

## 論 説

企業買収における経営者への功労金の支払い  
— マンネスマン訴訟に見るドイツのコーポレート・  
ガバナンスと刑事司法制度 —

正 井 章 祐

はじめに

## A. マンネスマン訴訟

- I. 事実の概要
- II. 裁判の経緯
- III. デュッセルドルフ地方裁判所の判決
- IV. 連邦通常裁判所の判決
- V. 差戻し審における訴訟の中止

## B. マンネスマン訴訟に関する制度と法的問題点

- I. 刑事司法制度
- II. 株式会社の機関と共同決定制度
- III. 取締役の報酬に関する規制
- IV. 背任罪の規定とその解釈

おわりに

## はじめに

日本では、2007年になっても、企業の不祥事が次々と明るみに出ている。たとえば、日興コーディアルグループの有価証券報告書の虚偽記載、不二家による期限切れ商品などの販売、大林組・鹿島・清水建設などの土木・建設会社の談合といった事例である。ドイツにおいても、多くの企業

不祥事がある。最近では、ジーメンス社 (Siemens AG) における賄賂のための裏金の発覚、フォルクスワーゲン社 (Volkswagen AG) の取締役などの会社の金による遊興などが大きく報道されている<sup>(1)</sup>。その中でも、マンネスマン事件を取り扱う裁判は、ドイツの歴史上、「最もセンセーショナルな経済刑事訴訟 (der spektakulärste Wirtschaftsstrafverfahren)」として、国内外から大きな注目を浴びてきた。それは、2000年2月に、イギリスのボーダフォンエアタッチ株式会社 (VodafoneAirtouch plc) (2000年7月28日に Vodafone Group plc へ商号変更) によって買収されたドイツのマンネスマン株式会社 (Mannesmann AG) が、その直後に、当時の経営者などに1億1100万マルク (5700万ユーロ) もの功労金・補償金を支払ったことが背任罪およびその幫助にあたる<sup>(1)</sup>として、それを決定した監査役員 (4人) および取締役 (2人) が起訴された事件である。裁判は、第一審では被告人全員無罪の判決、上告審では破棄差し戻しの判決が出されたが、差し戻し審で裁判は中止される、という経過をたどった。事件は、結局、事実関係の十分な解明および裁判所による最終判断を見ることなく終了することになった。しかし、マンネスマン訴訟は、ドイツの会社法制 (とくにコーポレート・ガバナンス) のみならず、刑事司法制度のあり方に対しても大きな影響を及ぼしている。大企業の活動がグローバル化している現在、この事件は、日本にとっても一司法制度、会社法制に違いはあるものの、研究者、実務家にとって、多くの素材を提供してくれる。以下では、まず、この事件の事実関係、判決および訴訟中止の理由を紹介し (A.)、次に、この訴訟に関連するドイツの刑事司法制度の概要を述べ (B. I.)、そしてドイツのコーポレート・ガバナンス (とくに共同決定制度と経営者の報酬制度) (B. II. III.) および刑法上の問題点 (B. IV.) について論じることしよう。

---

(1) ドイツの新聞 (Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ), Handelsblatt, Süddeutsche Zeitung (SDZ), Financial Times Deutschlands (FTD) など)、週刊誌 (Die Zeit, Der Spiegel, Manager-Magazin など) 参照。

## A. マンネスマン訴訟

### I. 事実の概要<sup>(2)</sup>

#### 1. ボーダフォンによる買収提案から結末まで

(1) マンネスマン株式会社は、1890年に鋼管の製造のために設立さ<sup>(3)</sup>れた。20世紀の初め頃には、鉱業と製鋼の分野へと多角化した。その後、1970年代の初め頃に鉱業・製鋼から機械製造業へと転換し、1980年代には、自動車部品製造業も吸収した。さらに、1990年に入って、ドイツ国内で、新しく携帯電話事業も開始し、子会社のマンネスマン・モバイルフンク<sup>(4)</sup>有限会社 (Mannesmann Mobilfunk GmbH) が、アメリカ合州国のエアータッチ・コミュニケーションズ株式会社 (AirTouch Communications plc.) とパートナーを組んで、マンネスマン・モバイルフンク D2を設立した (1991年に事業開始。1995年に、資本参加比率を65%へ拡大)。マンネスマンは、この事業分野で成功を取めたので、事業をヨーロッパ全体に拡大した。1999年には、経営資源を遠距離通信 (携帯電話と固定電話) 事業の分

---

(2) 事実関係については、その多くをデュッセルドルフ地方裁判所の判決 (Landgericht Düsseldorf, XIV 5/03) (後掲注 (37)) により、一部、新聞・雑誌からの記事を付加した。

(3) マンネスマンの歴史は、1885年にマンネスマン兄弟が始めた、継ぎ目なし鋼管の製造にさかのぼる。1890年7月16日に、「ドイツ・オーストリア・マンネスマン鋼管製造株式会社 (Deutsch-Österreichische Mannesmannröhren-Werke AG)」が、ベルリーンに設立された。その後、1893年に、当時、鋼管事業の中心地であったデュッセルドルフに本店を移した。第二次大戦後、マンネスマン・コンツェルンは、連合国によって、独立した3つの会社に解体されが、1955年までに、マンネスマン株式会社に再統合された。その後、鋼管の製造は、新しく設立された「マンネスマン鋼管製造株式会社 (Mannesmannröhren-Werke AG)」に集中された。  
<http://www.mannesmann-archiv.de/deutsch/index.htm> などによる。

(4) 同社の1998年の労働者数は6711人で、年間売上高は7億1900万ユーロ (Landgericht Düsseldorf, XIV 5/03, S. 4による)。

野に集中することにし、同年10月22日、マンネスマンは、イギリスの携帯電話会社オレンジ (Orange plc) を、353億2000万ドルで買収した<sup>(5)</sup>。これによって、オレンジの発行済み株式総数の約45%を所有していたハッチソン・ワンポア (Hutchison Whampoa Ltd.) (香港に本拠を置く複合企業)<sup>(6)</sup>は、マンネスマンの資本金の10.1%の株式を所有することになり、かつ株主の代表として、監査役会 (Aufsichtsrat) に1つのポストを獲得した (なお、ハッチソン・ワンポアは、少なくとも18カ月間、マンネスマンの株式を保有することに同意した)。

(2) この買収に対し、オレンジと競争関係にあった携帯電話専門のボーダフォンエアタッチ株式会社 (ボーダフォン・グループ (Vodafone Group plc) は、1999年6月30日に、エアタッチ・コミュニケーションズを買収し、商号を、ボーダフォンエアタッチに変更) (以下、ボーダフォンという) は、挑戦状を突きつけられたと受け取った。1999年11月14日、ボーダフォンは、マンネスマンに対する買収提案を発表した (マンネスマンの株式1株をボーダフォンの株式43.7株と交換)。これに対して、マンネスマンの取締役代表 (Vorstandsvorsitzender) エッサー (Esser, Klaus) は、その提案を拒否し、同社の労働者もボーダフォンによる買収に反対を表明した。11月19日、ボーダフォンは、その比率を、ボーダフォン株式53.7株に引き上

---

(5) ユーロ換算では、298億ユーロ (119億ユーロは現金での支払い、179億ユーロは新しく発行する株式との交換)。なお、マンネスマンの株式は、1999年中頃には、約60%が機関投資家 (そのうち、約40%は外国) の所有するところとなっていた。そして、オレンジの買収により、ドイツ国内の機関投資家と個人株主の持ち株比率は、それまでの40%から32%へ低下した。詳しい分析として、日経産業新聞2000年6月7日24面 (大西康之)。なお、1999年 (末) の時点で、マンネスマン株式会社の労働者数は13万360人、年間売上高は232億ユーロ、当期利益は5億2900万ユーロであった (Landgericht Düsseldorf, aaO などによる)。

(6) ハッチソン・ワンポア株式会社は、56カ国で事業を展開。労働者数22万人。5つの事業分野 (港湾、ホテルおよび不動産、小売、エネルギーおよびインフラストラクチャーならびに通信) からの2005年の年間売上高は3100億ドル (<http://www.hutchison-whampoa.com/eng/index.htm> による)。取締役会会長の李嘉誠が株式の22%を保有。また、Die Zeit v. 26. 2. 2004, S. 26参照。

げる提案をした（その中には、従業員と経営者の地位について、合併の結果として、大量解雇はしないこと、現在の雇用上の権利（年金を含む）は完全に（fully）保護されることも含まれていた）。しかし、マンネスマンの取締役は、この提案を、不十分であり、株主にとって魅力がないとし、監査役会もその意見に同意した。11月23日、マンネスマン事業所委員会（Betriebsrat）のメンバー約1000人が、デュッセルドルフで、買収に反対するデモ行進をした。12月23日、エッサーは、マンネスマンの監査役会との間で、同社が「敵対的に」買収された場合には、残りの任期4年分（2900万マルク）の報酬満額を受け取ることができる旨、合意した<sup>(7)</sup>。12月29日から、マンネスマンとボーダフォンは、それぞれ、株主を味方につけるために、メディアを使った<sup>(8)</sup>広告を始め、メディアが両者の戦いの場となった。

（3）2000年1月11日、マンネスマンは、フランスのメディア・コンツェルンであるヴィヴェンディ（Vivendi）と合併交渉に入った。1月23日、エッサーは、報道陣に、買収を阻止するために「AOL ヨーロッパ」と組むつもりである、と発表した（しかし、その後、2月3日に撤回）。1月30日、ヴィヴェンディは、ボーダフォンがマンネスマンの株式の過半数を持つことになれば、直ちに協力関係に入ると発表。それによって、マンネスマンの立場は決定的に弱いものとなった。同日、エッサーは、マンネスマンの監査役会から、自動車、運転手、部屋および秘書を生涯にわたって使

---

（7） Der Spiegel, 34/2003, S. 54-60 (56) (Georg Bönisch/Frank Dohmen) による。

（8） マンネスマンの助言者として、モルガン・スタンレイ（Morgan Stanley）、メリル・リンチ（Merill Lynch）、J. P. モルガン（J. P. Morgan）が付き、ボーダフォンのそれには、ゴールドマン・サックス（Goldman Sachs）、ウォーバーク・ディロン・リード（Warburg Dillon Read）がいた。アッカーマン、エッサーなどを告発した弁護士の一であるビンツ（Binz）によると、マンネスマンは、買収を阻止するために、2000年に、4億3200万マルクを使った（新聞広告に5600万マルク、投資銀行へ1億5500万マルク、弁護士に7500万マルク、その他の助言者に1億4600万マルク）（Mark K. Binz, Der Fall Mannesmann—Landung in der Nähe des Bettvorlegers?, BB 2003, Heft 23 Die erster Seite）。

う権利、そして後に400万マルクで、それらを買収させることができる権利を与えられた。

(4) 2月2日、ボーダフォンの取締役会会長ジェント (Gent, Chris) は、エッサーを翻意させるためにデュッセルドルフへ行った。そこに、マンネスマンの最大株主であるハッチソン・ワンポアの業務担当取締役フォック (Fok, Canning) もいた。フォックは、エッサーにボーダフォンの買収提案に同意するように迫り、そして、エッサーに、自ら功労金を支払う用意がある、と述べた (ボーダフォンの買収提案により、マンネスマンの株価は急騰し、ハッチソン・ワンポアは、買収合意となれば、持ち株を売却して利益を実現する機会が与えられた)。2月3日の夜、エッサーとジェントは、株式交換比率を、マンネスマン株式1株につきボーダフォン株式58.96株 (新会社への資本参加比率は、ボーダフォンの株主50.5%、マンネスマンの株主<sup>(9)</sup>49.5%) とすることで合意した。

(5) マンネスマンの資本金のうち、2000年2月4日までに21%、2月10日までに72.6%、2月28日までに90.2%、3月29日までに98.66%が、それぞれボーダフォンの株式と交換された。自発的に交換を申し出なかった残りの株主 (約4000人) が保有する株式 (約200万株) については、2002年6月11日に、マンネスマンの後継者であるドイツ・ボーダフォン株式会社の臨時株主総会で、一株217.91ユーロで補償することが決議され、それによって、それらの株主は会社から強制的に締め出された (Squeeze out)<sup>(10)</sup> (その結果、ボーダフォンがマンネスマンの全株式の唯一の所有者となった)。

---

(9) 交換比率は、2000年2月3日のマンネスマンの株価360ユーロにもとづく (Landgericht Düsseldorf, XIV5/03, S. 9)。

(10) ドイツでは、少数派株主の会社からの締め出し法制が、2002年1月1日から初めて導入された (株式法327a-327f条)。少なくとも資本の95%を直接または間接に所有していることが要件である。詳しくは、Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 3. Aufl., 2003, 698-738; 齊藤真紀「ドイツにおける少数株主締め出し規整 (一) (二・完)」法学論叢155巻5号、6号 (2004) (引用の文献参照)。ボーダフォンは、この制度の利用者第一号となった。

(6) マンネスマンの株価は、1998年初めから2000年2月末までの間に、約6倍になった（その間、ヨーロッパの株式指数EuroStoxx50は約2倍に上昇し、ドイツの株式指数Dax30は約80%<sup>(11)</sup>上昇）。エッサーの取締役代表としての任期が始まった1999年5月28日から、買収防衛の戦いに敗れた2000年2月3日までの間に、マンネスマンの時価総額は約1400億ユーロ増加した。もっとも、この間、他の遠距離通信会社（ドイツ・テレコム、フランス・テレコムなど）の株式も高騰しており、2月3日の時点で、マンネスマンの株価の上昇率は、遠距離通信分野の株価指数のそれよりも17%高かったにすぎない<sup>(12)</sup>。

(7) 2000年4月12日、上述の合意にしたがって、ボーダフォンはマンネスマンを買収した（買収金額は1780億ユーロ<sup>(13)</sup>）。なお、ハッチソン・ワンポアは、ボーダフォンの株式の5.1%を所有することになったが、同社は、2000年3月には、そのほぼ3分の1を売却し、約50億ドルを手に入れた<sup>(14)</sup>。

(8) 買収後、ボーダフォンのジェントは、マンネスマンの労働者に約束していたこと—それは、マンネスマンの監査役会における労働者代表が買収に同意する条件になっていた—を、何も履行しなかった。機械と自動車部品の製造部門を、Atecs Mannesman AGとして、上場させるという約束は反故にされ、ボッシュ＝ジーメンス（Bosch-Siemens）企業連合に、96億ユーロで売却されてしまった。伝統のある—赤字が続いていた—鋼管

(11) Landgericht Düsseldorf, aaO. マンネスマンの株価は、オレンジを買収した1999年10月22日には140ユーロであったが、2000年3月6日に382.50ユーロの最高値をつけた。同日のボーダフォンの株価も401.5ペンスの最高値（その後、2003年9月には、ユーロ換算で、約70%下落）（FAZ v. 25. 9. 2003, S. 19）。

(12) Die Zeit v. 29. 1. 2004, S. 25（Robert von Heusinger）。

(13) EUのヨーロッパ委員会（European Commission）は、2000年4月12日、ボーダフォンとマンネスマンの合併を—オレンジの切り離しを条件に—承認した。オレンジは、同年5月に、フランス・テレコムへ、480億ユーロで売却された（Landgericht Düsseldorf, XIV 5/03, S. 9；EU-Bulletin 4-200（Wettbewerb 6/24）；FAZ v. 16. 1. 2004, S. 15 Tabelle）。

(14) Die Zeit v. 2. 2004, S. 26. また、日本経済新聞2000年8月25日9面参照。

部門も、ザルツギッター・グループ (Salzgitter Gruppe) へ、0.51ユーロ (1マルク) で売られ、そしてイタリアの遠距離通信事業会社も、エネル (Enel) (イタリアのエネルギー・コンツェルン) へ110億ユーロで売却された<sup>(15)</sup>。

(9) 2001年 8月22日、マンネスマンの最後の株主総会が—残った7400人の株主のうちの約220人の株主が出席して—開かれた。その時、ボーダフォンは、マンネスマンの株式の99.4%を所有していた。そこで、ドイツ・ボーダフォン株式会社への商号変更が決議された。個人株主および有価証券保有保護同盟 (DSW) の代表は、買収提案に対して取締役と監査役会がとった行動およびエッサー、フンクなどへの巨額の功労金・補償金の支払い (後述 2. 参照) を厳しく批判した。しかし、それらの株主にはもはや何の力も残っていなかった<sup>(16)</sup>。

## 2. 取締役事項委員会による決議

(1) マンネスマンには、監査役会内部の委員会の一つとして、取締役の報酬の決定を主な任務とする「取締役事項委員会 (Ausschuss für Vorstandsangelegenheiten)」が設置されていた。その構成員は、ドイツ銀行頭取 (取締役代表) のアッカーマン (Ackermann, Josef)、マンネスマンの前取締役代表で監査役会長フンク (Funk, Joachim)、IG <sup>(17)</sup>メタルの委員長ツヴィッケル (Zwickel, Klaus)、マンネスマンのコンツェルン事業所委員

---

(15) Martin Höpner/Gregory Jackson, Entsteht ein Markt für Unternehmenskontrolle? Der Fall Mannesmann, in: Wolfgang Streeck/Martin Höpner (Hrsg.), Alle Macht dem Markt?, 2003, 147-148 (163); heise online, 11. 6. 2002, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/28130>などによる。

(16) heise online, 22. 8. 2001, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/20427>などによる。

(17) IG メタル (金属産業労働組合) は、電機・自動車・繊維などの事業会社の労働者によって組織された労働組合で、組合員数は、2005年末の時点で、約237万人。  
<http://www.igmetall.de/cps/rde/xchg/internet> 参照。

会委員長ラートベルク（Ladberg, Jürgen）の4人であった（肩書きは、いずれも当時）。同委員会の定足数は3人で、議決には単純多数決が必要とされていた。

（2）マンネスマンがボーダフォンによる買収提案に合意することに決定した直後の2月4日、取締役事項委員会において、フンクが、エッサーへ功労金（Anerkennungsprämien； appreciation awards）として、1000万ポンドを渡してはどうか、と提案した<sup>(18)</sup>。その委員会に出席していたのは、2人（アッカーマンとフンク）だけで、ツヴィッケルは電話で会議に参加した（ラートベルクは病気のために欠席）。ボーダフォンの経営陣は、その提案について了承していた。フンクとアッカーマンは、同日、エッサーへ、功労金として1600万ユーロのほか、マンネスマンの取締役代表を辞任することによる一先に合意された一補償金1500万ユーロおよびその他のさまざまな請求権の代償として200万ユーロを支払うことを決定した<sup>(19)</sup>。さらに、同日、フンクの要望にもとづいて、マンネスマンの遠距離通信部門で最も功績が大きい構成員のために定められた約1600万ユーロの報奨基金（Prämienfond）から、フンクへ、300万ポンド（480万ユーロ）を功労金として支払うことが、アッカーマンとフンクの賛成で決議された。電話で議決に参加したツヴィッケルは、功労金などの支払の承認を了解したものの、投票を保留した。ただ、彼は、自分が議決に参加することにより、決議が成立することを望んだ。

