

ヨーロッパ会社の制度化とE C法

——ヨーロッパ会社の必要性——

鳥 山 恭 一

目 次

はじめに

一 「開業の自由」と国内法上の会社

- 1 構成国間の会社の承認
- 2 構成国間の会社の合併
- 3 構成国間の本拠地の移転

二 「開業の自由」とヨーロッパ会社

- 1 ヨーロッパ会社の設立
 - 2 ヨーロッパ会社の組織
- おわりに

はじめに

欧州共同体（E C）は、周知のように、一九九二年末の市場統合の完成をめざして法制度の整備を進めてきた。

ヨーロッパ会社の制度化とE C法

ECの市場統合とは、いうまでもなく、ECの内部で、単一の国家の場合と同様の経済活動の自由な展開を可能にすることを目的としている。

単一の国家の場合には、企業は、その国内ならばどこにでも、商品を販売し、または、サービスを提供することができる。そのために、従業員を派遣することも可能であるが、さらに、支店あるいは代理店といった常設の施設を設けることもできる。また、この施設を会社組織にして別法人（子会社）とし、あるいは、その地域の企業と協力して合弁会社を設立することもできる。さらに、その地域の企業の支配権を取得し、または、その企業を吸収合併して、業務を拡張することも可能である。その土地が企業活動にとってより最適であると判断すれば、企業は、そこに活動の本拠地を移転させることもできる。こうして、企業がその規模を拡大していく場合でも、単一の国家の国内である以上、いうまでもなく、適用される法制度の内容が変わることはない。

(1) EEC条約が定める四つの「自由な移動」　一九五七年三月二五日にヨーロッパの六カ国によって署名された「欧州経済共同体を創設する条約（EEC条約）」は、このような自由な企業活動の展開が可能な「共同市場」をECの内部に実現させることを目的としている（二条）。このため、EEC条約は、欧州経済共同体（EEC）の構成国の間で、「商品」の自由な移動に対する制限（三条a）と、「人、サービスおよび資本の自由な移動に対する障害」（三条c）を廃止することを、EECの活動の内容として掲げており、これを実現するための手続きを、その第二部「共同体の基礎」で定めている。このように、「商品、人、サービスおよび資本の自由な移動」は、市場統合を実現させるために不可欠な四つの基本的な自由と考えられているのである。

これらの「自由な移動」のうち、「人」の移動として、EEC条約は、構成国の国民が、他の構成国の国内で、「労

働者」として就業する場合（四八条）、「開業」して独立の経済活動を行なう場合（五二条）、および、サービスの提供を一時的に行なう場合（六〇条三項）を規定している。このように、経済分野を対象としていたEEC条約は、構成国の国民である自然人一般の「自由な移動」までは認めておらず、これら三つの場合に限って、「人」の移動を認めていたにすぎなかった。すなわち、EEC条約は、「人」の自由な移動として、構成国間の自然人の自由な出入国そのものを認めようとしたのではなく、他の構成国の国内で、労働者、独立（自営）の企業者、または、一時的なサービスの提供者として経済活動を行なう自由を確保しようとしたのである。⁽¹⁾

(2) EEC条約と国内法上の会社　こうしてEEC条約が定めている四つの「自由な移動」のうち、「商品」および「資本」の自由な移動が確保されていることは、いうまでもなく、EC内部における、自由な企業活動の展開を可能にするための前提となる。これに対して、「人」の移動の一つとして定められている「開業の自由」は、構成国の国民に、他の構成国の国内で企業活動を行なうことそのものを認めようとするものである。EEC条約は、次の規定によって、「開業の自由」を、構成国の国民である自然人に認めており（五二条）、さらに、一定の条件を満たす会社その他の法人にも、「開業の自由」は認められている（五八条）。EEC条約は、また、会社が、構成国の間で本拠地を移転させまたは合併することを可能にするために、法制度の整備の作業を構成国間の交渉に委ねていた（二二〇条）。このように、EEC条約は、構成国の国民である自然人にだけでなく、一定の条件を満たす会社その他の法人にも、「開業の自由」の行使を認めようとしていた。こうして、EEC条約は、ECの内部で、個人企業だけでなく、会社組織の企業にも、はじめにみたような自由な企業活動の展開を可能にしようとしていたのである。⁽²⁾

第五二条 以下に定める規定の枠内で、構成国の国民の他の構成国の領域における開業の自由に対する制限は、移行期間中に、これを段階的に廃止する。この段階的な廃止は、いずれかの構成国の領域で開業しているいずれかの構成国の国民による、支所、支店または子会社の開設に対する制限にも適用する。

開業の自由は、開業がなされる国の法制度が自国の国民について定める条件に従って、自営の活動を開始し継続すること、および、企業とくに第五八条第二項の意味における会社を設立し経営することを内容とするが、資本に関する章の規定の適用がある場合はこの限りではない。

第五八条 構成国の法制度に従って設立され、かつ、定款上の本店所在地、中心的な管理部門または主要な業務施設が共同体の内部にある会社は、本章の規定の適用に関しては、構成国の国民である自然人と同一に扱う。

会社とは、協同組合を含む民法上または商法上の会社、および、公法または私法にもとづく他の法人をいうが、営利目的をもたないものはこれに含めない。

「開業の自由」は、このように、構成国の国民が、他の構成国の国内になんらかの常設の施設を設けて、独立（自営）の経済活動を始めること、および、これを継続して行なうことを内容としている（五二条二項）。もともと、構成国の国民は、この「開業の自由」にもとづいて、他の構成国の国内で、相手国の国内法上の規制を受けずに自由に活動できるわけではない。EEC条約は、国籍にもとづく差別の禁止を基本原則として掲げている（七条）。とくに、「開業の自由」に関しては、相手国の国民と同一の条件で企業活動が行なわれると明文で定められている（五二条二項）。したがって、相手国の国内法上の規制のうち、外国人であることを理由とする差別的な内容の規制が「開業の自由」に対する制限となる。

ただし、EEC条約は、閣僚理事会が採択する「ディレクティブ」⁽⁴⁾にもとづいて、このような「開業の自由」に對する制限を、構成国が「移行期間」中（一九六九年末まで、八条一項）に段階的に廃止していくと定めていたにすぎない（五二条一項、五四条）。しかし、欧州裁判所は、一九七四年六月二日のいわゆる *Reyners* 判決において、「移行期間」の経過による、EEC条約第五二条の直接適用性を認めている（CJCE, 21 juin 1974, *Reyners*, aff. 2/74, *Rec.* p. 631）。したがって、「移行期間」が経過した後は、他の構成国の国内で「開業」する構成国の国民は、相手国の国内法に外国人であることを理由とする差別的な内容の規制が残っている場合には、EEC条約第五二条にもとづいて、そのような規制の適用を排除できることになる。⁽⁵⁾

また、EEC条約は、「開業の自由」に對する国内法上の制限（差別的な規制）を廃止するだけでなく、構成国の間で国内法の内容を調整して、他の構成国における企業活動を容易にすることも、閣僚理事会が採択すべき「ディレクティブ」の内容として定めていた（五四条³、五七条）。構成国の国内法である会社法に関しても、その内容を調整するためのディレクティブが、周知のように、多数採択されている。⁽⁶⁾

(3) 単一欧州議定書とヨーロッパ会社 EEC条約は、以上のように、「商品、人、サービスおよび資本の自由な移動」を確保することによって、ECの市場統合を実現しようとした。しかし、実際には、一九七〇年代以降の経済の停滞のため、構成国の関心は、その後はむしろ、自国の国内政策に向けられていた。また、一九七二年以降の新構成国の加入のため、構成国の大臣によって構成される閣僚理事会も、その構成が拡大していた。このため、閣僚理事会における市場統合のための作業は、大幅に遅れていたのである。EC委員会は、こうして停滞した作業の進展を促す目的で、一九九二年末に市場統合を実現させるための作業計画を作成し、一九八五年六月に、「域内市

場の完成」と題した白書でこれを公表した。構成国の首脳は、一九八五年六月にミラノで開催された欧州理事会でこの白書を承認し、一九八六年二月には、EEC条約の改正をも内容とする「単一欧州議定書」が構成国によって署名された。「単一欧州議定書」は、構成国における批准を経て一九八七年七月一日に発効している。

この単一欧州議定書は、「域内市場」を、「商品、人、サービスおよび資本の自由な移動が本条約の規定に従って確保される、内部に国境のない地域」と定義しており（同議定書が追加したEEC条約八条二項、一九九二年末までにこのような「域内市場」を完成させることをECに義務づけていた⁽⁷⁾（同条一項）。単一欧州議定書は、また、閣僚理事会が、全会一致の決議によらずに「特別多数決」（一四八条⁽²⁾）によって採択できる事項の範囲を拡大した。こうして、単一欧州議定書は、閣僚理事会における市場統合のための作業を促進しようとしたのである。

ところで、ECの内部において、構成国のそれぞれの国内法が定める会社組織とは別に、EC法上の会社組織を制度化する必要性は、すでに、EEC条約の成立後の早い時期から主張されていた⁽⁸⁾。EC委員会は、一九七〇年六月三〇日に、EC法上の会社組織として「ヨーロッパ会社（*Societas Europaea*）」を制度化する目的で、EEC条約第二三五条にもとづく規則案を閣僚理事会に提出した（*JOCE n° C 124 du 16 oct. 1970, p. 1; Bull. CE, suppl. au n° 8-1970*）。さらに、この規則案に関する経済社会評議会と欧州議会の意見を考慮して、一九七五年五月一三日には、EC委員会は修正案を閣僚理事会に提出している（*Bull. CE, suppl. 4/75*）。しかし、ヨーロッパ会社においても、閣僚理事会における作業は、一九八二年以降中断していたのである。一般に、ヨーロッパ会社における労働者参加に関して構成国の間で意見の調整が不可能であったことが、作業中断の理由とされている。しかし、実際には、他の市場統合の作業と同様に、一九七〇年代以降の経済の停滞のために作業が再開されなかったとも指摘されている⁽¹⁰⁾。

一九八五年のEC委員会の白書は、前述のように、一九九二年末に市場統合を実現させるための作業計画を定めており、ヨーロッパ会社に関しても、一九八八年に、EC委員会が制度化のための規則案を改めて閣僚理事会に提出し、一九九〇年に、閣僚理事会がこれを採択すると定めていた(p. 34 et Annexe, p. 29)。このため、EC委員会は、一九八八年にヨーロッパ会社に関するメモランダムを公表して(*Bull. CE, suppl. 3/88*)、閣僚理事会、欧州議会等の意見を聴取した。そして、それらの意見を参考にして、EC委員会は、一九八九年八月二九日に、「ヨーロッパ会社の制度を定める閣僚理事会規則案」を閣僚理事会に提出した⁽¹⁾(*JOCE n° C 263 du 16 oct. 1989, p. 41; Bull. CE, suppl. 5/89*)。一九七〇年の規則案と一九七五年の修正案は、いずれも、閣僚理事会の全会一致の決議が必要になるEEC条約第二三五条にもとづいて提案されていた。これに対して、一九八九年の規則案は、単一欧州議定書の規定(同議定書が追加したEEC条約一〇〇A条1)にもとづいて提案されており、閣僚理事会の「特別多数決」による採択が可能である。ただし、この規定は、労働者の権利に関する規定には適用が認められていない(同条2)。このため、ヨーロッパ会社における労働者参加に関しては、EC委員会は、別に、「労働者の地位に関してヨーロッパ会社の制度を補完する閣僚理事会ディレクティブ案」を作成し、やはり、閣僚理事会の「特別多数決」による採択が可能なEEC条約第五四条にもとづいて、一九八九年八月二五日にこれを閣僚理事会に提出した(*JOCE n° C 263 du 16 oct. 1989, p. 69; Bull. CE, suppl. 5/89*)。しかし、EC委員会は、このディレクティブにもとづいて制定される構成国の国内法によって、ヨーロッパ会社における労働者参加の制度を組織しようとしているのである。さらに、これらの提案に関する欧州議会と経済社会評議会の意見を考慮して、EC委員会は、規則とディレクティブの修正案を、それぞれ、一九九一年の五月一六日と四月六日に閣僚理事会に提出している(*JOCE n° C 176 du 8 juill. 1991, p. 1; JOCE n° C 138 du 29 mai*).

