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

Title	代表取締役制度の半世紀
Sub Title	Half a Century of "DAIHYŌ-TORISHIMARIYAKU" (the Representative Director) System
Author	倉沢, 康一郎(Kurasawa, Yasuichiro)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2000
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.73, No.12 (2000. 12) ,p.127- 136
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	髙鳥正夫先生追悼論文集
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20001228-0127

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.

代表取締役制度の半世紀

倉沢康一郎

一、はじめに
二、昭和二五年改正法の誤算
三、代表取締役をめぐる学説と判例
四、株式会社における代表機関

一、はじめに

高鳥正夫先生は、実際界における現実の業務ときわめて関係の深い商法――その中でも特に会社法――の研究・教育を進めるにあたって、常に概念法学の弊に陥いることをきびしく排し、福澤諭吉のいう「実学」的な理論法学の追求を心がけられた。そのことは、例えば、概念法学的弊風が世を覆う感のある株式会社の機関相互間の権限関係の問題につき、通説が、昭和二五年改正法によってあらたに導入された取締役会と代表取締役とを別個かつ独立の並立的機関であるとし、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ものと理解することに対して、「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いうところから始まったものである。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はない。」（高鳥・会社法の諸問題〔増補版〕三四二頁）と鋭どく指摘するところに、端的にあらわれている。

平成一二年（二〇〇〇年）七月一一日、保岡興治法務大臣は記者会見を開き、株式会社に関する法制度を全面的に見直し、二年後を目途に商法改正を実施する方針を表明した。同日の日本経済新聞夕刊は、そのことを報じた上で、「会社法制を中心とする商法の抜本的改正は連合国軍総司令部（ＧＨＱ）の下での一九五〇年の見直し以来、約五〇年ぶり」と解説している。そして、法務大臣の目指す商法改正の方向につき同日の朝日新聞夕刊は、「株主総会や取締役会のあり方を『国際基準』に合わせ、企業の競争力を高めていくことなどが狙い。取締役会の権限を強化して重要事項を迅速に決定できるようにすることや株主総会での議決権行使をインターネットを通じてできるようにすることなどが検討される見通しだ。〔中略〕現行の商法については、『実態に合わない制約が多く、経営に機動性を持たせられない』との指摘がある。今回の見直しはこうした声にこたえ、株主総会や取締役会といった企業統治のシステム（コーポレイト・ガバナンス）を、実態に即したものにしていくことなどが柱となっている。」と報じている。

報じられている改正方向ないしは検討課題を一見して強く感じられることは、情報化（ＩＴ革命）の進展や金融システムの再建・金融商品の自由化といった社会的環境の変化に適応するための課題のほかに、会社法に内在する制度の改正を目指す方向としては、株式会社における機関構造の変革が大きな柱とされているという点であ

る。そして、その変革のキー・ワードは、「経営に関する決定の迅速化」と「実態に即したコーポレイト・ガバナンス」の二つであるといえる。

実は、昭和二五年の商法根本改正においても、改正の最も大きくかつ基本的な柱は、株式会社の機関構造の変革であった。すなわち、同改正法は、アメリカ法にならって、取締役会制度を導入すると同時に業務監査機関としての監査役制度を廃止し、他方わが国特有の機関として代表取締役制度を創設（改正前にも代表取締役という名称の機関は存在したけれども、改正法上の代表取締役制度はそれとはまったく別の性質のものである――後述）したのであるが、その際のキー・ワードもまた、表現こそ違え、右と同様のものだったのである。

昭和二五年改正法が、半世紀経た今、所期のようなコーポレイト・ガバナンスの機能を果たし得なかった「失敗」の原因につき、これを代表取締役制度の創設の点に求める評価もあるが（岩崎稜「商法改正の歴史――昭和二五年改正を中心に」戦後日本商法学史所感〔商法学研究第一巻〕二八頁以下）、問題の真の所在は、商法解釈学において、会社の業務執行権と代表権との関係の理解が不明確であった点にあるというべきであろう。その点につき、高鳥先生は次のように説かれている。

すなわち、会社の業務執行と代表との関係につき、通説を代表する見解が、「業務執行は、機関の行為が会社の事務処理と認められる面からみたものであり、代表は、機関が会社の名において第三者とした行為の効果として会社と第三者との間に法律関係が生じるにいたる面からみたものである。したがって、〔中略〕対外的な業務執行は他面において会社代表の関係を伴い、会社代表は他面からみれば対外的な業務執行である。この意味において、業務執行と代表の区別は観点の相違に外ならない。商法は代表取締役と名づけてその代表権についてしか規定していないが（二六一条）、それは代表取締役が対外的のみならず、内部的な業務執行権を有することを当然の前提とするものと解するほかない。」（鈴木竹雄＝竹内昭夫・会社法〔第三版〕二八六頁注（四））とするのに対

