

「会社業務執行役員制」考

大 賀 祥 充

- 一 はじめに
- 二 「執行役員」の捉え方——米国会社法におけるオフィサーとの比較——
- 三 取締役会の職務・権限・責任の理解の仕方——諸学説の検討——
- 四 執行役員の責任と取締役の責任
- 五 執行役員制の限界

一 はじめに

近年、多くの有力企業において、自主的な取締役会改革の動きが盛んになっている。その内容は、各企業によって必ずしも同じではないが、ほぼ共通しているのは、取締役の員数を大幅に減らしていること、そして、それと併せて、会社業務執行役員（以下、単に執行役員という。）制を導入しようとしていることにあるように思われる。^{〔一〕}

ところで、執行役員制導入の狙いは、①取締役に会ける審議を活性化・充実させ、②迅速な経営の意思決定をすること、そして、③取締役に会ける選任する執行役員に会社の業務執行の実行権限を与えて、④これを取締役会が監視・監督するというモニタリング・システムを導入することにあるものとされている。⁽²⁾ その際、執行役員は、取締役ではないが、業務執行に携わる会社役員という新しい地位として位置づけられているようである。⁽³⁾⁽⁴⁾

こうした動きは、経済界において深刻な景気低迷が依然として続き、先行きの見通しも立たないなか、各企業が生き残りをかけて、経営機構の再構築 (Restructure) を試みていることを示している。そして、好景気時代に事業拡大に伴って増員し、不景気になった今多すぎる取締役の員数を減らすことは、確かに、取締役に会ける審議の実質化を図り、経営の意思決定の迅速化をもたらし得であろう。⁽⁶⁾⁽⁷⁾ また、社外取締役制を導入ないし増強することによって取締役会の監督機能を高めようとしていることも評価に値する。⁽⁸⁾

しかし、問題は、執行役員制の導入が、果たして会社の業務執行の決定権限と、その実行権限との分離⁽⁹⁾ ということになるのかどうか、従ってまた、前者による後者の監督が責任体制の明確化ということになるのかどうか、また、執行役員制を導入しながらも、社内取締役が全て執行役員を兼務している場合、あるいは社外取締役制を併用していない場合には、かえって取締役会が形骸化することにならないか、更に、取締役ポスト削減の代わりに導入される執行役員制は、取締役員の単なるリストラ策でしかないのではないか、等々が疑問となる。

本稿は、近年わが国の有力企業で導入が進められている「執行役員制」に関して、特に「執行役員」のわが国現行法体系における法的地位、従ってまた、執行役員の法的責任、およびそれと取締役の責任との関わりについて考察するものである。

(1) ソニーは平成九年六月から、それまでの取締役の員数三八人を社外取締役三人を含む一〇人に減らし、会長以下副社長までは取締役にとどまるが、専務以下は取締役から外れて、執行役員に就任する「執行役員制」を導入した。執行役員は代表取締役七人を含む三四人からなる（日経平成九年五月二三日付け参照）。なお、橋本綱夫「グループ経営のためのソニーの機構改革」取締役の法務四二号（平成九年九月）八頁以下によれば、それまでの専務取締役は専務（Corporate Executive Vice President）、常務取締役は上席常務（Corporate Senior Vice President）、従業員兼務取締役は常務（Corporate Vice President）と呼んでいるという。

ソニーの「執行役員」制導入以来、多くの企業で同様の試みがなされている（その具体例については、澤口実「執行役員制度導入上の問題点」商事法務研究会編『執行役員制の実施事例―法制上の論点と今後の展開―』別冊商事法務二一四号（平成一〇年一〇月）一〇〇頁以下、日経平成一年六月一三日付け、同六月三〇日付け参照）。日本経済新聞平成一年六月三〇日付けによれば、執行役員制度を導入もしくは導入予定の企業は、新聞に発表されたものだけで、上場・非上場企業を合わせて、二〇〇社弱に及ぶという。それに伴って、一社当たりの取締役の員数の平均は、昨年同期の一八・六人から九・五人と、ほぼ半減すると報じられている（日経平成一年六月二五日付け）。

(2) 因みに、商事法務研究会の調査によれば、執行役員制導入の主旨は、①意思決定の迅速化（八七・三％）、②取締役会の活性化（六五・一％）、③取締役員数の削減（五五・六％）、④取締役会の監督機能の強化（四七・六％）、⑤取締役が高度な経営判断に専念するため（四二・九％）、といったことが挙げられている（澤口実「執行役員制度に関するアンケート結果の概要―商事法務研究会が実施した実態調査結果の分析―」商事法務一五二六号（平成一年五月）二三頁、日経平成一年六月一三日付け）。

(3) 岩原紳作「取締役会の改革と執行役員制度の諸問題」取締役の法務五九号（平成一年二月）二〇頁。

(4) もっとも、ソニーは、平成九年六月に執行役員制を導入した当時は、（代表取締役が兼務している部分を除いて）執行役員数が二七人であったが、平成一〇年六月には二九人に、平成一年六月には三八人に増員している（日経平成一年六月一一日付け）。ソニーの説明では、「執行役員制は事業部門への権限委譲が目的で、もともと取締役員数を減らすためではない」。そして「執行役員制の主眼は、企業全体の経営を監視する取締役と、事業運営の責任者で

ある執行役員とを分けること、併せて、事業部門の責任者に肩書を与えてやる気を刺激するという日本的な配慮もある」という(同紙)。そして、これまで、「専務」「上席常務」「常務」の三階層とされていた執行役員制に、新たに「執行役員」という名称の階層を追加したという(同紙)。

(5) わが国の場合、殊に大規模な会社企業にあつては、少なくともこれまでのところ、いわゆる終身雇用制を前提として、取締役会のメンバーは殆どが社内取締役つまり従業員出身または従業員兼務の取締役から成っており、取締役のポストは、象徴的に云えば従業員の昇進の最終ゴール・憧れの地位であつたから、勢いその員数は多くなり勝ちであつた。

そして、わが国の公開会社における取締役の員数は二〇名前後が一般的で、三〇名を超える例や、なかには大手金融機関で最高六〇名という例さえもあつた(日経平成九年六月三〇日付け)。

(6) 構成員数が非常に多数の場合には、取締役会議において実質的な審議を行うことは困難であろう。その上、わが国の場合、取締役会のメンバーは社内取締役が殆どで、しかも、年功序列制を前提として、社長ないし会長をピラミットの頂点とする階層制が一般的である。因みに、森本滋「大会社の経営機構と取締役の法的地位」法学論叢一四〇巻五・六号(平成九年三月)一一五頁も、「業務担当取締役および使用人兼務取締役は、取締役会の外においては代表取締役の指揮命令に服して業務の執行に携わるのであり、代表取締役、業務担当取締役および使用人兼務取締役の間には、厳然としたヒエラルヒーが認められる。」と指摘されている。従つて、従業員兼務の取締役や社外の平取締役は常務会あたりで実質的に決定された提案に対して批判的な言動を採ることは實際上難しいし、また専務とか常務とかの役付取締役であっても、自らの上司あるいは先輩に当たる社長や会長といった立場の人達の意見に対する批判的な発言はとかく控えるであろうから、取締役会議での運営は勢い「上意下達」のセレモニーではない場合が少なくないようである(岩原・前掲取締役の法務五九号二二頁も同旨)。

因みに、資料版・商事法務一七二号(平成一〇年六月)三頁は、「合議体の機能を保持するには、構成員数は最高裁大法廷並みの一五人程度が限界であり、できれば一桁が望ましい。」という。

(7) 構成メンバーの少なくなった取締役会では、議論の中身が濃くなり、例えば、グループ経営のようなより大きな

経営問題に集中的な議論が可能になろう（同旨、前掲資料版・商事法務一七一号三頁）。

また、実際に議論が活発になって、時間が延長されたり（須藤岳史ソニー経営業務室長発言「座談会・経営環境の変化と企業の取締役会改革」商事法務一五〇五号（平成一〇年一〇月）三〇頁、小林利治東芝法務部長発言・同三二頁）、取締役会の開催が海外でも可能になったという（須藤発言・同三〇頁）。これらのことは企業経営の効率性を高めることに繋がると思われる。

ただし、実態調査では、執行役員制の導入にも拘わらず取締役会の開催頻度は変わっていないとするものが、七四・六％あることから、澤口・前掲商事法務一五二六号三〇頁は、意思決定のスピードアップはあまり果たされておらず、多くが、従来どおり常務会や経営会議などで実質的な意思決定が行われていると推測されている。

（８）橋本・前掲取締役の法務四二号一〇頁参照。なお、ソニーの社外取締役制の狙いは、業務執行担当者、その業務執行状況の監督および経営の基本方針について議論・チェックする部門との分離にあり、それによって、それぞれの責任と権限が明確になることにあるようである。

