

「ロessler法典——日本商法の源流」 —高田報告へのコメント

上 村 達 男

高田先生、ありがとうございます。今、ここまで詳しく遡って研究するのは、大変な努力であり、そういう意味では、学者らしい仕事をされていると思います。私としても大変刺激と感銘を受けた次第です。

ただ、私なりのコメントもいろいろあります。私のコメントは、論理的に整理されていませんが、ピックアップする形で申し上げます。

高田さんが最初におっしゃったように、昔、追分のセミナーハウスで侃々諤々、唾を飛ばしながら議論をしました。当時、私はちょうど証券取引法市場法論をやっていました。高田さんの先生である倉沢康一郎先生は、意思主義です。私は倉沢先生が大好きです。非常に魅力的な先生です。私と倉沢先生には、共通項があります。それは何かというと、人間が大事だと思っているのです。人が大事だということがあります。

ただ、問題もあります。「人が大事だ」という理論を立てれば人が大事になるとは、私は思いません。やはりマーケットという物の世界を克服して、初めて人が見えてきます。現実のマーケットは、それだけ厳しいものであって、資本の論理や、そういうものの世界を克服しないと、人が見えてきません。倉沢先生は、ヒトの論理がヒトを大事にすることだ、という意味では一貫しておりました。そこから先は違いますが、われわれの大先輩であり、非常に魅力的な先生でありました。高田さんは、われわれと一緒にやっていたのですが、ついにその魅力のほうに行ってしまったわけです。

いずれにしても、早稲田大学がこういう有為な人材を輩出しているのは確かであり、それは非常に誇らしいことです。いろいろなタイプの研究者がいるということは大事です。

倉沢先生について思い出すことがあります。私は司法試験の委員でした。昔は渋

谷の駅でバスを待って、委員と一緒に乗って会場まで行くのです。その時、たまたま倉沢先生の隣に座りました。そうしたら、倉沢先生は私になんと言ったか。「上村君は、会社法が嫌いなようだね」と言われたのです。「いや、私は大好きですよ」と言いました。このやりとりには、私と倉沢先生の会社法に対する見方の違いがはっきり見えていると思います。しかし、それは倉沢先生の論理からすれば非常にはっきりしていることであり、むしろ非常に気持ちのよいことでした。「上村君は、会社法が嫌いだね？」と言われて、「いや、大好きです」と言ったことが、とても印象に残っています。

倉沢先生は、手形でもなんでも意思主義で説明していきます。契約や意思など、そういうものを大事にします。私は、むしろ資本市場など、そちらの方の虚構性を暴くことで本当の人間は出てくるという考え方でした。しかし先ほども申し上げましたように、私と倉沢先生とは、基本的に何を大事にするかという点を共有していました。私が専修大学にいた時分、倉沢先生が講演してくださった「人・商人・企業」は大変な名講演でした。私は、本当に素晴らしいと思い、その記録を江湖に推奨すると書きまして、倉沢先生も喜ばれていました。

私は、当時、証取法市場法論、公開会社法など、マーケットの話をしていました。高田さんはマスターでした。彼は意思で来るわけです。私は「株主総会は会社の所有者の集まりではない。これは shareholders meeting で、株式保有者集会でしかない」と言っていました。そうすると高田さんは、「いや、そんなことはありません」と言っていました。当時は、「分からないやつだな」と思いました。しかし、非常に真剣でした。若い後輩がこんなに食いついてくるかということで、非常に印象に残っています。そのぐらいの迫力で、とにかく全力でぶつかって食いついてきたという、そういう印象があります。私も食いつかれて、「はい、そうですか」とは言いません、私なりに強行に反論したと思います。そういう思い出があったということを、最初に一言申し上げます。

高田さんの報告に触れて、いくつか思ったことがあります。非常に印象的だったのは、ロesslerが使っているドイツ語が、実は英語の訳だったということです。当時のロesslerが持っていた会社法学に対する英国法の影響と言いましょうか。イギリスで有限責任法ができたのは、1856年でした。そこから近代株式会社とされているわけです。つまり、それまでの有限責任とそこから後の有限責任は違います。そこから後の有限責任は、均一な単位をつくるための有限責任であって、証券

市場を形成していくための有限責任というものであります。それ以前の有限責任は、「私、上村は有限責任社員です」という具合に有限責任がヒトに付いていたのです。

これは私の話になってしまいますが、ヒトに付いていた有限責任が株式というモノに付く。つまり株式有限責任になることで、近代株式会社制度の形成が可能になったというのが、私の理解です。それは時期的にちょうどロesslerの直前です。当時の日本人は、いろいろな諸国の法律をこんなにもよく勉強したかというぐらい勉強していたということです。そしてそれが、ロesslerの学識を支えていた面もあったのだと思うのです。では、そのロessler自体の会社法学は、いったいどういうものだったのでしょうか。つまり、当時で言いますと、イギリス法の影響が相当大きかったのではなかろうかという感じがしなくはありません。

