

Title	取締役会非設置会社において取締役が二人以上選任された場合の業務執行についての序論的考察
Sub Title	The introductory considerations on the business execution of corporation without board of directors : especially when there are two or more directors
Author	鈴木, 千佳子(Suzuki, Chikako)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2023
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.96, No.1 (2023. 1) ,p.1- 26
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	山本爲三郎教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20230128-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20230128-0001</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.

# 取締役会非設置会社において取締役が二人以上 選任された場合の業務執行についての序論的考察

鈴木 千佳子

はじめに

- 一 取締役会制度をとらない会社の業務執行に関する規制の変遷
  - 二 業務執行機関としての性質について
  - 三 業務執行の決定
  - 四 代表取締役が選定された場合の業務執行
- 結語

はじめに

現行会社法では、株式会社において取締役会を設置しなければならない会社は公開会社（会社法二条五号）、監査役会設置会社（同条一〇号）、監査等委員会設置会社（同条一一号の二）、指名委員会等設置会社（同条二二号）に限られているものの（同法三二七条一項）、それ以外の会社においても、定款で取締役会を置く旨を定めることも可能である（同法三二六条二項）。法により取締役会の設置を強制された会社と、それ以外で取締役会を設置す

る旨を定款で規定した会社は取締役会設置会社といわれる(会社法二条七号)。これに対して、公開会社でない会社(条文上では「公開会社ではない会社」というような表現が用いられることもあるが、本論ではこれを「非公開会社」という)であり、かつ、上述の特別の機関構成をとらない会社であれば、取締役会設置を強制されず(このような会社を便宜上「取締役会非設置会社」と呼ぶことが多いため、以下ではこの呼称を用いる)、業務執行機関として一人または二人以上の取締役を置くことで足りる(同法三二六条一項)<sup>(1)</sup>。

取締役会非設置会社という点、小規模な会社を思い浮かべやすいが、<sup>(2)</sup> 大会社(会社法二条六号)であってもこれを選択することもでき、<sup>(3)</sup> 例えば、子会社(同法二条三号)および株式交換や株式移転を経て完全子会社となつた会社(同法七六八条一項一号、七七三条一項五号)などにおいても、非公開会社のメリットを享受し、支配株主の力が強いことを考慮するならば、取締役会を置かないことが簡便である場合もあるう。

取締役会制度は、昭和二五年商法改正により株式会社に取り入れられた。株主総会により選任された三人以上の取締役(会社法三四一条、三三二条五項)を構成員とする取締役会が株式会社の業務執行を決定し(同法三六二条二項一号)、その取締役の中から代表取締役を選定して、代表取締役が株式会社の業務に関する一切の裁判上あるいは裁判外の行為をする権限(会社代表権)を有するという、業務執行権が取締役会と代表取締役に分属する形式と考えられ、平成一四年改正による指名委員会等設置会社、および、平成二六年改正による監査等委員会設置会社の導入においては、これが七〇年以上にわたり定着し、研究も積み重ねられてきた。

しかし、取締役会非設置会社における業務執行制度は、これを利用して会社の特殊性に鑑みて、<sup>(4)</sup> 取締役会制度に比べると大変シンプルな形式であるが、それゆえに、取締役会設置会社に関する研究を援用することができないことが問題である。取締役会非設置会社においては、株主総会において取締役を一人以上選任し、その取締役が業務執行し(会社法三四八条一項)、すべての取締役が会社を代表する権限を有する(各自代表の原則。同法三四

九条一項)の原則である。この場合に、取締役が一人しかおらず、この者が業務執行の決定から執行までのすべての業務執行を行い、経営上の全責任を負う場合には、複雑な問題はほとんど生じないであろう。<sup>(5)</sup>しかし、取締役が二人以上選任された場合には、取締役の過半数をもって業務を決定し(会社法三四八条二項)、同条三項によって列挙される事項を決定する場合には二項の取締役の過半数の同意が必要で、特定の取締役にこの事項の決定を委任することはできないとされている(同法同条三項)。そしてさらに、原則としてはこのそれぞれの代表取締役は代表権を有するが(会社法三四九条一項)、二人以上の取締役を置く場合にも、各自が会社を代表することを明らかにし(同条二項)、さらにその中から一人以上の代表取締役を法定の手続により選定してもよいとする(同条一項ただし書き、同条三項)。つまり、条文上では、一人の取締役を置く場合を原則として規定しながら、例外として二人以上の取締役がいる場合を想定した複雑な規定が置かれているため、当然、前者よりも後者の場合には、解釈上難しい問題が集中する結果となると考えられる。<sup>(6)</sup>そこで、本稿では、取締役が二人以上選任されている場合の問題点について注目していきたい。

現行会社法上に取締役会非設置会社の業務執行が規定されてからはまだ日が浅いため十分な研究の積み重ねは少ない。しかし、このあと概観するように、昭和二五年改正前商法における株式会社(7)の業務執行制度、あるいは、株式会社と同様に社員は有限責任を認められる会社でありながら株式会社よりもさらに小規模で閉鎖性が強い会社に適合するような法制度として昭和一三年に創設された有(7)限会社では、株主総会あるいは社員総会により選任された一人以上の取締役を業務執行機関としており、現行会社法の取締役会非設置会社の法制度と極めて近似した内容の条文を置いていたため、取締役会非設置会社にもそれらが継承されているというのが一般的な理解である。これらについては、コメントや判例評釈などにおいてそれなりの研究がなされているため、本稿では、まず一においてこれらの内容が現行法とどのように類似し、あるいは相違しているかを指摘し、二以下では、各

論として、業務執行機関としての性質(二)、業務執行の決定(三)、代表取締役が選定された場合の業務執行(四)について検討し、最後に結語として、同制度の問題点と今後の課題についてもまとめてみたい。

#### 一 取締役会制度をとらない会社の業務執行に関する規制の変遷

##### (一) 昭和二五年改正前商法の業務執行に関する規定と昭和二五年改正による転換

明治三二年に制定された商法においては、株式会社の機関を株主総会、取締役、監査役とし、取締役は外部に對して会社を代表し、内部においては業務を執行する機関と考えられていた。<sup>(8)</sup> 株主総会の権限については、明文規定はなかったが、解釈上、株主総会は会社の最高かつ万能の機関であり、あらゆる事項にわたって決議することができ、他のすべての機関に對して命令・監督の機能を持つとされていた。<sup>(9)</sup> 取締役は、株主総会により株主の中から選任し(明治三二年商法一六四條)、その員数は三人以上とされ(同法一六五條)、業務執行の決定は定款に別段の定めがない場合には取締役の過半数でこれを定め(同法一六九條)、取締役は各自会社を代表する権利があると規定されていた(同法一七〇條第一項)。<sup>(10)</sup> 明治四四年改正において、定款または株主総会の決議により、取締役の中から会社を代表する取締役を定め(特別代表)、また、数人の取締役が共同して、もしくは支配人と共同して会社を代表すること(共同代表)を定めることもできるようになった(明治四四年改正商法一七〇條第一項)。そして、昭和一三年改正により、これらの規定はそれぞれ条文番号が移動し、<sup>(11)</sup> 取締役は株主の中から選任するべきであるという資格株の制度(昭和一三年改正前商法一六四條一項)を廃止したことにより、株主の地位と取締役の地位が分離され、さらに、特別代表および共同代表を定める方法として、定款の規定による取締役の互選が追加された(昭和一三年改正商法二六一條一項)。<sup>(12)</sup>

