

経営者の法的吟味(二)

中村一彦

目次

- 一、経営者の概念
- 二、経営者の種類(以上前号)
- 三、経営者の範囲(本号)

三 経営者の範囲

一 経営者の遂行する経営機能は、現代企業の大規模化と活動内容の複雑化につれて、企業において、ますます重要となっている。このため経営機能の専門担当者たる経営者も企業において一人ではなく、多くは複数となっている。しかも、それがさらに階層化していることは注意を要する。

広義において、経営者は次の三つの階層から成ると一般に言われている。⁽¹⁾

(1) トップ・マネジメント (top-management)

最高経営者または最高経営層で、取締役会、取締役社長等が含まれる。

(2) ミドル・マネジメント (middle management)

経営者の法的吟味(一)(中村)

これはトップ・マネジメントと次の監督層との中間にある経営者層をさし、通常、部長、課長がこれに入る。
(3) 監督者層 (supervisory management)

この監督者層は、作業者を直接監督する職長、主任、係長等によって構成されており、経営者の最下部 (lower) をなし、また第一線の段階にある。

また前述のトップ・マネジメントとミドル・マネジメントの両者を包括して用いる立場もある。この場合には、ミドル・マネジメントという概念がなくなり、経営者層は(1)トップ・マネジメントと、(2)監督者層にわかれる。⁽²⁾

このうち、トップ・マネジメントについては、とくに代表的なものとして、ホールデン (Holden) 等によるアメリカ企業についての有名な実証的研究がある。ホールデンは、トップ・マネジメントを構成するものは次の三つであるとする。⁽³⁾

(1) 受託経営層 (trusteeship management)

受託者の職能 (trusteeship function) を担当する階層で、株式会社制度に対して受託者の立場にたち、株主の利益を代表、保護、促進するとともに、各利害者集団の利害を調整するもので、会社の基本政策、一般的方向 (the basic policies and the general course) すなわち全般的経営方針 (general business policy) を決定し、実施上の結果を監督、評価する。この分野は「取締役会」 (Board of Directors) の専ら担当するところである。⁽⁴⁾

ベーカー (Baker) は、取締役会に必要な基本的機能について、次のようにのべている。⁽⁵⁾

(イ) 取締役会は社長及び上級職員を選任し、また有能な若い経営担当者が養成されていることを確かめること。取締役会はまた経営担当者の報酬、退職金等を監督する。

(ロ) 取締役会は社長およびその下の経営担当者に管理上の権限を委譲すること。

(イ) 社的重要性をもつ事項、たとえば利益の配当、資本構造の変化（新株の発行、社債の募集等）、銀行借入、銀行取引先の選定、パブリック・リレーションズのほかに、価格政策、労働関係、事業拡張、新製品の生産などについて、目的、政策方針を討議し、これを承認すること。

(ニ) 取締役会は営業利益の確保という観点からのみでなく、その受託機能を遂行するという観点からも、会社の業績を検討すること。予算、報告、監査その他の統制手段は、取締役会がこの機能を遂行するのに役立つであろう。

(2) 全般経営層 (the general management)

全般的経営を担当する階層で、社長、常務、取締役、または取締役でない総支配人、さらには「常務会」(Council of general executive)、部門管理者会議が、これにあたる。

この機能は、ホールデンによれば次の通りである。⁶⁾

(イ) 職能、職責、権限を明確に定め、かつ適切に配分して健全で効果的な会社組織の方式を保持すること。

(ロ) すべての経営執行の地位に真に適材の人員を保持すること。

(ハ) 全般的目標を将来まで見越して計画し、明確化すること。

(ニ) 資本支出、営業支出および業績、要員、給与、製品の種類および価格の如き全般的業務活動に対して効果的な統制方式を保持すること。

(ホ) 取締役会から委任された権限内ではあるが、部門経営責任者に委任した権限を超えた範囲の重要な設備、予算、収支計算、任命および俸給の変更を、規程されたそれらの統制方式に従って審査し、承認すること。

(ヘ) 全般的な業務執行方針を決定すること。

(ト) 取締役会に対して、その決議を必要とする事項について勧告すること。

経営者の法的吟味(二) (中村)

- (イ) 主要な業務執行計画の総括的調整をなすこと。
- (ロ) 各部門の業務およびその業績を監査すること。
- (3) 部門経営層 (Divisional management)

これは会社の重要部門 (major divisions or department) の経営を含み、この責任を負う経営責任者は、全般経営層に対して各自の業務運営を立派に行わねばならぬ職責と責任を負うものである。この層は正しく言えば、企業全体ではなく、主として会社の特定部門に関する業務に従事している経営責任者の最高層のものからなっている。普通には部長 (department heads, divisional executive) がこれに当る。

以上はホールデン等の実証的研究の結果明らかにされた、アメリカの代表会社におけるトップ・マネジメントの基本的組織の構成内容である。

このうち、最後の「部門経営層」については、それがはたして経営者とよばれるか、藻利教授から疑問が投ぜられている。⁵⁾ 藻利教授は「経営者の担当すべき最高管理職能」は「経営意志」(Betriebswille) を決定する職能であり、それは個別的な業務の執行計画を樹立することではなくて、経営全体としての方針 (policies of the business as a whole) を樹立することを意味するという立場から、部門経営層は「経営者」ではなく、「管理者」⁶⁾ (狭義の) であるとされる。すなわち、経営者も管理者も一種の意志決定を行うが、経営者は全体的経営意志の決定であるのに対し、管理者はこうした全体的経営意志の枠内において行われる部門的部門意志の決定をなす者であるとす。

私は経営学上、藻利教授の見解を探り、トップ・マネジメントすなわち「狭義の経営者」は、(1) 受託経営層と(2) 全般経営層とであると解する。

二 経営者の範囲について、法学的吟味を行う場合、留意すべき諸点がある。

先ず、経営すなわち業務執行という中には、全般的・総括的なものと、部門的なものがあって、経営学における通説は両者を含めて経営者と考えるが、法律的には如何に理解すべきであるか。

また、業務執行の中には、対内的なものと同外的なものが存在するが、この両者は形式的に分離しえないという理由で、代表取締役のみが業務執行機関であつて、代表権のない役付取締役は認められないか否か。

また、一般には会社の意思機関として、株主総会、執行機関としての取締役会および代表取締役、監査機関として監査役および検査役があるが、それでは意思機関としての株主総会は執行機関たりえないか否か、監査機関は執行機関たりえないか否か。

また業務執行の決定機関ではなく、業務執行の補助的機関、諮問機関としての相談役、顧問、経営協議会等は経営者と称しうるか否か。

また全般的経営を担当するものとして、経営学においては、取締役会、常務会、代表取締役等の会社組織上の役職と、総支配人という営業上の職制をあげているが、法律上は、これを如何に理解すべきであるか。

これらのことを考慮に入れながら、経営学において「経営者」の範囲に属するとされる者を中心に、具体的に個々に検討してみたい。

(一) 取締役会

今日では、取締役会制度は会社の必要な機構として、多くの国で認められている。

先ず、イギリスであるが、一九四八年会社法第一附則A表八〇条は「会社の業務は取締役会により執行せられ、取締役会は本法または会社がこの定款をもって株主総会において行使さるべきものとされていなければ会社のあらゆる権限を行使することができる。ただし、その行使は本法ならびに定款の諸規定および株主総会において会社がさだめる上

述の諸規定に違反しない諸規定にしたがうことをよする」とさだめている。これにより、会社法または附屬定款をもって株主総会の権限としない事項は、すべて取締役会の権限に属し、附屬定款を変更しないかぎり、株主総会は取締役会の業務執行に干渉し得ないのである。⁽⁹⁾ 株主総会 (the members in general meeting) と取締役会 (board of directors, the directors) とどう二つの基本的機関 (primary organs) のうち、理論的には最高規則制定権 (Supreme rule-making authority) をもつ株主総会が最高機関であるが、実際には取締役会が、取締役に對する株主総会の支配と同じ程度あるいはそれ以上の支配力をもって、株主総会を牛耳っている。そして、実際には、一般法がとくに明定する場合をのぞき取締役会に会社の全権限を行使する職務権限を附与することが慣行である。⁽¹⁰⁾ 取締役会は会社の事業經營の統治者 (governors) とされる。

わが国における取締役会制度の母法であるアメリカ法においても、会社の正規の事業經營に關しては、取締役会が最高かつ固有の権限 (supreme and original authority) を有するものとされている。元來、普通法の原則によれば、会社の支配は一体として行動する株主にあるが、制定法、基礎定款または附屬定款によつて、この原則は変更され、会社の業務執行に關する全権限が株主から取締役に移り、近時の傾向は株主の支配を制限して、取締役会の絶対権を強調する方向にある。⁽¹¹⁾ 取締役会は、役員を選任、従業員の教育、会社の營業資金の借入、手形行為、新株發行、社債發行、担保權の設定、利益配當の宣言、その他普通法または衡平法上の訴の提起、和解等に關する権限を有する。そして、取締役会は一団として活動しなければならないので、取締役會議 (directors' meetings) を招集する必要がある。⁽¹²⁾

