慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	共同体法における会社法の基本的問題とその課題：ヨーロッパ会社と開業の自由を中心に
Sub Title	La polémique fondamentale sur le droit communautaire des sociétés : Societas Europaea et la liberté d'établissement
Author	上田, 廣美(Ueda, Hiromi)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2005
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.3 (2005. 6) ,p.1- 35
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20050615-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

慶應EU研究会
論説

共同体法における会社法の基本的問題とその課題

――ヨーロッパ会社と開業の自由を中心に――

上　田　廣　美

１．はじめに
２．共同体法における会社法の基本的問題
３．「ヨーロッパ会社(SE)」制度―立法例として―
４．「開業の自由」の原則の確立とその影響―裁判例として―
５．おわりに

１．はじめに

2004年５月、ヨーロッパ連合（EU）はあらたに10ヶ国の加盟国を加え、25ヶ国の構成国を有するようになった。人口4.53億人、GDP９兆6000億ユーロの共同市場である（駐日欧州委員会代表部作成『EU拡大と日本への影響』2003年参照)。当初、市場統合から出発したEUは、その経済活動の主な主体となる会社（企業）が域内で自由に活動しうる環境整備、とくに会社法分野の調整を多年にわたり試みてきた。EC設立条約44条２項ｇ（旧54条３項ｇ）の規定によれば、構成国における会社の従業員および第三者に対する利益の保護を構成国間で等しくするための調整が必要であると記されている。しかし、会社法分野における調整作業は、東欧や中欧の構成国を迎えた現在も完成に至っていない。

本稿では、いままでどのような調整が行われてきたかを概観したあと、共同体法（droit communautaire）における会社法の基本的問題を指摘し、2004年10月より施行された「ヨーロッパ会社（SE)」について法制度とその実態の両面

から検証し、あわせて欧州司法裁判所の「開業の自由」に関する判例の収斂状況を検討していく。構成国間の会社法上の対立点は何か、調和・調整作業の障害はどこにあるのか、共同体法上の会社法の基本的問題の解決方向を示唆し、そのうえで、ヨーロッパにおいて実現されるべき一般会社法（droit commun des sociétés）の姿を想定していきたい。

２．共同体法における会社法の基本的問題

(1)　共同体における立法作業の変遷

そもそも、会社法人は構成国の国内法（会社法）により設立されるため、その法制度は各国各様である。そこで、調整・調和の法的作業のために共同体の採るべきイニシアチブとしては二つの手法が存在する。

ひとつは構成国の国内法である会社法を調整し、調和していく作業であり、一連の「会社法指令」の内容を構成国国内法に受容（transposition）させる手法をとる。この手法により、1960年代の終わりから約30年間に10の会社法指令が採択されている[1)]。分野別にみると、会社の計算、会社の合併・分割、資本、監査等となっており、域内で事業活動を行う場合、会計や資金についてはユーロ導入も加え、利便性が確保されようとしている。一方、未採択の会社法指令案には重要な分野が多い[2)]。このうち国境を越える問題、すなわち、異なる構成国の会社法人が域内で合併を行う際の規定に関する指令案（第一〇指令案）[3)] および他の構成国への会社本店の移転に関する指令案（第一四指令案）こそ、まさに共同体法上の固有問題である。会社の合併および移転に際し、ふたつ以上の構成国の国内法が交錯するため、その調整・調和という意味で、当該会社法指令の受容が完全に行われる必要があるからである。こうした最重要課題とも言える指令案の審議状況であるが、重要であるだけに採択への道はいまだ遠いとされている[4)]。

いまひとつの手法とは、共同体法による新しい法人制度を誕生させることである。規則の形式で「EU法人」を設立すれば、国内法の調和や調整といった

問題や域内で国境を越える際の再設立の必要性は生じない。共同体法が直接適用される法人の制度化には30年以上前から検討が重ねられてきた。この代表的なものが、公開有限会社である「ヨーロッパ会社（Societas Europaea、SE）」制度[5]である。さらに欧州委員会は、2003年５月の『EUにおける会社法の現代化と企業統治の強化（COM2003/284 final）』の報告書のなかで、こうしたEU法人制度の整備を明確に意図しており、閉鎖的会社である「ヨーロッパ私会社」、協同組合形式の「ヨーロッパ協同会社」、その他「ヨーロッパ団体法」、「ヨーロッパ相互会社」の検討を示唆している。このうち、ヨーロッパ協同会社制度は2003年に採択され、2006年の施行を待つばかり[6]であるが、農業分野を中心にどれほど需要があるかは未知数である。実際、30年にわたる審議検討後、満を期して2001年に採択されたはずのSE制度であるが、2004年10月の施行後半年を経過した2005年４月の時点で、設立事例は全EUで「４社」しかない。こうした実態も含めたSE制度の検証は後述する。

1）①一九六八年三月九日付け会社法第一指令（Dir.68/151/CEE, JOCE L65, 14 mars 1968）資本会社（株式会社、株式合資会社、有限会社）を適用対象とし、公示（publicité）制度、代表機関（代表者）の義務および会社の無効に関する規定の調整を目的とする。②一九七六年一二月一三日付け会社法第二指令（Dir.77/91/CEE, JOCE L26, 31 janvier 1977）第三者への定款等の記載事項による情報提供と会社資本の維持に関する規定の調整を目的とする。③一九七八年一〇月九日付け会社法第三指令（Dir.78/155/CEE, JOCE L295, 20 octobre 1978）公開有限責任会社の合併に関する構成国の会社法の調整を目的とする。④一九七八年七月二五日付け会社法第四指令（Dir.78/660/CEE, JOCE L222, 14 août 1978）および修正指令（Dir.90/605/CEE, JOCE L317, 16 novembre 1990）株式会社および有限責任会社の計算書類の公開と計算規則に関する規定の調整を目的とする。本指令は、現在、国際会計基準の適用に関する二〇〇二年七月一九日付け規則（CE 1606/2002, JOCE L243, 11 septembre 2002）に関連して実施されており、二〇〇五年一月一日からは、正規市場で証券を取引する会社に対し、国際会計基準が適用される。⑤一九八二年一二月一七日会社法第六指令

（Dir.82/891/CEE, JOCE L378, 31 décembre 1982）上記③と逆の場合、すなわち会社分割に関する規定の調整を目的とする。株主・第三者の保護を確保し、対象となる分割は、同一構成国の会社法人間の分割である点も同様である。⑥一九八三年六月一三日会社法第七指令（Dir.83/349/CEE, JOCE L193, 18 juillet 1983）上記④と同じく、会社の計算に関する指令であり、連結決算、グループ会社の計算に関する規定の調整を目的とする。⑦一九八四年四月一〇日会社法第八指令（Dir.84/253/CEE, JOCE L126, 12 mai 1984）会社の会計監査を行う会計監査人の資格の調和に関する指令である。⑧一九八九年一二月二一日会社法第一一指令（Dir.89/666/CEE, JOCE L395, 30 decembre 1989）他の構成国または域外の第三国に本店を置く会社によって設立された支店の情報開示に関する指令である。支店と取引を行う第三者保護を目的としている。⑨一九八九年一二月一二日会社法第一二指令（Dir.89/667/CEE, JOCE L395, 30 décembre 1989）出資者一名の有限責任会社（一人会社）に関する規定の調整を目的とする指令である。⑩公開買付（OPA）と株式交換（OPE）に関する会社法第一三指令案指令案は、2004年４月に「公開買付に関する指令」として採択、同年５月11日に発効した（Dir. 2004/25/CE, JOCE L142, 30 avril 2004）。

２）未採択の４つの指令案とは、①株式会社の機関構造に関する規定の調和を目的とする会社法第五指令案、②グループ会社に関する規定を調整する目的の会社法第九指令案、③株式会社の国境を超えた、EU域内での合併制度、つまり異なる構成国の会社法人が域内で合併する際の規定に関する会社法第一〇指令案指令案、④他の加盟国への本店の移転に関する会社法第一四指令案。

３）第一〇指令案（COM 2003/703 final）に関しては、拙稿「EU法の最前線第50回」貿易と関税、2004年６月号71頁以下。

４）未採択指令のなかで、2003年11月に欧州議会に提出されて、審議がもっとも進んでいるのが第一〇指令案である。しかし、採択には至っておらず、欧州委員会報告書（COM2003/284 final）の短期目標（2005年まで）として達成できるか注目されている。

