

商法教授方法に関する研究手帖 (6)

浅 木 慎 一

第1帖 「商」の概念

第1章 商法の意義

第2章 商法の法源 (以上、金沢法学 51 巻1号)

第3章 商人の概念

第4章 会社の概念 (以上、金沢法学 51 巻2号)

第5章 株式の概念

第2帖 「商」への参入

第1章 企業形態の選択

第2章 企業の立上げ 総論 (以上、金沢法学 52 巻1号)

第3章 株式会社の設立 (以上、金沢法学 52 巻2号)

第4章 持分会社の設立

第5章 企業施設の整備

1. 商号

2. 営業所 (以上、名城法学 60 巻1・2号)

3. 企業内における人的施設

3 - 1. 緒言

3 - 2. 商業使用人・会社の使用人

3 - 2 - 1. 意義

3 - 2 - 2. 支配人

3 - 2 - 2 - 1. 支配人の意義

3 - 2 - 2 - 2. 支配人の選任および終任

3 - 2 - 2 - 3. 支配人の代理権 - その内容

3 - 2 - 2 - 4. 代理権の制限

商法教授方法に関する研究手帖 (6)

- 3 - 2 - 2 - 5. 共同支配人
- 3 - 2 - 2 - 6. 支配人の義務
- 3 - 2 - 3. 表見支配人
 - 3 - 2 - 3 - 1. 表見支配人の意義
 - 3 - 2 - 3 - 2. 表見支配人規定における営業所の実質
 - 3 - 2 - 3 - 3. 主任者たることを示す名称の付与
 - 3 - 2 - 3 - 4. 保護の相手方
 - 3 - 2 - 3 - 5. 表見支配人の効果
- 3 - 2 - 4. その他の商業支配人
 - 3 - 2 - 4 - 1. ある種類または特定の事項の委任を受けた使用人
 - 3 - 2 - 4 - 2. 物品の販売等を目的とする店舗の使用人
- 4. 企業外における人的施設
 - 4 - 1. 代理商
 - 4 - 1 - 1. 代理商の意義
 - 4 - 1 - 2. 代理商と本人たる商人・会社との関係
 - 4 - 1 - 2 - 1. 代理商契約
 - 4 - 1 - 2 - 2. 通知義務
 - 4 - 1 - 2 - 3. 競業避止義務
 - 4 - 1 - 2 - 4. 留置権
 - 4 - 1 - 3. 代理商と第三者との関係
 - 4 - 1 - 4. 代理商関係の終了
 - 4 - 2. 仲立人
 - 4 - 2 - 1. 仲立人の意義
 - 4 - 2 - 2. 仲立契約
 - 4 - 2 - 3. 仲立人の義務
 - 4 - 2 - 3 - 1. 善管注意義務
 - 4 - 2 - 3 - 2. 見本保管義務
 - 4 - 2 - 3 - 3. 結約書交付義務
 - 4 - 2 - 3 - 4. 仲立人日記帳の作成・謄本交付義務
 - 4 - 2 - 3 - 5. 氏名黙秘義務
 - 4 - 2 - 3 - 6. 介入義務
 - 4 - 2 - 4. 仲立人の権利
 - 4 - 2 - 4 - 1. 報酬請求権

- 4 - 2 - 4 - 2. 給付受領権限
- 4 - 3. 問屋
 - 4 - 3 - 1. 問屋の意義
 - 4 - 3 - 2. 問屋と委託者との関係
 - 4 - 3 - 3. 問屋と第三者との関係
 - 4 - 3 - 4. 問屋の義務
 - 4 - 3 - 4 - 1. 一般的義務
 - 4 - 3 - 4 - 2. 通知義務
 - 4 - 3 - 4 - 3. 指値遵守義務
 - 4 - 3 - 4 - 4. 履行担保責任
 - 4 - 4 - 4. 問屋の権利
 - 4 - 4 - 4 - 1. 一般的権利
 - 4 - 4 - 4 - 2. 留置権
 - 4 - 4 - 4 - 3. 供託・競売権
 - 4 - 4 - 4 - 4. 運送中の物品の取戻権
 - 4 - 4 - 4 - 5. 介入権

第6章 企業情報の公示

- 1. 商業登記制度一緒言
- 2. 商業登記の意義
- 3. 商業登記事項
 - 3 - 1. 絶対的登記事項、相対的登記事項
 - 3 - 2. 設定的登記事項、免責的登記事項
- 4. 商業登記の手續
 - 4 - 1. 当事者申請主義
 - 4 - 2. 登記官の審査権
 - 4 - 3. 登記の更正および抹消
 - 4 - 4. 商業登記の公示
- 5. 商業登記の一般的効力
 - 5 - 1. 登記前の効力
 - 5 - 2. 登記後の効力
 - 5 - 2 - 1. 緒言
 - 5 - 2 - 2. 悪意擬制説とその分析
 - 5 - 2 - 3. 例外説とその分析

商法教授方法に関する研究手帖 (6)

5 - 2 - 4 . 正当事由弾力化説とその分析

5 - 2 - 5 . 異次元説とその分析

6 . 不実登記の効力

6 - 1 . 商法 9 条 2 項・会社法 908 条 2 項の意義

6 - 2 . 商法 9 条 2 項・会社法 908 条 2 項の適用要件

6 - 2 - 1 . 不実事項を登記した者

6 - 2 - 2 . 不実事項の出現に加功した者

6 - 2 - 3 . 善意の第三者

7 . 商業登記の推定力

8 . 商業登記の特殊的効力

8 - 1 . 創設的効力

8 - 2 . 補完的効力

8 - 3 . 付随的効力

第 3 帖 「商」の管理・運営

第 1 章 会社を除く商人の営業の管理・運営

1 . 緒言 商業帳簿制度

2 . 商業帳簿の作成

2 - 1 . 商業帳簿の意義

2 - 2 . 会計帳簿

2 - 3 . 貸借対照表

3 . 資産・負債の評価基準

4 . 一般に公正妥当と認められる会計の慣行

5 . 商業帳簿の保存・提出義務

5 - 1 . 保存義務

5 - 2 . 提出義務

第5章 企業施設の整備（承前）

3. 企業内における人的施設

3-1. 緒言

商人（会社を含む）が、営業活動・事業活動を行うに際しては、企業の規模が大きい場合には当然のこと、たとえそうでなくとも、他人の労力・能力を補助的に利用せざるをえない。企業主体たる商人自身あるいは会社代表者が、すべての営業活動・事業活動を一手に引き受けることは不可能に近い。また、仮に可能であっても、それでは、かえって企業活動の迅速かつ合理的な進展を阻害するおそれもある¹¹⁹。商人は、自己に代わって営業活動・事業活動を行う補助者を利用することによって、地域的にも資本的にも、自己だけである営業・事業よりも規模の大きな営業・事業を行うことができる¹²⁰。

企業活動わけても企業取引活動は、その性質上個性が稀薄であるから、他人を利用してこれを補助してもらうことが容易である。すなわち、営業活動・事業活動は、もっとも代理に親しむ行為でもある¹²¹。営業・事業の人的施設とも位置づけられる商人の補助者の制度は、民法上の代理制度を改良し、これを特殊化して、上の需要に応えようとするものである。

このような人的補助施設としては、特定の商人によって専属的に利用されるいわば「専属的補助者」と、随時不特定の商人によって利用されるいわば「非専属的補助者」との別がある。また、ある商人の「企業組織の内部」にあって、被用者の・従属的地位に立ち、その命令を受けてこれを補助するいわば「従属的補助者」と、「企業組織の外部」にあって、商人に対して対等の立場に立ち、その依頼を受けてこれに補助を与えることを自身の業とするいわば「独立的補助者」との別がある¹²²。

119 鴻・注（6）前掲 159 頁。

120 関・注（13）前掲 180 頁。

121 鴻・注（6）前掲 159 頁参照。

122 大森・注（6）前掲 180 頁参照。

上記の人的補助施設のうち、「非専属的・独立的補助者」による補助活動は、それ自体が当該補助者のひとつの営業・事業として行われるため、その補助を引き受ける行為は商法上、商行為の1類型とされ、これに関する法則は、商法商行為編に収められている¹²³。仲立人(商543参照)、問屋(商551参照)、準問屋(商558参照)、運送取扱人(商559参照)などがこれである。

これに対し、「専属的補助者」は、それが独立的であると従属的であるとを問わず、その商人の営業・事業のための機構の一部またはその延長と観ることができるから、これに関する法則は、商人の営業・事業のための諸施設に関する他の法則と共に、商法総則編・会社法総則編中に収められている¹²⁴。すなわち、「専属的・従属的補助者」として、商法総則編中に「商業使用人」に関する規定が、会社法総則編中に「会社の使用人」に関する規定がそれぞれ置かれている。さらに、「専属的・独立的補助者」として、商法総則編中に「代理商」に関する規定が、会社法総則編中に「会社の代理商」に関する規定が、それぞれ置かれている。

もっとも、上記の説明は、わが商法・会社法の立法体系上の調整の説明にすぎず、大森忠夫は、代理商は特定の商人に専属はするけれども、これに従属することなく、それ自体ひとつの営業として営まれる独立的補助施設であり、この意味からすれば、代理商に関する法則は、これを商行為編中に収めるという方法もありうると述べている¹²⁵。

以下ではまず、企業の内部にあって、専属的・従属的補助施設を構成する商業使用人・会社の使用人から概観することにする。

3-2. 商業使用人・会社の使用人

3-2-1. 意義

特定の商人・会社すなわち特定の企業に従属して、その取引過程において、その営業上・事業上の対外的な活動を補助する者が商業使用人・会社の使用人である。商業使用人を用いる側にある企業主体を「営業主」という。

123 同前参照。

124 同前180-181頁参照。

125 同前181頁。

ところで、「商業使用人」という用語は、その沿革上、本来は、営業主との雇用契約に基づき、商業活動に使用される者を意味する用語であり、いわゆる「商業上の労務」（販売・購入・出納・簿記・通信およびこれらの総監理などを指し、技師・工員・海員・運転手・^{しゃしほう}車掌・用務員などがなす業務を含まない）に服する者を指していたのである¹²⁶。したがって、この本来の商業使用人概念から観れば、商業使用人が営業主を代理する権限を有するか否かということは、商業使用人の定義とは、直接的な関係を有しないはずである。

ところが、商法総則編第6章は「商業使用人」という表題の下に、これに関して7か条の規定を用意している。会社法もこれと論理調整的にその総則編第3章第1節において、「会社の使用人」という表題の下に、これに関して6か条の規定を用意している。これらの諸規定を観るに、商法23条・会社法12条を除き、その内容は、これらの者の営業上・事業上の代理権に係るものであり、実質的には、「商業代理人」に関する規定なのである。

「商業代理人」は、上で述べた本来の意味における商業使用人と厳密に区別できる概念であって、外部第三者に対する関係から観て、商人（営業主）のために営業上の代理権を有する者をいうわけであり、したがって、商人との間の内部関係（端的には雇用関係が存在するか否か）とは、論理的に無関係の者を指すはずである¹²⁷。

結局商法は、商業使用人という表題の下に商業代理人についての規定を整備し、本来区別されるべき概念であった両者を混同し、商業代理人すなわち商業使用人として規定したがゆえに、その地位・権限に関する問題に少なからぬ混乱をもたらすことになったといえよう¹²⁸。

そのひとつは、商業使用人・会社の使用人が営業主たる商人・会社に従属するということが、両者の雇用関係に基づくことを前提とするか否かという点である。多数説は、雇用関係に基づくことを前提としているものと解される¹²⁹。平成17年

126 西原・注(9)前掲64頁参照、関・注(13)前掲181頁脚注(4)参照。

127 関・同前参照、大隅・注(3)前掲137頁参照。

128 関・同前、大隅・同前138頁参照。

129 弥永真生『リーガルマインド商法総則・商行為法（第2版補訂版）』（有斐閣・2007年）67-68頁、大隅・同前139頁、大森・注(6)前掲182-183頁、西原・注(9)前掲64頁。

(2005年)改正前商法45条は、「本章ノ規定ハ営業主ト商業使用人トノ間ノ雇傭關係ニ付民法ヲ適用スルコトヲ妨グズ」と規定していたが、この規定の存在が多数説の論拠のひとつとされていた。平成17年改正は同条を削除し、この論拠は失われたものの、今日にあってもなお、弥永真生によれば、支配人の精力分散防止義務(商23、会12)は雇用関係を前提としてこそ合理的に説明できると主張されている¹³⁰。多数説に基づけば、純理論的には、たとえば商人の家族・知人などが商人から代理権を授与されて、その営業活動を補助したとしても、これらの者は、商法上の商業使用人に該当しないことになる。しかし、多数説は、これらの者の対外的な代理関係に、商業使用人に関する規定を類推適用するとしているので¹³¹、商業使用人・会社の使用人が営業主たる商人・会社との間に雇用関係を前提としなければならぬか否かは、実際上においては、大きな問題とはならない。したがって、必ずしも雇用関係の存在を前提としないという少数説¹³²との対立は、単に定義上の対立にすぎないと評価できる。現に多数説を支持する大森忠夫は、対外的な代理関係を規整する法則のみを商法上の法則とすべきであるという見地、つまり、いわば法体系的・立法論的な見地からすれば、商法上の商業使用人の範囲を厳格に営業主と雇用関係に立つ者のみに限定するのは適当ではなく、むしろ一般に、営業上の代理権を授与された補助者を商業使用人(ないし商業代理人)とすべきであると述べている¹³³。もっとも、多数説のように、雇用関係を前提とするという立場に立てば、雇用契約の性質上、被用者は自然人でなければならないから、商業使用人は自然人に限られるという点が明瞭になるし¹³⁴、青竹正一が説くように、商業使用人と代理商(商27かっこ書、会16かっこ書)との区別も明瞭になることは確かである¹³⁵。

わが商法・会社法は、商業使用人・会社の使用人の代理権限を基準に、これを支配人、ある種類また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

130 弥永・同前67-68頁脚注(1)参照。

131 同前67頁、大隅・注(3)前掲139-140頁、大森・注(6)前掲183頁、西原・注(9)前掲65頁。

132 石井・注(6)前掲64頁、鴻・注(6)前掲163頁。

133 大森・注(6)前掲183頁。

134 松本・注(35)前掲359頁参照、弥永・注(129)前掲68頁参照。

135 青竹・注(4)前掲75-76頁参照。

る店舗の使用人の3者に分けて、各々について規定を設けている。

3-2-2. 支配人

3-2-2-1. 支配人の意義

商法 21 条 1 項・会社法 11 条 1 項は、支配人を、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または裁判外の行為をする権限を有する者であると規定している。

従来の伝統的な学説によれば、ある商業使用人が支配人であるか否かは、選任に際して、この者が営業主たる商人・会社から特定の営業所における営業・事業の全般にわたる包括的代理権（これを「支配権」という）を与えられたか否かによるものとされる¹³⁶。実質において支配権を授与された者は、営業主たる商人・会社から付与された名称の何如に係わらず、支配人である。逆に、特定の営業所において支配人であるかのような名称を有する者であっても、かかる支配権の授与がなければこの者は支配人ではなく、この者に対しては表見支配人制度（商 24、会 13）の適用が問題となる¹³⁷。

これに対して、上のように解すれば、取引の相手方はその者が支配人であるか否かにつき授權行為の内容を確かめなければならず、そうであるとすれば、支配人制度の趣旨が没却されかねないのではないか¹³⁸、また、これを厳格に解すれば、選任に際して商法 21 条 1 項・会社法 11 条 1 項の定める代理権の範囲に多少とも制限を加えた場合には、そこにはもはや支配人としての代理権の授与がないと解さざるをえず、そうであるとすれば、同各条 3 項の規定が無意味になるのではないか¹³⁹、との疑問が大隅健一郎によって提示された。昭和 42 年（1967 年）のことである。かかる視座から彼は、営業主によって実質的に本店または支店の主任者として選任された商業使用人が支配人であって、その者は選任者の意思の如何に係わらず、法律

136 大森・注 (6) 前掲 186 頁、石井・注 (6) 前掲 65 頁、鴻・注 (6) 前掲 164 頁、松本・注 (35) 前掲 370 頁、田中・注 (110) 前掲 379 頁。

137 鴻・同前 164 - 165 頁参照。

138 大隅健一郎「支配人と表見支配人」田中誠二先生記念事業会編『現代商法学の諸問題（田中誠二先生古稀記念）』（千倉書房・1967 年）60 頁参照。

139 同前 55 頁参照。なお、大隅・注 (3) 前掲 142 - 143 頁。

上当然に支配人たる地位を獲得するのであると説いた¹⁴⁰。大隅説は、服部栄三をはじめ、有力な商法研究者の支持を得¹⁴¹、今日にあっては、従来の伝統的学説を凌駕^{りょうが}している感すらある¹⁴²。この立場によれば、営業所たる実質を備えた本店または支店の主任者に関する限り、商法 24 条・会社法 13 条の適用余地はきわめて少なくなる。

伝統説においては、ある使用人の支配人としての代理権行使の効果が営業主たる商人・会社に生じるためには、その者が支配人としての包括的代理権を有するという代理権授与と行為が存在しなければならないという点が強調されている¹⁴³。また、商法上・会社法上の商業使用人・会社の使用人が、その代理権の範囲の広狭によって区別されていることから、支配人もその他の使用人と同一平面において同一基準で区別される必要があり、支配人は、支配権という 1 営業所の営業に関する包括的代理権を有する点で、他の使用人と区別されるのが適当であると解するものである¹⁴⁴。この立場によれば、支配人の代理権の不可制限性は、直接法律の規定によるものではなく、営業主たる商人・会社の代理権授与と行為の内容に由来し、その法律行為的效果によるものであると構成されることになる¹⁴⁵。

大隅説は、商法 21 条・会社法 11 条所定の代理権が授与されることによって支配人たる地位が生じるという構成によらず、逆に、支配人たる地位を前提として、その者に商法 21 条・会社法 11 条所定の代理権を認めようとするものである。すなわち、営業所または本店もしくは支店の営業・事業の主任者である商業使用人・会社の使用人が商法上・会社法上にいわゆる支配人であり、営業主たる商人・会社によってかかる地位にある者として選任された使用人は、営業主たる商人・会社とその代理権につき格別の表意をしなくとも、商法 21 条・会社法 11 条所定の代理権

140 同前 62 頁、同・注 (3) 前掲 143 頁。

141 服部・注 (1) 前掲 280 頁。

142 大隅説を支持すると思われるものとして、青竹・注 (4) 前掲 76 頁、森本編・注 (11) 前掲 93 頁 [北村雅史]、関・注 (13) 前掲 183 - 184 頁、弥永・注 (129) 前掲 68 - 70 頁。

143 岩本慧「支配人と表見支配人について」関西大学法学論集 23 巻 4 - 6 号 (1974 年) 380 - 381 頁参照。

144 田中・注 (110) 前掲 379 頁。

145 鴻 = 河本 = 北澤 = 戸田編・注 (36) 前掲 99 頁 [志村治美] 参照。

を有するものであると説く¹⁴⁶。支配人の代理権を、株式会社の代表取締役の代表権や船長代理権などと対置して並列的な理解をするのであろう。この立場によれば、支配人の代理権は、法律上当然に定型的・不可制限的なものであると構成されよう。

