The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	＜翻訳＞会社の法的地位に関するECJ アプローチの再構成 ： 欧州司法裁判所の四つの判決を比較して
Author(s)	ニックスドルフ, ベンヤミン; 福井, 康太
Citation	阪大法学. 2004, 54(3), p. 249-279
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55011
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

翻訳

会社の法的地位に関するＥＣＪアプローチの再構成

――欧州司法裁判所の四つの判決を比較して――

ベンヤミン・ニックスドルフ
福井康太／訳

Ⅰ　はじめに

本報告は、会社ないし法人の法的地位、および加盟国による規制立法に関するＥＣＪアプローチを再構成しようとする試みである。加盟国による規制立法は、会社の営業活動を支配するためには、ヨーロッパ法によって承認されなければならない。ここで「再構成」と述べるのは、私の考えでは、欧州司法裁判所（ＥＣＪ）がこの問題に関して下した判決[1]は、少なくともドイツの学術文献[2]を見るかぎり、十分に理解されておらず、むしろ誤って解釈されてさえいるように思われるからである。また、「承認されなければならない」と述べるのは、欧州連合法の「至高性」のゆえである。この「至高性」は、欧州連合法に関する議論の全体を貫くトピックであり、それゆえ、本報告で踏み込んで検討することはできない。欧州連合法の「至高性」ゆえに、加盟国法は適用されるのではなく、欧州

連合法によって一定の条件の下で承認されうるにすぎないのである。

この問題に関する欧州連合法の最新判決は、周知のように、つい最近出されたInspire Art事件判決[3]である。

同判決では、ある加盟国において法的に設立されたのち、他の加盟国において活動している会社は、条約と二次的立法の拘束力とによって、条約上保障されている営業の自由権を奪われ得ないと判示されている。しかもそれは、当該会社が、もっぱら営業所を設けている加盟国でのみ営業し、もともとそれが設立された加盟国ではまったく活動していない場合であってもそうなのである。[4]ドイツでは、このような会社は「郵便受け会社」と呼ばれる。それゆえ、会社は、その法的条件が「設立に好都合な」加盟国において設立され、その後は欧州連合圏内のいずれの場所でも営業できるということになる。だが、そうだとすれば、加盟国法はいかなる役割を果たすのだろうか。この問いはもちろん、欧州司法裁判所によっては、答えられない。なぜなら、欧州司法裁判所は超国家的機構なのであり、加盟国による規制立法について命ずる権限を持たないからである。[5]

とはいえ、この問題は、加盟国にとっては、決定的利害に関わっている。この問題に対処するべく、同判決は、会社ないし法人の事件の準拠法を確定しようと試みる無数の学術文献[6]によって検討されている。というのも、ここでもまた、いずれの法が準拠法になるかを加盟国が独自に決する権限を、欧州司法裁判所が制限しているように思われるからである。さらに、アメリカ合衆国における「デラウエア効果」[7]に類似した、営業活動基準の切り下げ競争が避けられないということも危惧されている。しかし、私見によれば、このような例は、欧州懐疑主義者たちの議論の一断章にすぎない。彼らは、欧州司法裁判所が単にあるがままに法を適用しているにすぎないということ、しかも、そもそも条約の締約国である加盟国がそのようであることを望んでいるやり方で法を適用しているにすぎないということを、受け入れたくないのである。（この判決が、実際に欧州連合圏内における営業活動のためのよ

り正当かつ柔軟な検討手段をもたらす大きな前進であるという考えは、いままでのところ提示されていない）。

しかしながら、欧州懐疑主義もなお存在しており、とりわけ会社法の領域において、加盟国の利害と欧州の利害とのあいだの緊張関係がなお（おそらくずっと）存続しているということはなんら驚くにあたらない。一方の加盟国の国益と他方のヨーロッパ法とのあいだの緊張関係は、周知のように、欧州連合における、法の根本に関わるとともに政治の根本にも関わる大問題である。とりわけ会社ないし法人の場合には、加盟国は自国法を適用することに大きな利害関心を有している。これは、課税問題や被用者の権利、債務者保護について少し考えてみれば容易に分かることである。このようにしばしば利害が異なるということこそが、会社の法的地位にいずれの法を適用すべきかという問題が欧州連合でかくも激しく議論される最も大きな理由である。とりわけドイツにおいては、このトピックは無数の学術文献と学説とを生み出している。(8)

だが、このヨーロッパ法の文脈における他のあらゆるテーマに見出されうる一般的問題、すなわち利害対立と政治的理由といった問題とは別に、この議論が欧州連合法のこの領域において、きわめて活発に議論される実質的理由が存在している。

すなわち、一方で、この問題に関して下された欧州司法裁判所の一連の判決は、その判旨とその結論とに関して、一見矛盾を含んでおり、逆説的であるように見える。だが他方で、ヨーロッパ法自体が、会社ないし法人の文脈においていずれの加盟国法が準拠法となるかという問題について答えを与えていないようにも見えるのである。この点に関する議論についてはのちほどより詳細に解説する。

こうした理由から、とりわけドイツにおいては、この法律問題は伝統的に〔加盟国法レベルの：補注福井〕国際私法の問題として処理されてきた。それはつぎの二つのやり方のいずれかによってであった。一方で、この問題は、

ヨーロッパ法をまったく適用しないというやり方で、処理されてきた。このやり方は、主として欧州懐疑論者によって取られてきたアプローチである。他方で、この問題は、欧州司法裁判所の判決を国際私法（もしくは抵触法）の観点から解釈するというやり方で、処理されてきた。それによって、国際私法の領域で形成されてきた伝統的アプローチを維持しようと試みられたのである。(9) だが、この点私の考えによれば、問題をより詳細に検討すれば、ヨーロッパ法の基本原則の理解のもとで、そのようなアプローチを維持することは不可能だということが明らかになるはずである。その理由は、主として、伝統的アプローチが、一連の欧州司法裁判所の判決について説得的に説明できておらず、かつ、この現象を法的にどのように処理し、また将来への指針をどのように与えるかということについて、納得のいく包括的理論を提示できていないことから窺われる。さらに、これに加わるのが、ヨーロッパ法上の諸原則を、それを具体化する加盟国法の用語体系に置き換える場合には、細心の注意が払われなければならない、という問題である。

そこで、私がここで提示したいのは、欧州連合圏内における会社の法的地位に関する現行法の新たな解釈である。私の基本的な主張は、当該会社の本国とは異なる欧州連合加盟国で営業する会社（ないし法人）の法的地位をいずれの法が支配するのかという問題は、欧州連合法そのものによってのみ解答されうるのであり、また、この問題の準拠法を決するにための単純かつ洗練された問題枠組はヨーロッパ法によってもたらされるということである。

