

株式会社の機関形成理論に関する一考察

— 機関の分化と株主の自治について —

江 村 義 行*

要 約

本稿では、株式会社の機関の分化がどのような理論に基づいて形成されたのかということを対象として調査及び検討を行った。それにより以下のことが判明した。

政治理念である三権分立思想を株式会社の機関に導入したとする見解は、株式会社の機関の分化を定めた明治時代の法典編纂期には存在しておらず、昭和2年に出版された邦語文献の中で登場したものである。明治から大正末期にかけて物事の説明の際に政治理念を比喩的に用いるという表現方法が流行し、これが誇張され過ぎたために株式会社機関への三権分立思想の導入という表現を生み、その後、誤った理解をもたらすに至ったと考えられる。故に、株式会社の機関の分化が政治理念である三権分立思想に基づいて形成されたとする見解を支持することはできない。

それでは、株式会社法の機関構造を形成する理論は如何なるものであろうか。株式会社の機関構造は、私的所有制度を背景として、会社の実質的所有者である株主による自治の発想、即ち自分の出資は自分で守るという発想に基づく。大量資本の集中に伴う株主数の増加によって株主自身が業務執行を行うことは困難であり、それを株主の代わりに担う機関として取締役を分化させた。また、準則主義を導入する際に、国家の後見的監督に代わる効果的な監督制度として、同時に株主による取締役の監督を補強する制度として、監査役を必要常設機関として分化させたのである。この近代的株式会社法の機関構造を形成した理論は、株主による自治の発想である。

会社法の各論的解釈論においては、株主の自治という概念に基づいて理論を構築することで、明確な結論に到達することができると考えられる。

キーワード：株式会社の機関の分化、株主の自治、三権分立（権力分立）思想

目 次

- 一 序 論
 - (一) 問題意識
 - (二) 機関の分化に関する対立点
- 二 株式会社の機関の分化と三権分立思想 — その否定 —
 - (一) 株式会社の機関の分化に三権分立思想が影響を与えたとする学説
 - (二) 株式会社法と三権分立思想の関係を主張する見解の発生と変遷
 - 1 株式会社法と三権分立思想の関係を主張する見解の発生と変遷
 - (1) 19世紀後半から20世紀初期のドイツ
 - (2) 明治23(1890)年の旧商法編纂期
 - (3) 明治23(1890)年から大正前期まで
 - (4) 大正末期から昭和初期
 - (5) 昭和13(1938)年改正前後
 - (6) 昭和25(1950)年改正以後の学説
 - 2 小 括
 - (三) 考 察
- 三 株式会社の機関分化の形成理論 — 株主の自治について —
 - (一) 概 説
 - (二) 株主総会と取締役の分化
 - (三) 監査役の分化 — 準則主義の導入と監査役の必要常設化について —
 - 1 準則主義の導入と監査役の必要常設化の沿革
 - (1) 英国1844年法
 - (2) 普通ドイツ商法典(ADHGB)
 - (3) 日本の商法草案及び明治23(1890)年法, 明治32(1899)年法
 - 2 準則主義の導入に伴う監査役の必要常設化の意味
 - (四) 考 察 — 株式会社法の機関分化の形成理論 —
- 四 結 語

一 序 論

(一) 問題意識

株式会社の機関は如何なる理由で分化したのであろうか。この点に関する基礎理論的考察は、従来、充分に行われてこなかった。そのため、機関の分化の理由が混沌とした状態にあり、むしろ、株式会社の機関の発達史と相容れない認識が主張されるに至っている⁽¹⁾。筆者は、これまでの研究から、会社法学における結論の出ない論点対立の根底に機関分化の形成理論に関する誤った認識の存在が少なからず影響を及ぼしていると考えている。

機関分化の形成理論は、基礎理論であるが故に正面から論じられることが行われていない。しかし、その影響は末端の学説理論に及んでいる。例

えば、敵対的企業買収防衛策としての募集株式及び募集新株予約権の発行に関して裁判例及び学説が採用する機関権限分配秩序説⁽²⁾に対して、一部の学説はそれと異なる理論の採用を主張する⁽³⁾。しかしながら、この点は機関の分化が株主の自治に由来している事(後述)を前提にすれば、理論的な対立は起こり得ないものと解される。また、昭和49年の商法改正以降、問題になった監査役と取締役会の監査(監督)権限の分配についても同様である。一部の見解は(妥当性)監査権限が監査役と取締役会に重複することに否定的立場を採る⁽⁴⁾。しかしながら、この点も機関の分化(特に監査役の生成)が株主の自治を補強するために生じたものであることを前提にすれば、監査権限の重複を否定するような合理的理由など存在しないことがわかる。

そこで本稿では、会社法学の学説対立の根底に

存在し、通常の議論では表面化しないものの、その一方で会社法学の理論研究において柱となる基礎理論、即ち、株式会社の機関分化の形成理論を再確認及び考察することとする。その過程で従来の通説的見解を否定し、それに代替する理論を考察することとなる。それ故に、本稿で用いる方法論は、一般的な法律学の研究手法である平面的理論研究方法ではなく、学説資料を年代順に整理及び分析する沿革史方法を用いることとなる。

(二) 機関の分化に関する対立点

株式会社は、営利を目的とした株主が集まって形成した社団であり、株主の利益のために形成された存在である。その機関構造は、株主総会の決議を通じての株主の自治に由来するものである。故に機関の分化も株主の自治に由来するものと考えられる。

一方、機関の分化（特に株主総会、取締役（取締役会及び代表取締役）、監査役の分化）が政治理念である三権分立（権力分立）思想を株式会社に導入することで達成されたとする見解がある⁽⁵⁾。この見解は、上記の株主の自治を基調とする見解とは全く異なるものである。この見解は、三権分立という政治思想を真似ることで各機関の権限の分配を絶対的なものとし⁽⁶⁾、権限の重複を否定する立場に繋がるものである。

確かに、株式会社の意思決定・業務執行・監査の三機関と国家の立法・行政・司法の三機関を対比して説明する方法論は、初学者の理解を助けるものである。また、現在までの会社法の学説において、この見解の影響を無視し得ない状況がある。この見解は、後述するが昭和2年に発生して以降、日本の会社法学説の中で通説的見解といっても過言ではない程、有力に主張されたものである。この見解を前提として理論を構築した者が少なからず存在する可能性も否定できない。さらに、この見解と逆の導入関係を主張する説も発生するに至っている⁽⁷⁾。

しかし、株主の自治を基調とする株式会社法の機関構造において、このような政治理念である三権分立思想の影響を無批判に肯定し得るものなの

であろうか。疑問の余地がある。何故ならば、株主の自治と三権分立思想とは機関分化の形成理論としては相反する帰結を招くためである。例えば、三権分立思想は抑制と均衡の発想により、株主総会の権限の抑制を肯定するものであり、それによって株主の自治を制限する帰結を招く恐れがある。また、本稿後述の調査及び分析で明らかになることであるが、三権分立思想の導入を主張する見解は、株式会社の機関の分化を法律に明記した明治32年の法典編纂期において存在しておらず、昭和2年に日本で初めて主張され、後に流行したものに過ぎない。即ち、機関の分化を定めた法典編纂期に存在しなかった理論が、機関の分化に影響を及ぼすことなど不可能である。

従って、本稿では、株式会社の機関の分化に関して、それを形成した理論の考察を行うこととする。特に検討をしなければならないのは、政治理念である三権分立思想を株式会社に導入したという見解の否定と克服、そして、株主の自治についてである。

二 株式会社の機関の分化と三権分立思想 — その否定 —

まず、株式会社の機関の分化が三権分立思想に基づくとする見解を検討する。

(一) 株式会社の機関の分化に三権分立思想が影響を与えたとする学説

従来の学説の中には、「株式会社に於いては三権分立の政治思想の影響を受け」、意思決定機関、業務執行機関、監督（監査）機関の「鼎立が認められて居る」、とするものがある⁽⁸⁾。さらに、三権分立思想によって、意思決定機関である株主総会や業務執行機関である取締役会・代表取締役及び監査（監督）機関である監査役が、お互いに抑制と均衡を実現しているとする見解もある⁽⁹⁾。

また、三権分立思想の影響を説く見解の中には、その思想が株式会社法の中へ如何に入り込んで行ったのかを説明するものがある。それは、民主主義が株式会社法へ導入されたことの帰結として三権

分立思想に基づく機関構成が生じたとする見解⁽¹⁰⁾や諸外国の規定からの継受を言う見解⁽¹¹⁾である。

(二) 株式会社法と三権分立思想の関係を主張する見解の発生と変遷

株式会社法に三権分立思想が影響を与えていると説く発想は、いったいどこから来たのであろうか。果たして、この発想は、株式会社の機関の分化を認めた法典編纂期から存在していたのであろうか。この発想の源流について調査及び検討する。