しかしながら、大隅説に依拠したとしても、「それでは、営業・事業の主任者という実質はどのようにして判断されるのか」という点が明瞭に示されているとはいえない¹⁴⁷。先に述べたように（本章 2 - 2）、営業所に必要な人的組織は、営業所単位で自主的な営業方針を樹立し、その方針に則して営業活動を行う組織として存在しているのであるから、当然に、垂直的指揮監督系統を有していなければならない。そうであるとすれば、各営業所には、必ずその垂直的指揮監督系統の頂点に立つ使用人が配置されているはずである。仮に、この者を主任者であると擬定すれば、あらゆる営業所には必ず支配人が存在することになり、支配人を任意的施設であると規定する商法 20 条・会社法 10 条と平仄が合わない結果となる。船籍港外にある船舶に、船員の長として、航海上必要な広汎な代理権を有する船長が必ず置かれるのと異なり、営業所には必ず支配人が置かれるとは限らないのである。よって、営業・事業の主任者たる実質を提示しえない限り、大隅説が伝統説を決定的に克服した説であるとはいえないと考える。

営業主たる商人・会社にとっては、後に述べるように（本章 3 - 2 - 2 - 2（ウ））、支配人の選解任は登記事項であり（商登 43 ~ 45）、たとえば取締役会設置会社においては、原則として、その選解任が取締役会の専決事項とされている（会 362 ）等、その扱いに慎重さが要求されるものである。また、営業主たる商人・会社にとって、その営業政策・事業政策上、営業所または本店もしくは支店に配置した特定の使用人が、第三者から見てどのような地位を与えられた者として認識されるべきかという問題を看過しえない。よって、営業主たる商人・会社による代理権授与行為の内容を度外視することは妥当ではなかろう。こと取引の安全に関しては、商法 24 条・会社法 13 条の表見支配人制度がカバーしているのであるから、支配人の意義に関しては、なお伝統説に依ったとしても不都合は生じないのではあるまいか。伝

146 大隅・注（138）前掲 62 頁参照。

147 服部育生「支配人の代理権」名古屋学院大学論集 21 巻 4 号（1985 年）177 頁参照。

商法教授方法に関する研究手帖 (6)

統的立場に依るならば、商法 21 条 3 項・会社法 11 条 3 項は、授権行為によって授与した支配権の行使にあたり、企業体としての統一的指揮命令系統上の必要から、恒常的あるいは一時的に、これに内部的手続規制を加えたとしても、善意の第三者に対する関係では意味を持たず、これを対抗しえない旨を規定したものであると読むことになる。

3 - 2 - 2 - 2. 支配人の選任および終任

(ア) 選任

個人商人にあっては、支配人の選任は、営業主自身または選任のための代理権を有する者がこれをなす。しかし、支配人は、特別の授権なしには支配人を選任することができない。平成 17 年 (2005 年) 改正前商法 38 条 2 項は、「支配人八番当、手代其ノ他ノ使用人ヲ選任又ハ解任スルコトヲ得」と規定していたので、その反対解釈として、支配人に支配人の選解任権がないことは明らかであった。同年改正後商法 21 条 2 項は、現代語化にあたり、番当・手代という簡明な単語を廃止したため、条文が冗漫になるのを避けるべく、現在のような表現になっているにすぎない(番頭・手代という簡明な単語を廃止したのは、おそらくこれらの単語が時代に合わないという浅薄な理由によるものであろう。用語の歴史的背景を探り、その地位の現代におけるあるべき姿を考えるという作業を国民から奪う悪しき改変であり、温故知新に思いを至さない短慮というべきである。そも法律の現代語化は拙速を避けるべきであり、わが国民の文語体読解力を初等・中等教育において回復することこそ、喫緊の課題である。国民がその国語の文言を学ばずして理を理解することはありえない)。よって、現在も改正前と同様に解してよい。

従来から、商人のうち、小商人については商業登記の規定の適用がないから(商 7)、商業登記制度と不可分である支配人の制度も適用されず、したがって小商人(その代理人も)が支配人を選任することはできないと解されてきた¹⁴⁸。現在でも、近藤光男(1954～)はこの立場に与する¹⁴⁹。一方で、大塚龍児(1945～)、

148 石井・注(6)前掲 64 頁、鴻・注(6)前掲 165 頁、鴻=河本=北澤=戸田編・注(36)前掲 98 頁 [志村治美]。

149 近藤光男『商法総則・商行為法(第 5 版補訂版)』(有斐閣・2008 年) 81 頁。

田邊光政、弥永真生らは、小商人も支配人の選任はできるが、登記ができないにすぎないと解する¹⁵⁰。すなわち、支配人の登記は対抗要件としての性質を有するのみであって、小商人に対しても商業使用人の規定の適用はあるのだから、小商人が支配人を選任することを妨げる理由はなく、登記をなしえないにすぎないと解するのである。後説が妥当であろう。そうでなければ、被保佐人や被補助人は、完全商人として企業生活関係へ参入するより他、商人になる途がなくなる（第1帖第3章6-2-2-3、6-2-2-4参照）。これらの者の商人能力を不当に制限するような解釈を採るべきではない。

会社にあつては、支配人の選任は、会社の業務執行機関またはこれから代理権を与えられた者が行う。その選任には、会社の内部で厳格な手続が要求される（会348・、362・、591・）。なお委員会設置会社にあつては、取締役会が使用人の選解任を執行役に委任すれば、代表執行役がこれを選任できる（会418、416・）。選任行為が、会社法の定める手続規定に違反しても、これは会社の内部関係における制約にすぎないので、選任行為は有効であるのが原則であろう¹⁵¹（会349・、599・）。これに対し、会社内部の手続要件を欠けば、その選任は無効であると主張する説もある¹⁵²。この説を主張する立場は、善意の第三者の保護を、不実登記の対抗（会908・）や表見支配人（会13）の規定によって図ろうとしている¹⁵³。

支配人は自然人でなければならないが（その個人としての識見才能が信用の基礎であるから）、その資格には格別の制限はなく、制限行為能力者も支配人たりうる（民102）。ただ、株式会社の監査役は、当該会社またはその子会社の支配人を兼ねることができず（会335・）、委員会設置会社の取締役は当該会社の支配人を兼ね

150 落合誠一＝大塚龍児＝山下友信『商法 - 総則・商行為（第4版）』（有斐閣・2009年）92頁【大塚龍児】（ただし大塚は、2006年の同書第3版までは、従来から提唱されてきた説に依っているが（第3版88頁参照）、2007年の同書第3版補訂版以降、改説したものと思われる（第3版補訂版89頁参照）、田邊・注（31）前掲43頁、弥永・注（129）前掲69頁脚注（4）。

151 服部・注（1）前掲282頁、大隅・注（3）前掲144頁、江頭編・注（23）前掲157頁【高橋美加】、酒巻＝龍田編・注（41）前掲148頁【大塚龍児】。

152 鴻・注（6）前掲165頁、森本編・注（11）前掲94頁脚注（3）【北村雅史】、関・注（13）前掲186頁。

153 各同前。

商法教授方法に関する研究手帖 (6)

ることができない(会 331)。業務執行機関・代表機関を監査・監督すべき地位と、その指揮命令に服すべき地位とは相容れないからである¹⁵⁴。支配人は、当該会社またはその親会社の会計参与となることができない(会 333)。計算書類等の公正を保つ趣旨である¹⁵⁵。さらに、当該会社およびその親会社・子会社の会計監査人になることもできない(会 337 、会計士 24 ・ 、会計士施行令 7)。監査の公正を担保する趣旨である¹⁵⁶。加えて、独占禁止法上の兼任制限がある(独禁 13、2)。

選任の形式については、格別の制限はなく、明示たると黙示たるとを問わない。不要式の諾成契約である。支配人任用契約それ自体の性質は委任契約(準委任契約を含む)であるが、この契約のうちに代理権授与行為をとまう。すでに従業員として雇用関係にある者と任用契約を締結することが多かろうが、使用人として雇用契約を締結する際に、これと混全一体として任用契約を含む契約が締結される場合もある。

個人商人の支配人の支配権は、商号および営業によって個別化される。商人が異なる商号をもって数個の営業を営むときは、支配人の選任に際し、その者が代理すべき営業および使用するべき商号を定めることを要する(商登 43 参照)。商人が1個の営業につき数個の営業所を有するときは、その者が代理すべき営業所を定めなければならない(商登 43 参照)。1人の支配人が複数の営業所の支配人を兼ねること、1個の商号の下で複数の営業の支配権を行使することは許されると思われるが、複数の商号を用いることは許されないと解する。

会社の支配人の支配権は、営業所すなわち本店、支店によって個別化される。会社は、支配人の選任に際し、その者が代理すべき営業所を定めなければならない(商登 44 参照)。

(イ) 終任

営業主たる商人・会社と支配人との関係は、雇用契約を前提とした、代理権授与

154 酒巻 = 龍田編・注 (41) 前掲 149 頁 [大塚龍児]。

155 同前参照。

156 同前参照。

をとまなう委任・準委任である。したがって、雇用関係の終了（民 626～628、631）により、支配人は、使用人たる地位すら失うことになる。たとえ雇用関係が継続していても、代理権の消滅（民 111）、委任の終了（民 651～655）により、使用人たる地位を保ちつつも、支配人は支配人たる地位を失う。

支配人の死亡、破産手続開始の決定、後見開始の審判（民 111 ）、営業主側または支配人側からする解除（民 111 、651）は終任事由となる。しかし、営業主の死亡（民 111 ）は、支配人の終任事由とはならない。支配人の代理権は商行為の委任による代理権であるから、その代理権は本人たる営業主の死亡によって消滅しない（商 506）。この場合には、支配人は営業主の相続人の支配人となる（大判大正 5 年（1916 年）1 月 29 日民録 22 輯 206 頁）。

支配人は営業・事業の存続を前提とするから、営業の廃止や会社の解散も終任事由となると解されている¹⁵⁷。ただし、北村雅史（1960～ ）は、会社の解散後も、清算終了までは、法定の手続を経て会社を継続できるし、清算中も清算事務の遂行として従来の事業を継続しうる以上、支配人はその権限を失わないとするのが合理的であると解している¹⁵⁸。清算中の株式会社は支配人の選解任が可能であるが（会 482 、489 ）、会社が解散した場合には、事業行為の熟練者・専門家たる従来の支配人を終任せしめ、現務の結了という特定の目的のための消極的行為に相応しい別の者を改めて選任することが望ましいと思われる（もちろん、同一人物を再任することは差し支えない）。多数説に従って問題ないのではなからうか。

営業譲渡・事業譲渡が支配人の終任事由になるか否かは、説が分かれる。これが営業・事業の人的物的組織をそのまま移転するものであるがゆえに、原則として、譲渡側と支配人との関係も譲受側に承継される¹⁵⁹と説く立場は、同時に、支配人は広汎な代理権を有し営業主との間の人的信頼関係を基礎とするから、営業譲渡・事業譲渡の当事者間の意思表示をもって支配人関係を譲渡の対象たる営業・事業から除外することができ、支配人の側にも解約告知権（民 627、651 ）があるから不

157 服部・注 (1) 前掲 283 頁、大隅・注 (3) 前掲 146 頁、大森・注 (6) 前掲 189 頁、鴻・注 (6) 前掲 167 頁、関・注 (13) 前掲 187 頁。

158 森本編・注 (11) 前掲 95 頁脚注 (5) [北村雅史] 参照。

159 服部・注 (1) 前掲 283 頁、大隅・注 (3) 前掲 146 頁。

都合はないと説く¹⁶⁰。これに対し、使用者は、労働者の承諾を得なければ、その権利を第三者に譲渡できないとする民法 625 条 1 項が雇用契約の大原則であるから、船員法 (昭和 22 年 (1947 年) 法律第 100 号) 43 条のような特別の規定がない以上、支配人の明示・黙示の同意がないと終任事由になると解する説がある¹⁶¹。解釈論としては、後者の説の方が無理がないと思われる。

(ウ) 登記

支配人の選退任は登記しなければならない (商 22、会 918)。会社を除く商人にあっては、支配人を置く営業所を管轄する登記所において、支配人登記簿に、支配人の氏名および住所、商人の氏名および住所、商人が数個の商号を使用して数個の営業をするときは、支配人が代理すべき営業およびその使用すべき商号、支配人を置いた営業所、を登記しなければならない (商登 43 各号参照。なお同条同項の表現から、商業登記法は、支配人が自然人たることを当然の前提として立法されていることが分かる)。会社の支配人の登記は、その本店の所在地において (会 918)、会社登記簿に、支配人の氏名および住所、支配人を置いた営業所、を登記しなければならない (商登 44 ・ 各号)。

3 - 2 - 2 - 3. 支配人の代理権 - その内容

支配人は、営業主たる商人・会社に代わってその営業・事業に関する一切の裁判上または裁判外の行為をなす権限を有する (商 21、会 11)。明治 32 年 (1899 年) 以来、この規定の表現は一貫している。

「裁判上の行為」とは、訴訟上の行為の謂である。すなわち、訴訟の提起、控訴、上告、訴訟上の和解、仮処分申請その他、営業・事業に関する訴訟上の行為である¹⁶²。支配人は、自ら営業主の訴訟代理人たることをうろし (民訴 54)、弁護士等の訴訟代理人を選任することもできる (以上、大判昭和 12 年 (1937 年) 3 月 17 日新聞 4118 号 11 頁、大判明治 35 年 (1902 年) 6 月 3 日民録 8 輯 6 巻 66 頁)。

「裁判外の行為」とは、私法上の法律行為、法的行為の謂である。営業主たる

160 服部・同前 283 - 284 頁、大隅・同前。

161 鴻・注 (6) 前掲 168 頁脚注 (1)、酒巻 = 龍田編・注 (41) 前掲 150 頁 [大塚龍児]。

162 田邊・注 (31) 前掲 108 頁。

商人・会社の営業・事業行為およびその営業・事業のためにする行為を含む。

上述のように、支配人の代理権は、裁判上・裁判外において営業・事業に関する一切の行為に及ぶ包括的・不可制限的なものである点で特色を有する。すでに述べたように（本章3-2-2-1）、支配人の代理権は、代理権である以上、営業主たる商人・会社の代理権授与行為の内容に由来し、その法律的效果によることは疑いないが、制限的代理権を与えたにすぎない場合でも、営業主がその者を支配人として代理権授与行為をしたのであれば、上のような包括的代理権を擬制されるのである¹⁶³。支配人の代理権は、雇用・委任契約に基づく任意代理権に分類されること、疑いが無いが、上記の意味において、法定代理権に近い性質を与えられていると解されよう。

支配人の代理権は、営業主たる商人・会社の「営業・事業に関するもの」であるから、その性質上営業・事業に関しないと認められる行為、性質上営業主の一身に専属し代理に馴染まない行為、たとえば身分法上の行為のごときは当然にこれから除外される¹⁶⁴。支配人の代理権は、企業の存立を前提にその運営・管理のためにあるのであるから、営業・事業の譲渡、営業の廃止、営業・事業目的の変更、商号の変更、営業所の設置・廃止なども支配人の代理権の権限外の行為と解される¹⁶⁵。要は、企業の営業基盤・事業基盤の根本的な変動に係る行為は支配人の権限外にある¹⁶⁶。会社にあつては、これらの行為は、会社自体の組織的行為とされ、一定の機関の行為と位置づけられているから（事業譲渡（会467）、事業目的・商号の変更（会27、466、576、637）、株式会社支店の設置・廃止（会362））、支配人の代理権限外であること、明らかである。組織変更（会743以下）、会社合併（会748以下）、会社分割（会757以下）、株式交換（会767以下）、株式移転（会772以下）も同様である¹⁶⁷。

取締役会設置会社（委員会設置会社を除く）にあつては、重要な財産の処分・譲

163 服部・注(1)前掲288頁。

164 同前290頁、関・注(13)前掲192頁。

165 各同前。

166 関・同前。

167 酒巻＝龍田編・注(41)前掲152-153頁[大塚龍児]参照。

受け、多額の借財が取締役会の専決事項とされ、または特別取締役会による議決が必要とされている(会 362、373)。特定の本店または支店に係るこれらの行為につき、そこに配属された支配人は、当該行為を取締役会等の決議なしに行うことができるか。関俊彦や近藤光男は、取締役会等の決議が必要であると解する¹⁶⁸。これに対し、かかる場合に取締役会等の決議を不要と解するのが大塚龍児である。彼の主たる主張は、取締役会を設置しない会社の代表取締役および委員会設置会社の代表執行役にはそのような制限がなく(会 348、349、418、416、420 参照)、そのような会社の支配人は代理権の制限はないといわなければならない、関説や近藤説では、支配人の代理権を不可制限的画一的なものとした法の趣旨が貫徹できないというものである¹⁶⁹。注目すべき主張ではあるが、支配人の雇用主たる会社が、法の許容する範囲でいかなる機関設計を選択し、それぞれの機関設計に従って、これも法の許容する範囲で各機関にいかなる業務執行に係る権限配分を行うかは、会社自体の裁量に委ねられている。会社が採用した機関設計は、登記をもって公示されている。各機関への権限配分は、当該会社の事業基盤そのものを決定する根本事項なのである。会社において、支配人に代理権授与行為を行う機関が、自らが留保する権限を超える代理権を授与できると解するのは疑問である。代理権授与行為をなす機関が決定できる事項の範囲内で、支配人は包括的不可制限的代理権を有するものと解したい。

支配人のある行為が、営業主たる商人・会社の営業・事業に関する行為に該当するか否かは、實際上支配人がそれを営業・事業のためになしたか否かという主観的事情と関係なく、その行為の性質・種類等を勘案して、客観的・抽象的に観察して決しなければならない¹⁷⁰。上のような見地に鑑みて、営業主の営業・事業に関するものと判断される限り、支配人の主観においては、自身または第三者の利益を図る

168 関・注(13)前掲192頁脚注(30)、近藤・注(149)前掲84-85頁脚注(2)参照。

169 酒巻=龍田編・注(41)前掲153頁[大塚龍児]。加えて、昭和25年(1950年)改正前商法261条2項(明治44年(1911年)改正後商法170条1項と同旨)の取締役と支配人の共同代表(混同代表)規定を挙げ、この規定は、支配人の画一的権限を会社機関の代表権に拡張する特別であり、すなわち会社機関の権限を制限するものであって、支配人の固有の代理権の行使に取締役の共同を要するものではなかったと述べている。

170 服部・注(1)前掲290-291頁、大隅・注(3)前掲149頁、大森・注(6)前掲191-192頁、鴻・注(6)前掲168-169頁、関・注(13)前掲192頁。

ために行爲した場合であっても（支配権の濫用）、その行爲の効果は原則として営業主たる商人・会社に及ぶ。ただし、支配人の権限濫用行爲に関して相手方が悪意である場合には、この者を保護する必要はないから、営業主たる商人・会社は、相手方に対し、一般悪意の抗弁をもって対抗できると解されよう（その理由については、会社代表者の代表権の濫用の効果と併せて、第3帖にて記述の予定）。

