

取締役会の権限

木村 惇

目次

- 一 取締役会の権限
 - (1) 決定権限の範囲
 - (2) 実行の権限を有するか否か
 - (3) 四説検討
- 二 取締役会の決議が必要とされる事項
むすび

序

取締役会の権限

企業とくに大企業の経済活動の横暴なこと（公害問題・欠陥商品問題・投機的行動・買い占め・売惜しみ・不正経
理等の不健全な会社経営問題等々）が、指摘されてから久しい。今なお、このような大企業の「非行」「横暴」ない
し反社会的行動をいかにして規制・抑止するかが、立法政策上の重要な課題となっている。もとより、企業に対する
規制というとき、立法政策的対応としては質の異なる二つのものがある。その一は、企業外部からする規制すなわち

説論

新たに公的監視機関を設置する等公的監視制度を完備する対応であり、その二は、「私的自治のメカニズムの枠内で、あるいはその再生強化による対応」いわば、企業内部からの規制である。後者においては、もし、企業の「非行」・「反社会的行動」が存在するとすれば、自然人と同様のセルフコントロールを機能せしむべく考えられた株式会社内部システム（すなわち、機関構成の在り方・機関相互の権限分配関係）が十全に機能していないものと考え、セルフコントロールを改めて機能させるべく、これを見直し、整備し直すというものである。

今日、株式会社制度のもつ病理（株主総会および取締役会の形骸化・代表取締役の専横等の現象）を直視し、解釈・立法論的にそれを克服するということが求められているが、この小論は、取締役会の位置付けおよびその権限を他の機関（主として、代表取締役）との関係においていかにとらえるかという問題に関する従来の学説を、取締役会の形骸化を是正し代表取締役の専横を防止する上でセルフコントロール・システムの再生強化を図ることも重要であるという上記の立場との関連で、再検討することを意図している。株主総会・取締役会の形骸化、代表取締役の専横の現象が、セルフコントロールの機能が働いていないことを意味しているとすれば、それを機能させる方策、すなわち、株主総会に関わっては、個々の株主を直接把握するシステムとか、取締役会の形骸化の点では、社外取締役の制度的導入等が図られてしかるべきであるが、それ以前にあるいはそれと同時に、そもそも機関相互の在り方・位置付けないし機関相互の権限分配関係の理解それ自体においてセルフコントロールの機能すべきそれが示されなければならぬと考えたからである。

一九五〇（昭二五）年商法改正により新たに創設された取締役会の制度は、本来、その目的からして、株式会社の基本的業務執行は合議体である取締役会がこれを決定すべきものとするにより、一方では、所有意思を貫徹する

と同時に、他方で経営を機能的・合理的に行うという自らに課せられた役割を果たしうるものとして予定された制度にはかならない。しかしながら、周知のように、実態は、取締役の選出過程における一部大株主および代表取締役の強い影響力の下で取締役会が構成され、取締役会が代表取締役のコントロールの下に置かれている。このような実態の下では、取締役会はその本来の機能を果たしえない。

もとより、このような状況を改め、取締役会の機能を回復させる立法上の努力もなされてきた。一九八一(昭五六)年改正において、使用人兼任取締役の選・解任を取締役会の絶対的決議事項とし(商二六〇条二項三号)、代表取締役の独断によりなされやすい状況を改めたことは、部分的ではあるが、有効なものとして評価することができる。しかし、社外取締役制度の導入を見送ったことからしても、十分なものとはいえない。

一方、学説は、取締役会の形骸化について、つとに、社外取締役制度の導入の必要性を唱えてきている。もとよりこれが、形骸化の除去にとって、一つの有力な方法となりうると考える。しかし、学説は、取締役会の位置付け如何という、より基本的なところですでに対立を示しているのであるが、この取締役会に対する基本的理解のなかに、取締役会の形骸化に対する基本的姿勢が現われている。わが国の「企業構造の特性」を踏まえ、取締役会の形骸化の除去・代表取締役の専横の防止という視点から、取締役会の位置付け如何に關し従来なされてきた学説の再検討を試みることも必要であると理解する。

- (1)(2) 新山雄三・「企業の『自主的監視制度』強化の論理と商法等改正法の現実」法時六四九号(一九八一)三七頁によれば、もとより近代社会は、私的自治の原則が支配する社会であり、私的自治が「近代私法秩序原理」となるその所以が、セルフコントロールに対する信頼であるとすれば、「株式会社制度による他人資金の利用行為が近代私法秩序に整合的に組み入れられ

るためには、集团的所有たる株式会社を、なお一個の独立した私的・個体的所有として擬制し、自らの内に自然人たる個人と同様なセルフコントロールが機能すべきシステムを帶有せしめること」が必要であった。それ故、「出資者の不特定多数性を特色とし、したがって、所有と経営が必然的に分離する株式会社制度において、文字どおり、擬制であるとしても、少なくとも論理としては、所有による経営のコントロールが機能しうる制度的具体化の創出が最低限の条件」となる。もし、企業の非行ないし反社会的な行動が存在するとすれば、「この条件が履行されていないか、あるいは条件そのものが機能不全に陥っているかのいずれかである。もし後者であるならば、機能力のある条件そのものを新たに創出しなければならない。すなわち、セルフコントロールに代わる公的監視体制の創出・強化であり、前者であるとすれば、従来の条件そのものを見なおしそれがきちんと履行されるように条件を整備しなす」こと、すなわち、私的自治の再生・強化である、とする。

