

外國會社に關する諸問題

——わが國法上の地位——

岡 本 善 八

- 一、はしがき
- 二、準據法主義についての疑問點
- 三、認許と取引保護
- 四、監督規定についての若干の疑問

一

外國會社の法律上の問題は、これを大別して法人の屬人法の問題と外國法人の實質法上の地位の問題の二つに分れるが、後者は更に外國法人の認許の問題と外國法人又は外國會社の國家的監督の問題に區別せられる。この法人の屬人法・外國法人の認許・外國法人又は會社の國家的監督という問題は、その第一のものは、内外私法の適用範圍を定むることを目的とする純然たる國際私法の問題に屬し、第二の問題は外國人の法律上の地位を定める法律である外人法(Fremdenrecht)に關する基本的な問題であり、國際私法とはその根本を異にする國內實質法の性質をもつが、國際私法と密接な關連がある。又第三の問題は、より國內的公共利益が國內私法との關連に於て顧慮せられるべき問題であると共に、その監督が內國會社に對する監督規定を借用しつゝ規定せられることが多く、形式的にも民商法典に收められるものであるから、內國會社法の規定の考察と密接な交渉を保つべき問題である。かくの如く考えると、そ

の取扱う問題點によつて或は内國會社法的色彩を、或はより國際私法的色彩をもつことがあるけれども、外國會社の法律上の問題はそれらの綜合的理解によつて初めて具體的な姿を充分にとらえ得るものと考えられねばならない。この點が現在に於て外國會社の研究に若干の困難を感じしめる一の理由なのである。

外國會社の法律上の地位については、すでにわが改正商法における問題點を通じてアメリカ外國會社法を考察し、又ロシヤ會社の亡命時における問題點の所在についてさゝやかな紹介を試みたが、いづれもその問題の視點が特殊・側面的であり、その思索もその後足らざる點があることが考えられたので、こゝにわが國における外國會社の法律上の地位を、前述の問題を考慮しつつ究明しようとするのが小稿の目的である。

二

わが國において、外國會社の具體的な法律的活動が問題となる場合には、その活動の面からみて、(イ)例えば外國會社が、アメリカにおいて日本商社又はその他の外國會社と賣買契約を締結し、あるいは通信により日本商社と賣買契約を締結する場合の如く、その法的活動が日本國外においてなされる場合と、(ロ)その代理人又は代表者が日本に駐在して賣買を行う場合の如く、國內において活動する場合とがあるが、前者は概ね外國會社の屬人法の問題であり、後者は概ね外人法の問題であるといひ得る。又その主體の面よりこれをみるならば、(a)法人格を有する社團、(b)權利能力なき社團、(c)債權關係の組合、の三つの場合を豫想し得るが、通常最も問題となるのはその第一のものである。

右にのべた如き活動についての何れの場合であるかを問わず、まず最初に採り上げるべき問題は、一の團體の法的な性質を決定するのは何れの國の法によるべきかという問題である。かゝる問題を論ずるに當つては、先づ右にのべた團體のうち法人格をもつ社團を手懸りとして論ぜられるのが通常である。ここにおいてもその例に従う。この問題

は、通常わが法例には何らの明文の規定がなく條理により決定すべき事柄であると說かれ、周知の如く學說はこの點について分れてゐる。

住所地法說《Sitz theorie》は、法人の住所地の法を以てその團體固有の法律關係を決するものであるが、これについては更に分れ、そのうち營業中心地說は、法人の主たる事務所と營業中心地の所在が異なるときは、會社の住所は營業中心地にあるものと說くものであり、これに對し本店所在地說は、法人の住所は業務執行の中心たる事務所の所在地にあるとするもので、定款記載の本店を以て業務執行地とする說と現實的な業務執行地を以て業務執行地とするものとに分れる。一般に住所地法說と呼ばれる時は後者をさす。この住所地に對する有力學說は準據法說《Gründungstheorie》である。これは、法人は法規により特に授與せられた統一性であるから設立の際準據した法によつて、權利能力その他の團體に關する法律關係を決すべしとするものである。

わが國において住所地法說を支持する有力學說は、その理由を次の如く說かれる。すなわち、外國で發生した生活關係がわが國法の立場からみて法上有効なものであるためには、その國際私法上準據すべき法律に依つたものでなければならぬ。わが國が如何なる外國の法律に準據した生活關係も、すべてこれを法上有効なものとして認めるというのは、わが法例が、例えば「物權ハ其目的物ノ所在地法ニ依ル」（法例一〇條）というように、各種の法律關係に付て夫々國際私法の法理に則つて準據すべき法律を指定しているのと矛盾する。

この意味に於てひとり法人の設立についてのみは如何なる外國の法律に依つたものであつても、わが國法上は之を有効と認めるとの態度をわが國法が採用しているのと斷定することは承認し難い。それ故に準據法說は正當となし難いとせられる。次にこの場合の如く國際私法の條規自身に依據すべき規準を見出し得ないときは、問題となる法律關係の性質を定めるために規準とすべきものは、わが國の實質私法でなければならぬが、わが國の立法者は、日本法人を設立するには、わが國に主たる事務所（又は本店）を置き、そこで登記するものとして居ることよりして（日民四

