

# 監査役会による監督義務—ドイツ—

三原園子

## 目次

はじめに

一 監査役会の構成

二 監査役会の任務一般

三 株式法第111条第1項上の監督

四 監査役会の取締役に対する助言

おわりに

## はじめに

平成5年(1993年)の改正法は、監査の実効性を期して、商法特例法上の大会社すなわち資本金五億円以上または負債総額二百億円以上の会社につき、ドイツにならって、監査役会制度を法定した。しかし、実際には、企業における内部監査はいまだ有効に機能しているとは言えず、株主代表訴訟も同改正で訴訟費用が8200円というように安価になって以来、多発している。また、日本の監査役会並びに取締役会制度が二重監査という特殊性を有していることは周知の事実である。だが、監査の実効性は必ずしもあがっておらず、これらの監督機関の無機能化が問題として浮上している。

わが国の監査役、および監査役会についてはさらなる改正が必要となろうと思われるが、学説の努力にもかかわらず、いまだ監査役会については解決を見ない状況にある。これについて、わが国の監査役会の母法であり、かつ中華思想が強いといわれるフランスもがとりいれているドイツ法の尊重ならびに深い理解が必要であると考え。そこで、以下では、ドイツにおける監査役会の監督義務について若干の検討を行う。

## 一 監査役会<sup>(1)</sup>の構成

### (一) 監査役会の員数

ドイツ監査役会の員数は、従業員が10,000人より少ない会社では、監査役会は12名のメンバーで構成され、従業員10,000人から20,000人の会社では、監査役会は16名で構成される。従業員20,000人以上の会社では、20名である(共同決定法第7条第1項)。

これに対して、わが国の取締役会は、会議体であることから3名以上であることを要する(商法第255条)。一方、わが国の監査役については、平成5年改正で、商法特例法上の大会社については、監査役会が法定され(商特第18条の2)、従来の2名から3名以上に定員が増員されて多数決機関となった(商特18条)。その他、特にドイツのような員数についての定めはない。

### (二) 監査役員の資格

監査役員は、自然人でかつ行為能力者でなければならない(株式法第100条第1項)。また、監査役員は、同時に取締役員であってはならない(株式法第105条第1項)。但し、期限付きの兼任は許される(株式法第105条第2項)。監査役員は、従属会社の法的代表者であってはならず(株式法第100条第2項第2号)、また、取締役員が監査役員を務める資本会社の法的代表であってはならない(株式法第100条第2項第3号)。さらに、監査役員は10社を超える会社の監査役員であってはならない(株式法第100条第2項第1号)。但し、同一コンツェルン内では5社に到るまで数に入らないことになっている(株式法第100条第3項第2文)。

### (三) 監査役員の選任・解任

監査役会は概ね株主代表、従業員代表、労働者代表の3つで構成され、それぞれ選任・解任方法は異なる。

まず、株主代表の選任・解任は、株主総会の決議で行われる(株式法第101条、第103条)。株主代表は、株主総会がこれを選任しかついつでもこれを解任することができる。但し、定款に別段の定めのない限り、解任には株主総会の4分の3の投票の賛成を必要とする(株式法第103条第1項)。この解任は一律の方法で行われなければならない<sup>(2)</sup>。

次に、従業員代表および労働者代表の選任・解任は、共同決定法に従って行

われる(株式法第101条第1項, 第103条第4項)。従業員代表および労働者代表というのは、さらに詳しく見ると、労働者代表、従業員代表、幹部従業員の代表という3層構成となっている(共同決定法第15条第2項第1号, 第2号)。彼らは、従業員数8000人を超える会社においては間接選挙によって、従業員数が8000人以下の会社においては直接選挙によって選ばれることになる<sup>(3)</sup>。しかし、選挙権を有する者は、そのいずれかを選択する権利を有する(共同決定法第9条)。

この監査役員の選任によって、監査役員と株式会社との間に債権債務関係が発生することになる<sup>(4)</sup>。

#### (四) ドイツにおける労働者の経営参加

ドイツの企業に特徴的なのは、経営の意思決定に参加する監査役員への労働者の参画が法定されていることである<sup>(5)</sup>。

監査役員に、従業員の代表者が6名から8名入る(従業員:2,000人~20,000人の会社では、労働組合の代表者が少なくとも2議席を有しなければならず(共同決定法第7条第2項第1号)、従業員の代表者が10名入る(従業員:20,000人以上の会社では、労働組合の代表者は3議席を有さなければならない(共同決定法第7条第2項第2号)とされている。

#### (五) 共同決定制度について<sup>(6)</sup>

ドイツでは、一般に知られているように、共同決定制がとられている。これは、ドイツで発生し、第二次大戦後、様々な形でヨーロッパに広がった<sup>(7)</sup>。共同決定制のうち、会社に関わりのあるものを見ると、1952年の企業組織法、および1976年の共同決定法が挙げられる<sup>(8)</sup>。

企業組織法は、従業員が500人から2000人の会社に適用される。一方、共同決定法は、従業員2000名以上の会社に適用される<sup>(9)</sup>。企業組織法のもとでは、監査役会の3分の1のメンバーを従業員が選任するにとどまり、共同決定ではなく、単に助言機能を有するのみである<sup>(10)</sup>。それとは反対に、1976年の共同決定法のもとでは、株主と従業員が監査役員において同等の議席を占める。そこで、企業で働いているすべての従業員が監査役会の規模および選任手続きを決定することになる<sup>(11)</sup>。

共同決定法の目的は、監査役員を対等の構成にすることによって、企業における決定過程での持分所有者と従業員の同権同等の参加を保障することである<sup>(12)</sup>。

しかし、他方、立法者は監査役会がその対等の構成にかかわらず決定能力、機能性を失わないように配慮した手続き(議長に2票分の投票権を与えること)となっている(共同決定法第27条第1項、第2項、第29条、第31条第2項乃至第4項)<sup>(13)</sup>。

共同決定の手続きを概観すると、まず、第1回目に多数決が行われる(共同決定法第29条第1項)。これで賛成反対が同票になった場合には、第2回目に再び多数決が行われる(共同決定法第29条第2項)。これで再び賛成反対が同票になった場合にはじめて監査役会議長に2票分の投票権が与えられることになる(共同決定法同条同項)<sup>(14)</sup>。

この同位同格について違憲の申立てが行われた<sup>(15)</sup>。その請願者の主張は、共同決定法および経営体規則法との密接な連携によって同位同格以上の共同決定法さえ結果する。共同決定法は協調を強調するから、株主代表は従業員代表者との紛争を避けるために彼らに同調せざるをえないということである<sup>(16)</sup>。しかし、監査役会において賛成反対が同票になった場合に、このように、共同決定法第29条によって、議長が2票分の投票権を行使することに関して、共同決定法が株主と従業員に監査役会において同等の地位を与えたというのは幻想であるといわれる<sup>(17)</sup>。また、監査役会は、監査役会内に委員会を設置することができ(株式法第107条第3項)<sup>(18)</sup>、監査役会において賛成反対が同票になった場合には、各監査役会委員会の議長にそれぞれ2票分の投票権が与えられる<sup>(19)</sup>。

