

## 経営者の法的吟味（一）

中 村 一 彦

### 一 経営者の概念

一 「経営者」という言葉が、わが国において、多く使用されるようになったのは、戦後のことである。戦前には、「重役」という言葉が使われた。それが戦後、経営者という言葉に代ったのは、アメリカの経営学書に出てくる executive を経営者と訳して使うようになってからのようである。

さて、「経営者」の「概念」については、経営学においても、未だ定説がないようである。「経営」の概念を基礎にして、かかる経営の担当者が経営者であるという式の定義が多いようである。また、経営者概念を経営との関連に求めないで、経営者が何故に発生し、かつそれが如何なる理由で、企業においてその独自の地位を確保し得るにいたったかという「経営者生成の基盤」にこれを求める立場もある。

二 まず、「経営」の概念を定めて、それら「経営者」の概念をひき出すことが考えられる。平井泰太郎博士編の「経営学辞典」では、「一定の志向を実現するため、あらかじめ整えられた準備にもとづいてなされる一定の仕事の統制的反覆運動が経営であるとするならば、かかる運動の指導者を経営者という<sup>(a)</sup>」とされ、また経営学者三浦武盈氏も「生産という定められた志向を実現するため、統一意思の支配のもとに、経済性の原理にもとづいて継続的に一定の

生産活動を行なう組織体を経営と呼ぶならば、そのような活動の指導者こそが、経営者である<sup>(2)</sup>とほぼ同様の定義をされる。

そこで、経営の概念が問題となるが、今日なお学者の間に、その見解の一致を見るにいたらず、学説は区々である。経営の概念およびその法的吟味は別に論じたいと思うので、ここで詳論することは避けるが、経営学における学説は要約すると次のようなものである。

(1) 経営はまず行動概念として、たとえば「経営とは一定の経済目的を実現するための人間の計画的秩序的活動である<sup>(3)</sup>」というようにとらえられる。

(2) 右の行動概念に対し、経営を組織体と解する組織概念説が多数である<sup>(4)</sup>。この場合、行動概念としての「経営」と区別するために、経営をとくに「経営体」と呼ぶことがある<sup>(5)</sup>。この組織体説にも、(イ)純粹に技術的なものと解する説<sup>(6)</sup>、(ロ)経営は組織体であるが、それは経済的なものでも、社会的なものでもあるところの一つの機構であるとする説<sup>(7)</sup>、(ハ)経営をもっぱら経済的組織体として把握しようとする説などがある。そして、最後の説(ハ)も、さらに(A)経営を単独経済(個別経済)と同一概念とする説<sup>(8)</sup>、(B)生産経済説、(C)収益生産経済説などに分れる。そして、このうち、B説が通説である。経営学における通説にしたがって、経営を細説すると、さらに次のようになる。

- (1) 一つの個別経済であること、すなわち統一ある意思によって指揮される経済である。
- (2) 個別経済は消費経済と生産経済とあるが消費経済を除外し、生産経済に限定する。
- (3) 経済性を目的とし、経営を営利経営のみに限定しない。

わが商法典では、経営委任についてはあるが、「経営」という用語が存在する(商二四五条一項二号)。

しかし、わが国の商法学者は、従来「企業」概念については、多くの関心を寄せて検討してきたにも拘らず、経営

の概念については、二、三の学者をのぞいて、殆んどその定義を行っていない。

私は経営を法学上、行動概念と組織体概念との二面から把握することができると考える。

(1) 行動概念としての経営は、商法上「業務執行」を指すことになる。商法学者が経営の概念、定義を明らかにせず使用しているとしても、業務執行の意味で使用しているであろうことは、ほとんど異論があるまい。

(2) 組織体概念としての経営は、一応経営学における通説により「経営とは生産経済の組織体である」と解する。経営委任（商二四五条一項二号）の場合の「経営」はこの組織体を意味するものと解せられる。企業がその経営体を他の企業に委任（民六四三条乃至五六条）して、これを経営させること、またはその契約を経営の委任と稱するのである。それでは、「経営者」を如何に把握すればよいか。経営を行動概念的にとらえれば、経営活動の担当者を経営者と言うことができよう。また、経営を組織概念としてとらえ、経営者を経営体の担当者と言うこともできよう。しかも後者の場合、多種多様な経営概念から、多種多様な経営者概念が生ずるであろうことも推測することができる。たとえば、経営概念を個別経済と同一概念とする説においては、消費経済をも包含するのであるから、家政の経営管理にあたる家長をも、経営者概念に包含するであろうが、生産経済組織体説においては、家長を経営者概念から除外するのである。

経営活動の法的表現は「業務執行」であるから、経営者は法的には業務執行の担当者と言えよう。また経営を組織概念的に把握すれば、経営者は経営体の担当者と言えよう。しかし、これだけでは、経営者の法的概念としては、十分でない。さらに若干の問題を検討したいと考えるが、ここではとりあえず、経営形態に応じて、具体的に経営者を挙げてみよう。