して、高鳥先生は、「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決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。従って、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、代表権とは直接の関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、表裏の関係で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というほかない。」（高鳥・前掲三四三頁）と批判される。

右に挙げたような通説的な見解は、一方において、代表取締役の擅断的な経営に対するガバナンスないしはコンプライアンスを疎外する要因になるとともに、他方において、アメリカ法を模したものといわれ、近時企業に導入されている「執行役員」につき、その地位と権限に関して実務に大混乱をもたらす要因になっており、先生の批判はまさに正鵠を射たものといいうる（この点に関する私見については、拙稿「業務執行機関の権限と責任」会社法の論理一六三頁以下を参照されたい）。

今後、「企業統治の実効性の確保の視点」から、株主総会、取締役会、代表取締役および監査役という機関相互間の関係のあり方、ならびに、執行役員制度の導入の可否・当否といった点が検討されることになるわけであるが、その場合に、グローバル・スタンダードとの関係からいってもキー・ポイントに位置するわが国特有の代表取締役制度の半世紀を、歴史的に再考察し、理論的に正しく位置づけることが必須のことがらであると思われる。

二、昭和二五年改正法の誤算

昭和二五年改正法は、アメリカ法をモデルとして取締役会制度を導入した。しかし、それと同時に、アメリカ法上は存在しない代表取締役制度を独自に創設したのである。この点につき、当時立法作業に関与された矢沢惇教授は、「取締役会制度を採用したので、取締役会で選任した代表取締役がそこで決定された方針に従い業務執行と代表にあたるというアメリカ式のやり方に切りかえたのです。」（矢沢惇＝鴻常夫・会社法の展開と課題一六頁）と述べておられるが、アメリカ合衆国の大多数の州法にあっては、取締役会の決定にもとづく会社の業務執行を実行するものは、取締役会の下部機関たるOfficers（President, Vice-president, Secretary, Treasurer）である。近時、アメリカにおいても、ＣＥＯなどといって、取締役会々長（Chairman of the Board）がOfficerを兼ねる例が出てきているようであるが、Officerの地位自体は使用人であって取締役ではない。それゆえにこそ、一方において、Officerは取締役会の監督・支配に服し、他方において、取締役会はOfficerに対する監督・支配につき株主に対して厳格な責任を負うことになるのである。

ところが、昭和二五年改正法上のわが取締役会制度にあっては、アメリカ法上のOfficerに相当すべき業務執行の実行機関は、取締役の中から選ばれる「会社代表権をもつ取締役」としての代表取締役である。そして、前述のように、わが国の代表的な商法学説上、この本来Officerに相当すべき代表取締役が固有に業務執行権限をもつ機関として理解されてきている。このような制度および理解の下では、本来取締役としては取締役会という合議制の機関の平等な一メンバーであり、業務執行の実行機関としては取締役会の下部機関たるべき代表取締役を、取締役会の内部的なヒエラルキーにおいて上位に押し上げてしまうことになる。

このようないわば「誤解」には、立法技術上のミスといいうる原因がある。というのは、わが国の株式会社法

上、「代表取締役」と称ばれる機関は昭和二五年改正法以前にも存在しており、新設の取締役会制度の下における代表取締役制度と従来のそれとの間に、概念上の混同が生じてしまったものといえるからである。

昭和一三年（一九三八年）改正法は、それまで「取締役ハ各自会社ヲ代表ス」と定めていた商法一七〇条一項を、「定款又ハ株主総会ノ決議ヲ以テ取締役中会社ヲ代表スヘキ者ヲ定メス又ハ数人ノ取締役カ共同シ若クハ取締役カ支配人ト共同シテ会社ヲ代表スヘキコトヲ定メサルトキハ取締役ハ各自会社ヲ代表ス」と改めた。その後、この「定款又ハ株主総会ノ決議ヲ以テ取締役中会社ヲ代表スヘキ者」と定められた者を代表取締役と称ぶことになるわけであるが、これは、定款または株主総会という会社の基本的な組織を決定する機関の意思にもとづく、独任制の取締役のすべてが本来有する代表権の、特定取締役への集約を意味する。いいかえれば、昭和一三年改正法上の代表取締役選任は、定款または株主総会による他の取締役の代表権剝奪なのである。

