

ヨーロッパ会社法における本拠移転と居住移転の自由（一）

——ヨーロッパ裁判所ポルブート社事件 (Polbud) 判決の検討——

山内 惟介

- 一 はじめに
- 二 事案の概要
- 三 法務官報告書とその検討（以上、本号）
- 四 ヨーロッパ裁判所判決とその検討（以下、次号）
- 五 結びに代えて

問題は「どのように判断するか」であった。⁶*

一 はじめに

一 ヨーロッパ連合機能条約（EU運営条約、以下、引用箇所を含め、「EU機能条約」と略記する。）¹ 第四九条および第四一〇条において、EU加盟国間の本拠移転と居住移転の自由（一）（山内）²

五四条によれば、加盟国の自然人および法人は、「居住移転の自由（開業の自由）」を有する。ヨーロッパ裁判所は、どのような条件を満たしていれば、法人が他の加盟国へ移転することができるか——この問いは、「居住移転の自由」原則の適用範囲如何、「居住移転の自由」概念の意味内容如何等と言い換えることができる——という「第四九条および第五四条の解釈問題」をしばしば取り上げてきた。⁽¹⁾ その個別的展開については、わが国でも、そのつど紹介されている。⁽²⁾ 最近の裁判例として多くの注目を浴びているのが、二〇一七年一〇月二五日のポルブート社事件判決 (Polbud vs. Wykonawstwo sp. z o.o.)⁽³⁾ (以下、「本件判決」と略記する。)である。事実上の本拠 (tatsächlicher Sitz) を自国 (設立国) 内に残したまま、定款上の法人住所 (Satzungssitz, satzungsmäßiger Sitz) のみを他加盟国へ移転することを禁じた加盟国の法規がEU機能条約第四九条および第五四条所定の「居住移転の自由」原則に違反する旨を判示したこの裁判については、ドイツの学術文献上、異例に多くの論評が行われている。⁽⁴⁾

二 このような状況を考慮すると、「居住移転の自由」原則の適用範囲如何という特殊な主題に限られるとはいえず、ヨーロッパ会社法の現況を確認するとともに、今後の展開を予測するうえで、何よりもポルブート社事件判決それ自体を正確かつ厳密に理解する地道な基礎作業が必要となろう。

以下では、まず事案の概要（関連法令等を含む）が整理される⁽⁵⁾。次いで、EU機能条約第二五二条第二項に基づき、コロット法務官により作成された二〇一七年五月四日付け最終報告書（以下、「法務官報告書」と略記する。）の内容が紹介され、その理解の可否が検討される⁽⁶⁾。さらに、ヨーロッパ裁判所が下した本件判決の法律構成が分析され、批判的に検証される⁽⁷⁾（四）。遺憾ながら、紙幅の制約のゆえに、ドイツの文献にみられる多様な評価について

はすべて別稿に譲らなければならない。ヨーロッパ国際会社法の継続的・補完的な研究⁽⁸⁾を意図する小稿がわが国の国際会社法研究にいささかでも寄与することになるならば、何よりのこととされよう。

二 事案の概要

一 法務官報告書⁽⁹⁾および本件判決⁽¹⁰⁾に示された整理によれば、以下のような事実関係が見出される。原告、ポルブート工芸有限責任会社 (Polbud Wykonawstwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (Polbud workmanship private limited company)) —— 以下、「ポルブート社」と略記する⁽¹¹⁾ は、工芸品を製作するポーランド法上の有限責任会社であつて、同国中北部を流れるヴィスワ (Wisła) 川の南岸、ウオンツコ (Tatko)⁽¹²⁾ に定款上の法人住所を置いていた。ポルブート社は、商事会社法典第二七〇条第二号のもと、二〇一一年九月三〇日開催の社員総会で特別決議を行い、定款上の法人住所をルクセンブルクへ移転することを決定した。右の決議に記されていないが、同社の管理機関の本拠 (Verwaltungssitz) および事実上の経済活動地はいずれもポーランドに残されていた⁽¹³⁾。二〇一一年一〇月一九日、同社は、この特別決議に基づいて、ポーランド法人の清算手続を開始するよう、ポーランドの登記裁判所に申し立てた。この申立は二〇一一年一〇月二六日に受理され、登記裁判所は同社の清算人を選任した⁽¹⁴⁾。

定款上の法人住所をルクセンブルクに移転した後の二〇一三年五月二八日、ポルブート社は、ベルギー国境に近いルクセンブルク西部ルダンジュ州のランブルッシュ (別名ランブプロフ (Rammeresch; Rambrouch)) において、公証人立会のもとに改めて社員総会を開催した。この総会では、(1)二〇一一年九月三〇日付けルクセンブルクへの法人住所移

転決議の発効日を二〇一一年九月三〇日としたうえで、同決議を直ちに実行すること、(2) 移転に伴ってルクセンブルクで法人を新規設立すること、これら二点が決議された。後者に関しては、(a) ポルブート社の法人形式を、ポーランド法上の有限責任会社からルクセンブルク法上の有限責任会社 (société à responsabilité limitée (s.à.r.l.)) へと転換すること、(b) 新法人の商号をコンソイユ土木建築有限責任会社 (Consoil Geotechnik s.à.r.l.) (以下、「コンソイユ社」と略記する。) とすること、そして、(c) 新法人の組織構成に関する組合契約書を新たに作成すること、これら三点が含意されていた。二〇一三年六月一四日、この特別決議に基づいて、コンソイユ社という新たな商号がルクセンブルクの登記簿に登記された。⁽¹⁵⁾

二 二〇一三年六月二四日、ポルブート社は、ポーランドの登記裁判所に対し、ルクセンブルクへの法人住所移転により、同社がもはやポーランドには法律上存在していないという理由で、同社の登記事項の抹消を求めるとともに、二〇一三年五月二八日開催の社員総会で次の四つの内容が決議された旨を確認するよう求める申立を行った。この申立において同社員総会の決議内容とされていたのは、(1) 解散会社の帳簿類および文書類の保管者を任命する旨の二〇一一年九月三〇日付け総会決議が承認されたこと、(2) 清算人および帳簿類の出納を委任された者が連署した三通の財務報告書(これらの報告書が対象とした期間はそれぞれ、二〇一一年一月一日から九月二九日まで、二〇一二年一月一日から同年二月三二日までおよび二〇一三年一月一日から同年五月二八日までとなっていた) が承認されたこと、(3) 同社の清算報告書を受理する旨の決議が行われたこと、(4) 二〇一三年五月二八日付け処分により(1) ないし(3) が有効となったこと、これら四点であった。登記裁判所が法定の手續に従い、同社の解散および清算を証明する文書類を提出するよう、ポ

ルブート社に命じたのに対し、同社は、その法人形式をルクセンブルク法人に変更しただけで同社自体はヨーロッパ連合域内で有効に存続しているうえ、ポーランドでも事業を事実上続行しているため、清算報告書を作成する段階にはないと述べ、文書類の提出を拒否した。登記裁判所は、文書類の提出がないという手続法上の瑕疵を認定し、二〇一三年九月一九日付け決定をもって同社の抹消登記請求を退けた。

ポルブート社は、法人形式変更に関するポーランドの国内規定が本件には適用されない旨を主張して、右登記裁判所決定の取消を求める訴えをブイドゴシユチュ区裁判所 (Sąd Rejonowy w Bydgoszczy (Rayongericht Bromberg)) に提起したが、敗訴した。⁽¹⁶⁾ それは、同区裁判所でも商事会社法典第五一条以下の不遵守という手続上の瑕疵が認定されたからである。第二審のブイドゴシユチュ地方裁判所 (Sąd Okręgowy w Bydgoszczy) も、二〇一四年六月四日付決定により、同じ理由で同社の控訴を棄却した。⁽¹⁷⁾ ポルブート社は最高裁判所 (Sąd Najwyższy) に上告し、その理由として、(1)同社の属人法 (Personalstatut) がポーランド法からルクセンブルク法へと変更された結果、ルクセンブルク法が本件抹消登記請求の準拠法とされなければならないこと (ポーランド法の適用は誤りであること)、(2)ポルブート社はポーランドからルクセンブルクに法人住所を移転した時点でポーランドには存在せず、登記簿上抹消されていなければならないことがなかったこと、(3)同社はヨーロッパ連合域内の法人格を保持しているため当該文書類の提出が不要かつ不能であること、これら三点を主張した。⁽¹⁸⁾

三 ポーランド最高裁判所の審理経過をみると、一方における、自国の債権者、少数社員および労働者の利益を保護する責任があるというポーランド法上の要請と、他方における、加盟国は原則として、他加盟国官庁が下した措置

の適法性の有無を判断したり、他加盟国で取得された法人格の承認を拒否したりしてはならないというヨーロッパ法上の要請と、これら二つの要請を如何に調整すべきかという難題の前に立たされていたことが分かる。国内法上の要請を重視すれば、清算手続において会社債権者、少数社員および労働者の利益を保護する責任が設立国にあるという考えを密接性(準拠法決定基準)の内容に取り入れて、抹消登記請求の認否の準拠法を設立国法(ポージランド法)とする理解があり得よう。このことは、同登記裁判所の判断と同様、清算手続に瑕疵のある抹消登記請求は認められないという主張につながる¹⁹⁾。逆に、ヨーロッパ法上の要請を尊重すれば、ポルブート社がヨーロッパ域内で法的に存続しているとするルクセンブルク法上の評価をポージランドの裁判所も尊重しなければならない²⁰⁾。それは、ポージランドで取得した法人格をルクセンブルクでも存続させる旨の社員総会決議に基づき、同社が、ルクセンブルクで改めて設立され、商業登記を経て、同国の法人格を取得していた点が重視されるからである。このような見方は、ポージランドの登記事項を抹消すべきであるとするポルブート社の主張そのものにほかならない。これら二つの要請を両立させようとしてポージランド最高裁判所が辿り着いたのが、論証の過程に、継続的経済活動の存否またはそうした活動を実施しようとする意図の有無という二者択一型争点を挟み込むこと²¹⁾によって、他加盟国の法的評価を条件付きで尊重するという折衷案(区別説、類型化説)であった。すなわち、自国内に事実上の管理機関の所在地かつ経済活動実地という意味での「Sitz(本拠)」があるか否かを加盟国が審査し、それが自国内にあれば国内法(ポージランド法)を適用し、それがないれば他の加盟国法(ルクセンブルク法)を適用するという法律構成である。同裁判所は、ヨーロッパ裁判所の判例法上、このような類型化が原則として許されるとみていた。むしろ、こうした法律構成のもとでも、本拠の有無の審査主体(審査権の帰属)を受入加盟国と設立時加盟国のいずれとみるかに応じて、請求の認否に関する判断が異なっ

たものとなる可能性は残されている。⁽²²⁾

かくして、ポーランド最高裁判所は、二〇一五年一〇月二二日、EU機能条約第二六七条に基づき、以下の三点について先行裁判をヨーロッパ裁判所に要請した(以下、「先行裁判要請」と略記する⁽²³⁾)。これらは、法務官報告書でも本件判決でもまったたくの同文で、次のように表現されている(以下、1ないし3の項目順に、「論点①」「論点②」「論点③」と略記する)。

1 EU機能条約第四九条および第五四条は、「会社が設立国で取得した法人格の存続を定める社員総会決議に基づいて他の加盟国で有限責任会社を新たに設立している場合において、同社が設立国で清算後に解散されているときに限り、商業登記簿上、同社の登記事項を抹消できる」旨を定めた、設立国の規定の適用と矛盾するか (Stehen die Art. 49 und 54 AEUV der Anwendung von Vorschriften des nationalen Rechts durch einen Mitgliedstaat, in dem eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung gegründet wurde, entgegen, die die Löschung im Handelsregister von der Auflösung der Gesellschaft nach Durchführung der Liquidation abhängig machen, wenn die Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat auf der Grundlage eines Gesellschafterbeschlusses neu gegründet wurde, der die Fortsetzung der in dem Gründungsmitgliedstaat erworbenen Rechtspersönlichkeit vorsieht?)。

1に「き」EU機能条約第四九条および第五四条が上記国内規定の適用を妨げていないと解される場合 (Falls diese Frage verneint wird.)

2 EU機能条約第四九条および第五四条は、「加盟国法上の、経常取引決算書の作成、債権の取立て、債務の履行と会社財産の処分、債権者の満足または保全を図る措置、以上に関する財務報告書の提出、ならびに、帳簿類および文書類の保管者の任命について決定する、転出会社の清算手続——この清算手続が行われた後に会社が解散され、その登記事項が抹消される——実施義務が、転出会社の債権者、少数社員および労働者を守るという意味の公益保護目的に照らして、適切、必要かつ

相当な手段を講ずる」ところ趣旨に「解釈される」ことが必要か (Können die Art. 49 und 54 AEUV dahin ausgelegt werden, dass die nach nationalem Recht vorgesehene Pflicht zur Durchführung eines Liquidationsverfahrens durch die Gesellschaft, das den Abschluss der laufenden Geschäfte, die Beiräumung der Forderungen, die Erfüllung der Verbindlichkeiten und die Verflüssigung des Gesellschaftsvermögens, die Befriedigung oder Absicherung der Gläubiger, die Einreichung eines Finanzberichts über diese Maßnahmen sowie die Benennung einer Person, die die Bücher und Unterlagen verwahrt, umfasst und das der Auflösung der Gesellschaft, die im Zeitpunkt der Löschung im Register eintritt, vorangeht, ein geeignetes, notwendiges und verhältnismäßiges Mittel darstellt, um das schutzwürdige öffentliche Interesse zu wahren, das darauf gerichtet ist, die Gläubiger, die Minderheitsgesellschafter und die Arbeitnehmer der wegziehenden Gesellschaft zu schützen?)³。

3 EU機能条約第四九条および第五四条は、会社がその法人形式を他の加盟国法上の会社へと変更する目的で、定款上の法人住所を当該の他の加盟国へ移転しながら、設立時の加盟国に事業の主たる本拠を残している場合、「居住移転の自由」原則に対する制限が存在するところ趣旨に「解釈される」ことが必要か (Sind die Art. 49 und 54 AEUV dahin auszulegen, dass eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit vorliegt, wenn eine Gesellschaft mit dem Ziel der Umwandlung in eine Gesellschaft eines anderen Mitgliedsstaats ihren satzungsmäßigen Sitz dorthin verlegt, ohne den Hauptsitz des Unternehmens zu ändern, der im Gründungsmitgliedstaat verbleibt?)³。

四 ポーランド最高裁判所の先行裁判要請に現れた論点は、以下のように整理することができる。

まず、論点①では、EU機能条約第四九条および第五四条所定の「居住移転の自由」原則が本件に適用されること
が当然の前提とされていたとみななければならない。このようにみるのは、論点①ではEU機能条約第四九条および第
五四条の適用結果が問われていると考えるからである。これらの規定が定める「居住移転の自由」原則の適用結果に

つについては、「主語＋……＋述語＋とき」(要件) ↓ 「E.U.機能条約第四九条および第五四條は、」(会社が設立国で取得した法人格の存続を定める社員総会決議に基づいて他の加盟国で有限責任会社を新たに設立している場合において、同社が設立国で清算後に解散されるときに限り、商業登記簿上、同社の登記事項を抹消できる」旨を定めた、設立国の規定の適用と矛盾する、(この効果部分は、「ポーランドの当該法規はE.U.機能条約第四九条および第五四條に違反する」と言い換えることができる。)(「効果」という判断基準④の存在を推認することができる。判断基準④を適用するためには、むしろ、その前提に、「主語＋……＋述語＋とき」(要件) ↓ 「判断基準④を適用する」(効果) という趣旨の別の判断基準⑤(判断基準④の適用基準)が存在するはずであり、判断基準⑤の要件を構成する個々の文言を解釈するためには、これよりも上位の次元に存在する別の判断基準(判断基準⑥の適用基準、この適用基準のさらなる適用基準)が段階的に遡って探求されなければならないであろう。E.U.機能条約第四九条および第五四條(「居住移転の自由」原則)がポーランドの当該規定の適用を妨げているか否かというように、判断基準④の適用結果を二者択一形式で問う論点①は、規制するE.U.機能条約の側からみると、ヨーロッパ法の解釈問題という衣を纏っているが、視点を変えて、規制される加盟国法規の側からみると、加盟国の法規が「居住移転の自由」原則に反するか否かという論点⁽²⁵⁾と同一であり、最終的には、ポーランドの裁判所が当該規定を本件抹消登記請求事件に適用できるか否かという実質的な問いに置き換えることができよう。判断基準④の要件が欠けるときは、E.U.機能条約第四九条および第五四條が許容する、当該ポーランド規定が適用され、同社の抹消登記請求は認められないこととなる。逆に、この要件が具備されるならば、E.U.機能条約第四九条および第五四條(「居住移転の自由」原則)によってポーランドの当該規定の適用が排除され、抹消登記請求は認容される余地がある。

