

株式会社における使用人兼務取締役に対する規制

—— フランス法を中心として ——

高 橋 衛

- I 問題の所在
- II フランス株式会社における使用人兼務取締役
 - 1 はじめに
 - 2 旧法下の状況
 - 3 現行法の規制の構造
 - ① 雇用契約の先行
 - ② 雇用の実質性
 - ③ 員数制限
 - ④ 新型株式会社の場合
- III 日本法への示唆

I 問題の所在⁽¹⁾

使用人兼務取締役とは、取締役総務部長・取締役営業部長・取締役工場長等取締役であると同時に、会社の使用人としての職制上の地位を有する者をいう。このような使用人兼務取締役は我が国の株式会社において多数存在し⁽²⁾、実務において定着した制度といえる。そして、使用人兼務取締役の存在を認めるのが判例・通説である⁽³⁾。

しかし、取締役会制度の意義を考えた場合、使用人兼務取締役の存在に疑問がないわけではない。

取締役会制度は、昭和25年の商法改正により我が国に導入されたものである。この改正は、企業経営の効率性あるいは合理性を確保するために、株主総会の

権限を縮小し、その反面、経営者に集中することとなった権限の行使を適切・慎重に行わせるため、会社の業務執行権限を3名以上の取締役による合議体の機関である取締役会と代表取締役に移した。そして、業務執行の意思決定機関としての取締役会、業務執行および会社代表機関としての代表取締役という基本構造は現在まで受け継がれており、現行法の制度は、株主により選ばれた取締役による取締役会が、会社を代表して業務の執行にあたる代表取締役を選任するとともに（商法第261条第1項）、会社の業務執行の基本的な内容を決定し、代表取締役その他の取締役の職務の執行を監督することとなっている（商法第260条第1項）。

そして、法は業務執行の意思決定と業務執行の監督という取締役会の二つの機能が十分に発揮される事により、株式会社の適正な経営がなされる事を期待しているといえるが、実際には取締役会は法が予定するようには機能しておらず、会社の業務執行の決定が代表取締役の独断でなされていたり、あるいは取締役会が単に形式的な同意を与えるに留まっており効果的な監督機能が果たされていない点はたびたび指摘されている⁽⁴⁾。このような取締役会の無機能化の大きな原因として、我が国の取締役の多くは使用人兼務取締役等のいわゆる社内取締役であり、社長である代表取締役に従属しており、そのような者たちから成る取締役会では、代表取締役を監督することは實際上不可能である点が挙げられている⁽⁵⁾。

そこで取締役会の監督機能の実効性の確保のためには、取締役の独立性が確保される必要があり、それ故、社外取締役制度の導入が根強く主張されている⁽⁶⁾。

このように、取締役会の機能の確保のための取締役の独立性の確保の観点からは、使用人兼務取締役の存在には問題がある。

他方、使用人兼務取締役の存在が常態化している我が国と異なり、フランスにおいては1966年7月24日の法律（Loi no66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales）によって、使用人兼務取締役を直接に制限しており興味深いといえる。そこで、本稿においては使用人兼務取締役に関して、フランス法の規制を中心として検討することとする⁽⁷⁾。

II フランス株式会社における使用人兼務取締役

1 はじめに

使用人兼務取締役 (administrateur salarié) の存在を認め得るかという問題、換言すれば、株式会社の取締役の地位と使用人の地位の併存を認め得るかという問題はフランスにおいて大いに議論されている。

一方で、功労のある使用人に取締役のポストを与えることは会社経営上好ましく、同様に兼務により小規模会社の運営は容易になる。なぜなら、そのような会社においては、必然的に取締役は、会社の日常的な業務（総務部長、営業部長等）を兼ねる必要が出てくるからである。これらの点は、会社の側からの視点であるが、取締役となる使用人の側からも雇用契約を維持したまま取締役となるほうが好ましい。なぜなら、雇用契約を維持することにより取締役は税法上の恩恵を受けられ、会社が倒産した場合でも、解雇手当、失業保険制度による手当、A. G. S. による給与の支払い保障を受けることができるからである。このように、兼務は使用人の利益であると共に会社の利益となる面がある。他方、兼務を自由に認めると取締役は追加的な報酬や前述のような社会法上の恩恵を受けるために単に名目的な雇用契約を結ぶ恐れがあり、更に、兼務が取締役の任意解任制度の侵害をもたらす恐れがあることも指摘されている⁽⁸⁾。また、取締役会長の指揮命令に服する使用人を兼務する取締役からなる取締役会が、取締役の資格において会長を監督するという矛盾する現象を生じる事となり、使用人兼務取締役の存在は、取締役会制度を形骸化させるものであるとする主張もある⁽⁹⁾。

以上のように、使用人兼務取締役は利点を有すると同時に弊害も有する。そして、そのような利点と弊害を考慮した結果、1966年7月24日の法律（注：以下では1966年会社法とし、また、条文の前に単に法とした場合は同法の条文を表すものとする）は直接の使用人兼務取締役を規制するに至った。すなわち、1966年会社法第93条は、以下のように定めている。

「会社の使用人は、その取締役選任時の少なくとも2年前より雇用契約を結んでおり、かつその職務が実質的雇用に一致しているときに限り、これを取締役に選任することができる。この者はその雇用契約の利益を失わない。本項の

規定に反してなされた選任は、全てこれを無効とする。この選任の無効は、適法に選任されない取締役の加わった決議の無効を生ぜしめるものではない。雇用契約の先行の要件は、会社が取締役の選任時に設立後2年を経過していない場合には要求されない。

雇用契約を締結している取締役の員数は、在任中の取締役の三分の一を超える事ができない。しかしながら、従業員より選ばれた取締役、そして労働者参加株式会社においては、労力協同商事会社の代表者は、この取締役の員数に算入しない。

合併又は分割の場合、雇用契約は、合併当事会社の一方あるいは分割会社と締結されていれば足りる。」

このように、フランスにおいては使用人兼務取締役の存在が認められる場合が法律により厳格に制限されているため、使用人兼務取締役という言葉の意味は非常に限定された内容を持つこととなった。

次に、このような現行法の規制を検討する前に、旧法下の状況を概観する。

2 旧法下の状況

株式会社の設立につきはじめて準則主義を採用した1867年7月24日の法律の下では、使用人兼務取締役は禁止されていなかった。それ故、使用人が取締役となる場合および既に取締役である者が会社と雇用契約を締結する場合のいずれの兼務も可能であった⁽¹⁰⁾。もっとも、裁判所は、二つの地位の兼務が職務の実質的な併存に基づいている事を要求し、任意解任の原則の潜脱等を目的とした詐欺的な雇用を認めないという立場をとっていた⁽¹¹⁾。

その後、取締役会制度を創設した1940年11月16日の法律（1943年3月4日の法律により修正）の第2条第2項は、株式会社の社長、同条4項および5項に規定される特別の授権を受けた取締役、業務執行役員として選ばれた取締役以外の取締役会の構成員は、会社において指揮（direction）の職務をなし得ない旨規定した。このように、単なる取締役は、会社の指揮の職務をなし得ない事となったため、使用人兼務取締役の問題は、指揮の概念を如何に解するかを中心として大いに議論される事となった。