５）SE規則：Council Regulation（EC）No.2157/2001 of 8 october 2001 on the Statute for a European Company（SE), 10 Nov. 2001 OJ L. 294 p1. SEにおける従業員参加指令：Council Directive 2001/86/EC of 8 October 2001

supplementing the Statute for a European company with regard to the involvement of employees, 10 Nov. 2001 OJ L. 294 p.22. 欧文文献として、RTD com.54（3), juill.-sept 2001, p.829 ; M-A Moreau, ‘ L ìmplication des travailleurs dans la société européenne ’967 Droit Soc. 2001 ; M. Luby‘ La Societas Europaea（SE）: beaucoup de bruit pour rien（ou si peu), Droit des Soc. Fev.2002 p.4 ; Parot/Dom/Collin,‘ La société européenne ’Actes Pratiques-Soc. Mai/Juin 2002 p.5 ; M.Menjucq ‘ La société européenne ’ Rev. sociétés（2）avr.-juin 2002, p.225 ; 邦文文献として、拙稿「ヨーロッパ会社と従業員の経営参加に関する最新動向」際商29巻５号527頁以下、同６号536頁以下。正井章筰「ヨーロッパ株式会社における労働者参加規制の新展開」『現代企業法の展開』（小島康裕教授退官記念）（信山社、2001）461頁以下。最終法案の邦訳として、拙稿・亜法36巻１号247頁以下。SEにおける従業員参加指令については、加盟国の国内法整備期限が2004年10月８日とされたため（同指令14条)、SE制度の施行は2004年10月８日となった。

６）Réglement（CE）No 1435/2003 du conseil 22 juillet, 1003 relatif au Statut de la société coopérative européenne（SEC), Directive 2003/72/CE du conseil 22 juillet, 2003 complètant le Statut de la société coopérative européenne pour ce qui concerne l ìmplication des travailleurs, JO L207, 18 aout 2003. 邦訳および解説として、拙稿・亜法39巻２号167頁以下および同40巻１号（近刊)。

(2)　EUにおける会社法の現代化と企業統治の強化

「会社法の現代化と企業統治の強化」のテーマは、かならずしもEU固有の課題ではなく、わが国でも検討されているのは周知のとおりである。したがって、EUは現在、こうした課題と共同体法上の固有問題を重畳的に有していることになる。

2003年５月、欧州委員会は『EUにおける会社法の現代化と企業統治の強化（COM2003/284 final)』[7]を公表し、その行動計画まで明らかにした。まず第一章で、欧州における会社法の現代化と企業統治の強化の必要性として、域内市場をベストなものとし、資本市場の統合、情報通信技術の活用の最大効果、

EU拡大そして近時の企業の不祥事を克服すべきことを指摘している。つぎに第二章では、株主の権利と第三者の利益保護の強化、および企業の効率と競争力の促進を説いた。ここで、会社構成員以外の第三者の利益保護を斟酌する点にEUとしての特徴が窺える。そして、第三章以下が、各論としてＥＵの行動計画（アクションプラン）が記されている。その計画とは、①企業統治、②資本の維持と変更、③グループとピラミッド、④会社の再編と移転、⑤ヨーロッパ私会社、⑥ヨーロッパ協同会社とヨーロッパ企業のその他の法人形態、⑦構成国企業の法人形態の透明性の強化、の七つの項目に分類され、さらに短期目標（2003年から2005年）、中期目標（2006年から2008年）、長期目標（2009年以降）と時間的配分まで示されている。

この報告書に対し、欧州委員会はパブリックコメントを聴取し、その結果が2003年11月に公表されている。回答の多くは、アクションプランに賛同するものが多いが、その優先順位等については相違があった。欧州委員会は、旧会社法第一〇指令案にいう「域内合併」、旧会社法第一四指令案にいう「本店の移動」等につき、2004年中に指令案の採択を試みたが、2005年４月現在、前者が欧州議会で審議されている以外は進展していない。

7）Communication de la commission au Conseil et Parlement Européen, Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d èntreprise dans l Union européenne, Un plan pour avancer, Bruxelles, 21. 05. 2003, COM 2003/284 final. 邦語文献としては、商事法務1668号36頁以下参照、拙稿「EUにおける会社法の現代化」『国際経済法と地域協力』（櫻井雅夫先生古稀記念）（信山社、2003）、457頁以下。全文邦訳として、拙稿・亜法第38巻２号75頁以下。

(3)　会社法分野における共同体法上の争点

EUにおける「会社」の概念は、協同組合を含む民法上および商法上の会社、および公法または私法に基づくその他の法人で営利を目的とするものとされて

おり（EC設立条約48条２項)、構成国の国内法に基づいて設立され、定款上の本店または経営管理の中心もしくは主たる営業所をEU域内に有する会社は、構成国国民たる自然人と同等に扱われる（同条１項)。そして、人・物・資本・サービスの自由移動の理念から、当然に、自然人同様、会社法人の「開業の自由（liberté d ětablissement)」（EC設立条約43条）が確保されるべきことになる。

一方、会社は各構成国の国内法によりその法人格を取得したのであり、会社の属人法については、本拠地法主義と設立準拠法主義[8)]が対立している。いずれの立場をとるかは構成国により異なり、たとえばイギリスは設立準拠法主義の立場をとる。逆にドイツでは本拠地法主義の立場をとるため、ドイツ法人は「国境を越える」ことはできず、会社の本拠地の移転は、設立国での会社の解散と同時に転入国での会社の再設立を意味することになる。したがって、本拠地法主義をとる構成国では、会社の解散を伴わずに異なる構成国間に会社法人を移動することは容易ではなく、EUの理念である「自由移動」の実現に支障を来すことになる。

このような会社法分野における共同体法上の争点の解決には立法的解決と判例構築による解決が考えられる。前者は、SEのような、構成国の国内法にとらわれない、共同体法によって設立される「EU法人」の存在であり、後者は、欧州司法裁判所における一連の判例の構築である。本稿では、立法例としてSE制度を、裁判例としてインスパイア・アート判決に至る「開業の自由」に関する判例の変遷を検討していく。

８）M. Menjucq, La mobilité des sociétés dans l ėspace européen, 1997, LGDJ, p.21, pp.61-63, p.127 et p.168 ; M.Menjucq, Droit international et européen des sociétés, 2001, Montchrestien, p. 282 ; 河野俊行「会社の従属法の決定基準―本拠地法主義と設立準拠法主義」ジュリ1175号（2000）２頁以下参照。

３．「ヨーロッパ会社（SE）」制度―立法例として―

(1)　ヨーロッパ会社（SE）とは何か

ヨーロッパ会社（Societas Europaea、SE）[9]とは、共同体法にもとづく「ヨーロッパ法人」であり、会社組織の構造については規則2157/2001/EC（以下、SE規則）に定められている。SE規則の定めるSEとは「ヨーロッパ公開有限責任会社（ソキエタス・エウロペア、SE）であり、資本は株式の形態をとり（規則１条）、自然人ではなく構成国内の既存会社（法人）が発起会社となって設立される（規則２条）。SEの資本金はユーロで表示され、最低資本金は120,000ユーロである（規則４条）。

さて、SE制度において特徴的なのは国境を越える移転登記が可能なことである。SEは会社の解散や新しい法人設立を伴わず、他の構成国に登記を移転することができる（規則８条）。もっとも、SEは登記を行った構成国に本店（head office）を置くことを定めており、さらに登記事業所と本店を同じ場所に設置する旨を構成国が規定することを認めている（規則７条）。またSEはSE規則のほか、その定款、他のEU法、とりわけ登記国の公開有限責任会社に適用される国内法等に拘束され、SEは登記国で設立された公開有限会社として扱われるので、SEの登記国の設定は重要なポイントとなる。したがって、SEの登記国選び、Law Shoppingが生じると考えられている[10]。

SEの設立には、①既存会社の合併、②持株会社の設立、③子会社の設立および④組織変更の方式がある。①の方式において、吸収合併の場合は存続会社が、新会社設立の場合は当該新会社が、SEの形態をとる（SE規則17条）。②の方式では、発起会社は、合併の場合と同様に、発起会社の株式と持株会社となるSEの株式の交換比率、株式の最低配分を含む、持株会社設立原案を作成し、発起会社の登記がある構成国の国内法にしたがって株主総会の承認を受ける（SE規則32条）。③の方式では、SEの形態をとる会社への株式の払い込み、すなわち共同子会社の設立による。この場合、SEへの出資会社は、構成国における公開有限責任会社の形態の子会社の設立への参加を拘束する規定に従う

（SE規則35条、36条）。④の方式では、SEへの組織変更により設立することができる。ただし、既存会社のSEへの組織変更とともに、他の加盟国への移転登記を同時に行うことはできない（SE規則37条）。

SEの機関構造につき、SE規則では、株主総会と、定款により選択される二層制または一元制の運営機構を定めるのみである（SE規則38条）。したがって、SEの運営にあたっては、SEの登記国の公開有限会社に適用される法律が適用されることになり、その意味でもSEの登記国選びは重要である。構成国のなかには、二層制方式の株式会社制度を有しない国（例：イギリス）、または一元制方式を有しない国（例：ドイツ）がある。このような構成国では「適切な措置を定めることができる」（SE規則39条５項、43条４項）とされている。したがって、SEは各国各様、構成国の数だけ多様化する可能性がある。当初期待された統一的な会社制度ではない[11]。

