

外国法人認許の意義

河村博文

- 一 問題の所在
- 二 制限理論と自由理論
- 三 旧民法人事編六条・現民法三六条一項の立法理由
- 四 学説
- 五 結語

一 問題の所在

民法三六条一項は外国法人の認許について定めている。すなわち外国法人は原則としてその成立を認許しないと
し、例外として国、国の行政区画および商事会社については当然に認許し、その他の法人については法律または条
約により認許できる旨を定めている。ここでとくに問題となるのは商事会社（民事会社を含む⁽¹⁾）の成立の認許であ

る。ところでそもそも外国法人の成立の認許とはなにか。これが本稿の中心課題である。認許は、*recognition, reconnaissance, Anerkennung*の翻訳であるが、この用語は旧民法、現行民法、現行商法において多義的に使用されている⁽²⁾。民法三六条一項に定める認許の意義を明らかにするためには、三六条一項の立法理由、同条と同趣旨の旧民法人事編六条一項の立法理由の検討が参考になる。他方において外国法人の法人格の承認は、国際私法原則にもとづく準拠法の適用の効果でもある。そこで民法三六条一項と国際私法原則との関係をどのように考えるかについて、従来、学説上、争われてきたのである。また法人の法人格が設立国を超えて存在するか否かについて、世界では制限理論と自由理論とが主張されていたので、認許に関する学説の考察にあたってはこの理論の概観も必要である。筆者はかつて外国法人の認許について考察を行ったことがあるが、その後、この問題について見解を改める必要を感じていたので、本稿では、外国法人の認許の意義に問題をしばって再検討を加えることとした。

- (1) 民法三六条一項の商會社の概念に民事會社を含むことについては、河村博文・基本法コンメンタール(第六版)会社法3一〇七頁(服部榮三編)(日本評論社、平一〇)。
- (2) 旧民法(明二三)立法者は、認許の用語を多義的に使用している。例えば旧民法人事編五条(現三三条に相当)は、内國法人の設立についてつぎのように規定していた。「法人ハ公私ヲ問フス法律ノ認許スルニ非サレハ成立スルコトヲ得ス」。しかし現行民法(明三二)三三条の立法にあたっては、「認許」の代わりに「規定ニ依ル」とした。その理由は、「認許ノ文字ハ或ハ一法人ヲ設立スル毎ニ一ノ法律ヲ制定スルノ必要アルカラ疑ハシメ且認許トハ既ニ存在スルモノヲ認ムルノ謂ニシテ法人存在説ヲ取リタルモノノ如ク見ユルヲ以テナリ」(廣中俊雄編著・民法修正案(前三編)の理由書九二頁以下(有斐閣、昭六二)。現行商法(明三二)一七五条(現二六四条)は、取締役の競業取引につき株主總會の認許を要すると定めていたが(昭和五六年改正により廃止)、ここにいう總會の認許とは、通説によると一般に禁止されている取締役の競業行為に承認と認可をなすことであって、認可によって競業行為の違法性が排除され、適法行為となると解されていた。本間輝雄・注釈会社法(4)四〇七頁(大森忠夫ほか編)(有斐

聞 昭四三。

(3) 河村博文・外国会社の法規制二〇一頁以下(九州大学出版会、昭五七)。

二 制限理論と自由理論

わが国の多数説によれば法人の一般的権利能力の準拠法は設立準拠法である。そこで設立準拠法上、適法に法人が設立されれば社団または財団は法人格を取得する。しかしその法人格が設立法域においてのみ存在するのか、設立法域を超えて存在するのかについては、世界の学説、判例上、二つの理論が主張されてきた。すなわち制限理論(restrictive theory)と自由理論(liberal theory)である。⁴⁾ わが国の旧民法編六条、現行民法三六条は、立法当時、制限理論を前提に規定されていた。他方、自由理論を前提とすれば、法人の法人格は、国際私法原則が指定する準拠法によって定まるとともに、その法的効果はわが国の領域にも及ぶ。それぞれの場合において民法三六条一項と準拠法との関係いかなが問題となる。

会社は設立法域の境界を超えて法律上存在することができないとする制限理論は、主としてアメリカ合衆国において発展したが、大陸法諸国においてもマンチニやローランおよび同時代の人々にひろく支持された。その後、この理論が国際通商の発展に適應できないところから、制限理論に対する批判が高まり、ついに世界の通説はこの理論を廃棄するにいたっている。⁵⁾ 自由理論とは、会社がある法域において適法に設立された場合、その会社の法人格の存在は他の法域においても法律上当然に承認されるとする理論である。この理論は、少なくとも商事会社に関す

る限り、ほとんどのヨーロッパ諸国で認められ、もはや争う余地のない原理とされている。⁽⁶⁾

合衆国におけるリーディング・ケースは、一八三九年の連邦最高裁判決、オーガスタ銀行事件 (Bank of Augusta v. Earle) である。⁽⁷⁾ トーニー (Taney) 裁判官は、この判決の傍論でつぎのように述べた。すなわち会社は、自己を創設した州を超えては法律上存在しない。それは会社が、法の力によってのみ存在するのであり、法がもはや拘束力をもたないところでは会社は存在しないからである——。このような制限理論は、さらに法人擬制説すなわち会社の法人格は法の単なる創造物にすぎないとする学説により法理論的基礎を与えられた。⁽⁸⁾ しかし合衆国における制限理論は、代理理論および国際礼讓理論 (comity) によって自由理論に変貌しているのである。⁽⁹⁾ 代理理論とは、会社は設立州内にしか存在しないが、あたかも自然人がある州に居住しながら、他の州における代理人を通じて取引できると同様に、会社もまた代理人を通じて会社の権能を行使できるとするものである。国際礼讓理論というのは、便宜上および国際礼讓にもとづいて外国会社の法人格を承認することである。ある州またはある国によって設立された会社は、営業活動地州の州憲法または州制定法の定めがある場合を除き、礼讓原則によって営業活動地州においてすべての権能を行使することが許される。礼讓のルールは、営業活動地州の立法によって修正を加えることができるが、州議会が別に定めをなすまで、裁判所はこのルールを遵守しなければならない。礼讓は存在することが推定される。すなわち礼讓は、営業活動地州の立法により、立法の一般的过程から推論される公序により、あるいは裁判所の確立された判決により、反対の意思を表明するまで存在する。⁽¹⁰⁾ この礼讓理論により、各州が州外会社法人格の承認についてなら規定をおかないときは、法人格は当然に承認されることになる。しかし合衆国においては、つぎのような制限理論の影響がみられる。各州は、州外会社を締め出す (exclude) 権能を有することを

前提に、州外会社の営業活動に対する制定法を定めており、州外会社が制定法の要件に服することなく営業活動を行った場合、ほとんどの営業活動地州裁判所は、州内取引に関する州外会社の訴えの提起を拒絶する⁽¹¹⁾。また各州は、州外会社法人格の法的推定を自由に廃止することができるのである⁽¹²⁾。

(4) 制限理論と自由理論の詳細な考察については、山田録一「国際私法上における法人の人格」国際五〇巻三号三八頁以下（昭二六）河村・前掲註(3)一〇二頁以下。

2 Ernst Rabel, *The Conflict of Laws* 125 (2d ed. 1960); Gerard Carl Henderson, *The Position of Foreign Corporations in American Constitutional Law* 3 (1918).

(5) 2 Rabel, *supra* note 4, at 127.

(6) *Id.* at 130.

