慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	取締役會の權限を繞る二三の問題
Sub Title	On the powers of the board of directors
Author	津田, 利治(Tsuda, Toshiharu)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1953
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.26, No.3 (1953. 3) ,p.1- 19
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論說
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19530315-0001

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

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

取締役會の權限を繞る二三の問題

津田利治

目次

一　はしがき
二　取締役と取締役會
三　業務執行の基本方針決定
四　業務決定と業務實行
五　代表取締役の業務執行權
六　立法論として

一

會社の業務執行ということの意義並にそれと會社代表との區別及び其の相互の關係如何などという問題は、從來既に幾度か論議が繰返されて、充分檢討を經た問題であり、その結果學者間の見解も大綱に於ては略々一致するに至つていたから、今更ら取上げて論議を加うべき點は殘されていないかの如くに見えていた。然るに偶々今回の商法改正（昭和二五年法律一六七號、商法の一部を改正する法律）によつて、株式會社の業務執行につき、新に取締役會の制度が法定せられ、且つ其の會社代表につき、代表取締役が取締役會によつて必ず選任せらるべきものとなつたことから（改商二五九條乃至二六一條）、之まで揃

つていた學者の歩調は俄然亂れて、少くとも株式會社の業務執行及び代表に關する限り、其の權限の內容、所在、範圍並にその根據などについて、各人各樣の見解を生み、學問的には一種の混亂狀態に陷つた觀がある。然し何故に突如として斯る混亂狀態を現出せざるを得なかつたかを省察するとき、それは新制度に關する研究不足というよりは、その新制度を受容する側の學者の基礎的な立場の相違に、より多くを歸しなければならないのではないか。卽ち從來學者間の見解が略々一致していたと見られたのも、實はただその表面的な結果だけに過ぎないのであつて、問題の根底に於ては必ずしも一致していなかつたために、その立場の相違が新制度への接觸によつて、偶々表面化するに至つたのではないかを疑わざるを得ないのである。

無論現在のところ株式會社法の範圍內に於ては、右何れの學者の見解を採るにしても、實際上の結果に於て大きな差異を生ずるものではないから、理論の混亂にも拘らず、實務上支障を與える程ではないけれども、而も微妙な點を取上げるならば、實際上結果が正反對になる點も在り得るのであつて、その論爭は決して單なる概念上の空論として看過又は輕視することを許さないのである。のみならず問題は單に株式會社法の領域だけで孤立的に解決して濟まされ得るものではなく、凡そ業務執行ということ、及びそれと代理又は代表との關連が問題となる限りは、私法の全領域に亙つて共通的に解決しなければならない點を含んでいるから、今やこの言い古るされた舊い問題は新に全面的再檢討を受けなければならない狀態に立至つたものの如くである。

然し乍ら今ここに問題全般に亙つての大系的論述をするだけの餘裕はないから、それは他の機會に讓ることとし、ここにはただ、現に學者の見解の分れている二三の主要な點を採り上げて、以下に些か私見を述べるに止める。

先ず第一に個々の取締役は株式會社の法定の機關であるか。(1)

否。改正法上は取締役會が株式會社の一般的業務執行のための法定の機關となつたのであるから、個々の取締役は單に機關構成員たるに過ぎず、それ自體機關ではない。この點改正前の商法に於ては（有限會社法に於ては改正前後を通じて一樣に）、機關も其の構成員も共に之を取締役と名付け、各取締役が各自單獨に機關としての取締役を構成するので、取締役という語は右二樣の意味を有するのであるが、改正法上株式會社の取締役は專ら機關構成員たるのみであり、機關としての取締役なるものは存在しない。

然しこの點は問題がないわけではない。現に學者の中には、改正法上も取締役は依然として舊法に於けると同じく、會社の業務執行並に代表機關であるとし、取締役會はただ取締役の業務執行について指揮監督を爲すための、會社の業務執行の意思決定をなすべき決議機關に過ぎず、それ自體業務執行の機關ではないとする者もある。商法の規定を見ても、第三節「會社ノ機關」第二款「取締役及取締役會」という表題の文句は、恰も取締役と取締役會とが何れも會社の機關として併び稱され得る如き表現である。のみならず商法の各個の規定は、會社の業務執行に屬する可成り種々雜多な事項を、個々の取締役の職務であるかの如くに規定している。例えば五八條一項三號、一八四條一項及二項（二九四條三項）、一八九條、二三七條一項、二三八條、二六三條、二六六條一項一號、二七四條、二七五條、二八〇條ノ六、二八〇條ノ一一、二八一條乃至二八三條、二九三條ノ二、六項、二九三條ノ五、二九三條ノ七、三〇一條二項、三〇三條、三九〇條、三九一條二項、三九七條二項の規定などがその例である。之等の規定に於て取締役の職務とされている事項は、會社の業務執行に關する相當一般的な事項や基本的な重要事項から、それほど重要でない機械的な末端的事務の類に至るまで、可成り廣い範圍に及んでいる。そこで之等の規定の文句を文字通りに解釋すると、取締役はやはり舊法に於けると同樣に、會社の一般的業務執行の機關であるが如くであり、從つて取締役會なるものも、舊法の取締役に代るべき機關ではなくして、單に取締役の過半數を以て會