ところで、SE制度でもっとも特徴的なことは従業員参加制度である。これについては別途、指令2001/86/EC（以下、SE指令）が定められている。EU構成国の従業員参加の実態は、主要構成国においても相違があり、SEにおいてどのような整合性をもたせるかが長年の議論の中心であった。もっとも、1994年に欧州労使協議会指令（95/45/EC）が成立して以来、従業員参加のうち、労使協議機関による従業員の情報入手と協議権の行使による情報参加制度に関してはEUレベルでの集約がみられるが[12]、会社の機関における従業員代表の参加、つまり狭義の意味の経営参加の法制度化については、いまだ抵抗感をもつ構成国、そして経営者が多い。これは後述する、SE指令の国内法受容の遅れとなって顕れている。

SEの設立登記には、従業員参加に関する調整が要件とされるため（SE規則12条）、SEの設立を計画する発起会社は、計画が開始された時点で、SEに参加する会社および関連会社、事業所の従業員代表と交渉を開始することになる。この従業員側の交渉団体がSE指令３条に定める特別交渉機関（Special Negociation Body, SNB）である。特別交渉機関の構成員の配分はSE指令が定めるが、構成国は従業員代表の選出または指名の方法、労働組合の代表を含むよ

うにすること等を規定することができる。SNBは発起会社との書面合意に向けて交渉をおこなうが、その意思決定は従業員の絶対過半数を代表する構成員の絶対過半数をもって行われる。交渉の結果、SEにおいて経営参加の権利が縮減される場合は、従業員の３分の２を代表するSNBの構成員の３分の２の賛成を要し、投票する構成員はすくなくとも２つの加盟国で雇用されている従業員を代表していることが必要とされる。またSEが合併によって設立されるときは、経営参加が参加会社の全従業員の25％以上を対象としていること、SEが持株会社または子会社によって設立されるときは、経営参加が参加会社の全従業員の50％以上を対象としていることを要する（SE指令３条４項）。

合意事項についてはSE指令４条[13]に記載されたとおりであるが、従業員参加制度を採用しない旨の合意を除き、SNBとの交渉が不調に終わった場合はどうなるのであろうか。その場合は、SE指令が定める従業員参加モデルである標準ルールが適用されることになる（SE指令７条１項）。こうした手順は先の欧州労使協議会指令を踏襲するものであるが、登記国の国内法によって規定された従業員の経営参加に関し、経営参加の既得権を有する従業員数に応じ、標準ルールが適用される場合を限定している（SE指令７条２項）。すなわち、標準ルールが適用されるのは、合併によってSEが設立される場合は、SEの登記以前に経営参加の形態が適用されていた合併当事会社の従業員数がSEの全従業員数のすくなくとも25％以上を占めるときであり、持株会社の設立または子会社の設立によってSEが設立される場合は、SEの登記以前に経営参加の形態が適用されていたSE参加会社の従業員数がSEの全従業員数のすくなくとも50％以上を占めるとき、である（SE指令７条２項ｃ）。

さらに、構成国は、合併により設立されるSEには、標準ルール第３部に規定されたSEの会社機関における従業員の経営参加の適用除外を選択する権利を有する（SE指令７条３項）。このような構成国で、合併によるSE設立登記を行えば、企業は経営参加制度を強制されるリスクはない。このような規定の配備により、従業員の経営参加とSEの結び付きは思うほど密接ではなくなった。

９）前掲注５）参照。

10）Law Shoppingについては多くの文献で示唆されている。主なものとして、JCP, ed. G 2003 II 10032, note. Menjucq ; Menjucq, La mobilité des entreprises, Rev. Sociétés (2) 2001, p.211 ; Menjucq, op.cit., Montchrestien, p.338 ; Jan Wouters, European Company Law - Quo Vadis?, 281-289 CMLR 37 (2000) ; Menjucq, op. cit, Rev. Sociétés (2) avr - juin 2002, p.246 ;

11）前掲注10)のほか、前掲注５）拙稿・際商29巻６号670頁。

12）SE指令の受容が終了している15構成国のうちSNBの構成員として、国内制度による労使協議機関の代表が選出される国は、オーストリー、ベルギー、チェコ、ドイツ、ハンガリー、オランダの６ヶ国、その他は労組の代表、職場委員（shopstewards）などを選出する（http://www.seeurope-network.org/, Comparative Table : Checklist of important issues in the national transposition of SE legislation)。なおSE指令未受容のフランスには労働法にもとづく「企業委員会（Comité d ̀entreprise)による情報参加制度が存在する。

13）SE指令４条２項によると、合意の対象、労使協議を行う従業員代表機関の構成、任務・手続、会議の開催頻度、費用負担など、SNBにおける合意内容の必要事項を定めている。

(2) 国内法への受容の進展状況

構成国におけるSE立法の国内法への受容（transposition）の進展状況であるが、2005年４月１日現在、15ヶ国（オーストリー、ベルギー、キプロス、チェコ、デンマーク、エストニア、フィンランド、ドイツ、ハンガリー、アイスランド、マルタ、オランダ、スロバキア、スウェーデンおよびイギリス）で受容が完了している[14)]。フランス、イタリア、スペインをはじめ、新規加盟国のポーランドなどでもSE立法の国内法への受容は審議中である。ここでは、国内法に共同決定法を有するドイツ、逆に経営参加システムを国内法に有しないイギリス、そしていまだ審議中のフランスの三ヶ国につき、検討してみたい。

ａ．ドイツの場合

ドイツでは、株式会社の運営機関構造は、業務執行機関である取締役（Vorstand）と監督機関である監査役会（Aufsichtrat）の二層制の構造を有し、さらに一定の従業員数を有する株式会社においては、その監査役会において、従業員代表が経営参加し「共同決定」が行われるという大きな特徴が存在している[15)]。

さて、近時（1998年）のベルテルスマン財団の実態調査結果によると、調査回答約700社の半数が、監査役会において、株主側と同数の従業員代表により共同決定が行われているとされている。また民間セクターで雇用されている労働者の約24.5％が共同決定方式に関与し、約15％の労働者が共同決定方式による経営参加はないものの、事業所委員会制度を有する民間会社に雇用されている。しかし、約60.5％の労働者はこうした従業員参加制度を整備されていない会社に雇用されているという事実が明らかになった[16)]。

ドイツの経営者は過去において共同決定方式に強く反対してきた経緯があるが[17)]、最近になって、企業の競争力を高める際に労働者との積極的合意や協力が必要であることを認めつつもある。経営者側は共同決定法の改良や制度の現代化の機会を模索しており[18)]、SEがその一助となりうると考えられる一方、労働者とっては、いままでのドイツ方式による既得権益が他の構成国並みに縮減されるという懸念もあり、議論を呼んだ。

受容のプロセス[19)]については、①2004年４月、SE導入に関する法案の策定、②法案の審議、③2004年12月の法案の可決と施行の三段階に分けられよう。

①段階の法案は、SE規則2157/2001によるSEの設立、構造および運用を会社法の規定に導入する法案とSE指令2001/86によるSEにおける従業員参加の国内法受容に関する法案の二つの部分で構成された。前者に関しては、SEにおいてかりに一元制の運営構造が選択された場合、これにつき法案は、SE規則43条４項に定められた国内法による許可制を採用するとした。後者に関しては、①SEに参加する会社における従業員参加の既得権益が縮減される場合は、SE指令に従い特別交渉機関（SNB）の特別決議（３分の２）要するとしたこと、

②SNBの構成についてはSE指令と異なり、参加会社の事業所の従業員数に合わせて構成し、SNBの交渉が合意に至らず欧州労使協議会制度を導入する場合には、欧州労使協議会委員の研修プログラムや外部の専門家のサポートを加えることを認めている。このような内容の法案に対し、ドイツの労働組合（DGB）は若干の修正を要望しつつおおむね賛同したのに対し、経営者側は批判的な共同声明を発表した。

SE規則・SE指令に記載された、2004年10月８日までに法案は成立しなかったが、法案は第二読会および第三読会を経て、2004年10月29日には連邦議会（Bundestag）を通過し、連邦参議院（Bundesrat）に回された。連邦参議院では反対も多く、審議は大幅にずれ込んだ（②）。その後、連邦議会は、SPDと緑の党の連立により、2004年12月17日、連邦参議院の反対を破棄し、法案が成立した。ドイツにおけるSE規則およびSE指令の国内法への受容に関する法律は2004年12月29日に施行されている（③）。