先づ、個人企業の場合の経営者は個人企業主である。個人企業で多くの使用人を用いることがあっても、経営者は

個人企業主である。

合名会社では全社員が原則として、業務執行権と代表権をもっており、社員全部が経営者であるところに特色がある（商七〇・七六条）。

合資会社は無限責任社員と有限責任社員とから組織されるが、無限責任社員が原則として経営者であり（商二五一条）、有限責任社員は経営者たることを禁止されている（商一五六条）。

株式会社では、取締役会、代表取締役その他種々の者が経営者と考えられるが、詳細は後述するところに譲る。有限会社では、社員総会、取締役および監査役等の機関が存在するが、経営者は取締役であるといえよう。

公企業としては、郵便、失業保険、労働者災害補償保険などのような国営企業をはじめ、地方自治団体の直接經營する水道、軌道、自動車運送、地方鉄道、電気、瓦斯事業等があるが、そこでは政府または地方自治団体の管理責任者が、それぞれの企業の管理者を任命するから、企業の管理者が経営者である（たとえば地方公営企業法七条以下参照）。

営団、金庫、公団、公庫、公社等の特別企業体においては、総裁、副総裁、理事長、理事、理事会、経営委員会、管理委員会等が経営者であろう（たとえば日本銀行一六条以下、帝都高速度交通営団法一五条、四五条、住宅金融公庫法九条以下、日本国有鉄道法一八条以下日本住宅公団法一〇条以下、一〇条以下等）。

組合企業においては、その経営者は理事である（たとえば中小企業等協同組合法三五条以下、中小企業団体の組織に関する法律四七条、消費生活協同組合法二七条以下、農業協同組合法三〇条以下、水産業協同組合法三四条以下等）。

三 経営者概念を「経営」との関連に求めないで、経営者の機能の「発展史」に求める立場がある。

経営者は後述するように、広義では、所有経営者（owner manager）、雇傭経営者（employed or salaried manager）、および専門経営者（professional administrator or expert manager）の三種類に分けることができる。そして、経営者は発展史上、

所有經營者すなわち「企業者」(entrepriser, entrepreneur) から雇傭經營者に發展し、専門經營者に展開するといわれる。

この場合、広義においては、前二者も等しく經營者と言われるが、しかし、彼らは単に企業者、管理者であつて、狹義における經營者は最後の専門經營者であるとされる。これは、今日の資本主義社会の代表的な企業形態である株式会社において、所有と經營の分離と関連して、特に問題となる。従つて、この立場にたてば、經營者とは經營についての専門的な知識を有し、能力をもつ者ということになる。

わが商法も、かつては、株主は会社企業に対して個人的利害關係をもつので、したがつて、その經營に熱心でなければならぬという立場、すなわち經營者は所有經營者であるべきであるという観点から、「取締役ハ株主總會ニ於テ株主中ヨリ之ヲ選任ス」と規定していた(昭和十三年改正前商法一六四条一項)。

ところが、經營者として所有者的、企業者の手腕を振う株主も、生産の増大とともに、八百屋式に各種の企業に手を拡げてゆくと、必然的に彼の片腕となる雇傭經營者を雇わざるをえなくなる。このような経済的事情は法にも反映して、商法の改正運動が起り、昭和十三年改正法第二五四条は「取締役ハ株主總會ニ於テ之ヲ選任ス」と規定し、取締役(經營者)は株主たることを要しなくなったのである。

その後、企業規模の拡大、株式分散にともなつて、専門經營者の必要性が痛感される時代になると、商法も「經營者機関主義」をとるようになった。すなわち、昭和二十五年改正法第二五四条第二項「会社ハ定款ヲ以テスルモ取締役ガ株主タルコトヲ要スベキ旨ヲ定ムルコトヲ得ズ」と規定された。これによつてたまたま、ある株主が取締役に選任されるとしても、その株主は株主たる資格において選任されるのではなく、經營手腕が認められて選任されるのである。

四 さらに株式会社において經營者概念を確定するためには、經營者の範圍について、具体的に検討することが有意

義であろう。

經營者の範圍の具體的検討は、後述することにして、ここでは結論を先に述べよう。私見によれば、株式会社に於ける經營者は、「業務執行機關」を指し、具體的には取締役會、常務會、部長會議、代表取締役、役付取締役、表見代表取締役、取締役を指すことになる。そして、これらの經營者は最高經營層に限られ、全般的、總括的經營を行なう会社の機關である。

五 おわりに、これまで述べたことを要約すると、次のようになる。

- (1) 經營者は經營すなわち「業務執行」または「經營體」の担当者である。
- (2) 經營者はその機能からみて、広義においては、所有經營者、雇傭經營者および専門經營者をいうが、狹義に於ける經營者は専門經營者だけである。この場合、經營者は經營についての専門的な知識と能力をもつ者である。
- (3) 広義に於ける經營者は監督層も含むが、狹義に於ける經營者は最高經營層に限られる。
- (4) 經營者は全般的、總括的經營を行なう者である。
- (5) 經營者は經營すなわち業務執行または經營體の機關である。

經營者を論ずる場合には、狹義に於ける經營者が問題である。そこで、「經營者」とは専門的立場から会社の全般的經營（業務執行）を經營に関して最高の権限を有し、義務を負う会社の機關であると定義することができよう。

