

# 会社法制のあり方に 関する研究報告

—ドイツにおける会社法制の運用実態と比較して—

報告書

2011年3月

## 目 次

タスクフォース委員一覧 .....	viii
まえがき .....	ix
第一編 ドイツ会社法制の概要 .....	1
第 1 企業統治関係 .....	1
1 ドイツの株式会社の機関構造 .....	1
(1) 序 .....	1
ア 取締役 .....	1
イ 監査役会 .....	2
(2) 取締役および監査役の選任・解任 .....	3
ア 取締役 .....	3
イ 監査役 .....	3
(ア) 株主総会選任監査役 .....	3
(イ) 従業員選任監査役 .....	4
(3) 取締役および監査役の資格 .....	5
ア 取締役 .....	5
イ 監査役 .....	6
2 ドイツの株式会社における機関の権限 .....	7
(1) 取締役 .....	7
(2) 監査役会 .....	7
(3) 株主総会 .....	8
3 ドイツの株式会社における機関の義務と責任 .....	10
(1) 取締役 .....	10
ア 義務 .....	10
イ 会社に対する責任 .....	10
(ア) 責任の内容 .....	10
(イ) 責任の追及 .....	10
(2) 監査役 .....	11
ア 義務 .....	11

イ 責任.....	11
<b>第2 結合企業関係.....</b>	<b>12</b>
<b>1 結合企業の定義等.....</b>	<b>12</b>
(1) 企業グループの法律関係に適用される法律等.....	12
(2) 結合企業の定義.....	12
ア 過半数被支配企業・過半数参加企業.....	12
イ 従属企業・支配企業.....	13
ウ コンツェルン企業.....	13
エ 相互参加企業.....	14
オ 企業契約締結企業.....	14
<b>2 結合企業関係の形成.....</b>	<b>14</b>
(1) 形成の方法.....	14
ア 市場外における株式取得による形成・企業契約による形成.....	14
イ 市場における株式取得による形成.....	15
(2) 結合企業関係形成時の従属会社少数株主保護.....	15
ア 市場外における株式取得の場合・企業契約を締結する場合.....	15
イ 市場における株式取得の場合.....	16
(3) スクイズアウト（締め出し）と少数株主の保護.....	16
<b>3 結合企業間の法律関係.....</b>	<b>17</b>
(1) 支配会社の従属会社に対する議決権行使.....	17
ア 支配会社監査役会・株主総会の同意.....	17
イ 誠実義務.....	18
ウ 支配会社の議決権排除.....	18
(2) 支配会社の従属会社に対する指図①——契約コンツェルンの場合——.....	18
ア 支配会社による従属会社に対する不利益補償.....	19
イ 補償がなされない場合.....	20
(3) 支配会社の従属会社に対する指図②——事実上のコンツェルンの場合——.....	21
ア 支配会社による従属会社に対する不利益補償.....	21
イ 補償がなされない場合.....	21
ウ 従属報告書.....	22

(7) 趣旨・記載事項.....	22
(i) 開示.....	23
(4) 支配会社の従属会社に対するその他の権利.....	23
ア 従属会社に対する調査.....	23
イ その他.....	24
(5) 結合企業関係の開示.....	24
ア 大量保有に関する開示.....	24
イ 10%保有株主の保有理由に関する開示.....	24
ウ 親会社役員報酬の開示.....	24
エ グループ会社に対する内部統制の開示.....	25
オ 虚偽開示の際の責任.....	25
<b>第3 補論 ヨーロッパ会社について.....</b>	<b>26</b>
1 法の適用関係.....	26
2 ヨーロッパ会社の設立.....	26
3 ヨーロッパ会社の内部構造.....	26
4 その他.....	27
<b>第二編 ドイツ実地調査報告.....</b>	<b>29</b>
<b>第1 ドイツにおける取締役会と監査役会の人数構成.....</b>	<b>29</b>
1 取締役.....	29
2 監査役会.....	30
(1) 株主選任監査役.....	30
(2) 従業員選任監査役.....	31
(3) 監査役会内部の委員会.....	34
<b>第2 取締役会と監査役会の関係について.....</b>	<b>35</b>
1 取締役の選解任.....	35
2 取締役の報酬決定.....	36
3 監査役会の取締役会に対する事前承認権.....	37
4 監査役会による取締役に対する損害賠償責任追及.....	38
5 その他.....	39

<b>第3 監査役会の構成等</b> .....	<b>39</b>
1 資格.....	39
2 監査役の選任等.....	40
(1) 株主選任監査役.....	40
(2) 従業員選任監査役.....	40
3 従業員選任監査役としての仕事と通常業務との関係.....	41
4 監査役の身分保障.....	42
(1) 株主選任監査役.....	42
(2) 従業員選任監査役.....	42
<b>第4 SE（ヨーロッパ会社）におけるガバナンス</b> .....	<b>43</b>
<b>第5 株主代表訴訟等</b> .....	<b>45</b>
1 ドイツにおける株主代表訴訟の実務.....	45
2 多重代表訴訟.....	46
3 その他の株主権.....	46
<b>第6 企業結合法制</b> .....	<b>46</b>
1 子会社の会社形態.....	46
2 支配契約及び利益移転契約を締結するメリット.....	46
3 100%子会社と少数株主のいる子会社とでの差異.....	48
4 その他.....	48
<b>第三編 日本の会社法制への提言</b> .....	<b>49</b>
はじめに.....	49
<b>第1 取締役に対する監督の強化</b> .....	<b>51</b>
1 代表取締役の選定・解職に関する監査役の間与.....	51
(1) 提案内容.....	51
(2) 当研究会における意見.....	52
(3) 提言.....	52
ア 監査役制度の趣旨.....	52
イ 議決権・取締役兼任制について.....	54
ウ 解職請求権・解任請求権について.....	55

エ 小括.....	56
<b>2 従業員選任監査役.....</b>	<b>56</b>
(1) 提案内容.....	56
(2) 当研究会における意見.....	57
(3) 提言.....	57
ア ドイツの共同決定法との比較.....	57
イ 監査役制度との不整合.....	58
ウ 従業員による決定の困難性.....	58
エ 従業員選任監査役の能力についての懸念.....	59
オ 委員会設置会社等との関係.....	60
カ 小括.....	60
<b>3 監査監督委員会.....</b>	<b>61</b>
(1) 提案内容.....	61
(2) 当研究会における意見.....	63
ア 監査監督委員会について.....	63
イ 取締役への委任事項の拡大について.....	64
(3) 提言.....	64
ア 監査監督委員会設置会社と他の会社形態の比較.....	64
イ 監査監督委員会における取締役会の位置付け.....	75
ウ 利益相反取引における立証責任の転換等.....	77
エ 取締役に対する委任事項の拡大.....	78
オ 監査監督委員会設置会社への移行の問題点.....	79
カ 小括.....	79
<b>4 社外取締役の義務付け.....</b>	<b>80</b>
(1) 提案内容.....	80
(2) 当研究会における意見.....	82
(3) 提言.....	83
ア 社外取締役の権限.....	83
イ 社外取締役の有用性.....	84
ウ 社外監査役との比較.....	88

エ	会社法で義務付けることについて	88
オ	小括	89
<b>5</b>	<b>社外取締役の要件の見直し</b>	<b>89</b>
(1)	提案内容	89
(2)	当研究会における意見	92
ア	要件の加重について	92
イ	対象期間を限定することについて	92
(3)	提言	92
ア	社外取締役の機能との関係	92
イ	社外要件が欠けた場合の効果	94
ウ	親会社関係者	94
エ	主要な取引先	96
オ	近親者	96
カ	過去要件	96
<b>第2</b>	<b>企業結合法制</b>	<b>98</b>
<b>1</b>	<b>多重代表訴訟</b>	<b>98</b>
(1)	提案内容	98
(2)	当研究会における意見	98
(3)	提言	99
ア	空文化への対策	99
イ	親会社株主を訴訟担当とすることの正当性	101
ウ	子会社の取締役は、親会社の取締役と同視できるか。	103
エ	代表訴訟の範囲を拡大することの問題点	104
オ	小括	108
<b>2</b>	<b>子会社と親会社の株主総会</b>	<b>108</b>
(1)	提案内容	108
(2)	当研究会における意見	109
(3)	提言	109
ア	総論	110
イ	子会社の行為ごとの検討	111

ウ 子会社株式の譲渡に対する株主総会決議 .....	113
<b>3 親会社の不当行為に対する子会社株主及び子会社債権者の保護 .....</b>	<b>113</b>
(1) 提案内容 .....	113
(2) 当研究会における意見 .....	115
(3) 提言 .....	115
ア 現行法において何が不足しているか .....	115
イ 支配株主の責任を認める制度の共通の問題点 .....	118
ウ 子会社に対する損害賠償制度の問題点 .....	120
エ 支配株主の子会社債権者に対する責任 .....	123
オ 小括 .....	124



## タスクフォース委員一覧

研究主幹

葉玉 匡美 TMI 総合法律事務所 弁護士

委員

Thomas Witty ARQIS 外国法共同事業法律事務所 外国法弁護士（ドイツ法）

大杉 謙一 中央大学法科大学院 教授

大塚 眞弘 株式会社日立製作所 法務本部 部長

小川 敬雄 東京電力株式会社 総務部法務室長

北川 浩 日本電信電話株式会社 総務部門法務担当部長

小林 一郎 三菱商事株式会社 法務部化学品チームリーダー

島岡 聖也 株式会社東芝 法務部長

白井 勝己 TMI 総合法律事務所 弁護士

長谷川 顕史 新日本製鐵株式会社 総務部国内法規グループ・マネジャー

船津 浩司 同志社大学法学部 准教授

松井 智予 上智大学法科大学院 准教授

松井 秀征 立教大学法学部・法務研究科 教授

三輪 哲仁 トヨタ自動車株式会社 法務部主査

八木 あゆみ TMI 総合法律事務所 弁護士

弥永 真生 筑波大学ビジネス科学研究科 教授

阿部 泰久 社団法人日本経済団体連合会 経済基盤本部長

小畑 良晴 社団法人日本経済団体連合会 経済基盤本部主幹

和田 照子 社団法人日本経済団体連合会 経済基盤本部主幹

安原 和臣 21世紀政策研究所 研究員

### 第1 研究目的

近時、わが国では、会社法制に関する議論が活発になされています。法制審議会の会社法制部会における議論をはじめ、各方面から会社法制について様々な提言がなされているところですが、その中には、例えば監査役の選任に従業員を関与すべきであるという提案や、親子会社の規律をめぐる提案など、ドイツの会社法制度を参考にしたと思われる意見が少なからずみられるところです。

今後、これらの提案を含め、会社法制のあり方について客観的な検証や議論がなされた上で、法改正の手続きが進められていくべきものですが、特に外国法を参考にした提案については、当該外国の制度や運用実態を十分に把握した上での検証等が不可欠といえます。そこで、21世紀政策研究所では、2010年度の新プロジェクトとして、「会社法制研究会」を立ち上げ、学会、法曹界、経済界から委員をお迎えした上で、ドイツにおける会社法制の研究及びこれを踏まえたわが国会社法制のあるべき姿を探ってきました。その中で、昨年11月末にはタスクフォース委員有志で構成される調査団がドイツに赴き、会社法制の運用実態を調査しています。

### 第2 実地調査の概要及び本報告書の構成

今回の実地調査は、1週間にわたり、ドイツの企業6社、法律事務所（ARQIS Rechtsanwält）、企業団体（BDI（ドイツ産業連盟）及びBDA（ドイツ使用者連盟））、法律学者（デュッセルドルフ大学 Ulrich Noack 教授）、法務省（法務課長 Ulrich Seibert 教授）及びドイツコーポレートガバナンス委員会の委員（Christian Strenger 氏）を訪問し、ヒアリングを行うという方法で実施しました。

本報告書は、その結果報告を取りまとめたものです。

本報告書は二部構成となっており、まず第一編では、ドイツの会社法制の運用実態を理解する上で必要となる法制度について、企業統治の分野と企業結合関係の分野に分けて基本的な説明をしています。

第二編は、今回のドイツ調査の結果報告であり、ヒアリング調査で得られたドイツ会社法制の運用実態をまとめて記述していますほか、重要な点についてはヒアリングの議事録（非公開）の一部を抜粋して記載しています。なお、訪問した会社については、仮名表記し

ています。

### 第3 まえがきの結びに

当研究所による今回のドイツ実地調査は、訪問先のアレンジ等につき、TMI 総合法律事務所と提携しているアーキス法律事務所（ARQIS Rechtsanwält）の全面的かつ献身的なご協力がなくては到底なし得なかったものです。同法律事務所の山口茂雄先生（ドイツ法弁護士）をはじめ、Dillmann Meiko 先生、Ulrich Mutschler 先生、Andrea Panzer 先生ほかの皆様に対して、厚く御礼申し上げます。

また、ご多忙の中、ドイツ調査団に加わっていただいたタスクフォース委員のみなさま（葉玉匡美研究主幹、北川浩委員、小林一郎委員、白井勝己委員、長谷川顕史委員、船津浩司委員、松井秀征委員及び三輪哲仁委員）にも、大変にご尽力いただきましたことを併せてご紹介させていただきます。

21 世紀政策研究所

研究員 安原和臣

※本報告書は 21 世紀政策研究所の研究成果であり、日本経団連の見解を示すものではない。

## 第一編 ドイツ会社法制の概要

執筆担当者：松井秀征

以下の内容は、21世紀政策研究所会社法制研究会において、ドイツ法をはじめとする会社法制の比較調査を行うにあたって、ドイツ会社法制を調査した際の概要を取りまとめたものである。その内容として、企業統治関係と結合企業関係を取りまとめたほか、補論としてヨーロッパ会社について触れている。

### 第1 企業統治関係

#### 1 ドイツの株式会社の機関構造

##### (1) 序

ドイツの株式会社（Aktiengesellschaft; AG）に備えるべき機関は、これを規律する株式法（Aktiengesetz; AktG）の条文の順序に従い、取締役（Vorstand）、監査役会（Aufsichtsrat）、そして株主総会（Hauptversammlung）である。その他、機関に含まれるものではないが、商法（Handelsgesetzbuch; HGB）の規定により、計算書類を監査する者として、決算監査人（Abschlußprüfer）がいる。なお、以下の説明において触れられるコーポレートガバナンス原則（Deutscher Corporate Governance Kodex）とは、政府委員会で策定された上場する株式会社に対する準則である。これは、直接に法的拘束力を有するものではないが、上場会社が当該準則に従わない場合、株式法上、従わないことについての理由を説明しなければならない（株式法 161 条 1 項）。

##### ア 取締役

取締役については、1名でも複数名でもよい（株式法 76 条 2 項 1 文）。ただし、定款で特段の定めを置かない限り、基礎資本金が 300 万ユーロを超える株式会社の場合、2名以上の取締役を置かなければならない（同条 2 項 2 文）。上場会社の場合、複数の取締役を置き、かつその議長と対外的な説明をなすべき者を定めることが好ましい（コーポレートガバナンス原則 4.2.1）。複数の取締役が存する場合、共同でのみ業務執行をなすことができ、また会社を代表することができるが、定款

や業務規程でこれと異なる定めをなすことができる（株式法 77 条 1 項・78 条 2 項。実際には業務規程等で業務分担を定め、各取締役において業務執行をなし、また代表できる範囲を定めることになる。）。株式法上、取締役が会議体を構成することを前提とした規定は置かれていない。ただ通常の場合、個別の会社で取締役としての会議体組織を想定した業務規程を用意している。

法律上、取締役の任期は最長 5 年となっている（株式法 84 条 1 項）。ただし、上場会社については、最初の取締役選任時に 5 年とすることを標準とすべきではない（コーポレートガバナンス原則 5.1.2）。ドイツの株式会社における取締役の任期については、監査役会が状況に応じて適切な任期を定めればよく、監査役会が恣意的にその任期を短くすることは取締役の「独立性」を損なうと考えられている。

#### イ 監査役会

監査役会は、会議体として権限と職務が与えられている（株式法 111 条。なお、委員会の設置について同条 3 項。）。当該権限の行使又は職務の遂行に当たっては、監査役会議長ないし代行者によりこれが行われる（株式法 107 条 1 項においてその選定が求められる。）。上場会社では、監査役会議長が取締役との定例的な接触を図るべきことが求められる（コーポレートガバナンス原則 5.2）。そこで要請されているのは、企業としての戦略、取引展開、及びリスク管理に関する事項の助言であり、これがドイツにおける監査役（会）と取締役との関わり方である。

従業員数が 2000 名以上となる株式会社では、共同決定法（Mitbestimmungsgesetz ; MitbestG）の規定により、監査役会の半数が従業員によって選任された監査役となる（共同決定法 1 条・7 条 1 項。なお、従業員数が 500 名以上 2000 名未満の場合、3 分の 1 共同決定法（Drittelbeteiligungsgesetz ; DrittelbG）の規定により、監査役会の 3 分の 1 が従業員選任監査役となる。）。共同決定法に基づく監査役会の議長と代行者は、3 分の 2 の多数によって選定される（共同決定法 27 条 1 項）。この多数が得られない場合、2 回目の選定手続きが行われ、この場合に議長は持分権者選任監査役（株式会社の場合は株主選任監査役）の多数、代行者は従業員選任監査役の多数によって決定する（共同決定法 27 条 2 項）。監査役会における投票が賛否同数となった場合、議長は 2 票を持つ（共同決定法 29 条 2 項）。理論的に見た場合、共同決定制度というのは従業員の基本権に関わるものである反面（基本法 74 条参照）、所有（財産権）という基本権（基本法 14 条）の制約とな

り得る。1979年に出された連邦憲法裁判所の判決における基本的な考え方は、最終的な企業の意思決定権が所有（財産権）の下に置かれている限り、共同決定制度は所有（財産権）の社会的拘束の範囲内にある、ということである（BVerfGE 50, 290 (1979)）。それゆえ、議長は持分権者選任監査役から選定され、これが2票を有するという制度となっている。

監査役会の決議に必要な員数を欠く場合（共同決定制度の適用がある場合の法定員数については、後述(3)参照。なお、株式法上の法定上限員数については、株式法95条により、資本金150万ユーロまでは9名、150万ユーロを超える場合は15名、そして1000万ユーロを超える場合は21名となる。）、取締役、監査役、もしくは株主の申立てに基づき、裁判によって欠員を補充する（株式法104条1項）。なお、従業員選任監査役については、その選任議案に補充監査役を含めることができる（共同決定法17条）。

## (2) 取締役および監査役の選任・解任

### ア 取締役

個々の取締役については、監査役会において選任する（株式法84条1項）。上場会社は、取締役の選任について、監査役から構成される指名委員会（Nomierungsausschuss）を設置し、任用条件や報酬等も含めて監査役会に提出するための議案を作成させることができる（コーポレートガバナンス原則5.1.2）。

また、取締役について重大事由（重大な義務違反、通常の業務執行ができない場合等）があれば、監査役会は取締役を解任することができる（株式法84条3項）。

### イ 監査役

#### (ア) 株主総会選任監査役

監査役は、株主総会において選任する（株式法101条1項。ただし、監査役のうち3分の1までは、定款により特定の株主に当該選任権を付与することができる。同条2項。）。なお、株主総会自体は取締役によって招集される（株式法121条2項）、招集にあたっては議題が与えられる必要があるため（株式法121条3項）、株主総会によって選任される監査役については、取締役が具体的な議案を決定する。上場会社においては、監査役選任議案を提出するに際して、その職務遂行に必要な知識、能力、専門的知見が備わった者が監査役会に属するように考慮すべきである（コーポレートガバナンス原則5.4.1）。そして、

取締役に対する独立の助言と監督が可能となるよう、監査役会にはその判断に基づき十分な数の独立性ある監査役が含まなければならない（コーポレートガバナンス原則 5.4.2）。ここにいう独立性とは、当該会社又は取締役との間で、利益相反を基礎付けるような事業上もしくは人的な関係がないことを指す。なお、このこととの関係で、監査役会には従前取締役であった者が 2 名を超えて入ってはならない。

株主総会によって選任された監査役は、株主の 4 分の 3 の特別多数によって解任することが可能であるほか（株式法 103 条 1 項）、重大な事由がある場合には監査役会の申立てにより裁判によって解任することが可能である（同条 3 項）。そのほか、定款の規定に基づき特定の株主の命によって就任した監査役については、基礎資本金の 10 分の 1、もしくは 100 万ユーロの持分を有する株主も解任請求権の行使を申し立てることができる（同条 3 項 3 文）。しかし、従業員によって選任された監査役については、裁判による解任に関する規定は適用があるものの、株主総会による解任の規定は適用とならない（同条 4 項）。

#### (イ) 従業員選任監査役

##### a 当該企業の従業員が監査役となる場合

共同決定法は、対象企業の従業員の数によって、従業員が直接的に監査役を選任する場合と間接的にこれを選任する場合に分けている。すなわち当該従業員数が 8000 名を超える場合には間接投票とし、それ以外には直接投票とする（共同決定法 9 条 1 項・2 項）。

従業員数が 8000 名以下であって、従業員による直接投票で監査役を選任する場合、各従業員がすでに提出されている議案に対して投票することによってこれを行う（共同決定法 18 条・15 条 2 項 1 文）。当該選任議案は、当該企業の従業員の 5 分の 1 又は 100 名の署名により提出されねばならない（共同決定法 15 条 2 項 2 文 1 号）。また監査役会には、管理的地位にある従業員（leitender Angestellter；以下、「管理従業員」という。）が含まなければならない（同条 1 項 2 文）、この管理従業員に関する投票議案、管理従業員の 20 分の 1 又は 50 名の署名によって提出されなければならない（同条 2 項 2 文 2 号）。

間接投票となる場合については、事業所単位で代議員を選出することを求

め（共同決定法 10 条 1 項）、各事業所において監査役選任に関与できる従業員 90 名につき 1 名の代議員を選出する（共同決定法 11 条 1 項 1 文）。ただし、以上の計算に基づく代議員の数が 25 名を超えると、適宜代議員の数が縮減され、その代わりに各代議員の有する議決権の数が増やされる（例えば、代議員が計算上 26 から 50 名となる場合、代議員の数は半分になり、その代わりに各代議員は 2 票を有する。共同決定法 11 条 1 項 2 文 1 号。）。この代議員の選出議案は、当該事業所の従業員又は管理従業員の 20 分の 1 又は 50 名の署名によって提出されなければならない（共同決定法 12 条 1 項。なお、代議員の任期は対象となっている監査役の選任手続が行われる期間に限られる。共同決定法 13 条 1 項。）。この代議員による監査役の選任手続は、先に述べた直接投票の場合と同様である。

b 労働組合代表者が監査役となる場合

当該企業の従業員が監査役となる場合と同様、この場合も直接投票と間接投票の場合がある（その閾値は a に述べたとおりである。）。労働組合代表者を監査役に選任する場合も、すでに提出されている議案に投票することによって行われ、当該議案は労働組合によって提出される。ここにいう労働組合とは、当該企業それ自体又は他の企業において存するものであって、かつ共同決定法に従って当該企業の監査役選任に参加する従業員が属しているものである（以上、共同決定法 16 条 2 項）。

c 解任

従業員によって選任された監査役については、従業員の申立てにより解任することが可能である（共同決定法 23 条 1 項 1 文）。当該申立てについては、従業員から選任された監査役であれば従業員の 4 分の 3、管理従業員から選任された監査役であれば管理従業員の 4 分の 3、そして労働組合代表から選任された監査役であれば当該労働組合によって行うことができる（同条 1 項 2 文）。以上の投票は、直接投票で選出されている場合は直接投票により、間接投票で選出されている場合は間接投票により行われる（同条 2 項・3 項）。

(3) 取締役および監査役の資格

ア 取締役

取締役は、制限能力者ではない自然人であることが求められる（株式法 76 条 3



項1文)。その他に欠格事由として、以下のものが列挙されている(同条3項2文)。

- ① 自らの財産の管理について民法上同意の留保が付されている場合
- ② 裁判所の判決又は行政庁の執行力ある決定によって職業上の行為が禁止されている場合であって、当該企業の目的が禁止対象と一致している場合
- ③ 破産犯罪等の刑罰の対象となる行為により有罪となった場合(判決より5年)

#### イ 監査役

監査役も、制限能力者ではない自然人であることが求められる(株式法100条1項)。また監査役は、同時に取締役、支配人、その他営業全部に関する商事代理人となることができない(株式法105条1項)。ただし、取締役が欠けた場合において、事前に期間を区切って(上限1年)、特定の監査役をその代理人とすることは例外的に認められる(同条2項1文)。この場合、当該代理人となっている期間、監査役としての職務は行えない(同条2項3文)。その他、以下の4つの場合Aは欠格事由に該当する(株式法100条2項)。

- ① Aが、法律上、監査役会を設置しなければいけない10の商事会社においてすでに監査役となっている場合
- ② Aが、自ら監査役になろうとする会社の従属企業の代表者となっている場合
- ③ Aが監査役になろうとする会社の取締役が他の資本金会社(=株式会社・有限会社・株式合資会社)の監査役会に属する場合において、Aが当該資本会社の法律上の代表者である場合
- ④ Aが、自ら監査役になろうとする上場会社の取締役に過去2年以内に就任していた場合(ただし、その選挙が当該上場会社の25%の議決権を有する株主の提案に基づいて行われる場合を除く)

従業員によって選任される監査役については、監査役会の規模に応じて、当該企業の従業員の枠と労働組合代表者の枠が決められている(共同決定法7条2項)。例えば監査役会の法定員数12名、従業員選任監査役の法定員数6名の場合(従業員数が10000人を超えない場合)、4名が当該企業の従業員、2名が労働組合代表者である。同じように、監査役会法定員数16名、従業員選任監査役の法定員数8名の場合(従業員数10000人超20000人を超えない場合)、6名が当該企業の従業員、2名が労働組合代表者である。さらに監査役会法定員数20名、従業員選任監査役の法定員数10名の場合(従業員数20000人超の場合)、7名が当該企業の従

業員、3名が労働組合代表者となる。

## 2 ドイツの株式会社における機関の権限

### (1) 取締役

「取締役は自己の責任の下において会社を管理する」ものとされ（株式法 76 条 1 項）、当該会社について裁判上、裁判外の代表権を有する（株式法 78 条 1 項。当該代表権は制限できない。株式法 82 条 1 項。）。この「自己の責任の下において会社を管理する」というのは、取締役の業務執行に関する権限は独立かつ絶対的であること（経営権限の取締役への専属）を意味し、他の機関から委譲された権限ではないことを意味している。

その意味で株式法上、株主総会の権限とされている事項を除き、他機関との間で権限分配が問題となることは基本的ない（監査役会が業務執行を行えないとする株式法 111 条 4 項 1 文参照）。ただし、監査役会は自らの同意事項を定款又は監査役会を通じて留保できる（同項 2 文）。

取締役が自己の責任において会社の管理権限を有することとの関係で、株主総会への報告義務について、株式法上明文の規定が置かれている。具体的には、新株引受権排除の理由（株式法 186 条 4 項 2 文）、企業契約の締結にかかる詳細（株式法 293a 条）、編入（Eingliederung. 株式法 319 条。第 2 の 1 (2) ウにて後述する。）に関する法的・経済的な説明について報告義務が認められる。また、組織再編法（Umwandlungsgesetz; UmwG）上、合併、分割、組織変更に関する報告、とりわけ再編比率や将来的な出資形態についての説明が義務付けられている（それぞれ組織再編法 8 条、127 条、192 条）。

### (2) 監査役会

監査役会は、取締役を監督する（株式法 111 条 1 項）。監査役会による監督にかかる法定権限を列举すると、帳簿・文書検査権、財産状況の検査権、および株主総会の招集権である（同条 2 項・3 項）。業務執行権限を監査役会に委ねることはできないが、定款の記載又は監査役会の決定により、一定の取引について監査役会の同意にかからせることができる（同条 4 項）。

株式法の定める監査役会の権限事項を列举すると、取締役の選解任（株式法 84 条 1 項）、定款において監査役会に権限が移譲された場合における取締役業務規程の制

定（株式法 77 条 2 項）、取締役の報酬の決定（株式法 87 条）、取締役の競業の承認（株式法 88 条）、取締役及び監査役に対する信用の供与（株式法 89 条・115 条）、会社の取締役に対する法律関係における会社の代表（株式法 112 条）、認可資本制度に基づく資本増加の同意（株式法 204 条 1 項。なお、認可資本制度とは、一定の範囲において株主総会ではなく取締役に資本増加権限を認める制度である。）、総会決議を争う訴えにおける会社の代表（株式法 246 条・249 条）、年次決算の監査・コンツェルンにおける従属報告書の監査等（株式法 171 条・314 条等）、株主総会の招集（必要がある場合）・議案提出・出席等（株式法 111 条 3 項・124 条 3 項・118 条 3 項）などが挙げられる。

なお取締役の報酬の決定権限について若干付言すると、以下のとおりである。すなわちその報酬は、取締役の職務とその執行、および会社の置かれた状態と均衡の取れたものでなければならない。また、特別な理由なしに通常の報酬を引き上げてはならない。上場会社の場合、その報酬システムは持続的な企業の成長に向けられたものでなければならない（株式法 87 条 1 項）。他方、会社の置かれた状態が悪化し、株式法 87 条 1 項により認められた従前の報酬を継続することが不適切と判断される場合、監査役会はその報酬額を引き下げることができる（株式法 87 条 2 項）。上場会社が報酬委員会（Vergütungsausschuss）を置いた場合、当該委員会の提案に基づき、監査役会において個々の取締役の報酬額を確定する。取締役報酬の総額については附属明細書に記載されるほか（商法 285 条 9 号）、当該報酬総額にかかる報酬システムの根本的特徴については状況報告書（Lagebericht）に記載され（同法 289 条 2 項 5 号）、当該状況報告書は公告される（同法 325 条 1 項）。さらにコーポレートガバナンス原則によれば、監査役会は報酬システムを策定して、定期的にこれをチェックする（コーポレートガバナンス原則 4.2.2）。報酬の公開は、コーポレートガバナンス報告書（同原則 3.10）の一部として、取締役の報酬システムについて一般的に理解可能な形式で説明された報酬報告書においてなされる（同原則 4.2.5）。

### (3) 株主総会

株主総会の決議事項については、株式法上、監査役の選任、利益処分、役員の実責、決算監査人の選任、定款変更、資本増加及び減少、検査役の選任、及び会社の解散などが当該事項として列挙されている（株式法 119 条 1 項）。また、自己株式取得に関する授権（株式法 71 条）、企業契約の締結等に関する同意（株式法 293 条・295 条）

も株主総会事項である。その他、合併をはじめとする組織再編法上の措置については、株主総会の特別決議が必要となる（例えば、合併につき組織再編法 13 条・65 条。当該規定は、分割（同法 125 条）や会社財産の全部移転（同法 176 条）で準用される）。なお、この組織再編上の措置について、合併契約の締結、あるいは分割契約の締結といった事項は、会社を代表する機関（株式会社であれば取締役）が行う（合併について組織再編法 4 条。分割について 125 条、会社財産の全部移転について 176 条がこれを準用する。）。

株主総会は、間接的にであれ取締役に対する指図はできない。そもそも監査役会に対する指図権も有していないし、監査役会も取締役に対して指図権を有していない。業務執行事項に関する株主総会の判断は、取締役がそれを求めた場合にのみ認められ（株式法 119 条 2 項）、それ以外には原則として当該関与は排除されている（なお、コンツェルン関係がある場合において、上位会社の株主権の本質的侵害であって、それに伴い株主権に関する財産目的を本質的に侵害する結果を招くような上位会社における基本的決定は、株主総会の同意を経る必要がある。この点については、第 2 の 3 (1) アで後述する。）。取締役が株主総会の判断を仰ぐのは、自らの責任のリスクを軽減しようとする場合が一般的である。なぜなら、株主総会決議に基づく行為については、取締役は会社に対する賠償義務を負わないとされているからである（株式法 93 条 4 項）。

