

取締役会設置会社における取締役の監視義務

藤 田 祥 子

- 一 はじめに
- 二 取締役会と代表取締役の権限分配
 - 1 学説
 - 2 平成一四年商法改正
- 三 取締役会の業務監督権と取締役の監視義務
- 四 指名委員会等設置会社
- 五 監査等委員会設置会社
- 六 おわりに

一 はじめに

昭和二五年商法改正においては、取締役会という合議制の機関を導入し、会社の業務執行は取締役会が決定するものとした。また代表取締役を法定の必要的機関として定め、取締役会の決議によって取締役の中から会社を

代表すべき者として選ばれた者とした。業務執行の決定と代表権の所在については、条文に規定されているが、業務執行の実行については、明文の規定がないため、取締役会と代表取締役の権限分配について大いに議論された。現在、このような議論は、理論的な問題であり、実際上法の解釈・適用に差が出てくるとは考えられないなどといわれる。⁽¹⁾

しかしながら宮島先生は、近時の株式会社法の度重なる改正をみていると、改正の組上に載せられた多くの問題点に関し、制度の基本理念に基づかない付け焼刃的な改正が行われてしまっているとの感を抱かざるをえないと指摘される。⁽²⁾そこで本稿では、取締役会と代表取締役の権限分配の議論から取締役の監視義務の根拠を考えると共に近時の改正の問題点を探ることとする。具体的には、昭和二五年商法改正以後の取締役会と代表取締役の権限分配に関する学説を検討し、そこから取締役の監視義務の根拠を考えると共に、その後、導入された指名委員会等設置会社、そして特に監査等委員会設置会社につき取締役の監視義務を視点として問題点を探ることとする。なお、現在、会社法上、取締役会は必置の機関ではないため、取締役会を設置していない株式会社もあるが、取締役会非設置会社の取締役の監視義務については、本稿の検討の対象外とする。⁽³⁾

二 取締役会と代表取締役の権限分配

1 学説

(1) 並立機関説

株式会社の業務執行をその意思決定と執行自体とに分け、意思決定の権限は取締役会に、執行自体は代表取締役に専属するとする説である。業務執行は、機関の行為が会社の事務処理と認められる面からみたものであり、

代表は、機関が会社の名において第三者とした行為の効果として会社と第三者との間に法律関係が生ずるにいたる面からみたものである。したがって、業務執行には内部的な業務執行もあり、その場合には代表はもちろん問題にならないが、対外的な業務執行は他面において会社代表の関係を伴い、会社代表は他面からみれば対外的な業務執行である。この意味において、業務執行と代表の区別は観点の相違にはかならない。代表取締役については代表権しか規定されていないが、それは代表取締役が対外的のみならず、内部的な業務執行権を有することを当然の前提とするものと解するほかないとする。その理由としては、取締役会の権限は、業務執行の決定となっており執行とは定めておらず、取締役会は会議体でありしかもつねに活動状態にあるものではないため執行機関と解するのは適切ではないことをあげる。

代表取締役は、定款または取締役会決議により委任された事項を決定することができ、また日常の業務の決定は、取締役会が招集に応じて会合する機関にすぎないことから、代表取締役に当然委任されたものと推定すべきであるとする。決定機関としての取締役会と実行機関としての代表機関とは別個独立して並立的に業務執行機関を構成すると解するところから並立機関説とよばれ、通説である。⁴⁾

並立機関説では、会社の業務執行について意思決定と執行自体とを区別する。並立機関説のように独立の単独機関である代表取締役が業務実行機関であるとすれば、実行機関はいうまでもなく決定機関の受託者ないし補助者ではないのであるから、業務の実行は独断でなすほかない。⁵⁾ それにもかかわらず取締役会の決定に従わなければならないのは、並立的機関ではなく、従属関係が存するからである。

もちろん決定と実行は観念的には区別できる。しかしながら法律上、業務執行の決定のみあって執行自体の権限を伴わないような場合には、そこに業務執行の権限があるということにはならない。反対に、決定権を持たないで実行権のみがあるという場合にも、それを業務執行機関ということとはできない。⁶⁾ 会社の業務執行の中には、

売買契約の締結のような対外的な法律行為と、物の製造加工や帳簿記帳のような対内的な事実行為とがあるが、少なくとも、対外的な業務執行の実行にあたっては、代表取締役の代表行為をつねに必要とする。だが誰が業務執行の実行を行うかということではなくて、誰に業務執行の実行権限があるかということが問題なのである。取締役会は会議体だから実行行為には不適當で、代表機関がその固有の権限として実行行為をなすと考えるべきだ、と並立機関説から主張されることがあるが、会社の機関は、その権限内の行為を、つねに自分自身が行わなければならないものではないため、代表取締役が業務執行の実行として代表行為を行う場合に、代表権は固有の権限であるが、業務執行の実行は取締役会の委任に基づくということもありうる。⁽⁷⁾したがって並立機関説は、誰を⁽⁸⁾実際の行為者に選ぶのが適當かという問題と権限の所在を混同するものである。

(2) 派生機関説

株式会社社の業務執行機関は取締役会であって、取締役会は業務執行の意思決定をなすことはもとより、その決定の執行自体をなす権限を有するとする。業務執行の決定の実行は、取締役全員の共同によらなければならないが、實際上その必要がないばかりか、近代企業の機動的かつ能率的な経営の要求にそわないため、業務執行の決定は取締役全員からなる取締役会でなすにしても、その実行は取締役のうちの一人またはその他の者に委ね、全体としての取締役にかわって行わせることになる。のみならず、業務執行の決定であっても会社事業の通常の経過から生ずる業務(常務)を一々取締役会で行うことは實際上不可能であるため、常務については、その決定および実行のすべてを特定の者に委ねざるをえない。これを法上の制度として規定したものが代表取締役である。代表取締役は原則として代表権を有する範囲内においては業務執行の権限を有し、単に株主総会または取締役会の決定を執行するにとどまらず、特に法律・定款または取締役会の決議をもって取締役会の決定に留保されてい

