

Brexitに伴うイギリス擬似外国会社の従属法の変更

寺 井 里 沙

はじめに

I 外国会社の従属法と開業の自由

- 一 欧州司法裁判所の立場
- 二 ドイツ国際私法上の議論

II Masch/Gausing/Petersの見解

- 一 時際法の問題との区別
- 二 事実の変更に基づく準拠法の変更 (Statutenwechsel) としての理解

III Weller/Thomale/Benzの見解

- 一 時際法の問題としての理解
- 二 Bartelsの見解の援用

IV 検 討

- 一 時際法の範囲
- 二 イギリスのEU離脱と時際法
- 三 イギリス擬似外国会社の「権利能力、行為能力」
おわりに

Brexitに伴うイギリス擬似外国会社の従属法の変更 (寺井)

はじめに

二〇一六年六月二三日、国民投票により、イギリスのEU離脱が決定した。既にイギリスはEUに離脱する旨を通知しており、最終的にはイギリス、EU間の協定締結により脱退が完了する⁽¹⁾。イギリスのEU脱退は様々な私法領域に影響を与えることが指摘されているが、会社法もその影響と無縁ではない⁽²⁾。イギリスのEU脱退がヨーロッパ国際会社法に与える影響の一つとして、以下の問題、すなわちイギリスを設立地とする擬似外国会社の従属法変更の問題が指摘されている。

擬似外国会社とは、設立地とは異なる国を本拠地とし、専ら本拠地において事業活動を展開する会社である。擬似外国会社が存在する背景には、会社の設立基準が各国の国内法に応じて異なるという事情がある。例えば、A国法上の会社の設立基準（最低資本金等）がB国法上のそれよりも厳しいとする。この場合、会社をこれから設立しようとする者が、A国における事業活動を企図しているもの、A国法上の会社の設立基準を容易に満たすことができないとすれば、会社の設立基準がより緩やかなB国で会社を設立した上で、A国において事業活動を営むという選択肢が現実的となる。

ドイツには多くのイギリス擬似外国会社（イギリスを設立地としながら、ドイツに本拠を有する会社）が存在すると指摘される⁽³⁾。例えば、航空会社の Air Berlin はイギリス法上の公開有限会社（Public limited company, PLC）として設立されているが、その本拠をドイツに有する⁽⁴⁾。また、ドラッグストアを展開する Müller はイギリス法上の非公開有限会

社 (Private Limited Company, Ltd.) とし「設立され、Noerr, Roxin, Raue の各弁護士事務所はイギリス法上の有限責任事業組合 (Limited Liability Partnership, LLP) として設立されているが、各々ドイツに本拠を有する。

こうしたドイツに本拠を有するイギリス擬似外国会社には、その従属法 (Gesellschaftsstatut) としていかなる法が適用されるか。ドイツは伝統的に本拠地主義 (Sitztheorie) を採用してきたが、現在は、法人の開業の自由に関する欧州司法裁判所の一連の判決 (特にユーバーゼーリング事件判決) の影響を受け、ドイツ連邦通常裁判所二〇〇三年三月一三日判決に見られるように、EU加盟国を設立地とする会社については、その従属法として設立準拠法を適用するに至っている。すなわち、ドイツに本拠を有するイギリス擬似外国会社は、設立準拠法たるイギリス法の適用を受け、イギリス法上の地位を認められている。

もっとも、イギリス擬似外国会社が現在このような権利を享受できるのは、あくまで設立地たるイギリスがEU加盟国であるためである。非加盟国を設立地とする外国会社には、いわゆる「修正された本拠地法主義」が適用される。すなわち、権利能力を否定されることはないものの、本拠地法たるドイツ法が適用され、無限責任の法人形態である合名会社または民法上の組合とみなされる。

このように、ドイツ国際私法上、会社の従属法の決定基準は、EU加盟国、非加盟国のいずれを設立地とするかに応じて異なる。それゆえ、イギリスのEU脱退は、イギリス擬似外国会社の従属法の変更 (設立準拠法たるイギリス法から本拠地法たるドイツ法への変更) をもたらす。イギリス擬似外国会社は、設立準拠法たるイギリス法上認められていた有限会社としての地位を失い、ドイツ法上の合名会社あるいは民法上の組合として扱われることとなる。すなわち、イギリス擬似外国会社の社員は、イギリスのEU離脱を境に、有限責任社員から無限責任社員への変更を余儀な

くされる。

こうした結果を回避するため、時際法的アプローチにより、ドイツを本拠地とするイギリス擬似外国会社にイギリスのEU離脱後もイギリス法を適用すべきとする見解がドイツ国際私法上主張されている⁽⁵⁾。他方、イギリスのEU離脱後のイギリス擬似外国会社に関する問題を時際法の問題として理解することは適切ではなく、自然人の権利能力に関するドイツ民法施行法七条二項（従前の本国法上の権利能力、行為能力はドイツ国籍の取得、喪失により奪われることはいずれも規定）の「法思想」を「援用」、「転用」することにより、イギリスのEU離脱以降も三年間に限定してイギリス法上のイギリス擬似外国会社の法的地位を認めるべきとする見解も主張されている⁽⁶⁾。

本稿においては、イギリスのEU離脱とイギリス擬似外国会社の従属法変更に関するドイツ国際私法上のこれらの見解について整理、検討する。イギリス擬似外国会社の従属法の変更を時際法の問題として理解する見解は、国際私法と時際法の関連性に関するわが国の議論にとっても参考となる。また、わが国においても、自然人に関する抵触の規律を法人に関する問題に拡張できるか（自然人の行為能力に関する法適用通則法第四条二項を法人の権利能力、代表権の効力の問題に類推適用すべきか）という点につき議論があることを踏まえれば、自然人の権利能力、行為能力に関する民法施行法第七条二項を会社の従属法の問題に援用すべきとする見解について検討することには意義がある。

本稿の叙述の順序としては、まず、外国会社の従属法に関するドイツ国際私法上の議論について整理する。本稿は、ドイツ国際私法上の議論を主たる検討対象とするが、EU加盟国たるドイツの議論は欧州司法裁判所の判断の影響を受けているため、欧州司法裁判所の判例についても簡潔に整理する。続いて、Mäsch/Gausing/Petersの見解、すなわち、ドイツを本拠地とするイギリス擬似外国会社にイギリスのEU離脱後もイギリス法を適用するために、自

然人の権利能力、行為能力に関する民法施行法第七条二項の「法思想」を「援用」、「転用」すべきとする見解を紹介する。なお、Mäsch/Gausing/Peters は、イギリス擬似外国会社に関する問題を時際法の問題としてではなく、「準拠法の変更 (Statutenwechsel)」の問題 (事実の変更を原因とする準拠法の変更の問題) として理解すべきであると主張するため、これらの問題の区別について整理した後、その見解を紹介する。続いて、これとは対照的な Weller/Thomale/Benz の見解、すなわち、イギリスの EU 離脱に伴うイギリス擬似外国会社の従属法の変更を時際法上の問題として理解すべきであるとする見解を紹介する。Weller/Thomale/Benz は、Bartels の見解、すなわち、ドイツに本拠を移転した外国会社の従属法の変更を時際法の問題として理解し、従前の本拠地の法たる設立準拠法を適用すべきであるとの見解を根拠としているため、Bartels の見解についても整理する。最後に、ドイツ国際私法上のこれらの議論を前提として、イギリスの EU 離脱に伴うイギリス擬似外国会社の従属法の変更を時際法の問題として理解すべきか、それとも事実の変更を原因とする準拠法の変更の問題として理解すべきかという点、および、国家体制の変動に伴う適法法規の変更との異同、これらの問題について検討する。また、自然人の権利能力、行為能力に関する民法施行法第七条二項の適用範囲をイギリス擬似外国会社にまで拡張する場合における「取引の保護」、「既得権の保護」の概念、および、同じく自然人の権利能力、行為能力を規律対象とする民法施行法第一二条 (契約締結地法上の自然人の権利能力、行為能力を優先的に肯定する規定) の適用可能性についても検討する。

I 外国会社の従属法と開業の自由

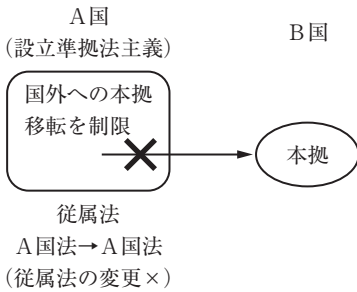
一 欧州司法裁判所の立場

EU運営条約第四九条は、加盟国の国籍を有する自然人に対し、その他の加盟国において開業し、または代理店、支店、子会社を通じて事業を営む権利を保障している。こうした開業の自由は自然人だけでなく会社にも認められている。すなわち、同条約第五四条によれば、加盟国の法に基づいて設立され、定款上の本拠、経営管理の中心、主たる営業所のいずれかをEU内に有する会社は、加盟国の国民たる自然人と同様に、開業の自由を保障される。それは、他の加盟国への本拠移転を制限する国内法上の措置（転出型の制限）、および、他の加盟国からの本拠移転を制限する国内法上の措置（転入型の制限）、これらは会社の開業の自由を保障する右記のEU法に違反する⁽⁷⁾か。

まず、転出型の事案（他国への本拠移転の制限が問題となった事案）⁽⁸⁾としては、デイリー・メール事件⁽⁹⁾、カーテシオ事案⁽⁹⁾がある。欧州司法裁判所は、これらのいずれについても、本拠の移転を禁止することは開業の自由に反しないと判断した。カーテシオ事件判決によれば、転出型の事案においては、①加盟国の国内法によって設立された会社がその従属法を変更せずに他の加盟国に本拠を移転する場合、②従属法を変更して他の加盟国に本拠を移転する場合、これらが区別されるべきであり、後者についてのみ開業の自由との抵触が生じるとされる⁽¹⁰⁾。前者は本拠の移転を禁止する加盟国が設立準拠法主義を採用している場合に該当する。設立準拠法主義を採用する国においては、会社が本拠を移転した場合においても、従属法は設立準拠法たる自国法のままであり、従属法の変更は生じない。他方、後者は本拠

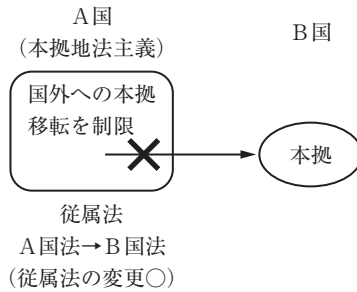
図1 転出型

① 準拠法の変更を伴わない場合
(転出元が設立準拠法主義を採用)



開業の自由と抵触しない。

② 準拠法の変更を伴う場合
(転出元が本拠地法主義を採用)

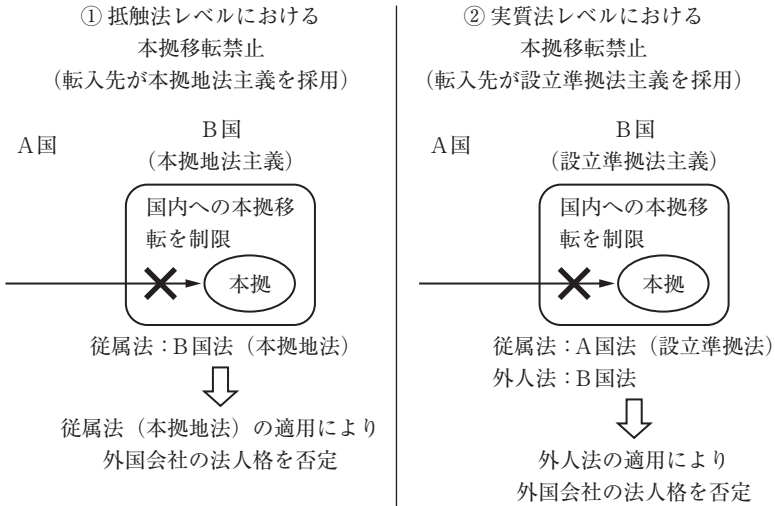


開業の自由と抵触する。

の移転を禁止する国が本拠地法主義を採用している場合に該当する。本拠地法主義を採用する国においては、会社が本拠を他国へ移転した場合、従属法は移転先の他国の法となる(図1)。このように他国の加盟国の国内法により権利能力を肯定されることになる会社に対し本拠の移転を禁止することは、開業の自由に抵触するとされる。

転入型の事案(自国への本拠移転の制限が問題となった事案)としては、セントロス事件⁽¹¹⁾、ユーバーゼーリング事件⁽¹²⁾、インスパイア・アート事件等⁽¹³⁾がある。欧州司法裁判所は、これらのいずれについても、自国への本拠移転を禁止することは開業の自由に違反すると判断した。もともと、他の加盟国からの本拠移転を制限することが許されないにせよ、抵触法レベルの制限が許されないのか、それとも実質法レベルの制限が許されないのかという点については争いがある。自国に本拠を移転しようとする会社に対し、その従属法として本拠地法たる自国法を適用の上でその権利能力を否定する場合、抵触法レベルにおいて本拠の移転を制限することとなる。これに対し、その従属法が何であるにせよ、自国の実質法(外人法)レベル

図2 転入型



において、本国への本拠移転を制限する場合、実質法レベルにおける本拠移転の制限となる。

抵触法レベルの制限となるか、実質法レベルの制限となるかという点は、以下のように、転入先の国が設立準拠法主義を採用するか、本拠地法主義を採用するかに応じて変わる。転入先の国が設立準拠法主義を採用する場合、実質法レベルにおいて本拠移転を禁止することとなる。というのも、設立準拠法主義を採用する場合、外国会社の権利能力はその設立準拠法の適用により当然肯定され、抵触法レベルにおいて本拠移転を制限することがそもそも不可能であるからである。

他方、転入先の国が本拠地法主義を採用する場合、抵触法レベルにおいて本拠移転を制限するという選択肢が生じる。なぜなら、本拠地法主義を採用する場合、外国会社に従属法として本拠地法を適用した上で、本拠地法上の設立要件を満たしていないとしてその権利能力を否定し、結果として本拠の移転を制限することが可能であるからである(図2)。

ユーバーゼーリング事件判決においては、これらの区別が

明確に意識された上で、論点が先決裁定に付された。欧州司法裁判所は、EU加盟国の国内法に準拠して設立された会社の権利能力、当事者能力をその他の加盟国は承認（recognise, anerkennen）しなければならぬと判示した。⁽¹⁴⁾一部の学説によれば、この「承認」の義務は実質法レベルの義務であり、本拠地法主義を否定するものではないとされる。すなわち、従属法として設立準拠法を適用することまでは求められておらず、本拠地法の適用により本拠地法上の会社形態として当該会社の権利能力を肯定すれば足りるとする見解である。他方、右記の「承認」の義務は抵触法レベルの義務であり、本拠地法主義の否定であるとする見解もある。こうした見解によれば、他の加盟国を設立地とする会社に対しては、その従属法として設立準拠法を適用する必要があり、設立準拠法上の会社形態として当該会社の権利能力を肯定しなければならない。