(3) セルフコントロール・システムの内容は、一言でいえば、所有が経営を支配するシステムである。株主總會・取締役会・代表取締役・監査役機関の連関関係全体をさす。本稿では、取締役会と代表取締役との関係に焦点を合わせる。

(4) 一九三八(昭一三)年商法改正が、当時すでに企業の所有と経営の分離現象が現われていたにもかかわらず、むしろ、株主總會の権限を強化する方向で改正を行ったのに対し、一九五〇(昭二五)年改正は、所有と経営の分離現象による株主總會の形骸化という実状に即して、株式会社の機関構成と機関に対する権限の配分を「抜本的に」改めた(新注会(5)六一七頁)。

(5) 取締役会は相互に独立した取締役による合議体であって始めてその機能(代表取締役の監督)を発揮する。しかし、現実には、この取締役会において代表取締役を頂点とする上下階層関係が定着している。なお、各取締役は、単に議決に参加する取締役会の一メンバーであり、取締役会が業務執行を決定し取締役の職務執行を監督する制度は、わが国の企業の経営風土(代表取締役社長を頂点とする大家族主義的な経営ということ)で、取締役は身内のものといったような社内取締役で構成される場合が多く、社長が強いリーダーシップをとることになる。)に調和しない、改めるべきではないか、との実業界の意見があるが、「チェック・アンド・バランス」という点からは、ピラミッドの頂点がオルマイティードということをもとに肯定するような形の立法は、法律制度としては非常におかしいと思う。実際の運用として、社長のリーダーシップで会社が動くことになるのは、認めるが、法律制度としてそういう形が望ましいということはいえないのではないか(稲葉・竹中ほか八座談会▽「株式会社の機関に関する改正試案」ジュリ・No.六八六、三一頁)と思う。

一 取締役会の権限

取締役会の権限は、会社の業務執行の意思決定およびその実行（これについては後でみるように学説の対立あり）ならびに代表取締役その他の取締役の職務執行の監督である。⁽¹⁾

(1) 決定権限の範囲

意思決定権限の範囲は、「業務執行のうちで、法令または定款によって株主総会の権限とされるものを除くその総ての事項」⁽²⁾である。

取締役会は一九五〇（昭二五）年の商法改正により導入された。同改正は、従来 of 総会中心主義を改め、総会の権限を著しく縮小するとともに、取締役の権限の拡大、その地位の強化を図った。同時に、業務執行を合議体である取締役会と代表取締役の両機関が担うものとし（両者の関係をいかに把握するかについての対立は以下にみる通り）、取締役をして、取締役会の一構成員として議決に加わるにすぎないものとした。⁽³⁾

もとより、同改正による取締役会制度導入の意図は、株主総会の形骸化現象の進行の下で、「株主民主主義」を貫徹しつつ、企業経営を機能的ならしめんとするものであり、それは本来「会社の基本的業務執行は必ず取締役会がこれを決すべきものとする」ことにより、個々の取締役が常時会社の業務および財産の状況についての正確な情報を取締役会を通じて交換し、討議することによって、その機能を發揮すべきものと予定された⁽⁴⁾ものである。このような当初の目的が現実至今日まで実現されているかは大いに疑問とされるところであるが、ともあれ、取締役会の権限は、その後の変遷において権限が強化されてきている。⁽⁵⁾

(2) 実行の権限を有するか否か

周知のように、取締役会が、現実には可能であるか否かは別として、ともあれ理論的（観念的）には、自ら決定したところを自ら実行に移しうるものとするか否か（業務執行の決定と実行の関係）は、取締役会制度が導入された一九五〇（昭二五）年の商法改正の段階においてすでに、代表取締役の権限との関係で議論がなされていた。大別して四説あるが、第一説、第二説、第三説は、当時すでにたたかわされており、その後には第四説が議論に加わることになる。

第一説 代表取締役と取締役会とは別個かつ独立の並立的機関である。株式会社の業務執行はその意思決定と執行自体とにわかれ、前者は取締役会に、後者は代表取締役にそれぞれ専属するところとなり、したがって、代表取締役は会社代表と執行自体を担当する機関となる。このようにして、取締役会には業務執行についての意思決定権限が専属するが、代表取締役は定款によって定められたかまたは取締役会から委任された場合、かつ、その範囲において決定権を有することになる。ただし、いわゆる常務に関する意思決定権限の委任は、代表取締役の選任行為のうちに含まれているものとする。現在でもこの第一説が多数説といえるし、「株式会社の機関に関する改正試案」のうちにも、この立場に基づいて立案されたと思われる箇所もある。⁽⁶⁾

第二説 取締役会と代表取締役との両機関で、株式会社の業務執行を担当する。両機関の関係については、本来、取締役会は業務執行の決定はもちろん、その執行自体をなす権限を有しているが、取締役会自らが執行するについては取締役全員をもってこれにあたらなければならないことになる。このことは事実上不可能であるし、経営の機能制にも相応しない。そこで、法は実際の便宜を考慮して、これらの権限を代表取締役に委譲すべきものとした。その意

味では、代表取締役の権限は取締役会のそれに由来するものである。したがって、代表取締役は、法律または定款の定めにより株主総会および取締役会の決議事項とされていないものを除き、代表権の範囲内の行為すなわち営業に関する一切の行為については、自ら決定しかつ実行する権限をもつのであり、取締役会から業務執行に関する意思決定の権限の委任を受ける必要はない。そのように解するのでなければ、代表権の制限をもって善意の第三者に対抗することができないという規定の意味を理解しがたいとしている。⁽⁷⁾

