

論 説

国際税法における外国会社の類型比較

— 歴史的解釈の重要性 —

木村弘之亮

(前日本大学大学院教授)

目 次

| | |
|--------------------------|---------------|
| I 序説 | 1 明治23年法例 |
| II 歴史的解釈の意義 | 2 明治31年法例 |
| 1 公布時と適用時の間における規範テキストの意味 | 3 平成18年法適用通則法 |
| 2 歴史的解釈とは | IV 外国会社と外国法人 |
| 3 歴史的解釈の意義 | 1 外国会社 |
| 4 小括 | 2 外国法人 |
| III 法例の沿革 | V 結語 |

I 序説

日本の法人税法は、その2条、4条及び3条において、法人税法上の納税主体として、内国法人、外国法人、法人、人格なき社団、及び財団等を列挙する⁽¹⁾一方、他方で、会社、法人及び外国会社について規定していない。会社法は4種の会社(会社法2条1号)、合名会社、合資会社、株式会社と合同会社(旧・有限会社)を法人に属すると鮮明にし、法人税法は、この規定と定義を受けて、「法人」概念を使用している。さらに、明治29年民法36条1項、現行民法35条1項は、外国法人と外国会社の関係について、重要な規定をおく。

法人税法にいう「外国法人」を解釈するに当たり、その外国法人もまた社団法の枠組みに属する。社団法とりわけ外国会社について、

その沿革をたどり、その立法趣旨を確認する。社団法の領域において、日本の実定税法は私法の関係規定と附従性の関係にあると解されていることから、外国会社が外国法人に属するとする法規定についての立法趣旨及び長年にわたる支配的見解・判例は、現行法人税法・所得税法にいう「外国法人」の解釈にとって決定的な意義を有するのではなかろうか。歴史的解釈の意義を再確認することとしたい。

(1) 租税法の領域において、権利能力のない社団を規制する主要な法条文は、国税通則法3条・7条、国税徴収法3条・41条、法人税法2条8号・3条、租税特別措置法2条2項2号、地方税法12条・12条の2、所得税法2条1項8号・4条、相続税法66条1項、消費税法2条1項7号ある。その他、民事訴訟法29条(旧46条)が当事者能力を定めている。所得税法・法人税法は、「団体」ではなく依然として「社団」の用語を用いている。

II 歴史的解釈の意義⁽²⁾

1 公布時と適用時の間における規範テキストの意味

法規範について、その適用に際して二つの異なる時点で斟酌されなければならない、以下のような事情が認識される。

- ・ 規範成立の時点。法規範の議決の時点である。これを t^0 とする。
- ・ 規範適用の時点。行政手続における行政行為の処分時点又は裁判手続における判決時点である。これを t^m 又は t^p とする。

t^0 と t^m 又は t^p との間には永い時間間隔があり得る。その間に、多くの事柄が根本的に変化していることもあり得る⁽³⁾。

- ・ 技術的・経済的事情
- ・ 社会構造
- ・ 社会的、政治的、及び宗教上の世界観的な価値観
- ・ 政治システム全体及び憲法

その結果、「古い」法規範及び法律は価値観の変遷下において新しい時代の事実関係にどのように適用されるべきかという問題が生じる。法律適用に際してのいわゆる歴史的解釈

の優先順位が問題となる。その際、方法論的地平の拡張としてのテキスト学（詩学、修辞学、神学、法学、文学など）の一般的解釈論（Rezeptionstheorie 受容理論又はヘルメノイティーク）に視野を広げることは法律家にとっても有意義だと分かる⁽⁴⁾。

2 歴史的解釈とは

歴史的解釈とは、法律条文の成立史の文脈（コンテキスト）からその法律条文の規範目的と命令内容を調査・確認するために探求する。規範成立の際に一緒に働きかけた影響及び諸事情が何層にもわたって問題である⁽⁵⁾。

- ・ 歴史的・社会的文脈。これによって、社会的利益、相剋状況及び目標の観念が考えられている。これらが規範定立をもたらした文脈である。
- ・ 精神的及びドグマ史的なコンテキスト。規範定立が協議されそして定式化された、概念やドグマの歴史的起点の状況が重視されなければならない。同じ概念が、成立時点において、全く別な意味をもっていたこともあり得る。規範の用語を理解⁽⁶⁾しようとする者は、規範定立者の用語法を認識しなければならない。規範定立者

(2) 青井秀夫『法理学概説』（有斐閣、2007年）461-462頁；Bydlinski, Franz, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 2. Aufl., Wien 2012, SS.34-41; Rüthers, von Bernd/ Fischer, Christian/ Birk, Axel, Rechtslehre mit Juristischer Methodenlehre, 9. Aufl. München 2016, SS. 477-484. 優れた解釈論・法理学を展開する青井・前掲書は、同所において、歴史的解釈の意義について簡潔に説明し文献案内を施す。青井・前掲書は、Rüthers/Fischer/Birk (FN 2) : ことにEngisch, Karl, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl. 2010, 115ff., 155ff.; Rüthers/Fischer/Birk (FN 2) から、多くの影響を受けている（同書469

頁注1）。本稿は、歴史的解釈について深い洞察を示しているRüthers/Fischer/Birkの見解に大きく依拠する。本拙稿は、案内されている文献（455頁注1）以降に公表された最新の文献（Rüthers/Fischer/Birk (FN 2) など）をも用いて、管見の限りで、歴史的解釈論の状況について、紹介し、かつ、私見を示している。なお、Bydlinski (FN 2) は、オーストリアの著名な法理学書であるが、ここでは文献の所在を紹介することとどめる。

(3) Rüthers/Fischer/Birk (FN 2), S.477.

(4) Rüthers/Fischer/Birk (FN 2), S.477.

(5) Rüthers/Fischer/Birk (FN 2), S.478.

の用語法だけが、当該規範の元々の命令内容を伝達しうる。

- ・ 立法者の規律意思 (der Regelungswille der Gesetzgebung)。規範定立過程の法政策的実行及び法文定式化に決定的な影響を与えた、法政策的な企図及び誘導目標の調査・確認が問題である。これが、歴史的解釈の中心的目標である⁽⁷⁾。

これら3つの側面の探求は、それが上手くいく範囲において、当該適用されるべき規範の元々の意味と意味関連についての手がかりを法適用者に与える⁽⁸⁾。

ヘックの利益法学は、法律を社会における諸利益の衝突の因果的帰結と把握する(発生的利益説)⁽⁹⁾一方、イェーリンクの目的法学をしてその衝突の結果のみに注目し、それを帰結する因果的諸利益の探求に目を向けることがなかったと批判する。この利益探求の方法によって、当該法規の歴史的意味内容が確定される。利益法学は、歴史的解釈の方法を採用するが、単に立法者意思を問題とする方法ではない⁽¹⁰⁾。

利益法学においては、歴史的・社会的利益探求が解釈者の「解釈」の妥当性、すなわち因果性の証明として要求される。そして、今日の目的論的解釈は、この利益法学の功績を取り入れているから、(因果的諸利益の探求にも目を向ける)歴史的解釈は目的論的解釈に

とって不可欠である。

3 歴史的解釈の意義

(1) 方法論上の論争

歴史的解釈とその他の解釈論証(文理解釈、体系的解釈、目的論的解釈)との間の優先順位について、法律家の間では世代を超えて続けられている方法論に関する論争が活発である⁽¹¹⁾。争いの出発点の問題は、不相当に簡略化された形で、次のように定式化されている。

法律は「成立時点で」解釈されるべきか、又は「妥當時点(適用時点)で」解釈されるべきか⁽¹²⁾

これにより次が考えられている。法律解釈では、歴史的立法者の当時の「主観的」意思が問題とされるべきか、又は、当該拘束力ある法律内容がその文言及び体系の中に佇んでおり、その法律内容は当該法律の一つの「客観的意思」を含んでいると考えるべきか。

この簡単な問題提起に続いて、通例、二つの選択肢のある解釈問題、すなわち、いわゆる主観的「成立時」解釈といわゆる客観的「適用時・妥當時」解釈とが互いに名乗り出て考量されている。この二者択一は、これから帰結した方法論の対立とともにあらぬ方向へ導いてしまった⁽¹³⁾。

(6) 理解について多様な見解がみられる。例えば、Engisch (FN 2), 155f. (新しい哲学的理解ドクトリンは「理解」について多数の相違を認識している。或る表現の客観的内容の把握としての純粋な「意味理解」を、表現した者の動機(Motivverstehen)を概念するという意味での「動機理解」から区別する。)

(7) K/ラーレンツ(原著)・米山隆(訳)『法学方法論』(勁草書房、1991年)495-496頁。

(8) Rüthers/Fischer/Birk (FN 2), S.478.

(9) 広渡清吾「利益衡量論の問題性格」季刊現代法 9号(1976年)7-19頁(14頁)。

(10) 広渡・前掲注(9)7-19頁。

(11) Englisch in.: Tipke/Lang, Steuerrecht, 22. Aufl., Köln, S.198, Rz. 85.

(12) Rüthers/Fischer/Birk (FN 2), S.478 f.

(13) Rüthers/Fischer/Birk (FN 2), S.479.

日本では主観的解釈説を立法者意思説、そして、客観的解釈を法律意思説と称されることもある。

(2) 解釈とは

規範テキストが解釈されるべき場合、まず、いかなる種類の命題が取り扱われるかが、問いただされなければならない。法規範は、規範定立者の時空間に拘束された目から見て、彼の価値判断に従って、一定の生活事実関係を規制すべきものである。この目的のために定式化された法命題は、「解釈」という言葉の文字通りの意味では、当該規範定立者が盛り込むことのできたそして盛り込もうと欲したこと以外の命令内容ではあり得ない⁽¹⁴⁾。

「解釈」概念の厳格な意味における法律解釈は、したがって、「規範作者が或る法規範を通して判断した、そのような価値判断 (Wertentscheidungen) だけを当該規範から……取り出すことができる。⁽¹⁵⁾」解釈についてのこのような狭くてかつ厳格な概念は、いかなる構成要件 (事例グループ) と法律効果が規範定立者によって、立法上の価値判断の中へ書き込まれているかについてのみを指向している。したがって、法適用に当たり、立法の (構成要件により固められている) 評価規準が拡張され又は縮小されるときには、厳密に述べると、それはもはや「解釈」ではない⁽¹⁶⁾。

しかし、法律学 (Jurisprudenz) は、一般に、厳格な「解釈」を超えて、爾後的法形成 (これを「発展的法形成」ともいう。法規範テキストをその公布のとき以降の事情を斟酌した法形成という意味では爾後的法形成が適訳であろう。) を含めて「法解釈」の用語を用いている⁽¹⁷⁾。

解釈問題のこのような見方は、その他のテキスト学における解釈論 (ヘルメノイティーク) の成果と比較によって、追認される。テキスト学では、法律家の法学方法論ではこれまでほとんど注目されていない、基本原則が妥当している⁽¹⁸⁾。すなわち、

或るテキストを理解したい者は、問題又は状況を認識しなければならない。そして、そのテキストはその問題又は状況に対する回答である。

歴史的解釈は、作者によって規範テキストに結びつけられた意味と目的を再構成することを目指している。しかし、これは、しばしば、正確さを得ようとしても上手くいかないことがある。規範定立過程と通例結び付いている資料が多岐にわたっているため、たいいてい場合には、当該訴求されている規範目的についての重要かつ不可欠な情報が獲得されなければならない。その際、当該歴史的規範目的のこのような確認は、到達地点ではなく、

(14) Rütters/Fischer/Birk (FN 2), S.479.