二 ドイツ国際私法上の議論

ドイツの伝統的な本拠地法主義によれば、ドイツを本拠地とする外国会社はその権利能力を否定される。というのも、外国会社は本拠地法たるドイツ法上の会社設立の要件を満たしていないからである。もともと、連邦通常裁判所は、二〇〇二年七月一日判決において、このような純粹な本拠地法主義に修正を加え、いわゆる「修正された本拠地法主義」(modifizierte Sitztheorie)を展開した。⁽¹⁵⁾「修正された本拠地法主義」は、本拠地法たるドイツ法を適用しながら、当該会社の権利能力を否定するのではなく、ドイツ法上の会社形態としてその権利能力を肯定する。例えば、「修正された本拠地法主義」に依拠すれば、イギリスにおいて設立された非公開株式会社 (private company limited by shares) はドイツ法上の合名会社 (offene Handelsgesellschaft, OHG) または民法上の組合 (Gesellschaft des bürgerlichen

Rechts, GbR)として権利能力を肯定される。「修正された本拠地法主義」は、外国の有限責任会社の権利能力を肯定するものの、ドイツ法上の無限責任会社としてその存在を肯定するに過ぎず、外国会社の社員は無限責任を負うこととなる。

もつとも、欧州司法裁判所のユーバーゼーリング事件判決の後、連邦通常裁判所は二〇〇三年三月一三日判決において、⁽¹⁶⁾他のEU加盟国を設立地とする会社につき、その法人格を設立準拠法により肯定した。連邦通常裁判所は、オランダ法を設立準拠法とする有限責任会社につき、設立準拠法たるオランダ法により有限責任会社としてその法人格を肯定しなければ、EU法上の開業の自由に抵触すると判断した。すなわち、連邦通常裁判所は、EU加盟国を設立地とする会社に関しては、従属法として設立準拠法を適用し、設立準拠法上の会社形態としてその権利能力を肯定するとの立場を明らかにした。既述のように、EU法上の開業の自由は抵触法レベルにおいて保障されるべきとする立場(本拠地場(設立準拠法を適用しなければならないとする立場)、および、実質法レベルにおける保障で足りるとする立場(本拠地法の適用により外国会社の権利能力を肯定すれば足りるとする立場)、これらの対立があったが、連邦通常裁判所は前者の立場を採用したこととなる。ただし、連邦通常裁判所は、二〇〇八年一月二七日判決(Trabrennbahn-Entscheidung)にみられるように、非EU加盟国を設立地とする外国会社については、依然として「修正された本拠地法主義」を適用している。⁽¹⁷⁾

II Mäsch/Gausing/Peters の見解

一 時際法の問題との区別

以上のように、ドイツは、EU非加盟国を設立地とする会社には「修正された本拠地法主義」を適用する。それゆえ、イギリスのEU離脱に伴い、ドイツを本拠地とするイギリス擬似外国会社の従属法は設立準拠法たるイギリス法から本拠地法たるドイツ法に変更される。そして、当該イギリス擬似外国会社がイギリス法上は有限責任の会社であっても、ドイツ法上の合名会社、民法上の組合に置き換えられることとなる。その結果、イギリス擬似外国会社の社員は有限責任社員から無限責任社員に変更されるといふ不利益を被る。また、その他の問題として、イギリス法上は代表権を有するとされていた者が、社員でないことを理由にドイツ法上代表権を失いうる。イギリスのEU脱退を原因とするこうした問題に、国際私法はいかに対応すべきか。以下では、この点に関するMäsch/Gausing/Petersの見解を紹介する。

まず、Mäsch/Gausing/Peters は、準拠法の変更が生じる場合をその原因に応じて二つに分類する。その二つとは、①抵触規則の変更 (Änderung des Kollisionsrechts) を原因として準拠法が変更される場合、および、②事実の変更 (国籍、常居所地、所在地等の変更) を原因として準拠法が変更される場合である。①は一般に時際法の問題として論じられる問題であり、抵触規則が新しく制定あるいは改正された場合に、新しい抵触規則をいつの時点からいかなる事項につき適用すべきかという問題である。他方、②はいわゆる伝統的な「準拠法の変更 (Statutenwechsel)」の問題であ

る。

Misch/Gausing/Peters は、このような区別を前提とした上で、イギリス擬似外国会社の従属法の変更の問題は、前記の①の問題とは区別されるべきであると以下のように主張する。なお、以下では「時際的 (inter-temporal) な抵触法」の文言が用いられているが、これは前記の①が問題となる場合に適用されるべき抵触規定を指している。

「本件の事例類型は、時際的な抵触法の諸原則に基づき、民法施行法第二二〇条一項および（誤った考えに基づき）オーストリア国際私法第七条に依拠し、解決すべきであるとしば主張される。その主張によれば、抵触規則が将来効をもって変更される場合においても既得権は保護されるように、イギリス法に基づき設立された会社の存在および統治構造に関する社員の信頼は、少なくとも二年間の経過期間 (Übergangsfrist)、保護されるべきであるとされる。このような主張は説得的ではない。というのも、まず、時際的な抵触法の適用は、目的とされる法的結果をもたらさないからである。民法施行法第二二〇条一項のような規定は、従前の抵触規定の効力が喪失する期限を設定することなく、従前の抵触規定の連結点を固定する。時際的な抵触法の法思想を本件に援用しようとすれば、イギリス擬似外国会社は永久にその存在を保障されることとなる。また、時際的な抵触法の諸原則を適用すべきではないとする、その他のより重要な理由として、以下の理由がある。すなわち、時際的な抵触法の諸原則は、既に存在している事案に連結されるべき、新しく制定された立法規定の憲法上 (verfassungsgesetzlich) の境界線をどこに設定するかという問題を対象とするが、本件においてはそのような点が問題となる余地はないという理由である。時際的な抵触法は本件の状況に当てはまらない。(一般的に称される) 遡及効の禁止を遵守すべきドイツ国家は、本件においていかなる法の変更も行っておらず、既存の抵触規則を変更を加えることなく適用している。イギリスがEUあるいは欧州経済圏 (Europäischer Wirtschaftsraum, EWR) の構成員でなくなることにより、事案は設立準拠法主義のもとに帰属するのではなく、その代わり、既に以前から存在していた本拠地法主義の適用範囲に帰属することになる。もちろん、新しい規則が立法化される際と同様に、本件に係る会社およびその社員が準拠法の変更は何ら寄与しなかったという点では、本件

と時局的な抵触法の問題は比較可能である⁽¹⁹⁾」

右記では、イギリスのEU離脱に伴うイギリス擬似外国会社の従属法の変更は、抵触規則の変更を原因とする準拠法の変更とは区別されるべきであると主張されている。抵触規則の変更を原因として準拠法が変更された場合の例としては、民法施行法第二二〇条が挙げられている。同規定は、一九八六年七月二五日付けの国際私法の新規則への移行に関する規定であり、その第一項は「一九八六年九月一日までに完了する事象には従来の国際私法が適用される」と規定する。

Misch/Causing/Peters は、イギリスのEU離脱に伴うイギリス擬似外国会社の従属法の変更を時際法上の問題とは区別すべき理由として以下の二点を挙げている。第一の理由は、民法施行法第二二〇条一項のような処理を施せば、イギリス擬似外国会社はイギリスのEU離脱後も恒久的に従前の従属法すなわち設立準拠法たるイギリス法によりその存在を肯定されてしまうという理由である。民法施行法第二二〇条一項は、「一九八六年九月一日までに完了する事象」に関し、期限を設定することなく、従前の抵触規則の適用を命じる。これと同様の対応を講じれば、イギリス擬似外国会社は、イギリスがEUを脱退した後も、EU加盟国を設立地とする外国会社と同様の権利（従属法として設立準拠法を適用される権利）を恒久的に享受し続けられることとなる。

第二の理由は、民法施行法第二二〇条のような規定は抵触規則の変更が生じた場合を規律対象とするが、イギリスのEU離脱を原因とするイギリス擬似外国会社の従属法の変更はその対象に含まれないという理由である。確かに、イギリスのEU脱退により、ドイツに本拠を置くイギリス擬似外国会社に適用される従属法は、設立準拠法から本拠

地法に変更される。しかしながら、Mäsch/Gausing/Petersによれば、これはイギリスのEU脱退という事実の変更により生じる準拠法の変更であり、民法施行法第二二〇条一項が規律対象とする、抵触規則の変更を原因とする準拠法の変更ではない。むしろ、イギリスのEU離脱後のイギリス擬似外国会社に対して本拠地法たるドイツ法を適用することは、EU非加盟国を設立地とする外国会社には本拠地法主義（より正確には「修正された本拠地法主義」）を適用するという、ドイツ国際私法上の既存の抵触規則を従来と変わらず適用することを意味するとされる。

二 事実の変更に基づく準拠法の変更 (Statutenwechsel) としての理解

(一) 「準拠法の変更 (Statutenwechsel)」に関する伝統的な議論

Mäsch/Gausing/Petersは、イギリスのEU離脱に伴うイギリス擬似外国会社の従属法の変更は、以上のように、抵触規則の変更（新しい抵触規則の制定等）を原因とする準拠法の変更とは区別されるべきであるとする。そして、イギリス擬似外国会社の従属法の変更は、むしろ、事実の変更（国籍、常居所地、所在地等の変更）を原因とする準拠法の変更と類似する旨主張する。ドイツ国際私法上、事実の変更に基づく準拠法の変更の問題は、当該法律関係が、①「完了した事実 (Abgeschlossene Tatbestände)」②「完了していない事実 (Offene Tatbestände)」③「完了した事実および完了していない事実が混合する権利および法律関係 (Gemischte Rechte und Rechtsverhältnisse)」これらのいずれに該当するかに応じて論じられる。Mäsch/Gausing/Petersは、この点について以下のように整理している。

〔1〕 Abgeschlossene Tatbestände (完了した事実)

完了している諸事案については、信頼保護の原則に基づき、従前の法がその後も適用される。準拠法の変更は将来効 (casus nunc Wirkung) を内容としており、過去に生じた事実につき原則として遡及効を及ぼさない。²⁰⁾」

「(2) Offene Tatbestände (完了していない事実)

従前の実質法にしたがって成立した法律関係の、新しい実質法のもとの(継続中の)有効性 (Wirksamkeit)、効力 (Geltung) が問題となる場合、原則として新しい準拠法が適用される。信頼保護の観点から、従前の準拠法のもとで既に充足された要件 (Tatbestandselement) は、場合によっては、新しい準拠法により考慮されなければならない。²¹⁾」

「(3) Gemischte Rechte und Rechtsverhältnisse

(完了した事実および完了していない事実が混合する権利および法律関係)

従前の準拠法のもと取得した権利は原則として存続し続けるが、新しい法秩序と矛盾するかたちで行使することはできない(民法施行法第四三條二項参照)。継続的権利に関する法律関係 (Dauerrechtserhältnisse) については、完了した事実が問題となる場合には従前の法が、完了していない事実が問題となる場合には新しい法が適用される。²²⁾」

以上においては、まず、「完了した事実」には従前の準拠法が適用されるべきであるとされている。その具体例を、脚注において参考文献として明示されている Hoffmann/Thorn の説明に求めると、例えば、動産が加工された後にその所在地を変更した場合、加工による所有権取得の成否は「完了した事実」の問題として、旧所在地法が適用される。²³⁾ Mäsch/Gausling/Peters は「完了した事実」の定義について触れていないが、Hoffmann/Thorn によれば、所有

権の取得の成否のような、法律関係の成否の問題は「完了した事実」の問題として、当該法律行為（右記の例で言えば加工）の時点の法、すなわち従前の準拋法が適用される。

続いて、「完了していない事実」には原則として新しい準拋法が適用されると説明されている。「完了していない事実」に含まれる問題としては、従前の準拋法に基づき成立した法律関係の「有効性」および「効力」が挙げられている。もっとも、脚注において参考文献とされているHoffmann/Thornの説明によれば、「完了していない事実」に含まれるのは、準拋法の変更の時点において従前の準拋法上成立していない法律関係の「成否」の問題である。例えば、従前の準拋法（旧所在地法）によれば占有による所有権の取得が時効の未完成により未だ成立していない場合、占有による所有権の取得の成否は「完了していない事実」の問題として、新しい準拋法（新所在地法）により判断されることとなる。このように、「完了していない事実」は、Mäsch/Gausing/Petersの説明によれば、従前の準拋法に基づき成立した法律関係の「有効性」および「効力」の問題であるのに対し、Hoffmann/Thornの説明によれば、従前の準拋法上成立していない法律関係の「成否」の問題である。この点、「完了していない事実」に関するMäsch/Gausing/Petersの理解を採用すれば、「完了していない事実」および以下の「完了した事実および完了していない事実が混合する権利および法律関係」の境界線が曖昧となる（いずれも当該法律関係の有効性および効力という同一の規律対象を有することとなる）ため、Hoffmann/Thornの理解のほうが説得的であるように思われる。

最後に、Mäsch/Gausing/Petersは、「完了した事実および完了していない事実が混合する権利および法律関係」については、従前の準拋法によりその成立を認めるとしても、新しい準拋法に矛盾するかたちで行使することはできない、すなわちその効力を認めることはできないと説明する。そして、「完了した事実および完了していない事実が

混合する権利および法律関係」のうち、「完了した事実」が問題となる場合には従前の準拠法が、「完了していない事実」が問題となる場合には新しい準拠法が適用されると説明する。

もっとも、「完了した事実」および「完了していない事実」を区別した上で以上のようにそれぞれにつき準拠法を決定することができるのであれば、「完了した事実」および「完了していない事実」の枠組みさえあれば足り、あえて「完了した事実および完了していない事実が混合する権利および法律関係」という概念を用意する必要はないように思われる。そこで、さらにMäsch/Gausing/Petersの見解についてみると、「完了した事実および完了していない事実が混合する権利および法律関係」の例として、民法施行法第四三條二項が挙げられている。同規定によれば、物の所在地が移動した場合、その所在地の法秩序に矛盾するかたちで物権を行使することはできないとされる（わが国の法適用通則法第一三條二項に相応する）。同條一項は、物権は所在地法による旨定めているため、両規定を総合すれば、物権の取得の成否は取得原因となった事実の発生時点の所在地の法、すなわち従前の所在地の法によるが、物権の効力には現在の所在地の法が適用されることとなる。Mäsch/Gausing/Petersが民法施行法第四三條二項を例として挙げている点から判断すれば、法律関係の成否については従前の準拠法に依拠し、法律関係の効力については、準拠法の変更前になされた法律行為の効力、準拠法の変更後になされた法律行為の効力、これらを区別した上で、前者には従前の準拠法を適用し、後者には新しい準拠法を適用すべきと理解しているのではないかと推測される。

