〔論　説〕

ドイツ株式法における
監査役会の法的地位および責任

服　部　育　生

目　次

Ⅰ　序論
Ⅱ　監査役会の法的地位
Ⅲ　監査役会の手続
Ⅳ　監査役会決議
Ⅴ　監査役員の義務及び責任
Ⅵ　監査役員の報酬
Ⅶ　結語

Ⅰ　序　論

1　監査役会は取締役の業務執行を監督する（株111条１項)。監督義務は、第１に会社事業の経過及び取締役会の職務執行の回顧的な管理に始まり、次に実質的な観点から指揮及び執行の課題に集中する。もとより取締役の個々の行為の詳細にわたる継続的な監視までもが期待されているわけではない（OLG Stuttgart AG 2012, 762, 763)。

株式法111条２項によれば、監査役会は会社の帳簿･書類および財産（現金在高、有価証券・商品の現在高）を閲覧し、検査することができるほか、これを各構成員又は専門家（経営監査士など）に委任することができる。会社の福利がそれを要求するときは、監査役会は株主総会を招集する（株111条３項１文)。当該事項につき株主総会が決議を議決することができ、

決議が会社の特定の利益（決議がなければ守られない又は簡単には守られない利益）に役立つことを要する[1]。招集権は、機関としての監査役会に帰属する。監査役会による総会招集決議は、単純多数決をもって足りる（株111条3項2文）。

2　監査役会の監督義務は業務経過および取締役会の職務執行の回顧的な検査から始まり、いわゆる客観的な視点からする経営管理および指揮任務の検査に及ぶ。個々の項目すべての詳細に及ぶ監査役会の持続的な監視が期待されているわけでは勿論ない。監査役会は会社の帳簿（簿記記帳）、書類及び財産客体を閲覧し、検査し、又はこれを各監査役員や専門家（経営監査士）に委任することができる（株111条2項）。

上記を超えて監視の対象は、事業計画、内部的調整および統率者の配置に及ぶが、重点は、予防的コントロール及び取締役会との協議に置かれる[2]。監査役員は企業内で活動していないので、監査役会による監督は、取締役会の報告（書）を拠り所とすることが多い。取締役会による監査役会への報告は、企業全体の展開に限らず、個別事業分野の展開も認識させる必要がある[3]。取締役会が報告を拒絶していたり、会社が経営危機の状況にあるならば、監査役会の監督活動は強化される必要が認められる。大企業とか多角経営企業では、取締役会でなく、その下位に位置する人物（従業員）によって重要な決定の下される事例が散見される。そのようなケースでは当該人物も監査の対象に含まれる。

3　取締役会は自己責任の下で会社を指揮する（株76条1項）が、その活動は監査役会による継続的なコントロールに服する。取締役会は監査役会への報告を義務づけられている（株90条）。監査役は会社の事象（出来事）を事後的に認識することが多い。可能な限り早期の認識により会社の意思

（1）　Hüffer/Koch, Aktiengesetz 14. Aufl., 2020, § 111 Rn. 30.

（2）　Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften 6. Aufl.,2015, § 15 Rn. 1.

（3）　Raiser/Veil § 15 Rn. 2.

形成に監査役が関与しうることが期待される[(4)]。

本稿は、ドイツ株式法における監査役会の運営を分析することにより、わが国の監査役会制度の改善につながる手掛かりを得ようとするものである。

Ⅱ　監査役会の法的地位

4　監査役会は業務執行を監視する（株111条１項)。監視義務は、先ず、業務経過及び取締役会の職務執行を回顧的にコントロールし、次に実質的観点から指揮及び執行任務へ集中される。もとより監査役会による取締役会に対する詳細にわたる継続的な監視が想定されているわけでは勿論ない。監査役会は会社の帳簿・書類の記載・記帳および財産客体を閲覧・検査し、又はそれを監査役員もしくは専門家（たとえば経営監査士）に委任することができる（株111条２項)。不正の疑念が浮上した場合に委任が行われる。定期的な検査（審査）が行われることも稀ではないが、そこでは通常、監査役会の中に設置された監査委員会に検査が委任される[(5)]。会社の福利がそれを要求するならば、監査役会は株主総会を招集する（株111条３項)。

上記を超えて、使用者的な企業遂行上の決定、たとえば事業計画、企業内部の調整、企業指揮レベルでの人員配置も、監査の対象となる。この領域における監査の重点は、予防的コントロール及び取締役会の審議に置かれる（BGHZ　114, 127, 129)。監査役員自体は会社内において事業活動等に関与していないので、監査役員によるコントロールは、取締役会からの報告を拠り所とすることが多い。取締役会の報告は、企業全体の展開に限らず、個別の業務分野における展開も示すものであることを要する。監査

（4）　Koch, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., 2016, S. 330.

（5）　Raiser/Veil, §15　Rn. 1.

役会による監督任務に相応する形で取締役会が自発的に適切に報告しない場合、監査役会が取締役会による報告の範囲を確定する(6)。

5　会社業務が正常に進行している限り、伴奏的な形の監視で足りる。会社が危機的状況にある場合には、監査役会の監視活動も強化される必要があり、能動的な介入が求められるケースも存在する（OLG Stuttgart AG 2012, 762, 764)。大企業や経営多角化企業では、取締役会より下位の人物によって重要な決定の下されることが多い。これらの人物も監査対象に算入される。しかし異議の名宛人は常に取締役会である。株式法90条による監査役会に対する報告（情報提供）義務も、指揮的従業員でなく、もっぱら取締役会に求められる。コンツェルン支配企業において監視は、コンツェルン指揮および従属企業の事象にまで及ぶ。従属企業の事象については、それが支配企業の取締役会の指揮措置にとって接近可能なものであることが前提になる(7)。契約コンツェルンでは、監査役会の同意を得てのみ行われる行為の実行を、取締役会が支配企業から指図され、しかし監査役会の同意が相当の期間内に付与されないならば、取締役会は支配企業にこれを通知する（株308条3項1文)。通知後に支配企業が当該指図を繰り返すならば、監査役会の同意はもはや必要でない。支配企業が監査役会を有する場合、指図は、支配企業の監査役会の同意を得て繰り返されることができる（同項2文)。

6　監査役会は取締役の業務執行を監視するが、これは過去にかかわる回顧的なコントロールにとどまらず、将来の業務政策にかかわる予防的なコントロールにまで及ぶ（BGHZ 114, 127, 129)。また合目的性や経済性もコントロールの対象になる。この点から、株式法上明記されていないが、取締役会との協議も行われる。日常的な協議の枠を超えて、監査役員が有償の助言（顧問）契約を締結するには、監査役会の同意を得る必要がある

(6)　Raiser/Veil, §15 Rn. 2.

