

Title	取締役会の権限とその委譲
Sub Title	Authority of a board of directors and delegation of functions
Author	高鳥, 正夫(Takatori, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1980
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.53, No.6 (1980. 6) ,p.1- 24
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19800615-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19800615-0001</a>

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.

# 取締役会の権限とその委譲

高 鳥 正 夫

- 一 はじめに
- 二 取締役会と代表取締役の関係
- 三 取締役会と常務会その他の委員会
- 四 業務担当取締役と使用人兼務取締役
- 五 取締役会の権限委譲をめぐる立法論
- 六 むすび

## 一 はじめに

わが国の会社法がこれまで経験した最も大きな改正の一つは、昭和二五年に行われた株式会社法の改正である、その改正の眼目は、授權資本と無額面株式の採用による資本調達円滑化、個々の株主の地位強化による投資大衆の保護、及び、取締役会の新設に伴う機関権限の再分配であつた。そのうち前二者の改正点については、改正法の施行後、比較的早い時期にその制度が利用され、これに伴う各種の問題点が現われてきた。これに対して、取締役会の新設を中心とする機関権限の分

配問題については、改正当初から、その制度の理解について学説の対立はあつたものの、その後の約二〇年間にわたつて、実務上大きな問題をひき起すことはなかつた。けれども、昭和四〇年三月の山陽特殊製鋼の倒産の際に、長期にわたつて巨額の粉飾決算が行われていたことが判明し、また、その後もいくつかの有力企業において粉飾決算が発見され、商法上の監査制度に不備のあることが強く指摘された。そこで昭和四九年には、取締役会による業務監査が効果を収めてこなかつたことに注目して、商法上、監査役に会計監査のみでなく業務監査の権限をも認め、これに伴う必要な改正を行つた。また他方では、いわゆる監査特例法を制定して、資本額が一定規模以上の株式会社においては、監査役の監査のほかに、公認会計士または監査法人である会計監査人による決算監査を受けなければならないものとした。

この昭和四九年の監査制度の強化に関する改正の際に、衆議院法務委員会及び参議院法務委員会が行つた付帯決議に基いて、法制審議会商法部会は、株式会社法の当面する基本的な問題点について検討を開始し、昭和五三年一月には、「株式会社の機関に関する改正試案」が公表された。<sup>(1)</sup>この改正試案においては、取締役及び取締役会についても重要な問題が提起されている。まず、取締役会のなかに経営委員会を設置し、また、業務担当取締役についても新しく規制しようとしている。更に、取締役と会社の関係についても、競争行為、自己取引について認許手続を改め、また、会社に対する責任及び第三者に対する責任について査定手続を認めている。このほか、取締役会決議の瑕疵についても、取締役会決議無効確認の訴を提起できるものとしている。

これらの問題点がどのような時期にどのような規模において改正されていくかは、現在ではなお予想し難いが、今後も各方面で種々の論議が行われ、かなりの意見の対立が生ずることも予想される。<sup>(2)</sup>その場合に生ずる対立の原因としては、各国における取締役会制度の推移とわが国の現状に関する認識の相違に基くものもあろう。また、取締役会、代表取締役などをめぐる法理論の構成に関する学説の差異を原因とするものも考えられる。そこで本稿においては、取締役会の権限とその委

譲の問題を中心に、改正試案の公表を契機に、これまでの学説対立の原因を探り、その解決と理論の前進のために役立たせたい。更に、各国における取締役会制度の新しい動向を配慮しながら、わが国の取締役会制度の改正のためには、何をなすべきかについても言及してみたいと考えている。

(1) 改正試案の内容とそれに対する慶應義塾大学商法研究会の改正意見は、本誌五二巻九号八二頁以下に掲載されている。

(2) 稲葉威雄・元木伸・浜崎恭生「株式会社機関改正試案に対する各界意見の分析(一)―(六完) 商事法務八五七―八五九、八六一―八六三号。

(3) 各国における取締役会制度の動向を概観すると、次のとおりである。アメリカ会社法では、株主総会によつて選任された取締役は取締役会を構成する。取締役会は業務執行の権限を有するが、大会社においては社外取締役の数が過半数に及ぶことがあり、そのため、日常の業務執行は執行担当者が行つている。業務執行の担当者である社長、副社長、秘書役 (secretary)、会計役 (treasurer) はいずれも officer であり、取締役会によつて選任される。多くの州においては、社長は取締役でなければならないが、その他の officer は取締役であることを要しないとされ、取締役会の決定した基本方針に従つて、業務執行に当る仕組となつている。アメリカ法においては、ドイツ法におけるような監査役の制度はないが、前述したような仕組がとられているため、取締役会が社長以下の officer を監視する機能を果してきた。また最近においては、業務執行の担当者となつている取締役を中心に、執行委員会 (executive committee) が構成されると共に、社外取締役を中心に監査委員会 (audit committee) が組織されることが多い。この監査委員会は会計監査人の候補者を推せんし、その会計監査人によつて会計監査が厳格に行われている。更に大会社においては、業務執行の担当者の報酬を決定する報酬委員会 (compensation committee) が設けられつゝいる。このように、アメリカの取締役会の機能は狭義の経営機能から、監査機能を有効に果しうるようにと工夫されているのが現状である。

イギリス法においては、株主総会によつて二名以上の取締役が選任されるが、従業員出身の取締役すなわ社内取締役が過半数を占めているのが実情である。そこで、定款または株主総会の決議に基づいて、取締役会はこの社内取締役を業務執行の担当者 (managing director) として選任し、また、必要に応じて上級の管理職員を選任する。取締役会によつて選任された執行担当者が日常の業務執行と代表に当る。これに対して、業務執行を担当しない取締役は、会社経営についての監視を継続的に行つている。また、株主総会は勅許会計士協会に属する会計士である会計監査役 (auditor) を選任し、従属会社をも含めて必要な会計監査を行わせている。けれども、アメリカ法に見られるような取締役会の中の委員会は存在しないし、各会社の個別的な事情を重視して、これに対応できるような法構造を有している。従つてイギリス法では、業務執行における指揮と監視の機能は未分離の状態にあるといえる。