ないかぎり、自ら業務執行の決定をなすことができる。代表取締役は会社の営業に関する一切の裁判上または裁判外の行為につき代表権を有し、これに制限を加えても善意の第三者に対抗することをえないとする規定は、代表取締役が法律上当然に営業に関する一切の裁判上または裁判外の行為につき自ら決定をなすことをえ、かつその決定を執行するに必要な代表権を有することを前提として、その双方の権限を全体として制限する場合に、これをもって善意の第三者に対抗することをえないと解さなければならぬとする。このように代表取締役の権限は取締役会の権限に由来するものであり、代表取締役はいわば取締役会の派生的機関であるとする⁽⁹⁾。

派生機関説も並立機関説と同じく実際の事務処理方法の問題と権限の所在とを混同している。つまり業務執行の実行権を代表取締役に認め、会社代表を他面において対外的業務執行そのものとみている⁽¹⁰⁾。派生機関説が代表取締役の業務執行権は取締役会から由来すると解しながら、特に委任がなくても、代表権の範囲内の行為すなわち営業に関する一切の行為についても、自ら決定しかつ実行できるとすることは、会社代表と業務執行の関係を誤解し、代表権の範囲を定める規定から業務執行を引き出すという無理な構成をとるものである⁽¹¹⁾。

(3) 私見

業務執行の権限ある者が如何なる方法でその業務執行をなすかということについては、業務の決定についての特別の規定を設け、業務実行の方法については別段の規定を設けないのが通常である。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なしうる趣旨であると解すべきである。取締役会は業務執行についての全権限（決定権と実行権）を有し、代表取締役は取締役会の委任に基づいて会社を代表し法律行為を行うという代表権のみを有する。確かに法律行為的な業務執行においては、

代表と業務執行の実行とは表裏一体をなすが、代表権の裏付けとなるべき業務執行権は必ずしも機関権限として与えられなければならないものではない。機能的には代表権だけを有するものであっても、委任により業務執行機関からその権限を授与されれば、代表行為という形で業務執行行為をなしうるのである。代表と業務執行とがまったく別個独立のものであるということは、業務執行のうちには代表権と関係のあるもののほか、代表権とは直接関係のない多くの行為、たとえば事実行為などが含まれていることだけでも明らかである。⁽¹²⁾

2 平成一四年商法改正

平成一四年商法改正において平成一七年改正前商法二六〇条三項が新設された。三項は、「左に掲ぐる取締役ハ会社ノ業務ヲ執行ス」として、「一号代表取締役、二号代表取締役以外ノ取締役ニシテ取締役会ノ決議ニ依リ会社ノ業務ヲ執行スル取締役ニ指名セラレ其ノ指名ヲ受諾シタルモノ」をあげている。会社法三六三条一項は同趣旨である（二号代表取締役以外の取締役であつて、取締役会の決議によつて取締役会設置会社の業務を執行する取締役として選定されたもの）。取締役会設置会社においては、取締役は業務執行権限を有しないから、取締役会の決定を執行する機関が必要であり、かかる機関は、代表取締役と代表取締役以外の業務執行取締役であることをこの規定は示していると説明される。⁽¹³⁾ また沿革については、以下のように説明される。代表取締役に業務執行権限があることに異論はなかったが、平成一四年改正以前には、ほかに業務執行の権限を有する取締役が誰なのかについて条文中明確にされてはいなかった。そこで平成一四年改正により追加された平成一七年改正前商法二六〇条三項は、業務を執行する権限を有する取締役について明示した。⁽¹⁴⁾

立案担当官の説明は以下である。平成一四年改正前商法一八八条二項七号の二は社外取締役を定義しており、この定義においては、現在または過去に、当該会社または子会社の業務を執行する取締役でなかったものである

ことも社外取締役の一要件とされているが、何をもって業務を執行する取締役とするのかにつき明文の規定を置いていなかった。実務上は、代表取締役が業務執行権限を有する（平成一七年改正前商法二六一条三項による平成一七年改正前商法七八条一項の準用）ほか、取締役会決議により、業務執行を担当する取締役としての、いわゆる「業務担当取締役」が定められることが少なくともなかったことから、平成一七年改正前商法二六〇条三項を設けて、代表取締役のほか、取締役会の決議によつて業務を執行する取締役に指名されて受諾した者が業務を執行する取締役であることを明確に規定することとした。その一方で同項の取締役以外の取締役が会社の業務を執行した場合には、その者を社外取締役として取り扱うことは妥当でないため、同条五項も新設して平成一七年改正前商法一八八条二項七号の二の規定の適用については、この者を会社または子会社の業務を執行する取締役とみなすこととした。⁽¹⁵⁾

平成一七年改正前商法二六〇条三項（会社法三六三条一項）の規定は、一見、並立機関説あるいは派生機関説に立脚するかのようである。しかしながら平成一四年改正商法の立案担当者⁽¹⁶⁾の説明において、代表取締役が業務執行権限を有するとしてあげられている平成一七年改正前商法七八条一項は、業務執行権限の規定ではなく、代表権の範囲に関する規定である。またこの規定は、前述したように社外取締役の定義との関係で置かれたものである（社外取締役の定義規定である会社法二条一五号イの業務執行取締役は、会社法三六三条一項の取締役を含みかつそれよりも広い概念として規定されている）。したがって私見によれば会社法三六三条一項は、実際に業務を執行する取締役、つまり、取締役会から業務執行を委任される取締役に⁽¹⁶⁾ついての規定と解する。