3-2-2-4. 代理権の制限

わが戦国時代において、織田信長（1534～1582）がその版図内^{はんとう}で実行した合理的な領国経営の方法は、現代の企業経営にも通じる点がある。営業主と支配人との関係をイメージとして把握するには、信長は恰好の教材である。彼を大規模な個人営業主に譬えるならば、さしずめ、北陸支店長・柴田勝家（生年不詳～1583）、中山道支店長・滝川一益（1525～1586）、本願寺支店長・佐久間信盛（1527～1581）、四国支店長（正確には四国支店開設準備室長であつたらう）・丹羽長秀（1535～1585）、中国支店長・羽柴秀吉（1537～1598）、近畿支店長・明智光秀（生年不詳～1582）といった支配人を選任していたことにならう。佐久間信盛などは、解雇されたがゆえに、支配人たる地位をも失つた例に見事に当て嵌まる。なお、信長の絶頂期における徳川家康（1542～1616）の立場は、彼の代理商であつたといえようか。当然のことながら、現代法の見地からいえば、専制君主たる信長と彼等家臣との間に、正確な意味における代理権授与行爲が存在したとはいひ難い。信長は、各方面ごとに彼等に相当広範な裁量権を認めつつも、彼等の仕置きが己れの意に沿えば、これを追認していたにすぎず、意に沿わなければ、彼等の決定を覆しさえしたのである。その最たる例は、明智光秀の丹波平定の過程で、光秀が八上城主・波多野秀治（1541～1579）との間で纏めた講和の約定の、信長による一方的破棄であろう。史実との裏づけはないが、これによって光秀が八上城に人質として差し出していた彼の母親が殺されたのであるから、「支配人・光秀」としては堪^{たま}つたものではないし、降伏に同意したにも拘わらず、処刑された「取引の相手方・秀治」に至っては、「取引の安全」を完全に蹂躪^{じゅうりん}され、憐れの極みである。現代法は、決してこのような理不尽を許さない。

現代法の下では、すでに述べたように（本章3-2-2-3）、支配人を選任する可否かは、営業主の任意に委ねられるから、支配人は任意代理人に他ならないが、いっ

たん選任すれば、その代理権の内容は法定されているので、これを第三者に対する関係で有効に制限することは許されなくなる¹⁷¹。そのような制限を登記によって公示するといった制度も存在しない。しかしながら、営業主と支配人との当事者間において、営業主が支配人の代理権を制限することは許される。たとえば、遠隔地に設置した営業所に支配人の経験の無い者を初めて支配人として起用するときなどのように、支配人に不安材料があるときに、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、いわば代理権の量的制限を課することがありうる¹⁷²。営業主が支配人にこのような代理権の制限を課した場合、当事者間では、かかる制限は効力を有する。したがって、支配人がその制限に違反して代理権を行使した場合には、営業主に対する損害賠償責任を免れないばかりか、支配人の解任事由にも該当することになる (民 415、416、628)。

しかし、営業主が支配人にその代理権の制限を課したとしても、営業主は、その制限をもって善意の第三者に対抗することができない (商 21、会 11)。したがって、取引の相手方は、支配人との取引に際して、その代理権の有無および範囲を逐一調査する必要なく、単に支配人であるか否かを確認するだけで、安心して取引をすることが可能となる。悪意の第三者は保護されないが、第三者の悪意の立証責任は、営業主の側にある。

なお、営業主が支配人に対して、その法定の代理権以外の行為につき、別途代理権授与行為をなすことにより、とくに代理権限を与えることも許されるが、これは支配人としての代理権限そのものの拡張ではない。支配人の代理権自体を拡大することは許されない。

3 - 2 - 2 - 5. 共同支配人

平成 17 年 (2005 年) 改正前商法 39 条 1 項は、「商人八数人ノ支配人が共同シテ代理権ヲ行使スベキ旨ヲ定ムルコトヲ得」と規定していた。支配人の広汎な代理権が濫用される危険に鑑みて、明治 44 年 (1911 年) 改正にあたり、設けられた規定であった。この制度を「共同支配」と称した。共同支配は、支配人の代理権の範囲

171 鴻・同前 169 頁。

172 関・注 (13) 前掲 193 頁参照。

の制限ではなく、その代理権行使方法を制限した制度と解されていた¹⁷³。共同支配人制度は、1個の支配権が数人に合有的に帰属するものであると解するのが多数説であった¹⁷⁴。共同支配は登記事項とされ、公示されれば第三者に対抗できた（平成17年（2005年）改正前商40、12、同年改正前商登51）。

しかし、上の共同支配は、代理権の共同行使として、その行使という積極的な面についての制限であって、取引の相手方からは、各支配人単独で意思表示を受領する権限があるものとされていた（平成17年（2005年）改正前商39）。このようにしなければ、相手方は常にすべての支配人を相手に意思表示をなさねばならず、きわめて不便だからであった¹⁷⁵。

共同支配人制度は、ほとんど利用されなかったため、平成17年（2005年）改正によって、制度自体が廃止された。

3-2-2-6. 支配人の義務

支配人と営業主との間の権利義務は、雇用契約ないし委任契約によって定まるが（平成17年（2005年）改正前商45参照）、商法・会社法は、支配人をして専心営業主のために勤務に服せしめると同時に、支配人が営業主の営業・事業について知りえた機密を利用し、営業主の犠牲において自己の利益を図ることを防止するために、支配人に対して特殊の不作为義務を課している¹⁷⁶。営業主と支配人との間の信頼関係を法的に支える趣旨である。の不作为義務を弥永真生は「精力分散防止義務」と呼んでいるが¹⁷⁷、至当な命名であろう。の不作为義務は、「競業避止義務」と称される。

（ア）精力分散防止義務

支配人は、営業主たる商人・会社の許可を受けなければ、自ら営業を行うこと、他の商人（会社を除く）または会社もしくは外国会社の使用人となること、および他の会社の取締役、執行役または業務執行社員となること、ができない（商23

173 大森・注(6)前掲194頁、石井・注(6)前掲69頁、鴻・注(6)前掲170頁。

174 鴻・同前170-171頁、大隅・注(3)前掲152頁。

175 石井・注(6)前掲69頁。

176 大隅・注(3)前掲154頁。

177 弥永・注(129)前掲73頁参照。

、会 12)。支配人をして全力を挙げて営業主の営業・事業のために勤務に服させようとする趣旨であり¹⁷⁸、雇用契約関係に基づく職務専念義務ないし尽力義務の顕現であると評価できる¹⁷⁹。

(イ) 競業避止義務

支配人は、営業主たる商人・会社の許可を受けなければ、自己または第三者のために営業主たる商人・会社の営業・事業の部類に属する取引を行うことができない(商 23 、会 12)。包括的な代理権限を有し、営業・事業の機密や営業主の持つノウハウに精通している支配人が、営業主と競争関係に立って(あるいはこれと競争関係にある主体の側に立って)、その地位を利用して、営業主の顧客を奪うなど、営業主の利益を犠牲に、自己または第三者の利益を図ることを防止する趣旨である。

営業主の営業・事業の部類に属する取引とは、営業主の営業・事業の目的たる取引を意味し、これに関連してその維持便益のためになされる補助的行為(たとえば手形や小切手の振出し、預金など)を含まない¹⁸⁰。

(ウ) 違反の効果

支配人が上述の義務に違反した場合であっても、支配人の行為自体は、取引行為であれ就任行為であれ、有効と解される¹⁸¹。これらの行為は、支配人と第三者との間でなされるから、取引契約・就任契約を無効としても、直接には営業主の救済とはならず、他方、取引等の安全も図らなければならないからである¹⁸²。したがって、支配人が競業取引を行った場合に、営業主の許可を受けていないことを取引の相手方が知っていたとしても、当該取引は有効である。

商法 23 条 1 項・会社法 12 条 1 項の義務違反は、当然に支配人の債務不履行に該当するから、営業主に損害が生じれば、営業主は支配人に損害賠償請求ができ、また支配人を解任することができる(民 415、416、628)。

178 大隅・注(3)前掲 155 頁参照。

179 森本編・注(11)前掲 99 頁 [北村雅史]。

180 大隅・注(3)前掲 155 頁、鴻・注(6)前掲 174 頁。

181 大隅・同前 156 頁、関・注(13)前掲 198 頁(ただし就任行為につき、地位の兼任は許されないという問題が残るとの指摘がなされている)。

182 青竹・注(4)前掲 80 頁参照。

支配人が、営業主の許可を得ることなく、自己または第三者のために競業取引を行えば、営業主においてほぼ確実に損害が生じる。営業主は、支配人によって顧客を奪われるという関係が成立するからである¹⁸³。しかし、営業主が支配人に損害賠償を請求する場合、原則に従えば、損害額を立証する責任は営業主の側にあることになり、これは容易なことではない。そこで、商法 23 条 2 項・会社法 12 条 2 項は、支配人の競業取引行為によって支配人または第三者が得た利益の額を、営業主が被った損害額であると推定する旨の規定を設けた。このような規定を設けたことにより、損害賠償責任を追及する営業主側の証明の負担を軽減したのである。加えて、これらの規定には、競争的取引によって利益を得た支配人に、その利益の吐出しを要求する趣旨もある¹⁸⁴。

平成 17 年（2005 年）改正前商法 41 条 2 項は、支配人が営業主の許諾を得ることなく、自己のために競業取引をしたときは、「営業主ハ之ヲ以テ自己ノ為ニ為シタルモノト看做スコトヲ得」と規定し、営業主に介入権または奪取権と称される権利を付与していた（なお、介入権は、営業主がその取引を知った時から 2 週間以内に行使しないとき、または取引の時から 1 年を経過するときは消滅するとして、除斥期間が設けられていた（同年改正前商 41 参照））。しかし、同年改正は、営業主の介入権の規定を削除したのである。その理由につき、当時の法務省の見解は、以下のとおりである。そのまま掲げる。

「現行商法 41 条 2 項においては、支配人の競業避止義務違反の場合における介入権行使の効果について、「之ヲ以テ自己ノ為ニ為シタルモノト看做スコトヲ得」と規定されているが、文理上その趣旨が必ずしも明確ではないところ、介入権行使の効果は債権的なものであり、会社と取締役との内部関係においてのみ効力を生じ、第三者に対して物権的効力を生ずるものではないとする通説・判例（最判昭和 24 年 6 月 4 日民集 3 巻 7 号 235 頁）に従えば¹⁸⁵、介入権が行使されても支配人がその

183 関・注 (13) 前掲 199 頁。

184 森本編・注 (11) 前掲 100 頁 [北村雅史]。

185 その基調において異ならない、平成 17 年（2005 年）改正前商法 264 条 3 項は「取締役が第一項ノ規定ニ違反シテ自己ノ為ニ取引ヲ為シタルトキハ取締役会ハ之ヲ以テ会社ノ為ニ為シタルモノト看做スコトヲ得」と規定していた。同条 1 項が株式会社の取締役の競業避止義務を定めた規定であって、「取締役が自己又ハ第三者ノ為ニ会社ノ営業ノ部類ニ

行為の経済的な効果を会社に帰属せしめる義務を負うことになるにとどまるため、その効果は競業行為に関する損害額の推定規定（現行商法 266 条 4 項本文参照¹⁸⁶）と実質的に変わるものではないことになる。そのため、平仮名化に際して規定内容の明確化を図る観点から、介入権に関する現行の規定を削除した上で、競業行為に関する損害額の推定規定を設けることとされたものである¹⁸⁷。」

上の文章中に、明確に誤った内容が記述されているわけではない。これは、きわめて優秀な「作文」であると評価しえよう。しかし、上の文章は、資源供給無制約という前世紀の資本主義経済システムの幻想（第 1 帖第 1 章 2 - 5 参照）に囚われた従来の秀才型優等生の限界を示す好例であろう。すでに言及した具体例（第 3 章 5 - 3 - 3 - 5）を再度提示するが、精密機器の製造・販売を目的とする営業主が、苦心の末に開拓した、その原材料あるいは触媒となるレア・メタルの供給先を、競業取引を通じて支配人に奪われたような場合、営業主の損害は、金銭的補償によるのみでは回復できないのである。そして、上の例のような事態は、将来確実に増加するであろう。安易に介入権（奪取権）制度を削除したのは、短慮の極みというべきであり、^{きめ}歯に衣を着せずに述べれば、立案者の^{ごうまん}傲慢さすら感じさせる改悪である。

3 - 2 - 3. 表見支配人

3 - 2 - 3 - 1. 表見支配人の意義

商法上の営業所あるいは会社法上の本店・支店の主任者たる名称を付されているも、この者に^{きめ}真実支配人としての代理権（支配権）が付与されていなければ、この者は支配人ではない。営業主から支配権を与えられたという実質を欠くからである。ただ、実際界では、支配人でもないのに支店長といった名称を使用することが少なくなく、その者の権限が、しばしば訴訟上も問題となっていた。そのような者を支

属スル取引ヲ為スニハ取締役会ニ於テ其ノ取引ニ付重要ナル事実ヲ開示シ其ノ承認ヲ受クルコトヲ要ス」と定めていた。

186 平成 17 年（2005 年）改正前商法 266 条 4 項の規定は以下のとおり。「取締役ガ第二百六十四条第一項ノ規定ニ違反シテ取引ヲ為シタルトキハ其ノ取引ニ因リ取締役又ハ第三者ガ得タル利益ノ額ハ第一項ノ会社ノ蒙リタル損害額ト推定ス但シ同条第三項ニ定ムル權利ヲ行使シタルトキハ此ノ限ニ在ラズ」。

187 郡谷 = 細川・注 (45) 前掲 36 頁。

配人と信じて取引をした善意の相手方の信頼の保護は、民法の表見代理の規定の適用によっても、ある程度は実現するが、それだけでは不十分である。そこで、昭和13年（1938年）改正後商法42条は、本店または支店の主任者であることを示すような名称を付した使用人については、裁判外の行為について支配人と同一の権限を有するものとみなす旨の規定を設けたのである¹⁸⁸。同条は、平成17年（2005年）改正によって、商法24条・会社法13条に承継された。先に述べたように（本章3-2-2-1）、支配人の意義を伝統説のように解そうと、大隅説のように解そうと、實際上、支配人と表見支配人とを峻別することは困難である¹⁸⁹。しかし、どちらであると認定しても、相手方が善意である限り、営業主が相手方に対して責任を負うことに変わりはなく、取引の相手方の保護に支障はない¹⁹⁰。

商法24条・会社法13条は、外観法理あるいは表示による禁反言の法理の発現の典型例であるといえる。取引安全の見地から、外観を尊重する商法が、民法における表見代理の取扱いを、いわば制度的に解決したものである¹⁹¹。

3-2-3-2. 表見支配人規定における営業所の実質

商法24条にいう「営業所」あるいは会社法13条にいう「本店又は支店」は、いわゆる商法上の営業所の実質（本章2-2参照）を備えていなければならないと解するのが判例であり（最判昭和37年（1962年）5月1日民集16巻5号1031頁）、多数説でもある¹⁹²。上記に対し、商法24条・会社法13条の意図する外観保護の趣旨を徹底させ、保護に値する外観は「営業所」ないし「本店または支店」についても成立するのであり、その場所が商法上の営業所としての実質を備えていなくても、本店または支店の外観ないし表示に信頼した相手方をも保護すべきであるという見解がある¹⁹³。そうでなければ、相手方は、その場所が営業所の実質を備えているか否か調査する必要に迫られ、この調査が必ずしも容易でないことを理由とするもの

188 以上、鴻・注（6）前掲177頁。

189 服部・注（1）前掲297頁。

190 同前、大隅・注（3）前掲159頁。

191 鴻・注（6）前掲177頁。

192 同前178頁、大森・注（6）前掲201頁、森本編・注（11）前掲102頁【北村雅史】、酒巻＝龍田編・注（41）前掲170頁【大塚龍児】、田中・注（110）前掲394頁、弥永・注（129）前掲76-77頁、近藤・注（149）前掲87頁。

193 服部・注（1）前掲298頁、大隅・注（3）前掲159頁、青竹・注（4）前掲83頁。

である¹⁹⁴。

結論としては、判例・多数説の方が妥当であろう。営業所としての実体を備えていない所に本来の支配人が存在することは論理的にありえないし、営業所としての実体を備えていない所に配置された使用人に包括的代理権を擬制するのは不自然である¹⁹⁵。営業所の実体をまったく欠く営業の場所における支配権というものを観念できようはずがない¹⁹⁶。また、法的保護を与えるに足る「営業所の外観」の基準を定立することも不可能である。営業所というものは、本来企業の内部的な事情に依存するものであって、「外部からみて営業所らしい外観」ということには馴染まないものである¹⁹⁷。「営業所の外観」を客観的に定めようがない以上、その外観への信頼ということもありえない。表見支配人の制度は、実質的な営業所には、そこにたとえ支配人を配属しなかったとしても、営業所として垂直的指揮監督系統の具備が不可欠である以上、営業・事業の垂直的指揮監督系統に組み入れられた人員が必然的に存在することから、その者が、当該営業所の支配人であるかのような外観を有する場合、すなわち営業所または本店もしくは支店の営業・事業の主任者であることを示す名称を付されている場合についての、取引の安全を保護するためのものであると考える¹⁹⁸。

なお、営業所の実質を欠く場合については、民法の表見代理規定（民109）の適用を問題にすればよい。さらに、営業所の実質を欠いていても、「営業所」「支店」「本店」としての登記をしたときは、これらの場所に配属された主任者は、不実登記の問題として、表見支配人に相当する扱いを受けることになる（商9、会908）。

3-2-3-3. 主任者たることを示す名称の付与

どのような名称が表見支配人の名称になるかについては、具体的な場合に判断する他ない。一般の取引通念によるが、支店長（最判昭和32年（1957年）3月5日

194 各同前。

195 弥永・注（129）前掲77頁参照。

196 森本編・注（11）前掲102頁【北村雅史】参照。

197 酒巻＝龍田編・注（41）前掲169-170頁【大塚龍児】参照。

198 鴻・注（6）前掲178頁参照。

民集 11 卷 3 号 395 頁) という名称が典型例であり、そのほか支社長、営業本部長などが肯定できよう¹⁹⁹。また、出張所長、営業所長も、当該場所が営業所としての実質を備えている限り、主任者たることを示す名称といえる²⁰⁰。支店庶務係長は表見支配人に該当せず (最判昭和 30 年 (1955 年) 7 月 15 日民集 9 卷 9 号 1069 頁)、支店長代理も表見支配人ではない (最判昭和 29 年 (1954 年) 6 月 22 日民集 8 卷 6 号 1170 頁)。これらの名称からは、上司たる支店長がいることが容易に推察できるからである。支店次長、営業所長代理、営業部副部長、副支店長なども同様である。

営業主による名称の付与が要件となるのは、この制度が、代理権授与表示による表見代理 (民 109) と類似のものであり、表見代理は本人に外觀作出につき帰責性があることが本人に責任を負わせる根拠になっているからである²⁰¹。名称の付与は、明示的になされた場合のみならず、黙示的になされた場合でもよい。使用者が主任者たる名称を僭称^{せんしょう}している場合には、原則として、商法 24 条・会社法 13 条の適用はないが、営業主において、当該名称の使用を止めさせるべき立場にあるにもかかわらず、僭称の事実を知りつつこれを放置した場合には、営業主に帰責性が認められるから、これら各条の適用が認められる²⁰²。

3-2-3-4. 保護の相手方

表見支配人制度によって保護される相手方は悪意であってはならない (商 24 ただし書、会 13 ただし書)。ここに悪意というのは、当該使用者が支配人でないことを知っているという意味である²⁰³。使用者が当該取引につき代理権を有しないことを知ることを意味すると解しうるとする説もあるが²⁰⁴、商法 24 条・会社法 13 条は、

