

団体法の二元性（3）

——ドイツ民法典社團法の原基的モデルの一考察——

西 脇 秀 一 郎

目 次

第1章 序論

I. 問題の所在

1. 団体を二元的に捉える視角とその批判
2. 若干の裁判例の検討
 - （1）団体の二元的理解の意義と課題
 - （2）社團の内部関係の単一性と多様性
3. 社團の法律関係の再検討の必要

II. 対 象

第2章 ドイツにおける2つの団体の法

I. 近代ローマ法学における団体の法の区分

II. ラント法による2つの団体法の立法化

1. プロイセン一般ラント法の団体法体系
2. 社團に関する規律
 - （1）法人の承認（設立）
 - （2）社團の意思決定

3. 小 括

III. 近代ドイツ法学における団体法の生成

1. 法人論の主たるテーマ
2. 初期法人論の意義と課題
 - （1）ユストゥス・フリードリッヒ・ルンデ
 - （2）アントン・フリードリッヒ・ユストゥス・ティボー
 - （3）フリードリッヒ・カール・フォン・サヴィニー
 - （1）法技術的概念としての法人
 - （2）法人の所有関係と組織関係
 - （3）サヴィニーの所論の整理

- (4) 初期学説における法人論の意義と課題
 - (1) 所有関係の法と組織関係の法の分離
 - (2) 新たな問題の提示
- 3. オットー・ギールケによる理論の提示
 - (1) 共同地に関わる法律関係の整理
 - (2) ギールケの団体法論
 - (1) 「総有 (Gesamteigentum)」概念の提唱
 - (2) 「総有」の構造 (基本モデル)
 - (3) 構成員総会と多数決原理の意義
 - (4) 構成員の固有権論
 - (3) ギールケの所論の整理
- 4. 小 括 (以上、(1) につき龍谷法学49巻4号)

IV. 中間的考察

- 1. 人の団体の法の読解
 - (1) 区分の視点
 - (2) 共同地分割と法人論
 - (3) 議論の整理と新たな視点
- 2. 意義

第3章 19世紀における物 (財産) の団体の法と人の団体の法の法典化

I. 物 (財産) の団体の法の展開

- 1. 「societas」の諸相
 - (1) 「universitas」と「societas」
 - (2) 「societas」概念
 - (3) 整理 (以上、(2) につき龍谷法学52巻1号)
- 2. 物 (財産) の団体の法としての株式会社の法
 - (1) 19世紀のドイツ株式会社法の立法展開
——意思決定規範の形成過程——
 - (1) 一般法規化以前
 - (ア) 19世紀までの法状況
 - (イ) 1807年のフランス商法典
 - (ウ) プロイセン一般ラント法
 - (2) 1838年のプロイセン鉄道企業法
 - (ア) 特徴
 - (イ) 意思決定にかかわる内部組織の規律
 - (3) 1843年のプロイセン株式会社法

- （ア）特徴
 - （イ）意思決定にかかわる内部組織の規律
 - （4）1861年のドイツ普通商法典
 - （ア）特徴
 - （イ）意思決定にかかわる内部組織の規律
 - （ウ）整理
- （以上、本号）

第3章 19世紀における物（財産）の団体の法と人の団体の法の法典化

I. 物（財産）の団体の法の展開

2. 物（財産）の団体としての株式会社の法

（近代）ローマ法のもとでの「societas」に対して、中世以降には、様々なアソシエーションや中世イタリアの合資会社ないし匿名組合を意味する「commenda」、海運会社である「Reederei」などといった会社ないし組合形態が確認され、15世紀以降には、イタリアの銀行やイギリス及びオランダの東インド会社等の貿易会社、ドイツでは、1651年のブランデンブルグ東インド会社などが存在した¹。さらに、17世紀以降は、保険会社や銀行

1 Vgl. Susanne Lepsius, § § 705-740. Gesellschaft, in: Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB (HKK), Bd. III. 2, 2013, S.1966ff. 中世においても連帯無限責任からなる家族構成員による会社が「societas」の団体として登場していたようであるが、他方で、生活費用を共同で負担する学生団体から海上貿易における持株を伴う大規模な奴隷貿易等の団体など、そのバラエティーは非常に多様であったとされる。ヴェルンハルト・メーシェル（小川浩三訳）『ドイツ株式法』（信山社、2011年）4-7頁など参照。また、ドイツ商法の歴史的淵源については、vgl. Gustav Lastig, Beiträge zur Geschichte des Handelsrechts, Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht, Bd.24, 1879, S.387-449., 中世の株式会社類似の会社形態の発生については、大塚久雄『株式会社発生史』（岩波書店、1969年）も参照。中世イタリア商人の実像については清水廣一郎『中世イタリア商人の世界—ルネサンス前夜の年代記』（平凡社、1982年）特に79頁。さらに、本文で後述する1807年のフランス商法典までに至る（株式）会社の制度史の著名な古典的名著として、vgl. Karl Lehmann, Die geschichtliche Entwicklung des Aktienrechts bis zum Code de Commerce, Berlin, 1895, S.1ff, 29ff. なお、

会社といった営業形態にも株式会社類似の会社形態が用いられたとされる。これらの会社は、基本的に国王や国家の特許（特許状）により特権が付与され、設立にかかわる法人格等の団体的な権利が付与され、内部組織が定まるものであった²。

（１）19世紀のドイツ株式会社法の立法展開

——意思決定規範の形成過程——

ドイツの株式会社に関する立法は、主に19世紀半ばから急速な展開をみせる。例えばプロイセンでは、フランス法の妥当する地域を除いて、従前は会社（組合）一般につきプロイセン一般ラント法の規律が存在するのみであったが、1838年11月3日のプロイセン鉄道企業法及び1843年11月9日のプロイセン株式会社法によって、少なからず株式会社に關する法律上の規定が整えられていく。

「societas」に沿革を有する「物（財産）の団体」である会社（組合）の中でも特に、19世紀前後の（近代的）株式会社の登場は、会社（組合）の法に大きな変革をもたらした。そこでは、株式会社法の形成を契機として、会社（組合）に権利義務の帰属点としての対外的な法人格が承認されるとともに、対内的にも、高度な内部組織が必要とされた。これらの要請は、株式会社の法的性質を巡る議論を引き起こし、再び「人の団体」の法と「物（財産）の団体」の法の視角が意識されることになる。ここでは、そのような法状況において、株式会社の内部組織の法規範、特に意思決定規範がどのように形成されたかについて検討を行う。

↘ Lehmannの当該研究にも言及し、中世の商業組織から近世までの法状況を明瞭に整理する近時の研究として、高橋英治「19世紀ドイツにおける株式会社に關する立法と学説の生成－ドイツと日本における株式会社法と株式会社法額の発展（１）」法学雑誌63巻1号（2017年）9-13頁（同『日本とドイツにおける株式会社法の発展』（中央経済社、2018年）10-15頁に所収）も参照。

2 Albrecht Cordes=Katharina Jahntz, 1. Kapitel: Aktiengesellschaften vor 1807?, in: Aktienrecht im Wandel, Bd.1, Tübingen, 2007, S.3ff

以下ではまず、ドイツ株式会社法史において重要な意義を占めるプロイセンにおける株式会社の立法展開を簡潔に整理した上で、内部組織の法律関係についての重要な立法的転機として、特に1870年のドイツ商法典の第一次株式法改正法、1884年の第二次株式法改正法について検討を行う³。

（1）一般法規化以前

（ア）19世紀までの法状況

3 19世紀ドイツの株式会社に関する立法の展開については、近時、高橋・前掲註（1）1頁以下（同『日本とドイツにおける株式会社法の発展』（中央経済社、2018年）6頁以下に所収）において、1807年のフランス商法典から1900年のドイツ帝国商法典施行までの時期を株式会社法の立法と学説の「成立期」と位置づける明瞭で詳細な分析と整理が行われている。本稿は、このような従前の先行研究と部分的に対象を同じくするが、それらの研究を踏まえつつ、特に、株式会社の対内的関係である内部組織の法律関係、具体的には株式会社の意思決定規範と株主の権利保障の法規範を直接の考察の対象とする。そのほか、「societas publicanorum」の検討を含む株式会社の歴史的淵源と19世紀の各国の株式会社法の概要を示すものとして、原田博治『株式会社設立論 全』（有斐閣、1920年）1-45頁。なお、大隅健一郎『新版 株式会社法変遷論』（有斐閣、1987年）67、69頁によれば、1870年の第一次株式法改正に続く1884年の第二次株式法改正は、「近代株式会社立法の一標柱をなし」、「株式会社立法の発展に本質的な進歩をもたらし」たとされる。

19世紀のドイツの会社制度の展開に関しては、封建的・世襲的な諸特権を独占的に保持していたツンフト等の中間団体の解消又は制約に伴って多数の賃労働者を創出することとなった「営業の自由」の制度的な展開も重要となるが、ここではその問題に直接には立ち入らない。従前の豊富な議論の検討及び整理として、田熊文雄『近代ドイツの国制と市民—地域・コルポラティオンと集権国家—』（御茶の水書房、2003年）119頁以下、中島茂樹「ドイツ市民革命期における「営業の自由」（1）（2）」名古屋大学法政論集63号126-183頁、64号155-200頁（1975年）。また、高柳信一＝藤田勇『資本主義法の形成と展開 1 資本主義と営業の自由』（東京大学出版会、1972年）に所収の各論文参照。特に1807年の「十月勅令」を起点とする「営業」立法体系の原型から、1869年の「北ドイツ連邦営業令」までの体系的整備の展開については、同書所収の山田輝明「「営業の自由」Gewerbefreiheitの立法史的考察—「10月勅令」と改革立法をめぐる—」335-373頁、同「ドイツ民法の形成と営業令—BGB第618条論」早稲田法学会誌21号（1971年）37頁以下、特に42-73頁、同「北ドイツ連邦営業令〔1869年〕試訳」比較法学6巻2号（1971年）301-333頁も参照。

18世紀から19世紀（半ば）にかけて、ドイツ（特にプロイセン）では、株式会社は国王の特許状（Oktroi）に基づく特許主義（Oktroisystem）のもとで特権的な設立・活動が認められていたとされる⁴。

このために、株式会社を規律する一般法規は存在せず、その法律関係は株式会社ごとに個別具体的であった。特許状には対外的に法律行為を行うための私法上の権利義務だけでなく、その記載の多くは公（法）的な権利義務に関するもので占められていた⁵。また、特許に応じて株主の有限責任も認められた⁶。

