

「企業自体」の理論と 普遍的理念としての 株主権の「私益性」(1)

——ドイツとアメリカにおける株式会社の構造変革——

新 津 和 典

目 次

- I は じ め に
- II 我が国における現代株式会社法論の典型としての「企業自体」の理論
 - 1. 服部教授の「企業自体」の理論
 - 企業の公共性・社会性の理論として——
 - (1) 株式会社の構造変革
 - (2) 株式会社の公共性
 - (3) 「企業自体」の理論
 - 2. 大隅博士の「企業自体」の理論
 - (1) 株式会社の構造変革
 - (2) 株式会社の公共性
 - (3) 「企業自体」の理論
 - ① 大隅博士の「企業自体」の理論の基本的立場
 - ② 会社内部の利益調整原理としての「企業」
 - ③ 会社の行動制約原理としての「企業」
 - ④ 「企業自体」の理論
 - (4) 大隅説における会社の公共性と営利性の葛藤
 - ① 正井博士によるご批判
 - ② 服部教授による批判
 - ③ 公共性と営利性の葛藤
 - 3. 我が国における「企業自体」の理論の整理

Ⅲ ドイツにおける「企業自体」の理論

——オスカー・ネッターの所説を中心に——

1. ネッターの「企業自体」の理論——企業ゲマインシャフト理論——
 - (1) 株式会社の「構造変革」——自由放任主義の終焉——
 - ① 会社の共通目的の側面から認められる「株主の持分財産に対する拘束」の変容
 - ② 会社の組合的結合の側面から認められる「株主の持分財産に対する拘束」の変容
 - (2) 企業ゲマインシャフト理論
 - ① ネッターが踏襲するラーテナウの見解と対立する立場
——ハウスマンの見解——
 - ② ネッターの「会社の一般的利益に対する関係」とハウスマンの「会社の自律性」
 - ③ ネッターの「企業の利益」とハウスマンの「全体の利益」
 - ④ 企業ゲマインシャフト理論 (Theorie der Unternehmensgemeinschaft)
 - (3) 企業ゲマインシャフト理論における株主権の性質
——議決権の変容と制約——
 - (4) 小 括
2. 経済の構造変革(資本主義の構造変革)
 - (1) ゾンバルトの「後期資本主義 (Spätkapitalismus)」
 - (2) ケインズの「自由放任主義の終焉 (Das Ende des Laissez-Faire)」と「大企業の自己社会化 (Selbstsozialisierung)」
 - (3) その他さまざまに説かれる経済の構造変革
 - (4) 具体的な経済の構造変革 (産業システムの構造変革) の整理
 - ① 企業の大規模化と集中化
 - ② 経済の自己組織化
 - ③ 企業サイドと従業員サイドの団体化と国家との接近
 - ④ 介入国家化
 - (5) 小 括
3. ドイツにおける「企業自体」の理論の意義
 - (1) 株主権制約原理としての国民経済的利益
 - (2) 株主権制約原理としての株主全体の利益 (誠実義務)
 - (3) ドイツにおける「企業自体」の理論の意義
 - ① 例外としての株主権の制約原理

② 株主権制約原理の限界
(4) 小 括

I は じ め に

本稿は、公共性が強調される現代株式会社論において営利団体である株式会社をどのように捉えるのかという課題に、株式の性質を視点として言及するものであり、株主権の「私益性」が会社の公共性によって制約されるのかをめぐって、とくに第一次世界大戦後ワイマール期におけるドイツの議論とアメリカの議論に遡って検討する。今日では会社法の最大論点としてコーポレート・ガバナンスをめぐる議論が盛んになされている。コーポレート・ガバナンスは、我が国ではとくに1970年代から企業の社会的責任論として展開されてきた⁽¹⁾。今日のコーポレート・ガバナンスの議論においても「会社は誰のものか？」といったことが問い直されるなど当時の議論と根本的には共通する点が少なくない。当時の議論においては、株式会社がもつばら株主の利益だけではなく会社をめぐるステークホルダーや国民経済的利益といった様々な社会的利益を担う存在であることが十分に確認された上で、具体的な法規制の在り方をめぐってはそのような「公的」な株式会社に対してもあくまで株主権によるコントロールに根ざして展開されなければならないことが有力に指摘されるに至っている⁽²⁾。これは、我が国の株式論（社員権論争）が、とくに会社の公共性をどのように担保するのかという課題を中心に展開されてきたという議論の流れに沿う堅実な指摘である。ところが、現在、最近の会社法の改正や学説の大きな流れの

(1) 菅原菊志「企業の社会的責任と経営者（上）（下 完）」商事法務711号 8頁以下・712号22頁以下（1975年）、新山雄三『論争“コーポレート・ガバナンス”』169頁以下、179頁（2001年、商事法務研究会）参照。

(2) 新山・前掲書注(1) 183頁以下、185頁以下参照。

中で、株主権による会社のコントロールは必ずしも十分に目を向けられていないように思われる。株主権によるコントロールは最も典型的には議決権にこそ体现されるが、会社法はそのような議決権をもたない株式（無議決権株式）を従来のように厳格に規制することを放棄して一般的に許容するようになり、さらにこれを端緒として、議決権は会社の利益最大化の観点から立法者が自由に配分することが許されるとして、議決権を政策的に捉える有力な研究さえ現われている。⁽³⁾ 今日のコルポレート・ガバナンスをめぐる議論において、株主権による会社のコントロールという視点も忘れてはならないのではなかろうか。

前回の論文で⁽⁴⁾は、上のような課題に株式の性質を切り口としてアプローチし、我が国における伝統的な株式の性質論である社員権論が形成された近代株式会社法生成期におけるドイツの株式会社・株式の本質論を検討することによって、我が国の伝統説である社員権論は「私益性の純化」の視点から再評価されるべきであることを指摘した。⁽⁵⁾ 19世紀ドイツにおける社員権論は営利性とそれを担う議決権を中心とする株主権のもつ私益性を摘示し強調するものであり、ここに典型的に示されたように近代株式会社生成期における株式の性質論は、株主権の私益性を軸に形成されている。この自由性が殊更に強調される株主権の私益性は、株主が自由にその権利を行使し、とくに議決権を中心とする共益権を通じて広く社会の声を会社に届けることによって経営者の横暴等を抑制し、もって会社が反社会性を帯びることを防ごうとする意義をもつものであり、私益性はこの意味にお

(3) 拙稿「19世紀ドイツにおける社員権論の生成と展開——社員権論の歴史性と現代的意義」法と政治59巻1号189頁以下、195頁以下（2008年）参照。

(4) 拙稿・前掲注(3) 法と政治59巻1号185頁以下参照。

(5) 拙稿・前掲注(3) 法と政治59巻1号313頁参照。

いて会社の「社会性」ないし「公共性」を確保することが期待されてきた
⁽⁶⁾
 のではなかろうか。近代株式会社生成期においては、非封建化への流れを

(6) 新山雄三博士は、近代株式会社法生成期に確立した「所有による経営のコントロールのシステム」が、株式会社の「公益」確保機能を有していることを詳細に論証されている（新山雄三『ドイツ監査役会制度の生成と意義』3頁以下、49頁以下、70頁以下、75頁以下、103頁以下、106頁以下（1999年、商事法務研究会）、新山・前掲書注（1）143頁以下、147頁以下参照。なお、新山博士のご研究は実に詳細であり、新山博士の所説を、未熟者である私が十分に消化しないまま、あるいは不本意にも万が一にも誤解して引用してしまつては大変失礼であると考えたため、前回の論文では引用することができなかった。その後、新山博士からもったいなくもとてもご親切なご指摘をいただき、今回は引用させていただきたい。そこで新山博士の所説を誤解して引用することを避ける目的で、ここでは新山博士ご自身が所説を要約されている『論争“コーポレート・ガバナンス”』における論述を参考にしつつ、以下で引用させていただいている。したがって、以下の引用文献はすべて『論争“コーポレート・ガバナンス”』となっているが、新山博士のご研究の詳細については、『ドイツ監査役会制度の生成と意義』を参照されたい。また、新山雄三『株式会社法の立法と解釈』（1993年、日本評論社）も参照）。新山博士は、「所有による経営のコントロールのシステム」は、資本主義システムの主たる経済主体たり得るための不可欠な要素として作出されたものであるとされる。すなわち、近代株式会社生成期当時、自由主義的経済において、経済主体は、それぞれ自由、対等、独立した私的所有主体であるとされ、所有と支配（あるいは支配・リスク・利潤）が統一的に当該主体に帰属することによって機能する「支配と責任との対応システムによるセルフコントロール」が働くものとされていた。そして、この「支配と責任との対応システムによるセルフコントロール」こそが、自由な経済活動における恣意や放漫を排除し、これによって社会の秩序維持が担保されと考えられてきたとして、社会制御機能としての「セルフコントロール」が当時の社会正義（社会観・社会像）であつたとされる（新山・前掲書注（1）147頁以下参照）。とするならば、株式会社がこのような社会正義の下での経済主体となるためには、肉体のある経済主体と同様にかかる「セルフコントロール」が機能することが求められることとなる。しかし、他方で株式会社は、大衆から資本を

背景として、私的団体である株式会社が団体として社会的に公認されることが最大の課題とされてきた。⁽⁷⁾ 団体が社会的に公認されるためには、団体内部の意思決定が正当であること（意思決定が独善的・専横的になされないこと）が必要となる。ここで、株式会社は営利団体であり、意思決定の正当性は出資者の利益が図られることに求められる。したがって、かかる会社の意思決定の正当性の確保が私益性を確保することに求められたと考えられる。この近代株式会社生成期において摘出された私益性のもつ意義は、会社の社会的存在（団体としての社会的承認）を基礎づけるものであって、歴史的な意義だけでなく普遍的意義をもつものであり、今日に至るまで株式会社（法）の底辺に流れる基本的な理念として捉えるべきではなかろうか（「私益性の仮説」⁽⁸⁾⁽⁹⁾）。

収集するという性質上、当然に所有と経営が分離も要請されている（所有と経営の分離は現代的変容ではなく、性質上当然のもの）。そこでこの「セルフコントロール」と「会社機関の分化」を調和させるメカニズムとして「所有による経営のコントロールのシステム」が確立した。すなわち、近代株式会社においては、最高かつ万能の権限を株式会社に与え所有による経営のコントロールの論理と制度を作り上げることによって、所有と経営という機関の分化を所与にものとしつつもセルフコントロールが図られるのである（新山・前掲書注（1）148頁以下参照）。したがって、この「所有による経営のコントロールのシステム」は、セルフコントロールシステムとして機能するものであるから、同時に「公益」を確保することが期待されるものということとなるのである（新山・前掲書注（1）149頁以下参照）。

（7） Johannes Emil Kuntze, Die Lehre von den Inhaberpapieren oder Obligationen au porteur, Leipzig 1857, S. 509 ff. 拙稿・前掲注（3）法と政治59巻1号294頁以下参照。

（8） このように株主権の私益性を経営者の横暴を抑止し、この意味において「公共性」を担保するものとして捉えることは、戦後に株主権が強化されてきたこととも合致する。

（9） 新山博士は、たしかに近代株式会社生成期に確立した「所有による経

営のコントロール」が必ずしも今日においても会社の社会性・ないし「公益」を確保するものとして完全に妥当するとはされていない。むしろ「所有による経営のコントロール」による社会的利益の確保の「生まれながらの」限界を明確に指摘されている（新山・前掲書注（1）112頁以下，154頁，174頁，185頁以下，204頁，209頁以下）。しかし，本文でも言及したように，とくにコーポレート・ガバナンスの議論において，たとえ株式会社が社会的利益を担うものであるとしても，かかる「所有」を中心として議論されるべきことを有力に指摘されている。すなわち，新山博士は，コーポレート・ガバナンスなどという課題は決して新しく登場したものではなく，むしろ近代株式会社生成期において「所有による経営のコントロール」が確立した当初から想定されてきたものであり，生成期当初から孕んでいる問題（「折込済みの事態」）が顕在化したものにすぎないとされ（新山・前掲書注（1）174頁，178頁，183頁以下参照），とくに近時から説かれる企業の社会的責任論としてのコーポレート・ガバナンス論は，アメリカにおけるバーリー・ミーンズの「所有と経営の分離」（新山・前掲書注（1）174頁参照），ドイツにおける企業自体の理論（新山・前掲書注（1）175頁参照），我が国における社員権否認論（株式債権説等を含む。新山・前掲書注（1）146頁以下参照）においても論じられてきたものでもあり，これら議論は会社が社会的利益を担っているという実体にもかかわらず，法規制は株主中心主義を採り「所有による経営のコントロール」（「セルフコントロール」）だけに委ねていることを問題視しているとして議論の総論を整理された上で（新山・前掲書注（1）179頁，184頁以下参照），具体的な法規制の在り方の議論としては「所有による経営のコントロール」の可能性と限界をめぐってこそ展開されるべきであると説かれる（新山・前掲書注（1）184頁以下参照）。それは，会社が担う社会的利益が重要であるとしても，現行のコントロールシステムを破棄して何らかのまったく新しいコントロールシステムが提示されるなら別段，そのような「所有」に代わる信頼性のあるオールタナティブなシステムが確立していないにもかかわらず，現行のシステムを根本的に批判するのは現実的でないし，またそれ以前に現行制度である「所有」のもつ可能性を研究する余地がまだまだ残されているからである（新山・前掲書注（1）178頁，182頁注（16），185頁以下，189頁注（19）参照）。つまり，社会的利益を会社に反映させる試みは，たとえば第一次世界大戦後ドイツにおいて「企業自体」の理論を受けて成立した1937年株式法70条の取締役の公共の福祉義務に示

もっとも、株主権は、社員権否認論によっても適切に指摘されるように、とくに第一次世界大戦後に顕著となった株式会社の構造変革に鑑みて会社の公共性が謳われることを通じて、その制約が説かれてきた。構造変革を経てきた現代株式会社においても、なお株主権の「私益性」が否定されていないと言い得るのかについて、検証する必要がある。この前世紀20年代頃から顕著となった株式会社の構造変革の過程で、社員権論生成期において生成、展開されてきた株式の性質がどのような変容をこうむったのかが問われなければならない。我が国では、株主の権利を縮小ないし制約すべきだとする場合には、その論拠として常に「株式会社の構造変革」とそれによる「会社の公共性」が論じられ、このことを通じて現代株式会社が説かれてきた。本稿は、この2つの概念を中心として詳しく検討し、「私益性」の仮説の検証とともに現代株式会社の実体に迫ろうとするものである。

我が国での構造変革後の現代株式会社法論は、とくにドイツにおける主

されるように、結局は経営者支配に陥る危険を孕んでおり（新山・前掲書注(1) 80頁以下, 85頁以下, 205頁以下参照）、あるいは第二次世界大戦後西ドイツで成立した共同決定制度などのような制度的な「公益」確保についても、公益の内容が不明確となることなどを中心として様々な困難を含有しており（新山・前掲書注(1) 81頁, 120頁以下参照）、一筋縄で解決されるようなものではないとして、会社が社会的利益としての「公益」を確保することの困難さを、とくにドイツの歴史を研究することを通じて鋭く指摘される（新山・前掲書注(1) 79頁以下, 82頁, 122頁参照）。そして、新山博士は、現行の「所有による経営のコントロール」を充実させて活用することを前提としつつ、株主以外の社会的利益に関しては監査役制度を通じて図るべきことを有力に提案される（新山・前掲書注(1) 187頁以下参照）。監査機関とは、「所有」に依拠しつつも外から監査、意見表明し、その意向を会社決定に反映させるという間接的な関与であり、したがって社会的利益を監査役会へ取り込んでも「所有による経営のコントロール」とは必ずしも矛盾しないからである。

要な学説である「企業自体」の理論を引き継ぎ形で展開されてきた。「企業自体」の理論は構造変革を受けて展開されたものであり、現代株式会社法論の典型と言える。また我が国におけるかかる議論は、アメリカにおける公共性論が加味されている。そこで、本稿は、株主権の制約が説かれた「構造変革」期（前世紀20年代頃）におけるドイツの議論を中心として検討するとともに、アメリカの公共性論にも言及する。

Ⅱ 我が国における現代株式会社法論の典型としての 「企業自体」の理論

近代株式会社法生成期（19世紀中・後期）において「私益性」の純化が説かれた株主権⁽¹⁰⁾は、20世紀前半から、とくに第一次世界大戦後に顕著となった株式会社の構造変革に鑑みて会社の公共性が強調されることによって、その制約が説かれてきた。とするならば、生成期において摘出された私益性の意義は否定されてしまったのであろうか。現代株式会社（法）において、株式の性質がどのような変容をこうむったのかを明らかにしなければならない。我が国での株主権の制約をめぐる議論は、常に、株式会社の構造変革とそれによって導かれる会社の公共性が謳われることを通じて展開されてきており、このことを通じて現代株式会社が説かれてきた。⁽¹¹⁾

(10) 拙稿・前掲注(3) 法と政治59巻1号241頁以下参照。

(11) 現代株式会社法論を説く研究として、大隅健一郎『株式会社法変遷論』95頁以下、241頁以下（1953年、有斐閣）、同『株式会社法変遷論[新版]』93頁以下、373頁以下（1987年、有斐閣）、服部栄三「企業自体の理論と社会化について(1)(2)(3)(5完)」同志社法学6巻4号47頁以下・6巻6号46頁以下・7巻3号71頁以下・7巻4号53頁以下、7巻5号17頁以下（1954年－1956年）、松田二郎『株式會社の基礎理論』（1942年、岩波書店）、同『株式会社法の理論』（1962年、岩波書店）、八木弘『株式会社財団論』（1963年、有斐閣）参照。

そのなかでも、近代株式会社生成期から株主を中心に捉えられてきた株式会社を「企業」を中心として捉え直すべきであることを説く「企業自体」の理論は、構造変革を受けて法理論として典型的に説かれたものであり、現代株式会社法論の象徴であると言える。そこで本稿は、現代株式会社論の典型として「企業自体」の理論を取り上げ、株主権を制約したとされている会社の公共性の内容を明らかにし、もって「私益性」が否定されたのかを検証する。

我が国における「企業自体」の理論は、ワイマール期（前世紀20年代頃）のドイツにおける議論を踏襲する形で、服部教授と大隅博士に代表されるように展開されてきた。以下では、我が国における「企業自体」の理論を展開する代表的な学説として服部教授の諸説⁽¹²⁾と大隅教授の所説を整理する。これら所説において、株主権制約をめぐる⁽¹³⁾は、株式会社が構造変革を経験したことによって会社が公共性を帯びるようになり、その公共性が優越的した原理として働くことによって、必然的に株主権が制約されることとなったとして展開されている。したがって、とくに株主権制約論のキーワードである「株式会社の構造変革」と「会社の公共性」の概念を中心として詳しく検討する。

(12) 服部教授は、大隅博士の研究を参考にされて所説を展開されており（服部・前掲論文注(11) 同志社法学 6 巻 4 号 62 頁以下注(3) 参照）、本来であれば大隅博士の諸説、服部教授の諸説の順に取り上げるべきであるが、本文の流れからも明らかなように、服部教授の所説を先に示したほうが議論の流れを理解しやすいため、このような順序で取り上げた。

(13) 大隅健一郎『株式会社法変遷論[新版]』374 頁以下(1987 年、有斐閣)、服部栄三「企業自体の理論と社会化について(1)」同志社法学 6 巻 4 号 47 頁以下、58 頁以下参照。

1. 服部教授の「企業自体」の理論

——企業の公共性・社会性の理論として——

服部栄三教授は、「企業自体」の理論は、株式会社の構造変革によって増大した会社の公共性を説く典型的な法理論であり、株式会社の公共性ないし社会性を強調する点にその本質的特徴があるとして、「企業自体」の理論を社員権否認論とともに企業の公共性・社会性の理論の1つとして捉えられる⁽¹⁵⁾。

(1) 株式会社の構造変革

株式会社の構造変革として、服部教授は、「会社の大規模化」と「株式の分散化」を挙げられる⁽¹⁶⁾。「会社の大規模化」は、資本主義的経済における必然の展開傾向であると捉えられる。すなわち、近代資本主義社会は資本の自由競争の社会であり、大資本は中小の資本を圧倒してますます大規模になるものである。したがって、もっとも優れた資本吸収性をもつ株式会社が、経済が展開されるにつれて大規模化するのとは必然であると言える。

(14) 服部栄三「企業自体の理論と社会化について(1)」同志社法学6巻4号57頁参照。

(15) 服部栄三『株式の本質と会社の能力』47頁（1964年、有斐閣）参照。
服部教授は、「企業自体」の理論を、企業の社会性の理論と1つと位置づけられ、株式会社の構造変革に鑑みて有力に主張される社員権否認論を、この理論の一環として捉えられてはじめてその意義が見出されると整理される。すなわち、「企業自体」の理論は、株主を中心として捉える近代法的な株式会社観を否定するものであるが、社員権否認論、とくにその象徴としての株式債権説は、そのような近代的な捉え方に依然として立脚する現行法において、「企業自体」の理論を解釈的に導入するものとして位置づけられ、この意味において積極的に評価される。服部・前掲論文注(14)同志社法学6巻4号56頁、59頁以下、62頁参照。

(16) 服部・前掲論文注(14)同志社法学6巻4号47頁以下参照。

そして、服部教授は、この「会社の大規模化」と同時に「株式の分散化」が進むと捉えられる。株式会社の大規模化は個人資本の大規模化よりも急速に進んだのであるが、それは少額の有休資本を大衆から吸収することに支えられたからに他ならない。さらに、服部教授は、この「株式の分散化・大衆化」が、会社の大規模化によってますます増大すると捉えられる。

(2) 株式会社の公共性

これら2つの構造変革から、服部教授は、以下のような会社の公共性が導き出される。⁽¹⁷⁾まず「株式の分散化（ないし大衆化）」という構造変革による「多数の株主のものとしての公共性」の増大である。株式所有が分散し、一般大衆に分散するという株式の分散化ないし大衆化が高度に進むことによって、究極的には全国民が会社の株主となり、会社は全国民のものとなり得る。もっとも、株式の大衆化がここまで進まなくても、株式が何万人、または何十万人のものとなったということで会社の公共性を認めるには十分である。また他方で、もう一方の構造変革である「会社の大規模化」によって、従業員として、あるいは消費者として多くの人々の利益が会社の存在と結びつくこととなる。これによって、上記の「多数の株主のものとしての公共性」が、このより高次な「従業員および消費者の利益と不可分なものとしての公共性」へと進展するとして、服部教授はこれら2つの公共性が密接に関連するものとして捉えられる。⁽¹⁸⁾以上のような構造変革と会社の公共性に対する考察から、服部教授は、構造変革をこうむった現代株式会社は、近代法において捉えられていたような「(株主の)私有物」から、そのまったくの反対物である「(社会) 公共物」へと転化した

(17) 服部・前掲論文注(14) 同志社法学 6 巻 4 号 48 頁参照。

(18) 服部・前掲論文注(14) 同志社法学 6 巻 4 号 48 頁以下参照。

vとして株式会社の実体の変容を指摘される⁽¹⁹⁾。

(3) 「企業自体」の理論

服部教授は、ドイツにおいて展開された「企業自体」の理論を、上で指摘された株式会社の実体の「(株主の)私有物」から、「(社会)公共物」への転化に対応する理論として捉えられる⁽²⁰⁾。すなわち、服部教授は、ドイツにおける「企業自体」の理論は、株式会社企業そのものが独立の法益として特殊の保護に値することを説くものであり、株式会社の実体を「株主の私有物」と捉える近代株式会社法に代わって、会社の実体を「社会公共物」であると捉えることによって展開された現代法理論であるとして整理される⁽²¹⁾。

服部教授は、このように捉えられたドイツにおける「企業自体」の理論を踏襲し、さらに発展させる形で、あるべき現代株式会社法を展開される。服部教授は、株式会社を、伝統的に株式会社の唯一の所有者とされてきた株主に加えて、従業員、会社債権者、消費者を所有者とする第三種の法人として再構成することこそ構造変革後の株式会社の実体を適正に捉えるものであると主張される⁽²²⁾。株式会社を第三法人として再構成することによっ⁽²³⁾

(19) 服部・前掲論文注(14) 同志社法学 6 巻 4 号49頁参照。

(20) 服部・前掲論文注(14) 同志社法学 6 巻 4 号51頁以下参照。

(21) 服部・前掲論文注(14) 同志社法学 6 巻 4 号49頁以下、54頁以下参照。

(22) 服部・前掲書注(15) 55頁以下、服部・前掲論文注(14) 同志社法学 6 巻 4 号58頁以下参照。服部教授は、株式会社を財団ないし營造物と理解する株式会社財団論に賛成される（服部・前掲書注(15) 56頁、八木弘・前掲書注(11) 1 頁以下参照）。そして、服部教授は、原則として財団説を踏襲されつつ、財団とするよりはむしろ第三の法人と理解するほうがより適切であるとされ、本文のような現代株式会社法論を展開される。詳しくは、服部・前掲書注(15) 54頁以下参照。

(23) 服部・前掲論文注(14) 同志社法学 6 巻 4 号58 頁以下。服部・前掲書

て、まず近代株式会社(法)において会社の唯一の私有者として理解される株主は、資本の拠出者にすぎないものと位置づけられることとなる。つぎに、所有者が変更されたことにともなう、会社の機関構成が大幅に変更され、株主総会中心主義が改められて、株主以外に従業員や会社債権者をその利害関係の厚薄に応じて会社の決定に参加させられることになる。したがって、取締役についても、株主だけでなく、従業員、会社債権者、消費者に対する受託者として位置づけられ、これに応じた責任が課されることとなる。さらに、株主の自由に委ねられてきた会社の設立や解散も、会社の公共性に鑑みて厳格な規制されることとなる。

つまり、服部教授の説かれる現代株式会社法の下では、株主権は、従業員、会社債権者、消費者といった株主以外の会社のステークホルダーとともに会社に対して共同決定権を行使するものの1つにすぎないものとして位置づけられ、したがって株主権は一般的かつ広範に制約されるべきこととなる。そして、株主だけでなくその他のステークホルダーに対する受託者として位置づけられた取締役が、株主も含めたこれら会社のステークホルダーの諸利益を調整することによって、会社の公共性を図るべきこととなる。

もともと、服部教授の説かれる「企業自体」の理論はあくまで立法論であって、⁽²⁴⁾現行法は、会社の実体を「社会公共物」として捉えておらず、服部教授が説かれる「企業自体」の理論と乖離している。⁽²⁵⁾服部教授は、「企業自体」の理論において説かれる公共性を図ることは、株式会社の資本主義経済を前提とした根本構造を維持する場合には、⁽²⁶⁾限界があるとして、

注(15) 55頁以下参照。

(24) 服部・前掲論文注(14) 同志社法学 6 卷 4 号61頁参照。

(25) 服部・前掲論文注(14) 同志社法学 6 卷 4 号59頁参照。

(26) 服部・前掲論文注(14) 同志社法学 6 卷 6 号48頁以下参照。

「企業自体」の理論が会社の営利性と矛盾することを指摘されている。

2. 大隅博士の「企業自体」の理論

大隅健一郎博士は、服部教授と同様に、「企業自体」の理論は、株式会社の構造変革によって導かれた公共性の認識を説くものとされている。⁽²⁷⁾

(1) 株式会社の構造変革

大隅博士は株式会社の構造変革を、「企業の巨大化・集中化」と「所有と経営の分離」であるとして捉えられるが、大隅博士は、株式会社の構造変革は、経済の構造変革に呼応するものにほかならないと指摘され⁽²⁸⁾、株式会社の構造変革の背後にある経済の構造変革にも着目される⁽²⁹⁾。この経済の構造変革を、大隅博士は、産業資本主義から金融資本主義ないし独占資本主義への移行であると捉えられ、かかる経済の構造変革にともなって、株式会社が巨大化し、また企業集中が高度に展開されたことによって、株式会社において所有と経営の分離が生じたとされる。すなわち、大隅博士は、産業資本主義の下では、産業革命による生産方法の激変と生産力の急激な発展によって必然的に大経営化が要求され、各種産業の経営規模が飛躍的に拡大を余儀なくされ、このような経済的要求によって、19世紀の後半に資本集中の典型形態として株式会社が盛んに利用されるようになったとされ、株式会社はこのような生産技術の高度化によってそれ自体として必然的に拡大する傾向にある産業の主たる担い手であり、株式会社の大規模化は必然の傾向であると捉えられる⁽³⁰⁾。さらに、大隅博士は、かかる株式会

(27) 大隅健一郎『株式会社法変遷論[新版]』114頁374頁(1987年、有斐閣)参照。

(28) 大隅・前掲書注(27) 100頁, 111頁参照。

(29) 大隅・前掲書注(27) 102頁以下参照。

社の大規模化が、自由競争によって促進されると捉えられる。つまり、大隅博士は、自由競争において、企業が競争に勝ち、あるいは敗れないためには、技術力や生産性を合理化し向上させねばならず、したがってますます大経営化が求められ、これ競争に堪え得ない弱小企業は消滅するか、あるいは強者に吸収されるほかなく、これによって経済単位はますます大きな固定資本をもつ巨大企業に変化するとして、市場競争が株式会社をますます大規模化させるとされる⁽³¹⁾。そして、大隅博士は、このように大規模化が進んだ産業資本主義は、独占資本主義への段階へと移行するとされる。すなわち、大隅博士は、競争を通じて経済単位が巨大資本を擁する企業に変化すると、それら大企業は相互にますます等価値のものとなり、これら大企業がひとたび競争を始めれば、それは強烈かつ長期にわたる破滅的な競争となり、結局は共倒れに終わらざるを得ないのであって、したがってこれら企業は互いに妥協・協調して提携するようになり、企業集中が展開されると捉えられる⁽³²⁾。そして、大隅博士は、この企業集中は、カルテル、トラスト、コンツェルンの順に展開されるが、このような産業企業の集中に銀行資本の集中が加わり、この2つの集中が相互に作用することを通じて、経済の段階が独占資本主義へと移行すると捉えられる⁽³⁴⁾。大隅博士は、このように株式会社の巨大化は必然的に企業集中化をもたらし、したがっ

(30) 大隅・前掲書注(27) 102頁参照。

(31) 大隅・前掲書注(27) 102頁参照。

(32) 大隅・前掲書注(27) 102頁以下参照。

(33) 大隅・前掲書注(27) 103頁以下参照。もっとも、企業集中の形態は、カルテル、トラスト、コンツェルンの順で段階的に展開する内的な必然性を有するといえども、実際上は、国民経済の構造や国家政策等外部的な諸条件の制約を受け、これら形態が同時に並存しているのが常であるとされる(大隅・前掲書注(27) 106頁参照)。

(34) 大隅・前掲書注(27) 106頁以下参照。

て株式会社は、もはや近代株式会社法が予定としているような個々に独立したものではなく、互いに複雑な結合関係にあるものへと変容していると指摘される⁽³⁵⁾。そして、大隅博士は、このような株式会社の巨大化の展開において、膨大な資本の必要性から、株式が広く国民に分散され、「所有と経営の分離」⁽³⁶⁾が顕著となったと捉えられる⁽³⁷⁾。

(2) 株式会社の公共性

このような「企業の巨大化・集中化」と「所有と経営の分離」という2つの構造変革によって、大隅博士は、株式会社には2つの意味での公共性を導かれる⁽³⁸⁾。1つめは、「所有と経営の分離」から導かれる公共性である。所有と経営の分離は、株式が広く大衆に拡散する現象であり、会社の出資者はもはや特定の少数のものではなく、広く一般大衆が会社の出資者であるという意味において、株式会社は公共性を帯びたと捉えられる。2つめは、「株式会社の巨大化」から導かれる公共性である。会社が巨大化することによって、会社には膨大な国民財産が蓄積されることとなり、多数の国民がこの国民財産に、労働者・従業員として、あるいは消費者として依存することとなった。したがって、大隅博士は、多数の国民がこのような会社に依存しているという意味において、会社は国民一般の利益に奉仕す

(35) 大隅・前掲書注(27) 114頁参照。

(36) 大隅博士は、アメリカにおいて説かれたバーリとミーンズの「所有と経営の分離」を踏襲され、株式会社の構造変革として別に一節（前掲書・注(27) 第2編第3章第3節）を設けて詳細に研究されている。大隅・前掲書注(27) 147頁以下参照。

(37) 大隅・前掲書注(27) 114頁参照。この結果、株主のなかには、もっぱら利益配当やキャピタルゲインを目論み、会社の経営に関心のない株主群が出現することとなり、したがって株主総会の法律上の地位の後退と、大株主および経営者の権限の強化が図られたとされる。

(38) 大隅・前掲書注(27) 374頁参照。

べきものであり、株式会社は公共性を帯びたと捉えられる。

(3) 「企業自体」の理論

大隅博士は、株式会社の構造変革によって導き出された会社の公共性は、「企業」そのものに体现されているとして、ドイツにおいて展開された「企業自体」の理論⁽³⁹⁾を踏襲され、株式会社を「企業」を中心として捉え直すべきであるとして、構造変革後の現代株式会社法理論を唱えられる⁽⁴¹⁾。以下、大隅博士の説かれる「企業自体」の理論を整理する。

① 大隅博士の基本的立場

ドイツにおいて展開された「企業自体」の理論について、大隅博士は、「企業」の概念を用いて株式会社を捉えようとする法理論であり、「企業」を独立した法益として保護すべきであることを説くものと整理された上で、ドイツにおいて様々な形で説かれた「企業自体」の理論に分類される諸学⁽⁴²⁾説を、「企業」の捉え方にしたがって、2つのグループに大別される⁽⁴³⁾。1

(39) もっとも大隅博士は、「企業自体」の思想 (Rechtsgedanke des “Unternehmens an sich”) とされ、必ずしも法理論としては捉えられていないとも考えられる (大隅・前掲書注(27) 374頁参照)。

