

5 日本商法の源流・ロessler草案

—「ロessler型」株式会社を例として—

高田 晴 仁

- I 「ドイツ人がドイツ語で書いた商法草案」だからドイツ法か
- II Hermann Roesler とは誰か
- III 「ロessler型」——株式会社の機関構造
- IV 「ロessler型」と一層制・二層制
- V 1950年商法改正によるアメリカ法の継受——ガバナンス改革——
- VI 祖先と末裔 „Vorfahren und Nachkommen“
——「ロessler型」と決別できるか

I 「ドイツ人がドイツ語で書いた商法草案」だからドイツ法か

冒頭にこの報告のテーゼをあらかじめ提示しておこう。

ドイツ人 Hermann Roesler がドイツ語で書いた日本初のロessler商法草案⁽¹⁾について、株式会社法はドイツ法を下敷きにしたものである、というよくみられる見解⁽²⁾は的を射ていない。また同様に、形式的にはフランス商法典の編成を採用し、実質的には1861年のドイツ一般商法典を主に斟酌したという見方⁽³⁾も正確とはいえない。株式会社法に最も大きな影響を与えたのはイギリス法、フランス法であって、ドイツ法も確かに斟酌されているが、日本の商法草案ではドイツ法の特徴をあえて排除している点もみられるのであって、決してドイツ指向とはいえない⁽⁴⁾。

その顕著な例として、以下では、日本独特の株式会社の機関構造——本稿では「ロessler型」と称したい——の源が、1881年から1882年にかけて⁽⁵⁾

起草された商法草案に存することを立証していきたい。われわれはその由来を知ることによって、現代日本におけるコーポレート・ガバナンスの課題の解決にヒントを得ることができるであろう。

II Hermann Roesler とは誰か

まず、日本最初の商法草案の起草者である「ロェスレル」こと Hermann Roesler に簡単にふれておこう⁽⁶⁾。彼は1834年に南ドイツのニュルンベルク郊外で生まれ⁽⁷⁾、1860年に法学博士⁽⁸⁾と経済学博士⁽⁹⁾を、さらに1861年には教授資格を取得し⁽¹⁰⁾、若干27歳でバルト海に面した北ドイツの港町、ロストック大学哲学部で国家学教授に就任した。

ロェスレル教授は、近代社会を単なる原子的な個人の集合体ではなく、自治的な「文化共同体」であると捉えた。そして、この人間の文化共同体である社会を破壊しかねないと彼がおそれたアダム・スミスのような自由な私的所有権観を⁽¹¹⁾——さらにはマルクスの唯物論をも⁽¹²⁾——「自然法的謬説 (naturrechtliche Irrlehre)」として激しく批判したうえ、彼が「社会行政法」⁽¹³⁾と称ぶ「人間の文化的共同体における法秩序 (Rechtsordnung der menschlichen Culturgemeinschaft)」の体系を世に問うた⁽¹⁴⁾。

だが、このような彼の学問的な構想について思うような評価や反響が得られなかったこと——とりわけ故郷・南ドイツの大学からの招聘がなかったこと——に彼は落胆し、また、プロテスタントからカトリックへの転向と、ロストック大学では教授職はプロテスタントでなければならないとする条件の間での葛藤、さらにはビスマルクによるカトリック教会に対する「文化闘争」への嫌悪といういくつかの原因が重なって⁽¹⁵⁾、この秀才は、1878年、17年に亘るドイツでのキャリアを放棄し、日本政府の招聘に応じて東京に赴いた⁽¹⁶⁾。当時の欧州人としては極めて大胆な人生の選択のあと、彼は東京で社交などには目もくれず精力的に日本政府のためにさまざまな助言・意見書の執筆、法律の立案——その最大のもは憲法と商法である——に従事しつつつけた⁽¹⁷⁾。伊藤博文や井上毅という日本政府の首脳が彼を頼りにしてい

たことは、外交・法律・行政に関するあらゆる質問に答えた彼の膨大な意見書⁽¹⁸⁾と、二度の契約更改⁽¹⁹⁾によって証明されている。結局のところ、癌に冒された体で1893年に欧州に戻るまで、彼の日本滞在は15年にも及び、そして翌1894年に南チロルのポーツェンにある瀟洒なコンピル邸⁽²⁰⁾で彼はこの世を去った。彼の学問的生涯の約半分は日本のために捧げられたのであった。

憲法制定におけるロエスレルの役割や影響については独日で多数の研究成果がある⁽²¹⁾のに対して、彼の商法草案についての研究の数は多いとは到底いえない⁽²²⁾。かつまた、日本の民法学におけるボワソナード草案⁽²³⁾研究の発展⁽²⁴⁾に比較して見劣りすることは否めない。その理由としてはいろいろな事情が推察（臆測）されるが⁽²⁵⁾、いずれにせよ、ロエスレルの草案が独語で書かれ、かつ、当時の日本語訳（最も普及しているのは『司法省』訳として刊行された上下2巻本⁽²⁶⁾）が現代の日本人にとってきわめて読みづらいことが草案を参照するに当たっての障害になっていることは事実であろう。

以下では、独語草案および注釈から、草案の特徴をつかむサンプルとして、株式会社の機関構造（草案219条～244条）についていくつかのポイントを摘示し、「ロエスレル型」の機関構造の実相をあきらかにしていくこととしたい。

Ⅲ 「ロエスレル型」——株式会社の機関構造

ロエスレル草案における株式会社の常設の機関は、株主総会、取締役会、および、（任意機関ではあるが）監査役会の三つである⁽²⁷⁾。

ロエスレルは、株主総会（Generalversammlung der Actionäre）は、「管理（Verwaltung）または監視（Ueberwachung）機関とは異なり、株主たちを代表（Vertretung）するための機関である」という（草案236条注釈⁽²⁸⁾）。ここで管理機関というのは、„Directoren“ すなわち「取締役（会）」を示しており、他方、監視機関とは、„Aufsichtsrath“ すなわち「監査役会」をあらわしている。株主全員を構成員とする株主総会が取締役と監査役会員を選任

し、取締役たちが会社の「管理」を、監査役会がその「監視」を分担する。これが、ロェスレルが考案した日本の株式会社のコーポレート・ガバナンスの基本的構造である。

1 取締役会 (Directoren)

特筆すべきは、第三者機関 (Fremd- od. Drittorganshaft) ということばこそ使われていないものの、実質的にその趣旨が強調されている点である。

ロェスレルは「株式会社の本質的特徴として、執行組織 (administrative Organisation) が問題となる」として、つぎのように述べる。

「株主らは株式会社の代表権を有していない。株主の総体が株主総会を成し、株主総会の決定が管理 (Verwaltung) に影響を及ぼすことができるのはもちろんである。だが会社の管理自体は、個々の株主の権利でも、株主総会の権利でもない。個々の株主も株主総会も自己の所為 (Handlungen) によって何らかの方法で会社に権利を得させ、または、義務を負わせることはできない。そのかぎりでは、株式会社から人的な観点は完全に取り去られており、株主 (Aktionäre) はおそらくもはや〔人的会社のように〕社員 (Gesellschafter) とは称しえない。株主は、会社の代表者を選任する権利を有するだけなのである。株主はその選任の義務を負い、この義務の懈怠は会社を無にするであろう。選任は株主総会における選出によって行われる⁽²⁹⁾。草案はかれらに取締役たち (Directoren) という名称をあたえる。おそらくは最もよく知られていて、最もわかりやすいであろう。」

会社のオーナーである社員らが自ら業務執行にあたる人的会社とは異なり、株主らから会社の管理者・代表者として適任である „Directoren“ を選出すべしというロェスレルの構想は、当時 (1881~1882年) においても、例えば国立銀行条例⁽³⁰⁾ では、5名以上の取締役を選任する旨 (うち1名を互選で頭取とする) を規定していたことから見て、ごく自然で違和感のない説明であったであろう。

だが、ここには翻訳の落とし穴があった。それは、『司法省訳』が „Directoren“ を「頭取」と訳した点である⁽³¹⁾。独語の „Directoren“ は

„Director“ の複数形であるから、そもそも単数である「頭取」にはなじみづらい⁽³²⁾。「頭取」は、国立銀行条例にみられるように、筆頭の取締役の意であり、その地位に就くのはトップの1名のみであるのが通例であったからである⁽³³⁾。むしろ „Directoren“ は「取締役 (たち)」の意味に解すべきであり、実際にその後の立法のプロセスで「取締役」と改訳された⁽³⁴⁾。