(7)　Raiser/Veil, §15 Rn. 3.

（株114条１項）。

会社の存続を脅かす展開が早期に認識されるようにするため、取締役会は適切な措置、とりわけ監視システムを整備しなければならない（株91条２項……1998年改正）。本条に基づき取締役会により導入される監視システムも、監査役会によってチェックされる(8)。任務遂行のため、監査役会には広範な情報請求権が帰属する。取締役会は監査役会に多様な報告を行う（株90条）。監査役会も同僚による合議制の機関として帳簿および書類等の閲覧権を有する（株111条２項）。それに対応して監査役員は守秘義務を負う（株116条２文、116条１文・93条１項３文）。企業の機密保持の客観的な利益が決定的な基準となる（BGHZ 64, 325, 329）。株主総会は監査役員を守秘義務から一般的な形で免除することができない（BGH NJW 2016, 2569, 2571）。

７　監査役会の権限として、第１に取締役員の選任および解任が挙げられる（株84条）。監査役会は委員会として、取締役員に対して、会社を裁判上および裁判外で代表する（株112条）。第２に監査役会は取締役会の業務執行を監視する（株111条１項）。この点については、上述の通り、事後的なコントロールに限らず、将来の業務政策等に関する取締役会との審議も含まれる。監視任務は、適法性のコントロールに限らず、取締役会の行為の合目的性および経済性の調査にも及ぶ。第３に年度決算書の検査および原則的にその確定も、監査役会の責務とされる（株171条、172条）。監査役会が効果的にその任務を処理できるようにするため、取締役会の報告義務（株90条）、及び監査役会の帳簿・書類の閲覧権や財産の検査権（株111条）が明定されている。業務執行の措置を取締役会から監査役会へ委ねることはできないが（株111条４項１文）、定款または監査役会は同意留保権を設定することができる。すなわち定款または監査役会は、特定の種類の行為が監査役会の同意を得た上でのみ行われうる旨を定めることを要

（８） Saenger, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., 2020, §15 Rn. 595.

する（同項2文)。4項2文にいう特定種類の行為は、重大な措置に限定され、日常的な営業取引を含まないと解される[9]。支払無能力の前段階において取締役会のみならず監査役会にも一定の義務が生ずる。会社が支払無能力に近づきつつあることが認識されるならば、監査役会は、「取締役会が時宜にかなって破産申立をなし、通常のかつ良心的な営業指揮者の注意義務と調和しない支払いをもはや給付しない」ように手を尽くさなければならない。監査役員が有責に上記に違反したならば、会社に対して損害賠償義務を負う（BGH NJW 2009, 2454)。

8　過去においては、取締役会に対するコントロールを「株主の委員会としての監査役会」に委ねようとする立法者の考え方も存在したようであるが、「株主の委員会としての監査役会」の機能は次第に稀薄になった。立法者が監査役会に上記コントロール以外の多様な任務を割当てようとしたからである。それゆえ現代の監査役会は多元的に構成される（例えば共同決定法による労働者代表監査役）利益代表機関であり、その監視活動は株主のみでなく、他の公的な利益にも貢献する[10]。

ドイツの監査役会制度に対する批判として、監督者と被監督者との近接性および監査役員としての専門的能力の不十分さが挙げられる。

9　監査役会は、同僚の中から1名の会長（主席監査役 Vorsitzender）及び少なくとも1名の代理人（次席監査役 Stellvrtreter）を選挙することを要する（株107条1項1文)。会長は監査役会を招集し、準備し、指揮するほか委員会に関与し、委員会の審議結果を総会へ提出する。また会長は監査役会の代表者である（とりわけ取締役会および取締役員に対して)。代表者としての資格において会長は取締役会からの話し掛けの相手方であり、また取締役会の助言者でもある[11]。

各監査役員または機関としての取締役会は、会議の目的および理由を記

（9） Bitter・Heim, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2018, § 3 Rn. 77.

（10） Koch, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., 2016, §30 Rn. 24.

（11） Hüffer/Koch, 2020, §107 Rn. 8.

載して、監査役会の会長が遅滞なく監査役会を招集することを要求することができる（株110条１項１文)。２名の監査役員または取締役会による上記の要求が応じられなかったならば、監査役員または取締役会は、事情を通知しかつ議事日程を記載して、自ら監査役会を招集することができる（同条２項)。なお定款には、監査役会会長が株主総会の議長に就任すると定められることが多いようである[12]。

監査役会による会長の選任決議は、監査役員としての地位の存続期間を前提とする[13]。

10　なるほど取締役会は自己責任の下で会社を指揮する（株76条１項）が、その活動は、監査役会による継続的な管理に服する。それゆえ取締役会は、株式法90条により、監査役会に対する報告を義務づけられ、そのため、出来事が監査役会に遅れて知らされるのではなく、早期に知識を得ることにより、監査役会も会社の意思形成に関与できるようになる。さらに監査役会は書面資料に目を通すことにより、会社財産の現況についてイメージを描くこともできる（株111条２項)。定款または監査役会決議により、特定の種類の取引につき取締役会は、場合によっては、個別取引に関し監査役会の同意を必要とする旨を定めることもできる（株111条４項２文)。差し迫りつつある全く擁護しえない取締役会の行為に際しては、裁量の収縮により同意を留保すべき監査役会の義務[14]が生じる（BGHZ 124, 111, 127)。

取締役会における活動により取締役員が知るに至った機密のデータ及び業務上の秘密に関して、取締役員は沈黙を守らなければならない（株93条１項３文)。新製品の開発状況は会社の業務上の秘密に該当する。この守秘（機密保持）義務は監査役に対しては妥当しない（BGHZ 20, 239, 246)。もし取締役が彼の守秘義務を援用して監査役の認識から当該事項（新製品

（12） Hüffer/Koch, §129 Rn. 18.