(40) 大隅健一郎『株式会社法変遷論』307頁, 312頁以下 (1953年, 有斐閣), 大隅・前掲書注(27) 374頁, 436頁参照。

(41) 大隅・前掲書注(27) 376頁以下, 421頁以下, 大隅・前掲書注(40) 244頁以下, 294頁以下参照。

(42) 「企業自体」の理論の系列に属するが主要な学説として、大隅博士は、ラーテナウ (Walter Rathenau), ハウスマン (Fritz Haussmann), ランズベルガー (Herbert Landsberger), ネットター (Oskar Netter) の所説を挙げられている (大隅・前掲書注(27) 376頁以下参照)。本文で述べたように、大隅博士はこれら学説を2つのグループに二分されるが、ランズバーガーの所説については明確に触れられていない。大隅博士は、ランズバーガーの「企業自体」の理論を、ラーテナウを批判するハウスマンとは違って

つは、「企業」において体现される利益を、株式「会社」において結合する株主の私的利益の統一体としての全体の利益であるとして把握するグループであり、ドイツにおいてフリッツ・ハウスマンによって唱道される見解である。2つめは、「企業」利益を、1つめのグループが捉えるような会社において結合する株主全体の利益だけでなく、企業における社会的・公共的要素も含めて理解するグループであり、バルター・ラーテナウやオスカー・ネッターによって主唱される見解である。大隅博士は、この後者の立場に立たれ、「企業」を株主全体の利益と公共的要素の双方を体现するものと理解される⁽⁴⁴⁾。もっとも、大隅博士は、このような社会的・公共的

「ラテナウの経済的認識の根本的な正当性を承認し、いわば彼のひらいた道を真直ぐに進みながら、その法律学的展開を試みている」（大隅・前掲書注(27) 396頁、参照）とされつつも、ランズバーガーもハウスマンと同様に、「企業自体」を「会社自体」であるとしており、また全体経済を考慮した「企業」保護についても、ランズバーガーもハウスマンも株式法原理に取り込むことを拒むにとどまり、「企業」の社会的拘束そのものを肯定しているのであって、結論的にはハウスマンの所説とは大きくは異ならないとされている（大隅・前掲書注(27) 399頁以下、401頁以下参照）。このことから大隅博士はランズバーガーの所説を中間的な立場の学説として位置づけられていると考えられる。したがって、ランズバーガーの所説については明確なカテゴライズをなされていないのであろう。なお、ランズバーガーの「企業自体」の理論については、Herbert Landsberger, Der Rechtsgedanke des “Unternehmens an sich” und das neue Aktienrecht, in: Zentralblatt für Handelsrecht, 1932, S. 79 ff. ランズバーガーの所説に対する大隅博士の研究は、大隅健一郎『『企業自体』の法律思想』法学論叢28巻4号614頁以下（1932年）参照。なお、本論文は、「批評と紹介」の欄に収められているので注意されたい。

(43) 大隅・前掲書注(40) 294頁以下、大隅・前掲書注(27) 421頁以下参照。

(44) 大隅・前掲書注(40) 300頁参照。ただし、後に改説される（大隅・前掲書注(27) 427頁参照）。この点については、下で本文において詳細に言及する。

要素を、株式会社それ自体の行動そのものを制約する原理としての意味を有するに他ならないものとして限定的に捉えられている。それは、会社内部において生ずる諸利益の対立について、大隅博士は、あくまで会社内部において調整されるべきであって、超個人的利益、つまり株主の利益を超える社会的・公共的利益の立場から処理するべきではないとする前者のグループの立場を踏襲されるからである。したがって、大隅博士は、会社の生活内部における私的利益の矛盾衝突の調整原理である株主全体の利益としての「企業」と、会社の行動そのものを制約する原理である社会的・公共的要素を体现する「企業」というそれぞれ機能する場が異なる2つ「企業」を、一つの「企業」概念のもとに、つまり「企業自体」の観念の下に把握されるのである。⁽⁴⁵⁾このように、大隅博士はドイツにおけるこれら2つのグループの学説を折衷的に踏襲されている。以下、大隅博士の説かれる会社内部の利益調整原理としての「企業」と、会社の行動そのものを制約する原理としての「企業」をそれぞれ整理する。

② 会社内部の利益調整原理としての「企業」

大隅博士は、会社内部における利益対立を株主間の対立ないし株主と経営者の対立と捉えられたうえで、このような会社内部における利益衝突の調整の契機を、あくまで株主の権利ないし経営者の地位自体に内在する性質に求められる。⁽⁴⁶⁾まず、株主の権利に内在する性質からは、株主権、とくに共益権の行使について、純個人的利益を追求することによって株主共同の利益、つまり「会社の利益」を侵害することは許されないという制約が導かれるとされる。⁽⁴⁷⁾それは、共益権が、原則としては確かに株主自らの利

(45) 大隅・前掲書注(40) 311頁以下参照。

(46) 大隅・前掲書注(40) 301頁以下、大隅・前掲書注(27) 427頁以下参照。

(47) 大隅・前掲書注(27) 427頁以下参照。

益のために行使することが許されるものではあるが、しかし例外的にその
社団の構成員としての性質上当然に導かれる制約（株主の誠実義務）によ
って拘束され、したがって社員の利益（株主の株主としての利益）のため
に行使されるべきものであると捉えられるからである。そして、株式会社
制度は、株主がこのように社員の利益のために行動する場合には、その結
果は常に「会社の利益」にも同時に適合するものとみなしていると解釈さ
れる。つぎに、経営者の地位自体に内在する性質からは、株主の場合とは
異なって、常に積極的に会社の利益のために行動しなければならないとい
う制約が導かれるとされる⁽⁴⁸⁾。それは、経営者は会社の機関であって、もっ
ぱら会社の利益のために忠実に職務を行うことが求められるからである。
では、このように捉えられる会社の内部的な利益調整において、「企業」
はどのように機能するのであろうか。大隅博士は、当初このような私的利
益の調整における「企業自体」の理論の意義を以下のように認められてい
⁽⁴⁹⁾た。まず大隅博士は、「会社の利益」を、各株主がそれぞれ有する自己固
有の利益的立場とは別に認められる「株主共同の利益」、つまり「会社そ
のものの利益」と把握され、それは各株主の個別的利益を含みながら、し
かもそれとは別個独立のそれ自体として一定の志向をもった統一的な利益
であるとされる⁽⁵⁰⁾。ただし、大隅博士の言われるこの「会社の利益」、ない
し「株主共同の利益」は、ハウスマンが唱えるところの、単なる個々の株
主の利益の集計である「全体の利益」とは区別され、会社が株主から構成
され、株主なくして会社が存在することができないにもかかわらず、会社
は株主とは別個の存在を有するのと同様に、会社の利益は株主の個別利益
とは別個の独自の存在と目的を有する統一体であると捉えられている。こ

(48) 大隅・前掲書注(27) 428頁以下参照。

(49) 大隅・前掲書注(40) 306頁以下参照。

(50) 大隅・前掲書注(40) 306頁以下、大隅・前掲書注(27) 433頁参照。

の「会社の利益」が、先述のように、株主の権利行使に対する共通の枠であり、また理事者の行動に対する指標であるとされる。すなわち、株主は、自己の純個人的利益を追求することによって、この「会社の利益」を侵害することは許されず（もっとも、株主は理事者とは違ってもっぱら会社の利益を追求することが求められるわけではない）、また理事者は、もっぱらこの「会社の利益」のために忠実にその職務を遂行しなければならないこととなるのである。

当初、大隅博士は、このような抽象的な概念である「会社の利益」が、現実的には、「会社『企業』」の概念にこそ体现され、「企業自体の利益」として具体的に把握されてはじめて「会社自体の利益」の実践的意義が見出されると説かれていた。⁽⁵¹⁾ この理由付けとして、大隅博士は、ネッターを引用され、「そもそも法人概念は、法律的操作の目的に役立ち、それを容易化するところの作業概念という性格を有しているのであって、対象の本質を把握し、その本質的内容を明らかにするところの認識概念ではない」とされ、「会社の利益」という概念を考える場合には、単なる抽象的な法人としての会社を考えてみてもなんら解決されることはないと理解されていた。そこで、大隅博士は「企業」の概念を「株式会社生活において生ずる諸利益の矛盾衝突の止揚点」とであると位置付けられた上で、この「企業」においてこそ、「会社の利益」が体现されると説かれていた。つまり「会社の利益」は、「企業自体の利益」を意味することとなり、このように捉えてはじめて「会社の利益」を現実の株式会社の生活における利益衝突の調整のための基礎として用いることができるとされていたのである。

もっとも、大隅博士は、「株式会社法変遷論」の新版で所説を改められ、「会社の利益」は、株主の全体から成る「会社の利益」として捉えれば足

(51) 大隅・前掲書注(40) 307頁以下参照。

るのであって、「企業」の概念を取り上げる意義は乏しいとして、かかる会社内部の利益調整原理としての「企業」自体の理論の意義を認められていない。⁽⁵²⁾

③ 会社の行動制約原理としての「企業」

大隅博士は、株式会社の構造変革によって導かれた会社の公共性は、⁽⁵³⁾「企業」に体现されおり、この「企業」についてみとめられる社会的・公共的要素が、株式会社それ自体の行動そのものを制約する原理として機能すると捉えられる。⁽⁵⁴⁾まず株式会社「企業」の社会性ないし公共性を、大隅博士は、「企業」が社会的存在である限り、本来それに内在するものと捉えられ、すなわち、かかる公共性は、19世紀に代表されるような資本主義の上昇期においては個人主義・自由主義的思想が強調されたことによって営利性の背後に潜む潜在的なものにすぎなかったが、株式会社が構造変革をこうむることによって、またそれにとまなう団体主義・社会本位主義によって、この潜在的な公共性が顕在化したと捉えられる。⁽⁵⁵⁾そして、このような公共性の名宛人は、「会社」ではなく、むしろ「企業」であるとされる。それは、法律上の意味における株式会社は法人格を認められた株主の団体であり、法人格は団体の法律関係を単純化するための法技術ないし

(52) 大隅・前掲書注(27) 433頁参照。

(53) 大隅・前掲書注(27) 374頁参照。

(54) 大隅・前掲書注(40) 300頁, 308頁以下, 大隅・前掲書注(27) 427頁, 434頁以下参照。

(55) 大隅・前掲書注(40) 309頁以下, 大隅・前掲書注(27) 434頁以下参照。
大隅博士は、当初、会社の公共性をこのように捉えることは、たとえば我が国の民法が、権利濫用の禁止(民法1条3項)や公共の福祉条項(民法11条1項)を設けたことと合致するとされていた(大隅・前掲書注(40) 310頁参照)。しかし、新版ではこの記述は削除されている。

作業概念であってあくまで抽象的な存在であり、会社の公共性を論じる場合に、「会社」という概念の下に観念されているのは、むしろ営業所、工場、事業場などの物的施設とそこで働く経営者、従業員、労働者などの人的要素とが統合組織化された「企業体」、つまり「企業」だからである。⁽⁵⁶⁾このような考察から、大隅博士は、会社の公共性による会社の行動制約原理は、「企業」概念によって機能すると説かれている。

④ 「企業自体」の理論

大隅博士は、構造変革後の株式会社においては、「株主の利益とその保護なる個人的要素と企業の社会的機能及びその保護なる超個人的要素との調整が考えられなければならない」⁽⁵⁷⁾として、この2つの利益の調整が現代株式会社における課題であるとされる⁽⁵⁸⁾、大隅博士の「企業自体」の理論の

(56) 大隅・前掲書注(27) 436頁参照。このような理由付けは、旧説においてネッターを引用して展開された会社内部における利益調整における「企業」の意義をめぐる論述と同様である（大隅・前掲書注(40) 307頁参照）。会社の行動を制約する原理の名宛人が「企業」であるとの論述は、新版においてはじめて付け加えられており、おそらく、旧版では内部の利益対立の箇所で行動制約原理としての「企業」も含めた形で書かれたが、改説によって削除されることとなったため、新版ではこの箇所を書く必要がでてきたからであろう。そして、改説によって、新版では、この「名宛人が企業である」ところにこそ企業自体の思想の意義が見出されるとされている（大隅・前掲書注(27) 436頁参照）。

(57) 大隅・前掲書注(40) 311頁参照。なお、改説後は、「株主の利益とその保護なる個人的要素と企業の社会的機能およびその保護なる超個人的要素とが並び認められる」として、改説前に比べてゆるやかな表現に改められている（大隅・前掲書注(27) 438頁参照）。

(58) 大隅・前掲書注(40) 311頁以下参照。新版では削除されているが、公共性も「つよく顧られなければならない」とされている（大隅・前掲書注(27) 438頁以下参照）。

出発点とされている。そして、この課題をめぐって、大隅博士は、当初は、「企業自体はひっきょう株主の個々の利益、ないしその統一体としてのこの会社の利益と社会的・公共的利益が矛盾衝突する場合の止揚点にほかならない」⁽⁵⁹⁾と捉えられたうえで、公共性と株主の利益の調整はこのような「企業自体」によって処理されると説かれていた。つまり、会社において結合する私的利益の調整原理である「会社の利益」が現実的には「企業の利益」に体现され、このような私的利益の統一体である「会社の利益」と、その会社の社会的制約性の原理としての「企業の利益」が、一元的に把握されるとされていた。そして、大隅博士は、2つの利益の統一体として「企業」を観念してはじめて「企業自体」の理論の意義と、現代株式会社⁽⁶⁰⁾の特色が見出されるとされていた。しかし、大隅博士は、会社の公共性と株主の利益の対立の調整原理を、会社の行動を制約する原理として扱われ、この原理として「企業」が機能すると説明されるにとどまり、会社内部において生ずる諸利益の対立については、あくまで会社内部において調整されるべきであって、超個人的利益、つまり株主の利益を超える社会的・公共的利益の立場から処理するべきではないと説かれ⁽⁶¹⁾、「企業自体」の概念が会社の行動制約原理としてしか機能しないことを暗示されていた。改説後、大隅博士は、会社内部の利益調整については「企業」概念の意義が認められないことを明示されるとともに、「企業自体」の理論を、会社の公共性を体现する「企業」が、株主の利益とは別に会社企業そのものが独立の法益として特殊の保護に値するものとなったことを明確にするものとしてのみ捉えられ、まさにこの点に「企業自体」の理論の意義があると説か

(59) 大隅・前掲書注(40) 312頁参照。

(60) 大隅・前掲書注(40) 312頁，314頁以下参照。

(61) 大隅・前掲書注(40) 300頁参照。これと調和させるために、改説後は当該記述を削除されたと考えられる（大隅・前掲書注(27) 439頁参照）。

⁽⁶²⁾ ね、「企業」が会社の行動制約原理としてのみ機能することを明確に說かれることとなった。

以上のことから、大隅博士の「企業自体」の理論は、会社とは別に、会社の公共性が体现される「企業」を独立の法益として承認し、この「企業」が会社の行動そのものを制約する原理として機能させることによって、株式会社の構造変革によって導かれた会社の公共性を担保しようとするものであると整理される。⁽⁶³⁾

(4) 大隅説における会社の公共性と営利性の葛藤

大隅博士の「企業自体」の理論は、産業資本主義から独占資本主義という経済の構造変革に呼応する株式会社の構造変革によって導かれた会社の公共性を、会社とは別に独立の法益として承認した「企業」を通じて担保することを説くものである。もっとも、この「企業」は、実質的には（改説後は、形式的にも）「企業」が会社の行動制約原理としてのみ機能するとされるため、公共性によって株主権がどのように制約されるのかが明らかとされていない。大隅博士の「企業自体」の理論をどのように捉えるべきなのであろうか。大隅博士の「企業自体」の理論（旧説）に対しては、服部教授と正井章彦博士が批判を加えられている。以下、それらについて整理する。

① 正井博士によるご批判

正井章彦博士は、大隅博士の「企業自体」の理論（旧説）を詳細に分析

(62) 大隅・前掲書注(27) 436頁参照。

(63) 菅原・前掲注(1) 商事法務712号421頁参照。

され批判されている。⁽⁶⁴⁾ここでは正井博士の批判のうち以下の3つを取り上げる。⁽⁶⁵⁾

第1に、大隅博士が諸利益の対立を調整するために用いられる3つの原理の位置づけについてである。正井博士は、大隅博士が、会社内部の利益対立について機能する原理としての「企業」と会社の行動を制約について機能する原理である「企業」(とを同列に位置づけられ、これら2つの概念を包含する上位概念として「企業」を置かれていると整理される。⁽⁶⁶⁾この

(64) 正井章彦『西ドイツ企業法の基本問題』161頁以下(1989年、成文堂)参照。

(65) 正井博士は、本文で取り上げた批判のほか、①大隅博士が「企業」と「会社」の概念を整理されずに用いられており、一方では、「企業」と「会社」を同一のものであるとの前提に議論を展開され、他方では、「企業」を「会社」とは区別される実体的なものとして捉えられている点(正井・前掲書注(64)163頁参照)、②大隅博士の理論において諸利益の矛盾対立を調整する原理として用いられる概念が、会社内部の利益調整原理としての「企業」については、「私的利益の統一体」、「会社そのものの利益」、「会社の利益」、「企業自体の利益」、あるいは「企業自体」と言い換えられ、この概念に対する大隅博士の説明は、「株主の権利行使に対する共通のわくであると同時にまた理事者の行動に対する指標」、「各株主の個別的利益を含みながら、それとは別個独立のそれ自体として一定の志向をもった統一的な利益」、あるいは「個々の株主の利益の単なる集計ではなくして、独自の存在と目的とを有する統一体」と様々な言い方をされ、また会社の行動制約原理としての「企業」については、「企業の社会的機能」、「(企業の)社会的・公共的利益」、「企業の社会性ないし公共性」、「企業について認められる社会的・公共的要素」といったあまりに様々な他の言葉を用いて言い換えられて説明されており、論旨が不明確になっている点(正井・前掲書注(64)162頁参照)、③企業自体の理論を提唱者であるラーテナウが、株主の利益を無視して株式会社の公共性を説き、その結果、公共性の擁護を経営者にゆだねようとする危険性について、大隅博士は適切に指摘されているにもかかわらず、公共性が企業において实际的、具体的にどのように調整されるのかについては十分に言及されない点を批判される(正井・前掲書注(64)163頁参照)。

ように整理された上で、企業が社会的存在である限り、会社内部の利益対立の調整原理である「企業」は、あくまで会社の行動制約原理である「企業」を前提としているのであるから、したがって両者は同列に置かれるべきものではなく、「会社内部の利益対立の調整原理たる「企業」は、「会社の行動制約原理たる「企業」の下位概念として位置づけられねばならないと指摘される。そして、大隅博士の理論を進めるならば、「企業は、社会的ないし公共的制約を受けた存在であり、したがって、その所有者たる株主の権利にも制約が加えられ得ると考えるのが当然である⁽⁶⁷⁾」にもかかわらず、大隅博士は、株主権は超個人的な公共性による制約は認められないとされている。大隅博士は、改説前は、あくまで1つの調整原理である「企業」が、内部と外部においてそれぞれ機能する場を異にしていることこそご自身が唱えられる「企業自体」の理論の特徴であるとされており、⁽⁶⁸⁾正井博士のこのご指摘は本質的なものである。もっとも、大隅博士は、正井博士のご指摘の後に、すでに整理したように、「企業」が機能するには、会社の行動制約原理に限定される⁽⁶⁹⁾として所説を改められている。したがって、改説後、大隅博士は会社の公共性による株主権の制約を認められないことを明確化されているものと考えられる。

第2に、正井教授は、大隅博士が一方では公共性を会社の活動を外部から制約する原理として把握されているにもかかわらず、公共性と株主の利益との対立について論じられており問題であると批判される。⁽⁶⁹⁾

第3に、「企業自体」の理論が説かれた背景である株式会社の構造変革について言及されているにもかかわらず、構造変革と「企業自体」の理論

(66) 正井・前掲書注(64) 162頁以下参照。

(67) 正井・前掲書注(64) 163頁参照。

(68) 大隅・前掲書注(40) 300頁参照。

(69) 正井・前掲書注(64) 163頁参照。

との関係について着目されていないことを指摘される。⁽⁷⁰⁾

正井博士はこのように指摘された上で、大隅博士の「企業自体」の理論がこのような問題を抱えているのは、大隅博士が「企業自体」の概念の存続を無条件に自説の出発点とされている結果であるとされる。⁽⁷¹⁾

② 服部教授による批判

服部教授は、大隅博士による株式会社の本質の捉え方と「企業自体」の理論とが根本的に相容れないことを指摘される。⁽⁷²⁾ すなわち、大隅博士は、「株式会社は利益を得てこれを社員に分配する」という存在目的以外によって、その基本構造が制約されるものではないとして株式会社の本質を営利性に求められている。⁽⁷³⁾ 事実、大隅博士は、すでに上で整理したように、会社内部の利益調整について株主の利益を超える社会的・公共的利益によって制約されることを拒まれている。⁽⁷⁴⁾ つまり、服部教授の表現によれば、大隅教授は、株式会社を「株主の私有物」とであると捉えられておられる。⁽⁷⁵⁾ 他方で「企業自体」の理論は、服部教授の所説によれば、構造変革によって株式会社の実体が社会公共物へと転化したことに対応して会社の公共性を説くものであり、⁽⁷⁶⁾ したがって会社の営利性と相容れないものである。こ

(70) 正井・前掲書注(64) 165頁注(32)参照。

(71) 正井・前掲書注(64) 164頁参照。

(72) 服部栄三『株式の本質と会社の能力』85頁（1964年、有斐閣）参照。

(73) 大隅・前掲書注(27) 169頁以下参照。

(74) 大隅博士は、田中耕太郎博士や松田二郎博士が社員権否認論において、株主権の団体の利益による制約を、株式会社の営利性を根拠として批判されており（大隅・前掲書注(27) 169頁以下参照）、このことからすれば公共性による制約など到底認められないこととなろう。

(75) 服部・前掲書注(72) 46頁以下、47頁注(1)参照。

(76) 服部・前掲書注(72) 47頁参照。服部教授は、「企業自体の理論は、株式会社の公共性ないし社会性を強調する点にその本質的特徴を有する」と

のように服部教授は、大隅博士による営利性を本質とする株式会社の捉え方は、会社の公共性を説く「企業自体」の理論と調和しないと批判される。⁽⁷⁷⁾

③ 公共性と営利性の葛藤

正井博士の批判のご趣旨は、大隅説が、総論では公共性による株主権の制約を説かれながらも、各論では公共性を株主権の制約原理として認められておらず不徹底であることを指摘される点にあると考えられる。そして、服部教授は「企業自体」の理論を営利性とは必ずしもなじまないものと捉えられ、営利性を柱とされる大隅博士の会社の捉え方からは「企業自体」の理論が容易に導かれないとして批判されている。このことから、正井教授の指摘される大隅説の問題点は、営利性と公共性の葛藤が示されたものと考えられる。

大隅博士は、旧説において、ドイツにおいて説かれる「企業自体」の理論をめぐって、「株式会社において結合している私的利益ばかりでなく、企業についてみとめられる社会的・公共的要素をも含めて企業自体の理論を理解するネットターの立場に左袒する」⁽⁷⁸⁾とされ、株式会社をめぐる諸利益の対立を、これら諸利益が体现される「企業」の概念を用いて調整されることが大隅博士の「企業自体」の理論の出発点となっている。そして、大隅博士は「企業自体の利益」という概念を積極的に評価され、「企業」の概念が、会社の利益、すなわち株式会社において結合する私的利益の統一

される。服部采三「企業自体の理論と社会化について(1)」同志社法学26号57頁参照。

(77) むしろ服部教授は、株式会社を株主の私有物であるとの結論に至る社員権論を有力に批判する株式債権論は、「企業自体の理論」と結びついてこそ、その意義が見出されるとされる(服部・前掲書注(72)47頁参照)。

(78) 大隅・前掲書注(40)300頁参照。

体を体现し、そして株式会社生活において生ずる様々な利益衝突の止揚点としての意義を有すると主張され、したがって株式会社の内部における私的利益の矛盾衝突の調整が株主の権利や経営者の地位自体の性質によって会社内部において処理されねばならないといえども、「企業自体の観念」⁽⁷⁹⁾の意義を認めなければならないとされていたのである。さらに、大隅博士は、抽象的な株主共同の利益としての「会社の利益」とは別に、この概念よりさらに進んで実践的な「企業の利益」概念を積極的に認めなければならないとされている。⁽⁸⁰⁾とするならば、株主の権利行使についてもまた公共性を体现する「企業」概念によって制約を受けることとなりそうである。すなわち、株主の権利行使は、株式会社生活において生ずる諸利益の矛盾衝突の止揚点である「企業」概念による制約を受けることとなり、その権利の性質を理由とする株主共同の利益としての「会社の利益」を侵害することが許されないだけでなく、⁽⁸¹⁾株主以外のステークホルダーの利益によっても制約を受けることとなるとの結論が導き出されそうである（しかし、大隅博士はこのようには説かれていない）。⁽⁸²⁾これらのことは、大隅博士が、株式会社を公共性を帯びたものとして捉えておられることを明確に示している。

しかし、他方で大隅博士は、実質的には、会社をめぐる諸利益の対立が諸利益の体现される「企業」によって調整されるとは説かれていない。大

(79) 大隅・前掲書注(40) 312頁参照。

(80) 大隅・前掲書注(40) 307頁参照。

(81) もっとも、株主共同の利益によって株主権が制約されるのは、自己の利益を図る場合に限定されていることは言うまでもない（大隅・前掲書注(40) 301頁参照。）。

(82) もっとも、株主権が公共性によって制約されるとするならば、企業概念に体现される諸利益（ステークホルダー）の範囲の限界付けが別途課題となるはずであるが、これについて言及されていない。

隅博士は、会社をめぐる諸利益の対立の調整原理を、会社内部の調整原理と、会社の行動制約原理に二分される。そして、会社内部の利益衝突については、株主共同の利益を越える概念である「企業」による調整を拒まれ、株主や経営者の機関としての地位の性質にもとづいて調整されるべきであると説かれる。⁽⁸³⁾さらに、大隅博士は、会社内部において生ずる諸利益の対立は、超個人的利益、つまり株主の利益を超える社会的・公共的利益の立場から処理するべきではないと明示されている。⁽⁸⁴⁾もっとも、内部の利益対立の調整原理である「株主共同の利益」を「企業」として把握されているが、この「企業」が意味するのは、株式会社をめぐる諸利益が体现されたものではない。この「企業」概念について、大隅博士は、「株主共同の利益」としての抽象的な「会社の利益」が、現実的には「企業」概念に体现されると捉えておられるにすぎない。⁽⁸⁵⁾また、会社の行動制約原理については、「企業」を諸利益の止揚点と説明されているものの、それは一般条項の会社法的発現であると捉えておられる。⁽⁸⁶⁾これらは、大隅博士が、株式会社の本質を営利性に見出され、株主権の制約原理も「利益を得てこれを社員に分配すること」という会社の存在目的から導かれなければならない⁽⁸⁷⁾と捉えておられることを如実に示すものである。

さらに、大隅博士が、正井博士のご批判に対応されたのか、後になって⁽⁸⁸⁾

(83) 大隅・前掲書注(40) 301頁参照。

(84) 大隅・前掲書注(40) 300頁参照。

(85) 大隅・前掲書注(40) 308頁参照。

(86) 大隅・前掲書注(40) 312頁参照。

(87) 大隅・前掲書注(27) 169頁参照。

(88) 正井博士の研究(正井章彦『「企業自体」の理論について(1)(2)(3・完)——ドイツの学説とわが国の学説の検討』六甲台論集22巻4号80頁以下・23巻1号1頁以下・2号38頁以下(1976年))を参考にされた上で、大隅博

説を改められ、会社内部の調整原理について、「企業」を認めることを棄てられ、「株主全体からなる会社の利益」を考えれば足りるとされ⁽⁸⁹⁾。したがって、会社内部の調整原理と行動制約原理との上位概念としての「企業」（株式会社において結合する私的利益の統一体を体现し、そして株式会社生活において生ずる様々な利益衝突の止揚点としての「企業」）を認められなくなった。そしてこのことにともなって、大隅博士は、「企業」概念の内容についても、「株式会社において結合している私的利益の統一体としてよりも、むしろ企業について認められる社会的・公共的要素」として把握すると記述を改められている⁽⁹⁰⁾。この大隅博士の改説によって、大隅博士が営利性を軸に会社を捉えられていることがより明確化されている。

このように大隅博士の「企業自体」の理論では、会社の公共性と会社の営利性の葛藤が示されており、大隅博士は、「企業自体」の理論によって説かれる会社の公共性が、会社の営利性と抵触すると捉えられていると考えられる。

3. 我が国における「企業自体」の理論の整理

我が国における「企業自体」の理論は、株式会社の構造変革を、「会社の大規模化」と「所有と経営の分離」であると捉え、構造変革後の現代株式会社は、前者から導き出される「従業員や消費者といった株主以外の会社のステークホルダーとしての公共性」と後者から導き出される「究極的には全国民が株主と評価し得るほどの多数の株主のものとしての公共性」

士は改説されていることは少なくとも間違いない（大隅・前掲書注(27) 421頁注(1)参照）。

(89) 大隅・前掲書注(27) 433頁参照。

(90) 大隅・前掲書注(27) 427頁参照。

という2つの意味での公共性帯びたとして展開されている。

そして、株式会社を公共性を帯びたものとして捉える現代株式会社論は、株主権の制約をめぐる2つ大きな流れで展開されてきたと整理し得る。ひとつの流れは、服部教授の所説においてみられるように、株式会社の構造変革によって強調された会社の公共性によって株主権の一般的かつ広範な制約を説く学説である（服部説）。服部説は、会社の公共性を積極的に認め、株式会社の公共性によって、株主権を会社の決定をめぐる1つの共同決定権にすぎないものにまで制約するべきであると説く。たしかに、株主権を完全に否定するわけではないが、しかし株主以外のステークホルダーに広く共同決定権を認めており、服部説は、公共性を株主権制約原理として捉える学説である。すなわち、服部説は、株式会社が公的なものに変容したことに伴って、株主権の性質も変容すべきことを説く。これに対して、もうひとつの流れは、大隅博士の所説においてみられるように、構造変革後の公共性を帯びた株式会社においても株主権は公共性によっては制約されず、株主権の制約はあくまで株主の利益の枠内でなされるべきであり、もっぱら株主共同の利益によってなされなければならないことを説く学説である（大隅説）。大隅説は、会社が公共性を帯びたこと捉えながらも、株主権の制約原理は依然として営利性に根ざしていなければならないと説き、公共性を株主権制約原理として認めない学説である。したがって、大隅説は株式会社が公共性を帯びても、なお営利性は株式会社の本質として存続すると説いており、公共性を株主権制約原理として認める服部説に対峙するものであると整理し得る。

このように我が国における「企業自体」の理論は、構造変革によって会社が公共性を帯びた捉えた上で、その公共性を株主権制約原理として認めるか否かを対立軸として展開されている。それは、かかる公共性が会社の営利性と抵触するものとして捉えられているからである。公共性が営利性

に抵触するものならば、そのような性質の公共性がそもそも営利団体である株式会社に認められるのであろうか。この公共性は果たして本来はどのようなものとして捉えられてきたのかを明らかにしなければならない。我が国における「企業自体」の理論は、我が国における「企業自体」の理論は、ドイツでの議論を主として継承し、そこから導かれた公共性に、アメリカでの議論から導かれた公共性を加味する形で展開されてきた。そこで、まず構造変革期（第一次世界大戦後ワイマル期）におけるドイツの「企業自体」の理論にかかわる議論を検討し、株主権制約の原理である会社の公共性の内容⁽⁹¹⁾を明らかにする。

Ⅲ．ドイツにおける「企業自体」の理論

——オスカー・ネッターの所説を中心に——

「企業自体」の理論^{(92) (93) (94)} (Theorie des “Unternehmens an sich”) は、とくに

(91) なお、我が国の議論ではこのような公共性が構造変革を背景としてい
ることが指摘されているが、構造変革と「企業自体」の理論との関連性が
不明確であるとされている（正井・前掲書注(64) 165頁注(32)参照）。こ
の関係についても言及したい。

(92) ドイツにおける「企業自体」の理論について、田中耕太郎「株式会社
法改正の基本問題」法学協会雑誌48巻1号35頁以下、大隅健一郎『株式会
社法変遷論[新版]』376頁以下（1987年、有斐閣）、服部栄三「企業自体の
理論と社会化について(1)」同志社法学6巻4号47頁以下（1954年）、菅原
・前掲注(1) 商事法務712号22頁以下、新山・前掲書注(1) 97頁、100頁
注(35)、175頁、正井章作『西ドイツ企業法の基本問題』117頁以下（1989
年、成文堂）、西尾幸夫『『企業』自体 (Unternehmen an sich) と社会シス
テム論』龍谷大学経営学論集40巻2号139頁以下参照。その他にも、我が
国におけるドイツの「企業自体」の理論に関する研究は膨大である。これ
ら膨大な諸文献については、正井博士が詳しく挙げておられる。正井・同
書148頁以下注(1)乃至(5)参照。

(93) 「企業自体」の理論に関するドイツにおける歴史的研究については、

Arndt Riechers, Das “Unternehmen an sich”: die Entwicklung eines Begriffes in der Aktienrechtsdiskussion des 20. Jahrhunderts, Tübingen 1996; Frank Laux, Die Lehre vom Unternehmen an sich: Walther Rathenau und die aktienrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik, Berlin 1998; Michael Jurgenmeyer, Das Unternehmensinteresse, Heidelberg 1984. はじめに挙げた Riechers 博士の研究は、「企業自体」の理論の歴史的研究として最も広く知られており、ドイツだけでなくオーストリアや我が国におけるように外国法としてドイツ法を研究する場合にも、出発点となる文献として扱われているようである。ワイマール期の「企業自体」の理論をめぐる諸学説だけでなく、その端緒となった経済学上の諸学説についても整理されている。本稿でも、おおいに参考にした。なお、さいごに挙げた Jurgenmeyer 博士の文献は、「企業自体」の理論の第2次世界大戦後のドイツ（西ドイツ）における展開である企業利益（Unternehmensinteresse）論について論じるものであるが、企業利益論の起源として「企業自体」の理論が取り上げられている（Jurgenmeyer, S. 51 ff.）。また、「企業自体」の理論が説かれた当時からまだ法律上の概念として確立していなかった「企業」概念の生成史についても、1897年商法当時から取り上げられている（Jurgenmeyer, S. 146 ff.）。なお、企業の法益としての承認の根拠として、フォン・ギールケのゲノッセンシャフト理論が再評価されたことについても言及されている（Jurgenmeyer, S. 141）。このようなことから、本書は「企業自体」の理論の歴史的研究としても挙げるべきと考える。なお、最近の研究で、共同決定との関係で「企業自体」の理論に言及するものとして、Christine Windbichler, Der Gemeinsinn der juristischen Person: Großunternehmen zwischen Shareholder Value, Mitbestimmung und Gemeinwohl, in: Herfried Munkler, Gemeinwohl und Gemeinsinn, Bd. 3., Berlin 2002, S. 165 ff, S. 174 ff. この研究でも、Laux 博士と Riechers 博士が引用されている（Windbichler, S. 174 Anm. 28.）。

- (94) なお、当時（1930年）の視点から企業自体の理論を整理する研究として、Andreas Popp, Das aktiengesellschaftliche Unternehmen an sich und die Abgrenzung und Zuständigkeiten zwischen Aufsichtsrat und Generalversammlung der Aktiengesellschaft im geltenden deutschen Aktienrechte, Coburg 1930, S. 70 ff.