（９）日本コーポレート・ガバナンス・フォーラムのコーポレート・ガバナンス原則策定委員会の最終報告（平成一〇年五月二六日）は「取締役会と執行役員会を分離することで、企業の意思決定機関と業務執行機関の区別を明確化する」主旨の提言を行っているが、それを受けてか、資料版・商事法務一八一頁は、「執行役員制度導入関連記載事例分析」において、「執行役員制度導入の目的は、会社の意思決定機関と業務執行機関を分離し、意思決定機関としての取締役会をスリム化し取締役会を活性化させるとともに、取締役会によって選任される執行役員に代表取締役の業務執行権限を分掌させ業務執行の強化を図ること」にあると述べている（傍線は筆者）。

しかし、会社の業務執行とは、本文で後述するように、会社の目的たる事業を遂行するために生ずるあらゆる事務を処理することであって、その意思決定と業務実行とは事柄の性質上一体をなすものである。従って、一部の学説が主張するように、意思決定の権限と業務実行の権限とを制度的に分離した上で、それぞれの権限を別異の機関に属せしめると見るのは当たらない。

二 「執行役員」の捉え方——米国会社法におけるオフィサーとの比較——

ところで、業務執行役員と言えば、米国会社法におけるオフィサー (Officer) 役員ないし業務執行役員と訳されることが多い。) の制度との比較が問題となりうる。

周知のように、米国においては、公開会社の業務執行は、一般に、取締役会により選任された主要上級執行役員 (principal senior executive) により、または、これらの主要上級執行役員の監督のもとに、取締役会もしくはこれらの主要上級執行役員により業務執行権限が授与されたその他の役員 (Officer) および従業員により、取締役会の職務と権限に従って、執行されなければならない、とされている。⁽¹⁾ 従って、公開会社の取締役会は、主要上級執行役員の選任、定期的な評価、報酬の決定、および必要な場合にはその解任を行うと同時に、会社の業務が適切に行われているか否かを評価するための会社の事業活動の監督や、委員会、主要執行役員、または他の役員に対する指図およびそれらの者の行動の審査等を行うべき機関として捉えられている。⁽²⁾

そして、そこで云われる役員 (Officer) とは、次の者をいうとされている。すなわち、

- (a) 会社の最高執行役員 (CEO = Chief Executive Officer) 、最高運営役員 (COO = Chief Operating Officer) 、最高財務役員 (CFO = Chief Financial Officer) 、最高法務役員 (CLO = Chief Legal Officer) 、および最高会計役員 (CAO = Chief Accounting Officer) 、

- (b) 前記に含まれない限りで、取締役会議長 (Chairman of the board of directors) ただし、議長が取締役として以外に方針決定の職務を遂行せず、かつ、取締役報酬以外に重大な金額の報酬を受けていない場合は、この限りでない) 、社長 (President) 、会計役員 (Treasurer) 、および総務担当役員 (Secretary) ならびに、副社

長 (Vice-president) または副議長 (Vice-chairman) であつて、主たる事業の部門 (例えば販売、管理、財務) の主担当であり、または会社のために主たる方針決定の職務を遂行する者、および

(c) その他会社が役員 (Officer) として任命する個人、がこれである。⁽³⁾

そして、米国においては、役員 (Officer) は一般に会社の代理人 (Agent) ないし使用人

(Employee) として捉えられているが、この役員も、取締役 (Director) と同じく、信認関係 (fiduciary relationship) により会社に対して信認義務 (fiduciary duties) を負うものと解されている。⁽⁵⁾⁽⁶⁾

しかし、これに対して、近年わが国の有力企業で導入が進められている「執行役員」制は、わが国の現行法体系の下で、いかに捉えられるべきものであるかは、検討を要する問題である。

ところで、「執行役員」は、法律上明文の根拠のある概念ではなく、その制度を導入する各企業によって、その内容・位置づけが必ずしも同一ではないから、その定義づけについては、一概に決めることはできない。そこで、いくつか示されている捉え方を見てみよう。

ある者は、ソニーの先例⁽⁷⁾に倣つて、「取締役会により選任され、代表取締役の指揮のもと業務執行を分担して行う責任者」として捉えている。⁽⁸⁾

また、ある者は、取締役の減員に伴う執行役員制が「従来の取締役会構成員を、会社の業務執行の意思決定・監督機能 (商二六〇条一項) を担当する取締役と、主として業務執行を分担する執行役員とに分離することによつて、取締役会の活性化・意思決定の迅速化、事業の執行責任の明確化を図る目的のため」であることを前提に、執行役員を「取締役の資格を要することなく、役付取締役の中で代表取締役ではない業務担当取締役や使用人兼務取締役によつて従来担当されていた職務を別個に行う者」として捉える。⁽⁹⁾

これらの見解の多くは、執行役員と会社との法律関係は、雇用契約に基づく使用人(従業員)であるとして捉え、⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾その者に対する指揮・命令・監督の権限は、代表取締役にあるものと解しているようである。⁽¹²⁾

しかし、会社の業務執行の権限と責任とは、学説に争いがあるものの、法理論上取締役会自体にあるものと解すべきことは、後に詳述する通りであるから、その決定権限のみならずその実行権限も含めて全て取締役会自体にあると解する以上、執行役員の任免は勿論のこと(商法二六〇条参照)、その者に対する指揮・命令・監督の権限と責任の根源は法理論上は取締役会自体にあるものと見なければならぬと考える。

もつとも、実務上は、定款において、例えば、社長、専務取締役、常務取締役等のいわゆる役付取締役のポストを定め、それぞれの職務分掌を取締役会の定める規則によって明確化し、それぞれの担当者の選任を取締役会において行い、具体的な業務執行は、取締役会の専権事項(重要な業務執行の決定、商法二六〇条一項・二項参照)を除き、代表取締役社長以下の業務担当取締役に権限が委譲されているのが一般的である。そして、会社の統一的な業務執行の必要上、代表取締役社長が、専務取締役以下他の業務担当取締役および従業員兼務取締役ならびに従業員一般の指揮・命令・監督を行い、会社の業務執行の全般を統括しているわけである。

しかしながら、代表取締役社長やその他の業務担当取締役は勿論、支配人、その他ここで採り上げている執行役員等の重要な使用人については、その選任・解任は取締役会によって行われるのであり(商法二六〇条二項参照)、またそれらの者に対する、一定の事項につき意思決定をも含めた業務執行権限が与えられるのは、本来業務執行の決定のみならず実行についてもその法的な権限と責任とを持っている取締役会自体からの授權に基づいて行われるものに他ならない。従って、代表取締役社長以下役付取締役その他従業員兼務取締役および従業員一般は、法律的には取締役会の監督に服する立場にあると言わなければならないのである(商法二六〇条一項参

照)。

要するに、前述のように、代表取締役社長が、取締役会の決めた職務分掌規則によつて、会社の業務執行を統括し、他の業務担当取締役および従業員兼務取締役ならびに従業員一般の指揮・命令・監督を行うとしても、その代表取締役自体の業務執行権限そのものが、法律上はもともと取締役会からの授權に基づくものに他ならないから、取締役会の監督に服すべきものであることは当然である。同様に、専務取締役や常務取締役、あるいは従業員兼務の取締役、更には、執行役員による業務執行も、それぞれ担当業務に關しての、意思決定をも含めて委譲された業務執行権限の行使に際しては、取締役会の監督を受けると同時に、代表取締役ないし業務担当取締役の指揮・命令・監督をも受けることになるものと見なければならぬ⁽¹³⁾。

ところで、取締役会のメンバーである各取締役の職務は、取締役会招集請求(商法二五九条二項)や監査役への報告義務(商法二七四条ノ二)など個々に商法の定めているものを除いては、取締役会に出席して会社の重要な業務執行の決定に参画するとともに、代表取締役や業務担当取締役から会社代表や業務執行状況の報告を受けて、取締役会としての監督の権限の行使に關与することにある(商法二六〇条)。そして、このように取締役会に代表取締役や業務担当取締役に対する監督権限と責任とがあることから、この取締役会を構成する各取締役は、代表取締役や業務担当取締役の行う会社代表や業務執行を監視する権利および義務を負うものである⁽¹⁴⁾。従つて、業務担当取締役は、自らが担当する特定の部門の業務執行に關する限り、業務担当者として自らがその責任を負うと同時に、他の部門のそれに対しては、業務担当者としての責任は負わない反面、取締役としては、取締役会のメンバーとしての監視責任を負うことになる。

これに対して、執行役員は、取締役ではないから、当然取締役としての職務・権限・責任を負うものではない

が、権限の委譲を受けた担当部門に関する限り、業務担当責任者としての責任を負うと同時に、他の部門のそれに対しては、事柄の性質上当然、業務担当者としての責任を負うことはない。この意味で、執行役員制は、部門毎の業務執行に関する限りその責任の所在を明確化するに資するものと言える。

