

# 国際私法における持分相続 および外国人的会社

岡 本 善 八

- 一 会社準拠法
- 二 相続準拠法
- 三 会社準拠法上の定款規定
  - (一) 社員死亡に関し定款規定不存在の場合
  - (二) 社員死亡に関し定款規定存在の場合
- 四 わが外国会社法上の諸問題

一

ひろく人的会社における持分相続が、国際私法上の問題となる場合は、まずその会社が日本法を属人法とする場合と、外国法を属人法とする場合に二大別し得るが、いずれにしてもそれに相続準拠法の適用がからまる点において、問題の困難が生じることはいうまでもない。この問題については、いわゆる「個別準拠法は包括準拠法に優先する」

(“Einzelstatut geht vor Gesamtstatut”)の原則が一般的指標となることはいうまでもないが、しかしその具体的適用については更に考察すべき若干の問題点がある。

まず会社をめぐる諸般の法律関係については、社債の如き法律関係については別段の考慮がなされる場合があるとしても、その団体性を考慮し、初期の学説の如く国籍・住所の観念を用いないにしても、自然人に準じて属人法なる概念を借用し、<sup>(1)</sup>更にその属人法決定については、わが国の学説によれば現実的本店所在地法説と設立準拠法主義が相半ばする実情であることは、既に幾度か他にふれる機会を有したので再言を略する。

ただ結論的には、ここでは設立準拠法主義を妥当とするものであるが、その根拠としては、法人が本来国家法により人格が付与せられるという観念的理由に求むべきでなく、現行の比較法制上設立準拠法国内において本店が所在しない場合にもその設立が認められた法人が既に渉外的営業活動をなす以上直ちにその存在を否定することは、相手方保護につき著しく障害を生じうること、かつそれが法人格なき人的結合例えば組合の準拠法決定についても論旨が一貫しうることに求むべきではないかと思われる。<sup>(2)(3)</sup>ただ民法上の営利組合については、その設立準拠法指定の意思推定が困難であるが、この場合事務所所在地・営業活動地あるいは、組合員の人的関係または契約状態などの諸般の事情を考慮するほかはない。<sup>(4)</sup>なお筆者は、かつて右の如き国際的会社関係、または営利組合の準拠法につき、法例七条を適用すべき旨の見解を採用した。この点につき、現在においても、例えばイギリス法上の partnership の属人法として設立準拠法を妥当とする有力な見解があるが、<sup>(5)</sup>この場合の設立準拠法も結局は当事者の意思を考慮せざるを得ないから、実質的には前掲の私見と結果を異にしないが、元来第七条が個人法的債権関係を規律することからして、法例七条の規定を類推適用すべきである、との表現に改めたいと思う。

(1) 尤も近年において、折茂・国際私法各論、山田鏝一「外国会社」(株式会社法講座)が、属人法についての制限的見解を展開せられるのは、注目すべき現象である。社債については岡本・「国際私法における外債発行」(同志社法学六〇号)に掲げる文献のほか、石井・「商法」I三七五頁は、外債債につき法例七条の適用ありとせられる。

(2) 岡本・「外国会社法における取引保護」(私法九号)、特に同・「外国会社に関する立法、判例の変遷」(同志社法学五四号、四六頁—四七条)。これに対し、近年あらたに本店所在地法主義を主張せられる有力な見解がある(折茂・各論三七頁)。なお現在において国際会社法に関する諸問題を最も包括的に論じているものとしては、山田鏝一・「外国会社」(株式会社法第五卷一七八七頁以下)がある。なお、本稿は、Murad Ferid. Zur Behandlung von Anteilen an Personengesellschaften im internationalen Erbgang に負う所大である。

(3) なお、「外国法人の法人格承認」についての条約案(一九五一・一〇・三一、ハーグ条約案)があるが、全文十四条のうち、特に注目を引くのはその第一条および第二条である。

〔第一条〕「① 会社(Gesellschaft, société)・社団(Personenverbindung, association)・財団(Stiftung, fondation)が、登記または公示手続をふみ、かつ定款上の本拠地たる締約国の一国法に付与せられた法人格は、当事者能力、契約能力その他の権利能力を有する意味において、他の締約国において承認せられる。

② 登記または公示手続をふむことなくして取得せられた法人格は、それを規制する法に従って、会社・社団・財団が設立せられた場合は、同一の条件の下において承認せられる」

〔第二条〕「① ただし、第一条の規定により取得せられた法人格は、他の締約国の一が本拠地法主義をとり、その国の法によれば、本拠がその国内にあると解せられる場合は、その締約国により否認されうる。

