

会社の従属法理論の制約要因

小 梁 吉 章
こ はり よし あき

広島大学大学院法務研究科・教授

はじめに

- 1 法人本質論
- 2 国際私法理論
- 3 わが国における会社の従属法理論

はじめに

会社の従属法とは、会社の設立・解散、会社の内部組織、会社と構成員の関係、会社の法令違反についての経営者の責任、会社の債務に対する責任などについていずれの国の法律によるかを判断するための基準をいう⁽¹⁾。会社の従属法理論 (*lex societatis*) には、設立準拠法主義 (*incorporation theory*) と本拠地法主義 (*real seat theory*) があり、前者は法人の従属法を法人がその設立の際に準拠した法律とする考え方、後者は法人の本拠が所在する地の法律とする考え方をいう⁽²⁾。

この二つを比較すると、設立準拠法主義には、会社の設立関係者の当事者自治に適すること、設立準拠法を容易に知ることができること、設立から解散まで同じ準拠法によることができること、固定的であることなど利点が多い。とくに設立準拠法主義をとれば、会社の事業の中心を他の国に移動させても会社をあらためて設立し直す必要がないので、会社の海外進出に有利であるとされ⁽³⁾、18世紀からのイギリス経済の海外雄飛の原因の一つとして設立準拠法主義を挙げる意見もある⁽⁴⁾。1960年に開催された国際法協会ハンブルグ大会が「会社に関する法の抵触に関する条約案」を作成し、その第2条で「会社の従属法は設立地の法による」⁽⁵⁾こととしたのは、設立準拠法主義の利点が評価されたためと考えられる。また従来は本拠地法主義を採用していた国でも、設立準拠法主義に転じている例もある⁽⁶⁾。

これに対して、本拠地法主義にはあまりメリットがないようである。しかし現行のフランス民法典第1837条1項は「本拠 (*le siège*) をフランス国内に有する会社はフランス法による」として本拠地法主義を明確にし⁽⁷⁾、ドイツは判例で本拠地法主義をとっている⁽⁸⁾。ベルギー⁽⁹⁾、オーストリア⁽¹⁰⁾さらにポーランド⁽¹¹⁾など依然として本拠地法主義を採用する国もある。

わが国の法の適用に関する通則法（平成18年6月21日法律第78号）の制定にあたって、会社の従属法について規定を設けなかった。立法担当者は「我が国では、純粋な設立準拠法主義を採用することの当否や、設立準拠法主義を修正適用すべき場面または本拠地法を適用すべき場面の有無およびその範囲等の論点についての議論が始まったばかりであり、現段階において、これらの点を明らかにするだけの議論の蓄積は十分ではないと考えられ、最終的には、これらの点については規定を設けず、解釈にゆだねる」ことにしたと説明している⁽¹²⁾。

筆者はわが国における会社の従属法に関する研究はすでに十分に尽くされていると考えるが⁽¹³⁾、それでも不足ならば、従来とは異なる視点を提示しなければならない。筆者が提示するのは、会社の従属法理論は、各国の法人本質論と国際私法理論により制約されているという意見である。設立準拠法主義か本拠地法主義かという問題は、各国がこれら二つのオプションを提示され、そこから選択した結果ではなく、19世紀半ばに会社の国際取引が活発になり、従属法を定める必要性が生じたときに、各国ですでに存在していた法理論に制約されて判断した結果であると考えられる。以下、この点を検討する。

1 法人本質論

会社の従属法理論を制約した要素の一つとしてまず、法人本質論 (*corporate personality*) について検討する。法人本質論には、擬制論 (*fictitious entity*) と実在論 (*real entity*) がある。擬制論、実在論いずれも論者によってその主張に違いはあるが、ここでは比較的早い時期に法人の本質を論じたマッケン教授 (Arthur Webster Machen, Jr., 1877-1950) の説明によることにする。同教授に従えば、擬制論とは「法人は自然人により構成され、国家により創設され、法律の構想

の中でのみ存在し、不可視、魂のない、不死の擬制的、技巧的人格」とする考え方、実在論とは「構成員自体とは別異の人間集団」であって「法律はその実在を確認するだけである」とする考え方である⁽¹⁴⁾。またサレイユ教授 (Raymond Saleilles, 1855-1912) は実在論について法人の固有の意思と固有の財産の存在を加えている⁽¹⁵⁾。

このように定義された法人擬制論をとると、法人は法律、すなわち設立準拠法が創造した人為的な存在であると理解されるから、その根拠となった設立準拠法と結びつき、一方、法人実在論をとると、自然人と法人がある程度同視され、自然人に住所があるように、法人にも住所があることになり、法人の住所を本拠地とすれば、会社の従属法の基準は本拠地法主義となると解することができる⁽¹⁶⁾。擬制論のように、会社を特定の国の法律による被造物であるとするれば、一国の法律の効力のおよぶ範囲はその領土内にかぎられるから、外国ではこの会社は存在しえないことになり、外国会社が自国で存在するためには、自国でその存在自体を認許することが必要になる。実在論をとった場合には、外国会社の存在自体を認許するということは要しないことになる。

さてこうした法人論についての議論は、英米と欧州大陸諸国では対照的である。英米では擬制論が支配的であり、さらに法人本質論そのものに懐疑的になっているが、大陸諸国では19世紀半ばに法人擬制論から実在論に転じ、現在もこの考え方が優勢であり、実在論に基づいて会社の従属法理論が形成されたと考えられる。こうした英米と大陸諸国のあいだにみられる対照は、すでに1990年のモンリオールでの国際比較法会議の「法律上の人格と比較法」の報告でも指摘され、「コモン・ロー国とシビル・ロー国では、知的伝統や法理論が異なり、このため同じ問題に対するアプローチも驚くほど異なり」、「シヴィル・ロー国では『法主体』の理論に関心」があるが、「コモン・ロー国の学者はいまでは法的存在や法的人格 (*legal entities and legal personality*) 概念の理論的な根拠に意味がないとしている」と説明されていた⁽¹⁷⁾。

(1) 擬制論

法人という場合、現在でこそ営利社団法人たる会社が念頭に浮かぶが、中世

にさかのほれば法人とはまず国家であり、教会であり、社会集団であった。これらは自然人の集合体（教会の場合には死者も含む）であり、固有の財産を有し、さらに教会の場合には世俗権力と対峙する単位となった。そしてここから団体を擬制人格（*persona ficta*）とする考え方が登場した。メイトランド教授（Frederic William Maitland, 1850-1906）は「ギールケによると、*persona ficta* の表現を使ったのは教皇インノケンティウス4世（Innocentius IV, 1195?-1254）をもって嚆矢とする」と記している⁽¹⁸⁾。さらにカントロヴィチは、1245年のリヨン公会議で同教皇が社会集団（*universitas*）や団体（*collegium*）の破門を禁じ、「社会集団は実体のない者（*a person without body*）または純粋な名目（*nomen intellectuel*）にすぎず、体がなく、魂（*soul*）もなく、斬首もならず、断罪もできない」と記したとしている⁽¹⁹⁾。英米の論文の多くは現在も擬制人格といえは同教皇の言辞を引用している⁽²⁰⁾。結論から言えば、英米では法人論に対して擬制説の考え方が強く、さらに実証主義の観点から法人の本質を論じること自体に冷水がかけられた。

