

## 支配人の意義

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学大学院 公開日: 2013-05-21 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 岡田, 陽介 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10291/14211">http://hdl.handle.net/10291/14211</a>

## 支配人の意義

### Zur Bedeutung des Prokuristen

博士後期課程 民事法学専攻 2006年度入学

岡 田 陽 介

OKADA Yousuke

#### 【論文要旨】

商法は総則において、商業使用人に関する章を、会社法は総則において、会社の使用人に関する節を設け、それぞれ支配人、ある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人、物品の販売等を目的とする店舗の使用人の3種類の商業使用人について規定している。とりわけ支配人は、商人・会社に代わってその営業・事業に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限（商法21条1項・会社法11条1項）という、非常に広範な包括的代理権を有するものとされている。さらに、代理権に加えられた制限は、善意の第三者に対抗できないと規定されており（商法21条3項・会社法11条3項）、支配人の代理権は、定型的・不可制限的であるとされている。このように支配人は強大な権限を持つものとされるが、支配人制度は十分に利用がなされていない。それは、商法・会社法の支配人規定は、代理権を中心にして定めたものにとどまり、支配人の意義、すなわち、いかなる者が支配人に該当するのかは、条文からは明らかではないことが一因といえよう。本稿は、支配人の意義につき、ある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人の該当性と比較することにより、若干の考察を行うものである。

【キーワード】 商業使用人、支配人、ある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人、包括的代理権、代理権の不可制限性

#### 【目次】

はじめに

一 支配人の意義

二 「ある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人」の該当性

おわりに

## はじめに

### 1 商業使用人制度の趣旨と支配人制度

個人商人であれ、会社であれ、商人は、その営業規模が大きくなると、営業主たる個人商人または会社経営者が営業活動のすべてを自ら遂行することは困難となり、営業活動を行うのに誰か補助者が必要になる<sup>1</sup>。こうした商人の営業の補助者のうち、当該商人と雇用契約を締結し<sup>2</sup>、その意味において従属する補助者のことを、商法上は商業使用人、会社法上は会社の使用人<sup>3</sup>という。このような商業使用人制度は、ドイツ法系の諸国にのみ存在し、フランス及び英米法系の諸国には存在しない<sup>4</sup>。

商法は総則において、商業使用人に関する章（第六章）を、会社法は総則において、会社の使用人に関する節（第三章第一節）を設け、それぞれ支配人、ある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人、物品の販売等を目的とする店舗の使用人の3種類の商業使用人について規定している。とりわけ支配人は、個人商人の場合は「商人に代わってその営業に関する一切の裁判上または裁判外の行為をする権限」（商法21条1項）、会社の場合は「会社に代わってその事業に関する裁判上または裁判外の権限」（会社法11条1項）という、非常に広範な包括的代理権を有するものとされている。さらに、代理権に加えられた制限は、善意の第三者に対抗できないと規定されており（商法21条3項・会社法11条3項）、支配人の代理権は、不可制限的であり、定型的であるとされている。

このように、商法・会社法上、支配人は強大な権限を有すると定められているが、支配人制度には、後述するような問題点があるため、実際にはあまり利用されていない。

### 2 支配人制度の現状と問題点

#### (1) 支配人という名称の実態

支配人という名称は、元来は、江戸時代の商家における上級使用人の名称であった。明治時代に

<sup>1</sup> 落合誠一「商法重点講義 商業使用人」法教288号（2004）46頁、森本滋編『商法総則講義（第2版）』（成文堂、1999）90頁〔洲崎博史〕。

<sup>2</sup> 平成18年改正前商法45条は、「本章（第六章 商業使用人——筆者）ノ規定ハ営業主ト商業使用人トノ間ノ雇傭関係ニ付民法ヲ適用スルコトヲ妨グズ」と定めていたが、この規定は平成18年改正で削除された。しかしながら、平成18年改正後商法の立法担当者は、改正前商法45条は確認規定にとどまると解しており（郡谷大輔・細川充「会社法の施行に伴う商法および民法等の一部改正（新会社法の特別解説）」商事1741号（2005）38頁）、営業主と商業使用人間の関係は、改正後もなお雇用契約であると解しているようである。なお、営業主と商業使用人との間に雇用契約が必要か否かは、かねてから争いがあった。大隅健一郎『商法総則（新版）』（有斐閣、1978）139頁参照。

<sup>3</sup> 以下、本稿では、商業使用人という用語に統一する。

<sup>4</sup> 菱田政宏「支配人・主管者」石井照久ほか編『経営者（経営法学全集5）』（ダイヤモンド社、1967）144頁、志村治美「支配人」鴻常夫ほか編『演習商法（総則・商行為）』（青林書院新社、1984）96頁。

なり、会社制度がある程度普及すると、支配人は、社長の下で事実上ある程度まで、最高意思決定をも含むトップの職能までも担当した<sup>5</sup>。しかしながら、明治23年の旧商法の制定により重役制度が法制化されると、支配人の地位にあった者は、そのほとんどが取締役となり、トップマネジメントから支配人の名称は姿を消した<sup>6</sup>。

2006年5月現在、支配人という名称を企業組織内で配置している企業の例としては、北陸電力、関西電力、中国電力、四国電力といった電力会社<sup>7</sup>や、NECが挙げられる。前掲電力会社においては、支店長クラスの役職名として支配人という名称が使われており<sup>8</sup>、NECにおいては、各事業部<sup>9</sup>を統括するグループの長の役職名として支配人という名称が使われている<sup>10</sup>。NECの場合は、各事業の主任者たる事業部長を統括する地位が支配人であり、会社法の想定する支配人であるといえよう<sup>11</sup>。しかし、前掲電力会社においては、支店長の役職名として支配人という名称が使われているだけでなく、本社の室長の役職名としても支配人という名称が使われている。前掲電力会社の場合も、ある一定範囲の包括的代理権を有することを想定して支配人という名称を付したものと思われるが、支店長の場合を除き、会社法上の支配人の代理権というよりも、むしろ、「ある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人」程度の代理権しか有していないため、実際には表見支配人に該当するものと思われる。(もっとも、前掲の各会社において、支配人の登記がなされているか否かは定かではない。)

このように、支配人という名称については、商法・会社法の想定するそれと、実際の経営組織の中での名称として用いられているそれとの間には、乖離が見られる。

---

<sup>5</sup> 由井常彦「明治時代における重役組織の形成」経営史学14巻1号(1979)1頁。なお、支配人という名称の歴史についての詳細は、高橋美加「経営権限の委譲と包括的代理権(一)」法協118巻3号(2001)376頁参照。

<sup>6</sup> 由井・前掲注(5)13頁表1参照。明治23年商法施行の際、商法施行法第19条により、支配人という名称を変えない場合は、商法上の支配人となるのが規定されたため、当時トップマネジメントの権能を担っていた支配人の多くは、取締役役に名称を変更したと思われる。なお、商法施行法第19条については、本稿一2(1)参照。

<sup>7</sup> 中部電力は、2005年度で、支配人制度を廃止した。中部電力ホームページ内「6月度川口社長定例記者会見」(2005)参照。[http://www.chuden.co.jp/corpo/publicity/interview2005/0628\\_1.html](http://www.chuden.co.jp/corpo/publicity/interview2005/0628_1.html) (2006年5月8日アクセス)