② 法人格は、締約国の一が本拠地法主義を採り、その本店が本拠地法主義を採る第三国にあると考えられる場合においてはその前の締約国は、否認しうる。

③ 会社・社団・財団の事実上の本拠とは、主たる業務統轄(Hauptverwaltung, administration centrale)地をいう。

④ 本条第一項および第二項の規定は、会社・社団・財団が、相当の期間内に、本拠なくして法人格を付与した国に事実上の本拠を移したときは、適用せられない」

Kegel は、以上を例示的に次の如く説明する。すなわち、ドイツ人が Rio de Janeiro (ブラジル)は、設立準拠法主義を採る

と解する)で株式会社を設立した場合、(a) その業務地がリオであるときは権利能力を有し(第一条一項)、(b) Hamburg が業務地である場合は、権利能力を有せず(第二条二項)、(c) Copenhagen を業務地とする場合(デンマークはドイツと同じく本店所在地法主義)、権利能力を有せず(第二条二項)、(d) New York を業務地とする場合(設立準拠法主義)、権利能力を有する(第一条一項)。(Kegel, I. P. R. 1960, S. 194.) 本条約案は、準拠法主義と本店所在地法主義の妥協の産物であり、形式的には一見設立準拠法主義を原則としながらも、実質的には、第二条により本店所在地法主義が強度に認められており、やや煩雑な規定である。私見としては、この条約が発効する前に、わが国においては、この際、法人準拠法につき明文規定を設けることがわが学説の紛糾をさけるために必要ではないかと思われる。この場合、本店所在地法主義を明示する場合にはかなり影響があるが、一般的に通説とせられていくようにわが国が設立準拠法主義を採用する場合には、この条約は、新たに条約たる性質を生じることのほかは、大して影響はなく、また第一条の規定の明示する如く、拒否を義務付けるものでないから、従来の設立準拠法主義をそのまま踏襲するかぎりほとんど影響を受けないと考えられる。

なお、ここで特に問題とする法人格なき会社については、「会社・社団および財団は、これらを支配する法律が人格を与えないときは、他の締約国の領域においては、この法律がこれらに認める法律上の地位、殊に訴訟能力および債権者との関係に関する法律上の地位を有する」(六条一項)としており、また、法人格なき会社などは他の締約国において、たとえその国で法人格を付与する要件を全部具備していても法人としての取扱を要求することができず(第六条二項)、他の締約国は、それに対応する自国の会社などに与えない権利は、拒否することができ(第六条三項)、その領域内で財産を所有する能力の範囲を定めることもできる(第六条四項)。また第七条の継続活動などの許可、第八条の公序規定、第九条の留保条項も準用せられる(これらの点については、野木新一、終戦後における国際私法に関するヘーグ条約案(三)——法務資料三四〇号、川上・「外国会社等の承認に関するヘーグ条約について」(神戸法学雑誌五巻一・二号に負うところが多い)。なお一九五八年、国際法協会総会においては、上述の案についての審議がなされており、そこでは会社の現実の根拠があり、かつ設立準拠法が会社の属人法と解せられている。(山田録一・外国会社・株式会社法講座第五巻一七九四頁参照。なお一九五一年ヘーグ条約案については、山田録一・前掲一八一〇頁注三二)。

なお、右条約の「認許」は、法人格附与の効果が属地性をもつとの前提に立つものと推測せられるが(条約全体から、かく解しうるほか、矢沢・会社等に関する条約案意見書、法務資料三四〇号六六〇頁)、かかる意味における認許については、現在わ

が国際私法学の有力学説によれば、本来何らの承認行為を要せず、単に抵觸法の一般の理論により解決せらるべきものとせられている点は、その条約のわが国の立場からの評価に関連して注意すべき点であらう（川上・「法人の渉外的私法活動」国民経済雑誌七八巻一号四六頁以下。山田鑠一・前掲一八三二頁。）

(4) なお、ここでは差当り人的会社なる標題を用いているが、当面の相続関係はその内部関係であり、民法上の組合もこれに準じた取扱いがなされることは留意すべきである。

(5) 山田鑠一・前掲一八六五頁、川上・「外国会社の承認に関するハーグ条約について」一七二頁。

## 二

相続準拠法については、わが法例上第二十五条に明文があるところであるが、ただ反致に関して次の如き問題が生じる。例えば、不動産会社たる合名会社の属人法によれば任意清算が認められ（例独商一四五条）、かつ定款規定または全社員の同意により日本所在不動産自体を残余財産分配の目的物となすべき旨の定めがある場合、被相続人の本国法上不動産相続につき所在地法主義を採る場合反致を認むべきか否かの問題がある。<sup>(1)</sup>かかる場合恐らくは正統的理論構成としては、被相続人の清算中の社員資格がその本国法上不動産と解せられるか否かにより決すべきである、ということになるであらう。この場合動産不動産の区別が被相続人の本国国際私法上明確である場合はこれに従わざるを得ないであろうが、然しその国の国際私法上不動産についてはその所在地法によるにもかかわらず、動産・不動産の区別につき明確でない場合、日本国際私法上かかる清算中の社員資格をいかに解すべきかが問題となる。<sup>(2)</sup>もとより社員権は物権と事の本質を異にするという点に重点を置くならば、反致は認められないこととなる。かかる場合には、外国法不明の場合として日本法により法性決定をなさざるを得ないが、前掲の如き場合は、会社の清算手続は