4 特に17世紀から19世紀までのドイツの株式会社にかかわる法状況については、主に、Vgl. Kurt Bössenlmann, Die Entwicklung des deutschen Aktienwesens im 19. Jahrhundert, Berlin, 1939, S.49ff, S.59f, Georg Cohn, Die Aktiengesellschaft, Bd.1, Zürich, 1921, S.5ff, 42ff., 戸原四郎『ドイツ金融資本の成立過程』（東京大学出版会、1963年）32-39頁、65-80頁、稲庭恒一「ドイツ近代株式会社法成立前における株式会社をめぐる法と現実—コンツェルン形成との関連で—」商学論集50巻3号（1982年）44-52頁（特に46頁。以下、稲庭①とする）。これらによれば、プロイセンでは特にフリードリッヒ二世の治世において、七年戦争（1756年から1763年）後の経済停滞の克服のために、銀行や保険会社、国家的独占のもとで塩、木材、たばこ等の取引を行う会社の設立が求められ、種々の特権を有する株式会社が問題となったとされる。そのほか、貿易会社（Handelskompanien）を筆頭にした特許主義下での株式会社につき、Bernhard Grossfeld, Aktiengesellschaft, Unternehmungskonzentration und Kleinaktionär, Tübingen, 1968, S.115ff. も参照。また、Hermann Schumacher, Die Entwicklung der inneren Organisation der Aktiengesellschaft im deutschen Recht bis zum Allgemeinen Deutschen Handels = Gesetzbuch. Ein Beitrag zur Frage der Führung der Aktiengesellschaft, Stuttgart, 1937, S.10ff, 14ff, 19ff.（邦語訳として、ヘルマン・シューマッハー〔庄子良男訳〕「普通ドイツ商法典に至るまでのドイツ法における株式会社の内部組織の発展—株式会社の経営管理の問題についての寄与—1937年」駿河台法学22巻1号（2008年）65-148頁がある）によれば、1843年のプロイセン株式法に至るまでのドイツの株式会社は一部の有力者によって大規模に事業を展開する会社であったとされ、特に、保険会社、（1835年以降の）鉄道会社、通商会社、鉱山会社、（1824年のシュテッティン騎士団私的銀行などの）銀行が存在したとされる。

5 Bössenlmann, a.a.O（Anm.4）, S.59ff., 稲庭①・前掲註（4）44-45頁。

6 Martin Posch, Kapitalassoziationen: ihre Rechtsfähigkeit und die Dogmatik der juristischen Person im Dienste des vormonopolistischen deutschen Ka-

株式会社の内部組織や意思決定規範も、個別の特許状及び定款 (Statut) によって定められた⁷。もっとも、対内的な法律関係を基礎づける定款は、特許状の付与に伴ってラント（領邦）国家により内容が定められ、国家の後見的監督による規制がなされていたようである⁸。経営状況の報告の必要にとどまらず、後見的監督を行う国家には重要事項に関する最終決定権が留保され、定款の変更などは国家の許可 (Genehmigung) が必要とされた⁹。また、当該株式会社の構成員である株主の間には、平等ではない階級的差異が存在し、株式会社の意思決定や業務執行に参与し得る諸権利は一部の大株主である主たる構成員 (Hauptpartizipanten) に限定され、一般の構成員 (gemeinen Partizipanten) は議決権も持たず、経営報告を受け、疑問等を主たる構成員に申し述べる事が許されるにとどまっていたとされる¹⁰。このため、(株主) 総会も極めて不十分な機能しか有せず、

↘ pitalismus, 1955, S.12.

7 それぞれの定款に応じて、対内的な内部組織や法律関係は多種多様であったとされる。その上で、前時代（工場制手工業時代）の会社形態とはそれほど差異はなかったとされる。Vgl. Posch, aa.O (Anm.6), S.12.

8 Bössenlmann, aa.O (Anm.4), S.61., 稲庭①・前掲註（4）46頁（5）参照。特許は株式会社の対外的関係を、定款はその対内的関係を規律するという一応の組み分けがあったようであるが、必ずしも明瞭ではなく、特にプロイセンでは特許、定款に加えて国王の個別の指示が株式会社の法律関係を統制したとされる。

9 Bössenlmann, aa.O (Anm.4), S.61., 稲庭①・前掲註（4）45頁。Grossfeld, aa.O (Anm.4), S.116. によれば、事業成果や年度の決算報告を要求し、株主総会を監視し、その許可の下で、定款変更や株式資本の増加といった重要事項の決定権を留保していた。

10 Bössenlmann, aa.O (Anm.4), S.58f., 稲庭①・前掲註（4）45頁。Grossfeld, aa.O (Anm.4), S.116. によれば、会社の指揮監督は主たる構成員（株主）が担い、その中でも最も裕福な者が取締役 (Direktoren) に選任される場合もあり、彼らは株主である構成員総体の代表者 (Repräsentanten) としては行動しなかったとされる。このために、一般の構成員（株主）はむしろ「受取人 (Destinatären)」の地位にとどまっていたとされる。

取締役 (Direktoren) には国家官吏が任命されることもあった¹¹。

このような法状況における株式会社は、半国家的な営造物 (Anstalt) であったとも評されている¹²。

(イ) 1807年のフランス商法典

以上のような法状況の中で、ナポレオンの支配によりフランス法の影響を受けていたラインラント、ラインヘッセン、ラインバイエルン、ライプファルツ、バーデン地方などの地域では、19世紀以降、1807年のフランス商法典 (Code de Commerce) が株式会社を規律することとなった¹³。

11 Bössenlmann, a.a.O (Anm.4), S.58f., Grossfeld, a.a.O (Anm.4), S.116.

12 Posch, a.a.O (Anm.6), S.13., 稲庭①・前掲註 (4) 45頁。Grossfeld, a.a.O (Anm.4), S.115, 116f.の整理によれば、大陸・ヨーロッパの近代的株式会社の前身である旧来の商会 (Kompanien) の決定的な特徴は、国家への広範な従属性であり、その他、代表取締役の全能性、主たる構成員 (大株主) の優位的地位、株主総会の弱さ、一般の構成員 (株主) の法的保護の欠如が挙げられる。

なお、特許主義が採用されていたことには、法ドグマ的な理由だけでなく、主に2つの政策的な理由を見出すことができるとされている。第一は、代表者 (指揮者) による会社の濫用から国家の干渉によって小株主の利益を保護することであり、第二は、巨大な私的な力の蓄積を前にした独占への懸念である。大規模な (貿易) 商社などは私的な (小規模事業者による) 産業を一掃してしまうものであり、競争関係を維持するための政策的要請が働いていたとされる。Vgl. Grossfeld, a.a.O (Anm.4), S.117ff.

13 Grossfeld, a.a.O (Anm.4), S.121.は、株式会社の設立 (成立) に関する規範の抽象性により区別されるとする特許主義から許可主義への (ドイツにおける) 最初の変更は、1807年のフランス商法典であるとする。特にナポレオンの支配崩壊後のウィーン会議により1815年にプロイセンに帰属することとなったラインラントの法状況については、vgl.Bössenlmann, a.a.O (Anm.4), S.63-67. 1807年フランス商法典のドイツにおける適用地域についてはGrossfeld, a.a.O (Anm.4), S.121.に加え、高橋・前掲註 (1) 16頁も参照。

また、鉄道事業とも関連する19世紀のフランスの株式会社制度の詳細な研究として、作道潤「19世紀フランスにおける株式会社制度の発展 (1807-1867) — C.E. フリードマンの業績によせて — (I) (II)」神戸学院経済学論集12巻3号 (1980年) 45-88頁 (作道①)、13巻1・2号 (1981年) 159-206頁 (作道②) 参照。12世紀の南フランス・トゥルーズの水車事業体や鉱山事業体、国王の特許による商事会社の詳細な分析を踏まえた19世紀までに至るフランス株式会社法史の詳細な検討については、石川真衣「フランスにおける株式会社の成立と展開」

フランスでは、17世紀に初めて国王の特許に基づく大通商会社が発立され、その後、多くの株式会社が国王の許可のもとで設立されたようであるが、18世紀になると国王の関与の伴わない株式会社の設立も相次ぎ、投機の弊害や詐欺的な会社設立に対する一般投資家の保護が必要とされた¹⁴。このような背景において、同法は、合名会社（société en nom collectif）及び合資会社（société en commandite）と株式会社（société anonyme）¹⁵に関する規律を有し（同法19条）、世界で初めての株式会社に関する法典編纂であったと評されている¹⁶。そのうち、株式会社にかかわる条文は12

ㄨ 一会社本質論への手がかりとして—（1）（2）（3）（4）」早稲田大学大学院法研論集149号25頁以下（石川①）、早稲田大学大学院法研論集150号1頁以下（石川②）、151号25頁以下（石川③）（以上、2014年）、153号29頁以下（石川④）（2015年）を参照。当時のフランス商法典については、大隅・前掲註（3）48-57頁、西原寛一『近代的商法の成立と発展（法学理論篇85〔法律學体系 第二部〕）』（日本評論新社、1953年）35-41頁も参照。

14 鳥山恭一「フランス株式会社法における資本多数決原則の形成と展開——株一議決権原則の再検討——」早稲田法学59巻3・4・5号（1984年）88-94頁。同法制定以前の個々の株式会社の定款においては、株主の地位は確立されておらず、株式総会の権限も不明確であったとされる。会社の意思決定は基本的に多数決（議決権の過半数）によって決議されたようであるが、特別な多数決や全員一致が要求される場合もあるなど、規律は会社ごとに異なり、頭数多数決や一株一議決権の原則が確立されていたわけでもなかったとされる。1780年以前は株主の有限責任も確立していなかったようである（89頁註の（3））。加えて、vgl. Bösselmann, a.a.O. (Anm.4), S.58. また、商法典の編纂の背景とその過程につき、作道①・前掲註（13）52頁以下を参照。

15 「société anonyme」は、直訳をすれば「無名会社」又は「匿名会社」と訳すべきであるが、1807年のフランス商法典がこの名称のもとに株式会社を規律したことから、ここでは「株式会社」と訳すことにする。鳥山・前掲註（14）91頁、石川②・前掲註（13）3頁、同③・前掲註（13）33-35頁も参照。高橋・前掲註（1）15頁によれば、同法がこの名称を用いた理由は、当該会社の商号に構成員の氏名を含ませることができず（29条）、目的である事業対象をもって商号とするとされていたこと（30条）によるとされる。現行のフランス商法典も「société anonyme」を株式会社とすることについては、高橋・前掲註（1）56頁註の（72）及びそこに挙げられている文献を参照。

16 Vgl. Andreas Deutsch, 3. Kapitel: Die Aktiengesellschaft im Code de Commerce von 1807 und ihre Vorbildfunktion für Entwicklung in Deutschland, 7

ケ条にとどまる¹⁷。

ところで、同法では、株式会社も会社又は組合 (société)¹⁸ の一類型として位置づけられ、原則として1804年のナポレオン民法典の規定が適用された (同法18条、1804年民法1873条)。1804年の民法典では、会社 (組合) 契約は原則として2人以上の個人の意思の共同の合意による自由な契約関係であると解されていたために (1804年民法1832条)、株式会社も構成員の契約関係を基礎とするものとされた¹⁹。

もっとも、1807年商法は、株式会社の設立について、政府の許可によって設立が認められるとする許可主義を採用した (同法37条、40条)。株式会社の設立に一定の制限を設ける商法上の規律は、民法の契約の原則に契約を設けるものであったといえる。このような立法化の理由については、主に当時において一般投資家の保護や巨額の資本集中への懸念とともに破産規制が必要とされたからであり、同法の制定直前に破産が多発したという背景もあつて破産防止目的の編纂がなされ、株式会社の設立が許可主義の下に置かれたとの指摘がある²⁰。また、同法による設立許可の必要は、

