

Title	口エスレル商法草案：取締役たちおよび監査役会
Sub Title	„Directoren“ und „Aufsichtsrath“ im HGB-Entwurf Roeslers von 1884 : Eine japanische Übersetzung
Author	高田, 晴仁(Takada, Haruhito)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2016
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.89, No.1 (2016. 1) ,p.419(26)- 444(1)
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	宮島司教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20160128-0419

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

ロエスレル商法草案

——取締役たちおよび監査役会——

高 田 晴 仁

わが国のコーポレート・ガバナンスの方向性を論じるにあたり、海外の投資家から「わかりづらい」と評されている（といわれている）取締役会・監査役会の機関構造が、そもそもいかなる外国法をいかにして継受したものであるのか、という点を明らかにしておくことは、比較法の基礎となるとともに、まさに海外の視線を意識する場合において有益であろう。

このテーマについて、従来、いくつかの拙稿を公にしてきたところであるが¹⁾、それらでは引用にとどめておいた最も根本的な史料である「ロエスレル商法草案」そのものの該当箇所の現代語訳と若干の注記とをここに公表して大方のご叱正を得たいと思う。こうした史料を宮島司先生のご退職記念号にお捧げすることにはためらいもあったが、若き日の宮島先生が、1970年以降の一連のクステ法案の考証・検討から出発し、義塾賞に輝いた学位論文『企業結合法の論理』（弘文堂、1989年）をお纏めになられた矚みに倣い、「史料をして語らしめる方法」をとりたい²⁾。

ドイツ語の原文は、Hermann Roesler, Entwurf eines Handels-Gesetzbuches für Japan mit Commentar, Bd. 1, Neudruck Tokyo 1996, S. 49 ff., 319 ff. に拠って、まず草案の条文を現代語に訳出し（ただし、草案の条数に続く条文の見出し、および、〔 〕内の訳注は訳者が補ったものである）、これと比較参照するため、草案の条文の下に「司法省」訳とされる条文を附記し、さらに、その後の立法プロセスの変遷を追跡する手がかりとして、つぎの各修正案の条数を附した。すなわち、(1) 明治15年9月、商法編纂委員（委員長・鶴田皓）が太政官に上達した「商法案」（160条）³⁾、(2) 明治18年6月、会社条例編纂委員（委員長・寺島宗則）の商社法第二読会で原案とされた「商事会社条例」（259条）⁴⁾、(3) 明治19年6月に元老院が可決した「商社法」（221

条)⁵⁾、(4) 明治 23 年旧商法（明治 26 年旧商法一部施行法は一部の文言に変更あるも条数に変更はない⁶⁾）、(5) 明治 32 年新商法⁷⁾⁸⁾である。

なお、注釈の訳出にあたっては、ドイツ語の類語にもできるだけ異なる訳語を当てることとし、煩雑にわたらない限り、ドイツ語原文を（ ）で示した。また、引用された立法例などについて注記を附した。いささかでも、草案のオリジナルの理解に資すことがあれば幸いである。

§ 5. Directoren und Aufsichtsrath.

取締役たちおよび監査役会

草案第 219 条（取締役・業務執行取締役）

株主総会は株主から 3 名以上の取締役たち（Directoren）をその就任の少なくとも 1 箇月前に選出し、取締役たちは、その中から 1 名または複数の業務執行取締役（geschäftsführende Directoren）を任ずることができる。その他の会社の代表者および役員への任命は任意とする。

第二百十九条 総会ハ業務着手ノ一ヶ月前ニ株主中ヨリ頭取三名以上ヲ選挙スヘシ 又頭取ハ同役中ヨリ業務担当者一名又ハ数名ヲ選定スルヲ得ヘシ 其他会社ヲ代理スル者及ヒ役員ヲ選定スルハ会社ノ便宜ニ任ス

(1) 明治 15 年商法案 96 条、(2) 商事会社条例 170 条、(3) 商社法 132 条、(4) 明治 23 年旧商法 185 条、明治 26 年法 185 条、(5) 明治 32 年新商法 164 条、165 条

草案第 219 条注釈

これまでの条文が対象とした株式への資本の分割のほかに、株式会社のさらなる本質的特徴として、その執行組織（administrative Organisation）が問題となる。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 (Hand-lungen) 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。その限りでは、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 (bestellen) 権利を有するだけなのである；株主は選任の義務を負い、この義務の懈怠は会社を無にするであろう。選任 (Bestellung) は株主総会における選出によって行われる。草案はかれらに取締役たち (Directoren) という名称を与える。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⁹⁾。取締役たち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¹⁰⁾。取締役の数および取締役会内部の特別な組織 (speziellere Organisation)、同様に、他の取締役たちとの関係における各取締役の代表権は、定款で定めることを要する¹¹⁾。

草案は3名より少なからざる取締役たちを選出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、1名の業務執行取締役 (geschäftsführender Director)¹²⁾ 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 (Directoren) を置くことができる。より大きな会社では、たいていは、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執行部 (Vorstand) を成し、いかなる場合でも必要なのである。さらに、会社はさまざまなその他の職員 (Beamten) および使用人 (Gehülfen) も置くことができる。これらの者はすべて任意である；一般的には、かれらは取締役たちの指揮下にあるうえ、たいていの場合、取締役たちによって任命されることをとくに強調すれば足りる。かれらは使用人の地位に立ち、むしろ公務員 (öffentliche Beamten) に類似するもの¹³⁾ と評価される取締役たちとはまったく異なる。

草案第 220 条（取締役の職務開始）

取締役たち（Directoren）の選出が政府の確認（Bestätigung）に服するときは、この確認が与えられる前にその職務の執行を始めることはできない。

第二百二十条 頭取ノ選挙政府ノ許可ヲ受クルヘキハ此認可ヲ受タル後ニ非サレハ該役員其職務ヲ執行スルコトヲ得ス

- (1) 明治 15 年商法案（なし）、(2) 商社条約 171 条、(3) 商社法（なし）、(4) 明治 23 年旧商法（なし）、明治 26 年法（なし）、(5) 明治 32 年新商法（なし）

草案第 220 条注釈

国家政府による取締役たち（Directoren）の確認（Bestätigung）、すなわち、高度の行政上の利害に関わる一定の企業——例えば鉄道会社¹⁴⁾——の管理（Verwaltung）に相応の影響を確保したい、また、ぜひとも有用な人物を選出することを確保したい政府による取締役たちの確認を設立許可の条件（Concessionsbedingung）となしてよい。かかる条件に、会社の法律および定款が矛盾することは許されない。一般的には各会社がその執行部（Vorstände）を自由に選ぶことができ、また、かかる選出が有効であるにもかかわらず、このような場合には、選出の有効性は政府の確認により条件づけられるのである。したがって選出された取締役たちは、自らに与えられた確認にもとづいてのみ就任するのである。