実質的には不動産自体の相続を意味するものであり、特にその合名会社が相続の紛糾を避ける目的を持つことがうかがわれる場合には、会社形態を採るにしても相続の側面においてはその会社性を否認し不動産相続と同一の取扱いをなすことが妥当ではなからうか。この意味において抽象的な社員権の本質から劃一的に反致否認の決論を導びくことなく、その具体的機能を考慮すべきではないかと考える。<sup>(3)</sup>

(1) これは、いうまでもなく、被相続人の本国法が、オーストリア法 (ABGB § 300 „Unbeweglichen Sachen sind den Gesetzen des Bezirks unterworfen, in welchem sie liegen……“) のフランス法 (Batiffol, *Traité élémentaire de Droit International Privé*; 1955, no. 650) のイギリス法 (de Vos, *Le Problème des Conflicts des Lois*, Band I, Brüssel 1947, p. 353) のイギリス法 (Cheshire, I. P. L. 5. Aufl. 1957, p. 554) の米國法 (Sec. 245, *Restatement*) の如く、不動産相続につき所在地法主義を採るが如き場合である。

(2) この点については、例えば、その人的結合において、同時に物権的な含有関係を有し、内部的にも法人格による分離が明確でない場合も問題となる(例えば、日民六八八条二項の如し)。

なお、ここで問題となる動産、不動産の区別については、例えばフランスに本店を有するフランス会社の場合、フランス法五二九条《*Sont meubles par la détermination de la loi…… les…… intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des meubles dépendant de ces entreprises appartiennent au compagnies*》の如き規定があることに留意すべきである (Dalloz, *Code Civil*, 1960 p. 273; Ferid, *aaO S. 353. ann. 47*)。これは、例えば、イタリア会社に於いては、フランス法と異なり、不動産的と解せられることもありうるようである (Candian, “L’erede del socio e l’esclusione di un socio superseite” *Giurisprudenza Italiana* 1950, IV, Sp. 33 ff, 45-7, “Gli immobili sono elementi dell’activo sociale, Il socio non vi ha alcun diritto”。

(3) なお本文では、反致に関し、かつ本国法が相続分割主義を採用する一般的な問題について論じたが、本国法が統一主義を採る場合においても、同様の場合につき不動産自体についてはその個々の不動産についてはその性質上相続につきその不動産物権が何人に移転するかについてはその不動産所在地国際私法により決すべきであり、それが究局的に相続分に対していかなる影響を及ぼすかは、本国法により決定せられることとなる。これに関連する包括準拠法と個別準拠法との関係については、久保・「国際

私法構造論」二二八頁乃至二五七頁において実に詳細な検討がなされた後、前述の如きについて、わが国際私法上反致に関する規定はあるが屈服問題については規定がないばかりでなく、これを否認していることを不言の前提とすると解しておられる（二五六頁）。教授の学理的価値の尊重の立場からして、充分理由ある見解ではあるが、国際私法の現実的妥当性を考慮するならば、同教授により激しく批難される、一八七〇年一月二日および一八七四年六月一七日の、伊ッーリン破棄院判決も若干の理由があるのではないかと思われる。その点はともかく前述の私見は、結論的には、債権的な形式であるが、統一主義を採っていることとなる。

(4) なお附言するに、相続一般についての問題であるが、近年、矢ヶ崎・「英米法の遺産管理に関する抵触法上の一考察」(国際法外交雑誌第五六卷第三号、第六号、第五七号)が主張せられる如く、ここでは、相続財産の清算手続自体については属地主義を採るとする立場を前提としている。

### 三

然しながら、この問題は基本的には、「個別準拠法は包括準拠法に優る」の法理にその解決の基礎を求むべきであり、要するに人的会社の準拠法によれば、<sup>(1)</sup>組合員の死亡におけるその持分につきいかなる考慮が払われているかが問題となる。<sup>(2)</sup>

(一) まず組合契約または定款において何ら組合員の死亡の効果を定めない場合については次の如き場合がある。

そのうち、第一の類型に属するものとしては、次のものがある。ドイツ人的会社においては、定款中に社員死亡の効果につき何らの定めをなさない場合については、有限責任社員の死亡の場合のほかは解散原因となり(独商一七七条)、その持分は相続財産分割の問題を生ぜしめる(独民七二七条・七三〇条。独商一三一条4・一四五条以下)<sup>(3)</sup>。もつとも他の社員により継続の決議をなしうることは支配的理論として認められている。<sup>(4)</sup> フランス法においては、合名会社解