<sup>8</sup> 例えば、関西電力ホームページ内「支配人の異動」(平成17年6月29日付)参照。  
[http://www.kepcoco.jp/pressre/2005/images/0629-3j\\_22721\\_1\\_94\\_0629\\_3j\\_02.pdf](http://www.kepcoco.jp/pressre/2005/images/0629-3j_22721_1_94_0629_3j_02.pdf)  
(2006年5月8日アクセス)

<sup>9</sup> 事業部制については、今西伸二『事業部制の解明』(マネジメント社、1988)、加護野忠男「職能別事業部制と内部市場」国民経済雑誌167巻2号(1993)35頁を参照。

<sup>10</sup> 日本電気社史編纂室編『日本電気株式会社百年史』(2001)448頁以下参照。

<sup>11</sup> 服部栄三『商法総則(第3版)』(青林書院新社、1983)301頁は、事業部長は、表見支配人たる名称に該当するとする。中村一彦「支配人と表見支配人」酒巻俊雄・栗山徳子編『新版基本問題セミナー2 商法総則・商行為法』(成文堂、2005)121頁も同旨。このことから、事業部を統括するグループの長も、表見支配人たる名称に該当すると考えられる。しかし、下級審判例の中には、事業部長は、会社法14条所定の商業使用人にあたるものがある(東京地判平成元年9月12日判時1345号122頁)。

## (2) 商法・会社法における支配人制度の問題点

平成16年現在、支配人の登記は、会社3,359件、個人302件の合計3,661件がなされている<sup>12</sup>。その多くが、消費者金融企業等の貸付金取立訴訟に関し、非弁活動の規制を免れるための利用であるといわれており<sup>13</sup>、十分な利用がなされていないのが現状である<sup>14</sup>。最近では、商工ローン会社の手形制度、手形訴訟制度の濫用事件での支配人制度の濫用が記憶に新しい<sup>15</sup>。支配人制度が十分に利用されてない理由としては、支配人制度が、沿革的に、交通・通信手段の乏しかった時代に、自ら全領域で活動を行わない商人や会社により主として利用されてきたものであり、技術の発展した現代にはそぐわない制度だと考えられていることが挙げられよう<sup>16</sup>。しかし、これに加えて、商法・会社法の支配人制度の規定の仕方に問題があるとも考えられる。すなわち、商法・会社法は、支配人について代理権を中心にして規定したにとどまっておき、支配人の意義、すなわち、いかなる者が支配人に該当するのかは、条文からは明らかではない<sup>17</sup>。そのため、支配人の意義については、解釈に委ねられているが、見解が分かれており、未だ決着をみていない。

## 3 本稿の目的

そこで、本稿は、支配人の意義について、いかなる立場が妥当であるかを考察することを目的とする。検討の順序としては、まず、支配人の意義に関する学説を整理し（一2）、次に、学説の主要な対立点である「代理権の制限された支配人(?)」の法的取扱いにつき検討をする（一3）。さらに、商法・会社法が商業使用人として支配人と並んで規定する「ある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人」についての法律行為委任説（後述）を前提に、支配人も「ある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人」と同様、代理権の広狭で区別すべきであるという見解が有力であるため、この見解の前提をなす「ある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人」の該当性につき、いかなる立場が妥当であるかを検討し、これと支配人の意義との関係について考察をする（二）。

### 一 支配人の意義

#### 1 はじめに

支配人は、商法・会社法の定める商業使用人の中で最高級の使用人とされており、最も広範囲の包括的な代理権を有し、その代理権は定型的・不可制限的である。本章では、この支配人について、いかなる者が支配人に該当するののかという問題、すなわち、支配人の意義についての学説を整

<sup>12</sup> 法務省大臣官房司法法制部司法法制課「第118民事・訟務・人権統計年報Ⅰ 平成16年」（2005）111頁。

<sup>13</sup> 落合・前掲注(1)49頁(同参照)。

<sup>14</sup> 梅本吉彦「会社関係訴訟と支配人制度」大阪市立大学法学雑誌48巻4号（2002）32頁。梅本教授は、会社関係訴訟の観点から、支配人制度の問題点を指摘している。

<sup>15</sup> 東京地判平成15年11月17日判時1839号83頁。

<sup>16</sup> 高橋・前掲注(5)394頁。

<sup>17</sup> 森本滋『会社法（第2版）』（有信堂高文社、1995）233頁。

理し、検討を加える。

## 2 学説の状況

この問題については、学説は、(1)法定代理説、(2)実質説、(3)形式説、(4)折衷説の4つに分かれている。

### (1) 法定代理説

かつては、支配人をその他の商業使用人と区別する基準は、もっぱら支配人が営業主たる商人・会社から支配人または支配人と同一名称として取引社会に通用する名称（支配役など）を使用することを許容されているか否かの点にあるとして、支配人を営業主たる商人・会社による選任契約から法律上当然に発生する法定代理人であると解する見解が有力であった（法定代理説）<sup>18</sup>。この見解によると、支配人・支配役など、支配人と認められるべき名称を付して選任された者のみが支配人となる。この見解は、「商法施行ヨリ支配人又ハ支配役ノ名称ヲ用ユルモノニシテ商法第三十条（現在の商法21条・会社法11条に相当する。）ニ定メタル権限ヲ有セサル者ハ商法施行ノ日ヨリ三ヶ月以内ニソノ名称ヲ改ムルコトヲ要ス」「主人カ前項ノ期間内ニ支配人又ハ支配役ノ名称ヲ改メサリシトキハ其者ハ商法第三十条ニ定メタル権限ヲ有スルモノト看做ス」と規定する商法施行法第19条を根拠とする<sup>19</sup>。しかしながら、経営組織において、支配人・支配役という役職名が姿を消すにつれて、この見解は、支持を失い、現在ではこの説を支持する者は皆無となっている<sup>20</sup>。

### (2) 実質説

一般的に、ある商業使用人が支配人であるかどうかは、支配権、すなわち営業主たる商人・会社の営業・事業に関する一切の裁判上または裁判外の行為をなす権限（包括的代理権）を有するかどうかという実質によって決定されると解されてきた（実質説）<sup>21</sup>。この見解は、商法・会社法を文言どおり解釈すれば、このような結論に至るのが自然であることを理由とする。この見解によると、ある商業使用人が支配人であることの要件として、包括的代理権の授与が必要であるので、支配人の代理権は、任意代理であるといえる<sup>22</sup>。この見解が通説とされているが、この通説に対しては、次のような疑問が提起されている。

すなわち、この見解によれば、①支配人と取引をする第三者がいちいち支配人の代理権の有無及び範囲について探求しなければならず、これでは、支配人の代理権を定型化して、これと取引する第三者が支配人であることを確かめるのみで安心して取引できるようにしようとする支配人制度の趣旨を没却するのではないかと<sup>23</sup>、②代理権に制限があることを知っている第三者については、民法

<sup>18</sup> 青木徹二『商法総論』（有斐閣書房、1907）271頁、本間喜一「支配人ノ代理権」『横田博士還暦教授廿五年祝賀記念論文集』（清水書店、1921）315頁、松波仁一郎『日本商法総則』（私論、1923）598頁、柳川勝二『商法論綱（第15版）』（巖松堂書店、1925）49頁、鳥賀陽然良『改訂商法総論』（弘文堂書房、1939）124頁など。猪股淇清『日本商法総論』（巖松堂書店、1927）313頁は、これを通説とする。

