

<研究ノート>

「経営権」についての若干の試論

——株式会社法の側面から——

別府三郎

序

- I 問題の提起
- II 諸学説の所在
- III 経営権の経済的側面
- IV 結びにかえて

序

周知の通り「経営権」という概念⁽¹⁾は、その不明確な概念に拘らず、いろいろな分野の問題となる。ここでの試論は、現代株式会社法との関連において、いかに理解されるかに興味がある。それゆえに、アプローチの中心は

(1) 末川編『新訂法学辞典』(p. 229)によれば、企業は生産手段と労働力とから組織されるが、この企業組織を管理し、運営する権利として、「経営権」が、現実意識されていることを示す。石井教授は「経営権という言葉は労使関係において常識的に使われているが、その内容がなんであるかはかなり問題である」とされる。「しかし、それが財産権あるいは所有権の一機能を意味する場合においては、経営者側が『企業目的に集約された財産権の機能』ということで、それに応じた地位ないし、機能をもっていることは疑いをいれないのであって、これを仮に経営権といってもよいが、法律的には、財産権ないし所有権の機能の一部面」と把握されるのである。教授は現在の法律の考えでは所有権とか占有権とか営業権とか人格権とかを総合したものを経営権といって通俗的な言葉で使われているようである。石井『新版商法(1)』、就業規則論『私法8号』p. 21「商法と労働問題」『商法における基本問題』。津曲教授は「経営権は経営を支配する権利であり、所有権をその生産的機能からみた概念」と把握される。経営権とは「所有権を生産的作用からみた権利であって、財産法的権利と人格法的権限を包摂したもの」と定義される。教授は経営を人的、物的、非物質的な三つの要素を統一的*

「いかなるものを経営権とするかといったその内容に関する定義の問題」よりも、「いかなる認識にもとづいて『経営権』を理解しようとするかということ」に関する問題についての方向づけのための試みである。

この試論の直接の動機は、実方正雄博士著「商法学総論」の中の「経営と労働——経営権と労働権」という一項がきっかけとなった⁽²⁾。博士の経営権は「企業を資本の機能形態たる生活体と把握した場合の観念」とされ、通説が経営権の法的構成について試みがないのは、「通説の見解が資本所有と資本機能との法的分析、及び民法的所有権が資本制企業において如何に発展的転化を遂げているかという点への反省を欠いたものである⁽³⁾」と指摘されている。

* 作用に総合する支配範囲としながら、経営は意思によって統一されないで、構造的な作用として統一を保つといわれる。津曲「経営権と労働権」『民商法雑誌 24 巻 4 号, 25 巻 1 号』。高田教授は「経営権は企業資本または財産の所有権ではなく、一般には、取締役その他の会社執行機関が、有機的かつ目的追求のために、株主総会……に起因して保有する独自の権利とみる」と述べられる。しかも「それは株主が保有していたものを移転したのではなく、その選任によって原始的に発生したもので、それは手形や小切手の権利と同じく、手形作成者に、まず発生し、それを受領者に移転するものではないと等しい……この経営権は定款所定の目的に沿って運用されるいわゆる「経常的運営権」であって、企業自体の処分などは包含しないことは当然とすべきである」と言われている。教授は経営権の原始的発生説ともいうべき説を展開されているのである。高田源清編著「経営権の確立」——労働権との対立——。村井教授は「経営権は経営がその本来の使命とするところ、企業の目的とするところである国民生活の需要を充足するための物、または便益の給付という任務ないし職責を妨害されないという保障権として、その存在を肯定したい」とされ、「経営権は、まさに企業につらなる方向を異にした利害の統一的総合的受託者として、受託者の利益の連帯的共存のための総合的権利であり、職責遂行権である」と述べておられる。村井、「商法における経営権」『名城法学』8 巻 3 号。中村一彦教授は、「経営権の法的根拠」(1-2)『北陸労研』14, 15 号では、専門経営者に経営権があるとして、通常の業務執行に関する限り、専門経営者としての取締役⁽²⁾に絶対的な地位を認めるもので、業務執行の意思決定について、株主総会は法律による場合は格別、定款をもっても干渉することはできないものと解するとされて「経営権の法的根拠」を論ぜられている。中村「経営者の法的吟味」『富大経済論集』11 巻 3, 4 号, p. 231。

(2) この拙論は実方博士の「商法学総論」、『改訂会社法学Ⅱ』および「株式会社の法理」『商法の基本問題』、「企業に於ける資本所有の問題」『私法 8 号』などの所論に負うところが多い。

(3) 実方『商法学総論』p. 115~p. 118。

実方博士は経営の意義を「資本機能（運動）の法理的表現」に求められ、そして「経営を静的機構的にみれば、土地、建物、機械、原料、商品、無体財産などの物的要素と、人間の労働力という人的要素とを、統一的作用、とくに生産的作用に総合し、資本の価値増殖運動を可能ならしめるがための技術的組織である。また、動的に見れば、現実なる企業資本を物的、人的要素に具体的現象化し、その諸要素を利潤造出過程に機能化せしめ、もって資本増殖運動の循環過程を実現せしめる諸操作の技術的展開過程である。企業はこの経営を媒介として、その企業目的を実現するものであり、従って資本運動の経済的生活体として企業を把握するかぎり、経営はまさに企業の中核をなすもの」とみられ、「このような経営を維持し、企業の物的、人的要素を動員結合して現実の生産を行ない、この直接の生産行程を管理支配し、指揮監督することによって、経営の統一的功能を保障する権能乃至は権限が外ならぬ経営権なのである。それは単一なる権利として存在するのではなく、経営方針の決定権や生産手段の処分権など、このような目的に向けられた権能の総括的名称である。」と述べられる。⁽⁴⁾

ところで申すまでもなく、「経営権問題」は労働法学、憲法学、現代経営学からの考察を含んだ問題である。商法学では、伝統的表現である「取締役の業務執行権」という、むしろ「経営権」の内容についての理解として問題となり、その意味で商法学からのアプローチも必要であろう。

本稿は一つの試論にしかすぎないが、かりに法律的に保護に値する独自の法益があるとして、〇〇権と称してみると、現行法秩序体系の中で、この「経営権」の存在があるのだろうか。換言すれば、法律上形式的に「権利としての経営権」が把握可能かの肯否論になるだろう。しかし経営権というものが存在するかどうかに定説がないばかりか、考え方すら不明であるといつてよい。それゆえ法学上の論議として可能な概念かどうかについて、その取り扱いおよび断定について、特に慎重でなければならないことはいうまでもない。

