

GHQ 文書——二つ目のストーリーとは？—— ——中東報告へのコメント

上 村 達 男

このシリーズで会社法ということだと、GHQ 文書を徹底的に調べ上げられた中東さんに来てもらうしかない。

私もこの問題で論文を書いたが、中東さんが調べられた資料を全部前提にして書いている。

ただ、歴史というのは色々な描き方があるのだろうなと思う。我々マックス・ウェーバーの世代ですから、事実として確認できることと、歴史的な評価をどう描くのかは別問題ということにかなりこだわっている。ただ今、中東先生が言われましたけれども、鈴木竹雄先生の曾孫弟子である中東先生が鈴木批判となると多少遠慮されているような気もする。東大、京大を中心とした商法学の主流と言われる人々はもとより、そうでない人でも、おそらくは、戦後の会社立法を仕切ってこられたとされる鈴木神話のようなものを破壊することには躊躇を覚えるであろうと思う。なかなか違ったストーリーは描きにくいように思う。私は、そうしたしがらみが全くないので、中東先生が、本当に苦勞して苦勞して出していただいた研究成果をもとに、まったく別のストーリーを書いてみようと思った。

当時、鈴木先生43歳、大隅先生44歳、矢沢先生28歳、矢沢先生は最初は研究室付きで、後で助教授になった。すごい語学力を買われて、GHQ と仕事をされ、そうしたやり取りの中で、企業会計、会社法、独禁法といった法を身につけられたのだと思う。

当時は商法学者の大先生であった松本丞治先生が追放されて、田中耕太郎も文部大臣、その後最高裁長官だから、商法の本当の物は25年改正に係われなかった。代わりに、民事訴訟法の兼子一先生が会長、その後は英米法の高柳賢一先生が法制審の商法部会長。鈴木、大隅先生も、商法部会長にさせられるほどの存在ではなかったのだろう。

私の論文の（注）で書いたのだが、ある対談で鈴木先生への竹内先生の質問に、鈴木先生が、言わなければいいのに、あるいは正直に、当時昭和24年の改正作業について、「大隅君もいたっけなという感じ」と言われていた。これに対して、大隅先生もむっと来られたのか、『商事法60年』で、「その点は、私のほうも同じこと」と言われていた。我々はお二人が戦後の商法改正を仕切ってきたと思ってきたし、そういう観念を前提とする鈴木神話のようなものが作られてきたような気がする。お二人とも商法改正への貢献が重視されて文化勲章も付与された。

それからもう一つは、日本の商法に限らず、明治以来外国法を学ぶことをずっとやってきた。明治23年の商法を見ますと、イギリス法の目論見書規制も入っている。その後、商法から消えまして、今は266条ノ3第2項の取締役の不実開示責任のところ目論見書が一箇所出てくる。昭和13年の商法改正は、これは明らかに、英米法の継受と言われている。日本の商法は、外国法のものを学ぶというレベルでは相当なもので、とりわけ英米法については、相当な集積がある。だから、昭和25年改正以前に、すでに英米法研究の蓄積は相当にあったと思う。また英米法を参照にした改正も直前の13年には実現していたのだ。

したがって、昭和25年改正で初めてアメリカ会社法の影響が加わった、と見ることには違和感もあった。そもそもアメリカに会社法があったかという点、当時も連邦会社法はなく、州会社法しかない。そして、アメリカが当時関心を持っていたのは、やはり財閥解体をして、経済民主化、証券民主化をしてその受け皿として証券取引法を制定し、さらにそのまた受け皿として会社法を改正する。こうした一連の流れの中で、大事なものは、財閥解体、証券民主化、証券取引法の改正だった。アメリカでは当時、1933年、34年の連邦証券法制が、連邦会社法の代わりの機能を果たすものともいわれていた。だから、その流れでみると、むしろ反トラストの専門家が日本にやってきたというのは極めて自然なことであって、実はその専門家がたまたまイリノイ州出身だった。当時の州の会社法というのは、今では、*race to the bottom*と言われるが、要するに州が税収を自分の州に呼び込むために、規制緩和競争をずっとしてきたという歴史があって、アメリカ人自身が、最低へ向けての競争と呼んだほどだ。ちょうど、日本が占領されていた当時のアメリカ会社法というのは、その程度の存在だったと言って良いのではないか。GHQに会社法の専門家はいなかったのだ。しかし、昭和25年改正はアメリカ法の影響と言われ続けて