<sup>19</sup> 青木・前掲注(4)270頁など。

<sup>20</sup> 高橋・前掲注(5)373頁。

の表見代理の規定の適用はあるとしても、商法24条・会社法13条の適用がないことになり、表見支配人規定の適用される場合が限られるのではないか<sup>24</sup>、③選任に当たり包括的代理権に多少でも制限を加えると、その制限は支配人の代理権の制限ではなく、むしろそこには支配人の選任がないことになり、支配人の代理権を法定してこれに制限を加えても善意の第三者に対抗し得ないとする商法21条3項・会社法11条3項の規定が無意味なものになるのではないか<sup>25</sup>、④株式会社の場合、取締役会で支配人に選任され、その登記もなされているものの代理権が制限されていることから、その者を表見支配人とすることは、常識に合わないのではないだろうか<sup>26</sup>、という疑問がある。

### (3) 形式説

そこで、ある商業使用人が支配人であるか否かは、包括的代理権の有無という実質ではなく、個人商人の場合は営業の主任者として、会社の場合は本店または支店の事業の主任者として選任されたか否かで決定されると解する見解がある（形式説）。この見解は、大隅博士によって提唱され、現在でも多くの学者から支持されている<sup>27</sup>。この見解は、本節(2)で指摘した、取引の安全という支配人制度の趣旨を貫徹することを理由とする。加えて、支配人は、商法・会社法上包括的かつ不可

<sup>21</sup> 西本辰之助『商法総論』（慶應義塾出版局，1914）260頁，松本丞治『商法総論』（中央大学，1923）374頁，志田鉦太郎『商法総論（6版）』（巖松堂書店，1924）157頁，田中耕太郎『改正商法総則概論』（有斐閣，1938）275頁，伊澤孝平『註解商法総則』（法文社，1949）127頁，西原寛一『日本商法論第1巻（第2版）』（日本評論社，1950）353頁，石井照久＝鴻常夫『商法総則（第3版）』（勁草書房，1975）88頁，田中誠二＝喜多了祐『全訂コンメンタール商法総則』（勁草書房，1975）383頁，田中誠二『全訂商法総則詳論』（勁草書房，1976）378頁，大森忠夫『新版商法総則・商行為法』（三和書房，1981）118頁，服部育生「支配人の代理権」名古屋学院大学論集社会科学篇21巻4号（1985）177頁，鴻常夫『商法総則（新訂第5版）』（弘文堂，1999）164頁，坂口光男『商法総則・商行為法』（文眞堂，2000）103頁，南保勝美「表見支配人の意義」三枝一雄ほか編『論点整理商法総則・商行為法』（法律文化社，2005）78頁，落合・前掲注(1)48頁，近藤光男『商法総則・商行為法（第5版）』（有斐閣，2006）81頁，落合誠一ほか『商法Ⅰ—総則・商行為（第3版）』（有斐閣，2006）87頁〔大塚龍児〕，落合誠一ほか『商法Ⅱ—会社（第7版）』（有斐閣，2006）17頁〔落合誠一〕など。

<sup>22</sup> 大判大正5年1月29日民録22輯206頁は、支配人の選任行為を、代理権授与行為としての委任の要素を含んだ雇用契約と解している。

<sup>23</sup> 大隅・前掲注(2)142頁。

<sup>24</sup> 森本編・前掲注(1)97頁〔北村雅史〕，弥永真生『リーガルマインド商法総則・商行為法（第2版）』（有斐閣，2006）70頁。

<sup>25</sup> 大隅・前掲注(2)143頁。代理権の範囲に若干の制限が加えられている場合に、支配人となるか表見支配人となるかの判断は難しく、実際、最判昭和37年5月1日判時305号26頁は、原審が表見支配人と認定した相互銀行の支店長を、支配人（包括的代理権が内部的に制限されているにとどまる）と判断している。この点につき、服部育・前掲注(4)176頁参照。

<sup>26</sup> 森本編・前掲注(1)97頁(9)〔北村雅史〕。

<sup>27</sup> 大隅健一郎「支配人と表見支配人」『現代商法学の諸問題（田中誠二先生古稀記念論文集）』（千倉書房，1967）51頁，大隅・前掲注(2)143頁。この見解を支持するものとして、木内宜彦『企業法総論（企業法学Ⅰ）』（勁草書房，1979）104頁，服部栄・前掲注(1)280頁，森本編・前掲注(1)92頁〔北村雅史〕，田邊光政『商法総則・商行為法（第2版）』（新世社，1999）107頁，弥永・前掲注(4)68頁，関俊彦『商法総論総則（第2版）』（有斐閣，2006）184頁，沢野直紀「企業経営と商業使用人制度」『企業監査とリスク管理の法構造（蓮井良憲先生・今井宏先生古稀記念）』（法律文化社，1994）521頁など。

制限的な代理権を有する株式会社の代表取締役（会社法349条4項5項）、船舶管理人（商法700条）、船長（商法713条以下）と規定の仕方が酷似しており、これらはその地位に選任されれば当然にそれぞれ代表取締役、船舶管理人、船長となることから、これらに類比して考えると、営業・事業の主任者として選任された者が支配人となるのが自然であることも理由とする<sup>28</sup>。

このような形式説の立場については、代理権の発生原因につき2つの法律構成がある。

第1に、ある商業使用人が営業・事業の主任者として選任されれば、法律上当然に包括的かつ不可制限的な代理権を有することとなるとする法律構成がある<sup>29</sup>。この構成は、法定代理説における役職名としての「支配人」を、営業・事業の主任者としての地位に置き換えた解釈であり、一種の法定代理説と評価されている<sup>30</sup>。

第2に、支配人たる地位、すなわち営業・事業の主任者たる地位には、経営管理権、対外的代理権が伴っているので、支配人の選任契約は、これらの権限の授与に関する委任的要素を含んでいるとする法律構成がある<sup>31</sup>。この構成は、選任契約に委任的要素が含まれているという点で実質説に類似するが、支配人たる地位に、当然に経営管理権、対外的代理権が伴っているという点で、実質説と異なる。

このような形式説に対しては、①取引の安全を担保するためには、表見支配人制度を利用すれば足りるのではないか、②実質説よりも支配人となる商業使用人の範囲が広がるため、表見支配人規定（商法24条・会社法14条）の適用範囲が狭くなってしまい不当ではないか<sup>32</sup>、③営業・事業の主任者という概念が不明確ではないか<sup>33</sup>、④商法・会社法上の商業使用人の種類は、営業主たる商人・会社より与えられた代理権の範囲の広狭によって区別すべきであることを前提に、支配人は支配権という一営業所の営業・事業に関する包括的代理権を有する点で、他の使用人と区別するのが正当ではないのかという<sup>34</sup>、という疑問がある。

#### (4) 折衷説

そこで、以上のような実質説、形式説の対立に対し、両説ともその論理を貫徹すれば、いずれも問題を生じるため、支配人の決定は、現実的妥当性の見地からなされるべきであるとする見解が主張された（折衷説）<sup>35</sup>。この見解は、形式説のように、個人商人の場合は、営業主たる商人によって営業の主任者として選任された商業使用人、会社の場合は、会社によって本店または支店の事業の主任者として選任された使用人は、当然に支配人となるとするとともに、実質説のように、いっ

