

# ゲマインデ法と会社法の衝突に関する一検討

— 自治体参加会社の監査役会に対する指図権を素材として —

宮 森 征 司\*

- I 問題提起
- II 自治体参加会社に関する法的枠組
- III ゲマインデ法と会社法の衝突
- IV 連邦行政裁判所判決
- V むすびにかえて

## I 問題提起

### 1 公私協働論の現況と課題

#### (1) 公私協働論の現況

わが国の行政法学における公私協働論は、様々な観点に基づいて議論がなされてきた。もっとも、一言で公私協働といっても、論者によって公私協働の問題を捉える視点は多種多様であり、それに伴う形で、その議論の方法・内容は、ますます複雑さを増しているように思われる。

そこで、まず、わが国の公私協働論の先行研究の到達点と、それらによって提示された重要であると思われる視点について確認すると、大要、以下の四点にまとめられる<sup>1)</sup>。第一に、公私協働とは何かというレベルでの議論がある。そこでは、①協働は何のための観念かというそもそもの課題から、公法学において協働

---

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第15巻第3号 2016年11月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

1) 日本の公私協働論の議論状況の全体的な傾向については、塩野宏「行政法における『公と私』」同『行政法概念の諸相』（塩野宏、2011）95頁以下、齋藤誠「地域協働と行政法」同『現代地方自治の法的諸相』（有斐閣、2012）492頁以下を参照。

論を論ずることの意味を明らかにすること<sup>2)</sup>、②参加などその他の概念との異同から協働の概念を明らかにすること<sup>3)</sup>等が試みられている。

第二に、国と私人の法的性格の差異を意識した上で、公私協働の要素をもつ制度・現象を類型化し、国が公私協働に対して果たすべき「責任 (Verantwortung)」の内容を理論的に明らかにしようとする立場がある。具体的には「私行政法」、「波及的正統化責任」、「責任配分」等の諸概念を手掛かりに議論が展開される<sup>4)</sup>。

第三に、「多元的協働」と「分担的協働」を対極に位置する概念として位置づけ、前者を実現するための法理の探究に焦点を当てて、多者の協議の場をいかに制度化すべきかなどについて論ずる立場がある<sup>5)</sup>。

第四に、公私協働を実現するための法形式 (契約、組織など) に着目し、それぞれの法形式に対応した法理の探究の必要性を指摘する立場がある<sup>6)</sup>。

## (2) 課題

しかしながら、筆者が見る限り、従来の日本の公私協働論については、抽象的な議論の展開にとどまり、詳細な理論構成や法解釈論に結びつくような形での議論が必ずしも十分に展開されてこなかった部分があるように思われる。すなわち、先行研究においては、公私協働に対して国家が果たすべき責任についての指摘はなされているものの、国家ないし私人が、いかなる内容の責任をいかなる手法で果たすべきか、そして、関連する法制度はどのように設計されているか (又は、

---

2) 紙野健二「協働論の方法、論点および課題」岡村周一・人見剛編『世界の公私協働——制度と理論』(日本評論社、2012) 289頁以下。

3) 山田洋「参加と協働」同『リスクと協働の行政法』(信山社、2013) 27頁以下。

4) 山本隆司「公私協働の法構造」碓井光明ほか編『金子宏先生古稀記念 公法学の法と政策 下巻』(有斐閣、2000) 535頁以下、板垣勝彦『保障行政の法理論』(弘文堂、2013) 89頁以下。

5) 大久保規子「協働の進展と行政法学の課題」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想 I』(有斐閣、2011) 223頁以下。人見剛「世界の公私協働の諸相」前掲書注2) 299頁以下は、多元的協働と分担的協働の区別が、自身の提示する「市民協働の公私協働」と「市場・行政主導の公私協働」の区別に対応するものとして捉えている。

6) 金海龍(訳・李孝慶)「韓国における公私協働の現況と改善課題」前掲書注2) 248頁以下。

どのように設計されるべきか)、という課題についての解答の指針は必ずしも具体的には示されておらず、このような議論の展開が、今後、求められるといえよう<sup>7)</sup>。

このような議論の具体性という観点からこれまでの議論を検討するに、損害賠償責任分担に係る国家賠償法の解釈上の問題<sup>8)</sup>、公私協働契約<sup>9)</sup>に関する問題などについては、比較的、具体的な議論の進展が見られる。しかし、言うまでもなく、公私協働という現象に伴って生ずる行政法学が取り組むべき問題は、救済制度による処理や、契約によるリスクの調整に限られない。公私協働論においてもガバナンスのあり方が行政法学の取り組むべき重要な課題であると認識されていることにかんがみれば<sup>10)</sup>、組織法<sup>11)</sup>や規範の協働<sup>12)</sup>といった観点も含め、具体の法制度に即しつつ、具体的な公私協働論を展開していく必要がある。

## 2 第三セクター論の現況

### (1) 私法人としての性格

例えば、公私協働の組織の一形態とも言える第三セクターについては、国に関する特殊法人の場合と異なり、第三セクターの概念に着目した法的規律がなされている状況にはない。学説・実務においては、第三セクターの概念それ自体について様々な定義がなされてきたところであるが、本稿においては、「公民共同出

7) 山本隆司教授がドイツ法から紹介をする「私行政法」や「波及的正統化責任」(山本隆司「日本における公私協働の動向と課題」新世代法政策学研究2号(2009)207頁以下)の具体的内容を明らかにしていくことが求められているといえる。

8) 米丸恒治「行政の多元化と行政責任」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ』(有斐閣、2008)305頁以下。

9) 岸本太樹「公的任務の共同遂行(公私協働)と行政上の契約(1)～(4・完)」自治研究81巻3号(2005)91頁以下、同6号(2005)132頁以下、同12号(2005)111頁以下、82巻4号(2006)126頁以下、同「公私協働促進法の制定とドイツ協働契約論の新展開(1)、(2・完)」自治研究86巻3号(2010)88頁以下、同86巻4号(2010)60頁以下。

10) 山本・前掲注7)302頁以下。ガバナンスに関する主要な研究として、木村琢磨『ガバナンスの法理論——行政・財政をめぐる古典と現代の接合』(勁草書房、2008)。

11) 関連する論考として、薄井一成「行政組織法の基礎概念」一橋法学9巻3号(2010)186頁以下。

12) 関係する論考として、山本隆司「現代における私法・公法の〈協働〉」法社会学66号(2007)16頁以下。

資の事業体であって旧民法上・商法上の法人<sup>13)</sup>という理解を採用しておく。

第三セクターは、法形式の上では、民商法上の法人であるから、一般に、行政主体性は有しないものと解されており、行政組織法上の原理は及ばないものとされている<sup>14)</sup>。地方自治法においても、第三セクターという組織形態を位置づけて、これに対する組織法上の統制を行うための法制度は用意されていない。それゆえ、基本的に、第三セクターの設置・運営は、民商法の規定に基づき、当該第三セクターの自己責任において行われる。地方公共団体は、第三セクターに出資する他の私法人と同様の地位において、経営に関与することが可能であるに過ぎない<sup>15)</sup>。

## (2) 財政的なコントロール

もっとも、地方公共団体からの財政支出に対しては、以下に述べるような財務統制上の観点からのコントロールの仕組みが用意されている<sup>16)</sup>。

第一に、地方公共団体の長によるコントロールの仕組みがある。地方自治法221条3項によれば、普通地方公共団体が出資している法人であって政令で定めるもの（以下、「自治体出資法人」という）について、普通地方公共団体の長は、予算の執行の適正を期するため、収入及び支出の実績若しくは見込みについて報告を徴し、予算の執行状況を実地について調査し、又はその結果に基づいて必要な措置を講ずべきことを求めることができる。そして地方自治法施行令152条においては、上記政令で定める法人として当該普通地方公共団体が資本金、基本金その他これらに準ずるものの二分の一以上を出資している一般社団法人及び一般財団法人並びに株式会社（同条1項2号）、当該普通地方公共団体が資本金、基本金その他これに準ずるものの四分の一以上二分の一未満を出資している一般

---

13) 山下淳「第三セクターの性格と位置づけ」『行政法の争点〔第4版〕』（有斐閣、2014）180頁。

14) 山下・前掲注13）180頁。三橋良士明「第三セクターの民主的統制」神長勲ほか著『現代行政法の理論 室井力先生還暦記念論文集』（法律文化社、1991）375頁。