きた。

アメリカは、大恐慌の後で、証券規制を厳格化し、厳しい開示・会計を要求したが、実行部隊である州会社法のガバナンスがきちんとしていないので、仕方なく、証券取引所が監査委員会を要求するという形で、なし崩し的に、会社法の代わりを連邦証券法や証券取引所レベルで補ってきた。そして、最近になって、州会社法もガバナンスを視野に入れ、重視するようになってきた。こういうことですので、ガバナンスは、株式本質論などを侃々諤々論じてきた日本のほうが理論レベルでは先進国であって、当時の世界レベルで見ても極めてレベルが高い。当時それに匹敵する見本がアメリカにあったかという、私は、全然なかったと思う。ただ、People's Capitalism と証券民主化、財閥解体、そういう経済民主化という視点はあった。

先ほど中東さんからもお話があったように、なぜ新株引受権がこんなところに、公開会社に要求されるのかと、かつて私も思った。それは、個人でできている社会、企業社会、と言いましょか、つまり株式の場合でいうと、証券市場で株を持つ人の大半は個人。そうすると株主総会というのは個人の集合体だ。機関投資家は個人のための存在で個人として数える。そして、個人を尊重する市民社会の伝統と言うか、やはり、そうした社会の質を変えたくないという思想や哲学、あるいは規範意識が背景としてあると思う。したがって、イギリスで公開会社なのに新株引受権が原則とされているのは、それを維持しないと市民社会の質が変わってしまうからだと思う。事業法人が株を持つことがおおびらになると、個人の比重がそれだけ小さくなってしまふ。そういう意味で新株引受権は説明がつく。また、閲覧請求権も証取法が1948年にできたので、それとほぼ平行して、閲覧権の問題がディスクロージャーの問題として議論されてきた。

それから、先ほど申したように、州の会社法は race to the bottom だから、おそらくどちらかと言えば、閉鎖会社的な性格を有してきたと思う。またそれ以前から外国法を学んできた日本で、日本が押しつけられるような制度がそもそもアメリカのどこにあったのかという疑問もあり得る。アメリカに、手かせ足かせで不自由な商法改正を強いられた。そして、それに抵抗して、鈴木先生などが反発して商法改正に至ったと、こういう図式自体が怪しいのではないか。こういうことは、東大の先生や、京大の先生は言いそうもないから、早稲田が言うべきだと思う。まあ、東大の中でも静かな波紋はあったようですが（笑）。

やはり話の流れは、独禁法、証取法、会社法というわけだ。当時は。だから、会社法というものだけをみて会社法改正を問題にすべきではない。やはり、財閥解体、独禁法制定という中心、市場の秩序、社会の秩序をどう構想しようかというのがあって、さらに証券市場の下で企業社会と市民社会が一体となるような体制の前提を求める証券法が次にある。では、証券法が要求するものを本当に実行できる株式会社であるのか、という流れがあったのではないか。ところが、戦後は、証券市場などというものはないので、こういう構図は忘れられていったように思う。

その後どうなったかという、証券市場なしの株式会社が戦後約50年間続いていた。それが、バブルが崩壊して、証券市場を活用する株式会社が再び現れてきた。つまり、今の状況は、昭和23年、25年にアメリカGHQが持ち込もうとした理念に再び挑戦しなければならない状況になっていると思う。

それから、最後の点、日本法のアイデンティティーについて中東先生が書かれている。私もそのようなことを考えている。私は、アメリカでやっていることを学ぶことと、アメリカの理論を学ぶということはぜんぜん違うと思う。なぜかという、例えばアメリカだと、インサイダー取引に刑罰を科す根拠として郵便通信詐欺法というのがある。「ウォールストリートジャーナルが郵便で、一般読者の所に行かなければこのインサイダー取引はできない」、だから郵便の不正使用で犯罪とされる。連邦最高裁で全員が一致だ。

