

取締役会制度の問題点とその検討

代表取締役に対する監督

機能発揮の点より観て

佐 伯 直 秀

目 次

第一章 序説 代表取締役に対する監督の二面性について。

第二章 業務執行決定の、実行の監督について。

第一節 取締役の、代表取締役に対する従属性。

第二節 取締役会の、業務執行決定権限規定の不徹底性。

第三節 社外取締役設置の非強制と常務会制度の普及。

第四節 改正私見。

第三章 業務執行決定の監督について。

第四章 結語。

第一章 序説 代表取締役に対する監督の二面性について

資本主義と運命を共にした功罪を同じうするといわれる所の、株式会社の行為は結局は、代表取締役によってなされるのであるから、代表取締役に対する監督は、株式会社に対する監督であると共に資本主義制度是正の途にもつながるものである。所で我現行商法では、代表取締役を監督する機関としては、取締役の選、解任、計算書類承認等の権限を握る株主総会、会計監査の権限を有する監査役、少数または単独株主権を与えられた所の株主、さらにはこれから述べる所の、取締役会制度とが考えられているのであるが、その中、株主総会や監査役は共に、既に無能、無力化しさらに少数または単独株主権は代表取締役を監督するというよりは反って、徒らに会社荒らしの好餌化しつつある。否それのみではなく、他方において少数株主権は会社規模の巨大化に伴いその要件充足すら至難となりつつある（註1）ので、代表取締役を監督すべき機関は結局、昭和25年法で設けられた所の、取締役会以外には、これを考えることはできない。そのために法は会社の業務執行は取締役会これを決し、そしてその実行（常務の決定をも含む）は、取締役会で

選んだ代表取締役にこれを行なわせ、そして不相当とみればその代表権を剥奪するという権限を与えているのである。換言すれば業務執行の意思決定は、代表取締役に行なわせずに、取締役会で行なうことにより、代表取締役の業務執行を、いわば事前に監督し、さらにその決定を代表取締役に実行させてそれを監督するという、いわば事後的監督をすることにより、代表取締役に対する監督を完璧ならしめる機構になっている。しかしながら現実においては、取締役会もまた、後述の如き多くの理由により、監督すべき筈の、この代表取締役に反って牛耳られてしまい、従って代表取締役とは無関係に、独立して自主的に決定すべき筈の業務執行の決定さえも、自主的に決定する所か、ただ代表取締役の意思決定を単に承認するに過ぎない有様であり、まして代表取締役に対する実行の監督の如きは到底考えられない実状に在る。従って取締役会は代表取締役に対しては全く無力であり、それ故に取締役会を代表取締役監督の機関にするという法の期待に反して、株式会社は代表取締役の独裁下に置かれている有様である。しかしながら株式会社は単に代表取締役だけのものであってはならない。すなわちそれに出資した株主全員のものであるべきであり、否その

みではなく、そこで働らく会社従業員、あるいは会社債権者さらにその会社と取引またはその提供する役務や製品を利用する第三者、いうなれば一般公衆のためのものであるべきである。そこで問題は、この無力化せる取締役会をして、如何にすれば、法の期待する如く代表取締役に対する監督機能を発揮せしめ得るかである。そしてこの問題を解決する所にこそ、取締役会制度を廻る、凡らゆる問題解決の鍵があるともいえるのである。所で取締役会の、代表取締役に対する監督は二面において行われるべきである。すなわちその一は、取締役会の、業務執行決定の実行を通しての監督であり（以下単に実行の監督という）他は決定そのものを通しての監督である（以下単に決定の監督という）。そして前者すなわち実行の監督については、代表取締役の、業務執行決定の実行権が取締役会によって委任された所の権限であるか否かの問題が起るのであるが、これが取締役会により委任されたとする説に立てば勿論、たとい代表取締役に与えられた固有の権限であるとする説に立ってみても、代表取締役は取締役会によって選任され（商 261条）また代表権を剥奪され得るが故に、取締役会は代表取締役に對して監督権を有するのであり、従って実行の監督については問題は存しないのである。しかしながら後者すなわち決定の監督という点については問題が存しない訳ではない。というのは取締役会の業務執行決定に対する反省という意味でなら、意義もない訳ではないが、決定の監督という意味でなら、自分達で決定しておいて、それを自分達で監督するというのであるから、いうなれば自己監督であって無意味でありこれでは監督の目的達成は不可能であるからである。勿論現行法により取締役会へ与えられた所の、監督権なるものには、本来は前者すなわち実行の監督の場合のみであって、後者すなわち決定の監督の場合までは含まれてはいないのかも知れない。しかしながら既に触れた如く現実においては、取締役会は代表取締役形の圧力のために、その業務執行の決定機能を自主的には行使し得ないのである。従って取締役会で決定されても、それは実質においては取りも直さず代表取締役による、意思決定であるというてもよいのであるから代表取締役の監督に当っては、この種の監督すなわち取締役会決定の監督による監督も亦、必要である。故に本論文では、代表取締役に對する監督を、実行の監督と決定の監督という二面に分けて、これを考察することにする。

第二章 業務執行決定の、実行の監督について

さて業務執行決定の、実行の監督についてであるが、

既に触れた如く、取締役会はその監督すべき管の、代表取締役に対しその監督機能を充分には発揮していない。そしてその原因として考えられるものは、第一には、取締役会を構成する所の各取締役が代表取締役に対して実質上、独立した地位を持たず従属していることであり、第二には、取締役会の業務執行の決定権限が第230条の2を始めとする一連の諸規定により骨抜きにされているしまたされる恐れのあることである。そして第三には取締役会の人的構成面において、社外取締役設置の法的強制のないこと、そしてその結果としての、法外機関たる常務会制度の普及等が考えられること等であるので、以下これらについて順を追うて検討すると共に、併せてその対策についての私見を述べることにする。

第一節 取締役の、代表取締役に対する従属性

元来、我国の取締役は、代表取締役に對し法文上は別として、実質上は独立した地位を有してはいない。というよりは、むしろ従属した地位に在るともいえるのである。しかるが故に、法の明文上は取締役を以て構成する所の取締役会が、代表取締役を選任した不適当なりとするときは、その代表権を剥奪できるのであるが、現実においては、逆に取締役会がこれに牛耳られるという破目に陥っているのである。そしてこのことは、取締役の選、解任の手續と経過とのなかうかがわれるので、先づ前者すなわち取締役選任の場合から述べることにする。勿論取締役を選任するのは株主総会である（254条1項）ので、その限りにおいては、代表取締役とは何ら、関係はないのである。しかしながらその候補者選定は現実においては、主として社長を中心とする代表取締役が行っているものであり、さらに第254条第2項の「定款を以てしても取締役は株主たることを要すべき旨を定めてはいけない」とする所の、この規定は、代表取締役の、この取締役候補者選定をより容易にするものである。尤もこの規定の立法趣旨については、株式会社の所有と経営の分離の現状に着眼した所の、経営者支配説に基づくとする、いわゆる経営者支配説（註2）と、一定株数以上の株主でなければ、取締役にはなれないとする所の、資格株を定めると、一定株数以下の小株主を取締役から締め出すこととなるのでこれを、少数株主の利益保護の立場に立って排除しようとする、いわゆる、資格株排除説（註3）の二説とが対立しているのであるが何れかといえれば私は後説を取る（註4）ものである。しかしその何れの説を取るにせよ、この規定は取締役候補者を広く、株主以外からも選び出そうとして立法されたものであることはいうまでもない。その限りにおいては、この規定の持つ前向きの性質は否定できないし、また代表取締役監

督の手段に役立つ可能性をも包蔵している。しかしながらこの規定は、同時に他方において代表取締役には、その意図する所の、換言すれば自家築籠中の者として頓使できる人物、たとえば会社使用人等を、株式所有の有無を問わずして勝手に選び得る権能を与えるという結果を招来するのであり、この点において代表取締役には極めて有利な、従って代表取締役の独裁強化を齎らす危険性を包蔵している。従ってこの規定は、初めの目的とは異なっており、いかなれば代表取締役の御用規定化しているものであり、そして取締役会の、代表取締役に対する地位の弱体化を惹起しているといっても過言ではない。勿論法の建前から、代表取締役以外の者と雖も、取締役の候補者を立て得ないことはない。特に第256条の3、4の累積投票制度は正にこのためのものでもある。しかしながら折角の、この制度も第256条の4の規定で、定款を以って、その不採用を規定できることになっているために、現在多くの会社では、この制度不採用を定款で規定している有様である。尤もこの場合でも同条後文で発行済株式総数の $\frac{1}{4}$ 以上に当たる株式を有する株主は、累積投票の請求をなすることになってはいるが、殆んどの大規模会社では $\frac{1}{4}$ 以上に当たる株式を有する株主は大株主であるので、折角のこの規定も、大会社等では何らの救済にもならないのである。ということは累積投票制度も、取締役候補者選出の面における、代表取締役の優位抑制のための、救済には余り効果のないことを意味する。そしてさらに、これに拍車をかけて、この面における代表取締役の優位を招来するものは、第256条の2の、取締役選任に当たっての定足数の規定であろうと思われる。勿論この規定も亦、その狙いは、代表取締役の専横を防止し一般少数株主の利益を守るための規定である。けだし取締役の選任決議は株主総会の通常決議事項であるので、会社は本来ならば、定款の規定を以って、この定足数の出席を要しないとすることも、またその数を軽減することもできる(239条1項)筈であるが取締役は会社の業務執行機関として会社経営の衝に当たる最も重要な地位に就くのであるからその選任に当たっては極めて慎重でなければならないとの建前から、できるだけ多くの株主を参加させるべくたとえ定款の規定を以って、通常決議に要する出席定足数の軽減または廃止をなす場合でも、取締役の選任決議に関する限り、これを発行済株式総数の $\frac{1}{2}$ 未満に下し得ないことにしたからである。従って一部少数の株主だけではなく、できるだけ多くの株主を参加させて取締役の選任決議を行なわせるということ自体、それは株主の利益保護の上からも極めて好ましいことはいうまでもないし、その限りにおいては、当然代表取締役等の専横を抑制するための規定であるともいえるのである。しかしな

がらこの規定も亦、現実においては総会の流会防止のための定足数充足のため、余儀なく会社をして委任状収集に狂奔せしめる結果となり、かくして収集された委任状は会社原案の、すなわち代表取締役の指定する取締役候補者選出に利用されてしまうという、初めの目的とは反対の作用を演ずる結果を来している。勿論上場株式の議決権代理行使の勧誘規則第2条では株主に送付する参考書類に、取締役候補者の明記を要する旨、規定しているのではあるがその効果は余り期待できない(註5)しその上、反対派には、米国法とは異なり、その委任状収集のための便宜、費用、手続に関する規定すらなく、またこれに似た規定(同則旧第8条)が全然なかったわけではないがこれも現在は廃止されている(註6)ので、これらのことは、反対派側よりの、取締役選出の可能性をさらに少なくするものである。そのためには私は、単に勧誘規則の改正を考える(註7)だけではなく、竿頭さらに一步を進めて、むしろ第256条の2の規定廃止をも考える(註8)ものである。