1 株式会社法と三権分立思想の関係を主張する見解の発生と変遷

(1) 19世紀後半から20世紀初期のドイツ

代表的なアキレス・ルノー及びカール・レーマンの文献によると、株式会社の機関を説明する際に国家及び地方自治体の機関を比喩的に用いるという表現を用いている。ルノーの文献には、株主総会を地方自治体の議会に例えている箇所が存在する⁽¹²⁾。また、レーマンの文献にも、取締役と内閣を対比させている箇所がある⁽¹³⁾。

(2) 明治23(1890)年の旧商法編纂期

日本の明治23年旧商法編纂期におけるロェスレルや立法者の認識を調べる。

① ロェスレルの商法草案

ロェスレル商法草案には、三権分立思想について触れる部分はない。しかし、頭取(取締役)を国家の大臣になぞらえて説明している箇所が存在する⁽¹⁴⁾。ロェスレル草案で採られた株式会社の機関を国家の機関に例えて説明するという方法は、ルノーやレーマンの文献にみられたように、ドイツで行われていた方法と同様のものと考えられる⁽¹⁵⁾。

② 明治23年商法、法律取調委員会の商法草案議事速記

旧商法編纂期における法律取調委員会の商法草案議事速記の中で、三権分立思想の影響を説く箇所は見受けられない。しかし、旧商法の法律取調委員会では、株式会社の機関を検討する際に、国家の機関に例えて説明することが行われている⁽¹⁶⁾。

(3) 明治23(1890)年から大正前期まで

明治23年から大正前期までは三権分立思想の影響を説く文献は見当たらない。

ただし、注目すべき点は、明治44年の改正に際して「株式會社ノ株主ハ恰モ共和國民ノ如ク……株式合資會社ノ株主ハ恰モ立憲君主國ノ臣民ノ如ク」という説明がされていることである⁽¹⁷⁾。また、株式会社に意思決定機関である株主総会と業務執行機関である取締役が必要である点について、「恰モ一國ニ於テ立法機關ト行政機關トヲ缺クベカラザルト同一ナリ株主總會ハ即チ立法機關ニシテ取締役ハ行政機關ナリ」と説明する文献がある⁽¹⁸⁾。

これらのことから、この時期の学説は、三権分立思想の影響を主張することはないが、株式会社(私法人)の機関の説明に国家(公法人)の機関を例えとして用いていることがわかる。

(4) 大正末期から昭和初期

このころから、日本で三権分立思想の株式会社法への影響を示唆する文献が登場するようになる。特に、ドイツのゾンターク(Sontag)やハオスマン(Haussmann)の文献を紹介した論文が契機となり、三権分立思想と株式会社法の関係が説かれ始めたと考えられる。但し、現在主張されている学説とは少し違う形である。

① ゾンタークの文献

ここで検討するのは、1918(大正7)年に書かれたゾンタークの文献である⁽¹⁹⁾。ゾンタークの見解は、日本でも1924(大正13)年に紹介された⁽²⁰⁾。ゾンタークは、株式会社の説明に国家制度や政治理念を比喩的に用いるという方法論から飛躍し、株式会社法が民主主義思想を受け入れたことを前提とた上で、その結果として、「立憲国家の忠實なる模倣」が生じたと主張する⁽²¹⁾。

一見すると、立憲国家の機関構成が株式会社法に反映して、三権分立思想に基づく株式会社の機関構成が生じたかのように見える。しかし、そうではない。ここでゾンタークが想定している「立憲国家」の構成は、国民と議会と内閣である。彼が考えている構成は、主権を有する全市民が、その主権によって代表者を選び出し、さらにその代

表者が行政権を担うものを指名する、というものである⁽²²⁾。これは、主権を有する国民が直接国家の運営を行うのは難しいため、票を投じて国民の代表たる国会を組織せしめ、国会をしてさらに行政を担う内閣を選任する、ということである。これは何ら、三権分立の立法・司法・行政について言ったものではない。

これを株式会社法に重ねて考えてみよう。そうすると、ゾンタークが念頭に置いたものは、不特定多数の株主全員で会社の経営を行うのは困難であるため、株主総会で監査役を選任して監査役会を構成せしめ、さらに監査役会によって会社の業務執行を行う取締役を選任する、という構成であることがわかる。ゾンタークは、この構成が立憲国家の模倣であるとする。

さらに言えば、この構成が当てはまるのは、日本ではなくドイツ（実務）の株式会社の構成である。つまり、ドイツにおける株主と監査役会と取締役の関係である。ドイツは普通ドイツ商法典の1870年改正で監査役会を必要機関としたにもかかわらず、取締役の選任権を持つ理事会（Verwaltungsrat）が存在するという実務慣行が優先し、結局、法律が実務慣行に引きずられる形となった。ドイツの監査役会は監査業務にとどまらず、取締役の選任権を有するのである。ゾンタークの説明は、監査役が取締役の選任権を持たない日本の株式会社法には当てはまらない。また、その説明は、根拠を示すことなく比喩的な説明方法から飛躍した点に問題があると言わざるを得ない。

② ゾンタークの見解と日本の後の学説

ゾンタークが想定する立憲国家の模倣とは日本で主張されているような三権分立思想を説くものではない。しかも、彼が考えた株式会社の構成はドイツのものである。しかし、日本の後の学説は、おそらくこのゾンタークの考え方をヒントにして三権分立と株式会社の機関の関係を説明したのではないかと考えられる。

特に、大正13（1924）年にゾンタークの見解を紹介した翻訳者が、昭和2年に出版した『會社法提要』の中で、株式会社法と三権分立思想の関係を日本で初めて明言している点に注目したい。

それによれば、「株式会社に於いては三権分立の政治思想の影響を受け」、意思決定機関、業務執行機関、監督（監査）機関の「鼎立が認められて居る」とする⁽²³⁾。この文献以前には株式会社と三権分立の関係性を述べる文献を確認することはできないが、それ以後は我が国で株式会社法と三権分立思想の関連性を主張する見解が見受けられるようになる。この昭和2年の文献の内容には、大正13年にゾンタークの見解を紹介したことが、何らかの影響を及ぼしている可能性がある。

また、ゾンタークの見解に近似的なものとして、後の学説には、民主主義や立憲主義から権力分立の思想が導かれると説明し、民主主義や立憲主義思想の影響を受けた日本の株式会社法もその機関構成に権力分立の思想が反映しているとするものがある⁽²⁴⁾。

③ ハオスマンの文献

次に検討するのは、1928（昭和3）年に書かれた、ハオスマンの文献⁽²⁵⁾である。ハオスマンの見解は日本でも引用されている⁽²⁶⁾。その文献の引用は、株式会社の機関構成と三権分立思想の関連性を主張する見解が浸透する一因になったと考えられる。

但し、原文を見れば明らかのように、それは三権分立思想の株式会社法への影響を説明するものではない。ハオスマンは、シモンが株式会社の諸機関の責任範囲の独立性を説いたこと⁽²⁷⁾について、その独立性が恰もフランスの権力分立の理論を思い起こさせる（erinnert）ようなものだとしているに過ぎない⁽²⁸⁾。しかも、その機関というのも、本稿で問題としている株主総会・取締役（会）・監査役の三機関ではなく、取締役（Vorstand）・監査役会（Aufsichtsrat）・検査役（Revisor）等についてである。つまり、ハオスマンの見解は、三権分立思想が株式会社の機関構成（株主総会、取締役、監査役）に影響を与えたという主張をするものではない。

このハオスマンの見解を引用した昭和5（1930）年の文献によると、株式会社機関の間の「分業」は、「恰も立憲国家於いて三権が分立せること及び其れが政策的にも分立せざるべからざる

ことに酷似している」として、註の中で「ハオスマンも株式会社の機関の分化が仏蘭西の三権分立の理論を想起せしむることを述べている」とする⁽²⁹⁾。特筆すべき点は、この論者は、後の文献でも、株式会社に三権分立思想を取り入れたという趣旨の記述はしていない（ゾントークの翻訳者とは見解が異なる点に注意したい）。また、昭和7（1932）年には、別の論者がハオスマンの見解を紹介する形で三権分立について触れる。それによると、「株式会社の自主性は、第一に株式会社はフランスの三権分立の學説を想起せしむる如き組織を有し、内部的團體法の範圍において法的拘束を設けることを許容されてゐることに於いて求められる」と書いている⁽³⁰⁾。これらは、三権分立思想との関連性を述べるものではないが、株式会社法の説明に三権分立という表現を用いる方法の契機になったと言うことができる。

(5) 昭和13（1938）年改正前後

三権分立の思想と株式会社法の関係がもっとも盛んに主張されたのは、昭和13（1938）年改正の前後である。ここでは、株式会社法への民主主義の影響が強く説かれると同時に、三権分立思想の反映が述べられている。