#### (六) 監査役会議長の選出

監査役会議長および議長代理人には、共同決定法上、2票分の投票権が与えられている(共同決定法第29条第3項、第31条第4項第3号)。

監査役会議長および議長代理人の選出には、全監査役会員の3分の2の投票数の賛成を必要とする(共同決定法第27条第1項)。この第一回目の選挙で3分の2が達成されない場合には、第2回目の選挙が行われ、株主側が議長を、従業員・労働者側が議長代理人を選出することとされる(共同決定法第27条第2項)。このように、たしかに株主側に決定票を与えているが、しかし、会社の定款をもってしても株主側代表のみが議長になることを定めることは認められない<sup>(20)</sup>。

なお、監査役会は原則として歴年で3ヵ月に1度開催されるものとされてい

るが、少なくとも半年毎に1度は開催されなければならないものとされている(株式法第110条第3項)<sup>(21)</sup>。

注)

(1) ドイツの監査役会についての日本文献として、以下のものを参照。

川濱昇「株式会社の支配争奪と取締役の行動の規制(3完)〔英米・西ドイツ〕民商95巻4号483頁以下(1987年)；川端保至「R. パッソウ「株式会社の監査役会の生成」—ドイツの株式会社監査役会の誕生〈紹介〉」同志社商学42巻1号218頁以下(1990年)；菅原菊志「ドイツにおける監査役制度の変遷—1897年の新商法から1931年の緊急令まで」法学46巻1号1頁以下(1982年)；菅原菊志「株式会社の取締役・監査役論序説」法学52巻1号1頁以下(1988年)；菅原菊志・取締役・監査役論9頁以下, 38頁以下(1992年)；新山雄三「Aufsichtsratの機関としての地位と任務—ドイツ株式会社立法政策における「近代」—」岡法39巻2号1頁以下(1989年)；同「監査制度の法的位置づけと比較法」商事1296号29頁以下(1992年)；布井千博「西独株式法における監査役員の責任」一論93巻6号(1985年)75頁；ハンスヴェルディンガー=河本一郎「ドイツと日本の会社法」38頁—58頁(1968年)；マクス・ルッター=木内宜彦・日独会社法の展開131-176頁(1988年)；正井章作「ドイツにおけるコーポレート・ガバナンス」ジュリ1050号69頁以下；水口宏・会社運営と株主の地位123頁以下(1994年)；森川八洲男「西ドイツ商法改正と監査報告問題(1)・(2)」監査237号4頁, 239号10頁(1987年)；余語豊「西独における法定決算監査の拡大」企会34巻4号129頁以下(1988年)；吉永榮助「二層式機関組織—監視機関の分離と強化の提案とその根拠」現代商事法の重要問題(田中(誠)米寿記念)129頁以下(1984年)

(2) BGHZ99,211,215

(3) 手続きの詳細を記したものとして, BGBI. I, 861,893,934.

(4) Kübler, Gesellschaftsrecht, 1994, S.261

(5) この点を指摘するものとして, 平田光弘「日本の取締役会: その法的・経営的分析」一論114巻5号832頁(1995年)を参照。

(6) ドイツの共同決定制度について会社法に関係のあるものとして, ヴェルター・コルベンバッハ/米津孝司訳「労働者参加に関するEC委員会提案—ドイツ共同決定制度とのかかわりにおいて〈資料〉」立命218号99頁以下(1991年)；Röder, G./大隈一武訳「西独における労働者の経営決定への参加」際商18巻1号25頁以下(1990年)；マクス・ルッター=木内・前掲書174頁以下；小侯勝治「経済組織・労働組織と共同決定〔西ドイツ〕」国学院法政論叢6号31頁以下(1985年)；正井章作「共同決定法と会社法との関係についてのライザーの見解」熊法45巻53頁以下(1985年)；同「閉鎖的企業と労働者の

共同決定—西ドイツ企業法委員会における議論」熊法49号119頁以下(1986年)；同・共同決定法と会社法の交錯(1990年)；同「E Cにおける労働者の経営参加—ドイツ共同決定との関係」姫路法学六号49頁以下(1990年)；松元其吉「企業法と共同決定」法と秩序12巻6号30頁以下(1982年)；横山佳代子「共同決定による経営参加—ドイツ連邦における現状」西南学院大学大学院経営学研究論集8号53頁以下(1987年)等を参照。

- (7) Isaacson, Codetermination Revised, 6 Employee REL.L.J.533,533 (1981)
- (8) L.Rippey, Alternative to the United States System of Labor Relations, A Comparative Analysis of the Labor Relation Systems in the Federal Republic of Germany, Japan, and Sweden, 41 Va.L. Rev.3,627,635(1988)
- (9) Rippey, op.cit. at 635
- (10) Rippey, op.cit. at 636.
- (11) Rippey, op.cit. at 636.
- (12) BT-Drucks VII/4845,S.2; マークス・ルッター=木内宜彦・日独会社法の展開147頁(1988年)
- (13) ルッター=木内・前掲書147頁
- (14) Kübler, Gesellschaftsrecht, 4 Aufl.S.552(1994)；ルッター=木内・日独会社法の展開147頁
- (15) BVerfG, Urt. vom 1.3.1979, BVerfGE50,290=BB1979, Beilage 2= NJW 1979,699
- (16) 後藤清「西独共同決定法合憲判決について」ジュリ694号105頁以下に、判決についての詳しい紹介がある。
- (17) Rippey, op.cit. at 636 は、①監査役会の3分の2のメンバーが議長を選出するが、この3分の2が達成されなければ、株主が議長を選出すること、②経営政策に関する監査役会における従業員代表の情報や助言に十分接することが出来ること、から、株主が、わずかながらも優位な決議をすることができる点を指摘する。
- (18) なお、株主総会はこれを設置することができない。

これを日本法における委員会設置の可能性についてみると、わが国では昭和56年の改正要綱が複数監査役がある場合には監査役全員の合意で職務分担を定め得ることを掲げていたが(要綱第一の五3(一))、立法技術上の難点があるため、法制定に至らなかったといわれる(加藤勝郎・新訂版 監査役責任事例, 35頁)。その理由は、監査役が本来独任制の機関であり、監査役としての判断については何人の拘束も受けないこととの関係であったとされている(竹内昭夫・改正会社法158頁以下(1983年))。しかし、平成5年改正で商法特例法上の大会社においては監査役会を法定し(商特18条の2第1項)、その員数も2名から3名へと増員して多数決機関(商特18条)となった以上、

ドイツと同様、委員会を設けて職務分担を行うことは立法技術上可能になったといえよう。

- (19) BGHZ83,106,117f.144,147
- (20) BGHZ83,151,156
- (21) 株式法第 110 条 監査役会の召集

第 3 項 監査役会は通常、歴年で 1 年に 4 回召集されるべきであるが、半年に 1 回は必ず召集されなければならない

わが国においても、このような取締役会および監査役は必要かつ常置の機関(商法特例法上の大会社については、監査役会(商特第 18 の 2 条第 1 項))である。取締役は 3 ヶ月に 1 度以上取締役会に業務に関する報告をしなければならないという報告義務(商法 260 条の 3 第 3 項)、監査役にはこの取締役会に出席して意見を述べる意見陳述権(商法 260 条の 3 第 1 項)、商法特例法上の大会社については監査役会に各監査役に対する報告請求権(商特第 18 条の 2 第 3 項)が規定されている。

