慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	西独株式法上の取締役会と監査役会における欠席者の表決 : 我が国における欠席取締役の取締役会での議決権行使と関連づけて
Sub Title	Stimmabgabe abwesender Vorstandsmitglieder und Aufsichtsratsmitglieder nach deutschem AktG 1965 : Mit Bezug auf die Stimmrechtsausübung abwesender Vorstandsmitglieder nach japanischem HGB
Author	加藤, 修(Katō, Osamu)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1980
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.53, No.8 (1980. 8) ,p.30- 83
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19800815-0030

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

西独株式法上の取締役会と監査役会における欠席者の表決

——我が国における欠席取締役の取締役会での議決権行使と関連づけて——

加藤　修

一　はじめに
二　欠席取締役の議決権行使に関する立法論的検討の必要性
三　西独株式法における欠席取締役員の取締役会での表決
四　西独株式法における欠席監査役員の監査役会での表決
（1）　制度の概要
（2）　理論的に考えられる諸方法
（3）　表決使者
（4）　表決使者制度の弾力的運用
（5）　表示における代理理論
五　検討とまとめ

一　はじめに

株主が、株主総会に自ら出席できない場合には、自分のほうで代理人を選任して出席させることもできるし、あるいは、委任状の勧誘に応じて、議決権を行使させることもできる。株主総会の場合には、商法二三九条三項に規定があり、議決権代理行使の可能なことが明らかになつている。しかし、取締役が、取締役会に自ら出席できない場合に、代理人による出席が可能か否かについては、商法に明文規定はない。この点については、株主総会の場合とは相違して、取締役会には、取締役が自ら出席して決議しなければならず、代理人による出席は認められないと一般に理解されている。[1] これは、取締役というものが、その個人的才能に信頼を置いて選任されたものだからである。[2] つまり、取締役会というものは、取締役自身が出席して、論議を尽くすことをその基本としているということである。[3] そんなわけであるから、取締役会においては、議決権の代理行使のみならず、書面による決議あるいは持ち廻り決議も認められていない。[4] また、電話によつて議決権を行使することも許されないとされている。[5]

なお、昭和一三年の改正前の商法一六九条は、「会社ノ業務執行ハ定款ニ別段ノ定ナキトキハ取締役ノ過半数ヲ以テ之ヲ決ス支配人ノ選任及ヒ解任亦同シ」と規定していた。この規定のもとにおける昭和一〇年一月三〇日の大審院判決は、いわゆる持ち廻りの方法によつて出席しないものが同意を表明し、出席者の意思と合わせて総取締役の過半数となれば、決議は有効であると判示した。[6] しかし、この判旨は、現行商法の解釈論として受け入れることはできない。現行商法二六〇条ノ二第一項は、「取締役会ノ決議ハ取締役ノ過半数出席シ其ノ取締役ノ過半数ヲ以テ之ヲ為ス但シ定款ヲ以テ此ノ要件ヲ加重スルコトヲ妨ゲズ」と規定している。この規定は、昭和二五年の商法改正で設けられたものである。この規定の立法当初の解説書[7]によれば、会社の業務執行を決定する権限は、「会議体」としての取締役会にあり、個々の取締役が、仮りに別々に承諾を

与え、あるいは、法定の手続によらない取締役の集合の機会に過半数の取締役が賛成しても、このような承諾や賛成は、取締役会の決議とはならないとされていた。そして、商法が、取締役会に企業経営上の重大な権限を与えているのは、取締役会という会議において、各取締役がその才幹と識見とを傾けて意見交換をし、論議をつくして生まれた総合的判断と裁量とに、会社経営の能率と安全を期待するからであるとされた。それゆえに、会議にかえて、書面による、いわゆる持ち廻り決議をすることは、法の許容するところではないと説かれた。従つて、本店所在地から遠隔の地に在住する者をあまり多数取締役に選任するときは、実際上支障が生ずるおそれのある旨も指摘された。[8] 最高裁判所の昭和四四年一一月二七日第一小法廷判決も、いわゆる持ち廻りの方式によつた場合、有効な取締役会の決議とは認められないと判旨している。[9] もつとも、有効な取締役会の決議とは認められないということが、無効の問題なのか、それとも、会議不成立、決議不存在の問題なのかは微妙であろうとされる。[10] ところで、第二次大戦前の判例の中には、書面電信等による意見表明を有効としたもの[11]や、他の取締役に議決権行使を委任できるとするもの[12]があるが、持ち廻り決議が許されないのと同じ理由で、現行法の解釈としては受け入れられない。以上に述べたように、取締役会への代理人による出席、電話・電信・書面による意見の表明、書面決議、いわゆる持ち廻り決議は、適法なものとはいえず、たとえ取締役全員の同意があつても許されないとするのが通説であると考えてよい。[13] 各取締役が個々的に判断したものを積み上げて決定するのではなく、各取締役が取締役会という「会議体」を構成し、その会議において論議をつくし、その上で決議するという建前をとつている現行商法の立場からすれば、右の通説の見解は、妥当なものといえる。しかし、現行商法の解釈論という立場をはなれ、立法論を展開するとすれば、別な観点や立場も考えられる。そこで、この立法論の中で、個々の取締役が、取締役会に出席できない場合、どのようにして取締役会に参与し、議決権を行使できるかという点に関係するものを主として取り上げ、以下において言及しようと考える。そして、その後に、その点に関連する西独株式法上の規制を、我が国における立法論のための一つの参考例として検討してみよう。

なお、本稿で扱う問題に関連して、結局、典型的な意味における議決権の代理行使という立論は排除され、使者、書面表決あるいは両者の結合した構成が主として議論されることになる。これらの構成は種々の面において代理制度と関連する面も多いので、議決権代理行使論の脈絡の中で論ずる実益が大いにあると考える。それゆえ、本稿では代理理論に関連する論述もなされる。

(1) 堀口・注釈会社法二六〇条の二注二（四巻三四一頁）。昭和二七年一二月二七日の法務省民事局長通達（民事甲第九〇五号）も、取締役は、取締役会に代理人を出席させ、議決権を行使できないとしている（民事月報八巻二号九五頁）。
なお、大隅＝大森・逐条改正会社法解説二六一頁は、株主全員の同意をもって定めた定款に基づく場合に、代理人による出席を認めるような趣旨とも理解できる。また、西本・株式会社重役論六九頁は、一定の事項に限り議決権行使の範囲および趣旨を限定しておけば、取締役が他の取締役に議決権行使を委任できるとするが、大浜・取締役と取締役会・株式会社法講座三巻一〇五九頁は、反対する。

(2) 高鳥・会社法（二版増補）一六六頁。なお、取締役会における議決権は、各取締役に一個ずつ認められることについても同書同頁参照。

(3) 米津・株式会社法入門一五四頁。

(4) 高鳥・前掲書一六六頁、米津・前掲書一五四頁、大賀・現代株式会社法一一三頁。

(5) 堀口・前掲注釈会社法二六〇条の二注二（四巻三四一頁）。

(6) 法学（東北帝国大学）四巻六号一〇九頁。

(7) 岡咲・新会社法と施行法七三頁。鈴木＝石井・改正株式会社法解説一五三頁も同旨。

(8) 鈴木＝石井・前掲書一五三頁。

(9) 民集二三巻一一号二三〇二頁、判例時報五七九号八二頁。なお、昭和三一年六月二九日最高第二小法廷判決・民集一〇巻六号七七四頁および昭和四一年八月二六日最高第二小法廷判決・民集二〇巻六号一二八九頁は、持ち廻り決議を許さない立場を前提としているものと解される。

(10) 後藤・昭和四四年一一月二七日最高第二小法廷判決解説・最高裁判所判例解説民事篇昭和四四年度（下）九七六頁。

(11) 昭和九年一一月二七日大審院判決・法学（東北帝国大学）四巻四号一三六頁。もちろん、法的に意味のあるのは議決権行使につながる意見表明である。

(12) 大正一四年七月一三日東京地裁判決・法律新聞二四四五号一六頁。

(13) 高桑・外国に駐在する取締役の取締役会への出席・商事法務七九二号二四頁参照。

二　欠席取締役の議決権行使に関する立法論的検討の必要性

法務省民事局参事官室は、昭和五三年一二月二五日付けをもつて、「株式会社の機関に関する改正試案」を公表した。これは、昭和五二年五月に、同参事官室により公表された「株式制度に関する改正試案」に次ぐ二番目の会社法改正に関する試案である。この二つの試案の公表に先立つて、すでに昭和五〇年六月に、同参事官室は、商法改正に関する意見照会を行い、学界、法曹実務界、経済界からの意見を求めた。[1] これらの意見は、法制審議会商法部会に報告された。同商法部会は、諸意見を参考にしながら論議を進めた。これらの論議を踏まえて、法務省民事参事官室により公表されたものが、前記二つの改正試案である。[2]

「株式会社の機関に関する改正試案」の「第二　取締役及び取締役会」の中の「四　取締役会の運営」と題する所に「2　定足数等」という箇所がある。その部分には、次のような記述がある。すなわち、

「a　取締役会の決議は、取締役の過半数が出席してしなければならない。」

「b　取締役会に出席することができない取締役は、書面によつて意見を表明し、又は議決権を行使することができる。」

「(注)　テレビ又は電話等による取締役会への参加について規定を設けるかどうかは、なお検討する。」と記述されている。[3]

このa項、b項そして注記に関して、機関改正試案を立案した関係者による解説がある。この解説によつて、機関改正試案の意図するところが明確となる。[4] すなわち、取締役会の決議は、取締役の過半数が出席してしなければならないと定めているa項の解説によれば、現行法上も商法二六〇条の二第一項に同様の規定が置かれているが、機関改正試案が、あえてこのことを明確にしたのは、各取締役の取締役会内における権限の強化のほかに、次のb項を意識してのことであるという。つまり、b項により、取締役の書面による意見表明および書面投票が認められているが、もし、すべての取締役が書面投票

を行う事態が生ずれば、合議体としての取締役会の意義が失われてしまう。それゆえ、このような事態を防止するために、取締役会で決議をするためには、在任している取締役の過半数が出席しなければならないとした。だから、この場合の出席者の中には、書面で意見を表明した取締役の数が算入されないことは当然であるとのことである。

次に、書面による意見表明および書面投票を認めるb項の解説によれば、国際間の取引が頻繁になるに従つて、海外駐在取締役を置く会社も多いし、また、我が国の会社の特色として、支店長、工場長等を兼務する取締役の数が多いため、かなりの数の取締役が、会社の本店から遠隔の地で勤務しているのが普通であり、そのような取締役が取締役会に毎回出席するのはかなり困難であるとの認識から出発している。そして、法務省民事局参事官室の調査によれば、取締役会は、平均すると年一〇ないし一二回開催されるが、海外駐在取締役は、年に四ないし五回ぐらい出席できればよいほうであるとのことである。そこで、このような取締役が、自己の意見を取締役会において表明できるようにするため、b項のような規定を置いたのである。この書面による意見表明および書面投票の制度は、取締役に強制されたり、あるいは、反対に禁止されたりすることはできず、あくまでも、各取締役の自由意思に従つて利用できるものである。この制度は、代表取締役が、不正を行つていることが明らかであるが、その責任追求をまぬがれるため、本店から遠隔の地にいる取締役の出席を妨げる場合などに効果があるとされている。

注記は、テレビまたは電話等による取締役会への参加を今後の検討課題とするものであるが、この注記の解説によれば、通信手段の発達によつて、同時に多数の人が、相互に発言をし、また、これを聞くことができるようになつたため、取締役会の開催も、取締役が、物理的に同一の場所に集まらなくても、会議の目的を達することができるとの趣旨である。そして、すでに、カリフォルニア会社法は、このような通信手段によつて取締役会を開催できる旨を規定していることが挙げられている（カリフォルニア一般会社法三〇七条a項六号）。注記は、通信手段の分野での急速な発展にかんがみて、実際に立法がされ

る時における技術水準にあわせて、この点を考慮しようとするものであるという。

以上に、「株式会社の機関に関する改正試案」に関する解説を、かなり長く引用したが、これにより、定足数等についての機関改正試案のねらいが、より具体的に明確となった。前述したa項の眼目は、過半数が出席した合議体としての取締役会を従来どうりに維持しつつ、書面で意見を表明した取締役の数が、出席者の数に算入されないことにある。それゆえ、取締役会の定足数は、実際に取締役会に出席した取締役の数により、それが充足されたか否かが定まることになる。しかし、取締役会で決をとる時の票数の中に、書面により議決権行使をした取締役の票は入るというわけである。(5) これは、改正試案の他の箇所の表現との対比からも明らかになるとされている。すなわち、改正試案の「第一　株主総会」の「二　株主総会の運営」の「2　議決権の行使」の部分において、a項は、書面による議決権行使を認めているが、b項は、議決権行使のための書面が会社側に返送された場合において、株主が総会に出席しないときは、その議決権の数を定足数に算入し、書面の記載に従つて議決権を行使したものとみなすとしている。このように、b項において、株主総会の場合は、書面によつて行使された議決権の数が、定足数に算入される旨が明言されているのに対して、取締役会の場合には、定足数算入が謳われていない。この対比により、実際に取締役会に出席した取締役の数によつてのみ取締役会の定足数が決められる旨を表現したというのである。(6) 改正試案の取締役会の定足数等に関するa項は、一方において、取締役の過半数が、実際に取締役会に出席して議論を尽くす「会議体」としての取締役会を従来どうり予定している。他方において、次のb項は、海外やその他の遠隔地に派遣されている取締役の数が多くなつたという実際界における動向を踏まえて、そのような取締役が、取締役会に出席できない場合に、書面による意見表明および議決権行使する可能性を認めている。b項により認められたこの可能性は、取締役会に出席できない取締役の会議体への参加機会を間接的ながらも増大させる。また、このb項は、取締役の責任という観点からも重要な意味を持つ。取締役会が開催され、そこで何が審議されるのかを知りながら、取締役会に欠席した

