OUKA
The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	通商航海条約における外国会社をめぐる国際私法上の問題 : ドイツ連邦最高裁判所の判例を手がかりに
Author(s)	小野木, 尚
Citation	阪大法学. 2015, 65(2), p. 171-202
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/75430
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

通商航海条約における外国会社をめぐる国際私法上の問題

――ドイツ連邦最高裁判所の判例を手がかりに――

小野木尚

一　はじめに
二　外国会社の内国における取扱い
（1）　日本における外国会社の取扱い
（2）　ドイツにおける外国会社の取扱い
三　通商航海条約の締約国で設立された会社の内国における取扱い
（1）　日米友好通商航海条約における締約国会社
（2）　独米友好通商航海条約における締約国会社
四　考　察
五　おわりに

（阪大法学）65（2-171）537〔2015. 7〕

一　はじめに

社団、財団その他の団体または事業体は、いずれかの国の法に従って設立され、その国の法によって法人格が与えられることによって初めて権利義務の主体となることができる。[1] このような法人に固有の法を、法人の「従属法」といい、法人の設立、内部組織などの問題は、法人の従属法[2]によって判断される。

法人の従属法の決定基準については、主に設立準拠法主義と本拠地法主義が対立している。設立準拠法主義によれば、法人が設立時に準拠した法が法人の従属法となるため、一旦外国法にしたがって設立され、法人格が与えられた法人は、内国でもその法人格が国際私法上認められることになる。したがって、法人の設立地を選択することによって、実際に活動する地の法が法人の従属法として適用されることを回避することが可能となる。一方、本拠地法主義によれば、法人が本拠を有する地の法が当該法人の従属法となるため、設立地と本拠地が異なる場合には、その法人格は国際私法上認められない。したがって、本拠地と設立地が異なる擬似外国会社は、本拠地法主義の下では法人格が認められないことになる。

日本は国際私法上、設立準拠法主義を採用しているとされ、実質法である外人法上で擬似外国会社規制を置いている。すなわち、日本の会社法八二一条一項は、「日本に本店を置き、又は日本において事業を行うことを主たる目的とする外国会社」を擬似外国会社と定義し、その日本国内での継続的取引を禁止している。一方、ドイツでは長年本拠地法主義が採用されてきた。本拠地法主義によれば、ドイツに本拠を有する外国会社は、承認されない。したがって、日本法にいう擬似外国会社は、ドイツでは原則として法人格が認められないことになる。

このように日本とドイツでは、会社の従属法について異なる決定方法を採用するものの、両国がそれぞれ締結す

る通商航海条約には、一方締約国の会社は他方締約国内で承認され、内国での活動について内国民待遇が与えられるという規定があるものが存在する。日本が締約国となっている通商航海条約の代表例である日米友好通商航海条約でも、二二条三項において締約国の会社の定義がなされ、七条において、当該会社に対して内国で活動することについて内国民待遇を付与する「事業活動の自由」が認められている。ところが、日本の会社法八二一条は、外国会社が米国で設立された場合でも、擬似外国会社に該当する限り継続的取引を禁止している。したがって、外国会社にのみ継続的取引を禁止している点に着目すれば、日本の会社法八二一条の規定は、前記条約の定める内国民待遇に反すると解する余地がある。しかし、日本では、条約上の「事業活動の自由」と擬似外国会社規制の関係について判断した裁判例がなく、また研究も乏しい。

一方で、ドイツが締結している通商航海条約である独米友好通商航海条約にも、日米友好通商航海条約と同様の規定が置かれている。この規定の解釈については、ドイツ連邦最高裁判所による判例が出されており、同条約が定める「開業の自由」は、ドイツが伝統的に採用する本拠地法主義を破り、設立準拠法主義を採用すると判断されている。ドイツにおける本拠地法主義が、日本法にいう擬似外国会社を、その法人格を認めないことによって規制する機能を有するという点に注目した場合、そのような機能を有する本拠地法主義を通商航海条約規定が排除すると解釈するドイツの判例から、日本における条約上の「事業活動の自由」と擬似外国会社規制の関係について何らかの示唆が得られないだろうか。

本稿は、外国会社の内国での取扱いと通商航海条約の締約国会社の内国での取扱いをめぐる日本とドイツの制度について整理し比較することによって、ドイツにおける通商航海条約規定の解釈が、日本での通商航海条約規定の解釈に何らかの示唆を与えうるものかどうかを検討することを目的とする。

以下ではまず、日本とドイツにおける外国会社の内国での取扱いについて概観し〔二〕、続いて、日本とドイツにおける通商航海条約の締約国会社の取扱いについて、条約と擬似外国会社との関連に焦点を絞って検討する〔三〕。そして両者を比較検討することによって、ドイツ判例から日本における条約上の「事業活動の自由」と擬似外国会社規制について示唆が得られるかを考察する〔四〕。

二　外国会社の内国における取扱い

(1)　日本における外国会社の取扱い

日本の国際私法規定には、法人の従属法を決定する成文規定は存しない。この点は、依然として、解釈に委ねられている(3)。多数説によれば、日本の国際私法は法人の従属法の決定基準として設立準拠法主義を採用するとされる(4)。設立準拠法主義とは、「法人の設立に際して準拠された法をその従属法とする考え方」である(5)。したがって、設立準拠法に従って有効に成立した法人は、その法人格について、日本において国際私法上承認される。

しかし、国際私法の原則にしたがって、従属法によって付与された法人格を日本国内で認められた外国法人が、当然に日本国内で法人として活動することが承認されるかどうかは、別問題であるとされる。つまり、「外国法上有効に成立した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ためには内国法上その法人格を承認されることが必要である(6)」。これが「外国法人の認許」の問題である。さらに、認許された外国法人であっても、国家の監督および権利享有の点で、内国法人と異なった扱いを受ける。「外国法人の認許」を含むこれらの問題は、国際私法上の問題とは区別された、外人法上の問題とされる(7)。

わが国では、外人法上の問題とされる「外国法人の認許」について、民法三五条が規定している。同条一項では

まず、認許される外国法人の範囲について定めており、(a)国および国の行政区画、(b)外国会社、(c)特別法または条約により認許される外国法人を認許の対象として列挙している。またそれらの認許された外国法人は、二項によって、「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」とする。このように、わが国の民法三五条は、外国法人がいずれの国に属するかについては関係なく、一般的に認許する方法を採っている（一般的認許主義）[8]。

前述のとおり、多数説によれば日本は国際私法上、設立準拠法主義を採っているとされ、外国法に従って有効に成立した法人は、国際私法上その法人格が日本においても当然に承認され、なんら特別な行為を要しない[9]。しかし、「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」なのであり、「現在の国家中心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いとし、内国法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」とする[10]。このように、民法三五条にいう外国法人の「認許」とは、「外国法人が、わが国において法人としての資格で業務活動を行い、権利義務を享有しうるように、その法人格を承認すること」[11]なのであり、外国法人が内国において法人として活動するために、外国法人の従属法によって与えられた法人格を内国において承認することである。したがって、外国法人の「認許」は、宣言的承認（deklarative Anerkennung）とも呼ばれ、新たな法人格の付与（創設的承認：konstitutive Anerkennung）ではない[12]。