15) 三橋・前掲注14）376頁。

16) 以下の記述につき、さしあたり、山下・前掲注13）181頁、高橋滋『行政法』（弘文堂、2016）29頁、三橋・前掲注14）377頁以下を参照。

社団法人及び一般財団法人並びに株式会社のうち条例で定めるもの（同項3号）等が挙げられている<sup>17)</sup>。

第二に、議会によるコントロールの仕組みがある。地方公共団体の出資については、議会の議決が必要とされる（地方自治法96条1項6号）。そして、地方公共団体の長は、自治体出資法人について、毎事業年度、政令で定めるその経営状況を説明する書類を作成し、これを次の議会に提出しなければならない（地方自治法243条の3第2項）。地方自治法施行令173条においては、自治体出資法人の毎事業年度の事業の計画及び決算に関する書類が、これにあたるものとされている。

第三に、監査委員による監査制度がある。補助金・損失補償・利子補給等の財政的援助を与えているもの、修正不要自治体が四分の一以上の出資を行っている法人、地方公共団体が借入金の元金または利子の支払を保証しているもの等に対して、監査委員が監査することができる（地方自治法199条7項、地方自治令140条の7）。さらに、外部監査制度の活用も想定されている（地方自治法252条の37第4項）。

第四に、住民によるコントロールがある。すなわち、住民監査請求（地方自治法242条）、住民訴訟（地方自治法242条の2）を用いる方法である。ただし、これらの手続においては、第三セクターの経営等を直接、住民訴訟の対象とすることはできず、あくまで第三セクターに対する地方公共団体の出資等の財務会計上の行為が対象とされる。

### (3) 統制の強化の要請

しかしながら、上に述べたコントロールの仕組みについては、不十分であるとの指摘がある<sup>18)</sup>。第三セクターを法的に明確に位置づけるべきである、あるいは、法制化も含めて検討すべきであるという主張が一部でなされているが<sup>19)</sup>、

17) なお、対象となる自治体出資法人の範囲は、平成23年の法改正によって拡大された。参照、山下・前掲注13) 180頁、高橋・前掲注16) 29頁。

18) 今里滋「第三セクターの「組織と人事」」行政管理研究センター監修・今村都南雄編『「第三セクター」の研究』（中央法規、1993）89頁は、「第三セクターが現状では法の狭間に存在している」と述べる。

現在のところ、法制化の試みは実現されていない<sup>20)</sup>。

法制化が困難を極めている理由としては、①第三セクターの行う業務が多岐にわたることから、一般的な法的仕組みを用意することが困難であること、②第三セクターは、その「実態」に着目すると、多額の公金が出資金等として用いられ、公的主体が事実上の支配力を有していることが少なくないにもかかわらず、法形式上は、地方公共団体から独立した私法上の法人である（第三セクターは行政主体性を有しない）こと、等が指摘されている。第三セクターに対する統制には法的な限界があることを踏まえ、第三セクターの行う業務の公共性をいかに確保するかが、今後、行政法学が取り組むべき問題として認識されているといえよう<sup>21)</sup>。このように、わが国の第三セクター論においては、地方自治法上の仕組みの不十分さを意識した上で、第三セクターに対して民主的統制をいかに及ぼすかが議論されている。もっとも、これらの議論は抽象的な次元にとどまっており、具体的な制度設計について論ずる視点に乏しい<sup>22)</sup>。

---

19) 出井信夫「自治体の行財政改革と自治体出資法人の課題（一）——第三セクター等の概況、指定管理者制度、新公益法人制度改革を中心に」自治研究87巻1号（2011）42頁は、「実際には、多種多様な事業やサービスを提供している第三セクターを一義的に捉え法制化することは困難であろうが、NPO法人やPFI事業に比べ多数存在する第三セクターの対応をせずに放置すると、問題がますますこじれるであろう。したがって、「国の機関の独立行政法人」の議論と同様に、自治体の行財政運営においても「自治体の独立行政法人」として第三セクター（自治体出資法人）を捉え、第三セクターの意義づけやそのあり方、また経営危機・経営破綻に対する対応措置などに関する法整備を行うことが喫緊の課題である。」と述べる。乙部哲郎「地方公共団体の企業活動の法的統制」神戸学院法学25巻1号（1995）352頁は「地方公共団体が経営に参加することから、その組織や運営に地方公共団体に関与する必要もあり、立法論も含めてこの関与の要否や程度について検討する必要がある。」と述べる。また、妹尾克敏「地方自治の現代化と「第三セクター」に関する予備的考察」松山大学論集4巻6号（1993）82頁は、「立法的な配慮に欠けているわけであり、それ故にこそ「第三セクター」の設立をはじめ経営に対する責任の所在が不明確なのである。要するに法制度として正式に認知されていないということであり、その限りでは未だ法的な意味における行政組織たり得ていないということなのである。」と述べる。

20) 石龍譚「いわゆる第三セクターに関する行政法学的考察（5・完）」北大法学論集57巻3号（2006）1032頁は、「日本では総論として法制化の方向に賛同されるものの、具体論に至ると、いかに法制化を行うべきかについての議論を全く欠いている。」と述べる。

21) 参照、三橋・前掲注14）379頁以下。

## (4) 本稿の課題

このような状況にかんがみれば、今後、第三セクターに関する具体的な制度設計論を展開していくためには、具体的な制度に即しつつ、第三セクターのあり方を考察する視点が重要である。第三セクターについての比較法的研究が少ないことから、日本の第三セクターに対応する法人に関し、外国法の枠組みやそこで生じている法的問題の具体的な検討を行うことには、それ自体、一定の意義が認められよう。さらに、冒頭に述べた公私協働論との関係においては、以下に紹介するドイツの自治体参加会社（日本の第三セクターに対応する）に関する議論からは、従来、日本ではあまり意識されてこなかった「(行政主体ではない) 会社法上の組織内部における公私協働」という視点を、学ぶこともできるように思われる。

そこで本稿では、第三セクターを組織による公私協働の一形態として捉えた上で、ドイツにおけるゲマインデ法と会社法の衝突に関する議論を参照することを通じて、ドイツの自治体参加会社<sup>23)</sup>に対するゲマインデ法の規律のあり方を分析するための一つの足掛かりとすることを試みる。以下、自治体参加会社に係る

22) 第三セクターの情報公開については、比較的、具体的に議論が展開されている。参照、石龍譚「いわゆる第三セクターに関する行政法学的考察 (3)」北大法学論集 56 卷 5 号 (2005) 192 頁以下。しかし、塩野宏『行政法Ⅲ [第 4 版]』(有斐閣、2012) 115 頁は、「一般の民法・商法上の法人であるので、条例による開示請求制度の創設は無理である」と述べる。

23) ドイツにおいて、「自治体参加会社 (kommunale Beteiligungsgesellschaft)」とは、出資等を通じて、ゲマインデが経営にかかわる会社のことを指す。したがって、ここでの「参加」は、「参加と協働」と言った場合における「参加」(前掲・山田注 3) を参照) とは、意味合いを異にする。

また、自治体参加会社に似た概念として「自治体自己会社 (kommunale Eigengesellschaft)」があるが、これは、株式の大多数をゲマインデが保有する会社のことを意味し(塩野宏『行政組織法の諸問題』(有斐閣、1991) 247 頁。Angela Richter, Institutionalisierte öffentlich-private Partnerschaften der Gemeinden in Deutschland und Frankreich, 2013, S. 27f.)、ゲマインデの所有という側面に着目した概念である。これに対し、自治体参加会社の概念は、ゲマインデが私人と共に会社の経営に参加するという側面を強調しているものと思われる。

このような意味での参加は自治体の出資を前提としていることから、自治体参加会社を、例えば、「自治体出資法人」と訳す余地もあるように思われる。しかし、自治体と私人が共同出資して設立した会社の組織内部において、いかに自治体が公的観点からのコントロールを及ぼすべきかを検討することが本稿の課題である。そこで、本稿においては、原語を活かす形で「自治体参加会社」の訳語を用いることとする。

法枠組（ゲマインデ法・会社法）を概観した上で、ドイツの自治体参加会社における監査役会構成員に対するゲマインデによる指図の仕組みに着目して分析を行う。

## II 自治体参加会社に関する法的枠組

### 1 ゲマインデ法

#### (1) 基本的な枠組み

ドイツのゲマインデ法における自治体参加会社に関する法的枠組については、以下のような紹介がある。すなわち、各州が立法するゲマインデ法<sup>24)</sup>においては、地方公共団体の経済的活動に対して、①公的目的に資すること、②地方公共団体の財政能力からみて出資額が適切であること、③補完性の原則（3つを包括して「制約の三位一体（Schrankentria）」と呼ばれる）の要件が設定され、地方公共団体の経済活動の根拠及び限界を明確にする試みがされている<sup>25)</sup>。

#### (2) 設立・参加に関する規律

---

24) ドイツにおいては、ゲマインデ（市町村）の経済活動に関する事項については、各州の立法管轄に属する。この立法管轄に基づいて、各州ではゲマインデ法が制定されているが、その基本的な内容は、ナチス時代に制定されたドイツ・ゲマインデ法（Deutsche Gemeindeordnung）の規律を引き継いでいる。Vgl. Richter (Fn. 23), S.46ff.; Jörg Geerlinngs, § 52 Das kommunale Aufsichtsratsmandat, in: Mann/Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Rn. 12.