散については商法上特別の規定はなく、民法の規定によるが、同様に社員の死亡は解散原因となる(仏民一八六五条・一八六八条<sup>(5)</sup>)。

第二の類型としては、定款に相続についての何らの定めのない場合においても、会社の残余社員による継続が法的に認められ、単にドイツ法の如く定款の許容事項とは異なる取扱いがなされる立法例がある。例えば、合名会社については、ドイツ法と同様であるが、民法上の組合については、残余社員の継続意思を推定しその組合継続を認めるオーストリア法(普通民法典一二〇七条参照)、イタリヤ一九四二年民法(第二二七二条・二二八四条)、アルゼンチン商法(ア商法四一九条・ア民法一七七四条)などがあり、かかる場合においては、持分計算請求権(Abschichtungsanspruch)が認められることになる。わが商法においても、社員の死亡は単なる法定退社原因となるにすぎない(商八五条)。

英米組合法は、いうまでもなく大陸法系・ラテンアメリカ系のそれと異なるが、英国法(Partnership Act, 1890, sec. 33)および米国統一組合法(US Uniform Partnership, 1916, sec. 31, N. 4)によるも原則として死亡が解散原因とされる点、ならびに持分返還請求権が組合債務となる点(英四三条、米統一法三〇条三項)は、ほぼ大陸法と同様であるが、特にアメリカ統一法の下では清算手続において、いわゆる“tenancy in partnership”の形態を採り、組合員の死亡により生じた解散においては、残存組合員の組合財産の増加をもたらし(米法二五条―いわゆる survivorship)、法的所有者は残存組合員であるから、相続人はその清算手続に介入することを得ず、残余財産分配請求権の行使に限定せられる<sup>(6)</sup>。なお英米法上の特異な制度としての“Joint tenancy”(合有不動産権)の持分を有する場合は、その法性決定については、物権に関する問題か会社に関する問題かの問題があるが、その対人関係をも考慮に入れるときは、不動産会社に準ずるとの理論も成り立ちうるが、もっぱら不動産物権を中核とし密接不可分の関係があるか



ら、当事者間の準拠法指定を許さないものと解すべきであろう。従って合有なる物権関係のみならず、人的関係についても結論的には不動産所在地法 (Lex rei sitae) によらしめることとなる。

右の如く特定の場合については別個の考慮を払うべきであるが、一般的にはその規定の相違にもかかわらず、その相続関係については、相続準拠法は相続人が何人であるかなどの相続固有の問題を規律し、会社法は、これに反し相続人に対していかなる権利が与えられたかを規律するという一般理論がその解決の基礎となることは既に述べた点である。然しこの点については、後述する如くその限界が必ずしも明白でない場合が生じうる点があることを留意すべきである。その一は、必ずしも会社固有の問題ではないが、特に会社持分につき重要性を生じるものであり、例えば、会社属人法上相続につき直接承継の立場に立つが、相続準拠法上は間接承継の立場に立つ場合、またはその逆の場合の会社に対する権利者決定に関する問題である。例えば、相続準拠法が、イタリヤ一九四二年法における *here-ditas jacens* の如き制度を採る場合、あるいは英国および大部分の米州法上採用する *personal representative* が介在するが如き場合に、会社属人法がドイツ法の如く直接承継の立場を採る場合である。この点については、結局は相続人の意思と会社関係の処理の迅速のいづれに重点を置くべきかの問題であるが、国際商事関係については一般に市民生活関係よりも処理の迅速を優先せしむべきであることを考慮するならば、その点については、会社準拠法により決定すべきであり、より具体的には会社準拠法所屬国の相続規定を考慮して決定すべきであると思われる。もし日本法が準拠法となる場合としては、(イ) それにより解散が生じうる場合の清算中の権利行使者の決定に関する問題と、(ロ) 単なる退社にともなう権利行使者の決定に関する問題がある。(イ)の場合については、関係者すべてが日本人である場合は、戸籍謄本による表見的な頭数により多数決により決定せられた者を権利行使者とせしむれば足り、かつ財