(7) *Bank of Augusta v. Earle*, 13 Pet. 518 (U. S. 1839). オーガスタ銀行判決については、川上太郎「米国に於ける外国法人の存在及び能力」国民経済八一巻四号一頁以下（昭二五）同「会社」国際法学編・国際私法講座三巻七〇九頁以下（有斐閣、昭三九）。

(8) 2 Rabel, *supra* note 4, at 126; Henderson, *supra* note 4, at 4.

(9) Note, *The Adoption of the Liberal Theory of Foreign Corporations*: (1) *The Civil Status of a Foreign Corporation*, 79 U. Pa. L. Rev. 956 (1931); Henderson, *supra* note 4, at 36; 2 Rabel, *supra* note 4, at 127; Fletcher Cyc Corp § 8315 (Perm Ed); 1 Howard L. Oleck, *Modern Corporation Law* 719 (1958).

(10) 20 C. J. S. Corporations § 1789.

(11) *Restatement, 2d, Conflict of Laws* § 297, Com. b (1971).

(12) Henderson, *supra* note 4, at 101; 2 Rabel, *supra* note 4, at 134.

三 旧民法人事編六条・現民法三六条一項の立法理由

1 旧民法(明三三)人事編六条一項

現行民法三六条一項に相当する条文は人事編六条一項である。⁽¹³⁾

第六条第一項 法律ハ外国法人ノ成立ヲ認許セス但条約又ハ特許アルトキハ此限に在ラス

本条の立法趣旨および外国法人不認許の原則とその根拠はつぎの通りである。

「①(番号は筆者の注―以下同じ) 本条ニ於テハ外国法人ノ我国ニ於テ有スヘキ地位如何ヲ規定スルモノトス外国法人ハ我国ニ於テ其資格ヲ有シ私権ヲ享有スルヤ又其私権ハ如何ナルヤ是ナリ ② 民法ハ外国法人ノ成立ヲ認許セサルヲ以テ元則ト為ス是レ法人ノ性質上實ニ然ラサルヲ得ス其理由ハ左ノ如シ ③ 第一、法人ハ法律ノ力ヲ以テ設立スル仮想上ノモノナリ故ニ此仮想ヲ設立シタル外国ニ在テハ適法ニ成立スヘシト雖モ我国ニ於テハ其成立ヲ認許セサルモノトス外国ノ法律ハ其力ヲ我国ニ及ホスヲ得サルヤ論ヲ俟タス ④ 第二、外国ノ公益トシテ設立シタル法人ト雖モ我国ヨリ之ヲ見レハ一ノ害物ニ過キサルコトナシトセス我国ニ於テ或法人ヲ禁止スルモ外国法人ノ自由ニ侵入スルヲ得ハ其禁止ハ徒法ニ属スヘシ ⑤ 第三、法人ハ一国ノ公益上設立スルモノナレハ一般ニ外国ノ地ニ於テ私権ヲ享有スルノ必要ナキモノトス」⁽¹⁴⁾

このように外国法人の成立は不認許を原則とするが、その法的根拠は制限主義(③)および外国公益とわが国公益との違いにある(④)(⑤)。

不認許原則の例外としての認許は、つぎの通りである。

「⑥ 民法ハ絶対的ニ外国法人ノ成立ヲ認許セサルニアラス若シ我国ニ於テ私權ヲ行ハント欲セハ我国ノ認許ヲ受クルコトヲ得ヘシ此認許ハ或ハ条約ニ依リ一般ニ之ヲ與フルコトアルヘク或ハ我政府ヨリ特許ヲ以テ之ヲ與フルコトアルヘシ是レ諸国相互ノ利益上実ニ然ラサルヲ得サル必要ナルモノト謂フヘシ……例ハ運輸会社又ハ為替銀行カ我国ニ於テ其支店ト為スヘキ不動産ヲ所持シ日本人ト取引ヲ為シ又ハ訴訟ヲ為ス等ノ如シ……商事会社ニ付テハ条約ヲ結フコソ兩國ノ得策タルヘシ然レドモ他ノ法人ニ至テハ条約ヲ結ヒ一般ノ認許ヲ與フルハ頗ル危険（である）」

このように外国法人が国外にその法人格を有しないことを前提として（制限理論）、わが国が条約または政府の認許行為によって、わが国領域内における外国法人の法人格の承認をうることができる。

なお外国国家の認許については、つぎのような特殊性がある。

「⑦ 茲ニ注目スヘキハ外国国家ハ本条ノ規定ニ拘ハラズ当然法人ヲ為シ私權ヲ享有スヘキコト是ナリ原案ニハ『外国国家ヲ除クノ外』ノ数語アリシニ之ヲ削除シタルモノハ他ナシ外国国家トノ關係ハ民法ノ規定外ニシテ國際法ノ元則ニ従フ可キモノナレハ此數語ハ無益ニ属スルヲ以テナリ抑々現行國際法ニ依レハ国家ハ他国ヨリ明瞭又ハ暗黙ノ承認ヲ得テ成立スルモノニシテ独立ノ承認アリタル以上ハ民法上ニ於テモ均シク法人ノ資格ヲ有スヘシ尤モ独立ノ承認ハ公法ニ属シ法人の認許ハ私法ニ属スト雖モ今日マテ實際此區別ヲ為サズ独立ヲ承認スレハ亦從テ民法上法人タルノ資格ヲ認許スルモノトス」

外国国家については自由主義がとられているわけである。

2 現行民法三六条一項

第三六条（草案初期は第二九条）第一項 外国法人ハ国、国ノ行政区画及ヒ商事会社ヲ除ク外其成立ヲ認許セス但法律又ハ条約ニ依リテ認許セラレタルモノハ此限ニ在ラス

本条一項の立法理由はつぎの通りである。⁽¹⁷⁾

「①（番号は筆者の注―以下同じ）法人ハ法律ノ創設ニ因リテ存スルモノナルヲ以テ其法人タル資格ハ只其法律ノ効力ヲ及ホス境界内ニ止マルヘキヤ論ヲ俟タス故ニ一國ノ法人ハ他國ニ於テ当然其人格ヲ保有スルコトヲ得ス②且法人設立ノ許否ハ各國ニ於テ主トシテ自國ノ公益ヲ標準トシテ之ヲ定ムルモノナルヲ以テ假令其國ニ於テ公益ニ利アリトシテ設立ヲ許可シタルモノト雖モ他國ニ於テハ公益に反スルモノトシテ之ヲ許可セサルコト無シトスヘカラス③故ニ若シ多數ノ学者ノ説ヲ採リ外國ニ於テ認許シタル法人ハ当然我邦ニ於テモ其人格ヲ保有スルコトヲ得ヘシトスルトキハ之カ為メニ我公益ヲ害スルノ虞ナシトスヘカラス是レ蓋シ既成法典ハ概括ナル原則ヲ掲ケテ法律ハ外國法人ヲ認許セスト云ヘル所以ナリ」

本条一項は、旧民法人事編六条一項の立法趣旨と同じく、制限理論①および外国公益とわが国公益との違い②の二つの理由から、外国会社不認許を原則としている。

不認許原則の例外としての認許については、つぎのように述べている。

「④ 既成法典ノ執ル所ノ主義ハ能ク法人ノ性質上ヨリ生スル法理ニ適合シタルモノト云フヘシ⑤ 然レトモ近世各國ノ交通及ヒ貿易ニ関スル状況ハ此原則ヲ無制限ニ適用スルコトヲ許サス是レ他ナシ現今外國貿易ノ重要ナル