25) 石・前掲注 20) 1031 頁以下。岡田雅夫「地方公共団体の経済的活動とその限界——西ドイツにおける「経済的企業」概念を手掛かりに——」岡山大学法学雑誌 28 巻 1 号 (1978) 20 頁以下、成田頼明「地方公共団体の経済活動とその法的限界（二）——とくに「公共事務」との関連において」自治研究 38 巻 7 号 (1962) 63 頁以下も参照。Vgl. Janbernd Oebbecke, § 8 Rechtliche Vorgaben für die Gründung kommunaler Gesellschaften, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch kommunale Unternehmen, 3. Aufl. 2012, Rz. 9ff.; Walter Pauly/Yvonne Schüler, Der Aufsichtsrat kommunaler GmbHs zwischen Gemeindefirtschafts- und Gesellschaftsrecht, DÖV 2012, 339; Angela Richter (Fn. 23), S.48ff.; Foround Shirvani, Public Private Partnership und die Subsidiaritätsprüfung bei öffentlichen Unternehmensbeteiligungen, DÖV 2011, 865 (868). 筆者の見るところ、ゲマインデ法の規律する自治体会社のガバナンスのあり方は、制約の三位一体の考え方に依拠しつつ制度設計されているが、このような観点からの詳細な検討は、今後の課題である。

このようなゲマインデの経済活動一般に対する規定とは別に、各州のゲマインデ法は、ゲマインデが、会社法上の組織を設立すること、及び会社法上の組織に参加することを通じ、経済活動を行うことに着目した規律を置いている<sup>26)</sup>。

まず、ゲマインデの責任がある特定額に限定されるような会社法上の組織形式に対してのみ、設立・参加を認めるものとする規律がある<sup>27)</sup>。この規律が存在することにより、ゲマインデが無限責任を負うことになる組織形式は、実務においてほとんど用いられておらず、自治体参加会社の法形式としては、主に、株式会社と有限責任会社が用いられている<sup>28)</sup>。

次に、自治体参加会社（とりわけ、その監査役会等）に対するゲマインデの適切な影響力（ein angemessener Einfluss）の確保を要求する規律がある<sup>29)</sup>。これらのゲマインデ法の規定は、学説においては、基本法 20 条 2 項（民主政原理）に法的根拠を有する<sup>30)</sup>ゲマインデの影響力義務（Einwirkungspflicht）ないし介入義務（Ingerenzpflicht）を具現化したものであると解されている。すなわち、自治体参加会社が組織的にゲマインデから独立した存在となったとしても、公的目的の遂行に関する自治体の任務に対する責任が失われるわけではなく、自治体としては、法的に独立した企業が公的目的拘束から分離しないよう、様々な手段を用いて、当該企業に対する影響力を保持しなければならない<sup>31)</sup>。

もっとも、ゲマインデが会社法上の法形式を用いた場合には、公法上の組織として事業が行政組織内部に組み込まれている直営事業（Regiebetrieb）や公営企

26) 薄井・前掲注 11) 882 頁は、会社法の組織に対する監督の制度化という観点から、ゲマインデ法の規律に触れている。

27) 例として、ノルトライ・ヴェストファーレン州ゲマインデ法 108 条 1 項 3 号。

28) Oebbeke (Fn. 25), Rn. 43ff.; Richter (Fn. 23), S. 83f.

29) ノルトラインヴェストファーレン州ゲマインデ法 108 条 1 項 6 号は、「ゲマインデが特に監督機関において適切な影響力を保持し、当該影響力が定款（Gesellschaftsvertrag, Satzung）やその他の方法によって確保されている場合にのみ、ゲマインデは、私法形式の企業や施設を設立し、あるいはこれに参加する。」と規定する。

30) Martin Burgi, Kommunalrecht, 4. Aufl., 2012, S. 281.

31) Harald Huffmann, § 51 Kommunales Beteiligungsmanagement, in: Mann/Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 2, 3. Aufl., 2011, Rn. 28; Richter (Fn. 23), S. 86; Thomas Mann, § 46 Kapitalgesellschaften, in: Mann/Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 2, 3. Aufl., 2011, Rn. 3ff.; Pauly/Schüler (Fn. 25), 339 (340).

業 (Eigenbetrieb) の場合とは異なり<sup>32)</sup>、ゲマインデが企業に対して影響力を及ぼす可能性は、間接的な方法に限られる。すなわち、直営事業及び公営企業の場合にあっては、ゲマインデの機関 (ゲマインデ議会等) が直接に決定をすることが可能であるのに対し、自治体参加会社の決定は、あくまで当該会社の会社内部の意思決定としてなされる。よって、ゲマインデの当該会社に対する影響力の行使は、この自治体参加会社内部の意思形成に対して行使されることとなる<sup>33)</sup>。

各州のゲマインデ法においては、影響力行使の可能性を確保する具体的制度として、ゲマインデが、自身の代表者を自治体参加会社の機関に派遣し、この代表者に対して指図 (Weisung) する仕組みが用意されている<sup>34)</sup>。例えば、ノルトラインヴェストファーレン州ゲマインデ法 113 条 1 項の規定によれば、代表者はゲマインデの利益を遂行しなければならず、議会の指図に拘束されるとともに、議会の決議に基づいて、いつでもその職を辞さなければならないものとされている (なお、この規定は、法律による別段の定めのない限りにおいてのみ、適用される)。

### (3) 本稿の考察対象

以上のように、ゲマインデ法は、会社法が用意している枠組においては、自治体参加会社が公的目的に資するような形で活動をするとは限らないという点にかんがみて、ゲマインデ法独自の仕組みとして、ゲマインデが会社を設立する、あるいは会社に参加することに対する規制を用意している。本稿においては、自治体の適切な影響力行使という考え方に裏づけられた、ゲマインデの指図権の仕組みを主たる考察対象とする。

## 2 会社法

本稿においては、自治体が資本会社に参加するためのガバナンスの分析の手が

---

32) 参照、塩野宏『行政組織法の諸問題』(有斐閣、1991) 244 頁。

33) Mann (Fn. 31), Rn. 13.

34) Jörg Geerlings, § 52 Das kommunale Aufsichtsratsmandat, in: Mann/Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 2, 3. Aufl., 2011, Rn. 12ff.; Mann (Fn. 31), Rn. 24ff.