本題に立ち入る前に、欧州連合法において会社を支配する法規定について簡単に概観しておこう。ここで取り上げるのは、まず条約であり、つぎに、この問題に関して出されているいくつかの指令である。さらに、この問題に関して下されている欧州司法裁判所の四つの主要な判決について簡単に概観することも必要である。そうすれば、非ヨーロッパ人にも、この議論を理解することが容易になるであろうし、以下の議論、とりわけドイツの伝統的ア

プローチの理由を理解することも容易になるだろう。

法規定と一連の判決を概観したのち、伝統的かつ今日なお主流をなしているドイツの理論を簡単に概観したい。その理論は国際私法の伝統に立脚しているので、そうしたアプローチの基本的な考え方を理解し、のちにそれと日本法とを比較するということは、日本の聴衆のみなさんにとって興味深いであろう。

さらに続けて、この問題に関する一連の判決を再構成したい。そうすることで、欧州司法裁判所の一連の判決はなんら矛盾しておらず、また、加盟国法に翻弄されることもないということが明らかになるだろう。私が示そうと考えているのは、欧州司法裁判所が、ヨーロッパ法のみに服する一貫的なアプローチに依拠しているということである。ここでの再構成にもとづいて、私たちが取り組んでいる当該問題について明快な構図を示す理論枠組を提示したい。

加えて、この議論が十分に検討され、合理的に支持されるとすれば、加盟国の利害がヨーロッパ法上どのようにしてならなお承認されうるのかについて検討を進めたい。

Ⅱ　法的規定、欧州司法裁判所の判決

欧州会社法は、欧州連合法によってとりわけ厳格に規制されている。その出発点をなすのはＥＣ条約四三条である。規定はつぎのとおり：

「一の加盟国の国民の他の加盟国領域における営業の自由に対する制限は禁止される。この禁止はあらゆる加盟国領域においてあらゆる加盟国の国民によって開設された代理店、支店、子会社に適用される。」

この規定は、ＥＣ条約四八条の指示にもとづいて、会社に対しても適用される。同条はつぎのように規定してい

る：

「一の加盟国法によって設立され、かつ登記された事業所または経営の中心地または主たる営業地のいずれかを共同体のなかに有する会社または企業は、本章の目的に関しては、加盟国の国民たる自然人と同様に取り扱われる。」

これらの直接規定に加えて、九の指令が定められており、そのうちの六指令は「白書」に掲載されている。それらの指令は以下に述べるような重要な問題を規律している：

(1) 開示基準：これは一九六八年三月九日68/151/EEC理事会第一指令によって支配されている。なお、同指令は2003/58/EC指令によって修正されている。

(2) 公開有限会社の最低資本金：これは77/91/EEC理事会第二指令によって支配されている。なお、同指令は、公開有限会社の設立およびその資本金の維持・変更に関して、92/101/EEC理事会指令によって修正されている。

(3) 78/855/EEC理事会第三指令：これは公開有限会社の企業結合に関する指令である。

(4) 一定類型の会社の年度決算に関する78/660/EEC第四指令：第四指令は、指令の規律範囲を再規定するため、数次にわたって修正されている（2001/65/EC指令、90/604/EEC指令および605/EEC指令、2003/51/EC指令）。そこでは、中小企業（S-M-E）の課税控除や銀行その他の金融機関に関する同指令の規律範囲といったことが規律対象となっている。

(5) さらに、83/349/EEC会社法第七指令、84/253/EEC同第八指令、および89/666/EEC同第一一指令：これらは、主として会社の株主保護を目的とした、決算および開示に関する指令である。

(6) 最後に、89/667/EEC会社法第一二指令：同指令は、加盟国に「一人私有限会社」開設に関する立法の着

手を求めている。

以上で、会社法領域において二次的立法が果たしている役割の重要性が理解できるだろう。同時にまた、加盟国の利害に関して欧州レベルの立法者が果たしている役割の重要性も理解できるだろう。欧州が加盟国の個別利害を承認しないということを論ずるにあたっては、このことに留意しておく必要がある。

もっとも、こうした点はまさに、Daily Mail 事件[10]、Centros 事件[11]、Überseering 事件[12]、そして最新のとりわけ重要な Inspire Art 事件[13]判決から導き出される結論である。ここでは、これら一連の判決について、みなさんに簡単に紹介したい。

Daily Mail 事件（一九八八年）[14]

この事件は、英国法によって設立され、英国に本拠を置いているが、課税上の理由でその本拠をオランダに移転しようとした、英国の持株会社に関する事件である。本拠の移転のためには、同社は英国財務省による許可を求めなければならなかった。その際、英国財務省は会社がまずその財産の一部を清算するよう求めることができた。もちろん、（高額納税を免れようとする者に）そうした許可は保証されてはいないのであり、Daily Mail 事件について欧州司法裁判所による判断が求められることになった。同社は、許可取得の要求は、営業の自由（前掲ＥＣ条約四八条）を制限するものだと主張した[15]。だが、欧州司法裁判所は、本件はＥＣ条約の適用対象ではないと判示し、Daily Mail 事件で主張された論点を退けた。結論として、本件には英国法が適用された[16]。

Centros 事件（一九九九年）[17]

Centros 事件判決は、それが Daily Mail 事件判決に矛盾しているように見えるため、ドイツの学界では最も衝撃的な判決と受け取られてきた。この事件もまた、英国において設立登記されているが、もっぱらデンマークで営

業活動を行っている会社に関する事件である。同社が英国で設立登記することを選んだ唯一の理由は、英国法が有限会社のための最低資本金規制を設けていないことであった。これに対して、デンマーク法では、かなり高額の最低資本金の支払が要求されていたのである。結局、デンマーク当局は、Centros社が英国で設立登記している唯一の理由がデンマーク法の回避であったという理由で、同社の営業所登記を拒否した。かくして、同社はデンマークに支店を設けるのではなく、本店を開設することになった。

本件について、欧州司法裁判所は、一の加盟国法のもとで会社を設立し、他の加盟国に支店や代理店を設ける権利は、―たとえ、当事者に権利濫用もしくは不正行為が存する場合には、加盟国が欧州共同体法上の利益を否定することがありうるとしても―EC条約で保障されている営業の自由の行使に含まれると判示した。一の加盟国の国民が、会社法上のルールが最も制限的でないと思われる加盟国で会社を設立することを選択しているという事実は、なおそれだけでは営業の自由の濫用となるものではない。[18] 同判決は、たとえ当該加盟国において営業所を開設する唯一の目的が、会社の本拠地たる加盟国における、より制限的な規制を回避することだったとしても、当該事件の準拠法は本拠地たる加盟国とは異なる他の加盟国法でありうると判示しているのである。このために、同判決はDaily Mail事件判決の変更と見なされることになった。[19]