(a) イギリスの擬制論

エドワード・コーク（Edward Coke, 1552-1634）はイギリスのコモン・ロー形成の中心人物であるが⁽²¹⁾、1612年のサットン病院事件⁽²²⁾の判決で、「多数人の集合である法人（*Corporation aggregate of many*）は無体、不死身であり、法律の意図やその考慮の中でだけ存在し、先祖も子孫もない。法人に魂はなく、人ではないから、代理に頼らざるを得ず、反逆もせず、追放も破門もできない」として法人擬制論を明らかにした。ここにはインノケンティウス4世の名はないが、魂、破門ということばの使用にその影響を見ることができる。擬制人格の考え方はその後、コークによりコモン・ローに導入され、イギリスの法曹を支配した。

18世紀にブラクストン（William Blackstone, 1723-1780）⁽²³⁾はコークを継承し、「法人の構成員が個人として行うのは別にして、法人は反逆も重大な犯罪行為もできない。身体刑を受けないから、反逆罪や重罪に処することもできず、私権喪失、没収、血統汚損（*corruption of blood*）もない。遺言執行者や遺産管理人に

もなれず、個人的義務の履行もない。公職就任時の宣誓もできない」とした。ここにもインノケンティウス4世の言辞の影響が明らかであり、その後のイギリス判例は擬制論がとられた⁽²⁴⁾。

また19世紀の法実証主義者 (*legal positivist*) のジョン・オースティン (John Austin, 1790-1859) は「権利は人の中にあり、人、物、作為、不作為が権利の主体・客体である」としたうえで、「人に自然人と法律上または擬制上の人格の二種類」があるが、「自然人だけが法理上、人である」として、法人については特段の考慮をしなかった⁽²⁵⁾。さらにオースティンの影響を受けたハート教授 (Herbert Lionel Adolphus Hart, 1907-1992) は端的に「法的人格の性質に関する議論は終焉した、とは多くの者が言うところである」と断定した⁽²⁶⁾。イギリスでは、法人本質論という議論自体が無意味であるとされたようである⁽²⁷⁾。

イギリスでは法人擬制論が定着し、法人論を論じること自体を無意味ととらえているようであるが、こうした事情は、インノケンティウス4世以来の伝統だけでなく、より現実的な原因として歴史的事情があるように思われる⁽²⁸⁾。すなわち欧州大陸で法人の本質が議論されたのは、修道院や教会が作られ、その構成員の財産とは別に、団体として固有の財産を有するようになったことを背景としている。仮にこれら団体に法律上の主体としての能力、財産の所有能力が認められないとすると、その構成員が亡くなり、あるいは脱退した場合には、団体の固有財産のうち亡くなった、または脱退した者の分は所有者がいない財産になる。団体の所在地の領主は虎視眈々とこうした所有者がいない財産を収用することを狙っていた。また、教会に民衆からの寄進が集まるなかで、領主は教会財産を収用するために「死手法」という法律を定めた⁽²⁹⁾。この事情はイギリスも大陸諸国も同様であったが、イギリスだけはトラストという財産所有手段を有した。トラストには法人格はないが、受託者にはコモン・ロー上の所有権、受益者には衡平法上の所有権が認められ、第三者が介入することはできなかったのである。このためイギリスでは、財産の所有主体としてあえて法人を実在するものとし、領主の手が届かない固有の財産所有主体を想定する必要がなかったという事情もあったように思われる。欧州大陸にはトラストにあたる制度がなかったため、教会や修道院さらに大学や自治体に法人格を与

えることで対応せざるをえず、このために法人本質論が不可欠となったと考えられる⁽³⁰⁾。

(b) アメリカの擬制論

アメリカでは19世紀初頭にケント教授 (James Kent, 1763-1847) がサットン判決に言及して、イギリスでは法人が主権者の特許や議会等の免許によって設立されるものであるとし、アメリカでも「法人は特定の目的のために設立された、単なる法律の被造物であり、その権限は創設行為に由来する」として⁽³¹⁾、イギリスの法人理論を導入した。ダッドレー・フィールド氏 (David Dudley-Field, 1805-1894) は「法人その他の技巧的人格 (*Corporations and other artificial persons*) は、それが存在する権利を有する地を越えて存在することはできない。これは主権が与えた以上の権能を有しない」として⁽³²⁾、法人とは法律が設ける擬制的な存在であるという理論を立てた。また、ホワートン教授 (Francis Wharton, 1820-1889) は「法人は、設立された州・国の外では法的資格 (*stauts*) がない」と説明した⁽³³⁾。

その後、イギリスと同じようにアメリカでも法人本質論に対する根本的な異議が呈された。イギリスでのハートの役回りをアメリカではジョン・デューイ教授 (John Dewey, 1859-1952) が演じることになった⁽³⁴⁾。デューイ教授は「法人の法的人格の歴史的背景」と題する1926年の論文で、法人の本質を論じること自体に疑問を呈した⁽³⁵⁾。上記のイギリスの事情、アメリカの事情を見ると、両国では法人本質論自体に関心がないようである⁽³⁶⁾。

(c) フランス・ベルギーの擬制論

欧州大陸では中世以来、遠隔地の商取引が国境を意識せずに行われてきたが、18世紀から19世紀にかけて形成された主権国家が国境を定めると、従来の商取引が突然に国際取引となり、主権国家は国際取引の主体に対する法律上の扱いという問題を抱えることになった。フランスで会社の設立に準則主義がとられるのは1867年の会社法以降であるが、すでに1849年にベルギーで、またフランスでは1853年に、両国間で相互に相手国に進出した会社の行為能力・訴

訟能力が問題となったが、これはこうした他国の会社をどう扱うべきかが初めて問われた事件であった⁽³⁷⁾。

当時ベルギー国籍であったローラン教授 (François Laurent, 1810-1887) はここで擬制論を展開し⁽³⁸⁾、その後の法人擬制論の中心人物となった。同教授は「立法者だけが民事上の人格 (*personnes civiles*) を創造することができ」、また「自然人だけが人格 (*personnes*) であって権利を有することができ」、自然人だけに認められる「自然権」(人が物理的、知的、道徳的に生存するために必須の権利) を法人に認めるのは意味がなく、「民事上の人格に権能が認められるのは擬制による (*par fiction*) もの」であって、「こうした擬制的存在にすぎない民事上の人格は法律上の存在であり、外国では存在し得ず、公益的な有用性がある場合に法律が認める」と説明した⁽³⁹⁾。この点ではコークやブラクストンの擬制論に同意していたのである⁽⁴⁰⁾。そしてローラン教授は、法人が法的擬制でしかないことを前提に、法人の設立の根拠である法律は自国内でしか効力がないから、外国でその行為能力を認められるためには当該国での認許 (*reconnaissance*) が必要であることを強調した⁽⁴¹⁾。

またフランスではワイス教授 (André Weiss, 1858-1928) は「無体人格 (*personnes morales*) が存在することができ、権利を有することができるのは国家に由来し、その設立には公権力の明示または黙示の承認が不可欠であり、個人には擬制を創出することも、擬制的存在も創出することもできず、この権限は法律のみに属する」と説明した⁽⁴²⁾。さらにヴァレイユ・ソミエール教授 (Gabriel de Labroue de Vareilles-Sommières, 1846-1905) も擬制論をとったが⁽⁴³⁾、19世紀末以降、法人擬制論は影響力を失った。

