この論点の解釈論それ自体には深入りし
ないが、一点だけ注意を喚起しておきたいのは、
同じ社債権者保護の規定でありながら、社債管

理会社の設置強制とは異なるのか、それはなぜ
かということである。特に、社債管理会社の設
置については準拠法いかにかわらず適用す
る立場をとりつつ、社債権者集会の規定は異
なつて考えるという立場をとるとすれば、両者
の違いをどこに求めるのか説明する必要がある
(注七〇)。この点本来は社債の契約条項として
多数決による契約内容の変更を自由に書くこと
ができること、その契約の自由を一定の範囲
で制約したのが商法の社債権者集会の規定だと
理解すれば、準拠法が日本法の場合に適用すれ
ば足り、公法と考えるべきではないようにも思
われる(注七一)。他方、社債権者集会制度に
は、多数決で債権の額の減免をするという側面
があることから、倒産手続に似た規制を置いて
おり、この種の規制を社債の社債発行地におけ
る公法的性格の規定として属地的に適用される
べきものとみる立場もある(注七二)。(抵触法
的な意味での)公法か否かは、抽象的にいえば、
当該問題の規律に国家的関心がどれだけ強い
かということが決まるのであるが、どうい
種類・性格の投資家保護について、そういうこと
がいえるのかということについては、今後より
理論的に分析される必要がある。

3 証券取引法の中の私法的規定

逆に、一般的には公法と思われている証券取
引法の中に、本来、(抵触法的な意味で)私
法的な性格を有するものが混在しているように
思われる。

(1) 議決権の代理行使に関する規制

たとえば、証券取引法一九四条およびそれに
基づいて制定された「上場株式の議決権の代理
行使の勧誘に関する内閣府令」によつて、上場
株式の議決権の代理行使の勧誘が規制されて
いる。しかし、この規制については、代替的な制
度(書面投票)が商法特例法に規定されたこと
からも分かるように、株主総会における議決権
行使の公正を確保するための制度である。こう
いった事項は、本来は法人の従属法によつて規
律されるべき問題ではないかと思われる(注七
三)。

(2) 公開買付けに関する規制

公開買付けについてもやはり似た問題があ
る。証券取引法に規定されている公開買付けに
関連する規制は、一般的には市場法的な性格を
有する公法であると思われている(注七四)。し
かし公開買付けについてもい
るようなルールが存在し、慎重な検討が必要で
ある。

たとえば、証券取引法は一定数量以上の株式
を取得する場合に市場買付けが公開買付けを強
制する(証券法二七条の二)。この規制の目的の
一つは、いわゆる支配権プレミアム的一般株主
への平等な分配にあるが(注七五)、この問題
は、支配株主と少数株主間の利害調整という典
型的な組織法的な性格を持つものである(注七
六)。公開買付けに関するルール一般について
どのように性格づけるべきかともかく(注七
七)、少なくともこういう問題については本
来は会社の従属法によつて規律されるのが筋で
はないかと思われる。

五 実質法上の諸問題

1 総説

渉外的な側面を有する行為に日本法が適用される場合―それは準拠法選択の結果そうなる場合もあれば(三参照)、準拠法と無関係に当然に適用される場合(四参照)もある―、わが国の商法等がどのように規律しているかという実質法上の問題がある(もとより、外国法が準拠法となる場合には、当該外国法の解釈が問題であるが、ここではこの点は立ち入らない)。たとえば、外国会社の行為をどのように日本の商法が規律しているかといった点を検討しなくてはならない。従来、商法中の「会社」、「子会社」といった語は外国会社を含まないと一般的に説く見解がないでもなかったが(注七八)、そのように単純に割り切ることにはできない(注七九)。たとえば、商法二七六条は、監査役が子会社の取締役・支配人その他の使用人、子会社の執行役を兼任することを禁止するが、ここでいう子会社が外国子会社を含むことは、条文の性格上当然だと思われる(注八〇)。(社外取締役)についても同様の問題がある(商法一八八条二項七号ノ二参照)。今後、商法的一条一条の条文に即して、実質的に、「会社」、「子会社」等の語は外国会社を含むかといった検討がなされなくてはならないであろう。

2 実質法の解釈が問題となる諸局面… その1 比較的形式的な問題

日本の商法を外国の会社に適用するとすれば、細かな条文の読替えや解釈論の工夫が必要となる事項が少なくない。たとえば、1で述べた監査役の海外子会社取締役との兼任禁止についていえば、アメリカの「取締役(Tirector)」は、実質的には兼任の禁止されていない監査役に相当するもので、二七六条にいう「子会社の取締役」には該当しないのではないかといった点である(注八二)。