第三説 取締役会は会社の業務執行についての全権限を有しており、その意思決定のみでなく執行自体の権限をも有している。これに対して、代表取締役は会社の代表機関であり、取締役会の委任に基づいて会社を代表し、法律行為をなすという地位にある。もちろんこの場合の委任も、会社の常務に属する業務執行については、法律行為以外の事務についても相当広範囲になされるのが通常であろうが、代表取締役に専任された以上当然に、委任されていないならばならないと解する理由はないとする。⁽⁸⁾

第四説 株式会社における業務執行機関の発達は一般に管理と指揮との分化をその理念とし、したがって、その法的構造やその変革の様相を明らかにするにあたっては、右の視点に立ち、かつ、これに相應する概念と理論構成が与えられなければならないとする。そして、代表取締役が取締役会の派生的機関たる性格を帯有していることは、取締役会とは独立した法律上固有の権限を有する別個の地位を保有することを妨げるものではない、とし、その理由として、一は帯有する性格であり他は保有する地位をいうからだ、とする。代表取締役は制度の沿革上から取締役会の派生機能的性格をなお完全には脱却してはいないといえ、法律上、会社の営業に関する一切の裁判上および裁判外の行為をなす権限を有することが改めて認識される必要がある、したがって、代表取締役は管理の機関たる取締役会や株

説 主總會の決議の執行と、継続的に反復してなされる経常的業務の専決執行の権限を法律上固有すべき指揮の機関たる地位にあると考える。この考え方に従えば、代表取締役は、法律により株主總會または取締役会の決議事項とされているものを除き、会社の營業に関する一切の行為をなす権限を有し、その範囲内の行為については自ら決定しかつ執行することができるが、したがって、右の範囲内であるかぎり、いわゆる業務執行の意思決定の権限につき取締役会からの委任を受ける必要がないものと解せられる。⁽⁹⁾

(3) 四説検討

以上四説について簡単な位置付けを与えるならば、第一説が通説であり、第二説が有力説としてこれに對抗している。実務はこの第二説に従っているといえよう。⁽¹⁰⁾また、第三説についていえば、あまり重視されていないようであり、第四説は、第二説を基本としつつ、それをより発展させたものといえよう。四説の検討を行うにさいし、まずその前提として、これら学説相互間の議論を一瞥し、そこから検討の柱立てを行うとともに、必要なかぎり、わが国の株式会社における経営実態の把握を行う。

① 学説相互批判

第一説 (a)意思決定と執行自体とを区別することは会社法上の制度理解に有益ということから始まる。その区別は観念的なものだ。実際にしかも一般的に、決定と執行とを別個の機関に担当させるというのでは、その区別が観念上のものであることを忘れた考え方というほかない。⁽¹¹⁾

(b)小会社を除く株式会社の機関に関する理論構成として整合性を欠いている。また、それは伝統的な委任理論に基づくものであり、一九五〇(昭二五)年改正前の商法における株式会社かまたは有限会社の取締役制度についてしか

妥当しないものといえ、近代的株式会社におけるいわゆる管理と指揮との分化に対応しないものといわざるをえない。⁽¹²⁾

(c) 決定に関する権限とその実行に関する権限の分離はあまりにも不自然・技巧的な考え方である。商法が代表取締役の代表権の範囲を法定する趣旨をほとんど無意味ならしめるのみならず、会社運営の実際からいっても到底是認しがたい結果となっている。さらに、代表取締役の代表権に加えた制限をもって善意の第三者に対抗することをえないとする規定の意味を十分に理解しえないし、会社内部の関係においても代表取締役をしてきわめて不明確かつ不安定な地位に立たしめることを免れない。⁽¹³⁾

第二説 (a) 会社の代表と業務執行とは、表裏の関係にあるとか代表取締役に選任されると当然に業務執行権を伴うという表現は、きわめて大胆な表現であって、法律的には不正確な説明であるといわざるをえない。会社代表と業務執行の関係を誤解し、代表権の範囲を定める規定から業務執行を引き出すという無理な構成をとるものだとはいえる。社外取締役がほとんどいないわが国の企業においては、第二説のような考え方を推進するための基盤がないのみでなく、取締役会の形骸化を促すおそれがあることも指摘しうる。⁽¹⁴⁾

(b) 取締役会の決定権の範囲と代表取締役のそれが、法律上同じ形で重複している。⁽¹⁵⁾

(c) 支配人の場合などは、まず業務执行的な裏付けがあり、それに基づいて代表権が決定される。ところが、代表取締役だけは業務執行の決定権について規定がない。したがって、文理上ほかとの釣り合いを考えれば、商法が代表取締役に当然に業務執行についてのなんらかの決定権があると規定しているのだということにならない。⁽¹⁶⁾

(d) 第二説（派生機関説）の立場は、代表取締役に権限集中の弊害を促進することにもなりかねない。⁽¹⁷⁾

第三説 (a)株式会社の執行機関の発達においてみられる管理と指揮の分離傾向に適合していない。

(b)会社と取締役間の訴訟に関する監査役の会社代表権限は、従前取締役会の権限範囲に属する事項であったが、一九七四(昭四九)年改正商法がこれを取締役の権限から削除し、監査役の権限としたものである。もし、監査役のこの会社代表権限が第一説および第三説のいう代表取締役の会社代表権とパラレルに理解されるとすれば、監査役は会社代表に対応する対外的な実行自体の権限しか有しないこととなり(第一説)、あるいは対外的業務執行権の裏付けのない代表権しか有しないこととなり(第三説)、第三説はもろん第一説にあつても、訴えの取り下げ、提起または和解等についての決定権限をもちえないとする結論を認めざるをえない。⁽¹⁹⁾