社の業務執行を決するにつき（舊二六〇條）、その過半數を得る方法を明確化したる制度に過ぎないという見方に根據を與える如くである。

然し乍ら斯る見解は、改正法が取締役會制度を採用した趣旨を全く無視するものであつて、之を認容することはできない。卽ち抑も改正法が取締役會を法定の機關とした所以は、從來單獨制の取締役の行つていた業務執行を合議制の取締役會に行わしめるためなのであつて、それは周知の如く授權資本制の採用と關連することである。授權資本制に伴い新株發行の權限が總會から取締役に移るから、それとの權衡上社債募集その他の權限も亦、總會から取締役に移讓する必要を生じ、その結果一方に於ては總會の權限の根本的な限定と表裏して、丁度それだけ取締役の權限が遽かに擴大することになる。卽ち總會の萬能性が否定されて、會社運營の實質的中心が制度上に於ても取締役に移ることになるのであるが、斯る重大な權限を擔當する機關としては、從來の如き單獨制の取締役は適當でなく、會社、株主その他の利害關係人の不測の損害を防止し、會社企業の運營を過まらざるためにはその權限行使に一層の愼重明確さが要求されるので、從來の取締役に代えて、その衆智の結集を以て活動する合議制の取締役會を以て右の權限を擔當せしめることにしたのである。だから取締役會は單に取締役の行動を制御するための安全辨たるに止まるものではなく、取締役會が取締役に代つてその業務執行に關する一切の權限を接收したのであつて、その結果個々の取締役自體には最早業務執行の權限は原則として殘存せざるものと見なければならない。

それにも拘らず、改正法上も會社の業務執行に關して前記の如く取締役の權限に屬する事項なるが如き規定が多數に見受けられるというのは、專ら立法の不手際という外はない。之等の場合には「取締役」という成文上の用語にも拘らず、性質の許す限りは總て之を「取締役會」と讀みかえて解釋しなければならないのである。斯様な立法上の不手際の生じた原因は、改正法の立案經過中、取締役會制度採用の點だけが特に時期的に最も遲れて、追加的に取上げられたため、商法全般に

互る充分な調整が出來なかつたことによるのである。會社の業務執行に關して取締役の權限を定める規定が、全部舊法當時からそのまま引繼いだものか、又は取締役會制度採用が問題となる以前から改正要綱中に存在していたもののみであることからも右の消息を知るに難くはない。

斯くて取締役は改正法上は最早法定の會社機關たらざるものとなつた。然しその取締役が定款により何等かの單獨制の任意機關となることは改正法上も可能であろうし、代表取締役に選任された取締役は、代表取締役ということで、單獨制の法定機關（代表機關）を構成することは論を俟たない。

三

次に、取締役會は會社の業務執行の基本方針を決定する權限を有するのみであつて、業務執行のその他の部分（特に業務の具體的實行）については權限を有せざるものであるか。(2)

否。取締役會は原則として會社の業務執行の凡ゆる部分について、その權限を有する。卽ち取締役會は會社の一般的業務執行機關である。その點に於て改正前の業務執行機關たる取締役と差別のあるべき筈はない。一般的業務執行機關というのは、法律又は定款により特に他の機關の權限に屬せしめたものを除いては、凡ゆる業務執行について權限を有する機關という意味である。そして會社の業務執行というのは、會社の目的たる事業を遂行するために生ずる一切の事務を處理することであつて、そのうちには大小、輕重、緩急、種々雜多の事務が皆含まれている。取締役會は之等總ての事務を處理する機關である。單に業務執行の基本方針決定ということだけにその權限が限定されるものではない。

無論實際問題として、取締役會が業務執行の末端の事務に至るまで、一々皆自ら直接に之を處理するということは、特に小規模な會社の場合でない限りは、事實上不可能であろう。然し取締役會が斯る末端の事務に至るまで業務執行の一切の權