199 森本編・注 (11) 前掲 103 頁 [北村雅史]。

200 鴻・注 (6) 前掲 178 頁、酒巻 = 龍田編・注 (41) 前掲 167 頁 [大塚龍児]。

201 青竹・注 (4) 前掲 83 頁。

202 弥永・注 (129) 前掲 78 頁参照。

203 服部・注 (1) 前掲載 308 頁、大隅・注 (3) 前掲 161 頁、青竹・注 (4) 前掲 83 頁、鴻・注 (6) 前掲 178 頁、大森・注 (6) 前掲 201 頁。

204 江頭編・注 (23) 前掲 177 - 178 頁 [高橋美加]。平成 17 年 (2005 年) 改正前商法 42 条 1 項においては、表見支配人は「支配人ト同一ノ権限ヲ有スルモノト看做ス」とされていたために、同条 2 項にいう「悪意」はその者が支配人でないと知っていたか否かを意味すると解されていたが、同年改正後の商法 24 条・会社法 13 条の規定において、表見支配人は「一切の裁判外の行為をする権限を有するものとみなす」との表現に変更されたことから、悪意の対象も権限の有無に変わったと解するべきであるとされている。

営業所または本店もしくは支店の主任者らしき者を支配人と信じた相手方を保護しようとするものであるから、疑問である²⁰⁵。相手方に重過失があるときは、悪意と同視される。悪意または重過失の有無は取引の時を標準に決せられる²⁰⁶。悪意の立証は、営業主においてこれをなさなければならぬ（最判昭和 32 年（1957 年）11 月 22 日裁判集民 28 号 807 頁）。

商法 24 条・会社法 13 条にいう相手方について、最高裁昭和 59 年（1984 年）3 月 29 日判決判時 1135 号 125 頁は、当該直接の相手方に限られるとしている。判例は、早くから、民法 109 条にいう第三者を、授權通知を受けた直接の相手方に限られるとしていたが（大判明治 38 年（1905 年）2 月 21 日民録 11 輯 196 頁）、表見支配人規定についてもこれと同様の解釈をしたのであろう。もっとも、昭和 59 年判決は、手形行為の場合には、この直接の相手方は、手形上の記載によって形式的に判断されるべきものではなく、実質的な取引の相手方をいうとしたものである。

3-2-3-5. 表見支配人の効果

表見支配人は、営業・事業に関する裁判外の行為につき、支配人と同一の権限を有するものとみなされる（商 24 本文、会 13 本文）。表見支配人が営業主を代理してなした行為は、本来は無権代理行為であるが、真実の支配人が営業主を代理した場合と同様、営業主に対する関係で効力を生じる。

営業・事業に関する行為とは、営業・事業の目的たる行為のほか、営業・事業のため必要な行為も含まれ、営業・事業のため必要な行為に該当するか否かは、行為の性質のほか、取引の数量等をも勘案し、客観的に観察して決すべきものと解されている²⁰⁷。

205 青竹・注 (4) 前掲 83 - 84 頁。

206 服部・注 (1) 前掲 308 頁、大隅・注 (3) 前掲 161 頁。

207 大隅・同前、鴻・注 (6) 前掲 179 頁、森本編・注 (11) 前掲 103 頁 [北村雅史]。銀行支店長が、当該支店の営業に関しない権限外の行為をしたとして、平成 17 年（2005 年）改正前商法 42 条（現在の商 24、会 13）の適用を否定した判例がある（最判昭和 32 年（1957 年）3 月 5 日民集 11 巻 3 号 395 頁）。

3-2-4. その他の商業使用人

3-2-4-1. ある種類または特定の事項の委任を受けた使用人

商人（会社を含む）の営業・事業に関するある種類または特定の事項の委任を受けた使用人は、当該事項に関する一切の裁判外の行為をする権限を有し、この代理権に制限を加えても、善意の第三者に対抗することができない（商 25、会 14）。平成 17 年（2005 年）改正前商法 43 条にあっては、この種の商業使用人として、「番頭・手代」が例示されていたが、同年改正後の同条の後継規定たる商法 25 条・会社法 14 条では、これらの例示を止めている。しかし、改正によって実態が変わったわけではない²⁰⁸。商法 25 条・会社法 14 条に規定された商業使用人の有する代理権は、いわば部分的包括代理権である。すなわち、その代理権が包括的かつ不可制限的なものである点では、支配人の代理権と共通しているが、その範囲が営業・事業の全般についてではなく、営業主から委任された特定の種類や事項に関するものに限定される点で異なる²⁰⁹。たとえば、販売、融資、仕入れ、広報など、営業・事業に関する特定分野を定め、営業主からその事項に関して代理権を授与されるのである。改正前から、会社その他の近代的企業では、部長・次長・課長・係長・主任などの名称を付された使用人がこれに該当すると解されてきた²¹⁰。

もちろん、単に特定の部門における部長、課長などの名称を付与されただけで、この種の商業使用人に該当すると判断するのは早計であることはいうを待たない。上に述べたように、これらの使用人であるためには、対外的業務に関し、部分的であっても一定の範囲で包括的代理権を与えられていなければならない。かかる包括的権限に関しては、これらの事項について法律行為をする代理権を授与されていることを必要とする意であると解するのが従来からの趨勢である²¹¹。「代理行為委任説」と称される考え方である。これに対し、その者が営業主から特定の事項につい

208 関・注 (13) 前掲 209 頁。

209 大隅・注 (3) 前掲 163 頁、鴻・注 (6) 前掲 180 頁。

210 大隅・同前 162 頁、鴻・同前 179 頁、関・注 (13) 前掲 209 頁。

211 江頭憲治郎「判批」ジュリスト 914 号 (1988 年) 190 頁、大塚龍児「判批」商事法務 1215 号 (1990 年) 80 頁、福瀧博之「判批」私法判例リマークス 29 号 (2004 年) 85 頁、大隅・同前、鴻・同前、青竹・注 (4) 前掲 84 - 85 頁、森本編・注 (11) 前掲 105 頁 [北村雅史]、田中・注 (110) 前掲 400 頁。

て事実行為としての業務の処理の委任を受けていたことで足りると解する説がある²¹²。「事実行為委任説」と称される考え方である。

最高裁判平成2年(1990年)2月22日判決商事法務1209号49頁は、「商法43条1項(現在の商25、会14)・・・の趣旨は、反復的・集団的取引であることを特質とする商取引において、番頭・手代等営業主からその営業に関するある種類又は特定の事項(例えば、販売、購入、貸付、出納等)を処理するため選任された者について、取引の都度その代理権限の有無及び範囲を調査確認しなければならないとすると、取引の円滑確実と安全が害される虞れがあることから、右のような使用人については、客観的にみて受任事項の範囲内に属するものと認められる一切の裁判外の行為をなす権限すなわち包括的代理権限を有するものとするにより、これと取引する第三者が、代理権の有無及び当該行為が代理権の範囲内に属するかどうかを一々調査することなく、安んじて取引を行うことができるようにするにあるものと解される。したがって、右条項による代理権を主張する者は、当該使用人が営業主からその営業に関するある種類又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みて右事項の範囲内に属することを主張・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を主張・立証することを要しないというべきである。そして、右趣旨に鑑みると、同条2項(現在の商25、会14)、38条3項(現在の商21、会11)にいう「善意の第三者」には、代理権に加えられた制限を知らなかったことにつき過失のある第三者は含まれるが、重大な過失のある第三者は含まれないものと解するのが相当である。」と判示した。この判旨の文脈の評価は区々であり、営業主から事実行為の委任がなされたことの証明があれば、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解する見解もある²¹³。しかし、本件判旨をこう解すれば、営業主が反対事実の立証に成功すれば(現実には、営業主にとって困難なことではなかろう)、代理権の推定は意味をなさなくなるし、これが立証されてしまえば、当該使用人は、商法25条1

212 吉本健一「判批」『商法(総則商行為)判例百選第5版』(有斐閣・2008年)63頁、服部・注(1)前掲315頁、関・注(13)前掲210頁、近藤・注(149)前掲91頁。

213 青竹・注(4)前掲85頁、大塚・注(211)前掲81頁。

項・会社法 14 条 1 項所定の使用人ではないということになるから、同各条 2 項を適用する余地がなくなる²¹⁴。よって、本件判旨は、事実行為の委任を基礎として、それに対応する包括的代理権を擬制する趣旨と読むのが自然なのであろう²¹⁵。すなわち、この判例は、事実行為委任説の立場を採ったものであるらしいと評価される²¹⁶。

しかし、商法 25 条 1 項・会社法 14 条 1 項の文言から観れば、事実行為委任説よりも代理行為委任説の捉え方が自然であることは明らかである。また、これらの条項の沿革上も、代理行為委任説が妥当である²¹⁷。昭和 13 年（1938 年）改正によって削除された同年改正前商法 34 条は、「支配人、番頭又八手代ニ非サル使用人八主人二代ハリテ法律行為ヲ為ス権限ヲ有セサルモノト推定ス」と規定していた。同条の反対解釈から、番頭・手代に付与される権限が、法律行為をなす委任を意味していたこと、明白である。さらに、商法上・会社法上の商業使用人・会社の使用人の種類は、営業主たる商人・会社から与えられた代理権の広狭の程度によって区別されていることに鑑みれば、事実行為委任説は到底受け入れ難い²¹⁸。事実行為委任説の論者は、代理権の授与を要件とすると、相手方としては代理権の有無を調査しなければならず、そのことは取引の安全を害するおそれがあると主張する²¹⁹。しかし、事実行為の委任で足りると解したとしても、営業主から包括的な職務権限の付与がなければ、商法 25 条・会社法 14 条所定の商業使用人に該当しないのであるから、相手方としては包括的職務権限の有無を調査しなければならないことになり、そう

214 吉本・注 (212) 前掲 63 頁。

215 同前参照。

216 田邊・注 (31) 前掲 115 頁。田邊光政は、この判例は「明らかに」事実行為委任説の立場を採ると断言しているが、「明らかに」と断じるほどに、本件判旨の文脈は明瞭ではないと思われる。本件における「当該使用人が営業主からその営業に関するある種類又は特定の事項の処理を委任された」という部分が、正確にどこまでの委任を指す意なのか、準委任に止まるのか、という点は、大塚龍児の指摘する通り、きわめて曖昧だからである（大塚・注 (211) 前掲 81 頁参照）。

217 商法 25 条・会社法 14 条の沿革については、大塚・同前 83 - 84 頁が詳しい。大塚論稿は、商法修正案参考書を引いているが、同様の内容は、東京博文館蔵版・商法修正案理由書（1898 年）27 - 28 頁にも掲載されている。

218 福瀧・注 (211) 前掲 85 頁参照。

219 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（川又良也先生還暦記念）』（商事法務研究会・1994 年）10 - 11 頁。

であるとすれば、事実行為委任説からのこのような攻撃は、あまり意味をなさない。

こと取引の安全に関しては、商法 25 条・会社法 14 条所定の商業使用人らしき者と取引をなすにあたって、表見支配人に関する商法 24 条・会社法 13 条に相当する規定が設けられていないので、いずれにせよその安全を確保するには限界がある。この場合、相手方は、民法の表見代理に関する規定に救済を求めざるをえないが、おそらく、企業取引における相手方の保護としては、民法の表見代理規定だけでは不十分であろう。そこで、民法 109 条を 1 歩進め、他方、商法 24 条・会社法 13 条を類推適用して、いわゆる中級商業使用人らしき者についても名称による表見的包括代理権を認め、表見支配人に相応する表見部課長を肯定すべきであるとの主張がなされている²²⁰。このような主張に対しては、現代の企業組織において、使用人に付与される肩書や職名は様々であり、かつ与えられる権限も千差万別であることを考えると、名称付与に基づく表見責任規定である商法 24 条・会社法 13 条を中級の商業使用人にも類推適用することについては、にわかに賛成できないとの反論がなされている²²¹。確かに、現代の企業社会を表層的に観察すれば、商業使用人に付与された肩書から直ちにその者の権限を推断することは困難といえるかも知れない。が、必ずしも定型的業務を行っているとは限らない業界であろうとも、当該業界の慣習に馴染み、わけても平常その営業・事業の部類に属する取引を行っている相手方にとっては、その肩書に期待される権限というものを推断することが許されるのではなからうか。このような推断、すなわち肩書に対する信頼は保護されてよいと思われる。企業の法主体たることを示す商号においてすら、法律の条文上、公然と「これに紛らわしい名称」といった表現が使用され（たとえば、金商取 31 の 3、66 の 6）、その外輪が曖昧なまま運用される時代にあつて、商業使用人に付された「紛らわしい肩書」を信頼した相手方の保護に躊躇するような消極的姿勢はいかかなものか。また、中級の商業使用人に与えられる権限が千差万別であればこそ、なおさら表見支配人規定の類推適用が、取引安全のために要請されるはずなのである。表見部課長の主張を果断に認めるべきではなからうか。

220 服部・注 (1) 前掲 316 頁。

221 吉本・注 (212) 前掲 63 頁、近藤・注 (219) 前掲 18 頁。

商法 25 条・会社法 14 条所定の商業使用人の選任および解任は、営業主たる商人・会社のほか、支配人もこれをなすことができる（商 21、会 11）。この種の商業使用人の選任・終任等につき、商業登記による公示の制度は存在しない。

この種の商業使用人については、支配人と異なり、精力分散防止義務や競業避止義務に関する規定が設けられていない（商 23、会 12 対照）。学説の一部には、この種の商業使用人に関しても、支配人に課せられたこれらの義務を類推適用すべきであると説くものがある²²²。また、商法 28 条・会社法 17 条を類推適用して、代理商と同程度の競業避止義務を肯定しようとの見解もある²²³。しかし、この種の商業使用人の競業避止義務等は、雇用契約関係に基づく義務として捉えれば足り、禁止範囲が定型化している支配人や代理商の競業禁止規定をそのまま類推適用すべきではなからう²²⁴。明文の規定が存在しない場面においては、営業の自由（第 2 章 2 - 2 - 1）という大原則が優先すべきである。

3 - 2 - 4 - 2. 物品の販売等を目的とする店舗の使用人

物品の販売、賃貸その他これらに類する行為を目的とする店舗の使用人は、現にこれらの行為をなす代理権が付与されていると否にかかわらず、その店舗内にある物品の販売等をなす権限を有するものとみなされる（商 26 本文、会 15 本文）。ここにいう「店舗」は、商法 4 条 2 項のそれと異なり、現実空間に物理的に存在しなければならない。すなわち、一般公衆が自由に立ち入り、その場で物品の購入や賃借等ができるような施設をいう。このような店舗に配置された使用人は、その店舗に現存する物品に関し、当然にその業態に応じて販売、賃貸等をなす代理権があるものと一般公衆から受け止められるのが普通であるから、一般公衆の信頼を保護すべく、上のような代理権を擬制したものである。外観信頼保護の顕現である。よって、このような使用人が代理権を付与されていないことを知っている悪意の第三者には、上の擬制は及ばない（商 26 ただし書、会 15 ただし書）。

上記の代理権限は、店舗内にある物品の販売や賃貸等を対象とするものであるか

222 大隅・注 (3) 前掲 163 頁、鴻・注 (6) 前掲 180 頁、近藤・注 (149) 前掲 93 頁。

223 服部・注 (1) 前掲 324 頁。

224 青竹・注 (4) 前掲 85 頁、森本編・注 (11) 前掲 106 頁脚注 (26) [北村雅史]。

商法教授方法に関する研究手帖 (6)

ら、これらの契約はその店舗内でなされなければならない(福岡高判昭和25年(1950年)3月20日下民集1巻3号371頁)。この種の使用人が店舗外でした商談についてまで拡張して権限が認められるものでもない²²⁵。

なお、平成17年(2005年)改正前商法44条は、物品販売店の使用人の店舗内にある物品の販売の代理権についてのみの規定であったが、この規定は、従来から使用人が店舗内でなす賃貸その他これに類する行為にも類推適用が肯定されていたものである。同年改正によって、商法26条・会社法15条は、これらの行為に関する代理権をも明文种に取り込んだのである。

4. 企業外における人的施設

4-1. 代理商

4-1-1. 代理商の意義

代理商とは、商業使用人・会社の使用人ではなくして、一定の商人・会社のために平常(すなわち継続的に)、その営業・事業の部類に属する取引の代理または媒介をなす者をいう²²⁶(商27かっこ書、会16かっこ書)。

商人・会社にとって、代理商を利用することの長所は大きい。たとえば、神戸で成功を収めた商人・会社が名古屋地区に参入しようと企図した場合、名古屋営業所・名古屋支店を開設し、そこに神戸で育成した精鋭を送り込み、腹心の使用人を支配人として選任する形態をもって参入するという方法は、勝算があるならば、十分に検討に値する。しかし、確実に勝算がないとすれば、上の方法に比して、代理商を用いることは、以下のような長所がある。人件費、施設などの固定経費を軽減できる。現地に知識、経験、人脈のある人材を恒常的に利用することが容易に可能である。営業リスクを低く抑えることができる(営業・事業の縮小や撤退処理が簡単である)²²⁷。今日、代理商は、保険業、海上運送などの分野において利用され、わけても損害保険代理店が代理商の典型である²²⁸。

225 鴻・注(6)前掲80頁。

226 その沿革については、田邊・注(31)前掲117頁に簡明に整理されている。

227 以上、関・注(13)前掲217頁参照。

228 青竹・注(4)前掲87頁、森本編・注(11)前掲108頁[洲崎博史]。

代理商は「一定の商人」・「一定の会社」のために、その営業・事業を補助する者である。商法 27 条・会社法 16 条には「一定の」という文言が明定されていないが、平成 17 年（2005 年）改正前商法 46 条は「代理商トハ使用人ニ非ズシテ一定ノ商人ノ為ニ平常其ノ営業ノ部類ニ属スル取引ノ代理又ハ媒介ヲ為ス者ヲ謂フ」との定義規定を設けていた。同年改正で代理商の定義が変更されたわけではない。なお、同年改正前の条文では、補助される商人を代理商に対し、「本人」と表現していた（同年改正前商 47、48、51 参照）。補助される商人・会社は、必ずしも単数でなく、複数であってもよい。複数の商人・会社を補助する代理商を「乗合代理商」という。しかし、不特定多数の商人・会社のための代理商という概念は成立しない²²⁹。すでに特定の商人・会社の代理商となっている者が、新たに他の商人・会社の代理商たらんと欲する場合には、代理商の競業避止義務（商 28、会 17）との関係で、新規に代理商となる契約をしようとする商人・会社が従来の商人・会社と営業・事業の種類を同じくするときは、従来の商人・会社の許可を得なければならない。なお、商人以外の者、たとえば、基本的商行為・準商行為に該当しない行為をもって収益目的事業を行う一般法人のために、平常その事業の部類に属する取引の代理または媒介をなす者は、商法・会社法上の代理商には該当せず、講学上、「民事代理商」と呼ばれることがある。

代理商は、一定の商人・一定の会社のために、「平常」その営業・事業を補助する者である。平常とは、継続的または常囑的ということであり、基本的な代理商契約に基づいて多数回にわたり不断に商人・会社を補助することである。単に、個別的に多数回にわたって商人・会社を補助するだけでは平常とはいえない²³⁰。

代理商は、商人・会社の営業・事業の部類に属する取引の「代理」または「媒介」をなす者である。すなわち、代理商による商人・会社の営業・事業の補助は、取引の代理または媒介によって行われる。「代理する」とは、本人たる商人・会社の代理人として相手方と取引をすることである。「媒介する」とは、本人たる商人・会社と相手方との間で取引に関する契約が成立するよう、仲介・斡旋・勧誘等の各種