日商五七條）、國法一體の原則からして、一般に法人の成立を支配すべき法律は法人の主たる事務所の所在地（法人の住所⁽¹⁾）の法でなければならぬとの國際私法の法理を歸納せられる。

右の所論は二つの理由により基礎付けられるが、この點につき筆者の疑問とするところは次の如きである。先づ後の點については、國際私法もわが國法たる以上わが日本民商法の規定と矛盾抵觸する精神の下に立法せられる筈はないのであるが、然しそれはどこまでも抵觸規定たるの地位を保ちつつ調和するのであるから、法廷地法たるわが民商法上の概念が默示的に國際私法上の概念を示唆する時は格別ではあるが、實質法上の觀念によつて直ちに連結點を求めることには若干の躊躇を感じざるを得ない。次に前の點については、筆者の理解するところでは、わが法例は一定の連結點によつて準據すべき法律を指定しているという態度をとっているが、準據法説においては何らかゝる連結點が存在していないという點に批判の眼目があるものと考えられる。從來準據法説を支持する所論は、社團または財團が法人格を與えられ、權利主體として認められるのは、結局いづれかの國の法律によるものであるから、法人の一般的權利能力の準據法は設立に際して準據した法律であるといわねばならない、という如く説かれていたのであるが、然し一定の事實に對して法的な効果が付與されるのは結局いづれかの國の法律によるものであるということは、必ずしもこの場合のように一定の團體に對して法人格という法的な効果が付與される場合のみに限らないのであつて、およそ法的効果はいづれかの法によるものである。従つてこの事からは當然には法人の一般的權利能力の準據法は設立に際し準據した法であるべきとする結論はでてこないから、前述の批判はこの點については當つていると考えられる。

然しそのことの故に準據法説が結論的に排斥せらるべきかという點については問題が残る。その第一の點は、すでにふれた如くわが國における住所地法説が、民法第四五條及び商法五七條を論據とせられる點である。これらの規定はいづれも、日本法上法人を設立するには、わが國に主たる事務所又は本店を置き、そこで登記することを要求して

いるのであるけれども、然しこの規定は、別段の定めない限り、日本法上の法人として認められるためには、國內に事務所を置くことが必要であるというに止まり、逆に國內に事務所を置く社團に對して外國法が法人格を附與することを否認するという程の強い主張を定めたものではない。従つてこれは國際私法を意識した實質法の規定でなく、かゝる國際私法を意識した實質法上の規定としては、むしろ商法四七九條第三項が注目せられるべきである。そこでは外國會社の營業所設置については、會社設立の準據法をも登記すべきことを要求しているが、わが國際私法上準據主義を採用しないものとすれば、かかる登記は全く無用であるからである。更にまた商法四八二條は、日本に本店を設ける會社は外國に於て設立するものでも、日本に於て設立する會社と同一の規定に従うことを要求しているが、これも準據法主義を前提とせずしては理解し得ない規定である。

第二の點は、かくの如くわが國法上準據法主義を採るものと認め得るとしても、その事自體は、わが國際私法が原則として連絡點によつて準據法を指定している態度に矛盾するのではないかという點が問題となると共に、法人の人格の存否は法人の屬人法によるという如き通常用いられる表現が許されるか、との點に疑問が感ぜられる。準據説法は法人が設立に當つて準據した國法をその屬人法とすることを主張するのであるが、然しこの「法人が」という表現における法人たるか否かは牴觸規定により指定せられた法により始めて決せられる所であるから、論理的にはその社會學的實體たる「社團、財團又は組合が」という意味であることは當然である。更にまた「設立に當つて」という表現は本來「設立せられるに當つて」ということであるから、その主體は自然人であるべきであり、従つて準據法説の眞意は、人が社團、財團又は組合を設立するに當り、その社團又は財團又は組合に固有の法律關係の效果は、その設立行為を決すべき法を指定する設立當事者間の意思により決せられることを主張するものと解せざるを得ない。そうしてかゝる準據意思に對應する法において、かゝる一連の設立行為により形成せられる社團財團又は組合に法人格ありと認めるときは、その法人たることが決せられる譯である。現在の法制では、平面的靜的に社團、財團又は組合に對し

て法人格を付與するのでなく、動的に設立行爲との必至的關連に於てこれに法人格を付與しているのであるから、かかる設立行爲の法律的性質が正にこの問題の中核的な點であるといわねばならない。

ところで團體の設立行爲に關し、先づかゝる設立行爲の對象が組合である場合に於ては、從來この點に關して余り研究は存しないが、法例第七條が適用せられ得るものと解せられる。而らば、次に法人格をもつか否かはさておき、およそ社團を設立せんとする行爲に法例第七條は適用せられ得ないであらうか。私見によればもし少くとも住所地法説を排斥する限り、當事者自治を否定すべき理由はないのであるし、社團設立行爲が合同行爲として單なる債權契約と區別さるべきであるとしても、これに關する特則はないのであるから、契約に關する理論を適用しかく解するのが妥當であると考えられる。⁽³⁾