## 二 監査役会の任務一般

(一) ドイツにおける監査役会の任務としては、大きく分けて以下の 4 つが挙げられる<sup>(1)</sup>。

- (1) 取締役(Vorstand)員の選任および解任(株式法第 84 条)
- (2) 取締役が行う業務執行の監督(株式法第 111 条第 1 項)
- (3) 企業指揮に関する取締役に対する助言
- (4) 年次報告書のような重要な企業の決定に際しての協力

今日、学説上、監査役会の監督はこの内の(2)~(4)を意味すると捉えるのが一般的であるといわれる<sup>(2)</sup>。

上記のように、監査役会は、最重要な任務として株式法第 111 条第 1 項上<sup>(3)</sup>、取締役の業務執行を監督しなければならない。同様の任務を監査役会は清算人に対して負う(株式法第 268 条第 2 項第 2 文)<sup>(4)</sup>。その他に、監査役会は、決議提案権(株式法第 124 条第 3 項)<sup>(5)</sup>、株主総会出席権(株式法第 118 条第 2 項)<sup>(6)</sup>および株主総会の決議に異議を述べる権利(株式法第 245 条第 5 号)<sup>(7)</sup>等の権限を有し、これらを通じて株主総会の決定に対して影響を及ぼすことになる。しかし、監査役会の活動の中心はあくまで取締役の業務執行の監督である。

監査役会の任務は相反する性質のものとして、事前の予防的見地から行われ

る取締役に対する業務執行の監督および助言を包含している。その他、若干の案件において監査役会は協力して決定しなければならない。しかし、会社の業務執行を監査役会自らが行うことは禁止されており、会社の指揮は取締役のみが自己の責任において行うものとされている(株式法第76条第1項)<sup>(8)</sup>。業務執行を監査役会に委譲することはできず(株式法第111条第4項第1文)<sup>(9)</sup>、監査役会は取締役に一定の行為を法拘束的に割り当てる権限を有していない。監査役会による取締役に對する法的拘束力は、一定の業務執行措置を阻止することには及ぶが、それによって業務執行措置を強制することは認められないのである。

(二) ドイツにおける監査役会(Aufsichtsrat)は、機能的にはわが国の取締役会および監査役会を合わせたものといえる。つまり、わが国でいうところの代表取締役すなわち取締役(Vorstand)<sup>(10)(11)</sup>の選任・解任権を有する点では取締役会に類似し、この取締役の業務執行を監督するという点では、わが国の取締役会および監査役会双方の機能を有すると云える。というよりむしろ、わが国の取締役会および監査役会がドイツの監査役会の機能を二重に行っていると云った方がよいであろう。ただし、助言の部分に関しては、今のところ、現実に有効に行われているか否かはおくとして、わが国では取締役に属していると云えよう(但し、これが取締役に属していることが望ましいか否かは別である)。

注)

- (1) この分類は、Lutter M., Defizite für effiziente Aufsichtsratsstätigkeit und gesetzliche Möglichkeiten der Verbesserung, ZHR159(1995)287, 289 による。

監査役会の監督機能についての分類は、学者によって多少異なる。例えば、Schmidt, K. 教授(aaO, S.686ff.)は、上記(1), (2)に加えて、(5)「取締役に代わって裁判上および裁判外において会社を代表すること(株式法第112条)」の3つを、監査役会の主要な任務として掲げ、上記(3)助言を上記(2)の監督の主体として捉え、上記(4)年次報告書の審査を、その他の任務として捉えている。

また、Kübler, F 教授(Gesellschaftsrecht, Aufl.4, 1994, S.262f.)によれば、上記(1), (2)2つを監査役会の主要な任務と捉え、上記(3)助言を上記(2)の監督の内容に包含している。上記(4)および Schmidt 教授の掲げる(5)をその他の任務として捉えている。

しかし、上記(1)(2)(3)を監査役会の主な任務と捉えることについては、大方



の一致をみているといえよう。

- (2) Lutter, ZHR159(1995)289.
- (3) ドイツ株式法は以下のように定めている。  
株式法第 111 条 監査役会の任務および権利  
第 1 項 監査役会は取締役の業務執行を監督す  
わが国の商法第 260 条第 1 項, 第 274 条第 1 項には, 取締役会および監査役についてこれと同様の定めがある。
- (4) 株式法第 268 条 清算人の義務  
第 2 項第 2 文 清算人は取締役と同様, 監査役会の監督に服する  
わが国でも同様に取締役および監査役の行う監督についての規定は清算人に準用される(第 430 条第 2 項)。
- (5) 株式法第 124 条 議事日程の通知  
第 3 項 株主総会が決定することになっている議事日程の対象すべてについては取締役および監査役会が, 監査役員および検査役の選任については監査役会のみが議事日程の通知において決定への提案をしなければならない。但し, 株主総会が監査役会の選任にあたってモンタン共同決定法第 6 条によって選任提案に拘束されているか, または決議の対象が少数の要求でもって議事日程に置かれている場合にはこの限りではない。監査役員および検査役の選任への提案は, その者の氏名, 職業および住居を示さなければならない。監査役会が労働者の監査役員で構成されている場合には, 監査役会の監査役員の選任への提案についての決定を行うには, 過半数の株主監査役員の投票が必要である。モンタン共同決定法第 8 条は影響を受けない。
- (6) 株式法第 118 条 一般  
第 2 項 取締役員および監査役会員は株主総会に出席しなければならない。
- (7) 株式法第 245 条 異議申立て権  
以下の場合には異議を申立てることができる。  
第 5 号 すべての取締役員および監査役会員は, 決議を実行することによって取締役員または監査役会員が可罰的な行為または秩序違反をすることになる場合, または賠償義務を負うことになる場合。
- (8) 株式法第 76 条 株式会社における指揮  
第 1 項 取締役は自己の責任において会社を指揮するものとす
- (9) 株式法第 111 条 監査役会の任務および権利  
第 4 項第 1 文 業務執行を監査役会に委譲することはできない
- (10) ドイツにおける取締役の機能  
ドイツにおいて取締役は, 一人またはそれ以上の員数でなければならないとされている(株式法第 76 条第 2 項第 1 文)。これについては, わが国の代表取締役も同じであるといえよう(商法第 261 条)。ドイツの取締役の選任・解任権は, 監査役会がこれを有する(株式法第 84 条)。わが国の代表取締役の選任・解任権は取締役会がこれを有し(商法 261 条), 監査役および監査役

会にこのような権限はない。

なお、わが国の取締役会の構成面における問題点を指摘するものとして、平田光弘「日本の取締役会：その法的・経営的分析」一論 114 巻 5 号 832, 847-848 頁(1995 年)を参照。

- (11) ドイツにおける取締役(Vorstand)は、会社の指揮すなわち会社の業務執行を担当し、機能的にはわが国の代表取締役に相当するといえる。場合によっては、共同代表を定めることが出来るのは、ドイツ(Schmidt, K., Gesellschaftsrecht, S. 681(1991)を参照。)においても、日本(商法第 261 条第 2 項)においても共通している。

