

EU 国際私法における倒産会社取締役の損害賠償責任

— EU 裁判所コロンハース社事件判決の場合 —

山内惟介

- 一 はじめに
- 二 EU 裁判所二〇一五年二月一〇日判決
- 三 加盟国規定の性質決定 — EU 法上の構成とその評価(1)
 - 1 ヴェラー／ヒュープナーの理解
 - 2 キントラーの理解
 - 3 ショルツの理解
 - 4 モックの理解
- 四 居住移転の自由に反するか — EU 法上の構成とその評価(2)
 - 1 ヴェラー／ヒュープナーの理解
 - 2 キントラーの理解
 - 3 ショルツの理解
 - 4 モックの理解

EU 国際私法における倒産会社取締役の損害賠償責任 (山内)

五 結びに代えて

いささか理解し難い理由で、多少とも不合理な理論が……裁判所によって樹立され……先例として拘束力をもつ、という事態がときじきおこる*。

一 はじめに

一 経営が事実上破綻しているのに、破産手続がまだ開始されていない会社の取締役（業務執行者（Geschäftsführer, Director））が契約債務を適法に履行した結果、破産手続開始後に破産財団に帰属するはずの会社財産が「減少する」ことがある。この場合、破産管財人は「減少した」資産の返還または「損害」の賠償を取締役に求めることができるか。

債権者の利益と債務者のそれとを調整する契約法（民法第四一五条）からみれば、履行責任を有する債務者の償還行為はむろん「損害」を意味しない。会社債権者と会社役員との利害調整にも配慮する会社法では、「任務を怠った」役員等の株式会社に対する損害賠償責任が認められている（会社法第四二三条第一項）ものの、破産手続開始前の行為は適法とみなされ、任務懈怠に当たらない。また、破産者と破産債権者との関係を規律する破産法では、破産手続開始後、破産財団のために否認できる行為から「債務の消滅に関する行為」が除外される（破産法第一六〇条）ほか、損害賠償責任追及のために当該役員の財産に対して保全処分をなすことも、「破産手続開始の決定があつた場合において、必要があると認めるとき」というように、狭く限定されている（同第一七七条第一項）。このように、国内事件の

場合、破産手続開始前に取締役が実施した債務返済行為については、賠償責任が一律に否定され、関連法制間に格別の矛盾は生じていない。

それならば、同種の涉外事件において取締役の賠償責任はどのように規律されるのだろうか。この点を問うのは、国際私法分野では、規律対象事項ごとに適用法規が変わるため、取締役の賠償責任（および／または関連諸規定）の法的性質をどのように決定するべきかが論点となるからである。この点は、たとえば、「法律行為の成立及び効力」の当事者が当該法律行為の当時に選択した地の法による」（法の適用に関する通則法第七条、いわゆる当事者自治（Parteiautonomie）の原則）と定められているのに対し、法人（団体）に関する法律問題の解決基準に関しては、「法人の属人法（従属法、Personalstatut）」——設立準拠法説（Gründungstheorie）、本拠地法説（Sitztheorie）等——が準拠法に指定され、さらに、破産準拠法として、「条理」の名のもとに破産手続開始決定地国法（法廷地倒産法、lex fori concursus）が適用されるといった状況からもすぐに知られよう。当該取締役は損害賠償責任を負うか否かという二者択一型の問いに対する準拠実質法レヴェルでの解答は、むしろ、法廷地独立抵触規定の解釈上、「取締役の賠償責任」がどの単位法律関係概念（「法律行為の成立及び効力」、「法人」、「破産」等）に包摂されるかという先決的論点に対する抵触法的評価如何に左右される。

二 先に言及したドイツ裁判所におけるコロンハース事件⁽¹⁾はこの主題に関する何よりの好例とみることができる。事案はそれほど複雑ではない。訴外「Kornhaas Montage und Dienstleistung Limited」（コロンハース工務店、以下、「K社」と略記する。）は、連合王国カーディフの商業登記簿に登記されたイギリス法上の非公開会社（private company

limited by shares) でありながら、⁽²⁾「Kornhaas Montage und Dienstleistung GmbH」という商号を有するドイツ子会社を通してドイツで事業を行っていた。K社の取締役であるY (Simona Kornhaas) は、二〇〇六年一月一日から二〇〇七年二月二六日にかけて、K社の債務返済に充てるため一一万一五一・六六ユーロを支出したことで、K社の資産を「減少させた」。当時のドイツ法によれば、「会社の支払無能力状態発生後または債務超過確定後に行った支出につき、取締役は会社に賠償する義務を負う」(旧表現形式における有限責任会社法第六四条第二項第一文)。後にドイツで開始されたK社の倒産手続において、破産管財人X (Thomas Dithmar) はこの規定を援用し、右支出分相当額および法定利息ならびに弁護士費用および法定利息の合計額を賠償するようYに求める訴えをドイツの裁判所に提起した。⁽³⁾ 第一審判決 (エアフルト地方裁判所二〇一二年九月七日判決) は、Xの請求を認容して約一〇万ユーロを支払うようYに命じ、これを不服とするYの控訴もイエーナのテューリンゲン上級地方裁判所 (イエーナ上級地方裁判所) 二〇一三年七月一七日判決により退けられた。⁽⁴⁾

Yの上告を受けた連邦通常裁判所は、ヨーロッパ連合(以下、「EU」と略記する。)機能条約第二六七条に基づき、EU裁判所に先行裁判(先決裁定)を求めた(二〇一四年二月二日決定)。⁽⁵⁾ 連邦通常裁判所は、「法律関係の性質決定(法性決定)」の判断基準如何という国際私法総論上の論点に関して自主的比較法説(法廷地氈触法説)に立ち、ドイツの有限責任会社法第六四条に基づく賠償責任の性質が、法典名称が示すような会社法的性質ではなく、倒産法的なものとみなされる場合、EU域内外国会社の取締役も賠償責任を負うとみていた。同裁判所は、同時に、EU裁判所の先例による限り、有限責任会社法第六四条が倒産手続に関する二〇〇〇年五月二九日のヨーロッパ共同体理事会規則二〇〇〇年/第一三四六号 (Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren) (以下、

「EU倒産規則」と略記する。) 第四条第一項の意味での倒産法に当たるか否か(「倒産法」の定義如何)、また、同第四条のもとでYに損害賠償責任を負わせることがEU機能条約第九九条、第五四条に定める居住移転の自由に違反するか否か、これら二点が明確ではないと考えていた。⁽⁶⁾ このため、連邦通常裁判所は、次のように述べて、EU裁判所の判断を求めた。

「(a) ドイツ裁判所に係属中の、EU倒産規則(規則二〇〇〇年/第一三四六号) 第三条第一項に従って自社の財産についてドイツで倒産手続が開始されている、イングラント法上またはウェールズ法上の非公開株式会社(private company limited by shares) の取締役(Director) が本件倒産手続開始前かつ支払無能力状態発生後に行った支払分の賠償を同社の倒産管財人が請求する本件訴えは、EU倒産規則(規則二〇〇〇年/第一三四六号) 第四条第一項の意味におけるドイツ倒産法に関わるか。⁽⁷⁾

(b) 現に審理中の案件のような種類の訴えはEU機能条約第九九条、第五四条所定の居住移転の自由に違反するか。⁽⁷⁾

三 以下では、前稿⁽⁸⁾を補完する意味において、これら二つの「照会事項(Vorfragen)」に答えたEU裁判所の二〇一五年二月一〇日判決⁽⁹⁾を紹介するとともに、同判決における法律構成の当否を検討し(二)、さらに、右判決に関するドイツ語文献⁽¹⁰⁾の中から四件の評釈を取り上げて、その適否を確認する(三、四) こととしたい。というのは、この判決に対して、EU裁判所は「適切にも、旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項第二文の適用が居住移転の自由(EU機能条約第九九条、第五四条) に対する違反を意味しないとする結論を引き出している⁽¹¹⁾」とする肯定的評価がある一方で、「コルンハース事件の裁判は総じて否定されなければならない。旧表現形式のEU倒産規則第四条

の解釈に関する論旨も居住移転の自由の適用に関するそれも穴だらけであり、体系的に欠けるからである⁽¹²⁾という非難や「EU裁判所による、旧形式の有限責任会社法第六四条第二項（今日の有限責任会社法第六四条第一文および第二文）の支払禁止規定の倒産法的性質決定には異議が唱えられるべきである⁽¹³⁾」とする指摘のように、消極的な評価も見られるからである。小稿が、ドイツ法を中心とする法比較研究に邁進された被献呈者、丸山秀平教授⁽¹⁴⁾の新たな旅立ちを寿ぐものとなれば幸いである。

二 EU裁判所二〇一五年一月一〇日判決

一 それならば、EU裁判所は、ドイツ連邦通常裁判所の提示決定に対してどのように答えていたか。以下、その全文を確認しよう。まず、EU裁判所判決の第一段落および第二段落では、本件先行裁判要請に至る経緯が紹介されていた⁽¹⁵⁾。次に、「法的枠組み」という見出しのもとに、第三段落および第四段落においてEU法の法源が、第五段落ではドイツ法の法源が、それぞれ紹介されていた⁽¹⁷⁾。これに続く「原手続と照会事項」と題された項のうち、第六段落では、原手続（ドイツ裁判所に係属する訴訟）における事実関係が概観され⁽¹⁸⁾、第七段落では、原訴訟の訴訟物と下級審の判断が確認されていた⁽¹⁹⁾。第八段落ないし第一二段落では、連邦通常裁判所がEU裁判所に先行裁判を求めるに至った経緯が取り上げられ⁽²⁰⁾、第一三段落では、EU裁判所に提示された二つの論点が整理されていた⁽²¹⁾。第一三段落の表現は、内容上、前述の（a）および（b）と同一である。

「照会事項一」ドイツ裁判所に係属中の本件訴えは、イングランド法上またはウェールズ法上の非公開株式会社 (private company limited by shares) であって、ドイツ所在のその財産がEU倒産規則 (規則二〇〇〇年/第一三四六号) 第三条第一項に従って倒産手続が開始されているものの取締役 (Direktor) に対して、倒産管財人が本件倒産手続開始前かつ支払無能力事由の発生後に行われた支払分の賠償を請求するものであるが、この訴えは、EU倒産規則 (規則二〇〇〇年/第一三四六号) 第四条第一項の意味におけるドイツ倒産法に関わるか。

「照会事項二」現に審理中の案件のような種類の訴えはEU機能条約第四九条、第五四条所定の居住移転の自由に違反する⁽²²⁾か。

二 (1) 次の「照会事項について」と題された項では、これら二つの事項に関する検討の過程が紹介される。まず、ドイツ連邦通常裁判所による「第一の照会事項について」の表現とEU裁判所における表現とを対比しておく。

「照会事項一」ドイツ裁判所に係属中の、EU倒産規則 (規則二〇〇〇年/第一三四六号) 第三条第一項に従って自社の財産についてドイツで倒産手続が開始されている、イングランド法上またはウェールズ法上の非公開株式会社 (private company limited by shares) の取締役 (Direktor) が本件倒産手続開始前かつ支払無能力状態発生後に行った支払分の賠償を同社の倒産管財人が請求する本件訴えは、EU倒産規則 (規則二〇〇〇年/第一三四六号) 第四条第一項の意味におけるドイツ倒産法に関わるか。(Betrifft eine Klage vor einem deutschen Gericht, mit der ein Direktor einer "private company limited by shares" englischen oder walisischen Rechts, über deren Vermögen in Deutschland nach Art. 3 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1346/2000 das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, vom Insolvenzverwalter auf Ersatz von Zahlungen in Anspruch genommen wird, die er vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, aber nach Eintritt der Zahlungsfähigkeit geleistet hat, das deutsche Insolvenzrecht im Sinne des Art. 4 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1346/2000?)⁽²³⁾

「14」連邦通常裁判所がこの第一の照会事項で知りたいと考えているのは、ドイツ裁判所に係属している、規則二〇〇〇年／第一三四六号第三条第一項に従って自社の財産についてドイツで倒産手続が開始されている、イングランド法上またはウェールズ法上の会社の取締役 (Direktor) が本件倒産手続開始前かつ支払無能力状態発生後に行った支払分の賠償を、同社の倒産管財人が有限責任会社法第六四条第二項第一文のような国内規定に基づいて請求する本件訴えが規則二〇〇〇年／第一三四六号第四条の適用範囲内に含まれる、という趣旨に、同規則第四条が解釈されるべきか否かである。(Mit seiner ersten Frage möchte das vorliegende Gericht wissen, ob Art. 4 der Verordnung Nr. 1346/2000 dahin auszulegen ist, dass in seinen Anwendungsbereich eine Klage vor einem deutschen Gericht fällt, mit der der Direktor einer Gesellschaft englischen oder walisischen Rechts, über deren Vermögen in Deutschland das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, vom Insolvenzverwalter dieser Gesellschaft auf der Grundlage einer nationalen Bestimmung wie § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG auf Ersatz von Zahlungen in Anspruch genommen wird, die der Direktor vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, aber nach dem Zeitpunkt, auf den der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit festgesetzt wurde, geleistet hat.)⁽²⁴⁾

この第一四段落では、第一三段落の第一項目に示された論点 (第四条第一項の意味におけるドイツ倒産法に関わるか) が、「……という趣旨に、同規則第四条が解釈されるべきか否か」と言い換えられている。⁽²⁵⁾ このような表現の変更は、第二三段落における論点と第一四段落における論点が合致するか否かという疑問を招きかねないようにもみえる。というのは右の「関わる」という表現でどのような内容かを考えるかという問いに対して「解釈の仕方」に限定してこの問いに答えようとする場合でなければ、右の二つの表現を言い換えてとして理解することはできないはずだからである (もちろん、論点が変わっているとみる場合、以下の判旨は的外れとなり、その意義は失われよう)。

この第一四段落で言い換えられた問いに対する解答は、第二一段落に示されている。

「21」以上を考慮すると、最初の照会事項に対しては、ドイツ裁判所に係属している、自社の財産についてドイツで倒産手続が開始されている、イングランド法上またはウェールズ法上の会社の取締役 (Direktor) が倒産手続開始前かつ支払無能力状態の発生が確認された時点以後に、行っていた支払分の賠償 (Ersatz von Zahlungen) を、有限責任会社法第六十四条第二項第一文のような国内規定に基づいて同社の倒産管財人が取締役 (Direktor) に対して請求する本件訴えは、規則二〇〇〇年／第一三四六号第四条の適用範囲に含まれるという趣旨に、この第四条は解釈されるべきであるというように、解答されなければならない。⁽²⁶⁾

この第二九段落の内容は、最後に、結論のかたちで次のようにまとめられている。

以上の理由で、EU裁判所(第六部)は、本件提示を適法と認めた。

一 倒産手続に関する二〇〇〇年五月二九日のヨーロッパ共同体理事会規則二〇〇〇年／第一三四六号第四条は、ドイツ裁判所に係属している、自社の財産についてドイツで倒産手続が開始されている、イングランド法上またはウェールズ法上の会社の取締役 (Direktor) が倒産手続開始前かつ支払無能力状態の発生が確認された時点以後に行った支払分の賠償 (Ersatz von Zahlungen) を、有限責任会社法第六十四条第二項第一文のような国内規定に基づいて、同社の倒産管財人が取締役に請求する本件訴えは、規則二〇〇〇年／第一三四六号第四条の適用範囲内に含まれるという趣旨に、解釈されるべきであるというように解答されなければならない。⁽²⁷⁾

(2) 右の表現が示すように、EU裁判所は先の二者択一型の問いに対して肯定説を採用した。それでは、このような判断が下された論拠は何か。次には、この点が確認されなければならない。留意されるのは、その際、(1)「どのような判断基準が個々の論点につき採用されていたか」、(2)「当該判断基準はどのような形成基準のもとに採用されて

いたか」、そして、(3)「当該判断基準がどのような適用基準のもとに適用されていたか」、これらである(むろん、緻密に検討しようとするれば、どの基準についても、(2)の形成基準と(3)の適用基準の重層的構成が段階的に明らかにされなければならぬ)。

まず、第二五段落では次のように述べられている。

「15」この点に関して、EU裁判所はすでに、同社の支払無能力事由発生後または同社の債務超過確認後に行われた支払金額の返済(Rückzahlung von Beträgen)を、規則二〇〇〇年/第一三四六号第三条第一項に従って、会社の倒産管財人が同社の取締役に対して求める訴えに関する裁判について、会社財産に関する倒産手続が自国領域内で開始されている加盟国の裁判所が管轄権を有するという趣旨に、規則二〇〇〇年/第一三四六号第三条第一項が解釈されるべきであるという裁判を行って来た(H事件判決、C-295/13, EU:C:20142410, Rn. 26)。⁽²⁸⁾

この第一五段落では、EU裁判所が、H事件判決(C-295/13)という先例において、倒産手続開始国裁判所がこの種の訴えにつき国際的管轄権を有すると判示したことが紹介される。ここで取り上げられた論点は、EU倒産規則第四条の解釈如何という第一の論点ではなく、同規則第三条第一項の解釈如何という別の論点である。それでは、なぜ後者の論点を取り上げられたのだろうか。これら二つの論点の共通項に着目するとき、推測されるひとつの解答は、EU裁判所がEU倒産規則の解釈権限を有するという点に求められよう。

(3) 次の第一六段落では、次のように説明されている。

「16」 EU裁判所はこのH事件の裁判を根拠付けるにあたり、特に、有限責任会社法第六四条第二項第一文のような、支払無能力となった会社の取締役が同社の支払無能力状態発生後に行った支払分の賠償を当該取締役に義務づける旨の加盟国規定は、会社の支払無能力を考慮するという理由で、民法・商事法上の一般原則の例外を成すという点を考慮していた。EU裁判所は、こうした考慮から、有限責任会社法第六四条第二項第一文に基づいて倒産手続の枠内で提起されている本件訴えは、倒産手続から直接に発生しかつ倒産手続と密接に関連する訴えに含まれるという帰結を引き出した（この意味で参照されるも「ヤンツ」 Urteil H. C 295/13, EU:C:2014:2410, Rn. 23 und 24）⁽²⁹⁾。

この段落では、EU裁判所がH事件判決の結論、すなわち、「その領域内で会社財産に関する倒産手続が開始されている加盟国の裁判所が管轄権を有するという趣旨に、規則二〇〇〇年／第一三四六号第三条第一項が解釈されるべきである」とした結論「を根拠付けるにあたり」、何よりもまず、「有限責任会社法第六四条第二項第一文のような国内規定は、同社の支払無能力という理由で、民法・商事法上の一般原則の例外を成すという点を考慮し」、次に、「こうした考慮から、有限責任会社法第六四条第二項第一文に基づいて倒産手続の枠内で提起されている本件訴えは、倒産手続から直接に発生しかつ倒産手続と密接に関連する訴えに含まれるという帰結を引き出した」と、二つの段階に分けて説明されていた。このような二段階構成の説明をみると、①「民法・商事法上の一般原則の例外」とはどのような意味か（「一般原則」の要件および効果はどのようなものか、「一般原則の例外」の要件および効果はどのようなものか）、②「有限責任会社法第六四条第二項第一文のような国内規定は、同社の支払無能力という理由」が「民法・商事法上の一般原則の例外を成す」理由とされたのはなぜか、③「有限責任会社法第六四条第二項第一文に基づいて倒産手続の枠内で提起されている本件訴えは、倒産手続から直接に発生しかつ倒産手続と密接に関連する訴えに含まれると

いう帰結」を引き出した理由が「一般原則の例外を成すという……考慮」に求められるのはなぜか等々、いくつもの派生的論点が生じ得る。しかし、どの論点についても、どのような根拠でそれらの問いに対する解答が導かれるかという点について検討する上で不可欠の手掛かりをこの第一六段落に見出すことはできない。

(4) 次の第一七段落では、EU裁判所が先例（H事件判決と本件（コロンハース事件））とを「同様のもの（gleichwohl）」と捉えたこと、その上で「有限責任会社法第六四條第二項第一文を明らかに倒産法的規定に分類した」こと、「このことから明らかになるが、有限責任会社法第六四條第二項第一文のような国内規定は、規則二〇〇〇年／第一三四六号第四條第一項の意味における、倒産手続およびその効力について適用される法に分類される」こと、さらに、「特に、会社の業務執行者が同社の支払無能力事由発生後に同社名義で行っていた支払分の賠償を場合により当該取締役に義務付ける趣旨の国内法規定は、それ自体規則二〇〇〇年／第一三四六号第四條第一項に従い、当該手続が開始されている加盟国の法（法廷地倒産法、以下、lex fori concursus）」として、倒産手続を担当する国内裁判所により適用される」こと、これら四点が、以下のように、説明される。

[17] このような事情から（Folglich）、EU裁判所は、H事件判決（C-285/13, EU:C:20142410）での先行裁判要請に対して、同事件が規則二〇〇〇年／第二三四六号第三條と、そして、有限責任会社法第六四條第二項第一文のような国内規定に基づく（gestützt）訴えに関する裁判について国内裁判所が有する国際的管轄権とそれぞれ関わっていたと同裁判所自身が解答したのと同様に（gleichwohl）、本件では、右の有限責任会社法第六四條第二項第一文を明らかに倒産法的規定に分類した。このことから明らかになるが、有限責任会社法第六四條第二項第一文のような国内規定は、規則二〇〇〇年／第一三四六号第四條第一項の意味における、倒産手続およびその効力について適用される法に分類される。特に、会社の業務執行者が同社の支払無

能力事由発生後に (nach Eintritt ihrer Zahlungsunfähigkeit) 同社の計算で (für ihre Rechnung) 行っていた支払分の賠償を
場合により当該業務執行者に義務付ける趣旨の国内法規定は、それ自体 (als solche) 規則二〇〇〇年／第一三四六号第四条
第一項に従い、当該手続が開始されている加盟国の法 (以下、*lex fori concursus*) として、倒産手続を担当する国内裁判所に
より適用される。³⁰⁾

この段落では、右のように解釈する前提として、「有限責任会社法第六四条第二項第一文のような国内規定は、規
則二〇〇〇年／第一三四六号第四条第一項の意味における、倒産手続およびその効力について適用される法に分類さ
れる」こと、そして、「規則二〇〇〇年／第一三四六号第四条第一項に従い、当該手続が開始されている加盟国の法
(以下、*lex fori concursus*) として、倒産手続を担当する国内裁判所により適用される」こと、これら二点も併せて指
摘されている。どの加盟国が倒産手続の管轄権を有するかを定めたEU倒産規則第三条第一項の解釈問題と倒産手続
およびその効力の準拠法を規定する同規則第四条の解釈問題とをこのように直結させるのは、第四条第一項の文言
〔この規則に別段の定めがない場合、倒産手続およびその効力については、当該倒産手続が開始されている加盟国の倒産法が適用
される〕が考慮された結果であろう。このような考慮の前提には、有限責任会社法第六四条第二項第一文に基づく訴
えという点で、先例と本件との共通性への着目があったものと推測される。

(5) 次の第一八段落では、以下のような説明がある。

「18」この点に関しては、有限責任会社法第六四条第二項第一文が、会社の支払無能力または債務超過の場合に、代表機関の
構成員 (Mitglieder des Vertretungsorgans) が、遅滞なく (ohne schuldhaftes Zögern)、遅くとも支払無能力状態または債

EU国際私法における倒産会社取締役の損害賠償責任 (山内)

務超過の発生後三週間以内に、倒産手続開始を求める申立を提起しなければならない旨を準用する (sinngemäß vorseht) 同条第一項との関連で解釈されなければならないという点が追加されるべきである。このようにみると (somit)、有限責任会社法第六四条第二項第一文に基づいて、特に、支払無能力または債務超過に陥っている会社の取締役でありながら、有限責任会社法第六四条第一項に違反して、倒産手続開始の申立を提起しなかった者の人的責任を問うことができる。すなわち、会社倒産手続の開始後に、同社の計算で支払を行ったり支払を承諾したりすることは、もはや支払無能力となった会社の業務執行者の所管事項 (Sache) ではなく、倒産管財人の所管事項である。このことから引き出されるように (daraus folgt)、支払無能力となった会社の取締役が有限責任会社法第六四条第一項に定められた義務に従っている場合には、当該事象につき (das Sache nach) 有限責任会社法第六四条第二項第一文に定められた制裁は適用されない。⁽³¹⁾

この段落では、①「この点に関しては、有限責任会社法第六四条第二項第一文が、会社の支払無能力または債務超過の場合に、代表機関の構成員が、遅滞なく、遅くとも支払無能力状態または債務超過の発生後三週間以内に、倒産手続開始を求める申立を提起しなければならない旨を準用する同条第一項との関連で解釈されなければならないという点が追加されるべきである」こと、②「このようにみると、有限責任会社法第六四条第二項第一文に基づいて、特に、支払無能力または債務超過に陥っている会社の取締役でありながら、有限責任会社法第六四条第一項に違反して、倒産手続開始の申立を提起していなかった者の人的責任を問うことができる」こと、③「すなわち、会社倒産手続の開始後に、同社の計算で支払を行ったり支払を承諾したりすることは、もはや支払無能力となった会社の取締役の所管事項ではなく、倒産管財人の所管事項である」こと、④「このことから引き出されるように、支払無能力となった会社の取締役が有限責任会社法第六四条第一項に定められた義務に従っている場合には、当該事象につき有限責任会社法第六四条第二項第一文に定められた制裁は適用されない」こと、これら四点が述べられている。

有限責任会社法第六四条の解釈に際して第一項と第二項とを関連させなければならぬとする第一点の指摘に対しては、おそらく違和感はないであろう。「有限責任会社法第六四条第一項に違反して、倒産手続開始の申立を提起していなかった者の人的責任を問うことができる」とする第二点および第三点も、第二項第一文の内容そのものであり、格別に異論を差し挟む余地はない。「支払無能力となった会社の取締役が有限責任会社法第六四条第一項に定められた義務に従っている場合には、当該事象につき有限責任会社法第六四条第二項第一文に定められた制裁は適用されない」とする指摘、すなわち、第一項所定の義務違反がないため、第二項第一文の適用がないことを述べた第四点も当然のこととみられ得る。しかしながら、第二項の適用に際して留意されなければならないのが、第二項第二文における「第一文は、上記の時点（支払無能力状態の発生後——筆者注）以降に、取締役が通常の注意を払って行った支払には適用されない」という文言の解釈如何である。この第二文が第一文の例外である点に着目すると、「通常の注意を払って行った支払」に該当するとの解釈が行われている場合でなければ、第一文の適用はないこととなる。むしろ、この点の解釈はドイツ裁判所の判断事項であってヨーロッパ裁判所の判断事項ではないが、それでも、第一項と第二項との関連性に触れる場合には、第二項の解釈上、第一文と第二文との関連性も触れられていなければならないはずである。

(6) 次の第一九段落では、EU倒産規則の内容について以下のように説明されている。

[19] 規則二〇〇〇年／第一二四六号第四条第二項によれば、*法廷地倒産法 (Lex fori concursus)* は、特に、「どのような要件のもとに倒産手続が開始されるか」を規律する。この第四条第二項を実際に活用しようとするれば (Um die praktische Wirksamkeit dieser Bestimmung sicherzustellen)、第一に、倒産手続の開始要件、第二に、手続開始申立 (Stellung des

Antrags)の申請義務を負う者の決定に関する規定、そして第三に、当該義務違反の効果(Folgen)、これらすべてが第四条第二項の適用範囲に含まれるという趣旨に、この規定を解釈しなければならない。それゆえ(daher)、「当該事象につき」(der Sache nach)倒産手続開始申立義務の違反を罰する旨の、有限責任会社法第六四条第一項および第二項第一文のような国内規定は、この観点⁽²²⁾ (auch aus diesem Blickwinkel)規則二〇〇〇年/第一三四六号第四條の適用範囲内にあるものとみなされるべきである。