<sup>28</sup> 大隅・前掲注②753頁、62頁、大隅・前掲注(2)143頁(2)。

<sup>29</sup> 大隅・前掲注(2)143頁。

<sup>30</sup> 高橋・前掲注(5)393頁。

<sup>31</sup> 大隅・前掲注(2)146頁(7)、服部榮・前掲注(1)281頁。

<sup>32</sup> 大隅・前掲注②766頁は、このような批判を想定している。

<sup>33</sup> 田中=喜多・前掲注②)384頁。

<sup>34</sup> 田中誠・前掲注②)379頁。

<sup>35</sup> 神崎克郎『商法総則・商行為法通論（新訂版）』（同文館、1999）121頁、岸田雅雄『ゼミナール商法総則・商行為法入門』（日本経済新聞社、2003）108頁。



たん支配人に選任すれば、その営業主たる商人・会社の意思に関わりなく、法律上当然に包括的かつ不可制限的な代理権を有すると主張する。しかしながら、この見解によれば、ある者が支配人であるか否かは、ある商業使用人が営業主たる商人・会社によって営業・事業の主任者として選任されたか否かで決定されるので、折衷説は、形式説と差異はないといえる<sup>36</sup>。

#### (5) 検討

まず、法定代理説は、前述のように、支配人・支配役といった名称は現代の経営組織の実態にあわないため、支持し得ない。また、折衷説は、前述のように、形式説と差異がないため、形式説に含めて検討すれば足りる。

そこで、実質説と形式説の2つの見解のいずれの立場を正当とすべきかであるが、その対立の要点は、以下の点にある。すなわち、選任に当たり、包括的代理権に多少でも制限を加えると、その制限は支配人の代理権の制限ではなく、むしろそこには支配人の選任がないことになるか否かという点、および、このように考えると、支配人の代理権を法定してこれに制限を加えても善意の第三者に対抗し得ないと定める商法21条3項・会社法11条3項の規定が機能する余地がなくなってしまうのか否かという点にある。

そこで、次節では、これらの点について検討を加えることにする。

### 3 「代理権を制限された支配人(?)」の法的取扱い

#### —商法21条3項・会社法11条3項の位置づけ

#### (1) 商法21条3項・会社法11条3項の意義

商法21条3項・会社法11条3項は「支配人の代理権に加えた制限は、善意の第三者に対抗することができない。」と規定する。これは、支配人の代理権は、営業主または会社と支配人の間という内部関係においては制限できるが、支配人と第三者の間という外部関係においては制限できず、内部的な制限についても、第三者からは支配人には不可制限的な代理権があることが推定されることを定めた規定である。このような代理権の制限は、支配人に不安材料があるときに、例えば、取引の種類、取引の場所、取引金額、取引の相手方などに関してなされることがある<sup>37</sup>。

#### (2) 形式説による解釈

まず、支配人の意義につき、形式説をとる立場からは、支配人であるか否かは、営業主たる商人・会社から営業・事業の主任者として選任されたか否かで判断されるので、代理権の内部的制限の有無は支配人の該当性に影響を及ぼさない。そのため、商法21条3項・会社法11条3項は、営業・事業の主任者たる支配人の代理権の内部的な制限について定めた規定としての意義を有する。

#### (3) 実質説による解釈

これに対し、実質説をとる立場からは、支配人であるか否かは、包括的代理権の有無で判断され

<sup>36</sup> 高橋・前掲注(5)394頁、関・前掲注⑦184頁は、形式説に分類している。

<sup>37</sup> 関・前掲注⑦193頁。

るので、包括的代理権に内部的な制限を加えることができるか否かにより、さらに解釈が分かれることになる。

まず、代理権の包括性を最も厳格に解し、そもそも包括的代理権は制限し得ないものと解する見解によれば<sup>38</sup>、選任に当たり包括的代理権に少しでも制限を加えると、そもそも支配人の選任がなかったことになり、代理権を制限された使用人は、営業・事業の主任者たることを示すべき名称を付与されているが、支配人としての包括的代理権が付与されていないといえ、表見支配人（商法24条・会社法13条）に該当するとされる<sup>39</sup>。この見解によれば、包括的代理権に制限を加えれば、それはすなわち支配人の選任がないことを意味するので、代理権の制限について定めた商法21条3項・会社法11条3項は機能する余地がなくなる。

これに対し、実質説を支持する論者の多くは、包括的代理権は内部的に制限できると考えているようである<sup>40</sup>。これは、日本の商法が定める支配人の代理権は、ドイツのように完全に不可制限的<sup>41</sup>ではなく、限定的に不可制限的であることが根拠であると思われる。この見解によれば、包括的代理権が内部的に制限された支配人を選任することができ、その限りにおいて商法21条3項・会社法11条3項は機能する余地がある。

以上の検討によると、実質説は、支配人の代理権に商法21条3項・会社法11条3項にいう制限を加えても、それは内部的な制限であるので、包括的代理権が内部的に制限された支配人を選任できると考えているようである。しかし、この見解に対しては、内部的に制限された代理権を有する支配人とは、いかなる者のことを指すのか、内部的な制限は、どこまで許されるのか<sup>42</sup>、いくら内部的とはいっても、その制限があまりに大きなものであれば、それはもはや包括的代理権とはいえなくなるではないか<sup>43</sup>、といった疑問が生ずる。

#### (4) 起草者の意思

この点について、この条文の元となった旧商法草案の起草者であるロエスレル（Hermann

<sup>38</sup> 竹田省『商法総則』（弘文堂書房、1931）215頁、野津務『商法総則第二部（営業論）』（有斐閣、1934）148頁。

<sup>39</sup> 大隅・前掲注⑦55頁では、代理権の包括性を厳格に解した場合の例として挙げている。なお、田邊・前掲注⑦106頁、関・前掲注⑦184頁、弥永・前掲注⑦470頁も、実質説をこのように解している。

<sup>40</sup> 田中（誠）・前掲注⑦380頁。

<sup>41</sup> ドイツ商法50条1項は、“Eine Beschränkung des Umfanges der Prokura ist Dritten gegenüber unwirksam.”と定める。米谷隆三『商法概論Ⅰ営業法』（有斐閣、1941）240頁は、立法論として、支配権の完全不可制限性を主張する。なお、ドイツの支配人制度を紹介したのものとして、服部育生「ドイツ商法の支配人制度」青竹正一ほか編『現代企業と法』（名古屋大学出版会、1991）95頁、脇坂明紀「支配人—Klaus Hofmann, Der Prokurist, 6 Aufl., 1990を素材に一」沖繩法学22号（1993）81頁がある。

<sup>42</sup> 大隅・前掲注⑦56頁。

<sup>43</sup> 支配人の権限の範囲について論じたものとして、竹田省「支配人ノ権限ヲ論ス」新報21巻6号（1911）1頁、大竹緑「支配権の定型化をめぐる二、三の問題」志林42巻6号（1940）56頁がある。なお、實方正雄「支配人の権限」民商13巻1号（1941）57頁は、表見支配人制度制定前（昭和13年改正前）の判例を分析し、支配人の権限の範囲を明らかにしている。