限を有するというのは、必ずしもその總てを自力を以て處理すべしという意味ではない。商法又は定款を以て、取締役會が自ら行うべきことが要求されている事項もあるけれども（例えば支配人の選任解任、商法二六〇條、代表取締役の選任、商法二六一條、取締役と會社との間の取引の承認、商法二六五條、など）、特に斯る規定のない限り、取締役會は自らの判斷によつて適宜に業務執行を他人に委託することができる。その委託を受けた者が更にその委託の主旨に從つて、第三者に業務執行を委託するということも考えられる。そして之等取締役會から直接又は間接に業務執行の委託を受けた者は、會社の業務執行をその委託の範圍に於て擔當することになるけれども、それは會社の機關として業務執行をするのではなくして、會社のためその業務を補助する補助者たるに過ぎない。會社の使用する何千何萬という商業使用人その他の勞働者從業員は總てこの意味での業務補助者である。業務執行機關のなす業務執行と、補助者のなす業務執行とでは、會社に對する關係が異るのであつて、前者はその行動がそのまま會社自身の行動であり、その行動に因つて生ずる損益その他の結果は當然會社に歸屬するものであるが、後者は單に會社に對して仕事を提供するだけのことであつて、その行動自體が會社の行動となるものではない。その爲される仕事を會社（取締役會）が會社の業務執行として承認又は受領することによつて始めてその結果が會社に歸屬するのである。從つて取締役會が多數の會社從業員を使用して、その業務執行を分擔せしめたとしても、之がため取締役會の業務執行に關する機關權限が失われたり制限されたり或は從業員に權限が移讓されたりするものではない。却つて引續きその權限を保有するが故にこそ、從業員をしてその業務執行を補助せしめることができるのである。それ故に取締役會は業務執行の末端に至るまで全部自力を以て處理することは事實上不可能であるということは、取締役會の業務執行に關する權限を限定的に解する理由にはならないのである。

商法は合名會社の業務執行については、その業務の內容によつて㈠常務、㈡その他の業務及び㈢支配人の選任及解任の三種に區別し、それぞれ業務執行の方法に差別をつけている（商法六八條、民法六七〇條及び商法七一條）。卽ち輕微な業務は簡易

な方法により、重要な業務は愼重な方法により執行せしめる主旨である。然るに株式會社の業務執行については斯る區別を爲さず、總て一樣に愼重な方法によらしめるのである（商二六〇條）。それは何故かといえば、合名會社の場合には概してその事業が小規模であるので、業務を執行する社員が自ら末端の事務まで處理するということを當然に豫想しているので、會社の常務については簡單な方法で處理せしめるのである。之に反し株式會社の場合には、商法は取締役會が末端の事務に至るまで自ら直接に處理するということを初めから豫想していないので、業務の種類に從つて特別簡易な處理方法を用意する必要を認めなかつたまでである。それ故に株式會社に於ては、會社の常務であつても、常務に屬せざる事務であつても、總て同一の方法で取締役會が自ら之を處理し、又はその責任に於て補助者をして之を處理せしめることになるのである。會社の常務の如きは平常時々刻々相次いで發生し、且つ卽決卽行を必要とするものが少くないのであるから、若し取締役會が自力で之を處理せんとすれば、取締役會は常時招集され、常時活動していなければならないであろう。然るに商法は取締役會を招集するには原則として會日より一週間前に各取締役に對して其の通知を發することを要するものとしているから（商二五九條ノ二）、商法は取締役會が少くとも一週間以上の間隔を置いて、時々招集されることを豫定しているわけである。之では普通の會社ならば業務執行が停頓してしまつて、事業遂行は事實上殆ど不可能である。然し乍ら會社事業が相當程度大規模になつてくれば、假令取締役會が年中無休で活躍しても、山積する無數の日常業務を全部自力で處理することは到底及びもつかないことであつて、その大部分は補助者を使つて處理せしめなければならないのである。その事情は商法改正前の單獨制の取締役に於ても程度の差はあれ、本質的な變化はないのであつて、取締役を何名置いて見ても、取締役だけの力で全部會社の業務執行を完遂するということは不可能である。合議制の取締役會になれば、一層その事務處理の能力が分量的に制限されるであろうけれども、取締役なり又は取締役會なりが自ら直接に處理する事務の分量は、會社の全業務の分量に比較すれば、五十步百步で、實際上その極めて一少部分を占めるに過ぎない點に於ては變りはないのである。それ故に舊法時

代の取締役について一般的業務執行の權限につき事務の限界を考える必要がなかつたのと同じ理由で、改正法上の取締役會についてもその法律上の限界を設定することは誤りである。

四

取締役會は會社の業務執行の決定を爲す權限を有するのみであつて、その決定に基く實行を爲す權限を有せざるものであるか。(3)

否。取締役會は會社の業務執行の決定を爲す權限と共に、之を實行する權限をも有するものと解さなければならない。

一般に業務執行ということについて、之を業務の決定と業務の實行とに分析して考えることは實益のあることである。それは我が民法及び商法が業務の決定と業務の實行とについて異つた取扱を爲す點があるからである。卽ち業務執行の權限ある者が如何なる方法でその業務執行を爲すかということについて、民法及び商法は常に一貫して業務の決定についてのみ特別の規定を設け（卽ち例えば民法五二條二項、六七〇條、商法六八條、七一條、一五一條二項、一五二條、有限會社法二六條並びに改正前商法二六〇條などに於て、……の業務執行は……を以て之を決す、という風な規定を設けているのは、みな業務決定の方法を定めるものであつて、「之ヲ決ス」というのは業務決定の意味に外ならない）、業務實行の方法については別段の規定を設けないことにしている。その別段の規定を設けないというのは、業務實行も業務決定と同一方法に依らしめる主旨ではなくして、業務實行については法律は特にその方法を指定しないのであるから、その權限ある者は自由に無制限に業務の實行を爲し得る主旨であると解すべきである。その結果業務の決定とその實行とは法律上別異の取扱を受けることになるのである。