229 鴻・注 (6) 前掲 182 頁参照。

230 田邊・注 (31) 前掲 118 頁。

の事実行為（事務）を行うことである。取引の代理をなす者を「締約代理商」と称し、取引の媒介をなす者を「媒介代理商」と称する。取引の代理および媒介の双方を併せ行うことも差し支えない。代理または媒介される取引は、補助される商人・会社の営業・事業の部類に属する取引であるが、それは当該商人・会社の営業・事業の目的たる行為を意味する。ただし、付随的取引を特約によってこれに含まれることも差し支えない²³¹。よって、補助される商人が会社を除く固有の商人（商4）であるときは、上の取引は基本的商行為に該当する取引であり、同じく擬制商人（商4）であるときは、上の取引は準商行為に該当行為になる。これに対し、補助される企業が会社であるときは、上の取引は必ずしも基本的商行為・準商行為に該当行為に限られず、広く会社の事業目的行為（会5により、商行為である）となる。

いずれにせよ、上の取引の代理または媒介を引き受けることを業とすることにより²³²（商502）、商法4条1項によって、代理商はそれ自体独立の商人であると評価される。本人たる商人・会社と密接かつ継続的關係に立ってこれらを補助する者であるという点で、代理商は商業使用人（会社の使用人を含む）と共通性を有するが、代理商は、あくまでも独立の商人として、本人たる商人・会社の企業組織の外部にあって、これらを補助する者である。しかし、実際には、ことに大企業における代理商の場合には、商業使用人との区別が簡単でないこともある。大隅健一郎や服部栄三は、代理商と商業使用人を区別する標識を以下のように整理している。すなわち、その報酬が手数料によるか（代理商）、それとも給与または俸給によるか（商業使用人）、その営業所が自己の営業所であるか（代理商）、それとも本人たる商人・会社の営業所であるか（商業使用人）、その営業費を自ら負担するか（代理商）、それとも本人たる商人・会社が負担するか（商業使用人）、固有の商号を有するか（代理商）、有しないか（商業使用人）、などが考えられ、また代理商は同時に複数の商人・会社のために補助することが少なくないが、商業使用人はほとんど常に単数の商人・会社のためにのみ補助するといった点を挙げることで

231 服部・注(1)前掲322頁。

232 鴻・注(6)前掲183頁脚注(1)参照。たとえ代理商契約が1個であっても、この基本契約に基づいて営利目的をもって取引の代理または媒介を反覆継続して行うからには、これらの引受けを業としていると解して差し支えない。

きる²³³。もっとも、上のような標識は一応のものでしかなく、結局は、これらを総合して決定するほかない²³⁴。代理店という名称が付されているだけでは、商法・会社法上の代理商に該当するとはいえない（大判昭和15年（1940年）3月12日新聞4556号7頁）こと、当然である。

なお、代理商は、これを自然人に限定すべき理由はなく、法人であってもよい。これもまた代理商が商業使用人と異なる点として挙げることができる²³⁵。

4-1-2. 代理商と本人たる商人・会社との関係

4-1-2-1. 代理商契約

代理商と本人たる商人・会社との間には、基本契約としての代理商契約が締結される。「締約代理商契約」は、代理商が本人たる商人・会社のためにその取引の代理（法律行為）の委託を受けることを内容とするから、委任契約たる性質を有する（民643）。「媒介代理商契約」は、代理商が本人たる商人・会社のためにその取引の媒介（事実行為）の委託を受けることを内容とするから、準委任契約たる性質を有する（民656）。実際の代理商契約においては、本人たる商人・会社の側の権限を広く認め、これらに対する代理商の従属性がかなり強く現れているようであるが、このことが代理商契約を委任・準委任契約と解することの妨げにはならない²³⁶。

以上により、代理商は、本人たる商人・会社に対し善管注意義務を負うほか（民644）、契約に別段の定めがない限り、委任に関する民法および商法の一般規定（民643以下、商504～506）の適用を受ける。これに加え、商法・会社法は、代理商と本人たる商人・会社との継続的な信頼関係に鑑みて、若干の特別規定を設けている。

4-1-2-2. 通知義務

代理商が取引の代理または媒介をしたときは、遅滞なく本人たる商人・会社に対しその旨の通知を発しなければならない（商27、会16）。民法645条（同656条）によれば、受任者は、委任者の請求があるときは、いつでも委任事務の処理の状況

233 服部・注(1)前掲324頁脚注(1)、大隅・注(3)前掲166頁参照。

234 鴻・注(6)前掲184頁。

235 松本・注(35)前掲405頁。

236 服部・注(1)前掲324-325頁参照。

商法教授方法に関する研究手帖 (6)

を報告し、また、委任終了の後は、遅滞なくその経過および結果を報告すべきことになっている。しかし、代理商にあっては、本人たる商人・会社の請求を待つまでもなく、また委任が終了したと否とを問わず、代理または媒介をした際には通知を発しなければならない。通知は発すれば足り（発信主義）、不到達の危険は本人たる商人・会社にある。

代理商が通知義務を怠ったがために本人たる商人・会社が損害を被れば、代理商は、損害賠償の責めに任じなければならないこと、当然である（大判昭和10年（1935年）5月27日民集14巻949頁）。

4-1-2-3. 競業避止義務

代理商は、本人たる商人・会社の許可を受けなければ、自己もしくは第三者のために、その商人・会社の営業・事業の部類に属する取引を行ってはならず（商28、会17）、またはその商人・会社と同種の事業を行う会社の取締役・執行役員もしくは業務執行社員となることができない（商28、会17）。代理商の業務の性質上、この者は、本人たる商人・会社の営業・事業に関する情報に通じている。代理商が、これらの情報を自己または第三者のために利用して競業取引をすれば、本人たる商人・会社の利益が害されるおそれ大きい。本人たる商人・会社と同種の事業を目的とする会社の取締役、執行役または業務執行社員となって当該会社の経営に参加する場合も同様である。それゆえ、商法・会社法は、代理商と本人たる商人・会社との利益衝突を防止する措置を講じたのである。

代理商が本人たる商人・会社の許可を得ずにした競業取引も有効である。しかし、代理商は、本人たる商人・会社がそのために被った損害を賠償しなければならない。この場合に、本人たる商人・会社のために、商法・会社法は、損害額の推定規定を設けている（商28、会17）。支配人の競業避止義務違反の場合と同様に、平成17年（2005年）改正に際し、本人が介入権を行使できる旨の定め（同年改正前商48）が削除された。

4-1-2-4. 留置権

代理商は、別段の意思表示がない限り、取引の代理または媒介によって生じた債権（手数料、立替金請求権など）の弁済期が到来しているときは、その弁済を受けるまで、本人たる商人・会社のために占有する物または有価証券を留置することが

できる（商 31、会 20）。これを「代理商の留置権」という。代理商は、かかる留置権の他、民法上の留置権（民 295）および商人間留置権（商 521）を有する場合もある。代理商の留置権の要件は以下のとおりである。

この留置権によって担保される債権は、代理商としての「取引の代理または媒介によって生じた債権」に限られる。しかし、被担保債権が留置の目的物に関して生じた債権であることを要しない（債権と留置の目的物との牽連性を要しない）点で、民法上の留置権と異なっている。代理商と本人たる商人・会社との間には継続的な取引関係があり、その取引関係は一体的なものであるから、債権と留置の目的物との間の個別具体的な牽連を要求することは、必要がないばかりでなく、適当でないからである²³⁷。代理商としてなした代理または媒介によって生じた債権である以上、代理商契約が消滅しようと、代理商がその資格を失おうと、留置権は消滅しない。

留置の目的物は、代理商が本人たる商人・会社のために占有する「物または有価証券」である。これらが債務者所有の物または有価証券である必要はない。適法に代理商の占有に帰した物または有価証券であれば、これらが債務者との間の商行為によって占有に帰するという事も要しない。上記の点が商法 521 条の商人間留置権と異なっている。代理商の業務の性質に鑑みれば、本人のために第三者より引渡しを受けたがまだ本人の所有に属しない物または有価証券を占有することもあり、所有権の所在や占有取得の原因を問うことが適当でないからである²³⁸。

代理商の留置権は、他の商事留置権と同様に、特約によって排除できる。民法上の留置権は、かつては、特約による排除ができないと解されていたようであるが²³⁹、今日では、特約による排除を認めるのが民法上の通説である²⁴⁰。よって、この点において、民法上の留置権と異なるところはない。

なお、代理商の留置権を含め、商事留置権の効力に関しては、商人間留置権の記

237 大隅・注 (3) 前掲 170 頁、関・注 (13) 前掲 119 頁。

238 各同前。

239 我妻栄『新訂担保物権法』（岩波書店・1968 年）27 頁。

240 道垣内弘人『担保物権法（現代民法）』（有斐閣・2004 年）16 頁。

述において一括して述べる予定である (第4帖上の巻を予定)。

4-1-3. 代理商と第三者との関係

代理商がどの範囲で本人たる商人・会社のために行為しうるかに関しては、もっぱら代理商契約の定めるところによって決せられる。締約代理商は、通常は代理商契約にともなう代理権授与行為に従って、授權された範囲で本人たる商人・会社のために契約締結の代理権を有すること、当然である。一方、媒介代理商は、取引の媒介をなす権限を有するのみであって、本人のためにする代理権を有しない。もっとも、実態は媒介代理商であっても、表見法理により、契約締結の代理権が肯定される余地がないわけではない。これが肯定される場合、洲崎博史は、理論的には、民法 109 条類推適用ないしは商法 24 条の法理の類推を考慮することができる²⁴¹と解している²⁴¹。正当であろう。

物品の販売またはその媒介の委託を受けた代理商は、売買の目的物の瑕疵または数量の不足その他売買に関する通知を受ける権限を有する (商 29、会 18)。商人間売買においては、買主は商法 526 条所定の目的物の検査・瑕疵通知義務を負わされているが、代理商を通じて買入れをなした場合にも、常にその通知を直接本人たる商人・会社に対してしなければならないとするのは必ずしも適当でなく、妥当とはいえない。それゆえ買主の便宜を図るべく、代理商に通知すれば売主 (本人) に通知をしたのと同様の効果を与えることにしたのである。商法 29 条・会社法 18 条は、これを代理商の通知受領権限という形式をもって規定した。締約代理商は、必ずしもこのような規定によらなくても、通常このような代理権を与えられているものと解される。したがって、商法 29 条・会社法 18 条は、主として媒介代理商を通じて物品を買入れた買主のために設けられた規定であると評価できる。

なお、平成 17 年 (2005 年) 改正前商法 49 条に定められていた代理商の上記以外の通知の受領権限は「其ノ他売買ノ履行ニ関スル通知」を受ける権限であったが、同年改正後は、「その他の売買に関する通知」を受ける権限に改められた。改正前にあっては、せいぜい売買契約の履行条件等に関する通知を受ける程度のこと

241 森本編・注 (11) 前掲 113 頁脚注 (9) [洲崎博史] 参照。

定されていたにすぎなかったものが²⁴²、改正後は、買主がなす売買取消しの意思表示、契約解除の意思表示、支払猶予の申入れ、目的物引渡場所の指定等の通知の受領権限があると考えられる²⁴³。

代理商の通知受領権限は、あくまでも受動的な権限にとどまるものである。したがって、代理商契約で権限が認められない限り、代理商は、能動的に支払猶予や代金の減額を行う権限を有しない。

4-1-4. 代理商関係の終了

代理商と本人たる商人・会社との関係は、繰り返し述べるように委任または準委任であるから、民法 653 条に定める終了事由により、原則として代理商の終任が生じる。すなわち、本人たる商人・会社または代理商が破産手続開始の決定を受けたとき、代理商が後見開始の審判を受けたときは、代理商関係が終了する（民法 653

）。民法 653 条 1 号は本人の死亡を委任終了事由として掲げているが、商法 506 条が商行為の委任による代理権は本人の死亡によって消滅しないとしていることから、本人たる商人の死亡は代理商関係の終了事由にならないと解される²⁴⁴。媒介代理商も同様であろう。また、本人が廃業したときも代理商契約は終了するものと解される²⁴⁵。

民法 651 条 1 項によれば、委任契約は、各当事者において何時でもその解除（解約告知）ができるとされている。しかし、代理商契約は継続的性質を有し、かつ、とくに信用を重んずべきものであるから²⁴⁶、これを代理商契約にそのまま適用することは妥当でない。そこでこれを顧慮して、商法・会社法は、民法 651 条に対する以下のような特則を設けた。

代理商契約の当事者が契約期間を定めなかったときは、各当事者は、2 ヶ月前までに予告をしてその契約を解除することができる（商 30 、会 19 ）。その理由の

242 江頭編・注 (23) 前掲 192 頁 [高橋美加] 参照。

243 酒巻 = 龍田編・注 (41) 前掲 193 頁 [遠藤美光] 参照、落合 = 大塚 = 山下・注 (150) 前掲 101 頁 [大塚龍児]。

244 青竹・注 (4) 前掲 90 頁。

245 関・注 (13) 前掲 221 頁。

246 鴻・注 (6) 前掲 190 頁。

如何を問わず、一方的に解約を告知することができる。特約によって、2 ヶ月という期間を短縮することも許され（伸長も）、また告知権の放棄や即時解除の特約も許される²⁴⁷。商法 30 条 1 項・会社法 19 条 1 項の規定による解除の場合には、民法 651 条 2 項本文の規定の適用もまた排除され、解除によって相手方に損害が生じても、解約告知をした側に損害賠償義務は生じない²⁴⁸。

契約期間の定めがあるときは、各当事者は、原則としてその定め拘束され、随時の解除をなすことをえない。このときは、期間の満了によって代理商関係は消滅する。

やむをえない事由があるときは、契約期間の定めがあるか否かを問わず、各当事者は何時でも代理商契約を解除することができる（商 30、会 19）。「やむを得ない事由」とは、代理商契約を継続することが社会通念上著しく不当であると認められる事由をいい、たとえば、代理商の不誠実・重病、本人の営業上・事業上の重要な失敗、代理商に対する重要な債務不履行などのごとき、両者の信頼関係に破綻を来す事由を指す²⁴⁹。このような解除がなされた場合に当事者の一方に過失があるときは、民法 652 条、同 620 条後段の規定に基づき、相手方は、その損害の賠償をすることができる²⁵⁰。

4 - 2. 仲立人

4 - 2 - 1. 仲立人の意義

仲立人とは、いわゆる周施業者（ブローカー、broker）であって、他人間の商行為の成立を容易にするために媒介行為の引受けを営業とする独立商人であり、補助商として、一般商人（会社を含む）の企業活動の範囲を拡大するための補助機能的地位を有している。商人は、これを利用することにより、取引の適当な相手を見つけ、その資力・信用を確かめ、取引の目的物の鑑定などによる助言を受け、市場

247 同前。

248 同前 91 頁、服部・注 (1) 前掲 327 頁、青竹・注 (4) 前掲 91 頁、森本編・注 (11) 前掲 114 頁 [洲崎博史]。

249 各同前、大隅・注 (3) 前掲 172 - 173 頁、鴻・注 (6) 前掲 191 頁。

250 各同前、大隅・同前 173 頁。

の状況を探り、折衝を円滑に進めて、取引を容易に成立せしめ、あるいは、相手方に自己を知らしめないで投機をなすことができる²⁵¹。たとえば、旅行者と宿泊業者の間に立って、宿泊契約の成立に向けて尽力する旅行業者がこの例である（宿泊業者は、商法 502 条 7 号該当行為を営業として行う商人であり、当該宿泊契約の締結は商行為である）。仲立営業は、専門的知識さえあれば、資金や施設がなくてもできる営業なので、悪質な業者を排除し、また、取引の公正を確保するため、旅行業法（昭和 27 年（1952 年）法律第 239 号）、宅地建物取引業法（昭和 27 年法律第 176 号）などが特別の規整をしている²⁵²。

わが商法上、仲立人とは、他人間の商行為の媒介をなすことを業とする者であると定義されている（商 543）。「媒介」とは、他人間で法律行為が成立するよう尽力する事実行為をいう²⁵³。この点で、自ら法律行為の当事者となる問屋や、自己が代理人となる締約代理商と異なる²⁵⁴。仲立人でありながら、同時に代理人として契約を締結することは認められない（大判大正 4 年（1915 年）10 月 9 日民録 21 輯 1624 頁）。

「媒介ヲ為スヲ業トスル」とは、媒介行為をなすことを引き受けるという法律行為を営業とすることである²⁵⁵。すなわち、商法 502 条 11 号の「仲立ち」に関する行為を営業とするとの謂である。それゆえに、仲立人は固有の商人である（商 4）。

仲立人が引き受ける媒介の対象行為は、他人間の「商行為」である。媒介される行為は、一方的商行為であれば足りる。媒介される商行為の当事者もまた商人であることを要しない。

商行為以外の他人の法律行為の媒介をなすことを業とする者は、商法 543 条にいう仲立人の定義には該当しない。かかる仲立業者は、「民事仲立人」と称される。民事仲立人であっても、商法 502 条 11 号所定の行為を営業とする以上、固有の商

251 平出慶道『商行為法（第 2 版）』（青林書院・1989 年）347 頁。その沿革については、同前 348 - 349 頁。

252 青竹・注（4）前掲 156 頁。

253 森本滋編『商行為法講義（第 3 版）』（成文堂・2009 年）104 頁 [洲崎博史]、弥永・注（129）前掲 119 頁、近藤・注（149）前掲 177 頁、平出・注（251）前掲 349 頁。

254 近藤・同前 178 頁。

255 平出・注（251）前掲 350 頁。

人である(商4)。民事仲立人の例としては、非商人間の非投機的な不動産取引の媒介のみを行う宅地建物取引業者がある。商法上の仲立営業に関する規定(商543~550)は、商行為の媒介を業とする者に特有の権利義務を定めたもので、民事仲立人に適用があるわけではなく、また仲立人が民事行為の媒介を引き受けた場合にも、商法の規定の適用はない²⁵⁶(同一人格者が、商法上の仲立人と民事仲立人とを兼ねることは差し支えない²⁵⁷)。

仲立人は、不特定の者のために、商行為の成立の仲介機関としての機能を有する。よって、媒介代理商とは、媒介を業とする点においては同様であるが、媒介代理商が一定の本人たる商人・会社のためにその営業・事業の部類に属する取引を継続的に媒介する者であるのに対し、仲立人は広く不特定の他人のために媒介をなし、その他人と継続的關係に立つことを要しないから、その点でこれと異なっている²⁵⁸。もっとも、仲立人から観れば、媒介の委託を引き受ける相手は、特定の者でも不特定の者でもよいから、特定の者である場合には、媒介代理商と類似することになる²⁵⁹。わけても、委託者が商人で、反覆的な媒介行為を委託する旨の基本契約という形で仲立契約を締結する場合は、そうである。

4-2-2. 仲立契約

仲立人と委託者との間で締結される契約を「仲立契約」という。「仲立契約」には、双方向的仲立契約と一方的仲立契約とがある。

「双方向的仲立契約(双務的仲立契約)」は、仲立人が委託者のため契約の成立に尽力する義務を負い、他方委託者は、契約が成立したときは仲立人に報酬を支払うべき義務を負うものである。双方向的仲立契約の法的性質は、準委任である(民656)。

「一方的仲立契約」は、仲立人が委託者のために契約の成立に尽力する義務を負わず、ただ尽力の結果として契約が成立した場合に、委託者が仲立人に報酬を支払うべき義務を負うものである。この契約は、仲立人の尽力による契約の成立という