次に、論点②の文言をみると、「主語＋……＋述語＋とき」(要件) ↓「E、U機能条約第四九条および第五四条は、經常取引決算書の作成、債権の取立て、債務の履行と会社財産の処分、債権者の満足または保全を図る措置、以上に関する財務報告書の提出、ならびに、帳簿類および文書類の保管者の任命について決定する、転出会社の清算手続——この清算手続が行われた後に会社が解散され、その登記事項が抹消される——実施義務を定める加盟国法上の規定が、転出会社の債権者、少数社員および労働者を守るという意味の公益保護目的に照らして、適切、必要かつ相応な手段である」という趣旨に、解釈されることができる」(効果) という判断基準③の存在を推定することができる。ポーランドの当該法規が判断基準③の効果部分に盛り込まれた「適切、必要かつ相応な手段」という文言に該当するか否かという論点に答えるためには、むしろ、「主語＋……＋述語＋とき」(要件) ↓「ポーランドの当該規定は公益保護目的に照らして、適切、必要かつ相応な手段である」(効果) という別の判断基準④が存在するはずであり、判断基準④の要件解釈のための判断基準(判断基準①の適用基準) がさらに遡って段階的に調査されなければ、論点②に対する解答を得ることはできないであろう。判断基準③の適用結果を肯定か否定かという二者択一形式で問う論点②も、EU機能条約第四九条および第五四条の解釈問題であるが、実質的には、ポーランドの当該規定を本件抹消登記請求事件に適用できるか否かという論点の言い換えとみることができよう。判断基準③の要件が具備されれば、ポーランドの当該規定は「公益保護目的に照らして、適切、必要かつ相応な手段」という文言に該当するところから、EU機能条約第四九条および第五四条(居住移転の自由)原則が許容するこの規定が適用され、同社の抹消登記請求は認められないこととなろう。逆に、この要件が欠ければ、「公益保護目的に照らして、適切、必要かつ相応な手段」に当たらない当該規定は適用されず、同社の抹消登記請求が認められるはずである。

それならば、論点①に続けて、論点②が提示されたのはなぜか。その理由は、おそらく、論点①に関する判断基準④の要件具備によりポーランドの当該規定が適用されないことで同社の抹消登記請求が認められるという、ポーランド当局にとって不都合な結果を避けるべく、当該ポーランド規定の適用を可能とする法律構成を工夫する必要性にあったという点に求められよう。すなわち、「居住移転の自由」原則それぞれ自体が適用されない状況を作り出すために「居住移転の自由」原則の適用範囲を縮減しようとしたポーランド最高裁判所の政策的配慮（判断基準④の適用基準を形成する活動）の結果として論点②を位置付ける理解である。尤も、この状況をどのように説明するかについては、二通りの方法があり得る。一方には、「居住移転の自由」原則が適用される類型とこれが適用されない類型、これら二類型が対等の関係で併存するとみる理解がある。この場合、「居住移転の自由」原則の適用を肯定する判断基準(1)（「主語＋……＋述語＋とき」(要件)）↓「居住移転の自由」原則が適用される」(効果)とこれを否定する判断基準(2)（「主語＋……＋述語＋とき」(要件)）↓「居住移転の自由」原則は適用されない」(効果)、それに、判断基準(1)と判断基準(2)の上位にあって、いずれの類型に分類されるかを決定する判断基準(3)（「主語＋……＋述語＋とき」(要件)）↓「判断基準(1)が適用される」(効果)という判断基準と「主語＋……＋述語＋とき」(要件)）↓「判断基準(2)が適用される」(効果)という判断基準――両者が別々の基準として定立されるかひとつに統合されるかは立法者の判断に委ねられる。これら三種類の判断基準が必要となろう。他方で、第一段階では「居住移転の自由」原則が一律に適用され、第二段階において事後的に同原則の適用が一定の範囲で例外的に排除されるという説明方法もあり得る。この場合には、「主語＋……＋述語＋とき」(要件)）↓「居住移転の自由」原則が適用される」(効果)という右の判断基準(1)と「主語＋……＋述語＋とき」(要件)）↓「判断基準(1)は適用されない」(効果)という判断基準(4)との二種類が考慮されなければならない。判断基準(4)は、判断

基準(1)の適用範囲を決定するという意味で、判断基準(1)の適用基準と名付けることができる。法務官報告書では、これら二つのうち、後者の方法が採用されている。それは、判断基準(4)（居住移転の自由）原則に対する例外規定）の要件を考えるにあたって、「居住移転の自由」原則に対する例外を許容するEU機能条約第五二条第一項中の「公序」という文言に手掛かりが求められている点から推測することができる。同項では、「本章および本章に基づいて行われる措置は、……公序……に基づいて正当とされる法規……の適用を妨げない」と規定されている。⁽²⁶⁾ポランドの当該規定が、転出会社の債権者、少数社員および労働者を守るという意味の「公益保護目的に照らして、適切、必要かつ相当な手段」に該当し、同項の「公序」に含まれると解釈すれば、本件を「居住移転の自由」原則の適用対象から除外することができよう。先行裁判要請の「19」では、原則的処理に関わる論点①がまず照会され、次に例外的処理の可能性を探索する論点②が挙げられていたとする理解である。この順序を尊重すれば、論点①の審理が先行し、論点②の審議がこれに続くこととなる。他方、「特別法（例外ルール）は一般法（原則ルール）に優先する（lex specialis derogat legi generali）」との法諺によれば、ポランドの当該規定が「居住移転の自由」原則に対する例外に当たるか否かという点の判断がまず行われるという意味で、論点②の審理が論点①のそれに先行する。審理の順序は、検討の過程でどのような法律構成が採用されるかにより、大いに異なり得る。

論点③についても、その文言から、「主語＋……＋述語＋とき」（要件）↓「EU機能条約第四九条および第五四条は、会社がその法人形式を他の加盟国法上の会社へと変更する目的で、定款上の法人住所を当該他の加盟国へ移転しながら、設立時の加盟国に事業の主たる本拠を残している場合、「居住移転の自由」原則に対する制限が存在する」という趣旨に、解釈される」（効果）という判断基準⑤の存在を推測することができる。判断基準⑤の効果部分に示され

た当該趣旨に該当するか否かという問いに答えようとすれば、ここでも、「主語＋……＋述語＋とき」（要件）↓「居住移転の自由」原則に対する制限が存在する」（効果）という内容を有する別の判断基準⑥が存在するはずであり、判断基準⑥の要件部分を解釈するための別の判断基準（判断基準⑥の適用基準）がさらに遡って探求されなければならぬであろう。判断基準⑥の適用結果を二者択一形式で問う論点③は、ヨーロッパ法の解釈問題という外観を装ってはいるものの、実質的にみると、ポーランドの当該規定を本件抹消登記請求事件に適用できるか否かという問いと異ならない。一方で、判断基準⑥の要件が具備されるとみれば、「居住移転の自由」原則に対する制限が存在するとの判断を介してポーランドの当該規定が適用され、同社の抹消登記請求は認められない。他方で、この要件が欠ける場合、「居住移転の自由」原則に対する制限が存在しないために当該ポーランド規定は適用されず、右の抹消登記請求が認容される可能性がある。この論点③も、先の論点②と同様、判断基準⑥の適用範囲に制限を加えようとする法律構成とみることができる。それは、前述の第五二条第一項による「居住移転の自由」原則の適用除外という法律構成（論点②）が認められないとしても、第四九条および第五四条それぞれ自体により「居住移転の自由」原則に対する制限（例外）が存在するとみれば、論点②の場合と同様に、ポーランドの当該規定を適用して抹消登記請求を退けるという、ポーランド当局にとって望ましい結果を達成することができるからである。このようにみると、論点①と論点②の審理順序について述べたことが論点①と論点③の審理順序についても当てはまることとなる。論点②と論点③の審理順序については、先行裁判要請中で明示されていないため、両者がどのような関係に立つかは明確ではない。先行裁判における順序を考慮して、論点②との対比において論点③を予備的な法律構成とみれば、論点②が論点③に先行するが、提示された順序に拘泥せず、論点②と論点③の関係を選択的な法律構成とみれば、検討の順序はヨーロッパ

パ裁判所の裁量に委ねられることとなる。以上が本件の概要である。⁽²⁷⁾

五 最後に、法務官報告書〔Ⅱ 法的枠組み〕〔7〕ないし〔12〕⁽²⁸⁾ および本件判決〔ポーランド法〕〔3〕ないし〔7〕⁽²⁹⁾の説明に依拠して、ポーランドの関連国内法規を確認しておこう。

まず、二〇一三年の変更形式における二〇〇〇年九月一五日の商事会社に関する法典⁽³⁰⁾は次のように規定する。

第二七〇条

会社の解散は、次の各号に掲げる事由による。〔…〕

2 公正証書形式で作成される文書を通じて確認することのできる、会社の解散または法人住所の国外移転に関する社員総会決議、〔…〕

第二七二条

会社は、清算されかつ登記簿上の記載の抹消を経て、解散される。

第二八八条

1 会社の最終決算書は、社員総会による承認および法人住所所在地での清算手続実施の後に、対外的に公表され、抹消登記申請書と併せて、登記裁判所に提出される。最終決算日は、債権者の満足または担保提供のために残余財産の分配を実施する日の前日とする。

3 解散会社の帳簿および文書は、保管のため、組合契約または社員決議で指名された者に引き渡される。誰も指名されないときは、登記裁判所が保管人を指定する。…

(第五五一条ないし第五六八条は会社の法人形式変更を規定する。)

第五六二条

会社の組織変更は、人的会社では社員の決議または資本会社では社員総会もしくは株主総会の決議を必要とする。

次に、二〇一二年二月四日の国際私法典⁽³¹⁾の関連規定は以下の通りである。

第一七条

- 1 法人は、当該法人がその本拠 (Sitz) を有する国の法に服する。
 - 2 但し、第一項に従って適用される法が当該法人設立国法の適用を定めるときは、当該設立国法が適用される。〔…〕
- 第一九条

- 1 法人住所を他国へ移転する法人は移転先国の法に服する。旧法人住所所在地国の規定により取得した法人格は、関連するすべての国の法が、その維持を許すときに限り、維持される。法人住所がヨーロッパ経済領域 (Europäischer Wirtschaftsraum) 内で移転される時、法人はその法人格を失わない。
- 2 法人住所を異なる国に有する法人間の結合は、すべての関係国の法が定める全要件の具備を必要とする。

三 法務官報告書とその検討

一 それでは、法務官報告書の内容はどのようなものか。先に「事案の概要」(二)の項で触れた部分(Ⅱ 法的枠組み)〔6〕ないし〔12〕およびⅢ 当初の紛争とヨーロッパ裁判所に提示されるまでの手続〔13〕ないし〔20〕)を除く個所(Ⅰ はじめに)〔1〕ないし〔5〕およびⅣ 法的評価〔21〕ないし〔66〕)の内容を確認しておこう。

「Ⅰ はじめに」では、ポーランド最高裁判所が提示した論点①の内容が確認され、併せて、先例との関連性を考

慮した本件裁判の意義が以下のように説明される。

「1」 「居住移転の自由」原則は、加盟国法に従って設立された会社が他の加盟国法上の会社へと法人形式を変更することを禁じる設立国の規定と矛盾するか (Steht die Niederlassungsfreiheit Vorschriften eines Mitgliedsstaats entgegen, die es einer nach dessen Recht gegründeten Gesellschaft verwehren, sich in eine Gesellschaft nach dem Recht eines anderen Mitgliedsstaats umzuwandeln?)。

「2」 右の論点は、基本的に、ヨーロッパ裁判所が本件先行裁判要請において答えなければならない論点である。この論点が提示された背景には、ポーランドの有限責任会社が法的同一性を維持したままルクセンブルク法上の会社という法人形式を採用しようとする願望があった。もちろん、この意図を達成するためには同社をポーランドの商業登記簿から抹消する必要があるが、ポーランド法が同社の事前の清算または解散を要求していることから、この意図は挫折している。

「3」 この点に関して「居住移転の自由」原則の適用範囲を正確に示し、原則的意義を持つこの問題を解明する機会がヨーロッパ裁判所に与えられている。というのは、加盟国法に従って設立された会社が、自社の経済活動を行う地をヨーロッパ連合内で自由に選ぶことだけでなく、経済活動地の選択とは切り離して、国境を超えて他の加盟国の法人形式に変更することも、「居住移転の自由」原則という名の基本的自由によって保障されているか否かという点について判断することが求められているからである。

「4」 本件は、それゆえ、会社の越境的移動に関するヨーロッパ裁判所の一連の著名な判決をさらに補充するものとなる(一九八八年九月二七日デイリー・メール社事件判決 (81/87, EU:C:1988:56)、一九九九年三月九日セントロス社事件判決 (C 212/97, EU:C:1999:126)、二〇〇二年一月五日イイーバーゼーリント社事件判決 (C 208/00, EU:C:2002:632)、二〇〇三年九月三日インスパイアー・アート社事件判決 (C 167/01, EU:C:2003:512)、二〇〇五年十一月十三日セウィッチ社事件判決 (C 411/03, EU:C:2005:762)、二〇〇八年十一月十六日カーテシオ社事件判決 (C 210/06, EU:C:2008:723) および二〇一二年七月一二日ヴァーレ社事件判決 (C 378/10, EU:C:2012:440)。この分野の詳細な規律は、第二次法のレヴェルではほとんど行われていない。なお、二〇〇五年一月二六日の資本金会社の結合に関する指令 (Richtlinie über die Verschmelzung von

Kapitalgesellschaften) 二〇〇五年第五六号 (ABl. L 310, S. 1)、および、二〇〇一年一月八日のヨーロッパ会社規約に関する規則 (Verordnung über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)) 二〇〇一年二一五七号 (ABl. L 294, S. 1) 参照。実際、この領域が占める比重はヨーロッパ連合法の中ではごく小さな部分でしかないが、それでも、どちらかといえば、専門家たちの情熱を駆り立て、彼らが集中して取り組んできた領域に属する。さらに、この点に関する論文数が極めて膨大であることを考慮すると、著名なバイエルン州出身の俳優カール・ヴァレンティンが述べたように、「言い尽したようでも、まだ言い足りない」部分があることになる。

[5] ヨーロッパ裁判所は、今やこのようなかたちで改めて、この論点についての判断を求められている。⁽³²⁾

まず、「1」では、先行裁判要請に掲げられた二者択一型の論点① (「EU機能条約第四九条および第五四条は、『会社が設立国で取得した法人格の存続を定める社員総会決議に基づいて他の加盟国で有限責任会社を新たに設立している場合において、同社が設立国で清算後に解散されるときに限り、商業登記簿上、同社の登記事項を抹消できる』旨を定めた、設立国の規定の適用と矛盾するか」) が、別の二者択一型論点、すなわち、「居住移転の自由」原則は、加盟国法に従って設立された会社が他の加盟国法上の会社へと法人形式を変更することを禁じる設立国の規定と矛盾するか」(論点①) という表現に言い換えられる。原典の疑問文の主語が「EU機能条約第四九条および第五四条」(論点①) から「設立国の規定」(論点①) に書き換えられた点はヨーロッパ法から加盟国法へという視点の変更を意味するにとどまり、論点①と論点①の間に実質的な差はない(後述「24」参照)。論点①に答えようとすれば、むしろ、「主語+……+述語+とき」(要件) ↓「居住移転の自由」原則は……設立国の規定と矛盾する」(効果) という判断基準①に依拠することとなろう。「2」では、論点①の前提にどのような事実関係があったかが確認される。「3」では、「加盟国法に従って設立された会社が、自社の経済活動を行う地をヨーロッパ連合内で自由に選ぶことだけでなく、経済活動地の選択と切り離し

て、国境を超えて他の加盟国の法人形式に変更することも、『居住移転の自由』原則という名の基本的自由によって保障されているか否か」に関する判断がヨーロッパ裁判所に求められている点を捉えて、ヨーロッパ裁判所に「『居住移転の自由』原則の適用範囲を正確に示し、原則的意義を持つこの問題を解明する」機会が与えられていると説明されている。「他の加盟国の法人形式に変更することも、『居住移転の自由』原則という名の基本的自由によって保障されているか否か」という二者択一型争点は、表現上、先の論点①と異なるが、ここでも、この新しい二者択一型争点と論点①との間に実質的な違いはみられない。「4」では、論点①が先行裁判例で取り上げられていなかったところから、会社の越境的移動に関してヨーロッパ裁判所が新たな判断を示すという点に本件裁判の社会的意義があることが確認される。このように、「I はじめに」では、ポーランド最高裁判所が提示した三つの論点中、論点①のみが取り上げられており、論点②および論点③に触れられていなかったことが分かる。