(2) 実在論

法人を自然人と同じく社会的存在であるとする実在論は、19世紀後半から欧州大陸で主張され始めた。これは株式会社の設立手続が改正された時期である。イギリスでは長いあいだ株式会社の設立に国王の特許や議会の免許を要したが、産業革命の進行は資本の集中を要し⁽⁴⁴⁾、株式会社の設立が求められた。1862年会社法は会社の設立を定款作成と登記によることとして準則主義を採

用した。フランスの場合も上記のように、1867年会社法は準則主義を採用し、その後会社の数は飛躍的に増加した⁽⁴⁵⁾。準則主義は、法律上の要件を充足することによって株式会社の設立を可能にするから、法律が会社を設立し、その権限は領土内にかぎるという従来の擬制論がかならずしも妥当せず、实在論が主張されるようになったのである⁽⁴⁶⁾。

(a) 英米の实在論

英米にも数は少ないが实在論者がいた。アメリカではフロイント教授 (Ernst Freund, 1864-1932) が「現在は擬制論が圧倒的に優勢で、わが国裁判所において疑問の余地なく受容され、ほとんどの英米の法学者が暗黙裡に認めている」が、「擬制論者は、法人の概念を誤解しており、非現実的と批判するだけで現実がなにか述べていない」、「最近、多くのドイツの学者が擬制論を批判し、法人の人格は独立し、自然人の独立性と同じく現実的であると主張する」と述べ⁽⁴⁷⁾、一方、イギリスではメイトランド教授がギールケの法人实在論を紹介した⁽⁴⁸⁾。1911年に前記のマッケン教授は英米では「法律家と裁判官が法人には体も魂もなく、無体の法的存在という理論を繰り返し」ているが、これは「コークが提唱し、ブラクストンが継承し、法学者全員が一様に唱え、判例もこれを適用している」もので、「イギリスの島国根性のゆえ」であると批判した⁽⁴⁹⁾。その後も有力な实在論があったが法実証主義の前に法人の本質を論ずること自体が意味を失った。

(b) フランスの实在論

19世紀なかばフェリックス弁護士 (Jean-Jacques Gaspard Foelix, 1791-1853) は「会社設立の公示に関する様式は会社の本拠所在地法による」とした。これは法人本質論ではないが、会社实在を前提にしたとも考えられる⁽⁵⁰⁾。その後、ブロシェ教授 (Charles Antoine Brocher, 1811-1884) は「人という存在は自然がもたらしたもので、最優先の権利主体であるが、社会生活上、法的人格 (*personnalité juridique*) も同じであり」、「擬制的ともされる」が、「自然の摂理に適合しており、存在理由のない創造物と考えるべきではない」とした⁽⁵¹⁾。

その後、19世紀末からフランスでは法人本質論が盛んに議論されたが、これはそれまで影響力があったローラン教授の意見をポスト・ローラン世代が批判する形で展開された⁽⁵²⁾。レネ教授 (Armand Lainé, 1841-1908) は1893年の論文で、ローラン教授の意見を取り上げ、「自然人がその性質上、現実存在であるといっても、自然人が人とされるのは法律による」のであるから、「法人を『擬制』とか『抽象』であるというのは正しくない」とし、「なぜ擬制的存在に権利を認めるのか、なぜ擬制的存在に契約能力、所有能力、訴訟能力を認めるのか」と問い、擬制論を誤りであるとした⁽⁵³⁾。

1906年にミシュール教授 (Léon Michoud, 1855-1916) もローラン教授の意見を批判した。ローラン教授はその法人擬制論のなかで「だれに擬制的存在を創造することができるか」と問い⁽⁵⁴⁾、法人という擬制的存在は立法者によって創造されるとしたが、ミシュール教授はこのローラン教授のことばに言及して、「このローラン教授の言辞には驚かされる」とし、「人々の団体に属する権利という観念は、個々人に属する権利の観念と同様に説明することは容易であり、また基本的なことで」であるとした。そして「団体の財産は団体の利益のためのもので、構成員の財産ではなく」、法人は「訴訟能力、契約能力、所有能力を有し」ており、「現在は実在論が優勢」であるとした。ミシュール教授によれば、これは「自由な社会体制 (*régime*) に適する」のであった⁽⁵⁵⁾。

ミシュール教授がこのような実在論と自由な社会との適合という点については、会社法の側面から1892年にリオン・カーン教授 (Charles Lyon-Caen, 1843-1935) とルノー教授 (Louis Renault, 1843-1918) が同様の意見を述べている。すなわち「国家間の商取引が活発になるのに伴って、外国会社がフランス国内で裁判所での訴訟の当事者となり、取引の契約をし、あるいは支店を設置しようと望んでいる」が、「民事上の人格は、その設立を認める法律の被造物であって、当該法律の領土外では存在しえず、擬制的存在にすぎない、という意見があり」、
「たしかに法律は立法権がおよぶ領土内でのみ有効」ではあるが、こうした「偏狭な属地原則も国家間の関係促進のために放棄されており」、
「外国法もわが国で適用可能」であって、「外国で外国法による設立された会社についても同様にわが国で有効」であるとした⁽⁵⁶⁾。さらに1910年に上記のサレイユ教授

も法人実在論を主張し、法人に刑事責任能力があるとまで主張した⁽⁵⁷⁾。また1914年にはピレ教授 (Antoine Pillet, 1857-1926) は擬制論によると「法人が国境を超えたとともに消滅し、組織は解体され、無体人格の代わりにそれを構成した人が登場する」が、「民事上の人格の国際的な実在を認めれば、その活動は容易になる。自然人が国境を越えてもその独立性を失わないように、民事上の人格もその活動の範囲を広げ、財産を取得し、契約をすることができる」とした⁽⁵⁸⁾。

19世紀の80年代まで優勢であった法人擬制論も、ミシュエ教授が指摘したように、法人実在論の前に劣勢となった。この変化の直接的な原因は上記のとおり、株式会社の設立の準則主義への改正である。しかし同時に社会的背景を考慮する必要があるだろう。19世紀末は後期産業革命の時代である。会社に雇用された労働者が置かれた状態や悪化する環境など社会問題が生じていたから、会社を現に存在するものとしてその責任を問うことも考慮されたのではなかろうか。

2 国際私法理論

英米と欧州大陸諸国のあいだには、法人本質論のほかに、国際私法理論にも違いがあり、これが会社の従属法理論に影響を与えたと考えられる。サヴィニーが登場するまでの大陸の国際私法は、法規を法律主体に適用される「人の法」(*statut personnel*) と法律行為の客体に適用される「物の法」(*statut réel*) に分け、人の法はどこまでも人に付いて回り、一方、物の法は所在地法によるという法規分類理論がとられていた。これは、第一帝政前のフランスや全国統一前のイタリアなど、一定の地域のなかに多種多様な法規範が併存する状態を前提にする理論である。一方、イギリスは11世紀のノーマン・コンクウェスト以降、単独の主権者のもとでコモン・ローが整備され、実質法規定が統一されてきたから、人の法、物の法に分けることを基礎とする法規分類という考え方を要しなかった。このためにイギリスと大陸諸国のあいだで国際私法理論が大きく異なったといえる⁽⁵⁹⁾。