フランスにおいては、一九四〇年の株式会社法 (Loi du 16 novembre 1940, relative aux sociétés anonymes) が会社は株主中から選ばれた任期のある解任可能な有給または無給の一人または数人の取締役に管理されるとの規定 (二八六年法第三條一項) を明示的には廃止せず、三人以上十二人以内で構成される會議体 (conseil) によつて、会社が

管理されるべきであると規定した（第一条一項）。この会議体は従来の慣習上の取締役会（Conseil d'administration）を法認したものである。ここに合議制による管理（Principe d'administration collégiale）が法律上の原則として確立したので、⁽⁶⁾ 独任制の取締役（Administrateur unique）はもはやみとめられない。

イタリヤ法においては、株式会社の機関として、株主総会（assemblee）と監査役（sindaco）のほかに取締役（amministratore）があり、取締役は一名または複数と定められている（民法典二三八〇条二項）。一名しか取締役がない会社では、会社代表も業務執行もすべて、その一名しかない取締役の権限となるが、取締役が複数の場合は、取締役は取締役会（consiglio di amministrazione）を組織し（同条二項）、その結果、取締役会が経営管理の最高機関となる。

また、ドイツにおいては、取締役会にあたるものはVorstand（取締役）であり、取締役にあたるものはVorstandsmitglieder（取締役員）である。Vorstandは一人または数人をもって構成される一つの機関の名称であって、その職にある人をいうのではない（株式法七〇条二項）。取締役は、広義の指導者原理（Führerprinzip）にしたがって業務を執行するところの会社の最高機関であり、会社の支配権をもっている。すなわち取締役は事業、その従業者の福祉、国民および国家の共同の利益の要求にしたがい自己の責任において行動すべきであって、株主総会や監査役の指示に従うものではなく（株式法七〇条一項、七一条一項）、他のいかなる国の取締役会よりも、その権限は強大である。なお、株式法は会社代表については、共同代表の原則を明定しているが（株式法一条二項一文）、業務執行については共同を原則とする旨の明文を欠いている。そのため、取締役員が複数よりなる場合に、共同業務執行か、多数決か、あるいは単独業務執行かについて、学説は分れているが、通説は共同業務執行説をとっている。⁽⁶⁾ たとえばギールケ（J. v. Gierke）は、社団における理事団が数名よりなるときは、その決議は多数決によることとなるが（独民二八条一項、三二条）、株式会社については民法第二八条は適用せられない。というのは、株式法第七一条は明らかに代表について民法原則を

修正し、共同代表の原則を明定しているのであって、取締役の業務執行につき明文の規定を欠く場合、民法原則でなく代表に関する共同代表原則が類推せらるべきことは極めて明瞭な論理であると述べている。⁶⁴⁾

わが国においては、かつては、定款もしくは取締役会規則等で、取締役会の組織、権限等を定めている例が少なかったが、法律上は個々の取締役が各別に業務執行の権限を有していたので、取締役会は法律上の制度ではなかった。しかし、現行法上は株式会社の法定の機関として明定されるに至っている（商二五四条以下）。

右のべたように、取締役会制度は今日では多くの国で、法律上の制度として確立されており、会社の業務執行を担当する機関であるから、いわゆる「総営者」の範疇に属することは疑いなく、しかも「最高経営層」に該当するものである。

取締役会制度において、問題になるのは、業務執行の意思決定とその実行についてである。これには、取締役会は業務執行についての全権限を有し、その意思決定をなすこととはもとより、その執行自体をもなす権限を有するが、ただ取締役会がみずから執行をするのには、当然取締役全員が共同しなければならぬから、法は實際の便宜を考慮してこれを代表取締役に委任すべきものとしたという説と、取締役会は会議体の性質上、業務執行自体に当るのに不適当であつて、業務執行の意思決定の権限のみを有する説とがある。⁶⁵⁾この点、取締役会は会社経営に関する最高かつ固有の権限を有するものとするアメリカ法においては、取締役会が業務執行の意思決定だけでなく、その決定を執行する権限を有するものと解されているようである。⁶⁶⁾私は後説が妥当と考えるが、これは経営学における考え方も合致するようである。

しかし、取締役会は意思決定機関ではあるが、あらゆる業務執行について意思決定を行い得るものではない。業務に関する事項であつても、日常起こる細かい事項についてまで決定することは事実上不可能であり、さらに重要でな

い事項の執行についてまで、取締役会の決定にかかわらずるのは不必要である。そこで、取締役会が、複数の取締役からなる委員会や取締役会の構成員の一人に対して、その権限をどこまで委譲できるかという問題が生ずる。これは逆に言えば、取締役会が自ら決定しなければならぬ事項は、最小限何であるかという問題でもある。

この点、イタリヤにおいては、取締役会がその構成員の一人に対して、その権限の全部を委託することができる旨の定款の規定が有効であるかどうかという問題について、一九三六年一月二六日の破産院の判決は肯定的に解して、「株式会社取締役会が、その構成員のある者に権限を委託する可能性や、自由な委託を認める定款の規定は、それが正規に公示されてさえいけば完全有効である」としているが、学説の多くは、原則として取締役会の権限の委託を認めてはいたものの、委託については何らかの限界があるのではないかと、判例の態度に疑問を表明している。⁶⁰⁾

ドイツにおいては、業務執行の権限について、共同取締役に留保され、各取締役員に委託しえないものとして、次のようなものが考えられている。⁶¹⁾ すなわち、監査役に対する報告（株式法八一条）、帳簿管理（同法八二条）、資本の半額の損失の場合の通告（同法八三条一項）、破産または和議手続開始の申立（同法八三条）、年度決算の提出（同法一二五条一項）ならびに営業報告書の作成（同法二二八条）である。

わが国の商法は、総会の招集（商三二一条）、支配人の選任・解任（商二六〇条後段）、代表取締役の選任および共同代表の決定（商二六一条）、会社と取締役との間の訴訟における代表者の選任（商二六一條ノ二第一項）、会社と取締役との間の取引の承認（商二六五条）、新株の発行（商二八〇条ノ二）、法定準備金の資本組入（商二九三条ノ三）、株式の分割（商二九三条ノ四）、社債の発行（商二九六条）を取締役会の権限事項としている。これらの事項は、定款の規定によって特に株主総会の決議事項とされるものを除き、必ず取締役会で決議すべきもので代表取締役、役付取締役に委ねることは許されない。

経営者の法的吟味(二) (中村)

(一) 常務会

常務会 (Managing Committee, Executive Committee) とは、社長、副社長、常務取締役という常勤の取締役に由つて構成され、会社の総括的経営に立つて、総括的執行方針の審議および執行活動の調整や審査、決定をなす機関である。

小規模の会社では、常務会をおく必要はあまりない。社長が必要に応じて関係部長と非公式に協議して総括経営の責任をはたすことができる。常務会が必要なのは大会社においてである。

今日、常務会ないしそれに類似した委員会を会社の必要な機構として認める国も増加している。

まず、イギリスにおいては、一般に附属定款によつて、取締役会が一人または数人の取締役に委員 (Committees) として、取締役会の権限のうちの任意の権限をこれに委任できることを明文をもつて規定している (付属明細表 A 表一の二条参照)。従つて数人の委員が委員会を構成すれば、それはわが国における常務会に相当するものであり、この委員会の議事録は、取締役会議の議事録と同様の方法で作成して保管しなければならないとされる。⁸³⁾

アメリカにおいても、取締役会制度の欠陥を克服するために、種々の委員会制度が発達している。委員会には問題が発生するたびに設置される臨時的なもの、生産、販売等の経営各部門の運営を担当するもの、たとえば生産委員会 (production committee)、販売委員会 (sales committee)、金融委員会 (finance committee) 等があるが、最も重要なのは執行委員会 (executive committee) である。⁸⁴⁾ これがわが国の常務会に相当し、若干の常勤取締役により構成され、制定法、基礎定款、附属定款または取締役会の決議により取締役会議と次の取締役会議との間において、取締役会の権限を行使する旨定められているのが普通である。そしてこの執行委員に選ばれた取締役に、会社の実権が掌握されることが多い。

フランスにおいては、数人の取締役からなる審査委員会 (Comité d'Études) 制度があつて (一九四〇年法第二条三項一文)

この委員会は代表取締役 (President-directeur général) が審議に付した問題の検討をその職務とするので (同条同項二文) 純然たる諮問機関であつて決定権がない。これに対して、旧制度のもとにおける経営管理に関する指揮委員会 (Comité de direction) は、管理を取締役会に、指揮を取締役会長に、それぞれ専属せしめる一九四〇年法により禁止せられたが、しかし、指揮委員会の設置をみとめる学説も有力であり、実際上も、大会社においては、指揮委員会の実体をもつ会議体をもつことが多いと言われる。