第四説 (a)管理と指揮の分離については、経営学上議論がある。

(b)代表取締役が専決執行権を有すべきいわゆる常務の限界が不明確化することも指摘されている。⁽¹⁹⁾

(c)代表取締役に対する取締役会の監督権限を直接明瞭に根拠付ける理論ということではどうかと思う。取締役会の形骸化・社外取締役はほとんどいないという会社経営の現実の下では、第二説に対する批判がこれにもあてはまるように思われる。

右記の相互批判から、これら四学説の検討についての柱立てを行えば、以下のようなになる。

② 検討の柱

もとより、これら四説の検討については、わが国の企業構造(経営実態)を踏まえた場合、民主的な企業経営を実現する上で、機関構成について基本的にいかなる位置付けを与えたらよいか、という観点に基づいてなされる。そもそも取締役会と代表取締役の両者の関係についての基本的な位置付け・理解において、取締役会の形骸化という事態

に対処しうるものでなければならぬ。したがって、具体的な検討の柱は、まず、(a)代表取締役の専横を防止するという政策的要求に適うものであるかどうか。取締役会の代表取締役に対する監督権限の実効性についてはどうか。次に、(b)現行法の立場からみてどうか。一九八一（昭五六）年改正が、取締役会と代表取締役の關係にいかなる影響を与えたか。さらに、(c)今日の会社経営の現実からして、与えられた基本的位置付けが現実の会社経営の基礎となりうるか否か、の三点である。

③ 経営実態（株式会社）の支配構造

取締役の大多数は従業員出身であり、一般に、支店長、部長などの地位と取締役の地位とが結合している。従業員の人権は、社長の掌握するところであり、取締役は社長である代表取締役に従属している。それ故、取締役会の決定は社長の意にそってなされ、取締役会の代表取締役に對する監督の機能は、實際のところ期待しえない。⁽²⁰⁾また、現在大会社において一般化している常務会も、「経営組織の上層部にある取締役より構成されて實質上取締役会の上位に位置し、代表取締役―常務会構成の取締役―その他の取締役という階層を形成」しており、取締役会の形骸化に拍車をかけている。⁽²¹⁾

このような終身雇用・年功序列というわが国の現実の下で生起する取締役会の形骸化に対処すべく、一九八一（昭五六）年改正に向けた「株式会社法の機関改正試案」は、経営の中心はあくまでも取締役会であるとの認識に立った上で、今日の取締役会の現実に即応した改革を図っている。その重要な改革点は経営委員会および社外取締役制度の導入であるが、一九八一（昭五六）年の同改正においては、これらの制度としての導入は見送られた。しかし、これらの制度はわが国の経営の現状からして導入されてしかるべきものである、と考⁽²²⁾える。ただ、重要なことは、導入する

としても確固たる基礎的理論に裏付けられたそれではなければならないということである。経営委員会についても、いたずらに屋上屋を架すというものであってはならない。それでは、上記のようなわが国の経営の現状を踏まえたとき、取締役会に対していかなる位置付けを与えるべきか。以下、上記の柱にそって、検討を行うが、わが国のこのような経営現状を踏まえるならば、結論としては、以下にみるように第三説の立場が妥当であるように思われる。

論

④ 検 討

(a) 代表取締役の専横の防止・取締役会の代表取締役に対する指揮監督に関する点

第三説⁽²³⁾は、元来、取締役会は業務執行に関して全権限を有し、代表取締役は会社代表機関として代表権のみを有するにすぎない、と解する。したがって、代表取締役が業務執行をなしうるためには、取締役会からの委任を要するが、実際には、その選任行為のうち、会社の常務を中心として、相当の範囲の業務執行の委任が含まれていると解される場合があるとともに、一般には、機関に関する商法の規定は、任意法規であり、会社は定款により任意的な機関を置きうると解されているところから、定款で代表取締役に業務執行の権限のあることを規定する場合には、通常、代表取締役の有する決定の権限のほかに、業務執行に関する権限を付加して、これを会社の任意の業務執行機関としたものと解することができる。しかし、その場合でも、取締役会の下部機関としての地位が与えられるにすぎない、ものとする。したがって、また、純粹に内部的な業務執行につき、任意の業務執行機関として業務担当取締役を置いたときも、この点同様である。以上のように、この立場からは、業務執行に関する全権限が取締役会に帰属し、取締役会は、代表取締役、業務担当取締役、その他従業員を補助者として、また、任意に下部機関を設けて業務執行を行っていくものと理解されることになるのであるから、⁽²⁴⁾機関相互の関係、「担当役職者」の権限の関係が明瞭にとらえら

れるとともに、それらの者および機関に対する取締役会の監督権限を根拠付ける理論として明確にとらえられ、なによりも取締役会制度を導入した本来の目的にそぐうものとなっている。

これに対して、まず、第一説は、業務執行をその決定と実行に分離し、それぞれ別個独立の機関に担当させるといふ点で、技巧的にすぎ構成に不自然さが残るといえよう。また、この説によっても、業務担当取締役の存在は肯定されるが、代表権を有しない純粹に對内的な実行機関としてのそれは、代表取締役に専属する実行権限との関係からすれば、定款でのみその設置が認められることとなる⁽²⁵⁾。