（3）フンク、アッカーマン、ツヴィッケルの3人は、2月11日および

---

(18) エッサーは、1994年6月から1999年5月末まで、マンネスマンの財務担当取締役に就いており、1999年5月末以降は、同社の取締役代表を務めていた。

(19) 同委員会の議事録には、「エッサー氏は、大株主ハッチソン・ワンポア社の提案にもとづいて、そして同社とボーダフォンとの間の合意にしたがって、1000万ポンド〔当時の為替相場で約1331万マルク〕の功労金を受け取るものとする。取締役事項委員会は、それに同意する。功労金は、ボーダフォンが〔マンネスマンの〕株式の過半数を取得したときに支払われる」と記載された（Landgericht Düsseldorf, XIV 5/03, S. 10）。

17日の委員会の会議で、エッサーに、功労金のほかに補償金 (Abfindung) を支払うこと、その他の4人の取締役員 (うち2人は、数日前に初めて取締役に就任) に総額約500万ユーロの功労金を支払うことを決議した。<sup>(20)</sup> その理由は、彼らが、マンネスマンの遠距離通信部門での成果および企業価値の向上に貢献したため、および付加的に、任用契約において合意された任期終了までの一本来、受け取るべき報酬の補償のため、というものであった。

ところが、2月18日、マンネスマンの決算監査会社 KPMG の監査担当者が、2月4日と17日の委員会の決定は違法となるおそれがある、と表明した。<sup>(21)</sup> そこで、委員会は、2月28日に、功労金について審議し、そして、再度、エッサーに、1600万ユーロの功労金を支払うことを決議した。

(4) マンネスマンでは、1998年11月20日に、取締役事項委員会の決議によって、「TOPP-200ボーナス」制が、取締役員の報酬の変動部分として導入された。それは、監査役会の会長と取締役との間で、各事業年度の目標が毎年1月に定められ (取締役事項委員会がそれを確認)、その目標が100%達成されたときは、取締役代表には2年分の報酬、残りの取締役員は1年半分の報酬 (達成できなかったときは0.3年分) がボーナスとして支払われるというものであった。そして、1999年の事業年度について、取締役員ドロステ (Droste, Dietmer) は、2000年1月7日付けの書面で、エッサーに、1999年の事業年度の目標を設定していないので、次の委員会の会

(20) 4人への配分は、189万ユーロ、138万ユーロ、102万ユーロおよび77万ユーロとされ、その際、マンネスマンのための将来の活動期間は考慮されなかった。その後、4人のうち3人は、2000年7月31日に、同社を退職した。

(21) その理由として、フンクの自己利得、ツヴィッケルとラートベルクの署名の欠如、支払額の異常な多さ、などが指摘された (FTD v. 18. 3. 2004, S. 21)。裁判での KPMG の監査担当者の証言について、SDZ v. 18. 3. 2004, S. 21 参照。

(22) 判決 (Landgericht Düsseldorf, XIV 5/03, S. 28) では、「監査役会会長と取締役との間で」とする箇所と、「監査役会会長と取締役代表との間で」というところがある。

議で早急に定めるようにと勧めた。その後、ボーダフォンによる買収が成立した後の2000年3月16日、エッサーは、TOOP-200ボーナスの基準の概略を記した一監査役会会長フंक宛の一書面を作成した。エッサーは、そこで、自分自身とフंकについて目標が100%達成された、とした。フंक（1994年から1999年5月まで取締役代表に就いていた）は、その書面に、エッサーと自分については達成率110%と書き加えた。そして、3月27日の委員会（後述（5））で、個々の取締役（8人）について、目標を設定していなかった1999年の事業年度のTOPP-200ボーナスについて、委員会は、エッサーとフंकについては達成率110%、その他の取締役員は、それぞれ、100%（1人）、85%（4人）、75%（1人）とし、フंकを含む4人全員の賛成で決議した。それにもとづいて、フंकには、179万7000マルクが支払われた。

（5）2000年3月27日、フंक、ツヴィツェル、ラートベルクおよびアッカーマンは、取締役事項委員会を開いた。その会議にはエッサーも参加した。そこでは、1999年事業年度の実績報酬が唯一の議題とされていた。その場で、フंकは、それまでの選択年金（Alternative pension）<sup>(23)</sup>制度が一ボーダフォンによって買収されることにより一廃止される

---

(23) 選択年金について精確に説明するのは難しい。地裁の判決（LG Düsseldorf, S. 23-28）および Westdeutsche Zeitung Online, 25. 03. 2004によると、年金受給者であるマンネスマンの取締役員（その中にフंकも含まれる）は、最終報酬額の60%までの確定給付型の年金を受けており、付加的に、いわゆる選択年金に対する選択権も持っていた。選択年金は、現役の実績報酬の所得（賞与の支払いを含む）にしたがって計算され、年金受給者に「より有利な」額が支払われるものであった。それは、ボーダフォンによって買収される前には、常に、明らかにより高い選択年金が存在し、なかには、部分的に、「通常の」年金よりも100%を超えるものもあった。マンネスマンの取締役員にとっては、買収された後に報酬額が減るかもしれない、それによって有利な年金を受け取ることができないおそれがあったので、フंकは計画を立て、確定年金と選択年金との差額を、年金受給者の生存期間について、マンネスマンの収益が極めて高かった1999年を基礎として計算すべきものとし、かつ現金で支払われるべきである、とした。それは、フंकだけでなく、すべての年金請求権者に適用されるものとされた。フंकが受け取った年金補償と功

この補償を議題として持ち出した。フंकは、自らの選択年金が廃止されることに対する補償を望んだのである。会議で、アッカーマン、ツヴィッケルおよびラートベルクは、18人の年金受給者に、総額約3100万ユーロ(6116万マルク)(うちフंकだけで約270万ユーロ=531万マルク)を補償金として渡すことを一監査役会へ提案して説明することを決議した。その際、平均的な取締役の報酬の削減およびそれと結びついた選択年金が将来引き下げまたは廃止されることを前提とした。結局、同日の委員会で、取締役代表エッサーおよび18人の退職した元取締役役員に総額約7890万ユーロの功労金と補償金の支払いが決議された(フंकは議決に参加しなかった)。それらは、その後、実際に支払われた。<sup>(24)</sup>

(6) 2000年4月17日、マンネスマンの監査役会が開催された。それは、買収後、ボーグフォンのジェントなどが監査役員に選任されて初めての会議であった。そこでジェントが会長に選任され、そして、取締役事項委員会の構成員となった。同日、取締役事項委員会が開催され、そこでジェントは、同年2月4日の委員会の決議(フंकへの功労金の支払いの件)が未処理になっているとし、フंकへ、480万ユーロではなく、300万ユーロ(約600万マルク)を支払うことを提案した(ジェントは、フंकを快く思っていない)。アッカーマンは、それに賛成した。ツヴィッケルは、うな

---

金の総額は、次注(24)参照。

(24) その内訳は、①年金補償として、18人の取締役年金受給者およびその家族(未亡人と子供)に6116万マルク—そのうちフंकに531万マルク、②功労金として、エッサーに3200万マルク、フंकに600万マルク、その他の14人の役員に2150万マルク、③退職一時金として、エッサーに2980万マルクおよび一終身の秘書・運転手付きの社用車に対する権利をマンネスマンへ譲渡する代わりとして—400万マルク(エッサー1人で計6580万マルク=約3300万ユーロ)。また、フंकが受け取った功労金・補償金の総額は、1130万マルク=約578万ユーロ。フंक以外の元取締役役員の受取額については、Westdeutsche Zeitung Online v. 25. 3. 2004参照)。フंकは、2005年5月に、すべての特権を失った。それには、ボーグフォンが所有する建物内の事務室・運転手付きの公用車および秘書の使用が含まれる(manager-magazin. de, 25. 5. 2005による)。

ずいて、問題ない、と言った。しかし、決議の書面が提出された後、ツヴィッケルは、自分とラートベルクは、棄権したと付記してほしいと述べた。また、それまで何も発言しなかったラートベルクは、議決の署名を求められて、自分は棄権しようとは思わないが、署名したくない、と言った。その意味は、自分は反対ではないが署名しないということだ、と述べた。結局、議決書面に署名したのは、アッカーマン、ツヴィッケル、ジェントということになった。同年4月末に、300万ユーロがフンクの口座へ振り込まれた。

### 3. 告発から公判の開始まで

(1) 2000年2月23日、シュツツガルトの2人の弁護士(Mark BinzとMartin Sorg)が、エッサーへの約6000万マルクもの高額の金銭の支払いは、背任(Untreue)の疑いがあるとして、刑事訴訟法158条1項にもとづいて、デュッセルドルフ検察庁に、エッサーなどを告発した。しかし、同検察庁は、エッサーなどへの捜査を始めることを拒否した。そこで、告発者の2人は、4月3日に、デュッセルドルフ検察庁の決定に対して、検事総長(Generalstaatsanwaltschaft)に抗告(Beschwerde)した(刑事訴訟法172条による)。その後、2001年3月12日に、検事総長は、2人の抗告を認め、デュッセルドルフ検察庁に対し、エッサーなどについて、背任の容疑で捜査手続きを開始する<sup>(25)</sup>ように命じた。

同検察庁は、ほぼ2年に及ぶ捜査の後、2003年2月17日に、上述の「取締役事項委員会」のメンバーであった、アッカーマン、フンク、ツヴィッケル、ラートベルクの4人を、背任罪(刑法266条)(他人の財産上の利益を守る義務に違反し、かつそれによって、その財産上の利益を凶らねばならない者に不利益を与えたこと)で、またエッサーと取締役員で議事録作成の責

---

(25) FAZ v. 25. 9. 2003, S. 19. 行政上の規則としての「刑事手続きおよび罰金手続きに関する指針(Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV))」Nr. 105参照。

任者であったドロステを背任の幫助罪 (刑法27条) で、それぞれデュッセルドルフ地方裁判所に起訴した。<sup>(26)</sup> 主な非難は、フンクとエッサーに向けられ、両者は違法な方法で私服を肥やしたとする。起訴状によると、上述の功労金などの支払いは、ボーダフォンによるマンネスマンの買収にエッサーが同意するための条件であり、その支払いはマンネスマンの利益になっていない、とする。<sup>(28)</sup>

(2) 2003年2月から9月までの7ヵ月間、デュッセルドルフ地方裁判所の第14大経済刑事部 (14. Große Wirtschaftsstrafkammer)<sup>(29)</sup> の裁判官は、中間手続き (Zwischenverfahren)<sup>(30)</sup> において、アッカーマンら6人に対する

---

(26) 背任罪・背任幫助罪の対象とされた金額は、総額約7890万ユーロのうちの5700万ユーロである (そのうち、エッサーが受け取った金額については、功労金と補償金の合計3100万ユーロ分)。Handelsblatt com v. 21. 12. 2005; SDZ de v. 21. 12. 2005など参照。

なお、1999年1月1日から、ドイツを含む11カ国で、統一通貨ユーロが導入された (2007年1月1日現在、27カ国中、13カ国が導入)。1ユーロ=1.95583ドイツマルクで換算 (詳しくは、[http://jpn.cec.eu.int/union/showpage\\_jp\\_union.emu\\_guide.word.php](http://jpn.cec.eu.int/union/showpage_jp_union.emu_guide.word.php))。

(27) 起訴状は460頁で、脚注が1417ある。さらに、記録書類が252種類。なお、弁護側の書類は数千頁にのぼる (SDZ v. 20./21. September 2003, S. 1 und 2による)。

(28) なお、エッサーは、2002年7月31日、検事の捜査段階での週刊誌の記者への発言 (「金で買収されて変心した」、「ピンストライブを着たギャングの一味」など) によって人格を傷つけられたとして、ノルトライン・ウェストファーレン州に対し、10万ユーロの損害賠償と慰謝料を求めて訴えを提起した (民法839条による職務責任の訴え Amtshaftungsklage)。第一審のデュッセルドルフ地方裁判所は、2003年4月30日、慰謝料の請求のみを認容して、1万ユーロの支払いを同州に命じた (判決は、/nrwe/lgs/duesseldorf/lg\_duesseldorf/j2003/2b\_O\_182\_02urteil20030430.html から入手できる。NJW 2003, 2536にも収録)。これに対して、双方が控訴した (Handelsblatt v. 3. 2. 2005, S. 22)。2005年4月27日、デュッセルドルフ上級地方裁判所は、双方の控訴を棄却した (上告は許されないとした) [ドイツでは、上告は、控訴裁判所が判決で許容した場合のみ行われる (民事訴訟法543条)] (15. Zivilsenat-1-15U 98/03)。判決は、[#](http://www.justiz.nrw.de/ses/nrweSearch.php)から入手できる。

(29) 刑事裁判制度の概要については、後述 B. I. 1. 参照。

(30) 中間手続きについては、後述 B. I. 3. 参照。

検察庁の起訴を認めるか否かという問題と取り組んだ。被訴追者の弁護側も、同年7月中旬までに、新たな弁明書、証拠申立書および膨大な鑑定書を提出した。<sup>(31)</sup> 同経済刑事部は、2003年9月19日、公判手続きの開始を決定した。<sup>(32)</sup>

## II. 裁判の経緯

(1) 裁判の対象となった事実（公訴事実）は、3つである。第一に、功労金の支払い、第二に、年金受給者および遺族への補償、第三として、1999年事業年度の賞与（いわゆる TOPP-200ボーナス）である。<sup>(33)</sup> 2004年1月21日、デュッセルドルフ地方裁判所（第14大経済刑事部）において、裁判が始まった（3人の裁判官と1人の補充裁判官および2人の参審員（Schöffen）による裁判）。<sup>(34)</sup> 被告人はすべて、無罪を主張した。被告人の中には、

---

(31) 鑑定書として、ポッフム大学教授ヒューファー（Hüffer, Uwe）が、ドイツ銀行の委託にもついで、2003年6月11日付けで提出したものが、BB, 2003 Heft43, Beilage 7に収録されている。結論として、アッカーマンは、刑事上、民事上ともに責任がない、とする。

(32) CDU（キリスト教民主同盟）の党首（当時）（現在は連邦首相）であるメルケル（Merkel, Angela）は、地裁の公判手続き開始決定を、「経済立地ドイツに対する一撃である（Ein Schlag gegen den Wirtschaftsstandort Deutschland）」と非難した。彼女には、三権分立、裁判官の独立に対する根本的認識が欠如しているようである。これに対して、裁判官と検事の労働組合（Deutscher Richterbund. ウェブサイトは <http://www.drj.de/>）（ドイツでは一日本と異なり一、裁判官・検事も組合を結成する権利が認められており、現在の組合員数は14000人）が、それを批判する声明を出したのは当然であろう。もっとも、メルケルの意見表明に対して、新聞などのマス・メディアはなんら非難していない。わずかに Die Zeit 紙だけは一メルケルを批判するわけではないが、公判開始決定によって、「ドイツが法治国家であることが確認」されたとする。manager-magazin. de, 18. 10. 2004, <http://www.manager-magazin.de/unternehmen/artikel/0,2828,242161,00.html>; Die Zeit v. 25. 9. 2003, S. 26; FAZ. NET v. 23. 9. 2003; [http://www.wdr.de/themen/wirtschaft/wirtschaftsbranche/mannesmann\\_abfindungen/prozess/vorbericht.jhtml?rubrikenstyle=wirtschaft](http://www.wdr.de/themen/wirtschaft/wirtschaftsbranche/mannesmann_abfindungen/prozess/vorbericht.jhtml?rubrikenstyle=wirtschaft) など参照。

(33) Landgericht Düsseldorf, XIV 5/03, S. 1-3参照。

(34) (1) 裁判長コッペンヘーファー（Koppenhöfer, Brigitte）は52歳（女性）で、

「検察官の行動は、企業家の自由に対する攻撃であり、かつ社会的なひがみ、というドイツの典型的事例である」という者もいた。公判は、2004年6月末まで、原則として、毎週2回（水曜日と木曜日）のペースで進めら

---

3年前から経済刑事部を担当し、その前は、少年部（Jugendgericht）の裁判官であった。また、陪席判事は、36歳の女性（Ulrike Voß）と30歳の男性（Guido Noltze）であり、著名なベテラン弁護士（弁護人の名前と略歴は、FTD v. 16. 1. 2004, S. 32, 33; <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/artikel/202/25177/>より分かる）で構成されている弁護団と比較すると、裁判官の力量が不足しているのではないか、という指摘もあった（FTD v. 12. 1. 2004, S. 18など）。しかし、裁判を5回傍聴して裁判長の訴訟指揮・証人への質問から得た印象、そして詳細な判決（多くの学説を引用）（後注37）からすると、その批判は当たらないように思う。

なぜ、第14大経済刑事部が、この訴訟を担当することになったのか。それは次のことからである。すなわち、年の終わりに、裁判所の委員会で、個々の裁判部の業務分担が決定される。各部に、被告人の姓で始まる一定の記号のみが割り当てられる。これは、事件が「無作為に（blindings）」異なる部に割り当てられるように配慮する趣旨である。経済犯罪事件を担当する第14大経済刑事部は、2003年1月1日から、D、E、FおよびSの記号の事件を受けている。そして書類に、被告人の最高齢者 Funk（69歳）の姓が最初に記載されていたことにより、同部がマンネスマン訴訟を担当することになった。なお、デュッセルドルフ地裁には、2002年春までは2つの経済刑事部だけであったが、2003年初めまでに4つの経済刑事部となった（それまで、第13大経済刑事部に割り当てられていた記号D、E、Fが第14大経済刑事部に割り当てられた）（Handelsblatt v. 22. 1. 2004, S. 8による）。

(2) 地裁の法廷（L111）には、傍聴者用の席が約120ある。そのうち、約60は報道陣専用で、一般の傍聴席は後方の半分の席となっている。一般の傍聴者の法廷への入口も報道記者のそれとは別であり、バッグなどの所持品は預けさせられ、身体検査も受けた。FAZ Sonntagszeitung v. 18. 1. 2004, S. 38に法廷全体の写真が掲載。

(3) 筆者（正井）は、2004年1月28日、裁判所の食堂（Kantine）（誰でも利用できる）で、補充裁判官と2人の参審員（女性）と出会った。補充裁判官は、事件のことについては話すことはできませんとあって、参審裁判制度一般について説明して下さった。参審員制度は、フランス革命からの伝統で、良い経験（gute Erfahrungen）を持っている、とのことである（後述、B. I. 1. 参照）。なお、本裁判の参審員は3人である、という（補助参審員が1人ついたのであろう）。話を拝聴している時、ツヴィッケルが、弁護士3、4人と一緒に食堂に入ってきた。また、2003年9月25日に、食堂で、公報担当判事 Dr. Thole に会うことができた（公式資料しか渡すことができない、という）。「開かれた裁判所（の食堂）」という感じである。