Überseering事件（二〇〇二年）

この判決は、Centros事件判決を踏襲している。本件は、オランダ法によって設立されたが、その全株式がドイツ人によって所有されている会社が、ドイツ国内のドイツの会社を被告として、ドイツの裁判所で訴えを提起した事件である。この点、ドイツ連邦裁判所の判例法によれば、会社の法人格の準拠法は会社の本拠地法でなければならなかった。本件の場合には、会社の法人格の準拠法はドイツ法であった。というのも、本件の場合、

Überseering 社の全株式が、ドイツで所有されていたからである。ドイツ法は、当該会社がドイツ国内で再設立されないかぎり、他の加盟国法のもとで設立された会社に対して、いかなる意味でも権利能力を認めていない。そして、Überseering 社が再設立の手続を踏まなかったために、同社はドイツ法のもとで法人格を有しなかったというわけである。[20] したがってまた、同社は「当事者能力」をも有しなかった。結局、Überseering 社は、当事者能力がないことを理由として、訴えを提起することができなかった。

本件に関して、欧州司法裁判所は、一の加盟国において法的に設立された会社は、その全株式が他の加盟国で所有されているというだけの理由で訴え提起の権利を奪われることはないと判示した。これは当然の判断であり、なんら驚くべきことではない。[21]

Inspire Art 事件（二〇〇三年）[22]

最後は Inspire Art 事件判決である。オランダ法は、オランダ以外の法によって設立された会社に対して、様々の義務を課していた。欧州司法裁判所は、ここでもまた、欧州共同体法の規律範囲においてそのような上乗せ義務は無効であり、加盟国法は条約で保障された営業の権利を会社から奪うことはできないと判示した。[23]

要約すると、これらすべての判決は、営業が行われる加盟国とは異なる加盟国で会社が設立されている場合に、いずれの加盟国法が準拠法となるかという問題に関する判決である。この点、Daily Mail 事件判決が、会社が本拠を有している加盟国の法が適用されると判示しているのに対して、他の判決は、会社が法的に設立された加盟国法が適用されると判示しているように見える。だが、いずれも正しくはない。のちほどその理由は明らかにされる。

Ⅲ　ドイツの伝統的なアプローチ

しかしながら、ほとんどのドイツの学術文献の執筆者たちは、ドイツ連邦裁判所の影響を受けて、これらの判決は国際私法の伝統的な理論を明確に支持していると信じている。[24] その理論とは、一つはいわゆる「本拠地法理論(seat theory)」[25] であり、もう一つは「設立準拠法理論(incorporation theory)」[26] である。こうした見解はすでに論じ尽くされているように思われがちだが、伝統的アプローチによる整合的な理論枠組は、いずれの立場によっても、なお未形成である。

本拠地法理論が、会社の準拠法は、会社が本拠を有し、営業している場所の法によって決せられなければならないと論ずるのに対して(Daily Mail 事件判決のシナリオ)、設立準拠法理論は、会社が法的に設立された場所の法、つまり会社に法人格を付与した法が適用されなければならないと論じている(Centros 事件判決、Überseering 事件判決、そして Inspire Art 事件判決のシナリオ)。[27]

ひじょうに興味深いことに、ドイツの学術文献においては、いずれの理論も支持されている。その際には、おおむねこれらの理論の一方の観点から一連の判決を理解しようと試みられている。なるほど、そうした試みは十分に可能なのだが、加盟国自身が自ら服している独自の新しい法秩序としての欧州連合法の性格がまったく考慮に入れられていない(Van Gendt 事件判決を参照)。[28] さらに言えば、法理論は法的問題の理解を容易にするのに貢献するべきなのであって、かえって理解を困難にするのはお門違いである。

本拠地法理論

Daily Mail 事件判決におけるように、欧州司法裁判所がもっぱら、会社および法人の事件においては加盟国法

（当該会社の受入国たる加盟国の法）が準拠法であるとしてきたと論証し、それにもとづいて本拠地法理論を支持することはもちろん可能である。

まず、Daily Mail 事件を出発点として、まさに同判決においては、会社がその本拠地を異なる加盟国に移動することが許されるかどうかを決するためには、英国法が適用されなければならないということが論証される。これは本拠地法理論の明確な指標となる。[29]

他方、Centros 事件判決においては、欧州司法裁判所はいずれの法が準拠法になるかという問題に、必ずしも主問題として取り組んでいないということが論証される。いずれにしろデンマークは設立準拠法理論に依拠しているので、Centros 社が営業所登記されるべきかどうか（そして本件ではこれだけが争点であった）という問題は（英国法とデンマーク法の）いずれが適用されるべきかという問題とは独立に争われていたと見ることができる。それゆえに、Centros 事件判決は Daily Mail 事件判決に矛盾せず、本拠地法理論は安泰である。[30]

ドイツ連邦最高裁判所が「本拠地法理論はなお適用可能であるか」という問題について先決裁定を求めていた Überseering 事件判決においては、ドイツの裁判所によって明示的に問題提起されていたにもかかわらず、ここでもまた本拠地法理論が欧州司法裁判所によって言及されることはなかった。このこともまた本拠地法理論がなお適用可能であることの証左であると見ることができる。さらに、欧州司法裁判所は、加盟国によるいくつかの規制立法（つまり会社の本拠地国の規制立法）が「基本的に」適用されうるということを承認している。この「基本的に」という表現は、本拠地法理論を支持するもうひとつの強力な証左と見なされうる。[31]

この点については Inspire Art 事件判決においても明らかであるとされる。理由はつぎのとおり。同判決において、会社は営業の自由を奪われえないと判示され、その際準拠法を決するいかなる理論についても言及されていな

いのであるから、ここでもまた本拠地法理論は有効である。さらに、指令が当該問題のひとつを支配しているゆえに当該加盟国法を適用することができないというのだから、もしそうした指令がなければ、会社の本拠地たる加盟国法が適用されていたと論証される。もっとも、それは仮定的な議論である。[32]

以上から理解できることは、数多くの論証努力によって、欧州司法裁判所において下された決定を本拠地法理論の議論枠組のなかに押し込むことは実際に可能だということである。

設立準拠法理論

設立準拠法理論を支持する論者にとって、同様の論証はさらに容易な作業である。Centros 事件判決におけるのと同様に、Überseering 事件判決においても、また Inspire Art 事件判決においても、会社の受入国たる加盟国の当局によって適用されなければならない準拠法は、会社が設立された場所の法、つまり、設立準拠法ということになる。問題となるのは、Daily Mail 事件の場合、会社がその本拠を有する国の法が準拠法となったという点である。この点について持ち出される主な論証は、「欧州司法裁判所は Daily Mail 事件における本拠地法理論から、そのほかの事件における設立準拠法理論へと移行した」というものである。[33]

もうひとつの論証は、欧州司法裁判所は、すでに Daily Mail 事件判決において設立準拠法理論を用いていたとするものである。理由はつぎのとおり。会社の清算を求める（これが争点となっていたことを想起せよ）英国法上の義務は、会社が設立された国の法によって求められる義務である。この義務が履行されなければならないとすれば、まさにそれは会社の設立国法が履行されなければならないということにほかならない。それゆえに、設立準拠法理論は Daily Mail 事件にも適用されている基本理論だったというのである。[34]