西ドイツの場合には、原則として株主及び従業員代表者から監査役会 (Aufsichtsrat) が構成され、その人数も一人名ないし五名と比較的多い。この監査役会が取締役の選任と解任の権限を有しているが、これらの権限をとおして、取締役の行方業務執行を監査する機能を果している。監査役会はこのほかに計算書類の承認の任務も有しているが、取締役会の政策決定には関係しないのが原則である。ただ定款をもつて、一定種類の業務取締役会の権限とその委譲

務については、監査役の同意を要するものと定めることができる。なお、会社の決算については、経済監査士である決算検査役(Abschlussprüfer)による検査が要求され、決算検査役と監査役との協力体制による監査機能の強化が期待されている。監査役会が数名の取締役を選任すると、取締役会(Vorstand)は業務執行に当り会社を代表することとなる。株主総会も業務執行に関して適法に決議できないのが原則である。西ドイツにおいては、このように取締役会だけが業務執行の権限を有しており、監査役会の開催は年に四、五回程度であるため、強過ぎる監査役会と評されながら実際には取締役会が強力に活動しているようである。

フランスの株式会社の場合には、業務執行機関としては取締役会のみからなる一元的な構造の会社と、業務執行委員会と監査役会の二元的な構造をもつ会社とがある。前者の形態をとる場合には、株主総会によつて三名以上二名以下の取締役に選任され、取締役会(council d'administration)が構成される。この取締役会には、最低二年雇傭された従業員が三分の一までの範囲で取締役に選任され、残りは社外取締役に選任されなければならない。取締役会はその構成員のなから社長、副社長を選任する。取締役会は会社のために経営に当り、また、社長などが行う業務執行を監視する機能を有している。このほか、株式会社における監督のために、一人または数名の会計監査役(Commissaires aux comptes)が株主総会によつて選任され会社の計算書類を監査する。次にフランス法においては、ドイツ法の場合と同様に、業務執行委員会(directoire)と監査役会(council de surveillance)と呼ばれる二元的な機関構成を選択することもできる。この場合には、株主総会によつて選任された監査役会が業務執行を監督する。そこで、監査役会によつて業務執行委員会の構成員が選任され、会社業務の執行に当る。業務執行委員会のなから社長が選出され、会社を代表する。業務執行委員会の構成員の解任については、選任の場合と異なつて、監査役会の提案に基づいて株主総会が行う。フランスでは、前述した一元的な組織をとる会社が大部分であるが、最近では、二元的な機関組織を選択する大会社も現われてきている。

ヨーロッパ会社法も二元的制度を採用している。すなわち、会社の業務執行は業務執行委員会(Board of management)に委ねられるが、その構成員は一人または数名で監査役会(supervisory board)によつて選任または解任される。業務執行委員会の各構成員は会社を代表して第三者と取引する権限を有するが、営業譲渡など重要な事項については監査役会の認許が必要である。監査役会は業務執行委員会の職務の遂行を監督する。監査役会を構成する員数は三の倍数で(最低九名)、その三分の一は株主総会により選任される株主代表、三分の一は従業員代表、残りの三分の一は株主代表及び従業員代表によつて選任された構成員である。そして、従業員の過半数が決議したときは、監査役会に従業員代表を含めないこともできるから、その場合には、監査役会は株主代表のみで構成されることとなる。なお、計算書類の監査については会計監査役(auditor)が選任され、計算書類が業務執行委員会から監査役会に提出される場合には、会計監査役の監査報告書が添付されなければならない。

## 二 取締役会と代表取締役の関係

現行商法においては、取締役会が業務執行機関であることは明らかであるが(商二六〇)、この取締役会の権限委譲の問題

を検討する場合には、まず、代表取締役にはいかなる権限が委譲されるかを中心に、代表取締役と取締役会の関係を検討することが必要である。元来、取締役会のもつ業務執行権限の範囲は定款所定の目的によつて定まるものであり、そのうちには各種の法律上の行為があると共に、種々の事実上の行為も含まれている。これらの業務執行のほとんどすべてが取締役会の権限とされるが（例外、商二四五・二四六・二六四など）、そのうち、会社のなす法律上の行為特に法律行為ないし意思表示については、代表権限を有する代表取締役がなすことによつて、会社の法律行為ないし意思表示となる。その意味では、何人が業務執行権や代表権を有するかの問題を別にすれば、業務執行と代表とはいわば表裏の関係にあると表現することも可能である。特にこれまでは、わが国の民法及び商法においては、法人の代表権限は常に業務執行の権限と結合して、一個の機関に与えられていたからである。もつとも、業務執行の方が代表の場合よりも対象となる事項の範囲は広いから、業務執行機関の全部が必ずしも代表機関とされたわけではないが、反対に、業務執行権限をもたない者が代表機関になるという例はなかつた（民五三、商七六・一四七・一五一・一五六、有二六・二七、昭和二五年改正前商二六一参照）。

これに対して、昭和二五年の改正いらい、商法は取締役会の業務執行権を規定しながら、その代表権限については何もふれていないし、また、代表取締役の業務執行権限についても何も規定していない（商二六〇・二六一参照）。従つて、株式会社についてだけは、会社の業務執行機関と代表権限とを分離するという例外現象が生じてきたようにも見える。そのため、取締役会のもつ業務執行権限と代表取締役の代表権限との間にいかなる関係があるかについては、昭和二五年の改正当時から学説は対立しているが、それはおおよそ次の三つの立場に分類することができる。<sup>(1)</sup>

第一説は、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とする。この説によると、株式会社の業務執行をその意思決定と執行自体とに分け、前者は取締役会に、後者は代表取締役に専属すると理解するから、代表取締役は執行自体と代表とを担当する機関となる。このように、業務執行の意思決定をなす権限は取締役会に専属するが、代表取締役は定

款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となる。ただ、日常の業務執行の意思決定の権限の委任は、代表取締役の選任行為のうちに含まれているとする。<sup>(2)</sup>この第一説が現在では多数説といえるし、前述した「株式会社の機関に関する改正試案」のうちにも、この立場を基礎として立案されたと思われる個所もある。<sup>(3)</sup>

第二説は、株式会社社の業務執行を担当する機関は取締役会と代表取締役とであるが、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。けれども、取締役会が自ら執行するためには取締役全員がこれに当らなければならぬから、法は実際の便宜を考慮して、これ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権限に由来するという関係にある。代表取締役は、法律で株主総会または取締役会の決議事項とされたものを除いて、代表権の範囲内の行為すなわち営業に関するいつさいの行為については、自ら決定しかつ実行することができ、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、代表権の制限をもつて善意の第三者に対抗することができないという規定(商二六一Ⅲ・七八)の意味を理解し難いとしている。<sup>(4)</sup>