(35)  
れた。

(2) 裁判長コッペンヘーファーは、同年3月30日に行われた「法律協議(Rechtsgespräch)<sup>(36)</sup>」において、事件に対する法律上の見解を表明し、これまでの証拠調べによると、被告人の行為は株式法に違反しているが、それに刑罰を科すほどの違法性を見出すことができない、と述べた。しかし、その後も審理が続き、6月16日に証拠調べが終了した。検察側は、6月30日、フンクに3年、エッサーに2年6ヵ月、アッカーマンに2年、ツヴィッケルに1年10ヵ月、ラートベルクおよびドロステに各1年の自由刑を、それぞれ求刑した（後者4人には執行猶予もありうるものとした）。

デュッセルドルフ地方裁判所は、36回の審理の後、2004年7月22日に、<sup>(37)</sup> 全員無罪の判決を下した。翌日、検察側は、連邦通常裁判所（BGH）へ

(35) 被告人のアッカーマンはドイツ銀行の頭取（取締役代表）である。刑事被告人となっている者が取締役の地位にとどまることが許されるのが問題となる。また、アッカーマンは、ドイツ銀行の本店が置かれているフランクフルト・アム・メインからデュッセルドルフまで来なければならず、当然、裁判の準備もしなければならない。そうすると、頭取としての職務を十分に果たせないのではないか、という疑いが出てくる。1985年に、ドレスナー銀行頭取（Hans Friderichs）が脱税などで起訴されて、取締役を辞任したというケースがある。しかし、アッカーマンは、その地位に留まると宣言し、連邦金融サービス監督庁（BaFin）も、それを認めた。この問題に関し、連邦通常裁判所の差戻し判決後に書かれた論稿として、Marcus Geschwandtner, Josef Ackermann im Visier der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht - Wirtschaftlich erfolgreich! Persönlich unzuverlässig?, NJW 2006, 1571-1573（アッカーマンに有罪判決が出たとしても、信用制度法36条1項にもとづいて、自動的に、監督庁が一ドイツ銀行に一解任請求をすることにはならない、という）。

(36) 「法律協議」については、後述 B. I. 4. 参照。

(37) LG Düsseldorf, Urteil vom 22. 7. 2004 = NJW 2004, 3275 = DB 2004, 2464 = NZG 2004, 1057. 判決全文（88頁）は、ノルトライン・ヴェストファーレン州の法律図書館（www.nrwe.de または <http://www.justiz.nrw.de/ses/nrweSearch.php> #）から入手できる。なお、地裁の報道発表（<http://www.lg-duesseldorf.nrw.de/>）には、裁判長コッペンヘーファーの「個人的なまえがき（persönliche Vorwort）」が付されており、そこで、コッペンヘーファーは、自分に対する多くの脅迫、判決への直接的・間接的圧力があつたことを述べ、さらに裁判に対する学者・

上告することを表明し、9月22日、検察官は、187頁にのぼる上告状を提出した。<sup>(38)</sup>

(3) 連邦通常裁判所(第3刑事部)は、2005年10月20日と21日の一、二回の一審理にもとづいて、同年12月21日に、原判決を破棄し、デュッセルドルフ地方裁判所の別の刑事部へ差し戻す旨の判決を下した。<sup>(39)</sup>次に、デュッセルドルフ地裁の判決(II.)と連邦通常裁判所の判決(III.)を紹介する。

### III. デュッセルドルフ地方裁判所の判決

判決は、まず、エッサーへの功労金の支払に関する被告人の行為は、株式法87条1項に違反しているが、刑法266条1項にいう重大な義務違反はない、とする。そして、フंकへの功労金の支払い、選択年金の補償など

---

政治家などの無責任な論評を批判している。これは、裁判官の独立の侵害という重大な問題である。しかし、マスメディアは余り採り上げなかったようである。これについて、参照、Arne Daniels Das Mannesmann-Verfahren—Erwiderungen zu Jahn, ZRP 2004, 179, S. 270-273 (272).

(38) 訴訟当事者は、地方裁判所(または上級地方裁判)の第一審判決に対して不服があるときは、連邦通常裁判所に上告することができる(裁判所構成法135条1項)。上告の申立ては、原則として、判決の告知後1週間内になさなければならない(刑事訴訟法341条1項)。ただし、上告理由は、その期日経過後、1カ月内に、その判決を下した裁判所に提出すればたりる(同法345条1項)(本件の上告申立の日時との関係は不明)。連邦通常裁判所は、5人の裁判官によって裁判する(裁判所構成法130条・139条1項)。

(39) BGH-Urteil vom 21. 12. 2005-3 StR 470/04=NJW 2006, 522=ZIP 2006, 72=DB 2006, 323=NStZ 2006, 214 mit Anm. Thomas Rönnaу=JZ 2006, 560 mit Anm. Joachim Vogel/Peter Hocke, など。判決全文(43頁)は、連邦通常裁判所のウェブサイト(<http://www.bundesgerichtshof.de/>)から入手できる。多くの文献・資料のうち、会社法上の問題に関して、①連邦通常裁判所の判決前のものとして、Michael Kort, Das,, Mannesmann “-Urteil im Lichte von §87, NJW 2005, 333-336; Markus Brauer/Nils Dreier, Der Fall Mannesmann in der nächste Runde, NZG 2005, 57-63, など。②同判決後のものとして、Holger Fleischer, Das Mannesmann-Urteil des Burdesgerichtshofs: Einaktienrechtliche Nachlese, DB 2006, 542-545, など。

についても、禁止の錯誤または重大な義務違反の不存在を理由として、すべての被告人に無罪を言い渡した。以下では、まず、判決の要旨を紹介し、次に、功労金の支払いに関する部分についての判決理由を、少し詳しく紹介する（〔 〕は正井。以下、同じ）。

## 1. 判決要旨

### （1）功労金について

エッサーに与えた功労金（Prämien）に関して背任罪に問われたフंक、ツヴィツケルおよびアッカーマンは、無罪と言い渡される。3人は、当時、エッサーなどに功労金を与える企業の利益（Unternehmensinteresse）<sup>(40)</sup>は存在しなかったゆえに、株式法87条1項1文に違反した。もともと、3人の行為は、その限りで重大な義務違反（graviernde Pflichtverletzung）ではないので、刑法上の責任は成立しない。正犯の行為（Haupttat）を欠くので、被告人エッサーおよびドロステの幫助行為も問題にならない。

その他の〔エッサー以外の〕取締役役員への功労金の供与に関して背任の容疑をかけられた、フंक、ツヴィツケルおよびアッカーマンの行為ならびにエッサーおよびドロステの一場合によっては成立しうる一幫助行為に、上述のことが妥当する。

同様に、ツヴィツケルおよびアッカーマンに、フंकへの功労金に関して背任の容疑がかけられた限り、当裁判所は株式法87条1項1文に対する違反から出発する。なぜなら、この功労金についてもまた、それを決定した時点では、なんら企業の利益がなかったからである。そのかぎりでは、裁判所は、背任の構成要件の枠内での重大な義務違反もまた肯定する。しかしながら、ツヴィツケルおよびアッカーマンは、この場合には、罪を排除

---

(40) 「企業の利益」は一地裁判決もいうように一、不明確な概念である。しかし、判決・学説では、取締役役員・監査役員の行動基準として、一般に、この概念が用いられている。詳しくは、正井章彦『西ドイツ企業法の基本問題』（1987、成文堂）170頁以下、同『ドイツのコーポレート・ガバナンス』（2003、成文堂）160頁以下。

している禁止の錯誤 (Verbotsirrtum) (刑法17条) において行動したゆえに、有罪判決には至らない<sup>(41)</sup>。

フंकへの功労金との関係において、エッサーおよびドロステは、必要な幫助者の故意が欠けているゆえに、なんら幫助の罪を犯したことになる。

## (2) 選択年金の補償について

選択年金請求権の補償に関して、フंक、ツヴィッケル、ラートベルクおよびアッカーマンは、株式法に違反しているにもかかわらず、なんら刑法上の非難をされることはない。なぜなら、この場合にも、重大な義務違反から出発されえないからである。その限りで、正犯の行為が欠けているゆえに、ドロステの幫助行為もまた問題とならない。

いわゆる TOPP-200のボーナスの供与に関して、同じことが、フंक、ツヴィッケルおよびアッカーマンに妥当する。

## 2. 判決理由<sup>(42)</sup>

### I. ...V. エッサーのための功労金について

#### a) フंक、ツヴィッケルおよびアッカーマンの刑法上の責任

##### aa) 財産管理義務、財産に関する行動

フंक、ツヴィッケル、アッカーマンは、エッサーへの功労金の供与に際して、マンネスマン自身ならびにその株主に対して、財産管理義務 (Vermögensfürsorgepflicht)<sup>(43)</sup> を負っていた。その義務は、株式法112条にしたがって、取締役に対して会社を代表する監査役会の構成員としての地位およびマンネスマン株式会社の監査役会内部の委員会—同委員会は、株

---

(41) 禁止の錯誤については、後述 B. IV. 4. 参照。

(42) 判決を参照しつつ、DB 2004, 2464-2468に即して紹介する。下線はDBの編集者による太字箇所。

(43) 株式法112条は、「取締役員に対する会社の代表」という見出しで、「取締役員に対しては、監査役会が、裁判上および裁判外において、会社を代表する」と定める。

<sup>(44)</sup> 式法87条1項1文により取締役の報酬を排他的に決定する権限を有している一に属していることから生じるものであった。彼らは、株式法116条、<sup>(45)</sup> 93条により、通常の、かつ誠実な業務指揮者の注意を持って、その職務を遂行しなければならなかった。

フंक、ツヴィッケルおよびアッカーマンによって、2000年2月4日と同月17日に行われ、そして同月28日に確認された決議は、多数決原理により決定されたものである。……委員会の決定は、決議に賛成したフंकとアッカーマンだけでなく、ツヴィッケルの棄権という議決権の行使もまた、その決議が成立する原因とみなされうる。……2月4日の会議は、株式法108条3項2文<sup>(46)</sup>により、定足数を満たしていなかった。ツヴィッケルは、功労金の供与に反対する意思を示さなかった。結果として、彼は、それによって、「問題はない」としたのである。したがって、彼は、多数派

(44) 株式法87条1項について、後述 B. III. 1. 参照。

(45) (1) 株式法116条は、「監査役員の注意義務と責任」として、「監査役員の注意義務と責任については、取締役のそれが準用される」とする。株式法93条1項1文は、次のように規定する。「取締役員は、その業務執行に際して、通常の、かつ誠実な (ordentlich und gewissenhaft) 業務指揮者の注意を用いなければならない」と。詳しくは、正井・前掲注(40)『ドイツのコーポレート・ガバナンス』（とくに第6章）参照。

(2) 2005年11月1日から施行された「企業の廉潔性と取消権の現代化に関する法律 (Das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts, UMAG)」(BGBl. I, 2802)により、本項に第2文が追加された。「取締役員が、企業家的決定に際して、適切な情報にもとづいて、会社の利益 (Wohle der Gesellschaft) のために、事理にかなった方法で行動したであろう場合、義務違反は存在しない」と。これは、いわゆる経営判断の原則 (Business Judgment Rule) を取り入れたものといわれる。多くの文献がある。たとえば、Holger Fleischer, Das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts, NJW2005, 3525-3530. 参事官草案の紹介・解説として、高橋英治「ドイツ法における株主代表訴訟の導入」商事法務1711号(2004)13-22頁(14頁)。

(46) 株式法108条3項2文は、監査役会の定足数(決議能力)について、「どんな場合であっても、少なくとも3人の構成員が議決に参加しなければならない」とする。

の決定の結果を承認し、それを招来したのである。

bb) 株式法上の義務違反

その決定によって、フंक、ツヴィツケルおよびアッカーマンは、株式法116条、93条、87条から生じる義務に違反した。エッサーへの功労金の供与は、株式法と一致しない。刑法の株式法への従属性に照らして、義務違反の問題について、可罰性が株式法の義務違反なしには考えられない限りで、株式法が規準となる。法秩序の統一性に鑑みて、株式法上の違反の存在が、刑罰を科すことができるための強行的要件である。株式法によって許されていることは、刑罰を科すことができる背任となりえない。

フंकは、2月4日の決議に参加して、自分へのお手盛りに賛成した。それは、民法138条および民法34条により、無効である。しかし、そのことは2月17日と28日の決議には当てはまらない。……

aaa) ... bbb) 株式法87条に対する違反

aaaa) 行動・裁量および判断の余地

……既存の契約上の合意の変更は、株式法87条1項1文の規準が遵守されている場合にのみ、適法である。ここでは、株式法87条1項1文が要求している報酬総額—それには功労金も含まれる—の適切性が問題となる……。

一般に、株価が上昇したとしても、それが経営者に功労金を与える理由とはならない。株式相場は、市場の評価を表すにすぎない。……相場の上昇は、買収〔防衛〕の戦いの間および結果において得られたにすぎない……。

bbbb) 限界としての企業の利益

……エッサーのための補償 (Ausgleich) は企業の利益になっていない。……功労金の支払いは、ハッチソン・ワンポアが提案し、ボードフォンが支持したものであるが、2月4日の時点では、マンネスマンは、ハッチソン・ワンポアおよびボードフォンから独立した法人格を持っていた。つまり、前者は、マンネスマンの株主にすぎないし、後者はその時点ではマン

ネスマンの株式の21%を保有していたに過ぎない。すなわち、功労金の支払いは、ボーダフォンの側からも一正當に一マンネスマン固有の事項であると見なされた。……

マンネスマンは、株式法107条3項2文にしたがって、監査役会の権限の行使を委員会に委任していた。したがって、委員会は、自己の責任で、取締役員についてのすべての報酬決定をしなければならなかった。そのような報酬の決定は、企業家的行動の実現であるので、委員会は、原則として、その行動について一般に認められた行動の余地を持っている。……しかし、委員会に認められた行動の余地は際限のないものではない。……監査役会が、株式法87条にいう適切な報酬総額を決定する場合には、自らに課せられた注意義務の規準に照らし、もっぱら企業の利益において決定しなければならない。……

c) 義務違反 (Pflichtwidrigkeit) としての重大な義務の違反 (Pflichtverletzung)

株式法上の違反は、フंक、ツヴィツケルおよびアッカーマンの可罰性の理由づけとして十分ではない。必ずしもすべての会社法および民法の義務違反が刑法266条1項にいう刑罰を科すほどの義務違反なるわけではない。〔本件で〕問題となっているような企業家的決定においては、財産に関係する重大な義務の違反が必要である。

……重大な義務の違反が生じうるか否かは、とくに、企業の収益および財産状態、事業内部の透明性、情報入手義務および検査義務をもった処理、行為者の動機および決定根拠の調査の種類と方法といった基準によって判断される。上述の確認したところから、2月4日の決議について、フंक、ツヴィツケルおよびアッカーマンには、重大な義務の違反は認められない。3人は、エッサーへの功労金の供与から個人的利益を得なかった。取締役事項委員会は、功労金について決定する権限を有する、マンネスマン社の唯一の機関であった。3人は、職務に反する動機から供与したものである。

2. ... 3. フンクへの功労金の供与

a) ツヴィツケルおよびアッカーマンの刑法上の責任

刑法266条1項(旧)2文・2項、263条3項2項、25条2項による特別の重大な場合における背任の責任を負うことはない。彼らは避けることのできない禁止の錯誤において行為したのである。

aa) ...bb) bbb) 株式法87条に対する違反

株式法上の義務違反は、同法87条1項1文に対する違反から生じる。ツヴィツケルおよびアッカーマンは、2000年4月17日に、フンクへの功労金に関して、行動・裁量および判断の余地を持っていなかった。……かつての取締役員は、会社のために、もはや任務を果たすものではない。

……取締役〔としての地位〕からの離脱ないし雇用契約の期間の経過の後には、取締役員に、原則として、〔株式法〕87条1項1文にいう報酬は支払われえない。

cc) 重大な義務違反

ツヴィツケルおよびアッカーマンの株式法上の義務違反は重大である。

dd) ...ff) 避けることのできない禁止の錯誤

しかしながら、ツヴィツケルおよびアッカーマンは、刑法17条1文による罪を排除している避けることのできない禁止の錯誤において行為した。両者は、2000年4月17日での行為をした際、不正を犯す(Unrecht zu tun)という認識を欠いていた。義務違反を理由づけているすべての事実の知識にもかかわらず、それらの行為ならびに議決についての可罰性の認識の欠如は、株式法上の全体的考慮の欠如にもとづいている。彼らは、その行為を許されているものと考え、かつそれによって、構成要件の錯誤ではない禁止の錯誤を免れない。彼らの行為が禁止されていることに関するこの錯誤は、避けることができないものであった。……確認したところによると、次のことから出発することはできない。すなわち、ツヴィツケルとアッカーマンが、具体的状況において、かつての取締役代表に、このような功労金を与えることが許されるかどうかという問題についての法的助

言を求めた場合に、それは、法的に認められないという回答または法的根拠が疑わしいという回答を2000年4月に受けたかもしれない、ということから。むしろ、彼らは、フンクへの功労金が法的に可能である、という回答を受けていたかもしれない。それゆえ、両者を罪に問うことはできない。

#### IV. 連邦通常裁判所の判決

判決によると、TOPP-200に関する手続きは中止され、その他の部分における地裁の判決は、破棄される、とする<sup>(47)</sup>

##### 1. 判決要旨<sup>(48)</sup>

(1) 株式会社の監査役会が、雇用契約 (Dienstvertrag)<sup>(49)</sup> によって取締役員が負担した働き (Leistung) の提供に関し、取締役員に事後的に、その契約において予め合意されていない—もっぱら報酬の性質を持ち、企業に将来に関わる利益をもたらさない—特別の支払い (Sonderbezahlung) (見返りのない功労金) を承認する場合、そこには、会社財産の管理 (Vermögensbetreuung) を委託された誠実義務 (Treupflicht) に違反した損害がある。

(47) BGH 3 StR 470/04, S. 5.

(48) BGH 3 StR 470/04, S. 1.