なお、利益処分権限との関係で、年次決算の確定権限と利益処分との関係は、株式法上以下のとおりである。まず原則として、監査役会が年次決算を承認した場合、これをもって当該年次決算は確定する（株式法 172 条）。ただし、取締役及び監査役会が年次決算の確定権限を株主総会に委ねた場合、もしくは監査役会が年次決算を承認しない場合、当該年次決算は株主総会決議によって確定しなければならない（株式法 173 条 1 項）。以上に従い、取締役と監査役会限りで年次決算を確定できる場合、当該年度における剰余金の一部を利益準備金とすることができ、その上限は当該剰余金の半分までである（株式法 58 条 2 項）。また、株主総会に確定権限が存する場合について、定款において当該年度の剰余金の一部を利益準備金とできる旨の規定を置くことができる。この場合でも、利益準備金とできる額の上限は当該剰余金の半分までとなる（同条 1 項）。以上の確定した年次決算に基づき、株主総会において利益処分を決定する（株式法 174 条 1 項）。

### 3 ドイツの株式会社における機関の義務と責任

#### (1) 取締役

##### ア 義務

取締役は、業務執行における注意義務（株式法 93 条）、そして誠実義務（民法 242 条）を負う。また上場会社における取締役は、適切なリスクマネジメントとリスクコントロールに配慮することが要請される（コーポレートガバナンス原則 4.1.4）。

##### イ 会社に対する責任

###### (ア) 責任の内容

取締役はその注意義務に反して会社に生じた損害を賠償する責任を負う（株式法 93 条 2 項。過失責任。）。なお、取締役において企業家としての判断をなすに際して、適切な情報に基づき会社のために行為をなしたと合理的に評価できる場合、義務違反がないものとされる（同条 1 項 2 文）。これは、いわゆる経営判断原則的な考え方を反映したものと説明される。その他取締役は、出資の払戻しに該当する一定の行為類型について、当然に責任を負う（同条 3 項。無過失責任。）。

問題となる取締役の行為が適法な株主総会決議に基づく場合、当該取締役は損害賠償責任を負わない（同条 4 項 1 文）。しかし、監査役会が当該行為を妥当と認めたからといって免責することはできない（同条 4 項 2 文）。

なお、株式法上、取締役の違法行為等に対する差止請求は認められていない。

###### (イ) 責任の追及

取締役と会社との裁判上又は裁判外の法律関係については、監査役会が会社を代表する（株式法 112 条。監査役会は、議長及び代行者を定款の規定に従い選出する。株式法 107 条 1 項 1 文。）。

ただし、株主総会の多数による決議により、会社の取締役又は監査役に対する損害賠償請求権の行使が求められた場合、会社はこれを行使しなければならない（株式法 147 条 1 項）。この場合において株主総会は、特別代理人を選任して、これに当該請求権の行使をさせることもできる（同条 2 項）。

さらに、申立て時点で基礎資本金の 100 分の 1 の持分を保有し、もしくは 10 万ユーロのそれを保有する株主は、自己の名をもって株式法 147 条 1 項に基づ

く請求権を行使することを裁判所に申し立てることができる（株式会社法 148 条 1 項 1 文）。当該訴えは、次のすべての要件を満たした場合に認められる（同項 2 文）。

- ① 当該株主において、株式を取得した時点よりも後に、主張対象となっている義務違反ないし損害に関して公開された情報に基づき知った旨を証明していること
- ② 当該株主において、一定の期間を設定して会社自ら訴えを提起するよう求めたにもかかわらず、訴えが提起されなかった旨を証明していること
- ③ 不誠実な行為、もしくは法令定款の重大な違反によって会社に損害が生じている疑いを正当化する事情が存在すること
- ④ 損害賠償請求権の行使が、会社利益の観点から優越すべき事情に反していないこと

なお、取締役の会社に対する責任は、当該責任が発生して 3 年経過してはじめてこれを免除し、もしくは和解することができる。これには株主総会決議が必要である（株式会社法 93 条 4 項 3 文）。

#### ウ 債権者に対する責任

債権者が会社から債権の弁済を受けられない場合、当該債権者も会社の取締役に對する請求権を行使することができる（株式会社法 93 条 5 項 1 文）。ただし、当該債権者が当該権限を行使できるのは、先の無過失責任の場合を除き、取締役に重過失がある場合に限られる（同条 5 項 2 文）。また、株主総会による責任の免除や和解は、債権者に対しては対抗できない（同条 5 項 3 文）。

## (2) 監査役

### ア 義務

監査役についても、注意義務（株式会社法 116 条）、そして誠実義務（民法 242 条）を負う。この点は従業員選任監査役であっても同様である。その他、特に監査役については、自ら受けた機密事項の報告及び機密事項に関する助言にかかる黙秘義務を負う（株式会社法 116 条 2 文）。

### イ 責任

監査役が注意義務に反して会社に損害が生じた場合、取締役の責任と同様の規定が準用される（株式会社法 116 条・93 条）。

## 第2 結合企業関係

### 1 結合企業の定義等

#### (1) 企業グループの法律関係に適用される法律等

企業グループ関係の構築にあたって、第三者割当ての方法による資本増加の形式をとった場合、株式法 186 条 3 項において資本増加における新株引受権排除の規定が適用となる。その他、株式法から分離されて 1994 年に制定された組織変更法は、合併、分割、財産譲渡等について規定を置いている。さらに、EU 指令に基づいて 2001 年に制定された有価証券取得・買収法は、公開買付による支配株式の取得について規定を置いており、ここでは任意的公開買付のみならず、いわゆる義務的公開買付についても定めが置かれている（むろん、これは上場株式の取得の場合に限られる）。

すでに構築された企業グループ関係に対しては、1965 年の株式法制定時にいわゆる「コンツェルン法」と呼ばれる一連の規定が置かれるに至っている。すなわち株式法 291 条以下においては「結合企業」の章が置かれ（株式法自体は、株式会社、株式合資会社、結合企業、罰則という 4 つの章から構成される）、この章は「第 1 節 企業契約」、「第 2 節 企業の従属関係における指図権と責任」、「第 3 節 編入された会社」、「第 4 節 少数株主の排除」、「第 5 節 相互参加関係にある企業」といった節の割り方となっている。

#### (2) 結合企業の定義

株式法は、「結合企業」に関する定義を置く（株式法 15 条）。すなわち、過半数被支配企業・過半数参加企業（株式法 16 条）、従属企業・支配企業（株式法 17 条）、コンツェルン企業（株式法 18 条）、相互参加企業（19 条）、および企業契約締結企業（株式法 291 条・292 条）がそれである。なお、会計上の「結合企業」関係は、親会社・子会社概念に基づく（商法 271 条）。ここにいう親会社に該当するか否かは、直接又は間接に支配的な影響力を及ぼし得るか否かが問題であり（商法 290 条 1 項 1 文）、議決権の過半数のみならず（同条 2 項 1 号）、その他の実質基準によって判断される（同条 2 項 2 号以下）。

##### ア 過半数被支配企業・過半数参加企業

法的に独立の企業の持分の過半数が他の企業に帰属している場合、もしくは当該企業の議決権の過半数が他の企業に帰属している場合、この過半数を保有されてい

る企業が「過半数被支配企業」であり、過半数を保有している当該他の企業が「過半数参加企業」である（株式会社法 16 条 1 項）。

#### イ 従属企業・支配企業

法的に独立の企業が、他の企業によって直接又は間接に支配的な影響力を行使され得る場合、この影響力を受ける企業が従属企業であり、影響力を与える企業が支配企業である（株式会社法 17 条 1 項）。過半数被支配企業は、当該企業に過半数をもって参加している過半数参加企業に従属するものと推定される（株式会社法 17 条 2 項）。

#### ウ コンツェルン企業

支配企業と 1 又は 2 以上の従属企業とが、支配企業の統一的な指揮の下に包摂される場合、これら企業はコンツェルンを構成する。そして、当該コンツェルンを構成している個々の企業をコンツェルン企業とする（株式会社法 18 条 1 項 1 文）。支配契約（株式会社法 291 条）の存する企業間（オで後述する）、あるいは編入（株式会社法 319 条）の関係にある企業間では、統一的な支配の下に包摂されているものとみなされる（株式会社法 18 条 1 項 2 文）。従属企業は、支配企業との間でコンツェルン関係を構成するものと推定する（株式会社法 18 条 1 項 3 文）。従属関係がなくとも統一的な指揮の下に包摂されている企業はコンツェルンを構成するものとし、個々のコンツェルン構成企業はコンツェルン企業とする（株式会社法 18 条 2 項）。

なお、編入とは、ある株式会社の株式全部を他の株式会社の所有に帰する手続であり（株式会社法 319 条 1 項）、この場合に被編入会社（日本法でいう完全子会社）となるべき会社の株主は統率会社（編入会社。日本法でいう完全親会社。）となるべき会社の株式を補償として受けることができる（株式会社法 320b 条 2 項 2 文）。ただし、被編入会社が従属企業の場合、株主の選択により現金を受け取ることもできる（同項 3 文）。編入が行われた場合、統率会社は被編入会社の債務を引き受ける（株式会社法 322 条 1 項）。また、統率会社は被編入会社の取締役に対して会社管理上の指図権限を有する（株式会社法 323 条）。編入が行われた場合、統率会社の株主は被編入会社に関する事項について、統率会社のそれと同様の情報を与えられる（株式会社法 326 条。なお、株主総会における議題の判断に必要な事項に関する株主の情報権については、株式会社法 131 条 1 項がこれを認める。）。編入関係は、被編入会社における株主総会決議による場合、統率会社が国内に本拠を持たない会社となった場合、統率会社において被編入会社の株式の全部を保有する状態ではなくなった場合、お



よび統率会社が解散する場合に終了する（株式法 327 条 1 項）。

#### エ 相互参加企業

国内に本拠を有する資本会社（株式会社・有限会社・株式合資会社）形態の企業間において、それぞれの企業が他企業の 4 分の 1 を超えて持分を保有する場合、相互参加企業という（株式法 19 条 1 項 1 文）。相互参加企業の一方が他方の過半数の参加をなし、あるいは直接又は間接に支配的な影響力を行使し得る場合、一方を支配企業とし、他方を従属企業とする（株式法 19 条 2 項）。相互参加企業が相互に過半数の参加をなし、あるいは直接又は間接に支配的な影響力を行使し得る場合、各企業とも支配企業、かつ従属企業とする（株式法 19 条 3 項）。

#### オ 企業契約締結企業

株式法上、企業契約として次のようなものが想定されている。

- ① 支配契約：ある株式会社又は株式合資会社が、その管理について他の企業の指揮命令下に置かれる旨の契約（株式法 291 条 1 項 1 文）
- ② 利益移転契約：ある株式会社又は株式合資会社が、その利益の全部について他の企業に移転するよう義務付ける旨の契約（株式法 291 条 1 項 1 文）
- ③ 利益共同：ある株式会社又は株式合資会社が、当該企業の利益又は個々の事業にかかる利益の全部もしくは一部について、他の企業のそれと共同して分配することが義務付けられる旨の契約（株式法 292 条 1 項 1 号）
- ④ 部分的利益移転契約：ある株式会社又は株式合資会社が、当該企業の利益の一部又は個々の事業にかかる利益の全部もしくは一部について、他の企業に移転するよう義務付ける旨の契約（株式法 292 条 1 項 2 号）
- ⑤ 営業貸借・営業委託契約：ある株式会社又は株式合資会社が、その事業を他の企業に貸借し、さもなくば委託する契約（株式法 292 条 1 項 3 号）

なお、以下の議論において企業契約を検討する場合、基本的に支配契約と利益移転契約を念頭において検討を加える。

## 2 結合企業関係の形成

### (1) 形成の方法

#### ア 市場外における株式取得による形成・企業契約による形成

結合企業関係を形成するには、支配株式の取得や第三者割当増資等の方法による

ほか(市場を通じた株式の取得についてはイを参照。)、ドイツに特有のものとして、株式法に定められた企業契約の締結という方法がある。企業契約の内容については、1(2)オに述べたとおりである。

#### イ 市場における株式取得による形成

ドイツの有価証券取得・買収法 (Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz; WpÜG) は、ドイツ国内、もしくは欧州経済圏協定締結国内における組織化された市場において、その取引の対象となっている有価証券についての取得・買収を行う場合に適用となる (有価証券取得・買収法 1 条)。具体的には、監督官庁 (連邦金融監督庁) の権限及び監督のための手続に関する規定 (第 2 章・第 6 章以下)、任意的に行われる公開買付に関する規定 (一般的規定・第 3 章、支配獲得に向けた買収の場合・第 4 章)、及び義務的買付に関する規定 (第 5 章) から構成される。

ドイツにおける公開買付の手続は、有価証券サービス提供企業 [証券業務を行う金融機関] による買付資金確保の証明が必要となる点で特徴的である (有価証券取得・買収法 13 条)。また支配獲得に向けた買収の場合 (ここにいう支配とは対象会社議決権の 30%を指す。有価証券取得・買収法 29 条 2 項。)、全部買付義務が課される (有価証券取得・買収法 32 条)。さらにいかなる方法であれ、直接・間接を問わず対象会社の議決権の 30%を行使できることとなって「支配」を獲得した者は、その他の株主に対して公開買付を行わなければならない (有価証券取得・買収法 35 条 1 項・10 条。いわゆる義務的公開買付。)。この義務的公開買付の規定の適用にあたっては、市場における株式取得の場合のみならず、共同で議決権を行使する旨の合意をした者がいる場合、あるいは第三者割当によって株式を取得する場合等、原則として「支配」獲得の態様を問わない。

### (2) 結合企業関係形成時の従属会社少数株主保護

#### ア 市場外における株式取得の場合・企業契約を締結する場合

非上場会社が他の会社の支配下に入る場合は、有価証券取得・買収法の適用がない。したがって、この場合に従属会社となるべき会社の少数株主保護の措置があるか否かは、いかなる方法により支配従属関係が形成されるかによる (なお、株式法上は「支配企業」「従属企業」の概念が用いられる。ただし、以下では、支配する側も従属する側も株式会社である場合を念頭に置いて議論をするので、原則として「支配会社」「従属会社」という。)

支配株式の譲渡による場合は、そのこと自体に伴う保護の措置は特に存在しない。これに対して第三者割当による株式発行による場合（株式法上、既存株主の新株引受権を排除した資本増加という形になる。株式法 186 条 3 項。）、株主総会特別決議を経ることになるため、当該意思決定に関与することはできる。

支配契約等を締結する場合、従属会社においてこれを承認するための株主総会特別決議が必要となり、ここに少数株主も関与することができる（株式法 293 条 1 項。支配会社においても同様である。同条 2 項。）。なお、支配契約は、事業年度終了時、もしくは契約上定められた計算期間の終了時にこれを解除することができ、当該解除の効力は将来に向かって発する（株式法 296 条 1 項）。少数株主に対する補償の給付、もしくはその株式の取得が義務付けられた契約の場合、当該少数株主による特別の決定による同意がある場合に限り、これを解除することができる（同条 2 項）。なお、重大な事由によって解除する場合は予告期間を置く必要がない（株式法 297 条 1 項）。

#### イ 市場における株式取得の場合

組織化された市場において取引対象となっている有価証券を取得して、支配関係（対象会社株式の 30%を取得）が形成される場合は、有価証券取得・買収法の義務的公開買付が適用となる（有価証券取得・買収法 35 条以下）。この場合には、子会社となるべき会社の少数株主に対して、自らの保有する株式の売却の機会が与えられる（なお、株式買取請求権等、支配会社株主に対する特段の保護措置はない）。

### (3) スクイズアウト（締め出し）と少数株主の保護

ドイツ法上、スクイズアウト（締め出し）のための制度は株式法によるものと有価証券取得・買収法によるものがある。株式法上のスクイズアウトに関する事件は一定数存在するが、有価証券取得・買収法によるそれは少ないのが実際である。

株式法によるものは、いわゆるコンツェルン法の中の「少数株主の排除」の章に規定されている。具体的には、基礎資本金の 95%以上の株式を有する株主の求めに応じ、株式会社又は株式合資会社の株主総会において、その他の株主の保有する株式を譲り渡すよう決議することができる。この場合、適切な対価が保障されなければならない（以上、株式法 327a 条 1 項。なお、対価の適切さを確保するために検査役による検査が必要となる。株式法 327c 条 2 項。）。対価が適切ではないと考える少数株主は、これを株主総会決議取消しの訴えで争うことはできず、裁判所に対して適切な対

価を決定するよう申し立てることになる（株式法 327f 条。手続は、価格決定手続法の手続による。）。

有価証券取得・買収法によるものは、支配獲得に向けた公開買付、もしくは義務的公開買付の後に残った株主を締め出す手続である。すなわちこれらの公開買付の後、議決権を認められる基礎資本金の 95%を取得した買付者は、裁判所の決定によりその他の株主の保有する株式を譲り渡すよう申し立てることができる。この場合、適切な対価が保障されなければならない（有価証券取得・買収法 39a 条 1 項）。ここでの対価は公開買付を行った際の対価に相応するものでなければならず、また必ず現金による対価が選択できるようになっていなければならない（同条 3 項）。

### 3 結合企業間の法律関係

#### (1) 支配会社の従属会社に対する議決権行使

ここでは支配会社（の取締役）が従属会社の株主として議決権を行使する場合に、何らかの法的な制約がかかるかどうかの問題となる。

##### ア 支配会社監査役会・株主総会の同意

支配会社の従属会社に対する議決権行使につき、支配会社において監査役会の同意を必要とするかどうかは、これを当該会社において同意事項としているかどうかによる（株式法 111 条 4 項）。

同じく当該議決権行使が、支配会社株主総会の同意を必要とするかどうかは（株式法 119 条 2 項により取締役が株主総会の判断を仰ぐべきかどうかは）、それが支配会社における株主権の本質的侵害に該当する基本的決定であるかどうかによると解される（Holzmüller 判決。BGHZ 83, 122(1982)）。したがって、例えば支配会社による従属会社株式の譲渡についても、本来的に支配会社自身の株主総会で決定すべき基本的決定事項であるとされれば、株主総会の判断を求めなければならない。ただし、何がここにいう「基本的決定」に該当するかについては、その後の連邦通常裁判所の判決（Gelatine 判決。BGHZ159, 30(2004)。）により、当該会社の基本的な構造（Verfassung）の変更（Umstrukturierung）に該当する場合に限定する方向で解釈されている（親会社保有の完全子会社株式を別の完全子会社に現物出資した事案において、コンツェルン全体の収益に対する貢献度が 30%程度の完全子会社を孫会社化することは当該変更該当しないとされた。）。

なお、以上の他に支配会社株主が従属会社に何らかの権利を行使する可能性は、株式法上想定されていない（例えば、支配会社株主は従属会社の会計帳簿を閲覧することはできず、従属会社役員に対する代表訴訟の提起や当該役員の行為を差し止めることもできない。）。

#### イ 誠実義務

民法 242 条に基づく誠実義務は、多数株主の濫用的な行為について、少数株主に対する関係でこれが肯定され得る。つまり、後者に対する不利益となる議決権行使が誠実義務に反すると評価される可能性はあり得る。

#### ウ 支配会社の議決権排除

株式法上、一定の場合には議決権の行使が禁止される。まず、問題となっている議案が、ある特定の株主における負担の軽減、これに対する免責の付与、あるいはこれに対する請求権行使の可否に関わる場合、当該特定の株主は議決権を行使することができない（株式法 136 条 1 項）。また、ある株主の議決権行使について、当該会社、取締役又は会社の指図によらしめる契約、もしくは従属会社の指図によらしめる契約は無効である（同条 2 項）。

その他、有価証券取得・買収法上、義務的公開買付の対象となる支配の取得がなされた場合において、義務的公開買付を違法に実施しない場合、買付者（共同行為者や子企業を含む）の有する株式については、議決権が存しない（有価証券取得・買収法 59 条）。

### (2) 支配会社の従属会社に対する指図①—契約コンツェルンの場合—

結合企業関係にある会社間では、グループ内取引として、支配会社が従属会社に不利益となる取引を強制することも考えられる。例えば従属会社を有限会社（Gesellschaft mit beschränkter Haftung; GmbH）としているのであれば、有限会社法（Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung; GmbHG）の規定により、支配会社が従属会社の経営事項について直接の指図をなし、このような取引を行わせることも理屈としては可能である（有限会社法 45 条 1 項は、法律の規定に反しない限り、定款により社員〔支配会社〕による経営事項への介入を定めることを認める。）。しかし従属会社が株式会社となっている場合、繰り返し述べるように、取締役における経営の独立性が保障されているから、株主たる支配会社が従属会社の経営事項に介入することはできない。その例外が支配契約の締結であって、当該

契約が締結されている場合については、従属会社に不利益な指図であっても可能となる（株式法 308 条 1 項 2 文）。その結果、支配会社が従属会社取締役に当該取引をなすよう指図をすることで取引をすることが可能になる。

#### ア 支配会社による従属会社に対する不利益補償

支配契約ないし利益移転契約が存する場合、契約の一方当事者（利益を受ける側。通常は支配会社。）が他方当事者（不利益を受ける側。通常は従属会社。）の債権者保護及び少数株主保護の措置をとる必要がある。まず不利益を受ける側の債権者保護の措置として、当該企業に生じている損失に対する補償措置が必要となる。すなわち支配契約又は利益移転契約が存在する場合、契約の一方当事者は、当該契約期間中に他方当事者に生じた当該年度の欠損額について補償しなければならない（株式法 302 条 1 項。ただし、当該年度に組み入れられた利益準備金で償い得る場合を除く。）。

また、少数株主保護の措置として、利益移転契約が存在する場合、基礎資本金に対する持分に相応する金銭給付を通じて、利益を奪われる側の少数株主の適切な補償措置を当該契約で予定しなければならない（株式法 304 条 1 項 1 文）。支配契約の場合、当該契約で利益全部の移転が義務付けられていないのであれば、補償措置として定められた額に従い、年次の利益の一定額を適切な補償として利益を奪われる側の少数株主に保障しなければならない（同条 1 項 2 文）。当該補償措置の定めについては、従前の収益状況及び将来的な収益見通しに基づき、年度ごとの支払を保障するものでなければならない（同条 2 項）。利益移転契約又は支配契約において、以上の補償措置が予定されていない場合、当該契約は無効となる（同条 3 項）。なお、契約締結に関する株主総会の承認決議の時点において、少数株主が存在しない場合（完全親子会社関係が成立している場合）、当該契約規定は予定しなくてもよい（同条 1 項 3 文）。

以上の措置のほか、支配契約又は利益移転契約を締結する場合、契約の一方当事者は、他方当事者の少数株主の請求に基づき、契約上定められた補償として当該株主の有する株式を取得しなければならない（株式法 305 条 1 項）。この補償としての対価の内容は、契約の他方当事者が従属企業ではない場合、もしくは過半数被支配企業ではない場合、契約一方当事者の株式の給付を契約上認めなければならない（同条 2 項 1 号）。また、契約の他方当事者が従属企業である場合、もしくは過半

数被支配企業である場合は、契約一方当事者の株式又は現金による補償を認めなければならない（同条 2 項 2 号）。そして以上の場合以外には、現金による補償を認めなければならない（同条 2 項 3 号）。

以上のとおり支配契約が存する場合、債権者との関係では、基本的に具体的な指示と補償とは関連付けられず、支配契約が存する点のみをもって補償の必要が生じる。このように補償の内容が定型化されている結果、支配契約前の債務について補償をなすか否か、あるいは不法行為のような偶発債務に補償をなすか否かといった点は問題とならない。これらの債務ゆえに欠損が生じ、かつ支配契約が締結されていれば、当該欠損を補償すべきことになる。なお、少数株主との関係では、利益の移転があるかどうかの問題となる。利益移転契約が存する場合、これも当該利益移転契約が存する点のみをもって補償の必要が生じる（以上、株式法 302 条・304 条・305 条）。

#### イ 補償がなされない場合

以上の補償がなされない場合、不利益を受ける側の債権者保護の観点から認められる当該年度欠損額に関する補償請求権について、当該不利益を受ける会社の取締役は、契約の相手方企業に対して当該請求権を行使することができる（会社としての当該請求権の免除は契約終了の登記後 3 年経過しないとできない。株式法 302 条 3 項 1 文参照。）。また、契約が終了した場合、契約の一方当事者は、他方当事者の債権者のため、契約終了登記の前に当該債権の担保を提供しなければならない（株式法 303 条 1 項）。あるいは当該債権に対する保証を行ってもよい（同条 3 項）。

次に、不利益を受ける側の少数株主保護の観点から認められる補償請求権について、これが支払われない場合は端的に当該株主が請求権を行使すればよい。仮に契約における当該請求権の額が不当であると考えられる場合、契約を承認する株主総会決議を争うことはできず、適正な価格を決定するよう裁判所に申し立てることになる（株式法 304 条 3 項・305 条 5 項。手続は価格決定手続法による。）。

以上のほか、支配会社役員の実質的な責任等を問題とすることも考えられる。すなわち支配契約が存在する場合において、支配会社の法律上の代表者は従属会社に対する指図に際して注意義務を負い、当該義務に反して従属会社に損害を生じさせた場合、これを賠償しなければならない（株式法 309 条 1 項・2 項。過失責任。）。また、当該請求権は従属会社の株主が行使することも可能なほか（当該従属会社に対する

給付を求める。)、満足を受け得ない債権者がいる場合には、当該債権者が行使することも可能である(同条4項)。従属会社役員も、自らの義務に反して行為を行った場合に当該会社に対する責任を負い(株式法310条1項。過失責任)、これも当該会社の株主及び債権者による行使が可能である(同条4項による株式法309条4項の準用)。ただし、執行担当者の責任は支配会社の指図に基づいて行為が行われた場合に認められない(株式法310条3項)。

### (3) 支配会社の従属会社に対する指図②—事実上のコンツェルンの場合—

#### ア 支配会社による従属会社に対する不利益補償

支配契約が存しない限り、支配会社が従属会社に対して後者の不利益となる法律行為をなすよう影響力を行使することはできない。ただし、当該不利益を補償する場合はその例外となる(株式法311条1項)。補償の内容は、それが定型化されている契約コンツェルンの場合と異なり、個別の影響力行使により生じた具体的な不利益の額について補償をしなければならない。

#### イ 補償がなされない場合

事業年度内に補償が実現しない場合、遅くとも従属会社に不利益が加えられた事業年度の末までに、いつ、いかなる利益をもって当該不利益が補償されるかを決定しなければならない。従属会社は、補償対象となる利益に対する法的請求権を有する(株式法311条2項。支配会社による従属会社に対する補償請求権の付与。)。この補償がなされない場合、支配会社は従属会社に対してこれより生ずる損害について賠償すべき責任を負い(株式法317条1項1文)、従属会社の株主に固有の損害が生ずる場合については、当該株主に対しての同じく賠償責任を負う(同条1項2文)。

補償がなされない場合、支配会社の代表者は、支配会社と連帯して責任を負う(株式法317条3項)。当該請求権も従属会社の株主及び債権者による行使が可能である(同条4項による株式法309条4項の準用)。以上のほか、従属会社の取締役につき、その義務に反して、従属報告書(ウで後述する)において当該会社に不利益な取引又は不利益な措置を記載せず、もしくは当該取引ないし措置によって損害が生じかつそれが補償されていない旨を述べない場合、株式法317条の責任を連帯して負う(株式法318条1項。過失責任。)。同じく従属会社の監査役についても、不利益な取引ないし不利益措置に関する従属報告書を監査するについて義務に違



反した場合、同様の責任を負う（同条 2 項）。従属会社の取締役ないし監査役の責任も、当該会社のみならず当該会社の株主及び債権者による行使が可能である（同条 4 項による株式会社法 309 条 4 項の準用）。

#### ウ 従属報告書

##### (ア) 趣旨・記載事項

支配契約が存在しない場合において、従属会社取締役は、「結合企業関係に関する報告書」（以下、「従属報告書」という。）を事業年度開始後の最初の 3 か月以内に作成しなければならない（株式会社法 312 条 1 項 1 文）。これは従属会社の利害関係者保護のために作成が義務付けられるものである。

従属報告書においては、当該従属会社と支配会社（その結合企業を含む）との前年度のすべての法律行為、当該支配会社の指示に基づく前年度のすべての法律行為、及びないし当該会社の利益となる前年度のすべての法律行為について列挙しなければならない。また、当該支配会社の指示に基づく前年度のすべての措置（不作為を含む）、及び当該支配会社の利益となる前年度のすべての措置についても列挙しなければならない（以上につき、同条 1 項 2 文）。以上の法律行為についてはその給付と反対給付の内容を、また以上の措置については当該措置が採られた理由及びその利益と不利益の内容を述べなければならない（同条 1 項 3 文）。不利益が生じた場合の補償については、個別に当該年度に実際に認められた補償の内容、及びいかなる利益に対して請求権が認められたかにつき述べなければならない（同条 1 項 4 文）。

取締役は、従属報告書の末尾に以下の内容を明らかにしなければならない。すなわち法律行為ないし措置が採られた時点において、当該取締役にとって明らかであった事情に従い、当該法律行為が適切な反対給付を伴っていたか否か、及び当該措置が不利益を及ぼすものであったか否かである。不利益が生じ得る場合については、取締役はさらに当該不利益が補償されるか否かについても明らかにしなければならない（株式会社法 312 条 3 項）。

従属報告書については決算監査人に提出され、その言明の正確性、報告書に述べられた法律行為の対価の適切性（適切でない場合は補償されているか否か）、および報告書に述べられた措置について取締役が採った判断の最適性が監査される（株式会社法 313 条 1 項）。当該監査を経た従属報告書は監査役会に提出される

(同条 2 項)。そして当該報告書は監査役会においても監査される (株式会社法 314 条 2 項)。なお、決算監査人が従属報告書の監査証明を限定・拒否した場合、監査役会が従属報告書にかかる取締役の言明に異議を述べた場合、あるいは取締役が不利益措置の補償なしに一定の法律行為ないし措置を明らかにした場合、株主の申立てに基づき裁判所が特別監査人を選任し、その特別監査を受けることになる (株式会社法 315 条 1 項)。

(イ) 開示

従属報告書それ自体は開示の対象とならないが、従属報告書における取締役の言明については状況報告に含められなければならない (株式会社法 312 条 3 項 3 文)。また、従属報告書に関する監査役会監査の結果については、監査報告書において株主総会に対する報告の対象となる (株式会社法 314 条 2 項 1 文)。なお、状況報告に含められた取締役の言明は、実務的に定型化されているものと考えられ、一般に次のように述べられている。

「法律行為ないし措置が採られた時点において、当該取締役にとって明らかであった事情に従う限り、当該法律行為は適切な反対給付を伴っており、不利益を及ぼすものではない。また、支配企業の指示、ないし利益に基づき不利益を及ぼす措置はない。」

(4) 支配会社の従属会社に対するその他の権利

ア 従属会社に対する調査

ドイツの株式会社法には、日本法で規定されているような子会社調査権は存在しない。従属会社の業務ないし会計等に関する事項は、従属会社取締役が自己の責任に基づいて行使すべき業務執行権限の範囲にあり (株式会社法 76 条 1 項)、支配会社が法律上これに介入することは原則として想定されていないからである。ただし、コンツェルン決算書・コンツェルン報告書の監査が、監査役から委託を与えられた決算監査人によって行われる (株式会社法 111 条 2 項 3 文、商法 290 条・316 条 2 項)。

なお、支配契約を締結した場合、支配会社が従属会社の取締役に対して業務や会計事項の指図をなすことが考えられ (指図権について株式会社法 308 条 1 項)、その場合には介入の余地がある (ただし、この場合はわが国における調査権の行使とは異なるであろう。)

## イ その他

その他、差止請求権なども含め、株式法上、支配会社であるという属性のみをもって従属会社に対する権利が与えられることはない(むしろ支配会社と従属会社との間では原則として従属会社に不利益となる影響力行使が禁じられる。株式法 311 条 1 項。)

