

外国会社に関する立法・判例の変遷（三・完）

岡 本 善 八

- 一、外国会社立法の経過
- 二、外国会社の概念に関する判例
 - (一) 学説の概要
 - (二) 判例の概要（以上第五三号）
 - (三) 判例の検討（以上第五四号）
- 三、外国会社の登記
- 四、代 表 者
- 五、営業所閉鎖命令（以上本号）

三

ひろく外国会社の登記に関し考慮すべきものとしては、次の諸判例〔前掲表(6)(17)(21)(28)(1)(30)(23)(24)(32)(35)〕がある。

そのうち大正七・一二・一六判決〔前掲表(17)〕は既述の如く旧二五八条（現行四八二条）に該当する外国会社につき登記官吏の登記抹消を認めたものであり、登記吏の審査権に関する。この点は既述の点に関連するが、現行法の観点からこれを論ずれば、登記官吏は原則として登記申請については、登記の渋滞を来すため形式的審査権のみを有すると解するが、抹消（非訟一四八ノ二）については既に登記せられた事項に関するから、必ずしもこれと同一に論じ得ない。

この点につき抹消についても、事実の虚偽につき登記吏の広汎な抹消権を認めるときは、申請につき実質的審査権を認めると類似の結果が生じるから、登記申請につき原則として形式的審査権のみを認める立場に立つ限りは、かりに登記事実が虚偽な場合の如く実質的な考慮に基いてその抹消をなしうることを認めるとしても、それが著しく明瞭な場合に限定すべきであるとの見解も成り立ち得ないではない。然し、異議申立期間が存すること(非訟一五一ノ二)および、不実の登記をなす場合には、商法一四条の場合とは逆に会社が利益を得ることとなるから、実質的審査権あるものと解することが妥当であり、本店所在地の認定が困難である場合には外国会社は取引上不利を蒙るが、これは執行停止命令の申立(行訴特一〇Ⅱ)の方法により自らその利益を保護すべきである。ともあれ本判決の結論は妥当である。

大審院明治三八・四・二六判決〔前掲表(6)〕は、代表者の登記による代表権の範囲に関する。その代表権の範囲自体の見解には賛成であるが、その対抗力に関し若干見解を異にする。

「商法第二百五十五条ノ規定ニ從テ定メタル外国会社ノ代表者ハ其支店ヲ代表スルモノニアラスシテ本会社ノ代表者タルコト勿論ナルカ故ニ日本ニ設置シタル一支店ノ所在地ニ登記ヲ為シタル代表者ハ日本全国ニ對シテ代表権ヲ有スヘク内國中他ノ地方ニ於テ更ニ支店ヲ設ケタル場合ニ在テ重ネテ其支店所在地ニ登記ヲ為ササルモ之カ為メ全国ニ於ケル代表権ニ消長ヲ來タスコトナシテ商法第二五五条ニ同法第六二条ヲ準用スル規定アリ此第六十二条ハ特ニ会社ヲ代表スヘキ社員ヲ定メサル場合ハ各社員会社ヲ代表スト規定シタル第六十一条ヲ受ケル法条ナレハ会社ヲ代表スヘキ総社員ニ一切ノ行為ヲ為スヘキ代表権ヲ付与シタル法意ト解釋セサルヘカラス從テ此規定ノ準用ヲ受クル外国会社ノ代表者數人アルトキハ各自其会社ヲ代表シ日本全国ニ於テ營業ニ關スル一切ノ行為ヲ為ス權限ヲ有スヘキモノナリ本院判例ノ示ス如ク商法第二百五十五条ヲ以テ外国会社ノ代表者ハ内國ニ設ケルタル各支店毎ニ登記ヲ要スト規定シタルハ支店所在地ニ於テ代表者ノ何人タルヲ知り易カラシムルカ為メニシテ既ニ内國中一ノ支店所在地

ニ於テ登記ヲ經タル代表者モ他ノ支店所在地ニ登記ヲ為シテ始メテ其地ニ於ケル代表権ヲ認ムルノ法意ニアラス孰レノ地タルヲ問ハス一ノ支店所在地ニ於テ登記ヲ為シタル代表者ハ之ヲ以テ一般ニ代表権ヲ行ヒ得ヘキコトハ前段既ニ説明セシ所ノ如シ唯各支店毎ニ登記ヲ為スコトヲ怠リタル代表者ハ登記ニ関スル制裁ヲ受クルニ過キス