(1) 法規分類理論

法規分類理論は法規範が人、物のいずれを対象としているかによって外国の法を適用するか自国法を適用するかを判断する。14世紀のイタリアの後期注釈学派から始まり、16世紀フランスのデュムーラン (Charles Dumoulin, 1500-1566)、ダルジャントレ (Bertrand d'Argentré, 1519-1590) が理論化し、さらに17世紀から18世紀前半、ブイエ (Jean Bouhier de Savigny, 1673-1746)、フロラン (Louis Froland, 1656-1746)、ブルノア (Louis Boullenois, 1680-1762) が精緻にし、大陸の各地に広く普及した。ブルゴーニュ高等法院であったブイエ院長は『ブルゴーニュ公領慣習法注釈』で婚姻年齢、成人年齢、貴族・平民、嫡出・非嫡出などの身分を「人の法」、動産・不動産の分類、財産所有などを「物の法」に分類し、さらに婚姻中の夫婦間の財産など人にも物にも関係する法規を「混合法」(*Loix mixtes*) として分類した⁽⁶⁰⁾。法規を分類することで、その適用範囲を属人的とするか属地的とするか峻別したのである⁽⁶¹⁾。

法人が自然人と同様に実在するのであれば、自然人に「人の法」があるように、法人にも「人の法」を定める必要が生じる。自然人については、18世紀初めのブイエらの時代には人の法は住所地 (*domicile*) に連結したが⁽⁶²⁾、主権国家が形成された19世紀には、ナポレオン法典、イタリア民法典、オランダ法典ともに自然人に関する法規の連結点を「国籍」(*nationalité*) とした。では法人の法の連結点をどのように定めるか。法人を擬制ととらえた場合には、法人が連結するのは設立準拠法以外にはありえないが、法人が実在であるととらえると、法人の連結点は住所、国籍など複数の可能性がある。こうしたなかから、会社国籍論が生じたと考えられる。19世紀後半には法人実在論が優勢になり、自然人と同じように、法人にも住所 (本拠地) と国籍があることになる。法人の「人の法」の連結点を本拠地とすれば、本拠地法主義になるが、ここで連結点を国籍とすると、会社国籍論が生じる。そこで会社の国籍を会社の経営の本拠地とするか、設立準拠法の国とするか、主要株主の国籍とするか、資本調達地の国とするか、さまざまな議論があった⁽⁶³⁾。会社国籍論について溜池教授は「かつては、法人も自然人と同様に、いずれかの国の国籍を有するものとして、すべての法人についてその国籍を決定し、これを基準として法人に関する

国際私法上及び外人法上のすべての問題を一律的に解決することが行われた」が、「このような解決が妥当でないことが認識され、現在においては、一般に、法人国籍論は否定されている」と述べられている⁽⁶⁴⁾。会社国籍論の議論の目的は、会社の国籍を定めることによって、会社の従属法を定めることにあったが、一方で、会社の国籍を本拠地によって定めるのか、設立準拠法によって定めるのか、はたまた主要株主の国籍によるのか、ということが決まらなると会社の国籍が決まらないというのでは、循環論法に陥ってしまう。会社国籍論は20世紀前半のフランスで盛んに議論されたが⁽⁶⁵⁾、結局、現在ではフランスでも会社国籍の概念に国際私法上の意味はないと考えられている⁽⁶⁶⁾。

(2) 属地法理論

英米では19世紀に入るまで国際私法理論はなかった⁽⁶⁷⁾。チェシアの1992年版の教科書は、イギリスでは国際私法について「18世紀まで必要性を感じることなく」、「イギリス人による国際私法に関する論文は19世紀半ばまでなかった」と説明している。上記のとおりイギリス国全体が単一のコモンローの支配下にあり、法律の抵触がなかったこと、またイギリスの陪審制度では事件の生じた地の者のなかから陪審員を選ぶが、外国から陪審員を招くことはなく、国際私法が問題になることがなかったことが理由とされている⁽⁶⁸⁾。

19世紀に入り、英米でも国際的な法律関係の事件が生じ、そこでは大陸の法規分類理論を参考にする意見も見られたが、否定的な見方が多かった。

1828年にルイジアナ州のリヴァモア弁護士 (Samuel Livermore, 1786-1833) は、欧州大陸における法規分類理論の発展の歴史を説明し、この理論の有用性を説いたが⁽⁶⁹⁾、結局、同弁護士の抵触法の意見は受け容れられなかった。1827年から30年に出版されたケント教授のアメリカ法の注釈書の初版に国際私法に関する説明はない⁽⁷⁰⁾。同時代のストーリー判事 (Joseph Story, 1779-1845) の『法律抵触注釈』の初版 (1834年) では著者は参照した学者として45人の名を挙げている。そのうちイギリス人は二人、アメリカ人は一人にすぎず、フランス人学者はデュムーラン、ダルジャントレ、ブイエなど全体の過半の23人を占めた。当時のアメリカではフランスの法規分類理論を取り上げることなく国際

私法を論ずることはできなかつたのである⁽⁷¹⁾。ただしストーリーは著書で「大陸の学者は法規の理論的分類に終始し、煩瑣な議論をするばかりで役に立たない」と批判した。なおその初版には「法人」という項目はなく⁽⁷²⁾、当時アメリカでは会社・法人の従属法は国際私法の問題として意識されなかつたことが分かる。またイギリスのフィリモア判事(1810-1885)も法規分類理論の意義を承知しながら、「法規分類理論は国際私法に確固とした明解な指標を与えるものではない。異説が多く、分類の基本原則があいまいで、適用が恣意的、また分類について意見の一致がない」と批判した⁽⁷³⁾。

イギリスのウェストレイク判事(John Westlake, 1828-1913)は「イギリスの裁判官は、外国法が定めた成人年齢、外国人の属人法が定める能力の有無など一顧だにしない」あるいは「妥当な法によって生じた権利は、コミティによってあるいはお望みとあらば、正義の感覚によって、どこでも有効である」と説明したが⁽⁷⁴⁾、ローラン教授は英米のコミティ理論を自国の利益しか考慮しない「利益理論」であると厳しく批判した⁽⁷⁵⁾。ローラン教授は法人本質論ではコーク、ブラクストンに賛成し、擬制論をとったが、国際私法理論では英国理論にきわめて批判的であった。レネ教授も同様の指摘をしている⁽⁷⁶⁾。

3 わが国における会社の従属法理論

(1) わが国の立法の事情

わが国での法人の従属法に関する立法の事情・経緯についてはすでに多くの文献がある。この点について以上の欧米での理論の状況を前提にして、筆者の考え方を述べる。

まず、法人本質論について擬制論がとられたことは明らかである。明治23年(1890年)に公布された旧民法人事編には、その草案について説明した『民法草案人事編理由書』があるが、著者の熊野敏三参事官は「無形人ハ自然ニ存立スルモノニ非スシテ仮想上ノモノナリ」とし、無形人・法人を創造するのは「立法官」とした⁽⁷⁷⁾。同参事官はまた民法草案人事編の起案にあたり、ベルギー民法改正案を参照したと記しているが、このベルギー民法改正案とは1882年に提出されたローラン教授の草案のことであり、ローラン教授は熱心

な法人擬制論者であったから、草案が擬制論に立っていたことは明白である。明治23年の旧民法は施行されることなく廃止されるが、修正後の民法も同様である。民法修正に関する法典調査会では「法人ハ自然ノ存在ヲ有スルモノニ非スシテ法律ノ創制ニ係ルモノタルハ古来ノ学説、諸国ノ法制ノ均ク認ムル所」であると説明されている。当時は法人実在説があることは知られていたが、修正理由書では「近世ニ至リ往々法人ノ自然存在説ヲ唱フルノ学者アリ又此主義ニ依リテ法律ヲ制定シタル国ナキニ非ス」としたが、これは「法人タル資格ヲ受クヘキ団体ノ存在ト其団体ノ受クヘキ法人タル資格トヲ混同シタルモノ」と記している⁽⁷⁸⁾。この点は起草委員の一人の梅博士も説明するところである⁽⁷⁹⁾。