別の例を挙げると、四二(2)で触れた社債管理会社について、仮に海外市場で発行された社債についても社債管理会社の設置強制的規定が適用されるとした場合(注八二)、商法二九七条ノ二の資格要件をそのまま適用すると、日本の銀行がわざわざ外国市場における社債の管理をしなければならなくなるのかということになる。そこで、諸外国における機能的等価物で足りるかといったことが問題となる(注八三)。また、四二(3)で触れた社債権者集会の例でも、外国会社の発行する社債について日本法が適用されるとすれば、外国で行われる社債権者集会に商法の規定(裁判所の認可等)をどう解釈し適用するかといった問題がでてくる。「実質的に類似の権能を有する国家機関の行為」をもつて日本法上も有効な承認と解する(注八四)。あるいは海外で開かれる社債権者集会について日本の裁判所に認可等の管轄を認める(注八五)といった工夫が必要となる。

3 実質法の解釈が問題となる諸局面… その2 会社法の基本的価値判断が問題となる問題

他方、より根本的なところで、わが国の商法の立場が問われるような問題もある。外国会社との合併や株式交換の許否がその例である。国際的企業再編に関する抵触法上の問題については、すでに説明した。しかし、仮に国際的企業再編の要件・手続について、いわゆる配分的適用という考え方をとるとしても、わが国の商法が国際的企業再編を許容しているかどうか、別途検討しなければならない問題である。合併を例にとつて説明しよう。仮に消滅会社が日本法人で存続会社が外国会社となる合併を想定しよう。このような合併を日本の実質法(商法)が認めているかどうかを考える際には、合併に反対の少数の株主に対して、どのような形で救済が与えられるかということを考える必要がある。

この点、たとえば組織再編においては株式買取請求権を認め、離脱の自由を保障している以上、この程度の不利益は問題ないと割り切る考え方もありうる(注八六)。筆者自身(株式買取請求権や合併無効の訴えの専属管轄に関する解釈論的な工夫を前提に)このような割り切りが可能ではないかと考えているが、しかし、この点はかなり微妙な価値判断を伴うことだけは留意する必要がある。というのも株式買取請求権は株主の救済として不十分な面があることは多くの学説が認めるところである。たとえば、

六 むすび ― 国際会社法研究の意義

本稿で行ったことは、概括的な問題点の紹介にすぎないが、国際会社法が大きな広がりを持つ問題領域であるということ、この領域がまだまだ多くの検討課題を持つこと、そしてそれらを解明することが実務的にも強く求められていることだけは示せたと思う。しかし国際会社法研究は、先端的な実務の要請に応えるために必要な特殊な応用科目では決してない。むしろ、国際会社法という領域が、実質法(会社法)の研究との関係でも、大きな学問的示唆を与えることはいくら強調しても強調しすぎることはない。まず何とんでも、抵触法上の問題の検討を通じて、実質法上のさまざまな法律関係や条文の性格がより明確に認識されるようになる。たとえば、会社組織をめぐる法律関係の抵触法上の性質決定という作業は、漠然と「組織法的行為」等と理解していた日本法上の制度の性格を改めて機能的に分析・整理し直すことを要求するものであり、実質法の研究にとつても非常に有益な作業である。また実質法上の問題として、たとえば国際的な合併の可否といった極限的な問題を検討することで、そもそも日本の商法は、資本多数決でできることの限界としてどのようなことを想定しているのか、株主や債権者の保護の程度と手法としてはどのようなものを予定しているのかということ、改めて問い直す契機にもなる。注目すべき研究も次第に蓄積されつつあるもの、いまだ未開拓な領域

の研究の質・量が増大することが望まれる。

(注四四) 前田庸「会社法入門(第八版)」(有斐閣、二〇〇二年)五八五頁。
(注四五) 早川・問題の所在・前掲(注一一)二八頁参照。
(注四六) 早川・問題の所在・前掲(注一一)三一頁。
(注四七) 落合・前掲(注一一)三八頁以下、江頭・前掲(注一一)一三八頁以下、早川・問題の所在・前掲(注一一)三二頁以下。ただしこゝういう考え方に對して異論がないわけではない。ワークショップ(前)・前掲(注一一)三六一―三八頁の議論を参照。
(注四八) 落合・前掲(注一一)三九頁は、合併契約書の記載事項については合併当事会社の従属法の要件が累積的に適用されるとする。これに対し、早川・問題の所在・前掲(注一一)三二―三三頁、松井・前掲(注一一)四五―四六頁は、この点についても配分的適用を徹底することが可能だとする。いずれかの会社の従属法上の要件を満たさない場合には、いずれにせよ合併契約は不法法となるので両説の差が生じる場面は必ずしも多くないが、次のような場合は、興味深い違いをもたらす。消滅会社株主に与えられる対価として日本法のものでは現金のみによることはできないというものが多数説であるが、これを認める国もある(たとえば、アメリカの多くの州法)。この場合、合併契約書に消滅会社株主に現金を交付すると記載したとする。累積的適用説をとると、このような記載は当然に無効で合併はできないことになる。これに対して、配分的適用を徹底する考え方からは、合併の対価としてどのようなものが許されるか