場合、取締役会での活動を通じて適正な業務執行が行われるようにするための配慮をはたさなかつたとして、責任を追求される恐れもでてくる。そのような場合には、b項に従つて、書面で以て意見を表明しつつ議決権を行使し、議事録に賛否を明確にしておくことにより、後になつて行われる責任追求に対処することもできることになる。[7] 議事録に賛否を明確にしておくことの意義については、現行商法二六六条二項と三項の規制を念頭におく限り、無視のできない重要点である。ところで、取締役のうちに外国支店に常駐している者がある場合に、その取締役に対しても取締役会招集通知をすることが必要であるかにつき、疑問もないわけではないとしながら、通知をしなくてもよいと解する立場が現行商法の解釈論として主張されている。[8] また、定款により期間短縮されていないかぎり、取締役会招集のためには、会日より一週間前に各取締役に対してその通知を発しなければならないと規定している現行商法二五九条の二は、昭和二五年の商法改正に際して設けられたものであるが、[9] この規定の立法当初の解説には、次のような説明も見い出される。すなわち、会社の業務上即時の措置が要求され、遠方に居住する取締役など一部の者に対し通知をなすいとまのないような非常な場合には、残りの取締役で定足数を満すかぎり、前者に対する通知を要しないで、取締役会を開くことを認める解釈を、是認せざるを得ない場合が生ずるであろうとの説明である。[10] しかし、これらの見解には賛成できない。なぜならば、取締役会招集通知の方法にはなんらの制限もなく、書面でも口頭でもよいと解され、しかも電話による場合も、口頭による通知に入るとされているから、[11] 現在のように通信・伝達手段が発達している時代には即時的な連絡も容易なので、この点から、招集通知省略は理由づけられないし、また、取締役が、取締役会に出席するのに費用や時間がかかるから、招集通知を省略して良かろうともいえないからである。[12] そして、海外常駐取締役には取締役会招集通知を省略できるとの立場は、機関改正試案の前述した取締役会の定足数等に関するb項のような規制のもとでは、なお維持するのが困難であると考える。というのは、b項は、出席が困難である場合があり得ることを考慮して、書面による意見表明および議決権行使を認めており、そのための前提として、海外常駐取締役に

も取締役会招集通知が発せられている必要があるからである。

以上に紹介してきた機関改正試案の趣旨に従えば、取締役会に出席できない取締役に、書面による意見表明あるいは議決権行使が法的に保障されると共に、新しい通信技術を利用した取締役会の開催も、場合によっては、可能となる。[13] この改正試案の立場に対しては、各方面から種々の意見が寄せられている。以下において、それらの諸意見を紹介してみよう。[14] 書面による意見表明または議決権行使に賛成する立場は、①各種の情報伝達手段が発達した現在において、書面による意見表明が必要であること、②企業活動が広い地域にわたっている会社の存在を考慮した場合、やむを得ない措置であることを理由としている。それに対して、反対する立場は、①代表取締役の専横・独走を許すことになる、②書面による議決は、会議体の性質上不適当であり、書面による意見表明は、単なる参考意見にすぎなく、法律で規定する必要がない、③すべての会社にこのような規定を置く必要はなく、定款または取締役会決議で書面による議決権行使ができるような規定が望ましい、④会議の目的の通知、参考資料の送付等に難しい問題がある、⑤取締役会においては、全取締役が出席のうえ、議論して、議決権を行使することが建前であることを理由として挙げる。そして、これら賛成と反対の諸意見にまじり、条件付きのものも紹介されているが、それらの基本的発想には、右の諸意見と共通のものも見い出される。次に、テレビまたは電話等による取締役会への参加について、賛成する立場は、通信手段の発達した現在において、その点を前向きに検討すべきであるとする。それに反対する立場は、取締役の取締役会への出席を励行させるために、そのような方向をとるべきではないとする。

このように種々の意見が表明されているが、どのような立場を採用するにしろ、今後、取締役会における欠席取締役の議決権行使につき考えることは、今まで以上に意義深いことになるものと思われる。そして、さらに、その点に関する外国法制度を研究することも、やはり意義のあるものと考える。そこで、次に、その点に関連する西独株式法のもとにおける法規

制を検討してみよう。その検討は、まず、欠席取締役員の取締役会における表決についてなされ、次に、欠席監査役員の監査役会における表決についてなされる。

(1) 昭和五〇年六月の会社法改正に関する意見照会の内容およびそれに対する意見表明の一つについては、慶應義塾大学商法研究会・会社法の問題点と改正意見・法学研究四九巻二号七一頁以下参照。

(2) 「株式制度に関する改正試案」の内容およびそれについての意見の一つについては、慶應義塾大学商法研究会・株式制度に関する改正意見・法学研究五一巻一号七九頁以下参照。さらに、「株式会社の機関に関する改正試案」については、法務省民事局参事官室・株式会社の機関に関する改正試案・商事法務八二四号六頁以下、慶應義塾大学商法研究会・株式会社の機関に関する改正意見・法学研究五二巻九号八二頁以下参照。なお、法務省民事局参事官室は、昭和五四年一二月二五日付で、「株式会社の計算・公開に関する改正試案」を公表した。これは、会社法の改正に関する三番目の試案である。その内容については、商事法務八五八号七頁以下参照。

(3) 法務省民事局参事官室・前掲商事法務八二四号一〇頁、慶大商法研・前掲法学研究五二巻九号九〇頁。

(4) 元木・株式会社の機関に関する改正試案の解説（9）取締役及び取締役会―運営・資格・商事法務八三二号一〇頁以下。

(5) 座談会・株式会社の機関に関する改正試案・ジュリスト六八六号三〇頁の竹中発言と矢沢発言。

(6) 前掲ジュリスト六八六号三〇頁の稲葉発言。

(7) 前掲ジュリスト六八六号三〇頁の矢沢発言参照。

(8) 堀口・注釈会社法二五九条ノ二注六（四巻三二八頁）。

(9) 商法二五九条の二は、昭和四九年の商法改正に際して変更を受けた。その商法改正によつて、監査役にも取締役に対するのと同じように取締役会招集通知を発すべきこととなつた。但し、株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律第二五条参照。

(10) 大隅・大森・前掲逐条改正会社法解説二五三頁、二五四頁。

(11) 堀口・前掲注釈会社法二五九条ノ二注四（三二六頁、三二七頁）、田村・コンメンタール会社法（1）〈有斐閣双書〉二五九条ノ二（二五〇頁）。

(12) 高桑・前掲商事法務七九二号二五頁参照。

(13) 日経ビジネス一九七九年九月二四日号一五三頁によれば、電話回線などを通じて、遠く離れた複数の人間が同時に会議に参加できる「電子式会議」が、アメリカにおいて本格的な普及段階を迎えようとしているという。そして、アメリカの業界各社の予測によれば、画像音声を交換できるビデオ式はコストが高く、一九八五年時点で市場全体の一五パーセント程度であり、残りは、音声だけのものが占めるであろうとのことである。

(14) 以下の紹介は、元木・株式会社機関改正試案に対する各界意見の分析(四)―法務省の意見照会に対する回答結果について―商事法務八六一号三八頁による。

三　西独株式法における欠席取締役員の取締役会での表決

一九六五年西独株式法七七条一項は、「取締役会が数人の者から成るときは、総取締役員は共同してのみ業務執行につき権限を有する。定款または取締役会の業務規程は別異のことを定めることができる。ただし取締役会における意見の相違をその構成員の多数に反対して、一人または数人の取締役が決定する旨を定めることはできない。」[1]と規定している。この規定の意味は、政府草案理由書によれば、次のように解されている。[2]すなわち、複数の取締役員は、共同してのみ業務執行権を有し、各業務執行上の処置のためには、取締役員全員の同意が必要なのであり、取締役員の一人に異議があれば、業務執行の処置を止めなければならない。しかし、定款あるいは取締役会の業務規程における別段の定めにより、多数決制を採用したり、あるいは、可否同数の時に議長の表決で裁決されるとすることができる。もつとも、別段の定めが許されるからといつて、一人あるいは数名の少数側が、多数側を押し切つて決定できるとすることはできないと解されている。つまり、取締役会においては、全員一致が原則であり、場合によつては多数決制が許容され、少数者による決定が禁止されているのである。[3]取締役会における決議の方式については、なんの規定もないので、口頭により、あるいは、黙示的にもなされ得る。[4]さらに、決議は、持ち廻り決議や電話によつてもできると解されている。[5]しかし、電報、電話あるいは書面による決議には取締役員全員の同意が必要であるとの立場もある。[6]取締役員が、取締役会欠席などにより、議決に関与できない場合、それが、重要案件で、かつ、猶予のできるものであれば、出席を妨げる障害が除去されるまで、議決は、待たれなければならず、さらに、できることならば、欠席取締役員は、企図された議決につき報告をされ、場合によつては、猶予できない特に重要な決議につき、後になつてから、欠席取締役の表決が取り集められなければならない。[7]さらに、取締役会の業務規程に別段の定めがなければ、猶予できない緊急の特別処置をする取締役会の定足数は、注意義務にかなつた範囲内で、その場合に応

じて決められ、緊急特別状況の時には、出席取締役員は、欠席して連絡のとれない取締役員のことを顧慮することなく決議をせざるを得ないし、また、それほど緊急でない処置については、取締役員全員が、議決に参加できるようになるまで、延期されなければならないとも解されている。[8] 多数決制ではなく、全員一致による場合、欠席取締役員は、時機に遅れなければ、後になつてから異議をとなえることが可能とされている。[9] 取締役会における表決は、取締役員自身によつてなされなければならず、使者による表決は、他の取締役員の同意があれば許される。[10] それに対して、取締役員の表決には、取締役員自身の個人的判断が要求されるから、代理人による表決は許されない。[11] そして、定款あるいは取締役会の業務規程によつて、代理人による表決を認めることもできず、その理由は、取締役員による業務運営上の判断というものが、取締役員自身により個人的になされなければならないことに求められる。[12]

西独株式法上の取締役会においては、会員一致による共同業務執行が、法律上では常例となつており、多数決制を採用するためには、定款あるいは業務規定に別段の定めが必要である。そして、すでに説明したように、多数決制が採用される場合にも、日本の株式会社の取締役会におけるように、各取締役が、実際に一堂に会することを常に予定しているわけではない。それゆえ、現行法上においては、むしろ、日本の有限会社における業務執行決定の場合との対比が、より近いものとの比較ともいえる。すなわち、有限会社法二五条によれば、有限会社には一人または数人の取締役を置くことを要すると定められている。そして、複数の取締役がいる場合に、株式会社におけるような取締役会制度が、法律上定められているわけではない。もつとも、有限会社の定款により取締役会制度を定めることも可能であるが、その場合は、法定の制度である株式会社の取締役会の場合とは大いに異なり、特に取締役会という会議を開いて決議する必要はなく、持ち廻り決議（書面決議）をすることも許されると解されている。[13] 昭和五三年の機関改正試案の立場は、既に説明したように、取締役の過半数が現実に出席することを要求することにより、会議体としての基本を押える一方で、書面による意見表明や議決権行使を認め、さ

らに、テレビあるいは電話などによる取締役会への参加についても、検討課題としている。この機関改正試案の立場は、各取締役が、一堂に会することを出発点として規制されている現行取締役会制度を、会議体の運営という側面において、若干の緩和を指向するものである。そして、書面を使つた持ち廻り決議のような会議体そのものを構成することなくする決議をも認めているわけではないので、その点において、西独株式法上の取締役会の場合と大いに相違する。一九六五年西独株式法上の取締役会では、英米法におけるような取締役会制度は採用されていないので、[14] アメリカの制度に倣つている日本の現行取締役会制度[15]との比較をする場合、なんらかの観点あるいは視点を選択して行わざるを得ない。そこで、会議体の運営という側面を選択することになるが、その点から見ると、西独株式法上の取り扱いは、柔軟でありすぎる面も多く、また、規定も詳細に整備されていないので、新制度を定立する際の参考例としては、即座にに利用できにくい面も多い。しかし、他の取締役員の同意があれば、使者による表決が認められが、代理人よる表決は許されないという点で示唆に富むといえる。

(1) 慶應義塾大学商法研究会訳・西独株式法一〇七頁。
(2) 慶大商法研訳・前掲西独株式法一〇八頁。Kropff, Aktiengesetz (1965), S. 99.
(3) Godin-Wilhelmi, Aktiengesetz, 4. Aufl., Anm. 2～4 zu §77. なお、西独株式法上、いわゆる取締役会が一名の者から成る場合があり得ることについては、西独株式法七六条二項参照。
(4) Meyer-Landrut, Großkommentar, 3. Aufl., Anm. 6 zu §77.
(5) Godin-Wilhelmi, a. a. O., Anm. 5 zu §77.
(6) Hefermehl, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Kommentar zum Aktiengesetz (1973), Anm. 4 zu §77. なお Meyer-Landrut, a. a. O., Anm. 5 zu §77. も、書面決議は、全員の同意ある時にのみ許されるとする。
(7) Godin-Wilhelmi, a. a. O., Anm. 5 zu §77.
(8) Meyer-Landrut, a. a. O., Anm. 5 zu §77.
(9) Godin-Wilhelmi, a. a. O., Anm. 5 zu §77.
(10) Mertens, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz (1970) Anm. 19 zu §77.
(11) Hefermehl, a. a. O., Anm. 6 zu §77.