岡松参太郎博士は修正後の民法を注釈した著書で、法人本質論に擬制論と実在論があることを述べている。そして「本法（筆者注：修正後民法をいう）ハ旧法典、白民草、等ニ従ヒ」擬制論をとったとしている。同博士は擬制論者として本稿で取り上げたホワートン、タッドレー・フヒールド、ローラン、ワイスを挙げていた。また同博士は実在論者としてフェリックス、フォン・バール、ブローシェを紹介した⁽⁸⁰⁾。

法人擬制論をとると、法人格を与えた国の法律の効力はその領土外にはおよばないから、本来外国法人には自国での行為能力はないことになる。国際的な経済取引や取引がない時代であれば、これでも痛痒を感じないが、外国の会社が自国でも取引を行うようになれば、その行為能力が問題になり、また紛争が生じれば訴訟での能力も問題になる。外国会社にも一定の権利や能力を認めなければ、自国の経済発展もおぼつかないのである。そこで外国会社の権利を認許する必要性が生じた。

修正民法が起案された当時、大陸諸国では法人擬制論から法人実在論に変わるところであった。明治23年に制定公布された旧法例（明治23年法律第97号）がフランス民法典前加編を継承したイタリアおよびオランダ国際私法を参考にしたことにみられるとおり⁽⁸¹⁾、わが国の国際私法理論は大陸の法規分類理論をもとにした理論によっているから、法人を実在であるととらえれば、法人の従属法は問題になるはずであった。しかし法人本質論のその後の展開は法

人の従属法論に影響を与えなかったと思われる。筆者には、その理由は判然としない。明治29年に制定公布された民法36条（現行法35条）は「外国法人ハ国ノ行政区画及ヒ商事会社ヲ除ク外其成立ヲ認許セス」と規定しているが、この規定について、法の適用に関する通則法の立法関係者が説明を加えており、それによると「法人格の効力は当該法人格を与えた国家の法の効力が及ぶ領域内に当然限られるのであって、外国法に従って設立された法人については我が国においてその法人格が認許されるか否かのみが問題になると理解し」、「外国法人に関する規定は、実質法上においてのみ設け」、「法例上に法人の準拠法等に関する規定が設けられることはなかった」としている⁽⁸²⁾。

(2) スイス・オランダ・イタリアの国際私法の示唆

ここまで冒頭に記したようにわが国の会社の従属法理論に関するあたらしい視点を提示することを目的として、会社の従属法理論の制約要因としての法人本質論と国際私法理論について説明した。

大陸法の立場に立って、会社の従属法理論を検討するならば、法人擬制論はすでに過去のもので、現在は法人実在論が支配的であり、これを大陸法の国際私法理論につなげれば会社の従属法の基準が決定されるはずである。ここで注意を要するのは、大陸法の国際私法理論と法人実在論に立った場合でも、本拠地法主義ではなく、設立準拠地法主義が可能なことである。ただしこの場合の設立準拠地法主義は英米の設立準拠地法主義とは性質がまったく異なる。スイス、オランダ、イタリアの三か国はフランスなどと共通する国際私法理論と法人本質論の伝統のもとにあるが、これら三か国の国際私法は、会社の従属法として設立準拠地法主義をとっているからである。

スイスでは長く会社の従属法の問題が意識され⁽⁸³⁾、1987年に国際私法を定め（1987年12月18日連邦法律）、そこで「会社は、会社が組織された国の法律によって、当該法の公示または登記の要件を充足する場合には、またはこの定めがない場合は当該国の法にしたがって組織される場合は、この法による」と定め（154条1項）、「前項の条件を充足しない会社は事実上の経営が行われている国の法による」（同2項）として、設立準拠地法主義を原則とし、例外的に

本拠地法主義によるとした。

オランダは1956年6月1日ハーグ条約への加入に関する1959年7月25日法律で設立準拠法主義をとることを明らかにしたが、周辺国との問題を回避する必要が生じ⁽⁸⁴⁾、法人の従属法に関する法人抵触法を定めた⁽⁸⁵⁾。同法は「会社が設立にあたって準拠した法律の国の領土内に、設立契約または定款上の本拠または登記上の事務所を有し、これがない場合は設立日に事業の中心を有する会社は、当該国法にしたがう」として、設立準拠法主義を採用している。

さらにイタリア国際私法（1995年5月31日法律第218号、同年9月1日施行）は「会社（società）、結社（associazioni）、財団（fondazioni）およびその他の存在（altro ente）は、私法人、公法人いずれも、また団体性がなくても、設立手続を履践した地の国の法による」と規定した（25条）。

ただし法人実在論をとりながら、設立準拠法主義を採用した場合に、擬似外国会社の問題が生じる。そこでスイス、オランダ、イタリアの三か国はいずれも擬似外国会社の規定を置いている。設立準拠法は外国法であるが、実体的には自国内で事業を行うという場合、純粋な設立準拠法主義では、会社の機関、権限などの従属法について自国法による規制がおよばないからである。スイス国際私法は「外国法によって設立された会社の事業がスイスにおいて、またはスイスから行われたときは、この会社の名で行為した者の責任はスイス法による」とし（159条）、オランダ擬似外国会社法⁽⁸⁶⁾は、「本法で擬似外国会社とは、オランダ法以外の法により設立された法的人格を有する資本会社で、設立準拠以外には設立された法の国とは現実に関係なく、事業のすべてまたはほとんどをオランダで行う会社をいう。本章ではオランダ王国を構成する国家は国とみなす」と規定して（1条1項）、さらに詳細な規定を置き、またイタリア国際私法は、設立準拠法主義の規定の但書で「ただし、イタリアに経営の本拠があれば、または、その主目的がイタリアにあれば、イタリア法が適用される」と規定する（25条但書）⁽⁸⁷⁾。

これら三か国の立法は、英米の設立準拠法主義と異なり、法人実在論を基盤とした設立準拠法主義であり、わが国の会社の従属法理論にも十分に参考になるものと思われる。

(3) 残された問題

最後に残るのは、会社の従属法が適用される事項の範囲である。自然人の属人法はその身分・資格、能力に関わるものであるから、法人の場合には法人の設立・解散などの身分・資格に相当する事項や行為能力、権利能力にかかわる事項が従属法の対象となり、さらに自然人にはない事項として法人の内部組織とその責任も対象となると考えられる。しかしまだ問題が残る。会社の従属法が適用される事項か否か、判断が困難な事項があるからである。たとえばフランスの企業委員会 (*comité d'entreprise*) の規定である。この制度の詳細は労働法典に規定があり、労働者は会社そのものではないから、本来、会社の従属法が適用される範囲ではないが、フランス労働法典は企業委員会を会社の外部の存在として扱わず、会社の意思決定に不可欠の機関と位置づけている。そうすると会社の従属法の範疇ととらえるべきであるが、そう断じてよいか判断がつかない。筆者が知るかぎりでは、このような微妙な事項は企業委員会制度だけであるが、今後、環境問題に関連して会社が地域に諮るなどの規定が設けられるかもしれない、よりいっそうの研究を要する。