(49) ドイツでは、労働関係のみならず、すべての種類の役務 (Dienst) が、民法 (BGB) 611条以下の雇用契約にしたがって取り扱われる。取締役は、会社との間で任用契約 (Anstellungsvertrag) を結ぶ (この場合、監査役会が会社を代表する—株式法112条)。任用契約は—労働契約 (Arbeitsvertrag) ではなく—、法律上、雇用契約 (事務処理を目的とする雇用契約=民法675条) であり、それによって、取締役と会社との間に債務法上の関係が成立する。取締役は、その行動の間、監査役会または株主総会の指図に服することはないので、労働者ではない。したがって、解雇保護法、事業所組織法といった労働法上の規定は、取締役員には適用されない。民法の雇用契約、委任契約の邦訳・解説として、右近健男 (編) 『注釈ドイツ契約法』(1995、三省堂) 372頁以下 (青野博之)、482頁以下 (今西康人)。

(2) 背任の構成要件を満たすために必要な財産管理義務の違反は、会社の機関の企業家的決定においても、付加的に、「重大である (gravierend)」必要はない。

## 2. 判決理由<sup>(50)</sup>

### A. 取締役代表エッサーおよびその他 4 人の取締役員のための功労金

#### I. ……III.

〔デュッセルドルフ〕地方裁判所は、背任の客観的構成要件を否定した。

1. 〔地裁〕判決の確認から出発すると、被告人フंक、アッカーマンおよびツヴィッケルは、会社の利益にならない功労金を承認することによって、マンネスマン株式会社に対して、刑法266条1項にいう財産管理義務に違反し、それによって同社に財産上の不利益を与えた。

### 取締役員の雇用契約について決定する場合における監査役員の本社に対する財産管理義務

a) 取締役員に対して株式会社を代表する委員会（定款と結びついた株式法84条1項、87条1項1文、107条3項1文・2文、112条）の構成員は、取締役員との雇用契約の内容の形成およびその報酬に関する決定に際して、財産管理義務を負っている。その義務は、株式会社の一それらにとって他人の一財産の管理人としての地位から生じる。株式法の基準によると、それらは、すべての報酬の決定に際して、企業の利益において行動しなければならない、とくに、会社の利益を守り、かつその不利益を回避しなければならない。会社に財産上の損害が生じることになる、すべての措置を控えるという命令は一それについて、さらに法律上または法律行為上の規制を必要とすることなく一、公正かつ誠実な委員会（Präsidium）の構成員が強行的に遵守しなければならない誠実義務（株式法93条1項1文、116条1

---

(50) BGH 3 StR 470/04を参照しつつ、DB2006,323-325に即して訳した（下線部は、DBの編集者が太字で付している箇所）。

文)に属する。この株式法上の義務は、他人の財産上の利益の保護に関する義務として、刑法266条1項において表現されている。

#### 財産管理義務の違反

b) 委員会の構成員であるフंक、アッカーマンおよびツヴィツェルは、それらに課せられている財産管理義務に違反した。

aa) もっとも、結果として株式会社に損失をもたらす委員会のすべての報酬決定が、義務違反となるわけではない。なぜなら、この場合においても、企業家としての経営および執行の任務 (Führungs- und Gestaltungsaufgabe) が問題となり、それについては、原則として、広い判断および裁量の余地があるからである。そのような広い行動の余地の承認は、その正当化を次のことの中に見出す。すなわち、企業家の決定は、通例、将来に関係した機会とリスクの全体的な考量にもとづいて行われなければならない、それは、その予測の性格のゆえに、後になって初めて判断の誤りを認識できる、という危険をはらんでいるからである。それゆえ、責任を認識しつつ、もっぱら企業の利益 (Unternehmenswohl) を指向して、決定の根拠の注意深い調査にもとづいて企業家として行動しなければならないという限界を越えないかぎり、義務違反はなかったことになる。

#### 雇用契約によって負担した働き (Leistungen) に対する事後的な特別の支払いの承認

bb) 雇用契約によって負担した働きに対する事後的な特別の支払いの承認が問題となる限り、次のことが妥当する。すなわち、

(1) 雇用契約において、報酬の変動的構成部分としての事業の成果に結びついた、1回限りの、または毎年繰り返される賞与が支払われることが協定されている場合、それは、事業年度の経過後、事後的に承認することが許される。委員会の構成員の広い判断および裁量の余地は、財産管理義務の現われとして、与えられた取締役員の報酬全体が、株式法87条1項

1文にしたがって、その任務と会社の状態に対して適切な関係に立っていない限りでのみ制限される。

(2) 雇用契約に法的根拠がない場合であっても、事後的な功労金の〔支払い〕を承認することは、同時に企業に利益となり、それが自発的な付加的報酬と結びついた会社財産の減少と適切な関係にある場合であって、そしてその限りで適法である。このことは、対価を伴わない特別の支払いが、利益を受ける取締役自身または少なくとも他の現役のまたは今後の経営者のどちらかに、並外れた働きを残す価値がある一つまり、そこから企業に有利なインセンティブ効果が生じる—というシグナルを発する場合に、とくに考慮される。

第三者のためのインセンティブ効果の観点において、対価を伴わない功労金の供与は、まもなく会社を辞める取締役員についても考えることができるように思われる。しかし、このような場合においては、株式法87条1項1文の適切性の命令が、とくに重要となるであろう。そこから、功労金の額について、どのような限界が生じるかは、一般的な考察からはずれる。ここでは、決定すべき事案の特殊性に照らすと、より詳しく検討する必要はない。

見返りのない功労金は、誠実義務に反する会社財産の浪費である。

(3) それに対して、もっぱら贈与の性質を持ち、かつ会社に、なんら将来に関係した利益をもたらすことができない(見返りのない功労金)、雇用契約において協定されていない—〔取締役員が〕負担した仕事に対する—特別の支払いは、委託された会社財産の誠実義務に反する浪費として評価されねばならない。それは、利益を受けた取締役員への特別の支払いを含む報酬全体が、株式法87条1項1文の原則にしたがって、その額により適切なものとして評価されうるかということの問題とすることなく、すでに、その原則により、不適法である。

cc) それに対して、株式法の文献において主張される見解は、次のよ

うにいう。すなわち、見返りのない特別の支払いは、過去にもたらされた特別の功績に報いるために一インセンティブ効果またはその他の会社に生じる利益と関係なく一、利益を受けた者の報酬全体が、株式法87条1項1文による取締役員の報酬額に関する原則に合致する場合には、一般的に適法である、と。しかし、その見解には承服できない。

この見解が、企業の利益は、企業の存立および収益性が危険になる場合においてのみ、一定の行為の命令または禁止に導くものであり、その他の場合には、株式法の特殊性のゆえに、単に重要なすべての観点の考量を必要とする拘束力のない指導理念（Leitgedanke）である、ということによって理由づけられる限り、他人の財産の管理者としての委員会の構成員の誠実義務を正当に評価していない。最終的に、その見解は、株式会社の機関構成員の財産管理義務の内容を、これまで、財産法上の誠実な関係のその他のどんな場合についても、真剣に考慮されてこなかったような方法で空洞化させることになる。

企業の利益は、企業家の決定に際しての拘束力のある指針（Richtlinie）として承認されている。他人の財産を管理しなければならない者は、もっぱら、かつ無制限に、財産所有者の利益において行動しなければならない、そして委託された財産を無益に犠牲にすることは許されないという民法法の一般原則は、株式法にも妥当する。……

見返りのない功労金の承認は、雇用契約の合意による変更ではない。

見返りのない功労金〔の支払い〕の適法性は、雇用契約が合意によって変更されたということによって理由づけられえない。つまり、財産管理義務の違反は、このように評価する場合（bei diesem Ansatz）、まさに雇用契約の任意の変更の中にある。このことは、契約の変更が有効か否かにかかわらず妥当する。同様に、見返りのない功労金の適法性は、株式法87条1項1文（すべての種類の報酬または……付随的給付）を根拠とすることができない。なぜなら、この規定は、単に、報酬の額を規制しているにす

ぎず、そして、委員会の構成員の財産管理義務を顧慮しつつ、特別の支払の適法性または不適法性について何も述べていないのである。

とくに成果を挙げた〔取締役員の〕活動は、事後的に、雇用契約の締結におけるよりも、より良く評価されうるといふ抗弁もまた有効でない。一方では、すでに、雇用契約の締結に際して、取締役員の仕事にふさわしい報酬を確保するために、多様な形成の可能性がある。他方では、負担を負っている〔取締役員の〕活動の成果は、それだけでは、元の雇用契約において、当事者によって適切であると評価された給付と反対給付の関係を、事後に、一方的に、会社の不利益に変更する正当な根拠とならない。会社は、反対に、取締役が負っている期待を満たさない場合にもまた、契約上のリスクを負わねばならないのである。……

新しい立法から、見返りのない功労金の「規範による正当化」は生じない。

弁護人の意見に反して、新しい立法からも、見返りのない功労金の「規範による正当化」は生じない。それに対応するものを、1998年4月27日の企業領域におけるコントロールと透明性に関する法律 (KonTraG) から、または2001年12月20日の有価証券の取得および企業買収法 (WpÜG) から、そして2005年9月22日の企業の廉潔性と取消権の現代化に関する法律 (UMAG) から読み取ることができない。同じことが、ドイツ・コーポレート・ガバナンス規準の4.2.2および4.2.3に妥当する。同規準は、単に、取締役員との雇用契約の内容上の形成に関する勧告をするだけであり、そして事後的な見返りのない功労金の適法性とは関係がない。

dd) 以上のことから、ここでは次のようになる。

〔デュッセルドルフ地方裁判所の〕判決の確認したところによると、買収が議決されたという具体的な事情における特別の支払いは……マンネスマン株式会社にとって何の利益もないものであった。

取締役員は、雇用契約により、その全労働力を、マンネスマン株式会社

のために投入する義務を負っていた。このことは、買収阻止のための戦いの間……の行動にも妥当する。〔功労金による〕受益者、他の現役の取締役役員または将来経営者になる可能性のある者にとってのインセンティブ効果は、もはや特別の支払いを前提とすることはできなかった。それは、とくに…… 4人の取締役役員を、将来、企業に拘束させるのに適切ではなかった。社会におけるマンネスマン株式会社の名声も、功労金によって高められることはなかった。委員会の構成員が功労金の承認に際して、企業の利益（Unternehmenswohl）において行動したかどうかという問題において、考慮しなければならなかったかもしれない株主全体の利益・会社の債権者の利益・労働者または社会の利益は存在しなかった。とくに、自発的な特別の支払いは、株主に何の利益もなかった……。

それによって、功労金は、マンネスマン株式会社の財産を代償なしに減少させるものであったので、委員会の構成員が、それを承認することは許されなかった。行動の余地は、その構成員にはなかったのである。それゆえ、被告人フंक、アッカーマンおよびツヴィッケルは、刑法266条1項にいう財産管理義務に違反し、それによって支払われた功労金の額だけ会社に不利益を与えたことになる。……

見返りのない功労金を了承することは 唯一の株主または株主総会によってのみ表明されうる。

c) 買収者ボーダフォンの業務指揮者〔ジェント〕は、功労金の支払いを了承すると表明した。しかし、そのことと義務違反を認定することとは対立するものではない。なぜなら、背任の構成要件は、委託された他人の財産を、誠実義務を負う者〔受託者〕から保護することを目的としているからである。したがって、財産の所有者〔委託者〕が、財産の損失を了承すると述べていた場合には、原則として、刑法266条1項の財産管理義務に違反しない。株式会社においては、刑法上重要な、見返りのない功労金の了承についての要件は、次のことである。すなわち、了承が、唯一の株

主によって与えられたか、または……株主総会の決議による株主全体によって与えられるか、どちらかの場合である。その場合には、〔刑〕法の規定に違反しない……。

特別の支払いをボーダフォンが了承していたことは、マンネスマン株式会社のすべての持分所有者〔株主〕の同意または……株主総会の同意がなかったがゆえに、もはや背任〔罪〕を成立させないことにはならない。

……

### B. フंकへの功労金

被告人アッカーマンおよびツヴィツケルの、共同被告人フंकへの功労金の支払いを理由とする背任の非難についての無罪判決ならびに被告人エッサーとドロステの背任の幫助の非難についての無罪判決も……破棄されねばならない。

#### I. ……III.

地裁の法的評価は、それがアッカーマンとツヴィツケルが、背任の客観的要件を満たしたということを受け入れている限り、それに賛成することができる。〔しかし、〕エッサーおよび4人の取締役役員のための功労金に関して述べたところ (A. III. 1) から明らかなように、過去において生じ、雇用契約による報酬によってすでに支払われた働きに、さらに特別の支払いによって報酬を与えることは、委員会の構成員に許されてはいない。なぜなら、その功労金は、マンネスマン株式会社に何の利益にもならなかったからである。さらに、その供与は、事理に反した動機にもとづいており、それによって恣意的に決議されたという事情が付け加わる。このことは、委員会が、取締役代表としてのフंकが終任の際、それが功労金の支払いの原因となると考えてはいなかったこと、そして功労金が、終任の時ではなく〔後になって、委員会によって〕認められたということからも生じる。

恣意的な功労金の供与の明らかな義務違反に照らすと、違法性に関する

禁止の錯誤は避けることができた。

IV. しかしながら、アッカーマンおよびツヴィッケルが、避けることができない禁止の錯誤の状態にあったと推定することは、法的に誤りである。

上述の事情の下では、とくに恣意的な功労金の供与の明らかな義務違反に照らすと、アッカーマンとツヴィッケルは、禁止の錯誤の不可避性に設定すべき要求にあてはめたとき、それらの能力および知識により、場合によっては生じる錯誤を避けることができたであろう。それについて、決して法的助言を必要としなかったであろう。専門知識のある、中立的な人に法的助言を求めていたとすれば、もっぱら利益を受ける者〔フंक〕の要望によって動機づけられ、企業に何の利益ももたらさない功労金の供与が法的に許されるか否かという問題が正当に提起されたに違いないであろう。〔そして、〕このことははっきりと否定されたであろう。……

### 3. 連邦通常裁判所の判断の特徴

連邦通常裁判所の判断は厳しい。その特徴として、判決は、株式会社の監査役会が取締役に事後に承認する、前もって契約で合意されていない特別の支払いは、それがなんら企業に将来に関係する利益をもたらさない場合には、会社財産を誠実義務に違反して害したことになる、という。つまり、功労金の金額を問題とするのではなく、もっぱら報酬としての性格を持つ特別の支払いは一社会的に妥当な報酬だけを除き—すべて、それ自体、違法である、とする。<sup>(51)</sup>

重大な義務違反と禁止の錯誤については、後に簡単に論及する（B. III. 3. 4.）。

## V. 差戻し審における訴訟の中止

差戻し審での公判は、デュッセルドルフ地方裁判所の一第一審とは別の

---

(51) Fleischer, aaO. (Fn. 39), 543; Andreas Ransiek, Anerkennungsprämien und Untreue—Das „Mannesmann“-Urteil des BGH, NJW 2006, 814-816 (814) 参照。

—第10大経済刑事部 (10. grosse Wirtschaftsstrafkammer) において、2006年10月26日から始まり、2007年2月末まで続く予定であった<sup>(52)</sup>。ところが、審理が始まって1カ月後の11月24日、マスメディアは、いっせいにマンネスマン訴訟が中止されることになるであろう、と報じた。そして、翌週の11月29日、同刑事部は、刑事訴訟法153a条による訴訟の中止 (Einstellung)<sup>(53)</sup> を決定した。ほとんどの人が、意外な結末に驚かされた。差戻し審では、刑事訴訟法358条1項により、連邦通常裁判所の判決の法的判断に拘束される。それゆえ、訴訟の中止は、専門家においても想定されていなかったように思われる<sup>(54)</sup>。中止の理由はどこにあるのか。次に、公報担当判事による報道発表から、裁判長ドレース (Drees, Stefan) による中止の理由 (全文) を紹介し、それに対する各界の反響を見ることにしよう<sup>(55)</sup>。

## 1. 訴訟を中止した理由

(1) デュッセルドルフ地方裁判所の第10大経済刑事部は、いわゆる「マンネスマン訴訟 (Mannemann-Verfahren)」を、きょう公表された決定によって、暫定的に中止し (刑事訴訟法153a条1項および2項)、それによって、6人の被告人からの訴訟中止の申立て—先に、デュッセルドルフ

(52) デュッセルドルフ地方裁判所 (公報担当判事 Thole) の報道発表 (<http://www.lg-duesseldorf.nrw.de/presse/dokument/02-06.pdf>; <http://www.lg-duesseldorf.nrw.de/presse/dokument/07-06.pdf>)

(53) デュッセルドルフ地方裁判所 (公報担当判事 Thole) の報道発表 (Nr. 09/2006) (<http://www.lg-duesseldorf.nrw.de/presse/dokument/09-06.pdf>)。なお、本稿では、法務省大臣官房司法法制部 (編) 『ドイツ刑事訴訟法典 (法務資料460号)』(2001、法曹会) の訳にしたがって、Einstellung を「中止」としたが、「打切り」とも訳される (ロクシン・後掲注 (67) 500頁など)。

(54) たとえば、Joachim Vogel/Peter Hocke, JZ2006, 568は、連邦通常裁判所の判決の批評において、訴訟が中止されるということを推測することは、まったく理由がない (nicht überaus plausibel) ように思われる、と述べていた。

(55) 公報担当判事による決定の説明なので、第三者的な表現となっている。しかし、裁判長ドレースの「中止」の理由をそのまま引用している部分がほとんどである。段落番号と〔 〕は正井が付加。

検察庁は、それに同意していた一にしたがった。経済刑事部は、暫定的中止を次の賦課（Auflage）に結びつけた。すなわち、被告人フンクは100万ユーロ、被告人ツヴィッケルは6万ユーロ、被告人ラートベルクは1万2500ユーロ、被告人エッサーは150万ユーロ、被告人アッカーマンは、320万ユーロ、被告人ドロステは、3万ユーロ、をそれぞれ支払うということ、に。その支払いは、その60%については、国庫（Staatskasse）に、その残りは、公益に資する施設（gemeinnützige Einrichtungen）に与えられるものとされる。

（2）この決定の理由について、第10大経済刑事部は、その決定などにおいて、次のように説明した。すなわち、

「刑事訴訟法153a条1項・2項によると、裁判所は、軽罪（Vergehen）の場合、検察官と被告人の同意を得て、訴訟を、暫定的に中止することができ、そして被告人に賦課および指示を与えることができる。ただし、このことが、刑事手続きの追行に対する社会の関心（öffentliche Interesse）を排除することに適切であり、かつ罪の重さと対立しない場合に限り、とされている。これらの要件は、本件において満たされている。暫定的中止に必要な〔被告人と検察官の〕同意は存在する。そして、被告人は、（単に）<sup>(56)</sup> 軽罪を犯したことが非難されている。つまり、軽罪の構成要件について、法律〔刑法〕は、その最下限において、1年よりも短い自由刑または罰金が定められている違法な行為（rechtswidrige Taten）をいう、とする（刑法12条〔2項〕）。

（3）さらに、被告人に課せられた支払いは、第10経済刑事部には、刑事訴追への社会の関心を排除するのに適切であるように思われる。

この刑事訴訟に基礎となっている行為は、6年余り前に訴追請求されたものである。次のことは看過されえない。すなわち、被告人一全員、前科がない一は、刑事裁判それ自体によって、そして、とくに公衆の大きな関