まず、この点については批判が予想せられるが、およそわが国に營業所を設置し、支配人選任がなされる場合には、登記の有無を問わず公益的見地より第七八条(旧六二条)所定の定型的な代表権ありと解すべきであり、従つてまた支店が二個以上存在する場合も日本における全般的な營業に関する代表権が認められると解すべきではないかと思われる。しかしかくして成立した營業所および代表者の存在をもつて善意の第三者に対抗し得るがためには、商法第十三条所定の要件を充すことを要するか否かは別個の問題である。この点については、第十三条を適用することを妥当と考える。従つて各支店に関する取引につき代表権を第三者に対し対抗するためには、各支店毎にこれを登記することを要すると解する。なお商業登記の制度の目的からいえば、すでに外国会社が日本に營業所を設けかつ相手方がこれを知つて取引をなしている以上その行為者をして会社と連帯して責任を負わしめる理由はないわけであるが、この点は第四八一条第二項が第一項の公法的規定をうけていることからして、制裁的規定と解し登記前の取引については善意悪意を問わず連帯責任を負わしめることにより、当該代表者による登記を促進せしめる趣旨と解する。ただ營業所および代表者の存在につき悪意の者にこれを認めるときは、その濫用の弊が大であるから、登記公告による補完的効力を認め、悪意の第三者に対しては、会社のみが責任を負うべきものと解すべきであろう。但し右の連帯責任は取引に関する行為に限定せられる。訴訟代理権については、日本營業所に関する行為ならびに継続取引に属する行為については登記公告なきときは善意の第三者に対抗し得ないと解すべきであるが、かかる場合にも公告によりその補正をなしうると解するべきであろう(民訴五三参照)。ただ日本における継続取引に属せず、あるいは日本營業所の内国的

取引に属しない取引に関しては、特に相手方保護を考慮する必要はないと共に便宜上営業所の支配人に該当する者がある場合はこれを認めることが妥当であるから、登記の有無にかかわらず会社の営業全般につき訴訟代理権ありと解すべきである。

右の判例は、代表権の登記に関するが、旧商法第二五七条(現行第四八一条)に関連するものとしては、次の諸判例〔前掲表(2)(1)(2)(3)(4)(5)〕がある。そのうち(1)判決は会社の能力に関し、(2)(3)(4)(5)判決は取引の効果に関する。旧法における「第三者ハ其会社ノ成立ヲ否認スルコトヲ得」なる規定を、少くとも取引に関する限りは、現行法の規定の趣旨と同一に解する場合には、現行法の解釈についても一応参考とならう。

大正一〇・五・四判決〔前掲表(2)〕は、支店登記を抹消した場合に、その取引の相手方が不動産登記法第一四一条により外国会社に譲渡した土地の仮登記を単独で抹消請求し得るかに関するが、これを棄却した判決に賛成である。

「日本ニ支店ヲ設ケ且其所在地ニ登記ヲ為シタル者ハ爾後右外国会社ニ於テ右登記ヲ抹消スルモ其一事ニ依リ右会社ノ成立ヲ否認スルコトヲ得ル旨ノ法則ナク従ツテ不動産ノ所有者カ其不動産ニ関シ右会社ト為シタル取引ニ付仮登記アリタル後右会社カ支店登記ヲ抹消スルモ其一事ニ依リ不動産登記法第四十一条ノ規定ニ準シ単独ニテ右仮登記ノ抹消ヲ申請スルコトヲ得サルノ筋合ナリトス」

旧法においては、相手方が権利者たると義務者たるとを問わず会社の成立を否認し得たのであるが、当事者間の行為が相手方にとり不利である場合においてその否認をなすことにより濫用の弊害が生ずる。特に物権的行為についてはその弊害が大である。この意味において仮登記当時登記をなしていた外国会社の相手方を以て、行為当時悪意の者と解すると共に、抹消による遡求効を認めない右判旨には賛成である。現行法は既述の如く、かかる点については第四八一条により代表権の問題として処理しており、ただ第四八二条につきこれに関連した問題が生ずるが、この点に

ついでには既にのべた所による。

大阪控訴院明治三五・六・二判決〔前掲表(1)〕は、起訴後登記した場合の訴訟能力に関する。結論は賛成であるが論旨につき疑問がある。

「控訴人ハ被控訴人ハ日本ニ於テ支店ヲ設ケナカラ起訴ノ当時登記ヲ為ササリシヲ以テ訴訟能力ヲ有セスト主張スレトモ外国会社カ始メテ日本支店ヲ設ケ未タ登記ヲ經サル場合ニ於テハ絶対ニ会社ノ成立ヲ認めサルモノニアラスシテ只会社ノ成立ヲ否認スル第三者ニ会社ノ成立ヲ對抗スルコトヲ得サルモノトスルニ過キササルコトハ商法第二百五十七条ノ規定スル所ナリ而シテ控訴人ハ被控訴人会社ノ人格ヲ認めテ之ト契約ヲ為シタルコトハ甲第一号証ニヨリ明ナレハ其契約ノ履行ニ関スル本訴ニ於テ会社ノ成立ヲ否認シ得サルコト明ナリ仮リニ控訴人ハ本訴ニ於テ被控訴人会社ノ成立ヲ否認シ得ルモノトスルモ被控訴人ハ目下既ニ日本ニ於テ登記ヲ受ケタルコトハ控訴人ノ争ハサル事実ナレハ控訴人ハ今日ニ於テハ最早其成立ヲ否認スルコト能ハサルニ至リタルモノトス」