二 次に、「IV 法的評価」の場合どうか。この項は、題名のないまえがき〔21〕ないし〔24〕、「A 第三の論点について」〔25〕ないし〔43〕、「B 第一の論点について」〔44〕ないし〔48〕および「C 第二の論点について」〔49〕ないし〔66〕、これら四つの部分から成る。

(1) 「まえがき」〔21〕ないし〔24〕は、以下のように記されている。

〔21〕 この先行裁判要請は、ポルブート社が意図した、ルクセンブルク法上の有限責任会社への法人形式変更の可否に関わる。他のどの加盟国でもそうであるように、ルクセンブルクも会社の設立や存続の要件として国内に定款上の法人住所を置くこと

を求めているため、ルクセンブルク法上の法人形式への変更は、必然的に、定款上の法人住所のルクセンブルクへの移転と結び付けられている。コンソイユ社がルクセンブルクの会社登記簿に登記されたことで、この要件は満たされているようにも見える。

[22] ヨーロッパ裁判所の用語法に従えば、本件は越境的法人形式変更の事案である。越境的法人形式変更とは、法人形式を他の加盟国法に服する会社へと変更することであり、このようなやり方で新たな会社が登場する。

[23] この種の法人形式変更の成否は、原則として、設立時加盟国法および受入加盟国法秩序、両者の規律内容に左右される。たとえば、ヴァーレ社事件の判決では、受入国側の加盟国が自国会社に国内での法人形式変更を認めながら、越境的法人形式変更は認めていないという事案が取り上げられていた。これに対して、本件は、設立国側の加盟国が設けた障害に関する。というのは、ポルト社が、コンソイユ社という商号を介して法人格を維持している旨を主張していたが、ポーランド法上、清算および解散が事前に行われていなければ商業登記簿からの抹消が許されていないからである。

[24] 以下では、主として、「居住移転の自由」原則がこのような行動様式と矛盾するか否かが明らかにされなければならない。本件事案の特徴は、先行裁判要請に示されたところでは、越境的法人形式変更と当該会社の事業活動の重心変更とが合致していないという点にある。本件提示を行ったポーランド最高裁判所が示した論点は、このような背景を有する事案に対して「居住移転の自由」原則が適用されるか否か（第三の論点）(ob vor diesem Hintergrund der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit eröffnet ist (dritte Frage))³³、それが肯定される場合、「居住移転の自由」原則の適用が制限されるか否か（第一の論点）(ob eine Beschränkung vorliegt (erste Frage))³³に、場合により、そうした制限が正当とされ得るか否か（第二の論点）(ob diese gegebenenfalls gerechtfertigt werden kann (zweite Frage))³³、これらであった。

この項では、本件先行裁判要請に現れた特徴が確認される。「21」では、「ルクセンブルク法上の法人形式への変更は、必然的に、定款上の法人住所のルクセンブルクへの移転と結び付けられている」ため、「コンソイユ社がルクセンブルクの会社登記簿に登記された」という事実から、「会社の設立や存続の要件として国内に定款上の法人住所を

置くこと」というルクセンブルク法上の要件が具備されていたと判断されている。「22」では、ヨーロッパ裁判所の用語法のもとに、本件が「越境的法人形式変更」事案と解される旨、指摘される。「23」では、越境的法人形式変更の成否が、設立時加盟国実質法と受入加盟国実質法の累積適用の結果に委ねられているところから、ルクセンブルク実質法の適用結果に加え、ポーランド実質法の適用結果をも併せ参照する必要性が指摘される。受入国法上、越境的法人形式変更が認められなかったヴァーレ社事件と異なり、本件では、設立国法による障害が問題となっている（ポーランド登記法では、国内で清算ないし解散の手続が実施されていない会社の登記事項は抹消されないため、同国では、ルクセンブルク法上の法人形式への変更が認められない）。「24」では、法人形式の変更と事業中心地の変更が対応していない本件の処理にあたり、ポーランド最高裁判所の考え方（当初の論点①ないし論点③）とは異なり、まず「第三の論点」として「このような背景を有する事案に対して『居住移転の自由』原則が適用されるか否か」（論点③）が審議され、この点が肯定される場合、次に「第一の論点」として「居住移転の自由」原則の適用に対する制限が存在するか否か」（論点①a、前述「1」参照）が論じられ、最後に、「第二の論点」として「場合により、そうした制限が正当とされ得るか否か」（論点②）が検討される旨、明言される。先行裁判要請における当初の三つの論点（論点①ないし論点③）と法務官報告書の前述の理解（「24」）とを対比すると、論点の捉え方に関する相違点が明らかになる。まず、論点①の「E.U.機能条約第四九条および第五四条は……設立国の規定の適用と矛盾するか（Siehen die Art. 49 und 54 AEUV der Anwendung von Vorschriften des nationalen Rechts durch einen Mitgliedsstaat, in dem eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung gegründet wurde, entgegen……?）」という表現が、論点①aでは「居住移転の自由」原則の適用が肯定される場合）「居住移転の自由」原則の適用に対する制限が存在するか否か（ob eine Beschränkung vorliegt）」に変更されている。また、論点②の「E.

U、機能条約第四九条および第五四条は……加盟国法上の……実施義務が……公益保護目的に照らして、適切、必要かつ相当な手段であるという趣旨に、解釈される」ことができるか、(Können die Art. 49 und 54 AEUV dahin ausgelegt werden, dass die nach nationalem Recht vorgesehene Pflicht…… ein geeignetes, notwendiges und verhältnismäßiges Mittel darstellt, um das schutzwürdige öffentliche Interesse zu wahren, das darauf gerichtet ist, die Gläubiger, die Minderheitsgesellschafter und die Arbeitnehmer der wegziehenden Gesellschaft zu schützen?)」という表現が、論点②では「場合により、そうした制限が正当とされ得るか否か (ob diese gegebenenfalls gerechtfertigt werden kann)」に言い換えられている。そして論点③の「EU機能条約第四九条および第五四条は……『居住移転の自由』原則に対する制限が存在するという趣旨に、解釈される」ことができるか、(Sind die Art. 49 und 54 AEUV dahin auszulegen, dass eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit vorliegt……?)」という文言が、論点④では「『居住移転の自由』原則が適用されるか (ob…… der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit eröffnet ist)」と書き改められている。先行裁判要請が法務官報告書作成の出発点を成すことを考慮すると、論点①ないし論点③に答えなければならぬはずなのに、法務官報告書では、論点①ないし論点④について検討されている。法の解釈を生業とする法律家には自明の点であるが、言い換えが許されるのは内容の変更を伴わない場合に限り、論点の変更は明らかな逸脱とみられよう。

(2) 法務官報告書で最初に取り上げられるのが「A 第三の論点について」(「25」ないし「43」)である。この項は、まえがき部分(「25」ないし「28」)、「1. ヨーロッパ連合機能条約第五四条の意味における会社」(「29」ないし「31」)、「2. 他加盟国における居住」(「32」ないし「42」)および「3. 中間まとめ」(「43」)の四つに分けられている。

(a) まず、まえがき部分を再掲しよう。

ヨーロッパ会社法における本拠移転と居住移転の自由 (一) (山内)

〔25〕——表現上、誤解を招きやすい——第三の論点は、EU機能条約第四九条および第五四条が定める居住移転の自由の適用範囲如何に関わる。まず、この論点の答えが明らかにされなければならない。というのは、居住移転の自由が本件のような越境的法人形式変更にも適用されないとすると、居住移転の自由を制限できるかとかそうした制限が正当とされるかといった論点は最初から登場する余地がないからである。

〔26〕 本件提示を行ったポーランド最高裁判所がこの論点を介して知ろうとしたのは、加盟国で設立された会社がその法人形式を他の加盟国法上の法人形式に変更する目的で、定款上の法人住所を当該他の加盟国へ移転していながら、この「事業の主たる本拠 (Hauptsitz des Unternehmens)」すなわち、カーテシオ社事件判決での言い方では「事実上の本拠 (tatsächlicher Sitz)」(法務官は³³⁾の点を強調する) を変更していない本件事案が「居住移転の自由」原則の規律対象となるか否か (ob ein Vorgang unter die Niederlassungsfreiheit fällt) という点であった。

〔27〕 ヨーロッパ裁判所の判例によれば、会社の法人形式変更が原則として経済活動に含まれているうえ、加盟国は経済活動に対して「居住移転の自由」原則を遵守する義務を負う。このことは、もちろん、この種の事案がこの「基本的自由」原則の適用範囲に含まれるという意味ではない。むしろ、EU機能条約第四九条所定の要件はつねに充足されていなければならない。第四九条によれば、加盟国国民の他の加盟国主権領域内への自由移動を制限する行為は禁止されており、EU機能条約第五四条に従って、加盟国法上有効に設立された会社も自然人と同一の地位に立つ。

〔28〕 それゆえ、ポルブート社がEU機能条約第五四条の意味での会社とみなされるべきか否か(これについては、後述1〔29〕—〔31〕)、そして、他の加盟国に居住することが同時に同国の法人形式への変更を意図することを意味するか否か、これらが審査されなければならない(これについては、後述2〔32〕—〔42〕)³⁴⁾。

先行裁判要請の場合、論点③(「EU機能条約第四九条および第五四条は……「居住移転の自由」原則に対する制限が存在する」という趣旨に、解釈されることができるか)の前提に論点①(「EU機能条約第四九条および第五四条は……設立国の規定の

適用と矛盾するか)が置かれていた。論点①において、「EU機能条約第四九条および第五四条は……設立国の規定の適用と矛盾するか」という表現でEU機能条約第四九条および第五四条の適用結果が問われていた点を考慮すると、前述のように、先行裁判要請の場合、「居住移転の自由」原則が本件に適用されることが当然の前提とされていたようにみえる。これに対して、「25」では、論点①に対する解答に先んじて、論点③(EU機能条約第四九条および第五四条が定める「居住移転の自由」原則が適用されるか否かという二者択一型争点)への解答が必要であると考えられていた。論点③を最初に取り上げる理由は、「居住移転の自由」原則が本件にそもそも適用されないとすると、「居住移転の自由」原則の適用に対する制限が存在するか(論点①a)という問いは成り立たないという意味で、論点③につき肯定説を採らなければ論点①aを論じる意味がなく、「居住移転の自由」原則の適用に対する制限が存在する場合でなければ、そうした制限が正当とされ得るか(論点②)という問いは出てこないという意味で、論点①aにつき肯定説を採る場合にのみ論点②を取り上げる意味があるという点に求められていた。このようにみると、法務官報告書では、論点①の前提自体の成否を問う新たな争点として論点③が追加されていたことが分かる。むしろ、このような批判的視点の採否は論者の政策判断の相違に帰着する。

「26」では、論点③が「本件事案が、『居住移転の自由』原則の規律対象となるか否か」(論点③a)と言い換えられている。とはいえ、論点③の趣旨と論点③aのそれとの間に実質的変更はみられない。もちろん、「居住移転の自由」原則が本件に適用されるか否か(論点③)という問いに答えようとすれば、「主語+……+述語+とき」(要件)↓「『居住移転の自由』原則が適用される」(効果)という判断基準②があらかじめ示されていないなければならない。「27」では、ヨーロッパ裁判所の判例法上、「会社の法人形式変更は原則として経済活動に含まれ、加盟国は経済活動に対して『居

「住移転の自由」原則を適用する義務を負う」と「EU機能条約が定める『基本的自由』原則がこの種の事案に適用される」ことが別個の内容と考えられていた旨、述べられていた。加盟国に「住移転の自由」原則への服従義務があるという一般論とどの範囲でこの一般論を採用するかという具体論（右の判断基準②——その要件部分の解釈の仕方如何により、判断基準①の適用結果は異なり得る。）が別物であることを指摘した「27」の内容に違和感はない。「28」では、「ポルブート社がEU機能条約第五四条の意味での会社とみなされるべきか否か」、そして「他の加盟国に居住することが同時に同国の法人形式への変更を意図することを意味するか否か」という二つの論点が追加されている。「28」では、「26」の記述内容を念頭に置いて論点③の判断基準②をストレートに述べるといっても、判断基準②の要件部分に盛り込まれるべき新たな内容（判断基準②の要件部分の解釈に関わる適用基準の内容如何という論点）が追加されてきたようにみえる。このように考えると、判断基準②は、「会社（Gesellschaften）」概念に包摂されかつ「居住（ansässig sein）」概念に包摂されるとき（要件）↓「住移転の自由」原則が本件に適用される（効果）という規範に書き換えることができよう。法務官報告書では「会社」概念の解釈と「居住」概念の解釈が別々に示されている。それゆえ、判断基準②は、「会社」概念の解釈に関する判断基準③（以下の（b）と「居住」概念の解釈に関わる判断基準④（以下の（c））、これらを統合した複合的基準とみなければならぬ。

（b）判断基準②が掲げる二つの要件のうち、EU機能条約第五四条の「会社」概念に含まれるか否かを検討するのが、「1 EU機能条約第五四条の意味における会社」である。この項には、以下の記載がみられる。

「29」 ヨーロッパ裁判所の判例によれば、「住移転の自由」を援用する会社に対してEU機能条約第四九条が適用されるか

否かという問題は、同条約第五四条の適用上、ひとつの先決問題であり、この問題は加盟国法によってのみ答えることができる。というのは、国内法に従って設立され、それゆえ「居住移転の自由」を享受できるというために、会社が示すべき連結点を決定する権限も、その法的資格の維持を主張できるような連結点を決定する権限も、加盟国に帰属するからである。

[30] ポーランド国際私法典第一七条第一項に照らしてみると、ポルブート社が定款上の法人住所をルクセンブルクへ移転した後でもポーランド会社とみなされ、それゆえ、同社が「居住移転の自由」を援用することができるという主張は疑わしい。というのは、同項によれば、法人はそれが本拠 (G:G) を有する国の法に服するからである。口頭弁論におけるポーランドの主張によれば、ポーランドの立法者は、「Sitz」という概念を具体的に定めようとしていなかった。しかし、「Sitz」を定款上の法人住所 (Satzungssitz) という意味で考えれば、このことは、ポルブート社はもはやポーランド法上の会社とはみなされないという結果をもたらすに違いない。

[31] この点の解明は、もちろん、本件提示を行っているポーランド最高裁判所が解決すべき固有の課題であり、当裁判所はこの点を未決定のまま残すことができる。というのは、ポルブート社が「居住移転の自由」原則を援用することができる点にポーランド最高裁判所自身が疑いを抱いていなかったからである。⁽³⁵⁾

ある事象がEU機能条約第五四条の「会社」概念に含まれるか否かという問いに答えようとすれば、もちろん、「主語+……+述語+とき」(要件) ↓「……はEU機能条約第五四条の『会社』概念に含まれる」(効果) というヨーロッパ法上の判断基準^[3]があらかじめ用意されていないなければならない。[29]の第一文では、ヨーロッパ裁判所の判例法に基づいて、第五四条の意味での「会社」に当たるか否かという「先決問題」の決定基準(「先決問題」の準拠法)が、「会社」概念に含まれるか否かが問われている当該法人の設立国法であることが示されていた。この点を考慮すると、判断基準^[3]は、「先決問題」に関する判断基準^[3a](加盟国法、「主語+……+述語+とき」(要件) ↓「会社設立国法上の『会社』概念に含まれる」(効果))と判断基準^[3b](ヨーロッパ法上の実質規定、「当該会社設立国の国内法上、『会社』概念に包摂され

るとき」(要件) ↓ 「EU機能条約第五四条の『会社』概念に含まれる」(効果)、これら二つに分解することができよう。「29」の第二文では、「先決問題」の準拠法に関して設立国法説に依拠する根拠が、「国内法に従って設立され、それゆえ『居住移転の自由』を享受できるというために、会社が示すべき連結点を決定する権限も、その法的資格の維持を主張できるような連結点を決定する権限も、加盟国に帰属する」点に求められていた。しかしながら、このような説明にはまったく説得力が感じられない。それは、加盟国が会社の設立および存続の条件を国内法に基づいて任意に定める立法主権(自治権)を有する旨をヨーロッパ法が承認すること(立法権限が加盟国とヨーロッパ連合のいずれに帰属するかという問題)と、加盟国の会社が「居住移転の自由」というヨーロッパ法上の権利を主張すること(加盟国が「居住移転の自由」を会社に認めるヨーロッパ法上の義務を負うか否かという問題)とがまったく別の事柄(後者が存在しなければ、前者は存在しない)であって、両者の間に何の因果関係もないため、一方を他方の存在理由とすることはできないはずだからである。このように考えるのは、誰がヨーロッパ法上の権利を主張し得るかの決定基準を、設立国法説に代えて、事実上の本拠地法説に求める場合でも右の二つの文章、すなわち、立法主権の存在(権限配分)に触れた文章と会社の権利主張(加盟国の義務)に触れた文章とが内容上併存し得るはずだからである。設立国法説採用の有無という論点と設立国法説採用の根拠如何(これは設立国法説の主張内容と無関係の「比較の第三項」に求められなければならない)という論点とは明らかに別の局面に関するものであり、両者は明確に区別されていなければならない。

