

企業運営契約について

小 松 卓 也

- 一 序論
- 二 ドイツ法における企業運営契約
- 三 ホリデー・イン事件判決
- 四 結語

一 序論

株式会社における経営の担い手は誰なのか。あるいは誰であるべきなのか。現行の日本の会社法で定められた機関としては、さしあたり、代表取締役を含めた取締役、取締役会設置会社の下での取締役会、あるいは、指名委員会等設置会社における執行役、がそれに該当するということができる。取締役および取締役会は出資者である株主によって選ばれるという点で、いわゆる所有と経営の分離をひとつの特徴とする株式会社制度にあって、所有と経営との直接的な関係性を維持するものといえる。他方、執行役は取締役会の決議によって選任されることから、株主と執行役とはいわば間接的な関係しかないことになる。とはいえ、そのような執行役が経営の担い手となりうることについては、執行役が取締役会の監督に服することも含めて、一定の合理的な仕組みが法制度上構築されているという点から、正当化される、と解することができる。

(1) 会社の「経営」とは何か。さしあたり、会社の事業活動に関して、何かを決定することおよびそれを実行に移すこと、さらには、会社組織が健全なかたちで持続されるための監督行為が、該当するといえよう。

ところで、それ以外の立場にある者が株式会社の経営を担うことができるのか、会社法制度を研究するうえで、ひいては、株式会社法制度の新たな展開の可能性を考察するうえで、興味をもたれるところである。すなわち、法制度上の根柢なくして取締役ないし取締役会がその権限で第三者に経営を委ねる、あるいは、株主の承諾なしに第三者が経営の担い手になる、ということが許されるかが問題となりうる。⁽²⁾本稿は、この問題について、ドイツ法上の議論を素材としつつ検討を行なうものである。⁽³⁾

二 ドイツ法における企業運営契約

(1) 概要

ある会社の経営が別の企業によって行なわれる旨が契約で定められる場合、そうした契約は、ドイツ法の文献において、経営遂行契約 (Betriebsführungsvertrag)、マネジメント契約 (Managementvertrag) あるいは企業運営契約 (Unternehmensführungsvertrag) といった名称でよばれてい⁽⁴⁾る。ドイツの会社法制度では、⁽⁵⁾第三者が経営に関与するあり方として、

(2) なお、以下では、経営の担い手となる「第三者」とは、それまでは当該会社の外部にいた者をさす。

(3) もっとも、日本の株式会社法制度においても、取締役や執行役といった法制度上の経営の担い手以外の者が会社経営から完全に排除されている、という訳ではない。たとえば、支配人や一定の代理権を付与された使用人については、その組織的観点からの法制度上の位置付けの問題はさておき、実際の決定権限の内容如何によっては、事実上、会社経営の一翼を担っていると捉えられる場合もありえよう。だとすれば、取締役会設置会社においては、取締役会の権限でそうした使用人に対して経営の一部が委譲される、とみることもできる。

(4) Böhm, Unternehmensführungsvertrag, S.1 (2016). 本稿筆者自身は、「企業運営契約」の名称が適当と思われることから、以下では、企業運営契約の表記を用いる。なお、Böhm は、前二者の方が多用されていることを承知しつつ、あえて 'Unternehmensführungsvertrag' という表記を用いている。Böhm によれば、「経営」および「企業」という概念は相対的な

企業運営契約について

いわゆる支配契約や経営賃貸借契約などの形態に関する規定が置かれている。しかし、企業運営契約については、現下のところ、法律上の定めはない。⁽⁶⁾

企業運営契約の当事者のうち、その運営を委ねる側の当事者は「所有者企業 (Eigentümerunternehmen)」⁽⁷⁾とよばれる。他方、企業の運営を担う方を「運営者」とする。さらに、企業運営契約は、真性の企業運営契約と不真性のそれとに大別されている。いずれの場合も、運営者が遂行する企業運営上の経済的損益は、所有者企業に帰せられる。しかし、所有者企業の名の下に運営者が経営を行なうものが真性の企業運営契約であるのに対し、運営者の名で行なわれるものが不真性の企業運営契約⁽⁸⁾である。

企業運営契約においては、運営者が遂行する経営の成果は所有者企業に帰属するのに対し、⁽⁹⁾運営者は契約で定められた報酬⁽¹⁰⁾を得る。また、企

ものであることに加えて、ドイツにおいて既に「企業契約」という概念が法制度上認められており、それとの関連性を考慮すれば、企業運営契約の名称が適切であるという。a. a. O., S. 5ff.

- (5) ドイツにおける株式会社法制度に関する中心的な法典は「株式法」であるが、本稿では、より一般的に会社に関する法規律という意味で「会社法」あるいは「会社法制」という表記も併用する。
- (6) Böhm, a. a. O. Fn 3, S. 1.
- (7) Böhm, a. a. O. Fn 3, S. 1. 「所有者企業」という名称については、最適なものとは思われないが、現在のところ、妥協的に用いることにする。
- (8) 以上, köhn, Der Betriebsführungsvertrag, Der Konzern 2011, 530, 531; Böhm, a. a. O. Fn 3, S. 1. 以下では、基本的に真性の企業運営契約の場合を念頭に置くことにする。また、いわゆるコンツェルン傘下でない企業間すなわち独立した関係にある企業間で当該契約が締結される場合を、対象とする。
- (9) なお、不真性の企業運営契約の場合、運営者は、対外的取引において自ら債務を負担しつつ、所有者企業に対する求償権をもつことになる。その点で、運営者も所有者企業の支払能力にかかるリスクを負担することになる。以上, Böhm, a. a. O. Fn 3, S. 21f.