右の判決にいわゆる訴訟能力の観念は必ずしも明瞭でない。その真意は当事者能力の問題と考えられるが、当事者能力については外国法人たる以上これを認むべきであり、この点については登記の有無により左右すべきではない。ただ訴訟代理権と解するならば、善意の第三者は否認し得るが、爾後の公告により補正せられたものと解すべきである。

東京控訴院昭和四・四・二四判決〔前掲表(2)〕は、第一審東京地裁(23)判決、第二審東京控訴院(24)判決の後、上告審(25)判決により差戻された事件である。判決論旨につき見解を異にする。

「被控訴人ハ右支店設置ノ登記以前ニ於テ控訴人会社ノ成立ヲ否認シ甲第五号証ノ一ノ契約ノ無効ヲ主張シタル事実ヲ認め得ヘシト雖モ外国会社カ日本ニ支店ヲ設ケ未タ其登記ナキ間ニ為シタル行為ト雖モ既ニ登記ヲ為シタル以上ハ仮令外国会社ノ相手方カ前記ノ登記ヲ為ス以前ニ於テ該会社ノ成立ヲ否認シタル場合ニ於テモ尚且該会社ノ行為トシテ何人モ之ヲ否認シ得サルモノト謂フ

ヘク又会社ノ成立ヲ否認シタレハトテ該会社ト締結シタル契約カ当然ニハ消滅スルモノニハ非サルヲ以テ該抗弁モ又理由ナキモノト謂ハサルヘカラス」

右の論旨は、行為当時の善意悪意を問わず登記においてはいつでも会社の成立を否認しうるものと解する反面、登記後においては何人もこれを否認し得ないものとし、一種の制裁的規定と解している。然しながら行為当時において会社の存在を是認しながら、後ににわかにこれを否認することは甚だしく取引の実務的要求に反する。従つてこの事件においても行為(実質関係たる保険契約および引受なる手形行為)当時においては是認していたことを要件として、登記により補完しうるものと解すべきではなかつたかと思われる。

東京地裁昭和九・九・二七判決〔前掲表②〕は、右の東京控訴院②判決と全く同一の論旨であるが、この点については上にのべた所による。

東京地裁昭和一一・五・八・三〇〔前掲表③〕は、登記の効力の地域的範囲および会社成立の否認につき善意悪意を考慮している点において注目すべき判例である。支店を介しない取引につき登記の効力は及ばない点については賛成である。然し支店を介する内国的取引については前述の如く、悪意の場合にも登記により補完せられざる限り、行為者の個人的責任を追求しうるものと解すべきものである。

「外国会社カ日本ニ支店ヲ設置シタルトキハ日本ニ於ケル其ノ経済活動ハ支店ヲ設置セサル場合ニ比シ旺盛且ツ広汎トナルベク從ツテ該外国会社ノ組織内容ヲ知ラサル第三者カ其支店ト取引ヲ為シ不測ノ損害ヲ被ルコトアルヘキヲ以テ斯ル第三者ヲ保護スル為(同時ニ外国会社ヲシテ成ルヘク其ノ登記ヲ為サシムル為)支店設置ノ登記ナキコトヲ理由トシテ該外国会社ノ成立ヲ否認スルコトヲ得ルモノトシ因ツテ容易ニ該外国会社トノ間ノ法律関係ヲ解消スルコトヲ得シメタルニ外ナラス從ツテ外国会社カ日本ニ支店ヲ設置スル以前ヨリ之ト取引ヲ為シ来リタル者日本ニ支店ヲ設置シタル後其ノ支店ニヨラズ直接外国会社ト取引ヲ為シタル者ノ

如キハ支店設置ノ登記ナキコトヲ理由トシテ該外国会社ノ成立ヲ否認スヘキ正当ナル利益ヲ有セサルモノト謂フヘク又外国会社ノ成立ヲ否認スルハ即チ其ノ法律上ノ人格ヲ否認スルモノニ外ナラサルヲ以テ日本ニ於ケル支店ト数多ノ取引ヲ為シタル者カ其ノ内自己ニ不利益ナル取引ヲ選択シテ当該取引ノ關係ニ於テ外国会社ノ成立ヲ否認スルカ如キハ到底認容スルヲ得サルトコロニシテ斯ル否認ハ否認トシテ効力ナキモノト謂ハサルヘカラス」