部分ハ主トシテ法人ノ事業ニ属スルヲ以テ若シタヒ絶対的ニ右ノ原則ヲ適用スルトキハ外国貿易ハ之カ為メニ非常ノ障害ヲ蒙ルニ至ラン⑥故ニ本条ニ於テハ法人ハ国外ニ成立ヲ有セサルヲ原則トシ國際關係上又ハ經濟上之ヲ認許スルヲ必要トスル外国法人ハ除外例トシテ之ヲ認許スルコトヲ得ヘシトセリ」

除外例に属する外国法人の種類については、つぎのように述べている。

「⑦ 国及ヒ其行政区画ノ如キハ今日ノ國際關係上之ヲ法人トシテ認ムルヲ通常トシ又我ニ於テ之ヲ認許スルモ敢テ危害アルコトナシ⑧ 又外国ノ商事会社ハ若シ之ヲ認許セサルトキハ貿易上彼我共ニ非常ノ便ヲ感スヘキヤセリ故ニ此二種ハ当然人格ヲ有スルモノトシ其他ハ特別ノ立法又ハ條約ニ依ルヘキモノトセリ」

旧民法人事編六条一項は、外国を削除していたが、民法三六条一項では、旧民法草案と同じく外国を挿入し、さらに国の行政区画を追加した。また外国商事会社も追加した。この二つの種類の法人は当然認許であり、その他の法人は法律また條約により認許できるとしたのである。

法典調査会主査委員會（明治二六年二月八日）において、穂積陳重民法起草委員は民法三九条（現三六条）の立法理由についてつぎのように述べている。⁽²⁰⁾

「⑨ 吾々ガ本案ノ如ク起草シタノハ第一ニ国、国ノ行政区画ト云フモノニ付テハ酷ドイ問題ハアリマセヌ國際上何處デモ認メテ居リマスルシ又認メヌト云フコトハ出来ヌ、国又ハ国ノ行政区画ト云フモノハ日本デモ既ニ原告トナツテ訴ヲ起スト云フヤウナ事ニシテ居リマス⑩ 又此商事会社丈ケニ付キマシテハ今日ノ如ク外國貿易ト云フモノガ大變ニ盛ンニナリマシタ時ニ於テ既成法典ノ如ク外國法人ハ成立ヲ認メヌ、斯ウ云フ主義ヲ執ル事ハ何ウシテモ出来マセヌ……外國法人ヲ認許スルト云フコトヲ第一ニヤラナケレバナラヌ併ナガラ外國法人ハ一般ニ当然其

成立ヲ要スルト云フ多數ノ學者ノ説ニ從ウ事モ出来マセヌ……獨リ商會社ト云フモノハ何ウシテモ之ハ最ウ法律
が何ウアラウガ外国貿易ト云フモノガ止マヌ以上ハ必ず其成立ヲ認メナケレバナラヌ譯合ヒデアアル⁽²¹⁾ ①直接ニ取引
ヲスル場合、例ヘバ英吉利ニアリマスル所ノ商會社ト日本ノ商人ト取引ヲスル場合其時ニ於テモ外国法人ト云フ
モノヲ認メマセヌ時ニ於テハ例ヘバ其違約等ノ事ニ付テ夫レガ日本ノ法廷ニ訴訟ヲ起シタ時ニ英吉利ノ方ノ法人ガ
原告トナル事ハ出来ヌ又訊ニナリマセウ⁽²²⁾ ②夫レカラ又外国法人ニシテ事務所即チ支店ヲ横浜ナリニ設ケマシタヤウ
ナ時分斯クノ如キ場合ニ於テハ悉ク日本ノ法ニ從ハナケレバナラヌ又カト云フ疑ヒモアツタヤウデスガ夫レハ何ウモ
出来ヌト云フ考ヘデ本案ノ如ク起草致シマシタ例ヘバ其事務所ヲ置キマシタ時ハ登記ヲシナケレバナラヌヤウナ箇
條ヲ置クノハ宜シイカモ知レマセヌガ併ナガラ悉ク日本ノ會社法ニ從ハセルトシテモ向フノ株式デアルトカ何ント
カ其會社員ノ權利トカ義務トカ云フヤウナモノガ會社ニ依テ悉ク違ウ場合モゴザイマセウ夫レモ日本計リ取引ヲシ
テ居ル會社ナラバ其法人ガ日本丈ケノ法人ニナルカモ知レマセヌガ獨リ日本計リテナクテ日本デモ朝鮮デモ印度デ
モ其他ノ國々ニ於テ取引ヲスル場合ニハ各國ノ法律ニ從ツテ法人ノ元トノ性質ヲ改メル事ハ出来マセヌカラシテ苟
モ日本ノ公安ヲ害スルト云フヤウナ事ノナイ以上ハ其成立ヲ認メル事トスルノ外仕方ガナイト思ヒマス……⁽¹³⁾ 尤
モ宗教ニ関スルモノトカ或ハ學問ニ関スルモノトカ其他ノ法人ト云フモノハ之ハ当然認ムルト云フコトハ或ハ危險
ナ結果ガアルカ知レマセヌト思ヒマシテ斯ウ云ウ事ニシタノデアアルマスガ⁽²³⁾ ④併ナガラ此商會社ノ如キモノハ先
ヅ今日ノ貿易杯ノ有様カラ觀テモ何ウシテモ斯クノ如クナケレバナラヌト思ヒマシテ是丈ケハ此法律ニ依テ認メル
ト云フ主義ヲ採ツタノデアリマス⁽²⁴⁾

(13) 熊野敏三「岸本辰雄・民法(明治二三年)正義 人事編卷之壹(上)」(日本立法資料全集別卷六三)三九頁以下(信山社、平

八)。

(14) 内国法人の設立を定める旧民法人事編五条の注釈によると、「(国家の主権者が) 何故ニ法人ヲ造成シ之ニ權利ヲ付与スルヤト問ハ、社会ノ公益ヲ目的トスルモノナリト答フルノ外アルヘカラス社会ノ公益ノ為メニ非サレハ如何ソ仮想的ノ人ヲ造成シテ之ニ權利ヲ付与スルコトヲ為サンヤ故ニ主権者ハ社会ノ公益如何ニ從ヒ自由ニ法人ヲ造成シ又ハ廢滅スルヲ得ルモノトス」(熊野¹¹岸本・前掲注(13)二八頁)。

(15) これはわが国領域での法人としての活動にほかならない。

(16) 旧民法草案人事編七条(六条にあたる)は「法律ハ外国国家ヲ除クノ外無形人ノ成立ヲ認許セス但条約又ハ特許アルトキハ此限ニ在ラス」と定めていた(河村・前掲注(2)二〇七頁引用の野沢¹²山口・國際私法論五五八頁)。

(17) 立法理由については、廣中・前掲注(2)九五頁以下、法務大臣官房司法法制調査部監修・法典調査会 民法主査会第一六回議事速記録(日本近代立法資料叢書13)四一六頁以下(商事法務研究会、昭六三)。民法二六条は、草案初期においては三九条とされていたが、明治二九年一月、日配布の(確)第二号において、九が抹消されて六に書き換えられた(法務大臣官房司法法制調査部監修・民法修正案 第一編総則(日本近代立法資料叢書15)八頁(商事法務研究会、昭六三)。法典調査会が明治二六年四月に発足してから一カ年ほどの間、主査委員会と委員総会とがおかれて、議案はまず主査委員会が審議した上で、さらに委員総会が決定した。しかし手続が煩雑で進捗に不都合だったので、明治二七年四月からは調査会のみで簡素化された。これらの会で、起草委員の作成案(甲号議案)が審議決定され、その後さらに整理会の検討にかけられた。福島正夫編・穂積陳重立法關係文書の研究「日本立法資料全集別巻1」第一部福島編『明治民法の制定と穂積文書』七頁(信山社、平元)。民法前三編では、第一章から第四章法律行為の第二節意思表示までは、担当起草委員(現三六条に相当する三九条の担当は穂積委員)が立法理由を書き、これを甲号議案の各条文に付して委員会に提出した(福島・前掲注三七頁、七四頁)。