---

(56) マンネスマン訴訟の被告は、とくに重大な場合における背任の罪で裁かれているのであるから、軽罪とはいえないのではなかろうか。

心によって、長期間、平均を超える負担にさらされてきた。このことは、とくに被告人ラートベルクに当てはまる。同人に対しては、選択年金の支払いに関連した行為が非難されているにすぎない。

(4) さらに、本経済刑事部にとって、本件の刑事訴訟を越えて関係する重要な法律問題が、2005年12月21日の連邦通常裁判所の判決によって答えられたということが決定的である。

連邦通常裁判所の判決の意義は—とくに、監査役員に委託された他人の財産の管理における、客観的に成立している義務について—、この決定において〔も〕、決して疑問視されていない。

それにもかかわらず、これまでに証拠調べによって、犯行があったとされる2000年初めには、この訴訟に重要である多数の法律問題は明確ではなかった、ということが判明した。被告人の行動方法の適法性に関して、真剣に考える法律家の見解の違いは大きかったし、今なお大きい。さらに、これまでの証拠調べは、マンネスマン株式会社によって助言を求められた法律家および経済監査士の誰も、その支出を断念するようという具体的助言を与えなかった。その上、検察庁の担当部署の指揮者は、エッサーへの功労金の支払いについて—その支払い前に、告発にもとづいて—検討し、適法であり、その額について問題がないと見なしていたのである。

(5) まさに、このような事情が、被告人の(あるかもしれない)罪の重さが、暫定的な訴訟中止の妨げにはならない、ということの決定的な理由である。

さらに、刑事訴追を続けることに対する一般公衆の関心を判断するに際し、連邦通常裁判所の方向を指し示している決定にもかかわらず、事実上および法律上の問題が未解決のままであり、その法的確定力のある解明は、近い将来できないであろうということがはっきりしている。その限りで、刑事訴追に対する公衆の関心および訴訟期間が延びることによる被告人の有罪の可能性は、より低くなっていることが認められる。補充裁判官および2人の補充参審員の助言を求めたこと、暫定的に2007年2月末まで

の日程を決めたこと、および事業所の老齢年金の保険数理上の原則について、専門家に委託したということは、本刑事部が、なお未解決となっている事実上および法律上の問題を、どんな時でも避けようとしなかったということをはっきりさせるであろう。

それにもかかわらず、被告人および検察官は、2006年11月24日の公判での、それらの申立てにもとづいて、それらが有罪・無罪についての最終的解明を断念するということを説明した。本刑事部は、この申立てに拘束されないということを知っている。本刑事部は、所与の事情の下で、検察官と一致して、本件の未解決のままとなっている問題の最終的解明を、次の理由から、一般公衆の利益において、最終的に、強行的に命じられてはいないと考える。つまり、その場合、本件を超えて、一般的に重要ではないという問題を取り扱っているからである。2005年12月21日の連邦通常裁判所の判決によると、主に、主観的な構成要件の問題ならびに選択年金の補償が絡む一連の問題である。その限りでマンネスマン株式会社における選択年金の通例でない規制に照らすと、刑事訴追を続行しても、一般的に重要な認識を得ることは期待されえないであろう。

(6) なるほど、被告人の証拠の申立てにもとづいて、さらに、まったく一般的に関心のある事実上および法律上の問題、とくに契約の根拠、促進作用について、そしてコンツェルン法上の視野から、事実上、損害が発生したかどうかという問題が、明らかにされるべきであった。だがしかし、そこから、刑事訴訟法153a条により規準となる、さらに訴訟を遂行することに対する社会の関心にとって、何も引き出されえない。なぜなら、さらに訴訟を遂行することに対する社会的関心は、一般的に関心を持たれている法律問題の解明に対する社会の関心と区別されねばならない。

(7) 個々の被告人に課せられた支払い額は、とくに、その所得関係、財産関係の違い、それらが非難されている犯行の数と重さの違いおよび被告人に責任を負わせる関与の形態の違いを考慮している。

(8) 本経済刑事部は、賦課金の額が、個々の被告人に流れた金額に達

していないことを認識している。本経済刑事部は、このことを、とくに次の理由から正当であると考ええる。すなわち、その支払いの時点で、マンネスマン株式会社の株式の圧倒的多数を持っていたボーダフォン株式会社、その〔エッサーなどへの〕支払いを了承すると表明していたということである。支払いの時点で、ボーダフォンによって保有されていない株式は 2% にすぎなかった。

被告人アッカーマンに課せられた支払額は、その並外れて富裕な所得関係から見ると、わずかであるように思われるかもしれない。その限りで、本経済刑事部は、被告人アッカーマンが、たとえ援用しなかったとしても、彼に対して、罰金の総額として、最大で 720 日の日割り金額が、1 日につき 5000 ユーロ (刑法 40 条 2 項 2 文、54 条) (つまり、全体で 360 万ユーロ) を科すことが許されたであろう、ということも考慮しないわけにはいかなかった。〔罰金の〕個々の日割り金額が 5000 ユーロに制限されることは、今日、経営トップの所得に照らすと、不可解なように思われるかもしれない。しかし、それが現行法なのである。上述の規定は、金銭の賦課の評価にとって、なるほど、直接的な拘束力はない。しかしながら、ここでは、その間接的な意義が、次のことから引き出される。すなわち、刑事訴訟法 153a 条 2 項 2 文による賦課金が、有罪判決に際して期待されたかもしれない制裁に対して適切な関係にあるということから。

(9) 本経済刑事部は、刑事訴訟法 153a 条 2 項 2 文による訴訟の中止に対して一まさに昨日多様な批判が大きくなったということを看過するものではない。経済刑事部は、それらが客観的な性質を持っている限り、主張された論拠と取り組んだ。

被告人が、『金を払って自由の身になった』のだという評価に、本経済刑事部は与しない。刑事訴訟法 153a 条において定められた規制を、『金を払って自由の身になること』であると表面的に見なす場合、次のことを考慮しないわけにはいかない。すなわち、2003 年に、ドイツの裁判所によって、12 万 6174 件の訴訟が、賦課金と引き換えに中止された、ということ

を。本件における被告人が、まったく圧倒的に、特別に多くの収入または財産を持っているわけではないということを、より詳しく述べる必要はなかった。それゆえ、刑事訴訟法153a条は、金持ちを優遇している規定ではないということが、証明されたものとみなすことができる。それにもかかわらず、本経済刑事部は、まさに、基本法3条に定められた平等の命令に鑑みて、規定の適用から、裕福な被告人が除外されることもまた許されないという検察庁の評価に与する。」

(10) 第10大経済刑事部の部長であり、地方裁判所の裁判長であるドレースは、本日の公判において、訴訟の暫定的な中止を発表する前に、次のように述べた。

「幾人かの訴訟傍聴者において、まず、本経済刑事部が、2006年11月24日の審理の終わりに、中止の申立てによって驚かされた、という印象を持ったことは明らかである。事実上、本経済刑事部の決定権限のあるすべての構成員—主参審員（Hauptschöffen）を含む—は、2006年11月22日に、弁護人が、2006年11月24日の公判の終わりに、刑事訴訟法153a条にしたがって、訴訟の暫定的な中止を申し立てるつもりであるということを知った。さらに、検事が、その提案に、同じ審理において、同意するつもりであるということを知った。

職業裁判官が、その前に、2006年11月24日の検事の声明において述べられた事前の話し合いに参加した限りで、検事は、刑事訴訟法153a条による訴訟の暫定的中止を提案しないであろうということを常に明らかにした。それゆえ、本経済刑事部は、2006年11月24日に、証人尋問を断念するつもりはなかったのである。

さらに、本報告は、きょうなされるべき裁判所構成法76条1項1文による決定が、裁判長一人によってではなく、経済刑事部によってなされるということの動機を指摘する。主参審員および陪席裁判官は、裁判長と同じ議決権を持って、それに参加した。」

## 2. 訴訟の中止に対する各界の反響

マスメディアによると、ドイツの世論は、訴訟の中止に対して、反発・怒りが強い。「いかがわしい取引」、「裕福な人は金(かね)で裁判を中止させることができる」、「小物は罰せられ、大物は逃れる」といった感情を抱く人がほとんどである。政治家においても、批判的意見が多い<sup>(57)</sup>。

専門家の見解として、たとえば、ブツェリウス (Bucerius)・ロースクル教授のレンナウ (Rönnau, Thomas) は、訴訟の中止が、ますます多く制度化される場合、われわれが、司法の経済化 (Justizökonomisierung) の時代にいる、という問題を提起している、という。また、連邦通常裁判所の元判事で、現在、左翼党 (Die Linkspartei) 所属の連邦議会議員であるネスコヴィッチ (Neskovic, Wolfgang) は、次のように述べた。すなわち、検察官と裁判官が、法治国家にふさわしくない取引をすることによって、その責任を逃れようとするのであれば、立法者が乗り出さなければならない。どのような要件の下に、そのような取引が、将来、法律によって禁止されるか、また刑事訴訟法153a条の規定を変更すべきか否かを検討するであろう、と。そして、バイロイト大学名誉教授のオットー (Otto, Harro) は、アッカーマンのような高額<sup>(58)</sup>の報酬を得ている者にとっては、320万ユーロという賦課金は、ほとんど負担にならないとして、少なくとも、本件賦課金の根拠となった罰金刑の一日あたり最高5000ユーロという額の引き上げを求める。

(57) 2006年11月30日の各紙参照。FTDは、各紙のコメントを掲載する。以下は、同日の Handelsblatt.com による。

(58) Tagesschau 紙の調査では、1万3430人のうち、1万2183人 (90.7%) が、中止を正しくないと思うと答え、正しいとする回答は1042人 (7.8%) (意見なしが205人 (1.5%)) にすぎない ([http://service.tagesschan.de/poll/...](http://service.tagesschan.de/poll/))。政治家の意見については、<http://www.tagesschan.de/aktuell/meldunzen...>参照。

(59) アッカーマンは、差戻し審が始まった10月末に、自らの年間収入を1500万ユーロから2000万ユーロと見積もっている (Handelsblatt.com v. 24. 11. 2006; SDZ.de v. 24. 11. 2006など)。

これらの意見に対し、ドイツ裁判官連合会長アーレンヘーベル（Arenhövel, Wolfgang）も、訴訟における裁判所の負担が、中止の決定に一定の役割を果たしたことは否定しない、としつつ、長期間の訴訟による被告人の負担を考えると地裁の決定は理解できる、とする。また、FAZ紙の編集者ヤーンも、訴訟の中止という結果は、満足のいくものではないが、それよりベターなものはほとんどなかった、として、デュッセルドルフ地裁の中止の理由に賛成している<sup>(60)</sup>。さらに、会社法学者で弁護士のペルツァー（Peltzer, Martin）も、中止の決定を、あざやかな（elegant）ものであるとし、無罪判決を破棄した連邦通常裁判所の判決が、結局、まったく誤りであったとする<sup>(61)</sup>。ドイツ銀行を初めとする金融界は、一般的に、中止を歓迎している。アッカーマンは、差戻し審で有罪判決が出たときは、ドイツ銀行取締役を辞任すると述べていた。訴訟の中止の確定により、彼は、頭取として2010年までの任期を全うすることができることになった<sup>(62)</sup>。

### 3. 賦課金の支払いによる訴訟中止の確定と賦課金の分配

(1) 上述のように、被告人が支払うことになった賦課金合計580万2500ユーロのうちの40%（232万1000ユーロ）は、公益に資する施設に配分されることになった。検察官と被告人には、2006年12月15日までに、その賦課金の受取人とその額について提案する機会が与えられた。そして、実際に賦課金が与えられる施設の選択とその金額については、第10大刑事部が、被告人と検察官との協議の後、公判外の特別の決定によって定めるものとされ、その決定は、被告人と検察官の同意にり、理由を付さないものとき

(60) Joachim Jahn, BB2007, Heft 1, Die erste Seite.

(61) Handelsblatt.com v. 24. 11. 2006. 銀行・取引所制度論が専門のエアランゲン＝ニュルンベルク大学教授ゲルケ（Gerke, Wolfgang）も、訴訟の中止は、とりうる最良のものである、という（aaO.）。

(62) Handelsblatt.com v. 24. 11. 2006. ドイツ銀行の監査役会は、訴訟の中止を歓迎するとの声明を出した（[http://www.db.com/presse\\_informationen\\_2006\\_3262.htm?month-2](http://www.db.com/presse_informationen_2006_3262.htm?month-2)）。

<sup>(63)</sup>  
れた。

そこで、2006年12月初め、デュッセルドルフ地裁が、分配を希望する施設からの応募を募ったところ、多くの施設（個人までも）からの応募があり、裁判所のコンピューターのサーバーが容量を超え、また電話も数時間にわたってまひした。

(2) 第10大経済刑事部は、2007年2月5日の決定によって、被告人に—2006年11月29日に一課された賦課金が支払われたことを確認した。<sup>(64)</sup>そして、賦課金の配分に応募した4000もの施設のうち、363の施設に配分することが決定された。それには、飢餓救済、子供の救済、カリタス、環境保護、地域のホスピス、スポーツ促進、動物保護などの団体ならびに財団が含まれる。配分される金額は、最も多くて3万ユーロ、最少1000ユーロと<sup>(66)</sup>なっている。

## B. マンネスマン訴訟に関係する制度と法的問題点

マンネスマン訴訟は、ドイツの刑事司法制度、コーポレート・ガバナンスなど多くの制度・問題に関連している。以下では、まず、刑事司法制度を概説し (I.)、次に、コーポレート・ガバナンスと背任罪に関する問題点を取り上げて論じる (II, III, IV.) ことにしよう。

---

(63) 個人は応募しても見込みがない、という (裁判所の報道機関への発表—<http://www.lg-duesseldorf.nrw.de/>より入手できる)。

(64) これによって、訴訟は中止され、被告人は、前科がないものと取り扱われる (FAZ.NET v. 7.2.2007 (Joachim Jahn) 参照)。なお、訴訟の中止は違法である、として、私人・ハンブルク弁護士会などから裁判官、被告人などに対し、23件の告発状が提出された。デュッセルドルフ検察庁は、2月1日、それを却下した (犯行ならびに捜査を開始する手がかりはない、という) (<http://www.abendblatt.de/daten/2007/02/02/681171.html?prx=1>)。

(65) Handelsblatt. com v. 7. 2. 2007.

(66) 2007年2月7日のデュッセルドルフ地方裁判所の報道発表による (<http://www.lg-duesseldorf.nrw.de/>)。

## I. 刑事司法制度

### 1. 刑事裁判制度の概要

(1) 刑事事件は、検察官が職権により、公訴 (Anklage) を提起することによって裁判所に係属する。刑事事件において、罰金刑または2年を超えない自由刑が科されると予想される場合には、区裁判所 (Amtsgericht) の単独裁判官が担当する (裁判所構成法25条)。地方裁判所は、区裁判所と上級地方裁判所 (Oberlandesgericht) の権限に属さない、すべての犯罪について、第一審の判決裁判所としての権限を有する (同法74条)。地方裁判所の公判手続きは、小刑事部と大刑事部とによって行われる。①小刑事部は、区裁判所の判決に対する控訴審を担当し、1人の職業裁判官と2人の参審員とによって構成される。②大刑事部 (Große Strafkammer) は、(a) 参審部 (Schöffengericht) の判決に対する控訴審として、ならびに (b) 科される刑罰が4年の自由刑を超えるということが予想される場合などの第一審裁判所として、管轄権を有する。大刑事部は、3人の職業裁判官と2人の参審員から構成される (同法76条1項1文)。参審員は、職業裁判官ではなく、名誉職の裁判官 (ehrenamtlicher Richter) (素人裁判官 Laienrichter ともいわれる) である。国民の代表として、司法における国民の信頼を維持することに貢献するものとされる。参審員は、公判手続きにおいて、職業裁判官と同じ権利・義務をもって職務を遂行する。しかし、職業裁判官と異なり、訴状を読んでから公判に臨むことはしない。判決は

---

(67) 参審部は、刑事事件について、区裁判所 (Amtsgericht) において設けられる。2年から4年以下の自由刑が予想される犯罪について審理をする権限を有する。1人の職業裁判官 (裁判長) と2人の参審員とから構成される。具体的には、裁判所構成法 (Gerichtsverfassungsgesetz) 28条から58条までにおいて定められている。同法の規定は、<http://dejure.org/gesetze/GVG> などから入手できる。Lutz Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 49. Aufl., 2006, Rdn. 1642-1667; クラウス・ロクシン (新矢悦二=吉田宣之 (訳)) 『ドイツ刑事手続法』(1992、第一法規) 673頁以下、など参照。

3分の2の多数決が必要であるので、参審員を含む4人の裁判官の意見が一致しなければならない(2人の参審員の同意がなければ判決ができないことになる)(同法28条—58条参照)。

(2) ①控訴審の判決に不服がある場合、上級地方裁判所の刑事部へ上告することができ、そして、②大刑事部が第一審として下した判決に不服がある場合には、連邦通常裁判所の刑事部へ上告することができる(刑事訴訟法333条)。マンネスマン訴訟は、大刑事部により審理・判決されたので、検察官は連邦通常裁判所へ上告した。

## 2. 経済刑事部

経済刑事部が、どのような事件を担当するかについては、裁判所構成法によって、具体的に定められている。同法「第5編 地方裁判所」の74c条1項6号aにおいて、背任に当たる犯罪行為については、経済刑事部が審理すると定められている。

## 3. 中間手続き

捜査手続きと公判手続きとの間にある、刑法上の判決手続きの一つの時期 (Teilabschnitt) を指す。「公判手続きの開始に関する決定 (Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens)」として、刑事訴訟法199条—211条において定められている。有罪判決を得る可能性がある場合、検察官は公訴を提起しなければならない。管轄裁判所への起訴状の提出によって中間手続きが開始される。裁判所は、被疑者 (Beschuldigte(r)) 一起訴によって、被訴追者 (Angeschuldigte(r)) となる—に犯罪行為の十分な嫌疑があると思われる (hinreichend verdächtig erscheint) 場合に、公判手続きの開始を決定する。これによって、被訴追者は被告人 (Angeklagte(r)) となる。公判手続きを開始しない旨の決定に対しては、<sup>(68)</sup> 検察官は即時抗告をすることができる。

#### 4. 法律協議

##### (a) 意義

法律協議（前述 A. II. (2)参照）は、訴訟関係者に、公判外で、一種の妥協を見出す可能性を与えるものである。裁判官は、関係者に、事件の主要な問題を指摘するために、法律協議を実施することが多い。その際、裁判官によっては、訴えが成功の見込みがあるのか否かをほのめかすこともある。一般的に、法律協議によって、事実関係が完全に、かつはっきりと解明されないにせよ、また、それまでに解明されない法律問題が未解決のままになっているにせよ、関係者は、その事案が計算できないリスクをはらんでいるということを認識することがまれではない。<sup>(69)</sup>しかしながら、法律協議について、法律による定めはない。