ではこの „Directoren“ は、いずれの法を採用・継受したものか。草案の注釈では、個々の論点ごとに、英仏独の各法律における „Directoren“ のあり方を比較検討してそれらの共通点を探り、なお相違がある場合には、いずれかの法を採用するという方法をとっている⁽³⁵⁾。より具体的にいえば、ロesslerが „Directoren“ を構想するにあたって、比較検討の対象にしたのは、1862年イギリス会社法⁽³⁶⁾の “directors”, 1867年フランス会社法⁽³⁷⁾の « administrateurs » および1861年ドイツ一般商法典 (1870年第一次株式法改正⁽³⁸⁾) の „Vorstand“ である。

その根拠としては、第一に、„Directoren“ の代表権の注釈 (草案222条⁽³⁹⁾) において、イギリス会社法の “directors” の各自代表の原則⁽⁴⁰⁾を採用する反面、ドイツ一般商法典の „Vorstand“ の全員共同代表の原則⁽⁴¹⁾を排斥することを明示している点、第二として、„Directoren“ の資格株についての注釈 (草案223条⁽⁴²⁾) で、取締役に株主資格を要しないものと定めたフランスの旧法⁽⁴³⁾ およびドイツ一般商法典⁽⁴⁴⁾ は業務執行遂行のインセンティブを損なうとして、これらとは反対に、取締役に資格株を要求するイギリス法⁽⁴⁵⁾ および1867年のフランス会社法⁽⁴⁶⁾ を採用した、と述べている点を挙げることができる。

これらの事実からも判明するように最も色濃く影響を受けているのは、イギリス法の “directors” であると考えられる (ドイツ法はむしろ排斥されている)。名称のうえでも „Directoren“ は英語の “directors” に近似するが、それだけでなく、フランス会社法やドイツ一般商法典では、取締役会員は1名でも足りるのに対して⁽⁴⁷⁾、ロessler草案は3名以上を要求しており (草案219条⁽⁴⁸⁾)、原則として3の倍数を予定するイギリス法の立場⁽⁴⁹⁾ に近いといえる。また、イギリス法の継受は、次の文章からいっそう明らかである。

「Directoren は決議するためのものか、日常的継続的な社外に対する業務 (Geschäfte) および取引 (Verkehr) を処理するためのものかにより区別することができる。これによって取締役会 (Verwaltungsrath) と取締役たち (Directoren) とがよく区別される。取締役会構成員の数および取締役会内部の特別な機関〔後出の業務執行取締役〕、同様に、各取締役 (Director) の代表資格と他の取締役たちとの関係は定款で定めることを要する。

草案は3名より少なからざる取締役たちを選任すべきことのみを定めているが、それより多くともいっこうに差し支えない。小さな会社、製造所およびそれに類する施設では、ひとりの業務執行取締役 (geschäftsführender Director) で十分である。助言者 (Beirath) として、また、重要な管理問題を決定するために、これに並べて、さらに2名の取締役たちを置くことができる。より大きな会社では、大抵は、重要な署名は最低でも2名の取締役たちによってなされるものと定められる。〔そのような署名をなす〕取締役たちはいまや会社の取締役会 (Vorstand) を成し、いかなる場合でも必要なのである。』

ここでいう「取締役会 (Verwaltungsrath) と取締役たち (Directoren) との区別」とは、業務執行 (管理) 機関である会議体⁽⁵⁰⁾とその構成員を示しており、イギリス法の “board of directors” (取締役会) と “directors” (取締役会員) の区別に相当し⁽⁵¹⁾、また、常務にあたる対外的代表行為を行う「業務執行取締役 (geschäftsführender Director)」とは、イギリス法の “managing director” を指すものであろう⁽⁵²⁾。

ただし、ロessler草案には、上記の注釈に対応する取締役会の運営についての規定 (“meeting of directors”⁽⁵³⁾) を欠いている。それが条文数の増加を恐れたゆえのことかどうか理由は判然としないが、この欠点だが、1890 (明治23) 年の旧商法および1899 (明治32) 年の新商法での——取締役会なき——各取締役の「各自執行・各自代表」(旧商法186条, 143条, 新商法169条, 170条) の伏線になったものと考えられる⁽⁵⁴⁾。

半世紀以上にわたる長い「取締役会の不在」の期間を経て、日本の会社法が取締役会 (board of directors) の原点に戻ったのは、第二次大戦後の連合

国軍最高司令官総司令部 (General Headquarters, the Supreme Commander for the Allied Powers: GHQ/SCAP) の事実上の指令によって、アメリカ会社法を継受したときのことであった (後述V)。

2 監査役会 (Aufsichtsrath)

ロessler草案には、任意機関ながら、監査役会 (Aufsichtsrath) の設置⁽⁵⁵⁾が予定されている。比較法的にこれと比照しうるのは、ドイツ法の „Aufsichtsrath“ (株式会社・株式合資会社の監査役会) はもちろん、イギリス法の “auditors” (会計監査役)、フランス法の « commissaires » (株式会社の監査役)、« conseil de surveillance » (株式合資会社の監査役会) である。

一見すると、ロessler草案の „Aufsichtsrath“ とドイツ法の „Aufsichtsrath“ とがまったく同一語であることから、ドイツ法の継受のように見えなくもない。しかしこれら両者は別物である。

ロesslerが該当箇所を執筆していた当時 (1881年から1882年にかけて) のドイツ法では、„Aufsichtsrath“ (監査役会) の選任に関して、定款で、株主から監査役会の構成員として最低3名を選任すべき旨を定めるべきものとし⁽⁵⁶⁾、他方、„Vorstand“ (取締役会) の選任方法および構成は、定款の定め⁽⁵⁷⁾に委ねていた。

したがって論理的には、株主総会が監査役会を選任し、さらに監査役会が取締役会を選任・監督するという現代ドイツの「二層制」の機関構成 (後述IV)、または、株主総会から一方では監査役会を選任し、他方では取締役会を選任するという「ロessler型」の機関構成も採りえたことになる⁽⁵⁸⁾。しかし、当時のドイツの会社では、監査役会は、監査機関というよりも、むしろ銀行をはじめとする大株主の代表として取締役会の選解任権を握り、その上位にあってこれを願使する傾向が強かった⁽⁵⁹⁾。極言すれば、「監査役会」という名の業務執行機関であったといってもよい⁽⁶⁰⁾。したがってドイツで監査役会と取締役会を並列的に総会で選任する例が稀有であったのは当然である⁽⁶¹⁾。

これに対して、会計監査役 (auditor) による会計監査の伝統をもつイギリ

ス⁽⁶²⁾、および、監査役(会) (commissaire, conseil de surveillance) に対して、会計監査にプラスして一定の業務監査権限を与えるフランスでは、いずれも株主総会で業務執行機関と監査機関の双方を選任する仕組みを採っている。ロessler型は、明らかにこのイギリス法、フランス法のあり方を選択したものであって⁽⁶³⁾、これを国家の統治機構のように「三権分立」に譬えることが可能である⁽⁶⁴⁾。そしてそれは「ドイツ法をモデルにしたもの」⁽⁶⁵⁾ではない。

むしろロesslerがドイツにおける監査役会の経営干渉に対する警戒感を示す、いくつかの例証がある。

まず、監査役会の存在意義について、ロesslerは、「監査役会は業務の執行をすべきものではなく、取締役たち (Directoren) の業務執行を、法律および定款、また、株主および債権者の利益の観点から監視 (überwachen) しなければならない。……違法または会社に損害を生じさせる業務執行を阻むべき確乎とした機能と権限とをあたえられた特別の監査機関 (Aufsichtsorgan) の利点は明らかである。」⁽⁶⁶⁾という。要するに、監査役会は——ドイツでの実態のように——業務執行機関ではなく、株主・債権者の利益保護の観点から経営を監視すべき特別の監査機関である、というのである。

監査権限としては、「第一に取締役会 (Directoren) の業務執行の監視 (Ueberwachung)、第二に、会計の検査 (Pruefung der Rechnung)、第三に、会社の利益に必要な株主総会決議をなすための株主総会の招集である。」といい、業務監視権限 (第一) と会計検査権限 (第二) およびその手段的権利として株主総会に報告・提案を行うための総会招集権 (第三) を与えている。

しかしながら、業務執行の監視について差止権は付与しない。その理由について次のように説明されている。「監査役は取締役に対する独立の対応措置、とくに拒否権 (Veto) またはその他の差止権 (Verbotungsrecht) を有しない。〔すなわち〕 監査役会は調査 (Untersuchung) に従事し、また、調査結果を必要な提案と共に決議のために株主総会に提出することができるのみである。取締役会の地位は、もし監査役会の側からの気ままな干渉を甘受