次に取締役の解任手続について述べる。勿論取締役解任制度それ自体は株主の取締役選任権、少数株主による取締役解任請求提訴権(257条3項)、さらに累積投票請求権、または第241条第1項但書の廃止による所の、定款による議決権の制限禁止や取締役任期の、3年より2年への短縮等の規定と共に、分離されている所有と経営、さらには支配をもつなぎ止める法的連鎖制度の一つであるから、それ自体は、別に問題ではない。否それ所か必要絶対の制度でもある。しかしながらその解任決議が独米のそれとは異なり、解任によって生ずる損害賠償さえ覚悟するならば、たとえ正当の理由なくともなされ得るとするに問題があるのであり、これは観方によっては、取締役会に属する業務執行決定権への、株主の干渉でありまた英会社法の1929年法より1948年法への改正が特別決議事項より通常決議事項になったのとは違って、我法の昭和25年法は、13年法の通常決議事項より特別決議事項へと変って来てはいるのであるが、兎に角、我25年法がこの、正当の理由なき、取締役解任の規定を浅している所に問題がある。そして私はこの、正当の理由なき取締役解任制度に対しては、批判的見解に立つ(註9)ものである。しかしながら兎に角、この制度によって代表取締役に対する、取締役従ってこれにより構成される取締役会の劣勢をもたらすことは否定できない。尤もこの考え方に対しては、そもそもこの制度は、代表取締役に与えられた制度ではなくして株主総会に与えられた制度であり、従ってここで検討している所の、取締役に対する代表取締役の力関係とは、何ら関係はないではないかという反論が起ることと思う。たしかにこの反論の指摘す

る通り、表面上は何ら直接の関係は存しない。しかしこの制度も深く考察すると、代表取締役の、総会での委任状機構の利用により（しかもこの制度は定足数を要する特別決議事項であるので、殆んどの大会社はこの機構を利用せざるを得ないのであるが）この取締役解任の手段に悪用されて来るのである。すなわち代表取締役は、その株主総会操作により、勝手に（任期満了前に、しかも正当の理由なしに）他の取締役を解任できる（第239条5項の特別利害関係人の議決権排除規定は解釈（註10）によってはこれに拍車をかけることになる）ことになるのである。ということは、代表取締役以外の、他の取締役は絶えず代表取締役の第257条による解任権発動の前にさらされていることになる。またさらに一步退いて、よしんばこの解任権発動という、非常手段によらなくとも、代表取締役は取締役の任期が2年という短期間であることからして次の選任時には、当該取締役をその候補者中より除外するという事もできるので、容易にしかも摩擦なくしてこれを取締役会の構成員中より排斥できるのである。従って昭和25年法は特に総会の権限縮小、取締役の権限強化に応じて、株式会社民主化の建前より、取締役の任期を3年より2年に短縮したのであるが、このことは、本来株主総会に、その信任を問う機会をより多からしむることによって、取締役の専横を抑え、株主の利益を守るといふ、この改正規定本来の目的よりは、むしろ間接的には株主の利益とは反対の、代表取締役独裁化の一因となるという如き皮肉なる現象を招来するに至ったともいえるのである。

以上を要するに、上述の如く、取締役はその選任に当たり、その前段階たる取締役候補者選定の段階において早くも代表取締役の意向を汲んで選ばれ、そしてその意に適わなければ候補者に選定しては貰えず、しかも首尾よく取締役に選任されて後も、絶えず第257条の解任権発動や任期終了後の、再任取締役の候補者には指定して貰えないかも知れないという脅威と心配の前に立たされているというのが現在の平取締役の実状でもある。であるからして一般の平取締役は、代表取締役に対して、独立所か完全に従属、依存しているといっても過言ではないのである。従ってかかる取締役によって構成されている取締役会に対し、代表取締役への監督機能発揮を期待すること自体、既にナンセンスともいふべきであると考ええる。

第二節 取締役会の、業務執行決定権限規定の不徹底性

昭和25年法は第260条の規定を新設して、業務執行決定の権限を取締役に与えたのであるが、この規定により折角、取締役に与えられた所の、これらの権限も亦

同年法の他の諸条文によって骨抜きにされ、また骨抜きにされる恐れのあることである。すなわちその一つは、25年法が第230条の2の規定を設けたことである。勿論第230条の2の規定そのものは、旧法とは異なり、株主総会の権限を大巾に縮小した規定であり、反面取締役会の権限を拡張した規定でもある。その限りにおいて、法律上従来、株主総会の保有していた如き、その最高機関的性質は失なわれてしまった（註11）（独でも株式会社法第70条による取締役会の指導的地位の承認と総会の権限の限定のため、総会の最高機関性を否定するのが通例である（註12））ともいえる。しかしながら25年法には独株式会社法第103条第2項（「業務執行の問題については株主総会は取締役の請求あるときに限り、これが決定をなすことを得」とあるがこれは反面、「定款を以ってしても取締役の請求がない限り、業務執行に関する議決権を有し得ない」ということになる）（註13）の如き規定がないのみならず（註14）、さらに本条に「定款に定むる事項に限り、決議をなすことを得」という規定（以下単に定款保留規定と称する）を設けることによって、旧法上とは異なった意味において、なおその最高機関的性質を保有しているかの如くに見られている（註15）。けだし25年法においても、総会は取締役及び監査役の選任及解任の権限を有している（独法では、たとえば Godin-Wilhelmi の如きは、総会は取締役を選任する所の監査役を選任する権限と、また取締役及び監査役を解任または不信任決議をなし得る権限を有することからして、総会を間接的最高機関と称している（註16））のであり、しかも同法上は取締役の任期が3年より2年に、また監査役の任期が2年より1年に、それぞれ短縮されたために（第256条1項、273条）、選任決議の度数を多くした取締役の選任決議には、発行済株式数の $\frac{1}{3}$ 以上という定足数が前述の如く、定款による除外例を許さずに強制されており（256条の2）、これらは株主総会の取締役に対する影響力をさらに強めるものである。そしてこれと相まって、上述の定款保留の規定により、定款の定めは、株主総会の決議を以って強行法規に反しない限り、どのようにも拡張しうるから、定款変更の方法により総会の権限を拡張し総会の決議事項を多くすることによって総会は、取締役に對しその影響力を増加できるのである。この二つの点において、25年法上においても、なお総会は取締役に對し潜在的支配力を有し一定の範囲においては、最高機関性を失ったものではないといふことができるからである。所で25年法により、総会がその最高機関性を喪失したか否かに対する解答の検討は暫く措いても、問題は、この定款保留規定の適用により、総会の権限を何所まで拡張できるか否か換言すれば、それは無制限にできるのか否か、また無制限にはできないものとすれば、その

限界範囲如何の問題が起って来ることである。所でこの問題に対しては、先づ比較法的には、これと同様な規定を持つ株式会社法第103条第1項の解釈においては、たとえば（我法の取締役会に当たる所の）監査役より（代表取締役に当たる所の）取締役の選、解任の権限を奪って総会の権限とすることはできないとされている（註17）ことである。しかしながらこの解釈に対しては、25年法では株式会社の資本額には何らの制限もないから現実には株式会社は必ずしも大企業の形態たるに止らず、個人企業的な中小企業としても多く利用され得る（極端に言えば額面株式なら3,500円、無額面株式なら7円で設立し得る）。それ故、25年法は一応は近代的大企業を標準として法律的に企業の所有と経営を分離しながらも同時に、それぞれの会社の実情に応じ定款を以ってその権限の分配を適宜に調整する広い自由を定めたものとなさざるを得ないのであり、この点では株式会社法第7条第1項、第103条が一方で株式会社の資本の最低限を定めると共に、他方で前述の如く総会は定款の規定を以ってするも業務執行に関する問題については、取締役の請求がない限り、決議をなし得ないという意味のことを規定しているのとは、その根本の立場を異にしているものといわなければならない（註18）ので我法の解釈上は、必ずしも決定的参考とはなり得ない憾みがある。次に我法解釈においては、この問題に対し学説の中には、強行法規に反しない限り会社は各自の事情に即して総会の決議を経べき事項とすることができるとする肯定説（註19）と、この適用には一定の限界ありとする否定説（註20）とが見られるのでありそしてこの対立は、第261条の代表取締役選任の権限を第230条の2との関連において、取締役会の権限より株主総会の権限に拡張できるよう定款保留できるか否かの問題について最も鋭く見られるので、次にはこれについて検討することにする。所でこれに対しては肯定説はその理由として、総会は取締役会の上級機関であり、そして第261条第1項においてその選任を取締役会の決議により行なうという意味はこれを取締役会の下級機関に委任し得ないという意味であることを理由として「代表取締役の選任を取締役会の下部機関に委ねることはできないが定款を以って総会の権限とすることは差し支えない」（註21）とか、また「商法第230条の2の規定で直接にその権限に属しなくとも定款に定めた事項については決議をなし得ることは明定せられているので、これに対する例外を認めるには特に明白な理由がなければならぬのであって否定説の掲げる理由は、このための十分な理由とは認められないと思うから」（註22）とか、或いは「代表取締役は会社の代表機関であって取締役会の代表機関ではないのだから株主の少数な株式会社

等で代表取締役の選任を総会自身において行なうのが適当であると考えられる場合に、これを定款に記載して総会自身において行なうこととしても何ら差し支えがあると解すべき理由はなく、その解任については、この場合は取締役会においてなし得ないで総会において行なうこととなるが、これもこのような特別な事情がある会社においては、適当と考えられる場合がある」（註23）としている。他方これに対し、否定説はその理由として「代表取締役は取締役会の業務執行の権限を代理行使する、いわば複代理人的地位を有する（註24）ものである」（註25）とか「取締役は代表取締役に対し命令監督権を有しこの権限は取締役会が代表取締役を解任（代表権の剥奪）することを得る権限により裏付けられる。しかるに総会が代表取締役を選任するならば取締役会がこれを解任し得ないことはいふ迄もなく、従ってその命令監督権は失われざるを得ないのであって、右の見解は既に破綻せざるを得ないと思う」（註26）としている。またこれに対しては「監督権と選任権とを同一人に帰属せしめねばならないとする理論的根拠はあり得ない。たとえば旧法では選任権のない監査役が取締役を監督した」とする反論（註27）もある。しかし監督権なるものは、被監督者に対する選任権と解任権とを持つことによって始めてその力を発揮することができるしまたそれを欠くことにより、たとえ形式上は監督できても、もはやその力を十分に発揮し得なくなるのでこの反論には組みし得ない（註28）。以上を要するに本題に対しては、肯定、否定の両論が対立している（註29）のであるが私見は第一には、第261条の代表取締役選任事項は法文の形式上は、取締役会以外の決議によることを絶対に許容しないとするいわば、絶対的専属事項であること、第二には、25年法の改正動向は、総会の権限縮少と取締役会の権限拡大とに在り、従ってその与えられた所の、取締役会の権限は拡張的とは行かなくとも、少なくとも縮小的には解すべきではないこと、またたとえこの権限を総会に、定款保留しても利益は余り期待できず、しかもまた、そうすることにより、取締役会の、代表取締役に対する監督権の裏付けの失われること（註30）等の理由により、定款保留できないと結論するのであり、このことは一例に過ぎないとはいえ、結局第230条の2の定款保留規定は、肯定説のいう如く、無制限には拡張できず一応の限界ありと考えるものである。なおその限界については私は、次の如く考える。すなわちこれには形式的な限界と実質的な限界との二つがあるのであるが、先づ前者より述べるなら、これは法条文の字句より来る所の限界である。すなわち定款保留を許容する如き文言、たとえば第293条