草案第 221 条（取締役の職務開始前）

取締役たち（Directoren）の選出および〔政府の〕確認までその職務は会社の発起人が代行する。

第二百二十一条 頭取ヲ選挙シ若クハ其認可ヲ受クルマテハ会社ノ発起人ニ於テ其職務ヲ担当スヘシ

- (1) 明治 15 年商法案（なし）、(2) 商社条約 172 条、(3) 商社法 114 条

1 項、(4) 旧商法 167 条 1 項、明治 26 年法 167 条 1 項、(5) 明治 32 年新商法 129 条 1 項

草案第 221 条注釈

発起人が株式会社の代表者となり、また、取締役たち (Directoren) の責務 (Obliegenheiten) を果たすのは、発起人の会社に対する関係で当然の結果にすぎない。ところで、最初の株主総会で取締役たちが選出されなければならない以上 (草案第 191 条)、発起人の職務 (Function) を任意に継続することはできない。それゆえ本条の規定は、それ以前に会社の利益のために締結されなければならない暫定的な取引にのみ関係する。

草案第 222 条 (取締役の代表権)

会社は、取締役たち (Directoren) の行為によって、直接かつ排他的に権利を取得し義務を負う。取締役たちの代表権限の行使の方法は会社の定款で定める。取締役たちは定款および株主総会の決議の遵守につき会社に責任を負う。ただし、取締役たちの代表権限の制限は、善意の (in gutem Glauben) 第三者に対して主張することができない。

第二百二十二条 会社ハ頭取ノ所業ニ依リテ特ニ直接ノ権理義務ヲ得ル者トス 会社ノ申合規則ヲ以テ頭取ノ代理権利執行ノ方法ヲ定ムヘシ 其権利執行ハ申合規則及ヒ総会決議ノ範囲ヲ出ツ可ラス 但シ特ニ其権利ヲ制限スルモ良心ナル他人ニ対シテハ無効ト為ス

(1) 明治 15 年商法案 97 条、(2) 商事会社条例 173 条、(3) 商社法 133 条、(4) 明治 23 年旧商法 186 条、明治 26 年法 186 条、(5) 明治 32 年新商法 169 条、170 条

草案第 222 条注釈

すでに幾度も述べたように、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 (besondere 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。取締役たちは、なによりも通常の合名会社における社員 (営業主人 Principale) に類似しているが、ただ合名会社の社員と異なるのは、合名会社の社員はその自らの業務 (Angelegenheit) を管理し (verwalten)、それゆえに、代理権を要しないのに対して、取締役たちは会社の代理人 (Bevollmächtigte) にすぎず、それゆえに、受任者 (Mandatar) として、かれらに委任 (Mandat) された範囲に〔業務処理が〕限られることである。委任は定款の規定を通じてなされるのみならず、会社による個別の決議によってもなされる。委任は、取締役たちに委託された諸々の取引を示したならば実質的委任 (materielles Mandat) であり、一方、取締役たちの業務執行の形式 (Forme)、とくに、各々の取締役が共同で行使しうる権限および単独で行使しうる権限をもあらかじめ指定されているならば形式的委任 (formelles Mandat) である。一般的に認められているのは、これらいずれの場合も、各取締役の権限は、定款の明確な規定または会社の決議で制限されたときを除いて、無制限であることである。というのも、株主ら自身は会社のために取引を行うことができず、すべての代表資格 (gesamnte Vertretungsbefugnis) を取締役たちに集中せざるをえない。株主らは〔取締役たちの〕ほかには誰も見出しようがないからである。しかしながら〔取締役たちの権限の制限は〕単なる定款の文言だけでなく、その意義と精神にかかっている。すなわち、例えば、取締役たちは、株主総会〔決議〕による授權 (Ermächtigung) なくして、会社が融資 (Darlehen) を受けることは、いかなる場合にも禁じられる。というのは、そのような措置は、株主総会決議によつてのみなしうる会社資本の増加と同じことを意味するからである。定款その他で規定しない限り、取締役たちは相互に職務を分掌することができ、また、取締役たちは、ある取締役が他の取締役たちの賛成および協力なしに単独で取引をなしうる権限を有する範囲も定めることができる。かかる原則は、裁判上の会社の代表、例えば、宣誓、裁判上の和解の締結、訴訟代理人

の任命 (Ernennung) 等にも適用される。したがって、本草案の基礎には、定款が明文または黙示で特別の定めをなさない限り、取締役たちがすべて〔会社の取引〕について包括代理権 (generelle Vollmacht) を有するという原則がある。ドイツ商法典第 229 条¹⁵⁾の基礎には、これと異なる〔共同代表の〕原則があるが、その原則は、実際上の必要性のみならず、包括委任の性質にも反するものである。イギリスの立法(The Companies Act 1862 (25 & 26 Vict. c.89) First Schedule Table A, Cl.55¹⁶⁾)もまたこの〔本草案と同様に各自代表の〕正しい立場に立っている。

ところで、取締役たちの代表資格 (Vertretungsbefugnis) およびそれに相応しい責任は、内部的なものとの外部的なものとの十分に区別すべきである。取締役たちは、上述のように、包括代理人 (generelle Bevollmächtigte) であり、また、取締役たちの受任にもとづいて締結されるすべての取引 (Handlungen) について資格を有する。あらゆる委任者は、他の者に与えた委任を一定の項目に限定する権利を有し、それゆえに制限された委任を受けた受任者は、自らの権限の法的制限の遵守について、委任者に対して責任を負う。しかし、かかる制限は、それ自体、委任者および受任者間の内部のことからである；第三者はこうした特別な契約関係からは離れ〔た立場に立〕ており、また、委任者および受任者間の契約関係に拘束されない。第三者は、取締役たちの地位を包括受任者 (generelle Madatäre) であり、それにもとづいて取引する資格を有するものとみなす；第三者は、包括的な委任は個別の委任をも含むという一般原則によって、代理人の代理権 (Vollmacht) の範囲が各々の個別の事例に及ぶかをいちいち調査する必要はない。これに加えて、さらに、あらゆる業務の代表者 (Geschäftsvertreter) は、あらゆる商事代理人 (Handlungsgehilfe) と同様、その地位 (権限 Anstellung) の限界を自分自身が最もよく理解し、かつ、遵守しているものという推定を自ずと受ける必要があり、また、第三者がこれを信頼することができなければならない (例えば草案第 54 条〔商業使用人の代理権〕を参照)。してみると、取締役たちはその代理権の踰越についていかなる場合でも会社に責任を負うのに反して、かかる責任は第三者に対しては何ら効力を有しない。会社は、対外的にはいかなる場合でもその取締役たち〔の行為〕について責任を負わなければならない