四

外国会社の日本における代表権に関する判例としては、次の諸判例〔前掲表(4)(6)(10)(3)(11)(19)(20)(2)(14)(22)〕がある。そのうち大審院明治三八・二・一五判決〔前掲表(4)〕は、第一審東京地裁明治三七・三・二五判決〔前掲表(2)〕、第二審東京控訴院明治三七(ホ)三八六号判決〔前掲表(3)〕を通じて支持せられた見解を上告審においても左の如く肯定したもので、結論自体は賛成であるが、理論構成には若干の疑問がある。

「日本ニ支店ヲ設ケタル外国会社ハ其日本ニ於ケル代表者ヲ定ムルコトヲ要シ其外国会社ノ代表者ニ付テハ商法第六十二条ノ規定ヲ準用スルコトハ商法第二百五十五条(現行第四七九条)第二項及ヒ第三項ノ規定スル所ナリ故ニ日本ニ支店ヲ設ケタル外国会社カ商法第二百五十五条第二項ノ規定ニ依リ定メタル其日本ニ於ケル代表者ハ其会社ノ營業ニ関スル一切ノ裁判上又ハ裁判外ノ行為ヲ為ス権限ヲ有スルモノニシテ其日本ニ設ケタル支店ノ營業ニ関スルト日本以外ノ国ニ在ル本支店ノ營業ニ関スルトヲ論別セス会社ノ營業ノ全部ニ付キ代表権ヲ有スル法定ノ代理人ナルコト明白ナリ而シテ右外国会社ノ日本ニ於ケル代表者ニ関スル規定ハ我國ノ公益ヲ保護スルカ為メニ設ケタルモノニシテ即チ公ノ秩序ニ関スル規定ナルヲ以テ其代表者ノ権限ハ外國ノ法律ノ如何ニ拘ラス我國ノ法律ニ依リテ之ヲ定ムヘキモノトス本件ノ事實ハ外国会社タル上告人ハ我國ニ支店ヲ設ケ我商法ノ規定ニ從ヒ其代表者ヲ定メタルモノナレハ其代表者ハ其会社ノ營業全部ニ付キ代表権ヲ有スルモノト謂ハサルヲ得ス」

次に大審院明治四二・一一・一一判決〔前掲表(10)〕は、上告理由中に「英国組合法ニ從ヒ組織シタル組合ニシテ本店ヲ英国竜動ニ設ケ支店ヲ横浜市山下町ニ置キ其組合名ヲ商号トシテ登録シ」とすることから、日本に支店を有する外国会社と推測しうるが、外国会社の規定にはふれることなく訴訟代理権につき次の如く判示する。事實は明白でないが、右の登録が外国会社の登録であれば、結論には賛成である。然しその根拠は、商法二五五条三項によることとなる。

「英国法ニ依レハ各組合員ハ組合事業ノ目的ノ為メ組合及ヒ他ノ組合員ノ代理人ニシテ各組合員カ其組合ノ營業ニ屬スル部類ノ業務ヲ通常ノ方法ニテ執行スルニ當リ為シタル行為ハ組合及他ノ組合員ヲ拘束スヘキコトハ……明カニシテ其行為ヨリ生スル訴訟行為ニ付テモ亦組合員ハ当然組合ヲ代表シ得ヘキ者タルコトモ……之ヲ推知スヘシ……上告人カ右組合ノ一員タル以上ハ其資格ニ於テ組合ヲ代表シテ本件ノ訴訟行為ヲ為シ得ヘキモノト云ハサルヘカラス」

次に控訴審に関する三判例をみるに、まづ明治四四年(ホ)三七六号事件判決〔前掲表(11)〕は訴訟代理権に関する右の(10)判決と同趣旨の判決である。

英国法の下に組織した商事組合であつて東京市に東京主張所を設置し吉田幸太郎を主任として營業を為し來つたものであるが、横浜においても商号を登記し商号使用者として各組合員の氏名を登録している点、實質的には外国会社であるが、外国会社としての登記をなしていないのではないかと推測しうる如き実体をもつ英国組合につき、「英国法ニ依レハ各組合員ハ組合事業ノ目的ノ為メ營業部類ノ業務ヲ適當ノ方法ニテ執行スルニ當リ為シタル行為ヨリ生シル訴訟行為ニ付組合ヲ代表シ得ヘキモノナルカ故ニ……」とする。

次に東京控訴院大正九・七・二三判決〔前掲表(19)〕は、裁判管轄の前提としての代表権の問題として次の如くのべる。結論は賛成であるが、論旨は必ずしも妥当でない。

「被控訴人ハ英國倫敦ニ本店ヲ有スル外国会社ニシテ横浜市ニ支店ヲ設ケ……ヲ以テ日本ニ於ケル代表者ト為シ之カ登記ヲ為シタルモノナルコトハ当事者間ニ争ナキトコロナルモ外国会社カ支店所在国ニ於テ其代表者ヲ定メタル場合ニハ其代表者ノ代理權ノ範圍ハ会社ノ營業ニ関スル事項ノ全般ニ渉ルモノニシテ支店所在国内ニ生シタル事項ニノミ限定セラレサルモノト解スルヲ相当トスヘキヲ以テ本件船舶ノ衝突地ハ中華民國ノ領域ニ屬スト雖トモ該衝突ニ因リテ生シタル債務ニ付キ控訴人カ……支店所在地ノ第一審裁判所ニ本訴ヲ提起シタルハ正当ニシテ……」