通説の考え方では、経営権の法的根拠は財産権ないしは所有権の一機能として扱っている。ここで、法的概念として問題があるとすれば、事実問題と

(4) 実方、前掲「商法学総論」p. 114～p. 118。

して、経営権概念が使われていることである。特に労働法学の側面として、あるいは経営学の中核として使われていることは、必然的に問題意識において、即ち理論構成の問題として、経営権概念が潜在していることは否定できない。これが前掲実方博士の指摘にあるように、資本所有と資本機能との法的分離、および民法的所有の歴史的発展変化についての理解が不十分であるから法的に問題が鮮明化しないのかどうかなどについて、商法学としても反省を要するところであろう。

Ⅰ 問題の提起

企業は歴史的形態としては、個人企業から共同企業へと発展したが、その中で、株式会社制度が代表的企業形態であることはいうまでもない。しかもこの企業形態を規制する株式会社法は、大資本の調達および無個性的な多数人の結合を予定している法である。そこで現代において株式会社法を如何に把えるかは、この企業の実情を如何に把えるかであり、実情の認識について帰着する問題であることはいうまでもない。

必然的に、企業をめぐる紛争が、資本所有者、経営者、労働者、労働組合等の各権利義務をめぐる問題として展開される。特に、経営者の特権は一体複雑な法律関係の中で、如何なる地位を占めているか、あるいは労働組合の権利（団体交渉権）は、何処に地位を占めるべきかなど、権利の帰属の理由如何は、紛争処理に重大な問題を提起することもいうまでもない。その意味で、個人企業でも会社企業でも、使用者と被使用者、資本提供者と経営者と労働者、企業の利益と消費者の利益等の対立は企業を中心として展開される。「これらの利害関係を整序する統一的原理が何であるか、またいずれの利益が優先的であるか、ということは時代的あるいはイデオロギー的に異なるのであるが、法規はこの問題に関する立法者の考え方の表現と認められる。即ち法規は各種の利益に関するそれぞれの時代の評価であり、ある意味では利益の一応の調和点である。従って法規そのもの、あるいはその解釈が

ルーズであれば、利益の調和なり均衡関係がそれだけ害され、一方の不利益において他方がそれだけ利得することにある⁽⁵⁾」と思うのである。

一般に組織は客観的な存在として、複雑な利害関係の中心となるし、組織の特色は、まさにこの利害関係の複雑性、多様性、重層性をもつと理解される。組織法として、株式会社法では、組織が権利義務の集合を超える統一体であるがゆえに、法的地位という観念の果す役割を重視しなければならないことになる。ところが法がいかに対処しているかという観点からみると、使用者と被使用者、資本提供者と経営者、企業的利益と消費者的利益といった各利害関係が会社法と労働法あるいは経済法において、十分に調整されているかは必ずしも明らかではない。たとえば企業の合併をみると、合併における「包括的当然承継」という法的性質について、資本の側面からだけではなく労働の側面からの法律上の対処が問題であるし、さらに解散会社の一切のものにつき何等の留保を許すことなく承継されるはずの内容が、合併期日までには労働関係を解消する旨が締結されたりしている。このことにつき商法理論からのアプローチも問題があるし、合併は包括承継とされ、株主および会社債権者には保護手続が決定されながら労働関係は保護規定から取り残されているといつてよい。⁽⁶⁾

ところで富山教授の指摘によれば、巨大企業の社会性、公共性などの一連のイデオロギーは独占資本の形成とその運動の結果、いまや古典的な私法の原理によっては解決がつかないし、さまざまな異質の利益の対抗関係は大企業をめぐる展開されてきた。そしてさまざまな諸利益を包摂し、かつこれを超える「全体利益」の「体现者」として大企業の社会性、公共性が主張されるのは、これらの異質の利益の対抗を、あるいは社会性、公共性を軸とし

(5) 服部「組織法および組織行為について」『現代商法学の諸問題』p.469～p.470。

(6) 『企業合同と労使関係』（日本労働法学会誌 29号）。

(7) 富山「独占資本と法の理論」『現代法と経済』（現代法 7）p.72, p.73, p.81 註(2)。

てその調整をはかり、あるいは社会性、公共性のなかに解消することになったのであり、「経営権」という思想の背景も同じような認識があることを指摘される。さらに歴史的には「巨大資本の運動がつくりだす矛盾は、私法の次元においては解決できない」という段階に置かれていることも認識されている。

経営権概念が企業の巨大化とともに、経営者の社会的責任が叫ばれる現代⁽⁸⁾では、この概念は単なる私有財産権の下では説明しえない内容のものになっているのか、即ち経営権の法的根拠を所有権の機能に求めることで説明できるのかどうか、私法理論では説明できないほど現代の次元は変わっているのか。さらに営利法人制度の基盤をなすいわゆる株主の所有権的機能はどうなっているのか、「所有と経営の分離」によって表面化した「経営」という概念は、経営の独自性の主張とともに（経営者支配）、一方では株主のみならず会社債権者、労働者、消費者の各利益を考えると、経営者の責任とか、企業の社会性公共性の問題にいかに連結していくべきものなのか、企業自体の思想の真意はどうか、現行法上株式会社法における社員権の内容はいかに解するのか。さらに、いわゆる経営監督権なるものをいかに理解していくか。そこにおいて取締役の経常的業務執行権に関する経営権は、結局法律上は取締役の任免権を株主総会が保持していることから、所有と経営の分離はありえ

(8) たとえば、ジョージ・ゴイダー著、喜多裕訳『第三の企業体制』は大企業の社会的責任論を展開し、社会における会社の役割や資本の醸出者と労働の醸出者との間の関係を、根本的に再評価しなければならないほど、事業が変化している旨を述べている (p. 27)。西原博士によれば「株式会社は、ただ資本家の利潤追求の場というだけでなく、そこに国民の財産が蓄積・管理され、多数の者の職場として、所得の源泉を供し、少数資本家も入り、さらに労務者も入り、そのうえ会社と取引する債権者や一般国民大衆も参加して国民経済的職能の重要な分担者となるのである。そこに株式会社の社会的・公共的性格がある。従って資本の面における多数決原理は、企業のこの社会性・公共性にその限界があるとみななければならない」とされる。西原著『商事法研究』第二巻, p. 125~p. 127。平井泰太郎編『経営学事典』(p. 53)によれば、いわゆる「所有と経営の分離」が行なわれた段階において、われわれが目すべき現象は、マネジメントのプロフェッション化であり、マネジメントの社会的責任といわれるところである。