業運営に要する諸費用については、基本的に所有者企業の負担となるものの、企業再建などといった当該契約を締結する目的に応じて様々な事情が考えられることから、費用負担のあり方についてあらかじめ詳細に契約で定めることが重要となる。⁽¹¹⁾

そして、企業運営契約の対象となる経営事項すなわち所有者企業から運営者に移譲される経営にかかる権限については、個別具体的な契約内容によって多様なものとなりうる。すなわち、その会社における事業の全体が対象とされるのかあるいは一部の事業のみが対象とされるのか、という態様の違いだけでなく、通常の業務活動の範囲に留まるものかあるいは経営上の重要な意思決定も対象となるのか、というものである。⁽¹²⁾ いわば、事業活動の深さと広さの範囲について、様々な企業運営契約が考えられる。もっとも、それらがすべて法的に許容されるというわけではなく、また、許容されるのであってもどのような要件を伴うのかが問題となる。

(2) 法的問題点

企業運営契約に関する会社法上の問題点としては、まず当該契約それ

(10) Huber, Betriebsführungsverträge zwischen selbstständigen Unternehmen, ZHR 152, 1, 5 (1988). 運営者に支払われる報酬の形態には、固定額あるいは成果連動型のものや、基本額プラス成果加算型のものもあるという。さらに、企業運営のための従業員教育やマーケティング活動などについて別途報酬が定められることもある。以上、Böhm, a. a. O. Fn 3, S. 23.

(11) Böhm, a. a. O. Fn 3, S. 24.

(12) 以上、Köhn, a. a. O. Fn 7, S. 531 ff. なお、企業活動とりわけ一定規模以上の活動については、「経営者」のみでそれを行なうことはできない。運営者は、所有者企業の有する物的資産を使用するとともに、所有者企業の下にある従業員あるいは運営者自身が有する従業員を用いて、企業運営を引き受けることになる。Huber, a. a. O. Fn 9, S. 7f. もっとも、本稿では、こうした労務関係については扱わないでおく。

企業運営契約について

自体の有効性が問題となる。⁽¹³⁾すなわち、取締役会が会社運営についての責務を負う旨が明文規定として存在することから、取締役会の任務対象となる経営事項が第三者に移譲されることの是非が、問題となるのである。

ところで、ドイツの会社法制においては、支配契約や経営賃貸借契約、経営委託契約といった「企業契約」が既に法制度上認められていることから、法律上定めのない企業運営契約の許容性を評価するうえで、それらとの類似性の有無すなわち現行規定の類推適用の可否が議論されている。⁽¹⁴⁾ここでは、経営賃貸借契約との類似性に注目する。⁽¹⁵⁾経営賃貸借契約においては、賃貸側は賃貸料を得ることになるが、その会社の経営上の決定権限は賃貸側の取締役会から賃借側に移譲することになる。この点

(13) とはいえ、ドイツの会社法制には、経営の担い手である取締役が株主とどういう関係にあるかという点で、日本法と異質なところがある。すなわち、取締役は、監査役会において選任されるが、監査役会を構成する監査役は株主によって選任される。また、共同決定法が適用される会社では、監査役会のなかに従業員代表も含まれる。したがって、経営の担い手である取締役と出資者たる株主との関係は比較的薄くなりうる。さらに、ドイツ法では、取締役がその選任される会社ではない第三者を相手方として任用契約を締結する、ということが行なわれる点も、留意される。取締役にかかる第三者任用契約については、小松卓也「企業グループにおける取締役の兼任に関する一考察」神戸学院法学第46巻第3・4号355頁以下(2017)参照。

(14) 株式会社法76条1項は「取締役会は自己の責務の下で会社を指揮しなければならない」と定めている。

(15) Vgl. Köhn, a. a. O. Fn 7, S. 532 f.; Böhm, a. a. O. Fn 3, S. 253 ff.

(16) 経営委託契約の場合、その経済的損益が経営の引受側に帰属する点で、経営賃貸借契約と同様である。他方、支配契約の場合、支配企業の指図に従って被支配会社が運営されることになるが、そこでは、支配会社ないしコンツェルン全体の利益が重視され、必ずしも被支配会社の利益が主眼とされるわけではないという点で、所有者企業の利益を目的とする企業運営契約と異なる。したがって、企業運営契約をいわゆる「隠れた支配契約」と構成することはできない。以上、Böhm, a. a. O. Fn 3, S. 254 ff.

において、企業運営契約との類似性を見出すことができる。⁽¹⁷⁾ もっとも、経営賃貸借契約の場合、企業契約の要件として、株主総会における4分の3の特別多数決議の承認が要件⁽¹⁸⁾とされている。加えて、株主総会での情報開示が法定されていることや、賃借側が行なう一定の措置につき賃借側の同意を必要とするという賃借側の権限が解釈上認められている⁽¹⁹⁾。そこで、企業運営契約の場合にも、所有者企業における株主総会の承認や企業運営上の同意権などの条件を伴うことによってはじめて、すなわち企業運営契約においてそれらが定められるのを条件として、当該契約の有効性が認められる、という見解がある。⁽²⁰⁾ もっとも、経営賃貸借契約のように法制度上認められていない企業運営契約に関しては、取締役会の専権的事項に該当する会社指揮権まで移譲されるようなものは、容認されるべきでない、とする立場もある。⁽²¹⁾

このように、他の制度との形式上の比較に基づく議論においては、企業運営契約の有効性に関する見解は分かれることになる。しかし、企業運営契約の意義に着目した場合には、会社法制度上既に容認されている経営賃貸借契約に劣らぬ有用性があるとも考えられる。すなわち、企業運営契約を締結する所有者企業にとってみれば、経営賃貸借契約の下で一定の賃料を得るよりも、企業活動の成果に連動した見返りを得ることを好む場合がありうる。たとえば、所有者企業が、会社自体には潜在的に収益力があると評価しつつ、企業の再建が必要であるという懸念の下に、企業運営契約によって運営者に経営を移譲する、という場合であ

(17) Köhn, a. a. O. Fn 7, S. 532f.