第三説は、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、相当範囲になされるのが通常であろうが、代表取締役を選任された以上、当然に委任されていなければならないと解する理由はないとする。<sup>(5)</sup>

このように学説は分れているが、元来、会社の業務執行について意思決定と執行自体とを区別するということは、そのように区別して考えれば、会社法上の制度の理解に有益であるところから始まったものである。<sup>(6)</sup>それにもかかわらず、その点を区別する考え方が行われていることを契機として、実際にしかも一般的に、業務執行の決定と執行とを別個の機関

に担当させるといふのでは、その区別が觀念上のものであることを忘れた考え方といふほかはない。法律上も、業務執行の決定のみあつて執行自体の権限を伴わないような場合には、そこに業務執行の権限があるといふことにはならない。反対に、決定権をもたないで実行権のみがあるという場合にも、それを業務執行機関といふことはできないであらう。従つて株式会社についても、業務執行の決定権を有する取締役会はその執行自体の権限をも有しており、実際上は、多数の従業員などを補助者として利用し、業務の執行に当らせていると解すべきであらう。<sup>(7)</sup> その意味では第一説は、株式会社の業務執行について、アメリカ法において取締役会が果している機能に注目した点では優れているが、日本法における会社の業務執行権と代表権との関係を見誤り、古い時代に行われていた学説に立戻り、それを更に進めるといふ無理な構成を試みたものと評することができらる。<sup>(8)</sup>

次に、会社の業務執行と代表との関係から問題を検討してみよう。前述したように、会社の業務を執行していく場合には、各種の法律行為や事実行為を広く遂行していかなければならないが、そのうちの法律行為については、いかなる法律行為をなすかを定めることは取締役会の権限に属するが、実際にその法律行為をなすには代表権をもつ取締役の協力をうることが必要となる。従つて、代表取締役が取締役会から会社のために法律行為をなすことの委託を受けて、取締役会の補助者として活動することとなる。これに対して、代表権とは直接の關係のない多くの事実行為については、取締役会は取締役その他の適当な補助者に委託して、これを遂行していくわけである。その意味では、会社の代表と業務執行とは、表裏の關係であるとか代表取締役を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つて、法律的には不正確な説明といふほかはない。

たとえば、会社の業務執行の権限は定款をもつて制限することができるのに対し、代表権限は第三者との關係を考慮して、任意の制限を許さないのがたてまえである（商二六一三・七八、民五四）。また、会社側で作り出した外観から、特定の取



締役を第三者に代表取締役であると誤解させ、その結果、代表権があるものと擬制される場合にも(商二六二)、業務執行権までが擬制されるわけではない。<sup>(9)</sup>このように、法律は業務執行権と代表権とをその内容に応じて区別しているのであつて、第二説が代表取締役の業務執行権は取締役会から由来すると解しながら、特に委任がなくても、代表権の範囲内の行為すなわち営業に関するいつさいの行為についても、自ら決定しかつ実行できるとすることは、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ひき出すという無理な構成をとるものといえる。また、そのような理論上の難点を別にしても、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なければならない。

右に述べてきたように、取締役会と代表取締役の関係については、第三説の立場で理解するのが妥当であると思われるが、会社の実務上、代表取締役の業務執行権について定款で定めることもあるので、その点について検討してみたい。第三説の立場をとると、特定の取締役が代表取締役に選任された場合にも、会社代表のほかに業務執行までが直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い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。すなわち、各会社の定款規定には多少の差異はあるが、会社が取締役会の決議をもつて取締役社長を選任すると、取締役社長は会社を代表して取締役会の決議を執行し、会社の業務を総括すると規定している。定款にこのような趣旨の規定がある場合に、その規定がいかなる内容を定めたものであるかが問題となるが、一般には代表取締役の有する法定の権限のほかに、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と解することができよう。会社が定款をもつて業務執行に關して任意機関を設けることは可能であるが、その場合にも、取締役会の法定の業務執行権を制限することは許されないから、このような代表取締役に、取締役会の下部機関としての地位が与えられるに過ぎない。従つて、代表取締役はその業

務執行に關して、取締役会の指揮監督を受けることはいうまでもない。

前述した改正試案は、代表取締役は会社の業務を執行し、かつ、法令または定款の定めにより取締役会または経営委員会が決定すべきものとされたものを除いて、取締役会の委任した業務執行を決定すると定めている（前掲改正試案第二、二、1 b 参照）。この試案の立場は、会社の代表と業務執行の區別を正確に理解したものではなく、また、業務執行の決定機能と執行機能の分化を前提としているなどの点では、これまで述べてきたような批判を免れないと考える。更に試案は、会社の代表取締役は取締役会が委任したときは、業務執行の決定をすると定めているが、この点について立案関係者も、日常の業務執行の委任も代表取締役の選任行為のうちには含まれないと解して、代表取締役に對する取締役会の監視機能を強化しようとしている<sup>(10)</sup>。立案関係者のこの点の狙いは理解できるが、そのために、代表取締役に對する取締役会の監視機能を強化しようとするのも窮屈である。アメリカ法に見られるように、取締役会は政策立案機関または監視機関となり、業務執行は原則的に代表取締役に委ねるという方式も、理論的には検討の対象とならう。ただ、わが国の企業においてはアメリカの實際と異なつて、社外取締役はほとんど存在していない。従つて、取締役会の監視機能を強化し、それと同時に、代表取締役の業務執行権を明らかにしようとするのは一つの考え方ではあるが、これまでの経験からいつて、取締役会の形骸化を更に進めるおそれがあり、その点に關する改正試案の内容には賛成できない。

(1) 取締役会と代表取締役の業務執行権限の關係については、一般には第一説と第二説の二つの立場に分類されるが、後述するように第三説が存在しており、第一説と第二説を調和した場所に位置するものと解されるので、本稿ではこの關係を三つの立場に分類して検討していくこととする。