1991, p. 8)。

(4) 本稿の目的　しかしながら、EEC条約は、はじめにみたように、ECの内部で、構成国の国内法上の会社による「開業の自由」の行使を可能にしようとしていた。したがって、EEC条約は、「ヨーロッパ会社」といったEC法上の企業組織の制度化を、直接には規定していなかったのである。そこで、以下では、まず、現在の段階における、構成国の国内法上の会社による「開業の自由」の行使の可能性を検討したい(一)。そうして、次に、現在提案されているヨーロッパ会社の制度を検討することによって(二)、このような「ヨーロッパ会社」の制度化が必要とされてきた理由を確認することを、本稿の目的としたい。

(1) ただし、周知のように、現在、目標とされているECの統合は、もはや経済分野に限定されていない。EC内部で「自由な移動」が認められる構成国の国民の範囲も、その後拡大されるに至っている。とくに、一九九〇年には、閣僚理事会は三個のディレクティブを採択し、別の構成国の退職者、学生、およびその他の国民に、それぞれ一定の条件で滞在する権利を認めることを、構成国に要求している (Directives du 28 juin 1990, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 90/366/CEE, JOCE n° L 180 du 13 juill. 1990, pp. 26, 28 et 30)。

(2) EEC条約における会社について、岡本善八「ローマ条約第五八条における会社」国際法外交雑誌六八巻五・六合併号（一九七〇年）一頁以下を参照。EEC条約が定める「開業の自由」の会社による行使に関して、拙稿「会社組織の展開とEEC条約」『公開会社と閉鎖会社の法理（酒巻俊雄先生還暦記念）』（商事法務研究会、一九九二年）四〇一頁以下。

EEC条約は、構成国間の「サービスの移動」に関するしても、「サービス」は無形であり、それ自体の自由な移動は確保できないため、構成国の国民に、他の構成国の国内における「サービスの自由な提供」という経済活動を認めている（五九条以下）。そして、「開業の自由」に関して会社その他の法人を構成国の国民と同一に扱うEEC条約第五八条の規定は、この「サービスの自由な提供」にも準用されている（六六条）。こうして、EEC条約は、自然人である構成国の国民と同様に、一定の条件を満たす会社その他の

法人にも、EC内部において「開業の自由」のほか「サービスの自由な提供」も認めようとしたのである。「サービスの自由な提供」として、EEC条約は、構成国間の「サービスの自由な移動」だけでなく、サービスの提供者が一時的に相手国に入学してサービスの提供活動を行なうこと（すなわち「人」の自由な移動）も認めている（六〇条三項）。

(3) 他の構成国の国内で常設の施設を設けず一時的に経済活動を行なうことは、「開業」ではなく、「サービスの自由な提供」（五九条一項、六〇条三項）の対象となる（CJCE 4 déc. 1986, *Commission c. Allemagne*, aff. 205/84, *Rec. p. 3755, 21^e motif*）。この場合には、「開業」することにもない適用される相手国の国内法上の規制は、適用されないことになる。「商品」の販売だけを目的とする、他の構成国への一時的な入学は、EEC条約自体では認められていない。

(4) 周知のように、ECの機関が定める法規範のうち「規則」が、ECの内部で直接に適用されるのとは異なっており（EEC条約一八九条二項）、「ディレクティブ」は、その定める期間内に必要な国内法上の措置をとることを、構成国に対して義務づけるものであり（同条三項）、EC内部で直接に適用されるわけではない。ただし、現在では、構成国が所定の期間内に必要な措置をとることを怠っている場合に、条件が付されおらず、充分に明確で分離し得る内容をもつディレクティブの規定を、私人が公権力に対して援用することが認められている。会社法の調整を目的とするディレクティブに関しても、欧州裁判所は、そのうちの第二ディレクティブの第二十五条第一項に直接適用性を認めて、ギリシャの国内法上の規制にもとづく会社に対する増資の命令の適用を排除している（CJCE 30 mai 1991, *M. Karella e. a. aff. jtes C-19 et 20/90, Rec. p. I-2691*）。

(5) EEC条約の適用は、原則として構成国の国内裁判所に委ねられており、構成国の国民は、EEC条約の規定の適用に関して、国内裁判所に訴えを提起することができる。EEC条約はこのように、その適用を原則として国内裁判所に委ねることで、構成国の主権を尊重しようとしており、欧州裁判所への直接の提訴は、EEC条約が認めている場合（一六九条以下）に限定されている。ただし、構成国の間でEC法の解釈を統一させるため、EC法の解釈に関して、欧州裁判所による先行判決の手続が定められている（一七七条）。とくに、最上級審である国内裁判所に対しては、当事者からの申立てがある場合には、欧州裁判所への付託が義務づけられている（同条三項）。

(6) 国内法上の会社に認められる「開業の自由」の内容は、前掲拙稿（注2）の三（四二〇頁以下）で検討の対象とした。なお、構成国の国内法である会社法の調整に関しては、多数の日本語文献が公表されている。それらのうち、森本滋「EC会社法の形成と展開」（商事法務研究会、一九八四年）、加藤恭彦編著「多国籍企業経営とEC会社法指令」（同文館、一九八八年）、石黒徹「EC会社

法の現状とヨーロッパ株式会社法案〔1〕〔6〕「商事法務一九九〇号」一二〇一（一九八九年）、同「EC会社法の展開」ジュリスト九六一号（一九九〇年）一六三頁以下、奥島孝康「EC会社法の形成と展望」日本EC学会年報一一号（一九九一年）一三六頁以下、大和正史「EC会社法の調整」『EC統合とEC法の展開』（関西大学法学研究所研究叢書第七冊、一九九二年）一一一頁以下などで、会社法の内容を調整するためのディレクティブは包括的に扱われており、最初の四ディレクティブとそれらのEC委員会の提案は、山口幸五郎編『EC会社法指令』（同文館、一九八四年）に訳出されている。企業会計に関する第四・第七ディレクティブについて、黒田全紀『EC会計制度調和化論』（有斐閣、一九八九年）。

〔7〕ただし、「一九九二年二月三十一日の期日設定は、自働的な法効果をもたらさない」とする宣言が、一九八五年九月九日の政府代表者会議で採択されている（*déclaration relative à l'article 8 A*）。

〔8〕EC内部の企業活動の手段として、国内法上の会社組織とは別に、構成国間の条約によって会社組織を定める必要性が、すでに一九五九年に、フランスの第五七回公証人会議で主張されていた。Voy. C. THIERCE, *Le statut des sociétés étrangères, in Le statut de l'étranger et le marché commun, 57^e Congrès des notaires de France, 1959*, pp. 239 et suiv., pp. 360 à 362. また「同じ年に」Pieter Sanders教授もオランダで、「ヨーロッパ株式会社」を制度化する必要性を主張している。Voy. *Question écrite n° 47 de M. Lichtenauer, avec la réponse de la Commission, JOCE n° 65 du 19 déc. 1959*, p. 1272. EC委員会は「一九六六年にヨーロッパ会社の創設に関するメモランダムを閣僚理事会に提出」（*Bull. CE, suppl. au n° 9/10-1966*）同時に「制度化の作業をPieter Sanders教授が主宰する専門家グループに委ねており、一九六六年二月には、ヨーロッパ会社の制度を定める条約案が公表されている（Pieter SANDERS, *Projet d'un statut des sociétés anonymes européennes*, Commission des CE, Etudes, série concurrence, n° 6, 1967）。一九七〇年にEC委員会が提出した規則案も「この条約案の内容にもとづいて作成されている。なお、一九六〇年に開催されたバリの国際会議に關して、大野實雄「EECと欧州型株式会社法」同「商法研究第三卷」（敬文堂、一九六三年）一頁以下。Sanders教授の提案は、木村暎「欧州株式会社（Europäische Aktiengesellschaft）の構想について」國學院法學八卷一号（一九七〇年）一頁以下で検討されている。

〔9〕これらの提案に關して、前注〔6〕に掲げた文献のほか、奥島孝康「ヨーロッパ会社法案の新展開」國際商事法務三卷八号（一九七五年）一一頁以下、ハンス・ヴェルディング（河本一郎訳）「ヨーロッパ株式会社法案の改正について（1）（2）」國際商事法務三卷一二号（一九七五年）一九頁以下、四卷一号（一九七六年）九頁以下、西賢「欧州会社と國際私法」民商法雜誌七八卷臨時増刊・

法と権利3(一九七八年)三九二頁以下を参照。また、EC委員会が提出した一九七〇年の規則案と一九七五年の修正案は、それぞれ、早稲田大学フランス商法研究会「ヨーロッパ会社法案」国際商事法務二巻七号(一九七四年)、法務大臣官房司法法制調査部「ヨーロッパ会社法案」(商事法務研究会、一九八〇年)に訳出されている。

(10) Voy. Karl GLEICHMANN, L'arsenal communautaire, réalisations et projets: le G.E.I.E., la société européenne, JCP éd. E. 1990, Supplément n° 1, pp. 7 et suiv., p. 9.

(11) ヨーロッパ会社に関するこの一九八九年の規則案は、前注(6)に掲げた石黒論文、奥島論文、大和論文のほか、正井章彦「ヨーロッパ株式会社法について」姫路法学九号(一九九一年)一頁以下、大和正史「ヨーロッパ株式会社とは何か」ノモス二号(一九九一年)一九二頁以下で検討されている。

一 「開業の自由」と国内法上の会社

EEC条約が「人」の移動の一つとして定めている「開業の自由」は、はじめにみたように、構成国の国民が、他の構成国の国内で、なんらかの常設の施設を設けて独立(自営)の経済活動を行なうことを内容としている(五二条二項)。

ところで、「開業の自由」が行使される場合は、一般に、「一次開業(établissement principal)」と「二次開業(établissement secondaire)」に区別されている。「一次開業」とは、構成国の国民が、他の構成国の国内に活動の本拠地を設ける場合である。したがって、すでに経済活動を行なっている構成国の国民が、その活動の本拠地を他の構成国の国内に移転させる場合だけでなく、構成国の国民が新たに経済活動を始める際に、その活動の本拠地を他の

構成国の国内に設ける場合も、やはり「一次開業」にあたることになる。これに対して、すでに経済活動を行なっている構成国の国民が、その活動の本拠地は従来の構成国の国内に維持しながら、他の構成国の国内にも支店等を設けて、それでも同時に経済活動を始める場合が「二次開業」である。

(1) 「開業の自由」と企業の本拠地 このうち、後者の「二次開業」に関しては、EEC条約は、「二次開業」を行なう構成国の国民が、すでにいずれかの構成国の国内で「開業」していることを要求している（五二条一項二文）。すなわち、たとえ企業の所有者が構成国の国民であっても、その企業がECの外部で活動している場合には、EEC条約は、この企業者が「開業の自由」にもとづいて、EC内部にその企業の支店等を開設することを認めていないのである。こうして、EEC条約は、ECの外部に本拠地をもつ企業が、ECの外部に本拠地を維持しながら、EEC条約が定める自由にもとづいて、EC内部で企業活動を始めることを阻止しようとしているのである。⁽¹²⁾

これに対して、前者の「一次開業」の場合には、たとえ、構成国の国民が、それまではEC外部の第三国を本拠地として企業活動を行なっていたとしても、「一次開業」の結果、その企業は今後は、EC内部に活動の本拠地をもつことになる。このため、「一次開業」に関しては、企業の従来の「開業」の場所は問題とされていないのである。

(2) 「開業の自由」が認められる会社 最初にみたように、EEC条約は、自然人である構成国の国民だけでなく、一定の条件を満たす会社その他の法人にも「開業の自由」を認めている（はじめにの(2)を参照）。会社に「開業の自由」が認められるためには、「構成国の法制度に従って設立され」ているだけでなく、さらに、「定款上の本店所在地、中心的な管理部門または主要な業務施設が共同体の内部にある会社」でなければならない⁽¹³⁾（五八条一項）。しかし、こうして第二の条件として選択的に列挙されている事項のうち「定款上の本店所在地」は、各国の会社法によ

って、それぞれ自国内に定めることが要求されている。したがって、この規定は実際には、「構成国の法制度に従って設立され」た会社であることを要求しているにすぎない。

ただし、「構成国の法制度に従って」会社として設立することが認められる企業の範囲は、それぞれの構成国が決定すべき問題である。現在、各国で採用されている会社法の適用範囲の規準は、周知のように、大陸法系の国で採用されている本拠地法主義と、英米法系の国で採用されている設立準拠法主義とに大別することができ¹⁴る。本拠地法主義を採用している国は、その国内に活動の本拠地をもつ会社組織の企業に、自国の会社法による設立を義務づけている。また、一般に、その国の会社法の適用は、その国内に活動の本拠地をもつ企業に限定されている。これに対して、設立準拠法主義を採用している国は、その会社法の適用に関して、企業の本拠地の場所を問題としていない。こうして、設立準拠法主義を採用している国は、自国の会社法による設立を広範囲の企業に認めようとしているのである。また、設立準拠法主義を採用している国は、他国の会社法に従って設立された会社が、自国内に活動の本拠地をおくことも認めている。

EECの当初の構成国は六カ国であり、EEC条約が署名された一九五七年の段階では、これらの国はすべて、その会社法の適用について本拠地法主義を採用していた。すなわち、この時点では、「構成国の法制度に従って」会社として設立されている企業は、すべて、ECの内部を活動の本拠地としていたのである。しかし、オランダはその後、一九五九年の法律によって、本拠地法主義を放棄し設立準拠法主義を採用した。さらに、一九七三年にECに加入したイギリスとアイルランドも、会社法の適用に関して設立準拠法主義を採用している。したがって、現在では、ECの外部に活動の本拠地をもつ企業であっても、定款上の本店所在地をこれらの国の国内としておけば、

これらの国の会社法に従って会社として設立することは可能となっている。そして、その場合には、このような企業も、EEC条約第五八条第一項の「会社」に該当し、それゆえ、EEC条約が定める「開業の自由」を行使することが可能となっているのである。

以上のように、オランダが一九五九年に設立準拠法主義を採用して以来、ECの外部を活動の本拠地とする企業でも、設立準拠法主義を採用している構成国の会社法に従って会社として設立されていれば、ECの内部で「一次開業」を行なうことは可能になっていた。しかし、「二次開業」を行なう場合には、前述のように、その企業はさらに、すでにいずれかの構成国の国内で「開業」していることが必要である（五二条一項）。こうして要求される「開業」の内容に関して、閣僚理事会は、一九六一年二月一八日に採択した「開業の自由に対する制限の廃止のための全体計画」（五四条一）のなかで、「会社の定款上の本店所在地だけが共同体……の内部にある場合には、会社の活動が、構成国……の経済と実際のかつ継続した関係をもっていなければならない」と定めている（VOCE n° 2 du 15 janv. 1962, p. 36）。すなわち、構成国の会社法に従って会社として設立されている企業は、ECの内部に「中心的な管理部門」または「主要な業務施設」をおいていなくても、構成国の経済と「実際のかつ継続した関係」をもっていれば、ECの内部で「一次開業」だけでなく「二次開業」も認められることが明らかにされたのである。¹⁵⁾