しなければならないとすれば、明らかに〔監査役会に対して〕従属的で不安定なものになるであろう。しかもこのことによって、取締役会の固有の責任は実際には監査役会に委譲 (übertragen) されることになるであろう。』⁽⁶⁷⁾

ドイツの多くの会社で、取締役会が監査役会にあごで使われている弊害を下敷きにすれば、ここで「監査役会の側からの気ままな干渉」、「取締役会の従属的で不安定な地位」と表現しているのは、ドイツにおける監査役会の過度な経営干渉を指すものであり、これを日本に持ち込ませないために、草案の監査役会には、取締役会の業務執行に対する差止権を与えないこととしたものと読める。

さらに、注目すべきことに、監査役会の責務 (Obliegenheiten) について、ドイツ法のように「すべての管理部門にわたって会社の業務執行を監視する」⁽⁶⁸⁾ という監査役会の監視対象は無制限であると宣言する方法を採っていない。むしろ「取締役たちおよび発起人たちの業務執行が法律に適合するか、特に会社の設立においては、定款の定めおよび会社の決議に適合するかを監視し (überwachen)、かつ、一般に業務執行の過誤および不正を検出する (aufdecken) こと」(草案231条1号) として、監視の範囲をもっぱら業務執行の適法性・定款適合性の監視、善管義務違反の指摘に限るかのような表現を用いている。

ロesslerによれば、「とくに業務執行の監視 (Ueberwachung) に関していえば、監査役会はずぎの諸点に注意しなければならない。すなわち、第一に、〔業務執行が〕適法であるか、手続の点ではどうか、第二に、定款に適合するか、さらに、第三に、例えば、任務の違反、重要な事実の隠蔽、真実ではない事実の列挙 (Anführung)、取締役たちの利益または他の会社に有利な取引の締結など、株主の損失となる過誤や不正 (Unregelmässigkeiten) がないか、である。しかし取引の有益さ——つまり取引の純粋に投機的な側面——についての純粋な検討に関していえば、これは、株主総会の決議に留保されていないかぎりには、取締役会の決定の自由 (Freiheit des Entschlusses) に任されている」⁽⁶⁹⁾。

監査役会を経営判断そのものから遮断するために、監査権限は純粋な経営

マターには及ばない、として監査の第三者性に配慮しているのは明らかであり、今日の監査権限の範囲論——「妥当性監査」は取締役会の権限であり、監査役による監査は「適法性監査」に限られるという支配的見解⁽⁷⁰⁾——の萌芽がここに姿をみせている。しかしながら「取引の純粹に投機的な側面」の裏側に隠され、潜んでいるかもしれない利益相反などの危険の検出は、ロェスレルにおいては、当然に監査役会の権限に留保されているのである。したがって結局のところ、ロェスレルの描く監査役会の権限は業務執行機関に対してほぼ無制限に及ぶと解さざるをえず、もし監査役会と取締役会の意見が相違したときには、「取締役会の業務執行に違法・定款違反、善管義務違反が認められないかぎり」という条件付きで、経営判断についての自由を主張し、監査役会の意見を斥けうるということになる⁽⁷¹⁾。

以上に反して、取締役会からの監査役会の独立性についての配慮も当然必要になってくる。監督機関の有名無実化は、監査役会の業務執行機関化だけでなく、取締役会の監査役支配によっても生じうるからである。

そこで、ロェスレル草案233条は、「監査役会員は、その職務 (obliegende Geschäfte) を分担することができる。ただし取締役会または会社に対しては全員 (sammt und sonders) でのみ対応する。監査役会員の意見の一致が得られないときは、多数の意見および提案と同時に、少数の意見および提案を述べなければならない」と定め、その注釈では、「本条は、監査役会の機関としての代理権 (amtliche Vollmacht) について、取締役会に対して、各構成員は何ら対応することができず、全員をもってのみ対応することができるものと規律している。したがって監査役会員は意見を統一 (einig sein) しなければならず、そしてまさにかかる意見統一 (Einigkeit)こそが重要であって、監査役会員の有益な活動の保証、および、〔監査役会への〕十分な根拠に欠ける軽率で高慢な批判に対する保障となる」⁽⁷²⁾という。

右の「十分な根拠に欠ける軽率で高慢な批判」をする者といえ、ほかならぬ取締役会であるから、草案の監査役会という会議体 (Kollegium) は、取締役会とのパワーバランスをとるための仕組みであった、ということになる⁽⁷³⁾。

だが意見の統一をみないときは、どうするのか。「少数派は多数派と同様の権利を有する必要がある、また、両者は株主総会で相並んで意見を述べて、株主総会の決議に任せなければならない」といい、また、各監査役会員の業務監査権（草案234条）は、監査役会全体で取締役会、株主総会に相対するという「制限に関わりなく、かかる制限の下で監査権限を行使する準備をなし、ともかくもそれを可能ならしめるための、閲覧（Kenntnisnahme）および調査（Untersuchung）について規定しており、それゆえに閲覧・調査権限は各個の監査役会構成員の権利である」⁽⁷⁴⁾と明言する。1993年の商法改正による監査役会と監査権限行使の独立性（独任制）の組み合わせは、100年以上前の日本初の草案で提案済みだったのである。

IV 「ロessler型」と一層制・二層制

現在では、このようなガバナンスのあり方は、世界的な趨勢である英米法的な一層制あるいはモニタリング・システム（one-tier board system; système moniste; Monistisches System）、および、ドイツ法的な二層制（two-tier board system; système dualiste; Dualistisches System）のいずれとも異なる独特なものであるといわれている⁽⁷⁵⁾。

一層制は、株主総会が選任した取締役たちが取締役会（board of directors）を構成し、その内部でCEO（最高経営責任者）および業務執行取締役（executive directors）と、これを選任・監督する非業務執行取締役（non-executive directors）とに機能分化したものをいう。取締役会の機能はCEOおよび業務執行取締役の選任・監督に集約されるために、これをSupervisory Board（仮に「監督委員会」と訳しておく）とも称ぶ。

これに対して、二層制は、一層制とは異なり、業務執行委員会（executive board）と監督委員会（supervisory board）とをはっきりと制度的に分離（両者の兼任を禁止）したものをいう⁽⁷⁶⁾。ドイツ法では、1861年のADHGB以来、前者をVorstand、後者をAufsichtsrat⁽⁷⁷⁾と称んできている。

これらの一層制と二層制の比較対照が単なる学問的な興味だけからではな

く、実際にヨーロッパ株式会社 (Societas Europaea; SE) の制定にあたって行われた結果、一層制については、従来の取締役会に代えて「管理機関」(administrative organ; organe d'administration; Verwaltungsorgan)、二層制では、「監督機関」(supervisory organ; organe de surveillance; Aufsichtsorgan) および「経営機関」(managing organ; organe de direction; Leitungsorgan) という、各国の歴史的な語彙から離れ、その機能に着目した名称を付されることとなった⁽⁷⁸⁾。この SE のガバナンスのあり方は、比較法の尺度として理論的にも実際的にも有用であろう⁽⁷⁹⁾。

これを日本法のガバナンスについてみると、取締役会を設置して取締役の職務執行を監督させる従来型の会社 (つまり、2005年の会社法制定前からの会社で、上場会社で最も一般的なタイプ) は上記の一層制に属しているようにみえる (会362条1項・2項2号)。しかし、通常、取締役会の構成員の大多数は業務執行者 (会363条1項) や使用人を兼ねており、その点では、むしろ二層制の「経営機関」に類似している点⁽⁸⁰⁾、また、日本法には、業務執行の監督機能の担い手として、取締役会のほかに監査役 (会) が存在する点で、一層制の諸国に比して著しい特異性がある。

とりわけ監査役 (会) は、業務執行について常時行使が可能な強力な調査権限 (会381条)、各事業年度の計算書類の監査権限 (会436条) を有している。そのため、監査役 (会) の監査権限と取締役会の監督権限の関係をどのように解するかについて理論上の問題を生じ、支配的見解は、前者が適法性・定款適合性のみを対象とし、後者が業務執行の妥当性にも及ぶとする解釈を採っている⁽⁸¹⁾。また、制度上、業務執行権を有する代表取締役 (会363条1項1号) を選定・解職するのは、取締役会の権限とされており (会362条1項3号)、監査役 (会) は業務執行機関の選解任権を有していない。つまり、日本の監査役 (会) は、一方で、取締役の職務執行の適法性・定款適合性について常に行使しうる監査権限をもつが、他方では、究極的な監査権限ともいえる選解任権は有しておらず、これは株主総会に留保されているのである。