ところで、この取締役の業務執行が何であるかについて、学説上、これを業務執行と解する見解(Großkomm./Meyer-Landrut, AktG, § 76 Anm. 2; 反対説 Würdinger, Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen, 4. Aufl. 1981, S. 119, は、指揮を業務執行の範囲と見る)、業務指揮と修正解釈する見解(Dose, Die Rechtsstellung der Vorstandmitglieder einer Aktiengesellschaft, 3. Aufl., 1975, S. 96.), 業務指揮と同一に扱う見解(Lippert, Überwachungspflicht, Informationsrecht und gesamtschuldnerische Haftung des Aufsichtsrats nach dem Aktiengesetz, 1965, S. 27; Geßler, in: Geßler, E./Hefermehl, W./Eekardt, U./Kropff, B., AktG, § 111 Rn. 12; Semler, Überwachungsaufgabe, 1980, S. 7 ff.; Hefermehl, in: Geßler/Hefermehl/Eekardt/Kropff, AktG, Komm. § 76 Rn. 10.)の 3 つがみられる。

### 三 株式法第 111 条第 1 項における監督

#### (一) 対象

監査役会が行う監督の対象は、取締役の行う業務執行である。監査役会の任務は、会社の指揮措置のみを対象としているとともに、監督の対象はこの指揮をする(株式法第 76 条第 1 項)取締役の活動であって、従業員のそれではない<sup>(1)</sup>。注意しなければならないのは、監査役会は決して取締役に優位する上記の業務執行者ではないということである<sup>(2)</sup>。

#### (二) 審査の尺度

監査役会が取締役に対して行う監督について、判例学説は、一般に、監査役会は取締役の業務執行の法的適合性、目的適合性および経済性を監督するものと解している<sup>(3)</sup>。しかし、これに秩序適合性を加えるものもある<sup>(4)</sup>。

まず、取締役による業務執行の法的適合性(適法性)<sup>(5)</sup>は、会社の適切な指揮

の基本条件であり、株式法の諸規定の遵守(特に株式法第93条<sup>(6)</sup>に鑑みて)および会社の定款、その他、経済的企業、およびその代表者に向けられた規範(カルテル法、競争法、税法、環境法等)が対象となる。

次に、指揮の目的適合性<sup>(7)</sup>は、上記の側面にたいいて含まれており、それ故、通常は監督の範疇には入らない。目的適合的でない組織、または資金調達については監査役会が異議を唱えるべきであり、この場合には、計画された措置の目的適合性は監査役会の監督の範囲に属する。これはあくまで取締役をどう処遇するかという問題である。

さらに、経済性<sup>(8)</sup>について、監査役会は、取締役が会社の支払能力の確保、適切な資金調達および収益力を指揮するという恒常的かつ中心的任務としての市場での立場と同じくはっきりと認識し、かつ、それに応じた措置を確保しているかについて監督する。

最後に、秩序適合性<sup>(9)</sup>について、監査役会が秩序適合性を考慮する義務が必要であるのは、Semler<sup>(10)</sup>によれば、不十分かつ不適當な決定が原因で、しばしば企業家的な判断の誤りが生じていることにあるという。判断の誤りは企業の損害につながるものであり、これに注意を払うのが監査役会の義務であると主張される<sup>(11)</sup>。

監査役会が、取締役の業務執行を秩序適合性の観点で行うとすると、以下のことを監査役会は監督しなければならない<sup>(12)</sup>。

- ①業務執行組織たる取締役が、正しく位置し、自己の職務を職務規定にもとづいて目的に沿って区切られかつ、自己の職務において専門的であること
- ②取締役についての職務規定が遵守されていること
- ③指揮の手段、すなわち企業計画、会計制度<sup>(13)</sup>および報告制度が企業の指揮の要件に相当していること
- ④監査役会に対する報告が適法な時期に、かつ、きちんに行われていること
- ⑤懸案の指揮判断が必要な注意をもって行われ、説明されかつ理由付けられており、その結果として、監査役会が、取締役の業務執行の法的適合性、経済性および目的適合性を十分に判断することができること<sup>(14)</sup>。

### (三) 監督の内容的な境界

Semler<sup>(15)</sup>は、監査役会の監督義務を、①通常の取引経過の場合、②業績悪化が著しい場合、③株式会社が危機に瀕している場合、に区分するいわゆる3

段階説を主張している。これに対して、Claussen<sup>(6)</sup>は、1980年当時の理解とは異なってきているはずであり、3段階説によると、通常の場合においては監査役会を不適法なやり方で機関義務から解放し、危機的状況においては、監査役会に取締役の任務を配分するとしてこれを非難している。本質的に両者が異なるのは、Claussen<sup>(7)</sup>が、監査役会を憲法の保障する利益代表機関とみている<sup>(8)</sup>のに対して、Semler<sup>(9)</sup>は、監査役会を利益代表機関ではなく経済的な監督を保持し、かつ将来に効率的に具体化する機関であるとする見解の相違である。

Claussenは、Semlerの提示した3段階の監督義務が株式法上規定されていないと述べるのに対し、Semlerは、監査役会の監督義務は個別具体的に書き改めることが必要であるとともに、個別具体的にすべて法文に表現することは無理であることをわきまえて原則規範を遵守するという意味で立法者が諸原則を表現していると解している。また、危機的状況においてはじめて監査役会が活動することになり、通常の状況において随伴するだけの監督は不適法な義務の軽減であるとのClaussenの批判に対して、Semlerは、実務上監査役会は通常の時間においてClaussenが要求するよりももっと多く監督を行っていると言論する。

さらに、Claussenが監査役会は現在および将来についての監督を行うのみでなく、企業政策についても判断を形成しかつ取締役と協議しなければならず、また、企業の危機に際して監査役会が最上の機関に昇進する「指導的監督」が、監査役会が業務執行を行うことができないことを定める監督株式法第111条第4項第1文に違反し、かつ監査役会員を時間的に限定して取締役員として送り込むという株式法第105条第2項を無意味にしてしまう、と批判するのに対し、Semlerは、自らは将来指向の任務を提示しており、市場における命題は難しく、従って、実務において監査役会の任務は能力のある取締役をして被監督企業を良い方向へ導くことにであると述べている。続けて、Claussenが、段階的な監督義務の分類は実務で嫌われ、現実にも即さないと批判するのに対し、Semlerは、長年の経験上問題が生じたことはない、と反論している。

また、企業の危機に際して監査役会が監督能力も意欲もないとClaussenが批判するのに対し、Semlerは市場のつきつける命題は難しく、また悪い監査役会のみを見てすべての監査役会をそうであると決めつけるべきではない、と

反論する。

Claussen が, Semler を唯一支持する者と認識している Goerdeler<sup>(20)</sup>は, Semler が監査役会を利益代表機関ではなく企業家の指揮機能の監督をその任務とすること, さらに実務においては, 取締役と監査役会との協力的決定が明確に法定されているか否かといったことは問題とはならないことを Semler 自らが熟知しており, かつ読者も知っていることを前提にしていると述べて, Semler の見解に賛同する。

監査役会は, それぞれの代表する機関の利益を第一にすべきであろうか。もしそうすることで企業全体の利益を損ねることになるとすればどうであろうか。監査役会は, 企業利益を第一とすることを忘れているとの非難<sup>(21)</sup>には傾聴しなければなるまい。

注)