Mäsch/Gausing/Petersが参考文献として明示するHoffmann/Thornも同様に、準拠法の変更前に生じた事実関係については変更前の準拠法を適用し、準拠法の変更後に生じた事実関係については変更後の準拠法を適用すべきとする⁽²⁵⁾。例えば、原告が動産の占有者に対して当該動産の引渡請求あるいは損害賠償請求をしている場合、原告がそもそ

も所有者であるかという法律関係の成否の問題は、動産の所在地の変更に基づく準拠法の変更以前に生じた問題として、従前の準拠法（旧所在地法）が適用される。他方、原告の所有権の取得が従前の準拠法により認められた場合、その所有権の効力としての、当該動産の引渡請求あるいは損害賠償請求の可否については、新しい準拠法（新所在地法）が適用される。その他の具体例として、以下の親子関係の効力の問題も挙げられている。民法施行法第二二条によれば親子関係は子の常居所地法によるとされるため、子の常居所地が変わった場合、親子関係の準拠法も変更されることとなる。この場合、親権がどこまで及ぶかという問題につき、子の常居所地の変更前の法律行為の効力には従前の準拠法（子の旧常居所地法）を適用し、子の常居所地の変更後の法律行為の効力には新たな準拠法（子の新常居所地法）を適用すべきとされる。以上の具体例を前提とすれば、「完了した事実および完了していない事実が混合する権利および法律関係」は法律行為の効力の問題を意味し、準拠法の変更前の法律行為の効力に関しては従前の準拠法を適用し、準拠法の変更後の法律行為の効力に関しては新しい準拠法を適用すべきであると理解されているように思われる。

(二) 会社の従属法の問題の位置付け

Mäsch/Gausung/Peters は、以上のように、準拠法の変更に関するドイツ国際私法上の一般的な議論を、「完了した事実」、「完了していない事実」、「完了した事実および完了していない事実が混合する権利および法律関係」、これら三つに応じて整理している。それでは、会社の従属法に関する問題を以上の枠組みによっていかに処理すべきか。以下はこの点に関する説明である。

「会社の従属法が特に問題となる場合においては、完了した諸事案および完了していない諸事案を区別することは明らかに可能ではない。というのも、会社の従属法が規制する問題においては、時間的に区切ることのできない効力を表す、継続的権利に関する状況 (Dauerrechtssage) が重要となるからである。以上の理由により、対立する諸利益について検討した結果必要な場合においては (必要を限り)、こうした事案において原則として従前の抵触規定 (Kollisionsnorm) の適用が提案される。

ここで問題となっている状況は、基礎をなす諸事情 (ここではイギリスがEUの加盟国であること) を自ら変更したわけではないという点において (ただし、当事者が事実の変更に関して一切影響を与えなかった、そして、与えることができなかったという点は完全に別として)、『伝統的な』準拠法の変更とは異なる。むしろ国際会社法において会社の従属法をめぐる立場が分かれている結果として、本拠の移転という事実の変更に基づき連結素 (Anknüpfungsmoment) が変更される (登記の代わりに経営の本拠が重要となる)。しかし、準拠法の変更に関する原則はイギリスのEU離脱後のイギリス擬似外国会社の問題を解決するための指針となりうる。というのも、イギリスのEU離脱後のイギリス擬似外国会社の問題においては、連結の基礎をなす事実の変更により準拠法の変更が生じるが、この準拠法の変更は、伝統的な準拠法の変更においてもしばしば起こる⁽²⁶⁾ように、法的取引の保護および当事者の正当な信頼の保護に関する経過的対応 (Übergangslösung) を必要とするからである⁽²⁶⁾。

会社の従属法に関する問題、すなわちここではイギリス擬似外国会社の従属法に関する問題は、「完了した事実」、「完了していない事実」、「完了した事実および完了していない事実が混合する権利および法律関係」、これらのいずれに内包されるか。右記の説明をみると、「完了した事実および完了していない事実が混合する権利および法律関係」、これらのおよびとして理解されているように思われる。もっとも、「完了した事実および完了していない事実が混合する権利および法律関係」が問題となる場合、既述のように、「完了した事実」については従前の準拠法が、「完了していない事実」

については新しい準拠法が適用されるが、会社の従属法に関する問題を「完了した事実」、「完了していない事実」のいずれかに厳密に区別することはできないとされている。

それでは、会社の従属法に関する問題をいかに処理すべきか。伝統的な準拠法の変更の問題においては、国籍や所在地などが当事者により意図的に変更されるのに対し、イギリス擬似外国会社の準拠法が変更されるのは、イギリスのEU脱退という、当事者の意図とは関係のない原因によるものである。Masch/Gausling/Petersは、両者の間のこのような相違を指摘するものの、準拠法の変更に関する伝統的な議論を参考とすべきであるとする。すなわち、伝統的な準拠法の変更に関する議論においては、取引の保護および当事者の信頼の保護のための経過的措置が講じられてきたのであり、会社の従属法に関する問題についても同様な対応を講じるべきであるとする。そして、結論として、イギリスのEU離脱を原因とするイギリス擬似外国会社の従属法の問題については、従前の準拠法、すなわち、設立準拠法たるイギリス法を適用すべきであると主張する。

もっとも、「完了した事実および完了していない事実が混合する権利および法律関係」として理解するのであれば、イギリス擬似外国会社の従属法の変更前に生じた法律関係の効力、および、従属法の変更後に生じた法律関係の効力、これらを区別した上で、前者には従前の従属法たるイギリス法、後者には新しい従属法としてドイツ法を適用すべきとの結論が本来導き出されるはずである。これに反して、以上の区別を設けることなく、イギリス擬似外国会社の従属法としてイギリス法を適用すべきであると主張することは、事実の変更に係る準拠法変更に関するドイツ国際私法上の従来の議論と整合しないように思われる。

(三) 自然人の権利能力、行為能力（民法施行法第七条二項）

Misch/Gausing/Peters は、以上のように、事実の変更を原因とする準拠法の変更に関する伝統的な議論を前提とした上で、会社の従属法の変更が問題となる場合には従前の準拠法によるべきであると主張する。そうした主張の実定法上の根拠とされているのは民法施行法第七条二項である。民法施行法第七条一項によれば、自然人の権利能力、行為能力はその本国法によるとされる。もつとも、同条二項は、従前の準拠法（旧本国法）により権利能力者、行為能力者とされた場合、準拠法の変更後（新本国法上）も権利能力者、行為能力者とみなされる旨規定する。以下は、民法施行法第七条二項を実定法上の根拠とすべきとする Misch/Gausing/Peters の見解である。

「既存の法的地位が維持されることに對する具体的な信頼を考慮するために、民法施行法第七条二項の考えに依拠することができる。同規定は、既得権の保護に関する原則をはつきりと表している。

民法施行法第七条一項によれば、自然人の権利能力および行為能力はその本国法による。民法施行法第七条二項は、本国法の変更あるいは反致（民法施行法第四条一項）に基づく居所の変更によりその他の国の法が本国法となった場合、そのことにより権利能力および行為能力が損なわれることはない旨規定する。すなわち、一度権利能力を得た者は、その後「権限を有する（zuständig）」こととなった法が異なる内容を定めているとしても、権利能力を失うことはない。ドイツ民法第二条により一八歳の誕生日に完全な行為能力を有することとなったドイツ人が他国の国籍を取得するにいたり、その法によれば二一歳に初めて成人となるとされる場合、未成年としての法律行為上の地位に戻ることはない。（権利能力および行為能力の）いずれの側面も総合的に考慮した上で以下のように述べることができる。権利および義務の付与対象となる能力（権利能力）、法的取引において独立して行為を行う能力、すなわち、義務を負い、債権を取得する能力（行為能力）、これらは一度取得されれば、準拠法の変更により失われることはない。それゆえ、私法上の『市場（Markt）』における、完全な行為者たる自然人の

地位は特別の保護のもとに置かれ、これに反する説明に対して免疫を有する (immunisieren)。

以上が正当化されるのは、その法的地位を維持したい当事者の適法な利益のみによってではない。法的安定性に対する法的取引上の要求によっても特別に正当化される。すなわち、権利能力、行為能力を失うことになる当事者本人だけではなく、正当な信頼をもってこれと取引を行った者も、当該取引が突然存在しないことになれば、あるいは、当該法律行為に関する意思表示が突然不安定または無効となれば (民法第一二一条一文参照)、被害を受けることとなる。

準拠法が変更された場合の自然人に関する利益状況 (Interessenslage) だけではなく、イギリスのEU離脱後のイギリス擬似外国会社に関する利益状況についても、以上の点が適切に当てはまることは明らかである。イギリスの擬似外国会社も、責任に関する規定または代理に関する規則を変更されることなく、完全なるイギリス会社として今後も承認されるという適法な利益を有している。例えば、Air Berlin PLCを、社員によって経営され代表されるべき合名会社として格下げした場合、混乱が生じるが、これは法的取引にとって有益とはならないであろう。Air Berlin PLCのすべての株主は、突然商法第一二八条一文により、連帯債務者として会社の小さくない債務について責任を負わなければならない。また、Air Berlin PLCの大株主たる Etihad Airways は、二〇一四年に Alitalia の株式を四九%取得したことにより、商法第一二一条一項所定の競争禁止に違反したことになるだろうか。そして、その結果、商法第一二三条一項により損失を被ることに甘んじなければならぬだろうか。さらに、Air Berlin PLCのいかなる少数株主も、商法第一二五条により、Air Berlin PLCの名のもとに有効な取引を行うことができるだろうか。準拠法の変更があった場合においても自然人の法的地位を維持することが適切であると考えるのであれば、同様の状況にある法人についてもなおさら同じことが当てはまる。というのも、法人のその法的地位を保護しなければ自然人の場合と比べ何倍も深刻な結果が生じるからである。

確かに、民法施行法第七条を会社 (類推的に) 適用することは異論なく否定される。なぜなら、同規定の立法者は、自然人の権利能力および行為能力のみを完全に意識しており、会社の法的地位に関する規定は裁判上の議論、学説、および (あるいは)、国際法、EU法上の規則に任せようとしたからである。しかし、以上の点は、イギリスのEU離脱の事例において、民法施行法第七条二項の法思想 (Rechtsgedanke) を援用すること (Rückgriff) を妨げるものではない。というのも、立法者がある規定を特定の事案に意識的に限定したとしても、当該規定の中にある利益衡量の考え方を、立法化されていないが、比

較可能で、これまで規律されてこなかった状況を解決するために用いることは禁止されていないからである。したがって、民法施行法第七条二項の法思想を『ドイツの』非公開有限責任会社、公開有限責任会社、有限責任事業組合 (Ltd./PLC/LLP) に転用する (übertragen) のであれば、少なくとも、イギリスのEU離脱の後においては、対外関係、すなわち権利能力、人の責任、代理に関する、会社の『命 (Leben)』のすべての側面をイギリス法によって判断すべきである。

取引の保護に関する利益は本拠地法主義の適用によりしばしば損なわれるが、この利益を特別に考慮する際に役立つのは、まさに当事者の信頼を保護するという観点である。それゆえ、以上の保護を保障されうるのは、イギリスのEU離脱という展開に驚いた会社、すなわち、二〇一六年六月二三日の住民投票よりも前に設立されたイギリスの擬似外国会社のみである。それほど困ったことにはならないだろうという希望のもと、住民投票後にイギリス擬似外国会社を設立した者は、あまりにも樂觀すぎたというリスクを自ら背負わなければならない。²⁷⁾」

Misch/Gausing/Peters は、イギリス擬似外国会社の従属法として設立準拠法たるイギリス法を適用するにあたり、実定法上の根拠を民法施行法第七条二項に求めている。すなわち、民法施行法第七条二項は、従前の準拠法により権利能力者、行為能力者となった者について、準拠法の変更後もその権利能力、行為能力を認める規定であるが、イギリス擬似外国会社についても、イギリスのEU脱退により本来従属法が変更されるところ、その権利能力、人的責任、代表権等は従前の従属法たるイギリス法によるべきであるとする。

もつとも、民法施行法第七条二項の本来の規律対象は自然人の権利能力、行為能力であるにもかかわらず、会社の権利能力等の問題につき同規定を適用できるかという問題がある。この点、Misch/Gausing/Peters は、立法者は民法施行法第七条の規律対象に会社の権利能力等の問題を包摂しておらず、むしろそれらの問題を裁判実務、学説、国際法、EU法に委ねたとして、同規定を類推適用することはできないとしている。しかしながら、同規定に内在する

「法思想 (Rechtsgedanke)」を「援用 (Rückgriff)」する」と、あるいは、「転用する (übertragen)」ことは許容されるとする。そのような見解を主張するにあたって特に強調されているのは、当事者(本人および取引相手)の期待の保護、および、取引の保護である。すなわち、民法施行法第七条二項が自然人につき当該内容を定めるのは、本人および取引相手の期待の保護、取引の保護を重視するからであり、この点が重視されるのは会社に関する問題についても同様であるとする。むしろ、Air Berlin PLCの例にみられるように、会社が問題となる場合には、当事者の期待の保護、取引の保護の必要性はより一層高くなるとする。Air Berlin PLCはイギリスを設立地とするが、その本拠はドイツに所在するため、イギリスのEU離脱後、その従属法はイギリス法からドイツ法に変更される。現在のドイツにおいては、EU非加盟国に対して「修正された本拠地法主義」が適用されるため、Air Berlin PLCはドイツ法上の合名会社として承認されることとなる。イギリスのEU離脱を原因としてこうした準拠法の変更がAir Berlin PLCに生じるが、これに付随して以下の問題が生じる。第一に、Air Berlin PLCの株主はドイツ法上の合名会社の社員となり、無限責任を負うこととなる(ドイツ商法第一二八条)。第二に、同株主は原則として競業を禁止されることとなり(ドイツ商法第一一二条、第一一三条)、特にこれまでその他の航空運送会社に出資した株主は競業禁止義務に違反していることみなされる可能性が生じる(Air Berlin PLCの筆頭株主たる Etihad Airways は、Air Berlin PLCと同様の業務すなわち航空運送業務を営む Alitalia に二〇一四年に出資しているが、ドイツ商法上の競業禁止義務に違反していることみなされる可能性がある)。第三に、ドイツ法上の合名会社の社員は原則として各自代表権を有するとされるため(ドイツ商法第一一二条) Air Berlin PLCのすべての株主が同社を代表する権利を有することとなる。