会社の社会的利益との関係が強調され、近代株式会社生成期から株主を中心として捉えられてきた株式会社を、「企業」を中心として捉え直すべきであるとして、ドイツにおいて展開された現代株式会社法理論である。

「企業自体」の理論は、1918年、当時のドイツ最大企業の1つである Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft (AEG) 社の長であったバルター・ラーテナウ (Walther Rathenau)⁽⁹⁶⁾ が、その実務的経験に基づいて展開した株式会社観⁽⁹⁷⁾を出発点としている。ラーテナウは、「大企業は、今日では、もはや単なる私法的利益の創造物ではない。むしろ、個々においてもその全体数⁽⁹⁸⁾においても、国家経済的な (nationalwirtschaftlich)、全体に帰属する要素である。大企業は、本来……純粋な営利企業という私法的特質をもつ

(95) 大隅・前掲書注(27) 98頁以下、373頁等参照。「経済の構造変革」については、大隅・前掲書注(27) 102頁以下に、また「株式会社の構造変革」については、大隅・前掲書注(27) 111頁以下に詳細に論じられている。

(96) Imre Révész, Walther Rathenau und sein wirtschaftliches werk, Dresden 1927, S.9ff, 12.

(97) Walther Rathenau, Vom Aktienwesen, Berlin 1918. ラーテナウの当該所説が示された本書は、副題 (Untertitel) が「ビジネス上の一考察 (eine geschaeftliche Betrachtung)」とされており、これにもラーテナウの当該所説が決して法律学上のものではないことが示されている。この点についてはラーテナウも自ら指摘している (Rathenau, Vom Aktienwesen, Berlin 1918, S.39)。この点も含めて、ラーテナウの所説については、大隅・前掲書注(27) 376頁以下、正井・前掲書注(64) 119頁以下、155頁以下参照。

(98) Rathenau, a.a.O. (Fn. 97), S.38. 西尾・前掲論文注(92) 龍谷大学経営学論集40巻2号139頁参照。ここでは西尾教授の訳にしたがって、「nationalwirtschaftlich」を「国家経済的」とした。もっとも、「国家経済的」よりも一般的な意味合いを強くもつ「国民経済的」とすることも考えられる (大隅・前掲書注(27) 382頁、正井・前掲書注(64) 119頁参照)。しかし、西尾教授はラーテナウが大企業を共同経済に編入するべきであると主張していることを考慮された上で、より限定的で国家的な意味合いが強調される「国家経済的」のほうがより適当であると考えられたものと推察される。

ているが、長期的には、ますます公的利益に奉仕するものとなってきた⁽⁹⁹⁾として、企業の社会性を強調し、大企業は株主の私的利益から保護されねばならないこと主張した⁽¹⁰⁰⁾。つまり、ラーテナウは、大企業化した株式会社が⁽¹⁰¹⁾、多くの国民に従業員として雇用することによって国民の大部分の家族を扶養し、また国の富の大部分を、さらには国家の存立にかかわるような重要産業を担っているという事実を捉えて、このような大会社は、もはや株主の私的利益の結合物などではなく、むしろ国家を支える1つの重要な要素にほかならず、大企業は国家全体の福祉に資するような社会性を帯びているとして、株式会社の構造変革⁽¹⁰²⁾を指摘し会社の公共性を説く⁽¹⁰⁴⁾⁽¹⁰⁵⁾。このラーテナウの所説が複数の法学者によ

(99) Rathenau, a. a. O. (Fn. 97), S. 38 ff. 西尾・前掲論文注(92) 龍谷大学経営学論集40巻2号139頁, 大隅・前掲書注(27) 382頁, 正井・前掲書注(64) 119頁参照。

(100) 西尾・前掲論文注(92) 龍谷大学経営学論集40巻2号139頁参照。

(101) Rathenau, a. a. O. (Fn. 97), S. 8 ff, 11 ff. 大隅・前掲書注(27) 337頁参照。

(102) Rathenau, a. a. O. (Fn. 97), S. 39 ff. 正井・前掲書注(64) 119頁参照。

(103) Rathenau, a. a. O. (Fn. 97), S. 41 ff. 正井・前掲書注(64) 120頁参照。
ラーテナウは、「ゲマインシャフトの福祉 (zum Wohle der Gemeinschaft)」としているが、ここでゲマインシャフトは「国家」を念頭においていると考えられる。

(104) このラーテナウの所説は、いわゆる「基礎の交替 (Substitution des Grundes)」という法原理 (Rathenau, a. a. O. (Fn. 97), S. 8; Oskar Netter, Zur aktienrechtlichen Theorie des “Unternehmens an sich”, in Festschrift Herrn Rechtsanwalt und Notar Justizrat, Dr. jur. h. c. Albert Pinner zym seinem 75. Geburtstag, Berlin, Leipzig, 1932, S. 550.) を出発点としている。「基礎の交替」とは、人間が設けたある制度が、その名前や本来的な有効性の個々の特質はそのままであるにもかかわらず、その制度の前提条件、ときにはその目的や内的本質までもが変わってしまっているという現象を意味している (Rathenau, a. a. O. (Fn. 97), S. 8; Netter, a. a. O., S. 550, 551.)。ラーテナウは、この「基礎の交替」を援用して株式会社の構造変革を指摘する。す

(106) (107)

って様々に整理されて法理論として展開された。なかでも、とくにラーテ

なわち、ラーテナウは、近代株式会社生成期においては個々に独立する経済単位として位置づけられていた株式会社が、時がたつにつれて、国民の多くを従業員として雇用することによって国民大部分の家族の生活を扶養するようになり、また国家の富の大部分を担い、さらには国家の重要産業を担うようになったという事実を株式会社の構造変革として捉え、このように飛躍的に大規模化した大会社は、生成期において考察されたような単なる株主の私的結合体から、国家を支える1つの重要な要素に転化したと考察するのである。そして、このような経済的ないし社会的な構造変革をこうむった株式会社は、国家を内容とするゲマインシャフト (Gemeinschaft) の利益に資するべきものであると説いている (Rathenau, a. a. O. (Fn. 97), S. 39 ff.)。

(105) なお、Laux 博士は、ラーテナウは、思想を説くばかりで、経済システムに関しては詳しく論じていないが、経済と会社 (Wirtschaftsgesellschaft) の国家との結合を指摘し、つまり自由放任主義という経済の自由主義的理解を破棄して、経済を一定の目的で形成する義務が国家にあることを説くものとして整理されている (Laux, a. a. O. (Fn. 93), S. 89.)。ラーテナウの経済観については、Walter Rathenau, Von kommenden Dingen, Berlin 1924.

(106) Netter, a. a. O. (Fn. 104), S. 545 ff., 554 ff.

(107) なお、Laux 博士は、「企業自体」の理論をめぐる、株主の純個人主義的利益の優越性が後退、ゲマインシャフトの観念の強調、そして脱個人主義的な考えの高まりを背景として争われた社会主義的統制を目論む脱民主主義 (Entdemokratisierung der Aktiengesellschaft) と株式民主主義 (Aktiendemokratie) の対立を指摘される。そして、結果としては構造変革にもかかわらず、私法上の資本金会社としての株式会社の性質は変わらなかったとされている (Laux, a. a. O. (Fn. 93), S. 140.)。すなわち、株式民主主義説は、フランスの1807年商法典 (Code de Commerce) を起源としており、これに多くドイツ諸邦 (deutsche Länder) が依拠していたこともあって、19世紀ドイツにおいて展開された伝統的な考え方であって、資本参加額による株主支配や株主平等こそが民主主義であるとする資本民主主義 (Demokratie des Kapitals) を謳うものである (Laux, a. a. O. (Fn. 93), S. 144 ff.)。そして、この立場は、会社の権限の経営者や特定の株主グループへの移行を説く「企業自体」の理論や構造変革の議論に対して、株主の所有

者としての権利を奪うものとして反対する。株式法の展開に対しては、とくに議決権株式(Stimmrechtsaktie 複数議決権株式)によって資本多数決原理を排除し、株式法上の独裁(Diktatur im Aktienrecht)が行われており、かかる経営者絶対主義(verwaltungsabsolutismus)は民主主義原理違反であるとして批判する。たとえば、民主主義説の代表である Nußbaum は、株式会社の構造変革の結果である株主総会による会社経営の崩壊の根源は、議決権株式の普及にあると指摘する(Arthur Nußbaum, Aktionär und Verwaltung, Berlin 1928, S. 1 ff.)。その他にも、資本に比例する議決権こそが株式法の基礎原理であって、議決権株式によってこそ株式会社の本質は、「企業支配の資本参加からの分離」、「株主共同管理の排除(Ausschaltung des Einzelaktionär aus der Mitverwaltung)」、「株主権の剥奪(Entrechtung der Aktionär)」(なお、補償なしの財産権収用も別途問題となる)といったように完全に変容したと考察する(Laux, a. a. O. (Fn. 93), S. 145 ff.)。以上のように議決権株式こそ諸悪の根源であり、これによってこそ株式会社の構造変革がもたらされたにすぎないとする民主主義説に対して、非民主主義説は、株式法における民主主義は本質的なものではなく、17世紀から元来的には専制的であった株式会社に、19世紀フランス法やドイツ法においてとくに強調された政治概念にすぎない「平等」の概念が誤って混入されたにすぎないと考察する(Laux, a. a. O. (Fn. 93), S. 147)。したがって、株式会社の構造変革を株式会社の実体の変容したものとして受け容れ、株式法も変容すべきことを説くに至る。そして、むしろ議決権株式を企業利益の保護、経営の安定化(Stabilisierung der Verwaltung)を図る目的で必要なものとして正当化し積極的に肯定する(Laux, a. a. O. (Fn. 93), S. 148 ff.)。さらに、非民主説は、株主が株主総会に出席して経営に参与する意思も能力もないことによって追認されると主張する(Laux, a. a. O. (Fn. 93), S. 149 ff.)。これに対して、民主説は、株主は原則として経営能力があるにもかかわらず、議決権株式等によってその能力を果たす場が奪われ、出席する意思が損なわれているにすぎないのであって、非民主説は原因と結果を逆転させて論じるものとして反論する(Laux, a. a. O. (Fn. 93), S. 149.)。以上のように、Laux 博士は、株式民主主義説と非民主主義説の学説の争いを整理される。このような学説の展開も「企業自体」の理論の研究において重要であることは認識しているが、本稿では近代株式会社生成期において確立した株主権の私益性が構造変革期において否定されていないこと検証すること(反証すること)を目的としており、また民主主義説については

ナウの所説を忠実に踏襲し法理論として確立させたのが、我が国における「企業自体」の理論が踏襲したとされるオスカー・ネッター (Oskar Netter)⁽¹⁰⁸⁾ である。すなわち、ラーテナウの所説は、フリッツ・ハウスマン (Fritz Hausmann)⁽¹⁰⁹⁾ によって批判されることによって初めて法律学上、取り扱われ、「企業自体」の理論という呼称も、この時に初めて姿を現すことになったのだが、このハウスマン批判に対して、ネッターは、ハウスマ

近代株式会社生成期における株主権の検討（拙稿・前掲注（3）法と政治 59巻1号185頁以下参照）に収斂されていることもあって、この反証のために、むしろ非民主主義説とされる学説を中心に検討している（なお、Laux博士の研究ではネッターが非民主主義説に分類されているが、必ずしもそうでもないことは下で論証する）。なお、当時の議決権株式（複数議決権株式）については、Hans Planitz, Die Stimmrechtsaktie: ein Beitrag zur reform des Aktienrechts, Leipzig 1922; Guenther Frank=Fahle, Die Stimmrechtsaktie, Berlin 1923. 前者は、議決権株に反対の立場の研究であり、後者は、賛成の立場の研究である。なお、議決権株式の比較的最近の研究（スイス）としては、Max Gerster, Stimmrechtsaktien, Zürich 1997.

(108) Netter, a.a.O. (Fn. 104), S. 545 ff., S. 573 ff.

(109) Fritz Haussmann, Vom Aktienwesen und vom Aktienrecht, Mannheim, Berlin, Leipzig 1932. ders., Die Aktiengesellschaft als “Unternehmen an sich”, in JW, 1927, S. 2953 ff; ders., Gesellschaftsinteresse und Interessenpolitik in der Aktiengesellschaft, in Bank Archiv, 1930, S. 57 ff., 1931, S. 86 ff; ders., Die Vertretung fremder Interessen in der Verwaltung der Aktiengesellschaft, ZBHR, 1931 S. 4 ff, S. 29 ff. ハウスマンの「企業自体」の理論については、大隅博士の詳細な研究がある。大隅健一郎「株式会社の基本観念に関するハウスマンの見解(1) (2・完)」法学論叢27巻4号563頁以下・5号763頁以下(1932年)、大隅健一郎「株式会社に於ける『企業自体』の思想(1)」法学論叢47巻4号475頁以下(1942年)参照。

(110) Oskar Netter, Zur aktienrechtlichen Theorie des “Unternehmens an sich”, Festschrift Herrn Rechtsanwalt und Notar Justizrat, Dr. jur. h. c. Albert Pinner zym seinem 75. Geburtstag, 1932, S. 545 ff. この点を指摘する我が国の文献として、大隅・前掲書注(27) 376頁、正井・前掲書注(64) 121頁注(6) 参照。なお、「企業自体」の概念が、ハウスマンの誤解から生じたことに

ンはラーテナウの諸説を必ずしも十分にラーテナウの所説を十分に消化しないまま批判しているとして、ラーテナウの立場から再批判する形で「企業自体」の理論を展開した。⁽¹¹¹⁾

この「企業自体」の理論は、会社や株主に加えて「企業」を独立の法益として承認しようとするものであり、「企業」に結合するステークホルダーの利益の保護を説くものとして一般的には捉えられている。そして、周知のとおり、この理論は提唱された当初ワイマール期から第2次世界大戦終了時まで、「経営者と大株主の会社支配」を徹底化し、少数株主・投機株主の影響を排除するための理論的根拠として用いられたため、とくに戦後ドイツ（西ドイツ）において、経営者保護のための口実であるとして批判された。また社会主義への架橋を企図するものであり私有財産制度に合致しないとの批判もなされた。⁽¹¹³⁾ もっとも、「企業自体」の理論は、第二次世界大戦後ドイツにおいて展開された「企業の利益（Unternehmensinteresse）」論に理論論的基礎を与え、「企業法」に代表されるような社会的利益を会社に取り込もうとする議論として展開されるなど、⁽¹¹⁴⁾ 「企業自体」の理論において示された社会的利益との関係から捉える株式会社観は、近時^{(115) (116) (117)}まで議論されてきた。

については、第二次世界大戦後にもルドルフ・ビートヘルター（Rudolf Wiet-hölter）によって再確認されたようである。正井・前掲書注(64) 155頁参照。

(111) Netter, a.a.O. (Fn. 104), S. 535 ff. ハウスマンは、ラーテナウの諸説が共同経済的色彩を帯びていることを主たる理由として批判しており、ネッターは、この共同経済や国家社会主義と結びつきがちであるラーテナウの所説を、経済実態の一般的な分析の観点から純化し、ラーテナウの諸説の核心部分が一般的にも妥当するとして再批判する。

(112) 西尾・前掲論文注(92) 龍谷大学経営学論集40巻2号139頁参照。

(113) 正井・前掲書注(64) 155頁以下参照。

(114) 正井・前掲書注(64) 117頁以下参照。

(115) 第二次世界大戦後ドイツ（西ドイツ）における「企業自体」の理論の

我が国の「企業自体」の理論は、とくにオスカー・ネッター (Oskar Netter) の所説をドイツでの「企業自体」の理論の典型と捉えて踏襲してきた。以下では、ネッターの説く「企業自体」の理論を中心に整理する。

1. ネッターの「企業自体」の理論——企業ゲマインシャフト理論——

ネッターは、ラーテナウ所説を「企業 (Unternehmen)」概念と「ゲマインシャフト (Gemeinschaft)」概念を用いて整理し、「株式法上の企業ゲマインシャフト理論 (Die aktienrechtliche Theorie der Unternehmensgemeinschaft)⁽¹¹⁸⁾」を提唱する。ネッターは、ラーテナウの所説の趣旨を、「企業」

展開と、その評価について、正井・前掲書注(64) 130頁以下、155頁以下参照。

(116) たとえば、1976年ドイツ(西ドイツ)に起こったグロッグラー (Glögler) 事件を契機として、イメンガ (Ulrich Immenga) 教授とゲスラー (Ernst Geßler) 教授によって展開された「契約コンツェルンにおける従属会社の存続保護 (Bestandsschutz der beherrschten Gesellschaft im Vertragskonzern)」をめぐる論争 (Ulrich Immenga, Bestandsschutz der beherrschten Gesellschaft im Vertragskonzern?, ZHR 140 (1976), 301ff.; Ernst Geßler, Bestandsschutz der beherrschten Gesellschaft im Vertragskonzern?, ZHR 140 (1976), 433ff.) は、「企業自体」の理論において示された社会的利益の保護を、中心的な課題として展開する典型である。この議論について、大阪市立大学法学部教授の高橋英治博士が論文を執筆されており、はばかりながら私も執筆者に加えていただいている。

(117) なお「企業自体」の理論を全くの過去のものとして取り扱う最近のスイスにおける研究として、Walter Schlupe, Vom “Unternehmen an sich” über “Corporate Governance” bis zum “Bond-Value” — so what?, FS Forstmoser, Zürich Basel Genf 2003, S. 227ff.

(118) Oskar Netter, Zur aktienrechtlichen Theorie des “Unternehmens an sich”, in: Festschrift Herrn Rechtsanwalt und Notar Justizrat, Dr. jur. h. c. Albert Pinner zym seinem 75. Geburtstag, Berlin, Leipzig, 1932, S. 507-612; ders., Probleme des lebenden Aktinrechts, Berlin, 1929; ders., Zur rechtlichen Struktur der Verwaltungsaktie, in Zentralblatt für Handelsrecht, 1930,

を独立の法益として承認し、もって企業の永続的維持と大企業の国家経済的意義のために、株式会社における多数派株主を、少数派株主の制御されない私的経済的な私益から保護しようとするものと整理し、⁽¹¹⁹⁾そして、①法律上、会社や株主に加えて「企業 (Unternehmen)」を独立の法益として承認すること、②株式会社の生活活動から一般的利益に対する関係を切断することができないこと、③株主の自己利益の追求が企業利益に劣後する

S.290-299; ders., Problem des lebenden Aktierechts, in: Zentralblatt für Handelsrecht, 1931, S.1-4, 37-41, 59-66; ders., Über Erwerb und Einziehung eigener Aktien nach der Aktien-Novelle, in: Zentralblatt für Handelsrecht, 1931, S.241-252; ders., Über den Einfluss des Widerstreits zwischen Konzerninteresse und Einzelinteresse auf die Rechtswirksamkeit von Generalversammlungsbeschlüssen, in: Juristische Wochenschrift, 1931, S.3030-3034. ネットターの「企業自体」の理論は、とくに1つめに挙げた論文である「株式法上の企業ゲマインシャフト理論」において提唱されている。もっともネットターは、これ以前に後者の著書「生ける株式法の問題」を著し、その基礎となる研究を公表している。ネットターの論文は確認した限りでは全部で17本あるが、ここでは本稿で参考したものだけを挙げている。なお、「企業ゲマインシャフト株式法理論」については、大隅博士による翻訳がある。大隅・前掲書注(27) 403頁以下, 424頁以下参照。ただし、大隅博士はネットターの理論を広く紹介しようとされ、ネットターの主張する公共性、それによる株主権の制約、そしてこれらと経済や株式会社の構造変革との関係が明確化されておらず、また、先に整理したように、ネットターの理論を会社の行動それ自体を規律する原理に収斂されているなど、必ずしも正確に捉えられているとは言えない。ここではもう一度原文に帰って整理する必要がある。また、これらネットターの諸文献のうち、上で挙げた2番目以下については、亀井教授の翻訳がある(ただし、全訳ではない)。亀井秀夫「独逸に於ける株式会社法改正立法上の基本観念としての企業自体」『山口高等商業学校改称三十周年記念論文集』(1935年10月) 404頁以下、同「ネットターに観る『株式法上の根本問題と企業自体』」山口商学雑誌6巻5号(1935年12月) 439頁以下参照。

(119) Rathenau, a.a.O. (Fn. 97), S.30 ff., 56 ff.; Netter, a.a.O. (Fn. 104), S. 552, 553.

ことの3点を中心として法理論を展開する。以下では、ネッターの所説を、構造変革（以下、(1)で論じる）、企業ゲマインシャフト理論（以下、(2)で論じる）、当該理論における株主権の制約（以下、(3)で論じる）の順に整理する。

(1) 株式会社の「構造変革」——自由放任主義の終焉——

ネッターは、「法生活の現実における株式会社」の『『法律』上の株式会社』からの乖離を明確化し、そこから「現行の『法』における新しい株式会社」の実体とそのような新しい株式会社の法原理を明らかにする。つまり、『『法律』が予定している株式会社』を近代的な考え方に立脚するものと捉え、「法生活の現実における株式会社」がこの近代的な株式会社からどのような構造変革（「株式会社の構造変革」）を遂げたのかを考察し、「現に妥当すべき『法』としての株式会社法理論」と、その「現代的な株式会社」の実体を明らかにしようとしている。

ネッターは、法生活 (Rechtsleben) の現実において諸利益が株式会社の形態で組合化 (Vergesellschaftung)⁽¹²⁰⁾ される場合に生ずるのは、諸財産価値

(120) Netter, aaO. (Fn. 104), S. 527. ここでは、「Vergesellschaftung」「組合化」と訳している。もっとも、たしかに大隅博士のように「会社化」と訳するのが通常の場合には適切であると考えられる。大隅・前掲書注(27) 405頁参照。ドイツにおいて株式会社は、「Aktiengesellschaft (株式組合)」とされており、あたかも組合 (Gesellschaft) の一形態であるかのような呼称が用いられている。これは19世紀ドイツにおいて近代株式会社が生成される過程で株式会社の営利性、そして株主の私益性を明確化するという意味において株式会社の法的性質を組合（ローマ法上の組合）と捉えられたからであって、株式会社の（現在の意味における）社团性を否定するものではない。拙稿・前掲注(3) 法と政治59巻1号242頁以下参照。現在のドイツにおいても株式会社は社团 (Verein) であると理解するのが通説となっている。なお、ドイツにおいては、株式会社という呼称に示される「組合」

物 (Vermögenswerten) の1つの共通目的 (ein gemeinschaftliche Zweck) への拘束であり、このなかでも株式会社の法的な本質的理解にとってとくに決定的な法的要素は、法律上独立する社員の複数性 (Mehrheit)⁽¹²¹⁾ と、それら社員が結合する「目的 (Zweck)」という単一性 (Einheit) であって、この拘束の集中度と強度から株式会社の本質が明らかとなると考察する。つまり、株式会社の本質を、一義的には、株主が株式の引受けによって共通の目的のために任意にささげた財産持分の拘束にのみ関係すると観るのである。⁽¹²²⁾ そして、この「株主の財産持分に対する拘束」の内容が、とくに第一次世界大戦中・戦後にみられる経済や社会の構造変革によって大幅に変容をこうむっており、ネッターは、この「株主の持分財産に対する拘束」の強弱をめぐる変容を「株式会社の構造変革」と捉えて、「構造変革」後の株式会社の本質を認識する際の出発点としている。ネッターは、この「株主の持分財産に対する拘束」の内容の現代の変容を2つの側面から確

は、私法上の人的結合 (広義の組合) を意味すると解するのが一般的となっている。拙稿・前掲注(3) 法と政治59巻1号248頁注(132) 参照。したがって、一般的には「会社」と訳するのが適切である。しかし、ネッターは、株式会社を (狭義の) 組合 (Gesellschaft) ないしソキエタース (Societas) と把握することを前提として企業ゲマインシャフト論を展開しているため (Netter, a.a.O.(Fn. 104), S. 535 ff.), ここでは「組合」と訳すべきであると考えられる。以下では、株式会社の組合的解釈が基礎となっている場合には「組合」と訳し、それ以外の場合には「会社」と訳している。

(121) Netter, a.a.O. (Fn. 104), S. 527. ここでは、「複数性」と訳している。もっとも大隅博士のように「多数 (性)」とすることも考えられる。しかし、ネッターは、ほんらい1つではないもの (Mehrheit) をどのように1つに結合するかを議論の対象としており、厳密な意味でギールケのように単一性 (Einheit) を多様なもの、多数のもの (Vielheit) と対峙させているわけではないものと考えられる。したがって、ここでは「複数性」と訳している。

(122) Netter, a.a.O. (Fn. 104), S. 527 ff.

認する。すなわち、それは、共通目的の側面（以下、①で整理する）と組合的拘束性（die gesellschaftliche Verbundenheit）の側面（以下、②で整理する）である。ネッターは、この共通目的の側面から株式会社法理論の一つの根本的な理解を導き出し、その理解を、株主の組合的結合の構造の側面から考察することによって、さらなる展開を試みている。

① 会社の共通目的の側面から認められる「株主の持分財産に対する拘束」
の変容⁽¹²³⁾

会社の共通目的の側面から認められる「株主の持分財産に対する拘束」の変容を論じる前提として、まず、ネッターは、戦中・戦後の経済の構造変革にもかかわらず、株式会社は依然として資本会社であることを確認する⁽¹²⁴⁾。株式会社が、なお近代株式会社が予定するように資本会社であるか否かについては、株主を債権者の一種にすぎないものに陥ったことを理由として、これを否定する見解も有力である。たしかに、實際上、株主の法的地位は債権者の地位に近接している。しかし、このような株主の地位の構造変革が、法の根本的原理における資本会社としての株式会社なる組織形態を変更する程度までの影響があるとは認められないとネッターは主張する。というのも、株主は、経済上なお「資本家（Kapitalist）」⁽¹²⁵⁾であってあくまで「資本」の拠出者にとどまっているからである。つまり、株主は自己に属する財産、またはその一部を、株式に投資することによってなお依然として資本を「使用」する（verwerten）⁽¹²⁶⁾と言い得るからである。そして、このように株式会社をなお依然として資本会社であると認めること

(123) Netter, a. a. O. (Fn. 104), S. 528 ff.

(124) Netter, a. a. O. (Fn. 104), S. 528 ff.

(125) Netter, a. a. O. (Fn. 104), S. 529.

(126) Netter, a. a. O. (Fn. 104), S. 529.

については、戦間期当時の法改正をめぐる一連の研究において一致していたようである。⁽¹²⁷⁾ もっとも、株式会社が資本公司であることを否定する見解もあるが、それは借入れによる資金調達（たとえば債券発行の様式での資金調達など）に着眼するものであるが、しかし借入れによる資金調達は、経済上も、法律上も、他の企業形態に対して株式会社にのみ固有であるわけではないのであるから、この批判は当たらないとネッターは退けている。株式会社の普及と株式会社に集まる資本が、経済的に考察した場合に最も重要な意義を有するものであり、かつ、株式会社は、必要な資本を株式の引受けの方法で引入れることによって会社の目的を達成しようとする1つの会社形態であり、経済上も法律上も、なお資本公司にとどまっているとネッターは確認している。ここで資本公司とは、その会社の構成員が資本の拠出者であり、それら構成員が経済上「資本家」と考察されるもののことを意味している。そして、近代において考察される資本家は、当該「物」、つまり株式会社の場合には株式である会社の持分財産に対して有する「使用」の権限を株主総会における議決権として自由に行使することが許されてきた。しかし、ネッターはこの資本家的権能である「使用」権能を、自己の財産を株式の投資するの否か（株式に出資するのか、もしくは株式以外の不動産、国債などの他の投資対象物に出資するのか）、またはどの会社の株式に出資するの否かといった出資段階での自由に限定して捉えている。この意味においてネッター立論の前提としている資本公司性は、近代的意味におけるそれよりも限定されていることに注意しなければならない。

このように株式会社が限定的意味においてであるにせよ資本公司であることが確認された。そして、株式会社が資本公司とするのならば、このこ

(127) Netter, a. a. O. (Fn. 104), S. 528.

とが意味するのは、株式会社が、資本主義によって形成された経済システムの遂行のために、資本主義が用いる会社の組織形態の1つであるということである⁽¹²⁸⁾として、ネッターは株式会社が資本主義という経済システムに呼応する関係にあることを導き出す。このように株式会社が資本主義経済システムに資するものであることは、株式会社という法形態が初期資本主義時代から戦間期にみられる形態に至るまで、とくにドイツの産業発展のために、その産業の展開によって追求され、また実現される経済的課題にとって好ましい法形態として寄与してきたという事実と合致する。しかし、戦中・戦後において、この株式会社について2つの根本的変更とそれによる内部関係の変容が認められるとしてネッターは「株式会社の構造変革」を指摘する⁽¹²⁹⁾。すなわち、それは、経済の集中化によって近代株式会社が予定していた個々の株式会社の独立性が大幅に解消されたことである。そしてネッターは、これら独立性が解消された会社が、広範にコンツェルンへ編入され、企業結合 (Verflechtung)、あるいは多重構造 (Verschachtelung)⁽¹³⁰⁾によって、戦間期当時の現行法である1884年第二株式改正法の立法者が予定したであろう株式会社とは法的に異なるものになったとしている。この株式会社の独立性の解消・結合企業化と、それによって同時に生じた株主構成の変容によって、株式会社の規律する法律の個々の規定のほとんど全部が、また経済的内容において、そしてその法的な効果において本質的に影響を受けたとネッターは指摘する。このような個々の株式会社の独立性の解消とコンツェルン形成、そしてこの結果生じた法律上の株式法の個々

(128) Netter, a. a. O. (Fn. 104), S. 529.

(129) Netter, a. a. O. (Fn. 104), S. 530.

(130) 当時、株式会社の規律していた法律は1897年商法典であるが、それは原則として1884年第2株式改正法（普通ドイツ商法典）を法典化したにとどまる。

の規定の現実的な価値の変更は、「株式会社の構造変革」の明白かつ重大な兆候であるとしている。ただし、ネッターは、この株式会社は資本主義に呼応するものであるから、株式会社の構造変革は、資本主義の構造変革に対応して生じたものであるとして、会社の構造変革を捉えるためには、資本主義がどのような構造変革をこうむったのかという把握の必要性を指摘する。つまり、株式会社が資本金会社であって、資本主義経済システムに資するための一形態であるのであるから、これら株式会社に認められる構造変革は、その背後にある資本主義の構造変革の発現の1つにすぎないのであって、この株式会社の構造変革を把握するためには、その背景にある資本主義システムそれ自体の構造変革を捉える必要があるのである⁽¹³¹⁾。このことは、以下でも確認するように、当時の現行法がその制定当時の資本主義の形態の影響を受けているのと同様に、現にあるべき株式会社の法的構造もまた現にある資本主義の影響を決定的に受けなければならないこととなることから根拠付けられる。もっとも、法ドグマの立場からは、株式会社が資本主義にとって特段に貢献する会社形態であるとしても、資本主義制度の形成形態の変更が株式会社の構造に決定的に影響を及ぼさなければならないということは必ずしも必然ではないという批判も考えられる。しかし、もし経済上の形成形態の変更が当該経済領域の法制度(Rechtsinstitute)に対して必然的には影響するはずがないとするのならば、法的安定性によってもたらされる法規範の硬性への配慮はまったくなし得ないことになってしまうし、またそのようなことは許されないことになってしまうのであるから、このような批判は妥当しないとして、この点については、ネッターは法ドグマ的方法論を否定している⁽¹³²⁾。

(131) Netter, a. a. O. (Fn. 104), S. 530.

(132) Netter, a. a. O. (Fn. 104), S. 530 ff.