合併自体は賛成だが合併比率が著しく不当だという種類の不満は、「承認ノ決議ナカリセバ其ノ有スベカリシ公正ナル価格」(商法四〇八条ノ三)での株式の買取りでは救済されない。合併比率が著しく不当な場合には合併無効原因となるという学説が少なくないひとつの理由はここにある(注八七)。特に、商法の規定をそのまま適用すると、外国会社を存続会社とする国際合併の場合には合併無効の訴えが提起できなくなりそうであるが(注八八)、そらだとすれば株式買取請求権による救済の不十分さが一層問題となる。このような点を強調すれば、不満がある株主は買取請求権による保護があるということでも不思議ではない(注八九)。さらに、日本の登記所が、外国での合併手続が適正になされたことについて、書面による審査の体制を整えていざいざを問題視する立場もある(注九〇)。いずれにせよ、この問題は、わが国の現行法は、企業再編に関して反対する株主の利益をどの範囲で保護しているか、再編の条件や手続の公正をどのよう手段で担保しようとしているのかという会社法の根本にかかわる話であり、株式買取請求権制度の持つ救済としての限界や、その運用実態をも踏まえつつ、さらには企業再編の対価の柔軟化やいわゆるスライズ・アウトの可否に関する議論等とも平仄を合わせて検討する必要がある。

の研究の質・量が増大することが望まれる。

は、消滅会社の従属法がもつとも関連を有する法であるとするれば、たとえば消滅会社が日本人、存続会社がデラウェア州法人の場合、合併対価を現金とする合併契約は無効であるが、逆に消滅会社がデラウェア州法人、存続会社が日本人法人であれば、このような合併契約も許される」といった議論が可能になる(松井・前掲(注二)四五一四六頁)。

(注四九) なお、ワークショップ(下)・前掲(注一)三三三三四頁の議論を参照。
(注五〇) 合併との関係で二重譲渡類似の関係が生じ対抗要件が問題となるのは、合併期日後に消滅会社の代表者が第三者に対して債権を譲渡した場合である(江頭・前掲(注三九)六三六頁注五)。ちなみに、合併による債権の移転について、民法四六八条の対抗要件を具備する必要がないとするのがわが国の判例である(大判昭和二年四月二日民集一六卷四八七頁)。
(注五一) ワークショップ(下)・前掲(注一一)二八頁「早川発言」は、合併による物権変動について、物権準拠法の問題だとする。

(注五二) 江頭・前掲(注三九)七〇一頁注五は、「外国法を準拠法とする債権・債務・外国に所在する動産・不動産等も、会社の分割の場合には、設立・合併の場合に準じて会社の従属法が適用され、分割手続に従い設立会社・承継会社に承継させることができる」と解すべきである」とする。他方、「もつとも、不動産所在地等の裁判所がその承継を認めるか否かは、別問題である」とする。
(注五三) 高桑・前掲(注三八)三七頁は、株式交換に関して「一方の会社の属人法でこのような制度を有していないならば、他方の会社の属人法にその制度がある」とする。

理会社は設置しなくてよいのかという疑問が出てくる。あるいは、この立場も、そのような濫用的なものについては当事者自治を制約して客観的連結を貫くものかもしれないが、それならばむしろ、社債管理会社の規定は公法的規律で準拠法選択に左右されないと考えたほうが自然のようにも思われる。
(注六四) 江頭・前掲(注一一)一四四頁、道垣内・前掲(注九)一五七頁、高桑・前掲(注三八)五三二五四頁、石黒・管理会社(下)・前掲(注七)六四頁。
(注六五) 江頭・前掲(注一一)一四四頁、道垣内・前掲(注九)一五七頁、高桑・前掲(注三八)五三二五四頁。
(注六六) 石黒・管理会社(下)・前掲(注七)六四頁。
(注六七) 江頭・前掲(注一一)一四四頁。
(注六八) 「座談会」企業金融の変遷と法規制のあり方(ジュリスト一〇七二二二二七頁)。
(注六九) 古くは、岡本・前掲(注二)三九頁、龍田・前掲(注二)二二二四頁等。より新しいものとして、石黒・KEPCO(下)・前掲(注七)三二頁以下、江頭・前掲(注一一)一四二頁等。
(注七〇) 江頭・前掲(注一一)一四四頁。
(注七一) 江頭・前掲(注一一)一四四頁。
(注七二) 高桑・前掲(注三八)四七頁。
(注七三) 龍田・前掲(注二)一一頁。
(注七四) もつとも、このような性格づけは必ずしも普遍的なものではなく、たとえばヨーロッパ(たとえばイギリス)においては、公開買付けをめぐる諸ルールは会社法的な性格づけがな