(3) 「開業の自由」の会社による行使 以上のように、EEC条約は、自然人である構成国の国民に対してだけでなく、一定の条件を満たす構成国の国内法上の会社にも「開業の自由」を認めている。しかし、会社は自然人の場合とは異なって、構成国の国内法に従って設立されている。このため、会社は、自然人に対すると同様に「開業の自由」を認めても、それだけでは、会社が、自然人と同様にこの「開業の自由」を行使することは可能にはな

らない。

すなわち、会社が構成国の国内法に従って設立されている以上、会社の権利能力も、やはりその国の国内法によって認められていることになる。したがって、このような会社が、他の構成国の国内で、「開業の自由」を行使して企業活動を行なうためには、まず、相手国によって、この会社の権利能力が承認されていることが必要となる(1)。さらに、会社が、他の構成国の国内で「一次開業」を行なうと、その結果として、従来の構成国の会社法に代えて相手国の会社法が適用される場合も生じてくる。会社による「一次開業」としては、相手国の会社と合併する場合(2)のほか、相手国の国内に活動の本拠地を移転させる場合(3)を考慮することができる。EEC条約は、はじめにみたように、これらの点に関する法制度の整備の作業を構成国間の交渉に委ねていた(三〇条)。しかし、これらの点に関する構成国間の条約は、次にみるように、現在に至るまでいずれも成立していない。

1 構成国間の会社の承認

ヨーロッパ諸国の間では、会社の承認(認許)は、従来、各国の法令規定または判例法によって行なわれており、二国間の条約で相互に会社が承認される場合もあった。そして、これらの承認の条件と効果の内容は同一ではなかったのである。このため、多国間の条約によって、会社の承認に関する統一の条件と効果を定める試みも行なわれていた。こうして、一九五一年に開催された第七回ハーグ国際私法会議では、「外国の会社、社團および財団の法人格の承認に関する条約」が採択され、一九五六年六月一日に、ベルギー、スペイン、フランス、ルクセンブルグおよびオランダがこの条約に署名している。また、欧州評議会(Conseil de l'Europe)では、「欧州会社開業条約(Convention

européenne de l'établissement des sociétés)」に対する署名が、一九六六年一月二〇日以降認められている。しかし、これらの条約は、いずれも、必要な数の国による批准がないため発効してはいなかった。⁽¹⁶⁾

(1) 条約の必要性　これまでみてきたように、EEC条約第五八条は、一定の条件を満たす構成国の国内法上の会社に「開業の自由」を認めており、同条はそのかぎりでは、「開業の自由」が行使される場合の、構成国間の会社の承認をも内容としていると考えることはできる。しかし、同条は、会社の承認自体の条件も、またその効果も明らかにしていない。EEC条約は、構成国相互の会社の承認に関する作業を、構成国間の交渉に委ねていた（二二〇条）。EC委員会では、Berthold Goldman 教授が主宰する専門家グループが、このための条約の作成作業を一九六二年六月に開始した。そして、一九六八年二月二九日に、構成国は、「会社および法人の相互承認に関する条約」に署名したのである（*Bull. CE, suppl. au n° 2-1969, pp. 5 et suiv.*）⁽¹⁷⁾。

しかし、各国が採用している会社法の適用範囲の規準は、すでにみたように、設立準拠法主義と本拠地法主義とに対立していた（一の冒頭(2)を参照）。構成国間の条約によって会社の承認を定める場合、本拠地法主義を採用している国にとっては、承認の対象となる相手国の会社は、相手国の会社法に従って設立されている会社のうち、相手国の国内に活動の本拠地があるものに限定されることになる。このように、いわゆる抵触法上の問題である会社法の適用範囲に関する規準の対立のために、外人法上の問題である「承認（認許）」の条件に関しても困難な問題が生じていたのである。⁽¹⁸⁾

一九六八年に署名された「会社および法人の相互承認に関する条約」は、設立準拠法主義を原則とし、構成国の法律に従って設立された会社その他の法人を同条約にもとづく承認の対象と定めている（一条、二条）。しかし、第一

に、活動の本拠地がECの外部にあり、いずれの構成国の経済とも「確かな関係 (ties and links)」をもっていない会社に関しては、構成国が承認の拒否を宣言することが認められている(三条)。第二に、構成国は、自国内に活動の本拠地がある会社に関しては、たとえ、その会社が他の構成国の会社法に従って設立されている場合でも、自国の法律の強行規定を適用すると宣言することが認められている(四条一項)。そして、この宣言が行なわれた場合には、その国の法律の任意規定も原則として適用されることになる(四条二項)。⁽¹⁹⁾ こうして、この条約は、設立準拠法主義を原則としながら、二つの場合について、例外的に構成国による宣言を認めることで、本拠地法主義との妥協もはかっていたのである。⁽²⁰⁾ 同条約は、また、承認の効果(六条、七条、八条)、および、構成国が「公の秩序」を理由として承認を拒否できる場合(九条、一〇条)についても規定している。

(2) 条約の未発効　しかし、ECの当初の構成国のうちオランダは、この条約を批准しなかった。さらに、その後の構成国の増加のため、条約の内容の調整も必要となっている。このように、この条約がいまだに発効していないため、EC内部における国内法上の会社の承認は、現在でも、構成国の国内法または二国間の条約に委ねられており、法的に不安定な状態が続いている。とくに、EEC条約によって会社に「開業の自由」が認められている場合でも、活動の本拠地がある国と設立準拠法の国とが異なっている場合には、少なくとも「開業」以外の点に関しては、この会社に対する承認を本拠地法主義の構成国が拒否する可能性は残されている。また、公法上の法人が承認の対象となっていない場合も少なくない。⁽²¹⁾ さらに、「公の秩序」を理由とする承認の拒否に関しては、その条件が常に明確にされているわけではない。

2 構成国間の会社の合併

国内法上の会社が他の構成国の会社と合併する場合、合併後の企業が相手国の国内を本拠地として活動をするときは、そのような合併は、この会社にとっては「一次開業」にあたる。そして、合併後の企業が、相手国の会社法に従って設立された会社となる場合には、まず、従来の構成国の会社法がそのような合併を認めているかどうか問題となる。しかし、そのような合併は、ECのすべての構成国で認められていたわけではない。また、これが認められている場合でも、一般に、社員全員の同意が必要とされており、したがって、社員数が限られている閉鎖的な会社の場合を除いて、そのような合併は事実上不可能となっていた。⁽²²⁾

(1) 条約案の作成　EEC条約は、前述のように、構成国の間で会社の合併を可能にするための作業も構成国間の交渉に委ねていた(二二〇条)。このため、Berthold Goldman教授が主宰するEC委員会の専門家グループは、会社の承認に関する作業に引き続いて、一九六五年三月に会社の合併に関する条約案の作成作業を開始しており、一九七三年に「株式会社の国際合併に関する条約案」を公表している(Bull. CE, suppl. 13/73)。当時は、国内法上の合併の制度自体が構成国の間で大きく異なっていた。このため、株式会社の合併に関する国内法の内容を調整する目的で、EC委員会は第三ディレクティブの作成を進めていた。「株式会社の国際合併に関する条約案」も、この第三ディレクティブの内容に可能な限り従っており、それ以外の点についてだけ、構成国間の会社の合併に固有の手続きを定めている。合併を承認する株主総会の決議に関しては、条約案は、国内法または定款が構成国間の合併について特別の条件を定めることを認めている。ただし、その場合でも、条約案は、出席株主の議決権の四分の三を超える賛成と議決権ある株式の二分の一を超える出席（または、出席株主の議決権の四分の三と出席株主が有す

る資本の五分の四を超える賛成）を決議要件として要求することは禁止している（二七条、四四条一）。

ただし、条約案の作成の過程では、第一に、条約にもとづく合併が認められる会社の範囲が問題となった。すなわち、構成国の会社法に従って設立されているが、ECの外部に活動の本拠地をもつ会社に対して、条約にもとづくEC内部における合併を認めるか否かについて、構成国の間で見解が対立したのである。⁽²³⁾ 第二に、すでに、構成国の一部では、株式会社の業務監査機関または業務執行機関への労働者代表の参加が義務づけられる場合があった（西ドイツ、オランダ）。他の構成国の会社との合併が可能になると、企業はどのような合併によって、労働者参加に関する規制の適用を回避できることになる。そこで、とくに西ドイツは、この株式会社の国際合併に関する条約において、労働者参加に関する規定を設けることを主張した。⁽²⁴⁾ EC委員会のもとで条約案の作成を担当した専門家グループは、これらの問題の解決には、いずれも政治的な判断が必要であるとして、その解決を閣僚理事会における政府代表者間の交渉に委ねたのである。

(2) 第一〇ディレクティブの提案 合併に関する国内法の内容を調整するための第三ディレクティブは、一九七〇年六月一六日にEC委員会はこれを閣僚理事会に提案しており、閣僚理事会は一九七八年一〇月九日にこれを採択した（78/855/CEE, JOCE n° L 265 du 20 oct 1978, p. 36）。しかし、構成国間の合併を可能にするための条約案に関しては、構成国の間でそのような合併を可能にする必要性について合意が成立せず、このため、閣僚理事会における作業は一九八〇年以降中断していたのである。⁽²⁵⁾

条約の成立には、いうまでもなく、すべての構成国による署名と条約の批准が必要である。これに対して、EEC条約第五四条にもとづくディレクティブは、閣僚理事会の「特別多数決」によって採択される（五四条2）。このた

め、現在ではEC委員会は、条約の方法に代えて、ディレクティブにもとづいて制定される構成国の国内法によって、構成国間の会社の合併を可能にしようとしている。⁽²⁶⁾ こうして、EC委員会は、一九七三年に公表した条約案の内容も考慮して、「株式会社の国境を越えた合併に関する」第一〇ディレクティブ案を作成し、一九八五年一月十四日にこれを閣僚理事会に提出したのである。⁽²⁷⁾ (JOCE n° C 23 du 25 janv. 1985, p. 11; Bull. CE, suppl. 3/85)° この第一〇ディレクティブ案は、合併を承認する株主総会の決議に関して、国内の合併の場合よりも加重した決議要件を構成国間の合併について定めることは禁止している(七条)。また、国内法上の労働者参加制度の適用が回避される結果となる合併に関しては、構成国が、ディレクティブにもとづいて制定される国内法の適用を、そのような合併については排除することが認められている(一条三)。

このほか、EC委員会は、すでに一九六九年に、構成国間の合併にともなう税制上の障害を排除するためのディレクティブを閣僚理事会に提案していた。閣僚理事会は、一九九〇年七月二三日になって、構成国間の合併、分割等の場合における、企業の未課税利益に対する課税を回避するためのディレクティブを採択している。⁽²⁸⁾ (90/434/CEE, JOCE n° L 225 du 20 août 1990, p. 1)°

3 構成国間の本拠地の移転

構成国の国内法上の会社が、その活動の本拠地を他の構成国の国内に移転させる場合、この会社に対する相手国の会社法の適用が問題となる。ただし、構成国が採用しているそれぞれの会社法の適用範囲の規準は、すでにみたように、構成国の間で一致してはいない(一の冒頭(2)を参照)。このため、会社が活動の本拠地を移転させる場合に、

従来の会社法に代えて相手国の会社法が適用されるか否かに関しても、構成国によって結果は異なってくる。

(1) 相手国の会社法の適用　すなわち、会社法の適用に関して本拠地法主義を採用している国は、自国内に活動の本拠地をもつ会社企業に、自国の会社法による設立を義務づけている。また、その会社法の適用は、一般に、自国内に活動の本拠地をもつ企業に限定されている。したがって、ある構成国の国内法上の会社が、他の構成国の国内に活動の本拠地を移転させる場合、従来の構成国と相手国との少なくともいずれか一方が、その会社法の適用に関してこのような本拠地法主義を採用しているかぎり、この会社は、従来の構成国の会社法に代えて相手国の会社法の適用を受けなければならないことになる。

しかし、このような結果をとまなう本拠地の移転が可能かどうかは、まず、従来の構成国の会社法上の問題である。このような本拠地の移転は、すべての構成国で認められているわけではない。また、これが認められている場合でも、他国の会社との合併の場合と同様に、通常は、社員全員の同意が要求されている。したがって、社員数が限られている閉鎖的な会社の場合を除いて、このような本拠地の移転は事実上不可能となっている⁽²⁹⁾。また、このような構成国間の本拠地の移転には、税制上の障害も存在する⁽³⁰⁾。E E C条約は、会社の承認および構成国間の合併だけでなく、このような本拠地の移転を可能にするための作業も構成国間の交渉に委ねていた⁽³¹⁾。しかし、現在まで、このための作業は開始されていない。

これに対して、会社法の適用に関して設立準拠法主義を採用している国は、企業の活動の本拠地の場所を問題としておらず、定款上の本店所在地を自国内におくことを要求しているにすぎない。したがって、従来の構成国と相手国とのいずれもが、その会社法の適用に関して設立準拠法主義を採用している場合には、企業は、定款上の本店