しかし、このことは、取締役でない執行役員が株主代表訴訟の対象になりうる取締役としての責任を負わないというだけのことであって、業務執行の権限の一部を委譲した取締役会自体の監督責任、および業務執行の統括者としての代表取締役社長の監督責任、ならびに取締役会の構成メンバーである取締役員の監視義務には影響はないから、従って執行役員制の導入は決して取締役の責任を軽減するものでないことを特に強調しておく必要がある。つまり、執行役員の任務懈怠による会社の損害に対しては、当該執行役員が会社に対して損害賠償の責任を負うべきことは勿論であるが、その他に、当該部門の担当取締役および代表取締役社長の監督責任、更には場合によって取締役の監視責任を問われることもありうるであろう。その際、執行役員は取締役ではないから、株主が当該執行役員に対して直接代表訴訟を提起することは無論できないが、取締役に對してその監視・監督責任を追求して株主代表訴訟を提起することは十分にありうることであろう。⁽¹⁷⁾ 同様に、第三者が執行役員の任務懈怠による損害の賠償を求めて、会社の使用者責任（民法七一五条参照）を追求すると共に、取締役の監視・監督責任を追求することもまた十分にありえよう。⁽¹⁸⁾

(一) *「The American Bar Foundation: Revised Model Business Corporation Act of 1974」* Delaware Code Annotated tit. 8 § 141 は、会社の経営および業務は、取締役会により、または取締役会の指揮の下に執行されなければならないが、*「The American Law Institute: Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations of 1994」*（これについては、証券取引法研究会国際部会訳編『コーポレート・ガバナンス・アメリ

カ法律協会「コーポレート・ガバナンスの原理…分析と勧告」の研究』（日本証券経済研究所、平成六年）参照）によれば、公開会社の業務執行については、会社の実態を前提に、取締役会において選任される上級執行役員（principal senior executive officer (§ 1.30)）が直接に担当するか、またはその上級執行役員の監督の下に他の業務担当役員（officer (§ 1.27)）等によつて担当されるものとする原則が纏められている (§ 3.01)。

(2) ALI: op. cit. § 3.02 証券取引法研究会編・前掲「コーポレート・ガバナンス」一七頁。

(3) ALI: op. cit. § 1.27 そして、以上のうち、(a)で云う役員を主要上級執行役員（principal senior executive）といふ (§ 1.30)。(b)および(c)で云う役員を上級執行役員（senior executive）と呼んでゐる (ALI: op. cit. § 1.33)。

(4) The American Bar Foundation: Model Business Corporation Act annotated (3rd ed. Supplement. 1996) § 1.40 (8) は、役員は使用人 (employee) に含まれるとしてゐる。

もともと、河村貢「執行役員制度を考える」取締役の法務五三号（平成一〇年八月）三四頁、前田雅弘発言「座談会・経営環境の変化と企業の取締役会改革」商事法務一五〇五号（平成一〇年一〇月）四一頁以下、森本滋「執行役員制度について」株式実務（住友信託銀行証券代行部）四八号（平成一〇年一二月）一四頁などは、役員（officer）を取締役会から権限の委譲を受けて、取締役会の監督のもとに業務執行を担当する会社法上の「機関」として捉えている。

(5) 因みに、KNEPPER, William E.: Liability of Corporate Officers and Directors (3rd ed. 1978) p. 8 は、会社は法人であるから、自然人の代理人を通して行動する外ないが、その任に当たる取締役および役員の義務は、基本的には衡平法 (Equity) に基づくものであり、会社の費用で個人的な利益を図ったり、会社との利益相反の行為を行つたりすることのない、無条件の誠実義務を負うべきものと解している。

なお、ALI: op. cit. § 4.01 も、「取締役および役員の注意義務 (Duty of Care of Directors and Officers)」として、「取締役または役員は、会社に対し、誠実に、会社の最善の利益に合致すると合理的に信ずる方法で、かつ、通常の慎重な者が同様の地位において類似の状況の下で尽くすことを合理的に期待される注意をもって、その職務を遂行する義務を負う。」と規定している（なお、ABF: Model Business Corporation Act annotated (3rd ed. Supplement.

1996) § 8. 42 (a) および § 8. 30 (a) も同趣旨の規定)。取締役および役員の義務については、VAGTS, Detlev F.: Basic Corporation Law Materials-Cases-Text 2nd. ed. 1979, p. 221 および武井一浩「米国型取締役会の実態と日本への導入上の問題 (一)」商事法務一五〇五号 (平成一〇年一〇月) 八〇頁参照。

(6) それだけに、取締役および役員が果たすべき義務を怠ったときに負うべき責任は重く、株主代表訴訟の対象にならう。(ABF: Model Business Corporation Act annotated (3rd ed. Supplement. 1996) note 12, § 7. 40. ALI: op. cit. note 13, § 7. 01-) それに対応するための会社役員損害賠償責任保険制度における対象も「取締役 (Director) および役員 (Officer) だけ」に限られる。

因みに、ALI: op. cit. § 4. 01 (c) 項は「経営判断の原則 (Business Judgement Rule) が、取締役のみならず役員にも適用されることを認めている」。

(7) 西村茂 (ソニー経営業務室課長) 「ソニーグループの経営機構改革―取締役会改革と執行役員制導入―」商事法務研究会編『執行役員制の実施事例』別冊商事法務二一四号 (平成一〇年一〇月) 一二頁は、「取締役会によって選任され、業務執行をそれぞれ分担して行う責任者」と定義づけている。なお、橋本 (当時ソニー取締役副会長) ・前掲取締役の法務四二号八頁以下によれば、ソニーの場合、執行役員を「代表取締役の命令に服する……使用人」としている。

(8) 澤口・前掲商事法務一四九四号六頁、小林英明『使用人兼務取締役 (新訂版)』商事法務研究会 (平成一〇年) 二三頁。

この他、「代表取締役の指揮監督のもとで、代表取締役の業務執行を補助する使用人」(前田雅弘発言・前掲商事法務一五〇五号四二頁) とか、「代表取締役の指揮監督の下で業務を行う幹部使用人」(河村・前掲取締役の法務五三三三四頁) とか、「代表取締役または業務担当取締役の指揮監督の下に、取締役の業務執行を補助する使用人」(森本・前掲株式実務四八号一五頁) とか、「取締役会によって選任され、……代表取締役から業務執行に関する権限の委譲を受けて、代表取締役の監督のもとで業務執行を行う」もの (近藤光男「これからの監査機能と監査役―商法改正の方向―」監査役四一〇号 (平成一一年二月) 一七頁) とか、「代表取締役から業務執行の一部につき包括的授權を受

ける上級使用人」(前掲資料版・商事法務一七一号三頁)とかの表現も見られる。

因みに、浜辺陽一郎『執行役員制度導入のための理論と実務』(東洋経済新報社(平成一一年)七〇頁は、「一定の代理権を与えられて会社の業務を執行する権限を有すること」と並んで「配下の従業員に対する採用・解雇等を含む人事決定に直接関わる権限を有すること」を要件とされている。

(9) 畠田公明「執行役員の法的地位と責任」(商事法務一五〇五号四九頁。因みに、日本経済新聞平成一一年六月一三日付け、および同二五日付けは、「商法上の取締役ではないが、部門トップとして業務執行に専念する企業の上級幹部」と表現している。

(10) 澤口・前掲商事法務一五二六号二五頁によれば、執行役員(取締役兼務者を除く)と会社との間の契約関係は、雇用契約関係としている企業が六六・七%あるが、これとは別に、委任契約関係としている企業が二七・五%、その他(雇用契約と委任契約との混合契約関係、あるいは両者のどちらとも位置づけることができない無名契約関係)が一四・三%あるという。

思うに、執行役員制導入の実例をみると、執行役員の就任前の地位は、取締役員の場合もあるし、従業員の場合もある。前者の場合、取締役の地位にありながら執行役員を兼務する例があり、取締役を退任して執行役員に就任する例もある。代表取締役が執行役員を兼務する場合、代表取締役として会社代表を担当する限りは包括的な代表権限を有する(商法二六一条・七八条参照)が、専務取締役・常務取締役等が執行役員を兼務して業務執行を担当する限りは、本文で後に詳述するように、それぞれ各役位に應じて取締役会から委譲される権限に基づき、各特定の事業分野に限定された職務権限を有する。また、取締役を退任し、または、従業員から、執行役員に就任した場合にも、その執行役員は、取締役会からの授權に基づき、特定の事業分野に限定された職務権限を有することになるものと思われる。