もとより當事者が契約の締結に當つて指定した法によつて無効となることがあり得る如く、かゝる社團設立行爲においてそれが指定せる法の要件を備えないことにより無効となることはあり得る。

いうまでもなくわが法例第七條第一項は「法律行爲ノ成立及ヒ効力ニ付テハ當事者ノ意思ニ從ヒ其何レノ國ノ法律ニ依ルベキカヲ定ム」として當事者自治原則を掲げ、⁽⁴⁾その第二項は「當事者ノ意思カ分明ナラサルトキハ行爲地法ニ依ル」として補充的に行爲地法主義を採用している。この第一項における「當事者ノ意思」は一般の法律行爲の場合と同じく默示の指定をもこれに包含せしむべきものであり、諸般の事情よりこれを推測すべきであるが、通常社團又は財團設立においては届出又は許可等の手續をふむことが多いから、何れの國家機關に對してこれがなされたかにより準據の默示意思をさぐることは容易であり、かゝる國家機關に對する手續が存在しない組合等においてはその主たる事務所の所在地を以て當事者の意思を推定するが妥當である。従つて第二項の適用せられる餘地は殆んどなく、又設立行爲は一連の行爲を包括する觀念であるから第二項を適用することは困難であるという事情からしても、設立行爲に關する限り適用せられないものと解すべきである。

右に述べた所は要するに、およそ法人たると否とを問わず、すべて團體はこれを設立行爲に著目してその法的性格を決すべきことを主張するものである。これは特に法人の國籍の如何によりその權利能力を決しようとする傳統的な學說に若干の修正を加うるることとなる。すなわち、前述の理論に對しては、同じ權利能力の問題について、自然人については本國法によりこれを決するに對し、法人に對してはその設立行爲の準據意思によつてこれを決するといふ取扱ひの差異について、その不調和が難ぜられるかも知れない。然しかゝる見解は法人の「人」たる表現にとらわれ、權利能力を餘りに平面に解している。即ち自然人に關する權利能力は、生命ある人間の價值と不即不難の關係において附與せられるものであるに對し、法人に關する權利能力は、一の組織の對外部的關係を顧慮する便宜的な觀念であるにすぎないのであることを看過している。要するに法人格を有するとは、一定の法律要件に従つて自然人以外の社會的實體に對し權利能力及び行爲能力を附するということに止まるのであつて、團體設立により生ずる諸種の法律關係のうちの對外部的表現のための法律技術であるにすぎない⁽⁶⁾。尤も各國の實質法の建前としては、ドイツ商法第一二四條「合名會社ハ、其商號ノ下ニ、權利義務ヲ有シ、土地ニ付キ所有權及ビ其他ノ物權ヲ取得シ、裁判所ニ訴ヘ又ハ訴ヘラルルコトヲ得」と如く、ここにいう法人たると同一の權能を付與せられるにも拘らず、法人と稱せられることはあり得る。然しこれは、人的結合に法人格を附與せられるが爲には、その實體が社團であることを要するとする實質法の建前によるのであつて、國際私法上の法人概念は、もとよりその國の國際私法の獨自の觀點に立つてこれを解釋すべきことはいふまでもないが、具體的な解釋方法としては、社團法人、財團法人、又は相續財産に關する法人等、諸般の觀念を考慮し、且つ内外牴觸規定及び實質法を參照し決定すべきものであるから、實質法における法人の觀念より更に抽象化された、いわば最大公約數的なものによるという解釋方法の相異に基くものに外ならない。

以上の所論は、要するにその意圖の最初は、組合又は權利能力なき社團に關する諸般の法律關係は何れにその準據法を求むべきかという點にあつたのであるが、その結果としておのづから法人についても右の所論の如く説くことが

合理的であると考えるに至つたものであり、それがそれらの問題を一舉に解決する所以であると考えるものである。もとより論點を盡していない點も多く、大方の御批判を乞ふ次第である。

(1) 川上・「外國法人の私法上の地位」、私法第三卷、一一九頁。

(2) 江川・「國際私法」昭和二五年、一七三頁。久保・「國際私法概論」昭和二五年、一三一頁。實方・「國際私法概論」昭和七年、一四七頁。

(3) 社團についても、組合と同様の取扱いをなし得るか否かについては若干の問題が生ずるが、この點については、國歲・「株式會社、登記前後」、竹田先生古稀記念論文集、一一五頁以下。

(4) 實方・「國際私法上に於ける當事者自治の原則」、法學一卷九號乃至一二號。田中(耕)・「世界法の理論」、昭和八年、第二卷四一〇頁以下。

(5) 尤も法人における、行爲能力と權利能力の區別が本來無意味である點については、服部・「合手制と民法の組合」、同志社法學、第八號六六頁。

(6) 松田・「株式會社法の基礎理論」一一五—一二二頁。鈴木・「會社の社團法人性」、松本先生古稀記念論文集、六二頁。

R. S. Stevens, Handbook on the law of private Corporations, 1949, p. 19.

三

右にのべた國際私法の理論が承認せられるべきものとすれば、外國法人はその設立に當つて準據せられた法に従つて有効に設立せられた限り、その成立はわが國においても法上承認せられるべきものである。然るにわが民法三六條第一項本文は、「外國法人ハ國、國ノ行政區別及ビ商事會社ヲ除ク外其成立ヲ認許セス」として、認許という觀念を用いている。この認許の理解の仕方には三つの態度が考えられる。その第一のものは、一國の法人法は本來屬地的な法であるから、他國ではその國の特別の承認を俟つて始めて法上存在するという民法起草者の考え方である。⁽¹⁾その第二のものは、屬人法を認めつつも現在の法制の下にあつては外國人が內國法域に於て當然に法的主體として存在し得ないが故に認許を必要とすると考える態度である。⁽²⁾第三のものは、權利能力自體については屬人法により決せられる