(12) Mertens, a. a. O., Anm 19 zu §77.
(13) 堀口・注釈会社法（有限会社）二六条注二（九巻一五二頁）。
(14) ヴュルディンガー＝河本編・ドイツと日本の会社法二二頁。
(15) 高鳥・前掲会社法一三〇頁注一。

四　西独株式法における欠席監査役員の監査役会での表決

(1) 制度の概要

監査役会に出席して、議事に直接関与できない監査役員が、どのような方法により議決に参加できるかについて、西独株式法は、規定を整備し、欠席監査役のために配慮をしている。そして、この問題は、一九七六年の共同決定法の施行以来、新しい局面に入り、現代的な課題になつたと評価されている。(1) 一九七六年の共同決定法によれば、原則として、二千人以上の被傭者の従事する企業において、監査役会には、出資者側と労働組合代表を含む被傭者側それぞれから同数が選出され、被傭者の数が一万人に満たない企業においては、出資者監査役員六名、被傭者監査役員六名、被傭者の数が一万人以上で二万人に満たない企業においては、出資者監査役員八名、被傭者監査役員八名、被傭者の数が二万人以上の企業においては、出資者監査役員一〇名、被傭者監査役員一〇名という構成になつている（共同決定法一条、七条）。(2) そして、監査役会の決議に際して、可否同数であつた場合に、同一議題についての新たな表決において、監査役会の議長は、二票を取得する（共同決定法二九条二項）。この監査役会の議長は、監査役会における三分の二の多数で選任されるが、三分の二の多数が得られない場合には、二回目の表決において、出資者監査役員の多数により選任される（共同決定法二七条）。このようにして、決議案に対して可否同数の場合に、監査役会の議長は第二の議決権を得ること、および、監査役会の議長選任に際しての共同決定法二七条の規制の二つの点より、出資者側のわずかな優越性が確保されていると評価できる。(3) そして、これら二つの点に

関する規制は強行法的なものであり、定款や監査役会の業務規定により別段の定めをすることは許されないと解されている。[4]

一九七六年共同決定法の基本構造から判断する限り、出資者側あるいは被傭者側のどちらか一方が、偶発的に生じた事由により、全員そろうことができなくなり、他方が、数において優位を占めることは、望ましいことではなく、誰の利益にもならないし、さらに、偶然的な多数形成により成立した監査役会決議は、監査役会本来の活動にそぐわなく、利害対立を克服するためにも適切ではない。[5] このような理由から、争いのある議題について必ずしもすべての監査役員が表決に加わることができない場合には、時間および費用をかけることになるが、監査役会を延期したり、あるいは、再度繰り返すことも考えなければならないことになる。[6] また、観点を変えて考えるならば、共同決定法の建前は、すべての監査役員の監査役会参加を前提としており、[7] 監査役員は、なんらかの方式で議事に関与できる体制が必要ということになる。一九六五年の西独株式法は、すでにその点に関する規制を用意しており、その規制は、一九七六年共同決定法の施行後、ますますその実際上の重要性を増大させたと評価してよい。それゆえ、前述したように、欠席監査役員の監査役会における表決の問題は、新しい局面に入り、現代的な課題になったとされるのである。

一九六五年西独株式法一〇八条は、その第一項において、監査役会が決議という方法で決定を行う旨を規定し、第二項において、定足数につき定めている。そして、西独株式法一〇八条三項は、欠席監査役の表決について、次のように規定するすなわち、

「欠席の監査役員は、書面の表決を差出さしめることにより、監査役会およびその委員会の議決に参加することができる。書面の表決は、他の監査役員を通じて差出されることができる。書面の表決は、第一〇九条第三項により、その者が会議への出席につき権利があるときは、監査役会に所属していない者によっても引渡されることができる。[8]」と規定している。続い

て、西独株式法一〇八条四項によれば、

「監査役会または委員会の書面、電信または電話による議決は、構成員が、誰もこの手続に異議を述べないときに限り認許される。」[9]と規定されている。

この西独株式法一〇八条三項と四項に登場する「委員会」については、西独株式法一〇七条三項に規定されている。同条同項によれば、「委員会」とは、特に監査役会の議事および決議を準備し、あるいは、監査役会決議実行を監視するために、監査役会の中より選任された者により構成されるものであり、重要事項は除かれているが、監査役会より決定権限をも委託され得る立場にある。[10]さらに、西独株式法一〇九条三項においては、書面による授権があれば、監査役会に属しない者が、監査役員の代りに監査役会およびその委員会に出席できる旨を、定款により許容することができると定められている。

西独株式法における欠席監査役員の監査役会における表決に関連する規制を要約すると次のようになる。すなわち、監査役会は、会議を開催して決議をするものであるが、監査役員の誰れもが異議を述べない場合には、書面、電信、電話による決議も許され、さらに、監査役員は、監査役会およびその委員会における決議に書面による表決を差し出すことにより参加できるが、その表決は、監査役員あるいは西独株式法一〇九条三項に基づき定款の定めるところにより会議に出席できる者によってのみ差し出されることができる。[11]このようにして、監査役会に自分自身で実際に出席できない監査役員のために配慮がなされている。ここで一つ問題になることは、西独株式法における前述した取扱いが、我が国における欠席取締役の議決権行使の問題を考える際に参考になるか否かという点である。我が商法における取締役会と西独株式法における監査役会では、その構成と権限が相違するため参考にならぬのではないかとも思われそうである。しかし、そのような心配は無用と考えられる。まず、構成の点について、西独株式法上の監査役会には、経営参加の一環として「共同決定」制度導入の結果、被傭者側から選出された監査役員も含められている点が挙げられる。[12]次に、西独株式法上の監査役会の権限としては、取締

役員の選任・解任権（株式法八四条）が挙げられる。さらに、監査役会は、業務執行を監視し（株式法一一一条一項）、会社の帳簿、書類、財産を閲覧・検査し、場合によっては、それを特別な専門家に任せることができ（株式法一一一条二項）、時には、株主総会を招集しなければならない（株式法一一一条三項）。そして、業務執行処置は、監査役会に委譲され得ないが、定款あるいは監査役会の決議により、特定種類の行為が監査役会の同意あるときにのみなされ得ると定めることができる（株式法一一一条四項）。このような西独株式法上の監査役会の構成と権限から観察する限り、我が商法上の取締役会に関連する事項との比較は、困難という評価もなされ得よう。しかし、欠席取締役の議決権行使の問題は、会議体の運営という側面に主として関係し、その点から観察する限り、西独株式法における欠席監査役員の監査役会での表決に関する法規制が、大いに参考になると考えられる。西独株式法上の監査役会では、多数決制が採用されているし、その会議体の規模としても我が国における取締役会のそれと対比可能な範囲内にあると考えられるからである。[13] 会議体の運営という観点から生ずる問題点としては、西独株式法における監査役会の開催回数が考えられるかもしれない。我が商法上の取締役会は、平均して年に一〇ないし一二回開催されているといわれている。[14] それに対して、西独株式法上の監査役会は、原則として三ヶ月に一回開催するものとされ、半年に少なくとも一回は開催されなければならないことになっている（株式法一一〇条三項）。この点から判断すると、西独株式法上の監査役会では、その開催回数が、我が商法上の取締役会に比較すると少ないので、監査役員ができる限り監査役会になんらかの方法で参加できる方策が、制度上用意されているとも解することができる。しかし、開催回数の相違は、我が商法における欠席取締役の議決権行使を考える場合にさほど大きな役割を果さないと考える。なぜならば、その場合に参考とされるのは、欠席者がどのような方法で会議体に参与できるかという制度構成であり、制度構成を法律に定着させるに至った縁由は、それぞれの法制度で独自に持ち得るからである。むしろ重要なのは、経験豊かな役員が参与できないと会議体の運営がうまくいかなくなり、会議体の活動が脆弱化するという観点であり、[15] その観点は、日独両制

度において共通に持ち得るものと考える。

（2） 理論的に考えられる諸方法

西独株式法における欠席監査役員の監査役会における表決については、西独株式法一〇八条に規定されているが、理論的には他の方法も種々考えられる。[16] そこで、次に、それらの点について考察を加える。

①代理　欠席監査役員の議決を考える場合に、まず考えられるのが代理という方式である。代理人が、欠席監査役員の名において監査役会に出席し、表決をするというものである。しかし、監査役員の職務は、その人を信頼して任されたものであり、監査役員が自分自身で行うべきものであるとの観点から、代理による方式は、立法上も学説上も受け入れられてはいない。具体的に例を挙げるならば、一八九七年の独逸商法二四六条四項によれば、監査役員は、その職務の執行を他人に委ねることはできないと規定されており、学説上、その他人には、他の監査役員も含まれると解されていた。[17] さらに、その条文に関連する記述に際して、その条文の存在ゆえに、監査役員は、監査役会に代理人を出せるという奇妙にも広く流布した見解の正しくないことが明らかになる旨を指摘するものもある。[18] 一九三七年株式法九五条六項も、一八九七年独逸商法二四六条四項と同様の内容を規定している。一九六五年西独株式法一一一条五項は、「監査役員は、その職務を他人により行わしめることはできない。」[19] と規定し、やはり、監査役員の職務執行に代理人が登場することを許していない。この規定の根底にも、監査役員の職務が、高度にその人自身の個性に基づくものであるとの発想が読み取れるのである。[20]

②代行監査役員　一九三七年株式法のもとにおける解釈によれば、定款の規定により、監査役員に故障がある時にのみ、その監査役員に代つて活動する者をあらかじめ株主総会において選任できる旨を定めることができ、その者は、通常の監査役員と同じ権利を得、同じ義務を負担すると解されていた。[21] それゆえ、この代行監査役員は、故障あるため欠席した監査役

員の名において活動するのではなく、自分自身が有する権利を根拠にして、監査役会に出席するのである。この者は、通常の監査役員と同じように株主総会において選任され、通常の監査役員と同様に扱われるので、監査役員の職務が高度にその監査役員自身の個性に基づくべきであるという要請とも調和するのである。[22] この者は、通常の監査役員に故障ある時にのみ活動を許されるという特殊性を有してはいるが、自己の権利に基づき、監査役会で意見を表明し、自己の表決をするのだから、故障ゆえに欠席した監査役員の私法上の代理人でもなく、また、その意思形成を欠席監査役員に左右される者でもない。[23] しかし、商業登記簿への登記に際して、法律上、全部の監査役員の届出が要求されている場合、この代行監査役員についても届出をしなければならないか否かが論争され、さらに、それに付随して、代行監査役員は、一九三七年株式法八六条一項に規定されている監査役員の員数限度数に算入されるか否かが問題となつた。[24] そこで、これらの問題を回避するために、一九六五年西独株式法は、一〇一条三項において、いわゆる代行監査役員の選任を禁止したのである。[25] そして、一九六五年西独株式法は、欠席監査役員のために前述した一〇八条三項の規定を用意して、代行監査役員選任禁止から生ずる不都合に対処したのである。[26] この代行監査役員選任の禁止により、継続的に監査役会で活動せず、情報も与えられていない者が、突発的な故障を契機として監査役会に関与し、その審議や議決に一時かぎりの影響を与えることは防止できるようになつたと評価できる。[27]

③いわゆるデレガツィオン　デレガツィオンという言葉には二様の意味があり、その一つは、国際外交関係における代表派遣団を意味し、もう一つの意味としては、ある国家機関の権限を他のたいていはそれよりも下位の機関に移すこととされている。[28] このような権限移譲の関係を欠席監査役員の監査役会における表決にもあてはめることはできないかと一応は考えられる。しかし、そのような権限移譲関係を私法上の問題である欠席監査役員の場合に導入することは、不適法と解されている。[29]

④補欠監査役員　一九六五年西独株式法一〇一条三項によれば、監査役員が、その任期満了前に脱落する場合にそなえて、当該監査役員選任と同時に補欠員を選任できる。この補欠員は、当該監査役員の監査役会からの除外とともに監査役会の構成員となる。[30] それゆえ、この補欠監査役員は、一時的に故障があり、欠席している監査役のために選任されるのではなく、最終的に除外された監査役員のために選任されるのだから、欠席監査役員の監査役会における表決の問題に関係しないが、誤解を避けるためにその問題に付随させて説明がなされる。[31]

⑤使者　一九三七年株式法施行前においては、監査役会に欠席した監査役員は、意見表明もできなかつたし、また、監査役会決議に影響力を及ぼすこともできなかつた。[32] つまり、監査役員の職務が、その人への信頼に基づくものであり、監査役員の個性が、職務遂行に際して重要な役割を演ずるとの観点から、代理による場合のみならず、使者による意見表明も議決も許容されてはいなかつた。しかし、そのような規制は、実際界における要請と相容れないことになつた。というのは、監査役員は、経済界や官界における本業において重要な地位を占めているのが常であるから、監査役会やその委員会にいつも必ず出席できるとはかぎらないので、それらの会日が延期されないと、その参与権を失うことになるからである。[33] そこで、一九三七年株式法は、その第九三条三項において、欠席監査役員は、監査役会に所属していない者に書面により授権することにより、その者を自分の代りに監査役会に参加させることができる旨を定款によつて定めることができるとし、そして、その者により書面による表決ができると規定している。しかし、この規定は、通常の監査役員にのみあてはまり、監査役会の議長とその代行者には適用されない旨も同条同項に定められている。なお、同法第九三条三項は、監査会に所属していない者という表現をしているが、それは、普通でない場合につき言及しているだけであり、より身近にいる他の監査役員を排除しているわけではないと解されている。[34] まとめてみると、一九三七年株式法の規制は、定款による許容、書面による授権、書面による表決という方式を採用したことになる。一九六五年西独株式法も、この使者という構成を踏襲しているこ

とは、先に挙げたその第一〇八条三項から明確になる。しかし、一九六五年西独株式法は、方式を若干緩和している。すなわち、監査役員は、監査役会の議長やその代行者も含めて、表決使者を選任でき、それは、その旨を定款が許容しているか否かを問わず可能であるとされているが、監査役会における秘密の保護ということを考えて、表決使者として授権を受け得る者を原則として他の監査役員としている。[35] なお、欠席監査役員の表決が、監査役会宛あるいは監査役会の議長宛に送付されてきた場合、監査役会の議長は、その表決を差し出すように義務づけられていると解されている。[36]

欠席監査役の監査役会における表決につき理論的に考えられる諸方法を検討してきたが、一九六五年西独株式法は、その第一〇八条三項において、それらの諸方法のうちから使者という方式のみを許容している。[37] それゆえ、一九六五年西独株式法によれば、監査役員の職務は、自己責任に基づき、監査役員個人の個性に根ざして行使されるという伝来の原則に依拠しているのである。[38] この原則は、西独株式法一一一条五項に、「監査役員は、その職務を他人により行わしめることはできない。」[39] と表明されている。

なお、前述したように、西独株式法一〇八条四項は、監査役員の誰もが異議を述べなければ、書面、電信または電話による監査役会またはその委員会の議決の可能なことを規定している。この規定も、やはり、欠席監査役員の監査役会における表決の問題に関連しないわけではない。なぜならば、ある監査役員が、監査役会に欠席せざるを得ない事態になつた場合、当該監査役員は、もちろん、表決のために使者を選任できるが、そのほかに、西独株式法一〇八条四項に基づいて、書面、電信または電話による議決方式が採用されるならば、その方式により、その監査役員の意向を監査役会に反映させることもできるからである。しかし、この書面、電信または電話による議決は、表決使者のような者の存在を予定しないで、そのような伝達手段を利用して、会議を実際に開くことなく直接的に決議に至るものであるから、[40] 会議が開催されることを前提として欠席者の表決を考える表決使者制度とは観点を異にしていることを忘れてはならない。