民法施行法第七条二項の「法思想」を「援用」、「転用」することにより、イギリス擬似外国会社の従属法として設

立準拠法たるイギリス法を適用するにせよ、イギリス擬似外国会社のこうした特権をイギリスのEU脱退後、恒久的に認めるべきかという問題がある。Mäsch/Gausing/Peters は、既述のように、イギリスのEU離脱を原因とするイギリス擬似外国会社の従属法の変更を、抵触規則の変更(新しい抵触規則の制定等)を原因とする準拠法変更の問題として理解すべきではないと主張する際に、その根拠として、従前の法すなわち設立準拠法たるイギリス法が恒久的に適用されてしまう点を挙げている。Mäsch/Gausing/Petersによれば、民法施行法第七条二項の「法思想」を「援用」、「転用」という理解に立てば、一定の期間に限定した上で、イギリス擬似外国会社に右記の特権を与えることができる。以下はこの点に関するMäsch/Gausing/Petersの説明である。

「民法施行法第七条二項は、準拠法の変更が生じた場合にも権利能力、行為能力は継続する旨規定するが、それがいつまで継続するかという点に関して何ら期間を定めていないように一見思われる。しかし、当然ながら、厳密に考えれば、以上のイメージは誤りである。というのも、民法施行法第七条二項が直接的に適用される、ここでの問題と関連のある唯一の実際上の事案、すなわち行為能力に関する事案においては、事実の性質からして規定は一時的な保護を提供するに過ぎないからである。従前の国籍の法によれば既に成人とみなされる者が、民法施行法第七条二項の『橋(Bridge)』を必要とするのは、新しい準拠法により成人となり、行為能力者となる時点までに過ぎない。今日、世界の様々な法秩序においては、一八歳から二一歳までの間で成人年齢が設定されている。すなわち、民法施行法第七条二項により権利能力、行為能力が肯定されるのは、最大で三年間である。民法施行法第七条二項の法思想を会社の従属法に関する規範として転用する際にも、この期間を参考とすることができる。というのも、イギリスのEU離脱の事案において問題となる会社も無防備(welthlos)ではないからである。イギリス擬似外国会社は、本拠地の法にしたがって新しく会社を設立し、あるいは、本拠地の国内の会社形態に変更することができる。確かに、経営者は自らの会社にとっていかなる解決策が適切かという点について熟慮することを望み、困難および時

間の喪失なくして、再設立、組織変更を成し遂げることはできない。しかし、再設立、組織変更のためには三六ヵ月あれば必ず十分であろう。三六ヵ月の期間はイギリスのEU脱退とともに始まる。なぜなら、この日から準拠法が変更され、民法施行法第七条二項の法思想を行使することができるからである。⁽²⁹⁾」

民法施行法第七条二項は、一度取得された自然人の権利能力、行為能力は準拠法の変更により奪われることはない旨規定するが、同規定のこのような保護が意味を持つのは一定の期間に限定されている。すなわち、各国の法律制度において成人年齢は概して一八歳から二二歳の間で設定されているため、従前の準拠法上の権利能力、行為能力を肯定すべき期間は最長でも三年間に限定される。

Mäsch/Gausing/Peters は、民法施行法第七条二項は以上のような性質を有するがゆえに、イギリス擬似外国会社にその「法思想」を「援用」、「転用」する際にも、イギリス法を適用すべき期間を限定することができると主張する。すなわち、イギリスのEU脱退から三六ヵ月に限定して設立準拠法たるイギリス法の適用を認めるべきであるとする。三六ヵ月という期間を設定するにあたっては、自然人の成人年齢につき設定された期間をそのまま援用しているように思われるが、三六ヵ月という期間はイギリス擬似外国会社がドイツ法に基づき会社を再設立あるいは組織変更するために十分であるとも説明されている。

III Weller/Thomale/Benz の見解

一 時際法の問題としての理解

イギリスのEU離脱に伴うイギリス擬似外国会社の従属法の変更は様々な問題を生じさせる。Masch/Gausing/Petersは、自然人の権利能力、行為能力に関する民法施行法第七条二項の「法思想」を「援用」、「転用」することによりこれに対応すべきであると主張する。これとは対照的に、Weller/Thomale/Benzは、以下のように、時際法上の問題として対応すべきであると主張する。

「第三国で設立された外国会社が問題となる状況において、自律的なドイツ国際私法が本拠地法主義を維持するにせよ、既に設立されたイギリス会社（旧会社（Allgesellschaft））を時際的な例外とし、その限りにおいて設立準拠法主義に従うべきである。そのため、イギリスがEUの加盟国であった際に既に有効に設立されたイギリスの会社形態はその存続を保障される。この点に関する限り、修正された本拠地法主義を再構築するBartelsの見解が成果をあげよう。Bartelsは、*lex temporis actus*という時際的な原則を用い、まず、判断されるべき事象およびその判断基準の同期を目指すべきであると主張する。そして、それゆえ、国境を越えた本拠の移転が問題となる場合、準拠法の変更により適用されることとなった『新しい』法を、本拠の移転後のすべての事象に適用することが確かに適切であるとする。しかし、『新しい』法を週及的なものとして考慮することは適切ではない。というのも、Bartelsによれば、設立に関する諸事項を新しい法に適用させようとすることは、時際的な私法上の正義に反するからである。本拠地法主義に関するこのような時際的方法による理解は、少なくとも、イギリスの旧会社がイギリスのEU離脱の後もそのようなものとして承認されるための、十分に知性的な根拠となる」⁽³⁰⁾

Weller/Thomale/Benz は、イギリスの EU 離脱後もイギリス擬似外国会社の「会社形態はその存続を保障」されるべきであると主張する。その根拠は、Bartels の見解、すなわち、本拠の移転前の事項、本拠の移転後の事項、これらの際時的な区別を設け、本拠の移転前の事項には設立準拠法を適用すべきであるとする見解に求められている。Bartels の見解は、本拠をドイツに移転した外国会社の従属法を議論の対象とするが、Weller/Thomale/Benz はこれをイギリス擬似外国会社の従属法変更の問題にも適用できると主張する。そこで以下では、Weller/Thomale/Benz が根拠とする Bartels の見解を整理する。

二 Bartels の見解の援用

(一) 会社の従属法に関する時際法的アプローチ

ドイツに本拠を移転した外国会社は、その設立地が EU 加盟国でない限り、「修正された本拠地法主義」の適用により、ドイツ法上の合名会社または民法上の組合として扱われる。これに対し、Bartels は、ドイツに本拠を移転した外国会社の設立準拠法上の法的地位を認めるべきであると主張する。もともと、Bartels は、設立準拠法主義を直接的に適用するのではなく、本拠地法主義を時際法的に理解することにより、外国会社の設立準拠法上の法的地位を保障しようとする。以下は、この点に関する Bartels の見解である。

「専ら不法行為の文脈においては、時際法の重要性を指摘したのは Marc-Philipp Weller の功績である。時際法においては原則として『わゆる *lex temporis actus*』すなわち、判断の対象となる事象および評価の基準が同一の時期のものでな

ければならないという規則が適用される。国境を越えて企業が移転してくる事例にこの規則を適用すれば、(外国) 企業の設立に関する事項は、設立時の国際私法上の基準から導かれる実質法によつてのみ評価されうる。外国企業の設立に関する事項を、その本拠の移転によつて重要となる(ドイツ) 実質法のもとに包摂することは排除しなければならない。ここでは、国際的な影響と時局的な影響が混合している。……

国際私法上の時法的アプローチは、これまで完全にはろにされてきた時間的な側面を考慮するものであり、多くの利点を有する。移転の完了以降(ex nunc) 準拠法が変更されるという理解が説得的であり、移転の完了より前に遡つて(ex tunc) 準拠法が変更されるという理解は説得的ではない。lex temporis actusに依拠し、設立に関する事項について旧法を適用すれば、設立準拠法主義の目的に従うこととなる。移転の完了以降、社員責任(Gesellschafterhaftung)、行為者責任(Handelndenhaftung)、機関の代表権などについて、新法を適用すれば、その時点以降準拠法の変更が生じる。以上を肯定するとしても、(責任、代表権等につき) 適切な法をその都度導くためにいかなる抵触規則によるべきかという点が問題となる。この点、時局的な私法規定である、民法施行法第一六三条および第二三二条二項一号、二号が重要な拠り所となる。立法者は、一九〇〇年一月一日に民法を施行する際、および、新たに加盟した領域に民法を拡張する際、従前に有効に設立された法人に対し、法人に関する新法上の規定の適用を指示しながらも、設立に関する規定は法の変更の対象外とした。立法者は、この方により、法人の設立に関する事実関係が有する旧法との関係を新法に『適合(Gessen)』させる必要がなかった。進行中の事象(機関の代表権、責任問題など) についてのみ新法を適用すればよかった。〔変更可能な連結(wandelbare Anknüpfung)〕
このような説得的なルールモデルは一般化することが可能であるように思われる。そして、この問題となっているような、本拠の移転による準拠法の変更の問題にも最もよく適合するように思われる。設立や法形態は本拠の移転によつては影響されないのに対し、移転以降に生じた事象については新しい本拠地の法が適用される。民法施行法第二三二条二項一号による場合、および、本拠の移転により新法上の法形態への接続が必要となる場合、これらは十分に比較可能であろう。したがって、移転先の法の限定された会社形態には全く由来しない古い法形態は、間接的に認められることになる。しかし、(いかなる不都合があるとしても) 移転以降の活動に関しては新しい法による。

以上は、時際法上よく知られ(民法施行法第二三二条二項三号参照)、憲法上の遡及効の禁止を考慮にいられた法の適用過程

である。本拠地法主義は部分的に設立準拠法主義のために身を引くことになる⁽³¹⁾」

Bartels は、ドイツに外国企業が移転してくる際には、時際法における原則、すなわち *lex temporis actus* を適用すべきであるとする。*lex temporis actus* とは、「判断の対象となる事象および評価の基準が同一の時期のものでなければならぬ」という規則」と説明されている。Bartels の主張においては、国際私法上の時際的規定として *lex temporis actus* が理解されている。Bartels によれば、法人の従属法を決定するに際し、本拠の移転前に関する事項、および、本拠の移転後に関する事項、これらの時際的な区別を設け、前者に関しては従前の本拠地の法を準拠法とし、後者に関しては移転後の本拠地の法（すなわちドイツ法）を準拠法とすべきであるとされる。Bartels の見解は、法人の従属法を決定する際の連結点を「本拠地」としている点において、本拠地法主義をその基礎に置いている。もともと、本拠の移転前に関する事項については、「本拠地」という連結点の解釈に際し、移転前の本拠地を「本拠地」と理解する。移転前の本拠地は言い換えれば設立地であるため、Bartels 自らが認めるように、実質的には設立準拠法主義に非常に近接する見解である。

Bartels が以上の見解を展開するに際し、実定法上の根拠としているのは、民法施行法第一六三条および第二三一条二項一号、二号である。

民法施行法第一六三条は、一九〇〇年一月一日に民法を施行する際に、法人に関する経過規則として定められた規定である。同条は、「民法第一六四条ないし第一六六条が異なる内容を定めない限り、民法第二五条から第五三条、および、第八五条から第八九条は、民法の施行時まで存在している法人に民法の施行時から適用される」と定め

る。民法第二五条から第五三条は社團（「登記された社團」「公法上の私人」を除く）に関する規定であり、理事会の代表権（第二六条一項）、機関の行為に関する社員の第三者責任（第三二条）、社員の地位の譲渡の可否（第三八条）等に関する規定が含まれる。（民法第八五条から第八九条は財団に関する規定である。）

民法施行法第二三〇条以下は、一九九〇年の東西ドイツ統一に際し、東ドイツを西ドイツの法域に編入するために用意された経過規定である。Bartelsが援用する同法第二三二条二項一号、二号はその中でも特に社團に関する規定であり、以下のように定める（なお、三号、四号は以下省略）。

民法施行法第二三二条二項

一号 一九九〇年六月二二日付けの法により改正された、一九九〇年二月二一日付けの団体に關する法律（団体法（Vereinigungs-gesetz））によれば、加盟が効力を生じる以前に存在したとされる、権利能力を有する団体は存続する。

二号 以上の団体には、加盟が効力を生じた以降、民法第二二条ないし第七九条が適用される。

第二三二条二項一号は、東ドイツの民法上権利能力を認められていた団体につき、東西ドイツ統一後もその権利能力を認める。その上で同規定の二号は、法人の代表権、社員の責任等につき、新法たる西ドイツの民法第二二条から第七九条の適用を定める。

以上の民法施行法第一六三条、第二三二条二項一号、二号のいずれも、従前の法において権利能力を肯定されていた法人につき、新法のもとでも引き続きその権利能力を肯定しつつ、代表権や社員の責任等については新法の適用を命じる規定である。

(二) 社員の責任、最低資本金

Bartels は、以上のように、ドイツに本拠を移転した外国会社に本拠地法主義を適用するにあたり、当該外国会社の「法形態」に関しては、移転前の本拠地すなわち設立地を「本拠地」と解し、設立準拠法の適用を主張する。「法形態」にいかなる事項が含まれるかという点は論者によって差があると思われるが、社員の責任、最低資本金について Bartels は以下のように説明する。

「以上において比較の対象として援用された社團 (Verein) の場合とは異なり、外国の資本金会社の場合には資本保証 (Kapitalversicherung) の問題が浮上する。Zimmer が既に証明したように、ドイツの資本保証システムは他の法秩序との比較上明らかに過大評価されている。ドイツの資本保証の欠点は特に、自己資本比率の要件、損失補填に関する事項に見出される。さらに、Leible と Hoffmann が正当に指摘したように、外国会社があえて本拠を移転しない場合にのみ、限定責任を認めるという価値矛盾が生じている。そして、最終的に、二〇〇八年の有限会社法の改正および事業者会社 (UG haftungsbeschränkt) の導入を原因とする解釈の変更 (特に後者を原因とする解釈の変更はより明確である) が現在においても資本保証の制度に揺さぶりをかけている。もはや、責任制限の最低額は存在しない。……とりわけ、移転してきた外国会社につきドイツの資本保証システムを免除することが適切である。以下の例をみれば結論がどのようなものとなるか明らかになる。

非公開株式会社 (private company limited by shares) が二〇〇八年マン島において設立され、資本金は一ポンドであったとする。そして、二〇一〇年まで、ドイツの企業との間にも商業的なつながりがあったとする。その期間については、ドイツの本拠地法主義により、『有限 (limited)』会社、少なくとも権利能力を有する会社として扱われる。他方、二〇一〇年に経営の本拠をハンブルクに移した場合、もはやドイツ法が適用されることとなる。この場合、二〇〇八年の設立に関する事項に煩雑ながらも手をつけ、ドイツ会社法のもとに包摂するよりも、(lex temporis actus により) 二〇〇八年から二〇一〇年までのこれまでの分類のままにしておき、これまで同様に『有限』の法人として認めるべきである。また、将来においては (二〇一