このようにネッターは株式会社が資本会社であることから、株式会社が資本主義に呼応するものであることを導き出した。とするならば、「株式会社の構造変革」は、「資本主義の構造変革」と密接に関連することとなる。そこで、ネッターは構造変革後の株式会社の実体に迫るために、資本主義がどのような変容をこうむったのかを明らかにする。この前提としてネッターは、当時の現行法が制定された当時の資本主義の態様を確認し、それがどのような変容を遂げ、現にある資本主義の態様がどのようなものなのかを、株式会社の本質的側面に⁽¹³³⁾したがって考察する。

まずネッターは、当時の現行の法律である1897年商法典（HGB）は、競争原理が絶対視される自由放任主義の産物であるとする。⁽¹³⁴⁾株式会社に關する法律の規定は、19世紀晩期に成立した他のすべての民事立法と同様に、自由主義的経済理論の影響を一定程度受けており、したがって個人主義の原理に立脚している。当時においては、営業の自由、自由取引、移転の自由による経済的制約の全部排除、そしてとくに株式会社については認可制度の廃止による経済的制約の全部排除によって生じる技術的、ないし経済的な諸課題が、すべての経済の担い手の自由な活動によって解決されるべきであると考えられ、需要と供給の市場原理によってのみ規律される競争原理を通じて、重商主義的経済政策が念頭においている経済の生産性の可能な限り最高の展開が保障されると信じられていたのである。もっとも、株式法の領域については、とくに会社乱立時代の経験から確立した不健全な設立から債権者と株主を保護するという考慮も加えられている。すなわち、「法律における株式会社」の経済的ないし法的な構造が生まれた背景には、このような個々の独立する経済主体が自由に活動することを前

(133) Netter, a. a. O. (Fn. 104), S. 531 ff.

(134) Netter, a. a. O. (Fn. 104), S. 531 ff.

提とし、これらが純粋な競争原理を通じて、全体として経済の生産性の最大化が図られると信じる自由放任主義がある。そして、このような株式会社の起源が法律における株式法規定のすべての性質を表している。このようにネッターは、当時の現行法、そしてそれが予定する株式会社像は、自由放任主義に対応するものであることを明らかにする。

次にネッターは、このように当時の現行法が制定当時の自由放任主義の影響を受けているのと同様に、「構造変革」後の株式会社の法的構造もまた「構造変革」をこうむった資本主義制度の態様の影響を決定的に受けなければならないこととなると捉え、「構造変革」後の資本主義の態様に言及する。しかし、ネッターは構造変革後の資本主義を、ケインズが指摘するように、自由放任主義 (Laissez-Faire) から脱却したものと捉えることを出発点としているものの⁽¹³⁵⁾、目下のところ時代の過渡期にあり、将来的な資本主義の行方については、いまだ確定し得ないし、また確定することは法律学上の議論にとって必要ないとして、当時さかんに議論された脱自由放任主義的資本主義の将来については明言を意識的に控えている⁽¹³⁶⁾。そして、資本主義の将来という問題に対していかなる立場に立つにしても、少なくとも「構造変革」後の資本主義制度が初期資本主義とは本質的に異なる原動力によって定められているという事実を誤認することはできないとして、資本主義の構造変革を、株式法と同様に自由放任主義的な資本主義を前提として確立した近代法的な所有権概念の現代の変容を考察することを通じて把握しようとする⁽¹³⁷⁾。つまりネッターは、所有の一形態である株式の現代

(135) Keynes, Das Ende des Laissez-Faire: Ideen zur Verbindung von Privat und Gemeinwirtschaft, Munchen und Leipzig 1926; Netter, Probleme des lebenden Aktienrechts, Berlin 1929, S.33.

(136) Netter, Probleme des lebenden Aktienrechts, Berlin 1929, S.30 ff. ネッターは資本主義のゆくえをめぐる戦間期当時の盛んな議論について言及している。

的変容を、ワイマール共和国憲法に示された所有概念の変容を通じて把握し、この限度において資本主義の構造変革を捉えようとする。すなわち、「構造変革」後の原動力とは、所有者の所有(権)に対する自由な処分が、多くの拘束によって制約されることである。ここで資本は経済上も法律上も所有形態の一つにすぎないのであるから、したがって資本所有者の資本所有権の自由な処分もまた、多くの拘束によって制約されることとなる。ネッターは、近代法によって強調された所有(権)の絶対性はもはや失われており、そしてこのことは「所有権は義務をとまう。所有権の行使は、公共の利益(福祉)に資するべきである。」と規定するワイマール共和国憲法153条3項においてすでに明確化されているとする。そしてネッターは、脱自由放任主義的資本主義下において、所有権は、本質的に、企業の地位をますます全体の受託者の地位として形成するに資するような、私的な処分の自由に対する制約を必然的にともなうこととなったと捉えている。資本家の利益欲求は全体経済の生産性にとっていかに本質的であると認められようとも、また企業の収益性が経済の存立にとっていかに必要と認められるようとも、これら利益欲求や収益性は、もはや経済活動にとって唯一の決定的要素とは認められないず、むしろ資本家の利益欲求や企業の収益性に加えて、全体の利益としての国民経済的利益がおのずから私的経済のイニシアティブに対する決定的な共同決定権を要求するとしている。このようにネッターは、国民経済的利益といった一般的な利益が所有(権)を制約することとなったと捉え、したがって所有(権)の一つである資本それ自体が国民経済的利益による制約をこうむると把握している。そしてネッターは、このように国民経済的利益が資本に対して共同決定権を有す

(137) Netter, Zur aktienrechtlichen Theorie des “Unternehmens an sich”, S. 532 ff.

ることとなるのは、コンツェルンやトラストといった結合企業やその他の大企業にのみ妥当することではないとしている。⁽¹³⁸⁾ このことから、たしかにネッターは冒頭で株式会社の「構造変革」を個々の株式会社の独立性の解消・企業集中として指摘していたが、しかしネッターはこの事実を用いて法律が制定当時に予定していたのとは異なった法律効果がもたらされ矛盾が生じていることを指摘しているにとどまるのであって、この事実から直接に「構造変革」後の株式会社像を捉えているわけではないと考えられる。むしろ、このような制約が大企業だけでなく企業一般に妥当するとしても考えると、「資本の公共の福祉による制約」それ自体を「資本主義の構造変革」として捉えているものと考えられる。

そして、ネッターは、このようなワイマル憲法をはじめとして様々な個別立法や様々な法領域において考察される「所有(権)の制約」を内容とする資本主義の構造変革に対応して、「株主権の制約」⁽¹³⁹⁾を内容とする株式会社の構造変革を導き出す。自由放任主義において絶対性を有していた資本家の決定の自由は、資本家が株式会社への参加によって共通目的 (ein gemeinschaftliche Zweck) のために、つまり企業の個別目的 (Gegenstand) のために、自らの資本所有権の一部をささげるのか否か、またどの程度ささげるのかということをめぐる決定に、原則として存するにすぎないものへと変容した。このような決定は依然として資本家の自由である。しかし、資本家がいったんこの決定をなし、新たな経済計画が株式会社によって成立し、または既存の経済計画が資本増加によって拡大された場合には、もはやこの新たな計画はもっぱら私的所有者の要請に、つまり資本家の要

(138) Netter, a.a.O. (Fn. 137), S.533ff. ネッターは、すべての企業に対して一般的利益による共同決定権が認められるようになったことが、個別立法中に示されていることと指摘する。

(139) Netter, a.a.O. (Fn. 137), S.534ff.

請にのみ従うのではなく、大幅にそれ自身の法則に従うこととなる。新たな経済目的は、その計画の実行過程においては、もはやもっぱら株主の私的利益によってだけでなく、全体の経済的利益によっても広範に定められる。すなわち、脱自由放任主義的資本主義において、営業組織としての資本主義的企業は、「営業の独立 (die Verselbständigung des Geschäfts)」が明確に示されているのである。この営業の独立とは、独立の経済有機体⁽¹⁴⁰⁾ (Wirtschaftsorganismus) を人間よりも高次に押上げることであり、一つの経済において並存し、あるいは後から迫り来るすべての事業事象を、個々の経済活動の担い手として現われ、かつ個人の生存よりはるかに長期間存続する独自の生存に導く、一つの概念的単位に統合することを意味している。資本主義的企業において、つまり個々の営業の純粹概念としての営業において、経済関係はすべての個人的なものから切斷される。すなわち、自己の生存に目覚めるのである。個々の経済活動はもはや特定の者ではなく、純粹な経済的精神によって実現される抽象概念、いわば全体それ自体に結びけられる。すなわち、財産関係は、没個性化され、客観化されるのである。

以上のように、ネッターは、「営業の客観化」を株式会社の構造変革として捉え、これを「所有の絶対性の喪失」に典型的に示された「自由放任主義の終焉」という資本主義の構造変革に対応するものであるとしている。「構造変革」後の資本主義の下では、所有(権)には制約がともなう。このことをネッターは株式会社に当てはめ、個々の会社に出資するか否かについては依然として株主の自由であるが、しかしいったん出資した後は、株式⁽¹⁴¹⁾という財産持分の「使用」については、もはや株主の専決事項ではな

(140) Netter, a. a. O. (Fn. 137), S.534.

(141) たしかにネッターの所説においては会社の利益配当政策をめぐる決定についても株主の専決事項ではないと捉えられると考えられるから、所有

く、企業の客観化によって、企業目的、つまり株式会社の共通目的を通じて、国民経済的利益に制約されると説くのである。株主権の側面からみれば、営業の客観化によって、国民経済的利益といった一般的利益が会社の決定をめぐる共同決定権を取得するに至り、近代株式会社において絶対性を有していた株主権は制約されるに至ったといえる。自由放任主義下においてもっぱら株主によってなされていた会社をめぐる決定が、自由放任主義の脱却に対応して、独立化した「営業」、すなわち「企業」へ移行した。株主の利益は、国民経済的利益とともに「企業」に体现される利益のうちの1つにすぎないものへと変容したのである。

② 会社の組分的結合の側面から認められる「株主の持分財産に対する拘束」⁽¹⁴²⁾の変容

上では、ネッターの指摘する「株主の持分財産に対する拘束」の変容うち、会社の共通目的の側面から一般的利益によって株主権が制約されることとなったという変容を整理した。つまり、「自由放任主義からの脱却」という資本主義の構造変革に対応して、株主権は国民経済的利益によって制約されるという株式会社の構造変革が生じたことが指摘されている。このことは、株主の利益が国民経済的利益とともに「企業」に体现される1つの利益にすぎないものとなり、株主権は国民経済的利益とともに会社の決定をめぐって有する共同決定権の1つに陥ったことを意味している。ネ

権能のうち「使用」だけでなく、「収益」権能もまた制約されているとも言い得よう。しかし、ネッターのいうところの資本主義の変容によっては、「収益」権能そのものが直接的に制約されているのではなく、一義的には、どの程度の配当をなすかをめぐる「使用」権能の制約をしていると評価されよう。この限りにおいてネッターは、「使用」権能の制約と表現しているものと考えられる。

(142) Netter, a. a. O. (Fn. 137), S. 535 ff.

ッターは、これに加えて、株式会社の組合的結合の側面からもまた株主の持分財産に対する現代の変容を指摘する。

ネッターは、脱自由放任主義という資本主義の構造変革に対応する株式会社の構造変革として、「営業の客観化」に加えて、株主権の個人的利益のための濫用的行使の制約を挙げている。⁽¹⁴³⁾近代株式会社においては、特定の株主、ないし多数派株主や少数派株主といった特定の株主群が自由に私的利益を主張することが認められてきた。しかし、第一次世界大戦中・戦後は判例および学説ともに、株主権の個人的利益の濫用的な行使については「株主全体の利益 (Gesamtinteresse der Aktionäre)」に鑑みて制約する必要があるとする傾向にある。ネッターはこのような「株主全体の利益に対する株主の個人的利益の制約」を「株式会社の構造変革」として捉え、その根拠を株式会社の組合的結合の構造の側面から認められる「株主の財産持分に対する拘束」の変容に求めている。ネッターは、株式会社の法的性質を組合（ローマ法上の組合であるソキエタース）であるという理解を前提として、株主に対する組合法上の拘束である「誠実義務」に「個人的利益の制約」の根拠を求めるのである。⁽¹⁴⁴⁾そしてネッターは、このような株主の個人的利益と株主全体の利益との対立を、株主の個人的利益と「企業」の利益との対立と捉えている。それは、上で見たように、ネッターによれば、株主の利益は、「営業の客観化」によって国民経済的利益とともに「企業」において体现されるものとして捉えられるからである。とするならば、「企業」利益に対する株主の個人的利益の制限は組合法的拘束によって導き出されるのであろうか。組合法上においては、本来的には構成員間の法律関係しか予定されていないため、問題となる。そこでネッターは、

(143) Netter, a. a. O. (Fn. 137), S. 537 ff.

(144) Netter, a. a. O. (Fn. 137), S. 536 ff.

まず株式会社の有する組合的結合の性質を明らかにし、そのような結合関係において組合法上の誠実義務が株主・企業間の法律関係にも妥当することを論証することからはじめる。

ネッターは株式会社における株主の結合構造は当時の法律上の規定からだけでは明らかにならないとする。⁽¹⁴⁵⁾ 当時の現行法である1897年商法典の株式会社 (Aktienverein) は、ローマ法上の組合であるソキエタース (Societas) の諸原理に依拠している。したがって、株式会社という法形態を社團法的規範に服せしめるにせよ、あるいはそれを独自の組合的結合とみなすにせよ、法律上の規定には、全体的にも個別的にも、株主相互間の法律関係、ないし株主の企業に対する法律関係をめぐって原則的な結論を導き出し、そこからこの株主の拘束の性質を導き出すことができる明確な端緒を欠いているのである。たしかに、商法典はその第178条で株主の有限責任性を⁽¹⁴⁶⁾ 謳い、株式会社の組織形態を法的に特徴付ける若干のメルクマールを示すという意味においては、株式会社の法律上の特徴から結論を導き出していると言える。また株式会社に関する法律の政府改正草案の1条も、「株式会社の概念」の題目の下にこの有限責任性を示す法規定を再度ならべてはいる。しかし、このことからさらなる多くのものが導かれるわけではない。ネッターは、概念において推定的に理解されるような法形態の本質について何ら決定的なことを定めず、ただ単にメルクマールだけを定める法律上の概念形成が問題となると指摘する。もともと株式会社にに関する政府草案第39条の明示規定は、「株式会社は法人とする」と規定し

(145) Netter, a. a. O. (Fn. 137), S. 535 ff.

(146) 1897年商法典第178条は、「株式会社の社員はすべて、株式に分解される会社の資本金に参加するが、会社の債務について個人的に責任を負わない (Die sämtlichen Gesellschafter der Aktiengesellschaft sind mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital der Gesellschaft beteiligt, ohne persönlich für deren Verbindlichkeiten zu haften)」と規定する。

ており、これが株式会社の本質を定めているとする見解もある。しかし、法人概念は株式会社の内部構造の明確化を導くものではない。しかも法人の法律概念もまた、論理的にはむしろ作業概念という性質を有しており、つまり法律上の取り扱いという目的に資し、またこれを軽減するのに役立つ概念という性質をもっているにすぎないのであって、認識概念という性質、つまり対象の本質を把握し、その対象の本質的、論理的内容を理解しようとする概念という性質をもっているわけではない。すなわち、ネッターは、法人という法的擬制を用いて、株式会社の性質をめぐる法的基礎を、権利・義務の独立した主体であると構成しても、その法人の本質部分を形成する社員の結合の性質についてはなんらの結論も得られないと指摘する。そこで、ネッターは、株主相互間の法律関係、ないし株主の企業に対する法律関係をめぐる原則と、株主の拘束の性質を導き出すことができる出発点を示すものとして、オットー・フォン・ギールケ (Friedrich Otto von Gierke) が主唱する「ゲノッセンシャフト理論 (Die Genossenschaftstheorie)」⁽¹⁴⁷⁾を踏襲して、株式会社の法的本質をゲノッセンシャフトであると捉える。このギールケのゲノッセンシャフト理論においては、ローマ法上のソキエタースをドイツ法的に捉え直すことによって、その特別の種類や法形態にかかわらず、ソキエタースにも団体的な本質的要素が含まれていることが明らかとされている⁽¹⁴⁸⁾。したがって、ネッターは、ソキエタースの1つである

(147) Netter, a.a.O. (Fn. 137), S.536 ff.

(148) Netter, a.a.O. (Fn. 137), S.536. ネッターは、団体的要素が「ソキエタース一般」に認められるとしている。この点、大隅博士は、(ギールケが)ドイツ法的解釈によって団体的要素を「法人一般」に認めようとしているとされている(大隅・前掲書注(27) 408頁参照)。しかし、ギールケのゲノッセンシャフト理論では、団体 (Verband) は、ローマ法上ソキエタース (ローマ法上の組合) とウーニヴェルシタース (ローマ法上の社団) に区別されるが、ドイツ法上の団体はこれら厳格な区別は必ずしも妥当せず、

株式会社にも団体的要素 (verbandsmäßige Elemente) が認められるとする。そして、この団体的要素は、団体の構成員である組合員 (gesellschafter) がその組合員相互の関係において負う組合法的拘束 (gesellschaftsrechtliche Verpflichtung) においてのみ作用するものではない。この団体的要素は、むしろ本質的に個々の組合員の団体人 (Verbandsperson) たる組合に対する法律関係においてもまた関係するものであるとされるのである。したがって、ネッターは、株式会社において、株主相互間の法律関係においてだけでなく、株主・会社ないし企業間の法律関係においても組合法的義務 (誠実義務) が認められることとなる。

このようなギールケによって唱えられた構成員の団体人に対する法律関係の下に、つまり株主が企業に対する関係においても組合法的拘束を受け

組合にも社団にも団体的要素が含まれるとされている。また、ギールケは有機体に法人性を認める法人有機体説を唱えおり、ギールケがソキエタースだからといって必ずしも法人性を認めているわけでもない。したがって、ここでネッターは「法人一般」ではなく、ソキエタース一般に団体的要素を認めていると考えられる (事実ネッターは、「daß ... in der Societas, ... wesentliche verbandsmäßige Elemente enthalten sind.」としている)。この大隅博士の誤解は、企業自体の理論を、会社の公共性によって会社の行動そのものが規律されるべきことを謳うものと把握されることにつながっている。大隅博士は、ネッターが法人概念は作業概念にすぎないことを批判しているとされ、このことを踏襲すると宣言されたうえで、株式会社を、会社を中心としてではなく、企業を中心として捉えるべきことを主張される (大隅・前掲書注(40) 307頁参照)。しかし、ネッターが法人概念を批判しているのは、株主の拘束の性質を明らかにするための拠り所とならないという意味においてであって、企業を認める意義を認識概念にもとめているわけではない。むしろネッターは、本文でみるように会社の組法的性質から株主の拘束の性質をめぐる認識概念を導き出そうとしており、株式会社の会社性に着目している。このような大隅博士のネッターに対する誤解は、ネッターの踏襲するギールケの団体理解に対する誤解も影響しているものと考えられる。

るという法律関係の下に、上述のような自由放任主義の終焉という資本主義の構造変革に対応する経済展開によって生じた、株主の財産持分に対する拘束の性質の変革を考慮せねばならないことをネッターは指摘する。⁽¹⁴⁹⁾ ギールケのゲノッセンシャフト理論では、ドイツ法上の団体に認められる団体的要素をめぐって、ドイツの団体概念はローマ法上の組合であるソキエタースに対応する「ゲゼルシャフト (Gesellschaft)」と、ローマ法上の社團であるウーニヴェルシタース (universitas) に対応する「フェライン (Verein)」を厳格に区別できるものではなく、両者は弾力的に把握せねばならないものであって、時代とともに変容するものであることが説かれて⁽¹⁵⁰⁾いる。このギールケの所説を踏襲して、ネッターは、とくに第一次世界大

(149) Netter, a.a.O. (Fn. 137), S. 537 ff.

(150) Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, S. 469, S. 474, S. 479 ff., und S. 481. ギールケは、ゲノッセンシャフト理論を唱え、実生活と法の乖離を指摘し、そもそもローマ法概念だけではドイツにおける実生活を処理しきれないことを指摘する。この立場によれば、株式会社は、ローマ法上のソキエタース (societas) でもなくば、ウーニヴェルシタース (universitas) でもない。またこれらソキエタースやウーニヴェルシタースが、ドイツの特殊性によって修正を受けた社團 (Körporation) でもなくば、組合 (Gesellschaft) でもない。それは、ゲノッセンシャフト (Genossenschaft) にほかならないと主張し、ギールケはドイツ的な団体概念について以下のように説明する。まず、ギールケは、ユリスティッシェ・ペアゾン (juristische Person 法人) という概念 (これを意味する他の表現も存するが、ギールケはこれらに相違はないとする) 自体は無意味なものであって問題とならず (Gierke, S. 469)、これには団体人 (Verbandperson) という概念で足りるとする。そして、この団体人 (Verbandperson) は、社團 (Körperschaft) と Anstalt に分類されるとする。Gierke, S. 474. もっとも、現在のドイツでは、Verband という概念は、人的結合 (Personnenvereinigung) をその目的にしたがって Verband と Unternehmen に区別する際にも用いられる。Kübler, aaO., S. 20, 32 ff. もちろん、ここではその意味ではない。

そのうえで、ローマ的概念とドイツの概念の相違につき以下のように説明する。当時のドイツにおける社団 (Körperschaft) は、たしかに対外的概念についてはウーニヴェルシタース (universitas) のそれと同一である。つまり、社団はウーニヴェルシタースと同様に、対外的には、各個の構成員の総体とは区別された、全体としての1個の人としてあらわれるのである。しかし、その内部の本質はウーニヴェルシタースのそれとは全く異なっているのである。ウーニヴェルシタースの場合には、その内部関係において、ウーニヴェルシタースは構成員に対して、閉じられた一個の主体として人工的個体の効果をもってあらわれるものであって、したがって人工人と自然人の関係は他人間における関係、つまり非結合の個体間における法律関係と同じであるにすぎないのである。すなわち、ウーニヴェルシタースの場合には、一方ではゲマインシャフト (Gemeinschaft) 関係全体は擬人化されたウーニヴェルシタースのアインハイツ・レヒテ (Einheitsrechte) に集約され、他方では、各個の構成員のフィールハイト・レヒテ (Vielheitsrechte) は完全に個体の外に置かれてしまうこととなるのである。したがって、ウーニヴェルシタースという概念は、コムニオ (communio) やソキエタースの原理にしたがって法的統一性を有さず、すべてのゲマインシャフト (Gemeinschaft) 的要素が各個の個人領域に解消され、常に複数人の下に存するゲマインシャフト (Gemeinschaft) という概念とは対立関係に立つのである。このようなウーニヴェルシタースとは異なって、ドイツ的のものである社団 (Körperschaft) は、実在的な総合人 (Gesamtperson) としてのゲマインヴェーゼン (Gemeinwesen) であって、結合する各個の人によって支えられ、結合する各個の人に属するものである。ドイツ的である社団の内部関係においては、総合人 (Gesamtperson) と個人との関係は近接し、相互に影響を与え合うものであって、当該社団関係にない場合には生ずることのないような身分関係につつまれているのである。すなわち、社団の場合には、ゲマインシャフト (Gemeinschaft) 関係は、全体のアインハイツ・レヒテ (Einheitsrechte) により完全に集約されることは必然ではなく、むしろ構成員の結合されたフィールハイト・レヒテ (Vielheitsrechte) においても同時に生ずるものなのである。したがって、アインハイツ・レヒテ (Einheitsrechte) の犠牲によるアインハイツ・レヒテ (Vielheitsrechte) の広範な展開は、ドイツ的である社団が、構成員間で締結されるゲマインシャフト (Gemeinschaft) や組合 (Gesellschaft) に近接することを可能とするのである。またこれと同時にドイツのゲマインシ

ヤフト (Gemeinschaft) や組合の側も、各個人の個人領域の犠牲によって人的結合を展開することを可能とするゲザムトハント (Gesamthand) の原理によって、ドイツ的である社団に近接し得るのである。すなわち、ローマ法におけるゲマインハイト (Gemeinheit) とゲマインシャフト (Gemeinschaft) の間の隔たりは、ドイツ法においてはこのような中間構造の充実によりふさぐことが可能なのである。 Gierke, S. 479.

なお、このようにウーニヴェルシタースとソキエタースといった対立構造をもって処理するローマ的理解によっては多彩なゲルマン的人的結合を説明し尽くすことができないとする見解に対して、ローマ的な基礎的概念に立脚しつつも、ウーニヴェルシタースやソキエタースに関するローマ法上の原則に近代的修正、ないしドイツの修正を認めることによって克服しようとし、したがって社団 (Körperschaft) とゲマインシャフト (Gemeinschaft) という対立構造によって処理しようとする見解がある。こちらが当時の支配的見解であるとされている。しかし、この見解はギールケやベゼラー (Beseler) ら歴史法学的立場から批判されるのである。すなわち、ローマ的理論は、ローマ法が予定していないドイツ法上のものをローマ法のカテゴリーに押しこめんと強制するものである。さらに、ローマ法上の概念を、ローマ法を単純に解釈し直すことでドイツ的法制度に適用させていた時代に比べてより純粹かつ厳格に解するようになって以来、法理論と実生活に乖離が見られるようになった。通説によれば、ローマ法の内容を根底から覆すこととなり、ひいては我々の生活における法律関係を不当に把握することとなり、これを支持することはできないと批判されるのである。ベゼラーやギールケらは、このような矛盾をゲルマン的・ドイツの概念である、ゲノッセンシャフト理論 (Genossenschaftstheorie) によって克服しようとする。すなわち、このような基礎的構成に、構成員の固有権を伴う社団 (Körperschaft) と、人的統一を伴うゲマインシャフト (Gemeinschaft) の双方を包含するゲノッセンシャフト (Genossenschaft) という中間概念を認めることにより、この亀裂を埋めようとするものである。なお、ギールケの説く脱ローマ法的・ドイツ的な団体概念の捉え方については、拙稿「19世紀ドイツにおける社員権論の生成と展開——社員権論の歴史性と現代的意義——」270頁以下注(158)参照。

なお、ゲノッセンシャフト理論の創設者は、ベゼラーである。Gierke, S. 481. ベゼラー (Beseler) も、株式会社を組合 (Gesellschaft) と法人の中間に位置する不確定なゲノッセンシャフト (Genossenschaft) であると

戦中・戦後の判例・学説において頻発した株主の個人的利益の株主全体の利益に対する制約という株主権の拘束の内容の変容を、ゲノッセンシャフト的に理解された株主の企業に対する組合法的拘束の強化とパラレルの関係に捉えるのである。この組合法的拘束の強化の流れとして考察される株主の拘束の内容の変容は、判例と学説において明確に示されてきたとネッターは指摘する。判例は、かつて個々の株主が私的利益を自由に主張することが許されるとみなしていた。しかし、戦中ないし戦後から、私的利益の濫用的な行使については株主全体の利益に鑑みて制約する必要があるという理解がますます、そしてより強く受け容れられている。すなわち、この株主全体の利益に鑑みた株主の私的利益の制約が、以前にも増して強く認められ、またこの制約が株主の私的利益の活動の余地を、以前よりもいっそう徹底して制約したことが認められる。⁽¹⁵¹⁾ また判例だけでなく、当時の

捉え、会社財産はコルポラチオン (corporation) それ自体に帰属するが、株主はコルポラチオンの財産の割合的所有者であるとする。Georg Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, 1843, S.158ff., und S.187ff. なお、ベゼラーは株式会社を「Actienverein」表記している。ベゼラーは、ドイツ法上の「フェライン (Verein)」は、ローマ法上のソキエタースに該当する概念であると捉えている。Georg Beseler, *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, 3. Aufl., Bd.1, 1873, S.250. とするならば、ベゼラーは、会社をコルポラチオンとしたり、ソキエタースとしたり一貫していないようにおもわれる。このことは、ゲノッセンシャフトが組合と法人の間を行き来する不確定なものであることをあらわしているのであろうか。そして、ベゼラーは、後にこのような表現を若干和らげている。つまりベゼラーは、株式会社を団体的ゲノッセンシャフト (Corporative Genossenschaft) であるとした。そして団体的ゲノッセンシャフトにおいては、法人の権利中に構成員の固有権が混在されているものとしたのである。Beseler, *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, 3. Aufl., 1873., S.248 ff., S.250, und S.918ff. 拙稿・前掲注(3) 283頁注(183)参照。

(151) Netter, a. a. O. (Fn. 137), S.537.

支配的な諸学説もまた株主全体の利益による株主の私的利益の制約を説得的に示しているとする。そして、このような法意識の変革は、とくに株主に対する拘束を認める「一般条項」をめぐる研究に明確に現われているとする。⁽¹⁵²⁾ たしかに、一般条項をめぐることは、否定的な見解もある。しかし、一般条項を認めない立場であっても、それは一般条項それ自体を認めることに対して否定的であるにすぎず、株主の企業利益への拘束を倫理的観点から強調している。また、株主に対する拘束を会社に対する関係では認めないものがあるが、この立場であっても、少なくとも株主相互の関係に限っては認めている。つまり、ネッターは、これら様々な諸見解はすべて、「株主はすべて、絶対無制約の自由をもって、その株主たる権利の行使し、または株主たる義務の履行することが許されるわけではない」という一つの共通の原理を認めているものと捉えている。株主の権利・義務は、株主の株式会社への入社（Eingliederung）に由来するのであるから、これによってその規模と方向が決定的かつ本質的に定められることとなるのである。もっとも、この株主の拘束を謳う一般条項に関する議論は新株式法制定をめぐって論じられているが、だからといって株主の拘束の法的有効性が新株式法の発効に依拠しているわけではないことに注意せねばならないとして、ネッターは、このような株主の拘束が、新たな法規定が設けられてはじめて認められるものではないと強調する。ネッターがギールケの団体理解を踏襲し、団体の構成員の構成員相互関係において負う組合法的義務と、構成員の団体人に対する法律関係において負う義務の双方を包含する団体的要素は、あくまで弾力性のあるものであって、したがって、株式会社については株主の拘束が、資本主義の構造変革にともなってますます強まってきていると考察している。実際にネッターは、株式法草案の、たと

(152) Netter, a. a. O. (Fn. 137), S.538 ff.

え緩和された形式にせよ第二草案第86条と第137条で一般条項の思想を受け容れた文言を、むしろ現在の法意識を法律上の確定を通じて確実に表そうとする試みにすぎないとしている。そして、ネッターは、第二草案で定められた、損害賠償請求ないし決議取消事由としての「会社を害する特別の利益」の追求について、この会社を害する特別利益の追求の禁止規定からは、かかる消極的禁止とともに、会社の利益に反して特別利益を図ることを禁じる積極的禁止も生ずると解している。もっとも、この効果を法律上、民法典826条の規定の適用から導き出すのか、あるいは一般条項から導き出すのかという論点は、様々な観点から本質的かつ重要なものではあるが、しかしここで論ぜられねばならない会社の利益のための株主の拘束という問題、ないし株主の恣意的な決議の自由の制約という論点にとって、重要ではないとして深くは言及していない。

そしてネッターは、以上のような判例・学説にみられる株主の拘束強化の傾向が、ドイツ法曹界の鑑定書に原則的に賛成する新株式法（第一）草案の解説書が「草案は、企業自体の利益を、個々の株主の個人的利益と同様に保護すべき利益とする判例原則を正当であると認める。企業が専門的な経営を行い、株主が適切な態度をとる限り、企業と株主との間に利害対立は存しない⁽¹⁵³⁾」と説明することに総括されているとしている。ネッターはこの第一草案の解説を、現に妥当している「法」の立場を十分に適切に認識していると評価し得るものであるとして、株主権の性質の現代的把握の出発点としている。ここでネッターが注目するのは、草案が、企業利益のほかに、株主の「個人的」利益もまた認めていることである。⁽¹⁵⁴⁾株主の拘束

(153) Entwurf eines Gesetzes über die Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, veröffentlicht vom Reichsjustizministerium Berlin 1930, S.94. Vgl. Netter, a. a. O. (Fn. 137), S. 539. 参照。

(154) Netter, a. a. O. (Fn. 137), S.540.

が強化されるといっても、必ずしも株主の純個人的利益の主張が無条件に許されないというわけではないのである。とするならば、企業の利益と株主の個人的利益の双方の利益はどのように考慮され得るのか、換言すれば、この双方の利益が対立する事例（事件）においてどのように判決されるのかを明らかにせねばならない。ここでネッターは、この「企業利益の進展と株主の利益の後退」という株式会社の構造変革が、上ですでに指摘された「営業の客観化」という会社の構造変革が対応する資本主義の構造変革である自由放任主義からの脱却の流れに起因していることに着目する⁽¹⁵⁵⁾。つまり、この「企業利益の承認とそれにともう株主の利益の制約」という会社の構造変革は、脱自由放任主義の効果が、先述のような企業の目的の側面においてだけでなく、株式会社の組分的結合の側面の考察から株主の結合の構造に対する影響においても論じられていることに他ならないと考察するのである。このように株主全体の利益に鑑みた個々の株主の個人的利益の制約が、国民経済的利益に鑑みた株主権の制約と同様に、自由放任主義の終焉という変革の1つの発現であるとするのであれば、この資本主義の構造変革が個々の株式会社の事業目的（Gegenstand）を形成する「企業」に独立の法益（Rechtsgut）を生ぜしめたのと同様に、株主の株主相互の関係において、また株主の企業に対する関係において、株主の特別の利益を、株主全体が体現される企業の利益に対して、いっそう後退させるという価値基準を形成することとなる。つまり、株主の「個人的」利益と企業の利益が矛盾衝突する際には、株主の個人的利益が、株主全体の利益を体現する「企業」に劣後するという価値基準が株式会社の組分的結合の性質から認められるのである。

以上のように、ネッターは株式会社の構造変革として、「営業の独立」

(155) Netter, a. a. O. (Fn. 137), S. 540.