「29」では、判断基準3aが設立国(加盟国)の国内法であることが示されていた。次の「ポータンド国際私法典第一七条第一項に照らして」という言回しが示す通り、ここにいう「会社設立国法」が設立国の独立抵触規定を意味すると説明されている(30)が、しかし、なぜ設立国の実質規定と考えるはならないかという点については、何も

述べられていないため、独立抵触規定説を裏付ける根拠を確認することはできない。最終的に、「設立国の抵触法により指定される準拠実質法上、『会社』概念に含まれるとき」(要件) ↓ 「EU機能条約第五四条の『会社』概念に含まれる」(効果) と書き換えられた右の判断基準³⁾の適用にあたっては、「法人は、当該法人がそのSitzを有する国の法に服する」と規定するポーランド国際私法典第一七条第一項の解釈上、ポルブート社の「Sitz」の所在如何が次の論点となる。「30」の後半では、この点について、「ポーランドの立法者は、『Sitz』概念を具体的に定めようとしていなかった。しかし、『Sitz』を定款上の法人住所 (Satzungssitz) という意味で考えれば、このことは、ポルブート社 はもはやポーランド法上の会社とはみなされないといい結果をもたらすに違いない」というポーランド側の主張のみが紹介されていた。それは、「Sitz」を他国へ移転する法人は移転先国の法に服する」と定める第一九条第一項(「会社」概念の定義に関する判断基準ではない)の「Sitz」という文言を「定款上の法人住所」という意味に解する場合、ポルブート社の法人住所がルクセンブルクに移されたことによって、同社の属人法がポーランド法からルクセンブルク法へ変更され、同社の属性がルクセンブルクの抵触法(設立準拠法説)によって定められると考えられていたためかもしれない。「31」では、「この点の解明は……ポーランド最高裁判所が解決すべき固有の課題であり、当裁判所はこの点を未決定のまま残すことができる」と述べていた。その理由は「ポルブート社が『居住移転の自由』原則を援用することができる点にポーランド最高裁判所自身が疑いを抱いていなかった」という点に求められている。このことは、「会社」概念および「Sitz」概念の解釈がポーランド法に委ねられており、ヨーロッパ裁判所の判断事項ではないことを意味する。

以上を纏めよう。EU機能条約第五四条の「会社」概念の解釈が最終的にポーランド最高裁判所に委ねられている

ところから、判断基準③は、「ポーランド最高裁判所による、設立国ポーランドの抵触法における『Sizn』概念の解釈を経て決定される準拠実質法上、『会社』概念に含まれるとき」(要件) ↓ 「EU機能条約第五条の『会社』概念に含まれる」(効果) と修正されなければならない。(ヨーロッパ法上の「会社」概念の解釈を加盟国裁判所の判断に委ねるこのような構成は、解釈の統一性という点からみると、抵触法的統一であって、実質法的統一ではない)。しかしながら、先行裁判要請における表現が示すように、「居住移転の自由」原則が本件に適用される点について、ポーランド最高裁判所がまったく疑っていなかったはずなのに、「居住移転の自由」原則が本件事案に適用されるか否か(論点③)を敢えて問うていた点を考慮すると、みずからが答えることのできない論点をなぜ法務官が挙げたのかという疑問が新たに生まれよう。というのは、論点③に答える際の判断基準の要件部分に、EU機能条約第五条の「会社」概念に含まれるか否かの判断が含まれているところから、この点の判断が不能であれば、論点③に答えることもできないはずだからである。

(c) 次の「2. 他の加盟国における居住」では、判断基準②が掲げるもうひとつの要件、すなわち、EU機能条約第五条と関連する第四九条の「居住」概念に当たるか否かを解明するため、「主語+……+述語+とき」(要件) ↓ 「EU機能条約第四九条の『居住』概念に含まれる」(効果) という判断基準④が取り上げられている。この項は、まえがき部分〔32〕ないし〔38〕、「カーテシオ社事件判決について」〔39〕および〔40〕および「セントロス社事件判決およびインスパイアー・アート社事件判決について」〔41〕および〔42〕、これら三つに分割されている。

(i) まずまえがき部分から確認しよう。

〔32〕 次いで、EU機能条約第四九条の意味における他加盟国での居住の存否という論点が審議されなければならない。

〔33〕 ヨーロッパ裁判所の確定の判例によれば、居住という概念は極めて広義に解されており、他の加盟国で営まれる経済生活に安定的かつ継続的に参加すること、そうした活動から利益を得ること、これらも含まれている。加盟国に居住しているというためには、客観的かつ事後審査可能な手掛かりを用いて確認できるやり方で、受入加盟国に継続して存在していることが確かめられなければならない。

〔34〕 さらに、ヨーロッパ裁判所が居住概念を明確に定める際に強調していた点であるが、ヨーロッパ裁判所は、当該国で固定した施設を介して経済活動を不特定の期間に亘って事実上行うこともこの居住という概念に含めている。最近の判例においてヨーロッパ裁判所がこうした意味での居住概念から導き出した結論は、受入加盟国に実際に (Tatsächlich) 入り込んだうえで、受入国で現実の経済的な活動 (wirtliche wirtschaftliche Tätigkeit) (法務官はこの傍線部分を強調する) を行っていないければならないというものであった。居住という実態があるか否かの判断基準に関するヨーロッパ裁判所の評価は、これまでのところ、もちろん、「居住移転の自由」に対する制限の有無、またそうした制限措置の正当化の是非といった論点に限られている。

〔35〕 それでも、一方で、居住しているという事実が「居住移転の自由」原則を適用する際の要件であるという点に異論がないこと、他方で、受入加盟国に実際に入り込み、かつその国で経済活動を現実に行っている状況が、ヨーロッパ裁判所の確定の判例にみられる居住概念に含まれていること、これら二点を前提とすると、その必然的な結果として、実際にその国に入り込んでいるという意味での居住と結び付いている事象だけが、「居住移転の自由」原則の適用範囲に含まれることになる。

〔36〕 ヨーロッパ裁判所が居住の概念をこのように広義に捉えている点を考慮すると、経済活動を安定的かつ継続的に実行することができるような一種のインフラストラクチャーが受入加盟国にあれば、それだけで当該国に居住していると判断することができるとはならない。ヨーロッパ裁判所の判例によれば、さらにそれ以上に進んで、このような意味で居住する意思があるだけでも足りるとされている。

〔37〕 本件の場合、提示を行っているポーランド最高裁判所の説明によれば、ポルブート社の事業活動の重心はポーランドにある。同社の重心がポーランドにあるという判断と、同社がルクセンブルクで前述の判例の意味で実際に居住していることを

示すような活動を行っていたり、同社がこのような意味で同地に居住しようとする意図したりしているという認定とは、しかしながら、互いに排斥し合う関係にはない。そうであるとすれば、「居住移転の自由」原則の適用範囲は残されている。

〔38〕これに対して、ポルブート社の会社準拠法が変更されているだけであれば、「居住移転の自由」原則は問題にならない。というのは、「居住移転の自由」原則は、ヨーロッパ連合内で経済活動を行う者に対し、経済活動地の自由な選択を許しているが、当該経済活動に適用される準拠法の自由な選択まで許しているわけではないからである。それゆえ、「居住移転の自由」原則は、越境的法人形式変更が自己目的と化しているときは適用されず、越境的法人形式変更が実際の居住と結び付いているときに限って適用される³⁶⁾。

判断基準〔4〕の要件部分を構成する個々の文言を解釈するそれぞれの基準（判断基準〔4〕の適用基準）は、それがEU機能条約の解釈に関わるところから、ヨーロッパ法上の法源に求められなければならない。〔32〕では、EU機能条約第四九条の意味における他加盟国での居住の存否が論点とされる旨、明示される。〔33〕では、「居住」概念が、ヨーロッパ裁判所の確定の判例法のもとで極めて広く解されている旨、述べられていたが、どのような事実関係が「居住」概念に含まれるかに関する具体的な説明は行われていない。〔33〕では、「他の加盟国で営まれる経済生活に安定的かつ継続的に参加すること、そうした活動から利益を得ること」、「客観的かつ事後審査可能な手掛かりを用いて確認できるやり方で、受入加盟国に継続して存在していることが確かめられなければならない」こと、これらが指摘されていた。しかし、右の引用文中の解釈を要するどの語句（「安定的」、「継続的」、「利益」、「事後審査可能」等）についても、それらの内容を具体的にイメージできるほどの有益な説明（解釈基準）はまったく行われていない。〔34〕では、「当該国で固定した施設を介して経済活動を不特定の期間に亘って事実上行うこと」、「受入加盟国に実際に入り込んだう

えて、受入国で現実に経済的な活動を行っていないならばならない」こと、これらが、判断基準④の要件として、追加されていた。しかしながら、ここでも、「固定」、「施設」、「経済活動」、「事実上」、「実際に」等、複数の解釈が可能な抽象概念の内容を具体的に思い描けるほどの個別的説明は提示されていない。「35」には三つの内容が含まれていた。第一に、「居住している」という事実が「居住移転の自由」原則を適用する際の要件であるという点に異論がない」と述べられているが、この文章自体、「主語＋……＋述語＋とき」（要件）↓「居住移転の自由」原則が当該事案に適用される」（効果）という内容の判断基準②を再現したものであり、その内容に新規性はない。第二に、「受入加盟国に実際に入り込み、かつその国で経済活動を現実に行っている状況が、ヨーロッパ裁判所の確定の判例にみられる居住概念に含まれている」と述べることによって、ヨーロッパ判例法の意味における「居住」概念の定義が示されていた。とはいえ、「実際に入り込み」、「経済活動」および「現実に行っている」という表現の定義が具体化されていないため、ここでも、客観性のある指標は存在しないようにみえる。第三に、「これら二点を前提とすると、その必然的な結果として、実際にその国に入り込んでいるという意味での居住と結び付いている事象だけが、『居住移転の自由』原則の適用範囲に含まれる」という記述があるが、この部分は、「居住」概念それ自体の説明（定義）ではなく、「居住移転の自由」原則の適用範囲について説明したものであり、判断基準④の説明とは言い得ないであろう。「36」のうち、「経済活動を安定的かつ継続的に実行することができるような一種のインフラストラクチャーが受入加盟国にあれば、それだけで当該国に居住していると判断することができる」という個所は、収益を伴う経済活動が不特定の期間に亘って継続しかつ安定して営まれていることが固定した施設を介して客観的に確認されるときに、ヨーロッパ法上「居住」しているとする趣旨に理解することができようが、その前提に、「経済活動を安定的かつ継続的に実行

することができるような一種のインフラストラクチャーが受入加盟国にあるとき」(要件) ↓ 「当該加盟国に『居住』している」という(効果) 内容の判断基準⑤が想定されていたことであろう。また、ヨーロッパ裁判所の判例によれば「このような意味で居住する意思があるだけでも足りる」と述べられている部分は、この点が具体的な行為として実現されていなくても、そのように活動する「意思」があれば、居住していると認定することができる旨を示すものと読める。ここでは、「主語＋……＋述語＋とき」(要件) ↓ 「『意思』に該当する」(効果) という内容の判断基準が別途用意されていないならぬであろう。判断基準④の効果(「EU機能条約第五四条の『居住』概念に含まれる」と判断基準⑤の効果(「当該加盟国に居住している」)とを対比すると、前者が『居住』という抽象的な法律概念の解釈(定義)に関わるのに対し、後者は『居住』という法律概念に包摂されるべき事実自体の存否の判断に関わるという意味で、判断基準④の効果と判断基準⑤の効果とがまったくの別物であることが分かる。このように、法務官報告書では、判断基準④の要件部分を明らかにしようとする努力が払われているが、「経済生活に安定的かつ継続的に参加する」、「利益を得る」、「客観的かつ事後審査可能な手掛かり」、「固定した施設」、「不特定の期間」、「事実上行う」、「実際に入り込み」、「経済活動を現実に行う」、「一種のインフラストラクチャー」、「居住する意思」等、いずれも客観性に欠ける表現が用いられており、それら抽象的概念の判断基準が具体的に示されるまでは、どの判断基準についても、いまだそれらを実際に適用できる段階に至っていないことが分かる。それにも拘らず、「37」では、ポルブート社の「重心がポーランドにある」という判断と、同社がルクセンブルク……に実際に居住していることを示すような活動を行っていたり、同社がこのような意味で同地に居住しようとしていたりしているという認定とは、しかしながら、互いに排斥し合う関係にはない」という評価のもとに、本件では「『居住移転の自由』原則の適用範囲は残されている」旨、

断定されている。けれども、このような立論は不思議というほかはない。それは、上記判断基準④の要件部分の解釈を可能とする手掛かりが、いまだ具体的に与えられていないところから、要件部分を解釈することができず、その必然的な結果として、判断基準④の効果は生じていないはずだからである。判断基準④の解釈ができなければ、判断基準④を内包する判断基準②の解釈も行い得ない。判断基準④に関する以上の疑問と、判断基準③に関する前述の疑問（「会社」概念該当性の有無に関する判断基準③の要件解釈自体がポーランド最高裁判所の判断に委ねられ、「会社」概念該当性の有無という問いに対する法務官の解答は留保されている。）とを併せ考えると、判断過程の論証が欠けているという意味で、法務官報告書の問題性が指摘されなければならないこととなる。

最後に、「38」では、ポルブート社の「会社準拠法が変更されているだけであれば、『居住移転の自由』原則は問題にならない」と述べられている。「問題にならない」という言回しが「『居住移転の自由』原則が適用されない」という趣旨であるとみれば、ここでは、「居住移転の自由」原則が適用されるか否かという論点③について、判断基準②とは別の基準、すなわち、「ヨーロッパ連合内で経済活動を行う者が経済活動地を自由に選択するとき」（要件）↓「居住移転の自由」原則が適用される」（効果）という判断基準⑥が提示されていることになる（この基準には、判断基準⑥の要件を具備しないため、所定の効果が発生しないという意味で、会社準拠法（当該経済活動に適用される準拠法）のみが変更されているとき、「居住移転の自由」原則は適用されないという趣旨も含まれる。）。「『居住移転の自由』原則は問題にならない」（第二文）と判断した理由を示す第二文では、「『居住移転の自由』原則は、ヨーロッパ連合内で経済活動を行う者に対して、経済活動地の自由な選択を許しているが、当該経済活動に適用される準拠法の自由な選択まで許しているわけではない」と説明されている。「居住移転の自由」概念に「経済活動地の自由な選択」は含まれるが、「当該経済活動に

適用される準拠法の自由な選択」は含まれないというこの定義は、同時に、右の判断基準⑥が成り立つ根拠（判断基準⑥の形成基準）を述べているようにもみえる。すなわち、「居住移転の自由」原則のもとで、ヨーロッパ連合内で経済活動を行う者が経済活動地を自由に選択するとき（要件）↓「判断基準⑥が成立する」（効果）という判断基準⑦がそうである。しかし、落ちて着いて考えてみると、判断基準⑦の要件（ヨーロッパ連合内で経済活動を行う者が経済活動地を自由に選択するとき）は前述の判断基準⑥の要件（ヨーロッパ連合内で経済活動を行う者が経済活動地を自由に選択するとき）と同一であり、「比較の第三項」を示していないという意味で、判断基準として成立していないことが明らかである。こうみると、第三文の「それゆえ、『居住移転の自由』原則は、越境的法人形式変更が自己目的と化しているときは適用されず、越境的法人形式変更が実際の居住と結び付いているときに限って適用される」という文章も、前述の内容から導かれる結論について述べた文章というよりも、前述の内容の繰り返しに過ぎないことが分かる。ここでは、判断基準⑥の根拠に関する説明が依然として欠けていると言わざるを得ない。

(ii) 前述の「37」では、「居住移転の自由」原則の適用範囲は残されている」という表現で、「居住」要件が具備されたことにより、「居住移転の自由」原則を本件に適用することができ」という結論が導かれていた。次の二つの項では、「居住」概念の定義およびその解釈に関するこのような説明がヨーロッパ裁判所の先例に対応しているか否かが検討される。そのうちまず、「カーテシオ社事件判決について」では、右の説明がカーテシオ社事件判決と整合していることが以下のように述べられる。