ここで特筆すべきは、当時のドイツの状況である。ナチスが政権を掌握して以降（1933（昭和8）年）、政治上の原理である指導者原理（Führerprinzip）を株式会社に導入しようという試みがなされる⁽³¹⁾。指導者原理とは、国家の権限を指導者に集中させようという発想である。権限の集中という点に注目すると、指導者原理は、権限の集中を嫌う三権分立の発想と対極に位置する考え方である。株式会社に当てはめると、株主総会の権限の縮小と代表取締役の権限の強化である。そして、ドイツでは、1937（昭和12）年の株式法改正で株式会社に指導者原理を導入する。

同時期の日本でも、指導者原理を株式会社法へ導入すること、すなわち株主総会の権限を縮小して取締役の権限を強化することが強力に主張されている⁽³²⁾。しかし、昭和13（1938）年の改正は指導者原理を導入せず⁽³³⁾、従来通りの株主総会を中心とした機関構成を維持する。この方針は、改

正案の段階から「會社組織に於いては、依然従来のデモクラシー思想及び權力分立主義が基礎と」なると説明されている⁽³⁴⁾。

しかし、特筆すべきは、このような政治理念の株式会社への導入関係を主張する見解に対して、当時、明確な反論（「然し云ふまでもなく、政治上の意味に於ける民主主義の原則は、株式会社の如き法律形態には之を移すことを得ない」）がなされていることである⁽³⁵⁾。即ち、当時においては、政治理念を用いる説明方法が、単なる流行を受けた比喩的表現に過ぎず、機関の発達史に反することが認識されていたといえる。

(6) 昭和25（1950）年改正以後の学説

三権分立思想が株式会社法に影響を与えたとする見解は、昭和25年改正から現在まで、多くの文献に見受けられる⁽³⁶⁾。株式会社法への三権分立の影響を明言しているものが多い。また、昭和25年改正以降の学説の一つの特徴は、三権分立思想に基づいて抑制と均衡が実現されていると説明する点である⁽³⁷⁾。抑制と均衡の説明は、戦前の学説にはあまり見受けられない。即ち、三権分立思想が会社法の学説に影響を及ぼし始めたといえる。

なお、ゾントークの翻訳者は、後に株式会社の機関を意思決定機関・業務執行機関・監督機関の三つに分けて説明したレーマンの三分説との関係を主張するに至る⁽³⁸⁾。それによると、「株式会社の機関については、三権分立の政治思想の影響を受け、意思機関、執行機関および監督機関の分立が認められていた。すなわち、意思機関は株主総会であり、執行機関は取締役であり、監督機関は監査役であるとされ、これは、カルル・レーマン（Lehmann）の三分説として知られており、昭和二五年改正前のわが株式会社法にも適合したので、この説は広く行われていた」⁽³⁹⁾とする。一見すると、レーマンが三権分立の政治思想の影響を説いているように読める。しかし、本稿の調査によると、レーマンは、株式会社の機関を意思決定機関、執行機関、監督機関に分けて説明するが、三権分立思想の影響を受けたとは言っておらず⁽⁴⁰⁾、根拠にはならない⁽⁴¹⁾。

2 小 括

今回の調査から、株式会社法に三権分立思想が影響したとする見解は、商法の法典編纂期には存在せず、昭和2年に出版された文献の中で初めて記されたことがわかった。昭和2年には、既に機関の分化を定めた法典編纂が終わっており、株式会社の機関の分化に三権分立思想が影響を与える余地はない。故に、三権分立思想の影響によって株式会社の機関が分化したと考えることはできない。さらに、三権分立思想の影響を説く戦前の学説を発展させて抑制と均衡の実現を主張する見解を支持することもできない。

(三) 考 察

何故、株式会社法に三権分立思想が影響を与えたとする見解が日本に浸透したのか。以上の検討から、株式会社の機関の分化に三権分立思想が影響を与えているとは考えられない。それにも関わらず、何故、株式会社法に三権分立思想が影響したとする見解が、日本の中で容易に受け入れられ、かつ広まったのか。この点について考える必要がある。その理由として三つのことが推測できる。

第一は、この理論が発生する背景である。つまり、19世紀後半から20世紀初頭のドイツや明治時代の法典編纂期の日本では、株式会社の機関を国家や地方自治体といった公法人の機関に例えて説明することが行われている⁽⁴²⁾。また、19世紀から20世紀にかけての民主主義という表現の流行⁽⁴³⁾と、それに伴い株式会社法の説明に民主主義という表現を比喩的に使用する方法が採られたこと⁽⁴⁴⁾や、政治上の民主主義の株式会社法への影響を説く見解が発生したこと⁽⁴⁵⁾。さらに、三権分立思想が「自由主義の哲学と結びついて信仰的崇拜に近い評価を受けるに至り」⁽⁴⁶⁾、それ故にこの思想を絶対的なものとして安易に頼るという状況が生じたこと。このような事情が背景にあったからこそ、三権分立思想の株式会社法への影響を説く見解が、さしたる批判もなく、会社法の学説の中に受け入れられて行ったものと考えられる。

第二は、ドイツの指導者原理との関係である。昭和13年の改正に際して、ドイツの指導者原理

の導入を求める見解が強く主張されたことに関係があると推測される。1937(昭和12)年にドイツでは指導者原理に基づく株式法改正が行われている。同じ頃、日本でも指導者原理の導入を求める強い主張がなされる。しかし、昭和13年の改正は、指導者原理の発想を採用しない。政治的な理念としては、権力の集中を求める指導者原理と、権力の集中を嫌う三権分立思想や一般国民に政治権力を委ねる民主主義とは相反するものである。そこで、昭和13年改正が指導者原理を採用しないことの説明として、この原理と相容れない民主主義や三権分立思想という表現を取って引用したのではないかと考えられる。それ故に、この昭和13年改正をきっかけとして、三権分立思想の株式会社法への影響を説く見解が広く受け入れられたと推測される。

第三は、取締役に対する抑制の必要性である。株式会社法の発達史上、しばしば、株主は実質的な力を持つ取締役によって欺かれ損害を被ってきた。それ故に、近代的株式会社法のひとつの目標は、取締役に対する効果的な監督構造の構築であった。ここで必要とされた発想は、取締役を抑制するというものである。そして、取締役の抑制を説明するための適切な説明概念が必要となる。また、三権分立思想が信仰に近い評価を受けたことから、19世紀から20世紀にかけて民主主義が流行語となり確たる意味を失ったように、この思想も厳格な政治理念としての意味を超えて人の集団である一般の社団の説明にも使用されるようになったと推察される。このような状況を受けて20世紀の学説は、取締役に対する抑制の論理として三権分立思想を使用したと考えられる。

これらの事情が相俟って、株式会社の機関を説明するために政治思想である民主主義及び三権分立思想を比喩的に用いるという方法が行われた。それが何時の間にか、表現の誇張による錯誤を生じさせ、民主主義思想と混然一体となった三権分立思想が株式会社の機関の分化に影響を与えたとする見解が発生し、日本の学説の中に浸透して行ったのではないかと考えられる。しかし、そのような見解を採用することはできない。

三 株式会社の機関分化の形成理論

— 株主の自治について —

株式会社の機関はどのような理論によって形成されたのであろうか。以下で検討する。

(一) 概説

株式会社制度は、有限責任と移転可能な株式によって大量資本の集中を可能にした制度であり、その結果として不特定多数の株主が存在する可能性のある制度である。そして、一般的には、ロエスレル商法草案の段階から、株式会社の機関の分化現象は、株式会社制度が不特定多数の株主の存在を予定していることから生じた帰結であるとされている⁽⁴⁷⁾。株式によって株式会社には大量の資本が集中する可能性がある。大量の資本が集中すれば、不特定多数の出資者（株主）が存在することになる。そうすると、出資者全員で会社の経営を行うことは事実上不可能である。そのため、不特定多数の出資者を代表して経営に従事する専門家（取締役）を置く必要が生じる。ここで、株主に会議体の機関（株主総会）を構成させ、株主総会に経営の専門家（取締役）を選出させて、取締役に経営を任せることとなる。つまり、第一に所有と経営の分離が生じる⁽⁴⁸⁾。

また、株主の利益を害されないため、取締役を監督する必要もある。基本的には株主総会が取締役を指揮監督する。しかし、株主総会は常設のものではないので、常時監督を行うことは極めて困難である。ゆえに、会社に常設の監督機関（監査役）を設けることになる⁽⁴⁹⁾。このように、株式会社の機関の分化は、株式会社制度が大量資本の集中を可能にして不特定多数の株主の存在を肯定したことから生じた帰結であり、いわば、不可避的に採らざるを得なかった構造である。

ここには、三権分立の基本的発想のように権力の集中が招く専制を避けるために権限を分離して機関を分化させるという認識はない。株式会社の機関の分化現象は、政治理念である三権分立の基本的発想とは、縁遠いものである。