たとえこうした論証努力が、本拠地法理論の文脈におけるほど過熱してはいないとしても、会社の準拠法を決す

るためのより理解しやすい新たな理論を発展させることなしに、こうした論証努力がなされているということは、まったく奇妙なことに思われる。

ひじょうに示唆に富むさらにひとつの論証は、重畳理論（overlapping theory）である。この理論は、設立準拠法理論を、準拠法を決するための出発点として理解する。また、会社の本拠地たる加盟国のいくつかの法的規制は、本拠地法理論に依拠する場合と同様に、この理論によってもなお承認されうる。二つの理論が文字どおり「重畳適用される」のである。(35)

この理論は、実際上ひじょうに合理的な結論を導き出すことができる。だが、この理論にも、独自の法秩序としてのヨーロッパ法の性格を考慮し損ねている憾みがある。

ヨーロッパ法を独自の法秩序として理解するということは、欧州の法的メカニズムを説明しようとするあらゆる理論の出発点とされなければならない。そして、それは、欧州司法裁判所の一連の判決を「ヨーロッパ精神」のもとで解釈するということによってのみ実現されうる。この点、「ヨーロッパ精神」は、単なる一国家の法秩序などではなく、超国家的法秩序を作り上げようとするものである。

Ⅳ　ＥＣＪアプローチの再構成

これらの一連の判決をこの「ヨーロッパ精神」に照らして解釈すれば、以上とは異なり、欧州司法裁判所がつぎのような独自のアプローチに立脚しているということが理解されうるだろう。

判決の用いる言葉の問題

判決を理解するために適切な指標となるのは、つねに裁判所の用いる言葉である。この言葉は、欧州司法裁判所

が述べていないことを語る。ある場合には司法補佐官（Advocate General）が述べているだけで同裁判所が述べていないことをも語ってしまう。とりわけ問題を生じる要因となるのが判決の翻訳である。周知のように、欧州司法裁判所の言語はつねに訴訟当事者の国語である。このことは、判決を理解する際に、たびたび混乱を生じさせてきた。とりわけ Daily Mail 事件判決の場合がそうであった。

ドイツの伝統的アプローチを論じた箇所で明らかにしたように、欧州司法裁判所は、ある理論に依拠しているか、それとも別の理論に依拠しているかといったことを明示することはない（ドイツ連邦最高裁が、この問題に関して、とくに先決裁定を求めたあとでさえそうであった）。

この端的な事実は、少なくとも（欧州連合法は至高のものであり、それは二五もの異なった法体系を考慮に入れなければならないがゆえに、加盟国法よりも高次の法基盤に立脚しているのだという事実から離れて）加盟国の法理論がヨーロッパ法の文脈で適用されることを疑わせるには十分なはずである。

さらに、欧州司法裁判所がまったく国際私法の用語を用いていないという事実も、きわめて重要である。

これに加えて、欧州司法裁判所自身の言葉は、欧州連合法の独自性を明示しているのである。

■Daily Mail 事件判決においては、欧州司法裁判所は、設立に関して会社を国家領域に結びつけるのに必要とされる「連結素」について、加盟国法の広範なバリエーションを認めている。

この点、この「連結素」なる用語は本拠地法理論を傍証するものと理解されてきた。[36] しかし、ヨーロッパ法の独自性に留意するなら、その用語の最も自然な解釈は、ある会社の法人格はその設立国の法によるということになる。これはまさにＥＣ条約四三条によって要求されているところである。すなわち、一の加盟国で法的に設立された会社は、欧州連合圏内のいずれの場所でも営業することができる。もっとも、それは法的に設立されているのでなけ

ればならず、その設立は、それが設立された加盟国法の規定によってのみ決せられるのである。

■欧州司法裁判所は、Centros事件判決でも同様の言葉を用い続けている。

すなわち、つぎの言葉が繰り返される。会社はいかなる加盟国においても、いかなる加盟国法によっても設立されうる。そして、条約それ自体が、そうした会社は欧州連合圏内のいずれの場所においても営業することができると保障している。他方、条約は、会社の法人格に関する加盟国による規制立法の適用についてなんら言及してはいない。(37)

加盟国による規制立法は、営業の自由の行使制限のための可能的正当化という形でのみ言及される。(38) したがってつぎの言葉が、真正のヨーロッパ法の言葉ということになる。すなわち、加盟国法は正当化を要する法たるに留まり、ヨーロッパ法によってすでに規律されている問題についての基本原則を支配する法ではない。ヨーロッパ法は、加盟国の立法者がいかなる規制を行うことも阻止する。ここでも欧州司法裁判所は、ヨーロッパ法の独自性を考慮している。

■この態度は、Überseering事件判決において、さらに明確に表明されるようになる。

すなわちこうである。すでに了解ずみのとおり、ドイツ連邦最高裁判所は、設立準拠法理論と本拠地法理論とのいずれがヨーロッパ法に適合的なのかについて明示的に照会している。(39) だが、欧州司法裁判所は、それらの理論にまったく言及していない。その代わりに、Überseering社は営業の自由を行使することができ、そもそも加盟国によるいかなる規制立法も営業の自由の行使を妨げることができないとの見解を貫いている。(40) かりに欧州司法裁判所が国際私法の観点から論証を展開したとしても、加盟国による規制立法をもって営業の自由を妨げることはできなかったであろう。というのも、その場合には、加盟国法は争点となる法律問題を支配するだけだからである。そし

てその際争点とされる法律問題は、いずれの法が準拠法となるかあって、いずれの法が承認されるかではない。いずれにしろ、欧州司法裁判所は、加盟国による規制立法を、営業の自由を厳格に適用するための正当化の実行可能性についてのみ問題としてきたのであり、それゆえ、加盟国法はもっぱら欧州連合法によって承認されうる法としてのみ理解されている。加盟国法は、争点となる問題を独自に支配する法とは理解されていない。かくして、欧州司法裁判所は、ヨーロッパ法の独自の性格を「至高の基本原則」として再確認している。

以上のように、欧州司法裁判所は、本件においてもまた、加盟国による規制立法が基本的自由の制限を正当化できるかどうかについて検討している。[41] だが、つぎの問題はなお明確に解答されていない：すなわち、第一に、加盟国による規制立法が条約による規制にとって障害となるかどうかという問題、第二に、そうした障害がヨーロッパ法によって承認されるかどうかという問題である。