(15) Schreiber, Rupert, Die Geltung von Rechtsnormen, Berlin 1966, S. 164 ff., 257.

(16) Engisch, Karl, Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935, S. 88 ff.; Rütters, von Bernd, Die ungrenzte Auslegung: zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 7. unveränd., um ein neues Nachwort erw. Aufl., Tübingen 2012, S.182. エンギッシュ教授はラートブ

ルフの弟子である。

(17) ラーレンツ・前掲注(7)557頁。ただし、青井・前掲注(2)465頁、470-493頁(481頁)は裁判官の発展的法形成 (爾後的法形成) を解釈から区別する。Rüttersや青井・前掲注(2)にみる峻別説の場合、爾後的法形成の方法について法適用の理論構築が不可避免的に必要となる。

(18) Rütters/Fischer/Birk (FN 2), S.479 f. FN 1066に掲げる文献及びそれに対応する本文参照。

あらゆる法適用にとって、最初の一步であり法律拘束に基づく不可欠な作業である。したがって、この歴史的な規範目的が適用時点においてもなお拘束力を有するかどうかについて、検討されなければならない。当該規範の成立時から適用時までで間に枠組み条件が変化すれば、法適用者は歴史的規範目的から乖離することが必要となることもあり得る。しかし、その場合、このような乖離は、たしかに法学方法論のルール（例えば、事情変更の原則：民法589条、610条、借地借家法11条、32条等）に従って、爾後的法形成の方途によってのみ、行ってもよい。まずは歴史的規範目的の探求こそが、解釈と爾後的法形成の相違を保証する¹⁹⁾。さらに、法規の全く予想していない紛争が生じる場合における法の「真性の欠缺」、及び、法規の立法作業過程で未解決の課題として学説・判例に利益衝突の解決を委ねた場合における法の「不真性の欠缺」について、歴史的解釈はなす術がない。これらの場合の「法の欠缺」を補填する爾後的法形成は、立法がなされない限り、体系的解釈、目的論的解釈及び又は比較法的解釈による外は紛争の法的解決の術がないであろう²⁰⁾。

このような解釈論についての基本的洞察によれば、成立史の問題は、決して、事案毎に異なって利用されたり使用されなかったりする規範適用の要素ではない。歴史的解釈は、むしろ、文理解釈²¹⁾及び体系的解釈と同様に、必要不可欠である²²⁾。これによってのみ、疑義のある事例において、(当該規範の公布によって決定的に重要であり、かつ、もともと拘束力のある命令内容を確定した、そうした)立法理由(ことに因果的利益コンフリクト)、評価規準及び規範目的を確認することが、確実になされることを保証するであろう。このような元々の当為内容が、当該規範から解釈によって引きだされる唯一のものである。これから乖離する解釈結果は、解釈の成果ではなく、当該規範の中にはめ込まれた夾雑物である²³⁾。

(3) 成立史の発言力

歴史的規範目的の確認の特別な意義は、3つの理由を有する。第1に、或る規範の詳細な規制目的についての成立史は、文言又は体系上の位置づけのような不可欠な情報を提供する。

(19) Rütters/Fischer/Birk (FN 2), S.480.

(20) 広渡・前掲注(9)11頁(法の欠缺が確定された場合、利益法学は、まず、法律において存在する価値判断、次に、法的共同体において存在する支配的な価値判断、最後に、裁判官自身の固有の価値判断の順によって、欠缺を補填すべきである)。

(21) 「はじめに言葉ありき」(新約聖書中のヨハネによる福音書1章1節)に照らしても文理解釈は重要であろう。ただし、日本語文法は、古代ギリシャ語、古代ラテン語、現代ラテン語・フランス語・ドイツ語・英語の文法に比し、関係詞・冠詞・時制・関係代名詞などの点で、ルールが緩やかであり、その結果、テキスト解釈が曖昧かつ多義に過ぎることがある。そのため、日本の法解釈におけ

る文理解釈が、前出の他言語の法解釈におけるそれと同様に、最重要だと位置づける見解にはなかなか追随しがたい。その意味において、日本の法解釈において、歴史的法解釈は文理解釈・体系的解釈・目的論的解釈に先だち、一層重要である。

(22) 日本の租税法において歴史的解釈の意義を認めないかのような見解として、金子宏『租税法』(第22版 2017年)116頁注1に掲げられた文献及びこれに対応する本文：谷口勢津夫『税法基本講義』(第2版 弘文堂 2011年)35-45頁(歴史的解釈の記述なし)。例外的に、木村弘之亮『租税法総則』(成文堂、1998年)155頁。

(23) Rütters/Fischer/Birk (FN 2), S.480 f.

成立史についての可能な解明を行わなければ、当該確認しうる規範目的が解釈者に知られないままになってしまい、かつ、彼の解釈が間違った規範目的から出発してしまうということになる²⁴⁾。

民法及び商法に定める「外国会社」についての成立史がその好例である²⁵⁾。

第2の理由は、歴史的解釈が、「解釈」と爾後的法形成とを区別する道具となるという機能にある。解釈によって、立法が或る規範に盛り込んだ命令内容以外の別な命令内容を、調査・確認することはできない。したがって、精確に解明された歴史的規範目的が、中心的対象であり、解釈から合理的に爾後的法形成を識別すべき指標である²⁶⁾。

24) Rütters/Fischer/Birk (FN 2), S.482.

25) 歴史的解釈を試みない典型として、江頭憲治郎「『外国会社』とは何か — 持分会社に相当するものの場合 — 」早稲田法学83巻4号(2008年)4-5頁(「[会社法2条2号の]法文の表現は…平成17年改正前商法479条2項前段の文言に由来するものと思われる。」)しかし、事実は明治32年商法255条に由来する。)；江頭憲治郎「『外国会社』とは何か」所収：江頭『会社法の基本問題』(有斐閣, 2011年)503頁。さらに、同玉稿は米国のパートナーシップの紹介に当たり、an entityを「法人」と誤訳し、パートナーシップは法人だと、誤解されている(13-14頁)。なお、比較法解釈を試みない典型として、水野忠恒「法人外事業形態に対する国際課税 — 事業形態の認定と課税管轄 — 」所収：水野『国際課税の制度と理論 国際租税法の基本的考察』(有斐閣 2000年)135-367頁(135頁entityを実体と和訳)。そこでは、US州LPS法の法規定が仏独日の人的会社法と比較されておらず、US州法上のLPSの法的性格が適切に認識されていない。社団法の観点から比較法解釈の手法を適切に用いるものとして、木村弘之亮「デラウェア州法LPS事件と英領バミューダ法LPS事件を超越する外国会社」税務弘報65巻10号(2017年)78-91頁(81頁)；Kroschel, Jörg, Die Federal Income Tax der Vereinigten Staaten von America, Düsseldorf 2000, S. 15; von Beseler-Jacobs-Wüsterfeld, Law Dictionary. English-German, Englisch-Deutsch, 4, ed., Berlin-New York, 1986, at 634 ('entity', (=juristische Person, Rechtspersönlichkeit, Rechtsträger)); Linhart, Wörterbuch Recht, S.56 'entity', (= legal entity juristische Person, Rechtssubjekt). 法人格, 権利主体である。Chapter 25.05 RCW: REVISED

UNIFORM PARTNERSHIP ACT (RUPA) もまた、Chap. 25.05.050 RCWにおいて、Partnership as entity と規定する。改正統一人的会社法は05.050条において、法的人格としての人的会社を規定する。

さらに、増田英敏教授に仲介の労をとっていただき、当職の照会、「I 'like to introduce my doctor-father Prof. Konosuke Kimura to you. First, he wants to know what you understand under 'the entity' and 'legal or commercial entity' in context with 'the Washington Uniform Limited Partnership Act'. He interprets them as the legal person and the commercial person. Is it right?」に快く応じて、

Tom Pearson, Professor of Accounting (University of Hawaii at Manoa, Shidler College of Business) は、E-mail dated 2017/6/7, Wed 08:12にて「Yes, a limited partnership is a separate legal entity. Such a partnership files a tax return for informational purposes, although under the income tax law the entity pays no taxes. It's been awhile since I have reviewed partnership textbooks.」と回答してくださった。両教授に謝意を表す。2017年6月3日にポーランドLodz大学にて開催されたEATLP(欧州税法教授学会)において同様の質問に対し、Prof. W. P. Streng (University of Houston Law Center)とProf. Johanna Hey (Köln Uni. Institut für Steuerrecht)もまた、同意見を表明された。

USA内国歳入法は人的会社等に法人格を付与しない。US連邦内国歳入法は、各州法上の人的会社法・合資会社法に附従しておらず、それらから独立して独自の租税政策により規律されている。

26) Rütters/Fischer/Birk (FN 2), S.482.