「39」特にカーテシオ社事件判決からは、以上と異なる内容を、読み取ることとはできない。ヨーロッパ裁判所は、カーテシ

オ社事件判決で、一方では、会社が法人住所を他の加盟国に移転し、移転によって設立加盟国法の適用を免れようとする場合、加盟国は当該会社に対して、設立国で取得した法人格の維持を阻止することができるとする判断を示した。他方で、ヨーロッパ裁判所は、傍論ではあるが、会社の法人住所を移転しながらも会社準拠法を変更しない事案と、法人住所を設立時加盟国から別の加盟国に移転し、法人形式を第二の加盟国法上認められる会社形式へ変更し、さらに会社準拠法をも後者に変更する事案とは区別されなければならないと述べている。

[40] ヨーロッパ裁判所のこの説明を、越境的法人形式変更の事案に居住移転の自由の原則を適用する際、当該法人が実際に居住しているか否かという点をヨーロッパ裁判所がまったく考慮していないという趣旨に解することはできない。むしろ、ヨーロッパ裁判所の考慮事由を概観してみると、ヨーロッパ裁判所が、事実上の本拠を移転しながら会社準拠法を変更していない事案と事実上の本拠移転に加えて会社準拠法も変更している事案とを区別していたことが容易に推測される。それゆえ、その必然的な結果として、一方では、ヨーロッパ裁判所の傍論部分はそれに先行する中心的陳述に照らして解釈されなければならない⁽³⁷⁾、他方では、上述の判決では基本的に会社の事実上の本拠移転の可否が判断されていたということになる。

[39] では、カーテシオ社事件判決から読み取れる要点として、第一に、設立準拠法（設立国法）の適用を回避する目的で法人住所が他の加盟国に移転されている場合、加盟国は設立国で取得した法人格の維持を阻止できること、第二に、ヨーロッパ裁判所の先例では、法人住所の他加盟国への移転時に会社準拠法を変更する事案とそうではない事案とが区別されていること、これらが挙げられていた。第一点については、「主語＋……＋述語＋とき」（要件）↓「加盟国は、設立準拠法の適用回避の目的をもって他加盟国に法人住所を移転する会社が設立国で取得済みの法人格の維持を阻止できる」（効果）という判断基準⑧の存在が読み取れよう。また、第二点に関しては、法人住所の他加盟国への移転時に会社準拠法を変更する事案とそうでない事案とで判断基準⑧を適用するか否かを区別するという前提の

もとに、「主語＋……＋述語＋とき」(要件)↓「法人住所の他加盟国への移転時に会社準拠法を変更する事案とそうでない事案とを区別して、判断基準⑧を適用する」(効果)という判断基準⑨(判断基準⑧の適用基準)が考えられなければならない。ここでは、さらにその前提として、右の区分説の根拠如何が考えられなければならない。「主語＋……＋述語＋とき」(要件)↓「法人住所の他加盟国への移転時に会社準拠法を変更する事案とそうでない事案とを区別する」旨の判断基準⑩も探求される必要がある。しかし、法務官報告書には、右に示したどの判断基準についても、しかるべき説明は行われていない。「40」では、事実上の本拠を移転しながら会社準拠法を変更していない事案と事実上の本拠移転に加えて会社準拠法も変更している事案とをヨーロッパ裁判所が区別していたこと等が指摘される。それでは、ヨーロッパ裁判所が「事実上の本拠を移転しながら会社準拠法を変更していない事案と事実上の本拠移転に加えて会社準拠法も変更している事案」とを区別していたというこの説明と、「38」の末尾に示された「『居住移転の自由』原則は、越境的法人形式変更が自己目的と化しているときは適用されず、越境的法人形式変更が実際の居住と結び付いているときに限って適用される」という指摘とは、第四九条および第五四条にいう「居住」概念の解釈とどのように結び付くのだろうか。この点の説明を含め、「居住」概念の解釈基準(要件および効果)として、誰もが理解できるように具体的なかつ客観的な表現が明示されていないところから、ここでも、法務官報告書の趣旨を正確に理解することは容易ではない。

(iii) 右の説明に続けて、次の「セントロス社事件判決およびインスパイアー・アート社事件判決について」の項でも、次に示すように、「居住」概念の定義およびその解釈に関する前述の説明がこれら二件の先行判決と整合していることが述べられる。

「41」さらに、このような評価は、セントロス社事件判決およびインスパイアー・アート社事件判決の趣旨と矛盾しない。というのは、ボルブート社が、加盟国法上の会社として設立されているながら、経済活動をもつばら他の加盟国で行うことを意図していた点において、本件は、ヨーロッパ裁判所が前述の諸判決において最終的に「居住移転の自由」原則に反しないと述べた状況に該当するからである。それでも、これら二つの判決と本件とは明確に区別されなければならない。ヨーロッパ裁判所は、セントロス社事件において、加盟国で設立されているながら、居住地を別の加盟国、すなわち、会社所有者の居住地国に移そうと意図した会社に有利な判決を下した。これに対して、先行裁判要請における記述から容易に推測される通り、本件は、設立済みの会社が法的形式の変更のみを考えていた事案である。

「42」ボルブート社がコンソイユ社という商号をルクセンブルクで登記することによりその法人格を存続させているという状況からみて、本件の結論に変更はないであろう。しかし、ポーランドは、上記の諸点を決定的なものともみていなかった。というのは、ヨーロッパ裁判所が強調していたように、連続して適用される二つの法秩序がともに許容していなければ、会社の越境的法人形式変更が認められないからである。比喩的に言えば、本件の場合、ボルブート社はなるほどすでに片足ではルクセンブルクで立っているが、もう一方の足は依然としてポーランドに残っている状態にある。³⁸⁾

「41」では、「加盟国法上の会社として設立されているながら、経済活動をもつばら他の加盟国で行うことを意図していた」本件が、セントロス社事件判決およびインスパイアー・アート社事件判決が『居住移転の自由』原則に反しないと述べた状況に該当すると判断されるため、先の評価が「セントロス社事件判決およびインスパイアー・アート社事件判決の趣旨と矛盾しない」こと、「設立済みの会社が法的形式の変更のみを考えていた」本件は、「加盟国で設立されているながら、居住地を別の加盟国、すなわち、会社所有者の居住地国に移そうと意図した」先例と区別されなければならないこと、これらが示される。「42」では、法人住所を移転する前の準拠法と移転した後の準拠法、こ

れら二つの法秩序がともに適法と認めていなければ、会社の越境的法人形式変更は認められないというヨーロッパ裁判所の先例が確認される。こうした説明からは、「移転前の準拠法と移転後の準拠法がともに適法と認めるとき」(要件) ↓ 「ヨーロッパ法上、会社の越境的法人形式変更は有効である」(効果) というヨーロッパ法上の判断基準④の存在が確認されよう。しかしながら、判断基準④が前述の「居住」概念の解釈とどこでどのように結び付くのかという点が明示されていないため、ここでも、その趣旨を正確に理解することはできない。

(d) 以上の説明をうけた「3 中間まとめ」は、次のように記されている。

「43」 それゆえ、提示された第三の論点に対する解答としていえば、加盟国で設立された会社が、他の加盟国法上の会社へと法人形式を変更することを意図して定款上の法人住所を他の加盟国に移転している場合において、同社が他の加盟国で現実の経済活動を実施する目的でこの国に実際に入り込んでいたりまたはそうすることを意図したりしているとき、当該行為は、EU機能条約第四九条および第五四条による「居住移転の自由」に含まれる (dass unter die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 und 54 AEUV ein Vorgang fällt, bei dem eine nach dem Recht eines Mitgliedsstaats gegründete Gesellschaft mit dem Ziel der Umwandlung in eine Gesellschaft eines anderen Mitgliedsstaats ihren satzungsmäßigen Sitz in diesen Mitgliedsstaat verlegt, sofern eine tatsächliche Ansiedlung dieser Gesellschaft im anderen Mitgliedsstaat zum Zweck der Ausübung einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit besteht oder beabsichtigt wird)。この判断は、加盟国が有する、自国法に従って設立されたものと判定する上で、会社が示さなければならぬ結び付きを決定する権限および会社の法人格を維持する上で必要な結び付きを決定する権限に対して、影響を及ぼさない。²⁹⁾

「43」では、「居住移転の自由」原則が本件に適用されるか否かという論点⑤に対して、「加盟国で設立された会社が、

他の加盟国法上の会社へと法人形式を変更することを意図して定款上の法人住所を他の加盟国に移転している場合において、同社が他の加盟国で現実の経済活動を実施する目的でこの国に実際に入り込んでいたりまたはそうすることを意図したりしているとき、当該行為は、EU機能条約第四九条および第五四条による『居住移転の自由』に含まれる」という法務官の解答が示される。『居住移転の自由』原則が適用されるか否か」という問いに対して『居住移転の自由』に含まれる」という解答は、異なる述語が用いられているために文言上対応していないようにみえるものの、「含まれる」という語が「適用される」という意味で用いられているとみれば、両者の間に実質的な相違はないといえよう。この肯定的解答は、「加盟国で設立された会社が、他の加盟国法上の会社へ法人形式を変更することを意図して定款上の法人住所をこの加盟国に移転している場合において、同社が当該他の加盟国で現実の経済活動を実施する目的でこの国に実際に入り込んでいたりまたはそうすることを意図したりしているとき」(要件) ↓ 『居住移転の自由』原則が適用される」(効果) ↓ 『居住移転の自由』原則が適用される」(効果) といふ判断基準②に基づいて下されたものと推測される。先に論点③の判断基準として想定された判断基準②(第四九条にいう『居住』概念および第五四条にいう『会社』概念の双方に該当するとき)(要件) ↓ 『居住移転の自由』原則が適用される」(効果) および判断基準⑥(「ヨーロッパ連合内で経済活動を行う者が経済活動を自由に選択するとき」(要件) ↓ 『居住移転の自由』原則が適用される」(効果)) とこの判断基準②とを対比すると、これら三つの判断基準がそれぞれに掲げた要件が異なることから、三つの要件相互の関係如何という新たな論点が生じ得よう。

(3) 「43」で「居住移転の自由」原則の適用が肯定されたところから、法務官報告書における審議の対象は論点① a 「居住移転の自由」原則の適用に対する制限が存在するか否か)に移行する(24)。この点を取り扱う「B 提示され

た第一の論点について」では、以下のような説明が行われている。

〔44〕 ポルブート社がルクセンブルクに実際に入り込んでいる——この点の判断は、本件提示を行っているポーランド最高裁判所の責務である——本件において、次に取り上げられなければならないのが、第一の論点である。この論点で解明を求められているのは、越境的法人形式変更に必要な、設立国での転出会社登記事項抹消の可否が、同社の事前の清算および解散の有無にかからしめられているとき、「居住移転の自由」原則に対する制限が存在するか否かという点である。

〔45〕 ヨーロッパ裁判所の確定の判例によれば、「居住移転の自由」の行使を妨害し、阻止し、またはその魅力を失わせるどのような措置も、「居住移転の自由」原則に対する制限とみなされなければならない。

〔46〕 本件提示を行っているポーランド最高裁判所の認定によれば、ポーランドの会社がヨーロッパ連合内で法人住所を移転しても、同国国際私法典第一九条第一項により、その法人格は失われぬ。同社の会社準拠法が変更されても、法人格の同一性は維持されている。それゆえ、ポーランド法は、原則として、コンソイユ社という法人形式をとる場合でも、ポルブート社の法人格が存続することを認めている。それと同時に、ポーランド商事会社法典第二七二条と関連する同法第二七〇条第二号による、同社法人住所の外国移転決議は、もちろん必然的に、清算を実施した後に同社が解散するという結果を意味する。

〔47〕 しかしながら、ポーランドの所管官庁が、ポーランドにおいて清算および解散を行わないまま同国の商業登記簿からの抹消を求めたポルブート社の申立を拒絶したことにより、同社の越境的法人形式変更が妨げられている。このようにみると、「居住移転の自由」原則に対する制限が存在することは明らかである。

〔48〕 かくして、先行裁判要請において提示された第一の論点に対する解答は、加盟国法に従って設立された会社が、他の加盟国で現実に経済活動を実施する目的で当該加盟国に実際に入り込んだりその国に入り込むことを意図していたりする場合において、同社が他の加盟国法上の会社へと法人形式を変更しているとき、このような事案に、設立時加盟国において会社を清算しかつ解散しなければ設立時加盟国商業登記簿から抹消できない旨を定めた国内法規を適用することは、「居住移転の自由」原則に対する制限を意味する (dass in einem Fall, in dem sich eine nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründete Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat zum Zweck der Ausübung einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit

faktisch angesiedelt hat oder beabsichtigt sich dort anzusiedeln, und sie sich in eine Gesellschaft nach dem Recht dieses Mitgliedstaats umwandelt, die Anwendung nationaler Rechtsvorschriften, nach denen die Löschung dieser Gesellschaft im Handelsregister des Herkunftsmitgliedstaates, deren vorherige Auflösung nach Durchführung der Liquidation voraussetzt, die Niederlassungsfreiheit beschränkt) 2749⁽⁴⁰⁾。

〔44〕では、「24〕における簡単な表現（『居住移転の自由』原則の適用が制限されるか否か）が、「越境的法人形式変更に必要な、設立国での転出会社登記事項抹消の可否が、同社の事前の清算および解散の有無にかからしめられているとき、『居住移転の自由』原則に対する制限が存在するか否か」という表現に置き換えられており、新たな条件が付されている点で、当初の問いとはその趣旨を異にするものとなっている。「制限」という行為が取り上げられる場合も、「制限」という法律用語がまず定義され（第一段階、判断基準を構成する個別要素の内容確定過程）、次に、そのような内容を有する「制限」を法制度として採用するか否かが判断され（第二段階、特定の内容を要件または効果に取り入れるか否かという意味での判断基準形成過程）、最後に、法文上の「制限」概念に該当するか否かが判断される（第三段階、当該概念への包摂の是非判断という意味での判断基準適用過程）という意味において、これら三つの段階は明確に区別されなければならない。たとえば、第一段階では、「主語＋……＋述語＋とき」（要件）↓「……を『制限』と定義する」（効果）という判断基準③が不可欠であり、第二段階では、「主語＋……＋述語＋とき」（要件）↓「……『制限』を法規の内容として取り入れる」（効果）という判断基準④が用意され、第三段階では、「主語＋……＋述語＋とき」（要件）↓「……は『制限』概念に包摂される」（効果）という判断基準⑤が必要となるはずである。〔45〕では、ヨーロッパ裁判所の確定の判例として、『居住移転の自由』の行使を妨害し、阻止し、またはその魅力を失わせるどのような措

置も、『居住移転の自由』原則に対する制限とみなされなければならない」旨、指摘されていた。この説明は判断基準の効果を述べたものとみられるが、これが第一段階の判断基準③の効果なのか、第三段階の判断基準⑤の効果なのかという点は明らかではない。この点が明確にならない以上、各判断基準の要件部分を解釈することはできないであろう。それにも拘らず、ポーランド最高裁判所の説示に依拠して、ポーランド会社がヨーロッパ連合内で法人住所を移転してもその法人格は失われないうこと、法人住所の外国移転決議が必然的に清算実施後の解散を意味すること、これら二点の確認〔46〕を挟んで、〔47〕では、「ポーランドの所管官庁が、ポーランドにおいて清算および解散を行わないまま同国の商業登記簿からの抹消を求めたポルブート社の申立を拒絶したことにより、同社の越境的法人形式変更が妨げられている」という認定のもとに、『居住移転の自由』原則に対する制限が存在することは明らかである」という判断が下されている。論理の飛躍というほかはない。〔48〕では、これを受けて、本件の場合、ポーランドの当該規定を「適用することは、『居住移転の自由』原則に対する制限を意味する」と結ばれている。法治主義のもとでは各種判断基準の明示が不可欠であることを想えば、肯定説採用の過程に疑問を禁じ得ないであろう。

(4) 「居住移転の自由」原則に対する制限が存在する旨の判断を経て、「C 提示された第二の論点について」では、「そうした制限が正当とされ得るか否か」(論点②)が取り上げられる(前述のように、論点②は、「EU機能条約第四九条および第五四条は……清算手続実施義務が、転出会社の債権者、少数社員および労働者を守るという意味の公益保護目的に照らして、適切、必要かつ、相当な手段であるという趣旨に、解釈されることができるか」を問う当初の論点②と異なる)。この項は、まえばき部分〔49〕ないし〔52〕、「1. 濫用的取扱いの克服について」〔53〕ないし〔55〕、「2. 債権者、少数社員および従業員の利益の保護について」〔56〕ないし〔65〕および「3. 中間まとめ」〔66〕の四部から成る。

(a) まえがき部分では、次のように述べられている。

〔49〕 以上に続けて、第二の論点を取り上げられる。第二の論点は、要するに、本件会社に清算手続実施義務を課すという方法が、越境的法人形式変更を行う会社の債権者、少数社員および労働者の保護という目的に照らして、相当な (verhältnismäßiges) 手段であるか否かという点にある。