産管理人が家庭裁判所により選任せられたときは(民九一八条二項三項)、その者をして行使せしむれば足りると解せられるが、この点涉外事件については、相続準拠法上直接承継を採る場合には、具体的な相続人判定が困難であるからむしろ一次的に財産管理人の選任手続によらしめ、その反面相続人の不利益を防止するため他の社員において選任請求の義務ありと解すべきではないかと思う。もっともこの場合もその義務に反するも決議の効力に影響なく他の社員に対する損害賠償請求権が生じるにすぎないと解すべきであろう。また相続準拠法上間接承継を採る場合においては、かかる権利行使者は遺産管財人によらしめることとなるが、この場合においては相続人の不利益を考慮する必要がないとも思われるが、その涉外性の故に早急に権利行使をなさねば例えば英国国籍を有する相続人が不当に人的責任を負うが如き場合もあるから、遺産管財人による権利行使が開始されない限り、日本民法上の相続財産管理人の選任を請求しうると解せられる(民九一八条)。また(ロ)の場合についても、わが商法上は、単に退社が生じることからして清算の場合に比し何ら規定を設けていないが、承認または放棄との関連性を考慮するときは、同様に解して差支えないのではないかと思われる。更にこれは相続一般にも通じる問題であるが、財産分離は破産に準じ属地的に解すべきであると解せられるから、日本において持分の返還または分配がなされる場合には日本所在の他の財産をも含めて、民法九四三条による財産管理人に破産管財人類似の機能を付与し、もっぱらこの者により権利を行使せしめることが妥当ではないかと思われる(破産法三条、和議法二一条、商法四八五条一項参照)。なおこれらの点については、被相続人が外国人である場合に日本裁判所が国際的管轄を有するや否やが問題となるが、上述の如き日本の公益に関する相続問題については、その目的物に着目し制限的ながら管轄権を認むべきものと思われる。

次に限定承認をなしうるか否かの問題がある。この点については、限定承認の制度の趣旨は本来相続人の利益保護

に重点があるとの立場に立つ場合には、法例第二五条により、もっぱら被相続人の本国法によりうるとの理論を採用せざるを得ない。然し特に人的会社につき限定承認を認むべきか否かについては、取引保護の観点からすれば、人的責任に関連し別個の考慮を払う必要があるが、この点は、前述の如くかかる国際的商事事件についてはかなり取引保護を考慮する必要があることを思えば、相続準拠法ならびに会社準拠法を累積的に適用すべきであり、相続準拠法上限定承認が認められる場合においても、会社準拠法上限定承認が認められない場合には、究局的には限定承認が認められないこととなる。

- (1) かかる場合も、前述の如く会社準拠法所屬国の国際私法規定によるべきではないかと考える。
- (2) 以下の叙述は、Murad Ferid, aaO. S. 356. に負うところが多し。
- (3) v. Godin, Weipert, u. Würdinger, HGB, II 1950, S. 301. § 131. ann. 26. (Weipert); H. Lehmann, Gesellschaftsrecht, 2 Aufl. 1959, S. 132; A. Hueck, Das Recht der Offenen Handelsgesellschaft, 2 Aufl. 1951, S. 293.
- (4) Hueck, Das Recht der offenen Handels gesellschaft, 1951, S. 226. RG Bd. 106. S. 66; Bd. 118. S. 337. なおこの点の文献については、Höhn, Wiederaufleben der aufgelösten OHG, 1934, S. 18. Note 2. 226-227.
- (5) Escarra, Cours de Droit Commercial, 1959, p. 382. 小町谷・「合名会社の社員の死亡と相続人の地位」(松本古稀記念) 四四〇頁、大隅(国歳)・独乙商法(現代外国法典叢書)四九頁、大森・仏蘭西商法I(同叢書)九三頁、木村・(同叢書)仏蘭西民法IV・財産取得法③二二八頁。
- (6) 英国法については、H. G. Hanbury, The Law of Partnership, 6 th ed. 1944, p. 85. 米国法については、鳥賀陽・「北米合衆国統一会社条例」商法研究第二巻、三八六頁。

次に、フランス法の如く夫婦間の組合契約の禁止を設ける場合には、<sup>(1)</sup>夫婦財産制または相続との関連が問題となる。すなわち、フランス判決では、フランス民法一三八八条ならびに一三九五条からして夫婦間の組合契約が禁止せられ

ているが、フランス人夫婦が婚姻当初フランスに住所を有したが、その後日本法による会社を設立し、夫が死亡することにより会社の解散をもたらした如き場合の妻の財産取得につきいかなる法性決定をなすべきかが問題となる。この問題は、ドイツ法では夫婦財産制の問題として決定せられる。然し会社の準拠法自体の解釈としては、例えばフランス人夫婦が共同して日本合名会社を組織した場合にその設立無効が生じるか否かについては、一面においてはその設立無効を認めると共に取引保護のため準清算の手續をふましめるべきであるが、提訴期間についてはその原因の特殊性よりして二年の制限を認めないとする条理によることが妥当であり、またかかる外国合名会社が日本に営業所を有するときは、その外国会社につき会社不存在確認の訴を提起することができ上述の場合と同様に結果が生じると解してよいであろう。ただこの事により解散命令の対象となりうるか否かについては、否定的に解すべきではないかと思われる。