東京控訴院大正九・一一・二六判決〔前掲表(20)〕は、日本において支店設置の登記はなさないが、外国会社の代表者たる資格を有するものがなしたる売買契約が、会社の行為とならない場合の一例であるが、結論は賛成であるが、論旨が支店設置の未登記について言及しないこと、かりに代表権の点について限定した場合においてもその準拠法を恐らくは法人の属人法に求めている点において納得し難い。

「控訴人ハ右商会ノ代表者タル資格ヲ有スルモ本件商品ノ取引ニ付キテハ同商会ヲ代表セスシテ自己ノ名ニ於テ被控訴人トノ間ニ売買契約ヲ締結シタルコトヲ認め得ヘシ……控訴人カ其取引上使用シタル書類ニハシンプロカルジョツパースインコルポレーシヨナル記載ノ存スルコトヲ認め得ヘシト雖トモ控訴人カ恒ニ其如何ナル代表資格ヲ有スルモノナルヤヲ表示セサル点ニ稽フルトキハ控訴人ハ単ニ自己ノ事務所若シクハ營業所ヲ表示スル意味ニ於テ偶々斯ノ如キ文字ヲ使用シタルモノト解スルヲ相当トスベク……本件商品代金ノ支払ヲ請求シ得ヘキハ勿論ニシテ……」

なお屢々引用せられる判決として、福岡地裁大正七・五・一四判決〔前掲表(14)〕は、外国会社の支店代表者選任方法の準拠法に関するが、

「原告（註イギリス会社）ハ製鉄業並ニ之カ製品販売業者ニシテ東京市……ニ其支店ヲ有スルモノナル処……原告本店ニ於テ使用スル為メ被告トタングステン鉸売買ノ契約ヲ為シタルカ」その全部の履行をなさなかつた事件である。

判決の結論には賛成であるが、理由中の論旨については見解を異にする。

「外国会社カ日本ニ於テ支店ヲ設置シ其代表ヲ選任スルニ付キ其選任ノ方法ニ関シテハ日本ノ法律ニ依拠スヘキ規定存セサルカ故ニ斯ル事項ニ関シテハ其本国法ニ依ルヘキモノト解スルヲ相当トス然リ而シテ今本件ニ於テ原告アーサーバルフォア・エンド・コンパニー・リミテツドカ日本ニ於ケル支店ヲ設立シ其代表者ノ定ムルニ付キ同会社五人ノ取締役ノ内ジョン・ニコラス・ロバートシヨットナル一人ノ取締役名義ノ委任状ニ依リロバート・ウキリアム・マーシヤルヲ右代表者ニ選任シタルコトマーシヤルカ復委任ニ依リ自己ニ代ルヘキ法律上代理人ヲ指定スル権限ヲ与ヘラレ同人ハ之ニ依リ更ニウキリアム・スタンレー・モツスヲ右代表者ト定メタルコト及ヒ右委任ハ代表者ノ為スヘキ裁判上裁判外一切ノ行為ヲ包括シテ抽象的ニ委任セラレタルモノナルコトハ孰レモ……之ヲ認メ得可シ然レトモ右各行為ハ孰レモ前記会社ノ日本ニ於ケル支店ノ代表者ヲ選任スル方法ニ関スルモノナルコト明カナルニ依リ其効力ハ前記会社ノ本国法タル英國法ニ依リ之ヲ定ムヘキモノトス」

なお日本代理店が、訴訟代理権を有するや否やに関する東京地裁昭和九・九・二七判決〔前掲表②〕がある。判決には賛成である。

「原告ハ商會社タル米國法人ニシテ右「マルムグレン」ハ日本ニ於ケル原告ノ代表者トシテ米國法上原告ノ營業ニ関シ裁判上裁判外一切ノ行為ヲ為ス権限ヲ有スルモノナルコトヲ認メ得ルカ故ニ右「マルムグレン」カ原告ヲ代表シ訴訟代理人ヲ任設シテ提起シタル本訴ハ適法ナリト謂ハサルヘカラス」

右の諸判例において、外国会社の支店設置登記の場合と無関係に代表権が問題となっているのは、(10)(11)(20)判決であるが、そのうち(20)判決は裁判外の行為に関する代表権に関し、(10)(11)判決は訴訟代理権に関する。