以下では、取締役及び監査役が分化した理由について別々に分析する。

(二) 株主総会と取締役の分化

株主が経営者たる取締役を選任するという構造は、歴史的には、1600年に設立された英国東インド会社に代表される Joint Stock Companies から続く慣行であり⁽⁵⁰⁾、自分の出資は自分で守るという株主による自治⁽⁵¹⁾の発想のあらわれである。

理論的には、株主による自治を前提とするからこそ、株主が取締役を選任し監督するという構造が生じたと考えられる。株主による自治を前提とすれば、社団の構成員であり出資者である株主が直接会社の経営を行う必要がある。しかし、大量資本の集中に伴って生じる不特定多数の株主が、全員で実際に会社の経営にあたるのは困難である。そこで、実質的に会社の経営にあたる取締役を選任して経営を委ね、それを監督するという構造を採るに至る⁽⁵²⁾。この構造によって、不特定多数の株主による直接経営の困難を克服し、かつ、株主による取締役の選任及び監督を通じて、株主は自治を達成することができる。

つまり、株主が取締役を選任してそれを監督するという構造は、株主の自治を基本とする株式会社において、大量資本の集中に伴い不特定多数の株主が生じるために、不可避的に採らざるを得なかった機関構造と言うことができる。

ここで言う株主による自治とは、社団の構成員でありかつ会社の実質的所有者である株主が実質的に経営を行う取締役を選任するという構造であり、自ら出資した資本は自分で管理して守るという発想の上に成り立つものである。

また、一部の興味深い指摘によれば、株式会社の『機関構造は、集団的ないし「社会的」所有の形態ともいうべき株式会社が、いわば私的所有制度を基礎とした資本主義経済社会における、もっとも主要な経済主体として存在しうるために、いわば不可避的に採らざるを得なかった論理構造の結果なのであり、優れて資本主義的特質を反映したものであるといわざるを得ない』⁽⁵³⁾とする。

これらの点から言えば、株主が取締役を選任するという構造は、政治上の民主主義や三権分立思想の影響を受けたものではなく⁽⁵⁴⁾、私的所有制度を基礎とした資本主義経済社会のもとで株主が会社の実質的所有者であることの論理的帰結であり、自分の出資は自分で守るという自治の発想のあらわれと考えられる。

(三) 監査役の分化 — 準則主義の導入と監査役の必要常設化について —

監査役が発生した経緯を沿革から明らかにして⁽⁵⁵⁾、その際の理論を考察する。

1 準則主義の導入と監査役の必要常設化の沿革

株式会社の発達史上、商法は、準則主義の導入に伴い監査役の設置を要求する。以下では、沿革から準則主義の導入と監査役の必要常設化の意味をみる。

(1) 英国 1844 年法

準則主義を導入し監査役の設置を要求したのは英国の 1844 年法⁽⁵⁶⁾である。特に、1844 年法制定のために設置された Joint Stock Companies 特別委員会⁽⁵⁷⁾の報告書⁽⁵⁸⁾は注目に値する。特別委員会は登記による会社設立（準則主義）の導入を主張し、これを受けて 1844 年法は準則主義を導入する。また、準則主義による会社設立の濫用と詐欺の防止について、従来の経験を参考にして、適正な監査と計算書類の株主への開示を述べる。即ち、ある鉱山会社は、監査役が取締役の近親者であることを利用して粉飾決済を取り繕うために虚偽の計算書類を作成し続けたため、数年で倒産した⁽⁵⁹⁾。このような事例について特別委員会は、計算書類を正しく作成して適正に監査したならば株主や他の取締役が会社の実情について注意を喚起できたと主張し、適正な監査や計算書類の開示の有効性を認める⁽⁶⁰⁾。これは、しばしば経営陣が株主の監視を掻い潜って不正を働いたことから、株主の監督を補強する意味で取締役から独立した監査役の設置を要求するものと考えられる。

この特別委員会の報告書を受けて、1844 年法

は、計算書類の監査を行う監査役の設置を義務付ける（7 条、38 条）。当時の監査役に求められていたのは、計算書類の適正な監査を通じて、会社財産の保全状態を監督し、取締役の詐欺や不正を防止することであったと指摘されている⁽⁶¹⁾。

(2) 普通ドイツ商法典（ADHGB）

英国法やフランス 1867 年法⁽⁶²⁾の影響を受けた⁽⁶³⁾普通ドイツ商法典（ADHGB）は、1870 年改正⁽⁶⁴⁾で準則主義を導入して同時に監査役会を必要常設化する。特に、1870 年改正法の理由書によれば、準則主義の導入により国家の後見的監督がなくなるため、それに代わり得るような会社の監督制度の構築、即ち株主を会社監督の中心に据える機関構造を強化するために監査役会を設けることを述べる⁽⁶⁵⁾。この点に関する学説も、準則主義の導入で国家の後見的監督が排除されたため、その代わり（Ersatze）として監査役が必要常設化されたと説明している⁽⁶⁶⁾。

(3) 日本の商法草案及び明治 23（1890）年法、明治 32（1899）年法

一方、我が国においては、ロessler の商法草案⁽⁶⁷⁾が準則主義を採用している。明治 23 年商法審議中に会社の設立に関して「私ノハ英國ノヲ元ニシテアル」というロessler の発言が紹介されている⁽⁶⁸⁾。ロessler は準則主義に関して英国の 1844 年法以降の 1845 年法⁽⁶⁹⁾や 1856 年法⁽⁷⁰⁾、1862 年法⁽⁷¹⁾を参考にしていることがわかる。また、監査役の設置は任意とする（230 条）。これは、彼が小規模の株式会社を想定したためである。「小會社ニ在リテハ」監査役を「必要トセサル」ことや人材を確保しにくいことから、「本草案ニ於イテハ必ス取締役（監査役のこと — 筆者註）ヲ選挙スル者ト限ルコトナシ」とする⁽⁷²⁾。しかし、全ての会社の監査役を任意化してよいとするのではなく、「至重ナル起業（Unternehmung, 企業 — 筆者註）」⁽⁷³⁾、「就中政府ノ免許ヲ受クヘキ會社」は「其ノ義務上ニ於テ取締役（監査役のこと — 筆者註）ヲ選挙セサル可カラス」とする⁽⁷⁴⁾。いわば株主の数が多数であり一国の経済上重要な位置を占める大規模な会社については、監査役の設置を求めている。また、監査役の役割に

ついて、「頭取（取締役のこと——筆者註）ヲ監督スルニハ商業ニ熟達シテ以テ実況ヲ検査スルニ非サレハ之ヲ為スコトヲ得ス而シテ株主ハ之ヲ能スルモノ尠シ故ニ特ニ取締役（監査役のこと——筆者註）ヲ設ケテ以テ法律ニ適セル營業ヲ監視セシムルヲ緊要トス」とする⁽⁷⁵⁾。つまり、株主による取締役の監督が充分ではないことを認めて、監査役による監視でそれを補完するという認識を示す。

明治 23（1890）年商法の審議過程で、準則主義に伴う会社の濫用的設立及び倒産の害悪を心配して免許主義が検討される。ロェスレル自身も「株式會社官許に關する意見書」で、草案と異なり、政府の免許の必要性を説く。「不正不確實ナル株式会社ヲ公衆ノ視力ニ放任スル」という「主義ハ主トシテ英国ニ行ハルル所謂自由貿易論ニ根拠スルモノニシテ実験上好果ヲ得タルモノニアラサル」なりとし、そして「前世紀中欧州ニ於イテ株式会社ニ自由ヲ與ヘタルヤ直チニ無数ノ株式会社世ニ出現セリ然レトモ概ネ皆破産スルニアラサレハ利益ヲ得ルコト能ハサルニ至レリ」、「又其会社ノ設立タル公衆ノ財産ヲ掠奪シ發起人ノ己ヲ利セントスル目的ニ出ルモノ多キニ居レリ」、「是ニ因リテ之ヲ觀レハ公衆ノ欺カン且煽動セラレ易クシテ監督ヲ公衆ノ視力ニ放任シ能ハサルコト自ラ明ラカナリ」とする⁽⁷⁶⁾。株主による会社の監督が充分ではないことを認めて、免許主義に基づく国家による後見的監督を求めている。

これを受けて、明治 23（1890）年商法は、免許主義を採用しつつ監査役の必要常設化を定める。監査役の必要常設化は、ロェスレルの草案が設立について政府の許可を要する会社に監査役の設置を義務付けており、これに従ったためである。

明治 32（1889）年商法下でようやく準則主義が導入される。理由書は、従来の「設立免許ノ制度ヲ廃止スルコト」が、「英吉利、仏蘭西、獨逸、白耳義……」をはじめとした「各国法制沿革上一般ノ傾向」であり「我が国モ亦之ニ倣ウ」とし、また「設立免許ノ制度」が「有害無用」という経済界からの要請を受けて準則主義に移行する⁽⁷⁷⁾。そして、監査役設置の義務化は維持される。我が国においては、この時はじめて準則主義と監