- (1) この監査役会の監督につき, これを機能監督とみるか機関監督について見解が別れる (Scholz/U.H.Schneider, Komm. GmbHG, § 52 Rn.59 (1988) はこれを機能監督であると見るのに対し, Semler, Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats, S.21(1980)は機関監督であると見る。)。これについて, Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, S.36,Fn.1(1993)は, 業務執行権が取締役に帰属しかつこれを取締役が擁護するかぎり機能と機関が一つになるので, このような区別は必要ないと述べている。

また, これは, わが国でいう「経営監査」と呼ばれるものに相当するといえる(倉橋宏・新訂版 監査役ハンドブック 253-254頁)。つまり, わが国の監査役は, 内部から経営者層を対象に経営監査を行う横割り概念であると説明される。これに対して, 会計監査人監査は, 外部から階層に関係なく会計業務という縦割りの区分を上下通貫して監査の対象とすることになる。

- (2) Vgl., Hoffmann, Der Aufsichtsrat, 3 Aufl., Rdn.100,101,246f. (1994); Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Komm. AktG, § 111 Rn.15f.(1973-74); Wendeling-Schröder, Divisionalisierung, Mitbestimmung und Tarifvertrag, S.76(1984); Hoffmann-Becking, in Hoffmann-Becking/Kantenwein/Krieger/Semler/Wiesner, Münchener Hdb. AG, § 29 Rn. 24(1988); Meyer-Landrut, Großkomm. AktG, § 111 Anm.11(1987); さらに a.a.O., § 111 Rn. 2; 反対の見解, Baumbach/Hueck, Komm. AktG, § 111 Anm.51(1968); Mertens, Kölner Komm. AktG. § 111 Rdn.32(1973).
- (3) Vgl., RGZ207,332,336.; Geßler, Komm. AktG, § 111 Rdn 27; Meyer-

Landrut, Großkomm. § 111 Anm.3; Mertens, Kölner Komm. AktG. § 111 Rdn.27.; Baumbach-Hueck, Komm. AktG., § 111 Anm.5. わが国では、監査役の行う監査について、法定監査論と妥当制監査論が対立している。法定監査論者は、わが国では取締役会制度を法定した以上、妥当性についてはこれに委ねるとし、監査役監査は、適法性監査に限られるとする(例えば、吉田昂「新法における監査役と取締役会」商事670号6頁(1974年); 上田明信「業務監査基準(案)の解説」商事634号8頁(1973年); 久保欣哉「監査役による監査」企会26巻5号56頁(1974年); 矢沢惇・監査役ハンドブック55頁以下(1983年))。これは、先程見たドイツにおける法的適合性のみに対応するといえよう。

これに対して、消極的妥当制監査論者は、商法第274条および第260条の3には適法性の範囲に限る旨の記載はないこと、「著しく不当なる事項」があるときは株主総会にその意見を報告する義務があること(275条)、「著しく不当」なときに監査役報告書にその旨の記載を要すること(281条の3第2項第8号)をあげ、「一定事項が不当か否かという消極的かつ防止的な」妥当性監査は監査役職務に属すると説く(例えば、田中(誠)「商法改正要綱案の問題点」商事520号33頁(1970年); 山村忠平「監査役による会計監査・業務監査」産業経理34巻9号3頁(1974年); 本間輝雄「新監査役職務と権限」税経通信28巻12号23頁(1973年)等)。これは、法的適合性のみならず、目的適合性および経済性をも対象とする、ドイツの通説的見解に近いものといえようか。

- (4) Vgl., Semler, Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats, S.68.; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rdn.22.

このように秩序適合性をも認めるのは、わが国における積極的妥当性監査論に相当すると理解することが可能であろう。積極的妥当制監査論者は、監査役監査が取締役職務執行の妥当性一般に及ぶと解し、その根拠として、監査役職務に関する274条にも取締役会の発言権に関する規定である260条の3にも適法性の範囲に限る旨の記載はないこと、監査報告書に関する規定である281条の3第2項も、同項所定事項以外の記載を禁ずるものではないこと等を根拠とする(例えば、大住達雄「監査役の意味と限界」監査6号4頁以下(1969年)を参照)。

- (5) Lutter/Krieger, aaO, Rdn.23.  
 (6) 株式会社第93条 取締役員の注意義務および責任

第1項 取締役員は業務執行に際して、通常の誠実な業務執行者の注意をしなければならない。取締役員は、会社の内密の任務および秘密事項について、すなわち取締役員が自己の活動を通して知っている企業秘密および業務上の秘密について、沈黙を守らなければならない。

第2項 義務に違反した取締役員は、会社に対しそれによって生じた損害を連帯して賠償しなければならない。取締役員が通常の誠実な業務執行者の

注意を行わなかったか否かにつき争いがある場合には、取締役が証明責任を負う。

第3項 取締役員は、本法に反して以下のことを行った場合には、自己の名で損害賠償をしなければならない。

- 第1号 株主への資金の払戻し
- 第2号 株主に利息または利益配当金の支払い
- 第3号 会社の自己株式または他の会社の株式を支払い署名、取得、または担保としての取得
- 第4号 額面価額またはそれより高い発行価額を完全に決める前の株式の発行
- 第5号 会社財産の分配
- 第6号 会社が支払不能または債務超過になった後の支払い
- 第7号 監査役員への報酬の授与
- 第8号 信用の授与
- 第9号 一定の目的外の条件付資本増加に際してまたは反対価値の完全な給付前の新株の発行

第4項 当該行為が、株主総会の法律上の決定に基づく場合には、会社に対する損害賠償義務は生じない。監査役会が当該行為を承認することによって、損害賠償義務は排除されない。株主総会が同意し、かつあわせて資本金の10%に達する者が議事録について異議を申立てない場合には、会社は、請求があってから3年してはじめて損害賠償請求権を放棄するかまたは和解することができる。賠償義務者が支払不能でありかつ破産手続きの適用または排除につき債権者と和解が成立した場合には、期間の制限は適用されない。

第5項 会社の賠償請求権は、会社債権者が賠償請求によって辨済を得られなかった限りにおいて、会社債権者がこれを行行使することができる。しかし、これは、第3項以外の場合には、取締役員が通常の誠実な業務執行者の注意に著しく違反した場合にのみ適用される。第2項第2文は意味に即して適用される。

債権者に対する賠償義務は会社の放棄または和解によっても当該行為が大株主総会の決定に基づくものであることによっても取り消されない。会社の財産について破産手続きが開始された場合には、破産手続き期間中は破産管財人が取締役員に対して債権者の権利を行行使する。

第6項 この規定から生ずる請求権は5年で時効消滅する。

- (7) Lutter/Krieger,aaO,Rdn.26
- (8) Lutter/Krieger,aaO,Rdn.25
- (9) 特に企業化計画を意図するのは, Lutter/Krieger,aaO,Rdn.24.
- (10) Semler,aaO.
- (11) Semler,aaO.
- (12) Semler,S.69.