業務の決定と業務の實行とは、業務執行なるものを段階的に分析した場合に生ずる二つの要素であつて、先ず或る事項についての方針が決定され（業務決定）、次いでその方針を實現するための行爲が爲される（業務實行）。その兩者が相結合して

初めて一つの完全な業務執行が出來上る。業務決定のみあつて、その實行を伴わない場合には、業務執行という見地からは結局「無」であり、決定のない實行などということは、ナンセンスである。業務執行機關は業務執行を爲す機關であるから、固より業務の決定とその實行とを爲す機關である。その何れか一方のみの權限しか持たない機關の如きは業務執行機關とは言い得ない。從つて法律が業務執行機關について、その業務決定の方法についてのみ特に規定し、業務實行の方法について別段の規定を設けなかつたとしても、それは業務執行の機關について、業務實行の權限を否定するものではないのである。

無論業務決定と業務實行とは別個の事項であるから、その兩者のため夫れ夫れ別異の機關を設けることも、理論的には不可能なことではない。然し左樣なことは極めて非實際的である。業務執行のためには、之に屬する凡ゆる事務について、一つ一つその決定と實行とを必要とするのであるから、決定機關と實行機關とは常に相隨伴して活動しなければならない譯であり、實際上その煩に堪えないであろう。現に少くとも今までは我が民法上も商法上も、業務決定機關と業務實行機關とを別個の機關とし、之を併置したという場合などは存在しなかつたのである。

改正前の株式會社の取締役は、他の會社又は法人の業務執行機關と同樣に、單獨制の機關であつたから、一人一人の取締役（員）が取締役なる一個の業務執行機關を構成し、從つて各株式會社には取締役の員數に等しい數の業務執行機關が同等の資格で併存していたわけである。之等複數の取締役は各自獨立して會社の業務執行全般に亙る權限を有するのであるが、ただ業務執行の統一と愼重を計るため、會社の業務執行は原則として取締役の過半數を以て之を決するものとしていた（改正前商法二六〇條）。卽ち取締役は業務執行の機關であるから、業務の決定も、その實行も、その權限內の事項であるけれども、特に業務の決定についてのみ、右の規定を以て取締役の權限に一つの制限を加えたものなること前述の通りである。之に反し業務實行に關しては斯る制限の規定はないから、取締役は本來有する權限を無制限的に行使し得るのであつて、業務

實行は定款に別段の定なき限り、原則として各取締役が決定の主旨に從つて單獨に之を爲し得るのである。

改正法上の取締役會も亦、會社の一般的業務執行機關たることに於ては、舊法上の取締役と差異はない。故に取締役會も亦、業務の決定及び實行の權限を有するのである。無論改正法二六〇條の規定は、他の類似の規定と同樣に、直接には取締役會の業務決定に關する規定であり、且つ商法はその業務實行に關する規定を特に設けてはいない。然し之がため取締役會の業務實行の權限を否定することは誤りである。

ただ舊法上の取締役と違つて、取締役會は各株式會社にたつた一つしか存在しないから、取締役會は機關としてはそれ自身單獨に行動する外ないのであつて、取締役會の行う業務執行は、それ故に、機關の數を基準に考えれば常に單獨執行（單獨決定、單獨實行）である。商法二六〇條の改正規定が、「定款ニ別段ノ定ナキトキ」並に「過半數」という舊規定の文句を削つているのも、取締役會がその業務執行（特に業務決定）について、他の同格の機關と共同したり、他の同格の機關から制肘を受けたりすることを、法律や定款に定める餘地が初めから存在しないからである。

斯樣に取締役會はたつた一つしかない機關であるから、その機關活動（會社の業務執行）は取締役會としては單獨に之を行う外ないが、一方に於て取締役會は少くとも三人以上から成る取締役の全員によつて構成される合議制の機關であるため、その機關活動には多數の構成員（取締役）が參加するのである。然しこの場合に於ても、その構成員毎に一個宛の機關活動があるのではなくして、各構成員が共同して、全體として一個の機關活動を作出することになるのである。此の點に於て舊法上の取締役がその過半數を以て會社の業務執行を決するのとは趣を異にする。

所で取締役會の機關活動は、その構成員たる取締役の過半數が出席して成立する會議體に於て作出される（商法二六〇條ノ二、一項）。商法はこの會議體をも亦、取締役會と稱している。蓋し機關たる取締役會は、この會議體を通じてのみ活動を爲し得るのであつて、會議體以外の時所に於ては取締役會としての機關活動は全く存在し得ないものとしているため、商法は