<sup>44</sup> ロエスレル草案については、高橋・前掲注(5)357頁以下参照。

Roesler) は、どのように考えていたのだろうか<sup>44</sup>。

ロesslerは、旧商法草案の起草時に、商業使用人規定については、ドイツ法とスペイン法を参照している。当時のドイツ商法における支配権は対外的に無制限なものであったのに対し、スペイン商法における支配権は完全かつ無制限なものと推定されるにとどまり、明示すれば制限することができるものであった。そして、ロesslerは、スペイン法の規定を日本法に採用し、支配人の代理権は、明示すれば制限することができるという限定的に不可制限的なものとどまとした。では、ロesslerは、なぜドイツ法ではなくスペイン法を採用し、支配人の代理権の不可制限性を限定的なものにとどめたのであろうか。この点については、現存する資料からは明らかにすることができず、「より合理性があると考えた制度を導入しようとしている姿がうかがわれる」との評価にとどまっている<sup>45</sup>。そのため、起草者の意思を参考にして、前述の疑問に明確な回答を出すことはできない。

#### (5) 実質説からの回答

では、今日、実質説からは、いかなる回答がなされているのか。多くの論文、教科書を参照したが、筆者が見た限りでは、この点については、明確な回答を見出すことはできなかった。わずかに、上柳教授が、支店長という名称を付された使用人が、支配人であるが代理権を制限されている場合と、表見支配人のいずれであるかは、「代理権授与行為の全態様を考慮して決定せられるべき問題」である<sup>46</sup>として、ケース・バイ・ケースで判断すべきであるとしているのみであった。

#### (6) 小括

このように考えると、実質説に対する疑問のうち、選任に当たり包括的代理権に多少でも制限を加えると、その制限は支配人の代理権の制限ではなくして、むしろそこには支配人の選任がないことになるという点については、代理権の包括性の問題ではなく、不可制限性の問題であり、若干の外見的な印象を拭い去れない。実質説からも、理論的には、内部的に制限された包括的代理権を授与して支配人を選任することは可能であり、商法21条3項・会社法11条3項はそのような場合のための規定だと位置づけることは可能である。

しかしながら、(5)で述べたように、実質説は、支配権の内部的な制限はどこまで許されるのかという疑問に回答できず、わずかに個別の判断に任せるしかないという回答があるのみである。実質説では、支配人制度の趣旨である取引の安全、そして、支配人の代理権の特徴の1つである代理権の定型性を充足しない。さらに、実質説によれば、支配人の要件として包括的代理権の授与が要求されるが、そもそも実務上明確に包括的代理権の授与がなされているかは疑問であり、仮になされていたとしても、裁判でこれを立証するのは困難を極めると思われる。

そこで、商法21条3項・会社法11条3項を、営業・事業の主任者として選任された者の代理権は内部的には制限できるが、外部的には不可制限的な代理権と推定する規定と位置づける形式説の

<sup>45</sup> 高橋・前掲注(5)359頁。米谷・前掲注(4)240頁は、秩序維持という合目的的考慮による、とする。

<sup>46</sup> 上柳克郎「判批」判評312号(1962)18頁。

立場が妥当であると考える。

#### 4 まとめ

以上のような検討から、前節で示した問題点を解決するにあたっては、形式説によるのが妥当であるという結論に至った。しかしながら、形式説に対しては、商法・会社法上の商業使用人の種類は、営業主たる商人・会社より与えられた代理権の範囲の広狭によって区別されているのであり、これと同一の基準で区別する必要があるから、支配人は、支配権という一営業所の営業・事業に関する包括的代理権を有する点で、他の使用人と区別するのが正当であるという批判がある（本章2(3)参照）。この批判は、商法25条・会社法14条の定める「ある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人」の該当性について、法律行為委任説が妥当であることを前提としているが、そもそも法律行為委任説が妥当であるかは疑問である。他方、最近の研究により、立法史的観点から、商業使用人の種類は同一の基準で区別するのが妥当であると主張されている。すなわち、ロエスレル草案では支配人と商法25条・会社法14条における使用人の規定の仕方は同じであったが、明治32年商法では規定の仕方が異なることとなり、それが昭和13年改正商法では再び同じになったため、同一の基準で区別するのが妥当であると主張されている<sup>47</sup>。

そのため、形式説を支持するためには、商法25条・会社法14条の定める「ある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人」の該当性についての検討が必要となる。具体的には、同条所定の使用人の該当性につき、支配人の意義における形式説と同一の基準で判断する立場、すなわち、同条所定の使用人として選任されたか否かで決する立場が妥当であるか否かを検討する必要がある。

そこで、次章では、この問題につき、近年の最高裁判決を踏まえて、検討を進める。

## 二 「ある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人」の該当性

### 1 はじめに

商法25条は商業使用人の、会社法14条は会社の使用人の1つとして、「ある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人」について規定し、このような使用人は、「当該事項に関する一切の裁判外の行為をする権限を有する」と定める。スポーツ用品販売を営業目的とする商人であれば、ゴルフ用品販売部の部長にゴルフ用品の販売に関する売買契約締結の代理権を与えるような場合が、例として挙げられる<sup>48</sup>。このような使用人は、支配人よりは狭いがある一定範囲の包括的代理権を有し（同条1項）、それらは定型的で不可制限的である点（同条2項）に特徴がある。

<sup>47</sup> 藤田祥子「商法四三条における商業使用人の意義」奥島孝康・宮島司編『商法の歴史と論理（倉澤康一郎先生古稀記念）』（新青出版、2005）761頁。商業使用人規定の変遷については、南保勝美「商業使用人の代理権」法論78巻4・5号（2006）203頁参照。なお、この点につき、ドイツの規定と比較したものとして、吉本健一「ドイツ商法における商事代理人の代理権」阪法45巻3・4号（1995）57頁がある。

<sup>48</sup> 落合・前掲注(1)49頁。

本条にいう使用人の例として、平成18年改正前商法では、江戸時代の商家における使用人の名称である「番頭、手代」が挙げられていた<sup>49</sup>。これらは、現在の役職名でいえば、部長、課長、係長、主任等がこれに該当すると解されている<sup>50</sup>。しかし、このような名称を付されたからといって、商法25条・会社法14条にいう使用人に該当するとは限らず<sup>51</sup>、むしろ実質的に判断すべきであると解されている<sup>52</sup>。

そこで、本章では、商法25条・会社法14条の所定の使用人の該当性に関する学説・判例を整理し、検討を加える。

## 2 学説・判例の状況

この問題については、学説・判例の立場は、(1)法律行為委任説、(2)事実行為委任説、(3)形式説の3つに分かれている。

### (1) 法律行為委任説

#### ① 学説

商法25条・会社法14条所定の使用人に該当するためには、契約の勧誘や契約条件の交渉などの事実行為の委任を受けただけでは足りず、ある事項の法律行為をなすことの委任（代理権の授与）があったことが必要であると解する見解がある（法律行為委任説）<sup>53</sup>。

この見解は、同条2項は、代理権に加えた制限はこれをもって善意の第三者に対抗できないとする商法21条3項・会社法11条3項を準用するが、これは、商法25条・会社法14条所定の使用人に授与された代理権は法定の範囲でなければならず、その制限は善意の第三者に対抗できない趣旨と解すべきであることを理由とする<sup>54</sup>。