所在地を従来の構成国の国内としておけば、従来の会社法の適用を受けたまま、その活動の本拠地を相手国の国内に移転させることが可能となる。

(2) 本拠地移転の否定　しかし、欧州裁判所は、一九八八年九月二七日の判決で、構成国の国内法上の会社には、その活動の本拠地を他の構成国の国内に移転させる権利を認めなかった。すなわち、欧州裁判所は、会社法の適用範囲の規程が構成国の間で異なっているという問題、および、国内法上の会社が他の構成国の国内に本拠地を移転させる可能性とその方法に関する問題は、EEC条約においてはいずれも、第五二条が定める「開業の権利」にもとづいて解決されるべき問題ではなく、ディレクティブまたは構成国間の条約によって解決されるべき問題であると判断した。そして、このようなディレクティブまたは条約が成立していない以上、EEC条約第五二条および第五八条は、「共同体法の現状では」、国内法上の会社に、その活動の本拠地を他の構成国の国内に移転させる権利を認めていないと判示したのである（CJCE, 27 sept. 1988, *Daily Mail*, aff. 81/87, *Rec.* p. 5483）。

欧州裁判所は、このように、本拠地を他の構成国の国内に移転させる権利を国内法上の会社に認めないことで、国内法上の会社による本拠地の移転の可能性について、構成国の間で不均衡が生ずる結果を回避したと解されている。⁽³²⁾しかし、次にみるヨーロッパ会社法の制度化が実現すれば、国内法上の会社は、ヨーロッパ会社に組織変更すること、その活動の本拠地を他の構成国の国内に移転させることが可能となる。したがって、ヨーロッパ会社の制度化が実現した後は、欧州裁判所は、この一九八八年の判決の立場を変更すると考えることができる。

(12) ただし、こうしてEC内部で「二次開業」を行なう場合に要求される、いずれかの構成国における「開業」の内容は、EEC条約では明らかにされていない。その後、閣僚理事会は、次にみるように、会社に関して、その活動が「構成国の経済と実際のか

つ継続した関係をもって「いれば足りることを明らかにしている（一の冒頭(2)を参照）。このため、個人企業に関しても、一般に、活動の本拠地はEC外部の第三国にある場合でも、支店の開設等の「二次開業」がいずれかの構成国において行なわれていれば足りると解されている。しかし、このような解釈が、活動の本拠地を第三国に維持している企業による、EC内部における「開業」を阻止しようとする第五二条第一項の規定の趣旨に完全には適合してゐないことも、同時に指摘されている。Voy. Berthold GOLDMAN et Antoine LYON-CAEN, *Droit commercial européen*, 4^e éd., Précis Dalloz, Paris, 1983, n° 119, pp. 184 et 185.

(13) 「開業の自由」が認められる「会社」には、民商法上の「会社」だけでなく、私法上または公法上の他の営利目的の法人も含まれる（五八条二項）。さらに、法人格はない団体でも、権利能力が認められているかぎり、この場合の「会社」に含まれると一般に解されている（ドイツ法上の合名会社（OHG）など）。次にみる一九六八年の「会社および法人の相互承認に関する条約」（一の1（1）を参照）は、会社は法人格をもたないという理由だけでは同条約の対象から除外されないと規定している（八条）。

(14) たとえば、龍田節「国際化と企業組織法」竹内昭夫・龍田節編『現代企業法講座第二巻』（東京大学出版会、一九八五年）二五九頁以下、二七〇・二七二頁。本拠地法主義の立場では、営業の中心地と経営の中心地とのいずれを本拠地とみるかで、見解はさうに对立している。たとえば、折茂豊『国際私法（各論）（新版）』（有斐閣、一九七二年）四〇・四一頁を参照。

(15) 「開業の自由」が認められる国内法上の会社の範囲は、前掲拙稿（注2）の二（四一頁以下）で検討の対象とした。

(16) これらの条約に関して、Voy. par exemple B. GOLDMAN et A. LYON-CAEN, *op.cit.* (note 12), n°s 95 à 100, pp. 152 à 161. 前者のいわゆるハーグ条約に関しては、石井良三「終戦後における国際私法に関するハーグ条約案(一)」法務資料三三三三三（一九五四年）一二二頁以下、野木新一「終戦後における国際私法に関するハーグ条約案(三)」法務資料三四〇〇（一九五六年）五三一頁以下のほか、川上太郎「外国会社等の承認に関するハーグ条約について」神戸法学雑誌五卷一二号（一九五五年）一五七頁以下を参照。

(17) この条約に関しては、西賢「会社及び法人の相互承認に関する欧州経済共同体条約」神戸法学雑誌三〇巻二号（一九八〇年）二七五頁以下、岡本善八「EEC「会社相互承認条約」と民法第三六条」同志社法学三二巻三・四号（一九八〇年）一五頁以下を参照。

(18) たとえば、一九五一年の第七回ハーグ国際私法会議で採択された前出のいわゆるハーグ条約は、設立準拠法主義に従って、締約国の法律により権利能力が認められた会社を、他の締約国による承認の対象と定めていた（一条）。しかし、設立準拠法主義を採用している締約国の会社法に従って設立された会社が、他の本拠地法主義をとる国の国内を活動の本拠地としている場合には、そのような本拠地がおかれている締約国または本拠地法主義をとる別の締約国が、この会社の承認を拒否することを条約は認めていた（二

条）。ハーグ条約は、こうして、本拠地法主義を採用している国にも配慮していたのである。

また、欧州評議会の「欧州会社開業条約」も、原則として設立準拠法主義に従いながら、例外的に、承認の対象となる会社について、締約国が、いずれかの締約国の経済との「実際のかつ継続した関係」を要求することを認めている。例外的に要求することが認められているこの条件は、EECの閣僚理事会が一九六一年に採択した「開業の自由に対する制限の廃止のための全体計画」で定めていたものである（一の冒頭(2)を参照）。

これらの条約の内容について、前注（16）に掲げた文献を参照。

- (19) 本拠地がある国の法律の任意規定は、その適用を会社が定款において排除している場合、または、設立準拠法の国において合理的な期間実際に活動を行なったことを会社が証明できる場合には適用されない（四条二項）。これらの場合には、本拠地がある国の法律の任意規定の適用が不当に回避されているおそれはないと考えられたのである。Voy. B. GOLDMAN et A. LYON-CAEN, *op.cit.* (note 12), n° 132, p. 198.

- (20) この一九六八年の「会社および法人の相互承認に関する条約」は、EEC条約がすでに定めている「開業の自由」を、国内法上の会社が行使するための前提として起草されたものである。このため、この一九六八年の条約は、EEC条約が国内法上の会社による「開業の自由」の行使を認めている範囲内では、構成国が会社の承認を拒否する可能性を認めることはできなかった。

したがって、第一に、共同体の外部に活動の本拠地をもつ会社が、一九六八年の条約第三条にもとづく宣言を行なった構成国の承認を受けるために必要な、構成国の経済との「確かな関係 (lien sérieux)」は、EEC条約第五二条にもとづいて「二次開業」を行なうために必要な、構成国の経済との「実際のかつ継続した関係 (lien effectif et continu)」（一の冒頭(2)を参照）より限定的なものではありえないことになる。Voy. Berthold GOLDMAN, *La France et le droit communautaire des sociétés*, in *La France et les Communautés européennes*, sous la direction de Joël Rubeau et al., L.G.D.J., Paris, 1975, pp. 545 et suiv., p. 552.

第二に、設立準拠法主義を採用している国の会社法に従って設立された会社が、他の、本拠地法主義を採用している国の国内を活動の本拠地としている場合に関して、一九五一年に採択されたハーグ条約は、前注(18)でみたように、この場合、本拠地法主義を採用している国がこの会社の承認を拒否することを認めていた。しかし、一九六八年の条約が、構成国によるこのような会社の承認の拒否を認めることは、やはり、EEC条約が定めている「開業の自由」と矛盾する結果となる。このため、一九六八年の条約第四条は、本文でみたように、この場合に、活動の本拠地がある国の法律の適用を認めることによって、本拠地法主義と設立準拠法主義

との妥協をはかったのである(ただし、活動の本拠地がある国の法律を、他の国が、その会社に対して適用することまでは認められていない)。したがって、そのような会社は、同時に「二カ国の法律の適用を受けることになり、異なる会社法の要求を同時に満たすことが実際には困難であるとも指摘されている。Voy. par exemple Pierre Mayer, *Droit international privé*, 4^e éd., Précis Domat, Montchrestien, Paris, 1991, n° 1032, p. 616. しかし、このような問題が生じる可能性は、条約の起草者である Goldman 教授自身が当初から認めていた。Voy. Rapport concernant la convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales (signée à Bruxelles le 29 février 1968), présenté par M. Berthold Goldman, *RTD eur.* 1968, pp. 405 et suiv., n° 17 c. すなわち、この場合に、本拠地法主義を採用している構成国が会社の承認を拒否することを認めることはできず、しかもこれらの構成国に本拠地法主義の放棄を強制することもできない以上、本拠地法主義を採用している国の法律の適用を確保するためには、このような制度を採用せざるを得なかったと考えられているのである。そして、同一の会社に二カ国の会社法が同時に適用されることにともなう問題に関しては、まず、このような問題が生じる場合を企業は自ら回避するものと期待されている。さらに、ディレクティブにもとづく会社法の調整が進展することによって、問題が生ずる余地は少なくなると予想されている。Voy. B. GOLDMAN et A. LYON-CAEN, *op.cit.* (note 12), n° 132, p. 198.

(21) これらの点に関して、Voy. B. GOLDMAN et A. LYON-CAEN, *op.cit.* (note 12), n° 125, p. 192. Voy. également Rapport par M. Berthold Goldman, *op.cit.* (note 20), *RTD eur.* 1968, pp. 405 et suiv., n°s 3 et 4.

(22) 当時、オランダの会社法には合併の制度が存在しておらず、また、ドイツの学説は他国の会社との合併を認めていなかった。ベルギー、フランス、ルクセンブルグでは、他国の会社法が適用される結果となる合併を行なうためには、社員全員の同意が必要であると解されていた。Voy. Berthold Goldman, Rapport introductif (Rapport concernant le projet de convention sur la fusion internationale des sociétés anonymes), *Bull. CE*, suppl. 13/73, pp. 29 et suiv. et *RTD eur.* 1974, pp. 464 et suiv., n° 4.

(23) 一九七三年に公表された「株式会社との国際合併に関する条約案」は、一九六八年に署名された「会社および法人の相互承認に関する条約」にもとづいて構成国によって承認されている会社が、条約案にもとづく合併を行なうことができると定めていた(一条1)。しかし、すでにみたように、この一九六八年の条約は、構成国の会社法に従って設立されている会社のうち、ECの外部に活動の本拠地をもち、いずれの構成国の経済とも「確かな関係」をもっていない会社に関して、構成国が承認の拒否を宣言することを認めていた(二三条、一の1(1)を参照)。フランスは実際に、同条約の批准の際に、この承認の拒否を宣言していた。このように、構

成国による承認拒否の宣言が認められていたため、この宣言の対象となる会社による、EC内部における合併の可能性に関して、構成国の間で見解が対立したのである。

条約案は、このような承認拒否の宣言の対象となる会社が合併の当事会社となっている場合、この合併のいずれかの当事会社または合併による新設会社が、承認拒否を宣言している構成国の国内に本拠地をもっているときには、そのような合併は認められないと規定している（一条2）。したがって、一部の構成国による承認拒否の宣言の対象となる会社が合併の当事会社となっている場合でも、合併のいずれの当事会社もまた合併による新設会社も、承認拒否を宣言している構成国の国内に活動の本拠地をおいていない場合には、そのような合併は認められることになる（第二条）。第二条は以上のように規定するにとどまっていたが、第一案は、さらに、この場合、そのような合併は承認拒否を宣言している構成国に対しては効力を生じないとする規定を設けている（第一案が定める一条3）。

(24) これに対して、イタリアは、労働者参加に関する規定を条約案に定めることには反対した。このような構成国間の意見の対立のため、条約案自体には労働者参加に関する規定は定められておらず、前注(22)に掲げたGoldman教授の報告書に複数の提案が付されている（Annexe 2）。

(25) *このことについて* Voy. B. GOLDMAN et A. LYON-CAEN, *op.cit.* (note 12), n° 242, p. 277.

(26) 次の論者が、この点を指摘する。Odette Loy, *Le marché unique et les sociétés*, *DPCE* 1989, pp. 249 et suiv., n° 59, note 19.