○年以降)、ドイツ法上は合名会社に該当するが、有限会社法によりドイツの有限会社として扱うべきである(民法施行法第二三一条二項二号参照)。それゆえ、移転してきた会社あるいはその社員をドイツの資本調達義務のもとに置くのではなく、従来の資本調達規則のもとにとどめるべきである。……

とりわけ、むしろ従前の法形態が設立者の意図にはるかに合致し、本拠を移転するまでの間その法が規律していた。『移転してきた』社員に無限責任を課すことに反対する学説が設定する留保に目を向けるのであれば、外国会社を有限責任のそれとして扱うことが明らかに整合的である。それはたとえ、登記のように、追加的に必要となる本質的な特徴を欠いているとしても同様である。それゆえ、社員に再設立を義務づけるかわりに、本拠の移転後に商業登記を申請するよう義務づけるべきである。このような方法により、ドイツ法上の厄介な民法上の組合や合名会社の構造から離れることができる。⁽³²⁾」

「社員の人的責任が問題となる場合、修正された本拠地法主義は、移転してきた外国会社は権利能力を有する人的会社(Personengesellschaft)であるという前提のもと、商法第一二八条一項(筆者注…合名会社の社員の無限責任を定める規定)を援用する。そして、これはすべての当事者を不意打ちする。設立地において社員に対して有限責任という保護を与えていた外国会社は、そのような保護を社員に与えることをもはや断念しなければならない。社員は会社の債務を負うこととなる。この手法は債権者には有利に働くが、逆に構成員は非常に重い不利益を覚悟しなければならない。社員を無限責任社員に転換するのは、さらに以下の理由に基づいている。すなわち、外国企業を対象とした法律上の資本保証の制度がドイツには存在しないこと、そして、それは債権者の保護を脅かす甚だしい欠陥となること、これらの理由による。ドイツ法上、無限責任の会社および有限責任の会社の間には、無限責任が原則であり有限責任は例外であるという関係があるが、以上の結論は総じてこうした関係により可能となる。

このような修正された本拠地法主義によってもたらされる重要な法的結果は、法政策上争われているように教義上のものであり、様々な方法によって修正されている。Binz/MayerおよびPaetgenは、ドイツ国内における本拠の設置をすべての社員が全員一致で推し進めた場合についてのみ、無限責任を肯定する。他方、Behrensは、ドイツ実質法上の例外的な事例類型についてのみ無限責任を肯定することは一貫性を欠くとしてこれを批判する。Wellerは最終的に、少なくとも公開会社(Publikumsgesellschaft)の構成員については、人的および無限責任をもちや適用すべきではなく、適応問題に関する国際私

法上の規則によってこれを解決すべきであるとする。これらの見解は、支配的な見解がその特有のアプローチの方法を実施に移す準備ができていないことを示している。商法二二八条一項に教義上示されている責任に関する効力を（類推的に）適用すれば、不和を緩和することを妨げる。

本稿において展開する方法に依拠すれば、問題は円滑に処理される。例えば、スイスの株式会社は、会社財産と社員の個人財産の分離の原則（Trennungsprinzip）により、法人として、法の適用対象としての地位、そして法形態を維持することとなる。株主は責任を負わない。機能的な資本保証に関する心配は、一〇〇、〇〇〇スイスフランの最低資本金（スイス債務法第六二二条）によって緩和される。……」⁽³³⁾

Bartels は、結論として、ドイツに本拠を移転した外国の有限責任会社は、ドイツ法上の合名会社または民法上の組合としてではなく、ドイツ法上の有限会社として承認されるべきであると主張する。本来、修正された本拠地法主義を適用すれば、そのような外国の有限責任会社は本拠地法たるドイツ法上の合名会社または民法上の組合に置き換えられ、社員は無限責任を負うこととなる。しかし、Bartels はこれを否定し、ドイツ法上の有限会社に置き換えただで、社員の有限責任を維持すべきであると主張する。

そうした主張の根拠の一つは、ドイツの最低資本金制度は「過剰」であることに求められている。また、ドイツの最低資本金制度は、二〇〇八年の有限会社法の改正（Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, MoMiG）により実質的に廃止されているにもかかわらず、外国会社の社員に無限責任を負わせるべきではないと Bartels は主張する。⁽³⁴⁾ドイツにおいては事業者会社（Unternehmergesellschaft）という会社形態の創設により、一ユーロの資本金をもって有限責任の会社を設立することが可能となった。それにもかかわらず、ドイツ法上

の有限会社の最低資本金（二五、〇〇〇ユーロ）を満たしていない外国会社を、債権者保護を理由として、人的会社に置き換えることは矛盾するとBartelsは批判する。

以上、外国会社の従属法に関するBartelsの見解について紹介したが、簡潔に整理すれば以下の通りとなる。

Bartelsは、時際法における原則たる*lex temporis actus*を適用し、外国会社の本拠の移転前に関する事項については、従前の本拠地の法すなわち設立準拠法に依拠すべきであるとす。もともと、Bartelsは、具体的には、設立準拠法を直接適用するのではなく、ドイツ法の適用過程において外国会社の設立準拠法上の地位を尊重すべきであるとする。すなわち、ドイツの有限会社法所定の設立条件（登記、最低資本金等）を満たしていない外国の有限責任会社もドイツ法上の有限会社とみなした上で、その権利能力、社員の有限責任、最低資本金の免除・軽減を認めるべきであるとする。その実定法上の根拠は、民法施行法第一六三条（一九〇〇年の民法制定の際の時際的規定）、および、民法施行法第二三一条二項一号、二号（一九九〇年に東ドイツを西ドイツの法域に編入した際の時際的規定）、これらの規定に求められている。

IV 検 討

一 時際法の範囲

イギリスのEU離脱に伴うイギリス擬似外国会社の従属法の変更を時際法の問題として理解すべきか。この点について検討するにあたっては、まず時際法の問題の範囲について整理する必要がある。

時際法の問題は、抵触法レベルの問題および実質法レベルの問題に区別することができる。抵触法レベルの時際法が規律対象とするのは、抵触規則が新しく制定あるいは改正されたような場合である。抵触規則が新しく制定された場合、いつの時点からいかなる事項に新たな抵触規則を適用すべきかという点が問題となる。そして、抵触法上の時際法により新たな抵触規則の適用範囲が確定されると、準拠法の変更が生じることになる。すなわち、抵触法レベルの時際法の問題は、抵触規則の変更を原因とする準拠法変更の問題である。Masch/Gausig/Peters が触れた民法施行法第二二〇条一項は、一九八六年七月二五日付けの国際私法の新規則への移行に関する規定であり、その第一項は「一九八六年九月一日までに完了する事象には従来の国際私法が適用される」と規定するが、これはまさに抵触法レベルの時際法である。また、わが国の実定法に目を向けると、法適用通則法の附則第二条（法適用通則法を附則第三条以下に定める事項を除き同法の施行日以前に生じた事項にも適用する旨定める規定）、および、附則第三条（従前の抵触規定たる法例が適用されるべき、法適用通則法の施行日以前に生じた事項について定める規定）、これらも抵触法レベルの時際法である。

抵触法レベルの時際法と区別されなければならないのは、実質法レベルの時際法である。実質法レベルの時際法は、準拠法とされた国内実質法上、新しい規定が制定あるいは改正された場合に、新旧いずれの実質規定を適用すべきかという問題を規律対象とする。例えば、契約の成否に関する準拠法としてA国法が指定されたが、A国法において契約の成否に関する規定が改正された場合、A国法上の契約の成否に関する新旧いずれの実質規定を適用すべきかという問題が生じる。これは実質法レベルの時際法の問題に他ならない。

このように、抵触法レベルの時際法は、新旧いずれの抵触規則を適用すべきかという問題を規律対象とするのに対

し、実質法レベルの時際法は、新旧いずれの準拠実質規定を適用すべきかという問題を規律対象とする。

以上は時際法の問題であるが、これと区別すべき問題として、事実の変更を原因とする準拠法の変更がある。例えば、民法施行法第二一条によれば親子関係は子の常居所地法によるため、子の常居所地という事実が変更された場合、親子関係の準拠法は子の旧常居所地法から新常居所地法に変わることとなる。ドイツ国際私法上、「準拠法の変更 (Statutenwechsel)」として伝統的に論じられる問題は、事実の変更を原因とする準拠法の変更を主な対象としている。事実の変更を原因とする準拠法の変更は、適用される具体的な準拠法が特定の時点から変更されるという点において、抵触法レベルの時際法の問題と共通するが、これとは区別されるべきである。抵触法レベルの時際法においては適用される抵触規則が変更されるのに対し、事実の変更を原因とする準拠法の変更においては適用される準拠法の変更においては適用される抵触規則は変更されない。事実の変更を原因とする準拠法の変更においては、適用される抵触規則は同一であるものの、連結点の具現化の対象となる事実(国籍、常居所地、所在地等)が変更されることにより、適用される準拠法が変更されるに過ぎない。

二 イギリスのEU離脱と時際法

(1) Mäsch/Gausing/Peters および Weller/Thomale/Benz の見解の整理

時際法の範囲に関する以上の整理を前提とすれば、Mäsch/Gausing/Peters および Weller/Thomale/Benz の見解を以下のように整理することができる。

Mäsch/Gausing/Peters は、イギリスのEU離脱に伴うイギリス擬似外国会社の従属法の変更を、事実の変更を原

Brexitに伴うイギリス擬似外国会社の従属法の変更(寺井)

因とする準拠法変更として理解している。その上で、自然人の権利能力、行為能力に関する民法施行法第七条二項の「法思想」を「援用」、「転用」し、イギリス擬似外国会社にはイギリスのEU離脱後三年間に限定して設立準拠法主義を適用すべきであると主張する。

これに対し、Weller/Thomale/Benzは、イギリス擬似外国会社の従属法の変更を時際法上の問題として理解する。その根拠はBartelsの見解に求められている。Bartelsによれば、ドイツに本拠を移転した外国会社の従属法の問題については、民法施行法第一六三条（一九〇〇年の民法制定の際の時際規定）、民法施行法第二三一条二項一号、二号（一九九〇年に東ドイツを西ドイツの法域に編入した際の時際規定）、これらの時際規定を援用できるとされる。そして、ドイツに本拠を移転した外国会社については、旧法たる設立準拠法上の「設立や法形態」が保障されるべきであるとされる。

(二) 時際法の問題として理解すべきか

抵触法レベルの時際法の問題、すなわち抵触規則の変更を原因として準拠法が変更される場合、および、事実の変更（国籍、常居所地、所在地等の変更）を原因として準拠法が変更される場合、これらは、適用される具体的な準拠法が特定の時点から変更され、その結果、従前の法のもとでの既得権の保護が問題となるという点において共通する。もともと、イギリスのEU離脱に伴うイギリス擬似外国会社の従属法の変更を、Weller/Thomale/Benzは前者として理解する一方で、Mäsch/Gausing/Petersは後者として理解する。この点、いずれの理解を採用すべきか。

イギリスのEU脱退を原因として、従来の設立準拠法主義という抵触規則に代えて本拠地法主義という抵触規則が

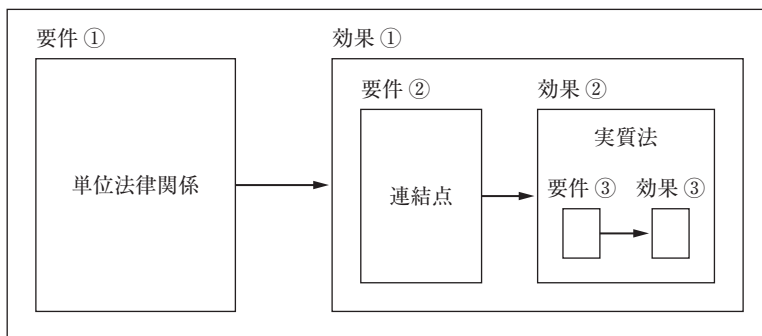
適用されると考えれば、抵触規則の変更を原因とした準拠法の変更であるようにも思われる。他方、イギリスがEU加盟国であるという事実が失われ、イギリスがEU非加盟国であるという事実置き換わることを原因として、準拠法が設立準拠法から本拠地法に変わると考えれば、事実の変更を原因とした準拠法の変更であるようにも思われる。この点については、独立抵触規定、従属抵触規定の概念を用い、以下のように整理できよう。

なお、整理の前提として、本稿における独立抵触規定の定義、構造についてまず触れておく。独立抵触規定とは、単位法律関係、連結点を通じて準拠実質法を直接指定するものをいう。これは三段階の要件および効果から成り立っている。まず、問題となる法律関係が当該独立抵触規定に定められた単位法律関係の概念に包摂されるとき（要件①）、連結点の解釈問題が生じる（効果①）。次に、指定された連結点の解釈上、当該空間的または人的な要素が具体化されるとき（要件②）、準拠実質法が指定される（効果②）。このような二段階の要件および効果を経て、指定された準拠実質法の要件および効果（要件③および効果③）の解釈が行われる。これが第三段階の要件および効果である（図3）。

独立抵触規定に関する以上の理解を前提とし、設立準拠法主義を独立抵触規定の形式で表現すれば、単位法律関係を会社の権利能力等の問題とし（従属法の規律対象には争いがあるため、本稿においては単に「会社の権利能力等」とする）、連結点を設立地とする独立抵触規定となる（説明の便宜上、以下独立抵触規定Aとする）。他方、本拠地法主義は、単位法律関係を会社の権利能力等の問題とし、連結点を本拠地とする独立抵触規定として表すことができる（以下、独立抵触規定Bとする）。

以上の独立抵触規定A、独立抵触規定Bを用いるとすれば、ドイツ国際私法の立場を以下のように表すことができる。ドイツ国際私法は、EU加盟国を設立地とする外国会社については設立準拠法主義を適用する。これは「EU加