に加えて、株主の個人的利益が、資本主義の構造変革に対応して独立することとなった「企業」に体现される株主全体の利益に対して劣後することを指摘する。この構造変革もまた、自由放任主義の終焉という資本主義の構造変革に対応するものとしている。そして、このような株主の拘束の強化を株式会社の組合的性質から導き出している。株式会社はゲノッセンシャフト (Genossenschaft) であり、弾力性のある株式会社の団体的要素が経済的展開に応じて変容し、株主の拘束性が強化されたと考察するのである。このようにネッターは、株主の財産持分に対する拘束は、一方では共通目的の側面から、国民経済利益による制約が認められ、他方で株式会社の組合的結合側面から、自己の利益の追求について株主全体の利益による制約が認められると考察する。そして、この2つの側面から認められる株式会社の構造変革は、資本主義の構造変革に対応するものであるとする。株式会社はそのときどきの経済システムの産物であり、経済システムの変更によって当然に変容すべきものである。そして経済システムは脱自由放任主義・所有の絶対性の喪失という変容をこうむった。これに対応して、株式会社について「営業の客観化」という構造変革が指摘される。優越的利益とされていた株主の利益は、「企業」において国民経済的利益とともに体现される1つ利益に転落した。会社の決定は株主の専決事項ではなくなり、株主権は会社の決定をめぐって国民経済的利益とともに共同決定権を有するにすぎない。株主権は国民経済的利益による制約が説かれることとなった。さらに、このような会社の構造変革に加えて、株主の個人的利益の株主全体の利益に対する制約が指摘される。この変革もまた自由放任主義からの脱却に対応するものであり、株式会社の組合法的な拘束性を通じて、株主の個人的利益の主張が、脱自由放任主義によって独立するに至った「企業」の利益に体现される株主全体の利益をに対して後退せねばならないという価値基準が形成されたのである。このようにネッターは、自

176(1263) 法と政治 59巻4号 (2009年1月)

由主義の終焉によって、個々の株主の利益だけでなく、株主全体の利益、そして国民経済的利益をも体现する「企業」の独立を株式会社の構造変革として指摘するのである。ネッターの構造変革の議論においては、株主の私益性が強調され、株主の私的利益を中心として把握されていた近代株主会社を、資本主義の変容に対応した株主全体の利益、および国民経済全体の利益を考慮しなければならないという要請を受けて、これら利益を体现する「企業」を中心に捉えられねばならないことを主張するものである。

(2) 企業ゲマインシャフト理論

ネッターは構造変革後の株式会社をめぐるラーテナウの考察の本質的な中核を、①「企業」を独立の法益として承認すべきこと、②株式会社の生活活動から一般的利益に対する関係を切断することができないこと、③株主の自己の利益の追求が企業の利益に劣後することの3点に整理し、そして、これらラーテナウの考察を基礎づけている株式会社の構造変革が、上でみたように、その背後にある資本主義の自由放任主義からの脱却に対応するものであることを論証することによって、ラーテナウが説こうとした「企業自体」の理論を踏襲している。ネッターは、このような構造変革後の株式会社を「企業ゲマインシャフト (Unternehmensgemeinschaft)」と捉えることによって、ラーテナウが提唱する「企業自体」の理論の核心を適切に特徴づけ、法理論として「企業ゲマインシャフト理論」に還元している。以下では、このネッターの唱える現代株式会社法理論としての「企業ゲマインシャフト理論」を整理する。なお、ネッターは、ラーテナウの「企業自体」の理論を批判するハウスマンの理解に対して、ラーテナウの立場から再批判することを通じて、自らの理論を展開している。そこでのネッターの理論の整理にあたっては、ラーテナウやネッターの見解と、ハウスマンの見解の根本的な相違を明らかにしつつ、進めることとする。

① ネットターが踏襲するラーテナウの見解と対立する立場

——ハウスマンの見解——

ハウスマンは、たしかに「企業」を独立の法益として承認し、構造変革後の株式会社は企業を中心に捉えねばならないという点についてはラーテナウに賛成する。しかし、ハウスマンはラーテナウの理解が共同経済的な考えを出発点とするものであるとして根本的に批判を加えている。このようなハウスマンの批判に対して、ネットターは、たとえラーテナウの理解が共同経済的思想に立脚するものであるとしても、ネットターの踏襲するようなラーテナウの指摘の核心部分は、上で整理したように、資本主義が自由放任主義から脱却したことに対応するものに他ならないのであって、共同経済的な考えとは無関係に妥当するものであるとして反論する。では、ラーテナウやネットターの理解と根本的に対立するハウスマンの理解はどのようなものであろうか。ハウスマンも、ラーテナウやネットターと同様に、構造変革後の株式会社について、「企業」を独立の法益として認めて、この「企業」を中心に考察するべきとしている。しかし、ハウスマンは、株主、取締役、監査役、債権者、従業員といった株式会社において結合される者の諸利益の集計である「全体の利益 (Gesamtinteresse)」を観念し、これが「企業自体」であると説く。⁽¹⁵⁶⁾ハウスマンは、株式会社の存在目的を、「利益を得て、これを株主に分配すること」とし、この目的によってのみ株式会社の基本構造は制約されることが許されとする。そのため、株式会社に結合するすべての利益は、理論上最大の経済性と最大の収益性とい

(156) Fritz Haussman, Vom Aktienwesen und Aktienrecht, Mannheim, Berlin, Leipzig 1928, S.61, 64. 大隅・前掲書注(27) 423頁も参照。ders., Gesellschaftsinteresse und Interessenpolitik in der Aktiengesellschaft, in: Bank-Archiv XXX, 1930/31. S. 57ff. vgl. Arndt Riechers, Das “Unternehmen an sich”: Die Entwicklung eines Begriffes in der Aktienrechtsdiskussion des 20. Jahrhunderts, Tübingen 1996, S.16.

う方向において一致することとなるし、また一致しなければならないとされるのである。そして、ハウスマンは、この「全体の利益」を、会社のすべての利害関係人の利益に共通する統一的な枠組みであり、会社をめぐるこれら諸利益の対立を調整する基準となすとする。このように「全体の利益」によって諸利益が調整されることを根拠として、ハウスマンは株式会社の「自律性 (Autonomie)」を強調する。そしてこの会社の自律性は、企業自体は全体の利益に奉仕するものにすぎないのであるから、会社が国家的な介入を受けないものであることを意味しているとする⁽¹⁵⁷⁾。このようなハウスマンの株式会社の捉え方に対して、ネッターは以下の2点について批判する。1つは、ハウスマンの主張する会社の「自律性」である。ネッターは、ハウスマンが会社の自律性を説くことによって、国家による株式会社への介入を盲目的に拒否し、構造変革によって生じた会社の一般的利益に対する関係を否定しているとして批判する。もう1つは、ハウスマンが用いる利益調整原理としての「全体の利益」である。ネッターは「全体の利益」という概念はそもそも観念し得ないものであり、このような曖昧な概念を用いる場合には、経営者支配や多数派支配の危険に陥り、株主の自由な領域が不当に侵害され得るとして批判している。ネッターとハウスマンの見解の相違はこの2点に顕著に示されている。そこで、以下では、まず前者の批判に関して、ハウスマンの主張する「会社の自律性」と、これに対応するネッターの主張である「会社の一般的利益との関係」を対比することを通じて、ネッターの「企業自体」の理論において説かれる構造変革後の会社における一般的利益について整理する。次に、後者の批判に関して、ハウスマンが用いる「(会社) 全体の利益」と、これに対応してネッターが用いる「企業の利益」を対立させることによって、ネッターの理論

(157) 大隅・前掲書注(27) 386頁以下、422頁以下参照。

において謳われる企業利益に収斂された株主の利益について整理する。

②ネッターの「会社の一般的利益に対する関係」とハウスマンの「会社の自律性」

ネッターは、ハウスマンの「企業自体」の理論では、株式会社の「自律性 (Autonomie)⁽¹⁵⁸⁾」がその本質であると捉えられ、理論の中核に据えられているとする⁽¹⁵⁹⁾。自律性が意味するのは、株式会社の自己法規性 (Selbst-gesetzlichkeit)⁽¹⁶⁰⁾である。⁽¹⁶¹⁾たしかに、自律性という概念は、自己法規性の基礎を株式会社という生ける有機体に置いている。つまり、その内容にしたがって当該有機体の生存法規に基づいているのである。とするならば、ハウスマンは一見すると株式会社が有機体であることを認めて全体経済という有機体との関係を肯定しているとも思える。しかし、ハウスマンのいう自律概念はその形成において過度に強力な形式的特徴を帯びており、したがって法理論的な原理の定式化については落ちることとなると、ネッター⁽¹⁶²⁾は批判する。というのも、生ける有機体の自己法規性は、いかなる価値概念が法律にとって決定的かについての拠り所を与えるわけではなく、この価値に対する関係が明らかとならない法律概念は利用可能なものではないからである。にもかかわらずハウスマンは、この自律性という概念が生ける肉体 (会社) における様々な諸利益の調整のための指示を与える主張し、自律性という概念の内容についての論理的関係についての説明を明らかに

(158) なお、大隅博士は「自主性」と訳されている。大隅・前掲書注(27) 416頁参照。

(159) Netter, a. a. O. (Fn. 137), S. 568 ff., S. 574.

(160) なお、大隅博士は「自己法則法」と訳されている。大隅・前掲書注(27) 416頁参照。

(161) Netter, a. a. O. (Fn. 137), S. 574.

(162) Netter, a. a. O. (Fn. 137), S. 574 ff.

避けようとしているのである。このようにネッターがハウスマンの自律性論は形式論に過ぎないと批判するのは、ハウスマンがこの生ける肉体（つまり、ここでは「株式会社」のことを指す）の実体的生存法規として「収益志向」を位置づけているからである。ネッターは、ハウスマンが、まさにこの収益志向に対する公的な妨害を避ける目的で、ハウスマンの解釈によれば純粋な資本主義原理に対する妨害とされているのであろうラーテナウの共同経済的理論に反対していると指摘する⁽¹⁶³⁾。つまり、収益志向こそが会社をめぐる最高価値であるとする理解が、ラーテナウやネッターの理解と根本的に異なっているのである。このようにみると、ハウスマンは果たして「企業自体」の理論の意義を適切に理解しているのかという疑問が生じる。ハウスマンは、収益志向によって全体の利益を観念することができると考えているが、このように理解する場合には、企業概念を独立の法益として認めることが無価値になってしまうのではなかろうか。ネッターは、この矛盾が、ハウスマンによる全体の利益の企業の利益に対する関係をめぐ⁽¹⁶⁴⁾る理解にあらわれていることを指摘する。たしかに、ハウスマンは、全体の利益をもって会社の行動を決定せしめ、その全体の利益は企業の利益に向けられねばならないとする。しかし他方で、ハウスマンは、「自律」概念を株式会社については以下のことを意味すると考えている。すなわち、株式会社を超えてではなくして、株式会社の中においてもまた1つの全体の利益というものが存在し、この全体の利益は個々の利益よりも高次に立ち、そして会社において結合する利益を自律的に規律すると考えるのである。ここに、企業という法益の承認と、収益志向の至上性の矛盾が明確化されている。ラーテナウの説くように企業を法益として承認するのであれ

(163) Netter, a. a. O. (Fn. 137), S. 575.

(164) Netter, a. a. O. (Fn. 137), S. 575.

ば、全体の利益は「企業自体」に資するべきなのであって、独自の目的ではないこととなると、ネッターは指摘している。

このようにネッターは、ラーテナウの説く「企業の法益としての承認」と、ハウスマンの主張する「収益志向の最高性」が矛盾対立するものであることを理由として、ハウスマンの理論を批判している。しかし、ハウスマンは、「同時にこのように理解された自律的な企業概念の中に、外的な影響、とくに『国家の側からによる促進』という目的での影響に対する限界と意識的な区別がある」とする。⁽¹⁶⁵⁾つまり、ハウスマンは、企業概念を国家による介入を拒否するために用いているのである。したがって、ハウスマンの理解によれば、企業の法益としての承認と収益志向の至上性は必ずしも矛盾するものではないこととなる。しかし、企業概念をこのように理解する場合には、とりたてて企業概念を株式法理論に取り込み、企業を法益として認める必要性はないと考えられる。むしろ、企業ではなく「会社」自体の独立性を強調すれば足りるものである。したがって、ハウスマンの「企業自体」の理論は、むしろ『『会社』自体の理論』として捉えられるものであると考えられる。では、ラーテナウやネッターの「企業自体」の理論が謳う企業概念とはいかなるものなのであろうか。ネッターは、ハウスマンの理論を支える社会的考察の欠缺を指摘することを通じて、「企業自体」の理論を支える社会的事実を以下のように考察している。ネッターは、ハウスマンが、経済政策上、国家介入の拒否という姿勢をとっており、これを出発点としているとして批判する。経済政策的姿勢は、概念の形成に対して影響を及ぼし得ない。というのも、経済政策的姿勢は、生ける有

(165) Fritz Hausmann, Gesellschaftsinteresse und Interessenpolitik in der Aktiengesellschaft, Bank-Archiv, 1930, 30. Jahrgang Nr.4, S.65. Vgl. Netter, a. a. O. (Fn. 137), S. 575 ff.

(166) Netter, a. a. O. (Fn. 137), S. 576.

機体形成的法原理の認識からのみ導かれ得るからである。株式会社という生ける有機体はそれ自体として孤立して存在するわけではなく、全体経済に対する実に多種多様な理論的には完全に把握し得ない関係において存在しているのであることは、なんら疑いの余地がない。仮に株式会社が可能な限り高い収益を得るという意味において、もっぱら収益志向の目的に資せんと欲するとするのであれば、経済政策によって、つまり国家の側からの国民経済的理由から、物価引下げが促進される時代にあつては、この会社の態度は長期間存続する企業にとって不利益であろうし、また当局の介入の可能性をまったく度外視すれば、大衆や、少なくとも先見の明のある株主は、企業に対して有益でない批判的な態度をとるに至るであろう。また、仮に企業が収益増大を目論んで大幅な賃金カットによる意図的な労働者敵視政策をとりたいとするならば（もっとも、今日の労働法の状況の下でなお可能である限度に限られるが）、この場合にも同様の結論を生むであろう。さらに、仮に企業の独占的傾向が、情け容赦ない収益志向の観点から貫き通されるとするのならば、必然的に同様の対立が生じるに違いない。ネッターはこのように、もはや株式会社が、とくに国民経済的利益を中心とする一般関係を無視することが許されないこと、労働者を従来のように軽視することはもはや許されないこと、企業が独占化傾向に進んでいることを特に社会的事実として認識する。そして、ネッターは、これらの例にあらわされるような社会背景のすべては、「企業の利益においては、企業の全体経済という有機体への編入の必然性が、個別的な営業政策的措置についても、考慮せずに入られない」という、もはや原則的に争いのない理解に還元されるとする。つまり、ネッターは、株式会社法理論においては、もはや近代株式法が予定するような株主の利益だけではなく、国民

(167) Netter, a. a. O. (Fn. 137), S. 576 ff.

経済的利益や労働者の利益など諸般の利益を一般関係として考慮せざるを得ず、これら利益を総合的に考慮するために企業概念を株式法理論の中核に据えているのである。

③ ネットターの「企業の利益」とハウスマンの「全体の利益」

ネットターは、構造変革後の株式会社が、もはやもっぱら株主の利益によってのみ左右されることは許されないことを指摘した。ただし、ネットターは株主の利益を否定しているわけではない。たしかに、ネットターは収益志向の絶対性・最高性は否定するが、しかし株主の利益を決して無視ないし軽視しているわけではない。会社における株主の利益の最高性を否定しているに過ぎない。そして、ネットターは株主権が制約されることに対応して、むしろ積極的に企業における株主の自由な領域を限界付けようとしている。では、ネットターはこのように捉えられるべき株主の利益をどのようにして法理論に還元するのであろうか。この点について、ハウスマンは、上で触れたように、株主の利益を、「全体の利益」を観念することによって法理論に還元している。ハウスマンは、株式会社においては、収益志向の下に本来的には独立する個々の株主が統合され、全体の利益を観念するのである。このようなハウスマンの理解に対して、ネットターは、全体の利益を観念することは不可能であり、また可能であるとしても全体の利益の観念は曖昧であって経営者支配に陥り、あるいは多数派の横暴によって小株主の権利が不当に害される危険があるとして批判する。

まずネットターは、ハウスマンの理論においては「全体の利益」の企業利益に対する関係が不明確であることを理由として、ハウスマンの「全体の利益」の観念を以下のように批判する。すなわち、ネットターは、「ハウスマンは、一方では、企業は全体の利益に資するべきであるとし、他方では、企業の利益が株式会社におけるすべての様々な利害関係に対して基準を示

すべきであるとする。しかし、利益対立について決定する可能性が存するべきであるとし、そして理論が株式会社という現象形態を形成する原理を見出す可能性もつべきであるとするのであれば、この双方のうちの一つが高次の原理であらねばならない。」としてハウスマンを批判する。⁽¹⁶⁸⁾ さらにネッターは、そもそも「全体の利益」を観念することは不可能であり、たとえ「全体の利益」の観念を認めたとしても、その場合には「全体の利益」の範囲が不明確となり、逆に個々の株主の利益が侵害される危険があるとして批判する。⁽¹⁶⁹⁾ すなわち、ネッターは、全体の利益はハウスマンの言うように個別利益の総体として把握することはできないと指摘する。というのも、個々の利益を総計することは、通常、統一的利益をもたらすことはなく、様々な種類の利益の複数性（Vielheit）をもたらすのであって、この複数性については、どの法的な意思方向が複数性に与えられねばならないのかという疑問がまさに決定的となってしまうからである。このようにネッターは、国家からの株式会社への介入を拒否し一見すると株主の利益を重視しようとするかにみえるハウスマンの理論において、「全体の利益」という名の下で、逆説的に、株主の利益が実質的に没却する危険をはらんでいることを指摘する。ネッターは、ハウスマンの説く「全体の利益」の概念では、とくに経営者の利益が株主の利益と同次元に位置づけられるため、例えば、容易に経営者支配の危険に陥るなど、株主権の不当な侵害を懸念しているものと考えられる。この株主の利益が不当に侵害される危険を回避し、株主の権利を確保するために、ネッターは、「団体の拘束を受けない個人法的領域において（in der verbandsfreien individualrechtlichen Sphäre）、構成員の意思は、団体の意思から影響を受けないままでいなか

(168) Netter, a. a. O. (Fn. 137), S.577.

(169) Netter, a. a. O. (Fn. 137), S.577.

ればならない。」とするギールケのゲノッセンシャフト理論に拠り所を求め、⁽¹⁷⁰⁾ 企業として把握する場合における株主の自由な領域を明確化する必要性を主張する。とするならば、次に、企業において体现される団体法的領域に対する個人法的領域がどのように限界付けられねばならないのかが課題となる。ネッターは、全体の利益が、ハウスマンの説くように個別的利益を総計することによって確定され得ないとするならば、団体の意思決定について理論的に2つの道がしか残されていないとする。すなわち、1つは、団体の意思は、本来は肉体のない企業の実体的な担い手である機関としての経営者の決定を通じて定められると考える方法である。⁽¹⁷¹⁾ 企業の意思決定が機関としての経営者によってもたらされる場合には、その意思決定は法原則的に企業の利益に合致せねばならないこととなる。もっとも、たとえ実務の取り扱いにおいて必ず経営者による企業の意思決定が企業の利益に向けられていないとしても、この原則的な法の立場が変わるわけではない。つまり、この法的分析は、経営者による意思決定は法的には企業と企業の利益に合致して行使されるということを示している。このように、企業における団体の意思決定は機関としての経営者によってなされると考察することも考え得る。しかし、株式会社の法的基礎は組織機能に依拠しており、このことから株式会社の企業についての団体性、つまり企業に対する誠実義務が導かれることが正当であるとしても、株式会社の構造にしたがえば、経営者は株式会社における組織機能の唯一の担い手ではない。企業の組織機能は、つまり株式会社の意思決定は、もっぱら経営者に委ねられねばならないわけではなく、むしろ経営者は、株式会社の構造にしたがって直接的または間接的に最高機関としての株主総会に由来しているの

(170) Netter, a. a. O. (Fn. 137), S. 577.

(171) Netter, a. a. O. (Fn. 137), S. 577.

であるからである。もっぱら経営者によって株式会社の意思決定がなされるわけではない。2つめは、多数派の意思を団体意思として考察する方法である。⁽¹⁷²⁾この考察の法的な基礎は、原則として多数派が団体意思を形成するが、しかし例外的に多数派の意思決定が企業利益に資することない場合、たとえば株式法第一改正草案のように「会社外の特別利益」を追求する場合には、法的限界が見出されるとすることにある。この後者の考察から、経営者だけでなく、多数派もまた株式会社のために権利を行使することが明らかとなる。とするならば、これら2つの株式会社における団体の意思形成をめぐる考察から、何が全体の利益であるのかをめぐって、経営者が決定するとされる場合であっても、多数派株主が決定するとされる場合であっても、いわゆる「全体の利益」論が説いているのは、「経営者や多数派による株主全体の利益の行使は、企業の利益にその法的基礎が存する」ということに他ならないということが明らかとなるとネッターは主張する。つまり、ハウスマンのように「全体の利益」を主張することは、結局は、「企業利益」を主張することに収斂されるのである。ネッターは、このことから、この「全体の利益」という法原理は多数派の利益の行使についても作用し、そしてこの法原理もまた企業の利益にその法的基礎と限界を見出すということが必然的に導かれるとして、全体の利益という概念は、法的な認識概念における必要性を満たさないと結論付けている。⁽¹⁷³⁾

このように、ネッターは「全体の利益」を用いて株主の利益を法原理に還元することを否定し、その代りに「企業」概念を用いて株主の利益を株式法理論に取り込んでいる。すなわち、ネッターは、株式会社の意思決定は、原則として企業利益によって正当化される多数派によってなされると

(172) Netter, a. a. O. (Fn. 137), S. 578.

(173) Netter, a. a. O. (Fn. 137), S. 579.

する。ただし、この多数派による意思形成は企業利益によって正当化されているのであるから、企業利益に反し、会社外の特別利益を図る場合にはその正当性を失うこととなると構成するのである。

④ 企業ゲマインシャフト理論 (Theorie der Unternehmensgemeinschaft)

以上のように、ネッターは、ハウスマンの説く「会社の自律性」を「会社の一般的利益に対する関係」を無視するものであるとして批判し、またハウスマンの用いる「全体の利益」の観念を、経営者・多数派支配の危険をはらみ、むしろ逆説的に株主の権利を埋没させるものとして批判する。このようにネッターの理解とハウスマンの理解を対比することによって、両者の根本的な見解の相違が明らかとなる。ハウスマンは、構造変革後の株式会社についても、なお近代において強調されたのと同様に、株式会社の一般関係からの独立を強調している。つまり、会社に対するとくに国家の側からの介入に対しては絶対的にこれを拒否する立場を出発点として理論を展開している。もっとも、この場合には、企業を独立の法益として承認することを説いても、また会社の自立性を強調しても、それはなんら近代法理論と大きくは異ならないと考えられる。会社の自律性は近代においてすでに承認されているし、それを「企業」という概念で言い直してみても、近代会社法理論を敷衍したにすぎず、必ずしも取り立てて「企業自体」を認める必要性が明らかとならないのではなかろうか。ハウスマンの会社法理論は、形式的にみれば、大隅博士が指摘されるように、「企業自体」の理論の一種であると言えなくもないが、しかし実質的にみれば、それは「企業」という言葉を用いて敷衍された近代法理論にすぎず、これを「企業自体」の理論であるとは評価し得ないものと考えられる。⁽¹⁷⁴⁾ せいどころか、

(174) Laux 博士は、ラーテナウは、株式会社を単なる株主の利益の享有点 188(1251) 法と政治 59 巻 4 号 (2009 年 1 月)

むしろ、とくに経営者の利益をも取り込み、それと株主の利益を同次元に把握する「全体の利益」という概念を用いることによって、近代から確保されてきた株主の私益性、あるいは少数株主の利益が、経営者支配ないし多数派株主の横暴によって不当に侵害されるという危険を招きかねず、近代において公的介入を排除することを通じて確立した株主の私益性にもとづく会社支配という基盤を十分な理由なく破壊する懸念もある。これに対して、ネッターは、構造変革後の株式会社は、もっぱら株主の私益性に基づき社会から独立して存在するものではなく、全体経済という有機体の一部にすぎないものとして位置づけられるべきことを出発点としている。このことから、株式会社の国民経済的利益や労働者の利益などの一般的利益との密接不可分の関係が導き出される。つまり、会社の公共性ないし社会性が説かれている。したがって、株主権については考察すれば、もっぱら株主の利益にもとづいてのみ株式会社の決定がなされるわけではなく、そ

をはるかに超えて、国家ないし社会の利益の享有点 (Bezugspunkt) として承認しており、「企業」概念を株式会社の自律性 (Autonomie) と共同の利益 (Gesamtinteresse) で説明し尽くされるハウスマンの株式会社の独立は、ラーテナウの会社の独立をはるかに超えていると整理される (Laux, a. a. O. (Fn. 93), S. 107)。つまり、ラーテナウは、会社の独立ないし「自律」をもって、会社を株主から独立させ、ゲマインシャフト (社会ないし国家) の影響下に置こうとしているのに対して、ハウスマンは、株式会社それ自体をなにもものにも拘束されないまったくの独立した存在であるべきことを説いている。Laux 博士は、このようにハウスマンの自律が、ラーテナウやケインズが説く自律と本質的に異なっていることを論証されている (Laux, a. a. O. (Fn. 93), S. 107ff.)。なお、ネッターは、ハウスマンが株式会社を、近代において説かれたように一般関係から切断させ、公的介入から守ろうとしたものとして捉えているが、Laux 博士は、これを「株主のものとしての株式会社」の概念の解体であると捉えられている。これは、ハウスマンの「全体の利益」には、株主だけでなく経営者も含まれているため、結局は経営者支配に陥ることを指摘するものと考えられる。

の制約が説かれることとなる。もっとも、ネッターは株主の利益を決して無視しているわけではなく、株主権の制約と同時に、株主権の制約の限界を明確化し、むしろ株主の利益追求の自由が認められるべき範囲を確保しようとしていることに注目しなければならない。このような観点から、ネッターは、これら社会的利益は「企業」を媒介として調整されとし、「企業の利益」を中心として構造変革後の会社法理論を展開している。「企業自体」の理論は、企業を独立の法益として承認することに特徴があるとされるが、このことは株主の利益と一般的利益の双方を調整することを目的としているものと考えられる。すなわち、「企業自体」の理論は、企業において私益性だけでなく、社会性や公共性が体现され、これら諸利益が会社をめぐる考慮されるべきであると説くものであることが明らかとなる。

では、ネッターはこのような「企業自体」の理論をどのように法理論化するのだろうか。以下では、ネッターの提唱する「企業ゲマインシャフト理論」を整理する。ネッターは、法律学上は、「企業」概念だけを用いることはできないとする。というのも、当時「企業」概念はあくまで経済学上、ないし社会学上のものであって、いまだ法律学上確立された概念ではなかったからである。また、たとえ企業概念が法律学上確立されたとしても、それが直接的に株式会社法理論を定式化し得るわけではないとして、ネッターは、株式会社を基本的には「ゲマインシャフト (Gemeinschaft)」⁽¹⁷⁵⁾として捉えることによって説明している。ネッターは、株式会社の社会的作用における生ける現実の現象の多数を、1つの概念において統一的に把握すべきであるとするからである。

まず、ネッターは、ゲマインシャフトの法原理によって、株式会社がそ

(175) Netter, a. a. O. (Fn. 137), S. 579 ff.

の生活活動において切り離すことのできない、一般的利益に対する関係が考慮されることとなると説く。というのも、「ゲマインシャフト」とは、そもそもドグマ的に一般関係と密接不可分の関係にあるからである。もっとも、この一般関係が株式法上意義をもつ限度でのみである。この一般的利益に対する関係から、直接的に株式法上の規範が導き出されるわけではないが、しかし、たしかに、株式会社をゲマインシャフトとすることで、特殊な株式法規範は、その作用において、経済生活の変革とともに変容するこの一般関係に影響されることとなる。

つぎに、ゲマインシャフトの法原理によって、株主の自由な利益追求の範囲が明確化されると、ネッターは主張する。ネッターは、構造変革を捉える際にも着眼したように、株式会社における株主の法律関係を捉える場合には、企業における組合員としての株主（Gesellschfter）⁽¹⁷⁶⁾の拘束性を基準としてなされねばならないとする。そして、ネッターは、企業において、拘束性とは、相互的にのみならず、また企業に対しても法的拘束に立つ、ゲマインシャフトにおける構成員の拘束性を意味すると捉えている。この拘束は、ゲマインシャフトの領域に対して個人的領域を限界付けることとなり、ゲマインシャフトの構成員は、その利益の行使がゲマインシャフトの領域に対して害しない限度において自由であることが明確に確保されることとなる。

このように、ゲマインシャフトの法原理の下で、株式会社生活の現象形態の総体が統一的に把握されるとして、ネッターは、株式会社の法的性質をゲマインシャフトとして捉えるべきことを謳っている。このゲマインシ

(176) Netter, a.a.O. (Fn. 137), S. 579. 原文では、「Gesellschfter」となっており、通常これは「社員」と訳されているが、ネッターは株式会社の法的性質を組合として捉えることを前提としており、ここでは株主を「組合員」として捉えているため、ここでは「組合員としての株主」とした。

シャフトの概念はゲマインシャフトにおいて結合する個人の内部的意思形成を表現しており、団体自身としての形成原理を明快に示していると言える。このようにネッターは、ゲマインシャフトの概念こそが「企業自体」の理論において説かれる本質的な中核部分を適切に特徴付けるとしつつも、それだけでは不十分であり、なおなんらかの補充を必要であるとする。たしかに、ゲマインシャフトは、概念上ゲゼルシャフトに対立し、このことによって株式会社についても企業概念の本質的内容を把握している。しかし、ゲマインシャフトという概念に限定しただけでは、この概念を過度に一般的にしたままになってしまう。というのも、ゲマインシャフトは、社会生活の広い領域において展開された類型であるからである。したがって、株式法理論としては、この概念のさらなる具体化が必要である。そこでネッターは、「企業」概念を、定式化の中に取り込み具体化を図っている。そして、企業概念はゲマインシャフトの概念と結合されることによって、「企業」の他の法領域に対する他の何らかの法的意味における企業概念に対する限界付けも同時になすこととなる。これらすべての検討から、ネッターはラーテナウの提唱に始まり、諸論文で「企業自体」の理論と呼ばれ展開されてきた株式法理論は、「企業ゲマインシャフト」の理論(Theorie der “Unternehmensgemeinschaft”⁽¹⁷⁷⁾)として定式化されるべきであると結論付ける。

(3) 企業ゲマインシャフト理論における株主権の性質

——議決権の変容と制約——

ネッターは、自由放任主義から独占資本主義への移行という資本主義の構造変革を捉えて、株式会社法理論の脱近代化を唱えた。したがってネッ

(177) Netter, a. a. O. (Fn. 137), S. 580.

ターの現代法理論の下では、個々の株主がもっぱら自らの利益にもとづいて自由にその権利を行使することを出発点とする近代法理論を廃して、株主の利益に加えて、国民経済的利益や労働者保護といった一般関係を考慮すること、そして株主の個人的利益の追求を制約することが柱とされている。そして、これら諸利益を調整するものとして「企業」を位置づけている。では、企業を中心とする構造変革後の株式会社法理論において、株主権はどのように把握されるのであろうか。ネッターの説く現代法理論における株主権の性質が次の検討課題となる。この株主権の現代的性質について、ネッターは株主の議決権の現代的変容をめぐる問題を株式会社の現代的変容の最重要の問題として位置づけて、議決権を中心として論じている⁽¹⁷⁸⁾。ネッターは、議決権においてこそ、株式会社の生活形成に対する株主の影響可能性が最も本質的に体现されると考察する。この議決権行使という手段を用いて、株式会社内部の、株式会社をめぐる権力闘争が決着されるのであって、株主の最も主要な権利である議決権において、株主は、株式会社の現代的変容に対して最も顕著に関係しているのである。そして、実務による議決権の問題の取り扱いにおいては、企業の意義が、株式法上の対立の解決にとって、そして現代法の形成にとって、特に明白に現われる。この株主の議決権をめぐることは、当時の商法252条は、「株式はすべて議決権をとまう」と定めるにとどまり、議決権をめぐる問題の解決にとってほとんど意義をもたなかった。しかし、当該規定は、株式制度の現代的な展開によって、その展開の規模と効果に応じて特別の意義をもつに至った。そもそも当該規定を根拠に、株式会社法にとって民主的原理が決定的であるとされてきた⁽¹⁷⁹⁾。そしてこの民主的原理から議決権行使によって極端

(178) Netter, a. a. O. (Fn. 137), S. 589 ff.

(179) 民主的原理が株式会社法にとって決定的なものであるとする見解は、民主主義の本質を誤解しているにすぎないとネッターは批判する。このこ

な場合に導き出され得る資本多数決の無制約の影響が放任されてきたのである。しかし、この資本多数決の制約なき影響はもはや実務上も、学説も認められていないとしてネッターは、この民主的原理にもとづく絶対無制約の資本多数決の影響を排除する2つの現代的展開の1つとして、議決権の法定的変容を位置づけている。そこで、以下では、資本多数決の絶対的影響を排除したとされる2つの現代的な構造変革を整理することを通じて、議決権を中心とする株主権の法定的変容を明らかとすることとする。

資本多数決の絶対無制約な影響を排除した展開としては、まず株主の構成における構造変化が挙げられる。⁽¹⁸⁰⁾法は株主を均質なものと予定しているが、実際には、会社の経営に関心のある株主群と、利益配当ないしキャピタルゲインを目論む株主群法に区別することができ、⁽¹⁸¹⁾各々会社に対する態度は大きく異なっている。この点について法律上は考慮されていないが、この構造変革によって資本多数決の影響が制約されていないということはできない。さらに、法は各々独立する株主を予定しているが、実務上は、多重複合化 (Verschachtelung)、株主間契約 (Konsortialverträge zwischen den Aktionären)、や寄託議決権 (Depotstimmrecht)⁽¹⁸²⁾などによって株主の独立性が解消されている。これらによって形成された影響可能性は、もっぱら資本所有によって基礎づけられる影響をはるかに超えたものとなる。

とについて説得的に展開するものとしてギーゼッケの見解を挙げている。Netter, Über Erwerb und Einziehung eigener Aktien nach der Aktien-Novelle, in: Zentralblatt für Handelsrecht, 1931, S. 59 ff.; Netter, a. a. O. (Fn. 137), S. 590, 561.