三 取締役会の業務監督権と取締役の監視義務

昭和五六年改正前商法下においては、取締役会が会社の業務執行を監督する権限を有することについて明文の規定はなかったが、業務の執行を担当する代表取締役の選任権を有することから、その解釈上当然この権限も有するものと認められていた。しかしながら選任権があるのはなぜかについての説明がなく、これだけでは取締役会の業務監督権の根拠とはならない。取締役の監視義務は取締役会の業務監督権に由来するが、取締役会の業務監督権は取締役会と代表取締役の権限分配の問題と密接な関係がある。

並立機関説によれば、業務執行の意思決定機関たる取締役会と実行機関たる代表取締役を分化した趣旨から、執行は代表取締役の職務執行権限であるが、それは取締役会の意思決定に反するものであつてはならず、したがって取締役会は代表取締役の業務執行を監督する権限を有する⁽¹⁷⁾。しかしながら業務執行の実行権限が固有に代表取締役にあるものとすれば、取締役としては、善管注意義務・忠実義務をつくして業務執行の決定をすれば、その実行についてはあざかり知らぬところであつて、代表取締役だけが善管注意義務・忠実義務を負つて実行すべきことになる。したがつてさらに他の使用人などに委任した場合にも、その受任者の行為についての監視義務は、代表取締役だけが負うことになりそうである⁽¹⁸⁾。

派生機関説によれば、代表取締役は取締役会の派生機関に受託者ないしは補助者にすぎないから、当然に取締役会は業務執行監督権を有するものと解するとする。取締役会の業務執行監督権の行使は、取締役会の権限であると同時に、それを構成する各取締役の職務でもあると説明する⁽¹⁹⁾。

取締役の監視義務については、従来、代表取締役と平取締役とに分けて検討されることが多い⁽²⁰⁾。代表取締役の他の代表取締役または平取締役に対する監視義務については、判例・学説ともにこれを肯定している。判例（最

大判昭和四四年一月二六日民集二三卷一一号二一五〇頁、最判昭和四五年三月二六日判時五九〇号七五頁）は、社業務全般にわたる代表取締役の善管注意義務ないし忠実義務を根拠とするが、下級審裁判例の中には、代表取締役の業務執行機関たる地位と取締役会構成員たる地位とを区別したうえで、監視義務は後者の地位から基礎づけられるべきとするものがある（大阪地判昭和三八年一月二五日判時三四八号三三頁）。学説においても代表取締役の業務執行機関たる地位と取締役会構成員たる地位とを区別したうえで、監視義務は後者の地位から基礎づけられるべきとする見解がある。⁽²¹⁾

平取締役の代表取締役の業務執行に対する監視義務については、昭和二五年商法改正によって取締役会制度が設けられ、各取締役は取締役会の構成員としての地位を有するにすぎなくなったために、取締役会に上程された事項に関して監視義務（受動的監視義務）があることに異論はないが、取締役会に上程されない事項に関して監視義務（能動的監視義務）があるか否かについては判例・学説上見解が分かれていた。従来の下級審裁判例には監視義務を否定するものが多い（東京地判昭和三二年五月一三日下級民集八卷五号九二三頁、東京地判昭和三三年一月二八日下級民集九卷一一号三三四二頁、判時一七二号二九頁）。前述の東京地判昭和三三年一月二八日は、「業務執行に関する意思決定権は、取締役会に専属し、決定された意思に基く業務執行行為自体は、代表取締役の権能に属する。代表権のない各取締役は、取締役会の構成員としてその意思の決定に参与する以外に、業務執行の権能を有しない。このような法律の建前から考察すれば、代表権のない各取締役は、取締役会に上程された事実については、他の取締役の行為を監視する義務を負うが、これとは別個に、代表取締役の業務執行行為自体一般を各個に監視する義務を負うものではないと解するのが相当である。」と判示している。この裁判例は、並立機関説に立つものといえ、そうであれば受動的監視義務に限定する考えは、当然の帰結といえる。学説においても同様の見解がある。すなわち取締役の地位の変化により取締役は取締役会に現れた事実に基づいてのみ監視

義務を負うとし、業務執行の執行権を有する取締役とそうでない取締役との間には注意義務の程度に重大な区別が存するとする。⁽²²⁾

しかしながら能動的監視義務を肯定するものが多い。その根拠については、派生機関説から導く説もある。⁽²³⁾この説は、権限の委譲が認められている以上、平取締役に対して要求される注意の程度は、業務執行取締役のそれと異なるとする。また代表取締役の業務執行に対する監督機能を有する取締役会の構成員であることに求める説があり、これが多数説である。⁽²⁴⁾多数説の根底には代表取締役に対する取締役会の業務監督機能の十分な発揮を期待するためには取締役会の構成員たる取締役が単に会議に上程された事項について受動的に判断を下すだけでは不十分であるという共通認識があると指摘される。⁽²⁵⁾

このような状況において最判昭和四八年五月二二日民集二七卷五号六五五頁は、「株式会社の取締役会は会社の業務執行につき監査する地位にあるから、取締役会を構成する取締役は、会社に対し、取締役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、必要があれば、取締役会を自ら招集し、あるいは招集することを求め、取締役会を通じて業務執行が適正に行なわれるようにする職務を有するものと解すべきである。」と判示した。この最高裁判決は、代表取締役の業務執行に対する平取締役の監視義務が、取締役に上程されない事項にまで及ぶものであることを明確にすると同時に、その根拠についても多数説と同じく業務執行に対する取締役会の監督機能に基づくとする見解を示したものと解されている。⁽²⁶⁾