明治23年の商法典には、「目論見書」という語もあるのです。目論見書とは、当然資本市場で株式を募集しようという話であります。かつて、川島いづみさんが研究会で報告されたのは、明治23年商法典ができる3年か4年前のイギリスの著名判例でした。目論見書の虚偽記載の判例だったのですが、そういうものも当時、実は吸収していたのではないだろうかと思察されます。実証的には分らず、証明はできませんが、直観的に「もしかしたら明治23年商法は、イギリスの判例までちゃんと見ていたのではなかろうか」と思ったことがあります。

そういう意味で、ロesslerの考えていた商法に対する英国法の影響、あるいはロessler自身の会社法学とは、どういうものだったのかがお尋ねしたい点です。

それから次です。これまで私はあまり海外に行くことはなかったのですが、榊澤先生に連れて行っていただいて2回ほどドイツに行きました。向こうの民法の先生も、商法の先生も、経済法の先生も、憲法をやるのは当たり前なのです。ドイツの憲法の先生から、「なぜ日本の商法学者は憲法をやらないのか」と不思議がられました。また、会社法の問題も憲法裁判所に持っていかれることが多いのですね。例えば、事業再編などで、合併無効があると後が大変ですから、合併比率が公正であるように、合併の前にも後にも非常に手厚い手続きを踏んでいます。「なぜですか？」と尋ねると、「憲法裁判所に行ってしまうからだ」というわけです。そういう意味では、ロesslerが、国家学をやり、経済学をやり、法学をやったというその伝統が、今もお連綿と受け継がれているのではなかろうかと、私は乏しい経験から思ったのです。そういうことでいいのかどうかということが一つです。

それから、Aufsichtsratの話についてです。先ほど高田さんがいみじくもおっしゃったように、トゥー・ティア・システムではなく、アメリカのワン・ティア・システムと同じではないかという話は、その通りと思います。つまり、もともとドイツ人は論理的に構成して二層性をつくったのだと理解されているのではないのでしょうか。アメリカ人は論理的ではなく実践的で、失敗しては直し、失敗しては直しとしているうちに、ワン・ティアがトゥー・ティアになりつつあるという感じです。そこは、実はドイツも基本的に変わっていなかったらしいということを教えていただいたのは、大変ためになりました。

また、AufsichtsratもVorstandを選ぶという点についてです。もともと慣行として大株主会が選んでいました。高田さんは、総会で選ぶのは、むしろ珍しかったのだとおっしゃったのですが、それはなぜなのかということです。これを言い出すと、また論争になるかもしれませんが、所有と経営の分離現象に近い現象が実態としてあったのではないのでしょうか。そうだとすれば、総会の無機能化や所有と経営の分離や経営者支配ということになってきますから、大株主会が監督するというのが、わりと自然な流れであるという感じがします。

変化の要因については、「なんとなくこうなりました」というのではなく、それを要請する社会経済的な実態があるわけです。例えば、イギリスで言いますと、19世紀の半ば以降の会社法がアメリカに移っていくわけです。それはやはりドイツとは違うと思います。資本市場を司る会社法という流れが、影響していたのではないかという感じを持ちました。

それから、昭和25年の改正の時の監査役の話が出たので、一言コメントをさせていただきたいと思います。私は、GHQ文書を詳細に検討した中東論文の「批判論文」を、商法100年特集のジュリストに書きました。「中東論文は、GHQの文書について、鈴木先生万歳論で理解しているのはおかしい。もうちょっと歴史を見る眼は事実在即した透徹した客観的な眼で見るべきではないか。」と偉そうに書いたことがあるわけです。

結局、当時GHQには会社法の担当者はいませんでした。アメリカの会社法は州の問題ですから、GHQには会社法の担当者はいなかったのです。たまたま担当者が生まれたところがミズーリーかどこかで、個人的な経験と知識で何か言ったということはあるようです。ですから、むしろ会社法に対するGHQの影響は極めて小さいということです。実は、25年改正もその前の昭和13年改正も、日本の会社法改

正には、英米法の影響が相当あったのです。

会計の専門家でもない監査役が、なぜ会計監査権限を持つものとしてスタートしたのでしょうか。先ほど高田さんは、業務監査として開始したのだらうとおっしゃいました。それはその通りだと思います。つまり、昭和25年の改正で、専門家でもないのに会計監査としてスタートしたわけです。私がかつて読んだ文献によりますと、大隅先生や松田二郎先生もそうだったと思いますが、これはいずれは廃止する過渡期の制度というわけです。

なぜ過渡期かという、公認会計士制度が定着していないからです。公認会計士法ができたのは、1948年であり、証券取引法ができたのと同じ年です。法律はできましたけれども、公正な監査慣行は全然ありませんでした。鳥羽先生がおられるので少し言にくいのですが、「正規の監査」と胸を張って言い出したのは30年代の半ばのことです。ですから、それまでの過渡期では、他にいないので、監査役に会計権限だけを与えて、過渡期の存在として認めたのです。いずれなくなっていくもの、ということだったのです。当時の考え方としてかなりはっきりと「これは過渡期だ」と言っている文献があります。そういう会計のみの監査役というのは、公認会計士制度定着までの過渡期のつなぎであったと言えます、少なくとも当初は。