- (13) 株式会社法第91条 帳簿作成  
取締役は必要な商業帳簿が記録されるよう配慮しなければならない。
- (14) 取締役の成功および失敗は、ベキである(計画と成果)の比較で読み取ることができ、これによって監督がやり易くなる。呈示された計画に対して、であるの成長が相違する場合には、その理由およびであるをベキに適合させるのに必要な措置を合理的に検討する可能性がある。Lutter/Krieger,aaO.
- (15) Semler, Aufgaben und Funktionen des aktienrechtlichen Aufsichtsrats in der Unternehmenskrise, AG1983, 141f.
- (16) Claussen, Abgestufte Überwachungspflicht des Aufsichtsrats?, AG1984, 20f.
- (17) Claussen, aaO.
- (18) Steinmann/Klaus, AG1987, 29, 31; Bleicher/Paul, DBW1986, 286 もこれと同説である。
- (19) Semler, Abgestufte Überwachungspflicht des Aufsichtsrats?, AG1984, 21f.
- (20) Goerdeler, R., Zur Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats, Wpg, 1982, 33f.
- (21) Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rdn.303; Hoffmann, Der Aufsichtsrat, Rdn.105

#### 四 監査役会の取締役に対する助言

監査役会の取締役に対する監督と必然的に関連してくるのが、助言である。ここでは、助言の概念および助言と監督との区別について検討するとともに、1991年に初めて助言についての態度表明を行った連邦通常裁判所の判決を取り上げる。

##### (一) 助言の概念

監査役会が行う助言について、多数説は、監査役会は株式会社法第111条第1項に明示的に規定された監督と並んで、慣習法上形成された助言機能を果たさなければならないか、または自発的に果たすものと解している<sup>(1)</sup>。他方、監査役会が行う助言を監督の一部と見る見解によれば、監督は監査役会のもっぱら根本的機能を果たすと理解される<sup>(2)</sup>。

助言についてのこの見解の対立は、助言というものの概念が明確でないことから生じており、監査役会が助言義務を負うかとともに、監査役会が株式会社法第116条および第93条の注意義務を遵守しているかにも大きく関わってくる問



題である。

ここでは、監査役会の行う助言を拘束的なものと見るか否かが重要となる。

## (二) 助言と監督の区別

助言が、監督と根本的に区別される点は、助言には拘束的な影響力がないことである、と説明される<sup>(3)</sup>。助言を行うに際しては、監査役会は自己の見解を取締役に対して無理強いする権限も義務もないことになる。この限りで、取締役は専門的知識を有する第三者としての監査役会の意見を重視する必要はない<sup>(4)</sup>。このような根本的な監督と助言との間の区別との関係において、取締役のどの活動が監査役会の助言を受けることになるかが問題となる。以下、これを①監督の範囲内における拘束力のない助言、および②監督の範囲外における助言の2つに分ける Semler<sup>(5)</sup>の見解に沿って検討する。

### ①監督の範囲内における拘束力のない助言

ここで、検討するのは、監査役会が監督義務を負っている領域内において、監査役会は助言も行うことができるか、という問題である。

まず、取締役の決定が秩序適合性に反するかまたは法律に適合していない場合には、監査役会は取締役に影響を及ぼさなければならない。同様に、監査役会の意図する計画の経済性または目的適合性が取締役のそれと異なる場合および取締役が裁量権の範囲を逸脱している場合にも、監査役会は取締役に影響を及ぼさなければならない。これらの場合には、監督において、監査役会は取締役に対して自己の見解を貫徹させなければならない義務があるので助言の介入する余地はないことになる<sup>(6)</sup>。次に、監査役会が、監督の範囲内における拘束的でない助言を行うことができるのは、取締役が、経済性または目的適合性において監査役会と異なる判断を形成しているが、それが取締役の正当な裁量権の範囲に属している場合のみである<sup>(7)</sup>。このような場合には、監査役会は、取締役に対して自己の助言を貫徹させる権限も義務も有していない。

第二の場合において、監査役会の助言が必要であろうか。これについて、Semler は、意図された決定が取締役の裁量権の範囲内に属しているにもかかわらず、監査役会がこれを間違っていると見做す場合には監査役会が取締役に対して助言を行わなければならない、と解している<sup>(8)</sup>。これは、たしかに、取締役に対して監査役会が行う拘束的でない助言といえるが、この助言は、株式法第116条および第93条第1項の規定に関する監督を実現するものであると

も指摘されている<sup>(9)</sup>。

## ②監督の範囲外における助言

ここでは、監査役会の行う監督の範囲外における取締役の活動について監査役会は助言を行うことができるか、という問題を検討する。

監査役会は、本来の企業家的指揮機能であるところの企業政策の範囲に属さず、かつ拡張された監督義務に関わりのないすべての問題について取締役に対して助言できるものとされる<sup>(10)</sup>。監査役会は本来の企業家的指揮機能の準備および遂行に際しては取締役に対して助言を行う可能性を与られている。しかし、助言は取締役の指揮機能に関連するが、取締役の指揮機能の一部ではないことは明らかである。

ここで、監査役会は、監督の範囲外においては取締役に対して助言を行うのも行わないのも自由であるとされている<sup>(11)</sup>。それ故、監督の範囲外における助言を行うに際して、監査役会は株式法第116条および第93条の注意義務および責任に服することはない<sup>(12)</sup>。監督の範囲外の助言としては、さらに、監査役会は、任意に、計画措置、事業展開およびその他の多くについて助言を行うことも行わないこともできるとされる<sup>(13)</sup>。つまり、株式法第90条第1項第2文上の「重大な事由」がない場合には、取締役の側からは監査役会に対して助言を強制することはできないことになる<sup>(14)</sup>。

## (三) 連邦通常裁判所の見解

連邦通常裁判所1991年3月25日判決<sup>(15)</sup>は、監査役会の助言機能について初めて態度を表明した。判決は、「……監督は、適法性の審査に制限されず、業務執行の合目的性および経済性にも及ぶ。そのように理解される監督は取締役との日常的な議論によってのみ有効に行われることができ、この点では日常的な助言が行われることができる。つまり、それ故、助言は、将来指向の取締役の監督における優位する手段である」と述べている。

判決は、監査役会による取締役の業務執行の監督という監査役会の任務には、企業の指揮における上位の問題について取締役に助言を与える義務が含まれるとして、監督の一部としての助言の役割を肯定している。連邦通常裁判所は、これを「将来指向の監督」ということばで表現している。これは、監査役会が「予防的監督」または「随伴的監督」という意味での取締役に対する制度的な助言者であることを示しているといえよう。しかし、判決は、法的適合性、目

的適合性、経済性については明確に判決文の中で述べているが、秩序適合性については、明確に記述していない。監督ではなく助言における秩序適合性というものは、事前の監督のなかでも計画に関連してくる、ということがいえると思われる。助言は、先に見たように強制されることのないものである。従って、本来、それほど高い注意義務も負わなければ、それによって生じた結果について責任を負うこともないはずである。それ故、このような意味での助言において秩序適合性を定義付けてしまうと、監査役会に過大な任務を課すことになってしまうと思われる。判決が、どこまで考慮しているかは定かではないが、このような事情も関係するのではないかと推測する。

#### (四) 連邦通常裁判所の判決についての見解

この連邦通常裁判所の判決に対して、秩序に適合する監督というものを認めながらも、助言を追加的な手段であると見做し、判決の解釈としては、助言が上位の業務執行になるとし、経営学的検討を重視して、監査役会の監督者から(共同)業務執行者への機能の変化は、一株式会社法第111条第4項第2文上<sup>(16)</sup>の任務を考慮しても一機能的にも人的にも、利益に関しても、厳格に排除されなければならない、とするTheisenの見解<sup>(17)</sup>がある。この見解は監査役員の独立性の要請を強調する。企業における監督と助言は、おそらく機能的に相容れないものであると主張し、経済監査士規則第49条<sup>(18)</sup>および商法典第319条第2項第5号<sup>(19)</sup>を類推して、監督機関たる監査役会および監査役員によって監督され得る企業指揮の助言の一般的な禁止を唱えている。