しかるに並立機関説に立った場合、直ちにこのような結論が導き出せるのか疑問である。⁽²⁷⁾前述したように並立機関説によれば、取締役会は業務執行の意思決定権限しかないものであり、実行についてはあざかり知らないことになる。したがって実行について代表取締役がさらに委任した場合、受任者の行為については代表取締役のみが監視義務を負うことになる。また平取締役に監視義務があるとしても代表取締役の実行が取締役会の意思決定に

反するものであつてはならないとするのであれば、その監視義務は取締役会に上程された事項に限定されることになるはずである。多数説は、指摘されているようにいかに取締役会の業務監督機能を發揮させるかに重点が置かれた考えであるといえる。この場合、念頭に置かれているのは取締役会が殆ど開催されていないような小規模閉鎖会社であると思われる。そのような会社においては、日常業務の執行に関与しない平取締役が、取締役に上程された事項についてしか監視義務を負わないというのでは、取締役会の監督機能が形骸化してしまうからである。⁽²⁸⁾

翻つて私見によればこの最高裁判決は当然のことを判示しているといえる。私見のように業務執行の権限はその決定と実行とを含めて取締役に属するものと解する立場では、取締役会が固有の権限と責任において業務執行の実行行為を他人に委任した場合、その者を指揮監督することは取締役会の当然の権限および責任であり、その構成員たる取締役はすべて、その者が行う実行行為について監視義務を負うことになる。⁽²⁹⁾したがって取締役の監視義務は、取締役に上程されていない事項にも当然及ぶのである。

昭和五六年商法改正は、実務の運営上、明示の規定がないことから、等閑視されがちだった取締役会の業務監督権限を明示して、あらためて、この権限が適切に行使されることを促すため、昭和五六年改正前商法二六〇条一項に「取締役ノ職務ノ執行ヲ監督ス」という文言を追加した。⁽³⁰⁾取締役会の業務監督権限の明確化には前述の最高裁判決（最判昭和四八年五月二二日）⁽³¹⁾が大きな影響を与えている。このように取締役会の業務監督権限については明確化したが、昭和五六年商法改正は、取締役会と代表取締役との権限関係に関し、いずれの立場を採るか必ずしも明確ではない。

取締役の職務執行の監督の趣旨を、取締役会の業務執行権とはまったく別個に、その業務監督権に基づくものと解せば、それは取締役会という業務監督機関が、代表取締役または業務担当取締役の固有の権限に基づく行為

について、他律的に監督すべきことを意味し、しかもその内容は消極的な監査にとどまることになる。これに対して、私見のように取締役会の業務執行権を根拠と解すれば、それは取締役会内部における取締役の自律的な監督権限および義務を意味し、しかもその内容は業務執行そのものに積極的に関与しうることになる。⁽³²⁾ 昭和五十六年商法改正は、取締役会の業務監督権を明文の規定で定めたほかに、取締役会の業務監督権を個々の取締役の監視義務を介して具現する手段として各取締役に係る取締役会招集の権限の確保（昭和五十六年改正商法二五九条二項、三項）や監督のための情報提供に資するよう、取締役による取締役会への報告義務（昭和五十六年改正商法二六〇条三項）が新設されたが、それらは私見のような積極的な関与のためのものといえよう。また昭和五十六年商法改正において取締役会の専決事項（昭和五十六年改正商法二六〇条二項）が新設されることにより、裏側から決定権の委任可能性を定めたものといえ、私見を補強するものといえる。

四 指名委員会等設置会社

平成一四年商法改正により委員会等設置会社制度が導入された。導入された当時は、商法特例法上の大会社とみなし大会社のみが定款の定めによって選択できることとしたため、商法特例法上に制度が設けられた。平成一七年会社法においては、株式会社であれば大会社か否かに関係なく選択できるようになると共に名称も委員会設置会社に変更となり、さらに平成二六年会社法改正により指名委員会等設置会社という名称に変更されたが、制度が導入されて以来、内容に大きな変更はない。委員会等設置会社（指名委員会等設置会社）制度は、経営管理機構構築の自由度を拡大して効率的経営を促すために行われた平成一四年商法改正の目玉として新設されたのである。⁽³³⁾ この制度では、取締役会からの執行役に対する業務執行の決定権限の大幅な委任を認めて迅速な決定をす

ることを可能にすると共に、取締役会による業務執行に対する監督機能を大幅に強化するため、指名委員会、監査委員会および報酬委員会が置かれるものとされた⁽³⁴⁾。このように委員会等設置会社においては、執行と監督の分離が重視されており、執行役は会社業務の執行機関である⁽³⁵⁾。

執行役が取締役の決議によって委任を受けた業務執行の決定と業務執行を行い（会社法四一八条）、取締役は原則として業務執行はできない（会社法四一五条）。また代表権は、代表執行役にある（会社法四二〇条一項）。取締役の機能は、監督が中心となるため、取締役会の権限も、原則として、基本事項の決定（会社法四一六条一項）・三委員会の委員の選定監督（会社法四〇〇条二項、四一六条一項二号）・執行役の選任監督（会社法四〇二条二項、四一六条一項二号）等に限定される。三委員会は、三名以上の取締役（過半数は社外取締役）で構成され（会社法四〇〇条一（三項）、監査委員会は、執行役等の職務の執行の監査等を行う（会社法四〇四条二項）。

指名委員会等設置会社における取締役会の権限とそれ以外（監査等委員会設置会社を除く）の取締役会設置会社取締役会の権限とを区別して考えることが可能であるとすると後者は、派生機関説のように理解することもでき、前者すなわち指名委員会等設置会社の場合は、並立機関説に立つ方向が出てくることになるという見解もある⁽³⁶⁾。