■Inspire Art 事件判決は、まさにヨーロッパ法についての「教科書」として読まれうる。

第一に、欧州司法裁判所は、当該問題を規律する指令や規則（ＥＣ条約二四九条参照）といった共同体による二次的立法が存在しているかどうかを検討している。[42] もしそれが存在する場合には、加盟国の立法者がいかなる規制を設けることも禁じられる。そしてまさに、Inspire Art 事件判決はこの場合に該当する：登記所に登記され、その登記所において登記の認証を得る義務、また様々な言語で会社設立文書の複数のコピーを作成する義務といった諸義務は、すでに会社法第一一指令によって規律されている。だとすれば、欧州司法裁判所は、当該問題はヨーロッパ法にのみ服していると判示していることになる。[43] これは、欧州司法裁判所がヨーロッパ法の独自性を考慮するアプローチを採用しているということのもうひとつの指標である。

第二に、欧州司法裁判所は、オランダの制定法による共同体の第一次的立法の侵害が存在していないかどうかを

検討している。[44] そして、欧州司法裁判所はここでも、営業の自由の行使を制限する加盟国によるいかなる規制立法も共同体法を侵害しうると判示している。本件の場合、正式の外国会社として会社を登記するように定めるオランダの規制立法は、営業の自由を侵害しているとされている。[45] たとえ当該会社がオランダ国内で自ら営業活動できるとしても、外国会社と内国会社の取り扱いに差違があるという事実だけで、欧州司法裁判所がオランダによる規制立法は条約違反であると命ずるには十分であった。このことは、欧州司法裁判所がつねに基本的自由に関して採用しているアプローチを反映している。すなわち、加盟国によるあらゆる規制立法、少なくともオランダが外国会社に対して「正式な外国会社」としての営業所登記を要求している点は、営業に関する会社の基本的自由を侵害しうる。このことはまた、「平等権としての基本的自由」の性格を明らかにしてもいる。それらは古くから承認されているのであり、「差別的取扱を受けない権利」のような新しい権利とは異なっている。

第三に、欧州司法裁判所は、同裁判所が作り上げてきた要件を満たすのであれば、オランダの規制立法は共同体法に対する侵害を正当化しうるとも述べている。[46]（私たちは、のちに加盟国法の役割を論ずる際に、その要件についてさらに詳細に検討することになろう）。もっとも、オランダの規制立法は、いずれもそうした要件を満たしていないとされる。

Inspire Art 事件判決は、会社の法的地位に関するＥＣＪアプローチの明確な検討枠組を提示している。まず、当該問題を規制している会社法指令等の二次的立法が存在するかどうかが検討されている。もしそれが存在するのであれば、加盟国によるいかなる規制立法も適用できない（これは共同体法の「至高性」原則から導かれる結論である）。つぎに、加盟国による規制立法が条約によって保障される営業の自由の侵害にあたらないかどうかが慎重に精査される。もしそれが侵害にあたらなければ、当該規制は承認される。しかし、それが侵害にあたるのであれ

ば、欧州司法裁判所が形成してきた要件にもとづいて正当化されうるのでないかぎり、当該規制立法は適用できないということになる。

結局のところ、加盟国法の役割はもはや〔加盟国法レベルの〕国際私法によっては決されず、もっぱらヨーロッパ法によってのみ決せられるということになる。加盟国法は、ヨーロッパ法の侵害に対する正当化でありうるにすぎず、他の加盟国法のもとで設立された会社を承認するための独自の決定要因ではない。

それゆえ、加盟国の立法者が自国の利害を問題にできるのは、つぎの場合にかぎられることになる。

V　加盟国法の役割とはいかなるものか

残された問題は、加盟国法の役割である。この点、ヨーロッパ法のみが適用される結果、会社の受入加盟国は他の加盟国において設立された会社を法的に承認しなければならない場合にも、なお加盟国法の役割は承認されうるのだろうか。答えはもちろん「然り」である。

それでは、欧州連合圏内において会社の法的地位についてなお適用される加盟国による規制立法は存在しうるのであろうか？　すでに見てきたように、ここでもその答えは「然り」である。ただし、加盟国による規制立法の適否について決する要件は、ヨーロッパ法から導き出されなければならない。

(1)　欧州司法裁判所が形成してきた要件

条約によって保障された基本的自由の行使を制限し、もしくはその保障を緩和することを定める加盟国による規制立法が正当化されるためには、以下の四要件が充足されなければならない。(47)

(a)　当該規制は、差別的取扱にあたらない方法で適用されなければならない。

(b) 当該規制は、公共の利益に関する不可欠の要請によって正当化されなければならない。

(c) 当該規制は、それが追求している目的の達成を確保するのに適切なものでなければならない。

(d) 当該規制は、その達成のために必要な範囲を超えていてはならない。

会社および法人の文脈においては、営業の自由の行使を加盟国が妨げる様々な理由を考えることができる。しかし、そのうちのわずかのものしか欧州司法裁判所が定める厳格な要件を充足することはない。この領域にはそれほど多くの判例法が存在しないので、他の基本的自由およびそれに関して形成されてきた原則についてのこれまで触れなかった判決に照らし、いくつかの国家による規制措置を検討することによって、加盟国による規制立法がこれらの要件を充足する可能性について評価してみたい。

(2) 営業の自由の侵害を正当化できる加盟国による規制立法の可能性

国際私法の観点からすれば、会社法に属する法規範と、いわば不法行為法や契約法に属する法規範とが区別されなければならない。すなわち、法規範の性質決定にもとづいて、いかなる法が準拠法となるのかについての評価がなされなければならない。

この点、ヨーロッパ法は、法規範の性質にもとづく準拠法の資格づけをなんら考慮するものではない。ヨーロッパ法が考慮するのは、営業の基本的自由の場合には、法規範が有する「効果」である。さもなければ、欧州共通の法的規制が形成されるということはないであろうし、加盟国もまた立法を通じてヨーロッパ法上の原則をかいくぐろうと試みるにちがいない。嘆かわしいことに、これはヨーロッパ法上の原則が（とりわけドイツにおいて）適切に受容されない最大の理由のひとつである。なお、欧州連合の拡大がこの件に関して影響をおよぼしていることも留意されなければならない。

ヨーロッパ法が法規範の性質について考慮するものではないとすれば、原則として加盟国によるあらゆる規制立法が共同体による施策に違反しうるということにもなる。だが、この点に関しては、なお会社の法人格を支配する法規範と、営業活動を支配する法規範とを区別することが道理にかなっている。（Überseering事件のように）会社の法人格の存在を否認するということは、加盟国が外国会社に対して適用できる最も強力な手段であり、したがって、そうした手段の適用を可能にする要件は営業活動を規制するに留まる法規範とは異なるのでなければならない。[48]

(a)　会社の法人格を支配する法規範

会社の法人格の存在を否認するために加盟国に認められた唯一の可能性は、ヨーロッパ法によれば、EC条約四六条の適用にのみ存している。同条はつぎのように規定している：

「営業の自由に関する規律およびその実現のための施策は、公の秩序、治安もしくは公衆衛生を理由として外国人を区別する取扱を定める法律、規則、もしくは行政的決定によって設けられた規制の適用を損なうことはできない。」