解釈による歴史的規範目的の探求を超えたところでは、解釈者自身の固有の価値判断プロセスが始まり、それは法解釈に属するけれども法律テキスト解釈に該当しない²⁷⁾。

利益法学（さしあたりヘックの立場）は制定法の裁判官に対する拘束力を強調する²⁸⁾。これと対照的に、日本の利益衡量論（とりわけ加藤一郎型）は制定法から裁判官を離していく方向に誘導する。星野英一²⁹⁾型も結論的には同様である³⁰⁾。利益衡量論は、「法規の拘束力」を否認する³¹⁾。その結果、所論では法の欠缺は存在しない³²⁾。法治国家原則の希薄化ないし解消は、星野英一型利益衡量論によって促され、帰結されるであろう（日本国憲法76条3項に不適合）³³⁾³⁴⁾。そのため、日本型の利益衡量論

は破棄されるべきである。

価値判断法学は、利益法学に対し次のように批判する。利益法学は、一方で利益を「衡量の対象」とし、他方で「衡量の規準」とするファラシーを犯している。法規を必要ならしめるものが諸利益の相剋であるにせよ、法律において示されるのは、そのような利益対立についての立法者の「価値判断」であって、因果的に規定される合力としての利益ではない。価値判断とは、一定の法的評価規準に基づいて行われるところの判断者の意思行為であり、自然的因果性とは無縁である。価値判断法学では、国家の市民社会に対する指導性や能動性を主張し、同時に、ルール（Regeln）と原理（Prinzipien）が探求されなければならない³⁵⁾。

ドイツ憲法の下では「社会国家」そして日本国憲法下では「福祉国家」の理念は、国家の市民社会への能動的介入の「根拠」であると同時に、介入の「目的」と「規準」を示す³⁶⁾。法適用者は、「法又は法律への拘

27) 広渡・前掲注(9)7-19頁。ヘックの利益法学は、法律を社会における諸利益の衝突の因果的帰結と把握する（発生的利益説）一方（14頁）、イエーリンクの目的法学をしてその衝突の結果のみに注目し、それを帰結する因果的諸利益の探求に目を向けることがなかったと批判する。この利益探求の方法によって、当該法規の歴史的意味内容が確定される。利益法学は、歴史的解釈の方法を採用するが、単に立法者意思を問題とする方法ではない。このような利益法学は日本の利益衡量論と質的に相違している（10-11頁）。

28) 広渡・前掲注(9)7-19頁、10-12頁（利益法学は「歴史的解釈の方法」を援用する。ヘックの利益説は、法律を「社会における諸利益の衝突の因果的帰結」として把握する。裁判官は、この歴史的解釈の方法によって確定された法規の意味内容に対して「思慮深き服従」の原則を遵守しなければならない。「法規の裁判官に対する拘束力」は、利益法学における最も重要な承認されるべき原則である。）。

29) 星野英一「民法の解釈をめぐる論争についての中間的覚書」加藤一郎・水本浩（編）『民法・信託法理論の展開』（弘文堂、1986年）1頁以下（利益衡量論の特色と批判に対する応答が示されている。）。

30) 広渡・前掲注(9)7-19頁。

31) 乾昭三・甲斐道太郎・利谷信義・原島重義・星野英一・水本浩「座談会 民法学の課題 第1回」法律時報39巻3号（1967年）56-57頁（星野英一発言）；さらに、「研究会 私法における法の解釈：第2部 II 法的構成（理論構成）「中間命題」の問題」ジュリスト増刊『法の解釈』基礎法学シリーズIV（1972年）52-92頁、80頁（星野英一発言）。

32) 広渡・前掲注(9)11頁。

33) 来栖三郎「法の解釈適用と法の順守 — 1 —」法学協会雑誌68巻5号（1950年）16~37頁；来栖三郎「法の解釈における制定法の意義 — その1 —」法学協会雑誌73巻2号（1956年）133頁。

34) Rütters, Bernd, Die unbegrenzte Auslegung : zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, Tübingen : Mohr 1968, S. 32Bf.「法源論の変更による、立法者から、哲学的に解釈を論ずる者〔法律への拘束を否定する無限解釈論者〕への法創造権能の移行」は日本の利益衡量論にとっても核心である。広渡清吾「ナチスと利益法学（二）完」法学論叢91巻4号（1972年）33頁から引用。

35) 参照、ロバート・アレクシー（原著）・松原光宏（訳）「基本権・民主制・代表」法律時報87巻3号60頁。

36) 参照、広渡・前掲注(9)14-15頁。

束」を憲法上求められているのであるから、価値判断法学は、利益相剋についての立法者による価値判断を歴史的に探索すると同時に、(法律の欠缺の場合のように包摂不能の法的状況ではことに) 実定憲法の措定する基本的評価規準に則して原理(憲法価値)・基本権・権利などを衡量して最適化し³⁷⁾、かつ、憲法(及び場合によっては基本的法律)に適合するように制定法の体系的解釈を展開し、歴史的解釈に基づく目的論的解釈を展開する。法解釈者=法解釈学は絶えず「歴史社会」に対する(評価規準に基づくとはいえ)価値判断を実践的に迫られているのである。同様に、立法者もまた、実定憲法の措定する原理(憲法価値)とルールに適合するように諸利益の相剋に対し価値判断を行い、法規を定立すべき法的義務を負う。

ドイツ連邦憲法裁判所は、長い間、方法論に関する原則的言明において、次の限定を付して、歴史的解釈に与するとしていることは、注目に値する。

「これに対し、立法手続に関与した機関又はその各構成員の(当該規定の意義に関する)主観的観念(die subjective Vorstellung)が、決定的に重要なわけではない。成立史は、前述の原則[条文の文言及び意味関連]に従って確認される解釈の正しさを追認するか、又は、(前叙の方途だけではまだ明らかにすることのできない)疑問を除去する範囲においてのみ、意義を有しうる。³⁸⁾」

加えて、独連邦憲法裁判所は、歴史的解釈の意義を次のようにして引き下げている。連

邦憲法裁判所は、解釈の結論への歴史的解釈の影響力を当該適用されるべき条文の文言に依存させることによって、である。歴史的立法者の意思は、「歴史的立法者の意思が法律自体の中において、十分明確な表現を見出されている範囲に限って、³⁹⁾」斟酌される。

その限りにおいて、歴史的解釈が過小評価され封じ込められる場合、おもに、当該法適用者の判断余地が拡大するという問題が起きる。裁判官自身によって、このようにして得られる固有の価値判断が、あらかじめ与えられている法律上の評価規準の適用という意味における「解釈」として呼ばれることとなる。現実には、裁判官による規範定立である。このような裁判官による規範定立は明らかにされず、そしてそれ自体理由づけられることもない。裁判所は裁判官による判断と固有の価値判断についてできるだけ広い判断余地を重んじる(例えば、加藤型利益衡量論)ので、これは、次のための根拠でありうる。すなわち、その結果、裁判官の法学方法論についての実務において歴史的規範目的の探求は、おもに、法律適用の必要不可欠なはじめの一步として扱うのではなく、むしろ裁判所の裁量問題として取り扱うことの根拠とされている⁴⁰⁾。

最後に、歴史的解釈は、方法論への誠実さ

37) アレクシー・前掲注(35)60-67頁;さらに、衡量論について、Alexy, Robert, Die Abwägung in der Rechtsanwendung, 明治学院大学法律価額研究所年報17号(2001年)69-83頁; Alexy, Robert, Grundrechte, Abwägung und Rationalität, in: Ars Interpretandi. Yearbook of Legal Hermeneutics 7(2002), S. 113-125; Alexy, Robert, Die Gewichtsformel, in: Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, hg. v. J. Jickeli/P. Kreutz/D. Reuter, Berlin 2003, S. 771-792; GreifRecht 10(2010), S. 69-78; Alexy, Robert, On Balancing

and Subsumption. A Structural Comparison, in: Ratio Juris 16(2003), S. 433-449; Alexy, Robert, Balancing, constitutional review, and representation, in: International Journal of Constitutional Law (I·CON) 3(2005), S. 572-581. 文献案内は、アレクシー教授ご自身による。同先生に謝意を表す。

38) BVerfGE 1, 299*312 (; 10, 234 (244); 11, 126 (130) (確立した判例)。

39) BVerfGE 11, 126 (130)。

40) Rütters/Fischer/Birk (FN 2), S.482 f.

の決定的に重要な判定規準だと分かる。成立史及び歴史的規範目的についての試みられた解明のみが、一つの客観的に法律により先与えられた命令内容を明瞭にすることができる。歴史的解釈は、法適者が立法の価値判断・評価を後追しようとするのか否か、又は、かれが乖離を必要だと思料するのか否か、という問いかけの前に法適用者を立たせることとなる。さらに、歴史的解釈は、法適用者が立法者の意思に今もなお実現しようとしているのか、又は、立法者の意思に代えて法適用者(裁判官など)自身の固有の意思をこれに置き換えようとするのか、という問いかけの前に法適用者を立たせることとなる。

したがって、裁判官は、日本の通説たる利益衡量論と異なり、憲法上、歴史的な規範目的を探求すべき義務を負っている。憲法の要請する「法規の裁判官に対する拘束」に鑑み、裁判官は、歴史的立法者によって利益相剋につきあらかじめ価値判断されたことについて少なくとも知識を得なければならず⁽⁴¹⁾、「思慮深く服従」を要求され、原則として「法律への忠実」を守らなければならない⁽⁴²⁾。

4 小括

歴史的解釈によって、主観的目的論的観点から、規範成立過程において当該法律概念の用法にとって決定的に重要な目的観念と価値判断が探索され突き止められる。この目的のために、まず、公表されている立法資料に遡らなければならない。立法理由は、たいいていケースでは、政府草案又は会派草案のなかに記録されている。立法理由はまず、読み解き、そして、当該草案が法律になっているか否かそしてどの程度までそうなのかについて、検討されなければならない。

歴史的解釈方法はとりわけ、他の解釈方法による結論をさらに強固に根拠づけ、又は、疑念のあるときには、当該その他の方法の観点からあり得る別な解釈の結論(複数)に決着をつけるため、他の解釈方法を補完するため援用されうることは、すでに示唆したことがある。これに対し、「立法者の意思」が立法資料から一義的に明らかになり、かつ、法律テキストの中でも十分明らかな表現が見いだされる場合、「立法者の意思」はもしかして「反対方向に走る体系的目的論的考慮」に対しとくにそれを遮断する効果をもちうる可能性がある。

そのようなコンセプトの具体化にとって必要な価値判断は、通例、利益コンフリクトをめぐる一つの社会的、経済的、技術的などの価値判断である。変遷は不可避である。したがって、頭脳明晰な立法者は、まずは重要な歴史的尺度に頑固に固執することを望んでいない。したがって、裁判例はそのような不確定概念を通例、法律の目的を指向してケースをグルーピングしそしてケースを比較しつつ具体化してきた範囲において、当該その都度の具体化がなお相当であるか否かについて、常に、反省する必要がある。

最後に、利益法学(さしあたりヘックの立場)が制定法の拘束力を裁判官に対して厳格に説く。利益法学は、現代の法思考論(さしあたりアレクシー)を踏まえたうえで、衡量の対象も、「利益」から「原理(若しくは基本権)」や「(憲法)価値」に置き換えられている⁽⁴³⁾。利益法学及び目的法学はいずれも歴史的解釈を不可欠としている。

(41) R uthers/Fischer/Birk (FN 2), S.483.