まず、同法第2条第2項における指揮の概念には、雇用契約に基づく局部的指揮（direction technique）⁽¹²⁾も含まれるとする立場では、使用人兼務取締役

は認められないこととなる⁽¹³⁾。しかし、判例は、1940年（1943年）の法律の下でも使用人兼務取締役を認め⁽¹⁴⁾、学説においても、同法第2条第2項における指揮とは会社の機関の職務である全般的指揮（direction générale）を意味し、局部的指揮は含まれないので、使用人兼務取締役は依然として認められると解するのが多数説であった⁽¹⁵⁾。

また、1940年（1943年）の法律の下では、社長が使用人を兼務し得るかということも問題となった。前述の使用人兼務取締役の否定説においては、同法2条2項は、社長が局部的指揮を兼務することは規制していないので、兼務を肯定したが⁽¹⁶⁾、多数説では社長は局部的指揮を兼務し得ないものと解されていた⁽¹⁷⁾。しかし、破産院はこの点につき、多数説とは異なり、社長と局部的指揮の兼務を肯定する立場をとった⁽¹⁸⁾。

このように、社長・取締役のいずれも使用人の地位の兼務は可能であったが、裁判所は兼務を無制限に認めるわけではなく、単に名目的な雇用契約の弊害を考慮して、使用人としての職務が常に実質的なものである事を要求していた⁽¹⁹⁾。

3 現行法の規制の構造

1966年会社法第93条は、それまでの判例上の規制を受け容れつつも、それを更に一歩進めた厳格な規制を為した。

第93条の規制の構造を簡単に述べると、①取締役就任より少なくとも2年以上前から雇用契約が締結されており、かつ、②使用人としての職務が実質的なものである場合にのみ使用人の地位と取締役の地位の兼務は認められるが、③そのような使用人兼務取締役の員数は全取締役の三分之一を超え得ない、ということになる。当初は、使用人兼務取締役の弊害を考え、全面的な禁止も主張された。しかし、使用人兼務取締役を認めた場合の弊害（報酬の二重取り、任意解任の原則の潜脱、取締役会の監督機能の低下）を防止する必要も認められるが、兼務を全面的に禁止すると、取締役が必然的に局部的な職務を負担せざるを得ないような同族的な小規模会社の運営が害される、また、全面的な禁止によりそのような会社の取締役会は名目的な取締役のみにより構成される危険があり、使用人兼務取締役を全面的に禁止するのは行き過ぎであると考えられ、結局、数量的制限という規制が採用された⁽²⁰⁾。

なお、第93条の規制の対象となるのは、株式会社の取締役のみである。すなわち、単なる取締役、取締役会長 (président du conseil d'administration)、および取締役より選ばれた業務執行役員 (directeur général) が対象となる。従って、取締役でない業務執行役員および新型株式会社の運営委員会 (directoire) や監査役会 (conseil de surveillance) の構成員には第93条は適用されず、取締役とは異なる規制を受けることとなる。この点は、④において後述する。また、既に取締役である者が雇用契約を締結する事による業務は禁止されているが、この点は次の①において検討する。

① 雇用契約の先行

兼務が認められるためには、取締役となる少なくとも2年前より当該会社との間で使用人として雇用契約を締結していることが必要である。この要件は、取締役に就任する予定の者が、その就任の直前に雇用契約を締結する事により社会法上の恩恵を受けようとするのを排除し、取締役の任意解任の原則の保持のために規定されている⁽²¹⁾。更に、この要件は、雇用関係の実質性を担保するためのものである⁽²²⁾。

2年の期間の起算点は、雇用契約締結の日である⁽²³⁾。この点、兼務による詐欺的な行為の排除のためには、実際に職務に就いた日を起算点とするほうが妥当ともいえる⁽²⁴⁾。しかし、契約締結によってのみ契約は存在するのであり、起算点は雇用契約締結の日とする考え方が法に一致するものと解されている⁽²⁵⁾。もっとも、雇用契約締結から職務に就くまでの間が不当に長いような場合は、起算点を実際に就いた日と考えることもできよう⁽²⁶⁾。

2年の期間は、取締役となる会社との関係において満たされなければならない。それ故、他の会社における雇用の期間は算入されない⁽²⁷⁾。もっとも、合併の場合は合併当事会社的一方と2年の要件を満たせば足り、会社分割の場合には、分割後の会社の取締役に就任する使用人が分割会社においてこの2年の要件を満たしていれば使用人兼務取締役となり得る(法第93条3項)。また、2年の雇用関係については、前提として雇用契約の相手方である会社は当然に2年以上存続していることを必要とするが、雇用契約の先行の要件は、会社が取締役選任時に、設立後2年を経過していない場合には要求されない(法第93条1項)。

2年の雇用契約の先行の要件が満たされないのに取締役就任した場合には、その取締役の選任は無効である(法第93条1項)。しかし、雇用契約は維持することができる。そして、当該者は、取締役の資格において受け取った報酬を返還しなければならない⁽²⁸⁾。もっとも、この取締役選任の無効は、当該者が参加した取締役会決議の効力には影響しない(法第93条第1項)。

以上の雇用契約の先行と関連して、既に取締役である者が、その職務を維持したまま使用人となる事ができるかという点が疑問となる。明文において禁止する規定が無いことから、そのような兼務も可能であるとする主張もみられるが⁽²⁹⁾、1966年会社法の立法の際に、国民議会等の審議において既に取締役である者は雇用契約を締結し得ない事は明言されており⁽³⁰⁾、また、1966年会社法第107条第1項は、取締役は第93条、第97-1条⁽³¹⁾に規定する場合を除いて、出席手当、特別な委任に基づく特別報酬、会長・業務執行役員の職務に関する報酬以外の報酬は受け取り得ないと定めている。それ故、使用人兼務取締役は、第93条の要件を満たさなければ使用人としての職務に基づく報酬を受け取ることができないのである。以上のことから、既に取締役である者が、使用人を兼務する事は認められないと解されている⁽³²⁾。1966年会社法は、取締役となる使用人の利益となる兼務のみを認め、それに反する兼務を禁止する趣旨であり⁽³³⁾、以上の結論は支持されよう。判例も、1966年会社法第107条を根拠として、取締役は会社と雇用契約を締結する事を禁止している⁽³⁴⁾。この点が、旧法下における規制と大きく異なる。

このように、既に取締役に就任している者が使用人を兼務することはできないが、これに違反して締結された雇用契約をいかに扱うべきかという点は依然として問題となる。まず、取締役が使用人となった場合には、雇用契約は無効となる。この場合、無効となるのは雇用契約のみであり、取締役としての地位は維持し得る⁽³⁵⁾。そして、取締役は使用人として受取った報酬を返還しなければならない⁽³⁶⁾。しかし、取締役は使用人として会社のために遂行した行為に基づく補償金は受け取ることができる⁽³⁷⁾。適切に労務が提供されたのであるならば、取締役は使用人としての職務に対する補償を請求する権利を有するとするのが正当である⁽³⁸⁾。