そこで、会社が定款により任意の執行機関として業務担当取締役を置いたとき、その定款の内容からして、業務担当取締役に対し、一定の業務執行につき実行の権限を越えて決定権限をも付与しているとみる場合、業務担当取締役は、任意の業務執行機関としてそのような内容の権限を固有することになる。この場合、代表取締役においても、そのような業務取締役の権限とのバランスから、通常は、定款上実行権限のほかに、決定権限をも固有する任意機関となる場合が多いであろう。そして、さらにこの場合、代表取締役と業務担当取締役の両者の権限関係は、「排斥関係」とみるほうがすっきりするが、わが国の実態からすれば、両者の権限は「排斥関係」ではなく、併存するとみるべきであり、そうすると實際上、代表取締役の強力な影響の下に業務担当取締役のそれが置かれることとなる。第一説によれば、もとより監督権限は取締役会にあるものの、代表取締役・業務担当取締役の地位は、必ずしも、取締役会の下に置かれるものとはなされていないのであるから、監督権限の実効性を十分根拠付けるものとはなりえていない。また、定款が規定するその内容からして、業務担当取締役に対し、実効権限のみを付与しているにすぎないとみる場合、取締役会と取締役会で選出された業務担当取締役との間に、代表取締役の場合と同様の問題が生じるのであ

て、構成上の不自然さが業務担当取締役の場合にも拡大するとともに、一般的な理解では、この場合でも、代表取締役の実行権と業務担当取締役のそれとが併存することとなり、したがって、取締役会、代表取締役、業務担当取締役の三者の關係の把握に複雑すぎるくらいがある。

次に、第二説は、取締役会の代表取締役に對する優位性ならびに監督権限を論理的に根拠付けてはいるものの、社外取締役がほとんどいないわが国の企業においては、この考え方を推進するための基盤がないのみならず、かえって、取締役会の形骸化を促すおそれがあるし、⁽²⁶⁾また、代表取締役を除く取締役は、取締役会の一構成員にすぎず、法律上業務執行権限を有するものではないが、この説によれば、「この種の取締役が實際上会社の業務の一部を担当する場合には、定款により一種の業務執行機関たる地位を認められたか、または、同時に使用人たる地位を兼ね有する」ものと解される。⁽²⁷⁾しかし、使用人兼務取締役の場合はいうまでもなく、定款による一種の業務執行機関としての業務担当取締役の場合にも、純粹に内部的業務の一部につき業務執行権を固有する業務担当取締役の権限と代表取締役の権限とは併存するものと理解するものであるから、⁽²⁸⁾實際上、前者の権限は代表取締役の指揮下に行使されるといふことになり、業務担当取締役に代表取締役の専横の防止役をあまり期待することはできない。また、取締役会のなかに、代表取締役以外にこの種の業務担当取締役の比重が増していくことは、取締役会本来の目的という点からますます遠ざかることとなり、取締役会の形骸化に拍車をかけることにもなるのではなからうか。

さらに、第四説は、取締役会は、一般に、管理機関として、法定その他重要事項の意思決定を行うほかは専ら代表取締役のなす業務執行の監督を行うことをその任務とし、一方、代表取締役は、取締役会とは別個独立の機関として継続的・反復的になされる經常的業務の専決執行をその固有の権限と理解するのであるから、⁽²⁹⁾それは、内容として、

代表取締役の権限は取締役会から派生するとする第二説の立場に対して、明確に法律上固有の権限をもつ地位にまで代表取締役を高めるとともに、代表権につき二段階構成をとり、代表取締役の専決執行権を経常的業務に限定し、代表取締役に過度に権限が集中する弊害を避けようとする点で、第二説の立場を基本としつつ、さらにそれを一歩すすめたものと考えられる。また、この説によっても、代表取締役の対外的な経常的業務執行の決定権限の意味における代表権の行使に対して、例えば、他の業務執行取締役の合議によらしめたり、また、取締役会がその決議（もしくは、その決議に基づく業務規則）をもってその付議事項を定めたりして、任意に内部的制限を加えることができることされるが、³⁰前述の取締役会の実態からして、取締役会を重視する方向での企業運営は期待しがたい。同説が、管理と指揮の分化傾向・企業経営の合理化に対応せんとする点は理解できないこともないが、わが国の経営実態からして現在重要なことは、取締役会を中心とした経営をいかに実現するか、すなわち取締役会制度導入の目的をいかに実現するかである。第二説と同様、同説によっても社外取締役制度のない状況の下で実のある監督権限の行使は期待薄であるといえよう。

(b) 現行法の立場

前述の学説相互批判でみたように、それぞれが自説の優位性を説いてはいるものの、難点をも有している。ただ、第三説についていえば、第二説、第四説の立場からする批判として、一九七四（昭四九）年改正商法による監査役の会社代表権限（商二七五条ノ四）の理解につき難点のあることが指摘される（同批判は、第一説に対しても向けられている）。すなわち、第三説の立場からすれば、会社と取締役間の訴訟において、もし、「監査役のこの会社代表権限が第三説のいう代表取締役の会社代表権限とパラレルに理解されるとすれば、対外的業務執行権の裏付けのない代表

説

権しなく、会社と取締役間の訴訟は、経常的・反復的行為でもなく、従って第三説の立場からすれば、監査役は訴えの提起等につきいちいち取締役会からの委任を要すること⁽³¹⁾なる、というのである。