この兩者を同等視したのである。然し觀念上は兩者を區別しなければならないことは言うまでもない。

機關たる取締役會は、取締役全員を以て構成され、取締役でありながら取締役會の構成員たらざる者の如きは商法上存在し得ないが、その活動の場たる會議體の取締役會は、必ずしも取締役の全員が出席して之を構成することを要せず、その過半數の出席を以て足るものとしたのである。從つて取締役會の機關活動作出に協力する取締役も、必ずしも常にその全員たることを要するものではなく、會議出席者だけが之に協力することになるのである。換言すれば取締役中會議に缺席する者があつても、出席者が過半數に達して居れば、その會議體は取締役會としての機關活動を作出する資格を有するのである。

取締役會の主たる權限は、會社の一般的業務執行に在るから、取締役會の機關活動が右の如き會議體によつて行われるというのは、主として會社の業務執行がこの會議體の手で行われることを意味する。業務執行は前述の如く業務決定と業務實行とから成るから、この會議體が會社の業務を決定し、且つその業務を實行するのである。但し商法は例によつて此の場合にも業務決定の方法についてのみ規定を設け、業務實行の方法に關しては特に規定を設けない。卽ち商法は取締役會の活動のために決議の方法を規定しているけれども(商法二六〇條ノ二)、決議の方法はその性質上、業務決定の方法としては役立つが、業務實行の方法としては用を爲さない。故に業務實行は決議の方法を以てするのではないこと事物の性質上當然であると言わなければならない。然らば取締役會による業務實行は如何なる方法によるのであるか。この點直接規定はないが、結局それは會議に出席した取締役の全員の共同によつて之を爲すものと解する外ないであろう。舊法上の取締役は單獨制の機關なるが故に、特に規定がなければ各取締役が單獨に業務を實行するものと解するのであるが、取締役會の場合には、各取締役が單獨では取締役會の活動を作出する資格又は權限を有せず、取締役の會議體だけがその資格を有するのであるから、特に規定がない限り會議體の構成者、卽ち出席取締役全員一致して初めてその活動を作出し得べく、從つて會社の業務實行は斯る方法を以てのみ可能となるものと解せざるを得ないのである。取締役會の議事錄作成は會社の業務執行(特に業務實行)

に屬する事務に外ならないけれども、その議事錄には出席したる取締役の全員が署名すべきものと規定されていることは（商法二六〇條ノ三、二項）、右の解釋を裏書するものである。

ただ既に述べた如く實際問題としては、取締役會が會社の業務執行を全面的に自力で處理することは、單に業務決定だけを取つて見ても不可能であろうから、取締役會は多かれ少かれその補助者を使用せざるを得ない。業務實行に致つては、殆ど全部が補助者に委託されなければならないのが實情であろう。然し事實上かかる補助者を使用せざるを得ないということは、決して取締役會の權限を否認する理由にはならないのであつて、却つてその權限あればこそ、補助者をして自己の活動を補助せしめることができるのであることは、前述の通りである。

五

代表取締役は會社の一般的業務執行（或は業務實行）のための法定の機關であるか。(4)

否。代表取締役は專ら會社の一般的代表機關たるに止まり、法定の業務執行機關ではない。

元來、會社の代表と業務執行とは、同一事項についての相表裏する關係であつて、同じ事實が一方から見れば會社代表となり、同時に他方から見れば會社の業務執行となるものであることは、今更ら說くまでもない。無論業務執行の方が關係事項の範圍が廣く、業務執行に屬する事務の內には各種の法律上の行爲あり、又雜多な事實上の行爲もあるわけであるが、會社の代表は專ら會社の爲す法律上の行爲、特に法律行爲乃至意思表示に關する。事實上の行爲については代表の關係は法律的には生じない。從つて會社の代表と業務執行との雙方に關係があるのは、會社の爲す法律行爲又は意思表示であつて、それは一方に於て會社の代表機關が會社を代表して之を爲し又は受けることによつて、會社の、又は會社に對する、法律行爲又は意思表示となると共に、他方に於て會社の業務執行機關が會社の目的たる事業遂行上之を爲し又は受けることによつ

て、會社の業務執行となるものである。それ故に假に玆に會社の業務執行機關兼代表機關たるものがあるとして、その機關が、會社の目的たる事業遂行上、會社のために法律行爲乃至意思表示を爲し又は受けるならば、その同一の法律行爲乃至意思表示が、會社の業務執行行爲であり且つ同時に代表行爲であることになる。