② 雇用の実質性

雇用契約の先行に加えて、雇用契約に基づく使用人の職務は、実質的な雇用（*emploi effectif*）でなければならない（法第93条第1項）。この要件は、1966年会社法により第93条が置かれる以前から判例により要求されてきたものであり⁽³⁹⁾、使用人の地位と取締役の地位の兼務を認める上で不可欠の要件である。

使用人兼務取締役に対する大きな懸念は取締役の任意解任の原則を潜脱するため、あるいは社会法上の数々の恩恵を享受するために名目的な雇用契約が締結されることであった。それ故、使用人としての職務が実質的であることを要求することにより名目的な雇用を排除し、その限りで使用人兼務取締役を認めようというものである。

実質的雇用として認められるためには、雇用契約が存在して現に使用人としての職務についていることが前提となるが、更に(1)取締役としての職務と使用人としての職務が区別し得ること、および(2)使用人職務の遂行において従属性が存在することが必要である。

(1) 職務の区別

使用人兼務取締役の場合、使用人と取締役という2つの異なる地位において、それぞれの職務が同時に遂行される事が前提となり、実質的雇用であるといえる条件の一つは、使用人としての職務が取締役としての職務と区別し得ることである。そして、取締役や取締役会長の職務の包括性を考えると、使用人としての職務は部分的・専門的な性質を有する事が必要とされ、使用人の職務が部分性・専門性を有さない場合には、業務執行機関の職務と区別し得ず実質的雇用とはいえないとされる⁽⁴⁰⁾。

この職務の区別は、個人的な権限を有さない単に取締役会の構成員である取締役の場合には比較的容易に認められる。判例においても、取締役会の構成員にとどまる取締役と使用人との兼務が問題となることは少ない⁽⁴¹⁾。

他方、会社の指揮機関である取締役会長については、職務の区別を認める場合に困難が生じる。なぜなら、取締役会長は会社の指揮をなすが（法第113条1項）、指揮とは、一般的には、取締役会の決定の執行と日常的な問題に関する固有の業務執行を意味する⁽⁴²⁾。それ故、そのような取締役会長の権限は、使用人としての職務である局所的な指揮を吸収する性格のものであると考えられ、判例もこれについては厳格な態度を示す⁽⁴³⁾。もっとも、取締役会長の権限が内部

的に制限されていれば職務の区別が容易になり得るが、取締役会長から指揮の権限を完全に奪うことはできないので⁽⁴⁴⁾、取締役会長と使用人の兼務が認められるためには、使用人としての職務が非常に高度の専門性を有することが必要となる⁽⁴⁵⁾。また、業務執行役員の場合に、その権限は取締役会により授権されている（法第117条）。その授権の範囲が限定されている場合は、業務執行役員の職務と使用人としての職務を区別することは容易である。しかし、授権された権限が全般的指揮の権限である場合、使用人としての局部的職務は全般的指揮に吸収され、両者を区別するのが困難となることは取締役会長と同様である⁽⁴⁶⁾。

職務の区別の判断に際しては、以上の権限の基準に加えて、会社の規模⁽⁴⁷⁾、使用人としての雇用期間の長さ⁽⁴⁸⁾、使用人職務に対する給与の額⁽⁴⁹⁾なども考慮される。

(2) 従属性の存在

取締役としての職務と使用人としての職務の区別に加えて、実質的雇用といえるためには更に従属関係（lien de subordination）の存在が必要である⁽⁵⁰⁾。

使用人の地位の定義において、この従属性の概念は不可欠の要素であり⁽⁵¹⁾、実質的雇用の存在は、取締役が使用人としての職務の遂行において、会社に対して従属性を有することにより認められることとなる⁽⁵²⁾。そして会社の指揮者（取締役・取締役会長・業務執行役員）の地位を占める者についてこの従属性の概念を検討する場合、従属関係の基準をどこに求めるかが問題となる。

まず労働法に固有の従属性の概念を基準とした場合、そこでは使用人としての職務の遂行における指揮と監督の存在が問題となる⁽⁵³⁾。この労働法における従属関係の概念は「法的」従属概念（La notion de subordination juridique）と呼ばれる。使用人兼務取締役が使用人としての職務の遂行においてそのような従属関係にあるということは、会社の他の機関が、その使用人としての職務の遂行のために命令を与えるということである⁽⁵⁴⁾。そのような状況は、取締役会の構成員にすぎない取締役に関しては容易に認められよう⁽⁵⁵⁾。

しかし、取締役会長や取締役である業務執行役員の場合には問題である。取締役会長は、第三者との関係において、会社を代表する法的権限を有しており、

自己の責任において、会社の全般的指揮を確保する（法第113条）。そこでは、取締役会長は、企業の首長（chef d'entreprise）としての役割を果たし、いわば使用者であって「法的」従属関係は認められない。それ故、取締役会長は、会長としての職務と同時に雇用契約を維持する事は不可能と思われる⁽⁵⁶⁾。また、取締役である業務執行役員の場合にも、対外的に会長と同様の権限を有し（法第117条2項）、会長と同様に、使用者としての役割を果たす⁽⁵⁷⁾。その職務の遂行において完全な独立性を有する業務執行役員となった使用人は、使用人としての職務の遂行においては、もはや労働法において雇用契約を特長付ける「法的」従属関係には置かれない。

以上で述べたことは、「法的」従属性という概念に基づいた結論であるが、学説は、会社法の観点からみた従属概念を基準とすることにより、会社の指揮機関（取締役会長・業務執行役員）としての職務と使用人としての職務の兼務が理論的には認め得るとする。この会社法上の従属関係は、「心理的」従属概念（la notion de subordination psychologique）と呼ばれる。この考えは、「法的」従属性が拠り所とした使用人としての職務の遂行における命令・監督の存在ではなく、会社指揮者が他の会社機関により受ける監督の有無に立脚する⁽⁵⁸⁾。そして解任による指揮者としての地位の喪失の可能性や職務遂行上の不適切な行為に対する責任の存在が、心理的に従属した状態を生み出すとする⁽⁵⁹⁾。取締役会長や業務執行役員、単なる取締役も、何時でも解任され得る。使用人としての活動が現実になされており、その職務の内容が指揮者としての職務と区別し得るのであれば、兼務の維持を容認し得る。指揮者は、たとえ「法的」従属概念が言うところの命令を受けずとも従属状態に置かれているのであり、それ故、取締役会長・取締役である業務執行役員と使用人との地位の兼務を一般的に両立し得ないものとは考えられない⁽⁶⁰⁾。

取締役就任前の雇用契約が実質的なものではなかった場合には、その取締役就任は無効であること、また、その無効が取締役会の決議に影響を及ぼさないことは、雇用契約の先行の要件の違反の場合と同様である。この無効は、会社法が特に定めた制裁であるが、一般法上の制裁（名目的な雇用契約の無効あるいは不存在）を否定するものではない⁽⁶¹⁾。