図3 独立抵触規定の構造

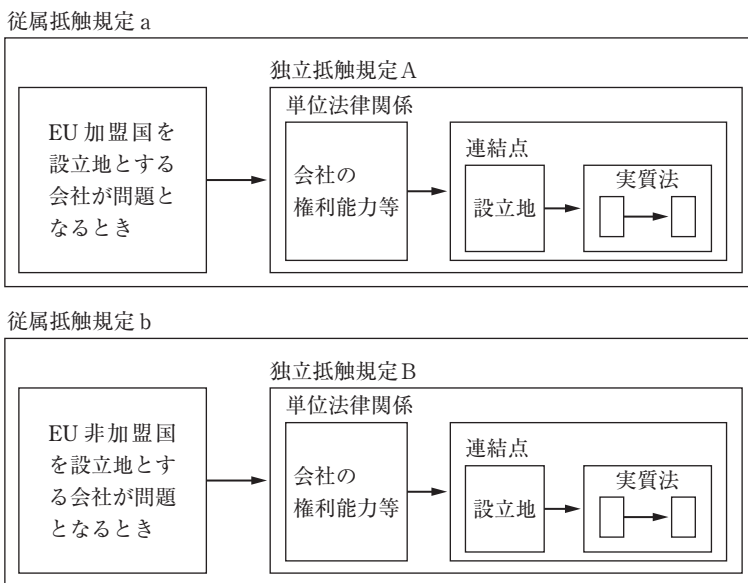


※本稿の独立抵触規定、従属抵触規定に関する図解の方式は山内惟介教授のそれに倣っている。山内惟介『国際私法』（改訂版）（中央大学通信教育部、2012）参照。

盟国を設立地とする会社が問題となるとき、独立抵触規定Aを適用する」という内容の従属抵触規定、すなわち独立抵触規定Aの適用対象、適用範囲を表す従属抵触規定として理解することができる（以下、従属抵触規定aとする）。他方、ドイツ国際私法は、EU非加盟国を設立地とする外国会社については本拠地主義を適用する。これは「EU非加盟国を設立地とする会社が問題となるとき、独立抵触規定Bを適用する」という内容の従属抵触規定、すなわち独立抵触規定Bの適用対象、適用範囲を表す従属抵触規定である（以下、従属抵触規定bとする）。

会社の従属法に関するドイツ国際私法上の立場は、以上の四つの抵触規定によって表すことができる（図4）。こうした理解に立てば、イギリスのEU脱退を原因とするイギリス擬似外国会社の従属法の変更は、抵触規則の変更を原因とする準拠法の変更ではなく、事実の変更を原因とする準拠法の変更であると理解することになる。というのも、独立抵触規定A、独立抵触規定B、従属抵触規定a、従属抵触規定b、これらの枠組み、内容に何ら変更は生じていないからである。

図4 ドイツ国際私法上の議論の整理 (一)



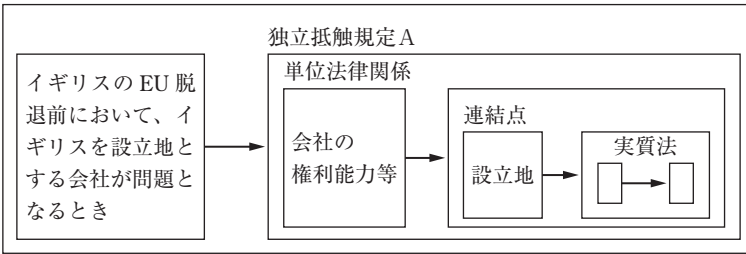
むろん、イギリス擬似外国会社に適用される抵触規定は、従属抵触規定 a・独立抵触規定 A から従属抵触規定 b・独立抵触規定 B に変更される。このように考えれば、抵触規則の変更を原因とする準拠法の変更であるようにも一見思われる。しかしながら、抵触規則の変更を原因とする準拠法の変更とは、ある抵触規則が同一の規律対象を有するその他の抵触規則に変更される場合を指すのであり、従属抵触規定 a・独立抵触規定 A、および、従属抵触規定 b・独立抵触規定 B、これらはそもそも規律対象を同じくしておらず（前者は「EU加盟国を設立地する会社」、後者は「EU非加盟国を設立地とする会社」、抵触規則の変更は生じていないこととなる。四つの抵触規定の内容、枠組みそのものは何ら変更されていない点を踏まえれば、イギリス擬似外国会社が「EU加盟国を設立地とする会社」から「EU非加盟国を設立地とする会社」に変わるといふ事実の変更が生じているに過ぎないことが明らかであ

ろう。

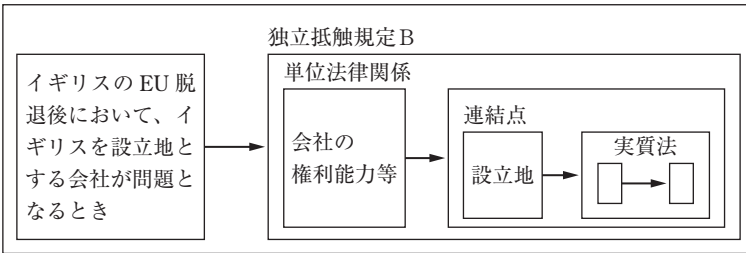
もつとも、イギリスのEU脱退を原因とする従属法の変更を、抵触規則の変更を原因とする準拠法の変更として理解できないわけではない。右記の整理においては、独立抵触規定Aおよび独立抵触規定Bの適用範囲を定める基準として、従属抵触規定aおよび従属抵触規定bの存在を前提とした。これらの従属抵触規定に代えて、「イギリスのEU脱退前においては、イギリスを設立地とする会社に独立抵触規定Aを適用する」という従属抵触規定c、および、「イギリスのEU脱退後においては、イギリスを設立地とする会社に独立抵触規定Bを適用する」という従属抵触規定dを前提とすることもできる。独立抵触規定Aおよび独立抵触規定Bの適用対象を定める基準として、以上の従属抵触規定cおよび従属抵触規定dを前提とすれば、抵触規則の変更を原因とする準拠法変更として、イギリス擬似外国会社の従属法の変更を理解することが可能となる。というのも、従属抵触規定cおよび従属抵触規定dは、従来存在しなかった新しい抵触規則であるからである。イギリス擬似外国会社に従来適用されることのなかったこれらの抵触規則が適用されることは、新しい抵触規則が適用されることを意味し、すなわち抵触規則の変更を原因とする準拠法変更の問題であると理解することができる。このように、従属抵触規定cおよび従属抵触規定dを前提とすれば、イギリス擬似外国会社の従属法の変更を、少なくとも形式的には、抵触規則の変更型の準拠法変更の問題として理解することができる(図5)。しかしながら、従属抵触規定cおよび従属抵触規定dはイギリスのEU脱退を原因として突然生み出された新しい抵触規則ではない。従属抵触規定cおよび従属抵触規定dは、従属抵触規定aおよび従属抵触規定bによって表される、ドイツ国際私法上の従属法に関する一般的な基準(EU加盟国には設立準拠法主義を適用し、EU非加盟国には本拠地法主義を適用するという基準)から派生したものであり、この基準なくしては生じえない。そ

図5 ドイツ国際私法上の議論の整理 (二)

従属抵触規定 c



従属抵触規定 d



のように考えれば、従属抵触規定 c および従属抵触規定 d を前提とした理解は形式的であり、従属抵触規定 a および従属抵触規定 b を前提とした上で事実の変更を原因とする準拠法の変更として理解することが適切であるように思われる。

もつとも、イギリスの EU 離脱に伴うイギリス擬似外国会社の従属法の変更を、事実の変更を原因とする準拠法の変更として理解するにせよ、伝統的に「準拠法の変更 (Statutenwechsel)」として論じられる問題とは、「事実の変更」の「事実」の内容の点において異なる。

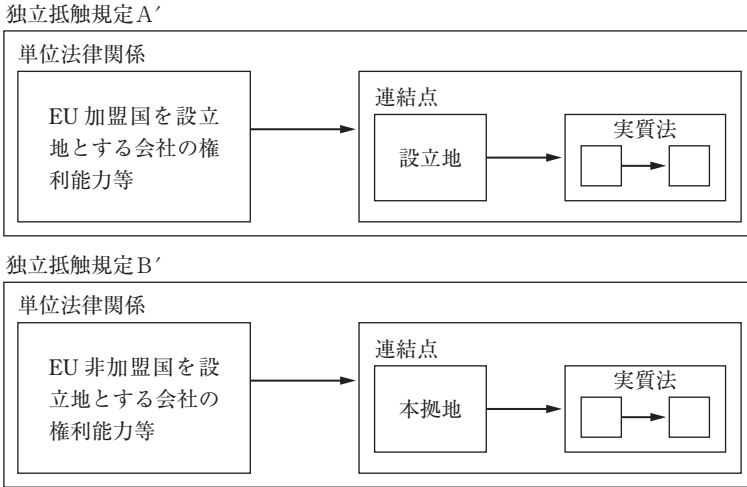
例えば、自然人の行為能力について判断する際、国籍の変更により本国法が変更された場合、民法施行法第七条一項により、準拠法は旧本国法から新本国法に変更されることとなる。この場合、変更される「事実」は国籍であり、すなわち、連結点の具現化の対象となる事実の変更である。

他方、イギリスのEU離脱に伴いイギリス擬似外国会社の従属法が変更される場合、「修正された本拠地法主義」により、準拠法は設立準拠法から本拠地法に変更されるが、ここでの準拠法の変更の原因となる「事実」の変更とは、本拠地、設立地という連結点の具現化の対象となる事実の変更ではない。この場合、変更される「事実」は外国会社の性質である。より正確に言えば、当該イギリス擬似外国会社の性質が、EU加盟国を設立地とする外国会社からEU非加盟国を設立地とする外国会社に変更される。これは、独立抵触規定の適用範囲を決定する際の基準となる事実の変更（より簡潔には、後述するように、単位法律関係の具現化の対象となる事実の変更）である。既に、会社の従属法に関するドイツ国際私法の立場を、独立抵触規定A、独立抵触規定B、従属抵触規定a、従属抵触規定b、これらの四つの抵触規定を用いて整理した。従属抵触規定aは独立抵触規定Aの適用範囲を定め、従属抵触規定bは独立抵触規定Bの適用範囲を定める規定である。イギリス擬似外国会社が、EU加盟国を設立地とする会社からEU非加盟国を設立地とする会社が変わることは、イギリス擬似外国会社が従属抵触規定aの要件ではなく、従属抵触規定bの要件を満たし、それゆえ、独立抵触規定Aの適用範囲を離れ、独立抵触規定Bの適用範囲に含まれることを意味する。すなわち、イギリス擬似外国会社がEU加盟国を設立地とする会社からEU非加盟国を設立地とする会社に変更されることは、独立抵触規定の適用範囲を決定する際の基準となる事実の変更を意味する。

なお、より簡潔に整理するならば、イギリス擬似外国会社に生じる右記の事実の変更は、単位法律関係の具現化の対象となる事実の変更であると表現することができる。会社の従属法に関するドイツ国際私法上の立場を以下のように再構成すれば、この点が明らかとなろう。

既述の整理においては、独立抵触規定Aの適用範囲を定める基準として従属抵触規定a、独立抵触規定Bの適用範

図6 ドイツ国際私法上の議論の整理 (三)



囲を定める基準として従属抵触規定b、これらを用いたが、これらの従属抵触規定の内容を独立抵触規定の内容に含め、二つの独立抵触規定のみによってドイツ国際私法上の従属法に関する立場を整理することができる。すなわち、独立抵触規定Aの単位法律関係たる「会社の権利能力等」を「EU加盟国を設立地とする会社の権利能力等」に置き換えたものを独立抵触規定Aとし、独立抵触規定Bの単位法律関係たる「会社の権利能力等」を「EU非加盟国を設立地とする会社の権利能力等」に置き換えたものを独立抵触規定Bとすれば、これら二つの独立抵触規定のみによってドイツ国際私法上の従属法に関する立場を表すことができる(図6)。こうした整理を前提とすれば、イギリス擬似外国会社がEU加盟国を設立地とする会社からEU非加盟国を設立地とする会社に変更されることは、イギリス擬似外国会社の従属法の問題が、独立抵触規定Aの単位法律関係ではなく、独立抵触規定B単位法律関係に包摂されることを意味する。すなわち、単位法律関係の具現化の対象となる事実の変更である。

(三) 国家体制の変動に伴う適用法規の変更

政治情勢を原因として適用される実質法が変更される例は、イギリスのEU離脱に伴うイギリス擬似外国会社の従属法の変更に限られない。そのような例としては、国家体制の変動に伴い新国家の法が適用される場合が挙げられる。例えば、わが国における事案としては、東京地裁平成二二年一月二九日判決がある⁽³⁵⁾。同事案においては、中国国籍の男女の婚姻の成否が一つの争点となり、その婚姻の成否を判断するため、当事者の本国法を決定する必要がある(法適用通則法第二四条一項)。婚姻が成立したと主張される時点において当事者は中華民国の国籍を有していたものの、その後中華人民共和国に国家体制が移行したことに伴い、中華人民共和国の国籍を取得することとなった。そのため、同事案において、本国法として中華民国法を適用すべきか、中華人民共和国法を適用すべきか争点となった。東京地裁は、国家体制の変動に伴う国籍の変更は本国法の変更を生じさせるものではなく、「新国家の分離独立や併合により一定の人民に国籍の変更が生じる場合には、当該単位法律関係が形成された当時の当事者の国籍国法が、新国家に連続性をもって受け継がれている限りにおいて、新国家の法が準拠法となる」として、中華人民共和国法を適用した。

国家体制の変動に伴い適用法規が変更される事案、および、イギリスのEU離脱を原因として会社の従属法が変更されるといふ事象、これらはいずれも、政治情勢の変化により適用される実質法が変更されるといふ点において共通している。もつとも、両者には重要な相違がある。既述のように、イギリスのEU離脱に伴うイギリス擬似外国会社の従属法の変更は、事実の変更を原因とする準拠法の変更である。これに対し、国際私法の目的は場所的な法域の抵触の解決にあると考えれば、中華民国法および中華人民共和国法は場所的な法域の抵触をきたしておらず、そもそも

抵触法の規律対象に含まれないこととなる。右記の東京地裁判決も、中華民国法と中華人民共和国法の「連続性」を重視し、同事案においては本国法の変更なる事態は生じていないと判断した。すなわち、中華民国法から中華人民共和国法への変更は、国際私法の規律対象たる準拠法の変更の問題ではなく、実質法上の時際法の問題であると判断した。

以上のように、イギリスのEU離脱に伴うイギリス擬似外国会社の従属法の変更、および、国家体制の変動に伴う適用法規の変更、これらの問題は、当事者の任意的変更によらないという点で共通するものの、前者は事実の変更を原因とする準拠法の変更の問題（抵触法上の問題）であるのに対し、後者は実質法上の時際法の問題であるという違いがある。

（四） 時際法的アプローチの限界

Bartels は、本拠の移転に伴う外国会社の従属法の変更について論じる際、民法施行法第一六三条、第二三二条二項一号、二号を援用する。第二六三条も、第二三二条二項一号、二号も、従前の法において権利能力を肯定されていた法人につき、新法のもとでも引き続きその権利能力を肯定しつつ、代表権や社員の責任等については新法の適用を命じている。外国会社の従属法の変更の問題にこれらの規定を援用するならば、外国会社の権利能力については本拠の移転前の準拠法（旧法、設立準拠法）に依拠しつつ、その他の問題については（内部関係、外部関係を問わず）、本拠の移転後の準拠法（新法、本拠地法たるドイツ法）に依拠することとなる。しかしながら、Bartels の見解をみると、そのような構成は必ずしも採用されていない。