↘ 2007, S.52ff., ヴェルンハルト・メーシェル・前掲註 (1) 7-8頁、高橋・前掲註 (1) 13-16頁参照。石川③・前掲註 (13) 33頁以下も参照。

17 同法の株式会社の条文規定については、Bössenlmann, aa.O (Anm.4), S.203f. にそのドイツ語訳が掲載されている。また、高橋・前掲註 (1) 14-15頁には、その邦語訳が掲載されている。

18 なお、フランス法上の「société」概念が営利目的の契約関係を意味し、わが国における会社又は組合概念とは異なる理解があることにつき、鳥山・前掲註 (14) 93頁註 (4) 及び奥島孝康「フランス私法人基本法の成立」判例タイムズ 427号 (1981年) 47頁を参照。

19 鳥山・前掲註 (14) 91頁参照。株式会社が株主の契約関係と位置づけられたことにより、株式会社の (実質的) 所有者としての株主の地位が法文上で明確に認められ、それは受任者としての取締役の会社の管理を定める規定 (1807年商法31条) にも表れているとされる。石川③・前掲註 (13) 3032頁も参照。

20 石川③・前掲註 (13) 32-37頁、鳥山・前掲註 (14) 91頁、92頁註 (3)、93頁註 (6)。許可申請の際の記載事項については、作道①・前掲註 (13) 56-57頁参照。フランスで最初に許可を受けた例は運輸会社であり、製鉄所や炭鉱メ

構成員の対外的な責任を出資持分の範囲内とする有限責任を認める制度（33条）の濫用を防止する意図があったという²¹。このような同法のドイツの一部地域における適用は、国家からの（公法的な要素を含む）特権の付与による特許主義からの転換であったとされる²²。設立される会社の商号は構成員の個人名ではなく事業対象に基づき定められた（29条、30条）。

これに対して、株式会社の内部組織の対内的な関係に関しては、詳細な規定が置かれなかった。株式会社が代表者によって業務執行されることなどは規定されていたが（31条）、株主総会による意思決定に関する具体的な規律は存在せず、個々の会社契約に委ねられていた²³。もっとも、設立の許可申請の際には定款案を示す必要があり²⁴、さらに、個々の会社契約・定款によって、団体の意思決定は事実上株主総会における（単純又は特別な）資本多数決によって行われていた²⁵。

ゝから、劇場や染料工場、中等学校など業種は多岐に渡っていたとされる（作道①・59頁）。稲庭①・前掲註（4）48頁は、定款を政府の許可に服せしめる同法の規律は、実際にはプロイセンにおける株式会社の濫用の予防には効果的ではなかったとされ、その理由の一つに、1847年4月3日に商事裁判所が設置されるまで、定款に関する事件は仲裁裁判所の規則に従って処理されており、裁判所が紛争の解決に資する経験を欠いていたことを指摘する。この点については、vgl. Bössenlmann, a.a.O（Anm.4）, S.65-67.

21 Bössenlmann, a.a.O（Anm.4）, S.62, 稲庭①・前掲註（4）48頁。また、鳥山・前掲註（14）93頁註（6）、石川③・前掲註（13）35頁。

22 ヴェルンハルト・メーシエル・前掲註（1）8頁参照。

23 Vgl. Götz Landwehr, Die Verfassung der Aktiengesellschaften, Rechtsverhältnisse in Preußen vom Anfang des 19.Jahrhunderts bis zum Jahre 1870, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung Bd.99（1982）, S.7f 大隅・前掲註（3）49頁も、同法が株主総会の規律や多数決原則さえも定めていない点で内部組織に関する規律が極めて不十分であったことを指摘する。

24 作道①・前掲註（13）56頁参照。

25 Andreas Deutsch, a.a.O（Anm.16）, S.67f.また、鳥山・前掲註（14）94-96頁によれば、株主総会や議決権について同法に定めがないために、民法上の「société」の規定が問題となるところ、議決権については民法上も定めがない一方で、当時のナポレオン民法1857条の解釈により、原則各構成員は一議決権を

構成員の権利に関しては、株式の自由譲渡性を認める規定があるにとどまり（35条、36条）、議決権などに関する規定はなかった。実際の定款では、構成員資格又は議決権を有する構成員が限定されており、一定の最低株式数を有する者にしか議決権（及び総会への参与）が許されていなかったという²⁶。

なお、同法の株式会社法の規律が僅かな規定にとどまることについては、構成員の意思に基づく契約によって会社の内部組織の対内的関係が形成されることを前提としたためであると解されている²⁷。

以上のように、フランス法の影響下にあったドイツの地域（主にライン川左岸）では、株式会社の設立（成立）は公的な許可に服していた。他方、その内部組織は法典では具体的に規律されず、（その他の地域と同様に）それぞれの株式会社ごとの契約・定款に委ねられていた。もっとも、設立の許可が必要とされることから、その（設立当初の）定款の内容は一定の範囲において国家の後見的監督に服していたといえる。その上で、意思決定規範については、実際には株主総会における構成員（株主）の（資本）多数決による団体の意思決定の例が多くみられたようであるが、頭数多数決か資本多数決か、あるいは特別多数決が必要であるか、さらに、いかなる議決権（行使）要件が採用されるべきかについても、基本的に個別の契約・定款に委ねられていたといえる。

-
- 、有するという頭数多数決が採用されていたという。もっとも、株式会社の設立許可の際には一定の定款条項が定められていることが条件とされていたようであり、実際には、株主総会への出席を一定数の株式を有する株主に限定することや、（一定数の上限の定めのもとで）各株主の議決権の行使は保有株式数に応じるという資本多数決とする定款が多数存在していたとされる。

26 Andreas Deutsch, aa.O (Anm.16), S.67ff.

27 石川②・前掲註（13）32-33頁。会社に関する情報を取得する株主の権利（情報権）の沿革を考察するStefan Schäfers, Informationsrechte von Aktionären, Baden-Baden, 2007, S.18f. は、同法において株式会社の内部組織の規律は広く定款に委ねられていたとして、個別の定款において複数の情報権の形態が存在していたことを示す。

(ウ) プロイセン一般ラント法

これに対して、その他のプロイセンの地域では、19世紀半ばまで、プロイセン一般ラント法が会社（組合）の法律関係を規律していた。

すでに検討したように、1794年のプロイセン一般ラント法では、家族や村落及び都市、国家にまで連なる「人の団体 (societas personarum)」としての人間の諸関係が第2部第6章 (Von Gesellschaften überhaupt, und von Corporationen und Gemeinen insonderheit) にて規律され、それに対して、ローマ法上の「societas」に淵源を有する「物（財産）の団体 (societas bonorum)」としての会社（組合）の関係は、財産の共有関係の一類型として第1部第17章 (Vom gemeinschaftlichen Eigenthume [ママ]) の第3節「契約により生ずる共同関係 (Von Gemeinschaften, welche durch Vertrag entstehen)」において規律されていた²⁸。

第1部第17章第3節²⁹は、複数人が財産 (Vermögen) ないし営業 (Ge-

28 ここでは便宜上「団体」と訳するプロイセン一般ラント法の「Gesellschaft」の用語法につき、西脇秀一郎「団体法の二元性 (1) —ドイツ民法典社団法の原基的モデルの一考察—」龍谷法学49巻4号 (2017年) 512-515頁参照。なお、18、19世紀のプロイセンの実情につき、さしあたり林健太郎『プロイセン・ドイツ史研究』（東京大学出版会、1977年）179頁以下、田熊・前掲註 (3) 3-44頁。また、プロイセン一般ラント法と裁判実務との関係については、vgl. Joachim Steinbeck, Die Anwendung des Allgemeinen Landrechts in der richterlichen Praxis, 2002 : Sentenzen des Oberappellationssenats des preußischen Kammergerichts von 1794 bis 1803, Teil.1, 2004, S.29ff., Jörn Eckert, Der Gesetzesbegriff des Preußischen Allgemeinen Landrechts in Theorie und Praxis, in: Zur Ideen- und Rezeptionsgeschichte des Preußischen Allgemeinen Landrechts, hrsg. von Walther Gose, Thomas Würtenberger, 1999, S. 39ff.

29 同法第1部第17章第3節は169条から310条までの合計142ケ条により構成され、大別すると、169-175条の「概念及び原則 (Begriffe und Grundsätze)」、176-182条の「一般的な (会社) 団体 (Von allgemeinen Gsellschaften)」、183-187条の「特別な (会社) 団体 (Von besondern Gesellschaften)」、188-268条の「構成員の権利義務 (Rechte und Pflichten der Gesellschafter)」、269-277条の「個別の構成員の脱退 (Von dem Austritte einzelner Mitglieder)」、278-290条の「構成員の死亡 (Von dem Tode eines Gesellschafters)」、291-299条の「個別」

werke)、又は、労務等を共同の目的³⁰の達成のために結合させるような契約に基づく団体を規律する(169条。また、同章第1節6条)。この団体は主に営利団体としての会社(組合)を意味し³¹、対外的には法人格(権利能力)を有しない(第2部第6章16条、第1部第17章172条)³²。もっとも、

ⅴの構成員の脱退の際のその他の構成員のための遵守事項(Was bey dem Austritte einzelner Mitglieder zu beobachten, in Ansehung der übrigen Mitglieder)、300-303条の「債権者への考慮(in Ansehung der Societäts-Gläubiger)」、304-310条の「完全な解散及び終了(Von gänzlicher Trennung und Aufhebung der Gesellschaft)」に分けて、会社(組合)のような契約に基づく共同関係を規律する。

30 成立要件として結合の目的と相互の結合関係の内容が契約の際に定められていなければならない(同170条)、有効要件として書面の形式を要した(契約内容の推定につき同174条)。目的を示した契約が定められなければ、偶然的な出来事から生ずる通常の共有(第1部第17章第1節)のもとで規律される。Vgl. Christian Friedrich Koch, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, Berlin, Bd.2, 1875, Fn.39, 40 zu § 170, Fn.41, 42 zu § 171, S.464f.

31 この定義によれば多様な目的を追求する社団が包摂され得るが、同法はそれらにつき別の箇所に規定を用意し、本節は営利団体である会社のみを直接の対象としていたとされる。なお、一部の構成員のみで新たな出資を集めて従来営まれていなかった目的を追求する場合には、当該結合関係は従来とは異なる新たな会社(組合)関係とみなされる(同196条、197条)。Vgl. Koch, aa.O (Anm.30), Fn.38 zu § 169, S.464. また、契約により生ずる営利の会社(組合)の定め(同178条等)につき、取引関係を共同化することにより第三者に生ずる混乱を回避するために、夫婦や通常の共有を超えて、商事上の共同関係の品位の低下を制限し、混乱や訴訟を予防することが(起草者Suarezの)立法理由であるとされる。Vgl. Koch, aa.O (Anm.30), Fn.46 zu § 178, S.466.