ないのか。さらに問題は株式会社組織において、取締役の選任権を株主（社員）のみがもつ特有なものであるとする現行法の建前が再検討されるべき時期なのかどうか等の問題がある。このような多くの経営権問題は、法理論に重要な問題を提起するものであると思われる。

なおここで注意を要することは、歴史的に株式会社法の構造を如何にみるかは、実方博士が適切に指摘されたように、⁽⁹⁾ 商法は歴史的な性格としては資本法なのであるという認識からはじめなければならないと思うのである。即ち近代商法は、産業資本を中軸として発展した近代資本主義精神の端的で直截な法理的表現であり、産業資本の支配に伴う新経済秩序に直接密着する実用体系であることを示すものであり、従経済法則性、または従資本運動法則性という近代商法の歴史的な性格を物語っていることを再認識しなければならないと思うのである。即ち資本の所有構造の歴史的発展の集約的表現である現代企業＝株式会社についてそれを規整する法は、市民の経済活動を保障する体系として「従経済法則性」または「従資本運動法則性たる歴史的な性格」をもっている。まさに実方博士が会社法を「資本のための法」として運命づけられるように、認識の対象たる企業はあくまで、私的所有に立脚し、資本の運動法則に規律されるのではないだろうか。

ここに資本所有と資本機能（運動）の法的分析が問題とされ、経営権の問題はその資本機能（運動）の問題として究明しようとする方向があるのであろう。そしてこのような考え方は一体近代株式会社の高度な発展の契機となった資本所有と資本機能との分離という事実から、資本所有と資本機能（運動）との法的分析はいかになされるか、株式会社の高度化につれ、資本から独立した「経営それ自体」という概念が析出されるのかということへの検討になるであろう。

(9) 実方、前掲『商法学総論』p. 11～p. 14。「経済秩序の進展と経済法の生成」『法学雑誌』第9巻3、4号、合併号、p. 306～p. 307。

周知の通り、商法では労働の側面を企業の生産過程から捨象して取り扱っているが、企業をめぐる展開される紛争は、資本の側面だけでなく、企業における労働の側面との関連において全面的（立体的）に関連する。具体的事実に着目すると、現代商法規範の大部分が特別法である経済法をはじめ労働法、「企業をめぐる法」（社会法を含む）を通して機能しているのである。株式会社の合併、営業譲渡、擬装解散などはその例証となるのであって、その意味で企業自体の理論、企業の社会性、公共性の理論などは、むしろ資本の利益に従ってその範囲内で機能しているとも捉えられるのである。⁽¹⁰⁾ 経営権の理論も資本の利益の側面に則ってみるとその性格を伺うことができるし、現行商法＝企業法は、現代の資本主義的企業について全面的立体的に機能しているものではないことを知るのである。

Ⅱ 諸学説の所在

ところで、問題の状況を知る意味において得ることができた資料から、「経営権」をめぐる問題について如何なることが試みられているかを種々の⁽¹¹⁾ 観点から考えてみたい。株式会社法の研究において意識すると否とに拘らず、いわゆる「所有と経営の分離」の問題が展開される。株式会社の経営的実態を明確に認識するためには「所有と経営ないし支配」の意味内容の不明

(10) 池島「現代商法における企業と資本の法的構造」『法律時報』38巻1号、p. 64。

(11) 坂口「経営権の経済的性格」『経営と経済』54号、p. 16～p. 28。大河内「経営権と労働権——労働者の経営参加について」『経営権団交権をめぐる諸問題』p. 16以下。馬場克三『個別資本と経営技術』p. 232以下。片岡『労働者権と経営権』p. 107～p. 108。片岡教授は、基本的には、使用者の所有権ないしは財産権として考察すれば足り、経営権＝排他的特権によって、規律されるものではないとされる。村本福松「経営権論」『商大論集』第1号、p. 27。「取締役会と経営権」、『新会社法と会社経営』p. 138以下。山本安次郎「経営権の経営理論序説」『彦根論叢』75号、p. 19。法律的、経済的、技術的、政治的内容を有する経営者の権能と機能、これに対する労働組合の攻勢に関する問題については、N. チェンバレン著、浜野末太郎訳『経営に対する組合の挑戦』。

確さから抜け出すように努めなければならない。⁽¹²⁾ ここでは、企業の経済的実情の認識が重要であるとともに、経営的実態についての認識の困難性もある。従って「経営権」と「所有と経営の分離」の問題としては、その結びつきを如何に解するかは諸説の一致があるわけではない。「所有と経営の分離」肯定論、否定論が展開されるのである。一般的問題としては、企業における所有と経営の分離の傾向を認めれば、法および法学の在り方もそれに従って⁽¹³⁾ 変化するかどうかということになる。

問題は企業をめぐる所有、経営、労働について考察していく基本的前提として、一体、「経営権」が構成できるのだろうか。商法的には「企業」はその生産過程から「労働」の側面は捨象されて存在しているのであり、資本法としての商法は「労働」の商品化を前提として成り立つものと思うのである。一方「経営はその現時において有する歴史的实践的意義に着目するとき、企業との関連において、その生命を全うしている実体に外ならず、経営概念の確定は、企業概念そのものの確定のためには、直接前提となるものではない⁽¹⁴⁾」という見解もある。ここに「経営の法的性格」についての問題の側面⁽¹⁵⁾がある。

(12) 「現代法と企業」(現代法9) p. 60 以下、北沢教授の「株式会社の所有・経営・支配」の所論。いわゆる「所有者支配」、「少数者支配」、「経営者支配」、あるいは「金融者支配」、「金融資本(コンツェルン)支配」、または「債権者による支配」、「従業員による支配」、「国家による支配」がいわれる。宮川「株式会社の法的構造と『所有と経営ないし支配の分離』命題」『法学雑誌』9巻3, 4号, p. 392 以下。福岡「いわゆる所有と経営の分離観の検討」『青山法学論集』2巻2号, p. 133 以下。富山「所有と経営の論理的矛盾とその発展」『立命館法学』29, 30合併号, p. 433~p. 434。渡辺洋三「近代市民法の変動と問題」『現代法の展開』(現代法I), p. 82~p. 84。