ないが、内部的には——つまり会社それ自身は——取締役たちに損害賠償 (Schadloshaftung) を請求することができる。ただ、〔会社が責任を負うについては〕第三者が善意であること (in gutem Glauben) が必要である。すなわち、第三者が実際に行使された取引権限をも真に有していると信じていることを要し、また、少なくとも第三者側では、誠実な取引であることを要するのであり、したがって会社に対する欺罔、毀損の意図があってはならない。善意は、ある取締役の権限が制限されていることを知っていても、会社への悪意による毀損 (arglistige Beschädigung)、または、不法な利益を意図したものでなく、かつ、代理権の踰越を重視すべき事情がないときに限り、これを排除する必要はない；例えば、単なる形式を定めた規定に違反した場合、または、ある取締役がある取引を締結する権限を有するときに、ともかく締結を可能にすべく、その服務規程 (Instructionen) を踰越したとき等である。

草案第 223 条 (取締役の資格株)

会社の定款は、取締役 (Director) として選出されるために株主が有すべき株式の数を定める。取締役の任期中は、その株式を譲渡、売却、質入れ、その他第三者の利益のために権利を設定してはならない。

第二百二十三条 会社ノ申合規則ニ頭取ニ撰マルヘキ株主ノ所有株数ヲ定ヘシ 頭取在任中ハ此ノ株式ヲ譲渡、売渡、質入、書入、其他々人ノ利益ニ帰スヘキノ処置ヲ為スヲ得ス

- (1) 明治 15 年商法案 98 条、(2) 商事会社条例 174 条、(3) 商社法 134 条、(4) 明治 23 年旧商法 187 条、明治 26 年法 187 条 (一部文言変更)、(5) 明治 32 年新商法 169 条

草案第 223 条注釈

かつてのフランス¹⁷⁾ およびドイツ¹⁸⁾ の立法によれば、取締役たち (Directoren) は雇用された職員 (Beamte) であるにすぎず、同時に株主の資格を有することを要しない。イギリス¹⁹⁾ および新しいフランス²⁰⁾ の立法によれば、取締役 (Director) はつねに株主であることが前提であり、そし

てこの立法は正しいと考えられる。というのも、そうでなければ会社の業務執行の概念はまったく無に帰するだろうからである。取締役たちは、株主として、会社の損益に個人的に参加するときは、その職について多大な利害関係を〔有することを〕示すであろう。取締役たちが、かように選出されるために、株主であること、それも一定数の株式を有すべきことは、1867年のフランス法²¹⁾が合目的的に規定するところであり、本草案が採用するところである；詳細は定款の規定に委ねられている。定款がかかる規定を欠くときは、株主総会の決議をもってそれに代えなければならない。さらにこれらの株式は、取締役たちに対する請求権が生じた場合の保証として会社に提供される；したがって会社に寄託されなければならない、また、当該取締役たちの任期中は譲渡することができない。

草案第 224 条 (取締役の任期)

取締役 (Director) の任期は、三年を超えることはできない。ただし再選を妨げない²²⁾。

第二百二十四条 頭取ノ任期ハ三ケ年ニ越ユ可カラス 但シ復選スルハ妨ナシ

- (1) 明治 15 年商法案 96 条、104 条 1 項、(2) 商事会社条例 175 条、(3) 商社法 132 条 1 項、(4) 明治 23 年旧商法 185 条 1 項、明治 26 年法 185 条 1 項、(5) 明治 32 年新商法 166 条

草案第 224 条注釈

本条の規定は、株主総会が実効性のある監督 (Cotrole) を握るため、また、不適格な取締役たち (Directoren) を再選しないことによって斥けうるために必要な規定である。再選が許容されるのは、信頼が置け、かつ、経験豊かな取締役たちを会社に与えるという〔会社にとっての〕利益 (Nutzen) によって正当化される場合である。株式会社の繁栄は、大部分あるいは主要な点で取締役たちの有能さにかかっており、したがって、そのような取締役たちを雇っておくことは会社の存続に関わる重要な利害に属する。

草案第 225 条 取締役たち (Directoren) がその職務 (Function) につき俸給その他の報酬を受けるときは、これを定款または株主総会の決議によって定めなければならない。

第二百二十五条 若シ頭取其職務上ニ就キ給料又ハ其他ノ報酬ヲ受クヘキトキハ之ヲ申合規則ニ確定シ置クカ又ハ総会ノ決議ヲ以テ之ヲ定ム可シ

- (1) 明治 15 年商法案 (なし)、(2) 商事会社条例 176 条、(3) 商社法 143 条、(4) 明治 23 年旧商法 196 条、明治 26 年法 196 条、(5) 明治 32 年新商法 179 条

草案第 225 条注釈

取締役たち (Directoren) は定期的な給与の支払いその他によって報酬を受けるべきであるのは、経験の教えるところであり、また、それは必要なことである。というのは、通常の株主の単なる利益配当では取締役たちには不十分であろうからである。取締役 (Director) の任は大部分が労多くして困難であり、そうでなくとも高いレベルの責任を伴うものであり、それゆえに取締役へのこうした報酬の付与は——然り、非常に優れた能力を有する者の獲得をあてこんだ多くの場合には——大変高額である。このことはまったく正常なことである。というのも、有能な取締役たちにより株主の財産は二倍、三倍にもなり、あるいは反対に〔無能な取締役たちによって〕すべて浪費されるかもしれないからである。しかし会社は報酬額または給与額をあらかじめ定めなければならず、取締役たちは自らその報酬の支払いをなすことは許されない；かかる制限は莫大な請求を阻止するために必要である。

草案第 226 条 (取締役の解任)

取締役たち (Directoren) の選出は会社によりいつでも撤回することができる。撤回を理由とする会社に対する損害賠償請求はなしえない。

第二百二十六条 頭取ハ何時ニテモ会社ヨリ解任スルヲ得ヘシ 但シ解任セラレタル者ハ之カ為メ会社ニ対シテ償金ヲ請求スルヲ得ス

- (1) 明治 15 年商法案 103 条、(2) 商事会社条例 177 条、(3) 商社法 144 条、
 (4) 明治 23 年旧商法 197 条、明治 26 年法 197 条、(5) 明治 32 年新商法
 167 条