ところで、西独株式法一〇八条四項は、書面による議決を電信および電話による議決と同置しているが、一九三七年株式法九二条三項は、監査役員の誰もが異議を述べない時にのみ書面表決による決議が許されると規定し、電信や電話による議決のことに言及していなかった。当時の解釈として、電信による議決は、書面による議決と同一視されるが、電話による議決は、そうとは解されず、不適法とされた。[41] 電話による議決の場合には、文書として残るものがないので、電話による議決を許容するならば、その議決内容を即座にかつ具体的に記録することが避け得なくなると指摘される。[42] 西独株式法一〇八条四項による決議方式は、定款規定により排除することもできるし、あるいは、特に手続に関する点につき要件を加重することも許されると解される。[43] さらに、書面、電信または電話による議決をするためには個々の監査役員に議決に関連して充分に情報が与えられ、すべての監査役員が議決手続に同意することが前提となるから、ある監査役員がその意向を表明しなければ、それは、議決手続に対する拒否とみなされるし、また、ある監査役員と連絡がとれず、その監査役員の態度決定が伝えられなければ、会議を経ないで決議することは、中止されなければならないと解される。[44] 書面、電信または電話を利用してなされる会議を経ない決議方法の概要は右のとおりであるが、その方式は、前述したように、監査役会という会議体の形成を前提としたものではない。それに対して、欠席監査役員の監査役会における表決の問題は、主として、監査役会が招集され、各監査役員が出席し、会議の開催されることを予定したが、都合によりある監査役員が欠席せざるを得ない事態となつた場合の適切な処理を考えているので、すでに述べたように、その由来する観点が相違するものと考えられる。もつとも、開催期日を定められた監査役会に出席するのか、それとも、西独株式法一〇八条四項に従つて、例えば、書面による議決をするかが、はじめから各監査役員の選択に任されている場合には、監査役会という会議における口頭による決議の部分と書面による決議の部分を相互に最初から結びつけることは、監査役員の誰もがその方式に異議を述べなければ、許されると解されるが、その場合は、監査役会の開催期日が定められているけれども一部の監査役が西独株式法一〇八条三項のかわりに

同条四項による書面、電信あるいは電話による議決により参与したいと自分のほうからいう事例と区別される。そして、その事例は、監査役会という会議における口頭による決議と会議を経ない決議という両方式の不適法な混合であるとされる。[45] しかし、事前にこの両方式混合表決が知らされており、しかも、誰もその方式に異議を述べない場合には、一部は監査役会における審議に基づき、一部は書面議決によつて決議が成立することに異論は唱えられないと解される。そして、監査役会という会議への出席と書面議決のどちらかを選択することが認められていなければ、勝手になされた書面による議決は無効であるが、すべての監査役員が適時に書面による議決もすることができると知らされ、そして、書面議決をすることはその任意とされ、しかも、誰もそのことに異議を述べない時には問題はないとされる。[46] このようにして、若干複雑な構成であり、しかも、すべての監査役員が異議を述べなければという厳重な要件の下ではあるけれども、西独株式法一〇八条四項に基づいて欠席監査役員が、その意向を監査役会に伝える可能性もでてくるのである。西独株式法一〇八条三項は、欠席監査役員の監査会における表決に配慮を加え、しかも、同条四項は、会議を経ない決議を許しているので、西独株式法における監査役会は、我が商法における取締役会に比較すると、会議体としては非常にゆるいものであると考えられている。[47]

（3）表決使者

欠席監査役員の監査役会における表決に関して、直接的にそれに対応している規定は、西独株式法一〇八条三項であることは前述した。この規定に関して、バウムバッハ・フックの注釈書は、要領よく説明しているので、以下においてそれを概述してみよう。[48] すなわち、監査役員の監査役会における議決権は、監査役員自身によつて行使されなければならない。しかし、そのことは、監査役会に出席することを必ずしもその前提としてはいない。西独株式法一〇八条三項は、書面表決を差し出すことを許している。この書面表決は、監査役会の議長に送付されるのではなく、監査役会の席上において、他の監査

役員か、あるいは、欠席監査役員に代つて監査役会に出席できる監査役員以外の者によつて差し出され得るのである。他の監査役員によつて差し出すことは、定款にその旨の定めがなくても許されるが、監査役員の職にない者による場合には、西独株式法一〇九条三項により、その旨の定款による許容および書面による出席への授権が必要である。書面表決の差し出しを受任した者は、代理人ではなく、使者である。その使者は、自分の判断により表決することは許されず、委任者の書面表決を差し出すことを許されるのみである。それゆえ、書面表決は、議題、ならびに、決議に賛成か反対か棄権かという表決内容を正確に見てとらせるものでなければならない。監査役員が内容を白地にしつつ署名して任せることは許されない。監査役会の委員会における表決にも、前述した諸事項があてはまる。西独株式法一〇八条三項の規制は、以上のようにまとめられる。

西独株式法一〇八条三項の規制は、「表決使者」の制度ともいわれ、この制度を利用して、欠席監査役員は、書面による表決を監査役会に差し出すことができる。その場合、監査役員の欠席理由は問われず[49]、さらに、その欠席は、監査役会開催中の全時間に及ぶものであることは必要なく、審議には参加していたが、たまたま表決に際してその場に居合せることができない場合でもよいのである[50]。なお、西独株式法一〇九条二項によれば、監査役会の議長が別段の定めをしないかぎり、監査役会の委員会に属さない監査役員も、委員会に出席することができる。それゆえ、監査役会の議長が禁止しないならば、委員会に属さない監査役員も表決使者として委員会で活動できる[51]。

(4) 表決使者制度の弾力的運用

表決使者は、西独株式法上の通説によれば、「代理人」ではなく、あくまでも「使者」であるから、監査役会という会議体において発言することはできるが、代理人のように自己の判断の下に本人の名において行為できず、ただ、欠席監査役員

の意見を表示することができるのみである。[52] 監査役員の職務は、当該監査役員の信頼性と個性とを重視して任されているのだから、表決使者についての右のような把握は、監査役員の職務の基本的理解と合致する。しかし、表決使者についてのそのような把握を前提として、欠席監査役員が表決使者によって表決する場合に、欠席監査役員は、すでに監査役会開催前にその表決内容を決めて表決使者に任さなければならないとすれば、その欠席監査役員は、議題についていかなる審議がなされたのかも知ることなく議題につき賛成か反対を決めなければならなくなる。その場合に、欠席監査役員は、あまり充分に事情を知ることなく、その不充分な情報を基礎にして、表決しなければならないことになりかねない。[53] このような事態は、すべての監査役員が信頼しつつ相互に討論をかわし、互いに影響力を与え合って意思形成することをできなくし、結局のところ、各陣営の多数派工作的な票集めを助長するのである。[54] そこで、このような好ましからざる事態を避けるための方策を考える論者が最近登場してきた。その論者の名は、ルターといい、彼の見解についてはすでに前述したところでたびたび引用してきたが、彼の考えによれば、そのような不都合な事態は、書面表決と監査役会内部における審議をかみ合わせることによってのみ避けられることになる。[55] ルターによれば、そうするために、種々の方法が提案されるが、それらの方法の適法性については、相互に厳格に分離されていなければならない二つの観点のもとで評価されるべきことになる（二七五頁）。その観点の一つは、故障ゆえに監査役会を欠席した監査役員「自身」による表決がなされているか否かであり、他の観点は「書面」によるという要件が維持されているか否かというものである（二七五頁）。ルターは、これら二つの観点から、表決使者制度の適法な弾力的運用の限界を研究しようとするのである。それらの点につき、以下において検討してみよう。

①欠席監査役員「自身」による表決という観点　表決使者により監査役会に有効にもたらされ得るものは、欠席監査役員自身による表決のみであるから、形式的には欠席監査役員から出てはいるが、その本当の内容は表決使者に由来するすべての表決は不適法とされる（二七六頁）。それゆえ、欠席監査役員は、白地式で署名して、その白地部分完成を表決使者の自

己流儀に任せることができないし、あるいはまた、表決使者に相互に矛盾する二つの書面表決表示を渡して、そのどちらを差し出すのかを表決使者の勝手に任せることもできない（二七六頁）。

しかし、欠席監査役員と表決使者の間には右のような制約があるけれども、監査役会における審議と書面表決の間を事態に即して結びつけることは可能であるから、表決使者は、監査役会における決議がなされる前に、電話あるいはそれに類似する方法で審議の経過を伝え、それから、賛成、反対、棄権というように事前に完成した状態で表決使者に与えられていた表決表示のどれを選択して差し出すかの指図を受けることができるし、また、欠席監査役員の白地式表示をどのように満して完成すべきかの指図を受けることができる（二七六頁）。この場合に、差し出された表決表示には欠席監査役員の裁決が含まれることには疑念はあり得なく、疑念があるとすれば、それは、「書面」要件という観点から生ずるが、それについては後述する（二七六頁）。なお、表決使者の審議経過報告は、現実そのままに審議内容を再現しない危険があるが、その危険は、欠席監査役員が審議内容を知ることなく、当て推量で表決することがあることを考えるとさほど特別に強くはない（二七六頁）。

次に、欠席監査役員が、監査役会における審議後で決議前に確定的な指図を表決使者に与えることができない場合に、前もってすでに完成している相互に矛盾する表決表示を表決使者に与え、そのどちらを差し出すかを一定の状況の発生に依存させることができるか否か問われる（二七六頁）。例えば、一定の先行議題が可決される場合には、次に賛成すべきであるが、そうでない場合には、反対表決すべきであるという指図である。そのような条件付き指図は、欠席監査役員自身のみによる表決を含んでいるから疑念は何も生じないとされる（二七六頁～二七七頁）。しかし、そう解することができるのは、表決使者になんら独自決定する余地も与えられていないという客観的条件が問題になる場合に限られ、例えば、条件がそもそも成就しているか否か判断する余地が表決使者にあるとすれば、その時、表決使者は、自分の表決をするのであつて欠席監査役

員の表決を差し出しているのではないことになる（二七七頁）。それゆえ、表決使者には判断の余地が決して与えられてはいないように条件づけられていることが肝要なのである（二七七頁）。

表決使者が、他の特定監査役員、例えば、監査役会の議長のする表決と常に同じように表決するように指図されたり、あるいは、一定の議題につき他の特定の監査役員と同じように表決するように指図され場合、表決使者にはなんの判断余地も与えられておらず、従つて、表決使者は、なんらの自己独自の表決表示をしてはいない（二七七頁）。この場合に、欠席監査役員は、形式的には曖昧でない指図をしているが、その内容から判断すると、高度にその個性に基礎を置き、自分自身で活動するという監査役員の職務行使原則に違反して、その表決を他の監査役員の自由に任せていることになるので、その点で不適法とされる（二七七頁）。あまり責任ある行動をとらない監査役員が、監査役会の席上で他の監査役員になんの考えもなく全面的に従うことを誰も阻止できなく、さらに、監査役会開催前にもそれを阻めないということを指摘して、右の評価に反対はできない（二七七頁）。なぜならば、法は、事実上おろかな態度を阻止できないが、かといつて、そのようなことが適法であると認めることを許さないからである（二七七頁）。

欠席監査役員の表決を監査役会の多数側あるいは特定グループ内の多数側に加えるようにと表決使者が指令されている場合、欠席監査役員は、自己の実質的判断をなにもしていないので、それには、監査役員自身でその個性に基づいて職務行使をすべきであるという要請が対立する（二七七頁）。共同決定法の適用される監査役会においては、（出資者側および被傭者側それぞれに）代表原理、集団原理が妥当するので、その観点からすると、多数側に組せよとの指図も許されると解されるが、共同法定法は、株式法における一般規制を明示的に規定された場合を除いて変更することを認めさせないから、監査役員の職務行使に関する前述の要請に従つて、そのような指図は不適法とされる（二七八頁）。次に、表決使者が、賛成あるいは反対であるかはともかくとして、確定的な表決表示を伝えることになつているが、その場合、ある特定の多数が形成されるな

らばその多数側に同調して表決してもよいが、そうでなければ表決を差し控えよと指図される事例が考えられる（二七八頁）。その事例で、欠席監査役員は、一つの確定した自己決定をしているが、それには、自分の決定が特定の多数側に組するようにとの留保が付せられている（二七八頁）。欠席監査役員は、その時に、多数側であれば何んでもよいとして与したのではなく、自分自身によつて前もつて予定した特定の多数側に同調するように指図したのだから、その留保は、欠席監査役員の表決から自己決定という性格を奪わないのである（二七八）頁。

ルターによつてなされた、欠席監査役員「自身」による表決という観点からする表決使者制度の適法な弾力的運用の限界に関する論述は右のとおりである。ルターは、それに関連づけて、監査役会の議長による第二の表決における表決使者の問題についても研究する。一九七六年共同決定法二九条二項によれば、監査役会の決議に際して、可否同数であつた場合には、同一議題についての新たな表決において、監査役会の議長は二票を取得し、その第二の表決にも一九六五年西独株式法一〇八条三項の表決使者に関する規定の適用があると定められている。[56] しかし、監査役会の議長の第二票という制度は、共同決定法という特別な領域おける出資者側と被傭者側との間における微妙なバランス調整に基づくものなので、現在のところ、その制度に関連するものは、我が商法における欠席取締役の取締役会における議決権行使の問題に直接的にかかわらないと考えられる。

②「書面」要件という観点　ルターによる表決使者制度の適法な弾力的運用の限界追求は、次に、「書面」によるという要件が維持されているか否かという観点からなされる。

西独株式法一〇八条三項によれば、表決は書面により差し出されなければならない。そして、この書面には、全部が書き入れられ、署名されていなければならず、従つて、決議に際して、どのように表決するかを明らかにするものでなければならない。[57] それゆえ、この書面により、議題、表決内容、欠席監査役員の署名が伝えられなければならない。[58] この点を踏まえ

て、ルターは、実際上意義深い問題として、この書面という要件が、電報、テレタイプ、ファクシミリにより充足されるか否かという点を指摘する（二八〇頁）。通説によれば、その点について否定的に解されるが、通説は、その場合、西独株式法一〇八条三項と同条四項の文言が違うこと、ならびに、書式要件についての一般規定（西独民法一二六条）を根拠にしている[59]（二八〇頁）。しかし、ルターの見解によれば、通説は、結局、確信にたるものではないとされる（二八〇頁）。