さらに、商法25条・会社法14条の規定の沿革から、同条は、代理権の授与を前提に、ある事項

<sup>49</sup> 坂上真美「商業使用人の代理権の範囲」浜田道代ほか編『現代企業取引法』（税務経理協会、1998）63頁は、本条は、①「番頭、手代」と、②「その他営業に関するある種類または特定の事項の委任を受けたる使用人」の2種類の使用人を表していると解している。

<sup>50</sup> 大隅・前掲注(2)162頁。販売、購入、貸付、出納などの営業の一分野を担当する使用人が例示されている。他方、西尾信一「商法43条の商業使用人に該当する係長」金法1113号（1986）4頁は、部長、課長、係長であっても、まったく代理権が与えられていない場合があるとする。

<sup>51</sup> 東京地判昭和59年12月21日判時1154号149頁は、「株式会社の課長、係長は、商法第43条第1項に定める手代に該ると解すべきであり、その結果、その担当職務については裁判外の権限（代理権）を有することになる」と判示し、課長、係長のような肩書を付しただけで43条にいう手代に該当し、代理権が擬制されるとした。しかし、この判決は、学界から非難を浴びた。例えば、江頭憲治郎「判批」ジュリ914号（1988）188頁。

<sup>52</sup> 注69所掲の各裁判例参照。

<sup>53</sup> 田中誠・前掲注(2)401頁、大隅・前掲注(2)162頁、大塚龍児「判批」商事1215号（1990）78頁など。南保・前掲注(4)225頁は、このような場合に加え、「取引の相手方が交渉する使用人について代理権があると考えるのが相当である事情が認められる場合には、代理権の授与が行われていなかった場合にも、例外的にこの規定が拡張的に適用される場合がある」とする。

<sup>54</sup> 南保勝美「商法43条と商業使用人の代理権の範囲」三枝ほか編・前掲注(4)80頁。

についての代理権を与えられた者の代理権の範囲を法定する意味を有すると解するほうが素直であることも根拠とする。すなわち、明治32年商法（昭和13年改正前商法）の解説書<sup>55</sup>によれば、使用人がある一定の事項の処理の委任を受けると、その事項に関する代理権が推定されるのであり、明治32年商法33条<sup>56</sup>は、後述の事実行為委任説に立っているように思われる。しかし、他方で、この解説書によれば、明治32年商法33条は、明治23年商法（旧商法）51条<sup>57</sup>の趣旨もそのまま採用している。それによれば、明治23年商法は、代理権は単に事実上業務を行わせることによって授与できることを認めていることから、法律行為委任説の立場に立っていることが認められる。さらに、明治32年商法33条は、同条所定の使用人を「番頭、手代」と限定していたため、ある事項につき包括的代理権あるものが「番頭、手代」と解されていたが、昭和13年改正商法43条は、「番頭、手代」を同条所定の使用人の単なる例示とした。このことから、「ある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人」に該当するためには、ある事項につき包括的代理権が与えられていることが必要であり、商法25条・会社法14条は、そのような者の代理権の範囲を法定する意味を有すると解するのである<sup>58</sup>。

この見解は、「ある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人」に該当するというためには、代理権授与行為を要するという点で、支配人の意義における実質説と同一の基準で考えているといえよう。

この見解が、伝統的な通説である。

## ② 判例

従来の下級審判決は、法律行為委任説の立場をとっていた。例えば、東京高判昭和42年6月30日（判時491号67頁）は、商法25条・会社法14条の使用人の該当性につき、「番頭、手代などの名称の使用を許されているというだけでその者に同法所定の広範な代理権を賦与するという趣旨ではなく、番頭、手代と称されるものが営業主より一定の事項について法律行為をする委任を受けている場合に限り、当該事項に関する一切の裁判外の行為をするにつき代理権を有する旨規定したものと解すべきである」と判示し、部長、課長、係長などの肩書を付しただけでは同条の適用または類

<sup>55</sup> 法務大臣官房司法法制調査部監修「商法調査會 商法修正案参考書」『日本近代立法資料叢書21』（商事法務研究会、1985）15頁。

<sup>56</sup> 明治32年商法（新商法）（昭和13年改正前）33条1項「商人ハ番頭又ハ手代ヲ選任シ其營業ニ関スル或種類又ハ特定ノ事項ヲ委任スルコトヲ得」  
2項「番頭又ハ手代ハ其委任ヲ受ケタル事項ニ関シ一切ノ行為ヲ為ス権限ヲ有ス」。

<sup>57</sup> 明治23年商法（旧商法）51条1項「何人ニテモ商業上商業主人ノ業務ヲ弁センカ為メニ商業使用人トシテ置カレタル者ハ特別ノ委任ヲ受ケスト雖モ通常其担当職分ノ範囲内ニ属ス可キ総テノ取引及ヒ行為ヲ主人ノ為メニ十分ノ効力ヲ以テ為スコトヲ得使用人カ營業ノ全部若クハ一分ノ為メニ置カレタルト否ト又ハ或種ノ取引若クハ一個ノ取引ノ為メニ置カレタルト否ト問ハス其取引及ヒ行為ニ因リテ主人独リ權利ヲ得義務ヲ負フ」  
2項「使用人カ主人ノ為メニ訴訟ヲ為シ又ハ裁判所ニ出テ或ル行為ヲ為スハ特別ノ委任ヲ受ケタルトキニ限ル」。

<sup>58</sup> 大塚・前掲注③84頁。

推適用はなく<sup>59</sup>、同条が適用されるためには、ある商業使用人が営業に関するある種類または特定の事項について代理行為をなすことの委任を受けたことを要し<sup>60</sup>、契約の勧誘や契約条件の交渉などの事実行為の委任では足りない<sup>61</sup>としていた。

## (2) 事実行為委任説

### ① 学説

このような見解に対し、第1に、代理権の授与を要件とすると、相手方が代理権の有無を調べなければならず取引の円滑確実と安全を害すること<sup>62</sup>、第2に、その際、その代理権が部分的に制限されたものであるとはいえ包括的代理権であるとする、包括的代理権とそうでない代理権の境界が曖昧になること<sup>63</sup>などの理由から、商法25条・会社法14条所定の使用人に該当するというためには、具体的な代理権の授与は必要ではなく、契約の勧誘、契約条件の交渉などの事実行為を委任（準委任）することで足りると解する見解がある（事実行為委任説）<sup>64</sup>。

この見解は、事実行為の委任により代理権が擬制されると構成するが、これに対しては、そもそも事実行為を委任する意思と代理権を授与する意思は異なるという批判がある<sup>65</sup>。

### ② 判例

前述のように、下級審判決は法律行為委任説の立場に従っていたが、東京高判昭和60年8月7日（判タ570号70頁）は、商法25条1項・会社法14条1項は、「委任を受けた事項に関しては、営業主から現実に代理権を与えられているか否かを問わず、客観的に見てその事項の範囲内に属すると認められる一切の裁判外の行為を営業主を代理してなす権限を有するものと擬制したものであり、右使用人に該当するためには、単に前記事項（契約の勧誘、契約条件の交渉などの事実行為——筆者）の委任を受けていれば足り、法律行為に関するなんらの権限を与えられていることは必要でないと解するのが相当である」と判示し、少数説である事実行為委任説の立場に従うことを明

<sup>59</sup> 名古屋地判昭和46年2月20日判タ264号378頁、東京地判昭和53年9月21日判タ375号99頁、東京地判昭和58年6月10日判時1114号64頁、東京地判昭和59年6月12日判時1148号125頁。