(13) 経営権問題と「所有と経営の分離」の命題の結びつきについては、中村一彦「経営権の法的性格」『北陸労研』14号, 15号。中村助教授は「所有と経営の分離」の観点からの「経営」の独自性と「経営権」の法概念を構成される。中村「社員権からの支配的権利の分離および社員資格と機関資格の分離」『現代商法学の諸問題』p. 299 以下。

(14) 西原「企業の経済的意義」『経済学雑誌』17巻5, 6号, p. 34。

(15) 商業=企業法論が商法典論にならないために、経営概念について、もっと関心をもつべきであろう。固定しやすい法理に対して弾力性を与える化学済になるかもしれない。吉永「企業経営の法形態と経済形態」『経営法学全集, 企業形態』p. 13。村井「商法における経営権」『名城法学』8巻3号, p. 10。

ところで、株式会社は企業の所有と経営が原則として分離し、株主が企業を所有し、取締役が企業を経営するという意味で、現代株式会社法における「所有と経営の分離」論が展開されている。そして「所有と経営の分離」は株主の意向にかかわることなく、「経営者」の地位を恒久化し、経営者と株主との間の利害は益々相反するものと理解されている。法理的には、善管注意義務、忠実義務（商 254 条 3 項、254 条の 2）として、取締役の行為準則規定の一般的基準が問題にされるところである。この義務は株主に対する受託者の義務か、信託受託者の義務かについて多くの議論があるが、ここではそのことはさておき、一定の法的関係に基づいて、経営者の地位が株主（所有者）から与えられることを留意すればよいだろう。それゆえに、株主利益の優先のために行使すべき義務が決定されているのである。そして株主との法的関係に基づいて、法律、定款その他に別段の留保がないかぎり、経営者は所有権に伴なうすべての権利、権能、特典を行使することができるものと一般に理解される。

さて経営者の存在は、株主の利益以上のものを代表しているのだという見解がある。経営者の広範な社会的責任論の展開がなされているが、これは、⁽¹⁶⁾ 現代の「株式会社観」を如何に把えるかに直接関連するものと思われる。即ち「株式会社は一度設立されると、それは自己価値の発現と高揚のため邁進する。それは内部において多数労働者のために賃金の場を提供し、外部に対しては製品あるいはサービスを与え、単なる営利目的を超越した国民経営発展のため社会的使用」⁽¹⁷⁾を強調されたり、「企業は出資者、使用人、需要会

(16) 株式会社の専門経営者を前提として、その経営権の基礎を資本所有者からの信託に見、そこに経営者責任を説き、その責任遂行上、労働の侵入を許さず、団体交渉を必要としない経営者の排他的、経営権を主張しようとする見解、そして経営者は一次的には株主に対して責任をもつが、同時に彼は事業の従業員に対して、また社会に対しても、さらにその製品の消費者に対しても責任をもつという見解。

(17) 高田『演習株式会社法』p. 14。

社ならびに経営者という四つの当事者の結合関係⁽¹⁸⁾といわれるものである。こうした考えのもとに「経営権」の認識がなされている場合がある。

さらに経営は資本の保護、雇用の安定拡充、消費者への責任、国その他の活動資源の増減、企業の再発展に対する責任といった極めて大きな役割をもつ一種のパブリックオーガンのなのであって、資本所有及び労働の双方から独立しつつ、両者の恣意、利己的要求を調整し、両者を協力させることによって国民の生活水準の向上に奉仕する地位を認められると説く見解もある⁽¹⁹⁾。「経営権」を憲法上保障すべしとか、公共の福祉のために「企業それ自体」として保障し、保護するという原則を憲法上、加えてはどうかの見解もある。これなどは、「現代の日本の国家独占資本主義経済下においては、問わ⁽²⁰⁾ず語らずして巨大資本の育成、擁護への傾斜」を物語るであろう。

経営学的には「資本」と「労働」というより、「経営」と「労働」ということ、即ち「資本の責任」という言葉は「資本の権利」とともに消滅したと⁽²¹⁾考えて、その代り「経営の責任」「経営権」ということを主張する説もある。これは「経営理論」(Managerial theory)として、所有と経営の分離の形式的分離ではなくて、実質的分離の事実つまり「経営」の成立の事実を認めた上での「経営権」を問題にしている見解であろう。伝統的には、残余理論(the residual theory)、信託理論(the trusteeship theory)の下で、経営権の根拠論(所有権と経営権の関係)が展開されるようである⁽²²⁾。そして「経営それ自体」の成立が所有権から分離され、経営自体の存在を出現させたとして、漸次現代法的な批判と基礎づけに耐えうるものとなりつつあるとする

(18) 村井、前掲論文、p. 7。

(19) 憲法調査会における日経連の意見「憲法運用の実際」『法律時報臨時増刊号』p. 174～p. 176。

(20) 憲法調査会総批判『憲法改正問題の本質』(鈴木安蔵教授還暦祝賀論文集)p. 50～p. 51。

(21) 山本、前掲論文、「彦根論叢」75号、p. 15。経営学の経済的制とし度での「経営」については『経営法学ジャーナル No. 14』p. 39 以下。

(22) 藻利重隆編『労務管理』p. 295 以下。

見解もある。⁽²³⁾

経営を技術的組織体として捉え、その組織づけのために権力的契機を必要とする前提に立ちながら、労働者の生存権確保の要請をみたすために、この経営を組織化するための権力を事実上の関係として放置することなく、積極的に法律的な権能として肯定し、これに対して必要な法的規整を加えようとする見解もある。⁽²⁴⁾ これは、「一方において経営の諸構成要素の総合的調整と統一的組織化のための権力的契機として「経営権」を理解する意味において、所有権の機能概念としての経営権理論に共通するものを持ちながら、他方において労働対資本の対立という基本的事実を前提としつつ労働者の生存権確保の要請に基づく経営権の内在的制約を不可避的要請として認める点に特質がある」と指摘⁽²⁵⁾されている。