かりとして、監査役会の構成員に対する指図を検討対象とする。そこで、以下、株式会社や有限責任会社の機関構造を概観し、それぞれの法形式において、本稿の考察対象である監査役会（ないしその構成員）が、いかに位置づけられているかを確認する。

### (1) 株式会社

株式法は、取締役、監査役会、株主総会の三つを、株式会社の必要的機関として規定している。

(a) 取締役は、株式会社の業務執行および代表のための機関である（株式法 76 条 1 項・78 条 1 項）。株式法 93 条 1 項は、取締役は、業務執行にあたって、通常かつ誠実な業務執行者の注意を払わなければならないと規定しており、この条項は、定式化された取締役の一般的責任条項であると解されている。この責任の一内容として、取締役は、会社および株主に対し忠実義務を負う<sup>35)</sup>。すなわち、取締役は、「会社の利益 (Wohl der Gesellschaft)」に対して自己の個人的利益を優先させてはならず、機関上の地位を個人の利益のため利用してはならない<sup>36)</sup>。

取締役の権限の範囲は、株式法において強行的に規定されている。具体的には、株式法 23 条 5 項 1 号に基づき、法律によって明確に許されている場合にのみ、株式法の規定と異なる定めをすることが許される（「定款の厳格 (Satzungsstrenge)」）。取締役は、株主総会の決議の準備をし、決議を実行する（株式法 83 条）。取締役は、商業帳簿を記し（株式法 91 条）、事業報告および年度末決算を作成し（株式法 148 条）、これを公表する。取締役は、監査役会に対し、事業政策の構想と、業務執行の基本的問題について報告する（株式法 90 条）。ある特定の事業について、定款の規定によって、監査役会の同意を要求する可能性が開かれている（株式法 111 条 4 項 2 文）。

取締役会構成員は、監査役会によって選出される（株式法 84 条 1 項）。それゆえ、ゲマインデは、「自身の」取締役会構成員を直接に任命することはできない<sup>37)</sup>。

35) 高橋英治『ドイツ会社法概説』（有斐閣、2012）156 頁。

36) 高橋・前掲注 35) 158 頁。Richter (Fn. 23), S. 77f.

(b) 監査役会は、業務執行を監督する機関である（株式法111条1項）。監督機関として、監査役会は理事を選任し（株式法84条1項）、人事権を行使する（株式法111条1項）。監査役会に対して、業務執行措置を委ねることはできない（株式法111条4項1文）<sup>38)</sup>。

株式法116条1項1文によると、監査役会構成員の注意義務については、上に述べた取締役の注意義務と責任について定める株式法93条が適用される。したがって、監査役会構成員は、法律に定められた命令や禁止に従い、会社の企業活動に適用される法律規定を遵守し、その職務上求められる注意を払う義務——特に、企業の利益<sup>39)</sup>を守りその裁量内で行為する義務——を負う<sup>40)</sup>。監査役会構成員は、その職務を個人の自己責任において遂行しなければならない。監査役会構成員は代理人を選任することができず（株式法101条3項1文）、その職務を他の者に代わって行わせることはできない（株式法111条6項）。

(c) 株主総会は、株主が会社の業務につきその権利を行使する機関である（株式法118条1項）。株主総会の権限は、法律または定款で定められた事項に限られており、それらの事項としては、株主代表の監査役会構成員の任命、利益処分、定款の変更等が挙げられる（株式法119条1項を参照）。株式法はその大部分が強行規定であり、定款により株主総会の権限を拡張することができる余地（株式法23条5項）は限定されている。

## (2) 有限責任会社

有限責任会社法は、業務執行者と社員総会の二つの機関を有限責任会社の必要の機関として規定している。監査役会の設置については、有限責任会社法52条1項の規定に従う。

---

37) Richter (Fn. 23), S. 78.

38) Richter (Fn. 23), S. 79.

39) ドイツの会社法上の「企業の利益 (Unternehmensinteresse)」の概念については、高橋・前掲注35) 194頁以下を参照。特に、「企業の利益」と「会社の利益 (Gesellschaftsinteresse)」の概念を同視することができるとする学説が存在することにつき、195頁を参照。

40) 高橋・前掲注35) 192頁。

- (a) 業務執行者の主要な職務は、会社の業務執行および会社を裁判上または裁判外で代表することである（有限責任会社法 35 条 1 項）。有限責任会社の業務執行者は、社員総会の指図に従う義務を負う。社員総会は有限責任会社における企業決定について中心的な役割を担い、業務執行者の業務執行権限を制限することができる（有限責任会社法 37 条 1 項）。業務執行者の機関上の地位は、定款上の記載または社員総会の過半数決議により定めることができる（有限責任会社法 6 条 3 項 2 文・46 条 5 号）。社員総会は有限責任会社の最上位の機関であり、業務執行者は社員総会の指図に従う義務を負うと解されている<sup>41)</sup>。
- (b) 社員総会は、有限責任会社の最高意思決定機関であり、有限責任会社における最上位の機関である。社員総会の権限は基本的にはすべての事項に及ぶ包括的なものである（有限会社法 46 条。例：計算書類の確定、業務執行者の選解任、業務執行の検査および監査、業務執行者に対する損害賠償請求権の行使等）。もっとも、定款の変更（有限責任会社法 53 条）、会社の解散（有限責任会社法 60 条 1 項 2 号）、組織再編等の会社の基本的決定に属する事項については、他の機関に委任することができない。定款の定めによって、これらの任務は、拡大ないし縮小することができる（有限責任会社法 45 条 1 項<sup>42)</sup>）。
- (c) 以下において詳しく述べるが、有限責任会社にあつては、監査役会の設置は、原則として任意事項である。すなわち、監査役会を設置するか否か、監査役会がいかなる監督機能を行使することができるかは、基本的に社員総会の判断に委ねられており、定款の規定において決定されることとなる。

### (3) 組織形成の形成余地とゲマインデの組織形式選択

上に見てきたとおり、株式法と有限責任会社法が定める、株式会社と有限責任会社の組織の構成については、定款による形成の余地が認められている程度において大きな差異があり、有限責任会社形式の方がより柔軟に組織構成をすることが可能である。また、ゲマインデが社員としての権利を行使することを通じて業務執行に対して影響力を行使するにあたり、ゲマインデにとっては、株式会社の

---

41) 高橋・前掲注 35) 351 頁。

42) 高橋・前掲注 35) 354 頁。

場合よりも、有限責任会社の場合の方が強力な影響力行使をすることが可能である。したがって、ゲマインデ法による影響力行使を及ぼすための法形式として、実務においては、有限責任会社が好んで選択されることが多い<sup>43)</sup>。

### Ⅲ ゲマインデ法と会社法の衝突

#### 1 概観

##### (1) 自治体参加会社に係る二重の規律

上に見たゲマインデ法の規律は、会社法が用意する枠組みによっては、自治体参加会社の適切なガバナンスを確保することが不可能であるという観点に基づいて、各州の立法者が、整備したものであるということができよう。しかし、そもそもゲマインデが会社法形式を好んで選択することの背景には、私法形式の柔軟性を利用し、自治体事業の経済性を向上させるのが適当であるとの政策判断があるものと思われる。このように、会社法とゲマインデ法の背後にある根本的な考え方は、本来的に、矛盾をはらんでいるということもできる<sup>44)</sup>。言い換えれば、自治体参加会社はゲマインデ法と会社法の二重の法領域に属することとなる<sup>45)</sup>。かつ、ゲマインデ法と会社法の規定が衝突する局面も考えられることから、ドイツの行政法学および会社法学においては、かかる衝突が発生した場合に、どのような考え方に基づいて衝突を解決すべきかが議論されてきた。

##### (2) 学説上の議論

過去において、行政会社法（Verwaltungsgesellschaftsrecht）と呼ばれる考え方を唱えた学説は、ゲマインデ法と会社法の衝突が生じた場合には、不文の公法上の要請が働くものと解した上で、会社法を修正することによって、ゲマインデ法の規定の背後にある介入義務を実現させようと試みた。しかしながら、その後、行政会社法の考え方は、会社法学説から強い批判を浴び、判例においても学説に

---

43) Oebbecke (Fn. 25), Rz. 56.

44) Geerlings (Fn. 34), Rn. 4 は、この現象を「目標の衝突 (Zielkonflikte)」と呼ぶ。

45) Mann (Fn. 31), Rn. 4.

においても定着することはなかった<sup>46)</sup>。そこで、現在においては、基本法 31 条の規定する連邦法の優位を指摘し、連邦法である会社法が、州法であるゲマインデ法の規定に優位することを出発点として、具体的な局面に即して両者の間の衝突の解決を図ろうとする立場が優力である。すなわち、連邦法である会社法の規律が、会社法の許容する枠の内部において、その都度、州法であるゲマインデ法の規律によって修正を受けることになる<sup>47)</sup>。具体的には、例えば、自治体参加会社に対するゲマインデの指図権と会社法における監査役会の独立性の衝突、自治体参加会社に対するゲマインデの情報請求権と会社法上の守秘義務の衝突<sup>48)</sup>といった局面が問題となる。本稿においては、前者に着目して検討することにした。

## 2 監査役会構成員におけるゲマインデ法と会社法の衝突

ゲマインデ法と会社法が衝突する一局面として、ゲマインデが監査役に派遣する代表者の地位に着目するならば、当該代表者は微妙な立場に置かれていることが分かる。すなわち、一方において、ゲマインデ法の仕組みを起点に考えるならば、代表者は、ゲマインデの公的利益の代弁者として活動しなければならない。しかしながら、他方において、会社法の仕組みを起点に考えるならば、当該代表者は、企業的思考に基づいて活動するコントロール機関として、企業の利益に拘束されつつ活動することになる。このように、当該代表者としては、監査役会における投票において、ゲマインデと自治体参加会社のいずれに忠実であるべきか、ゲマインデ法と会社法のいずれの活動要請に応ずれば良いのか、という選択を迫られることになる<sup>49)</sup>。

46) Mann (Fn. 31), Rn. 5.