それゆえ、加盟国が会社の存在を包括的に禁ずるための唯一の方法は、当該会社が加盟国の公の秩序に反する営業活動を目的としている場合の規制、たとえば、禁止薬物や武器取引といったことを目的とする場合の規制のみということになる。加盟国は、それ以外のあらゆる事情について、他の加盟国において法的に設立された会社の法人格の存在を否認することはできない。

(b)　会社の営業活動を支配する法規範

会社の営業活動を支配する法規範について考える際には、さらにつぎのような区別を設けることが有益である。すなわち、特定加盟国内のあらゆる者に適用されうる法規範と、もっぱら営業活動にのみ適用される法規範とであ

る。こうした区別を設ける理由は、欧州司法裁判所がKeck判決[49]—これは同裁判所によってモノの自由移動の文脈において出された判決である—において、始業時間など営業活動一般を規制する規制立法は条約の守備範囲外にあると判示しているためである。このことは、会社法の文脈においては、ある法規範がひとたび営業活動一般を支配する規制立法として性格づけされれば、当該法規範が条約違反を構成することはないということを意味している。この点、会社法領域でこの問題に関する判例法は存在しないので、Keck判決は、欧州司法裁判所が加盟国による規制立法が営業の自由の侵害になると考えているかどうかを判断するための唯一の手がかりであると考えられる。

しかし、この区別はかなり困難かつ恣意的であるようにも思える。というのも、始業時間など営業活動一般を規制するほとんどすべての法規範が、最低資本金要件のような、もっぱら会社にのみ適用される規制よりも、さらに重大な影響を会社に対しておよぼしうるからである。それでもなお、少なくともいくつかの規制立法は、欧州司法裁判所の他の諸判決にもとづいて、綿密に検討されなければならない。

(aa) 債権者の利害を規制する規制立法

債権者の利益保護に関する加盟国による規制立法は、欧州司法裁判所によれば、ヨーロッパ法による営業の自由の侵害に対する正当化として承認されている。しかし、それはいかなる要件にもとづいてなのかという点については、欧州司法裁判所は沈黙したままである。だが、共同体法の他の領域において欧州司法裁判所によって形成されてきた四要件を考慮に入れるなら、加盟国にはそのような規制立法を適用する理由は残されていないように思われる。すなわちこうである。いずれの加盟国の法体系も債権者保護の手段を用意している。ドイツのようないくつかの加盟国の法体系が上乗せ保護を行う債権者保護という唯一の根拠は、そのための規制立法の正当性を欧州司法裁判所に認めさせ、もって同裁判所に当該規制が適用可能であると判断せしめるのに十分なものではない。欧州司法

裁判所は、顧客は会社と取引関係を持つかどうかについて自由に選択できるということを強調している。「十分に情報を与えられた顧客ないし債権者」という範型は、たとえそれが非現実的だとしても、欧州司法裁判所自身によって提唱されている範型である。それゆえ、加盟国の会社法がいかなる債権者保護規制をも設けない場合にかぎり、会社の受入加盟国は自国法を適用することができるという結論になる。

たしかに、不法行為法の場合にはシナリオが異なりうる。事故にもとづく訴えは自由に選択されるわけではなく、それゆえ、そのような場合には内国法が適用されるという論証が成立しうる。しかし、ここでもまた、そのための要件は厳格であり、原告は会社の設立国の不法行為法が内国法に比べて保護を欠いているということを証明しなければならない。すべての加盟国が十分に整備された不法行為法を有しているゆえに、この基準を満たすことは困難である。

さらにもうひとつ、Keck 判決にしたがって、不法行為法上の規制はまったく条約の守備範囲外にあるとする論証もありうる。この論証によれば、会議に向かう途中で歩行者をはねた代表取締役のケースのように、だれにでも起こりうる事故を支配する不法行為法上の規制は適用可能だと思われる。この場合には、当該加盟国法は会社に対して発生する不法行為債権を支配することになる。

これに対して、その会社と取引活動に入った者にのみ損害を生じさせうる代表取締役の詐欺行為のような場合にもまた加盟国法が適用される余地があるが、その際には会社の受入加盟国は、会社の設立国の法的保護が存在しないか、もしくはその保護水準が著しく低いということを証明しなければならない。

(bb)　会社の少数株主の利益を支配する規制立法

たとえ、会社の少数株主の利益が、一定要件の下で会社の受入加盟国法の適用を正当化しうると欧州司法裁判所

によって判示されているとしても、現在共同体法が立脚しているように、また欧州司法裁判所が下した要件によるかぎり、加盟国によるいかなる規制立法についても、会社の少数株主の利益が保護されていないという理由によって営業の自由の制限に対する正当化が認められることはないと思われる。

このことは、あらゆる会社の株主が、特定の法体系に準拠している会社の株主になることを、自由に決定しているためである。ここでもまた「十分に情報を与えられた顧客」原則が適用されているのである。

(cc) 被用者の利益保護のための規制立法

欧州司法裁判所の一連の判決において見出される「規制緩和効果」は、被用者の権利の文脈にもあてはまっていると思われる。すなわち、被用者の利益のために会社の営業の自由を制限することは、基本的に条約違反を構成する。被用者の権利はヨーロッパ法の主要規律対象であるため（平等にもとづく規律を考えてみるだけでよい[Sabena 判決を参照]）、被用者の権利についてヨーロッパ法によって規律されておらず、それゆえ独自の国家的アプローチのために残されている規律対象を見出すことは困難である。たとえ共同体法のなかにそのような領域が見出されたとしても、その規制のためには、会社が法人格を取得した加盟国で認められている権利が被用者にとって不十分なものであり、かつ「男女平等」の場合のように、実際にヨーロッパ法の基本的原則が侵害されていることが証明されなければならない。

要約するに、加盟国法がなお条約違反を正当化できる唯一の領域は、不法行為法の領域で、かつ当該損害が会社の営業活動に関わる領域で発生していないと主張される場合にかぎられると思われる。他のあらゆる領域で、会社の受入加盟国は、自国の規制立法を適用する根拠を有しない。

Ⅵ　要約

欧州条約は、会社の営業の自由に対して単純だが十分な保障枠組を与えており、また、いずれの加盟国法が適用されるべきかという問題にも解答を与えている。

議論の出発点となるのはＥＣ条約四三条であり、それは、加盟国法によって設立されたあらゆる会社が欧州連合のいかなる場所でも営業できることを認めている。設立に際して選択された法は、法人格、営業活動、そしてまた会社の清算に関わるあらゆる重要な問題についての準拠法となる。

会社の設立国法とは異なる他の加盟国法は、それが営業の自由の制限を正当化する場合にのみ準拠法となる。その際、条約によって正当化が承認されるかどうかは当該問題に応じて決まる。概して、そのような正当化を実現することは、事実上困難である。これに対し国際私法は、欧州連合の会社法領域においてはなにも語る事柄を有していない。