他方で、一層制を採る英米法諸国にも、伝統的に会計監査役 (auditor) が

存在するが、日本のように業務監査権限を有することはない。これに類似するのは、日本で1974年改正で上場企業などの大会社に導入された職業的な「会計監査人」である。

こうした複雑なロessler考案の並列的な二元制⁽⁸²⁾が、いまや日本以外の国からみて理解がむずかしいといわれるのは、それが欧州にとって遠い過去の、それも一時期存在した制度が極東の日本で独自の発達を遂げたものだからである。

V 1950年商法改正によるアメリカ法の継受 ——ガバナンス改革——

ロessler型にとって、大きな転機が訪れたのは、第二次大戦後の1950年に、アメリカの主導によって行われた商法改正であった。1950年の改正の趣旨については、中東正文教授の労作『商法改正〔昭和25・6年改正〕GHQ/SCAP文書』（2003年）の中に掲げられている「昭和24（1949）年10月29日商法部会 商法改正案要綱 修正案」から（1）取締役会の継受、（2）代表取締役の創設、（3）監査役の廃止についての三つの記載をとりあげてみたい（和文と英文を共に示す）。

1 取締役会の継受

第19—2 取締役会の制度を設け、会社の業務執行は、取締役会が決すること。

19-2. To adopt the board system and to provide that the administration of the affaires shall determined by the board of directors.

上記の英文には明確に会議体（board system）と記載されていることからアメリカ法的な取締役会の導入を意味することに疑問の余地はない。しかし、アメリカ法上、日常業務の執行はオフィサー（officers）すなわち上級の使用人あるいは幹部従業員に任されるはずであるが、日本ではそうはなら

なかった。オフィサーの代わりにつぎのように日本では代表取締役が創設されたからである。

2 「会社を代表すべき取締役」

第19-6 会社には、会社を代表すべき取締役を置くこととし、取締役会の決議によって定めること。

19-6. To provide that the company shall have one or more directors to represent it and that he or they shall be nominated by a resolution of the board of directors.

ここでいう「会社を代表すべき取締役」が現在の日本でありふれている「代表取締役」という会社の代表機関を指すのはいうまでもない。だがアメリカには代表取締役にそのまま該当する機関は見当たらないのである⁽⁸³⁾。

たとえば日本の「代表取締役」を“representative director”と直訳する場合がある⁽⁸⁴⁾。アメリカでは、取締役会から最高経営責任者 (chief executive officer: CEO) をはじめとする役員ら (officers) が包括的な業務執行の委託を受ける。だが役員は、本質的には使用人 (employee) なのであって、取締役会の下位に位置し、その指揮を受ける関係にある。実際にはアメリカでCEOは取締役を兼任するのが一般的であり、かつ、取締役会の議長 (chairman of the board) に就く例も多いにせよ、日本の「代表取締役」のように、制度的に取締役会のメンバーの中から「選定」すべき地位とまではいえない (会362条2項3号)。他方、イギリスの業務執行取締役 (managing director) は取締役会の一部のメンバーに業務執行を委託する点で日本の「代表取締役」に近いが、定款の定めによって、アメリカ型の役員制度を採用することも可能である⁽⁸⁵⁾。

要するに、日本の代表取締役は、代表権・業務執行権を有する点で、オフィサーに類似しているが、法的に取締役でなければならない点で英米の制度と相違する。

だが考えてみれば、日本の代表取締役が取締役会から代表権・業務執行権

を委任されたオフィサー的な取締役なのか（officer-director）、それとも本質的にはオフィサーであって、制度的に取締役のメンバーを兼ねることが要求されているのか（director-officer）は判然としない。そのどちらとも理解しうる「一身二頭」の存在であるという点で1950年改正の著しい特色をなしているのである⁽⁸⁶⁾。ただし、オフィサーの地位を兼任する点については、それが本質的に取締役会の下位のヒエラルヒーに属するという点を見逃してはならない。

もともと1950年の商法改正前から、日本の大企業では、定款の定めによって取締役のうち特定の者に代表権を集中して「代表取締役」と称し⁽⁸⁷⁾、これを会社全体のいわば人格的代表とみることが広く行われていた⁽⁸⁸⁾。その慣行があったがゆえに改正法による「代表取締役」という新設機関も従来との違いを格別に意識せずに違和感なく受け容れられたものとみられる。そして現在に至るまで社内・社外を問わず、代表取締役が会社の顔であり、従業員のピラミッドの頂点であるという社会的な意識は変わっていない。

だがそこから欠落しているのは、1950年改正によって取締役会制度が導入され、業務執行権が従来のように個々の取締役ではなく、以後は本質的に取締役会に帰属することになった点、また、取締役会制度がそもそも特定の取締役（代表取締役）による会社支配を許さず、各取締役が相互に業務執行を監視する仕組みである点であって、これらの点は改正前とは根本的に大きく異なっていたはずなのである。1950年の改正法が、オフィサーではなく、「代表取締役」を創設したこと、および、改正前と同様に、代表取締役を内外ともに会社の代表機関であり業務執行機関であると位置づけた支配的見解⁽⁸⁹⁾には母法であるアメリカ法とは異質な日本的要素がふくまれていたといわざるを得ないのである。

さらに1950年改正では、取締役会が相互監視による自己監督を目的のひとつとして創設されたこととの関係で、次にみるように、従来の業務監査機関である監査役は重複を避けて廃止されることとなった。

3 監査役の廃止

第19—7 監査役の制度を廃止し、専ら経理監査をなす会計監査役の制度を設けること。

19-7. To abolish the *kansayaku* system and to make provision for an organ to examine the accounts of the company.

直訳すれば、「監査役制度を廃止し、会社の会計を検査する機関に関する規定を設けること」というべきであろうが、上記の英文には、「監査役制度」は英語に翻訳することなく“*kansayaku* system”とローマ字で記載されているだけである⁽⁹⁰⁾。というのも、英米法では取締役会が業務監査を行い、さらに職業的専門家である会計監査人 (auditor) による会計監査を実施するのが通例であって、日本のように、取締役会の外に業務監査を行う監査役を設置することはないからである。業務監査はあくまで取締役会内部で自治的に行われるべきものとするのが英米法の伝統であって、今日の取締役会内部に監査委員会 (audit committee) を設置するやり方もそのあらわれである。

日本の1950年改正では、上記の英米法の潮流にあわせて業務監査機関としての監査役を廃止し、その代わり会計監査機関としての会計監査役を創設することが企てられた。ただし、会計監査役は、参議院の審議で名称を「監査役」に戻されたため⁽⁹¹⁾、表面的にみると、監査役は1950年の改正で廃止されなかったようにみえるだけなのである。

このような1950年改正の経緯について、鈴木竹雄『会社法』の初版では⁽⁹²⁾、「旧法上の監査役は〔会計監査のほか——高田補〕さらに取締役の業務執行全般の監督にあたったが、業務執行を外から監督することは元来無理なので、新法は取締役会の制度を新設するとともに、その内部において、代表取締役その他業務を担当する取締役をその以外の取締役が抑制監督することを期待して、監査役の任務を会計監査のみに限ったのである」と記している。

ここでもやはり監査役は廃止されたのではなくて「任務を会計監査に限っ

た」のだといわれている。一見するといずれにしても同じことのようにであるが、比較法的にみると、従来の大陸法的な監査機関から、イギリス法的な「会計監査役」へと転換⁽⁹³⁾したのが1950年の改正であったというべきであろう（しかし、証取法監査が公認会計士監査を強制したのと異なって、監査役に資格を要求することはできなかった⁽⁹⁴⁾）。

とくに見逃されてはならないのは、取締役会の内部監督に「期待」したことが監査役の業務監査廃止の理由とされている点であって、もしその期待が裏切られたときには、取締役会の内部監督に加える形で監査役の業務監査を復活させざるをえないという論理がこのときの改正の論理に内在していたことである。