(27) この第一〇ディレクティブ案は、山口幸五郎・吉本健一「会社の国際合併に関するEC指令案について」*阪大法学*一四七号（一九八八年）二八七頁以下に訳出されている。

(28) また、同日に採択された別のディレクティブは、複数の構成国に及ぶ親子会社に適用される税制度を定めており(90/435/CEE, *JOCE* n° L 225 du 20 août 1990, p. 6) さらに、企業グループ内における二重課税の回避を目的とする条約も構成国の間で締結されている(90/436/CEE, *JOCE* n° L 225 du 20 août 1990 p. 10)。

(29) 会社がその本拠地を国外に移転させる場合に関する構成国の国内法の内容について Voy. B. GOLDMAN et A. LYON-CAEN, *op.cit.* (note 12), n° 79 et suiv., pp. 135 et suiv. たとえば、ドイツの判例は、国外に活動の本拠地を移転させることは会社の解散にあたるとしており、ベルギーの学説も同様に、国外への会社の本拠地の移転を認めていない。

フランスの商會会社法(一九六六年七月二四日法律)は、株式会社に關して、フランスと受入国との間で会社の本地地の移転に關する特別な条約がある場合には、株主全員の同意がなくても特別總會の決議によつて、国外への本地地の移転を会社が決定することを認めている(一五四条)。したがつて、E.E.C.条約第二二〇条にもとづく構成国間の会社の本地地の移転に關する条約が成立すれば、フランス法上の株式会社は、この規定にもとづいて、株主全員の同意がなくても、他の構成国の国内にその本地地を移転させることが可能になる。しかし、このような条約が成立していない場合については明文の規定はない。また、合資会社および有限会社に關しては、社員全員の同意がある場合に、会社がその本地地を国外に移転させて、相手国の会社法の適用を受けることが認められている(三二条一項、六〇条一項)。しかし、その場合の法人格の維持に關しては、直接には規定されていないのである。

会社が、解散と、相手国の会社法に従つた新会社設立の手續を経ないで、その活動の本地地を国外に移転させて、相手国の会社法の適用を受けることができるか否かに關しては、フランスでは從來から見解は対立している。現在では、社員全員の同意があるかぎり、さらに、解散と新会社設立の手續きを要求する必要はないとして、この場合の法人格の維持を認める見解が多い。Voy. Jean Marc Bischoff, *Observation sur la validité du transfert international de siège social, Mélanges Bastian*, tome 1, Litec, Paris, 1974, pp. 23 et suiv.; Jean Hénard, François Terré et Paul Mabilat, *Sociétés commerciales*, Dalloz, Paris, tome II, 1974, n° 343, p. 300; Henri Battefoul et Paul Lagarde, *Droit international privé*, 7^e éd., tome 1, L.G.D.J., Paris, 1981, n° 194, p. 233; Yvon Loussouarn et Pierre Bourel, *Droit international privé*, 3^e éd., Précis Dalloz, Paris, 1988, n° 709, pp. 973 et 974; P. Mayer, *op. cit.* (note 20), n°s 1056 et 1058, pp. 628 et 629. しかし、商法研究者の間では、会社の法人格はそれぞれの国内法が認めてゐることを理由として、この場合の法人格の維持を否定する見解もなお有力であるように思われる。Voy. Joseph Hamel, Gaston Lagarde et Alfred Jauffret, *Droit commercial*, tome 1, 2^e éd., 2^e vol. par G. Lagarde, Dalloz, Paris, 1980, n° 429, p. 86; Yves Guyon, *Droit des affaires*, tome 1, 6^e éd., Economica, Paris, 1990, n°s 180 et 182, pp. 179 et 183.

(30) とくに、会社による国外への本地地の移転が、従来の構成国の税法上会社の解散と同一に扱われる場合には、会社の利益のうちそれまで未課税の部分も、その際に課税の対象となる(たとえば、フランスの租税一般法典(二二一条二項))。

設立準拠法主義を採用している構成国の中で会社がその活動の本地地を移転させる場合にも、同様に、なんらかの税制上の規制が適用されることになる。次にみる一九八八年の欧州裁判所判決も、イギリス会社法に従つて設立された会社が、その活動の本地地をオランダに移転させようとした際に、イギリスの税務当局がそのような移転を許可しなかつた事案である。この会社は、このため、

イギリスの税務当局の決定は、EEC条約が定める「開業の自由」に反すると主張して争ったのである。

(31) このことを、次の論者が指摘する。O. Loy, *op.cit.* (note 26), n°s 24 et 72.

(32) Yvon Loussouarn, *Nationalité des sociétés et Communauté économique européenne*, *Rev. juris. com.* 1990, pp. 145 et suiv., p. 152; id., *Le droit de détachement des sociétés*, *RTD eur.* 1990, pp. 229 et suiv., p. 235. 一九八八年のこの欧州裁判所の判決は、山内惟介「ヨーロッパ共同体法と会社属人法の決定基準」現代社会の諸位相（中央大学社会科学研究所研究報告一〇号、一九九〇年）二一頁以下、および、同「ヨーロッパ国際会社法とデイリー・メール決定」法学新報九八巻一二号（一九九一年）三七七頁以下において、とくに、会社属人法の決定基準に関するドイツの議論との関連で検討されている。

二 「開業の自由」とヨーロッパ会社

はじめにみたように、現在、提案されているヨーロッパ会社の制度化は、構成国の国内法が定めている会社組織とは別に、EC法上の会社組織を定めることを内容としている。もっとも、このようなEC法上の企業組織は、現在でも存在していないわけではない。

すなわち、一九五七年にEEC条約と同時に署名された欧州原子力共同体条約(Euratom条約)は、すでに、「共同企業 (Entreprise commune)」の組織を定めていた(四五条以下)。「共同企業」は、ECの原子力産業の発展を促すための法的な手段であり、「共同体における原子力産業の発展にとってきわめて重要な企業」にその設立が認められている(四五条)。「共同企業」の法人格はEuratom条約が定めており(四九条二項)、さらに、「共同企業」は、それぞれの構成国の国内において法人に認められるもっとも広範な権利能力を有すると定められている(同条三項)。ただし、

このような「共同企業」を設立するためには、閣僚理事会の決議が必要である（同条一項）。

これに対して、ヨーロッパ会社は、いうまでもなく、このようなEC機関の決議を経ないで自由に設立することが認められている。一九八五年に制度化された「ヨーロッパ経済利益団体」も、同様に、所定の条件を満たせば自由に設立できる企業組織である。

(1) 「ヨーロッパ経済利益団体」の制度化 一九八五年七月二五日の閣僚理事会規則が制度化した「ヨーロッパ経済利益団体」は、主に中小企業を対象とした、複数の構成国に及ぶ企業間の協力のための手段である。⁽³³⁾ フランスではすでに、中小企業に市場競争力を確保する目的で、企業間の協力のための手段として「経済利益団体(Groupe-ment d'Intérêt Économique: GIE)」が制度化されており（一九六七年九月三日オルドナンス第六七八二号）、その組織の柔軟性のため、この制度は広く利用されていた。ヨーロッパ経済利益団体の制度は、このフランスの経済利益団体の制度に倣って定められており、ヨーロッパ経済利益団体に關しても、その組織を構成員が自由に定める余地は広範に認められている。⁽³⁴⁾ ヨーロッパ経済利益団体の構成員は、団体の債務について連帯無限責任を負っており（二四條）、このため、構成員に団体への出資は義務づけられていない。ただし、ヨーロッパ経済利益団体は、会社の場合と異なつて、あくまでも構成員の経済活動のための手段にすぎず、その活動は構成員の経済活動を補助する範囲に限定されている（二三條一二項）。⁽³⁵⁾

ヨーロッパ経済利益団体を設立できる者は、構成国の法制度に従つて設立された、EC内部に中心的な管理部門をもつ会社その他の法人と、商工業、手工業、農業、自由職その他の業務をEC内部で行なっている自然人に限定されている（四條一）。このように、ヨーロッパ経済利益団体の構成員となる法人企業および個人企業は、EC内部に

活動の本拠地をもたなければならず、EC外部に活動の本拠地をもつ企業はこの組織を利用できない。また、ヨーロッパ経済利益団体は、複数の構成国におよぶ企業間の協力を組織することを目的としている。したがって、少なくとも二構成員が、異なる構成国の国内に活動の本拠地をもっていなければならない（四条二）。さらに、こうして設立されるヨーロッパ経済利益団体の「所在地（*siège*）」も、EC内部におかなければならない（二条一項）。ただし、ヨーロッパ経済利益団体の中心的管理部門の場所だけでなく、団体もそこで現実の活動を行なっているかぎり、団体の構成員の中心的管理部門の場所を、ヨーロッパ経済利益団体の「所在地」とすることも認められている（二条）。

ヨーロッパ経済利益団体は、このように、構成国の国内法ではなく、EC法が定める企業組織である。しかし、ヨーロッパ経済利益団体の対外的な活動だけでなく、団体契約と団体の内部運営に関しても、一九八五年の閣僚理事会規則に規定がない場合には、団体の「所在地」がある構成国の国内法が適用される（二条一）。また、団体の権利能力は閣僚理事会規則が定めているが（二条二）、法人格の有無は、やはり、「所在地」がある構成国の国内法が定めべきものとされている（二条三）。このように、EC法上の企業組織であるにもかかわらず、ヨーロッパ経済利益団体の組織に関しては、「所在地」がある構成国の国内法が適用される余地が認められているのである。したがって、ヨーロッパ経済利益団体の組織に適用される法制度は、「所在地」がおかれる構成国によって内容が異なることになる。また、団体の設立登記（六条）と登記事項の公示（八条）も「所在地」がある構成国で行なわれる（三九条）⁽³⁷⁾。

ヨーロッパ経済利益団体が、他の構成国の国内に活動の本拠地を移転させる場合、これによりその「所在地」も相手国に移転させると、団体に適用される国内法が変わることになる。一九八五年の閣僚理事会規則は、団体の構

成員全員の同意を条件として、このような「所在地」の移転を認めており、その際の移転案の公示と登記の手續きを定めている（二四条）。ただし、構成国は、その国内法に規定を設けて、このような「所在地」の移転を公益上の理由で拒否する権限を留保することができる（二四条4）。したがって、構成国が、国内法にそのような規定を定めていれば、たとえば、国内法上の労働者参加制度の適用を免れるためにヨーロッパ経済利益団体が「所在地」を移転させる場合には、この構成国は、そのような「所在地」の移転を拒否できることになる。

(2) 「ヨーロッパ会社」の制度化　EC委員会は、はじめにみたように、一九八九年八月に、改めて、ヨーロッパ会社を制度化するための規則案とディレクティブ案を閣僚理事会に提出した。さらに、それらの修正案が、それぞれ一九九一年の五月と四月に閣僚理事会に提出されている。従来の提案と同様にこれらの提案においても、ヨーロッパ会社は株式会社の形態をとるものとされており、ヨーロッパ経済利益団体の場合とは異なって、その法人格も規則案が定めている（規則案一条）。「ヨーロッパ会社（*Societas Europaea*）」の場合、商号がいずれの構成国の言語によるものであっても、その商号にSEの頭文字を付すことが義務づけられており（二一条一項a）、また、資本額はECUで表示されることになる（三八条1）。

ヨーロッパ会社は、従来から、EC内部において、大規模企業の活動を容易にするための企業組織として考えられてきた。しかし、現在の規則案は、複数の中小企業がこの制度を利用して、EC内部で企業活動を展開する可能性も排除していない（12° *considérant*）。⁽³⁸⁾このため、ヨーロッパ会社の最低資本額は一〇万ECU（約一六〇〇万円）に引き下げられている（四条1）。しかも、株金の払込みに関して分割払込制度がとられており、設立または増資の時点では、券面額の二五％の払込みが義務づけられているにすぎない（三八条2の2、四二条3）。

ただし、ヨーロッパ会社は、ヨーロッパ経済利益団体の場合と同様に、複数の構成国に及ぶ企業組織を制度化することを目的としている。したがって、国内法上の会社とは異なつて、ヨーロッパ会社の設立が認められる場合は限定されている（1）。また、ヨーロッパ会社の組織に関しても、現在の提案では、ヨーロッパ経済利益団体と同様に、構成国の国内法が適用される余地は広範に認められている（2）。

1 ヨーロッパ会社の設立

一九六六年の Sanders 教授の提案以来、ヨーロッパ会社は、EC 内部における、国内法上の会社の企業活動を容易にするための手段として構想されてきた。このため、「ヨーロッパ経済利益団体」の場合とは異なつて、個人企業が直接ヨーロッパ会社を設立することは当初から認められていない。

ただし、この Sanders 教授の提案では、ヨーロッパ会社は、国内法上の会社がその企業活動を EC 内部で拡大するための手段として位置づけられていた。このため、複数の国内法上の株式会社が合併し、または持株会社もしくは共同子会社として、ヨーロッパ会社を設立する場合のほかに、国内法上の株式会社が単独で、ヨーロッパ会社に組織変更し、または、子会社としてヨーロッパ会社を設立することも認められていた（1-3 条 1）。これに対して、その後の EC 委員会の提案では、ヨーロッパ会社は、企業間の協力および集中の手段として位置づけられていた。このため、国内法上の会社によるヨーロッパ会社の設立は、合併による設立、または、持株会社もしくは共同子会社としての設立に限定されたのである。しかし、一九九一年に EC 委員会が提出した修正案では、合併と持株会社または共同子会社としての設立のほかに、ヨーロッパ会社の設立を容易にするために、再び、国内法上の会社がヨ

ヨーロッパ会社に組織変更することも認められている。このほか、一九六六年の Sanders 教授の提案以来、既存のヨーロッパ会社が、新たに別のヨーロッパ会社を設立する可能性も認められている。

(1) 国内法上の会社による設立 一九九一年の修正案は、以上のように、国内法上の会社がヨーロッパ会社を設立する方法として、複数の会社が合併してヨーロッパ会社を設立する場合、複数の会社が持株会社としてまたは共同子会社としてヨーロッパ会社を設立する場合、および、会社が単独でヨーロッパ会社に組織変更する場合を認めている。