(180) Netter, a. a. O. (Fn. 137), S. 590 ff.

(181) この株主の分類について、ネッターはハウスマンの見解を踏襲している。Haußmann, Vom Aktienwesen und vom Aktienrecht, S. 21 ff. Vgl. Netter, a. a. O. (Fn. 137), S. 590.

(182) Netter, a. a. O. (Fn. 137), S. 590.

資本多数決は、法律が予定していたであろうものとは異なる典型的形式として現われているのである。民主的原理は、必ずしも常に株式会社生活に決定的な影響を及ぼす資本多数決を意味するわけではない。またそもそも資本多数決は、民主的原理である必要もない。それは、株主の影響可能性が議決権行使にのみ限定されず、株主総会の外においても多くの方法でその効力を展開することができるからでもなく、また株主総会で多数を占めるためには、頭数ベースではなくして資本ベースでの多数が必要であるからでもない。それは、株主の大部分が通常はその議決権を行使せず、総会に出席しないからである。そして、たとえ仮に参加したとしても、経営者の提案に賛成するのが常であるからである。そしてネッターは、株主の消極的態度にもとづくこれら傾向と展開のすべてが、株式会社の生活形成にとっての資本多数決の意義を制限しているとする。

2 つめに挙げられる現代的展開は、議決権の法的内容自体がこうむった変容である。⁽¹⁸³⁾ 従来は、個々の株主がもっぱら自らの利益にもとづいて自由に議決を行使することが認められてきた。しかし、もはや株主の議決権が、株主が自らの利益のために、恣意的に、自由に行使することができる権利ではないことは、今日では判例上、学説上ともに疑いがない。今日の法理解における、すべての権利は内在する義務の契機が、議決権にも影響を及ぼしたのである。この義務の契機は、議決権行使において株主に法的拘束を導くのである。この点についてはもはや争いがない。ただし、この拘束の根拠と、その限界をめぐっては争いがある。もっとも、この問題をめぐっては、ネッターが資本主義の構造変革にともなう株式会社の現代的変容を論じた際に言及した誠実義務をもって解決されるとも思える。しかし、ネッターは株主の誠実義務を論ずるにとどまる場合には、株主は誰に対し

(183) Netter, a. a. O. (Fn. 137), S. 591 ff.

て誠実義務を負うのか、つまり他の株主に対してのみ義務を負うのか、それとも株式会社自体に対してもまた義務を負うのかという疑問が解決されないと指摘する。そこでこの点について、ネッターは、「株主の利益は、企業の利益に体现される」という理解によって解決されるべきであるとする。ネッターは、上で見たように現代株式会社法理論として「企業ゲマインシャフト」理論を展開し、すべての株主の利益は企業において統合されとする理解から出発している。この立場に立てば、他の株主の利益に対して向けられる議決権行使は、常に同時に企業の利益にも接することとなるのである。とするならば、株主の他の株主に対する誠実義務というものは、その法的内容について、企業に対する誠実義務と異ならないこととなる。そこで、株主の企業に対する誠実義務が存在するの否かが次に課題となる。そして、このような企業に対する誠実義務が存在するとする場合、この義務は何に由来するのか、そしてその限界はどのようなものなのかということが課題となる。この点について、ネッターは、株主の企業に対する誠実義務を肯定し、資本主義が、後期資本主義、つまり独占資本主義へ移行したことから導き出されると理解する。ネッターは、上で見たように、資本主義の構造変革が、資本主義において作用する経済制度である株式会社の法的性質に当然に影響を及ぼしたと捉え、現代株式会社論を展開している。そして、脱自由放任主義的・独占資本主義的制度から、特別の法益として企業の独立の承認が生じると考察するのである。したがって、この理解からは、議決権の義務の契機、つまり株主の自己の利益のための権利行使を制約する原理への株主の拘束は、独立の法益としての企業に対する株主の義務にその根拠を見出すと説明されることとなるのである。このよ

(184) なお、ドイツ法曹界の委員会や新株式第一草案は、もっぱら株主の誠実義務を法定する目的で一般条項を導入しようとする。この一般条項について、ハウスマンは、「企業自体」の法原理の承認を暗に含んでいると説

うに、ネッターは、株主の自己の利益のための議決権行使に対する制約は、株主の企業への拘束に基づいていることを明らかにした。ただし、ここで誤解されてはならないのは、ネッターは、株主の権利行使が常に積極的に企業のためになされなければならないとしているわけではないことである。ネッターは、企業という独立の法益を承認し、そして株主と企業の間には、一種の組合的な誠実義務関係が存すると捉えている。ただし、これは、この関係によって株主が、他の株主、または企業に対して積極的な作為を義務付けられるという意味において言っているのではない。この誠実義務関係は、株主が会社の利益を促進せねばならないことを要請するわけではないのである。むしろこの誠実義務関係は、株主権の行使において、制約と限界をもたらすのである。つまり、この誠実義務関係は、議決権行使の際に、株主個人の特別な利益にもとづいて、会社ないし個々の株主の利益に優先する行為に対する消極的禁止を意味するにとどまり、これに反する場合⁽¹⁸⁵⁾には、当該株主は議決権を失うとされるのである。では、この株主の企業に対する誠実義務の限界はどのようなものであろうか。株主の拘束、つまり議決権行使の法的制約をどの範囲で認めるかということが課題となる⁽¹⁸⁶⁾。この点についてまず、上でも触れたように、株主は、議決権行使に際して、唯一かつ排他的に企業の利益を考慮しなければならないという程度にまで拘束されるわけではないことは言うまでもない。しかし、この株主の拘束

明しており、この点についてネッターは賛成している (Netter, a. a. O. (Fn. 137), S. 592.)。

(185) もっとも、この理解は、社員権から、資本参加以外にも、なお社会的契機が生ずるとする場合にのみ理解されるものであるから、判例・実務上は、立法において経済生活における個々の自己追求に対する権利の倫理性が承認されてはじめて受け容れられ得るとする (Netter, a. a. O. (Fn. 137), S. 593.)。

(186) Netter, a. a. O. (Fn. 137), S. 593 ff.

をめぐっては、株主・企業間の有機的結合だけではなく、企業と国家との間にも有機的關係が存し、その結果、株式会社は、株主の拘束が体现される構成員にすぎないものと捉えられる場合には、実質的に、株主の拘束が、株式会社に對するものではなく、国家的ゲマインシャフトに對するものとして説かれることとなる。しかし、ネッターは、このような構成は、社会主義的国家制度においては、理論的には考え得るが、この構成が現実的どの程度具体化され、あるいは具体化され得るのかについては、我々が議論すべき範疇から外れてしまうとして、議決権が企業を超えて国家によって拘束されるべきとする見解を批判している。ネッターは、このような構成は、現在の經濟生活、ないしドイツにおける現在の国家形式の現実においては、拠り所を見出し得ないのであるが、しかしいずれにしても、他方で、これまでの議論から明らかなように、個々の株主の無制約な權利行使は、今日の法意識と相容れないことは明白であるとして、株主権の自由性を強調する。つまり、ネッターは、株主の拘束は、企業利益の考慮と株主権の自由性の両極端の間に存すると指摘する。言い換えれば、企業の保護と株主の保護という株式法の2大原理をどのように折り合わせるかが課題とされるべきであるとする。しかしここで、この2つの法原理の考慮から生ずる利益を、個々の事例において個別的に比較衡量することによって解決するのではなく、むしろこのような比較衡量を一般的に行うべき前提条件、つまりこれら2つの利益を比較衡量し、個々の事例においてどちらが優先するのかを確定する基準を明らかにする必要があると主張する。そして、ネッターは、この優劣を決するべき基準を、「株主の議決権制約の内容は、両原理の矛盾対立の場合には、企業利益に對して株主の私的利益が後退せねばならない」ということに他ならないと主張する。ネッターは議決権行使の制約を、株主の企業への拘束にもとづくものと捉えるからである。

以上のように、ネッターは近代株式会社法が予定する会社の意思決定制度の問題点を指摘している。まず法が予定する資本多数決は、個々の株主の独立性の解消・議決権の集中化と会社経営に関心のない株主群の出現という現代的変容によって、近代法が予定する以上の過度の影響力をもつものに転化したことを指摘する。これに加えて、さらに根本的な問題として、独占資本主義化という資本主義の構造変革を背景とする企業の客観化によって、株主がもっぱら自己の個人的な利益を図る目的で、個々の株主の利益とともに国民経済的利益などの一般的利益が体现される「企業の利益」を害することが許されないという議決権の法的性質の現代的変容を指摘した。つまり、ネッターは株式会社の意思決定がもはや株主の専権事項ではなくなったと考察している。上でネッターによる株式会社の構造変革の把握を整理した際にも言及したように、資本主義が自由放任主義から独占資本主義へ移行したことにより、株式会社はもっぱら株主の利益によってのみ左右されるべきものではなく、国民経済的利益や労働者の保護といった一般関係にも配慮すべきものとなった。とするならば、株式会社の意思決定については、もっぱら株主の利益にもとづいてのみなされるべきではなく、一般関係も考慮してなされることとなるのは当然である。ここで誤解してはならないのは、ネッターは、一般に「企業自体」の理論に分類される濫用的な「企業自体」の理論によって主張されるような、株主、とくに少数株主・投機株主の会社決定からの排除を説いているわけではないことである。株主の利益は、一般関係とともに「企業」において体现され、株主はなお依然として会社をめぐって「共同して」決定するのである。なお、ネッターの指摘する構造変革後の資本多数決によってもたらされる近代法の予定を超える過度の影響力という問題についても、ネッターは明示こそしないが、株主の利益も企業において体现されるのであるからそのような過度の影響力は企業利益において調整され得るとすることで解決され

ているように考えられる。

(4) 小 括

以上のようなネッターの所説は、株式会社の構造変革を、自由な経済から規制された経済への移行という経済の構造変革（資本主義の構造変革）に対応する「株式会社の社会化」として捉えているものと整理できる。封建主義や絶対主義の下における不当な公的介入を排除する目的で経済を私的なものとして位置づけることが強調されるなかで、個々の経済主体の自由こそが社会正義として捉えられてきた。そして、このような価値観の下で近代株式会社が生成・展開され、その過程で株主権の私益性が強調されてきた。しかし、このような自由放任主義的な経済は、その発展を遂げ規模が大きくなるにつれて、その本質的に内包する矛盾が顕在化し、あるいは正義とされた自由を正当化する前提が必然的に自己破壊することによって、その終焉が説かれた。そして、この構造変革の議論では、私的なものとされてきた経済はもはや広く大衆の利益に深く係わるものであり、むしろ公的なものとして捉えられなければならない、したがって経済を積極的に規制し全体経済の維持を図るべきことが大きな流れとなり、個々の経済的自由の尊重よりもむしろ経済全体を考慮すべきであって、個々の経済主体の自由を犠牲はやむを得ないことが社会正義として説かれた。このように経済が私的なものから公的なものとして位置づけが変革し、そして経済的自由から規制による経済全体の安定へと社会正義が変容する影響の下で、株式会社の構造変革が説かれ「企業自体」の理論が展開されてきたのであり、ここで指摘される株式会社の社会化は、株主の自由に対する規制、つまり株主権の制約として典型的に示されている。そして、ネッターの株式会社社会化の理論とも言うべき「企業自体」の理論では、株式会社を法理論上「ゲマインシャフト」として捉えることによって、結論として、国民

200(1239) 法と政治 59巻4号 (2009年1月)

経済的利益を中心とする一般的利益による株主権の制約と、株主全体の利益に抵触する株主の個人的利益の追求の制約（誠実義務）という2つの制約原理を導き出している。

2. 経済の構造変革(資本主義の構造変革)

ネッターの「企業自体」の理論は、経済の構造変革（資本主義の構造変革）を出発点としている。⁽¹⁸⁷⁾ また、「企業自体」の理論を歴史的に詳しく研究する Arndt Riechers 博士は、「企業自体」の理論へと至るワイマル期の株式法上の議論の入り口に示唆を与えたのは、国民経済学（Nationalökonomie）、とくに歴史学派（Historische Schule）の時代診断学（Zeitdiagnostik）であると指摘し、「企業自体」の理論を研究する際の必要不可欠なテーマとして経済の構造変革をめぐる議論を取り上げている。⁽¹⁸⁸⁾ 以下では、とくにネッターが引用するベルナー・ゾンバルト（Werner Sombart）とジョン・M・ケインズ（John Maynard Keynes）の所説を中心としてやや詳細に取り上げ、ネッターの説く「企業自体」の理論が呼応する経済主義の構造変革⁽¹⁸⁹⁾を整理する。なお、ゾンバルトとケインズに関しては、ネッターが引用し

(187) Netter, a.a.O. (Fn. 137), S. 530 ff.

(188) Arndt Riechers, Das “Unternehmen an sich”: die Entwicklung eines Begriffes in der Aktienrechtsdiskussion des 20. Jahrhunderts, Tübingen 1996, S.29.

(189) なお、Riechers 博士は、当時の資本主義の構造変革をめぐる議論の潮流を Nörr (Knut Wolfgang Nörr, Das Unternehmen in der Wirtschafts- und Rechtsordnung 1880 bis 1930 : ein Beitrag zur Morphologie der organisierten Wirtschaft, in : Helmut Coing u.a. (Hrsg.), Staat und Unternehmen aus der Sicht des Rechts : deutsch-japanisches Symposium in Kyoto vom 1. bis 3. Oktober 1992, Tübingen, 1994, S.17.) を引用して「組織化傾向 (Tendenz zur Organisation)」であるされ (Riechers, a.a.O. (Fn. 188), S.27), 構造変革後の資本主義の特徴を、「拘束的で組織化された経済 (eine gebundene,

ていることもあり詳細に整理する必要があると考えられるため、原典も参照しつつ整理する。その他の学説については、Riechers 博士の歴史的研究を参考にする。

(1) ゾンバルトの「後期資本主義 (Spätkapitalismus)」⁽¹⁹⁰⁾

歴史学派の比較的若い代表的な研究者のなかでも、経済の構造変革を広

organisierte Wirtschaft)」と整理されている (Riechers, a. a. O. (Fn. 188), S. 62)。

(190) ゾンバルト (Werner Sombart) は、1902年に「近代資本主義 (Der moderne kapitalismus)」の第1巻と第2巻を出版し、「資本主義の精神 (Geist des Kapitalismus)」論を提唱した。Sombart, Der moderne Kapitalismus, 1. Auflage, Leipzig 1902. 第1巻の副題は、「資本主義の生成 (Die Genesis des Kapitalismus)」, 第2巻の副題は、「資本主義の展開理論 (Die Theorie der kapitalistischen Entwicklung)」である。そして1916年にこれら2巻本の第2版を出版した。ders, Der moderne Kapitalismus, 2. Auflage, München, Leipzig 1916.

これらはさらに Halbband としてそれぞれ2巻から構成される大作である。第2版における、第1巻の副題は、「前資本主義経済 (Die vor-kapitalistische Wirtschaft)」, 第2巻の副題は、「初期資本主義時代におけるヨーロッパの経済生活 (Das europäische Wirtschaftsleben im Zeitalter des Frühkapitalismus)」である。その後、1927年に第3巻「高度資本主義における経済生活 (Wirtschaftsleben im Zeitalter des Hochkapitalismus)」を出版した (これも2巻から構成されている)。ders, Wirtschaftsleben im Zeitalter des Hochkapitalismus, in: Der moderne Kapitalismus, Bd.3., Leipzig 1927. このゾンバルトの「近代資本主義」の第2版 (第1巻第2巻) および第3巻を紹介する文献として、木村元一『ゾムバルト『近代資本主義』』

(1949年, 春秋社), 邦訳として、岡崎次郎『近世資本主義』(1942年, 生活社)がある。第3巻の邦訳として、梶山力訳『高度資本主義[第6版]I』(1943年, 有斐閣)がある。なお、第2版の2巻本がもっぱら我が国の研究史において扱われているようである (田村信一「近代資本主義の生成 (一) —ゾンバルト『近代資本主義』(初版1902)の意義について」北星論集33号1頁参照)。また第1版と第2版では大きく内容が異なっており、ゾ

範に研究し、「企業自体」の理論を唱える研究者の関心を引いたのが、ベルナー・ゾンバルト（Werner Sombart）であった。⁽¹⁹¹⁾ゾンバルトは、まず1902年に「資本主義の精神（Geist des Kapitalismus）」の理論によってセンセーションを巻き起こした。⁽¹⁹²⁾このテーゼは、「資本主義の成立は、精神的な素質（mentale Dispositionen）や精神的な傾向（geistige Veranlagung）から導かれねばならないのであって、経済の自己法則性（Eigengesetzlichkeit）にしたがうわけではない」というものである。その経済の根本的な考え方（Wirtschaftsgesinnung）、つまり経済主体としての人間は、経済生活の形

ンバルトが第2版の序文の冒頭で基本思想は変わっていないと主張しているにもかかわらず、実質的には学問的立場が根本的な変容をこうむっているようである（同論文1頁以下参照）。さらに、1932年に「資本主義の将来（Die Zukunft des Kapitalismus）」を出版した。ders, Die Zukunft des Kapitalismus, Berlin 1932. この邦訳としては、宇治伊之助訳『資本主義の将来 邦譯』（1934年、甲文堂書店）がある。その他ゾンバルトの業績は多数存在するが、とくに注目すべきものとして「贅沢と資本主義」（1913年）がある。ders, Luxus und Kapitalismus in: Studien zur Entwicklungsgeschichte des modernen Kapitalismus, München 1913. なお、本書はドイツでも再版を重ねている。たとえば、Liebe, Luxus und Kapitalismus: über die Entstehung der modernen Welt aus dem Geist der Verschwendung, Berlin 1996. 資本主義成立の要因を贅沢に求める本書は、「贅沢」というのは相対的な概念だということを説明する際に、「ブルネットの女の子とブロンドの女の子とどちらが可愛いか」と同じことだと表現されるなど、実にわかりやすく書かれている。邦訳としては、金森誠也訳『恋愛と贅沢と資本主義』（1987年、論創社）がある。なお、本稿では、「近代資本主義」の1902年の第1版については Riechers 博士と田村信一教授の研究を参照した。Riechers 博士の研究では、あまり詳細に論じられておらず原典を求める必要があったため、近代資本主義の第1版以外は、原典を参照している。

(191) Riechers, a. a. O. (Fn. 188), S. 29.

(192) Sombart, Die Genesis des kapitalistischen Geistes, in: Der moderne Kapitalismus, Bd.1., Kapital 14 und 15, S.378-397, 1. Auflage, Jena 1902. Vgl. Riechers, a. a. O. (Fn. 188) S. 29.

成にとって決定的な要素であり、したがって経済的な事柄の中心に立つ。したがって、ゾンバルトの研究において、経済形成の将来をめぐっては、「知(Wissen)」の問題ではなく、「意思(Willen)」の問題として捉えられ⁽¹⁹³⁾る。このようにゾンバルトは、資本主義は人間の精神に依存しており不変のものではないことを前提として、1927年に「近代資本主義 (Der moderne Kapitalismus)」の第3巻を出版し、ここで経済の構造変革を唱えた。そして、この見解が1920年代の株式法の議論に多大な影響を与えた。⁽¹⁹⁴⁾「近代資本主義」においてゾンバルトは、資本主義的経済システムは、なお長期の間、経済生活の重要な領域を支配するであろうが、しかし資本主義的経済システムはすでに本質的な変革をこうむっており、今後にもさらに変化するであろうと捉えている。⁽¹⁹⁵⁾なお、ゾンバルトは後に1932年に「資本主義の将来 (Die Zukunft des Kapitalismus)」を出版し、ここで構造変革を整理している。本書は株式法上で「企業自体」の理論が展開された後に書かれたものではあるが、少なくとも本稿で扱う論点の限りでは前書と実質的な相違はないので、「資本主義の将来」を中心として整理する。

ゾンバルトは、この経済の構造変革を、資本主義的経済体系 (das kapitalistische Wirtschaftssystem) の特殊性である「経済気質 (Wirtschaftsgesinnung)」, 「秩序 (Ordnung)」, 「技術 (Thchnik)」の3つの側面から指摘す⁽¹⁹⁶⁾る。

第一に、資本主義に特有の「経済気質」の変革である。⁽¹⁹⁷⁾経済気質、つま

(193) Sombart, Die Zukunft des Kapitalismus, Berlin 1932, S.5. なお、ゾンバルトの整理では複数の文献がでてくるため、混乱を避けるために「a.a.O.」を用いないことにする。

(194) Riechers, a.a.O. (Fn. 188), S. 30.

(195) Sombart, Die Zukunft des Kapitalismus, Berlin 1932, S.8ff.

(196) Sombart, Die Zukunft des Kapitalismus, Berlin 1932, S.8ff.

(197) Sombart, Die Zukunft des Kapitalismus, Berlin 1932, S.8ff.

り「資本主義的精神 (der kapitalistische Geist)」とは、ゾンバルトの理論において、資本主義の成立に不可欠な要素であって、ただ単なる蓄積された貨幣額を「資本」に転化させる資本主義的企業家に特有の気分のことをいう。ゾンバルトは、資本への転化には、「利潤欲 (Gewinnstreben)」だけでなく、「計算感覚 (kalkulatorischer Sinn)」と「経済的合理主義 (ökonomischer Rationalismus)」も必要であるとして、これら3つを包含する「資本主義的精神」という独自の概念を提唱する。⁽¹⁹⁸⁾これはつまり、前資本主義における、征服によって無限に利益を得ようとする「企業家精神 (Unternehmungsgeist)」と、秩序を保とうとする「市民精神 (Bürgergeist)」が結合し、1個の統一的全体 (ein einheitliches Ganzen) となったものである。⁽¹⁹⁹⁾したがって、このような資本主義の精神の本質は、本来的には、合理主義 (Rationalismus) と非合理主義 (Irrationalismus)、投機 (Spekulation) と打算 (Kalkulation)、市民精神と盗賊精神 (Räubergeist)、そして熟慮 (Wägen) と断行 (Wagen) の間の緊張状態にあることとなる。ところが、企業の集中化やカルテル化 (Kartellierung) によって、事業経営が学問化し、あるいは合理的契機が著しく増加し、同時に企業家性 (Unternehmertum)⁽²⁰⁰⁾まで完全に合理化されてしまった。このような完全に合理化された精神は、

(198) Sombart, Die Genesis des kapitalistischen Geistes, in: Der moderne Kapitalismus, Bd.1., 1.Auflage, Jena 1902, S.208. 田村・前掲論文注(190) 北星論集33号18頁参照。

(199) Sombart, Der moderne Kapitalismus, Bd.1., Halbband.1., Munchen, Leipzig 1916, S.329.

(200) 「Unternehmertum」を、「投機的的精神」と訳す見解がある(宇治・前掲注(190) 13頁参照)。たしかに、投機的的精神もゾンバルトが説く企業家性の特徴づける一要素ではあるが、しかしここでは企業家性全体が純合理性を帯びたことが主張されている。したがって、「Unternehmertum」は、すぐ下で用いられている「Unternehmerhaften」(Sombart, Die Zukunft des Kapitalismus, Berlin 1932, S.8.)と同義と解釈し、「企業家性」と訳した。

もはや真の資本主義的精神とは言えない。具体的にいえば、独自の企業家性(Unternehmerhaften)⁽²⁰¹⁾や直観(Intuition)の意義、そして直感(Fingerspitzengefühl)⁽²⁰²⁾が薄れてしまったのである。すなわち、知り得る事情(Wißbaren), や事前に知り得る事情までもがいつそう増大し、企業家は事業を知識の体系(ein System von Wissen)として捉えようとする傾向が高まってきた。このことによって、企業はまさに行政の性質を帯び、経営者は官僚の性質を帯びたかようになってしまった。さらに、利益志向が弱まり、かつ損失に対する準備をなおいつそう強化するようになった。すなわち、企業家は、安全性と不変性を追求するものへと変質したのである。このようにゾンバルトは、合理主義の徹底によって、企業は、資本主義を資本主義たらしめる「企業家性」を喪失したことを指摘している。つまり、一定の危険を冒してより多くの利益を得ようとする気質の喪失である。ゾンバルトは、資本主義の前資本主義的経済に対するメルクマールとして、資本主義の支配的経済原理が営利主義(Erwerbsprinzip)と経済的合理主義であることを挙げている。これらが、前資本主義における自給経済(Eigenwirtschaft)と手工業(Handwerk)の魂であった需要充足(Bedarfsdeckung)の原理と伝統主義(Traditionalismus)に取って代わったのであ

(201) 「Unternehmerhaften」を、「Unternehmertum」(Sombart, Die Zukunft des Kapitalismus, Berlin 1932, S.8.)と同様に「投機的精神」と訳す見解がある(宇治前掲注(190) 14頁参照)。しかし、「Unternehmertum」と同様の理由で、ここでは「企業家性」と訳した。1つ上の注も参照。

(202) Riechers 博士は、「die Bedeutung des spezifisch Unternehmerhaften, der Intuition, des Fingerspitzengefühls」と引用されている。Riechers, a. a. O. (Fn. 188), S.30. しかし、原文では、「die Bedeutung des spezifisch Unternehmerhaften, der Intuition, das Fingerspitzengefühl」とされている。ゾンバルトは、このような感覚が重要視されなくなっただけでなく、それ自体が企業家が持ち得なくなったという企業家の実体の変質したことを指摘していると考えられる。Sombart, Die Zukunft des Kapitalismus, Berlin 1932, S.8.

る。この「営利主義の原理」によって支えられる資本主義経済においては、ただ単に需要を満たすという程度のもではなく、貨幣額の増大が目論まれねばならない。⁽²⁰³⁾そして、このような経済体制の経済形態が資本主義的企業 (kapitalistische Unternehmung) ⁽²⁰⁴⁾であり、その目的は利潤の追求である。したがって、ゾンバルトの理解によれば、このようなとくに冒険的な利益志向という企業家性を失った企業はもはや資本主義的企業ではなく、このような企業を企業形態とする経済体制は資本主義ではないことになる。

第二に、「秩序」の変革を指摘する。⁽²⁰⁵⁾資本主義的経済体系に適合する秩序は、「自由な秩序 (die freie Ordnung)」に他ならない。そして、これは個人主義的な考え方を基礎としている。ところが、この自由な秩序は、「拘束的 (gebundene) な秩序」へと変容した。以前は自由に行動してきた企業家が、あらゆる領域や関係において多種多様な拘束を受けるようになった。拘束的な秩序とは、官僚化、つまり事業の精神化 (Vergeistung der Betriebe) による企業家の自己拘束 (Selbst-Bindung) である。企業家はもはや自由なイニシアチブ (Initiative) によるのではなく、諸規定の「システム」によって支配されているにすぎない。つまり、企業家はカルテルなどによって相互的に拘束されている。また国家によって、具体的には労働者保護や労働者保険などによって拘束されている。さらに、労働者階級によって、経営協議会 (Betriebsräte)、労働組合の容喙、労働協約 (Tarifverträge) を通じて拘束されている。このようにゾンバルトは、社会が団体主義的な傾向に進み、個人主義を前提とする「自由な秩序」が

(203) Sombart, Der moderne Kapitalismus, Bd.1., Halbband.1., 2.Aufl., München, Leipzig 1916, S.320.

(204) Sombart, Der moderne Kapitalismus, Bd.1., Halbband.1., 2.Aufl., München, Leipzig 1916, S.321.

(205) Sombart, Die Zukunft des Kapitalismus, Berlin 1932, S.9ff.

「拘束的な秩序」へと変容したことを指摘する。

第三に、経済生活のプロセスである経済の技術 (die Technik des Wirtschaftens) の根本的な変革を指摘する。⁽²⁰⁶⁾資本主義システムが本質的に依拠している「旧市場メカニズム (die alte Marktmechanik)」が機能しなくなった。従来の市場メカニズムは、需要と供給が「市況 (Marktlage)」を決定し、この市況によって物価が定まり、そしてこの物価が労働者の賃金を定め、最後にこの賃金によって利益が定められるといったオートマチックな経過をたどっていた。ところが、実際には、価格は国家、あるいはカルテルによって恣意的に定められ、また労働者の賃金は労働組合によって、その時々⁽²⁰⁷⁾の市況を考慮することなく恣意的に定められている。⁽²⁰⁸⁾そして、このような変革をゾンバルトは、「経済プロセスの自然な経過から規制的介入への変革」ないし「流動的 (beweglich) なシステムから硬直的 (starr) なシステムへの変革」と総括する。

そしてゾンバルトは経済の構造変革をこのように資本主義経済システム⁽²⁰⁹⁾の根本的な変革であると捉えたうえで、「後期資本主義 (Spätkapitalismus)」の到来を指摘する。後期資本主義とは、ゾンバルトの説く「経済時期の体

(206) Sombart, Die Zukunft des Kapitalismus, Berlin 1932, S. 10 ff.

(207) ゾンバルトは、価格や労働賃金が市況とは関係なく定められていたからこそ、当時のドイツの市況はいまだかつてないほどに下落したにもかかわらず、価格と実質賃金 (Reallöhne) は従来の水準を維持することができたとしている。Sombart, Die Zukunft des Kapitalismus, Berlin 1932, S. 11.

(208) この上でゾンバルトは、以下のように換位的に推理している。「一方で急速な経済生活の展開は、決して人口増加に還元されていなかったのであるから、したがって人工停滞をもって資本主義諸国は経済プロセスの速度を落ちるであろう。」と。Sombart, Wirtschaftsleben im Zeitalter des Hochkapitalismus, in: Der moderne Kapitalismus, Bd. 3., Halbband 2., Leipzig 1927, S. 1014.

(209) Sombart, Die Zukunft des Kapitalismus, Berlin 1932, S. 11.

系 (Systematik der Wirtschaftsepochen)」によるものであり、1914年から始まったとされている。この体系によれば、経済システムが、その覇権を新たに生じた経済システムに分け与えざるを得なくなったことをもって、経済システムの後期 (die Spatepoche eines Wirtschaftssystems) と称している。⁽²¹⁰⁾つまりゾンバルトは、資本主義的システムの他に、ゲノッセンシャフト、国営企業、半官半民企業といった企業形態に、「全盛期資本主義 (Hochkapitalismus)」(1760年頃から1914年まで)における優越的であった支配層を脅かす経済生活の新たな形態の展開をみている。そして、ゾンバルトは規制されない経済への回帰は不可能であると考えている。それは、上で整理したような大企業の自己拘束や労働組合の影響力が強大すぎると考えるからである。また、私的な経済指導を一般的 (公的) 事項へと変化した経済単位の恒常的な大規模化によって新たに生じた諸拘束も、経済システムの規制されない経済への退化と矛盾するとしている。

ゾンバルトは将来について、「秩序化された経済 (geordnete Wirtschaft)」⁽²¹¹⁾、ないし「計画経済 (Planwirtschaft)」の到来を予見している。ゾンバルトは、「計画経済にとって、経済形態一元論よりも見当違いのものと考えられねばならないのであって、計画経済は、たとえば公的経済 (öffentlicher Wirtschaft)、ゲマイン経済 (Gemeinwirtschaft)、国家的資本主義、団体主義などと同視されねばならない。」⁽²¹²⁾として、そして、来るべき計画経済においては、経済形態、経済構成、そして経済システムの多様性が重んじられるとしている。ゾンバルトが達成すべきとする経済形態や経済システムの多様性は、当時すでに実践されていた、それなしでは合目的な (sinnvolle)

(210) Sombart, Die Zukunft des Kapitalismus, Berlin 1932, Sobar, Zukunft des kapitalismus. S. 11

(211) Sombart, Die Zukunft des Kapitalismus, Berlin 1932, S. 27 ff.

(212) Sombart, Die Zukunft des Kapitalismus, Berlin 1932, S. 28.

経済が存在しなかったであろう総合計画 (Gesamtplan) によってのみなされた措置とは区別される。総合計画の枠内では、経済形態のその時々を経済目的への適合が「有機的 (organisch)」に生じる。ゾンバルトが説く多様な経済システムにおいては、たとえば、私的な自己経済 (proivate Eigenwirtschaft), 市場経済, および団体的な需要充足経済 (kollektive Bedarfsdeckungswirtschaft), ならびに農村経済, 大農場経済, および手工業経済なども存するであろう。さらに、ゲノッセンシャフト経済, 国家経済, あるいはゲマイン経済などもまた代表されるであろうし、そして確実に、さらに高度な経営の自己責任をともなう資本主義的企業もまた欠くことができない。このようにゾンバルトは、拘束的経済、つまり安定化され規制された資本主義と、技術化され合理化された社会主義の相違は、それほど大きくないと捉えている⁽²¹³⁾。なお、Riechers 博士は、ゾンバルトが到来を予見する計画経済は、私的経済の破棄を意味するのではなく、私的経済の秩序表象 (Ordnungsvorstellungen) の遂行を意味すると捉えている⁽²¹⁴⁾。

では、このような構造変革を遂げた経済において、我々のテーマである株式会社はどのように位置づけられるのであろうか。ゾンバルトは、株式会社を典型とする個々の資本主義的企業について、「事業の独立 (Verselbständigung der Geschäft)」こそが資本主義的企業の制度核心 (Wesenskern) であると捉えている。つまり、事業の独立とは、「1つの経済において、並行的かつ相互的に生ずる事業上のすべてのプロセスの概念上の1つの統一体への統合であって、しかしその統一体は個々の経済活動の担い手としてすら思われるようなものであって、かつ個々人の生を超えて存続する独自の生をもつに至る」⁽²¹⁵⁾のである。事業の独立によって、経

(213) Sombart, Wirtschaftsleben im Zeitalter des Hochkapitalismus, in: Der moderne Kapitalismus, Bd.3., Halbband2., Leipzig 1927, S.1015ff.

(214) Riechers, a.a.O. (Fn. 188), S.32.