また、「法人として活動することを認められるとは、単に法人として権利を取得し義務を負担し、その権利義務実現のために訴訟当事者となりうることのみにとどまらず、その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な営業活動をなしうることまでも意味するものというべきである」とも主張される[13]。同時に、外国法人の

「認許」とは、外国法人が内国において法人としての活動をなしうべき資格を抽象的、一般的に認められるということであって、いかなる権利を享有しうるか、いかなる営業を許可されるかという個別的、具体的な問題とは区別されるべきことは、当然であるとされる(14)。

したがって、外国会社の場合は、設立準拠法主義により、その法人格は国際私法上自動的に承認される。そして、外国会社は民法三五条の「認許」の対象となっているので、内国において法人として活動するために法人格が当然に認められる。この場合、法人としての活動が認められるということは継続的な営業をなしうることまでも意味するのであるから、認許された外国会社について継続的取引が認められるといえるだろう。

このように、「認許」には継続的取引が含まれると解される。また、実際にどのような権利を取得できるか、あるいはどのような営業を許可されるかということについては、「個別的、具体的な問題」であり、別途規定されることになる。

一方で、外国会社が内国で継続的取引をするためには、会社法八一七条以下の監督規定を遵守しなければならない。たとえば、外国会社は、日本における代表者を定め（会社法八一七条一項）、外国会社の登記をしなければならず（会社法八一八条一項、九三三条一項）、かかる要件を満たさない場合は、たとえ当該外国法人が民法上の「認許」がなされていたとしても、日本国内では継続的取引をすることができない。また、「日本に本店を置き、又は日本において事業を行うことを主たる目的とする外国会社」は擬似外国会社とみなされ、日本国内で継続的取引ができないとされる（会社法八二一条一項）。つまり、民法三五条の定める「認許」によって認められる継続的取引は、会社法上の監督規定を順守しなければ否定されることになる。民法が認める継続的取引の可能性に要件を課すという意味において、会社法上の監督規定は民法三五条による認許の例外規定であるといえる。

このように日本では、外国会社について、設立準拠法主義に従い、会社の設立時に準拠した法が当該会社の従属法とされ、外国法によって与えられた法人格は日本の国際私法上承認される。そして、当該外国会社は民法三五条によって認許され、日本国内で継続的取引をすることが認められる。ただし、会社法八一七条以下の外国会社に対する監督規定に服する。特に、擬似外国会社と認められる場合には、当該外国会社は日本国内で継続的取引ができない。

(2) ドイツにおける外国会社の取扱い

ドイツは日本と同様に、外国法人の従属法を決定する成文法規を有さず、また、この問題に関する包括的な条約や共同体規則もこれまで効力を発していない[15]。そのため、解釈によって判断されることになる。そこで、ドイツの判例は長年、本拠地法主義を基礎に置いてきた[16]。本拠地法主義とは、「法人がその本拠を置く地の法によって設立されたことを要求するもので、属地的な規制を目的としている」とされる[17]。本拠地法主義によると、法人の従属法は、実質的な経営管理地の法（本拠地法）となり、その判断の際に重要となるのは、外部から認識できる経営管理の活動地と日常取引について権限を有する代表機関、すなわち、「基本的な経営管理の決定が実質的に継続的な業務執行に変えられる場所」であるとされる[18]。それに対して、内部の意思決定は、指示に従った経営の場所と同様に、重要ではない[19]。また、本拠地法に従えば権利能力が付与される外国の組織は、内国においても法人として承認され、ここで承認（Anerkennung）という行為は必要としない（自動承認）[20]。ドイツにおける従来の通説もこのような本拠地法主義を支持している一方で、設立準拠法主義と本拠地法主義を組み合わせる見解を採用する少数説もあったが、支持を集めるには至らなかった[21]。

このような本拠地法主義に従うと、外国法に従って設立されたが、ドイツに本拠を有する法人（ドイツに本拠を有する外国法人）とドイツ法に従って設立されたが、外国に本拠を有する法人（外国に本拠を有するドイツ法人）は、いずれも従属法上の設立要件を満たさないため、原則として、ドイツでは法人格が認められないことになる。さらに、法人が国境を越えて本拠を移転する場合にも、「旧本拠地法が法人の解散を要件としているとき、あるいは新本拠地法が法人格の存続を否定するときには、法人格が否定され、再設立が必要になる」ため、既に行われた取引等の効力が否定され、国際的な事業の妨げとなる可能性があるとされる(22)。

このような本拠地法主義による弊害は、法人の属人法について反致及び転致を認めることや(23)、本来ドイツ商業登記簿に登記されず法人格が否定されてしまうドイツに本拠を有する外国会社について、ドイツ法上登記が不要な合名会社または組合として読み替え、権利能力及び当事者能力を認めるという判例解釈によって緩和されてきている(24)。そして、これら以外に本拠地法主義の原則を緩和しているのが、独米友好通商航海条約といった二国間条約による特則である。

このようにドイツでは、法人の従属法の決定基準として本拠地法主義が採用されているが、本拠地と設立地が一致する外国会社については、何ら承認という行為を必要とせず、その権利能力が内国で自動承認される(25)。

それでは、日本やドイツが締結する通商航海条約の締約国会社は、それぞれの国においてどのように取り扱われるのだろうか。以下では、日本について日米友好通商航海条約を、ドイツについて独米友好通商航海条約について検討を行う。

三　通商航海条約の締約国で設立された会社の内国における取扱い

（1）日米友好通商航海条約における締約国会社

通商航海条約とは、諸国の経済協力関係を設定する基本条約として、最も一般的に締結される二国間条約である。[26] 通商航海条約は通常、自然人・法人を含む両国国民の入国・居住・事業活動・身体および財産の保護・商品の輸入・関税・裁判管轄権など、二国間の協力関係を促進する上での基本的な諸事項を規定している。[27] そして、このような国家間の交流のルールに関する広範囲な事項につき、自由、無差別という基本思想に基づいて定めている。[28]

日米友好通商航海条約（Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between The United States of America and Japan）は、戦後初めて日本が締結した通商航海条約であり、一九五三年一〇月一〇日に発効した。同条約は前文において、「日米間の平和及び友好の関係強化、両国国民間の緊密な経済的及び文化的関係の促進、相互に有利な通商関係・投資の助長、促進という目的を達成するために相互の権利及び特権を定める取極が寄与することを認識していることから、無条件に与えられる最恵国待遇及び内国民待遇の原則を一般的に基礎とする友好通商航海条約を締結する」と定めている。特に無条件の最恵国待遇とは、相手国が相互条件その他の実質的な反対給付に該当するような待遇を与えることを条件とせず、当該国で第三国が享受する待遇と同一の待遇を与えるべきことを意味する。したがって、前文の趣旨は、各条文の中に最恵国待遇に関して明文の規定がない限り、一切の場合に無条件で最恵国待遇を与えるべきであるということとされる。[29]