指名委員会等設置会社について並立機関説に立てば、業務執行権の決定権を取締役に、実行権を執行役に分属させていると説明することになる。執行役を会社業務の執行機関と説明するのは、まさしくこのような考え方によるものと思われる。このように理解すると、取締役会は業務執行の決定権を有するだけで実行権を有さないことになるから、業務執行権に根拠を有する取締役会の業務監督権は、執行役が固有の権限として有する業務執行の実行行為には及ばないことになり、執行役の業務執行の実行行為に対する監督は、監査委員会による業務監査権だけということになる。指名委員会等設置会社において監査役を置くかわりに、取締役会内部に監査委員会

を置いたのは、業務監査を担当する者が執行役の人事権を持つ取締役会の構成員を兼ねることで人事権を背景とした効率的な監査を実現するためであった。それゆえ執行役の業務執行の実行行為に対して取締役会の監督権限が及ばないとしたら意味のないこととなる。そのような解釈をしたのでは、人事権のない者に有効な監査はできないと批判されてきた監査役制度と同じ轍を踏むことになる。⁽³⁷⁾ しかしながら指名委員会等設置会社の取締役会は主として執行役に対する監督機関の役割を担うことが期待されており、条文の規定(会社法四一六条二項二号)からもそのような解釈はできないところから指名委員会等設置会社を並立機関説から説明するのは難しいといえる。

指名委員会等設置会社においても前述した取締役会と代表取締役との権限分配に関する私見の考え方があてはまるのであって、取締役会が業務執行についての全権限(決定権と実行権)を有するのである。⁽³⁹⁾ 執行役は、代表取締役等(会社法三六三条一項)と同様に業務の執行を行う(会社法四一八条二号)と規定されているが、この規定の意味は、前述したところと同様である。つまり執行役制度は、取締役会が固有に有している業務執行実行権に基づく実行行為者として執行役を指定したにすぎず、執行役に固有に業務執行の実行権が与えられたものではない。すなわち執行役は業務執行機関ではないのであり、会社法三二六条二項に列挙される株式会社機関に執行役が含まれていないのは、そのような理由によるものと解される。⁽⁴⁰⁾ 私見のように考えると取締役会の業務監督権は決定と実行を含めた業務執行の全権限に基づくものとして執行役の業務の実行行為に及んでゆくことは当然の帰結ということとなる。他方、執行役の業務の実行行為に対する監査委員会の業務監督権は、業務執行者から独立した者による監査として取締役会の業務監督権とは異なる存在意義を有することとなる。⁽⁴¹⁾

なお指名委員会等設置会社では、経営と監督とを分離し、前者については主として執行役に担わせるとい見地から会社法四一八条一号は、取締役会から委任された範囲で、執行役が業務執行の決定権限を有する旨を定めているとしながら、取締役会が業務執行の決定を執行役に委任した場合にも、取締役会は依然として業務執行の

すべてについて決定権限を有しているとし（会社法四一六条一項一号）、その理由として取締役会が執行役の解任権（会社法四〇三条一項）を含む監督権限（会社法四一六条一項二号）を有することをあげる見解がある。この見解の前提としては、会社の業務の執行は、対外的な業務執行と対内的な業務執行に分類することができ、対外的な業務執行とは、会社を代理・代表して、第三者との間で取引その他の行為をすることとしている⁽⁴²⁾。この見解は業務の執行と代表権とを混同するものといえ、並立機関説からの説明と思われるが、前述したようにこのような説明には二者が同一事項につき同一権限を有するという矛盾がある。翻って私見によれば執行役は取締役会の委任によって業務の決定権限を有することになるわけではなく、決定権限はあくまでも取締役会のみが有することになるため矛盾なく説明することができる。

以上、業務執行に関する権限分配の見地から指名委員会等設置会社制度を検討してきたが、指名委員会等設置会社は、モニタリング・モデルという機関構成を可能とする株式会社形態であるといわれ、大規模公開会社を念頭においてモニタリング・モデルの視点から取締役会の監督機能を検討するものもある⁽⁴⁴⁾。

五 監査等委員会設置会社

平成二六年会社法改正により監査等委員会設置会社制度が新設された。監査等委員会設置会社制度は、業務執行者に対する監督機能を強化することを目的として、監査をする者が業務執行者の任免を含む取締役会の決議における議決権を有することとすると共に、重複感・負担感をできるだけ避けつつ社外取締役の機能を活用しやすくするために創設された⁽⁴⁵⁾。

監査等委員会設置会社では、平成一七年改正前商法に規定されていた機関設計と同様に代表取締役と代表取締

役以外の取締役であつて、取締役会の決議によつて取締役会設置会社の業務を執行する取締役として選定されたものが業務の執行を行い(会社法三六三条一項)、執行役は置かれぬ。監査役を置くことはできず(会社法三二七条四項)、三名以上の取締役(過半数は社外取締役)から構成される監査等委員会(会社法三三二条六項)が、取締役等の職務の執行の監査等を行うこととされている(会社法三九九条の二第三項一号等)。