注 (1) 平井博士編「經營学辞典」二二九頁。

(2) 三浦武盈氏「現代經營の理論」（上巻）一〇四頁。

(3) 小高泰雄教授「經營経済学序説」三八頁、社会学においては、經營は行動概念として認められる。May Weber, Soziologische Grundbegriffe in G. d. S. III; Töndury, Einzelwirtschaft, Betrieb und Unternehmung, S. Z. B. 41 Jahrg. S. 230, 法学上

おいて、経営は殆んど行動概念として考えられてきたと言えよう。経営学において、経営を行動概念として規定するものに F. Leiner, Wirtschaftstheorie der Unternehmung, 5 Aufl. 1926, S. 23. ; F. Schmidt, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 1948, S. 6. があつた。

(4) 経営学者の多くが、経営を組織体と解しているが、経営学者は殆んど経営を組織体と解している。Liefmann, Unternehmensformen, S. 8u. 11f. ; Auch vergl. derselbe, Über Wesen u. Formen d. Verlags (1899) S. 62f. ; Sombart, Der Moderne Kapitalismus, I. Aufl. Bd. I. S. 51f.

(5) 池内信行教授「経理経済学総論」五頁。

(6) Riger, Einführung in die Privatwirtschaftslehre, S. 40. Auler, W., Allgemeine Kaufmännische Betriebswirtschaft in Handbuch des deutschen Kaufmanns, S. 315.

(7) Schönplug, Der Erkenntnisgegenstand der Betriebswirtschaftslehre, S. 104ff.

(8) Seyfert, Begriff und Aufgaben der Betriebswirtschaftslehre, Z. f. Hw. u. Hp. 1925, Jahrg. Heft 3.

(9) Pape, Die allgemeine Betriebswirtschaftslehre und ihre Stellung zu verwandten Disziplinen, Festgabe für Stern, 1925, S. 40. ; Priou, w., Die Lehre vom Wirtschaftsbetrieb, Erstes Buch, S. 7. S. 23 und S. 140. Hertlein, A., Die Kapital und Erfolgsrechnung als Grundlage der Wirtschaftlichkeitsmessung, S. 8.

(10) Dietrich, Betriebswissenschaft, S. 79—80. なお、経営概念に関する学説の詳細は、杉本秋男教授「個別経済並に個別経済学の本質」に負うことが多く。

(11) 竹内教授「企業法概論」一七頁—一八頁、村井教授「商法における企業の公共性の理論」九五頁等が経営概念を吟味されてゐる。

(12) 所有経営者から雇傭経営者、さらに専門経営者へと変遷する過程に応じて、取締役の資格の変遷を取扱ったものに、拙著「経営者支配の法的研究」六〇頁以下、「株式会社支配の法的研究」(共著)一二二頁以下、拙稿「取締役の資格の変遷」経営セミナー二七号二頁以下がある。

## 二 經營者の種類

一 經營学においては、經營者は大別して、次の三つの種類にわけられる。

### (1) 所有經營者 (owner manager)

これは學者により「所有者的經營者」とも呼ばれ、企業資本の提供と、企業經營の現実の指揮とを兼ねている者をいう。企業資本の出資者として、利益追求または、いわゆる「金儲」(profit making)と不可分の關係で考えられているから、「企業者」(enterpriser, entrepreneur)と呼んでもよしかえない。一般に小規模企業に見られる型の經營者である。

### (2) 雇傭經營者 (salaried manager, employed manager)

これは、所有經營者と次にのべる専門經營者との中間的存在をなし、企業規模の拡大に伴う經營指揮の複雑化のため、所有經營者を補う立場にある經營者である。

従って、専門經營者と雇傭經營者とは、出資機能と直接に結びつかない点では、同一基盤に立つが、企業におけるその独立性の程度に差異があると言われる。

### (3) 専門經營者 (expert manager, professional manager)

企業資本の提供を伴わず、企業經營の指揮のみを専門に担当する經營者である。機械制工場制度の發展と、株式会社制度の展開に伴う企業經營の巨大化は、その生産方法を尨大化するとともに、その經營事務も広範囲にわたって複雑になる。いわゆる所有と經營の分離傾向と、科学的専門的知識の必要性の増大から、大企業において、専門經營者は次第に重要な地位を占めつつある。<sup>(1)</sup>



二 以上のべた各種の経営者について、若干の法的吟味を加えてみたい。先ず、所有経営者からはじめる。

あらゆる企業には、その出資者があり、また経営者がある。そして、企業の消長に最も重大な利害關係をもつものは、いうまでもなく、出資者であり、その消長に直接影響を与えるものは、企業の経営者である。したがって、この論理からすれば、企業は原則として出資者が経営すべきであり、初期的な段階においてはこの原則が守られる。この典型的なものは、個人商店、手工業者、家内工業者などの個人企業で、これは今日でも存在する。経済の発展とともに、資本を大きくして企業を営む必要が生ずると、合名会社、合資会社、有限会社等の形態を生ずるが、これらの形態においても、出資者が経営を担当するのが原則と言える。これに対して、所有と経営が法律上も分離する可能性をもち、かつ現実にも分離しているのが株式会社である。株式会社の中でも、一個人または同族会社が株式会社という法律形態をとったような場合は、実質的には所有と経営は分離せず、経営者はいわゆる所有者である。