(18) これは自由理論学説を指している。

(19) この文脈からすれば、法人が国外に「成立を有しない」とは、国外に権利主体としての存在を有しないことを意味することになる。

(20) 前掲民法主査会第一六回議事速記録四一七頁以下。

(21) 主査委員会における討議は、もっぱら商會社の認許に向けられた。商會社の認許に反対する横田國臣委員は「此向フノ法

人ト取引ヲスル者ハ夫レハ法人ト認メテ宜イガ併ナガラ日本ニ來テ其商事会社ノ支店ノ如キモノヲ設ケルトカ云フ場合、此場合ハ必ズ日本ノ法律ニ從ツテ立テタ会社デナケレバ出來ナイト云フヤウニシタイ」と主張した(前掲民法主査会第一六回議事速記録四二〇頁)。

(22) 一八四〇年代以降のヨーロッパ大陸諸國、例えばベルギーにおいては外国会社の当事者能力を否定した(B・グロスフェルト(山内惟介訳)・多国籍企業の問題―実務國際私法・國際經濟法二五頁以下(中央大学出版部、昭五七)。

(23) 不認許法人としては公益法人を念頭においていた(穂積^⑬)。

(24) 明治二六年二月当時、横浜等にはまだ治外法權が行われていた。

四 学 說

1 制限理論

山田(三) 説は、外国法人の法人格の承認に関してつぎのように主張する。⁽²⁵⁾

法人格の承認には、外国法人が外国の法律上有効に存在するか否かの問題と、外国法上有効に存在する外国法人が、わが国の法律上においても法人として存在するかという問題とがある。前者の問題は、外国法人の人格の存否に関する事実問題であつて、外国法人がその国の法律により有効に成立した以上は、その法人は外国の法人として存在する。後者の問題は、外国法人の成立の認許いかんの問題であつて、外国法人がわが法律上においても法人として権利をえ義務を負うべきかの問題である。認許の問題は、わが国の法律のみによつて定めるべきである。⁽²⁶⁾ 外国法人の人格は外国法によつて付与されたものである。外国の法律はわが国土においては法律の効力を有しないから

外国法の付与した人格はわが国においてはこれを人格と認めることをえない。したがって外国法人は外国法上有効に成立したという理由で直ちにその法人がわが国においても人格者として権利をえ義務を負うということをえない。認許とは、すでに存在する人格を承認することを意味するのであって、新たに人格を付与するものではない。なお認許は、わが法律上においても権利を享有しうべき資格があることを認めるのみであつて、認許された外国法人が、わが国においていかなる権利を享有することができるか、とくにその目的たる業務を行うことができるか否かの問題とは異なる――。

山田(三)説は、外国法人の法人格の承認の問題について、国際私法上の承認の問題と、わが国外人法上の承認の問題とがあることを指摘している。制限理論を前提とすると、わが国領域には外国法人の法人格が存在しないのであるから、合衆国が代理理論や国際礼让によつて設立州以外での法人格の存在を認めたとように、制限理論に対するなんらかの補充理論が必要であると思われる。さもないければ認許によつて、わが国領域に存在しない法人格を存在するものとして承認することは、すでに存在する法人格の承認ではなくして、あらたに法人格を創設することとなる。⁽²⁷⁾ また認許は、単なる権利主体の存在の承認ではなく、法人としての活動のための権利主体の承認である。山田(三)説は、認許と具体的な法人の活動の許容とは区別すべきことを指摘しているが、この点は今日の問題の一つである。

2 自由理論

自由理論を前提とする学説には、民法三六条一項が、国際私法原則を制限する機能を有すると解する立場と、法

人として活動するための法人格を承認するものと解する立場とがある。

(1) 国際私法原則制限説

イ 川上説はつぎのように主張する。⁽²⁸⁾

国際私法の原則に照らしてみれば、一国の国際私法上適用されるべき法律によって作出された法律関係は、たとえその法律が外国法であろうとも内国でその法律関係を認めるのが各国一般に承認する立場である。例えば外国においてわが国際私法上よるべき法律にしたがい物権の取得や婚姻の締結がなされた場合、わが国は特別の承認なくして当然に、その物権の取得、婚姻を適法のものとする。外国における法人の設立についても同じである。外国法人が、その住所地法（川上説はその後設立準拠法主義に改説⁽²⁹⁾）に従い適法に設立せられた限り、その存在は原則として当然にわが国でもこれを認めることとなるのであって、わが国でとくにその成立を認許するというような手続きをとる必要はない。民法三六条はわが国の公益維持の必要上外国法人のわが国における存在に干渉するものである。そこで一方、外国法人の存在をわが国際私法上準拠すべき国法に従って判断しながら、他方、その存在を認めることがわが公益に害あるとき、外国法人の存在を否認することによって、国際私法理と民法三六条との調和をはかることができる。民法三六条は、法人の国際的存否について準拠すべき法律を定めるわが国際私法上の原則を制限する例外的規定であって、公序に関する法例三〇条（現三三条）と同趣旨のものである。したがって民法三六条は不要である――。

ロ 山田（鐘）旧説はつぎのように述べている。⁽³⁰⁾

自由理論にもとづく国際私法原則と民法第三六条第一項の認許規定との関連いかんが問題となる。元来、外国法

の効力をいかなる程度に承認するかは、内国においてみずから決定しうることである。しかしながら外国法人がわが国際私法上準拠すべき法律（法人の一般的権利能力の準拠法³¹）に従い有効に成立した場合には、その成立は内国においても承認するのが、国際私法の機能からする原則ではあるまいか。従来、法人の人格が準拠外国法により認められた場合、その法人格が本国の領域においてのみ認められるのか、あるいは内国においても認められるのか争われていたが、今日、諸国の学説・判例の趨勢においては、外国法人の人格は、準拠外国法に従って発生する他の法律効果と同様に、内国においても当然に承認されるものとされている。従って民法第三六条第一項は、国際私法における取引保護ないし公益的見地から、国、その行政区画および商會社以外の外国法人がわが国でその目的たる事業を営もうとする場合、その事業を許可せず、かつ事業を許可されない外国法人は法人としての存在を認める実益なしとしてその人格を否認しようとする規定であり、わが国際私法の原則の適用を制限する機能を営むにすぎない。もつともその外国法人が本国人格者たる事実までは否認されない――。

国際私法原則制限説は、法人格に関する国際私法上の承認によって、わが国領域で権利主体性が承認されるとともに、わが国領域での活動に伴う権利義務を取得負担しうるとするものである。すなわちわが国領域で法人として活動するための権利主体の承認は、とくに外人法たる民法三六条一項の規定を要しない。かかる立場を前提すると民法三六条の存在意義は、準拠法適用の効果すなわちわが国領域における法人格の存在を否定することにある。川上・山田（鐙）説が、国際私法原則を外国法人不認許との関係において考察しているのは、このことを示している。しかし国際私法原則制限説は、商會社のように当然認許の場合、三六条一項の存在意義がないことになる。⁽³²⁾川上説が、民法三六条否認論を主張するのは、そのためである。⁽³³⁾外国法人をすべてわが国で認許するという立場を