この段落では、「規則二〇〇〇年/第一三四六号第四條第二項によれば、法廷地倒産法は、特に、『どのような要件のもとに倒産手続が開始されるか』を規律すること、「この第四條第二項を実際に活用しようとすれば、第一に、倒産手続の開始要件、第二に、手続開始申立の申請義務を負う者の決定に関する規定、そして第三に、当該義務違反の効果、これらすべてが第四條第二項の適用範囲に含まれるという趣旨に、この規定を解釈しなければならない」と、「それゆえ、当該事象につき倒産手続開始申立義務の違反を罰する旨の、有限責任会社法第六條第一項および第二項第一文のような国内規定は、この観点でも、規則二〇〇〇年/第一三四六号第四條の適用範囲内にあるものとみなされるべきである」こと、これら三点が示されていた。倒産準拠法の事項的適用範囲如何はむしろ、第四條第二項の各文言の解釈問題であり、その最終的判斷権限はEU裁判所にのみ帰属する。ただ、第二項の「手続開始国」、「手続開始後に」(a号)、「倒産手続が債務者の現に進行中の契約に対してどのような影響を及ぼすか」(e号)等といった文言をみる限り、明らかに、倒産手続の開始が基準時とされている。この点を考慮すると、ヨーロッパ倒産規則では、倒産手続開始前、つまり、ドイツ法が定めるような、倒産手続開始前における「支払無能力状態の発生後三週間以内」および「過剰債務発生時」という時間的な観点がもともと基準時として採用されていないことが容易に分

かる。m号では、確かに、「債権者全体 (Gesamtheit der Gläubiger) に不利益を与えるという理由で、絶対無効 (nichtig)」、取消可能 (anfechtbar) または相対無効 (relativ unwirksam) とされる法的行為 (Rechtshandlungen) は「どのようなものか」と述べられているが、ドイツ連邦通常裁判所の照会事項をみる限り、ここにいう「法的行為」に倒産手続開始前の行為が包摂されるか否かという解釈問題は明示されていない(むろんこの点が「第四条第一項の意味におけるドイツ倒産法に関わるか」という表現に含まれているとする理解もあり得よう)。

(7) 次の第二〇段落には、次のような説明がある。

「20」このほか、有限責任会社法第六四条第二項第一文のような規定は、事案により変更の余地があるにせよ (mutatis mutandis)、各倒産手続と不可分に結び付けられている目標、すなわち、債権者が同等の満足 (gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger) を得られるよう、倒産手続開始前に財団財産の縮小を防止するという目標を実現することに役立つている。それゆえ (daher)、有限責任会社法第六四条第二項第一文のような規定は、少なくとも、「それが債権者全体に不利益を及ぼすという理由で、どのような法的行為 (Rechtshandlungen) が……相対的に無効とされるか」それゆえ (deshalb) 規則二〇〇年／第一三四六号第四條第二項m号に従って、どのような法的行為 (Rechtshandlungen) が法廷地倒産法 (lex fori concursus) のもとに置かれるかを規律する規定と比較可能 (vergleichbar) であるようにみえる⁽³⁵⁾。

この段落では、第一に、「このほか、有限責任会社法第六四条第二項第一文のような規定は、事案により変更の余地があるにせよ、各倒産手続と不可分に結び付けられている目標、すなわち、債権者が同等の満足を得られるよう、倒産手続開始前に財団財産の縮小を防止するという目標を実現することに役立つている」こと、第二に、「それゆえ、有限責任会社法第六四条第二項第一文のような規定は、少なくとも、『それが債権者全体に不利益を及ぼすという理

由で、どのような法的行為が…：相対的に無効とされるか」、それゆえ、規則二〇〇〇年／第一三四六号第四条第二項m号に従って、どのような法的行為が法廷地倒産法のもとに置かれるかを規律する規定と比較可能であるようにみえる」こと、これら二点が紹介されていた。「それゆえ (dalen)」という言葉から分かるように、第一文が「理由」を表し、第二文が「結論」となっているように見受けられる。第二文の内容に注目すると、有限責任会社法第六四条第二項第一文のような規定が定める「会社の支払無能力発生後に行った支払」が同文の「法的行為」に含まれるか否かという点をめぐって第二項m号の解釈が行われているようにみえる。「理由」を表す第一文には、「有限責任会社法第六四条第二項第一文のような規定は、事案により変更の余地があるにせよ、各倒産手続と不可分に結び付けられている目標、すなわち、債権者が同等の満足を得られるよう、倒産手続開始前に財団財産の縮小を防止するという目標を実現することに役立つ」とする法的評価が示されている。有限責任会社法という実体法上の規定の法的性質をどのようにみるべきかという論点に関して、会社法説と倒産法説とが対立している状況下でいずれか一方を優先しようとする場合、むろん、優先順位を決める基準は「比較の第三項」に求められなければならない。このことは、当該判断基準が、両説から等距離にあるという意味で、いずれの説にも属さない第三者的な中立の内容によって構成されなければならないことを意味しよう。しかしながら、EU裁判所の説明のどこにも、そうした中立の基準は示されていない。

このようにみると、照会事項一で問われた論点に対して肯定説を採用するEU裁判所の論拠が無内容であり、同語反覆に陥っていたことが分かる。

三 (1) 他方、第二の照会事項の場合はどうか。ここでも、ドイツ連邦通常裁判所がどのような論点を提示してい

たかを確認することから始めよう。同裁判所が提示した第二の論点は以下のように表現されていた。

二 現に審理中の案件のような種類の訴えはEU機能条約第四九条、第五四条所定の居住移転の自由⁽³⁴⁾に違反するか。(Verstößt eine Klage der vorstehenden Art gegen die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49, 54 AEUV?)、

ドイツ連邦通常裁判所が提示した「……訴えはEU機能条約第四九条、第五四条所定の居住移転の自由⁽³⁴⁾に違反するか」という二者択一型の論点をヨーロッパ裁判所が正確に理解していたという点は、第一三段落における次の表現から明らかになる。

二 現に審理中の案件のような種類の訴えはEU機能条約第四九条、第五四条所定の居住移転の自由⁽³⁵⁾に違反するか。(Verstößt eine Klage der vorstehenden Art gegen die Niederlassungsfreiheit nach den Art. 49 AEUV und 54 AEUV?)、

このように、ドイツ連邦通常裁判所における表現とEU裁判所におけるそれとが、EU機能条約の第四九条と第五四条とを結ぶ表現上の相違(前者ではコンマが用いられ、後者では「und(および)」という接続詞が用いられている)を除いて、まったくの同文であったにも拘らず、EU裁判所は、この論点を、第二二段落(第二の照会事項」という見出しのもとに、この論点を再現した部分)と第二九段落(第二三段落に示された問いに対する解答を述べた部分)において、次のように書き換えていた。

〔22〕 連邦通常裁判所がこの第二の照会事項で知りたいと考えているのは、EU機能条約第四九条および第五四条が、自社の財産についてドイツで倒産手続が開始されている、イングランド法上またはウェールズ法上の会社の取締役 (Direktor) に対して有限責任会社法第六四条第二項第一文のような国内規定を適用することを妨げているか否である。(Mit seiner zweiten Frage möchte das vorliegende Gericht wissen, ob die Art. 49 AEUV und 54 AEUV der Anwendung einer nationalen Bestimmung wie § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG auf den Direktor einer Gesellschaft englischen oder walisischen Rechts, über deren Vermögen in Deutschland das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, entgegenstehen.)⁽²⁸⁾

〔29〕 以上を考慮すると、第二の照会事項に対しては、EU機能条約第四九条および第五四条は、ドイツ所在の自社の財産についてドイツで倒産手続が開始されている、イングランド法上またはウェールズ法上の会社の取締役 (Direktor) に対して、有限責任会社法第六四条第二項第一文のような国内規定を適用することを妨げないというように、解答されなければならない。(Unter diesen Umständen ist auf die zweite Frage zu antworten, dass die Art. 49 AEUV und 54 AEUV der Anwendung einer nationalen Bestimmung wie § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG auf den Direktor einer Gesellschaft englischen oder walisischen Rechts, über deren Vermögen in Deutschland das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, nicht entgegenstehen.)⁽²⁹⁾

この第二九段落の内容は、最後に、結論のかたちで次のようにまとめられている。

。以上の理由で、EU裁判所 (第六部) は、本件提示を適法と認めた (für Recht erkannt)。

一 EU機能条約第四九条および第五四条は、自社の財産についてドイツで倒産手続が開始されている、イングランド法上またはウェールズ法上の会社の取締役 (Direktor) に対して、有限責任会社法第六四条第二項第一文のような国内規定を適用することを妨げない。(Die Art. 49 AEUV und 54 AEUV stehen der Anwendung einer nationalen Vorschrift wie § 64 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung auf den Direktor einer Gesellschaft

englischen oder walisischen Rechts, über deren Vermögen in Deutschland das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, nicht entgegen.) >

ここでは、一方の、第一三段落の「……訴えは……居住移転の自由に違反する」という表現と、他方の、第二二段落の「第四九条および第五四条が……国内規定の……取締役への適用を妨げている」という表現とを、主語、直接的語、間接目的語および述語に着目して対比してみよう。たとえば、「……訴えが……居住移転の自由に違反する」とき(要件) ↓ 「第四九条および第五四条が……国内規定の……取締役への適用を妨げている」(効果) という判断基準を考える場合、要件に該当すれば、それに対応した効果が発生するところから、「違反」の有無という論点が「妨げる」か否かという論点の論理的前提を成すとみることができよう。この場合、両者は、視点を異にするだけで、実質的には言い換えの関係に立つと説明されるのかもしれない。これに対して、「妨げる」という効果を発生させる要件が「違反する」こと以外にもあり得ると考える場合、「違反」の有無以外の要件の具備の有無が審査されていなければ、「妨げる」か否かという問いに答え得ないという意味で、両者を言い換えの関係で捉えることはできないと主張することとなる。この場合、連邦通常裁判所の照会事項一に関するヨーロッパ裁判所の言い換えは、論点の意図的変更という意味で、不適切なものと判定されなければならない。

(2) 右の第二九段落および結論部分が示すように、EU裁判所の判決では、ドイツの当該規定の適用は「居住移転の自由に違反」せず、「第四九条および第五四条が……国内規定の……取締役への適用を妨げて」いないとされていた。それでは、こうした否定説の根拠はどのように説明されていたのだろうか。この点については、以下の判旨が参

照されなければならない。

まず、第二三段落では、次のように記されていた。

「23」この点に関して、EU裁判所の判例から導かれるところによれば、加盟国が、特に、他の加盟国法に従って設立されかつ同国に定款上の法人住所 (satzungsmäßiger Sitz) を有する会社の権利能力の承認を、同社が事実上の管理機関の本拠 (tatsächlicher Verwaltungssitz) をも同国の主権領域内に移転すべきであったという理由で、拒否している場合、そうした拒否は、一定の事情のもとでは、EU機能条約第四九条および第五四条が原則的に保障する居住移転の自由に対する制限を意味する余地がある (darstellen kann) (この意味で参照されるのは、イイバーゼーリング判決⁸⁸⁾である。C-208/00, EU:C:2002:632, Rn. 82)。⁸⁹⁾

この段落では、イイバーゼーリング判決を援用し、加盟国が、「他の加盟国法に従って設立されかつ同国に定款上の法人住所を有する会社の権利能力の承認を、同社が事実上の管理機関の本拠をも同国の主権領域内に移転すべきであったという理由で」拒否している場合、「そうした拒否は、一定の事情のもとでは、EU機能条約第四九条および第五四条が原則的に保障する居住移転の自由に対する制限を意味する余地がある」と述べていた。この部分は、「加盟国が、他の加盟国法に従って設立されかつ同国に定款上の法人住所を有する会社の権利能力の承認を、同社が事実上の管理機関の本拠をも同国の主権領域内に移転すべきであったという理由で、拒否しているとき」(要件) ↓ 「そうした拒否は、一定の事情のもとでは、EU機能条約第四九条および第五四条と原理的に合致しない (＝居住移転の自由に対する制限を意味する) 余地がある」(効果) という判断基準と、「……が……するとき」(要件) ↓ 「……が」一

定の事情』に該当する」(効果) という(右の判断基準の)適用基準との複合的基準の形式で言い表すことができよう。この判断基準と適用基準との組合せは、「加盟国が、他の加盟国法に従って設立されかつ同国に定款上の法人住所を有する会社の権利能力の承認を、同社が事実上の管理機関の本拠をも同国の主権領域内に移転すべきであったという理由で、拒否しているとき」(第一要件)+「……が『一定の事情』に該当するとき」(第二要件) ↓「そうした拒否は、一定の事情のもとでは、EU機能条約第四九条および第五四条と原理的に合致しない(＝居住移転の自由に対する制限を意味する)余地がある」(効果) という表現に言い換えることもできる。とはいえ、どちらの表現形式を採るにせよ、要件部分の解釈過程が明確に説明されていなければ、当該効果が生じるか否かの判断を下すことはできない。このようにみると、適用基準の要件部分——この点は、判断基準の第二要件部分と言い換えることができる——が明らかにされていない以上、当該効果の発生の有無も確認できないこととなる。

(3) 次の第二四段落では、以下のように、説明されている。

「[24] さらに言えば、EU裁判所は、最低資本金に関する国内規定とEU機能条約により保障された居住移転の自由とが合致していない事案では、資本金が国内法上規定されている最低額に達していない場合や事業継続中にこの額を下回る場合に取締役が債務者全体に対して人的責任を負うのと同様に、当該義務の不履行を理由とする制裁について、これとまったく同じことが必然的に適用される旨をすでに判断していた(この意味で参照されるのは、インスパイアー・アート判決である、⁽³⁹⁾C-167/01, EUC:2003512, Rn. 141)。」

この段落で援用されたインスパイアー・アート判決の趣旨を判断基準の形式に置き換えてみよう。まず、「資本金」が国内法上規定されている最低額に達していない場合または事業継続中にこの額を下回る場合（要件）↓「取締役が債務者全体に対して人的責任を負う」（効果）という加盟国国内実質法規の存在が確認されていた。次に、「……が……するとき」（要件）↓「これら最低資本金に関する国内規定の適用はEU機能条約により保障された居住移転の自由と合致しない」（効果）とするヨーロッパ法上の判断基準も紹介されていた。それでは、「当該義務の不履行に起因する制裁が定められているとき」（要件）↓「これとまったく同じことが必然的に適用される」（効果）という基準は、「……とき」（要件）↓「当該制裁を科す加盟国規定の適用はEU機能条約により保障された居住移転の自由と合致しない」（効果）という意味のヨーロッパ法上の判断基準なのだろうか。この点について、当のインスパイアー・アート判決の第一四一段落をみると、その表現は以下のようになっている。

「[14] 最低資本金に関する加盟国の諸規定とEU機能条約が保障する居住移転の自由とは合致していないので、これと同じことが、当該義務の不履行を理由とする制裁、すなわち、資本金が国内法上規定されている最低額に達していない場合や事業継続中にこの額を下回る場合に取締役が債務者全体に対して人的責任を負うという制裁について、必然的に適用される。(Da die Bestimmungen über das Mindestkapital mit der durch den Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit unvereinbar sind, gilt zwangsläufig dasselbe für die Sanktionen, die an die Nichterfüllung der fraglichen Verpflichtungen geknüpft sind, d. h. die persönliche gesamtschuldnerische Haftung der Geschäftsführer in dem Fall, dass das Kapital nicht den im nationalen Recht vorgeschriebenen Mindestbetrag erreicht oder während des Betriebes unter diesen sinkt).」

この段落をみると、第二四段落の「最低資本金に関する国内規定とEU機能条約により保障された居住移転の自由とが合致していない事案では」における「im Fall der Unvereinbarkeit」という表現が第一四一段落では「die Bestimmungen ... unvereinbar sind」と書かれているため、文章表現を異にし、「合致していない」という文言の解釈を変える余地を残しているようにみえる。このように考えると、なぜEU裁判所が「これとまったく同じことが必然的に適用される旨をすでに判断していた」と言えるのかという疑問が生じよう。

(4) 次の第二五段落では、こう記される。

「25」しかしながら、有限責任会社法第六四条第二項第一文のような国内規定は、他の加盟国法に従って設立されかつ事実上の管理機関の本拠を自国の主権領域内へ移転している会社の権利能力承認を加盟国が拒否することと無関係であるだけでなく、同社の資本金が国内法上規定された最低額に達していない場合に、取締役の人的責任を問うことも関係がない⁴¹。

この段落では、「有限責任会社法第六四条第二項第一文のような国内規定」が「他の加盟国法に従って設立されかつ事実上の管理機関の本拠を自国の主権領域内へ移転している会社の権利能力承認を加盟国が拒否する」とことと無関係であるだけでなく、「同社の資本金が国内法上規定された最低額に達していない場合に、業務執行者の人的責任を問う」ことも関係がないこと、つまり、論点とされていないことが述べられている。それでも、注意を要するのは、第二五段落冒頭部の「しかしながら (jedoch)」という表現である。この語は、先の第二四段落の内容とこの第二五段落の内容とが逆説の関係にあることを推測させるが、最低資本金や義務不履行を理由とする制裁に触れる第

二四段落と取締役の賠償義務に関する第六四条第二項第一文の内容を紹介する第二五段落とは別個の論点を取り上げており、同一内容について評価を異にするという意味での逆説を示すものではないように見受けられる。

(5) 次の第二六段落と第二七段落では、第二五段落の内容を補充するかたちで、有限責任会社法第六四条第二項第一文が会社の権利能力の承認や取締役の人的責任を定めていないとする二つの理由について以下のような説明が加えられている。

〔26〕すなわち、第一に、本件提示を行っている連邦通常裁判所の裁判から明らかになるように、本件の対象とされた紛争の事実関係のもとでは、倒産債務会社の権利能力の有無が論点とされている。有限責任会社法第六四条第二項第一文の文言は、それどころか (sogar)、この論点を取り上げていない (auszuschließen) ようにみえる、というのは、この規定の適用は「会社 (Gesellschaft)」の存在を前提としているからである。

〔27〕第二に、会社の取締役が有限責任会社法第六四条第二項第一文に基づいて人的責任を負う事由は、ただひとつ、ドイツ法または会社設立準拠法に定められた最低額に会社の資本金が達していないことではなく (knüpfte nicht daran)、有限責任会社法第六四条第一項により、倒産手続開始申立を提起する義務を負わされた段階で、会社の取締役が支払を行っていたということのみである。⁽⁴²⁾

第二六段落の第一文では、「倒産債務会社の権利能力の有無」が本件の前提にあるドイツの訴訟で論点とされていたことが、第二文では、「会社 (Gesellschaft)」の法的存在を前提としているため、有限責任会社法第六四条第二項第一文では会社の権利能力の有無は論点となり得ないことが指摘される。次の第二七段落では、有限責任会社法第六四条第一項による取締役の義務が確認される。しかし、これら二つの段落の内容をみると、有限責任会社法第六四条第

二項第一文の立法理由に触れられていないため、同文が会社の権利能力の承認や取締役の人的責任を定めていないとする二つの理由が明らかにされたとは言いがたないことが分かる。

(6) 次の第二八段落には、以下のような説明がある。

「28」 以上を総合すれば、有限責任会社法第六四条第二項第一文のような国内規定の適用は、特定の加盟国で会社を設立することだけでなく、同社が設立後に他の加盟国に営業所を設けることも関係がない、というのは、加盟国法上のこの規定は、設立後の会社の活動に限って適用されるからであり、厳密に言えば、規則二〇〇〇年／第一三四六号第四条により準拠法として指定された加盟国法のもとで、支払無能力とみなされる時点、または、同社の債務超過が確定される時点以後に適用されるからである。このようにみると、有限責任会社法第六四条第二項第一文のような国内規定が居住移転の自由を侵害する余地はない。⁽⁴³⁾

第一文の前半では、有限責任会社法第六四条第二項第一文のような国内規定が適用される場合、加盟国における会社の設立も、設立された会社の他の加盟国における営業所の開設も論点となっていないことが指摘される。同後半では、これが論点となり得ない理由として、規則二〇〇〇年／第一三四六号第四条により準拠法とされた加盟国法に従って決定された時点（支払無能力とみなされる時点、または、同社の債務超過が確定される時点）以後に有限責任会社法第六四条第二項第一文のような国内規定が適用されるという事情が挙げられている。第二文では、その結果として、有限責任会社法第六四条第二項第一文のような国内規定が居住移転の自由を侵害する余地はないとする評価が示される。法主体の成立段階における論点と成立を認められた法主体の活動段階におけるそれとを区別し、居住移転の自由

の適用対象を前者に限定するという立場の明確な表明である。むしろ、ここでも、なぜ居住移転の自由の適用対象が前者に限定されるかという点の説明が求められよう。この点を問うのは、経営判断の実情からみる限り、法人の活動が、個別利益や集団利益の確保や社会公益の実現といった最終目標を達成するための手段として位置付けられており、法人としての活動を中間的目的として法人を設立したり営業所を開設したりするのであって、法人の設立や営業所の他国での開設のみで満足することはないと考えられるからである。このようにみると、居住移転の自由の適用対象如何という問いに対する解答がどのようなものであれ、しかるべき理由が説明されていなければならない。

四 以上を総合すると、二つの照会事項に対するEU裁判所の解答はいずれも根拠のないものであったことが判明する。

三 加盟国規定の性質決定——EU法上の構成とその評価(1)

それならば、EU裁判所のコルンハース判決はどのように評価されているか。ここでは、早期に入手し得た四件の評釈を取り上げ、照会事項一から検討を始めよう。

1 ヴェラー／ヒュープナーの理解

一 ハイデルベルク大学外国私法・外国経済法および国際私法・国際経済法研究所のマルクル・フィリップ・ヴェラー⁽⁴⁴⁾とレオンハルト・ヒュープナー⁽⁴⁵⁾の場合、コルンハース判決の評釈⁽⁴⁶⁾およびコルンハース判決の影響を取り上げた論

文⁽⁴⁷⁾（以下、「評釈」および「論文」と略記する。）が連名で公表されている。

共作論文の末尾、「V 大綱形式による要約 (Zusammenfassung in Thesen)」の項では、主張の要点が次の四点に整理されている。⁽⁴⁸⁾最初の二つはEU裁判所判決の内容を確認したものである。まず、①コロンハース判決では、有限責任会社法第六四条第一文に基づく取締役の責任という実質法制度の抵触法的性質が倒産法的なものと分類されたこと、その結果、当該実質規定が管理機関の本拠を国内に有する外国会社の取締役に適用されていたこと、この点は、会社準拠法の適用範囲を狭めるかたちで倒産準拠法の適用範囲を拡大し、ひいては、他の加盟国で設立された外国会社に対して国内法を適用する機会を増やす結果となつていふこと、これらが確認される。次に、②EU裁判所が、物品取引の自由に関するケック判決に倣つて、いわゆる活動実施ルールに着目し、居住移転の自由による保護範囲に於いての例外を創り出したこと、市場アクセス（設立や本拠移転）に関連しない規定は、その点を述べるだけで直ちに、そうでなくても簡単な理由付けのみで、EU機能条約第四九条、第五四条による居住移転の自由に違反しないと判断されたこと、これら二点が紹介される。

次の二つは、右判決に対する著者兩名の評価に関わる。最初に、③兩名による同判決の理解（右の①および②）を前提として、会社準拠法と倒産準拠法の交錯領域に位置する、社員および取締役の責任を問う技法の多くは倒産法的なものとの性質決定されてよいし、活動実施ルールに分類される技法を外国会社に適用することはEU法と合致すると評価される。次に、④コロンハース判決が各国の裁判所に与えた影響が簡潔に整理される。すなわち、居住移転の自由に関するEU裁判所の判断との整合性を確保するべく、加盟国裁判所が涉外事件において自国の倒産法をこれまでよりもずっと高い比率で適用するようになってきたこと、こうした傾向から推して、「倒産法のメッカ」とみなされて

いた連合王国がEUから離脱する状況を迎えて、各国の立法者がいわゆる「Rescue Culture（救済文化、便利な倒産法の提供を競い合う状況）」を実現するべく「最善の」倒産法を目指して競争し合っていること、これらである。

二 他方、評釈では、次のように述べられていた。

「¹ 国際私法は、準拠法の調査に際して、分析的方法を用いている。事案を構成する生活事実はバラバラに解体され、機能的性質決定により、それぞれの連結対象に分類されている（会社法、倒産法、不法行為法等）。各連結対象は別々の抵触規定に服する。EU域内外国会社の場合、設立準拠法説に基づいて会社準拠法の調査が行われるのに対し、倒産準拠法の決定にあたっては、どこが倒産会社の主たる利益の中心地（Centre of Main Interest）であるかが基準とされている（新表現形式のEU倒産規則第三条、第四条）。それゆえ、コロンハース事件の場合、Limited に対して適用されるのは、設立準拠法としてのイングランドの会社法、倒産準拠法としてのドイツの倒産法、これらのいずれかである。ドイツの有限責任会社法第六十四条が Limited の取締役（Director）に対して適用されるのは、Director の責任を問うこの規定の法的性質が倒産法的なものと決定される場合だけである（そのようなものとして、*Hubner*, IPRax 2015, 297; *Weller/Schulz*, IPRax 2014, 336 [337]）。というのは、抵触法上、法律関係の性質決定を行うにあたり、実質法のレヴェルで有限責任会社法第六十四条が会社法の中に位置付けられていることは、さほど重要ではないからである。EU裁判所によれば、このような性質決定を行う上で決め手となるのは、第一に、有限責任会社法第六十四条——この規定を適用する場合、その法律要件において、実質法の次元で倒産状態にあることが前提とされている（*Rn16-18*）——と倒産法とが関連しているという点であり、第二に、第六十四条が二つの機能、すなわち、一方では、倒産開始申立の提起を取締役に対して指示する機能（*Rn19*）を持ち、他方では、債権者全体のために財団財産の縮小を阻止しながら、倒産債権者の同一取扱いを保障する機能（*Rn20*）を併せ持つという点である。⁴⁹」

第一文ないし第三文では、国際私法分野に固有の規律方法（抵触法的規律）——分析的方法——が、準拠法決定に際して「事案を構成する生活事実はバラバラに解体され、機能的性質決定により、それぞれの連結対象に分類され」、

会社法、倒産法、不法行為法等、「各連結対象は別々の抵触規定に服する」ものであると整理される。第四文では、(EU域内外国会社を例として) 機能的性質決定の結果、「会社法的性質」を有すると判定される場合(以下、「会社法説」と略記する。)には、設立準拠法説に基づいて会社準拠法の調査が行われるのに対し、「倒産法的性質」を持つと決定される場合(以下、「倒産法説」と略記する。)には、どこが倒産会社の主たる利益の中心地(Centre of Main Interest)であるかの判断を通じて倒産準拠法が決定されること、その結果、会社関連事項の連結と倒産関連事項の連結とが異なることが指摘される。第五文では、連結のために複数のルールが用意される理由が、「抵触法上、法律関係の性質決定を行うにあたり、実質法のレヴェルで有限責任会社法第六四条が会社法の中に位置付けられていることは、さほど重要ではない」という点に求められている。しかし、この第五文では、抵触法上の性質決定に際して実質法上の配置(区分、分類)が決め手にならないこと、つまり、抵触法上の性質決定問題の解決基準として、法廷地抵触法説(自主的比較法説)が採用され、実質法説(法廷地実質法説および準拠実質法説)が考慮されないことが示されるにとどまり、第四文の趣旨を正当化する真の理由は何も述べられていない。このように考えるのは、独立抵触規定の単位法律関係概念をどのように区分するかが独立抵触規定の立法段階での論点であるのに対し、抵触法上の性質決定如何がすでに立法された独立抵触規定の解釈・適用段階での論点であるという意味で、両者が別の次元に属し、一方が必然的に他方の存在理由となるとは言い得ないはずだからである。