草案第 226 条注釈

いつでも取締役の職を撤回できることは、その地位の高度の重要性と、取締役を信頼して任せた利益の大きさから説明される。取締役たちは、会社において、行政庁の幹部たち (Vorständen eines Verwaltungsdepartements) に類似した指導的な地位 (leitende Stellung) に立つ。取締役たちの任命は 3 年ごとであるから、その選出がいつでも撤回することができないものとしたならば、その期間中、会社は完全に取締役たちの手に握られてしまう。取締役たちの任期中の活動は、通常は解任 (Entlassung von Beamten) の正当事由となる犯罪などの刑事責任 (strafbare Verschulden) を証明することができないときも、会社にとって、かれらの職務遂行 (Amtstätigkeit) が〔会社にとって〕マイナスになることがありうる。この撤回可能性は、委任の原則 (Principien des Mandats) に合致し、また、フランスおよびイギリスの立法に含まれるところである。原則的には、一定期間、職務に服する雇用は、期間満了前に一方的に破棄することはできず、いかなる場合でも取り決められた報酬の請求権は残存する (第 61 条²³⁾)。しかるに、取締役たちは、商業使用人 (Handlungsgehilfen) またはその他の単なる雇用契約上の一定の労務 (Dienst) に服すべき者と見られるべきではなく、会社を代表するために会社から指名された社員 (Gesellschafter) と見られなければならない。だからこそ取締役たちの選出は、残任期についての賠償なしに撤回可能なのである；ドイツ商法典第 227 条²⁴⁾ は、これと異なる規定をなしている。というのは、取締役たち〔と会社との関係〕は雇用契約 (Dienstvertrag) であるという立場を採っているからである。ところで、本条は、期間満了前の撤回がなされたがゆえに、〔取締役らの損害賠償〕請求を認めないにすぎない。特別な契約により、明確かつ合理的な理由にもとづき、解任 (Entlassung) の場合に備えて、損害賠償を留保した場合は、それが刑事責任により無効とされない限り、かかる請求権は有効である。例えば、ある取締役が贈与を受け、その個人的

利益のために、会社の名で取引をなした場合には、かかる義務違反にもとづき、明確な取り決め (Stipulation) にもかかわらず、いっさいの損害賠償なくして解任が許される。解任は、任用 (Anstellung) とまったく同様に、株主総会のみによってなされる。

草案第 227 条 (取締役の任務)

取締役たち (Directoren) は、会社に対して、自らの諸々の任務 (Amtspflichten) を遂行し、定款および会社の決議を遵守することにつき無限責任を負う。

第二百二十七条 頭取ハ其職掌義務ヲ盡スト否ト又申合規則及ヒ会社ノ決議ヲ確守スルト否トニ就キ会社ニ対シテ責任ヲ有スル者トス

- (1) 明治 15 年商法案 99 条、(2) 商事会社条例 178 条、(3) 商社法 135 条、(4) 明治 23 年旧商法 188 条、明治 26 年法 188 条、(5) 明治 32 年新商法 177 条

草案第 227 条注釈

取締役 (Director) は、その任務として、会社に対し、堅実な商人の勤勉と注意を用い、その職務を果たすについて必要な知識を有し、会社の利益を自己のそれと等しく追求することについて責任を負う。取締役は義務違反について責任を問われ、また、解任されるのみならず、会社の損害填補を求められる。このような責任 (Verantwortlichkeit) は、第 228 条による各取締役の無限責任とは別個に、いかなる場合にも存する。定款および総会決議の遵守についても同様である。しかし取締役は、包括的受任者 (genereller Mandatar) として課せられる諸任務 (Amtspflichten) よりも重い義務を負うことはなく、また、その他の点では、取締役は各株主とまったく変わらない。したがって取締役は他の会社の取締役を兼ねることもでき、会社と同じ営業 (Geschäfte) を自营し、または、他の者との会社で営むこともできる；取締役は、会社と自らの名で取引すること〔直接取引〕等ができる。ここでは取締役は、会社の利益に反する行為をなし、不正な行為をなすなど、その任務

違反が許されないのにすぎないのである。単なる〔取締役と会社との〕利益衝突の可能性 (Möglichkeit eines Interessen-Conflictes) は、取締役が会社から特別の制限を課されていない限り、取締役を義務違背 (Pflichtwidrigkeit) として非難することはできない²⁵⁾。

草案第 228 条 (取締役の責任)

会社の義務につき取締役たち (Directoren) が負う責任は各株主と異ならない。ただし定款において取締役たちがその在任中に生じた会社の義務について退任後 1 年経過するまでは無限かつ連帯 (persönlich und solidarisch) の責任を負うべき旨を定めることができる。

第二百二十八条 頭取ノ会社義務ニ対スル責任ハ各株主ノ責任ト異ナルヲナシ 但シ申合規則ニ於テ其在任中ニ生シタル義務ニ就キ解任後一年間其全財産ヲ以テ連帯責任ヲ有スヘキヲ定ムルヲ得ヘシ

- (1) 明治 15 年商法案 105 条、(2) 商事会社条例 179 条、(3) 商社法 136 条、(4) 明治 23 年旧商法 189 条、明治 26 年法 189 条 (退任後 2 年に変更)、(5) 明治 32 年新商法では削除

草案第 228 条注釈

株主は、会社の負う義務について〔会社債権者に〕直接的な責任はいっさい負わない；間接的にその株式持分の価額を限度として責任を負う〔だけである〕。会社はそもそも〔株主である〕取締役たち (Directoren) の行為によってのみ義務を負うのであるが、株主の有限責任は取締役たちについても当てはまる。しかし取締役たちは、そのほかに、自己の任務違反によって損害を蒙った会社または第三者に対して責任を負う。このことはとくに法律上の諸規則の違反についていえる。例えば、取締役たちが法律に抵触して利益を配当し、または、法律上の形式の不遵守により会社の行為を無効にしたときである。これに反して、取締役たちは、適法に引き受けた会社の義務についての責任を負うことはなく、あらゆる商取引に伴うリスクは、会社のみが負担し、取締役たちの個人財産の負担となることはない。そうであるとはい

え、草案は、1867年のイギリス会社法に倣い²⁶⁾、すでに〔草案〕第166条が差金会社について命じたのと同様、取締役たちも会社の義務について一般的に責任を負うものとする事ができると規定した。かかる責任は、軽率な業務執行から会社を保護し、会社の利益を取締役たちの個人的利益に効果的に結びつけるものである。しかしそのような責任は、定款に明確に定めることを要し、かつ、連帯保証よりももっと補充的、すなわち会社財産が不十分であるときのものにすぎない。それゆえ第178条の規則は本規定によって変更されることはない。

草案第229条（取締役の交代）

取締役たち（Directoren）の人員の交代は商業登記に登録し、かつ、公示しなければならず、新たに任命された取締役たちは登録および公示がなされる前はその職務を執行（Ausübung ihres Amtes）することができない²⁷⁾。

第二百二十九条 頭取更迭スル毎ニ之ヲ商業簡明簿ニ登記シ且之ヲ公告スヘシ 新任頭取ハ右登記公告前ニ於テハ其職ヲ執行スルヲ得ス
本條ノ規則ハ社務執行者ノ登記ヲ要スヘキ通則ト異ルヲナシ

(1) 明治15年商法案104条2項、(2) 商事会社条例180条、(3) 商社法137条、(4) 明治23年旧商法190条、明治26年法190条、(5) 明治32年新商法では削除