ルターの見解は、次のような論拠からなる（二八〇頁～二八一頁）。すなわち、

ⓐ一九三八年三月一〇日カマー・ゲリヒト（Kammergericht）の決定[60]は、今日の一九六五年西独株式法一〇八条四項につながる一九三七年株式法九二条三項に関連して、電報を方式にかなつたものとして受け入れている[61]。一九六五年西独株式法の立法者は、その判断を、第一〇八条三項との関連においては明確により深い考慮をめぐらすことなく、同条四項の文言に受け入れたのである。それゆえ、その判断は、同条三項にあてはまらないというよりは、むしろ、同条三項に適用されるように引きよせられ得る。従つて、電報によつても要件は充足されることになるというわけである。

ⓑ電報とテレタイプは、その他の局面で、多くの場合、西独民法一二六条に適うものとして受け入れられている。そのことは、特に上訴の場合に当てはまる[62]。出訴期間が短かいうえに、その出訴期間を経過した後には上訴の可能性がなくなるということが、その前面にでる理由である。そのことは、欠席監査役員の表決の問題にも同様にいえる。監査役会の判断は、当該会社にとつて重大な意義があり、しかも、議題を含んだ監査役会の招集から実際に監査役会の開催されるまでの期間は、上訴期間より長いのはまれである。

ⓒ表決使者の場合における書面の持つ特別な機能は、表決を依頼した者の保護にあるのではなく、証拠確保ということにあり、欠席監査役員がどのように表決したのかが確定できるようになつていなくてはならない。表決の法律効果は、監査役員のもとに生ずるのではなく、監査役会という機関の明白な意思形成に寄与することにある。それゆえ、書面によるという要件は、本当に表決使者として表決を差し出しているかを後になつて再吟味するための確実な予防処置のためである。次に、書面が表示の真実性を明らかにする機能に関していえば、表示内容伝達について、その機能は、電報などにより完全に発揮される。問題は、はたして欠席監査役員が本当に自分で発信したということも明らかにされるかということである。この点については、本人でないものが表示を捏造したことに対する後々の対処保護手段と本人以外の者によつて捏造されるかもしれないという危険の対比考量という観点から評価が下される。対処保護手段

に対する配慮が厚ければ厚いほど、書面という要件の解釈に際して、本人以外の者によつてなされるかもしれないという小さい危険を甘受することが主張される。本人以外の者によつて表示がなされたという瑕疵が明らかになつた後は、すべての監査役員および取締役会により、当該決議の効力に異議が唱えられ得るし、さらに、そのような瑕疵があり、それが決定的な影響力を持つ場合には、その瑕疵は、決議の無効を主張することにより、関係者により簡単かつ速やかに除去され得る。それゆえ、他の局面において展開された、電報、テレタイプ、ファクシミリを西独民法一二六条の書面と同置するという考えは、一九六五年西独株式法一〇八条三項の書面についても受け入れられる。

なお、このルターの見解発表以前に、ゲスラーは、同様の結論をすでに主張していた。[63] すなわち、一九六五年西独株式法一〇八条三項は、その文言の中で、書面による表決という表現をしているのみである。しかし、電信あるいはテレタイプによる表決は、書面と同置される。それに対して、電話による表決は、第一〇八条三項による書面とは同置され得ない。電話による表決には有体的な基礎がないので、それは、欠席監査役員の表決として差し出され得ない。また、電話による表決は、口頭による表示には違いないが、当該監査役員は欠席しているのだから、出席者の口頭による表示と取り扱うこともできない。第一〇八条四項によつて電話による議決が認許されているからといつて、同条三項の場合に口頭表決が許されるものではない。ゲスラーは、以上のように述べて、電話による場合はともかくとして、電信（電報）、テレタイプによる表決を書面による表決と同置している。

さらに、前出のルターとは別人物のルターによつて、定款あるいは業務規程に次のような明文規定を置くべきであり、かつ、置くことが許されるとされる。[64] すなわち、「差し出されたテレタイプあるいは電報の原本が署名されており、この署名がテレタイプあるいは電報の中で明示的にさし示されている場合には、書面表決は、テレタイプあるいは電報によつてもなされ得る。この規定は、類似の技術的方法による表決にも準用される。」という規定である。

両ルターもゲスラーも、電報あるいはテレタイプによる表決を書面表決と同置している。そして、彼等は、その立論の過

程で、前出一九三八年のカマー・ゲリヒトの決定[65]を、本文あるいは注記として引き合いに出している。そこで、次に、その内容について紹介してみよう。その内容は、次のようなものである。すなわち、

ⓐ株式会社の定款変更がなされ、その旨が登記のため届け出された。その定款の第一三条において、監査役会の決議は、監査役会という会議でなされるが、監査役会の議長による特段の理由に基づく指令があり、かつ、監査役員の誰もが異議を述べない場合、書面あるいは電信（電報）による表決で議決することが許されると規定されていた。それに対して、登記裁判官[66]は、次のように理由づけて特に電信（電報）による表決に適法性はないと異議を唱えた。その理由は、一九三七年株式法九二条三項によれば、書面による議決のみが許されており、法定の書式につき規定する独逸民法一二六条[67]には同法一二七条のような電信による伝達が含まれていないことにある。そこで、抗告が提起されたが、地方裁判所では排斥された。それに対して再抗告がなされたが、それが本件である。

ⓑ株主総会あるいは監査役会における表決には、その性質からして、法律行為的意思表示に関する規制は、直接的には適用されない。なぜならば、表決は、なるほど「意欲」の表示ではあるが、一種独特の性格を持つた表示だからである。民法上における意思表示は、その内容に応じた直接的な法律効果発生、すなわち、法律関係の発生、変更、消滅に向けられている。それに対して、株主（社員）総会あるいは監査役会における議決に際してなされた個々の表決は、「団体的行為」の一部にしかすぎない。

ⓒ表決には、このような特別の法的性質があるので、法律行為的意思表示に関する規制は、直接的には適用されない。さらに、独逸民法一二六条を類推適用する余地も、一九三七年株式法九二条の意味と目的から考えるとあり得ない。独逸民法一二六条という書面方式規定を定立する際に規準となつた立法者の目的は、個人の利害を考慮して、関係当事者の法律関係のために明白な証拠がための基礎を造りだし、表意者を急ぎすぎた軽卒な決心から守るということにある。しかし、そのような立法者の目的は、欠席監査役員の表示がいかなる方式により伝えられ得るかの問題に決定的な影響を与えるものではない。むしろ、その問題は、株式法の意義を踏まえ、現代経済取引関係の実際的必要性に従つて解答されるべきである。従つて、表決者の意思の伝達は、表決者から発せられたどのような書面でもよく、電報によつてもできるとされなければならない。そのような見解に対して、「取引の安全」を理由とする疑問は提出され得ない。なぜならば、偽造の危険は、手書きの同意の場合にも排除されないからである。関係人の範囲が広く、筆跡がよくは知られていない場合に、特に、そのように解せられる。

一九三八年のカマー・ゲリヒトの見解は以上のような内容である。[68]これに対して、メルテンスは、一九六五年西独株式法

一〇八条三項の書面には、西独民法一二六条が適用されるとの立場から、右のカマー・ゲリヒトの見解を比較的詳細に分析して、その見解を批判する立場から、再度の立論を試みる。[69] メルテンスの考えによれば、カマー・ゲリヒトの右のような見解は、一九六五年西独株式法一〇八条四項において、電信（電報）の場合のみならず、電話による議決が認許されているという点に限ってみれば、立法者により強化されている。そして、同法一〇八条四項において、電信（電報）による議決が、明文を以て、書面によるものと並んで特に挙げられているのは、立法者がそうする必要があると考えたからである。しかし、同条四項において、明文を以て特に挙げる必要があるということは、同法一〇八条全体については、西独民法一二六条の意味における書面性という厳格な概念が妥当すべきことを示している。さらに、表決を決議という「団体的行為」の一部分であると解するカマー・ゲリヒトの立場は、書面性概念の拡張を正当化するのに適切ではある。しかし、そのような立場は西独民法一二六条により規定されている自筆による書面表示という方式を緩和させるための基礎として、決して考慮に入れられない。以上のように考えて、メルテンスは、一九六五年西独株式法一〇八条三項における「書面」表決の中に「電信（電報）」あるいは「テレタイプ」による表決を入れて理解することに疑念を提起する。しかし、メルテンスのその疑念は、別の理論構成により、表決使者制度に関連して、電話、電信（電報）、テレタイプの利用可能性を理由づけた上でのものであることに注目する必要がある。自己の理論により、近代的な通信手段利用の道が基礎づけられると考えるため、カマー・ゲリヒトの見解を引き合いに出して電信（電報）、テレタイプによる表決を書面表決と同置する考えに疑念を投げかけるのである。メルテンスのその理論は、「表示における代理」という構成であり、[70] その点については、後に項目を改めて紹介を試みる。

さて、再び、「書面」要件という観点からするルターによる表決使者制度の適法な弾力的運用の限界追求に戻る。表決使者あるいは第三者によつて書面表決の白地部分が補充されることは、書式に違反すると説かれている。[71] しかし、ルターは、この点に異論を唱える。すなわち、書面作成と署名の時間的な前後関係は問題にならず、いわゆる白地式は他の法領域にお

ける書面につき承認されている。そのように考えると、監査役会における書面表決につき白地式を認めない考えは、表示が実際に本人自身によりなされているかという問題と書面が本人自身により作成されているかの問題を不当にも取り違えていると解される。[72] また、表示が本人自身によりなされているということは、署名によつて明白になつているから、疑問が生ずるのは、表示の「内容」が本人自身に由来しているか否かという点である（二八二頁）。この点については、電報、テレタイプ、ファクシミリによつても書面要件は充足されるとするに際しての理由づけが再度持ち出される。すなわち、表示内容捏造に対する事後の対処保護手段と本人以外の者による内容捏造の危険を対比考量するという観点からすれば、監査役会決議の効力を事後的に争うという方法で、対処保護手段に対して配慮がなされているので、本人以外の者により内容が捏造されるかもしれないという危険が甘受され、表示内容が本人自身に由来するかについて、一九六五年西独株式法一〇八条は、絶対的な基準でそれを要求しているのではなく、高度な蓋然性があればよいとしていると解される（二八一頁、二八二頁）。以上のように考えて、ルターは、白地式書面表決も適法であり、白地を後になつてから第三者により補充させることができると解して、「書面」要件という観点からする表決使者制度の弾力的運用のもう一つの局面を示すのである。その場合、白地の補充は、欠席監査役員の指図に従つてなされなければならないことは、当然のことである。

なお、ルターによれば、表決使者が、書面表決の白地部分を、過失にしろあるいは故意にしろ、欠席監査役員の指図に違反して補充した場合、表決使者は、欠席監査役員の表決表示を伝えたのではなく、自分自身の表示を伝えたのだから、その表決は無効となり、決議に際して表決数の中には加えられないと解される（二八三頁）。この見解は、署名と共に白地式証書を他人に手渡した者は、約定に違反してなされた白地補充であつても、その内容を自己の表示として受け入れなければならないという一般原則に違反するが、その一般原則は、欠席監査役員の表決表示の場合には妥当しない（二八三頁）。なぜならば、監査役会における表決の場合には、取引における信頼保護の観点のもとで、白地式書面交付により作出された外観が信

用されるということは問題ではなく、もつぱら問題となるのは、監査役会決議には、監査役会という機関の構成員として招集された者のみが関与してよいという点であり、さらに、監査役員の職務執行がその監査役員自身の個性に高度にかかわることから、監査役員の意思によらない表決表示を監査役員自身のそれとして扱うことが禁止されるからである（二八三頁～二八四頁）。また、表決使者が、前もつて用意された相互にあい入れない複数の表決表示の中から、適正でない選択をし、それを伝えた場合、その選択が指図違反によるものなのか、あるいは、条件の発生に表決使者が思い違いをしたためなのかのいずれにせよ、とにかく、そのような場合も、前述した場合と同様に無効と解され、取引の安全保護ということから発展・展開された原則が妥当するものではない（二八四頁）。つまり、間違えて選択され、そして伝達された書面表決には、欠席監査役員の有効な表決表示は存在しないのである。

以上に述べた場合のほかに、欠席監査役員の真意が表決使者により伝達されない事態が生じ得る。その場合に、表決表示の効力がどのようになるかは、瑕疵ある書面表決のなされた後における対処保護手段発動にも関連するので、以下において、その点に関するルターの所説も紹介してみよう。すなわち、表決使者が、監査役会審議の模様につき適切ならざる情報を欠席監査役員に提供したため、真の事情を知つていたならば与えなかつたであろうような指図をしてしまつた場合、表決表示は、そのような事情の存在にもかかわらず有効と解される（二八四頁）。なぜならば、欠席監査役員は、その表決の動機についてのみ錯誤しており、また、監査役員が現実に監査役会に出席し、その席上で思い違いをしても、その点は表決に影響を及ぼさないからである（二八四頁）。それに対して、表決使者が悪意的な欺罔行為をした場合、重大な問題が生ずる（二八四頁）。欠席監査役員が、一九六五年西独株式法一〇九条三項に基づいて、監査役会に所属しない者を表決使者に選任し、そして、その表決使者が欺罔した場合、その者は、西独民法一二三条二項前段[73]の意味における第三者として騙しており、しかも、監査役会のメンバーではないから「相手方の知」も問題にならないため、表決表示取消の可能性は排除される（二八四頁）。

しかし、他の監査役員が表決使者として欺罔した場合には、集団的意思形成の根本問題につながる疑問が生ずる（二八四頁～二八五頁）。すなわち、他の監査役員は、西独民法一二三条二項前段の意味における第三者なのか否か、もし他の監査役員が第三者に相当するとすれば、誰が知り、あるいは、知りうべきことになるのか、さらに、その知は、他のすべての監査役員のそれなのか、あるいは、監査役会の多数のそれなのか、それとも、監査役会の議長のそれなのかという疑問が生ずるのである（二八五頁）。ルターによれば、監査役会における深く信頼しあつた上での個性に基づく協働作用という法律的受け止め方からすると、すべての監査役員が、表示の受け手であるとも解されるべきであり、欺罔行為があれば、取消は可能であり、その取消は、監査役会の議長に対してなされる（二八五頁）。