第六文には、抵触法上の性質決定に際してヨーロッパ裁判所が決め手とした二つの内容が示されている。最初のそれは「実質法の次元で倒産状態にあることが前提とされている」「有限責任会社法第六四条……と倒産法とが関連している」という点であり、第二の内容は「第六四条が二つの機能……倒産開始申立の提起を取締役に対して指示する

機能……債権者全体のために財団財産の縮小を阻止しながら、倒産債権者の同一取扱いを保障する機能」、この両者を併せ持つという点である。このうち、第一の内容に関しては、有限責任会社法第六四条の内容が改めて確認されなければならぬであろう。というのは、同条第一項第一文でも第二項第一文でも、「支払無能力状態の発生後」と定められ、法律概念としての「倒産」という文言は用いられていないからである。ここでは、何よりもまず、「実質法の次元で倒産状態にある」という以上、どのような法的基準に従って「実質法の次元で倒産状態にある」か否かが判定されるのかという法律問題を解決する客観的な決め手がきちんと説明されていなければならないであろう。この点
 が明示されていなければ、「支払無能力状態」にあるか否かの判定を行うこともできないはずである。しかも、「支払無能力状態の発生後」という文言はあくまでも「倒産手続」開始前の状況を意味するのであって、そうした事態を事実上の「倒産状態にある」と認定することと倒産手続が現実に開始されていることは法的な意味において明確に区別されなければならない。これらを考慮すると、「有限責任会社法第六四条……と倒産法とが関連している」と断定する根拠が明らかに欠けていることとなる。

三 (1) 他方、共作論文の「II EU裁判所判決の判旨の要点 (Kernaussagen des EuGH-Judikats ‘Kornhaas’)」でも
 抵触法上の性質決定が取り上げられている。この項は、まえがき部分のほか、「1 抵触法上の分類 (Kollisionsrechtliche Einordnung)」² EU法上の分類 (Europarechtliche Einordnung)」³ 現状とコルンハース判決後の帰結 (Status quo und Konsequenzen nach Kornhaas)」⁴ これらから成る。このうちでは照会事項一に関わる部分に限定してその内容を
 認しておく。

まず、まえがき部分の第一段落についてである。

EU裁判所コロンハース判決の判旨には、連邦通常裁判所提示決定が前提としていたのと同様、EU域内外国会社の抵触法的取扱いに關する古典的な二段階構成が反映されている。第一段階では、国内実質法上の該当規定が、性質決定という方法で、抵触法的に、いずれかの体系概念（会社準拠法、倒産準拠法または不法行為準拠法）に分類され、分類の仕方により、それぞれの抵触規則（設立準拠法説、EU倒産規則第四条またはローマII規則第四条）に基づいて、連結が行われる（後述1）。

このようにして、国内実質法上の関連規定がEU外国会社に適用される場合、第二段階で、その規定の適用がEU機能条約第四九条、第五四条による居住移転の自由——EU域内外国会社はこの居住移転の自由を援用することができる——と調和しているか否かが審査される（後述2）。

この項では、コロンハース判決においても、「古典的な二段階構成」が採用されている点が指摘されている。第一段階では、国内実質法上の該当規定の法的性質を抵触法上いずれかの体系概念に分類するというやり方でどの独立抵触規定が適用されるかという抵触法上の論点が挙げられ、この点が解決されることによつて、準拠法が決定される。これに対して、第二段階では、当該規定の適用がEU機能条約第四九条、第五四条による「居住移転の自由」原則に合致するか否かが審査される。この点は、EU裁判所判決における法律構成をどのように理解するかという事実認識に關わる。

(2) 次の「1 抵触法上の分類」は四つの段落から成る。

出発点を成すのは、多く引用されている説明、すなわち、立法上の観点（有限責任会社法第六四条がどの法律に置かれているか）は抵触法上どのように分類するかという点に対して影響を及ぼさないという説明である。立法規定の出発点を成すのは、二〇〇〇年EU倒産規則第四条であり、この第四条はEU法の観点から自治的に性質決定されるべきである。本件判決の前提

には、少し前に下された、二〇〇〇年EU倒産規則第三条による国際的管轄権に関する民事事件のEU裁判所判決があった。

コロンハース事件で、EU裁判所は、二〇〇〇年EU倒産規則第四条の意味における準拠法如何という問題に対する態度を明らかにし、そして、——さほど唐突とは言えないが——民事事件の判旨を確認した。有限責任会社法第六十四条の法的性質を倒産法のものとする決定に賛成する理由は二つある——第一の理由は、その法律要件からみて実質的な倒産を前提とする有限責任会社法第六十四条が倒産と関連しているという点であり、第二の理由は、同条が二つの機能、すなわち、取締役に倒産開始申立を提起させる機能、および、債権者に有利になるように、財団財産の縮小を阻止することによって、すべての倒産債権者の同等取扱いを保障する機能、これらを併せ持つという点である。

この点は、実際の観点からみると、倒産した非公開会社 (limited) の財産管理権を有するドイツの倒産管財人が、limited の director (取締役) に対しても、有限責任会社法第六十四条第一文が定める、実務上重要な責任追及の訴えを提起できることを意味する。

(不文の) 国際私法総則により実質法次元で代用の可能性が認められている以上、有限責任会社法第六十四条第一文が規律の名宛人を有限責任会社の取締役に限定している点は、重要ではない。この考え方によれば、外国の法形相と内国の現象とを機能的観点で比較できる限り、実質規定の法律要件を外国の法形相によって満たすこともできると解釈される。このようにみると、代用という方法を用いて、「Geschäftsführer」という法律要件を「Director」によって、「Gesellschaft」という法律要件を「limited」によってそれぞれ代用することができよう。EU裁判所は、コロンハース事件において、このように、実質法次元での代用という方法を採用しているが、この点については何も明言していない。⁽⁵¹⁾

第一段落の第二文では、有限責任会社法第六十四条が加盟国の実質法上どの法律に置かれているかという点が、法廷地独立抵触規定の解釈上、当該規定をどのように分類するかという点に対して影響を及ぼさないこと、つまり、法律関係の性質決定の判断基準如何という抵触法上の論点に答える上で、実質法説によるべきではないことが示される。第二文では、「立法規定の出発点を成す」法源が二〇〇〇年EU倒産規則第四条であること、この第四条を解釈する

上で、EU法の観点から自治的に性質決定を行うべきであることが述べられる。コロンハース事件で性質決定の対象とされているのはドイツの有限責任会社法第六四条であり、同条がEU倒産規則第四条にいう「倒産法」概念に含まれるか否かがEU抵触法上の論点とされている。第三文では、コロンハース判決において、同じ有限責任会社法第六四条に基づく賠償請求事件の国際的管轄権に関するH事件のEU裁判所判決が先例として参照されていたことに触れられる。この先例における論点が国際的管轄権の有無の判断基準を問う論点であったのに対し、本件では、準拠法決定段階でのそれが論点とされている。こうした違いを考慮しながらも、手続問題の規律と実体問題の規律を統一的去る場合も、それぞれの正当性を支える「比較の第三項」が明示されていなければならないが、右の説明ではこの点が欠けている。

第二段落第一文の、EU裁判所がコロンハース事件で「二〇〇〇年EU倒産規則第四条の意味における準拠法如何」という問題に対する態度を明らかにし、……H事件の判旨を確認した」という表現には、前述のように、国際的裁判管轄権の有無が争われたH事件と準拠法如何が論点となったコロンハース事件との違いを認めつつも、有限責任会社法第六四条に基づく賠償請求という共通性がみられた点に着目して、コロンハース事件でも二〇〇〇年EU倒産規則の適用を可能とした判断が含まれている。第二文（ダーシの前）では、有限責任会社法第六四条の法的性質に関してEU裁判所が倒産法説を採用した理由が二つあることが確認される。第二文（ダーシの後）をみると、有限責任会社法第六四条が「その法律要件からみて実質的な倒産を前提とする」ことからみて、「有限責任会社法第六四条が倒産と関連している」という点が倒産法説採用の第一の理由とされ、取締役役に倒産開始申立を提起させる機能、および、

債権者に有利になるように、財団財産の縮小を阻止することによって、すべての倒産債権者の同等取扱いを保障する機能、これらを同条が併せ持つ点が倒産法説を支持する第二の理由とされていたことが分かる。しかしながら、これらの指摘が理由付けとして成功しているか否かは極めて疑わしいと言わなければならない。それは、「倒産と関連している」という評価それ自体が倒産法説の内容にもともと含まれているところから、理由（第六四条が倒産と関連している」と結論（倒産法説）とが言い換えの関係に立っているという意味で、第一の理由は中立の基準（「比較の第三項」となり得ていないはずだからである。

第三段落では、倒産法説に立つ場合、倒産手続開始後、「倒産した非公開会社（limited）の財産管理権を有するドイツの倒産管財人が、非公開会社（limited）の director に対しても、有限責任会社法第六四条第一文が定める、実務上重要な責任追及の訴えを提起できる」という実益のあることが指摘される。この点を、取締役の賠償責任を肯定するために倒産法説の採用が必要となるという趣旨（実務上の必要性？）に解すれば、倒産法説の採否も当該賠償責任の認否もともに政策的論点に過ぎないところから、倒産法説が唯一の解決策ではないことが明らかになる。このことは、繰り返しになるが、倒産法説を基礎付ける客観的論拠が別に示されなければならないことを意味する。

第四段落の第一文では、「(不文の) 国際私法総則により実質法次元で代用の可能性が認められている」点を考慮すると、「有限責任会社法第六四条第一文が規律の名宛人を有限責任会社の取締役限定している点は、重要ではない」ことが指摘される。しかし、よくみると、「規律の名宛人を有限責任会社の取締役に限定している点は、重要ではない」とする評価それ自体からして、会社法説を退ける（逆に言えば、倒産法説を優先する）上での「ためにする」言い訳のようにみえないわけではない。第二文では、「外国の法形相と内国の現象とを機能的観点で比較できる限り、実

質規定の法律要件を外国の法形相によって満たすこともできる」と述べられる。ここでは、「機能的観点で比較できる」と簡潔に表現された言回しの具体的な意味内容が確認されなければならない。というのは、何を「機能」という言葉で捉えるか、「比較」はどのように行われるか、機能的比較という言葉が意味する具体的な作業過程はどのように客観化されているかといったいくつもの疑問が少しも解決されていないからである。みずからが好む政策的評価を優先するために、「機能」が類似するとか「比較」が可能であるとかという言葉だけが意識的に用いられ、客観性のある説明が先送りされがちなる傾向にある状況を考慮すれば、この点は決して無視し得ない論点とされなければならないであろう。事実、第三文でも、代用という方法を用いて、「Geschäftsführer」という法律要件を「Director」⁵²、また「Gesellschaft」という法律要件を「limited」によってそれぞれ代替することができると述べて、イギリス法上の概念とドイツ法上のそれとを「機能的観点で比較」した結果が示されている。しかしながら、それでいて、代用の可否を決定する判断基準は何ひとつ説明されていない。第四文では、「ヨーロッパ裁判所は、コロンハース事件において、このように、実質法次元での代用という方法を採用しているが、この点については何も明言していない」と述べて、EU裁判所判決における説明不足が指摘されている。

四 それならば、ヴェラー／ヒューブナーによる右の考察はどのように評価されるか。両氏による評論および論説は、コロンハース判決の法律構成を概括的に説明するものとどまり、第四段落第四文等を除き、同判決における論拠の探求や表現の適否にはほとんど触れられていなかった。この点は、両氏による検討の限界なのだろうか。

2 キントラーの理解

一 ミュンヘン大学のペーター・キントラー教授も、同判決に対する評釈の「V 要約 (Zus.)」で、コルンハース判決の要点を次のように整理する。

(1) 倒産準拠法がどこまで適用されるかの判断に際して参照された、管轄権法に関わる先例では、倒産手続の目的を実現するために用意された、会社の支払無能力または債務超過を要件とする法律制度（取締役に対する請求権）の法的性質が倒産法的なものと決定されていた。ここにいう法律制度には、財団財産の縮小を理由として取締役の責任を問う規定、責任を負うという効果を伴う倒産開始申立義務違反者の責任を問う規定等も含まれる。

(2) 第二に、コルンハース判決によれば、居住移転の自由（EU機能条約第四九条、第五四条）の保護対象は、権利能力の存続を求める権利、会社の最低資本金要件が転入国でも存続するよう求める権利、これら二つに限定されている。

二 それならば、教授はコルンハース判決の法律構成をどのように評価していたのだろうか。まず照会事項一に關わる評釈の「II 倒産の前段階における支払の禁止規定に違反する場合の業務執行者責任の倒産法的性質決定 (Insolvenzrechtliche Qualifikation der Geschäftsleiterhaltung beim Verstoß gegen vorinsolvenzliche Zahlungsverbote)」をみることにしよう。そこでは、倒産手続法および倒産抵触法をめぐる諸問題が取り上げられている。この項は、「1 倒産手続法 (Insolvenzverfahrensrecht)」と「2 倒産抵触法 (Insolvenzkollisionsrecht)」に大別される。

(1) 「1 倒産手続法」の項では、次のように説明されている。

二〇〇〇年倒産規則第三条第一項によれば、自国領域内に、債務者が主たる利益の中心を有する加盟国の裁判所が、倒産手続の開始について管轄権を有する。会社および法人の場合、その主たる利益の中心 (Centre of Main Interests - COMI) は、そうでないことが証明されるまで、定款上の法人住所地 (satzungsmäßiger Sitz) にあると推定される。この推定が覆されるのは、特に会社が定款上の法人住所地国とは別の国に実効的な管理機関の本拠 (effektiver Verwaltungssitz) を有する場合である。この場合、主たる利益の中心は実効的な管理機関の本拠地国にある。この本拠地国の裁判所が、倒産開始について、そして、——EU裁判所がH事件 (Rs. C-295/13) において裁判していたように——前述の、本件で提起されている、有限责任会社法第六十四条第一文に基づく訴えのような倒産手続に付随する訴訟 (Annexlagen) について管轄権を有する。二〇一七年六月二六日以降に適用されるEU倒産規則の新しい表現形式をみると、同規則第三条第一項および第六条第一項からこの趣旨を引き出すことができよう。⁽⁵⁵⁾

この段落では、国際的管轄権の決定に関する二〇〇〇年倒産規則第三条第一項の規律内容が取り上げられている。第一文および第二文では、第三条第一項の規律内容が確認される。第一項第一文では、管轄権の決定基準が「主たる利益の中心 (COMI)」と表現されている。どこが「主たる利益の中心」かという疑問視型争点に答えようとすれば、むしろ、「主語+目的語+述語……とき」(要件) ↓「この地を『主たる利益の中心』とみなす」(効果) という内容の判断基準 (第一基準) が用意されていなければならない。同項第二文では、そのために、一応の推定基準が用意されている。すなわち、「……が定款上の法人住所地であるとき」(要件) ↓「……地を『主たる利益の中心』と推定する」(効果) という基準 (第二基準、第一基準の効果部分の解釈基準、第一基準の適用基準) である。第三文では、この推定が覆される例として、定款上の法人住所地国と実効的な管理機関の本拠地国が異なる場合が挙げられ、第四文では、後者が「主たる利益の中心」と解釈される旨、指摘される。ここでは、「定款上の法人住所地国と実効的な管理機関の本

抛地国が異なるとき」(要件) ↓ 「実効的な管理機関の本拠地を『主たる利益の中心』とする」(効果) という基準(第三基準、第一基準の効果部分の解釈基準、第一基準の適用基準) が考えられている。この第三基準を解釈しようとするれば、「主語+目的語+述語……とき」(要件) ↓ 「……を『実効的な管理機関の本拠地』とする」(効果) という基準(第四基準、第三基準の要件部分の解釈基準、第三基準の適用基準) が必要となる。しかし、このように段階的に整理してみると、第四基準の要件部分が空白のまま残されているところから、それが「比較の第三項」となり得ていないことが分かる。

第五文では、日事件という先例を援用しつつ、「主たる利益の中心」地国の裁判所が有限責任会社法第六四条第一文に基づく訴えのような倒産手続に付随する訴訟の国際的管轄権を有することが示される。第六文では、この趣旨が「二〇一七年六月二六日以降に適用されるE.U倒産規則の新しい表現形式」⁽³⁶⁾の第三条第一項および第六条第一項⁽³⁸⁾から導かれる旨、明言される。これら二つの文章では、第三条第一項の規律内容が反覆されるにとどまり、論評を要する内容は含まれていない。

(2) 次の「2 倒産抵触法」は、「a) 手続法と実体法との並行性 (Gleichlauf von Verfahrens- und Sachrecht)」、「b) 規範目的に沿った性質決定——原則 (Normzweckorientierte Qualifikation - Grundlagen)」および「c) 責任を認める上での法律要件の倒産法的性質決定のメルクマール (Merkmale einer insolvenzrechtlichen Qualifikation von Haftungstatbeständen)」これら三つに分けられている。「a)」では、手続法と実体法が同一の法秩序に委ねられるとする原則(並行原則)が紹介され、「b)」では、この原則を適用すると当該規定の法的性質がどのように決定されるかが明らかにされ、「c)」では、その決定基準が具体的に述べられている。

まず、「a) 手続法と実体法との並行性」から確認しよう。

EU倒産規則は並行原則 (Gleichlaufprinzip) に従っている。倒産手続およびその効力については、原則として、倒産開始地の倒産法、すなわち、倒産手続が行われる法廷地国の倒産法 (lex fori concursus) (二〇〇〇年EU倒産規則第四条第一項／二〇一五年EU倒産規則第七条第一項) が適用される。倒産法に含まれるものとして特に挙げられるのが倒産取消法であって、債権者に不利益をもたらす債務者の法的行為は、この倒産取消法に基づいて、倒産手続開始前から、取り消される (二〇〇〇年EU倒産規則第四条第二項m号／二〇一五年EU倒産規則第七条第二項m号)。⁽⁵⁹⁾

第一文では、EU倒産規則が国際的管轄権を有する裁判所所属国と実体問題の準拠法所属国を同一国とする並行原則を採用することが、第二文では、倒産手続およびその効力につき、原則として、倒産手続が行われる法廷地国の倒産法が適用されることが確認される。第三文では、特に二〇〇〇年EU倒産規則第四条第二項m号／二〇一五年EU倒産規則第七条第二項m号⁽⁶⁰⁾が定める倒産取消 (Insolvenzauflösung) に言及される。以上は法規範の内容を繰り返したものである。

次の「b) 規範目的に沿った性質決定——原則」では、以下のように述べられる。

ドイツ法は、取締役が倒産開始前の支払禁止に違反する場合の責任に関する規定を会社法分野の法典に定めている (有限責任会社法第六十四条第一文、株式会社法第九二条第二項第一文)。抵触法の分野でこの規定の法的性質を決定するにあたり、この規定が実質法上どの法典に置かれているかという点はなんら考慮されない。つまり、それぞれの規定がどの法典に置かれているかではなく、当該規定がどのような目的を達成しようとしているかという点が、抵触法の分野で各法制度の法的性質をどのよ

うに決定するかの決め手となっている。EU裁判所は、すでにH事件判決において、国際的管轄権の目的が何かという視点から、有限責任会社法第六四条第一文に基づく訴えの法的性質が倒産法的なものであると判断していた。ここで取り上げたコロンハース判決において、EU裁判所は、連邦通常裁判所の提示決定と同様、有限責任会社法第六四条第一文による責任の法的性質を倒産法的なものとして、——ドイツ会社法におけるその体系的な位置から離れて——、抵触法の目的という点をも考慮して、その法的性質を倒産法的なものとして決定した(Rn.15f. 21)。こうみると、法廷地国法以外の法が会社準拠法とされる場合(コロンハース判決)であっても、この種の責任を問う訴えについては、倒産開始地国裁判所の国際的管轄権(H事件)が認められ、当該裁判所が自国(法廷地国)の実質法に従って判断することとなる⁽⁶¹⁾。

第一文では、ドイツ法上、取締役が倒産開始前の支払禁止に違反する場合の責任に関する規定が会社法分野の法典(有限責任会社法、株式法)に定められている点が確認される。第二文では、抵触法の分野でこの規定の法的性質を決定するにあたり、この規定が実質法上どの法典に置かれているかが考慮されることが指摘される。性質決定の基準如何に関して、実質法説(法廷地法説および準拠法説)を退け、法廷地抵触法説(自主的比較法説)を採用する立場からはまっとうな指摘とみられよう。第三文では、法廷地抵触法説の具体化にあたって、「当該規定がどのような目的を達成しようとしているか」という点が、抵触法の分野で各法制度の法的性質をどのように決定するかの決め手となっている⁽⁶²⁾ことに言及される。このような説明がなされる場合、当然のことながら、「当該規定がどのような目的を達成しようとしているか」という問いに答える際に必要な具体的判断基準如何が問われなければならない。しかるに、この点については、それ以上の説明がない。

第四文では、H事件判決という先例において、EU裁判所が「国際的管轄権の目的が何かという視点から、有限責任会社法第六四条第一文に基づく訴えの法的性質が倒産法的なものであると判断していた」という事実が確認され

る。H事件で考慮された主たる論点は、国際的管轄権という法制度の目的「für die Zwecke der internationalen Zuständigkeit（国際的管轄権の目的が何かという視点）」からみて、有限責任会社法第六十四条第一文に基づく訴えの法的性質をどのようにみるべきかであって、準拠法決定という視点からみた、有限責任会社法第六十四条第一文に基づく訴えの法的性質が倒産法的なものか否かという点ではない。ここでは、「国際的管轄権の目的」と「有限責任会社法第六十四条第一文に基づく訴えの法的性質が倒産法的なものである」とする判断とが、いかなる論理のもとに、言い換えれば、どのような判断基準に基づいて結合されるのかという問いが生じ得る。しかし、この点に関するそれ以上の説明は行われていない。第五文では、コロンハース判決でも、EU裁判所が、連邦通常裁判所の提示決定と同様、有限責任会社法第六十四条第一文による責任の法的性質を倒産法的なものとして指摘される。第六文では、以上の趣旨が「こうみると、法廷地国法以外の法が会社準拠法とされる場合（コロンハース判決）であっても、この種の責任を問う訴えについては、倒産開始地国裁判所の国際的管轄権（H事件）が認められ、当該裁判所が自国（法廷地国）の実質法に従って判断することとなる」と整理されている。

倒産法説を導くにあたって第五文で考慮されていたのは、抵触法の目的「auch für die Zwecke des Kollisionsrechts（抵触法の目的という点をも考慮して）」であって、性質決定の対象とされる実質法上の各規定の規律目的ではない。H事件とコロンハース事件とを対比すると、前者がEU倒産規則第三条（国際的管轄権）の適用例であり、後者が同第四条（準拠法）の適用例であるという違いがあるにせよ、ともにEU倒産規則の適用例であることに変わりはない。先の「当該規定がどのような目的を達成しようとしているか」という点で、抵触法の分野で各法制度の法的性質をどのように決定するかの決め手となっている」という表現をも併せ考えると、両事件とも、EU倒産規則が適用されると

いう事情が倒産法説採用の論拠となっていたように読める。このような説明が成り立つとすると、EU法上の法的性質は、つねに、適用されるEU規則がどの分野に属するかに⁽⁶²⁾よってなれば自動的に定まることとなる。そうした理解が成り立つとすれば、EU倒産規則の適用が想定された時点においてすでに各実質規定のヨーロッパ法上の法的性質が決定済みとなり、どのような法的性質を有するかを改めて問う意味が失われよう。

三 以上を纏めよう。キントラーの理解も概してEU裁判所の判断内容の紹介と確認にとどまり、格別に考慮されるべき批判的検討は行われていないようにみえる。

3 ショルツの理解

一 マックスプランク外国私法・国際私法研究所の研究員、フィリップ・ショルツ⁽⁶³⁾による論評⁽⁶⁴⁾（V 要約 (Faai)）の場合、コロンハース判決の要旨は次のように整理されている。⁽⁶⁵⁾

(1) コロンハース判決は、EU倒産規則の適用にあたって、倒産準拠法の適用範囲を著しく拡張したという意味においてひとつのリーディングケースとなっている。同判決では、同時に、倒産法説を採用する上で、倒産管財人による主張を必須の要件とするか否かという問題も提起されている。

(2) コロンハース判決では、EU^{Unionskolisionsrecht}（Unionscollisionrecht）上の基準に従って、加盟国法をEU域内外国会社に対して非差別的に適用することに問題がないという点が明記されている。同判決は、この点で重要でありかつ歓迎に値する。

(3) コロンハース判決は、旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項第一文の法的性質を倒産法的なものと決定

してこの規定を適用した。同判決では、会社法的な性質を有する規定がEU域内外国会社に適用されているわけではないため、同判決がEU会社法上のような意味を持つかを現時点で評価することは難しい。それゆえ、コロンハース判決が、セントロス判決、イーバーゼーリング判決およびインスパイア・アート判決によって形成された、居住移転の自由に関するEU判例の転換点を成すものとみることが早計である。

(4) EU域内外国会社が、権利能力および最低資本金に関する規定を除き、居住地国(営業所所在地国)の会社法全体に服する場合、居住移転の自由が実際に活用される場面はさほど多くはない。

二 次に確認されなければならないのが、ドイツ連邦通常裁判所の照会事項に対するEU裁判所の法律構成をシヨルツがどのように評価していたかという点である。以下、照会事項一から確認しよう。

シヨルツは、「II 倒産準拠法の適用範囲に関する新判断 (Neues zur Reichweite des Insolvenzstatuts)」において、性質決定問題に言及する。この項は、「1 EU裁判所の法律構成 (Die Argumentationslinie des EuGH)」² EU倒産規則第四条第二項の適用から得られる結果 (Konsequenzen für die Anwendung von Art4 Abs1 EulnsVO)」³ から成る。

(1) 「1 EU裁判所の法律構成」は、「a) 国際的管轄権に関する先例への言及 (Bezugnahme auf die Entscheidung zur internationalen Zuständigkeit)」⁴ 「b) EU倒産規則第四条第二項第一文の実際的効力 (Praktische Wirksamkeit von Art4 Abs2 S1 EulnsVO)」⁵ 「c) EU倒産規則第四条第二項第二文m号との並行原則の採用 (Wertungsgleichlauf mit Art4 Abs2 S2 litm EulnsVO)」⁶ のれら三つに分かたれている。

そのうち、「a) 国際的管轄権に関する先例への言及」は、二つの段落から成る。

EU国際私法における倒産会社取締役の損害賠償責任(山内)

旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項第一文の法的性質を倒産法的なものと決定する見解の根拠を明らかにするため、EU裁判所はまず、新表現形式の有限責任会社法第六四条第一文に基づく訴えの国際的管轄権に関する先例に立ち返っている（第一五段落ないし第一七段落）⁶⁶⁾。