このような状況であるとなると、執行役員は、会社との間に、執行役員が会社の命令に従って労務に服し、会社はそれに対して報酬を支払うことを約しているものと解しうるから、会社と執行役員との間の関係は民法六二三条の定める雇用契約に基づいているものと見るべきであろう。因みに、ソニーの事例では、執行役員は執行役員規則による「民法上の雇用契約に基づき会社に対して善管注意義務、忠実義務を負う。従って担当業務については、執行役員は

取締役と同程度の会社に対する法的責任を負うものとされている（通常、他の執行役員と連帯して責任を負うことはない。）（西村・前掲別冊商事法務二二四号二二頁）という。

他面、執行役員には、その者の能力および人柄・見識等が信頼されて、特定の事業分野における業務担当の職務・権限が委譲されるのであるから、会社と執行役員との間の関係は、単なる雇用契約だけでなく、委任契約ないし準委任契約の面も認めうるであろう。そうであるとすれば、執行役員と会社との関係は、雇用関係を基礎としつつ必要に応じて委任法理の類推適用を認めるべきもの（森本・前掲株式実務四八号一八頁）のように思われる（因みに、元木伸「商法からみた執行役員（上）」取締役の法務五一号（平成一〇年六月）三八頁、四〇頁は、雇用契約と委任ないし準委任契約との混合契約として理解する）。

(11) 澤口・前掲商事法務一五二六号二五頁によれば、執行役員（取締役兼務者を除く）は労働法上の労働者と考えている企業が七七・八％であるという。この点については、税法上の取扱も含めて、ここでは採り上げない。

(12) 畠田・前掲商事法務一五〇五号五六頁以下によれば、「執行役員は代表取締役の指揮命令に服すべき地位にあり、取締役会は代表取締役を通じて間接的にこれを監督するにとどまる。」（五七頁）とされている。

これに対して、河村・前掲取締役の法務五三号三五頁は、「代表取締役や業務執行取締役を兼務していない執行役員は代表取締役や業務執行取締役の指揮監督を受けてその補助者として業務を行う立場にある。」としながら、同時に、また「取締役は使用人の職務執行についても監視義務があるから（最判昭和四五年三月二六日判例時報五九〇号七五頁）執行役員の職務の執行は全取締役の監視の下にある。」とされている。

(13) 岩原・前掲取締役の法務五九号二七頁、勝田一男「執行役員制の運用」中央経済社（平成一一年）五九頁参照。

(14) 最高判・昭和四八年五月二二日、民集二七巻五号六五五頁。なお、同判決は、「取締役会を構成する取締役は、会社に対し、取締役会に上程された事柄についてだけ監視するにとどまらず、代表取締役の業務執行一般につき、これを監視」しなければならないとする。

これに対し、取締役間で合理的に職務分担がなされ、かつ取締役会が法律の要求するのとおりに行われているような会社にあつては、取締役会に上程された事項についてのみ監視義務を負うのを原則とし、その職務分担が不合理で

あるとか、また法律が要求するとおりに取締役会の開催がなされていないような場合には、その取締役が特に何らかの事情で知り得た場合を除いては、それ以上に他の取締役の職務の執行につき監視する義務はないものと解すべきとする見解があるが（豊泉貫太郎「取締役の職務分担契約と株主代表訴訟」取締役の法務四四号（平成九年一月）五二頁参照）、取締役の「職務分担」は、委託される業務執行については可能であるとしても、取締役として「取締役会に出席して会社の重要な業務執行の決定に参画するとともに、代表取締役や業務担当取締役から会社代表や業務執行状況の報告を受けて、取締役会としての監督権限の行使に関与すること（商法二六〇条）」に関する限り、許されないと解すべきであろう。

(15) 久保利英明発言「座談会・経営環境の変化と企業の取締役会改革」前掲商事法務一五〇五号四一頁、元木伸「商法からみた「執行役員」 商事法務研究会編『執行役員制の実施事例』別冊商事法務二一四号（平成一〇年二月）四四頁、勝田・前掲書一一三頁も同旨。

(16) 因みに、浜辺・前掲書一五六頁によれば、執行役員は取締役が株主から委託を受けた業務執行を、まさに副代理するような関係にあるから、執行役員の選任および監督については取締役がその責めを負う（民法一〇五条）とされる。

(17) 元木・前掲別冊商事法務二一四号四五頁も同旨。

(18) 浜辺・前掲書一五七頁参照。

三 取締役会の職務・権限・責任の理解の仕方——諸学説の検討——

わが国の場合、取締役会制度は、もともと、昭和二五年の商法改正により、米国の制度に倣って、授權資本制との関連で、採り入れられたものである。すなわち、同改正法は、取締役全員をもって構成される取締役会を株式会社の法定的必要機関とするとともに、それまで定款変更を要するという意味で株主総会の権限とされていた

「新株発行」の権限を、取締役会に移管することにした(商法二八〇条ノ二以下参照)。具体的には、昭和二五年改正前の商法二六〇条が「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支配人ノ選任及解任亦同ジ」と定めていたのを「会社ノ業務執行ハ取締役会之ヲ決ス支店ノ設置、移転及廃止並ニ支配人ノ選任及解任亦同ジ」と改正し、商法二八〇条ノ二において、新株発行の権限が一定の枠内で取締役会にあることを明定した。

ところが、商法二六〇条の条文の解釈に関しては、学説が分かれている。

第一説は、商法二六〇条一項が「取締役会ハ会社ノ業務執行ヲ決シ……」と表現していて、「実行」については触れていないことから、会社の業務執行の決定と実行とを明確に峻別した上で、取締役会を会社の業務執行の決定機関と解し、業務執行の実行は、対外的なそれについては代表取締役が、また対内的なそれについては代表取締役からの権限委譲に基づいて業務担当取締役(ないし役付取締役)が担うものであると解している。つまり、第一説は、取締役会を、会議体の性質上、株主総会と同様に、会社内部における業務執行の意思を決定しうる機関に過ぎず、自らその実行をすることはできないとして、業務執行の実行権限は代表取締役に固有の権限として属するものと解している。従って、この立場は、取締役会と代表取締役とは、両者が並列して会社の業務執行機関をなしていると解していることになる。⁽¹⁾

これに対して、第二説は、業務執行の実行権限も、本来は取締役会に帰属するものとした上で、取締役会の会議体としての性質上、実際の便宜を考慮して、法律で株主総会または取締役会の決議事項とされた業務執行についてはその実行権限が、また、日常業務については、その実行権限のみならず決定権限が、更に、代表権限の範囲内の行為については決定権限および実行権限が、共に、代表取締役に委ねられているものと解している。従っ

て、この立場は、代表取締役を取締役会の派生的機関であると位置づけると共に、取締役会および代表取締役が会社の業務執行機関であると解していることになる。⁽²⁾

しかし、これらの学説に合理的な根拠の乏しいこと、会社の業務執行と会社代表とは峻別すべきものであること、そして、それぞれの法的権限と責任とが、それぞれ取締役会および代表取締役にあると解すべきこと、言い換えれば、取締役会は会社の業務執行機関ではあっても代表機関ではなく、代表取締役は会社の代表機関ではあっても業務執行機関ではないことを論証されたのが、津田利治先生であつた⁽³⁾

津田先生によれば、取締役会は会社の業務執行についての全権限を有しており、会社の業務執行の意思決定のみならず、業務執行の実行をも行うことができるのに対して、代表取締役は、会社の代表機関であるに過ぎない。従つて、代表権限の行使を裏付ける業務執行権限は、取締役会から委任されなければならない⁽⁴⁾ならず、また、代表取締役に選任されたからといって当然に業務執行の権限が委任されるものではないとされる。⁽⁵⁾

以下、これらの各学説を検討する。

まず、第一説は、その論拠として、商法二六〇条一項が「取締役会ハ会社ノ業務執行ヲ決シ……」と表現している、「実行」については触れていないことから、会社の業務執行の決定と実行とを明確に峻別する。そして、取締役会は、会議体として常に活動状態にあるわけでもないから、自ら執行に当たるのは不適当であり、会議体の性質上、株主総会と同様に、会社内部における業務執行の意思を決定しうるに過ぎず、自らの実行をするとはできないとする。そして、取締役会は会社の業務執行の決定機関に過ぎず、その実行権限は代表取締役に固有の権限として属するものと解している。