〔50〕 本件提示を行っているポーランド最高裁判所の説明では、清算手続に含まれる項目として、經常取引決算書の作成、債権の取立て、債務の履行と会社財産の処分、債権者の満足または保全を図る措置、以上に関する財務報告書の提出、ならびに、帳簿類および文書類の保管者の任命、これらが挙げられている。清算手続上、会社が登記簿から抹消される時点において、会社はすでに解散されていなければならない。

〔51〕 ヨーロッパ裁判所の確定の判例によれば、EU機能条約第五条および第五二条に挙げられた事案を除き、公益という絶対的事由に基づいて正当に制限できる場合に限って、「居住移転の自由」を制限することが許される。この種の制限は、目標を達成する上で適切なものでなければならず、かつ必要な限度を超えてはならない。

〔52〕 以下ではまず、ポーランドが提出した、「居住移転の自由」原則の濫用防止の観点から、会社が清算されていないならぬとの要件が正当化されるという異議の当否が審議される（これについては、後述1）。それに続けて、ポーランド最高裁判所が先行裁判要請で挙げていた、債権者、少数社員および労働者の利益について検討される（これについては、後述2）。⁴¹⁾

〔49〕では、「居住移転の自由」原則の適用に対する制限が正当とされ得るか否か（論点②、正当性の有無、正否）が、なぜか、「本件会社に清算手続実施義務を課す」という方法が、越境的法人形式変更を行う会社の債権者、少数社員および労働者の保護という目的に照らして、相当な (verhältnismäßiges) 手段であるか否か（相当性の有無、当否）へと

実質的に変更されている。異なる法律概念を用いる場合、意味の相違もそこに含意されているという点に着目すれば、「主語＋……＋述語＋とき」(要件) ↓ 「……は正当である」(効果) という正当性の有無の判断基準⑩と、「主語＋……＋述語＋とき」(要件) ↓ 「……は相当である」(効果) という相当性の有無の判断基準⑪とは別物でなければならず、意図的な言い換えか否かに拘らず、表現上正確さを欠くものとして、正当性から相当性への意味的転換の当否が問われなければならない。「50」では、ポーランド最高裁判所の説明に依拠して、同国法上、「経常取引決算書の作成、債権の取立て、債務の履行と会社財産の処分、債権者の満足または保全を図る措置、以上に関する財務報告書の提出、ならびに、帳簿類および書類の保管者の任命、これらが「清算手続に含まれていること、そして、清算手続上、登記簿から抹消される時点において、会社はすでに解散されていないこと、これらが示されている。」[51]では、ヨーロッパ裁判所の確定の判例法として、「EU機能条約第五条および第五二条に挙げられた事案を除き、公益という絶対的事由に基づいて正当に制限できる場合に限り、『居住移転の自由』を制限することが許される」こと、そして、「この種の制限は、目標を達成する上で適切なものでなければならず、かつ必要な限度を超えてはならない」こと、これらが紹介される。そこには、一方で、「公益という絶対的事由に該当するとき」(要件) ↓ 「『居住移転の自由』を制限することが許される」(効果) という判断基準⑫が想定されていたことである。判断基準⑫を適用するにあたっては、もちろん、「主語＋……＋述語＋とき」(要件) ↓ 「公益という絶対的事由に該当する」(効果) という内容を有する判断基準⑫の適用基準が与えられていなければならない。右の論点②との関連性を考える場合、この判断基準⑫については、「主語＋……＋述語＋とき」(要件) ↓ 「判断基準⑫は正当である」(効果) という判断基準と「主語＋……＋述語＋とき」(要件) ↓ 「判断基準⑫は相当である」(効果) という判断基準の二種類のい

れが法務官報告書の真意なのかという疑問が生じ得よう。判断基準⑧の効果部分の文言に着目すると、前述の正当性から相当性への言い換えが、さらに「居住移転の自由」原則に対する制限の許否（許容性）へとまたも実質的に転換されていることにも留意する必要がある。というのは、正当性の有無や相当性の有無に関する各判断基準とは別に、許容性の有無の判断基準として、「主語＋……＋述語＋とき」（要件）↓「居住移転の自由」を制限することが許される（効果）という内容の判断基準⑨が必要となるはずだからである。「51」については、他方で、「居住移転の自由」原則に対する制限措置が「目標を達成する上で適切なものでなければならず、かつ必要な限度を超えてはならない」という表現に着目すると、「主語＋……＋述語＋とき」（要件）↓「……は『適切』に該当する」（効果）という判断基準⑩および「主語＋……＋述語＋とき」（要件）↓「……は『必要』に該当する」（効果）という判断基準⑪、これら二つが別に用意されていなければならないことも分かる。「52」では、ポーランド法における会社清算要件の正当化の有無、「債権者、少数社員および労働者の利益」、これら二点が以下で論じられる旨、明言される。

（b）次の「1 濫用的取扱いの克服について」では、ポーランド政府から提出された、「『居住移転の自由』原則の濫用防止の観点から、会社が清算されていなければならないとの要件が正当化される旨の異議の当否」が取り上げられる。この表現は、論点②（「そうした制限が正当とされ得るか」）の一般的表現（「制限」を、特に「要件」部分につき、ポーランド法に則して具体化したものであり、これらの間に実質的な変更はない。その説示は以下の通りである。

〔53〕ポーランドの見解によれば、本件で争われている、法人形式の変更という技巧的法律構成は、経済的理由で正当化され得るものではない。会社の清算という手法は、国内法の適用を回避しようとする会社の意図を阻止する上で適切な措置であ

る。

〔54〕 ポーランドの陳述は、それが、ポルブート社がもつばら会社準拠法変更のみを意図しているという仮説に立脚している点で、考慮に値しない。というのは、上述のように、会社準拠法の変更しか行われていない事案は「居住移転の自由」原則の適用対象ではないからである。もちろん、受入加盟国で現実には経済活動が行われているという理由で「居住移転の自由」原則が適用されるとしても、ポーランドの見解に従うことはできない。

〔55〕 確かに、何びともヨーロッパ連合法の援用を濫用してはならないという点に争いはない。清算手続の実施という一般的義務は、「居住移転の自由」の濫用を防止する必要性よりも優先されるべきであるが、それでも、濫用が存在すると一般的に推定することは、結局のところ、不適切である。個別具体的事案で越境して法人形式を変更する動機が不法なものであれば、加盟国は、詐欺を未然に防いだり事後に追及したりするために、あらゆる適切な措置を取ることができる。⁽⁴²⁾

ある「制限が正当とされる (gerechtfertigt) か否か」という論点②に答えようとすれば、「主語+……+述語+とき」(要件) ↓「……当該制限は正当とされる」(効果) という判断基準②が用いられなければならないはずである。しかしながら、法務官報告書はこの種の判断基準を明示していないようにみえる。〔53〕では、国内での清算を求める同国の規定を「国内法の適用を回避しようとする会社の意図を阻止する上で適切な措置」と位置付けるポーランド政府の見解が紹介される。そうした見解の前提には、「主語+……+述語+とき」(要件) ↓「ポーランドの国内法規は適切な措置である」(効果) という判断基準②がある。〔54〕では、しかし、ポーランド側のこのような見解が排斥されている。その理由は、「主語+……+述語+とき」(要件) ↓「会社準拠法の変更しか行われていない事案は『居住移転の自由』原則の適用対象ではない」(効果) という判断基準④に求められていることであろう。しかし、この判断基準④の形成基準(立法理由相当部分)が明示されていないところから、右の判断基準④の要件部分は空白のまま残

されている。その結果、ポーランドの見解を排斥する根拠はまだ明らかになっていない。「55」の第二文では、ポルトガルが本件で「居住移転の自由」を濫用していると「一般的に推定することは……不適切である」と評価されている。ポルトガルが本件で「居住移転の自由」を濫用していると「一般的に推定することは……不適切である」という評価は、「主語+……+述語+とき」(要件) ↓ 「居住移転の自由」を濫用していると推定することは……適切である」(効果) という判断基準④に基づいて下されたものであろう。しかし、判断基準④の要件部分が空白であるため、この判断基準④を用いて右の結果を導き出すことはできないはずである。一見すると、第三文がその理由に当たるようにみえるが、第二文の内容と「加盟国は、詐欺を未然に防いだり事後に追及したりするために、あらゆる適切な措置を取ることができる」という第三文の内容との間に直接的な関連性がみられないため、第三文を第二文の理由とみることはできない。このようにみると、この項では、「正当とされる (gerechtigt) か否か」という問いに答えるうえで不可欠の判断基準がまったく述べられていなかったことが分かる。

(c) 次の「2 債権者、少数社員および労働者の利益の保護について」は、論点② (「そうした制限が正当とされ得るか」) に答える際に想定される前述の判断基準② (「主語+……+述語+とき」(要件) ↓ 「……は正当とされる (gerechtigt)」(効果)) とどのように関わるのだろうか。この項も、まえがき部分 (「56」ないし「58」) のほか、「a) 債権者保護について」(「59」ないし「61」)、「b) 少数社員保護について」(「62」) および「c) 労働者保護について」(「63」ないし「65」) の三つに分けられている。

(i) まず、まえがき部分を確認しよう。

〔56〕 債権者、少数社員および労働者の利益は、公益という絶対的事由に該当する。もちろん、清算手続実施義務が、債権者、少数社員および労働者の利益を保護する方法として、適切 (Gezielt) であるか否かは、明らかではない。むしろ、債権者、少数社員および労働者の利益が侵害されていない場合でさえ、清算手続実施義務が課されることで、越境的法人形式変更が阻止されたり禁止されたりすることがある。

〔57〕 この種の措置は、目的を達成することに役立つというよりも、却って、目的の達成を阻害することになる。すなわち、本件提示を行っているポーランド最高裁判所が述べていたように、本件清算手続は、結局、ポルブート社の法的存在を終わらせることにある。清算手続が実施されれば、会社と私法契約を締結した債権者はそれまでの契約相手を失い、労働者全員の雇用関係は解消され、清算時に残余財産がなければ少数社員も他の社員も配分を受けられないこととなる。

〔58〕 このことは、しかし、裏返していえば、公益保護のため越境的法人形式変更には加盟国に禁じられているという意味ではない。それでも、加盟国が執る措置は相当性 (Verhältnismäßigkeit) の原則を遵守していなければならない。⁽⁴³⁾ 以下、債権者の状況 (後述 a)、少数社員の状況 (後述 b) および労働者の状況 (後述 c)、これらが順次取り上げられる。

〔56〕 では、「債権者、少数社員および労働者の利益は、公益という絶対的事由に該当する」こと、「清算手続実施義務が、債権者、少数社員および労働者の利益を保護する方法として、適切 (Gezielt) であるか否かは、明らかではない」こと、「債権者、少数社員および労働者の利益が侵害されていない場合でさえ、清算手続実施義務が課されることで、越境的法人形式変更が阻止されたり禁止されたりする」場合があること、これら三点が指摘されている。これらの指摘が成り立つというためには、それぞれの指摘を根拠付ける三つの理由が別々の表現を伴い、「主語 + …… + 述語 + とき」(要件) ↓ 「債権者、少数社員および労働者の利益は、公益という絶対的事由に該当する」(効果)

という判断基準②、「主語＋……＋述語＋とき」（要件）↓「清算手続実施義務が債権者、少数社員および労働者の利益を保護する適切な手段であるといえる」（効果）という判断基準③および「主語＋……＋述語＋とき」（要件）↓「清算手続実施義務が越境的法人形式変更の阻止事由または禁止事由に該当する」（効果）という判断基準④の形式で明確に示されていなければならないであろう。「57」の第一文では、「この種の措置は、目的を達成することに役立つというよりも、却って、目的の達成を阻害する」ことが指摘されている。ここにいる「目的」は、むしろ、債権者、少数社員および労働者の利益を保護することであろう。しかし、「主語＋……＋述語＋とき」（要件）↓「……は債権者、少数社員および労働者の利益を保護するという目的を達成することに役立つ」（効果）という判断基準⑤が与えられていなければ、第一文が成り立つか否かを判定できない。第二文では、「本件清算手続は、結局、ポルブート社の法的存在を終わらせることにある」と説明されている。第三文では、「清算手続が実施されれば、会社と私法契約を締結した債権者はそれまでの契約相手を失い、労働者全員の雇用関係は解消され、清算時に残余財産がなければ少数社員も他の社員も配分を受けられないこととなる」と述べられている。これらを総合すれば、債権者、少数社員および労働者を保護するためには、それぞれの権利主張の相手方たるポルブート社の法的存在を肯定することが不可欠であると考え、その実現方法として、ポルブート社の抹消登記請求を認めてはならないという政策判断に行き着くことであろう。こうした判断の前提には、おそらく、ポーランドにおける抹消登記請求の認容がヨーロッパ全域におけるポルブート社の法的不在を意味するという理解があったことと思われる。「58」第一文では、加盟国が「公益保護のため越境的法人形式変更に負担や条件を付ける」ことが許されている旨、指摘される。第二文では、「加盟国が執る措置は相当性（Verhältnismäßigkeit）の原則を遵守していなければならない」ことが示される。この指摘は、必然

的に、「主語＋……＋述語＋とき」(要件) ↓ 「当該措置は相当」(verhältnismäßig) である」(効果) という判断基準³⁰の存在を推測させる。債権者保護、少数社員保護および労働者保護について、以下で個別的検討が行われているのは、これら三種類の保護対象の特性に応じて「相当性」(Verhältnismäßigkeit)の内容がそれぞれに異なるものと考えられていたためと考えられる。ここでは、債権者、少数社員および労働者の保護態様に依りて「相当性」の内容が相異なることを反映させた三種類の判断基準——「……が債権者保護の観点から見て相当であるとき」(要件) ↓ 「……は正当とされる」(効果) という判断基準³¹、「……が少数社員保護の観点から見て相当であるとき」(要件) ↓ 「……は正当とされる」(効果) という判断基準³²、「……が労働者保護の観点から見て相当であるとき」(要件) ↓ 「……は正当とされる」(効果) という判断基準³³——を挟み込むことによつて、前述の論点²に関する「主語＋……＋述語＋とき」(要件) ↓ 「……は正当とされる」(gerechtfertigt) (効果) という判断基準³⁴と「相当性」(Verhältnismäßigkeit)に関するここでの説明とを関連させることができるのかもしれない。

(ii) まず、「a) 債権者保護について」の検討内容をみよう。

〔59〕 債権者保護に関して考慮されるのは、現在の会社債権者の利益のみである。というのは、ポルプート社が国境を超えてルクセンブルク法上の会社へと法人形式を変更した後、引き続きポーランドで活動していれば、ポーランド法がポルプート社の対内関係および対外関係に適用されないという点はその後の潜在的な債権者にとつて自明の点だからである。

〔60〕 もちろん、法人形式変更により、現在の債権者の利益が危険に晒されるリスクもある。特に資本金保護と責任に関して、変更後に会社が服する規定が変更前の規定ほど厳格ではない可能性がある。この点からみると、法人形式の変更によりすでに発生している債権を回収できないことを債権者が証明している限り、債権者の適切な補償請求に異議を唱えることはできない

であろう。

〔61〕ポーランドは、このほかにも、法人形式の変更によつて債権者が手続法的にみても好ましくない状況に置かれ、会社に対する訴えを債権者が他の加盟国の裁判所に提起しなければならぬ旨を申し立てているが、しかし、そうした異議は納得のゆくものではない。というのは、本件提示を行っているポーランド最高裁判所が明らかにしているように、会社の事実上の本拠がポーランドに残されていれば、これまでと同様に、債権者はポーランドでこの会社を訴えることができるはずだからである。⁽⁴⁴⁾

〔59〕では、他加盟国法上の法人形式への変更後に当該法人と取引関係に立つ将来の債権者には、取引相手の会社準拠法がどの法かを確認する義務が生じるといふ考えが前提に置かれているため、「現在、の会社債権者の利益のみ」が保護対象とされている。しかし、こうした説明が成り立つためには、右の前提が共有されていなければならぬのに、そうした前提の正当性を示す論拠は明らかにされていない。また、右の確認義務は実体法上の義務とみられようが、法廷地の国際裁判管轄権が肯定された後、法廷地独立抵触規定により指定される準拠法が決定されなければ、相手方の会社準拠法がどの法かを確認する義務の有無も決まらぬはずなのに、準拠法決定以前に準拠法確認義務が生じる根拠も説明されていない。限られた説明のみで法務官報告書の真意を推し量ることはできないが、考え得る一案は、右の確認義務を強行規定（涉外実質法）と捉えることなのだろうか。〔60〕では、資本金保護と責任に関して、法人住所変更後に会社が服する規定（新会社準拠法）が変更前の規定（旧会社準拠法）ほど厳格ではない可能性が指摘され、「法人形式の変更によりすでに発生している債権を回収できないことを債権者が証明している限り、債権者の適切な補償請求に異議を唱えることはできない」という評価が示されるが、ここでも、根拠の説明はない。〔61〕では、「会