イタリヤにおいても、取締役会は複数の取締役からなる執行委員会 (Comitato esecutivo) を設け、取締役会の職務権限をこれに委託することができることになっている (民法典三三八一条本文)。

わが国においては、常務会について、商法は何ら規定していない。しかし、実際には、常務会を設置する会社が多く、約三分の二が昭和三〇年度以降に設置され、資本金五〇億円以上の会社の約九割が常務会をもっている。常務会は取締役会の大型化に伴う機動性の欠如を克服するために生まれたものといえよう。

常務会の性質は、その実態からみて、決定機関、協議機関、補佐機関、伝達機関等に分けることができ、しかも、これらのうちの二つ以上の性格を兼ねそなえている会社も多い。しかし、概していえば、決定機関と協議機関の二つが多いと言えよう。

ここで重要なことは、常務会が業務執行の意思決定機関たる性質をもつか否かということである。業務執行の意思を決定する権限をもつものであれば、法定のものではないが、任意の業務執行機関ということになり、当然「経営者」の範囲に属すると言えよう。これに反し、常務会がたんに協議機関、補佐機関、伝達機関等にすぎない場合、フランスにおける審査委員会のごときは「経営者」の範囲に属しないと解する。

常務会が決定機関であるときは、同じく決定機関である取締役会との関係が問題となる。すなわち、商法第二二六〇

条は、取締役会が業務執行につき全面的な決定権を有するように規定しているので、取締役会以外に決定機関を設けることは、右の規定に違反するのではないかと疑問が生ずる。この点は、取締役会について論じたところと関連するが、結論をのべれば、会社の総括的経営については、取締役会のほかに代表取締役が当たることになっているから、代表取締役とくに社長の決定権限を侵すことにならないし、また取締役会がその権限の一部を常務会に委譲することは必ずしも許されないことではないと考える。

一般に常務会で討議されている事項として次の事項があげられる。

(1) 会社全般にわたる業務の執行について

(イ) 方針の審議

(ロ) 各種の計画および予算の審議

(ハ) 部または工場以上の組織の審議

(ニ) 部長または工場長級の人事の審議

(ホ) 賃金体系、賞与総額の審議

(2) 部門経営層の所管業務で、会社全般に影響をおよぼす事項の承認についての審議

(3) 内部統制について

(イ) 統制方式および統制の実施方法の審議

(ロ) 確立された報告制度に基いて提出される各種報告書の審査

常務会が決定機関としてその機能をはたすことは、逆に取締役会が（株主総会ほどではないにしても）形式化していることを示すものであり、取締役会制度を再検討し、常務会制度を法的に明確にする必要があるのではなからう

か。

(三) 部長会議

部長会議 (executive council) は各部門責任者である部長によって構成されるが、これに社長が出席して、経営管理に関する総括的、全般的方向を協議し決定する機能を担当する機関である。

ホールデン (Holden) によれば、部長会議は総括経営層に属するとされるが、法的にみれば任意の業務執行機関とすることができ、従って「経営者」の範囲に属するとみてよい。

部長会議は常務会の設けられていない会社で多く設けられるが、それは部長の単なる連絡会議ではなく、社長と部長とが公式的な会議を開いて、全般的経営管理を行うものである。

わが国では、東京瓦斯で部長会議を設けている。社長、副社長、常務取締役 (三名)、取締役調査部長、取締役部長 (三名)、部長 (一名)、および同系会社専務取締役 (二名)、の一五名によって構成されている。議長には副社長があたり、毎週一回開かれているとのことである。

部長会議の附属事項として、次の事項があげられる。

- (1) 事業計画
- (2) 管理計画
- (3) 予算統制
- (4) 職制の制定および改廃
- (5) 人事問題 (採用計画、給与体系、副部長以上の昇格、賞与の評価および賞罰)
- (6) 労働問題

経営者の法的吟味 (二) (中村)

- (7) 業務改善
 (8) その他重要事項

ホールデンによれば、部長会議は部門経営者の代表者が会議の審議に定例的に参加するので、各部門の利害および見解を適当に考慮することが可能であり、さらにこういつた参加により、会議の決定をよく諒承し、またよく守るといふ結果をもたらすのである。その反面、各部門経営者はそれぞれ担当部門の管理責任をもっており、総括経営にはハーフ・タイムにしか従事しない。従って、大企業において長期計画、総合政策の樹立、業績の検討などの総括的経営が複雑になると、部長会議では不十分になる。⁶⁹⁾

(四) 代表取締役

会社の業務執行（経営管理）の権限は、商法上、取締役会に属するが（商二六〇条前段）取締役会は会議体の機関であるから、その決定したことを自ら実行することはできないしかつ不適當であるから、そこで、取締役会の決定を執行し、また常務について専決執行する機関が必要である。それが「代表取締役」であって、会社は取締役会の決議をもって、代表取締役を定めなければならないとしている（二六一条一項）。

代表取締役という名称は、「会社代表」の側面からとらえたもので、イタリア法においても取締役は取締役会を組織し（民法典二三八〇条二項）、会長を互選するとともに（同条四項）、取締役会の決議によって、代表取締役（*amministratore che ha la rappresentanza*）を選任するのが通常である（民法典二三八四条参照）。

わが国の商法およびイタリア法が単独代表を原則としているのに対し、ドイツ株式法は共同代表の原則（*Der Grundsatz der Gesamtvertretung*）を採っていることは（株式法七一条二項一文）、注目すべきである。なお、イギリスやアメリカ法においては、代表取締役という名称はなく、これに相当するものとして、イギリス法においては、業務担当取締役

(managing director, service director, または working director) があり、アメリカ法においては、社長 (president)、副社長 (Vice-president) 等のいわゆる執行役員 (executing officer) が存在する。

会社代表は対内的に見れば、常に業務執行であるから、代表取締役は対外的には会社を代表する機関であり、対内的には業務執行担当機関である。しかも必要常設の機関である。これは「総括経営層」の範疇に属することは異論がないと思う。形式上は株主総会がなお最高の権限を保持していると言われながら、会社の実権は取締役会から、さらに代表取締役に移行しているのが実情である。

代表取締役と取締役会との関係について、代表取締役は取締役会で決定した意思を単に実行するにすぎない機関であるという説⁶⁰⁾と、みぎから業務執行の意思を決定する権限を有する機関であるという説⁶¹⁾がある。

前説によると、株式会社で業務執行の意思を決定するのは取締役会であって、その執行行為と代表行為は代表取締役が担当するが、代表取締役は取締役会が決定した意思を執行するだけであって、みぎから経営管理の意思を決定できない。ただ取締役会は商法上その固有の権限とされている事項および重要な業務執行については、みぎから意思を決定しなければならぬが、その細目的事項およびそれ以外の業務執行事項については、代表取締役に委任できることに日常の業務執行の決定は代表取締役の選任と同時に、当然委任されたものと推定すべきであるとしている。

これに対して、後説は代表取締役は代表権を有する範囲においては業務執行の権限を有し、法律、定款または取締役会決議で取締役会の決定に留保されていない限り、みぎから業務執行の決定をなすことができるとし、もし前説によれば特別な委任がない限り、会社の業務執行は一々取締役会の決議を必要としなければならず、これでは会社経営の実情にそわないだけでなく、法が代表取締役は会社の営業に関する一切の行為につき代表権を有し、かつその代表権に加えた制限をもって善意の第三者に対抗しえないものとする趣旨(商二六一条三項)を理解することができない

とする。また本来代表取締役は会社代表権を有するに止まり、業務執行の決定権を有しないというのであれば、法はただ会社は裁判上または裁判外において代表取締役が代表する旨を定めれば足り、その代表権を営業に限ることは、その必要がないばかりでなく、不当であると述べている。私は現代の大企業においては、代表取締役は単に決議の執行のみでなく、經常的業務を専決し、かつ執行する権限を固有すると理解すべきであって、後説が妥当と考える。

代表取締役の選任は取締役会において行うのであるが（商二六一条一項）、定款の規定をもって、これを株主総会の権限となすことができるかどうかについては争いがある。通説はこれを肯定するが、否定する説が妥当と考える。すなわち現行商法によって、取締役会および代表取締役の経営権は確立されているのであるから、株主総会は会社組織としての取締役を選任すればそれでよいのであり、その中から誰を最高経営者にするかは、もはや経営上の判断であつて、株主総会が経営に干渉することは望ましくないからである。また取締役会は代表取締役に対して、命令監督の権限を有し、この権限は取締役会が代表取締役の解任権を有することにより裏づけられるが、もし総会が代表取締役を選任するものとするならば、取締役会はその解任権を有しない結果、監督の権限は裏づけを失い、その実をあげることができなくなるからである。

なお、立法論として、取締役たる資格の存在をその地位の要件としない代表取締役をみとめ、代表取締役の名称を社長、副社長など実践上の呼称に改めるべきであるとの説がある。代表取締役の職務代行者に関しては、すでに取締役たる資格を要件としない判例も見られる。この点は後述の役付取締役の資格とも関連するが、私も同意見である。