ｂ．イギリスの場合

イギリスは周知のとおり、従業員参加に関する立法も行動規範（code of practice）も法制度化されておらず、イギリス会社法の会社の運営機関構造には二層制方式も監督機関も存在しない。強い株主主権のもとでは、従業員代表の地位で会社機関の構成員となる法制度はない。従業員の情報参加については、欧州労使協議会指令により法的義務を課されているが、実際その情報入手の範囲は、雇用・集団解雇・公企業から民間企業への営業譲渡に限られている。また1998年の調査では、回答のあった3000事業所のうち、５分の３の事業所が従業員代表を選出しておらず、労働組合の組織率も極めて低いとされている。こうした状況のなかで、従業員代表による会社機関への経営参加は労働組合においてもあまり議論されておらず、情報参加制度のイギリス法への受容の検討にとどまっている。イギリスの企業経営者も従業員参加制度を前提とするSE制度はイギリスの企業文化にそぐわないと評価している[20)]。

しかし、2004年９月13日にSE規則とSE指令を受容する法律が成立、10月８

日には施行された。所轄省庁の通商産業省（DTI）のプレスリリース[21]は、「新しい会社形態であるSE制度の利用は企業のまったく自主的なものであり、他の構成国の会社を買収しようとする会社や他の構成国の会社と共同会社を設立しようとする会社は、SEの形式で共同持株会社または共同子会社を設立すれば、海外会社との契約締結がより簡便になる。同時に複数の構成国で事業を営もうとするイギリスの公開会社はSE形式を採用することは有益であろう。」としている。

なおイギリスでの受容にあたり、SE規則、SE指令ともに若干の修正がなされている。まずSE指令７条３項のよる経営参加の適用除外を採用した。つぎに、イギリス会社法への二層制方式の導入については、イギリス政府は、二層制方式については、法改正の必要はなく、会社の定款自治による裁量の範囲であるとした。従業員参加についてはイギリスの労使関係の特異性を斟酌すべきとしている。これに対し、労働組合（TUC）は二層制方式については必要最低限の事項を会社法で規定すべきであるとしている[22]。法律の施行以降どれだけの会社がSE制度を利用するかであるが、経営者団体（CBI）の予想とおり、従業員参加を含むSE制度を利用するイギリス法人はいまのところ存在しない。

ｃ．フランスの場合

フランスは、SE指令およびSE指令の受容はまだ完了していない。しかし、フランスでは、SE規則と同様に、会社法で一元制と二層制のふたつの方式を株式会社の運営構造としており、また従業員参加についても法制化されている。

フランス会社法では、以前から従業員取締役制度が一定の範囲で導入されているが、その割合は少数にとどまる。1994年の法改正以後、従業員持株比率が一定の割合を超えた株式会社は、従業員取締役選出のための定款変更の特別株主総会の招集が義務づけられた。2001年にはこの比率は３％に引き下げられた。しかし、この制度は株式の保有を根拠とするものであり、ドイツの共同決定方式とは異なるものである。またフランスでは、1946年以来、従業員の情報入手と協議権を有する企業委員会制度が伝統的な存在となっている。これは先の欧

州労使協議会指令（94/45/EC）にも大きな示唆を与えている[23)]。

このように、フランスではすでに国内法制度が存在するが、逆にSE規則・指令と異なる部分については、いまだ検討中とみられる。むしろ問題点は、SEの本店の移動（SE規則８条）にあると思われる。なぜなら、フランス会社法において準拠法の変更（会社の国籍変更）は容易ではなく、特別株主総会による株主の同意を伴うからである（商法典Ｌ225-97条）。

14）http://www.seeurope-network.org/ Countries having transposed the SE legislation, state of the art ; 01-04-2005.

15）ドイツに関しては多くの文献があるが、代表的なものとして、正井章筰『西ドイツ企業法の基本問題』（成文堂、1989）、同『共同決定法と会社法の交錯』（成文堂、1990）、同『ドイツのコーポレートガバンナンス』（成文堂、2003）がある。

16）http://www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/countries/germany.html/

17）共同決定法における従業員代表の同権的参加については、株式会社の持分所有者の権利を侵害するかにつき、立法当時、バイエル、ベンツを含む大企業や使用者団体の申し立てによりその合憲性が争われた。1979年連邦憲法裁判所は共同決定法を合憲と確認した。拙稿「EUにおける従業員参加の法的研究（四）」早大法研論集84号１頁以下、後藤清「西独共同決定法合憲性について」ジュリ694号108頁以下、正井・前掲注15）（共同決定法）79-99頁、二神恭一『西ドイツの労使関係と共同決定』（日本労働協会、1982）141頁以下。Urteil des Bundesverfassungsgerichts, vom 1.3.1979, BB Beilage 2/1979.

18）正井「ドイツの共同決定制度に関する最近の動向」際商33巻１号35頁以下参照。

19）前掲注16）参照。

20）http://www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/countries/uk.html/ イギリスでは70年代の労働党政権時代に従業員の経営参加が議論された経験があるが、株主主権と定款の自治を伝統的に尊重している。ブレア政権も欧州労使協議会指令の受容とEC設立条約の社会条項を追認したが、経営

参加の検討はしていない。過去の経緯は、拙稿「EUにおける従業員参加の法的研究（四）」早大法研論集84号５頁以下参照。

21）13 September 2004, The European Public limited-liability company regulatons 2004, Information Note, http://www.dit.gov.uk/またはhttp://www.gnn.gov.uk/ なお、DTIは2005年３月、「会社法改革（Company Law Reform, CLR［Cm 6456］）」と称する白書（White Paper）を公表、各界のパブリックコメントを2005年６月10日まで募るとしている。全299頁におよぶ内容は、ビジネスニーズに適した政府の会社法改革案で、①株主の義務と長期投資、②必要最低限の規制、③会社設立の簡素化、④柔軟性などが検討されている。意見集約後、Company Law Reform Billが策定される。さらにDTIは「ヨーロッパ会社法と企業統治（European Company Law and Corporate Governance Action Plan : A consultive document - Directive Proposals on Company Reporting, Capital Maintenance and Transfer of the Registered Office of a Company）」と称する提案書を2005年３月10日に公表、各界のパブリックコメントを2005年６月３日まで募るとしている。内容は会計に関する会社法第四指令および第七指令の改正案、資本維持に関する会社法第二指令の改正案および近い将来提案されうる、本店の移動に関する会社法第一四指令提案につきそれぞれの争点を明らかにしている（http://www2.dit.gov.uk/cld/current.htmからPDF版で入手）。このように、イギリスの会社法全体が変革期にあり、SEもその要素のひとつにすぎない。

22）http://www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/file-uploads/tuc_ec_4-_8_attach/pdf/

23）http://www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/countries/france.html/、拙稿「EUにおける従業員参加の法的研究（一）」早大法研論集79号47頁以下、同（二）80号31頁以下参照。

（3）ヨーロッパ会社（SE）の実態とその展開

では、実際にSEはEU経済界に影響を与えたのであろうか。SE規則およびSE指令の採択当時から、EUレベルで事業活動を行う企業の多くが、2004年10月８日の施行に合わせて、「SE成り」を試みると期待されていた[24)]。しかし、

2005年４月現在、全EUで「４社」しか設立されていない[25]。ここではヨーロッパ会社の実態的側面について、「４社」の設立例と今後の設立予定の事例について検証していくことにする。

ａ．エルコテック社（Elcoteq Network Corporation SE）の場合

設立日：2004年10月８日

SE登記国：フィンランド（本社、ヘルシンキ）

設立方式：組織変更（Conversion）、一元制の機関を採用

業種：ネットワーク関連電子機器の製造およびサービス

エルコテック社[26]は、ヘルシンキ証券取引所に上場されているフィンランド法人で、12ヶ国で事業活動を行い、約16万人の従業員を有する世界的企業であり、EU域内ではフィンランド本社のほか、エストニア（AS Elcoteq Tallinn）、ハンガリー（Elcoteq Hungary Ltd）、ドイツ（Elcotecq Elektronik GmbH, Elcoteq Deutschland GmbH）およびスウェーデン（Elcoteq Sweden AB）等に完全子会社を有し、各社において従業員を雇用している。同社は、組織変更の形式で、フィンランド本社を「ヨーロッパ会社（Elcotecq Network SE）」に変更し、2004年10月８日にSE設立登記を行った。

その経緯であるが、2003年３月26日の年次株主総会において、取締役会に対し、同社の現在の本店所在地または登記地を移転させた場合の競争力につき検討することが要請され、取締役会、社長／CEOにおいて「SEへの組織変更の可能性」が検討され、2004年の年次株主総会で報告された。

同社の取締役会報告書[27]によると、SE規則２条４項および37条[28]にもとづく、SEへの組織変更の目的は、①競争力、②汎ヨーロッパ的アイデンティティとフィンランドのナショナルアイデンティティの両立、③SE設立の早期導入によるイメージアップ効果等を指摘している。また、現在、欧州経済領域（EEA）28ヶ国で多くの現地法人を有するかわりに、SEにおいて一元制の会社の運営機関構造（SE規則38条ｂ）[29]を採用することにより経営コスト削減と迅速