ただし、企業契約を締結した場合には、当該契約の内容に従って権利を有することになる(例えば支配契約を締結した場合に、支配会社が従属会社の取締役に対して、指図の内容としてある行為の差止めを求めることは考えられる。)。また、編入が行われた場合にも、統率会社が被編入会社に対して指図の権利を有することとなる。

## (5) 結合企業関係の開示

### ア 大量保有に関する開示

1998年に制定された有価証券取引法(Wertpapierhandelsgesetz; WpHG)では、有価証券取引に対する監督主体(第2章)、不公正取引規制(第3章・第4章)、大量保有に関する開示(第5章)、業者の行為義務(第6章)、あるいは企業の年次決算(第11章)等について定める。

大量保有に関する開示は、ドイツ連邦共和国を本国とする発行者の議決権について、譲渡等により3%、5%、10%、15%、20%、25%、30%、50%、75%の閾値を上回るか、もしくは下回ることとなった場合に、その旨を4取引日以内に発行者及び金融監督庁に報告する(有価証券取引法 21 条 1 項 1 文)。当該報告の内容は、報告の到達後3取引日以内に発行者によって公表されなければならない(有価証券取引法 26 条 1 項)。

### イ 10%保有株主の保有理由に関する開示

商法 289 条 1 項 3 号によれば、組織化された市場においてその発行する株式が取引対象とされている株式会社は、状況報告書で10%を超える資本参加がある場合について、これを述べなければならない。

### ウ 親会社役員の報酬開示

親企業が上場株式会社である場合、事業年度内の親企業・子企業における任務遂行に対して業務執行者に認められた総報酬についてコンツェルン附属明細書に記載され(商法 314 条 1 項 6 号)、コンツェルン状況報告書に当該総報酬にかかる報

酬システムの根本的特徴を記載する必要がある（商法 315 条 2 項 4 号）。このコンツェルン状況報告書は、公告しなければならない（商法 325 条 3 項・1 項）。

#### エ グループ会社に対する内部統制の開示

一般に取締役は、会社の存続に危機をもたらす展開について、早期に認識できるようにするための監視システムを構築する措置をとらなければならない（株式法 91 条 2 項）。とりわけコンツェルンのリスク管理の目的と方法、あるいはコンツェルン計算書類確定に関する内部統制及びリスク管理システムは、コンツェルン状況報告書の内容となり、公告の対象となる（商法 315 条 2 項 2 号・5 号・325 条 3 項・1 項）。

#### オ 虚偽開示の際の責任

有価証券取引法上の開示規定に違反した場合、もしくは商法上の開示規定に違反した場合、いずれについても秩序違反行為として、過料の対象となる（有価証券取引法 39 条 2 項・商法 335 条 1 項）。

### 第3 補論 ヨーロッパ会社について

#### 1 法の適用関係

以上、ドイツの株式法に従い設立される株式会社について法制度を概観してきたが、ドイツにおいては、その他にヨーロッパ会社（Societas Europaea; SE）を設立するという方法もある。これは、EU のヨーロッパ会社規則（Verordnung EG Nr. 2157/2001; SE-VO）を補充するヨーロッパ会社実施法（SE-Ausführungsgesetz; SEAG）に基づいて行われる。

ヨーロッパ会社に対しては、まず EU ヨーロッパ会社規則が適用になり、次いでヨーロッパ会社のために国内法化された規定（ドイツであればヨーロッパ会社実施法）があればそれが適用になる。さらに、これらに特段の規定が置かれていない部分については、その出出国（Sitzstaat）の相応する会社法規定（ドイツであれば株式法）が適用になる（EU ヨーロッパ会社規則 9 条）。

#### 2 ヨーロッパ会社の設立

ヨーロッパ会社の設立の方法としては、EU 域内における国境を越えた合併、持株会社の設立又は子会社の設立の方法、そしてヨーロッパ会社への組織変更の方法により可能である（EU ヨーロッパ会社規則 2 条参照）。

#### 3 ヨーロッパ会社の内部構造

ヨーロッパ会社の内部構造として、まず株主総会が必置の機関とされる。それ以外については、監督機関と管理機関を置く二層式システム（Dualistisches System）と、監督と執行の機能を兼ね備えた経営機関のみを置く一層式システム（Monistisches System）の二つのシステムが予定されている（以上、EU ヨーロッパ会社規則 38 条参照）。

ドイツにおいて二層式システムを採用した場合、監査役会と取締役がそれぞれ監督機関と管理機関として置かれることになり、この点では株式法の場合と何ら異ならない。ただし、ヨーロッパ会社における共同決定制度については、ドイツの共同決定法ではなく、従業員のヨーロッパ会社への参加に関する法律（SE-Beteiligungsgesetz; SEBG）の適用がある。従業員代表監査役の員数については、従業員から委員が選出される特別交渉委員会（Besonderes Verhandlungsgremium）と管理者（経営者）の間の合意に

よって決定することができる（従業員のヨーロッパ会社への参加に関する法律 21 条）。監査役の法定上限員数は株式法 95 条に定める場合と同じであるが（基礎資本金額に応じて 9 人、15 人、21 人。第 1 の 1 (1)イ参照。）、各会社で定める員数は 3 の倍数でなければならない（ヨーロッパ会社実施法 17 条 1 項）。したがって、3 人以上法定上限員数以下であって、3 の倍数であり、かつ対等共同決定の場合であれば偶数の員数を、先の合意に基づく決定により定款に記載する（可能性としては、6 人、12 人、18 人ということになる。）。なお、先の合意に基づく決定においては共同決定権の「縮減」が可能であり、従業員代表監査役の割合を減じる、もしくは監査役の選任権等に制限を加えるといったことも可能である（従業員のヨーロッパ会社への参加に関する法律 15 条 3 項・4 項）。

ドイツにおいて一層式システムを採用した場合は、Verwaltungsrat（わが国の監査役設置会社における取締役会とイメージ的には近い。）のみが置かれることになる。ただしこの Verwaltungsrat についても、ドイツを本拠とするヨーロッパ会社である限り、以上の二層式システムにおける監査役会と同様、従業員代表を当該会議体に入れるべき必要がある（その数についても、監査役会の場合と同様、特別交渉委員会との合意に基づく決定による。）。

#### 4 その他

ヨーロッパ会社に関するその他の規律については、ヨーロッパ会社規則において、年次決算に関する規定（EU ヨーロッパ会社規則 61 条以下）、解散・清算等に関する規定（同規則 63 条）が若干置かれているにとどまる（ドイツのヨーロッパ会社実施法も解散の規定が 1 か条あるのみである。同法 52 条。）。

したがって、それ以外の事項については各国の会社法規定に委ねられている。ドイツの例でいえば株式法の規定が適用になり、例えば結合企業法制については株式法のそれが適用になるわけである。



## 第二編 ドイツ実地調査報告

取りまとめ担当者：葉玉匡美、安原和臣

前注：以下では、ドイツにおける会社機関等の名称につき、便宜的に以下の用語を用いる。

取締役会<sup>1</sup>：Vorstand（英訳：Executive Board）

取締役：Vorstand のメンバー

代表取締役：Vorstand の代表者（英訳：CEO）

監査役会：Aufsichtsrat（英訳：Supervisory Board）

監査役：Aufsichtsrat のメンバー

従業員選任監査役：Aufsichtsrat のメンバーのうち、従業員から選ばれた者

株主選任監査役：Aufsichtsrat のメンバーのうち、株主から選ばれた者

代表監査役：Aufsichtsrat の議長

### 第1 ドイツにおける取締役会と監査役会の人数構成

訪問した会社の機関構成一覧表

	取締役会 ※括弧内は社外出身の 取締役の員数	監査役会		
		株主選任監査役	従業員選任監査役	
			従業員(うち管理職)	労働組合代表
A 社	7 (5)	1 0	7 (1)	3
B 社	8 (3)	1 0	7 (1)	3
C 社	7 (3)	1 0	7 (1)	3
D 社	7 (2)	6	3 (0)	0
E 社	6 (4)	1 0	7 (1)	3
F 社(SE <sup>2</sup> )	1 0 (7)	6	5 (0)	1

#### 1 取締役

取締役会の員数は、おおむね7名前後である。社内出身者と社外出身者<sup>3</sup>の比率については、A社やE社のように過半数が社外出身であるケースもあれば、B社のように社内

<sup>1</sup> ただし、ドイツでは株式法上、取締役が会議体を構成することを前提とした規定は置かれていない（4頁参照）。

<sup>2</sup> ヨーロッパ会社（「Societas Europaea」の略）

<sup>3</sup> ドイツでは社外出身の取締役であっても業務執行を行うことが多いため、ここにいう「社外出身者」とは、日本の会社法上の「社外取締役（会社法2条15号）」とは異なる概念である。



出身者が過半数のケースもある。また、D 社については、現在は社外出身の取締役が 2 名であるが、全員が社外出身者であった時もあるという。

また、子会社の出身者が取締役に就任しているケース（A 社）や、取締役の 1 名が子会社又は親会社等の取締役に兼ねているケース（C 社、D 社等）などがある。

## 2 監査役会

### (1) 株主選任監査役

- ・会社の元代表取締役が退任後代表監査役に就任するケースが多い<sup>4</sup>。実際にも、C 社、D 社、E 社、F 社の代表監査役は、それぞれ各社の元代表取締役であった。

- ・相当数の株式を保有する大株主がいる会社の場合、大株主を代表する監査役が選任される傾向がある。

ex.) 国が一定数の株式を保有する A 社においては、財務省の書記官が株主選任監査役に就任しているほか、B 社、C 社、D 社、E 社においても、大株主の持ち株比率に応じた株主選任監査役の選任がなされていた。

- ・代表監査役以外の株主選任監査役も含めて、他の上場会社の取締役から選任されているケース（いわゆる「ドイチェランド・アーゲー」と呼ばれる役員の選び合い）が非常に多い。

ex.) A 社では株主選任監査役のほとんどが他社で取締役をしているか、又はその経験がある。B 社では、代表監査役が他社の代表取締役を兼任しているほか、C 社、E 社においても同様のケースがみられた。

ただし、これについては、デュッセルドルフ大学の Ulrich Noack 教授、BDI（ドイツ産業連盟）、ドイツコーポレートガバナンス委員会のメンバーである Christian Strenger 氏から、かつてに比べればそのような選び合いは少なくなっているとの指摘があった。なお、ソフトローであるドイツコーポレートガバナンス原則（以下「KODEX」という。）では、取締役が 3 社以上の監査役を兼任することを禁止しているが、Strenger 氏によれば、この規定は、上場企業の取締役が他の会社の監査役としての仕事にあまり時間を割かれ過ぎることがないようにすることを趣旨としており、また、BDI はこの規定に対し否定的な見方はしていないようである。

- ・2009 年から、上場企業には会計担当の独立監査役の選任が義務付けられた。この

<sup>4</sup> なお、取締役退任後の監査役就任に関する規制については、後記第 3 の 1（40 頁）を参照されたい。

「独立」という文言の解釈については、ドイツの法律家の中でも議論がなされているようであるが、Noack 教授は、独立性の要件として「1 点目として、会社に雇われた経験があってはならないということ、2 点目としては、何ら会社と経済的な繋がりがあってはいけない（ただし取引銀行の従業員はその限りではない）ということ、3 点目としては、会計・計算に関する知識があるということ」を挙げられた。

また、Strenger 氏は、監査役会の形式的な独立性を強めたことで、取締役会が、専門的知識や十分な資格がない監査役会によって監督されることとなり、その結果、監査役会の監督が上手く機能しないということを近時の問題意識として指摘されたほか、監査役会が取締役を監督する上で非常に大事な視点として、精神の独立性 (independent in mind) を強調された。

なお、独立性の判断は、一次的に会社自身が行い、究極的には市場による評価に委ねられているということであった。

## (2) 従業員選任監査役

・従業員選任監査役の員数及び構成については、従業員数に応じて法律上規定されており、例えば従業員数が 2 万人を超える株式会社においては、従業員選任監査役の法定数 10 名のうち、7 名が従業員代表（うち 1 名は管理職代表<sup>5)</sup>、3 名が労働組合代表<sup>6)</sup>でなければならない<sup>7)</sup>。前掲の役員構成一覧表にある各社の従業員選任監査役の人数配分はそれに従ったものとなっている。

### <ヒアリング回答結果>

#### Q 1 : 従業員選任監査役制度のメリットとデメリットは何か？

##### 【企業からの回答】

- ・当社としての意見は言えないが、従業員選任監査役制度はよく機能しているといえる(A 社)。
- ・当社にとって従業員選任監査役制度を採用しないということは、ドイツ国外への移転を意味し、選択肢として考えられないので、直接メリットやデメリットについて考えたことはないが、あえて言うと、20 人という規模の監査役会はフレキシブルでなく、決断が遅い。他方、全てのステークホルダーによる議論を経てコンセンサスに至るということはメリットといえる(B 社)。

<sup>5)</sup> なお、管理職というのはどちらかというと経営者側についている人間という意識があるため、労働組合側からは好感されていないようである(ドイツ法務省法務課長 Ulrich Seibert 教授へのヒアリングによる)。

<sup>6)</sup> 労働組合代表の監査役は、その報酬の一部をハンス・ベックラー財団に支払うことを義務付けられている。

<sup>7)</sup> 詳細は第一編(8 頁)を参照されたい。

・ 従業員が監査役になることで、決断を下すのが非常に難しいということはあるが、一度決断に至れば、何十万の従業員全員がそれを実行に移すことができるのであり、それがメリットといえる。従業員も経営判断に参加していることから、会社内のコンセンサスを得やすく、結果としてストライキや賃金をめぐる労使交渉などが少ない。さらに従業員の代表というのは取締役には分からないような視点を具体的に持っている(C社)。

・ 例えばある事業所を閉鎖したり売却したりしようとする場合、イタリアやフランスではストライキによる争いが生じるであろうが、従業員が監査役会に参加することでこういった争いを会社内、とりわけ監査役会内部で収めることができ、会社内の平和を保つことに大いに貢献している。他方、従業員選任監査役との交渉には非常に時間がかかるため、会社が危機的な状況に陥った場合などにつき、決断が遅いということや、本来であれば不要な妥協策を導入しなければならない場面が出てくることなどがデメリットである(E社)。

#### 【学者等からの回答】

・ この点についてドイツの法学者

の間で議論をしても、常に賛否両論であり、この制度がドイツの企業経営においてメリットなのかデメリットなのかについて、法律家レベルでは決着がみられない(Noack 教授)。

・ 従業員選任監査役制度は、制度ができた当時も今も経済界からは批判を受けており、賛否両論である。

この点、肯定派は、監査役会に従業員代表がいることで、解雇や会社再編という難しい決断に際し、従業員側にも監査役会の決断を受け入れる体制があることを主張する。なお、肯定派はこの制度によってストライキ等の労働争議が起りにくくなる点も主張しているが、この点を証明する統計はなく、推測の域を出ない。

他方で否定派は、①従業員選任監査役制度によって株主の所有権が侵害される、②難しい経営上の決断をする場合、従業員代表が監査役会に参加していることで、従業員代表が自分の票を売るような行為が出てくる、③労働組合出身の従業員選任監査役は、会社の利益よりも組合の政治的な利益を通すために行動をすることがある、④取締役会が監査役会に会社の機密情報を開示した場合、労働組合出身の従業員選任監査役がそれを外部に流出させてしまうというリスクがある、⑤大企業においては、監査役会が 12 ないし 20 人という非常に大きな規模になり、会議が非常に形式的で議論の場にならない、などの点を主張する。

いずれにしても、今後どのような政権になったとしても、この制度を変更又は廃止しようとする動きは絶対にあり得ない。そのような公約を掲げれば選挙に負けるからである(Seibert 教授)。

・ 従業員選任監査役も理念上は会社の利益を第一に行動しなければならないとされているが、実際には従業員の利益を第一に考えるといえる(Arquis 法律事務所 Panzer 博士、Mutschler 教授)。

・ ドイツでは、労働組合の影響でこの制度が維持され続けている。我々は従業員の経営参加をもう少し緩やかにしようとした意向があるが、企業から直接これを支持する声は聞こえなかった。企業には従業員がおり、そのことを公言できないのである。なお我々としては、事業所レベルでの従業員参加については、肯定的にみている。金融危機の際、経営者側と従業員側が事業所レベルにおいて協力することで、たくさんの企業が倒産から免れたり、雇用機会を確保できたりしたことがあったからである(BDA(ドイツ使用者連盟))。

#### **Q 2 : 従業員選任監査役について、利益相反の問題は生じないのか？**

・ 取締役の報酬のうち、変動部分を決める際に従業員選任監査役との利益相反は生じ得るが、これは常に存在するものなので解消することはできないと思う(D社)。

・ 利益相反の具体的事例として、ある航空会社において、労働組合出身の監査役が、本来であれば会社全体の利益を第一に考えなければならないにもかかわらず、会社の従業員に対し、ストライキをするように呼びかけたことがあった。また、別の事例として、かつて労働組合の代表が、監査役会の中で企業の利益となるように決断しなかったということで訴訟になったケースがある。そのため現在では労働組合は、講習を開くなどして質の高い人材を監査役会に送り込もうという努力がみられる(BDA)。

#### **Q 3 : 従業員選任監査役について、守秘義務の問題は生じないのか？**

・ 従業員選任監査役には守秘義務があるが、それでも情報漏えいが起こることはある。ただ、それは従業員選任監査役特有の問題ではなく、株主選任監査役についてもいえることである(Seibert 教授)。

・ 当社では、競争会社やサプライヤーなどからの監査役がいないので、守秘義務の問題は特に生じておらず、特段の措置はとっていない(B社)。

#### **Q 4 : 従業員選任監査役制度には、会社の不祥事防止機能があるか？**

・ 従業員代表の監査役が外部からの監査役に比べて会社の内部をよく知っているといえるが、学歴やキャリアなど様々なので、必ずしもコンプライアンスや会計といった点について監督能力はなく、不祥事防止の効果はないであろう(Seibert 教授)。

・ 取締役の監督は合議体としての監査役会全体で行われるので、従業員選任監査役がいるからといって、よりコントロールが厳しくなるとはいえない。実際にドイツでも、従業員選任監査役が

いる大企業での不祥事は起きている(BDA)。

### (3) 監査役会内部の委員会

ドイツでは、監査役会内部に、監査役数名で構成される委員会を設置することができる。今回訪問した会社における監査役会内部の委員会設置状況は以下のとおりである。

- A社：5つの委員会を設置している。そのうち、株主選任監査役2名、従業員選任監査役2名の計4名で構成される上級委員会において、取締役の候補者が選定される。指名委員会は株主選任監査役のみ3名で構成され、株主選任監査役の候補者を提案する。
- B社：4つの委員会を設置している。そのうち、株主選任監査役2名、従業員選任監査役2名の計4名で構成される上級委員会(Chairman's Committee)において、取締役の候補者が選定される。指名委員会は、株主選任監査役のみ4名で構成され、株主選任監査役の候補者を提案する。
- C社：6つの委員会を設置している。そのうち、株主選任監査役3名、従業員選任監査役3名の計6名で構成される上級委員会(Presidium)において、取締役の候補者が選定される。指名委員会は、株主選任監査役のみ4名で構成され、株主選任監査役の候補者を提案する。
- D社：3つの委員会を設置している。全ての委員会は株主選任監査役のみで構成される。取締役関係をテーマとする委員会(Standing Committee)は、3名で構成され、取締役の候補者を選定する。指名委員会も3名で構成され、株主選任監査役の候補者を選定する。
- E社：6つの委員会を設置している。株主選任監査役2名、従業員選任監査役2名で構成される人事委員会において、取締役の候補者が選定される。指名委員会は、株主選任監査役のみ4名で構成され、株主選任監査役の候補者を提案する。
- F社：5つの委員会を設置している。株主選任監査役2名、従業員選任監査役1名で構成される人事委員会(Personnel Committee)において、取締役の候補者が選定される。指名委員会は株主選任監査役のみ3名で構成され、株主選任監査役の候補者を提案する。

## 第2 取締役会と監査役会の関係について

### 1 取締役の選解任

取締役の選解任は、監査役会において3分の2以上の議決に基づきなされる。そのため、株主選任監査役だけでなく従業員選任監査役の賛成も得る必要がある。

#### 【趣旨】

・通信手段等が未発達であった時代には、株主総会でコミュニケーションをすることが困難だったため、株主を代表する委員会として監査役会が作られた。また、監査役会には少数株主の感情が直接経営陣に影響しないためのフィルターとしての役割もあった（Noack 教授へのヒアリングによる）。

・株主代表と従業員代表の双方がいる場で選出することで、ステークホルダーの意思を反映させることにある（ALLEY&OVERY 法律事務所 Austmann 弁護士へのヒアリングによる）。

#### 【取締役の選任プロセス】

・取締役の選任議案は、全社とも、監査役会内部に設置される上級委員会等の名称を持つ委員会（以下「上級委員会等」とする。）で決定される。

・また、上級委員会等は代表監査役が仕切っており、実際の選任議案は、代表取締役と代表監査役が協議の上で決めるケースが多かった。

・選任議案は、最終的には監査役会が決議して効力を生じるが、上級委員会の案はそのまま可決されるのが通常である。

#### <ヒアリング回答結果>

##### Q：取締役の選任は具体的にどのようなプロセスで行われているのか？

- ・取締役の候補者選定にあたっては、代表監査役が代表取締役と話し合いをする(A社)。
- ・実務的には、取締役会から適した人物の提案を監査役会にすることや、代表監査役に伝えることはある。ただ、最終的な評価及び決定というのは監査役会が行っている(B社)。
- ・取締役選任の過程としては、代表監査役に大きな役割があり、代表監査役が代表取締役と話し合いによって決まっていくものである(C社)。
- ・取締役を決めなければならないときには、代表取締役と代表監査役が話し合いをして、社内にどういった人材がいるかという話はする(D社)。

・ 普通は代表監査役が従業員のことを知っているので、社内からの取締役の候補者を提案する。代表取締役との間で話し合いが行われることもあり得る話だが、代表取締役と代表監査役と一緒に決めるというわけではない(E社)。

#### 【解任】

・ 上記のとおり取締役の解任には、監査役会の3分の2以上の議決が必要であるため、株主選任監査役のみでは取締役を解任できない。そのため、不祥事を起こした取締役が、従業員選任監査役を味方につけて保身を図ることもあるという。

## 2 取締役の報酬決定

・ 従来は、監査役会内部の上級委員会が取締役の報酬を決定していたが近時のKODEX改正により、監査役会全体で決議しなければならないこととなった<sup>8</sup>。

その背景には、金融危機以降、取締役の報酬が大きな話題となり、これまでの取締役の報酬というのがあまりに短期的なインセンティブに基づいていたので、もっと透明性が確保されるべきであると批判されたことがある。ドイツ国内では、取締役の高額な報酬のせいで金融危機が起きたとされた(BDIへのヒアリングによる)。

そのため、近時では従業員選任監査役が、取締役の報酬議案に反対する傾向にあるようである。

### <ヒアリング回答結果>

**Q：取締役の報酬決定に関する監査役会での意思決定において、問題が生じていることはないか？**

・ 以前監査役会で取締役の報酬について評決をした際、結果は6対3であった。具体的な評決内容は言えないが、従業員選任監査役の3名が反対したという推測は外れていないだろう。取締役の考える適切な報酬と従業員が考える適切な報酬というのは全く違うこともある(D社)。

・ 取締役の報酬をめぐる従業員選任監査役との間での調整が難しくなっているということは、論理的にあり得る話だが、当社の取締役の報酬は適切なので、そのような問題が生じたことはない(E社)。

<sup>8</sup> ただし報酬議案や報酬体系は委員会で決めているケースもある。

### 3 監査役会の取締役会に対する事前承認権

- ・一定規模以上の投資や不動産の譲渡等については、監査役会の事前承認を必要とする場合が多い。事前承認事項は、定款又は監査役会規定で決められている。
- ・監査役会における事前承認事項の決定においては、従業員選任監査役や株主選任監査役との間で利益相反が生じる事項もある。
- ・なお、事前承認権の行使を上級委員会等に委任しているケース（B社）もあった。

#### <ヒアリング回答結果>

##### Q1：監査役会の事前承認とはどのような制度か？

- ・監査役会が取締役に対して監督権を行使するために最も強力な武器となるのが、事前承認制である。監査役会は、監査役会自身が経営をするようなことにならない限り、どんな点に関しても承認制を取締役会に押しつけることができる。

法律上、取締役個人が会社と契約をする場合、あるいは監査役個人と会社が契約をする場合などに必ず監査役会が承認をしなければならない。また、労働条件は基本的に監査役会の事前承認事項ではないが、ストライキなどといった大きな議題に関しては、監査役会まで上がることもある。その際に、従業員選任の監査役は、なぜ今ストライキをすることが企業の利益になるのかということを説明せねばならず、非常に難しい。また、企業の根幹に関わるような大きな M&A の場合には、監査役会の事前承認が必要となるが、その際に従業員選任監査役が、買収をしようとする企業に対し、労働者の保護に関する規定を買収契約に入れるように要求することがある（Austmann 氏）。

##### Q2：貴社における事前承認事項にはどのようなものがあるか？また、特定の監査役について利益相反が問題になるようなことはないのか？

- ・当社では事前承認事項を公表しないので、お答えできないが、業務規則の中に事前協議が必要な事項が書かれている。以前、ある外国会社を 10 億ユーロ単位で買収をしたが、そのような大きな規模の決断に関しては監査役会の承認が必要となる（A社）。
- ・事前承認が必要な事項としては、ある一定金額を超えた買収、株の売却、投資及び保証が主なものである。従業員選任監査役との利益相反は、例えばドイツ国外への投資案件について生じ得るが、基本的には議論を重ね、その結果意見が合わなければ当該監査役が評決の際に棄権をするということになる。そして、多くの場合において議論の結果ポジティブな結論が得られている（B社）。



- ・ 当社では、会社を設立する場合、他社の会社を買収する場合、一定額以上の社債を発行する場合、支配人を決める場合、工場を移転する場合、大きな土地の売買をする場合などに事前承認が必要となる。事前承認における利益相反に関して言えば、例えば株主である会社を逆に買収しようとした際、当該会社の代表である株主選任監査役との間で利益相反が問題となった。そのケースでは、その監査役が評決をしないということもあったが、それは当該買収案件に関する50回の議決のうちたった2回だけである(C社)。
- ・ 事前承認が必要な事項としては、例えば一定の規模以上の会社の設立あるいは売却、会社の戦略、土地の売買、そして重要な意味を持つ会社契約(例えば支配契約や利益移転契約)が含まれている(D社)。
- ・ 会社を売却するような場面では、従業員選任監査役との利益相反は生じ得る。その場合には、雇用機会、賃金、社会保障などの点について、事前承認の場で議論することとなる(E社)。

#### 4 監査役会による取締役に対する損害賠償責任追及

- ・ 監査役会は、会社に損害を与えた取締役に対して損害賠償責任を追及するか否かを多数決によって決定する(独任制ではない)。

#### <ヒアリング回答結果>

##### Q：監査役会による取締役に対する責任追及はどのようにしてなされるのか？また、実務の運用はどのようになされているのか？

- ・ 取締役に対する責任追及は、監査役会全体が行う形になる。その際、監査役会での決議を経て提訴するのだが、もし従業員に好かれている取締役であれば、この監査役会での決議に影響を与えることができ、その際に賄賂が渡ることもある。

選任の場合とは違い、この場合の監査役会の決議は過半数の賛成で足りるのだが、仮に従業員選任監査役側が反対している場合に、株主選任監査役側が議長の1票を使って議題を通すということは実際には見たことがない。

もっとも、最近こういった雰囲気は少し変わりつつある。監査役会のメンバーは、取締役に対して損害賠償請求をしないと自分も責任を問われるので、損害賠償請求をするケースが増えてきた。ただ、間違った投資をしてしまった場合など経営判断が問われるケースに関してはドイツでも経営者側の裁量が広いので、そのような場合には監査役会としても難しい判断を迫られるであろう(Austmann氏)。

- ・ 10 年前、連邦裁判所は、監査役会には、取締役を訴追する義務があるという判決を出している(Noack 教授)。
- ・ 取締役は、軽過失があった際に責任を負うことになっているが、最近では、経営判断の原則が導入され、取締役が的確な行動をしていたのであれば、責任を免除される。また、実務においては、損害賠償請求訴訟というのはあまり見られず、その前段階で和解などによりその紛争を解決することが多い。ただし、和解には株主総会による承認が必要となるほか、事件から 3 年を経過しないと和解はできない。事実関係が明確になる前に解決してしまうのを防ぐことなどがその趣旨であるが、ドイツでもこの 3 年という期間を批判する声はある。また、取締役が株主総会で決議された行動によって損害を起こした場合には、その取締役に賠償責任はない(BDI)。
- ・ ドイツの株主総会では毎年必ず取締役の免責に関する事項が議題に挙がる。株主総会の過半数の議決により、免責の効果があるが、株式会社の場合には法的効果があるものではない。そこで過半数を得られなかった際には、大抵その取締役は自ら辞任するか、もしくは監査役会がその取締役を解任することになる(C 社)。

## 5 その他

- ・ 監査役会には、子会社調査権はない。
- ・ 監査役会には、監査法人の選任権がある。

## 第 3 監査役会の構成等

### 1 資格

- ・ 監査役は、取締役との兼任が禁止される。
- ・ 近時の法改正により、取締役は、原則として退任後 2 年間(クーリングオフ期間)は当該会社の監査役に就任することができない。ただし、退任後 2 年以内の元取締役であっても、株主総会において 25%以上の議決権を有する株主からの提案に基づき、過半数の賛成を得られれば、例外的に当該会社の監査役に就任することができる。
- ・ 訪問先企業において、元代表取締役が退任後 2 年を経て監査役に就任したケース(A 社)や、上記法改正前に元代表取締役が代表監査役に就任したケース(C 社)はみられたが、改正後、例外規定を適用して元取締役が退任後 2 年以内に監査役に就任したケースはなかった。

<ヒアリング回答結果>

**Q 1 : 元取締役が当該会社の監査役に就任するにつき、クーリングオフ期間及びその**

**例外規定を定めた趣旨は何か？**

- ・ 元取締役だった人が、取締役時代に起こした不祥事をごまかすために監査役になったというケースが多かったため、クーリングオフ期間が定められた。ただし、株式会社には、小さな規模の会社が非常に多いので、元々企業の所有者であった人が会社を退社したあと、監査役としてすぐに役職に就けるようにする必要があったため例外規定が設けられた(Austmann 氏)。
- ・ ドイツでは元取締役の知識や経験を無駄にしたくないという考えがあり、そのために妥協策として、2年間の期間の規定を設けた(Noack 教授)。

**Q 2 : このような規定について、BDI ではどのように考えているか？**

- ・ この規定を設ける際、確かに監督機関が独立しているべきだということや、自分で自分を監督するのが難しいということもある一方で、取締役としての経験を監査役としてそのまま保持していくという企業の利益は守るべきであるという立場から、我々はこれに反対の意見であった(BDI)。

## 2 監査役を選任等

### (1) 株主選任監査役

監査役会内部に設置され、株主選任監査役のみで構成される指名委員会が選任議案を策定し、株主総会で選任される。

### (2) 従業員選任監査役

ア 管理職代表：管理職による立候補及び選挙で選任される。

イ 労働組合代表：労働組合（産業別労働組合）が候補者を提案し、従業員が選挙で選任する。

<ヒアリング回答結果>

**Q : 労働組合の代表から監査役を選任する趣旨は？**

- ・ 左派の社会民主党が政権を握っていた 70 年代、労働組合の圧力により、労働組合代表を従業員選任監査役に入れるという制度が導入された(Seibert 教授)。