(五) 役付取締役

役付取締役とは、会社の内部的な業務執行にあたる役付の取締役であつて、一般には会長、社長、副社長、専務取締役、常務取締役と称される者（総裁、副総裁、頭取、副頭取、理事長、副理事長などを含む）がこれに属する。こ

ういう役付取締役を業務担当取締役と呼ぶのが普通であるが、私はかかる表現をとらない。後述するように平取締役も業務執行を担当すると解するからである。

イギリス法の下においては、業務担当取締役 (managing director, service director, or working director) という制度がある。取締役会は会議体であり、常時開催するに適しないので、迅速に業務執行を行ないえない。そこで、取締役会はその構成員の一人または数人の者を、業務担当取締役に選任し、これに取締役会の権限の一部を委任することができる。この場合、株主総会はこのことに干渉しえないのである。⁸⁵⁾

またアメリカ法においては、執行役員 (executing officer) の制度がある。すなわち、一般には、社長 (president)、秘書役 (secretary) および会計役 (treasurer) があり、とくに大会社では取締役会長 (chairman of the board)、副会長 (vice-president)、総支配人 (general manager)、会計検査役 (controller, comptroller) などが設けられている。これらの役員は、会社の経営について比較的大きな権限を行使する高級代理人である点で、使用人 (employee) と呼ばれる下級代理人と区別される。⁸⁶⁾ 役員については、多くの州では会社法において、その他の州では各会社の基礎定款もしくは附属定款において、取締役会がこれを選任する旨を規定しているのが普通である。その選任は通常年次株主総会につぐ最初の取締役会で行われる。そして、多数の州制定法では、社長は取締役の中から選任すべき旨を要求しているが、その他の役員についてはかような資格を要求するものはなく、また基礎定款、附属定款でも通常社長以外の役員には取締役であることを要求していない。⁸⁷⁾ これがアメリカ法の大きな特色である。

フランス法でも、一九四三年法は任意機関 (organe facultative) ではあるが、理事 (directeur général) の制度をみとめている。すなわち、取締役会長はその責任のもとに会社の総指揮をするが、取締役会は、会長の提案に基づき、会長を補佐せしめるため、取締役または取締役でない者から理事を選任し、会長に附属せしめることができる (一九四三

年法により修正された一九四〇年法第二条一項二文)。この理事は取締役会により任命されるが、会長の提案に基づくから、その選任には、形式的にも実質的にも取締役会と会長との合意 (accord) を必要とすることと、理事は必ずしも取締役たることを要しないし、したがってまた株主資格も必要でないことが特徴である。

イタリヤ法においても、取締役会は任意的機関として、一名もしくは複数の取締役を、業務担当取締役 (amministratore delegato o amministratore delegato) に選任し、取締役会の職務権限をこれに委託することができることになっている (民法典二三八一条本文)。

わが国においては、多くの会社において、役付取締役が設けられるのが普通であり、そして、対外的にも、代表取締役という肩書と同様に、社長、副社長などの肩書が用いられているのが実情である。経営学的には、役付取締役の方が代表取締役よりも重要な概念といえるが、商法には一カ条 (商二六二条) 規定されているだけであり、それがどのようにして選任され、あるいはどのような権限を有するかは、商法の規定からは明らかでない。

代表取締役と役付取締役を同一視して、代表取締役以外にこれとは独立した役付取締役を認めない説がある。⁶⁸⁾これと同立場の判例もある。⁶⁹⁾この立場からは社長、副社長などを、部長や支店長と同じく、会社の使用人とする考え方をとるのであるが、この場合、代表権のない取締役は、一方では取締役会の構成員として会社と委任関係にたち、他方社長、副社長等として会社と雇傭、委任関係にたつことにもなる。しかし、(1)部長や支店長等は単なる営業上の業務分配のための職制であるのに対し、社長、副社長、専務等は普通その職制の基礎を定款または取締役会規則にもちいわば会社組織上の役職であること、(2)次に部長、支店長等は特定部門に関する業務に従事しているのに対し、社長副社長は総括的、全般的業務に従事しているということからこれら両者を一律に会社と雇傭関係にたつということは適当ではない。また代表取締役以外に独立した役付取締役を認めないとすると商法第二六一一条一項の条文も「会社ヲ

代表スベギ取締役」としないで、「会社ノ業務ヲ執行シ、カツ会社ヲ代表スベギ取締役」とすべきで、むしろ条文の表現を卒直に認めて、商法は会社の代表する取締役についてだけ規定したと解する方が適當であろう。

私は代表取締役以外にこれとは独立した機関として、役付取締役を認める説に賛成である。東京地方裁判所の商事専門の部である第八部の近時の判決も、その存在を肯定している。もちろん役付取締役は「経営者」である。役付取締役の権限の範囲は、一般に取締役会の決議またはその決議をもって定めた業務規則（取締役会規則）をもって、包括的に定められる。

次に各種の役付取締役について、具体的に検討してみよう。

(1) 会長

アメリカにおいては、ゴードン (Gordon) が取締役会長 (Chairman of the Board) にも、次のような種々のものがあ

- ることを述べている。⁽⁴³⁾
- (イ) 前社長が会社を引退して会長になっている場合は、社長が最高経営担当者 (The chief executive) である。⁽⁴⁴⁾
 - (ロ) 前社長が会社に就任することによって、部分的に引退することがある。その場合、会長は若干の職務から解放され、しかも最高経営担当者でもある。⁽⁴⁵⁾
 - (ハ) 会社によっては、会長がその会社の社長を経験したことのない最高経営担当者であり、かつ積極的な指導者である。⁽⁴⁶⁾

(ニ) 時には、会長の権限はある特殊のもの、たとえば財務に限られることもある。⁽⁴⁷⁾

(ホ) ある場合には、会長は何らの権限をもたない、たんなる「表看板」(Front) であることがある。⁽⁴⁸⁾
フランスでは取締役会長 (président-directeur général) が常にかつ同時に社長を兼ね、その権限は強大である。すなわ

ち、会長は単に取締役会の決議を執行する権限のみならず、経常的業務を専決し、かつ執行する権限をも固有しており、定款をもってしても、この常設的決定権を奪うことは許されない。⁶⁴⁾ しかも、この者が同時に取締役会を主宰するのである。法は取締役会がその成員中より会長を選任すべきことを定めているが（一九四三年法二二条一文）会長は選挙の方法で取締役会により任命されることが必要で、株主総会により選任されることも、定款をもって指名することもできないことに注意すべきである。

イタリアにおいては、取締役が二名以上存在するときは、取締役会が組織されるので、必ず会長を選任することをする旨が明文で定められている（民法典三三〇条四項）。その権限については、会長は取締役会の招集を行ない、取締役会議を運営するほか、会長は一般に代表取締役とされるから、代表取締役としての権限もものが通常である。⁶⁵⁾

わが国においては「会長」または「取締役会長」と呼ばれる役付取締役の権限については、取締役会を主催する（招集し、議長となる）権限しか有しない場合と、広く会社の業務を総括する権限を有する場合とがある。後者の場合には、会長は代表取締役を兼ねることが多い。会社の業務を総括するというのは経営管理につき、会長が最高責任者であり、かつ最高権限者であることを意味する。

(2) 社長

「社長」(chief executive, top-executive) または「取締役社長」と呼ばれる役付取締役は、常に代表取締役を兼ねているのが実際である。

会長がおかれ、しかもその会長が経営の最高責任者とされる場合には、社長は会長を補佐して会社の業務を処理し、執行し、会長に事故があるときには会長の職務を代行または代理する権限を有するにとどまるのが普通である。

会長が設けられないか、または設けられても、それが取締役会を主催する権限しか有しない場合には、社長は会社の業務を総括する権限を有し、社長は経営の最高責任者かつ最高権限者である。

中小の会社では、大部分総括経営は社長一人によって、担当されている。また大会社の場合でも、その生成期には多くの優れた社長によって総括されてきた例がある。

社長一人による経営の長所は、臨時に速やかに重要な決定を行うことができ、責任の統一を確保することである。その短所はおよそ次のようなものであるとされる。

(イ) 社長は事業の各種側面についての経験、知識、識見を総合できないために、独断専行におちいり易い。

(ロ) 社長は総括経営以外に事業者団体の活動への参加その他種々の用務があり、時間と精力の不足のために、肝心な総括経営を満足に遂行することができない。

(ハ) 社長独裁の場合、その社長が死亡または退社したときには、必然的に企業の瓦解を生ずる。

(三) 副社長、専務取締役、常務取締役

社長のほかに、総括的、全般的経営を担当するものとして、副社長 (vice-president)、専務取締役、常務取締役がある。

専務取締役とか、常務取締役は取締役の地位において経営担当機関となるのではなく、取締役とか別にその専務または常務という言葉の中に表現されている業務執行を担当する者である。