(2) 鈴木竹雄・新版会社法一三八、一四二頁、田中誠二・全訂会社法詳論上五二二、五二六―五二七頁、石井照久・会社法上三三六、三三一頁。

(3) 元木伸「株式会社の機関に關する改正試案の解説」(8)「商事法務」八三一―九頁、喜多了祐「取締役の職務内容」金融・商事判例五七二―六五頁。

(4) 大隅健一郎・新訂会社法概説一九、一二―二三頁、山口幸五郎・注釈会社法(4)、商法二六一条注釈三五八頁、河本一郎・現代会社法(新訂第二版)三二八―三二九頁。

(5) 津田利治・会社法の大意上二六一―二六六頁、大賀祥充・現代株式会社法二〇―二二頁、倉沢康一郎・会社法の論理一七四頁以下、一八一―

一八二頁。

(6) 明治時代のドイツ及びわが国の多数説は、会社が第三者と法律行為をなすのは会社の代表であつて業務執行ではないと解していた(片山義勝・会社法原論・明治四四年七二頁、松本丞治・会社法・大正二年七四頁)のに対し、西本辰之助博士は、それは業務の決定のみを業務執行としその実行を見逃した結果であるとして、業務執行について決定と実行とを区別して理解すべきことを初めて主張された(西本・会社法講義案・大正六年八八―八九頁、三四〇頁)。その後は、この考え方に立つて両者を分離して考える立場が一般的となつた。なお西本博士は、業務執行機関であるためには業務執行の決定を含む必要があることを指摘されている(西本・会社法四版九九―一〇〇頁)。

(7) 倉沢・前掲一六六―一六七頁、高鳥・会社法一六一―一六二頁。

(8) 諸外国の立法例の多くは、その表現上の差異にかかわらず、会社の業務執行は取締役会が行うものと定めているが(西ドイツ株式法七七条、ヨーロッパ会社法六二条、ニューヨーク会社法七〇一条、カリフォルニア会社法三〇〇条)、その場合には、取締役会は原則的に業務執行の決定と実行をなし、またはそれらについて指揮、監督する権限が認められている。また、ヨーロッパの立法例のうちには、対外的な代表権と業務執行権を区別しながら、同時に、それらは取締役会に属することを明らかにしているものもある(西ドイツ株式法七八条、ヨーロッパ会社法六五条)。

(9) 津田・前掲上二六三―二六四頁。

(10) 元木・前掲一〇頁。

### 三 取締役会と常務会その他の委員会

取締役会の権根を委譲する問題について、次に、常務会その他の委員会に委譲する場合の関係を検討してみよう。多数の取締役を有している会社であるとか、海外や地方の支店に取締役を常駐させている会社においては、取締役会をひんばんに開催することは不便であるので、取締役会のほかに常務会などを設けている場合がある。この常務会の構成員は会社によつて必ずしも同一ではないが、代表取締役に業務担当取締役を加えたもの、あるいは、平取締役の一部を加えたものなどもある。この常務会においては、業務執行に関する重要事項を取締役会が決定する以前に審議し、必要な根回しをしてから取締役会に上程することが多い。それと並んで、日常の業務の決定についても特に重要なものは常務会を開催して決定する場合もあるとのことである。従つて、常務会は取締役会の諮問機関ないし準備機関としての性格が中心であるが、日常の業務に

については決定機関としての機能を果すこともある。<sup>(1)</sup>

この点は、各国法の定める常務会その他の委員会においては必ずしも同一でないから、取締役会内部の委員会の活動について、特色のあるいくつかをあげてみよう。フランス法においては、取締役会は会社の目的及び法律により総会に明示的に付与されたものを除いて、あらゆる場合に、会社の名において行為する広汎な権限を有するが、この取締役会は諮問した問題の調査を任務とする委員会の設置を決定することができる。この場合には、取締役会はその責任において、当該委員会の構成及び職務権限を定めなければならない（フランス会社法九八条一項、同令九〇条二項）。この種の委員会は数個設けることができるが、業務執行に関する決定権を委員会に付与することは許されない。<sup>(2)</sup> イギリス法においては、定款または株主総会の決議に基いて、取締役会において業務執行を担当する取締役を定め、その者に専属的に取締役会の権限を付与すると、委託された限度において、業務執行を担当する取締役は単独でその権限を行使できると説明されている。また、業務執行を担当する取締役の選任は取締役会で行うが、解任は取締役会または株主総会で行うと解される点も注目すべきであろう。<sup>(3)</sup>

更にアメリカ法においては、前述した取締役会内部の執行委員会がこれに近いものとされるが、執行委員会も最初は取締役会に対する調査機関ないし助言機関にとどまっていた。けれども、取締役会からまず日常の業務執行についての権限が委譲され、執行委員会は取締役会の権限の一部を行使するものと理解され、現在では、委員会に委譲できない権限の範囲を明確にすることが課題となつて<sup>(4)</sup>いる。特に大規模会社においては、執行委員会が会社の業務執行に当り、これに属しない取締役は取締役会をとおして、執行委員会の経営活動を監視する機能を果すようになって<sup>(5)</sup>いることは、既に述べたとおりである。

このように、外国の立法例や実際の動向を見ると、取締役会内部に設けられる委員会の性格は一致していないが、わが国における取締役会の権限行使を適正に行わせようとするれば、そのうちのいずれの方式が適当であるかが問題となる。その場合には、わが国企業における役員<sup>(6)</sup>の経歴や構成、監査役制度のあり方など、種々の観点から慎重に検討しなければならない

が、社外取締役がほとんど存在しない現状においては、取締役会のなかに常務会を設け、業務執行に関して慎重かつ機動的な活動を期待しようとするれば、やはり従来のように、取締役会の諮問機関としての性格を中心にこれを育てていくのが妥当であると考へる。これに反して、常務会が取締役に代わつて実質的に業務執行の意思決定を行い、取締役会の方はこれを追認するに過ぎないものとなると、それは現行法の規定に違反するのみでなく、そこに生ずる弊害も無視できない。その意味において、今回の改正試案における経営委員会制度の登場（前掲改正試案第二、三参照）は注目されるが、この経営委員会をめぐる諸問題を究明するためには、取締役会のなかに設けられる常務会その他の委員会の法的地位、取締役会との関係などについて、更に検討を進めることが必要である。