32 結合する複数人が共同で第三者と契約を締結する場合には、第三者との契約内容に応じて相互の法律関係が定まる。前提として註(30)で挙げた第1部第17章第3節170条の要件を満たしていなければならない、契約の有効要件として書面の形式が必要となる。具体的な定めがなければ通常の共有の規定が適用される(同173条)。Vgl. Koch, aa.O (Anm.30), Fn.43, 44 zu § 172, 173, S.465. なお、当該会社(組合)契約は官報等により公示されなければならない(同179条、180条)、公示がない場合に権限のない構成員と第三者との取引は別の構成員との関係では取消可能であり、第三者は権限のない構成員が有していない所有権(持分)までは取得することができず、当該構成員に損害賠償請求をすることができるととどまるとされる。また、会社(組合)は社団法人ではないために、原則として出資された不動産(土地)の登記名義はあくまで個別の構成員名義

構成員の死亡及び脱退について規定が用意され、構成員の交替を踏まえた会社（組合）の一定の存続が予定されていることには留意が必要である（同278条から290条、291条から299条）³³。

これに対して、相互に独立した契約当事者として結合する対内的な構成員の権利義務関係は、具体的な契約内容により定まり、それが欠けている場合には通常の共有の規定（第1部第17章第1節1条から114条）が適用される（同3節182条、186条）³⁴。

この点、同法では、通常の共有につき、共有物に対する共有者の権利は単独で権利行使可能な特別な所有権とされ（第1部第17章第1節4条）³⁵、各共有者はその他の共有者の同意なしに個別に共有物の占有や利用、処分を行うことはできず（同10条）、多数決によってもその他の共有者の権利は侵害されない（同11条）。他方で、共有物の実体（Substanz）の処分や、その管理又は利用の方法が問題となる場合には、通常は多数決によって決定がなされる（同12条）。この際、多数決に反対する少数共有者は、多数

ゝのままとなる（形式的な名義書換えは抵当登記簿へなされる。同199条、200条）。
Vgl. Koch, aa.O. (Anm.30), Fn.50 zu § 180, S.466, Fn.63 zu § 199, S.468.

33 例えば、営利事業を目的としない会社（組合）では死亡した構成員の相続人は会社（組合）存続のための義務について被相続人と同様の立場に置かれるとされ（同279条）、営利事業を目的とする会社（組合）でも契約の定めにより相続人が会社（組合）契約に拘束され得る（同282条）。

34 もっとも、原則は共同の事業のために構成員は平等に権利義務を有するとされ（同206条）、会社（組合）にかかわる利益と損害は持分に応じたものとなる（同205条）。また、共同の目的追求のための相互の義務は原則として平等であるとされる（同175条）。その他、平等の出資義務（同189条）など、構成員の権利義務にかかわる、出資、営業行為、決算、債権者などの第三者との関係、構成員の権利（持分）の得喪については、個別に詳細な規定が置かれている（同188条から268条）。なお、個別の構成員の権利義務の制限は、対外的には第三者が相当の期間にわたって知ることができた定款の範囲内でのみ対抗することができる（同187条）。

35 固有権（Sonderrecht）とも評される構成員の観念的な持分（権）は、その他の共有者の権利を侵害しない限りで自由な譲渡又は処分の対象として取り扱うことができる。Vgl. Koch, aa.O. (Anm.30), Fn.5 zu § 4, S.429f.

の決定に服するか又は共同関係終了の異議を請求しなければならない（同13条）。後者の共同関係の終了の異議が提起された場合、分割完了までは異議提起者の意思に反して変更が行われることは許されず（同14条）、また、共同関係が終了されない場合でも異議提起者は決議された処分が共同関係にとって最良のもの（zum gemeinschaftlichen Besten）となるかどうかにつき裁判所に審理を申し立てることができる（同15条）。最良の決定とみなされない場合には、各共有者は各自に意思に反して管理や利用を変更することは許されないが（同16条）、処分等が共同の利益になり、かつ、異議提起者に特別な不利益が生じないことが示された場合には、裁判所（の判決）によって反対する共有者の同意が補われる（同17条、18条）。その他、共有物の保存に関しても多数決によって決定がなされ（同19条）、これらの多数決は、原則は、頭数ではなく共有者の持分割合に応じて算定された（同21条）³⁶。賛否が同数の場合には最終的に裁判所の判決によって決定がなされ（同23条）、裁判所は全ての共有者の共同善に最も資するかどうか、また、何がその物（財産）に最もふさわしいのかを考慮しなければならない（同24条）³⁷。

もっとも、このような実際（実用）上の必要性から財産の最良の管理を

36 議決権が同種同質であることが前提とされる。これに対して、共有物自体ではなく人的な権利（persönliche Gerechtsame）など、多種多様な性質の権利の管理や利用が問題となる場合は、同21条の原則ではなく、決議の集計は人格の頭数に応じて行われる（同22条）。なお、共有物の変更について共有者が一致をした場合は、再照会なくその具体的な方法が多数決によって定まる（同20条）。Vgl. Koch, aa.O (Anm.30), Fn.15 zu § 21, S.435.

37 Vgl. Koch, aa.O (Anm.30), Fn.17 zu § 23, Fn.18 zu § 24, S.435. また、プロイセン一般ラント法は、共有物が積極的に管理されることを求める規定を用意する。すなわち、事物の本性に従って、全共有者の同意又は圧倒的な多数決（同12条から18条）によっても管理が行われない場合には、共同の管理者を選任するか、共有物を賃借しなければならないとする（同37条）。管理者の選任や変更、賃借の決定も多数決による（同38条から43条）。Vgl. Koch, aa.O (Anm.30), Fn.26 zu § 37, Fn.27 zu § 38, S.437.

求めるプロイセン一般ラント法の共有者間の意思決定規範は、ローマ法の原則とは対蹠的なものであったとの指摘がある³⁸。

その他、会社（組合）の中でも商事会社（Handlungsgesellschaft）については、「商人（Von Kaufleuten）」について定める第2部第8章第7節の614条から683条の規定も適用され得た。本稿との関係で注目すべきは、当該会社における構成員の権利義務が原則として平等とみなされなければならないとされ（同624条）、会社の事業に応じて新たな出資を追増しようとする場合には、全ての構成員の全員一致が必要とされている点である（同631条）。もっとも、本節に特別な規定がない限り、商人とみなされる商事会社にも会社（組合）契約一般に関する第1部第17章186条以下の規定が適用された（第2部第8章第7節614条）。

留意すべきは、同法が立法された時代のドイツにおいて株式会社は必ずしも広く一般的ではなく、以上でみた規律は合名会社のような会社（組合）形態を直接の対象とするもので、株式会社を直接の対象として想定したものではないと指摘されていることである³⁹。また、国家から特別に特権を

38 Vgl. Koch, aa.O (Anm.30), Fn.11 zu § 13, S.434, Fn.13 zu § 15, S.434.

39 Koch, aa.O (Anm.30), Fn.37, S.463は、本節では会社（Sozietäten）が取り扱われるが、それは、営利会社（Erwerbsgesellschaften）、すなわち、財産に関するもので、特定の期間に限定され、新たな会社を設立することなく新たな構成員の加入が許されないような、特定の個人のもとにおける共同の事業（Geschäft）を目的とする会社であるとする。このために、継続的な目的を有したり、会社を変更することなしに構成員が絶えず加入及び脱退し得るような多数の者による会社には本節の規定は適用されないとされる（もっとも協同組合形態の会社には例外があり得るとする）。Kochは、このような後者の団体は人（格）法（Personenrecht）に属するもので、商事会社から区別され、当該団体の構成員はそのもとに社團法人（Korporation）の権利を有するという。具体的には、「許された私的団体」に適用される第2部第6章12条から15条の規律が適用され、少なくとも対内的には社團（法人）と同様に取り扱われ（同14条）、さらに、商事会社には適用されない社團への贈与財産の帰属について規定する同21条が適用される。その上で、一般的に第1部第17章第3節の規定を株式会社に適用することは妥当ではないという。同様の指摘につき、vgl. Heinrich Dernburg, *Pr*

付与された場合には、第2部第6章22条から24条の「特権を有する団体」の規律が適用され得⁴⁰、その際には株式会社の法律関係は特権の具体的な内容に依拠する⁴¹。したがって、19世紀（半ば）までのドイツ、特にプロイセンでは、株式会社を直接に規律する一般法規が原則として存在せず、他方、従前のラント法の規定では新たに生ずる株式会社の法律関係を制度的に十分には把握し得なかった⁴²。

↘ Lehrbuch des preußischen Privatrechts, Halle, 1878, Bd.1, S.103f, Otto Stobe, Handbuch des Deutschen Privatrechts, Bd.1, Berlin, 1893, S.530. なお、プロイセン一般ラント法の会社（組合）の規律に対するサヴィニーの批判については、西脇秀一郎「団体法の二元性（2）—ドイツ民法典社団法の原基的モデルの一考察—」龍谷法学52巻1号（2019年）193頁（6）を参照。

他方で、Landwehr, aaO (Anm.23), S.4-7及び川端保至「ドイツ初期株式会社の内部組織—19世紀プロイセンの株式会社の定款規定を手がかりとして—」同志社商学40巻4号（1988年）169-171頁は、国家により許可又は特許を受けた株式会社について、プロイセン一般ラント法第2部第6章25条以下の「社団法人及びゲマインデ」の規律が適用されていた可能性を指摘するが、（少なくとも対外的には）永続的な公益目的を追求するとみなされない団体は同25条以下の規律の適用を受けることはできない（同25条）。いずれにせよ、内部組織については会社ごとの契約・定款が基準とされていた（Landwehr, S.7, 川端171頁）。

40 Heinrich Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts, Halle, 1878, Bd.2, S.602., Theodor Baums, Einführung, in: Baums (Hrsg.), Gesetz über die Aktiengesellschaften für die Königreich Preussische Staaten vom 9. November 1843: Text und Materialien, Darmstadt 1981, S.15f.

41 付与された特許又は特権の意味内容については、法解釈の余地が生ずることに留意が必要である。この点、大陸法の例だけでなく、同時代のアメリカにおいても、営利法人の特許・特権の具体的な内容解釈に、社会的な動向を背景とした財産権概念への法解釈の変動が影響を与え、私的な独占や既得権保護への批判及び公共的な要請などを理由に特許・特権に基づく法人の権限が狭義に解された注目すべき例（Charles River Bridge Co. v. Warren Bridge Co.事件）が存在する。これについては、岡寄修『レッセ・フェールとプラグマティズム法学—19世紀アメリカにおける法と社会—』（成文堂、2013年）45頁以下（初出は朝日大学大学院法学研究論集8号（2008年）103-135頁）を参照。

42 Schumacher, aaO (Anm.4), S.29ff. によれば、プロイセンでは、特権も有せず許可も有しない株式会社、特権により一部の社団的権利が与えられた株式会社、特権を通して社団的権利を取得していた株式会社といった大きく3種に区別される株式会社が存在していたとされる。Schumacherは、特権を授与さ

（2）1838年のプロイセン鉄道企業法

（ア）特徴

その中で、ドイツにおける初めての株式会社に関する立法が、1838年11月3日のプロイセン鉄道企業法（Gesetz über die Eisenbahn = Unternehmungen）である⁴³。周知のように、ドイツ資本主義経済の発展において重要な役割を担った鉄道建設事業は、産業革命の進展の中で国家的なプロ