一般に、副社長または取締役副社長は、社長を補佐して会社の業務を処理し、社長に事故ある場合に社長の職務を代理、代行する。この点、アメリカでも同様で、副社長は社長が死亡、不在等の理由で空白となる場合に、その期間社長の職務を代理、代行し、この機能は附属定款または取締役会議において規定されていると否とに関係なく、副社

長の固有の権限とされる。⁶³⁾

専務取締役も副社長とほぼ同じ権限をもっている。そして、副社長が存在するときは、社長のみでなく、副社長を補佐すべきものとされることがある。

常務取締役は専務取締役と概ね同じ権限を有する。

右にのべた役付取締役の中で、社長以外の者は必ずしも取締役たることを要件としない例をアメリカ法に見出し、またフランスの理事制度もこれに類似していること前述の通りであるが、それでは、取締役でない役付取締役の存在をわが商法でも認めうるか。わが国では、対外的業務執行（代表）を、取締役から選任される代表取締役に行わせている趣旨からして、これを含む業務執行の全体についても、取締役から選任された役付取締役のみが、その権限を有するものと解せられる。しかし、立法論としては、代表取締役の呼称を廃止し、取締役たる資格の存在をその地位の要件としない役付取締役を認めることが、いわゆる所有と経営の分離ないし、経営者支配に即応して合理的であると考える。

(六) 表見代表取締役

社長、副社長、専務取締役、常務取締役その他会社を代表する権限を有するものと認むべき名称を付した取締役のなした行為については、その者が代表権を有しない場合においても、会社は善意の第三者に対してその責に任じなければならぬ（商二二六二条）。このように、第三者保護のために表見的に代表取締役として取り扱われる者を「表見代表取締役」という。

表見代表取締役は前述の役付取締役を、その会社代表の見地からみたものである。表見代表取締役たる要件として社長、副社長、専務取締役、常務取締役、総裁、副総裁、頭取、副頭取、理事長、副理事長等会社を代表する権限を

有するものと認めるべき名称を付することを要するとともに、会社がそのような名称を付することを許したことが必要である。

表見代表取締役とされるには、当然会社の取締役たることを要するか、またはその他の者でもよいかについては争いがあるが、善意の第三者保護のために、取締役たることを要しないと解する。最近の最高裁判所の判例もこの見解をとり、会社の使用人が代表取締役の承認のもとに常務取締役の名称を使用してなした行為について、第二六二条は類推適用されると解するのが相当であるとしている。⁶⁴⁾ この場合の会社の使用人は、本来経営者ではないが、善意の第三者に対しては、「経営者」たる代表取締役とみなして、会社がその責任を負うことになるのである。

(七) 取締役

経営学において、平の取締役は一般に「経営者」とは認められない。たとえば、「取締役会を構成する取締役に、ただ会社業務の意志決定に参加するにすぎないたんなる取締役と、さらにその業務を実際に執行する役員取締役、したがって経営者との二種のものが存在することになる」という表現によって明らかである。

これを法律上、比較法的に考察すると、先ず、イギリスにおいては、個々の取締役は、会社のために行為する権限をもたないものとされる。それは会社の権能の行使は、個々の取締役 (the individual directors) ではなく、会議体としての取締役会に対してのみ与えられているからである。個々の取締役は、会社経営の権限が集合的に (collectively) 帰属している取締役会の一員たるにすぎず、⁶⁵⁾ 会社の業務執行を個々にはなしえないから、つまり「経営者」ではない。

アメリカ法上は、イギリス法と同様、取締役が単独では何らの権限も有しないという原則が古くから存在している⁶⁶⁾ すなわち、取締役は取締役会を通じてのみ活動しうるのであって、取締役会を離れて、単独に会社を拘束する契約そ

の他の法律行為をなすことはできないのである。従つて、アメリカ法上の取締役は「経営者」とは言えない。従つてアメリカ法上の取締役は経営者とは言えない。経営管理の主体性を各取締役に認めることなく、取締役会にこれをおいた理由は、取締役は株主から選任された者であるから、取締役会議で、純正の方法で、各取締役が意見を交換、討議して結論を出すことが、株主を擁護することになるというのである。⁶³⁾

ドイツにおいては、取締役 (Vorstand) を構成する取締役員 (Vorstandmitglieder) は、業務執行または会社代表をなさないのが原則である。従つて、取締役員は原則として「経営者」ではない。

さらにフランスにおいても、取締役会は数人の取締役が一個の合議体を組成しているのであり、かかる合議体にも機関資格 (qualité d'organe) が認められる結果、各個の取締役は人的権限 (pouvoirs personnel) も固有の権限 (pouvoir propre) ももたない。⁶⁴⁾したがって「経営者」ではない。

わが国においても、通説は各取締役は経営機関ではないとしている。⁶⁵⁾すなわち、取締役会および代表取締役は業務執行機関ではあるが、各取締役はそれ自体は機関ではなく取締役会の構成員にすぎないとしている。

これに対して、少数説は次のような理由から、各取締役を会社の業務執行機関であるとしている。⁶⁶⁾

- (イ) 各取締役は独立して、個別的に権限を行使しうる旨、商法は定めている。すなわち、議事録署名(商二四四条二項)で予定されている株主総会出席権、取締役会招集権(商二五九条)、会社法上の各種の訴の提起権(商二四七条、二五二条、二八〇条ノ一五、三八〇条、四一五条、四二八条)、検査役の選任請求権(商一七三条一項、二八〇条ノ八)、整理の開始および終結申立権(商三八二条一項、三九九条)を有し、これらは明らかに会社の機関として有する権限である。

- (ロ) 商法典が第三節会社の機関中に、第二款「取締役又取締役会」として、これを機関として取り扱っていることを明示している。

(イ) 取締役会の構成員としての各取締役も会社の利益のために与えられた権限を行使するのである。

取締役会制度をとり、かつ別に代表取締役をみとめた現行商法の下においては、各取締役は取締役として当然に業務執行権を行使することは少なくなつたとは言え、取締役会招集権（商二五九条）その他の権限を行使しうる旨の規定があり、それに基づいて、事実上も経営管理権を行使しうるのであるから、取締役も必要的業務執行機関であり、経営者と解すべきである。

(ハ) 株主総会

株主総会は「経営者」の範疇に属するか、否か。

わが商法上の通説は「取締役会は業務執行機関であるから、本来業務執行に属しない会社の合併、解散、営業の譲渡または賃貸など会社または、営業の基礎に関する事項が、その権限に属しないことはいうまでもないが、なお業務執行に関する事項であっても、法律により株主総会の権限に留保されている事項も同様である。例えば事後設立（商二四六条）、取締役および監査役の報酬の決定（商二六九条、二八〇条）などがこれである。のみならず、会社は定款をもって業務執行に属する事項を株主総会の権限とすることができ（商三〇条ノ二）、これらの事項もまた取締役会の権限から除かれる」と述べている。

しかも、業務執行事項で法令または定款をもって、取締役会において決すべきものとした事項も、定款をもって株主総会の権限となすことができるとしている。その理由は、株主総会が取締役会の上級機関であるからとしている。この点、ドイツを除く諸国すなわちイギリス、アメリカ、フランス等においては今日でも株主総会が会社最高機関であるとされ、定款をもってすれば業務執行にのりだすことも考えられる。

しかし、私は次のような理由から、この考え方には賛成できない。

経営者の法的吟味（中村）

(イ) 業務執行をもって、「経営」とする経営的常識とあまり懸隔があり実際にも株主総会が通常の業務執行に関し意思決定にのりだすことは殆んど考えられない。

(ロ) 理論的に考えても、株式会社の機構的な特徴は、業務執行機関としての取締役会と会社組織の基本的な重要事項に関する意思機関としての株主総会の明確な分化にある。意思決定という同質的な権限をもつ株主総会と取締役会とについて、一方では法律または定款に定めた事項、他方では業務執行という全然別個の基準で、一つの会社権限を分配しようとするところに問題があるが、昭和二五年の改正商法は所有と経営の分離に対応し、株主総会の万能的権限を可及的に制限し、本法または定款に定められた事項（組織事項に限ると解する）を決議しうるにすぎないものとし（商三三〇条ノ二）、他方、あらたに取締役会の制度を設け、業務執行に関する意思決定を専ら取締役会に委ねている（商二五九条―二六〇条ノ三）。昭和二五年改正法は、解積論的に株主総会の最高万能機関性を否定し、株主総会と取締役会を対等の地位におき、相侵すことのないよう両者の権限分配を明白にしたものと解すべきである。

(ハ) 比較法的にみても、イギリス、アメリカ、フランス等においては、今なお株主総会を会社の最高機関であるとしながら、株主総会の万能機関性は否定されつつあり、業務執行機関の独立性が確立しつつある。⁶⁰とくに、ドイツ株式法第七〇条第一項は、経営権の絶対性を規定している。