わが国でも、旧商法は株式会社においては、出資者たる株主が経営の面に当ることが当然だという立場から、経営者たる取締役の資格を株主に限定したが（旧商一八五条）、この趣旨は明治三二年の商法にひきつがれ、その第一六四条は「取締役ハ株主中ヨリ之ヲ選任ス」と規定し、第一六八条は「取締役ハ定款ニ定メタル員数ノ株券ヲ監査役ニ供託スルコトヲ要ス」と規定していた。すなわち取締役の資格について、株主主義（社員機関主義、資格限定主義）を採っていた。

この主義を採る立法例としては、フランスの一八六七年会社法がある。すなわちその第二二条は「株式会社は一人または数人の受任者（Mandataires）これを管理する。受任者は社員中よりこれを選任し……」と規定している。一九三七年スイス債務法第七〇七条も同様である。またアメリカではアラスカ、サウス・カロライナ、ワイオミング、ノース・ダコタ、サウス・ダコタ、モンタナ、ニュー・ジャージー、メイン、ユター、ヴァーモント各州の会社法が

同趣旨である。<sup>(3)</sup>

このような所有経営者としての取締役の会社に対する関係は、取締役としての関係よりも、支配株主としての関係の方が重要となる。今日でも、所有経営者が中小の株式会社には見られ、經濟の舞台から「終焉した種族」であるとは言えない。

しかし、所有経営者が存在するような株式会社は、むしろ一定規模以下の会社として商法に特則を設けるか、現行の有限会社法（所要の改正を施して）の適用を受けしめるべきであろう。

三 次に雇傭経営者について、若干の法的吟味を試みよう。

(1) 雇傭経営者の地位

雇傭経営者は、資本の出資者である株主によって、実質上雇われた者であり、出資者特に支配株主に従属するものである。したがって、雇傭経営者は専門経営者に較べて、独立した地位を獲得するに至っていない。

まず、雇傭経営者たる取締役の資格について考察すると、彼はもはや所有経営者のように株主である必要も、したがって資格株を持つ必要もない。この事態に即応した立法が、わが国では昭和十三年改正商法第二五四条第一項である。従来から存在した「株主中ヨリ」という言葉がけずられて「取締役ハ株主總會ニ於テ之ヲ選任ス」という規定になったのである。

わが商法と同趣旨の立法例としては、ドイツ株式法第七五条のほか、一九二二年のロシア社会主義連邦ソヴィエト共和国民法第三五四条がある。またアメリカでは、アリゾナ、アイワワ、ニュー・ハンプシャー、ミッソウリー、ハワイ、オハイオ、ネヴァダ、アラバマ各州法の立場が同じである。<sup>(3)</sup> 一九四八年のイギリス会社法の立場もこの主義に入るであろう。

次に雇傭経営者の権限は強力ではない。この雇傭経営者の権限に相應する規定を設けていたのが、昭和二五年改正前のわが商法である。すなわち、取締役について「会社ノ業務執行ハ定款ニ別段ノ定ナキトキハ、取締役ノ過半数ヲ以テ之ヲ決ス」（商二六〇条一項）とし、また「取締役ハ各自会社ヲ代表ス」（商二六一条一項）と規定して、その業務執行権を認める反面、株主総会にも業務執行・経営についての決定権を有するものと解釈されたのである。株主総会は会社の最高機関であり、会社の一切の事項につき、すなわち法律または定款に定められている事項（いわゆる専属事項）はもちろん法律または定款に定められていない事項でも、法令定款に反しないものにつき、最終決定権を有するのであるから、業務執行権についても最終的な意思決定権をもち、取締役はその総会の意思決定の下に細目的な意思決定をするか、または総会において別段の意思決定がない限りにおいて、最終的な意思決定をなすにすぎないものである。このように株主総会が業務執行に關与し、「企業経営」にも携わることができるとする考え方は、企業の所有者である株主なканずく、支配株主が、株式会社を支配し、取締役は雇傭的立場で、単に支配株主の代弁者にすぎないような場合には、むしろ当然のことであると言えよう。

右にのべたわが商法の立場と類似した立法例が、フランスの一八六七年会社法の一人または数人の受任者（Mandataire）に見られる。すなわち、フランスは株主総会は「法人の精髓（âme même）——会社それ自体（société elle-même）」であり、会社の最高の権威（autorité souveraine）は総会において集合した株主に結集せられ、取締役はそこから委任に基づいて業務執行の権限を行使する株主の団体の受任者または代表者（Mandataires ou représentants de la collectivité des associés）にすぎないとされていたのである<sup>4)</sup>。

イギリスにおいても、沿革的には、少くとも一九世紀の終りまで、イギリスの取締役会は、株主総会の支配に服して、会社を代理するものであるという原則が、判例によって、何等の修正もうけないで、認められていたようであ

る。

アメリカ法も、このイギリス法と大体同様である。取締役の地位について、現在の通説は、信託関係 (Fiduciary relationship) を基礎とする受託者的な一種特別なもの (Sui generis) として把握しており、その根底には、広汎な取締役の権限と、それを支える受託者倫理が存在するが、かつて、古くは代理人 (agent) として考えられていたのである。