査役の必要機関化が接する。欧州諸国の法制度の傾向に倣うとしている点及び監査役の必要常設化を維持した点から、準則主義の導入に際して株主による会社の監督を強化するために監査役を用いるという欧州の発想は、ある程度日本においても妥当する。また、監査役は取締役や支配人を兼任できないことが定められている（184条1項）。

2 準則主義の導入に伴う監査役の必要常設化の意味

監査役の必要常設化は、英国の 1844 年法やドイツの 1870 年改正法、日本の商法にもある程度妥当する認識、即ち準則主義の導入に伴い、株主や株主総会だけに会社の監督を任せておくのは充分ではないことを認めて、取締役から独立した監査役を設置して株主の監督を補強するという認識に基づくものである。即ち、監査役は、株主による自治を補強するために設置された機関である。

このように株式会社法の機関の発達史上、準則主義の導入と監査役の義務化との間には密接な関係がある。いわば、明治時代の法典編纂期に日本の商法が承継した欧州の法体系において、準則主義の導入によって廃止される国家の後見的監督の代替物として監査役の必要常設化を要求したと理解することができる。もちろん、日本の商法は、明治 23 年法が監査役を義務化した後に、明治 32 年法が準則主義を採用するため、この論理が直接に妥当するわけではない。それでも、株主による会社監督を補強するために監査役を設置するという認識は、我が国にも当てはまる。

（四） 考 察

— 株式会社法の機関分化の形成理論 —

以上の検討から、株式会社法の機関分化を形成する理論は、基本的には、自己の出資は自分で守るという自治の発想であると考えられる。自治の発想によって、出資者である株主が経営者である取締役を選任し監督するという構造が形成されている。そして、この構造は、株主の自治を基本とする株式会社において、大量資本の集中に伴い不特定多数の株主が生じるために、不可避的に採ら

ざるを得なかった⁽⁷⁸⁾ 機関構造と言うことができる。

さらに、株主による取締役の監督という自治の構造を補完するために、準則主義の採用以前は国家による後見的監督があった。そして、準則主義導入以後は、日本や欧州の法体系では、国家の後見的監督に代わり得るような何らかの監督機構、即ち監査役の必要常設化による監督制度が構築された。その前提として、経験上、株主による会社の監督が十分に機能しないと認識している点を指摘できる。

準則主義の導入の結果、監査役が必要機関化され、近代株式会社法の機関構造が完成した。それによって、株主を会社監督の中心に据えて株主総会を最高機関とし、総会による任免権を通じてその監督に服する取締役を設け、株主や株主総会による監督を補完する意味で監査役を設置するという必要常設機関の構造が完成する。

現行法の株式会社の機関構造は、自分の出資は自分で守るという自治の発想に基づきながら、株主による取締役の監督が充分ではないという認識を採り入れつつ、準則主義の導入に伴う機関の法定化によって形成されたと考えられる。これが、株式会社の機関構造を形成する理論であり、民主主義や三権分立とは全く異なるものである。

そうすると、株式会社の機関構造の説明に民主主義や三権分立といった表現を用いることは、事柄の本質に関して誤った認識を与える可能性があることは否めない。皮肉なことに、株式会社の説明に民主主義をはじめとした政治理念を用いる見解の拠り所とされる⁽⁷⁹⁾ ギールケ⁽⁸⁰⁾ 自身も、20世紀初頭、比喩を用いる説明で事柄の本質を取り違えることは誤りであるという認識を示している⁽⁸¹⁾。

四 結 語

本稿では、株式会社の機関の分化がどのような理論に基づいて形成されたのかということを対象として調査及び検討を行った。それにより以下のことが判明した。

政治理念である三権分立思想を株式会社の機関

に導入したとする見解は、株式会社の機関の分化を定めた明治時代の法典編纂期には存在しておらず、昭和2年に出版された邦語文献の中で登場したものである。明治から大正末期にかけて物事の説明の際に政治理念を比喩的に用いるという表現方法が流行し、これが誇張され過ぎたために株式会社機関への三権分立思想の導入という表現を生み、その後、誤った理解をもたらすに至ったと考えられる。故に、株式会社の機関の分化が政治理念である三権分立思想に基づいて形成されたとする見解を支持することはできない。

それでは、株式会社法の機関構造を形成する理論は如何なるものであろうか。株式会社の機関構造は、私的所有制度を背景として、会社の実質的所有者である株主による自治の発想、即ち自分の出資は自分で守るという発想に基づく。大量資本の集中に伴う株主数の増加によって株主自身が業務執行を行うことは困難であり、それを株主の代わりに担う機関として取締役を分化させた。また、準則主義を導入する際に、国家の後見的監督に代わる効果的な監督制度として、同時に株主による取締役の監督を補強する制度として、監査役を必要常設機関として分化させたのである。この近代的株式会社法の機関構造を形成した理論は、株主による自治の発想である。

最後に、本稿で行った基礎理論的考察を踏まえて二つの各論的理論に言及する。第一に、敵対的企業買収防衛策として新株予約権を発行する場合において不正発行を検討するには、株主の自治を前提とせざるを得ず、機関権限分配秩序の観点から考察する必要がある。第二に、監査役と取締役会に帰属する代表取締役に対する監査（監督）権限に関しては、株主の監督の補強ということ前提にすれば、権限が重複することでより強固な監査（監督）を行うことができると考えられるため、権限の重複をむやみに否定するべきではない。

《注》

- (1) Erwin Steinitzer, *Ökonomische Theorie der Aktiengesellschaft*, 1908 (明治41年), S. 59-60. Ernst Sontag, *Die Aktiengesellschaften im*