結論をのべれば、私は株主総会は業務執行機関ではなく、「経営者」ではないと解する。

(九) 監査役

経営学者は、監査役を「経営者」とは認めない。たとえば山城教授は「……監査役はしかし経営者ではない。アメリカには監査役はないし、イギリスの Auditor は日本の改正商法の監査役と等しく、会計監査役にすぎないからであり、監査機能は取締役会が担当しているからである」とのべておられる。

商法上でも、監査役は「経営者」の範疇に入れることが不適当であることは、多く異論があるまい。すなわち、昭和二五年商法改正前にあつては、監査役は取締役の業務執行を監督するところの業務監査を主たる任務として併せて会計監査の職務権限を有するものとされてきた。たとえば業務監査を任務としたため、臨時株主総会の招集（旧商三三五条二項）取締役または監査役の定員不足の場合における一時的職務代行者の選任申立（旧商二五八条二項）、取締役の自己または第三者のために会社との取引の承認（旧商二六五条）、取締役の欠員ある場合における取締役の職務代行（旧商二七六条）、会社と取締役相互間の訴訟における会社の代表権（旧商二七七条）、会社の整理、特別清算の申立（旧商三八一条二項、四三一条一項）ならびに株主総会決議の取消、増資、合併、設立無効の各訴訟の提起（旧商二四七条、三七一条二項、三八〇条二項、四一五条、四二八条二項）等を為すことができた。ところが、現行法では監査役は会社の会計監査のみを任務とするようになり（商二七三条以下）、業務監査は取締役会が担当することになったのである。従つて、監査役は会社の機関ではあるが、経営の機関すなわち「経営者」ではない。

アメリカには、会社の機関としての監査役は存在せず、イギリスの監査役 (auditors) の職務はわが商法の規定とほぼ同じく、会計の監査と報告とである。ただ監査役の資格として会計士たる必要がある点（イギリス会社法一六一条一項）がわが商法と異なる。

これに対して、ドイツの監査役 (Aufsichtsrat) は、監査役会という合議体を取り、法律上は取締役の業務執行を監査する機関である（株式法九五条）。一九三七年の株式法は「業務執行の処置はこれを監査役に委託しえない（九五条五項本文）」としているが、実際には、取締役の選任、解任、固定資産の売却、総支配人の任命、減価償却額、準備金の設定、社債の発行等が監査役会で行われており、これはアメリカの取締役会と大体同じ機能を担当している。経営学者はドイツの監査役を経営者の範疇に属するとしている⁽⁶⁾。しかし、法律上、業務執行の処置は取締役に帰属し、

監査役を業務執行機関ということとはできない。しかしまた監査役は単なる会計の監査機関ではなく、取締役の業務執行を監査、監督し、それを容易にするために、取締役の一定業務に対する同意権ももっている（株式法九五条五項但書）、これを広義の経営者と呼んでよいであろう。

(6) 検査役

商法は検査役 (inspectors) という制度を設けている。すなわち、その必要の都度、株主総会の決議によって選任されるか（商一八四条三項、二三七条三項、二三八条）、発起設立の場合および募集設立のときに、いわゆる「危険な約束」事項を定款に定めたときに、裁判所によって選任され（商一七三条、一八一條、二九四條、三八八條、四五二條）、業務および財産状況の調査または会社の設立手続の調査をする者である。その性質は監査役に近い。すなわち、その権限が計算の正否および一定手続または業務執行の適法性の調査のみに限定され、業務執行の合目的性に及ばない点が類似している。監査役と異なる点はその一時的な機関である点である。

このように検査役は必要なときに選任されるので、常設的機関ではなく、臨時的機関にすぎなく、一種の監査機関であって、業務執行の機関ではない。従って「経営者」の範疇には属さない。

(7) 相談役、顧問

会社によっては、その定款で「顧問」または「相談役」の制度をおくことがまれではない。こういう定款の規定が有効であることは明らかであるが、相談役、顧問の性格や権限等については必ずしも明らかではない。

概して、相談役も顧問も、意見、判断または知識を提供することにより、会社の経営管理に誤りのないことを期する任意的機関であり、意思機関でも、執行機関でもなく、また監査機関でもなく、単に執行機関の補助的機関である。そして、相談役は一般的経験を基礎とした意見、判断を提供するものというように一応区別することができる。

よく似た制度でもある。

右に述べたように、相談役および顧問はたんに業務執行機関の補助的機関であるから、これを「経営者」と呼ぶことはできない。

(三) 経営協議会

近時は会社企業について、経営協議会が設けられることがある。これは賃銀、労働時間、その他基本的労働条件について協議することを定めていても、実際には団体交渉の予備的機関となつていくものが多く、また生産委員会的経営協議会にあつては、諮問、報告、意見交換等が多く、協議、決定等は殆んどみられない。そこで、経営協議会については、会社の執行機関の補助機関と考え、会社の機関の一つと考へる説もあるが（経済同友会）、現在のところ、労働協約に基づく協議体であつて、会社の機関の中には入らないと解すべきである。いずれにせよ、業務執行の機関、経営者の範囲に入れることはできない。

(四) 総支配人

総支配人は経営学においては、総括経営 (general management) を担当する「経営者」であるとされる。

アメリカにおいては、総支配人 (general manager) は、社長、秘書役、会計役、副社長、取締役、会長等とともに、役員すなわち「経営者」の中に包含され、その会社によつて遂行される通常の営業において必要な取引をなす黙示的ないし外観的権限を有し、その意味ではむしろ社長より重要な存在であるとされる。事実、取締役会決議または附屬定款の規定によつて、社長が総支配人に任命される例も多いのである。

わが国の商法では、支配人は商業使用人であつて、その代理権は会社の各営業所または各営業に関する一切の裁判上または裁判外の行為におよび（商三八条一項）。そして、本吉、支吉等すべての営業所を通じて、一人の支配人をお

く場合、この支配人を「総支配人」というが、この総支配人は数個の支配人の代理権を兼ねているのである。その結果、事実上、会社の総括経営を担当することになる。

しかし、私は総支配人がたとえ総括経営を担当しているとしても、その地位は単なる営業上の商業使用人たる職制であって、社長、副社長、専務等のように、会社組織上の役割ではないので、法律上使用する「経営者」の範囲に包括することは疑問である。

㊦ 部長・課長・支配人・支店長・支社長

部長、課長、支配人、支店長、支社長等は、経営学上は「部門経営層」に属する。これらは一部に反対説があるが最高経営者 (top-management zone) を形成するものとして、一般に認められていることは既述の通りである。

それでは、これらの者を法律上如何に解すべきであるか。部長、課長、支配人、支店長、支社長等はいずれも、法律上は「商業使用人」である。その代理権は支配人の場合には、会社の各営業所または各営業に関する一切の裁判上または裁判外の行為に及ぶが(商三八条一項)、部長や課長はその部・課によって、その担当の事項に関する一切の裁判外の行為(商四三条一項)に及び、支店長、支社長等の場合は、現実に委任を受けた事項に限られる。

私は、部長とか支店長は特定部門に関する事務に従事して、「総括的、全般的」経営を行わないから、最高経営層に含めることは適当でないと考える。その結果、法律上使用する「経営者」の範疇に含めることも適当でないと考える。

取締役が部長、課長、支配人、支店長、または支社長等を兼ねている場合がある。この場合、その地位は二重になり、一面においては取締役すなわち会社の機関として、会社と委任関係にたつとともに、他面において使用人、代理人として雇傭、委任の關係にたつものと解せられる。

代表取締役が部長や支店長等の地位を兼ねる場合がある。これらの地位を兼ねることの意味はどこにあるか。これはむしろ本来代表取締役の有する業務執行権、従ってまた会社代表権を内部的に制限するためと解すべきであろう。

このような制限によって、善意の第三者には対抗しえないが（商二六一条三項、七八条二項、民五四条）、会社がこのような制限を設けた以上、内部的にはこれによって代表取締役の部長または支店長としての責任を生ずることになる。

以上、法律上「経営者」という言葉を使用する場合、その範囲内に包含されるか否かにつき、種々のものについて検討してきた。

(1) 最後にこれらのものを整理すると、まず経営すなわち業務執行に当たる者として、取締役会、常務会、部長会議、代表取締役、役付取締役、表見代表取締役、取締役、総支配人、支配人、支店長、支社長、部長、課長等をあげることがができる。ここで、問題になるのは、業務執行すなわち経営といっても、その内容は全般的、総括的なものと、部分的なものとなるが、経営字における通説のように、これらのすべてを包含して経営者と呼ぶべきであるか、その一部に限るべきであるかということである。私は全般的経営を担当する者を経営者と解する。

(2) 次に全般的経営を担当する者としては、取締役会、常務会、部長会議、代表取締役、役付取締役、表見代表取締役、取締役のほか総支配人をあげることができる。ここで問題になるのは、これらの者の地位の性格として会社組織上の役職すなわち会社の機関と、単なる営業上の職制すなわち機関でない者があるが、この両者を含めて経営者と解すべきか、それとも一部に限定すべきであるかということである。私は会社組織上の役職すなわち機関を経営者であると解する。