が、然し内國において法人として活動することを認められるか否かは別の問題であり、この活動の規制の手段として法人格の認許が必要であるとする考え方である。^(三)

第一の説は、今日の各國の國際私法の立法の現況及び現在の國際取引の實際からみるも妥當を缺くものであり、又前述の如く法人を設立行爲に對する法上の効果とみるときは、例えば國際私法上生ずる契約の法上の効果が法例第七條により承認せられざるを得ないと同様の意味において、外國法上法人と認められた法上の効果はわが國で否認することを得ないという見解から、これを容認することを得ない。また第二の説は、例えば、「現在の法制の下にありては、外國法人が内國法域に於て當然に法的主體として存在し得る譯には行かない。併し社團又は財團の活動や業務が萬民的となり來れる爲に、之を内國に於ても權利主體として認むると同時に適當なる監督を加へざれば甚だしき不都合を生ずる。是、外國法人認許制度の存在理由である」と説かれる。然しながらこの場合の「現在の法制」とは、民法の認許制度がなければということ为前提としているものと考えから、現在のわが國際私法の下においては、外國法人が内國法域に於て當然に法的主體として存在し得る譯にはゆかないから、特に認許が必要であると主張されるものと解せられるが、何故に國際私法上外國法人が内國法域に於て當然に法的主體となり得ないかという點が明らかでない。そこで第三七條の規定の目的を、外國公法人や公益法人は、わが國ではその存立の目的たる公的事業や公共的活動を當然にはなし得ないことを主張することに求める第三説が妥當であると考える。

従つて民法第三七條第一項の趣旨は、外國法人はその屬人法により法人格が付與せられた場合は、當然に國際私法の原則に従つて國內に於ても法人格を認むべきものであるが、一定の法人についてはわが公益維持の見地からその法人格の否認という方法を通じてその活動を禁止する趣旨と解せられる。かかる趣旨に基いて以下本條の若干の概念について検討することとする。

その第一のものは、ここに「商事會社」とはいかなるものを意味するか。通説は、わが商法第五二條を顧慮し、こ

れを商業以外の營利行爲を業とする民事會社と對比せしめて、商行爲を業とする社團法人のみがこゝにいう商事會社であると解しているようである。⁽⁴⁾然し私見によれば、ここに「商事會社」とは、ひろく營利を目的とする社團法人と解すべきが妥當である。その根據は、民法第三五條・商法會社篇及び有限會社法においては、商事會社たると民事會社たるとにより法上の取扱において何ら差別を設けていないことにある。わが國內實質法が兩者を實質的に同様のものとして取扱う以上、外國營利社團が商行爲を業とするか否かにより法人格の認否という重大な問題について取扱を異にするは、一國により成立した法人格は他國においてもその成立を當然に認められることを原則とする國際私法の現狀に相反するものである。

第二に問題とせられるべきものは「認許」の觀念である。認許とは既にふれた如く、內國法以外の法により法人格を付與せられた社團又は財團に對し、かゝる社團の內國における法的紛争が、內國裁判所に繫屬する場合、少くともその國內における法律的活動の範圍については、その法人たることを原則的に認めることを意味する。而して外國法人の內國的法律活動とは、日本國內に駐在するその代表權又は代理權を有する者を通じてするその法人の活動をいう。然しこの認許の制度によつて、外國公益法人の活動の禁止という本項の趣旨を有効に達成し得るかという點については疑問が残る。かゝる認許せられない外國法人は、わが國內における法律活動において、その法人格の存在を主張し得ないとしても、そのもののなした活動は、わが法上全く無効となるのではなく、その効力及び効果の歸屬は權利能力なき社團の代表者のなした法律行爲として取扱われるのであるから、實質的な團體活動そのものを禁止しようとする本來の目的に應え得ない。従つて屬人法を承認する立場に立つ限り、民法第三六條一項は、現行の規定のまゝでは存在理由が少いという民法第三六條一項否認論には大いに注目すべき點がある。

次に問題となるのは、わが公序良俗に反する事業を營むことを目的とする外國商事會社と「認許」との関係である。この場合には、その外國商事會社の目的がわが公序に反することが定款その他により形式上明らかである場合と