(18) 株式法293条1項参照。

(19) Vgl. Böhm, a. a. O. Fn 3, S. 258 und 270.

(20) Böhm, a. a. O. Fn 3, S. 263ff.; Vgl. auch Köhn, a. a. O. Fn 7, S. 533. ここで問題となっているのは、取締役会の経営事項とされる権限すなわち会社全体にかかる指揮権まで含めて大幅に経営内容が所有者企業から運営者に移譲されるようなタイプの企業運営契約についてである。

(21) Vgl. Köhn, a. a. O. Fn 7, S. 533.

企業運営契約について

(22) さらに、企業運営契約においては、会社経営の一部分のみが移譲されるというように、様々なタイプの契約内容が考えられることから、その有効性を一概に論じることはできない。⁽²³⁾

そこで、企業運営契約に基づいて所有者企業の取締役会から運営者に移譲される経営内容を区分けして検討する。まず、日常的業務の範囲で移譲される場合はどうか。このような契約では、運営者がより重要な経営事項まで踏み込むことがないようにするため、所有者企業の取締役会が指図、承諾、情報入手などの権限をもつ旨をさらに契約で定めておくことが必要となる。⁽²⁴⁾ この場合、支配的見解の下では、企業契約の要件と同様に株式総会の特別多数決議を要することになるという。⁽²⁵⁾ 他方、こうした権限の移譲は株式法76条1項で定められた取締役会の経営上の責務に抵触するものではなく、取締役会の権限で運営者に移譲できるつまり株主総会の承認なく企業運営契約を締結することができる、という見解⁽²⁶⁾もある。

また、事業部門の一部あるいは経営にかかる個々の機能が移譲の対象となる場合はどうか。⁽²⁷⁾ ここでも、株主総会の特別多数決議が必要である

(22) 経営賃貸借契約の場合、典型的には、順調な活動をしている状況下で行なわれるという。Köhn, a. a. O. Fn 7, S. 532.

(23) Köhn, a. a. O. Fn 7, S. 533.

(24) Dreher, Nicht delegierbare Geschäftsleiterpflichten, in Festschrift für Hopt, S. 517, 530 (2010).; Köhn, a. a. O. Fn 7, S. 534.

(25) Vgl. Köhn, a. a. O. Fn 7, S. 534.

(26) Dreher, a. a. O. Fn 24, S. 529f.; Köhn, a. a. O. Fn 7, S. 534.

(27) 企業組織のあり方として、いわゆる事業部制組織と機能別組織に大別するとした場合、後者においては、財務や製造、開発といった機能を担う個々の部門が設置され、他方、前者は、個々の事業部が各々の財務等の機能を有しつつ、事業分野や商品、活動地域などによって区分されるものである。本文は、いずれかの組織形態を限定的に想定するものではない。組織のあり方については、たとえば、稲葉祐之＝井上達彦＝鈴木竜太＝山下勝・キャリアで語る経営組織225頁以下（2017）参照。

かについて見解が分かれている。⁽²⁸⁾そして、そもそも移譲の対象となる経営の一部分がどのようなものかは個々の場合で様々であり、所有者企業におけるその対象となる部門等の重要性という基準に基づいて株主総会決議の必要性を判断することは、法的安定性を著しく欠く、と指摘されている。⁽²⁹⁾さらに、こうした部分的な企業運営契約については、株式法76条1項に基づく取締役会の経営事項に抵触するかどうか、および、当該契約において所有者企業の運営者に対する影響力がどの程度確保されているかが、問題になる、とする見解がある。⁽³⁰⁾この見解に着目すれば、前者の取締役会の経営事項の問題は株式法76条1項の解釈問題ということになり、後者の所有者企業がもつ影響力の有無は企業運営契約の具体的な契約内容の問題である、と置き換えることができる。

(3) 取締役会の責務との関係

株式法76条1項に基づいて取締役会の責務とされる経営事項、いわば会社を指揮する行為とは、どのようなものをさすか。企業経営の一般論としていえば、各々の組織の規模や事業の内容に応じて、何らかの職務の分担が必要となりうる。そうした場合、会社組織内部で業務が遂行される状況に限ってみれば、取締役会が自ら遂行すべき事項と、組織の下部の者に委譲することができる事項とに、区別することができる。そして、前者に該当するものすなわち取締役会が他の者にその権限を譲渡することができない事項は、一般的に、事業における計画の策定、その編成と監督、そしてそれらを遂行する者の人選である、といわれている。⁽³¹⁾

(28) Vgl. Köhn, a. a. O. Fn 7, S. 535f.; Böhm, a. a. O. Fn 3, S. 273 f.

(29) Böhm, a. a. O. Fn 3, S. 274.

(30) Böhm, a. a. O. Fn 3, S. 274f.

(31) 以上, Fleischer, Zur Leitungsaufgabe des Vorstandes im Aktienrecht, ZIP 2003, 1, 5; Dreher, a. a. O. Fn 24, S. 519ff. これらは、財務的側面および情報伝達の側面を伴ないつつ、方向性を持たせつつ会社組織を形成することである、と言い換えることができる。Fleischer, a. a. O. Fn 31, S. 5;

企業運営契約について

これは、見方を変えれば、企業の中長期的な展開にとって特別に重要な事項、あるいは、企業の収益、財務、人事に関して相当程度の重要性をもつ事項、ということができる⁽³²⁾。

もっとも、株式会社法76条1項において求められているのは、取締役会がそれらの経営事項すなわち会社の全体的な指揮行為について決定しそして責任を負うということであり、決定のための準備作業や決定されたものを遂行することそれ自体は除かれる。つまり、そうした準備作業や決定内容の遂行は会社組織の下部の者に委譲することができる⁽³³⁾。もっとも、そうした委譲が行なわれる場合には、それらの者に対する監督が取締役会の責務となる⁽³⁴⁾。

そこで、株式会社法76条1項と企業運営契約との関係であるが、たとえば、Dreher は、上記のような会社の全体的な指揮行為は、能動的で直接的な側面つまり事業の方針や計画を策定し実施するという行為と、受動的で間接的な側面つまり取締役会から業務の権限を委譲される各々の者を選任および解任するという行為とに、分けられるとしつつ、前者の側面

Dreher, a. a. O. Fn 24, S. 522.