Hoffmann/Kirchhoffの見解は、Theisenのそれとは反対に、監査役会が取締役に対して行う助言を肯定する<sup>(20)</sup>。

先にも見たように、監査役会が業務執行を取締役に代わって行うことが許されない以上、複雑な問題については当然の成り行きとして取締役との間での検討が必要となるであろう<sup>(21)</sup>。そして、この監査役会と取締役との間で行われる意見の交換こそ監査役会が取締役に対して行う助言と解することができるのである<sup>(22)</sup>。Hoffmann/Kirchhoffは、この監査役会の助言の権限について、形式的根拠として、株式会社法第90条とりわけ原則として株式会社法第90条第2項に規定される取締役が監査役会に対して行う報告の間隔を掲げ、監査役会の取締役に対する助言は株式会社法第90条第1項および第2項の間隔で行われると限定している<sup>(23)</sup>。これは正当であろう。ただし、もし彼らが、株式会社法第90条第2

項はきちんと定まった報告の間隔を要求していると解しているのであれば、株式会社法第90条第2項は第4号<sup>(24)</sup>で時宜に適った報告を要求しているものであり、監査役会は時宜に適った報告を取締役に対して要求することができる、と反論することができる<sup>(25)</sup>。しかし、この点につき、彼らは、監査役会が取締役から時宜に適った報告を受ける権利があることを確認し<sup>(26)</sup>、株式会社法第90条第2項の間隔の解釈を的確に行っている。本判決の助言の解釈が果たして広すぎたのかそれとも妥当であったのか<sup>(27)</sup>について、ドイツにおいてもいまだ検討中のものであり、的確に指摘を行ったものは数少ないといえる。監査役会が行う助言について、先に見たとおり、本判決は、目的適合性、経済性については明言したものの、秩序適合性については明確に付言していない。本判決は一応の見解を初めて提示したものの、今後、新たな展開が注目されるところである。

注)

- (1) Vgl., Freiling, Zur Überwachung der Aktiengesellschaft durch Aufsichtsrat und Abschlußprüfer, ZfbF30, 1978, 703, 713.; Hoffmann, Der Aufsichtsrat, 1994, S.1.
- (2) Vgl. Geßler, Komm. AktG, § 111 Rn.36; Lippert, Überwachungspflicht, Informationsrecht und gesamtschuldnerische Haftung des Aufsichtsrats nach dem Aktiengesetz 1965, S.41.
- (3) Semler, Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats, 1980, S.94.
- (4) Geßler, aaO.; Lippert, aaO.
- (5) Semler, aaO, S.95f.
- (6) Semler, aaO.
- (7) Semler, aaO.
- (8) Semler, aaO.
- (9) Semler, aaO, S.96.
- (10) Semler, aaO. これは、わが国でいうところの消極的妥当性監査論に関連しよう。
- (11) Semler, aaO.
- (12) Semler, aaO.
- (13) Semler, aaO.
- (14) Semler, aaO.
- (15) BGH, Ürt. v. 25. März 1991, BGHZ114, 127, 130 = NJW1991, 1830 = AG 1991, 312.
- (16) 株式会社法第111条第4項第2文 定款または監査役会は一定の行為が監査役会の同意をもってのみ行われると定めることができる。

- (17) Theisen, DB1991, 121f.
- (18) 経済監査士規則第 49 条 活動の拒絶  
経済監査士は、義務違反の行為になるような場合または委任を遂行する際に不公正が生じるおそれがある場合には、自己の活動を拒絶しなければならない
- (19) 商法典第 319 条第 2 項第 5 号  
(2) 経済監査士または宣誓した公認会計士は、自己または、自己とともに職務を遂行する者が以下の者である場合には、決算監査役になってはならない  
5. 合資会社の調査され得る年末決算の帳簿または一覧表の作成に、調査活動を越えて、参加した場合
- (20) Lutter, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 2 Aufl., 1984, S.6.
- (21) Lutter, aaO.
- (22) Hoffmann/Kirchhoff, W., Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern, Wpg, 1991, 593, 595.
- (23) Hoffmann/Kirchhoff, aaO. は、監査役会の助言義務の範囲を株式法第 90 条第 1 項、第 2 項の範囲に限定する。
- (24) 株式法第 90 条 監査役会への報告  
第 2 項 第 1 項第 1 文第 1 号乃至第 4 号による報告は、以下のように行われなければならない  
第 4 号 第 4 号による報告は、監査役会が取引を行う前に当該取引についての態度を決定する機会を有するよう出来るかぎり時宜に応じて
- (25) Lutter, aaO.
- (26) Hoffmann/Kirchhoff, aaO.
- (27) Scheffler, ZGR, 1993, 63, 39 は、連邦通常裁判所の助言の範囲を広すぎると解釈し、株式法第 90 条の範囲に限るべきであると主張している。

## おわりに

本稿では、監査役会の監督義務についてドイツ法を検討してきた。以下では、そこで得た結論と若干の私見をもう一度簡単に述べて日本法への示唆としたい。

まず、一 構成面での検討から明らかになったのは、ドイツにおいては、監査役員といえばほとんどが社外監査役を意味するということである。つまり、わが国やアメリカでしきりに言うところの社外性を二元制を採った上で、かつ、保持しているのである。しかし、報酬は少ない。逆に言えば、このことが兼任をせざるを得ない理由ともなっている。

さらに、監査役会の監督と一口にいった場合に対象となるものはなにか、で

ある。大方の見解が、これに取締役の業務執行の監督と取締役に対する助言を挙げている。

ドイツにおいて、何故、アメリカのように市場機能ではなく、会社内部の監査役会による監督機能にモニタリングを委ねる必要があるのか。ドイツにおいては、株式市場機能が有効に機能しておらず、また、理論的側面からも取締役を全面的に信頼することは妥当でないといえる。このドイツの状況は、わが国のそれと非常によく似ている。

三の検討から明らかなら、かつ、重要であるのは、監査役会の監督の対象は取締役の業務執行のみに向けられている、ということである。ドイツにおいて強力な権限を与えられた監査役会といえども、会社の危機的状況においてさえ、取締役に代わって業務執行を行うことはなく、取締役の選解任という人事権の行使にとどまることである。つまり、監査役会はあくまで監督機関に撤しなくてはならない。わが国における経営監査論の一端を示すものといえようか。

また、監督の尺度としては、法的適合性、目的適合性、および経済性を、多数説および判例が挙げるのに対して、これに秩序適合性を加える学説も見られた。秩序適合性を加えることは望ましいとしながらも、未だこれについて明言した判例はない。わが国におけるいわゆる消極的妥当制監査論がドイツにおける通説であるといえよう。しかし、これをそのまま鵜呑みにしてわが国での議論を展開することは避けなければならないであろう。なぜなら、わが国にはない、ドイツには共同決定制度が根付いているからである。この役割を忘れてはならないだろう。