しかし、監査役に会社代表権を認めた商法二七五条ノ四の趣旨は、監査役に業務監査権が認められていることと関連して、会社と取締役との間の利益衝突の場合においては、取締役（代表取締役を含む）⁽³²⁾ないしは取締役会とは独立した監査役が会社を代表するのが適當である、というものである。会社が取締役を訴える場合、訴えの提起、訴訟進行、和解、取り下げ等すべてにわたり、監査役の権限に属することとなり、この場合においては、代表取締役の代表権および取締役会の権限は及ばない。かように、同条の認める監査役の会社代表権限は、その立法趣旨からも明らかのように、取締役会と取締役でもある代表取締役間の権限分配関係で問題とされる代表取締役の会社代表権限とはパラレルに考えられない性質のものといわざるをえない。

(c)第三説は現実に会社経営の基礎となりうるか

第三説の立ち場は、既述のように、会社の業務執行に関する全権限が本来的に取締役会に帰属すると構成し、取締役会の地位を強化するための基礎理論を提供する。しかし、現実には、代表取締役に実権が集中し、「代表取締役社長を頂点とした会社経営の指揮・命令系統」に基づくその強力な指揮の下に会社経営がなされている。このような現実の下において、「取締役会の地位を強化しその統制力を強化」⁽³³⁾することは、このような会社経営の現実にそぐわず、経営の効率を妨げることになるのではないかとこの反論が当然予想される。

しかし、会社法のシステムは、最高機関である株主総会によって選任されるところの取締役にによって構成される取締役会が企業経営を行っていくこととしており、これを承認する以上は、取締役会を重視し、その機能を強化するこ

論

とは当然であろう。このことにより「経営の効率が阻害されるとすれば、むしろ、従業員出身者が取締役の大部分を占めるという現実の方に問題がある⁽⁴⁾」。

- (1) 堀口 亘・新注会(6) 〳有斐閣、一九八七〳二六〇条注釈2。
- (2) 堀口 亘・前掲書二六〇条注釈3。
- (3) 北沢正啓・新注会(6) 〳有斐閣、一九八七〳前注(取締役及取締役会)注釈3。
- (4) 土肥一史・「取締役会の権限」蓮井還曆記念『改正会社法の研究』〳法律文化社、一九八四〳二九〇頁。
- (5) 一九五〇年改正後の変遷において、株主総会の権限の縮小とともに取締役会の権限が拡大されてきている。例えば、新株引受権については、一九五五年改正、一九六六年改正を通じ、株主以外の者に対する特別の有利価額での発行を除けば、原則として、取締役会の決議のみをもって、通常の新株発行がなされることとなったし、以前、定款の記載事項であった会社の支店の所在地につき、一九六二年改正が、その設置・移転・廃止を取締役会の決議事項としたこと、また、最近の一九八一年改正で、取締役の競業取引の承認を株主総会の権限から取締役会の権限に移したことなどがあげられる(北沢・前掲書 前注注釈4参照のこと)。
- (6) この点については、元木伸・「株式会社の機関に関する改正試案の解説(8)」商事法務八三二号九頁、喜多了祐・「取締役の職務内容」金融・商事判例五七二号六五頁参照のこと。
- (7) 大隅健一郎・『新訂会社法概説』〳有斐閣、一九八一〳一一九、一二二―一二三頁、山口幸五郎・新注会(6) 〳有斐閣、一九八七〳二六一一条注釈9。なお、大隅健一郎・「代表取締役の地位」『新版会社法の諸問題』〳有信堂高文社、一九八三〳三二―三三頁以下および日本私法学会編・『改正会社法の疑義と解明』〳有斐閣、一九五一〳六九頁以下大隅発言参照。
- (8) 高島正雄・「取締役会の権限とその委譲」法学研究五三巻六号〳一九八〇〳六頁。
- (9) 山口幸五郎・「取締役会の決議事項の法定」民商八六巻第二号二一三―二一四頁。
- (10) 昭和二六・一〇・一二法務省民事局長通達(民事月報六巻一―一三二頁)。
- (11) 高島・前掲六一七頁。
- (12) 山口・前掲二一三頁。

- (13) 大隅健一郎・『新版会社法の諸問題』△有信堂高文社、一九八三△三三一、三三六、三四一頁。
- (14) 高鳥・前掲七一八頁。
- (15) 日本私法学会編・前掲書七六頁鈴木発言。
- (16) 日本私法学会編・前掲書七八頁津田発言。
- (17) 山口・前掲二二五頁註(3)。
- (18) 土肥・前掲二九六頁。
- (19) 酒巻俊雄・「取締役及び取締役会」企業会計三三卷五号△一九八一△五七頁、山口・前掲二二五頁註(2)。
- (20) 渋谷光子「取締役会」ジュリストNo.六八六△一九七九△五一頁。
- (21) 渋谷・前掲五一頁。なお、新山雄三・前掲三四頁は、会社の私物化の原因として、一九七四(昭四九)年前の法改正の経過が、資金調達機能の重視など企業の保護・体質強化という企業サイドの一方的利益の偏重的拡大強化を示してきたことを挙げ、このことは、株式会社法秩序内部における健全な私益調整のバランスを崩し、企業に対する内部的チェック・コントロール機能の喪失をも準備することにつながる、とする。
- (22) 社外取締役については、進んだ企業においては自主的に採り入れられている(座談会・「株式会社との機関に関する改正試案」ジュリストNo.六八六△一九七九△三四頁参照)。
- (23) 高鳥・前掲六頁。
- (24) 第三説によれば、取締役会が会社の業務執行についての全権限を有しておりその意思決定のみでなく執行自体の権限をも有している。しかし、いうまでもなく、このことは、取締役会自身が現実にもその権限を行使しなければならないことを意味するものではない。幅広い委任がこの説の前提となつてゐる。代表取締役については、特定の取締役が代表取締役に選任された場合にも、会社代表の他に業務執行までがただちに委任されるものではないが、実際には、その選任行為のうち会社に会社の常務を中心として、相当の範囲の業務執行の委任が含まれてゐると解される場合があるほか、定款で代表取締役に業務執行の権限のあることを規定する場合も少なくない。もとより、会社は定款をもって、任意の業務執行機関を設けることは可能であり、後者の場合においては、会社が任意の業務執行機関を設けたものと解しうる。しかし、このような代表取締役には、取締役会の下部機関としての地位が与えられるにすぎない。また、業務担当取締役は、代表取締役を除いて、会社の業務執行を担当して