256 江頭憲治郎『商取引法(第6版)』(弘文堂・2010年)220頁。

257 平出・注(251)前掲351頁参照。

258 鴻=河本=北澤=戸田編・注(36)前掲233頁[高田桂一]。

259 近藤・注(149)前掲178頁。

仕事の完成を目的とし、契約成立という結果が出たときに報酬を請求できるところから、請負契約類似の契約である。しかし、仲立人がいかに奔走しようと、仲立人が成立に向けて尽力した契約を成立せしめるか否かは、委託者の自由な決定に委ねられており、仲立人はいわば蚊帳の外に置かれているのであるから、仲立人だけで仕事を完成することはできない。したがって、一方的仲立契約の性質は、請負に準ずる特殊な契約という他ない²⁶⁰。

商法は仲立人の尽力義務をとくに規定していないが、委託者は仲立人に委託する以上は相当の活動を期待するものであるから、仲立人が委託者と締結する仲立契約は、特別の事情がない限り、双方的仲立契約であると解するのが通説である²⁶¹。

4 - 2 - 3. 仲立人の義務

4 - 2 - 3 - 1. 善管注意義務

双方的仲立契約の場合には、媒介の委託を引き受ける契約が準委任であるから、仲立人は、委託者のため、善良な管理者の注意をもって、取引の成立に尽力すべき義務を負うとともに、成立する契約が支障なく履行され、委託者が契約の目的を達しようのものであるように注意を尽くす義務を負う²⁶²（民 656、644）。一方的仲立契約にあっても、仲立人は、委託者のために媒介を行う以上は、一定の注意を尽くすことを要し、その程度は善良な管理者の注意と同様と解すべきであろう²⁶³。その文脈上、江頭憲治郎は、一方的仲立契約における仲立人は、上記の義務を負うものと解しているように読み取ることができる²⁶⁴。

上記の理は、民事仲立人についても妥当する。

さらに仲立人は、成立を期する契約の両当事者の中間に立って、商行為の成立に尽力する者であるから、媒介を委託された一方の当事者に対してのみならず、媒介の相手方たる当事者（この者と仲立人は、契約関係に立たない）に対しても、公平

260 平出・注 (251) 前掲 354 頁。

261 同前 353 頁。

262 江頭・注 (256) 前掲 222 頁。

263 平出・注 (251) 前掲 355 頁。

264 江頭・注 (256) 前掲 222 頁。

にその利益を図る義務を負うものと解さなければならない²⁶⁵。商法は、このことを明文で規定しているわけではないが、委託関係にない相手方当事者に対しても仲立人が報酬を請求しうるとしているのは(商 550)、仲立人がかかる義務を負うことを前提にしているからであるとされる²⁶⁶。

民事仲立人の場合は、当然に相手方当事者に対して報酬を請求できるわけではないが、やはりその媒介に信頼して取引をなす相手方当事者に対する業務上の一般的注意義務を免れることはできないと解される²⁶⁷。なお、宅建業法 31 条 1 項は「宅地建物取引業者は、取引の関係者に対し、信義を旨とし、誠実にその業務を行わなければならない。」と規定し、双方の当事者に対する宅建業者の信義誠実義務を明定している。

4-2-3-2. 見本保管義務

仲立人は、その媒介する行為について見本を受け取ったときは、その行為を完了するまで、これを保管しなければならない(商 545)。

見本売買(目的物が見本と同一の品質を有することを担保する売買)の媒介を行う仲立人に課される義務である。後日、当事者間に紛争が生じた場合の証拠を保全させる趣旨である。したがって、見本を受け取っても、目的物が見本と同一の品質を有することを担保する見本売買でなければ、この義務は生じない²⁶⁸。委託者からだけでなく、相手方当事者から見本を受け取った場合にも、この義務を生じる。

商法 545 条にいう「行為力完了スルマテ」とは、売買契約が成立し目的物の給付がなされるまでではなく、買主が完全な給付があったことを承認したとき、または買主の異議期間(商 526)が経過したときや、当事者間に和解が成立したときなど、目的物の品質につき紛争の不発生が確実にした時までを意味する²⁶⁹。この義務が設けられた趣旨からして、当然の理である。

商法 545 条の文言上は、見本売買に限らず、仲立人が媒介する行為について見本

265 同前 223 頁、平出・注(251)前掲 355 頁。

266 森本編・注(253)前掲 107 頁脚注(4)[洲崎博史]。

267 江頭・注(256)前掲 223 頁。

268 青竹・注(4)前掲 157 頁、平出・注(251)前掲 356 頁。

269 青竹・同前、平出・同前、近藤・注(149)前掲 180 頁、森本編・注(253)前掲 107 頁[洲崎博史]、江頭・注(256)前掲 225 頁。

品を受領したときに、一般的に保管義務を生じるように読めないわけではないが、立法趣旨に鑑みれば、本条の適用場面は、見本売買に限られると解されている²⁷⁰。

仲立人がこの義務に違反したときは、当事者に対して損害賠償責任を免れえない。仲立人は、見本の保管につき、特約または特別の慣習がない限り、報酬を請求するものではない²⁷¹。この義務が、法律上課せられた当然の義務だからである。

4 - 2 - 3 - 3. 結約書交付義務

仲立人は、その媒介が効を奏し、契約が成立したときは、遅滞なく「結約書」と称される書面を作成し、各当事者にこれを交付しなければならない。結約書は、仕切書・契約証・締結書などとも称される。結約書に記載すべき事項は、各当事者の氏名または商号、行為の年月日、契約の要領（契約内容としての重要事項）、である。仲立人は、この書面に署名した後これを交付しなければならない（以上、商 546）。ただし、当事者が黙秘を命じた場合には、上記の事項を結約書に記載してはならない（商 548）。

なお、民間事業者等が行う書面の保存等における情報通信の技術の利用に関する法律（電子文書法）（平成 16 年（2004 年）法律第 149 号）4 条 1 項は、書面による保存に代えて電磁的記録による保存を認める意義が失われないよう、電磁的記録による保存の対象となる書面について、政令の定めるところにより、電磁的記録をもって作成することができる旨を規定している。これを受けて、商法施行規則 10 条が、結約書を電磁的記録をもって作成することができる旨、その作成方法を、同 11 条が、これを電磁的記録をもって交付することができる旨、その交付の方法等を、それぞれ規定している。

結約書は、契約成立の事実および契約内容を明確にし、当事者間の紛争を防止すべく仲立人が作成する証拠書類・証拠記録である。したがって、結約書の作成は、契約の当事者間の契約成立の要件でもなく、当事者間で作成される契約書でもない。ただし、仲立人が当事者間の契約書に関与し自らそれに署名することにより、契約書に結約書を兼ねさせることを妨げるものではない²⁷²。

270 近藤・同前。

271 平出・注（251）前掲 356 頁。

272 江頭・注（256）前掲 226 頁。

仲立人は、結約書の記載・記録が正確であることを担保し、記載・記録に誤りがあったことにより契約当事者間に損害が生じた場合には、損害賠償責任を負わなければならない²⁷³。

仲立人の媒介により成立した契約が、期限付または条件付等のために直ちに履行されるものでない場合には、仲立人は、各当事者に結約書への署名を求めたうえで、それを相手方に交付して、結約書の交換を行わなければならない(商 546)。また、当事者の一方が結約書の受領または署名を拒否したならば、仲立人は遅滞なく相手方にその通知を発ししなければならない(商 546)。このような場合は、拒絶した一方の当事者に何らかの異議があるものと認められるのが通例であろうから、他方の当事者に速やかに適当な処置をとらせる趣旨である。

4-2-3-4. 仲立人日記帳の作成・謄本交付義務

仲立人は、帳簿を備え、これに仲立人の媒介によって成立した契約の各当事者その他結約書に記載・記録すべき事項を記載・記録して、これを保存しなければならない(商 547。この帳簿もまた電磁的記録による作成が認められる(商施規 10、11 参照))。この帳簿を「仲立人日記帳」と称する。仲立人をして、自己の媒介により他人間に成立した契約につき証拠を保全せしめる趣旨である。

上のような趣旨であるから、仲立人日記帳は、仲立人の財産状態を明らかにする商業帳簿ではない。したがって、小商人たる仲立人も、仲立人日記帳作成義務を負う。商業帳簿ではないけれども、仲立人日記帳は、証拠書類として営業に関する重要な書類といえるから、商法 19 条 3 項の類推適用により、10 年間の保存義務があると解すべきである²⁷⁴。

仲立人は、各当事者の請求があれば、何時でもその帳簿中の関係部分の謄本・これに代わるファイルを交付しなければならない(商 547、商施規 11)。

仲立人日記帳の記載・記録は、結約書の内容と一致するはずであるが、両者が食い違っている場合、いずれかが優先するわけでもなく、当事者はそのいずれとも異なる事実を他の証拠によって主張することも妨げられない。仲立人日記帳の記載・

273 平出・注 (251) 前掲 357 頁、森本編・注 (253) 前掲 107 頁 [洲崎博史]。

274 平出・同前 359 - 360 頁、森本編・同前 108 頁 [洲崎博史]、青竹・注 (4) 前掲 158 頁、近藤・注 (149) 前掲 181 頁、江頭・注 (256) 前掲 227 頁脚注 (2)。

記録は、一応の証拠能力を有するにとどまる²⁷⁵。

4-2-3-5. 氏名黙秘義務

仲立人は、当事者（委託者、その相手方の双方）から、その氏名または商号を相手方に示さないよう命じられたときは、その命令に従わなければならない、結約書および仲立人日記帳簿本・ファイルにもそれを記載・記録してはならない（商 548）。当事者は、匿名性を確保しておけば、交渉を有利に進めうる場合があり、相手方としても当事者を知る必要性に乏しい場合も少なくない。氏名黙秘義務は、受託者たる仲立人の善管注意義務の一環としての、委託者の取引上の秘密を守るべき義務を拡充したものと考えられる。

しかし、上のように、当事者が成約に至るまで氏名黙秘を通すことには一定の意義が認められるものの、これを超えて、成約の後に至っても、最後まで匿名を貫き通すことを認める商法 548 条の規整の必要性・実用性には疑問が呈されている²⁷⁶。

4-2-3-6. 介入義務

当事者による商法 548 条に基づく命令があると否にかかわらず、仲立人が当事者の一方の氏名または商号を相手方に示さなかったときは、仲立人は当該相手方に対して自ら履行をなす責任を負わなければならない（商 549）。これを「仲立人の介入義務」という。

仲立人は、成立した契約の当事者ではなく、無権代理人でもないから、本来その契約について履行責任を負うものでないこと、当然である。しかし、当事者の一方が匿名のまま取引がなされる場合には、匿名の当事者の支払能力または誠実な債務の履行意思について、何らかの担保的裏付けが必要となる²⁷⁷。そこで商法は、当事者の一方を匿名にした場合には、その相手方を保護するため、当事者が履行しないときに、とくに仲立人は、介入の意思表示をすることなく、当然に履行の責任を負うこととしたのである。したがって、仲立人が介入義務を履行したとしても、相手方に対して反対給付を請求する権利を取得するわけではない。仲立人は、匿名の当

275 田邊・注 (31) 前掲 257 頁。

276 青竹・注 (4) 前掲 159 頁、平出・注 (251) 前掲 361 頁、森本編・注 (253) 前掲 108 - 109 頁 [洲崎博史]、江頭・注 (256) 前掲 227 - 228 頁。

277 青竹・同前参照。

事に代わって単にその債務を履行する義務を負担するにとどまるのである。もっとも、履行義務を果たした仲立人は、その責めを免れた匿名の当事者に対して求償をなすことができる²⁷⁸。

仲立人の介入義務は、匿名の当事者と相手方との間に契約が成立すれば直ちに生じるものであり、契約成立後相当の期間内に仲立人が当事者の氏名または商号を開示しても、相手方は仲立人に対する履行請求権を失うものではないと解されている²⁷⁹。

4 - 2 - 4. 仲立人の権利

4 - 2 - 4 - 1. 報酬請求権

仲立人は商人であるから、特約がないときでも、その媒介行為について相当の報酬を請求できる(商 512)。この報酬を「仲立料」という。ただし、別段の意思表示または慣習がない限り、仲立人は、委託者に対し、媒介行為に要した費用の償還を求めることができない²⁸⁰。仲立料には、仲立人が媒介をなすにあたって支出した費用が当然に含まれていると解されるのが通例だからである。

仲立人は、自己の媒介によって当事者間に有効に契約が成立し、その効力が生じたときに限り、仲立料の支払いを請求できる(商 550)。したがって、無効・取消事由のごとき瑕疵がある契約であってはならず、停止条件付の場合には条件が成就しなければならない²⁸¹。しかし、特段の合意がない限り、契約が履行されたか否かは問わない(大判明治 41 年(1908 年) 7 月 3 日民録 14 輯 820 頁)。すなわち、仲立人の仲立料支払請求権の発生は、仲立人の尽力により、仲立契約で定められたものと同一性が認められる契約が成立することが要件となる(成功報酬性)。しかし、仲立人が媒介行為に着手した後、契約について当事者の合意が形成される寸前にまで到達していないが、当事者が仲立料の支払いを免れるべく当該媒介に係る仲立契約を解除して、直接に当事者間で契約を成立させた場合には、停止条件の成就

278 平出・注(251) 前掲 361 - 362 頁。

279 江頭・注(256) 前掲 228 頁。

280 弥永・注(129) 前掲 121 頁。

281 平出・注(251) 前掲 363 頁。

を故意に妨げた場合に関する民法 130 条の趣旨を類推し、または信義則に照らし、仲立人は仲立料を請求できるものと解される²⁸²（最判昭和 45 年（1970 年）10 月 22 日民集 24 卷 11 号 1599 頁）。

上記の理は、民事仲立人についても妥当しよう²⁸³。

仲立料は、当事者双方が平分して、すなわち半額ずつ負担しなければならない（商 550）。この規定は、当事者間の内部的負担関係を定めたものではなく、特約がない限り、仲立人が当事者の双方に直接に仲立料の半額ずつを請求できる趣旨を定めたものである²⁸⁴。よって、当事者間で報酬の分担を別に定めても（この約定は当事者間では当然に有効である）、仲立人に対抗することができず、仲立人は当事者の双方に半額ずつ請求することができる²⁸⁵。すでに述べたように（本章 4 - 2 - 3 - 1）、媒介の利益を当事者双方が享受するがゆえに、この規定は、仲立人が委託者のみならず相手方に対しても公平にその利益を図らなければならないという仲立人の特別な義務を負う根拠とも位置づけられるのである。

しかし、民事仲立人には、商法 550 条 2 項の規定は類推適用されない。民事仲立人は、紛争防止のための義務や氏名黙秘・介入義務など仲立人に特有の義務を負わないからである²⁸⁶。換言すれば、商法 550 条 2 項の請求権は、仲立人がこのような義務を負うことに鑑み、とくに法によって認められた特別の効果によるものであるからである。

4 - 2 - 4 - 2. 給付受領権限

仲立人は、媒介という事実行為を引き受けるにすぎないのであるから、別段の意思表示または慣習がない限り、その媒介した行為につき、当事者のために支払いその他の給付を受ける権限を有しない（商 544）。すなわち、当事者のいずれかが、仲立人に対して支払いその他の給付をなしても、それは相手方に対する債務の履行にはならない。ただし、当事者が仲立人にその氏名または商号の黙秘を命じたとき

282 同前 364 頁、近藤・注（149）前掲 183 頁、森本編・注（253）前掲 110 頁 [洲崎博史]。

283 江頭・注（256）前掲 230 頁参照。

284 青竹・注（4）前掲 160 頁、弥永・注（129）前掲 122 頁、近藤・注（149）前掲 183 頁、平出・注（251）前掲 364 頁。

285 近藤・同前。

286 平出・注（251）前掲 365 頁、江頭・注（256）前掲 230 頁。

は、給付受領権限を仲立人に与える旨の意思表示があったものと解される²⁸⁷。

4-3. 問屋

4-3-1. 問屋の意義

問屋とは、自己の名をもって、他人のために、物品の販売または買入れをなすことを業とする者である（商 551）。

すでに述べたように（第1帖第3章2-2-12）、自己が法律行為の主体となって、他人の計算において（行為の経済的効果を他人に帰属させて）、法律行為をなすことを引き受けることを「取次ぎ」という（商 502）。問屋は、物品の販売または買入れという法律行為の取次ぎを行うことを業とする者であるから、固有の商人である（商 4）。これらの引受けを行うことにより手数料を取得することを業とするのである。ここでいう「物品」には、有価証券を含むと解するのが判例であり（最判昭和32年（1957年）5月30日民集11巻5号854頁）、通説もこれを認めているが²⁸⁸、今日にあっては、有価証券を進化せしめた、電磁的方法による処理を施された社員権・債権なども含むと解さなければならないであろう。すなわち、「物品に相当する財産的価値を有する電子情報」をも含むと解すべきである。一方で、ここでいう「物品」に不動産は含まれない²⁸⁹。

問屋は、不特定の顧客（商人であるとは限らない）のために物品の売買の取次ぎを業とするのが通例であるが、特定の商人と継続的關係に立つことを妨げるものではない。特定の商人と継続的關係に立つ場合、この者を「取次代理商」と称することもあるが、これも問屋の1種であって、代理商ではない²⁹⁰。

なお、日常、卸売業者に対して同様の漢字を当て、「問屋（とんや）」と称するが、卸売商は自己商であるから、商法上の「問屋（といや）」でないこと、いうまでもない。

287 平出・同前 367 頁、青竹・注 (4) 前掲 160 頁、森本編・注 (253) 前掲 111 頁 [洲崎博史]。

288 森本編・同前 115 頁 [小林量]、弥永・注 (129) 前掲 122 頁、近藤・注 (149) 前掲 184 頁、江頭・注 (256) 前掲 234 頁。

289 江頭・同前 235 頁脚注 (1)。

290 鴻 = 河本 = 北澤 = 戸田編・注 (36) 前掲 243 頁 [鴻常夫]。

問屋は、仲立人と同様、補助商として、一般商人（会社を含む）の企業活動の範囲を拡大するための補助機関として機能する。商人は、問屋を利用することによって、支店設置の冗費を節約できるばかりでなく、代理商を利用する場合のように権限の濫用を心配せずに済むし、問屋と取引をする相手方も、委託者本人の信用や代理権の有無を調べる必要がなく、双方とも安心して取引をすることができる。加えて、商人でない一般人も問屋の信用・手段を活用することができ、また、匿名で商機を利用することもできるし、さらに、問屋から金融を受けることもできる²⁹¹。このような問屋の経済的機能の重要性から、西原寛一は、ドイツにおける研究の成果から生じた表現を借りて、問屋制度は「近代商業の心髄」とさえいわれると述べている²⁹²。

現代社会における問屋の典型例は、金融商品取引法上の金融商品取引業者（金商取 2 〃、133）や商品先物取引法上の商品先物取引業者（商先取 2 〃、216）である。

物品の販売または買入れ以外の行為の取次ぎをなすこと（たとえば、出版・広告の取次ぎなど）を業とする者は、問屋ではないが、問屋に関する商法の規定が準用される（商 558）。かかる取次業者を「準問屋」と称する。商法は、取次ぎの目的行為が物品運送契約であるときは、これを一般の準問屋と区別して「運送取扱人」とし、問屋に関する規定を準用するほか、別に規定を設けている（商 559～568）。