昭和五年の改正以前より存在した商法第二五四条第三項は「会社ト取締役トノ間ノ関係ハ委任ニ關スル規定ニ從フ」と規定している。この規定により、取締役は会社の受任者と思われ、取締役の一般的義務として、いわゆる「善管義務」が要求される。商法第二五四条第三項の解釈としては、取締役と会社との関係は委任関係にあると言われているが、取締役が会社において、いかなる地位を占めいかなる役割を果しているかという実質的見地からみると、雇傭経営者は株主総会の命令監督に服しつつ、会社の業務執行をなすにすぎず、その権限も余り強くないのであるから会社（すなわち全株主）と、さらに正確には支配株主と雇傭的または委任との併有関係にあると言ったほうが適切であろう。<sup>(6)</sup>

したがって、雇傭主は雇傭者が雇傭の本旨に反する場合においては、何時でも契約を解除することができるのと同じく、あるいは委任関係において委任者は、受任者が委任の本旨に反する場合においては何時でも契約を解除することができる（民六五一条）のと同じく、株式会社においても雇傭的取締役の解任は何時でも自由に株主総会の決議でなしうると言える。

右の事態に即応する立法例はいくつかある。先づ、フランスでは取締役は通常総会により任意に (ad nutum) 解任せられうる（一八六七年法二二条）。この解任は理由を必要とせず、かつ損害賠償をも認めない。しかし、フランスでも、経営者の独立化の傾向にそって、学者の中には取締役の解任権を「正当な理由」のある場合に限定しようという

声が強い。<sup>(6)</sup>

また、イギリスの一九四八年の会社法第一八四条は「株主総会は通常定款または会社と取締役との間の契約の如何を問わず、通常決議を以て、任期満了前の何時でも取締役を解任しうる」と規定している。

わが国でも、昭和二五年改正前の商法第二七条は、株主総会は取締役を理由のいかんを問わず、また任期中でも普通決議をもって自由に解任しうると定めていた（昭和二五年改正法二七条二項は、決議要件を厳格にして、従来の普通決議を特別決議に改めている）。

なお、昭和二五年の商法改正によって、第二五四条ノ二が設けられ、取締役にいわゆる「忠実義務」が課せられたが、この忠実義務を雇傭経営者に要求することは無理である。この忠実義務が真に期待されるのは、現代的企業における専門経営者についてであろう。

したがって、雇傭経営者の責任も善管義務に即応した程度において追求されるべきであろう。

(2) 雇傭経営者と支配株主・一般株主・債権者の関係

(1) 雇傭経営者と支配株主

雇傭経営者は、資本出資者ではない。したがって、企業的全成果が直接に彼らの双肩に振りかかるものではないから、所有経営者ほどに痛烈な営利的欲求はないかも知れない。しかし、雇傭経営者は支配株主の代弁者と言えるからこの両者の間には原則として利害の衝突はあり得ないのであって、<sup>(7)</sup>彼らは決して営利的刺激から遠ざかるものではない。すなわち彼らの任免権は依然として、実質上支配株主の掌中に握られており、かつ彼らの才能を立証する唯一の手段は、委任された企業の営利的成績を最善のものにすることである。さらに雇傭経営者もまた直接、企業の利潤の中から莫大な報酬を受けとるのが普通であるから、営利追及欲に支配される。ときに大規模の企業において、ある程

度独自の経営方針を実行できるとしても、その動機は支配株主の繁榮——その企業の繁榮——利潤の可及的増大ということに他ならない。彼らは膨大な財産を委託されればされるほど、その支配株主の利害を最も身近く、我がものと感じ、事実上自己の所有する場合よりも忠実にその増殖に努めるであらう。<sup>(8)</sup>したがって、雇傭経営者の利害關係は依然として、「準資本家的」であり、その経営方針は支配株主のためのものである。そのため、支配株主はときとして、「大株主会」なるものを組織して、雇傭経営者に対する監督制肘を強化し、往々にして、雇傭経営者を利用して不正を行う恐れも多い。

(ロ) 雇傭経営者と一般株主

支配株主の利益代表者が取締役を選任される場合には、往々にして一般株主の利益を侵害する。そこで、法は一般株主保護のための種々の規定を用意している。

株主総会における定足数の法定化（商二三九条）。株式買取請求権（商二四五条ノ二、四〇八条ノ二）、特別利害關係人の議決権行使の停止（商二三九条五項）等は、支配株主の横暴に対する一般株主保護規定であるが、取締役と一般株主に關係あるものとしては、取締役選任総会における定足数規定の嚴格化（商二五六条ノ二）、取締役の違法行為差止請求権（商二七二条）、代表訴訟提起権（商二六七条）、取締役解任請求権（商二五七条三項）、累積投票請求権（商二五六条ノ三、四）等がある。

しかし、わずかの株式しか持たない一般株主が、時間と費用をかけて、株主総会に出席することはあまり期待できない。さらに時間と費用を必要とする点においては、株主総会の出席よりも、はるかに難しい代表訴訟提起権や累積投票請求権等を利用するかどうか疑問である。