草案第229条注釈

本条の規定は、会社の業務執行機関の登録についての通例の規定どおりである。

草案第230条（監査役会の選出）

会社は定款の定めにより、または、定款の定めがないときはこれを有益と認めるときは、株主より3名ないし5名の監査役会（Aufsichtsrath）を任期2年で選出し、その任期終了後に再選することができる。

第二百三十条 申合規則ニ預定シ置クカ或ハ否サルモ会社ニ於テ便宜ト認ムルトキハ株主中ヨリ三名以上五名以下ヲ選挙シテ取締役ト為スヘシ 其任期ハ二年トス 満期後復選スルモ亦妨ケナシ

- (1) 明治 15 年草案 101 条、(2) 商事会社条例 181 条、(3) 商社法 138 条、(4) 明治 23 年旧商法 191 条 (3 名以上)、明治 26 年法 191 条 (2 名以上)、(5) 明治 32 年新商法 180 条、189 条 (1 名以上)

草案第 230 条注釈

監査役会 (Aufsichtsrath) の選出に関する規則はとくにドイツの第 2 の法典²⁸⁾ で設けられた。検査役 (Auditoren) に関する類似の規定はもとよりイギリスおよびフランスの立法にもみられる。草案は監査役会の選出を任意とする。というのも、適切な人物がいないというだけでも、すべての会社——とくに小会社——にとって、監査役会が適切というわけではないだろうからである。ちなみに、重要な企業、とくに国家政府の設立許可 (Concession) が必要な場合²⁹⁾ には、監査役会の選出の責任を負わせるものであり、また、第 13 款第 276 条ないし第 279 条³⁰⁾ は、これに加えて、さらに監視 (Überwachung) をなすに十分な方法 (Möglichkeit) を提供するものである。

草案第 231 条 (監査役会の責務)

監査役会の責務 (Obliegenheiten) は：

- 一 取締役たち (Directoren) および発起人の業務執行が法律に適合するか、とくに会社の創起および設立 (Gründung und Errichtung) においても³¹⁾、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規則を検出する (aufdecken) こと。
- 二 年度末決算、貸借対照表、および、利息ならびに利益配当案を検査し (prüfen)、それについて株主総会に報告すること。
- 三 会社の利益にとって必要または有用と認めるときに、総会を招集すること。

第二百三十一条 取締役ハ左ノ件ヲ担当スヘシ

- 一 頭取及ヒ發起人ノ業務取扱及ヒ殊ニ会社ノ創起設立上ニ於テ法律ニ背戻シタル所ナキカ否又業務取扱ノ申合規則ノ条件及ヒ会社ノ決議ニ適合スルカ否ヲ監視シ且總テ其取扱上ノ錯誤ヲ^{けんかく}検覈スル事
- 二 決算帳、比較表及ヒ利益ノ配当案ヲ検査シテ之ヲ株主總會ニ報告スル事
- 三 会社ノ利害上ニ於テ必要又ハ有益ト認ムルトキハ總會ヲ開ク事

(1) 明治 15 年商法案 102 条、(2) 商社会社条例 182 条、(3) 商社法 139 条、(4) 明治 23 年旧商法 192 条、明治 26 年法 192 条 (3 号の文言中「業務施行上ノ過愆及ヒ不整ヲ検出スルコト」を削除)、(5) 明治 26 年法 192 条 1 号は明治 32 年新商法 181 条に、同条 2 号は 183 条に、同条 3 号は 182 条にそれぞれ引き継がれた。

草案第 231 条注釈

監査役会 (Aufsichtsrath) の責務は本条においてより詳しく述べられている。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。大部分の株主は、利益が配当される限り、業務執行についてさほど気にとめないものである；株主個々人はけっして〔経営の場に〕現れることはできず、もっぱら株主總會を通じて現れることができるのみであって、〔しかも〕株主には總會を招集する権利がないのである。取締役たちの監視 (Überwachung) には、その前提として一定の業務知識および詳細な検査 (Prüfung) も必要であるが、大部分の株主にはそのような能力はない。このことから、違法または会社に損害を蒙らせる業務執行を阻むべき確乎とした機能と権限とを与えられた特別の監査機関 (Aufsichtsorgan) の利点は明らかである。

監査役会はそのすべての活動 (Thätigkeit) を三つの方向に展開しなければならない：第一に取締役たち (Directoren) の業務執行の監視、第二に、

会計の検査 (Prüfung 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。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；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とも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。取締役たちの地位は、もし監査役会の側からの恣意的な干渉を甘受しなければならぬとすれば、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、取締役たち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。とくに業務執行の監視に関していえば、監査役会 (Aufsichtsräthe) はつぎの諸点に注意しなければならない。すなわち、監査役会は、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限りは、取締役たちの決定の自由 (Freiheit des Entschlusses) に任されている。

会計および貸借対照表の検査は、特別な重要性を有し、監査役会を設置した会社では、会計および貸借対照表についてあらかじめ監査役会の検査を受けた場合には、これらについての監査役会の意見および場合によっては〔取締役たちの〕責任解除 (Decharge) の提案を添えて、毎年の定時株主総会に会計および貸借対照表を提出するのみでよい。

草案第 232 条 (監査役会構成員の報酬)

監査役会の構成員の尽力 (Mühewaltung) につき、年俸を定款または株主総会の決議によって認めることができる。

第二百三十二条 取締役員ハ申合規則ニ確定シ又ハ総会ノ決議ヲ以テ年々報勞金ヲ与フルコトヲ得ヘシ

- (1) 明治 15 年商法案 (なし)、(2) 商事会社条例 183 条、(3) 商社法 143 条、(4) 明治 23 年旧商法 196 条、明治 26 年法 196 条、(5) 明治 32 年新商法 189 条

草案第 232 条注釈

監査役会の構成員 (Aufsichtsraths-Mitgliedern) がその困難でしばしば骨の折れる仕事について特別な報酬に与えることは、明らかに妥当であり、かつ、会社自身の利益に合致する。というのも、そうすることによってかれらの〔諸々の〕義務が熱心かつ綿密に遂行されるようになるからである。

草案第 233 条 (監査役会)

監査役会の構成員は、その職務 (obliegenden Geschäfte) を分担することができる。ただし取締役たち (Directoren) または会社に対しては全員 (sammt und sonders) でのみ対応する (auftreten)。監査役会構成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。

第二百三十三条 取締役員ハ担当ノ事務ヲ分掌スルヲ得ヘシト雖モ頭取又ハ会社ニ対シテハ共同ニ一体ナル者トス 取締役員中協議ノ調ハサルトキハ双方ノ意見及ヒ申立ヲ其要スル場所ニ出スヘシ