## (二) 有限会社法

有限会社法では、一人または数人の取締役を置かなければならず（有限会社法二五条）、取締役が数人ある場合には定款に別段の定めがない場合に会社の業務執行は取締役の過半数で決定することとし（同法二六条）、取締役は会社を代表することを明らかにした（同法二七条）。株式会社においては監査役は必ず置かなければならない機関であったが、有限会社では監査役は任意機関とされていた（同法三三条一項<sup>13</sup>）。そして、昭和二六年改正により、同年改正前有限会社法三二条で昭和二五年改正前商法二六一条を準用していたのに代えて、昭和一三年改正前商法二六一条二項と同様の内容の条文を追加し、取締役が各自会社を代表する旨と特別代表、共同代表を定めることができる旨を規定した（昭和二六年改正有限会社法二七条二項、三項）。

これらの規定を昭和二五年改正前商法と比較すると、ほぼその内容は一致しているものの、株式会社では取締役は三人以上であるのに対して有限会社では一人で足りること、株式会社では任期が限定されていたが有限会社にはその規定がないこと、昭和一三年商法改正以後、株式会社では取締役の資格株制度が撤廃されたが（昭和一三年改正商法二五四条二項）、有限会社においては、商法二五四条一項及び三項は準用されているが二項は有限会社には準用されておらず（昭和二六年改正有限会社法三二条）、社員資格と取締役資格は分離されていなかった。さらに、監査役は任意機関とされていた。

以上のように、昭和二五年改正前商法と有限会社法は、それぞれの業務執行に関する規定において、かなり類似する点が多かった。このことは、有限会社法は株式会社の取締役の規定の多くを準用していた（昭和二六年改正前有限会社法三三条）ことから見て取れる<sup>14</sup>。

(三) 平成一七年制定会社法における取締役会非設置会社に関する規制

株式会社における昭和二五年商法改正で取締役会制度導入後は、株式会社と有限会社の業務執行体制は大きく異なることとなった。しかし、その他の点では、株式会社と有限会社の法制度はオーバーラップする点が広く認められるようになっていった。つまり、理念上、株式会社は大規模で、かつ、不特定多数の株主から資本を募る公開性が強い会社であり、有限会社は小規模で閉鎖性が強い会社であるから、それに適合する規制を定めるといふことがそれぞれの法規制の建前であった筈だったが、この理念と異なり、小規模な企業も本来選択すべき有限会社を選択せずに株式会社を選択することが多かったため、このような実情に鑑みて、昭和四一年商法改正において、株式会社においても、会社の承認がなければ株式譲渡をすることができない旨を定款で規定することが認められたことなどにより、株式会社と有限会社の規整の区分をどのようにするべきかが、昭和五六年商法改正の後、解決すべき重要な立法課題となっていた（大小会社区分立法の問題）。平成二年改正では、最低資本金制度を導入し、株式会社では一〇〇〇万円以上、有限会社では三〇〇万円以上の資本金がなければ会社を設立できないとし（平成二年改正商法一六八条ノ四、同年改正有限会社法九条）、規模により株式会社と有限会社を区分する方向に舵がきられた。

しかしながら、平成一七年に制定された会社法は、この最低資本金制度を撤廃し、有限会社を株式会社に吸収するという方針を採った。有限会社法は廃止され、新たに有限会社を設立することは不可能となり、それまでに存在していた有限会社は会社法上の株式会社として存続するものとされた<sup>16</sup>。このため、有限会社から株式会社に転換した会社の需要にも応えるために、会社法は機関の自由化と定款自治の拡大とによって、規制されるさまざまな性質の会社の需要に応えようと試みた<sup>17</sup>。業務執行に関していえば、これが、昭和二五年改正前商法あるいは有限会社法が規定していた、業務執行は一人以上の取締役により行われるというシンプルな機関設計に関する現



行法の規整につながっていたと考えられる。

## 二 業務執行機関としての性質について

会社法三四八条一項は「取締役は、定款に別段の定めがある場合を除き、株式会社（取締役会設置会社を除く。以下この条において同じ。）の業務を執行する。」と規定する。有限会社法にはこれに相当する規定は置かれておらず、昭和二五年改正前商法においても同様であった。<sup>(18)</sup>しかし、これが必要かつ常置の業務執行機関であることは、当然の前提とされていた。<sup>(19)</sup>昭和二五年改正前商法では取締役会制度は置かれていなかったが、その場合も取締役は三人以上選任しなければならないとされていた（昭和二五年改正前商法二五五条）のに対して、有限会社の場合は「一人または数人」の取締役を置くことで足りた（有限会社法二五五条）。取締役会制度の導入後も取締役を三人以上選任することが踏襲され、その選任された三人以上の取締役を構成員とする取締役会制度が会社法でも引き継がれた（会社法三三二条五項）が、取締役会非設置会社では「一人または二人以上の取締役を置かなければならない。」という表現が取り入れられた（会社法三二六条一項）。

しかし、持分会社のように、出資者である社員が原則として業務執行機関になる（会社法五九〇条一項）のではなく、株式会社では、業務執行機関は株主総会によって選任される第三者機関でなくてはならないこと（会社法三二九条一項）については、平成一七年改正前商法あるいは有限会社法以来変化はなかった。

また、取締役会設置会社では取締役会が業務執行機関であり取締役はその構成員であり、その取締役の中から会社を代表する法定機関としての代表取締役を選定しなければならず（会社法三六二条二項三号）、業務執行権限は取締役会と代表取締役に分属すると考えられているが、<sup>(20)</sup>有限会社法は、取締役が原則としては同時に代表権を



有し、代表権を単独で行使できるところから、取締役の資格と会社代表者資格が未分化であり、さらに通説はこれを独任制の業務執行機関であると解していた。<sup>(22)</sup>これと同様の構成を引き継いでいる現行法の取締役会非設置会社においても、これを独任制の機関と解することができるが問題である。これに対して、昭和二五年商法改正前商法についての少数説ではあるが、業務執行の決定権限は全体としての取締役に属し、これが一つの業務執行機関を構成し、この決定を実行する権限が各取締役に属すると考えるべきであると解する説もあつた。<sup>(23)</sup>取締役会非設置会社における解釈にこの考え方を取り入れるならば、取締役会非設置会社において取締役が二人以上である場合と取締役会設置会社の場合は、後者が会議体方式をとっており、その開催方法や議決方法などが詳細に決められていることを除けば、その違いはほとんどないことになり、同じ株式会社についての規定に不必要な区分を設定することなく、解釈に不自然な不連続性が必要なくなるのがこの説をとることによって得られるメリットであるように思われる。