裁判外の代理権に関する(20)判決は、前掲の如き事実の下になした取引を以て個人取引を認定したものであるが、他の点についてはともかく「控訴人ハ右商會ノ代表者タル資格ヲ有スルモ……其取引上使用シタル書類ニハレンプロジ

カルジョッパースインコンポレーションナル記載ノ存スルコトヲ認メ得ヘント雖トモ控訴人カ恒ニ其如何ナル代表資格ヲ有スルモノナルヤヲ表示セサル点ニ稽フルトキハ「個人取引と認定せざるを得ないとする点については納得し難い。この法人は「未タ日本ニ於テ支店設置ノ登記ヲ為ササルコトニ付キ当事者間ニ争ノ存セサルコト」と述べることから恐らくは事実上の営業所を有していたのではないかと考えられるが、もし事実がそうであるならば、商法旧二五七条により会社の成立を否認し、その個人的責任を追求し得る。かりに営業所が設置せられていない場合であつても、かかる内国的商事法律行為については、その代理権に基く行為であるか否かはその行為地法によることが商取引の要請に合致する。この点判決理由は代理権の有無についての準拠法を明らかにしていない。右の如く行為地法たるわが商法によれば、旧二六六条によりその代表権の存在につき善意の場合にのみ個人的責任を追求し得ることとなるが、この点について審理を尽くしていないうらみがある。

訴訟代理権に関する(10)(11)判決は、英国組合の組合員につきその従属法に基き訴訟代理権を認められたものであり、判旨に賛成する。なおかかる訴訟代理権については、従属法上訴訟代理権が認められない場合も民訴五一条(旧四四条)を類推適用し日本法上代理権が認められるときはこれを認むべきである。ただこの場合は、外国会社として未登記である点検討の余地を残す。

なお(12)判決は、未登記の会社が特に代理店を訴訟代理人とせる場合につき、米国法を準拠法とし、その代理権を認めたものである。判決に賛成するが、代理店契約の準拠法として同法を適用するのか、当事者の本国法として適用するのか明かでない。ただ本件については、登記により代理権が認められる点に論拠を求めうる。

次にわが国に支店設置の登記をなした外国会社の代表権については、(4)(3)(2)(19)(14)の諸判例がある。そのうち(4)(3)(2)(19)判決は、登記後における代表権に関するに對し、(14)判決は登記の前提としての代表者選任行為の準拠法に関する。

(4)(3)判決は、登記後における代表権について裁判上の代理権と裁判外の代理権とを問わず商法旧二五五条(現行四七九条)が、第六十一条(現行七八条)を準用することにより、其日本に於ける代表者は其会社の営業に関する一切の裁判上裁判外の行為を為す権限を有するものにして其日本に設けたる支店の営業に関する日本以外の国に在る本支店の営業に関するを区別せず、会社の営業全部につき代表権ある法定代理人と解している。立法者の意図はともかく、「日本ニ於ケル代表者ノ規定ハ我国ノ公益ヲ保護スルカ為メニ設ケタル」ものであるから、これを全く会社の代表者と同一の権限あると解する点については疑問がある。まず訴訟代理権については、もとより本質は実体法上の代理権とその性質を異にし別個の見地から検討するを要するが、この点については、前述の支店設置の登記がなされない場合と同じくおよそわが国に営業所が設置せられる場合には、裁判管轄あると否とを問わず代理権をもつものとなすべきである。従つて第三国所在の支店との間に生じた取引につきわが国に存在しない原告が提起する訴について裁判管轄が認められない場合にも従属法および日本法上の同種の団体に対する取扱いかかわらず、訴訟手続の簡易化による相手方保護のため、代理権は認められると解しうる。登記を要する場合の対抗力については、別段の考慮を要するが、この点は前述する所による。次に裁判外の代理権については、日本に所在する営業所に関する行為については、内国的行為であると隔地的行為であるとを問わず代理権が認められることは勿論であるが、例えば日本における代表者が当該支店に関する代表権なきにかかわらず第三国支店代表者の名において、第三国所在支店の営業の一部譲渡契約を第三国において締結した場合にもその代理権ありとみなされるかについては、相手方が日本人であるかと否とを問わず、かつその相手方が日本に住所をもつと否とを問わずこれを否定すべきであると解する。外国会社に関する商法の規定は、本来日本営業所を通じる取引又は日本内における継続取引の相手方を保護せんとするものであるからである。従つてわが国法上その会社の全般的代表権を有するものと全く同一の権限を有するのではなく、商法

第六二条の準用は、それが日本に数個の営業所を設置する場合にその権限が当然に数個の営業所に及ぶ点において支配人の権限と異なることを明示したものと解すべきである。ただその性質が特定の営業所に関しない法律行為については、右の如き制限は存しないことわが商法上の支配人と同一である。右の如き意味において判決理由における論旨については全面的に承服し難い。