- (1) 明治 15 年商法案 (なし)、(2) 商事会社条例 184 条、(3) 商社法 141 条、(4) 明治 23 年旧商法 194 条、明治 26 年法 194 条、(5) 明治 32 年新商法 (監査役が 1 名で足りることから規定なし)

草案第 233 条注釈

本条は、監査役会の機関としての権限 (amtliche Vollmacht) について、取締役たち (Directoren) に対して、個々の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構成員は一致 (einig sein) しなければならず、そしてまさにかかる一致 (Einigkeit)こそが重要であって、監査役会構成員の有益な活動の保

障、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。しかし意見の一致をみないときは、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。監査役会は、いかなる状況の下でも取締役たちに向けて、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。

草案第 234 条 (監査役会構成員の情報収集権)

監査役会の構成員は、何時でも会社の業務の進行 (Gänge) について情報を取得しえ (sich unterrichten)、会社の商業帳簿および書類を閲覧し (einsehen)、また、会社の金庫を調査する (untersuchen) 権利を有する。

第二百三十四条 取締役員ハ何時ニテモ会社業務ノ景況ヲ審査シ会社ノ商業帳簿及ヒ其他ノ書類ヲ展閲シ会社会計ノ実況ヲ検査スルノ権利アル者トス

- (1) 明治 15 年商法案 (なし)、(2) 商事会社条例 185 条、(3) 商社法 140 条、(4) 明治 23 年旧商法 193 条、明治 26 年法 193 条、(5) 明治 32 年新商法 181 条

草案第 234 条注釈

本条において、監査役会に与えられた権限は、監査役会がその責務 (Obliegenheit) を正確かつ完全に履行しうるために必要なものである。ここでは草案第 233 条の意味における制限に関わりなく、かかる制限の〔下で監査役会の権限を行使する〕準備をなし、ともかくも〔権限行使を〕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・調査権限は各々の監査役会構成員に帰属する。これは、草案第 100 条³²⁾による合名会社の非業務執行社員が有するのと同じの権限である。監査役会はまさにほかでもなく、業務執行に積極的に関わらない社員の代表なのである。

草案第 235 条（監査役会構成員の責任）

監査役会の構成員は、取締役たち（Directoren）の業務執行およびその結果（Ergebnisse）について責任を負わない。ただしその義務の違反により、会社または会社債権者に与えた損害についてはこの限りではない。

第二百三十五条 取締役員ハ頭取ノ業務取扱及ヒ其結果ニ就テ責任ヲ有セス 但シ自己ノ担任義務ヲ侵シテ会社又ハ其債主ニ損害ヲ受シメタルトキハ之ヲ負担セサル可カラス

- (1) 明治 15 年商法案（なし）、(2) 商事会社条例 186 条、(3) 商社法 142 条、(4) 明治 23 年旧商法 195 条、明治 26 年法 195 条（「債権者ニ加ヘタル損害」を削除）、(5) 明治 32 年新商法 186 条

草案第 235 条注釈

監査役会の地位の理解を明確にするという目的で、本条では、明文をもって、監査役会構成員は取締役たち（Directoren）の業務執行につきいっさい責任を負わないものと規定される。監査役会構成員がまさに取締役たちの業務執行を承認し、株主総会において推奨し、また、正当化した場合も、これについて何らかの追認〔権利義務の受諾〕（Ratificaion）または共同責任（Mitschuld）は存在しない。草案第 227 条および第 228 条による責任は、もっぱら取締役たちのみに適用される。これに対して、監査役会構成員は、取締役たちの過失（Verschulden）に故意・悪意で（wissentlich und absichtlich）関与した場合であれ、あるいは、何ら得るところなく、または、取締役たちと何らかの示し合わせの上で、その義務を履行せず、または、不完全に履行した場合であれ、自身の義務違反について責任を負う。かかる責任は連帯（collectiv）ではなく、個別なものにすぎない。取締役たちは草案第 228 条の場合およびその他すべての場合に共同の業務執行について連帯して責任を負うのに対して、各監査役会構成員は、その個人的な過失についてのみ責任を負い、これに加えて他の者の過失については責任を負うことはない。監査役会の責任は、個別委任の諸原則（Grundsätze des speciellen Mandats）によって

定められる。かかる責任は、会社からのみならず、会社債権者からも監査役に対して主張される³³⁾。

- 1) 高田晴仁「ロエスレル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——」『企業法の法理』（慶應義塾大学出版会、2012年）203頁以下、同「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）389頁以下、同「日本商法の源流・ロエスレル草案——『ロエスレル型』株式会社を例として——」早稲田大学比較法研究所叢書 41 号『日本法の中の外国法——基本法の比較法的考察——』（成文堂、2014年）175頁以下。
- 2) 本稿の作成にあたっては、フィリップ・オステン慶應義塾大学法学部教授、新津和典岡山商科大学准教授より有益な示唆を賜ったことを記して感謝申し上げます。文責が筆者一人に属することはもちろんである。
- 3) 法務大臣官房司法法制調査部監修・日本近代立法資料叢書 21『商法案』（商事法務研究会、1985年）7-8頁（原本は法務図書館所蔵の学振版（XB400 N1 17）45ノ13丁以下。なお活版本（XB400 S31 1）30頁以下）。
- 4) 『商事会社条例 第二冊 第五款 株式会社』（XB400 S4 1b）21頁以下、独文は、Handelsgesellschaftsordnung, Bd. 2, S. 14 ff. (XB300 J1 4b)（いずれも法務図書館蔵）。
- 5) 明治19年5月21日付で会社条例編纂委員会が伊藤博文総理宛に上申した「商社法」は同年11月17日付の「商社法説明」とともに「商法ヲ定ム 其一」（『公文類聚』第十四編 明治二十三年 第七十四卷 民業三坑業附 商事一）に収録されている（国立公文書館所蔵）。商社法は、同年5月28日付で元老院に第513号議案として下付され、6月22日に一部の字句を訂正して決議上奏された（審議内容は『元老院会議筆記』自第五百一号至第五百十五号（国立公文書館所蔵））。
- 6) 明治23年旧商法および明治26年同一部施行法（「商法及商法施行条例中改正並施行」）の比較については、浅木愼一編『会社法旧法令集』（信山社、2006年）476頁以下の対照表を参照（とくに本稿の関連では496頁以下）。
- 7) 明治32年商法の制定時に旧商法の何をどのように引き継いだか（引き継がなかったか）については、さしあたり、法務大臣官房司法法制調査部監修・日本近代立法資料叢書 19『法典調査会 商法委員会議事要録』（商事法務研究会、1985年）184頁以下、および、同叢書 21『法典調査会 商法修正案参考