(32) Derher, a. a. O. n 24, S. 512.

(33) Fleischer, a. a. O. Fn 31, S. 6; Froesch, Managerhaftung – Risikominimierung durch Delegation?, DB 2009, 722, 724; Dreher, a. a. O. Fn 24, S. 527f.

(34) Derher, a. a. O. Fn 24, S. 527. ところで、取締役会が経営の重要事項を決定するに先立って、その準備作業たとえば組織下部の者に調査や検討などを行なわせるのであれば、取締役会における決定の局面にさいして、下部の者による調査結果に信頼を置きあるいはその検討内容に依拠することもしばしばありうるであろう。また、そうした下部の者の行為が適切なかたちでなされたかどうか判別することも必要となる。こうした事情を想起するならば、取締役会が行なう「決定」と「監督」との区別は比較的曖昧なものとなってこよう。とはいえ、一般論としては、決定はそれに基づく実施行為が後続するのに対して、監督はそうした後続する業務上の行為が通常は想定されないという点で、区別できるかもしれない。また、決定と監督はともに一定の責任を伴うとはいえ、それらの責任の間われ方には相違があるといえる。

である計画の策定などが運営者に移譲されることを内容とする企業運営契約は、株式法76条1項に反することになり許容されない⁽³⁵⁾、とする。要するに、外部の第三者へ業務を移譲することは、全体的な指揮行為が取締役会の下に留まる限りにおいて許容されるものである⁽³⁶⁾、という。

また、Fleischer は、株式法76条1項に反しない企業運営契約とは、日常的業務の遂行のみが運営者に移譲され、事業方針等の基本的決定は所有者企業の取締役会の権限下に留保されたものである⁽³⁷⁾、とする。そのうえで、こうした企業運営契約が締結された場合においても、日常的業務などの権限が所有者企業から運営者に移譲されることによって、以降の経営事項が部分的にも所有者企業における取締役会の手を離れることから、当該取締役会による全社的な指揮行為も歪められうる、という懸念が生じうる点について⁽³⁸⁾、つぎのようにいう。かりに移譲が長期間に及ぶのであっても、取締役会が一定の行動を義務づけられかつ移譲される内容が所有者企業の利益に合致するものであれば、株式法76条1項が要

(35) Dreher, a. a. O. Fn 24, S. 530f. また、Dreher は、取締役会から権限の譲渡が行なわれることに関して、会社内部の下部組織に委譲されるかあるいは外部に移譲されるかは重大な問題ではなく、権限移転のあり方と監督行為が問題になるとする。そして、外部移譲の場合には、内部委譲の場合のような労働法上の指揮権を伴わないことから、それに代替する措置を契約上定める必要があり、とりわけ、委任側の情報入手権、指図権および解約権が重要である、という。以上、a. a. O.

(36) Dreher, a. a. O. Fn 24, S. 529f.

(37) Fleischer, a. a. O. Fn 31, S. 9.

(38) Fleischer, a. a. O. Fn 31, S. 10. 本文の内容は、Fleischer の記述を若干敷衍したものである。Vgl. auch a. a. O., S. 9ff. そうした懸念の内容は、企業活動に関する事象的な問題および時間的な問題として、将来の動向は完全に展望できないのであるから、現下で進行する業務について外部者に移譲することは、企業指揮の責務そのものを取締役会が放棄することを意味するという批判、および、外部者への経営の移譲は企業指揮における受託者の構造に反する、という批判を考慮したものである。Vgl. a. a. O., S. 10f.

企業運営契約について

求する取締役会の責務が損なわれることにはならない、とする⁽³⁹⁾。そこで、とりわけ企業運営契約の内容が問題になると考えられる⁽⁴⁰⁾。

さらに、Seibt は、会社の経営事項が社外に移譲される場合について、企業運営契約が締結される場合も含めて一般的に論じつつ、そうした移譲の是非を取締役の注意義務の問題として捉えている⁽⁴¹⁾。まず、Seibt は、具体的な業務上の措置が行なわれる局面を六段階に分ける。すなわち、第一は、状況分析および目標設定である。第二は、そのために投入される物的資源の内容や人員の配置さらにはどのような手法を用いるかといった、決定プロセスを組成することである。第三は、上記の決定プロセスを踏まえた、決定のための具体的な準備作業である。第四は、目標達成に向けて、具体的な選択肢のなかから特定の措置を決定することであり、そのさい、決定事項の実施にかかる手続きや予算、期間、情報伝達などについても決定される。第五は、決定事項が実施されることである。第六は、決定事項の実施について、目標達成の観点から監督が行なわれることであり、場合によっては決定事項の修正もありうる⁽⁴²⁾。上記の第一および第四の段階が意思決定それ自体であり、他の段階は決定に関する形成過程といえるものである⁽⁴³⁾。そして、決定の局面では、取締役会は、問題となる措置の経済的影響度やその全社戦略における位置づけおよび会社組織の状況を踏まえつつ、個々の取締役などにその決定を委ねるか

(39) Fleischer, a. a. O. Fn 31, S. 11.

(40) 具体的には、後述する Holiday-Inn 判決を踏まえつつ、運営者に移譲される業務の範囲の画定、および、所有者企業の情報入手権や調査権、監督権、解約権といったものが適切に定められることが必要となる。Fleischer, a. a. O. Fn 31, S. 9.

(41) Seibt, Dekonstruktion des Delegationsverbots bei der Unternehmensleitung, in Festschrift für K. Schmidt, S. 1463, 1463 ff. (2009).