このような代表取締役制度の下においては、株主総会決議により代表取締役として選任された者であるか、それとも単なる取締役として選任された者であるかということは、独任制の下で、生来的に権限上ヒエラルキーに上下の差異があることを意味せざるをえない。当時、商法改正に最も影響力の強かった松本烝治博士は、この改正を、「本条改正ノ第一点即チ取締役中ニ会社ヲ代表スル権限ヲ有スル者ト之ヲ有セサル者トヲ認ムルノ制度ハ外国法ニ類例ナシト雖モ外国法ニ於テ共同シテノミ会社ヲ代表スルコトヲ得ル取締役員ハ単独ニ会社ヲ代表スルコトヲ得ル取締役員ニ比較スレハ会社ヲ代表スル権限ヲ有セサルト多ク異ル所ナキノミナラス我邦ノ実例上所謂専務取締役又ハ常務取締役以外ノ取締役ハ其員ニ備ルノミニシテ会社ヲ代表シテ行為ヲ為スコトナキモノタリ故ニ此改正ハ寧ロ実際ニ適合スヘキモノトシテ歓迎スヘキナリ」（松本・商法改正評論七三頁）と評価する。

共同代表取締役制度の下において代表権の行使が制約を受けること（つまり、共同代表取締役制度の下においても代表取締役が会社を代表するのである）と、代表権の剝奪とが「多ク異ナル所ナキ」という点は筆者の理解を絶

するが、いずれにしても、松本博士の歓迎する「専務取締役又は常務取締役以外ノ取締役ハ其員ニ備ルノミ」という「我邦ノ実例」を変革するためにこそ、今様にいうコーポレイト・ガバナンスの実現を期すべく昭和二五年改正法は取締役会制度を導入したのである。

それにもかかわらず、昭和二五年改正法は、取締役会制度の下におけるOfficerに相当するものを、これも世界に類例のない代表取締役として設定したために、当初から、旧法上のいわゆる平取締役に対する代表取締役と同一の地位として観念されざるをえなかったのである。そして、その代表取締役が、代表権だけではなくて、固有に業務執行権を有するものと理解されることになる。

三、代表取締役をめぐる学説と判例

高鳥先生の論文に、「会社代表行為の病理現象」（前掲書三六五頁以下）といういかにも先生らしい実学的理論にもとづく労作がある。そこでは、特に株式会社の代表取締役の行為につき、「取締役会などの決定に違反する代表行為」、「定款で定めた内部的制度に違反する代表行為」および「背任的意図のもとになされた代表行為」の法的効果のあり方が、数々の具体的な例を挙げた上で論じられている。

その詳細については右論文を参照していただくほかないが、その根底を貫くものは、「代表行為の病理現象については、結局は、第三者が取引の安全について有する利益と守られるべき会社の利益を比較較量して、これを決するほかはないとするものも少なくなかった。」（前掲書三七〇頁）という学問的状況に対する批判を動機として、代表取締役の地位と権限に対する省察にもとづき、例えば、「代表取締役が取締役会などの決定に違反してなした代表行為の効力については、法律行為の効果意思は代表取締役自身が決定するものであるから、権限内の

事項に関しては、その場合でもこれを有効なものと解すべきである。けれども、業務執行の面からいえば、両者の関係は一方が指示、命令し他方がこれに従うというものであるから、その代表行為はいわば越権行為として、代表取締役は会社に対する責任を免れることはできず、また、これに関連して、取締役会などの決定に違反することを知る相手方までを保護する必要があるかという点も問題となろう。」（前掲書三七二頁）と述べて、業務執行上の越権行為となる行為の効力につき、具体的に検討される。

いずれにしても、会社代表権と業務執行権とが、表裏一体のものとして代表取締役の固有権限に属するという通説の下では、かりに取引の安全が図られる――それが真の取引安全に値いするかどうかはともかく――としても、そこではコーポレイト・ガバナンスの視点が欠落してしまっているものといわざるをえない。これは、昭和二五年の改正法による取締役会制度導入の目的が見失われたことを意味する。