(42) 広渡・前掲注(9)11頁。

III 法例の沿革

1 明治23年法例

明治維新前から列強国によって強いられた不平等条約及び外国人居留地の難問を抱えた明治政府は、その桎梏から逃れるべく、商法や民法はじめ私法の法整備に力を尽くしていた中で、法例の制定が行われた。他方、不平等条約の改正条約1889（明治32）年が一斉に実施された⁴⁴⁾。そのような国際政治の中で、日本政府は、ドイツ・フランス・ベルギーから学び取り「法例」を制定する。

法例（明治二十三年法律第九十七号）は1890（明治23）年5月7日公布された。

この起草には、当時の最先端であったベルギー法が採り入れられた⁴⁵⁾。同法は1893年に施行される予定であったが、イギリス法学派の台頭や民法典論争に伴い、2度に渡って施行が延期され、1898（明治31）年、結果的に条文の削除や入れ替え・多くの修正加筆が行われた法例（明治31年法律第10号）が公布されるに至り、これにより明治23年法例は施行されることなく廃止された。

2 明治31年法例

明治31年法例（が明治31年6月21日法律第10号）は明治31年7月16日から施行された。

その内容は、法律の施行期日に関する規定（1条）、慣習法の効力に関する規定（2条）

を除き、原則として、国際私法に関する規定であった。第3条は、民法のみならず商法（ことに外国会社）の規定とその立法趣旨を理解するに益する内容である。

また、元の明治23年法例（明治23年法律第97号）第13条⁴⁶⁾に規定されていた訴訟手続及び執行方法は所謂法廷地法に属し、これを為す国の法律に従わざるべからざることは、各国の立法者及び法学者のよく認めている原則であり、列国間に行われるべき国際条約若しくは国際法典に於てその原則を明言することを要とすることである。しかし、一国の法律である法例が法廷地法について規定するようでは、国法の体裁を失するといわざるを得ない。その為、本案はこれを削除することとした⁴⁷⁾。国家主権の根幹にかかわる事項（裁判権や課税権など）は、国際私法の対象外である。

明治31年法例は、法例修正案理由書（その原名は「法例修正案説明書」である⁴⁸⁾）に基づいてほぼ同一の文面でテキスト化されている。その内容は、国際私法・準拠法に限定されていないことに、特色を有する。当時の、日本の立法作業における法思想を窺える点で、有益である。

「我国における法例は法律の通則たる意義を有す、……普通の法例たる本案の規定は……民法たと商法たと將た公法たとを問わず法律一般の通則たる」から「既成法例を編纂せらるるに当たり従来の慣例に拘はらず之を全く独立の法律として制定せられたるは固より体裁の宜しきを得たるものにして本案に於ても

43) 亀本洋『法的思考』（有斐閣、2006年）159-167頁。

44) 参照、野村天明「外国会社の規律 — 居留地からグローバル社会へ」ジュリスト1175号（2000年）21-29頁及び文末注。

45) 小梁吉章「法例の編纂：ベルギー改正草案の影響とその排除—」広島法科大学院論集12号（2016年）55-98頁。

46) 明治23年法例13条：「訴訟手続ハ其訴訟ヲ為ス

国ノ法律ニ従フ

裁判及ヒ合意ノ執行方法ハ其執行ヲ為ス国ノ法律ニ従フ」。

47) 法典調査会（編）『民法修正案理由書 附 法例修正案・国政法案・不動産登記法案 各理由書』（博文館蔵版、明治31年）：『民法修正案理由書〔第4編親族 第5編相続〕』（日本立法資料全集 別巻 32 復刻版 信山社、平成5年）3頁。

48) 法典調査会・前掲注47)凡例1頁。

亦之に倣へり⁴⁹⁾」

その第3条(修正案第3条と同一文面)は「第3条 人ノ能力ハ其本国法ニ依リテ之ヲ定ム

2 外国人カ日本ニ於テ法律行為ヲ為シタル場合ニ於テ其外国人カ本国法ニ依レハ能力ノ制限ヲ受ケタル者タルヘキトモ日本ノ法律ニ依レハ能力者タルヘキトモ前項ノ規定ニ拘ハラス之ヲ能力者ト看做ス

3 前項ノ規定ハ親族法又ハ相続法ノ規定ニ依ルヘキ法律行為及ヒ外国ニ在ル不動産ニ関スル法律行為ニ付テハ之ヲ適用セス」と規定する。

本案は近世の立法例に倣い本条第1項に於て本国法の原則を認めると同時に、第2項に於て之の例外を規定し、苟も外国人が日本国に於て為したる法律行為に付ては之を能力者とみなし其行為に効力を付与することとする⁵⁰⁾。本条の理由は、国際私法的規定の根本たる一大原則を定めた規定である。その修正の要点は次のとおりである。

人の能力は何れの法律によりて定めるべきかについて各国の法制区々にして一定していない。しかし、之を大別すれば、本国法主義、住所地法主義、属地法主義及行為地法主義の4主義に帰着する。…住所地法主義は、ドイツ・英国・米国の普通法が採用しているとはいえ、ドイツ法曹会は夙に住所地法に代えて本国法を以てすべきことを決議し、ドイツ民法施行法は明らかに本国法主義を採用し、英米の学説も又或いは行為地法主義をとり或いは本国法主義に賛成して住所地法主義に可変とするにいたった。国際法協会は既に1880年の会議に於て本国法主義を採るべきことを決議し(国際法協会1880年決議1。絶対的本国法主義)、又さらに、1888年の会議に於て商事に同じく内国取引保護[の為に]本国法主義を採用した(国際法協会1888年決議1, 2)。このように、近世の学説及び立法例は概ね本国法主義に帰着するに至っている。特に、日本のように統一的法律を行う帝国においては本国法主義を採用するを以て最も正当とする。それ故、本案も又、この点については、既成法例に従うことにした⁵¹⁾。

本国法主義の原則と例外について、敷衍する。

近世各国の通商貿易発達し日本人外国人間の取引いよいよ繁劇を加えるに従い外国人と取引を為す者はその外国人が果たして其本国法に従い能力者であるか否かを一々確知するのは難しい。したがって、苟もその外国人が内国法の規定に従い能力者たるべき場合に於いては、その本国法によれば無能力者たるときと雖、尚、その者の為したる法律行為に効力を付与しなければ、内国に於ける取引の安全を保護することができないこととなる恐れがある。その為、近世の学説及び立法例は、内国取引保護の為に本国法主義の原則を制限すべき必要を認めるに至っている。特に日本帝国に於ては居留外国人の本国法が甚だ不完全であり能力に関する規定を確知することも困難であるから、この制限を認めることは、さらに必要である。それ故、本案は、近世の立法例に倣って本条第1項に於て本国法の原則を認めると同時に、第2項に於てその例外を規定し、苟も外国人が日本国に於て為したる法律行為についてはその本国法により無能力者であるときと雖も日本の法律に依り能力者たるべきときはこれを能力者と看做し、その法律行為に効力を付与することとすることとした⁵²⁾。

第3条にかかる本案の精神は、独り日本人の取引を保護するに止まらず、汎く内国に於て為したる取引の安全を保護するにあるから、当事者の一方が日本であると、將た当事者双方が外国人であるとを問わず、等しくこの制限を認めることにしたのである。これによって、日本人外国人間の保護を均一にすることに。さらに、あるいは、同国人間すなわち国籍の同一な外国人間の法律行為について本国法の原則を制限しないものもあるけれども、外国人が国内各地に雑居するようになれば外国人相互間のとり引きを為すに当たり、果たして、同国人であるか否かについて確知する

49) 「法例修正案理由書」所収：法典調査会・前掲注(47)1頁。

50) 「法例修正案理由書」所収：法典調査会・前掲注(47)11頁、9-10頁。

51) 「法例修正案理由書」所収：法典調査会・前掲注(47)11頁、9-10頁。

52) 「法例修正案理由書」所収：法典調査会・前掲注(47)11-12頁。

ことが困難であるから、すでに、国籍を異にする外国人間の法律行為について本国法主義の原則の制限を認めている以上は、同国人間の法律行為に限り、これを認めないという理由はない。この理由から、本案はこのような例外の制限を採用することとした。さらに、この例外を善意の場合に限定することとし、もし、本国法に従い無能力者であることを知っているときはこの例外を認める必要がないとするものがある。しかしながら、当事者の一方が相手方の無能力者たることを知っていながら法律行為を為すようなケースはきわめて稀であるのみならず、意思の善意を証明することは頗る困難であり、いたずらに訴訟を増加する恐れがある。その為、本案はこのような制限を排斥することとした。最後に、本案は、汎く「法律行為（第3条2項前段）」と規定することによって、両当事者の合意であるか単独行為であるかを問わず、一切の法律行為について本国法の原則を制限することとしている。このような制限を必要としない法律行為については、例外の例外として、第三項がこれを列挙することとしたのである⁵³⁾。

上記の法例修正理由書は、法典調査会の起案によって、本国法の準拠主義の原則及びその例外について詳説する。この理由書は明治31年6月に公開されている。このように、第3条は内国取引保護のため本国法主義を原則とし（第1項）、その制限を規律する（第2項）。上記3条第2項の立法趣旨は、人（文理上「人」はことに自然人であるが、法的人格を除外しているわけではない。）についての説明であるところ、同じ法命題は、会社についても妥当する。けだし、本国法に基づく会社が法的人格を有する社団であるか又は法的人格を有しない社団であるかについて、法廷地国のひとつと、裁判所又は行政庁があらゆる外国で設立される多種多様な会社について詳らかに確知することは不可能と境界を接しているからである。さらに、第3条は内国取引保護のため第1項及び第2項を規律することとどまらず、居住者又は内国法人が国外におけ

る法的取引を行う場合において、法廷地国の法適用者は、主権の根幹にかかわる法律問題（例えば、課税事件）については、取引相手が法人格を有する社団か又は法人格を有しない社団であるか否かを一々確知することは不可能と境界を接している。このようなアウトバース取引についても前記第3条2項は適用されなければならない。けだし、明治31年法例は公法にも適用される「法律一般の通則」として規律されているからである。