次に、個々の表決表示が、瑕疵あるゆえに無効となるからといつて、監査役会決議の無効が自動的に生ずるわけではない（二八五頁）。監査役会決議の無効が惹起されるのは、個々の表決表示が無効となつたため、欠席監査役員が監査役会に参加しなかつたのと同様に評価され、監査役会の定足数が欠けるに至つた場合、および、欠席監査役員の表決表示が無効であり、それを数に入れなければ、監査役会決議は別の判断になつたであろう場合である（二八五頁～二八六頁）。監査役会決議の無効は、裁判上および裁判外で主張されることができ、特別の手続は、規定されていないが、取消原因を知つた後には遅滞なく取消さなければならないとしている西独民法一二一条の基本に従つて、決議の瑕疵が判明次第、無効の主張を遅滞なくすることが、企業活動の機能性という観点から要求される（二八六頁）。無効な監査役会決議について、その瑕疵の治癒は規定されていないが、相当な法律違反のある株主総会決議に対してさえも、一定期間経過後は、法的安定性と企業活動の機能性のことを配慮して異議を唱えることができなくなるのだから（一九六五年西独株式法二四二条、二四六条一項）。この治癒という考えは、監査役会決議の場合にも応用されるべきである（二八六頁）。そうだすれば、監査役会決議の場合にも、無効の主張は、六ヶ月後には排除され、より重要な場合には例外として長くとも三年後に排除されるという結果となる（二八六頁）。

瑕疵ある書面表決のなされた後における対処保護手段は、ルターにより、以上のように締めくくられる。

(5) 表示における代理理論

メルテンスの見解によれば、ある人が代理人となつて、監査役会に欠席する監査役員に代つて意思形成をし、それを監査役会に伝えることは、信頼と個性に根ざした監査役員の職務執行という原則により許されない。しかし、欠席監査役員自身が自分でその表決内容を確定しているかぎり、それを表決表示として書面化する過程において、代理人の活動する余地があり、そのようにして書面化された表決表示が、表決使者により監査役会へ伝えられ得ると考える。つまり、欠席監査役員が、自分で決めた表決内容を電話、電信(電報)、テレタイプ、ファクシミリあるいは直接に口頭で「表示における代理人」に伝え、その代理人が、表決内容を書面化する。そして、その代理人が表決使者としての要件も充足しているならば、その代理人により、もし表決使者としての要件を充足していないのならば、他の人が表決使者になり、その書面表決を監査役会に伝えることができるという主張である。このような構成により、メルテンスは、表決使者制度の機能的あるいは弾力的運用が可能であると考える。彼は、この構成を「表示における代理」という理論によつて理由づけるのである。[74] 以下に、項目を分けて、その所説を紹介する。

①西独民法一二六条における自筆という要件　西独民法一二六条による法律上の書式を充足するのに必要な自筆による署名は、定まつた判例法と一致をみている学説によれば、意思を表示する者自身によつてなされる必要はなく、表示者は、自分のために署名するように代理人に依頼できる(二一〇頁)。その場合、代理人は、自分の名前を代理文言を付けて使用するか、あるいは、代理される者、すなわち本人の名前で署名するかどうかの選択をするが、[75] もし書面から代理関係がおのずと判明するならば、代理を示す文言なしに代理人の名前による署名でも充分である(二一〇頁)。だから、その場合、自筆に

よる署名は、その人自身による高度に個人的な署名というわけではなく、そして、代理人による署名をも排除するのは立法者の特別規制によって（西独民法二二四七条の私的書面による遺言参照）、表示が本人自身により高度に個人的になされなければならないとされる時のみである（二一〇頁）。従つて、監査役員が代理人を使うという形式により、書面による表決表示をすることは、原則として適法でなければならないということになる（二一〇頁～二一一頁）。監査役員が、どんな方法によりその代理人を使うかということにつき、西独民法一二六条はなんの規定もしていないので、授権があれば、他の監査役員あるいは一九六五年西独株式法一〇九条三項に基づき監査役員の代りに出席できる者は、直接口頭で、あるいは、電話、電信（電報）、テレタイプで伝えられた欠席監査役員の表決を書面化して、欠席監査役員の名前か、あるいは、欠席監査役員を代理するとして自分自身の名前で署名することができる（二一一頁）。このような理解により、監査役会に出席する監査役員あるいは一九六五年西独株式法一〇九条三項により出席できる者の媒介を通じてする電話による表決を特に実地に許す道が開かれることになる（二一一頁）。

②監査役員職務執行上の原則と表示における代理　監査役員の職務は、その人自身により行われ、その人の個性に根ざした個人的なものであるから、その職務は、原則として第三者によつてなさせることはできないが、一九六五年西独株式法一〇八条三項、一〇九条三項は、できるかぎり多数の監査役員に監査役会決議参加を可能にするために、例外を明らかにしている（二一一頁）。同法一〇八条三項は、欠席監査役員の表示が他人の意思要素を加味されたり、変更されたりされることなく、その者自身により形成されたままであることを確保することを目的にして、狭い範囲で表決に際しての第三者の協働を規定している（二一一頁）。表示を伝える者は、そもそもその表示をするか否かの決定裁量の余地はなく、その表示を内容的に変更することも許されないのだから、そのかぎりにおいて、固定された表決は、特定の議案に関連していなければならず、議案が議決前に変更された時には、対象を失うことになる（二一一頁）。それゆえ、表決に関する表示は、全部を充すこ

となく表決使者に委ねられることは許されないし、また、欠席監査役員は、表決使者に二つの表決表示を与え、そのどちらを使うかを任せてはならない（二一一頁）。しかし、欠席監査役員自身が、その議決権行使内容を自分で決定するということが確保されているかぎりにおいてのみ、表決表示の書面化にだけ関係づけられた手助けは、監査役員の意思形成における代理の排除にいきなり該当させられるものではない（二一一頁）。欠席監査役員の表示を書面化する第三者が、この表示の意味形成につきなんら自己の活動余地を持たない場合、第三者によるその書面化は、西独民法一二六条が自筆の意思表示確立の仕方として許容するように、監査役員の職務がその人自身によつて個人的に行われるべきであるという原則に違反しない（二一一頁）。この考えに対して、表示を作りだす場合には、二つの役割状況のみが許されているとの解釈が主張されよう。すなわち、道具的な履行補助者のように純粋な筆記手助けとして登場するか、あるいは、一定の範囲で自分による意思形成の余地が認められることにより、純粋な筆記手助けから区別される代理人の場合のどちらかであるとの異論である（二一一頁）。その異論によれば、筆記手助けの場合、そこでできあがつた署名はなんらの代理行為でもないので、西独民法一二六条の自筆を基礎づけることはできないし、さらに、代理の過程でなされる署名は、監査役員自身によつて意思形成がなされるべきであるという原則に違反するから、不適法であるとされる（二一二頁）。そこで、メルテンスにより、次に、それに対する反論がなされる。

③表示における代理の適法性　代理人を内部関係において完全に本人の意思形成どうりに拘束し、本人の指図内容から外れるなんらの可能性も代理人に許容しないという代理は、連邦通常裁判所決定により、「表示における代理」という構成のもとで認められており[76]、そして、その決定によれば、表示における代理人として、本人に代つて行為するけれども、自己決定の自由を持たず、前もつて個別的に確定された表示をするように制約されている人のことが考えられている（二一二頁）。意思における代理と使者との間に第三のものがあるというこの連邦通常裁判所の見解に対して、意思は最終的には表示の中

で初めて実現されるのだから、すでに内容的に確定した表示をするについての代理も、意思形成の最終局面における代理となり、結局のところ、意思における代理であるという批判がなされ、表示における代理を特別な代理の種類と構成する必要はないと反論される[77]（二一二頁）。しかし、表示における代理という概念に反対する人達も、表示行為に限定された裁量的活動余地のない代理があることを認めるし、さらに、表示における代理人は、表決を書面化する際に裁量的活動をする余地も認められていないから、一九六五年西独株式法一〇八条三項の基礎になっている監査役員職務がその人自身により個人的に行使されるべきであるという原理に違反することはない（二一二頁）。そして、表示における代理という形式につき、代理の亜種が問題になっているのか、それとも、代理と使者の間にある第三のものが問題になっているかどうかは[78]、右の場合になんの役割もはたさず、従つて、表示における代理人による欠席監査役員の指図に拘束された表示の書面化は、一般諸原則により適法であり、一九六五年西独株式法一〇八条の目的と合致するのである（二一二頁）。表示における代理権を与える場合には、書類による証拠がためという目的のために表決使者に定められた書面方式は必要でなく、なんらの方式も求められない（二一二頁注一六）。表示における代理は、すでに出来あがつた表示内容を表決使者により伝達され得る形式に作りあげることにおける代理に限定されるのである（二一二頁）。

④指図により拘束された代理と濫用の危険性　表示における代理人という構成は、法律上明示的に禁止されておらず、一九六五年西独株式法一〇八条三項の目的にも違反していないのだから、そのような代理につき濫用の可能性があることは、その代理を不適法とするための充分な理由とはならない（二一二頁～二一三頁）。表決内容を自分で決定しないで白地式により他人に任せたり、あるいは、表示を伝達するか否かを代理人に委ねる場合には、表決使者制度自体に実際上のはつきりした濫用可能性がみてとれるが、電話によつて指図して表決させることは、そのような濫用を助長するよりもむしろ妨げることになる（二一三頁）。婚姻あるいは遺言のように本人の存在にかかわることが問題とされていなければ、立法者は、代理

というものに一般的に結びついた危険を徹頭徹尾我慢するのであり、監査役会決議に監査役員自身の意思形成が反映せず、あるいは、その意思形成が偽造されたり変造されたりすることは、立法者が原則として受け入れた危険の範囲内にある（二一三頁）。そのほかに、欠席監査役員は、短期間のうちに、自分の指図どうりに正確に表決されたか否かを調べることができるので、右のような危険は、実際上わずかであるし、また、欠席監査役員の指図に合致しない表決書面化は、西独民法一八〇条[79]の適用ないしは少なくとも類推によつて無効とされ得る（二一三頁）。さらに、表決が適正に行われるように監視しない監査役員は、監査役員としての職務上の義務違反をしており、それに対応した制裁を受けるが、他の監査役員のために行動し、その者の指図に従わない監査役員も同様に制裁を受ける立場にある（二一三頁）。濫用に関する議論は、最終的には、欠席監査役員の関与可能性が相対的に広くなることにより、監査役会へ出席しなければならないという監査役員の義務を尊重しないことが引き起されかねないというかたちでなされ得るが、そのような危惧の恐れはない（二一三頁）。やむを得ない理由によらない監査役会からの遠ざかりは、義務違反としてそれに対応した制裁を受ける可能性があるし、さらに、その他の事由を採してみても、そのような遠ざかりの理由は予想し得ないのである（二一三頁）。

⑤監査役員全員の表決参加が望ましいこと　すべての監査役員が監査役会決議に参加できるということは、特に一九七六年共同決定法施行後、重要な意味を持つようになつたが、そのことは、出資者側あるいは被傭者側の利益にかかわるだけでなく、企業それ自体のはつきりとした利益にかかわる（二一三頁）。たまたま一方の側で全員がそろうことができないため、他方の側が数において凌駕してしまうことは、誰にとつても利益のあることではないから、一九六五年西独株式法一〇八条三項は、すべての監査役員につき表決使者を利用する可能性を強行法的な規制により認めている（二一三頁）。メルテンスは以上のように考えて、表示における代理という構成により、表決使者制度の有意義な利用が進むと理解する。

⑥他の解釈規準に基づく表示における代理排除の可能性　一九六五年西独株式法一〇八条および一九三七年株式法九三

条の成立沿革史からは、立法者が、自筆による表示作成に関する一般原則に違背しようとしたことを裏づける何ものも明らかにならないので、その観点から、表示における代理理論は排除されない（二一三頁）。また、一九六五年西独株式法一〇八条四項においては、「電信」あるいは「電話」による議決が明示されているが、同法三項では、「書面」による表決とのみ規定されているので、その点を対比すれば、口頭、電話、電信、テレタイプによる指図に内容を拘束された表示における代理に異論が試み得られよう（二一四頁）。ところで、同法四項は、表決の特殊形式を規定しているのではなく、決議手続の特殊形式をまとめて規定しているのであり、しかも、監査役会という会議体の外で行われるという特色を持つ形式を規定しているが、この四項に基づき、立法者は、電信議決または電話議決によるものを決議の基礎として承認し、その上、書式設定あるいは文書による証拠がためという目的達成のために原理上不充分なものと解してはいないので、その限りにおいて、電話、電信あるいはテレタイプを使つた指図に基づく書面表決許容が四項から引き出され得る（二一四頁）。表決書面化前に今日普通の通信手段を利用することは、一九六五年西独株式法一〇八条三項の書面要件の範囲の問題ではなく、西独民法一二六条により解釈されるべきことなのだから、西独株式法一〇八条三項が、欠席監査役員の場合にそのような通信手続のことに言及しないのは決して奇妙なことではない（二一四頁）。なお、西独民法一二六条の意味における書面性という概念が、一九六五年西独株式法一〇八条全体に妥当することについては、一九三八年のカマー・ゲリヒト決定に対するメルテンスの見解の中ですでに説明した。

以上①から⑥に述べたことに基づいて、メルテンスは、次のように結論づける。すなわち、西独民法一二六条によれば、書面による表示を代理人によりつくりあげることが可能であるが、その可能性は、一九六五年西独株式法一〇八条三項の場合にも認められている（二一五頁）。しかし、その場合の代理活動は、欠席監査役員の指図に従つて、表決表示を書面化することに限定される（二一五頁）。表決をする監査役員に要求される守秘義務にそうように活動するならば、およそ代理人にな

り得るすべての人が、「表示における代理人」として考慮され、そして、その「表示における代理人」が、一九六五年西独株式法一〇八条三項の要件を充足する限り、その者は、同時に表決使者としても活動できる（二一五頁）。表示における代理理論は、メルテンスにより、欠席監査役員の表決使者に関連して以上のような結論で適用されるのである。

(1) Lutter, Der Stimmbote, Festschrift für Konrad Duden (1977), S. 269.

(2) 関・西ドイツの新共同決定法概要・商事法務七三二号一一頁は、一九七六年の共同決定法の内容を説明する。

(3) Vgl. Lutter, a. a. O., S. 270. なお一九七六年の共同決定法については、①西独基本法一四条で保証された所有権、つまり、株式会社でいえば、株主権の侵害になるか否か、②西独基本法九条三項で保証された労使間の賃金自主決定制度が、被傭者側の経営陣への関与により形骸化されるのではないかという観点から、違憲判決を求める訴訟が提起されたが、カールスルーエ連邦憲法裁判所で合憲の判断が示されたことについては、商事法務八三四号四二頁以下の「海外情報」参照のこと。

(4) Raiser, Mitbestimmungsgesetz (1977), Amm. 14 Zu §27 und Anm. 14 zu §29.