まず、Bartels は、社員の責任については、新法たるドイツ法上の有限会社として当該外国会社を扱い、社員の有限責任を認めるべきであると主張する。これは、新法たるドイツ法を適用しているという点において、民法施行法第一六三条、第二三一条二項一号、二号の内容と整合的である。もつとも、修正された本拠地法主義の立場と比較すれば、旧法（設立準拠法）の内容をより尊重した主張であるといえる。というのも、修正された本拠地法主義は、ドイツ法の適用を主張した上で、当該外国会社をドイツ法上の合名会社または民法上の組合とみなし、設立準拠法上認められていた社員の有限責任を否定するからである。これに対し、Bartels は、ドイツ法の適用を主張しつつも、設立準拠法上認められていた社員の有限責任を肯定する。

Bartels は、このように、社員の責任については少なくとも新法たるドイツ法の適用を主張するが、最低資本金については新法たるドイツ法の適用を否定している。スイス法を設立準拠法とする株式会社は、ドイツ法上の最低資本金ではなく、スイス法上の最低資本金（株式会社は一〇〇、〇〇〇スイスフラン）を満たせば足りるとする。

また、Bartels は、業務執行権についても新法たるドイツ法の適用に反対する⁽³⁶⁾。イギリス法上の有限会社として設立された会社がドイツ法上の合名会社として取り扱われる場合、合名会社の社員は原則としてすべて業務執行権を有するため、イギリス法上は単なる出資者に過ぎなかった者が業務執行権を有することとなる。Bartels によれば、このような結果は回避されるべきであり、旧法たるイギリス法上の業務執行権の帰属形態が維持されるべきであるとされる。

以上のように、Bartels は、外国会社の権利能力については旧法たる設立準拠法の適用を主張している。確かに、この点は、民法施行法第一六三条、第二三一条二項一号、二号を援用するという理論構成と整合的である。他方、こ

これらの規定を援用するのであれば、新法たるドイツ法の適用が主張されるはずの他の事項のうち、社員の人的責任についてはドイツ法の適用を主張するものの、最低資本金や業務執行権の帰属などについては設立準拠法の適用を主張している。イギリスのEU離脱に伴うイギリス擬似外国会社の従属法の変更を、民法施行法第一六三条、第二三一条二項一号、二号に基づき、時局的に処理しようとすれば、その権利能力を肯定することは可能であるものの、機関の代表権の効力等については新法、すなわち本拠地法たるドイツ法を適用せざるをえないように思われる。

三 イギリス擬似外国会社の「権利能力、行為能力」

(一) 従前の従属法としてのイギリス法の適用可否（民法施行法第七条二項）

イギリスのEU離脱に伴うイギリス擬似外国会社の従属法の変更を、事実の変更を原因とする準拠法の変更として理解するにせよ、Mäsch/Gausing/Petersの主張するように、民法施行法第七条二項を実定法上の根拠とすべきか。すなわち、従前の本国法によって取得した自然人の権利能力は本国法の変更により失われることはない旨定める同規定を援用し、イギリス擬似外国会社が従前の従属法たるイギリス法により取得した地位も新しい従属法たるドイツ法によって奪われることはない結論付けるべきか。

民法施行法第七条二項の目的は、Mäsch/Gausing/Petersが主張するように、既得権の保護および取引の保護に求められよう。すなわち、従前の本国法によって適法に権利能力、行為能力を取得した本人の権利を既得権として保護し、また、第三者に不測の損害を与えないよう取引を有効にするという目的である。以下、「既得権の保護」、「取引の保護」の具体的な内容を、民法施行法第七条二項本来のそれとイギリス擬似外国会社に同規定を援用する場合のそ

れに分けて整理する。

民法施行法第七条二項の目的たる取引の保護の本来の意味は「権利能力、行為能力を肯定し、取引を有効にする」という内容である。もつとも、イギリス擬似外国会社にイギリス法を適用するために民法施行法第七条二項を援用するのであれば、少なくとも権利能力は問題とならない。というのも、EU非加盟国に原則的に適用されるはずの「修正された本拠地法主義」に依拠した上でドイツ法を従属法として適用した場合においても、イギリス擬似外国会社はドイツ法上の合名会社または民法上の組合として権利能力を肯定されるからである。すなわち、民法施行法第七条二項によらずとも、イギリス擬似外国会社の権利能力が否定されることにはならず、民法施行法第七条二項が想定するような、権利能力の否定を原因とする取引の無効は生じない。

イギリスのEU離脱に伴うイギリス擬似外国会社の従属法変更において、取引の保護が問題となるのは、ドイツ法により権利能力が否定されるからではなく、会社機関の代表権が否定される可能性があるからである。「修正された本拠地法主義」に依拠すれば、イギリスのEU離脱により、イギリス擬似外国会社はドイツ法上の合名会社または民法上の組合に置き換えられる。その結果、Masch/Gausing/Petersが指摘するように、イギリス法上代表権を有していた者が社員でない場合、ドイツ法上合名会社においては社員が代表権を有するとされるため、従属法の変更に伴い代表権を失うこととなる。そして、会社機関の代表権を否定すれば、取引の効果は会社に帰属せず、取引が無効となるおそれが生じる。これに対し、民法施行法第七条二項を援用すれば、イギリス擬似外国会社の従前の従属法（イギリス法）上の機関の代表権を認め、取引の保護を図ることができる。このように、「会社機関の代表権を肯定し、取引を有効とする」という意味の「取引の保護」を達成するためには、「修正された本拠地法主義」に依拠することは

できず、民法施行法第七条二項を援用する意味が生じる。会社機関の代表権の効力を「会社の行為能力」と呼ぶべきか否かは別として、イギリス擬似外国会社の問題に民法施行法第七条二項を援用することは、少なくとも、「行為能力を肯定し、取引を有効とする」という民法施行法第七条二項本来の意味における「取引の保護」の概念を「会社機関の代表権を肯定し、取引を有効とする」という意味にまで拡張することを意味する。

もつとも、以上の理解が成り立つのは、会社機関の代表権を会社の従属法の適用範囲に含めることを前提とした場合である点に留意しなければならない。機関の代表行為が会社に帰属するか否かという問題は、行為地法、契約準拠法あるいは代理の準拠法によるべきとする見解も主張される。会社機関の代表権という問題は会社の従属法の適用範囲外にあると考えれば、イギリス擬似外国会社の変更に生じるとしても、従属法の変更を原因として取引の保護が害される結果とはならず、あえて民法施行法第七条二項を援用する意味は失われる。

続いて、「既得権の保護」の概念についてみると、民法施行法第七条二項の目的たる既得権の保護は、「従前の本国法によって取得した自然人の権利能力、行為能力を肯定する」ことを意味する。すなわち、ここでいう「既得権の保護」が対象とする主体は自然人であり、対象とする目的物は権利能力、行為能力である。他方、イギリスのEU離脱後のイギリス擬似外国会社にイギリス法を適用する際の「既得権の保護」の意味は、これほど単純でない。まず、「既得権の保護」が対象とする主体であるが、自然人の場合とは異なり、既得権を有する主体として、会社は当然ながら、その他に社員、役員が登場する。イギリス擬似外国会社にイギリス法を適用する目的として、イギリス法上認められていた、社員の有限責任を維持すること、役員の責任制限を維持することなどが挙げられるが、この場合既得権を有するのは社員、役員である。また、以上の例から明らかなように、既得権の保護の目的物は権利能力、行為能

力に限られず、有限責任、責任制限なども対象となる。すなわち、イギリス擬似外国会社の従属法としてイギリス法を適用するために民法施行法第七条二項を援用する際には、同規定の「既得権の保護」の主体を会社、社員、役員という複数の主体にまで拡張し、またその目的物を社員の有限責任、役員責任制限など非常に幅広い事項にまで拡張する必要がある。

以上のように、民法施行法第七条二項を援用する場合には、同規定の「既得権の保護」、「取引の保護」の本来の意味を幅広い主体、事項にまで拡張することになる。方法論としては、社員の既得権、役員責任の既得権を区別し、さらにその既得権に含まれる具体的な内容（社員に関していえば有限責任、出資持分の譲渡可能性など）に応じて、イギリス法を適用すべきかドイツ法を適用すべきか論じるという方法もありえよう。しかしながら、個別の主体、事項ごとにイギリス法、ドイツ法のそれぞれの適用範囲を決定することは、法的安定性の点から問題があろう。したがって、Mäsch/Gausung/Peters の主張するように、民法施行法第七条二項の援用により、イギリス擬似外国会社の従属法として従前の従属法たるイギリス法を適用し、既得権、取引の保護に関する問題を一律にその適用範囲に含めるべきであるように思われる。

なお、民法施行法第七条二項をイギリス擬似外国会社に援用するのであれば、EU非加盟国を設立地としながらドイツに本拠を移転したその他の擬似外国会社にも同規定を援用すべきかという問題が生じる。EU非加盟国を設立地とするその他の他の擬似外国会社も、イギリス擬似外国会社と同様に、「修正された本拠地法主義」の適用により、その従属法を従前の本拠地法（すなわち設立準拠法）からドイツ法に変更される。こうした問題についてMäsch/Gausung/Peters は触れていないが、民法施行法第七条二項を援用すべき対象はイギリス擬似外国会社に限定されるべきであ

ろう。というのも、イギリスのEU離脱に伴うイギリス擬似外国会社の従属法の変更は、当事者の意思に全くよらない変更であり、当事者（社員、役員）の意思に基づき本拠が移転されるその他の外国会社の従属法の変更と比べ、既得権の保護、取引の保護の必要性が高いからである。

(二) 契約締結地法としてのドイツ法の適用可否（民法施行法第二条）

Misch/Gausing/Petersは言及していないが、民法施行法第七条二項を援用する際には、同様に自然人の権利能力、行為能力を規律対象とする民法施行法第一条の効力についても検討する必要がある。民法施行法第一条によれば、一方の契約当事者たる自然人の権利能力、行為能力が契約締結地上肯定される場合には、相手方に悪意、過失がない限り、当該自然人はその他の国の実質法により自らの権利能力、行為能力が制限されることを主張できない（法適用通則法第四条二項に相応する）。両規定を比較すれば、まず、民法施行法第七条二項は、従前の本国法上の権利能力、行為能力の範囲が新しい本国法上のそれよりも広い場合において、権利能力、行為能力を肯定し、取引の保護を図る規定である。他方、民法施行法第一条は、契約締結地上の権利能力、行為能力の範囲がその他の法（本国法には限定されていない）のそれよりも広い場合において、権利能力、行為能力を肯定し、取引の保護を図る規定である。民法施行法第七条二項の適用対象を自然人からイギリス擬似外国会社にまで拡張するのであれば、民法施行法第一条の適用対象も自然人のみならずイギリス擬似外国会社にまで拡張せざるをえないであろう。⁽³⁷⁾ いずれの規定も自
然人の権利能力、行為能力に関する定めであるにもかかわらず、民法施行法第七条二項の適用対象のみ会社にまで拡張することは一貫性を欠くからである。

イギリスのEU脱退後のイギリス擬似外国会社につき民法施行法第二二条を援用した場合、仮に民法施行法第七條二項の援用により従前の従属法たるイギリス法上の会社機關の代表権の効力を認めたとしても、契約締結地法たるドイツ法上の会社機關の代表権の範圍がイギリス法上のそれよりも広い場合、最終的にドイツ法の適用を優先することとなる。それでは、イギリス擬似外国会社のドイツ法上の会社機關の代表権の範圍は、イギリス法上のそれよりも広いといえるか。ドイツ法上の会社機關の代表権の範圍について判断するためには、イギリス擬似外国会社をドイツ法上のいかなる会社形態とみなすかという前提的問題が生じる。というのも、当然、ドイツ法上、会社機關の代表権の範圍は各会社形態（株式会社、有限会社、合名会社、合資会社等）に応じて規定されており、イギリス擬似外国会社の「ドイツ法上の機關の代表権の範圍」は、イギリス擬似外国会社をドイツ法上のいかなる会社形態とみなすかに応じて変わるからである。

この点、判例、通説の立場たる「修正された本拠地法主義」によれば、イギリス擬似外国会社はドイツ法上の合名会社または民法上の組合とみなされる。そうであるとすれば、当該イギリス擬似外国会社がイギリス法上の有限責任の会社形態である場合、イギリス法上は単なる出資者に過ぎず代表権を有しない社員が、ドイツ法上は代表権を有するにいたり、契約締結地法たるドイツ法上の機關の代表権の範圍のほうがイギリス法上のそれよりも広いこととなる。すなわち、民法施行法第二二条により、イギリス擬似外国会社の機關の代表権の範圍にドイツ法が適用される。このように、民法施行法第一二条により契約締結地法たるドイツ法の適用を認めれば、民法施行法第七條二項を援用した上で従前の従属法たるイギリス法により取引の保護を図るという目的を達成することは不可能となる。

もつとも、以下のように解釈することにより、民法施行法第一二条の効力を否定することができよう。民法施行法

第一二条は、契約締結地法上の権利能力、行為能力を肯定するために相手方の悪意、過失を要求している。すなわち、イギリス法上のイギリス擬似外国会社の機関の代表権の範囲、および、契約締結地法たるドイツ法上のそれを比較した際に、前者のほうが狭いことにつき相手方に悪意、過失があった場合には、民法施行法第一二条の効力は生じず、ドイツ法は適用されない。通常、イギリス擬似外国会社がイギリス法上の会社形態（PLC、Ltd、LLP）を商号に用いている場合、当該イギリス擬似外国会社の機関の代表権の範囲がドイツ法上の合名会社、民法上の組合のそれよりも狭いことを相手方は認識していると思われる。そうであるとすれば、民法施行法第一二条の要件たる相手方の悪意、過失を認めることにより、契約締結地法たるドイツ法の効力を否定し、最終的には民法施行法第七条二項の援用により、イギリス擬似外国会社の機関の代表権をイギリス法に基づいて判断することが可能となろう。

おわりに

本稿においては主に以下の点について論じた。

ドイツに本拠を有するイギリス擬似外国会社の従属法が、イギリスのEU離脱に伴い、イギリス法からドイツ法に変更されるといふ事象を、Waller/Thomale/Benzの主張するように、時際法（抵触法上の時際法）の問題として理解することは形式的理解に過ぎないように思われる。むしろ、Mäsch/Gausing/Petersが主張するように、事実の変更を原因とする準拠法の変更（いわゆる「準拠法の変更（Statutenwechsel）」）として理解すべきである。もともと、通常、事実の変更を原因とする準拠法の変更は、連結点の具現化の対象となる事実（国籍、常居所地、所在地等）の変更を原