明治31年法例3条の立法趣旨は、当時の民法、商法及び公法の関係規定にかかる立法及びその解釈に当たり計算に入れられるべき、重要な考慮事項であった。

3 平成18年法適用通則法

法の適用に関する通則法（平成18年6月21日法律第78号）は、法の適用関係に関する事項を規定している日本の法律である。同明治31年法例は、2006年（平成18年）の全部改正により、「法の適用に関する通則法」と改称された。しかし、前叙法例の立法趣旨は、一般原則が共通している範囲において、民法、商法（その後の会社法）及び租税法の関係規定の歴史的解釈に依然として妥当している。

法適用通則法は、その法案が第164回通常国会に提出され成立、2006年6月21日に公布（平成18年法律第78号）、2007年1月1日に施行された。本法の規定は、原則として施行日前に生じた事項にも適用される（附則第2条）。

第4条から第43条（法例第3条から第34条に相当）までは、渉外的私法関係に適用する準拠法を指定することを目的とする法である国際私法に関する規定である。

⁵³⁾ 「法例修正案理由書」所収：法典調査会・前掲注(47)12-13頁。

IV 外国会社と外国法人

1 外国会社

(1) 序説

外国会社とは、外国の法令に準拠して設立された法人その他の外国の社団（団体）であって、会社と同種のもの又は会社に類似するものをいう（会社法2条2号）。外国会社が法人に限定されないこと、当該社団の法人格の存否を問わないこと、及び、外国会社が対日本との関係でアウトバウンド取引を行うかインバウンド取引を行うかについて定義規定は制限していないことは、明治32年商法と明治29年民法並びに、従前の判例・通説に従ったものである。

明治29年民法36条1項、現行民法35条1項1文が外国会社と外国法人の関係を規定する。

以下において、外国会社について法制度の歴史を振り返ることとする。

(2) 民法上の外国会社

外国会社は商行為をすることを業とする目的でもって、外国において設立される会社を指し、そして、それは日本国内で成立を認許されることができる（明治29年民法36条1項⁶⁴、現行民法35条1項・37条5項^{65/66}）。

明治29年民法（明治二十九年四月二十七日法律第八十九号。いわゆる新民法）は、外国の国家その行政区画及び商事会社〔外国会社〕の三種に限り、日本民法上当然法人として存立することを得べき外国法人と規定した⁶⁷。他方、外国法上の〔民法組合など〕民事会社、公益法人・非営利法人については原則として権利能力を認めない旨を規定する⁶⁸。

認許とは、法人格の付与を意味するのではなく、単なる法人格の容認であるから、認許に依って外国法人が日本国内で法人成りして内国法人になるわけではない⁶⁹。

外国の商事会社〔外国会社〕は、日本民法上に於ても当然法人として存立しうることを

64) 民法（明治二十九年四月二十七日法律第八十九号）はその36条1項に於いて、「外国法人は国、国の行政区画及び商事会社を除く外其成立を認許せず但法律又は条約に依りて認許せられたるものは此限りに在らず」と規定し、「外国会社」ではなく「商事会社」を法令用語としていた。その後、「外国会社」の用語が民法で用いられるに至った。また、明治29年民法は、商事会社である外国法人の登記に関する規定を定めなかった。外国の商事会社は、日本の民法上も当然に法人として存立することを認められる。外国の商業会社が日本に於てその名を以て種々の取引を為し、或いは、訴訟を提起することができる。松波仁一郎・仁保龜松・仁井田益太郎『帝国民法正解 第壹卷』（日本法律学校、明治29年）；『帝国民法〔明治29年〕正解 第壹卷総則（自第1条至第51条）』（日本立法資料全集 別巻 95 復刻版 信山社、平成9年）289-290頁。

65) 旧民法人事編は、その5条に於いて、法人の成

立要件及び私権享有は法律規定に従うべき旨を規定し、そして、その6条に於いて、外国法人の成立要件及び私権享有の範囲を規定するに止まり、その他は、主として商法及び特別法の規定に委ねた。松波・仁保・仁井田・前掲注64)270頁。新民法は、ドイツ民法草案の総則編に規定されている法人の規定を斟酌して、法人に関する第2章を設けた（同書271頁）。

66) 外国会社の範囲は、学説により拡張されていく。早田芳郎「外国会社の意義」ジュリスト増刊 法律学争点シリーズ 8 国際私法争点（新版）（1996年）99頁及びそこに掲げられた文献参照（民法36条の「商事会社」の意義は、会社たるための最小限度の要件を備えている限り、できる限り広く解して立法の不備を補うべきである。）。

67) 松波・仁保・仁井田・前掲注64)294頁。

68) 星野英一『民法概論 I（序論・総説）』（良書普及会、昭和46年）154-155頁。

民法35条1項は認めている。けだし、外国会社は公益を害するおそれなきのみならず外商〔貿易〕日に頻繁なる今日の状況に於て外国会社は一々日本の主務官庁の許可を受けることがないなら、日本国内に於て独立して取引を為すこと禁止されるとすれば、実際その不便に耐えられないであろう⁶⁰⁾。

敷衍すれば、「外国法人は其本国に在りては有益なりと雖日本に在りては国情を異にする結果必ずしも有益に非らざるを以て其成立を認許せざるを原則とする」。しかし、「日本民法は例外として認許するか為に公益を害せざる外国法人に限りこれを認許したり」「即ち国家、行政区画、商事会社是なり」⁶¹⁾。この見解に依れば、例外として、国家又はその地方団体のみならず商事会社〔会社〕もまた、公益を害さないとみなされる限り、外国法人に属する。したがって、民法35条は、国外の、国家又はその地方団体も又会社について、その成立を原則として法律の力により認許する。

外国会社の権利能力について、民法35条2項1文は「前項の規定により認許された外国法人は、日本において成立する同種の法人と同一の私権を有する。」同2項1文にいう外国法人とは、1に、同条第1項の本則に対する例外として日本民法上において当然成立を認許された外国法人、2に、法律又は条約によ

り特に成立の認許を受けた外国法人を指す。同第2項は、これら2種の外国法人が日本において享有することのできる私権の範囲を明らかにし、之と同種の法人にして既に日本に於て成立している者と同一の私権を享有できるものとし、たとえ、それら外国法人が自国に於て享有する私権の範囲がこの標準〔日本法による私権享有のルール〕と異なっている場合であっても、日本に於てはこの標準を越えてその私権を保有することはできない。同時に、外国法人は、自国に於て享有することのできない私権であっても、日本においては右の標準〔日本法による私権享有のルール〕に従って新たに之を享有することができる。けだし、法人が享有することのできる私権の範囲は、もとより日本の公益に適するか否かを基準として之を指定するものであるから、たとえ、日本に於て成立を認許した外国法人であっても、此の標準〔日本法による私権享有のルール〕に反することはできない。この法理が、法人設立に関する立法の本旨に適合する⁶²⁾。

外国で設立される会社の種類は、資本公司、人的会社及びその他を問わない。いずれの外国会社も、外国法または条約によって法人格

59) 遠藤浩・水本浩・北川善太郎・伊藤時夫『民法註解 財産法 第1巻 民法総則』（青林書院、1989年）227頁；五十嵐清・鍛冶良堅・甲斐道太郎・稲本洋之助・川井健・高木多喜男『民法講義 I 総則』（有斐閣、昭和59年）88頁（鍛冶良堅）。

60) 松波・仁保・仁井田・前掲注54)293-294頁。

61) 大谷禎男「外国会社法制の見直し」商事法務1055号（1960年）492-495頁、493頁（民法36条1項が外国法人のうち商事会社について定める「認許」とは、外国会社が内国において法人として活動する為にその法人格を承認することである。）。明治

商法及び明治民法の立法趣旨及び明治法例の立法趣旨が忘却されている主張である。現行民法35条2項にいう「外国会社」は商事会社のみならず民事会社をも含むと解する見解に大谷氏は同意する。ここでいう民事会社は、民法上の組合を指すのではなく、営利を目的とする社団を指す。

62) 松岡義正『民法論 総則』（清水書店、明治40年）；松岡義正『民法論 総則〔明治29年〕』（日本立法資料全集 別巻 407 復刻版 信山社、平成18年）277頁。

63) 松波・仁保・仁井田・前掲注54)296頁。

を付与されているかどうかを問わず、外国法人に属する。成立の認許によって、法人格がその外国会社に付与されるのではない（明治29年民法36条2項2文）⁶⁴。例えば、設立地法の規定によれば、その会社が法人格を有しない人的会社（合名会社・合資会社など）が、日本民法36条1項に基づき、法人格を有する社団に性格変更するわけではない。それでも、その外国会社は民法36条1項により外国法人に属するものとして扱われ、そして、同条第2項により「[外国の商事会社すなわち外国会社を含む] 外国法人は日本に成立する同種の者と同一の私権を有す」ものとして扱われるのである。同条2項2文は、日本において成立の認許を受けたる外国法人と雖も、必ずしも之と同種の日本の法人と同一の私権を享有することができるとは限らない旨を、明らかにしている。明治23年民法（旧民法）人事編6条2項⁶⁵は、外国人が享有することのできない権利は外国法人も又之を享有することができできない趣旨を明示していなかったため、明治29年民法36条2項はこの欠点を補足しただけである⁶⁶。外国法人の権利能力の範囲は日本法により定まるのであって、外国法によって定まるべきものではない⁶⁷。外国法人（外国会社を含む）が日本において享有することの

できる私権の範囲は、同種の法人にして既に日本において成立している者と同一の私権を有するという規定（旧民法36条2項）に照らし、外国法人（外国会社を含む。）が自国に於て享有する私権の範囲は、同規定による範囲と異なっている場合であっても、日本においてはその標準（規定）を越えてその私権を保有することはできない。同時に、外国法人（外国会社を含む。）は自国に於て享有することのできない私権といえども日本においては日本法の標準〔規定〕に従って新たに之を享有することができるものとされたのである⁶⁸。

同種の会社の例として、一つに、ドイツ法の場合、合名会社、合資会社は法人でないけれども日本商法の合名会社、合資会社と同種のものである。外国会社が法人であるか法人格を有するかは、問題でない。二つに、類似する会社の例として、英米法の場合、パートナーシップは、合資会社に近似し、之でなければ合名会社に近似する⁶⁹。

もっとも、「法律又は条約の規定により認許された外国法人」に限定されている（現行民法35条1項2文）。外国で設立された「民法上の組合」は、その外国の法律または条約により「会社」に該当しない場合には、民法上は会社から除外されると解される。

64) 松波・仁保・仁井田・前掲注64290頁, 293-294頁（外国の商事会社〔外国会社〕も、日本民法上において当然法人として存立し得ることを認められる。けだし、外国会社は公益を害するおそれがないのみならず外商日に頻繁である今日の状況において、外国会社は日々日本の主務官庁の許可を受けなければ日本において則律して取引をなすことができないとすれば、実際その不便に耐えられない。）；参照、岡野敬次郎『会社法講義案』（中央大学、大正9年）；岡野敬次郎『会社法講義案』（日本立法資料全集得 別巻550 復刻版 信山社、平