(5) Mertens, Stimmabgabe abwesender Aufsichtsratsmitglieder nach §108 Abs. 3 AktG, Die Aktiengesellschaft, 1977 Nr. 8 S. 213. なお、以下 Die Aktiengesellschaft と引用する。

(6) Mertens, Die Aktiengesellschaft, S. 213

(7) Lutter, a. a. O., S. 270.

(8) 慶大商法研訳・前掲西独株式法一七一頁。

(9) 慶大商法研訳・前掲西独株式法一七一頁。

(10) Baumbach/Hueck, Aktiengesetz, 13. Aufl., Anm. 12 zu §107.

(11) Mertens, Die Aktiengesellschaft, S. 210.

(12) 一九七六年共同決定法のほかに、一九五一年のいわゆる石炭・鉄鋼共同決定法による「共同決定」があり、その原則基礎モデルによれば監査役会は、出資者側代表四名、被傭者側代表四名、ならびに、当該企業や労働組合や雇主団体にも属さないその他の者三名の計一一名により構成される（Raiser, a. a. O., Anm. 9 zu Einleitung）。さらに、一九五二年経営組織法による「共同決定」もなお現行制度として効力を有している。経営組織法七六条以下によれば、すべての株式会社および株式合資会社、ならびに、被傭者五〇〇名以上の有限会社、鉱業法上の組合、営利・経済協同組合においては監査役会が組織され、その三分の一が被傭者代表により構成される（Strasser/Haas/Bacher/Scheuer, Mitbestimmung in der Praxis〈1976〉, S. 22）。

(13) 西独株式法上の監査役会の規模については、例えば、前述した一九七六年共同決定法七条を参照のこと。

(14) 元木・前掲商事法務八三二号一〇頁。
(15) Lutter. a. a. O., S. 269.
(16) この点について比較的詳細に研究するものに、Lutter. a. a. O., S. 270～S. 274 がある。
(17) Goldmann, Handelsgesetzbuch (1905), Anm. 4 (Ziff. 17) zu §246.
(18) Staub/Pinner, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12. und 13. Aufl., Anm. 11 zu §246.
(19) 慶大商法研訳・前掲西独株式法一七五頁。
(20) Meyer-Landrut, a. a. O., Anm. 21 zu §111; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Kommentar zum Aktiengesetz(1973), Anm. 84 zu §111; Mertens, Kolner Kommentar zum Aktiengesetz (1973), Anm. 69 zu §111. なお、以下においてこの文献を Kölner Kommentar と引用する。
(21) Schlegelberger/Quassowski, Aktiengesetz, 3. Aufl. Anm. 34 zu §86.
(22) Lutter, a. a. O., S. 272.
(23) Lutter, a. a. O., S. 272.
(24) Schlegelberger/Quassowski, a. a. O., Anm. 34 zu §87.
(25) 慶大商法研訳・前掲西独株式法一五七頁、Kropff, a. a. O., S. 139. なお、本文中で「代行監査役員」と表示した者を、慶大商法研訳・前掲西独株式法一五五頁は、「監査役員の代理人」と訳しているが、通常の私法上の代理人と特に区別するため、あえて、「代行監査役員」と表示した。
(26) Meyer-Landrut, a. a. O., Anm. 19 zu §101.
(27) Lutter, a. a. O., S. 273.
(28) デレガツイオン (Delegation) という言葉の意味については、Creifelds, Rechtswörterbuch (1968), S. 234 による。
(29) Lutter, a. a. O., S. 272.
(30) Godin/Wilhelmi, a. a. O., Anm. 5 zu §101.
(31) Lutter, a. a. O., S. 273.
(32) Schlegelberger/Quassowski, a. a. O., Anm. 6 zu §93.
(33) Schlegelberger/Quassowski, a. a. O., Anm. 6 zu §93.
(34) Schlegelberger/Quassowski, a. a. O., Anm. 6 zu §93.
(35) 慶大商法研訳・前掲西独株式法一七二頁。Kropff, a. a. O., S. 152.
(36) Godin/Wilhelmi, a. a. O., Anm. 8 zu §108; Mertens, Kölner Kommentar, Anm. 23 zu §108.

(37) Geßler, a. a. O., Anm. 27 zu §109.
(38) Lutter, a. a. O., S. 273～S. 274.
(39) 慶大商法研訳・前掲西独株式法一七五頁。
(40) Mertens, Kölner Kommentar, Anm. 24 zu §108.
(41) Schlegelberger/Quassowski, a. a. O., Anm. 33 zu §92.
(42) Meyer-Landrut, a. a. O., Anm. 16 zu §108.
(43) Geßler, a. a. O., Anm. 64 zu §108.
(44) Meyer-Landrut, a. a. O., Anm. 16 zu §108.
(45) Godin/Wilhelmi, a. a. O., Anm. 9 zu §108.
(46) Godin/Wilhelmi, a. a. O., Anm. 9 zu §108.
(47) ヴュルディンガー＝河本編・前掲ドイツと日本の会社法四七頁。
(48) Baumbach/Hueck, a. a. O., Anm. 12 zu §108.
(49) Geßler, a. a. O., Anm. 42 zu §108.
(50) Lutter, a. a. O., S. 274.
(51) Lutter, a. a. O., S. 274.
(52) Meyer-Landrut, a. a. O., Anm. 15 zu §108.
(53) Lutter, a. a. O., S. 275.
(54) Lutter, a. a. O., S. 275.
(55) Lutter, a. a. O., S. 275. なお、以下、本文括弧内の頁数は、ルターのこの文献のものを示す。
(56) なお、Lutter, a. a. O., S. 278～S. 279 は、監査役会の議長による第二の表決における表決使者につき次のように説明する。すなわち、監査役会の議長は、二つの表決に関して、それぞれにつきその行使を判然とさせなければならないから、その表決使者も、第一の表決を任されたからといつて第二の表決も自動的に差し出すわけにはゆかない。さらに、監査役会の議長は、第二の表決を任せるに際して、特別の指図をすることができる。それゆえ、監査役会の議長は、第二の表決を第一の表決よりも狭い前提のもとにのみ伝えるようにできる。監査役会の議長が、第一と第二の表決において、それぞれ別人物の二名の表決使者を選任できるか否かについてはまだ未解決である。しかし、第一の表決と第二の表決では、一九七六年共同決定法二九条二項の構成よりして、別個の表決表示が問題になつているのだから、第二の表決を第一の表決とは別の表決使者に任せられると解される。ルターは、以上のように説明するとともに、同書二七九頁注三五において、監査役会の議長は、二つの表決を統一的にのみ行使できるか否か、つまり、第二の表決は第一の

表決と同じようになされなければならないかという問題があることを指摘している。ちなみに、この問題につき、Luther, Innere Organisation des Aufsichtsrats, ZGR, 1977 Heft 2, S. 310 は、不統一行使を認めておらず、次のように説明する。すなわち、監査役会の議長は、第一の表決によって議題につきどのように考えるのかを知らせているのだから、第二の表決を別異にしたり、あるいは、戦術的手段として留保してはならないとしている。

(57) Geßler, a. a. O., Anm. 49 zu §108.

(58) Baumbach/Hueck, a. a. O., Anm. 12 zu §108; Lutter, a. a. O., S. 279～S. 280. なお、以下、本文括弧内の頁数は、ルターのこの文献のものを示す。

(59) Mertens, Kölner Kommentar, Anm. 20 und Anm. 23 zu §108 によれば、欠席監査役員による電話あるいは電信による表決は、西独株式法一〇八条四項による会議を経ないでなされる決議の場合とは違つて、同条三項の場合には除外されており、さらに、同条三項は、表決には書式が必要であると規定しているので、西独民法一二六条一項に従つて、表決は欠席監査役員自身によつて署名されていなければならず、電信によつて表決使者に伝えられた表決では要件を満したとはいえないとされる。Meyer-Landrut, a. a. O., Anm. 14 zu §108 によれば、書面による表決は監査役会の席上で差し出されなければならないので、会議を経ないでなされる決議の場合におけるように電話あるいは電信による表決はできないとされる。

なお、西独民一二六条一項は、〝法律ガ書式ヲ規定シタルトキハ、証書ノ発行者ハ自筆ニテ署名シ、又ハ公証人ノ認証シタル花押ニ依リ署名スルコトヲ要ス〟と規定する（現代外国法典叢書・独逸民法(1)一九九頁を参照・修正し訳出）。同条二項は、契約証書に関し、同条三項は、書式の公証人による証書を以てする代替可能性につき規定する。

(60) KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 10. März 1938, JW, 1938 Heft 28/29, S. 1824. この決定の内容については、後に本文の中で詳述する。

なお、ベルリンの上級地方裁判所が、沿革上の理由から、Kammergericht（宮廷裁判所）と呼ばれていたことについては、山田・ドイツ法概論(1)八六頁、九三頁に説明がある。

(61) 一九六五年西独株式法一〇八条四項は、監査役員の誰もが異議を述べなければ、書面、電信または電話による議決が認許されると規定している。そして、一九三七年株式法九三条三項では、書面による議決が認許されるとあるのみで、電信と電話について明文を以て規定されていなかつたことについては、すでに本文中で説明してある。

(62) 西独民事訴訟法上の解釈として、上訴や訴提起に際して、電信（電報）による場合も書式ある場合と同視されることについては、Thomas/Putzo, Zivilprozeßordnung, 9. Aufl., Anm. 2c zu §129.

(63) Geßler, a. a. O., Anm. 43 zu §108.

(64) Luther, a. a. O., S. 308（Lutherでありlutterでないことに注意）。

(65) KG., a. a. O., S. 1824.

(66) 独逸において、商業登記が裁判所で裁判官によりなされることについては、田中＝喜多・コンメンタール商法総則一三四頁参照。

(67) 現行西独民法一二六条と第二次世界大戦前の独逸民法一二六条の内容は、基本的に同じである。戦前の条文から、第一項で「裁判所の認証」、第三項で「裁判所の証書作成」という部分が削除されているのみである。

(68) なお、一九五七年五月二七日の連邦通常裁判所判決によれば（BGHZ, 24. Band, S. 297 ff.）、電報では保証の意思表決につき規定されている書式を遵守したことにはならないとされる。

(69) Mertens, Die Aktiengesellschaft, S. 214～S. 215. なお、メルテンスのこの点に関する以前の文献における見解については、前出注（59）に紹介したが、この注（59）の見解は、後述する「表決における代理」理論により更に精緻化される。

(70) Mertens, Die Aktiengesellschaft, S. 210 ff.

(71) Vgl. Baumbach/Hueck, a. a. O., Anm. 12 zu §108.

(72) Lutter, a. a. O., S. 282. なお、以下、本文括弧内頁数は、ルターのこの文献のものを示す。

(73) 西独民法一二三条二項前段は、「相手方ニ対シテ為スベキ意思表示ニ付第三者ガ詐欺ヲ行ヒタルトキハ、相手方ガ詐欺ヲ知リ又ハ知ルベカリシ場合ニ限リ、之ヲ取消スコトヲ得。」と規定し（前掲現代外国法典叢書・独逸民法(1)一九二頁）、その内容は、我が国の民法九六条二項に相当する。西独民法においては、相手方が詐欺を知りうべき場合も加えられているが、我が民法の解釈としても、そのように解するのが妥当であるとされている（我妻・新訂民法総則三一一頁）。

(74) Mertens, Die Aktiengesellschatt. S. 210～S. 215. なお、以下、本文括弧内の頁数は、メルテンスのこの文献のものを示す。

(75) 幾代・民法総則三〇八頁によれば、我が国の取引界の実際においては、契約書などに代理人の名前を記さずに、直接本人の名前のみを記入して、本人の印を押すという形式で行為がなされることが珍しくないが（署名よりも印鑑にたよる取引慣行）このような場合でも、行為をめぐる周囲の事情から、代理意思のあるものと認められる限り、代理行為は成立するとされている。なお、我妻・新訂民法総則三四六頁、川島・民法総則三六三頁、浜上・注釈民法九九条Ⅱ(3)（四巻二一頁）も同旨である。

ところで、前掲外国法典叢書、独逸民法(1)二〇〇頁の独逸民法一二六条の注には、「代理人が単純に本人の氏名（又は商号）を以て署名したときでも現在の判例は一致して之を有効なりとしている。蓋し然らざれば、不実なる者を徒に活躍せしむることとなり、且以前の慣例も其の有効性を認めた、と謂うに在る。併し乍ら、かくの如き見解は正当と謂ふを得ない」との説明がある。

なお、署名の代行や記名捺印の代行による手形行為の代理が認められるか否かについて議論のあることについては、高鳥・手形法小切手法七五頁以下参照。

(76) 一九五二年四月七日の連邦通常裁判所決定（BGHZ, 5. Band, S. 344 ff.）。この決定は、一九六一年の家族法改正法施行前における西独民法一七五〇条による養子縁組契約に関するものである。同法によれば、代理人禁止が規定されていたが、この決定によれば、「表決における代理理論」にかな

うものにはその代理人禁止が当てはまらないとされた。

(77) 例えば、Flume, Allgemeiner Teil des Burgerlichen Rechts, 2. Band, §43 5 (S. 760～761) は、家族法改正法施行と共に、一九五二年四月七日の連邦通常裁判所決定は陳腐化したと評価し、さらに、代理人による内容形成を排除する特別な任意代理権に基づく代理に「表決における代理」という用語が使用されるとしても、そこでは、民法典上の言語慣用法の意味における「代理」が問題になつており、代理法理が妥当するとしている。

(78) 川島・民法総則三〇八頁によれば、「使者には次の二つの場合を区別すべきである。第一は、本人が効果意思を決定し、且つこの効果意思の表示（記号形成）を行つたが、その伝達を使者に委ねた場合（たとえば意思表示を文書或いは録音テープに記録し、使者としてこれを運搬させた場合）であり、第二は、本人が効果意思を決定した上、その表示（記号形成）と伝達とを使者に委ねた場合（たとえば、使者が本人の効果意思内容を自ら相手方に口頭で伝達する場合）である。前者の場合には、通常は、意思表決が到達するか否かが問題となるだけであり、特に代理との異同を論ずる必要はないが、後者の場合には、意思表示が到達するか否かだけではなく、どのような意思表示が到達するか、が問題となり得る」とされ、同書三一〇頁の注五の部分で、「前述の第二類型の使者が表示をした法律行為については、普通の代理と同様に処理して（表見代理の可能性を認める）、取引の相手方の立場を考慮すべきではないであろうか。もつとも、このように言うと、使者と代理との区別を無視するという非難を受けるかもしれない。しかし、問題は右の第二類型の「使者」の場合にどのような法的結果を認むべきかにあるのであつて、使者と代理との法概念の区別はその手段にすぎない」とする。表示（記号形成）を委ねられた使者という構成およびそれを代理と同様に処理するという点で、表示における代理理論との対比が可能であり、興味深いものがある。