<sup>60</sup> 名古屋高判昭和29年1月11日下民集5巻1号1頁、東京地判昭和30年6月9日下民集6巻6号1079頁、東京地判昭和32年2月27日下民集8巻2号363頁、名古屋高判昭和34年9月1日判時209号25頁、大阪地判昭和44年7月2日判時583号76頁、東京地判昭和48年3月27日判時714号230頁、大阪高判昭和55年3月8日判タ425号156頁、東京地判昭和59年6月12日判時1148号125頁、大阪地判昭和59年8月24日判時1145号134頁、京都地判昭和59年8月30日金商711号37頁、大阪高判昭和60年12月24日判時1196号154頁など。

<sup>61</sup> 東京地判昭和53年9月21日判タ375号99頁。

<sup>62</sup> 近藤光男「商業使用人の代理権」龍田節・森本滋編『商法・経済法の諸問題（川又良也教授還暦記念）』（有斐閣、1994）10頁、田邊・前掲注⑦119頁。

<sup>63</sup> 吉本健一「判批」『商法（総則・商行為）判例百選（第4版）』（2002）68頁。なお、「ある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人」の代理権の範囲について研究したものとして、大竹緑「番頭・手代等の代理権の最大限度」民商17巻5号（1943）431頁、大竹緑「番頭・手代等の代理権の最小限度」志林45巻9号（1943）41頁がある。

<sup>64</sup> 木内・前掲注⑦111頁、木内宜彦『ブレップ商法』（弘文堂、1986）86頁、沢野・前掲注⑦532頁、近藤・前掲注⑦10頁、吉本・前掲注⑦68頁。

<sup>65</sup> 森本編・前掲注(1)105頁〔北村雅史〕。

らかにした。

そして、上告審である最判平成2年2月22日（集民159号169頁，商事1209号49頁）は，商法25条・会社法14条による「代理権限を主張する者は，当該使用人が営業主からその営業に関するある種類または特定の事項の処理を委任された者であること及び当該行為が客観的に見て右事項の範囲内の属することを主張・立証しなければならないが，右事項につき代理権を授与されたことまで主張・立証することを要しない」と判示した。この判決については，原審の立場を維持し事実行為委任説の立場に立つことを明らかにしたものの<sup>66</sup>，それとも事実行為の委任の証明があれば，当該行為に関する代理権についての立証責任を転換するものとみるもの<sup>67</sup>，評価は分かれている。この問題は，本判決の意義を検討する上では重要な問題であるが，本稿では立ち入らない。いずれにせよ，本判決は，従来の通説である法律行為委任説の立場には立っていないと評価できる<sup>68</sup>。

### (3) 形式説

「ある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人」の該当性を，支配人の意義における形式説と同様に考え，商法25条・会社法14条における商業使用人に該当するというためには，同条所定の商業使用人たる地位に選任されたか否かで判断するとする見解がある（形式説）<sup>69</sup>。この見解は，支配人の意義について，形式説を支持する立場から主張され，本条所定の使用人の該当性についても，支配人と同様に，本条所定の使用人たる地位に選任されたか否か判断すべきであるとする。この見解によると，従来からの使用人を部課長に選任する行為は，部課長という地位に就かせるとともに，この地位に伴う経営管理権および代理権を委任するもので，従来の雇用契約の内容を変更し，かつこれに委任的要素を帯びさせる契約であるとする。また，外部から新たに選任する行為は，委任的要素を含んだ雇用契約の締結であるとする。

この見解に対しては，支配人の意義における形式説と同様，本条所定の商業使用人たる地位という概念が不明確ではないか，という疑問がある。さらに，部長・課長などの名称が付されているものの，本条所定の商業使用人に該当すると判断される場合，本条所定の商業使用人には支配人のような外観保護規定がないため，取引の相手方が不測の損害を蒙るのではないかと<sup>70</sup>，という疑問がある。

<sup>66</sup> 岩城謙二「番頭・手代・表見支配人（下）」NBL449号（1990）28頁，近藤・前掲注②12頁，森本編・前掲注(1)105頁〔北村雅史〕，落合・前掲注(1)52頁。

<sup>67</sup> 大塚・前掲注③81頁，田邊・前掲注④118頁，吉本・前掲注③68頁。

<sup>68</sup> 藤田勝利・北村雅史編『プライマリー商法総則・商行為法（第2版）』（法律文化社，2006）95頁〔小柿徳武〕。

<sup>69</sup> 服部栄・前掲注(1)310頁。この見解を支持するものとして，新里慶一「商法43条の適用要件とその効果」中央大学大学院年報法学研究科篇22号（1992）47頁，坂上・前掲注⑨63頁，藤田・前掲注(4)777頁。田邊・前掲注④118頁は，これを事実行為委任説と評価している。

<sup>70</sup> 田中=喜多・前掲注(2)417頁。



### 3 検討

#### (1) 事実行為委任説について

まず、事実行為委任説に対しては、商業使用人に関する商法・会社法の条文形式の点から、疑問が提起されている。すなわち、表見支配人について定める商法24条・会社法13条、物品の販売等を目的とする店舗の使用人について定める商法26条・会社法15条のように、代理権の授与がない場合には、条文の文言が「権限を有するものとみなす」となっているのに対して、支配人について定める商法21条・会社法11条、「ある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人」について定める商法25条・会社法14条が1項で「権限を有する」としつつ、2項で代理権を制限することができるとしていることから、これらは代理権の授与が適用要件であると定めていると解することができ、そうだとすれば、商法25条・会社法14条所定の使用人の該当性については、代理権の授与を要件とする法律行為委任説が商法・会社法の条文の形式に合致し、事実行為委任説はこれに合致しないのではないか、という疑問である<sup>71</sup>。

確かに、条文の形式からみれば、法律行為委任説のように、代理権の授与を要件とするのが妥当であるように思われる。仮に、事実行為委任説のように、単に事実行為のみの委任で足りると考える場合にも、それによって代理権が擬制されると説明すること不可能ではないかもしれないが、それはそもそも代理権の擬制であって、授与ではない<sup>72</sup>。

加えて、前章4で述べたように、支配人と「ある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人」は、その規定の仕方の歴史的経緯から、同一の基準で区別するのが妥当であると考えられている。支配人の意義と「ある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人」の該当性とを、支配人の意義における実質説と同一の基準で区別するのであれば、支配人と本条所定の使用人とは、授与される代理権の広狭で区別することになる。したがって、本条所定の使用人の該当性を、ある種類または特定の事項に関する代理権の授与の有無で判断することになり、これは法律行為委任説と合致する。他方、支配人の意義と本条所定の使用人の該当性とを、支配人の意義における形式説と同一の基準で区別するのであれば、支配人と本条所定の使用人とは、それぞれ営業・事業の主任者たる地位、本条所定の使用人たる地位に選任されたか否かで区別されることになる。したがって、本条所定の使用人の該当性を、本条所定の使用人たる地位に選任されたか否かで判断することになり、これは形式説と合致する。このように、事実行為委任説は、支配人の意義における実質説と形式説のいずれとも同一の基準で区別しているとはいえない。