成21年）246頁。

65) 民法人事編第1章6条「法律は外国法人の成立を認許せず但条約又は特許あるときは此限に在らず

成立の認許を得たる外国法人は日本に成立する同種の者と同一の私権を享有す但条約中又は特許中に其権利を制限したるときは此限に在らず」

66) 松波・仁保・仁井田・前掲注64297頁。

67) 松岡・前掲注62280-281頁。

68) 松岡・前掲注62296頁。

69) 岡野・前掲注64246頁。

一国の法律はその効力の及ぶ範囲を国境内に限定するを以て本則とし、他国において当然にその効力を有すべきものではない。外国の法律により成立した外国法人（民法35条1項1文除外規定に列記された社団を除く。）もまた、その国の境域に限り存立することができるに止まり、他国に於て当然その存立を主張することを許されない。この法理は、法律の効力に関する国際法上の通則から導き出される。一部の学説は、外国の法律も亦其法律である点に於て敢えて自国の法律と異ならないから、外国法により認許された法人は、日本国内に於ても当然存立すると主張する。しかし、同条1項において、明確に、外国法人は日本国内に於て当然成立しないことが、本則として規定されている⁷⁰。

(3) 商法・会社法上の外国会社

志田鉦太郎⁷¹によれば、商法（明治32年法律48号）の制定前は、外国会社に関する規定が間接的にも直接的にも存しなかった⁷²。

(i) 明治32年商法第6章（外国会社）

商法（明治32年法律48号）第6章は、はじめて、「外国会社」の表題のもとで、外国会社

が日本に於いて依違するを必要とする規定を設けるに至った。外国会社とは外国の法律に従い設立された会社をいう、との定義が前提とされている⁷³。外国法に従い設立された会社は、勿論、外国に本店を有するべきであり⁷⁴、外国会社として国内に於て商業に従事しうる（民法2条・36条）。

明治32年商法255条は、その第3項を除いて、明治30年12月24日政府より帝国議会に提出したる修正商法案第241条を同一文面にて規定する。「外国会社か日本に支店を設けたるときは日本に成立する同種のもの又は最も之に類似せるものと同一の登記及び公告を為すことを要す」（明治32年商法255条1項）。同条1項及び2項は、フランス1857年5月30日商法草案90条、94条、ドイツ商法179条、212条及び1891年国際法協会決議1、3を参照している⁷⁵。外国会社についての商法規定は、それまで、明治26年商法にも規定されていなかったものである。

「茲に予しめ注意すべきは」1に、「我商法の規定の適用を受くべき外国会社は単に外国の法律に従ひ商事会社⁷⁶として設立せられたるを以て足れり」、2に、「其会社か外国法律に依り法人格を取得したると否とを問はざること⁷⁷」及び3に、「外国会社に関する商法の規

(70) 松岡・前掲注62292頁。

(71) 志田鉦太郎「外国会社」法学志林38号（明治35年）14頁以下。

(72) 志田・前掲注(71)14頁以下。

(73) 柳川勝二『改正商法論綱』（厳松堂書店 明治45年）；柳川勝二『改正商法（明治44年）論綱 初版』（日本立法資料全集 別巻273 復刻版 信山社 平成15年）326頁（本文番号413）。明治44年改正商法の下においても、外国会社の概念を再確認するものに、柳川勝二『改正商法 正解』（第4版 法令審議会事務局（大正3年初版）大正5年）；柳川勝二『改正商法（明治44年）正解』（日本立法資料全集 別巻226 復刻版 信山社、平成

14年）345頁。

(74) 柳川『改正商法論綱』・前掲注(73)329頁（本文番号416）。

(75) 原田真義（編）『旧法典 仏独法 商法対照』（八尾版 八尾書店、明治31年）；『商法対照（明治26年商法・明治30年修正案）』（日本立法資料全集 別巻 392 復刻版 信山社、2006年）136頁、「凡例」頁。

(76) ここで商事会社の対概念は民事会社である。後者は民法上の組合を指す。したがって、外国会社は、商事会社であって、民事会社（民法組合）に該当しない社団を指す。

定は公益保持の理由に出てたるものにして公の秩序に関するものに外ならざるを以て当事者の反対意思を認容すへからざること」⁽⁷⁸⁾ (原文強調傍点を下線にて表示。木村)である⁽⁷⁹⁾⁽⁸⁰⁾。

(立法趣旨) 外国会社の設立者は日本人(内国人)であるか外国人であるかを問わず、又、外国に於いて設立されたか、国内に於て設立されたかは、内外会社の判定規準ではない。外国法律に従い設立された会社[外国会社]は、外国に本店を有すべきは勿論であるが、その他に、外国会社として国内に於て商業に従事しうるのであるから(民法2条, 36条)、外国会社が国内に支店を設けて商業を営むことができる。その結果、第三者に対し重要な関係を惹起するので、之を監督する必要がある。さらに、取引上の利便を図り外国貿易の発達を助長する必要がある。これらの理由か

ら、明治32年商法はとくに1章を設け外国会社が日本国内に於て依遵する必要のある規定を設けたのである⁽⁸¹⁾。

これを敷衍する。外国会社が日本において支店を設け又は商業を営みその他種々の行為を為すケース(1)、あるいは、日本に本店を有し商業を営む会社が外国で設立されるケース(2)、あるいは、日本において外国会社の株式を発行し又はその株式若しくは社債を譲渡するケース(3)⁽⁸²⁾、あるいは、外国会社の日本における代表者が公序良俗に反する行為を為す等のケース(4)において、明治32年商法第6章(外国会社)の規定が適用されないとすれば、日本商法の適用を受ける内国会社に比べ外国会

(77) 異説、志田鉦太郎『日本商法論 卷之二 第二編 会社』(有斐閣書房、1900(明治33)年)54頁。ただし、同書56頁では、その異説について不都合さを自認する。

(78) 柳川『改正商法論綱』・前掲注(73)326-327頁(本文番号413)。

(79) 同旨、志田・前掲注(71)23-25頁(商法上の外国会社の規定の適用を受ける人的対象範囲に関し、営利を目的とする商事会社の外に、外国の社団法人及び外国会社であっても法人でない社団についても、外国会社に関する規定の適用又は準用がある。); 志田・前掲注(70)52-56頁(1に、「外国会社は外国の法律に従ひて設立したる会社なり故に其設立に付ては外国の法律を適用すべく」、次に、「外国会社は当然其成立を認許す即ち所属国法に従ひて適法に成立したる外国会社は我国に於ても当然其成立を認許するものとす是新民法第36条第1項の規定する所なり」。3に、「外国法にいわゆる会社にして人格を有せざるも其名を以て権利を得義務を負うことを得るものあり例へば独逸法律における合名会社の如き是なり我国既に外国会社の成立を認許しその人格を認むる以上は人格を有せざる外国会社にして其名を以て権利を得義務を負ふことを得せしめ何等の差支なきに似たり新商法が人格を有する会社に付てのみ規定を設け毫も此点に及ばざりしは我輩の遺憾とする所なり)。

(80) ただし、内外会社の判定規準について、異説、志田・前掲注(71)26-37頁(国際私法上の会社の国籍問題にも言及し、会社の国籍は、その自由選択にかかる住所にあると解するのが、妥当である。): 岡野・前掲注(71)243-244頁(商法は、内外会社の区分についての確な標準[判定規準]を示していないけれども、住所主義は近世国際私法学者が一般に唱道するところであり、準拠法主義は漸次その勢力を失ってきている。住所主義は多数の学者により支持されて、かつ、各国の立法例及び判例によっても認められている。「1889年及び1891年国際[法協会]会議に於て真実なる法律上の住所所在地を標準とすべきを議決した」)。

(81) 岡野敬次郎『会社法』((財団法人)岡野奨学会、昭和4年): 岡野敬次郎『会社法』(日本立法資料全集 別巻 549 復刻版 信山社、平成21年)643-647頁に掲げる文献及びそれに対応する本文参照。内国会社外国会社を区別する判定規準を住所主義説が詳細に論証され主張される。

(82) 柳川『改正商法論綱』・前掲注(73)(本文番号413)。

(83) 第3ケースについて、柳川『改正商法論綱』・前掲注(73)329-330頁(本文番号417); 柳川『改正商法 正解』・前掲注(73)350頁。「明治44年会社法改正」について、浅木慎一『日本会社法成立史』(信山社、2003(平成15)年)105-309頁。

社は遙かに有利な地位を与えられる結果、大いに権衡を失することとなる。法益権衡を保つことが、具体的な立法趣旨である⁸⁴⁾。

前記の法益権衡を保つ判定規準について、立法者は3種類のアプローチを検討し、その結果として、外国会社に関する規定の内容を価値判断した⁸⁵⁾。

一つは、外国会社はまったく内国会社と同一の規定に従うことを要すと為す、との主義である。しかしながら、この主義は、全く外国会社の成立を認めないのとほとんど異ならない。外国人の人格を認めない古代の遺物であり、現今は外国人は内国人〔日本人〕と同じく私権を享有することができることを以て原則とする（民法2条）。法人も又、人〔法人格〕である故、外国法人をしてまったく内国会社と同一の規定に従うことを要すと為すのは、〔明治29年〕民法第2条〔現行民法3条〕の原則に悖るものといわざるを得ない⁸⁶⁾。例外的に、「ある制限のもとにおいては外国法人の成立を認める今日に於いては採るにたらざること当然なり⁸⁷⁾」。二つは、外国会社はその本国法に従うべきであり内国会社に関する規定に従うことを要しないと為す、との主義である。しかし、この主義は、放任に失し、内国会社に対して詳細な規定を設けて厳に之を監督する立法の精神との権衡を得たものではないものといわざるを得ない。けだし、会社に対して詳細の規定を設けている目的は、内国

の安寧秩序を害しないことにあるからである。それにも拘わらず、外国会社に対して此の類の規定を適用しないとすれば、日本の安寧秩序は保たれ得なくなるであろう⁸⁸⁾。三は、これら極端な二つの主義を折衷し、ある制限のもとにおいて内国会社に関する規定を外国会社にも適用する、との主義である。本明治32年商法は、この第三の折衷説を採用している⁸⁹⁾。