しかしながら、EU裁判所は、倒産の恐れのある支払無能力状態 (Insolvenzteil) 発生後の支払に関する取締役の責任がEU倒産規則第四條第一項の意味における倒産法に含まれるという結論を、EU倒産規則第三條第一項を類推して導いた倒産手続に付随する訴訟の国際的管轄権 (Annezuständigkeit) から取り出してはいない。EU裁判所は、先例を下した当時の理由付けを包括的に援用しているわけでもない。むしろ、同裁判所は、有限責任会社法第六四条第一文に基づく訴えの国際的管轄権に関する裁判の前提には、「特に」取締役の責任を定めたこの規定が、会社の支払無能力という要件を設けることで、民法・商事法上の一般規定の例外を成している（第一六段落）とする考えがあった点を強調していた。同裁判所はこの説明に続けて、旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項第一文の法的性質が明らかに倒産法的なものであると先例において決定していたことを指摘している（第一七段落）⁶⁷⁾。

第一段落では、EU裁判所が、倒産法説を採用する上で、「新表現形式の有限責任会社法第六四条第一文に基づく訴えの国際的管轄権に関する先例に立ち返っている」ことが確認される。

第二段落の第一文では、EU裁判所が、EU倒産規則第三條第一項を類推して導いた倒産手続に付随する訴訟の国際的管轄権から、「倒産の恐れのある支払無能力状態発生後の支払に関する取締役の責任がEU倒産規則第四條第一項の意味における倒産法に含まれる」と結論付けているわけではない旨、指摘される。規律内容において第三條（国際的管轄権）と第四條（準拠法）に違いがあるにせよ、倒産法説の採用という点で先例（日事件）とコルンハース判決とを統一的に説明しようとするれば、すぐに思いつくのは並行原則を介在させることであろう。しかし、シヨルツはそのように考えていない。第二文では、EU裁判所が「先例を下した当時の理由付けを包括的に援用しているわけ

もない」とされている。それでは、倒産法説はどこから導かれたのだろうか。第三文では、「有限責任会社法第六四条第一文に基づく訴えの国際的管轄権に関する裁判の前提には、……この規定が、会社の支払無能力という要件を設けることで、民法法・商事法上の一般規定の例外を成している」と同裁判所が考えていた点が指摘される。この表現からは、「例外」の要件に「会社の支払無能力」が追加されていることが推測されようが、判断基準という観点からみると、「例外」則におけるその余の要件だけでなく、「例外」則の前提を成す「一般規定」の要件および効果もまったく示されていない——「一般規定」と「例外」という二つの判断基準が一般法と特別法という関係に立つということとは、「一般規定」という判断基準の適用基準として「例外」が位置付けられていることを意味する——ため、その文意を正確に捉えることはできない。第四文では、EU裁判所が「旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項第一文の法的性質が明らかに倒産法的なものであると先例において決定していた」ことに触れられる。この点は、第一段落の内容の反復であって、倒産法説採用の根拠には当たらない。このようにみると、コルンハース判決において倒産法説採用の根拠が明示されていない点をシヨルツがどのように評価していたかを知ることができないであろう。

次に、「b) EU倒産規則第四条第二項第一文の実効的効力」では、この点に関する整理が行われる。

EU裁判所は、その後、EU倒産規則第四条第二項第一文を援用し、実効性原則 (effet utile = Effizienzgebot) に言及するところ、(「)の視点からも (auch aus diesem Blickwinkel) 倒産法説を支持する理由を追加しているが、EU倒産規則第四条第二項第二文によれば、第一に「倒産手続を開始するための要件が、第二に、倒産手続開始申立の提起を義務づけられた者の決定に関する規則が、そして第三に、この義務違反の効果が、それぞれ同規則の適用範囲内に含まれている」(第

一八段落および第一九段落)。その際、EU裁判所は、正当な判断であるが、倒産の恐れのある支払無能力状態が発生した後の支払に関する取締役の責任と倒産手続開始申立義務との間に関連性があることを認めていた。というのは、支払禁止規定の第一次的な目的が、たとえ、倒産の恐れのある支払無能力状態にある会社の財団財産を維持することを通して、会社債権者全員を序列上正當かつ同等に満足させることにあるとしても、取締役の責任を追及するこの規定の法律要件中に、倒産手続開始申立を適時に提起するという、取締役に一定の行動をとるよう求める内容(Aneizwirkung)が含まれている点を否定することはできないからである。⁽⁶⁸⁾

第一文では、倒産法説支持の理由として「実効性原則」が追加され、EU倒産規則の事項的適用範囲が示される。しかし、「実効性原則」という法律用語が示されただけでは容易にその趣旨を理解することができないであろう。むしろ、本件事案の内容から推測して、取締役に對する賠償請求を認め、当該金額の回収を図ることを「実効性」という言葉で考えることもできよう。他方で、「実効性」を請求認容判決の内容ではなく、債権に對する強制執行の結果としての現実的満足という最終段階に至らなければ「実効性」があるとは言い得ないという理解もあり得る。このようにみると、「実効性原則」がなぜに倒産法説採用の根拠となり得るかという疑問はいまだ解明されていないことになる。

第二文では、「倒産の恐れのある支払無能力状態が発生した後の支払に関する取締役の責任と倒産手続開始申立義務との間に関連性がある」としたEU裁判所の判断が正當であると評価されている。「関連性がある」とする説明は、有限責任会社法第六四条第一項および第二項第一文の内容をそのまま反復したものであり、格別に論評に値しない。それにも拘らず、第三文では、両者の間に関連性があるとみた理由が説明される。「取締役の責任を追及するこの規

定の法律要件中に、倒産手続開始申立を適時に提起するという、取締役に一定の行動をとるよう求める内容が含まれている」とする説明の前提には、むしろ、倒産手続の開始を適時に申し立てていけば、「通常の注意を払って行った支払」については賠償義務が免除されるという点が含まれていることであろう（第六四条第二項第二文）。

最後に、「c）EU倒産規則第四条第二項第二文m号との並行原則の採用」の説明を確認しよう。

最後に、EU裁判所は、旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項第一文の法的性質が倒産法的なものであると判断した第三の理由（*Begründungsansatz*）を説明するにあたり、この規定の目的が、債権者が同等の満足を得られるようにするために倒産手続開始前に財団財産の縮小を阻止することにあるという点を考慮して、EU裁判所自身が、旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項第一文の法的性質を、少なくともEU倒産規則第四条第二項第二文m号と比較され得る規定のひとつとみなす（第二〇段落）という方法を採用していた。⁶⁹⁾

この項では、旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項第一文の法的性質に関して倒産法説を採る三番目の理由が示される。すなわち、この規定の「債権者が同等の満足を得られるようにするために倒産手続開始前に財団財産の縮小を阻止する」という立法目的を考慮して、「EU裁判所自身が、旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項第一文の法的性質を、少なくともEU倒産規則第四条第二項第二文m号と比較され得る規定……とみなす」という立法理由への言及である。「wegen des Normzwecks (ii)の規定の目的が……を考慮して」という表現が示すように、そこには、有限責任会社法第六四条第二項第一文とEU倒産規則第四条第二項第二文m号との比較が可能だとする判断が伏在する。しかしながら、このような理解を承認するためには、両規定の比較が可能だと判定する客観的な判断基準

〔比較の第三項〕があらかじめ与えられていなければならない。このようにみるのは、有限責任会社法第六十四条第二項第一文の法的性質に関して倒産法説を採用するという判断が事前に行われているからこそ、両者の比較が可能という認識に至るともみられ得るからである。このような見方が当てはまるとすれば、右の説明は倒産法説の言い換え（同語反覆）でしかないこととなる。

(2) 次の「2 EU倒産規則第四条第一項の適用から得られる結果」では、まえがきのほか、「a)倒産申立義務と倒産延引責任の法的性質に関する倒産法説 (Insolvenzrechtliche Qualifikation von Insolvenzantragspflicht und Insolvenzschiepungshaltung)」「b)取締役の責任を定めた規定を会社の倒産に連結することは、実法的性質決定の要件として十分か。(Anknüpfung der Haftungsnorm an die Insolvenz der Gesellschaft als materiell hinreichende Qualifikationsvoraussetzung)」「c)倒産管財人による主張は、法的性質を倒産法的なものと決定するための要件か。(Geltendmachung durch den Insolvenzverwalter als Qualifikationsvoraussetzung)」「それに「d)倒産手続開始は、法的性質を倒産法的なものと決定するための要件か。(Verfahrenseröffnung als Qualifikationsvoraussetzung)」「これら四つに区分されている。これら四者「a)」「b)」「c)および「d)」の関係については、倒産法説の概観を示す「a)」に続けて、倒産法説を根拠付ける要件の適否が順次検討されている。

まず、まえがき部分をみよう。

旧表現形式の有限責任会社法第六十四条第二項第一文の法的性質を倒産法的なものとみる主張の根底には、結局、同等の価値を有する三つの法律構成があり、これら三つの構成を用いて、EU裁判所は、EU倒産規則の適用範囲をさらに具体化してい

る。しかしながら、ヨーロッパ裁判所のこの論旨をみても、EU倒産規則の適用をめぐって将来どのような結果が導かれるかという点はなんら明らかではない。⁽⁷⁰⁾

第一文では、先の「1 EU裁判所の法律構成」で説明された三つの法律構成（a）国際的管轄権に関する先例への言及、「b）EU倒産規則第四条第二項第一文の実際の効力」および「c）EU倒産規則第四条第二項第二文m号との並行原則の採用」が有限責任会社法第六四条第二項第一文の法的性質を倒産法的なものとする根拠であること、三者の価値が同等と考えられていること、EU裁判所が前記三つの構成を用いてEU倒産規則の適用範囲をさらに具体化していること、これらが指摘されていた。しかしながら、前述のように、右に挙げられた三つの法律構成のいずれについても、それらが同語反覆に陥っているとところから、倒産法説の採用論拠となり得ていないことが分かる。第二文では、EU裁判所の説明だけでは、「EU倒産規則の適用をめぐって将来どのような結果が導かれるか」を予測し得ないことが述べられていた。

次に、「a）倒産申立義務と倒産延引責任の法的性質に関する倒産法説」では、以下のような説明がある。

コロンハース判決は、いずれにせよ、倒産申立義務（倒産法第一五a条）と倒産延引責任（倒産法第一五a条と結び付いた民法典第八二三条第二項）の法的性質がどのようなものかという点を明らかにしている。EU裁判所は、第一九段落において、附言するかたちではあるが（en passant、ちなみに）、前者（倒産申立義務）の法的性質をはっきりと倒産法的なものとして定めている。それと同時に、同裁判所は、倒産手続開始申立義務違反の効果の法的性質を、これまでと同様、EU倒産規則の意味における倒産法上の技法（insolvenzrechtliche Instrumente）と決定することを、これまで以上に明確にしている。コロンハース事件がもたらしたこのような結果をみると、倒産延引責任の法的性質を倒産法的なものとして決定する見解にはもはや疑

問を呈する余地がない。⁽⁷⁾

第一文では、コロンハース判決において、倒産申立義務（倒産法第一五a条）と倒産延引責任（倒産法第一五a条と結び付いた民法典第八二三条第二項）の法的性質が倒産法的なものであると判示されていたことが確認される。第二文では、EU裁判所が「前者（倒産申立義務）の法的性質をはつきりと倒産法的なものとして決定している」点が重ねて強調されている。第三文では、同裁判所が「倒産手続開始申立義務違反の効果の法的性質を、これまでと同様、EU倒産規則の意味における倒産法上の技法と決定することを、これまで以上に明確にしている」ことが指摘される。第四文では、以上の結果として、「倒産延引責任の法的性質を倒産法的なものとして決定する見解にはもはや疑問を呈する余地がない」旨が明言される。しかしながら、右のまえがき部分における叙述に関して触れたように、倒産法説の主張根拠が何ひとつ明らかにされていない以上、「倒産法的なものとして決定する見解にはもはや疑問を呈する余地がない」とする評価には賛同し難いと言わなければならない。

次の、「b）取締役の責任を定めた規定を会社の倒産に連結することは、実体法的性質決定の要件として十分か？」の項では、以下のような解説がみられる。

しかしながら、ここでの問題は、他の二つの法律構成からどのような結論が引き出されるべきかという点にある。このことは特に有限責任会社法第六四条第一文に基づく訴えの国際的管轄権に関するEU裁判所の裁判に言及されていた点について当てはまる。というのは、本件判決の表現をみると、倒産手続に付随する訴訟の国際的管轄権を認める理由をEU倒産規則第三

条第一項の類推に求める主張の根底に、有限責任会社法第六十四条第一文が会社の支払無能力——ないし債務超過——を当然の前提としている点から推測して、第六四条第一文を民事法・商事法の一般原則に対する例外とする考えがあるはずだからである。問われているのは、取締役の責任を問う規定の法律要件を主たる債務者の倒産に結び付けていれば、取締役の責任を問う規定の法的性質を倒産法的なものとして決定できるといふ趣旨にこのコルンハース判決を理解してもよいか否かという点である。この種の責任を問う規定が、必ずしも同時に、債権者が同等に満足を得ることや取締役が適時に倒産手続開始を申し立てることを目的としていない点からみて、この問いには重要な意味がある。この種の問題は、特に、ドイツの有限責任会社法第六十四条第三文における倒産惹起責任および民法典第八二六条による存在無効責任の法律要件の法的性質をどうみるかという点にも現れる。というのは、これら二つの責任には特に倒産を防止する効果があり、それゆえ、どちらの責任ももとは会社債権者の保護を目的とする責任法体系、たとえば、有限責任会社法第三〇条（資本維持）や第三一条（禁止に反して行われた支払の賠償）に欠けていた部分を補完する技法と解されているからである。もちろん、これらの責任を追及する場合、倒産取消に関する責任追及の場合と対比すると、——旧表現形式の有限責任会社法第六十四条第二項第一文と倒産開始申立義務との関係から考えて、コルンハース判決でも、必要な変更が行われている（mutatis mutandis）が——、EU裁判所がこれまで以上に重要であると評価すると思われる一種の並行現象がみられることも否定できないであろう（この点については、後述IV）。しかし、このコルンハース判決を正面から受け止めざるならば、以上の考慮事項（Überlegungen）はどれもさほど重要とは思われない。たとえば、有限責任会社法第六十四条第一文に基づく訴えの国際的管轄権に関する裁判を理由付ける上で、特に、支払無能力または債務超過を絶対的要件（Notwendigkeit）としなければならぬといった制限説（Einschränkung）を採る場合、厳密にいえば、責任を問う規定の中に新たに実的要件を加える余地は残されていない。このようにみるのは、EU裁判所のH事件判決ではこのような要件が設けられていなかったからである（手続的要件については次の「c」参照）。

第一文では、先にまえがき部分で触れられた「三つの法律構成」のうち、「他の二つの法律構成からどのような結論が引き出されるべきか」という新たな論点が提示される。第二文では、先の「a」を受けて、EU裁判所がH事件という先例を援用していた点に着目される。第三文では、「と」いうのは、本件判決の表現をみると、倒産手続に付随

する訴訟の国際的管轄権を認める理由をEU倒産規則第三条第一項の類推に求める主張の根底に、有限責任会社法第六四条第一文が会社の支払無能力——ないし債務超過——を当然の前提としている点から推測して、第六四条第一文を民事法・商事法の一般原則に対する例外とする考えがあるはずだから」という表現で、この先例が援用された理由が説明される。しかしながら、ヨーロッパ裁判所のこのような前提的理解そのものの成否が改めて問われなければならない。すなわち、倒産法説を採用した先例をここでも利用しようとするEU裁判所による政策判断の前提にあり、そうした判断を正当化するために、「有限責任会社法第六四条第一文が会社の支払無能力……を当然の前提としている」とする理屈が後知恵で用意されたにすぎないとする批判に対してどのように答えるのかという点が何も説明されていないという点である。

第四文では、コロンハース判決における解釈上の論点として、「取締役の責任を問う規定の法律要件を主たる債務者の倒産に結び付けていれば、取締役の責任を問う規定の法的性質を倒産法制的なものと決定できるという趣旨にこのコロンハース判決を理解してもよいか否か」が挙げられる。第五文では、なぜこの論点を取り上げるかに触れられる。すなわち、「この種の責任を問う規定が、必ずしも同時に、債権者が同等に満足を得ることや取締役が適時に倒産手続開始を申し立てることを目的としていない点からみて、この問いには重要な意味がある」という説明がそうである。この説明では、「この種の責任を問う規定」の目的に言及されている。しかし、この文章の内容は、有限責任会社法第六四条第一項の取締役の倒産手続開始申立義務に関する叙述も第二項の賠償義務に関する記述も、法文の内容を繰り返したものであって、それがそのまま右の内容を定める立法目的となるわけではない。それは、立法目的がまず先行し、当該目的を達成する手段が規定の内容に盛り込まれるはずだからである。この規定の直接的な内容をみ

ると、倒産手続開始申立という行為に結び付けられているが、そのことを取締役の義務および責任が定められていることに優先させるのであれば、両者に共通する「比較の第三項」に基づく序列決定基準が別途用意されていなければならない。しかしながら、これに相当する記述は右の説明には見られない。

第六文では、この種の論点がドイツ法の「第三文における倒産惹起責任および民法典第八二六条による存在無効責任の法律要件の法的性質をどうみるかという点にも現れる」旨、指摘される。第七文では、そのように考える理由が、「これら二つの責任には特に倒産を防止する効果があり、それゆえ、どちらの責任ももともとは会社債権者の保護を目的とする責任法体系、たとえば、有限責任会社法第三〇条（資本維持）や第三一条（禁止に反して行われた支払の賠償）に欠けていた部分を補完する技法と解されているからである」と説明される。第八文では、「これらの責任を追及する場合、倒産取消に関する責任追及の場合と対比すると」「二種の並行現象がみられること」、そして、そうした並行現象を「EU裁判所がこれまで以上に重要であると評価する」であろうこと、これらが紹介される。それでいて、第九文では、「コロンハース判決を正面から受け止めるならば、以上の考慮事項はどれもさほど重要とは思われない」と指摘される。第九文で「重要とは思われない」と述べられている点から逆算すると、第六文ないし第八文の要否が問われよう。

第一〇文では、「有限責任会社法第六四条第一文に基づく訴えの国際的管轄権に関する裁判を理由付ける上で、特に、支払無能力または債務超過を絶対的要件としなければならないといった制限説を採る場合、厳密に言えば、責任を問う規定の中に新たに実体的要件を加える余地は残されていない」と述べられる。しかし、国際的管轄権の有無を決定する管轄原因を基礎付ける考慮事項は手続法的なものであり、「支払無能力または債務超過」という実体的要

素は含まれていない。しかるに、第一一文では「このようにみるのは、EU裁判所のH事件判決ではこのような要件が設けられていなかったからである」と述べられている。けれども、「責任を問う規定の中に新たに実的要件を加える余地は残されていない」とされる理由は、国際的管轄権を定めるEU倒産規則第三条第一項が定める管轄原因に、有限責任会社法第六十四条第一項に規定された「支払無能力または債務超過」が含まれていないことによるのであって、「EU裁判所のH事件判決ではこのような要件が設けられていなかったから」とは言い得ない。それにも拘らず、理由付けのためになぜH事件判決が持ち出されたのかは明らかではない。

次の「c」倒産管財人による主張は、法的性質を倒産法的なものと決定するための要件か?」では、三つの段落に分けて、次のように説明されている。

しかし、EU裁判所が有限責任会社法第六十四条第一文に基づく訴えの国際的管轄権に関する裁判を援用している点を根拠として、一部の文献では、EU裁判所が、倒産管財人が当該請求を行っているか否かによってこの規定の法的性質が倒産法的なものであるか否かを決めているという見解が引き出されている——尤も、そうした見方はすぐに批判されている。実際、連邦通常裁判所から提示された、EU倒産規則第四条第一項が「ドイツ裁判所に係属中の、イングランド法またはウェールズ法の会社の取締役 (Director) が行った支払について……この会社の倒産管財人が、旧表現形式の有限責任会社法第六十四条第二項第一文のような国内規定に基づき、その賠償を取締役に求める訴え (Klage)」に対して適用されるか否かという第一の照会事項に対する解答の表現も、こうした理解に賛成している。

しかしながら、EU裁判所の判決をそのように考えるべきではない。というのは、EU裁判所自身が二〇一四年一月四日判決で示した、倒産管財人が主張している点を顧慮するべきであるという指摘を、このコルンハース判決では取り上げておらず、倒産状態にあることを要件とするという点に限定して、この種の責任を追及する請求権に関し、上記裁判当時の理由付け

を援用しているにすぎないからである。EU裁判所は、本件で問題となった規定の法的性質を倒産法的なものとして決定するために必要なその余の——自明の——理由付けについては、倒産管財人が主張しているという留保を付しながら、何も述べていない。よく考えてみると、この点については合点が行く、というのは、EU倒産規則第四条第一項では手続開始地国の倒産法が倒産手続とその効力について適用されるというように、事項的適用範囲が述べられるにとどまるのに対して、EU裁判所が発展させた、倒産手続に付随する訴えの管轄権ルールでは、「倒産手続から直接に派生し、しかも、倒産手続と密接に関連する訴え」しか明示的に考慮されていないというように、両者の内容は異なっているからである。

もちろん、コルンハース判決主文第一項の表現にうまく言いくるめられてはならない。それでも、この表現と連邦通常裁判所の照会事項との対応関係に留意すると、この表現の意味が相対化されることが分かる。この表現はEU法の解釈に関連するものであるが、適法に表現されているところから、EU裁判所がこの表現を改めて解釈し直すような余地はない。⁽⁷³⁾

第一段落の第一文では、「EU裁判所が有限責任会社法第六十四条第一文に基づく訴えの国際的管轄権に関する裁判を援用している点を根拠として、一部の文献では、EU裁判所が、倒産管財人が当該請求を行っているか否かによってこの規定の法的性質が倒産法的なものであるか否かを決めている」という見解が引き出されている」こと、そうした見解が批判されていること、これらが指摘される。有限責任会社法第六十四条第二項では「会社」が請求権者であることが明記されており、倒産手続開始後は「倒産管財人が当該請求」を行うことができる。それゆえ、「倒産管財人が当該請求を行っているか否かによってこの規定の法的性質が倒産法的なものであるか否かを決めている」とする理解が正しいとすれば、当該請求が倒産手続開始前に行われるときは「この規定の法的性質が倒産法的なもの」ではなく、会社法的なものと判定されることとなろう。「そうした見解が批判されている」理由は明示されていないが、あるいは、請求の時点により同一規定の法的性質の変更を認めることに對する消極的評価が批判の論拠とされているの

かもしれない。第二文では、照会事項一に対するEU裁判所の解答も、右のような理解に誤りがないことを示している旨、述べられる。

しかし、シヨルトは、第二段落の第一文で、「EU裁判所の判決をどのように考えるべきではない」と述べる。その理由に触れた第二文では、「というのは、EU裁判所自身が二〇一四年二月四日判決で示した、倒産管財人が主張している点を顧慮するべきであるという指摘を、このコルンハース判決では取り上げておらず、倒産状態にあることを要件とするという点に限定して、この種の責任を追及する請求権に関し、上記裁判当時の理由付けを援用しているにすぎないからである」と説明されている。ここでは、日事件判決の判旨とコルンハース判決のそれとの共通点ではなく、相違点が挙げられているが、なぜ相違点を優先するかの理由は明らかにされていない。第三文では、EU裁判所が当該「規定の法的性質を倒産法的なものとして決定するために必要なその余の……理由付けについては……何も述べていない」と指摘されているが、それでいて、次の第四文では、「この点については合点が行く」と肯定的評価が行われている。ここでは、「合点が行く」と考える理由が、「というのは、EU倒産規則第四条第一項では手続開始地の倒産法が倒産手続とその効力について適用されるというように、事項的適用範囲が述べられるにとどまるのに対して、EU裁判所が発展させた、倒産手続に付随する訴えの管轄権ルールでは、「倒産手続から直接に派生し、しかも、倒産手続と密接に関連する訴え」しか明示的に考慮されていないというように、両者の内容は異なっているからである」と述べられている。しかし、前者の内容（EU倒産規則第四条第一項で倒産準拠法の事項的適用範囲が明示されていること）と後者の内容（倒産手続本体の国際的管轄権が当該倒産手続から派生する訴訟にも及ぶと判断すること）との相違がなぜ右の「合点が行く」と考える理由とされるのかという点はまったく理解することができない。

第三段落の第一文では、「コロンハース判決主文第一項の表現にうまく言いこめるめられてはならない」と述べて、照会事項一の文意を確認する必要性のあることが示される。第二文では、「この表現と連邦通常裁判所の照会事項との対応関係に留意すると、この表現の意味が相対化されることが分かる」と述べられるが、どのように相対化されるかが説明されていないため、その文意を正確に理解することはできない。第三文では、「EU法の解釈に関連する」この個所が「適法に表現されているところから、EU裁判所がこの表現を改めて解釈し直すような余地はない」と指摘される。ここでも、どのような法源に照らして「適法」なのか明らかではなく、たとえEU倒産規則に照らして「適法」であるとしても、どの文言をどのように解釈すると「適法」となるかが説明されていないため、その文意を理解することは難しい。

次に「d」倒産手続開始は、法的性質を倒産法的なものとして決定するための要件か?」では、五つの段落に分けて、次のように述べられている。

倒産管財人が請求していることが倒産法説を採用する上で必要だとする理解には、倒産手続開始の申立を放棄できるという視点が一切含まれていない。その際、問題となるのは、倒産手続の開始前に有限責任会社法第六十四条第一文に基づく請求権が主張されるといった、実務上起こり得ない事例ではなく、倒産法第二六条により、倒産財団財産を欠くという理由で倒産手続が退けられた後に、この種の責任を追及しようとして会社債権者が請求する場合である。この場合、そもそもEU倒産規則第四項が適用されるか否かが問題となる。というのは、一方では、同項によれば、「自国領域内で倒産手続が開始されている」加盟国の倒産法だけが適用される旨、規定されているのに対して、他方では、EU倒産規則第一条第一項によると、管財人の選任を含め、倒産手続全体について同規則が適用されると定められているからである。

もちろん、EU倒産規則第四項第二文第一文により指定された手続開始国法が手続開始要件如何という点をも規律するが、

その場合、少なくとも、倒産手続の開始が予定されている国の法を援用する行為の適法性が含意されている。それと同時に、EU倒産規則が自治的解釈に基づいて倒産手続開始概念（EU倒産規則第四条第一項）および倒産手続終了概念（EU倒産規則第四条第二項第二文j号、k号）を定義することであろうが、その限界がどこかという点はちょっと見ただけでは（prima vista）明らかではないため、財団財産を欠くという理由で倒産手続開始申立が棄却される場合を手続の終了と解する余地もまったく排除されてはいないようにみえる。

このコロンハース判決は、むしろ直接、これらの問題に答えてはいない。倒産手続開始の前段階に現れる要件、すなわち、責任の法的性質を倒産法的なものとしてEU裁判所が判定しているところから、もちろん、このコロンハース判決は重要な意義を有する。というのは、倒産の恐れのある支払無能力状態に立ち至った会社の取締役が果たすべき義務を、時間的には後発の、倒産手続が実際に開始されるか否かという結果に基づいて決めることはできないからである。

このことを考慮しないまま、EU倒産規則の適用を否定すれば、難しい性質決定問題（Qualifikationsprobleme）に直面する。ここでは、ドイツ国際私法（ドイツ倒産法第三三五条）を援用することはできない。というのは、国際私法に関するどのローマ規則にも、倒産手続を排除する趣旨の規定は設けられていないからである。この場合、EU倒産規則は特別法（*lex specialis*）とみなされる。このようにみると、EU裁判所の判例が倒産法的な性質を有すると判定した、この責任追及に関する法律要件（*Haftungsabstände*）は、その後、ローマ規則によるか会社準拠法によるかは明らかではないが、いわば第二次的に、新しく性質決定されなければならないこととなる。