さらに資本と労働には、それぞれ経営が顧慮しなければならない平均利潤の保証、労働者の生活とその向上の保証が存在し、このために経営に対し所有権的要求や労働権的行動に出ることの権利が認められるが、このことは経営すること自体ではなく、またかかる要求の調節が経営でもなく、そうした要求をはらむ生産要素の均衡化せられた機能の組織体を通じて、重大なる人生目的を達成するところに経営を主体化し、経営権を所有権、労働権の上に認める意味があるのであって、かかる経営の独立主体性の確保であって、所有権や労働権は確保せられるとするものであり、もしこの経営権の確立なき時は所有権が労働権により或は反対に労働権が所有権により侵害を受けることなきを保し難いという見解もある。⁽²⁶⁾

ところで、経営をいかにみるか、その性格をどう把えるべきかについては全く確信はないが、もし民法的「所有権」が分裂して、「経営権」として経営者に信託されたと仮定してみると、その「経営権」が「物」に及ぶことは

(23) 村本「取締役会と経営権」『新会社法と会社経営』p.138 以下。

(24)(25) 片岡，前掲書，p.108 以下。

(26) 村本，前掲論文。

問題ないとしても、「人」に及ぶかを疑問にする見解がある。即ち「人事権」といわれているもの（企業者が労働者を雇用し、労務指揮をなし、配置転換をなす、あるいは解雇する権利）は、所有権（財産権）の本来的内容とは異なるというのである。石井教授によれば、⁽²⁷⁾ 財産権本来の機能から来る使用者の権限と、労働と所有権（財産権）が結合することを契機（合意）として使用者に認められている機能を一括して「経営権」という言葉で呼ぶことは妥当ではないというのである。しかし、企業における経営ということは、「物的要素」と「人的要素」とを結合して価値の増殖を計るということであろう。それゆえに、企業は経営されることによって利潤を生むのであると理解される。換言すれば、経営は資本運動の側面から考えると、「経営権」は資本運動過程における現象形態であるといえるであろう。物的生産手段や商品に対する使用処分の権利や、労働市場で雇入れた賃労働を指揮する権限であり、それは企業者ないしは経営者に帰属するということになるのではなかろうか。この意味で「人事権」を経営権と呼ぶのは妥当ではないという見解は、企業における所有と経営についての認識が不足しているのではないかと思う。独自の地位が認められた「経営権」が企業収益の増大を期待することが一般的傾向であるといわれる。なぜその傾向があるかは、資本再生産運動としての資本運動の自律性、換言すれば、経営の独立性が保障されているからである。つまり「資本の法」としての株式会社法は、私的所有と資本運動の法形態として存在し、経営権の所在も、「資本としての経営権」⁽²⁸⁾の性格を有するのではなかろうか。それゆえに経営権概念の構成は人と物を処分するという概念として、しかも民法的「所有権」とは、側面を異にして存在するのではないだろうか。

ところで実方博士は株式会社法に於ける「資本の規整」を三つの角度か

(27) 石井、前掲論文『商法の基本問題』p. 194。

(28) たとえば、馬場、前掲書、p. 232 以下。

ら、法的規整の対象とされる。第一は株式会社企業の物的基礎という角度から企業資本の形成、調達、充実、維持、計算書類における資本構成、企業財産の評価の問題として、第二は企業資本の再生産運動という側面から、資本機能ないし資本運動の問題として、第三は資本所有の問題として法的規整の対象とされていることを説かれる⁽²⁹⁾。そして、商法における資本所有の問題は、民法的所有関係が企業生活体の生成を媒介として、どのような変質を遂げているかという問題として把握せられるべきだとされ、株式会社における資本所有の特色は「法人たる会社の個人的所有」と「株主の観念的間接的所有」に分裂していることにあると展開される⁽³⁰⁾。企業資本は会社の個人的所有の対象とせられることによって、その増殖運動の統一的継続性が確保せられていると説かれるのである⁽¹⁾。

また「資本運動」とは、資本再生産運動の側面として捉えられるが、資本の資本たる本質は自己増殖運動の中にあるのだから、個別資本の自己増殖運動は、具体的、現実的にこれを媒介する諸操作を営む人格者が必要であるとされ、商法は資本運動の現実的担当者に即して、この問題に接触していると説かれる。即ち、生産過程に於ける指導的諸操作、流通過程に於ける表現的諸操作、一般的に言って、利潤追求活動上の計画、決定、執行と言ったような資本運動の担当者、即ち「企業者」ないし「経営者」がこれに外ならないと言われる⁽³²⁾。結局は、資本所有と資本運動の分離は「資本所有の諸機能を媒介すべき人格者としての『資本所有者』と、資本運動の現実的担当者たる企業者乃至は経営者との制度上の分離、及び後者の自律性の強化⁽³³⁾」であると言われるのである。資本所有者は形式的には「法人たる会社」そのものであるが、実質的には自己資本特に会社資本については株主、他人資本については

(29) 実方「企業に於ける資本所有の問題」『私法8号』p. 42 以下。

(30) 実方、前掲「私法8号」論文、p. 46 以下。

(31) 実方、前掲論文「商法の基本問題」(田中先生還暦記念) p. 255 以下。

(32) 実方「商法学総論」p. 84 以下。なお、中村、前掲論文、「経営者の法的吟味」。

(33) 実方「改訂会社法学Ⅱ」p. 407。

社債権者その他の債権者だと言われる。そして株主総会および社債権者集会は資本所有の法的機構であると説かれ、資本運動の担当者は経営権の帰属主体としての企業者と、経営権の行使としての経営者とに分析せられるのである。法の形式からみれば、経営権の帰属主体は「法人たる会社」であって、現実に経営権を行使する経営者は「人格者としての業務機関担当者」であり、業務機関は計算組織とともに、資本運動の法的機構であると説かれるのである。⁽³⁴⁾

実方博士のこの分離論は、株式会社が支配的企業形態である段階では「株式資本という自己資本についても現実にみられる現象であり、他人資本の形態たると自己資本の形態たるとを問わず社会に存する資本について一般的にみとめられる明白な現象」であるといえるであろう。さらに今日の資本主義的特徴が「信用」に媒介せられた機構であり、所有が経営を支配するということが、いわゆる「金融資本の問題」として論ぜられるところである。金融資本論段階における株式会社は「信用」に「媒介された資本集中体」であるということになるが、株式会社の法形式上は、「資本制企業生活体の法的範疇化として、資本運動の主体的統一性と、資本所有の永続性と、企業活動の合理性とを有機的に確保し、保障するための資本法的技術」⁽³⁵⁾であることを示すものと認識してよいであろう。