とれば、国際私法上の承認によってわが国領域で法人として活動するための法人格が認められる。しかし内国の社団・財団についてみると、いかなる社団・財団に法人格を付与するかは、それぞれの国の立法政策によって決まることである。かかる内国法人の立法政策との均衡を考慮すると、わが国領域における外国法人の活動に関して、民法三六条一項(外人法)が、原則として法人格を否認し、ある種類の法人を当然に認許し、その他の法人の認許には一定の条件を課することができることになる。私見は、かつて国際私法原則制限説の立場にたっていたが、以上の疑問、民法起草者の意図(種積^⑩)および後述の一九五一年ハーグ国際私法会議の国際条約等を考慮すると、つぎの法人活動のための法人格承認説に賛したいと思う。

(2) 法人活動のための法人格承認説

イ 江川説はつぎのように述べている。⁽³⁴⁾

法人はいずれかの法律によって法人格を付与され、権利主体たることを認められるが、現在の国家的法律機構の下では、外国法上法人格を取得して権利主体たることを認められたものが、当然に内国において法人として活動することを承認されるものとは限らない。外国法上有効に成立した法人格者が、内国において法人として活動することを認めるためには、内国法上その法人格を承認せられ、内国で法人として活動することを承認されることを必要とする――。

ロ 山田(鐮)新説は、江川説をつぎのように継承発展させ、⁽³⁵⁾この立場が現在の通説となっている。⁽³⁶⁾

外国法上有効に成立した法人の人格は、外国法適用の効果として内国で当然に承認され、ならん特別な承認行為を要しない。⁽³⁷⁾かかる法人の人格の承認は国際私法上の問題である。しかし国際私法の原則により、外国法上法人格

を取得して権利主体たることを認められた法人が、当然に内国において法人として活動することを承認されるものとは限らない。外国法人が外国法上有効に成立したか否かの問題と、外国法上有効に成立した外国法人が内国において法人として活動することを認められるか否かの問題とは別個の問題である。わが民法の立場は、現在の国家的法律機構の下では、外国法上有効に成立した法人格者が、内国において当然に権利主体として存在しうるわけにはいかなないとし、内国上その法人格を承認し、内国で法人として活動することを承認すべきものとしている。ここにいう認許は外人法上の問題である。すなわち外国法人の認許とは、内国において法人として認められること、いかにえれば法人として活動するため法人格を承認されることである。法人としての活動とは、法人として権利を取得、義務を負担する行為をなしうること、その権利義務実現のために訴訟当事者となりうることだけではなく、本来の目的たる業務を遂行しうべきこと、すなわち継続的営業活動をなしうることまで含む――。

(3) 通説の問題点

法人活動のための法人格承認説が現在の通説であるが、法人としての活動が具体的になにを意味するかについては、学説によってニュアンスの違いがある。以下、主として山田(籙)説を手がかりとしながら通説の問題点を検討してみたい。

イ 国際私法原則上、外国法人の法人格が認められた場合には、当然にわが国領域で法人格の存在が承認されるか。外国において、わが国際私法原則によって定まる法律に従い物権の取得、婚姻の締結がなされた場合、わが国は特別の承認なくして当然にその物権の取得、婚姻を適法のものとして認める。外国における法人の設立も同じである。すなわち外国法人が、設立準拠法に従い適法に設立された限り、その存在は原則として当然にわが国にお

いてもこれを認めることになる。以上のように通説は説く。ところで物権の取得、婚姻の締結は、国際公序に違反するときには外国法の適用が排除される(法例三三)。これに反して法人格の取得は、社会的信用力を増加させるひとつの特権であり、各国は、自国の政治的、経済的、社会的政策の観点から社団・財団の法人化を認めるか否かを決定する。そこで外国法人についても、わが国は、わが国の立法政策にもとづいて、外国法人の法人格を承認しなかつたり、当然に承認したり、あるいは一定の条件の下に承認する旨を定めることができる。これが民法三六条一項なのである(外人法上の承認)。逆にいえば、外国法人をすべてわが国領域で承認する立場をとれば、とくに認許の規定は必要ではないわけである。

ロ 外人法の認許が必要であるとすると、国際私法上の承認はいかなる意義を有するか。認許とは、すでにわが国領域に存在する法人格を、法人活動の権利主体として承認することである。⁽³⁸⁾それゆえ外国法人を認許するためには、すでにわが国領域での法人格の存在が必要とされる(自由理論)。もし制限理論のように外国法人が国外に法人格を有しないとすると、認許によってわが国領域にあらたに法人格を創設することになる。また不認許法人であつても、国際私法上の承認によりわが国領域での(法人活動を前提としない)法人格の存在は認められるから、国際訴訟法上、訴訟当事者能力を決定する場合の判断基準となる。⁽³⁹⁾

ハ 「法人として活動するため法人格を承認されること」の意義
外国法人の認許とは、わが国領域で法人として活動するための法人格を承認することをいう。

a 法人(社団)の法人格とはなにか。

法人の法人格とは、法人の財産と社団構成員・機関構成員の財産とを切り離し、法人という独自の財産主体をつ

くりだす制度である。⁽⁴⁰⁾ 法人財産の独立には種々の段階がある。以下に掲げるものは、いずれも法人の属性であり、認許とは、かかる法人の属性を有する主体の承認にほかならない。① 法人の名において契約その他の法律行為を行い、法人自身が権利を取得し義務を負担する（法人財産の形成）。② 法人の名において民事訴訟の当事者となりうる。③ 法人名義の債務名義によってのみ法人の財産に対して強制執行することができる。④ 法人の名において財産を所有し、法人の名において不動産を登記することができる。⑤ 法人の一定の内容が登記・公示される。⁽⁴¹⁾ ⑥ 法人財産の充実強化の補充として、例えば構成員に対する債権者は法人財産に強制執行することができないと、あるいは利益配当の要件を限定し、また持分の払戻を認めず、その代わりに持分の譲渡性を保障する。⑦ 構成員の財産は、法人に対する債権者の強制執行を免れる（有限責任）。

以上の属性の内、どれほどの属性を備えれば法人であるといえるかは、難しい問題である。第七回ハーグ国際私法会議で採択された「外国の会社、社団及び財団の法人格の承認に関する条約」一条一項は（一九五二・一〇・三一採択、未発効）、とくに法人格の定義をあたえず、法人格の最小限度の要件として、①、② および④（ただし不動産登記については規定していない）の属性をあげている。⁽⁴²⁾ 法人概念の明確化という観点からすれば、① ないし⑤の属性を備えることが必要であるとするのが妥当であろう。⁽⁴³⁾

b 不認許法人の活動はどのように規律されるか。不認許法人の場合には（例えば外国公益法人）、権利能力なき社団・財団の名において活動することになる。⁽⁴⁴⁾ すなわち法人の名で行った契約にもとづく権利義務は、社団構成員全体・財団に帰属するが、社団・財団自体は権利能力を有しないので、権利義務は社団・財団代表者の名において行使され履行される。社団・財団が不動産を取得したとき、社団・財団自体は権利能力を有しないので、社団・

財団代表者の名において登記されるほかはない。権利能力なき社団・財団の第三者に対する債務については、社団・財団財産のみが引当となる。社団構成員は第三者に対して責任を負わないのが一般的である。権利能力なき社団・財団は訴訟当事者能力が認められる(45)(民訴二九)。