この監査等委員会設置会社について並立機関説に立てば、業務執行権の決定権を取締役に、実行権を代表取締役等に分属させていると説明することにならう。このように理解すると、取締役会は業務執行の決定権を有するだけで実行権を有さないことになるから、業務執行権に根拠を有する取締役会の業務監督権は、代表取締役等が固有の権限として有する業務執行の実行行為には及ばぬことになる。代表取締役等の業務執行の実行行為に対する監督は、監査等委員会による業務監督権だけになる。しかしながら監査等委員会設置会社は指名委員会等設置会社と同様にモニタリング・モデルの取締役会を指向する組織であるとされてお⁽⁴⁶⁾り、業務執行者への監督機能を強化するためのものであるから、取締役会は代表取締役等に対する監督機能を担うこととされているため、監査等委員会設置会社を並立機関説から説明するのは難しいといえる。なお指名委員会等設置会社と同様に取締役会が業務執行の決定を取締役に委任した場合であっても取締役会が決定権限を失うわけではなく、取締役会の決定が優先されるとし、その理由として取締役会決議により取締役に対する業務執行の決定の委任を終了させることもできるためとする見解があるが、このような見解⁽⁴⁷⁾に関しては、前述したように矛盾がある。私見によれば取締役会に業務執行の全権限(決定権と実行権)があるので、取締役会が代表取締役等の業務執行の実行行為につき監督権限を有するのは当然の帰結ということになる。

ここで監査等委員会設置会社とは、いかなる統治機構を持った会社なのかという疑問が生じる。まず業務執行の決定の委任の範囲、つまり取締役会の専決事項の範囲からみてみたい。通常取締役会設置会社の場合、取締

役会は、次に掲げる事項その他の重要な業務執行の決定を取締役に委任することができないと規定されている（会社法三六二条四項）。そして指名委員会等設置会社の場合、決議によって、指名委員会等設置会社の業務執行の決定を執行役に委任することができるとした上で、委任できない事項を列挙するという形式をとっている（会社法四一六条四項）。つまり指名委員会等設置会社の場合は、通常の取締役会設置会社よりも広範な範囲で業務執行の決定につき執行役に委任されている。

翻って監査等委員会設置会社の場合は、次に掲げる事項その他の重要な業務執行の決定を取締役に委任することができないと規定されており（会社法三九九条の二三第四項）、通常の取締役会設置会社と表現は同じ（列挙されている事項もほぼ同じ）であるが、次の二項で指名委員会等設置会社において執行役に対する委任が認められているのと同様の範囲で、取締役に業務執行の決定を委任することが可能となる規定がされている（会社法三九九条の二三第五項、第六項）。また指名委員会等設置会社（会社法四一六条一項一号イ）と同様に経営の基本方針が取締役会の決定事項（会社法三九九条の二三第一項一号イ）となっている。

次に監査等委員会についてみてみる。指名委員会等設置会社における指名委員会等の委員は、株主総会で選任された取締役の中から取締役に委員として選定すること（会社法四〇〇条二項）等に鑑みれば、指名委員会等が取締役会の内部機関として位置付けることができる⁽⁴⁶⁾と説明されるのに対し、監査等委員会を構成する取締役（監査等委員）は、他の取締役とは区別して株主総会の決議によって選任することとし（会社法三二九条二項）、報酬等についても区別して定めることとされ（会社法三六一条二項）、他の取締役の任期が一年（会社法三三二条三項）であるのに対し監査等委員である取締役の任期は二年となっているなど（会社法三三二条四項）、取締役会から一定程度独立したものとして位置付けられ、この点において監査役と類似した位置付けと説明される⁽⁴⁶⁾。つまり監査等委員会設置会社は、従来の取締役会設置会社と指名委員会等設置会社の折衷的機関設計であるといえる。

前述したように監査等委員の取締役と他の取締役に付き差異が出てくるものとする、同じ取締役といっても二種類の取締役の存在を法的に認めることとなるため、従来からの考え方のように取締役会の構成員としての取締役の地位を一元的にとらえることができなくなってしまう。むしろこうした又法的な制度を導入してしまうことによって会社法大系が崩れ去ってしまったのではないか危惧される。⁽⁴⁹⁾

現実論としては、メニューとして置くだけの意味があるのか、メニューをいくら取り揃えても利用はどうかという疑問が呈示されている。⁽⁵⁰⁾ 確かに指名委員会等設置会社の場合は、殆ど利用されていない。⁽⁵¹⁾ しかしながら監査等委員会設置会社に関しては、二〇一五年六月二六日現在、移行（または移行予定）を開示した上場会社が一九九社確認されており、その数は増加の一途をたどっている。このような状況が生じているのは、同じく平成二六年会社法改正でとりあげられた社外取締役に關する改正が大きな影響を与えているものと思われる。経済界の猛反対にあい義務化は見送られたが、所定の要件を満たす株式会社においては、社外取締役を置かない場合の理由について開示義務が課せられるようになったのである（会社法三二七条の二）。社外取締役を置くことが相当でない理由は、複数の社外監査役を置いているからでは理由にならないことが省令に例示されている（会社法施行規則七四条の二第三項）。監査等委員である社外取締役が、全員、移行前には社外監査役であった会社が一八〇社中九六社（五三・三％）確認できることから従来の社外監査役が、（監査等委員である）社外取締役に「横すべり」しただけである可能性が指摘されている。⁽⁵²⁾

結局、モニタリング・モデルとしての取締役会を指向しながらも重複感・負担感をできるだけ避けるという実際の解決を図ったために、監査等委員会設置会社は、社外取締役の設置について便宜を図るという点を除いて、明確な理念が欠けたものになってしまっている。⁽⁵³⁾

六 おわりに

取締役会と代表取締役の権限分配の議論から取締役の監視義務の根拠を考え、指名委員会等設置会社および監査等委員会設置会社の問題点を指摘した。今回は、制度の根幹を考えることを主眼としたため、取締役の監視義務に関する具体的な規定を検討することができなかった。また社外取締役の存在が今後重要となつてこようが、その検討もできなかった。次回の課題としたい。