ここで重大なことは、「所有が経営を従属させている」ということの実証性の認識の問題である。⁽³⁶⁾現代の株式会社というものが資本所有と資本機能の分離を現象としているといわれるが、それは資本所有者としての一般株主が企業経営に関与しないという意味で、資本所有と資本運動の分離（企業所有と企業経営の分離）を言うのである。資本からまったく分離された「経営

(34) 実方『改訂会社法学Ⅰ』p. 407。

(35) 実方、前掲会社法学Ⅰ，p. 408。

(36) 上林貞治郎著「現代企業における資本経営・技術」3頁以下。藻利重隆，「資本と経営の分離」『新会社法と会社経営』p. 50 以下。

それ自体』ということの成立の証明ではないのではなからうか。⁽³⁷⁾

富山教授の言われる通り⁽³⁸⁾「株式会社においては経営は、株主＝私的所有の全体の意思としてあらわれる株主総会の決議に従属するものとされ、所有が経営に従属させることは結局、所有が究極的には生産を、したがって労働と労働生産物を支配することである。経営が所有に従属することは、経営の一般的機能は資本主義的経営としての価値増殖機能に従属しているということであり、経営が所有の分業者として資本機能をにない、所有＝経営が労働に対立するという関係には何の変化もない」ということである。換言すると、「株式会社の経営は、企業所有から分離されているけれども、資本の営利的支配から質的に解放されてはいない⁽³⁹⁾」ということである。

商法は株主総会の権限を法または定款に定める事項に限定し、会社の経営＝業務執行は取締役会が決定するという制度をとっている。株主総会と取締役会の権限は分配され、両機関の構成員資格は何等の関連性もないのである。そして、ここに「資本増殖運動としての経営には自律性が認められる」といえるし、取締役会が株主総会から経営活動の決定権を奪ったことは、法制度上、「所有と経営の分離」がなされたといえるであろう。

ところで、一般に資本所有の近代的特質は、物に対する民法上の直接的な物権的支配を越えて、企業という経済的生活体に対する「支配」となり、更には企業を媒介として経済関係や社会関係に対しても、さまざまな支配関係を設立していく⁽⁴⁰⁾といわれる。この「さまざまな支配関係」を如何に規律するかは、現代の企業が複合企業の状態が普通であるから、現代の重要な課題で

(37)(38) このことについては後日にゆずるが、ここでは富山教授のいわれるように、株式会社においては所有は経営に対する支配は失っていないという認識に立つ。富山「株式会社における社会化の意味」『立命館法学』35号、p. 8。

(39) 実方、前掲論文「株式会社の法理」p. 26。それゆえ「所有と経営の分離」を「資本と経営の分離」と同意義に解してはならない。経営者の基本的性格が、資本運動の現実的担当者であるかぎり、経営は資本の営利性から解放されるものではなからう。

(40) 実方、前掲「企業に於ける資本所有の問題」『私法8号』p. 45。

ある。しかも現実には、企業の結合関係はさまざまな手段によって行なわれている。株式所有、役員派遣、融資その他を契機として、現実の支配関係が行なわれ、益々複雑化していることはいうまでもない。この支配関係を体系づけて、西ドイツ新株式法は第三編「結合企業」として整序したことは周知のところである。詳細は後日の検討にゆずるが、ここで重要なことは、新株式法が、現実の支配関係が存し、その現実の支配力の行使が認められる場合を法制度化したことであろう。

即ち「支配契約」（新株式法 308 条）を締結することにより、支配企業が従属企業の取締役を指揮する権限を認めているのである。この支配企業の指揮権は、従属会社の営業行為だけではなく、従属会社の取締役の全権限におよび、従属会社の取締役を通してのみ行使しうるものと解される。この西ドイツの指揮権の立法化は、支配企業の指揮権が、「支配契約」によって根拠づけられるからではなく、資本参加に基づく事実上の力が法律上のものと認められているところに意義がある。西ドイツでは経営権という観念が存するかは疑問とされているが、ここで重要なことは、西ドイツ新株式法が規制したこの「指揮権」なるものは、「経営権」という概念が、現代法的な基礎づけの下に分離独立することを示すものではなからうか。

Ⅲ 経営権の経済的側面

ところで、株式会社の経営者の地位が現実に機能していることを考えると、現実に会社の支配的地位にあるということである。株主総会をリード

(41) 前田「ドイツ株式法におけるコンツェルンの規整」『法学協会雑誌』84 卷 12 号, p. 1696。

(42) デットレーフ・F・ヴァッツ, 矢沢淳訳『現代的な会社の改革』（商事法務研究会）p. 13。もともとドイツの経営者は、工業の内部・外部において、伝統的に権威主義的背景の中で経営を行なうことになっていて、ドイツ株式法は、取締役の経営権を確立してきたと思われる。西独のように個別企業内部の問題と団体交渉とは別個の経営参加方式を通じて、処理する制度が法律によってすすめられる場合は、特権としての経営権という意味での経営権概念は、實際上必要とされないのではないかという指摘がある。片岡, 前掲「労働者権と経営権」p. 106。高田編著「経営権の確立」p. 187 以下。

し、会社の経営を担当することであるが、現代の複雑な企業結合の関係の下では、会社の支配的地位（支配権）の獲得は益々重要であり、これは資本所有者の利益と一致する傾向にある。いわゆる金融資本による担保を背景として、株式会社の経営者の地位につくことは、現代会社の支配に直接結びつくことになる。経済的に機能している点からみると、経営権の所在が、金銭債権の担保になっていることも考えられる。

即ち、資本は資本制再生産社会の下では価値増殖の出資である以上、企業は資本の価値増殖をやめないし、経営者である取締役が資本運動の担当者である以上、資本による経営支配がなされる。「少数者支配」がなされているとしても、経営は資本の営利拘束から解放されたことではないだろう。近代株式会社法の下では、企業の所有と経営が分離され、さらに、資本主義の高度な発達の結果、「企業の支配」が、所有者たる株主から分離されている現象が指摘されている。周知の通り、会社の支配形態については、各種の分類がなされているが、法理的には、株主総会の権限縮小、取締役会の権限拡大となっていることが、株式会社法の機構における重要問題となっている。そして、現代では、頭数多数決主義を建前とする、「取締役制度」に、「人」を送ることが企業支配の上で、決定的となっていることは指摘されるまでもない事実である。