な意思決定がなされること、欧州レベルでの従業員参加がなされること、本店所在地や登記地の移転などが長期的メリットとして検討されている。いずれにしろ、組織変更の場合、社名に「SE」が付されるほかは、定款、株主の権利および雇用契約等に影響がないことが強調されている。従業員参加についても、SE指令に従う形式で、特別交渉機関（SNB）を設置し、従業員の既得権益を減じる際は、３分の２以上の賛成を要することなどが検討されている。

ｂ．ノルデア　グループ（Nordea Group）の場合

設立日：2005年の予定

SE登記国：スウェーデン（本社）

設立方式：組織変更

業種：総合金融サービス業（個人向け銀行・法人向け銀行・投資銀行、アセットマネンジメント、保険等）

ノルデアグループ[30)]は、デンマーク、フィンランド、スウェーデンおよびノルウェイの各国の銀行グループによって構成されている、総合金融サービスグループである。1998年、Merita Bank（フィンランド）、Nordbanken（スウェーデン）、Unibank（デンマーク）およびChristiania Bank（ノルウェイ）の合併によって誕生し、数回にわたる合併・分割などの再編を繰り返しながら、2004年１月、親会社としてNordia Bank ABに統括された。このNordia Bank ABが最終的にSEに組織変更される。ノルデアのSEへの組織変更は「効率性」を第一の目的とし、スウェーデンを登記国とする予定で、すでに2003年６月19日のNordia Bank ABの取締役会で決定されており、同年10月の特別株主総会で組織再編が承認され、2004年６月の金融統合国際会議（ブリュッセル）で同社CEOにより、ノルデアがSEへの組織変更を計画している旨が公表された。当初はおそくとも2005年にはSEへの移行が完成するとされていたが、2005年４月の定期株主総会においてもSEへの組織変更の承認は議案とされていない。一方、ノルデアの労働組合（Confederation of the Nordic Bank, Finance and

Insurance Unions, NFU）では、SEにおける従業員参加のあり方、とりわけ会社機関への経営参加について活発な議論がなされている[31)]。したがって、従業員参加が未調整が、SE組織変更の遅れの原因となっていると思われる。

ｃ．ストラバッグ建設会社（Bauholding Strabag SE）の場合

設立日：2004年10月12日

SE登記国：オーストリー（本社、リンツ）

設立方式：組織変更

業種：建設業

ストラバッグ社[32)]は、オーストリーに本社を置く建設会社で、欧州のほかアフリカおよび近東にも子会社を有している。

ストラバッグ社は、SEにおける従業員参加につき、あらためてSNBを設置せず、会社の管轄機関との交渉・新たな合意のいずれも行わない旨の合意が、すでに同社の欧州労使協議会（EWC）の委員と間で取り交わされている。こうしたBauholding Strabag AGとEWCの間の取り決めは、将来のSEに対しても承継され、Bauholding Strabag AGにおける経営参加の規定はそのままBauholding Strabag SEにも適用されると同社は解している[33)]。

しかし、このようなSEへの変更登記に対して、ドイツの労働組合、ベルギーの企業委員会およびオーストリーの労働委員会より異議申し立てがなされている[34)]。

ｄ．ブレンナートンネル建設会社（Brenner Basistunnel SE, BBT SE）の場合

設立日：2004年12月16日

SE登記国：オーストリー（本社、インスブルック）

設立方式：持株会社（holdings）、組織変更

業種：オーストリーとイタリアの合弁事業（ブレンナー峠国際トンネル建設事業）

オーストリーとイタリアの国境、ブレンナー峠は、古くからの陸上交通の要衝であり、域内市場における「自由移動」の大動脈である。ここに総長50kmにおよぶ鉄道トンネルを敷設する計画が、1986年ドイツ、オーストリアおよびイタリアの３ヶ国共同で検討開始された。その後、EUレベルでも検討が行われ、オーストリーおよびイタリアの２ヶ国の合弁事業としてスタートすることとなり、トンネル建設の設計施工および監理を行う会社として、2004年６月、Brenner Basistunnel AGが設立された。この会社が、SEに組織変更されたものが、Brenner Basistunnel SE[35]である。なお、この会社は従業員を有しない。今後、高度な専門技術者（エンジニア）を採用する可能性がある。この合弁事業にはEUの資金援助がなされることになっている。

このようにすでに「SE成り」した４社（最終的に組織変更の登記が確認されていないノルデアグループを含む）に現在計画中の４社[36]を加えても、施行後半年経過した段階でSE制度を利用する企業はきわめて少ないように思われる。その理由は、①各国の公開有限会社に適用される法律がSE規則と補完的にSEに適用されるため、登記国の国内法人との間に制度の差がないこと、②税制など不明瞭な点が多く、どれだけメリットがあるか企業にとって明確でない、などが考えられるが、もっとも大きな問題点は従業員参加の問題であるとされる[37]。

たしかに、ノルデアグループとストラバッグ社の場合、従業員（組合）側で経営参加への議論が進められており、逆に問題が指摘されていないブレンナートンネル建設会社は従業員を有しないSEである。今後SE成りを計画中の企業４社も金融、監査法人・コンサルティングなど従業員数が少ないEUレベルの大企業が多い。また、設立国にも偏りがある。SE指令の受容を行った15構成国のうち、オーストリー、フィンランドおよびスウェーデンの３国しか制度利用を試みていない。豊かな中小国の企業が、汎ヨーロッパアイデンティティを訴求することで自らの競争力やイメージアップを期待していると考えられる。逆に受容が済んでいるドイツ、オランダ、イギリスといった主要構成国では、あえて「SE成り」をする企業は少ない。

このように、多年の議論を経て、ようやく誕生したSE制度であるが、施行後６月を経過した2005年４月現在、経済界の需要は低い。今後、施行および立法化される一連のEU法人もかりに同じような傾向を帯びれば、会社法分野における共同体法上の争点をこうしたEU立法によって解決を図ることは困難ということになる。では、共同法上の争点である「開業の自由」や本店の自由移動は、司法によって克服できるのか、欧州司法裁判所の判例を検討することとしたい。

24）当初は中小企業やグループ企業内部を含め、域内で数万社のSEが設立され、国内法にもとづく会社は減少するという分析もあった（F.Blanquet, Rev.droit de l ùnion européenne, 1/2001, p.65）。

25）欧州委員会提供の資料による（Direction Général Emploi et Affaires sociales, Mme Evelyne Pichotより2005年３月10日の聞き取り調査時に入手。ブリュッセルにおける本実態調査は、平成一六年度亜細亜大学特別研究助成による。）。

26）http://www.elcoteq.com/およびhttp://www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/companies.html/

27）http://www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/companies.html/からリンク。

28）他の構成国に子会社を有する公開有限責任会社の組織変更によるSE成り。

29）SEは一元制または二層制のいずれかの運営機構を選択できる。

30）http://www.nordea.com/およびhttp://www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/companies.html/

31）http://www.nfufinace.org/Resource.phx/plaza/nordea/02.htx/およびhttp://www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/companies.html/

32）http://www.strabag.at/およびhttp://www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/companies.html/

33）http://www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/companies/strabag.html/

34）ibid.

35）http://www.bbt-ewiv.com/de/およびhttp://www.seeurope-network.org/ho

mepages/seeurope/companies.html/

36）今後SE設立を予定している会社は以下のとおり。①MPIT金融サービス（MPIT Structured Financial Services）の場合、SE登記国：オランダ（予定）、設立方式：子会社、業種：金融サービス業、関係構成国：オランダ、ベルギー、従業員参加の有無：行わない（予定）。②アルフレッド　ベルグ銀行（Alfred Berg）の場合、ＳＥ登記国：スウェーデン（予定）、設立方式：組織変更（予定）、業種：投資銀行、関係構成国：スウェーデン、フィンランド、デンマーク、ノルウェー、従業員参加の有無：未定。③ノイマン　パトナーズ有限会社（Neumann Parteners GmbH）の場合、SE登記国：オーストリー（予定）、設立方式：未定、業種：人材コンサルティングサービス業、関係構成国：オーストリー、ハンガリー、チェコ、スロバキア等、従業員参加の有無：未定。④マザール社（Mazars）の場合、SE登記国：フランス（予定）、設立方式：未定、業種：会計監査、コンサルティング、関係構成国：大多数のEU構成国、従業員参加の有無：未定。（欧州委員会提供の資料による、Direction Général Emploi et Affaires sociales, Mme Evelyne　Pichotより2005年３月10日の聞き取り調査時に入手。ブリュッセルにおける本実態調査は、平成一六年度亜細亜大学特別研究助成による。）