日米友好通商航海条約は、前文に掲げる目的を達成するために、締約国の国民及び会社に対して、様々な法的地位を認めている。まず、本稿に関連するものとして、締約国の会社の定義及び法的地位について、同条約二二条三

項は以下のように定める。

「この条約において「会社」とは、有限責任のものであるかどうかを問わず、また、金銭的利益を目的とするものであるかどうかを問わず、社団法人、組合、会社その他の団体をいう。いずれか一方の締約国の領域内で関係法令に基いて成立した会社は、当該締約国の会社と認められ、且つ、その法律上の地位を他方の締約国の領域内で認められる[30]」。すなわち、当該規定は、「前段においてこの条約にいう会社とはいかなるものであるかを定義し、後段において一方の締約国の会社はその国の会社と認められ、且つ、その法律上の地位を他方の締約国において認められるべきこと」を定めているとされる[31]。つまり、相手国の法令に基づき正規に成立した会社を相手国の会社として法律上取り扱うべきことを定めており、さらに、国内の手続きで相手国の会社としての地位を承認する措置をとる必要についても規定しているとされる[32]。

次に、上記のように定義される締約国会社としてのアメリカの会社には、日本において条約上どのような地位が保障されるか。日米友好通商航海条約では、以下に列挙するような地位が認められている[33]。

（ア）　出訴権について内国移民待遇及び最恵国待遇が与えられる（四条一項[34]）。

（イ）　日本の領域内において営業活動一般を行うことについて一定の業種を除き内国民待遇が保障され、さらにその保障の実体化として支店、代理店等の設置及び維持に関して内国民待遇を与えられる（七条一項及び二項[35]）（「事業活動の自由」）。

（ウ）　（イ）の営業活動一般に対応して、日本の領域内において学術、教育、宗教及び慈善の非営利活動を行うことについて内国民待遇及び最恵国待遇が保障される（八条三項[36]）。

（エ）　事業活動に関連し、日本の領域内において動産、不動産を取得ないし処分することについて内国民待遇、または、内国民待遇及び最恵国待遇が与えられる（九条）[37]。

（オ）　事業活動の不可分である工業所有権の取得及び保有などに関して、内国民待遇及び最恵国待遇が与えられる（一〇条）[38]。

（カ）　その他、日本の領域内においてその目的とする事業活動を営みうることに関連して種々の地位が認められる（四条二項、五条一項、六条、八条一項、一一条、一二条一項及び四項、一三条、一六条二項、一八条二項など）[39]。

締約国の「会社」に認められる以上のような法的地位の列挙から明らかとなるように、日米友好通商航海条約では、「アメリカ合衆国においてアメリカ合衆国の法律に準拠して設立された会社は、法人であると否とを問わず、日本において、訴訟当事者能力を認められ、さらに制限業種以外の事業を営む会社はその目的たる業務を行うことにつき内国民待遇が保障され、また学術、教育、宗教及び慈善の活動を行う会社はその目的たる活動をなすにつき内国民待遇及び最恵国待遇が保障される」[40]のである。したがって、「制限業種以外の事業を営む会社並びに学術、教育、宗教及び慈善の活動を行う会社で、アメリカ合衆国においてアメリカ合衆国の法律に準拠して有効に成立した法人たるものは、単に日本においてアメリカ会社としての法人格を認められるのみでなく、さらに、日本において法人としてその目的たる業務活動をなしうべき法律上の地位を認められたものと見るのが妥当である」[41]とされる。

学説における多数説によれば、このような日本の領域内で法人として活動をなしうるための法人格の承認は、民法三五条一項但書の定める「条約上の認許」であると解されている[42]。そして、「条約上の認許」についても、通常

の認許と同様の意義に解すべきことは当然でなければならないとされる。[43]

二（1）で確認したとおり、民法三五条一項の定める「認許」の意義とは、「外国法人が、わが国において法人としての資格で業務活動を行い、権利義務を享有しうるように、その法人格を承認すること」[44]であって、「法人として活動することを認められるとは、単に法人として権利を取得し義務を負担し、その権利義務実現のために訴訟当事者となりうることのみにとどまらず、その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な営業活動をなしうることまでも意味するものというべきである」[45]。したがって、「条約上の認許」がなされた締約国会社についても、内国での継続的取引が認められると解される。

しかし、二（1）で確認したように、会社法八二一条は、「日本に本店を置き、又は日本において事業を行うことを主たる目的とする外国会社」については継続的取引を禁止している。民法が認める継続的取引の可能性に要件を課すという意味において、会社法八二一条の擬似外国会社規制は民法三五条による認許の例外規定であるといえるが、内国での営業活動一般を行うことについて内国民待遇を与えている条約上の「事業活動の自由」（日米友好通商航海条約七条一項）との関係が問題となる。すなわち、アメリカ合衆国内で設立された会社は、日米友好通商航海条約七条一項の規定により、日本国内で営業活動を行うことについて、制限業種を除き内国民待遇が与えられているのであるから、外国会社にのみ継続的取引を禁止するという点に着目した場合、会社法八二一条の文言は内国民待遇を与える「事業活動の自由」に反すると解しうる。この点につき、アメリカ合衆国で設立された会社といえども、擬似外国会社と判断される場合には、日米友好通商航海条約上の締約国会社とはみなされず、内国会社として扱われるべきだとする批判も可能である。しかし、条約上の文言は「いずれか一方の締約国の領域内で関係法令に基いて成立した会社は、当該締約国の会社と認められ、且つ、その法律上の地位を他方の締約国の領域内で認

められる」と規定するのであるから、会社法八二一条は依然として日米友好通商航海条約の定める「事業活動の自由」に反すると解釈する余地がある(46)。

しかしながら、以上の結論は先行研究によって裏付けることができない。そこで、日米友好通商航海条約と同様の規定を有する独米友好通商航海条約の規定の解釈から、何らかの示唆が得られないだろうか。以下では、独米友好通商航海条約と、同条約について擬似外国会社との関係で判断を下したドイツ連邦最高裁判所の判例について検討する。

(2) 独米友好通商航海条約における締約国会社

独米友好通商航海条約（Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika: Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Federal Republic of Germany）は、一九五四年一〇月二九日にワシントンにおいて署名され、一九五六年四月三〇日にアメリカによって、そして同年五月九日にドイツによって批准され、一九五六年七月一四日に発効した。日米友好通商航海条約と同様に、独米友好通商航海条約においても、前文で、独米間の平和及び友好の関係強化、両国国民間の緊密な経済的及び文化的関係の促進、相互に有利な通商関係・投資の助長、促進という目的を達成するために相互の権利及び特権を定める取極が寄与することを認識していることから、相互に与えられる最恵国待遇及び内国民待遇の原則を一般的に基礎とする友好通商航海条約を締結する旨が定められている(47)。