（13） Hüffer/Koch, §107 Rn. 7.

（14） Hüffer, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl., 2003, S. 286.

の開発状況）の知識を奪うことができるのであれば、監査役は自己の任務を履行できなくなってしまう[15]。

Ⅲ　監査役会の手続

11　監査役会は、定款の規定に従い、１名の主席監査役（議長・会長）および少なくとも１名の次席監査役（代理人）を選挙しなければならない（株107条１項１文）。取締役会議長とは異なり、主席監査役および次席監査役は、明文で規定された機能の担当者である。主席取締役が１名に限定される（株84条２項）のと異なり、次席監査役が複数名であることは認められる余地もあるが[16]、現実には次席監査役も通常は１名である。主席監査役は、そのような委員会（審議会）の会長に一般的に帰属する権限を有するが、単独決定権は認められない。

主席監査役は監査役会の会議を招集し、準備し、指揮するほか、委員会と係わりをもち、委員会の活動成果を監査役会に提出する。また主席監査役は、取締役会や取締役員に対する監査役会の代表者でもある[17]。

資本増加決議、資本増加の実行、条件付資本増加決議、新株の発行、公然の準備金の資本への振替による資本増加決議、資本減少決議、簡易な資本減少、４％より多い利益持分の支払（株184条１項、188条１項、195条１項、203条１項、223条、229条３項、237条２項）について、主席監査役および取締役会は、登記のため当該行為を商業登記簿へ届出る。監査役会の会議に関しては議事録が作成され、これに主席監査役が署名する（株107条２項１文）。

12　監査役会の招集は主席監査役により行われる（株110条１項）。主席

（15）　Hüffer, GesR, S. 286.

（16）　Hüffer/Koch, §107　Rn. 4.

（17）　Hüffer/Koch, §107　Rn. 8.

監査役に支障が存在するならば、次席監査役が招集する（株107条１項３文)。もし主席監査役及び次席監査役が欠けるならば、各監査役員および取締役会に監査役会招集権が帰属する（株110条２項の類推)。招集は法律行為一般に妥当する規定に服するわけではない。招集は会社内部における手続行為であり（BGHZ　100, 264, 267)、主席監査役が自己の名においてこれを行う[18]。

13　各監査役員および取締役会は、目的および理由の記載の下で、主席監査役が監査役会を遅滞なく招集することを、要求することができる（株110条１項)。上記の要求に応じられることがなければ、その監査役員または取締役会は事実関係および議事日程の記載を通知して、自ら監査役会を招集することができる（株110条２項)。招集権は各監査役員および機関としての取締役会に帰属する。

株式法には監査役会招集の形式手続に関する規定が欠けるので、これは定款または業務規則に委ねられる。定款または業務規則に別段の定めがなければ、招集は口頭とか電話によって行われることもできるが、招集日と会議開催日との間の期間が相当なものであることを要する。株式法110条１項２文の類推から、招集期間は２週間程度が妥当と指摘されることもある。定款または業務規程は書面による招集を定めることもできる（有限会社の社員総会の招集は書留郵便による　ド有51条１項)。

14　株式法110条１項に基づく各監査役員または取締役会による招集要求が否定されたならば、上記の通り、当該監査役員または取締役会は自ら監査役会を招集することができる（株110条２項)。監査役員Aが彼の監視活動の枠内で取締役会の違法行為を認識した。主席監査役が拒絶したにせよ、Aの監査役会招集権は招集義務に高度化される。Aは自ら監査役会を招集すべきことになる（OLG　Braunschweig　NJW　2012, 3778, 3780)。

15　監査役員の任期は４年であるが、厳密には、任期の開始後、第４営

（18）　Hüffer/Koch, §110　Rn. 2.

業年度に対する責任免除に関し議決される株主総会の終了時までとされる（株102条１項１文）。もとより、これは監査役員の任期であり、機関としての監査役会の継続性は102条１項により害されない[19]。

監査役員は、その者が監査役会に派遣されるべきものでなく、また共同決定法、共同決定補足法、３分の１参加法等により従業員の監査役員として選挙されるものでない限り、株主総会により選挙される（株101条１項１文）。任期満了後の再選も可能であり、実際にも普及している。個別選挙が望ましいとされつつ、ブロック選挙によることが多い[20]。

選挙提案への拘束なしで、株主総会により選挙された監査役員は、株主総会によりその任期経過前に解任されることができる。解任決議は、投じられた票の少なくとも４分の３を包含する多数を必要とする。定款は、上記と異なる多数および追加の要件を定めることができる（株103条１項１文～３文）。定款に基づき監査役会に派遣された監査役員は、派遣権利者により、いつでも解任され、他の者に置き換えられる。定款に規定された派遣権の前提条件が脱落したならば、株主総会は、派遣された当該監査役員を投票の単純多数により解任することができる（株103条２項１文・２文）。

選挙提案への拘束なく株主総会により選挙されたわけではなく、また定款に基づいて監査役会へ派遣されたわけでもない監査役員の解任については、第３項のほか、共同決定法、石炭・鉄鋼共同決定法、共同決定補足法、３分の１参加法等が適用される（株103条４項）。

　監査役員の人物に重大な事由が存在するならば、裁判所は監査役会の申立に基づき、監査役員を解任する。監査役会は、その申立につき単純過半数で議決する。当該監査役員が定款に基づき監査役会に派遣されているならば、持分を併せて資本の10％または100万ユーロの券面額に達する株主も解任申立をすることができる。この裁判に対しては、抗告が許容され

（19） Hüffer/Koch, §102 Rn. 2.

（20） Windbichler, Gesellschaftsrecht, 24. Aufl., 2017, §28 Rn. 4.