ところでわが国で認許されない外国法人であっても、本国およびかかる法人を承認する第三国においては法人活動の権利主体として存在するのであり、本国および第三国で取得負担した権利義務の強行的実現をはかるためには、わが国裁判所において法人として訴訟当事者能力が認められる(46)。法人の内部関係は属人法によって規律される。近時の判例・学説では、権利能力なき社団・財団の法律関係は、できるだけ法人の法律関係に近いものとして規律する傾向にある。そこで外国法人の認許を定める意義に疑問を生ずるかのようである。しかし認許された法人がわが国に従たる事務所・営業所を設置するとき、事務所・営業所の登記が可能であり、登記によって法人の内容が公示され、第三者は登記簿を閲覧することによって、法人の設立準拠法や法人の種類、事業目的、主たる事務所・営業所所在地、機関構成員、資本の構成等を知ることができる(民四九、商四七九条二・三項)。不動産登記も法人の名であることができる。社団・財団の権利義務の帰属点の承認という対外的法律関係の明確化とあいまって、認許された法人の社会的信用は、認許されない法人よりもはるかに増大するのである(47)。

c 法人としての活動は継続的活動に限るか。およそ法人は一定の事業目的を有しており、その目的たる事業を遂行するために付帯する行為を行い、また社会的存在としての行為(例えば寄付行為)をも行う。また外国会社がわが国領域で活動する段階には種々のものがある。例えば駐在員事務所、営業所の開業準備行為、営業所での継続的取引、全額出資法人または合弁会社の設立等である(48)。駐在員事務所は、情報収集、市場調査、広告宣伝、販売

代理店の監督等を行うが、わが国領域でこれらの行為を行うために第三者と契約を締結する場合には、外国法人の権利主体の存在の承認が必要となる。つぎに営業所の開業準備行為として、営業所用地の取得・賃借、資金の借入、使用人の雇用等を行う場合にも権利主体の承認が必要である。営業の目的たる行為は、通常継続的行為として行われるが、これが法人としての活動の中核的行為である。岡本説は、法人としての活動は継続的活動のみであつて個別的行為は含まないと解している。⁽⁴⁹⁾ここにいう個別的行為とは、営業の目的たる行為に属するものと思われるが、個別的行為と継続的行為との区別は必ずしも明確ではないこと、法人としての活動は営業の目的たる行為に限らないこと等の理由で、継続的行為を法人格認許の判断基準とすることには賛成しがたい。全額出資法人または合弁会社（いずれも日本法人とする）の設立は、法人としての活動に含まれるか。全額出資法人等の設立行為（定款の作成、社団の形成、資金の払込、機関および資本の構造形成、設立登記等）はわが国領域で行われるが、全額出資法人等の設立は、外国法人のわが国における活動に代わるものとして位置づけることができ、内国での法人としての活動ではないと解せられる。したがつて不認許法人は、全額出資法人等を設立することができる。⁽⁵⁰⁾

d 法人活動のための法人格承認と営業活動の許容とはどのように区別されるか。認許は、わが国領域での法人としての活動を前提とするものではあるが、わが国が具体的に外国法人の活動に対して規制を加えることを妨げるものではない。この点については、前述のハーグ条約「外国の会社、社団及び財団の法人格の承認に関する条約」の審議資料が多くの示唆を与えてくれる。⁽⁵¹⁾条約の解説によれば、本条約における法人の承認は、締約国の領域で定款に定める活動を恒久的に行うことの容認を意味しない。⁽⁵²⁾各締約国は、自己の適当と認める措置をとる自由を保持している。承認された法人は、法律の定める手続により、訴えを提起し、財産を所有し、契約の締結その他の

法律行為をすることができるが、(条約一条)、事務所の設置、営業の許可および一般的継続活動の許可は、承認国の法律によって規制することができる(条約七条)⁽⁵³⁾。前者が法律的理由により許可を決定されるのに対して、後者は承認国の政治的、経済的理由によりその許可が決定される。外国法人のあるものにつき、特別の条件または制限を課さないときは、承認の効果として、これらの会社に自由にその活動を行うことを許すことになる――。

わが国においては、外国法人が継続的活動を行うとき、一般的要件として事務所ないし営業所の登記が要求される⁽⁵⁴⁾(民四九条一項、商四七九条二項)。これは継続的活動を行うための要件であるから、登記さえ行えば事業活動自体は自由に行うことができる。しかし外国法人のわが国領域における営業活動には、多くの禁止、許可ないし制限規定がおかれている。⁽⁵⁵⁾ ① 禁止 委託放送事業(放送五二条の一三第一項五号ハ)、無線局(電波五条一項三号)、有線テレビ(有線テレビ五条三号)、鉱業(鉱業一七条・八七条)、国内航空運送(航空一三〇条)、領海内漁業(外国人漁業規制三条二号)、② 免許 銀行(銀行四七条一項)、証券業(外国証券業者三条一項)、保険業(保険業一八五条一項)、③ 許可 国の安全保障(航空機、武器、火薬、原子力、宇宙開発)、公の秩序・公衆の安全(麻薬製造、警備、ワクチン製造)、OECD自由化留保⁽⁵⁶⁾(農林水産、石油業、皮革・皮革製品製造)(外為二七条一項・三項、投資政令三条二項)等。このように各種の規制が行われているが、かかる規制がない場合には、認許された外国法人は、自由に継続的営業活動をすることができるわけである。

(25) 山田三良「外国法人論」牧野英一編・穂積先生還暦祝賀論文集九〇一頁以下(有斐閣、大四)、同・国際私法完(昭和三年度東大講義)二六八頁以下(文信社、昭三)、同・国際私法(現代法学全集34巻)三三八頁以下(日本評論社、昭五)。同旨は、梅謙次郎・民法要義(巻之一総則編)七八頁以下(明法堂、訂正増補明三二)、同・民法総則(復刻版)六七九頁以下(信山社、平

二二、岡松参太郎・注釈民法理由（総則篇）七九頁以下（有斐閣、訂正明二一九）、久保岩太郎・国際私法概論一三三頁以下（巖松堂、昭二三）、富井政章・民法原論（第一卷総論）二五二頁以下（有斐閣、訂正明三八）、中島玉吉・民法釈義（卷之一総則篇）二四四頁以下（金刺芳流堂、明四四）。

(26) 「認許ノ特別ナルト一般タルトヲ問ハス外国法人ハ認許ヲ俟ツテ始メテ我法律上ノ存在ヲ有スルモノニシテ苟モ認許ナキ以上ハ法人トシテ存在スルコトヲ得サル（ものである）」（山田（三）・前掲注（25）外国法人論九一一頁）。

(27) 川上太郎「法人の渉外的私法活動―民法三十六條否認論―」国民経済七八卷一四四五頁（昭二二）。

(28) 川上・前掲注（27）四五頁以下、同・新判例国際私法五七頁以下（千倉書房、昭四五）。

(29) 川上・前掲注（7）「会社」七三六頁。

(30) 山田（録）・前掲注（4）「法人の人格」六三頁以下（昭二六）、同「法人」国際法学会編・国際私法講座第二卷三四四頁以下（有斐閣、昭三〇）。

(31) 一般的権利能力の準拠法が、会社の内部関係の準拠法と同一原則に従うとはいえないとする見解が主張されている。この点については、B・グロスフェルト（山内惟介訳）・前掲注（22）四六頁（中央大学出版社、昭五七）。