##### (b) 連邦通常裁判所の見解

刑事訴訟では、合意（Verständigung）に向けられた法律協議が特別の地位を占めており、その合意はいくつかの制限の下でのみ適法とされる。それについて、連邦通常裁判所は、1997年8月28日の判決の中で、次のように述べた。<sup>(70)</sup>

①被告人の自白および下すべき刑罰が対象となっている刑事手続きにお

(68) Gerd Pfeiffer, Strafprozessordnung, 5. Aufl., 2005, S. 544-573; Meyer-Großner, aaO (Fn. 67), S. 761ff.; ロクシン・前掲注 (67), 406-414頁、村上淳一＝守矢健一＝ハンス・ペーター・マルチュケ『ドイツ法入門（改訂第6版）』（2005、有斐閣）234-235頁など参照。刑事訴訟法の規定は、<http://dejure.org/gesetze/StPO> などから入手できる。

(69) mnager-magazin. de. v. 3. 3. 2004 (<http://www.manager-magazin.de>) による。

(70) BGHSt43, 195. (<http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bs043195.html> から入手できる)。2005年3月3日、連邦通常裁判所の刑事大法廷は、「合意」（いわゆる司法取引（Deal））を認めるか否か、認めるとすれば、その要件および限界を定めるように立法者に要請した（GSSt.1/04）（注(39)のウェブサイトから入手できる）。その後、2006年5月18日に、連邦法務省は、刑事手続きにおける合意の規制に関する参事官草案を公表した。そして、2006年12月15日、連邦参議院は、許容される合意の内容などを定めた法案を決定した（BR-Drucks., 235/06（Beschluss））。

ける合意は、一般的に認められない。法律協議は、それは、すべての訴訟関係者の協力の下に、公判において行われなければならない。それは、公判の外での事前の協議を排斥するものではない。

②裁判所は、判決について審議する前に、一定の刑罰を約束することは許されない。もっとも、裁判所は、被告人が自白した場合、裁判所が越えないであろう刑罰の上限を示すことができる。裁判所は、公判において、新しい（すなわち、裁判所にこれまで知られていない）重大な事情が、被告人の負担において生じた場合にのみ、このことに拘束されない。そのような意図的な逸脱は、公判で報告されねばならない。

③裁判所は、その後に判決において行われる量刑におけるのと同じように、刑罰の上限を超えないことの約束においてもまた、一般的な量刑の観点を遵守しなければならない。刑罰は、〔被告人の〕責任に対して適切なものでなければならない。

④合意の枠内で自白があったことは、刑罰を軽減するように考慮することを妨げない。

⑤判決の言渡し前に、被告人と上訴の放棄を合意することは不適法である。

### (3) マンネスマン訴訟における法律協議の問題点

本件訴訟における第一審の法律協議で、裁判長は、前述のように、被告人の無罪を示唆している。これについて、次のような疑問が出されている。すなわち、中間手続き（判決と同じ刑事部が担当）において、なぜ公判手続きの開始を決定したのか。また、裁判所が被告人が無罪となると考えるのであれば、その時点で証拠調べを終了し、弁護人の最終弁論と検察側の論告を促すべきではなかったのか。つまり、無罪という結果になることが分かりながら、裁判所は、なぜ公判手続きを継続したのか。その段階で、なぜ検察官は、裁判官が予断を抱いているとして忌避の申立てをしなかったのか、といった点である。これらの疑問について、裁判所および検察官からは何も答えられなかった。

## II. 株式会社の機関と共同決定制度

### 1. 機関の概観

(1) ドイツの株式会社では、出資者である株主によって構成される株主総会において監査役員を選任し（株式法101条1項）、選任された監査役員で監査役会を構成し、監査役会が業務執行を担当する取締役役員を選任する（同法84条1項）、という仕組みになっている。業務執行の措置は、監査役会へ委譲されえない（同法111条4項1文）。しかし、定款または監査役会は、一定の種類<sup>(72)</sup>の業務が監査役会の同意を得てのみ実行されうるということを定めなければならない（同項2文）。つまり、監査役会は、取締役の監督機関であるが、重要な業務執行についての同意権も持っている。

(2) また、監査役会は、とくに、その審議および決議を準備し、またはその決議の実行を監視するため、委員会を設置することができる。委員会の構成員は、監査役員でなければならない（同法107条3項）。ドイツ・コーポレート・ガバナンス規準<sup>(73)</sup>（5.3）も、委員会の設置を奨励している。マンネスマンでは、取締役の報酬を決定する「取締役事項委員会」が設置されており、そのメンバー全員が起訴されたのである。

### 2. 共同決定制度

(1) ドイツには、企業<sup>(71)</sup>の意思決定に労働者が参加する制度（労働者の共同決定制度）が存在している。第二次大戦後に制度化された共同決定は、ドイツのコーポレート・ガバナンスの一つの柱として定着している。具体的な法律として、①真の労資同権を定める1951年石炭・鉄鋼共同決定法、石炭・鉄鋼コンツェルンの支配企業に適用される1952年共同決定補充法、

(71) O. V., Fragen zum Mannesmann-Prozess, ZRP2004, 136.

(72) 参照、正井・前掲注(40)『ドイツのコーポレート・ガバナンス』5頁以下。

(73) 参照、Kremer in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex, 2. Aufl. (2005), S. 220-228.

②500人を超え2000人以下の労働者を雇用している企業（株式会社、有限会社など）では、監査役員の構成員の三分の一が労働者代表によって占めらるるとする2004年の三分の一参加法<sup>(74)</sup>、③2000人を超える企業では監査役会の構成員の半数が労働者代表となるとする1976年共同決定法<sup>(75)</sup>がある。そして、③では、監査役会は、労働者の数が、(a) 1万人までの企業では12人で構成され、そのうち労働者代表が6人（企業の労働者代表4人、労働組合代表2人）、(b) 1万人を超え2万人以下の企業では16人で構成され、労働者代表が8人（同6人、2人）、(c) 2万人を超える企業では、20人で構成され、労働者代表は10人（同7人、3人）、と定められている（同法7条）。このように、監査役会における労働者代表には、その企業の労働者の代表と労働組合の代表とが存在している。

(2) マンネスマン株式会社の監査役会は、1988年末までは、上述①の石炭・鉄鋼共同決定法にしたがって構成されていた。ところが、同社は、かなり前から、事業形態の変更によって、同法適用の要件を満たさない状態になっていた。そこで、連邦政府は、1988年に特別法<sup>(76)</sup>を制定して、適用期限を6年延長し、さらに、共同決定補充法の適用の要件も緩和した<sup>(77)</sup>。しかし、1999年当時、マンネスマンは、もはや石炭・鉄鋼共同決定法にも、また共同決定補充法にも服しておらず、上述の③(c)に属し、監査役会

(74) 「監査役会における労働者の三分の一参加に関する法律」(BGBl. I. S. 974)。2004年7月1日施行。本法は、1952年事業所組織法76条以下の規制を引き継いだものである。詳しくは、Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 2. Aufl., 2006, S. 627-685。

(75) 参照、正井章彦『共同決定法と会社法の交錯』(1989、成文堂) 1頁以下、海道ノブチカ『ドイツの企業体制』(2005、森山書店) 96頁以下、など。

(76) BGBl. I, S. 2312. 正井・前掲注(75) 6頁以下参照。

(77) 参照、Ulmer/Habersack/Henssler, aaO (Fn. 74), §1 Rdn. 10-13. なお、1988年法によって改正された共同決定補充法の規定についての、1999年の連邦憲法裁判所の判決として、Urteil des Ersten Senats vom 2. März 1999 (共同決定補充法3条2項1文2号は、基本法3条1項(法の下での平等)に違反するとして、無効とされた)。 [http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls19990302\\_1bv1000291.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls19990302_1bv1000291.html) より入手できる。

には3人の労働組合代表がいた。<sup>(78)</sup>そのうち、監査役会内部の取締役事項委員会に所属していた2人が起訴されたのである。

(3) 2006年に、1976年共同決定法から30年という節目の年を迎え、その記念式典(8月29-30日)に連邦首相メルケルも出席して祝辞を述べた。<sup>(79)</sup>

しかし、1991年のソヴィエト連邦の崩壊後、経済のグローバル化、法制度のヨーロッパ化などを背景として、労働者の共同決定制度に対する批判・攻撃が一経営者側からだけでなく、経営学者、法律学者の中からも一増大

(78) ツヴィッケル、ラートベルク、ケストラー (Köstler, Roland) である。ケストラー (博士) は、ドイツ労働組合連合 (DGB) の研究機関であるハンス・ベックラー財団 (Hans Boekler Stiftung) の共同決定促進部主任で、会社法・共同決定法に関する多くの著書・論文を著している (詳しくは、ケストラー「ドイツのコーポレート・ガバナンスと共同決定」月刊監査役496号 (2005) 52-64頁 (52頁) 参照)。彼は取締役事項委員会ではなく、監査委員会 (Prüfungsausschuss) のメンバーであった。2003年3月4日に、証人として出廷し、11時から12時20分頃まで、裁判長からの質問に答えた。そこで彼は、エッサーへの功労金がマンネスマンによって支払われるものとされるということをはっきりしないままであった、と述べ、監査役会の議事録から、「マンネスマンによって」という文言を削除させた、と証言した。そして、監査役会における労働者側は、その支払いについて監査役会で審議することを要求し、労働組合代表は、その支払いを単に聞きおく (zur Kenntnis nehmen) ことで一致していた、と述べた (Frankfurter Rundschau v. 5. 3. 2004, S. 11) (筆者はその法廷を傍聴)。2003年10月6日に、ケストラー氏の意見を聞くことができた。以下、簡単に紹介する。同氏は、まず、刑法上の問題と民事上 (株式法上) の問題とを区別しなければならないとし、本件は、背任罪を構成するものではない、とする。そして、次の3つに分けて考える必要がある、という。すなわち、①18人の取締役で年金生活に入っている者とその家族への総額6330万マルクの年金補償について、刑法上の問題とするのはナンセンスである。これは、マンネスマンの利益になっているので、株式法上も問題とならない。②功労金については、株式法上の問題となりうる。エッサーは3200万マルク、フンクは600万マルク、その他の14人で2150万マルクを得ている。自分は、その金額を妥当と考えている。③退職一時金について、なるほどエッサーは2980万マルクを得たが、それは、彼が任期途中で辞任することになったからである。会社との任用契約により、まだ任期が4年残っていた。その間の報酬との兼ね合いから、それだけの金額を得たとしても問題がない。

(79) 詳しくは、[http://www.boeckler.de/cps/rde/xchg/SID-3D0AB75D-E3AB80A6/hbs/hs.xsl/85\\_82256.html](http://www.boeckler.de/cps/rde/xchg/SID-3D0AB75D-E3AB80A6/hbs/hs.xsl/85_82256.html)

<sup>(80)</sup>している。その主な理由は、共同決定制度は、企業の迅速な意思決定を阻害し、経営の効率性を害するため、世界的な競争の時代には妥当でない、というものである。そこで、2005年7月、当時の連邦首相シュレーダー (Schröder, Gerhard) は、「ドイツの企業共同決定の現代化に関する委員会」を設置し、2006年末までに、現行の共同決定制度のヨーロッパに適合した現代的発展について提案するように委託した。委員会は9人(学識者、経営者側代表、労働者側代表がそれぞれ3人)で構成された。委員会は、2006年11月までに6回の会議を開いた。しかし、経営側代表と労働者側代表の意見の対立は余りにも大きく、結局、学識者による提案と経営側と労働者側の各意見が付けられた報告書(全92頁)が、2006年12月20日に、連邦首相メルケルに提出された。<sup>(81)</sup>

(4) また、2006年9月19日から22日にかけて開催された第66回ドイツ法律家会議 (Deutscher Juristentag (DJT)) における労働法部会のテーマは、「ヨーロッパ法の発展を背景とした企業共同決定」であった。トーマス・ライザー (Thomas Raiser) (ベルリン・フンボルト大学教授) が鑑定人として報告し、それに対するコメントが経営者、労働組合の代表、学者によって述べられた。しかし、具体的論点についての部会出席者による投票は—100年を超えるドイツ法律家会議の歴史において初めて—実施されなかった。<sup>(82)</sup>

(5) マンネスマンにおいては、監査役会に労働者の代表がいたにもかかわらず、エッサーなどへの巨額の功労金および補償金の供与を阻止する

---

(80) 参照、正井章彦「ドイツの共同決定制度に関する最近の動向」国際商事法務33巻1号(2005)36-46頁。

(81) [http://www.bundesregierung.de/nm\\_1272/Content/DE/Artikel/2006/12/2006-12-20-betriebliche-mitbestimmung-modernisieren.html](http://www.bundesregierung.de/nm_1272/Content/DE/Artikel/2006/12/2006-12-20-betriebliche-mitbestimmung-modernisieren.html) より入手できる。

(82) <http://www.djt.de/index.html.php> から資料を入手できる。多くの文献がある。ライザー鑑定を踏まえた論稿として、Volker Rieble, Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen, NJW 2006, 2214-2217; Michael Adams, Das Ende der Mitbestimmung, ZIP 2006, 1561-1568.

ことができなかった。マンネスマンの監査役会における意思決定の実態を見ると、労働組合代表を含む労働者の代表は受身的な姿勢であったことがうかがわれる。また、取締役代表エッサーも、監査役会に出席しており、フंकとエッサー（それにアッカーマン）によって、会社の重要な経営方針が決定されていたのではないか、と思われる。

### III. 取締役の報酬に関する規制

#### 1. 株式法の規定

(1) マンネスマン訴訟において、マンネスマンの取締役役員および元取締役役員（およびその遺族）が厚遇されている実態が明らかとなった。アメリカ合州国の大企業の経営者のやり方に倣っているようである。<sup>(83)</sup> ドイツでは、取締役役員の報酬を決定するのは、監査役会の権限である。まず、株式法87条1項は、次のように定める。すなわち、「監査役会は、個々の取締役役員の報酬総額（基本俸給、利益参加、費用の補償、保険報酬（Versicherungsentgelte）、手数料（Provisionen）および各種の付随的給付（Nebenleistungen）の確定に際して、その総額が、取締役役員の職務および会社の状態と適切な関係（angemessenes Verhältnis）となるように配慮しなければならない。このことは、退職金、遺族給付（Hinterbliebenenbezüge）および類似の種類<sup>(83)</sup>の給付に準用される」と。次に、同条2項は、「確定の後、会社の事情に、きわめて重大な悪化が生じ、第1項1文で挙げられた報酬を引き続いて与えることが、会社に著しく不当となるであろう場合には、監査役会は—85条3項の場合には、監査役会の申立により裁判所が一、適切な減額をする権限を有する。減額によって、任用契約は、

---

(83) アメリカ合州国の経営者の報酬の実態と規制の強化について、日本経済新聞2006年3月2日6面。とくに2006年8月のSEC規則について、「海外情報」商事法務1781号（2006）36-37頁参照。なお、ボーダフォンの取締役代表ジェントは、同社の報酬委員会の決定により、2000年7月に、1000万ポンドの特別報酬を得た（日本経済新聞2000年7月27日3面）。

その他の点では影響を受けない。しかしながら、取締役員は、その任用契約を、次の 4 分の 1 暦年の終了を期として、6 週間の告知期間を付して、<sup>(84)</sup>「解約することができる」と定める (第 3 項は略)。

(2) フンクは、かつて取締役員であった自分への功労金の支給を自らが会長を務める監査役会において一提案し、決議にも参加した。しかし、後に、マンネスマンがボードフォンに買収されてフンクが辞任した後、監査役会は、同じ議題について、決議をやり直している。利益相反を意識したからであろう。

## 2. 規定の解釈

### (a) 規制の趣旨

株式法 87 条は、株式会社、その債権者、株主および労働者を、取締役員が法外な報酬を受けることによる損害を防止しようとする趣旨で定められている。<sup>(85)</sup>この規定は、1937 年株式法において新設されたものであり、1965 年の現行株式法は、それを、ほぼそのまま引き継いだ。この背景には、それまでの法による制限のない契約の自由によって、「巨額の報酬と利益持分が、取締役員の任務と業績力を考慮することなしに渡され、それどころか会社の経済状態が絶望的なとき……ですら給付された<sup>(86)</sup>」という実態がある。

### (b) 取締役の報酬の適切性

取締役の報酬の適切性の原則は、法的には、弾力性のある制限であり、<sup>(87)</sup>監査役会の裁量権の行使に関して、民法 134 条・138 条の一般的な基準によ

---

(84) 条文の訳については、八木弘＝河本一郎＝正亀慶介「(資料) ドイツ株式法 (I) - (10・完)」神戸法学雑誌 15 卷 3 号 (1965) から 18 卷 3・4 号 (1969) までにおいて掲載および慶應義塾大学商法研究会 (訳)「西独株式法」(1969、慶應義塾大学法学研究会)を参照した。

(85) Uwe Hüffer, Aktiengesetz, 7. Aufl., 2006, §87.

(86) Schlegelberger/Quassowski, Aktiengesetz, 2. Aufl., 1937, §78, Rn. 1.