次に(19)判決は、日本における代表者の代理権の範囲が会社の営業に関する全般に渉るものであることを理由として裁判管轄を認めたものである。訴訟代理権に関する限りその論旨は妥当であるが、裁判管轄の有無を判断するにつき代表権の範囲を基準とする点は妥当でない。裁判管轄と訴訟代理権とはその本質を異にする問題なのであるから、この場合裁判管轄自体は、日本に財産が所在するか、原告が日本に定住することを理由として管轄を認めるべきではなかつたかと考える。

(14)判決は、登記の前提たる代表者の選任行為の準拠法としてその本国法によるべきことを判示する。この点については、非訴訟事件手続法第二〇二条、第一五一条及び第一五一条ノ二に関連して選任の準拠法が問題となる場合と、商法第一二条における悪意に関し問題となる場合がある。前の点については、登記につき実質的審査主義をとるか形式的審査主義をとるかにより取扱を異にするが、この点については第二〇二条第二項にいわゆる「日本ニ於ケル代表者タル資格ヲ証スル書面」が添付せられるときは、実質的にその準拠法如何を調査すべき義務および権限を有しないものと解する。後者は、第一二条に関するが、具体的には申請当事者となり得るか、または悪意に関し問題となる。これは外国会社の日本代表者の法的性質を、支配人に準ずるものと解するか会社代表者と解するかにより、また本人の利益を重視するか相手方の利益を重視するかによりその準拠法を異にする。これを支配人に準ずるものと解するならば、今日の通説と同じく営業所所在地法によることとなり、またこれを代表者に準ずるものとみるならば属人法に

よつて決せられる。この点はかなり困難な問題であるが、登記後においても、代表者選任意思の不存在又はその有効につき、属人法上も営業所所在地法も共に無効とすることを知る者に対しては、その無効を対抗し得るものであり、また登記抹消については選任意思の存在および、右の両準拠法の何れかがこれを有効と解する場合にはこれを抹消し得ないものと解する。右は基本的には商法第一四条の適用を認めるものであるが、然しその悪意の主張による無効性はこれを制限的に解し、申請当事者については、これを拡張的に解しようとする意図をもつものである。外国会社の代表者の制度そのものが、通常取引保護と異なり、わが国の公益保護を目的とするものであり、外人法独自の見地より登記公告の機能に対し実質的に公信力に準ずる効果を付与し、準拠法探求についての困難を相手方に免除し、その有効性を拡張的に解することが、その制度の目的に應えることとなると考えられるからである。この点かつては判例と同じく属人法によるべき見解を採つたが右の如く見解をあらためる。

なお(2)判決は、代理店の訴訟代理権の有無に関するが、代表者選任については、原告会社の従属法を適用するものと解し得る。原告は日本代理店に支店登記をなしたのは大正十二年八月二十七日であつて本訴提起後であり前掲支店登記と同時に「マルグレン」を日本における支店代表者として登記したものである。かかる代理店につき訴訟代理権あるや否やについては、現行法の観点から論ずれば、前述の如く代表者選任により営業所たる実体を備える限り、訴訟代理権を有するが、ただ相手方がわが国に定住するか、その取引が内国取引に属するときは、善意の第三者に対抗し得ないと解すべきであり、かつ訴提起当時右の瑕疵あるも登記公告により補完せられると解すべきである。

五

営業所閉鎖命令に関する判例は存しないが、営業所閉鎖による清算制度が存しなかつた当時における営業所閉鎖に

関するものとしては、次のものがある。

東京控訴院昭和一一・三・二三判決〔前掲表四〕は、国有化法により本店が消滅したロシヤ会社の日本における支店存続の有無、特に当事者能力に関する判決であるが、判旨に反対である。