私の見解によれば、会社の少数株主の権利や、債権者の利益、被用者の利益といった、会社法に直結する加盟国による規制立法は、ヨーロッパ法による正当化を達成しうるものではない。というのも、そうした規制立法は、第一に、相互承認原則と矛盾するうえ、第二に、これがおそらく最も重要な点なのだが、欧州連合の加盟国を第一順位の体制国と第二順位の体制国とに区別する結果になってしまうからである。

経済学上の用語によれば、条約はつぎのような政治的アジェンダに掲げられている目標をすでに達成している。すなわち「国家的利益を超えて共通であり、個人が自由に選択することができる、未開拓領域の残らない空間」という目標である。

訳者あとがき

本稿は、東京大学大学院法学政治学研究科（報告時）に留学中のベンヤミン・ニックスドルフ氏によって、二〇〇四年六月四日に大阪大学法学会講演として行われた報告（本報告は同時に、平成一四―一七年度科学研究費補助金・基盤研究（Ａ）「市民生活基盤の法および行政に関する日米欧間の比較検証」第二ユニット研究会での報告を兼ねている）の翻訳である。ニックスドルフ氏は、ドイツ連邦共和国出身。フランクフルト大学のツレーク（Zuleeg）教授およびボクダンディ（Bogdandy）教授のもとでＥＵ経済法を学んだのち法曹資格を取得、今年の四月からは日本の文部科学省奨学金を得て東京大学の中村民雄助教授のもとで三年間の予定で滞在研究中である。氏は、私がフランクフルト大学滞在中に知り合ったなかでとくに優秀な若手のひとりであり、大阪大学法学研究科と欧州の若手研究者との交流を深めていくうえで有益であるとの判断のもとに氏に報告をお願いした。法曹資格を取得してからそれほど経たない若手による報告で、十分な報告ができるかどうか不安がないわけではなかったが、全く杞憂であった。氏の報告は明快で理路整然としており、専門を異にする多くの参加者にも興味をもって聞いてもらえたと思う。今後、氏が日欧比較法研究の分野で活躍することを大いに期待している。

なお、本報告原稿の翻訳にあたっては、平田健治教授、野村美明教授、長田真里助教授には、訳稿に目を通していただくなど、多大な協力をいただいた。さらに、東北大学大学院法学研究科の森田果助教授には、事前に未公表の論文を参考資料としてお送りいただき、また報告当日には貴重なコメントをいただいた。この場を借りて厚くお礼を申し上げる。

（1）　Case C-81/87 *R. v. HM Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex. P. Daily Mail and General Trust*

PLC, [1988] ECR 5483 ; Case–212 / 97 *Centros Ltd. v. Erhervs- og Selskabsstyrelsen* [1999] ECR I–1456 ; Case–208 / 00 *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH* (*NCC*) [2002] ECR I–9919 ; Case–167 / 01 *Kammer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art. Ltd*, http : //www.curia.eu.int /en/content/juris/index_form.htm.

(21) Halbhuber, Harald *Das Ende der Sitztheorie* [2003] Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) p. 410 ; Hirte, Heribert *Kommentar zu Inspire Art* [2003] Europäisches Wirtschafts & Steuerrecht (EWS) p. 521 ; Kersting, Christian *Rechtswahlfreiheit im Europäischen Gesellschaftsrecht nach Überseering* [2003] Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) p. 9 ; Sandrock, Otto *Nach Inspire Art – Was bleibt vom deutschen Sitzrecht noch übrig?* [2003] Betriebs-Berater (BB) p. 2588 ; Schulz, Martin / Sester, Peter *Höchstrichterliche Harmonisierung der Kollisionsregeln im Europäischen Gesellschaftsrecht : Durchbruch der Gründungstheorie nach „Überseering“* [2002] Europäisches Wirtschafts & Steuerrecht (EWS) p. 545 ; Bayer, Walter *Die EuGH-Entscheidung „Inspire Art“ und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen* [2003] Betriebs-Berater (BB) p. 2357 ; Schulz, Martin (*Schein-*) *Auslandsgesellschaften in Europa – Ein Schein Problem?* [2003] 56 Neue Juristische Wochenschrift (NJW) p 2705 ; Behrens, Peter *Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Anwendung inländischen Gesellschaftsrechts auf Auslandsgesellschaften nach Inpire Art* [2004] Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax) p. 20 ; Spindler, Gerlad / Berner, Olaf *Inspire Art – Der Europäische Wettbewerb um das Gesellschaftsrecht ist endgültig eröffnet* [2003] Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW) p. 949 ; Lutter, Marcus *Perspektiven des Gesellschaftsrechts in Europa* [2004] Betriebs-Berater (BB) p. 1 ; Triebel, Volker / von Hase, Karl *Wegzug und grenzüberschreitende Umwandlung deutscher Gesellschaften nach „Überseering“ und „Inspire Art“* [2003] Betriebs-Berater (BB) p. 2409 ; Spindler, Gerald / Berner, Olaf *Der Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht nach Inspire Art* [2004] Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW) p. 7 ; Weller, Marc-Phillipe *„Inspire Art“ : Weitgehende Freiheiten beim Einsatz ausländischer Briefkastengesellschaften* [2003] 42 Deutsches Steuerrecht (DStR) p. 1800 ; Maul, Silja / Schmidt, Claudia *Inspire Art – Quo*

Vadis Sitztheorie? [2003] Betriebs-Berater (BB) p. 2297 ; Zimmer, Daniel Nach *„Inspire Art“ : Grenzenlose Gestaltungsfreiheit für deutsche Unternehmen?* [2003] 56 Neue Juristische Wochenschrift (NJW) p. 3585 ; Leible, Stefan / Hoffmann, Jochen *Wie inspiriert ist „Inspire Art“?* [2003] Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) p. 677 ; Lutter, Marcus *„Überseering“ und die Folgen* [2003] Betriebs-Berater (BB) p. 7.

（3） Case−167 / 01, op cit (FN 1).

（4） Ibid, para 96 of the judgement.

（5） いくつかの文献が欧州司法裁判所自身のこのような見解について疑念を表明しているが、これは明らかにＥＣ条約一二二〇条にもとづくものである。加盟国は、加盟国の規制立法について命ずる権限を欧州司法裁判所に保障することを欲していない。

（6） See FN 2.

（7） デラウエア州は、他州の会社法に比して、それほど多く会社設立に関する要件を課していないため、多数の会社が同州で設立されている。

（8） See FN 2.