また、日米友好通商航海条約二二条三項に対応するものとして、条約によって付与される法的地位を享受しうる

「会社」の定義については、独米友好通商航海条約二五条五項に規定される。同条同項の英文は、日米友好通商航海条約二二条三項の英文と全く同じであるため、日米友好通商航海条約の公定訳の訳語を借りれば、以下のようになる。

「この条約において「会社」とは、有限責任のものであるかどうかを問わず、また、金銭的利益を目的とするものであるかどうかを問わず、社団法人、組合、会社その他の団体をいう。いずれか一方の締約国の領域内で関係法令に基いて成立した会社は、当該締約国の会社と認められ、且つ、その法律上の地位を他方の締約国の領域内で認められる。」

さらに、締約国の国民及び会社に対して「事業活動の自由」を定めた日米友好通商航海条約七条一項に対応するものとして、独米友好通商航海条約は七条一項が同様の内容の内国民待遇を定めている[48]。この独米友好通商航海条約七条一項の規定についても、日米友好通商航海条約七条一項とほぼ同じ文言を用いており、「いずれの一方の締約国の国民及び会社」に対して、「他方の締約国の領域内ですべての種類の商業、工業、金融業その他の営利を目的とした活動を行うこと」につき内国民待遇が与えられるとする[49]。

以上のように、独米友好通商航海条約は、その成立時期及び規定の内容についても日米友好通商航海条約と非常に類似している。しかしドイツでは、相手締約国の外国会社がドイツに本拠を有している場合、締約国の会社の承認について規定した独米友好通商航海条約二五条五項第二文[50]とドイツが伝統的に採用している外国法人の従属法の決定方法としての本拠地法主義との関係が問題となった。以下では、独米友好通商航海条約の解釈をめぐる判断をしたドイツ連邦最高裁判所の判決のうち、二〇〇三年一月二九日第八民事部判決と、二〇〇四年五月七日第二民事

部判決について確認し、ドイツが通商航海条約と内国法との関係をどのように捉えているかについて検討を行う。

① ドイツ連邦最高裁判所（Bundesgerichtshof：BGH）第八民事部 二〇〇三年一月二九日判決[51]

(a) 事実の概要

原告は、アメリカ合衆国フロリダ州の法律に従って有効に設立された株式会社である。原告は、R有限責任会社（GmbH）の持分を、五〇、〇〇〇ドイツマルク分取得した。公証人が作成した一九九五年七月三一日の売買及び譲渡契約によって、原告は、これらの持分を被告に対して、五〇、〇〇〇ドイツマルクの価格で売却し、譲渡した。原告は被告に対して、当該持分の売買代金の支払いを求めて訴えを提起したところ、被告は、原告がその経営管理地をドイツにのみ有するため、当事者能力と訴訟能力を欠くと主張した。

地方裁判所は、原告の請求を認容したが、上級地方裁判所は、請求を棄却したため、原告は上告した。

(b) BGH判決の判旨

「……一九五四年一〇月二九日の独米友好通商航海条約によれば、アメリカ合衆国で有効に設立され、そして存続する資本会社は、ドイツ連邦共和国内で権利能力を有する。その事実上の経営管理地がどこにあるかは、重要ではない。[52]」

「1. 連邦最高裁判所の従来の判例によれば、外国法人の権利能力の判断に際しては、確かに本拠地法主義に原則的に従っており、法人がその経営管理地を有する国の法が決定的に重要となる。その際には、定款に記載されているものではなく、事実上の経営管理地が問題となる。このことはさらに、会社が外国で有効に設立され、次いで

その事実上の経営管理地をドイツ連邦共和国内に移転する場合にも該当する。一旦獲得された権利能力が、ドイツ国内でそのまま存続するという訳ではない。むしろ、会社が設立国の法律に従って存続するかどうか、そしてドイツ法に従って権利能力を有するかどうかが問題となるのである。[53]」

「2．しかし条約によって、ドイツの国際会社法規定から外れることが可能となる。このような条約は、一九五四年一〇月二九日の独米友好通商航海条約という形で、ドイツ連邦共和国とアメリカ合衆国の間に存在する。この条約に鑑みて、会社の権利能力と当事者能力の承認の問題に関する判例と文献においては、その多くが、もっともなことに、設立準拠法への連結を支持している。[54]」

「この条約の二五条五項第二文は、アメリカの会社とドイツの会社を、本拠地法ではなく設立準拠法に連結する。すなわち、同規定は、ある締約国の法律とその他の規則に従ってその国内で設立された会社は、当該締約国の会社として扱われることを定めている。独米条約の二五条五項第二文後段によって、他の締約国の領域内における法律上の地位が承認され、二五条第二文前段に従ってある締約国の領域内で設立された会社は、他の締約国の領域内で法主体として承認されるということは確実である。それゆえ、この条約規定に従うと、アメリカ合衆国の規定に基づいて有効に設立された会社は、ドイツ連邦共和国内で権利能力を有するものとして承認されなければならない。独米条約二五条五項第二文による法律上の地位の承認は、同時に、ある締約国の領域内で設立された会社に関して、この締約国の法規範がその要件を確定し、その要件の下でこの会社が他の締約国の領域内で法主体として扱われるということを意味する。[55]」

「独米通商条約の二五条五項第二文のこの解釈には、同条約の前文、五条五項、六条一項、七条一項そして九条四項も肯定的な根拠となる。条約の前文では、条約は相互に認められる内国民待遇と無制限の最恵国待遇の原則に

基づいているとされる。内国民待遇及び最恵国待遇の付与は、ある締約国会社の他の締約国の領域内における所有権及び土地建物に関する同条約五条五項、及び、全ての方式で財産を譲渡しあるいは自由に処分する権利に関する九条四項において明文で認められている。六条一項では、ある締約国の会社は、他の締約国の領域内で全ての審級の裁判所へのアクセスに関し、「当該会社の権利の保護と同様に実現についても内国民待遇が認められている」。通商条約の七条は、すなわち、他の締約国の領域内における各締約国の会社の開業の自由（Niederlassungsfreiheit）を認めている。(56)」

「内国民待遇、最恵国待遇及び開業の自由が取決められ、会社がそれに応じて他の国で取引活動ができる場合、会社が設立された国の法に従って当然に付与される法人格は否認されない。特に、開業の自由は、権利能力と当事者能力の完全な承認がその内容である。原告の権利能力及び当事者能力は、アメリカ合衆国の法律に従って判断されなければならない。(57)」

結論として、ドイツ連邦最高裁判所は原判決を破棄し、さらなる事実確認のために、控訴審裁判所に差戻した。(58)