済的な諸関係はすべての人的な関係から開放され、「資本主義の精神の客観化 (Versachlichung des kapitalistischen Geistes)」と、それをともなう利益志向の客観化が生ずる。⁽²¹⁶⁾

以上のようなゾンバルトの後期資本主義のテーゼを、Riechers 博士は、変革をこうむった環境における企業を考察しており、「新たな株式会社」の要請を独特の方法で正当化し得たとして、「企業自体」の理論を中心とする1920年代の株式法の議論の下敷きになったとしている。⁽²¹⁷⁾ ゾンバルトは、資本主義の本質的要素である「企業家性」が喪失したことを中心として資本主義の本質的変容を明らかにし、資本主義の生成と発展が必ずしも経済の展開において必然のものではなく、その成立当初の社会的条件、つまり「自由な秩序」を前提として成り立っているものに過ぎないとして、資本主義の行き詰まりを説いている。すなわち、経済の実体を適切に捉えれば、それは「拘束的な秩序」であって、自由な秩序などというものはもはや妥当せず、企業の大規模化・集中化、そして生産過剰による経済全体の秩序化の必要性から、より拘束的な経済へと変質しており、これに応じて株式会社も私的な自由独立の事業主体ではなく、全体経済の一翼を担う一分子として捉えられなければならないとしている。つまり、ゾンバルトは、経済の「自由な秩序」から「拘束的な秩序」への変容に呼応する株式会社の社会化に言及していると言える。

(215) Sombart, Wirtschaftsleben im Zeitalter des Hochkapitalismus, in: Der moderne Kapitalismus, Bd. 3., Halbband 2., Leipzig 1927, S. 35 ff. 株式会社が、自己拘束 (Selbstbindungen) から解消されているというのは、夢物語 (Utopie) にすぎないと捉えることを出発点としている (Sombart, Die Zukunft des Kapitalismus, Berlin 1932, S. 16 ff.)

(216) Sombart, Der moderne Kapitalismus, Bd. 1., Halbband 1., München, Leipzig 1916, S. 461.

(217) Riechers, a. a. O. (Fn. 188), S. 33.

(2) ケインズの「自由放任主義の終焉 (Das Ende des Laissez-Faire)」と「大企業の自己社会化 (Selbstsozialisierung)」

ゾンバルトと同様に、経済の構造変革を自由な秩序を前提とする資本主義からの構造変革と捉える見解として、イギリスの国民経済学者ジョーン・M・ケインズ (John Maynard Keynes) の所説が挙げられる。ケインズは1926年にドイツで出版された著書「自由放任の終焉 (Das Ende des Laissez-Faire)⁽²¹⁸⁾」において経済の構造変革と、大企業の構造変革について

-
- (218) John Maynard Keynes, *Das Ende des Laissez-Faire*, 1926. John Maynard Keynes, *The End of Laissez-Faire : Indeen zur Verbeindung von Private- und Gemeinwirtschaft*, München und Leipzig 1926. 英語版は, Keynes, *The end of Laissez-Faire*, London 1926. なお邦訳としては, 宮崎義一訳『説得論集 (ケインズ全集第9巻)』(1981年, 東洋経済新報社) 272頁以下。この論文は, 1924年11月にオックスフォード大学で行った講義と, 1926年6月23日にベルリン大学で行った講義がもとになっている (もともと, ドイツ語版では, ベルリン大学での講義についてのみ触れられている)。我が国では, 英語版は広く知られているが, ドイツ語版はあまり知られていないように思われる (邦訳も, 英語版を参考にされている)。しかし, ケインズの当該所説は, 英語版よりもむしろドイツ語版こそ注目されるべきである。ドイツ語版は単なる翻訳版などではなく, ケインズ自身が書いたものである。そして, ドイツ語版と英語版では, とくに「大企業の自己社会化」の論述において, 微妙にニュアンスが異なっている。たとえば, ケインズが提唱する, とくに構造変革後の株式会社にとって理想的な団体像である「半自律的社団 (一般には我が国では「自治団体」と訳されている)」は, 英語版では, 「semi-autonomous bodies, or corporations」(PP. 41, 42)とされているが, ドイツ語版では「die halb-autonome Körperschaften」(S. 31)とされている。この例に典型的に示されているように, 英語版で読む場合とドイツ語版で読む場合とでは, ドイツ語にも堪能であったケインズが言わんとしていることを把握し得る度合いが格段に違ってくる。この例の場合では, ケインズの念頭に置く団体について, 英語の概念からはただ単なる人的結合体 (body) ないし統一的な意思決定組織をもつ団体 (corporation) としてしか伝わってこないが, ドイツ語の概念からは, ケインズが提唱する団体がかかえる無機質な団体にとどまらず, むしろ封建主義時代か

論じ、ワイマール期における株式法の議論の枠内において、とくにドイツ⁽²¹⁹⁾で広い支持を得たとされている。

ケインズは、周知のとおり、経済はすべての経済主体が自由に活動し、もっぱら市場原理によってのみ規律されることによってこそ最大利益・幸福が達せられるとする自由放任主義は、とくに絶対主義における経済への不当な公的干渉を排除する目的で説かれたものであり、多くのフィクションにもとづいていた神話にすぎないとして、歴史的に必然的なものとしての「自由放任主義の終焉」を説いた。ゾンバルトが資本主義の構造変革をその本質的要素の変容という側面から捉えているのに対して、ケインズの指摘する自由放任主義の終焉は、経済を純粹に私的なものとして捉えること自体に本来的に限界があるとして、経済の内在的・本質的なものとしての公的要素を指摘する。すなわち、ケインズは、経済が純粹に私的なものとして捉えられてきたのは、近代において、個人、つまり個々の独立する経済主体が自由に経済活動を行い、もっぱら市場原理によってのみ規制されることによって、最大の幸福がもたらされる（自由放任主義）と信じら

ら様々に複雑な歴史的・社会的一般関係を背景とする土地制度と密接に結合した、まさにドイツの「ケルパーシャフト (Korperschaft)」を基礎とし、またはローマ法上の「コルポラチオン (corporation)」もしくは「ウーニヴェルシタース (universitas)」を歴史的背景としているのだ（拙稿・前掲注） 法と政治59巻1号258頁以下参照）ということを意識的かつ鮮明に理解することができる（もっとも、イギリスの歴史的な団体概念についての理解があれば、英語でも意識的に理解できるのかもしれない）。また、ケインズのこの所説は、当時の英国よりもドイツで広く支持を得た。これらのことから、本稿では、英語版も参考にしたものの、とくにドイツ語版を中心として原典にあたっている。注釈でも、原則としてドイツ語の原典のみを挙げることにする。

(219) Riechers, a. a. O. (Fn. 188), S. 33.

(220) Keynes, a. a. O. (Fn. 218), S. 6 ff, 10 ff.

れてきたからであり、近代においてはこのような経済的自由を確保するところ(221)が公共性・社会正義であるとされてきたからであると捉える。しかし、このような理念は、ほんらい封建主義や絶対主義における専制を打倒するために生み出された政治哲学であって、単なる神話に過ぎないとして、自由放任主義の終焉を説く。自由放任主義において説かれた経済に対する公的な介入の拒否は、介入が専制にもとづく不当なものであり、むしろ介入されずに放任されたほうがよいという消極的なものにすぎず、介入を一切排除する自由放任主義的経済は元来的に欠陥を有しているのもであって、もっぱら市場原理によってのみ制約され、規制のない自由な経済活動に委ねてはそもそも経済が立ち行かないとしてケインズは、経済に本質的な公的要素を指摘し、経済には本来的に一定の規制が必要であることを主張する(222)。ケインズは、自由放任主義の終焉を、20世紀に入りその内在する矛盾が顕在化したものと捉えている(223)。

ケインズは、この「自由放任主義の終焉」を前提として、「大企業の自己社会化(Die Selbstsozialisierung von Großunternehmen)」(224)、ないし大企業の「半社会化」を指摘し、「企業自体」の理論をめぐる議論に影響を与えた。株式会社は、一定の年月を経て一定の規模に達すると、個人主義的な私企業の地位よりもむしろ公的な社団(eine öffentliche Korporation)の地位に近づくという展開をみせ、この展開をケインズは大企業が自ら社会化(sich selbst zu sozialisieren)する傾向であると捉えている(225)。大企業においては、経営(Verwaltung)が株主の影響からほとんど完全に離れ、こ

(221) Keynes, a. a. O. (Fn. 218), S. 15 ff.

(222) Keynes, a. a. O. (Fn. 218), S. 21 ff., 24 ff.

(223) Keynes, a. a. O. (Fn. 218), S. 29.

(224) Riechers, a. a. O. (Fn. 188), S. 33.

(225) Keynes, a. a. O. (Fn. 218), S. 32 ff.

のことによって経営にとって本来的な関心事であった株主のための可能な限り最大の利益の獲得はもはや副次的なものとなり、企業の一般的な安定と名声（Ansehen）⁽²²⁶⁾といった価値に劣後している。つまり、株主は相当の利益配当さえ支払われれば満足するに違いないのであるから、この相当の配当さえ確保されれば経営にとってはもはや株主は問題ではない。これに對して、大衆（Öffentlichkeit）や消費者（Kunde）の批判は、経営にとって無視できないものとなる。それは、企業が大規模化し、あるいは反独占的（halbmonopolistische）な地位を得ることによって、世間の注目を浴び、あるいは大衆に批判されれば容易に損害を被ることとなるからである。このように、経営の関心は株主よりもむしろ大衆や消費者の批判を回避することに向けられることとなる。株主の権利は、相当の配当金を受領するにすぎないものとなり、他方で会社は、理論上は純粹に私有物（Privatbesitz）⁽²²⁷⁾とどまるにもかかわらず、自ら社会化し始めている。

もっとも、ケインズはこのような大企業の社会化という現象を当然な展開傾向であるとして積極的に評価するものの、さらに進んで完全な社会化ないし国家化するべきではなく、「半社会化（Halbsozialisierung）⁽²²⁸⁾」するべきであるとしている。⁽²²⁹⁾つまり、大企業はこのような純粹に私益的なものでもなく、また完全に国家的なものでもない「半自律的社団（halb autonome Körperschaft）⁽²³⁰⁾」であるべきとされている。そして、ケインズはこのような「半社会的」な企業を典型とする「半自律的社団」を、自由放任主義の終焉を迎えた経済における企業の在るべき形態として提唱している。⁽²³¹⁾この

(226) Keynes, a. a. O. (Fn. 218), S. 33.

(227) Keynes, a. a. O. (Fn. 218), S. 33.

(228) Keynes, a. a. O. (Fn. 218), S. 34.

(229) Keynes, a. a. O. (Fn. 218), S. 33 ff.

(230) Keynes, a. a. O. (Fn. 218), S. 31, 34.

「半自律的社団」の概念は、個人と近代国家の中間に位置付けられ、その活動範囲において専ら当該社団が理解する公共の福祉 (Allgemeinwohl; public good) の基準によってのみ活動し、私的利益 (privater Vorteil) の動機の考慮は排除されるものであり、ケインズが説く一定程度に規制された経済における組織単位とコントロール単位の理想的な規模とされている。もっとも、このような社団は原則として自律的なものであるが、国家の枠内において承認されるべきであるとされ、つまり究極的には議会に体现される民主的な主権 (die Souveränität der Demokratie) に服するとされており、自律性はこの意味において限界づけられ、そして社団が従うべき公共性の内容は民主的コントロールの影響を受けるものとされる⁽²³²⁾。ケインズは、半社会化する大企業をこのような半自律的社団として捉えることによって、大企業の公共性の認識と強調を説いている^{(233) (234)}。

(231) Keynes, a. a. O. (Fn. 218), S. 31 ff.

(232) Keynes, a. a. O. (Fn. 218), S. 32.

(233) ケインズの最終目的は、集団行動 (kollektive Betätigung) という手段を用いる近代資本主義の技術を可能な限りの改善することであり、ケインズの所説は原則として資本主義と決定的に矛盾するものではない (Keynes, a. a. O. (Fn. 218), S. 38.)。もっとも、Riechers 博士によれば、ケインズは、私的企業の構造と従来の自由放任主義的な資本主義の構造を維持する場合には、実質的な福祉が、技術的進歩によって理論上可能なレベルに達することは不可能であって、当時のイタリア、アイルランド、そしてドイツにおいてすでに実現に向けて取り組まれているような新たな経済様式、ないし経済計画が必要であると説いており、「我々が第一次世界大戦後に身を置いた退廃的で、国際的で、しかし個人主義的な資本主義は成果を得てこなかった。この資本主義は、利口ではなく、素敵でもなく、公正でもなく、道徳的でもなかった。そしてこの資本主義は、不足した富 (Güter) しか供給しない。つまり、我々は、このような資本主義を受け容れず、そして軽蔑し始めるであろう。」として、当時の反資本主義的な論調にも傾倒し、ワイマール期の議論において広く支持を得たとされている (Keynes, Nationale Selbstgenugsamkeit, in: Schmollers Jahrbuch für Gesetz-

(3) その他さまざまに説かれる経済の構造変革

上で整理したようなゾンバルトやケインズ以外にも様々な研究者によって経済の構造変革が説かれた。ここでは、J.A. シュンペーター (Joseph A. Schumpeter), M. シェーラー (Max Scheler), R. ヒルファーディング (Rudolf Hilferding), F. ナファタリ (Fritz Naphtali) の所説を代表的なものとして、Riechers 博士の歴史的研究を参考にして概観する。⁽²³⁵⁾

ジョセフ・A・シュンペーター (Joseph A. Schumpeter) は、「巨大企業 (Riesenunternehmung)」の拡大を、社会化の傾向であり、社会主義への移行の準備段階であるとし、一段と進む全経済生活の合理化を明確な社会

gebung, Verwaltung und Volkswirtschaft 57, Berlin und München 1933, S. 565; vgl. Riechers, a. a. O. (Fn. 188), S. 34.)。ケインズは新しい可能性 (Alternativen) を求めて自給自足経済 (Autarkie) を説いており、これは同時にドイツの反資本主義の観念の世界 (Ideenwelt) と合致し、自供自足経済以外に代替的理想物 (Ersatzideal) として資するあらゆるの変種の国家的計画経済に近接すると Riechers 博士は捉えている。それは、たとえば、様々な経済の拘束に着目するゾンバルトの後期資本主義であり、このゾンバルトの見解と類似の見解であるシュパン (Othmar Spann) の説く職業身分上の秩序 (事実ゾンバルトも後に自ら、身分上の区別による社会 (Gesellschaft) の有機的な新秩序に言及していた) である (Riechers, a. a. O. (Fn. 188), S. 34.)。もっとも、シュパンは、「職業身分上の秩序」と「国家的計画経済」を厳格に区別しており、したがってラーテナウの職業ゲノッセンシャフト的な考えとは距離を置いていた。Riechers 博士はこの理由を、ラーテナウの考えがシュパンにとっては計画経済の方向を指し示すものとして捉えられたからであろうとしている (Riechers, a. a. O. (Fn. 188), S. 34 Anm. (40).)。

(234) なお、Laux 博士は、ケインズは、株式会社が公共の利益義務を伴う公的社團への展開を説いており、このケインズの「半自律」は国家への従属を意味し、したがってラーテナウの「自律的企業」との類似点を指摘される (Laux, a. a. O. (Fn. 93), S. 108.)。

(235) Riechers, a. a. O. (Fn. 188), S. 34 ff.

主義への展開であると捉える。⁽²³⁶⁾つまり、シュンペーターは、巨大企業を「社会化の兆し (sozialisierungsreif)」として捉えている。ただし、シュンペーターは、「国家指導 (staatliche Lenkung)」の考え方に対しては、懐疑的である。シュンペーターは、「商人的計画経済 (kaufmännischer Planwirtschaft)」と「政策的計画経済 (politischer Planwirtschaft)」を区別し、前者を一段と進む計画経済の傾向として捉えている。つまり、シュンペーターは、計画経済の傾向を経済の安定化の要請の典型と捉えている。この経済的な経験から生じた私的な計画経済である商人的計画経済については評価するものの、もう一方の追加的な国家による業務規程化 (Reglementierung) である政策的計画経済をじつに批判的に評価している。もっとも、「我々ドイツの産業構造が遂げている変革のプロセスは、いかなる政治的介入をとまわずに、ある一定の状況にますます接近しており、その状況を社会主義と呼ぶのか、あるいは資本主義と呼ぶのかは、趣味の問題にすぎない」とも述べている。さらに、シュンペーターは、1928年に論文「資本主義の不安定」において、当時の思潮に対応して、資本主義システムのなかに、「経済の固有の事由から自己破壊への傾向、または資本主義システムの枠組みからの逸脱への傾向」を認識している。そして、この経済的な不安性は、競争資本主義から組織化された経済への移行によって顕著になったとしている。もっともシュンペーターはこのような経済的理由に加えて、「資本主義は、経済上は安定していても、さらにたとえ安定性を増しているとしても、人間の気質 (the human mind) を合理化することによって、それ自身の根本的な条件、動機、そして社会制度と相容れない知性や生活様式を生み出し、そして資本主義は、経済的必要性によってではなく、むしろおそらくなんらかの経済的な繁栄を犠牲にしてさえも、

(236) Riechers, a. a. O. (Fn. 188), S. 34 ff.

一種の道理へと変化するであろう。そしてこの道理を社会主義と呼ぶべきか否かは、ただ単なる好みの問題、あるいは専門用語上の問題にすぎない。」として、資本主義が人間の条理になじまないというより根本的な側面から資本主義の終焉を説いている。

また、マックス・シェーラー (Max Scheler) も、個人主義と資本主義の終焉を説いている。⁽²³⁷⁾ シェーラーは、資本主義的な精神をもつ企業形態が消滅する傾向にあると捉え、企業の内部的な官僚化および、官僚化による従業員 (Privatangestellte) という新たな階級の形成、ならびに、物の流通と物の生産に対する最高監督官としての企業家の新たな自己理解を指摘する。

さらに、歴史学派の影響を受けた社会民主主義的学者であるルドルフ・ヒルファーディング (Rudolf Hilferding) は、経済の構造変革だけでなく、経済と国家の関係の変革に着眼し、自由競争の時代の終焉を説いた。⁽²³⁸⁾ ヒルファーディングは、経済の構造変革を、「大規模な独占企業が経済の決定的な支配者になり、銀行との結びつきがさらに密接になる。そして、その銀行には会社の資本が集中され、経済はその銀行に集中する資本を自由にすることができる。このことが意味するのは、自由競争の資本主義から『組織化された資本主義 (organisierter Kapitalismus)』⁽²³⁹⁾ への移行である。」と捉えるが、この場合に生産手段が支配階級の所有にとどまるので、社会改革は保守的、ないし修正主義者のものにすぎず、労働者階級はヒエラルキー的な経済システムへ一段と服従させられることとなるとして問題を

(237) Riechers, a. a. O. (Fn. 188), S. 36.

(238) Riechers, a. a. O. (Fn. 188), S. 41 ff. ヒルファーディング著林要訳『金融資本論[改訳]』279頁以下 (1961年, 大月書店) 参照。なお, 株式会社については, 同書165頁以下参照。

(239) ヒルファーディング著倉田稔＝上条勇編訳者『現代資本主義論』64頁以下 (1983年, 新評評論) 参照。

提起する。すなわち、ヒルファーディングは、このように維持された初期資本主義的な所有秩序と、経済の構造変革によって意識的に規制されることとなった経済が矛盾していると指摘し、「ヒエラルキー的に組織化された経済から民主的に組織化された経済への変更」という「経済民主主義 (Wirtschaftsdemokratie)」を説く。この「経済民主主義」というコンセプトは、1925年ブレスラウ（現在のポーランドの Wroclaw）会議において経済の民主化が討論中心となった後の1928年ハンプルクの労働組合会議において、フリッツ・ナファタリ (Fritz Naphtali) によって全ドイツ労働組合連合 (Allgemeiner Deutscher Gewerkschaftsbund) の指導原理として唱導された⁽²⁴⁰⁾。ナファタリは、ヒルファーディングの「組織化された資本主義」の影響を強く受け、これを掘り下げて「経済民主主義」を著した。ナファタリは、経済民主主義という概念の下に、「あらゆる経済活動が一般的利益へ従属すること」と理解する。

(4) 具体的な経済の構造変革（産業システムの構造変革）の整理

「企業自体」の理論の社会的背景、とくに経済の構造変革を詳細に取り扱う Riechers 博士の歴史的研究では、「企業自体」の理論に影響を与えたゾンバルトやケインズなど当時の有力な経済学等における諸学説が資本主義の構造変革を説くこととなった背景である産業システムの構造変革についても整理されている⁽²⁴¹⁾。

もっとも、Riechers 博士は、ワイマール共和国後期ごろになされた「企業自体」の理論をめぐる議論の背後にある経済の構造変革をめぐる学説の出発点は、1873年第二次世界経済危機 (Die zweite Weltwirtschaftskrise)

(240) Riechers, a. a. O. (Fn. 188), S. 41 ff.

(241) Riechers, a. a. O. (Fn. 188), S. 26 ff.

後の時期にあると捉えるべきであるとされている。⁽²⁴²⁾とするならば、「企業自体」の理論が背景とする経済の構造変革が第一次世界大戦後顕著と捉えられていることと矛盾するのではないかという疑問が生じ得る。しかし、Riechers 博士は、以下で取り上げる「産業システムの変革」を「企業自体」の理論に影響を与えたゾンバルトやケインズを中心とする第一次世界大戦後の経済学の議論の研究対象となった事実として論じてられているのであって、この不況期に生じた産業システムの変革からの流れが、第一次世界大戦後において経済学、とくに国民経済学の歴史学派によって研究の対象とされ、この経済学における研究が「企業自体」の理論が依拠する社会的実体としての「経済事情 (Wirtschaftstatbestand)」となったとされているのである。つまり、Riechers 博士は、この時期を構造変革の「出発点 (Ausgangspunkt)」としているにすぎないのであって、「企業自体」の理論において語られるような「構造変革が世界大戦中・後に『顕著となった』こと」を否定するものではないと考えられる。そこで、Riechers 博士が整理される産業システムの構造変革を、経済の構造変革（資本主義の構造変革）、そして「企業自体」の理論が生ぜしめた社会的・経済的実体として取り上げる。この研究では、構造変革を、「企業の大規模化と集中化」（以下、①で取り上げる）、「経済の自己組織化」(②)、「企業サイドと従業員サイドの団体化と国家との接近」(③)、「介入国家化」(④)の4つに整理されている。

① 企業の大規模化と集中化⁽²⁴³⁾

1850年から始まったドイツの産業革命において生じた産業企業は、急

(242) Riechers, a. a. O. (Fn. 188), S. 26.

(243) Riechers, a. a. O. (Fn. 188), S. 26.

速にその規模が増大した。つまり、1873年の市場危機までの会社設立時代 (Gründerjahre) における異常な好景気によって株式会社は著しく大規模化した。とりわけ重工業の分野において、企業は、過剰なまでに産業的「大企業 (Großunternehmen)」へと発展した。また新たなテクノロジーの産業的利用によって、化学工業や電気機械産業もまた同様に大規模化した。そして、経営の枠内においては、企業経営の学問化 (Verwissenschaftlichung) と専門化 (Spezialisierung) が生じ、その結果として事業計画の官僚主義化 (Bürokratisierung) が進んだ。よりいっそう鮮明になった大企業の役割と株式会社形態の普及によって、同時に集中プロセス (Konzentrationsprozeß) が速められた。その結果、産業企業の数自体は減る一方で、売り上げと従業員は継続的に増加した。

② 経済の自己組織化⁽²⁴⁾

上の①で確認した産業企業の大規模化と集中化と並行して、企業は、よりいっそう広範に、カルテルまたは利益ゲマインシャフト (Interessengemeinschaft) を形成した。このような個々の経済統合について、自由主義的な立場の者も必要に迫られており、いわゆる「苦境の子 (Kinder der Not)」として、承認せざるを得なかったであろう。企業の大規模化と集中化によって生産過剰が継続的に増加したため、需給メカニズムへ依存したままでは、経済が立ち行かなくなり、より強力な経済の自己組織 (Selbstorganisation der Wirtschaft) が求められた。この経済の組織化によって生産を分配し、販売を中央でコントロールし、そして価格を固定させようとした。そしてこの後の数年間は、部分的には個人の決定の自由や行動の自由を制約してでも、競争を団体的に規制する傾向が、より鮮明に示されるようになった。

(24) Riechers, a. a. O. (Fn. 188), S. 26 ff.

③ 企業サイドと従業員サイドの団体化と国家との接近⁽²⁴⁵⁾

同時に、企業サイドだけでなく、従業員（Arbeitnehmer）サイドもまたより強力な利益団体（Interessenverbände）を形成した。企業の大規模化によって、賃金と労働条件の団体的な調整が求められた。つまり、労働条件、収入、そして企業サイドのストに対する対応の改善を求めるストライキが多発し、制度的な枠組みと団体的な解決が求められた。この展開の結果、使用者団体（もしくは使用者）と、労働組合が労働報酬および労働条件に関する協定を締結する、非公式の労働協約自治（Tarifautonomie）が成立した。この場合に、産業団体の側も労働組合の側も、よりいっそう高いレベルの「組織」を求める傾向を示すようになった。そこでついに、増大する国家の影響力も、国家的介入によってコントロールするという積極的な団体政策を必要とした。そして、力のある産業団体は保護関税の引き上げや自由貿易の制限を強要した。

④ 介入国家化⁽²⁴⁶⁾

このような国家権力の介入を求める社会背景の中で、国家の側もまた自己理解を変更し、介入国家（Interventionsstaat）としての役割を好むようになった。経済政策の領域において、国家は、産業が国家に与える役割を好んで引き受けた。このことは、ドイツ帝国が保護関税政策や自由貿易の制限へ移行したことに示されている。このような対外的な経済措置に加えて、国家は国内のインフラ整備へも多大な出資をした。さらに国家は、交通システム、石炭鉄鋼業、エネルギー産業といった領域において国家自身が企業家として大いに競争に参入し始めた。これらに加えて、産業労働者

(245) Riechers, a. a. O. (Fn. 188), S. 27.

(246) Riechers, a. a. O. (Fn. 188), S. 27.

階級の状況がますます悪化したことによって、国家は対策を求められた。国家としてのまとまりを維持し、社会を安定させねばならず、「労働者問題 (Arbeiterfrage)」が帝国政府の中心的な政治課題となった。ビスマルクの、法律による労働時間規制などの社会改革は、この変化した国家理解を典型的に示している。

Riechers 博士は、以上のように整理された1873年からの大不況期、とくにビスマルク期 (Bismarckzeit) において現れた産業システムの変革を、「企業自体」の理論が呼応する経済の構造変革をめぐる議論の端緒となる事実として整理されており、これら構造変革の枠内における様々な流れのすべてに共通する特徴を、「組織 (organisation)」的傾向であるとの結論を導き出されている。⁽²⁴⁷⁾そして、これらの展開は、第一次世界大戦後において、歴史的に方向づけられた国民経済学の代表的な研究者らによって、新たな「より高次の経済レベル (höheren Wirtschaftsstufe)」への必然的な移行であると捉えられたと説明されている。⁽²⁴⁸⁾これら展開の特徴である組織的な拘束ともなう経済は、ゾンバルトの「後期資本主義 (Spätkapitalismus)」

(247) Riechers, a.a.O. (Fn. 188), S. 27. もっとも、Riechers 博士はこの「組織」のモーメントと「有機体 (Organismus)」の概念は密接に関連し、フリートの「合理的思考から有機的思考への根本的変革 (Umbruch aus dem rationale in das organische Denken)」(Ferdinand Fried, Autarkie, Jena 1932, S. 19. Vgl. Riechers, a.a.O. (Fn. 188), S. 28.)を引用しつつ、この有機体の概念によって、合理的思考の基礎が、部分的には明らかに捨て去られてしまい、そしてワイマール期に、とくに「企業自体」の理論をめぐる議論において、「有機体」の概念は、傑出した役割を果たすことになったと捉えている (Riechers, a.a.O. (Fn. 188), S. 28.)。このことは、とくにフォン・ギールケ (Friedrich Otto von Gierke) のゲノッセンシャフト理論が注目を集めたことに示されている。この点については、下のⅢ 3. (2)で論じる。

(248) Riechers, a.a.O. (Fn. 188), S. 28.

のテーゼの基礎となり、またフェアディナント・フリート (Ferdinand Fried) によって、任意団体、シンジケート、カルテル、コンツェルン、トラストの成立により事実となった「営業の自由の終焉」(Ende der Gewerbefreiheit) の到来と捉えられた。そして、この展開は、フリッツ・ナファタリ (Fritz Naphatali) によって、「現代資本主義において経済運営を決定する諸組織が進歩すればするほど、拡大すればするほど、そして強大になればなるほど、それら諸組織の経済的な行為は、私的な領域を超えてゲマインシャフトの問題 (Gemeinschaftssache) へと転化するのとは必然であり、さらに言えば経済運営の問題は、むしろ国家の問題とならねばならない。」と総括された⁽²⁴⁹⁾と整理されている。

(5) 小 括

第一次世界大戦後のドイツにおける経済ないし資本主義の構造変革をめぐる議論では、近代において私的なものとされてきた経済を、公的なものとして捉えられねばならないことが説かれた。経済の私的なレベルから公的なレベルに変容は、経済を裸の自由委ねていて国家 (社会) 自体がもたなくなり、経済全体を一定程度考慮する必要性を示している。すなわち、原則としては自由競争を基礎としつつも、その自由な経済活動に対して一定程度のなんらかの公的な介入が必要であることが指摘されている。もっとも、当時の議論では、場合によっては、国家ないし集約的な中央機関によって経済計画を設ける計画経済や、私企業の経済活動と並行して国家自身もとくに重要産業における企業を運営する総合経済などを主張するものであり、国家が直接的に経済に介入することが主として期待されていたと考えられる。

(249) Riechers, a. a. O. (Fn. 188), S. 28.

3. ドイツにおける「企業自体」の理論の意義

オスカー・ネッターの説く「企業自体」の理論は、経済の構造変革をめぐる議論に呼応して展開され、そこで指摘された「私的な経済」から「公的な経済」、ないし「自由な経済」から「規制された経済」、そして「個人主義」から「全体主義」への移行を踏襲して展開された株式会社法論であると整理される。ネッターは、株式会社の社会的利益との関係をことさらに強調しており、この意味においてネッターの「企業自体」の理論は、株式会社の社会化を説くものであると言える。そして、ネッターの説く「企業自体」の理論からは、結論として国民経済的利益による株主権の制約と、「企業」利益による株主の自己利益の追求の制約が導き出されている。とするのならば、かかる「企業自体」の理論は、広範な社会的利益によって、とくにこの時代の流れを鑑みるならばむしろ計画経済ないし全体経済に株式会社を服せしめることを中心として、株主権の大幅な制約を謳い会社の営利性を否定するものとして捉えるべきであるとも考えられる。しかし、他方でネッターは、株主権の制約をめぐって、株主の保護や株主の自由性を大きな柱として位置づけ、なお依然として株主の私的利益を基礎として展開すべきことを強調している。そこで、ネッターの「企業自体」の理論を、その株主権制約原理に焦点を絞って、ネッターが所説を展開した当時の背景に迫りつつ、ネッターの所説の歴史的な視点からの位置づけを検討する必要がある。以下では、ネッターの説く2つの株主権制約原理を個別に検討する。

(1) 株主権制約原理としての国民経済的利益

「国民経済的利益を中心とした一般的利益」による株主権の制約について、ネッターはことさらに国民経済的利益を重視すべきこと強調して論じている。しかし、「一般的利益」の内容について具体的にどのような利益

が念頭に置かれているのかが一見して明らかとは言えない。この一般的利益による制約原理の根拠となる構造変革として、ネッターは、究極的には計画経済を説くゾンバルトが指摘する「営業の客観化」を踏襲している。とするならば、一般的利益による株主権の制約は、会社を株主の自由から奪い株式会社を計画経済に服せしめられるべきことを意味しているのか。しかし、他方でネッターは、社会主義ないし統制経済を説く論調から距離を置くべきことを宣言しており、したがって株主権を制約することによって株式会社を全体経済に編入することを企図するものとは考えられない。また、ネッターは、明らかに株主の私益性と矛盾対立する「国民経済的利益」を考慮すべきことを説きつつも、実際の制約基準を論じる際には、株主権の自由性を重視し、これを根本原則として理論を展開している。このことをどのように捉えるべきなのであろうか。

ネッターは、国民経済的利益を中心とする一般的利益は、独立の法益として承認されるべき「企業」に体现されるとして、一般的利益による株主権の制約が「企業」を通じてなされると説いている。そして、このような会社の一般的利益の考慮が経済学において説かれた資本主義の構造変革に対応するものとしつつも、ポスト自由放任主義がどのような経済であるのかをめぐっては意識的に判断を控え、ほんらい自由とされてきた個々の経済主体が拘束されるようになったという事実だけを考察の対象として、経済学の議論からは、「事業の客観化」を踏襲するにとどめていた。⁽²⁵⁰⁾そこで、

(250) ネッターは、企業ゲマインシャフト理論の基礎となった別の論文で、シュマーレンバッハ、ゾンバルト、シュンペーターらが説く拘束経済(gebundene Wirtschaft)、資本主義の終焉、計画経済といった方向、あるいはこれとは反対の方向であるゴールドシュミットが説く自由経済への回帰、さらにナファタリーが説く企業憲法の意義を強調する経済民主主義など様々な経済学における議論について言及しつつも、法律学においては現に確定した事実のみを研究の対象にすべきであるとの姿勢から、本文のよ

一般的利益による株主権の制約をめぐって、資本主義の構造変革はワイマール共和国憲法上に示された所有権概念の変容に表わされた限度において、つまり所有権の公共の福祉（社会的利益）による制約が認められたことと平行に捉えられなければならないとして極めて限定的に捉えている。では、ワイマール共和国憲法の公共の福祉概念に示されたものとしての「国民経済的利益ないし一般的利益」は具体的にどのようなものが念頭に置かれているのであろうか。ネッターは、「企業ゲマインシャフト理論」を提唱する前に、著書「生ける株式法の諸問題（Probleme des lebenden Aktirnrechts, Berlin 1929）」⁽²⁵¹⁾において、その基礎となる所説を示している。そこでは、株式会社が考慮すべき一般的利益と密接に関連するワイマール共和国憲法における所有権概念の変容をめぐって、従業員ないし労働者の利益による所有権の制約を説くハンス・フェーア（Hans Fehr）やマンフレット・ボットーボーデンハウゼン（Manfred Bott-Bodenhausen）の所説が踏襲されている。

フェーアは、企業を「社会的組織（soziale Organisation）」として捉え、団体制度の経済的変革を考慮する新たな所有概念を展開する。⁽²⁵²⁾すなわち、所有権を絶対的なものとする捉え方は、高度に展開された資本主義が伝統的なローマ法的所有概念と結びつくことによって所有概念における動的な要素や社会的な要素を排除することで展開されてきたのであり、このような捉え方に依拠する立法や判例は、従業員の企業に対する関係を適正に理解することができていないとして批判する。そしてフェーアは、企業にお

うに限定的に捉えている。

Netter, Probleme des lebenden Aktirnrechts, Berlin 1929., S. 27 ff.