そうでない場合との二つの場合がある。更に又それが時期的に設立當初からわが公序に反する事業目的をもつものと、設立後において定款變更又は事業方針の變更によつてその目的がわが公序に反するに至つたものがある。何れにしてもこれらのわが公序に反する商事會社、は論理上まづ國際私法上の問題として法人格をもつか否かに於て法例第三〇條の適用をうけるのであるから、屬人法上の法人格が認められない限りここではかゝる商事會社の認許の問題は生じ得ないとするのが一應の結論として考えられる。⁽⁵⁾然しこの結論には若干の問題がある。それは既にふれた如く外國會社の目的がわが公序に反する場合は必ずしも定款その他形式上明白でない場合も多く、商法第四七九條による營業所設置の登記をなした後に、或は設立目的がわが公序に反するものであつたことが見出されたり、或は事業が公序違反となるに至ることも考えられるのである。もしこの場合も法例三〇條を形式的に適用するならばその存在は遡及的に否定せられることとなり、その取引の相手方は不測の損害を蒙ることとなる。かゝる場合の内國會社に關する取扱はこれを二段に分ち、その不法の會社目的が定款上明らかである場合においては、解散命令の對象となること共にその設立は無効となるが、然し設立無効の訴ある迄は事實上の會社として存續し、その判決が確定しても解散と同様の効果を生ずるにすぎないし、又訴を提起し得る者についても社員(商一三六)・株主・取締役(商四二八)等の制限を設けている。更に定款記載の目的は適法であるがその眞意が不法である場合には解散命令の對象としているにすぎない。これに反し外國會社の場合には商法第四八四條第一號において「營業所ノ設置ガ不法ノ目的ヲ以テ爲サレタルトキ」は營業所の閉鎖命令の對象となることを定めるにすぎない。これは單に會社自體は適法な目的をもつが少くともその營業所の設置が不法の目的をもつ場合のみならず、その會社自體が不法の目的をもつ場合も包含されるものと解されるが、これは内國會社の解散に對應する規定であるから、前述の設立無効に對應する如き、民事上の行爲としての外國會社の否認に關する考慮は全くなされていないのである。この場合も内國會社の設立無効に準じて取扱うならば取引の安全は保ち得るが、然し設立無効の訴の場合にその資格を制限した點及び設立無効の効力も結果的には解

散と異らない點からして、外國會社の否認の訴は許さず、解散命令の申請という間接的な救済方法のみを認めるのが實狀に適するのではないかと考える。右の場合は、不法目的をもつ外國會社が既に營業所を設置した場合について主として述べたのであるが、然し不法目的をもつ會社のわが國における非繼續的取引については問題が残る。然しこの場合においても法人格の認許についてはこれを適用せず、たゞその取引行爲自體が不法目的である場合については三〇條により排除し得るが、その行爲自體が合法であるものについてはこれを有効と取扱うというように法律行爲の面から規制することが妥當であると考えられる。

第二に問題とせられるのは民法第三六條二項の規定である。この規定も、起草者の既にのべた如く屬人法を否認しようとする意圖に立脚したものであることをいうまでもないが、この意圖は斥けられるのが妥當であると考えられるのであるから、この規定は取引安全のための規定と解するが合理的である。従つてこの規定は、外國法人が權利能力をもち得るかどうかが及びその範圍についてはこれをわが國の同種の法人と同一ならしめる趣旨であると解し得る。權利能力の範圍については、これを二つの面から觀察し得るのであつて、先づ具體的に個々の權利についてこれを取得し得るか否かという面と、權利能力の主體の性質上包括的に一定の制限が存するという面とがあるが、結局はその主體が具體的にその權利を取得し得るか否かに問題が懸つているのである。この第三六條二項については、いわゆる *Ultra Vires* 理論がこれにより排除せられるか否かが一の問題となるが、前述の點からしてこれを排除するものと解すべきである。周知の如く目的による會社の權利能力の制限については、立法上二つの主義が存する。すなわち大陸系の立法によれば、會社特に株式會社は自然人と同様の一般的權利能力をもち、たゞ自然人たる特質を前提とする權利義務（例えば親族法上の權利義務）の主體となり得ず、又法の規定により個別的にその能力が制限せられること（例えばわが商法第五十五條の規定）があるにすぎない。これに反し英米法上では、會社はその定款によつて與えられた能力のみを有し定款に定められた會社の目的に關連のない行爲はその能力の外にあるというのである。

そしてこの Ultra Vires 理論は、アメリカにおいては完全に大陸法系の理論に接近してゐないが、次第に緩和されつつあるのに對し、イギリスにおいては依然として嚴格に適用せられてゐる。⁽⁶⁾ わが國においては、會社の目的による權利能力の制限については、會社の目的に反する行爲のみを無効とするのが多數說であるのみならず、更に積極的にこれを「會社の權利能力の範圍は、會社の目的により制限せられないのが原則であり、會社においてこの制限のあるのは會社の解散後に會社の權利能力が清算の範圍に局限せられ、會社破産後會社の權利能力が破産の目的の範圍に縮小せられるという二つの場合に止まる」と説き、或は「會社はその本來の目的たる營利の目的の範圍内においてひろく一般的に權利能力を有し、定款所定の目的たる會社事業は單に内部的に會社機關の權限を制限するに止まるものと解するを正當とする」⁽⁸⁾と説く有力な見解もあるのであるから、第三六條二項が取引安全の趣旨をもつ限り、これによつて英米外國會社もわが會社と同様の權利能力をもつと解すべきである。さもないれば前述の如きわが法理に習熟した取引の相手方は、外國會社の定款に記載せられたる詳細なる目的たる事項を逐一検討した後に始めて安全なる取引を營まねばならぬという結果を生ずることは法例三條二項の規定と同様である。⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾

(1) わが起草者が Laurent, 《Droit civil international》, 3 vols, 1880-81. に基いてゐる點については、川上・「法人の涉外的活動」、國民經濟雜誌、第七八卷第一號、四四頁。

(2) 實方・前掲書、一五一頁。

(3) 江川・前掲書、昭和二六年、一七八頁。川上・前掲論文、私法三號、一二四頁。

(4) 久保・前掲書、一三四頁。實方・前掲書、一五二頁。江川・『國際私法』(新法學全集)昭和一四年、二〇七頁。吾妻・有泉『民法總則・物權法』(コンメンタール)昭和二五年、六三頁。これに對し穗積・『民法總則』(昭和一一年)、一六二頁は私見と同じ。

(5) 川上・前掲論文(私法三號)一二二頁。

(6) 田中(誠)・「會社の目的外の行爲と改正會社法」、松本先生古稀記念論文集、昭和二六年、一一九頁以下。上柳・「アメリカ株式會社における Ultra Vires 理論」、英米會社法研究、二三四頁以下。

- (7) 田中(誠)・前掲論文、一二〇頁。
- (8) 大隅・會社法概説、昭和二六年、一〇頁。
- (9) 江川・「國際私法における取引保護主義について」、杉山教授還曆祝賀論文集、昭和一七年、四五一頁以下。
- (10) 山田(鐸)・「法人の屬人法について」、國際法外交雜誌、第五十卷、第五號、五三頁。

四

外國會社に對して第三に問題になるのは、外國會社に對する國家的監督に關する問題である。外國會社の監督に關する規定としては、理論的にはそれが會社という社會的利益に重大な關係ある企業體として内國に活動するという事に基き恰も内國會社に加えると同等の監督を加える趣旨の規定と、それが外國會社であるという特有の事情に鑑みてなされる監督規定とが認められる。もとより實際の規定は兩者相關的に規定せられ、必ずしも明確に判別することは困難であるが、例えば商法第四七九條第二項の登記公告に關する規定や第四八四條の閉鎖命令に關する規定は概ね前者に屬し、第四七九條第三項の設立準據法及び日本における代表者の登記に關する規定や第四八〇條の登記期間に關する特則は概ね後者に屬する。

更に又外國會社の活動に關する監督に當つては、その會社が事實上國內において活動するという行爲面に著目してこれに規制を加えんとするものと、支店その他營業所の設置に着目してこれに監督を加えるものがある。わが舊法は後者であり、現行商法の建前が前者であることはいうまでもない。

わが國における外國會社の監督に關する規定は、いうまでもなく商法第四七九條以下の規定する所であるが、商法における外國會社に關する規定には必ずしも監督規定でない如き規定も存在する。例えば第四八五條ノ二は衝突法規の指定に關する規定であるが、國際私法上の指定のみならず、税法・經濟法等の如き諸般の場合をも意味するのであり、むしろ法例に規定せらるべき性質のものであり、又第四八二條の規定はいわゆる《tramp corporation》に關す

る規定であり、廣義においてはこれを監督といひ得るが、むしろ民法第三六條の認許に關する補充的規定であり、他の監督規定が會社の設立そのものに何らの干渉を加えないに對し、この規定が會社の設立そのものの法的効果を規定する點において他の規定と區別せらるべきである。

外國會社の監督に關する規定は、これを營業所たる組織に着目する規定と一定の行爲に着目する規定に分ち得る。

例えば商法第四七九條、四八〇條、四八四條、四八五條は前者であり、第四八一條、四八三條は後者である。

外國會社の監督についての先づ第一に問題とすべき點は、監督の對象たる外國會社の意義である。それが法人たることを必要とするか否かについては、國家的監督の問題は權利享有の問題とその性質を異にするから設立準據法上人格を有すると否とはこれを問わ⁽¹⁾ない。またかかる會社が民事會社であるか否かはこれを問わ⁽²⁾ない。たゞ民法三六條にいわゆる「商事會社」を商行爲を業とすることを目的とする營利社團と解する時は、民事會社は法人として營業活動が許されないことになり、かゝるものに對しては法人活動が許されないとする可能性があるから、廣く監督をなすためには民法三六條の商事會社の概念をひろく營利社團と解すべきことは前述した如くである。更にまたここに外國會社は社團たるものに限定されるべきかについては疑問がある。かく解するならば例えばドイツ法上の合名會社や合資會社はその通説によれば組合とせられるのであるから、かゝる監督規定の適用をうけないことになるが、この點については更にそれが營利を目的とする限り組合をも包含するものとし、營利を目的とする團體と解するのが妥當である。⁽³⁾この意味において、外國會社とは外國法に準據して設立せられた營利團體であると解せられる。