ゝれなかったり、公益目的であるとみなされなかった株式会社については、通常の会社・組合（Sozietät）として取り扱われたが、商業会社・組合（Handlungssozietäten）に関するプロイセン一般ラント法の規定は大規模な資本団体であった株式会社には不適合であったという。特に、同法では商事会社（組合）において原則として各構成員が会社の業務執行の代理人（Faktor）とみなされるが（第2部第8章633条、634条）、会社そのものの代理人や機関ではなく、各構成員の代理人とされるために、構成員は会社の債務につき連帯して人的な責任を負う可能性が生ずること（第2部第8章614条）が問題とされた（S.31. Fn.75.）。なお、業務執行者が多数決により選任されるのか否か、また、構成員の死亡や破産を原因として会社（組合）が解散される規律や持分譲渡に他の構成員の同意を要する規律を変更するような契約内容が認められるのか否かは不透明であったようである。また、Dernburg, a.a.O（Anm.40）, S.566fは、「Societät」は個人から独立性を有する「Corporation」と対置されるとした上で、商事会社はその中間的な位置にあるという。

43 Gesetz über die Eisenbahn=Unternehmungen, Gesetz No.1947 vom 3. November 1838, Gesetz = Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten, No.35, S.505ff. また、高橋・前掲註（1）56頁（76）によれば、同法はDas Königreich Preußische Eisenbahngesetz vom 2. November 1838, Elberfeld 1838, S.3ff. にも収録されている。なお、同法から本文で後述する1843年のプロイセン株式会社法に至る過程がドイツにおける最初の一般的な株式法の成立過程と評価されることが多いが（Grossfeld, a.a.O（Anm.4）, S.121）、高橋は、1807年のフランス商法典を株式会社について規定した最初のドイツ法と位置づけ、1843年の鉄道事業法を株式会社を専らの対象としたプロイセンにおける最初の法律と評する（15, 18頁）。稲庭①・前掲註（4）73頁及び岩崎稜「ドイツ株式会社立法の定着過程」竹内昭夫編『現代商法学の課題（下）』（有斐閣、1975年）1180-1181頁によれば、当該鉄道企業法の最終案の起草者はサヴィニーであるとされる。同法の詳細な検討として、vgl. Erink Kießling, 5.Kapitel:Das preußische Eisenbahngesetz von 1838, in:Aktienrecht im Wandel, Bd.1, Tübingen, 2007, S.127ff.

ジェクトとして進められた⁴⁴。また、ドイツにおける鉄道建設事業の進展は19世紀以降のドイツ国内の諸領邦の関税同盟の形成を契機とする国制上の展開ともかかわる。その意味で、立法による株式会社の一般法規における法規範化は、鉄道建設事業の発展という政治及び経済的な要請に駆られたものでもあった⁴⁵。

44 当時の鉄道事業の制度的展開については、多数の文献があるが、とりわけ、Vgl. Erink Kießling, 4. Kapitel: Eisenbahnbau und Industrialisierung als Katalysator der Entwicklung des Aktienrechts, in: Aktienrecht im Wandel, Bd.1, Tübingen, 2007, S.99ff., モテック（大島隆雄訳）『ドイツ産業革命』（未来社、1968年）、北条功『ドイツ産業革命と鉄道建設』高橋幸一郎編『産業革命の研究』（岩波書店、1968年）、大隅・前掲註（3）60-63頁など参照。プロイセンにおいては1837年にベルリンとポツダム間の鉄道会社に初めて政府から設立許可が付与され、1843年頃からは政府が鉄道会社に部分的に資本参加をし、又は、その利益配当や債務利息につき国家保証をするに至り、1848年以後は政府自ら鉄道建設を行うようになったとされる。稲庭恒一「ドイツ近代株式会社法成立期におけるプロイセン国家と鉄道株式会社との法的関係—ゴールドシュミットの所論を中心に—」法学47巻6号（1984年）188頁（以下、稲庭②とする）参照。1837年から1850年までに28もの鉄道会社が設立されている。その一覧につき、vgl. Bösselmann, aaO（Anm.4）, S.201. また、Gotz Landwehr, Die Organisationsstrukturen der Aktienunternehmen. Statutenpraxis in Preußen bis zur Aktiennovelle von 1870, in: Vom Gewerbe zum Unternehmen. Studien zum Recht der gewerblichen Wirtschaft im 18. und 19. Jahrhundert, hrsg. von K. O. Scherner, D. Willoweit, 1982, S. 265は、プロイセンでは1837年から1870年までに48の鉄道会社が設立されたとする。

45 この点については、松井秀征『株主総会制度の基礎理論：なぜ株主総会は必要なのか』（有斐閣、2010年）83-85頁も参照。

19世紀初頭のプロイセンでは、ドイツ国内の領邦間の関税障壁が商業と交通を妨げ、産業保護政策及び財政（国庫）政策上の課題とされていた。この点を含めて、1818年のプロイセン関税法等の動向を経て1834年1月1日に発足するドイツ関税同盟の成立史については、諸田實「ドイツ関税同盟」同ほか『ドイツ経済の歴史的空間—関税同盟・ライヒ・ブントー』（昭和堂、1994年）9-61頁。当該同盟が労働力と資本の移動を自由化し、特に鉄道建設との関係では石炭の販路拡大に資した側面につき38頁。また、同書に所収の小笠原茂「関税同盟からドイツ帝国へ」同書74頁以下は、19世紀のドイツにおける鉄道網の全体像を網羅的に示し、1830年代以降の関税同盟と鉄道建設との相互の影響関係を指摘する。これらの鉄道建設は、製鉄業や石炭業、機械工業に新しい需要を

本稿の課題との関係ではその後のドイツ商法典株式法の第一次改正法及び第二次改正法の検討が重要であること、そして、鉄道（及び銀行）事業と株式会社法との関係についてはすでにわが国でも複数の先行研究が存在することから⁴⁶、ここでは本稿の課題の検討に必要な範囲に限定して同法の規定内容を整理する。

最初に留意すべきは、全部で49ケ条の条文により構成されていた同法は、鉄道建設及び運営に伴う強制収用手続や補償、警察的な管理事項、鉄道の運賃等に関する公法上の規定をも有していたために、私法上の法律関係に関する規定がわずかにとどまっていたということである⁴⁷。

その上で、株式会社の私法上の法律関係に直接関係する規定としては、設立要件に関するものがある。すなわち、（プロイセンで）初めて一般法

ゝ提供したという（107頁）。なお、小笠原によれば、ドイツ最初の大鉄道は、1836年に着手されたライプツィヒ・ドレスデン鉄道であるとされるが（102頁）、他方でレオポルド・ヨーゼフ〔飛田紀男訳〕『近代ドイツの銀行—1800年から第一次大戦前夜まで—』（巖松堂出版、1991年）19頁及び斎藤晴造『ドイツ銀行史の研究』（法政大学出版局、1977年）7頁は、1835年に完成したフルト・ニュルンベルク間の路線が最初の路線であるとする。ドイツ鉄道建設の意義については、三ツ石郁夫『ドイツ地域経済の史的形成 ヴュルテンブルクの農工結合』（勁草書房、1997年）157頁も参照。

46 例えば、岩崎稜「ドイツ株式会社法成立過程における法人理論の意義—一夜明け前」香川大学経済論叢 32巻3・4・5号（1959年）379-407頁（特に391-392頁）、稲庭①・前掲註（4）44-56頁、同②・前掲註（44）178-217頁、川端・前掲註（39）168-199頁（特に171頁）、新山雄三『ドイツ監査役会制度の生成と意義』（商事法務研究会、1999年）28-31頁、大隅・前掲註（3）60-61頁、高橋・前掲註（1）16-17頁などを参照。

47 Vgl. Gesetzsammlung 1838, aa.O (Anm.43), S.507-509, 稲庭①・前掲註（4）52-54頁。同法を基礎とする鉄道（株式）会社の公法的法律関係と私法的法律関係の具体的内容については、稲庭②・前掲註（44）189頁以下を参照。さらに、vgl. Levin Goldschmidt, Die Rechtsverhältnisse der unter Verwaltung des preussischen Staats stehenden Privat-Eisenbahn Unternehmungen mit besonderer Rücksicht auf die privatrechtliche Verantwortlichkeit der staatlichen Verwaltungsbehörden und des Staats, 1878, in: Goldschmidt Vermischte Schriften, Bd.1, 1901, S.351-432.

規により明示的に、国王の許可（Genehmigung）に基づき（鉄道）株式会社が設立され得ることが定められた（1条）。鉄道株式会社は、商務省に鉄道の路線計画と株式資本額高を申告し、国王の許可が付与されることで設立される。また、設立手続に関しては、（鉄道建設計画前に）株主の合意によって作成された定款（草案）が、国王の裁可（Bestätigung）に付され、それが与えられた場合に初めて鉄道株式会社は社團（Korporation）又は匿名会社（anonyme Gesellschaft）の権利を取得して権利能力を有する法人となり、組合契約又は委任契約とは区別されることとなる（3条、4条、5条）⁴⁸。したがって、プロイセンにおいて初めて、私的な利益を追求する財産（資本）の集合体である（鉄道）株式会社の（対外的）法人格が一般法規上で認められたといえる⁴⁹。

（イ）意思決定にかかわる内部組織の規律

これに対して、鉄道株式会社の対内的関係・内部組織については、同法では詳細な規定が用意されなかった。その具体的な内容は、国王の裁可を必要とする個々の定款に委ねられていたとされる⁵⁰。もっとも、鉄道事業

48 もっとも、土地の譲渡や新株発行による資本増加等については別に国家の許可を必要とした（6条、7条）。高橋・前掲註（1）17頁も参照。また、高橋は、仮に設立許可前の株式会社につき会社（組合）契約による団体として存在することを同法が前提としていたと解することができる場合には、「設立中の株式会社」概念の存在を法律上認める画期的な立法であったと評することができるという。

49 新山・前掲註（46）30頁は、鉄道株式会社を「社団的権利主体」とする同法による取扱い、一般ラント法体系化における封建社会的要素を色濃く残した社團（Korporation）の扱いとは本質的に次元を異にするものであったと評する。また、vgl. Posch, aa.O（Anm.6）, S.48.