はたして山陽特殊鋼倒産などの粉飾決算の多発を契機として、1974年改正では監査役の業務監査権が復活し⁽⁹⁵⁾、その後の度重なる改正で監査役制度は強化の一途をたどっている。すなわち、同年の改正では、大会社（商法特例法）に会計監査人による会計監査を義務づけ、さらに1981年改正では複数監査役・常勤監査役制度、1993年改正で監査役会・社外監査役制度が導入され、2001年改正では、半数以上を「社外」要件を厳格化したうえ社外監査役を半数以上要求するなど、「上場会社等における戦後の機関に関する改正の歴史は、監査役制度の強化の歴史」であるとさえいわれる⁽⁹⁶⁾。ただし、「監査役会」のアイデアそのものは、ロesslerが取締役会との抑制と均衡の關係に配慮して商法草案に記しており、それを現代の立法が意図せずに制度的に「復活」させ、精緻化したものと評することができるのではないか⁽⁹⁷⁾。

VI 祖先と末裔 „Vorfahren und Nachkommen“ ——「ロessler型」と決別できるか

ロessler草案は、現代日本商法の源流であって、そのさらに源流は遠く欧州に遡る。ロessler草案を介して、日本は19世紀の欧州商法と繋がっていたのであり、ロesslerは、19世紀の欧州商法と、日本との優れた仲介者

であった。そして日本サイドからみると、ロエスレル草案は、目も眩むような欧州商法の万華鏡のごとき存在であり、他方、欧州サイドからみると、東の果ての島国にできあがった欧州商法の凝縮図であった。

その19世紀後半の欧州の会社法は、1862年のイギリス会社法の影響が大きく、日本における1950年の商法改正も、それがアメリカによって方向づけられたものであっただけに、取締役会制度の「復活」などは英法色の濃いロエスレル草案への一種の回帰現象であったといつてよい。だが歴史の振り子は、結局のところ、日本的な「無議の習慣」(福澤諭吉・文明論の概略)あるいは「全員一致の文化」に引き寄せられ、取締役会の自治的監督を十全發揮するには至らず、ロエスレル型の業務執行監督権をもつ監査役が1974年改正で再び登場することになった。

ロエスレルがあえて一層制の取締役会と横並びで監査役会を置く着想を得たのは、ドイツにおける監査機関の機能不全——主として監査役会の業務執行機関化——であるが、おそらくは日本のタテ社会のなかで、企業のトップと異なる意見を主張しづらい日本の取締役たちのありように配慮した面もあるのではないかと思われる。いずれにせよ、日本では、結果としてあえて取締役会と切り離し、業務執行のラインから外れる形で監査機関が設置される「伝統」が生じた。だがまさに鈴木竹雄が1950年改正の際に総括したように、「総会の多数決でその資格に制限なく選任される以上、取締役と同じ地盤からおのずから第二級の人物が選ばれ、監査役の監督が有名無実となる傾向」が醸成されたのは、経営上の情報や意思決定から疎外されがちだった監査役制度にとっては、むしろ自然な成り行きであったといえる。

1974年以來、監査役制度は改善を重ねて来ており、監査役は議決権こそないものの、いまや取締役会のレギュラーメンバーであつて(会383条1項)、独立性の保障や権限強化については、遺漏なく整備されていると評価できるのであろう。だが事柄の本質は、「異議を唱えづらい取締役会」という歴史的に染みついた文化を日本企業自身が自覚的に乗り越えること——それ自体はまさに文化の問題である——にあり、法制度はそれを強力にバックアップして行くべきであらう。こうした立場からは、経営情報にアクセスしつつ意思

決定に参画し、かつ、「根回し」などの同調圧力に抗して意見・異議を述べる存在(社外取締役)を用意すべきことになる。

これが2002年の商法特例法改正で委員会(等)設置会社が導入され、現在の日本で取締役会改革が叫ばれている理由でもある。しかしながら現在、委員会設置会社がロessler型との「制度間競争」に敗北を喫している客観的な状況がある⁽⁹⁸⁾。その略式型といえる「監査等委員会設置会社」の展望も決して明るいとはいえない。それでもなお、ほぼ手を打ち尽くした観のある監査役制度ではなく、取締役会内部の改革によって、執行部(代表取締役、代表執行役)の選解任権を伴う監督の充実の方向へ進むことができるか否か。文化が法の素材となる面もあれば、法が文化を規定する面もある。起草以来130年の時間が経過していればなおさらである。だが仮にロesslerが今在りせば、再び「ロessler型」を選択するであろうか。

※本稿は、科研費(課題番号21530093)の助成を受けた研究成果の一部である。

- (1) ROESLER, *Entwurf eines Handels-Gesetzbuches für Japan mit Commentar*, 3 Bde, Tokio [1884?] Nachdruck Tokio 1996 (gekürzt: *Entwurf*).
- (2) RAHN, *Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan*, München 1990, S. 93.
- (3) SCHENK, *Der deutsche Anteil an der Gestaltung des modernen japanischen Rechtswesens und Verfassungswesens*, Stuttgart 1997, S. 105; BAUM/TAKAHASHI, *Commercial and Corporate Law in Japan: Legal and Economic Developments After 1868*, in: RÖHL (eds.), *History of Law in Japan since 1868*, Leiden/Boston 2005, p. 356; KIRCHWEHM, *Reform der Corporate Governance in Japan und Deutschland*, Diss., Frankfurt/Main 2010, S. 42; BAUM/BÄLZ, *Rechtsentwicklung, Rechtsmentalität, Rechtsumsetzung*, in: dieselbe (Hrsg.), *Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, Köln 2011, S. 8.
- (4) 現在でも日本商法=ドイツ商法の影響下にあったという見方が根強く存在する(see FUJITA, “De-codification” of the Commercial Code in Japan, GCOESOFTLAW-2012-5 (GCOE ソフトロー・ディスカッション・ペーパー・シリーズ), March 2013, p. 2)。それが一体、いずれの時点を目指すものかという問題もあるにせよ(1884年のロessler草案, 1890年の旧商法典, 1899年の新商法典, それ以降1950年改正までのいずれの時点か)、ロessler草案についていうならば、「ドイツ法神話」はその実証的な把握にもとづく見方とはいいがたいのではないか。ジャン=ルイ・アルペラ

ン、高田晴仁訳「日本商法典の編纂とその変遷——フランス法の視点から」商事法務1798号87頁以下（2012年）。ロessler自身が商事会社の前注において、「英仏法に比較して、商事会社についての法規定の点では、ドイツ商法典が——その個々の規定すべてに同意することはできないにせよ——、完全かつ徹底していることについて最高位を占めている」と紛らわしい言明をしていることも「ドイツ法神話」の一因をなしていると思われるが（*Entwurf*, Bd. 1, S. 192）、いずれにせよ「個々の規定」の精査・分析が必要であることには変わりがない。

- (5) ロesslerが草案全体を脱稿したのは1884年であるが、会社法の部分は早くも1882年中に形を成している（1882年8月31日、参事院・商法編纂委員がロesslerの商法草案を翻訳した総則・会社の案を提出している——公文類聚 第六編 卷之六十九）。
- (6) ロesslerの独日における活動を描いた文献としては、SIEMES, *Die Gründung des modernen japanischen Staates und das deutsche Staatsrecht*, Diss., Berlin 1975が古典的地位を占める。その日本語訳であるJ・ジームス＝本間英世『日本国家の近代化とロessler』（未来社、1970年）は独語版よりやや早く刊行され、内容も若干異なっている。なお、書簡類を取録したBARTELS-ISHIKAWA（Hrsg.）, *Hermann Roesler : Dokumente zu seinem Leben und Werk*, Berlin 2007.
- (7) Marktplatz 8, 91207 Lauf an der Pgnitz, Deutschland.
- (8) ROESLER, Die rechtliche Natur des Vermögens der Handelsgesellschaften nach römischem Rechte, in: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, Bd. 4 (1861), S. 252-326. 海老原明夫「ロessler」ジュリスト1155号39頁以下。
 なお、本論文は、Max Weberの最初期の業績であり、彼の博士論文である*Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter*（中世商事会社史）にも引用されている（Max WEBER, *Gesamtausgabe*, Abt. I Schriften und Reden, Bd. 1/1, Tübingen 2008, S. 152）。
- (9) ROESLER, Über den Wert der Arbeit, in: *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Bd. 16 (1860), S. 232-310. Vgl. BARTELS-ISHIKAWA, *a. a. O.*, S. 29.
- (10) ROESLER, *Zur Kritik der Lehre vom Arbeitslohn : Ein volkswirtschaftlicher Versuch*, Erlangen 1861. Vgl. BARTELS-ISHIKAWA, *a. a. O.*, S. 30.
- (11) ROESLER, *Über die grundlegenden der von Adam Smith begründeten Volkswirtschaftstheorie*, 1. Aufl. Erlangen 1868, S. 56 ; 2. Aufl. Erlangen 1871, S. 61.
- (12) Besprechung, Karl Marx, *Das Capital*, Erster Band, Hamburg 1867, in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik*, Bd. 12 (1869) S. 457-464. 戸田武雄＝杉山忠平「ヘルマン・レスレル（ロessler）の『資本論』書評」静岡大学文理学部研究報告社会科学4号（1955年）163頁以下に紹介・訳文がある。