る（株103条３項１文～４文）。株式法103条３項１文にいう重大な事由の例として、重大な義務違反、無能力、継続的かつ重要な利益の衝突等が挙げられる（OLG Hamburg AG 1990, S. 218; OLG Zweibrücken WM 1990, S. 1388）。

監査役会は、半暦年に２回は開催されることを要する（株110条３項１文）。非上場会社において監査役会は「半暦年に１回会議が開催される」旨を決議することができる（同項２文）。

Ⅳ　監査役会決議

16　監査役会は、合議制の団体[21]として、決議により決定する（株108条１項）。決議は明示的に議決されることを要する。暗黙の表決または推断的表決は監査役会でも認められるが、決議と全く同一の効力を有するわけではないと解されている[22]。

　監査役会又はその委員会の書面、電話または比較しうる他の方法による議決は、定款または議事規則による詳細な規制の留保の下で、監査役員または委員の誰もがこの手続きに異議を述べない限り、許容される（株108条４項）。

監査役会の議決能力が法的にも定款にも規定されていないならば、法律または定款に従い監査役会が成立する監査役員の少なくとも半数が議決に参加する場合に、監査役会は議決能力を有する。いずれの場合でも、少なくとも３名の監査役員が議決に参加することを要する。法律または定款に定められた数より少ない監査役員が監査役会に所属していることは、監査役会の構成に対して基準となる人数的割合が遵守されていない場合であっ

（21）　Windbichler, GesR, §28　Rn. 27.

（22）　Hüffer/Koch, §108　Rn. 4.

ても、議決能力の妨げにならない（株108条２項１文～４文)。

欠席の監査役員は、書面投票を提出させることにより、監査役会および その委員会の議決に参加しうる。書面投票は、他の監査役員により提出さ れることができる。書面投票は、監査役会に所属していない者によっても 提出されることができる。但し、後者については、その者が株式法109条 ３項により監査役会または委員会の会議への出席につき権利を有する場合 に限られる（株108条３項１文～３文)。

株式法108条３項は、使者による「監査役会またはその委員会」の議決 への参加を許容する。使者は書面投票用紙を提出することを要する。出席 している他の監査役員は、常に投票のための使者たりうる。監査役員以外 の使者は、その者が会議への出席を定款により許容されていることが投票 の前提になる(23)（株108条３項１文・109条３項)。

議決は会議において行われる。書面、電話または電子的方法による議決 は、監査役員の誰もが異議を述べないならば行われることができる（株 108条４項)。一般的には、監査役会が成立する監査役員の少なくとも半数 が議決に参加するならば、監査役会は議決能力を有する。但し、いずれの 場合でも、３名の監査役員が議決に参加していることを要する。この点に ついては、定款による変更が認められない(24)。法律または定款により定め られた数より少ない監査役員が監査役会に所属していても、それは決議能 力の支障にならない。欠席する監査役員は書面投票の提出により議決に参 加することができる。出席する他の監査役員は常に、欠席する監査役員の 議決権行使の使者となりうる（株108条３項２文)。監査役員以外の者は、 その者による監査役会への出席が定款により許容されている場合に限り （株108条３項３文・109条３項)、議決権行使の使者となりうる(25)。

各監査役員および取締役会は何時でも、主席監査役が監査役会を遅滞な

(23) Hüffer/Koch, §108 Rn. 19.

(24) Windbichler, §28 Rn. 27.

(25) Hüffer/Koch, §108 Rn. 19.

く招集することを要求することができる。会議は招集後２週間以内に催されることを要する（株110条１項１文・２文)。２名の監査役員または取締役会による上記の要求が応じられなかったときは、監査役員または取締役会は、その事情および議事日程の記載を通知して、自ら監査役会を招集することができる（株110条２項)。

監査役会の会議には、監査役会および取締役会の構成員が参加する。個別ケースにおいては、専門家および解説者が意見（助言）を求められて出席することがある（株109条１項２文)。決算検査役が監査役会へ出席することもある。すなわち監査役会による年度決算書等の検査において、年度決算書やコンツェルン決算書等を検査した決算検査役は、これらの呈示書類に関する監査役会や検査委員会の審議に参加し、報告を行う[26]（株109条１項２文・171条１項２文)。

17　監査役会決議に瑕疵があるとされるのは、①手続に欠陥が存在する場合、および②決議が、その内容によれば、法律または定款に違反している場合である。個別の投票の瑕疵は直ちに決議の瑕疵を導くわけではない。個別投票の無効により票決の結果が変化する場合に限り、個別投票の瑕疵は重要な意味を有する。過半数に必要な賛成の数が実際には存在しないとすれば、決議は成立していないことになる[27]。監査役会決議の無効は、手続上の重大な瑕疵および決議内容の法律・定款違反に際して生じる（BGHZ 122, 342, 351; BGHZ 135, 244, 247 OLG Frankfurt AG 2007, 282, 284)。無効は、通常の無効確認訴訟により主張される（ZPO 256条)。監査役員は、その機関地位に基づき（BGHZ 135, 244, 247; BGH AG 2012, 677)、訴を提起しうる。場合によっては、決議取消の訴に際してと同様、肯定的な決議確認の訴も考えられる（BGHZ 196, 195=NJW 2013, 1535)。重要な手続上の瑕疵として決議不能、各監査役員への招集欠如等

（26） Hüffer/Koch, §109 Rn. 5 ; §171 Rn. 12.

（27） Hüffer/Koch, §108 Rn. 25.

が挙げられる。個別的な瑕疵のある投票は、それが決議にとって因果的であった場合に限り、決議の重大な瑕疵を根拠づけうる。もし投票不足で決議が成立していなかったとすれば、手続上の瑕疵による決議の無効は問題とならない。瑕疵ある投票が投票の過半数をもたらさなければ、そもそも決議が存在しない。そのような確認は不必要であり、仮に確認が行われても、決議結果に関して何ら創設的効力を有しない。手続違反が存在するにせよ、その違反の程度が僅かであれば、決議は無効にならない。法律または定款（議事規則を除く）に対するあらゆる違反が内容の瑕疵となる。監査役にとっての裁量の余地を超え出ている以上、違反の重大性が更に問われることはない[(28)]。取締役員に対する会社の損害賠償請求権の追及を監査役会が不当に拒絶する場合にも、内容の瑕疵が想定される。ここでは株式法111条1項がBGB134条の意味の禁止法規であるか否かは問われない（BGHZ 135, 244, 251）。株式法76条3項の前提条件を充足しない者を取締役員として選任する監査役会決議も無効とされる（決議内容の瑕疵）。

一部の学説および判例（OLG Hamburg AG 1992, 197）によれば、法律または定款に対する重要性の低い違反が問題となるのであれば、無効の結果は、株式法243条の類推適用により、排除されうることになる。この帰結は、主に追完（治癒）可能な手続上の瑕疵（とりわけ招集手続の瑕疵）について、それが決議不能へ導かない事例を想定している（OLG Hamburg WM 1982, 1990, 1995）。しかし連邦通常裁判所は、この考え方を明確に拒絶し、監査役会決議への株式法243条以下の類推適用を否定した（BGHZ 122, 342, 347; BGHZ 124, 111, 115; BGHZ 164, 249, 252; BGH AG 2012, 677; BGHZ 219, 251=NJW 2018, 2796）。

（28） Hüffer/Koch, § 108 Rn. 27.