即ち、「人」を派遣する基礎には、資本参加、または融資のような、経営上のつながりが存することが多いし、現実には、出席した個人の背後にある資本の影響力が、企業支配の効果に、直結することになる。

現在の法制では、所有と経営の分離は、資本の委任に基づくのであり、資本は、株主総会の発言（持株多数）を通じて、終局的支配力を失なわない建前となっている。「所有と経営の分離」は法制度的にも成立する旨を述べたが、「所有と支配の分離」が同じようにいえるかは問題のあるところである。法制度上、「支配」は「所有」を前提として存在することを示しているからである。株主の観念的間接的所有権は、実定法上は株主の「議決権」および

「経営監督権」の形であられるのである。⁽⁴³⁾

しかし、企業の現実の「支配」が、株式資本にのみよるものではなく、銀行その他の金融資本や社債権者や、その他の資本の力によって行なわれ得ることは承認されるだろう。擬制資本の出資者が価値増殖に参加するのを止めないと同じように、金融資本、社債権者、貸付資本などのいわゆる他人資本家は、資本利潤の分配に参加し、「企業支配」はやめないであろう。即ち、株式（議決権）を通じての経営支配と異なり、金融機関等がその融資先の会社に対する経済的勢力を利用して、「支配権」を掌握する場合があるのである。⁽⁴⁴⁾そこで金融機関がある会社の支配権を獲得し、「債権保全本位」に、その経営がなされる場合も考えられる。この場合には、債権保全の方法として、債権者が経営権の取得により債権の満足を得ることが考えられるからである。

それゆえに、経済的にみて経営権による債権担保的機能が考えられる。これは債権者が債務者の企業における企業経営の利潤を確保し、拡大させ、その利益の処分権を掌握するのである。このことは「債権担保の目的としての経営権の価値は、これを他の担保物のように、換価処分して得られる利益ではなくして、経営権上の地位に基づくところの救済手段の確保」⁽⁴⁵⁾としての意義があるといえる。経営権による債権担保は経済的優位性に基づく経営内部への介入であるが、この債権者の経済的優位性は永続的な「企業支配権」を掌握する契機となると考えられる。まさに金融資本による企業の系列化、財閥形式の要因がここに⁽⁴⁶⁾あるといえるだろう。

さて遡ってみると、企業の経営支配の地位は株式（議決権）を通じて得る以外に、債権者がその融資先企業に対する経済的勢力を利用して得る場合が

(43) 実方、前掲論文「株式会社の法理」「商法の基本問題」所収、p. 261 以下。

(44) 福岡、前掲論文、「青山法学論集」、p. 146。金銭債権が確立した支配的地位の問題は、我妻「近代法における債権の優越的地位」p. 305 以下。

(45) 坂本「経営権の担保性」「現代私法の諸問題」（下）p. 431。

(46) 坂本、前掲論文、p. 433。

あることを述べた。西原博士によれば、この金融機関の発言力は「債権保全⁽⁴⁷⁾の必要がその正当な限度である。事業会社の人事その他の基本的事項は、その会社の株主総会が自主的に決定すべきことで、株式関係を離れて金融的支配を及ぼすことは、金融機関の経済的勢力の濫用となる」といわれる。しかし商法的には、その経済的勢力濫用に対する規整はないのであり、独占禁止法が銀行等の金融会社が事業会社を支配することを防止する趣旨から、株式保有に関する制限規定を設けているが（独禁法 10 条, 11 条）、融資に関する制限規定はない。⁽⁴⁸⁾

ところで、一般に、「役員派遣契約」は債権者（金融機関）が、債務会社に対し、あるいは親会社が、子会社に対してなす債権保全のためにとられる方法であるといわれる。この役員派遣の経済的目的は、債務会社の収益力を担保として、企業経営に支配力を及ぼすものと理解される。即ち「企業経営に関与することが債権保全の手段として最も確実な方法」であるからである。銀行等が融資する際に、銀行の指定する者を取締役とすることを要求されると、債務会社は金融を受ける必要上、その要求に従わなければならない。そこで債務会社の取締役会はこの役員派遣契約に基づいて銀行の指定する者を取締役の候補者として株主総会において選任を求めるとのである。⁽⁴⁹⁾

法的には代表取締役の締結する「役員派遣契約」が会社の権利能力の範囲内かどうかという問題がある。しかし会社の権利能力は「目的の遂行上必要な行為」も含むのであるから、経営上やむをえず「会社の自衛手段として目的の範囲内の事項」として、この役員派遣契約は理解されてよい。ここでの問題として取締役の選任が原始定款の規定により、その選任を取締役会その他の機関では第三者に委任できるかという問題や、選任決議の効力は第三者

(47) 西原「商事法研究」第二巻p. 215。

(48) 峯村・正田、「私的独占禁止法」, p. 272。今村「独占禁止法」(法律学全集 52) p. 142 以下。

(49) 布村「役員派遣契約の意義」(「紀要」(北九州大学商学部) 9号, p. 1 以下、

(50) 坂本, 前掲論文, p. 431 以下。

たとえば親会社、労働組会などの承諾にかからしめても有効かという問題がある。⁽⁵¹⁾

多数説は株主総会の最高性、および専属的決定に反することは無効であるとして、株式会社においては取締役の選任は株主総会の専権事項であり、必ず株主総会の決議を必要とし、その決議は株主総会の決議のみで効力が生じ、その効力の発生を第三者の意思にかからしめ得ないといわれている。⁽⁵²⁾ このことは、株主総会で選任した取締役について、いちいち銀行等の債権者の承諾を条件とする役員派遣契約は許されないということになる。⁽⁵³⁾

一方、石井教授によれば、⁽⁵⁴⁾「株式会社の内部構成として株主総会において、会社の意思を決めたのちに、株式会社という一つの私的団体が自分の意思だけで動かないで、他の第三者の意思によらしめうるかということは、会社の私的自治の問題とは別個の問題」であるとされる。そして株式会社という一つの団体が法律秩序の中で活動する場合に、自分の自治を自己制約として、他の第三者の決定にかけることがあっても少しもかまわないのではないかといわれる。従って、法律の問題としては、取締役の選任につき労働組合の同意を要するというようなことを原始定款で書くならば、設立当初の定款により自分の私的自治を制限したものとして出発しているのであるから、別にその効力を否定する理由はないと考えるといわれる。⁽⁵⁵⁾