取締役の業務執行権限の一部を定款により第三者に委譲することについては、肯定・否定両説がある。<sup>(24)</sup>

### 三 業務執行の決定

#### (一) 取締役の業務執行決定権限の範囲

取締役会非設置会社の取締役の決定権限は、原則株式会社の業務執行すべてに及ぶが、法令・定款により株主総会の決議が必要とされている事項については株主総会決議が必要となるため、その他の事項について取締役が決定する(会社法二九五条三項)<sup>(25)</sup>。また、取締役会非設置会社の株主総会は、会社の業務執行を含め株式会社の組織、運営、管理その他株式会社に関する一切の事項について決議をすることができるため(会社法二九五条一項)、

取締役は株主総会の決議を遵守しなければならない（同法三五五条<sup>(26)</sup>）。さらに、定款で規定することにより業務執行権限を制限することも認められている（会社法三四八条一項<sup>(28)</sup>）。

以上のことを勘案すると、取締役会非設置会社における取締役が業務執行に関して決定しうる範囲は、取締役会設置会社の取締役会に比してそれほど幅広いものとはいえず、株主総会や株主が有する監督権限による業務執行への監視が常に及びうる関係にあることが特徴である。

## （二）取締役が二人以上いる場合の業務執行の決定方法

会社法三四八条二項は、取締役が二人以上いる場合に業務執行の決定方法として、定款に別段の定めがある場合を除き取締役の過半数をもって決定すると規定しており、これは有限会社法二六条を実質的に継承したものとされているが、昭和二五年改正前商法二六〇条においても同じ内容の規定が置かれていた。

有限会社については、過半数をもって決定を行うという趣旨は、特に会議を開催して決議をする必要もなく、形式は書面決議でも持ち回り決議でもよいと解されていたが、取締役会非設置会社において取締役が複数である場合の業務執行の決定方法がいかにあるべきかについては必ずしも明らかではないことに対して、例えば複数の取締役のうち過半数を構成する取締役のみで決定し、他の取締役を関与させないとするればその決定の不正にならざることを理由として、取締役が全員の取締役に通知をして実際に会議を開いて決議するという方法（事実上の取締役会）、あるいは、議題・議案を書面あるいは電磁的方法で取締役全員に送ったうえ持ち回りの形で過半数の同意を取り付ける方法などをとるべきであるとの提言もある<sup>(32)</sup>。会議体の形をとらずに決定をなし得ることが、この方法の利点であることに鑑みて、全取締役に對して何らかの方法で意思を徴してそれを明らかにしたのであれば、その結果が取締役の過半数の賛同を得ていれば、適法である<sup>(33)</sup>。

なお、取締役の過半数による決定に代えて、定款により決定方法を定める場合には、公序良俗に反せず、合理性のあるものであれば効力が認められる<sup>(34)</sup>。しかし、具体的にそれを検討すると、例えば、取締役の全員一致、会議による決定<sup>(36)</sup>、取締役の過半数が出席しその過半数の賛成での議決<sup>(37)</sup>、過半数要件の加重<sup>(38)</sup>、などのように方法を嚴格にすることは認められるが、代表取締役の決定<sup>(39)</sup>、要件の軽減など<sup>(40)</sup>については検討の必要があるう。

### (三) 取締役が過半数をもって決定しなければならない事項

会社法三四八条二項は「取締役が二人以上ある場合には、株式会社の業務は、定款に別段の定めがある場合を除き、取締役の過半数をもって決定する。」とし、三項は「前項の場合は、取締役は、次に掲げる事項についての決定を各取締役委任することができない。」と規定している。

有限会社法では、取締役が数人いる場合の業務執行の決定は定款に別段の規定がない時は取締役の過半数で決定すると規定し（有限会社法二六条）、昭和一三年制定当初ではこれに続けて「支配人ノ選任及解任亦同ジ」としていたが、昭和三七年改正で「支店ノ設置、移転及廃止」を付け加えた<sup>(41)</sup>。昭和二五年改正前商法では、有限会社の場合と同様の規定が置かれ（明治三二年商法一六九条、昭和一三年改正商法二六〇条）、昭和二五年改正により取締役会制度が導入され、これが業務執行機関となつて後も、取締役会の承認を必要とした以外はそれまでと同様の規定が継承されていた（昭和二五年改正商法二六〇条、昭和三七年改正商法二六〇条で、支店の設置、移転および廃止が加わつた）。しかし、昭和五六年改正によつて、取締役会が条文中列挙された事項その他重要な業務執行については取締役に決定させることができなくなることが明示され、この列挙される事項には、これまでの条文中規定されていた事項に加えて、重要な財産の処分および譲受けと多額の借財が付け加えられた（昭和五六年改正商法二六〇条二項）。

有限会社で代表取締役を定めた場合でも、多額の借財については取締役の過半数の同意が必要であるとした判例が出されたが、これについての評釈でも、有限会社法の規定は昭和五六年改正前の株式会社の規定と同一であり、同改正で有限会社法に同様の手当はされなかったが、承認機関について取締役会と取締役の差異がある以外に両者の解釈に変容はないとみる説と、それを否定する説があつたが、「(有限会社法二六条後段に) 列挙した事項と同程度またはそれ以上に重要な事項は必ず取締役の過半数による決定を要」し、「特定の取締役にその決定を一任することはできないと解するべきである。」という説が多数であつた。

そして、会社法においては、取締役に決定を委任することができない重要な業務執行を明示し、重要な業務執行を条文中で列挙する方法は、取締役会設置会社のみならず(会社法三六二条四項)、取締役会非設置会社の規定(会社法三四八条三項)にも踏襲されている。<sup>(46)</sup>

しかしながら、会社法三六二条四項は過半数で決定しなければならない事項を列挙しただけではなく、「その他重要な業務執行」の決定においても取締役会の決定が必要と規定して、平成一七年改正前商法の規定を踏襲しているのに対して、会社法三四八条三項は、過半数の決定を要する事項を列挙するのみである。このことから、通説は、取締役会設置会社の場合には条文中に掲げられている事項は例示列挙であるのに対して、取締役会非設置会社の場合は限定列挙であると解している。<sup>(47)</sup> これに対して、有限会社について前述したように、会社法三四八条三項に列挙されているもの以外にも、会社法三六二条四項一号および二号が挙げる重要財産の処分や多額の借財などについては重要な業務執行であるとして取締役の過半数による決定が必要であるというような解釈もありうるが、これらについては特定の取締役の決定に委ねることによって柔軟に決定を行うことができるようになることが望ましい。<sup>(48)</sup> これについては、定款で、取締役の過半数の決定を要する事項を追加することは可能であるため、<sup>(49)</sup> 会社が必要性を認識した場合にはこの方法で対処することもできる。

また、立案担当官が会社法立法当初に示した見解として、会社法三四八条三項で列挙されている事項についても、三四八条一項による他の取締役の業務執行権の制限として定款で定めれば、特定の取締役に決定を委任することはできると解するものがあつたが<sup>(50)</sup>、これに対しては学説からは強い反対もあり、会社法三四八条三項は明文でこれを否定していると考えられる<sup>(51)</sup>。