(32) 溜池良夫・新版注釈民法（2）総則（2）一九四頁参照（林 良平ほか編）（有斐閣、平三）。

(33) 川上説が三六條否認論を主張するのは、外国法人の不認許を国際公序違反と同意旨とみるからであるが、山田（録）説は、この点について批判されている（山田（録）・前掲注（30）「法人」三四五頁）。

(34) 江川英文・国際私法（全書）一七三頁（有斐閣、昭二五）。

(35) 山田録一「外国会社―田中耕太郎編・株式会社法講座第二卷一八三頁以下（有斐閣、昭三四）、同・国際私法（現代法学会集47）二二五頁以下（筑摩書房、昭五七）、同・国際私法三二頁以下（有斐閣、平四）。

(36) 石黒一憲・国際私法（新版）三四五頁、岡本善八「外国法人の認許と承認」国際私法の争点（新版）九七頁（平九）、木棚昭一ほか・国際私法概論（第三版）一一四頁以下（木棚）（有斐閣、平一〇）、桜田嘉章・国際私法（第二版）一七一頁、実方正雄・国際私法概論一五一頁（有斐閣、昭一七）、澤木敏郎「道垣内正人・国際私法（第4版補訂版）一五八頁（有斐閣、平一〇）、高桑昭「わが国の外国法人制度について」論叢一四〇巻五・六号三二頁（平九）、高桑 昭ほか編・国際取引法（第二版）二六頁（松岡博）（青林書院、平五）、溜池良夫・国際私法講義（第2版）二九一頁（有斐閣、平一一）、同・前掲注（32）一九四頁以下、松

岡 博編・現代国際取引法講義一五三頁〔松岡〕(法律文化社、平八)。

(37) ドイツにおいては会社法人格の承認が、会社の抵触法上の取扱のほかに外国法人の特別の承認を要するか否か、理論上の争いがある。この点については、C・T・エーベンロート「ドイツ国際会社法における最近の展開」山内惟介編訳・国際企業法の諸相一六〇頁以下(中央大学出版部、平二)。グロスフェルト教授は、法人の権利能力の存在にかかわる問題が抵触法的規律対象から除外され、外人法的規律のもとにおかれていることを批判する。すなわちオアシス会社(擬似外国会社)に対する実効的規制を行おうとするとき、本拠地法説にたつグロスフェルト教授は、法人の属人法決定理論(本拠地法説)が有する実効的承認機能に注目する。そして属人法理論として権利能力の独立連結を主張する。法人の準拠法を権利能力、内部関係、外部関係の三者に分けてそれぞれ独立の連結を考へようとするのである。グロスフェルト教授の承認理論とこれに対する評価の詳細については、山内惟介「西ドイツ国際私法における外国会社の承認について—いわゆる『承認理論』を中心として—」新報九〇巻一・二号六五頁以下(昭五八)。すべての活動がドイツ国内で展開されているテラウエア会社に対して、権利能力の承認を拒否したドイツ・デュッセルドルフ上級裁判所判決と、これを批判するウルマー説を紹介するものとして、小島華子「国際私法における外国会社の承認について—ウルマー氏の理解を素材として—」大学院研究年報二七号(法学研究科篇)三〇三頁以下(平一〇)がある。

(38) 実方・前掲注(36)一五一頁以下は、国際私法上の承認と民法三六条との関係について、つぎのように述べている。属人法上、法人格を有する限り、わが国でも当然に法人格が承認せられるべきであるから、民法三六条の認許は、外国法人が法人たる資格における業務活動によって具体的権利義務を享有しうることをいう。すなわちわが国領域における法人格の存在は、国際私法上の承認によって定まり、三六条の認許は、法人の名での業務活動によって権利義務を享有しうるという、法人活動の承認としてとらえている。これは国際私法上の承認によりすでに法人格の存在が認められているので、認許は、その法人格を前提とする活動の承認として理解するものと思われる。しかし三六条一項は、外国法人の「成立」の認許を定めている。「成立」とは、わが国領域における法人格の存在を意味するから、実方説には賛成しがたい(溜池・前掲注(32)一九四頁参照)。この点、河村博文「外国法人の認許」山田鎌一ほか編・演習国際私法(新版)八八頁(有斐閣、平四)を改める。

(39) 不認許法人であっても、本国法により権利能力を認められている以上、当事者能力が肯定される。この点につき、高見進・注釈民事訴訟法(一)裁判所・当事者(一)四二〇頁(新堂幸司ほか編)(有斐閣、平三)。訴訟当事者能力については、青山善充「外国人の当事者能力および訴訟能力」澤木敬郎ほか編・国際民事訴訟法の理論二〇一頁以下(有斐閣、昭六二)、河村・前掲注

(3) 二二二頁以下。

- (40) 以下の記述は、上柳克郎「法人論研究序説」「合名会社の法人性」会社法手形法論集一頁以下、一六頁以下（有斐閣、昭五五）に負うものである。ただし法人の属性については、私見の観点から若干の追加変更を行っている（④の一部、⑤）。ところでドイツの合名会社・合資会社や英米のパートナーシップが認許の対象になるか否かについて、国際私法學説は一般に否定的である。その理由は、これらの営利団体が法人ではないため、国際私法上、権利能力なき社団として処理すれば足りるものと思われる。溜池・前掲注（36）二九二頁、早田芳郎「外国会社の意義」国際私法の争点（新版）九九頁（平八）、山田（鏡）・前掲注（35）国際私法二四二頁。しかしドイツの合名会社の場合、ドイツの多数説・判例は法人ではないとするものの、法人の属性である①④⑤を有しているのであり（上柳・前掲一八頁以下、ドイツ商二二四条）、その点において権利能力なき社団とは異なっている。合資会社も同様である（European Company Structures—A Guide to Establishing a Business Entity in a European Country 113 [Michael J. Olmanns ed. 1988]。アメリカのリミテッド・パートナーシップも、準法人としての性格を強めており、法人としての属性である①④⑤を有するにいたっている。この点につき、国生一彦・アメリカのパートナーシップの法律一八〇頁、四〇頁、二二九頁、九八頁、九九頁（商事法務研究会、平三）。Kenneth W. Clarkson et al, West's Business Law 794 (6th ed. 1995)。ハーグ条約六条一項では、法人格を有しない会社、社団および財団は、他の締約国においては、本国法上、これらに認める法律上の地位、殊に訴訟能力および債権者との関係に関する法律上の地位を有すると定めている。この理論に従えば、ドイツの合名会社、合資会社およびアメリカのリミテッド・パートナーシップは、本国法上の準法人の属性が承認されることになる。すなわち民法三六条一項の類推解釈により、認許の対象に含まれると解すべきことになる。
- (41) 外国の立法例には、人的会社の法人格取得について登記を要しない場合があることにつき、法務省大臣官房調査課「終戦後における国際私法に関するハーグ条約案（一）」法務資料三三三三号一三二頁参照（昭一九）。外国の会社、社団及び財団の法人格の承認に関する条約（ハーグ条約）一条二項（一九五一・一〇・三一採択）。
- (42) 上柳・前掲注（40）二頁は、法人の法人格の最小限の属性として、①④⑤をあげているが、これらを完全にそなえていなくても、例えば⑥の属性があるものを法人と解しても不適当とはいえないとされている。
- (43) 法人格を有する人的会社の設立に登記を要しない場合には、⑤は不要である。
- (44) 溜池・前掲注（32）二〇〇頁、山田（鏡）・前掲注（35）国際私法二四二頁、なお権利能力なき社団・財団の取扱の詳細は河