しかし、取締役としての職務と使用人としての職務の一体化により取締役に

就任したときに雇用契約が実質性を失ったときは、第93条は適用されないと考えられる⁽⁶²⁾。そして、判例は、このような場合には雇用契約はその取締役就任時よりもはや存在しないとする⁽⁶³⁾。同様の状況において、雇用契約は有効なままであるが、取締役としての地位にある間はその雇用契約は停止 (suspension) しているとする判例もあるが、学説から非難されており、雇用契約は消滅するとするのが多くの判例であり多数説である⁽⁶⁴⁾。

③ 員数制限

1966年会社法第93条第2項は、その前文において「会社と雇用契約を締結している取締役の員数は、在任中の取締役の三分の一を超えることはできない」と規定する。このような制限は、使用人兼務取締役の弊害を考慮し、前述の要件（雇用契約の先行・実質的雇用）を満たしたとしても、その員数を無制限には認め得ないという立場の表明であり⁽⁶⁵⁾、使用人としての職務が実質的なものであり、名目的な雇用契約ではないとしても、本項に定める割合を超える使用人兼務取締役は、その存在を否定されることとなる。

第93条全体の構造は、兼務の利点と弊害を考慮して、使用人兼務取締役を一定の制限の下で認めようとするものであるが、第1項で課せられる制限は、名目的な雇用を排除することで、取締役の任意解任制度の侵害、報酬の二重取り、不法な社会法上の恩恵の享受等を排除しようというものであった。他方、使用人兼務取締役の員数を制限する第2項の目的は、取締役会の監督機能の確保にある。

すなわち、監督機関は、監督される者から独立している必要があるが、使用人兼務取締役は、取締役として取締役会長を監督しつつ、同時に使用人として取締役会長の指揮・命令に服する。そして、そのような取締役が多数を占める取締役会は、会長に従属することとなり、会長に対する取締役会の監督機能は形骸化してしまう⁽⁶⁶⁾。それ故、員数制限の目的は、取締役会長が、その会長に従属する使用人が多数を占める機関により選任され、監督され、解任されることを避けることで、株式会社の機関の階序性の原則を尊重するためのものであり、取締役会と会長の利益の衝突の場合に生じる権限（経営管理と指揮）の法的区分に対する悪影響を除去するためのものである⁽⁶⁷⁾。

更に、この員数制限の原則は、取締役会に、会社で継続的に活動する使用人

とは別の見方や新しい考え方を提示し得る外部の人間に取締役会の三分の二の席を確保するためのものでもある⁽⁶⁸⁾。

取締役会の員数の上限は12名である（法第89条第1項）ので、1社につき第93条により認められる使用人兼務取締役の員数の上限は4名である。また、上場会社においては、最高15名の取締役が認められる（同条同項）ので、使用人兼務取締役は5名まで認められる。この取締役会の員数の算定には、取締役会長や取締役である業務執行役員はもちろん法人取締役も含まれる⁽⁶⁹⁾。なお、前述のように、任意の制度ではあるが従業員の取締役会への参加が認められている。この制度を採用する会社においては、従業員中から従業員により選ばれた取締役が、取締役の総数の三分の一の割合まで認められることになる（法第97-1条）。それ故、この制度を採択する会社においては取締役は、最高16名（上場会社においては20名）まで認められることとなるが、第93条の使用人兼務取締役の算定における取締役の総数には従業員より選ばれた取締役は含まれないので（法第93条第2項）、この制度を採用する会社においても許容される使用人兼務取締役の員数の最高限は4名（上場会社は5名）である。

三分の一の算定に関して、例えば、6名からなる取締役会の場合、使用人兼務取締役は2名迄認められることになり、取締役が3名の場合は1人しか使用人兼務取締役は認められない。取締役の総数が3で割り切れない場合、例えば5名あるいは8名の場合、三分の一を超えない範囲における整数を基準としなければならない⁽⁷⁰⁾。それ故、使用人兼務取締役の員数は、前者の場合1名、後者の場合2名まで認められる。使用人兼務取締役以外の取締役の辞職または死亡により、使用人兼務取締役の員数が全体の三分の一を超える場合も生じ得る。その場合は、使用人を兼務しない取締役の選任や使用人兼務取締役の辞職等の措置によって、違法な状況を迅速に適正化するように努めなければならない⁽⁷¹⁾。

なお、使用人兼務取締役の員数制限に関して問題となるのは、取締役会長及び取締役である業務執行役員の取り扱いである。会社法においては取締役会長や取締役である業務執行役員は、何時でも解任可能な株式会社の機関であり、使用人ではない。しかし、税法あるいは社会保障制度上はそれらの者は使用人と同じに扱われる⁽⁷²⁾。それ故、取締役会長や取締役である業務執行役員は使用人と同様に扱われる必要はないか、すなわち、三分の一の算定においては常に

そこに含めなければならないのではないかという疑問も生じた⁽⁷³⁾。しかし、取締役会長や取締役である業務執行役員の地位は、それ自体は雇用契約に基づく地位ではないし、税法・社会保障制度による恩恵も雇用契約によりもたらされるものではない⁽⁷⁴⁾。それ故三分の一の算定からは除外されることになる。

しかし、以上のことは取締役会長や取締役である業務執行役員が雇用契約を締結していない場合であり、取締役会長や取締役である業務執行役員が雇用契約を締結しているときは妥当しない⁽⁷⁵⁾。この点に関して、1969年に議会において Dailyly により1966年会社法第93条第2項の修正の提案がなされた。その提案は、「取締役会長以外の、会社と雇用契約を締結している取締役の員数は、在職取締役の人数の三分の一を超え得ない」と、第93条第2項を改正しようというものであり、取締役会長を、第93条第2項における取締役の人数の算定において全く別個に扱おうということを提案するものであった。上記の改正案は、取締役会長が雇用契約を締結していない場合には妥当するが、これまで述べたように使用人の地位と取締役会長の地位の兼務も認められている以上、あらゆる場合に取締役会長を他の取締役と別個に扱うことは非論理的と言わざるを得ない⁽⁷⁶⁾。結局、その提案は退けられ、現行法が維持された⁽⁷⁷⁾。それ故、取締役会長や取締役である業務執行役員は、雇用契約を締結していない限りにおいて、第93条第2項の三分の一の算定から除かれる⁽⁷⁸⁾。

この算定の例外は、前述の従業員選出取締役に加えて、労働者参加株式会社 (Les sociétés anonymes à participation ouvrière) の場合である (法第93条第2項)⁽⁷⁹⁾。

なお、この使用人兼務取締役の員数制限が小規模同族会社にとって非常に負担となっていることを理由として、この制度に批判的な者もある⁽⁸⁰⁾。しかし、この員数制限の適用により小規模の会社が直面する困難は、そのような性格の会社が株式会社形態をとることが不適當であることを示すにすぎない。株式会社形態は、限られた数の個人によっては充足され得ない多くの資本を必要とする大規模な会社に適した形態であり、本条の適用において小規模な会社が直面する困難に対する措置は、有限会社などの、会社形態に同族的な性格を与える他の会社形態をとることによりなされるべきであると反論されよう⁽⁸¹⁾。