会社は定款をもつて、常務会などの任意の業務執行機関を設けることは可能であり、その数も必ずしも一個に限られるものではない。ただ、取締役会は一般的に業務執行の権限をもつ法定機関であるから（商二六〇）、その任意機関は取締役会の下部機関としてのみ設置することができる。定款による任意機関も法定機関の業務執行権限を奪いまたは制限することはできないからである。従つて、会社が常務会などを設けた場合にも、常務会は取締役会の指揮、監督のもとにのみ業務執行に関与することができる。この場合に問題となるのは、常務会が定款の規定に基いて設けられた場合と、単に取締役会の決議によつて設けられた場合とでいかなる差異があるか、あるいは改正試案が定めているように、法律の規定に基く場合にはどうなるかという点である。

まず、会社が定款で任意機関としての常務会を設け、この常務会に業務の執行を委託した場合には、商法で業務執行に関して取締役会自身が決定すべきものと定められた以外の事項、たとえば日常の会社業務については常務会が決定すれば、業務執行の権限ある機関が決定したものととして法的に評価される。ただこの場合にも、取締役会は業務執行に関して常務会に委託した事項について、一般的な監視義務を負うわけであるから、この義務に違反すれば、その責任を免れることはできな

い。これに対して、定款の規定に基かないで、取締役会の決議のみで常務会を設けた場合には、取締役に会社社の機関を創造する権限はないから、そのいわゆる常務会には会社社機関としての性格は生じない。従つて、取締役にその決議のみで常務会を設けた場合には、それは下部機関として地位が与えられるわけではなく、取締役会の活動のための補助者としての地位を認めうるに過ぎない。もちろんその場合にも、常務会が業務執行のためにある決定をなすことに変わりはないから、その決定を取締役会自身が会社の業務執行として承認または受領した場合には、業務執行に関する決定としての意味をもちうることとなる。

今回の改正試案は経営委員会の設置について、定款に定めのある場合を除いて、取締役に決定する旨を法律で規定することを予想しているようである。同時に、業務執行に関して取締役に権限とされる事項のうちのあるものを、経営委員会に委任できる旨を定めようとしている（前掲改正試案第二、三、1、3参照）。改正試案の上からは、具体的にいかなる規定を設けようとしているかは明らかでないが、経営委員会の設置について、その構成や権限を含めて商法に規定するようになる。定款または取締役に決議によつて設置される経営委員会の法的地位はいかなるものかが問題となる。このうち、定款によつて設置された場合には、前述したように、そこに任意機関としての地位が認められることに変わりはないから、経営委員会の構成や権限を明らかにしたという点に、新しく規定することの意義がある。

これに対して、取締役に経営委員会の設置を決定する場合には、本来、取締役に機関を創造する権限はないから、そこで設置される経営委員会には機関として地位は生じないように思われる。けれども、改正試案が定款による設置と並んで取締役会の決議による設置をとりあげ、また、経営委員会に業務執行の決定権限のあることを明らかにしていることからいうと、その場合には例外的に、取締役に機関創造の権限を認めるようにも読みとれる。立案関係者は常務会の現状を改善するため、新しく経営委員会の構成や権限を規定することに重点をおいているが、機関性の点について前述したような視

点から検討したか否かは明らかでない。<sup>(8)</sup>確かに、経営委員会に機関性が認められるか否かという点は、通常の場合の業務執行については大きな差異を生じないが、取締役会に業務執行のための機関を創造する権限を認めようとするれば、取締役会自体に業務執行の権限があるかないかなどの問題を更に検討してから、立法することが必要のように考える。

最後に、常務会または経営委員会において、取締役会の委任によつて業務執行を決定する場合には、取締役会が業務執行を決するという場合と同様に、その執行自体をも含むかという前述した議論が繰返されるのではないかと思われる。<sup>(9)</sup>特に改正試案は会社の業務執行をその決定と執行とに分け、取締役会が決定したところを執行するとみる学説の立場を前提に規定したようにも見えるため、<sup>(10)</sup>改正試案を具体的に立法する場合には問題となる。この問題については、常務会または経営委員会が業務執行について決定できるということは、その意思決定と執行自体の権限とを同時に有しており、必要に応じて、執行自体を代表取締役その他の者に委任することができると解すべきであろう。

- (1) 堀口亘「注釈会社法」(4) 商法二六〇条注釈「三三八—三三九頁、服部栄三「常務会の序説的考察」小町谷記念論文集九三、九七頁。
- (2) Hemard, Terré, Mahlat, Sociétés Commerciales, I 893, Andrieux, Direz, Gilbert, Traité pratique des sociétés anonymes, §455, 456.
- (3) Gower, *The Principles of Modern Company Law*, 3ed, p. 155-156, Pennington, *Company Law*, 4ed, p. 531.
- (4) アメリカ法においては、取締役会から執行委員会にどのような権限を委譲できるかについては必ずしも明確ではなからず、たゞは通常の業務執行に關するものは委譲できるか、補助的な権限 (ministerial powers) は委譲できるが、指揮的または裁量的な権限 (directional or discretionary powers) は委譲できないといわれている。たゞ実際上は、取締役会決議や付屬定款で、取締役会の権限のすべてを行使できると定めることが多いし、会社に關する制定法を眺めても、定款変更、合併、解散、附屬定款の制定、修正などの重要事項を除いて、執行委員会は取締役会のすべての権限を有するものとしてゐる (模範事業会社法四二条、ニーターモータ会社法七二条)。
- (5) Eisenberg M. A., *The Structure of the Corporation*, p. 139ff, Knepper W. E., *Liability of Corporate officers and directors*, p. 25ff, 並木俊守「経営委員会の發展と日本商法の継受」企業會計三一巻一—二六頁。
- (6) 慶應義塾大学商法研究会・前掲九九頁。
- (7) 高鳥・前掲一六四頁、服部・前掲論文九七頁。

(8) 立案関係者は現在各企業で行われている常務会を前提に、その改善をはかるために経営委員会を認めようとするものであると説明する。そして、現行の常務会制度の欠点は法定の機関でないため、常務会で決定した事項も再び取締役会の承認を要するから、迅速な業務執行の決定手段としては問題があるとする。これに対して、改正試案の経営委員会は取締役会に付属する任意的機関であり、取締役会が決定すべき事項の一部について、その決定を委任されると解説している(元木・前掲二二―一三頁)。