50 Landwehr, aa.O（Anm.23）, S.8, 川端・前掲註（39）171頁、稲庭①・前掲註（4）54頁、稲庭②・前掲註（44）182頁及び186頁（1）（2）参照。取締役（Vorstand）と株主総会の存在を予定する僅かな条文があったのみにとどまる（2条4号、46条）。また、鉄道株式会社については、1870年の第一次株式法改正法においても「許可（Genehmigung）」の必要に関してラント法の特別の定めがある場合はその定めによることが指示されていたために（1870年法3ノ

は国家的な事業として位置づけられたために、内部組織についてもラント（領邦）国家の後見的監督の留保が広範に行われていたようである。例えば、場合により、商務大臣の下部組織である鉄道委員会（Eisenbahnkommissariate）が総会を招集し、選任された委員は総会に出席をする権限を有したり（46条）、株主総会における優先的な議決権を国家が有する場合もあったとされる⁵¹。公的な営造物（Anstalt）的性質を有するともされる鉄道株式会社については、財務や経営事項について、一般利益や利用する公衆のための公共の利益を考慮すべき必要性から、国家が（積極的に）関与するものとされた⁵²。

このように、同法により社団法人（Korporation）であることが認められた鉄道株式会社の団体としての意思決定規範は、国家の後見的監督の下、会社ごとの具体的な契約や定款に委ねられていた。

（3）1843年のプロイセン株式会社法

（ア）特徴

その後、以上のような鉄道事業に限らずに株式会社一般を一領邦内で規律した一般法規が、1843年11月9日のプロイセン株式会社法（Gesetz über die Aktiengesellschaften für die königlich preussischen Staaten

ㄨ 条)、その時までなお1838年の鉄道企業法の規律に服することとなった。Vgl. Richard Passow, Aktiengesellschaft -eine wirtschaftswissenschaftliche Studie, 2. Aufl. Jena, 1922, S.70. Anm.3., 71. もっとも、大隅・前掲註（3）71頁によれば、1870年法以後は、国王からの許可は営業免許を意味し、設立免許ではなかったことに留意が必要である。翻っていえば、1870年法以前は、株式会社の許可とは（公法上の）営業免許と（公法・私法上の）設立免許の双方の性質を有していたといえる。

51 Vgl. Goldschmidt, a.a.O (Anm.47), S.362ff.

52 Kießling, a.a.O (Anm.43), S.161f. 具体的な定款内容につき、S.163-166. また、稲庭②・前掲註（44）230頁によれば、19世紀半ば以降の鉄道株式会社に対する国家の後見的監督は、国家自体の利益とともに、会社自体の利益、株主の利益、会社債権者の利益を保護する意義を有していたとされる。

vom 9. November 1843)⁵³である⁵⁴。

53 Gesetz über die Aktiengesellschaften für die königlich preussischen Staaten vom 9. November 1843, in: Gesetz = Sammlung 1843, S.341ff. 同法の条文及び草案や鑑定意見を含む立法過程の資料については、Baums, aa.O (Anm.40), S.45ff, 211ffにも所収。条文の邦語訳として、高橋・前掲註(1) 18-24頁。プロイセン株式法は、「一般原則」、「株式会社と株主との関係」、「会社の取締役の権利義務」、「会社の解散」の4章による全部で30ヶ条により構成される。高橋によれば、このような体系は1807年のフランス商法典が有していなかった近代的株式会社法の出発点となるものであったとされる(24頁)。同法に関する詳細な検討として、Erik Kießling, 7.Kapitel: Das preußische Aktiengesetz von 1843, in: Aktienrecht im Wandel, Bd.1, Tübingen, 2007, S.193ff.

54 同法制定まで一般法規上では規律されていなかった当時までの株式会社形態の事業利用は、鉄道事業に限らず、複数の業種に及ぶ。一般の商事会社、銀行・金融機関、保険会社、蒸気船会社などの運送(運輸)会社、鉱山・製錬所会社、製紙・紡績会社、工業産業や食品産業会社、娯楽や教育に関する会社などが存在した。Vgl. Bösenlmann, aa.O (Anm.4), S.76-95, 189ff. もっとも、岩崎稜「現代株式会社法構造の状況的理解によせる覚書 1 史的序説一」香川大学経済論集33巻3号(1960年) 56-57頁は、公益の見地より助成に値すると思われ、かつ、その目的が必要となる資本の多額さゆえに個人により資金調達不可能な事業に限定して許可を与えるという行政実務から、19世紀前半の株式会社は銀行や保険業、鉱山業などの限定された業種に限られていたとする。

この点、19世紀のドイツの信用銀行が「商工業のための銀行」として、預金等の業務のほか、株式会社組織への企業組織の変更や新会社の設立業務、有価証券の発行業務を一般的に受け持っていたことにつき、斎藤・前掲註(45) 1頁以下、179頁以下。このため、鉄道建設や鉱業、製鉄業、機械工業等の信用需要の増大により、銀行自体も大規模な組織体と勢力を必要とし、1830年代以降には株式会社形態の銀行が現れ、一部の銀行は鉄道事業といった各種の企業計画に(発起人、株主として)積極的に関与したとされる(7-9頁、77-78頁、205-206頁)。斎藤は、このような銀行の存在により、「ドイツが資本主義の展開過程に株式会社形式を徹底的に利用することができた」とし、反面、「株式会社形式の広範な利用自体が信用銀行を生み出した」ともいえるとする(23-24頁)。もっとも、株式銀行の設立は株式会社設立時代(Gründerzeit)と評される1850年代以降に相次いだとされる(149頁、165-169頁)。戸原・前掲註(4) 37-39頁及び95頁以下によれば、1830年代中頃までは株主の変動が少なく発起人が永続的に会社と結びついているという点で、株式会社が実質的には組合又は合資会社類の性格を有していたのに対し、鉄道株の投機対象としての需要が高まる1840年代以降には銀行が発起人としてまず株式会社の全株式を買い受け、設立後に一般株主に売り出すという設立形態がみられるようになった。なお、ヨーゼフ

同法は、株式会社は領邦君主の許可により設立することができるとし、設立許可の際に定款の提出を義務付けた（1条）⁵⁵。1838年の鉄道企業法と異なるのは、領邦君主の裁可を必要とする定款につき、法律上で絶対的記載事項を定めた点である（2条1号から9号）⁵⁶。許可を受けた株式会社は、法人としての属性を取得するとされ（8条）⁵⁷、当該会社契約の公告が義務付けられた（3条）。このような株式会社は対外的に独立して法律行為を行う権利義務の帰属点となり、その構成員（株主）は株式の額面額の支払義務以外に（会社債務等に）義務を負わないとする、いわゆる有

ㄴ フ・前掲註（45）23頁によれば、1853年から57年の間には株式銀行だけでなく、25を超える保険会社が設立されている。ただし、戸原・前掲註（4）35-36頁。

55 Grossfeld, aa.O (Anm.4), S.121. によれば、同時代のオーストリアでは、1843年11月5日の高等法院指令（Hofkanzleidekret）の「国家行政と私的社団の関係」に関する規定のうち、2条が株式会社の設立につき許可を必要とした。同地域において同一の規定は1852年11月26日の社団法（Vereinsgesetz）にも見出されるという。

なお、少なくともプロイセンにおいては、政府による設立許可の運用は非常に几帳面であり、入念で慎重であったとされる。許可が与えられるまで最低でも1年以上はかかり、また、許可が付与された場合でも国家は広範な監督権を留保し、例えば、定款の遵守や業務執行につき常任又は臨時の（政府の）特別委員（Kommissar）が監視をすること、同委員が機関の会議に参加し、帳簿を閲覧し、照会を要求すること、株主総会を招集し、場合によりその決議に拒否権を行使することなどである。さらに、政府は年度ごとの決算報告をも要求した。Vgl. Grossfeld, aa.O (Anm.4), S.122.

56 会社の称号と本拠地、事業対象と期間の期間、株式保有者の資格、構成員総会を招集する方式、議決権行使の方法、単純多数決で決議可能な事項と特別決議が必要な事項などを定めることが絶対的記載事項とされていた。同法の当該規定の意義を公示主義の徹底とする評価については、高橋・前掲註（1）25頁。また、大隅・前掲註（3）61頁も参照。なお、国王の裁可を前提とする定款の変更や期間の延長についても、国王の許可（Genehmigung）を要した（4条）。

57 自身で土地所有権等の財産権を取得することができ登記簿への登記も可能となる。もっとも、株式会社の本質が法人か組合かという論争に関して、株式会社が固有の法人格を有すると規定する現行の株式法の文言との相違につき、高橋・前掲註（1）26頁。

限責任が明記された（15条、16条）⁵⁸。もっとも、設立許可は、国家の側から場合により事後的に撤回され得た（6条、特権の消失につき7条）。なお、既存の株式会社には同法が（遡って）適用されないとされたこと（30条）、また、同法制定以後に会社存続期間（2条2項）の制限が試みられたことには留意が必要である⁵⁹。

ところで、同法による設立要件に関する許可主義の採用は、法ドグマ的な見地からの要請にとどまらず、政策的或いはポリツァイ的な考慮に基づくものであったとされる。特に同法制定の前後を通して、1789年の（フランス）革命的な思想に基づく資本的結合を通したブルジョワ層の権力形成への懸念だけでなく、公共の利益を損なうような大資本の集積に伴う独占

58 これに伴い、定款により定まる資本金を株主に払い戻すなどして減少させてはならないとする資本金の充実維持についても規定がなされた（17条）。この点、高橋・前掲註（1）25頁。

59 Grossfeld, aa.O (Anm.4), S.127ffによれば、株式会社の企業活動による競争維持への弊害に対しては、許可主義による方法の他に、2つの方法が試みられたとされる。

その第一が、株式会社の存続期間の制限・限定であり、（特許主義時代の）当初ただ一定の期間のみ存続するものと考えられていた会社の存続期間の伸長に対して、1856年3月29日の指令などは、無期限の期間の株式会社の設立を認めず、通常は最高で50年又は30年（私的銀行は10年）に限定され、定款上の期間延長には国家の許可を必要とした。このような考え方は、その後の1861年のドイツ商法典に関する1857年のプロイセン草案にも受け継がれ（1840年のヴェルテンブルグ草案も同様）、そこでは異常な金銭力を有する無期限の会社設立が有する公共の福祉への影響が考慮されていた（Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preussischen Staaten, 1857, nebst Motiven, S.92.）。

第二の方法は、株式会社の活動を特定の経済分野及び企業対象へ制限・限定する試みであり、1845年4月22日のプロイセン省庁令（abgedruckt bei Passow, aa.O (Anm.49), S.63f.）や一部の裁判例などにより、（定款に示される）会社の目的及び事業の範囲を広義に解することと否定的な態度が採られ、（法人格又は権力能力との関係から）その限界を超えたものは無効とみなされた。もっとも、19世紀半ば以降、無限定の営業の目的を有する株式会社が多数を占め、その試みは十分に機能しなかったと指摘されている（Grossfeld, aa.O (Anm.4), S.131.）。

の予防と競争の維持という考え方が影響を有していたとの指摘がある⁶⁰。

（イ）意思決定にかかわる内部組織の規律

会社の内部組織について、同法は、取締役（会）と株主総会の２つの機関を想定していた。同法第３章（１９条から２７条）において取締役の権利義務が規律されるとともに、定款の絶対的記載事項には、総会を招集する方法（２条６号）、議決権行使の方法（２条７号）、単純多数決及びそれ以上の数により決議が可能な事項の定め（２条８号）が含まれている。また、株主総会において会社の解散に関わる定款変更決議を行うことができるとされ（２８条３号）、株主総会における意思決定方法について僅かながら規律が設けられているが、留意すべきは、当該決議には国家の許可が必要とされていたことである。

これには、前述した国家による許可主義の維持を主張する当時の有力な考え方が影響している。そこでは、健全な市場構造の維持のためになされる国家の後見的監督は、現在構成員の多数決決議によって不利益を受け得

60 Grossfeld, a.a.O (Anm.4), S.123f. 当時において、株式法が市場の競争機能の維持を目的とすることと、株式会社設立の許可の必要性とが結び付けられていたという。個々の（小規模事業者の）産業を抑制及び阻害せずに事業を営もうとする株式会社のみが許されるといった議論も展開され、全営業部門や全通商経路を掌握してしまうような目的を有する株式会社は許されないと主張された。

1861年のドイツ普通商法典のプロイセン草案は、その181条1項において許可主義の維持を予定し、その理由は、（構成員の）人的な（無限）責任を欠くことから生ずる保証及び会社債権者の保護を確保し、企業の堅実さ（Solidität）の保障と、大資本集積による一般的な幸福及び国内産業の不利益を防止するためであるとされた。Vgl. PreuBischer Entwurf HGB (Motive), a.a.O (Anm.59), S.91.