37）SEに関し、筆者は、施行前の2004年３月31日、MEDEF（フランス経団連）シモン法務部長、および施行後の2005年３月10日、欧州委員会雇用・社会問題担当局ピショオ専門担当官（前掲注25）および36）参照）にそれぞれ聞き取り調査を行った。共通する答えは、SEの設立事例が極めて少ない最大の理由として「従業員参加」を指摘する点である。経済界において、税制メリットが不明瞭であることよりも、従業員参加問題に対するネガティブな反応が予想外に大きい。

４．「開業の自由」の原則の確立とその影響―裁判例として―

(1)　共同体法における「開業の自由」とは何か

EC設立条約43条は、他の構成国における構成国民の開業の自由に対する制限の撤廃、構成国民による代理店、支店または子会社の設立に対する制限の撤廃を定め（同条１項）、自営業の開始・継続の権利、企業・会社の設立および

経営を行う権利、すなわち営業の自由を認めている（同条２項）。またすでに述べたように、EU構成国の法律にもとづいて設立され、その定款上の本店または経営管理の中心もしくは主たる営業所、すなわち会社の連結素（rattachements）のいずれかをEU域内に有する法人（会社）は、構成国の国民たる自然人と同様に扱われることになる（EC設立条約48条）。つまり、EU構成国で設立された法人（会社）はその連結素がEU域内にとどまるかぎり、「開業の自由（liberté d établissement）」を享受することができる。さらにこの開業の自由は、「公共政策、公共の安全および公衆衛生によって正当化される」場合を除いて、EC設立条約上の基本権として保障される（EC設立条約46条）。これが、共同体法上の「開業の自由」の原則である。

一方、会社法の視点からすると、会社法人は構成国の国内法によりその法人格を取得し、国内法に服することになる。そうした会社法人が共同体法の保障する開業の自由を行使する場合、会社法人の属人法上の視点から抵触が生じることはすでに述べた（本論文２(3)参照）。ここでは、欧州司法裁判所の判例構築により、開業の自由が確立されれば、会社法分野の共同体法上の基本的問題の解決に資するか否か、論じていくことにする。

(2) 欧州司法裁判所における判例の変遷

「開業の自由に対する制限」に関する過去の主な判例（先決裁定）は、初期の消極的事例として①デイリー・メイル判決（Case C-81/87, Daily Mail［1988］ECR5483）[38]、積極的事例として②セントロス判決（Case C-212/97, Centros［1999］ECR-I-1459）[39]、③ユーバーゼーリング判決（Case C-280/00, Ueberseering［2002］ECR-I-9919）[40]があり、近時の判例として④インスパイア・アート判決（Case C-167/01, Inspire Art［2003］ECR-I-10155）[41]、がある。このうち、①は会社の設立国から会社の本店の移動（一次的開業）が問題となった。これに対し②、③および④は、転入国で開業の自由に対する制限が争点となったケースで、②および④はいわゆるペーパーカンパニーの支店開設（二次的開業）の自由に対する事例であり、③は転入国での他の構成国の会社法人

の訴訟当事者能力の問題である。このように、それぞれ前提条件が異なる点に留意することが必要である。

セントロス判決以降、開業の自由に対する制限に関し、これを共同体法違反とする積極的事例がつづき（③、④）、開業の自由の原則に関する欧州司法裁判所の立場がすでに確立したと考えられている[42)]。こうした判決の法律構成は、まず最初に、開業の自由に対する制限が存在するか、次に、制限が存在する場合、それがEC設立条約46条によって正当化できるかを検討している。セントロス判決以降の事例では、「開業の自由に対する制限が存在し、それは46条によって正当化できない」と判示し、共同体法に対する違反を認めている。

ａ．一次的開業の自由に関する事例

①のデイリー・メイル判決は、イギリス法人がオランダにその本店を移転させようとしたケースで、設立準拠法主義を採用する構成国間の会社の本店の移転であるにもかかわらず、設立国であるイギリスの税制上の事由から移転が制限された。これが「開業の自由に対する制限」に該当するかどうか争われた事例で、欧州司法裁判所は、「……会社は自然人と異なり、法秩序の創造物であることに留意しなければならない。会社はその設立を定めている様々な国内法によってのみ存在している。（判決19段）……」として、本件の場合、開業の自由に対する制限にあたらないとした。その理由は、構成国の会社法制度の調和のないまま、「一次的開業の自由」の行使を認めれば、採用する法制度上の立場の相違からEU域内で不均衡が生じる可能性があり、これを回避する必要があったと解されている。したがって、「将来の立法または構成国間の協定」によって会社の属人法秩序における対立が解消されれば、デイリー・メイル判決が変更される可能性があるとされた[43)]。一方、これをもって欧州司法裁判所は本拠地法主義の立場にたつとする論者も多かった[44)]。

これに対し、③のユーバーゼーリング判決は、一次的開業、すなわち設立国Ａ（オランダ）から他の構成国Ｂ（ドイツ）に当該会社の本拠地を移動する場合、Ａ国法人としての法人格が維持され、Ｂ国における訴訟当事者能力が認め

られるかについて争われた事例である。これにつき、欧州司法裁判所はEC設立条約第43条および第48条を根拠に、B国法人として再設立し法人格を取得しないかぎり、B国での訴訟当事者能力を認めないとする立場は、共同体法の保障する開業の自由に反すると判示した。

法人の本質を法による擬制（fiction）としてとらえると、自国の領域外で設立された外国会社の法人格を自国の国内法において承認する余地はなく、それは再設立によるしかないとされる[45)]。ドイツ法はこうした本拠地法主義の立場にたつものであるが、欧州司法裁判所はこれを否定した。設立準拠法主義をとる立場（イギリス法）では、法人は法によって擬制されたものであるから、準拠法の変更は法人の存続を否定することになるので、設立登記を維持して、その事実上の本店の移動を可とし、転入国での会社法人の再設立は必要としない[46)]。したがって、理論上、設立準拠法主義のほうが、共同体法上の会社の本店の移動（一次的開業）に適していることになる。このため、本判決はドイツを中心に多くの議論を呼んだ[47)]。

では、ユーバーゼーリング判決では、デイリー・メイル判決の判例変更がなされ、欧州司法裁判所において設立準拠法主義の立場が採用されたと解すべきなのだろうか。たしかに、共同体法の保障する「開業の自由」の実現には会社に対する属人法秩序が設立準拠法主義であるほうが都合がよい。しかし、共同体法上の「開業の自由」の原則はかならずしも本拠地法主義と整合しないわけではない[48)]。デイリー・メイル判決はその判決19段が示すとおり、会社法人は設立した構成国の法秩序（ordre juridique）に強く連結して、法によりその法人格を付与されたもので、共同体法秩序との連結は補完的なものにすぎないという見解がある[49)]。つまり、デイリー・メイル判決の争点は、本店を移動する会社はいずれにしろ設立国の国内法に服するから、設立国の法規を遵守した結果転出できないとする国内法上の制限が共同体法に反しないかという問題であり、抵触法上の問題ではないと解することができる。これに対し、ユーバーゼーリング判決は転入先の構成国における訴訟当事者能力の問題であり、したがって、デイリー・メイル判決以降、欧州司法裁判所において判例変更がな

されたのではなく、むしろ裁判所は一貫した立場にあると考えられる。

会社法人は、設立国の法秩序の創造物であるから、設立国においてはその法秩序に服し（①判決）、他の構成国においては共同体法によってその開業の自由の権利を保障されるのである（③判決）。「開業の自由」の議論は共同体法上の争点であり、抵触法上の問題ではないと考えられる。

b．ペーパーカンパニーに対して二次的開業の自由を認容した事例

さて、「開業の自由に対する制限」に関する判例のなかで、「カシス・ド・ディジョン」並みの重要性をもつ[50]とされたのが、②のセントロス判決である。この事例で、欧州司法裁判所は、登記上の本店の所在地で営業していないという事実は、共同体法が付与する「二次的開業の自由」を否定する権利濫用や詐欺的行為に該当しないと判示し、いわゆるペーパーカンパニーである会社に対し、他の構成国で支店の開設、すなわち「二次的開業の自由」を認容した。

④のインスパイア・アート判決は、セントロス判決を踏襲したものである。セントロス判決は、そもそもペーパーカンパニーに対して支店の開設そのものを認めるべきかについて争われた事例であるが、インスパイア・アート判決は、これに加えて支店登記の記載事項に関し行政上の補足的義務をペーパーカンパニーに課すことの是非について争われた事例である。

インスパイア・アート判決では、ペーパーカンパニーの登記に際し、最低資本金や取締役の責任などの補足的義務を課す、オランダのWFBV法（Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen）による制限が共同体法に違反するとされた。しかし、同法については、いわゆるデラウエア会社を認めることの反射的機能、一種の制御をもたらす法律（loi de police）として評価する論者もある[51]。設立国と何の関係も有せずに、オランダのみで事業活動を行ういわゆる疑似外国会社（pseudo-sociétés étrangères）には、オランダ会社法上の最低資本金制度などを回避することのみを目的とする場合も少なくない。WFBV法はこうした法の潜脱に対処するため、支店の開設登記にオランダ法人と同様の書式を提出させることを講じた。セントロス判決以後、定款上と事実上の会社