(9) 平尾賢三郎「常務会の法的性質」田中誠二記念論文集五五一―五五二頁。

(10) 元木・前掲九頁。

#### 四 業務担当取締役と使用人兼務取締役

わが国の株式会社の取締役のうちには、業務担当取締役または使用人兼務取締役も数多く存在しているから、それらの取締役の地位、特に取締役会との関係について検討することも必要である。今回の改正試案も、取締役が法定権限以外の職務(たとえば専務取締役、取締役部長・工場長・支店長)を行う場合には、その職務は取締役会が決定すると規定している(前掲改正試案第二、二、2参照)。この取締役の法定権限以外の職務としてあげられたものは、いわゆる業務担当取締役と使用人兼務取締役の職務によると思われるので、まず、業務担当取締役と使用人兼務取締役の用語法から考えてみよう。業務担当取締役という用語もかなり多様に使われているが、現行法に規定のある代表取締役(商二六一)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多数説といえる。<sup>(1)</sup><sup>(2)</sup>これに対して、使用人兼務取締役<sup>(3)</sup>というのは、取締役が同時に使用人的地位を兼ねる場合、たとえば取締役部長、取締役工場長などを指すことには異論はない。

従来、各会社に設けられていた業務担当取締役は会社の内部的な業務を担当する任意機関であるから、業務担当取締役のなした行為は会社の行為として評価される。この関係は、業務担当取締役を直接定款で定めた場合のみでなく、定款に基



て取締役会規則で選任した場合にも、同様に理解することができる。その意味では、取締役が同時に部長などの使用人の地位を兼務する場合は異なっており、このような使用人兼務取締役は取締役会の活動の補助者に過ぎない。なお、業務担当取締役と取締役会の関係は、前述した常務会の場合と同様に、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。

これに対して、取締役会の決議のみで取締役に担当職務を定めた場合にも、業務担当取締役であることに変わりはないという見解もある<sup>(4)</sup>。そのような見解は、代表取締役も広義においては業務担当取締役であるという前提に立つて、業務担当取締役という言葉をここでは代表取締役の意味に解しているようにも見える。けれども、取締役会は当然には会社機関を創造することはできないから、そこで定められるいわゆる業務担当取締役は、取締役会の補助者である使用人的地位を有するものであり、その意味では、使用人兼務取締役と実質的に差異はないものと解される。ただいずれの場合にも、取締役会はそのような補助者である取締役がなした行為を通常は受領するであろうから、その限りでは、その行為が会社の行為となる過程に差異があるにとどまる。

任意機関として業務担当取締役と常務会または経営委員会とは、取締役会に対する関係においては、いずれもその下部機関としての性質を有している。従つて、それらの法的地位については当然には優劣の関係は生じない。また、代表権をもたない業務担当取締役や使用人兼務取締役が、会社のために法律行為をなすこともあろうが、そこに表見代表取締役の規定(商二六二)が適用される場合は別として、一般にそこに生ずる法律関係は会社代表のそれではなく、代理関係そのものにほかならない。

(1) 大隅・全訂会社法論中一二二頁、田中誠・前掲上五三六―五三七頁、山口前掲三五五頁、菅原菊志「判例評釈」商事判例研究昭和三五年三九八頁。

(2) 反対に、代表取締役と業務担当取締役とを同視して、代表取締役のほかに独立した地位を有する業務担当取締役を認めない立場をとるものとし

て、東京地判昭和三〇・六・九下級民集六卷六号一〇七九頁がある。

(3) 東京地判昭和三五・一〇・二八下級民集一一卷一〇号三二〇二頁参照。

(4) 大隅・山口・総合判例研究叢書商法(4)・取締役会および代表取締役一〇七頁。

## 五 取締役会の権限委譲をめぐる立法論

株式会社の業務執行機関としての取締役会の権限の行使、または、権限委譲の態様を立法論的に考察する場合、その前提となる二つの重要な問題があるように思う。第一に、業務執行の決定に際しては慎重な手続がとられると共に、業務内容の变化と多様性に対応できるように、業務執行のために機動的な組織をもつことである。第二は、業務執行担当者の権限が独断的に行使されることのないように、これを監査または監視する機構を適当に構成することである。<sup>(1)</sup>わが国の株式会社における業務執行については、取締役会が一般的な業務執行機関としてこれに当り、監査機関としての監査役が設けられている。

また、一定規模以上の会社の会計監査については、公認会計士または監査法人である会計監査人がこれに当り、監査役に協力している。また取締役会がその決定した業務執行を代表取締役などに実行させる場合には、それらの者に対する権限委譲に基く監視権が取締役会に認められる。<sup>(2)</sup>そして、監査役などの監査機関の報告は株主総会に対してなされ、また、業務執行機関と監査機関の間に意見の対立がある場合には、そのいずれに従うかは原則として株主総会が決めることとなる。<sup>(3)</sup>

現行法上の業務執行に関する機関組織とその運営をこのように理解した上で、まず、取締役会の権限を代表取締役に移譲する場合の立法のあり方から検討してみよう。業務執行の機動性という点から見ると、取締役会の権限を代表取締役に移譲するのが適当な場合が多いであろうが、その場合には、代表取締役による権限の行使が独断に走るおそれのあることも広く指摘されている。前述したように、取締役会がその業務執行権を代表取締役に委譲した場合にも、取締役会は代表取締役の

業務執行を指揮し監督する権利と義務とを有するが、実際にはその監視義務が十分に果されているとはいえない。その理由としては第一に、わが国の株式会社社の取締役の大部分は社内の従業員から選任されており、従つて、従業員時代の上司であつた社長や先輩の取締役に対して頭が上らず、まして、これらの先輩取締役がなした業務執行を批判し監督することは期待できない。第二に、いわゆる平取締役のうちのかなりの数の者は部長、工場長、支店長などの使用人業務を兼務しており、そのため、他の取締役が担当し実行した業務執行を批判しなければならぬ場合にも、どうしても互いにかばい合う気持が強く、十分な業務監査は望めないといふことである。<sup>(4)</sup>このように、わが国における取締役の経歴、業務分担の実情などから見て、取締役会内部で経営機能と監視機能とを明確に区別できる基盤の乏しいことからいうと、取締役会の権限を代表取締役に委譲することについては、立法上、これをどのように取扱うかについては慎重な配慮を必要としよう。