V　監査役員の義務及び責任

18　監査役員の注意義務および責任については、２項３文の規定を除き、取締役員の注意義務および責任に関する93条が準用される（株116条１文)。株主代表監査役員および従業員代表監査役員は、その義務違反に際して同様の方法で会社に対して責任を負う。株主代表監査役員および従業員代表監査役員は、同列の地位に立ち、企業利益に拘束されることによる。「通常かつ良心的な営業指揮者の注意」の基準については、監査役会の任務が取締役会のそれとは異なることから、それに応じた修正が必要になる(29)。株式法116条２文、93条１項３文による守秘義務は、すべての監査役員に等しく妥当する(30)。定款・業務規程または監査役会決議によって守秘義務を緩和したり拡大することは認められない（BGHZ　64, 325)。株式法116条２文は、そのことを特に強調している。当該委員会または審議会の規模が拡大するほど、会議の機密性維持はより困難になる。守秘義務の違反は株式法404条により可罰的とされる。

19　監査役会の管理・監督機能は、取締役員に対する会社の損害賠償請求権の有無を調査し、請求権が認められるならば原則としてこれを追及すべき義務を根拠づける（BGHZ　135, 244, 252)。取締役員についてと同様、監査役員にも一定の範囲で行動の余地が認められる。それゆえ経済性の問題は、裁判所によるコントロールから引き離される（OLG　Düsseldorf NJW-RR　1995, 1371, 1375)。取締役員とは異なり監査役員は兼職において会社のために活動し、それゆえ上位の義務拘束が成立しうる。したがって、監査役員と取締役員との間で同一の要請は設定しづらい。これに対して、

（29）　Windbichler, §28　Rn. 37.

（30）　Windbichler, §28　Rn. 37.

監査役会の内部では、すべての監査役員に対して同一の注意基準が妥当する。またその基準については、「企業の利益」が重要な役割を果たす（BGHZ 64, 325, 329）。

20　監査役員に対する会社の損害賠償請求権を行使すべきは取締役会である（株78条）。監査役会による監視が不十分であるとする非難については、たいてい取締役の義務違反が背景に存在する。それゆえ会社の損害賠償請求権の行使には、株主総会により選任される特別代理人（株147条2項）に重要な意義が寄せられる。監査役員の免責には、株式法120条1項による免責決議が必要とされる。広く分散した投資家層により構成される株主総会では、取締役会に託された会社資産が事実上もっぱら会社の繁栄のために経済的に活用されているか否かをコントロールすることが困難である。そこで過去の立法者は、監査役会の設置により、上記の必要的コントロールを株主達の委員会に委ねることにした。株主委員会としての監査役会の機能は、立法者が監査役会に多様な他の課題を割当てたことにより、次第に薄められてきた。しかも共同決定制度により、従業者の代表も監査役会の構成員となっている。それゆえ監査役会は現在では、多元的に配置された利益代表機関であり、その監督活動は株主のみならず、他の利益主体にも役立つことが求められる。ドイツ監査役会制度に加えられる批判として、監督者と非監督者との過度の近接性、および監査役員の職業人としての専門家性の不充分さが指摘されている[31]。

株式法100条および105条は、監査役員に対する人的前提条件を規定する。これは監督任務の適正な処理に重要な意味をもつ。

製薬A社の監査役会は、新規医薬品の開発状況に関し情報を得たいと考えており、またその点に関して存在する書類（データ・資料）を閲覧したいと希望（祈願）している。しかし取締役会はそれ（閲覧）により新薬開発プロジェクトの詳細が事実上公開されてしまうことを懸念している。取

（31） Koch, GesR, §30 Rn. 24.

締役会はどのように対処すべきか[(32)]。監査役会がその権限の範囲内で情報請求しているのであれば、取締役会は自己の懸念を一時引っ込める必要がある。取締役員の選任（株84条１項）および取締役員を相手方とする会社の代表（株112条）と共に、取締役会の業務執行の監督（株111条）は監査役会の本質的な使命である。

なるほど取締役会は自己の責任の下に会社を指揮するが（株76条１項）、取締役会の活動は監査役会による継続的なコントロールの下に置かれる。取締役会は株式法90条１項各号の所定事項に関して監査役会への報告を義務づけられている。これによって監査役会は会社の重要事象を事後的に認識するのではなく、早期に認識し会社の意思形成に関与（介入）することができる。さらに定款または監査役会決議により、特定の種類の行為につき取締役会は監査役会の同意を必要とする旨が定められることを要する（株111条４項２文）。従来は､定められることができると規定されていたが､2002年改正により同意の留保が定められることが必要とされた。同意の留保の可能性の使用が義務づけられたことにより、定款の中に、監査役会の同意を必要とする業務執行措置がリストアップされる事例も存在するようである[(33)]。個別措置に対して随時的に同意の留保が宣言されることもありうる（BGHZ 124, 111, 127; OLG Stuttgart WM 1979, 1296, 1300）。

21　取締役会における取締役員らの活動を通じて彼らに知られるに至った機密のデータおよび会社の秘密、すなわち経営または営業上の秘密に関し、取締役員らは沈黙を守らなければならない（株93条１項３文）。また株主総会における株主の解説請求権に関し、解説の付与が、理性的な商人の判断によれば、会社または結合企業に少なからぬ不利益を与える場合には、取締役会はそれを理由に説明（回答）を拒絶することができる（株131条３項１号）。製薬会社において株主から新薬の開発状況に関する質問

（32） Koch, GesR, §30 Rn. 26.

（33） Koch, GesR, §30 Rn. 26.