の本店の分離（dissociation du siège statulaire et du siège réel）は、二次的開業を拒否するための理由とならなくなった反面、権利濫用や詐欺的行為を理由に構成国が制限できる可能性が確認された。WFBV法は一定の効果を有するとされたが[52]、構成国が例外的に制限を行うための４つの条件が セゲルス判決[53]で示されたものの、本件を含め、EC設立条約46条により、開業の自由に対する制限が正当化されたケースは過去においてほとんどない。今後の争点は、むしろ二次的開業の自由に対して国内法で制限を加えることの正当性、つまりEC設立条約46条適用の問題が焦点となってくると思われる[54]。

(3) 判決がもたらす影響

ａ．Law　Shopping

では、欧州裁判所の一連の判決が会社法分野にもたらした影響はなにか。それは、まず第一に、構成国会社法に制度間競争をもたらす可能性である。セントロス判決以後、EU域内に会社を設立しようとする者は、事業活動の実質的本拠地に関係なく、設立登記国を選択する権利、すなわち準拠法選択の自由が与えられたことになる。会社の連結素に選択肢が付与されたことは企業の事業戦略に大きなチャンスをもたらす。したがって、EUでは今後、個々の事業活動上もっとも都合のよい国内法を選ぶこととなり、構成国の会社法制度につき競争原理がはたらくこと、Law Shoppingが現実化する可能性が想定される[55]。これは構成国の国内法にもとづく会社法人にとどまらず、SE制度を含んだ競争となるおそれがある[56]。それは、成立したSE規則が登記国の国内会社法に依拠する形式をとるため、EUレベルでの統一的会社法人制度の実現に至らなかったためである。

たしかに、会社法制度間の競争は、国内法にもとづく会社法人にしろ、SEにしろ、よりソフトな（規制の少ない、たとえば定款の自由を広く認容する等）法制度を有する構成国への設立登記の集中をもたらすであろう。競争の結果、登記国として選ばれやすい会社法モデル、平準化された会社法モデルの形成が促進されよう。実際、欧州委員会のアクションプランはもとより、フランス・ド

イツ・イギリスなど主要構成国で会社法改正が検討されている[57]。今後かりに、SEの設立も増加していくとすれば、SEはまさに会社にとって「国境のない真の欧州空間」[58]をスタートさせることになろう。

しかし、一方でLaw Shopping、EUにおける「デラウェア現象」に短所を見いだすこともできる。たとえば、ペーパーカンパニーの乱立である。また、グループ会社の場合、グループ内部で子会社の事業目的に最適な法制度を有する国で登記を行い、ペーパーカンパニーを駆使した複雑な企業グループが形成されることも考えられる[59]。また二次的開業の自由を保障することで、他の構成国法人が自国の国内法人に較べ有利な権利を享受する場合も想定される。このように、制度間競争は弊害をもたらすことも看過できない。

b．Community Formation Theory

すでに、指摘したように、欧州司法裁判所は本拠地法主義そのものを否定したわけではない。EC設立条約48条は、「構成国の国内法に基づいて設立された法人」であり、かつEU域内に会社の連結素、すなわち定款上の本店、経営管理の中心または主たる事業所のいずれかを有する会社に、構成国の国民と同様に、EUの基本権として「開業の自由」を保障する。いまや、定款上と事実上の会社の本店の分離（dissociation du siège statulaire et du siège réel）は問題とならない[60]。これは、たしかに設立準拠法主義と整合するが、共同体法や欧州司法裁判所が保障する基本権の対象は、あくまで構成国の法律にもとづいて設立された会社法人にとどまる。EU域外の第三国で設立された会社に対しては、たとえその経営管理の中心や主たる事業所がEU域内にあったとしても、「開業の自由」を享受できない。この場合、定款上と事実上の会社の本店の分離がEU域外に及んでいるからであり、「開業の自由」が享受できるのは、その分離がEU域内にとどまる場合にすぎない。

一方、SEでは、定款上の本店と事実上の本店の分離を認めず、同一構成国内に置くことを要するので、その意味では本拠地法主義を採用していることになる（SE規則７条）。しかし、EU法人という概念であるため、他の構成国に定

款上の本店を移動することは自由である。したがって、SEは、本拠地主義の立場を採用しながらも、事実上は、EU域内で設立準拠法主義を採用したのと同様となり、SEの本拠地の移転に関する「一次的開業の自由」が確立されることになる[61)]。

要するに、共同体法上、かならずしも本拠地法主義が否定されたわけではなく、完全な設立準拠法主義が採用されているわけでもない。共同体法が保障する「開業の自由」は抵触法上の問題解決を図るものではなく、共同体法上の基本権であり、あらためてCommunity Formation Theoryという固有の概念でとらえるべきと思われる[62)]。

38）Case C-81/87, The Queen v. H.M. Treasury and Commission of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC,（27.09.1988）,［1988］ECR-5483 ; 327CMLR1989 ; Menjucq, op.cit., Montchrestien, p.308; Menjucq,op.cit., LGDJ, p.44, p.85 et p.355. 邦文文献として、鳥山恭一「Daily Mail事件の欧州司法裁判所判決」長濱還暦『現代英米法会社法の諸相』61頁以下、同「ヨーロッパ会社の制度化とEC法」早法68巻１・２号１頁以下。山根裕子『ケースブックEC法』230頁以下参照、今野裕之「ECにおける移動の自由の原則と会社の本拠の移転」際商27巻８号（1999）960頁以下、山内惟介『国際会社法研究』267頁以下参照。

39）Case C-212/97, Centros ltd. v. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen,（09.03.1999）［1999］ECR I-1459 ; 147CMLR2000 ; Menjucq, La mobilité des entreprises, Rev.soc.（2）2001, p.218. ; Wuff-Henning Roth, From Centros to Ueberseering : Free movement of companies, Private international law and Community, ICLQ 52［2003］177-208 ; Klaus. J. Hopt, L ’entreprise et le droit européen, Rev.soc (2) 2001, p.313. 由布節子・貿易と関税2000年４月号156頁以下、今野「ECにおける移動の自由の原則とペーパーカンパニーの二次的開業権」際商29巻６月号（2001）741頁、山内前掲注38）331頁以下参照。

40）Case C-208/00, Ueberseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH（NCC）,（05.11.2002）,［2002］ECR I-9919 ; Menjucq, JCP ed. G 2003 II.100032 ; M.Luby, Bull.joly. soc. 2003.464 ; W.H.Roth, ICLQ

52［2003］177-208；T. Ballarino, op.cit. 今野裕之「ECにおける移動の自由の原則と会社の権利能力の承認」際商31巻10月号（2003）1462頁以下、拙稿・貿易と関税2003年10月号71頁以下参照。

41）Case C-167/01, Inspire Art Ltd. V. Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam,（30.09.2003），［2003］ECR I-10155；Horatoria Muir Watt, Rev. drit. DIP, 93（1）2004, p.151-184；V.Maignier, JCP ed. E 2004.251；M.Luby, JCP ed.G 2004 II. 10002；J.P. Dom, Rev.soc. 2004（1），p.135-149；Menjucq, Bull.joly. soc 2003, p.1296、272；Menjucq, D.2003, p.2874；L. I dot, europe 2003, comm. 361, obs.；E. Patant, D.2004, p.491；T.Ballarino, Rev. crit. DIP 2003, p. 373-402. 拙稿・貿易と関税2005年５月号71頁以下参照。

42）M. Menjucq, Le droit communautaire d ětablissement et le droit international des sociétés après l ȧrrêt inspire art, Revue de droit des affaires-Panthéon-Assas, No.2 septembre 2004, p.121；Menjucq, Bull. joly. soc, 2003, p.1310；Maignier, JCP ed E, 2004. 251；Kersting and Shindler, The ECJ ṡ Inspire Art Decision of 30 September 2003 and its effects on practice, 4 German Law Journal No.12（01.12.2003）p.1277-1291.

43）鳥山・前掲注38）92頁。

44）山内・前掲注38）（グロスフェルト教授の見解として）280頁。

45）Menjucq, op. cit., Montchrestien, p.61, et p.283-285；Menjucq, op. cit., Rev. soc（2）2001, p.212.；Hopt, op.cit., Rev.soc.（2）2001, p.312.

46）Menjucq, op. cit., Montchrestien, p.284；Menjucq, op. cit., LGDJ, p.63-64.