(42) 以上、Seibt, a. a. O. Fn 41, S. 1474.

(43) Seibt, a. a. O. Fn 41, S. 1475. なお、第五段階および第六段階は、第四段階の決定以降の局面であるが、決定事項を実現化するための活動という意味で、「決定に関する形成過程 (Decision Shaping)」となる。a. a. O.

どうか判断する。⁽⁴⁴⁾しかし、企業の存続に関わる判断や顕著なリスクを負担するような決定については、基本的に合議体である取締役会が専ら決定すべきである。もっとも、そのような場合であっても、決定に至る過程の一部を他者に委ねることも考慮されうる。たとえば、その決定がもたらす経済的作用や利害状況が難解でありその評価のために高度な専門的知見を要する場合や、決定対象となる措置それ自体が高い専門性を有する場合、⁽⁴⁵⁾会社内部における専門的な部門や社外の第三者へ一定の業務を移譲するという選択肢がありうる。⁽⁴⁶⁾このように、決定に至る過程のなかで、取締役会から会社組織の下部の者や社外の者に対して一定の業務を移譲することは、取締役がその注意義務を果たすうえでのひとつの選択肢であるとともに、そうした移譲のあり方も注意義務の観点から評価される。すなわち、外部の者に業務を移譲するさいに、株式法76条1項で定められた取締役会の指揮責務が取締役会の手から離れないようなか

(44) Seibt, a. a. O. Fn 41, S. 1476.

(45) 後者の場合については、複雑な金融商品への投資の局面が触れられている。Seibt, a. a. O. Fn 41, S. 1478. 他方、前者については、たとえば専門性の高い新規事業分野への進出の局面が想定されうるであろうか。

(46) 以上、Seibt, a. a. O. Fn 41, S. 1477f. 場合によっては、取締役会の外部にある知見を利用しないことが、取締役の注意義務違反となりうる。a. a. O., S. 1478. なお、決定自体はあくまで取締役会の責務であって、ここで移譲される業務の内容は、その判断をするための調査や検討あるいは提案の作成などであろうが、企業運営契約についてみれば、本来所有者企業の取締役会の指揮の下で内部において処理するはずの業務を、一時的に運営者が所有者企業の有する人材や物的資産などを使って行なうことが、典型的には想定されるのであるから、たとえば、所有者企業が行なってきた事業の一部を放棄してそれを外部委託というかたちで補うというやり方は、異なるものである。そこで、決定のための検討作業が運営者に移譲されるという局面を考えると、この場合には所有者企業の外部および内部の双方の状況を把握することが必要となるが、とりわけ内部状況の把握と分析において、場合によっては、運営者が、所有者企業の取締役会と同様の権限で、所有者企業の従業員を指揮しその物的資産を扱うことができなければならず、その点での権限移譲のあり方が問題となろう。

企業運営契約について

たちで、その契約内容が定められることが要求されるのである。⁽⁴⁷⁾ 具体的には、移譲先が適任となるよう選別したうえで、契約において、その外部者に対する報告義務や守秘義務、記録作成義務、および、会社側の監督権や情報入手権、解約権、問責権などが、定められる必要がある。⁽⁴⁸⁾ 要するに、決定に至る過程において業務を移譲するのであれば、移譲先の管理や監督を施すことが求められ、かつ、決定自体については、移譲先からの提案を盲従することなく、取締役会が自律的な判断をすることが求められるのであり、それらは、取締役の注意義務から要請されるものである、⁽⁴⁹⁾ とするのである。

これらの見解の結論、つまり、全社的な指揮行為に該当する事項を外部の第三者に移譲することは許容されないというものは、学説上の支配的立場の考え方として位置付けられている。⁽⁵⁰⁾ 実質的にみても、経営上の重要事項は、取締役会という合議体において、専門的な知見や様々な情報が集約されたうえで、検討および決定されるほうがよい、という理解があるのであろう。⁽⁵¹⁾

(47) 以上、Seibt, a. a. O. Fn 41, S. 1480f.

(48) Seibt, a. a. O. Fn 41, S. 1480. 従業員に対して業務を委譲する場合との比較で、従業員への委譲の場合には取締役会が労働法上の指揮権を有するが、それに相当する程度の監督等をなすうように、外部移譲にかかる契約において管理や情報伝達などに関して定めておく必要がある、という。Seibt, a. a. O. Fn 41, S. 1480 und 1483. 一見すると、社外者への移譲のほうが、会社組織内での委譲に比べて、移譲先に対する監督等が容易でないようにも見受けられるが、企業運営契約において所有者企業の従業員を運営者が用いるという場合には、實際上、所有者企業の従業員の存在が監督に貢献するとも考えられよう。

(49) Seibt, a. a. O. Fn 41, S. 1473f.

(50) Vgl. Fleischer, a. a. O. Fn 31, S. 9; Köhn, a. a. O. Fn 7, S. 533.

(51) Vgl. Dreher, a. a. O. Fn 24, S. 529. なお、これらの見解においては、企業運営契約の有効性と株主総会の決議との関係がどうなのか、明らかではない。

(4) 取締役会の権限に基づく移譲を容認する立場の論拠

ところで、所有者企業における全社的な指揮行為がその取締役会から運営者に移譲されるという企業運営契約について、経営賃貸借契約等の企業契約との比較から、所有者企業の株主総会の決議等を要件としつつその有効性を認める、という立場もみられることは先に触れた⁽⁵²⁾。さらに、企業運営契約の内容のあり方によっては、所有者企業における取締役会の権限で、比較的広範囲にわたって経営上の活動を運営者に対して移譲することができる、という見解もある。