しかし、会社の業務執行は、その決定と実行とを観念的に区別しうるにしても、それぞれの権限と責任とが別

個の機関に属すると解することは、極めて不自然であると同時に、その合理的な根拠はない。⁽⁶⁾ と言うのは、わが国の民法および商法は、業務の決定と業務の実行についてはこれまで異なった取扱をしているのであって、例えば、民法五二条二項は、公益法人について「理事数人アル場合ニ於テ定款又ハ寄付行為ニ別段ノ定ナキトキハ法人ノ事務ハ理事ノ過半数ヲ以テ之ヲ決ス」と規定し、民法六七〇条一項は、「組合ノ業務執行ハ組合員ノ過半数ヲ以テ之ヲ決ス」と規定し、商法一五一条二項は、合資会社について「無限責任社員数人アルトキハ会社ノ業務執行ハ其ノ過半数ヲ以テ之ヲ決ス」と規定し、有限会社法二六条は「取締役数人アル場合ニ於テ定款ニ別段ノ定ナキトキハ会社ノ業務執行ハ取締役ノ過半数ヲ以テ之ヲ決ス」と規定するのみで、その「実行」については何も規定していない。同様に、昭和二五年改正前の商法二六〇条は、「会社ノ業務執行ハ定款ノ定ナキトキハ取締役ノ過半数ヲ以テ之ヲ決ス」とのみ規定し、その「実行」については何ら定めていなかった。このようにわが国の『民法および商法は常に一貫して業務の決定についてのみ特別の規定を設け、業務実行の方法については別段の規定を設けないことにしている。』そして『その別段の規定を設けないというのは、業務実行も業務決定と同一方法に依らしめる主旨ではなくして、業務実行については法律は特にその方法を指定しないのであるから、その権限ある者は自由に無制限に業務の実行を為し得る主旨であると解すべきである。』⁽⁸⁾ からである。

ところで、商法二六〇条二項は、「取締役会ハ左ノ事項其ノ他ノ重要ナル業務執行ニ付テハ取締役ニ決セシムルコトヲ得ズ」として、「一 重要ナル財産ノ処分及譲受」「二 多額ノ借財」「三 支配人其ノ他ノ重要ナル使用人ノ選任及解任」「四 支店其ノ他ノ重要ナル組織ノ設置、変更及廃止」を掲げている。この規定を、第一項の「取締役会ハ会社ノ業務執行ヲ決シ……」の条文との関わりで、反対解釈をすれば、重要でない業務執行については、その決定を取締役に任せうることを意味する。つまり、商法は、会社の業務執行の決定が本来取締役会

の権限であるとの立場を採りながらも、重要でない業務執行の決定は取締役会自体がそれを自ら行うことなく、取締役に任せうることを認める趣旨であると解しうる。言い換えれば、重要な業務執行の決定は、必ず取締役会自体が行う必要があると共に、重要でない業務執行の決定は、取締役会自体が行わなくて、取締役に任せることを許す趣旨であろう。

そして、前述のように、商法二六〇条が、業務執行の「決定」についてのみ規定し、その「実行」については格別の規定をおいていないのは、業務執行の「実行」については、法律上別段の制約を課す必要がないからとみるべきであるとすれば、会社の業務執行について、少なくともそのうちの重要なものについては、取締役会の専権事項として（同条二項参照）、合議制の取締役会で決定された以上は、あるいはまた、重要でない業務執行について（同条二項の反対解釈）、特定の取締役にその決定が委ねられた以上は、それらの実行は、適宜になされれば足りるものと解すべきである。その際、業務執行の「決定」に関しては、会議体としての取締役会が開催され、決議を以て行うべきであるが、その「実行」に関する限り、商法上直接の規定がないから、理論的には、『結局それは会議に出席した取締役の全員の共同によって之を為すものと解する外ないであろう』⁽⁹⁾が、しかし、『実際問題としては、取締役会が会社の業務執行を全面的に自力で処理することは、単に業務決定だけを取って見ても不可能であろうから、取締役会は多かれ少なかれその補助者を使用せざるを得ない。業務実行に致つては、殆ど全部が補助者に委託されなければならないのが実情であろう。然し事実上かかる補助者を使用せざるを得ないということは、決して取締役会の権限を否認する理由にはならないのであつて、却つてその権限あればこそ、補助者として自己の活動を補助せしめることができるのである。』⁽¹⁰⁾

このように、わが国の現行商法上は、会社の業務執行の権限は、その決定のみならず実行についても、取締役

会にあって、代表取締役にはないものとされているのであるから、取締役会の専権事項とされる重要な業務執行の決定を除いて、その余の事柄、すなわち重要でない業務執行の決定および業務執行の実行全般について、それらを代表取締役、業務担当取締役等特定の取締役またはその補助者たる従業員に委ねた場合であっても、取締役会は、その委託した部分についての法的責任を逃れることは許されないものであって、常に「取締役ノ職務ノ執行ヲ監督ス」(商法二六〇条一項後段)る責任を負うものとされるのである。⁽¹⁾⁽²⁾

一方、会社の代表取締役の権限は、商法二六一条の準用する商法七八条に明らかなように、「会社ノ営業ニ関スル一切ノ裁判上又ハ裁判外ノ行為ヲ為ス権限」である。そして、ここにいる「会社ノ営業ニ関スル一切ノ裁判上又ハ裁判外ノ行為」とは、商法三八条が支配人の代理権に関して「支配人ハ營業主ニ代リテ其ノ營業ニ関スル一切ノ裁判上又ハ裁判外ノ行為ヲ為ス権限」と規定しているところと対比すれば文理上明白なように、会社のなす法律上の行為、特に法律行為ないし意思表示を意味し、それ以外の、例えば事実上の行為を含まない筈である。ただ、支配人の場合、その立場は營業主に雇用されている使用人であるから、その代理権限の範囲は、營業主の行う營業の存続を当然の前提としているのであって、従って、營業の廃止・譲渡等營業に関する基本的な變動に關する代理権限を含まない。これに対して、会社の代表取締役の場合、その立場は会社の機関それ自体であって、代表取締役が、その権限の範囲内で、会社のためにすることを示してなした意思表示従って法律行為が即ち法人たる会社自体の法律行為と認められるものである。それ故、代表取締役の権限は、会社自体のなす全ての法律行為に及びうる。従って、代表取締役は、会社自体のなす法律行為である限り、通常の業務執行に属する法律行為(例えば、原材料の購入、製品の販売等)は勿論のこと、会社の業務執行に属さないところの、(会社の合併・会社の解散・会社の組織変更・新株発行等々、營業の存廃をも含めた)会社の基礎・組織に關する行為をもなしうる権限を

有するものである。

他方、会社の業務執行は、会社の目的たる事業を遂行するために生ずるあらゆる事務を処理することであって、⁽¹³⁾その中には、従業員の雇用契約、事業所用の土地・建物の取得契約、原材料の購入契約・製品の販売契約・資金の借入契約などの「法律行為」⁽¹⁴⁾もあれば、債務履行の催告のような「準法律行為」もあるし、また、帳簿の作成、商品の製造・展示、宣伝広告、新製品の研究開発、試作品の製作などの「事実上の行為」⁽¹⁵⁾も含まれている。そして、事実上の行為は、たとえ対外的なものであれ、対内的なものであれ、およそ会社代表の觀念とは無縁の事柄である。⁽¹⁶⁾この意味でも、対外的な業務執行を会社代表と理解する第一説は当たらない。⁽¹⁷⁾

津田先生によれば、昭和二五年改正法は『株式会社』の一般的業務執行機関と一般的代表機関とを截然と分離し、取締役会は専ら前者に、代表取締役は専ら後者に該当するものとした。少なくとも改正法は、取締役会の代表権限については何も触れていないと同時に、代表取締役の業務執行権限についても何等規定する所がないのである（商法二六一条）。故に取締役会には会社代表の権限なく、代表取締役には業務執行の権限なきものと言う外はないであろう。⁽¹⁸⁾とされている。

それにも拘わらず、前述の第二説は、業務執行の実行権限も、本来は取締役会に帰属するものとしながらも、取締役会の会議体としての性質上、実際の便宜を考慮して、法律で株主総会または取締役会の決議事項とされた業務執行についてはその実行権限が、また、日常業務については、その実行権限のみならず決定権限が、更に、代表権限の範囲内の行為については決定権限および実行権限が、共に、代表取締役に委ねられているものと解している。

しかし、会社の業務執行の権限は定款をもって制限できるのに対して、代表権限は第三者との関係の考慮から

原則として任意の制限を許さないものとされており(商法二六一条三項、同七八条、民法五四条。ただし、商法二六一条二項参照)、また、表見代表取締役の規定(商法二六二条)によって一定の場合には取締役に代表権限が擬制されることがありうるものとされているが、その場合に、同時に業務執行権限までが擬制されるわけではない。これらのことから考えると、商法は業務執行権限と代表権限とを明確に区別しているものとみるべきであるから、従って、代表権限を根拠に業務執行権限を導き出すという第二説の理論構成には難点があると言わざるを得ない。⁽¹⁹⁾