なお、松井・前掲註（45）95頁は、契約的な結合としてのGesellschaftの法人格を認めることに関して1843年法が許可（免許）を要するとした点につき、「事業それ自体の公益性から資本集中に伴う経済的独占に対する監督への転換」という法人格を認められるべきGesellschaftの政治的性格に関する意味内容の転換が生じたとみる。

る少数構成員に適当な保護を与えるという意味で、株主の利益に最も役立つものとみなされ、会社の設立だけでなく、その存続及び解散、定款変更を対象とする意思決定の有効性についても国家の許可が必要とされた⁶¹。

もっとも、詳細な規律は、株式会社ごとの会社契約 (Gesellschaftsvertrage) である定款によるものとされ、構成員である株主の具体的な権利義務についても同様であった。ただし、株主の権利義務につき定款に特別な定めがない限りは、会社が本拠地を置く地域の会社契約に関する法律が適用された (10条)⁶²。

以上のように、プロイセン株式法は、同領邦で初めて特定の業種に限らずに株式会社一般を規律した一般法規であるが、意思決定規範などの内部

61 Grossfeld, aa.O (Anm.4), S.126. 特に、その後のドイツ普通商法典の1857年のプロイセン草案184条1項は、会社の存続及び解散や定款変更には国家の許可を必要とし、その理由を、多数決決議による少数者の不利益の保護のためであるとした。Vgl. Preußischer Entwurf HGB (Motive), aa.O (Anm.59), S.93.

この点、ベルンの1860年の株式会社に関する法律 (37条) も、多数決による定款変更によって権利利益が侵害され得る株主や債権者について、(行政への) 異議申立ての権限を保障していたとされる。Vgl. Grossfeld, aa.O (Anm.4), S.126.

62 Kießling, aa.O (Anm.53), S.222. 1843年法の内部組織に関する規律の未整備を指摘するものとして新山・前掲註 (46) 42頁。1838年法と同様、1843年法についても、株式会社の内部組織の関係は、その時々定款に委ねられていた。Vgl. Schäfers, aa.O (Anm.27), S.22.例えば、審議に役立ち得る情報を総会の開催前に株主に提供する制度も強行法的に必要とされず、あくまで意義があるものとみなされるにとどまり、株主の権利や株主総会の手続についても定款に委ねられていた。

なお、高橋・前掲註 (1) 26頁は、同法10条の規定を根拠に同法の株式会社の本質を「修正された組合 (modifizierte Sozietät)」と主張するBaums, aa.O (Anm.40), S.41.の見解を踏まえて、当時における株式会社の本質論について現在においても議論があることを指摘する。19世紀ドイツ株式会社の立法史を検討するBaumsの見解については、坂本延夫「1843年プロイセン株式会社法とサヴィニー(1)(2)(3・完) —Theodor Baumsの所説を中心に—」亜細亞法学19巻1・2号33-56頁 (1985年)、20巻1・2号117-146頁、21巻1号27-54頁 (以上、1986年) も参照。

組織に関する規律を基本的に個々の会社の定款に委ねていた⁶³。1838年のプロイセン鉄道企業法と異なるのは、取締役の規定の整備にとどまらず、定款の絶対的記載事項が定められ、そこに株主総会の意思決定方法を明記することが必要とされていたことである。もっとも、設立許可取得の必要性に伴い、定款も国王の裁可を要し、定款の内容及び総会での重要な意思決定には行政行為としての国家の後見的監督が及び得た⁶⁴。このように、重要事項の意思決定に関して国家の許可が必要とされていることから、国家の後見的監督は株式会社の設立（成立）の局面だけでなく、会社の存続（又は解散）の局面に対しても強く及んでいたものといえる⁶⁵。

63 Kießling, a.a.O (Anm.53), S.226. 定款に対する法律の優位という考え方は1843年法当時では未だ知られていなかったという。Kießlingによる同法の内部組織に関する規律の整理につき、S.218-226。それによれば、株主の権利はまず第一に株主総会の決議の際に行使する議決権である（S.221）。なお、株主の地位（株式）の譲渡可能性については同法では定めがないが、自明のこととみなされていたという。プロイセン一般ラント法の適用が1843年法により当然に排除されることはないために、株式の譲渡に関する規律は必要に応じてラント法からも導かれ得る（S.222）。

Bösselmann, a.a.O (Anm.4), S.63. によれば、1850年までに設立された株式会社のうち、フランス商法典に基づくものが40社、プロイセン一般ラント法に基づくものが34社、1843年の株式会社にに基づくものが56社存在したとされる。川端・前掲註（39）171頁註（9）の整理も参照。川端は、1848年以後の複数の回状命令や実際の株式会社の定款規定を踏まえて、健全な株式会社の運営の必要性から国家が定款に内部組織や業務執行方法について記載を整えることを要請していたこと、その上で、株式会社ごとに多彩で多様な内部組織の規律が存在したことを指摘する。少なくとも1870年までは、株主総会や取締役（会）にとどまらず、対外的に会社を代理（代表）する取締役をコントロールするような（体內的業務執行機関或いは実質的最高機関としての）管理役会（Verwaltungsrat）の存在や、監査役（会）など、会社ごとに機関の権限内容や設置内容が異なっていたとされる（174頁以下）。管理役会については、稲庭②・前掲註（44）185頁、187頁（11）も参照。

64 プロイセンの政府の積極的な株式会社の経営への後見的監督の対応など、同法制定後の運用については、稲庭①・前掲註（4）55-62頁参照。また、vgl. Landwehr, a.a.O (Anm.23), S.8-11.

65 なお、このような後見的監督は、先駆的に営業の自由を保障したプロイセン

(4) 1861年のドイツ普通商法典

(ア) 特徴

周知のように、1857年1月15日以降、ニュルンベルクにおいてドイツにおける統一的な商法典の立法に関する審議が行われ、1861年3月14日に普通ドイツ商法典（ADHGB）が成立した⁶⁶。同法によって初めて、（ドイツ同盟の諸ラントにおいて）統一的な一般法規により株式会社一般が規律されるに至った⁶⁷。

すでに先行研究において言及されているように、審議に際する主な論争点⁶⁸は、株式会社の設立について、許可主義を採用するか、一部の地域ですでに採用されていた準則主義（公証主義）を採用するかであった⁶⁹。後

、ンの態度に照らしてのみ理解することができるとの指摘がある。それによれば、確かに1810年以降、一般的な営業の自由が開かれたが、経済の形成が完全に自由に任せられたままということは許されないこと、そして、極めて自由主義的に理解される自由競争はそれ自身が「賢者の石（der Stein der Weisen）」ではなく、重大な欠陥や脆弱性をも有しているという考え方の下に、許可主義による株式法の独占防止・競争維持機能が期待されていた。1813年4月9日のプロイセン内閣指令では、営業の自由を制限する当事者間の（1810年11月2日の一般営業税の導入に関する訓令公布後の）契約は無効とされた。Vgl. Grossfeld, aa.O（Anm.4）, S.126f.

66 同法については、主に、vgl. Louis Pahlow, 8. Kapitel: Aktienrecht und Aktiengesellschaft zwischen Revolution und Reichsgründung, Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch von 1861, in: Aktienrecht im Wandel, Bd.1, Tübingen, 2007, S.238ff.

67 もっとも、本文後述のように論争がある規律については各ラントにおいて選択可能な規定を置いていたことから、ドイツの私法統一を目指した商法典の適用について、株式法はその目的を達成することができなかったとも指摘されている。岩崎・前掲註（43）1188頁。

68 Karl Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften, Bd.1, Berlin, 1898, S.278, Grossfeld, aa.O（Anm.4）, S.134.

69 Pahlow, aa.O（Anm.66）, S.260ff. 立法過程の背景や議論の詳細については、すでにわが国においても多数の先行研究が存在するためにここで再度詳しくは取り上げない。それについては、岩崎・前掲註（43）1186頁以下、大隅・前掲註（3）63-64頁、高橋・前掲註（1）26-28頁等参照。

述のように、成立した法典は原則として許可主義を採用したが（1861年普通ドイツ商法典208条1項）、結果的にどちらのシステムを採用するか判断は各ラントに委ねられた（249条1項）⁷⁰。この点につきひとまず確認しておくべきは、上記の論争の背景に、許可主義が（会社）債権者及び会社の構成員である株主の利益の保護のために役立ち得るのかという議論があったとされていることである⁷¹。その際、いわゆるレッセ・フェールの影響を受けた当時の経済学理論や実際上の諸経験から、国家の許可による後見的監督の限界が指摘されている。許可主義では公衆の利益、具体的には、株主や債権者が株式会社（の取締役）の詐欺や濫用から保護され得ないとの認識の下、それらの弊害に有効な対抗手段は、結局において公衆の個々人の自身の経験と注意力だけであるといった主張が、設立要件に関する準則主義の導入を促したとされる⁷²。

さて、1861年の普通ドイツ商法典⁷³では、207条から249条の計43ヶ条に

70 いわゆる「救世主条項（salvatorischer Klausel）」。具体的な法律関係としては、vgl. Pahlow, aaO（Anm.66）, S.250ff. 特に、法人としてそれを明文化することについてはvgl. S.251f.

71 Johann von Lutz, Protokolle der Kommission zur Berathung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches, 1. Teil, Würzburg, 1858, S.31 9ff., Grossfeld, aaO（Anm.4）, S.134.

72 もっとも、1857年の大恐慌の影響や、巨大資本の集積による国家行政への影響力、代表取締役などの一部の者の私的な利益が優先される実態、事実上の事業の独占に対する懸念から、なお許可主義の維持が必要との見解も主張されていた。その主張の下では、自営業者の保護や、道徳的・精神的な公共心の形成の必要性が訴えられていた。整理として、vgl. Grossfeld, aa.O（Anm.4）, S.132-134.