ウ 従業員代表：従業員による立候補及び選挙で選任される。実務上は、事業所委員

会<sup>9</sup>の委員長である従業員が立候補し、選任されるケースが多い。

<ヒアリング回答結果>

**Q：従業員代表の監査役には、具体的はどのような人が就任しているのか？**

- ・ 事業所委員会の委員である従業員が、監査役になることが多い。事業所委員会の委員というのは(一定の規模を有している企業の場合)通常の業務から解放されているので、時間的な余裕もあるからである(BDA)。
- ・ 従業員代表の監査役は大体が事業所委員会の委員である(B社)。
- ・ 基本的に事業所委員会の委員が従業員代表の監査役になる(C社)
- ・ 従業員代表の6名全員が事業所委員会の委員である(E社)。

**3 従業員選任監査役としての仕事と通常業務<sup>10</sup>との関係**

- ・ 従業員選任監査役は、任期中、通常業務と兼務してもよいし、逆に通常業務から解放される場合もある<sup>11</sup>。
- ・ 基本的に、監査役に就任する労働組合員というのは、労働組合の仕事を本職としている専業組合員である。

<ヒアリング回答結果>

**Q：従業員選任監査役は、任期中、監査役としての仕事のほかに、会社の従業員等としての業務も行っているのか？**

- ・ 当社の場合、事業所委員会の委員は、その任期中普通の職業から解放されるので、本職としての事業所委員会の仕事と、プラス監査役の仕事をすることになる。管理職の代表は、監査役をやりながら、管理職の仕事もしている(B社)。
- ・ 事業所委員会の委員は、事業所委員としての任期中は、普通の仕事からは完全に解放されており、監査役としての任期中は事業所委員としての仕事からも解放される。管理職の監査役と

<sup>9</sup> 事業所委員会とは、法律(事業所組織法)に基づき、会社の本店、支店、工場などの事業所ごとに設置される従業員の代表機関であり、その委員は当該事業所の従業員の中から選挙で選ばれる。

<sup>10</sup> ここにいう「通常業務」とは、会社の従業員としての業務のほか、事業所委員会の委員である従業員選任監査役については、事業所委員会における業務を、労働組合代表の監査役については、労働組合における業務を含むものである。

<sup>11</sup> なお、従業員選任監査役であるか否かにかかわらず、事業所の規模などに応じ、事業所委員会の委員のうち一定数については、従業員としての会社の業務から解放されることもある。

いうのは、監査役としての任期中、自らの意思により管理職としての仕事を続けることもできるが、当社ではここ 10 年は解放されているケースが多い(C 社)。

- ・ 従業員選任監査役の 3 名(いずれも従業員)は、任期中も監査役としての仕事と従業員としての仕事を両方行っている(D 社)。
- ・ 従業員選任監査役はそれぞれ事業所委員会、管理職、労働組合において通常の仕事を続けている(E 社)。

#### 4 監査役の身分保障

##### (1) 株主選任監査役

・ 株主選任監査役の解任には株主総会における 75%以上の賛成が必要であるが、TOB 成立時は、株主総会での解任決議を待つまでもなく、自主的に退任するケースが多い。

・ 実際に、B 社において、現在の親会社による買収がなされた際、当時任期中の B 社の監査役は全員退任し、裁判所が新たな監査役を選任した。その後、株主総会で新たな監査役が選任されたということである。

##### (2) 従業員選任監査役

・ 従業員代表の監査役は退任後、事業所委員会に戻ったり、通常の従業員としての業務に戻ったりすることもあるが、その場合法律（共同決定法）により、解雇や減給等の不利益扱いが制限される。

#### <ヒアリング回答結果>

##### Q：従業員選任監査役に就任することについて、従業員側に不安等はないのか？

- ・ 経営者側からは、従業員選任監査役というのは従業員から支持された人物であり、よき相談相手と認識されている(Seibert 教授)。
- ・ 当社では、従業員選任監査役であった従業員が、その後不利益な扱いを受けるようなケースはなく、むしろ取締役は、その人が従業員からの支持を受けた人であると分かっているのも、そのことをポジティブにとらえている(C 社)。
- ・ 当社の従業員には、従業員選任監査役になることは、むしろキャリアアップのチャンスと見られている(D 社)。

## 第4 SE（ヨーロッパ会社）におけるガバナンス

### 1 SE への移行プロセス

- ・EU 諸国では、2004 年から新たな会社形態として、ヨーロッパ会社（SE）を選択することが可能となった。
- ・ドイツにおいて会社形態を SE に移行しようとする場合、社内に特別委員会を設置して経営者側と従業員側が協議し、いくつかの点について合意に達しなければならず、合意書への署名に至らなかった場合には、SE への移行は実現できない。
- ・合意すべき点として最も重要なのが、共同決定制度に関するものである。その中で、例えば監査役会における株主選任監査役と従業員選任監査役の人数割合を半々から 2 対 1 に変更するかどうか、監査役会の員数を 20 名から 12 名に削減するかどうかなどについて協議が行われる。

### 2 ドイツ株式会社（AG）と SE の相違点

SE への移行が実現された場合に、ガバナンス面で最も違いが出てくるのは、上記合意事項に基づき監査役会の員数及び株主選任監査役と従業員選任監査役との比率が変動し得る点、監査役会に当該会社が事業展開している各国の従業員代表が参加するという点、並びに代表取締役に対し、取締役会決議に対する拒否権が与えられるという点である。なお、コンツェルン法については、SE であると否とにかかわらず、その適用関係に差異はない。

### 3 SE を選択することのメリットとデメリット

- ・メリット
  - ① 国境を越えた M&A が容易になる。
  - ② 監査役会の員数が縮減されたり、従業員選任監査役の比率が縮小したりすることで、監査役会の運営が迅速かつ柔軟になる。
- ・デメリット
  - ① SE への移転には相当の経済的コストを要する。
  - ② 移転に向けた協議が難航する場合がある。

## <ヒアリング回答結果>

### Q 1 : (現在 SE の形態である会社に対し) SE への移行を選択した理由は何か？

・ 当社にとっては、国境を越えた M&A が可能になるということが最も魅力的だった。監査役会の規模が小さくなるというのは副次的な理由であり、代表取締役拒否権が与えられるということは、理由ではない。ただ、当社が SE に移行した時点においては、組織変更法<sup>12</sup>において、国境を越えた M&A に関する規定がまだなかったが、もし当時この法律の規定があったならば、SE への移行を選択していなかったかも知れない。

SE への移行前も当社の監査役会は非常に協力的に運営されていたので特別問題はなかったが、SE に形態を変えたことで監査役会の規模が縮小されたことで、効率性は断然よくなった。また、各国からの代表が従業員選任監査役になったことで、従業員側との交渉や従業員に関する問題の議論が以前よりもやりやすくなった。

具体的な金額は言えないが、SE への移行に際しては、コンサルティング料などを含め、相当のコストを要した(F社)。

### Q 2 : (現在 SE の形態でない会社に対し) SE への移行は検討したか？検討の結果、

#### 移行しなかった理由は何か？

・ 当社でも SE への移行は検討した。確かに SE に変更することによって監査役会をより国際的な更生にするなどし、柔軟な運営を可能にするということはいえるが、そのような柔軟さを取得することと、SE 移行にかかるコストを比較した上での判断ということである(B社)。

・ 基本的に当社では SE について批判的に見ている。他の企業が SE に移行することによって、監査役会の人数を 20 人から 12 人に減らし、監査役会の運営を柔軟にするという話は聞いているが、それは監査役会に委員会を作れば可能なことだ。SE に移行することで一番マイナスだと思うのは、SE の監査役会には管理職代表の監査役がないということである。管理職代表の監査役が持ってくる経験、取締役というのは重要で、それがなくなってしまうと、他の監査役との仲介役を受け持つ人がいなくなり、監査役会の運営がより難しくなると思う(C社)。

・ SE という形態については、当社でも検討をし続けている。SE の形態を取ることで、株式会社よりも対外的に国際性を強調できるといえる。ただ、当社の業務内容というのはドイツ国内での商売が多いので、現在のところその必要性を強く感じてはいない(E社)。

<sup>12</sup> 近時の法改正により、国境を越えた M&A を可能にする組織変更法の規定が設けられたため、現在では SE ではなくとも国境を越えた M&A が可能となっている。

## 第5 株主代表訴訟等

### 1 ドイツにおける株主代表訴訟の実務

取締役の責任追及に関する代表訴訟が少数株主権<sup>13</sup>であることや、裁判所が訴えの合理性を判断し、合理性がないと認められた場合には当該訴えを却下することもあるため、代表訴訟の事例はほとんどない。

むしろ、株主総会決議の効力を争う訴訟については単独株主権であるため、これを抑制すべきであるとの議論がなされているなど、株主権の濫用を防止しようという意見が強い。

#### <ヒアリング回答結果>

##### Q：ドイツにおける株主代表訴訟の運用はどのようなものか？また、代表訴訟をめぐる近時の議論にはどのようなものがあるか？

- ・ 株主総会の決議に対する訴えが単独株主権であることは問題である。5 ないし 10 年ほど前に、各株主が単独で取締役の責任追及に関する代表訴訟を提起できるようにしてはどうかという改正案があったが、法曹界は、取締役が経営に専念できなくなるとして一貫して反対をし、結果そのような制度は導入されなかった (Noack 教授)。
- ・ 現在では、取締役の責任追及に関する代表訴訟を単独株主権にしようという動きはない。訴訟提起のハードルが低い場合に、株主が権利を濫用するケースが多いという経験があるからである (Seibert 教授)。
- ・ 実務においては、損害賠償請求訴訟というのはあまり見られない。その前段階で、会社内において和解などでその紛争を解決することが多いからである。また、ドイツでは、どちらかというと、株主総会決議に関する訴訟について、単独株主権を制限すべきだという意見が専門家の中には多い。損害賠償請求訴訟については、政治方面からあまりに裁判と判決が少ないということで、もっと取締役に対する責任追及をしやすくすべきだという議論はなされたが、取締役の損害賠償責任の時効を 10 年に延長したことによって、この議論は収束した (BDI)。

<sup>13</sup> 議決権 1%以上又は 10 万ユーロ以上の資本を有している株主であることが要件。



## 2 多重代表訴訟

ドイツでは、いわゆる多重代表訴訟は提起できない。

## 3 その他の株主権

ドイツでは、株主による違法行為差し止め請求権及び取締役の解任請求権はない。

# 第6 企業結合法制

## 1 子会社の会社形態

多くの会社において、その子会社はほとんどが有限会社の形態であり、株式会社たる子会社は稀であるが、株式会社を子会社とするのは、上場会社を買収した場合や、当該子会社につき、「大きな会社」というイメージを対外的に与えたい場合等がある。

### <ヒアリング回答結果>

#### Q：どのような基準で子会社の形態を有限会社とし、又は株式会社とするのか？

- ・ 当社の子会社である株式会社は、当社が五、六年前に買収した上場会社であり、そのまま株式会社の形態を維持しているものである。子会社を新設する際には、市場の形態も考慮する。すなわち、例えば競合他社が全て中小企業であるような場合には、あえて小さい形態での子会社を設立することで、迅速な決断ができるという印象を市場に与えようとすることもある(B社)。
- ・ ドイツ国内に130社ある当社の子会社のうち、株式会社として設立したのは5社であり、大きな会社というイメージを持って欲しい場合に株式会社の形態を選択する(C社)。
- ・ 子会社を設立する際に、その重要性を対外的に強調したい場合には、株式会社の形態を選択する(E社)。
- ・ 当社の子会社が保険・金融業である場合には、法律上株式会社でなければならないので、全て株式会社である。それ以外の場合であれば、有限会社の形態をとっていることが多い(F社)。

## 2 支配契約及び利益移転契約を締結するメリット

支配契約及び利益移転契約は、基本的に税務上のメリット<sup>14</sup>があるかどうかを考慮し

<sup>14</sup> 例えば法人税については、機関会社制度 (Organschaft) により、一定の要件のもと、グループ企業内で損益通算が認められる。この制度の適用を受ける要件の一つとして、親子会社間に利益移転契約が締結

た上で締結される。なお、

- ① 利益移転契約を締結すると、当期の子会社の利益を配当前に親会社の分配可能利益に算入することができるというメリットもある。
- ② 支配契約を締結すると、親会社に指示権が認められ、当該指示に基づいて行動をした子会社の取締役の責任を減免することができるというメリットもある。

#### <ヒアリング回答結果>

##### Q：支配契約等を結ぶメリットはどこにあるのか？

- ・ 支配契約等を結ぶのは、税制上のメリットが大きい(A社)。
- ・ 支配契約等を結ぶメリットとしては、まず税制上の点が挙げられ、それが理由のほとんどである。また、会社法上、親会社から子会社への経営上の指示がしやすいこと、及び子会社の取締役が親会社からの指示に基づく損害に対する賠償責任から保護されるという点が挙げられる。ただ、当社では法人格という分け方ではなく、ビジネスユニットという分野ごとに考えているので、日常業務の中で親会社から子会社への指示というのは観念しがたい。また、利益移転契約を結ぶことで、会計上、親会社が子会社の利益を同じ営業年度内に吸い上げることができるというメリットがある(B社)。
- ・ 支配契約等を締結するのは、税金対策、つまりコンツェルン内で損失と収益を相殺できるからであり、そうでなければそういう契約は締結しない。当社では、支配契約等を結んでいない子会社もたくさんあるが、その理由は子会社を倒産させることで銀行からの信用を失うことを防止するためである(C社)。
- ・ 支配契約等を結ぶメリットは税制面にある。経営における指導が簡単になるという点も論理的にはいえるが、支配契約を結ぶ理由とはいえない。また、株式会社である子会社と支配契約を結ぶ理由は、そうすることで、子会社の取締役に対し、株主からの独立性を失わせることができるからである(E社)。
- ・ 支配契約を結ぶかどうかは、税制上の点が一番大きい、子会社に対する指示権というのが理由の一部を占めることは確かである。支配契約を結ばなくても子会社に実質的な指示をすることはできるが、コンツェルン法上は、損失補てん義務が生じることや従属報告書を書かなければならないことなど、その方が余計複雑となる(F社)。

されていることが掲げられている。

### 3 100%子会社と少数株主のいる子会社とでの差異

子会社に少数株主がいる場合でも、支配契約及び利益移転契約を締結するケースはあるが、少数株主への配当保証義務等を嫌い、これらを締結しないケースが多い。

なお、有限会社には、コンツェルン法は適用されない。ただし、税務上の観点から、利益移転契約及び支配契約を締結していることが多い（ちなみに子会社が有限会社である場合、従属報告書の作成義務はない）。

#### <ヒアリング回答結果>

##### Q：支配契約及び利益移転契約を結んでいる子会社には、少数株主がいる子会社も含まれるか？

- ・ 当社ではかなりの数の子会社と支配契約等を結んでいるが、100%子会社ではない子会社とは支配契約等を結んでいない(A社)。
- ・ 当社が支配契約等を結んでいるのは全て当社の100%子会社であり、うち株式会社は1社だけで、残りの全てが有限会社である(B社)。
- ・ 当社では、少数株主のいる子会社については1社とだけ、支配契約等を結んでいる(C社)。
- ・ 当社では、ドイツ国内にある2つの中間持株会社と支配契約及び利益移転契約を結んでいる。うち1社は株式会社、もう1社は有限会社である。100%子会社ではない子会社(株式会社)とは、少数株主への配当保証義務が生じるので、支配契約等を結んでいない(D社)。
- ・ 当社が利益移転契約及び支配契約を結んでいる子会社には、株式会社も有限会社もある。うち株式会社は10ないし20社あるが、少数株主のいる子会社とは、結んでいる場合と結んでいない場合がある(E社)。
- ・ 当社の子会社のうち、ドイツ国内の子会社には1社だけ、少数株主がいる会社(金融会社)があるが、これについては損失を補てんしなくなかったという理由から、支配契約や利益移転契約は結んでいない(F社)。

### 4 その他

- ・ 外国子会社とは、利益移転契約及び支配契約を締結することはできない。

### はじめに

現在、法制審議会会社法制部会（部会長 岩原紳作東京大学教授）において、会社法制定後、初めてとなる大幅な会社法改正を検討している。法制審議会に対する諮問内容は「会社法制について、会社が社会的、経済的に重要な役割を果たしていることに照らして会社を取り巻く幅広い利害関係者からの一層の信頼を確保する観点から、企業統治の在り方や親子会社に関する規律等を見直す必要があると思われるので、その要綱を示されたい。」というものであり、委員の顔ぶれを見ても、幅広いステークホルダーから意見を吸い上げ、コーポレートガバナンス及び企業結合法制の改正に積極的に取り組んでいこうとする姿勢を見て取ることができる。

他方、企業実務担当者の中には、平成 18 年に施行された会社法がようやく企業実務に根付いてきたところであるにもかかわらず、わずか 5 年あまりで、コーポレートガバナンスという企業の基礎を見直す必要性があるのかを疑問視する声も根強い。

そこで、21 世紀政策研究所会社法制研究会においては、法制審議会会社法制部会（第 1 回から第 9 回まで）で取り上げられた提案について、法制上の位置付け、ドイツ会社法を始めとする外国法との比較、実務上の懸念点等を議論し、改正の必要性や妥当性についての検証を行った。

本稿は、筆者が、当該検証のプロセスで述べられた委員の意見を踏まえつつ、法制審議会における提案のうち、特に重要な提案について、筆者の意見を述べ、今後の改正についての提言を行うものである。

未だ中間試案も示されておらず、提案の内容も不明確な時点における提言であることから、今後、より焦点を絞った検討は必要不可欠であると思われるが、当研究会においては、多数の有益な意見が披露されており、これを一刻も早く公表することが、より良い会社法改正につながるものと信ずる。

なお、当研究会は、各委員の識見をもとに専門的な議論を行うことを目的としており、研究会としての統一的な意見の集約は行っていない。したがって、本稿に述べる提言は、あく

までも筆者の個人的な見解であり、日本経団連及び当研究会のタスクフォース委員の意見と必ずしも一致するものではないことを予めお断りしておく。

## 第1 取締役に対する監督の強化

### 1 代表取締役の選定・解職に関する監査役の間与

#### (1) 提案内容

ア 法制審議会においては、取締役に対する監督を強化することを目的として監査役の権限強化が検討されており、その中でも「監査役が取締役会決議による代表取締役の選定及び解職に関与する」という提案について活発に議論が行われている。

この提案の具体的内容は、必ずしも明らかではないが、理論的には、次のような制度が考え得る。

#### A 提案権

監査役が、取締役会における代表取締役選定及び解職の提案権を持つ。

#### B 議決権

監査役が、取締役会における代表取締役選定議案及び解職議案において議決権を持つ。

#### C 取締役兼任制

監査役が、非業務執行取締役を兼任し、取締役会における議決権を持つ。

#### D 拒否権

監査役が、取締役会における代表取締役選定決議及び解職決議について、拒否権を持つ（監査役が拒否権を行使した場合、決議の効力が失われる）。

#### E 解職請求権

監査役が、違法行為等を行った代表取締役について、解職請求権又は解職の訴えの提訴権を持つ。

#### F 解任請求権

監査役が、違法行為等を行った取締役について、解任請求権又は解任の訴えの提訴権を持つ。

イ 法制審議会においては、主として、議決権、取締役兼任制、拒否権、解任請求権を念頭においた議論が行われており、おおむね、次のような意見が述べられている。

#### 【否定的意見】

○ 監査役は、すでに十分な権限が与えられており、監査役の権限強化を基礎付ける立法事実はない。

- 代表取締役の選定及び解職は、業務執行の決定の一環であり、監査役が業務執行の決定に関与するのは、監査役制度の本質に反する。
- 監査役に拒否権を認めれば、監査役の反対で代表取締役を解職できないという事態が生ずる可能性があり、取締役会の基本的な業務の遂行に支障が生ずるおそれがある。
- 経営責任を負っていない監査役は、経営者である代表取締役の選定及び解職に関与すべきではない。

**【肯定的意見】**

- 監査役が取締役に対して違法行為差止請求権を有するだけでは、継続的に違法行為を行う取締役に対して有効な防止措置を講ずることができない。
- 例えば、オーナー経営者がいる会社では、取締役が、オーナーである代表取締役の行為を抑止することも、株主総会において解任を提案することも困難であることから、代表取締役が法令定款違反行為を行った場合には、監査役が、株主総会における解任提案の否決を要件とせず、代表取締役の解職ないし取締役の解任の訴えを提起することができる権限を認めるべきである。

**(2) 当研究会における意見**

**【否定的意見】**

- (議決権・取締役兼任制について) 監査役は、業績の良し悪しではなく、取締役が法令定款違反行為を行ったか否かを判断する役職であるから、取締役会における代表取締役の選定及び解職に議決権を認めるべきではない。
- (議決権・取締役兼任制について) 取締役と監査役は、求められる役割が根本的に違うにもかかわらず、監査役に代表取締役の選任・解任に対する権限を与えれば、すべての会社が委員会設置会社になるのと同じ結果となる。
- (解職請求権・解任請求権について) 監査役は、違法行為差止め請求権を本案として代表取締役の職務執行停止の仮処分申立てができるのであるから、解任請求権等を与えるのはいき過ぎである。

**(3) 提言**

**ア 監査役制度の趣旨**

- (ア) 監査役の権限強化についての各種提案は、従来の「監査役」制度を維持するのか、「監査役」制度を廃止して、業務執行の意思決定に関与する「新監査役(監

査取締役)」制度を創設するのか、というガバナンスに関するデザインの問題として捉える必要がある。

例えば、ドイツ会社における監査役会は、①取締役の選任解任権、②取締役の報酬決定権、③取締役の業務上の意思決定についての事前承認権を有しており、その権限に着目する限り、「監査役会」という訳語は正確ではなく、「ミニ株主総会」ないし「監査取締役会」というべきものである。このような監査役会制度の下においては、監査役会が、取締役が違法行為を行ったときだけではなく、取締役の意思決定が相当ではない場合や、経営能力の不足により業績が上がらない場合等にも、取締役を解任し、新たな取締役を選任することも正当化することができる。

- (イ) 他方、日本の「監査役」は、業務執行の意思決定には参加せず、取締役の行為が、法令や定款等のルールに抵触するか否かを監査することを職責としている。監査役は、「著しく不当な行為（善管注意義務に違反する行為）」か否かを判断するという限りにおいて、取締役の行為の当不当についての調査を行うことはあるが、「著しく不当」と認められない限り、取締役の経営判断に立ち入ることはない。

そして、監査役が、経営判断に関与せず、かつ、業績の良し悪しや今後の経営計画の妥当性等明確な評価基準のない事項については一切判断しないという現行制度は、監査役が取締役会からの独立性を担保し、「政策的判断」や「経済合理性」の美名の下に違法行為が隠ぺいされることを防止し、監査役が具体的な事実の調査と当該事実の法令適合性の判断に専念するための制度的裏付けとなっている。

このように監査役制度の本質は、経営判断について一切干渉しないという点にあり、その点のみが、委員会設置会社における監査委員との決定的な相違点である。

したがって、監査役を取締役会における議決権を認める案や取締役兼任制は、監査役が「業績不振を理由として代表取締役の解任に賛成する」ということを許す制度であるという点で、すでに「監査役」制度ではなく、「監査委員」制度である。

- (ウ) いずれにせよ、法制的には、権限が全く異なる機関を同一名称で呼ぶことは



避けるべきであるし、「監査役」という名称を用いて議論することは、混乱を呼ぶだけであるから、監査役の権限強化という文脈ではなく、後述する監査監督委員会設置会社の可否として議論すべきであろう。

逆に、監査役が代表取締役の選定解職についての関与に関する提案が、現行の監査役制度の下で実施されることを前提とするのならば、監査役が代表取締役の経営能力や業績不振等を理由としてその選定及び解消に関与する制度は、監査役制度の本質に反し、採用することはできないものと解される。

これに対し、監査役が代表取締役の選定及び解職に関与することができる場面を、「取締役が違法行為を行った場合又は行うおそれがある場合」等に限定すれば、監査役の性質との矛盾を回避する余地はある。

しかし、監査役が代表取締役の選定及び解職に関与する方法の相当性について具体的に検討する限り、次のイ及びウで述べる問題点を克服するのは困難である。

#### イ 議決権・取締役兼任制について

(ア) 監査役が代表取締役の選定解職に関与する制度は、事実上、取締役が代表取締役の支配下にあることが多く、代表取締役が不適任である場合でも、これを解職することが困難であるという認識から提案されたものであろう。仮にそのような認識を前提とすれば、この制度が、代表取締役に対する監督手段として有効に機能するためには、監査役の数が取締役の数よりも多くなければならない。

しかし、監査役の数が取締役の数より多い企業などほとんど存在せず、また、会社法が、取締役会を設置しない会社に監査役会の設置を許していないのは、そのような状態が営利企業として不健全であることを理由とするから、監査役の数が取締役の数より多い会社でなければ機能しないような制度は無意味かつ不適當である。

(イ) また、アで述べたとおり、監査役が代表取締役に対して監督権を行使すべき場合は、代表取締役が違法行為を行った場合又は行うおそれがある場合に限定すべきところ、そのような場合においてすら、取締役を加えた多数決でしか監督権が機能しないという制度は、監査役を独任制とした現行の枠組みと矛盾する。

(ウ) さらに、監査役が議決権を有する制度は、むしろ経営の効率性を高める見地

から代表取締役を交代させようとする取締役の動きを阻害する可能性すらある。

例えば、取締役 5 名、監査役 4 名の会社において、取締役のうち代表取締役を除く 4 名が業績の悪化を理由として代表取締役を解職しようとした場合において、監査役が代表取締役の解職に反対すれば、解職決議が否決されることになる。このような異常な事態は、監査役が代表取締役の仲間である場合にのみ生ずるものではない。監査役は、取締役の行為の法令適合性を監査する機関であるから、代表取締役の解職が議案となった場合において、当該代表取締役が違法行為を行っていないときは、当該議案に賛成すべきではないからである。

このような異常事態を制度的に回避しようとするれば、代表取締役が違法行為を行ったことを解職理由とする場合に限り、監査役が議決権を有するという制度にしなければならないが、そのような制度は過度に技術的であるのみならず、解職理由とされる事実が違法か否かによって、監査役の議決権の有効性が左右されることになるため、決議の効力が不安定になってしまう。

(エ) 以上のように監査役が代表取締役の選定及び解職について議決権を有する制度は採用すべきではない。

#### ウ 解職請求権・解任請求権について

(ア) 監査役の代表取締役解職請求権又は解任請求権は、例えば、オーナー経営者が違法行為を継続して行っているような場合において、個別の行為ごとに差止を請求するよりも、解職することによって、抜本的に差し止めることを目的として提案されているようである。

しかし、代表取締役の選定権は取締役会にあるから、監査役が解職しても、取締役会で再選定した場合には、何の意味もないし、解任の訴えの係属中に監査役の任期が満了すれば、再任議案を出さないことにより、原告監査役を訴訟から排除することもできる。

また、代表取締役がオーナーであれば、取締役を解任されたとしても、株主総会で再選任すればよいし、原告監査役を株主総会で解任することすら可能な場合が多いであろう。このように解職請求権・解任請求権は、オーナー経営者の横暴を抜本的に解決する方策とはなり得ない。

この問題は、現行法の株主による解任の訴えにも潜在している問題であり、解任の訴えが実務上機能しないことの理由の一つでもある。

(イ) この問題を解決するためには、裁判による解職又は解任を取締役の欠格事由とする必要がある。

しかし、そのような欠格事由を定めても、先に述べたとおり、解任の訴えの確定前に監査役を排除する動きを止めることはできない。

また、株式会社の大部分は、オーナー経営者によって運営されているのが実態であるため、当該オーナー経営者が、取締役となれない事態が生ずれば、経営が立ち行かなくなるのは必定である。このような実態の中で、代表取締役が違法行為を1回行っただけで解職され、その後、二度と取締役になれないという制度を採用すれば、例えば、相続争いや離婚紛争の場において、少数株主となった相続人や監査役である配偶者が経営者に対して解職請求権を濫用する事例が多発するおそれもある。

さらに、裁判による解職又は解任を欠格事由とすることは、解職又は解任された者が他社の取締役になることや、自ら会社を設立して代表取締役になることをも禁止することとなり、過度に職業選択の自由を制限することとなる。

結局、ドイツ会社のように、株主総会に取締役の選任権解任権がなく、監査役会が取締役の選任解任を行う制度を採用するのであればともかく、日本の株式会社が、取締役会に代表取締役選定権・監査役議案の決定権を、株主総会に取締役及び監査役の選任権を与えるという法制度を採用し続ける限り、監査役に代表取締役の解職請求権や取締役の解任請求権を認めたとしても、制度的な限界があり、実効的な監督手段とはなり得ないといわざるを得ない。

## エ 小括

以上のように監査役が代表取締役の選定及び解職に関与する制度は、監査役制度の本質に反するのみならず、その実効性に疑問があり、また、実効性を強化しようとするれば、かえって濫用されるおそれが高いものと解される。

## 2 従業員選任監査役

### (1) 提案内容

ア 法制審議会においては、監査役の選任について、従業員が関与する提案がなされている。

その具体的内容は明確ではないが、理論的には

#### A 選任権

従業員の集会において、多数決で監査役を選任する制度

#### B 提案権

従業員の集会において、多数決で、監査役の選任議案を決定し、株主総会に提案する制度

が考え得る。

イ 法制審議会では、主として提案権を念頭においた議論がされているが、賛同者の説明によれば、従業員が監査役の選任に関与することにより、監査役と従業員との意思疎通が円滑になり、現場からの情報を吸い上げやすくなるということを目的とする制度のようである。

この提案については、監査役の独立性を確保すれば足りる等の否定的な意見が多数述べられている。

### (2) 当研究会における意見

#### 【否定的意見】

- 多種多様なステークホルダーの中で、従業員だけに監査役の選任権を与える合理性があるのか疑問である。
- 従業員が監査役の選任に関与することは、監査役の中立性・独立性を害するおそれがある。
- 監査役は、取締役会への出席権限を有するところ、従業員選任監査役が、取締役会に参加することとなれば、特に労働者に関連する企業秘密の漏洩のおそれがあり、取締役会における自由闊達な議論が抑制される可能性がある。
- 常勤監査役の多くは、従業員出身者であるから、現在でも、従業員との意思疎通は円滑に行われている。

### (3) 提言

#### ア ドイツの共同決定法との比較

従業員選任監査役の提案は、ドイツの共同決定法を下敷きにしたものであると推認されるが、両者は、全く別の制度である。

共同決定法は、ドイツの監査役が、監査役会において、取締役の選解任や事前承認に関する意思決定を行うことを前提に、従業員が当該意思決定に参加することを保証し、「会社経営の民主化」を実現するために採用された制度である。

共同決定法の制定過程を見ても、従業員選任監査役の会社における効能を評価して導入したというよりも、社会民主党政権時代に産業別労働組合の影響力やイデオロギー的な観点から導入されたものであり、実際に、従業員選任監査役の一部は産業別労働組合の代表であることが義務付けられており、しかも、産業別労働組合代表の監査役は、会社から得た監査役報酬を組合の影響下にある財団に寄付することを事実上義務付けられていること等を見ても、極めて政治的な色彩が濃い制度である。

これに対し、法制審議会における従業員選任監査役は、従業員が会社の経営に参加する権限を有しない監査役の選任に関与する制度であるから、従業員の会社経営への参加を目的とする共同決定法とは根本的な相違点があり、また、日本には、「会社経営の民主化」というイデオロギー的な価値観を共有するような環境は存在しない。

仮に、当該提案が「従業員や組合職員を何らかの形で会社の機関に送り込むことができればよい」という程度の消極的な目的でなされたとするのならば、羊頭狗肉の策といわざるを得ない。

#### イ 監査役制度との不整合

監査役の職務は、独立的立場に立って、事実を調査し、取締役の行為の法令適合性を客観的に判断するところに本質があるから、特定のステークホルダーの代表が監査役となり、当該ステークホルダーの利益を実現するために、職務権限を行使することを防止しなければならない。

従業員選任監査役制度の賛同者は、「監査役は、会社に対して善管注意義務を負っているから、従業員選任監査役が、従業員の利益のために権限行使を左右することはない。」と考えているようであるが、ドイツの従業員選任監査役は、会社に対する善管注意義務を負っているにもかかわらず、現実的には、従業員の利益代表として監査役会で議決権を行使しているのが実態であり、抽象的に善管注意義務を課すだけでは、監査役の中立性を維持することはできない。