の3（準備金の資本への組入れ）第293条の4（株式の分割）第296条（社債の発行）等に見られる如き「取締役会の決議により……得」とか、またはこれに類似する文言たとえば第280条の2（会社の新株発行事項の決定）第261条の2（取締役、会社間の訴の代表者決定）等に見られる如き「定款に別段の定めなき限り」等の文言の存しない（これらの字句のあるのを相対的専属事項と称することにする）限り、換言すれば前述の、いわゆる絶対的専属事項である限り、この定款保留規定の適用は認められないとすることである。しかしながらこれに対しては、次の如き問題がある。すなわち法律が取締役会の権限としている事項の中には、かかる文言の存しない、従ってその限りにおいては、形式的限界の内に在りながらも、なお且つこの定款規定の適用を認めて、換言すれば総会の権限事項に移譲してもよいと思われる事項の存することである。たとえば第265条の、取締役会でなすべき取締役、会社間の取引の承認の如きが、それである。ただしこれらは、取締役会の承認の代りに株主総会の承認を必要とすると定款で規定しても、別段差し支えはないと思われるからである（ただし代表取締役に対する監督の点からは、後述の如き問題が生じない訳でもない）。そこでこれと前述第261条（代表取締役選任）とを区別するためには、この限界だけでは充分ではなくどうしても他の限界すなわち実質的限界が必要となって来る。所でこれは、25年法の目的や趣旨を阻害することになるような定款保留はしてはならないという限界である。そこでそのような、25年法の目的や趣旨とは何んであるかであるが、それは一言にしていえば、25年法が株式会社の機関として取締役会を法定したことである。すなわち第一には、業務執行の意思決定は、法に別段の定めのない限り、取締役会で行なうべしとしたことであり第二には、そこで意思決定された業務執行の実行を代表取締役が行なうのを、取締役会が監督することである。先づ前者より検討する。そもそも業務執行の意思決定は本来からいえば、株主の意向を直接に問うためには株主総会で行なうべく、またそれが望ましいことではあるが株式会社の大規模化による総会の現状、総会の自治能力の現実よりして総会にそれを期待することは、屢述の如く、不可能に近いので、25年法では思い切って、これを総会より取締役会に移譲したのである。しかしながらこれでは株主の意思を直接には反映しないので、株主保護、株主自衛の立場よりすれば必ずしも好ましいことではないのであり、さらにまた独株式法第7条とは異なり、我国の如く、資本の最低限を法定せず従って零細規模会社の多い所では、業務執行決定の凡べてを、取締役会より総会に移譲する（これは取締役会の実質的廃止を意味するの

で）ことはできないが、その一部を特別に総会に移して、株主の直接の意思を問うようにすることは、敢えて25年法の目的や趣旨と齟齬せず（このことは、法が明文を以て業務執行の権限の幾つかを総会に定款保留できることを規定している事実からも明らかであろう）観方によっては、それは我国株式会社の実状に即した処置であるともいえるのである。従ってそれは、また25年法の目的や趣旨を阻害することにはならない。その点において、前述した第265条の取引の承認の如きは業務執行決定の一部に外ならないので、この承認の権限を取締役会の権限から総会の権限へと定款保留しても差し支えないと観てもよいのではあるまいか。またこのことは、法文解釈上、前記独株式法第103条第2項の如き規定が我法にないということからも当然と思われて来る。従って、たとえば取引に際し、その限度額または種類等を限定して、これを定款保留して株主総会の権限に移すこと等も承認の対象は業務執行の一部であるので当然、可能なことは勿論である。次に第二点であるが、これは25年法の目的や趣旨の一つは、従来監査役の無力化等により業務執行の監査権を、少数株主と取締役会特に後者に移譲したことであり、そのために取締役会は代表取締役の選任またはその解任（代表権の剥奪）権とを、その重要な権限の一つとして与えられていることである。換言すれば代表取締役の選、解任権こそは、取締役会の代表取締役に対する監督権の大いなる裏付けの一つである。しかもこのことは、立法者達の意図に反して、米法等とは異なり社内重役のみ多くして、代表取締役に対する監督の実際の挙がっていない所の、我国取締役会の現在でも、なおその意義は失われてはいない。故に定款保留してこれを取締役会より奪って総会の権限とすることは、すなわち代表取締役の選任権を総会に譲ることは、引いてはその解任権をも放棄することになるので、取締役会の代表取締役に対する監督権を骨抜きにすることであり、そして代表取締役に対する監督権を実質的に剥奪された所の、取締役会では、もはやその存在意義を失なうことにならざるを得ない。いわんや社内重役のみ多くして、監督すべき筈の代表取締役に反って牛耳られ、または常務会の如き法外機関にその御株を奪われている取締役会の現状では、なおおしかりと感じさせられるものがある。これは取締役会に大きく、期待を持った所の、25年法の目的や趣旨よりしても断じて許されないことである。ということは、かかる結果を招来する、換言すれば代表取締役に対する監督権発揮に支障を来すことになる如き、定款保留規定の適用は、これをなし得ないことを意味する。これを要するに、定款保留規定適用によって、業務執行決定の全部は別であるが、その一部を株主総会に移すことは差

し支えないのであるが、これに反し取締役会の（代表取締役に対する）監督権發揮に支障を来たすことになるような定款保留規定の拡張は、25年法の目的や趣旨に照らして許されないとと思われる。

所で肯定説のいう如く、この定款保留規定の拡張には限界なしという立場に立てば勿論のことであるが、私の如く、限界ありとする立場に立つてみても、既述の如く取締役会に属する業務執行決定権限の中、法の明文の許容する範囲内と、また取締役会の監督権限を阻害しない範囲内とでは、それぞれの範囲内において、定款で以ってこれを取締役会の権限より剥奪して総会の権限に移譲しうるのである。すなわち取締役、会社間の訴の代表者の決定（261条の2）会社の新株発行事項の決定（280条の2）準備金の資本への組入れの決定（293条の3）株式の分割（293条の4）社債の発行（296条）等がこれである。所がさらに注目すべきことは、元来業務執行に属する事項の中でも、特に重要なものは定款保留規定の適用を待たずに始めから、法はこれを取締役会の権限事項より除外して総会の権限事項としていることである。勿論これらの中、たとえば減資（375条）解散（405条）合併（408条）営業の譲渡または賃貸（245条）の決議等は、単なる業務執行事項ではなくして会社にとって最も大切な、組織、営業に関する事項であるので、これを総会の権限事項としたことは、充分理由のあることである。特に前者すなわち組織事項については「基礎組織化こそは現代企業の総会の固有権限でありそしてまた株式会社という範疇に在る限り、この権限は限界であり私企業である限りは、この最低限界の機能を確保しつつ総会は存続し無用とはならない、そしてこの機能を喪失したとき、それはもはや総会ではなくなるし株式会社、従って私企業の解消する時である」（註31）からであるし、また株式配当（293条の2）事後設立（246条）取締役の競業認許（264条）等の議決も亦、株主の重大利益に関する事項であるとして、総会の権限事項に容れていることも肯定できないこともないではない。しかしながら如何に株主の重大利益に関するからといても、計算書類承認事項（283条）までも総会に与えていることは、総会の現状、また比較法的考察よりして、観るときは行き過ぎではないかと思わせられるものがある。すなわち比較法的には1937年の独株式法は曾っての指導者原理の観点から、取締役が監査役の承認を得てこれを確定し株主総会への提出を要するのは取締役、監査役が総会により確定すべき旨を決定したとき、または監査役の承認が得られないとき（同法125条3項）に限ることとして、唯利益配当決定のみは総会決議を要する（同126条）ことにしていた。尤もこれに対し1959年の同法改正報告者草案第138条で

は、総会が年度決算書の確定を要すると定めている（註32）。しかし1960年の政府草案は再転して、原則として執行機関が年度決算書確定の権限を有するものとし（同草案第160条。なお株式法第135条1項に相当する同草案第150条1項の制約がある）総会はこのように確定された年度決算書による拘束の下に貸借対照表の利益処分を決定する権限を有するとしている（同草案162条1項）。しかし再転したとはいえ、政府草案においても、当該年度について設けられる準備金計上の確定は総会の権限に移されているので、執行機関の確定の権限は株式法の場合より幾分狭くなっている（註33）ことは否定できない。また米法では一般に計算書類確定及び利益配当の決定は取締役会において行なわれ（註34）て総会の議決事項ではない。それ故、株主の利益配当請求権は取締役の公正なる裁量に依存するのであるが、しかし裁量につき詐欺的濫用のある場合、換言すればそれが非常に明白且つ極端な事件の場合において、衡平上裁判所の救済の対象となる（註35）のである。しかしながら我法では、これらと異なり計算書類の確定も総会における承認決議によってなされるのであり、しかもこの承認は単に取締役の作成した計算書類の正当性を確認するだけでなく、理論的には必要とあらばこれを修正することによって終局的に確定されるのである。しかし実際には総会の席上、各株主がその内容に立ち入って審査することは事実上不可能に等しく、取締役の提出する右の書類を原案のまま承認しているのが実情である。従って「技術的専門的な知識に乏しい大衆株主から成る株主総会の権限としてその自治的監督の方式に委ねることは反省の必要がある」（註36）のである。そこで早くから「既往における事業経営に関する計算はそれが正確であればよいのであって、これに基づく取締役の責任追及は別として計算自体の、株主総会による認否に特別な意義は認められない」として計算書類の確定は取締役会の権限に移すべく、また利益配当の決定についても「会社における利益配当の決定は利益の有無という数学的事実のみによってなされるべきではなくして、会社事業の永続的發展を基礎とする現在及び将来の計画に照らしてなされなければならないが、かかる判断を適切になしうる者は会社業務の状況に精通する取締役であって、変動する株主の偶然的多数によって決議する株主総会ではないから、取締役会の計算書類確定の権限には相当な準備金を積立てる権限をも包含せしめねばならない。それ故、会社の会計監査制度の確立と相まって、計算書類の確定及び利益配当決定の権限を取締役に移すのを適当とする」とする議論（註37）もなされて来ている。尤もこれに対しては、現在の段階では、計算書類の確定は原則として取締役会で行なうが、しかし

たとえば公認会計士の監査の結果と監査役の見解とが食い違ったような場合には、総会で決定することとし、利益処分決定は総会の決議事項に残しておくといった独法程度の所が、適当であるとする考え方（註38）もあり、また経済安定本部企業会計審議会の昭和26年に発表した「商法と企業会計原則との調整に関する意見書」第7の如く、公認会計士の監査証明を受けた場合は、計算書類の確定は取締役会の権限事項とすべしとしつつ「利益処分案は株主総会の決議事項とすべきであって取締役会の権限による配当宣言を認めることは我国では時期尚早であろう」とする反対論もない訳ではなく、さらに進んでは独株式法改正報告者草案が前述の如く、総会が年度決算書の確定を要するとしているのを根拠にして「計算書類の確定は株主にとって重大な利害関係があり種々の弊害の生ずる根源であるから、総会の承認を要するべきである」とする説（註39）もあるのである。しかしながら、かかる見解すなわち計算書類の確定権は取締役会に移しても、利益処分権までも移すことは、我国では時期尚早なりとする見解に対しては「計算書類の確定は会社の財産状態内至経営成果の計数的確定であるから、財産評価、減価償却及び引当金の計上は、その性質上当然に、確定権者において決定すべき事項でありまた利益処分はかくして確定された金額に当然に拘束されざるを得ないが、この場合、その金額について絶対的正確を期し得ないことはもとより、確定権者がその計上において秘密準備金を積立てることも、法がその積立を常に違法にするのではない（ただし昭和37年改正法は秘密準備金の積立を禁止することになったが、ここでは原文のまま載せる）以上、これを確定権者の権限に委ねない訳には行かない。かくして若し利益配当の留保が確定権者の秘密準備金の積立により可能となる以上、もはや利益処分による任意準備金の積立を、決算の確定と別異に取扱う理由は存し得ない。むしろ準備金の積立も財産評価、減価償却も等しく会社の必要に導かれるものであって会社の経営担当者がその識見と判断において決すべき事項であるというべきである」（註40）とする批判もある。なお東京商工会議所の昭和33年10月に発行した「商法会計規定に関する改正意見」も「計算書類の確定及び利益処分決定を共に取締役会の専管事項とする」改正意見を出しているし、さらに所有と経営の分離現象を前提として、これを取締役会の権限とすべしとする論者（註41）もある（尤もこれには、この分離現象にはなお多くの疑問点存するとする反論（註42）もある）しかしこうすると、取締役の権限乱用の危険増大する（註43）との立場より、逆に総会の利益配当決定権の強化を図りまた一種の利益配当請求についての少数株主権を認めようとする主張もな