(c) 検　討

本件は、株式の売買代金の支払いを求めた原告であるドイツに本拠を有するフロリダ州会社について、その権利能力と当事者能力の有無が争点となった事案である。二（2）で検討したように、ドイツは伝統的に外国会社の従属法の決定基準として本拠地法主義を採用しているため、ドイツに本拠を有する外国法人については、原則として、ドイツ法に従って再設立されない限り法人格が認められない。しかし、ドイツ連邦最高裁判所は本件において、独米友好通商航海条約二五条五項第二文により、「ある締約国の領域内で設立された会社は、他の締約国の領域内で

法主体として承認され」るのであり、「アメリカ合衆国の規定に基づいて有効に設立された会社は、ドイツ連邦共和国内で権利能力を有するものとして承認されなければならない」と判示した。さらに、ヨーロッパ司法裁判所による Überseering 事件判決[59]を参照して、「開業の自由は、権利能力と当事者能力の完全な承認がその内容である」とし、「原告の権利能力及び当事者能力は、アメリカ合衆国の法律に従って判断されなければならない」とも判示した。このことから、原則的に適用される本拠地法主義は、独米友好通商航海条約の適用範囲内では破られ、外国法人の従属法は設立準拠法主義によって判断されることを示したと解釈しうる。

② ドイツ連邦最高裁判所（Bundesgerichtshof：BGH）第二民事部　二〇〇四年五月七日判決[60]

(a) 事実の概要

被告は、アメリカ合衆国デラウェア州法に基づいて設立され、その代表をミュンヘンに置く訴外S会社（Corporation）の社員である。原告は、自らの保有する株式をアメリカの口座に保管するように、当該会社に委託した。その後、原告は被告に対して当該株式の返還を要求した。原告はその理由として、当該S会社はその事実上の経営管理地をドイツに置いたままであるから、アメリカ合衆国の会社ではなく、ドイツ法に基づく合名会社（OHG）として扱われるべきであり、したがって、被告はドイツ商法典（HGB）一二八条[61]に基づく義務を負うと主張した。

原告の請求は、第一審で棄却されたものの、第二審では認容された。それに対して、被告による上告が認められた。

(b) BGH判決の判旨

「1. 控訴審裁判所は間違いなく、抵触法的出発点において、ここで関連する一九五四年一〇月二九日の独米友好通商航海条約を見落としていた。この条約の二五条五項第二文によって、ある締約国の法律又はその他の規則に従ってその領域内で設立された会社は、当該締約国の会社として妥当し、その法律上の地位は他の構成国の領域内においてそのまま承認される。したがって、控訴審裁判所の見解とは反対に、この条約の妥当範囲において、会社の属人法は原則として経営管理地の法律ではなく、会社の設立に妥当した法律に連結される。このことは、会社の権利能力及び当事者能力の問題にも、……会社債務に対する社員責任の問題にも妥当し、条約の七条が各締約国会社に対して、他の締約国の領域内における開業の自由（Niederlassungsfreiheit）を明文で認めているということからも推論される。この点では、EC条約四三条及び四八条による開業の自由（Niederlassungsfreiheit）の妥当範囲におけるのと同じことがいえる。すなわち、ある締約国内でその規定に従って有効に設立された会社は、他の締約国内で、その事実上の経営管理地にかかわらず、設立された法的形態のまま承認される。[62]」

「2. 独米条約の適用範囲について、以下の場合に別問題となるか否かについては、本件では判断を必要としない。すなわち、設立国との実際のあるいは実質的な関連性（いわゆる真正な連関：“Genuine link”）を有さず、全ての活動がもっぱらドイツ連邦共和国内で行われ、厳格なドイツの規定の回避のためだけにアメリカ合衆国で設立された「郵便受けのみの架空会社」が関わる場合である。なぜならば、問題となる「真正な連関」の要件は、その支持者によっても、会社の事実上の経営管理地が設立国内に存在しなければならないとは理解されていないからである。むしろ、会社がアメリカ合衆国――必ずしも設立州（この場合はデラウェア州）でなくても良い――において、何らかの取引活動を行うことで十分であり、例えば、アメリカ合衆国のパートナーとのブローカー契約

(Broker-Vertrages) の存在で足りる。S会社は、寄託された株式を……〔アメリカ合衆国内〕の口座に保有しているので、アメリカ合衆国との真正な連関は否定されない[63]。」

「3. したがって、S会社の属人法はアメリカ法に従って判断され、HGB一二八条による被告の責任は排除される。アメリカ合衆国の法律に従うと、……、「Inc.」(資本会社) の社員は原則、会社債務について責任を負わない。」

以上の理由により、ドイツ連邦最高裁判所は、控訴審判決を破棄し、被告が勝訴した第一審判決に対する控訴を却下した。

(c) 検　討

本件は、ドイツ国内に本拠を有するデラウェア州会社の社員責任について争われた事案である。すなわち、当該会社がデラウェア州会社とみなされれば、同社の社員は有限責任となり、会社債務に関する責任は問われないが、本拠を有するドイツでは合名会社とみなされ、社員責任を追及される事案であった。このような事案について、ドイツ連邦最高裁判所は、以下のように判示した。

ドイツ連邦最高裁判所第八民事部二〇〇三年一月二九日判決と同様に、同裁判所は、独米友好通商航海条約の「二五条五項第二文によって、ある締約国の法律又はその他の規則に従ってその領域内で設立された会社は、当該締約国の会社として妥当し、その法的地位は他の構成国の領域内においてそのまま承認される」ため、「条約の妥当範囲において、会社の属人法は原則として経営管理地の法律ではなく、会社の設立に妥当した法律に連結される」と判示し、ドイツ法が採用する本拠地法主義が独米友好通商航海条約規定によって破られ、締約国の会社の従

属法の決定基準として設立準拠法主義が採用される旨を明らかにした。さらに、締約国に属する外国会社とその設立準拠法国（締約国）との間に「真正な連関（Genuine link）」が要求される可能性について言及したが、この「真正な連関」は、当該外国会社が設立準拠法国内で「何等かの取引活動を行うことで十分」であり、本件では、寄託された株式を保管する口座を米国に保有していることから、設立準拠法国たるアメリカ合衆国との「真正な連関」は否定されないと判断した。すなわち、「真正な連関」については、「何らかの取引活動を行うこと」が認められれば十分であり、主たる業務が当該設立準拠法国内で行われなければならないといった要件は課されていないと解釈できるだろう。

③　小　括

以上のドイツ連邦最高裁判所の二つの判例からは、以下のことが明らかとなる。すなわち、締約国会社の定義について規定する独米友好通商航海条約二五条五項第二文は、会社の従属法について設立準拠法主義を採用するものであり、ドイツが伝統的に採用する本拠地法主義を破る。また、当該締約国会社に対して相手方締約国内での制限業種以外の業務活動を行うことについて内国民待遇を与える「開業の自由」についても、「権利能力と当事者能力の完全な承認がその内容である」とする。したがって、ドイツでは「開業の自由」については、国際私法上の問題として捉えられていることが窺われる。さらに、条約規定が適用されるための要件として、締約国会社の設立地との間の「真正な連関」について言及されたが、その内容は「何らかの取引活動」が設立地国内で行われていれば足りる。