最後に、この員数制限に反した場合の制裁について述べる。第93条第2項の違反、すなわち、使用人兼務取締役の員数制限に違反した場合の効果に関して

は明文規定は存しない⁽⁸²⁾。しかし、第93条第2項は強行規定であり、1966年会社法第360条により、取締役の選任は無効となる⁽⁸³⁾。もともと、使用人としての地位には影響を及ぼさない⁽⁸⁴⁾。また、この無効が当該取締役が参加した取締役会決議に影響を与えないことに関しては第93条第1項の場合と同様に解される⁽⁸⁵⁾。

④ 新型株式会社の場合

1966年会社法は、周知のように従来の取締役会制度を有する株式会社に加え、ドイツ型の新型株式会社を創設した。そして、これまで検討した1966年会社法第93条は旧型株式会社の取締役を規制対象としているので、新型の株式会社の機関の構成員の地位と使用人の地位の兼務はいかなる規制を受けるのかが問題となる。

新型株式会社においては、会社の業務執行とその監督は明確に分離され、前者は運営委員会に、後者は監査役に委ねられている。

運営委員会の構成員に関しては、基本的に兼務は自由になし得る⁽⁸⁶⁾。それ故、運営委員会の構成員となった者は雇用契約を締結する事ができるし、員数制限に服する事もない⁽⁸⁷⁾。そして、唯一の制限は雇用契約を詐欺的な目的に利用することを避けるための雇用の実質性の要求である⁽⁸⁸⁾。また、運営委員会の構成員が会社と雇用契約を締結する場合は、法第143条以下の利益相反取引に関する規制を遵守する必要がある⁽⁸⁹⁾。

他方、監査役会の構成員は使用人の地位を兼務し得ない⁽⁹⁰⁾。

このように、運営委員会員に関しては、雇用の実質性の存在および法第143条以下の手続の遵守が要求される以外は使用人の兼務が自由であるのに、監査役会員に関しては兼務が禁止されるのは、使用人の従属的地位が監査役会の監督の実効性を失わせ、監査役会を無機能化させるからである⁽⁹¹⁾。

業務執行機関である運営委員会に関しては兼務をほぼ自由に認め、監督機関である監査役会に樂しては兼務を禁止する新型株式会社における規制は、会社の経営管理をなすと共に取締役会長の指揮を監督する取締役会について、使用人兼務取締役の存在を一定数に制限する第93条の論理をより明確なものとしよう。

III 日本法への示唆

以上、取締役会の独立性の確保の観点から、フランスにおける使用人兼務取締役の問題について検討した。そして、フランス的な規制は、使用人兼務取締役の利点と弊害の配慮の下で生まれたことを指摘した。

他方、使用人兼務取締役に関し我が国においては、立法による規制の検討の対象となった事もあるものの⁽⁹²⁾、商法上はこれを直接に規制する規定は見当たらない。

しかし、学説においては現行法の解釈としても、使用人兼務取締役を全面的に禁止すべきであるとする意見も存在する。すなわち、使用人兼務取締役は、一方において取締役会の一員として代表取締役の業務執行を監督する立場にあると同時に、他方においては使用人として代表取締役の指揮命令に服しなければならない立場にあり、このような者の存在を許しては、取締役会の監督機関としての機能は全く骨抜きとなるといわざるを得ず、取締役の使用人兼務を禁止する規定を置かなかつた事は立法上の不備であるとし、たとえ禁止規定がなくとも、解釈上当然に使用人兼務取締役の存在は否定されるべきであるとする見解がある⁽⁹³⁾。

また、使用人兼務取締役ということは理論的には委任関係と雇用関係が併存しており、そのように主人であると同時にその従者であるということは論理的に問題があるとする見解もある⁽⁹⁴⁾。

しかし、最高裁は、使用人兼務取締役の報酬が問題となった事例において、「代表取締役以外の通常取締役が当該会社の使用人を兼ねることが会社の機関の本質に反し許されないということもできない、とした原審の判断もまた、正当として是認することができ」として、使用人兼務取締役の存在を肯定しており⁽⁹⁵⁾、そして、学説も使用人兼務取締役を肯定するのが通説である⁽⁹⁶⁾。その理由は、監査役に関しては商法上使用人兼務が禁止されているが（商法第276条）、取締役に關してはこのような禁止規定がないので、第276条の反対解釈として取締役の使用人兼務は許されているものとし、また、高級使用人として会社の業務に精通した者がその地位を保持しつつ取締役会に参加することができる。あるいは使用人兼務取締役は、我が国特有の良き経営慣行であり、会社内での意思疎通の利点があるという使用人兼務取締役の会社運営の円滑化という

社会的有用性も強調されている⁽⁹⁷⁾。また、否定論のうちの前者に対しては、会社の経営管理について使用人兼務取締役が社長の指揮命令下にあるという事は、使用人を兼務しない取締役がいわゆる業務担当取締役等の取締役に關しても当てはまることであり、使用人兼務取締役に固有の事柄ではないとし、また後者に対しては、高級使用人の地位は、単なる雇用関係ではなく委任的要素が含まれており、高級使用人としての地位を維持したまま取締役の地位にあるとしても法律的に矛盾するものではなく、使用人としての雇用契約の委任契約要素が一層強まるにすぎないと反論されている⁽⁹⁸⁾。更に、使用人兼務取締役に禁止する動きには、実情においてこの制度に依存する経済界の側で強い拒絶反応がある⁽⁹⁹⁾。

これらの肯定説・否定説に加え、使用人兼務取締役の選任は、代表取締役の指揮に服すべき使用人の地位を、その代表取締役に対する監督機関である取締役会の構成員が兼ねることであり、監査役の使用人兼務取締役の趣旨に鑑み、少なくとも取締役会の過半数者の選任は不適法とすべきとする、折衷説ともいえる見解も存在する⁽¹⁰⁰⁾。

以上、我が国における問題状況を簡単に述べたが、否定説の言うような現行法の解釈として使用人兼務取締役は禁止されるというのは行き過ぎであろうし、また、使用人兼務取締役の存在が会社運営上利点を有する事は肯定説の指摘する通りである。しかし、同時に使用人兼務取締役が取締役会の形骸化の一因でもあることは疑いないと思われる⁽¹⁰¹⁾。取締役会の制度趣旨からは、本来、取締役会の構成員としての取締役の間に指揮命令関係があってはならないはずである⁽¹⁰²⁾。そして、たとえ経営の効率化の要請からは業務の執行に関する明確な指揮命令系統の確立が望まれるとしても、そのために取締役会の機能が弱体化されるとすればその方が問題であるといえる⁽¹⁰³⁾。

この点で、使用人兼務取締役に全面的に禁止するのではなく、使用人兼務取締役の利点を考慮しながらも、取締役会の監督的機能の実効性を確保するために使用人兼務取締役の員数に一定の制限を加えるフランスの規制のあり方は興味深いといえよう。もっとも、我が国とフランスの社会的背景の違いや企業経営者のとらえ方の違いも考慮する必要がある⁽¹⁰⁴⁾。しかし、業務監査機関でもある取締役会に従属的地位におかれる者が存在することの不都合とそれに対する規制という方向性はわが国にも妥当するであろうし、それ故、監査の公正さ確