いる取締役、すなわち、対外関係を伴わない内部的な業務執行を担当する取締役の意味に解するのが通説であり、使用人兼務取締役は取締役が同時に使用人的地位をかねる場合をいうが、業務担当取締役についても、直接定款で定めた場合のみでなく、定款に基づいて取締役会規則で選任した場合にも、会社の内部的な業務を担当する任意機関であり、その行為は会社の行為として評価され、業務担当取締役と取締役会の関係も、会社の業務執行に関しては取締役会の下部機関としてのみ設置され、取締役会の指揮、監督を受けるものである。さらに、使用人兼務取締役の場合は、取締役会の活動の補助者にすぎない(高鳥・前掲八、一六頁)。

(25) 第一説によれば、実行の権限は、必要常設機関である代表取締役に専属すると理解する。そして、業務担当取締役に実行権限を付与することは、代表取締役の実行権限を侵犯することにもなるわけであるから、単なる取締役会の決議をもってこのことをなすことはできないように思われる。定款でこれをする場合でも、業務担当取締役の実行権限は、代表取締役のその下に位置されるものと思われる。

(26) 高鳥・前掲八頁。

(27) 大隅・『新会社法の諸問題』(有信堂高文社、一九八三)三四四頁。

(28) 大隅・今井・新版『会社法論』中I(有斐閣、一九八三)二〇一頁。

(29) 山口・前掲二二三頁。

(30) 山口・前掲二二三頁。

(31) 土肥・前掲二九六頁。

(32) 鴻常夫・新注会(6)(有斐閣、一九八七)二七五ノ四注釈1。

(33) 山口説は、この点を考慮して、指揮と管理の分離化傾向に相応する法的構成をとらうとする。

(34) 渋谷・前掲五二頁。

二 取締役会の決議が必要とされる事項

前章では、取締役会と代表取締役の関係を、第三説の立場で理解すべきであることを明らかにした。この立場から

論

すれば、業務執行のうちで法令または定款により株主總會の権限とされた事項を除くすべての事項につきその決定と実行の権限を有する取締役会は、代表取締役の代表権限の行使を伴う（必要とする）ものについては、代表取締役に権限行使の協力を求め、また代表権限の行使を必要とするか否かにかかわらず、代表取締役の選任行為とともに会社の常務を中心として、相当の範囲の業務執行について委任を行うか、さらにまた、代表権限の行使を伴わないものについては、必ずしも代表取締役に委任されねばならないものではなく、その他の取締役に委任することにより、その職務を遂行していくことになる。代表取締役は取締役会の下にあって取締役会の意思の表示の一つのルートとなるものであり、取締役会より委任されたその他の取締役も取締役会の補助者として行為するということになる。

このように、取締役会は、業務執行について意思決定および実行の権限を有するものの現実には、代表取締役その他の取締役にその権限を委任してその職務を遂行していくことになるが、これとの関連では、一九八一（昭五六）年に改正された商法第二六〇条をいかに理解すべきかについて一言触れておかねばならない。

一九八一（昭五六）年改正法は、新たに、取締役会の決議事項に関する一般規定を設け、取締役会は重要な財産の処分および譲受け、多額の借財、支店の設置・改廃、支配人その他重要な使用人の選・解任のほか重要な業務執行については取締役に決定させることは許されず、必ず取締役会の決議を必要とするものと定めた（商二六〇条二項）。改正前においては、支店の設置・改廃、支配人の選・解任を除くその他の事項は取締役会の決議事項として法定されてはいなかった。しかし、商法の明示規定はなくとも、会社の重要な業務であるかぎりには、代表取締役の専決執行を許さず、取締役会の決議を必要とする、という見解が一般的であった。