(79) 西独民法一八〇条は、我が国の民法一一八条に相当する。

五　検討とまとめ

取締役会に出席できない取締役は、我が国における現行法上の解釈によれば、代理人によつてその議決権を行使することは許されず、また、電話によつて議決権を行使することも認められていない。欠席取締役が、使者を通じて議決権を行使できるか否かについては、通常あまり議論されてはいないが、取締役会という会議体で、意見を交換させ、討論を尽くさせるという現行法上の立場からするとそれも認められない。さらに、個々の議決権行使の問題とは違つた側面をも持つ事項であるが、書面決議、持ち廻り決議も、やはり同様の理由から許されていない。このような我が国における現行法の立場は、そ

の趣旨が明確であり、また、その規制は複雑でないといえる。しかし、株式会社の活動範囲が広く拡大してくると、現実に出席している取締役のみを中心にして、会議の開催されることを前提とする規制に、実際上の観点から、不都合が訴えられることもあろう。昭和五三年の株式会社の機関に関する改正試案の立場は、まさにその点を踏まえて、新たなる規制の展開を企図するものであると評価できる。この機関改正試案の立場は、規制の大綱のみを示していると解される面もあるので、その大綱がどのように具体化されるかの方向づけには、他の類似の既存法規制が参考となる。そこで、西独株式法における取締役会と監査役会での欠席者の表決がどのように取り扱われているかを探つてみた。西独株式法における取締役会の場合には、その点に関する具体的内容を有する法規制が欠けており、また、その運営自体もかなり柔軟性に富んでいる面もあるので、大綱を具体化する参考例としては、いささか個別的な視点を欠く憾がある。それに対して、西独株式法上の監査役会の場合には、欠席監査役員に対応する規定が用意されており、学説上もその点に関連して、かなり具体的に議論をしているので、参考例として意義あるものと解される。そんなわけであるから、前述したところで、いささか長くなり過ぎるのもいとわず、学説の細かな議論までも紹介してきたわけである。ところで、我が国の取締役会と西独株式法における監査役会とでは、その構成の由来や権限が相違するため、欠席者に関連して、両者を比較し、参考となる点を見つけ出すのは困難ではなかろうかとの疑念も予想されよう。それについては、会議体の運営という側面において共通点が認められるので、右に述べたような疑念は、無用であると考える。欠席者を会議体にどのようにして参与させるかという制度構成が、結局のところ両者において共通に問題とされているのだから、その点において、参考例とする手がかりが認められるのである。

西独株式法において、欠席監査役員は、表決使者制度を利用して、書面の表決を差し出させることにより監査役会に参加する道が開かれている。しかし、この方法も実際に運用してみるとなると簡単に良好な結果が得られるものとはかぎらないようである。監査役会における審議が単純なものであり、その筋道が事前に充分読み切れるものならば、前もつて賛成か、

反対か、棄権かをそれなりの理由付きで決定し、書面表決することも可能であろう。しかし、実際には、監査役会での審議の中では、種々の利害関係が錯綜して、容易に議論の先を読めないものが取り扱われることもかなり多く、監査役会においてなされた議論の展開を踏まえなければ、適切な判断を下し得ない場合も考えられる。監査役会での議論の内容を知つた上での表決とその内容を知らないでなされた表決とを比較すれば、後者の表決の場合には、その判断の基礎となつた情報の点で劣るものがあり、その表決自体が見当はずれに導かれる危険性もなくはないのである。また、監査役会での討議がどのように行われるかに関係なく、欠席者にはとにかく自分の判断で書面表決を差し出させればよいのだと単純に考えた場合、欠席者の表決は、悪辣な多数派工作の中に埋没しかねないのである。

ルターは、右に述べたような好ましからざる事態の発生を避けるために、書面表決と監査役会における審議をかみ合わすことを考え、表決使者制度の弾力的運用という方法で問題の解決を試みる。例えば、監査役会における決議がなされる前に表決使者は、電話あるいはそれに類似する方法で監査役会における審議の経過を欠席監査役員に伝え、その指図を得て、すでに事前に完成した状態で表決使者に与えられていた内容の異なる複数の表決表示の一つを選択して差し出すという方法が提案される。また、審議の内容を伝えられた欠席監査役員の指図に従つて、表決使者が、白地式で与えられた表決表示の白地部分を補充して、表決表示を完成させ、それを差し出すという方法も考えられている。その場合における重要な点は、欠席監査役員自身によつて決定された表示が、監査役会に伝えられることであり、そのことは、欠席監査役員の指図により表決使者が拘束されることにより確保されることになつている。さらに、監査役会における審議の後、その決議のなされる前に、欠席監査役員により指図を与えることが不可能の場合、前もつてすでに完成している相互に矛盾する表決表示を表決使者に与えておき、そのいずれを差し出すかを一定の条件にかからせることができるとされる。しかし、その場合、条件が成就したか否かについて、表決使者に判断の余地のあるような条件づけは許されない。そうでなければ、監査役員自身の判断

と決定に基づく表決の伝達という原則が崩れるからであるとされる。次に、ルターによれば、書面表決の書面という要件が、電報、テレタイプ、ファクシミリにより充足されるとされ、表決使者制度の弾力的運用につきもう一つの局面のあることが指し示される。電報、テレタイプ、ファクシミリにより、欠席監査役員自身の意思に基づく表示内容が正確に伝達され得ることには問題がない。しかし、特に問題になるのは、それらの伝達手段により、欠席監査役員自身がその表示内容を本当に自分で発信したということまでも明らかになるかという点である。その点については、ルターによれば、表示捏造という瑕疵があれば、それを理由にして、決議の効力に対して異議が唱えられ得るというようにして、後々の対処保護手段が厚く配慮されているのだから、欠席監査役員自身により発信されないかもしれないという小さい危険が甘受されると主張される。この観点からする主張は、ルターによって、白地式書面表決が指図に基づかないで補充され、内容捏造がなされるかもしれないという危険に対して援用される。

メルテンスの表示における代理理論によれば、欠席監査役員自身によつて表示内容が決定されるならば、その表示内容を表決表示として書面化することにのみ限定された代理が認められる。それゆえ、欠席監査役員は、電話、電信（電報）、テレタイプ、ファクシミリ、あるいは、直接的に口頭で、自分自身により決定した表示内容を「表示における代理人」に連絡して書面化させ、その書面表決を監査役会に差し出させることが可能となる。その場合、表示における代理人と書面表決を差し出す表決使者は、必ずしも同一人である必要はない。監査役員の守秘義務にそうように活動するならば、代理人になり得るすべての人が、表示における代理人の役割を果すことができ、その表示における代理人が、一九六五年西独株式法一〇八条三項の要件を充足する者であれば、表決使者にも同時になり得るという関係にある。メルテンスによるこの表示における代理理論によれば、欠席監査役員は、各種の通信手段を利用することにより、事態の推移にも対応できる機能的な監査役会参加をなし得ることになる。

昭和五三年の株式会社に関する改正試案は、前述したように、「第二　取締役及び取締役会」と題する部分の四の2のbにおいて、「取締役会に出席することができない取締役は、書面によつて意見を表明し、又は議決権を行使することができる。」としている。[1] そして、その機関改正試案の立案関係者の解説によれば、そのb項により、取締役の「書面による意見表明」および書面投票が認められているとされる。[2] この書面による意見表明および書面投票が、西独株式法上の「表決使者」に類する者により取締役会に伝えられるのか、それとも、「表決使者」に類する者の介在なしに直接に取締役会へ伝えられるのかどうかは、必ずしも明確になつていない。機関改正試案の「第一　株主総会」と題する部分の二の2のaにおいて、株主の議決権行使に関して、「会社は、株主総会の招集通知とともに、株主に対し、株主総会に出席しない場合における議決権の行使のための書面を送付しなければならない。」とされ、同a項の注(2)において、aの書面の様式は、法務省令で定めるとされている。[3] そして、立案関係者のこの点に関する解説によれば、そこでは、「書面投票」の制度が採用されていると説明されている。[4] それゆえ、取締役会の場合も、書面が会社から送付されてきたりあるいは書式が法務省令で定められることになつてはいないものの、株主総会の書面投票と原理的に同様であると解されることもできる。もしもそのように解すると、株主総会における書面投票の問題点として挙げられることが、取締役会の場合にも関係することになる。すなわち、書面投票制度の下では、株主総会開催前に結論が出ていることになるから、株主総会における討論の意味がなくなるという点である。[5] この点は、取締役会における意見交換の重要性を考えてみると、株主総会の場合以上に強く意識されることになる。もつとも、この程度の不都合は、欠席者には全面的に議決権行使の機会が失われるという現行法の建前を考慮すれば、耐え忍ぶべきであるといわれるならば、反論の余地はなくなる。

次に、機関改正試案の立場は、大綱を示しているのみであるから、西独式法上の「表決使者」に類する者が介在するとの構成も引き出し得ると解するならば、いかなる者が、「表決使者」相当の者としてふさわしいかが問われることになる。そ

の者は、他の取締役とするのが一番穏当であると解されよう。代表取締役、取締役会長、あるいは取締役会議長では狭すぎるし、監査役あるいは取締役以外で定款により特に認められた者まで入れては広すぎるとも解される。いずれにせよ、「表決使者」に類する者の介在を認める構成が採用できるとすれば、ルターの提案したような表決使者制度の弾力的運用の発想を借りて、取締役会における審議と欠席取締役の議決権行使をかみ合わすことも可能になる。その場合、「表決使者」に類する者は、電話などの通信手段を利用することにより審議内容を連絡し、欠席取締役の指図を得て、事前に完成した状態で与えられていた内容の相違する複数書面の中から一つを選んで提出するとか、あるいは、指図に従つて白地式書面を補充して提出することになる。議決権行使前に電話などを利用して欠席取締役の指図が得られないような事態の場合、事前に与えられた複数書面のいずれを選択して提出するかを一定の条件にかからせておくこともできる。もちろん、その条件が成就したか否かについて「表決使者」に類する者の主観的判断の入ることは許されない。これらの場合において問題となるのは、まず、決議前おける電話等による連絡の可能性をどのように保障するかである。解釈によりそれを認めるのか、それとも、なんらかのそれに関する手続的規定を置くかという点である。次に、事前に完成した状態にある複数書面の存在はともかくとして、白地式未完成書面の存在を認め、その完成を本人以外の者の手に委ねることができるか否かは、慎重に検討を要する問題である。この問題は、書面方式を受け入れるかぎり、たとえ書式を法定したとしても必ず生ずる厄介なものである。

「表決使者」に類する者の介在を予定せず、書面が直接的に取締役会にもたらされるとする書面投票的構成の場合、その書面の受け取り手は、誰かが問題になる、それには、取締役会招集権者、代表取締役、取締役会長、取締役会議長等が考えられるが、それらのいずれかに特定しておくことが実際上の運営に際して必要とも解される。さらに、「表決使者」に類する者の介在を認めない構成の場合にも、ルターにより提案された表決使者制度の弾力的運用の書面要件を基点とする立論から示唆を受けることができる。ルターによれば、電報、テレタイプ、ファクシミリは、書面表決の書面という要件を充足す

ると解される。この立論は、表決捏造とそれに対する対処保護手段との対比考量を主たる論拠の一つとするものであり、一面において説得力もかなりある。それゆえ、それは、我が国において、取締役会に書面投票を導入することを検討するに際して、無視できない論点を提供するものと評価される。

メルテンスの表示における代理理論は、「表決使者」に類する者が介在するか否かに関係なく立論可能である。表示における代理人の概念は、表決使者とは別の観点から定立されているからである。表示における代理人は、表決表示を書面化することにのみその活動が限定されているので、純然たる書面投票を考えて、「表決使者」的構成が完全に払拭される場合のみならず、「表決使者」に類する者が介在する場合にも登場し得ることになる。昭和五三年の機関改正試案の大綱を具体的に精緻化する際には、欠席取締役自身により決定された表決（投票）内容を直接に口頭によるか、あるいは、電話、電信（電報）テレタイプ、ファクシミリ等により伝えられた者が、表示における代理人としてその内容を書面化した場合、そのようにして作成された書面により意見表明や議決権行使ができるか否かが問われるべきであろう。実際界においては、署名の代行、記名捺印の代行が種々の局面においてかなり行われていることを考えると、表示における代理理論には、受け入れやすい下地がなくはないとも解される。

取締役会における欠席取締役の議決権行使に関して、立法論を考察し、あわせて、西独株式法におけるそれに関連する規制を紹介し検討を加えた。西独株式法の規制の中では、欠席監査役員のために用意された「表決使者」制度の中に、我が商法の側からする有意義な参考例が見い出されたと考える。そして、「表決使者」およびそれに関連する事項についてなされた種々の議論を理解することにより、我が国における立法論をめぐる新たなる展開のための手がかりが得られると考える。なお、欠席者の議決については、その議決が欠席者本人に由来することが明確であるかぎり、その議決伝達プロセスは、さほど重要な問題ではないとの認識もあると考えられる。しかし、そのプロセスが的確に把握されていればいるほど議決が欠

席者本人に由来することがより一層明解となるのだから、その伝達プロセスの問題も大いに検討する価値のあるものと考える。

(1) 法務省民事局参事官室・前掲商事法務八二四号一〇頁、慶大商法研・前掲法学研究五二巻九号九〇頁。
(2) 元木・前掲商事法務八三二号一〇頁。
(3) 法務省民事局参事官室・前掲商事法務八二四号七頁、慶大商法研・前掲法学研究五二巻九号八五頁。
(4) 稲葉・株式会社の機関に関する改正試案の解説〔4〕株主総会—株主総会の運営〔一〕商事法務八二七号一三頁。
(5) 稲葉・前掲商事法務八二七号一三頁。

(一九八〇年五月四日稿)