が発せられても、会社に少なからぬ不利益が及ぶことを理由に、取締役会は回答を拒絶することができてもよさそうである。他方、取締役会が守秘義務を援用して監査役会の認識から業務上の関心事を引き離すことができるとすれば、取締役会は重要な問題において監査役会の任務遂行を不可能ならしめることができてしまいそうである。監査役会に対して取締役会は情報を提供すべきことになる[34]。監査役会に限らず、個々の監査役員も取締役会に対して「監査役会」への報告を請求することができる。もとより監査役員にも守秘義務が課せられている（株116条２文)。

22　監査役員には､その活動に対して報酬が与えられることができる(株113条１項１文)。報酬は定款において定められ、または株主総会により承認されることができる（同項２文)。報酬は監査役員の職務および会社の状況に対し、相当な関係に立つことを要する（同項３文)。本規制の狙いとするところは､株主総会への権限割当およびそこから確保される開示(周知）効果により報酬額が相当程度低減される点に求められる[35]。

会社は、監査役会の同意を得てのみ監査役員に信用を供与する（信用貸し）ことができる（株115条１項１文)。支配会社は、自社の監査役会の同意を得てのみ従属企業の監査役員に信用を供与することができ、従属会社は、支配企業の監査役会の同意を得てのみ支配企業の監査役員に信用を供与することができる（同項２文)。同意は、特定の信用取引または特定の種類の信用取引に対してのみ、かつ３か月より長くなく、予め付与されることができる（同項３文)。同意に関する決議は、信用の利息および返済を取り決めることを要する（同項４文)。監査役員が個人商人として商業を営むならば、監査役員の営む商業に会社が供給する商品の支払に対して信用が供与される場合には､同意は必要とされない（同項５文)。第１項は、監査役員の配偶者、伴侶または未成年の子への信用供与、およびこれらの

（34） Koch, GesR, §30 Rn. 28.
（35） Koch, GesR, §30 Rn. 29.

者の計算で又は監査役員の計算で行為する第三者への信用供与についても適用される（同条２項）。

監査役員が同時に他法人の法定代理人または他の人的商事会社の社員であるならば、会社は、監査役会の同意を得てのみ、その法人または人的商事会社に信用を供与することができる（株115条３項１文）。また１項３文および４文が準用される（115条３項１文）。その法人もしくは人的商事会社が会社と結合しているとき、または会社が法人もしくは人的商事会社に供給する商品の支払のため法人もしくは人的商事会社に信用が供与されるときには、この規定は適用されない（同項２文）。

１項から３項に違反して信用が供与されるならば、監査役会が事後的に同意しない場合、監査役会が事後に同意しない以上、それとは異なる合意が存在していても、当該合意を考慮することなく、信用は直ちに返還されることを要する（株115条４項）。

監査役会は、会社の繁栄がそれを要求するならば、株主総会を招集しなければならない（株111条３項）。監査役会の同意を必要とする措置につき同意が拒絶され、取締役会が株主総会の同意議決を求める場合（株111条４項３文）も同様である。年度決算書は監査役会へ呈示され、監査役会はこれを検査する（株170条１項１文、171条）。年度決算書は、基本的には、監査役会の承認により確定する（株172条）。また監査役会は取締役会と共に、年度剰余金を利益準備金に積み立てる(36)（株58条２項）。

23　会社は、監査役会の決議に基づいてのみ、取締役員に信用を供与することができる（株89条１項１文）。決議は特定の信用（貸付）取引または特定の種類の信用取引に対して、かつ３か月より長くならない間に予め議決される（同項２文）。決議は信用供与の利息および返済を規制する必要がある（同項３文）。取締役員に帰属する給与を超え出る引出しの許諾、すなわち給与の前払いの引出しの許諾も、信用の供与に等しい（同項４文）。

（36）　Saenger, GesR, §15 Rn. 598.

このことは、１か月分の給与を超えない信用供与については、妥当しない（同項５文)。会社は、監査役会の同意をもってのみ、支配人または全事業経営につき授権された商事代理人に信用を供与することができる（同条２項１文)。支配会社は、監査役会の同意をもってのみ、従属企業の法定代理人、支配人または全事業経営につき授権された商事代理人に信用を供与することができ、従属会社は、支配企業の監査役会の同意をもってのみ、支配企業の法定代理人、支配人または全事業経営につき授権された代理人に信用を供与することができる（２項２文)。１項２文から５文が準用される（２項３文)。

第２項は、取締役員、他の法定代理人、支配人または全事業経営につき授権された商事法定代理人の配偶者、生活パートナーまたは未成年の子への信用供与についても適用される（株89条３項１文)。さらに第２項は、これらの者の計算で、または取締役員、他の法定代理人、支配人または全事業経営につき授権された商事代理人の計算で行為する第三者への信用供与についても適用される（３項２文)。

取締役員、支配人または全事業経営につき授権された商事代理人が同時に他法人の法定代理人もしくは監査役員または人的商事会社の社員であるならば、会社は監査役会の同意をもってのみ、その法人または人的商事会社に信用を供与することができる。１項２文および３文が準用される（89条４項１文)。もし法人もしくは人的商事会社が会社と結合しているならば、または会社が法人もしくは人的商事会社に供給する商品の支払のために信用が供与されるならば、１項２文および３文は適用されない（同項２文)。

第１項から第４項に違反して信用が供与される（信用貸し）場合、監査役会が事後に同意しなければ、その信用（貸付金）は、これに矛盾する合意を考慮することなく、直ちに返還されることを要する（89条５項)。

監査役会は、個々の取締役員の収入総額（俸給、利益参加、費用賠償、保険料、取引手数料、促進に向けて設定される報酬約束たとえば株式引受

権とか各種の従たる給付）の決定に際しては、収入総額が取締役員の任務および業績に対し、および会社の現在の状況に対し相当な関係に立ち、かつ通常の報酬が特別の理由なく過度に引き上げられることのないように配慮しなければならない（株87条１項１文）。