(87) 民法 134 条＝「法律上の禁止に違反する法律行為は、法律で別段の定めがないかぎり、無効である。」

って制限を受ける。すなわち、取締役員の報酬の額および範囲の取り決めは、契約自由の原則の下にある<sup>(88)</sup>。しかし、監査役会は、上述の87条1項により、報酬総額が、取締役員の任務および会社の状態と適切な関係になるように配慮しなければならない。適切性の具体化は、個々の事例においてのみ可能である。一般に認められた評価の観点、株式法によって強調されている観点のほかに、取締役員の能力、市場価値、具体的行動状況、会社への所属期間などがある<sup>(89)</sup>。

なお、定款で取締役の報酬の指針を定めることが許されるか否かについて争いがある。ヒューファーは、その指針が監査役会の人事権 (Personal-kompetenz) [取締役員の選任権・解任権] の制限にならない限りで肯定することができる、とする<sup>(90)</sup>。

### 3. 取締役員の報酬の個別開示に関する規制

(1) ドイツ・コーポレート・ガバナンス規準委員会の委員長クロンメ (Cromme, Gerhard) は、取締役員の報酬全体の個別の要素を明らかにすることの必要性を強調する。つまり、現金での報酬構成部分ならびに株式オプションまたはそれと比較可能な報酬の構成部分だけでなく、現物の報酬、年金受給権および退職金の支払ならびに任期途中での退職の場合の支払金である。言い換えると、「報酬パッケージ」全体が適切な (angemessen; appropriate) ものでなければならず、そして、その適切性を確保す

民法138条1項＝「良俗に違反する法律行為は無効である。」(2項は略)。

(88) 報酬の取り決めは、取締役員と監査役会との間で行われる。通常、監査役会内部の人事委員会 (Personalausschuss) に委任される (Wiesner, in Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4 (Aktiengesellschaft), 2. Aufl., 1999, § 21, Rdn.29)。

(89) 詳しくは、Holger Fleischer, Zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung im Aktienrecht (Teil 1-2), DStR2005, 1279-1283, 1318-1323。ドイツ・コーポレート・ガバナンス規準4.2.3も、適切性の要件を具体的に定めてはいない。ヒューファーによると、会社の経済的状態が悪くとしても、必ずしも報酬を低くする必要はない (Hüffer, aaO (Fn. 85), §87 Rn. 2)。

(90) Hüffer, aaO. (Fn. 85), §87 Rn. 3。

ることは、監査役会（とくに人事委員会）の任務である、とクロンメはいう。そして、報酬の透明性は、報酬全体がどのように構成されているか、そして個々の報酬の構成要素がどのような重要度を持っているかを投資者に説明するという<sup>(91)</sup>ことも意味している、とする。

(2) 2003年5月の規準の改定により、取締役員の報酬について個別開示が勧告された(4.2.4)。それによると、「取締役員の報酬は、コンツェルン決算書の附属明細書において、固定部分、成果に関連する構成要素および長期的な奨励作用を持った構成要素に区分して明らかにされるべきである(1文)。その記載は個別になされるべきである(2文)」。つまり、第2文は、それまでの提案(sollte)が、勧告(soll)に変更された(2003年7月4日から実施)。この改定の背景として、経営者の報酬の個別開示が国際標準になりつつあり、EUの「行動計画」(2003年5月)およびEU委員会の勧告(2004年)においても個別開示が要求されていること、さらに、マンネスマン事件<sup>(92)</sup>によって、取締役員の高額な報酬・退職金に対する批判が噴出したことがある。

しかし、その後、勧告を遵守した会社は、Dax30社のうち9社、2005年になっても20社という状況であった。そこで、連邦法務大臣チィプリース(Zypries, Brigitte)は、法律によって、報酬の個別開示を強制することにし、同年3月31日、「取締役の報酬の開示に関する法律(Gesetz über die Offenlegung der Vorstandsvergütungen, VorstOG)」案を議会に提出した。経営者の一部は強く反発したが、同法案は2005年8月に成立した。<sup>(93)</sup>

---

(91) Cromme, Corporate Governance in Deutschland—nach drei Jahren Kodex-Erfahrung, S.18f. (2005年6月24日の第4回コーポレート・ガバナンス規準会議での講演) [http://www.corporate-governance-code.de/ger/download/CGC\\_Konferenz\\_Berlin\\_2005\\_Dr\\_Cromme\\_de.pdf](http://www.corporate-governance-code.de/ger/download/CGC_Konferenz_Berlin_2005_Dr_Cromme_de.pdf) から—英語版も—入手できる。

(92) 正井章箒「EUのコーポレート・ガバナンス」早稲田法学81巻4号(2006)131-197頁(157頁以下)参照。

(93) BGBl. I, Nr. 47 v. 10.8.2005, S. 2267. 同法についても多くの文献がある。正井・前掲注(92)165頁、Fleischer, aaO. (Fn. 89)参照。

### （３）開示に関する具体的規定

取締役員の報酬の開示について、商法（HGB）285条9号によると、すべての取締役員（監査役員を含む）について、事業年度における活動について与えられた報酬全体が、まとめて（zusammen）記載されねばならない。その報酬とは、給与、利益参加、新株引受権およびその他の株式にもとづく報酬、手当、保険報酬、手数料およびすべての種類の付随的給付である。さらに、上述の「取締役の報酬の開示に関する法律」によって、上場株式会社は、年度決算書の附属明細書（Anhang）または状況報告書（Lagebericht）において、個々の取締役員ごとに、名前を挙げて、報酬総額を記載しなければならない。その際、成果に依存しない部分と成果に依存した部分ならびに長期的な奨励作用を伴う部分（たとえば、株式オプション）に区別されねばならない（商法285条9号a・bの改正）、とされた。

ただし、この開示の目的は、株主への情報提供にあるので、法律は、株主に、個別開示から離脱する（「適用除外（Opting Out）」）権限を与えている。そのためには、株主総会で、そこで代表された資本金の4分の3以上の特別多数決で適用除外の議決をすることを要する。この決議は、最長5年の間有効であり、その後は、改めて株主総会の決議が必要となる（商法286条5項として追加）。なお、上場株式会社でない会社には、報酬の個別開示は要求されない（商法286条4項）。このように、取締役の報酬について、上場会社と非上場会社とを区分した法規制が行われることになった。

### （４）株式購入権（ストック・オプション）の付与

日本、アメリカ合州国などと同様、ドイツでも、取締役員・労働者へ株式購入権（ストック・オプション）を付与することは、法律上、認められている（株式法192条2項3号<sup>(94)</sup>）。株主総会は、そのような計画を実施する

---

(94) 監査役員へストック・オプションを付与することは、2004年の連邦通常裁判所の判決によって、違法とされた（BGH, Urt. v. 16. 4. 2004=NZG2004, 376=ZIP2004, 613）。これについては、たとえば、Justus Meyer/Sören Ludwig, Akitienoptionen für Aufsichtsräte ade?, ZIP 2004, 940-945参照。

かどうかについて決定するだけでなく、株式会社の取締役役員、子会社の業務執行メンバーおよび労働者への付与についても決定する。それにしたがって、取締役役員に関するストック・オプションを自由に使用することができるかぎり、監査役会は、それを詳しく定め、またそれを分配する権限を有する。ただし、株主総会が、株式法193条2項4号により決定しなければならない内容上の点 (Eckdaten) に関係しない場合にかぎる。ストック・オプションを取締役の報酬の構成部分とするかどうか、そうであるとしたらその範囲はどれくらいにするのか、ということについては、監査役会だけが決定する<sup>(95)</sup>。

#### 4. 2006年のコーポレート・ガバナンス規準の改定

(1) 上述の取締役の報酬の個別開示に関する法律の成立・施行により、2006年6月に、コーポレート・ガバナンス規準が一部改定された<sup>(96)</sup>。それによると、まず、「各取締役の報酬全体は、成果に関係しないもの、成果に関連したもの、長期的な奨励作用を持った部分に分けて、〔取締役の〕名前を挙げて開示される。ただし、株主総会が4分の3の多数決で、別段の決議をした場合は、この限りではない」(4.2.4) とする。これは、上述の改正商法の規定と同じである。次に、「その開示は、報酬報告書においてなされ、その報告書は、コーポレート・ガバナンス報告書の一部として、取締役員についての報酬制度も、一般に分かりやすい形式で説明される」とされた。

(2) 株式オプションに関して、次のような規定が置かれた。すなわち、「株式オプションの具体的な形態または長期的な奨励作用およびリスクの性質を持った構成要素についてのそれに比較できる形態の叙述は、その価値を含むべきものとする。〔取締役員に〕補給の約束 (Versorgungszusage)

(95) Hüffer, aaO. (Fn. 85), §87 Rn. 2a, §192 Rn. 16-19.

(96) <http://www.corporate-governance-code.de/>から入手できる。2005年6月の規準改定までの有益な解説として、クラウス・J・ホプト (鎌田薫子・訳) 「ドイツ・コーポレート・ガバナンス規準」商事法務1785号 (2006) 4-19頁。

をした場合、毎年、年金準備金または年金基金への〔会社からの〕補給〔額〕が記載されるべきものとする」と。

（3）さらに、「取締役員としての活動の終了の場合についての約束の主要な内容は、その約束が、労働者に与えられた約束と些細でないとはいえない程度に異なる場合には、記載されねばならない。報酬報告書は、会社によってもたらされた副次的給付の種類に関する記載もまた含むべきものとする」（以上、4.2.5）。この定めは、マンネスマン訴訟を意識したものであろう。

（4）規準は、株式法161条に根拠を置くものの、法律ではない。上場会社は、規準のうち、soll 規定を遵守しない場合、そのことを電子的連邦公報<sup>(97)</sup>において開示するだけであり、しかも、開示しなくても罰則はない（sollte 規定と kann 規定は遵守しなくても開示する必要はない）。しかし、開示している会社の方が、開示しない会社よりも、市場・投資者からの評価が上がるのが期待されている。それによって、規準策定者・連邦政府は、結果として、マンネスマン事件におけるエッサー、フンクなどへのような法外な退職金または功労金の支払いが抑止されることを意図している。

## 5. 功労金の支払いに関するバウムスの見解と批評

### (a) バウムスの見解

（1）マンネスマン株式会社を引き継いだドイツ・ボーダフォン株式会社は、バウムス（Baums, Theodor）に、当時の経営者に対して損害賠償を請求することができるか否か（つまり、エッサーなどに支払われた功労金の額は「適切」であったのかどうか）<sup>(98)</sup>について、鑑定を依頼した。バウムス

(97) 虚偽の開示などは刑法上の問題となりうる。詳しくは、Christian Schmitt, Die strafrechtliche Relevanz des Corporate Governance Kodexes, DB 2007, 326-330.

(98) Die Zeit v. 25. 9. 2003, Nr. 40 (<http://zeus.zeit.de/text/2003/40/Ackermann> から入手できる)。バウムスは、フランクフルト大学教授で、ドイツ・コーポレート・ガバナンス規準の策定を提案した、コーポレート・ガバナンス政府委員会の委員長を務めた。正井・前掲注（40）『ドイツのコーポレート・ガバナンス』147頁、

は、2002年の透明化法・開示法 (Transparenz- und Publizitätsgesetz (TransPuG)) による株式法の改正も、またドイツ・コーポレート・ガバナンス規準もなかった当時の状態<sup>(99)</sup>に関して、答えている。彼は、「刑法によって経営者に攻撃を加えることはまったく考え〔られ〕ない」という。バウムスもまた、株式法上、支払った金額が適切かどうか、ということに焦点を当てる。一般的に、功労金が、どの段階で不適切なものに変化するのか、その時点は、刑法上、まったく確定されていない、とバウムスはいう。適切性の問題において、バウムスは、株式オプション・プログラムを持った、他のドイツ株式指数 (Dax) 採用会社が、その経営者に、どの程度の支払いをしているか、そして、それらの会社が、その報酬を、どのように相場の成果に従属させたか、を比較した。バウムスによると、「排他的に、その会社の株式相場に結びつけられている」プログラムは妥当ではない。つまり、法政策的には、株式オプション・プログラムにはコントロールと抑制が必要である、と主張する。しかし、バウムスは、Dax 会社の株式オプション・プログラムの受益者は、4000株から115万株までの株式購入権を持った、とする。株式の市場価格が128%上昇した場合のエッサーの特別賞与 (Pramien) が、9万500株という結果になったであろうということは、変動幅の内にある、とバウムスはいう。つまり、エッサーへの功労金の額は適切なものであり、それによって、ドイツ・ボーダフォン株式会社は、エッサーに損害賠償請求をする必要はない、という。バウムスは、さらに、エッサーの功労金が契約上の根拠なしに支払われたがゆえに、違法と見なされるかどうか、について、違法ではない、という。監査役会が、そのような報酬を、あらかじめ承認することができる、ということとは争いがなく、そうであるなら、監査役会が、後から、それをするこ

---

290頁以下、354頁および372頁以下参照。

(99) 正井章彦「ドイツの透明化法・開示法」『21世紀の企業法制 (酒巻俊雄先生古稀記念)』(2003、商事法務) 711-744頁、同・前掲注 (40)『ドイツのコーポレート・ガバナンス』354-371頁参照。

も許される、とする。<sup>(100)</sup>

(b) バウムの見解について

(1) エッサーは、前述のように、1994年6月にマンネスマンの取締役  
に就任し、その後、1999年5月に一フクの後任として一取締役代表とな  
り、そしてボーダフォンに買収された後、2000年6月5日に辞任した。代表  
に就任するときの契約で、任期は2004年6月30日までとされ、年間報酬  
額は、1998年11月20日の雇用契約にもとづいて、140万マルクと決めら  
れていた<sup>(101)</sup>（TOPP-200により、ボーナスが加算されうる—前述 A. I. 2. (4)参  
照）。エッサーは、マンネスマンの取締役代表として13カ月間働いたにす  
ぎない。それでも彼は総額6580万マルク（うち、任用関係の終了の補償とし  
て2915万1933マルク）を手に入れた。なるほど、この間、マンネスマンの  
株価は急騰した。しかし、それは、エッサーの功労によるものではない。  
ボーダフォンの買収提案が株価の上昇をもたらしたのである。また、マン  
ネスマン株式会社自身、売り上げが伸びたわけでも、また利益が増えたわ

---

(100) マンネスマン訴訟を教訓として、ドイツの上場会社の経営者は、いわゆる「支  
配の変動条項」(Change of Control-Klauseln)を会社との契約に挿入するケー  
スが増えている。それによって、取締役が、買収または合併により、任期が終了す  
る前に、その地位を失う場合には補償金 (Abfindung) を受け取ることができる旨  
定められる (Der Spiegel, 38/2006, S. 93; 日経金融新聞2006年12月1日9面にお  
けるメンクハウス教授の指摘)。詳しくは、Jobst-Hubertus Bauer/Christian Ar-  
nold, Mannesmann und die Folgen für Vorstandsmitglieder, DB 2006, 546-549参  
照 (実務では、連邦通常裁判所のマンネスマン事件判決を避けて通ることができな  
い [からである]、という)。たとえば、2006年3月に、メルク (Merck KGaA)  
からの買収提案を受けたシェーリング (Schering AG) は、その提案を拒否し、い  
わゆる白馬の騎士としてのバイエル (Bayer AG) の買収提案に賛成した。任期满  
了前に辞任することになったシェーリングの4人の取締役員は—1310万ユーロの報  
酬のほか—1170万ユーロの補償金を得た (条項においては、当初、敵対的な買収  
の場合の補償金についてのみ定められていたが、後に友好的な買収にも拡大され  
た—それは、シェーリングをめぐる買収の戦いが始まる2日前であった) (Der  
Spiegel, aaO. などによる)。

(101) ドイツでは、取締役の任期は5年とされ、再任されても最長5年で任期が終了  
することになっている (株式法84条1項)。

けでもない。<sup>(102)</sup>したがって、株価の上昇は、エッサーへの特別の支払いの根拠とはならない。<sup>(103)</sup>このような評価—上述のバウムスの見解とは異なる—は、デュッセルドルフ地裁および連邦通常裁判所の各判決も同じである。

(2) 上述のバウムスの判断を、年金生活に入った元取締役役員とその家族（それらの者は業務執行をしたわけではない）への年金補償にも転用することができるか疑問である。会社と取締役役員との間の契約で取り決められていない退職金を、後から監査役会で決定することができるというバウムスの見解は、連邦通常裁判所も、例外的であるが、一定の要件の下に認めている。問題は、その報酬・退職金・功労金を支給する根拠の有無、その趣旨の妥当性および支給金額の適切性ならびに、それが会社にとって利益になるか、ということであろう。<sup>(104)</sup>なお、フンクのように、退任する（した）取締役役員が、自ら支給金額・期間などを監査役会に提示して、さらに決議に参加することは利益相反として許されないことは明らかである（この点は、地裁および連邦通常裁判所も同じ判断である）。

## IV. 背任罪の規定とその解釈

### 1. 刑法266条

刑法266条は、背任 (Untreue) という見出しで、次のように定めている。すなわち、

「(1) 法律、官庁の委任もしくは法律行為によって与えられた、他人の財産について処分をし、もしくは他人に義務を負担させる権限を濫用し、

---

(102) Marcus Lutter/Wolfgang Zöllner, FAZ v. 10. 2. 2004, S. 10 (株価の上昇は株主の財産に関係するので、功労金の支払いは、会社の金庫からではなく、株主自身ができる、という)。

(103) また、Rheinische Post v. 23. 1. 2004, S. 1 における Shosaku Masai (筆者) は、買取防衛に失敗したエッサーに功労金を支払う根拠はない、とする。

(104) Handelsblatt 紙は、ドイツの経営者866人に、エッサーへの功労金について、アンケート調査した。回答者の85%が、功労金の額は「高すぎる」とした (Die Zeit, aaO. (Fn. 98) による)。

または法律、官庁の委任、法律行為または信任関係により課せられている、他人の財産上の利益を管理する義務に違反し、そしてそれによって、その財産上の利益を図らねばならない者に不利益を与えた者は、5年の自由刑または罰金に処せられる。(2) 243条2項ならびに247条、248a条および263条3項を準用する」と。

(2) 266条2項で準用されている条項のうち、まず、①243条2項は、「窃盗のとくに重い場合 (besonderes schwerer Fall des Diebstahls)」には、3カ月から10年までの自由刑に処する、としつつ、第2文1号から7号において、「とくに重い場合」を定める<sup>(105)</sup>。次に、②247条は「家および家族の中での窃盗」について、また248a条は「価値が低い物の窃盗および横領」について、それぞれ「告訴にもついでのみ訴追される」としている。そして、③263条は「詐欺 (Betrug)」について定める。同条1項は、「自己または第三者に、違法な財産上の利益を得させる意図で、真実でないことを真実と見せかけること、または真実をゆがめまたは隠蔽することによって、他人を錯誤させて、その財産に損害を与えた者は、5年までの自由刑に処する」と定める。そして同条3項は、「とくに重い場合においては、その刑は、6カ月から10年の自由刑とする」とし、「とくに重い場合とは、通常、行為者が、次のことをした場合をいう」として、1号から5号までを定め、「大規模な財産の損失を引き起こした場合」(2号)、「役職者としての権限または地位を濫用した場合」(4号)などを挙げている。

以上のことから、266条2項で準用されている規定のうち、マンネスマン事件に関係するのは、263条3項2号および4号ということになる。結論として、検察庁は、2号を適用して、マンネスマンの役員を起訴したの

---

(105) 行為者が、窃盗のために、建物などに侵入したとき(1号)、安全装置により奪取に対してとくに保護されている物を窃取したとき(2号)、常習として窃取したとき(3号)など。次に、同条2項は、1項1号から6号に定める場合について、「行為が価値の低い物 (geringswertige Sache) に関する場合」を、「とくに重い場合」から除外する。

である。

## 2. 背任罪の規定の解釈

どのような行為が背任罪に問われるのか。法律家は、それを、「義務に違反して、他人の財産に損害を与えることである」という<sup>(106)</sup>。これは、規定の文言から明らかである。それでは次に、「義務に違反して」とはどういうことか。ハム (Hamm, Rainer) (フランクフルト大学名誉教授で、ツヴィッケルの弁護士) は、株式会社の取締役役員または監査役員にとって、株式法からのみ「義務に違反して」ということが生じうる、という。つまり、ハムは、株式法の規定に明白に違反する場合のみ、一般的に、刑法の構成要件該当性が問題となる、という<sup>(107)</sup>。デュッセルドルフ地方裁判所および連邦通常裁判所の各判決も同様である。

前述のように、取締役の報酬は、株式法において弾力性をもった条項によって規制されている。株式法87条によると、その額は、取締役の任務ならびに会社の状態と適切な関係に立たなければならない。何が「適切」であるかについて、株式法は具体的には述べていない。株式法は、報酬について、監査役会に広い裁量の余地を与えており、報酬額の確定した枠は存在しない、とハムはいう<sup>(108)</sup> (判例・学説も同じ)。

## 3. 背任罪の構成要件としての重大な義務違反

地裁判決は、背任罪の成立には「重大な義務違反」があったことを必要とするとした。連邦通常裁判所の判決の中には一地裁判決のいうように一、重大な義務違反を背任罪成立の要件としていると解されるものがある。たとえば、2001年12月6日の判決がそれである<sup>(109)</sup>。以下、簡単に論及す

---

(106) 多くの文献がある。たとえば、Lenckner/Perron in: Schönke/Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 27. Aufl., 2006, §266.