以上で検討したように、会社法三四八条三項で列挙されている事項以外の業務執行については、特定の取締役に決定を委任することができる。さらに、代表取締役の選任には日常の業務執行を含むあらゆる重要でない事項の決定についての黙示の委任が含まれているという見解<sup>(52)</sup>があるが、日常の業務執行の決定については概ねどの説もこれを認めているため問題がないが、これ以外の非重要事項であれば一律に黙示の委任を認めることについては慎重に考えるべきであろう<sup>(53)</sup>。

#### 四 代表取締役が選定された場合の業務執行

##### (一) 代表取締役の地位とその選定方法

会社法三四九条一項では、「取締役は、株式会社を代表する。」とし、またその二項は、取締役が二人以上いる場合にも各自が会社を代表する旨を規定している。これは昭和二五年改正後有限会社法二七条一項二項でも同様の規定が置かれていた。

昭和二五年商法改正により導入された取締役会制度は会社法においても取締役会設置会社として継承されているが、この場合、取締役会は合議制業務執行機関であり、取締役はその構成員に過ぎず、その取締役の中から選定される代表取締役が法定機関であるのと異なって、取締役会非設置会社で取締役の中から代表権を有する代表

取締役を選ぶ場合には、この代表取締役は任意機関である。<sup>(54)</sup>

以下では、取締役会非設置会社において代表取締役<sup>(55)</sup>を選定する場合に問題を限定して検討をおこなう。

取締役の中から代表取締役を選定する方法として、定款の定め、株主総会決議のほかに、定款の定めに基づいて取締役の互選によることができる<sup>(56)</sup>とされている(三四九条三項)。「互選」とは株式会社や有限会社でもあまり例を見ない決定方法であり、これについて、定款に詳細を規定しない場合どのようにして有効な互選と認め得るのかについては明らかになっていない<sup>(56)</sup>。その互選にすべての取締役が参加していなくても、仮にその欠席をした取締役が参加しその代表取締役以外のものを選んだとしても、多数決の結果互選の結果が動かないのであれば、選定は有効であるとする判決がある<sup>(57)</sup>。登記実務においては互選の方法として過半数の一致によることを認めていることから考えると、この判決の解釈はこれと整合性があるとの指摘もある<sup>(58)</sup>。しかしながら、これに対して、なる過半数の同意では足りず、選挙権がある者がすべて選定に参加する必要があると解する説もある<sup>(60)</sup>。条文上過半数という用語を用いず、あえて「互選」とした意味を、手続の軽減と考えることも不可能ではないが、やはり代表取締役選定のプロセスは慎重に行う必要があり、後者の考えが妥当であると思う。

## (二) 代表取締役以外の取締役の業務執行権

取締役の中から代表取締役が選定された場合には、制定された代表取締役以外の取締役の代表権は停止される(会社法三四九条一項ただし書き)<sup>(61)</sup>が、代表権以外の業務執行権はこれにより変容するのか。これについては、代表取締役に業務執行決定権限を含む業務執行権が帰属するため、その他の取締役は業務執行はもちろん、重要な業務執行の決定以外の決定にも携わることができないと解する裁判例<sup>(62)</sup>・学説<sup>(63)</sup>と、他の取締役の対内的業務執行権は当然には失われるものではなく、さらに業務執行の決定権限もあると解する裁判例<sup>(64)</sup>・学説<sup>(65)</sup>がある。前者の説を



とると、代表取締役以外の取締役は機能を失い、藁人形としての取締役を認めることになる(66)と批判されている。しかし、代表取締役が選定された場合には、代表取締役に代表権が付与されるため他の取締役から代表権は失われるが、代表権以外の業務執行権および業務執行決定権はそもそも業務執行機関として選任された各々の取締役に帰属していると解するべきであるとする説を妥当と考えるべきである(67)。

最後に、代表取締役が死亡その他で欠員が生じた場合、有限会社について、定款の変更または社員総会の決議がない限り、他の取締役は当然に代表取締役となるものではないとして、利害関係人は裁判所に対し一時的に代表取締役の職務を行うべき者の選任を請求できるとされた裁判例があった(68)。取締役は原則として代表権をこれについては、最初に選定された代表取締役に欠員が生じたからといって、他の取締役が自動的に代表権を取り戻すことになるとは解することはできず、その後の業務執行の役割を誰がどのように果たすかについての審議と決定が必要であると考ええる。

### (三) 代表取締役以外の取締役の監視義務

さらに、取締役が二人以上いる場合にその中から代表取締役が選定された場合に、代表取締役以外の取締役は業務執行についての監視義務を負うのであろうか。

有限会社に関する判例においては、監視義務を肯定するものが多かった(70)。ただし、これを否定はしないものの、「代表取締役を定めた場合には、代表取締役のみが対外的対内的業務執行権を有し、一方代表取締役以外の取締役は、これらの業務執行権を有しないのであるから、有限会社の経営上の意思決定及びその執行に当然には関与しえない立場にあり、対外的対内的業務執行権を有する代表取締役の監視監督を十分に期待しうる制度的保障はない。従って、代表取締役が定められている場合は、……代表取締役が定められていない場合の取締役に比して



原則として大幅に軽減されるものと解するのが相当である。」とした判示した判例や、代表取締役が定められると代表取締役のみに業務執行権があり、他の取締役は意思決定・執行に当然関与できない、取締役会制度を導入していないから業務執行の監視・監督を十分に期待しうる制度はないとして、「他の取締役の、代表取締役の業務執行に対する監視、監督の義務の程度はかなり軽減される」と判示した判例もあつたことに注意する必要がある。<sup>(73)</sup>しかしながら、これらの判例が業務執行の監視・監督を十分に期待できないことを理由にするならば、中途半端に監視義務の程度を軽減しながらこれを否定しないことは論理矛盾であるように思われる。

また、三の(二)でも触れたように、代表取締役が選定された場合にも、他の取締役は業務執行決定に参加し、また、業務執行を行うことができると考えるべきであつて、この業務執行権を行使する結果として、他の取締役に対しても監視・監督を行うべき権利と義務を有するため、それを怠つた場合には責任を軽減する理由はないと考えるべきであらう。<sup>(74)</sup>

## 結語

以上、取締役会非設置会社における取締役が業務執行機関として果たすべき役割を考え、また、取締役が二人以上選任されている場合に一定の解釈を見いだしかねている問題について検討をおこなつた。

取締役会非設置会社の業務執行について、その解釈指針として有限会社の法規制とそれに対する解釈が参考にされる傾向がある。しかし、かつて有限会社に関する法律関係が裁判で争われた際には、安易に株式会社法理を援用しようとするような判決もみられ、株式会社と有限会社の機関構造の違いを明らかにすることなく株式会社法理をそのまま有限会社に当てはめようとしてしまつてしまつて警鐘が鳴らされたこともあつた。<sup>(75)</sup>