外國會社に關する監督の基本的な規定は、「外國會社が日本ニ於テ取引ヲ繼續シテ爲サントスルトキハ」日本における代表者を定めると共に營業所を設置し、その登記をなすべきことである。この「繼續取引」の觀念が米國法における《doing business》に對應するものであり、明確な定義付けは困難であることは別の機會にも述べた如く、これを概ね會社設立の目的たる通常の計畫的集團的企業取引活動と解し得る。たゞ一定の行爲がかゝる會社企業取引活

動として行われているだけでは充分でなく、同時に日本國內においてかゝる取引活動を行う意圖がなければならぬ。また商法第四八三條に規定する外國會社の株券の發行は、本來繼續取引のための準備的な副次的行爲であり、通常の取引活動ではないから、この繼續取引の觀念に包含せられないものと解し得るが、特に第四八三條の趣旨からして、外國會社がわが國に於て株券の發行をなす場合は第四七九條の手續をとることを必要とするものと解し得る。

繼續取引に先立つて外國會社は營業所を設置することを必要とするが、この營業所はその屬人法上支店とみなさるべきものであるかを問はず、日本における營業の中心であれば充分であるが、日本商法上はこれは本店に關する關係においては支店設置と同一の法的效果をもつ。また營業所の設置は、それが登記事項となることはいうまでもないが、登記期間の算定の基礎となす。わが國に設置せられる營業所の數は必ずしも一個に限らないことは、商法第四八三條後段の「始メテ日本ニ設ケタル營業所……」の規定よりして推し得るが、日本に初めて設けられた營業所と他の營業所とはいかなる關係にあるか。この點については、それが何れも本國の本店に對する關係において從たる地位にあることについては前述したところであるが、それらの營業所相互間に於ても第二次的に主從の關係をもつものといわねばならぬ。この點は第四八三條後段の場合を除いては明示的ではないが、外國會社は始めて日本に設けた營業所の設置の登記をなすことにより始めてわが國における營業活動が許されること、最初の營業所に付き登録せられたわが國における代表者の登記は、その後の營業所の登記をも拘束すること等の恰も內國會社の設立に類似した機能を營むものであるから、日本に始めて設けられた營業所は、他の諸般の法律關係においてもこれを日本における主たる事務所とみなし、營業所の閉鎖命令に關する管轄（商四八四條）、日本所在財産の清算に關する管轄（商四八五條・非訟一三八條）、外國會社の普通裁判籍（民訴第六）等はこれにより決せらるべきである。かくの如く解するならば、日本所在の營業所の主從の關係は登記の前後により全く形式的に決定せられ、內國會社については認められる本店の移轉（商六六條）に對應する主たる營業所の移轉は許されないことになるが、外國會社の登記においては營業所の主從が登記事項とな

つていないことの止むを得ざる結果である。

次に外國會社はわが國において繼續取引をなすには日本における代表者を選任せねばならぬ。この場合いかなる行為が代表者の選任となるかが登記に先き立つて問題となるが、その選任は外國會社の代表取締役又は組合員その他の代表権限ある者によりなされるべきであるが、その選任に當つては日本における營業上の主任者たらしめる意圖があれば充分であり、裁判上の行為についての授權の意思は必要としないと解すべきものと考えゐる。かゝる日本における代表者は、商法第七八條の準用により、會社の營業に關する一切の裁判上又は裁判外の行為をなす権限あるもの、すなわち、會社の機關とみなされる。この権限はわが國における營業活動のみに關し、わが國外においてする營業活動について代表権を有するや否やは當該會社の屬人法の決すべき所であるとする見解もあるが、民事訴訟法の規定によれば、例えば直接本店と取引した日本に存しない者といへども義務履行地が日本にある限りにおいて訴訟を起し得ることもあり得るのであり、かゝる場合にも外國會社の代表者は前述の権限ある者と解すべきである。會社の繼續を前提としている會社更生法第四條の民事訴訟法上請求し得る財産は在日外國會社の資産とみなすという趣旨もまた右の主張の一の根據となる。

外國會社の營業所設置に伴う登記手續は、日本に成立する同種又はこれに類似するものの支店登記の規定に従うことを要するが、この登記法上の問題には株式合資會社たる實質をもつことについていかに取扱うべきかが問題となる。この點について商業登記規則（昭和二十六年六月二十九日
法務府令第百十二號）附則二一は「株式合資會社の登記については、なお従前の例による」と定めるが、これは既にわが國に成立する株式合資會社と、支店設置登記済の外國會社たる株式合資會社を指すものと考えらるべきであり、新たに營業所を設置する外國株式合資會社は舊商法第四五八條第三項の趣旨をも考慮し株式合資會社の性質に鑑み株式會社の登記手續に従うべきものと解する。