なお、1850年代、特に1853年から57年にかけて、ドイツでは多数の株式会社が設立されており、特に鉄道会社と株式銀行を筆頭に当時において資本金総額が過大な会社の多くがその時期に設立されていた。斎藤・前掲註（45）9-11頁。1857年恐慌時の銀行の状況については、80頁参照。

73 Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch, vom 24. Juni 1861の規定については、vgl. Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch und Allgemeine Deutsche Wechsel-Ordnung nebst den darauf bezüglichen Gesetzen, Verordnungen

において、株式会社の法律関係につき、一般原則（207条から215条）、株主の権利関係（216条から226条）、取締役の権利義務（227条から241条）、会社の解散（242条から248条）、附則（249条）とに節を分けて規律がなされていた。章立てについては1843年のプロイセン株式会社法と同様ではあるが、個別の規律が詳細なものとなっている。

同法によれば、「会社の責任を個人として負うことなく全構成員が出資金のみによって参与する」商事会社が、株式会社であるとされる（207条1項）。

このような株式会社の設立要件については、原則として、株式会社は国家の許可によって設立することができる（208条）⁷⁴。もっとも、重要であるのは、ラント法により、設立に伴う国家の許可を不要とすることができるとされたことであり（249条1項）⁷⁵、同法によって（部分的ではあるが）実質的に準則主義への途が開かれた⁷⁶。

設立の際の定款につき、1843年のプロイセン株式会社法と同様に定款の

gen und Instruktionen, Amtliche Ausgabe, 1862, S.76-97. Neudrucke privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, Bd.1, 1973にも所収。また、同法の条文の邦訳資料等については、江村義行「普通ドイツ商法典（ADHGB）の株式会社規定の翻訳—1861年法及び1870年改正を中心に—」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集44号（2003年）41頁以下及びその42頁、61頁註（1）に挙げられている各文献を参照。

74 なお、株式会社の合併についても、国家の許可が原則として必要とされたが（247条1項）、これは、「複数の株式会社の合併は新たな株式会社の設立と全く変わりがない」（オーストリアの代議士であるK.Schindlerの提案）という認識による。Vgl. Lutz, aa.O（Anm.71）, S.369., Grossfeld, aa.O（Anm.4）, S.135. もっとも、合併についても、国家の許可を要するかはラント法に留保されていた（247条1項、249条）。

75 反対に、定款の特定の事項（222条で定められた払い込み金額を株式の券面額の一定割合まで減少させること、239条で定められた貸借対照表の提出期限を営業年度の満了時から12月まで延長すること）につき、ラント法によって、国家の許可を必要とすることができるとされた（249条2項）。

76 この点、高橋・前掲註（1）26-28頁も参照。

絶対的記載事項の定めが置かれ、定款には、商号及び会社の所在地、企業の目的、存続期間、資本金や株式等の金額、株式の種類の違い、貸借対照表の作成等、取締役の規定、株主の招集方法、株主の議決権の制限及びその実施方法、出席した株主の単純過半数を超える特別決議が必要となる事項、会社解散の公告方法等を定めなければならない（209条）。定款と許可証書は所在地の商事裁判所にて商事登記簿に登録され、その要旨が公表される（210条）。

したがって、その許可及び登記以前には株式会社は成立せず、成立前に会社の名において行った行為についてはその行為者に個人又は連帯責任が生ずることとなる（211条）。翻って、許可及び登記後は、株式会社はそれ自体で「権利義務を有する」ものとされ、土地に対する所有権、他物権を取得し、訴訟の当事者となることができる（213条）。

（イ）意思決定にかかわる内部組織の規律

1861年法では、株主総会と取締役とが必須の機関とされ、監査役（会）は任意に設置される機関として規律された⁷⁷。その上で、本稿との関係で重要な規律を確認すれば、次のようになる。

第一に、株式会社における株主の権利は、持分（株式）によって表され、各株主は、会社存続中に出資金の返還請求ができず、純利益に基づく剰余金等の配当請求権を有するのみであるとされる（216条、217条）。他方で、株主の義務は出資金を支出するのみであり、会社の目的又は会社の債務の履行に寄与する義務は有しない（219条）。また、上記の自益権（財産権）としての株主の権利以外にも、業務の指導や貸借対照表又は会計の検査、利益配当の決定を定める権利といった「会社の業務に関する株主の権利」である共益権（管理権）は、株主総会を通じて株主の総体において行使するとされ、原則として各株主は議決権を有し⁷⁸、一株式ごとに一つの議決

77 Vgl. Pahlow, a.a.O. (Anm.66), S.267ff.

78 Vgl. Pahlow, a.a.O. (Anm.66), S.269.

権が与えられる（224条）。

第二に、団体ごとの規律や団体の行動を決定づける意思決定機関である株主総会については、1861年法では特別な節は設けられなかった。このため、前述した各節に散在して個別に規定が置かれている。かかわる規律は、次のように整理できる。株主総会は、定款で異なる定めがない限り取締役により招集される（236条。任意機関としての監査役による例外につき225条3項）。また、会社にとって必要であれば定款記載以外の方法による招集も可能とされ、さらには、原則、株主又は資本金の10分の1以上の株式所有者に株主総会を招集する権利（少数株主権）が認められている（237条。監査役設置の場合には225条2項）。その場合、招集方法は定款に基づき、総会を行う目的が招集の際に通知されていなければ、当該事項については決議することができない（238条）。定足数等の成立要件や決議要件については、直接それを定める明文が存在しないが、定款の定めがない限り、通常は出席した株主の過半数の多数決によることが想定されているようである（209条10号）。これに対して、一定の重要事項、すなわち、会社の存続（期間）と定款変更を対象とする総会決議は、公証人又は裁判所の証明とともに、国家による許可を必要とし、登記を要する（214条）。さらに、会社の事業目的の変更や解散は、定款で定めがない限りは、株主総会での多数決では決定することができない（215条、242条。会社は国家の許可取消しによっても解散され得る）。すなわち、会社の目的変更や他の会社との合併には（株主総会に出席した株主の）全員一致が必要となる⁷⁹。なお、資本金の一部払い戻しも総会決議によってなすことができるが、国家の許可を要する（248条）。

留意すべきは、同法214条で国家の許可が必要とされた重要事項の総会決議についても、ラント法によって、国家の許可を不要とすることができ

79 Vgl. Pahlow, aa.O (Anm.66), S.269.

るとされていたことである（249条1項）。さらに、会社の設立及び重要事項の総会決議以外に、他の会社との合併による解散と資本金の払い戻しについても、ラント法によって国家の許可を不要とする例外が認められている（同条同項）。

第三に、株主総会以外の法定の必須機関としては、取締役が規定されている（209条7号、227条）。株主ではない者も取締役に選任することができ、いつでも解任可能であるとされる（227条2項、3項）。取締役は登記を要し、取締役が会社の名で行う法律行為により会社は権利義務を負うことが確認され（230条、241条）、取締役は定款及び株主総会の決議を遵守する義務（もっとも取締役の権限の制約は第三者には効果を有しない。231条）、会社の帳簿等の管理を行う注意義務（239条）を負う。他方で、その取締役による業務執行を監督する機関である監査役（会）の設置が任意であり（225条）、その職務については規定があるもののその責任については詳細な規定は置かれていない⁸⁰。

（ウ）整理

以上のように、1861年の統一商法典によって、株式会社の設立について例外的ではあるが（ラント法による）準則主義の途が開かれた⁸¹。もっとも、

80 詳細についてはPahlow, a.a.O (Anm.66), S.269-273. クヌート・ヴァルフガング・ネル（小川浩三訳）「19、20世紀のドイツ株式会社法発展の諸段階」桐蔭法学16巻1号（2009年）66頁は、1861年法が会社設立に関する許可主義に原則として固執したために監査役（会）が任意機関として位置づけられたとする。

81 Grossfeld, a.a.O (Anm.4), S.135. は、許可主義に対して1861年法が「最初の大きな突破口を打ち破った」と評価する。また、1861年法の実現に伴い、営業の自由と株式会社の設立のための自由が一体をなしているものとみなされたようである。そこでは、国家の許可を廃止することは、「私的自治の完全な自由」を実現するものであるとの主張も存在した。Vgl. Julius Fick, Über Begriff und Geschichte der Aktiengesellschaften, ZHR 5 (1862), S.1ff., 61. その他、当時のドイツ法曹大会では、Levin Goldschmidtなどを含め、国家の恣意や腐敗、依怙最良など、許可主義は欠缺があるものとされ、債権者や株主の利益を考慮すれば、私的自治、或いは、私人の判断力のみが、株式会社に参与すべきかどうか

許可主義を採用するか準則主義を採用するかを選択は、各ラントに委ねられたために、プロイセンを含め複数のラントにおいて未だ許可主義が採用されたままと⁸²、なお株式会社は、法人格の付与を通して、国家の後見的監督に服した。それに伴い、株式会社の内部組織に関しては、(統一法典としての)一般法規上で詳細な規律づけがなされなかった。

他方で、株式会社の内部組織に関する規定のうち、株主総会につき幾らか具体的な規定がおかれたことには留意を要する。株主総会は「会社の利益のために」招集されるものとして(237条1項)、総会での意思決定が会社の構成員を拘束するとされていた⁸³。その際、通常的意思決定は株主の(資本)多数決による一方で、定款変更などの重要事項について、(ラント法によって異なる規律を設けない限り)定款に定められた総会決議による意思決定が有効となるには、国家の許可が必要とされた。もっとも、これ以上に意思決定規範については詳細な規律は整えられず、その具体的な内容は(一定の範囲で国家官庁の後見的監督に服する)個別の株式会社の定

ゝどを判断し、決定することができるのみであるとの主張もなされた。Vgl. Verhandlungen des 9. Deutschen Juristentages Berlin 1870, Bd.2, S.50ff.

82 3つのハンザ同盟、オルデンブルグ、ザクセン、ヴェルテンブルグ及びバーデンにおいて、許可を必要としないというラント法の規律がみられたが、プロイセンやバイエルンなど多数のラントではなお許可主義が採用された。Vgl. Passow, a.a.O. (Anm.50), S.67., Grossfeld, a.a.O. (Anm.4), S.135.

83 Landwehr, a.a.O. (Anm.23), S.11は、237条1項により「会社の利益のために」株主総会が招集されること、株主総会が会社契約の存続又は解散ないしは変更を決定することができること(214条、242条)を根拠として、1861年法が株主総会を会社の最上位の機関(Höchstes Organ)として位置づけていたと評価する。Pahlow, a.a.O. (Anm.66), S.268も同様。なお、大隅・前掲註(3) 65頁によれば、1861年法の当時には株主総会とは誠実な株主が出席し、共同の利益にとって何が正当であるのかを決定する機関であるとの認識があり、株主構成への配慮、特に小株主の事実上の権利喪失に対処する努力はなされず、また株主保護の規定の多くは任意規定であったために、多くの場合において同法の規定は定款により無意味となる結果になったとされる。

款ごとに異なるものとされた⁸⁴。

前号（龍谷法学52巻1号）掲載部分につき、以下の誤りがありました。謹んで訂正いたします。		
① 184頁目：	誤「団体の法律関係が」	→ 正「団体の法律関係を」
② 186頁目の註（2）：	誤「イエーニンゲン」	→ 正「イエーニゲン」
③ 187頁目の註（2）：	誤「石部＝野田・487頁（67）」	→ 正「石部＝野田・487頁（63）」
④ 188頁目の註（3）：	誤「Auflage」	→ 正「Auflage」
⑤ 193頁目の註（6）：	誤「イエーニンゲン」	→ 正「イエーニゲン」
⑦ 193頁目の註（6）：	誤「石部＝野田・上掲（2）」	→ 正「石部＝野田・前掲註（1）」

84 Landwehr, aaO (Anm.23), S.11ff., ders,aaO (Anm.44), S.254ff. また、同法以後の定款による内部組織の多様性につき、川端・前掲註（39）188頁以下も参照。岩崎・前掲註（43）1186頁は、1843年法を範とし、ニュルンベルク会議のたたき台となった1857年のプロイセン商法典草案に依拠する1861年法においては内部組織の規定がなお粗略であると評する。