取締役会の権限を代表取締役に委譲することに問題があるとすれば、次に、常務会なり経営委員会に委譲する場合には、そこにかなる問題が生ずるかを検討する必要がある。この場合には、権限を委譲される相手方が代表取締役よりも広い範囲の取締役であるという点では、理論的には、独断的な処理の生ずる危険は少なくなるはずである。けれども、アメリカ法におけるように *insider director* と *outsider director* の区別もないわが国の企業においては、取締役会が常務会なり経営委員会に対して監視権を行使することが困難であり、また、常務会などが経営に関する情報を十分に与えるという保証もない。この点は、取締役会の内部に社外取締役を入れればある程度解決できるであろうが、そのことは現在の取締役のあり方を大きく変えるものであり、その結果、従業員がその昇進の目標とした取締役になり難くなることによつて、その勤労意欲を減少するという懸念もある。

更に理論的に考えても、経営委員会などを取締役会とは別に法定する場合には、経営委員会に属する取締役とそこに属さない取締役との関係を、いかに構成するかという厄介な問題がある。たとえば、経営委員会などに属する取締役が業務執行

に關して決定し実行したところについて、そこに属さない取締役は責任を負うか、また、その根拠は何かという問題である。アメリカ法においては、取締役会が経営委員会などに業務執行の権限を委譲しても、それによつて取締役の責任を免除するものではなく、経営委員会の構成員が注意義務に違反して会社に損害を加えた場合には、そこに属さない取締役も責任を負うべきであるとの規定を設けている州法も少なくない。<sup>(5)</sup>これに対して裁判所は、経営委員会の構成員ではない取締役が現実に知つておらず、また、知ることができなかったはずの委員会の違法行為について、同様に責任を負うことに抵抗しており、これらの州法の規定に制限を加えることが多いとのことである。<sup>(6)</sup>

これに対して、わが国の株式会社においては、業務執行の権限は取締役会にあると同時に、監査機関としての監査役が存在するという点がアメリカ法とは異なつてゐる。アメリカ法においては、取締役会の機能を業務執行と監査の二つに分ける傾向が見られるが、その場合には、監査機能を担当する取締役の任務は、事前的、予防的なものと同時に、事後的、救済的な監査をもその内容に含むこととなる。その点では、わが国のように事後的、救済的な監査は監査役という別の機関が担当する場合には、取締役会内部における監視機能は事前的、予防的なものに重点があると考えるのが適當である。従つて日本法においては、経営委員会に属さない取締役は違法行為の阻止義務を負い、また、その責任も経営委員会の構成員たる取締役と同様であるが、職務内容の相違に基く差異は認められるであらう。

改正試案が経営委員会をどのような構想のもとに法定するかが注目されるが、具体的には、取締役会の委任によつて経営委員会が会社の業務執行を決定するという手順を予定している（前掲改正試案第二、三、<sup>3</sup>参照）。その点では、経営委員会に属する取締役とそうでない取締役との関係は、従来、取締役会の内部で業務執行の権限を委譲されまたは補助者として業務執行に当る取締役と、これに当らないで、取締役会の内部で指揮または監視を担当する取締役との関係と、基本的には同様である。そうなる、経営委員会に属さない取締役の職務または責任を考察する場合には、従来、取締役会の内部で指揮または

監視に当つた取締役の地位に関する議論が参考となる。この点に関して、わが国における学説の多くは、取締役会は代表取締役のなす業務執行について監視機能を有しており、取締役に属する個々の取締役の監視義務は、取締役に上程された事項にとどまらず、そこに上程されない事項についても及ぶものと解している。<sup>(7)</sup>これに対して、改正試案における経営委員会の場合には、取締役会から委任された事項について法令または定款の定めによるほか、一定範囲の法定の制限が設けられるようであるが、取締役会が権限の一部を委譲した経営委員会の行為によつて損害が生じた場合には、同様に、取締役に属するその他の取締役にも賠償義務が生ずるものと解される。このように解することは、<sup>(8)</sup>アメリカにおける多くの州の立法例にも合致するものである。前述したように、改正試案の経営委員会を立法化する場合には、取締役会から権限を委譲される他の下部機関との関連性もあり、また、経営形態の自由な選択という点からいつても、あまり細部に立入つて規定することは適当でない。それよりも、むしろ監査役制度の充実を進めることが先決問題であると考えられる。

このように、商法上の機関構成と従来経験からいつて、わが国においては、取締役会のなかに監査委員会などを設けてその監視を強化するということは、会社機構をいたずらに複雑にするに過ぎない。また、取締役会の業務執行権と監視権とを分離することには限界があり、その実効性を期待することは困難であらう。その意味では、監査役制度の充実強化を促進すると共に、会計監査人の円滑な活動の確保に重点をおくことが適当である。たとえば監査役に対する報酬を総会で別に定め、監査役候補者の決定を慎重に行うなどして監査役の地位の独立をはかることが必要である。また、監査役に経営に関する情報を豊富に提供できるよう各会社で工夫する余地を認め、監査役会をひんばんに開催できるように配慮することも重要である。更に監査役に会計監査人の候補者を決定する権限を認め、業務監査と並んで会計監査の実効があがるように工夫することも妥当である。右に述べた各種の手續を用意し工夫することによつて、監査役が取締役会の業務執行の概要を把握すると共に、効率的にその監査ができるように改善することが望ましい。

次に取締役会関係の問題としては、前述したように常務会の利用が盛んになったことに伴つて、取締役会が形骸化しているとすれば、その限りでは、取締役会が委譲できる権限の範囲を限定することも考えられる。また、会社が機密の漏洩をおそれて重要な案件を常務会で審議し、株主には公開されない常務会の議事録のみ掲載する場合もあつたようであるから、その議事録を取締役、監査役が閲覧できるようにすることも必要であらう。更に、業務担当取締役などについて、会社内部における役割を定めることも差支ない。ただ大会社といつても、取締役の人数やその活動形態にはかなりの差異があるから、商法が経営委員会や業務担当取締役について、あまり詳細かつ固定的に規定することは適當ではない。商法としては、会社が種々の経営形態を採用できる道を残しながら、必要かつ最小限度の規制を設けるという立場を基本とすべきである。その意味では、常務会または経営委員会を法定して枠をはめることよりも、取締役会は会社企業業の経営に関するいつさいの権限を有しており、代表取締役その他に権限の一部を委譲する場合にも、これに対する指揮、監督の権限を放棄できない旨を規定することが現状においては賢明な方法であらう。<sup>(9)</sup>