明治32年商法255条の立法過程において、国際私法についての知見及び民法・商法にかかる比較法についての知見が用いられていることは、前叙のとおりである。

外国会社が日本に支店を設けたときは日本に成立する同種の会社又は最も組織の類似する内国の会社と同一の登記を為すべきであり、裁判所に於てその登記を為したときは遅滞なく之を公告することを要する（明治32年商法255条1項、11条）。

同255条1項の規定は、外国法に依り設立された「外国会社」について、日本法に基づき成立する同種の会社又は最も組織の類似する会社として登記すべきと定める。そこでは、外国の設立準拠法が係争の会社（社団）に法人格を付与していなくとも、その外国会社が、日本法の人的会社（例えば、合名会社）に組織が類似する場合には、その外国会社はその種類の会社に分類され、そして、法人に該当する（大判明治38年4月17日⁹⁰⁾）。

84) 丸山長渡『改正商法要義 上巻』（明治32年6月増訂再版 同文館）；丸山長渡『改正商法（明治32年）要義 上巻』（日本立法資料全集 別巻 358 復刻版 信山社、平成17年）372頁。

85) 復刻者『商法修正案理由書』（博文館蔵版 博文館 明治31年）217頁。

86) 丸山・前掲注84)372頁。ここでは、当時の日本

の民法・商法によって保護される権利義務が、欧米諸国のそれに比べ、不十分である、との評価が前提とされている。

87) 『商法修正案理由書』・前掲注85)217頁。

88) 丸山・前掲注84)372-373頁。

89) 丸山・前掲注84)373頁；類旨、松岡・前掲注62)280-281頁。

商法258条（明治32年法律48号本条制定）は「日本に本店を設け又は日本において商業を営むを以て主たる目的とする会社は外国に於て設立するものと雖も日本に設けて設立する会社〔内国会社〕と同一の規定に従ふことを要す」と追加規定する。

この条項に関して明治末期の次の見解は、内国会社との対比の中で、外国会社の意義を新たに考察する。民法36条を根拠に、本国法で設立された法人格なき社団も、また、商工業又は金融業など商行為を業として営む場合⁹⁰⁾、外国会社に該当する。

外国会社の意義は内国会社の意義に依りて消極的に決定される。けだし、日本法は同時に外国会社たるの内国会社を認めないからである。内国会社の要件が2つ及び準外国会社が説明された後、明治32年商法258条の適用を受ける外国会社の範囲は内国会社以外の会社として消極的に制限される。しかし、「内国会社に非らざる会社」は必ずしもすべて外国会社ではない⁹¹⁾。外国会社の積極的要件については、明治29年民法36条は外国法人の人格を認めており、商法255条は外国会社の取締のための規定である。これに加えて、対英条

約、対独条約によれば、英国法の下における組合（partnership）及び有限責任組合（limited partnership）又は独逸商法の合名会社（offene Handelsgesellschaft）及び合資会社（Kommanditgesellschaft）は商工業又は金融業に関する会社及び組合である以上は法人で非らざるに拘わらず条約の規定によりそ〔外国会社〕の存在を承認しなければならない。同条約の締結前からも同一に解される（同旨、前掲大判明治38年4月17日）⁹²⁾。

上記考察により、外国会社ノ意義は商事会社又は商工業若くは金融業に関する会社及び組合なる觀念によりて必然的に画される、と思料される⁹³⁾。

昭和初期の次の見解は、立法趣旨に適合するとはいえ、商法に定める4種の会社の法形式にとどまらず、外国会社の範囲を具体的に拡大する。

外国会社の存在を承認し、かつ、或る程度これを日本の会社法の規定に服させる必要がある。そのため、外国会社の存在を承認する積極的要件は、日本商法上の会社と同一の実質を有することであり、分説すれ

90) 大二判明治38年4月17日民録11輯506頁（商法255条（明治32年法律48号本条制定、会社法817条）は、外国会社の法人であると否とを区別しないから、日本に支店を設けたドイツ合名会社とその本国法において法人でなくても、これを適用すべきである。）。

91) 前掲大二判明治38年4月17日（商法255条。日本に支店を設けた外国会社が本国において法人でなくても、商法（昭和13年法律72号改正前）255条（会社法817条・933条）を適用すべきであり、したがって日本に支店を設けた外国会社の代表者は会社の営業につき一切の裁判上または裁判外の行為をなす権限を有するものであるから、その本国法たるドイツ法により法人格を有しないドイツ合名会社といえども、日本において訴訟能力を有する。）。なお、同大二判明治38年は、「（資料1）大審院会社法関連判例の解説 — 明治33年から明治43年」所収；浅木慎一『日本会社法成立史』（信山社 2003（平成15）年）252-253頁（番号51）

に紹介されている。

92) 松本丞治「外国会社ノ意義再論」法学志林14巻9号（1912（大正元）年）1-14頁（13頁）。

93) 松本丞治「我国法上ニ於ケル外国会社ノ意義」法学志林13巻5号（1911（明治44）年）1-8頁（3-8頁）。

94) 松本・前掲注92）8-10頁。

95) 松本・前掲注92）11頁（民法にいう外国会社は、明治32年商法42条、明治44年商法42条1項の定める商事会社を指し、商行為は、商法263条及び264条列挙の行為並びに明治38年法律52号担保付社債信託法3条及び29条2項に定められた行為を指す。）。民法36条のいわゆる外国商事会社として其成立を認許されるためにはこの定義に適合する実質を有することを要する。実質を具備しないものは日本法上外国会社として其成立を認許されない（同11-12頁）。ただし、形式要件と並んで実質要件を追加する松本説は、立法趣旨から乖離する。

ば、1に、商業を営む社団（団体）であり、2に、日本商法上の会社と類似の組織を有することであり、さらに、消極的要件は、単に外国企業の名称が同一であるだけであること、まったく実質を異にすることである。日本の商法が会社に関して求めている、形式、即ち、法人格がなくても支障なく、商業を営む社団（団体）であれば、たとえその性質が組合であっても外国会社に該当する。英法のpartnership, limited partnership, 独逸法及びスイス法のoffene Gesellschaft, Kommanitgesellschaft, また、独逸法のGesellschaft mit beschränkter Haftung（有限責任会社）、英法のprivate companzz（私会社）は、小規模の株式会社として、外国会社たる取扱いを受けるものと認められるべき⁹⁶⁾。

(ii) 昭和25年・平成14年商法上の外国会社

第2次大戦後、GHQ/SCAPは、外国会社に内国会社と同等の地位を保障することを、改正の主眼とした。さしたる問題もなく、法律案479条1項・2項、481条、及び485条の2が一応確定されたようである⁹⁷⁾。

商法485条の2（昭和25年法律第165号本条

追加）では、「外国会社は他の法律の適用に付いては日本に成立する同種又は最も類似する会社とみなす」としている。

平成14年3月18日に公布された「商法等の一部を改正する法律」により、外国会社に対する商法の規定が一部改正されている。改正法では、「外国会社が日本において取引を継続して行う場合⁹⁸⁾は、日本における代表者を定め、この会社について登記及び公告をなすことを要する」とされている。なお、改正前の法律は、継続的な取引を行う場合は営業所を設けるとともに、その営業所について登記及び公告をなすことを求めていた。主な改正点は、日本で継続的な取引を行う場合であっても「営業所」の開設は必ずしも要求されなくなったことである。法改正の背景理由は、国境をまたぐインターネットその他国際宅急便等の通信網の多様化・活発化にある。あえて、国内に営業所を設置するまでもないからである⁹⁹⁾。

96) 田中耕太郎「外国会社」所収：末弘巖太郎・田中耕太郎（編）『法律学辞典』（岩波書店 1934（昭和9）年）163頁。

97) 中東正文（編著）『商法改正【昭和25年・26年】GHQ/SCAP文書』（日本立法資料全集本巻 91 復刻版 信山社、2003年）解75頁注146及び147に掲げる文献及びそれに対応する本文参照。

98) 夙に、山田三良「商法第258条ニ就イテ」法学協会雑誌21巻659頁以下；山田三良「商法修正案ト国際私法的規定」法学協会雑誌26巻（明治41年）716頁以下（1に、日本商法は会社はすべて法人とするにもかかわらず、外国会社の規定に限って法人でないものを会社とするのは文理上許されない。2に、商法の外国会社の規定は、外国法人の認許に関する民法36条の規定を前提としない限り理解できない。3に、したがって、商法の外国会社は民法36条の外国商事会社と同一であって、本国において法人格を有する外国会社のみを意味する。他方、本国に於て法人格を有しない外国会社に関する規定の整備が必要である。）。しかし、第1点

は、「法人」概念は「会社」概念に比し上位概念であるから、論理展開に誤謬がみられる。したがって、第3点は、成立し得ない主張である。第2次大戦後における外国会社についての改正時に於ても、同説は振り返られなかったのは、理由がある。もっとも、第2点については、民法の外国会社と商法の外国会社に関する規定は、社団法の領域における一つの法的関連のあるセットとしての意味合いを有すると解される。

99) 同改正法もまた、居住者又は内国法人が外国会社の本国等における商取引・資本取引に関与する場合、本国法により設立された会社（人格なき商事社団を含む。）を外国会社として解することを排除していない。

100) 前田庸「商法等の一部を改正する法律案要綱の解説（V・完）」商事法務1625号（2002年）15頁以下；早川良尚「外国会社」法学教室265号（2002年）35-36頁；西村光治「外国会社の規制緩和」企業会計54巻8号（2002年）59-60頁。

ただ、その場合でも登記については必要であることには変わりはない。外国会社の登記事項は、日本における同種の会社又は最も類似する会社の設立登記のそれである（会社法933条2項）。

(iii) 平成17年会社法上の外国会社

会社法（平成十七年七月二十六日法律第八十六号）は、外国の法令に準拠して設立された「法人その他の外国の団体であって、会社と同種または会社に類似するもの」を「外国会社」に属すると定める（会社法2条2号）。同条項は、「外国の団体（社団）」であって、同種又は類似の会社であれば、その会社が法人格を有するか否かを問うていない。したがって、外国の設立準拠法がその会社又は団体（社団）に法人格を付与していなくとも、その外国会社又は団体（社団）が、日本法の会社と同種又は会社に類似する場合には、外国会社に該当する（同旨、前掲大判明治38年4月17日⁽¹⁰¹⁾）。会社法2条2号は会社の同種性又は類似性を要求しており、同一性を求めている。各種会社の特質（メルクマール）のうち、特定のメルクマールに格付けをして同種性又は類似性を判定すべきことも求めている⁽¹⁰²⁾。ただし、外国会社の登記の目的のためには、組織の類似性が明確に求められていたこともある。事業又は業務の種類や形態は問われていない。