(1) 加美和照『新訂会社法』勁草書房(昭和五七年)一七五頁、北沢正啓『会社法新版』青林書院新社(昭和五七年)三一八頁、鈴木竹雄『新版会社法全訂第二版補正版』弘文堂(昭和五八年)一七五頁、一七六頁、一七八頁、一八一頁。

(2) 大隅健一郎・今井宏『新版会社法論中巻Ⅰ』有斐閣(昭和五八年)一三〇頁、一三一頁。土肥一史「取締役会の権限」蓮井良憲先生還暦記念『改正会社法の研究』法律文化社(昭和五九年)二九四頁、二九七頁、中島史雄「取締役会の監督権限」蓮井良憲先生還暦記念『改正会社法の研究』法律文化社(昭和五九年)三〇八頁、三一〇頁。

(3) 津田利治「取締役会の権限を繞る二三の問題」法学研究(慶應義塾大学)二六卷三号(昭和二八年三月)(以下、津田論文として引用する。)一頁以下。

この立場に賛同するのは、高島正夫「取締役会の権限とその委譲」同『会社法の諸問題増補版』慶應通信(昭和五六年)三四〇頁、三四六頁、倉沢康一郎「取締役の監視義務について」同『会社法の論理』中央経済社(昭和五四年)一八一頁、一八二頁、大賀祥充『現代株式会社法(新全訂再版)』成文堂(平成一〇年)一一六頁以下。

(4) 津田論文五頁以下。

(5) 津田先生によれば、取締役会が会社の業務執行の権限を有すること、その全てを取締役会自体が直接に処理することは別物であって、商法または定款をもって取締役会が自ら行うことが要求されている事項(例えば、商法二六〇条、二六一条、二六五条など)を除いて、取締役会は自らの判断によって適宜に業務執行を他人に委託することができる。その場合、業務執行の委託を受けた者は会社の機関として業務執行をするのではなくて、会社のためその

業務を補助する補助者であるに過ぎない。取締役会が会社の機関として行動するときはその行動がそのまま会社自身の行動であるから、その行動によって生ずる損益その他の結果は当然会社に帰属するのに対して、取締役会から業務執行の委託を受けた者の行動は単に会社に対して仕事を提供するだけのことであって、会社（取締役会）が会社の業務執行として承認または受領することによって初めてその結果が会社に帰属するとされる（津田論文六頁）。

（6）大隅・今井：前掲書一三一頁は『不自然な技巧的説明というほかに、是認できない』とされ、また、津田論文九頁は『現に少なくとも今までは我が民法上も商法上も、業務決定機関と業務実行機関とを別個の機関とし、之を併置したという場合などは存在しなかったのである。』とされる。

私法体系上、業務の決定方法のみを定めている規定が本文で述べたように数多く見られるにも拘わらず、業務執行の決定権限を持つものが業務執行の全権限を持つのが原則であると解釈することについて、少なくとも昭和二五年改正以前学説上異論は存在しなかった。従って、昭和二五年改正後の商法二六〇条についてのみ別異に解することには一貫性がないと云うべきである。

（7）津田論文九頁参照。

（8）津田論文八頁以下参照。

（9）津田論文一一頁参照。

（10）津田論文一二頁参照。

（11）同様のことは、取締役会がその専権事項たる重要な業務執行の決定を除いて、その余の権限を執行役員その他の従業員に委譲した場合にも妥当することである。

（12）なお、昭和五六年改正により商法二六〇条一項後段に追加された取締役会の「監督」権限の根拠を、通説は、取締役会の代表取締役の任免権に求めているが、同条は「取締役ノ職務ノ執行ヲ監督ス」といつているのであって、代表取締役に限定してはいない。のみならず、取締役会の任免権を根拠にするのであれば、業務担当取締役の任免権は、同条二項に明らかなように、取締役会にある。更に、株主総会が任免権をもつところの平取締役の職務執行に対しても取締役会が監督権限をもつものと解すべきであると思われるが、そうであるとすれば、代表取締役の任免権を根拠

に取締役会の監督の権限および責任を説明することは、妥当ではない。私自身は、会社の業務執行の法的な権限および責任が、その決定も実行も全て、取締役会自体にあるからこそ、専権事項を除いて、その余（非重要事項の決定および業務執行の実行全般）を他の取締役（および執行役員等従業員）に委ねたときであつても、その「監督」の権限と責任とが取締役会自体にあると解すべきであると考えている（なお、拙著『改正会社法講話』成文堂（昭和五十七年）二二四頁、拙著・前掲現代株式会社法（新全訂再版）一一八頁以下参照）。

その結果、会社の業務執行の実行は、取締役会の構成員（取締役員）が共同して実行することも、あるいは特定の業務担当取締役に委託することも、更にはまた、現場の従業員やロボットに任せることも、いずれも当然許されるとみるべきことになる。その場合、その委託された業務が法律行為であるならば、代表取締役による「会社代表」の法律関係か、あるいは業務担当取締役または従業員による「代理」の法律関係が生じ、それぞれその法律効果が会社に帰属することになるのであるし、また、その委託された業務が法律行為でなければ従業員またはロボットによる「事実上の行為」がなされるに過ぎない。会社に法律効果が帰属する法律行為は、代表取締役による会社代表行為による場合の外、代表権のない取締役（業務担当取締役または従業員兼務取締役）または会社従業員による代理の法律関係によっても行われうる（拙著・前掲現代株式会社法（新全訂再版）一一九頁）。

(13) 津田・前掲論文一二頁～一七頁。

(14) もっとも、会社の業務執行に属する法律行為は、何も代表取締役を通して行わなければならないわけではない。例えば、代表権をもたない業務担当取締役とか、使用人兼務の取締役とか、執行役員その他部課長等の使用人を通して、代理行為として、行うことも可能である。これに対して、代表取締役の固有の権限は、会社の基礎・組織に関する事柄につき、会社のために示すことを示して、意思表示することによって、その法律行為の効果が会社に帰属する関係をいうのであるから、従つて、代表取締役が会社の業務執行に属する法律行為を行う場合には、本文で後述するように、取締役会からその業務執行権限の委譲を受けて行うべきことになるのである。

(15) 大賀祥充「監査役職の強化」高島正夫編著『改正会社法の基本問題』慶應通信（昭和五十七年）二〇一頁ないし二〇二頁、大賀・前掲現代株式会社法（新全訂再版）一一六頁。

(16) 津田・前掲論文一二頁は『事実上の行為については代表の關係は法律的には生じない。』とされている。

(17) 第一説は、代表取締役の権限に関する商法二六一条およびその準用する規定が代表権の内容および範囲しか触れていないにも拘わらず、その包括的な会社代表権限を基礎に、代表取締役の業務執行権限を導き出すとしているが、その合理的根拠はないように思われる。

(18) 津田論文一三頁。なお、津田論文一七頁以下によれば、昭和二五年改正法は『立法論的には可成り不手際』であって、『最も不可解なのは、改正法が取締役会を以て単なる業務執行機関とし、之に会社代表の権限を認めなかったことである。』『改正法が取締役会の代表権限を認めないのは一の失策であると言って差しつかえない。』とされている。

(19) 高島正夫「取締役会の権限とその委譲」同『会社法の諸問題（増補版）』慶應通信（昭和五六年）三四三頁、大賀・前掲論文「監査役職の強化」二〇二頁〜二〇三頁、並木和夫「取締役会の監督権限」高島正夫編著『改正会社法の基本問題』慶應通信（昭和五七年）一七二頁以下。

四 執行役員責任と取締役責任

このように、津田先生の主張された立場に賛同して、「取締役会」を会社の業務執行の決定のみならずその実行についても法律的な権限と責任とを有するところの「会社の業務執行機関」であると理解し、「代表取締役」を会社自体のなす法律行為ないし意思表示に関する限り、会社の業務執行に属する事柄であれば、会社の組織上の行為であれ、それをなす法律的な権限と責任とを有するところの「会社の代表機関」であると理解する場合には、「執行役員」を選任し、その者に対し会社の業務執行権限の一部（ただし、取締役会の専権事項たる重要な業務執行の決定の権限を除く）を委譲し、その者に対する指揮・命令・監督を行うべき会社の機関は、法理論上、本来的

に、取締役会自体であつて、決して代表取締役ではないことをまず正しく認識しなければならないことになる。⁽¹⁾

従つて、執行役員制導入の狙いが、過大な取締役の員数を削減し、取締役会における審議を活性化させ、迅速な経営の意思決定をすること、そして、会社の業務執行の実行権限は取締役会の選任する執行役員に委譲し、取締役会がその者を監督することによって事業の執行責任を明確化することにあるとしても、執行役員制導入の結果、業務執行機関としての取締役会の法的責任が軽減されることは決してなく、従つてまた、取締役員の監視義務およびその者の法的責任に消長を来すものでもないことを先ずもつて銘記すべきである。