#### (2) 法律行為委任説について

前章で支配人について指摘したのと同様に、商法21条3項・会社法11条3項は、支配人の代理権の内部的制限について定めた規定であることから、理論的には、実質説からも「包括的代理権を内部的に制限された支配人」を観念することは可能であり、これは商法25条・会社法14条所定の

<sup>71</sup> 大塚・前掲注(3)83頁，新里・前掲注(6)42頁。

<sup>72</sup> 大塚・前掲注(3)83頁。

使用人にも当てはまるとされる。すなわち、商法25条2項・会社法14条2項は、本条所定の使用人の部分的な包括的代理権を内部的に制限できることを定めた規定であり、理論的には、法律行為委任説からも「部分的な包括的代理権を内部的に制限された使用人」を観念できるものと思われる。

しかしながら、先にも述べたように、法律行為委任説については、支配人の意義における実質説への疑問と同様の重大な疑問がある。すなわち、代理権の包括性を最も厳格に解すれば、選任に際し、授与されるべき範囲の包括的代理権に何らかの制限を加えた場合には、それはもはや「ある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人」の代理権の制限ではなく、むしろ「ある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人」の選任自体がなくなってしまい<sup>73</sup>、代理権の制限について定めた商法25条2項・会社法14条2項の存在意義がなくなってしまうのではないかとという重大な疑問がある。

また、「部分的な包括的代理権を内部的に制限された使用人」を観念できると考えても、前章で実質説に対して指摘したのと同様に（前章3(3)②参照）、内部的に制限された部分的な包括的代理権を有する使用人とは、いかなる者のことを指すのか、内部的な制限は、どこまで許されるのか、いくら内部的とはいっても、その制限があまりに大きなものであれば、それはもはや部分的な包括的代理権とはいえなくなるのではないかと、という疑問がある。

### (3) 形式説について

そこで、形式説の立場について検討する。

第1に、形式説に対しては、「ある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人」の該当性をこの種の使用人たる地位に任用されたか否かで判断するというのは、商法25条・会社法14条の「委任」という文言に反するのではないかと、という批判が考えられる。しかし、選任契約には委任の要素が含まれていると解される<sup>74</sup>ので、本条の文言に反するとはいえない。

第2に、形式説の言うところの商法25条・会社法14条所定の使用人たる地位とは、具体的にはいかなる地位を指すのが明らかではないという批判については、各経営組織の現状に即して個別具体的に判断すべきであると言わざるを得ない。なぜなら、各経営組織において、このような使用人たる地位を示す名称はまちまちだからである。

第3に、形式説によれば、「ある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人」に該当するか否かは、このような使用人たる地位に選任されたか否かで判断されるので、代理権に制限を加えても、本条所定の使用人の該当性に影響を及ぼすことはない。

第4に、本条には支配人のような外観保護規定がないため、取引の安全を害するのではないかと、という点については、商法24条・会社法13条の表見支配人の規定を類推適用して、解決を図るべきであると考え<sup>75</sup>。

第5に、本節(1)で述べた、商法・会社法の条文の形式に鑑みれば、代理権の授与が本条の適用

<sup>73</sup> 新里・前掲注(6)44頁は、想定される批判としてこのようなものを挙げている。

<sup>74</sup> 服部栄・前掲注(1)314頁。

要件であるとする指摘に対しては、形式説は、本条所定の使用人への選任契約を、この地位に伴う経営管理権および代理権の委任的要素を含んだ雇用契約と解しており、代理権の授与が選任契約の内容に含まれているといえ、形式説も、代理権の授与が本条の適用要件であるとする条文の規定形式にも合致するといえる。

第6に、旧商法草案の註釈において、ロエスレルは、「代理権は任用ということの中に存しており、したがって特別な代理権は必要でもない」と述べている<sup>76</sup>。このことからすれば、起草者は、本条所定の使用人への選任行為の中に代理権授与行為が含まれると考えていたのであり、法律行為委任説というよりむしろ形式説に立脚していたといえる。よって、法律行為委任説よりむしろ形式説のほうが本条の沿革に適合するといえる。

したがって、「ある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人」の該当性についても、形式説が妥当であると考えられる。

#### 4 まとめ

以上の検討から、「ある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人」の該当性についても、形式説が妥当であるという結論に至った。この見解は、「ある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人」の該当性を、営業主たる商人・会社からいかなる地位に選任されたかという点で決するので、前章で検討した支配人の意義についての形式説、とりわけ支配人の選任契約に委任的要素が含まれるとする法律構成による見解と同一の基準であるといえる。筆者は、支配人の意義についても、形式説が妥当であると考えるので、この見解によれば、前章4で指摘した、商法・会社法上の商業使用人の種類は同一の基準で区別すべきであるという点を満たしている。ただし、同一の基準とはいっても、田中誠二博士が指摘されるような、営業主たる商人・会社により与えられた代理権の広狭という基準（前章2(3)参照）ではなく、営業主たる商人・会社からいかなる地位に選任されたかという基準である。

#### おわりに

以上の検討により、第1に、支配人の意義については、個人商人の場合は、営業の主任者として、会社の場合は、本店または支店の事業の主任者として選任されたかどうかで決定されるとする形式説が妥当であること、第2に、「ある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人」の該当性についても、商法25条・会社法14条における使用人たる地位に任用されたか否かで決定されるとす

<sup>75</sup> 服部栄・前掲注(1)316頁、木内・前掲注(64)プレップ商法87頁、江頭・前掲注(51)190頁、新里・前掲注(69)47頁、新里慶一「判批」新報99巻7・8号（1993）252頁。下級審判決として、東京地判昭和58年6月10日判時1114号64頁。これに反対する見解として、近藤・前掲注(62)18頁など。この問題については、本稿では検討できなかった。他日を期したい。

<sup>76</sup> Roesler, *Entwurf eines Handels-Gesetzbuches für Japan mit Commentar*, 1. Bd., S. 178f. なお、日本語訳は、大塚・前掲注(63)84頁を参照した。

る形式説が妥当であること、そして両者は、ともに営業主たる商人・会社からいかなる地位に選任されたかという基準で区別されており、同一の基準での区別がなされているといえ、これは条文の沿革にも合致することが明らかになった。

支配人制度については、近年、会社内部での業務執行権限の委譲という観点からの研究がなされており<sup>77</sup>、「ある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人」に関しては、執行役員、CEOといった会社の業務執行を行う使用人との比較といった観点からの関心が示されている<sup>78</sup>。例えば、会社と雇用契約に立つ業務執行取締役（使用人兼業務執行取締役）・執行役員等と、会社と雇用契約に立たない業務執行取締役・執行役員とで、第三者保護要件につき差異が生じるのは均衡を欠くという指摘がある<sup>79</sup>。

このように、商業使用人制度については、取り組むべき問題が山積していることが指摘されている。本稿を出発点にして、今後、このような諸問題の研究に取り組んでいきたい。

---

<sup>77</sup> 高橋・前掲注(5)参照。

<sup>78</sup> 執行役員に関する規律に関する議論が不十分であることを指摘するものとして、宍戸善一「総則・合名会社・LLC」『会社法制の現代化に関する要綱試案の論点』別冊商事271号（2004）44頁。

<sup>79</sup> 神作裕之「会社の使用人」ジュリ1267号（2004）25頁。

〔付記〕

本稿の校正の段階で、田邊光政『商法総則・商行為法（第3版）』（新世社、2006）に接した。