從つて正常の關係を念頭に置く限りは、會社の法律行爲は會社の業務執行機關兼代表機關が之を爲すべきものであつて、代表權限を有せざる者の如きは、假令業務執行權限があつても、直接に會社自體の法律行爲を爲す權限なく、從つて法律行爲によつて直接に會社に權利義務の得喪變更を生ぜしむることを得ない。又代表權限のみが與えられても、業務執行の權限がなければ、正當にその代表權限を行使して會社の法律行爲を爲すという（業務執行の）機會が與えられないから、それは單なる空位となつてしまうのである。斯くて會社その他法人の代表權限は、常に業務執行の權限と結合して一個の機關に賦與せらるべきものとしたのが、從來の民法及び商法が一貫して採つていた立場であつた。ただ業務執行の方が代表よりも對象の範圍が廣いから、業務執行機關は常に必ずしもその全部が代表機關たるべきものとはしていなかつたが、少くとも業務執行の權限を有せざるものが代表機關となるが如き例は存在しなかつた（民法五三條、商法七六條、一四七條、一五一條、一五六條、改正前商法二六一條、四六六條、有限會社法二七條等參照）。

然るに改正法は斯る從來の例を破り、株式會社の一般的業務執行機關と一般的代表機關とを截然と分離し、取締役會は專ら前者に、代表取締役は專ら後者に該當するものとした。少くとも改正法は、取締役會の代表權限については何も觸れていないと同時に、代表取締役の業務執行權限についても何等規定する所がないのである（商法二六一條）。故に取締役會には會社代表の權限なく、代表取締役には業務執行の權限なきものと言う外はないであろう。若し取締役會に會社代表の權限があるならば、少くとも商法はその代表權限と代表取締役の代表權限との間に如何なる關係があるか、を明かにしなければならない筈であり、同樣に代表取締役が業務執行機關であるとするならば、その業務執行權と取締役會の業務執行權との間の關

係を明かにしなければならない筈である。商法が之等の點につき沈默しているのは、初めから斯る權限はないものとしているからに外ならない。

それ故に取締役會は、會社の業務執行上、法律行爲を爲す必要を生じた場合に於ては、自ら會社のため斯る法律行爲を爲す權限を持たないのであつて、此の場合には必ず代表取締役をして會社の法律行爲を爲さしめる外はない。一方代表取締役は代表權限はあつても、當然には業務執行の權限を持たないから、機關としての代表取締役自體は、進んで自發的に會社の法律行爲その他會社の業務執行に屬する事務を處理するという地位にあるのではなく、專ら取締役會からの委託に基いて會社を代表し、會社の法律行爲を爲すという地位に在るに過ぎない。取締役會からの委託は豫め一般包括的な事務について爲されてもよし、又は個々具體的の行爲につき爲されてもよい。取締役會の自由な判斷によつて適宜に委託されるわけである。ただ實際上は個々の行爲につき其の都度委託するというようなことは、その煩に堪えないであろうから、多くの場合には少くとも會社の常務に屬する法律行爲については、明示又は默示で相當廣汎な一般的委託が爲されていると認められ得るであろう。且つその際、法律行爲以外の事務についての業務執行も廣く委託されるのが通例であると言える。或は業務執行をその決定と實行とに分けて、その決定は取締役會自ら之を行い、その實行だけを代表取締役に委託することもできるし、更に取締役會は業務執行の基本方針を決定するだけとし、その方針に基いて之を具體的に實施することは、一切代表取締役に之を委託するという方法も可能である。然し斯る一般的委託が常に爲されなければならないと解すべき理由は存在しない。殊に例えば取締役會が會社の支配人その他營業上の代理人の選任を代表取締役に委託した場合には、代表取締役としてはかかる代理人選任の行爲（委任又は雇傭契約及び代理權授與行爲）を爲すを以て足り、その後は取締役會はその代理人をして會社の業務執行に屬する法律行爲（代理）を爲さしめて居れば、必ずしも一々代表取締役（代表）を煩わさないでも、會社の業務執行に支障を生ずるようなことはないであろう。ただ最初の代理人選任行爲その他會社自ら意思表示を爲さなければならな

い場合だけは、取締役會はどうしても代表取締役に之（最少限度の業務實行）を委託しなければならないのである。

代表取締役は取締役會からの委託の趣旨に從つて會社を代表して法律行爲を爲せばよいのであつて、それ以外の事項についてまで會社のためその法律行爲を爲すべき業務執行の地位にはない。無論その場合に於ても、代表權限そのものは法定の範圍で不可制限的に與えられているから（商法二六一條三項）、代表取締役が取締役會からの委託なしに、或はその委託の趣旨を超え又はその趣旨に反して、會社代表行爲を爲した場合にも、その法律行爲そのものは原則としては有效なる會社の法律行爲として、會社を拘束することになる。然しそれが有效であるというのは、會社と第三者（法律行爲の相手方）との間の關係に於ていうのであつて、之がため會社內部の關係に於てその代表行爲が適法な業務執行行爲となるものではない。故に代表取締役は斯る行爲を爲し得るということは、內部關係に著眼する限りは言い得ないのである。それにも拘らず之を敢えてすれば、代表取締役としては、取締役會の追認なき限り、その行爲の效果を終局的に會社に歸屬せしむることを得ず、從つて會社に對しその行爲の結果につき原狀回復又は損害賠償などの責任を負わなければならないのである（但し事務管理等の點は暫く措く）。