- (1) 会社の従属法の適用範囲については、スイス国際私法 155 条 1 項、オランダ法人抵触法 3 条、イタリア国際私法 25 条 2 項、ベルギー国際私法 111 条 1 項、ポーランド国際私法 17 条 3 項を参照した。
- (2) 小出邦夫編著『逐条解説・法の適用に関する通則法』（商事法務、2009 年）384 頁。
- (3) 本拠地法主義と会社の外国への移転の問題については、欧州司法裁判所 2008 年 12 月 16 日判決 (C-210/06) (カルテジオ事件) を参照。
- (4) ギヨーム博士は「外国で商売する商人にもイギリス国内で会社を設立するよう奨励」したと説明する (Florence Guillaume, *Lex societatis* (Schulthess, 2001), p. 115)。
- (5) The International Law Association, *Report of the Forty-Ninth Conference held at Hamburg, August 8th to 12th, 1960* (International Law Association, 1961), p. ix.
- (6) スイス、オランダ、イタリアを指し、それぞれ国際私法の規定を後述した。
- (7) 同 2 項は「第三者は定款上の本拠を主張することができ、現実の本拠がほかにあっても会社はこれをそれに対抗できない」と規定する。
- (8) ドイツ民法施行法 (EGBGB) 第 7 条の自然人の属人法の規定が法人にも適用さ

れた。

- (9) ベルギー 2004 年 7 月 16 日国際私法は「法人は設立され、主たる営業所を置いた地の国の法による」と規定する（110 条 1 項）。従属法の適用される事項は、法人の存在と法的性質、名称または商号、設立、解散および清算、法人の能力、機関の構成・権限と運営、社員または構成員間の関係および法人と社員または構成員間の関係、社員または構成員の資格の得喪、持分または株式に付帯する権利義務とその行使、会社法令と定款違反の責任、機関による契約上の負債に対する法人の第三者に対する責任と規定されている（111 条 1 項）。
- (10) オーストリア国際私法（1978 年 6 月 15 日法律、1979 年 1 月 1 日施行）は「無体人格または権利・義務の主体たり得る社団または財団の属人法は、法主体が主たる形成の実効的本拠を有するところの国の法である」と規定する（第 1 部（総則）10 条）。
- (11) ポーランド国際私法（2011 年 2 月 4 日法律、同年 5 月 16 日施行）は「法人は本拠を有する国の法律に従う」と規定し（17 条）、「ただし、前項にいう法律が法人の設立地法に依るとする国の法律を指定するときは、これによる」としている（同 2 項）。また従属法が適用される事項は、法人の設立・合併・分割・組織変更・解散など 9 項目を規定する（同 3 項）。
- (12) 小出『前掲書』（注 2）385 頁。
- (13) 最近にかぎっても、山内惟介「法人の従属法とその適用範囲」『国際私法年報』第 2 号（2000 年）117 頁、江頭憲治郎「商法規定の国際的適用関係」『同』136 頁、築瀬捨治「国際的企業活動実務における国際私法の論点」『国際私法年報』第 12 号（2010 年）161 頁など多数がある。
- (14) Arthur W. Machen, Jr., "Corporate Personality," *Harvard Law Review*, Vol. 24, No. 4 (1911), pp. 257, 260.
- (15) Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique* (Arthur Rousseau, 1910), p. 119.
- (16) これは筆者の独創ではない。1924 年の論文で島本教授は「英米法の如く属人法を当事者の住所によりて定むる法制の下に於ては法人の国籍問題は左程重要ではない」と説明した（島本英夫「法人の国籍」『経済学商業学国民経済雑誌』第 36 巻 1 号（1924 年）49 頁）。プリュジネール教授は、英米では伝統的に法人擬制論がとられて、法人本質論に関心が払われず、大陸諸国では法人実在論がとられて、本拠地法主義であると述べる（Alain Prujiner, "La personnalité morale et son rattachement en droit international privé," *Les Cahiers de droit*, vol. 31, n°4 (1990), pp. 1049-1073)。
- (17) Académie internationale de droit comparé, *Rapports généraux XVIII^e Congrès international*,

Montréal 1990 (Yvon Blais, 1992), p. 52.

- (18) Otto von Gierke, *Political Theory of the Middle Age*, translated with an introduction by F. W. Maitland, (Cambridge, 1913), p. xix.
- (19) Ernst H. Kantorowicz, *The King's Two Bodies: a study in mediaeval political theology* (Princeton University Press, 1957), pp. 305-306.
- (20) イノケンティウス4世と法人擬制を結びつける意見として, Frederick Pollock, "Has the Common Law Received the Fiction Theory of Corporations?," *27 Law Quarterly Review* (April 1911), p. 219; E. Merrick Dodd, Jr., "Dogma and Practice in the Law of Association," *Harvard Law Review*, Vol. 42, No. 8 (1929), p. 981; Maximilian Koessler, "The Person in Imagination or Persona Ficta of the Corporation," *9 La L.Rev.* (1949), p. 437; Morton J. Horwitz, "Santa Clara Revisited," in *The Transformation of American Law 1870-1960* (Oxford, 1992), p. 71 などがある。筆者が参照したフランスの文献では, イノケンティウス4世に言及している例はないようであった。
- (21) ブラックネットは, コークがジェームズ1世治下の1606年に「民訴裁判所首席裁判官となり, したがってコモン・ローの重要な擁護者となった。そして彼はこのコモン・ローの神秘に対してほとんど迷信的な尊敬をもっていた」と説明する(伊藤正巳監修『ブラックネット・イギリス法制史・総説篇・下』(東京大学出版会, 1959年)450頁)。
- (22) *The Case of Sutton's Hospital*, (1612) Michaelmas Term, 10 James I. サットン氏が元修道院の建物を買収し, 病院・学校に改装し, 国王の特許を得て法人 (*corporation*) とした。同氏が死亡したさいに慈善寄付されることになり, 相続人がこれを争った。
- (23) ブラックネットは, ブラックストンについて「われわれが広汎な視野をもった法律著述家を見るのは, 次の世紀の中葉になってのことである。法の種々の部門についての教科書著述家の階層が発展しつつあったことは確かであるけれども, それらの著述家たちはイギリス法全体の(注釈)において, 全般的な様相を描き出したサー・ウィリアムズ・ブラックストンの優越性によって, すべて覆いかくされている」と説明する(伊藤監修『前掲書』(注21)529頁)。なお本文中の引用箇所は, William Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, 1766, Book 1, Chapter 18である。
- (24) 1883年の *Baroness Wenlock v River Dee comany* 事件は, Wenlock 卿が River Dee に貸金返済を求めた事件で, 会社の借入能力が問題になった。判決は「会社を設立した議会の免許に留意を要す」とし, 「サットン判決以降, コモン・ロー上, 国王の

特許会社は不動産について自然人同様の行為をすることができ、自然人同様に契約することができる」が、「(国王特許ではなく) 免許にもとづく法人の場合は異なる」とした。