4 - 3 - 2. 問屋と委託者との関係

問屋が、その委託者から、物品の販売または買入れの委託を引き受ける契約を「問屋契約」という²⁹³。問屋契約は、委託者にとって、販売または買入れという法律行為をなすことを委託する契約であるから、紛うかたなく、委任契約そのもので

291 同前 243 頁 [鴻常夫]。

292 西原・注 (9) 前掲 145 頁。問屋の沿革については、同前 242 頁 [鴻常夫]、田邊・注 (31) 前掲 262 - 263 頁などの記述が簡明である。

293 問屋がなす、問屋契約の勧誘行為につき、商法は特段の規定を設けていないが、業法中（金融商品取引法・商品先物取引法など）に規制が設けられている。問屋が受託する取引には、高リスクの取引が含まれるので、判断力の乏しい顧客を保護する趣旨である。詳細は、青竹・注 (4) 前掲 164 - 165 頁、江頭注 (256) 前掲 239 - 240 頁。

ある(民643)。それゆえ、問屋と委託者との間には、当然に委任に関する規定が適用される。商法552条2項は、「問屋ト委託者トノ間ニ於テ八本章ノ規定ノ外委任及ヒ代理ニ関スル規定ヲ準用ス」と規定しているが、同条同項によって問屋契約に委任の規定が準用されるのではない。同条同項は、正確には、問屋契約に、委任の規定を適用し、代理の規定を準用するとの趣旨である²⁹⁴(最判昭和31年(1956年)10月12日民集10巻10号1260頁)。

委託者と第三者との関係に着目すれば、本来、問屋と代理は、その法形式をまったく異にする。しかし、問屋と委託者との関係に着目すれば(その内部関係に限って観れば)、問屋は、通常の代理の場合と同様に、委託者の計算において売買をなすから、商法は、かかる経済的実質および当事者が達成しようとする意図するところを考へて、問屋と委託者との間においては、代理に関する規定を準用すると規定した。問屋を「間接代理」と呼ぶのもこのような実質があればこそである²⁹⁵。法律上の代理ではなく、経済上の代理に着目した表現である²⁹⁶。したがって、商法552条2項の規定は、問屋と委託者との間においては(その内部関係においては)、問屋が行った売買の効果が当然に委託者に帰属するものとした趣旨と解されている²⁹⁷。すなわち、問屋においては、問屋自身の名によって売買が行われるから、対外的には、問屋による何らかの行為がない限り、売買の法的効果は委託者に帰属しないはずである。しかし、委託者と問屋という内部関係に限っては、商法552条2項により民法99条の準用を認めて、問屋の取得した権利は特別の権利移転行為がなくても当然に委託者に帰属することになる²⁹⁸。

代理人はやむをえない事由があるときは復代理人を選任できるとする民法104条および代理人は復代理人の選任および監督について本人に対して責任を負うと定める民法105条は、問屋契約における問屋と委託者との間にも準用されると解されている²⁹⁹。それゆえ、やむをえない事由があれば、問屋は、自らの名において、再委

294 田邊・注(31)前掲264頁。

295 近藤・注(149)前掲186頁。

296 西原・注(9)前掲145頁参照。

297 田邊・注(31)前掲264頁、平出・注(251)前掲397頁。

298 弥永・注(129)前掲123頁、近藤・注(149)前掲186頁。

299 田邊・注(31)前掲264頁。

託をなすことが可能である。しかしながら、物品の販売の委託を受けた問屋が別の問屋に販売を再委託した場合に、当初の委託者は、民法 107 条 2 項の準用により、再委託を受けた問屋に対して直接権利を主張することはできない（最判昭和 31 年（1956 年）10 月 12 日民集 10 卷 10 号 1260 頁）。再委託を受けた問屋は、委託者本人からではなく、委託者が委託をなした問屋から販売委託を受けたのであって、委託者は再委託を受けた問屋と直接法律関係に立つわけではないから、両者の間に、直接法律効果が生じることはいえぬ。すなわち、民法 107 条 2 項の準用は否定される。

繰り返し述べるように、商法 552 条 2 項は、問屋と委託者との内部関係について、民法の代理規定を準用しようとしている。それゆえ、問屋が委託者の委託に基づいて取得した物品の権利は、委託者との関係では当然に委託者に帰属することになる。それでは、問屋の債権者と委託者との関係でも上の理が妥当するであろうか。仮に、委託者が売買の効果は自己に帰属していると主張できる範囲を問屋に限るとすれば、たとえば、委託者から物品の買入れの委託を受け、売買契約を締結した後問屋が破産手続開始の決定を受けた場合には、問屋から権利移転を受けていない委託者は、問屋の債権者に対して自己の権利を主張することができず、取戻権（破 62）を有しないことになる。また、同様の場合に、問屋の債権者がする強制執行に対して、第三者異議の訴え（民執 38）もできないという結果になる。

かつては、わが商法が特段の規定を置いていない以上、問屋からの第三者対抗要件を具備した移転行為がなされない間に、問屋が破産手続開始の決定を受けたからには、委託者の取戻権を基礎づける実体法上の根拠を欠くことになるから、いったん問屋に帰属した買入物品が破産財団に取り込まれるのも、解釈論としてやむをえないと解するのが趨勢であった³⁰⁰。とりわけ田中誠二は、委託者が問屋制度の利点を利用するからには、そこから生じる危険ないし損害を負担するのはやむをえないこと、問屋は株式会社のごとき代替物を営業の対象とすることが通常であり、また代金たる金銭も代替物であるから、問屋の買入れた物品・有価証券またはこれらを買入れもしくは売却する対価たる金銭は、問屋の他の資産と混同して区別困難のことが

300 小町谷操三『商行為法論』（有斐閣・1943 年）223 頁。

多く、これが直ちに委託者の所有もしくは占有に属すると解するのは困難な場合が少なくないこと、を挙げ、問屋の債権者の中には、当該実行行為（委託に基づく買入行為）以外の実行行為の相手方がすべて入るのであるから、かかる債権者の保護は委託者の保護に優先すべきであると説いている³⁰¹。

これに対し、現在の学説は、鴻常夫の述べる以下の視座を基調に（おそらく、この記述が紹介するに最も明快かつ適当であろう）、かつての趨勢を覆すことを試みている。次のとおりである。なるほど、自己の名をもって第三者と物品の売買契約をするという取次ぎの法律的形式の尊重ということも大事なことであるが、しかし、それにもまして、経済的利益の所在という実質を同時に考慮しないわけにはいかないのである。ことに、この場合は、問屋の債権者は、問屋の業務の性質上、問屋の許にある財産のすべてを一般的な担保として期待すること自体がおかしいし、当該財産について実質的な権利者として具体的な利益を有している委託者の犠牲においてまで、問屋の債権者の利益を保護しなければならない必要は存しないとも考えられるからである³⁰²。

上のような実質的衡量を重んじて、現在の有力説は、次のように解している。すなわち、商法 552 条 2 項にいう「問屋ト委託者トノ間」とは、外部関係すなわち「問屋（または委託者）と売買契約の相手方との間」との関係に対比せしめる意で用いられたものであって、同条同項の「問屋」という文言は、委託者との関係では、問屋自身のほか、その周囲に存在し、これと一体ををなす債権者群を含めて読むべきであるから、委託者は、問屋が物品上の権利を取得すると、問屋およびその債権者との関係において物品上の権利を取得することになる³⁰³。つまり、委託者は、「問屋の相手方に対しては」、問屋の取得した権利を直接に主張することができないが、「問屋の債権者に対しては」、これを問屋の人格の延長または問屋と一体をなすものと認めて、権利の主張を可能ならしめると構成するのである³⁰⁴。上のような解

301 田中誠二『新版商行為法（再全訂版）』（千倉書房・1974年）185 - 187頁参照。

302 鴻 = 河本 = 北澤 = 戸田編・注（36）前掲 246頁 [鴻常夫]。

303 鈴木竹雄「問屋関係に於ける委託者の地位（2）」法学協会雑誌 53 巻 4号（1935年）48 - 49頁参照。

304 西原・注（9）前掲 147頁参照。

積論の骨子を最初に提示したのは鈴木竹雄であって、昭和10年(1935年)のことであるから、相当に早い時期である。竹田省もまた、昭和6年(1931年)には、問屋に対する破産手続開始の決定があった場合には、形式的解釈によらず、経済的実質を重んじて委託者の利益を擁護すべき旨を示唆していることから³⁰⁵、先に紹介した鴻常夫の述べる視座は、かなり早い時期から商法学界に支持を拡大していたものと思われる³⁰⁶。

最高裁昭和43年(1968年)7月11日判決民集22巻7号1462頁も、株式の買入委託を受けた金融商品取引業者(証券会社)が、株式を買い入れた後、委託者の新株引受権を緊急に確保する必要上、自己に名義書換えをしたが、委託者へ株式譲渡手続を行う前に破産した事案において、「問屋が委託の実行として売買をした場合に、右売買によりその相手方に対して権利を取得するものは、問屋であって委託者ではない。しかし、その権利は委託者の計算において取得されたもので、これにつき実質的利益を有する者は委託者であり、かつ、問屋は、その性質上、自己の名においてではあるが、他人のために物品の販売または買入をなすを業とするものであることにかんがみれば、問屋の債権者は問屋が委託の実行としてした売買により取得した権利についてまでも自己の債権の一般的担保として取得すべきではない」と判示し、委託者の取戻権を認めている。

委託者が取戻権および第三者異議の訴えを行使するためには、物品・債権・金銭は何らかの方法で委託者のために特定されていなければならない³⁰⁷。

4-3-3. 問屋と第三者との関係

問屋が、委託者からの委託に基づき、その実行行為として第三者との間でなす売買契約は、相手方たる第三者に対し、問屋自身が売主または買主として、権利を得、

305 竹田省『商行為法』(弘文堂書店・1931年)138-139頁。

306 石井照久の視座もまた、その基調において鴻常夫と同じである。石井照久『商法(改訂版)』(勤草書房・1959年)56-57頁。

307 青竹・注(4)前掲167頁。金融商品取引業者は、顧客から預託を受けた証券または金銭については業者自身の財産と分別して管理しなければ取次ぎを行ってはならないとされている(金商取40の3)。これにより顧客の権利対象が特定されることで、業者が破産手続開始の決定を受けた場合に顧客の権利が保全されることになるが、業者が分別保管義務に違反した場合には、委託者は取戻権を行使できなくなる。

義務を負うことになる(商 552)。

問屋は自己の名をもって売買を行うのであるから、問屋と第三者との間では法的形式が重視されること、当然である。したがって、売買契約の成立およびその効力に関する事情については、原則として、問屋の事情のみに着目して判断すべきことになる。たとえば、契約の成立または効力に影響を及ぼすべき意思の不存在、瑕疵ある意思表示、ある事実の知・不知なども、委託者ではなく、問屋について決せられるのが原則である³⁰⁸。この原則を貫けば、委託者が相手方に対して詐欺や強迫を行ったり、相手方が委託者に詐欺や強迫を行っても、問屋と相手方との契約は、影響を受けることがないはずである³⁰⁹(詐欺の場合には、民法 96 条 2 項により、第三者の詐欺となる)。しかし、法形式に由来する上の原則を厳格に貫くと、取引の経済的実質との乖離から不都合が生じうることを理由に、委託者が相手方に対して詐欺を行って問屋との売買契約を成立させた場合には、民法 96 条 2 項の単なる第三者の詐欺として処理するのではなく、契約当事者の詐欺として取り扱うべきであるとの見解がある³¹⁰。江頭憲治郎、青竹正一などがこの見解を支持している³¹¹。さらに、問屋が委託者の指図に基づいて売買契約を締結した場合には、たとえ問屋が契約の効力や成立に影響のある事情について善意(不知)であっても、委託者が悪意であったり、過失によりこれを知らなかったのであれば、民法 101 条 2 項を類推適用して、問屋は、自己の不知を相手方に対して主張できないというのが趨勢である³¹²。

相手方が問屋との売買契約に基づく債務を履行しないときは、問屋に生じる損害は、後に述べる商法 553 条所定の履行担保責任を除けば、手数料相当額にすぎない。実質的に損害が生じるのは委託者である。ところが、委託者は第三者とは直接の法律関係がないので、損害賠償を請求することができないことになる。そこで、上の場合においてもまた、経済的実質を重視すべきことを理由に、問屋が相手方に対し、

308 青竹・同前 168 頁、田邊・注 (31) 前掲 269 - 270 頁、江頭・注 (256) 前掲 257 頁。

309 近藤・注 (149) 前掲 188 頁参照。

310 江頭・注 (256) 前掲 257 頁。

311 同前、青竹・注 (4) 前掲 168 頁。

312 江頭・同前 258 頁、青竹・同前、近藤・注 (149) 前掲 188 頁。

委託者に生じる全損害を自己の名において賠償請求できるものと解されている。問屋は第三者に対し債務の履行を請求できるところ、債務不履行による損害賠償請求は、債務の履行請求に代替すべきものであるからである³¹³。

4-3-4. 問屋の義務

4-3-4-1. 一般的義務

繰り返し述べるように、問屋契約の法的性質は委任であるから、問屋は委託者に対し、受任者として善管注意義務を負う（民 644）。すなわち、委託者に最も利益になるような方法で物品の売買を行い、かつ、委託者に買入物品または売却代金の引渡しを行う義務を負うことはもちろん、必要に応じて、物品の保管、委託者に帰属すべき権利の保全（たとえば商 526 の検査通知義務の履行など）等の措置をとらなければならない³¹⁴。また、委任の本旨から、委託者の指図があるときは、問屋はその指図に従うことを要し、これに従わないときは、委託者は当該売買が自己のために（自己の計算で）なされたことを拒否したり、損害賠償を請求できる³¹⁵。

4-3-4-2. 通知義務

問屋が委託者のために物品の販売または買入れをしたときは、遅滞なく委託者にその通知を発しなければならない（商 557 27）。委託者の請求を待たずに通知義務があること、代理商と同様である（本章 4-1-2-2）。この通知は、単に販売または買入れをしたことのみならず、その売買の相手方、時期、内容などを含むべきものと解される³¹⁶。

4-3-4-3. 指値遵守義務

問屋は、委託者の指図に従うことを要するのであるから、委託者が物品の売買の価格について具体的に指図をしていた場合には、これに従う義務がある。この義務を「指値遵守義務」という。すなわち、指値の指定は、単なる希望価格ではなく、その指値未満の価格での販売または指値を超える価格での買入れを委託しない旨の

313 近藤・同前、田邊・注（31）前掲 270 頁。

314 江頭・注（256）前掲 243 頁。

315 青竹・注（4）前掲 169 頁。

316 田邊・注（31）前掲 267 頁、森本編・注（253）前掲 117 頁【小林量】。

意思表示である³¹⁷。なお、一定の値幅を指定し、その範囲内で問屋の裁量により売買をなすべき指図を「計らい」と称するが、これも広義には指値に含まれる指図と解されよう。以上に対し、委託者が売買価格を問屋に一任することを「成行」と称する。

委託者が売買につき「指値」をしたならば、問屋がこの義務に反して、指値より廉価で販売し、または指値より高価に買入れをした場合には、その委託者は、当該売買の結果を引き受けることを否認することができること、当然である。

しかし、問屋が指値より安く販売し、または指値より高く買入れをなしても、その差額を問屋が自ら負担するときは、その売買は委託者に対して効力を生じる（商554）。問屋がその差額を負担すれば、結局、委託者は指値で売買が実行されたのと同様の経済的効果を楽しむことができるからである。問屋の側も、差額を負担しても報酬を得たほうが有利な場合がありうるからである³¹⁸。ただし、問屋の側に差額の負担を申し出て委託者にその実行行為の効果を帰属せしめる権利が与えられているのであって、委託者の側から差額を負担するよう問屋に請求する権利は認められていない。委託者としては、問屋が差額の負担を申し出ない限り、問屋の実行行為の引受けを否認する他ない³¹⁹。

問屋の差額負担は、問屋の賠償責任を免れさせるものではない。商法は、問屋に指値の不遵守があっても差額を負担すれば取引の効果が委託者に及ぶ旨を定めただけで、委任契約違反による損害賠償請求権は、効果の帰属とは別の問題だからである³²⁰。

問屋が指値よりも委託者にとって有利に売買を行った場合、その利益は原則として委託者に帰属する。委託者の計算において問屋の手腕を利用するのが問屋制度であるからである³²¹。

317 田邊・同前参照。

318 江頭・注(256)前掲244頁参照。

319 田邊・注(31)前掲266-267頁。

320 青竹・注(4)前掲170頁。

321 同前。

4-3-4-4. 履行担保責任

問屋は、反対の特約または慣習がない限り、委託者のためになした販売または買入れにつき、相手方がその債務を履行しない場合には、自ら履行をなす責任を負う(商 553)。

問屋は、本来、委任の本旨に従い善良な管理者の注意をもって相手方を選択して販売または買入れをなした以上は、相手方に履行の請求をすれば足り、相手方の不履行についてまで、委託者に対して当然に責任を負うべきものではないはずである。しかし、問屋が委託に基づいてなす売買は、委託者の計算においてなされるから、相手方の不履行により実際に損害を被るのは委託者である。ところが、当該売買は問屋の名においてなされるので、委託者と相手方との間には直接の法律関係がなく、委託者は問屋をして相手方に請求せしめるか、問屋から相手方に対する債権の譲渡を受けて自ら請求するといった迂遠な方法を強いられることになる。それゆえ商法は、委託者を保護して問屋制度の信用を確保するという政策的理由により、問屋に上のような履行担保責任を課すことをとくに規定したのである³²²。この制度は、問屋の重い責任が高報酬としてはね返る危険^{はら}を孕むものとして、立法論として反対が強いといわれている³²³。

問屋の履行担保責任は、その性質上、当然に代替給付が可能な債務に関するものである。その内容および範囲は、相手方が問屋に対して負担する義務と同一である。問屋は、代金の支払いまたは物品の給付という売買契約上の基本的債務に限らず、瑕疵担保責任等の付随的義務についても、相手方の不履行につき委託者に対して履行の責任を負わなければならない³²⁴。

相手方が問屋に対して主張しうる抗弁を有するときは、問屋は委託者に対してこの抗弁を主張することができる。繰り返し述べるように、問屋の責任の内容が、相手方が問屋に対して負担するのと同じものだからである。ただし、その抗弁が、問屋の委託者に対する善管注意義務違反に基づくものであるときは、問屋は、これ

322 以上、平出・注(251)前掲394-395頁参照。

323 江頭・注(256)前掲248頁。

324 同前、平出・注(251)前掲396-397頁参照。

商法教授方法に関する研究手帖 (6)

を委託者に対抗しえないものと解される³²⁵。

問屋の負担すべき上のような履行担保責任は、相手方が債務を履行しないときに相手方と同一の義務を負うことを要するものであるから、保証債務に類似する。しかし、相手方と委託者との間に主たる債務に相当する法律関係が何ら存在しないから、問屋の責任は、法定の特別責任ということになる³²⁶。問屋のこの責任は無過失責任である³²⁷。

4 - 4 - 4. 問屋の権利

4 - 4 - 4 - 1. 一般的権利

問屋は商人であるから、民法 648 条 1 項の定めにとらえず、自己の営業の範囲内で行った行為につき、委託者に対する報酬請求権を有する (商 512)。ただし、報酬の請求は、委託の実行の後でなければ、これをなすことができない (民 648 本文)。

問屋が委任事務を処理するために要する費用・要した費用については、民法および商法の定めに従って、委託者に対し、前払請求・償還請求等をなすことができる (民 649、650、商 513)。