いではない。すなわち伊沢教授は米で曾って Ford 自動車会社とその利益金の大部分を設備拡充のための準備金に繰り入れたため利益配当が著減しその結果、株主がその繰り入れの制限を主張した事件の起った例を挙げられつつ「利益金の準備金への繰り入れは窮極において株主の利益ではあるが現実に利益配当が増加するという利益と、将来受ける利益の期待とは著しく異なる」し「取締役と大株主との共謀によって剰配当と反対の秘密準備金が不当に行なわれることも考えられる」から「計算上配当の可能なこと、または、配当を増額すべきが正当なことを主張して配当を求むべき少数株主権を認むべきである」と主張していられる（註44）。また取締役の、かかる権限乱用を防止する方法の一つとして高田教授は「銀行の定期預金の利廻以下の配当率または無配当となる事業年度の決算書類の総会の決議は特別決議であるべきを要求し、それと共にそうした場合の、総会の招集通知に、そうした企業成績しか挙げ得なかった理由を明白にするような一定事項の記載を強制し且つ取締役はその任期中にも拘らず、次期企業年度についてその地位に止まるべきか否か進退伺いを出し、特別決議で信任された場合のみ、その任に留まり得るものとするのが望ましい」（註45）とされている。

以上を要するに、執行機関の権限乱用従ってそれによる株主の利益配当権侵害の可能性のみを考えると、計算書類の承認を依然として総会が持つ、我が現行法の構造にも、なお合理性が存在する（註46）と一応は考えるべきであろうと思われる。しかしながら会社規模の巨大化、組織の複雑化または総会の現状や株主の実状等を考えるときは、必ずしも現行法の構造には賛成できないものがある。さらにこの考え方を推進するものとして次の四点を挙げることにする。すなわちその第一点は「資本家企業の時なら、資本家すなわち株主は分配する人であったから、或いは利益配当の決定も亦、株主が行なうのは理由があった。しかし今日の企業では資本家すなわち株主は分配を受ける人ではあっても分配する人ではない。分配する人は経営体であり、分配させられるものも経営体である。とすれば利益配当の決定は、むしろ経営体すなわち、取締役会に在りということになりはしないか」（註47）ということである。その第二点は違法配当額につき取締役の責任を認めていることであり（266条1項1号）さらにそれを弁済した取締役の求償相手を、商法第266条の2の規定で以って、悪意の株主のみに限定していることである。特に法が悪意の株主のみに限定しているのは、成程取締役が自己の責任ある行為に基づき善意の株主に対してまでも権利を主張するのは不適當であることに基づくのは勿論であるがまた一面において、

一般株主の、いわゆる社債権者化の現象を考慮した結果でもあることである。ということは、反面計算書類を総会で承認することについては、総会の能力のないことを暗に示すものであり、さらにいうならば、そうすることの適当でないことを示すことでもある。そしてもしも、そうでないとすれば計算書類を承認するのは株主総会であり、違法配当は元来、不当利得的なものであるから、返還請求するのに(返還額に差異はあっても)敢えて株主の善、悪意を区別すべきではないからである。さらにその第三点は、第290条第2項の規定であり、そしてこの規定の解釈において債権者の違法配当返還請求権の相手は悪意の株主のみに限られるという解釈の行なわれていることである。所でこの規定によれば違法配当をなしたときには、資本維持の原則に基き、会社は勿論、会社債権者と雖も、違法配当受領の株主に、これを返還させることができるのである。しかも同項の文言には、民法第703条(不当利得)や商法第266条の2(弁済取締役の求償権)等に見られる如き、求償権行使に制限を加える如き文言がないので(求償権に基づく)返還額は当然に違法に配当された利益の全額であり、また現存利益証明のような面倒な問題も起り得ない。のみならず、返還義務を負う株主は、違法配当を受けたことについて善、悪意を問わず受領株主の全員であることになる。しかしながら問題は、違法配当をなした取締役がこの全額につき弁済をしたときには、民法第500条の弁済代位権に基づき当然に求償しうるのであるが、前述の如く第266条の2の規定によって、それは悪意の株主のみに限定せられていることである。しかるに同じく違法配当を受けながらも、第290条2項によれば会社債権者の返還請求に対しては善意の株主と雖もこれを免れ得ない。そこでこの一見、互に相容れない两条文の矛盾、相剋を解決するために、学説は或いは第266条の2との連関に重点を置いて第290条2項の株主は、これを制限する、何らの字句もないけれども善意者を含まない(否定説と称する)趣旨であると解し(註48)、或いは第290条2項の規定の文言そのものに重点を置いて善意者をも含む(肯定説とする)趣旨であるとしている(註49)のであるが私は前説すなわち否定説を取るものである(註50)。そこで私見の如く、解釈上悪意の株主のみに限られるとする所の否定説を取るならば次のことがいえると思われる。すなわち違法配当案を承認するのは株主総会であるから、善、悪意を問わず、すべての株主に責任があるべき筈である。しかるに第290条2項の対象は悪意の株主のみに限定せざるを得ないという解釈のなされること自体、前述第二点の場合と同様総会が計算書類承認を行なうことの適当でないこと、またその困難なことを裏面より示す証拠だと考えてもよい

のではないかと思われることである。最後にその第四点は、昭和37年法が財産目録を、旧法とは異なり取締役が総会へ提出してその承認を求めることを要する所の書類中より除いた(283条1項)ことである。換言すればたとえ計算書類の一部に限るとはいえ、これの総会への調査強制の無益、またはその能力への不信を、商法典自らが抱くに至って来ていることを示すものであるとみてもよいと思われることである。

さて以上の諸検討の結果として次のことがいえると思われる。すなわち比較法的に考察してみても、また総会の現状から分析してみても、本来は取締役会に属せしめることが適当であると思われる所の、計算書類の承認権が現行法の上からは、取締役会にはなくして総会に在ることになっていることである。従ってこれらのことは、法が折角業務執行は取締役会これを決する(260条)と規定していても、結局はその範囲内においては取締役会の業務執行決定の権限を縮小せしめる結果になっていることを否定できない。兎に角計算書類の承認決議にさいし、業務執行決定の権限の一つとして取締役会に専属せしめるべき筈の権限が、現行法の建前からはその利益配当の決定はもとより計算書類の確定権すらも取締役会にはない(註51)のである。そしてこのことは折角、25年法が取締役会に与えた所の、業務執行決定の権限をそれだけ縮小せしめていることになっているのである。

終りに以上述べ来たった所でも明らかな如く現行法の建前下では、本来は取締役会に属すべき筈の業務執行決定権限の中の、可成りの部分が始めから明文により、または第230条の2の定款保留規定により、取締役会より株主総会の権限へと移譲されているのであり、また移譲される可能性もあるのであるが、このことは、すなわち取締役会よりその、昭和25年法により折角与えられた所の業務執行決定権限を剥奪して再び総会権限に保留するということになるのである。しかしながらこれだけならば総会と取締役会との権限の関係だけであって、ここで検討対象として取り上げている所の、代表取締役と取締役会との関係ではない。それであるから、ここで検討対象として取り上げるべき筋合のものではないかも知れない。しかしながらこのことは、唯取締役会よりこれらの権限を奪って、従って取締役会の権限弱化、惹いてはその監査、監督権限の縮小を招来するだけでなくしてまた観点を掘り下げれば、そもそも株主総会に保留するということは、総会の現状では、屢述の如き、委任状収集の有利さ、株主の会社に対する冷淡、無関心、無知化等により、結局は総会へ移譲した所の、業務執行の決定権を、代表取締役に授与することになるという可能性を与えるということにもなるのである。この点において、業務執行の決定面においても、代表取締役に対する取締

役会の劣位を惹起することになるのである。唯これに対しては計算書類承認の件については、次のような反論が予想される。すなわち代表取締役が取締役会の同意を得て、計算書類を総会に提出するのであるから、これは当たらないのではないかという反論である。たしかに計算書類承認のさいだけは、代表取締役（代表取締役ではないがそのための権限を与えられている業務担当取締役もこれを提出することは差し支えないとする説もあるが田中誠二教授等（註52）は監査役に対しては純内部関係である以上、このように解して差し支えないとしても、この計算書類は結局第282条及び第283条2項により公示され、株主以外の第三者を相手とすることになるから、この場合は矢張り、代表取締役に限ると解すべしとしている）は、取締役会の同意を得て、計算書類を監査役に（281条）また総会に（283条）提出するのであるから、その限りでは取締役会の意思は無視できないのであり従ってこの反論には、首肯させられ得るものがある。だがしかし問題は、取締役会の同意を得られない場合（余りないと思われるが）にその同意を得ずに、代表取締役は計算書類の提出ができるか否かである。この点については余り触れられていないが、法は第231条（取締役会これを決す）第261条（取締役会の決議を以て）第265条（取締役会の承認を受くることを要す）等に見られる如き、またはこれに類似する如き文言を、第281条、283条等に記載せずして単に「取締役」とのみ記載していること、また第266条第1項1号との関連で、第2項の文言が「取締役会の決議に基づいてなされたときは」の表現を用いていること等からして、取締役会制度の建前からすれば問題なしとはしないが、私は提出可能なりと解釈するのであり、従って当該取締役の責任問題は別として、法の建前の上からは、代表取締役は取締役会の同意なくとも、さらに進んでは取締役会にはからなくとも、総会に提出し、委任状機構等による総会操作により計算書類承認を勝ち取る可能性もあり得るのである。従って前述の反論は当たらないと思われる。終りにさらに一言、触れるならば、法が明文を以て取締役会の権限としているものの中でも、たとえば第265条の自己取引承認の規定の如きも、考え方によっては取締役会の権限縮少を招来する如き表現をしていることである。すなわち本条により、会社と取締役間の自己取引についての承認は、明文で以て取締役会の権限としているのであるが、しかしこの表現は旧法第265条では「監査役の承認を受けて……しなければならぬ」となっていたし、また現行中小企業等協同組合法第38条等では「理事は理事会の承認を受けた場合に限り組合と契約できる」となっているのに反して本条は「取引をなすには取締役会の承認を受くることを

要す」となっていることである。所で本規定の、この法文表現の変化は、本条違反の法律行為に対して、相対的無効論さらには有効説を発生せしめる有力な一因となっている（註53）。そして私もまた有効説を取る（註54）のであるが、問題は有効説の存するという事自体、これは既に代表取締役は取締役会を無視しても、その法律行為を第266条の責任問題を別にすれば、有効になし得る可能性のあることを意味するものである。そしてこのことは第265条の自己取引の承認にさいしても、代表取締役に對する、取締役会の監督権限の弱化を来たすことにもなることを示すのである。