取締役會が會社の法律行爲を爲すべきことを委託する相手方は、嚴密にいえば、機關たる代表取締役そのものではなくしてその機關構成員たる取締役自體であると解すべきであろう。一般に取締役會は、その業務執行について自己の責任に於て任意に補助者を使用し得べきことは前述の通りであるが、代表取締役（員）も亦、取締役會から業務執行の委託を受けるという點に於ては、右の補助者の一種に外ならない。業務執行補助者は通例は會社の雇傭した使用人であるが、取締役自身がその補助者たり得ない理由はない。現に代表取締役（員）その他の取締役が支店長や支配人などに選任される例は多數あつて、この場合には取締役自體としては單に取締役會の構成員たるに止まり、個々に業務執行の權限を有するものではないが、會社從業員として取締役會から業務執行の補助を委託されたことになるのである。取締役會の定める社長、副社長、專

務取締役、常務取締役なども、その委託される權限は場合によつて一樣ではないものの、何れにせよ取締役會の業務執行の補助者だる點に於ては、他の一般の會社從業員と變りはない。之等の者は一定の條件の下に代表權限が擬制されるけれども（商法二六二條ノ二）、その點は取締役會の委託の性質及び內容とは關係のないことであつて、之がため之等の取締役が會社從業員として業務執行に從事するものたることを害するものではない。然らば卽ち代表取締役であつても、業務執行という內部關係の面に於て右の意味での補助者、卽ち會社從業員の一種と見るのを妨げる理由はないであろう。この場合には既に代表權限を持つているから、改めて代理權を授與するまでもないというに過ぎない。

なお會社が定款を以て、代表取締役につき相當一般的な業務執行の權限を規定する例が實際上少くない。例えば「代表取締役は會社の業務を統率する」というが如き定めが之である。斯る規定が果して代表取締役の機關としての權限を定めたものであるか否かは、定款の他の部分その他一切の資料に基いて具體的場合につき解釋、判斷する外はないが、假に機關權限を定めたものであるとするならば、代表取締役の有する法定の權限のほかに業務執行に關する權限を附加したことになり、この點に關する限り任意的な機關權限を定めたものとなる。故にこの場合には、前述の如き單なる從業員的な補助者の地位とは區別せらるべきである。一般に會社は、法定機關の專屬的權限を害せざる限り、定款を以て自由に任意機關を設置し得るものと解すべきであるから、前記の如き定款の定も無論有效である。但しその場合にも取締役會の法定の專屬的權限を奪い又は制限する趣旨に之を定めることは許されないのであつて、若しかかる主旨で代表取締役の業務執行に關する權限を定めたのなら、その定款の定は違法であつて、當然無效である。そして取締役會の有する一般的業務執行の權限は、その一部を定款を以て株主總會に移讓することは許されるけれども（商法二三〇條ノ二）、その他には定款を以てするもその權限を剝奪したり制限したりすることは許されないものと解さなければならないから、定款を以て代表取締役の業務執行權を定めても、之がため取締役會の業務執行權限を剝奪又は制限することは許されない。從つて代表取締役の定款による業務執行權

は、取締役會の無制限的な指揮監督の下にある補助機關としての權限を超えることを得ないのである。特に例えば取締役會は經營の基本方針その他特定の重要事項に關する決定のみを爲し、その他の業務の決定並に一切の業務實行の權限は代表取締役に專屬せしめるという如く、互に排他的な管轄を定めて業務執行の權限を分屬せしめることなどは許されないものと解すべきである。

六

改正法上の取締役會並に代表取締役の制度が、改正法の他の部分と同じく、アメリカ會社法に倣つて設けられたものであることは多言を要しない。そして此の際直ちに聯想されるのがアメリカ法上の取締役會 Board of directors 及び役員 Officers の制度であることも當然である。然しだからとて彼の取締役會及び役員の制度がそのまま我が取締役會及び代表取締役となつたものではないことも明かである。蓋しこの兩國法は、元來法系を異にするため、基本的法律觀念が相異して居り、その一方に存在する制度を他方の類似の制度を以て精密に割り出すことが甚だしく困難であるからである。(5) 今問題とする取締役會のことにしても、アメリカ法では、㈠法人理論が徹底せず、會社組織上の法律關係が隨時、契約理論によつて支配されること、㈡英米法特有の信託（trust）法理が適用されること、㈢機關と機關構成員、機關と代理人、代理又は代表と委任又は雇傭、會社の代表と業務執行などの間に截然たる概念的區別を爲さないこと、等のために、その制度を日本法的に再現することが殆ど不可能に近いのである。それにしても今回の改正法は立法論的には可成り不手際であつて、學者間に解釋上の論爭を惹起するに至つたのも、主として之がためであると言つて過言ではない。改正法がもう少し理論的に整理されていたならば、この論爭の大半は未然に防止し得た筈である。