人法にそのような制度があるとしても、株式交換による親子会社は成立しない」とする。山田・前掲(注一四)二二二頁は、合併について、「国際私法上は、各会社の従属法上、合併の制度が存在し、それぞれの要件および手続を満たしている場合には、国際的合併を認めてよい」とする。
(注五四) ワークショップ(下)・前掲(注一一)三八三九頁。
(注五五) 江頭・前掲(注一一)一四六頁注七は、「B社の従属法で定める手続は、日本の株式交換において完全親会社となる会社に要求される合併類似の組織法的新株発行手続である可能性もあれば、現物(A社株式)出資に対する新株発行という取引法的手続である可能性もある」と(筆者注)。A社は完全子会社となる日本法人、B社は完全親会社となる外国法人」とし、本文で述べた立場をとるものと思われる。なお、松井・前掲(注一一)四八四九頁は、一方の従属法上、株式交換制度がない場合には、三角合併を利用して同様の効果を達成しようとする。

この点については、ワークショップ(下)・前掲(注一一)一三頁、ワークショップ(下)・前掲(注一一)三九頁参照。
(注五六) ただし、いわゆる人的分割については、デラウェア州法上、相手会社の財産を承継しつつ、新株を相手会社株主に直接分配する手段があるかどうかは、はっきりしない(アメリカで人的分割に相当する企業再編を行う場合には、譲渡会社の側の財産分配手続等を利用して株主への分割対価の割当てを行うことが多い)。
(注五七) 「公法」という呼び名はややミスリディングかもしれないが(実質法上の公法概念

され、ルールの適用の仕方としても、ターゲット会社の従属法によって規律されるという発想が強い)である。株式公開買付けの位置づけについては、浜田道代「国際的な株式公開買付けを巡る法的問題」証券研究一〇二巻七三頁(一九九二年)参照。
(注七五) 龍田節「証券取引法I」(有斐閣、一九九四年)二二七頁、近藤光男「吉原和志」黒沼悦郎「証券取引法入門(新訂第二版)」(商事法務、二〇〇三年)二九頁参照。
(注七六) この問題については、前田雅弘「支配株式の譲渡と株式売却の機会均等」法学論叢一一五巻四・五・六号(一九八四年)参照。
(注七七) 浜田・前掲(注七四)一一五一一七頁は、一般的に「国境を超える株式公開買付けに公開買付け規制を適用するに際しては、法人従属法の原則が支配する会社法的発想に基づいて問題を処理することが、合理的であり、簡明である」とする。
(注七八) たとえば、田代有嗣「海外子会社は商法上の子会社か」月刊監査役一九九号(一九八二年)。
(注七九) 江頭・前掲(注三九)七四六頁。
(注八〇) 龍田・前掲(注八)三〇九頁。ただし、田代有嗣「吉田田敷」海外子会社の法律と税務(商事法務研究会、一九八九年)一四二頁は反対。なお、加藤勝郎「監査役が海外子会社の取締役等を兼任することの可否」本誌一〇八九号三四頁(一九八六年)参照。
(注八一) 田代「吉田田・前掲(注八〇)一四五頁以下は、こういう「相当厄介な問題」が生じることをもって商法にいう「子会社」には海外子会社は含まない」と解する理由の一つとしてあ

との混同が生じやすい)、この問題を論ずる多くの論者の用語法(道垣内・前掲(注九)一五三頁以下、高桑・前掲(注三八)四七頁以下、江頭・前掲(注一一)一四〇頁以下)に従うことにする。(注一一)のような性質のルールの呼び方は、必ずしも統一されていないようである。たとえば、石黒・新世社・前掲(注一四)四六頁以下や龍田節「証券取引法の域外適用」国際経済法規二二二頁(一九九三年)は、「絶対的強行法規」という表現を用いる。
(注五八) 龍田・前掲(注二)二二二頁、道垣内・前掲(注九)一五六頁、高桑・前掲(注三八)四八頁。
(注五九) たとえば、日本の会社がイギリス法を準拠法としてユーロ市場で発行する場合であっても、日本の商法上発行が許されていない種類の社債を発行することはできない。高桑・前掲(注三八)四八頁は、これに加えて、社債契約の準拠法の規律も同時に及ぶとする。