#### ウ 従業員による決定の困難性

- (ア) ドイツにおいて従業員選任監査役が制度として機能しているのは、事業所委員会や産業別組合の役割が大きい。すなわち、事業所ごとに設けられた事業所委員会の委員は従業員の選挙によって選出されるから、従業員選任監査役につ

いても、その選挙システムを利用して、決定することができるし（実際、従業員選任監査役は、事業所委員が選任されることが多い）、従業員選任監査役のうち、産業別労働組合用の枠は、産業別労働組合が存在し、法的地位を与えられているからこそ、監査役を選任することができるのである。

このようにドイツにおける従業員選任監査役は、事業所委員会や産業別労働組合と密接不可分の制度なのである。

他方、日本には、事業所委員の選挙のような従業員の意思を選挙により集約する制度的基盤が存在しないため、仮に従業員選任監査役制度を導入するとすれば、多額のコストをかけて選挙制度を整備する必要がある。

- (イ) また、ドイツの共同決定法は、労働組合の影響力の下で成立したため、ドイツの国内労働者のみに選挙権を与えているが、国外に多数の従業員を抱える国際的企業の中には、ドイツ国内従業員の意思のみが会社経営に注入されることに対する違和感を覚えている企業も存在する。

日本において従業員選任監査役制度を導入する場合、国外従業員に選挙権を与えるか否かは、極めて重要な問題であり、仮に国外従業員に選挙権を与えれば、選挙の実施に莫大な時間とコストを要するおそれがあり、逆に、選挙権を否定すれば、国内従業員の意思のみによって選任された監査役の正当性に疑問を生ずることになる。

- (ウ) 加えて、ドイツ会社において従業員選任監査役制度の問題点として、監査役の人数が義務付けられているため、硬直的過ぎると指摘する声が多かったが、日本においても従業員選任監査役制度が導入されれば、株主総会までに従業員の選挙を行うことができなかつた場合のしるじや、従業員選任監査役が任期中に病気・死亡で退職した場合のしるじ等を用意しなければならなくなり、監査役選任しるじを硬直化し、そのしるじ負担を必要以上に加重することになりかねない。

## エ 従業員選任監査役の能力についての懸念

従業員選任監査役制度の賛同者は、従業員選任監査役が従業員との意思疎通を円滑に行い、監査の質を上げることができるものと考えているようである。

しかし、ドイツにおける従業員選任監査役制度の問題点としてよく指摘されるのは、従業員選任監査役は、その能力によってではなく、選挙によって選ばれるため、監査役としての能力が十分でないことが多いという点にある。

実際、ドイツでは、単純作業にのみ従事していた従業員が監査役に選任されることも多く、経営やコンプライアンス等に関する知識が乏しい従業員選任監査役をどのように教育するかが課題となっている。

筆者が、ドイツの企業や法務省等に対して、「日本の法制審議会において、従業員選任監査役制度を採用すれば、従業員との意思疎通等により、違法行為の発見等をしやすくなるという意見がある。」と話したところ、その話を聞いた全員が「従業員選任監査役は、法令等に関する知識が乏しいことが多いため、そのような機能を期待するのは無理である。」と異口同音に語った。

日本における従業員選任監査役制度の提案が、どのような監査役候補者を念頭に置いているかは分からないが、選挙制度には、監査役としての能力を判断する機能がない以上、従業員専任監査役制度の採用により、監査の質を向上することを期待することはできない。

#### オ 委員会設置会社等との関係

現在、法制審議会では、従業員選任監査役制度と委員会設置会社制度との関係については議論されていないが、仮に、従業員選任監査役制度が、委員会設置会社の監査委員にも準用されるとするのであれば、経営者の一人である取締役が、従業員によって選任されることとなり、従来の株式会社のガバナンス構造が根底から変更されることとなる。

この従業員による経営者の選任の問題は、「監査役に代表取締役の選定・解職について関与する権限を与える」という提案や「監査監督委員会設置会社を認める」という提案が採用された場合にも、生ずる。

他方、仮に委員会設置会社については、従業員選任制度を排除するとすれば、監査役設置会社にのみ、当該制度を採用することの合理性を問われることとなろう。

#### カ 小括

以上のように従業員選任監査役は、監査役制度と整合せず、その実施に多大な手間とコストを要するわりには、実益に乏しい制度であり、採用すべきではないものとする。

### 3 監査監督委員会

#### (1) 提案内容

##### ア 監査監督委員会制度の概要

(ア) 法制審議会において、監査役、指名委員会及び報酬委員会を置かず、社外取締役が構成員となる監査・監督委員会（仮称）が監査等を担う機関設計を認める制度が提案されている。

監査監督委員は、その過半数を社外取締役とし、業務執行取締役との兼任禁止・任期1年を前提としている。

(イ) この監査監督委員の選任機関については、

##### A 取締役会選定型

取締役会が、取締役の中から監査監督委員を選定する。

ただし、監査監督委員の選定については、出席した社外取締役の過半数の賛成又は監査監督委員の過半数の賛成を決議要件とするなど人事の独立性確保の仕組みを設ける。

##### B 株主総会選任型

株主総会が、監査監督委員を選任する。

という2つのタイプが提案されている。

(ウ) 監査監督委員会の権限については、監査委員会と同様の権限の他、利益相反取引について監査監督委員会が賛成する場合には、任務懈怠の推定を除外すること等が検討されている。

(エ) また、監査監督委員会設置会社においては、委員会設置会社と同様、取締役会が取締役に対して委任する事項を大幅に拡大し、監督と執行の分離を図ることができるようにすることも検討されている。

イ 法制審議会においては、監査監督委員会に関する各論点につき、おおむね次のような意見が述べられている。

(ア) 監査監督委員会制度について

##### 【肯定的意見】

○ 社外取締役の機能を活用するために使いやすい機関設計を認めるべきである。

○ 社外取締役を義務付けるためには、監査役会設置会社から移行しやすい形態



が必要である。

- 外国人投資家は、監査監督委員が取締役会で議決権を持つことについては、否定的に捉えてはいない。
- 任意のオプションとして制度を積極的に検討することについては賛成する。
- 委員会設置会社には常勤監査委員がいないが、内部統制部門を通じて監査を行っているという説明することができる。

#### 【否定的意見】

- 監査監督委員会設置会社は、監査監督委員が取締役会に取り込まれることになり、監査役会設置会社と比較して、監督機能が弱まる。業務執行と監督が一つの機関で行われることは、逆行である。
  - 上場企業における取締役の数が減少する中で、サラリーマンの出世の目標が取締役ではなく、執行役員になっている。監査監督委員会設置会社では、普通の部長や工場長は取締役になれないが、財務部長や経理部長は取締役になれるという状況になりかねず、企業が本当に利用するかという疑問がある。
  - 監査役制度は十分に機能しており、監査監督委員会がガバナンスを低下させないかどうかを慎重に検討する必要がある。
  - 監査役会設置会社では、常勤監査役が重要な役割を果たしており、常勤の監査監督委員がいなければ、監査の質が低下するおそれがある。
  - 監査監督委員会設置会社は、自己監査の問題がある。
  - 監査監督委員会設置会社が取締役会社外取締役の義務付けを規定路線化するためのものであってはならない。
- (イ) 監査監督委員の任期について
- 委員会設置会社にならって1年がよい。
  - オーナー系企業では、「1年までばクビにできる」と考えられるおそれがあるから、任期は、普通取締役プラス1年の方がよい。
- (ウ) 監査監督委員の選任方法について

#### 【取締役会選定型】

- 監査監督委員が取締役自身の監督機能を高める内部機関であることを踏まえると、取締役会で選定の方がよい。
- 内部統制部門を通じた監督を行うという観点からは取締役会選定型の方が

説明しやすい。

**【株主総会選任型】**

- 監査役会設置会社と同じスタンスで独立性を確保することができる。
- 指名委員会及び報酬委員会が設置されないため、取締役会の独立性を一層高める必要があり、株主からの付託を受けていることを明確化するために株主総会選任型の方が望ましい。
- 委員会設置会社の導入の際、社外取締役の独立性を確保するためには、指名委員会で候補者を選ぶことが重要とされ、三委員会は必置となった。監査監督委員会では指名委員会が存在しないため、社外取締役の独立性を確保するため、監査役にならって、株主総会選出型とし、監査監督委員に選任議案についての同意権や提案権を与えることが望ましい。

(エ) 利益相反取引における立証責任の転換等について

- 監査監督委員の同意があった場合であっても、業務執行に詳しくない株主に立証責任を負担させるのは妥当ではない。
- 形式的に社外取締役がいるだけで立証責任が転換されるのは不自然である。
- 立証責任の転換については、さらに要件を加重すべきである。
- 訴訟委員会の機能を持たせるとすれば、それはそれで大議論となる。

(カ) 取締役に対する委任事項の拡大について

- 監督と執行の分離を行うため、委任事項を拡大すべきである。
- 細かい事項まで取締役会が決定しなければならないシステムには抵抗がある。従来の制度設計の延長で委任事項をプラスマイナスするという議論ではなく、執行と監督を分離するための権限分配を検討すべきである。

(2) 当研究会における意見

ア 監査監督委員会について

**【否定的意見】**

- 監査役会設置会社で何ら問題が生じていない以上、監査監督委員会設置会社に移行するメリットがない。
- 仮に、委員会設置会社から監査監督委員会設置会社に移行することが、ガバナンスの後退を意味するのであれば、株主に説明しづらい。
- 委員会設置会社や監査役会設置会社とは違うメリットが監査監督委員会にあ

れば移行し得るが、そこが明確ではないので、今後の議論に期待したい。

- 現在、社外取締役のいる監査役会設置会社が、監査監督委員会設置会社に移行するメリットはない。むしろ、監査監督委員会設置会社への移行に伴い、社外監査役が社外取締役となった場合に、移行前からいた社外取締役の役割が低下する可能性があることについては、懸念がある。

#### 【肯定的意見】

- 監査役が監査委員となり、代表取締役の選定に1票を投じることができるようになれば、少しはガバナンスが強化されることになる。
  - 任意の選択を許すのであれば、ひとつのオプションとして認めても良い。
  - 現行の2制度と同等のガバナンスを担保でき、かつ企業にとって過度の負担とならないような選択肢が増えるということであれば歓迎できる。
  - 「監査」と「監督」は別物であり、監査役制度において法的に規定されていない「監督権」を認める法制度には存在意義がある。
  - 取締役を中心とした内部統制が十分に機能している会社においては、監査役の役割が小さいため、監査監督委員会のような形態の方が実効的なガバナンスを確保することができる。
  - 現時点では監査監督委員会制度の内容は固まっていないから、頭からこれを否定するのではなく、適切な制度を構築すればよい。
- イ 取締役への委任事項の拡大について
- 取締役会からの委任事項が増えたとしても、経営判断原則や代表訴訟を視野に入れた場合、取締役会からの委任は実際にはなされないのではないかと。

### (3) 提言

#### ア 監査監督委員会設置会社と他の会社形態の比較

監査監督委員会の制度は、設計途上にあり、将来、大きく変更される可能性があるが、現在の提案内容を前提に筆者の意見を述べる。

まず、筆者が最も懸念している点は、監査監督委員会制度の賛同者の意見の根底に、「社外取締役を義務付けるためには、監査役会設置会社の社外監査役を社外取締役にシフトさせるのが最も簡便であり、そのための制度として監査監督委員会が必要である」という認識があるように窺われることである。

しかし、監査監督委員会という新しいガバナンス体制の構築と、監査役会設置会

社を含むすべての会社形態への社外取締役の義務付けの問題は、次元の異なる問題であり、社外取締役の義務付けに伴う激変緩和措置として監査監督委員会の制度を論ずることは、監査監督委員会制度自体を歪んだ制度にしてしまうリスクがある。

仮に監査監督委員会設置会社が、委員会設置会社や監査役会設置会社よりも不十分なガバナンスしか確保できないのであれば、監査監督委員会設置会社に誘導するという政策決定は、社外取締役の義務付けという木のみを見て、ガバナンスの確保という森を見ない判断であるといわざるを得ない。

したがって、社外取締役の義務付けと切り離して、監査監督委員会制度を見た場合に、委員会設置会社や監査役会設置会社と同等ないし優れたガバナンスを実現する制度なのか否かを検証する必要がある。

そこで、まず、委員会設置会社、監査役会設置会社、監査監督委員会設置会社（株主総会選任型）、監査監督委員会設置会社（取締役会選定型）を比較する。ただし、これはあくまでも各制度を法律のかつ実務の見地から比較検討したものであり、各制度の優劣を評価したものではないことに十分留意されたい。

また、監査監督委員会制度は設計途上にあるから、今後、ガバナンス確保のためにさまざまな補充が行われる可能性があるが、現在の制度との比較を行うため、あえて現時点における法制審議会の議論から推測される制度を想定している。

なお、法的には「監査」と「監督」は異なるが、便宜上、下の図表においては、監督機関及び業務執行担当者とは、委員会設置会社においては監査委員及び執行役、監査役会設置会社においては監査役及び業務執行取締役、監査監督委員会においては監査委員及び業務執行取締役のことをいうものとする。

	委員会設置会社	監査役会設置会社	監査監督委員会設置会社	
			株主総会選任型	取締役会選任型
監督機関の選任議案	取締役	取締役会 ただし、監査役会 に同意権あり。	取締役会 ただし、監査監督 委員会に同意権 等あり。	取締役 ただし、社外取締 役ないし監査監督 委員の過半数の 賛成必要
監督機関の選任権	取締役会	株主総会	株主総会	取締役会
監査会議体の構成	社外取締役が 過半数	社外監査役が 半数以上	社外取締役が 過半数	社外取締役が 過半数
常勤監督機関	なし	あり	なし	なし
監督機関の報酬決定権	報酬委員会	株主総会	株主総会	取締役会
監督機関の任期	1年	4年	1年	1年
監督機関の業務執行の意思決定への参加	あり	なし	あり	あり
監督機関の解任	取締役会	株主総会の 特別決議	株主総会の 特別決議？	取締役会
監督機関の利益相反行為	取締役会の承認	取締役から独立 しているため、 利益相反なし	取締役会の承認	取締役会の承認
取締役の選任議案	指名委員会	取締役会 (監査役は出席す るが議決権なし)	取締役会	取締役会 ただし、社外取締 役選任議案につい ては、監査監督委 員会に同意権

取締役の 選任権	株主総会	株主総会	株主総会	株主総会
取締役会の 構成	社外取締役複数。 ただし、過半数と は限らない。	社外取締役がいな い場合もある。	社外取締役複数。 ただし、過半数と は限らない。	社外取締役複数。 ただし、過半数と は限らない。
取締役の任期	1年	2年以内	1年	1年
取締役の 報酬決定権	報酬委員会	株主総会	株主総会	取締役会
取締役の解任	株主総会	株主総会	株主総会	株主総会
取締役の 利益相反行為	取締役会の承認	取締役会の承認 (監査役は出席する が議決権行使なし)	取締役会の承認	取締役会の承認
業務執行者の 選任議案	取締役	取締役	取締役	取締役
業務執行者の 選任権	取締役会	取締役会 (監査役は出席する が議決権なし)	取締役会	取締役会
業務執行者の 任期	1年	2年以内	1年	1年
業務執行者の 報酬決定権	報酬委員会	株主総会	株主総会	取締役会
業務執行者の 解任	取締役会	取締役会 (監査役は出席する が議決権なし)	取締役会	取締役会
業務執行者の 利益相反行為	取締役会	取締役会の承認 (監査役は出席する が議決権なし)	取締役会	取締役会

各制度のガバナンスを比較検証する際に考慮すべき主たる要素としては、次のようなものが考え得る。

- 監督機関が被監督機関によって選任されていないか（選任手続の独立性）
- 監督権限は、監督目的を達成するために十分か（監督権限の充実度）
- 監督機関が、業務担当者の利益相反取引をどのように防止しているか（利益相反取引防止）
- 監督機関の権限行使が被監督機関の意思によって左右されることはないか（決定の独立性）
- 監督機関が権限行使を行うための体制（監督にあてることができる時間、コスト負担、補助者等）が整備されているか（体制の充実度）
- 監督機関が監督権を行使した場合に、被監督機関から報復を受けることをどのように防止しているか（報復防止）

#### (ア) 選任手続の独立性

監査役会設置会社及び株主総会選任型監査監督委員会設置会社（以下「株主総会選任型会社」という。）においては、監督機関の選任議案を被監督機関が決定する点に独立性の弱さを指摘し得るが、議案の決定について監督機関の同意を要求すること及び株主総会が選任することによって、選任手続の独立性を確保している。

これに対し、委員会設置会社及び取締役会選定型監査監督委員会設置会社（以下「取締役会選定型会社」という。）は、取締役が単独で議案を決定することができる点、監督機関を被監督機関が選任する点において監査役会設置会社及び株主総会選任型会社に比べて選任手続の独立性が弱いとの評価が可能である。

取締役会が業務執行の意思決定を行うことができず、専ら監督権限のみを行使する機関であれば、取締役会が監査委員等を選定する制度は、監督機関内の役割分担に過ぎないが（すなわち、監督機能のうち、監査機能のみを監査委員に委任し、業務執行者の選定解職による監督等は取締役会が行う。）、取締役会が原則として、すべての業務執行の意思決定を行い、執行役への委任の範囲を自由に決めることができる（しかも、重要な業務執行の意思決定は取締役会で行わなければならない。）現行法のもとでは、取締役会は、監督機関としての側面

よりも、業務担当者・被監督機関としての側面の方が強い。

また、委員会設置会社及び取締役会選定型会社における取締役会の構成は、後述するとおり、社外取締役以外の取締役が過半数を占めることも、執行役兼取締役が過半数を占めることも可能であり、業務担当者による意思決定によって監督機関が選任されることを防止することはできない。

委員会設置会社においては、指名委員会が取締役（業務担当取締役及び社外取締役）の選任議案を決定することにより、取締役会の意思決定の公正性を確保するという手当がなされている（特に各委員会の委員の過半数は社外取締役でなければならないため、指名委員会が社外取締役を決定することにより、監査委員の選任の独立性は、ある程度確保することができる。）。

これに対し、指名委員会が存在しない取締役会選定型会社においては、監査委員の選任議案について監査委員の過半数の同意を要することだけでは、独立性の確保が足りないのではないかと思われる。なぜならば、社外取締役が 2 名しかいない場合には、監査委員会は、当該社外取締役を監査委員にせざるを得ず、同意権を事実上行使することができないからである。

したがって、取締役会選定型会社において、監査委員の選定の独立性を担保するためには、取締役（特に社外取締役）の選任議案に対する社外取締役の関与を要すること等、指名委員会と同等の措置を講ずる必要があると考えられる。

例えば、取締役会が取締役の選任議案を決定することを前提にした上で、監査委員会がその選任議案に対する同意権を有することとすれば、指名委員会とほぼ同等の選定の独立性を確保することができるものと解される。

#### (イ) 監督権限の充実度

a 監督権限については、①業務担当者の選解任権（経営効率性に関する監督権を含む）と、②違法な業務執行に関する調査及び対応（監査権）とに分けて考える必要がある。

#### b 業務担当者の選任解任

委員会設置会社、監査監督委員会設置会社は、監督機関の構成員を含む取締役会の決議により、業務担当者の選解任を行うことができるのに対し、監査役会設置会社の監査役には、事業担当者の選解任権はない。その点では、委員会



設置会社及び監査監督委員設置会社の監督機関の方が監督権限は強いといえる。

しかし、委員会設置会社及び監査監督委員会設置会社の取締役会は、業務担当者によって過半数を占めることができるため、取締役会の構成によっては、業務担当者の選解任権を独占することは、かえって、本来交替させるべき業務担当者の地位を維持する方向につながる可能性がある。

なお、監査監督委員会設置会社は、業務担当者が取締役であるため、株主総会による解任という歯止めはあるが、委員会設置会社には、株主総会に執行役の選解任権は認められていないため、株主総会で取締役を交替した上で、その取締役に執行役を解任させるという間接的なコントロールを行うこととなる。

他方、委員会設置会社は、指名委員会が取締役の選任及び解任議案の決定権を有するから、この点に着目すれば、他の会社形態よりも、取締役に對する監督権限が強いとの評価が可能である。

なお、監査役は、業務担当取締役の選定解職について議決権を行使することはできないが、取締役会に出席しているため、業務担当取締役が違法行為を行っている場合等にはその旨取締役会で報告し、業務担当取締役として不適任である旨述べることは可能であるし、実際の監査役会設置会社では、監査役が、法令適合性とは異なる視点から取締役に對して意見ないしアドバイスを述べることも多い。

そのため、業務担当者が取締役会の過半数を占める委員会設置会社や監査監督委員会設置会社と比較した場合、監査委員・監査監督委員と監査役の違いは、結果に影響を与えない議決権を行使することができるか、できないかというだけで、実務上、実質的な違いはほとんどないことが多い。

#### c 監査

監査権については、監査委員及び監査役の権限は基本的に同一である。

しかし、委員会設置会社及び監査監督委員会設置会社は、監査委員が自己の賛成した意思決定についても監査しなければならないという問題点を指摘できる。

さらに、監査役会設置会社には、常勤監査役が存在するが、委員会設置会社や監査監督委員会設置会社には常勤監査委員が存在しないため、監査役会設置

会社の方が、監査を実質的に充実させるための制度整備がなされている。

この点については、監査委員会又は監査監督委員会は、内部統制システムを通じて監査することが期待されているという意見もあるが、監査役会設置会社においても、同等の内部統制システムは構築されているのであり、このことをもってして、監査役会設置会社と比較した場合における委員会設置会社及び監査監督委員会設置会社の上記問題点をクリアできるとはいえない。

(ウ) 利益相反取引防止

委員会設置会社及び監査監督委員会設置会社は、利益相反取引の承認について、監督機関が議決権を有する点で、監査役会設置会社よりも監督機関の権限が強化されている。

また、監督機関自身が利益相反取引を行う場合についても、委員会設置会社及び監査監督委員会設置会社は、取締役会の承認が必要であるのに対し、監査役会設置会社は、取締役会の承認は必ずしも必要ではないという相違点もある。

もともと、委員会設置会社及び監査監督委員会設置会社の取締役会において、監査委員等の数は少数であるのが通常であるため、監査委員等が反対した利益相反取引であっても、承認されることがある。

(エ) 決定の独立性

監督機関の権限のうち、監査権限については、いずれの会社も、基本的には、監査役又は監査委員の独任制が保障されている。

他方、委員会設置会社及び監査監督委員会設置会社における業務担当者の選解任権については、取締役会における多数決で決せられ、かつ、監査委員は取締役会における少数派である場合が多いから、監査委員独自の判断で、業務担当者を選解任することはできない。

また、監査監督委員会設置会社には、指名委員会がないから、取締役の選任議案及び解任議案についても、監査委員会が独自に決定することはできない。

なお、監査役会は「半数以上」が社外監査役、監査委員会及び監査監督委員会は「過半数」が社外取締役という相違点があるが、監査役・監査委員は独任制であり、会議体の多数決は監査権限の行使にほとんど影響を与えないため、社外者の員数は本質的な問題ではない。

(ウ) 報復防止

監査役会設置会社及び株主総会選任型会社は、株主総会が監督機関の選解任権及び報酬決定権を有するから、仮に業務担当者が監督機関に報復するとしたら、株主総会において監査役ないし監査委員の再任議案を提出しない又は監査役ないし監査委員の解任議案を提出するという方法によることとなる。

しかし、監査役は任期が4年と長く、選任議案について監査役会の同意が必要であること、監査役の解任については株主総会の特別決議が必要であることから、報復人事は難しい。株主総会選任型会社については、監査委員の任期が1年と短い点において、報復防止機能がやや弱い。

他方、委員会設置会社及び取締役会選任型会社は、業務担当者が過半数を占める可能性のある取締役会が、監査委員の選定解職権を有し、監査委員の任期も1年であるため、監査役会設置会社と比較すると報復防止機能は弱い。例えば、監査委員が代表執行役兼取締役に違法行為差止めを求めているときに、監査委員を解職又は不再任とすることで、請求を頓挫させることも可能である。

ただし、委員会設置会社の場合、監査委員を解職されたとしても、取締役としての身分は残り、かつ、取締役の選任解任議案決定権を指名委員会が有しているため、指名委員会の独立性が確保されていれば、報復人事は困難になる。

他方、取締役会選任型会社は、指名委員会がないため、取締役会で監査委員を解職されるのみならず、取締役としての解任議案の提出又は不再任により、報復人事が可能である（しかも、取締役は、監査役と異なり特殊普通決議で可決される。）。

したがって、取締役会選任型会社においては、指名委員会に代替する制度（例えば、取締役の選解任議案について監査委員会に同意権を与える制度）を構築する必要があると解される。

(カ) 結論

コーポレートガバナンスは、各機関のバランスによって実現するものであり、ある特定の事項について監督機関の権限が強いからといって、それが優れたガバナンスを意味するものではないし、監督機関の権限が強すぎて、業務担当者の経営の効率性が害されるとすれば、その体制は、営利企業のガバナンスとして不適切である。

それを前提に、上記(ア)ないし(カ)の事項について監査監督委員会設置会社におけるガバナンスの有効性を分析すれば、次のように結論付けられる。

① 監査監督委員会設置会社は、監査役会設置会社と比較して、監査委員が取締役会で議決権を行使することにより、取締役会決議を通じた業務担当者の監督ができるという点においては、監督権が強化されている。

しかし、取締役会において、業務担当者が過半数を占めている場合には、監査監督委員の議決権の行使だけでは、監督権を行使することができないため、監督が有名無実化するリスクがある。この場合、監査監督委員は、監査役と同様、差止請求権等の監査権を行使することで、取締役の職務執行の適法性を確保することになる。

② 監督機関の独立性は、監査役会設置会社の方が、監査監督委員会設置会社よりも確保されている。特に業務担当者が取締役会の過半数を占めている場合、取締役会選任型会社は、監査委員の独立性を害するリスクは高い。

③ 監査監督委員会設置会社は、委員会設置会社と比較した場合、指名委員会が存在しないことから独立性に不十分な点があり、その点をどのように補うのかが今後の課題である。

④ 監査監督委員会設置会社と委員会設置会社は、取締役会が監督機関に特化していないため、自らの業務執行の意思決定を自ら監督するという要素を否定することはできず、また、常勤者がいないため、監査役会設置会社よりも、監査機能が弱い。

以上の制度比較からすれば、少なくとも「監査役会設置会社を、監査監督委員会設置会社に移行することによりガバナンスが強化される」という意見は、説得力がない。

特に、取締役会の過半数が業務担当者によって占められている場合には、むしろ監査役会設置会社の方が、監査監督委員会設置会社よりも、ガバナンスが強いといえる。監査監督委員選任の独立性が確保されていない限り、取締役会の過半数が業務担当者によって占められているか否かは、監査監督委員会設置会社のガバナンス確保にとって極めて重要な要素である。

会社法制定時において、監査役会設置会社と委員会設置会社のイコールフットディングが行われ、そのガバナンスの程度は同等とされていたのであるから、

委員会設置会社よりも監査監督委員会設置会社のガバナンスが弱いのであれば、監査役会設置会社よりも監査監督委員会設置会社のガバナンスが弱くなるのは、理論上、当然のことである。

なお、法制審議会において、「取締役会の過半数を社外取締役とすることは現実的ではないので、はじめの一步として、監査監督委員の過半数のみを社外取締役とする。」旨の提案がなされている。

筆者は、この提案自体の是非については中立的な意見を有しているが、「ガバナンスの強化のために、監査役会設置会社を監査監督委員会設置会社に誘導する政策をとる」ことについては不合理であるから、反対である。

また、株主総会選任型会社は、制度上、監査役会設置会社とほとんど同じであり、監査役会設置会社のほかに、株主総会選任型会社という類型を設ける法的な意味は見出しがたく、日本の上場会社に監査役会設置会社、委員会設置会社、監査監督委員会設置会社が混在した場合、投資家などに対してその違いを説明することも今以上に困難になるのではないかと危惧される。

新たなガバナンス制度を構築する場合には、その制度の存在意義を端的に説明することができることが重要であり、監査役会設置会社と委員会設置会社の折衷案として「監査監督委員会設置会社」という独自の会社類型を設けるアプローチをとる限り、わかり難さを払拭することはできない。

そこで、筆者は、「監査監督委員会設置会社」という枠組みではなく、次のような「委員会設置会社」制度の改正を試みるべきであると考えている。

#### 【新委員会設置会社】

- 1 新委員会設置会社は、監査委員会のみを必置とする。
- 2 新委員会設置会社の監査委員会は、現在の監査委員会の権限のほか、原則として、取締役会による取締役の選任解任議案の決定についての同意権を有するものとする。ただし、定款で指名委員会を置いたときは、指名委員会が当該議案を決定し、監査委員会は同意権を有しないものとする。
- 3 新委員会設置会社の取締役の報酬は、原則として株主総会で決定するものとする。ただし、定款で報酬委員会を置いたときは、報酬委員会が取締役の報酬を決定するものとする。

#### 4 1ないし3以外は、現行の委員会設置会社と同様の制度とする。

以上のような委員会設置会社制度の改正という枠組みをとれば、法制審議会において課題とされている事項をクリアすることができるし、実務に与える影響を最小限に抑えることができる。また、「監査監督委員会設置会社」という新しい制度を構築した場合、実例がないため、監査役会設置会社や委員会設置会社に移行する際の説明に大変な労力を要すると考えられるが、委員会設置会社への移行ないし委員会設置会社の委員会の改変であれば、現在の「委員会設置会社」という基本的な枠組みがあるため、説明しやすい。

さらに、委員会設置会社の改正であれば、日本の会社法制の基本的な枠組みを変更しないから、外国人に対しても「日本の会社には、一層制の委員会設置会社と、二層制の監査役会設置会社がある」というわかりやすい説明をすることができる。

加えて、委員会設置会社の部分改正の方が、新たな類型の会社を創設する改正よりも、法案の作成及び法整備の負担が大幅に軽減される。

したがって、筆者は、監査監督委員会設置会社の新設ではなく、委員会設置会社の改正を行うべきであると解する。

#### イ 監査監督委員会における取締役会の位置付け

(ア) アで述べたとおり、監査監督委員会制度の最大の難点の一つは、取締役会が監督機関に徹していないことである。

現在、委員会設置会社であれ、監査役会設置会社であれ、取締役会の過半数が業務担当者（執行役兼取締役又は業務担当取締役）で占められることが多いのは、取締役会が業務執行の意思決定を行う機関であると位置付けられているからである。

委員会設置会社は、業務執行の意思決定を執行役に大幅に委任することができるが、特に重要な事項については取締役会が決定しなければならず、また、実務上、委任することができる事項であったとしても、会社に大きな影響を与える事項については、執行役限りで判断せず、取締役会で決議することも多いと聞いている。

このように日本の会社は、取締役会を業務執行の意思決定を行う最高機関と考

えて運営しているにもかかわらず、監査監督委員会の制度設計において、「取締役会が監督機関に特化し、監督と執行が分離している」という実態とかけはなれた事実を前提に検討しているように思える。このような認識の誤りは、新しい制度に、最初から大穴を空けようとするに等しい。

- (イ) 例えば、ドイツ会社のように株主総会の権限を限定し、監査役会が、いわば「ミニ株主総会」として監督機関となり、業務執行について決定権を有する取締役をコントロールするというガバナンスであれば、監査役会の構成員の過半数又は大多数が独立監査役であったとしても、実務上、問題はない。他方、ドイツ会社においても、取締役の過半数を独立取締役にしなければならないというルールはない。

ドイツの例を見るまでもなく、取締役会が、業務執行の意思決定機関であり続ける以上、取締役会の過半数を社外取締役にすることは事実上不可能であり、むしろ、業務上の意思決定を社外取締役に委ねることを強制する制度は欠陥があるというほかない。