前述のように、執行役員は、取締役ではないから、取締役としての職務・権限・責任を負うものでないことは当然であるが、自らが権限の委譲を受けた担当部門に関する限り、業務担当責任者としての責任を負うと同時に、他の部門のそれに対しては、事柄の性質上当然のことながら、業務担当者としての責任を負うことはない。この意味で、執行役員制は、部門毎の業務執行に関する限りその責任の所在を明確化するに資するものと言える。

しかし、右のことは、取締役でない執行役員が株主代表訴訟の対象になりうる取締役としての責任を負わないというだけのことであつて、業務執行の権限の一部を委譲した取締役会自体の監督責任、および業務執行の統括者としての代表取締役社長の監督責任、ならびに取締役会の構成メンバーである取締役員の監視義務には影響はないから、従つて執行役員制の導入は決して取締役の責任を軽減するものでないことを特に強調しておく必要がある。

(1) もつとも、多くの会社において、定款により、社長・専務取締役・常務取締役等いわゆる役付取締役の制度を導入している場合にあっては、取締役会の定める役付取締役の職務分掌規程によつて、代表取締役社長が会社の業務執行の統括責任者とされているから、その限りで、執行役員は代表取締役社長の指揮・監督の下にもあることは否定で

きない。従って、その限りでは、執行役員は、代表取締役社長の指揮・命令・監督に服すると同時に、取締役会の監督にも従うべきことになるし、また取締役員の監視の対象にもなると解さなければならない。

五 執行役員制の限界

ところで、わが国の場合、多くの企業において取締役会の構成は殆どが社内取締役であり、役付取締役および従業員兼務取締役の職務分掌は代表取締役社長をピラミットの頂点とする階層制が一般的である。このような状況の下では、取締役の職務執行を取締役会が監視・監督するという機能が殆ど期待し難いものであることはつとに指摘されているところである。⁽¹⁾

それだけにまた、「取締役会において選任される執行役員に会社の業務執行の実行権限を与えて、これを取締役会が監視・監督するというモニタリング・システムを導入すること」が執行役員制導入の狙いの一つでもあるようであるが、しかし、取締役員の全員またはその一部が執行役員を兼務する場合、あるいは取締役会のメンバーのうち社外取締役員の割合が少ない場合には、執行役員による業務執行に対する取締役会の監督機能は依然として不徹底とならざるを得ないであろう。⁽²⁾

この点、米国の場合には、株主総会で選任される取締役員 (Director) が取締役会を構成し、会社経営の基本方針を決定すると共に、業務執行役員 (Officer) を選任して、取締役会の指揮・命令・監督の下に、実際の執行を担当させるものであるから、この経営監視システムは形式的に言えば、ボードによる単層システム (single-tier system) でしかなく、従って、厳密に言えば、この監視システムは業務執行権限をもつ者の「セルフ・コン

トロール」(自己監督)でしかない。そのため、殊に公開会社 (Publicly held Corporation) における会社経営に対する監視体制を強化する趣旨で、取締役会の構成について、大公開会社 (Large publicly held Corporation) においてはその過半数を、また小公開会社にあつては三名以上の取締役を、CEO ら上級執行役員と「重要な関係」を持たない・独立の、社外取締役 (Outside Director) でなければならぬと勧告され、現に証券取引所の上場規則による自主規制として採用されているのである。⁽⁴⁾そして、業務執行委員会 (Executive Committee) とか、財務委員会 (Financial Committee) 等においては、取締役 (Director) が上席業務執行役員 (Principal Senior Executive Officer) を兼ねているが、⁽⁵⁾その他の委員会、例えば、監査委員会 (Audit Committee)、⁽⁶⁾取締役候補者指名委員会 (Nominating Committee)、⁽⁷⁾役員報酬委員会 (Compensation Committee)、⁽⁸⁾訴訟委員会 (Litigation Committee) 等にあつては、そのメンバーの全員が、現在も過去においても当該会社の取締役や従業員でない、または、⁽⁹⁾なかったところの、いわゆる社外取締役 (Outside Director) でなければならず、しかも、メンバーの過半数は、CEO らと、血縁関係、取引関係等「重要な関係」にない者でなければならぬと勧告されており、執行役員 (Officer) による会社の業務執行を、主として社外取締役をもつて構成される各種委員会によつて監視する体制が採られているのである。このように、公開会社にあつては、取締役会の主要な職務が、① CEO を含めた Officer の任免権をもつて、② Officer の行う会社の業務執行を監視 (モニタリング) し、③ CEO らの作る業務執行方針を審査・承認 (レビュー) することとされるのは、州法たる会社法の要請ではなくて、むしろ証券取引所の要請に基づき各会社が任意に採用しているいわば自主的な監視システムではあるが、米国におけるボード・システム、つまり一層制の経営監視システムも、実質的には、執行役員による会社経営と、取締役会による監視・モニタリング・システムとの機能分化により、その適正性を模索しているものと言えるように思われる。

しかし、わが国の場合、事情は同じではない。周知のように、わが国の場合、米国の場合とは基本的に異なつて、取締役の職務執行を常時一般的に監査すべき職務を担う監査役制度を持っている（商法二七四条）。そして、この監査役は、業務執行者またはその監督者以外の「第三者による業務の当否の判断」をなすべき本来の意味での、業務「監査」⁽¹⁰⁾ 機関として位置づけられ、昭和四十九年商法改正・監査特例法制定以来、度々その地位・権限の充実・強化が図られてきているのである。そして、これまで株式会社社の監視制度のあり方を検討する際、当初、米国流の取締役会・業務執行役員制・社外取締役制への移行案も俎上に上ったにも拘わらず、結局は、従来からの監査役制度を基本に、その充実・強化が図られことになったという経緯がある。その結果、わが国の場合、取締役の職務執行に対する監視・監督システムは、法制度的には、「監査役による監査」（商法二七四条一項）と「取締役会による監督」（商法二六〇条一項）とから成っているが、これまで法制度的には前者の改善の経過を辿っている訳で、近時、コーポレート・ガバナンスのあり方が論議されているけれども、その一環として、自由民主党政務調査会法務部会「商法に関する小委員会」（委員長・保岡興治衆議院議員）が平成一一年四月一五日に発表した「企業統治に関する商法等の改正案要綱」においても、株主代表訴訟制度の改正案と並んで、監査役制度の更なる改正案が盛り込まれている。⁽¹²⁾

そして、よくよく考えてみれば、取締役会による監視・監督のシステム、つまり、取締役会が業務担当取締役の職務の執行を監督し、更に執行役員の業務執行を監督するということは、取締役会自体が前述のように会社の業務執行の権限と責任を持つ機関であると解する以上、実は「自己監査、セルフ・コントロール」⁽¹³⁾ ではないわけであるから、米国流に証券取引所の要請に基づく自主的規制として独立的な社外取締役制を導入するのでない限り、そのような監視システムには限界があるものと言わざるを得ない。従つて、わが国の場合各企業におい

て、取締役の員数を削減し、執行役員制を導入するにしても、自主的に社外取締役の割合を増やす⁽¹⁵⁾のでない限り、取締役会による代表取締役以下社内取締役の兼務する執行役員⁽¹⁶⁾の業務執行に対する監視機能には、自ずから限界があることを正しく認識すべきであろう。

そして、社外取締役制の導入自体は、各企業において任意にその採否を検討すれば足りることであって、法制的には、これまでの法制度改正の経緯も踏まえて、社外監査役制の増強等、監査役制度のより一層の充実の方向で検討すべきものではないかと考える。

(1) 酒巻俊雄「業務執行機関の権限」竹内昭夫・竜田節編『現代企業法講座三巻企業運営』(東京大学出版会、昭和六〇年六月)二六七頁以下、竜田節「会社運営のあり方」アメリカ法律協会『会社運営の諸原理・分析と勧告』に学ぶ」資本市場九二号(平成五年四月)二九頁、川濱昇「取締役会の監督機能」森本滋・川濱昇・前田雅弘編『企業の健全性確保と取締役の責任』(有斐閣、平成九年四月)五頁、森本滋「大会社の経営機構と取締役の法的地位」法学論叢一四〇巻五・六号(平成九年三月)一一五頁、鳥山恭一「株式会社の業務執行機構と監督機構」フランスにおけるその展開」民商法雑誌一一七巻四・五号(平成一〇年二月)五九四頁、奥島孝康「コーポレート・ガバナンスと監査役」監査役三九五号(平成一〇年二月)二六頁、岩原・前掲取締役の法務五九号二一頁等参照。