(251) Oskar Netter, Probleme des lebenden Aktirnrechts, Berlin 1929.

(252) Riechers, a.a.O. (Fn. 188), S. 51. ワイマール期の議論よりも前にも、すでにアドルフ・バグナー（Adolf Wagner）によって所有概念は相対化されたようである。

いて作用するすべての利益を包含する「生きた企業概念の構成」の前提となる新たな所有概念を提唱する。この新たな所有概念の下で、所有は、「市民的所有 (das bürgerliche Eigentum)」と「組織化された所有 (das organisierte Eigentum)」に区別され、後者は、商事会社、コンツェルン、カルテル、ゲノッセンシャフト、国家、自治体などに妥当するものであり、従来よりも広範に、義務の観念や所有の社会的な拘束が強調され、したがって労働者や従業員の考慮が要求されるものであるとする。⁽²⁵³⁾ このフェアの所有概念の下では、企業において働くすべてのスタッフが「組織された所有」を共有することになる。⁽²⁵⁴⁾ そして、企業家は、たしかに補充的なエネルギーとして捉えられるにすぎず、他の執行をなすエネルギーに作用するものにすぎないのであるが、しかし企業家はその方針、使命、そして手段について独自の効力を与えるものであり、企業家も従業員も双方とも、物の所有者としてではなく、エネルギーの担い手として経済生活に属していることとなる。⁽²⁵⁵⁾

また企業における所有の義務は、ボットによっても強調される。ボットは、所有を「経済的所有 (Wirtschaftseigen)」と「役務的所有 (Diensteigen)」区別し、経済的な側面からは、所有は企業家の私的所有であるが、しかし役務的な側面からは、事業は、社会政策的な観点から所有権者の恣意を排

(253) フェアは、「所有はどのように作用するのか、所有はその効力や関係として、あるいは経済的ないし社会的エネルギーとして、何を発するのかという問題は、所有が誰に属するのか、また所有が何から構成されるのかよりもはるかに重要である。」とする。Riechers, a. a. O. (Fn. 188), S. 52.

(254) Riechers, a. a. O. (Fn. 188), S. 52.

(255) Netter, Probleme des lebenden Aktirnrechts, Berlin 1929, S. 31. ネットーはこのようなフェアの所説を踏襲して「企業」がただ単に経済単位として承認されるだけでなく、法律上も 1 個の単位として理解されねばならないことを説く。

除する拘束性を帯びるものであると説く。⁽²⁵⁶⁾

このように近代において絶対性を有するものとして位置づけられていた「所有（権）」は、「構造変革」によって、相対化され「従業員・労働者の利益」によって制約されるべきことが説かれてきた。ネッターは、このような従業員ないし労働者の利益によって相対化された所有権論を踏襲する形で、所有形態の1つである株主権が一般的利益によって制約されるべきことを謳っている。したがって、ネッターが念頭に置く一般的利益とは、まさに従業員ないし労働者の利益を内容としていると考えられる。

ただし、この従業員の利益によって実際にどのように株主権が制約されるべきなのかといった当該制約原理の限界について、ネッターは十分に説明しているとは言えない。もっとも、ネッターは従業員の利益が「企業」利益に体现されるとするだけで、制約基準にまったく言及していないというわけではないとも考えられる。明確には言及されていないが、ネッターは株主全体の利益による株主の個人的利益の制約（誠実義務）を説く際に、「株主全体の利益」もまた「企業」に体现されるとしたうえで、「個人的利益は『企業』の利益によって制約される」という基準を定立している。この「企業」には従業員の利益も体现されているのであるから、したがってかかる公式は誠実義務にだけ妥当するのではなく、従業員の利益による株主権制約原理にも妥当するとも考えられるのである。すなわち、ネッターは、株主権が一般的に従業員の利益によって制約されるべきとしているのではなく、株主が個人的利益を追求することによって従業員の利益を侵害することが許されないことを説いているとも考えられる。^{(257) (258)}しかし、この

(256) Riechers, a.a.O. (Fn. 188), S. 52.

(257) しかし、このように解釈する場合には、個人的利益が何なのかといったことが問題となると考えられる。そもそも個人的利益の概念は、株主権の株主全体の利益による制約原理において機能する概念であり、株主全体

ように捉えたとしても、この従業員の利益を確定すべき制度や基準が曖昧なままであり、現実的な従業員の利益による株主権の制約は、少なくとも共同決定法を待たなければならないのであろう。

(2) 株主権制約原理としての株主全体の利益（誠実義務）

株主全体の利益による株主の個人的利益の追求の制約（誠実義務）をめぐって、ネッターは具体的な基準を定立している。そして、このような制約原理は少数株主の権利を制約するものであり、大株主や経営者支配を徹底化するものとして後に「企業自体」の理論を批判にさらすこととなる。⁽²⁵⁹⁾

たしかにこのような誠実義務は、構造変革を通じた株式会社の独立性の解消と大幅な企業結合（あるいは複数議決権の利用）によって多数派株主の影響力が近代において予定されていたものをはるかに上回り、多数派株主の権利濫用が近代にも増して問題視されるようになり、あるいは抑止的少数の濫用的行使が見過ごすことができないようになり、したがってこのような株主の権利濫用を制約する原理は企業集中や全体経済の考慮といった一連の「構造変革」の論調を背景とするものである。誠実義務もまた構

の利益と対になる場合に限って個人的利益を観念することができるのではなからうか。従業員の利益といった株主全体の利益以外の利益に対する関係においては、株主の利益はすべて個人的利益となってしまう。

(258) ネッターは当時として少数説ながら、コンツェルン利益から従属会社を保護すべきことを説いている。「企業」を独立の法益として承認することを通じて従業員の利益による株主権の制約を説いていることに鑑みると、この従属会社の保護は、少数株主の保護だけでなく従業員の利益の保護をも念頭に置いているのではなからうか（Netter, Über den Einfluß des Widerstreits zwischen Konzerninteresse und Einzelinteresse auf die Rechtswirksamkeit von Generalversammlungsbeschlüssen, in: Juristische Wochenschrift, 1931, S. 3032.）。

(259) 西尾・前掲注(92) 経営学論集40巻2号139頁参照。

造変革に鑑みて説かれた法理論である。しかし、ネッターの理論において誠実義務論はまさに唯一具体的な法理論を展開するものであり、かかる中心的課題が株式会社の社団的性質から当然に導かれる単なる株主の会社（株主全体の利益）に対する権利濫用禁止として捉えるだけで終わってしまってもよいのであろうか。ネッターの説く株主の誠実義務の意義はこのように伝統的な議論を敷衍したものとして捉えるだけ終わってしまうのか。ネッターは、この株主全体の利益による株主権制約の根拠として、フォン・ギールケの「ゲノッセンシャフト理論」を援用しており、必ずしもそのような狭い視野で誠実義務論を展開したものではないと考えられる。そこで、以下では当時の誠実義務論を整理する。

ワイマール期ドイツにおける構造変革・「企業自体」の理論をめぐる議論では、オットー・フリードリッヒ・フォン・ギールケ (Otto Friedrich von Gierke) が主唱する伝統的なゲルマン法理論としてのゲノッセンシャフト理論 (Genossenschaftstheorie) が注目の的となり、この理論を援用して株式会社の自律性が説かれてきた。しかし、当時のゲノッセンシャフト理論の援用は、ネッターに代表されるように自律性の根拠として用いられただけでなく、株式会社の全体経済への編入を説く根拠としても用いられた。つまり、ゲノッセンシャフト理論によれば、「ゲノッセンシャフト」はそれ自体構成員から独立した別個の人格をもつものとされるが、しかしこの独立した個々のゲノッセンシャフトは国家ないしその他のゲマインシャフト（以下、国家等のゲマインシャフトという）全体の1因子とされる。したがって、株式会社をゲノッセンシャフトとして捉えることによって、ゲノッセンシャフトの構成員である株主の権利行使は国家等のゲマインシャフト（全体）の利益によって制約され、あるいは場合によっては全体の利益に資するように行使することが求められるべきであるとの所説が株主の誠実義務として説かれた。

このような所説に対してネッターは、国家等の全体の利益に対する誠実義務を認めることは現行の株式法原理と調和しないとして、株式会社が国家等ゲマインシャフト全体に編入されるべきことについては否定的に捉えており、ゲノッセンシャフト理論を援用しつつも、株式会社を株主から独立した存在（団体人）として認める限りにおいてのみかかる理論を踏襲するにとどめている。このようにゲノッセンシャフト理論を用いて国家等全体の利益に対する株主の誠実義務が一つの大きな流れとなるなかで、ネッターがかかる理論を踏襲しつつも、誠実義務をあくまで「株主」全体の利益に対する制約として説いたことは、株主権制約の契機を限定的に捉え、むしろ株主の私益性を確保しようとしたものと評価し得ると考えられる。またネッターは、このような株主の誠実義務を、とくに企業集中化、ないし高度のコンツェルン化に対応するものとして捉えており、当時としては少数説ながら、⁽²⁶⁰⁾株主全体の利益によって株主の個人的利益の追求を禁止することによって、とくに濫用的な議決権行使によってコンツェルン全体の利益が追求され、もって従属会社たる企業の利益が侵害されることを制約しようとしたと考えられる。⁽²⁶¹⁾

したがって、ネッターの説く誠実義務は、たしかに結論だけを捉えれば

(260) 高橋英治『企業結合法制の将来像』21頁以下（2008年、中央経済社）参照。高橋博士は、「戦前のドイツの通説は、……支配企業がコンツェルン全体の利益の追求を理由にして従属会社の利益を害することを認める傾向にあったとされている。

(261) Netter, Über den Einfluß des Widerstreits zwischen Konzerninteresse und Einzelinteresse auf die Rechtswirksamkeit von Generalversammlungsbeschlüssen, in: Juristische Wochenschrift, 1931, S. 3032. もっとも、ネッターは「企業」に体现される利益を株主全体の利益だけでなく従業員の利益も含めて株主権制約として捉えているため、コンツェルン全体の利益追求から保護されるべき従属会社の企業利益としてネッターは、少数株主全体の利益だけでなく、従業員の利益も念頭に置いているものと考えられる。

社団の性質から当然に導かれるものとされようが、しかしこのような「構造変革」期において説かれた株式会社の全体経済への編入という一つの大きな流れに対抗する形で主張されたものであることに鑑み、また制約を自己利益に追求に限定していることに鑑みると、株主全体の利益による株主権の制約は、むしろ埋没しがちな株主権の私益性を確保する意義をもつものであったと言える。

(3) ドイツにおける「企業自体」の理論の意義

①例外としての株主権の制約原理

ネッターによって代表される形で説かれたドイツにおける「企業自体」の理論は、第一次世界大戦後のドイツにおいて「構造変革」として展開された脱自由放任主義的・拘束的経済を説く経済学上の議論に呼応する株式法理論であるが、しかしこのような脱私経済や自由経済の制約を説く経済学上の議論に対して十分に耳を傾けながらも、株式法理論のレベルにおいてはあくまで株主権の私益性が大きな柱と位置付けられており、歴史的にみれば、むしろ拘束的経済や全体主義が時代の大きな流れとなるなかで埋没しがちな株主権の私益性を再確認・強調されていると言える。

ただし、このように株主権の私益性を原則として再確認しつつも、例外として従業員の利益による株主権の制約が説かれている。従業員の利益に関しては、もはや社会的に無視できない価値として認識される段階に達し、法理論上も法益として強く認識されていると言える。これは、個々の経済主体の自由を制約し経済全体の考慮が説かれてきた経済学上の構造変革が、株式法上の「構造変革」の議論においては、とくに従業員の利益保護がその核心部分として捉えられたものと考えられる。たしかに、ケインズやゾンバルトによって代表的に説かれるように純粋な自由放任主義は否定されねばならなかったが、しかし経済をどの程度において規制すべきかについ

ては必ずしも適切な結論は示されなかった。その規制の程度によっては、資本主義それ自体を否定することになりかねない。とくに株主権を正当化する「所有」は資本主義の根本的な前提要件であり、「所有」が否定される場合には、資本主義はもはや成り立たない。この観点から、盛んに拘束経済が説かれた経済学上の議論を背景としていたにもかかわらず、株式法上の議論においては「所有」の発現である株主権をむやみに制約することは控えられたものと考えられる。しかし、この「構造変革」の中で従業員の利益保護が社会的に認識され、とくに強く要求されてきた。そして、(経済)全体の考慮が説かれる過程で、とくに従業員の利益保護がもっとも根本的かつ不可避的なものとして捉えられてきたと考えられる。つまり、従業員の給料、労働条件、ひいては雇用の安定といったものは、国民の大部分が従業員として雇用されていることから、国民の生活、そして生存に深くかかわるものであり、従業員の利益が企業において保護されなければ、企業の存立が危うくなるばかりでなく、それどころか国家経済そのものが成り立たないと捉えられるようになった。とくにドイツにおいては、このような利益を無視すれば、革命が生じ、資本経済主義体制それ自体が政治的に否定されることさえも懸念されたと考えられる。このように社会的に認識され確立した価値である「労働」によって「所有」が制約されることは、逆説的に、資本主義を支える根本的価値としての「所有」ないし私有財産制度を維持するために不可避であると捉えられたと考えられる。したがって、従業員の利益による株主権の制約は、例外的な株主権制約原理として合理的な根拠を持つものとして捉えられた。そして、このことが「所有(権)」の相対化としてワイマール憲法に示されたものと考えられる。第一次世界大戦後に説かれた株式会社の「構造変革」は、少なくとも歴史的に見れば、国民の生活・生存に直接的に係わり、社会的・経済的な安定を図る不可欠の価値としての「従業員の利益」が法律上においても無視でき

ない段階に達し、例外的な株主権の制約原理としての「従業員の利益」を生ぜしめたものとして捉えるべきである。

我が国における「企業自体」の理論は、会社の公共性を、株式会社の営利性、そして株主権の私益性を否定するものとして捉えられ、場合によっては会社の営利性や私益性を否定してでも株主権を一般的かつ広範に制約するべきであると説く立場（服部説）と、株主権制約原理を会社の営利性から導かれるものに限定し営利性ないし私益性と矛盾する公共性を株主権制約原理としては認めるべきではないと説く立場（大隅説）の2つの大きな相対立する流れで展開されてきた。しかし、かかる我が国の議論が踏襲するドイツでの「企業自体」の理論は、株主権制約原理としての公共性を、必ずしも服部説ほど広く社会的な利益を強調するものとして捉えていたわけではない。しかし、また同時にドイツの議論は、大隅説ほど公共性を狭い視野で捉えられていたわけでもない。ドイツにおける「企業自体」の理論は、会社の営利性と株主権の私益性を株主会社（法）の根本的な理念として据えることを原則としつつ、ただ例外的に、不可避的な社会的利益としての従業員の利益を株主権制約原理として説くものであった。

②株主権制約原理の限界

このように「企業自体」の理論は、極めて端的に言えば、たしかに、「構造変革」に鑑みて、従業員の利益による株主権の制約を説くものであり、近代において絶対性を有するものとして確立した株主権性の相対化を示すものである。とするならば、相対化された株主権は、従業員の利益だけでなく他の社会的利益によっても制約され得るものとして捉えるべきなのであろうか。とくに我が国では、服部教授に代表されるように、このドイツにおける議論から示唆を受けそれをさらに押し進める形で、従業員の利益だけでなく、消費者の利益、地域社会の利益など株主以外の会社のス

テークホルダーを株主権制約原理として広く認めるべきことが有力に説かれてきた。また第二次世界大戦後ドイツ（西ドイツ）においても、企業法をめぐる議論において様々な社会的利益によって株主権を制約すべきことが説かれてきた。とするならば、ドイツにおける「企業自体」の理論において示された従業員の利益による株主権制約原理は、あくまで当時のドイツにおいてとくに要求された社会的利益を示す例示的なものにすぎないとして捉えて、たとえば今日の我が国において「企業の社会的責任」の名のもとでさまざまに語られるように、時代の要請や各国の事情によっては従業員の利益以外の多種多様な会社のステークホルダーの利益によって株主権は制約され得るものとして捉えるべきなのであろうかという論点を検討する必要がある。

ドイツにおける株式法上の構造変革の議論から導き出された株主権制約原理としての「従業員の利益」は、経済的ないし社会的に不可避的なものとして新たに確立された価値である「労働（権）」を根拠としており、この「労働」と「所有」の対抗関係を背景として生じたものである。そして「労働」は、国家が保護すべき価値として、ワイマール憲法において労働権として生存権その他の社会権とともに、憲法レベルの法益として「所有（権）」たる財産権⁽²⁶²⁾とともに人権として認められた。すなわち、かかる「労

(262) 高橋英治『ドイツと日本における株式会社法の改革』3頁以下（2007年、商事法務）参照。株主権は、「所有」の発現であり憲法で保障された財産権であることが、1923年ワイマール共和国憲法153条の所有権をめぐる確認されている（高橋・同書21頁以下参照）。そして、第二次世界大戦後1962年6月7日連邦憲法裁判所判決（フェルトミューレ“Feldmuhle”判決）においても、株式が憲法（ボン基本法）14条によって保護される財産権（Vermögensrecht）に該当することが判事されている（高橋・同書7頁参照）。このほか、高橋博士は、財産権たる株主権が憲法上どのように捉えられてきたのかを戦後ドイツの判例・学説を中心として詳細に整理されている。

働」は、生存権とも深くかかわるものであり、あるいは生存権を実質的に保障するものでもあるとされ、「所有」たる財産権と比較衡量することができ財産権を制約し得る利益として位置づけられている。このように、従業員の利益は、その源泉となる「労働」が「所有」という価値に法律上も対峙し得る地位を獲得し、「労働」による財産権の制約という他の人権との利益衡量による合理的な人権制約として構成されてはじめて、財産権たる株主権の制約原理として承認されている。すなわち。従業員の権利は、憲法上の権利であり、単なる会社のステークホルダーの利益、ないし社会的利益にとどまらず、人間の根本的な権利としての「人権」から導き出されるものであるからこそ、「所有」たる株主権を制約することが許されるのである。とくにドイツの場合には、共同決定法⁽²⁶³⁾において、従業員の権利による株主権の制約がこのような「労働」と「所有」の拮抗の発現であることを鮮明化していると言える。このように、「構造変革」から導き出された株主権の制約は、憲法上の「財産権」と他の人権たる「労働権」との矛盾衝突と構成されてはじめて正当化されるものであって、株主権の制約は常にこの「所有」と「労働」という対抗関係において捉えられるべきである。換言すれば、構造変革期において株主権論があくまで「所有」に根ざして展開されるべきことが示されてきたと言えよう。

このことは、ドイツにおける「企業自体」の理論のその後の展開からも

(263) 共同決定法の合憲性をめぐって争われた判例については、高橋・前掲書注(262) 8頁以下参照。そのなかでもとくに1976年(拡大)共同決定法の合憲性をめぐる1979年3月1日連邦憲法裁判所判決については、同書のほか、菅原菊志「株式会社の取締役・監査役論序説——西ドイツの監査役とアメリカの取締役会との比較」法学52巻1号11頁、正井章彦『共同決定法と会社法の交錯』79頁以下(成文堂、1990年)、栗城壽夫「所有権等の規制と立法者の予測——共同決定判決」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例[第2版]』302頁以下(2003年、信山社)参照。

示されているのではなかろうか。「企業自体」の理論によって指摘された会社の公共性を確保するための法規制は、ワイマール期後のドイツにおいて大きく2つの形で現れてきた。⁽²⁶⁴⁾1つめは、1937年株式法70条1項の取締役の公共の福祉義務という一般条項による規制である。2つめは、監査役会に従業員の代表を認める第2次世界大戦後ドイツ（西ドイツ）で成立した共同決定法である。⁽²⁶⁵⁾1937年株式法は、「企業自体」の理論の影響のもと、⁽²⁶⁶⁾会社機関の権限の再配分を図り、会社の業務執行権限を株主総会から取締役へ移転した。⁽²⁶⁷⁾すなわち、総会決議事項を法令または定款において明示的に規定されたものに限定し（ドイツ1937年株式法103条1項）、また総会の業務執行権限に関しても、取締役が求めた場合に限定した（同条2項）。他方で、取締役の権限と地位を強化したうえで、1937年ドイツ株式法70条は、「取締役は、自己の責任において、事業およびその従業員⁽²⁶⁸⁾（Gefolgschaft）の福祉、ならびに国民および国家の共通の利益（gemeine

(264) 新山・前掲注(1) 81頁参照。

(265) 1937年株式法については、Aktiengesetz (Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien), vom 30. Januar 1937 mit Einführungsgesetz und amtlicher Begründung, München 1937; Gotthard Freiherr von Falkenhausen, Das neue Aktienrecht, in Bank-Archiv, 36Jhrg. Nr. 12, 1937. 邦語資料としては、司法省調査部「一九三七年獨逸株式法理由書」『司法資料』239号（1938年）、長岡富三「獨逸新株式法概観(1)（2完）」法と経済8巻1号80頁以下、8巻3号85頁以下（1937年）参照。

(266) 大隅・前掲書注(27) 202頁、新山・前掲書注(1) 85頁、88頁注(10)、(206頁参照。1937年株式法70条は、「企業自体」の理論と関係がないとする見解について、正井・前掲書注(64) 125頁注(17)参照。

(267) 大隅・前掲書注(27) 200頁以下参照。

(268) Rudolf Strasser, hrsg. von Jobornegg und Strasser, Kommentar zum Aktiengesetz, Wien 2001, Art. 70 Rdnr.17; Christian Nowotny, hrsg. von Soralt, Nowotny, und Klass, Kommentar zum Aktiengesetz, Wien 2003, Art. 70 Rdnr.1. “Gefolgschaft” を “Arbeitnehmer” と同義とし、ここでは「従

Nutzen) の要求するところに従って、会社を指揮しなければならない」と規定し、取締役⁽²⁶⁹⁾に公共の福祉義務を課すこととした。しかし、この規定は、結局は経営者主義を徹底化することで終わってしまった⁽²⁷⁰⁾。また共同決定法⁽²⁷¹⁾は、「企業自体」の理論によってその理論的基礎を与えられたとされており、第2次世界大戦後ドイツ（西ドイツ）において1951年石炭鉄鋼企業共同決定法（モンタン共同決定法）、1952年経営組織法、そして1976年新（拡大）共同決定法（Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer; Mitbestimmungsgesetz; MitbestG）によって確立した、従業員2000人以上の企業に労資同数の監査役を置くことを定める労資協調メカニズムである⁽²⁷²⁾。

業員」と訳した。それは、1937年ドイツ株式法をオーストリア化（Aust-rifizierung）して制定されている現行のオーストリア株式法70条は、“Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten, wie das Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses es erfordert.”と規定しているが、1965年株式法によるオーストリア化の際に、37年法の“Betrieb”を“Unternehmen”（事業），“Gefolgschaft”を“Arbeitnehmer”（従業員），“gemeinen Nutzen von Volk und Reich”を“öffentlichen Interesse”（公益）と文言を変更したのは国家社会主義的な要素を排除する目的でなされたにすぎず、内容の変更を意味するものではないとされており、したがって“Gefolgschaft”を“Arbeitnehmer”と同義と言い得るからである。なお、新山博士は、“Gefolgschaft”を「従者」と訳され、上のような意味を持っていることを示されている（新山・前掲書注（1）86頁参照）。本文では、単にわかりやすさを優先したため、「従業員」と訳した。

(269) 新山・前掲書注（1）85頁以下、98頁、205頁以下参照。

(270) 共同決定法については、Mathias Habersack/Martin Henssler/Peter Ulmer, Mitbestimmungsrecht: Kommentierung des MitbestG, der DrittelbG und der §§ 34 bis 38 SEBG, München 2006.

(271) 正井・前掲書注（64）123頁以下参照。

(272) 菅原菊志「株式会社の取締役・監査役論序説——西ドイツの監査役とアメリカの取締役会との比較」法学52巻1号9頁以下（1988年）参照。

ドイツにおいては監査役会 (Aufsichtsrat) が取締役 (Vorstand) の選任権を有しており (ドイツ株式法84条), 監査役会と取締役を通じて従業員の利益をはじめとする企業利益を会社の決定に反映させることができるのである。⁽²⁷³⁾ この共同決定法と関連して,⁽²⁷⁴⁾ 伝統的な会社概念を改めて, 会社の様々なステークホルダーから構成される「企業」概念を構築し, この「企業」を中心に会社を捉え直すことによって会社の公共性を担保しようとする「会社法から『企業法 (Unternehmensrecht)』へ」⁽²⁷⁵⁾ という試みの大きな流れがあり, 共同決定法制定過程において, とくに当該制度を企業法の法的規制においてどう位置付けるかを中心として「企業法」の議論が活発化した。⁽²⁷⁶⁾ そして, この議論において法益の内容を定める基準として用いられてきた概念が「企業利益 (Unternehmensinteresse)」⁽²⁷⁷⁾ であり, 「企業自体」の理論の後任であるともされている。⁽²⁷⁸⁾ しかし, このような公共性の「制度的確保」も, とくに公共性の内容が不明確であることを中心として様々な困難があることが指摘されている。⁽²⁷⁹⁾ これらの法規制, とくに後者の企業法論が, 実に様々な議論が有力に展開されてきたにもかかわらず, なかなか花

(273) Habersack/Ulmer, in Habersack/Ulmer/Henssler, a.a.O. (Fn. 270), S. 458 ff., 471 ff., 473 ff.

(274) 正井・前掲書注(64) 42頁以下参照。

(275) Friedrich Kubler, Gesellschaftsrecht, Heidelberg 1999, S. 3.

(276) 菅原菊志・前掲注(272) 法学52巻1号1頁以下, 10頁以下, 12頁以下, 菅原菊志「企業体制と私的所有権——リットナーの所説を中心とする伝統的立場」監査役161号59頁以下, 新山・前掲書注(1) 120頁以下, 正井・前掲書注(64) 1頁以下, 31頁以下, 33頁, 34頁, 67頁以下参照。

(277) 正井・前掲書注(64) 171頁以下参照。Habersack/Ulmer, a.a.O. (Fn. 270), S. 471 ff.

(278) 「企業自体」の概念と「企業利益」の相違については, とくに正井・前掲書(64) 182頁以下参照。

(279) 新山・前掲書注(1) 121頁以下参照。

開かなかったのは、株主権制約原理が株主権を支える「所有」と肩を並べ得るべき憲法上の権利(価値)に根ざしていないからではなかろうか。⁽²⁸⁰⁾

以上のことから、我が国において有力に唱えられたようなステークホルダーとしての社会的利益による株主権の制約は、かかる諸利益がこのような憲法レベルにおいて財産権を制約すべき他の人権として確立しない限り、認められるべきではない。もっとも、法はすべてを予測できるわけではなく、この意味に限って、将来的にこのような憲法上も財産権との対抗関係として捉えられるべき新たな権利が確立した場合には、かかる権利によって株主権が制約されることは妨げられるべきではないと考えられる。

(4) 小 括

以上のことから、少なくともネッターに代表される「企業自体」の理論は、株主権の私益性を再確認し、例外的な株主権の制約をあくまで「所有」に根ざして展開されるべきことを示すものとして捉えられるべきであると考え。ところで、以上のように捉えられるドイツにおける株主権の制約は、株式会社生成期において摘出された会社の「公共性」を担保するものとしての「私益性」の理念の視点からみても、受け容れ得るものである。それは、ドイツの場合には、株主の私益性と従業員の利益を内容とする公共性が対抗関係として捉えられ、両者の対立し妥協する形で株主権制約論が展開されたからである。そして、共同決定法にみられるように従業員の声企業が決定に反映されるべき制度が確立されている。しかし、我が国ではドイツのような歴史的・社会的背景をもっておらず、服部説を中心とした「企業自体」の理論で説かれる意味での公共性は不明確とならざるを得

(280) この点については、とくに我が国における企業法論の最大の研究である正井博士のご研究を中心にして詳細な論証が必要であり、ここではこのような視点をもっていることを示しているにすぎない。

ない。また我が国においては、ドイツにおいて公共性と私益性が対立するものとして捉えられてきたのとは反対に、株主権の私益性を確保することが「公共性」に繋がるとされてきたのであり、服部説等で説かれるドイツの歴史的社会的背景から導き出された公共性と、私益性が担うであろう「公共性」とは内容が異なっているのではなかろうか。もっとも、我が国における「企業自体」の理論が説く公共性はドイツの議論だけでなくアメリカの議論も加味されており、結論はアメリカにおける議論の検討を待たなければならない。

(未完)

Legal Conceptions of Stock Corporation
Post-“Corporate Structural Evolution
(*Strukturwandlung der Aktiengesellschaft*)”
in Japan, the US, and Germany:
The Crucial Role That Shareholder Power Plays
in Corporate Governance beyond the
Competing Conceptions of the Corporation-Part I

Kazunori SHINTSU

Shareholders power to govern the stock corporation was a myth? Is shareholder an ex hero in Corporate Governance now? Voting right typifying the shareholder power is never interpreted as an inherent part of its rights any more, believed that shareholder is just a kind of investor, in some current theories or under the new corporate law in Japan. On my last work it is suggested that “shareholder power, voting rights particularly, to have a voice in corporate affairs should remain a principle in debates over Corporate Governance”, as a lesson drawn from the history of the German controversies over the legal nature of shareholder rights and of the stock corporation “*Aktiengesellschaft*” in the 19th century, when the legal conception of “the Modern Stock Company (Post-Privileged Stock Company)” was formed in the epoch after the feudalism. On the way the concept of “the modern corporation” was developed, the shareholder supremacy was highlighted. During the period, the major theories of the corporation regarded the legal nature of shareholder right as a property right, ensuring that individual shareholder can exercise its right freely, in order that every shareholder could participate in the fundamental management process by expressing its decision through its voting power. The power of shareholder must have been expected to serve to prevent the management from exercising its overweening power absolutely, in order to keep the corporation in the society, where the citizens live their “moral” lives. The assumption is grounded on the historical fact that it was

the most important topic, or moreover the Concern Number One that the stock corporation could be accepted as a new social entity in the society, where only public corporation had been seen as a social entity in the feudal systems. There, if ever, in order to show their “morals”, it is the justice of the decision making inside the corporations that was strongly required. The justice means necessarily to ensure their members (shareholders) the interests, because the stock corporation is in essence a business group, whose purpose is to distribute its benefit among shareholders. Thus, Shareholder voting right as a property right which can be used freely was of great significance for Due Process of decision making in the company. It is supposed to be that the significance of the shareholder power which arose out of the historical context may be as alive as it was during the birth period of “the modern stock company”, because the justice as Due Process of the decision making inside social entities generally is the value we share beyond the centuries. In fact, this value is consist with the policy which was enhancing shareholder rights in Japan after World War II. In this sense, it must be interpreted that it is a foundation stone and a principle underlying beyond the centuries of the stock corporations, or under Laws of them, to be governed by shareholders with their independent exercises of their powers “voting rights”.

The Theory of “Shareholder Power to Corporate Governance”, however, still remains a Hypothesis, because the shareholder supremacy which had emerged out of “the modern company” came under attack in the 20th century, when the legal conception of “the New Stock Corporation” was developed, following its social or economic conception. Was “the Power of shareholder” wounded or killed there? The conception of “the new company” was formed with highlighting the social significance of the corporations, and public interests they MUST serve, and therefore denying the Primacy of the shareholder rights, caused by “the structural transformation of the corporation, *Strukturwandlung der Aktiengesellschaft*” in Germany during the Weimar period, and in the United States. In addition, in Japan, the theories about constraints on the shareholder rights have been developed always looking at the

corporate significance in the society, and in this way the Japanese legal conception of “the new company” has been debated following them in America and Germany. This Article analyzes the controversies over “Corporate Structural Evolution” in Germany and the United States, approaching the “new corporate” legal conception from insight of shareholder rights, in order to demonstrate the Hypothesis that shareholder powers do remain bastions of corporate moral in the society as they were in “the modern company”.

This paper No.1 of the article explores the Japanese theories about shareholder rights in the conception of “the new corporation”, and then takes up the main theories about “the structural transformation of the corporation”, as well as its original “the structural changes in the economy” in Germany. In the Japanese powerful views, following the major theories about the “structural evolution” in Germany and America, it is observed that the transformation is the transition of the stock company to “the public institution”, where shareholder has fallen down onto just a kind of the stakeholders of the corporation (employees, customers, suppliers, community, and so on), and therefore the shareholder rights should be limited comprehensively by two social significances of the corporation; one for stakeholders implanted from the German theory of “*Unternehmen an sich*”, led by *Oskar Netter*, re-criticizing *Fritz Haussmann*’s view, on the basis of *Walther Rathenau*’s ideas, and another for the citizens or the people imported from the American theory of “*Separation of ownership and management*”, by *Adolf A. Berle* and *Gardiner C. Means*.

To be continued...