保のための監査役の使用人兼務の禁止の趣旨は、取締役会に関しても合理性を持ち得ると思われる⁽¹⁰⁵⁾。

もっとも、取締役会の業務監査機能に重点をおき、取締役会の独立性を確保しようというのであれば、社外取締役の積極的な導入も考えられる。しかしながら、社外取締役の導入により取締役会の独立性を確保し、ひいては会社の業務執行の適正化を確保しようというのであれば、取締役会の過半数あるいは半数に近い社外取締役を導入する必要があるが、それらの者には同時に一定の識見が要求されることとなろうが、社外取締役に適する人材を多数見出すことは容易ではなかろう⁽¹⁰⁶⁾。また、社内取締役のポストを制限する事で、会社の使用人から取締役になる可能性を減少させることは、使用人の勤労意欲を減少させる恐れがある⁽¹⁰⁷⁾。それ故、我が国において、社外取締役の導入を法的に規定する事は、困難であると同時に強い抵抗をとまなうであろう。この点、社内取締役中の使用人兼務取締役を一定割合に制限するというやり方は、社外取締役の強制的導入に比べ、一般的な合意は得られやすいのではないかと考える⁽¹⁰⁸⁾。

従って、業務執行の意思決定に会社の業務に精通した者が参加することや、経営上の意思の疎通が図れるといった使用人兼務取締役の利点、会社の使用人の期待利益を考慮したうえで、使用人としての職務に従事するという点で明確に従属的地位におかれる取締役を全面的に禁止するのではなく、一定割合に制限する事は、取締役会の実質的機能の確保のための取締役会の構成に関する一つの枠付けとして利益があると考えられる。

注

- (1) 本稿においては取締役会の機能強化のための制度的保障という観点から使用人兼務取締役の問題を検討するため報酬問題は扱わないこととする。
- (2) この点の資料として、田代有嗣-佐藤鉄雄『使用人兼務取締役の法律と実務』別冊商事法務70号154頁（商事法務研究会，1984）参照。
- (3) 使用人兼務取締役に関するわが国の判例・学説についてはIIIにおいて検討する。
- (4) 神崎克郎『取締役制度論』3頁（中央経済社，1981），前田重行「会社の運営機構」『基本法学7-企業』114頁（岩波書店，1983）。
- (5) この点を指摘する文献は多いが、例えば、上田明信「株式会社の機関」法律時報28巻6号16頁（1950），近藤光男「取締役の責任とその救済-経

営上の過失をめぐって－(四・完)』法学協会雑誌99巻12号7頁(1982)、渋谷光子「取締役会」ジュリスト686号51頁(1979)、田中誠二「機関改正試案の中心的問題点－取締役会の監査機能の微弱を補う改善策－」商事法務845号154頁(1979)。

- (6) 堀口亘『新版注釈会社法(6)』91頁〔上柳克郎ほか編〕(有斐閣, 1987)、鈴木竹雄『新版会社法(全訂第三版)』178頁注(3)(弘文堂, 1991)。
- (7) 同様の問題を扱ったものとして、奥島孝康「フランスにおける使用人兼務取締役の制限－サラリーマン重役制のすすめ－」商事法務917号341頁以下(1981)がある。
- (8) 使用人兼務取締役という形態は実務上古くから存在していたが、その原因は、取締役の解任制度に密接に関連する。すなわち、「取締役は何時でも通常総会により解任し得る」(法第90条2項)。そして、取締役を解任するにあたっては正当事由を示す事も、解任の予告をなす事も必要とされておらず、また、解任による損害賠償も認められない(Guyon (Yves), *Droit des affaires*, 6^eéd., t. I, 1990, no328.)。これは、取締役の任意解任の原則 (revocation ad nutum) と呼ばれ、フランス会社法における大原則の一つであり、公序則である (Chartier (Yves), *La gestion et le contrôle des sociétés anonymes dans la jurisprudence*, 1978, p239.)。このような任意解任の原則に由来する地位の恒常的な不安定さから取締役を保護するために、実務においては、取締役の地位に雇用契約による使用人の地位を付加する事が勧められた (Piederievre (Bernard), *Le cumul d'un mandat social et d'un contrat de louages de services dans les sociétés anonymes après loi du 24 juillet 1966*, J. C. P., 1968, I, 2205, nol.; Gibilira (Deen), *L'administrateur salarié d'une société anonyme*, *Rev. jurisp. com.*, 1989, p337.)。すなわち、使用人兼務取締役は、取締役が労働法上の保護を受ける事で自己の地位を強化するための法技術として生まれたといえる。
- (9) 以上の使用人兼務取締役の利点および弊害については、Merle (Philippe), *Droit commercial, sociétés commerciales*, 2^eéd, 1990, no389, p314.; Petit (Bruno), *La suspension du contrat de travail des dirigeants de société anonyme*, *Rev. trim. dr.* 1981, pp. 29 et s., no2.
- (10) Germain (Michel), *ADMINISTRATION, Statut des administrateurs*, *Juris-Classur des sociétés*, Fasc. 130-3 (1981), no83.
- (11) Petit, op. cit. no3.; Hémard (Jean), Terré (Francois) et Mabilat (Pierre), *Les sociétés commerciales*, t. I, 1972, no833.
- (12) この局部的指揮とは、営業部長、財務部長、総務部長等の会社の高級使用人により営まれる職務を表わし、後述の会社の機関の職務である全般的指揮とは異なる (Escarra (Jean), Escarra (Edouard) et Rault

- (Jean), *Traité théorique et pratique de droit commercial, les sociétés commerciales*, t. 4, société par action, 1959, pp. 233 et s.)。
- (13) Lagard (Gaston), *Commentaire de la loi du 16 novembre 1940*, S. 1941, II, 656.; Michel (Jean), *La loi du 4 mars 1943 relative aux sociétés par actions*, *Gaz. Pal.*, 1943, I, Doctr. p39.
- (14) Paris, 25 juin. 1947, J. C. P. 1948, II, 4110, note Bastian.; Paris, 8 fevr. 1965, J. C. P. 1965, II, 14398.
- (15) Delmas, *Direction general et direction technique dans la société anonymes*, *Rev. trim. dr. com.* 1963, p768.
- (16) Lagard, *ibid.*
- (17) なぜなら、同一人が同時に「法的に高度の地位と契約上従属する地位」を有し得ないと考えられたからである (Ripert (Georges), note sous *Cass. civ. sect. soc.* 13 avr. 1945, D. 1946, p. 65.)。なお、旧法下における株式会社の社長と局部的指揮の兼務について、松元 (堀口) 亘「フランスにおける株式会社の社長 (Président-directeur général) について」一橋大学創立80周年記念論集) 下) 14頁 (1955)。
- (18) *Cass. com.* 25 fev. 1957, D., 1958, I, note Ripert.; J. C. P., 1957, 2, 10019, no te Batsdan.
- (19) Hamiaut (Marcel), *La réforme des sociétés commerciales*, II, *Les sociétés par action*, 1966, p64.
- (20) Hémard, Terré et Mabilat, *op. cit.* no838.
- (21) Merle, *op. cit.* no389 (p315).
- (22) Gibilira, *op. cit.* p347.
- (23) Germain, *op. cit.* no90.
- (24) そのような考え方に好意的な立場として、Gourlay (Pierre-Gilles), *Le conseil d'administration de la société anonyme* (1971), no184.
- (25) *Rép. min* no 3716, J. O. déb. Ass. nat. 23 sep. 1978.
- (26) Gibilira, *op. cit.* p348.
- (27) *Rép. min.* no47669, J. O. déb. Ass. nat. 2 juill. 1984, p3070. その理由は、雇用契約の先行の要件が、取締役となる会社において既に一定期間以上業務に携わっており、その結果、当該会社の業務に関して豊富な知識を有する者が会社の経営に参加する事の利点を考えたものでもあるからである (Gibilira, *op. cit.* p348.)。
- (28) Germain, *op. cit.* no97.; Hémard, Terré et Mabilat. *op. cit.* no843.
- (29) Paillusseau (Jean), *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, 1967, p229; Champaud (Claud), *La situation personnelle des dirigeants des société de famille*, dans *Melanges de Bastian*, I, 1974, p49.
- (30) Piedelievre, *op. cit.* no6. また、政府案の段階では「既に取り締役であ