したがって、監査監督委員会設置会社の設計において、取締役会が監督機関であることを前提に置くのであれば、取締役会には、業務執行の意思決定権はないものとし、業務執行の意思決定は、すべて業務担当取締役が行うものとすべきである。

そして、取締役会は、①代表取締役を含む業務担当取締役の選定及び解職、②利益相反取引を含む業務担当取締役の決定についての拒否権（又は事前承認権）を行使する機関として位置付け、取締役会の過半数を社外取締役とすれば、監督機関としての実質が整うことになる。

- (ウ) もっとも、取締役会の過半数が社外取締役でなければならないとすれば、実際に、監査監督委員会設置会社を選択する会社は、極めて少数になると思われる。

なぜならば、企業にとってガバナンスを現状から変更すること自体、非常に大きな負担であり、まして、社外取締役候補者がなかなか見つからない現状で、現在の取締役の数よりも多く社外取締役を選任することは、極めて困難だからである。

そのため、法制審議会では、おそらく取締役会の過半数を社外取締役とする案

が採用されることはないと考えるが、そうだとすれば、監査監督委員会設置会社は、ガバナンス上、大きな欠陥を抱えていることを忘れてはならず、せめて、取締役会を監督機関に特化する改正は行うべきであろう。

- (エ) さらに一歩進めば、監査監督委員会における株主総会の権限を改正するのが望ましい。ドイツにおいて、監査役会が設置されているのは、専門的監督機関が株主総会に代わって取締役を監督するという側面のみならず、一部の株主が自己の利益のために会社にとって不利益な事項を要求したとしても、専門的監督機関がその防波堤となり、一部の株主の意思が、直接、取締役に影響を与えることを防止する点にある。

そのため、株主総会の決議事項は、日本と比較して限定されており、株主総会が取締役を選任・解任することも許されていない。

このように株主総会の権限を縮小し、善管注意義務を負う監督機関の監督に委ねることは、株主にとって必ずしもマイナスではなく、少数株主の利益を保護する意味でプラスにもなることから、監査監督委員会における取締役会が、監督機能としての実質を備えた場合（例えば、社外取締役が過半数を占めた場合）には、株主総会の権限が縮減するという制度も検討に値する。

#### ウ 利益相反取引における立証責任の転換等

法制審議会においては、利益相反取引における立証責任の転換や訴訟委員会の採用については、消極的な意見が目立つ。

しかし、社外取締役の導入によってガバナンスが向上すると主張する一方で、社外取締役の決定に法的効果を与えようとする事について反対するのは、「本当は、社外取締役は信用できない」と言っているに等しい。

監査監督委員会の決議に法的効力を認めるか否かは、別として、法制度として「社外取締役は、少数株主の利益を含めて公正な判断を行う」という前提を採るのであれば、社外取締役が過半数を占める会議体の決議に、何らかの法的効果を認めていく方向で検討するのが筋である。

外国の会社制度において、取締役会の過半数が社外取締役である場合には、取締役会の決議は、株主の利益を正当に保護しているものとして、一定の法的効果を与えられる。したがって、日本においても、社外取締役の有用性を評価するのであれば、社外取締役が過半数を占める取締役会や監査委員会等に対し、



- ① 利益相反取引における任務懈怠の立証責任が請求者側に転換する。
- ② 取締役会がライツプランを発動した場合において、新株予約権の発行が、資金調達目的によるものでなくても、公正であるものと推定する。
- ③ 代表訴訟において、会社の費用により、役員の前訴訟関係費用を負担することを認める。
- ④ 代表訴訟において、会社の純資産の規模と比較して少額の損害賠償請求については、訴えの却下を求めることができるものとする。
- ⑤ 組織再編や公開買付けにおいて、業務担当者が決定した対価が構成であるものと推定する。

等の効果を与えることを検討すべきである。

外国法制の一部を日本の法制度の中に組み込むときに、規制だけを取り入れて、規制を受けることによって生ずる権限については取り入れないというのではバランスに欠ける。規制と権限はセットで考えるべき事項である。

#### エ 取締役に対する委任事項の拡大

監査監督委員会設置会社について、取締役に対する委任事項を拡大する提案については賛同する。

ただし、この提案は、監査役会設置会社についても適用すべきである。

現在、取締役の人数を減らして、執行役員制度を採用する監査役会設置会社が増加している。これは、監査役会設置会社において、監督と執行の分離を図るためである。

政策的には、こうした執行役員制度を促進していくことが、将来的には、取締役会を監督機関とする制度への円滑な移行に資するし、すでに検討したとおり、監査役会設置会社は、監査監督委員会設置会社のガバナンスと比較して、勝るとも劣らないガバナンスを確立している。

委任事項を拡大しても、取締役に対し、委任事項についての内部統制システムの構築義務はあることから、取締役の責任を不当に軽減することにはならない。

したがって、監査役会設置会社においても、取締役の取締役に対する委任事項の拡大を推し進めるべきである。

単純に委任事項を拡大することが困難であるのであれば、例えば、特別取締役制度を拡充し、社外取締役を1名選任した会社については、各特別取締役に対し、

執行役に委任することができる事項を委任できるようにすることも考えられる。

#### オ 監査監督委員会設置会社への移行の問題点

法制審議会では、監査役会設置会社が監査監督委員会設置会社に移行することが予定されているようであるが、そのような移行を行えば、次のような問題が生ずる場合がある。

- ① 取締役 4 名（社外取締役 0 名）、監査役 4 名（社外監査役 2 名）の会社が監査監督委員会設置会社に移行すると、取締役 8 名（うち監査委員 4 名、社外取締役 2 名）の会社になる。この場合、監査委員の過半数を社外取締役とするため、1 名社外取締役を増員しなければならず、また、代表取締役は、取締役会決議で業務担当取締役と監査委員が同数であることを嫌い、業務担当取締役を増員することが予想される。同数でなくとも、取締役会内部の力学を考えて、取締役を増員する企業が多発することは予想される（不必要な取締役の増員）。
- ② 取締役 4 名（うち社外取締役 1 名）、監査役 4 名（社外監査役 3 名）の会社が監査監督委員会設置会社に移行すると、取締役 8 名（監査委員 4 名、社外取締役 4 名）となる。従来からいた社外取締役は、社外の意見で議決権を 1 票投ずることに存在意義があったと思われるが、移行により、他にも同様の社外取締役が 3 名存在することになり、独自の役割が消えるし、社外取締役が半数となることを嫌い、減員される可能性がある（社外取締役の減員）。
- ③ 監査役会設置会社と株主総会型会社は、制度としてほとんど違いがないが、双方の制度を存続させるとすれば、移行のための経過措置によって、一斉に移行させることはできず、各会社が自力で定款変更、取締役の報酬枠の変更決議、監査役の退職慰労金支給決議、変更登記、監査役と監査委員の任期の調整、内部統制システムを含む各種内規の変更、事業報告、有価証券報告書等開示書類の大幅な変更等相当の事務負担を負わなければならない。その負担が重ければ、監査役会設置会社のまま、社外取締役を 1 名追加選任する方が合理的となり、結局、監査監督委員会設置会社を利用する会社が極端に少なくなる可能性がある。

#### カ 小括

以上のように監査監督委員会設置会社は、監査役会設置会社と比較して、ガバナ

ンスが強化されるような会社形態ではない。

社外取締役の義務付けがなければ、おそらく、監査監督委員会設置会社に移行する企業はほとんどないと予想されるし、移行しないという判断は、ガバナンスという観点からは、むしろ賢明な選択である。

逆に言えば、社外取締役を義務付けることにより、監査監督委員会設置会社への移行を事実上強制することは、投資家に対する見栄えを良くするという以外に、あまり得るものがない。

仮に監査監督委員会設置会社への移行を促すのであれば、監査監督委員会の決議に法的効力を与え、魅力を増やすことが不可欠であるし、監査監督委員会制度は、監査監督委員会の公正性・独立性を基礎とする以上、そのような法的効力を認めるべきである。

なお、取締役会の取締役に対する委任事項の拡大は、監督と執行の分離を促進する見地から、監査役会設置会社についても適用すべきである。

#### 4 社外取締役の義務付け

##### (1) 提案内容

ア 法制審議会において、監査役会設置会社において、取締役のうち一定数・一定割合を社外取締役とすることを義務付けることが提案されている。この提案は、社外取締役を義務付けることにより、経営の効率性を向上させること（例えば、業績不振の場合に代表取締役を交替させる）及び取締役と会社との利益相反行為に関する監督機能を向上させることを目的としている。

イ 社外取締役の義務付けに関する各論点については、次のような意見が述べられている。

##### (ア) 社外取締役の義務付けについて

###### 【肯定的意見】

- 日本企業のパフォーマンスは低迷しており、ガバナンスに対する信頼も薄い。
- 社外取締役を選任することにより、Tobin's Q や ROA が向上するという実証研究がある。
- 取引所の売買の 7 割を外国人が占める現状では、外国人投資家の社外取締

役に対する期待を重視すべきである。

- 社外取締役の人材不足は、経過措置を設ければ対応できる。
- 社外監査役と社外取締役の重複選任の負担は、監査監督委員会設置会社とすれば回避することができる。
- 業績が悪いのに経営陣が居座り続けることに対する対策は必要である。
- モニタリングに主眼をおけば、社外取締役は、必ずしも会社の事業の内容に精している必要はない。

**【否定的意見】**

- 社外取締役の義務付けは企業のコストアップにつながる。
- 日本の株式市場に魅力がないのは、日本経済が将来的に成長を期待できないからであり、社外取締役が選任されていないからではない。
- 海外では、法律により社外取締役を義務付けている例は少ない。
- 社外監査役の義務付けに加えて、社外取締役の選任を義務付けることは現実性がない。
- 上場規則で特定のガバナンスを強制している国は、投資先の商品を均質化することに目的がある。
- 株式の持ち合いによる議決権行使の空虚化というマクロの問題を解決せずに、社外取締役の義務付けというミクロの問題を論ずるのは無意味である。社外取締役が義務付けられれば、義務付けに伴う市場コストが生じ、かえって逆効果である。
- 外国人投資家を意識する企業は、すでに社外取締役を入れており、外国人投資家の投資対象となっていない上場企業に社外取締役の選任を義務付けても意味がない。
- 投資家は、ガバナンスが良いから株を買うのではない。
- 社外取締役を採用した企業のパフォーマンスが良いのは、ルールによる強制がない中で積極的にガバナンスを改善した企業のパフォーマンスがよいというだけであり、義務付けによってパフォーマンスが向上するかどうかは不明である。
- 効率性向上のためのモニタリングと利益相反の監督機能は、別なので、2つの要請を同時に充たすような社外取締役の要件の立て方は難しい。独立性を

高めると効率性向上の機能は薄れる。

- 日本の取締役は業務執行の意思決定機関であり、監督機能のみを前提とする外国の取締役会と機能が異なる。
- ガバナンス構造は会社ごとに多様であり、形式的なルールを採用すべきではない。
- 上場企業の半数が社外取締役を置いていないという現実を見るべきである。
- 統治構造は、基本的には、株主の判断で決めるべきである。
- 日本では、社外取締役マーケットは限られており、人材確保は困難である。

(イ) 社外取締役の義務付けの範囲について

- 社外取締役の人数については 1 名で十分である。取締役の過半数等とする義務付けは現実的ではない。
- 取締役会の過半数について社外取締役を義務付けるのが自然である。
- 大会社・公開会社のみ社外取締役の義務付けを行うべきである。
- 東証一部上場会社に義務付けるくらいが適当ではないか。

(2) 当研究会における意見

【否定的見解】

- 上場会社に社外取締役を義務付けるのであれば、上場規則で義務付ければ良く、会社法で法制化する必要はない。
- 社外取締役の義務付けは、株主が本来担うべき権限や責任を他の機関を担わせようというだけの議論のように感じられる。
- 社外取締役に期待されている利益相反機能については監査役でも確認可能な事項である。
- 社外取締役が数名いるだけでは、経営陣の交代を実現することは難しい。
- 外国投資家は、誰が執行機関を監督するのかという点に興味があるだけであり、社外取締役が入ることを積極的に求めてはいないと思う。
- 外国投資家に限らず、国内投資家も投資する会社のガバナンスについては興味を持っている。ただ、これを会社法で義務付ける必要性はなく、ガバナンスコード等で規定すれば良いと思う。ドイツでは、コーポレートガバナンスコードで社外取締役が義務付けられている。
- 社外取締役を義務付けるか否かという議論ではなく、もう少し段階的な議論を

踏むべきではないか。

- 取締役会の決議事項を減らすと取締役の監督機能がうまく果たされないのではないか。
- 委員会設置会社における執行と監督の分離というのは、会社の自治に委ねられているが、法律上、当然に執行と監督が分離する法制度を採用しない限り、執行と監督の分離を前提とした制度設計をするのは妥当ではない。

### (3) 提言

#### ア 社外取締役の権限

- (ア) 社外取締役を法律上又はソフトローで義務付けることの正当性は、社外取締役の権限に関する議論なくして語ることはできない。社外取締役に一定の権限を与えるからこそ、その選任を義務付ける必要が生ずるからである。

そして、委員会設置会社、監査役会設置会社及び監査監督委員会設置会社の社外取締役の権限は大きく異なるにもかかわらず、法制審議会では、権限論に深く入り込まないまま、社外取締役の義務付けの議論が展開されているのは不思議でならない。

- (イ) 委員会設置会社においては、各委員会の過半数が社外取締役であることが義務付けられているから、社外取締役が団結すれば、各委員会の権限を行使することができる。

言い方を変えれば、各委員会の権限が執行役兼務取締役のみによって決定されてはならないほど重要であるが故に、社外取締役が団結すれば決定できる体制が整備されているのである。

- (ウ) 他方、監査役会設置会社においては、社外取締役に特別な権限は与えられていない。

社外取締役を1名以上置いた場合に、特別取締役を選定し、取締役会の専決事項の一部を特別取締役で決定することができるが、特別取締役は社外取締役であることは要しないため、社外取締役は、他の取締役の権限と何ら変わりない。

- (エ) 監査監督委員会設置会社においては、監査監督委員の過半数を社外取締役であることが求められている。監査監督委員の過半数に社外性が求められるのは、監査役会設置会社において社外監査役が義務付けられるのと同趣旨であり、監

査役に代わって取締役が監査を行うため、独立性を確保するために生ずる要請である。

- (ウ) このように各会社における社外取締役の権限を見ると、監査役会設置会社では、社外取締役に特別の権限が付与されるわけではないから、社外取締役を義務付ける法的意味は全く存在しない。

あえて言えば、取締役会において、1名でも社外取締役が議決権を行使したという事実を、ガバナンス上、どの程度高く評価するかという「感覚」の問題である。

これまで述べてきたとおり、取締役会の監督権を執行から分離するという政策であれば、取締役会の過半数が社外取締役でなければ、法的な意味はない。

取締役会に社外者が存在することによるモニタリング機能を期待するといふのであれば、監査役会設置会社においても、社外監査役が取締役会に出席してモニタリングしていることから、監査役会設置会社に社外取締役を義務付ける必要はない。

とすれば、監査役会設置会社について社外取締役の義務付けを行うということは、「多数決で負けても良いから、社外取締役に1票入れさせよう。」ということ以上の意味を見いだすことができない。

仮にその程度の法的意味しかないにもかかわらず、社外監査役に加えて、社外取締役を義務付けるといふのであれば、当該制度は、法的には著しく不合理な制度であるといふほかない。

## イ 社外取締役の有用性

社外取締役が1名でもいることが、会社にとってプラスになるかどうかは、事実の問題である。法制審議会で期待している効果としては、①投資が促進され、株価が上がる、②会社の業績が上がるという点にある。

### (ア) 投資促進効果

東京証券取引所は、アンケート調査により、独立取締役の選任に期待する投資家の声を公表しているが、投資促進効果について調べるのであれば、次の事項を調査する必要がある。

- ① これまでに社外取締役を導入したことを理由に、その会社の株式を購入したことがあるか

② 今後、社外取締役が法律上義務付けられた場合に、その会社の株式を増しするか。

③ 社外取締役が取締役の過半数以上義務付けられた場合に、その会社の株式を買い増しするか。

ということであろう。

筆者は、専門家ではないため、投資家の回答は予測できないが、社外取締役を導入したから買増しをするというほど投資は単純なものではないという声が多い。

また、法制審議会で発表された実証研究において、社外取締役の導入と Tobin's Q の上昇との相関関係が紹介されたが、Tobin's Q の上昇をもって、社外取締役の導入に投資促進効果があると判断することはできない。

Tobin's Q は、金融市場の企業に対する評価と企業の資本ストック（資産）を比較して求める指標であり、企業が、金融市場における当該企業の株価の評価の高低により、当該企業の事業拡大のための投資を促進するのがよいか、既存資産を売却するのがよいかという判断に関する値である。例えば、算出された値  $q$  が 1 より大のとき、金融市場は、その企業の価値が既存資産の価値よりも高いと評価し、将来の収益力が現在の収益力よりも大きくなることを期待していると考えるため、企業は、既存資産を投資に振り向けると言われている。

このように Tobin's Q は、特定の要素が金融市場にどのような影響を与えるかということ进行分析するために開発された指標ではなく、上場している企業が自己の資産をどのように投資すべきかという投資行動のための指標であるし、業種、企業資産の種類、市場動向等多くの変数によって左右されるため、社外取締役の導入の投資促進効果を計るために利用することについては、疑問がある。

#### (イ) 業績の向上

「社外取締役を 1 名導入すれば、業績が向上するか」という問いに対して、企業の実務担当者の多くは、首をかしげる。

法制審議会で発表された実証研究において、指標として、ROA との相関関係が紹介されたが、ROA のみを指標とすることには疑問がある。

ROA（総資産利益率）は、資産の効率的運用度ないし収益性を示す指標であり、ROA の上昇は重要な経営目標であることに異論はない。他方、ROA は、



ハイリスクハイリターンの投資を行うことでも上昇し、リスクが顕在化すると大きく ROA は下降する（実際、ハイリスクを取る業種や会社の ROA は高い）。

このように ROA という一指標との相関関係のみを社外取締役の有用性を表す実証例として評価するのは行き過ぎである。

また、法制審議会でも説明されたとおり、相関関係があるからといって、因果関係があるわけではない（例えば、ハイリスクの業種に社外取締役を導入することがブームになれば、社外取締役の導入と ROA の上昇に相関関係が生ずる）。

(ウ) 社外取締役の導入目的について

以上のように社外取締役が「有用か否か」という判断は、簡単に実証されるようなものではない。アンケートや実証研究は、貴重な資料であるが、それらの資料で現れた結果については、生のデータをもとに、多面的に分析しなければならず、「社外取締役は有用である」というテーゼがすべての会社に当てはまるような誤解をしてはならない。

「社外取締役を法的に義務付ける」という提案にとって必要な実証は、「すべての会社にとって社外取締役が有用である」又は「非常に多数の会社にとって社外取締役が有用であり、有用とはいえない会社にとっても弊害がない」という事実である。

また、社外取締役の義務付けの目的について、関係者間で価値判断に大きな温度差があることについて留意しなければならない。

「日本市場の株価を上昇させること」は、金融庁や証券取引所にとっては大きな政策目標であるかもしれないが、上場企業にとっては、自社の株価を上昇させることが、最優先の課題であるとはいえない。上場企業にとっては、業績の改善が一番の目標であって、業績を悪化させてまで、株価を上昇させようとする企業は存在しない。むしろ、株価を上昇させるために、業績の改善を最優先にするのである。

企業によっては、社外取締役の導入は、コストの増大や経営判断の遅延・混乱をもたらす原因となる場合もあり得るのであるから、すべての会社が「株価を上げるために社外取締役を義務付ける」という価値観を共有するのは困難である。

まして、外国人投資家の投資の対象とならないような企業にとっては、社外取

締役の導入の義務付けは、負担だけが増えて、企業や株主にとって何のメリットも得られない行為を強制することになりかねない。

そもそも企業が、どのような株主に対して、自社の魅力をアピールし、自社への投資を促すかというのは、各企業の経営判断に委ねられるべき事項である。企業が、外国人投資家による株式取得を禁止することはできないが、ガバナンス体制を変更する手間、コスト、リスクを抱えてまで、外国人投資家に自社の株式を買ってもらわないと判断するのは自由である。

また、業績の改善は、すべての企業の共通の目標であろうが、「社外取締役を導入すれば、業績が上がる」という命題を素直に信じていることができる企業は少ないであろう。日本全体が高度成長した時代や株価が大幅に上昇した時代には、社外取締役が存在しない企業がほとんどであった。現在、上場企業の約 50%が社外取締役を導入したが、導入企業の業績が社外取締役の活躍によって上昇したという話もあまり聞かない。

「社外取締役の導入は、善であり、ガバナンスを高めるためには必要不可欠である。社外取締役を導入しない企業はガバナンスが弱い」というのもドグマに過ぎない。社外取締役の導入がプラスになる企業もあれば、社外取締役の導入がマイナスになる企業もあるという現実を踏まえて、社外取締役を導入する目的を、より具体的に検討する必要があるだろう。

会社にとって社外取締役を義務付けられるというのは、政治でいえば、大臣の一名を与党国会議員以外の者とするを義務付けることであり、役所でいえば、局長以上の役職について民間出身者を義務付けるようなものである。ごくたまに、任意に民間出身の大臣を任命したり、民間出身者の局長を選んだりするのはよいかもしれないが、「大臣や局長以上の役職は、過半数が民間出身者でなければならない」とか「少なくとも 1 名は民間出身者でなければならない」と法律で義務付けられたら、極めて強硬な反対が起こるであろう。それは、人事システムの根幹的な変更であり、職員のモチベーションや職務の円滑な遂行にも大きな影響を与えるからである。

ガバナンスにおいて、社外者を義務付けるということは、それほど大きな意味があるということを実感しなければならない。

仮に、社外取締役の義務付けに意味があるとすれば、「株式市場における商品

の均一性の確保」という理由は考え得る。すなわち、「東京証券取引所第一部に上場されている株式の発行会社は、すべて社外取締役が 1 名以上選任されている」というルールを作ることにより、市場で流通する商品（株式）の品質を一定に保つということである。

しかし、どのような商品を市場で取り扱うかは、取引所ごとに判断することであり、会社法が法律で定めるようなことではない。仮に社外取締役の義務付けの目的が「商品の均一性を確保すること」にあるとすれば、それは上場規則によって規制すべき事項である。

#### ウ 社外監査役との比較

監査役会設置会社には、社外監査役の選任が義務付けられ、取締役会には社外監査役が出席している。実際の取締役会では、社外監査役は、法令適合性に限らず、経営判断にかかわることも含めて、自由に発言しており、議決権を持たないという以外は、効率性の向上やモニタリングに果たす役割は、社外取締役とほとんど異なるところはない。

こうした現実があるからこそ、監査役会設置会社は、「何のために社外取締役を導入しなければならないのか」が理解できないのである。

また、取締役の員数は企業によって異なり、30 名の取締役がいる会社に 1 名の社外取締役を導入することと、3 名しか取締役がいない会社に 1 名の社外取締役を導入することは、法的にも実務的にも全く異なる意味を持つ。

法制審議会においては、「社外取締役を 1 名以上義務付ける」という提案に賛成する意見も複数あるが、社外取締役 1 名を義務付ける意味がどこにあるのかを国民や規制を受ける会社に十分説明できるのか、はなはだ疑問である。

#### エ 会社法で義務付けることについて

すでに述べたとおり、社外取締役を導入することによって企業に生ずる影響は、企業ごとに大きく異なる。

法制審議会においても、会社の規模や上場の有無等によって、社外取締役の義務付けを行う範囲を限定すべきである又は経過措置を設けるべきであるという意見が支配的である。

言い換えれば、仮に社外取締役の選任を義務付けていくとしても、すべての会社に一律に同時に導入することは困難であるという理解は一致しているものと思わ

れる。

他方、会社法によって社外取締役を義務付けるとすれば、①大会社か否か、②有価証券報告書提出会社であるか否か、③取締役の人数が一定数以上であるか否か等の指標により、一律に導入することになると考えられる（なお、法制審議会で提案された東証一部上場企業から順次導入するというのは、法制的には著しく困難である）。

仮に、経過措置を設けるにしても、個別の企業の事情（例えば、不祥事が発覚したため、社外取締役候補者が見つからない等）を考慮することは不可能であり、一定の期間までに導入義務を果たすことができない場合には、罰則を課したり、取締役会決議の効力を否定したりする等の法的効果を生じさせることとなる。

社外取締役の導入によって各企業に与える影響が定かではなく、すべての企業に社外取締役候補者が十分に供給されるのかどうか（弁護士等は、社外監査役は引き受けても、経営責任が生ずる社外取締役となることに難色を示す可能性が高い）も定かではないという現状において、個別企業の具体的事情を勘案せずに、会社法によって一律に社外取締役を義務付けることは、企業にとって深刻な事態を生じさせるリスクを伴う。

したがって、仮に上場企業のみで社外取締役の義務付けを行うというのであれば、上場規則によって、段階を踏んで、導入が困難な企業があれば、取引所が事前相談に応じて、裁量により、導入時期を延長する等の方策を採るべきである。

#### オ 小括

以上述べたとおり、社外取締役の選任を 1 名だけ義務付ける意味はなく、義務付けに伴う企業の負担を考えれば、法的に義務付けを行うことは避けるべきである。

## 5 社外取締役の要件の見直し

### (1) 提案内容

ア 社外取締役の要件の見直しについては、現行法の要件を加重する提案と緩和する提案がなされている。

まず、要件を加重する要素として

A 一定の資本関係を有する者（親会社、支配株主等）の関係者を除外する

B 一定の事業上の関係を有する者（重要な取引先等）の関係者を除外する

C 会社の経営者の近親者を除外する

旨の提案がなされている。

他方、要件を緩和する事項としては

D 一定期間以上（例えば、10年）、会社と関係がなかった場合には、社外性を認める。

旨の提案がされている。

イ この社外取締役の要件の見直しについては、法制審議会において、おおむね次のような意見が述べられている。

(ア) 要件の加重について

**【肯定的意見】**

○ 日本の会社法は、社外性イコール独立性を前提として制度を設計している。

**【否定的意見】**

○ 社外取締役の要件と独立性の要件を別に議論することあり得るのではないか。

○ 独立性を厳格にし過ぎれば、人材が払底する。

○ 責任限定契約については、独立性を要求する必要はない。

○ 株主に社外取締役候補者の情報をディスクローズして、株主総会で独立性を判断してもらえばよい。

○ 法律で規定するのは形式論につながり、いずれ問題が出てくる。

○ 独立取締役の義務付けについては、証券取引所規則で十分であり、法律による義務付けは不要である。

(イ) 親会社関係者を社外取締役から除外することについて

**【否定的意見】**

○ 米国では、支配株主がいれば、指名委員会や報酬委員会を設置しなくても良いものとされている。

○ 親会社は子会社の経営に責任を持っており、子会社に関する知見が深い者もおり、そうした者が社外取締役になる方がガバナンス上有意義であることもある。

○ グループ企業全体の企業価値の向上への意識は、親会社の取締役はもっており、親会社関係者を排除するのは妥当ではない。

○ 親子の認定が実質基準となり、企業会計に依存しているため、会計基準が変更された場合の対応が必要となる。

○ 「親会社」を明確に判断できない場合もあり得る。

**【肯定的意見】**

○ 利益相反取引や立証責任の転換の局面を考えると親会社から選任された取締役と会社で利益相反があるときに、親会社から派遣された取締役が利益相反についての判断を行うのはおかしい。

○ 親会社出身取締役は、国際標準では独立性はない。

(ウ) 重要な取引先を社外取締役から除外することについて

**【否定的意見】**

○ 社外取締役の要件は明確でなければならず、「重要な取引先」という不明確な要件を取り込むのは無理がある。

○ 経営陣とコンサルタント契約を結んだ弁護士、会計士、コンサルタントなどを社外取締役から除外することを検討する前に、ソフトローや倫理規定で対応することができないか検討するべきである。

○ メインバンクや取引先は、経営者と迎合しているわけではなく、むしろガバナンスの強化につながる意見を述べることも多いから、社外取締役から除外する必要はないのではないか。

○ 「重要な」を明確にすることが困難であれば、要件に追加できなくてもやむを得ない。

○ 親会社出身取締役が、親会社の利益のために行動すれば、忠実義務違反となるから、あえて社外要件から除外する必要はない。

○ 親会社出身取締役を社外要件から外せば、人材確保が難しい。

○ 社外取締役の意義が効率性向上のモニタリングであるのならば、親会社や取引先を除外する必要はない。

**【肯定的意見】**

○ 対象会社に依存している会社の関係者を独立と言ってよいのか、疑問がある。

(エ) 近親者を社外取締役から除外することについて

**【肯定的意見】**

○ 近親者が社外取締役になっても、ガバナンスは全く働かないのではないのか。

○ 近親者の範囲は明確にすべきである。

(ウ) 対象期間を限定することについて

**【肯定的意見】**

○ 10年の人事記録を義務付けるのは難しく、諸外国では3ないし5年が多いことから、3ないし5年が適当ではないか。

○ 社外要件は、横滑り監査役を防止すれば十分であり、現在の要件は過重である。

**(2) 当研究会における意見**

ア 要件の加重について

**【否定的意見】**

○ 独立性の要件を法律で規定すること自体が難しい。

イ 対象期間を限定することについて

**【肯定的意見】**

○ 社外取締役の要件が10年ではなく、5年や3年などと短くなるのであれば人材確保の点において問題ないと思う。

○ ドイツでは2年、アメリカでは3年とされている。

○ 国際標準を考えると、対象期間に限定がない現行法の要件は厳しすぎる。

○ 独立性を厳格にするのであれば、対象期間を限定しなければ、人材を確保することはできない。

**(3) 提言**

ア 社外取締役の機能との関係

社外要件の加重ないし緩和については、当該要件が法的にどのような規定で用いられているかを個別に検討する必要がある。

(ア) 社外取締役と社外監査役によって社外要件を区別するか

社外監査役の社外要件は、取締役が監査役に横滑りする人事を防止する観点から強化されてきたという経緯がある。

社外取締役の社外要件は、社外監査役の要件を踏襲したに過ぎない。

社外要件の見直しにあたり、社外監査役と社外取締役の社外要件を共通のものとするかどうかは議論の余地がある。

社外取締役の社外要件については、後述し、ここでは、社外監査役の社外要件

について検討する。

社外監査役の社外要件については、監査権限を行使する上で、①自らが取締役や従業員であった時の行為について監査することをどのように防止するか、②関連当事者取引について適正に監査することができるかということが重要である。

まず、①については、監査の対象となる行為は、基本的には、当該事業年度の行為であり、事業年度をまたぐ案件についても直近二、三年の事象を監査すれば十分であることが大多数である。したがって、一定期間のクーリングオフをすれば、社外性を認めても問題ない。

次に②については、確かに関連当事者について社外性を否定する方向性はよいが、監査役は、株主総会に対し、取締役の行為の法令適合性を報告することが重要な職務であることから、株主（特に支配株主）の関係者に社外性を認めても問題はない。

もし、社外監査役が親会社関係者だけになってしまうと、親会社との間の取引の適法性の監査に支障を生ずるということであれば、親会社関係者を社外監査役に含めた上で、社外監査役のうち少なくとも1名は親会社関係者であってはならないとすればよい。監査役は独任制であるから、1名でも親会社関係者がいれば、親会社との取引も適切に監査することができる。

このように、親会社関係者を一切社外監査役から除外するという制度は合理的ではない。

(イ) 委員会の社外取締役及び特別取締役選定要件としての社外取締役

委員会設置会社の委員は、その過半数が社外取締役であることが必要である。したがって、取締役の選任・解任議案を決定する指名委員会、執行役等の報酬を決定する報酬委員会、監査を行う監査委員会の委員として、それぞれどのような者がふさわしいかという視点で社外要件を検討すべきであり、特別取締役を選定するための要件である社外取締役の社外要件についても制度趣旨に遡って検討を要する。