それでも、どの事案でも、EU抵触法に従って自治的に、各制度の法的性質が決定される点を考慮すると、倒産準拠法を実際に活用しようとするれば、コロンハース判決を根拠として、EU倒産規則第四条第一項を拡張解釈する十分な理由があること⁽⁷⁴⁾は明らかである。

第一段落の第一文では、「倒産管財人が請求していることが倒産法説を採用する上で必要だとする理解には、倒産手続開始の申立を放棄できるという視点が一切含まれていない」と述べられる。しかし、旧表現形式の有限責任会社法第六十四条第一項において、取締役の倒産手続開始申立義務が定められている点に着目すると、ここでも倒産手続

開始の申立を取締役が放棄できるか否かという論点を取り上げるのかという疑念が浮かぶことであろう。第二文では、「その際、問題となるのは、倒産手続の開始前に有限責任会社法第六四条第一文に基づく請求権が主張されるといった、実務上起こり得ない事例ではなく、倒産法第二六条により、倒産財団財産を欠くという理由で倒産手続が退けられた後に、この種の責任を追及しようとして会社債権者が請求する場合である」ことが指摘される。有限責任会社法第六四条では、会社が請求の主体とされており、倒産手続開始の前後で行為主体が会社から倒産管財人に変更得ることが織り込まれている。ここでは、倒産管財人の会社に対する債権を会社債権者が代位行使するといった法律構成が考えられているのだろうか。第三文では、「倒産財団財産を欠くという理由で倒産手続が退けられた後に、会社債権者がこの種の責任を主張する場合」、それが通常の民事手続であるところから、「そもそもEU倒産規則第四条第一項が適用されるか否かが問題となる」ことが指摘される。第四文では、その理由として、「というのは、一方では、同項によれば、『自国領域内で倒産手続が開始されている』加盟国の倒産法だけが適用される旨、規定されているのに対して、他方では、EU倒産規則第一条第一項によると、管財人の選任を含め、倒産手続全体について同規則が適用されると定められているからである」と説明される。この説明の前提には、両者が対立関係にあるとする理解があるのかもしれないが、そのような理解の当否がまず確認されなければならないであろう。

第二段落の第一文では、「EU倒産規則第四条第二項第一文により指定された手続開始国法が手続開始要件如何と

いう点をも規律するが、その場合、少なくとも、倒産手続の開始が予定されている国の法を援用する行為の適法性が含意されている」と述べられる。ここでは、倒産手続開始地国倒産法の適用を定めるEU倒産規則第四条第一項を強行法規とみるか任意法規とみるかという論点をめぐって、二様の理解があり得よう。一方には、「援用」という語が

示すように、当事者の「援用」がない限り、倒産手続開始地国倒産法の適用はないという説明があり得る。この立場では、別途用意された、「援用」の成否、適否等に関する判断基準に照らして「援用する行為の適法性」の有無が判断されることとなる。それでは、そのような判断基準は何に求められるのだろうか。あるいは、「EU倒産規則第四条第二項第一文」に「援用する行為の適法性が含意されている」と考えられているのだろうか。しかし、この点の説明が行われていないため、右の文意を理解することはできない。このような理解に対して、右の規定を強行法規とみる場合、裁判所による法の適用があるのみで、当事者による「援用」を考える余地はない。第二文では「それと同時に、EU倒産規則が自治的解釈に基づいて倒産手続開始概念（EU倒産規則第四条第一項）および倒産手続終了概念（EU倒産規則第四条第二項第二文j号、k号）を定義することであろうが、その限界がどこかという点はちよつと見ただけでは（*prima vista*）明らかではないため、財団財産を欠くという理由で倒産手続開始申立が棄却される場合を手続の終了と解する余地もまったく排除されてはいないようにみえる」と述べられている。確かに、第四条第二項第二文j号、k号（現行規則第七条第二項第二文j号、k号）では、「j）倒産手続終了の、特に和議による終了の要件および効果（*die Voraussetzungen und die Wirkungen der Beendigung des Insolvenzverfahrens, insbesondere durch Vergleich*）」ならびに「k）倒産手続終了後の債権者の権利（*die Rechte der Gläubiger nach der Beendigung des Insolvenzverfahrens*）」と定められている。第四条第二項第一文によれば、倒産手続開始地国法が決定し得るのは、倒産手続開始および倒産手続終了の要件に限られている。どの加盟国も、自国に固有の倒産手続開始および倒産手続終了の概念を定めた上で、それらの要件を設けている点を考慮すると、EU法固有の概念と加盟国法上の要件との調整如何という論点が生じ得ることとなる。むしろ、EU裁判所が統一法であるEU倒産規則を自治的に解釈して、これらの概念を決定することに違

和感はない。「財団財産を欠くという理由で倒産手続開始申立が棄却される場合を手続の終了と解する余地もまったく排除されてはいない」との指摘は、EU裁判所によるこのような解釈可能性を想定しているのかもしれない。

第三段落の第一文では、EU裁判所がこの点についての解釈を示していないという意味で、「コロンハース判決は……これらの問題に答えてはいない」ことが確認される。第二文では、EU裁判所が、倒産手続開始の前段階で生じる倒産手続開始申立責任の法的性質について倒産法説を採用した点に着目し、「コロンハース判決は重要な意義を有する」と断言されている。その理由を述べた第三文では、「というのは、倒産の恐れのある支払無能力状態に立ち至った会社の取締役が果たすべき義務を、時間的には後発の、倒産手続が実際に開始されるか否かという結果に基づいて決めることはできないからである」と説明される。倒産手続が実際に開始されるか否かは倒産手続開始決定の有無に左右されるのであって、開始決定を下すためには、その前提となる要件がすべて具備されているか否かが先行して判断されなければならない。取締役による倒産手続開始申立はそのひとつにすぎない。会社が「倒産の恐れのある支払無能力状態」に陥っていることは、取締役が倒産手続の開始を申し立てるべきか否かの要件とされている。このようにみると、第三文の説明は、循環論を避けるという意味で、正当な指摘であるとみられ得る。これに対して、「コロンハース判決は重要な意義を有する」か否かという問いに答えようとすれば、もちろん、「重要な意義」の内容如何という問いに対する答が、当該判断基準の要件として、さらには当該要件解釈のための適用基準という形式であらかじめ与えられていなければならぬ。しかし、原因行為（……結果に基づいて決めることはできない」と結果（コロンハース判決は重要な意義を有する）」との因果関係について何ひとつ説明されていない点に鑑みると、右の説明は成功していないように見える。

第四段落の第一文では「このことを考慮しないまま、EU倒産規則の適用を否定すれば、難しい性質決定問題に直面する」と述べられる。「このこと」が何を意味するかは明言されていないが、ひとつの可能性として「倒産の恐れのある支払無能力状態に立ち至った会社の取締役が果たすべき義務を、時間的には後発の、倒産手続が実際に開始されるか否かという結果に基づいて決めることはできない」という指摘が考えられるのだろうか。また、「EU倒産規則の適用可能性を否定」されるという表現はどのように理解されるべきか。次の第二文では、この性質決定問題がEU法上の論点であって、ドイツ国際私法（ドイツ倒産法第三三五条）上の論点ではないことに触れられる。その理由を述べる第三文では「というのは、国際私法に関するどのローマ規則にも、倒産手続を排除する趣旨の規定は設けられていないからである」として、EU倒産規則の適用が排除されても、別のローマ規則による可能性が指摘される。第四文の前半で「EU倒産規則は特別法（*lex specialis*）とみなされる」と述べられている点は、倒産法説の場合、特別法たるEU倒産規則の適用に代えて、一般法たるローマ規則によるという趣旨であろう。第四文の後半では、「このようにみると、EU裁判所の判例が倒産法的な性質を有すると判定した、この責任追及に関する法律要件（*Haftungstatbestände*）は、その後、ローマ規則によるか会社準拠法によるかは明らかではないが、いわば二次的に、新しく性質決定されなければならないこととなる」と述べられている。以上から、「難しい性質決定問題に直面する」のは、関連するローマ規則中の独立抵触規定の要件解釈の場面またはこれと異なる不文の独立抵触規定に基づく会社準拠法の決定場面であることが分かる。EU法上の法的性質が倒産法的なものとして決定される場合、倒産関連事項を排除していないローマ規則によって倒産準拠法が指定されることとなる。国際私法固有の「法律関係の性質決定」問題が解決された後、倒産準拠法とされた国家法（実質法）上の解釈が行われる。

第五段落では「どの事案でも、EU 抵触法に従って自治的に、各制度の法的性質が決定される点を考慮すると、倒産準拠法を実際に活用しようとするれば、コロンハース判決を根拠として、EU 倒産規則第四条第一項を拡張解釈する十分な理由があるといつてよい」と述べられる。EU 抵触法の性質決定問題がヨーロッパ法の立場から自主的に行われる旨を述べる前半部とEU 倒産規則第四条第一項を拡張解釈する根拠をコロンハース判決に求める後半部とは異なる内容を述べており、両者間に因果関係を見出すためには、この点に関する別の判断基準が探求されなければならない。また「コロンハース判決を根拠として、EU 倒産規則第四条第一項を拡張解釈する」という説明が成り立つのは、論理上、コロンハース判決以後の事件の場合であつて、この説明をコロンハース判決の正当化のために用いることはできない。

三 以上を纏めよう。シヨルツの評釈では、総じてコロンハース判決の趣旨が確認され、部分的に評釈者のコメントが付されていた。ただ、評釈者のコメントには概して論拠に関する説明が欠けており、なお検討されるべき点が多々残されているようにみえる。

4 モックの理解

一 最後に、ウィーン経済経営大学民法・民事手続法研究所のセバステイアン・モック⁽⁷⁵⁾の評釈を取り上げよう。モックは、「V まとめ (Zusammenfassung)」の項で、コロンハース判決の要点を次のように整理する⁽⁷⁷⁾。

(1) コロンハース判決では、資本会社に適用される支払禁止制度 (有限責任会社法第六十四条第一文および第二文) が EU 倒産規則第四条第二項に定められた準拠法決定に関わる抵触規定の適用対象とされているという意味で、倒産準拠

法が広義に解釈されている。ドイツでは、この間に、有限責任会社の現代化および濫用防止のための法律 (MoMiG) 等により資本会社法分野で債権者保護策が新設されている。その結果、企業設立会社 (法人が設立する有限責任の非公開会社、*Unternehmensgesellschaft* (UG)) の場合、支払のみを行う資本会社や支払金額が多くない資本会社に対しても責任制限が認められたほか、内国会社と外国会社の双方に対して倒産法上の保護メカニズムが適用されるようになっていく。

(2) これとは逆に、ドイツ倒産法上の債権者保護メカニズムの適用を免れ、ドイツ法よりもずっと魅力的な外国の倒産法制を便宜的に活用しようとする動きがある。その一例は、管理機関の本拠をドイツから他の加盟国へ移転させた後に、倒産手続の開始が申し立てられる場合である。こうした、いわゆる倒産ツーリズム (*Insolvenztourismus*) の利用頻度はますます高まっている。

(3) 債権者保護に関しては統一法がないため、法形式を統一しよとすれば、第二次法に規定を置くしかない。たとえ債権者保護メカニズムの法的性質を倒産法的なものとして決定しても、この結論に変わりはない。EUの立法者は、やがて締結されるであろう超国家型会社形式のもとで、債権者保護制度の適用上、どのような問題が現れるかを考える際の目印 (*Signalwirkung*) として、コロンハース判決を利用することができる。

二 (1) 照会事項一に関する解説は「II 資本会社法における倒産法上の債権者保護のための技法の性質決定 (Qualifikation der insolvenzrechtlichen Gläubigerschutzinstrumente des Kapitalgesellschaftsrechts)」で取り上げられている。

この項は、「1 支払禁止 (旧表現形式の有限責任会社法第六十四条第二項 (現行の有限責任会社法第六十四条第一文および第一二文) (*Zahlungsverbot* (§ 64 Abs.2 GmbHG a.F. (heute § 64 Satz 1 und 2 GmbHG)))」および「2 EU裁判所が発

展させた諸原則の、倒産法上の債権者保護のための他の技法への転用 (Übertragung der vom EuGH entwickelten Grundsätze auf die anderen insolvenzrechtlichen Gläubigerschutzinstrumente) に分けられよう。

「1 支払禁止 (旧表現形式の有限責任会社法第六十四条第二項 (現行の有限責任会社法第六十四条第一文および第二文)) は、まぎ部分のほか、「a) 国際的管轄権と準拠法とを並行させるに及ばない (Kein erforderlicher Gleichlauf von internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht)」⁷⁶⁾ 「b) すでに倒産手続が実施されている会社と倒産の危機に瀕した会社とを同等に処理する」⁷⁷⁾ の疑問 (Zweifelhafte Gleichstellung der insolvenzreifen Gesellschaft mit der bereits im Insolvenzverfahren befindlichen Gesellschaft)」⁷⁸⁾ 「c) EU 倒産規則第四条第二項の実効的効力の保障 (Sicherstellung einer praktischen Wirksamkeit von Art.4 Abs.2 EuInsVO)」⁷⁹⁾ 「d) 倒産取消権への言及 (EU 倒産規則第四条第二項 m 号) (Verweis auf das Insolvenzanfechtungsrecht (Art.4 Abs.2 litm EuInsVO))」⁸⁰⁾ 「e) 論拠モデルの欠如 (Fehlende Argumentationsmuster)」および「f) 小括 (Zwischenergebnis)」⁸¹⁾ これら六つの項に分かれている。まず、まぎ部分からみて行こう。

EU 裁判所は、有限責任会社法第六十四条第一文および第二文の解釈に関する第一の照会事項につき、EU 倒産規則第四条第一項を適用してこれを肯定し、言い換えれば、倒産法的性質決定を行った。⁽⁷⁸⁾

ここでは、倒産法説を採用した EU 裁判所の結論が示される。

(2) 次に、「a) 国際的管轄権と準拠法とを並行させるに及ばない」という項は以下のように説明されている。

EU 裁判所は、倒産法説を採る理由を説明するにあたり、主に、二〇一四年二月四日にみずからが下した先例に触れてい

るが、この裁判では、有限責任会社法第六四条第一文および第二文に基づく請求権が主張された事案の国際的管轄権の有無が論点とされ、EU倒産規則第三条第一項が適用されるとする判断が下されていた。EU裁判所は、コロンハース判決を下すにあたり、EU倒産規則第四条第一項の解釈に関してこの二〇一四年二月四日の裁判で行われていた倒産法説が基準となる点に注目している。しかし、たとえ国際的管轄権と準拠法との並行的処理を認めると説明することで法廷地法適用の利便性が覆い隠されるとしても、このような並行処理という説明はならぬ確信を抱かせるものではなく、特にEU倒産規則が適用される多くの事案にはあてはまらない。というのも、EU裁判所は、過去数年間に亘り、EU倒産規則第三条第一項の解釈に際して、国際的管轄権をきわめて広く認めてきており、たとえば、倒産取消請求権の準拠法が、EU倒産規則第一三条に基づいて法廷地倒産法 (*lex fori concursus*) により決定されるとは言えない場合であっても、倒産取消の訴えをEU倒産規則第三条第一項の管轄ルールのもとに包摂してきたからである。このように、国際的管轄権と準拠法との並行処理が見られない事案は、このほか、倒産手続に付随して開始されている多くの手続にも現れているが、なぜこのような非並行処理が行われるかを考えてみると、結局のところ、一方では、多くの加盟国において、国内倒産法上、倒産裁判所の包括的な管轄権が定められており、その結果、倒産手続だけでなく、倒産手続に付随する争訟についても管轄権が認められるようになっていたのに対し、他方、ドイツの倒産法では、倒産裁判所の管轄権が極めて狭く限定されているという制度上の違いが非並行処理をもたらす原因と考えられよう。⁽⁷⁹⁾

第一文では、EU裁判所が、倒産法説を採る理由として、主に、有限責任会社法第六四条第一文および第二文に基づく請求権が主張された事案の国際的管轄権の有無を論点とし、EU倒産規則第三条第一項を適用した先例(二〇一四年二月四日判決——H事件)を挙げている点が確認される。第二文では、二〇一四年二月四日判決がEU倒産規則第四条第一項の解釈にあたって倒産法説を採用していた点に、EU裁判所が注目していたことが指摘される。

第三文では、法廷地法を適用したいという欲求(利便性)を覆い隠すため、国際的管轄権と準拠法との並行的処理を認めると説明としても、このような並行原則を認める根拠に乏しいこと、特にEU倒産規則が適用される多くの事

案に並行原則が当てはまらないこと、これらが指摘される。第四文では、並行原則を認める根拠に乏しいと考える理由として、EU裁判所自身が並行原則を採用していない先例があるところから、この事案においてなぜ並行原則採用説が不採用説に優先するのかという点について「比較の第三項」が挙げられていない点が指摘されている。第五文では、国際的管轄権と準拠法との並行処理が見られない事案がほかにもあること、国際的管轄権と準拠法との並行処理を行わない理由として、多くの加盟国の倒産法では倒産裁判所が包括的な管轄権を有し、その結果、倒産手続だけでなく、倒産手続に付随する争訟についても管轄権が認められるようになっていいるのに対し、ドイツの倒産法では、倒産裁判所の管轄権が極めて狭く限定されているという制度上の違いがあること、これらが挙げられている。

(3) 次の、「b)」すでに倒産手続が実施されている会社と倒産の恐れのある会社とを同等に処理することへの疑問」の項は、以下のように述べられている。

「EU裁判所が挙げる他の論拠も疑わしく、特にその一部はほとんど想定することさえできないものである。このことは、特に、倒産事由が存在する場合に、旧表現形式の有限責任会社法第六十四条第一項（今日の倒産法第一五a条）所定の倒産手続開始申立を義務付けられた取締役が、倒産手続の開始と同時に会社財産の管理権および処分権が倒産管財人に移るという理由で、旧表現形式の有限責任会社法第六十四条第二項（今日の有限責任会社法第六十四条第一文および第二文）に反して支払を行うことはできないとする論拠について当てはまる。その際、EU裁判所は、倒産の恐れのある会社を、すでに倒産手続に入っている会社と同列に置いているようにみえる。しかし、取締役が倒産手続開始申立義務に違反しただけでなく、禁止に違反して支払を行っていた場合であっても、当該会社は倒産手続が開始されておらずいまだ活動中であるという点に留意すると、EU裁判所の判断とは異なり、このような同列取扱いとそこから生じる論拠に対して異議を申し立てる余地がある。さらに、そうした同列取扱いには、旧表現形式の有限責任会社法第六十四条第一項（今日の倒産法第一五a条）の倒産開始申立義務に定められた

法律要件の解釈に関して誤解がみられる、というのも、この申立義務には三週間という履行期間が設けられており、その結果、禁止に反して支払が行われていても、三週間という期間が経過していないため、支払時にはまだ倒産手続開始申立義務違反とはなっていないケースが十分にあり得るはずだからである。⁸⁰⁾

第一文では、EU裁判所が倒産法説採用の論拠とした他の諸点についても疑問がある旨、示される。第二文では、その具体例として、「倒産手続の開始と同時に会社財産の管理権および処分権が倒産管財人に移る」という法的効果が、なぜ倒産手続開始申立を義務付けられた取締役が、倒産手続が開始されていない時点で、禁止に反して支払を行い得ないとする論拠となるのかという疑問が表明される。そうした疑問を抱く理由に触れた第三文では、EU裁判所が、倒産の恐れがあるだけで、まだ倒産手続が開始されていない会社とすでに倒産手続が開始されている会社とを同視している点が強調される。第四文では、その根拠として、倒産という法的手続が設けられている事情を考慮すると、倒産手続開始の前後で法的評価が異なり得るとする認識が示される。すなわち、一方の「倒産手続の開始とともに、管理権能・処分権能が倒産管財人に移る」という法律構成と、他方の禁止規定との間に、倒産手続開始前後という時間差があるところから、前者を後者の「理由」とすることはできないとする理解である。第五文では、コルンハース判決の「そうした同列取扱いは、旧表現形式の有限責任会社法第六十四条第一項……の倒産開始申立義務に定められた法律要件の解釈に関して誤解がみられる」として、その理由につき、「というのも、この申立義務には三週間という履行期間が設けられており、その結果、禁止に反して支払が行われていても、三週間という期間が経過していないため、支払時にはまだ倒産手続開始申立義務違反とはなっていないケースが十分にあり得るはずだからである」と説明される。

(4) 次の「c) EU倒産規則第四条第二項の実際の効力の保障」では、EU裁判所が掲げた別の論拠に対する疑問が説明される。

これと同様に、EU倒産規則第四条第二項の実際の効力を保障するためには、旧表現形式の有限責任会社法第六十四条第二項（今日の有限責任会社法第六十四条第一文および第二文）の法的性質を倒産法的なものと解する必要があるというEU裁判所の説明も、確信を抱かせるものではない。というのは、EU倒産規則第四条第二項の実際の効力が保障されるのは、旧表現形式の有限責任会社法第六十四条第二項（今日の有限責任会社法第六十四条第一文および第二文）の支払禁止に対する違反が認定されている場合に限り、と考えられるため、EU裁判所の説明は循環論に陥っているからである。要するに、旧表現形式の有限責任会社法第六十四条第二項（今日の有限責任会社法第六十四条第一文および第二文）の支払禁止という要件が具備されていないとき、なぜEU倒産規則第四条第二項の実際の効力が侵害されるのかという点についてはなんら明らかではなく、EU裁判所による説明もない。このように考えるのは、旧表現形式の有限責任会社法第六十四条第二項（今日の有限責任会社法第六十四条第一文および第二文）の支払禁止という要件が欠けている場合であっても、第一に、倒産手続開始の要件（倒産開始事由）および第二文の支払禁止という要件が欠けている場合であっても、第一に、倒産手続開始の要件（倒産開始事由）およびその開始の態様（倒産申立）がEU倒産規則第四条によって規律されること、それゆえ、第二に、どの債務者についても、債務者が主たる利益の中心を有する加盟国で倒産手続が同一の要件のもとに開始され、従って、統一的な債権者保護が保障されること、これら二点が依然として確保されているはずだからである。このことと関連しているが、EU裁判所は、このほか、既述のように、旧表現形式の有限責任会社法第六十四条第二項（今日の有限責任会社法第六十四条第一文および第二文）の支払禁止と旧形式の有限責任会社法第六十四条第一項（今日の倒産法第一五a条）の倒産開始申立義務との区別を誤解している。というのは、支払禁止は、倒産開始申立義務と異なり、倒産開始申立を提起するという義務の根拠ではなく、倒産事由が存在するにも拘らず、敢えて支払を行った行為に対して制裁を科しているだけだからである。倒産開始申立義務と支払禁止という、明らかに密接に関連するこれら二つの技法の間には、誰が請求の主体かという点だけでなく、特に、責任の範囲がどこまで及ぶかという点でも根本的な違いがある。というのは、支払禁止の場合、請求の主体は会社であり、この請求が、損害の賠償を目的とするものではなく、禁止に反してなされた支払の償還を目的とするものであるのに対して、倒産開始申立義務違反の場合、

債権者が請求の主体となって取締役に對し損害賠償を請求することができるからである。⁽⁸¹⁾

第一文では、「EU倒産規則第四条第二項の實際的効力を保障するためには、旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項……の法的性質を倒産法的なものとする必要がある」としたEU裁判所の説明に對する疑義が示される。そうした疑問が生じる理由を述べた第二文では、「有限責任会社法第六四条第二項……の支払禁止に對する違反が認定されている場合」でなければ、EU倒産規則第四条第二項の實際的効力が保障されないのに、すでに支払禁止に對する違反が認定されていることを前提としている点で、「EU裁判所の説明は循環論に陥っている」ことが指摘される。こうした指摘の前提には、禁止規定に反する支払があつた場合に初めて賠償請求がなされるという意味で、EU倒産規則第四条第二項の實際的効力が保障されるとみる立場では、「EU倒産規則第四条第二項の實際的効力を保障する」と「第六四条第二項……の法的性質を倒産法的なものとする」と言い換えの關係に立っているとする認識がある。言い換えれば、「旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項……の支払禁止要件も充足されている」ときに限つて、「EU倒産規則第四条第二項の實際的効力が保障される」ところから、要件部分の解釈が行われていなければそうした結果が生じるか否かが決まらないはずなのに、「EU倒産規則第四条第二項の實際的効力が保障される」という結果を実現することを前提として、それに整合するような要件解釈を行うという態度が「循環論に陥っている」とする理解である。ここでは、「旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項……の支払禁止要件も充足されている」というためには、それに見合う事実認定が行われれば足りるのであつて、このことと、倒産準拠法（倒産手続開始地国法、法廷地法）として適用されるか、会社準拠法（管理機関の本拠地法）として適用されるかという性

質決定問題とは論理的に直結しないという点も考慮されるべきであろう。第三文では、第二文における理解の前提の成否が探求される。「要するに、旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項……の支払禁止という要件が具備されていないとき、なぜEU倒産規則第四条第二項の実際の効力が侵害されるのかという点についてはなんら明らかではなく、ヨーロッパ裁判所による説明もない」とする指摘がそうである。第四文では、そのように考える理由が、「旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項……の支払禁止という要件が欠けている場合であっても、第一に、倒産手続開始の要件（倒産開始事由）およびその開始の態様（倒産申立）がEU倒産規則第四条によって規律されること、それゆえ、第二に、どの債務者についても、債務者が主たる利益の中心を有する加盟国で倒産手続が同一の要件のもとに開始され、従って、統一的な債権者保護が保障されること、これら二点が依然として確保されているはずだからである」と説明される。これは、先の第二文の内容に関して、「旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項……の支払禁止という要件」具備の有無と「EU倒産規則第四条第二項の実際の効力が保障される」という結果との間に直接的な因果関係がないとみる理解にはかならない。

第五文では、さらに、「EU裁判所は……旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項……の支払禁止と旧形式の有限責任会社法第六四条第一項（今日の倒産法第一五a条）の倒産開始申立義務との区別を誤解している」点が指摘される。そのように考える理由を述べた第六文では、「というのは、支払禁止は、倒産開始申立義務と異なり、倒産開始申立を提起するという義務の根拠ではなく、倒産事由が存在するにも拘らず、敢えて支払を行った行為に対して制裁を科しているだけだからである」と説明される。⁽⁸²⁾第七文では、「倒産開始申立義務と支払禁止という、明らかに密接に関連するこれら二つの技法」の間に、「誰が請求の主体かという点だけでなく、特に、責任の範囲がどこまで及

ぶかという点でも根本的な違いがある」旨、指摘される。第八文では、そうした違いの一例として、「支払禁止の場合、請求の主体は会社であり、この請求が、損害の賠償を目的とするものではなく、禁止に反してなされた支払の償還を目的とするものであるのに対して、倒産開始申立義務違反の場合、債権者が請求の主体となつて取締役に対し損害賠償を請求することができるからである」と説明される。

(5) 次の「d) 倒産取消権への言及」の項でも、コルンハース判決における法律構成の問題性が明らかにされる。

とりわけ、旧表現形式の有限責任会社法第六十四条第二項（今日の有限責任会社法第六十四条第一文および第二文）の支払禁止が、EU倒産規則第四条第二項m号という規定と直接に関連しており、それゆえ、倒産法的性質決定が要請されているというEU裁判所の説明はまったく理解不能である。というのは、一方で、なぜ会社の内部関係における（支払禁止という）義務違反行為が、法的行為の無効（Nichtigkeit）（EU倒産規則第四条第二項m号）と同視されるべきかをやはり考えることができない（nachvollziehbar）からである。この説明に従うとすれば、倒産の恐れがあるときの法律違反行為や契約違反行為の結果はどれも法廷地倒産法（lex for concursus）に服することとなるが、EU倒産規則第四条ないし第五条に定められた法規制が互いに独立しているという点からみても、そのように考えることはできない。他方で、EU倒産規則第四条第二項m号それ自体、法廷地倒産法（lex for concursus）を包括的に適用するとか通常の適用範囲を逸脱して適用するとかといった事態をEUの立法者は望んでいないという点についての何よりの証拠とみることができるが、このように考えるのは、たとえば、EU倒産規則第一三条（労働契約）が適用された結果、当該法的行為の準拠法に指定された倒産手続開始国以外の加盟国法（労働契約準拠法）によれば、当該法的行為がいかにしても適法とされないため、当該法的行為を取り消すことができなくなることによつて、EU倒産規則第四条第二項m号という原則規定自体が相対化されるからである。このようにみると、EU倒産規則第四条第二項m号を根拠としてEU裁判所による説明の誤りを指摘することができよう。⁽⁸³⁾