これら四つの設立方法のうち、合併によってヨーロッパ会社を設立できる会社は、国内法上の会社のなかでも株式会社に限定されている(二条1)。これに対して、持株会社としてのヨーロッパ会社の設立は、一九九一年の修正案では、中小企業によるヨーロッパ会社の利用を容易にするために、株式会社だけでなく有限会社にも認められている(二条1の2)。さらに、共同子会社としてのヨーロッパ会社の設立は、EEC条約第五八条第二項(はじめにの(2)を参照)の意味における会社、すなわち、公法上および私法上のすべての営利目的の法人に対して認められている(二条2)。一九九一年の修正案は、このほか、国内法上の会社がヨーロッパ会社に組織変更することも認めたのであるが、しかし、そのような組織変更を行なうことができる会社は株式会社に限定されている(二条3)。⁽³⁹⁾

ただし、ヨーロッパ会社は、EC内部において、複数の構成国に及ぶ企業組織を制度化することを目的としている。したがって、合併によってヨーロッパ会社を設立する株式会社は、少なくとも二社が、その中心的な管理部門を異なる構成国の国内においていなければならない(二条1)。また、持株会社または共同子会社としてヨーロッパ会社を設立する会社その他の法人は、やはり、少なくとも二社が、その中心的な管理部門を異なる構成国の国内にお

いているか、または、中心的な管理部門がある構成国以外の構成国の国内に、子会社もしくは業務施設をもっていない（二条１の２、二条２）。国内法上の株式会社がヨーロッパ会社に組織変更する場合にも、同様に、この株式会社は、その中心的な管理部門がある構成国以外の構成国の国内に、子会社または業務施設をもっていない（二条３）。

また、このようにしてヨーロッパ会社を設立する会社その他の法人は、構成国の国内法に従って設立されていなければならない、さらに、定款上の本店所在地だけでなく、その中心的な管理部門もＥＣ内部にあることが要求されている。ＥＣの外部に活動の本拠地をもつ企業による、ヨーロッパ会社の設立は認められていないのである。しかし、第三国の企業が、ＥＣ内部にあるその子会社を介してヨーロッパ会社を設立することは可能である。また、第三国の企業が、既存のヨーロッパ会社に資本参加することも可能である。ＥＣ委員会は一九七〇年の提案では、ヨーロッパ会社の業務執行機関である「執行役会」の構成員に関して、その過半数が構成国の国民であることを要求していた（六三条³）。しかし、このような制限は現在の提案には定められていない⁽⁴⁰⁾。

現在提案されている規則案は、国内法上の会社が合併してヨーロッパ会社を設立する場合の手續に関して詳細な規定を定めている（二七条ないし三〇条の二）。ただし、その内容は、合併に関する国内法の内容を調整した一九七八年の第三ディレクティブに従っている。合併を承認する株主総会の決議は、ヨーロッパ会社を設立する場合でも、国内の合併と同じ決議要件で採択される（二二条一）。第一〇ディレクティブはいまだに閣僚理事会によって採択されていないため、現在でも、構成国間の会社の合併は事実上不可能となっている（二の２を参照）。しかし、ヨーロッパ会社の制度化が実現すれば、このように構成国間の合併が実際に可能になる。

(2) ヨーロッパ会社による設立 構成国の国内法上の会社だけでなく、既存のヨーロッパ会社が、新たに別のヨーロッパ会社を設立することも認められている。現在の提案では、ヨーロッパ会社は、他のヨーロッパ会社または構成国の国内法上の株式会社と合併して、ヨーロッパ会社を設立することができる(三条一)。また、ヨーロッパ会社は、他のヨーロッパ会社または構成国の国内法上の株式会社もしくは有限会社とともに、持株会社としてヨーロッパ会社を設立することもでき(三条一の二)、さらに、これらの会社だけでなく構成国の国内法上の他の営利目的の法人とともに、共同子会社としてヨーロッパ会社を設立することも認められている(三条二)。これらの場合の国内法上の会社その他の法人に関しては、やはり、その中心的な管理部門はEC内部にあることが要求されている。

このほか、国内法上の会社の場合とは異なつて、ヨーロッパ会社は単独で、子会社として別のヨーロッパ会社を設立することができる(三条三)。一九八九年の提案では、この場合に、さらに孫会社としてヨーロッパ会社を設立することは禁止されていた。しかし、一九九一年の修正案では、このような制限も廃止されている。したがって、ヨーロッパ会社自身が会社グループを形成する余地も、一九九一年の修正案では広範に認められている。

2 ヨーロッパ会社の組織

一九六六年のSanders教授の提案以来、ヨーロッパ会社は、構成国の国内法が定める企業組織ではなく、国内法とは区別されるEC法が定める企業組織として提案されてきた。このため、従来の提案は、ヨーロッパ会社の組織に関して多くの詳細な規定を設けていた。また、明文で定められていない問題は、ヨーロッパ会社の制度が基礎とする一般原理に従って解決されなければならず、それが不可能な場合には、構成国の国内法に共通の原則または一

般原理に従つてこの問題は解決されると定められていた（一九六六年の Sanders 教授の提案 I-7 条 2、一九七〇年および一九七五年の EC 委員会の提案七条 1）。このように、従来の提案では、ヨーロッパ会社の組織に関して、構成国の国内法の適用を認めることは考えられていなかったのである。そして、一九六六年の Sanders 教授による提案（I-8 条、II-1-6 条、II-1-7 条 1）と同様に、一九七〇年および一九七五年の EC 委員会の提案でも、ヨーロッパ会社の設立登記は、欧州裁判所に設けられる「ヨーロッパ商業登記簿」に行なわれるものと規定されており（八条）、設立の適性は欧州裁判所によつて確認され（二七条）、EC 官報に設立登記が公示された日に、ヨーロッパ会社は法人格を取得すると定められていたのである（一九条 1）。

しかし、ヨーロッパ会社の組織に関して、このように、構成国の国内法の適用をすべて排除する場合には、多数の、詳細で、それゆえ企業にとっては拘束的な内容の規定を、閣僚理事会の規則に定めることが必要になる。EC 委員会は、ヨーロッパ会社の制度化の作業を進展させる目的で、一九八九年の提案では、ヨーロッパ会社の組織に関して構成国の国内法が適用される事項を明文で定めて、規則案の内容を簡略にしている。⁽⁴¹⁾一九九一年の修正案では、次にみるように、国内法が適用される範囲はさらに拡大されている。

また、ヨーロッパ会社に関するあらゆる問題について、閣僚理事会の規則が規定を設けることは不可能である。それゆえ、従来の提案のように、ヨーロッパ会社の組織に関して構成国の国内法の適用を完全に排除する場合には、規則が規定していない問題について、欧州裁判所の判例法が形成されるまで、法的に不安定な状態が続くことになる。一九八九年に提出された規則案では、ヨーロッパ会社の組織に関して規則が明文で規定していない問題は、この規則が基礎とする一般原理に従つて解決されなければならず、それが不可能な場合には、本店所在地が

ある構成国において株式会社に適用される法律に従って、この問題は解決されると定められている⁽⁴²⁾。EC委員会は、このように、構成国の国内法の適用を補充的に認めることで、ヨーロッパ会社の組織に関して「法の空白(vacuum juris)」が生ずる結果を回避したと解されている。⁽⁴³⁾

(1) 国内法の適用 ECでは、周知のように、構成国の国内法である会社法の内容を調整するためのディレクティブが、すでに多数成立している。したがって、ヨーロッパ会社の組織にも、これらのディレクティブにもとづいて調整されたそれぞれの構成国の会社法が適用されることになる。とくに、一九九一年の修正案では、特定のディレクティブの規定にもとづく国内法の適用が明文で定められている。⁽⁴⁴⁾

もっとも、ディレクティブによる調整は、会社法のすべての分野に及んでいるわけではない。たとえば、債券その他の証券の発行による株式会社の資金調達、現在でもディレクティブによる調整の対象となっていない。しかし、この点に関しても、一九九一年の修正案は、本店所在地がある構成国の国内法の適用を明文で認めている(五六条)。株券の交付、再交付および失効に関しても、同様に構成国の国内法が適用されることになる(五四条)。

また、株式会社の機関構成に関する第五ディレクティブは、いまだに閣僚理事会によって採択されていない。しかし、一九九一年の修正案では、第五ディレクティブの対象となっている株主総会の組織運営に関しても、構成国の国内法の適用が認められている(八一条の二)。このほか、ヨーロッパ会社の清算手続にも国内法が適用され(二二〇条)、さらに、国内法上の倒産処理手続もヨーロッパ会社に適用される(二一九条)。

(2) 機関構成 従来の提案では、ヨーロッパ会社の機関として、株主総会のほかに、業務執行機関である「執行役会(directoire)」と業務監査機関である「監査役会(conseil de surveillance)」が定められていた(一九六六年のSanders

教授の提案、一九七〇年と一九七五年のEC委員会の提案のそれぞれ第四章）。このように、ヨーロッパ会社については、当初から、業務執行機関と業務監査機関とを別個の機関とするいわゆる二層制の機関構成が定められていたのである。EC委員会は、他方で、構成国の国内法上の株式会社に關しても、一九七二年一〇月九日に閣僚理事会に提出した最初の第五ディレクティブ案において、やはり、同様の二層制の機関構成を定めていた（JOCE n° C 131 du 13 dec. 1972, p. 49; *Bull. CE*, suppl. 10/72）。すなわち、この第五ディレクティブ案は、国内法上の株式会社の機関として、株主總會のほか、業務執行機関（指揮機関 *organe de direction*）と業務監査機関（監査機関 *organe de surveillance*）を定めることを構成国に義務づけていたのである。

しかし、EC委員会は、欧州議會の反対のため、その後、国内法上の株式会社の機関構成を二層制に統一することとは放棄している。すなわち、EC委員会は、一九八三年八月一九日に閣僚理事会に提出した第五ディレクティブの修正案において、「指揮機関」と「監査機関」とによって構成される二層制の機関構成のほかに、両者の権限を単一の「管理機関（*organe d'administration*）」がもついわゆる一層制の機関構成についても規定したのである（JOCE n° C 240 du 9 sept. 1983, p. 2; *Bull. CE*, suppl. 6/83）。この修正案では、構成国が、その国内法上の株式会社に關して二層制の機関構成を定めなければならないことに変わりはなかった。ただし、会社が一層制の機関構成を選択することを、構成国が認めることが可能になったのである（二条⁽⁴⁵⁾一）。

ヨーロッパ会社に關しても、同様に、EC委員会は一九八九年の規則案において、一層制の機関構成と二層制の機関構成について規定しており、会社が定款でいずれかを選択するものと定めていた（六一条）。一九九一年の修正案では、構成国が、自国内に本店所在地をもつヨーロッパ会社の機関構成をいずれか一方に限定することも認められ

ている（同条）。

(3) 労働者参加 周知のように、西ドイツでは一九五一年の石炭鉄鋼共同決定法以来、一部の企業において、労働者の経営参加が義務づけられていた。このため、ヨーロッパ会社に関しても、一九六六年の *Sanders* 教授の提案が、すでに、労働者参加制度の適用を問題としている（第五章）。EC委員会も、企業における労働者の参加を促進させるために、一九七〇年の規則案において、監査役会への労働者代表の参加を義務づけていた。すなわち、ヨーロッパ会社の監査役会の構成員は、原則として少なくとも三分の一は、労働者によって選任されなければならない、残りの構成員が株主総会において選任されると定められていたのである（二三七条¹、ただし、労働者の三分の二の反対があるときには、代表者の選任は行なわれない——一三八条）。一九七五年の修正案では、監査役会の構成員のうち株主と労働者の代表はそれぞれ三分の一とされており、残りの三分の一は公益の代表者にあてられている（七四a条）。そして、この公益の代表者は、監査役会における株主と労働者の代表者が、株主総会、労働者代表機関および執行役会の提案にもとづいて選任すると定められていた（七五a条）。

EC委員会は、他方で、構成国の国内法上の株式会社に關しても、同様に、業務監査機関における労働者代表の参加を義務づけようとしていた。すなわち、EC委員会が一九七二年に提出した第五ディレクティブ案は、「監査機関」の構成員の選任方法として、(a) 少なくとも三分の一を労働者が選任し、残りの構成員を株主総会で選任する方法と、(b) 構成員はその互選によって選任されるものとし、ただし、株主総会と労働者の代表者にこの選任に対する拒否権を認める方法とを定めていた。構成国は、このいずれかの方式を選択して、それを、少なくとも従業員五〇〇人以上の株式会社に適用することが義務づけられていたのである（四条）。前述のように、二層制の機関構成のほか

に一層制の機関構成についても規定した一九八三年の修正案では、EC委員会は、二層制の場合の「監査機関」と一層制の場合の「管理機関」について、これら二つの構成員の選任方法を定めており、⁽⁴⁶⁾これに加えて、(c)労働者の代表機関を別に設置する方法、および、(d)団体協約によって労働者参加の組織を定める方法も認めていた。そして、構成国はこれら四つの方式のうちいずれかを選択して、それを、少なくともEC内部の従業員数が一〇〇〇人以上の株式会社に適用することが義務づけられていたのである（四条以下、二二b条以下、ただし、労働者の過半数の反対があるときには参加制度は適用されないと、構成国が定めることも認められていた——四条二項、二二b条二）。このように、国内法上の株式会社に關しては、EC委員会は当初から、すべての構成国において、単一の労働者参加の方式を強制することとは放棄していた。一九八三年に提出された第五ディレクティブの修正案は、構成国による選択の余地を拡げることとで、それぞれの構成国に、自国の実情に適合した方式の選択を可能にしようとしたのである。