そのような状況の中で、判例法は一つの衝撃をもたらした。ワンマン経営者たる代表取締役の乱脈経営にもとづく不渡手形をつかまされた第三者が、いわゆる平取締役に対し、その監視義務違反による損害賠償責任を追及した訴訟において、昭和四八年五月二二日最高裁判所第三小法廷判決（民集二七巻五号六五五頁）は、「株式会社の取締役会は会社の業務執行につき監査する地位にあるから、取締役会を構成する取締役は、会社に対し、取締役会に上程された事柄についてだけ監視するにとどまらず、代表取締役の業務執行一般につき、これを監視し、必要があれば、取締役会を自ら招集し、あるいは招集することを求め、取締役会を通じて業務執行が適正に行なわれるようにする職務を有するものと解すべきである。」と判示して、いわゆる平取締役の責任を認めたのである。そして、この判決を受けて、昭和五六年の改正法は、それまで「会社ノ業務執行ハ取締役会之ヲ決ス」と定めていた商法二六〇条一項を、「取締役会ハ会社ノ業務執行ヲ決シ取締役ノ職務ノ執行ヲ監督ス」と改めた。

昭和四八年の最高裁判決も、昭和五六年改正法も、昭和二五年改正法の立法目的からすれば自明のことがらで

ある。それが、判決が実際界に大きなインパクトを与え、さらに、改正法立法後三〇余年を経てその当然の事理を法改正として明示しなければならなかったということは、昭和二五年改正法により創設された株式会社制度のわが国における処遇を物語っているように、筆者には思われる。

四、株式会社における代表機関のあり方

わが国において、取締役会が社長の解任すなわち代表取締役の代表権剝奪（委任解除）を決議することは、一種のクーデタ的事態の発生としてとらえられる。そのようなとらえ方には実際上の理由があるのであって、同じ取締役会という合議制の機関のメンバーの中の多数が結束して、ヒエラルキーとして上位者と認識されてきたメンバーを「降格」させるという思い込みがあるから、下剋上的な異常事態の発生と考えられるのである。

これに対して、昭和二五年改正法のモデルとされているアメリカでは、取締役会による社長の解任は、会社の業績悪化等の事情があるときにはきわめて経常的なできごととして受けとめられる。この受けとめ方もまたきわめて当然である。なぜなら、社長（President）は取締役会が選任した上級使用人たるOfficerの一人であるに過ぎないからである。

本来、「会社ヲ代表スベキ」（商法二六一条一項）という場合の「代表」は、いうまでもなく、会社という法人に法律効果を帰属する目的で法律行為をなすことができる権限を意味するものであって、そこには、株主の意思にもとづき会社の人格を象徴的に体現するといったような意味合いは一切含まれてはいない。

取締役会という合議制の機関は、多角的な討議にもとづき、会社の業務執行に関する意思を決定するには最も適した機構であるが、それ自体はその意思を表示するには適さない機構である。したがって、取締役会制度の下

にあっては、取締役会の決定にもとづき具体的に業務執行としての意思表示を行うべき者が必要となる。代表者とは、そのような意異表示を会社のために行うべき者として、取締役会から委任された者をいうわけである。

株主総会という機関を通じて会社から業務執行を委任されている取締役会からすれば、その決定にもとづく業務執行の実行を代表者に委任することは、民法でいう「復委任」ないしは「復代理」にあたり、復代理人たる代表者の行う業務執行の実行行為につき、本人たる会社ひいては株主に対して選任・監督の責任を取締役会が負うのは、法理上当然のことがらである（民法一〇五条一項参照）。

要するに、取締役会制度の下における会社の「代表者」は、取締役会の決定および監督の下に会社の業務執行の実行行為を行うべき者として取締役会が選任する下部機関ないしは下位者なのであって、それが取締役の中から選ばれるべき必然性は毫もない。むしろ、コーポレイト・ガバナンスの筋道を明確化するという観点からすれば、会社の代表者は取締役以外の者からこれを選ぶものとすることの方がより適切であるともいいうる。

前述した法務大臣の改正指針の中に、「『国際基準』に合わせ」という方向性が示されているが、単にアメリカ型の株式会社法制だけではなくて、ヨーロッパ型の株式会社法制においても、株主総会の選任による「監査役会」（Aufsichtsrat, conseil de surveillance）が、業務執行の実行機関たるVorstandあるいはdirectoireを自らの責任において選任・監督するという機構が採られており、それぞれの名辞には差異があるにしても、基本的な構造は両者において同一なものであるといえるのである。

昭和二五年改正法の立法趣旨と、その後に辿った半世紀の運命をふりかえってみると、代表取締役制度の廃止を検討することも、この際一つの課題なのではあるまいか。