「日本政府ハ大正十四年二月二十六日ソヴイェト政府ヲ承認シタルコト明瞭ニシテ右ノ如ク日本政府カソヴイェト政府ヲ露国ノ適法ナル政府トシテ承認シタル以上ソヴイェト政府カ曩ニ發布シタル銀行国有ニ関スル諸法令ハ同国ノ法令トシテ其効力ヲ有スルモノト認メサルヲ得サルヘク從テ日本ニ於ケル控訴銀行ノ支店ノ營業ニ関スル資産若クハ負債ノ尚残存スルモノアリトセハ其主体ハソヴイェト露西亜即チソヴイェト社会主義共和国連邦ニ外ナラサルモノニシテ控訴人ニ對シ清算ノ目的ノ範圍内ニ於テ人格ノ存続ヲ認ムルノ余地ナキモノト謂ハサルヘカラス……按スルニ商法第二百五十五條ハ外国会社カ日本ニ支店ヲ設ケタルトキハ日本ニ成立スル同種ノモノ又ハ最モ之ニ類似セルモノト同一ノ登記及公告ヲ為シ且日本ニ於ケル代表者ヲ定メ其氏名住所ヲ登記スルコトヲ要スル旨規定シ其外国会社カ法人タルト否トヲ區別セサルヲ以テ日本ニ支店ヲ設ケタル外国会社カ法人タラサル場合ニ於テモ同條ハ適用セラルモノト解スルヲ相当トスヘク同條ニ依リ此ノ場合ニ準用セラルル同法第六十二條ノ規定ニ依レハ日本ニ支店ヲ設ケタル外国会社ノ代表者ハ会社ノ營業ニ関スル一切ノ裁判上又ハ裁判外ノ行為ヲ為ス權限ヲ有スルモノナレハ其本国ニ於テ法人タラサル外国会社ト雖日本ニ於テハ訴訟ノ当事者トナリ得ヘキコト明瞭ナレトモ但タ其前提トシテ該外国会社カ其本国ニ於テ会社トシテ存在スルコトハ常ニ之ヲ必要トスルモノナルトコロ本件ニ於テ既ニ合併ニ因リ消滅シタルコト前記ノ如クナルヲ以テ右控訴人ノ主張ハ之ヲ採用スルニ由ナキモノトス……最後ニ控訴人ハ民事訴訟法第四十六條ノ規定ニ依リ当事者能力ヲ有スル旨主張スレトモ控訴人ハ合併ニ因リテ消滅シ控訴銀行カ有シタル一切ノ資産及負債ハ其露国内ニ存スル本支店ノ營業ニ関スルモノタルト露国外ニ存スル支店ノ營業ニ関スルモノタルトヲ問ハス包括的ニ国立銀行ニ移轉シ該国立銀行ハ其後同国ノ一官庁トナリ終リタルコト前記ノ如クナルヲ以テ右資産及負債ノ究極ノ主体タルヘキソヴイェト連邦ヲ外ニシテ別ニ国外ニ存スル控訴銀

行ノ支店ヲ基礎トスル独自ノ社團若クハ財団ノ存在ヲ肯認スルカ如キコトハ到底為シ得サルトコロナルヲ以テ右控訴人ノ主張モ亦理由ナキモノト謂ハサルヘカラス」

右の判決の被控訴人は三菱合資会社であり、結果的には日本会社に有利な結果をもたらしているが、判決の論旨には反対せざるを得ない。まず右判決は、革命に基く新法の適用につき、承認の有無を基準としている。然しながら国際私法の目的が国際的私法生活の法的安定を目的とする限り、承認如何は一応の参考となるとしても原則にはその地域における現実的実効性ありや否やが外国法適用の基準となると解する立場が妥当である。この点につき論旨に反対である。次にソ連政府が承認せられたる限り、清算の目的の範囲内に於ても人格の存続を認め得ないとする。この点については、諸外国の判例にも見出しうる如く、国有化法の内容を解散命令による法人格の消滅と清算の問題とはこれを區別して取扱うことが妥当であり、一国がその国家政策の見地から法人格を剝奪し会社解散を命ずる趣旨の法規は、わが国においても当然その適用を認むべきであるが、然しその資産又は負債が無償で国家機関に移転する趣旨の規定は、わが国法秩序が私有財産尊重を重要な支柱としている限り、法解釈としては法例三〇条によりその適用を排斥すべきものと解すべきであろう。従ってこれを補填すべき法規として旧帝国ロシア法を適用するか、日本商法に適用するかの問題が生ずるが、この点については認定事実によれば当該会社は株式会社であるから、日本商法上の株式会社の清算の規定によるべきであり、かつ破産に準じて属地的効力をもつと解すべきである。ただ株主に対する残余財産の分配は通常の場合と異なり供託の可能性が生ずる。右の如く内国支店に関する属地的清算を承認しない場合には、旧ロシア会社資産及び負債は国立銀行に移転し更に大正九年にこれは中央予算及決済局なる一官庁となつていたのであるが、従来の支配的理論は外国国家を被告として訴を提起することを許しておらないため、本件の場合とは逆に内国人が原告となる場合においては取引上の法的救済は殆んど不可能となり、実務上の要求に著しく反する結果が生ず

る。この判決は、ソ連に対する一種の政治情勢に基き内国会社の有利をはかっているかとも思われ、恐らくは承認後ソ連政府よりの財産引渡に関する問題の発生した場合を考慮したものとも考えられるが、理論的には前述の見解に立ち、清算法人として当事者能力を認むべきではなかったかと考える。

現行法第四八五条第三項の規定は、右の如き本店消滅の場合をも含めて、外国会社が日本営業所を設置する一切の場合を包含すると解せられるが、右のべた見解は現行法解釈についても概ね妥当する。なお疑義はあるが、第四八三条の株券・債券に関する準用規定、第四八四条の営業所閉鎖命令の規定、第四八五条の属地清算に関する規定は、事実上日本に営業所あとするきは、登記の有無を問わずこれを適用すべきでないかと考える。