- (13) ROESLER, *Das Sociale Verwaltungsrecht, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts* Bd. 1, 1. Abt. Einleitung, Personenrecht, Sachenrecht, Erlangen 1872, 2. Abt. Berufsrecht, Erwerbsrecht, Erlangen 1873. Critique des livres, *Revue de droit international et de législation comparée*, T. IV, 1872, p. 689 et suiv., 697 et suiv. (anonyme); 村上淳一「ローベルト・フォン・モールとヘルマン・レースラーの社会理論」野田良之先生古稀記念『東西法文化の比較と交流』(有斐閣, 1983年) 163頁以下。
- (14) RITZKE, *Der ordo-soziale Wirtschafts- und Rechtsbegriff von Hermann Roesler (1834-1894)*, diss., Frankfurt/M 2010, S. 85 ff.
- (15) BARTELS-ISHIKAWA, *a. a. O.*, S. 46 f.
- (16) 直接の招聘者は駐独公使・青木周蔵である。SIEMES, *a. a. O.*, S. 38; BARTELS-ISHIKAWA, *a. a. O.*, S. 45 ff.
- (17) 「氏が公務上の事に勤勉なりしは氏に接したる人の常に敬服せる処なるが、公用の外は如何なる勢家をも訪ふことなく、為に偏屈の謗もありしかど、学者、特に独国博士としては珍らしき事にもあらず、同一事務所中に在て才に室を隔てて執務する僚員にも用事は紙面にて往復するが如き気質の人なり、去れど氏の調査したることは何事に限らず精密にして該博なりしかば、為に却て当局者の決断を鈍くしたるの結果あるを恐るる位なりしといふ」。「博士ロエスレル氏逝く」太陽1巻552頁(1895(明治28)年)。
- (18) 國學院大學日本文化研究所編『井上毅伝 外篇 近代日本法制史料集』(東京大学出版会, 1980-1984年)の第一から七までがロエスレル答議にあてられている。
- (19) 一回目の契約は, 1878(明治11)年10月5日, 6年の期限をもってベルリンの青木周蔵公使との間で締結された。当初は, 外務省の法律顧問として雇われたが, 1881(明治14)年7月に太政官の法制部・会計部等の顧問に雇い替えとなり, 一回目の契約期限が満了した1884(明治17)年12月に6年の期限をもって契約が更新されて内閣顧問となり, さらに1890(明治23)年12月には3年の期限をもって三回目の契約がなされた。商法の草案は, 1881年4月から1884年1月末にかけて執筆された。
- (20) “*Compil*”, Via Beato Arrigo - Selig-Heinrich-Straße 31, 39100 Bolzano/Bozen, Italia.
- (21) 鈴木安蔵『憲法制定とロエスレル』(東洋経済新報社, 1942年), SIEMES, *Hermann Roesler and the making of the Meiji state: with his Commentaries on the Meiji Constitution*, Sophia University Press, Tokyo 1966; ANDO, *Die Entstehung der Meiji-Verfassung: Zur Rolle des deutschen Konstitutionalismus im modernen japanischen Staatswesen*, diss., München 2000.
- (22) 伊藤すみ子「ロエスレル商法草案の立法史的意義について」石井良助還暦記念

『法制史論集』（創文社，1971年）185頁以下，森泰博「ロesslerの会社法」商学論究（関西学院大学）27巻1-4号459頁以下（1980年），利谷信義＝水林彪「近代日本における会社法の形成」『資本主義法の形成と展開3』（東京大学出版会，1973年）1頁以下，特に84頁以下，伊藤紀彦「近代的会社法の出発」北澤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，1999年）46頁以下，高橋英治「ロessler氏商法草案意見書について」関西法律特許事務所開設35周年記念論文集『民事特別法の諸問題第4巻』（第一法規，2002年）223頁以下。

(23) BOISSONADE, *Projet de Code civil pour le Japon : accompagné d'un commentaire*, 1^{re} éd, T. 1-3, 1880, 1882, Tokio (réimpr. 1999); *Projet de code civil pour l'empire du Japon : accompagné d'un commentaire*, 2^e éd, T. 1-5, 1882-1889 (réimpr. 1983); *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, Nouvelle éd, T. 1-4, 1890-1891, Tokio (réimpr. 1999); *Code civil de l'Empire du Japon : Accompagné d'un exposé des motifs, traduction officielle*, Tokio, 1891 (réimpr. 1993).

(24) Voy. OKUBO, La querelle sur le premier Code civil japonais et l'ajournement de sa mise en vigueur : le refus du législateur étranger? in: *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 43 N°2, 1991, p. 389 et suiv.

(25) 民法や刑法といったもともと法文化に深く根ざし，相対的に動きの少ない法分野に比べて，商法は技術的性格を持つ上に，経済社会の発展・変遷に伴って度重なる法改正を経て今日に至っている。そのため，起草・制定・改正の経緯を追う学問的営為は非常に煩雑困難なものにならざるをえない。このような事情が重なって法史学サイドからはどちらかといえば敬遠され，かといって，商法学サイドからは関心が払われないか，費やした労力に見合うだけの今日的意義があるのか懐疑的にみられているのではないだろうか。

(26) 政府内には，ドイツ語の草案を片端から翻訳するロesslerの担当部署が設けられた（1881（明治14）年5月から太政官法制部で取調べを担当，同年10月に参事院に事務を引き継ぎ，翌年3月には参事院に専門の商法編纂局を設置）。すべての成立時期は詳らかにしえないが，『ロessler氏起稿 商法草案』と題する四つの版本が存在する。（1）条文（1条～1033条）のみから成り，注釈を含まないもの（全618頁）。これは1886（明治19）年3月24日から同年11月30日まで，司法省・法律取調委員会の商法第一読会で使用されたもの（細川潤次郎委員の手沢本を法務図書館で所蔵）。（2）条文および注釈（1条～1033条）を含む11の分冊本，（3）同じく条文・注釈を含む第一ないし第四の4冊本，および（4）上下の2巻本である。よく知られているのは，最後の（4）である（1995年に復刻）。

(27) 臨時的機関として，„Inspectoren“（業務執行に関する検査役，草案276条），

„Liquidatoren“ (清算人, 草案294条以下) もあるが本稿ではこれらについては措く。

- (28) *Entwurf*, Bd. 1, S. 329.
- (29) 「株式会社の主な特徴のひとつは、株式会社はその構成員によって代表されえないことである。まず、株式会社は一定の資本の出資を受けて、これに対して会社資本の持分を株式の形で提供するものだからであり、また、さらには、株式会社は大企業で、構成員が多数にのぼるもの向けであり、各々の構成員の個人的な業務執行はまったく問題にならないからである。それゆえに、株式会社の代表については特別な諸機関 (bosondere Organe) が置かれなければならない、それがまさに取締役たち (Directoren) なのである。」(草案222条注釈)。 *Entwurf*, Bd. 1, S. 321.
- (30) アメリカ合衆国の National Bank Act を模して、1872年に制定された発券銀行 (大蔵少輔・伊藤博文)、1876年に全部改正され、不換紙幣の発行を認めた (大蔵卿・大隈重信)。
- (31) 商法編纂局によるドイツ一般商法典の翻訳でも „Vorstand“ を「頭取」とした例がある。商法編纂局翻訳 (今村研介・訳、濱崎康・校、本尾敬三郎・閲) 『独逸普通商法 上』(第1条～第431条) (1883 (明治16) 年1月, 太政官蔵版, 忠愛社)。
- (32) 「複数と単数の区別がない」日本語のマイナス面ということもできよう。丸山真男=加藤周一・翻訳と日本の近代 (岩波新書, 1998年) 85頁以下。
- (33) 『明治財政史』第13巻 (明治財政史編纂会, 1927年) 36頁。
- (34) 「会社条例編纂委員会・商社法第一読会筆記 (1884 (明治17) 年11月21日)」(日本近代立法資料叢書17, 商事法務研究会, 1985年) 168頁。
- (35) 一つの会社機関についてすら、あたかも国際私法における準拠法決定のように、問題となる法律関係ごとにモザイク的に複数の法が採用されている。
- (36) Companies Act 1862 (25 & 26 Vict. c. 89).
- (37) Loi du 24 juillet 1867, sur les sociétés.
- (38) Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (ADHGB) 1861 u. die Aktiennovelle von 1870.
- (39) *Entwurf*, Bd. 1, S. 322.
- (40) Companies Act 1862, First Schedule, Table A, Cl. 55.
- (41) Art. 229 ADHGB 1861.
- (42) *Entwurf*, Bd. 1, S. 323.
- (43) Code de commerce art. 31.
- (44) Art. 227 ADHGB 1861.
- (45) WORDSWORTH, *Law of Joint Stock Companies*, 10th ed. London 1865, p. 135.
- (46) Loi sur les sociétés art. 22.