(イ) 雇傭経営者と債権者

雇傭經營者と会社債権者との關係では、一般債権者は会社の經營者の不健全な業務執行、たとえば背任行為などにより損害をこうむる立場にある。この意味では一般株主と利害を共通にするのであるが、必ずしも常にそうではなく取締役の資本充実手段の不執行は、あるいは株主の利益となるが、債権者の不利となり、また利益配当にあたり剰配当をめぐっても同じことが言われる。

そして、雇傭經營者と債権者とは本来的には、前者は株主の代弁者であり、その限りでは対立すべきであるが、實際においては、支配債権者同時に支配株主であることも少なくない。また支配債権者の代弁者が会社の取締役として派遣される場合には、新しい問題を提起する。すなわち、銀行等金融機関よりの目付役として現われる場合には、他の取締役の業務執行に対して實際上重大な制肘を加えるのである。

#### 四 さらに専門經營者について、考察してみたい。

##### (1) 専門經營者の地位

いわゆる所有と經營の分離、株式分散等の經濟現象の変化に応じて、經營者たる取締役の地位も法的に変化している。それは取締役の地位の確立へ向っていると言えよう。

まず、わが商法第二五四条第二項は取締役の資格について「会社ハ定款ヲ以テスルモ取締役ガ株主タルコトヲ要スベキ旨ヲ定ムルコトヲ得ズ」と規定しているが、この規定は専門經營者が会社機関になるべきであることを端的に示したものと解される。現代企業では、資本出資者であるよりも、經營能力の有無が取締役の資格の重要な基準である。わが商法のような規定は、各国立法例に未だ見当たらない。經營者機關主義を打ち出した立法としては先驅的なものであろう。

次に取締役の業務執行権に関して、専門經營者のそれに見合うような規定は、一九三七年のドイツ株式法に見いだ

される。同法第七〇条一項は「取締法は自己の責任において、營業およびその従者の福祉ならびに国民および国家の共同の利益の要求する所にしたいが会社を指揮することを要す」と規定し、第一〇三条第一項は、「株主総会は法律および定款をもって明示的に定めたる場合に於て、決議をなす」と規定している。そして、第一〇三条第二項は「業務執行上の問題については、株主総会は取締役の請求のあるときに限り、決定をなすことができる」と規定している。これは取締役の業務執行権の絶対性を規定し、専門経営者の地位を明確にしたものである。<sup>9)</sup>

アメリカにおいては、前述したように、株主総会が業務執行に乗りだしうることを認めた州法が多いが、統一事業会社法は「取締役は定款に反対の定なき限り、株主たることを要せず、定められた任期中および後任者に選定され、かつ資格を与えられるまで存在しなければならない（同法三一条）と規定して、取締役の地位の安定をはかっているのは注目されるべきである。

またフランスにおいては、取締役は法律上は自由に解任せられること（一八六七年法二二条）前述の通りであるが実際上はとりわけ大会社において、取締役が会社内での自己の立場を補強するため、別に部門指揮を担当する契約（*contrat de direction technique*）を会社と締結し、その解任について保障のある部門指揮者を兼ねる傾向が多いと言われる。<sup>10)</sup>

わが商法は株式会社機関の権限分配に関して、株主総会は「本法又ハ定款ニ定ムル事項ニ限り決議ヲ為スコトヲ得」（商二三〇条ノ二）と規定して、その権限を限定し、一方、取締役をもって構成される議決機関として、取締役会制度を設け、「会社ノ業務執行ハ取締役会之ヲ決ス」（商二六〇条）と規定している。通説は、株主総会が業務執行に乗りだすことも認める。現行商法は大体アメリカ法に基いているから、通説がアメリカ法的な解釈をなすことは一応もっともであると言えよう。しかし、私は専門経営者のためにあえてその「経営権」を主張するものである。<sup>11)</sup> すなわ



ち、通常の業務執行に関する限り、専門経営者としての取締役は絶対的な地位を認めるもので業務執行の意思決定について、株主総会は法律による場合は格別、定款をもっても干渉支配することはできないものと解する。

専門経営者たる取締役の地位の安定に関連して、見逃すことのできないのは、取締役解任の問題である。専門経営者たる地位を保障するためには、取締役の解任を任期の定めがあるときは、「正当な理由」ある場合に限定すべきである。

この点、一九三七年のドイツ株式法第七五条は、取締役の解任を制限し、その解任は重大なる業務違反（Gross Pflichtverletzung）または「正常なる業務執行の能力の欠如」（Unfähigkeit zur ordnungsmässigen Geschäftsführung）のような重大な理由ある場合に限っている。また、アメリカにおいても重大な理由がある場合にのみ、取締役を解任すべきであるという主張が存在する。<sup>100</sup>

## (2) 専門経営者と株主・債権者・従業員・消費者の關係

現代的株式会社において、専門経営者の地位が確保されると、それは、雇傭経営者が支配株主・一般株主・債権者等に対してもつ關係とは別個の様相を呈する。

### (1) 専門経営者と株主

所有と経営の分離が低度である株式会社においては、経営者は株主に雇われた雇用経営者に過ぎない。この段階においては、株主が株式会社を構成する唯一の利害集団をなし、支配株主と一般株主の利害集団が対立し、両者の利害はかならずしも一致しない。