ところで、前述の二つの連邦最高裁判決では、通商航海条約の定める「開業の自由」の内容について、ヨーロッ

パ司法裁判所判決を参照しながらEC条約（現EU機能条約）上の「開業の自由」に言及しており、双方とも同じ用語（Niederlassungsfreiheit）が使用されている。このことから、ドイツでは通商航海条約上の「開業の自由」とEC条約上の「開業の自由」は同様なものとして捉えられていると考えられる。

このようなドイツ連邦最高裁判所による独米友好通商航海条約に関する解釈からは、日本における「事業活動の自由」に関してどのような示唆が得られるだろうか。この点について、四では、日独の条約規定に対する解釈の比較検討を行うことによって考察する。

四　考　察

独米友好通商航海条約も日米友好通商航海条約もそれぞれ七条一項において、「開業の自由」あるいは「事業活動の自由」を定めている。その規定内容は、締約国の会社に対して制限業種以外の全ての分野における活動について内国民待遇が与えられるものである。また、「開業の自由」ないし「事業活動の自由」を享有できる締約国会社については、両条約とも同様の規定を置いており、「この条約において「会社」とは、有限責任のものであるかどうかを問わず、また、金銭的利益を目的とするものであるかどうかを問わず、社団法人、組合、会社その他の団体をいう。いずれか一方の締約国の領域内で関係法令に基いて成立した会社は、当該締約国の会社と認められ、且つ、その法律上の地位を他方の締約国の領域内で認められる。」と規定する（独米友好通商航海条約二五条三項、日米友好通商航海条約二二条三項）。しかし、ドイツでは法人の従属法の決定方法として本拠地法主義を採用しており、独米友好通商航海条約における「開業の自由」は、その法的地位の享有主体の法人格の決定基準として、本拠地法主義を破り設立準拠法が適用されるという、国際私法上の問題として捉えられている。一方日本では、国際私法上

設立準拠法主義が採用されているとされるため、日米友好通商航海条約が設立準拠法主義を定めていると解しても、外国会社の国際私法上の承認に関して何ら結果は変わらない。つまり、日米友好通商航海条約における「事業活動の自由」は、日本では国際私法上の問題ではなく、外人法上の問題なのであり、独米友好通商航海条約における「開業の自由」を国際私法上の問題と捉えるドイツ法上の解釈とは異なる。

ところで、ドイツ連邦最高裁判所の判例は同時に、「開業の自由は、権利能力と当事者能力の完全な承認がその内容である」[64]と判示する。前述における「承認」は、日本における「条約上の認許」に対応しうるか。すなわち、日本では「認許」の意義は、「外国法人が、わが国において法人としての資格で業務活動を行い、権利義務を享有しうるように、その法人格を承認すること」であり、会社の従属法上与えられた法人格を内国で承認するという意味であるが、独米友好通商航海条約上の「開業の自由」についても、その意義は設立準拠法主義によって認められる法人格を内国で「承認」することであるから、その内容は類似するようにも解されうる。しかし、独米友好通商航海条約の「開業の自由」は、本拠地法主義を破るという意味で国際私法上の問題として捉えられている点については、依然として日本における「事業活動の自由」とは異なるのであり、そして、ドイツ法によれば特別の承認行為は必要とされておらず、会社の従属法上有効に設立された会社は自動的に承認されるのであって、日本法上の「認許」に類似の制度が認められないのであるから、両者が対応するという見解は採用し難い[65]。

以上のように、独米友好通商航海条約における「開業の自由」と日米友好通商航海条約における「事業活動の自由」は、国際私法上の問題か外国人法上の問題かという解釈について異なり、単純に比較はできない。しかし、独米友好通商航海条約のドイツ法への効果に着目すれば、日本においても一定の示唆は得られると考えられる。すなわち、ドイツにおける本拠地法主義は、主にドイツに本拠を有する外国法人に対しドイツ法に従って再設立するこ

とを求めることによって、ドイツ法上の全ての規則が当該外国会社に適用されることを要求している。このように、ドイツ法では、日本法上にいう擬似外国会社については、国際私法上で規律されるが、ドイツ法上の全ての規則の適用を要求する本拠地法主義は、独米友好通商航海条約によって破られるのである。つまり、同条約の締約国間では、本拠地法主義によって要求される本拠地法規則の適用は、二国間条約によって排除される。

日本においても、平成一七年改正前旧商法四八二条は、擬似外国会社は「日本ニ於テ設立スル会社ト同一ノ規定ニ従フコトヲ要ス」と定めており、判例および多数説によれば「同一ノ規定」には設立に関するものを含む全ての日本法の規定であると解され、日本法に従った再設立が要求されると解されていた(66)。通商航海条約が本拠地法規則の適用を排除するという点に着目すれば、同様に本拠地法の適用を要求する日本の旧商法四八二条は、条約によって排除されるといえるだろう。

それでは、日本の現行会社法八二一条ではどのように考えられるだろうか。会社法八二一条は、擬似外国会社はその継続的取引は禁止されるが、その法人格は認めており、日本法に従った再設立は要求していない。つまり、本拠地法の全ての規則の適用を要求している訳ではないので、上記のような独米友好通商航海条約の効果に着目した解釈は、妥当しないというべきであろう。

以上のように、独米友好通商航海条約に関するドイツ法上の解釈については、現行の日本法上そのままの形で参考にすることは難しい。むしろ、独米友好通商航海条約の適用を制限的に解する「真正な連関」に関する議論についてのみ、日米友好通商航海条約の解釈にも妥当しうると考えられる。

五　おわりに

本稿では、締約国会社に対して一方締約国内での業務活動について内国民待遇を与える日米友好通商航海条約上の「事業活動の自由」と、擬似外国会社を一般的に規制している会社法八二一条は抵触すると解釈する余地はあるが、先行研究などによって裏付けが困難であることから、類似の規定を有する独米友好通商航海条約のドイツにおける判例を検討することによって、日本における条約の解釈に何らかの示唆が得られないだろうかという疑問を出発点とし、日独における外国会社の取扱い及び通商航海条約の締約国会社の取扱いについて検討した。

その結果、日本では「事業活動の自由」については、「条約上の認許」といった外人法上の問題であると捉えられている一方で、ドイツでは二国間条約上の「開業の自由」をめぐる問題については、国際私法上の問題であると捉えられていることが明らかとなった。その理由は、日本は会社の従属法の決定基準として設立準拠法主義を採用しており、外国会社の法人格は国際私法上認められるものの、日本国内で営業活動を行うには「認許」によってその法人格が実質法である外人法上で承認されなければならないとする一方で、ドイツでは本拠地法主義が採用されており、会社の従属法上法人格が与えられれば、その法人格は特別な行為を必要とせずにドイツ国内でも承認されるという制度の違いにあると思われる。したがって、日独の通商航海条約をめぐる解釈については、単純に比較することは難しい。