第一文では、「とりわけ、旧表現形式の有限責任会社法第六條第二項……の支払禁止が、EU倒産規則第四條第二項m号という規定と直接に関連しており、それゆえ、倒産法的性質決定が要請されているというEU裁判所の説明はまったく理解不能である」と述べて、根本的な疑念が示される。その理由を述べた第二文では、「なぜ会社の内部関係における（支払禁止という）義務違反行為が、法的行為の無効（*Nichtigkeit*）（EU倒産規則第四條第二項m号）と同視されるべきか」が説明されていない点が指摘される。第三文では、EU裁判所の説明によれば、「倒産の恐れがあるときの法律違反行為や契約違反行為の結果はどれも法廷地倒産法に服することとなろうが、EU倒産規則第四條ないし第一五條に定められた法規制が互いに独立しているという点からみても、そのように考えることはできない」と説明される。その真意は、あるいは、本来的に契約準拠法に服する事項（契約違反等）が倒産準拠法によって浸食されることへの疑念にあるのかもしれない。

第四文では、「EU倒産規則第四條第二項m号それ自体、法廷地倒産法を包括的に適用するとか通常の適用範囲を逸脱して適用するとかといった事態をEUの立法者は望んでいないという点についての何よりの証拠とみることができ」旨、述べられ、そのように考える理由が付記される。すなわち、EU倒産規則第一三條（労働契約）のもと、労働契約準拠法（当該法的行為の準拠法に指定された倒産手続開始国以外の加盟国法）上、不適法と判定された当該行為は取り消し得ないこととなり、EU倒産規則第四條第二項m号という原則規定自体の適用範囲が縮減されるという点である。このような理解が成り立つことを前提として、第五文では、「EU倒産規則第四條第二項m号を根拠としてEU裁判所による説明の誤りを指摘する」ことができると結ばれる。

- (6) 次の「e) 論拠モデルの欠如」でもEU裁判所の判旨の問題性が指摘される。

最後に、EU裁判所がここ数年間にドイツの文献で議論されてきたどの論拠にも触れていないという点も非難されなければならない。特筆されるのは、旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項（今日の有限責任会社法第六四条第一文および第二文）の支払禁止規定が資本会社に向けられた会社法固有の規定であつて、倒産法に固有の規定ではないという観点である。というのは、この支払禁止というルールは、有限責任会社（有限責任会社法第六四条第一文および第二文）や株式会社（株式会社法第九二条第二項第一文および第二文）に対して適用されるのに、人的会社という法類型には適用されないからである。もっとも、資本主義的色彩を有する人的会社（kapitalistische Personengesellschaften）（商法典第一三〇a条、第一七七a条）の場合、実際の法律構成上、人的責任を有する社員としての自然人がおらず、資本会社しか責任を負わせる者がいないため、異なる取扱いがなされている。旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項（今日の有限責任会社法第六四条第一文および第二文）という支払禁止規定の適用上、こうした会社類型の違いが顧慮されるとすれば、この点も会社法的性質決定に賛成する有力な根拠となる。さらに、過去数年にわたる資本会社法における発展に照らしてみると、倒産法上の債権者保護のための技法を強調する度合いがますます強まってきたということによつても、このことが裏付けられている（I 2）。なかんずく、資本会社の管理機関の本拠（Verwaltungssitz）が別の加盟国へ移転されている場合、そうした移転の法的性質を倒産法的なものにとみると、会社法上の債権者保護のための技法と倒産法上のそれとが混淆し、その結果、規範欠缺や規範重複が生じる余地がある。この点は、ドイツの資本会社法における債権者保護の発展過程に特に明確に表れているが、それは、予防策としての根本的な保護メカニズムである資本維持制度が有限責任会社の現代化および濫用防止のための法律（MoMiG）の発効を通じてかなりの程度まで弱められ、逆に、倒産法上の債権者保護メカニズムが台頭してきているからである。ドイツに管理機関の本拠（Verwaltungssitz）を有するイギリスの非公開会社（limited）からみると、こうした事態はさほど意味を持たないが、ドイツの資本会社のように、相変わらず第一次的に会社法上の債権者保護のための技法に固執している他の加盟国に本拠（Sitz）を有する会社からみると、倒産法説の採用によつてかなりの影響を受けることとなる。この種の倒産法上の債権者保護メカニズムの性質が今後明確に決定された場合であっても、加盟国の自由裁量によつて、自国の主権領域内に管理機関の本拠（Verwaltungssitz）を有する会社について特段の規定を設けたり、逆に、（意識的にせよ無意識的にせよ）既存の規定を廃止したりすることができるという主張には、もちろん、疑問がある。⁽⁸⁴⁾

第一文では、「EU裁判所がここ数年間にドイツの文献で議論されてきたどの論拠にも触れていない」という点への疑念が語られる。第二文では、ドイツ文献で取り上げられた論点のうち、「旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項……の支払禁止規定が資本会社に向けられた会社法固有の規定であって、倒産法に固有の規定ではないという観点」の重要性が強調される。その理由を述べる第三文では、「というのは、この支払禁止というルールは、有限責任会社（有限責任会社法第六四条第一文および第二文）や株式会社（株式会社法第九二条第二項第一文および第二文）に対して適用されるのに、人的会社という法類型には適用されないからである」と説明されている。第四文ではこのルールにも例外のあることが述べられる。すなわち、「資本主義的色彩を有する人的会社……の場合、実際の法律構成上、人的責任を有する社員としての自然人がおらず、資本会社しか責任を負わせる者がいないため、異なる取扱いがなされている」とする指摘がそうである。第五文では、「旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項（今日の有限責任会社法第六四条第一文および第二文）という支払禁止規定の適用上、こうした会社類型の違いが顧慮されるとすれば、この点も会社法的性質決定に賛成する有力な根拠となろう」という言い方で、会社類型の相違に着目すると、倒産法説に代えて、会社法説採用への賛意が示される。ここでは、会社法説の倒産法説に対する優位を根拠付ける「比較の第三項」が示されていないため、異論の提示にとどまっている。

第六文では、「過去数年にわたる資本会社法における発展に照らしてみると、倒産法上の債権者保護のための技法を強調する度合いがますます強まってきているということによっても、このことが裏付けられている」と述べて、その背景が補足される⁽⁸⁵⁾。モックがこのように述べるのは、会社倒産時の債権者保護に関する諸問題を会社準拠法に委ねようとするためであろう。第七文では、「資本会社の管理機関の本拠の他加盟国への移転行為……の法的性質を倒

産法的なものとみると、会社法上の債権者保護のための技法と倒産法上のそれとが混淆し、その結果、規範欠缺や規範重複が生じる余地がある」という懸念が示される。第八文では、「予防策としての根本的な保護メカニズムである資本維持制度が有限責任会社の現代化および濫用防止のための法律の発効を通じてかなりの程度まで弱められ、逆に、倒産法上の債権者保護メカニズムが台頭してきている」ところからみて、会社法上の債権者保護のための技法と倒産法上のそれとが混淆し、ひいては、規範欠缺や規範重複が生じる余地があることがドイツの資本会社法における債権者保護の発展過程に特に明確に表れていることが指摘される。

第九文では、「ドイツに管理機関の本拠を有するイギリスの非公開会社 (united) からみると、こうした事態はさほど意味を持たない」こと、これに対して、ドイツの資本会社法のように、「第一次的に会社法上の債権者保護のための技法に固執している他の加盟国に本拠を有する会社からみると、倒産法説の採用によってかなりの影響を受ける」という点で、倒産法説の採用が実務に悪影響を及ぼすこと、これらが指摘される。第一〇文では、「倒産法上の債権者保護メカニズムの性質」が倒産法的なものであるとする判断が今後定着する場合でも、加盟国は自由に、自国領域内に管理機関の本拠を有する会社について特段の規定を設けたり、既存の規定を廃止したりすることができるという主張についても疑問がある旨、指摘される。

(7) 最後の「f) 小括」では、以上の諸点の要約が次のように整理される。

このようにみると、結論としていえば、EU裁判所が、旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項（今日の有限責任会社法第六四条第一文および第二文）の支払禁止の法的性質を倒産法的なものと決定した点には疑問がある、というのは、この支

払禁止は、資本会社の責任制度を構成するうえで不可分の部分であり、それゆえ、会社法的に性質決定されるべきだからである。⁸⁶⁾

以上の結論をまとめたこの項では、「EU裁判所が、旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項……の支払禁止の法的性質を倒産法的なものとして決定した点には疑問がある」こと、その理由として、「支払禁止は、資本会社の責任制度を構成する上で不可分の部分であり、それゆえ、会社法的に性質決定されるべき……である」こと、これらが述べられる。それでいて、上述のように、会社法説を基礎付ける決定的な論拠（比較の第三項）は何も述べられていない。

四 居住移転の自由に反するか——EU法上の構成とその評価(2)

他方、照会事項二（倒産法説の採用がEU機能条約上の「居住移転の自由」に反するか）の場合はどうか。ここでも四件の評釈等を見ておこう。

1 ヴェラー／ヒュープナーの理解

一 ヴェラー／ヒュープナーの場合、この点は評釈の「2」で取り上げられていた。前半の第一段落では、次のように述べられている。

EU国際私法における倒産会社取締役の損害賠償責任（山内）

2 EU裁判所は、第二の照会事項への解答において、旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項第一文がEU機能条約第四九条、第五四条に反しないとの判断を示し、新領域を開いた。EU裁判所が判示しているように、旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項第一文は、居住移転の自由が保障する内容と関連していない。同裁判所は、その理由を説明するに当たり、本件の事案と二件の先例の、つまり、EU裁判所が居住移転の自由に対する違反を認定していたイイバーゼーリング判決およびインスパイアー・アート判決のそれとを区別していた。前者のイイバーゼーリング判決では、外国会社の権利能力を承認しない加盟国の規定が、また後者のインスパイアー・アート判決では、最低資本金に関する加盟国の規定が、それぞれ外国会社に対して適用されていた。しかし、旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項第一文は、会社の設立や会社設立後、他加盟国への居住移転のケースには適用されず、「会社の設立後、会社の活動の範囲内のみ適用される」ので、本件の場合、これらの認定に相当する状況はみられない(第二八段落)。

第一文では、EU裁判所が第二の照会事項への解答において、旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項第一文がEU機能条約第四九条、第五四条に反しないとの判断を示し、もって、新領域を開いた旨、指摘する。第二文では、右の判断が下された理由とし、「旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項第一文は、居住移転の自由が保障する内容と関連していない」という点が挙げられる。EU機能条約第四九条、第五四条に反するか否か(居住移転の自由に反するか否か)の判断にあたっては、むしろ、「主語＋述語＋目的語……とき」(要件)↓「……は、居住移転の自由に反する」(効果)という趣旨の判断基準が示されていなければならない。第三文では、ヨーロッパ裁判所が右の判断を下した「理由を説明するにあたり、本件の事案と二件の先例の、つまり、EU裁判所が居住移転の自由に対する違反を認定していたイイバーゼーリング判決およびインスパイアー・アート判決のそれとを区別していた」ことが指摘される。第四文では、これら二件の先例の要点が「イイバーゼーリング判決では、外国会社の権利能力

を承認しない加盟国の規定が、また後者のインスパイアー・アート判決では、最低資本金に関する加盟国の規定が、それぞれ外国会社に対して適用されていた」という表現で補足説明される。第五文では、旧表現形式の有限責任会社法第六四条条第二項第一文は、会社の設立や会社設立後の他加盟国への居住移転のケースには適用されず、「会社の設立後、会社の活動の範囲内にのみ適用される」という点を考慮すると、コロンハース判決の場合、これらの認定に相当する状況がみられない点が示される。このような説明をみると、二件の先例により形成されたルールが本件に適用され得るか否かという前提的論点につき無条件に肯定説が採用されていたことが読み取れる。

これに続く後半の第二段落は、次のように述べられている。

「この点に関してコロンハース判決とケック裁判を対比すると、ある種の並行性がみられる点が注目される。EU裁判所 (NW 1994, 121) は、ケック判決において、物品取引の自由 (Warenverkehrsfreiheit) に関する規定を解釈するにあたり、販売態様に関する保護措置の例外 (Schutzbereichsausnahme für Verkaufsmodalitäten) という概念を定義していた。ケック判決では、EU域内にある外国人に対しても市場アクセスという基本的自由を保障すべきであると考えられていた。しかし、内国人と外国人を同一の市場競争ルール (Spielregeln des Marktes) (店舗開店時間や競争規則など) に服せしめることができなければ、市場アクセスが保障されたことにはならぬ。このような考えを居住移転の自由に関する規定に転用する場合に取り上げられるのは活動実施ルールや市場撤退ルール (Tätigkeitsausübungs- oder Marktrückzugsregeln) であるが、これらのルールは、一方では、居住移転の自由の保護範囲に含まれないし、他方では、少なくともカシス判決の定式 (Cassis-Formel) を適用することで容易に正当化できるものである (MilkobGB/Kindler, 6. Aufl. 2015, IntGesR Rn.441; Weller, Europäische Rechtsformwahlheit, 2004, 37f., 205ff.)。EU裁判所は、このコロンハース事件で活動ルール (Tätigkeitsregeln) とこの概念を用いているが、この活動ルールについて居住移転の自由を適用するにあたり、法律要件という点からみてやはりこの種ルールを適切なものとは判断していないようにみえる (第二八段落)⁽⁸⁸⁾。

第一文では、コロンハース判決とケック裁判との並行性に着目されている。その理由に触れた第二文では、ケック判決の場合、物品取引の自由に関する規定の解釈に際して、EU裁判所が「販売態様に関する保護措置の例外という概念を定義していた」点に触れられる。第三文では、「ケック判決では、EU域内にある外国人に対しても市場アクセスという基本的自由を保障すべきであると考えられていた」点に言及される。第四文では、「内国人と外国人を同一の市場競争ルール（店舗開店時間や競争規則など）に服せしめることができなければ、市場アクセスが保障されたことにはならない」と述べられる。第五文では、このような考えが居住移転の自由に関する規定に転用され、「活動実施ルールや市場撤退ルール」が居住移転の自由の保護範囲に含まれないこと、そして、これらのルールを正当化する際にはカシス判決の定式の適用で足りること、これらが指摘される。第六文では、コロンハース事件ではこの活動ルールという概念が使われているが、EU裁判所は、居住移転の自由をこの活動ルールに適用するにあたり、このルールを適切なものとはみていないことも述べられる。

二 (1) 他方、共著論文の「II EU裁判所判決——コロンハース社事件——の判旨の要点 (Kernaussagen des EuGH-Judikats ‘Kornhaas’)」でも、まえがき部分と「2 EU法上の分類 (Europarechtliche Einordnung)」において照会事項二に関する説明が行われている。

そのうち、まえがき部分の説明はこう記されている。

「EU裁判所のコロンハース判決における判旨には、連邦通常裁判所の提示決定が前提としていたのと同様に、EU域内外外国社の抵触法的取扱いに関する古典的な二段階構成が反映されている。第一段階では、国内実質法上の関連規定が、抵触法上、

性質決定という方法で各体系概念（「会社準拠法、倒産準拠法または不法行為準拠法」）に分類されるが、分類の仕方如何により、それぞれの抵触ルール（設立準拠法説、EU倒産規則第四条またはローマII規則第四条）に基づいて連結が行われる（後述1）。

このようにして国内実質法上の関連規定がEU外国会社に適用される場合、第二段階において、当該規定の適用が、EU域内外国会社が援用することのできる、EU機能条約第四九条、第五四条による居住移転の自由と調和しているか否かが審査される（後述2）。

この項では、EU裁判所が、連邦通常裁判所と同様、EU抵触法上の解釈にあたって、加盟国法上の規定がEU法上どのような性質を有するかの判定後に、当該規定の適用が居住移転の自由に触れるか否かを審査するという二段階構成を採用していることが確認される。

(2) 次の「2 EU法上の分類」は、五つの段落に区分され、次のように説明されている。

「それ（「抵触法上の分類」——筆者注）に対して、第二の照会事項、すなわち、有限責任会社法第六四条第一文をインクランドの Limited に適用することが居住移転の自由と合致するか否かという論点に関するEU裁判所の解答には、実務に大きく影響する新たな説明が含まれている。EU裁判所は、コルンハース判決の出発点に置かれた前述のイーパーゼーリング判決およびインスパイアー・アート判決の事実関係と、本件事実関係 (Sachverhalt) とを明確に区別していた。コルンハース事件における論点は、EU域内外国会社の権利能力を承認するか否か（イーパーゼーリング判決）でもなければ、最低資本金に関する国内法上の規定をEU域内外国会社に対して適用できるか否か（インスパイアー・アート判決）でもない。EU裁判所の見解によれば、有限責任会社法第六四条第一文の適用に際して論点となるのは、活動ルール (Tätigkeitsregel) (im Rahmen ihrer Tätigkeit) が適用されるか否かである。この種のルールが居住移転の自由を侵害することはあり得ない。

EU法の場合、このような分類の素材となるのは、物品取引の自由 (Warenverkehrsfreiheit) に関するEU機能条約第三四条以下の解釈を示したEU裁判所のケック判決である。ケック判決で確認されたところによれば、単純な販売態様 (Verkaufsmodalitäten) に関する規定——包装のサイズ、物品の内容、ラベル記載 (Beschriftung) 等に関するルールのように、製品そのものと直接に関連するルールではないもの——の適用は物品取引の自由に対する侵害に当たらない。

ケック判決の根底には、このように、市場アクセスに対する制限ルール（これは、原則として、基本権に反すると解される）と活動実施ルール（これは、原則として、基本権に反しないと解される）とを区別するという考えがある。物品取引の自由によって保障されているのは、何よりもまず、加盟国各市場へのアクセスの確保である。アクセスが一度でも保障されていれば、輸入された物品も、国内産品と同様、各市場において同一の「慣行 (Spielregel)」(店舗開店時間や競争ルール) の適用を受けることができる。

このような考慮を会社の居住移転の自由 (EU機能条約第四九条、第五四条) に転用すると、倒産法上のルールについても、活動実施ルール (Tätigkeitsausübungsregeln) および市場撤退ルール (Marktzugangsregeln) といった言葉で整理することができよう。これらのルールも、同様に、居住移転の自由の適用範囲に含まれず、どちらかといえば、カシス判決の定式 (Cassis-Formel) に基づいてその適用を正当化されることができよう。

活動実施ルールとは、具体的にいえば、外国会社の内国市場へのアクセスを規律する規定ではなく、市場アクセスが行われた後の外国会社の国内での活動を規律する規定をいう。有限責任会社法第六四条第一文のような規定は、他の加盟国で設立された資本会社が（たとえば、本拠移転を通じて）管理機関の本拠 (Verwaltungssitz) を国内に設ける可能性を制限するものではない、というのは、これらの規定の規律対象は、宣伝を含む会社の通常の営業状況 (werbende Phase) ⁽⁹⁰⁾ ではなく、その後を訪れる会社の危機や倒産時の状況 (Krisen- und Insolvenzphase) とされているからである。

第一段落の第一文では、有限責任会社法第六四条第一文をイングランドの非公開会社 (Limited) に適用することが居住移転の自由と合致するか否かという第二の照会事項に関するEU裁判所の解答には、実務に大きく影響する新たな

な説明が含まれている旨、指摘される。第二文および第三文では、EU裁判所が、前述のイーバーゼーリング判決（EU域内外国会社の権利能力を承認するか否か）およびインスパイアー・アート判決（最低資本金に関する国内法上の規定をEU域内外国会社に対して適用できるか否か）の事実関係とコロンハース判決のそれとの相違を自覚していた点が指摘される。第四文では、コロンハース判決の場合、有限責任会社法第六四条第一文を「活動実施ルール」と位置付けた上で、「活動実施ルール」が適用されるか否かがコロンハース判決における論点であることが紹介される。第五文では、「活動実施ルール」が「居住移転の自由を侵害することはありません」とする評価が示される。

第二段落の第一文では、この「活動実施ルール」に着目した先例として「物品取引の自由に関するEU機能条約第三四條以下の解釈を示したEU裁判所のケック判決」が挙げられる。第二文では、ケック判決において、「単純な販売態様に関する規定——包装のサイズ、物品の内容、ラベル記載等に関するルールのように、製品そのものと直接に、関連するルールではないもの——の適用は物品取引の自由に対する侵害に当たらない」と判示されたことが確認される。

第三段落の第一文では、ケック判決では、（原則として基本権に反する）「市場アクセスに対する制限ルール」と（原則として基本権に反しない）「活動実施ルール」とが区別されていたことが指摘される。第二文では、物品取引の自由の保護対象が加盟国各市場へのアクセスの確保であることが、第三文では、アクセスが一度でも保障されていれば、輸入された物品も、国内産品と同様、各市場において同一の「慣行」（店舗開店時間や競争ルール）の適用を受けることが、それぞれ説明される。

第四段落の第一文では、物品取引の自由の適用の有無に関してケック判決で示された二分法を、居住移転の自由

(EU機能条約第四九条、第五四条)に転用すると、コロンハース判決では、倒産法上のルールを「活動実施ルール」および「市場撤退ルール」に分類できる旨、指摘される。第二文では、「これらのルールも……居住移転の自由の適用範囲に含まれ」ないこと、その適用を認める場合、カシス判決の定式に依拠できること、これらが述べられる。

第五段落の第一文では、活動実施ルールが「外国会社の内国市場へのアクセスを規律する規定ではなく、市場アクセスが行われた後の外国会社の国内での活動を規律する規定」と定義される。第二文では、「有限責任会社法第六四一条第一文のような規定は、他の加盟国で設立された資本会社が（たとえば、本拠移転を通じて）管理機関の本拠を国内に設ける可能性を制限するものではない」こと、その理由として、活動実施ルールの「規律対象は、宣伝を含む会社の通常の営業状況ではなく、その後を訪れる会社の危機や倒産時の状況とされている」こと、これらが指摘される。しかしながら、右の結論部分の内容と理由部分のそれとを対比すると、両者が言い換えの関係に立っているところから、右の説明自体、なお完結していないことが分かる。

三 それでは、ヴェラー／ヒュープナーの見解はどのように評価されるか。ここでも、両名の整理はEU裁判所の判旨に示された要点を再現しただけであり、実のある内容は何も述べられていないと言わなければならない。

2 キントラーの理解

一 照会事項二に関するキントラーの見解は、「Ⅲ 居住移転の自由の実体的適用範囲 (Sachliche Reichweite der Niederlassungsfreiheit)」において整理されている。

EU機能条約第四九条の意味における制限が本拠地国で行われていない以上、居住移転の自由を用いて、本拠地国法 (Recht des Sitzstaates) の適用をもたらすことはできない。こうした考えは、居住移転の自由の内在的制約、会社法以外の分野の法規、活動実施ルール、市場撤退ルール、これらについて、広く承認されている。ヨーロッパ裁判所は、コロンハース判決において、倒産法を活動実施ルールに含めている。同裁判所は、その際、理由付けのために二つの段階を区別していた。

— 第一段階 (第二三段落および第二段落) において、EU裁判所は、イイバーゼーリング判決およびインスパイアー・アート判決で設けた基準に従って、居住移転の自由の事後的適用範囲 (gegenständlicher Umfang) を定めている。どの加盟国も、第一に、他の加盟国法に従って設立されかつ同国に定款上の法人住所 (satzmäßiger Sitz) を有する会社が事実上の管理機関の本拠 (tatsächlicher Verwaltungssitz) を自国領域内に移転していることを唯一の理由として、同社の権利能力を承認することを拒否してはならない。第二に、加盟国は、最低資本金に関する国内法上の規定が居住移転の自由に違反するという判断を、最低資本金が満たされていないという理由で科される制裁に対しても、拡張することができる。すなわち、EU裁判所は、国内法上定められている最低額に資本金が達していないかまたは事業継続中に資本金が、所定の最低額を下回るとき、取締役が連帯債務者として人的責任を負うと説明している。

— 第二段階において、EU裁判所は、——イイバーゼーリング判決およびインスパイアー・アート判決で確立された基準に基づいて——、本件コロンハース事件で論点となつている取締役の責任が制限的性格のものであるという見方を否定している。禁止に反して倒産前に支払を行った取締役の責任は、会社の権利能力とは関わりがなく、法定最低資本金の維持を目的とするものでもないで、居住移転の自由という点からみると、この種の責任は会社の権利能力を制限するものではない (第二五段落ないし第二七段落)。EU裁判所は、この種の責任が「会社設立後に限って、その活動の枠内で、適用される」点を決め手とみた。それゆえ、旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項第一文／新形式の有限責任会社法第六四条第一文のよいうな国内規定は居住移転の自由に反しない (第二八段落。判決理由 (Argumentation) では、Rs. C-267/91 事件におけるケック判決等にならつて展開されたテーゼ、すなわち、市場参入後に初めて登場する活動実施ルールは居住移転の自由に対する制限を意味しないというテーゼが確認されている。⁹⁾

二 この項は、三つの段落に区分されている。最初の段落の第一文では、「EU機能条約第四九条の意味における制限が本拠地国で行われていない」とき、「居住移転の自由を用いて、本拠地国法の適用をもたらすことはできない」、すなわち、居住移転の自由に反しない旨、説明される。これは、第四九条の内容をそのまま繰り返し返したものであり、格別の内容は付加されていない。第二文では、「こうした考えは、居住移転の自由の内在的制約、会社法以外の分野の法規、活動実施ルール、市場撤退ルール、これらについて、広く承認されている」と説明される。ここでは、有限責任会社法第六四条が「会社法以外の分野の法規 (nicht-gesellschaftliche Vorschriften)」という表現で考えられているのかもしれない。第三文では、「ヨーロッパ裁判所は、コルンハース判決において、倒産法を活動実施ルールに含めている」ことが指摘され、第四文では、そうした判断を理由付けるため、ダッシュ記号を用いて、次の二つの段階が区別されている。

第一ダッシュの第一文では、第一段階(第三段落および第二段階)において、居住移転の自由の事項的適用範囲がイイバーゼーリング判決およびインスパイアー・アート判決で設けた基準に従って決定されている旨、示される。第二文と第三文では、加盟国が執るべき二つの行動規範が示される。そのひとつは、「他の加盟国法に従って設立されかつ同国に定款上の法人住所を有する会社が事実上の管理機関の本拠を自国領域内に移転していることを唯一の理由として、同社の権利能力を承認することを拒否してはならない」という点(第二文)であり、今ひとつは、「最低資本金に関する国内法上の規定が居住移転の自由に違反するという判断を、最低資本金が満たされていないという理由で科される制裁に対しても、拡張することができる」という点(第三文)である。第四文では、第三文の内容が、「国内法上定められている最低額に資本金が達していないかまたは事業継続中に資本金が、所定の最低額を下回ると