(1) 業務執行機構の作り方を比較的に眺めると、Eisenberg のいうように (Eisenberg, op. cit., p. 172)、会社に業務執行機関としては取締役会しかないときは、すべての取締役が執行担当者から独立して監視機能を実行するか、または、取締役会のうちで、業務執行を担当しない取締役が多数を占めるかという二つの方法がある。これに対して、業務執行に関して二つの機関をもつ場合には、執行担当者と監査担当者が別個の会社機関に属するという方法がある。現在までのところ、右の三つの方法のいずれかを選択することとなる。

(2) 取締役会は代表取締役などの業務執行を監視するとか、取締役会は監査機能をも有するというように、監視とか監査という言葉が区別しないで使用されているのが通常である。また、会計監査という場合の監査とは何かが会計学において議論されるが、その場合には会計とそれに関連する取引事実の正否について、その担当者以外の第三者が検査することと解するのが通常の方法である。本稿においては、取締役会が代表取締役などに業務執行の権限を委譲した場合のように、自己の有する権限を他人に委せて、これを指揮、監督する場合を監視または監視機能といい、反対に、自分では業務執行の権限をもたない者が、他人の行う業務執行の内容を調べる場合を監査または監査機能という言葉で表現するように努めてきた。このように用語を区別して使用するのは、監視機能が問題となる場合には、一般に業務執行の状態を検討して、事前的、予防的な措置をもとらうのに対し監査機能が問題となる場合には、事後的、救済的措置を勧告することが原則となるなどの点で、両者は相違するからである。

この点に関して日本法を見ると、その内容は必ずしも右のように整理して規定されてはいない。また、アメリカ法における取締役会による監視と

イッ法上の監査役による監査とは、その実際の効果は近づいていることも指摘されているが、アメリカ法におけるように執行担当者を取締役会が監視する方が、業務執行権をもたない監査役が監査するよりも、経営上の判断にとってより合理的な結果が生ずると考えられるなど (Eisenberg, op. cit., p. 185, Schaeffler, The liabilities of officer: indemnification and insurance of corporate officers and directors, p. 63) である。

(3) 「株式会社」の機関に関する改正試案<sup>1)</sup>が定めているように、計算書類の確定権限を取締役会に認められるようになる。会計監査人などが計算の内容について取締役会と意見を異にするときは、もはや取締役会には確定権限は認められない (改正試案第一、一、1、b 参照)。従つてその場合には、株主総会がそれらの意見をきいた上で、そのいずれかに決定するというのが自然であろう。

(4) 田中誠「機関改正試案の中心的問題点」商事法務八四五号二二頁。

(5) ニューヨーク会社法七二二条(c)その他の州法については、Model Business Corporation Act Annotated, 1977 Supplement, p. 325, 326.

なお、一九七五年に改正された模範事業会社法四二二条においては、取締役会が委員会を設けて権限を委譲した場合、委員会が委譲された権限の範囲内において行為をしたとしても、それだけでは、取締役が自己の職務を誠実に注意深く遂行したことにはならないと規定し、これに従う州法も現われたことは注目される。

(6) Schaeffler, op. cit., p. 54-56, Aurell, The Corporate Executive Committee: A Dilemma for the Non-member Director, U. Fla. L. Rev., vol. 17, p. 525. 並木・前掲二九一三〇頁。

(7) 最判昭和四八・五・二二民集二七卷五号六五五頁。

(8) Patury, Précis de droit suisse des sociétés, II 252-253.

(9) 慶應義塾大学商法研究会・前掲九九頁。

## 六　む　す　び

取締役会の権限とその委譲の問題を究明しようとした本稿においては、取締役会は会社の業務執行をどのようにして行つていくか、その権限を代表取締役その他に委譲する場合には、取締役会の監視権またはそれに基く責任はどうなるかなどの点について、まず、従来行われていた議論を整理するところから始めることとした。このように、株式会社の業務執行に関して最も基本的であり、かつ、きわめて重要な問題点についても、既に学説は分れていた。従つて、「株式会社の機関に関する改正試案」が予定しているように、取締役会のなかに経営委員会を設けるために詳細な規定をおこうとすると、その解

積が紛糾することが予想される。そこで、まず、従来の対立する学説について批判し、取締役会は業務執行の決定と実行の権限を有すると共に、自己の責任において、その権限行使を下部機関に分担させまたはそのために補助者を使用することは差支えないことを明らかにした。次に、代表取締役を選任されると業務執行権が与えられるという一般に用いられる表現は、法律的にはきわめて大胆な表現であり、正確には、代表関係を伴う業務執行についてのみ妥当するものであることを指摘した。もつとも、会社が定款で代表取締役に業務執行の権限あることを規定した場合には、会社の任意の業務執行機関となるが、その場合には、取締役会の指揮、監督を受けることを説明した。

最近においては、取締役会のほかに常務会などの制度を活用する会社も増えてきている。また、会社が常務会または改正試案の定める経営委員会を設ける場合には、取締役会から業務執行に関する権限が委譲されることも起りうるが、取締役会の権限委譲であるという点では、代表取締役などが委譲を受ける場合と本質的には異ならない。従つて、常務会や経営委員会は取締役会の下部機関としてのみ設置され、取締役会は常務会などの活動に対しても指揮、監督の権限を有している。ただ、わが国の株式会社には社外取締役がほとんど存在しないなどの理由から、代表取締役や常務会に対する監視や批判が十分に行われているとはいいい難い。次に、業務担当取締役や使用人兼務取締役が設けられることも多いが、前者は会社の内部的業務を担当する任意機関であるのに対し、後者は取締役会の活動の補助者に過ぎない。そして、業務担当取締役と取締役会の関係については、前述した常務会の場合と同様に、取締役会の下部機関として設置され、その指揮、監督を受けることを述べてきた。

そこで立法論としては、常務会や経営委員会あるいは業務担当取締役などの活動に枠をはめ、細部にわたつて規定することは、企業の自由で多様な経営活動を制約するおそれが多い。取締役会の権限とその委譲に関する商法の規定は、一方では、取締役会の形骸化をできるだけ阻止する方向で検討されるべきであると同時に、他方では、必要かつ最小限度の規制に



と定めることを基本とすべきである。その意味においては、取締役会は企業の経営に関するいつさいの権限を有しており、その権限の一部を代表取締役などに委譲する場合にも、これに対する指揮、監督の権限を放棄できない旨を明らかにすることが、現状においては最も賢明な立法のあり方であることを指摘した。