(3) ここで、会社の機関という観点から考察すると、会社の機関には、取締役会、常務会、部長会議、代表取締役、役付取締役、表見代表取締役、取締役、株主総会、監査役、検査役、相談役、顧問等をあげることができる。このう

ち、経営者と称しうるためには、会社の組織事項に関する意思決定機関とか会計監査機関では不可であつて、また業務執行に関する補佐的、補助的機関とか、諮問機関では不充分であつて、当然業務執行の意思を決定し、その決定を執行する機関でなければならぬ。

このようにして、私見によれば、法律上使用する「経営者」という概念は「業務執行機関」を指すことになり、具体的には取締役会、常務会、部長会議、代表取締役、役付取締役、表見代表取締役、および取締役を指すことになる。

- 注 (1) 占部教授「経営者」一一二頁。高宮教授「トップ・マネジメント」(「経営責任者」) 四六頁。中間経営層の諸問題を包括的に取扱つた文献として、M. C. Niles, *Middle Management*, 1945. (占部・鈴木教授訳「ミドル・マネジメント」) がある。
- (2) 高宮教授、前掲書四七頁。
- (3) P. E. Holden etc. *Top-management Organization and Control*, 1941, pp. 15—16. 岸上英吉氏訳「トップ・マネジメンツ」一一二頁。ホルムン (Gordon) サートン・ブネキメントの views business leader または business leadership と呼ぶ。
- (4) アメリカでは、経営者概念のうちに取り締役会を含むのが一般であり、わが国でもそうであるが、厳密な意味では取締役会は経営者ではないとする学者もある。たとえば、古川教授「経営支配と取締役会」会計五七卷五号三頁「換言すれば、取締役会は株主と業務執行の経営者との中間に位置しつつ、執行機関ではないところの意思決定機関として、経営者をコントロールしようとしてゐる」という表現に示される。
- (5) T. C. Baker, *Directors and their Functions*, 1945, pp. 131—132. なお、ホルムテンは二二の職能をかなり詳細に説明してゐる。Holden, op. cit. pp. 214—218. 以下、J. O. McKinsey, *Board of Directors, Board Committee and Officers*, in *Handbook of Business Administration*, by W. J. Donald, 1931, p. 392.
- (6) Holden, op. cit. p. 21.
- (7) 漢利教授「経営管理総論」四八頁以下。

- (8) ここに「管理者」(狭義の管理者)は「経営者」によって決定せられた経営意志の執行に関して合理的な執行計画を樹立し、かつ作業者によるその現実的執行を監督し、統制する者である。
- (9) *Halsbury's Law of England*, 3 Ed., 1954, Volume 6, Companies, by Cohen & Walton, p. 298. ; *Gramophone, Ltd. v. Stanley* [1908] 2 K. B. 89 ; *Salmon v. Quin & Axtens* [1909] 1 Ch. 311 ; [1909] A. C. 442. 株主総会はその決議によつて、会社業務の運営における取締役会の決定を拒否し、または会社事業の経営につき、取締役会に指揮をあたえて、将来取締役会を拘束することはできないのである。定款をもつて、とくに総会に明示的に留保せられていない限りは、特定的には取締役会に附与せられていない事項であつても同様である。たとえば、取締役会が決定した会社名義による訴訟の提起を拒否する総会の決議 (*Shaw & Sons (Salford), Ltd. v. Shaw* [1935] 2 K. B. 113, C. A.)、中間配当をせよとか貸付をせよという総会の決議 (*Scott v. Scott* [1943] 1 All E. R. 582.) 等、いずれも無効と判決されている。なお、池島教授「イギリス法における取締役の地位」法経論集一五号三〇頁。
- (10) イギリスでは、一九世紀末葉までは、取締役は株主総会の支配に従属する単なる会社の代理人にすぎないと考えられていたが、*ガウマ (Gower)* は、株主総会も取締役会もともに会社の機関として認めねばならぬと述べている。Gower, *The Principles of Modern Company Law*, 2 Ed., 1959, pp. 16, 127, 134 et seq.
- (11) Gower, op. cit., p. 17.
- (12) Spellman, *A treatise on the principle of law, governing corporate directors*, 1931, p. 5. Ballantine, *On Corporations*, 1946, pp. 119—120. 会社事業の経営に関する限り、取締役会の権限は会社の能力と同じで、法律、基礎定款または附属定款によつて経営権が取締役会から奪われていなければ、株主は取締役会の経営権については、何らの支配、干渉もできぬ。Spellman, op. cit. pp. 360 et seq. 取締役の権限行使は合議体としての取締役会により行われるが取締役の事業経営は一部株主の行動にのみ干渉されなくとも判例がある。 *Charlestown Boot & Shoe Co. v. Dunsmore et al.* 1880, 60 N. H. 85. ちなむち原告は取締役の懈怠行為 (negligent conduct) および株主が設置した委員会との共同活動を拒否したという理由で、取締役達を訴えた。そこで誰が事業を経営すべきかという問題を生じたのである。この事件で、Smith 判事は次のように述べている。「制定法の規定によれば、利益配当業務は取締役が行うべきである。取締役の判断ないし決定権に課せられる唯一の制限は、会社の附属定款および投票によつて、会社が課す制限である。それは会社の事業、会社の性格、範囲を定め、役員および

経営者の法的吟味 (中村)

構成員の管理規則を明らかにし、会社事業の終了または継続を決定するのであるが、附属定款または投票によって、このような制限が行われると、限定された会社事業は取締役によって経営され、また取締役ないし、会社によって任命された役員および代理人によって、その決定権の下に、経営されるのである。制定法は会社に対し、取締役と他の役員との共同行為を授権しているのではなく、また取締役に對し、取締役でない者との共同行為を強制しているのではない。」拙稿「アメリカ会社法の判例(六)」富大経済論集第九卷一号一—二頁。また、会社運営の権限は取締役にあり、取締役が会社の利益のためにと信じて善意誠実に行動する限り、株主は取締役会の権限に干渉する権限をもたないとする判例がある。Findley et al v. Garrett et al. 1952, 109 Cal. App. 2d 166, 240 p. 2d. 421. 拙稿「アメリカ会社法の判法」(八) 前掲書八—一〇頁。

(13) 会社の行為は、取締役会議を招集することによってのみ為されるのが原則であるが、取締役だけが全株主である場合にはこの原則は適用されない。Temple Enterprises v. Combs, 1940, 164 Or. 133, 100 P. (2d) 613. がその代表的判例で、被告は Viagraph, Inc. の映画のセールスマンである Melvin Keller とある契約を締結したが、その契約で、被告は映画館を建築し、それを Keller および被告の息子が設立する予定の会社に質貸することに同意した。当該会社は代理人の Robert S. Farrell によって設立され、五〇株の株式のうち Farrell が二株、Keller が二四株、被告の息子が二四株所有した。被告および会社は質貸借契約書に署名したが、その質貸借契約を承認するための正式の取締役会議 (Board of directors meeting) は開かれていなかったのである。そして、被告はその会社に映画館を質貸することを拒否したので、特定履行 (specific performance) の訴が提起された。これに對し、Lusk 判事は、「被告は一九三七年二月二四日の質貸借契約はその署名が取締役会議で承認されなかったから、会社の行為ではなかったと主張している。会社の行為はこのような会社においてのみ為され得るといのが一般原則であるが、この原則は取締役達だけがすべての株主である場合には適用されない。その場合、非公式にまた会議を開かず、に彼らの全員によってなされた行為は会社の行為となる (First National Bank of Burns v. Frazier, 143 Or. 662, 678, 19 p. 2d. 1091, 22, p. 2d. 325 ; Vawter v. Rogue River Valley Canning Co., 124 Or. 94, 257 p. 23, 262 p. 851) Combs, Jr. が彼の仲間の取締役があらかじめ署名した質貸借契約書に承諾を与えたということが、記録に明白に残っており、また三人の取締役で全株式を所有していたから、それは正式な会議に提出されていなくとも、会社を拘束するものであると言えらる」と判示している。拙稿「アメリカ会社法の判例」前掲書二—三頁。

(14) Girvdon, Conseil d'Administration, Encyclopédie Juridique, Répertoire de Droit Commercial et des Sociétés, Tome III.