第三節 社外取締役設置の非強制と常務会制度の普及

最後に我法において、取締役会が代表取締役に對して、その与えられた監査、監督の権限を行使し得ない第三の理由は、我法制では、取締役会の人的構成面では、独の共同決定法、経営組織法におけるとは異なり、社外取締役設置の強制を認めていないことである。従って我国では一般に大規模会社においては殆んどの会社が社内常勤取締役によって構成されており社外取締役は誠に僅かである（註55）。そしてこの傾向は年を追うてさらに大なるうとしているのである。これに加えて他方において、我国では取締役なる職制は今や一種の資格化しつつありそして一般従業員が昇りうる最高の地位と資格として与えられる名称となりつつあるようである（註56）。しかもこのことは、監査役とは異なり取締役が支配人その他の使用人を兼ねることを禁止されてはいない（監査役の兼任禁止を規定した第276条の如き規定は取締役にない）こととなお、その傾向は高いのである。この点において、比較法的にはたとえば米、独法では、代表取締役は必ず取締役中より選ばなければならないとする如き我国の規定（261条）とは異なり、我代表取締役にも当たる所の米国の役員は社長等を除けば取締役中より選任しなくてもよい（たとえばNew York州株式会社法第60条）ので、社外取締役の存在は充分考えられるし、また独の監督機関たる監査役員（我国の取締役に当たる）は株式法第90条1項により、（我国の代表取締役に当たる所の）取締役員を兼ねることさえできないのであり、その点において全員が社外取締役的存在ということにもなる。兎に角我国の取締役会は社内取締役の多い、換言すれば社外取締役の少いというよりは、皆無にもなり得る可能性を、法制的にも持った所の取締役会ということになるのであるが、かかる取締役会というものは次述の如き、三個の欠陥を孕んで来るものである。すなわちその第一は、かかる取締役会によってなされる所の、監督はいわば自己監

督に陥るものであることである。所で取締役会は本来代表取締役を監督する機関である。しかるにかかる取締役会においては監督される者が監督する機関の殆んど全員を占めることになり、これでは真の意味の監査、監督を不可能にした無意味にするからである。従って「我国の現状は監査なき Top-Management であるということができし、いうなれば監査なき独裁型であるともいえよう。しかしながら現実においては果して監査なき独裁で会社経営をやって行けるであろうか。否現実においてはもっと真剣な監視が行なわれている。換言すれば取締役会の監査こそないが、これに代る、否それ以上ともいふべき監視が行なわれている。すなわち株主による、株価に反映する監視、社債権者集会や銀行の監視、大蔵省経済局による S.E.C (証券取引委員会) 的監視、労働組合の監視、消費者の監視等多くの監視の目にさらされている」(註57) ので或る意味での監視は一応は行なわれているといってもよいのである。従ってこの、会社の内外で行なわれる監視を十分に反映するような監査、監督組織が望ましいことになるのであるが、これは、現行法の如き、換言すれば社内取締役のみになり得る可能性のある取締役会では不可能であることである。その第二はかかる社内取締役のみの取締役会では、各取締役は使用人(たとえば経理部長、営業部長)としての立場においては代表取締役たる社長、専務等の指揮命令に服し、他方取締役会の構成員たる立場(取締役)においては、これを監督するという矛盾に立つことである。その第三は現代企業は屢述の如き、公共性、社会性を持っているのであるがこれは社内取締役のみの構成では、これを果たし得ないことである。けだし公共性機能も、また社会性機能も、たとえば「独の監査役会の如く、社外の利害者集団の代表参加により始めて全体の利害たる公益を、その最高意思に反映し得るからである」(註58)。

以上を要するに第一には、企業の前向きな経営のために有能な取締役の参加を経営外に求めること、第二には、その公共性、社会性のために、社外の多くの利害集団を参加せしめて、その決定に公共性、社会性を反映せしめること、第三には、その監査機能発揮のため、換言すれば取締役会監査の、自己監査の弊に陥るのを防止するためからも、監査せられる所の、被監査者たる社内最高指令者以外に、社外の取締役を加える必要のあること、これら三点の理由のために、取締役会には社外取締役が必要となって来るのであるがこのことは、社外取締役の強制設置を規定していない我が取締役会制度の弱点の一つをなすものでありしかも、これはまた次の如き問題点をも孕む結果ともなっている。すなわち我国の法制下では屢述の如く、社外取締役設置強制の規定はないのであるが

これは結局は、取締役会制度に取ってはその機能発揮の上で大なる支障となっているだけではなく、また上述の如く代表取締役の独裁化招来の原因ともなっているものであり、さらに代表取締役をしてその独裁強化のために常務会なる法外的制度を発生せしめていることである。所で今日では「経済同友会の第一次調査(昭和32年)では代表的会社233社中で172社(73.8%)が常務会またはこれに類する機関を有し、同じく第二次調査(同35年)では229社中で75%の会社が同様の機関を有し、同じく第三次調査(同36年)では200社の中で169社(84.5%)が同様の機関を有している。なおこの調査では常務会を持たない会社は31社(15.5%)であるがその中の20社は非公式に常務会に類する組織を有しているもので、これを合せると、200社の中で189社(94.5%)が常務会またはこれに類する組織を有していることになる」(註59)従って「商法では常務会につき、なんらの規定も設けられていないけれども実際界では常務会は普遍的な機関となつてきているといわなければならない」(註60)程に普及して来ているし特に大企業ではその普及率は高いのである。所で常務会発生の原因としては「単に代表取締役の無能力を補充するためとか、責任免れのためとか我国伝統の会議体形式の運営の惰性のためとか」(註61)等の理由も挙げられるが、要するに「取締役会が形式化して来たことによると思われる。すなわち大会社では取締役の人数多く取締役会の機能的活動が妨げられる傾向に在ること、人数少い場合でも使用人を兼務する取締役が多いのでこれらの取締役は視野が限られてその担当部門の日常業務に追われ勝ちであること、社内重役多くて取締役会の本来の機能が果されない場合が多く、取締役会の議事については議事録の作成と公示が強制されているので重要事項で内密を要するものを取締役会で審議することは敬遠される傾向に在ること等」(註62)の理由に基づくし、またその性格については協議機関または決議機関であるとか、または諮問機関、連絡機関の性格を有するとかされている(註63)が、要するに常務会制度は、取締役会存在の意義を滅殺し、法律上は別として、実際界においては、これに代る機関となりつつあることは否定できない。しかしながらこの常務会なる機関も亦、いわゆる会社の最高経営機関の担当すべき四つの機能、すなわち経営の、前向きのための決定機能、その公共性、社会性的な機能、監査、監督的な機能、人事権的機能の四点より観察するときは、次の如き欠陥を包蔵しているようである。すなわち第一の機能であるが、これは常務会のメンバーの努力によって何んとか担当できないこともできないではない。しかしそのためには常務会に対するスタッフ機関の充実を考えなければならないのであり、またメ

ンバー自身も部門管理的な偏狭な立場を捨てて、会社の総合的な知識を身に付けることによりこれを解決できるであろうし、さらに顧問制、相談役制の活用も可能であるのであるから、この第一の問題の解決は必ずしも可能性なしとはしないと思われる。しかしながら第二の、経営の公共性、社会性ということになると問題は違って来る。けだし取締役会には、後述の如く社外取締役を参加させてこれを解決せんとする方法があるのであるが、常務会による限り、かかる方法の採用は不可能であるからである（これについては服部教授は「常務会は一般には常務取締役以上の取締役すなわち会長、社長、副社長、専務及び常務取締役等のいわゆる役付取締役によって構成される。しかし常務取締役会ではないので平取締役さらには取締役でない者(部長等)をその構成員とすることはできるが平取締役を数多く、構成員とすると取締役会との区別が、また部長を数多く構成員とすると部長会との区別が明確でなくなり常務会としての性格はうすれてしまう」(註64)とされる)。また第三の、監査、監督的機能も亦、常務会方式では解決されない所である。というよりはむしろ常務会方式によって益々、監査、監督能力は後退する危険があるともいえる。尤も常務会が最高決定機関へとその機能を高めて行けば、この危険の救われる希望も或いは出て来ないこともないのであるが、これも他の所で述べた如く、常務会の構成員が代表取締役に対して独立性と自主性を持ち得る迄に至るか否かは疑問である。少くとも取締役会よりはその可能性は少ないと思われる。最後の第四の人事権的機能であるが、この点も常務会方式では解決できない所である、けだし取締役会であれば、そこで全般管理者を選定するのであり、(260条の支配人選任) 従って人事と指導権の独裁制排除に役立つのであるが、常務会方式では経営者支配は反って高まり経営者独裁の傾向が強化されるからである。

以上を要するに、常務会制度の発生そしてその普及、普遍化は、さなぎだに弱化しつつある取締役会制度を益々弱化せしめてその形式化、無機能化を促進すると共に、反面常務会そのものも、代表取締役監督機関としては無力であるので、これらは両々相俟って代表取締役の独裁強化への道を開く結果を招来して来ていると結論してもよく、換言すれば、本論文の目的たる、代表取締役監督の目標からは、益々遠ざからしめるものともいえるのである。

第四節 改正私案

さて以上の各節において、取締役会が何故に、その与えられた所の、代表取締役に対する監督機能を発揮できないのかについて述べたのであるが、本節ではこれの対策

について述べる。さて**第一の原因たる取締役の、代表取締役に対する従属性**についてであるが、これに対する対策としては、代表取締役に対し完全に従属し依存せる取締役の地位を強化し、これに代表取締役より独立した所の地位と権限とを与えることが必要である。そしてそのためには取締役に株主との、つながりを持たせることもその一方策であるので、先づ第一には、取締役選任における累積投票制度採用の強制が考えられる。勿論私は、この制度は国会というよりは内閣ともいべき取締役会に徒らに利害の対立を持ち来たす(註65)恐れがあるのであるから取締役会の他の機能、すなわち業務執行決定機能(これは監査機能と共に、取締役会の二大機能である)の点から観れば、必ずしも賛成ではなく、むしろ船頭多くして船山に登るといふ弊にも陥りかねないのであり、従ってこの制度採用は後述の監査役選任のさいにこそ強制すべきであって、取締役選任のさいには、必ずしも適当とは考えられない。しかしながら監査機能発揮の点からはこの投票制度の採用、また必ずしも、拒否すべきものでもない。従って多少の弊害はあってもこの投票制度採用の立場に私は立つのであるが、この立場に立つ以上は、定款を以ってその不採用を規定しうることを認める所の第256条の4の規定の廃止を考える。そしてそれと共に前述の、現在は弊害のみ多い所の取締役選任のさいの定足数を定めた第256条の2の規定廃止をも提案する(註66)ものである。さらに取締役と株主とのつながりを持たせるためには、竿頭さらに一步を進めて、株主の意向をより一層、代表せしめるべく一定株数以上の株式を持つ株主による、取締役候補者指定制度の新設または独株式法と同じように(ただし独法は定款で規定することを要するとする(同88条)がこの場合はそれを不要とする)、それらの株主による取締役派遣制度を考える必要があると思う(ただし後述の如く、取締役の選、解任を監査役会に行なわせるときは別である)。そして第二には取締役解任に当たっては、私は第257条批判の立場を取る(註67)ので、その改正案としては次の如くに考える。尤も学者の中には、取締役の任期を2年より1年に短縮すると共に、特に取締役に違法または不正の行為、もしくは正常な業務執行能力の欠如のない限り、任期中の解任を認めないとする案を考えている(註68)者もある。しかしこの案の中には、全面的には賛成し得ないものがある。勿論この案の中にも、任期中の解任を認めないということにより、取締役の地位の安定を計り得るといふ長所と、しかしそれでは現行2年の任期は長過ぎるとして、この案はこれを1年とするのであるが、他方任期を2年より1年とすることにより、取締役選任の機会を多くし、それにより株主の会社経営に対する関心喚起と監督機能とを