村・前掲注(3)一二二〇頁以下。

(45) 認許をえていない韓国法上の財団法人の当事者能力を肯定した下級審判例として、東京高判昭四九年二月二〇日高民二七卷七号九八九頁(時報七七三号八九頁)がある。これは民法三六条一項の不認許を理由に当事者能力を争った事案であるが、「国民事訴訟法の準拠法として適用されるわが民事訴訟法上の当事者能力の有無を判断するに当たっては、当該外国人が外国法上有効に成立しているかどうか……の考察をもって足り、わが国において法人としての権利享有の承認に関する民法第三六条第一項の認許は問題とする余地はない」。

(46) 山田(三)・前掲注(25)「外国法人」九二九頁、溜池・前掲注(36)二九五頁、山田(籙)・前掲注(35)国際私法二四一頁(有斐閣)、河村・前掲注(3)一二二頁。なお山田(三)・前掲注(25)九三〇頁以下は、フランス一八五七年法以降、当初、当事者能力が認められなかった不認許法人について、その後、当事者能力が認められるにいたった沿革について述べている。その結論として「訴訟当事者タルノ能力ヲ認ムルモ亦一部分ノ権利能力ヲ認ムルモノニシテ純理上外国法人ノ成立ヲ認許セサルコト矛盾スル所無キニシモアラスト雖モ……之ヲ認ムルニ非スンハ外国法人カ外国ニ於テ適法ニ得タル権利ヲモ無視スルニ至ルノ恐アルカ故ニ近世諸国ノ法律ハ……認許セサル外国法人ニ付テモ尙最少限度ノ権利保護トシテ訴訟当事者ト為リ得ヘキコトヲ認ムルヲ以テ例トスルニ至レリ」(山田(三)・前掲九三二頁)。

(47) このことは非営利活動団体が法人化を要望した理由をみれば明らかである。熊代昭彦編・日本のNPO法(特定非営利活動促進法の意義と解説)五八頁(ぎょうせい、平一〇)。

(48) 河村・前掲注(1)一〇六頁。

(49) 岡本・前掲注(36)九七頁は、法人の活動とは、継続的営業活動をいい、偶発的個別的行為は含まれないとされている。

(50) 山田(籙)・佐野 寛・国際取引法(新版)五四頁(有斐閣、平一〇)。カリフォリニア会社法では、親会社は、自ら州内で営業活動をしないう限り、子会社が州内で営業活動をするとの理由で、州内営業を行うとはみなされない(河村・前掲注(3)四五頁)。Cal. Corp. Code § 191 (b)。

(51) 前掲注(41)法務資料三三三三号一二二頁以下のほか、「ハーグ条約案(三)」法務資料三四〇号五三二頁以下(昭三二)。

(52) 川上太郎「外国会社等の承認に関するハーグ条約について」神戸五卷一・二号一五七頁以下(昭三〇)、河村博文「外国会社・社团及び財団の法人格の承認に関する条約」国際関係法辞典一〇六頁(三省堂、平七)。前掲注(41)法務資料三三三三号一二二

○頁以下、三四〇号五六九頁、六一六頁。

(53) 条約七条の基礎となつたものは、第二委員会におけるオランダ草案八条であるが、これは国際連盟「外国商社会社の法人格の承認」に関する案五項を借用したものであつた(前掲注(48) 法務資料三四〇号五六九頁)。国際連盟案五項は「(締約国の法律に準拠して有効に設立され、かつ、その国に現実の会社の本拠を有する商社会社は、他の締約国において当然に承認されるが) 締約国に所属する外国商社会社の承認は、他の締約国の領域において事務所を設置し、事業活動をし、並びに一般に定款に定める行為を永続的に行うことの許可を含むものではない」と定めていた。国際連盟案の翻訳は、前掲法務資料三四〇号五三五頁、川上太郎「会社に関する国際私法問題」神戸一二巻一号四一頁以下(昭三七)。第二委員会第二次案の審議において、ウォートレイ(英)は、七条の修正案「承認は、当該国の領域において、事務所を設け、営業を営み、及び一般に会社の活動を継続的に行うことの許可を含むものとする」を提出したが、否決された(前掲注(48) 法務資料三四〇号五九一頁)。

(54) ドイツ営業法二条一項は、外国法人の内国営業につき特別の承認を要する旨を定めていた。その立法趣旨は、ドイツ内国法人と比較して、弱小外国資本から国内の取引相手方を保護することにあつた(一九八四年七月二七日削除) (グロスフェルト(山内訳)・前掲注(22) 五九頁以下、エーベンロート(山内訳)・前掲注(37) 二四二頁)。わが国には、外国法人の内国での継続的活動につき一般的に許可を要する旨の規定は存在しない。

(55) 河村・前掲注(1) 一一八頁。

(56) OECDの資本移動自由化規約上、わが国が自由化を留保していたのは、従来、四業種であつたが、その内、鉱業については、平成一〇年四月一日から自由化され、自由化の例外は三業種となつた。対内直接投資等に関する命令第三条第三項の規定に基づき大蔵大臣及び事業所管大臣が定める業種を定める件(平成一〇年三月総理府・大蔵省・文部省・厚生省・農林水産省・通商産業省・運輸省・郵政省・労働省・建設省告示一号参照)。

五 結 語

本稿においては、外国法人の認許に関する旧民法人事編六条および現行民法三六条一項の立法理由を考察するとともに、認許をめぐる学説の検討を通じて、基本的には通説である法人活動のための法人格承認説が支持されるべきことを明らかにした。最後に通説の問題点についての私見のまとめをおきたい。

(1) 外国法人をすべてわが国領域で承認する立場をとれば、国際私法原則上、外国法人の法人格が認められる場合には、当然に法人として活動するための法人格の存在が承認される。しかし民法三六条一項はわが国の立法政策にもとづいて外国法人の認許の有無を定めており、法人として活動するための法人格の承認は三六条一項によって行われる。

(2) 国際私法上の承認により、わが国領域での（法人活動を前提としない）法人格の存在の承認が行われ（自由理論）、認許は、このすでに存在する法人格を、法人活動の権利主体として承認することになる。

(3) 法人としての活動とは、法人の名において活動することをいう。不認許法人は、権利能力なき社団・財団の名において活動することになる。認許された法人の社会的信用は、認許されない法人よりもはるかに増大する。

(4) 法人としての活動には、目的たる事業、目的事業を遂行するために付帯する行為、社会的存在としての行為等を含む。また駐在員事務所、営業所の開業準備行為、営業所の継続的行為を包含するが、全額出資法人や合併会社の設立は含まれない。個別的行為も含む。個別的行為と継続的行為との区別は必ずしも明確ではない等の理由

で、継続的行為を法人格認許の判断基準とすることには賛成しがたい。

(5) 認許は、わが国領域での法人としての活動を前提とするものではあるが、わが国が具体的に外国法人の活動に対して規制を加えることを妨げるものではない。

従来、認許の問題がとりあげられる場合には、もっぱら積極的な認許の問題に焦点が当てられてきているが、この問題は同時に消極的な不認許の問題でもある。例えば不認許と、擬似外国会社、法人格の否認、会社解散命令、外国会社営業所閉鎖命令等との比較的考察によって、認許の意義が一層明らかになると思われる。

※ 本稿の脱稿後、道垣内正人「法人」法教二三三号一一五頁以下(平二二)に接した。同論文によると、認許は、外国判決の承認と連続する問題としてとらえるべきであると指摘されている(一二〇頁)。