具体的には、ウ以下において、加重要件ごとに検討する。

(ウ) 責任限定契約等

責任限定契約の締結主体や責任の一部免除における「社外取締役」概念は、社



外の人材を役員として招へいしやすくするために設けられたものであるから、必ずしも厳格な独立性を要するものではない。

したがって、責任限定契約の締結主体等の「社外取締役」については、現行法に要件を加重する必要はない。むしろ、過去要件を付加して、以前、業務執行役員や従業員だった者を役員として迎え入れやすくする方がよいように思われる。

#### (エ) 社外役員

社外役員に関する事項についての開示は、開示の趣旨に沿って、適宜、会社法施行規則で定めるべきである。

#### イ 社外要件が欠けた場合の効果

社外要件が欠けた場合、委員会設置会社の委員が法定の員数を満たさなくなる等の事態が生ずるため、委員会や取締役会の決議の効力、監査の適法性、罰則の適用等重大な影響が生ずることとなる。

取引所における「独立役員」の義務付けは、取引所に事前相談をする等して独立役員の選任前に、「独立性」の事前判断を得ることができるが、会社法の「社外性」は、各社が自ら判断しなければならないため、判断を誤り、裁判で社外性が否定されることもあり得る。

したがって、社外要件については、会社が、社外取締役ない社外監査役の候補者を決定する時点において、明確に判断できる事項でなければならない。

また、会社の調査能力には限界があることから、社外要件の判断のために、過度な調査が必要となるような事項を社外要件に付加することは避けるべきである。

#### ウ 親会社関係者

(ア) 会社法上の親会社・子会社の概念は、実質支配基準が採用されており、一般的には、会計基準上の親子関係と同一であるとされている。

しかるに、会社関係者にとって、必ずしも親子関係を明確に判断できない場合もあり得る。例えば、ジョイントベンチャーで2つの会社が50%ずつ出資している場合に、会計上は、両社とも、持分法適用会社としているものの、一方の会社に、事実上の意思決定権があると認定されるリスクがある場合もある。

また、今後、会計基準が変更されることにより、会計上の親子関係が変更されることになった場合、会社法が、会計基準と足並みを揃えて、親子概念を変更

するか否かは、極めて重要な問題である。親会社関係者が社外から除外されるとすれば、会社法の改正のないまま、会社法施行規則の改正により親子概念が変更され、既存の社外取締役が社外性を失うおそれもある。

親子概念は、子会社の親会社株式の取得禁止や子会社調査権等会社法制全般に影響を及ぼすものであるから、筆者は、IFRSの親子概念と同一歩調を取るべきではないと考えるが、親会社関係者を社外から除外する旨の改正を行えば、会計基準との連動性を断ち切るべき事情が増えることになろう。

- (イ) 指名委員会は、取締役の選任議案及び解任議案を決定するところ、当該議案は、最終的には株主総会で決議されることにより効力を生ずる。親会社が存在する場合、株主総会の決議は、基本的には親会社の意思に左右されることから、指名委員会が親会社の意思に反する議案を決定したとしても、株主総会で否決されるだけである。

ドイツ会社のように株主総会には取締役の選任権はなく、監査役会に取締役の選任権がある場合には、監査役会に親会社から独立した監査役を選任することに意味はあるが、日本のように株主総会に取締役の選任権がある場合において、指名委員会が、親会社関係者以外の委員で過半数を占めることは無意味であるだけでなく、無用な紛争を生じさせるおそれがある。

また、報酬委員会についても、社外取締役の役割は、株主総会に代わって、執行役や取締役のお手盛りを防止することにあるから、むしろ親会社関係者こそ、社外取締役にふさわしい。

さらに、監査委員会についても、社外監査役について述べたとおり、親会社関係者を社外取締役から除外すべきではない。

このように委員会の具体的な権限を検討すれば、親会社関係者を社外取締役から除外することは妥当ではないと解される。

その他、特別取締役の選定要件としての社外取締役についても、あえて親会社関係者を除外しなければならない合理的理由はない。

このように日本の会社における社外取締役には、親会社関係者を除外しなければならないような権限が与えられておらず、むしろ株主総会に代わる存在として親会社関係者を社外取締役とした方がふさわしい場合もある。

したがって、親会社関係者を社外取締役から除外すべきではない。

仮に、親会社との間の取引の適法性・適正性を確保しようとするのであれば、監査委員又は社外監査役のうち 1 名は、親会社関係者以外の社外役員でなければならないという規律を設けることは考え得る。

#### エ 主要な取引先

法制審議会においても議論されているとおり、「主要な取引先」という概念は不明確であるため、主要な取引先を社外役員から除外すれば、社外取締役や社外監査役の地位が著しく不安定になるリスクがある。

#### オ 近親者

業務執行者等の近親者を社外から除外すること自体は、相応の合理性があるが、親等数によって制限をかける等要件を明確にすべきである（例えば、内縁の妻や愛人等は、認定が困難であることから、社外性を認めざるを得ない。そのような特殊な関係については、開示させることによって、株主総会の判断に委ねるべきである。）。

また、近親者の範囲が広すぎると、調査が困難になるため、候補者が、職業を知っている程度の親等数に限定すべきである。一般に、候補者は、親、兄弟、子供の職歴は知っているであろうが、伯父や叔母、甥や姪の職歴は知らないことが多いから、2 親等が適切であると解される。

#### カ 過去要件

一定期間以上、会社と関係がなかった場合には、社外性を認めるべきであるとの提案には、全面的に賛同する。

この要件がないため、会社は、職歴の調査に多大な労力を要している。例えば、自社や子会社の古い従業員名簿が廃棄されている場合には、候補者が自社又は子会社の従業員であったか否かを確実に調査する手段がない。

また、業務執行からある程度のクーリングオフ期間をおいて離れば、会社の役員とのなれ合い等のリスクは低下する。

そして、クーリングオフ期間については、次の理由から、2 年間ないし 3 年間で適切であると解する。

- ① クーリングオフ期間が長過ぎれば、会社の体制や人事が大きく変わってしまい、社外取締役候補者が在職中に培った経験を生かしくくなる。
- ② 役員定年制や代表取締役をはじめとする他の取締役の年齢を考えると、社

外取締役又は社外監査役に就任する年齢は、自ずと 50 歳代前半が多くなるものと推認される。仮にクーリングオフ期間が 10 年だとすれば、社外取締役候補者は、40 歳代前半以前にその会社を退職した者に限られることになり、管理職経験の浅い時期に退職した者を社外取締役とするのは躊躇するものと予想される。かつての役職員を社外取締役として採用するとすれば、在職中に管理職として相応の実績を積み、転職後も、他社で活躍している者が候補者になることが多いはずであり、そうだとすれば、2 年間ないし 3 年間程度のクーリングオフ期間でなければ、会社のニーズを充たす人材を確保することは難しい。

③ 2 年間ないし 3 年間経過すれば、候補者が携わっていた個別のプロジェクトは終了している、区切りがついていることが多い。

## 第2 企業結合法制

### 1 多重代表訴訟

#### (1) 提案内容

ア 多重代表訴訟とは、親会社株主が子会社取締役等に対して子会社のために責任追及等の訴えを提起することをいう。

イ 多重代表訴訟については、法制審議会において、おおむね次のような意見が述べられている。

##### 【肯定的意見】

- 単独の株式会社を想定した場合のルールの空文化を防止すべきである。
- 金融持株会社等では、子会社の役員に対する代表訴訟を認める必要性が高い。
- 親会社の取締役と子会社の取締役を兼任している場合に限って認めてはどうか。

##### 【否定的意見】

- 親会社と子会社は独立の法人格として運営されている。
- 子会社の管理に関する法令違反は、親会社の役員に対する代表訴訟を認めれば足りる。
- 親会社の従業員が子会社の役員になることが多い現状では、従業員に対する代表訴訟を認めることになりかねない。
- 企業グループの運営が硬直的になり、企業の競争力を削ぐことになる。
- 外国の代表訴訟は、少数株主権とされる等要件が厳格であるのに対し、日本の代表訴訟は要件が緩やかであるから、現行の代表訴訟と同様の要件で、多重代表訴訟を導入すべきではない。
- 100%子会社以外の子会社について、多重代表訴訟を認めれば、子会社の少数株主の意思に反した訴えがなされるおそれがある。
- 親会社（人事部）に子会社役員を規律させた方が、親会社株主に規律させるよりも、実効的である。

#### (2) 当研究会における意見

##### 【肯定的意見】

- 親会社の取締役が子会社のコントロールを怠っている事態を想定すれば、多重代

表訴訟の導入も考えるべきである。

- 多重代表訴訟という形ではなく、親会社の株主が、子会社の取締役の違法行為を差し止めることは認める必要があるのではないか。

【否定的意見】

- 多重代表訴訟が導入されると弊害（濫用の危険）の方が大きいのではないか。
- 多重代表訴訟とは、単なる代表訴訟の延長ではない。代表訴訟とは性格が大きく異なるので、導入の可否についてはしっかり検討する必要がある。
- 取締役が被告になる代表訴訟は取締役個人にとって大きい負担になる。提訴ハードルを上げるという点については、多重代表訴訟のみならず通常代表訴訟においても検討すべきである。
- アメリカにおいては、代表訴訟の中に違法行為の差止めや役員以外への第三者への履行請求等が含まれているが故に多重代表訴訟が認められているのではないか。日本の代表訴訟では損害の回復が主であるため、背景事情が異なる。

(3) 提言

ア 空文化への対策

- (ア) 多重代表訴訟の賛同者は、会社が、その事業を子会社化することによって代表訴訟制度が空文化を防止する必要があるという。

しかし、代表訴訟の係属中に、取締役の任務懈怠により損害が生じた事業が会社分割により子会社化されたり、取締役が辞任したりしたとしても、原告適格を失うことはないし、逆に、代表訴訟の係属中に株式交換や三角合併が行われたとしても、原告適格は継続するから、その意味では、空文化に対する手当てはなされている。

- (イ) おそらく、賛同者のいう「空文化」とは、「親会社が自分で事業をやれば代表訴訟の対象となるにもかかわらず、それを子会社にやらせると代表訴訟の対象とならない。子会社の事業に損害が生じても、間接的に親会社の株主に損害が生ずるから、親会社の株主は、本来、企業グループ全体について代表訴訟を提起することができるようにするのが望ましい」ということであろう。

しかし、代表訴訟は、株主の個人的損害を直接回復するための制度ではなく、株主が会社の訴訟担当として会社の損害を回復する制度である。株主は、本来、親会社の財産の処分に関する権限を有さず、親会社の財産処分に一定の関与を

する場面（例えば、事業譲渡等）においても、株主総会における多数決原理のもとで議決権行使を通じて関与するに過ぎないのが原則である。

したがって、「親会社の株主に少しでも損害が生ずる場合には、多重代表訴訟は許容されるべきである」という考えは妥当ではなく、代表訴訟制度の適用範囲は、本来、株主が、一切関与することができない親会社の財産処分について、例外的に株主が干渉することができる範囲をどのように設定するかという政策判断によって決せられる事項である。

言い換えれば、代表訴訟は、原告株主の利益を保護するという側面のみならず、会社及び原告株主以外の大多数の株主の利益（取締役に対して権利を行使しない自由）に干渉し、これを侵害して実現されるものであり、その干渉は最小限のものでなければならない。

現在の代表訴訟は、そのような認識の下で、子会社の取締役を代表訴訟の対象とすべきではないと判断し、制定されたものであるから、代表訴訟の空文化を防止するために多重代表訴訟を認めるべきであるという立論には、論理の飛躍がある。

(ウ) 実質的に見ても、親会社がその事業を子会社化したからといって、代表訴訟が空文化したことにはならない。

例えば、純粋持株会社の株主が、子会社である事業会社の取締役に対して代表訴訟を提起する必要があると主張する者もいるが、純粋持株会社が当該事業子会社をすべて吸収合併した上で、当該事業子会社の役員だった者を取締役にせず、すべて執行役員にしてしまえば、株主が、その者を代表訴訟の対象とすることはできない。

他方、純粋持株会社の取締役は、事業子会社の吸収合併の前後を問わず、各事業について内部統制システムを構築し、管理監督する責任を負っているのであるから、株主が任務懈怠として主張すべき事由について、純粋持株会社と事業会社との間に実質的な差異はない。

代表訴訟の対象となる取締役の人数は、3名以上であれば自由に調整することができ、しかも、取締役の担当業務も自由に調整することができるのであるから、事業を子会社化することと、代表訴訟の対象となる人数が減少することは関係がない。

したがって、代表訴訟の空文化を防止するために、多重代表訴訟を認めるとい  
うのは的外れな指摘である。

#### イ 親会社株主を訴訟担当とすることの正当性

- (ア) 訴訟担当は、自己の名において他人の権利についての訴訟遂行を認める制度  
であり、その判決は被担当者を拘束する。訴訟担当は、権利者の「権利を行使  
しない自由」に介入するものであり、かつ、被告には、見ず知らずの訴訟担当  
から提訴される負担を負わせるものであるから、訴訟担当制度は、訴訟を遂行  
することを正当化する根拠があり、かつ、被告の利益保障（権利者本人から権  
利行使される場合と比較して不当に負担が増加しないこと）を図ることができる  
場合にのみ、認められる。

そのため、現行法制における訴訟担当（債権者代位訴訟における債権者、選定  
当事者等）は、訴訟担当が被担当者と直接の関係を有する場合（訴訟担当が被  
担当者の債権者である場合や被担当者と共同の利益を有し、被担当者から選定  
された場合）に限って認められている（なお、債権者代位訴訟については、第  
三債務者が債権者の債権の存否について調査することが困難であるため、第三  
債務者の利益を害する等の批判があり、法制審議会債権法改正検討部会におい  
て廃止ないし縮減の方向で検討中である。）。

#### (イ) 現行の代表訴訟制度は

- ① 株主は、株式の保有により会社に対して直接の権利関係を有する
- ② 監査役は、取締役会の決定した選任議案をもとに選任された者であること  
が多く、構造的に、監査役が取締役への提訴を躊躇する可能性があり、その  
場合、委託者である株主が提訴しなければ、他に会社の利益を保護する手段  
がない
- ③ 訴訟告知、公告又は株主への通知、訴訟参加により、会社及び他の株主の  
手続保障を図ることができる
- ④ 提訴請求を受ける監査役も、被告である取締役も、原告が株主であるか否  
かを知り得る立場にある

等の点において、訴訟担当制度としての正当化根拠を一応備えている。

- (ウ) 他方、多重代表訴訟は、次に述べるとおり、訴訟担当制度を正当化する根拠  
が欠けているといわざるを得ない。



① 親会社株主は、子会社に対して、直接の利害関係がない。直接の利害関係がない者は、適切な訴訟遂行を期待する基礎に欠けることから、訴訟担当として認めないのが、これまでの日本の法制であり、多重代表訴訟は、他の訴訟担当との整合性に疑問がある。

また、子会社に損害が生ずれば、親会社株主に損害が生ずると主張する者がいるが、子会社の損害と親会社株主の損害に因果関係があるかどうか不明である。

例えば、子会社に損害が生じたとしても、子会社株式の価値が棄損されなければ、親会社株主には、何の損害も生じないと評価することができる。

また、間接有限責任制のもとにおいては、株式の時価がゼロ円となった子会社については、その後に子会社取締役が子会社に対し損害を与えたとしても、親会社株主には損害が生じていないともいえる。

さらに、子会社の取締役が、親会社に指示されて、親会社に対して不正に資金を流出させたという事例を考えた場合、子会社には損害が生じているが、親会社は利益を得ているのであるから、親会社株主は何の損害も受けていない。このような事例で、親会社株主が子会社の取締役に多重代表訴訟を提起するのは、違和感がある。

加えて、親会社株主が子会社に対して有する利益の程度についても、検討する必要がある。例えば、親会社が他の会社と共同出資して子会社を設立している場合には、親会社の 1 株株主が親会社に出資した金額は、子会社株主が子会社に 1 株出資した金額よりも低い場合がある。子会社に直接出資しようとした場合には、株主にもなれず、代表訴訟もできない者が、同額を親会社に出資したら、子会社の取締役に代表訴訟を提起することができるという法制は異常である。

以上のように子会社に生じた損害と親会社株主の損害は、関連性が弱く、因果関係すら不明な場合も多い。

したがって、親会社株主には、子会社の訴訟担当として正当化するだけの利害関係は認めがたい。

② 代表訴訟は、監査役が、監査役選任議案の決定者であり、事実上、目上の存在であることが多い取締役に対して、責任追及をしづらく、株主以外に責

任追及する者がいないという構造（目下から目上への躊躇）に着眼して認められるものである。ところが、子会社の取締役が違法行為を行った場合には、親会社が、子会社取締役を解任したり、監査役や新しい代表取締役に損害賠償を請求させたりするのが一般的であり（通常、親会社が代表訴訟を提起するまでもなく、子会社において損害賠償を求め、和解することが多い。）、親会社が、子会社取締役への懲戒を躊躇する理由がない。このように親会社自身が子会社取締役への責任追及を行う可能性が十分あるにもかかわらず、親会社株主に子会社取締役への責任追及を委ねなければならないような構造的な理由はない。

- ③ 多重代表訴訟を認めた場合、当該訴訟の判決に拘束されるのは、すべての親会社及びすべての親会社株主（反射的効力）であり、そのすべてに訴訟参加の機会を与えなければならない。

しかし、子会社は、自己の株主は認識しているが、親会社（親会社の親会社を含む）の株主を認識することはできない（理論的には、A社、B社、C社という兄弟会社がD社に出資している場合、D社は、自分が子会社であることすら認識できない場合もある。）。

また、親会社は、その株主に対して、どのような子会社があるか、そのすべてを開示しているわけではないから、親会社の株主は、子会社の存在自体を知らないことも多い。その上、親会社の株主は、子会社の公告方法も知らないから、子会社において公告されても、気づくことすらないし、気づいたとしても、自分が訴訟参加することができることに認識することは難しい。

このように、多重代表訴訟では、判決の拘束力を受ける者に対して適切な手続保障をすることが極めて困難である。

- ④ 監査役や取締役は、親会社の株主名簿の閲覧権もなければ、個別株主通知の宛先にもなっていないから、提訴請求をした者が、親会社の株主であることを知る方法がない。

ウ 子会社の取締役は、親会社の取締役と同視できるか。

- (ア) 現行代表訴訟は、使用人を被告から除き、会社に対して善管注意義務を負う機関のみを被告としている。

代表訴訟が、株主の権利保護だけを考えるのならば、従業員に対する代表訴訟や取引先に対する代表訴訟を認めてもおかしくないが、そのような法制を取っていないのは、代表訴訟は、債権者代位権のように株主の利益を回復するための制度ではなく、株主が株主総会等を通じて選任し、会社の経営と監督を委託した機関がその任務を懈怠することを、損害賠償という威嚇をもって抑止すること及び任務懈怠により生じた会社の損害を回復することを目的としているからである。

他方、子会社の取締役等は、子会社に対して善管注意義務を負っているが、親会社に対しては善管注意義務を負っていない。子会社役員等は、親会社を含む子会社株主から子会社の経営と監督を受託したが、親会社株主から委託を受けたわけではない。

子会社役員等は、親会社から仕事を任されたという意味では、従業員と同じ立場にあり、多重代表訴訟は、構造的には、親会社の従業員に対する代表訴訟を認めるのと同じである。

- (イ) 実際の企業実務を見ても、子会社の役員のほとんどは、親会社の従業員であり、代表訴訟の対象にすべきではない者が支配的である。

子会社の役員を親会社の役員が兼務している場合に限って、代表訴訟を認めるべきであるとの意見もあるが、兼任役員が子会社において任務懈怠により多額の損害を生じさせた場合には、親会社の役員としての監督義務違反に該当し、親会社の損害も認められるであろうから（もし親会社の損害が認められないようなものであれば、親会社株主に多重代表訴訟を認める合理性に欠ける。）、親会社株主は、親会社の役員を代表訴訟の対象とすれば足りる。

結局、多重代表訴訟は、親会社の従業員に対する代表訴訟を認めるべきか、認めるべきではないのか、という議論に終着するのである。

## エ 代表訴訟の範囲を拡大することの問題点

現行の代表訴訟制度は、外国の代表訴訟制度と比較して、株主にとってハードルが低く、取締役等に重い負担となっている。

この代表訴訟制度の問題点は、多重代表訴訟の是非と離れて、今回の会社法改正で改正すべき事項であるが、多重代表訴訟を認めた場合には、問題がさらに深刻になる。

(ア) 経済合理性がない代表訴訟

代表訴訟は、株主が提訴に要する印紙代が安く、かつ、勝訴した場合には、会社に対して弁護士費用等を請求することができるため、訴額が多額になりやすい。

そのため、①代表訴訟において請求が認容された金額が少額で、弁護士への着手金相当額にすら満たない場合や、②多額の損害賠償が認められたが、取締役の資力がないため、認容額の大部分を回収することができない場合もあり得る。

会社は、①②のような結論が予想される場合には、弁護士費用等とのコストベネフィットや会社側の事務負担を考えて、経済合理性の見地から提訴を控えることが多い。

しかし、代表訴訟では、会社に勝訴して弁護士報酬等を請求することができれば、原告ないし原告側代理人にとっては経済合理性があるという状況が起こりやすい。

また、株主の中には、会社の財産的損害を回復することに主眼があるのではなく、取締役の任務懈怠を裁判で明らかにして満足を得ることを目的として代表訴訟をする者も多い。このような場合にも、会社にとって何ら経済的合理性がない代表訴訟が起こされ、弁護士費用等を負担しなければならなくなる。

会社法は、会社にとって経済合理性のない代表訴訟を制限する制度を設けていないから、多重代表訴訟を認めれば、経済合理性とは無関係に親会社を攻撃しようと考えている特殊な株主が、代表訴訟の数を増やす契機になり得る。

(イ) 原告適格に制限がないことの問題点

代表訴訟は、単独株主権であり、かつ、取締役の任務懈怠の発覚後に株式を取得したものにも提訴権が認められるため、報道で不祥事を知った者が株式を取得し、その不祥事を理由とする代表訴訟を提起することも可能である。

多重代表訴訟を認めれば、親会社の不祥事だけでなく、子会社の不祥事についても、そのような濫用的代表訴訟の対象とされるおそれがある。

(ウ) 取締役の功績を評価しないこと

取締役は、在職中、会社に利益をもたらすため、継続的に職務に従事しているが、代表訴訟では、その職務行為のうち、1回でも任務懈怠があれば、請求が認容される可能性がある。例えば、年間報酬 5000 万円の取締役が任務懈怠行為に

より会社に1億円の損害を与えたが、他方で、10億円の利益を会社にもたらしたとしても、裁判では当該取締役に対し1億円の損害賠償を命ずることになる。

会社にとっても、株主にとっても、このように優秀な取締役については、1億円の損害については免除し、そのまま経営を継続してもらう方がよい。もしその会社が一人会社であれば、株主はその役員の実責任を免除するだろうし、その者が従業員であったならば、代表取締役は、その者のミスを許し、失敗にめげずに頑張るように励ますであろう。

しかし、代表訴訟は、被告の功績を考慮せず、たった1度の過ちでも被告に損害を賠償させるから、被告のモチベーションを減退させる。

会社が、役職員に高いモチベーションをもって事業を遂行してもらうためには、役職員が失敗しても、それを糧にして業務を改善するように指導する裁量が必要であり、役職員が失敗する度に損害賠償を求めているのでは、会社のために働く者はいなくなってしまう。

多重代表訴訟は、子会社の内情を知らない親会社株主が、子会社役員の実失敗に口を挟むことを許容することになるため、従業員は子会社の役員になりたがらないであろうし、万が一、多重代表訴訟において請求が認容された場合、子会社全体に動揺が走り、子会社の管理が立ち行かなくなるおそれすらある。

#### (エ) 被告の負担

日本の代表訴訟は、提訴のハードルが低いため、取締役は、実際に任務懈怠を行っていても、判決が確定するか和解になるまで、訴訟に関与し続けなければならない。取締役は、請求棄却を勝ち取っても、数百万円から数千万円に上る弁護士費用を自己負担せざるを得ず、役員責任賠償保険によって弁護士費用の補償を受けたとしても、訴訟のために費やした手間と時間については補償を受けることができない。

現在の訴訟制度は、被告とされただけで大きな損害を生ずるのが実情であり、代表訴訟制度も、任務懈怠をしていた取締役への責任追及のことだけではなく、任務を適正に行っていた取締役が代表訴訟の被告となったときに、できるだけ個人的な損害が生じないようにするか、また、被告とされたことにより生じた損害をどのように補償するかということにも、配慮しなければならない。

#### (オ) 親会社及び子会社の負担

代表訴訟では、株主と役員が当事者となるが、実際には、会社も多大な事務負担を負うのが通常である。会社は、提訴請求や訴訟告知を受けた以上、事実の調査、当事者からの依頼に基づく証拠の提供、訴訟資料の精査、弁護士との相談、株主への報告等様々な対応を取らなければならない、コストも莫大な金額になる。しかも、このような事務負担は、原告株主の主張に理由があるか、ないかにかかわらず、原告株主が代表訴訟を提起し、遂行するだけで生ずるものである。

多重代表訴訟を認めれば、代表訴訟の範囲が広がるから、こうした事務負担が大幅に増加するおそれがある。多重代表訴訟の場合、第一次的には、子会社がその業務を行うことになるが、実際には、子会社の体制が十分ではないため、事実上、親会社が助力して対応にあたらざるを得ないであろう。

また、子会社役員が代表訴訟の対象となれば、子会社役員は、役員責任賠償保険への加入を希望することは確実であるため、多重代表訴訟が起こるか否かにかかわらず、保険料分を報酬に上乗せして支払うことになり、子会社の数が多ければ、大幅なコスト増の要因となる。

万が一、子会社役員が、役員責任賠償保険に加入していなかった場合、被告となった子会社役員（親会社従業員）の給料（子会社の役員報酬は無償であることも多い）では、弁護士費用を捻出することが極めて困難であるから、会社は、何らかの名目をつけて弁護士費用等供給せざるを得ない。

さらに、取締役が代表訴訟に労力を割かざるを得なくなれば、本来、会社のために割くべき労力が削られてしまうことになる。会社が取締役を選任したのは、代表訴訟に対応させるためではなく、会社のために働いてもらうためであるのだから、代表訴訟の対象を広げることは、会社ひいてはその取締役を選んだ株主の利益を害することになる。

ドイツは、代表訴訟が少数株主権とされ、かつ、裁判所が不適當な代表訴訟を却下することができる制度が採用されているため、代表訴訟がほとんどない。多重代表訴訟も認められていない。ドイツがこのような法制度をとるのは、代表訴訟が必要不可欠な場合以外は、取締役が職務に専念できる体制を整えることが、会社及び株主の利益にかなうという発想によるものであり、日本も大いにこれに学ぶ必要がある。

## オ 小括

子会社の取締役が任務を懈怠したにもかかわらず、親会社が責任追及をしなかったため、親会社株主が不満をもったという事例はほとんどなく、多重代表訴訟が導入されたとしても、これを適正に利用する親会社株主がどれほど存在するか、疑問を感じざるを得ない。

他方、多重代表訴訟は、実際にそれが利用されるか否かにかかわらず、企業グループにとって、事務負担とコストの大幅増をもたらすだけでなく、役職員のモチベーションを減退させ、子会社設立や会社の買収を抑制する要因となる。

また、多重代表訴訟は、法制的に見ても多くの問題を抱えており、具体的な手続きの整備の面でも無理がある。

多重代表訴訟の可否を検討する以前に、取締役に過重な個人的負担を負わせる現行制度を改正すべきであると考えらる。

## 2 子会社と親会社の株主総会

### (1) 提案内容

ア 法制審議会においては、子会社が親会社にとって重要な影響を与える事項を決定しようとする場合、親会社株主総会の承認を受けなければならないものとするのが提案されている。どのような事項について親会社株主総会の承認を要することとしようとしているかは明確ではないが、子会社の組織再編や種類株式の導入等が念頭に置かれているようである。

また、親会社の株主総会決議事項について、親会社が第三者に対して子会社株式を譲渡する場合を含めるべきであるという提案もなされている。

イ これらの論点に関する法制審議会における意見は、おおむね次のとおりである。

#### (ア) 子会社の行為に関する親会社の株主総会決議

##### 【否定的意見】

- 子会社の意思決定について一般的な手続規制を設けるべきではない。個別具体的な事例で、「事業の重要な一部の譲渡」に該当するかどうかを争うべきである。
- 子会社が大量に第三者割当てをすることによって、親会社が実質的に重要な事業の譲渡を行ったのと同視できるような状況にすることも可能である。

- 別会社としての意図、意思決定の迅速性、機動性の確保と逆行する。
- 子会社の株主の意思決定に干渉することとなる。

(1) 親会社の子会社株式を譲渡する場合の株主総会決議

【肯定的意見】

- アメリカ・ドイツに比べて、日本は、総会決議を要する事業譲渡の範囲が広すぎる。事業の全部又はほとんど全部の事業譲渡に限定して総会決議を要するものとした上で、子会社株式の譲渡について総会決議を要することとはあり得る。
- 会社分割をした後に、子会社株式を譲渡すると、事業譲渡に対する脱法が可能であるから、子会社株式の譲渡についても親会社株主総会の決議を要するものとするべきである。

(2) 当研究会における意見

ア 子会社の行為に関する親会社の株主総会決議

【否定的意見】

- 本来であれば親会社の株主総会が決すべきであるところ、これが潜脱されてしまった場合にどうするのかという問題がある。親会社株主総会決議事項とすることによるメリットがどれくらいあるのかは疑問である。
- 親会社株主総会と親会社経営陣の意見とがどれだけ食い違うかという問題ではないか。

イ 子会社株式の譲渡に対する株主総会決議

【否定的意見】

- 子会社の判断が実質基準であるため、株主総会決議を要する場面か否かが不明な場合がある。
- 100%子会社ならばともかく、51%子会社の株式を譲渡する行為は、事業譲渡と同視することはできない。
- 子会社株式の重要性で判断すべきである。

(3) 提言

法制審議会では、株主総会の決議を要する事項を明確にしないまま、議論が進んだため、焦点がぼけているように思われる。

この問題は、いずれも株主総会と取締役会の権限分配の話であり、現行の権限分配



の合理性を含めて検証すべきである。

## ア 総論

### (ア) 簡易要件

まず、いかなる事項であれ、親会社にとって重要性のない事項について、株主総会の決議事項とすべきではないから、簡易要件を設ける必要がある。そして、現行法の簡易要件は、ドイツや米国と比較しても厳しく、株主総会の権限が強すぎるから、簡易要件の適用範囲を広げるべきである（例えば、事業の全部又はほとんど全部を譲渡する場合にのみ、株主総会決議を必要とする等）。

株主総会の決議事項を広げれば、株主総会の審議事項が増え、一つ一つの議題について十分な質疑応答ができなくなってしまう。上場会社の株主総会は、参加する株主の負担を考えれば、長くとも二、三時間程度で終了することができるように決議事項を定めるのが望ましく、決議事項を増やせば、ガバナンスが強化できるというような単純な話ではない。

また、現在の組織再編等における簡易要件は、単体決算を前提としたものであるから、子会社の行為について親会社株主総会の承認を必要とする場合、連結決算を前提としたものに変更することができるかどうかという技術的な問題がある。

また、資産の譲渡譲受がない事項（種類株式化や第三者割当て等）に関する簡易要件を設定することができるかという問題もある。

### (イ) 子会社の相手方の保護

例えば、子会社が第三者に事業譲渡する場合、相手方は、譲渡会社が別の会社の子会社であることを認識することができない場合もあり得る。

そのため、善意者保護制度を実現することができるかどうかの問題となる。

### (ロ) 子会社の少数株主の保護

子会社の行為について、親会社株主総会の決議を要するとすれば、子会社の少数株主が不安定な立場に立たされる。

例えば、子会社株主が子会社に対して反対株主の株式買取請求権を行使したが、親会社の株主総会が組織再編を否決したり、いつまでも株主総会を開催しなかったりした場合への対応が必要となる。