書』(商事法務研究会、1985年)74頁以下の記述に拠った。

- 8) 明治32年商法以降の条文の変遷は、浅木・前掲注6)148頁以下を参照。
- 9) ここで注目しておきたいのは、Directoren という名称が「最も知られていて、最もわかりやすい」のは、誰にとってなのか、という点である。商法典編纂が、いわゆる不平等条約改正の外交的手段であったことから、ロエスレルが欧米人の視線を意識していたことは明らかである。そこで、ロエスレルは、かれら欧米人にとって Directoren (英語の directors のドイツ語表記、次注参照)は、ごく常熟的な業務執行機関の名称であって、その理解は容易であろう、と述べたと考えることもできる。しかし、商法草案は、当然のことながら、直接には日本人に向けて書かれたものである。その日本では、ロエスレルによる起草の前から英米法をモデルとする国立銀行条例(明治5年、同9年改正)が定着しており(最後の京都第百五十三国立銀行は明治12年末開業)、その役職名として director の訳語である「取締役」という名称が普及していた。そのことからすれば、ここでロエスレルは、「日本では『取締役』と呼ばれている Directoren (directors) は、日本人にとって最も知られていて、最もわかりやすいであろう」という趣旨を記したものと読むべきであろう。
- 10) 草案中に Directoren とあるのは、(1) Director 全員から構成される会議体を意味する場合 (Verwaltungsrat; board of directors) と、(2)一部の業務執行取締役 (geschäftsführender Director; managing director) が業務執行を担当すること (すなわちドイツでいう Vorstand [取締役会]。実質的には「執行役会」と呼ぶべきであろう) を示す場合に分けられることについて注意を促したものと解される。

草案の用語法からみると、ロエスレルは、イギリス法的な取締役会 (board of directors) のシステム、すなわち、取締役全員で業務執行機関たる会議体を構成し、その会議体の授権にもとづいて一部の取締役が業務執行を担う (managing director) という構造を採用している。他方、当時のドイツの定款実務のように、「監査役会」(Aufsichtsrath) が業務執行機関である取締役会 (Vorstand) を選任・監督するという構造とも親和的ではある(当時のドイツ法では、現在の二層制のように、監査役会の取締役会に対する干渉を防止する歯止めがなかったため、取締役たちが監査役会の意のままに操られ、頗る使される弊害が指摘されるほど一体化していた。草案第231条注釈も参照)。だが、ドイツでは、Aufsichtsrath と Vorstand が(実質的には一体性が強くとも)機関として一応別個であるのに対して、イギリスでは、directors の中

に業務執行者 (managing director) が含まれる点で異なっており、ロエスレル草案は後者のイギリス型に依拠するものと考えられる。

明治初年のイギリス会社法継受の努力は、かねてより指摘されているところであるが (向井健「会社法草案の編纂時期——明治初期商法編纂史の一齣——」法制史研究 22 号 15 頁以下 [1972 年])、管見の及ぶ限り、つぎの各草案の成立が認められる。(1)早稲田大学図書館所蔵・大隈文書中の明治 8 年会社条例草案 (向井健「明治八年・内務省会社条例草案——明治前期商法編纂史研究 (三) ——」法学研究 44 卷 9 号 80 頁以下に解題・翻刻)、(2)西南の役と大久保暗殺をはさんで、明治 12 年 2 月 27 日付内務卿伊藤博文が太政大臣三条実美に上申した「立名組合及ヒ差金組合条例」(26 章、100 条)、「責任有限会社条例」(35 章、130 条) および「責任有限会社成規」(英国式の書式・模範定款を含む施行規則。22 条)、(3)これを太政官法制局で審査のうえ、明治 13 年 2 月 28 日法制局調査委員が議定した「組合条例」(29 章、96 条)、「会社条例」(25 章、124 条)、「会社成規」(書式・模範定款を含む施行規則。21 条)、(4)さらに、明治 13 年 3 月の法制局の廃止に伴い、同年 9 月 22 日、「組合条例」および「会社条例」の審査を目的として、元老院に会社并組合条例審査局 (総裁山口尚芳) が設置され、明治 14 年 4 月 10 日に、「会社条例」が成立した (向井健「明治十四年『会社条例』草案とその周辺——明治前期商法編纂史研究 (二) ——」法学研究 44 卷 2 号 79 頁以下 (1971 年)) に解題・翻刻)。

この明治 14 年「会社条例」が現れたのがロエスレルの商法起草開始とほぼ同時であり、「会社条例」が施行されなかったことからすると、ロエスレル草案の会社法の部分は、上記のような明治政府の会社法制定の努力を前提として、これに対し自由に増補改訂の筆をふるったものという見方も可能であろう。また、ロエスレルがイギリス法色の濃い会社法を起草した理由が、こうした起草開始前の経緯にあったとすれば、「ドイツ人がドイツ語で起草したから商法草案はドイツ法」という古くからの評価が神話にすぎないことをいっそう明らかにするとともに、ロエスレルが日本の事情を理解し、積極的にこれに協力する姿勢をとっていたことをも示すことになるであろう。

- 11) 草案第 222 条第 2 文、および、注釈を参照。
- 12) 注 10) で述べたように“Managing director”のドイツ語表現と見られる。英米のモニタリングモデルのドイツ語での解説として、*Philipp Lederer, Die Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern und nicht geschäftsführenden Direktoren: Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen,*

- englischen und US-amerikanischen Rechts, Diss., Berlin/Boston 2011, S. 14 ff.
- 13) ロエスレルが起草した憲法草案の注釈(英文)中で、“the ministers of state shall be appointed as chiefs for the different administrative departments”. (国務大臣は各行政官庁の長として選任される) という記述がここでいう「公務員」のイメージを示しているものと思われる。草案第 226 条注釈にいう「行政庁の幹部たち」も同様であろう。Johannes Siemes, Hermann Roesler and the making of the Meiji State, Tokyo 1868, p. 194. なお、ロエスレルは、国務大臣は、各省の所管を超える特別に重要な事項については、一致の方針をもって処理することを要すると述べており、こうした内閣の全体としての統一性が「決定機関としての取締役会」のイメージと重なる(内閣・取締役会ともに、憲法・商法で明文の規定が置かれなかった点も共通している)。美濃部達吉『逐条憲法精義』(有斐閣、1927 年) 523 頁参照。
- 14) 日本鉄道会社の設立は、この草案を起草開始約半年後の 1881 (明治 14) 年 11 月であり、岩倉具視を中心とする華族および一部の上層士族によって計画された初の私有鉄道である。野田正穂『日本証券市場成立史——明治期の鉄道と株式会社金融——』(有斐閣、1980 年) 50 頁以下。
- 15) 一般ドイツ商法典第 229 条「①取締役会 (Vorstand) ハ定款ノ定ムル方式ニ従ヒ意思表示ヲ為シ、会社ノ為ニ署名ヲ為スコトヲ要ス。定款ノ定ナキトキハ、取締役会員全員ガ署名スルコトヲ要ス。②前項ノ署名ハ、会社ノ商号 (Firma) 又ハ取締役会ノ名ヲ示シ、之ニ自署ヲ附ス方法ニ依リテ為ス」。
- 16) 1862 年イギリス会社法第 55 条 (取締役会の権限)「会社の事業は取締役たち (directors) により経営される。取締役たちは会社の設立および登録より生ずるすべての費用を支払い、また、本法その他の法律に定めがない場合も、株主総会の決議に従い会社の権能をすべてにわたって行使する。但し、本法その他の法律およびこれと異なる株主総会の決議に従わなければならない。いかなる株主総会の決議も、その決議がなければ有効であったはずの、過去になされた取締役たちの行為を無効にすることはできない。」
- 17) 1867 年 7 月 24 日法 (会社法) により削除される前のフランス商法典第 31 条は、「株式会社ハ、任期ヲ有スル、解任シ得ル、社員タル又ハ社員ニ非ル、有給又ハ無給ノ、受任者 (mandataires) ニ依リ管理サレルモノトス」と規定していた。大森忠夫「商一般 (商人、会社、商行為、手形・小切手)」『現代外国法典叢書 (19) 仏蘭西商法 [I]』(有斐閣、1957 年) 173 頁。
- 18) 一般ドイツ商法典第 227 条「①株式会社ハ取締役会 (Vorstand) ヲ有ス