最初にみたように、現在ではEC委員会は、ヨーロッパ会社における労働者参加の制度を、ディレクティブにもとづいて制定される構成国の国内法によって組織しようとしている。EC委員会は、このためのディレクティブ案を一九八九年に閣僚理事会に提出しており、一九九一年には修正案を提出している（はじめにの(3)を参照）。これらのディレクティブ案は、ヨーロッパ会社における労働者参加に関して四つの方式を定めており、それらは、EC委員会が前述の第五ディレクティブの修正案で定めていた四つの方式と基本的には同一の内容である。⁽⁴⁷⁾構成国は、このディレクティブにもとづいて制定する国内法において、これらの方式のすべてまたはその一部だけを定めることができる。構成国がその国内法にこれらの方式のうち一つだけを定めて、自国内に本店所在地をおくヨーロッパ会社に、その方式の採用を強制することも可能である（三条五）。本店所在地をおく構成国の国内法が複数の方式を定めている

場合には、そのうちのいずれかの方式がヨーロッパ会社の設立の際に選択されなければならない。⁽⁴⁸⁾ いずれかの労働者参加の方式が選択されないかぎり、ヨーロッパ会社の設立登記は認められない。⁽⁴⁹⁾ (三条2、規則案八条3)。

(4) 本店所在地 ヨーロッパ会社は、その定款で「本店所在地 (seat)」を定めなければならない。本店所在地はECの内部としなければならない。さらにそれは、会社の中心的管理部門の場所と一致していなければならない(規則案五条)。すなわち、現在提案されている規則案では、ヨーロッパ会社は、定款上の本店所在地だけでなく、その中心的管理部門の場所もEC内部に置くことが要求されているのである。

ヨーロッパ会社の設立登記は、本店所在地がある構成国で、その国内法が指定する登記簿に行なわれる(八条1)。ヨーロッパ会社は、この設立登記によって法人格を取得する(二六条)。前述のように、ヨーロッパ会社の組織には、このECの閣僚理事会規則のほかに、本店所在地がある構成国の株式会社に關する国内法が適用されることになる(二2の冒頭と(1)を参照)。国内法自体は、すでにディレクティブによる調整の対象となっている。しかし、ディレクティブは、構成国の間で国内法の内容を完全に一致させることを常に要求しているわけではない。また、株式会社に關するすべての事項について、ディレクティブが成立しているわけでもない。したがって、ヨーロッパ会社に適用される構成国の国内法には、構成国の間で多くの相違が残っている。さらに、すでにみたように、構成国は自国内に本店所在地をもつヨーロッパ会社の機関構成を、一層制または二層制のいずれかに限定できる(二2の(2)を参照)。ヨーロッパ会社が選択できる労働者参加の方式も、構成国によって異なってくる(二2の(3)を参照)。このように、現在の提案では、EC内部において、ヨーロッパ会社に關する単一の内容の法制度が実現するのではなく、本店所在地がおかれる構成国によって内容が異なる法制度がヨーロッパ会社に適用されるのである。

したがって、ヨーロッパ会社がその活動の本拠地を他の構成国の国内に移転させ、それゆえ定款上の本店所在地もそこに移転させる場合には、このヨーロッパ会社に従来の法制度とは異なる法制度が適用されることになる。一九九一年の修正案は、そのような本店所在地の移転も明文で認めており、その場合に、二カ月前の移転案の公示と移転後の相手国における登記を要求している（規則案五条の二²）。労働者参加の方式の変更が必要になる場合には、その選択に関して設立の場合と同じ手続きが要求されている（ディレクティブ案三条7、二2の(3)と注(48)を参照）。ただし、このような本店所在地の移転を決定する株主総会の決議は、通常の定款変更と同じ決議要件で採択される（規則案五条の二2二項）。

国内法上の会社による構成国間の本拠地の移転は、すでにみたように、従来の構成国と相手国とのいずれかがその会社法の適用に関して本拠地主義を採用しているかぎり、現在でも事実上不可能である。このため、欧州裁判所は、本拠地を他の構成国の国内に移転させる権利を、国内法上の会社には認めていない（一の3を参照）。しかし、これまでみてきたヨーロッパ会社の制度化が実現すれば、国内法上の株式会社は、ヨーロッパ会社に組織変更することによって、その活動の本拠地を他の構成国の国内に移転させることが可能になる。

(33) ヨーロッパ経済利益団体の組織は、「ヨーロッパ経済利益団体の制度化に関する一九八五年七月二五日の閣僚理事会規則（CEE, n° 2137/86）」に定められている（JOCE n° L 199 du 31 juil. 1985, p. 1; *Bull. CE*, suppl. 3/87）。ヨーロッパ経済利益団体は、正井章作「ヨーロッパ経済利益団体」姫路法学一号（一九八八年）五一頁以下で検討されており、一九八五年の閣僚理事会規則もそこに訳出されている。カール・ハインツ・ピルニー（大和正史訳）「ヨーロッパ経済利益共同体」『EC統合とEC法の展開』（関西大学法学研究所研究叢書第七冊、一九九二年）一四一頁以下も参照。

(34) すなわち、一九八五年の閣僚理事会規則は、ヨーロッパ経済利益団体の機関として、合議体を構成する構成員と業務執行者とを

定めているにすぎず（一六条一項）、他の機関は、会社の定款に相当する「団体契約（contrat de groupement）」（五条）によって設置することが認められている（一六条二項）。また、目的の変更、存続期間の延長、その他「団体契約」の変更には構成員全員の同意が必要とされているが、他の事項の決定に関しては、構成員間の議決権の配分、定足数、決議要件を「団体契約」で定めることが認められており、構成員の総会を實際に開催する必要もない（一七条）。

(35) ヨーロッパ経済利益団体は、団体自体の利益を実現することは目的としておらず、「その構成員の経済活動を容易にまたは発展させること、そのような活動の成果を改善しまたは増大させること」を目的としている（三条一項）。したがって、ヨーロッパ経済利益団体の「活動は、その構成員の経済活動と関連していなければならず、そのような活動に対して補助的な性格をもつものではない」（同二項）。このため、ヨーロッパ経済利益団体が、他の企業の活動を指揮または支配することは禁止されており、他の企業への資本参加は、団体の目的を達成するために必要な場合でも、構成員の計算で行なうことが義務づけられている（同条二）。

(36) ヨーロッパ経済利益団体の構成員に関しては、その活動の本拠地はEC内部にあることが要求されている（四条一項）。ヨーロッパ経済利益団体自体に関しては、このように、EC内部に定めるべき「所在地」は、団体もそこで現実に活動を行なっているかぎり、構成員の活動の本拠地で足りるとされている（二二条二項）。したがって、ヨーロッパ経済利益団体の「中心的管理部門」は、ECの外部におくことも可能と思われる。

(37) ヨーロッパ経済利益団体を制度化した一九八五年七月三日の閣僚理事会規則は、一九八五年八月三日から施行されている（四三条一項）。ただし、ヨーロッパ経済利益団体の設立登記と登記事項の公示は、このように構成国に委ねられており、構成国はこのための手続きを、一九八九年七月一日までに整備することが義務づけられていた（四一条一項）。このため、閣僚理事会規則は一九八九年七月一日から適用されると定められており（四三条二項）、同日から、ヨーロッパ経済利益団体の設立は可能になっている。一九八五年の閣僚理事会規則の適用のために制定された構成国の法令は、*Rev. soc.* 1989, pp. 796 et 797 に列挙されている。一九九〇年五月一日の時点で、七五以上のヨーロッパ経済利益団体が登記されていゝ。Voy. Philippe MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 2^e éd., Précis Dalloz, Paris, 1990, n° 634-1, p. 522.

(38) ヨーロッパ会社の最低資本額は、従来の提案では、設立の方法に応じて異なった額が定められていた。すなわち、一九六七年のSanders教授の提案は、合併によりまたは持株会社としてヨーロッパ会社を設立する場合の最低資本額を一〇〇万UCと定めていた（I-3条）。この額は、一九七〇年のEC委員会の規則案では五〇万UC、一九七五年の修正案では二五万UCに引き下げられ

ている（四条）。共同子会社としての設立に関しては、Sandels教授の提案と一九七〇年の規則案は、最低資本額を二五万UCと定めており、一九七五年の修正案ではこの額は一〇万UCに引き下げられている。さらに、Sandels教授の提案は、会社が単独で子会社としてヨーロッパ会社を設立する場合の最低資本額も二五万UCとしていたが、一九七〇年の規則案は、既存のヨーロッパ会社が子会社としてヨーロッパ会社を設立する場合の最低資本額を一〇万UCに引き下げている。

一九八九年の規則案は、本文でみたように、中小企業によるヨーロッパ会社の設立を可能にするために、最低資本額を、設立方法の如何を問わず一律に一〇万ECUと定めている（四条一）。

(39) 一九九一年の修正案は、ヨーロッパ会社の設立に関しても、規則が規定していない事項には国内法が適用されると定めている（二一条の二一）。ただし、合併によるヨーロッパ会社の設立に関しては、規則案自体が詳細な規定を設けており（二七条ないし三〇条の二）、その内容は、国内の合併に関する第三ディレクティブの内容に従っている。

国内法上の株式会社または有限会社が持株会社としてヨーロッパ会社を設立する場合には、それぞれの会社の社員は、持株会社の設立計画を総会で承認し、総会の後三カ月間、その株式または持分を将来のヨーロッパ会社に提出することができる。それぞれの会社の株式または持分のうち新たに設立されるヨーロッパ会社が有する株式または持分の割合は、設立計画で定めなければならない。その割合は議決権ある株式または持分の五一%を下回ってはならない。社員は、提出する株式または持分と引換えに、このヨーロッパ会社の株式を受領する。ただし、この三カ月の期間内に、所定の数の株式または持分が提出されない場合には、ヨーロッパ会社の設立は失効する（三一条、三一条の二）。

共同子会社としてヨーロッパ会社を設立する場合には、子会社を設立する場合に適用される国内法の規定が、それぞれの会社に適用される（三五条）。国内法上の株式会社がヨーロッパ会社に組織変更する場合には、定款変更と同じ条件で採択される株主総会の決議が必要である（三七条の二）。

(40) 以上のように、EC委員会は、一九七〇年に提出した規則案では、ヨーロッパ会社の業務執行機関である「執行役員」の構成員の国籍を制限していた。しかし、この制限に関して、ECの経済社会評議会は、第三国の国民によるヨーロッパ会社の株式の取得を禁止していない以上、執行役会の構成員についてだけ国籍を制限することは論理的ではなく、外国人差別の印象を与えるものではないと指摘した。Voy. Avis du Conseil économique et social, JOCE n° C 131 du 13 déc. 1972, p. 42. EC委員会も、この経済社会評議会の意見に従って、一九七五年に提出した修正案では、このような制限を削除している。Voy. Proposition d'un règlement

du Conseil portant Statut des sociétés anonymes européennes, Exposé des motifs, *Bull. CE*, suppl. 4/75, p. 163.

- (41) EC委員會在「ハコ」を指摘している。Voy. Commentaire de l'article 7 de la Proposition de règlement, *Bull. CE*, suppl. 5/89, p. 14.

(42) 一九八九年の規則案第七条は、ヨーロッパ会社の組織に適用される法規をこのように定めていた。一九九一年の修正案は、この規定を次のように修正し、適用法規の順位を明確にしている。すなわち、修正案の規定によれば、ヨーロッパ会社には、まず、この閣僚理事会規則の規定、および、この閣僚理事会規則が明文で定款条項の適用を認めている事項についてヨーロッパ会社の定款条項が適用される。そして、これらの定めがない場合には、本店所在地がある構成国の株式会社に關する法律の規定、および、その国内法上の株式会社と同一の条件で、ヨーロッパ会社の定款条項が適用される。

- (43) Y. LOUSSOUAN, *op. cit.* (note 32), *Rev. jur. com.* 1990, pp. 145 et suiv., p. 161.

(44) 一九九一年の修正案では、出資の検査と自己株式の取得(二八条2の3二項、四二条4、四九条1)、会社代表者の権限(六二条1、六六条1)、会計監査人の資格(一〇三条、一一一条)、および、同一の構成国の国内に本店所在地をもつヨーロッパ会社または国内法上の株式会社との合併(三二条1)に關して、それぞれ、第二ディレクトティブ、第一ディレクトティブ、第八ディレクトティブおよび第三ディレクトティブにもとづいて制定された国内法の規定の適用が明文で定められている。また、ヨーロッパ会社の年次計算書類と連結計算書類は、それぞれ、第四ディレクトティブと第七ディレクトティブの規定に従って作成することが要求されている(一〇一条2、一〇六条1)。

(45) 第五ディレクトティブに關するその後の閣僚理事会の作業では、構成国が、その国内法上の株式会社の機関構成を、一層制と二層制のいずれかに限定することも認められている。Voy. 37^e *apertu des activités du Conseil*, 1^{er} janvier - 31 décembre 1989, 1991, p. 44.