47) Huffmann (Fn. 31), Rn. 10.

48) Huffmann (Fn. 31), Rn. 7. 情報請求権と守秘義務の衝突の問題については、Malte Passarge/Sebastian Kölln, Das Auskunfts- und Einsichtsrecht nach § 51a GmbHG bei der kommunalen GmbH, NVwZ 2014, 982ff.

49) この現象を Kurt Kiethe, Gesellschaftsrechtliche Spannungslagen bei Public Private Partnerships, NZG 2006, 45 (49) は監査役会構成員の「二重の機能」と呼び、Huffmann (Fn. 31), Rn. 6 は、監査役会構成員に対する指図の仕組みには「目標の衝突が事前にプログラミングされている」としている。

この問題は、実際には、ゲマインデの代表として派遣された監査役会構成員が、ゲマインデが発する指図に拘束されるかという形で顕在化する。もっとも、この指図への拘束という問題は、株式法と有限責任会社法それぞれにおいて、監査役会がいかに位置づけられているかによって、帰結が異なる。以下において詳しく紹介、分析する連邦行政裁判所の判決においては、有限責任会社の監査役会が問題となっているが、判決の理解のためには、株式法が規定する株式会社の監査役会のガバナンスのあり方と、そのゲマインデ法との関係も理解しておく必要がある。

### (1) 株式会社

上に見た通り、株式法は、監査役会を株主総会や取締役と並ぶ必要的機関とすると同時に、独立的、かつ、自己責任的な監督機関として位置づけている。すなわち、株式法116条によれば、監査役会構成員には、取締役の注意義務と責任に関する規定(同法93条)が適用される<sup>50)</sup>。また、株式法111条6項(改正前の111条5項)によれば、株式会社の監査役会構成員は、自身の任務を他の者に遂行させることができない<sup>51)</sup>。これらの規定は強行規定であり、定款によって変更することはできない。

上記の規定の解釈に基づいて、学説は、株式会社の監査役会構成員が第三者の指図に拘束されることがあってはならないと解しており、株式会社の監査役会構成員に対して指図権による拘束が及ぶ余地がないとする点について争いはない<sup>52)</sup>。

判例も、同様の立場を採る。連邦通常裁判所は、1962年1月29日判決<sup>53)</sup>において、「派遣された監査役会構成員は、選出された監査役会構成員と同様の義務を負う。会社機関の構成員として、監査役会構成員は、派遣権者の利益に対して会社の利益を優先しなければならず、派遣権者の指図に拘束されることなく、会

50) 高橋・前掲注35) 192頁。

51) 高橋・前掲注35) 196頁。

52) Mann (Fn. 31), Rn. 34.

53) BGHZ 36, 296. 判示においては、市が73%を出資する株式会社の法形式の自治体参加会社の監査役会に対する指図が不適法であると判断されている。

社の利益を遂行しなければならない」と判示し、かつ、その後の判例もこの立場を踏襲している<sup>54)</sup>。

このように、一般に、株式会社の監査役会に対する指図権を定款によって規定することは、違法と解されている。

## (2) 有限責任会社

株式会社の場合と異なり、有限責任会社の監査役会の設置は、原則として、任意である（有限責任会社法 52 条 1 項）。しかし、個別法において監査役会が必要な機関として位置づけられている場合がある<sup>55)</sup>。このような監査役会は義務的監査役会（obligatorischer Aufsichtsrat）と呼ばれ、義務的監査役会には基本的に株式法の規定が適用される。ゆえに、株式会社の監査役会の場合と同様、ゲマインデの代表者は指図に拘束されることはない<sup>56)</sup>。

これに対し、監査役会の設置を義務づけられていない有限責任会社の場合には、有限責任会社法 52 条 1 項が適用される。これによれば、定款に別段の定めのない限り、株式法の諸規定が適用される。このように任意に設置された監査役会のことを任意的監査役会と呼ぶ（fakultativer Aufsichtsrat）。社員総会には、監査役会の法関係を株式法の規定から逸脱して規律する自由が認められるので、ゲマインデは、社員として、定款の定めを通じて、ゲマインデにとって有利になるよう、監査役会に対する権限移動をすることも可能であると解されている<sup>57)</sup>。

任意的監査役会の場合には、下に紹介する連邦行政裁判所判決以前から、ゲマインデの代表者がゲマインデ（議会）の指図に拘束されるか否かについて、学説上、見解が対立していた<sup>58)</sup>。会社法学説においては、任意的監査役会の場合についても、株式法の定める監査役会に関する規定の考え方が及ぶことから、指図権を違法であると解する立場が有力であったのに対し<sup>59)</sup>、公法学の立場からは、指図権を定款によって定めることに賛同する見解があった<sup>60)</sup>。

54) BGHZ 69, 341.

55) 例えば、共同決定法 25 条 1 項。

56) Mann (Fn. 31), Rn. 37.

57) Pauly/Schüler (Fn. 25), 339 (341).

58) Mann (Fn. 31), Rn. 38.

## IV 連邦行政裁判所判決

上記の学説上の対立に対し司法の側から判断を示したのが、連邦行政裁判所2011年8月11日判決である<sup>61)</sup>。本判決の判示が学説ないし行政実務に与える具体の影響等に関して詳細に立ち入った研究は見られないものの、上記の通り、監査役会構成員に対するゲマインデによる指図の局面において、ゲマインデ法と会社法の衝突の解決がどのようになされるべきかについて一定の考え方を示したこと<sup>62)</sup>、また、ドイツの行政実務においては、自治体参加会社の組織形式として任意的監査役会を設置している有限責任会社が幅広く普及していること<sup>63)</sup>を背景として、本判決を扱った評釈、本判決に言及する論文の数は多いことから<sup>64)</sup>、本判決のインパクトは小さくないと推察される。

### (1) 事案

原告は、ノルトライン・ヴェストファーレン州ジーゲン (Siegen) 市議会によって推薦され、ジーゲン供給会社が74.88%の持分比率で参加するガス、暖房、

---

59) Roland M. Bäcker, Weisungsfreiheit und Verschwiegenheitspflicht kommunal geprägter Aufsichtsräte, in: Grundmann/Kirchner (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Schwark zum 70. Geburtstag, 2009, S. 109ff.; Michael Brenner, Gesellschaftsrechtliche Ingerenzzmöglichkeiten von Kommunen auf privatrechtlich ausgestaltete kommunale Unternehmen, AöR 127 (2002), 222 (241); Wolfgang Schön, Der Einfluß öffentlich-rechtlicher Zielsetzungen auf das Statut privatrechtlicher Eingengesellschaften der öffentlichen Hand: —Gesellschaftsrechtliche Analyse—, ZGR 1996, 429 (448ff.).

60) Thomas von Danwitz, Vom Verwaltungsprivat- zum Verwaltungsgesellschaftsrecht—Zu Begründung und Reichweite öffentlich-rechtlicher Ingerenzen in der mitteibaren Kommunalverwaltung—, AöR 120 (1995), 595 (626); Oebbecke, § 9 Rechtliche Vorgaben für die Führung kommunaler Gesellschaften, Rn. 41; Christian Zieglmeier, Kommunale Aufsichtsratsmitglieder, LKV 2005, 338 (339f.).

61) BVerwG, Urt. v. 31. 8. 2011, NJW 2011, 3735ff.

62) Pauly/Schüler (Fn. 25), 339.

63) Oebbecke (Fn. 25), Rn. 56.