一方で、ドイツ連邦最高裁判所の判例からは、独米友好通商航海条約の適用範囲の要件として、締約国会社と設立地国との間の「真正な連関」の要件について言及がなされた。この「真正な連関」の要件については、日米友好通商航海条約の解釈にも妥当しうると考えられる。すなわち、締約国会社と設立地国との間に「真正な連関」が認

められない場合、友好通商航海条約の適用は否定されるため、会社法八二一条の擬似外国会社規制と友好通商航海条約規定との抵触は問題とならないことになる。ドイツ連邦最高裁判所の判例では、「真正な連関」は、「何らかの取引活動」が設立地国内で行われていれば足りると判断したが、同連邦最高裁判例からはその具体的な要件については必ずしも明らかではない。締約国会社と設立国との間の「真正な連関」の内容に関するドイツの議論についてさらに検討することを今後の課題としたい。

（1）櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈国際私法第一巻』（有斐閣、二〇一一年）一四三頁〔西谷祐子〕

（2）法人の「属人法」という呼び方もあるが、本稿では自然人の「属人法」と区別するために、原則として法人については「従属法」という言葉を用いる。

（3）平成一九年に施行された「法の適用に関する通則法」の立法過程では、法人に関する規定を設けるべきか検討がなされたが、「①法人をめぐる諸問題へのアプローチにつき、学説上、準拠法選択という方法（通説）と外国国家行為の承認という方法（有力説）との対立があること、②仮に準拠法選択という方法を採用した場合でも、設立準拠法説に対する疑問や本拠地法説との併用という議論があること、③準拠法の適用範囲に関する議論が不十分なために適切な条文化が困難であること、④取引実務の観点からも条文化の必要性は高くなく、むしろ議論が不十分なままで規定を設けると実務に悪影響をもたらす懸念があること、⑤諸外国における立法の動向も流動的なこと」といった理由によって、結果として、規定の設置が見送られたとされる。高杉直「国際私法における法人」国際法外交雑誌一〇六巻二号一―二頁（二〇〇七年）参照。

（4）櫻田・道垣内編『前掲書』前掲注（1）一五七頁〔西谷〕

（5）櫻田・道垣内編『前掲書』前掲注（1）一四三頁〔西谷〕

（6）山田錞一『国際私法（第三版）』（有斐閣、二〇〇四年）二二五頁

（7）同上。なお、「認許」について、外人法上の問題ではなく、国際私法上の問題ととらえるべきとする見解もある（西島太一「外国会社と我が国民商法規定：所謂会社従属法の適用範囲及び擬似外国会社の取扱について」阪大法学四八巻三号一

六一頁以下（一九九八年）。また、「認許」について、「通常は「承認」と訳される言葉であり」、「外国法人の法人格の承認は民事訴訟法一一八条の規定する外国判決の承認と連続する問題」であると解する説（外国国家行為承認説）については、道垣内正人『ポイント国際私法　各論（第二版）』（有斐閣、二〇一四年）二〇四頁以下、横溝大「法人に関する抵触法的考察―法人の従属法か外国法人格の承認か―」民商法雑誌一三五巻六号一〇四五頁以下（二〇〇七年）を参照。

（8）なお、外国法人の認許の方法としては、個別の外国法人ごとに認許する方法（個別的認許主義）や、特定の国に属する一定の外国法人を包括的に認許する方法（概括的認許主義）もあるとされる。櫻田・道垣内編『前掲書』前掲注（1）一七一頁〔西谷〕、林良平・前田達明編『新版　注釈民法（2）総則（2）』（有斐閣、一九九一年）一九五頁〔溜池良夫〕、溜池良夫『国際私法講義〔第三版〕』（有斐閣、二〇〇五年）三〇五頁などを参照。

（9）山田『前掲書』前掲注（6）二四六頁

（10）同上

（11）櫻田・道垣内編『前掲書』前掲注（1）一七〇頁〔西谷〕

（12）櫻田・道垣内編『前掲書』前掲注（1）一七〇―一七一頁〔西谷〕

（13）山田『前掲書』前掲注（6）二四六頁、山田鐐一「条約に依る外国法人の認許」国際法外交雑誌五七巻二号四頁（一九五八年）

（14）山田『前掲書』前掲注（6）二四七頁、櫻田・道垣内編『前掲書』前掲注（1）一七一頁〔西谷〕

（15）*Jan Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl., Tübingen 2006, S. 568 ff.

（16）*Id.* at S. 578 ff.

（17）櫻田・道垣内編『前掲書』前掲注（1）一五〇頁〔西谷〕

（18）*supra* note. 15, at S. 571 ff.

（19）*ibid.*

（20）*ibid.*

（21）櫻田・道垣内編『前掲書』前掲注（1）一五〇頁〔西谷〕。なお、ドイツにおける法人の従属法の決定基準に関する議論について詳しくは、山内惟介『国際会社法研究　第一巻』（中央大学出版部、二〇〇三年）三頁以下を参照。

(22) 櫻田・道垣内編『前掲書』前掲注(1)一五〇頁〔西谷〕

(23) 法人の従属法について反致及び転致が認められると、外国に本拠を有するドイツ法人であっても、当該外国が設立準拠法主義を採用していればドイツ法への反致が成立し、法人格が認められる。また、外国Aに本拠を有する外国Bの法人については、A国が設立準拠法主義を採用していれば、ドイツ国際私法上もB国法が当該法人の従属法となり、法人格が認められる。ドイツ法上の反致及び転致について詳しくは、山内惟介『前掲書』前掲注(21)一八五頁以下を参照。

(24) 櫻田・道垣内編『前掲書』前掲注(1)一五〇―一五一頁〔西谷〕

(25) B・グロスフェルト、山内惟介訳『国際企業法』(中央大学出版部、一九八九年)八〇頁

(26) 波多野里望、小川芳彦編『国際法講義［新版増補］』(有斐閣、二〇〇二年)三三五頁

(27) 同上

(28) 柳井俊二「友好通商航海条約――その類型とわが国が締結しているものの概況――」時の法令六三二号三五頁(一九六八年)

(29) 兼松武「逐条解説　日米通商航海条約(一)」時の法令九七号二頁(一九五三年)

(30) 日米友好通商航海条約二二条三項の英文は以下のとおりである。

"As used in the present Treaty, the term "companies" means corporations, partnerships, companies and other associations, whether or not with limited liability and whether or not for pecuniary profit. Companies constituted under the applicable laws and regulations within the territories of either Party shall be deemed companies thereof and shall have their juridical status recognized within the territories of the other Party."