（9） Schulz, Martin / Sester, Peter *Höchstrichterliche Harmonisierung der Kollisionsregeln im Europäischen Gesellschaftsrecht : Durchbruch der Gründungstheorie nach „Überseering“* [2002] Europäisches Wirtschafts & Steuerrecht (EWS) p. 545 ; Bayer, Walter *Die EuGH-Entscheidung „Inspire Art“ und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen* [2003] Betriebs-Berater (BB) p. 2357 ; Schulz, Martin (*Schein-*) *Auslandsgesellschaften in Europa − Ein Schein Problem?* [2003] 56 Neue Juristische Wochenschrift (NJW) p. 2705 ; Behrens, Peter *Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Anwendung inländischen Gesellschaftsrechts auf Auslandsgesellschaften nach Inpire Art* [2004] Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax) p. 20.

（10） Case C−81 / 87 *R. v. HM Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex. P. Daily Mail and General Trust PLC*, op cit (FN 1).

(11) Case-212/97 *Centros Ltd. v. Erhervs- og Selskabsstyrelsen*, op cit (FN 1).
(12) Case-208/00 *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, op cit (FN 1).
(13) Case-167/01 *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art. Ltd*, op cit (FN 1).
(14) Case C-81/87, op cit (FN 1).
(15) Ibid, para 21 of the Judgement.
(16) Ibid.
(17) Case-212/97, op cit (FN 1).
(18) Ibid, para 39 of the Judgement.
(19) Case-208/00, op cit (FN 1).
(20) ドイツ民事訴訟法（ＺＰＯ）五〇条によれば、会社を含む権利能力を有するいかなる法人格も、裁判上の「当事者能力」を有するとされる。権利能力とは、権利を享有し、また義務の担い手となりうる資格のことである。
(21) Case-208/00, op cit (FN 1), para 93 of the judgement.
(22) Case-167/01 op cit (FN 1).
(23) Ibid, para 144 of the judgment.
(24) See FN 2.
(25) Hirte, Heribert *Kommentar zu Inspire Art* [2003] Europäisches Wirtschafts & Steuerrecht (EWS) p. 521 (522); Kersting, Christian *Rechtswahlfreiheit im Europäischen Gesellschaftsrecht nach Überseering* [2003] Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) p. 9 (9).
(26) Schulz, Martin / Sester, Peter *Höchstrichterliche Harmonisierung der Kollisionsregeln im Europäischen Gesellschaftsrecht : Durchbruch der Gründungstheorie nach „Überseering“* [2002] Europäisches Wirtschafts & Steuerrecht (EWS) p. 545 ; Bayer, Walter *Die EuGH-Entscheidung „Inspire Art“ und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen* [2003] Betriebs-Berater (BB) p. 2357 ; Schulz, Martin (*Schein-*) *Auslandsgesellschaften in Europa – Ein Schein Problem?* [2003] 56 Neue Juristische Wochenschrift (NJW) p.

2705 ; Behrens, Peter *Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Anwendung inländischen Gesellschaftsrechts auf Auslandsgesellschaften nach Inpire Art* [2004] Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax) p. 20 ; Spindler, Gerlad / Berner, Olaf *Inspire Art – Der Europäische Wettbewerb um das Gesellschaftsrecht ist endgültig eröffnet* [2003] Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW) p. 949.

(27) この議論はドイツの学術文献に限定されているので、英語での網羅的な整理は困難である。もっとも、欧州司法裁判所の判決、とりわけ Centros 事件判決は適切な見取り図を与えてくれるだろう。

(28) Case–25 / 62 *N.V. Allgemeine Transport- en Expiditie Onderneming van Gend and Loos* [1963] ECR 1.

(29) このアプローチは、本拠地法理論と設立準拠法理論とのいずれに依拠するかと無関係に、ほとんどすべての学術文献の執筆者たちによって採用されている。というのも、主として Centros 事件、およびそれに続く一連の判例は、本拠地法理論から設立準拠法理論への移行として理解されるからである。なお、本拠地法理論を提唱する文献として以下を参照：Hirte, Heribert *Kommentar zu Inspire Art* [2003] Europäisches Wirtschafts & Steuerrecht (EWS) p. 521 ; Kersting, Christian *Rechtswahlfreiheit im Europäischen Gesellschaftsrecht nach Überseering* [2003] Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) p. 9.

(30) Ibid.

(31) Ibid.

(32) Ibid.

(33) See FN 2, all but Hirte and Kersting.

(34) Halbhuber, Harald *Das Ende der Sitztheorie* [2003] Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) p. 410 (427).

(35) Sandrock, Otto *Nach Inspire Art – Was bleibt vom deutschen Sitzrecht noch übrig?* [2003] Betriebs-Berater (BB) p. 2588.

(36) See FN 2, all but Hirte and Kersting.

(37) Case–212 / 97, op cit (FN 1).

(38) Ibid, para 31 of the judgement.

(39) この点については、Überseering 事件判決におけるドイツ連邦最高裁による要望を参照：Case-208/00, op cit (FN 1), para 13.

(40) Ibid, para 57 of the judgement.

(41) Ibid, para 83 of the judgement.

(42) Case-167/01, op cit (FN 1), para 55.

(43) Ibid, para 66-70.

(44) Ibid, para 95.

(45) Ibid, para 105.

(46) Ibid, para 106.

(47) これらの要件は、本来、モノの自由移動（EC条約二八条）の文脈において形成されてきたが、すべての基本権へと拡張されてきている。このいわゆる「新しいアプローチ」は欧州司法裁判所のつぎの判決においてはじめて定式化された：Case C-55/94 *Gebhard v. Consiglio dell' Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* [1995] ECR I-4165.

(48) この区別は、準拠法決定を国際私法の問題と考える論者たちのあいだで見られる区別である。この点についてはつぎの文献を参照：Triebel, Volker / von Hase, Karl *Wegzüg und grenzüberschreitende Umwandlung deutscher Gesellschaften nach „Überseering" und „Inspire Art"* [2003] Betriebs-Berater (BB) p. 2409 ; Spindler, Gerald / Berner, Olaf *Der Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht nach Inspire Art* [2004] Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW) p. 7 ; Weller, Marc-Phillipe *„Inspire Art": Weitgehende Freiheiten beim Einsatz ausländischer Briefkastengesellschaften* [2003] 42 Deutsches Steuerrecht (DStR) p. 1800 ; Maul, Silja / Schmidt, *Claudia Inspire Art – Quo Vadis Sitztheorie?* [2003] Betriebs-Berater (BB) p. 2297 ; Zimmer, Daniel *Nach „Inspire Art": Grenzenlose Gestaltungsfreiheit für deutsche Unternehmen?* [2003] 56 Neue Juristische Wochenschrift (NJW) p. 3585 ; Leible , Stefan / Hoffmann , Jochen *Wie inspiriert ist „Inspire Art"?* [2003] Europäische Zeitschrift fur Wirtschaftsrecht (EuZW) p. 677 ; Lutter, Marcus *„Überseering" und die Folgen* [2003] Betriebs-Berater (BB) p. 7.

(49) Cases C-267 & 268/91, *Keck & Mithouard (Criminal Proceedings against)* [1993] ECR I-6097.