監督における境界として、Semler に始まる段階理論について、これに対する批判、見解の対立を概観した。利益代表機関説は、現実指向的であっても、決してこれが理想とされているわけではない。かえって、共同決定制の現実における難点を克服すべく理論を構築すべきであろうと思われる。監査役会の構成員について、わが国においては、労働者代表、株主代表のような区別はなく、すべて監査役員は株主総会で株主の手によって選ばれる。それ故、現在のドイツのように利益代表機関であるかどうかを考える必要は目下のところない。しかし、今後、ドイツのように労働者代表を入れるとなれば、自ずと現在、ドイツで争われている見解の対立が見られるようになるだろう。しかし、監査役会は会社の利益を自らの利益として代表する機関であると見做す時、監査役会は法的

にも会社にとっても重要な機関となるであろう。

続く四では、監査役会の監督義務と密接な関連のある助言について、その概念、および監督との区別を検討した。助言と監督が決定的に違う点は、すでに見たとおり、助言には拘束性が伴わないことである。従って、それに伴って発生するところの高度な責任も負わなくて良いと結論付けられているが、果たしてこれは妥当か。ドイツにおいてもこの監督と助言の概念は曖昧である。しかし、連邦通常裁判所は、1991年の判決で初めてこの助言について態度を表明した。すなわち、助言は、将来指向の監督における優位する手段である、というのである。しかし、判決は秩序適合性については明言しなかった。学説もまたこれについては明言をさけるものが多い。この点は今後の課題としたい。

最後に、ドイツ監査役会の現状を改善するための諸提案<sup>(1)</sup>について付言しておく。これについてはさらに別稿を設けたい。

二元制を採るドイツにおいて、近時、大監査役会の不効率が問題として浮上している<sup>(2)</sup>。一方、一元制を採用するアメリカにおける社外取締役は有効に機能しているといえるのか。これについて、アメリカにおいて近時機関投資家を中心として社外取締役が有効に機能していないことについての批判が高まっており、コーポレートガバナンスの有力な手段としてアメリカに定着していた社外取締役制度にも変革の波が押し寄せている<sup>(3)</sup>。どの国の制度においても、企業をとりまく環境の変化とともに必ず問題は生じてくるものであり、その克服が常に必要とされてくる。わが国についてもまた然りである。しかし、わが国においては独自に監督機関を発展させる可能性の乏しいことを考慮すると、諸外国の制度を取り入れていく必要性が生じる。この点、証券市場、金融機関等、制度基盤が似ているドイツにおける諸問題および改善の方向性を検討することは、非常に参考になると思われる。

このようにドイツにおいては、指揮機関と監督機関が整然と分離されてはいるものの、その実効性については大監査役会が生じてしまったために無機能化が叫ばれている。そこで、近時、提案されているのが、アメリカで採用されているところの委員会制度の活用である。ドイツにおいては、条文上の根拠(株式法第107条第3項)<sup>(4)</sup>も整っていることから、即、これを活用することが可能であろう。わが国においても、商法改正で商法特例法上の大会社については監査役会を設置したこと、立法技術上、委員会の設置は可能になったと見

ることができる。さて、委員会を設置し、集中的な監督を行うにあたって、ドイツでまず問題となるのが監査役会員の報酬をはじめとする監査役会議長および監査役員の地位の保障である。これについては、兼任社数を大幅に減らし、かつ報酬を現在の4倍にするのが適当であるとの提案がある<sup>(5)</sup>。

なお、現在のドイツにおける共同決定法に関してはさまざまな批判が投げ掛けられている<sup>(6)</sup>。しかし、共同決定法に対する批判をみるに、問題になっているのは、共同決定法それ自体ではなく、共同決定法が有効に機能していないことに向けられているようである。共同決定法をうまく機能させ、労働者代表によるシナジー効果を期待すること<sup>(7)</sup>は、絵に書いた餅であろうか。

企業で優先すべき課題は、まず従業員を大切に、次に顧客を満足させ、三番目に株主の利益を考えることにあるといえよう。短期的な視点から株主の利益を優先させると、従業員の誇りを損ない、顧客の満足も犠牲となってしまう<sup>(8)</sup>。監査役会において、株主代表と従業員代表および労働者代表がそれぞれの主張を闘わせることによって、お互いの意見を知ることができ、株主も企業経営の実際の姿をよりよく知ることができよう。利益の対立があるといっても、企業の繁栄を願うという点ではその利益は一致している。それ故、労働者代表を加えたまま、委員会を設置するなど、企業の進展に応じて改善を少しずつ行うことが肝要であろう。一度に奇跡を起こすことは無理であるが、将来少しずつでも現状が改善されれば成果があったものとするべきであろう。

ところで、ドイツとアメリカの制度について、両者はそのとる形態は違うものの、指揮と監督の分離が明確に行われているという点では共通していると指摘されている。しかし、この一元制度と二元制度のいずれが優れているかについて、ドイツで1970年代に議論され、企業法委員会はほとんど全員一致で指揮と監督の分離および共同決定制との兼ね合いから、二元制が優位すると結論し、現在もなお経営者以外の多数の者が共同決定制の維持を唱えている。

それに対して、わが国においては一元制に範をとった取締役会と二元制に範を採った監査役、および監査役会が形式上重畳している。といっても実質は伴っておらず、二元制のもとで大きな権限を与えられるべき監査役会の権限はいかにも貧弱である。監査役の独立性の確保が叫ばれる所以であろう。ドイツ監査役会の体制およびその抱える問題を参考に、わが国の監査役会を考えることは必要であると思われる。



注)

- (1) Lutter M., Defizite für effiziente Aufsichtsratsstätigkeit und gesetzliche Möglichkeiten der Verbesserung, ZHR159(1995)287,297ff.に改善策が提示されている。その他、制度改革案の概略の紹介として、正井章作・ジュリ1050号74頁を参照。
- (2) Vgl., Bleicher, FS Stiegwart, 1990, S.55; Theisen, Grundsätze einer ordnungsmäßigen Informationsversorgung Aufsichtsrates, 1991, S.41ff.
- (3) 日本経済新聞1995年5月30日夕刊3面。巨額の報酬を受け取りながら経営陣を批判できるわけがない、と批判される。
- (4) これについては、株式法第107条第3項が委員会の設置について規定しているので問題はない。以下に法文掲げる。  
株式法第107条 第3項  
第一文 監査役会は、とりわけ監査役会の行為および決議に備えるかまたはその決議の実行を監督するために、監査役会の中から一つまたは複数の委員会を選任することができる。  
第二文 第一項上の任務、株式法第59条第3項、第77条第2項第1文、第84条第1項、第1文および第3文、第2項および第3項第1文、第111条第3項、第171条、第314条第2項および第3項ならびに一定種類の行為を監査役会の同意をもってのみ行おうとの決議は、監査役会に代わって委員会に対して、決議について優先させることはできない。
- (5) Lutter, aaO., S.302.
- (6) Vgl., Adams, ZBB1994, 77, 82; Schilling, FAZ Nr.199 vom 27.8.1994, S.11, These 13; Zöllner, AG1994, 336, 338.
- (7) Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rdn.94.
- (8) リチャード・ブランソン氏の言。日本経済新聞1995年12月13日日刊3面を参照。  
1996年2月5日投稿