かし、会社法が制定された現在において、株式会社としての取締役会非設置会社に取締役会を置かない会社であった有限会社や昭和二五年改正前の株式会社についての解釈を援用するのか、あるいは、同じ株式会社である取締役会設置会社の法解釈とのすり合わせの中で問題解決を考えてゆくべきなのかについては、あらためて考える必要がある。

取締役会非設置会社の取締役を独任制の機関と考えるのが通説であるが、もし法規制・解釈の統一を望むとすれば、一つの仮説として、二で紹介した少数説のように、取締役が二人以上いる場合に取締役全体が業務執行機関であると考えた場合には、取締役の過半数による決定は、もちろん会議体による厳格な方式をとる取締役会とは違いはあるが、取締役の過半数の決定が要求される意義は通説がこれまでに考えたものよりは重要性を増し、一連の理論がたてやすくはなる。

さらに、二人以上の取締役が選任された場合に代表取締役が選定されたときも、代表取締役以外の取締役からは代表権以外の業務執行権が失われるわけではないから、監督機能を有する取締役会を備えていなくとも、取締役はそれぞれの業務執行権限に基づいて他の取締役や代表取締役を監視すべき責任を負うと解することにより、取締役会非設置会社においても適切なコーポレート・ガバナンスを実現することは可能である。相互の牽制がなければ、複数の取締役を置く意味がないため、この機関構成を選択し、かつ、取締役を複数選任するのであれば、取締役会制度を採る場合と同様、名目取締役を作らぬことと、それぞれの取締役が果たすべき役割を十分検討することに留意しなければならないであろう。<sup>(76)</sup>

これらに対して、取締役会非設置会社を選択する会社の特性に鑑みると、それぞれの会社のニーズに合った臨機応変で簡便な方法を会社自ら選ぶことも推奨される必要がある。少なくとも会社法三四八条三項で限定列举された事項については、法文にあるように、必ず取締役の過半数の決定が必要であり、これを特定の取締役には委

任することはできないと考えるべきではあるが、列挙された事項以外については、取締役会非設置会社では、各取締役に決定を一任することも認められてよい。さらに、代表取締役に日常の業務執行の決定をさせることや、また、定款や委任によって取締役に業務執行を委任することも柔軟に行わせてよいと考えるべきである。

本稿では、まず、これまで論じられてきた論点については網羅的に取り上げること留意し、かつ、取締役会非設置会社法制の原点と考えられている昭和二五年改正前商法や有限会社法も比較の対象とした。これらのことよって、単純な立法比較では回答を導き出すことができないことや、現行の制度のままでは単純であるか見えて多くの問題を残していることが明らかになった。二人以上の取締役を置いた場合の業務執行システムを簡明にわかりやすくするために、立法論としては、取締役会制度を参照しつつ思い切った再構築の試みを考えることも必要であろう。<sup>(77)</sup>

(1) この場合の取締役以外の機関としては、会計参与、監査役、会計監査人を任意機関として設置することも可能である(会社法三二六条二項)。監査役の権限は通常業務執行と会計に及ぶが、会計監査人設置会社を除いて非公開会社では、定款に規定することにより監査役の権限を会計監査に限定することができる(会社法三八九条一項)。会計監査人を置いた場合は、監査役も同時に置かなくてはならない(同法三二七条三項)。

(2) 江頭憲治郎『株式会社法(第八版)』(有斐閣、二〇二一年)三九二頁によれば、現在設立される中小株式会社の大多数はこの形を選択しているという。

(3) しかしながら、大会社では、利害関係人も増えるためその会計も厳しくチェックする必要がある。非公開会社においても会計監査人を置くことが強制され(会社法三二八条二項)、注(1)でも述べた通り、会計監査人を置いたときは監査役も置かなくてはならない。

(4) 江頭・前掲注(2)三九一頁は、「比較的少数の株主と個々の取締役との信頼関係、取締役相互の緊密な接触と

いった会社の実態に配慮し、業務執行方法は会社の自治にまかされている」ところをその特色として説明する。

(5) 酒巻俊雄・龍田節編代『逐条解説会社法第四卷』（中央経済社、二〇〇八年）三七六頁「稲葉威雄」。

(6) 酒巻俊雄・龍田節編代・前掲注(5)三七六頁「稲葉威雄」。

(7) 有限会社について規定した有限会社法は平成一七年に会社法が制定されたのと同時に廃止されたが、以下、これを「有限会社法」、そしてそれによって規定されていた会社を「有限会社」ということとする。

(8) 片山義勝『会社法（第八版）』（有斐閣、一九二三年）五〇三頁。

(9) 上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編代『新版注釈会社法（5）』（有斐閣、一九八六年）一九頁「江頭憲治郎」。

(10) しかし、当時から、会社独自の判断で定款により取締役相互の業務分担や取締役会の設置が定められることもよく行われていた（北村雅史「取締役の地位の変遷」倉澤康一郎・奥島孝康編『昭和商法学史』（日本評論社、一九九六年）三五〇頁）。

(11) 昭和一三年改正前商法一六九条が改正後二六〇条、一七〇条が二六一一条となった。

(12) 当時既に社長・専務取締役・常務取締役などの職制が会社内部で定められており、役付きでない取締役は会社を代表することがなかったため、法を実態に合わせるために改正が行われた（北村・前掲注(10)三五〇頁）。

(13) その権限については、有限会社法三四条が商法二七五条を準用していたため、昭和二五年商法改正前までは、業務・会計両面にわたる監査を行うことができたが、同改正により株式会社の監査役の権限が会計監査に限定されると（昭和二五年改正商法二七五条）、有限会社の監査役の監査権限もその範囲に限定された。しかし、その後、昭和四九年商法改正で監査役の監査権限が業務監査にも及ぶことになると、有限会社法三四条に準用される規定から商法二七五条を削除して、有限会社法三三条ノ二の規定を新設し、株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律における小会社の監査役の場合（同法二二条）と同じく、その権限を会計監査に限定する旨の規定を置いた。

(14) 大森忠夫ほか編『注釈会社法（9）（増補版）』（有斐閣、一九八〇年）一四三頁「星川長七」。

(15) 大森ほか編・前掲注(14)一四三頁「星川」。

(16) 平成一七年改正以前に現存していた有限会社は、その商号の中に「有限会社」の文字を使用しなければならず（これを「特例有限会社」という）、特例有限会社には「会社法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」（平成

一七年法律八七号、以下「整備法」という)において規定されることの経過措置と特則が適用されることにより、実質的には旧有限会社法とほとんどの同様の規制の適用を受けることができる。特例有限会社の機関としては、株主総会・取締役を必ず置かなければならないが、任意機関として設置できるのは監査役のみであり、取締役会の設置は認められない(整備法一七条)。特例有限会社は、その商号を株式会社に変更しそれを登記することにより、株式会社として会社法の適用を受けることもできる。

(17) 大賀祥充「『特例有限会社』考」山本爲三郎編『新会社法の基本問題』(慶應義塾大学出版会、二〇〇六年)三三二頁。落合誠一編『会社法コンメンタール8』(商事法務、二〇〇九年)八頁、九頁「落合誠一」。