- (1) 酒巻俊雄・龍田節編(川村正幸執筆)『逐条解説会社法第四卷機関・一』(中央経済社、二〇〇八年)四八三頁。江頭教授は、いずれの見解をとるかにより結論が左右される問題があるとは思われなとする。江頭憲治郎『株式会社法(第六版)』(有斐閣、二〇一五年)三七九頁。
- (2) 宮島司「株式会社における「機関権限分配法理」——株主総会における決議事項・決議要件を中心として——」『商法の歴史と論理(倉澤康一郎先生古稀記念)』(新青出版、二〇〇五年)八一七頁。
- (3) 取締役会非設置会社の取締役も含めて取締役の監視義務につき検討するものに、安井威興「株式会社の業務執行機関の権限構造と取締役の監視義務」修道法学二八卷一号(二〇〇五年)三一頁以下、長畑周史「取締役の監視義務の根拠についての再検討」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集四七号(二〇〇七年)一二七頁以下。取締役が独任制の機関であった有限会社(特例有限会社)の取締役の監視義務については、山本爲三郎「有限会社の取締役の監視義務について」法学研究六〇巻一二号(一九八七年)一一一頁以下、宮島司「判批」法学研究六三巻一〇号(一九九〇年)八七頁以下、来住野究「判批」法学研究八六巻一〇号(二〇一三年)七九頁以下。
- (4) 鈴木竹雄・竹内昭夫「会社法(第三版)』(有斐閣、一九九四年)二七六、二八六頁、大浜信泉「取締役と取締役会」『株式会社法講座第三巻』(有斐閣、一九五六年)一〇五五頁、石井照久「会社法上巻」(勁草書房、一九六七年)三〇一頁。

- (5) 倉澤康一郎「取締役の監視義務について」『会社法の論理』(中央経済社、一九七九年) 一八一頁。
- (6) 高島正夫「会社法の諸問題」(増補版)『慶應通信』一九八一年) 三四二、三四三頁。
- (7) 倉澤康一郎『会社判例の基礎』(日本評論社、一九八八年) 一二八、一二九頁。
- (8) 山本爲三郎『会社法の考え方』(第九版)『八千代出版、二〇一五年) 一六二頁。
- (9) 大隅健一郎「改正商法における代表取締役の地位」法学新報五八巻四号(一九五一年) 三二、三三頁、大隅健一郎・大森忠夫「逐條改正会社法解説」(有斐閣、一九五一年) 二六五頁、大隅健一郎・今井宏『会社法論中巻』(第三版)『(有斐閣、一九九二年) 一四六、一四七、二二二、二二三頁、山口幸五郎『会社取締役制度の史的展望』(成文堂、一九八九年) 二六〇頁、土肥一史「取締役会の権限」『改正会社法の研究』(蓮井良憲先生還暦記念)『(法律文化社、一九八四年) 二九六、二九七頁、中島史雄「取締役会の監督機能」『改正会社法の研究』(蓮井良憲先生還暦記念)』(法律文化社、一九八四年) 三〇九頁。
- (10) 宮島司『新会社法エッセンス』(第四版補正版)』(弘文堂、二〇一五年) 二二五頁。
- (11) 高島・前掲註(6) 三四三、三四四頁。
- (12) 津田利治「取締役会の権限を巡る二三の問題」法学研究二六巻三号(一九五三年) 八一―一七頁、清水新「取締役会と代表取締役の關係」『財政経済弘報七一二号』(一九五八年) 八頁、高島・前掲註(6) 三四四頁、高島正夫『新版会社法』(慶應通信、一九九一年) 一六四頁、倉澤・前掲註(5) 一八一、一八二頁、高島正夫編(加藤修執筆)『商法Ⅱ』(会社法)』(法学書院、一九八一年) 一七三頁、宮島・前掲註(10) 二二六頁、並木和夫「取締役会の監督権限」『改正会社法の基本問題』(慶應通信、一九八二年) 一七三頁、山本・前掲註(8) 一六三頁、大賀祥充『現代株式会社法』(全訂第二版)』(成文堂、一九八七年) 一〇九、一一〇頁、安井・前掲註(3) 四八、四九頁、来住野矢「株式会社機関権限の序論的考察」取締役会と代表取締役の権限關係を中心として」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集三五号(一九九四年) 一一頁、長畑・前掲註(3) 一三六頁。
- (13) 落合誠一編(落合誠一執筆)『会社法コンメンタール8機関2』(商事法務、二〇〇九年) 二二三頁。
- (14) 酒卷・龍田(川村)・前掲註(1) 五二九頁。
- (15) 始関正光『Q & A平成一四年改正商法』(商事法務、二〇〇三年) 三二頁。