- Kampfe zwischen Macht und Recht, 1918 (大正7年), S. 18. 田中誠二「株式会社に於ける多数決原則の濫用」『法学協會雑誌』第42巻第9號(大正13(1924)年9月)120-121頁, 田中誠二『會社法提要』(有斐閣, 初版, 昭和2(1927)年)422頁, 鈴木竹雄「株主平等の原則」『法学協會雑誌』第48巻第3號(昭和5(1930)年3月)38(384)頁, 西原寛一「株式会社法におけるナチス思想」『法学協會雑誌』第54巻第8号(昭和11年(1936)年8月)116-117頁, 松田二郎『株式会社の基礎理論 株式関係を中心として』(岩波書店, 昭和17(1942)年)172, 175頁の註(11), 大隅健一郎「株式会社法の構造変革と株式会社法理論の変遷(四)」『法学論叢』第45巻第2号(昭和16年(1941)年8月)66-67頁, 田中耕太郎「世界株式会社法への展望」田中耕太郎著作集8『商法学特殊問題上』(新青出版, 復刻版(追補), 1998(平成10)年)399(13)頁(初出は, 松本丞治先生古稀記念『会社法の諸問題』(有斐閣, 1951(昭和26)年), 大森・矢沢編『注釈会社法(4) 会社の機関』[石井照久](有斐閣, 昭和43(1968)年)7頁, 服部栄三『法律学全書12・会社法』(ミネルヴァ書房, 昭和46(1971)年)68頁, 小町谷操三・菅原菊志『小町谷 商法講義会社(2)』(有斐閣, 昭和46(1971)年)198頁, 加藤修「第四章 機関」高島正夫編『法律学基礎講座6 商法II(会社法)』(法学書院, 昭和56(1981)年)144頁, 上柳・鴻・竹内編『新版注釈会社法(5) 株式会社の機関(1)』[谷川久](有斐閣, 昭和61(1986)年)2-3頁, 田中誠二『三全訂 会社法詳論(上巻)』(勁草書房, 三全訂, 1993(平成5)年)465頁, 宮島司『会社法概説』(弘文堂, 平成8(1996)年)172, 174頁。
- (2) 同説は, ドイツの学説(Mestmäcker, Verwaltung, Konzerngegenwart und Rechte der Aktionäre, 1958, S. 152.)を参考に, 我が国の学説でも理論化されたものである(森本滋「新株の発行と株主の地位」『法学論叢』104巻2号(昭和53年11月)16-17, 26頁, 洲崎博史「不公正な新株発行とその規制(二・完)」『民商法雑誌』94巻6号(昭和61年9月)722, 727-730頁, 川濱昇「株式会社の支配争奪と取締役の行動の規制(三・完)」『民商法雑誌』95巻4号(昭和62年1月)491-492頁)。また, 新株発行の第三者割当てに関する裁判例の前提理論でもある。東京地裁決平成元年7月25日判時1317号28頁・判タ704号84頁・金判826号11頁(いなげや・忠実屋事件)。東京地決昭和63年12月2日判時1302号146頁(第一次宮入バルブ事件), 東京地決平成元年9月5日判事1323号48頁(第二次宮入バルブ事件)。新株予約権に関しては, 東京地決平成17年3月11日判タ1173号143頁(ニッポン放送事件原審決定), 東京地決平成17年3月16日判タ1173号140頁(異議審決定), 東京高決平成17年3月23日判時1899号56頁・判タ1173号125頁・金判1214号6頁(抗告審決定)。なお, 以下はブルドックソース事件。東京地裁決定(平成19年6月28日)『商事法務』1805号(2007年7月)43頁, 『金融・商事判例』1270号12頁。「ブルドックソース事件の法的検討——買収防衛に関する裁判経過と意義——」『別冊商事法務』311号(2007年11月)243頁。東京高裁決定(平成19年7月9日)『商事法務』1806号(2007年7月)40頁, 『金融・商事判例』1271号17頁。『ブルドック』前掲362頁。最高裁小法廷決定(平成19年8月7日)『商事法務』1809号(2007年9月)16頁, 『金融・商事判例』1273号2頁。『ブルドック』前掲438-442頁。
- (3) 経営判断自由の原則を主張する見解, 森田章「第三者割当増資と経営判断」『商事法務』(1989年11月)1198号5, 6頁。松井秀征「取締役の新株発行権限(二・完)」『法学協會雑誌』114巻6号(1997年)133-134頁, 松井秀征「敵対的企業買収に対する対抗策の基礎」武井一浩・太田洋・中山龍太郎「企業買収防衛戦略」『商事法務』(2004年)206頁。吉田直「敵対的企業買収の法理——対象会社の取締役の役割・行為基準を中心に——」久保欣哉編著『企業結合と買収の法理』(中央経済社, 1992年)129-130頁, 吉田直「ライブドア対ニッポン放送新株予約権発行差止保全抗告高裁決定」『青山法学論集』47巻1号(2005年)62-66頁。割当て自由の原則を主張する見解, 大隅健一郎, 今井宏『新版会社法論(中)II』(有斐閣, 1983年)628頁, 河本一郎『現代会社法』(新訂第九版, 平成16年)295-296頁, 鈴木竹雄, 竹内昭夫『会社法』(有斐閣, 第三版, 1994年)422頁。新潟地判昭和42年2月23日判時493号53頁。
- (4) 例えば, 法務省と法制審議会商法部会及び小委員会の長の立場である。法務大臣官房司法法制調査部『法制審議会商法部会小委員会第三回会議事速記録』(昭和42(1967)年7月17日)90-91頁(小委員長), 法務大臣官房司法法制調査部『法制審議会商法部会小委員会第四回会議事速記録』(昭和42(1967)年11月8日)21頁(味村幹事)。法務大臣官房司法法制調査部『法制審議会商法部会第四十四回会議事速記録』(昭和43(1968)年1月31日)21頁。法務大臣官房司法法制調査部『法制審議会商法部会第四十五回会議事速記録』(昭和44(1969)年2月26日)9頁(味村幹事), 29頁(西原委員), 法務大臣官房司法法制調査部『法制審議会商法部会小委員会第十回会議事速記録』(昭和43(1968)年11月13日)35頁。味村治「株式会社監査制度改正要綱案の解説」『商事法務研究』492号(1969(昭和44)年7月25日号)4頁は取締役の忠実義

- 務違反も監査の対象になるとする。矢沢淳「監査制度改正をめぐる諸問題〔上〕」『商事法務』502号(1969(昭和44)年11月5日号)12頁、監査法人中央会計事務所編『昭和49年商法改正関係衆参両院法務委員会議録(抄)』(商事法務研究会, 昭和49(1974)年)30頁(田邊説明員発言)。上田明信「業務監査基準(案)の解説」『商事法務』634号(昭和48(1973)年6月25日)8-9頁、菅原菊志「新監査制度における監査役職の職務」『商事法務』639号(昭和48(1973)年8月15・25日)10頁、菅原菊志『取締役・監査役論——株式会社の機関構成と権限分配——〔商法研究1〕』(信山社, 1992(平成4)年)239頁、加藤一昶「行政法違反と監査役職の差止請求」『商事法務』670号(昭和49(1974)年6月25日)26-27頁、吉田昂「新法における監査役と取締役会」『商事法務』670号(昭和49(1974)年6月25日)5-6頁、居林次雄『改正商法詳解』(税務研究会, 昭和49年)59頁。なお、倉沢康一郎「監査機構」『現代企業法講座第3巻 企業運営』(東京大学出版会, 1985(昭和60)年)336-338頁。
- (5) 前掲註(1)。
- (6) 例えば、敵対的企業買収の局面における防衛策としての募集株式及び募集新株予約権の発行について、取締役会にその発行権限が存在することを理由に、取締役会の裁量を広く認める立場がある。
- (7) 浜田道代『商法』(岩波書店, 1999(平成11)年)88頁。
- (8) 田中誠二・前掲註(1)『提要』422頁、田中誠二・前掲註(1)『詳論』465頁。
- (9) 石井・前掲註(1)7頁、谷川・前掲註(1)2-3頁、宮島・前掲註(1)172, 174頁。なお、加藤修・前掲註(1)144頁は、「株式会社においては、各種の職務権限を何種類かの機関に分配し、それぞれの機関の間で監督や牽制を行わせ、一つの機関が独走し、会社全体を支配することを予防している。株主総会は、会社の意思決定機関であり、取締役や監査役の任免権を持ち、「取締役会は、業務の執行に関係する機関であり、代表取締役は、代表機関である。監査役は、監査機関として監督的役割を行う。このような種々の機関への職務権限分配は、近代民主制国家における三権分立思想と同じ発想のもとにあると考えられる」としており、株式会社法の機関への権限配分が三権分立思想と同様の発想に基づくことを述べる。但し、三権分立思想そのものとの関係を述べるものではない点に注意したい。
- (10) 石井・前掲註(1)7頁。
- (11) 服部・前掲註(1)68頁によれば、株式会社法の必要的三機関は、「フランス革命当時における三権分立思想の影響の下に、1856年および1862年のイギリス会社法、あるいは1867年のフランス会社法で定められ、それが受け継がれて今日に及んでいる」とする。小町谷・菅原・前掲註(1)198頁。
- (12) ACHILLES RENAUD, DAS RECHT DER ACTIENGESELLSCHAFTEN, Zweite vermehrte und verbesserte Auflage, 1875(明治8年), S. 456.によれば、株主総会は地方自治体の議会やマルク共同体のMarkerdingのようであるとす。
- (13) Karl Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften, Zweiter Band, 1904(明治37年), S. 231. なお、レーマンには、三権分立思想ではなく、株主総会に民主主義原則が採り入れられたことを指摘する箇所がある(S. 340.)。
- (14) HERMANN ROESLER, ENTWURF EINES HANDELSGESETZBUCHES FÜR JAPAN MIT COMMENTAR, ERSTER BAND, 1884, S. 324. Art. 226. その翻訳である、ロessler氏起稿『商法草案 上巻〔復刻版〕』(新青出版, 復刻版, 1995(平成7)年)404頁の第226条によると、「頭取(取締役——筆者註)ハ會社ヲ統率スルノ地位ニ居ル者ニシテ恰モ行政廳ノ長官ニ異ナラス」とある。草案の原文は“Directoren... ähnlich den Vorständen eines Verwaltungsdepartements”である。
- (15) これは、法人学説による機関の概念が主として公法人について先行する形で論じられて来たということ(田中耕太郎「機関ノ觀念」富井先生還暦祝賀『法律論文集』(有斐閣書房, 大正7(1918)年)887-888頁)との関係が推測される。
- (16) 例えば、『日本近代立法資料叢書18 法律取調委員会 商法草案議事速記』(商事法務研究会, 昭和60(1985)年)168頁上段。
- (17) 松本丞治「商法中改正法律案ヲ評ス」『法學協會雜誌』第28巻第10號(明治43(1910)年)85(1803)頁。
- (18) 松本丞治『會社法講義』(巖松堂書店, 大正5(1916)年)319頁。
- (19) Sontag, a.a.O. (Fn. 1), S. 13.
- (20) 田中誠二「株式会社に於ける多数決原則の濫用」『法學協會雜誌』第42巻第9號(大正13(1924)年9月)120-121頁。
- (21) Sontag, a.a.O. (Fn. 1), S. 13. 田中誠二・前掲註(1)『多数決原則』120-121頁による。
- (22) Sontag, a.a.O. (Fn. 1), S. 13. 原文は, “Wir sehen hier das getreue Abbild des konstitutionellen Staates, wie er in der Konstruktion seiner Vater lebte: Die Gesamtheit der Bürger ist der Souveran, welcher sich seine Vertretung wählt, die ihrerseits wiederum die Exekutivorgane ernennt”である。
- (23) 田中誠二・前掲註(1)『提要』50-51, 422頁。なお、同書422頁の註にある田中耕太郎・前掲註(15)「機関」は根拠となるような内容ではない。