ところが、その後、いろいろな不祥事が起きます。山陽特殊鋼や日本熱学や不二サッシなどの不祥事が次々と起きます。そのたびに日本が選んだ道は、監査役制度の強化ということだったと思うのです。

それから最後に、現在の話を申し上げたいと思います。最後におっしゃったガバナンスの課題については、私もそう思っています。委員会設置会社と監査役設置会社はどこが違うかというと、三委員会の強制と監査役だけであって、取締役会と代表取締役、あるいは執行役の関係はどちらも基本は同じです。ここは外国と違う点だと思っています。

つまり、日本では、業務執行が監督ではなく、業務執行の決定と執行という分け方をしているわけです。ですから、取締役会というのは、業務執行の全ての決定権限があるということになっていて、それを代表取締役や執行役に委譲するということになっています。委譲しなかった残りが、取締役会の権限だということになっています。

今、提案されております監査監督委員会というのは、その委譲の幅を広げたわけ

です。広げたことで、取締役会はかなり軽くなります。これはどちらかというと、本来の意味でモニタリングシステムへの純化が進む可能性があります。それは委員会設置会社から見ると、三委員会の強制が一個でいいということになります。また、監査役設置会社のほうから見ると、監査役は要らないということになります。ただし、監査監督委員は株主総会が選任するという形になります。それで、監査監督委員は取締役でなければならないということになっています。

そういう意味では、決定と執行を分けるという、非常におかしな形になっているわけです。私はよく「監査役設置会社の取締役とは、いったいなんなのですか」と言います。というのも、監査役設置会社の取締役の責任も報酬も、誰も平の取締役の話はしていません。代表取締役は代表権の話をしてしますし、専務は専務執行の話をしてしますし、常務は常務執行の話をしてします。監査役設置会社でも、取締役の報酬も責任も、執行部分の責任を論じているのです。

これは委員会設置会社と同じです。委員会設置会社は、形の上で取締役会と執行役とに分かれています。現実的に監査役設置会社であっても、責任も報酬も執行部分なのではありませんか。では、裸の取締役、平取締役はどこにいるかというと、使用人兼務取締役の時だけ兼務という形ですから、ここでの取締役は平取締役なのですね。専務執行役兼取締役執行役員、あるいは常務執行者兼務取締役とは言わないのです。代表取締役も、代表執行者兼取締役とは言わないのです。代表取締役というのです。そうすると、取締役は経営者であって、その代表が代表取締役だと思ってしまうのです。

これは高田さんが最後におっしゃったことと共通すると思いますが、どこまでも平取締役、裸の取締役というのは執行権がありません。監視監督だけです。あとは、執行を兼ねているだけです。兼任しているだけです。現実問題として、委員会設置会社と監査役設置会社で、ボードと執行の関係には違いはありません。ですから、経団連あたりが「委員会設置会社と監査役設置会社に優劣はない」と言いますが、優劣がないのは当たり前で、どちらも同じだからだというのが私の理解です。

どこが違うかというと、くり返しになりますが、三委員会の強制と監査役の強制だけです。監査監督委員会設置会社は三委員会は強制じゃなくてよく、ボードの権限を軽くできます。そして監査役が、実質上取締役化して、監査監督委員会になっていくのですから、実は二つの選択肢が三つに増えたかのように見えますが、私は一

つに向かっている、収斂しつつあるプロセスにすぎないと思っております。

結局、最後におっしゃった代表執行役兼取締役と言った場合の取締役とは一体なんなのかということです。取締役を経営者だと思うと、専務取締役というのは、経営者が専務を分担していますということになります。しかし、取締役というのは、監督者、監視者だと考えると、これは専務執行役員兼務の取締役ということになります。

日本の今の建て付けは、業務執行のうちの決定と執行を分けることになっていると言っても、国際的に全然通用しません。そういう仕組みを採っていることのおかしさが、あからさまになりつつあります。私は、以前から非常に極端に聞こえる意見を述べています。つまり、監査役はそのまま全部取締役にしてしまえ、監査委員会は監査役会という名前にしろ、そうすると8,000人ぐらい急に社外取締役が増えます。改正案の考え方は、どちらかというとそれに近づく過渡期であると見ております。

そういう意味では、高田さんが最後におっしゃった、監督と執行を分けるという話ですが、そうなると取締役という概念そのものを見直していくことになります。先ほども言いましたように、決定と執行という分け方は止めて、監督と執行というふうに分けていくわけです。そういう流れが最後に示唆されていました。それは高田さんが、前のほうでご報告された Aufsichtsrat が持っている機能の変化と非常に符合して、非常に説得的だと思った次第です。

とりとめもない感想で恐縮です。私が自説をただ言ったという面もありますが、様々なご指摘から刺激を受けました。また追分の時のように唾を飛ばしてということになるにしては、お互いに歳をとりすぎたかもしれませんが、気持ちは変わりがありません。本当にありがとうございました。