(二) 組合契約または定款に、組合員死亡に関する規定が存しうる場合についても、会社財産から相続人に対し何が与えられるかの問題は会社定款によって決定せられる問題であり、相続人または受遺者が何人であるかの問題が相続準拠法により決定せられる問題であることは、既に述べた会社準拠法と相続準拠法の限界の場合と同様である。実際上問題を紛糾せしめるのは、相続準拠法の適用範囲に関するものであり、例えば、定款規定が遺言と解せられるか否か、死因処分について一定の類型が排除せられるか否か(例えば共同遺言の禁止)、遺言自由につき制限が存するか否か(遺留文)、またはそこに相続契約が存する場合にそれが全く許されないか、または部分的に許されるかの如き問題に関連して生じる。これに対し、会社準拠法は、その死亡により、相続人は清算持分のみを有するにすぎないのか、会社継続が許されるか否か、あるいは上述のような場合、相続人または遺産管財人はいかなる権利を有するか、などの

問題が規律せられる。個別的にその類型毎に検討するならば、具体的には次のような場合が問題となる。

(イ) 定款上残存社員による継続の定め (schlichte Fortsetzungsklausel)、特に脱退計算請求権除斥の規定ある場合 (qualifizierte Fortsetzungsklausel)。

まず定款上残存社員による継続が認められ、その脱退計算請求権が認められる場合においても (例えば、独民七三八条)、特に法人格を有しない組合の物権的持分は他の社員に帰属することとなるが、これは相続契約の一種と考えらるべきか否かが問題となるが、わが国際私法上の法性決定としては、かかる場合は社員権または組合員たる権利の内容決定の問題であり、相続契約の問題とは解しないことが妥当であると思われる。

次に脱退持分計算請求権が定款上排除されている場合にも、これが相続契約または贈与に該当するか否かの問題が生じるが、この場合も、その会社につき、例外的現象ある場合のほか、社員権または組合員たる権利の内容に関する問題と決定すべきであり、国際私法上は、相続法上の問題でないと解する事がかかる権利の社会的機能に合致する。

この点につき、ドイツでは、相続準拠法も会社準拠法もいづれもドイツ法である場合の如き、いわば内国的関係上の法性決定につき、判例および有力学説は、退社特に社員死亡を理由として民法七三八条以下により認められる脱退持分計算請求権を排除する定款規定を有効と解している。(4) フランスにおいては、合名会社については、商法典上別段の規定はなく、民法の規定が準用せられるが、フランス民法一八六八条においても、脱退持分計算請求権が原則として認められているが、脱退持分計算請求権についての処分は、贈与でもなく法定相続分の減少でもないとして解せられている。(5) イタリアにおいても、死亡の場合の脱退持分計算請求権の定款による排除の可能性を認めるものと解せられる。(6) その根拠は、同民法二二八四条における当事者自治原則に求められる。(6) イギリス一八九〇年組合法は、第四三条にお

らる。「当事者間の合意に従い、残存または継続的組合員に対し、脱退または死亡組合員の持分の代表者より行使せられる給付請求権は解散または死亡の日に生じた債務とみなす」(“Subject to any agreement between the partners, the amount due from surviving or continuing partners to an outgoing partner or the representatives of a deceased partner of a deceased partner in respect of the outgoing or deceased partner's share is a debt accruing at the date of the dissolution or death.”)と規定し、直接には債権に関する六年の消滅時効の規定が適用せらるべきことを規定する。然しこの問題については、更に脱退持分請求権についての約因の問題があるが、この点については *re Orvis* 判決によって決定せられている。アメリカにおいては、Estate Planning の實際上組合契約に別段の規定ある場合は、死亡によるその組合員の権利は他の組合員に移転することが認められていることは、既にふれたところである。

- (1) 現在では、一九五八年二月一九日命令(公民一八四一条に関する)があることに留意すべきである。
  - (2) Urteil des BGH vom 22. 11. 1956, II ZR 222/55 (DJZ 1957, S. 221.)
  - (3) Hueck, JZ 1957, S. 221.
  - (4) すなわち、原則的には、すべての組合員に対し平等に適用せられる以上は、死因贈与に関する、例えば独民法二三〇一条は適用せられない。しかしながら、社員の一人が八十五才であり、他の社員が二十才の如き場合には例外的な考慮をなすべき場合がある (Ferid, *ibid.* S. 366. ann. 96.)
  - (5) Ferid, *ao S.* 366, Planior-Ripert, *Traite pratique*, II, No. 1057-1.
  - (6) なお、伊民法二二八九条においては、退社員および相続人の地位について規定するが、社員死亡についての特別の規定はない。
- (四) 承継規定 (Nachfolge Klauseln) がある場合。

(a) 単なる承継規定、すなわち社員死亡の場合に相続しうるか否かについては、生存中の持分譲渡が可能であるか否かの問題と同じく会社準拠法により決定せられ、これに反し、相続人または遺留分などの問題については相続準拠法によることになる。なおこの場合、定款規定が単なる相続可能性を意味するか、相続人の入社義務を規定するかは、会社準拠法により決定せられる。ここでは、差し当り相続可能性を定める場合についてまず検討する。