すなわち、第一説は、取締役会は、業務執行の決定を代表取締役に委任することができるが、重要な業務について

はその委任は許されないとしていたし、また、第二説によれば、代表取締役はその有する業務執行権により裏打ちされた代表権の範囲内において自ら決定しかつ実行する権限を有するが、取締役会の決議事項に準ずる重要事項は、取締役会の決議を求めた上で執行しなければならないという代表取締役の忠実義務で処理され、同様の結論が導かれていた。⁽⁴⁾さらに第四説についていえば、代表取締役の代表権限は、会社の権利能力の範囲内に属する行為（広義の代表権）と営業に関する一切の行為（狹義の代表権）の両者に明確に区別されるところ、代表取締役が決定権限を有するのは、後者の代表権の範囲内であり、その営業に関する行為とは、經常性と継続性を特質とし、取締役会の決議を要すべき重要事項ないしそれに準ずる重要事項は、当該行為の客観的性質からみて、いわゆる営業に関する行為の特性たる經常性と反復継続性を備えていない以上、これに含まれず、したがって、代表取締役の専決執行権はこれには及ばない、と解していた。⁽⁵⁾さらに、また、第三説によれば、業務執行は、法令・定款により株主總會の権限とされたものと取締役会の権限とされたものとに分けることができるところ、取締役会は、後者について、決定と実行の権限を有する。取締役会は、現実には、決定・実行の委任を行ってその職務を遂行するものであり、もとよりこの場合、取締役会は指揮監督を行うものであることはいうまでもないが、重要事項については、代表取締役に委任しえないものと解したのであって、これまた同様の結論を導いていた。

以上のようにこれらの学説は、説明の論理は異なるものの、ほぼ一致して、会社の重要な業務執行については、代表取締役の専決に委ねることは許されないものと解していた。しかし、周知のように、法の期待するところと現実の間には相当の隔たりがあり、実際界では、業務執行に関する過大な権限が実質上一部の代表取締役に委ねられることが多く、取締役会は形式的に法令・定款または取締役会規則の定める決議事項を決定するだけという弱体化した地位

にまで成り下がっていた。そこで改正法は、代表取締役の専断を防止し、取締役会の機能を回復する目的で、これら重要事項が取締役会の専断事項であって、自らの決議をもってしても代表取締役など下位の機関に委ねることのできないものであることを明定したのである。⁽⁶⁾したがって、改正法のこの規定は、従来より認められていた取締役会の決議事項をより一層明確にしたものにすぎず、その権限の拡張を認めたものではないといえる。⁽⁷⁾

論

- (1) 高鳥・前掲八頁参照。
- (2) 日本私法学会編・前掲書西島発言。
- (3) この場合における取締役は、使用人的地位を有する取締役ということになる。ちなみに、定款で代表取締役に法定の権限を越える業務執行権を付与したときは、会社の任意の業務執行機関として、取締役会の下に置かれること、また、定款による任意の業務執行機関としての業務担当取締役の設置の場合も、この点同様であり、取締役会のこれらに対する指揮・監督の権限が明確に根拠付けられる(高鳥・前掲八、一五、一六頁)。なお、前章註(24)をみよ。
- (4) 土肥・前掲二九七頁。
- (5) 山口・前掲二二四、二二七—二二九頁。
- (6) 第三説の立場からすれば、この規定は、逆にみれば、「取締役会が業務執行の決定を代表取締役等に委任できる範囲を明らかにしたことになるが、それはあくまでも取締役会の権限の行使を委任できる範囲であって、取締役会の権限そのものは、常に必ず会社の業務執行のすべてに及ぶものである」と、いうことになる(倉沢康一郎・「取締役会と代表取締役」倉沢他共筆『分析と展開商法1(会社法)』弘文堂、一九八七)一四二頁)。また、第四説の立場からすれば、この規定は、「取締役会の決議事項に準ずる重要な業務執行行為の範囲が必ずしも明確でないことによって代表取締役の恣意的判断に委ねられる危険性を考慮」し、「重要性のメルクマールを当該行為の経常性と反復性に求めることによって、二項所定の行為についてはこれを營業に関する行為の域外に置くことを確認したもの」となる(土肥・前掲二九七頁)。
- (7) 竹内・『新版改正会社法解説』(有斐閣、一九八四)一四七頁。今井・「取締役会の権限」鴻他編『演習商法(会社)』中

むすび

この小論は、取締役会の権限と代表取締役の権限との関係をいかにとらえるかという、業務執行権の所在をめぐって、一九五〇（昭二五）年改正法以来なされてきた諸学説の検討を行うものである。もとより、この問題は、取締役会の決定に基づかない業務執行行為の効力如何の問題、「業務担当取締役」の権限に関する問題などを考察する上で避けて通ることのできない性質のものである。しかし、学説は、この最も基本的なところですでに対立を示しているのであるが、本稿では、今日の実業界の状況（株主總會・取締役会の形骸化、代表取締役の専横）を踏まえ、これに対処する上で、これら諸学説のなかで、われわれが依拠すべきものはなにかを明らかにする。結論的には第三説の立場に基づくべきであるとの認識に到達したのであるが、この学説は、必ずしも、今日有力な地位を確立していないものと思われる。しかし、他の学説が「合理的経営」、「経営の安定性」を唱え（もとよりこれは重要なことであるが）、本来の取締役会の導入の意図およびその意義を十分汲み取りえなかつたことから、結果的には、現実追隨に終始しているともいえそうである。重要なことは、一九五〇（昭二五）年改正法の意味するところを明確におさえることである。それは、取締役会に業務執行の権限が集中していること、したがって、取締役会にその委任により業務を執行する取締役に対する監督権限が当然に帰属するものであることを教えているように思われる。そのさい思い起すべきは、「誰が実際に行なうかでなく、誰に機関としての権限が帰属するか」が重要なのであり、「機関権限に関する問題考察の実践的意味合いは、責任の所在を明らかにするところにある」ということである。

説

(1) 倉沢・前掲一四八頁。

なお、本稿については、本学研究所研究助成金を受けている。

論