しかし、所有と経営が高度に分散すると、一方では、出資利益をもつが、ほとんど実質的な支配権をもたない株主集団を生じ、他方では出資利益をもたないが、機能的な経営支配権をもつ経営者集団が生ずる。<sup>101</sup>両者の利害關係は必ずしも一致しない。

株主は出資者として、経営者に次のようなことを期待する。<sup>(4)</sup>

- (A) 会社が最大の企業利潤を獲得するよう経営されること
- (B) 企業利潤のうち、できるだけ多くの部分が株主利潤として株主に配当されるべきこと
- (C) 各株主はその持株比率に応じて利潤の分配に参加する権利が保護されること
- (D) 証券市場における彼らの株価が適正に維持されること

これに対して、専門経営者はほとんどの場合、株主としての利益をもたないものであるから、利潤動機が第一義的ではない。<sup>(5)</sup> それよりも、企業を制度として、継続的に維持拡大することに努力する。そのため、相当の準備金を会社に積立てるのである。

またある場合には、経営者は自己の個人的利益のために株主を犠牲にすることも、考えられないことはない。たとえば、役員賞与の不当な増加、会社との不正な自己取引、会計上の操作による利潤の隠蔽などの手段が経営者の個人的利益のために用いられることがある。

(四) 専門経営者と債権者

株式会社の債権者には、売掛金、通信販売、月賦販売等によって生ずる取引上の債権者があり、また社債権者がある。さらに、銀行等の貸付債権者がある。

このうち、社債権者に関係する社債発行については、かつては株主総会の特別決議をへることを必要としたが（昭和三五年改正前商二九六条）、現行商法は専門経営者を対象にし、資金調達を容易にするために、新株発行の場合と同様、社債の発行を取締役会の権限としている（商二九六条）。

株式会社の経営者が雇傭経営者であることが多い場合は、その経営者は、銀行等の貸付債権者から派遣されること

も多く、債権者の支配を受けていたが、現代的大企業においては、債権者が一々会社経営の細部にわたって支配することが不可能になり、また事業会社の製品の製造、販売に関する知識に乏しいという事情、あるいは専門経営者の自主性と勢力の増大という事情から、債権者が支配作用を及ぼすことは少なくなっている。

ときに会社の債権者は、経営者の不健全な経営によって、損害を受けることがありうる。

(イ) 専門経営者と従業員

今日の株式会社では、従業員も重要な利害集団をなしている。企業に従事する者は、労働組合に組織化され、その労働組合が賃金、労働条件をめぐる団体交渉を通じて、経営者と対立し、ここに階級意識が入ってくれば、対立は極めて深刻となる。

専門経営者は、団体交渉によって、従来であれば株主に帰属すべき利潤の一部を労働条件の改善に転用することもしなければならぬ。経営者の不健全な経営によって、従業員とその家族は甚大な被害を受けることもありうる。

(ロ) 専門経営者と消費者

ここで言う消費者の中には、最終消費者だけでなく、産業資材購買者・卸売購買者等の中間消費者をも含めるのが適当であろう。<sup>90)</sup>

経営体として経営者は、最も低廉なしかも最も良質の財貨と用役を消費者に提供すべきである。そのため、従来の経営学の概念中に存在しなかった「市場標的」(market target)が最近注目されてきている。<sup>91)</sup>

最近では、消費者も不買同盟などの手段によって会社の経営者に対抗するようになってきている。

右にのべた専門経営者の株主、債権者、従業員および消費者等の関係に着目して、イギリスの実業家ゴイダー(Goyder)は、経営者に次のことを要求している。<sup>92)</sup>

経営者の法的吟味(一)(中村)

- (A) 会社自体に対しては、その発展と財務上の安定と将来の成長。
- (B) 株主に対しては、通常定款に従って一定の配当の支払いをすること。
- (C) 会社の従業員に対しては、できるだけ好条件の安定した雇傭をすること。
- (D) 会社製品の消費者（直接には顧客）に対しては、パンにしろ、靴にしろ、公正妥当な価格で良品質のものを提供する

ること。

アメリカの大会社ゼネラル・エレクトリックの経営者ヤング (Young) も「会社に利害関係をもつ三つの集団がある。一つは会社に彼らの資本を提供した五万人余の人々、換言すれば株主の集団である。他は会社に労働と生活を託している約一〇万人の集団である。第三の集団は顧客や一般社会の集団である。私はこれらの利害集団のために広く公正に会社を管理する義務を感じる」と述べている。

このほか、専門経営者の社会的責任 (social responsibility) を主張する者が漸次経営学において増加している。

法学者としては、高田教授が早くから、すなわち「独裁主義株式会社法論」において、会社の経営者は企業の受託者であつて、官公吏と同じく、倫理的に忠実かつ誠実に会社業務を執行すべく要求される一方、これに背反するときは極めて嚴重なる責任負担を免れないと力説される。また西島教授が商法第二五六条ノ二を取締役の包括的忠実義務の規定とされ、ここに会社のためというのは、会社内部の株主の利益の向上および従業員の生活水準向上のために経営に忠実であることの外に、債権者に不測の損害を与えないように、そしてまた会社の社会的機能たる品質の向上を数量の増加低廉なる価格を以てする社会の需要者への供給という方向に経営を忠実にすべきであると主張されるが、これは注目すべき解釈論である。