その點に於て最も不可解なのは、改正法が取締役會を以て單なる業務執行機關とし、之に會社代表の權限を認めなかつた

ことである。取締役會制度は從來我國に於てこそ法定されていなかつたけれども、それは何もアメリカ法特有の制度という譯ではなく、英米法系及び大陸法系を通じてそれぞれ多少のニュアンスはあつても、世界的には寧ろ原則的に採用されているものである。我國の如く取締役を以て單獨制の機關とする立法例は他に餘り類例を見なかつたのである。そして大陸法系に於ける取締役會は皆、業務執行と代表とを兼ねた機關であつて、我改正法に於ける如く業務執行專門の機關としたものは、之れ亦餘り類例がない。英米法に於ては前述の如く業務執行と代表（又は代理）との區別が概念的に明確でないため、特にアメリカ法上の取締役會が會社の代表權限を有するか否かを直接明確にすることを得ないけれども——むしろ取締役會が自ら會社を代表して法律行爲を爲すことは否定されている——一方に於てその役員の權限が一切取締役會から傳來的に授與されるものであるという風に考えられている所から見れば、之を日本流に合理的に飜譯すれば、取締役會は固有の代表權限を有するものとしなければならないであろう。その固有の代表權限を委讓するという意味で代表取締役の選任を（或程度强制的に）認めればよいのである。改正法が取締役會の代表權限を認めないのは一の失策であると言つて差しつかえない。

一方アメリカ法上の役員は、會社の機關というよりは、むしろ高級職員であつて（だから社長 President 以外の役員は取締役たることを要しない）、日本流に言えば、支配人と同格又はその上に立つて、取締役會から包括的な業務執行の委任を受け、そのために必要な包括的代理權を與えられた一種の商業使用人に外ならない。故に改正法上の代表取締役に比較すれば相當の距離のある制度と言わねばならないのである。代表取締役の制度自體は必ずしも不合理ではないけれども、若しこの制度を置くならば、それは主として業務執行の面からの權限を先ず規定すべきであつて、代表權限はこの業務執行の權限に附隨して規定して置くべきであつたと思われるのである。

（1）取締役は改正法上も依然として會社の機關であるとする說は、野津「新會社法概論」一六一頁、同氏「取締役會制度管見」法學新報

五七卷三號、松岡「改正株式會社法上の執行機關」法律論叢二五卷三號、等。

(2) 取締役會は會社の業務執行の基本方針を決定する權限のみを有するという說は、大濱「改正會社法概論」二二二頁、伊澤「註解新會社法」四三一頁、四三六頁、岡崎「解說改正會社法」八四頁、等。但し岡崎氏は別に「常務というべき日常の業務執行については取締役會は、その決議によつて代表取締役に一任することは、もとより妨げない」と說かれるので(同書八九頁)、取締役會の權限が本來基本方針決定に限定せられているという說を採られるのか否か不明である。

(3) 取締役會は業務執行の決定の權限のみを有し、實行の權限を有せず、それは專ら代表取締役の權限であるという說は、通說に近い多數說である。例えば鈴木、石井「改正株式會社法解說」一四一頁、一五四頁、石井「商法」(會社法Ⅱ)二六八頁、二七一頁、大濱「改正會社法概論」二一六頁、野間「會社法學概說」一七三頁、松田「會社法概論」一九五頁、松田、鈴木「條解株式會社法」上二五七頁、二八〇頁、實方「會社法學」四四三頁、西本「新會社法要論」一二〇頁、一二九頁、一五三頁、同氏「株式會社重役論」七二頁、大住「取締役及取締役會について」(財政經濟弘報三五九號)。なお田中「確定會社法解說」一九頁、一一四頁、同氏「新會社法論」二五五頁、二六二頁以下は、大體通說に近いが、業務實行は必ずしも代表取締役のみに限らず、その他の取締役も(取締役會からの授權があれば?)その權限を有すると說かれる。

(4) 代表取締役に業務執行の權限を認めるのは寧ろ通說であつて、前註2及び3に揭げた諸學者は何れも代表取締役は業務實行の權限を當然に有するものとする。之に反し大隅、大森「逐條改正會社法解說」二五八頁、二六四頁、大隅「商法改正法案における取締役會制度」(法學論叢五七卷一號)、同氏「改正商法における代表取締役の地位」(法學新報五八卷四號)は、代表取締役はその代表權の範圍內に於ては、當然に業務執行の權限を有するが、かかる權限內の行爲でも會社の重要な利害に關する事項は、事情が許す限り、取締役會の決議を求めて執行するのが、代表取締役の忠實義務の要求である、と主張される。

(5) アメリカにおける取締役會については、大隅「アメリカ會社法における取締役會」(京都大學商法研究會編、英米會社法研究)六九頁以下、石井「取締役制度改正の方向」(株式會社法改正の諸問題)六三頁以下。