発揮させ得ることに役立つ（ただし株主の利益自衛の手段が大会社では、支配より流通に移って来た現在、（註69）。その効果には疑問点、少なくない（という長所とがある。とはいえ任期中の解任を原則として認めないとする点は、現行制度への反省として数歩前進であることは否定できない。しかしながら他面、任期を1年とすることは、この案の期待する所にどれ程の効果を与え得るであろうか。疑問なきを得ない。けだし任期を2年とするも、また1年とするも結局は程度の差でしかあり得ないからである。翻ってまた取締役解任制度全体を考えて見ると、そもそもこの制度改正の狙いの第一は、取締役の地位の安定を計って安んじてその責任において業務執行の決定をさせるに在る。その点から観れば任期1年では余りにも短期に過ぎて、反って落着いて会社の経営に取り組めない嫌なしとはしないのである。さらに前述の如く、取締役の任期短縮は現行2年でも、代表取締役に悪用される恐れあるにおいておやである。しかしてその狙いの第二は、多数を占める株主達はその利己的立場に立って自分達の利益にそわない所の、取締役を排斥するために、この制度を悪用するのを改めることに在る。その点から観れば解任の対象となる取締役は、その地位を利用して違法または不正行為をなし、もしくは正常な業務執行能力の欠如した取締役のみに制限すべきであり、またそれで足りるのである。かく観るとき、この案は任期中の解任を違法または不正行為の場合のみに、限っているので異存はないのであるが、ただ問題はその違法または不正行為等存否の認定方法について、いささか具体性を欠如していることである。この点、この案は任期中の解任を認めないとする点では本制度改正の核心に触れながらも、なお且つ隔靴搔痒の憾みなしとはしないものがあるように思われる。以上を要するに、取締役解任制度改正の問題は、既に述べた所でも明らかな如く、正当な理由なき、それを認めるか否かに在るのであるから、この点を中心にして本制度改正案を検討すべきであると思われる。そしてこの見地に立つときは、任期は2年のままでもよいから（代表取締役に対する独立性保持の点からは、反って任期伸長が望ましいのである）取締役は正当の理由のない限り（但し取締役の解任を、正当な理由のある場合に限ると 第257条3項のいわゆる少数株主権制度は不要となるであろう（註70）が）解任され得ないようにすると共に、また正当な理由さえあれば、旧法の如く、通常決議でも、でき得るようにすべきであると思われるのである。そして唯、問題は正当な理由存否の認定方法を如何にするかであるが、これについては、たとえば米各州の例の如く、正当な理由の存否の如何を公正な第三者的機関、たとえば裁判所その他に認定させ

ることも、一の方法ではないかと思われる。さらに考えさせられることは、取締役の選、解任を株主のみに任かせてよいものか否かということも考えられて来るのであるが前述せる如く、会社は唯に出資した株主だけのものではなく、そこで働らく従業員、あるいは会社債権者さらにその会社と取引しまたはその提供する製品や役務を利用する第三者、いうなれば一般公衆のためのものでもあるのであるから単に株主のみではなく、これらの利害関係者の意向にも従わせなければならないのである。かく考えて来ると、抜本的にはこの 第257条の改正が絶対的に望ましいのであるが、それは正当理由認定にからんで、容易でないであろうことも予想させられるので一挙にそこまでは改正できないとすれば、累積投票によって選ばれた所の、少数派側の取締役に対しては、米法の如き保障規定すなわち取締役の全体が解任されない限り、如何なる個々の取締役と雖も、累積投票による取締役の選挙において、一人またはそれ以上の取締役を選出するのに充分なだけの投票が、彼の解任に反対する方に投ぜられた場合には、解任され得ない（註71）旨の規定を最小限設ける必要があるし、また派遣取締役に対しても、これと類似の措置が必要となるのである。

次に**第二の原因たる、業務執行決定権限に関する規定の不徹底さ**であるが、これの対策としては、25年法の建前である所の、業務執行決定の権限を、でき得る限り取締役会で行なわせるようにする外はない。しかしながらこれに当たっての問題点は、先づ第230条の2の、いわゆる定款保留規定の存在である。従ってその対策としてはこの定款保留規定拡張を、できるだけ制限するために、たとえばこの規定を独株式法 第103条2項の規定の如く「業務執行について総会で決定できる事項は取締役会の請求あるときに限るよう」改正する必要がある。それと共に、前述の取締役会の相対的専属事項の如きは当然、絶対的専属事項とすべきであろうが、同時に現行法上は総会の権限内に属する議決事項でも、不適当なものはでき得る限り、これを取締役会の議決事項に移すべきである。その点、先づ取り上げるべきは、前述の如く、比較法的考察の上からも、また総会の現状の上からも、共に当然反省の要ありとされている所の、計算書類承認の件である。従って計算書類の承認権は、でき得るならば米國法の如く取締役会でこれを行なうとすべきである。しかしこれは現状では時期尚早なりとされるならば、少なくともその確定権位は、独株式法の如く、取締役会に与えるよう改正することが必要と思われる。しかし何れにせよ、その前提としては公認会計士の監査証明を受けることが必要であることはいうまでもない。所で現在、法は一定規模以上の会社の会計監査には、公認会計士の監

査報告を義務付けてはいるが、現状では貸借対照表や損益計算書の監査基準が緩い上に、また肝心の公認会計士の独立性、自主性が充分確立されてはいない。そのために会社との馴れ合い報告の弊害も頻発している。先づこの独立性や自主性確保の措置が必要となって来る。けだし「監査人の独立性こそは監査の生命であって、これが失なわれれば監査制度は崩壊する。米国の監査の歴史は公認会計士が独立性を堅持するために、如何に努力して来たかの歴史であるといわれ」また「それを堅持するためには、維持できる身分上、経済上の裏付けがなくて、単に個人としての公認会計士の正義感や自覚としての精神的独立性にのみ依存しているのでは到底、独立性の堅持は不可能である」（註72）からである。所で我国の公認会計士が被監査会社よりの独立性を堅持し得ない理由としては「現代の企業経理内容は複雑極まるものであるから、その真相の把握が個人会計士の能力を超えること、会計士の監査が会社との間の個人法的な委任契約に基づいて行なわれ会社に対する経済的従属性を脱し切れないこと、情にもろい国民性のため、一時を糊塗するに傾くこと等の事情が考えられ」ている。従って「その対策としては公認会計士協会の特殊法人化、監査契約の当事者資格を協会に限定すること、共同監査の採用等」が考え出されて来る（註73）けだしそうすることにより、その選任と報酬支払の二点において現行制度（極めて厳格に公正監査をする場合には妥協性のない融通の利かない者として被監査会社から排斥され公認会計士の業務を行なうことができなくなる恐れが出て来る（註74））とは異なり被監査会社より独立性を堅持するのに役立つし、また共同監査により、大企業の監査には公認会計士個人の能力を超えた物量的限界があり個人事務所では十分なる監査は機制的、物量的に不可能に近いという問題をも、解決し得ると見られるからである。しかしながらこの方法の採用も亦、必ずしも容易ではない。そこでそのときは、公認会計士選任に当たっては代表取締役の一存のみでなし得る所の、現行制度を改めて、その選任には総会または取締役会の同意を経べきことを規定しなければならぬ。尤も本論文の如く代表取締役監督を目的とする点からは、前述の如き総会の現状よりして総会よりは取締役会の同意を経べしとすべきは勿論である。さらに以上の諸措置と共に、虚偽の会計報告を行なった公認会計士に対する罰則の強化並びに、監査基準の厳格化及び、公認会計士の資質とモラルの向上を図る（註75）施策の必要なことはいふまでもない。

以上を要するに私は計算書類承認に関する規定の、前述の如き改正を望むものであるが、諸般の事情によりこれが不可能の場合は最低限、第281、283条の「取締役は云々」の所を「取締役会の承認を経て後云々」と改正す

ることも一案と思われる。さらに会社と取締役間の自己取引承認を規定した第265条の規定も亦、上述の理由により旧第265条の如く「取締役会（旧法は監査役）の承認を受けて……すべし」という風に改正する必要があるように、一応は思われる。しかしこの規定は前述の如く、比較法的にも、また取引の第三者保護のためからも、この廃止が望ましいということを見ると、必ずしも改正の必要はあるまいと思われる。

最後に**第三の原因たる、社外取締役設置の非強制**であるが、この対策としては、法を改正して取締役会に社外取締役を必ず設置するよう強制する必要があると思われる。所でこの考え方については早くから上田氏（註76）や平井（註77）、高田（註78）田中等の各教授によって主張され、中にはその具体的比率についてもたとえば「社外取締役は取締役会構成員の $\frac{1}{2}$ であることを要する」（註79）としている。しかしながらこの主張には次の如き難点がある。すなわち第一には、かかる人材を見出しうることの困難さである。換言すれば企業の前向きの経営に適し、かつ、その社会性、公共性を担当した代表取締役に対する監査機能を発揮し得る人物を、しかも非常勤で発見するのは容易なことではあるまいと思われることである。また仮りにこれを発見し得たにしても、なお問題は残るのである。すなわちその選任方法に工夫をこらさない限り、社外取締役が必ずしも経営担当者たる代表取締役に対して独立した立場を持つものではなく、また社外取締役は他の事業の経営者である場合が多くその事業経営に真に関心と熱意を持ち続ける人は少ないのであり、さらに「現状において社外取締役の数を取締役総数の過半数または $\frac{1}{3}$ 以上とすることを法の規定で強行するには、著しい摩擦が予想され適当とはいえないものがあることである。すなわち我現行法は米法の **Officer** または仏式の **directeur** のような制度を設けていないから、現在社内取締役となっているような高級サラリーマンが社内取締役となることができなくなるのであるが、今や取締役の地位は一種の資格化し一般使用人の昇り得る最終の地位となっているので、現在の都市人口の大部分を占める会社の使用人側から強硬な反対の出ることが予想される」（註80）ことである。

以上の諸理由により、取締役会に社外取締役の導入を法で以って強制することも簡単には採用できないと思われる。従ってこれの解決は、結局は次述の監査役会新設に待つ外はないのである。