47）ドイツではセントロス判決以後、本拠地法主義と共同体法上の開業の自由の整合性につき研究が重ねられている（F. Unzicker, Niederlassungsfreiheit nach Centros und Ueberseering, Peter Langer；K. Kern Ueberseering-Rechtsangleichung und gegenseitige Anerkennung, Duncker & Humblot）。また設立準拠法主義と定款の自由の原則を有するイギリス会社法にも共同体法との関係で関心が寄せられている（V. G. Heinz, Die englische Limited, Nomos）。

48）Kersting/Schindler, op.cit.；Menjucq, op.cit. Panthéon-Assas, p.129；D. Zimmer, 41CMLR 1127-1140, 2004；C.Teichmann, The European Company-A challenge to academics, legislatures and practitioners, 4 German Law Journal No.4（01.04.2003），p.309-331.

49）Menjucq,op.cit., Montchrestien, p.316-320. ; Menjucq, op.cit., LGDJ, p.198-206. Y. Guyon, Droit des affaires, 12ed. 2003 Economica, p.233. Menjucq教授は、EU法人は国内法の創造物でないので、こうした共同体法の補完的作用は問題にならないとする（Menjucq, op. cit., LGDJ, p.169-171 et p. 203 ; Menjucq, op. cit., JCP 2003, p.364-365）。

50）M. Menjucq, Mondialisation et rattachement juridique des sociétés, Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges Y. Guyon, Dalloz 2003, p.833.

51）Menjucq, op. cit., Montchrestien, p.62 ; Ballarino, op.cit., p.389 ; Maignier, op. cit., JCP 2004 ; L.Idot., op. cit., europe.

52）Menjucq教授は二次的開業の自由をペーパーカンパニーに認めるにあたり、実際に事業を行う国において債権者保護等の法規制を確保することの重要性を指摘している（Menjucq, op. cit., Mélanges, p.840.）。

53）Segers, Case C-79/85, (10.07.1986) [1986] ECRI-2375, point 34.

54）Menjucq, op. cit., Montchrestien, p.312 et p.338 ; Menjucq, op. cit, Bull. joly 2003, p.1312. 前掲注41）に参照した多くの論者が、「開業の自由」を認めたうえで、例外的な制限として第46条をあげている。では、何が46条によって正当化されるかについては、例えば従業員参加などの社会条項を回避するために本店を移動させようする場合に制限を加えること等が指摘されている（Maignier, op. cit., JCP 2004）。また46条によって制限が正当化された事例がほとんどないことへの懸念が指摘されている（Menjucq, op .cit., Pantehon-Assas）。

55）JCP, ed. G. 2003. II, No 10 032, note Menjucq ; Menjucq, op. cit., Rev. sociétés (2) 2001 p.211 ; Menjucq, op. cit., LGDJ, p.147 ; Dom, op. cit p.142. Law Shoppingとその状況についてはいくつかの見解がある。①会社法の競争はより「低い」規制をもたらし、会社相互承認という多様性の流れから競争による淘汰・統合が起こる。本拠地法主義の意味がなくなり、法の抵触が生じなくなる。本判決により、国内会社における会社法間の水平的競争だけでなく、ヨーロッパ会社法と国内会社法間の垂直的競争もまねく（Maignier同旨）とする（Watt, op. cit., p.177）。②競争による収斂の方向性は、「低き」規制ではなく、「より弾力的な」法制度の選択となろう（Menjucq, op. cit, Bull. joly 2003, p.1310）。③現状における共同体法の不統

一がＳＥの設立地においても競争をまねく（Maignier, op. cit., JCP 2004）。④近時の派生法は、枠組み指令、法律より政策を優先、構成国法への依存などが多く、共同体法上の利益がより曖昧となり、調和作業はむしろ迂回されてる（Luby, op. cit., JCP ed. G 2004, 10002）。

56）前掲注55）、①、③参照。

57）フランスでは2001年に商法典の大改正があった。イギリスについては前掲注21）参照。

58）M. Menjucq, La société européenne, Rev.sociétés (2), p.246.

59）Zimmer, op. cit., p.1138.

60）Menjucq, op. cit., Mélanges, p.831.

61）Menjucq, op. cit., Panthéon-Assas, p.129-131.

62）Eddy Wymeersch, The Transfer of the company ŝ seat in European Company Law, 40 CMLR 661-695, 2003.

５．おわりに

いままで様々な角度から検討を行ってきたが、共同体法における会社法の基本的問題はいまのところ解決をみていない。

立法的手段では、今後審議が予定されている「域内合併に関する指令」案（旧会社法第一〇指令案）と「他の構成国への本店の移転に関する指令」案（旧会社法第一四指令案）がどのような内容となるか注目されよう。かりにこの二つの指令において、詳細規定を設けず具体的な部分を各構成国の国内法に委ねる、いわゆる「枠組み指令」の形式が採用されれば、EUとしての統一した会社法は形成されず、構成国の会社法は各国各様のままとなり、企業にとってもっとも経済的効果の高い会社法制度を有する構成国の国内法に収斂するというLaw Shoppingがつねに繰り返されることとなろう。また、指令の形式だけでなく、アクションプランに計画されているEU法人の立法において、SE規則（2157/2001）やSEC規則（1435/2003、注６参照）と同様に、その具体的な部分を明文化せず構成国の国内法へ委任するような規則が採択される傾向が続けば、統一されたEU会社法の形成はさらに困難となる。EU派生法の立法において、

補完性原則によって具体的内容を示さないまま国内法への委任が行われれば、結果として共同体法自体が稀釈化されることは避けられない。

司法的手段については、結果としてLaw Shoppingを招いたことはさておき、欧州司法裁判所の判決において開業の自由の原則が確立したことについては評価に値する。しかし、転入国での制限事項につき、EC設立条約46条によってその正当性が認容される事例があまりに少ない。こうした「開業の自由」を幅広く保障する判決の立場については、今後個別的な検討が重ねられることに期待したい。

＊　本稿は、第三回慶應EU研究会（2004年12月18日）における研究報告を加筆修正したものである。欧州委員会（ブリュッセル）における実態調査は、平成一六年度亜細亜大学特別研究助成による。

Keio Jean Monnet Workshop for EU Studies
Article on EU Law and Govermance

La polémique fondamentale sur le droit communautaire des sociétés: Societas Europaea et la liberté d'établissement

Hiromi UEDA

1. Dans le marché unifié économiquement et monétairement, la circulation des entreprises devrait être realisée comme la circulation des personnes physiques. Mais, on n'a pas parfaitement achevé la liberté d'établissement prévue à l'article 43 et 48 du traité CE.

2. Mais, il est difficile de résoudre ces problèmes. Comme le siège social se rattache à la loi applicable à la société, le transfert de siège dans l'autre Etat membre entraine toujours le changement de la loi applicable. Le système juridique parmi les Etats membres se diversifie, les uns adoptent le système de l'incorporation, les autres le système du siège réel. Donc, il y a deux initiatives prises par les institutions communautaires pour réaliser vraiement la circulation des entreprises.

3. D'abord, par les législations communautaires, on essaie l'harmonisation et l'approximité des droits des sociétés entre les Etats membres. Maintenant, les propositions des deux directives relatives aux fusions transfrontalières et au transfert frontalier du siège ne sont pas encore adoptées. Et aussi, les introductions du système juridique des personnes morales‘ européennes.’ En 2001, le réglement (2157/2001) et la directive (2001/86) concernant la société européenne (SE) sont enfin adoptés, et effectués au mois d'octobre 2004. SE est une personne morale européenne qui est dotée du droit transfert de son siège social d'un Etat membre à un autre sans dissolution, ni création d'une personne morale nouvelle. Mais, on n'a touvé que 4 SEs établies dans

toute l'Europe, jusqu'ici, parce que la participation des employées dans SE était plus discutables qu'on ne le pense.

4. Deuxièmement, la convergence jurisprudentielle devant la Cour de justice des communautés européennes. La cour de justice a fini par une trilogie jurisprudentielle relative au droit d'établissement : Centros (C-212/97), Ueberseering (C-208/00) et Inspire Art (C-167/01). Apres cette série des arrêts, on a trouvé que la portée du critère du siège réel est limitée sur le droit communautaire. Certes, les deux décisions parmi les trois ont approuvé le droit d'établissement secondaire pour la sociétés pseudo-étrangères. Est-ce que la cour a-t-elle choisi le système de l'incorporation? Pas exactement. La cour pourrait parvenir à 'Community Formation Theory.' La société qui bénéfice du droit d'établissement est uniquement constituée par la loi des Etat membres. La société établie par la loi des autres pays que les Etats membres ne jouit pas de droit d'établissement.

5. De toute façon, le nouveau problème a été provoqué, c'est-à-dire 'Law Shopping.' Les fondateurs peuvent choisir la loi applicable de leur société parmi les législations des Etats membres. Cela signifie la convergence des droits des sociétés nationaux par la concurrence. On n'a pas encore imaginé de droit commun des sociétés pour UE.