(b) 定款上、特定単一の相続人 (Alleinerbe) の承継のみを認める旨の規定ある場合において、被相続人が外国人である場合に、相続財産清算手続において、官庁の相続手続についての介入・特殊の承諾宣言・未成年相続人についての特殊規定がある場合、あるいは、受託者的な遺産管財人が清算手続を義務付けられている場合に若干困難な問題が予想せられるが、これらは近年主張せられる見解の如く、かりに一般的な相続財産の清算については、あるいは検討の余地があるとしても、少くとも会社準拠法が日本法である場合は、暫定的権利行使者については、日本法により、その後の財産帰属については相続準拠法の手続によると解するならば、妥当な解決についての基本的態度は決定しうるものと思われる。一例として、その後の別個の遺言により分割を禁止している如き場合には (例えば、日民九〇八条)、何人が社員として入社しうるかは、会社準拠法上の涉外実質規定により決定せられることとなるが、かかる場合は総相続人のための受託者として、定款所定の相続人が仮に社員権を行使すると解しうるが、しかし、日本法による遺産管財人の選任手続がなされたときは、その者が権利を行使しうることとなる。従って基本的には、一応の限界を定めうるが、涉外実質法の解釈の問題としてであるが、相続準拠法上の規定を考慮に入れて具体的な解決を計らねばならないわけである。

(c) 共同相続人が存在する場合においては、定款上単に相続許容の規定ある場合に、その規定解釈として、すべ

ての相続人にこれを認め、従つて社員増大も止むを得ないとする趣旨か、そのうちの一人のみが社員資格を承継する趣旨であるかは、会社準拠法により決定せられる問題であるが、日本法が準拠法となる場合においては、前説の如く白紙委任的に解する余地もないわけではないが、この点は具体的な旧構成員の実況などを考慮して決すべきであり、血縁性その他の対人関係が緊密な場合には、すべての相続人に承継可能性を認めることを解すべきであり、またかかる規定は相続人の意思尊重に基づくものであるから、必ずしも定款制定当時のみならず、爾後の相続人の言動をも考慮すべきではないかと思われる。以上の如き問題は会社準拠法により決定せられるが、その者がいかなる持分を有するかについては、相続準拠法が介入し、遺留分侵害が生じた如き場合には、その部分につき他の相続人は退社による持分返還請求権を行使しうることとなる。この場合、会社としては、それについての一応の証明がなされる場合においては、その者をして権利行使をなさしめ、遺産管理人選任手続がなされた場合は後者をして権利行使せしめて差支えないと考えられる。

(ハ) 限定的に共同相続人の特定若干名につき相続許容規定 (Qualifizierte Nachfolgeklauseln zugunsten eines Teiles der Erben) が存する場合。

フランスにおいては、その法理論は分れており、まず判例はそれにつき消極的な態度を示しており、一九五五年破産院においては、定款規定による数人に対する継承規定は、相続契約 (pacte sur succession future) たることにより無効であるとし、<sup>(1)</sup> 唯相続人の一人の相続については、第三者のための契約の条件を充す場合には可能となると解する。然し、かなり普及する反対説によれば、フランス民法一八六八条の表現からして、これを有効と解している。<sup>(2)</sup> また、イタリヤにおいては、文献・判例ともこの問題についての積極的見解をうかがいうるものがなく、この点につい



ては明確ではない。すなわち、一方において民法二二八四条に規定せられていたる広汎な組合自治の原則と、その遺言意思を隠蔽する法律行為に対する強力な拒否の觀念の対立が見られる<sup>(3)</sup>。英米法では、別個の取扱がなされ、相続人でない人格代表者 (personal representative) が存在し、遺言規定に基き、その望まれる意思に依じて行動を行うこととなる。

右のような場合については、しばしば前述している場合と同じく、その継承可能性については会社準拠法により決定せられることとなり、その相続が究局的に有効か、滅殺請求権を行使しうるかについては相続法により決定せられることとなる。しかし、その意味は単純に解すべきでなく、相続法と会社法との関係については、個別準拠法は相続準拠法を破るといふ一般原則が適用せられるが、結果的には個別的権利が包括的準拠法により修正せられることなることは留意せねばならない。従つて必ずしもこの項目に特有な問題ではないが、かりに定款において継承規定ある場合においても、結果的には残存社員一人となり会社解散を来すことも充分生じうる。

(二) 相続人以外の者についての継承規定 (Qualifizierte Nachfolgeklausel zugunsten eines Nichterben) ある場合。

この場合においては、会社準拠法の立場からすれば、相続人以外の者に対して継承の可能性のみが適用の対象となりこの点においては生存中の持分譲渡と別段の相違はない。然しながら、その譲受人に対する法律関係の効果については、第三者のためにする死因処分たる契約となるか、遺贈となるかの問題が生じうるが、この問題も会社との法律関係について問題となる限り会社準拠法によつて決定せらるべきものである。これに対し、この場合相続人の遺留分が侵害せられるか否かは相続準拠法によることとなる。