- (25) John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law* (John Murray, 1869), pp. 357, 364.
- (26) H.L.A.Hart, *Definition and Theory in Jurisprudence* (Clarendon, 1959), p. 17.
- (27) ラメロー助教授は、イギリス以外の国では法人本質論に関する学問的著述が数多あるが、イギリスではきわめて少ないことを記している (Stephan Rammeloo, *Corporations in Private International Law* (Oxford, 2001), p. 128)。このようなイギリスの事情は、法実証主義の影響と思われる。
- (28) メイトランドはギールケの『ドイツ団体法論』の英訳書の解説で、イギリス史が法人本質論への関心を失わせているとした (von Gierke, *supra* note 18, p. x)。
- (29) 戒能教授は、イギリスでは1279年に「死手法」(The Statute of Mortmain) が制定され、「団体概念がイギリスにおいて必要とされなかった事情は、右『死手法』により増幅された。『死手法』はたんに地方団体を含めての『死せる手』も土地移転を禁じた法であることを意味したというのにとどまらず、15世紀以降の多くの都市への『特許』に求められるように、団体の承認が、その内部関係の団体的性質のゆえにではなく、法によってそれが国家的に認証された結果行われるにすぎないものであるとする観念が生み出される直接の出発点」になったと説明した(戒能通厚『イギリス土地所有権法研究』(岩波書店, 1980年) 74頁)。
- (30) ミシュエ教授も法人論のなかでイギリスにおけるトラストの存在を挙げた (Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 1er partie (L.G.D.J., 1906), pp. 11, 34)。
- (31) James Kent, *Commentaries on American Law*, Volume II (Halsted, 1827), pp. 223, 240.
- (32) David Dudley-Field, *Draft. Outlines of an International Code* (Diossy & Co. 1872), p. 381.
- (33) Francis Wharton, *A Treatise on the Conflict of Laws*, 2nd ed. (Kay & Bros., 1880), p. 159.
- (34) ホーウィッツ教授は「デューイ以降、法人の人格に関する議論がほとんどない」と述べている (Horwitz, *supra* note 20, p. 68)。フィリップス教授は「1920年代以降、学者は法人本質論から答えを抽出することで実践的な法的問題を解決することを拒否した」と説明した (Michael J. Phillips, "Reappraising the Real Entity Theory of the Corporation," *Fla. St. U. L. Rev.* Vol. 21 (1994), p. 1070)。1920年代とはデューイの論文発表の時期である。
- (35) John Dewey, "The Historic Background of Corporate Legal Personality," *Yale L.J.*, Vol. 35

(1926), p. 656.

- (36) 現在優勢な Nexus of contracts 理論も擬制論である。この理論は「団体組織は単なる法律の擬制であり、一連の個々の契約の関係を束ねるもの」、「私企業は法的擬制」とする (Michael C. Jensen and William H. Meckling, "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure," *Journal of Financial Economics*, V. 3, No. 4 (October, 1976), p. 305)。
- (37) ベルギーは従来フランスの会社のベルギーでの行為能力を認めていたが、1849年2月8日判決でベルギー破毀院は法人を「擬制的存在」とし、フランス会社のベルギーでの行為能力を認めないと判決した。この判決はベルギーのルクレール検察官の主張に沿うものであった。逆にフランスではベルギー会社の行為能力について、破毀院は1853年7月26日判決で認めた。さらにフランスでは1857年5月30日—6月11日に「ベルギー会社の行為能力法」を定め、ベルギーも同趣旨の1855年5月14日法を定めた (Armand Lainé, "Des personnes morales en droit international privé," *J. du dr. int. privé* (1893), p. 273)。
- (38) フランス・ベルギーでの法人擬制論の中心がローラン教授であることについて、Louis Drouin, *De la condition juridique des sociétés commerciales étrangères en France* (Arthur Rousseau, 1898), p. 15; Bedros Haladjian, *Des personnes morales étrangères* (Arthur Rousseau, 1901), p. 33 を参照。
- (39) François Laurent, *Principes de droit civil*, Tome 1^{er} (Bruyant, 1869), p. 369.
- (40) ローラン教授は「ブラクストンは法的人格が破門されることはないという」、「コークが言うように魂がなければ人格はない」と説明した (François Laurent, *Droit civil international*, Tome IV (Bruyant, 1880), p. 210)。
- (41) Laurent, *supra* note 39, p. 409.
- (42) André Weiss, *Manuel de droit international privé*, 6^e éd. (Larose, 1909), p. 308.
- (43) ヴァレイユ・ソミエール教授は「民事上的人格 (*personne civile*) は、理性による純粋に擬制的な存在」であり、「構成員個人の権利を集約し、単純・合理的な方法で保護するため、法律が創造した純粋に擬制的な理性的存在」で、「立法者が擬制的存在を作り、消滅させる」とした (Gabriel de Labroue de Vareilles-Sommières, *La synthèse du droit international privé*, second volume (Cotillon, 1897), p. 43)。
- (44) 会社には有限責任会社と無限責任会社があるが、有限責任会社は比較的あたらしい。17世紀初頭の東インド会社は国王による特許会社であり、会社の設立が主権者によることは明白であった。1720年にイギリスでは南海泡沫会社、フランスではミシシッピ会社の投機事件があり、会社制度への不信が募ったが、19世紀に

は産業革命が進み、資本の蓄積が必要になり、会社設立が増加し、担当当局の免許事務の負担が重くなり、準則主義に変えたと考えられる。

- (45) フランスの会社の設立は、免許制時代の1850年には10社であったが、準則主義の1870年には223社、1890年には1,042社に増加したとされている（上田貞次郎『改訂増補・株式会社経済論』（富山房、1921年）49頁）。
- (46) わが国での法律による準則主義の採用はもっと遅く、明治32年（1899年）の商法制定まで待たなければならない。ただし現実には欧州各国に比べ、外国からわが国への直接投資は多くはなかったから、外国会社の能力の問題はあまり意識されなかったものと考えられる。
- (47) Ernst Freund, *The Legal Nature of Corporations* (Univ. of Chicago, 1897), p. 11. 同教授はハイデルベルグに学んでおり、ドイツの法人実在論に学んだようである。
- (48) Frederic William Maitland, "Moral Personality and Legal Personality," in *State, Trust and Corporation* (Cambridge, 2003), pp. 62-74（論文の初出は1904年）。
- (49) Machen, *supra* note 14, p. 253.
- (50) Jean-Jacques Gaspard Foelix, *Traité du droit international privé ou du conflit des lois de différentes nations*, Tome 1^{er}, 4^e éd. (Marescq aîné, 1866), p. 359. 初版（1843）に会社・法人について記述はない。
- (51) Charles Antoine Brocher, *Cours de droit international privé*, Tome 1^{er} (Thorin, 1882), p. 178.
- (52) 本文記載の学者のほかアルメニア人のハラジアン博士は、法規分類理論上、ローラン教授が法人を物の法 (*statut réel*) の対象としたことを批判し、法人も自然人同様、人の法 (*statut personnel*) の対象であるとした (Haladjian, *supra* note 38, p. 43)。
- (53) Lainé, *supra* note 37, p. 273.
- (54) Laurent, *supra* note 39, p. 369.
- (55) Michoud, *supra* note 30, pp. 5, 8.
- (56) Charles Lyon-Caen et Louis Renault, *Traité de droit commercial*, Tome II, 2^e éd. (Pichon, 1892), pp. 779, 781.
- (57) Saleilles, *supra* note 15, p. 639.
- (58) Antoine Pillet, *Des personnes morale en droit international privé* (Sirey, 1914), p. 3.
- (59) フランス等での国際私法理論の形成については、アルマン・レネ（拙訳）「フランス・ベルギーの国際私法の歴史素描」『広島法学』38巻3号20～52頁を参照。
- (60) Jean Bouhier, *Les Coutumes du duché de Bourgogne*, Tome I (A. J.-B. Auge, 1742), p. 452.