第三章 業務執行決定の監督について

さて前章においては取締役会は代表取締役に対して、

何故にその与えられた監督機能を発揮できないのかについて、その原因を述べると共にその対策を検討して来たのであるが、これは監督とはいっても業務執行決定についての実行の監督のみであって、決定そのものについての監督ではないので、第一章で既に述べた如く、これだけでは到底、監督全体の問題解決としては充分ではない。従って本章においては、代表取締役に対する監督機能を業務執行決定の、決定の面からも発揮し得るためには、代表取締役に対する監督機能を如何にすればよいかについて検討する。所でこれについては現行法は、少数または単独株主権等の外に、総会の取締役選、解任権、計算書類承認権等で以って、この種の監督を間接的に行なうことを期待しているともいえないこともない。しかし前者については要件充足その他に困難がありまた後者についても、今日の総会の現状では期待し難く、しかもこれらの権利も前述の如く、代表取締役に悪用されてその監督所か反ってその独裁強化の手段に悪用される危険性すらある。従って現行法上では、ここで取り上げている所の、業務執行決定（実行の監督は別だが決定そのもの）の監督を有効直接的に行ない得る機関は、法制上は別として、実質的には存在しないといってもよい。故に取締役会の（業務執行の）決定を通しての、代表取締役を間接的に監督する手段はないということになるのであるが、代表取締役監督のためには、この決定監督の必要なることは第一章で、既に述べた如くである。そこで決定機能は取締役会に行なわせると共に、この決定の監督を行なう機関を別個に作る必要がある。所で新機関を作るに当たっては次のことを考慮に入れなければならない。すなわち第一には「業務執行機関から完全に独立した監督機関を持つ法制の悩みは、後者の権限が強ければ執行機関が萎縮し、反対にそれが弱ければ執行機関の行動を恣にする点に在る」（註81）ことである。さりながら、独においても「取締役と監査役との関係は、人の問題であり会社によって異なるといわれている。すなわち取締役が会社の経営能力を十分に備えているときなどには、取締役の力が強大になって監査役が取締役の指示に従うこともある。従って取締役が監査役の力を排除して自分で必要な措置を講じて事後形式的に監査役の承認を求めるに過ぎないような場合もある。これに反して監査役の力が強大で取締役はそれ程、重要でない事項についても、いちいち監査役の同意を求めねばならない場合もある。この監査役と取締役との関係は出資の多寡によっても異なる。しかし全般的にいうと中小規模の会社殊に同族会社では監査役の力が強く、大規模会社では取締役の力が強いといわれる。そして中小規模の会社では一般に監査役がその全力を企業に集中し経営にも大き

く関与するが大規模会社では取締役の力が著しく増大していて、監査役は取締役の任免を行なわず、取締役が自ら欠員を補充して後継者を育成することもありまた重要事項の決定に当たっても取締役が自ら決定して形式的に監査役の承認を求めることが多くなっている」（註82）とのことである。従って権限分配だけですべてが片付く訳ではない。しかしながらこれが先決にして且つ重要な問題であることは否定できない。そして第二には「各機関の権限行使の濫用を防ぐためには、その構成は単独制から合議制に移行させなければならない」（註83）ことである。従ってこれら二つのことを考慮に入れて取締役会の決定の監督をする機関の性格、構成を考える必要がある。所でその機関としては先づ第一には、監査役に旧法の如く業務監査権限を与えると共に、その権限を、さらに独法の如く強力化することが考えられて来る。しかしその前に、旧法時代の監査役がその監査権限を充分に発揮し得なかった原因として、監査役は取締役と同じく総会により選任されたのでB級の人物しか集らなかったこと、そしてその候補者決定も取締役の指名によることが多かったこと等々で、取締役の意を迎えるに汲々としていて、とても取締役の業務を監査するというようなことは考えられもしなかったこと、さらに合同監査ではなくして個々監査であったこと等が考えられる。そこでこれらを考慮に入れながら第一には、監査役の監査を個々監査より合同監査にする必要があり、そのためには監査役会なる制度を作ると共に、これには当然会長を設けて執行権と代表権とをこれに与える必要がある。そして第二には、監査役選任に当たって、代表取締役の影響や支配、圧力を排除する必要がある。勿論現行法でも監査役選任は総会で行なうのであり、従って法形式上は代表取締役の影響や支配、圧力は加わっていないように見えるのであるが、実際上ではその候補者指名、議決権代理行使委任状機構操作を通じて代表取締役の影響や支配、圧力下に置かれていることは、前述した取締役の場合と同様である。そこでこれを総会で選任することを廃止するか、または総会で選任するにしてもそれは最小限に止める必要がある。というのは総会の現状では、委任状等の操作や候補者指名等により、総会選任ということになるからであり、従って代表取締役の独裁を防ぐためには、これを完全に廃止することが望ましいからである。しかしそうだからといっても、総会選任制度を完全に廃止することは、本来の意味での、会社に対する資本の支配を完全に無視することになって、現在の会社制度の根本をも崩壊させることにもなるので、現在直ちにこれに踏み切ることは可成りの抵抗を感ずる。従って現段階においては、なお総会

選任の監査役の存在を或る程度は認めない訳には行かない。そこでこれによる代表取締役独裁化を防ぐためには一定株数以上の株主による(定数以上の)候補者推薦制度を設けるか、または総会選任制度と並んで派遣監査役制度(独株式法第88条1項とは異なり定款規定の要なく、当然に派遣できるとする)を設けるべきである。それと共に現在の企業の社会、公共性を活かす必要上、企業に実質上参加している多くの利害集団の意向をも、この決定の監督に反映させる必要がある。そのためには監査役選任(註84)に、株主以外の利害集団にも決定監督に参加させるために、社債権者または下請企業等の関係者ならびに会社従業員等による一定割合の監査役の派遣を考えねばならないと思う。以上の措置により、代表取締役の監査役への影響や支配、圧力等を排除して監査役従って監査役会の自主性と併せて企業の社会、公共性を、決定監督に活かし得るようになると思われる。そしてさらに、この監督を有効、強力にし得るためには、独株式法第81条にならい、代表取締役に対し業務の経過、企業の状態につき、監査役会へ定期的には勿論、重大理由発生の際には、遅滞なく、報告する義務を課すると共に、同第95条2項の如く、監査役会だけではなく各監査役に対しても、監査役会への報告を代表取締役に請求すると共に代表取締役がこれを拒否したときは、監査役会長の支持を得て請求し得る権利を与え、そして必要と認める場合には、総会を招集する権利を監査役会に与える必要がある。また計算書類の承認は、会社よりの独立性を持った(これについては前章参照)公認会計士の監査証明を条件として監査役会で決議できるものとするか、または一歩退いて利益配当の決議は総会で行なわせることにしても計算書類の確定だけは監査役会で行ない得るようになるべきである。また取締役の競業認許(264条)も現行法の如く、総会で決議することは屢述の理由で結局、代表取締役への監督機能発揮不可能ということにもなるので、同第79条にならい、監査役会の同意でよいことにすべきである。以上の措置を取ることにより、監査役会は代表取締役より独立した地位に立つことになって、その与えられた監督権限を充分に発揮できるようになると思う。しかしながらかくの如く、監査役会の権限を強めることは反面において、執行機関の萎縮を来す危険がある。従ってこの対策として先づ、監督機関がみだりに執行機関の権限を侵犯することのないような措置を講ずる必要がある。そしてこのためには、両機関の権限の限界を明確にし、たとえば業務執行事項決定の如きは、できうる限り監査役会に干渉させないようにしなければならない。その点、独株式法第95条第5項「業務執行の処置はこれを監査役に委託することを得ず」の規定は参考になるので

あるが、さらにこの趣旨を活かすためには、同項の但書「定款を以て、または監査役は一定種類の業務は監査役の同意を以ってのみ、これをなすべきことを定めることを得」の規定の如きは、これを削除しなければなるまいと思われる。次に取締役の選、解任は、これに対する監督の効果を高めるために当然、監査役会で行なうとすべきである。しかしながらその解任に当たっては既述の如く、第257条を改正して独株式法第75条3項の如く、正当の理由のない限り、原則として任期満了前の解任は認めないことにして、取締役従って取締役会の、監査役会よりの自主性を或程度、保持する必要があるとさらに進んで、任期満了後の再選候補者よりの除外は、正当の理由なくしては行ない得ないようにすべきであると思う。尤も正当理由認定には困難があり、また取締役の選、解任を監査役会で、直接行使させることは、執行機関の萎縮を来し従ってその自主性を害する懸念なしとはいえないが、総会にこれを行なわせることも亦、止むを得まいと思われる。しかしそのときには、監査役会には、取締役選任に当たっては(総会にも候補者選択の余地を与えるため)その定数以上の候補者の指名権を、またその解任に当たっては解任提案権(これに基づく解任案だけを総会で決議できるものとする)を与えることが最小限、必要となる。

第四章 結 語

以上を要するに、取締役会の使命たる、代表取締役に対する監督機能発揮に当たっては、取締役会の(業務執行)の決定とその決定の実行との両面に亘る監督が必要である。しかし後者すなわち実行を通しての、監督は私提案(第二章)の実施により、これを取締役会で行なわせても、必ずしも不可能ではない。しかし前者すなわち決定を通しての、監督は現行法制度すなわち取締役会制度のみでは不可能であって、どうしてもこれとは別の、監査役会なる新機関の新設が必要となって来る。そしてその機関すなわち監査役会には、単に会社株主のみではなく会社債権者、下請企業者等の関係者または会社従業員等の利害集団の代表者をも参加させることが、今日の企業の持つ、社会、公共性発揮のため必要である。従ってこれらの事情をも考慮に入て、その組織、構成を考えるべきであり、またそうすることによって、始めて代表取締役に対する監督機能発揮が充分にできるようになると思う。

[註]

註1 星川長七「少数株主権について」(株式会社の理論と課題)133頁参照。

註2 田中誠二教授は「企業と所有との分離の傾向にかんがみ、新法は広い範囲から取締役として適材を求めるため」(全訂コンメンタル会社法) 660頁、田中耕太郎博士は「これによって株式会社における所有と経営の分離が法的に完全になったわけである」(改訂会社法概論(下) 386頁)、西島教授は「専門家の経営担当を目的とする経営合理化の立場からの要請に応じたもの」(改正会社法133頁)、大野教授は「改正の動機は単に資本の面からの制約を撤廃するというだけでなく、株式会社において、いわゆる第三者支配を可能とし徹底させる点にあった」(株式会社法と取締役会の優位)(商法研究Ⅰ) 304頁としていられる。その他、西本寛一著「新旧対照改正会社法」134頁。「株式会社重役論」20~21頁。高田源清著「商法概論」121頁。中村一彦著「経営者支配の法的研究」89~90頁。

註3 石井照久著「商法」(Ⅰ) 298頁。大隅健一郎著「全訂会社法論」(中) 85頁。松田二郎、鈴木忠一著「条解株式会社法」(上) 259頁。松田著「改訂会社法概論」187頁。西原寛一著「会社法」200頁。鈴木竹雄著「会社法」126~127頁。服部栄三著「訂正会社法提要」213頁。大森忠夫著「会社法講義」197頁。大隅、大森著「逐条改正会社法解説」234頁。岡咲恕一著「新会社法と施行法」80頁。竹内好夫著「会社法」192頁。石井、吉田、大住著「経営と会社法」137以下。大浜信泉「取締役と取締役会」(株式会社法講座Ⅲ) 1042頁。

註4 拙稿「商法第254条第2項の立法趣旨について」(鹿短大商経論双13号) 参照

註5, 6, 7. 拙稿「議決権代理行使勧誘規則の問題点とその検討」(鹿短大商経論双14号) 参照

註8 拙稿「商法第256条の2の規定廃止について」(鹿短大紀要15号) 参照。

註9 拙稿「正当の理由なき取締役解任制度について」(鹿短大紀要12号) 参照。

註10 拙稿「取締役の議決権排除について」(鹿短大紀要11号) 参照。

註11 たとえば大隅著「前掲」10頁。松田著「前掲」172頁。服部著「前掲」185頁。西原「株主総会の運営」(商事法研究Ⅰ) 12頁。

註12 J.V.Gierke, *Handelsrecht und Schiffahrtrecht*, 7 Aufl. 1955. S. 292, 302. 尤も彼も戦後の事情変遷により、明文の改正はないが総会の最高機関性の復活を認めている(a.a.O.S. 292)といえる。西原「前掲論文」114頁。

註13 因みに Ballantine, *On Corporations*, 1946 P. 119は取締役会は会社の通常の業務執行についての、最高にして固有の限界を有するとしている。

註14 伊沢孝平著「註解新会社法」382頁。鈴木竹雄、石井照久著「改正株式会社法解説」112頁。

註15 田中(誠)著「確定改正会社法解説」97頁。「最新会社法論上」298頁。西原「前掲」112頁。

註16 Godin-Wilhelmi, *Aktiengesetz*, § 103 jeweils Anm. Aufl. 1950, S. 491. Walter schmidt, *Aktiengesetz*, Grossk. § 103 Anm. 1. Aufl. 1961 S. 703. Baumbach-Hueck, *Aktiengesetz*, Kurz. § 103 Anm. 1. Aufl. 1959 S. 279.