この石井教授の見解によれば、原始定款に取締役の選任につき第三者の同意を要する旨の定めをなすことを妨げないというのであり、この旨が原始定款に規定してある限り、債権者（金融機関）が債務会社に対し、親会社が子会社に対してなす債権保全のための役員派遣は益々容易に認められるのではないかと思う。しかも株主総会の現状は、取締役会の定めた議案がフリーパ

(51) 大隅『全訂会社法論』中巻、p. 77 以下。

(52) 大隅、前掲書、p. 78。西原、大隅、鈴木、大森『株主総会』p. 209。

(53) 坂本、前掲論文、p. 436。

(54)(55) 石井、前掲論文「商法における基本問題」p. 223～p. 224。

スするのが通例であり、それゆえ、銀行等からの役員派遣の要請に対して、債務会社の代表取締役が取締役会にはかり、株主総会の決議を経ることは容易である。つまり「役員派遣契約」は、商法上は是認されるのであり、役員派遣による経済的目的は十分に達成されるであろう。それゆえ経営権が債権の担保的機能を果たすことが理解されるのである。⁽⁵⁶⁾

Ⅳ 結びにかえて

かつて大河内教授は、経営権はらっきょうの皮が一枚一枚はがれるのに似ているといわれた。つまり経営権の中で、経営の最高方針であるとか、人事であるとか、特に労働条件などについては労働組合の発展と産業の進展にともなって、経営者の固有の権利としての色彩や実態は失なわれ、産業の発展と資本主義経済の発展に伴って、その程度はいよいよ強くなる。労働条件についても、人事についても、経営の最高方針に関する制肘という点についても、皮が一枚一枚むかれる。そこから、将来皮がむけて中の芯が出てしまうような日がこないとはいえないと述べられた。⁽⁵⁷⁾ 企業をめぐる紛争が、資本所有者、経営者、労働組合等の各権利義務として問題になるとき、現在の状況を如何にとらえるかは困難な問題である。法律的に、各権利義務の帰属の理由如何が紛争処理に重大な解決の前提となる。その意味で、企業組織における地位と権限が現代法に要求される。さらに権限という概念がトリッキーな概念 (tricky concept) であるがゆえに容易に解明できないところが多い。しからは、特に商法の認識が如何にあるべきかが一つの解決の方向を指示するのだろうか。実方博士によれば資本制企業の躍動する生態に即して、そこに行なわれるものとしての商法規範の実践的機能を、客観的に把握し、そこから出発して実定商法の範疇や制度をこの生きた実態の中に熔かし込み、そ

(56) 坂本、前掲論文、p. 433。布村勇二「経営権の担保的機能」(高田編「経営権の確立」) p. 149 以下。

(57) 大河内、前掲論文、p. 16 以下。

の上に商法の再体系化を図ることが、商法学にとって大切であるといわれる。特に株式会社における利害関係と組織の関係がどうあるべきかが表面化する。とりわけ企業の所有と経営の分離は問題となる。中村助教授は、企業の実情に関する認識については所有と経営の分離を肯定して、経営権の根拠論には所有権から派生するものではなく、法人制度に当然派生する権限という見解があるとされる。結論的には、通常の業務執行に関する限り、専門経営者としての取締役は絶対的な地位を認められ、業務執行の意思決定について、株主総会は法律による場合は格別定款をもっても干渉できないものと解されている。さらに「経営権は法人組織体としての企業制度から当然生ずる運営の権限である。組織あるところには必ず統一的権限があり、統一的権限のないところに組織はない、この統一的権限は企業組織に固有なものである。その組織は従来のように株主の所有物ではなく、他人資本やその企業に自己とその家族の生活権を託している労働者などを結合して公共物化している。経営権は単に労働権の濫用からの正当利益の擁護のみでなく、株主権の濫用からも守るべき独立の権限である。昭和25年の改正商法が規定している取締役の忠実義務も、株主のみならず、債権者や労働者に対する経営者の受託者の利害調整の義務を意味するもの」と述べられていて、⁽⁵⁸⁾ 教示される点が多い。ここに至ると、資本の法として歴史的な性格を規定される株式会社法、ならびに所有と経営の分離といわれることについて吟味してからでない結論は出ないようである。しかし実方博士、富山教授が指摘されるような考え方が否定されるとも認識できない。そこで使用者と被使用者、資本所有者と経営者と労働者、あるいは企業の利益と消費者の利益が企業を中心として対立するものとしてとらえると、それを放っておくわけにはゆかない。それゆえ、服部博士がかつて提案されたように⁽⁵⁹⁾ 株主総会は従業員、株主、債権者、一般消費者からなる決議機関へと発展的に解消せざるをえな

(58) 中村、前掲論文「経営権の法的性格」『北陸労研』15号。

(59) 服部『株式の本質と会社の能力』p. 61。

い。議決権はもはや株主に固有なものではないという構想の実現も一つの解決の道であると思う。そうすると現実には専門経営者である取締役を株主が選任するという機構が再検討されるべき時期なのであろうか。

さらに解釈論的には、経営＝業務執行という具体的内容が、全般的総括的なものと、部門的なものとに分れるところを如何に理解すべきか、経営という中には対内的なものと対外的なものがある。株式会社法は代表取締役という業務執行機関のみを建前としているが、いわゆる役付取締役の権限は何か。意思決定機関としての株主総会は、執行機関にはなりえないか、監査役機関は執行機関には、本来的になりえないのか、さらには経営の意思決定機関として取締役以外に業務執行の補助的機関——相談役、会社顧問、経営協議会等はどういう地位をもつのか、また経営者という範疇の機関なのか、等問題は多い。

以上の論題を含みながら、今日の法制度上、民法的所有権が分裂して、所有権本来の私的性格を脱却していく過程から、法律上独立した概念として、経営権概念が確立されるかは確証があるわけではない。さらに、このことは、いわゆる市民法的原理と労働法的原理の相克する現代で、ヨリ高次の基礎的原理が構成されなければ、解決のつかない問題かもしれないが、固定化しやすい法理に対して、経営あるいは経営権についての論究は、弾力性ある化学剤となるかもしれない。