64) Pauly/Schüler (Fn. 25), 339ff.; Christian Ziche/Daniel Herrmann, Weisungsrechte gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern in Satzungen kommunaler Eigengesellschaften in der Rechtsform der GmbH, DÖV 2014, 111 (113); Holger Altmeppen, NJW 2011, 3737ff.; Tassilo Schiffer/Gabriele Wurzel, Anmerkung, KommJur 2012, 52ff.; Rüdiger Werner, Die Entwicklung des Rechts des Aufsichtsrats im Jahr 2011, Der Kondern 2012, 153 (155ff.).

水供給を企業目的とする有限責任会社（ジューゲン供給会社（Siegener Versorgungsbetriebe。以下、「SVB」という）の任意的監査役会の構成員（4人）である。SVBの定款7条1項においては、SVBの監査役会には株式法の規定が適用除外される旨が定められていたものの、監査役会の内部秩序について、定款に具体的な規定は存在しなかった。

2006年、SVBの料金改定が議論されるなかで、市議会の委員会において、市議会が派遣したSVBの監査役会構成員に対する市議会による指図の適法性が問題となった。すなわち、9月13日、市議会の中央委員会・財政委員会は、9月14日のSVBが監査役会会議において、10月1日以降の天然ガス・暖房ガス価格の引上げに関する動議を拒否するよう、当該構成員に対して指図することを決定した。定款においては、監査役会の同意なしに、業務執行者が価格の引上げをすることは許されないものとされていた。この委員会決定は市議会で決議されたものの、SVBの監査役会会議においては、10月1日以降の価格の引上げが承認された。

12月13日、市議会四会派は、当該構成員に対し、12月14日のSVBの監査役会会議において、10月1日から2007年1月1日までの価格引上げの撤回に賛同するとともに、引上げに関する動議を拒否するよう決議するよう指図した。この旨は市議会において決議されたものの、監査役会会議においては、市議会の決議に対応する議決はなされなかった。

上記の事実関係の下、当該構成員であった原告は、市議会には、指図をする権利、並びに、監査役会での投票権の行使について何らかの職務を設定する権利が認められないことの確認を求める行政訴訟を提起した<sup>65)</sup>。

## (2) 第一審判決および原審判決

第一審<sup>66)</sup>は、「法律や定款上の指図権に基づいてなされる会社の利益と適合す

---

65) なお、原告は、本訴に先立って、指図ないし投票権に関係する任務を指図すること、並びに、監査役会構成員を他の何らかの方法で刺激すること（特に市議会が12月13日に議決すること）を差し止める仮命令の発布を申し立てたが、この申立ては棄却され（VG Arnsberg, Beschl. v. 11. 12. 2006, -12 L 1146/06 juris）、その後なされた抗告も棄却されている（OVG Münster, Beschl. v. 12. 12. 2006, NVwZ 2007, 609）。

る指図は、監査役会構成員に対し、問題なく法的効果を有する。このことを前提として、会社の利益に反しないという指図権の内容面における限界に配慮したノルトライン・ヴェストファーレン州ゲマインデ法 113 条 1 項 2 文に基づく議会の指図は、当該会社の定款が指図に係る規定を置いていない場合であっても、法的効力を有するということが確認される」と述べ、原告の訴えを棄却した。

これに対し原告は控訴したが、原審<sup>67)</sup>は、「本件において、原告の指図拘束が会社の利益に対する義務によって制約されることはない。ノルトライン・ヴェストファーレン州ゲマインデ法 113 条 1 項に規定された自治体法上の指図権はこの種の制約を予定しておらず、本件においては会社法の規定が自治体の指図権を制限していないので、この種の制約が同法 113 条 1 項 4 文を通じ、会社法の規定から生ずることもない。むしろ、指図を受けた者は指図に従わなければならないという、一般的な指図法上の原理が適用される」と述べ、控訴を棄却した。

第一審判決および原審判決に対する学説の反応は概ね否定的であった。まず、第一審判決に対しては、監査役会に関する法（すなわち株式法と有限責任会社法）は連邦法であり、州法は連邦法を破ることができないから、指図権は存在しない、との指摘がされている。この立場は、任意的監査役会に対する指図を監査役会の自律性を侵害する州立法者の試みであると捉えている<sup>68)</sup>。このような考え方の背後には、株式法の規定する監査役会に関する強行規定が、有限責任会社に対しても適用されるという前提があると思われる。

次に、原審判決に対しては、指図権はノルトライン・ヴェストファーレン州ゲマインデ法 113 条 1 項 2 文に直接依拠することはできないとの批判がなされている。この見解は、同法の立法趣旨<sup>69)</sup>を参照し、かつ、会社法の有力説に依拠し、定款による株式法の適用除外のみによってはゲマインデによる指図権を根拠づけるのに不十分であり、指図権が定款に明確に規定されていることが指図権が存在するための条件であると解する。そして、本判決の判示を監査役会構成員が会社

---

66) VG Arnsbeg, Urt. v. 13. 7. 2007, ZIP 2007, 1988ff.

67) OVG Münster, Urt. v. 24. 4. 2009, ZIP 2009, 1718ff.

68) Markus Lutter, Anmerkung, ZIP 2007, 1991 (1992ff.).

69) LT-Drucks. 12/3730, S. 190 では、定款の明確な規定の必要性が指摘されている。

法の共通財産である会社の利益に拘束されないと認定したものと評する<sup>70)</sup>。

### (3) 判旨

連邦行政裁判所は、以下のように述べ、上告を棄却した。

「ノルトライン・ヴェストファーレン州ゲマインデ法 113 条 1 項 2 文によれば、ゲマインデの参加する法人の監査役会におけるゲマインデ代表者は、議会の決議に拘束される。もっとも、同法 113 条 1 項 4 文による自治体の指図権は、法律による別段の定めのないこと、という留保の下にある。有限責任会社法 52 条 1 項がそのような他の法律上の規定であり、任意的監査役会に関しては、定款に他のことが規定されていない限り、数多くの株式法の規定が適用される。これら適用されるべき株式法の規定には、特に株式法 93 条と結びついた同法 111 条 5 項・116 条が含まれ、これらの規定から、株式会社の監査役会構成員は、企業利益のみを義務づけられ、当該構成員が個人的に担う職務遂行の枠内において、何らの指図にも服さないという株式法上の原理が導かれるが、……そのような原理は、有限責任会社の監査役会に対しては適用されない。」

もっとも、「控訴審の見解とは異なり、原告の指図からの自由は、定款 7 条 1 項が株式法の適用を除外していることのみによっては、否定されえない。というのも、有限責任会社法 52 条 1 項が想定する通常の事例から離れるための要件は、「定款において別段の定めがある」ことだからである。定款が、有限責任会社法 52 条 1 項に挙げられた株式法の規定を包括的に不適用としていることでは不十分である。……さらに進んで、定款が株式法上のルールからどの程度異なった定めをしているかが、個別的に「規定 (bestimmt)」されなければならない。定款は、法律上の規定の代わりに、定款によって適用除外された法律上の規定と共に、監査役会の構成、任務、権限、そして手続方式を明白に認識させるほど十分に確定された、別の規律をしなければならない。」

「定款 7 条ないし 9 条においては、監査役会の形成・構成・任務・決議に係る様々な具体的な規定が置かれている。これらの規定を通じて、定款は、株式法の

---

70) Thomas F. W. Schodder, Kurzkomentar, EWIR 2009, 715 (716).