き、取締役が連帯債務者として人的責任を負う」と言い換えられている。

第二ダッシュの第一文では、「第二段階においてEU裁判所は、——イイーバーゼーリング判決およびインスパイアー・アート判決で確立された基準に基づいて——、本件コルンハース事件で論点となっている取締役の責任が制限的性格のものであるという見方を否定している」点が指摘される。第二文では、「禁止に反して倒産前に支払を行った取締役の責任は、会社の権利能力とは関わりがなく、法定最低資本金の維持を目的とするものではないので、居住移転の自由という点からみると、この種の責任は会社の権利能力を制限するものではない」と評価される。第三文では、「EU裁判所は、この種の責任が『会社設立後に限って、その活動の枠内で、適用される』点を決め手とみた」ことが述べられ、第四文では、この基準の適用結果につき、「旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項第一文／新形式の有限責任会社法第六四条第一文のような国内規定は居住移転の自由に反しない」とした結論が確認される。第五文では、「ケック判決等にならって展開されたテーゼ、すなわち、市場参入後に初めて登場する活動実施ルールは居住移転の自由に対する制限を意味しないというテーゼ」が確認されていることが指摘される。

三 それならば、キントラーの評釈はどのように評価されるか。ここでも、総じて、コルンハース判決の要点がいつまんで紹介されるにとどまり、論評に値する格別の言及は行われていない。

3 ショルツの理解

一 照会事項二に関するショルツの論評は、評釈の「Ⅲ 居住移転の自由に関する新判断 (Neues zur Niederlassungsfreiheit)」で論じられている。この部分は、「Ⅰ 会社法以外の規定をEU外国会社に対して適用する」

との危険性 (Unbedenklichkeit der Anwendung nicht-gesellschaftsrechtlicher Normen auf EU-Auslandsgesellschaften)』と「2 会社法上の規定の適用は考慮されていないか (Unbedenklichkeit der Anwendung gesellschaftsrechtlicher Normen?)」に二分されている。まず、「1 会社法以外の規定をEU外国会社に対して適用することの危険性」から確認しよう。

ヨーロッパ裁判所は、第二の照會事項 (Vorlagefrage) に対する解答において、真に原理的な問題を初めて明らかにしている。というのは、EU域内外国会社およびその機関に対して加盟国法を適用することに反対する論拠として、最後には必ず、居住移転の自由が持ち出されるからである。ローマII規則第一二条を介して、ドイツ民法典第二八〇条第一項、第三二一条第二項に従って、Limitedの取締役 (Direktor) に対する請求がなされる場合と、EU倒産規則第四条第一項を挟んで、ドイツ有限責任会社法第六四条第一文に従って請求される場合とを比べると、質的な違いはない。というのは、どちらの法律構成を採用する場合も、ドイツの団体法を準拠法としてEU域内外国会社に適用すること自体は、なんら問題になっていないからである。ここにみられるのは、もつとずつと簡単に適用できる倒産法典や民法典を根拠として自国法を適用しようとするやり方ではなく、団体法中の規定を適用する動きである。

EU裁判所が明らかにしているように、居住移転の自由によって保護されるケースは、他の加盟国で設立された会社の権利能力の承認が加盟国によって拒否されている場合、および、会社の資本金が、国内法上定められた最低額に達していないために制裁を受けている場合だけである。これに対して、会社設立後にその活動に関して適用される加盟国法上の他の規定の適用は、——ケック判決との並行性は表に現れていないが——、なんら問題にならない。

以上に述べたことは、前述のように、ドイツの文献における支配的見解と基本的に一致しており、実際にも納得のゆくものである。というのは、居住移転の自由は、外国会社が普通に施行されている取引法 (Verkehrsrecht) の適用を免れることを正当化する道具ではないからである。このほか、EUの立法者も、抵触法的指定 (kollisionsrechtliche Anwendungsbefehl) を行う場合、居住移転の自由の適用に関わる局面では、加盟国間における法の相違は考慮されないことを示している。このことは特にEU倒産規則について当てはまる。EU倒産規則第三条第一項第二文では、そうでないことが証明されるまで、会社

の定款上の法人住所 (satzungsmittiger Sitz) 地がその主たる利益の中心地と推定されている。もちろん、この規定には、定款上の法人住所地と主たる利益の中心地 (COMI) とが異なる場合には、結果的に、定款上の法人住所地国法に代えて——E U倒産規則第四条第一項により——倒産手続開始地国の倒産法が外国会社に対して適用されるといふ趣旨が含まれている。⁽⁹²⁾

一一 この項は三つの段落から成る。第一段落の第一文では、EU裁判所が第二の照会事項に対する解答において「真に原理的な問題を初めて明らかにしている」ことが指摘される。そのように判断した理由を述べた第二文では、「というのには、EU域内外国会社およびその機関に対して加盟国法を適用することに反対する論拠として、最後には必ず、居住移転の自由が持ち出されるからである」と述べられる。居住移転の自由を行使し、みずからに不利な内容を定めた有限責任会社法第六四条の適用を排除しようとする主張が認められるか否かという新たな論点に対するEU裁判所の初めての判断である点に着目すると、「真に原理的な問題を初めて明らかにしている」という評価も首肯されよう。第三文では、「ローマII規則第一二条を介して、ドイツ民法典第二八〇条第一項、第三一一条第二項に従って、非公開会社の取締役に対する請求がなされる場合と、EU倒産規則第四条第一項を挟んで、ドイツ有限責任会社法第六四条第一文に従って請求される場合とを比べると、質的な違いはない」と説明される。この点がそのように判断された理由を述べた第四文では、「というのには、どちらの法律構成を採用する場合も、ドイツの団体法を準拠法としてEU域内外国会社に適用すること自体は、なんら問題になっていないからである」と述べられる。第五文では、「ここにみられるのは、もつとずっと簡単に適用できる倒産法典や民法典を根拠として自国法を適用しようとするやり方ではなく、団体法中の規定を適用する動きである」と説明される。

第二段落の第一文では、居住移転の自由による保護を享受できるのが、「他の加盟国で設立された会社の権利能力の承認が加盟国によって拒否されている場合」、および、「会社の資本金が、国内法上定められた最低額に達していないために制裁を受けている場合」、これらに限られる旨、指摘される。第二文では、「会社設立後にその活動に関して適用される加盟国法上の他の規定の適用は、——ケック判決との並行性は表に現れていないが——、ならん問題にならない」と説明される。このように述べられるのは、EU市場における法的地位の有無に関するルールと法的地位を活かして活動する際のルールという二分説が是認されているからにはほかならない。

第三段落の第一文では、「以上に述べたことは……ドイツの文献における支配的見解と基本的に一致しており、実際にも納得のゆくものである」と述べられる。その理由を述べた第二文では、「というのは、居住移転の自由は、外国会社が普通に施行されている取引法の適用を免れることを正当化する道具ではないからである」と説明される。居住移転の自由を法律回避に用いてはならないとする趣旨である。第三文では、「EUの立法者も、抵触法的指定を行う場合、居住移転の自由の適用に関わる局面では、加盟国間における法の相違は考慮されないことを示している」旨、指摘される。第四文では、「このことは特にEU倒産規則について当てはまる」と述べられる。第五文では、「そうでないことが証明されるまで、会社の定款上の法人住所地がその主たる利益の中心地と推定されている」というEU倒産規則第三条第一項第二文の内容が確認される。第六文では、「この規定には、定款上の法人住所地と主たる利益の中心地とが異なる場合には、結果的に、定款上の法人住所地国法に代えて——EU倒産規則第四条第一項により——倒産手続開始地国の倒産法が外国会社に対して適用されるという趣旨が含まれている」ことも述べられる。この点も、同第二文の内容の繰り返しにとどまる。前述のように、「主語＋述語……とき」(要件) ↓ 「……地を

主たる利益の中心地とする」(効果)という趣旨の判断基準があらかじめ与えられていなければ、この推定規定を機能させることができないが、この点についての補足説明は行われていない。

三 それでは、シヨルツの見解はどのように評価されるか。遺憾ながら、ここでも、コロンハース判決の要点がいつまんで紹介されるにとどまり、格別の論評は行われていない。

4 モックの理解

一 照会事項二に対するモックの理解は「Ⅲ 居住移転の自由の重要性(の欠如)(EU機能条約第四九条、第五四条)((Fehlende) Relevanz der Niederlassungsfreiheit (Art.49, 54 AEUV))」に示されている。この項は、まえがき部分、「1 支払禁止(有限責任会社法第六三條第一文および第二文)(Zahlungsverbot (§63 Satz 1 und 2 GmbHG))」(つ)の「第六三條」は明らかに「第六四條」の誤りである——筆者注、「2 EU裁判所が発展させた諸原則の倒産法上の債権者保護のためのその他の技法への転用(Übertragung der vom EuGH entwickelten Grundsätze auf die anderen insolvenzrechtlichen Gläubigerschutzinstrumente)」¹⁾これらから成る。尤も、ここでは、まえがき部分と「1」の内容を確認すればよいであらう。

二 (1) まず、まえがき部分の内容を確認しよう。そこでは、次のように主張されていた。

「EU裁判所は、——第一の照会事項の場合と同様に——、支払禁止以外の、倒産法上の債権者保護のための技法(Ⅲ2参照)について今後の判例がどのような道を辿るかという点をあらかじめ示すために、第二の照会事項として、旧表現形式の有限責

EU国際私法における倒産会社取締役の損害賠償責任(山内)

任会社法第六四条第二項（今日の有限責任会社法第六四条第一文および第二文）の法的性質を倒産法的なものと決定すること
が居住移転の自由（EU機能条約第四九条、第五四条）に触れるか否かという問題を取り上げていた（Ⅲ-1参照）⁹³。

この段落では、EU裁判所が「支払禁止以外の、倒産法上の債権者保護のための技法……について今後の判例がどのような道を進むかという点をあらかじめ示すために、第二の照会事項として、旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項……の法的性質を倒産法的なものと決定することが居住移転の自由（EU機能条約第四九条、第五四条）に触れるか否かという問題を取り上げていた」ことが示される。

(2) 次に、「1 支払禁止（有限責任会社法第六三条第一文および第二文）」の説明をみよう。

支払禁止の法的性質を倒産法的なものとするのが居住移転の自由に反しないという結論を導く際に、ヨーロッパ裁判所が主たる論拠としたのは、第一に、イーバーゼーリング判決およびインスパイアー・アート判決という先例で示された判断であり、そして、会社の権利能力が承認されていない場合や国内法に定められた最低資本金が達成されていない場合に社員の人的責任を問うことで居住移転の自由が制限されるため、当該規定の適用は不適法となるという点であった。これに加え、EU裁判所は、支払禁止という法制度が取締役の権利能力や社員の人的責任と関連しないので、支払禁止事項が居住移転の自由に触れるという結果は生じ得ない旨を述べている。しかし、EU裁判所のセントロス判決、イーバーゼーリング判決およびインスパイアー・アート判決といった先例ではいつも居住移転の自由の適用範囲が詳しく論じられていたことと対比すると、コルンハース判決の理由付けがこのようにごく簡単にしか述べられていない点には驚きを禁じ得ない。これに対して、EU裁判所は、本件では右の路線に従わず、従来の判例に触れはしたものの、おそらくは法律要件からみてそのように判断したことであるが、居住移転の自由とは関わりがないとみている。このことは、特に、旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項（今日の有限責任会社法第六四条第一文および第二文）の法的性質を倒産法的なものと決定しても、そのことだけで居住移転

の自由に対する侵害がないとは言い得ないところから、不思議に映る。このように考えるのは、外国資本会社の管理機関の本拠 (Verwaltungssitz) がドイツへ移転され、同時に、有限責任会社法第六四条第一文所定の要件が満たされている場合をとると、外国資本会社の取締役はみずからが負うべき責任を自覚した上でなければ支払を行うことはないし、また支払を行うにしても、有限責任会社法第六四条第二文があるがゆえに、支払の機会が極めて制限されているのに対し、他の加盟国では、外国資本会社の取締役はこうした制限にまったく服していないという事情を考慮すると、外国資本会社の取締役の判断権限がドイツでは制限されているはずだからである。しかし、こうした制限は、ほとんどの場合、無視されていたり、適切であるとみなされたりしている。もちろん、EU裁判所がこの問題を本格的に取り上げる場合には、より説得力のある理由付けが求められるよう。⁹⁴⁾

第一文では、支払禁止の法的性質を倒産法的なものとするのが居住移転の自由に反しないという結論を導く際に、EU裁判所が、「第一に、イーバーゼーリング判決およびインスパイアー・アート判決という先例で示された判断であり、そして、会社の権利能力が承認されていない場合や国内法に定められた最低資本金が達成されていない場合に社員の人的責任を問うことで居住移転の自由が制限されるため、当該規定の適用は居住移転の自由を照らして不適法となるという点」を主たる論拠としていたことが指摘される。第二文では、これに加え、「支払禁止という法制度が取締役の権利能力や社員の人的責任と関連しないので、支払禁止条項が居住移転の自由に触れるという結果は生じ得ない」旨をEU裁判所が述べていたことにも触れられている。第三文では、「EU裁判所のセントロス判決、イーバーゼーリング判決およびインスパイアー・アート判決といった先例ではいつも居住移転の自由の適用範囲が詳しく論じられていたことと対比すると、コロンハース判決の理由付けがこのようにごく簡単にしか述べられていない点には驚きを感じ得ない」と述べられる。第四文では、EU裁判所が「本件では……居住移転の自由とは関わりが

ないとみている」ため、「従来の判例に触れはしたものの」「右の路線に従わず」簡単に「居住移転の自由に反しない」という結論を導いていると分析される。

(3) 第五文では、「旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項……の法的性質を倒産法的なものと決定しても、そのことだけで居住移転の自由に対する侵害がないとは言い得ない」のではないかと、疑問が示される。第六文では、「外国資本会社の管理機関の本拠がドイツへ移転され、同時に、有限責任会社法第六四条第一文所定の要件が満たされている場合」を例として、そうした疑問が生じる背景が説明される。すなわち、会社が支払無能力状態に陥っている場合、「外国資本会社の取締役はみずからが負うべき責任を自覚した上でなければ支払を行うことはないし」、ドイツでは「有限責任会社法第六四条第二文があるがゆえに、支払の機会が極めて制限されている」のに対し、「他の加盟国では、外国資本会社の取締役はこうした制限にまったく服していないという事情」がある。このような法の不統一を考慮すると、ドイツでは、外国資本会社の取締役の判断権限が制限されていることとなるため、「居住移転の自由に対する侵害がない」と言い得ない」という点である。第七文では、それにも拘らず、「外国資本会社の取締役の判断権限が制限されている」点が無視されたり、そうした制限が適切とみなされたりしていると述べて、「居住移転の自由に対する侵害がない」と言い得ない」のではないかと、疑問がまったく考慮されない現実が強調される。第八文では、「より説得力のある理由付け」が示されるのでなければ、EU裁判所がこの問題を取り上げることはないとする展望が示される。コルンハース判決のように、居住移転の自由に反しないと判断する場合でも、またモックのように、「居住移転の自由に対する侵害がない」と言い得ない」とみる場合でも、そうした判断を下そうとすれば、そのつど、「主語＋述語＋目的語……とき」(要件) ↓「……は、居住移転の自由に反する」(効果) という趣

旨の判断基準が明らかにされていなければならないであろう。

三 それでは、モックの評釈はどのように評価されるか。モックは時としてコルンハース判決の法律構成に対する異論を述べていた。しかし、自説の正当性を支え得る根拠が付記されていないため、その論証は空回りに終わっていると云わなければならない。

五 結びに代えて

一 小稿では、ドイツ連邦通常裁判所による二つの照会事項に答えたEU裁判所のコルンハース判決とこれに対する四件の評釈等を素材として立ち入った検討が試みられた。それならば、コルンハース判決および右の評釈等はどうに評価されるか。

(1) 前稿⁽⁹⁵⁾でも触れたように、実定法の解釈である以上、どのような法律構成が採用される場合でも、「比較の第三項」(客観性のある判断基準)が明示されていなければならない。それは、関連諸規定⁽⁹⁶⁾が示すとおり、EU裁判所が法治主義のもとで「法による裁判」を標榜する機関である点に疑いがないからである。しかしながら、この点からみる限り、コルンハース判決についても四件の評釈等についても「比較の第三項」が欠けており、たんなる信仰告白にとどまっているという点で、論証に問題のあることが分かる(この点は、後述する連邦通常裁判所二〇一六年三月一五日判決にも当てはまる)。

(2) 今ひとつ考慮されなければならないのは、司法判断が国際的経済社会生活の現実と無縁ではあり得ないという

厳粛な事実である。国内法では一国の公務員として位置付けられているにせよ、どの司法関係者にも、地球的規模で展開される国際社会全体への目配りとともに、数世代後の社会のあるべき姿にも配慮しつつ、営利追求型経営判断とモラル重視型経営判断とをどのように調整すべきかを熟慮しながら長期的要請に堪え得る判断を下す国際的責任がある。このことは、どの裁判官も個々の判決が内外経済社会生活に及ぼす影響を正面から受け止め、それぞれの判断がもたらす政策的責任を担わなければならないことを意味する。ヴェラー／ヒューブナーが「会社法ツーリズムから倒産法ツーリズムへ (Vom Gesellschaftsrechts- zum Insolvenzrechtstourismus)」という言葉で表現していたように⁽⁹⁷⁾、ドイツ有限責任会社法第六四条の法的性質について倒産法説を採用し、ドイツの訴訟手続で同条を適用することには一定の政策的意味がある。むしろ、このような「政策」を歓迎する者は一部に限られている。

二 最後に、コロンハース判決を考慮した上で、ドイツ連邦通常裁判所がイエーナのテューリンゲン上級地方裁判所第二民事部二〇一三年七月一七日判決に対する上告をどのように審理したかを⁽⁹⁸⁾確認しておこう。連邦通常裁判所は「被告は、本件訴えに基づく債権を原告に支払う義務を負う」(第七段落)と述べて、控訴人(第一審被告)の上告を退けている⁽⁹⁹⁾。(二〇一六年三月一五日判決)。

(二〇二〇年八月二日脱稿)

* P・G・ヴィノグラドフ(末延三次・伊藤正巳訳)『法における常識 改訂版』(岩波書店、一九六三年)一五一頁。

(1) この事件については、山内「EU国際私法における倒産会社取締役の損害賠償責任」(二〇二一・完)『法学新報』二二三巻九・十合併号五二一―五六二頁および同巻十一・十二合併号一四五一―一九四頁参照。

(2) この子会社はエアフルト区裁判所管理下の商業登記簿に登記されていたが、後に、イエーナ区裁判所管理下の商業登記簿

へと移転登記された。そこでは、定款上の法人住所を連合王国に有するK社の事実上の管理機関の本拠（Verwaltungssitz）はドイツにあると想定されていた。

- (3) 山内・前掲論文（一）前注（一）五二四―五二九頁。
- (4) IPRax 2014, SS.357–358, 々の評釈をよむ。Marc-Philippe Weller/Alix Schulz, Die Anwendung des § 64 GmbHG auf Ausländergesellschaften (zu OLG Jena, 17.7.2013 – 2 U 815/12, unten S.357, Nr.31). IPRax 2014, SS.336–340 々の々々。々の同判決のこよむ。https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG_Jena&Datum=17.07.2013&Aktezeichen=2 U 815/12 他参照。
- (5) 山内・前掲論文（一）前注（一）五三〇―五三六頁。http://juris.bundesgerichtshofde/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=69832&pos=0&anz=1 々の々。IPRax 2015, SS.334–336; MDR 2015, SS.302–303; WM 2015, SS.79–82; ZIP 2015, SS.68–71, 等参照。々の評釈をよむ。Leonhard Hübner, Kollisions- und europarechtliche Einordnung von § 64 S.1 GmbHG (zu BGH, 2.12.2014 – II ZR 119/14, unten S.334, Nr.30). IPRax 2015, SS.297–303 々の々々。Wolfgang Servatius, Insolvenznaher Geschäftsleiterhaftung bei EU-Ausländergesellschaften. Der Betrieb 2015, SS.1087–1094 々の々々。々の同決定のこよむ。https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=02.12.2014&Aktezeichen=II%20ZR%20119/14 他参照。
- (6) Hübner 前注(5)), aa.O., SS.297–303.
- (7) IPRax 2015, SS.334–336.
- (8) 山内・前掲論文（一）前注（一）参照。
- (9) ZIP 2015, 2468; NJW 2016, 223; EuZW 2016, 155; NZI 2016, 48; WM 2016, 272; BB 2016, 141; DB 2016, 44; NZG 2016, 115; IPRax 2016, 276; RIW 2016, 148; JZ 2016, 571; GmbHR 2016, 24; EWR 2016, 67; Zeur 2016, 959; EuZH 2019, 660; https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=EuGH&Datum=10.12.2015&Aktenzeichen=C-594/2014; http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=172885&pagelIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6903634
- (10) Arts. Robert, RIW-Kommentar. Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW), 2016, S.151f.; Kindler, Peter, Insolvenzrecht

- als Tätigkeitsausübungsregel – Die sachliche Reichweite der Niederlassungsfreiheit nach dem Kornhaas-Urteil des EuGH, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW), 2016, SS.136 – 139; Mock, Sebastian, Zur Qualifikation der insolvenzrechtlichen Gläubigerschutzinstrumente des Kapitalgesellschaftsrechts – zu EuGH, 10.12.2015 – Rs. C-594/14 – Simone Kornhaas ./ Thomas Dithmar, unten S.276 Nr.21 ., Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts, 2016, SS.237 – 243; Ringe, Wolf-Georg, Anmerkung, Juristenzeitung (JZ), 2016, SS.573 – 577; Römermann, Volker, Der GmbHR-Kommentar, GmbHR 2016, SS.27–29; Schall, Alexander, Das Kornhaas-Urteil gibt grünes Licht für die Anwendung des § 64 GmbHG auf eine Limited mit Sitz in Deutschland – Alles klar dank EuGH! : Zugleich Besprechung EuGH v. 10.12.2015 – Rs. C-594/14, ZIP 2015, 2468 - Kornhaas, ZIP 2016, SS.289 – 295; Scholz, Philipp, Neues zur Reichweite des Insolvenzstatuts, zur Niederlassungsfreiheit und zum Kompetenzgefüge im europäischen Kollisionsrecht – Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 10.12.2015 - , Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP), 2015, SS.963 – 975; Schulz, Patrick, Zur Anwendbarkeit des § 64 GmbHG auf EU-Auslandsgesellschaften: hier: den Director einer Limited („Kornhaas“), Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (EWiR), 2016, S.67f.; Weller, Marc-Philipp/Hübner, Leonhard, Haftung für masseverkürzende Zahlungen – Reichweite des Insolvenzstatuts - , Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2016, S.225f.; Weller, Marc-Philipp/Hübner, Leonhard, Kornhaas und seine Auswirkungen auf insolvenznahe Haftungsinstrumente, Nichts ist beständiger als der Wandel: Festschrift für Klaus Pannen zum 65. Geburtstag, 2017 SS.259–269 他參照。
- (11) Arts, RIW-Kommentar, RIW 2016, S.152.
- (12) Ringe, Anmerkung, JZ, 2016, S.577.
- (13) Sebastian Mock, Zur Qualifikation der insolvenzrechtlichen Gläubigerschutzinstrumente des Kapitalgesellschaftsrechts (zu EuGH, 10.12.2015 – Rs. C-594/14 – Simona Kornhaas ./ Thomas Dithmar, unten S.276 Nr.21), IPRax 2016, Heft 3, SS.237–243, insb. 241, 15p.
- (14) 丸山教授の業績については、本号末尾掲載の著作目録参照。ハンブルク大学へ留学された丸山教授とは、ドイツでの家族ぐるみの交流（一九八三年）を含め、法科大学院制度発足に伴う中央大学法科大学院への転籍（二〇〇四年）時まで、中央

大学法学部における身近な同僚として親しく接する幸運に恵まれた。爾来、三七年もの長きに亘って友情を深め、筆者の退職時には貴重な御論稿を御執筆戴いた（ドイツにおける「棚上げ設立」と「外套会社」の利用——BGH判決・決定を素材として——）法学新報一二三巻五・六号八三七頁以下）。ミュンスター大学との法学者交流事業におけるオットー・ザンドロック教授の共同受入（その成果として、オットー・ザンドロック著（丸山編訳）『国際契約法の諸問題』（日本比較法研究所翻訳叢書38、中央大学出版部、一九九六年）等、懐かしい思い出が蘇る。これまでの御芳情に深謝するとともに、教授の一層の御健勝と御活躍を改めて祈念したい。

(15) その判旨は以下の通りである。

「1」本件先行裁判の要請は、倒産手続に関する二〇〇〇年五月二十九日のヨーロッパ共同体理事会規則二〇〇〇年／第 一三四六号（Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren (ABl. L 160, S. 1)）（以下、「規則二〇〇〇年／第一三四六号」）と同規則」と略記する。）第四条ならびにEU機能条約（AEUV）第四 九条および第五四条の解釈に関わる。

「2」この先行裁判の要請は、コルンハース夫人が債務会社の取締役（Direktorin）として同社の支払無能力状態の発生（Eintritt ihrer Zahlungsunfähigkeit）後に行った支払分の賠償を求める訴え（Klage auf Ersatz von Zahlungen）に起因する、コルンハース組立・債務有限責任会社（Kornhaas Montage und Dienstleistung Limited. 以下、「債務会社」と略記する。）の財産に関する倒産管財人・デイトマール弁護士とコルンハース夫人との間での紛争の枠内で行われている。（IPRax 2016, 276）

(16) EU裁判所は、「EU法」という見出しのもとに、次のように述べている。

「3」規則二〇〇〇年／第一三四六号第三条（国際裁判管轄権）では、次のように定められている。

「（1）倒産手続の開始については、自国領域内に債務者がその主たる利益の中心（Mittelpunkt seiner hauptsächlichsten Interessen）を有する加盟国の裁判所が管轄権を有する。会社（Gesellschaften）および法人の場合、反対のことが証明されるまで、その主たる利益の中心はその定款上の法人住所地（Ort des satzungsmäßigen Sitzes）となる。

（2）債務者がその主たる利益の中心をいずれかの加盟国に有する場合において、債務者が他の加盟国に営業所（Niederlassung）を有するときは、後者の加盟国の裁判所が倒産手続開始の権限を有する。」の手続の効力（Wirkungen）

EU国際私法における倒産会社取締役の損害賠償責任（山内）

は、後者の加盟国の領域上に所在する債務者財産 (Vermögen des Schuldners) に限定される。

〔4〕同規則第四条〔準拠法〕は、以下のように、規定する。

「(1) 同規則に別段の定めのない限り、倒産手続とその効力については、当該手続が開始されている加盟国 (以下、「手続開始国 (Staat der Verfahrenseröffnung)」と略記する。) の倒産法が適用される。

(2) 手続開始国法は、どのような要件のもとに倒産手続が開始されるか、どのように倒産手続が実施され、終了するかを規律する。同法は特に次の各号に掲げる事項を規律する。

：

m) 債権者全体 (Gesamtheit der Gläubiger) に不利益を与えるという理由で、絶対無効 (nichtig) 、取消可能 (anfechtbar) または相対無効 (relativ unwirksam) とされる法的行為 (Rechtshandlungen) はどのようなものか。(IPRax 2016, 276)

(17) EU裁判所は、「ドイツ法」という見出しのもとに、次のように述べている。

「〔5〕有限責任会社に関する法律 (Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (RGBl. 1898, S. 846) (以下、「有限責任会社法 (GmbHG)」と略記する。)) (ライヒ官報一八九八年八四六頁) 第六四条第一項および第二項は、本件先行裁判要請の前提を成す原手続 (Ausgangsverfahren) について基準となる表現形式 (Fassung) で、以下のように規定していた。