上記決定後に会社の状況が悪化して、第１項による給与を継続供与するならば会社にとって不当・不公正になるであろう場合、監査役会は、あるいは85条３項のケースでは監査役会の申立に基づき裁判所は、給与を相当な額に減額することができる（87条２項１文）。年金、遺族年金および類似の種類の給付は、会社からの退職後の当初の３年間に限り、１文に従って減額されることができる（同項２文）。減額により、任用契約はそれ以外の点においては影響を受けない（同項３文）。しかし取締役員は翌４分の１暦年末に６週間の告知期間をもって彼の任用契約を解約告知することができる（同項４文）。

会社財産に関し破産手続が開始され、破産管財人が或る取締役員の任用契約を解約告知するのであれば、その取締役員は雇用関係終了により彼に発生した損害に対して、雇用関係終了後２年分の損害に限り賠償を請求することができる（87条３項）。

24　監査役員の報酬は定款において定められ、または株主総会により決議される。報酬は、監査役の責任、職務の範囲および企業の成果を考慮に入れたものであることを要する（株113条１項１文～３文）。

監査役員が彼の監査役会における活動の外で会社に対し義務を引受ける（たとえば弁護士としての相談・助言）ならば、その契約が効力を有するには監査役会の同意を必要とし（株114条１項）、同意を得るまでは契約は浮動的に無効と解される[(37)]。それゆえ、監査役会の同意以前に取締役会が報酬を支払えば、取締役の行動は義務違反となる。

25　監査役会は、その裁量に従って、各種の委員会を設置することがで

（37）　Saenger, GesR, §15 Rn. 601.

きる。監査役会は、その同僚の中から、監査役会の審議および決議を準備し、または決議の遂行をチェックするために、１名または数名からなる委員会の委員を選任することができる（株107条３項１文)。監査役会は監査委員会を設置し、委員を選任する。監査委員会は、計算過程のほか、内部統制システム・リスク管理システム・内部検査システム・決算検査、ここでは特に決算検査役の選任と独立性および決算検査役により付加的に提供された給付の監督に携わる（同項２文)。監査委員会は、会計報告の完全性の保証のための推奨または提案を提出することができる（同項３文)。上場会社の監査役会は、111b条１項による同意について決議する委員会を設置し、委員を選任することができる（同項４文)。111a条１項２文の意味において営業に関与する近い立場の人物は委員会の委員になることができない（同項５文)。委員会は、営業に関与する近い立場の人物との関係に基づき、利害衝突の懸念がない構成員（監査役員）によって委員の過半数が構成されることを要する（同項６文)。

監査役会は委員会に一定事項の決定権限を委任することもできる[38]。監査役会から委員会へ委任することのできない事項が、株式法107条３項７文に列挙されている。具体的には、主席監査役・次席監査役の選任（株107条１項)、貸借対照表利益の内払（同59条３項)、取締役会のための業務規程の制定（同77条２項１文)、取締役員の選任・反覆的選任・任期の延長（同84条１項１文・３文、２項、３項１文)、取締役員の給与（同87条１項、２項１文・２文)、株主総会の招集（同111条３項)、年度決算書等の検査（同171条)、結合企業に対する関係に関する報告書等の検査（同314条２項、３項）および特定の種類の行為が監査役会の同意を得て行われることができる旨の決議が挙げられる。委員会設置の有無に限らず、委員会の構成（委員の選任）についても、監査役会にその権限が留保されている（株107条３項１文)。その限りで定款は監査役会の行為自由を制限す

（38） Windbichler, GesR, §28 Rn. 29.

ることができない[39]。監査役会には、委員会の職務に関し定期的に報告がなされることを要する（同項８文)。監査役会は、監査の結果に関し、書面で株主総会に報告する（株171条２項１文)。監査役会は、監査報告書において如何なる方法および如何なる範囲で会社の業務執行を監査したかを報告する。上場会社では、監査役会は、如何なる委員会が存在するか、および監査役会と委員会の会議数も報告する（同項２文)。監査役会内に設置される委員会について株式法は条文を設けていないが、監査委員会に限っては、株式法107条３項２文・３文および171条１項２文に言及が見られる。

26　監査役会の下に委員会を設置するか否か、各委員会のメンバーはどのように構成されるか、および委員会にはどのような権限が付与されるのかに関する決定は、監査役会（全体会）の義務である（株107条３項)。株主総会はこの点に関して、定款によっても通常の決議によっても影響を行使することができない（BGHZ　83, 106, 117f.)。決議を行う委員会では、少なくとも３名の構成委員が必要とされる（BGHZ　65, 190, 192f.)。委員会へ派遣される監査役員の選任に際して、監査役会は自由である。監査役会に所属しない者は、株式法109条１項および３項の前提条件の下でのみ会議に出席しうるにとどまる[40]。

27　委員会に所属していなくても、監査役員である以上、主席監査役が別段の定めをしない限り、委員会の会議に出席することはできる（株109条２項)。委員会の決議能力は、株式法108条２項３文の類推適用により、少なくとも３名の構成員（委員たる監査役員）が議決に参加することを要する（BGHZ　65,190, 192)。決議を行わない委員会については、２名の委員により構成されることも可能である[41]。委員会の決議は、投じられた票の過半数をもって成立する。

（39）　Windbichler, GesR, §28 Rn. 29.

（40）　Raiser/Veil, §15 Rn. 77.

（41）　Raiser/Veil, §15 Rn. 80.

委員会に所属していない監査役員は、主席監査役が別段の定めをしない限り（株109条2項の類推）、①取締役会により委員会に対してなされた報告を知る、②委員会議事録を閲覧する、③委員会での審議事項に関する情報を要求する等の請求権を有する（LG Düsseldorf AG 1988, 386）。本規制は、委員会の協議および決定がどの範囲まで他の監査役員に機密にされるべきかに関する決定権能を主席監査役に与えているに等しい(42)。

Ⅵ　監査役員の報酬

28　監査役員には、その活動に対して報酬が付与されうる。報酬は定款において定められるか、株主総会において承認されることができ、当該監査役員の職務および会社の状況に対して相当な関係に立つことを要する（株113条1項）。報酬の法的根拠は、監査役員と会社との間の会社法的職務関係に求められる(43)。定款において報酬が定められているならば、株主総会は、それにより報酬が引下げられることになる定款変更を、例外的に議決権の単純な過半数をもって議決することができる（株113条1項4文）。報酬は固定金額、手数料、保険給付、現物給付、年度収益についての持分の形においても存在しうる(44)。「固定金額」と配当金等に方向づけられた「利益に依存する報酬額」との組み合わせが一般的であるとされる。監査役員は基本的に同一の権利を有し義務を負うから、株主代表監査役と従業員代表監査役との間で報酬につき区別した取り扱いをすることは許されない。しかし企業に対する成果（業績）に応じて報酬に段階をつけることは、許容される。主席監査役には平監査役の2倍から3倍の報酬が、また次席監

（42） Raiser/Veil, §15 Rn. 77.
（43） Raiser/Veil, §15 Rn. 84.
（44） Raiser/Veil, §15 Rn. 85.