Sociétés, 1958, N^o. 2. 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」甲南法学一卷二号五三頁以下参照。

- (5) Schlegelberger-Quassowski, AktG, 3 Aufl, 1939, § 70, Ann 12. Groskomm. AktG, W. Schmidt, 1939, § 70. Ann 14. 15. Schmidt, Umgestaltung von Satzungen, 1938, S. 181, Ann 77. なお福井教授「西独株式法における取締役業務の分配」鳥大法学四ノ五頁参照。
- (16) J. v. Gierke, Handelsrecht und Schiffahrtrecht 8. Auflage, S. 295.
- (17) 大隅教授「全訂会社法論」中巻一〇一頁。
- (18) 田中(誠)博士「最新会社法論」上巻三七一頁。大浜博士「取締役と取締役会」株式会社法講座三巻 一〇五五頁。
- (19) 戸塚教授「アメリカ法における株式会社の業務執行」阪大法学 三九号 五六頁。
- (20) Cassazione, 24 gennaio 1936, Rivista del diritto commerciale, 1936, II, 205. なお松元教授「イタリア法における取締役の職務権限の分配」私法二三号 一六〇頁参照。
- (21) Frè, Società per azioni, 1956, p. 351 n. 1. 松元教授「前掲論文一六〇頁参照。
- (22) Harro Frés, Die Geschäftsverteilung in Vorstand der Aktiengesellschaft ZHR. Bd. 122. 1959, S. 12.
- (23) 武市教授「イギリス会社法」三六三頁。
- (24) 執行委員会を設ける慣例は古くから存在した。Grange, Corporation Law for Officers and Directors, 1935, p. 274. 現在では、各州制定法が殆んど委員会制度を採用してゐる。
- (25) Dalsace, Manuel des Sociétés Anonymes, 1959, n^o 116. 山口教授「前掲論文六八頁。
- (26) 京都大学商法研究会「株式会社経営機構の実態」商事法研究二八九号一三頁以下。
- (27) Holden etc., Top-Management Organization and Control, 1951, p. 22.
- (28) 占部教授「経営者」一四〇頁。
- (29) Holden etc., op. cit. pp. 23—24.
- (30) 石井教授「商法I」三一一頁。鈴木教授「会社法」一三三五頁。
- (31) 大隅教授「全訂会社法論」中巻一一七頁。大森教授「改訂会社法講義」一八四頁。

経営者の法的吟味(二)(中村)

- (82) 田中(誠)博士「最新会社法論」上巻三七五頁。鈴木教授「新版会社法」一三三頁。松田博士「新訂会社法概論」一九六頁
- (83) 大隅教授前掲書一一三頁。野津博士「代表取締役」株式会社法講座三巻二〇九二頁。なお法務府民事局長通達(昭二六・一〇・一三、民月六卷一一号一三三二頁)はこの立場をとる。
- (84) 山口教授、前掲論文八三頁。
- (85) 山口教授「代表取締役の職務代行者の地位」民商法雑誌三八巻三号四〇八頁以下参照。
- (86) Thomas Logan Ltd. v. Davis (1911) 105 L. T. 419 C. A.; Gower, op. cit., p. 129. note 92.
- (87) Grange, op. cit., pp. 431, 432.
- (88) Grange, op. cit., p. 432.
- (89) 石井教授「商法」三一一頁。松田博士、前掲書二〇六頁。実方教授「会社法学Ⅱ」四四三頁。
- (90) 昭三〇・六・九、東京地判、下級民集六卷六号一〇七九頁。
- (91) 田中(誠)博士、前掲書三八三頁以下。大隅教授、前掲書二二一一三三頁。服部教授「機関」経営法学会集三巻七七頁以下。八木教授「役付取締役の地位」企業会計二巻二号二九五頁。並木教授「株式会社の業務担当機関」企業会計八巻一二号七五頁以下。
- (92) 昭三五・一〇・二八、東京地判下級民集一一巻一〇号三三〇二頁。
- (93) R. A. Gordon. Business Leadership in the Large Corporation, 1948, pp. 67 et seq.
- (94) コーエンの調査による。一九三五年に K. T. Keller が社長に任命され、Walter Chrysler が一九四〇年に死去するまでの間の Chrysler Corporation における事情がさうであった。Bethlehem Steel の Charles Schwab は晩年は比較的清極的な会長であったし、調査した今一つの会社においては、会長の職務を「引退せる社長の休息所」(a resting place for retired presidents) とあるところだ。Gordon, op. cit., p. 68. note 3.
- (95) Alfred Sloan は一九三七年、ゼネラル・モーターズの会長に就任したが、それと同時に、定款は会長を最高経営担当役員(chief executive officer) とする旨改正された。Gordon, op. cit., p. 68.
- (96) Gary は United States Steel の取締役会会長であり、最高経営担当役員であったが、社長になったことはなかった。Mylon Taylor の場合も同じであった。Thorkald Rieber は一九三五年から一九四〇年の間、Texas Corporation の会長で

- あり、最高経営担当役員であったが、その前は副社長であった。ニューヨークの Consolidated Edison Company の積極的な会長、Floyd Carlisle は、それまでの会社に何らの職務も持っていなかった。Gordon, op. cit., p. 69.
- (47) General Electric Company 及び United States Steel Corporation について、これに関する事例が見られた。Gordon, op. cit., p. 69.
- (48) これに該当する実例が、工業原料を生産している某社に一時見られ、著名なゴム会社および西部の大鉄道会社にも同じ事態が存在した。Gordon, op. cit., p. 70.
- (49) Brière de l'Isle, président-directeur général, Encyclopédie Juridique, Répertoire de Droit Commercial et des Sociétés, Tome III, Sociétés, 1958, nos 6, 58, 70, 76 ; J. Escarra, E. Escarra et Rault, Traité Théorique et pratique de Droit Commercial, Les Sociétés Commerciales, Tome IV, Sociétés par Actions, Administration des Sociétés Anonymes, 1959, nos 1493, 1509, Dalsace, Manuel, op. cit., n° 113. 山口教授、前掲論文六六頁。
- (50) Dalsace, op. cit., nos 110, 88 ; Brière de l'Isle, op. cit., n° 15 ; J. Escarra, E. Escarra et Rault, op. cit., n° 1488. 山口教授、前掲論文六六頁。
- (51) なお、旧法のもとにおいては、会長への代表権の付与は、必ずしも取締役会の権限の会長への委託を伴うものではないと解されていたため、設立証書をもって代表権の付与とともに取締役会の職務権限の委託をも定めるのが通常であったが、現行法上はこのような考え方は妥当ではないといわれている。Fré. Società per azioni, 1956, p. 348. 松元教授、前掲論文一六四頁。
- (52) Grange, Corporation Law for Officers and Directors, 1940, p. 454.
- (53) 取締役たることを要する立場に伊沢教授「註解新会社法」四三八頁。取締役たることを要しないとする立場に、田中(誠)博士「最新会社法論」上巻三七七頁、大隅教授、前掲書一二四—一二五頁。
- (54) 昭三五・一〇・一四、最高判、集一四卷一二号二四九頁。
- (55) 古川教授「取締役会と経営者集団」訂正増補新会社法と会社経営一七頁。
- (56) Palmer's Company Law 2 oed., 1959, p. 543 ; pennington, The Principles of Company Law, 1959, p. 393. 池島教授、前掲論文二五頁。
- (57) 既に二八三〇年代の聯邦最高裁判所の判例にあらわれてゐる。U. S. Bank v. Dana, 6 pet. 51 (1832) ; Metropolis Bank

- v. Jones, 8 Pet. 12 (1834). 島本教授「アメリカ法上の取締役(一)」同志社法学四〇号、五〇頁参照。
- (58) この点にふれた典型的判例 Ames v. Goldfield Merger Mines Co. 227 Fed. 292, 301. におけるネテラー判事によれば、法律は最上の叡智は会合と意見の交換から生れると信じているのであって、このため、法律は会社の業務の決定につき、取締役会を構成する各会員の統一せられたる智慧を求めめるのである。島本教授、前掲論文五一頁。
- (59) J. Escarra, E. Escarra et Rault, op. cit., nos 1450, 1491. 山口教授、前掲論文五四頁。
- (60) 石井教授「商法 I」二九八頁、鈴木教授「会社法」二二六頁、大隅教授「全訂会社法論」中巻一七七頁、大森教授「改訂会社法講義」一六四頁。
- (61) 田中(誠)博士、前掲書上巻三五二頁、大浜博士、前掲論文、講座三巻一〇三〇頁、松田博士「新会社法概論」一九五頁。
- (62) 大隅教授、前掲書一〇二頁、鈴木・石井教授「改正株式会社法解説」一五四頁。
- (63) 鈴木・石井教授、前掲書一五五頁。
- (64) Gower, Principles of Modern Company Law, 1954. p. 124; Ballantine, On Corporations, 1946, § 43; J. Escarra, E. Escarra et Rault, op. cit., n° 1359, p. 14.
- (65) 山城教授「経営政策」二二九頁以下。
- (66) 高田教授「演習株式会社法」一〇四頁。服部教授「機関」前掲書一〇〇頁。相談役、顧問制度の詳細な研究は、高田教授「株式会社における相談役・顧問制度」民商法雑誌八巻一号がある。
- (67) Grange, op. p. 463; Ballantine, op. cit., pp. 144—145.

(本稿は昭和四〇年度文部省科学研究助成補助金による研究の一部である。ここに感謝の意を表したい)