- (47) Loi sur les sociétés art. 22 ; Art. 227 Abs. 2 ADHGB 1861.
- (48) *Entwurf*, Bd. 1, S. 320.
- (49) Companies Act 1862, First Schedule, Table A ,Cl. 58.
- (50) "directors", "council", "managing committee" と呼ばれた。PALMER, *Company Law*, 2nd ed. 1898, London, p. 119.
- (51) ドイツ法であれば, „Vorstand“ (取締役会) と „Vorstandsmitglieder“ (取締役会員たち) に相当する。しかし本文で述べたように, ロesslerは取締役会員を3名以上要求している点で, 1名で足りるドイツ法とは異なる。
- (52) 奇しくも EU 株式会社 (Societas Europaea : SE) の一層制 (イギリス型) を選択した場合の「業務執行取締役」 (geschäftsführende Direktoren) と同語である。高田晴仁「日本型コーポレート・ガバナンスの原型——取締役と監査役の起源をめぐって——」内池慶四郎先生追悼論文集『私権の創設とその展開』(慶應義塾大学出版会, 2013年) 397頁。
- (53) Companies Act 1862, First Schedule, Table A, Cl. 66-71.
- (54) 新商法の審議において, 「会社ノ業務執行ハ取締役ノ過半数ヲ以テ之ヲ決ス。支配人ノ選任及ヒ解任亦同シ」(169条)の趣旨説明として, 岡野敬次郎は, 「本条ハ別ニ説明スルノ必要ナシ。唯会社ノ業務執行ハ取締役ノ過半数ヲ以テ決スルコトヲ示シタルモノニシテ合名会社及ビ合資会社ノ規定中ニ於テモ『過半数』トノ主義ヲ採リシ故本条モ其主義ヲ一貫シタルニ過ギズ」といい, 合議体としての「取締役会」を特に念頭に置いてはいない。「法典調査会・商法委員会議事要録」(日本近代立法資料叢書 19, 商事法務研究会, 1885年) 187頁。
- (55) この監査役会についても翻訳の落とし穴があった。„Aufsichtsrath“ は „Aufsicht“ (監査) を担う „Rat“ (会議体) である。日本の立法過程で, 当初は, 「取締役」, 次いで「検査役」と訳されたが, 再検討の結果, 1887 (明治20) 年12月24日の法律取調委員会の席上で「監査役」に落ち着いた (高田・前掲注 (52) 398頁)。しかし遂に「会議体」とあるという法形態は, 立法上雲散霧消してしまったのである。
- (56) Art. 209 Ziff. 6 ADHGB in der Fassung der Aktiennovelle vom 11. Juni 1870.
- (57) Art. 209 Ziff. 8 ADHGB in der Fassung der Aktiennovelle vom 11. Juni 1870.
- (58) 高田晴仁「ロessler草案における株式会社の機関構造——高橋英治教授の問題提起をめぐって——」山本爲三郎編『企業法の法理』(慶應義塾大学出版会, 2012年) 207-208頁。
- (59) 福應健「世紀交代期ドイツの株式会社『監査役 Aufsichtsrat』——大企業における起業組織をめぐる一考察——」経営史学17巻3号57頁以下 (1982年)。
- (60) ADHGBの立法によって, 従来の „Verwaltungsrat“ という名称 (これは現代では一層制の「取締役会」を示す語である) に代えて „Aufsichtsrath“ としたのは,

株式会社合資会社の監査役会（有限責任社員の代表として無限責任社員の業務執行を監視する）を株式会社に形式的にスライドさせた立法の過誤であるという批判すら存在した。菅原菊志『取締役・監査役論〔商法研究Ⅰ〕』（信山社，1992年）188頁，川端保至「R. パッソウ『株式会社の監査役会の生成——ドイツの株式会社監査役会の誕生——』」同志社商学42巻1号230頁（1990年），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年）179頁以下。

- (61) 高田・前掲（58）211頁。なお，川端保至「ドイツ初期株式会社の内部組織——19世紀プロイセンの株式会社定款を手がかりとして——」同志社商学40巻4号186頁（1988年）に紹介しているのがその稀有な例か。
- (62) イギリスの1862年会社法では，会計監査役¹の設置は強制されていなかったが，定款実務では多くの会社で実際上設置されていた。山根忠恕『監査制度の展開』（有斐閣，1961年）33頁。
- (63) 詳しくは，高田・前掲注（52）398頁以下。
- (64) ロェスレル自身は，三権分立ないし権限分割という説明をしてはいないが，後に，例えば，梅謙次郎『日本商法講義』（和仏法律学校，刊年不詳ながら会社法の内容は明治26年法である）650頁には，「株式会社ニ於ケル管理ノ機関ハ総計三アリ。曰ク取締役曰ク監査役曰ク株主総会是ナリ。之ヲ国家ニ警フレハ，取締役ハ国务大臣，監査役ハ会計検査院（今少シ権限ハ広キカ），株主総会ハ議會ニシテ即チ取締役ハ一切ノ事業ヲ担任シ，監査役ハ之レカ監督ヲ司リ，株主総会ハ毎ノ収支其他一切ノ事項ヲ議定シ，時ニ或ハ役員ノ黜陟ニ関渉スルコトアリ」という。
- (65) 菅原・前掲（60）199頁。
- (66) *Entwurf*, Bd. 1, S. 326 f.
- (67) *Entwurf*, Bd. 1, S. 327.
- (68) Art. 225a ADHGB in der Fassung der Aktiennovelle vom 11. Juni 1870.
- (69) *Entwurf*, Bd. 1, S. 327.
- (70) 江頭憲治郎『株式会社法』（第4版）（有斐閣，2011年）489頁。
- (71) 後日この点が日本サイドの警戒感を呼び，日本はじめての一般会社法である1893（明治26）年旧商法一部施行法（1893（明治26）年3月6日法律第9号，同年7月1日施行）では，監査役の権限は，191条第一「取締役ノ業務施行カ法律，命令，定款及ヒ総会ノ決議ニ適合スルヤ否ヤヲ監視スルコト」と修正され，業務執行の過誤・不正の検出は削除された。
- (72) *Entwurf*, Bd. 1, S. 328.
- (73) 「監査役会は，いかなる状況の下でも取締役たち（Directoren）に向けて，再度の検査，あるいは犯した過誤の訂正，あるいは情報の共有等を指示することができ

る。その際、かかる〔監査役会の指示にもとづく〕手続きは株主総会に対するのと同様に遵守されなければならない。 *Entwurf*, Bd. 1, S. 328.

(74) *Entwurf*, Bd. 1, S. 328.

(75) 神作裕之「〈解説会速記録〉会社法制の見直しの動向——会社の機関・親子会社・組織再編関係を中心として」監査役586号49頁（2011年）。

(76) 1884年の第二次株式法改正以後、取締役会と監査役会相互の独立性の保障を目的として両者の兼任は禁止されている。Art. 225a ADHGB in der Fassung der Aktiennovelle vom 18. Juni 1884: §248 HGB 1897: §90 AktG 1937, §105 AktG 1965. see EISENBERG, *The structure of the corporation: a legal analysis*, 1976, p. 179. 高田・前掲注（52）420頁注（35）の記述は兼任禁止を1937年の株式法制定によるものとした点で明らかな誤りであった（ただし、兼任禁止ルールの下においても、大株主が監査役・取締役の双方の選任について支配力をもっている限り、事実上自己監督する結果となるという非難があることについて、菅原・前掲注（60）196頁）。

(77) „Aufsichtsrat“ という名称は、ADHGBの立法過程で、従来の „Verwaltungsrat“（管理役と訳しておく）に代えて採用されたものである。„Verwaltungsrat“ は、実態としては大株主、銀行代表等から構成される実質的な業務執行機関化する傾向を含んでおり、„Vorstand“ の上位にあってこれを顧使する例も多く、HGBの制定以降もなおそうした傾向が残っていたといわれる。菅原・前掲注（60）206頁参照。

(78) Council Regulation 2157/2001 on the Statute of the European Company, 2001 O.J. L 294/1.