### (ハ) 子会社役員の子会社株主総会招集請求権

仮に子会社の行為について親会社株主総会の決議を要するものとするならば、子会社の取締役に対し、親会社株主総会を招集する権利を与えざるを得ないが、親会社の取締役会が関与していない事項について、子会社取締役に、臨時総会の招集を請求する権限を与えるのは違和感がある。

また、子会社取締役の親会社株主総会における説明義務や、子会社取締役が親会社株主に利益供与をした場合の罰則等整備しなければならない規定は多い。

(ウ) 親会社株主の保護

親会社株主総会決議で反対した株主について、親会社に対する株式買取請求権を認めるか否かを検討しなければならない。

しかし、これを認めれば、親会社株主が株式買取請求権を濫用するおそれがあり、もし親会社に分配可能額がない場合には、親会社の取締役は、自らは何の行為もしていないのに、株式買取請求権の行使にかかる責任を負わされるといふ問題が生ずる。

イ 子会社の行為ごとの検討

(ア) 子会社の定款変更（例えば、目的の変更）

定款記載事項については、項目ごとに検討すべきであるが、基本的には、親会社のグループ管理に対する過度な制約とならないように親会社の株主総会決議事項とすべきではない。

(イ) 会社の定款を変更して種類株式を設定すること

種類株式の設定は、必ずしも親会社にとって不利になることではない。

法制審議会においては、実例を踏まえ、子会社が拒否権付株式を発行した場合について、親会社の株主総会の決議を要するとの意見も出された。

しかし、親会社や他の子会社が、拒否権付株式を取得するのであれば、親会社に不利益はないから、定款変更自体については、親会社株主総会の決議は不要である。

(ウ) 子会社が第三者割当てを行うこと

子会社が第三者に対して大量に株式を割り当てて、親会社が支配権を失う場合、親会社の株主総会決議を要するという意見がある。

しかし、親会社自身ですら、大量の第三者割当てを行って、既存株主と異なる第三者に支配権が移転する場合に株主総会決議を必要としないのであるから、

子会社について、これを必要とする理由はない。

第三者に対する種類株式の発行も同様である。第三者割当てによって生ずる問題は、上場規則で手当てがなされているから、あえて会社法で規制を強化する必要はない。

(エ) 子会社の事業譲渡・譲渡側組織再編

子会社の事業譲渡等については、親会社自身には、何の権利義務の変動が生じないのだから、親会社株主総会の決議を要求するのは違和感を覚える。

この提案の賛同者は、主要事業を譲渡することにより、親会社の連結ベースの収益性が低減することを懸念しているように思われるが、親会社が、自らの定款の目的に掲げた事業を休廃止することについては、株主総会の決議を要しないのであるから、事業に関する権利義務の移転自体は、特に株主総会決議を得る必要はない。

会社法が、事業譲渡について株主総会決議事項としているのは、譲渡会社が競業避止義務を負うからである。

子会社の事業譲渡の場合、子会社は競業避止義務を負うが、親会社は、法的には競業避止義務を負わないから、親会社株主総会は不要であると考えの方が現行法と整合的である。

また、子会社が消滅会社となる合併等についても、親会社の有する子会社株式が、組織再編の対価に変更されるだけであり、親会社に何らかの義務が課せられるものではない。

組織再編法制の発展により、若干の例外はあるものの、従来、株主総会の決議事項は、その会社に重大な法的義務の変更が生ずる場合に要求されていたのであって、組織再編の対象となる事業の経済的重要性で株主総会決議の要否が決められていたわけではない。

また、グループ内再編等については、親会社株主総会決議を要するとするのは実務的ではない。

以上の事情を考慮すれば、子会社の事業譲渡等については、親会社株主総会の決議は不要であると考ええる。

(オ) 子会社の事業譲受・譲受側組織再編

現行法は、事業の全部の譲受けを株主総会決議事項としているが、競業避止義

務も生じず、包括承継もしない事業譲受を株主総会決議事項にする合理性がないから、事業譲受は、株主総会決議事項から排除すべきであり、当然、子会社の事業譲受も親会社株主総会決議事項から排除すべきである。

譲受側組織再編についても、親会社自身には、権利義務の変動がなく、子会社の資産構成が変動するだけであるから、親会社株主総会の決議は不要である。

#### ウ 子会社株式の譲渡に対する株主総会決議

法制審議会では、子会社株式の譲渡は、事業譲渡に類似するから、株主総会の決議を要するという意見が出されている。

しかし、すでに述べたとおり、事業譲渡について株主総会の決議を要するか否かのメルクマールは、譲渡会社に競業禁止義務が生ずるか否かである。

そして、親会社が、子会社株式を譲渡しても、競業禁止義務は生じないのであるから、これを株主総会の決議事項とするのは、現行法と整合しない。

### 3 親会社の不当行為に対する子会社株主及び子会社債権者の保護

#### (1) 提案内容

ア 親会社が子会社に対して不公正な取引等をするることにより、子会社や子会社債権者に損害を与えた場合に、子会社の株主及び債権者を保護するために、次のような制度を設けることが提案されている。

A 子会社の少数株主が親会社に対して損害賠償を請求することができる制度  
(代表訴訟を含む)

B 親会社が子会社債権者に対して責任を負う制度

イ これらの提案について、法制審議会では次のような意見が述べられている。

(ア) 子会社株主による損害賠償について

#### 【肯定的意見】

- 親子会社間の取引により、子会社の利益を害するケースがあるので、「不公正な取引がされれば、親会社が責任を負う」ということを明文化すべきである。
- 支配株主が忠実義務を負うことを明文化すべきである。
- 親会社が子会社を犠牲にして倒産させた例が 1 件でもあるのならば、そのような場合に親会社に対して責任追及できる手段を与えるべきである。

### 【否定的意見】

- 親会社の子会社を犠牲にして倒産させた例はほとんどない。むしろ、親会社が倒産して、子会社が倒産しない例の方が多い。
  - 親会社のグループ内にいることにより、子会社が利益を得ている例の方が多い。
  - 子会社が単独でファイナンスしている例は少なく、親会社が資金調達している例が多い。
  - 「不公正」という要件は不明確であり、裁判に使うのは難しい。
  - 親会社は、子会社取締役と類似の地位にはない。
  - 親子会社間の利益相反の認定は非常に困難である。
  - 子会社の少数株主に対する保護としては、子会社取締役に対する損害賠償、利益供与に関する規制、関連当事者取引の開示等で十分である。
  - 内部統制、関連当事者取引の開示、税法等により、親子間には適切な規制がなされている。
  - 投資家は、親子上場自体をマイナス評価していない。企業グループとしての価値の最大化を望んでいるだけである。
  - 株主は、間接有限責任が大原則である。
- (イ) 子会社債権者による親会社に対する責任追及について

### 【肯定的意見】

- 法人格が異なっても、支配している者に責任があることを明文化すべきである。
- 100%子会社については、429条の延長として、限定的であったとしても、親会社の損害賠償責任を認めるべきである（ヨーロッパ諸国では、同じような考え方が取られている。）。
- 法人格否認の法理だけでは、保護できない場合がある。

### 【否定的意見】

- 親会社に無限責任あるいは連帯責任を課す制度に近くなる。
- 子会社の債務について個別に親会社が保証している例が多い。
- 債務保証もしていないのに、法人格の区別を超えて会社の債務を負うということになれば、投資家は簿外債務を恐れて安心して会社に投資することが

できなくなる。

- 中小零細企業の支払代金の保護は、下請法等で図るべきである。
- 法人格否認の法理で足りる。
- 労働法制や倒産法制の問題である。

## (2) 当研究会における意見

### 【肯定的意見】

- 子会社間での利益移転を親会社が指示している場合には、開示されない。このような場合に、子会社が自ら損害賠償を請求することはあり得ないから、子会社株主が親会社に対して損害賠償を求めることは認めるべきである。
- グループ会社税制の導入により親子会社間の利益移転が増加する可能性があり、一定の対策を要するのではないか。

### 【否定的意見】

- 外国会社が親会社である場合にどうするか。日本への投資抑制原因にならないか。
- 子会社を日常的に食い物にするという事例と子会社が倒産したという事例とがある。
- 濫用的な事例をカテゴライズし、個別の手当てをしていくことは考えられるが、一般的には考え難いのではないか。
- 法制化すると、一つでも不公正な取引があると問題となってしまう。親会社は、トータルで子会社にメリットを与えているので、一つの不公正な取引を取り上げるのは妥当ではない。
- これらの制度が法制化された場合、デューデリジェンスが大変になる。
- グループ会社税制により親子間の利益移転が増加したとしても、問題となるような利益移転は限られており、一般的な善管注意義務とは別個の義務を課す必要はないのではないか。

## (3) 提言

ア 現行法において何が不足しているか

### (ア) 検討の視点

法制審議会の議論を見る限り、親会社が子会社に不当な影響力を与えた場合に、子会社、子会社株主及び子会社債権者が、現行法（会社法、民法、倒産法その

他の法律)で、どのように保護されているのかという具体的検討が不十分なまま、理念的な議論に終始しているように思われる。

新しい制度の検討においては、

- ① 子会社、子会社株主及び子会社債権者の保護に関して、現行法で不足している点があるか。
- ② 保護が不足している部分について、会社法でどのような法的効果を与えることによって、保護するのか。
- ③ 会社法が②の法的効果を与えることが、他の法制と矛盾し、あるいは、弊害を生じさせることはないか。

という順番で行われるべきである。

親会社と子会社との関係が問題となり得る場面は、

- ① 子会社が、親会社に対し、無対価で金銭等を支出した場合
- ② 子会社が、親会社との間で著しく子会社に不利な取引を行った場合
- ③ 子会社が、親会社の指示に従って行った投資や取引等により、子会社に損害が生じた場合
- ④ 子会社が大幅な損失を生じさせたが、親会社は当該損失について何ら帰責性がない場合

等に分類することができる。

#### (イ) 配当又は配当類似行為

子会社が、株主に対して、株主から何らの対価・サービスを受けることなく金銭等を支出する行為は、贈与、アドバイザー契約等名義の如何にかかわらず、利益供与に関する責任が生ずる可能性が高く（利益供与が権利の行使に関するものと推定される）、また、配当に関する規定が適用ないし類推適用され得る。

配当に関する規定が適用ないし類推適用される場合、子会社が、株主総会の決議によらず、又は、少数株主を無視して親会社にのみに金銭を支出すれば、手続違反又は不公正配当として、当該金銭支出は無効となり、親会社は、子会社に対して不当利得返還義務を負う。

「配当」という法律構成を採らないとしても、親会社の指示により、子会社が、合理性の認められない贈与又は著しく対価が僅少な取引を行えば、当該贈与・取引は、公序良俗に違反して無効となり（いわゆる暴利行為）、親会社は、不当

利得返還義務を負う。

また、子会社が、分配可能額を超えて、親会社は無償で金銭を支出すれば、名義の如何を問わず、違法配当に関する規定が適用又は類推適用され、親会社は子会社に対し交付された金銭を全額返済する義務を負う。

この他、子会社が倒産した場合の否認権の行使、債権者による詐害行為取消権の行使等により、親会社の金銭返還義務が認められる場合もある。

このように親会社の責任に関する実体法や会社債権者保護制度は、現行法で不足する点は見当たらないが、子会社株主の親会社に対する代表訴訟制度については、検討対象となり得る。

しかし、後述するとおり、代表訴訟の対象を親会社に拡張するのは妥当ではない。

#### (ウ) 親子間取引

子会社と親会社との間で著しく子会社に不利な取引が行われた場合、(イ)で述べたとおり、親会社株主に利益受供与の責任が生ずる可能性は高く、また、当該取引は公序良俗違反で無効になる可能性もある。

仮に公序良俗違反とまで認定することができない場合であっても、親会社が子会社に対して不当な影響力を行使して、不公正な取引を強要した場合には、強迫による取消しや、親会社の不法行為責任が問題となり得る。

当該取引により子会社の資産が流出し、債務超過に陥った場合等には、詐害行為取消しや否認権行使により、子会社及び子会社債権者は保護される。

結局、この場合も、実体法上の責任として、新たに規定しなければならないものはない。

なお、理論的には、親会社と子会社との一定の取引につき、不公正であるとの推定規定を置くことが検討の対象となり得るが、後述するとおり、推定規定を置くことは法制上困難である。

#### (エ) 親会社の指示による子会社の違法行為

子会社が、親会社の不正な指示に従って行った投資や取引等により、子会社に損害が生じた場合には、親会社の当該指示について、不法行為に基づく損害賠償責任が生ずる場合がある。

#### (オ) 子会社に損害が生じたが、親会社には何ら帰責性がない場合



親会社に何ら帰責性がないにもかかわらず、親会社が子会社に対する責任や会社債権者に対する責任を負う制度は、子会社と別人格である親会社に過剰な責任を負わせることになり、会社支配の在り方に大混乱を生じさせるから非現実的であり、自己責任の原則にも反する。

ドイツのコンツェルン制度は、親会社が子会社との間で任意の支配契約・利益移転契約を締結することにより、親会社の子会社に対する指揮権や税制上のメリット（日本の連結納税類似の納税が可能となる等）を得る代わりに、親会社が子会社株主や子会社債権者保護のための一定の責任を負う制度である。

支配契約・利益移転契約を締結するか否かは、任意であり、ドイツのコンツェルンは、もっぱら税制メリットを採るために支配契約・利益移転契約を締結しているのが実情である。

したがって、コンツェルン法類似の制度を日本で創設しても、税制メリットがなければ、誰も利用しないから、無意味である。

## イ 支配株主の責任を認める制度の共通の問題点

### (ア) 支配株主の範囲

法制審議会では、「親会社」の責任の強化を念頭に議論がされているが、子会社を支配しているのは、日本の会社に限定されているわけではない。

株式会社の多くは、個人株主（オーナー）が支配しており、また、外資系企業では、外国会社や外国ファンドが支配株主となっている。

子会社株主や子会社債権者の保護は、日本会社である親会社との関係でのみ問題になるのではなく、オーナーや外国会社等支配株主との関係でも問題になるから、支配株主の子会社に対する責任や会社債権者に対する責任は、すべての支配株主に適用されることを前提に議論されなければならない（「親会社」概念は、外国法人、組合を含むが、個人は含まないため、以下、個人の支配株主を含めて、「支配株主」の問題として意見を述べる。）。

支配株主に対する責任強化の提案は、上場企業における企業グループ管理体制に大きな影響を与えるだけでなく、次に述べるとおり、様々な局面で政治経済上大きな問題を引き起こす可能性は高い。

- ① 中小企業のオーナーが銀行に対して根保証する慣行について、会社の倒産により、オーナー個人も破産するという事態が激増し、包括根保証の禁止等

の民法改正が行われた。この改正は、株主が事実上無限責任を負っている状態を解消することを目指したものである。法制審議会の今回の提案は、オーナー経営者が何ら保証していないにもかかわらず、銀行のみならず、取引先についても責任を負うことを認めるという点で、包括根保証以上の責任を生じさせる可能性があり、中小企業にとって衝撃を与えることになろう。

- ② 親会社には、外国会社が含まれるため、親会社の責任を強化する規定を置けば、日本子会社が倒産した場合等に、当該日本子会社の直接の親会社（例えば、アジア統括会社）やその上位の親会社は、日本の少数株主や債権者から責任を追及されることになる。

外国会社は、有限責任であることを前提に日本に投資しているのが通常であるから、親会社の責任を強化する制度は、日本への投資を抑制する効果を生むのみならず、既存の外資系企業の親会社にとっては深刻な問題であり、外交問題になることが予想される（会社法制定時において疑似外国会社の改正については、欧米から強い懸念が示され、国会でも取り上げられた。）。

- ③ 取引先が業績不振に陥った場合、取引先を救済するために、100%減資を行った上で、スポンサー会社が出資したり、銀行が債務の株式化を行ったりする可能性がある。仮に支配株主が会社の責任を負わされるとすれば、そのようなリスクの高い取引先の株式を引き受けようとする者は躊躇せざるを得ない。

- ④ M&Aにおいても、現在は、会社が対象会社の株式を購入する場合に、購入価格以上の損失が生ずることはないという前提で買収している。もし、対象会社の支配株主になった場合、対象会社の少数株主や債権者から損害賠償等を請求されるリスクがあるとすれば、買収を躊躇することになる。当然、デューデリジェンスの範囲も広くなり、買収コストはかさむことになるし、敵対的買収や対象会社の了承をえないまま行う公開買付けのようにデューデリジェンスを行うことができない買収は、極めてリスクが高くなるため、抑制されることになろう。

- ⑤ ジョイントベンチャーの場合、出資者の持分法適用会社になることが多いが、支配株主の責任を強化すれば、ジョイントベンチャーの債権者は、出資

者を支配株主に該当すると主張して責任を追及してくる可能性がある。また、出資者間でも「支配株主」となるか「少数株主」となるかによって、立場が全く異なることになるから、出資者間の紛争を招くおそれがある。

筆者の感覚では、支配株主の責任の強化は、理念的な議論だけで、法改正に盛り込むような問題ではなく、幅広い利害関係者の意見を調整するとともに、導入によって生ずる弊害の程度を見極めない限り、導入を控えるべき事項であると考えている。

#### (イ) 適用範囲の不明確性

支配株主に個人を含める形で「親会社」に準じて定義した場合、すでに述べたとおり、実質基準となってしまう、適用範囲が不明確になるのみならず、会計基準の変更によって適用範囲が変更される可能性がある。

また、法制審議会の議論は、「支配株主」が1社ないし1グループであることを前提にしているように見えるが、ジョイントベンチャーのように独立した複数の会社が共同出資している場合において、株主全員の賛成により、子会社の資産を不当に流出させた場合も、子会社債権者の保護について問題となり得る。

とすれば、支配株主の責任の強化に関する提案は、「支配株主」に適用される制度として構築するのではなく、「子会社に対する不当な指示に賛成した株主」「不当な決議に賛成した株主」の責任として構築すべきものであるとも解される。

このように、責任強化の対象となる主体を適切に定義するのは、かなり難しい。

#### (ウ) 不正な影響力の行使

株主が、単に支配株主であるだけで、何ら影響力を行使したことがない場合や、株主総会で議決権を行使しただけの場合に、責任を認めるのは行き過ぎであることから、子会社に対して不正な影響力を行使した場合に限って、責任を認めるということも考えられるが、その場合、「不正な影響力の行使」について明確な要件を設定することは困難である。

#### ウ 子会社に対する損害賠償制度の問題点

- (ア) アで述べたとおり、支配株主が子会社に対して責任を負う制度については、実体法上、利益供与、違法配当等の制度や不法行為責任で手当てされており、会社法上の新たな法定責任を創設する意味がない。

他方、訴訟制度としては、①支配株主に対する代表訴訟、②親子間取引に関する

る推定規定の創設は、一応、検討の対象となり得る。

しかし、次に述べるとおり、いずれの制度も、問題が多く、改正内容に盛り込むべきではない。

(イ) 代表訴訟の対象となる権利と濫訴のおそれ

これまで述べてきたとおり、代表訴訟制度は、株主が会社の権利行使について干渉する例外的な制度であり、しかも、現行代表訴訟の要件は提訴のハードルを低く設定していることから、代表訴訟の範囲を拡張することについては慎重でなければならない。

支配株主の子会社に対する責任のうち、現行法では、利益受供与者の責任については代表訴訟が可能であるが、株主の不当利得返還義務や不法行為に基づく損害賠償責任については代表訴訟の対象となっていない。

この点、子会社が支配株主に対して訴えを怠る可能性が高いということを捉えて、代表訴訟の対象とすべきであるという意見がある。

しかし、現行の代表訴訟は、役員との関係ですら、代表訴訟の対象となる権利に一定の限定を加えるべきであるという解釈が通説（最高裁は、任務懈怠責任と取引上の債務は含まれるとする）であり、役員に対する不当利得返還請求権や不法行為に基づく損害賠償請求権が代表訴訟の対象となるか否かについては、確定していない。

それにもかかわらず、支配株主に対する責任について、不当利得返還義務や不法行為責任を代表訴訟の対象とすることは、役員の場合とのバランスに欠けるし、対象となる権利が無限定となれば、株主間の紛争に代表訴訟が濫用されるリスクが極めて高くなる。

また、支配株主に対する代表訴訟を許容すれば、子会社に何らかの損害が生じたときに、合理的根拠がないまま、ディープポケットである親会社を訴訟に引き込み、和解に持ち込もうとする動きを起しかねない。

現行の訴訟制度は、提訴のハードルが低く、かつ、代表訴訟の対象とされるだけで、被告にかかる経済的事務的負担は大きいことから、支配株主に対する代表訴訟は認めるべきではない。

(ウ) 支配株主の義務

現行の代表訴訟において、株主が被告となるのは、会社法上禁止された行為に

よって利益を得た場合（利益供与や不適正現物出資等）に限られている。

これに対し、役員については、任務懈怠に基づく損害賠償責任等広く代表訴訟の対象となるが、これは、役員が会社に対して善管注意義務を負っており、代表訴訟の存在により、任務懈怠を予防する効果を期待しているからである。

他方、支配株主は、子会社に対して善管注意義務を負っておらず、また、業務執行権限や監督権限があるわけでもないから、代表訴訟の対象としたとしても任務懈怠を予防する効果はなく、支配株主を代表訴訟の対象とする法的基礎に欠けている。

法制審議会においては、親会社が子会社に忠実義務を負うことを明文化すべきであるとの意見もあるが、株主は、間接有限責任を前提に出資しているのであり、出資比率が高くなったというだけで、会社に対して何らかの義務を負担する言われはない。

また、判例は、忠実義務を善管注意義務の一種と解釈しており、経営の受任者ではない（むしろ委任者である）支配株主が、忠実義務を負うというのは、理論的におかしい。

そもそも、忠実義務の内容が不明確である。

忠実義務の内容を「会社の利益に反する行為をしない義務」と捉えたとすると、支配株主は、子会社の支配株主となっただけで、自己の事業活動を制約されることになりかねない（例えば、子会社と競合する事業への参入やオークションで競合相手となり得るかという問題が生じ得る。）。また、忠実義務の内容を「子会社に対して不当な行為を行って、子会社の権利を害してはならない義務」と捉えたとすると、その義務は、支配株主に限らず、少数株主も、第三者も、誰もが負っている義務であり、支配株主に限って、明文化することは不合理である。

このように支配株主は、子会社に対し、何ら特別な義務を負担していないから、親会社の子会社に対する責任を一般的に代表訴訟の対象とするのは妥当ではない。

#### (エ) 親子間取引に関する推定規定

一般に推定規定を置く場合には、特定の要件を満たした場合には、推定される事実である蓋然性が高いという社会通念が確立していることが必要である。

ところで、親会社と子会社との取引は、無数に行われているが、それらの取引のほとんどすべては公正に行われている。関連当事者取引として沢山の取引が開示されているが、監査役や会計監査人が不公正と指摘することは極めて稀であるし、親子間取引が不公正であることを理由として裁判となることも稀である。

このように親子間取引であるというだけで、不公正であると事実上推定するだけの社会通念は確立されておらず、このような状況で推定規定を置くことは不可能である。

そもそも、このように親子間取引について、現在、特段問題になっていないにもかかわらず、単に観念的な理由だけで、親子間取引について親会社の責任を強化することは、弊害をもたらすだけである。

#### エ 支配株主の子会社債権者に対する責任

法制審議会における議論では、支配株主が子会社債権者に対して責任を負う制度の適用場面について、必ずしも明らかとされていない。

理論的には、

- ① 子会社が支払不能に陥った場合に、不正な利益移転を受けた支配株主が責任を負う制度
- ② 支配株主が子会社から不正な移転を受けた場合に、支配株主が会社債権者に対して責任を負う制度
- ③ 支配株主の指示により、子会社が第三者に損害を与えた場合に、支配株主が子会社と連帯して第三者に損害賠償責任を負う制度

等が考え得る。

しかし、①は倒産法における否認権行使や詐害行為取消権で、②は違法配当で、③は共同不法行為責任等でカバーされており、アで述べたとおり、子会社債権者に対する新たな法定責任を認める必要がない。

あえていえば、②のタイプとして、支配株主が子会社との間で不公正な取引を行い、資産を流出した場合の支配株主の責任を規定することが考えられる。

しかし、子会社に十分な資力がある場合には、子会社債権者が、子会社が行った個々の取引の効力を否定して子会社の資産を回復する必要はないし、自己の債権を保全する必要もないのに、子会社と支配株主の取引に干渉することを許す制度は有

害である。

したがって、支配株主の子会社債権者に対する責任について、会社法で新しく規定すべき事項はない。

オ 小括

以上のとおり、支配株主が子会社株主や子会社債権者に対し責任を負う制度については、現行法による保護を超えて新たに規定すべき事項はなく、内容が不明確なまま、支配株主の責任を強化する規定を置けば、政治経済に大きな悪影響を及ぼすから、支配株主の責任を強化する新制度は新設すべきではない。

以上

会社法制のあり方に関する研究報告  
ードイツにおける会社法制の運用実態と比較してー

(研究主幹:葉玉 匡美)

2011年3月発行  
21世紀政策研究所

東京都千代田区大手町 1-3-2  
経団連会館 19階 〒100-0004  
TEL: 03-6741-0901  
FAX: 03-6741-0902

ホームページ: <http://www.21ppi.org/>





21世紀政策研究所

The 21st Century Public Policy Institute

## 「会社法制のあり方」プロジェクト

# 会社法改正はユーザーのニーズと実態を見極めて



TMI 総合法律事務所 弁護士

葉玉匡美氏

本年度より始動した標記プロジェクトでは、会社法改正をめぐる議論において参考とされているドイツの諸制度について、昨年11月21日から28日までの1週間、ドイツで実地調査を行っております。その結果も踏まえ、葉玉匡美研究主幹に聞きました。

### 会社法は様々なニーズの調整点

——法務省民事局時代に会社法の立案に携わってこられたお立場から、会社法というものに対する基本的な考え方や、昨今の会社法改正をめぐる議論に対するご意見をお聞かせください。

ユーザーに使いやすく、かつ公正な法律を作ろうという気持ちで立案に携わっていました。多彩なユーザーのあらゆるニーズを聞いた上で、その最適な調整点として今の会社法ができ上がったと考えています。

こうしてひとつの調整点として今の会社法ができたわけですが、その後に何かそれを改正しなければいけないような社会的な事実があったのか、またそれが本当に他の全ての利益との調整を崩してまで変えなければいけないような要請なのかといった検討をより深くやっていただきたいと思います。どうも、「諸外国の法制がこうになっているから」という議論が多いようにも思います。

——今回訪問したドイツの会社法制もかなり注目されていますね。

ドイツは監査役会が取締役を選任するという点で非常に特徴的です。また、従業員選任監査役という制度も採用しています。さらには、親子会社間の規律ということも法制審議会においてテーマに上がっていますが、ドイツには、コンツェルン法という企業結合法制が存在します。こういったことから、ドイツの会社法制が注目されているのだと思います。

### 社会構造をうまく反映させたドイツ会社法制の運用

——それらの制度の運用実態や背後にある社会的事実を調査することが今回の訪問目的だったわけですが、ドイツに行く前の段階では、ドイツのコーポレート・ガバナンス制度に対してどのような印象を抱いていましたか。

理念的にコーポレート・ガバナンスを徹底しようとしている法制だという印象を持っていました。ただ、例えばドイツの監査役会は、業務執行に関する意思決定にも一定程度関与することになっていますから、今まで経営に無縁だった従業員が監査役として経営の意思決定に参加することで、情報漏えいや利益相反などの弊害が生じないだろうかということは強く感じていましたね。

——実地調査を経た印象としてはいかがですか。

会社法制が、ドイツにおける経営者と労働者との関係や社会構造を反映するのに適したものとして運用されていると感じました。例えばドイツでは、経営者や労働者という2つのカテゴリーだけではなく、いろいろな階層が社会的に構築されていて、その階層が固定化している。その固定化した階層を会社の中でうまくまとめていくのが、従業員選任監査役制度のひとつの機能だと思います。

——会社と地域社会の関係についても、興味深いものがありましたね。

ドイツでは、都市ごとに主要な企業があって、かつ各都市の人口が日本と比べて多くないので、地域の中で代表的な企業の従業員が占める割合が非常に大きいという現実があります。だからこそ、ドイツでは従業員の意見を経営に反映させるということが、会社にとっても地域にとっても重要なのだと思います。「私たちは地域に根付いています」という言葉の意味は、大都市に集中している日本の大企業のそれとは比べものにならないほど重く感じました。

——企業結合法制（コンツェルン法）についてはいかがですか。

コンツェルン法というのは、子会社の責任を親会社が持つということを法制化した制度ですので、ドイツに行く前は、ドイツの企業がそのことをどの程度重視しているのかというところに関心がありました。

しかし実際に調査をしてみると、ドイツの企業では、基本的にあまりそういう問題意識はなく、もっぱらコンツェルンを形成することによる税制上のメリットを得るのが目的だということでした。そもそもコンツェルン法自体は、基本的に子会社が株式会社である場合を前提としているのに対し、実際には多くのドイツ会社は有限会社を子会社としているという現状があります。ですから、同じ企業結合法制であっても、日本における議論とは視点が違うということが一番印象深かったですね。

——ドイツにおける株主代表訴訟についてはどのような印象ですか。

取締役は訴訟に煩わされず、経営に専念すべきであるというのが学者も含め一般的なコンセンサスのようです。非常に経済合理的な考え方だと思いました。まして、多重代表訴訟なんか想像もしていないわけです。



ドイツ法務省法務課長 Ulrich Seibert 教授（左）と

## ソフト・ローにも透明性の確保を

——ドイツでは KODEX という上場会社に適用されるガバナンスルールにより、監査役会に十分な数の独立した監査役がいることが企業に対して勧告されています。日本では、近時、東証の上場規程に独立役員に関する規定が設けられましたが、この「独立」の判断に関しては、日本とドイツでだいぶ考え方が違うようですね。

KODEX の制定をする委員会の委員の方が、監査役の独立性を判断する上で重要なことは、精神的な独立性 (independent in mind) の有無だと言っていたことが印象

的です。そして、独立性は、一次的には当該企業が判断し、究極的には株式市場の評価に委ねられ、取引所などの外部者が判断をするわけではないということです。これは日本とは決定的に違います。

——まさにソフトな規制ということですね。また、KODEX の委員会は学者や企業代表の方など各方面から委員が集まっているので、制定プロセスとしても東証とは違いますね。

単に意見を聞くということではなく、まさに制定プロセスの中に、実際に規制を受ける人たちが入っていき、合理性や透明性を確保していく。立法プロセスの基本だと思います。東証の上場規程も法律同様、会社に対して非常に大きな影響を与えるのですから、透明性の確保というのは課題ではないでしょうか。

## 提言の取りまとめに向けて

——今後、今回の調査を踏まえて提言をまとめるわけですが、その際にどのようなことが重要なポイントとなると思えますか。

まず、法改正を行う場合には、本当に企業が改正に対応することができるのか、また、対応にはどれだけのコストがかかるのかといった前提部分を検討すべきであると思います。理念だけが先行して諸制度が導入されることは避けなければなりません。

また、コーポレート・ガバナンスは、規制が強ければ強いほど良いというものではありません。例えば社外取締役を義務付けることで監督の強化を図るのであれば、逆に株主総会による直接的なコントロールは限定するなど、理論面のバランスも考えていかなければならないでしょう。

改正自体は良いことだと思いますので、ニーズをきちんと捉え、企業の実態に合った改正を積極的に提言できたらと思っています。

## インタビューを終えて

会社法改正を議論する上で、諸外国との比較は不可欠ですが、表面的な比較ではなく、歴史的背景や社会構造など深く掘り下げた検討が重要なのだと感じました。2月にはシンポジウムを予定しております。ご期待ください。

(研究員 安原和臣)