- (16) 宮島・前掲註(10)二二三頁、山本・前掲註(8)一六三頁。
- (17) 鈴木Ⅱ竹内・前掲註(4)二七六頁。
- (18) 倉澤康一郎『商法の基礎(三訂版)』(税務経理協会、一九九三年)一四五頁。
- (19) 大隅Ⅱ今井・前掲註(9)一八九頁。
- (20) その他、業務担当取締役ないし使用人兼務取締役を加えて三分類としたり、さらに分けて検討される場合もある。
- (21) 菅原菊志「現代株式会社における取締役の地位とその監視義務」『企業法研究創刊十周年記念論文集』(企業法論社、一九六四年)一二一頁、塩田親文Ⅱ吉川義春「取締役の第三者に対する責任」『総合判例研究叢書商法(11)』(有斐閣、一九六八年)四七頁。
- (22) 大阪谷公雄「取締役の責任」『株式会社法講座第三卷』(有斐閣、一九五六年)一一二頁。
- (23) 林善助「取締役の監視義務」商事法務研究一七二号(一九六〇年)二一四頁。
- (24) 山村忠平「取締役の監視義務」企業法研究一二二号(一九六五年)一一頁、本間輝雄「取締役の監視義務」企業法研究一二二号(一九六五年)二〇頁、塩田Ⅱ吉川・前掲註(21)六六頁、竹内昭夫『判例商法Ⅰ』(弘文堂、一九七六年)三〇八頁、込山芳行「取締役の監視義務と取締役会の監督権」富士大学紀要一五巻二号(一九八三年)一二四頁。
- (25) 石山卓磨「代表取締役の業務執行についての取締役の監視義務」『商法の判例と論理(倉澤康一郎教授還暦記念論文集)』(日本評論社、一九九四年)二四四頁。
- (26) 鳥袋鉄男「取締役の監視義務と商法二六六条ノ三」『会社判例百選(第六版)』(有斐閣、一九九八年)一二三頁、中川和男「取締役の監視義務と取締役会の監督権限」『商法の争点(第二版)』(有斐閣、一九八三年)一二二頁。
- (27) 安井・前掲註(3)五三頁。
- (28) 山田純子「取締役の監視義務」『企業の健全性確保と取締役の責任』(有斐閣、一九九七年)一二三頁。
- (29) 倉澤・前掲註(5)一八二頁、倉澤・前掲註(18)一四五頁。
- (30) 元木伸『改正商法逐条解説』(商事法務、一九八一年)一二二頁。
- (31) 酒巻俊雄「業務執行機関の権限」『現代企業法講座第三卷』(東京大学出版会、一九八五年)二七五頁。

- (32) 倉澤・前掲註(18) 一四五頁。
- (33) 森本滋「委員会等設置会社制度の理念と機能―監査委員会と監査役制度の比較を中心に―」『委員会等設置会社・株式制度の理論と実務』(商事法務、二〇〇三年) 一四八頁。
- (34) 前田庸「商法等の一部を改正する法律案要綱の解説(Ⅲ)」商事法務一六二三号(二〇〇二年) 一四、一五頁。
- (35) 近藤光男「志谷匡史『改正株式会社法Ⅱ』(弘文堂、二〇〇二年) 三一四頁。
- (36) 酒巻「龍田(川村)・前掲註(1) 四八五頁。
- (37) 宮島・前掲註(10) 二九二、二九三頁。
- (38) 江頭憲治郎「門口正人編(坂井秀行)小野塚恪執筆」『会社法大系第三卷』(青林書院、二〇〇八年) 三三七頁。
- (39) 安井・前掲註(3) 五六頁、山本・前掲註(8) 一六三頁。
- (40) 伊藤靖史教授は、執行役に関する会社法の規定が株式会社の機関について定める第二編第四章に置かれていることのほか、会社法二九五条三項の「取締役、執行役、取締役会その他の株主総会以外の機関」という文言から、執行役も機関であるとする。岩原紳作編(伊藤靖史執筆)『会社法コンメンタール9』(商事法務、二〇一四年) 六〇、六一頁。
- (41) 宮島・前掲註(10) 二九三頁。
- (42) 奥島孝康「落合誠一」浜田道代編(田中巨執筆)『新基本コンメンタール会社法2』(日本評論社、二〇一〇年) 三〇一、三〇二頁。
- (43) 奥島孝康「落合誠一」浜田道代編(大塚龍児執筆)『新基本コンメンタール会社法2』(日本評論社、二〇一〇年) 二九三頁。
- (44) 川濱昇「取締役会の監督機能」『企業の健全性確保と取締役の責任』(有斐閣、一九九七年) 三頁以下。取締役会が監督機関ないしモニタリング機能を有する機関であることと条文上の齟齬を指摘するものに酒巻俊雄「龍田節編(上村達男執筆)『逐条解説会社法第五卷』(中央経済社、二〇一一年) 一九七頁。
- (45) 坂本三郎「一問一答 平成二六年改正会社法」(商事法務、二〇一四年) 一九頁。
- (46) 鳥山恭一「監査等委員会設置会社」『平成二六年会社法改正の分析と展望』金融・商事判例一四六一号(二〇一

- 五年)二六頁。
- (47) 松元暢子「監査等に関する規律の見直し―監査等委員会設置会社制度の創設を中心に―」『論点詳解 平成二六年改正会社法』(商事法務、二〇一五年)四八頁。
- (48) 坂本・前掲註(45)四八頁。
- (49) 宮島・前掲註(10)二七九、二八〇頁。
- (50) 宮島・前掲註(10)二八〇頁、慶應義塾大学商法研究会「会社法制の見直しに関する中間試案」に対する意見」法学研究八五巻四号(二〇一二年)一〇七頁。
- (51) 二〇一四年七月一四日現在、東京証券取引所に上場されている全三四一四社のうち、指名委員会等設置会社は五七社で、その割合は一・七%である。東京証券取引所「東証上場会社コーポレート・ガバナンス白書二〇一五」一五頁。 <http://www.jpix.co.jp/equities/listing/eg/tvdiv/q0000008jb0-att/whitepaper15.pdf>
- (52) 横山淳「監査等委員会設置会社の現況」(大和総研HP、二〇一五年)四、一一頁。 www.dlr.co.jp/research/report/law-research/commercial/20150729_009972.pdf —なお二〇一五年八月一日現在、監査等委員会設置会社に移行する上場会社は、二〇一社に達している。日本取締役協会「上場企業のコーポレート・ガバナンス調査」九頁。 <http://www.jacd.jp/news/odid/egreport.pdf>
- (53) 江頭・前掲註(1)五七五頁。