社に対する訴えを債権者が他の加盟国の裁判所に提起しなければならぬ」という点で「法人形式の変更によって債権者が手続法的にみても好ましくない状況」に置かれるというポーランドの主張に与し得ないとする判断が示される。その理由は、「会社の事実上の本拠がポーランドに残されていけば、これまでと同様に、債権者はポーランドでこの会社を訴えることができるはずだ」という点に求められている。国際裁判管轄権を認める管轄原因については、もちろん、「民事および商事事件における裁判管轄ならびに裁判の承認および執行に関する二〇一二年一月二二日の欧州議会および理事会規則第一二二五号(ブリュッセルI a規則)⁽⁴⁵⁾」他が参照されなければならないであろう。この項では、結局、「主語+……+述語+とき」(要件) ↓ 「……は債権者保護の観点から見て相当 (verhältnismäßig) である」(効果) という判断基準⁽³⁵⁾のうち、「相当性」の内容については格別の説明がなく、そこにいう「債権者」が「現在の債権者」に限られるという解釈基準(右の判断基準の適用基準)が提示されていたにとどまる。このようにみると、債権者の利益保護について直接に判断する基準が不明確であるため、論点②に答えることはできないようにみえる。

(iii) 次に、「b) 少数社員保護について」は、以下のように述べられている。

「[62] さらに、会社準拠法が変更されると、社員が法人形式の変更に対して反対意見を述べても、それが通らず、社員の地位が脅かされる可能性がある。というのは、新しい会社準拠法によって必然的に関係者の権利義務も変更されるからである。このような状況のもとでは、関係者が適切な (angemessene) 補償と引き換えに会社に対する持分を放棄できるようにすることが相当地 (verhältnismäßig) であるように思われる。」⁽⁴⁶⁾

「[62] の第一文では、変更前の会社準拠法で認められていた社員の地位が、会社準拠法の変更により、脅かされる

可能性が指摘されている。第二文は「社員の地位が脅かされる」理由が述べられる。第三文では、「関係者が適切な補償と引き換えに会社に対する持分を放棄できるようにすることが相当である」旨、言及される。ここには、「会社準拠法の変更により、従前の会社準拠法上認められていた社員の地位が脅かされるとき」(要件) ↓ 「適切な」(angemessen) 補償と引き換えに会社に対する持分を放棄する権利を少数社員に認めることが「相当」(verhältnismäßig)である」(効果) という判断基準³⁶が用意されているはずであろう。少数社員の利益保護についてみると、「この判断基準³⁶に基づいて『相当』(verhältnismäßig)であると判断されるべき」(要件) ↓ 「清算手続実施義務が債権者、少数社員および労働者の利益を保護するのに適切」(geenend)である」(効果) (〔56〕) という判断基準³⁷、「この判断基準に基づいて、清算手続実施義務が債権者、少数社員および労働者の利益を保護するのに適切である」と判断されるべき」(要件) ↓ 「……制限は正当とされる」(gerechtferdig) (効果) という判断基準³⁸、これら二つが追加されるならば、論点②への解答が可能となろう。

(iv) 「c) 労働者保護について」は、次のような説明がある。

〔63〕最後に、労働者利益の保護に関していえば、一方で、本件提示を行っているポーランド最高裁判所によっても本件手続参加者によっても、立ち入った説明のないことが指摘されなければならない。他方、ポルブート社事件では、労働者の職場移転も労働者の地位の剥奪もまったく問題になっていない。

〔64〕しかしながら、会社の法人形式が変更され、これと関連して定款上の法人住所が移転されることで、労働者の権利のうち、定款上の法人住所に連結される権利に影響が及ぶ可能性がある。それとてまず考えられるのは、企業の共同決定、すなわち、労働者の経営参加を認める制度である。場合により、法人形式変更後の会社準拠法が労働者に共同決定を認める範囲が減少す

る可能性がある。

〔65〕労働者の権利に対してどのような効果が及ぶかという点からみると、越境的法人形式変更 (grenzüberschreitende Umwandlung) と越境的法人結合 (grenzüberschreitende Verschmelzung) とを分ける意味はない。ヨーロッパ連合の立法者は、特に越境的法人結合を規律するため二〇〇五年指令第五六号を制定し、第二六条に、労働者の利益に関わる紛争を主として交渉で解決する旨の、労働者利益を保護する特則を置いた。この規定によれば、越境的法人形式変更を行う会社の設立国がしるべき (demeritsprechend) 基準を遵守するよう求めていけば、労働者利益の保護になんら問題はない。⁽⁴⁷⁾

〔63〕では、ポルブート社事件の場合、労働者利益の保護がまったく問題となっておらず、ポーランド最高裁判所も本件手続参加者もこの点に触れていない旨、指摘される。〔64〕では、「定款上の法人住所に連結される権利」、特に企業の共同決定に関して、「法人形式変更後の会社準拠法が労働者に共同決定を認める範囲が減少する可能性」に触れられていた。〔65〕の第一文では、「労働者の権利に対してどのような効果が及ぶか」という点に関する限り、越境的法人形式変更の事案と越境的法人結合の事案とを区別する必要がないことに触れられる。第二文では、越境的法人結合を規律するため二〇〇五年指令第五六号第一六条⁽⁴⁸⁾に労働者利益を保護する特則が置かれていることが指摘される。第三文では、「越境的法人形式変更を行う会社の設立国がしるべき基準を遵守するよう求めていければ、労働者利益の保護になんら問題がない」ことが述べられる。もとより、「主語 + …… + 述語 + ととき」(要件) ↓ 「しるべき基準に該当する」(効果) という判断基準³⁹がなければ、「しるべき基準」に該当するか否かを判断することはできない。本件で問題となっていない労働者の利益保護については、「主語 + …… + 述語 + ととき」(要件) ↓ 「……は労働者保護の観点から見て相当 (verhältnismäßig) である」(効果) という判断基準⁴⁰が示されていないため、論点②への

解答過程が不明確のまま残されている（尤も、この論点がボルブート社事件において現れていない点を考慮すると、この点に取って触れる意義如何が問われよう）。

(d) 「3. 中間まとめ」では、次のようにまとめられている。

〔66〕 提示された第二の論点については、結局、越境的法人形式変更を実施する会社の債権者、少数社員および労働者を保護する上で、清算手続の実施という一般の義務を課すことは相当な (verhältnismäßig) 手段ではない (dass die generelle Pflicht zur Durchführung eines Liquidationsverfahrens kein verhältnismäßiges Mittel darstellt, um die Gläubiger, Minderheitsgesellschafter und Arbeitnehmer einer Gesellschaft zu schützen, die eine grenzüberschreitende Umwandlung durchführt) と答えることとなる⁽⁹⁾。

改めて確認しよう。当初の論点②（「EU機能的条約第四九条および第五四条は……公益保護目的に照らして、適切、必要かつ相当な手段 (geeignetes, notwendiges und verhältnismäßiges Mittel) であるという趣旨に、解釈されることができるか」と異なり、法務官報告書が設定した論点②（「24」）は、「そうした制限が正当とされ得るか否か」であった。「66」では、「越境的法人形式変更を実施する会社の債権者、少数社員および労働者を保護する上で、清算手続の実施という一般的義務を課すことは相当な (verhältnismäßig) 手段ではない」と述べられていた。この表現を当初の論点②および法務官報告書における論点②の各表現とそれぞれ対比してみると、「66」がいずれの論点にも直接には対応していないことが分かる。論点②（「そうした制限が正当とされ得るか否か」に答えようとすれば、「債権者保護、少数社員保護および労働者保護、いずれの観点から見ても、清算手続の実施という一般的義務を課すポーランドの当該法規が相当な

(verhältnismäßig) 手段であると判断されるとき(要件) ↓「……当該制限措置は正当とされる (gerechtigt)」(効果) という判断基準④(「主語+……+述語+とき」(要件) ↓「……は正当である」(効果) という正当性の有無の判断基準⑥の変形か?) の要件が具備されていることを確認しなければならぬが、しかし、この点の説明も法務官報告書ではなんら示されていない。

三 最後に、法務官報告書の「結論」(「67」)を改めて確認しよう。その表現は、以下の通りである。

「67」以上を総合して、当職はヨーロッパ裁判所に対し、ポーランド最高裁判所が提示した諸問題につき、以下の通り解答するよう、提案する。

1 加盟国法に従って設立された会社が、他の加盟国法上の会社へ法人形式を変更することを意図して、定款上の法人住所を他の加盟国に移転する行為は、当該会社が現実に経済活動を行う目的で他の加盟国に実際に入り込んでいるときまたはその国に入り込むことを意図しているとき、EU機能条約第四九条および第五四条による「居住移転の自由」原則の適用範囲に含まれる。この判断は、自国法に従って設立された会社と判定する上で当該会社が示さなければならない連結点が何かに関する加盟国の決定権および会社の法人格を維持する上で必要な連結点が何かに関する加盟国の決定権に影響を及ぼさない (Unter die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 und 54 AEUV fällt ein Vorgang, bei dem eine nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründete Gesellschaft mit dem Ziel der Umwandlung in eine Gesellschaft eines anderen Mitgliedstaats ihren satzungsmäßigen Sitz in diesen Mitgliedstaat verlegt, sofern eine tatsächliche Ansiedlung dieser Gesellschaft im anderen Mitgliedstaat zum Zweck der Ausübung einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit besteht oder beabsichtigt wird. Davon unberührt bleibt die Befugnis dieses Mitgliedstaats, sowohl die Anknüpfung zu bestimmen, die eine Gesellschaft aufweisen muss, um als nach seinem Recht gegründet angesehen zu werden, als auch die Anknüpfung, die für den Erhalt dieser

Eigenschaft verlangt wird.)。

2 加盟国法に従って設立された会社が現実の経済活動を行う目的で他の加盟国に実際に入り込んでいるかまたはこの国に入り込むことを意図している場合において、同社が他の加盟国法上の会社へその法人形式を変更しているとき、設立時加盟国の商業登記簿からの抹消に先立って会社が清算手続を実施していなければならない旨を定めた国内法規の適用は、「居住移転の自由」原則により、制限される (n einem Fall, in dem sich eine nach dem Recht eines Mitgliedsstaats gegründete Gesellschaft in einem anderen Mitgliedsstaat zum Zweck der Ausübung einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit tatsächlich angesiedelt hat oder beabsichtigt sich dort anzusiedeln, und sie sich in eine Gesellschaft nach dem Recht dieses Mitgliedsstaats umwandelt, beschränkt die Anwendung nationaler Rechtsvorschriften, nach denen die Löschung dieser Gesellschaft im Handelsregister des Herkunftsmgliedsstaats deren vorherige Auflösung nach Durchführung der Liquidation voraussetzt, die Niederlassungsfreiheit.)。

3 清算手続の実施という一般的義務は、加盟国法に従って設立されかつ他の加盟国法上の法人形式へ変更されている会社の債権者、少数社員および労働者を保護するためには、相当な手段ではな^らない (Die generelle Pflicht zur Durchführung eines Liquidationsverfahrens stellt kein verhältnismäßiges Mittel dar, um die Gläubiger, Minderheitsgesellschafter und Arbeitnehmer einer nach dem Recht eines Mitgliedsstaats gegründeten Gesellschaft zu schützen, die sich in eine Gesellschaft nach dem Recht eines anderen Mitgliedsstaats umwandelt.)⁹⁵⁾。

ここでは、先行裁判要請における三つの論点(論点①ないし論点③)および法務官報告書が実際に取り上げた三つの論点(論点①ないし論点③)の内容上の相違が改めて確認されなければならない。

ポーランド最高裁判所は、まず論点①として、「EU機能条約第四九条および第五四条は、『会社が設立国で取得した法人格の存続を定める社員総会決議に基づいて他の加盟国で有限責任会社を新たに設立している場合において、同

社が設立国で清算後に解散されるときに限り、商業登記簿上、同社の登記事項を抹消できる』旨を定めた、設立国の規定の適用と矛盾するか」否かを問うていた。ここでは、「主語＋……＋述語＋とき」(要件) ↓ 「EU機能条約第四九条および第五四条は……設立国の規定の適用と矛盾する」(効果) 旨の判断基準④の要件部分の解明が求められていたはずである。そして、論点①が肯定されたことで当該ポーランド法規の適用が排除される場合を念頭において、それでもなお当該法規を適用できるようにするため、論点②として、「EU機能条約第四九条および第五四条は、加盟国法上の、經常取引決算書の作成、債権の取立て、債務の履行と会社財産の処分、債権者の満足または保全を図る措置、以上に関する財務報告書の提出、ならびに、帳簿類および文書類の保管者の任命について決定する、転出会社の清算手続——この清算手続が行われた後に会社が解散され、その登記事項が抹消される——実施義務が、転出会社の債権者、少数社員および労働者を守るという意味の公益保護目的に照らして、適切、必要かつ相当な手段である」という趣旨に、解釈されることができるか」否かという質問が寄せられていた。これは、第五二条第一項による「居住移転の自由」原則の適用除外という構成(居住移転の自由)原則に対する例外を認める立場)にはかならない。そこでは、「主語＋……＋述語＋とき」(要件) ↓ 「EU機能条約第四九条および第五四条は……趣旨に解釈されることができ」(効果) という判断基準④が予定されていたことであろう。また、判断基準④の要件部分に該当するか否かの検討にあたっては、「転出会社の債権者、少数社員および労働者を守るという意味の公益保護目的に照らして、適切、必要かつ相当な手段に該当するとき」(要件) ↓ 「『居住移転の自由』原則に対する例外に当たる」(効果) という判断基準④を用いて、当該ポーランド規定の適用を確保しようとする姿勢が示されていたようにみえる。さらに、この例外(論点②)が認められない場合であっても、なお自国規定の適用を確保すべく、「EU機能条約第四九条および第五四条は、

会社がその法人形式を他の加盟国法上の会社へと変更する目的で、定款上の法人住所を当該他の加盟国へ移転しながら、設立時の加盟国に事業の主たる本拠を残している場合、「居住移転の自由」原則に対する制限が存在するといふ趣旨に、解釈されることができるか」否かという照会事項（論点③）が追加されていた。論点③の場合も、「主語＋……＋述語＋とき」（要件）↓「居住移転の自由」原則に対する制限が認められる」（効果）という趣旨の判断基準④が与えられていなければならないはずである。判断基準③と判断基準④はいずれも、「居住移転の自由」原則によって当該ポールド規定が排除される場合を想定した予備的な法律構成という点で共通する。先行要請裁判における照会事項の記載順序を考慮すると、判断基準④に優先順位が与えられ、判断基準④が否定される場合に対処する予備的な法律構成として判断基準③および判断基準④の適用が考えられていたようにみえる。論点②と論点③との順序に関して、「論点①につき、EU機能条約第四九条および第五四条が上記国内規定の適用を妨げていないと解される場合」というかたちで序列付けに関する記述が行われていないことから、両者の関係をどのように理解すべきかは解釈問題となる。論点③を論点②の予備的論点とみれば、判断基準④が判断基準④に先行して探求されなければならないが、論点③を論点②の選択的論点とみれば、判断基準④と判断基準④の審理順序は判断者の主観に委ねられよう。

これに対して、厳密にみれば、先行裁判要請に掲げられた三つの論点が法務官報告書（24）では別の論点に置き換えられていた。すなわち、「居住移転の自由」原則が適用されるか否か（論点③）がまず問われ、これが肯定される場合、「居住移転の自由」原則の適用に対する制限が存在するか否か（論点①a）が論じられ、さらに、そうした制限が正当とされ得るか否か（論点②）が検討されていた。この審理順序（25）も先行裁判要請のそれとは異なっていた（論点①は「居住移転の自由」原則は、加盟国法に従って設立された会社が他の加盟国法上の会社へと法人形式を変更することを

禁じる設立国の規定と矛盾するか」という論点①に言い換えられた(「1」)うえで、さらにこのように変更されていた。主語と述語との対応関係の確認という争点整理の基本に立ち返れば、法務官報告書の場合、先行裁判要請に挙げられた各論点に対応していないことがすぐに明らかになる。