る者と会社との間で締結される雇用契約は、会計検査役の報告の後、株主総会の承認に服す」という条文が存在したが、議会の審議において削除された (Hémard, Terré et Mabilat, op. cit.no839.)。

- (31) 本条は従業員の経営参加に関する1986年のオルドナンス (Ord. no 86-1135 du 21 oct. 1986) により1966年会社法に設けられた規定であり、従業員より選ばれた取締役 (les administrateurs élus par les salariés) に関する規定である。なお、フランスにおける従業員選出取締役に関して、井上明「各国会社法の動向4 フランス」〔田中誠二監修〕『商法・有限会社法改正法の研究』金融・商事判例増刊号856号180頁以下 (経済法令研究会, 1990) 参照。
- (32) Guyon, op. cit. no321, p319.; Merle, op. cit. no389, p315.; Germain. op. cit.nos133 et s.
- (33) Daigre (Jean-Jacque), Réflexions sur le statut individuel des dirigeants de sociétés anonymes, Rev. soc. 1981, pp497 et s.; Germain, op. cit. no 84.
- (34) 1974年7月7日の破毀院判決 (Cass. soc. 7 juin. 1974, Rev, soc, 1975 91 note Chartier, Rev, trim, dr, com, 1975 observ, Houin) は、原審が認定した事実 (Partene は、Club de Valbonne 株式会社の取締役に1967年3月30日に就任したが、その後1968年12月15日に会社と雇用契約を締結し技術部長も兼ねていた) においては、そのような雇用契約は、1966年会社法の強行規定に反するとしている。その後も判例は、「雇用契約は、会社と取締役との間では締結し得ない」としている (Cass. soc. 7 et 21 nov. 1974, Rev. trim. dr. com. 1975, 543 obs. Houin.; Cass. soc. 17 nov. 1976, J. C. P. 1977, 2, 18672, note Chartier.; Paris 5 mars 1991 Rev. soc. 1991, p354.)。
- (35) Germain, op. cit. no137.
- (36) Ibid.
- (37) Rép. min. no15190; J. O. déb. Ass nat. 27 fev. 1971, p542; Rev. soc. 1971, 240.
- (38) Sayag (Alain), Mandat social et contrat de travail: attraites, lilmites et fictions, Rev. soc. 1981, pp. 1 et s., no28.
- (39) 前述II - 2 参照。
- (40) Mansuy (Francine), La notion d'emploi effectif et ses conséquences sur le maintien du contrat de travail des dirigeants sociaux, Rev. soc. 1987, pp. 1 et s., no7.
- (41) Mansuy , op. cit, noll.
- (42) Guyon, op. cit. no343. なお、山口幸五郎「フランス会社法における取締役制度の歴史と展望 - 指揮と管理の分化 -」『会社取締役制度の史的展望』113頁以下 (成分堂, 1989)。

- (43) Mansuy, op. cit. no13. 破産院も、雇用契約に基づく権限が取締役会長として有する権限と異なる場合、その雇用契約は名目的なものにすぎないとする (Cass. soc. 22 nov. 1972, Rev. soc. 1973, p655)。
- (44) Merle, op. cit. no426.
- (45) Gibilira, op. cit. p343.
- (46) Mansuy, op. cit. no17.
- (47) 規模の小さい会社においては、両者の区別は困難となる (Gibirila, ibid.)。
- (48) 取締役就任前の雇用期間の長さは、雇用契約の実質性の判断において重要な基準となる (Mansuy, op. cit. no23)。
- (49) 使用人の報酬であるから、それは通常の使用人の報酬を考慮して合理的な額であることを要し、報酬の額が過度であることは報酬を取締役の職務に対するものとして受取っていることを推定させ、それ故、使用人としての職務が存在しないことが結論付けられることになる (Mansuy, op. cit. no 27)。
- (50) 実際、会社が倒産したような場合、雇用契約を無効とすることで、指揮者に対する失業手当の支給を拒むために、ASSEDIC が拠り所としたのが、この従属性の概念であった (Gibirila, op. cit. p345)。
- (51) 雇用契約は「報酬と引き替えに置かれる従属的地位において、自己の行動が、他の者の指示に服することとなる契約」と定義される (Gibirila, op. cit. p344)。「法的」従属関係は、雇用契約を委任契約等の他の契約と区別する一つの基準であり、それ故、使用人の資格を有する取締役が、従属関係により会社と結ばれていることが重要となる (Mansuy, op. cit. no 29)。
- (52) Rép. min. no13037, Rev. soc. 1980, p588.; Germain, op. cit. no107.
- (53) Gibirila, op. cit. p345.
- (54) Mansuy, op. cit. no33.
- (55) Gibirila, ibid.
- (56) Ibid.
- (57) Ibid.
- (58) Mansuy, op. cit. no30 は、会社の全般的指揮の権限を個人的に行使する者を含めたすべての会社指揮者は、他の機関により監督される (そしてその具体的手段として解任される) が故に、単独では会社を運営できないとする。
- (59) Ibid.
- (60) Gibirila, op.cit. p347.
- (61) Sayag, op. cit. no26.
- (62) Germain, op. cit. no110.
- (63) Cass. com. 16 oct. 1980, Rev. soc. 1981 p88.