規定に代わる固有のルールを設けている。なるほど、定款には、指図権に関する明確な規定は存在していない。しかしながら、市議会の提案に基づいて任命された監査役会構成員が議会の指図に拘束されることは、解釈によって疑う余地なく導かれる。」

「ゲマインデが決定的に関与し、住民のための自治体による生存配慮の遂行を任務とする会社の定款の解釈にあっては、ゲマインデを拘束する憲法および法律の規定が考慮されなければならない。ゲマインデがこの種の会社に参加するための法律上の要件を遵守しようとした、そして、遵守しようとしているという事実上の推定が働く。」

「したがって、SVBの定款においては、定款によって適用除外された株式法の規定の代わりに被告によって提案された監査役会構成員に対する指図権についての合意がなされているものと解釈される。このことはノルトライン・ヴェストファーレン州ゲマインデ法108条5項2号から導かれる。この規定によれば、議会がゲマインデによって任命され、又はゲマインデの提案に基づいて選出された監査役会構成員に指図を付与することが可能である場合にのみ、有限責任会社法形式の企業にゲマインデは参加することが許されるからである。」

#### (4) 分析

以下、連邦行政裁判所判決の判示内容と指図権の意味について、分析を行う。

##### ① 判断枠組

本判決に関する判例評釈等を参考に、本判決の判断枠組の特徴についてまとめると、以下のとおりである。

第一に、そもそも、任意的監査役会に対する指図は、会社法上適法かという問題がある。上に見た通り、この問題については、本判決以前から、会社法学説から、有限責任会社の任意的監査役会の構成員に対する指図は、会社法の定める一般的な監査役会のあり方に反し違法である、との主張がなされていた。本判決は、株式法の規定する監査役会のあり方は有限責任会社の任意的監査役会の場合には妥当せず、指図は、定款の形成によって可能であるという立場を明確にした。この立場は、一審および原審判決と同様である。

第二に、本判決の判断枠組において特徴的な点は、以下に述べる点である。すなわち、ゲマインデ法に監査役会構成員に対するゲマインデ議会の指図権に関する規定が存在するものの、定款には指図権に関する規定が存在しないという場合において、指図権を肯定することはできるか、という問題について、本判決は、定款の解釈によってこれを解決する手法を示した。上に述べたとおり、第一審および原審判決は、監査役会構成員の指図拘束をゲマインデ法の指図権の規定から導いていた。これに対し、連邦行政裁判所は、指図権の法的根拠をゲマインデ法の規定に直接求めるのではなく、有限責任会社法 52 条 1 項の形成余地の枠内において、定款の解釈を通じて判断するという手法を採用している。ここでは、第一審および原審判決において指図権の法的根拠とされていたゲマインデ法の規定は、定款解釈の一要素として考慮されるにとどまっている。このように、連邦行政裁判所判決の判断枠組の特徴は、ゲマインデ法と会社法の衝突が顕在化する任意的監査役会に対する指図権の問題を、あくまで連邦法である有限責任会社法の解釈の問題として処理した点にあるといえよう<sup>71)</sup>。

## ② 学説の評価

このような連邦行政裁判所の解釈手法に対する学説の評価は分かれている。

批判的な見解は、会社法の優位の貫徹を要求する立場から、会社法一般に妥当する監査役会の「通常水準」を強調し、監査役会の指図からの自由は、株式法の定める監査役会（有限責任会社の義務的監査役会も含む）に対してのみならず、有限責任会社の任意的監査役会にも及ぶものとする<sup>72)</sup>。

他方、連邦行政裁判所の示した定款を通じた解釈手法に対して一定の理解を示しつつ（あるいはそのような解釈手法を前提として）、定款に指図権に関する明確な規定を置くことの意義を強調した上で<sup>73)</sup>、今後の実務上の課題や、指図権

71) Werner (Fn. 64), S. 156 は、本判決は会社法の原則的な優位から出発していると明言する。また、Dieter Deiseroth, jurisPR-BVerwG 24/2011 Anm. 6, C. Kontext der Entscheidung も、連邦行政裁判所は、本判決の出発点において、定款解釈の手法を扱った民事裁判所の判例に従っている旨を述べる。他方で、Schiffer/Wurzel (Fn. 64), 52 (53) のように、このような解釈手法を、自治体法的アプローチ（州法）に優位を与える大胆なものとする立場もある。

72) Eberhard Vetter, Zur Haftung im fakultativen Aufsichtsrat der GmbH, GmbHR 2012, 181 (185f.); Dorothee Weckerling-Wilhelm/Katharina Mirtsching, NZG 2011, 327 (329).

以外のゲマインデ法の規定の解釈問題との関連を指摘する見解もある。これらの見解は一致して、定款の形成のあり方が残された課題であると指摘する。

### ③ 定款の形成のあり方

まず、定款の内容設定上の限界に関する議論がある。この議論によれば、ゲマインデは、連邦法と衝突しない限りにおいてはゲマインデ法に拘束されることとなるから、有限責任会社法52条1項に基づく形成余地については、ゲマインデ法がその限界を画する機能をもつ。例えば、各州のゲマインデ法の規定（例：ノルトライン・ヴェストファーレン州ゲマインデ法108条1項6号）は、「監査役会ないしこれに類する監督機関」に対するゲマインデの影響力を要求していることから、ゲマインデ法も「監査役会」に認められるべき最低限の権限を想定していると解し、株式法111条の意味における監査役会の権限の核心部分を定款によって除外することは違法であると解する説がある<sup>74)</sup>。

次に、監査役会に対する指図は、数あるゲマインデの影響力行使の可能性のうちの一つとして理解されなければならないという点が指摘されている。影響力行使の仕組みは監査役会に対する指図の仕組みに限られず、場合によっては、補完的に（kompensatorisch）、他の影響力行使の可能性が利用されなければならない。また、ゲマインデがいかなる形をとって影響力行使の可能性を利用すればゲマインデ法上の影響力義務（介入義務）（「適切な」影響力）を果たしたことになるかについては、影響力行使の可能性の総和をもって判断されなければならない、との主張もある<sup>75)</sup>。

指図以外に影響力を与え得る方策として、第一に、定款に公的目標規定を置くこと（有限責任会社法1条）を通じ、本来の企業利益への義務づけをもって監査役会構成員を公的目的に拘束しておく方法がある<sup>76)</sup>。

---

73) Schiffer/Wurzel, (Fn. 64), 52 (54).; Deiseroth (Fn. 71), D. Auswirkungen für die Praxis; Pauly/Schüler (Fn. 25), 339 (343); Ziche/Herrmann (Fn. 64), 111 (113), Fn. 16; Friedrich L. Cranshaw, jurisPR-InsR 23/2011 Anm. 4, C. Kontext der Entscheidung.

74) Pauly/Schüler (Fn. 25), 339 (344).

75) 「適切」の概念は不確定法概念であると解されており、ゲマインデに判断余地が認められていることについて、Pauly/Schüler (Fn. 25), 339 (345); Oebbecke (Fn. 25), § 8, Rz. 57.

第二に、ゲマインデの影響力を確実に確保するためには、持分に応じ、ゲマインデが社員として有限責任会社に参加することが重要となる。有限責任会社法45条1項によれば、業務執行者に対して事業執行との関連において認められる権利およびその行使は、法律上の規定のない限り、定款によって決定される。例えば、この規定に基づいて、業務執行に対する社員総会による指図を定款に規定することが可能である、と解されている<sup>77)</sup>。

#### ④ 監査役会に対する指図の意味

ここでは、ゲマインデに多様な根拠に基づいた広範囲にわたる影響力行使の可能性が認められている中で、監査役会構成員に対する指図を通じてゲマインデが制御を行うことの意味に立ち返って検討したい。以下、二つの観点から考察する。

第一の観点は、業務執行に対する監督手法として、有限責任会社の場合には、社員総会を通じた指図が可能とされていることと関連する。

すなわち、一方において、先に見たように、ゲマインデは社員としての地位を通じて影響力を行使することが可能である（例：業務執行に対する指図）にもかかわらず、これと並んで、監査役会に対する指図を通じた影響力行使がなされることにつき、疑問を呈する立場がある<sup>78)</sup>。この点については、連邦行政裁判所判決がなされる以前から、社員総会を通じた業務執行に対する指図による制御の仕組みがあるのだからそれで十分であり、監査役会構成員に対する指図は不要であるとの主張がなされていた<sup>79)</sup>。

他方において、実務に目を向けるならば、監査役会構成員が、企業利益というスローガンに踊らされ、ここでいう企業利益が社員である「自治体」の利益であることを認識しない傾向が見られ、さらに、監査役会構成員が指向しているのは「企業利益」ですらなく、見せかけの企業利益の背後に、議会の諸会派の政治的利益が隠れていることもある、という指摘がなされている。そこでは、監査役会

76) Pauly/Schüler (Fn. 25), 339 (345); Mann (Fn. 31), § 46, Rn. 11 は、定款における公的目的の可能な限り精緻な規定を、制御に適した会社を設立するために必要な基本的条件であるとする。

77) Mann (Fn. 31), Rn. 42.

78) Vetter (Fn. 72), 181 (185).

79) Lutter (Fn. 68), 1991 (1992).