すなわち、Böhmによれば、株式法76条1項が定める取締役会の指揮事項が企業運営契約によって損なわれるか否かは、当該契約の内容次第であるという。たとえば、所有者企業が運営者に対して広範な指図権をもつことが企業運営契約において定められているのであれば、運営者は会社組織内において権限を付与された使用人の立場に相当することになる。このように企業運営に関して所有者企業が十分な影響力を保持し続ける場合は、会社法上問題となる程度の企業組織構造を左右する契約には当たらない、という⁽⁵³⁾。つまり、この場合には、所有者企業において、その株主総会の決議を要することなく取締役会の権限で企業運営契約を有効に成立させることができる⁽⁵⁴⁾。

ここでいう指図権とは、Böhmによると、運営者の活動に関して所有者企業から具体的に示される内容をさすものである。他方、企業運営契

(52) Vgl. Köhn, a. a. O. Fn 7, S. 534.; 前掲注(20)該当の本文も参照。

(53) 以上, Böhm, a. a. O. Fn 3, S. 235 ff. ただし, 企業運営契約の下で運営者が得る報酬についてその妥当性に疑問が生じうるような場合には, 例外的に, 所有者企業における株主総会の承認が必要とされる, とする。たとえば成果連動型の報酬形態が定められる場合には, いわゆる部分的利益供与契約が締結される状況に相当して株主の剰余金配当請求権が影響を受けうることから, 株主総会の判断が求められることになる, という。以上, Böhm, a. a. O. Fn 3, S. 282 ff.

(54) Vgl. Böhm, a. a. O. Fn 3, S. 267 ff.

企業運営契約について

約では、運営者が自由裁量的に行動できる範囲があらかじめ画定される。指図権は、その画定された運営者の行動範囲内において、より具体的なかたちで運営者に対して指示するものであって、かつ、当該契約において明示的に定められてはじめて行使できるものである⁽⁵⁵⁾。なお、これらは、一定の決定事項等について所有者企業の同意が必要とされるという同意留保権とは、区別されるべきものである⁽⁵⁶⁾。

このように所有者企業が運営者に対して広範な指図権をもつという場合には、全社的な指揮行為が移譲されるという旨の企業運営契約が締結されるのであっても、実質的には経営指揮にかかる決定は所有者企業の下に置かれることになり、大幅に経営事項が移譲されるものではない、つまり株式法76条1項が定める取締役会の経営責務は影響を受けない、と解されるかもしれない。これに関して、たとえば、所有者企業における改造措置の具体的な構想の立案とその実施が企業運営契約の目的とされ、運営者に対して改造措置の方針および計画の決定が委ねられるという場合を想定することができる⁽⁵⁷⁾。このような場合には、たとえ所有者企業が運営者に対する広範な指図権を保持するのであっても、株式法76条1項の下での経営事項が実質的にみても運営者側に移されることにな⁽⁵⁸⁾る。

(55) 以上、Böhm, a. a. O. Fn 3, S. 26f. und 128.

(56) Böhm, a. a. O. Fn 3, S. 26f. und 267.

(57) Böhm, a. a. O. Fn 3, S. 12.

(58) 単に計画等を策定するのであれば、そのための提案を運営者に依頼しつつ、所有者企業側で決定をすればよい。その場合には、株式法76条1項に抵触するかどうかの問題は回避されうる。しかし、計画の構想だけでなく策定された計画の実施という決定後の業務、しかも企業改造という特段の事情下での企業運営までも含めて、運営者に依頼することになれば、実質的な決定権限が運営者に移譲される、ということになろう。なお、そもそもこうした企業運営契約自体の有効性の問題はさておき、Böhmは、企業運営契約で移譲される経営権限の許容範囲にかかる問題を、当該契約の具体的な定めおよびその解釈のあり方を中心として考察するとともに、当

こうした状況は、株式法76条1項において想定されている会社指揮としては、むしろ例外的なものであろう。しかし、企業運営契約が用いられる状況自体、通常の会社経営のあり方からすれば、例外的なものである。そこで、ひとまずは、上記のような改造措置にかかる企業運営契約が許容しえないものであると結論づけることは、差し控えておく。

三 ホリデー・イン事件判決

(1) 事案の概要

企業運営契約が許容されるとしても、その利用はあくまで例外的な場面であると考えられ、株式会社制度の下で常態的なものとしては想定されないであろう。とはいえ、株式会社制度の展開の可能性を探るという本稿の目的からすれば、企業運営契約の具体的な有用性に着目することが重要である。ここでは、企業運営契約に関するひとつの具体例として、いわゆる Holiday-Inn 事件判決を取り上げることにする。この事件での企業運営契約における所有者企業は、株式会社ではなく、いわゆる人的会社の形態をとるものである。

事実関係はつぎのようなものである。⁽⁵⁹⁾ 本件原告のXは、ホテル事業を世界的規模で行なっていたが、その方法は、X自らが運営する形態と、他者の委託を受けてXの有する組織とノウハウを用いて運営する形態、とがあった。後者の場合、ホテルの所有者はその建物の運営を全面的にXの従業員に委ね、Xのホテルチェーン下に置かれた。他方、被告はホテルEの経営主体とその唯一の無限責任社員である（両者を併せて「Y」とする）。Yは、1975年頃、ホテルの拡大的展開を構想したが、そのさい幾つかの助言者の関与を経て、ホテルの運営に関してXに運営を委ねる旨の推奨を受けた。加えて、銀行Rは、Yへ融資を行なう条件として、

該契約の有用性を重視した発想をしている、と解される。

(59) 以下の事実関係は、破棄差戻し後の控訴審判決（OLG München, Urt. v. 7.3.1986）を掲載した ZIP 1987, 849ff. に基づく。

企業運営契約について

Xとの間でマネジメント契約 (Managementvertrag) を締結することを、Yに対して提示した。その後、マネジメント契約が1976年3月5日に締結される運びとなった。ところが、X側の親会社が当該契約の内容を改訂したため、締結日が延期され、同月15日に契約締結に至った。