(18) 酒巻 龍田編代・前掲注(5)三三五頁「稲葉」。江頭憲治郎 中村直人編著『論点体系会社法3』(第二版)「第一法規、二〇二一年)九〇頁「尾崎悠二」。

(19) 大森ほか編・前掲注(14)一四三頁「星川」、上柳克郎 鴻常夫 竹内昭夫編代『新版注釈会社法(14)』(有斐閣、一九九〇年)一八三頁「浜田道代」。

(20) この点については、学説が分かれていることがよく知られている。まず、業務執行を決定と執行に分け、取締役会は決定を、代表取締役は執行を行う機関であると解する並立機関説が通説と言われており、それに対して、業務執行の決定および執行全体を行う権限は取締役会にあり、代表取締役はそこから権限を委譲されていると解する派生機関説は有力反対説と言われているが、これらに加えて、派生機関説と同様に取締役会が業務執行機関であり決定のほか実行することも可能ではあるが、その実行の便宜のため、取締役会は委任により代表取締役には法により代表権が与えられているのみであり、そのほかの取締役にも実行権限を委任することができる(津田利治「取締役会の権限を繞る二三の問題」法学研究二六卷三号(一九五三年)八頁以下、宮島司「会社法」(弘文堂、二〇二〇年)一六六頁、山本爲三郎『会社法の考え方(第二版)』(八千代出版、二〇二二年)一五八頁。宮島・前掲一六六頁はこれを代表機関説、同説の支持者である、安井威興「株式会社業務執行機関の権限構造と取締役の監視義務」修道法学二八卷一号(二〇〇五年)三六頁以下は補助機関説、来住野究「取締役の多様化をめぐる諸問題」法学研究八九卷一号(二〇一六年)一二四頁は二元機関説という)もある。

(21) 大森ほか編・前掲注(14)一五六頁「山口幸五郎」。上柳 鴻 竹内編代・前掲注(19)一九七頁「山口幸五郎」。志

村治美先生還暦記念論文編集委員会編著『現代有限会社法の判例と理論』（晃洋書房、一九九四年）二二〇頁「石山卓磨」。

(22) たとえば、津田・前掲注(20)九頁には、昭和二五年改正前商法における取締役について、単独性の機関であり、各自独立して会社の業務執行全般にわたる権限を有するが、業務執行の統一と慎重を計るため、原則として取締役の過半数をもってこれを決するものとしていたという説明がなされている。

(23) 昭和二五年改正前商法に関して、片山・前掲注(8)五〇四頁、大隅健一郎「代表取締役の地位」同『商事法研究(下)』（有斐閣、一九九三年）一五頁（同論文の初出は法学新報五八巻四号（一九四八年）など。来住野「判批」法学研究六七巻五号（一九九四年）一四四頁以下は、有限会社についての解釈にもこれを用いることができるとしている。山口幸五郎「株式会社取締役の法的構造に関する一考察」『会社取締役制度の法的構造』（成文堂、一九七三年）一八八頁～一九九頁（同論文の初出は甲南法学第七集（一九五五年））（ただし、同「有限会社代表機関の法的構造に関する一考察」同書二七八頁～二七九頁（初出は武市春男『池田直視』河村博文編『商法・経済法の諸問題（高田源清教授還暦記念）』（日本評論社、一九七二年）は有限会社の取締役を独任制の機関と考えている）。

(24) 江頭・前掲注(2)四二〇頁（注2）は、合弁会社の例などを用いて肯定し、これに落合編・前掲注(17)九頁「落合」、江頭・中村編著・前掲注(18)九二頁「尾崎」も賛同するが、酒巻・龍田編代・前掲注(5)三六七頁「稲葉」は、取締役の業務執行権限の一部を第三者に委譲することは、法が予定しないところであるとして、これを批判する。

(25) 江頭・中村編著・前掲注(18)九〇頁「尾崎」。有限会社についても同様の解釈がなされていた（大森ほか編・前掲注(14)一五二頁「堀口亘」、上柳・鴻・竹内編代・前掲注(19)一九一頁「堀口亘」）。

(26) 江頭・中村編著・前掲注(18)九〇頁「尾崎」。

(27) 有限会社では、定款変更をするためには、社員総会において総社員の半数以上で総社員の議決権の四分の三の同意による決議が必要であるとされていたが（有限会社法四七条・四八条）、会社法では株主総会の特別決議によればよい（会社法四六条・三〇九条二項一―号）ため、定款変更の要件が緩和されていることに注意すべきである。

(28) 江頭憲治郎・門口正人編代『会社法大系』（青林書院、二〇〇八年）一二七頁「上田裕康」。江頭・中村編著・前掲注(18)九〇頁～九二頁「尾崎」は、一定の業務執行の決定について株主総会の決議を要するものと定めること、特



定の業務執行の決定を特定の取締役に委任することなども可能と解する。

- (29) 江頭Ⅱ門口編代・前掲注(28)一二七頁「上田」。落合編・前掲注(17)九頁「落合」。江頭・前掲注(2)四一九頁。
- (30) 江頭Ⅱ中村編著・前掲注(18)九〇頁「尾崎」。
- (31) 上柳Ⅱ鴻Ⅱ竹内編代・前掲注(19)一九一頁「堀口」。志村治美先生還暦記念論文編集委員会編著・前掲注(21)二二三頁「田邊光政」。
- (32) 酒巻俊雄Ⅱ稲葉威雄編代『会社法務質疑応答集1』(第一法規、二〇〇六年)二五〇三の二七頁「酒巻俊雄」は、この具体的な方法としては、特別に規定はないが、取締役の全員に通知し実際に会議を開いて全員の過半数をもって決議をするという事実上の取締役会方式、議題・議案を記載し書面(または電磁的記録)を持ち回りの形で全員の過半数を取り付けるといふ書面決議方式が考えられるとする。中村信男「非公開会社の管理運営機構と残された課題」稲葉威雄Ⅱ尾崎安史編『改正史から読み解く会社法の論点』(中央経済社、二〇〇八年)五一頁〜五二頁もこれらのいずれかの方法によるべきであるとする。
- (33) 昭和二五年改正前の株式会社について、片山・前掲注(8)五〇五頁も本文と同旨の理解。有限会社については、大森ほか編・前掲注(14)一四四頁「星川」。
- (34) 相澤哲Ⅱ葉玉匡美Ⅱ郡谷大輔編著『論点解説 新・会社法』(商事法務、二〇〇六年)三五六頁。
- (35) 相澤Ⅱ葉玉Ⅱ郡谷編著・前掲注(34)三五六頁。江頭Ⅱ中村編著・前掲注(18)九二頁「尾崎」。酒巻Ⅱ龍田編代・前掲注(5)三六九頁「稲葉」は決定要件を過半数より加重することを認める。
- (36) 酒巻Ⅱ龍田編代・前掲注(5)三六九頁「稲葉」。
- (37) 相澤Ⅱ葉玉Ⅱ郡谷編著・前掲注(34)三五六頁。江頭Ⅱ中村編著・前掲注(18)九二頁「尾崎」。江頭・前掲注(2)三九二頁(注2)は、会議を招集した上で出席取締役の過半数で決定する旨も定めうるとする。酒巻Ⅱ龍田編代・前掲注(5)三六九頁「稲葉」はこれに反対する。
- (38) 酒巻Ⅱ龍田編代・前掲注(5)三六九頁「稲葉」。
- (39) 相澤Ⅱ葉玉Ⅱ郡谷編著・前掲注(34)三五六頁。江頭Ⅱ中村編著・前掲注(18)九二頁「尾崎」。
- (40) 酒巻Ⅱ龍田編代・前掲注(5)三七〇頁「稲葉」は過半数より軽減することを否定していないが、三項に定める事