右の如く定款規定の諸類型につき考察したところでは、細目において別段の考慮を払う必要があるが、原則的には「個別準拠法が包括準拠法に優る」の法理が適用せられるが、この理論は、当然単にその権利的な側面について適用せられるのみならず、その債務の側面においても適用されるのであり、従って相続準拠法上人的社員責任の相続が認められず、あるいはその社員権継承者についてのみ人的責任が認められる場合においても、会社準拠法が相続財産を引当として人的責任を追求しうることを認める場合には、会社準拠法の規定が優先的に適用せられることとなると解せられる。

- (1) *Chambre Civil, Sect. Comm. 18. 10. 1955.*
- (2) *Planiol-Ripert- Boulanger, Traité de Droit Civil, II No 3098.*
- (3) *Murad Ferid, Zur Behandlung von Anteilen an Personengesellschaften, S. 371, Fussnote 119. (Fest. für Alfred Hueck zum 70. Geburtstag, 1959).*

#### 四

なお外人法上の問題であるが、従来ほとんど無視されているが、外国人的会社と商法外国会社の規定の関連について考察すべき問題がある。会社篇第六章外国会社に関する規定、特に第四七九条（設立準拠法の登記）、第四八三条（株券・社債に関する準用規定）、第四八五条（株式会社清算規定の準用）などは、法人格ある物的会社を念頭においているかの印象を与えるが、事の性質上適用し得ないものを除き、わが国の学説は、当然適用か類推適用かのいづれの理論構成をとるにせよ、人的会社さらにはパートナーシップなども包含している。特に人的会社に関連して問

題となるのは、人的責任の追求の可能性如何の問題がある。社員の人的責任の問題は国際私法上本来属人法により決定せらるべき問題である。外人法たる商法の見地からは、別個の考慮を必要とするが、その責任が属人法上間接責任の場合に、日本所在の一部社員について責任を履行せしめうるか否かに依りては、その間接責任性よりしてそこまで義務を負担せしめうる事が妥当か否かについては、若干の躊躇を感じるが、然し結論的には属人法上履行要件が生じていることを条件として、かつ清算手続が開始せられているかぎり（商四八五条）、裁判所選任にかかる清算人は、日本裁判所で訴訟を提起しうる社員に対しその履行をなさしめうると解することが妥当であろう。

また直接責任については、商法四八五条が「日本ニ在ル会社財産ノ全部ニ付」との表現を採ることからして、あるいはこれを否定すべしとの理論も成り立ちうるが、ここに「日本ニ在ル会社財産」とは、特別清算自体につき、かつその範囲につき外国所在の会社積極および消極財産を除外するの意味であり、その母法たるアメリカ法における外国会社とはその範囲を異にすることからして、かならずしも人的責任の追及を否定するものでなく、後述の如く、支払停止を履行要件とし、かつ求償権が生じる場合には、人的会社については、日本裁判所において追及しうる人的責任に関する求償権をも包含して会社財産と表現しているものと解することが妥当ではないかと思われる。かかる直接責任の有無または補充性については属人法により決定せられるが、然し履行要件については、内国取引保護の観点から、条理上日本法の要件を加味すべきではないかと思われる。すなわち、営業中においては、属人法上いかなる時期においても債務完済不能のみが履行要件となされる場合においても、それのみによって人的責任の追及を認むべきでなく、日本法の条理にもとづき、支払不能および支払停止のみを条件とすべきではないか（破一二六条参照）と思われる。従って必らずしも、営業所閉鎖命令の申立の手続（商四八四条）によってのみその救済が認めらるべきではないと考える。

もつとも、この営業所閉鎖命令の申立をなしうることは自由であり、加うるに破産宣告の申立をなしうるが、後者の場合破産法一二七条二項との関連については、日本裁判所においてその人的責任を追及し得る財産がない場合に債務完済不能を原因として破産宣告の申立をなしうると解すべきである(破一二七条一項二項、一三二条二項)。これに対し、閉鎖命令が発せられた後においては、閉鎖命令発布後、直ちに人的責任の履行要件が成就するか否かは、かなり困難な問題であるが、かかる場合履行要件を備えるものと解すべきであり、ただ社員が日本所在会社財産により弁済の資力あることを証明した場合には(商八〇条三項前段)、その責任を免れると解すべきではないかと思われる。これらの場合、債権者に対し人的責任を履行した者は、日本所在の残余財産に対して一応求償権を行使しうるものと解すべきかも知れない問題であるが、基本的には属人法により究局的解決がなされるにしても、日本商法上の清算手続としては現実には部分的しか満足を得ない場合も生じるが、これを肯定すべきではないかと考える。(昭和三七年八月一日稿)