なお、この点に關して留意さるべきは、アメリカにおける判例の態度である。一般に経営者たる取締役は株主に對

しては、受託者の地位にあるが、債権者に対しては受託者の地位にないとして、取締役の受託者の地位は債権者にも及ぶべきであるという判例がある。すなわち、この立場から、ニューヨーク上訴裁判所は取締役は相当の注意と誠実さを欠く場合には、債権者に対しても義務違反としての責に任ずべきだとし、またミズリー・ミシシッピー等の諸州では、衡平法上債権者は会社の利益のために訴権を行使しうるものとしている。<sup>83</sup>

注 (1) 山城教授も専門経営者が経営者であつて、所有経営者は企業者であり、雇傭経営者はたんなる管理者であるとのべている。

山城教授「株式会社と経営者」(新株式会社) 三六七頁。経営者の種類に関する文献としては、山城教授、前掲書三六三頁以下。笹淵文男教授「経営管理学概論」一二頁以下、古川栄一教授編「経営学」六九頁以下、古川教授「現代の経営学」二九頁以下等参照。また拙著「株式会社支配の法的研究」一二二頁以下参照。

(2) North Dakota, Montana, South Dakota は附属定款で資格株を定めねばならない旨、法律で決めている。New Jersey はその会社の株主と二五%以上株式を保有する法人株主の株主たることを要するとしている。Alaska は会社の株主または法人株主の代表者に限るとしている。

(3) これらの州は取締役の資格について、別段株主たることを要するという規定がない。この場合は株主でない者も取締役になれると解される。Spellman, A Treatise on the Principles of Law governing Corporate Directors, 1931, p. 35.

(4) Copper Royer, Traité Théorique et Pratique des Sociétés Anonymes, Tome II, 1919, n° 630 : Ripert, Traité Élémentaire de Droit Commercial, 1955, n° 1121. ; Julliot de la Morandière, Rodière et Houin, Droit Commercial, Tome 1, 2<sup>e</sup> Ed., 1960, n° 497, p. 406. なお山口教授「フランス法における株式会社の業務執行機関について」甲南法学一卷二号四二—三頁。

(5) 会社と取締役との関係を雇傭あるいは委任と雇傭との両者を併有するものとなす立場に片山博士がある。西本博士「株式会社重役論」三三頁参照。

(6) Gaillard, Société anonyme de demain, 2<sup>e</sup> éd. 1933, p. 190 et s. ; Ripert, Traité, op. cit., n°s 1158, 1121.

(7) 高田教授「独裁主義株式会社法論」二八頁。

(8) 小島教授「企業統制論」三六頁。

(9) ドイツ株式法は一九六五年に改正され取締役の地位は弱くなった。

経営者の法的吟味(一)(中村)

富大経済論集

二二

- (10) Ripert, *Traité*, op. cit., nos 1159, 1148 ; Julliot de la Morandière, *Rodière et Houin*, op. cit., n° 487, p. 397. 山口教授前掲論文五六頁。
- (11) 拙稿「経営権の法的根拠」北陸労研一四号二頁以下、一五号六頁以下。
- (12) Ballantine, *On Corporations*, 1946, p. 434. 正当な理由とは職務執行に関する不正行為、職務の懈怠等で、故意に会社利益の侵害をなす行為すなわち現実の非行をいい、単なる判断の誤り、職務行為の不適任等では解任の事由とならないと言われる。Spelman, op. cit., pp. 286—288.
- (13) この点をバーリーマンズは「目立程の支配をもたない富の所有と目立つ程の所有なき富の支配」(ownership of wealth without appreciable control and control of wealth without appreciable ownership) と表現している。Berle and Means, *The Modern Corporation and Private Property*, 1956, p. 69.
- (14) Berle and Means, op. cit., p. 121.
- (15) ステイヴンスは取締役が少量の株式を保有したとしても、より精力的かつ熟練した経営によってなされうる収入の微少な割合を配当金という方法でうけている取締役の見込は、より効果的な経営を刺戟するだけには不十分であるとのべている。Stevens, *On Corporations*, 1936, pp. 628—629.
- (16) Mc Carthy, E., Jerome, *Basic Marketing*, 1960, pp. 37—166.
- (17) Oxenfeldt, Alfred R., "The Formulation of a Market Strategy" in Kelley, E. J. and Lazer, W. (ed.), *Managerial Marketing* 1958, pp. 264—272.
- (18) Goyder, *The Future of Private Enterprise, A Study in Responsibility*, 1951.
- (19) Dodd, *For Whom are Corporate Managers ?* Harvard Law Review, vo. 45. pp. 1154—1155.
- (20) Berle and Means, op. cit. p. 226. わが国では「山城教授「経営者」」「古部教授「経営者」」等がその例である。
- (21) 高田教授「前掲書一四八一—四九頁。
- (22) 西島教授「改正会社法」一三五頁。
- (23) Fletcher, *Cyclopedia of the Law of Private Corporation*, 1914, p. 3818.

(以下次号)