(107) Hamm, Die Zeit, aaO. (Fn. 98).

(108) Hamm, aaO.

る。

(1) 同判決の事実関係は、次のようなものであった。すなわち、被告人Kは、1973年から1998年10月まで、バーデン・ヴュルテンベルク州が100%出資している南西ドイツ交通株式会社（以下、SWEGとする）の取締役代表であった。また、被告人Sは、1989年から、バーデン・ヴュルテンベルク州の経済大臣であったが、1992年に交通大臣になり、1996年から一環境省と交通省が統合されて一、環境交通大臣となった。Sは大臣としての資格から、1996年1月1日に、SWEGの監査役会会長に選ばれた。Sは、1998年10月に、大臣を辞任した後、弁護士として活動している。Sは、1995年11月以降、スポーツ団体SSVRの会長にも就任した。SSVRは、1993年以降、財政難に陥った。1995年中頃、Sは、SWEGの取締役代表KにSSVRへの寄付を要請し、Kは、「SSVRの若者の仕事のための寄付金」として、2万マルクをSWEGの口座から引き出して、Sに渡した。その後、1966年（1月?）と1997年6月の2回に渡って、KからSに、それぞれ1万5000マルクと1万マルクが渡された。帳簿には、その目的として「若者の仕事」と記載されていたが、実際には、SSVRに貸付けをしていた後援者に、債務の返済としてではなく、それらと良好な関係を維持する目的で、贈与された。

(2) この事実関係に対し、2000年12月29日、オフエンブルク (Offenburg) 地方裁判所は、Kに、背任罪として、90日間につき1日150マルクで計算した罰金刑を科した。また、Sには、背任罪の教唆として、130日間につき1日200マルクとして計算した罰金刑を科した。この判決に対して、被告人は、事実誤認を理由として上告。上告審で行われた手続き制限によって、罰金刑が取り消された。連邦通常裁判所は次のように判示している。

---

(109) BGH, Urt. v. 6. 12. 2001 (BGHSt 47/187=NJW2002, 1585=NSStZ 2002, 322=StV 2002,137) (判決全文は、<http://www.bundesgerichtshof.de/>から入手できる)。

(a) 株式会社の取締役が、会社の財産から、文化、科学、社会的活動またはスポーツの促進のために寄付金を与える場合、必ずしもすべての会社法上の義務違反が、刑法266条の背任にいう義務違反の構成要件を満たすものではない。すなわち、その義務違反が重大なものでなければならない。

(b) 義務違反が重大であるか否かは、全体的観点、とくに会社法上の規準にもとづいて決定される。その際、重要であるのは次のことである。すなわち、事業目的から離れていること、収益状態および財産状態に照らして不適切であること、経営内部の透明性が欠けていること、ならびに不正な動機（とくにまったく個人的な利益の追求）があること、である。

(c) いずれにせよ、寄付金を与える際に、このような規準すべてが満たされた場合には、刑法266条にいう義務違反が存在することになる。

判決は、取消しの理由として、「Sは、この行為〔最初の2万マルクの贈与—正井〕の時点では、監査役会会長ではなく、それによって背任の行為者ではありえない<sup>(110)</sup>」という。

### (3) 本判決に対する連邦通常裁判所の評価

本判決は背任罪の構成要件として、義務違反が重大でなければならないとする。しかし、連邦通常裁判所によると、本判決の対象は、もっぱら、信用の供与（企業の寄付）に関するリスクを伴う企業家としての予測の決定である。これに対して、マンネスマンの事例は、フンク、アッカーマン、ツヴィツェルが、エッサーへの功労金の承認決議をしたとき、リスクを伴う決定の状況に立たされてはいなかった。したがって、本判決を援用するのは誤りである、という<sup>(111)</sup>。

---

(110) しかし、Sは、教唆犯としての責任を問われているのであるから、監査役会会長でなくてもかまわないのではないか。

(111) BGH, 3 StR 470/04, S. 21ff. また、マンネスマン訴訟の上告審は、もう一つの連邦通常裁判所の判決 (BGHSt47, 148=NJW2002, 1211) に論及する。そして、そこでは、金融機関の経営者が信用を供与したが、後に回収困難となったという事例において、与信に際して、「重大な」〔義務違反〕というメルクマールが用いられ

#### 4. 禁止の錯誤

(1) ドイツ刑法17条1文は、「行為の遂行において、行為者に、不法に行為をするという認識が欠けているときは、行為者がその錯誤を避けることができなかつた場合には、責任(Schuld)なしに行為したことになる」と定める<sup>(112)</sup>（日本の刑法38条1項本文もほぼ同じ）。しかし、「避けることができなかつた」という解釈については争いがあり、それゆえ、この規定が実際に適用されるのはまれである。知らないこと（錯誤もまた同じ）だけで、刑法の適用を免れることはできない（日本の刑法38条3項本文も同じ）。ただし、同条2文は、行為者がその錯誤を避けられなかつた場合には、49条1項にしたがって刑を減輕することができる、とする（日本の刑法38条3項但し書きもほぼ同じ）。

(2) デュッセルドルフ地方裁判所判決は一フンクへの功労金の供与に関し、被告人（ツヴィッケルとアッカーマン）には、避けることができな「禁止の錯誤」があつた、いかえると、法律に違反して行為したということを認識することができなかつたとする。つまり、知らなかつたことについて、過失がなかつたがゆえに、刑事責任を問うことはできない、というのである<sup>(113)</sup>。地裁は、専門家に問い合わせても違法ということが分から

---

ているが、それは、財産管理義務という背任罪の構成要件に関係しておらず、金融機関に通例の情報入手義務・検査義務の違反に関連している〔にすぎない〕、とする（3 StR470/04, S. 20ff.）。背任罪の構成要件の一つとしての「重大な義務違反」について、マンネスマン判決を含む、最近の連邦通常裁判所の判決を分析するものとして、Bernd Schünemann, Der Bundesgerichtshof im Gestrüpp des Untreuetatbestandes, NStZ 2006, 196-203.

(112) 詳しくは、Cramer/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 27. Aufl., 2006, §17. また、FAZ v. 21. 10. 2005, S. 3参照。

(113) 日本においても、民事事件ではあるが、いわゆる損失補てんにもとづく取締役の責任が追及された野村證券事件において、最高裁判所平成12年7月7日判決（民集54巻6号1767頁）は、同じような論理を用いて、取締役の責任を認めなかつた。すなわち、「…被上告人〔取締役〕らが本件損失補てんを決定し、実施した行為は、本規定〔平成17年改正前商法266条1項5号〕にいう法令に違反する行為に当たる…。…しかしながら、株式会社の取締役が、法令又は定款に違反する行為をしたと

なかったであろうとするのに対し、連邦通常裁判所は、問い合わせておれば違法ということが分かったはずであるとし、したがって、知らなかったこと<sup>(114)</sup>に過失があった、と解したのである。

## おわりに

(1) マンネスマン事件では、買収の対象となった会社の取締役(エッサーなど)へ、功労金・補償金を支払うことを決議した監査役会の委員会の構成員が背任罪で起訴された。そのうち、アッカーマン、ツヴィッケルおよびラートベルクは、自らは1ユーロも得てはいない(もちろん、それによって背任罪の適用を免れるわけではない)。さらに、決議を棄権したツヴィッケルだけでなく一選択年金とフंकへの功労金の支払い決議のみに参加し、かつ決議には棄権し、かつ署名もしなかったラートベルクまでも起訴された<sup>(115)</sup>。決議の成立に積極的に関与したアッカーマンと一自らへの功労金の支払いを計画し、さらに年金の補償まで要求し、実際に支払いを受けたフंक、そしてエッサーの3人だけ(またはフंकだけ)を起訴していたら裁判はどう展開したであろうか。

---

して、本規定に該当することを理由に損害賠償責任を負うには、右違反行為につき取締役が故意又は過失があることを要する…。…右事実関係の下においては、被上告人らが、本件損失補てんを決定し、実施した平成2年3月の時点において、その行為が独占禁止法に違反するとの認識を有するに至らなかったことにはやむを得ない事情があったというべきであって、右認識を欠いたことにつき過失があったとすることもできないから、本件損失補てんが独占禁止法19条に違反する行為であることをもって、被上告人らにつき本規定に基づく損害賠償責任を肯認することはできない」とした。

(114) Ransiek, aaO. (Fn. 51), S. 816.

(115) 連邦通常裁判所は、ツヴィッケルの行為に対し、棄権するのではなく、はっきりと「否 (Nein)」と意思表示すべきであったという (3 StR 470/04, S. 26)。ラートベルクの行為については一訴訟の中止の理由においても述べられているようにツヴィッケルよりも違法性の程度が低い。なお、ラートベルクの経歴などについては、Die Zeit v. 15. 1. 2004 Nr. 4 (Rainer Frenkel) 参照。

(2) 刑法の背任罪の規定は弾力性のある規定であり、また、一般に、経営者（取締役員と監査役員）には広い裁量の余地が認められているので、構成要件を充たす事例は多くないように思われる。しかし、連邦通常裁判所によると、功労金の支払いのような会社に何の利益ももたらさない事項については、裁量の範囲は狭くなる。その結果、背任罪の成立の余地も広がる。

(3) マンネスマン訴訟は、刑法の背任罪およびドイツのコーポレート・ガバナンスに関する問題だけでなく、裁判制度、共同決定制度、刑事訴訟法、さらに経営者倫理にも関係する。コーポレート・ガバナンスに関しては、まず、敵対的買取の標的となった会社の経営者は中立の立場をとる義務を負うのか否かが問題となる。<sup>(116)</sup>ここでは、一般的に、経営者の裁量の範囲、経営判断の原則および取締役の行動基準としての「企業の利益」が関係する。次に、監査役会と取締役との関係はどうあるべきか。ドイツの伝統的な二層制（業務執行機関と監督機関の分離）の意義が問われることになる。ドイツ株式指数（Dax）採用30社においては、経営者の間の人的絡み合い（取締役による他の会社の監査役員の兼任関係）ならびに取締役代表から監査役会会長への「横すべり」<sup>(117)</sup>が多い。マンネスマン事件の被告人フンクも、同社の取締役代表から監査役会会長に就任していた。これでは、監査役会と取締役とが癒着することになり、監査役会が取締役をコントロールすることが難しくなるであろう。法律による規制が必要である。しか

---

(116) ドイツでは、2006年7月13日、EUの公開買付け指令（2004年採択）を国内法化するための法案が成立した（BGBl. I, S. 1426）。それによると、買付け対象会社の取締役が買付けを阻止する行為をする場合は、株主総会の授権および監査役会の同意を要する（33条）。政府草案について、詳しくは、早川勝「EU第13公開買付け指令の国内法化」同志社法学58巻5号（2006）427-482頁。

(117) これについては、Gerhard Wirth, Anforderungsprofil und Inkompatibilitäten für Aufsichtsratsmitglieder, ZGR 2005, 327-347 (339ff.); 正井・前掲注(80) 36-46頁(37頁)。兼任関係に関するドイツ有価証券保有保護同盟(DSW)の調査として、[http://www.dsw-info.de/DSW-Aufsichtsratsstudie\\_2006.805.0.html](http://www.dsw-info.de/DSW-Aufsichtsratsstudie_2006.805.0.html)

し、現在のところ、ドイツ・コーポレート・ガバナンス規準 (5.4.4) が、横すべりが原則であるべきではない (soll nicht die Regel sein) とするだけで<sup>(118)</sup>である。

(4) マンネスマン事件によって、取締役の報酬に関する規制が反省を迫られ、これについては、前述のように、一応の立法的解決をみた。

(5) 監査役会における労働者・労働組合の代表の役割も問われている。ドイツでは共同決定制度が敵対的な企業買収の障壁となっている、という見解が多い。しかし、マンネスマン事件から見る限り、共同決定は、資本市場からの力に圧倒されてしまっている感がある<sup>(119)</sup>。

(6) また、ドイツの銀行の役割の変化も注目される。マンネスマンの監査役員にはドイツ銀行頭取のアッカーマンが就任していた。なぜ、ドイツ銀行は、それまで親密な関係にあったマンネスマンを助けようとしなかったのか。それは、マンネスマンの株主の構造 (機関投資家の持ち株比率が高い) を考慮したことのほか、ドイツ銀行自身が、1997年頃から、商業銀行業務から投資銀行業務へ重点を移したということが大きい<sup>(120)</sup>。一般に、ドイツの大銀行は、投資銀行を指向するからには、ドイツの事業会社との特別の関係によって縛られるのは得策ではない、と考えているようである<sup>(121)</sup>。

(7) 裁判制度に関し、参審員は、マンネスマン訴訟で、どのような役割を果たしたのであろうか。日本でも、2009年5月までに裁判員制度が実施されようとしている (裁判員の参加する刑事裁判に関する法律附則1条)。ドイツの参審裁判制度の実状を十分に検討した上で決定されたのであれば幸いである。

(8) また、刑事訴訟法に関しては、マンネスマン訴訟により、法律協

(118) 参照、Eberhard Vetter, Update des Deutschen Corporate Governance Kodex, BB 2005, S. 1689-1695 (1693).

(119) その分析として、Höpner/Jackson, aaO. (Fn. 15), S. 155ff.

(120) 参照、Die Zeit v. 30. 9. 2004, S. 36 (Robert von Heusinger); Der Spiegel, 40/2004, S. 92-95 (Wolfgang Reuter).

(121) Höpner/Jackson, aaO. (Fn. 15), S. 158ff.

議および訴訟の中止という制度の存在が注目され、その改革が始まっている<sup>(122)</sup>。たしかに、日本のような起訴便宜（裁量）主義でなく、犯罪の十分な嫌疑があるときは、必ず公訴を提起しなければならないという制度（起訴法定主義）になっているドイツでは、多くの裁判が係属することになり、裁判所の負担も大きくなる。しかし、ドイツでは、前述のように、中間手続きがあるので、そこで公判手続きを減らすことができる。公判手続きにおいても、さらに訴訟の中止という制度がある。裁判所・検察官の負担は日本よりも大きい、全体として、均衡が取れているという印象を受ける。

（9）ドイツでは、大企業の経営者が捜査・摘発の対象となっている事例が多い<sup>(123)</sup>。検察庁・検察官が、コーポレート・ガバナンス（公正な企業経営の確保）に大きな役割を果たしているように思われる。

（10）日本では、これまで買取対象会社の経営者に功労金が支払われたという事例はないようである。しかし、自己保身・金銭欲という点では、日本の経営者とドイツの経営者とで、それほど違いはないであろう。日本でも、合併・買取などの企業再編の事例が増えていることから、今後、ドイツのマンネスマン事件に類似した事案が生じるかもしれない。そして、マンネスマン訴訟を考慮して、「支配の変動条項」として、買取された場合に取締役（執行役）への功労金の支給額を定めておく会社が出てくるのが考えられる。取締役会だけで、そのような定めをすることは—会社法361条により—、できない（委員会設置会社では、報酬委員会で決定できる—会社法404条3項・409条）。そこで、株主総会で承認を求めることになるが、承認されないという事態は例外にとどまるであろう。その場合、その支給額が、会社の規模・収益力、労働者の賃金などと比較して、不当に多くなる可能性はドイツよりも大きい。その理由として、（ア）日本にはド

---

(122) [http://cdl.niedersachsen.de/blob/images/C31989825\\_L20.pdf](http://cdl.niedersachsen.de/blob/images/C31989825_L20.pdf)、など参照。

(123) <http://www.manager-magazin.de/fotostrecke/0,2828,17469,00.html>、など参照。

イツのような労働者参加制度は存在しないので、労働者側からの経営者に対する牽制力はないこと、(イ) 報酬の支払いに関して、ドイツ株式法87条1項のような、報酬額の「適切性」を要求する規定はなく、また報酬の個別開示を定める規制もないこと(会社法施行規則121条4号5号参照)、(ウ) その支給額の不当性・違法性を主張する市場からの圧力(株主・監督機関からの責任追及・監視など)が弱いこと、(エ) 一般に、大企業の経営者の不当・違法と解される行為を、刑事事件として摘発・立件する体制・姿勢にはなっていないこと、が挙げられる。また、たとえ株主から、支給額が多すぎるとして、経営者の民事責任が追及されたとしても、裁判所が、その責任を認める可能性は、これまでの裁判所の判断(野村証券損失補てん事件判決=前掲注(113)参照)からして、ほとんどないであろう。立法上の手当てが必要である。共同決定制度の導入は、政治力学上、当面、困難である。そこで、会社法において、役員報酬の適切性の条項を新設し(労働者の賃金と連動させることが考えられる)、そして、上場会社については、個々の役員の報酬を、確定部分、業績連動部分およびストックオプションに区分して開示するようにすべきである。開示だけでは限界があることは明らかであるが、一步前進である。また、現行法上、買収に絡む功労金の支給は、「その他会社役員に関する重要な事項」(会社法施行規則121条9号)として、事業報告において記載されると解されるが、単なる支給の事実だけでなく、その具体的な額および支給の理由・根拠を記載することとすべきである。

なお、対象会社の経営者(取締役、執行役)が、買収しようとする側から、買収に賛成する対価として金銭を受け取ることは、忠実義務(会社法355条・419条2項)に違反するだけでなく、特別背任罪(同法960条)にも問われることになるであろう。

(2007年3月14日提出)

〔追記〕

本稿の作成においては、2003年4月から2004年3月末にかけて、デュッセルドルフ大学とハンス・ベックラー財団で入手した新聞などの資料が役立った。便宜をはかっていただいた、同大学の Prof. Dr. Ulrich Noack、同財団の Dr. Roland Köstler および Dr. Hartmut Seifert に、御礼申し上げる。