「会社」とは、外国会社との対比において、日本法に準拠して設立された会社のみを指す⁽¹⁰³⁾。これに加えて、米国のLLCは私法上法人格を有する社団であり、有限責任社員から組成される有限責任会社であるから、合同会社に類似している⁽¹⁰⁴⁾。さらに、UK及びそのタックスヘイブン国等における人的会社（パートナーシップ、PS）及び合資会社（LPS）は人格なき社団であるけれども、実定法は、法人格のない社団を排除していないうえ、商事会社である限りにおいて、日本の持分会社（人的会社）や合資会社に類似しているから、外国会社に該当する⁽¹⁰⁵⁾。ただし、有限責任事業組合（「有限責任事業組合契約に関する法律」平成17年法律40号）は、構成員課税のみを認める目的で、イギリスのLLPに準拠して立法され、法人格を有しない社団であり、有限責任を負う構成員のみから組成されている⁽¹⁰⁶⁾。この有限責任事業組合は、租税法との関係を別とすれば、私法上、法人格なき人的会社（組合）に相当する。

平成17年会社法は、その5条において、「会社（外国会社を含む。次条第一項、第八条及び第九条において同じ。）がその事業としてする行為及びその事業のためにする行為は、商行為とすると定める。したがって、平成17年会社法は、同改正前商法と異なり、「商行為を業とすることを目的」（商事会社）とするかまたは「営利目的」（民事会社）とするかを識別せず、その結果、会社はその事業としてする行為及びその事業のためにする行為（この両者を商行為という。）を遂行する団体をいう。このため、保険業に認められている相互会社及び外国相互会社は、その商行為が営利を目

(101) 異説、江頭憲治郎『株式会社法』（第6版 有斐閣 2015年）972頁（設立準拠法に基づけば法人格を認められる外国法人に対し国内で取引等をする権利能力を認めることを外国法人の認許という。外国会社は当然に認許される。）。外国会社は、設立準拠法に基づき法人格を有するか否かを問わず、当然に外国法人として扱われる。これが、同規定の立法趣旨である。

(102) 江頭憲治郎「外国会社」とは何か」所収：江頭

憲治郎『会社法の基本問題』（有斐閣 2011年）503頁。

(103) 江頭『株式会社法』（2015年）972頁。

(104) 結論同旨、江頭憲治郎「『外国会社』とは何か — 持分会社に相当するものの場合 — 」早稲田法学83巻4号（2008年）33頁。

(105) 木村・前掲注(25)78-91頁。

(106) 宍戸善一「持分会社」ジュリスト1295号（2005年）110頁。

的とするもの（営利保険）である限り、商行為の規定が準用されるので、平成17年会社法の下では、ここでいう会社に該当する。

会社法817条1項は、「外国会社は、日本において取引を継続してしようとするときは、日本における代表者を定めなければならない。」と規定することによって、同法2条2号に定義する外国会社が日本国内において取引を継続してしないときには、日本に於ける代表者を定めることを求めていることを、意味する。居住者及び内国会社とその外国会社の母国内外とする市場取引のみに関与することによって、当該外国会社の判定が左右されることはない。

2 外国法人

明治29年民法36条1項によれば、外国の商事会社は、日本民法上に於いても当然法人として存立すること、ただし、国家と行政区画と商事会社を除くその他の外国法人については認許のない限り当然法人としての資格を保有しないことが規定されている（明治29年民法36条、現行民法35条1項1文）⁽¹⁰⁷⁾。

「例えば、外国の商事会社が我国において其名を以て種々の取引を為し或いは訴訟を提起することを得るが如きは即ち外国の…商業会社を以て我民法に於いても当然法人なりと認むるに因るもの」⁽¹⁰⁸⁾だと説明されている。

外国会社は同条項により例示して挙示されており、外国法人に属する。

ここで認許とは次を意味する。

「其他の外国法人か法律又は条約に依りて特に我国に於て成立すること認許せられたるときは民法上に於ても亦其存立を認めざるへからざる事勿論」であ

り、「例えば、学術慈善等を目的とする外国法人の如きは我国の公益増進の爲め甚だ必要なる場合少なからざるに因り斯の如き外国法人は我国に於ても進んで其成立を認許せざるへからざるものなれば本条第一項は特に但書の規定…[その]趣旨を明らかにするものにして旧民法人事編第六条第一項も亦之と同様の例外を明示せり」⁽¹⁰⁹⁾

次に、明治29年民法36条2項は、①日本民法上に於いて当然成立を認許される外国法人及び②法律又は条約により特に成立の認許を受けたる外国法人について、それらが我が国において享有する私権（言い換えると権利能力）の範囲を明らかにしている⁽¹¹⁰⁾。

「同種の法人にして既に我国に於て成立せる者と同一の私権を享有することを得るものとし仮令右の外国法人か自国に於て享有せし私権の範囲は此標準に異なるとも我国に於ては此標準を越へて其私権を保有することを得ざると同時に自国に於て享有することを得ざりし私権と雖も我国においては右の標準に従ふて新に之を享有することを得るものとなせり」⁽¹¹¹⁾

外国法人と内国法人を区別する判定規準として、設立準拠法主義と住所地主義が対立する。設立準拠法主義は内国法と外国法のいずれによって設立されたかを規準とする。他方、住所地主義は定款で定める「事務所」の所在地すなわち本店の住所が、国内に所在するか国外に存するかをもって判定規準とする。

「私法人が内国法人たるか外国法人たるやは其法人住所を標準として之を定む」。「私法人には一定の住所

(107) 松波・仁保・仁井田・前掲注64290頁。

(108) 松波・仁保・仁井田・前掲注64289-290頁。

(109) 松波・仁保・仁井田・前掲注64294-295頁。

(110) 松波・仁保・仁井田・前掲注64295頁。

(111) 松波・仁保・仁井田・前掲注64295-296頁。

あり（民50，商44第2項）故に住所の内外によりて法人の内外を定むるを尤も正確なりとす」「国際私法に所謂住所地主義是なり」。しかし「法人擬制説を奉する学者は法人成立の為に準拠したる法律の内外に依りて法人の内外を定む故に日本法律に準拠して成立したる法人は内国法人にして外国の法律に準拠して成立したる法人は外国法人なりと説明せり」「国際私法に所謂準拠法主義是なり」「此主義は法人設立の形式に拘泥し其實質たる事業の活動を度外視したる欠点ある……所なり」⁽¹¹²⁾

翻ってみるに、現行民法37条1項1文は、「外国法人（第三十五条第一項ただし書に規定する外国法人に限る。以下この条において同じ。）が日本に事務所を設けたときは」登記をしなければならず、外国法人の設立の準拠法・事務所の所在地などを記載事項としている。ただし、外国会社は、現行民法35条1項1文により、日本国内に事務所を設置しない限り、同37条1項の人的対象から除外されている⁽¹¹³⁾。かえって、日本の現行法人税法は、その1項4号において外国法人を「内国法人以外の法人をいう。」と定義し、さらに、その1項3号において内国法人を「国内に本店又は主たる事務所を有する法人をいう。」と定義する。これら民法及び法人税法はじめ実定税法は、外国会社が外国法人に属するとはいえ、国内に事務所を設置しない限り、現行民法37条の適用を受けないから、外国会社たる外国法人について住所地主義を採用している、と解される。

法人の事務所（事務執行場所）が二つ以上あるとき

は、活動の中心となるものを「主たる事務所」とし、他を「従たる事務所」として、そのすべてを定款に記載しなければならない⁽¹¹⁴⁾。

次の下級審判決は、外国法人を訴えの対象とすべきではなく、外国会社を訴えの対象とし、審議すべきであった。外国会社は、かりに法人格を有しない社団であっても、外国会社に属し、さらに、その外国会社は外国法人に分類される。認許によって、例えば、法人格を有しない社団が日本で法人格を付与されるわけではない。ちなみに、デラウェアLPSは同州法の明文規定により法人格を有する社団である⁽¹¹⁵⁾。同下級審判決は二重の誤判である。

「[明治29年]民法36条[1項（現民法35条1項）]の「認許」は、外国法人が、その設立準拠法上法人格を有することを前提に、係る外国法人の法人格を我が国で承認することを意味するものであるから、「条約による認許」が、設立準拠法上法人格を認められていない事業体〔社団〕を外国法人として認許するものではない」（名古屋高判平成25年1月24日・デラウェアLPS事件）⁽¹¹⁶⁾。

V 結語

最二判平成27年7月17日⁽¹¹⁷⁾・デラウェアLPS事件判決は、外国会社を類型比較すべきであったし、外国会社が〔商事〕会社に該当すれば、現行民法35条1項により当然に日本国内で外国法人であり、認許を必要としないのである。デラウェアLPSが合資会社と同種

(112) 松岡・前掲注62262頁。

(113) 松岡・前掲注62290頁。

(114) 中野正俊「第37条[定款]」所収：遠藤浩・水本浩・北川善太郎・伊藤滋夫（監修）『民法註解 財産法第1巻 民法総則』（青林書院1989年）230頁。

(115) 木村・前掲注2578-91頁。

(116) 名古屋高判平成25年1月24日民集69巻5号1462頁・デラウェアLPS事件。

(117) 最二判平成27年7月17日民集69巻5号1253頁・デラウェア州LPS事件。木村・前掲注2578-91頁。

であることはデラウェア州LPS法に照らし争いの余地がない。外国会社について歴史的解釈が同判決に欠けている。

類型比較の対象は外国法人ではなく、外国会社であり、会社法2条2号の定義規定により、「外国の法令に準拠して設立された法人その他の外国の団体であって、会社と同種のもの又は会社に類似するものをいう。」である。USA各州法によるLPSは日本法の合資会社と同種である。その結果、係争のLPSは私法上外国法人に該当し、社団法の領域における実定日本税法が民法・会社法の規定に附従している（附従性）ことから、税法上の「外国法人」は私法上外国法人と同一に取り扱いうる。

以上の考察から、日本の国際税法においては、類型比較の規準は日本の私法（殊に会社法の定める会社の法形式、例えば合資会社）であり、比較の対象は本国法により設立された企業形態である。まずは、法令のテキスト比較により外国会社が判定される。テキスト比較のテストができない場合には、次に、会社定款及び会社契約を具体的に審査して、係争の外国企業形態が、外国会社に該当するかどうかを比較テストする⁽¹¹⁸⁾。

(118) 外国の会社、社団及び財団の法人格に関するハーグ条約6条を検討する紙幅の余裕はない。