- (24) 小栗栖國道「株式會社に於ける多数者の濫用」『法學論叢』第16卷第3號, 76-77頁(大正15(1926)年9月)388-389頁, 西原寛一『商事法研究』第一卷(有斐閣, 昭和32(1957)年)87, 89頁, 石井・前掲註(1)『注釈会社法(4)』(昭和43(1963)年)7頁。
- (25) FRITZ HAUSSMANN, VON AKTIENWESEN UND VON AKTIENRECHT, 1928(昭和3年), S.49.
- (26) 田中耕太郎「株式會社法改正の基本問題」『法學協會雜誌』第48卷第1號(昭和5(1930)年1月)82-83頁, 大隅健一郎「株式會社の基本觀念に関するハオスマンの見解」『法學論叢』第27卷第5號, 119頁(昭和7(1932)年5月)771(119)頁。
- (27) Herman Veit Simon, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften und der Kommanditgesellschaften auf Aktien, 3 Auflage, 1910(明治43年), S.16-17.
- (28) HAUSSMANN, a.a.O. (Fn. 25), S. 49.
- (29) 田中耕太郎・前掲註(26)『基本問題』82-83頁。
- (30) 大隅・前掲註(26)『ハオスマン』771頁。
- (31) 後藤清「ナチスの指導者原理と株式會社組織法改正論」『民商法雜誌』第2卷第2號(昭和10(1935)年8月)165-172頁, 大森忠夫「ナチスの株式法改正論」『法學論叢』第35卷第2號(234-239, 251頁)(昭和11(1936)年2月)418-419, 435頁, 西原・前掲註(1)『思想』1546-1547(116-117)頁。
- (32) 高田源清『独裁主義株式會社法論』(同文館, 昭和13(1938)年)82-83頁。
- (33) 谷川・前掲註(1)6-7頁。それどころか, 逆に株主總會の権限を拡張する。営業譲渡, 営業全部の賃貸, 経営の委任, 他人と営業損益を共通にする契約等の締結・解約, 企業結合関係にかかる事項を株主總會の特別決議事項とした。
- (34) 西原寛一「商法改正法案管見」『法律時報』第8卷第5號(昭和11(1936)年5月)3(395)頁。
- (35) 亀井秀夫「ネッターの觀たる「株式法の根本問題と企業自體——獨逸株式會社法改正草案を中心として——」」『山口商學雜誌』第6卷第5號(昭和10(1935)年12月)4-5頁。松本丞治『株式會社法改正の要點』(巖松堂, 昭和15(1940)年)9-10頁。三藤正「わが株式會社法の性格とその變質(一)」『民商法雜誌』第14卷(昭和16(1931)年)716-717頁。
- (36) 石井・前掲註(1)7頁, 谷川・前掲註(1)3-4頁, 倉沢康一郎「監査役會制度改正の必要性」『商事法務』No.1311(1993(平成5)年2月5日)3頁, 宮島・前掲註(1)172, 174頁。なお, 大隅健一郎『株式會社法變遷論』(有斐閣, 昭和28(1953)年)53, 92-93頁は, 「それぞれの国の政治及び時代の社会思想」が株式會社法の變動に影響する旨を説く。この文献では, 明確に三権分立の語を用いていない。大隅健一郎『會社法講義案』(有斐閣, 再版, 昭和23(1948)年)65頁や大隅健一郎『商法』上卷(有信堂, 昭和29(1954)年)136頁では, 株式會社の三機関の権限の分配が「國家における三権の分立を髣髴せしめる」としている。
- (37) 石井・前掲註(1)7頁, 谷川・前掲註(1)3-4頁, 宮島・前掲註(1)172頁。なお, 加藤修・前掲註(1)144頁。
- (38) 田中誠二・前掲註(1)『詳論』465頁。
- (39) 田中誠二・前掲註(1)『詳論』465頁。
- (40) この見解の説明は, 「三権分立の政治思想の影響を受け……分立が認められていた」とする文と「意思機関が株主總會で……これは, レーマンの三分説として……広く行われていた」という文とは切り離して考えるべきである。
- (41) 他にも, レーマン(註(44)Entwicklung)や田中耕太郎『會社法概論』(岩波書店, 大正15(1926)年)286頁以下を民主主義思想導入の根拠とする見解がある(鈴木竹雄「株主平等の原則」『法學協會雜誌』第48卷第3號(昭和5年3月)384頁)。しかし, 調査の結果, 株式會社への純粋な政治理念としての民主主義思想の導入という理論についても否定せざるを得ない。
- (42) ドイツに関するものとして, OTTO GIERKE, DIE GENOSSENSCHAFTSTHEORIE UND DIE DEUTSCHE RECHTSPRECHUNG, 1887(明治20年), S.687. RENAUD, a.a.O. (Fn.12), S.456. Lehmann, a.a.O. (Fn.13), S.231. なお, FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY, System des heutigen romischen Rechts, Band 2, 1840, S.332. サヴィニー(小橋一郎訳)『現代ローマ法体系』第二卷(成分堂, 1996(平成8)年)286-287頁。日本に関するものとして, ロェスレル・前掲註(14)404頁の第226条, 議事速記・前掲註(16)168頁上段。
- (43) Hans Kelsen, Von Wesen und Wert der Demokratie, 2. Auf. 1929(昭和4年), Scientia Verlag, 1963, S.1. 邦語訳は, ハンス・ケルゼン著(西島芳二譯)『デモクラシーの本質と價值』(岩波書店, 昭和23(1948)年)25頁。加藤秀治郎・中村昭雄『増補スタンダード政治学』(芦書房, 増補改訂, 1993(平成5)年)85頁。
- (44) ブーフ著(司法省譯)『佛國商法略論』(司法省藏版, 明治20(1887)年)114-115頁, Karl Lehmann, Die Geschichtliche Entwicklung des AKTIENRECHTS bis zum Code de Commerce, 1895(明治28年), S.7-9. Lehmann, a.a.O. (Fn.13), Recht, S.340. Franz Klein, Die neueren Entwicklung in Verfassung und Recht der Aktiengesellschaft, 1904(明治37年), S.64. 松本丞治「商法中改正法律案ヲ評ス」『法學協會