(46) ただし、一層制の場合の「管理機関」に關しては、(b)の構成員の互選による選任の方法は認められていない(二二b条2)。

(47) 第五ディレクトティブとヨーロッパ会社の労働者参加制度は、前注(6)に掲げた文献のほか、正井章彦「ECにおける労働者の経営参加」姫路法学六号(一九九〇年)四九頁以下、同「ヨーロッパ株式会社における労働者参加」姫路法学八号(一九九一年)一頁以下、および、同「共同決定と会社法の交錯」(成文堂、一九九〇年)二八一頁以下で検討されている。

(48) 本店所在地をおく構成国の国内法に複数の労働者参加の方法が定められている場合には、ヨーロッパ会社を設立しようとする

会社その他の法人の指揮機関または管理機関と労働者代表との合意によって、いずれかの方式が選択されなければならない（二条1）。合意が成立しない場合には、ヨーロッパ会社の創立総会に選択は委ねられる（二条2）。

(49) 国内法上の株式会社に関する一九七二年の第五ディレクティブ案、および、一九八三年のその修正案では、本文でみたように、労働者参加制度の適用は従業員数が一定数以上の会社に限定されていた。しかし、ヨーロッパ会社に関しては、現在の提案では、労働者参加制度の適用にそのような条件は付されていない。このため、ヨーロッパ会社に関しても、労働者参加制度の適用について従業員数を考慮すべきであると主張されている。Voy. Guy BAUDEU, *Les enjeux de la société européenne*, *Rev. dr. aff. int.* 1990, pp. 909 et suiv., p. 931.

おわりに

はじめにみたように、一九五七年三月二五日に署名され、一九五八年一月一日に発効しているEEC条約は、構成国の国民である自然人に対してだけでなく、構成国の国内法上の会社にもEC内部における「開業の自由」を認めていた（五二条、五八条）。EEC条約は、さらに、それぞれの構成国の国内法である会社法の内容もディレクティブによって調整していくものと定めていた（五四条3g）。こうして、EEC条約は、EC内部における、最初にみたような自由な企業活動の展開を、個人企業だけでなく会社組織の企業にも可能にしようとしたのである。しかし、会社は、自然人の場合とは異なって、構成国の国内法に従って設立されている。このため、国内法上の会社に、自然人に対すると同様に単に「開業の自由」を認めただけでは、会社は、自然人と同様にこの「開業の自由」を行使することはできない。すなわち、国内法上の会社が、他の構成国の国内で「開業の自由」を行使するためには、ま

ず、この会社の権利能力が相手国によって承認されていなければならない。さらに、国内法上の会社が相手国の会社と合併し、または、相手国の国内にその活動の本拠地を移転させる場合には、この会社に、従来の会社法に代えて、相手国の会社法が適用される場合も生じてくるのである。

しかしながら、EEC条約は、いわば「緊急措置をとって (parant au plus pressé)⁽⁵⁰⁾」「開業の自由」に関して、国内法上の会社を構成国の国民である自然人と同一に扱うと規定したにすぎなかった(五八条一項)。「開業の自由」の会社による行使に固有の問題は、すべて、構成国間の交渉に解決が委ねられていた(三三〇条)。こうして、EEC条約は、構成国間の条約がこれらの問題を解決することで、EC内部における、国内法上の会社による「開業の自由」の行使が可能になると予定していたのである。

(1) 国内法上の会社と「開業の自由」の行使 しかし、オランダが、一九五九年にその会社法の適用について設立準拠法主義を採用して以来、構成国の国内法である会社法の適用範囲の規準に関して、構成国の間で本拠地法主義と設立準拠法主義が対立していた。このような適用範囲の規準の対立のため、構成国の間で相互に会社を承認するための条約でも、承認の対象となる会社の範囲に関して困難な問題が生じていた(一の1を参照)。さらに、構成国間の合併に関する条約でも、条約にもとづく合併が認められる会社の範囲に関して、構成国の間で見解が対立したのである。

また、西ドイツでは、一九五一年に石炭鉄鋼共同決定法が制定されて以来、労働者代表の経営参加が一部の企業に義務づけられていた。構成国間の会社の合併が可能になると、企業はどのような合併によって、労働者参加制度の適用を回避できることになる。このため、西ドイツは、構成国間の合併に関する条約において、労働者の経営参

加についても規定することを要求した。しかし、この点に関する他の構成国の同意は得られていない。これらの理由で、構成国間の合併に関する条約は、構成国によって署名されるに至ってはならず、現在では、EC委員会は、第一〇ディレクティブを提案して、このような構成国間の合併を可能にしようとしている（一の2を参照）。

さらに、国内法上の会社による構成国間の本拠地の移転に関しては、EC委員会は、条約作成の作業に着手していない。このように、この点に関する法制度の整備は実現していないため、欧州裁判所は、一九八八年の判決で、「共同体法の現状では」、EEC条約第五二条は本拠地を他の構成国の国内に移転させる権利を国内法上の会社には認めていないと判示した（一の3を参照）。

以上のように、構成国の国内法上の会社が、合併または本拠地の移転によって他の構成国の国内で「一次開業」を行なうことは、現在でも、実際には可能になってはいない。したがって、EC内部における会社による「開業の自由」の行使は、もっぱら、支店の設置または子会社の設立といった「二次開業」として行なわれていることになる。

(2) ヨーロッパ会社と「開業の自由」の行使　これに対して、ヨーロッパ会社の法人格は、閣僚理事会の規則が直接に定めている。このため、この規則がECの閣僚理事会で採択されるならば、さらに、ヨーロッパ会社の承認がそれぞれの構成国で問題になることはない⁽⁵¹⁾。

また、すでにみたように、国内法上の株式会社は、他の構成国の株式会社と合併してヨーロッパ会社を設立することができる。さらに、ヨーロッパ会社が、国内法上の株式会社と合併することも認められている（二の1を参照）。このように、ヨーロッパ会社の組織を利用すれば、構成国間の会社の合併も可能になる。

一九九一年の修正案は、国内法上の株式会社がヨーロッパ会社に組織変更することも認めている。ヨーロッパ会社は、EC内部で他の構成国の国内にその活動の本拠地を移転させることができる(二の2(4)参照)。したがって、ヨーロッパ会社の組織を利用すれば、国内法上の株式会社が、他の構成国の国内にその活動の本拠地を移転させることも可能になる。

(3) ヨーロッパ会社の可能性 前述のように、構成国の国内法である会社法に関しては、その適用範囲の規程が構成国の間で一致していなかった。このため、構成国間の条約にもとづく承認と合併が認められる会社の範囲に關して、困難な問題が生じていたのである。これに對して、現在提案されているヨーロッパ会社の制度では、ヨーロッパ会社だけでなく(五条)、ヨーロッパ会社を設立する国内法上の会社その他の法人についても、その活動の本拠地はEC内部にあることが要求されている(二の1を参照)。このように、現在では、この問題は、本拠地法主義の立場で解決がはかられている。⁽⁵²⁾

また、前述のように、一部の企業に労働者の経営参加を義務づけていた西ドイツは、労働者参加制度の適用を確保するために、構成国間の合併に関する条約にも、労働者参加について規定を設けることを要求した。しかし、現在提案されているヨーロッパ会社の制度では、労働者参加の四つの方式が定められており、ヨーロッパ会社には、このうちのいずれかの方式を採用することが義務づけられているのである。

ただし、構成国は、これら四つの労働者参加の方式のうち、自国内に本店所在地をおくヨーロッパ会社が選択できる方式を限定することが認められている(二の2(3)を参照)。また、ヨーロッパ会社の機関構成に關しても、現在では、一層制と二層制の選択がヨーロッパ会社に委ねられており、一九九一年の修正案では、構成国が自国内に本店

所在地をおくヨーロッパ会社の機関構成をいずかに限定することも認められている（二の2(2)を参照）。このほか、現在の提案では、ヨーロッパ会社の組織に関して、本店所在地がおかれた構成国の国内法が適用される余地は広範に認められている（二の2(1)を参照）。このように、構成国が、その国内法においてヨーロッパ会社の組織に関して定めることができる範囲を拡大することで、EC委員会は、ヨーロッパ会社の制度化に必要な構成国の同意を得ようとしているのである。

(4) ヨーロッパ会社の必要性 他方で、構成国の国内法である会社法に関しても、構成国の間でその内容を調整するためのディレクティブが、すでに多数成立している。ただし、株式会社の機関構成に関する第五ディレクティブと、構成国間の株式会社合併に関する第一〇ディレクティブは、いずれも、労働者参加の問題が解決していないために、いまだに閣僚理事会によって採択されていない⁽⁵³⁾。しかし、ヨーロッパ会社の制度化が実現すれば、ヨーロッパ会社に関して定められた内容に従って、国内法上の株式会社に関しても第五ディレクティブを成立させることが可能になる。そして、こうして成立した第五ディレクティブにもとづいて、すべての構成国でなんらかの労働者参加の制度が定められる場合には、国内法上の会社による構成国間の合併を認めることも可能になるように思われる。

従来のヨーロッパ会社の提案では、一九七五年の修正案に至るまで、ECの内部で、その組織に関して構成国の国内法の適用を受けない、単一の内容をもつ企業組織を制度化することが目的とされていた。しかし、現在の提案では、前述のように、ヨーロッパ会社の組織に関して、本店所在地がおかれた構成国の国内法が適用される余地は広範に認められている。すなわち、現在の提案では、ECの内部で、ヨーロッパ会社という単一の内容をもつ企業

組織が制度化されるのではなく、本店所在地がおかれる構成国によって内容が異なるヨーロッパ会社という企業組織が制度化されるのである。したがって、国内法上の会社に加えて、さらに、ヨーロッパ会社を制度化することの意義は、現在の提案では、主に、ヨーロッパ会社の組織を利用することで、国内法上の会社による構成国間の合併と構成国間の本拠地の移転が可能になるという点にあると考えることができる。しかし、このことは、反対に、国内法上の会社が、ヨーロッパ会社の組織を利用しないで、直接にこれらの行為を行なうことが可能になるならば、ヨーロッパ会社を制度化する必要はなくなることを意味している。

ヨーロッパ会社の制度化が、実際には、ECにおける市場統合の完成の「象徴」としての意味を担っていることは、EC委員会の担当官自身も認めている⁽⁵⁴⁾。そして、ECは政治的および経済的に一体であるという認識が構成国の国民の間に深く浸透しないかぎり、ヨーロッパ会社は、いずれの構成国においても外国の会社とみられることになるという危険性も、また、指摘されているのである⁽⁵⁵⁾。

(50) B. GOLDMAN et A. LYON-CAEN, *op.cit.* (note 12), n° 123, p. 189.

(51) 現在提案されているヨーロッパ会社に関する規則案は、ヨーロッパ会社の法人格を定めるだけでなく(二条4)、さらに、ヨーロッパ会社はそれぞれの構成国において、その国内法上の株式会社と同一の権利能力を有すると規定している(七条4)。

(52) 一九六六年に公表されたヨーロッパ会社に関するSauders教授の提案は、EC外部の第三国の会社がヨーロッパ会社を設立することも認めていた(I-2条1b)。しかし、EC委員会が一九七〇年に提出した規則案は、ヨーロッパ会社を設立できる会社を、構成国の会社法に従って設立された会社に限定している(二条)。他方で、一九七三年に公表された「株式会社の国際合併に関する条約案」は、構成国の会社法に従って設立された会社のうち、一九六八年に署名された「会社および法人の相互承認に関する条約」で承認されている会社に、構成国間の合併を認めていた(二条1)。

しかし、この一九六八年の会社の承認に関する条約は、構成国の会社法に従って設立された会社であっても、活動の本拠地がECヨーロッパ会社の制度化とEC法

の外部にあり、いずれの構成国の経済とも「確かな関係」をもっていない会社に関しては、構成国が承認の拒否を宣言することを認めていた（三条、一の1(1)を参照）。このため、一九七三年の国際合併に関する条約案では、合併の当事会社が一部の構成国による承認拒否の宣言の対象となっている場合に関して、構成国の間で見解が対立したのである（前注（23）を参照）。EC委員会が一九七五年に提出したヨーロッパ会社に関する修正案も、ヨーロッパ会社を設立する構成国の国内法上の会社について、やはり、一九六八年の条約で承認されていることを要求していた。そして、この修正案はさらに、ヨーロッパ会社を設立する構成国の国内法上の会社、それらの設立準拠法の構成国によって、相互に一九六八年の条約で承認されていることを要求したのである（二条3）。

EC委員会が一九八九年に提出した規則案は、本文でみたように、ヨーロッパ会社を設立する構成国の国内法上の会社について、さらに、その中心的な管理部門もEC内部にあることを要求するに至っている。

- (53) EC委員会が一九八八年に公表したヨーロッパ会社に関するメモランダムで、このことが指摘されている（*Bull. CE, suppl.* 3/88, p. 6）。

このほか、EC委員会が一九八五年に公表した白書は（はじめにの(3)を参照）、結合企業に関して、とくに、子会社の少数派株主と債権者の権利を保護する必要性を指摘しており（p. 36）、このためのディレクトティブを、一九八八年にEC委員会は提案し、一九九〇年に閣僚理事会は採択すると定めていた（Annexe, pp. 28 et 29）。しかし、EC委員会は、いまだに、結合企業に関する第九ディレクトティブを閣僚理事会に提案していない。ヨーロッパ会社に関する提案でも、当初から、会社グループについて詳細な規定が設けられていた（一九六六年のSandes教授の提案、一九七〇年と一九七五年のEC委員会の提案のそれぞれ第七章）。しかし、一九八九年の規則案は、子会社の少数派株主と債権者の利益保護に関して構成国の国内法が適用されると確認しているにすぎず（一四条条）、一九九一年の修正案では、この規定も削除されている。したがって、とくに、構成国間の合併の可能性が実現した後は、結合企業の規制が、EC会社法にとっての主要な立法課題になると考えられる。

- (54) K. GLEICHMANN, *op. cit.* (note 10), p. 9.

- (55) Berthold Goldman, *Analyse critique de la réglementation européenne et de ses méthodes d'élaboration*, JCP éd. E. 1991, Supplément n° 1, pp. 10 et suiv., p. 13.