査役には平監査役の1.5倍程度の報酬が一般に給付されているようである[45]。

監査役の報酬規制からの脱法行為を防止するため、株式法114条および115条が存在する。

監査役会における活動の外で、労働関係の設定されない雇用契約により、または請負契約により、監査役員が高度の性質の仕事で会社に対し義務を負うのであれば、その契約の効力は監査役会の同意に依存する（株114条１項）。監査役会がその契約に同意することなく、その契約に基づき会社が監査役員に報酬を供与するならば、監査役会が当該契約を承認しない限り、当該監査役員は報酬を会社に返還することを要する（株114条２項１文）。監査役員の活動により会社が得た利得の返還を求める監査役員の会社に対する請求権は、手を触れられない。しかしこの請求権は、返還請求権と相殺されることができない（同項２文）。上記規定によれば、監査役員の会社との間の雇用、請負すなわち助言契約締結には監査役会の同意が必要になる。株式法113条が報酬の相当性に触れるのと異なり、114条は監査役会が契約に携わり、同意を要求するにとどまる[46]。規制の中心的な目的は、監査役会の任務に対する取締役会からの不適切な影響力行使の阻止に求められる。

監査役会の同意は承認として付与されうる。株式法114条２項１文によれば、監査役会が契約を事後的に、しかも報酬の支給後でも承認しうることは明らかである（BGHZ 194, 14, 20）。

Ⅶ　結　語

29　監査役会の歴史的起源を遡ると、それは株主総会の委員会として設

（45）　Raiser/Veil, §15 Rn. 85.

（46）　Raiser/Veil, §15 Rn. 87.

置されたようである。株主総会は規模が大き過ぎて、取締役会の業務執行に随伴したり監視することができないからである。現代の監査役会も、随伴および監視機能を有している。監査役会は業務執行を監視する（株111条1項）。しかし監査役会は、株主の機関としてでなく、企業の機関として整理されている。

監査役会は、構成監査役員の中から1名の主席監査役（議長）および1名から数名の次席監査役を選出する（株107条1項1文）。選出決議は、投票された議決権の過半数による。主席監査役は監査役会の議事を準備し、監査役会を招集し、監査役会を指揮し、監査役会議事録に署名し、監査役員から要求があれば、議事録の謄本を交付する（株107条2項4文）。資本増加および資本減少に関する決議の商業登記簿への申請は、取締役会および主席監査役がこれを行う（株184条1項、188条1項、223条）。株式法90条1項1文（1号～4号）および2文による取締役会から監査役会への報告事項は、主席監査役に対して報告される。株式法90条1項3文にいう「その他の重大な事由」についても、勿論、主席監査役に報告される。年度決算書等に関する監査役会報告書を株主総会で説明するのも主席監査役である（株176条1項2文）。

定款に定めることにより、主席監査役の立場は更に強化される。実際、定款規定において主席監査役が株主総会議長になると定められるケースが多く見られる。次席監査役は、主席監査役に支障のある場合に限り、主席監査役の権利および義務を有する（株107条1項3文）。

30　監査役会幹部会（総務会　Aufsichtsratspräsidium）は、株式法107条3項1文により監査役会の中に設置されうる委員会の1つである。監査役会幹部会は、監査役会の審議および議決の準備を行うために設置される。監査役会幹部会等の委員会に議決権限自体が委ねられることもある。委員会が決議を行うには、少なくとも3名の委員が出席し、議決に参加することを要する（BGHZ　65, 190, 192　株式法108条2項3文の類推適用による）。重要な決定事項については監査役会から委員会への議決の委託は認

められない。具体的には、取締役員の選任および解任（株84条１項１文・３文、２項、３項１文）、株主総会の招集（株111条３項）、特定の種類の行為が監査役会の同意をもってのみ行われることが許される旨の決議（株107条３項７文）が挙げられる。

31　監査役会決議の瑕疵に対する株式法241条以下（総会決議の無効等）の類推適用は否定される。一般的には、重大な手続違反、および決議内容の法律・定款違反は決議の無効原因とされる(47)（BGHZ 122, 342,351）。手続上の瑕疵が軽微であるならば、決議は有効である。重大な手続上の瑕疵が存在したり、決議内容が法律・定款に違反しているならば、監査役員は、ZPO246条により会社を被告として監査役会決議無効確認訴訟を提起することができる。株主であっても確認の利益を有するのであれば、同様である。

32　監査役員の注意義務および責任に対しては、取締役員の注意義務および責任に関する第93条が準用される。但し、同条２項３文は除外される（株116条）。監査役員に対しては、会社は取締役会により代表される(48)。とりわけ監査役員には、会社の利益のために自己の職務を執行する義務が課せられる。会社の業務が通常に進行している限り、監視は伴奏的なもので足りるが、危機的な状況下では監視活動が強化されることを要する。監査役会の積極的な介入が求められる事態もありうる。取締役会によってではなく、従業員によって重大な決定が下される場合が見られるが、これも監査の対象に含まれる(49)。

監査役員に対する会社の損害賠償請求権の行使は、取締役会の義務である（株78条）。しかし取締役会の義務違反が、監査役会による監視が欠如しているとする非難の基礎になっている(50)。それゆえ会社の損害賠償請求権行使に際しては、株式法147条２項に従い株主総会により選任される特別代理人に特別の意義が認められる。

（47） Hüffer/Koch, § 108 Rn. 26.

（48） Wilhelm, Kapital GesR, 4 Auhl., 2018 Rn.1134.

（49） Raiser/Veil, §15 Rn.3.

（50） Saenger, GesR, §15 Rn. 605.