- 雑誌』第28巻第10号(明治43(1910)年)85(1803)頁。
- (45) 例えば, Steinitzer, a.a.O. (Fn.1), S.59-60. Sontag, a.a.O. (Fn.1), S.12-13. なお, OTTO VON GIERKE, DAS DEUTSCHE GENOSSENSCHAFTSRECHT, DRITTER BAND, Die Staats- und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland, 1881 (明治14年), S.513-514. オットー・ギールケ著(坂本仁作訳)『中世の政治理論』(ミネルヴァ書房, 1985(昭和60)年)42-43頁, FREDERIC WILLIAM MAITLAND, POLITICAL THEORIES OF THE MIDDLE AGE BY DR OTTO GIERKE, (1900(明治33年)) xli, xxii-xxv. メイトランド(森泉章監訳)『団体法論序説』(日本評論社, 1995(平成7)年)96, 63-68頁, GIERKE, a.a.O. (Fn.42), THEORIE, S.687.
- (46) 佐藤幸治『憲法』第三版(青林書店, 第三版, 平成7(1995)年)80頁。
- (47) ロessler・前掲註(14)399頁222条の解説によれば, 「各社員ニ依テ代理セラレサルハ株式会社ノ一種固有ノ性質ナリ」として「株式会社ハ大事業ヲ期シ許多ノ社員ヲ要スル者ナレバ勢ヒ各社員親シク事務ヲ擔當スルコト能ハサルカ故ナリ故ニ株式会社ノ代理ハ特別ノ人員ニ委任セサルヲ得ズ頭取(取締役一筆者註)是ナリ」とする。谷川・前掲註(1)2-3頁。
- (48) 新山雄三『株式会社法の立法と解釈』(日本評論社, 1993(平成5)年)13-14頁によれば, 所有と経営の分離は, バーリーアンドミーンズ(A. バーリー, G. ミーンズ(北島忠男訳)『近代株式会社と私有財産』(A. Berle and G. Means, THE MODERN CORPORATION AND PRIVATE PROPERTY)(文雅堂銀行研究社, 昭和32(1957)年)1-154頁)によって指摘されるまでもなく, 「近代株式会社制度のそもそもの基本的構造においてすでに内在されていた現象である」とされる。
- (49) 松本・前掲註(18)『会社法講義』319頁, 片山義勝『株式会社法論』(中央大学, 五版, 1918(大正7)年)582-583頁。
- (50) なお, 大隅健一郎『新版株式会社法変遷論』(有斐閣, 新版, 昭和62(1987)年)27-30, 34, 44-45頁。大塚久雄『株式会社発生史論』(有斐閣, 昭和13(1938)年)553頁。Lehmann, a.a.O. (44), Entwicklung. 英国 Joint Stock Companies の東インド会社 (The Governor and Company of Merchants of London trading into the East Indies. 特許状は1600年)及びロシア会社 (Merchants Adventurers of England for the discovery of lands, territories, isles, dominions, and seigniories, unknown and not before that late adventure or enterprise by sea or navigation commonly frequented. 特許状は1555年)(WILLIAM ROBERT SCOTT, THE CONSTITUTION AND FINANCE OF ENGLISH, SCOTTISH AND IRISH JOINT-STOCK COMPANIES TO 1720, VOLUME II, 92-93, 38(1910(明治43年)). CECIL T.CARR, SELECT CHARTERS OF TRADING COMPANIES A.D. 1530-1707, xxx(1913(大正2年))(Reprinted 1970). 八木弘「英國會社法發展史序説」『法學論叢』第35巻(昭和11(1936)年7月至12月)545頁)。
- (51) 明治23年及び32年の日本商法に影響を及ぼした普通ドイツ商法典(ADHGB)1870年改正の理由書には, 準則主義の導入によって, 国家による後見的監督がなくなり, 株式会社の運営は株主による完全な自治(Selbstverwaltung)に委ねられることが示されている。Motive. Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommandit-Gesellschaften auf Aktien und die Aktien-Gesellschaften, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, I. Legislatur-Periode. Session 1870(明治3年), Vierter Band, 13, S.650-651, 新山雄三『ドイツ監査役会制度の生成と意義 ドイツ近代株式会社法の構造と機能』(商事法務研究会, 1999(平成11)年)231-232頁。
- (52) 例えば, ロessler・前掲註(14)399頁222条の解説は, 「各社員ニ依テ代理セラレサルハ株式会社ノ一種固有ノ性質ナリ」として「株式会社ハ大事業ヲ期シ許多ノ社員ヲ要スル者ナレバ勢ヒ各社員親シク事務ヲ擔當スルコト能ハサルカ故ナリ故ニ株式会社ノ代理ハ特別ノ人員ニ委任セサルヲ得ズ頭取(取締役一筆者註)是ナリ」とする。
- (53) 新山・前掲註(51)『生成』70頁, 新山・前掲註(48)『解釈』50-52, 5-7, 12頁。
- (54) 新山・前掲註(51)『生成』70頁, 新山・前掲註(48)『解釈』50-52頁。
- (55) なお, 監査役の萌芽は, 1623年オランダの東インド会社に設置された九人委員会(Commissie van Negen)に見出し得る。西山芳喜「監査役制度の系譜」『金沢法学』第34巻第1号(平成4(1992)年1月)89-90頁。
- (56) Joint Stock Companies Act 1844, 7 & 8, Vict. c.110. (THE STATUTES OF THE UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND IRELAND, 7 & 8, VICTORIA, 1844, pp.807-844.)
- (57) Joint Stock Companies, Select Committee. 議長は W. E. Gladston が務める。
- (58) FIRST REPORT OF THE SELECT COMMITTEE ON JOINT STOCK COMPANIES, 1844, in BRITISH COMPANY LEGISLATION

- AND COMPANY ACCOUNTS 1844-1976, (J. R. Edwards), Volume 2, (1980).
- (59) FIRST REPORT, supra note (58), at x (12).
- (60) FIRST REPORT, supra note (58), at xiii, v (15, 7).
- (61) T. A. LEE, *A Brief History of Company Audits: 1840-1940*, 153-154, THE EVOLUTION OF CORPORATE FINANCIAL REPORTING (T. A. Lee and R. H. Parker) (1979 (昭和54年)).
- (62) Loi sur les sociétés, 24 Juli. 1867, (DALLOZ 1867, 98-123, 109 (TIT. 2. DES SOCIÉTÉS ANONYMES)). なお、瀬岡誠「フランス会社法史序説」『大阪大学経済学』第25巻第4号(1976(昭和51)年3月)19-20頁。奥島孝康「株式会社の機関構成原理 フランス法の歴史と実験」『フランス企業法の理論と動態 企業法研究』第一巻(成文堂, 平成11(1999)年)91頁。鳥山恭一「フランス会社法とコーポレート・ガバナンス論 exception française?」奥島孝康教授還暦記念 第一巻『比較会社法研究』(成文堂, 1999(平成11)年)486頁, 491-492頁の註(16)。
- (63) N. Reich, Die Entwicklung des deutschen Aktienrechts im neunzehnten Jahrhundert, in *Ius Commune* (hrsg. von H. Coing), Band 2, S. 264-265. 及び, 新山・前掲註(51)『生成』100, 102頁の註(47)を参照されたい。奥島孝康「株式会社の機関構成原理 フランス法の歴史と実験」『フランス企業法の理論と動態 企業法研究』第一巻(成文堂, 平成11(1999)年)91頁。
- (64) Gesetz, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften. Vom 11. Juni 1870. (Bundesgesetzblatt Norddeutschen Bundes. 1870, S. 375-386.)
- (65) Entwurf, a.a.O. (Fn. 51), S. 650-651. 新山・前掲註(51)『生成』231-232頁。
- (66) RENAUD, a.a.O. (Fn. 12), S. 625. 新山・前掲註(51)『生成』243-264頁。
- (67) ロessler・前掲註(14)。
- (68) 議事速記・前掲註(16)136頁(本尾)。
- (69) Companies Clauses Consolidation Act 1845. なお、森実「英国における監査役の独立性と限定監査報告書 前世紀より今世紀初頭にかけての英国監査事情」『香川大學経済論叢』第32巻第3・4・5号(1959(昭和34)年12月)324-325(564-565)頁。
- (70) Joint Stock Companies Act 1856, 19 & 20, VICTORIA c. 47. (STATUTES AT LARGE 96, 19-29. VICT.) (THE STATUTES OF THE UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND IRELAND, 19 & 20, VICTORIA, 1856, pp. 169-215.). なお, H. C. Edey, *Accounting in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, 223, THE EVOLUTION OF CORPORATE FINANCIAL REPORTING, (T. A. Lee and R. H. Parker), (1979 (昭和54年)). 大矢知浩司・佐々木秀一編著『イギリス会計制度の展開』(同文館, 3版, 昭和58(1983)年)33頁。ARTHUR LOWS DICKINSON, *ACCOUNTING PRACTICE AND PROCEDURE*, 232 (1913 (大正2)年), 森・前掲註(69)313頁。
- (71) Companies Act 1862, 25 & 26, VICTORIA c. 89. (STATUTES AT LARGE 102, 25-26, VICT.) (THE STATUTES OF THE UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND IRELAND, 25 & 26, VICTORIA, 1862, 434-516.). なお, 池島宏幸「イギリス会社法における近代的発展の傾向とその特徴」静岡大学法経短期大学部研究紀要『法経論集』No.8(1959(昭和34)年10月)10-11頁。PALMER'S COMPANY LAW, VOLUME I, (CILVE M. SCHMITTHOFF), 11 (2-09), (1982).
- (72) ロessler・前掲註(14)407-408頁230条の解説。
- (73) ロessler・前掲註(14)408頁230条の解説。「至重ナル起業」の原文は“wichtigeren Unternehmungen”とあり, “より重要な企業”の意味と推測される。ROESLER, a.a.O. (Fn. 14), S. 326. Art. 230を参照。
- (74) ロessler・前掲註(14)408頁230条の解説。
- (75) ロessler・前掲註(14)408頁231条の解説。
- (76) 『近代立法資料叢書17 會社條例編纂委員會商社法第一読會筆記』第31回 明治17年11月18日(商事法務研究会, 昭和60(1985)年)株式會社官許に關する意見書(明治17(1884)年)161-162頁, 議事速記・前掲註(16)138頁。
- (77) 今井潔・浅木慎一「法典論叢と国産会社の成立 明治32年商法制定」北沢正啓先生古稀祝賀論文集『日本会社立法の歴史的展開』(商事法務研究会, 平成11(1999)年)115頁, 『商法修正案理由書』(東京博文館, 明治31(1898)年)103-104頁[志田鉦太郎]。
- (78) 例えば, ロessler・前掲註(14)399頁222条の解説を参照。
- (79) 田中耕太郎・前掲註(1)『世界株式会社法への展望』399-400(14-15)頁。
- (80) GIERKE, a.a.O. (Fn. 45), RECHT, S. 568-569, 513-514, 584. ギールケ著(坂本訳)・前掲註(45)73, 42-43, 85頁。なお, ギールケの見解を受けてメイトランドも同様の理解を示す(MAITLAND, supra, note (45), at xli, xxii-xxv. メイトランド(森泉監訳)・前掲註(45)96, 63-68頁。
- (81) 1902年のギールケの講演 *Das Wesen der menschlichen Verbands*, 増田厚「ギールケ・人間団体の本質」『成蹊法学』第24号(1986(昭和61)年)227-229頁。