- (第 209 条第 7 号)。株式会社ハ裁判上及裁判外ニ於テ取締役会之ヲ代表ス。
 ②取締役会ハ一人又ハ数人ノ取締役員ヲ以テ之ヲ構成スルコトヲ得。取締役員ハ有給又ハ無給、株主又ハ其ノ他ノ者 (Actionäre oder Andere) トス。③取締役員ノ選任ハ何時ニテモ之ヲ撤回スルコトヲ得。但シ任用契約ヨリ生ズル請求権ヲ害スルコトヲ得ズ。」
- 19) 1862 年のイギリス会社法 (Companies Act 1862) の下では、資格株を定める法律・モデル定款 (A 表) の規則がなくとも、就任時には株主であることを要すると説かれていた (Wordsworth's Law of Joint-Stock Companies, London 1865, p. 135)。なお、1929 年会社法第一附則 A 表第 66 条は資格株を要件としていた。小町谷操三『イギリス会社法概説』(有斐閣、1962 年) 239 頁。
- 20) 1867 年フランス会社法第 22 条第 1 項「株式会社ハ、株主ノ中ヨリ選バレ、任期ノアル、解任シ得ル、有給又ハ無給ノ、一人又ハ数人ノ受任者 (un ou plusieurs mandataires) ニ依リ管理サルルモノトス」。大森・前掲注 16) 171 頁。
- 21) 1867 年フランス会社法第 26 条「①取締役ハ定款ニ依リ定メラレタル株式数ノ所有者 (propriétaires d'un nombre d'actions déterminé par les statuts) タルコトヲ要ス。②此ノ株式ハ全体トシテ、専ラ取締役ノ或者ニノミ個人的ナル行為ヲモ含ム総テノ業務執行行為ノ担保ニ供セラルルモノトス。③此ノ株式ハ記名式ニシテ、之ヲ譲渡シ得ズ、譲渡不可能性ヲ示シタル検印ヲ為シ、且会社ノ金庫ニ保管スルモノトス」。大森・前掲注 16) 178-179 頁。
- 22) イギリス 1862 年会社法第 60 条「退任した取締役は再任することができる。」
- 23) 草案第 61 条「雇用契約に期限を定めず、又は、期限を当事者の一方の終身としたときは、当事者はいつでも自由に解約することができる。但し、一ヶ月前に解約告知をしなければならない。」
- 24) 草案第 233 条注釈を参照。
- 25) 意図的に利益衝突 „Interessen-Conflicte“ という表記を用いているところから、英米法的な取締役の受託者責任を排除する趣旨と思われる。明治 32 年新商法で、競業行為 (175 条)・利益相反取引 (176 条) の規制が初めて設けられた (前掲注 7) 『法典調査会 商法委員会議事要録』189 頁および『商法修正案参考書』77-78 頁)。なお、監査役会による利益相反取引の監視につき、第 231 条注釈を参照。
- 26) イギリスの 1867 年会社法 (The Companies Act, 1867 (30 & 31 Vict.c.

- 131) s.5) による、無限責任を負う取締役を導入したものである。草案第 166 条・第 167 条注釈。なお、大隅健一郎『新版株式会社法変遷論』（有斐閣、1987 年）84 頁参照。
- 27) 訳文の第 2 項は、原文の条文にはなく、原文の注釈がそのまま条文の形で採用されたものである。
- 28) 1870 年の第一次株式法改正を指す。
- 29) 草案第 69 条により設立許可が必要な場合を指している。
- 30) 草案第 275 条ないし第 278 条（会社の検査）の誤り。
- 31) 草案では、「創起」（Gründung）と「設立」（Errichtung）が区別される。「創起」は、4 名以上の発起人が、目論見書（Prospect）および仮定款（vorläufiges Statut）を公告し（設立免許が必要な場合には、公告には創起の許可が必要である）、株式の引受人を募集・申込みを受ける「設立」の前段階の手続である（草案第 179 条～第 185 条）。なお、発起人が 7 名以上であれば、発起人がすべての株式を引き受ける発起設立も認められる。これに対して、「設立」は、政府の設立許可が必要な場合はその許可、創立総会による定款の承認、設立登記・公告の一連の手続を指す（草案第 186 条以下）。
- 32) 草案第 100 条「〔合名会社の〕非業務執行社員は、いつでも事業の進行に関して情報を取得し、会社の帳簿および書類の閲覧を請求することができる。」
- 33) フランス 1867 年法第 44 条は、「取締役ハ、或ハ本法ノ規定ノ違反ニ付、或ハ其ノ職務遂行ニ際シ、殊ニ不実ノ配当ヲ為シ又ハ異議ヲ述ベズシテ之ヲ配当セシムルコトニ依リ、犯シタル過失ニ付、一般法ノ法則ニ従ヒ、各場合ニ応ジ、各別ニ又ハ連帯シテ、会社又ハ第三者ニ対シテ責任ヲ負フ」ものと規定しており（現行法 L225-251 条に基本的に引き継がれている）、その趣旨は、取締役が「法の規定又は定款に違反した場合には、株主又は第三者に対し不法行為又は準不法行為の責任を負ふ」ところにあるとされる。大森・前掲注 16) 213 頁。この点につき箱井崇史「フランスにおける取締役民事責任法理の形成と展開——業務執行上の過失と対第三者責任——」早稲田法学会誌 42 巻 333 頁以下（1992 年）参照。