「(1) 会社が支払無能力であるとき、業務執行者 (Geschäftsführer) は、遅滞なく (ohne schuldhaftes Zögern) 、遅くとも支払無能力状態の発生 (Eintritt der Zahlungsunfähigkeit) 後三週間以内に、倒産手続の開始を申し立ててい (beantragen) なければならない。この規定は、会社が債務超過 (Überschuldung) の状況にある (sich eine Überschuldung der Gesellschaft ergibt) とき、準用される (gilt sinngemäß) 。

(2) 業務執行者は、会社に対し、会社の支払無能力状況の発生後または同社の債務超過確認後に行われた支払分を賠償する義務を負う。…。(IPRax 2016, 276)

(18) EU裁判所は、次のように述べている。

「〔6〕デイトマール弁護士は、エアフルト区裁判所により開始を宣告された (vom Amtsgericht Erfurt eröffneten) 本

件倒産手続の枠内 (im Rahmen) における債務会社の管財人である。コルンハース夫人を取締役 (Direktorin) とする本件債務会社は、「private company limited by shares (非公開株式会社)」(以下、「Limited」と略記する。) という法人形式の商事会社として (als Handelsgesellschaft) 、カーディフ (連合王国) の商業登記簿に登記されていた。ドイツでは、本件債務会社の従たる営業所 (Zweigniederlassung) が設けられ (gegründet) 、イエーナ区裁判所が所管する (geführten) 商業登記簿に登記されていた。主に (im Wesentlichen) ドイツで活動していた本件債務会社の事業目的は、換気装置の設置と関連業務の提供 (Montage von Lüftungsanlagen und der Erbringung damit verbundener Dienstleistungen) にあった。(IPRax 2016, 276)

(19) そのうち、次のように述べられている。

「7」デイトマール弁護士主張によれば、本件債務会社は、少なくとも二〇〇六年一月一日以降、支払無能力となっていたところ、コルンハース夫人は、債務会社の名義 (zu Lasten dieser Gesellschaft) で、二〇〇六年二月一日から二〇〇七年二月二六日までの間に、総額一〇一五一・六六ユーロの支払を行っていた。以上により (deshalb) 、同弁護士は、有限責任会社法第六四条第二項第一文に基づいて、コルンハース夫人に対し、右金額の賠償を請求した。同弁護士の訴えはエアフルト地裁により認容された。この判決に対するコルンハース夫人の控訴を取り扱ったイエーナ上級地方裁判所は、エアフルト地方裁判所の判決を確認した一方で、連邦通常裁判所への上告を認めた。(IPRax 2016, 276)

(20) そのうち、次のように述べられている。

「8」ドイツ連邦通常裁判所は、デイトマール弁護士がドイツ法に従って提起した本件訴えを理由あるものとみなしていた、というのは、有限責任会社法第六四条第二項第一文の目的が、要するに、倒産手続開始前に倒産財団財産の縮小を阻止すること、および、倒産手続において債権者が会社財産から同等の満足を得られるよう保障すること、これら二点にあるからである。こうみると、たとえこの第二文が形式的に会社法規定 (gesellschaftsrechtliche Vorschrift) に属するとしても、この規定は倒産法上の規定 (insolvenzrechtliche Norm) であって、Limited の取締役に適用されることのできる。

「9」しかし、この規定 (有限責任会社法第六四条第二項第一文) がEU法と合致するかが争われている (fraglich)

EU国際私法における倒産会社取締役の損害賠償責任 (山内)

sei jedoch)。その限りでは、*insoweit*、規則二〇〇〇年／第一三四六号 (Verordnung Nr. 1346/2000) 第四条第一項から明らかになるように、倒産手続とその効力 (*seine Wirkungen*) については、その領域内で当該倒産手続が開始される加盟国の法、すなわちドイツの倒産法が適用される。しかし、ドイツの文献 (*Schrifttum*) では、EUの他の加盟国法に従って設立されているが、その主たる利益の中心をドイツに有する会社の業務執行者 (*Geschäftsführer*) に対して、有限責任会社法第六四条第二項第一文が適用されるか否かが争われている。

[10] 有限責任会社法第六四条第二項第一文は、どのような要件を満たせば (*unter welchen Voraussetzungen*)、EUの他の加盟国法に従って (*im Einklang mit dem Recht*) 設立された会社がその管理機関の本拠 (*Verwaltungssitz*) をドイツに設けることができるかという点を規律するわけではなく、そうした会社の業務執行者によるこの種の判断行為およびその瑕疵ある行為の法律効果如何 (*die Rechtsfolgen einer solchen Entscheidung und eines Fehlverhaltens ihrer Geschäftsführer*) という点のみを規律する。それゆえ、有限責任会社法第六四条第二項第一文を適用しても、居住移転の自由は侵害されない。

[11] 有限責任会社法第六四条第二項第一文の適用により居住移転の自由に対する制限が生じるとしても、そうした制限はどのみち (*Jedenfalls*) 正当とされる、というのは、この種の制限は、非差別的方法で (*in nichtdiskriminierender Weise*) 行われている上に、十分な公益 (*zwingende Allgemeininteresse*)、つまり、倒産財団の規模を確保したり財団財産を回復したりするという債権者保護に役立つ、しかも、この目的達成に必要なとされる限度を超えていないからである。

[12] しかし (*Jedoch*)、特にイーパーゼーリング判決 (C 208/00, EU:C:2002:632) およびインスパイアー・アート判決 (C 167/01, EU:C:2003:512) から明らかになるEU裁判所の判例は、いずれかの加盟国で設立されているのにその主たる活動 (*hauptsächliche Tätigkeit*) を他の加盟国で行っている会社の内部関係に対しては、居住移転の自由の枠内で、設立国の会社法が適用されるという趣旨にも解釈される (*auch dahin ausgelegt*) ことが出来る。このようにみると (*somit*)、有限責任会社法第六四条第二項第一文をEU域内外国会社 (*EU-Auslandsgesellschaften*) の業務執行者に対して適用することは、EU機能条約第四九条および第五四条の意味における居住移転の自由に違反する可能性がある。

(IPRax 2016, 276)

- (21) そこでは、次のように述べられている。
- 「[13] このような事情から、連邦通常裁判所は、手続を中断し、先行裁判のために、以下の照会事項を当ヨーロッパ裁判所に対し提示する旨を決定した。」(IPRax 2016, 276)
- (22) IPRax 2015, SS.334–336.
- (23) IPRax 2015, SS.334–336.
- (24) IPRax 2016, 276.
- (25) IPRax 2016, 276.
- (26) IPRax 2016, 276.
- (27) IPRax 2016, 276.
- (28) IPRax 2016, 276.
- (29) IPRax 2016, 276.
- (30) IPRax 2016, 276.
- (31) IPRax 2016, 276.
- (32) IPRax 2016, 276.
- (33) IPRax 2016, 276.
- (34) IPRax 2015, SS.334–336.
- (35) IPRax 2016, 276.
- (36) IPRax 2016, 277.
- (37) IPRax 2016, 278.
- (38) IPRax 2016, 277f.
- (39) IPRax 2016, 278.
- (40) [https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=C-167/01; http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=48634&pagelndex=0&dodlang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1](https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=C-167/01;http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=48634&pagelndex=0&dodlang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1)

- (41) IPRax 2016, 278.
- (42) IPRax 2016, 278.
- (43) IPRax 2016, 278.
- (44) <https://www.ipr.uni-heidelberg.de/personen/weller/>
- (45) <https://www.ipr.uni-heidelberg.de/personen/weller/huebner/>
- (46) Marc-Philipp Weller/Leonhard Hübner, Anmerkung, NJW 2016, Heft 4 S.225.
- (47) Marc-Philipp Weller/Leonhard Hübner, Kornhaas und seine Auswirkungen auf insolvenznahe Haftungsinstrumente, Nichts ist beständiger als der Wandel – Festschrift für Klaus Pannan zum 65. Geburtstag, München 2017, SS.259–269. (全注(10))
- (48) Kindler, a.O. 前注(9), SS.139.
- (49) Weller/Hübner, a.O. 前注(10), S.225.
- (50) Weller/Hübner, a.O. 前注(10), S.260–261.
- (51) Weller/Hübner, a.O. 前注(10), S.261.
- (52) 山内『比較法研究 第一巻 方法論と法文化』（中央大学出版部、二〇一一年）第一部「方法論」、同『比較法研究 第二巻 比較法と国際私法』（中央大学出版部、二〇一六年）結章「素描的試験の提示」他参照。
- (53) <https://www.jura.uni-muenchen.de/personen/k/kindler/peter/index.html>
- (54) Peter Kindler, Insolvenzrecht als Tätigkeitsausübungsregel Die sachliche Reichweite der Niederlassungsfreiheit nach dem Kornhaas-Urteil des EuGH, EuZHR 2016 Heft 4, SS.136–139. (前注(9))
- (55) Kindler, a.O. 前注(9), SS.137.
- (56) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TEXT/?uri=CELEX%3A32015R0848>
- (57) 國際的管轄權に関する一般規定 (Internationale Zuständigkeit) “Für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig, in dessen Hoheitsgebiet der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichsten Interessen hat (im Folgenden “Hauptinsolvenzverfahren”). Mittelpunkt der hauptsächlichsten Interessen ist der Ort, an dem der Schuldner gewöhnlich der Verwaltung seiner Interessen nachgeht und der für Dritte feststellbar ist.”

- (58) 倒産手続から派生しかつ倒産手続と密接に関連する訴訟の管轄権に関する特則（ Zuständigkeit für Klagen, die unmittelbar aus dem Insolvenzverfahren hervorgehen und in engem Zusammenhang damit stehen） “Die Gerichte des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet das Insolvenzverfahren nach Artikel 3 eröffnet worden ist, sind zuständig für alle Klagen, die unmittelbar aus dem Insolvenzverfahren hervorgehen und in engem Zusammenhang damit stehen, wie beispielsweise Anfechtungsklagen.”
- (59) Kindler, a.a.O. 前注(19), SS137.
- (60) 第七条（準拠法）第二項（倒産手続開始地国法は、いかなる要件のもとに倒産手続が開始されるか、および、倒産手続がどのように実施され、どのように終結されるべきかを規律する。）の法は、特に次の各号に掲げる事項を規律する。）の m 号は次のように規定する。
- “welche Rechts-handlungen nichtig, anfechtbar oder relativ unwirksam sind, weil sie die Gesamtheit der Gläubiger benachteiligen.”
- (19) Kindler, a.a.O. 前注(20), SS137.
- (29) Verordnung (EG) Nr. 864/2007 (außervertragliche Schuldverhältnisse, Rom II), Geltung seit 11. Januar 2009; Verordnung (EG) Nr. 593/2008 (vertragliche Schuldverhältnisse, Rom I), Geltung seit 17. Dezember 2009; Verordnung (EG) Nr. 4/2009 (Unterhaltsrecht; verweist auf das Haager Protokoll von 2007), Geltung seit 18. Juni 2011; Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 (Ehescheidung; inoffiziell Rom III), Geltung seit 21. Juni 2012; Verordnung (EU) Nr. 650/2012 (Erbrecht), Geltung seit 17. August 2015; Verordnung (EU) Nr. 2016/1103 (Ehegüterrecht), Geltung seit 29. Januar 2019; Verordnung (EU) Nr. 2016/1104 (Partnerschaftsgüterrecht), Geltung seit 29. Januar 2019; Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE).
- (39) <https://www.rmpipriv.de/877764/Scholz-Philipp>
- (49) Philipp Scholz, Neues zur Reichweite des Insolvenzstatuts, zur Niederlassungsfreiheit und zum Kompetenzgefüge im europäischen Kollisionsrecht – Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 10.12.2015 mit Anmerkung, ZEuP2016, SS.959–975. (前注(10))

- (65) Scholz, aaO. 前注(10), S.975.
- (66) Scholz, aaO. 前注(10), S.965.
- (67) Scholz, aaO. 前注(10), S.966.
- (68) Scholz, aaO. 前注(10), S.966.
- (69) Scholz, aaO. 前注(10), S.966.
- (70) Scholz, aaO. 前注(10), S.967.
- (71) Scholz, aaO. 前注(10), S.967.
- (72) Scholz, aaO. 前注(10), S.967-968.
- (73) Scholz, aaO. 前注(10), S.968-969.
- (74) Scholz, aaO. 前注(10), S.969-970.
- (75) <http://www.sebastianmock.de/>
- (76) 「資本会社法における債権者保護手段の性質決定について」(Zur Qualifikation der insolvenzrechtlichen Gläubigerschutzinstrumente des Kapitalgesellschaftsrechts) 前注(10)
- (77) Mock, aaO. 前注(10), S.243.
- (78) Mock, aaO. 前注(10), S.239.
- (79) Mock, aaO. 前注(10), S.239.
- (80) Mock, aaO. 前注(10), S.239-240.
- (81) Mock, aaO. 前注(10), S.240.
- (82) この点に關しては、旧表現形式の有限責任会社法第六四条第一項の原典の文言が確認されなければならない。当該文言は、「(第六四条第1項) 「haben die Geschäftsführer ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsfähigkeit, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen」 (<https://www.buzer.de/gesetz/6180/all4206-0.htm>) と述べられていた。ドイツ語の表現上、haben という動詞が「zu 不定詞句」と一緒に用いられる場合、義務付けを伴う表現として「müssen」と言い換え可能な使い方が紹介されている(「Kinder haben zu schweigen (= müssen

schweigen) 'wenn Erwachsene sprechen (大人が話しているときには、子供は黙っていなければならぬ)」「Schulden zu bezahlen haben (借金を支払わねばならぬ)」「(国松孝二編『小学館独和大辞典』(小学館、一九八五年)九五六頁)。なお、同頁では、義務付けを必ずしも意味しない言い方(「ein Buch zu lesen haben (本を一冊読まなければならぬ)」「Er hat noch zu arbeiten (彼はまだ仕事がある)」)も紹介されている。これに対して、同条第二項は、「Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden.」(<https://www.buzer.de/gesetz/6180/all4206-0.htm>)と表現されており、取締役の賠償義務は定められているが、モックが指摘するように、「倒産開始申立義務とは異なって、この支払禁止は、倒産開始申立を提起するという義務を理由付けているわけではなく」という理解にも十分な理由のあることが明らかになろう。

(83) Mock, aa.O. 前注(10), S.240.

(84) Mock, aa.O. 前注(10), S.240-241.

(85) 「2 倒産法上の債権者保護のための技法の採用の増加 (Zunehmende Akzentuierung insolvenzrechtlicher Gläubigerschutz-instrumente)」の項では、「1 会社債権者の保護——前提 (Gesellschaftlicher Gläubigerschutz als Ausgangspunkt)」で触れた、債権者保護を十分に保障するための二つのメカニズム(資本金会社に固有の法制度)、すなわち、資本維持制度——つまり、資本金会社の設立時に一定の最低資本金が調達され(資本調達)、かつ、最低資本金がその後も継続して維持され、無制限に社員の懐に逆流しない(資本維持)ことを保障する制度——と責任把握(法人格否認)——つまり、会社の債務について、会社の存在を無効として社員の責任を問う制度——、これら二つの古典的な保護メカニズムに加えて、過去数十年の間に、倒産法上の保護メカニズムがますます多く追加されるようになっていくことを指摘した後、次のように、説明する。

「これら二つの古典的な保護メカニズムに加えて、過去数十年の間に、倒産法上の保護メカニズムは、特に、二〇〇八年一月二三日の有限責任会社法の現行法化および濫用防止のための法律 (MoMiG) による有限責任会社法の抜本的改正を通じて包括的に新しく制定されたものである。倒産法上の債権者保護メカニズムが強調される度合いが一段と高まってきた社会的背景をみると、何よりもまず、社員が、資本金会社の(自己)資本を殖やすことに代えて、借入金を利用し、その結果、社員が、返済のリスクが

ある場合に、借入金の比率をいつでも引下げ、殊に倒産の危機に瀕したときには、みずからを一般債権者の地位へと変動させることで、資本維持制度を簡単に掻い潜ることができるとする認識があった。判例がこのような社会的問題を資本維持制度の存続により解決しようとしていたのに対し、立法者はこのような社会現象を規制するために、有限責任会社の現代化および濫用防止のための法律 (MoMiG) の枠内で、倒産法第三九条第一項第五号、第四項、第五項、第一三五条第一項第二号に明文規定を設けた。この点に関連して、それと同時に、このほか、いわゆる自己資本として出資した資金の利用権を譲渡することで責任を回避する可能性が倒産法第一三五条第三項という明文規定で排除された。しかも、立法者は、このような資本維持制度を回避しようとする策略を阻止する措置に加えて、資本会社の取締役が倒産の恐れのあるときになされる支払についても、厳格な規制を行った。このようにして、最初、判例は、——有限責任会社の現代化および濫用防止のための法律 (MoMiG) が制定されるずっと以前から——、民法典第八二三条第二項の枠内で、倒産法第一五 a 条が定める法的保護付与資格 (Schutzgesetzigen schaft) を認めてきた——倒産法第一五 a 条によれば、資本会社の取締役は、倒産事由発生後三週間以内に倒産開始申立を提起しなければならず、また、倒産手続開始の前後に関わりなく、新旧の債権者に対して損害賠償責任を負う。立法者はこの倒産手続開始申立の提起義務を支える補助手段として、新表現形式の有限責任会社法第六四条第一文および第二文、株式法第九二条第二項の支払禁止を定めた——株式法第九二条第二項によれば、普通の良心的な取締役が払うべき注意義務に反してそうした支払が行われているとき、取締役は、支払無能力または債務超過の発生後、もはや支払を行ってはならない。これに対して、社員に対する支払によって会社の支払無能力が生じかねない場合に、取締役が負うべき責任については、有限責任会社の現代化および濫用防止のための法律を通じて、いわゆる「solvency tests (弁済能力テスト)」の枠内で、新たな規定が設けられた (有限責任会社法第六四条第三文、株式法第九二条第二項第三文)。これらすべての債権者保護のための技法の決定的特徴は、どの技法も資本会社の財産に対する倒産手続と直接に関わるという点にある、というのは、どの保護メカニズムも、——たとえ強行規定によるものではないとしても——、通例、倒産手続が開始された後に初めて主張されるものだからである。(Mock a.a.O. 前注 (1), S.238.)

(86) Mock, a.a.O. 前注 (9), S.241.

(87) Walter/Hübner, a.a.O. 前注 (9), S.225.

- (87) Weller/Hübner, aa.O. 前注(10), S.225.
- (88) Weller/Hübner, aa.O. 前注(10), S.260-261.
- (89) Weller/Hübner, aa.O. 前注(10), S.262-263.
- (90) Weller/Hübner, aa.O. 前注(10), S.262-263.
- (91) Kindler, aa.O. 前注(9), SS.138-139.
- (92) Scholz, aa.O. 前注(10), S.970-971.
- (93) Mock, aa.O. 前注(9), S.241-242.
- (94) Mock, aa.O. 前注(10), S.242.
- (95) 山内・前掲論文(二・完) 前注(1) 一八六頁以下参照。
- (96) ヨーロッパ連合機能条約第二五一一条以下(<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TEXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>)、
ヨーロッパ連合裁判所規則(Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union) (https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/tradoc-de-div-c-0000-2016-201606984-05_00.pdf) 他参照。
- (97) Weller/Hübner, aa.O. 前注(10), S.288-289. この点については、以下のように説明されていた。

「以上の概観 (tour d'horizon: overview) が示すように、倒産のおそれに近い状況をもたらしたことの責任を問う多くの技法 (insolvenznahe Haftungsinstrumente) の法的性質は倒産法的なものと決定され、それゆえ、EU域内外国会社に対しても適用されるべきである。こうみると、債権者保護制度の中心は会社法から倒産法へと移っていることが分かる。このことは、法を適用する者にとってのみならず、国内法の立法者にとっても重要である。」

ドイツの立法者は、自国会社法の弱点を克服するべく、企業発起人の視点から、有限責任会社法第五a条による企業設立会社(法人が設立する有限責任の非公開会社、Unternehmensgesellschaft (UG))という名称を有する、小規模資本会社という統制の緩やかな法人形式 (wenige regulierte Form) を新設した。統計上の量的増加に現れているように、企業設立会社の「市場占有率」が非公開会社のそれを凌ぐようになり、企業設立会社の導入後、非公開会社の新規設立はずつと後退している。これと時期的に並行しているが、債権者保護メカニズムの法的性質が倒産法的なものと決定されることで、広範囲に亘って、外国会社に適用される事例が増えている。このようにみると、Mockが正しく理解していたように、各国の倒産法がどのように評価されるかという観点が、倒産に近い状況にあるときに本拠を移転するか否

かの判断に際してかなり重視されていたことが分かる。会社準拠法の選択という視点は確かに狭義の準拠法選択とは言い得ないが、それでも、「主たる利益の中心地 (COMI)」という連結点の主体的選択を間に挟むことによって、会社準拠法の選択行為を、いわゆる法律行為に関する当事者自治または間接的な準拠法選択と解することができよう。というのは、この場合、会社準拠法の選択が、連結点とされる地を特定の地に固定するという意図 (gezielte Lokalisierung von Anknüpfungspunkten) を通じて間接的に行われているからである。

国内法の立法者の立場から考えると、こうした動きは、外国会社に対して魅力的な倒産法を提供しようとして各国が互いに争っている (Standortwettbewerb) ようにみえる。連合王国がこの点でこれまで優位を保ち得た事情としては、一方で、コンツェルンのような大規模企業の倒産事案を解決するために採用された「主たる利益の中心地 (COMI)」という連結点の拡張解釈を通してイングランド法が適用され、他方で、イングランド倒産法上のいわゆる「再建計画 (Scheme of Arrangement)」のような他の法秩序にはない技法 (Instrumente) を自由に活用できる点に外国会社が魅力を感じていたことが挙げられよう。

外国会社に対していかに魅力的な会社法や倒産法を提供するかをめぐって行われるこのような国家法間の競争が、現在には滞っているものの、今後実施されるであろう連合王国のEUからの脱退 (「ブレグジット」) によって、どのように変わるのかという点はまだ予測できない (bleibt abzuwarten)。それでも、実社会におけるこうした変化は、法をめぐる競争市場 (Rechtsmarkt) でドイツが将来どのような地位を確立できるかを考える上で大きなチャンスを示しており、ドイツの立法者も決然としてこのような好機を活かさなければならぬであろう。(Weller/Hübner, a.a.O. 前注(10), S.268-269)

- (85) <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=15.03.2016&Aktenzeichen=II%20ZR%20119%2F14>, [http://juris.bundgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2016-3-15&n=74392&pos=26&anz=33](http://juris.bundgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2016-3-15&n=15&n=74392&pos=26&anz=33)
- (95) <http://juris.bundgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2016-3-15&n=74392&pos=26&anz=33>, 連邦通常裁判所はその理由を次のように述べている。まず、ドイツ法上の当該規定の法的性質については以下のように述べられている。

〔15〕 a 旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項第一文の目的は、財団財産の縮小を倒産手続に入る以前の段階で阻止すること、および、財団財産を維持する義務が取締役に課されている事案につき、すべての会社債権者が倒産手続において正当な順位のもとにかつ同等の満足を受けられるようにするために、会社財産が回復される途を担保すること、これらにある（確定の判例、参照されるものとして、たとえば、BGH, Urteil vom 29. November 1999 II ZR 273/98, BGHZ 143, 184, 186; Urteil vom 14. Mai 2007 II ZR 48/06, ZIP 2007, 1265, 1266; Urteil vom 5. Mai 2008 II ZR 38/07, ZIP 2008, 1229 Rn. 10; Habersack/Foerster, ZHR 178 [2014], 387, 390 ff.）。旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項第一文がこうしたやり方で念頭に置いているのは、通常の場合、会社の損害ではなく、将来の倒産手続に登場する債権者の損害である。原則に従って会社債務を履行する目的でこの禁止に反して支払が行われる場合、当該支払は、貸借対照表総額の減少をもたらすに過ぎず、財団財産の損害を意味しない。というのは、その場合、後の倒産手続に登場する倒産財団の財産が減少しているに過ぎず、このことよって損害を被るのは倒産債権者だけだからである（BGH, Urteil vom 20. September 2010 II ZR 78/09, ZIP 2010, 1988 Rn. 14 Doberlug; Habersack/Schümbrand, WM 2005, 957, 959; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl., § 64 Rn. 4）。旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項第一文による責任追及は、通例、倒産手続の開始を前提とする。その場合、当該請求権を主張することは、倒産管財人の権限に属する。

〔16〕 有限責任会社法典が掲げるこのような目的は、次の二つの会社形式にも当てはまる。というのは、ドイツ法上の Gesellschaft mit beschränkter Haftung（有限責任会社）の場合も英国法上の Limited（非公開会社）の場合も、社員は、会社の債務については、原則として、自己の人的財産をもって責任を負うことがないからである。これら二つの会社形式のいずれにおいても、業務執行の主体は、その責任を負うと同時に、持分を有する社員としての資格をもち、また、これらの会社形式の場合にも、Geschäftsführer（業務執行者）であれ Direktor（取締役）であれ、会社が倒産状況に陥った後になされる支払は、事後の倒産債権者の負担において行われ、そのことで倒産財団財産が縮小するというリスクがある。このような事情を考慮すると、この種の支払から生じる責任の追及に関して、ドイツ法上の Geschäftsführer とイングラント法またはウェールズ法上の Direktor とを同一に取り扱うことが正当とされよう（これに賛同するものとして、Servatius, DB 2015, 1087 ff.; Schall, ZIP 2016, 289 ff.; Mankowski, NZG 2016, 281 ff.; von

Wilcken, DB 2016, 225 f.; Weller/Hübner, NJW 2016, 225; Schulz, EWiR 2016, 67)。

[17] b 法をこのように適用することは、EU法と矛盾しない。

[18] それどころか、EU裁判所が確認しているように、旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項第一文は、自社の財産についてドイツ国内で倒産手続が開始されている英国法上の Limited の Direktoren に対しても適用される。次に、居住移転の自由に反するか否かという点に関しては以下のように判示されている。

[19] 2 旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項に基づく責任を追及する上で必要なその他の要件は具備されている。

[20] 控訴裁判所が確認していたように、債務者がすでに支払無能力に陥り、その結果、倒産の危機に瀕している時期に、被告は、同社の財産の中から当該の支払を行っていた。これに対して、当該支払が、例外的に、旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項第二文の意味で普通の業務担当者 (ordentlicher Geschäftsmann) が備えるべき慎重な配慮のもとに行われていたか否か、また、これとは別の理由に基づいて、旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項第一文による責任追及が行われていなかったかどうかという点を控訴裁判所は確認していない。このことが当てはまる場合には、Geschäftsführer に過失のあることが推定される (参照されるものとして、BGH, Urteil vom 19. Juni 2012 II ZR 243/11, ZIP 2012, 1557 Rn. 10)。このような推定が行われる場合、上告が許容される。その他の点をみても、法適用上の瑕疵はない。

[21] 本件請求権は消滅時効にかかっていない。その消滅時効期間は、旧表現形式の有限責任会社法第六四条第二項第三文と結び付いた有限責任会社法第四三条第四項により、五年と定められている。この規定の文言が明確である点を考慮すると、上告趣意書の見解とは異なり、ドイツ民法典第一九五条、第一九九条という一般的规定に基づいて、消滅時効期間を三年ないし一〇年と定めた規定を類推適用することはできない。訴訟費用補助申請書の提出を通じて、消滅時効の進行が停止している旨の控訴裁判所の判断にも、法的な誤りはない。

(本学名誉教授)