- (61) パリ高等法院のブルノア弁護士は「国家、主権が分裂し、各々固有の法規を有するので、法規が抵触する。これらは人について、また人が所有する物について定めている」とし、分類原則を示した (Louis Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des loix, coutumes ou statuts*, Tome I^{er} (Guillaume Desprez, 1766), p. 2)。
- (62) Bouhier, *supra* note 60, p. 417 (第22章は人が転居した場合の属人法を問題にしている)。Boullenois, *supra* note 61, p. 6 (第18原則)。
- (63) 会社国籍の決定基準について, Pierre Arminjon, “Nationalité des personnes morales,” *R.D.I.* (1902), Tome IV, p. 381-441; J.-P. Niboyet, “Existe-t-il vraiment une Nationalité des Sociétés?,” *Rev. dr. int. pr.* (1927), pp. 402-417; Léon Mazeaud, “De la nationalité des Sociétés,” *J. du dr. int.* (1928), pp. 30-66; Yvon Loussouarn, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, (Sirey, 1949); Laurent Levy, *La nationalité des sociétés*, (L.G.D.J., 1984) を参照。
- (64) 溜池良夫『国際私法講義 (第3版)』(有斐閣, 2005年) 293頁。
- (65) ニボアイエ教授の論文は会社国籍論の主要なものである (Niboyet, *supra* note 63)。
- (66) Jacques Béguin, “La nationalité juridique des sociétés commerciales devrait correspondre à leur nationalité économique,” in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle* (LexisNexis, 2001), pp. 859-882.
- (67) ローラン教授は「イギリスの裁判所は、コモン・ローというイギリス、アメリカで共通の法しか認めておらず、外国法を適用することはない。コモン・ローが英米人に適用されるかぎり、外国人の属人法を認めないということは、属人法が考慮されるべき事項、すなわち個人の身分や家族関係であるが、これらについて国際私法が存在しないことを意味する」としている (フランソワ・ローラン (拙訳) 「19世紀フランス・ベルギーから見た英米の国際私法」『広島法学』39巻1号118頁)。
- (68) *Cheshire and North's Private International Law*, 12th ed. (Butterworths, 1992), p. 23. イギリスで外国法が考慮された最初の事件は *Robinson v Bland* (1760) 1 Black W 256, 258 である (フランス法とイギリス法が抵触)。マンスフィールド判事は、法廷地法ではなく *ex comitate et jure gentium* により契約地法によって解釈、執行するとした。イギリスと大陸諸国での国際私法に対する意識の違いは、スコールズとヘイの教科書も述べている (Eugene Scoles and Peter Hay, *Conflict of Laws*, 2nd ed. (West Publish., 1992), p. 5)。
- (69) Samuel Livermore, *Dissertations on Questions which arise from the Contrariety of the Positive Laws of Diffrenet States and Nations*, No. 1 (Benjamin Levy, 1828), p. 2. ルイジアナ州はフランス法が継承されていたので、他州との法律の抵触があったことを指摘してい

る (19 頁)。

- (70) James Kent, *supra* note 31 を参照。ただし第 12 版 (1873 年) にはフーベルスの理論の説明がある。
- (71) Joseph Story, *Commentaries on the Conflict of Laws* (Hilliard Gray, 1834), list of authors cited.
- (72) 1883 年の第 8 版の注に「法人の能力はそれを設立させたある国・州の法律による」とある (Joseph Story (by Melville Bigelow), *Commentaries on the Conflict of Laws*, 8th ed. (Little Brown, 1883, p. 175)。この注は 1839 年の Bank of Augusta v. Earle (38 U.S. 519) を取り上げ、アメリカの州際事件であるが、他州設立の銀行がアラバマ州振出しの手形の支払いを求めた事件で、法人を単なる法の擬制とした。他国・州で能力が認められるのは、礼讓 (comity) と既得権 (vested power) による。この判決はケント、ホワートンも引用した。
- (73) Robert Phillimore, *Commentaries upon International Law*, Volume 1 (T. & J.W. Johnson, 1854), p. 241.
- (74) John Westlake, *A Treatise on Private International Law* (Maxwell, 1858), pp. 154, 384.
- (75) François Laurent, *Droit civil international*, Tome II (Bruyant, 1880), pp. 139, 146.
- (76) Armand Lainé, *Étude sur le titre préliminaire du projet de révision du code civil belge* (Pichon, 1890), p. 43.
- (77) 熊野敏三『民法草案人事編理由書・上巻』(明治 21 年頃完成) 人事編 6 頁。
- (78) 明治 26 年 11 月 28 日第 15 回民法主査会 (法典調査会民法主査議事速記録第四巻)。
- (79) 梅博士は「法人と云うものは自然には存せぬものである、ただ法律の力を以て事実無いものを有とするのである、然らばその法律の効力及びその範囲内に於てこそその假定擬制は効力を持つけれども、一たびその範囲内を脱したならば最早何等の効力もない、我日本の法律は日本の国境内に於ては効力を持つが、国境外へ踏出すと云うともはや法律としては認められない」と説明した (梅謙次郎「外国法人に就て」法学志林 46 号 (1903 年) 51 頁)。
- (80) 岡松参太郎『注釈民法理由・上巻総則編 (訂正 7 版)』(有斐閣, 明治 31 年) 79 頁。初版は明治 29 年であるが、訂正 7 版を参照した。
- (81) 岸本辰雄『法例講義』(講法会出版, 1899 年) 3 頁。磯部四郎『法例』(東京専門学校, 1893 年) も参照。
- (82) 小出『前掲書』(注 2) 382, 383 頁。
- (83) スイスで擬似外国会社が問題となったのはヴェルネ事件である。パナマ法準拠

の会社の株主がスイスなどに居住する複数のヨーロッパ人で、スイスで事業をした。1950年5月9日に連邦裁判所民事部は「スイス国際私法上、無形人格の住所 (*le domicile d'une personne morale*) は国籍決定に必須で、擬制的本拠でなければ定款上の住所がこれにあたる」、「この場合、無形人格は現実の本拠、すなわち経営の主たる中心のある国に住所を有す」と判示した。

- (84) オランダが設立準拠法主義を採用したことは、他の欧州共同体加盟国が本拠地法主義を採用していたため、当時、共同体内で問題を生じた。オランダでの詐欺的な会社設立の増加が懸念され、1968年のブリュッセル条約は、会社を自動認許が発効しないこととした。同条約は会社の設立国への連結を定めているが、他の加盟国法に従って設立されても、本拠が自国にある場合には自国法を強行的に適用することとした。
- (85) 法人抵触法 (*Wet conflictenrecht corporaties*, 1997年12月17日法律, 1998年1月1日施行)。
- (86) 擬似外国会社法 (*Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen*, 1997年12月17日法律)。
- (87) さらにリヒテンシュタイン国際私法 (1996年9月19日と同年10月30日の法律による1926年1月20日法律改正) もここに加えることができる。同法は原則として設立準拠法によって会社の従属法を決定することとしており (232条1項1号)、擬似外国会社については「外国法に準拠して設立された無体人格が、リヒテンシュタイン法によるとの外見を与え、その事業がリヒテンシュタインで行われ、またはリヒテンシュタインから行われた場合、この無体人格の名において行動した者の責任は、リヒテンシュタイン法にしたがって、当該事業について規制される」と定めている (237 C条)。