註17 W. Schmidt, a. a. O. S. 703

註18 大隅、大森著「前掲」196頁。

註19 松田著「前掲」174頁。松田、鈴木著「前掲」(上) 183~184頁。実方正雄著「会社法学」(Ⅱ) 415~416頁。田中著「前掲最新」(上) 375頁。西原「前掲」130頁等。

註20 岡咲著「前掲」77頁。野津務「代表取締役」(前掲講座Ⅲ) 1092頁。大隅著「前掲」113~114頁。大隅、大森著「前掲」266~267頁。法務府民事局長通達(各法務局長、地方法務局長宛) 昭和26年10月13日。

註21 鈴木、石井著「前掲」156頁。

註22, 23 田中著「前掲最新」(上) 300頁。

註24 石井著「商法」(Ⅰ) 310頁。

註25, 26 大隅著「前掲」(中) 115~116頁。

註27 西本著「株式会社重役論」76頁。同旨、西原「前掲」131頁。また田中教授は「この場合にも、取締役会の決議は、代表取締役を拘束するのであって、取締役に代表取締役に対する命令監督権のあることが否定されるものではない」(「前掲最新」上300~301頁)。

註28 拙稿「定款保留規定(商法第230条の2)適用の限界について」(鹿短大紀要14号) 61頁。

註29 肯定説と雖も、この定款保留規定は実際問題としては、一部(たとえば矢沢教授は「改正会社法の疑義と解明」(日本私法学会編) 74頁の中で、全員改選直後の取締役会招集に当たって、代表取締役を招集者に限定している会社では、かかる定款保留して置くことは便利であるとされる)を除いては、必ずしも好ましいとはしていないようである。

註30 「前掲拙稿」(鹿短大14号) 58~62頁参照。

註31 山城章著「実践経営学」158頁。

註32 田中誠二、久保欣哉著「新株式会社会計法」96~97頁。山村忠平「計算書類確定と利益処分決定—西独株式法改正問題を中心として—」(企業法研究79輯) 9頁以下参照。

註33 田中「独の新株式法草案における計算規定の特徴と我商法改正への示唆」(企業会計昭和35年10号) 6頁。山村「前掲」10頁以下。田中、久保著「前掲」97頁。

註34 **Ballantine, opt. cit.** P.120~121.

註35 **Ballantine, opt. cit.** P.550 et seq.

註36 石井著「前掲」401頁。「企業形態論」193頁以下。「商法改正後に残された問題」(産業経理昭和26年5号)50頁。

註37 大隅, 大森「会社法改正の問題点」(私法9号)99頁。同旨村橋時郎「商法改正の主要点」(企業会計昭和29年10号)148頁。境一郎「商法再改正に関して」(企業会計昭和29年11号)100頁。

註38 座談会「株式会社法の根本的改正についての研究」(商事法務研究30号)14頁における大隅, 西原各教授の発言参照。

註39 田中著「前掲最新」498頁。田中, 久保著「前掲」97頁。

註40 今井宏「計算書類の確定と利益配当の決定—株式会社法改正の一つの問題—」(会社実務の友16輯)1頁以下。

註41 中村「計算書類の確定と利益配当の決定—所有と経営の分離現象を基礎として—」(経営ゼミナー28号)18頁以下。

註42 田中, 久保著「前掲」97頁。

註43 例えば管谷重平氏は「改正商法今後の問題点」(産業経理昭和26年5号59頁以下特に60頁参照)において「利益率2, 30割の会社が僅か2, 3割の利益配当しか行なわず内部留保の蓄積なしに唯, 役員賞与と従業員の賞与を遠慮なく計上している現状では, 計算書類の確定は別として, 利益配当決定を取締役会の専管事項に移すことは, 特別の法措置を取らない限り, 俄かには賛成致し兼ねる」とされる。

註44 伊沢「現代商法は如何に改正すべきか」(企業会計昭和29年10号)128頁。

註45 高田「投資株主保護の緊急性」(企業会計昭和30年8号)89頁。「大衆資本主義の補強」(同38年1号)152頁。同著「経営権の確立」22頁。

註46 田中著「前掲最新」498頁。田中, 久保著「前掲」97頁。

註47 山城著「前掲」115頁。

註48 大隅, 大森著「前掲」289, 452頁。大隅著「前掲」229頁。服部著「前掲」291頁。松田著「前掲」77, 244頁。松田, 鈴木著「前掲」307頁。なお第266条の2の設けられていなかった旧法時でさえも松田著「株式会社の基礎理論」502頁以下は善意の株主の返還義務なしとすべきを強調している。また外国法制では独株式法第56条1, 3項, 瑞西債務法第678条, 仏商第10条3項, 第45条終項も否定説である。

註49 鈴木, 石井著「前掲」267頁。石井著「前掲」

454頁。鈴木著「前掲」163頁。田中著「前掲」589頁。田中等著「全訂コンメンタール会社法」1002頁。西原著「前掲」255頁。実方著「前掲」288頁。「利益配当及び建設利息の配当」(前掲講座Ⅲ)1320頁。なおこの問題に対しては米国では各州の立法, 判例の態度は様々ではない。すなわち **Ballantine** によれば, 肯定説に立つ判例も多く, また若干の州(**Minnesota, Michigan** 等)法では, 明文上もこれを認めている所もある(**Ballantine, opt. cit.** P. 598~600, P600 note 58)のに反し, 連邦最高裁の態度は否定説を取り(**opt. cit.**P.600)またこれに従う判例も少なくはない(**opt.cit.**P.600 note 59)のである。しかし同氏は肯定説に立つ判例が, 受託財産説を根拠としているのは, その当否に疑わしいものありとして批判し, むしろあらゆる当事関係者を保護するためには, 如何なる救済方法が实际的であり且つ公正であるかという政策的考慮に立って, 態度を決定すべきであるとしている(**opt.cit.**P.600~601)。所でこの立場に立てば, その保護の重点を株主に置くかまたは会社債権者に置くかによって, 判例, 学説の態度もまた, 当然異なってくる筈のものである。従って **Ballantine** はむしろ株主保護の立場に傾く(**opt.cit.**P.559~601)ので当然, 否定説を取るのに反し, **Stevens** は会社債権者保護の立場に立っており(**Stevens, Handbook on the law of private corporations, 1949, P.464**), また米国統一株式会社法第25条及び, これに従う **Idaho, Louisiana, Washington** 各州法も **Stevens** の所説に沿った規定を設けて (**Ballantine, opt.cit.**P.602 note 66) 肯定説を取っている。

註50 拙稿「違法配当の返還義務について——商法第290条2項の株主には善意株主が含まれるか否か——」(鹿島短大商経論双9号)参照。

註51 計算書類の決定が取締役(取締役会)の権限事項であることが, 現行商法上の解釈としても可能であると, 高田教授はかなり古くから主張されている(中村著「前掲」103~104頁参照)。

註52 田中, 久保著「前掲」93~94頁。田中著「前掲最新」490~491頁。大隅著「前掲」182頁。

註53, 54 田中著「前掲最新」393~396頁。「前掲コンメ」726~727頁。特に「取締役と会社との取引の効力について」(竹田論集)269~292頁参照。

註55 経済同友会の調査(昭和33年11月)によると資本金3億円以上, 業界8位以内の235社の実情は平均重役数14.4名そのうち常勤のものが12名であって2.4名のものが非常勤で社外重役と考えられる。しかもこの非常勤重役には関係会社間の交流人事が多いようであり, 実質的社外重役はごく少いという統計がでている(山城著

「トップ、マネジメントの組織」107～109頁）。

註56 山城著「前掲トップ」111～112頁。

註57, 58 山城著「前掲トップ」125頁。

註59 服部「常務会の序説的考察」（小町谷論集）85～86頁。

註60 服部「前掲」85頁。

註61 山城著「前掲実践」212～213頁。

註62 服部著「企業組織（機関）」（経営法学全集）60～61頁参照。

註63 経済同友会第三次調査では最高意思決定機関とするもの29%、基本方針の協議機関とするもの55%、社長の補佐機関とするもの11.5%、連絡機関とするもの1.2%、その他2.5%となっている（商事法務研究212号366頁。表16常務会の性格）

註64 服部著「前掲」（経営全集）65頁。

註65 鈴木著「前掲」127頁。石井著「前掲」300頁。大隅著「前掲」83頁。

註66 「前掲拙稿」（鹿県短大紀要15号）参照。

註67 「前掲拙稿」（鹿県短大紀要12号）参照。

註68 大隅著「前掲」95頁。石井著「企業形態論」187頁。「前掲」328頁。

註69 平井泰太郎「株式会社改正の基本的構想」（商事法務研究No.41）5～6頁参照。

註70 中村著「前掲」142頁。

註71 Ballantine, opt. cit. P. 436.

註72 熊田享「我国会計士監査制度の根本的課題」（企業法研究120輯）10頁。

註73 西原「会社運営の病理と法理」（法律時報 430号）8頁。

註74 野津「株式会社法今後の課題」（企業法研究81輯）2頁。

註75 植田肇氏は「最近の所説はややもすれば制度の欠陥のみを取り上げる嫌があるが、これのみに大きな期待を持つのは誤りであり、如向にすれば監査人に高い責任感と自覚とを持たせるかがもっとも重要なことである」といってられる（植田「公認会計士の当面の諸問題」（企業法研究120輯）34頁）。

註76 上田明信「株式会社の機関に関する若干の考察」（商事法務研究No.13）7頁以下、（同18号）5頁以下。「株式会社機関」（法律時報昭和31年6号）13頁参照。

註77 平井「前掲」6頁参照

註78 高田「株式会社シンポジウム・機関に関する改正案」（商事法務研究No.41）7頁以下。

註79 田中「企業における監査機構の若干の問題」（会社法研究）60頁。

註80 田中「株式会社の機関についての改正の方向」（前掲掲書）44頁。

註81, 83 星川「取締役会制度の検討」（前掲掲書）30頁。

註82 国弘員人著「株式会社論」191～192頁。

註84 株主以外の者にも、機関選、解任の権限を与える立法例として、たとえば Delaware 州の一般会社法によれば、社債権者に対しても、株主と同様に取締役の選任につき議決権を与えることを定款で以って規定することができる（Berle and Means, The Modern Corporation and Private Property, P. 220, footnote）し、また New York 州では曾って取締役解任の訴を、法務長官、または債権者、取締役、役員によって提起されることを許していた（Stevens, opt. cit. P. 635）。なお、以上の資本提供者保護的立法例に対し、独の共同決定、経営組織の両法は、被備者代表の監査役会派遣を認めている。