上記マネジメント契約によると、Yは、ホテルEを所定の態様で整備し、必要な経営資金を提供し、その他の費用を負担する、という義務を負い、他方、ホテルEの運営がYの経済的損益の下でXに移されるとされていた。1977年半ばに、ホテルEは事業を開始した。ところが、1978年4月、XがホテルEの運営のために委託したホテルEの支配人の活動を、Yは禁止した。そして、Y自身がホテルEを運営することにしたのである。Xは、本件のマネジメント契約が有効であって、Yは当該契約に基づく支払義務を負う、と主張した。他方、Yは、本件マネジメント契約は無効であると主張した。⁽⁶⁰⁾

本件マネジメント契約では、Xによるホテル運営に関して、Yが情報入手、監督および調査の権限を有する旨が定められていた。他方、Yは、ホテルEの運営についてXに指示をする権限を認められていなかったが、ホテルEにおいてXが行なう一定規模の取引や措置についてはYの承諾が必要とされていた。また、Xは、一定額の管理報酬と業績連動報酬、さらに予約システムの整備などの名目で手数料を得ることが定められていた。さらに、特別な場合に解約権が定められていたものの、契約期間は開始後20年とされ、その後はX側の一方的な意向により10年の期間で3回延長されうるとされていた。⁽⁶¹⁾

(2) 連邦最高裁判所 (BGH) の判決内容

BGHは、1981年10月5日、以下のように判示して、原審判決を破棄

(60) 本件マネジメント契約の内容については、本件BGH判決を掲載したZIP 1982, 579 ff. のなかでその一部が掲載されている。

(61) 以上、Vgl. ZIP 1982, 581 ff.

(62) した。まず、本件のマネジメント契約は、XがYのホテル経営をYの名と計算の下に行なうという経営遂行契約 (Betriebsführungsvertrag) に該当する、としつつ、「本件のマネジメント契約では、Yの会社機関の構造が法的に侵蝕されていないのみならず、その実質的部分についても侵蝕されていない、というかたちがとられている」と述べた。すなわち、本件における各々の契約条項およびそれらの解釈から、「Yは、マネジメント契約の下で、ホテル運営に関してXに詳細な指示をする権限を付与されていない。Xはホテル運営に関して完全に独立して企業指揮する立場にあった。もっとも、Xは、事業遂行の態様と方法を自由に決めることができるという訳ではない。Yには様々な権限が留保されていたのであるから、Yは自己責務に基づく企業指揮を放棄してはいないのである。むしろ、マネジメント契約を締結するということは、Yの既存の経営機関の枠組みのなかでのひとつの措置といえる。業務執行にかかる基本的な問題についての計画と決定の権限は、Xの組織に移譲されているのではない。Yの事業方針を実現するために締結されたマネジメント契約の枠組みの下で、Xは、日常的業務を執行する権限のみ有している(63)のである」とした。

そして、原審の下した結論、すなわち、本件マネジメント契約の下では、XとYの双方の利益状況およびリスク状況が重大な程度の不当な関係に置かれることになるがゆえに、本件マネジメント契約は公序良俗違反で無効となる、という結論に対して、BGHは、そうした不当な関係にあるかどうかは現下では判断できない、とした。(64) BGHは、契約開始から20年間Yが本件マネジメント契約に拘束されるという点だけでは不当に長期間に及ぶものとはいえないけれども、Xの一方的な意向で10年毎に3回延長されて合計で50年間に亘りホテルEの経営がXに委ねられ

(62) ZIP 1982, 578 ff.

(63) 以上, ZIP 1982, 581 f.

(64) ZIP 1982, 583.

企業運営契約について

うるという点は、Yにとって不当なものということになり、加えて、本件マネジメント契約における対価関係が顕著に不当なものであると認定されるのであれば、当該契約は公序良俗違反により無効となると述べつつ、そうした対価関係がどのような状況にあるか現下の審理では判別しえないことから、破棄差戻しとした⁽⁶⁵⁾。

(3) 差戻し後の OLG München 判決

OLG München は、1986年3月7日、本件マネジメント契約がドイツ民法 (BGB) 138条1項の下で公序良俗違反によって無効であると判決した。まず、本件マネジメント契約の下でXの履行すべき給付とYの反対給付との関係は、いわば静的にみた場合、明らかに不当であるとはいえない、という専門家の鑑定を踏まえつつ、将来的に見込まれる展開の下で双方がもつ契約の有用性の観点から考慮すれば、明らかに不当な関係がある、とした。すなわち、「ホテルEの業績が悪化した場合には、Xに比べてYに過大な負担が生じる、つまりその場合、Xは契約に基づいて相当額の収入を得続けることができるのに対して、Yは相当規模の損失を受ける状況に陥るのである。一般的な予測を踏まえた専門家の推論ではホテルEは将来的に業績が悪化すると考えられていた点からすると、とりわけYの損失リスクがXのそれと比べて著しく高いがゆえに、双方の利得機会と損失機会の配分が極めて不当なかたちとなっている、という結論に至る。これを法的にみると、給付と反対給付の間には、顕著なそしておそらく特に重大な程度の不当な関係があることになる」とし、「BGB 138条1項の適用にあたっては、Xが本件マネジメント契約の締結時にそうした不当な関係を知っていたことは必要ではなく、Xがその不当な関係の基礎となる事実を知っていたかもしくは少なくとも知り得たのであれば足りる」と述べた⁽⁶⁶⁾。

(65) ZIP 1982, 584.