(31) 山田錬一「条約による外国法人の認許」国際法外交法雑誌五七巻二号二一頁(一九五八年)

(32) 兼松武「逐条解説　日米通商航海条約(三)」時の法令九九号二六頁(一九五三年)

(33) 山田「前掲論文」前掲注(31)二一頁

(34) 同上

(35) 同上。なお、日米友好通商航海条約七条一項及び二項の条文は下記のとおりである。

七条一項「いずれの一方の締約国の国民及び会社も、直接であると、代理人によつてであると、又は何らかの形態の適法

な団体を通じてであるとを問わず、他方の締約国の領域内ですべての種類の商業、工業、金融業その他の事業の活動を行うこと、従つて、(a)支店、代理店、事務所、工場その他事業の遂行のため適当な施設を設置し、及び維持し、(b)会社に関する当該他方締約国の一般法に基づいて会社を組織し、及び当該他方の締約国の会社における過半数の利益を取得し、並びに(c)自己が設立し、又は取得した企業を支配し、及び経営することに関して、内国民待遇を与えられる。更に、当該国民又は会社が支配する企業は、個人所有の形式であると、会社の形式その他のいずれの形式であるとを問わず、その事業の遂行に関連するすべての事項について、当該他方の締約国の国民又は会社が支配する同様の企業が与えられる待遇よりも不利ではない待遇を与えられる。」

七条二項「各締約国は、外国人が、その締約国の領域内で応益事業を行う企業若しくは造船、航空運送、水上運送、銀行業務（預金業務又は信託業務に限る。）若しくは土地その他の天然資源の開発を行う企業を設立し、当該企業における利益を取得し、又は当該企業を営むことができる限度を定める権利を留保する。但し、いずれか一方の締約国が、その領域内でそれらの事業を営むことに関して外国人に内国民待遇を与える限度について新たに行う制限は、その実施の際その領域内でそれらの事業を行つており、且つ、他方の締約国の国民又は会社が所有し、又は支配している企業に対しては、適用しない。更に、いずれの一方の締約国も、他方の締約国の運送事業、通信事業又は銀行業を営む会社に対し、その会社が行うことを許される本質的に国際的な業務に必要な機能を営むための支店及び代理店を維持する権利を否認してはならない。」

(36) 山田「前掲論文」前掲注(31)二二頁

(37) 同上

(38) 同上

(39) 同上

(40) 同上

(41) 同上。なお、制限業種については、条約七条二項において、以下の業種が限定列挙されている。すなわち、締約国の領域内で公益事業を行う企業若しくは造船、航空運輸、水上運輸、預金業務又は信託業務に限る銀行業務、土地その他の天然資源の開発である。

(42) 溜池『前掲書』前掲注(8)三〇六頁、山田『前掲書』前掲注(6)二四八頁、同「前掲論文」前掲注(31)二二頁、櫻田・

道垣内編『前掲書』前掲注(1)一七二頁〔西谷〕

(43) 山田「前掲論文」前掲注(31)四頁。

(44) 櫻田・道垣内編『前掲書』前掲注(1)一七〇頁〔西谷〕

(45) 山田『前掲書』前掲注(6)二四六頁。岡本善八「外国法人の認許と承認」澤木・炭場編『ジュリスト増刊　国際私法の争点（新版）』九七頁参照。

(46) 拙稿「擬似外国会社規制と事業活動の自由」国際私法年報一四号二〇七頁（二〇一三年）参照。

(47) 独米友好通商航海条約前文の英文は以下のとおりである。

"The United States of America and the Federal Republic of Germany desirous of strengthening the bonds of friendship existing between them and of encouraging closer economic and cultural relations between their peoples, and being cognizant of the contributions which may be made toward these ends by arrangements promoting mutually advantageous commercial intercourse, encouraging mutually beneficial investments, and establishing mutual rights and privileges, have resolved to conclude a Treaty of Friendship, Commerce and Navigation, based in general upon the principles of national and of unconditional most-favored-nation treatment reciprocally accorded, and for that purpose have appointed as their Plenipotentiaries:"

(48) 独米友好通商航海条約七条一項の条文は以下のとおりである。"Nationals and companies of either Party shall be accorded, within the territories of the other Party, national treatment with respect to engaging in all types of commercial, industrial, financial and other activity for gain, whether in a dependent or an independent capacity, and whether directly or by agent or through the medium of any form of lawful juridical entity. Accordingly, such nationals and companies shall be permitted within such territories: to establish and maintain branches, agencies, offices, factories and other establishments appropriate to be conduct of their business; to organize companies under the general company laws of such other Party, and to acquire majority interests in companies of such other Party; and to control and manage enterprises which they have established or acquired. Moreover, enterprises which they control, whether in the form of individual proprietorships, companies or otherwise, shall in all that relates to the conduct of the activities thereof, be accorded treatment no less favorable

than that accorded like enterprises controlled by nationals or companies of such other Party."

(49) 独米友好通商航海条約七条一項における該当の英文は以下のとおりである。

"Nationals and companies of either Party shall be accorded, within the territories of the other Party, national treatment with respect to engaging in all types of commercial, industrial, financial and other activity for gain, . . ."

(50) 独米友好通商航海条約二五条五項第二文は、「いずれか一方の締約国の領域内で関係法令に基いて成立した会社は、当該締約国の会社と認められ、且つ、その法律上の地位を他方の締約国の領域内で認められる。」と規定する。

(51) BGH-Urteil v. 29.01.2003, BGHZ, 353.

(52) *Id.* at para. 8.

(53) *Id.* at para. 9.

(54) *Id.* at para. 10.

(55) *Id.* at para. 11.

(56) *Id.* at para. 12.

(57) *Id.* at para. 13.

(58) *Id.* at para. 14.

(59) Case C-208/00 ; *Überseering* v. *NCC* [2002] ECR I-9919.

(60) BGH-Urteil v. 05.07.2004, NJW-RR 2004, 1618.

(61) ドイツ商法典一二八条は、「社員は会社の債務につき債権者に対し連帯債務者として人的責任を負う。これに反する合意は第三者に対してその効力を有さない」と規定する（日本語訳は、神戸大学外国法研究会編『独逸商法〔Ⅰ〕』（有斐閣、一九五六年）四二頁を参考にした）。なお、同条の規定は下記のとおりである。

"Die Gesellschafter haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Glaubigern als Gesamtschuldner persönlich. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenuber unwirksam."

(62) *supra* note. 60, at para. 6.

(63) *Id.* para. 7.

(64) *supra* note. 51, at para. 13.

(65) もっとも、同様の文言を有する条約について、一方は国際私法上の問題として、他方は外人法上の問題として、異なった解釈がなされるのは不自然ともいえる。したがって、通商航海条約の定める「事業活動の自由」ないし「開業の自由」は、国際私法上と外人法上の両方の意味を有すると解することも不可能ではないだろう。

(66) 櫻田・道垣内編『前掲書』前掲註(1)一七六頁〔西谷〕参照。