法務官報告書の結論(「67」)では、論点⑤につき、「居住移転の自由」原則が適用されると判断されていた。論理上、EU機能条約第四九条および第五四条(つまり、その内容を成す「居住移転の自由」原則)が適用されるという前提のもとに、論点①が掲げられていたことを想えば、論点③につき肯定説に立つとの判断は念のための確認事項であったものとみられ得る。次に、論点①aについては、当該の「国内法規を適用することは、『居住移転の自由』原則に対する制限を意味する」という言い方で「居住移転の自由」原則の適用に対する制限が存在する」旨、明言されていた。最後に、「そうした制限が正当とされ得るか否か」という論点②に対しては、ポーランドの当該法規が定めた「一般的義務は、加盟国法に従って設立されかつ他の加盟国法上の法人形式への変更を行っている会社の債権者、少数社員および労働者を保護する方法として、相当ではない」と判断されていた。「正当とされ得るか」という問いに対する解答は、もちろん、「正当とされ得る」または「正当とされ得ない」のいずれかに尽きる。こうみると、法務官報告書では、「正当とされ得る」という解答を直接に導くことに代えて、「……相当である(Verhältnismäßig)とき」(要件)↓「……は正当とされる(gerechtfertigt)」(効果)とどう判断基準②、および、債権者保護、少数社員保護および労働者保護という保護対象の特性に対応して内容を異にする「相当性」の有無に関わる三種類の判断基準、これらを追加することにより、「正当とされ得る」という解答に至る道筋が間接的に示されていたと考えることができるのかもしれない。

*ジャン＝フランソワ・リオタール他著（宇田川博訳）『どのように判断するか——カントとフランス現代思想——』（国文社、一九九〇年）九頁。

- (1) MüköBGB/*Kindler* EGBGB Teil 10 Rn. 98-155; Leonhard Hübner, Eine Rom-VO für das Internationale Gesellschaftsrecht – zugleich ein Beitrag zur Kohärenz im Internationalen Gesellschaftsrecht -, ZGR 2018, SS. 149-185 他参照。
- (2) ハッピホ、最新の文献として、寺井里沙「Brexitに伴うイギリス擬似外国会社の従属法の変更」法学新報一二四巻九・一〇号（多喜寛先生退職記念論文集）二八七頁以下、二九二頁以下を挙げるに尽す。多数の先行文献への言及は差し控える。
- (3) C-106/16, ハッピホの判決として、(1) grenzüberschreitende Sitzverlegung einer Kapitalgesellschaft, Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit, AG 23/2017, SS. 854-859; (2) Niederlassungsfreiheit garantiert Sitzverlegung mit dem Ziel eines grenzüberschreitenden Rechtsformwechsels, Der Betrieb 44/2017, SS. 2596-2601; (3) EuGH: Grenzüberschreitende Verlegung des Satzungsmäßigen Gesellschaftssitzes in einen anderen Mitgliedstaat – Polbud, BB 48/2017, SS. 2829-2833; (4) Niederlassungsfreiheit: Verstoß einer Innerstaatlichen Regelung, die die Sitzverlegung von der vorigen Auflösung der Gesellschaft abhängig macht, EuZW 22/2017, SS. 906-910; (5) EuGH, IPRax 3/2018, SS. 266-271; (6) Rechtswidrige Pflicht zur Auflösung der Gesellschaft vor Sitzverlegung, NJW 50/2017, SS. 3639-3643; (7) Verstoß einer die Sitzverlegung von vorheriger Auflösung der Gesellschaft abhängig machender innerstaatlicher Regelung gegen die Niederlassungsfreiheit – Polbud, NZG 33/2017, SS. 1308-1312; (8) Niederlassungsfreiheit – zulässige Umwandlung in ausländische Gesellschaft durch Verlegung des satzungsmäßigen Sitzes, RIW 12/2017, SS. 810-815; (9) EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2017, WM 49/2017, SS. 2359-2363; (10) EU-Rechtswidrigkeit der Pflicht zur Liquidation und Auflösung der Gesellschaft vor Löschung im Handelsregister des Herkunftsmitgliedstaats bei grenzüberschreitender Umwandlung (“Polbud - Wykonawstwo”), ZIP 28/2017, SS. 1319-1325 (Schlußanträge); (11) EU-Rechtswidrigkeit der Pflicht zur Auflösung der Gesellschaft im Herkunftstaat bei grenzüberschreitender Umwandlung (“Polbud - Wykonawstwo”), ZIP 45/2017, SS. 2145-2148; <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-106/16>; <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?sessionid=9ea7d24c30d882414b44812b4b4891b9bbcb8c898f4799c34Kaxilc3qMb40Rch0SaxxyPaxz0?text=&docid=195941&pageIndex=0&docia>

ng=&DE&mode=req&dir=&occc=first&par=1&cid=710134(一〇一八年二月十五日確認) 他參照。

- (4) 判決の言及を参考として、(1) Bärwald, Roman/Hoefling, Sebastian, Grenzüberschreitender Formwechsel : Das Urteil des EuGH in der Rs. "Polbud" in der praktischen Anwendung – Zugleich Besprechung von EuGH-Urteil vom 25.10.2017 – Rs. C-106/16, DB 2017 S. 2596, Der Betrieb 51–52/2017, SS. 3051–3056 ; (2) Bayer, Walter/Schmidt, Jessica, BB-Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport Europäisches Unternehmensrecht 2016/17, BB 2017, 2114–2125 ; (3) Bayer, Walter/Schmidt, Jessica, Grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften: Formwechsel durch isolierte Satzungsitzverlegung, Zugleich Besprechung EuGH v. 25. 10. 2017 – Rs C-106/16, ZIP 2017, 2145 – Polbud, ZIP 47/2017, SS. 2225–2234 ; (4) Behme, Caspar, Europäisches Umwandlungsrecht – Stand und Perspektiven, ZHR 182 (2018), SS. 32–61 ; (5) Bungert, Hartwin/Wansleben, Till, Grenzüberschreitende Verschmelzungen und Spaltungen aus Sicht des Europäischen Parlaments, Der Betrieb 44/2017, SS. 2591–2595 ; (6) Bungert, Hartwin/Wansleben, Till, Grenzüberschreitende Spaltungen nach dem Richtlinienentwurf der EU-Kommission, Der Betrieb 35/2018, SS. 2094–2104 ; (7) Christoph, Fabian, "Der EuGH erhöht den Konkurrenzdruck der (gesellschafts-)rechtlichen Systeme", BB48/2017, S. 2834 ; (8) Feldhaus, Heiner, Das Erfordernis wirtschaftlicher Inlandstätigkeit beim grenzüberschreitenden (Herein-)Formwechsel nach "Polbud", BB 48/2017, SS. 2819–2825 ; (9) Hübner, Leonhard, Eine Rom-VO für das Internationale Gesellschaftsrecht – zugleich ein Beitrag zur Kohärenz im Internationalen Gesellschaftsrecht -, ZGR 1/2018, SS. 149–185 ; (10) Kieninger, Eva-Maria, Niederlassungsfreiheit der nachträglichen Rechtswahl: Die Polbud-Entscheidung des EuGH, NJW 50/2017, SS. 3624–3627 ; (11) Kinder, Peter, Unternehmensmobilität nach "Polbud" : Der grenzüberschreitende Formwechsel in Gestaltungspraxis und Rechtspolitik, NZG 1/2018, SS. 1–7 ; (12) Knaier, Rald/Pfeffer, Jochen, Der grenzüberschreitende Herausformwechsel einer deutschen GmbH, GmbHR 16/2017, SS. SS. 859–867 ; (13) Korsch, Stefan/Theelen, Martin Konstan, Von der Niederlassungsfreiheit der Rechtsformwahl – Die praktischen Folgen der Polbud-Entscheidung des EuGH – EuGH, 25. 1. 2017 – C-106/16, IPRax 3/2018, SS. 248–254 ; (14) Kovács, Keve, Der grenzüberschreitende (Herein-)Formwechsel in der Praxis nach dem Polbud-Urteil des EuGH, ZIP 6/2018, SS. 253–261 ; (15) Kumpan, Christoph/Pausching, Philipp, Entwicklung des europäischen Gesellschaftsrechts 2017, EuZW Heft 9/2017., SS. 353–357 ; (16)

Oechstler, Jürgen, Die Polbud-Entscheidung und die Sitzverlegung der SE, ZIP 27/2018, SS. 1269–1273; ^⑤ Mörsdorf, Oliver, Nun also doch! – Die überraschende Umdeutung der Niederlassungsfreiheit zur Rechtswahlfreiheit durch den EuGH im Urteil Polbud, ZIP 50/2017, SS. 2381–2389; ^⑥ Noack, Ulrich/Kraft, Julia, Grenzüberschreitende Unternehmensmobilität – der Richtlinienvorschlag im Company Law Package, Der Betrieb 26/2018, SS. 1577–1582; ^⑦ Pfeifen, Walter, “Polbud”: Niederlassungsfreiheit als Sitzspaltungsfreiheit – Zum Urteil des EuGH vom 25. 10. 2017 in der Rechtsache “Polbud”= WM 2017, 2359 -, Teil I, WM 21/2018, SS. 981-993; ^⑧ Pfeifen, Walter, “Polbud”: Niederlassungsfreiheit als Sitzspaltungsfreiheit – Zum Urteil des EuGH vom 25. 10. 2017 in der Rechtsache “Polbud” = WM 2017, 2359 -, Teil II, WM 22/2018, SS. 1029-1041; ^⑨ De Raet, Tobias, Zur Beschränkung der Niederlassungsfreiheit bei isolierter grenzüberschreitender Satzungsitzverlegung (Polbud – Wylonawstwo), EWIR 1/2018, SS. 7-8; ^⑩ Schmidt, Jessica, Grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften – Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft -, ZVglRWiss 116 (2017), SS. 313–341; ^⑪ Schneider, Anette, Grenzüberschreitender Formwechsel einer deutschen GmbH ins EU-Ausland, Der Betrieb 16/2018, SS. 941–946; ^⑫ Schnollmeyer, Eberhard, Von der Niederlassungsfreiheit zur Rechtswahlfreiheit?: Das “Polbud“-Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 25. Oktober 2017, ZGR 1/2018, SS. 186–201; ^⑬ Stelmaszczyk, Peter, Grenzüberschreitender Formwechsel durch isolierte Verlegung des Sitzungssitzes, EuGH präzisiert den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit, EuZW 22/2017, SS. 890–894; ^⑭ Stiegler, Sascha, Grenzüberschreitender Formwechsel: Zulässigkeit eines Herausformwechsels, Die Polbud-Entscheidung und ihre Konsequenzen, AG 23/2017, SS. 846–852; ^⑮ Teichmann Christoph/Knaier, Ralf, Grenzüberschreitender Formwechsel nach “Polbud”, Die neue Umwandlungsfreiheit im Binnenmarkt, GmbHR 24/2017, SS. 1314–1324; ^⑯ Wachter, Thomas, Anmerkung, NZG 33/2017, SS. 1312–1314 脚 (ノドの文献は、以下、著者の名で引用) 参照。

(^⑰) [https://de.wikipedia.org/wiki/Generalanwalt_\(EuGH\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Generalanwalt_(EuGH)) (110118年11月15日確認)

(^⑱) SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN, Originalsprache: Deutsche, Rechtsache C 106/16Polbud <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?sessionId=9ea7d2dc30d892414b44812b4b4891b9bdc8a9814799e31KaxILa3qMh40Rch0SaxyPaxz0?text=&docid=190333&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=710134>

(二〇一八年二月二十五日確認)

- (7) 前注(6)参照。
- (8) 山内『国際会社法研究第一巻』(日本比較法研究所研究叢書(64)、中央大学出版部、二〇〇三年十二月)、同「ドイツ国際私法における法人の属人法」の決定基準について——ヴェッツラー提案の場合——(石川敏行、エーラーズ、グロスフェルト、山内惟介編著『中央大学・ミュンスター大学交流二〇周年記念——共演 ドイツ法と日本法』(中央大学出版部、二〇〇七年)三五頁以下(山内『国際私法の深化と発展』(信山社、二〇一六年二月)九五頁以下に「ドイツ立法過程の一面——法人属人法——」として転載)、同「日本国際私法における法人準拠法と法人格否認——裁判例の動向はどのように理解されるべきか——」[Kookmin Finance Law Review (Festschrift für Won Ho Lee zum 65. Geburtstag)] (Finance Law Institute, Kookmin University, Seoul, Korea) 二〇一一年)二七頁以下(山内『国際私法の深化と発展』(信山社、二〇一六年二月)二二九頁以下に「国内裁判例に対する評価——法人属人法と法人格否認——」として転載)、同「EU国際私法における倒産会社取締役の損害賠償責任——ドイツ連邦通常裁判所二〇一四年提示決定の場合——」(二・二・完)『法学新報』二二二巻九・一〇号(永井和之教授古稀記念論文集)五二二頁以下および同一二二巻一一・一二号一頁以下。
- (9) 前注(6)[13]ないし[18]参照。
- (10) 「先行裁判要請国の手続と提示された論点」前注(6)[8]ないし[17]参照。
- (11) <http://www.krs-online.com.pl/polbud-wykonawstwo-sp-z-o-o-w-ilkwidaj-krs-202555.html>(二〇一八年二月一日確認)(近現代東欧経済史を専攻される松家仁小樽商科大学教授の御教示による。)工芸品の製作(Wykonawstwo)に従事する、ポーランド法上の有限責任(z ograniczoną odpowiedzialnością)会社(spolka)
- (12) ポーランド中北部クヤヴィー・ポモージェ県の工業都市トルン(Toruń [toruj])ドイツ語:Thorn)の東南方面、ヴィスワ(Wisła)河畔の小都市(前注(11)と同様、松家教授の御教示を得た)。
- (13) 前注(6)[13]、前注(3)[8]参照。
- (14) 前注(6)[14]、前注(3)[9]参照。
- (15) 前注(6)[15]、前注(3)[10]参照。Amtsblatt des Großherzogtums Luxemburg, Recueil des Sociétés et Associations, C - N1841 vom 31. Juli 2013, S. 88334 bis 88342.

- (16) 前注(6)〔16〕、〔17〕および〔18〕、前注(3)〔11〕および〔12〕参照。
- (17) 前注(6)〔18〕および前注(3)〔13〕参照。
- (18) 前注(6)〔18〕および前注(3)〔13〕および〔14〕参照。
- (19) 前注(3)〔16〕参照。
- (20) 前注(3)〔15〕参照。
- (21) 前注(3)〔17〕参照。
- (22) 前注(3)〔17〕参照。
- (23) 前注(6)〔17〕および前注(3)〔18〕参照。
- (24) 前注(6)〔19〕および前注(3)〔18〕参照。
- (25) 前注(6)〔19〕および前注(3)〔15〕参照。
- (26) その原文は、以下の通りである。「Dieses Kapitel und die aufgrund desselben getroffenen Maßnahmen beeinträchtigen nicht die Anwendbarkeit der Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die eine Sonderregelung für Ausländer vorsehen und aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind. : The provisions of this Chapter and measures taken in pursuance thereof shall not prejudice the applicability of provisions laid down by law, regulation or administrative action providing for special treatment for foreign nationals on grounds of public policy, public security or public health.」
- (27) 最後に、本件判決では、ヨーロッパ裁判所のこの手続に、ポーランド共和国、オーストリア共和国、ポルトガル共和国およびヨーロッパ委員会がそれぞれ参加したこと、二〇一七年三月六日に行われた口頭弁論には、ポルトガル共和国を除く前述の手続参加者、ボルブート社およびドイツ連邦共和国が参加したこと、これらが記されている(前注(3)〔20])。
- (28) 前注(6)
- (29) 前注(3)
- (30) 二〇一三年の変更形式における二〇〇〇年九月一五日の商事会社に関する法典 (Kodexs spółek handlowych : Gesetzbuch über die Handelsgesellschaften) (商事 (handlowych) 会社 (spółek) 法典 (Kodexs))’ Dz. U. 2013, Nr. 1030.

- (31) 二〇一一年二月四日『国際私法典 (Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. - Prawo prywatne międzynarodowe; Gesetz vom 4. Februar 2011 betreffend das Internationale Privatrecht, im Folgenden: IPR-Gesetz)』Dz. U. 2011, Nr. 80, Pos. 432.
- (32) 前注(6)
- (33) 前注(6)
- (34) 前注(6)
- (35) 前注(6)
- (36) 前注(6)
- (37) 前注(6)
- (38) 前注(6)
- (39) 前注(6)
- (40) 前注(6)
- (41) 前注(6)
- (42) 前注(6)
- (43) 前注(6)
- (44) 前注(6)
- (45) (ABL. (EG) 2012 Nr. L 351, Iff.)
- (46) 前注(6)
- (47) 前注(6)
- (48) Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten (Text von Bedeutung für den EWR), OJ L 310, 25. 11. 2005, p. 1-9 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:32005L0056&from=DE>) (二〇一八年十二月一五日確認))
- (49) 前注(6)

(50) 前注(6)

(本学名誉教授)

ヨーロッパ会社法における本拠移転と居住移転の自由(一)(山内)

一六一