(注六〇) 道垣内・前掲(注九)一五八頁。ただし、二九九条の社債の金額の規律は、社債権者集会における議決権の算定にも関係して約る。もし社債権者集会の規律について社債契約の準拠法によるという立場をとらないとすれば(後述四二(3))、二九九条についても慎重に検討する必要がある。
(注六一) 江頭・前掲(注一一)一四五頁参照(注六二)につき、「抵触法上も、公法のアプローチになじむ事項が相当存在する可能性がある」とする。
(注六三) 原田・(下)・前掲(注七)一〇頁。
(注六四) この立場だと、逆に日本国内での募集であっても外国法を準拠法にしておけば社債管

理される。しかし、この種の解釈問題は国際的な法適用では多かれ少なかれ起る問題であって、このことから「子会社」は海外子会社を含まない」とすることで問題を回避するような解釈をとるべきではない。
(注八二) 社債契約の準拠法によるという立場だとそのような事態が生じよう。
(注八三) 原田・(下)・前掲(注七)一〇頁。
(注八四) 原田・(下)・前掲(注七)一一頁。
(注八五) 江頭・前掲(注一一)一四三頁。
(注八六) 江頭・前掲(注一一)一四七頁注14。
(注八七) この点に関する代表的文献として、龍田節「合併の公正維持」法学論叢八二巻二二三四号二六二頁、特に二七六―二八〇頁参照。
(注八八) 合併無効の訴えの専属管轄は、存続会社、新設会社の本店所在地の地方裁判所である(四一五条三項による)一〇五条の準用)。なお株式交換について、「座談会」株式交換・株式移転―制度の活用について(ジュリスト一一六号一二二頁(江頭発言))一九九九年)参照。ただし、二二頁(江頭発言)は消滅会社の本店所在地で合併無効の訴えを提起できるとする立場もある(早川・結語・前掲(注一一)一一二頁以下)。
(注八九) なお落合・前掲(注一一)四〇頁以下は、このような問題を、合併の承認の多数決要件の変更、消滅会社の取締役の責任その他の手段で対応すればよいとする。しかし、果たして解釈論としてこのような工夫が可能かどうかは検討を要する。
(注九〇) 龍田・前掲(注八)三二七頁。(ふじた・ともたか

は、消滅会社の従属法がもつとも関連を有する法であるとするれば、たとえば消滅会社が日本人、存続会社がデラウェア州法人の場合、合併対価を現金とする合併契約は無効であるが、逆に消滅会社がデラウェア州法人、存続会社が日本人法人であれば、このような合併契約も許される」といった議論が可能になる(松井・前掲(注二)四五一四六頁)。

人法にそのような制度があるとしても、株式交換による親子会社は成立しない」とする。山田・前掲(注一四)二二二頁は、合併について、「国際私法上は、各会社の従属法上、合併の制度が存在し、それぞれの要件および手続を満たしている場合には、国際的合併を認めてよい」とする。
(注五四) ワークショップ(下)・前掲(注一一)三八三九頁。
(注五五) 江頭・前掲(注一一)一四六頁注七は、「B社の従属法で定める手続は、日本の株式交換において完全親会社となる会社に要求される合併類似の組織法的新株発行手続である可能性もあれば、現物(A社株式)出資に対する新株発行という取引法的手続である可能性もある」と(筆者注)。A社は完全子会社となる日本法人、B社は完全親会社となる外国法人」とし、本文で述べた立場をとるものと思われる。なお、松井・前掲(注一一)四八四九頁は、一方の従属法上、株式交換制度がない場合には、三角合併を利用して同様の効果を達成しようとする。

この点については、ワークショップ(下)・前掲(注一一)一三頁、ワークショップ(下)・前掲(注一一)三九頁参照。
(注五六) ただし、いわゆる人的分割については、デラウェア州法上、相手会社の財産を承継しつつ、新株を相手会社株主に直接分配する手段があるかどうかは、はっきりしない(アメリカで人的分割に相当する企業再編を行う場合には、譲渡会社の側の財産分配手続等を利用して株主への分割対価の割当てを行うことが多い)。
(注五七) 「公法」という呼び名はややミスリディングかもしれないが(実質法上の公法概念