さらに、公序良俗違反が認められるためには、上記のような両当事者
がもつ契約の有用性という主観的側面に加えて、客観的にみて不当な関
係があると認定される必要があるとして、つぎの旨を指摘した。すなわ
ち、第一に、開始後20年の契約期間が定められた点について、抽象的に
みればBGHも言及したように不相応とはいえないけれども、ドイツの
ホテル業界の具体的事情からすれば、ホテルEの経済的な動向を予測す
る点で、10年を超えて契約で拘束することは不当に長期に及ぶものであ
ること⁽⁶⁷⁾、第二に、Yが本件マネジメント契約をXと締結したことは、Y
が多方面からそれを推奨されておりかつ銀行RがYへの融資のさいの条
件としていたことから、Yにとって他に選択肢のない状況で行なわれ
たものであり、Xもそうした事情を知っていたこと、第三に、Xが本件
マネジメント契約の条件を自身に有利なように変更するために、契約締
結日が当初の3月5日から同月15日に延期されたこと、である。以上の
ことから、BGB 138条1項により本件マネジメント契約は無効である、
と判示した。⁽⁶⁸⁾

(4) 評価

上記のBGH判決は、マネジメント契約すなわち本稿でいう企業運営
契約を締結すること自体はさしあたり有効となりうる、ということを認

(66) 以上、ZIP, 1987, 850.

(67) なお、本件契約では双方当事者の解約権が定められていたが、BGH
による当該契約の解釈によれば、当該解約権を行使することができる場合
とは、ホテルの業績が長期的ないし恒常的に低迷しているという状況が想
定されているのであり、他方、Xによるホテル運営の開始時や当面の期間
において損失が生じていても、そうした一時的な状況は甘受すべきであり
Yが解約権を行使できる場合とはいえない、という。ZIP 1982, 582. さら
に、本判決では、中途解約権が定められているとはいえ、BGB 138条1項
の適用においてはその点も含めて総合的に評価されることになる、とい
う旨が述べられている。ZIP 1987, 851.

(68) 以上、ZIP, 1987, 850f.

企業運営契約について

めたもの、と捉えることができる。さらに、その判旨から、Fleischer は、企業指揮を外部の第三者に移譲することが許されるための契約条件つまり企業運営契約が容認されるための条件を導き出している。それによると、当該第三者つまり運営者のなしうる業務執行の大枠が契約で画定されていること、その業務執行による措置の内容と範囲とが所有者企業の利益に沿うものであること、および、運営者に対する広範な情報入手権や調査権、監督権が所有者企業に付与されており、所有者企業がそれらによって当該契約で企図された内容が遂行されているか確認でき、⁽⁶⁹⁾ さもなければ契約関係を終了することができること、が挙げられている。

他方で、Huber は、Y側のホテル経営にかかる自律性が本件マネジメント契約によって損なわれたか否かという問題にBGHは焦点を当てたとしつつ、それは誤った判断であったと主張している。⁽⁷⁰⁾ すなわち、Y側が合資会社およびその唯一の無限責任社員である点を踏まえつつ、問題とされるべきは、本件契約において長期間にわたって解消しえない包括的代理権がYからXに対して付与されたということであり、私的自治の観点から契約の有効性が判断されるべきであった、とする。⁽⁷¹⁾ そして、本件のような事案では、解約権を随時行使できる旨が契約で定められている場合にのみ、マネジメント契約を有効に締結することができる、と⁽⁷²⁾ いう。

もっとも、Huberによれば、こうした随時の解約権が所有者企業に付与されるという点のみが重要というわけではなく、所有者企業が運営者に対する指図権をもつのであれば、それは解消できない包括的代理権が運営者に付与される状況にはならないから、企業運営契約は基本的に⁽⁷³⁾ 有効である。他方、所有者企業に指図権が付与されていない場合には、

(69) 以上、Fleischer, a. a. O. fn 31, S. 9.

(70) Huber, a. a. O. Fn 10, S. 13.

(71) Huber, a. a. O. Fn 10, S. 16f.

(72) Huber, a. a. O. Fn 10, S. 19.

契約の解釈上随時の解約権が認められるか、さもなければ契約は無効とされるべきである、という。⁽⁷⁴⁾

四 結語

以上のような本稿の議論は、企業運営契約の有効性を直ちに認めるに至るものではない。あくまで、そうした検討を行なう端緒に過ぎないのである。また、本稿の関心事は、取締役ないし取締役会がその権限で企業運営契約を締結し、それによって運営者である社外の者に対して会社経営の一部を委ねることができるか、という点であったが、さらに検討すべき問題点は多く残されている。

企業運営契約という仕組みを積極的に評価するというのであれば、たとえば、ある会社が、その有していない専門的知見を一時的に必要とする場合に、外部の信頼しうる者に対して、そうした知見に関する業務の遂行を委託する、という状況を想定することができる。他方、その消極的な側面としては、たとえば、その職務内容が相応なレベルに達しない経営者が他者に経営を委ねることによって、そうした経営者が自己保身を安易に行なう手段が開かれうる、ということが懸念されよう。⁽⁷⁵⁾

(73) この場合、随時の解約権はなくても、重大な事由に基づく解約権の行使は認められる。Huber, a. a. O. Fn 10, S. 36.

(74) 以上、Huber, a. a. O. Fn 10, S. 36.

(75) 本文で挙げた積極面および消極面のふたつの例を合わせて、単純に思案すれば、つぎのようなより具体的な企業運営契約の利用状況を想定することができよう。たとえば、現在の時点でその会社が企業体として一定の価値を有しており、かつ、経営者が何らかの将来的な構想や計画をもっているものの、その計画等をより具体化するあるいは遂行するにあたっては、詳細な専門的知見を必要とする、という状況がありうる。加えて、こうした場面で、社内にそれに該当する専門的知見をもつ人材ないし人財がないという状況も想定しうるであろう。そうした場合に、ひとつの選択肢として、企業運営契約が有用となろう。なお、Vgl. auch Böhm, a. a. O. Fn 3, S. 1 ff.

企業運営契約について

ところで、本稿では、企業運営契約というドイツや日本の株式会社法制度において明文規定のない仕組みの許容性を議論することによって、株式会社法制度自体の可能性を探る、という点も企図するものであった。しかし、このことは、株式会社という仕組みが発展するという可能性を有するのみでなく、その反対に、株式会社制度におけるひとつの限界が示されるという可能性も含みうるものである。