項を除いては各取締役委任もできることからあまり意味はないとする。これに対して、相澤哲<sup>18</sup>・石井祐介<sup>19</sup>「株主総会以外の機関」『立案担当者による新・会社法の解説』（別冊商事法務二九五号、二〇〇六年）一〇二頁は、加重は認めるが軽減を認めておらず、相澤<sup>20</sup>・葉玉<sup>21</sup>「郡谷編著・前掲注(34)三五六頁および江頭<sup>22</sup>・中村編著・前掲注(18)九二頁」尾崎<sup>23</sup>は、例えば五人のうち二人で決定できるといふような定めも、「同一事項につき結論が相反する決定が行われ、進退きわまる状態が生ずる可能性があるため、合理性を欠き、無効」であるとされる。

(41) 有限会社法の解釈として、支店の設置・移転・廃止と支配人の選任・解任も業務執行に属するため、後段の規定は不要であるようにも考えられるが、あえてこれを規定したのは、この決定については必ず取締役の過半数の賛成を必要とし、これを特定の取締役には委任することができないという趣旨であると解されていた（服部栄三<sup>24</sup>・加藤勝郎<sup>25</sup>『有限会社法全訳』日本評論社、一九九二年）一一五頁、志村先生還暦記念論文集編集委員会編著・前掲注(21)二二三頁「田邊」）。しかし、過半数で決定しなければならぬその他の業務執行の範囲については不明瞭で（江頭<sup>26</sup>・中村編著・前掲注(18)九二頁「尾崎」）、列挙されている事項と同程度またはそれ以上に重要な業務執行と考えられる事項には取締役の過半数の決定が必要であるが（志村先生還暦記念論文集編集委員会編著・前掲注(21)二二四頁「田邊」）、「さして重要でない事項については個々の取締役が決定することができる」（大森ほか編・前掲注(14)一五四頁「堀口」）。上柳<sup>27</sup>・鴻<sup>28</sup>・竹内編代<sup>29</sup>・前掲注(19)一九三頁「堀口」というような極めて抽象的な解釈に留まっていた。

(42) 東京地判昭和六二年一月二二日金判七八〇号三八頁。

(43) 西尾信一「判批」判タ六六一号（一九八八年）五七頁。佐藤修市「判批」判タ七〇六号（臨増昭和六三年主要民事判例解説）（一九八九年）二二二頁。

(44) これらの機関構造の差異が著しいことから、株式会社の法理を有限会社に当てはめることに疑問を呈するものとして、山村忠平「判批」金判七九二号（一九八八年）四五頁がある。金康浩「判批」早稲田法学九七巻二号（二〇〇二年）一七九頁は、有限会社規制では特定の取締役に委任できない事項の範囲は解釈に委ねられていたことを指摘した。

(45) 大森ほか編・前掲注(14)一五三頁「堀口」。上柳克郎<sup>30</sup>・鴻常夫<sup>31</sup>・竹内昭夫編代<sup>32</sup>・前掲注(19)一九三頁「堀口」（例として計算書類・附属明細書の内容の決定を挙げる）。志村先生還暦記念論文集編集委員会編著・前掲注(21)二二四

- 頁「田邊」。来住野・前掲注(23)一四二頁〜一四三頁。この場合は、重要な事項以外の決定を各取締役に委任することができる(大森ほか編・前掲注(14)一五四頁「堀口」、上柳「鴻」竹内編代・前掲注(19)一九三頁)。
- (46) 酒卷「龍田編代・前掲注(5)三六三頁「稲葉」。ただし、それぞれの規定において列挙されている事項を比べると、会社法三四八条三項に規定されているのは三六二条四項よりも範囲が狭い(江頭・前掲注(2)四一九頁。中村・前掲注(32)三九頁)。これに対して、特例有限会社については、会社法三四八条三項および四項、三五七条(会社に著しい損害を及ぼすおそれがある事実があることを発見した場合に、株主および監査役(監査役設置会社の場合)に報告する取締役の義務)の適用は除外されている(整備法二二条)。
- (47) 酒卷「龍田編代・前掲注(5)三七三頁「稲葉」、落合編・前掲注(17)一〇頁〜一一頁「落合」、江頭「中村編著・前掲注(18)九三頁「尾崎」。
- (48) 酒卷「龍田編代・前掲注(5)三七三頁「稲葉」は、「中小の閉鎖的な会社では、代表取締役に決定を委ねる必要がある場合も多かろう。」とされるが、列挙された事項以外にも重要事項がありうるとする。
- (49) 中村・前掲注(32)三九頁。酒卷「龍田編代・前掲注(5)三六九頁「稲葉」。
- (50) 相澤「葉玉」郡谷編著・前掲注(34)三五七頁。
- (51) 中村・前掲注(32)五二頁、江頭「中村編代・前掲注(18)九三頁「尾崎」、江頭・前掲注(2)四二〇頁(注2)。
- (52) 大森ほか編・前掲注(14)一五四頁「堀口」。上柳「鴻」竹内編代・前掲注(19)一九三頁「堀口」。弥永真生「判批」ジュリスト一五一七号(二〇一八年)三頁。斎藤真紀「判批」商事法務二二九四号(二〇二二年)七六頁。
- (53) 金・前掲注(44)一八五頁も、会社法三四八条三項に規定されていない事項がただちに全部重要でないかどうかは疑問であるため、当然代表取締役が決定できるとは限らないことを理由にこれに反対している。
- (54) 有限会社について、大森ほか編・前掲注(14)一四四頁「星川」。
- (55) 相澤「石井・前掲注(40)一〇二頁(注31)は、会社法以降、株式会社の代表権を有する取締役をすべて「代表取締役」という名称で統一したと説明している。条文も取締役会の有無にかかわらず、その三項をのぞいて会社法三四九条が適用される。
- (56) 佐々木良一「株式会社法釈義」(厳松堂、一九三九年)一七二頁では、「互選」の例として、選挙を行い、最高得