(79) 一層制といえども、CEOと取締役会議長の兼任やCEOの議長への横滑りを禁止し、取締役会における「独立非業務執行取締役」の割合を高めることで、実質的に二層制に接近することが可能である。神作裕之「取締役会の独立性と会社法」商事法務2007号55頁注八（2013年）。

反対に、二層制の母国であるドイツにおいてもヨーロッパ株式会社（SE）における一層制と二層制の選択制を国内の株式会社にまで拡大する——つまり、ドイツの株式会社への二層制の強制を撤廃する——動きがあることが注目される。高橋英治「ドイツのコーポレート・ガバナンスの将来像」国際商事法務40巻11号1668頁（2012年）。

(80) 鳥山恭一「株式会社の業務執行機構と監督機構」民商法雑誌117巻4・5号85頁（1998年）、藤田友敬「株式保有構造と経営機構——日本企業のコーポレート・ガバナンス：本シンポジウムの目的」商事法務2007号9頁（2013年）参照。

(81) この支配的見解に対しては、両者を明確かつ確実に区別しうるのか、という疑問が提示されている。また、例えば、取締役が会社に著しい損害を及ぼすおそれのある事実（例えば重要な取引先が倒産の危機に瀕している）を発見し、それを監査役（会）に報告したとき（会357条）、会社の意思決定（取引の継続の決定）がなされる

前の段階であれば、監査役は会社にとって最善の方策（取引の中止、債権回収）を提言すべきであるとする見解もある。神田秀樹「事前監査論の試み（下）」監査役236号11頁以下（1987年）。

- (82) 高田・前掲注(52) 411頁。なお、奥島孝康「アメリカ型経営モデルと日本の独自性」同『企業法学の歳月』（早稲田大学出版部，2010年）255頁，263頁（初出，税経通信58巻13号，2003年）は，日本は一層制と二層制の「中間形態」であり，「デュアルボード・システムではあるが，ツー・ティーアーズ・システム（二層制）ではなかった。すなわち，指揮ないし執行は取締役会に，妥当性監査は取締役会に，適法性監査は監査役（会）に分属するという，いわゆる並列機関制」ないしは「並列一層制」であると指摘する。
- (83) 倉澤康一郎『会社判例の基礎』（日本評論社，1988年）137頁。
- (84) KAWAMOTO, KAWAGUCHI, KIHIRA, *Corporations and Partnerships in Japan*, Alphen aan den Rijn 2012, p. 264.
- (85) 北村雅史「経営機構改革とコーポレート・ガバナンス」森本滋編『比較会社法研究——21世紀の会社法制を模索して——』（商事法務，2003年）237頁以下。
- (86) 倉澤・前掲注(83) 127頁。
- (87) 松本丞治『商法改正法評論』（巖松堂書店，1911年）73頁。
- (88) 昭和初期には，“board of directors”を模して重要業務を付議する「取締役会」を置く英米式の実務も行われたというが（松本丞治『日本会社法論』（巖松堂書店，1929年）247頁），当時の法制度上は，独任制の取締役らの意見交換の場（あるいは代表取締役の指示を受ける場）にすぎない。一部の大会社で「取締役会長」（chairman of the board）および非取締役の「社長・副社長」（officers）を設置するという工夫も取締役会制度を前提としていない以上，英米とは似て非なるものであった。
- (89) 鈴木竹雄＝石井照久『改正株式会社法解説』（日本評論社，1950年）141頁。
- (90) 監査役の欧文名称についてはかねてからいくつかのアイデアが示されている。比較的近時では，“internier Prüfer“（KAWAMOTO, Handels- und Gesellschaftsrecht, in: BAUM/DROBING (Hrsg.), *Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, Berlin/New York 1994, S. 68, S. 80 ff., auch WESTHOFF, Formen und Bedingungen unternehmerischer Tätigkeit in Japan, in: *Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, Köln 2011, S. 213 ff.）, “company auditors”（KAWAMOTO, KAWAGUCHI, KIHIRA, *op. cit.*, p. 283）という表記が用いられているが，外部の会計監査人に対する「会社内部の会計検査役」というニュアンスが強く，業務監査権限を有する点が必ずしも表されていない憾みがある。この点で，“Audit & Supervisory Board”，“Audit & Supervisory Board Member”——神作裕之＝武井一浩「監査役・監査役会の新たな英文呼称——その背景と趣旨——」商事法務1978号56頁は，監査役が会計監査権限のみならず，（取締役

会と並列的に) 業務監査権限をもつ点を巧みに表現しており、より適切であると思われる。

英米法では、業務監査権限を有する監督機関は取締役会であるから、そもそも英語表記で日本の監査役制度を表現すること自体に無理がある(古くは“inspectors”(司法省記録課『Commercial Code』[1892(明治25)年]57頁, LÖNHOLM, *The Commercial code of Japan*, 5th ed. Tokyo 1911, p. 52)あるいは“auditors”(国際連盟協会法典英訳委員会『英訳日本商法第1巻』[1931年]315頁)が用いられたがいずれも上記の難点がある)。ロエスレル草案の沿革から、大陸法の用語のほうがまだしも日本の監査役制度に馴染むということであろう。なお、仏文では監査役を«commissaires de surveillance»(LÖNHOLM, *Code de commerce de l'Empire du Japon*, Tokyo 1898, p. 49), «conseil de surveillance»(KOMACHIYA, *Code de commerce du Japon, révisé en 1951*, Paris 1954, p. 90 [ただし、1950年改正後の実質的な会計監査役])とした例がある。

- (91) 1950(昭和25)年5月2日第7回国会・参議院法務委員会(37号)。会計監査を通じて業務監査をなすことができることが「監査役」の名称復活の理由とされた。裏返せば、会計監査を通じない業務監査はその権限外であった。
- (92) 鈴木竹雄『会社法』(初版, 第二分冊, 弘文堂, 1952年)144頁。また、同書145頁では、「旧法上の監査役は業務執行全般にわたる監督権を有し、従ってまた……(略)ある程度業務に関する権限を認められていた。しかし総会の多数決でその資格に制限なく選任される以上、取締役と同じ地盤からおのずから第二級的人物が選ばれ、監査役の監督が有名無実となる傾向があった。改正法はこの点を考慮したが、資格の制限を実現しえなかったため、ただ権限を狭くしただけで、旧態を一新するに至らなかった。」といい、やはり「権限を狭くした」という理解を繰り返している。
- (93) 1950(昭和25)年4月11日第7回国会・衆議院法務・通商産業委員会連合審査会(第2号)において、岡咲恕一・法制意見第一局長は、「イギリスの制度にならしまして、会計監査役というものを置きまして経理監査をすることが適当である、かように考えたわけであります。」と明言している。また、大隅健一郎＝大森忠夫『逐条改正会社法解説』(増補3版, 有斐閣, 1952年)315-316頁参照。
- (94) 証券取引法は一定の会社の財務計算書類につき公認会計士による監査を強制したが、商法上の「会計監査にしても、その有効適確な実施を保障しようと思えば、監査役の資格を公認会計士のような取締役の勢力から独立した者に限る必要があるが、すべての会社につき実現するだけの地盤がまだ存しないためこれをあきらめたので、監査役^の監査は依然有名無実に墮している」のが当時の現状であった。鈴木・前掲注(92)145頁。
- (95) 1974年改正による商法274条1項「監査役ハ取締役ノ職務ノ執行ヲ監査ス」と初

めて明記した。

(96) 江頭・前掲注(70) 476頁。

(97) 高田・前掲注(52) 412頁。

(98) 2013年8月現在で、上場企業3423社のうち委員会設置会社は57社のみである（日本取締役協会調べによる）。

附記

この場をお借りして、比較法研究所・前所長の田口守一教授、講演当日にコメンテーターとして有益なご示唆を賜った上村達男教授、司会の労をお執り下さった尾崎安央教授、および数々の点についてご指摘いただいた鳥羽至英教授、鳥山恭一教授はじめご参加者の皆様に御礼申し上げます。本稿の内容は、これらの方々の御教示をもとに再構成したものであり、その意味でオリジナルとはかなり異なったものとなったことについてご諒承をお願いしたい。また、筆者の怠惰のゆえに再構成した原稿の提出が大変遅れることとなり、事務局の石田恵子さんにも大変ご迷惑をおかけしたことをお詫び申し上げます。