構成員に対する指図権を定款によって規定することを通じて、監査役会の活動が諸会派や企業利益の形をとった個別利益のためではなく、ゲマインデ（あるいは自治体の最高意思形成機関としてのゲマインデ議会）ためになされるものであることを明確にし、監査役会構成員とゲマインデ（議会）の間に意見の食い違いが生ずるリスクを減ずるべきである、との主張がなされている<sup>80)</sup>。また、とりわけゲマインデが会社の持分の過半数を有しておらず、自治体が監査役会の構成を決定することが不可能な場合には、指図の仕組みが重要な意味を持つ、との指摘にも注目しておくべきであろう<sup>81)</sup>。

第二の観点は、ゲマインデ法および会社法において、監査役会構成員の解任の仕組みが規定されていることに関わる。すなわち、株式法においては、選任権者による解任（株式法103条2項）と、株主総会の決議（4分の3の多数を要する）による解任（株式法103条1項）の仕組みが用意されている。さらに、ある監査役会構成員につき重要な事由が存在する場合には、監査役会の申立てに基づき、裁判所が当該監査役会構成員を解任することも可能である（株式法103条3項1文）<sup>82)</sup>。これらの仕組みは、定款に規定がない限り、有限責任会社にも適用される。他方で、例えばノルトライン・ヴェストファーレン州ゲマインデ法113条1項3文によれば、ゲマインデの代表者は、議会の決議があるときは、いつでも、職を辞さなければならない。

以上の解任の仕組みが用意されていることにかんがみるならば、ゲマインデの代表者が自治体参加会社の監査役会においてゲマインデの利益に反する活動をした場合に解任の仕組みを行使することでゲマインデによる制御としては十分であり、したがって、指図の仕組みを敢えて設ける必要はない、との考え方も成り立つように思われる。しかしながら、指図の仕組みは解任の仕組みよりも自治体参加会社に対する侵害の効果は小さく、会社内部の決定プロセスを逐次的に修正することができるソフトな影響力行使の仕組みであるとして、これを積極的に評価する説も存在する<sup>83)</sup>。さらに、学説上、一般に、指図への不服従のみでは、解

---

80) Ziche/Herrmann (Fn. 64), 111 (115).

81) Oebbecke (Fn. 25), § 8, Rz. 236.

82) 高橋・前掲注 35) 178 頁。

任に必要な客観的な事由を認めるのに不十分であると解されている<sup>84)</sup>。つまり、ゲマインデの代表者が会社の利益を基準に判断して指図に従わなかった場合であっても、その不服従が直ちに解任に直結するとは限らないのである。

## V 結びにかえて

### (1) 本稿のまとめ

本稿においては、公私協働論および第三セクター論を、今後、具体的に展開していくための手がかりとして、ドイツの自治体参加会社にかかる法的枠組について概観した。その上で、ゲマインデ法と会社法の衝突と呼ばれる法現象について、ゲマインデ代表者の監査役会代表者に対する指図の仕組みの局面に着目し、分析を行ってきた。冒頭に述べたように、本稿の出発点は、従来の公私協働論および第三セクター論は、第三セクターの法的性質論等、抽象的な議論を展開するにとどまっておき、今後は、具体の解釈論・制度論に即した議論が必要であるという問題意識であった。この問題意識に立ち戻った上で、本稿の分析によって得られた知見をまとめるならば、以下の通りである。

第一に、これまでわが国の学説においては、自治体参加会社に係るゲマインデ法の規律に関し、ゲマインデが経済活動を行うための要件という観点からの紹介がなされるにとどまっていた。本稿において明らかになったのは、ゲマインデ自身から独立した法人格を有する法人を設立するにあたり、会社法上の法形式が使用されることによって生ずるゲマインデの制御力の喪失という問題がドイツにおいては明確に意識されており、これを防止する観点からの規律が、会社法の枠組を前提としつつ、各州立法者によって各州のゲマインデ法において整備されているということである。

第二に、ドイツにおいては、ゲマインデ法と会社法の衝突について、具体の局面に即した豊富な議論が、学説・判例において展開されている。自治体参加会社は、公的利益の実現を指向するゲマインデ法の世界と、経済的合理性を指向する

83) Danwitz (Fn. 60), 595 (627).

84) Oebbecke (Fn. 60), § 9, Rz. 28.

会社法の世界が重複する領域に位置する。基本法31条の規定から、両者の間に衝突が生じた場合には、連邦法が優位する。しかしながら、ドイツの議論において興味深いのは、支配的な学説に加え、連邦行政裁判所も、具体的な解釈論のなかで、連邦法の優位という画一的な枠組みで処理するにとどまらず、具体の局面に即して、両者の間の調整が試みられている点である。

第三に、本稿においては、そのような調整の具体的な局面として、監査役会に対する指図の仕組みを取り上げた。まず、ゲマインデ法のなかには、ゲマインデの代表者がゲマインデの指図に拘束されるものとする仕組みが用意されている。これに対し、会社法上（特に株式会社の場合）、監査役会は独立的に職務を遂行する機関として構想されていることから、ここに、衝突が生ずる。そして、ゲマインデが会社法上の法形式を使用する局面において、有限会社の任意的監査役会に対する指図は有限会社法に抵触しないかという問題について、2011年8月11日の連邦行政裁判所判決が興味深い判断を示した。この判決は、有限責任会社法の解釈の枠内でゲマインデ法の規定を読み込むという解釈手法を展開することにより、ゲマインデ法と会社法の衝突という問題について適切な解決をもたらすための具体的なアプローチを示した。以上のような学説・判例の議論を踏まえるならば、自治体参加会社に関わるドイツの関連法制（会社法、有限会社法、ゲマインデ法等）において、有限会社の任意的監査役会に対する指図は、監査役会構成員としての自己責任に基づく活動・決定を維持しつつ、ゲマインデが責任を負う公的利益の実現のために当該会社の意思形成への影響力を確保するための（唯一ではないもの）重要な仕組みの一つである、と位置づけることができよう。

## (2) 今後の課題

最後に、わが国の第三セクター論やこれに係る法制度との比較において、ドイツの自治体参加会社（さらには、組織における公私協働論）に係る筆者の今後の研究の課題を示すことによって、本稿の結びとしたい。

わが国の第三セクター論において指摘されていた収益性と公益性の抵触の問題に対処する必要があることについては、ドイツにおいても古くから議論され、検討されてきた。そして、ドイツにおいては、その成果として、公益性確保のため

の仕組みが、各州のゲマインデ法において具体化されている<sup>85)</sup>。かつ、これらの仕組みは連邦法である会社法の枠組を前提に設計されている。他方、ドイツのゲマインデ法の仕組みに対応するような自治体参加会社の機関内部の意思形成に対して自治体の影響力を確保するための仕組みは、日本の法制度（地方自治法等）<sup>86)</sup>には見られない<sup>87)</sup>。

もっとも、このことは、日本の法制度に指図の仕組みを導入すべきだということの意味しない。本稿は、ドイツにおける自治体参加会社のガバナンスのあり方を明らかにするための足掛かりとして、ゲマインデ法と会社法の衝突という観点から、日本の法制度に見られない指図の仕組みを切り出し、分析を行ったものにすぎない。今後、比較法的にガバナンスのあり方を本格的に論ずるためには、さらに自治体参加会社に係る法枠組の全体像を明らかにする必要がある。指図の仕組みは、公益性を確保するための（あるいは、組織内部における適切な公私協働を実現するための）数ある仕組みのうちの一つにすぎない。監査役会構成員に対する指図以外の仕組みも含めたゲマインデ法による公益性確保の枠組みの総括的な分析、ゲマインデ法と会社法が衝突するその他の局面（例：情報請求権と守秘義務の衝突）における議論の分析を行うことが、当面の課題である<sup>88)</sup>。比較法的見地に基づいた制度論・立法論の展開は、これらの作業を終えた後に、行うこととしたい。

---

85) II 1(1)を参照。

86) 当初の問題意識と直接の関係はないが、本稿の分析からは、地方自治（日本とドイツの地方自治のあり方の違い）の観点からの検討も重要であることが明らかとなった。例えば、指図を日本の法制度に導入することが検討される際にも、それを国法としての地方自治法によって規定するのか、あるいは、各自治体が独自に条例を用いて制度設計するのか、それ以前の問題として、そもそも条例による規律が許されるのか、といったことが問題となる。この点に係る検討も、今後の課題としたい（法律と条例の関係について、さしあたり、斎藤誠「条例制定権の限界」『行政法の争点〔第4版〕』（有斐閣、2014）207頁以下を参照）。

87) I 2(2)を参照。

88) III 1(1)を参照。