証取法でも同じだが、インサイダー取引でも何でも、それを作ってきたときの昔の理論はなかなか捨てられない。こういうことはたくさんある。特にアメリカは、理論的整合性よりも現実的に、時にはかなり強引に法を適用していく。従って、現にアメリカがやっていることを学ぶ必要はあるが、そこで展開されている理論は到底真似できないものだらけかもしれない。私はそういう感触をかなり強く持っている。

しかし、最後に継受する我々が、もっとも洗練されて論理的で、すっきりした論理を再構成することで、経験不足を補っていくという決意を持つべきだと思う。儂い希望なのかもしれないが、我々は、彼らがしてきた失敗の経験を一から繰り返さないと分からないというのでは、取り返しのつかないことになる。したがって、彼らが現在使っている言葉や条文の表面的な意味にとらわれずに、現時点で機能している姿を捉えて日本の概念で再構成していかなければならない。あるいは、彼らが将来失敗する可能性すら先取りして理論構成をしていくことが日本に求められるの

ではないか。つまり、日本が一番論理的で、学問に対して謙虚な国にならないと、経験不足を克服できない。かならず大失敗をすることになると思う。具体的にそんな試みがあるのかと言われるかも知れないが、私はあると思う。例えば、信託というものはいろんな機能をしているけれども、私はたとえば受託者責任というような概念は、日本の信義則のように変幻自在な概念のように見える。証券会社の責務でもインサイダー取引でも、その他あらゆるところに出てくる。それを例えば、神田秀樹教授が、商事信託という概念を導入して整理しようとしていることは、マーケットの置かれた状況によって信託の機能が変わってくる、という姿を日本人が整理しようとしていると見ることもできるように思われる。

それから、我田引水になるが、証券取引法の理論をマーケットという概念を中心に添えて、市場法論として再構成することも、そうした試みのつもりである。日本では、商法と証券取引法は別物という認識で今までやってきたが、例えばアメリカだと公認会計士が不正を発見したら取締役会に報告して改善を促すのは当たり前だが、日本では、証取法監査で発見したものを商法のガバナンスに直結できない。したがって、そういうときは、どうするかというと商法特例法というものをわざわざ作って、商法ワールドの商法用語である会計監査人という名前を新たに作り、証取法監査を行ってきた公認会計士・監査法人は、実は商法特例法の会計監査人でもあるから、はじめて監査役会に報告せよ、との規定を作ることができる、と考えてきた。それを公開会社法理論などと言って理論構成することで、彼らが当たり前に行っていることを理論で克服しようというのが私が考えてきたいわゆる公開株式会社法理論である。こうした試みをあちこちで行うことにより、欧米が今後失敗するかもしれないことでも日本は先取りしてそれを予防できるかもしれない、そのくらいの気持が必要だと思う。

日本くらい、市民法について経験を積んできた非西欧国家はないし、日本人くらい外国の法制を100年間学び続けてきた民族もないと思う。そういう意味では、非常に困難な分野ではあるけど、希望を持っていたいと思う。そしてそうした経験くらい、中国や韓国にとって有益な情報はないはずだろう。そういう意味で先ほど中東さんがおっしゃった日本法のアイデンティティーというのは、やはり、明治以降のあるいは25年改正以降の日本の商法学のレベルが高かった。今もずっと高い。ということにしていけないといけないだろう。

最後にコメントと言われると、昭和25年改正についての見解には意外に差はない

ように思う。ただ、GHQの影響力は思ったほど大きくないという印象はある。少なくとも25年改正の中で、機関、取締役会だとか、あれは、GHQと全然関係ないようだ。なぜかという、あれは、アメリカの州レベルの問題だから。反トラスト法の専門家では対応できなかったと思う。また、アメリカ自身のこの問題に対する認識もさほど切実さが無かったのではないかという印象もある。もともと日本で、取締役会制度はなくても、任意の取締役会はあったので、その影響の方が大きいかもしれない。25年改正の評価は、鈴木神話の終焉とともに変わっていかざるを得ないと私は考えている。

どうも勝手なことばかり申したが、こうした議論ができるのも、中東さんの業績の大きさを物語るものである。本当に今日はありがたく、心より感謝申し上げます。