(2) 因みに、澤口・前掲商事法務一四九四号六頁によれば、現在の執行役員「制度を開発したソニーにおいても、社内取締役の執行役員兼務が一般的である。したがって、執行役員制度導入による意思決定・監督と執行の分離とは、両者の完全な分離ではなく、主として業務執行を行う者を取締役から執行役員とするという意味で片面的な分離といえよう。」(六頁)、「社内取締役の多くが執行役員を兼務する現在の執行役員制度は分離が不徹底」(七頁)とされている。

(3) アメリカ法律協会(ALI)は「コーポレート・ガバナンス…分析と勧告」(Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations of 1994)において、公開会社(Publicly Held Corporation)の経営(Management of the Business)は「取締役会により選任される上席業務執行役員(Principal Senior Executive Officer)

自体またはその監督のもとにその他の業務執行役員により遂行されるものとして、取締役会は、業務執行役員の選任・報酬の決定と会社の基本的な経営政策の策定および業務執行役員による経営の監督を担当するものとし、経営とその監督とを制度的に分離すべきものとしている (§3. 01 §3. 02)。そして更に、大公開会社 (Large Publicly Held Corporation) については、三名以上の取締役により構成される監査委員会 (Audit Committee) の設置を義務づけ、そのメンバーとなりうる取締役は、現在および過去二年間において会社に雇用されていない者に限定し、その上、上級業務執行取締役 (Senior Executive) と重要な関係 (significant relationship) を有しない者がメンバーの過半数いなければならないとしている (§3. 05)。

なお、「重要な関係」というのは、雇用関係以外にも、血縁関係、取引関係をも含めて捉えられているから、わが国における「社外監査役」の要件 (商法特例法一八条参照) と比較しても、極めて厳格である点に留意する必要がある。

(4) 殊に、証券市場に上場されている株式会社については、社外取締役の採用が求められている。例えば、ニューヨーク証券取引所は、一九五六年以来、総ての新規上場国内会社に対して、取締役会中に、最低二名 (一九七三年以降は三名を推奨) の社外取締役を含むべきことを要求した (上場規則 303. 00)。ためもあり、社外取締役制度が広く普及している (吉川満「米国におけるコーポレート・ガバナンス」ジュリスト一〇五〇号 (平成六年八月) 六七頁以下、森本滋「コーポレート・ガバナンスと商法改正」川又先生還暦記念『商法・経済法の諸問題』(商事法務研究会、平成六年二月) 一二三頁参照)。

(5) 業務執行役員 (Officer) を兼ねている取締役員は、常勤で、社内取締役 (Inside Director) と呼ばれ、そのトップが CEO (Chief Executive Officer) である。

なお、上場会社の取締役の員数は、一般に一〇名半ばで (武井・前掲商事法務一五〇五号七八頁および森本昌義ソニー上席常務「執行役員制を語る」取締役の法務四二号 (平成一〇年九月) 三四頁によれば、平均一一・七人という)、そのうち業務執行役員を兼ねている取締役は、二名前後 (例えば、会長、社長、筆頭副社長等)、その他は社外取締役であって、その中心は、他の大企業の会長ないし最高業務執行役員 (CEO) であるが、大学の学長その他

の著名教授や財団の総裁ないし理事長が選ばれることもあるようである(森本・前掲法学論叢一四〇巻五・六号一八頁、神田・前掲監査役四〇〇号一九頁参照)。また、業務執行役員は取締役兼務の者を含めて大体一〇名前後(森本・前掲・一二頁参照)、取締役会会長と最高業務執行役員(CEO)および社長は原則として同一人が兼務するようである(同・一二四頁参照)。

(6) 監査委員会は、財務データの作成過程、内部統制、会計監査人の独立性等を定期的に審査して取締役会の監督機能を補充・補助することが目的とされ、大公開会社では、その設置が、証券取引所における上場規則による自主規制として事実上強制され、小公開会社ではその設置がALIにより勧告されている(ALL: op. cit. §3A. 02)。なお、ニューヨーク証券取引所の上場規則によれば、一九七八年七月以降は、経営から独立し、経営に利害関係を有しない取締役のみからなる監査委員会を設置することが義務づけられている(森本・前掲川又先生還暦記念一二三頁、同・前掲法学論叢一四〇巻五・六号一九頁)。

(7) 指名委員会は、取締役候補者を取締役に推薦するもので、その設置が勧告されている(ALL: op. cit. §3A. 04)。

(8) 報酬委員会は、社内取締役の報酬の方針等を提案するもので、その設置が勧告されている(ALL: op. cit. §3A. 05)。

(9) 従って、社外取締役(Outside Director)は、本職を別に持っている者が、非常勤の形で取締役会に名を連ね、個別・具体的な業務分担は持たずに、主として取締役会への出席を通じて、会社の経営方針などの意思決定に参加するケースが多い。社外取締役を務めるのは、機関投資家の代表者とか、他の会社の経営者(CEOなど)、弁護士、公認会計士、学者の例が多いようである(吉川・前掲ジュリスト一〇五〇号六七頁参照)。

(10) 監査というのは、まさに会社の業務執行機関に属さない者が、第三者的な立場から、客観的に、業務執行機関の行動を監視することに他ならない(新山雄三「二つの監査役会(Aufsichtsrat)像—ドイツ監査役会制度史における理念型(監査機関)と現実型(監督機関)—」西原寛一先生追悼記念論集『企業と法(下)』(有斐閣、平成七年二月)二三四頁参照)。

(11) 「社外取締役」制度については、既に昭和五〇年六月一二日、法務省民事局参事官室から、関係各界に対して、今後の会社法のあり方に関する意見照会が行われた際、そこに付されていた「会社法改正に関する問題点」の中に、「取締役のうち一定数は、いわゆる社外重役とすべきであるとする意見があるが、どうか。」(第三、二(3))が問われていたし、また、日米構造問題協議においても論議の対象とされていたが、わが国には、監査役制度があり、それを中心にして制度改革をしていくことが確認され、各界意見を参考に法制審議会商法部会において討議された結果、昭和五三年一月二三日、法務省民事局参事官室から公表された「株式会社の機関に関する改正試案」の中では、既に検討の対象から除かれていたものである。

その背景は、わが国の取締役会構成が従業員出身ないし従業員兼務の取締役が殆どで、しかも年功序列式の階層制になっており、いわば「同質」(homogeneous)ないし「同類」による「満場一致」「異議なし」に永年慣れているため、どうしても「異質」(heterogeneous)ないし「異分子」に対するアレルギーの体質があつて、取締役会の構成においてもいきおい「排他的」ないし「閉鎖的」になる傾向があるから、「社外取締役」の制度をいま直ちに採り入れることには、相当な抵抗感があると考えられたからであろう。この傾向は今でも相当に根深く定着しているように思われる。

因みに、現在、社外なし非常勤取締役の例は、極めて例外的であり、せいぜい一、二名いるかどうかであるとされる(東京弁護士会会社法部会編『取締役会ガイドライン(改訂版)』四九一頁、森本・前掲法学論叢一四〇巻五・六号一一五頁参照)。

(12) 商事法務一五二四号(平成一一年四月)三七頁。

(13) 酒巻俊雄「社外取締役と社外監査役の機能」ジュリスト一〇五〇号(平成六年八月)一四〇頁参照。

(14) 前田雅弘「社外取締役制度と取締役会の活性化」監査役三七二号(平成八年一月)一七頁は、自発的な導入・普及はまず考えられないから、法律で強制せざるを得まいが、実現は相当難しいとされる。

(15) 森本・前掲株式実務四八号二三頁は、「執行役員制度の導入よりも社外取締役制度の充実と取締役会制度の改革のほうが先であるべき」とされている。

〔附記〕 今は亡き津田利治先生から受けた学恩は、私の場合、学部ゼミナールへの参加の時に始まる。院生時代には、教授以下研究者の勉強会「商法研究会」へも参加させて戴いたし、また、当時助手であった阪埜光男氏・内池慶四郎氏の両先輩が、先生の下で勉強しておられたフィリップ・ヘック (Philipp HECK) の利益法学 (Interessenjurisprudenz) に関する原典の購読会にも加えて戴いた。拙いものを書いても、いつも懇切な指導を賜った。想い出は尽きない。修士課程を終えて副手になったとき、先生に書をお願いしたところ、『貴不在顕』の言葉を戴いた。それに対する私の気概は、後年一眼を失明してからの博士論文に繋がったつもりである。

平成十一年二月津田祥子様（先生のご次男令夫人）の筆になる『つむじまがりの一世紀 義父津田利治から聞いたこと』を池上昌様（先生のご長女）からお送り戴いた。丁度その頃、私は、残る一眼の手術を受け、闇の中にいた。介護の妻に読んでもらって、先生の生き様に胸を熱くした。退院後まもなく、先生の訃報に接した。『貴在質實』が、先生のお教えに対する、近年の私の気構えである。

津田利治先生のご冥福を心からお祈り申し上げます。

（平成二十一年七月三〇日稿）