- (64) Germain, *ibid.*
- (65) この使用人兼務取締役の員数制限に対しては、「労働者参加」の観点から批判がなされている。しかし、現在においては任意の制度ではあるが取締役会への労働者参加は制度的に保障されている。井上明・前掲(3)参照。
- (66) Petit, *op. cit.* no2.
- (67) Gibillira, *op. cit.* p349.
- (68) Piedelievre, *op. cit.* no8.
- (69) Gibillira, *ibid.*
- (70) Rép. min. no11082 J. O. déb. Senat 7 mars p85 (J. C. P. 1972, IV, 125).; Hémar, Terré et Mabilat, *op. cit.* no844.
- (71) Germain, *op. cit.* no119.
- (72) Merle, *op. cit.* no420.
- (73) Germain, *op. cit.* no118.
- (74) Rép. min. no 7884, J. O. déb. Senat 29 nov. 1968, p1507 (Rev. trim. dr. com. 1968, p367 observ. Houin).
- (75) この点に関して、奥島孝康・前掲(7)347頁は、取締役（三分の一の算定において）の員数の中に取締役会長・取締役である業務執行役員を算入してよいか、という議論について述べた後、「なぜそのような議論が生じたのであろうか。それは、使用人兼務取締役を一定の条件の下で認めたとしても、社長（本論文における取締役会長）および取締役の資格を有する副社長（本論文における業務執行役員）が、使用人を兼務しようかという問題はなお残されているからである。議会は、社長の地位は、いかなる場合であっても、商法上では使用人とはなりえないことは自明の理であるとして、右の修正提案（後述のDaillyの修正案）を退けた。その結果、社長および取締役の資格を有する副社長は、取締役の員数には算入し得ないのである。社長および副社長と会社との関係は委任であり、決して労働契約関係ではありえないからである。この点は我が国の解釈論上でも重要な手がかりとなりうる。（括弧内は筆者注）」とする。しかし取締役会長や業務執行役員がその資格自体において使用人兼務取締役として（つまり三分の一の算定における取締役の員数に）算定されないとすれば正しいが、これまで述べたように取締役会長や取締役である業務執行役員も雇用契約を締結する可能性は認められており、決して兼務し得ないわけではない。まして取締役会長や取締役である業務執行役員が使用人としての地位の兼務が認められないことが「自明の理」とするのは誤りと言わざるを得ない。
- (76) Hémar, Terré et Mabilat, *op. cit.* no844.
- (77) この後も、議会において同様の問題が議論されている。例えば、取締役会長や取締役である業務執行役員・平取締役の1人が、雇用契約を締

結しており、雇用契約を締結していない取締役は1人である（結局取締役は全部で4名）という状況は適法といえるかという質問に対して、第93条第2項に照らすと、取締役4名中3名が使用人兼務取締役であり違法であるとされている（Rev. soc. 1974 p764）。

- (78) Gibirila, op. cit. p349.
- (79) 労働者参加株式会社に関して、奥島孝康「フランスにおける労働者の企業利益参加制度」『現代会社法における支配と参加』175頁（成文堂，1976）。
- (80) Champaud, op. cit. p49.
- (81) Gibirila, op cit. p350.
- (82) 第93条第1項は制裁規定を置いているが、それは「本項の規定に反してなされた選任」に関する制裁であり、原則として、雇用契約の先行・実質的雇用の存在の要件に反した場合の制裁規定である。
- (83) Hémard, Terré et Mabilat, op. cit. no844.
- (84) Germain, op. cit. no121.
- (85) Ibid.
- (86) 運営委員会会長に関する判例として、Cass. com. 17 nov. 1988, Rev. soc. 1989. p232.
- (87) Sayag. op cit. no14.
- (88) Ibid.
- (89) Merle, op. cit. no440.
- (90) Cass. com. 2 mai 1989, Rev. soc. 1989, p657 note B. Petit. しかし、同判決は、監査役会員との間で締結された雇用契約は無効ではなく停止されるとする。
- (91) Sayag. op. cit. no16.; Hémard. Terré. et Mabilat. op. cit. no1120.
- (92) 昭和50年6月12日付で、法務省民事局参事官室が行なった「会社法改正に関する問題点」と題する意見照会では、第3の2(2)として「取締役は、使用人を兼ねることができないものとすべきであるとする意見があるが、どうか」という質問事項があった。また、昭和53年12月25日に同じく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」においては、第二の二2として、「取締役が法定権限以外の職務を行う場合には、その職務は、取締役会が決定する」とされ、その法定権限以外の職務とは専務取締役、取締役部長、工場長、支店長等が考えられていたが、財界の強い反対のため結局は削除された（河本一郎「取締役会の権限その2」法学セミナー1981号1月号124頁）。
- (93) 吉井溥「使用人兼務取締役について」愛知学院大法学研究7巻2号71頁（1965）。
- (94) 矢沢惇ほか「取締役・取締役会制度の改善策」商事法務707号105頁〔矢沢発言〕（1977）。

- (95) 最判昭和60年3月26日判時1159号150頁。
- (96) 大浜信泉「取締役と取締役会」株式会社法講座第3巻1033頁(1956)、菅原菊志「取締役概論」商事法務研究会・編『取締役ハンドブック(新版)』9頁(商事法務研究会, 1983)、加美和照『新訂会社法』255頁注(2)(勁草書房, 第三版, 1991)。
- (97) 田代有嗣-佐藤鉄雄・前掲(2)11頁以下、遠藤賢治「使用人兼務取締役の法的性質」商事法務918号390頁(1981)。
- (98) 服部栄三「取締役・取締役会の機能強化をめぐる諸問題」商事法務849号360頁以下(1979)。
- (99) 元木伸ほか『商法改正に関する各界意見の分析』別冊商事法務51号29頁(1981)。
- (100) 山口幸五郎『新版注釈会社法(6)』〔上柳克郎ほか編〕136頁(有斐閣, 1987)。
- (101) 田村淳之輔「取締役及び取締役会の改善策と問題点」法律のひろば32巻4号20頁(1979)。
- (102) 森本滋「取締役会の運営をめぐる基本問題(上)-株主総会の運営との比較において-」商事法務1109号4頁(1987)。
- (103) 渋谷光子・前掲(5)52頁。
- (104) 実際、フランスにおいては会社を経営することは職業ではなく身分であるとされ(Trochu (Michel), L'entreprise: antagonisme ou collaboration du capital et du travail, Rev. trim. dr. com. 1969, p692.), また、我が国やアメリカで一般に認められる所有から切り離された専門経営者がトップレベルの経営決定を行う経営者企業の成立がフランスにおいてほとんど見られない原因として、世襲化された職業意識による経営階層の固定化や階層間の流動性の欠如が指摘される(原輝史「フランスにおける経営者企業の困難な誕生」森川正編『経営者企業の時代』147頁以下(有斐閣, 1991)。
- (105) また、山村教授は商法第276条に関して、「監査機関としての独立性には、内面的な主体的独立性すなわち精神的独立性と外面的な客観的独立性とがある。主体的独立性こそ本質的なものであるけれども、客観的独立性の欠如は主体的独立性をも脅かす関係にあるので、法としては差し当たって客観的独立性を確保することが必要である。」とされる(山村忠平『注釈会社法(4)』〔大森ほか編〕589頁(有斐閣, 1968)。この点は、取締役にも妥当するであろう。
- (106) 実際は我が国においても社外取締役を導入する会社はあるものの、社外取締役の存在が、会社運営の適正化には必ずしも役立っていない。例えば、不二サッシ事件においても、社外取締役がいながら粉飾決算を阻止し得なかったという事実がある(神崎克郎・前掲(4)258頁)。
- (107) 田中誠二・前掲(5)155頁。

- (108) なぜなら、使用人を兼務する取締役の制限であるから、社内取締役であっても使用人の地位を解消すれば取締役となり得る。