因とするのに対し、イギリスのEU離脱に伴うイギリス擬似外国会社の従属法の変更は、単位法律関係の具現化の対象となる事実の変更を原因とするものであるといえる。

イギリスのEU離脱に伴うイギリス擬似外国会社の従属法の変更を、事実の変更を原因とする準拠法の変更として理解するにせよ、いかなる実定法を根拠にイギリス擬似外国会社に従前の従属法たるイギリス法を適用すべきか。この点、自然人の従前の本国法上の権利能力、行為能力を保障する民法施行法第七条二項の援用により、イギリス擬似外国会社の従前の従属法（すなわちイギリス法）上の法的地位をイギリスのEU離脱後も保障するという *Misch* / *Gausling/Peters* の主張には、以下の利点があるように思われる。すなわち、民法施行法第七条二項の目的たる「既得権の保護」の本来の主体（自然人）を複数の主体（会社、社員、役員）に拡張し、さらに本来の目的物（権利能力、行為能力）を幅広い事項（社員の有限責任、役員の責任制限等）にまで拡張することにより、これら複数の主体、事項に一律に従前の従属法たるイギリス法を適用し、当事者の予見可能性の保護を図ることができるという利点である。また、日本国法上の権利能力、行為能力が保障される期間も最大でも三年間であるという民法施行法第七条二項の性質を前提とし、イギリス法を従属法として適用すべき期間を一定の期間に限定することができる。この期間は、イギリス擬似外国会社がドイツ法に基づき再設立されるために要する時間を考慮の上検討すべきであろう。

本稿においては、イギリスのEU離脱がイギリス擬似外国会社に与える影響をドイツ国際私法の観点から検討した。ドイツを本拠地とするイギリス擬似外国会社の従属法が、イギリス法からドイツ法に変更されることは、既述のように、社員の人的責任、会社機関の代表権に影響を与え、取引の安全を害するおそれがある。もともと、イギリスのEU離脱が完了していない現時点においては、イギリス擬似外国会社のイギリス法上の法的地位がイギリスのEU離

脱後も保障されるべきか、保障されるとすればどのような論理によるべきか、といった点は学説上の議論にとどまっている。具体的な裁判実務における展開については今後の課題としたい。

- (1) 朝日新聞二〇一七年三月三〇日朝刊「英首相、EU離脱通知 交渉入りへ 経済連携は要求」
- (2) イギリスのEU離脱により、税法、独占禁止法、労働法、知的財産法、金融法、保険法など様々な法領域が影響を受ける。イギリスのEU離脱が私法領域に与える影響に関しては、ユルゲン・バーゼドー（カライスコス・アントニオス訳）「イギリスのEU離脱（Brexit）と私法・経済法」法学セミナー第六一巻二二号（二〇一六）六一九頁、ジョン・ラトリフ、クリスチャン・デュベルノア、フレデリック・ルイ、杉本武重「プレグジット（イギリスのEU離脱・欧州連合からの英国の離脱）～主要な大混乱と変化」国際商事法務第四四巻七号（二〇一六）一〇九八―一〇二頁、石田雅彦、丸山翔太郎「英国のEU離脱による企業法務への影響」ビジネス法務二〇一六年一〇月号五五―六一頁、サピンス・サルドウ、野沢牧子他「イギリスのEU離脱によるイギリス会社法とM&A、および商業契約への影響について」The Lawyers 二〇一六年九月号一―一七頁参照。なお、イギリスのEU離脱を原因としてヨーロッパ国際会社法上生じる問題としては、イギリスを拠点として設立されたヨーロッパ会社（Societas Europaea (SE), Europäische Gesellschaft）の取り扱ひの問題がある。
- (3) Weller/Thomale/Benz, Englische Gesellschaften und Unternehmensinsolvenzen in der Post-Brexit-EU, NJW 33/2016 S. 2378.
- (4) イギリス法上の会社形態については、中村信男「イギリス会社法における公開会社と私会社の区分と規制分化」国際商事法務第三八巻一〇号（二〇一〇）一三五九―一三六九頁
- (5) Weller/Thomale/Benz, Englische Gesellschaften und Unternehmensinsolvenzen in der Post-Brexit-EU, NJW 33/2016 S. 2378 ff.
- (6) Mäsch/Gausung/Peters, Deutsche Ltd., PLC und LLP : Gesellschaften mit beschränkter Lebensdauer? – Folgen eines Brexits für pseudo-englische Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland, IPRax 2017, Heft 1, S. 49 ff.
- (7) EU法上の開業の自由に関しては、森田果「ヨーロッパ国際会社法の行方（一）（二）」民商法雑誌第一三〇巻（四・五号）Brexitに伴うイギリス擬似外国会社の従属法の変更（寺井）

(二〇〇四) 七七三―七九四頁、第一三〇卷(六号)(二〇〇四) 一九七―二二三頁が詳しい。その他の文献として、今野裕之「EC企業法判例研究(2) ECにおける移動の自由の原則とパーカーバニーの二次的開業権 (EC司法裁判所一九九九年三月九日判決)」「二二六―二二九頁、上田廣美「EC法における『開業の自由』と会社法の交錯・カルテジオ判決の波紋―亜細亜法學 第四四卷一号(二〇〇九) 二四〇―二五四頁、同著「EU法における『開業の自由』と国境を越える組織変更・カルテジオからヴァーレーへ、新たな展開」亜細亜法學 第四八卷二号(二〇一四) 一一七―一三二頁参照。ドイッ法上の議論に関しては、シユテファン・ライブレ、西谷裕子訳「欧州連合における会社法」国際商事法務第三六卷四号(二〇〇八) 四四七―四六二頁参照。

- (8) The Queen v H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc, Case 81/87 (欧州司法裁判所一九八八年九月二八日判決)
- (9) Cartesio Oktató és Szolgáltató Bt, Case 210/06 (欧州司法裁判所二〇〇八年二月一六日判決)
- (10) Cartesio Oktató és Szolgáltató Bt, Rn. III f.
- (11) Centros Ltd v Erihvervs - og Selskabsstyrelsen, Case C-212/97 (欧州司法裁判所一九九九年三月九日判決)
- (12) Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), Case C-208/00 (欧州司法裁判所二〇〇二年十一月五日判決)
- (13) Inspire Art Ltd. v Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam, Case C-167/01 (欧州司法裁判所二〇〇三年九月三〇日判決)
- (14) Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), Case C-208/00, para. 82.
- (15) BGH Urt. vom 1.7. 2002; BGHZ 151, 204, NJW2002, 3539. チャネル諸島法を設立準拠法とする有限責任会社がドイツに本拠を移転したケースである。地方裁判所、高等裁判所はいずれも会社の訴訟能力を否定したが、連邦通常裁判所はドイツ法上の民法上の組合として訴訟能力を肯定した。(森田果「ヨーロッパ国際会社法の行方(一)」民商法雑誌第一三〇巻四・五号(二〇〇四) 七九〇―七九一頁)
- (16) BGH Urt. vom 13.3.2003; BGHZ 154, 185; NJW 2003, 1461 (森田・前掲注(15) 七九一頁)
- (17) BGH Urt. vom 27.10. 2008; BGHZ 178, 192; IPRax 2009, 259.

- (18) Freitag/Korch は、イギリスのEU離脱に伴うイギリス擬似外国会社の従属法の変更を時際法の問題として理解した上で、二年間に限定してイギリス法を適用すべきを主張する。(Freitag/Korch, ZIP 2016, 1361, 1363.) もっとも、本稿の検討対象たる Weller/Thomale/Benz の見解は、イギリスのEU離脱に伴う従属法の変更を時際法の問題として整理するが、イギリス法の適用を保障すべき期間については特に言及していない。
- (19) Mäsch/Gausung/Peters, aa.O. (Anm. 6), S. 53.
- (20) Mäsch/Gausung/Peters, ebd., S. 54.
- (21) Mäsch/Gausung/Peters, ebd., S. 54.
- (22) Mäsch/Gausung/Peters, ebd., S. 54.
- (23) Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, 9. Auflage 2007, 5 Rn. 103.
- (24) Hoffmann/Thorn, ebd., § 5 Rn. 104.
- (25) Hoffmann/Thorn, ebd., § 5 Rn. 106 f.
- (26) Mäsch/Gausung/Peters, aa.O. (Anm. 6), S. 54.
- (27) Mäsch/Gausung/Peters, ebd., S. 54 f.
- (28) イギリス擬似外国会社の代表例として挙げられる Air Berlin PLCであるが、経営不振により二〇一七年八月一五日破産手続を申請している。(朝日新聞二〇一七年八月一六日夕刊「ドイツ航空二位、破産手続申請 エアベルリン」)
- (29) Mäsch/Gausung/Peters, ebd., S. 55.
- (30) Weller/Thomale/Benz, aa.O. (Anm. 5), S. 2381 f.
- (31) Bartels, Zuzug ausländischer Kapitalgesellschaften und Sitztheorie, ZHR 176 (2012), S. 425 f.
- (32) Bartels, ebd., S. 426-428.
- (33) Bartels, ebd., S. 431 f.
- (34) 二〇〇八年におけるドイツ有限会社法の改正法の翻訳として、早川勝「(試訳) 有限会社法の現代化と濫用をなくすための法律 (MoMiG) (BGBl. IS, 2026) (二〇〇八年一〇月二三日) による改正有限会社法」同志社法学第六一巻五号(二〇〇九年)一六〇七—一六四二頁参照。事業者会社の詳細については、丸山秀平『ドイツ有限責任事業会社 (UG)』(中央大学出版)

版部、二〇一五）参照。

二〇〇三年のフランスにおけるユーロ会社社の導入にみられるように、近年、ヨーロッパにおいては最低資本金を廃止する傾向が顕著となっている。これはいわゆる「会社の法形態の競争（Rechtsformenwettbewerb）」であり、最低資本金制度を廃止することにより、自国の会社法形態を選択してもらおうという動きである。特に欧州司法裁判所の一連の判決（セントロス判決、ユーバーゼーリング判決等）により、EU加盟国を設立地とし、「定款上の本店」「経営管理の中心」「主たる事業所」のいずれかをEU加盟国に有すれば、その他のEU加盟国において子会社、支店の設置を通じ、また本拠の移転を通じ、事業を展開できるようになったことも、この傾向に拍車をかけることとなった。このような動きとドイツも無関係ではなく、二〇〇八年の有限会社法の改正において、事業者会社が導入されるに至った。ドイツ国内においても、有限会社法の改正過程において、外国法上の会社形態に対抗することが一つの方向性として意識された。

このような背景のもとに成立した事業者会社は、通常の有限会社が最低資本金を二五、〇〇〇ユーロとするのに対し（有限会社法第五条一項）、最低資本金をユーロとする（同法第五a条一項）。改正の草案段階においては、有限会社の最低資本金額を引き下げる、あるいは廃止すべきであるとの意見も主張されたが、最終的に事業者会社という法形態が創設されるに至った。事業者会社は、有限会社の最低資本金額である二五、〇〇〇ユーロに資本金が達するまでは、毎年、繰越欠損金と相殺後の利益の最低四分の一を法定資本準備金に繰り入れるべきとされ、資本金が二五、〇〇〇ユーロに達した場合に通常の有限会社となることができる。

(35) 嶋拓哉「国際私法判例研究 準拠法の不変更主義と時際法、親子関係の成立・相続・不当利得の準拠法等」北大法学論集第六二巻六号（二〇一二）二四七頁以下参照。同論文は、中華民国法から中華人民共和国法への変更は国際私法の規律対象ではなく、実質法上の時際法の問題であるとして、その限りにおいて判旨に賛成する。なお、国家体制の変動による適用法規の変更が問題となったその他の事例として、大阪地裁昭和三十七年一月二二日判決（韓国の日本からの独立により日本国籍から韓国国籍への国籍変更が生じた夫婦の離婚準拠法が争われた事案）がある。これについても同論文参照。

(36) Bartels は、以下のように、業務執行権については従前の本拠地の法を適用すべきであると主張する。「修正された本拠地法主義に依拠すれば、意思決定（Willensbildung）（業務執行（Geschäftsführung））の問題を苦勞して処理せざるをえない。法人の構成員の多くが設立には関与したものの、本拠を移転するまでいかなる業務の執行からも排除されていた場合、準拠

法の変更により、これらの構成員は合名会社の社員としての地位を得ることとなってしまふ。商法第一一四条一項により、突然すべての構成員に業務執行権が後天的に与えられることとなる。旧法により役員あるいは業務執行者として規定されていた者が構成員でない場合、商法第一一四条二項を適切に適用しても、それらの者に業務執行を委任することはできない。本稿が支持する考えに依拠すれば、こうした摩擦を回避することができる。業務執行権は『従前の』業務執行機関にのみ専ら留保されるべきである。業務執行権が旧法上の業務執行機関に専ら帰属することは、当該会社の土地管轄を有する登記簿に登録されなければならない。」(Bartels, a.O. (Anm. 31), S. 430.) ドイツ商法第一一四条は合名会社の業務執行に関する規定であり、同条一項により、すべての社員に業務執行権が認められている。ただし、同条二項は、定款により業務執行を特定の社員に限定して委任することができる旨を定める。Bartelsは、有限責任の外国会社にドイツ商法第一一四条一項を適用すればすべての社員に業務執行権が付与してしまうこと、旧法(設立準拠法)上の業務執行権者が社員でない場合、同条第二項の適用によってもそれらの者に業務執行権を限定することはできないこと、以上を根拠として、新法たるドイツ法の適用に反対する。

(37) 民法施行法第一二条は、ローマ規則第一三条を国内法化した規定である。ローマ規則第一三条を会社の権利能力、会社の機関の代表権の効力の問題に援用できるか否かという点について、通説は否定的である。というのも、ローマ規則第一条f号は、設立、権利能力、内部関係等の会社の従属法に関する問題を同規則の適用対象外とし、またg号は、機関の代表権を同規則の適用対象外とするからである。(Spellenberg, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 10, 6. Aufl. (2015), Art. 13 ROM I-VO, Rn. 52 f.) そして、民法施行法第一二条の类推適用により、契約締結地法上の取引の保護を図ることができると思われる。ただし、この点に関する判例の立場は明らかにされていない。連邦通常裁判所一九九八年四月二三日判決(NJW 1998, 2452)においては、民法施行法第一二条の会社への类推適用の可否が一つの争点となりえたが、相手方の善意無過失が否定されたため、この点について判断する必要はないと判示されるにとどまった。

(Spellenberg, ebd., EGBGB Art. 12, Rn. 35 f.)

(青森中央学院大学経営法学部専任講師)