株式及び社債に關する一切の法律關係は、會社の屬人法によつて決せられるのを原則とするが、（註一）商法第四八三條は

日本において募集せられる外國會社の株式及び社債について、日本において株主又は社債權者となる者を保護する爲に若干の特則を設けている。その募集が外國會社の代表者により直接になされると他の受託者を通じてなされるとき問わす、わが國において發行せられる株券は、株券發行後になされた譲渡である限り絶對に有効であり（商二〇）、その記名式株式の譲渡は裏書又は譲渡證書によるの何れかの方式によることを要し（商二〇）、かゝる移轉は株主名簿に記載されることにより始めて會社に對抗し得る（商二〇）。また記名株式を質權の目的とするには株券を交付することを要し（商二〇）、また株主名簿に質權者を登録することにより會社より利益利息の配當、殘餘財産の分配その他の金銭の支拂を受けることができる（商二〇九）。又株券は新株の拂込期日後においてのみ、又遲滞なく發行されねばならぬ（商二二）。無記名式の株券は定款にその定ある場合にのみ發行し得る（商二二）。

社債に關しては、社債全額の拂込後にのみ債券を發行し得ること（商三〇六）、記名式社債は社債原簿の記載によつてのみ對抗要件を備え得ること（商三〇）、社債權者は別段の定のない限り、その債券を記名式と無記名式の何れかに何時にても變更し得ること（商三〇）等の規定が適用せられる（（註二））。

次に問題となるのは營業所の閉鎖命令である。商法四八四條は一定の場合において裁判所が外國會社の營業所の閉鎖を命じ得ることを定めている。この營業所の閉鎖が何を意味するかについては、特に營業所がわが國に數個ある場合を例にとれば、大體二つの場合が考えられる。その一はわが國に數個ある營業所のその個々のものを指すとするものであり、その二はわが國に存在する一切の營業所をさすとするものである。非訟事件手續法第一二六條第三項の「商法第四百八十四條及び其準用規定ニ定メタル事件ハ閉鎖ヲ命セラルヘキ外國會社ノ營業所ノ所在地ノ地方裁判所ノ管轄トス」との規定は、一見第一の説によつてゐるものかの如く考えられる。然しながら商法四八四條の規定は、商法第五十八條の内國會社の解散命令に關する規定に對應するものであり、規定の眞意は一切の營業所を閉鎖せしめ従つてまたわが國における繼續取引を禁止せしめんとする趣旨である。そのことは内國會社に關しては支店のみの解散

命令の制度が存在しないこと及び非訟事件手續第一三五條ノ九も外國會社の營業所閉鎖について內國會社の解散命令に關する第一三四條乃至第一三五條ノ五の規定準用してゐることからも知り得るのである。この意味において商法第四八四條にいわゆる「營業所ノ設置が不法ノ目的ヲ以ノ爲サレタルトキ」(第一項一號)とは、第四七九條にいう營業所をさすのであり、その後設けられ得べき營業所をさすものではないのであつて、後者の場合は第三號の適用をうけるものである。前述の非訟事件手續法第一二六條第三項の規定はわが國における外國會社の營業所が一個の場合のみを豫想したものではないかと考えられるのであるが、商法の規定と併せ考えるときは「閉鎖ヲ命ゼラルベキ外國會社ノ營業所」中の主たる營業所在地の裁判所にその管轄ありと解すべきであり、解散を命ずる裁判が確定したときは、非訟事件手續法第一三五條の準用及び第二〇五條の適用により、その主たる營業所及び他の營業所の登記の囑託をなし得るのである。

右にのべた所は、日本にある會社財産の清算についても同じである。すなわち外國會社の清算に關する事件は、最初に登記せられた營業所所在地の地方裁判所と解すべきである(非訟第一三六條・第一三八條ノ十六)。また清算開始原因としては、營業所の閉鎖命令ある場合(商四八五條一項)と「外國會社が其ノ營業所ヲ閉鎖シタル場合」(同條三項)とがあるが、後者は外國會社がわが國の一切の營業所を閉鎖する場合を意味する。なお清算の對象となる「日本ニ在ル會社財産ノ全部」とは具體的に何を意味するかは明らかでないが、特別清算は破産にかなり類似する性質をもつものであると共に、他の手續に移行し得る可能性があるのであるから、破産法第三條第三項、和議法第十一條、會社更生法第四條等を考慮し、民事訴訟法により裁判上の請求をなすことを得る債權は、これを日本所在の財産となすのが妥當である。

註一 英法においては會社の證券の準據法について、株券と社債・約束手形その他の證券を區別し、前者については屬人法に準據すべきであるが、後者は必ずしもそうでないとしてこれを區別する説あ存する。然しながら、社債は純然たる會社債務であるとはいふせののそれが大量的であることにより會社の組織そのものに密接な關連があり、また公益保護の見地からこれに法的

監督が加えられるべきことはいうまでもないし、社債中にも利益参加社債や轉換社債の如き株式的性質を加味したものが存するのであるから、社債をも屬人法による通説が正當であることはいうまでもない。

註二 従つて外國會社が株式・社債を發行するには、株式名簿及び社債原簿の備付義務が存する。

(1) 實方・前掲書、一五三頁では法人たること必要とされるも、會社法學、昭和二六年、五一九頁では必ずしも法人たることを要せずとせられる。

(2) 大隅・前掲書、二八九頁、等においては「社團」たることを要すると説かれるが、partnership を入れられる意味に於てはこれを團體と解してよからう。

(3) M. Wolf. Private international law, 1950. p. 305.