点をとった取締役を代表取締役とするような方法が通例という説明がなされているが、疑問である。

- (57) 特例有限会社に関する事例ではあるが、東京高判令和三年八月一九日金判一六三〇号八頁（原審の東京地判令和三年一月二五日金判一六一五号四八頁も同じ結論をとる）。
- (58) 寛康生ほか編「詳解商業登記・下巻（全訂第三版）」（金融財政事情研究会、二〇二二年）三九頁。
- (59) 内藤裕貴「判批」法学セミナー八〇九号（二〇二二年）一二九頁。
- (60) 弥永真生「判批」金判一六二〇号（二〇二二年）四頁。
- (61) 有限会社法二七条三項は特定代表取締役の選出方法についてしか規定していないが、その場合の他の取締役の代表権について、服部Ⅱ加藤・前掲注(41)一一七頁、志村先生還暦記念論文編集委員会編著・前掲注(21)二二〇頁「石山」は、本文のような解釈をとる。
- (62) 東京高判昭和五七年四月一三日下民三二卷五Ⅱ八号八一三頁、東京高判昭和五九年一〇月三一日判タ五四八号二七一頁、東京高判昭和六二年七月二〇日金法一一八二号四四頁（以上、有限会社に関する判例）。
- (63) 有限会社について、大森ほか編・前掲注(14)一七八頁「龍田節」は、代表権を持たない取締役は業務執行権を奪われたものと解すべきという。
- (64) 福島地判昭和六〇年九月三〇日労判四六三号七三頁。（有限会社に関する判例）。
- (65) 有限会社について、並木俊守「判批」金判六七〇号（一九八三年）四九頁、志村先生還暦論文編集委員会・前掲注(21)二二四頁「田邊」、青竹正一「判批」『続 小規模閉鎖会社の法規整』（文真堂、一九八八年）一八七頁は、定款で特に取締役会が置かれていない場合も、各取締役が業務執行機関を構成していることを理由に挙げる。大森ほか編・前掲注(14)一五三頁〜一五四頁「堀口」、上柳Ⅱ鴻Ⅱ竹内編代・前掲注(19)一九三頁〜一九三頁「堀口」、志村治美「判批」商事法務一〇五三号（一九八五年）三八頁は、対外的業務執行の決定権はないとする。会社法について、中村・前掲注(32)五一頁、江頭・前掲注(2)四一九頁・四二〇頁（注3）、酒卷Ⅱ龍田編代・前掲注(5)三八六頁「稲葉」。江頭Ⅱ中村編著・前掲注(18)九一頁「尾崎」。
- (66) 志村・前掲注(65)三八頁。山本爲三郎「有限会社の取締役の監視義務について」法学研究六〇卷二二号（一九八七年）一二九頁〜一三〇頁。来住野・前掲注(23)一四〇頁。

(67) 代表取締役が選定された場合に、その他の取締役が失うのは代表権のみであり、依然として業務執行権は失わな  
いとする説として、有限会社について、山本・前掲注(66)二二九頁〜一三二頁、来住野・前掲注(23)一四一頁〜一四  
二頁。会社法上の取締役会非設置会社について、安井・前掲注(20)五九頁がある。倉澤康一郎「代表取締役の半世  
紀」法学研究七三卷一―二号(二〇〇〇年)一三三頁も、昭和二五年改正商法について言及される際に同様の分析をさ  
れている。

(68) 東京高判昭和五七年四月二六日金商六五三号一八頁。同判例の評釈において、小宮山宏之「判批」慶應義塾商法  
判例研究会編著『下級審商事判例評釈(昭和五五年〜五九年)』(慶應義塾大学法学研究会、一九九五年)二二二頁〜  
二二三頁は、一つの管理方式として一人の代表取締役を選んだのならば他の取締役が元の立場にたやすく戻ることは  
できないとする見解を示したのに対して、大森ほか編・前掲注(14)二五六頁「山口幸五郎」、上柳・鴻・竹内編・前  
掲注(19)一九九頁「山口幸五郎」、山口・「有限会社代表機関の法的構造に関する一考察」前掲注(23)二八三頁はこれ  
に反対している。

(69) 会社法について、相澤・石井・前掲注(40)一〇三頁、江頭・前掲注(2)四二五頁(注10)も、それを認める。酒  
巻・龍田編代・前掲注(5)三八三頁「稲葉」はこれに反対している。

(70) 札幌高判昭和五六年四月一五判タ四四四号一四九頁。東京高判昭和五七年三月三一判時一〇四八号一四五頁。  
横浜地判昭和五九年三月二三日判時一一二二号一二二頁。大阪地判昭和五九年五月二四日判時一一四六号一二四頁。  
東京地判平成八年八月一八日判タ九四二号二二七頁。しかし、これらは名目的取締役である事例がほとんどで、監視  
義務は認められると解されても、結果としては、重過失がないこと、あるいは、義務違反と損害の発生の因果関係が  
認められないことを理由として、第三者に対する責任は否定されていた。

(71) 前掲東京高判昭和五七年四月一三日。

(72) 前掲東京高判昭和五九年一〇月三十一日。

(73) 大森ほか編・前掲注(14)一七八頁「龍田」は、監視義務の軽減に賛成。宮島司「判批」慶應義塾大学商法研究会  
編著前掲注(68)四〇八頁は、独任制の機関とされる取締役制度では、取締役は取締役として自らの業務執行を行うこ  
とで足り、他の取締役をチェックするという監視義務を負うことはないのではないかとされながら、代表取締役が選

定された場合には、代表権のみが代表取締役に委譲されているため、任意代理の復代理人の選任および監督について本人に対して責任を負うことよって監視義務類似のものが肯定されるとする。しかし、これに対して、多くの学説は、何らかの意味で、各取締役が業務執行権を有することを理由として、監視義務を認めている(並木・前掲注(65)五一頁、志村・前掲注(65)三九頁、山本・前掲注(66)二二五頁、青竹・前掲注(65)一八七頁、安井・前掲注(20)五九頁、江頭・前掲注(2)四一九頁)。この業務執行権の範囲については、三の(二)で記述したとおり。

(74) 酒巻Ⅱ龍田編代・前掲注(5)三七二頁「稲葉」は、複数の取締役を置く意味は、それによる業務執行の決定の慎重、業務執行を行う取締役の牽制・監督の効果を期待したものであるという理由により監督権を認めるが(江頭Ⅱ中村編著・前掲注(18)九五頁「尾崎」もこれに賛成)、取締役の果たすべき役割から先に結論を導き出している点に疑問がある。

(75) 山村・前掲注(44)45頁。来住野・前掲注(23)一四〇頁、等。

(76) 酒巻Ⅱ龍田編代・前掲注(5)三七七頁・三九二頁「稲葉」。

(77) 例えば、昭和六一年に法務省民事局参事官室から公表された「商法・有限会社法改正試案」の21aでは、一定規模(例えば資本金一億円未満かつ負債総額一〇億円未満)の株式会社では取締役は二人で足りるとし、25では、株式会社、有限会社の区別なく、二人以上の取締役が置かれた場合には、取締役会を構成するとしており、稲葉威雄Ⅱ大谷禎男『商法・有限会社法改正試案の解説』(別冊商事法務八九号、一九八六年)三八頁では、この制度について、取締役の過半数で業務執行を決定するよりも法律関係が明快になると説明している。稲葉威雄『会社法の解明』(中央経済社、二〇一〇年)二〇二頁は、会社法制定にあたり、複数の取締役による職務執行を行う仕組みについて検討し、改善を図るべきであったと指摘されている。