4 - 4 - 4 - 2. 留置権

問屋が、委託者のために販売または買入れを行ったことにより生じた債権の弁済期が到来しているときは、別段の意思表示のない限り、問屋は、その弁済を受けるまで、委託者のために問屋が占有する物または有価証券を留置することができる (商 557 31)。代理商の留置権 (本章 4 - 1 - 2 - 4) と同様の趣旨に出たものである。

4 - 4 - 4 - 3. 供託・競売権

問屋が買入れの委託を受けた場合において、委託者が買入れた物品を受け取ることを拒み、または受け取ることができないときは、問屋は、その物品を供託することにより、または、相当の期間を定めて受領の催告をした後に当該物品を競売し、その代価を供託することにより、委託者に対する買入物品引渡債務を免れることが

325 平出・同前 396 頁。

326 青竹・注 (4) 前掲 171 頁。

327 平出・注 (251) 前掲 396 頁。

できる（商 556 524 ・ 本文）。買入物品が損敗しやすいものであるときは、催告を要することなく、これを競売することができる（商 556 524 ）。進んで問屋は、その競売代金の全部または一部を委託者に対する報酬請求権の弁済に充当することができ、買入代金およびその他の費用等の立替えをしているときは、その費用償還請求権の弁済に充当することもできる（商 556 524 ただし書）。買入委託にあたっては、問屋の地位は、委託者に対する関係で、商事売買における売主の地位に類似することから、問屋に上記のような保護を与えたものである（商事売買における売主の供託権・自助売却権については、第 4 帖上の巻で記述の予定）。

平出慶道は、立法論としては、問屋の自助売却権を民事執行法（昭和 54 年（1979 年）法律第 4 号）による競売に限るのは狭きに失し、取引所の相場がある物品については、その相場で任意に売却しうものとするべきであると主張している³²⁸。

4 - 4 - 4 - 4. 運送中の物品の取戻権

買入委託を受けた問屋が、買入物品を委託者の許へ発送した場合に、委託者が問屋に対する債務を弁済しておらず、かつ、到達地において当該物品を受け取らない間に、委託者が破産手続開始の決定を受けたときは、問屋はその物品を取り戻すことができる（破 63 ）。この権利もまた、問屋が商事売買における売主に類似した地位にあることから認められた権利である。物品の占有の回復により、問屋に留置権（商 557 27）が生じる³²⁹。

4 - 4 - 4 - 5. 介入権

問屋は、委託者からの委託に基づいて、第三者と売買を行うのが通常の姿であるが、当該売買が公正に行われる限り、相手方の何如は特段に問題とならない。そこで商法は、問屋が取引所の相場のある物品の販売または買入れの委託を受けたときは、自らが買主または売主になることができるとした（商 555 前段）。これを「問屋の介入権」という。すなわち、問屋が自ら契約の相手方を兼ねることによって契約を成立させることができる権利である。

問屋が委託者に対して自ら買主または売主となることは、問屋と委託者との間に

328 同前 400 - 401 頁。

329 江頭・注（256）前掲 252 頁。

利益相反の関係を生じるから、一般的には認められるべきではない。しかし、販売または買入れの公正が保障され、委託者の利益を害するおそれのないことが明瞭である場合には、問屋が買主または売主になっても支障はなく、かえって、問屋および売主の双方にとって有利なこともある³³⁰。たとえば、問屋が自己商を兼ねていて買入れの委託を受けた物品を自ら所有する場合や、販売の委託を受けた物品と他から買入れの委託を受けた物品が一致する場合に、問屋が委託の実行として買主または売主となることができれば、問屋にとって便宜であるのみならず、委託者にとっても委託が迅速に実行されるという利益がある³³¹。それゆえ商法は、売買の公正が保障される一定の要件の下に、問屋の介入権を認めたのである。この権利は、1種の形成権に属する³³²。

問屋が介入しうするためには、以下の要件を満たさなければならない。すなわち、当該物品に取引所の相場があることを要する。介入の時点において相場があることを要し、委託にあたって売買をなすべき地の指定があるときは、その地において取引所の相場があること、売買地の指定なきときは、問屋の営業所の所在地において取引所の相場があること、が必要である³³³。価格の点で委託者の利益を害するおそれがない客観的指標を必要とするとの要件である。委託者が明示または黙示に介入を禁じていないことを要する。委託者が販売先や買入先を指定しているときは、介入することができない。介入禁止のあることについての立証責任は委託者側にある³³⁴。問屋が、委託された行為を実行していないことを要する。売買契約締結後には、介入の余地がない。法によって介入が禁止されていないことを要する。問屋が顧客から取引所における取引をなすことの委託を受けた場合には、取引の市場集中を図る目的から、特別法により、問屋の介入権の行使が禁じられていることが多い³³⁵（のみ呑行為の禁止、商先取 212 など）。これには、投資家保護とともに市場価

330 平出・注 (251) 前掲 401 頁。

331 同前、青竹・注 (4) 前掲 172 頁。

332 西原・注 (9) 前掲 150 頁。

333 近藤・注 (149) 前掲 192 頁。

334 鴻 = 河本 = 北澤 = 戸田編・注 (36) 前掲 249 頁 [鴻常夫]。

335 江頭・注 (256) 前掲 245 頁。

格の公正な形成を図るという目的もある³³⁶。もっとも、特別法による介入権行使の禁止に違反した場合にも、介入権の私法上の効力は原則として有効と解されているから³³⁷（東京高判昭和44年（1969年）8月29日高民22巻5号637頁）、この要件は、上記「ないし」と次元を異にする。

介入は、介入する旨の問屋からの意思表示が委託者に到達することによってその効力を生じる。介入権が形成権たるゆえである。通知の方法に制限はない。売買の価格は、当該意思表示に係る通知を発した時の取引所の相場によって定まる（商555 後段）。介入の時期について、商法は別段の規定を設けていないが、問屋は委託を受けた行為を善良な管理者の注意をもって適当な時期を選んで実行する必要があるから、この義務に違反しない時期に介入することを要し、もし、時機を失した介入をしたことにより、委託者の利益を害したときは、損害賠償義務を負担すると解すべきである³³⁸。

介入は、問屋が委託を実行する方法のひとつとして商法が認めるものであるから、一方で、これによって、委託が実行されたことになり、問屋は、委託者に対して、報酬支払請求権その他問屋固有の権利を当然に有することになる。他方で、問屋と委託者との間には売買関係が成立し、問屋は、委託者との関係では、自ら買主または売主となる。そうであるとすれば、代価以外の売買条件につき、委託者の事前の指図または慣習がないときは、売買に関する民商法の一般規定が問屋と委託者との間を規整することになる。たとえば、委託者に給付される物品の瑕疵担保責任、危険負担、検査通知義務に関する諸規定（民570、534～536、商526～528）が問屋・委託者間に適用される。

しかし、問屋が介入した場合の効果につき、売買関係を徹底させ、その構成を貫くと、問屋が他に相手方を求めて委託を実行した場合と異なり、委託者の保護に欠ける場面が生じる³³⁹。わけでも、買入委託の場合に、問屋が介入したときは、売買の構成を貫くと、委託者（買主）は、問屋（売主）からの売買目的物の所有権移転

336 鴻＝河本＝北澤＝戸田編・注（36）前掲249 - 250頁 [鴻常夫]。

337 江頭・注（256）前掲246頁脚注（7）。

338 鴻＝河本＝北澤＝戸田編・注（36）前掲249 - 250頁 [鴻常夫]。

339 平出・注（251）前掲406頁。

の對抗要件を具備するまでは、その所有権の取得を問屋（売主）の債権者に対抗しえないから、問屋（売主）の債権者の強制執行に対して第三者異議の訴え（民執38）が認められず、問屋（売主）が破産手続開始の決定を受けた場合にも取戻権（破62）が認められないことになり、すでに述べたような（本章4-3-2）、問屋が第三者から買入れをしたケースと較べると、委託者は明らかに不利益な立場を強いられることになる³⁴⁰。そこで、介入により、問屋は買入委託の実行として自己と売買契約を締結するものと解すれば、委託者は、問屋が他に相手方を求めて買入委託を実行した場合よりも不利益を受けることがないとの考え方が提唱されている。すなわち、問屋は、介入により、委託者の委託に従い、「委託者の計算において自己の名をもって自己と売買契約を締結する」と解するわけである³⁴¹。介入権の行使があると、問屋は、あたかも、1個の肉体中に2つの性格が出現したがごとき存在へと変容し、この異なる性格相互の間で、委託の実行行為たる売買契約が締結されることになる、といった観察である。かく記すれば、きわめて技巧的に過ぎる構成であることは瞭然であるが、この構成によって、委託者は、たとえ介入があっても、問屋と第三者との間で委託が実行されたと同様の地位に置かれることになるわけである。技巧的に過ぎるとはいえ、これに勝る解決のための理論は見出せない。

第6章 企業情報の公示

1. 商業登記制度 緒言

すでに商法の特質として述べたように（第1帖第1章5-2-6、5-2-7）、商法は、外観主義と並べて公示主義を重要な原則と位置づけている。

取引が広く一般公衆を相手として集团的・継続的に行われる場合には、取引上重要な事項を一般に公示することが、公衆保護のために必要であるばかりでなく、商人（会社を含む）自身の信用を維持するためにも有益である¹。そこで商法・会社

340 同前 407 頁参照、この他の委託者の利益が害される諸場面についても、同前 406 - 407 頁が詳しい。

341 同前 411 頁、なお、江頭・注 (256) 前掲 246 頁参照。

法は、商人に対し、営業主・事業主または営業活動・事業活動に関する一定の重要な事実や法律関係を登記事項と定め、これらの情報を国の機関である登記所（法務局、地方法務局など）に一元化して登記することとし、これらの事項を広く公衆に公示する制度を設けた²。これがすなわち「商業登記制度」である³。これによって、企業と何らかの法律関係を持つようとする場合には、それが企業として存在しているか（会社の法人格）、どのような形態でどの程度の資本金を有する企業が、誰が経営陣に加わっているか、当該企業を代表・代理して現われた相手方が正当な権限を有するかについて、登記を見れば知ることができるようになっていた⁴。資本主義経済社会に必要なものは「公正な競争」である。重要事項の公示は、公正な競争を支える原則のひとつである。

一般公衆の利益を重視すれば、企業に関して能う限り多くの事項が公示されることが望ましい。他方、企業の側も営業上・事業上の機密保持につき重大な利益を有することはいうを待たない。何を登記事項とすべきかは、両者の利益の調整の上に立って決定されなければならない。また、公示事項に第三者対抗力を認めるといった登記と私法的効力とを結合させる法政策を採用する場合には、取引の安全の保護という観点から、立法作業としての公示内容の選定に、高度の政策的判断が要求されよう。現在の商法・会社法が定める登記事項は、かかる高度の政策的判断によって選定されたものである⁵。

2. 商業登記の意義

商業登記とは、商人に関する一定の事項を商業登記簿に登載してする登記をいう（商業登記簿は、今日、原則として磁気ディスクによって調整されている）。商業登記簿には、商号登記簿、未成年者登記簿、後見人登記簿、支配人登記簿、株式会社登記簿、合名会社登記簿、合資会社登記簿、合同会社登記簿、

1 大隅健一郎『商法総則（新版）』（有斐閣・1978年）250頁。

2 関俊彦『商法総則総論（第2版）』（有斐閣・2006年）262頁参照。

3 その沿革については、田邊光政『商法総則・商行為法（第3版）』（新世社・2006年）133頁、大隅・注(1)前掲252-253頁参照。

4 田邊・同前。

5 森本滋編『商法総則講義（第3版）』（成文堂・2007年）140頁 [山田純子] 参照。

商法教授方法に関する研究手帖 (6)

外国会社登記簿、の9種類がある(商登6)。

すでに述べたように(第1章2-2-2)、有限責任事業組合は、権利能力は有しないものの、営利社団であり、これに商人資格を肯定してよい。よって、有限組合法中に規定のあるこの組合に関する登記も、商業登記の定義に該当するといふべきである。

たとえ商法の規定によってなされる登記であっても、たとえば船舶登記(商686)のように、商業登記簿になされるものでないものは、商業登記ではない⁶。

繰り返して述べるように、商業登記は、登記所という公的な機関に置かれるのである。加えて、商業登記法に依れば、何人であっても手数料を納付すれば、登記簿に記録されている事項を証明した書面の交付を請求することができるし(商登10)、事項の概要を記載した書面の交付を請求することができる旨が規定されている(商登11)。この結果、その公示機能は確実なものになっている。上で述べたとおり(本章1)、商業登記の機能は「公示」にあるのであり、公示のみならず権利変動の対抗要件の機能を持つ不動産登記とは機能が異なることになる⁷。ただし、企業担保法(昭和33年(1958年)法律第106号)に基づく企業担保権の登記は、商業登記簿である株式会社登記簿になされる(企業担保4)。企業担保は、商人たる株式会社と必然的に結びついた制度であるので、商業登記に属するが、これのみは、企業担保権という担保物権設定の効力発生要件として、特殊な商業登記であると位置づけられる⁸。

商法・会社法は、商業登記の実体法的関係およびこれに関連した若干の重要な手続的事項を定めるにとどまっている。登記手続等の詳細については、商業登記法および商業登記規則(昭和39年(1964年)法務省令第23号)が定めている。また登記事項の一部については、破産法、会社更生法(平成14年(2002年)法律第154号)なども定めを設けている。商法・会社法以外の法律によって定められている登

6 鴻常夫『商法総則(新訂第5版)』(弘文堂・1999年)282頁、近藤光男『商法総則・商行為法(第5版補訂版)』(有斐閣・2008年)39頁。

7 近藤・同前。

8 森本編・注(5)前掲141頁[山田純子]、鴻・注(6)前掲228-229頁参照。

記であっても、商業登記簿になされるものである限り、商業登記である⁹。

3. 商業登記事項

3-1. 絶対的登記事項、相対的登記事項

「絶対的登記事項」とは、当事者に登記すべき義務がある登記事項であり、「相対的登記事項」とは、登記できることは法定されているものの、それを登記するか否かは当事者の任意に委ねられている登記事項である。いずれにせよ、法定された事項以外の事項を登記することはできない。前者を「必要的登記事項」と、後者を「任意的登記事項」と、それぞれ呼ぶこともある。登記事項の多くは絶対的登記事項であるが、個人商人の商号のごときは相対的登記事項である。

絶対的登記事項、相対的登記事項は、未登記の事項に関する区別であり¹⁰、既登記事項に関しては（すなわち、一度登記してしまった事項に関しては）、登記した事項に変更を生じたり、その事項が消滅したときは、当事者は滞りなく変更または消滅の登記をしなければならず（商 10、個人商人の商号登記につき、商登 29）、その意味で既登記事項はすべて絶対的登記事項となる¹¹。

当事者に登記義務がある絶対的登記事項といえども、個人商人にあつては、これを怠つても、私法上の不利益を受ける（商 9）にとどまり、懈怠自体につき一般的な制裁が存するわけではない。会社にあつては、これを怠れば、私法上の不利益を受ける（会 908）にとどまらず、支配人の選任およびその代理権の消滅の登記を除き、登記を懈怠した責任者に100万円以下の過料の制裁が課せられる（会 976）。

行政区画等の名称の変更があつたときは、当然に変更登記があつたものとみなされる（商登 26）。

3-2. 設定的登記事項、免責的登記事項

「設定的登記事項」とは、法律関係の創設に係る登記事項である。支配人の選任

9 鴻・同前 229 - 230 頁。

10 関・注 (2) 前掲 263 頁。

11 田邊・注 (3) 前掲 124 頁。

商法教授方法に関する研究手帖 (6)

(商 22 前段)、会社の設立 (会 49、579)、社員または業務執行社員の入社 (会 912、913、914)、代表取締役の選定 (911)、代表執行役の選定 (会 911 ㉔八) などがこれにあたる。「免責的登記事項」とは、当事者が責任を免れるべき登記事項であり、支配人の退任 (商 22 後段)、社員または業務執行社員の退社 (会 912、913、914)、代表取締役の退任 (会 911)、代表執行役の退任 (会 911 ㉔八) などがこれにあたる。

4. 商業登記の手続

4-1. 当事者申請主義

登記すべき事項が存在する場合、当該事項に係る登記は、原則として当事者の申請により (当事者申請主義)、商業登記法の定めるところに従い、商業登記簿に登記する (商 8、商登 14)。登記事項が裁判によって生じた場合には、裁判所の囑託によって登記がなされることがあり (商登 15)、休眠会社の解散登記は、登記官の職権によってなされる (商登 72)。商号の廃止または変更があった場合のように、利害関係人により申請されることもある (商登 33)。

登記は、当事者の営業所の所在地を管轄する法務局もしくは地方法務局またはその支局もしくは出張所が、管轄登記所として、これを司る (商登 1 の 3)。登記事務を取り扱うのは、登記所に勤務する法務事務官のうちから、法務局または地方法務局長によって指定された登記官である (商登 4)。

登記の申請は、管轄登記所において書面をもってなされなければならない (商登 17)。一部の事項につき、申請書とともに電磁的記録による提出も認められる (商登 17)。登記申請の当事者は、個人商人であれば商人本人、会社であれば会社自体である。当事者の申請によるときは、個人商人にあってはその商人、会社にあっては代表者もしくは代理人が申請すべきことになっている (商登 17)。当事者の代理人によってなすこともでき、司法書士が代理して申請することが多い¹² (司書 3 参照)。

12 同前 125 頁。

4 - 2. 登記官の審査権

商業登記の申請があった場合に、登記官はどこまで踏み込んでこれを審査する権限があるか。この点につき、かつては「形式的審査主義」と「実質的審査主義」と称される学説上の対立があった。前者は、登記官は登記申請が形式上適法であるか否か、換言すれば、申請事項が法定の登記事項であるか否か、その登記所の管轄事件であるか否か、申請者が適法な申請者またはその代理人であるか否か、申請書およびその付属書類が法定の形式を具備するか否か、の諸点につき調査し、もし不適法であれば申請を却下することを要するが、進んで申請事項が真実であるか否かまでも調査する職務権限は有しないと解するものである。後者は、これに対し、登記官は、上のような形式的審査のほかに、さらに申請事項の真否をも調査する職務権限を有すると解するものである¹³。

元来、この対立は、昭和 38 年（1963 年）の商業登記法の施行に伴う関係法令の整理等に関する法律（同年法律第 126 号）によって改正される前の旧非訴事件手続法（明治 31 年（1898 年）法律第 14 号）151 条が「登記所八登記ノ申請力商法、有限会社法又八本章 [同法中商業登記の章] 中ノ規定ニ適合セサルトキハ...申請ヲ却下スヘシ」と規定し、その表現が些か抽象的・概括的で、若干曖昧の嫌いがあったことから¹⁴、登記官の審査権の範囲につき、解釈上これが招かれたものであった。

当事の形式的審査主義論者は、登記事務は裁判ではなく記録であること、および登記事項の真否の調査は事実上不可能であることを主たる理由として挙げたが、登記官といえども単なる写字機ではないから、申請事項が不真実であることを知り、またそれにつき理由のある疑いを有する場合には、公務員としての責任上、実質的審査の権限と職務を有すると解すべきであるとする論旨を展開した¹⁵。一方、実質的審査主義論者は、商業登記の目的は真実の登記であるからと説いたり¹⁶、旧不動産登記法（明治 32 年（1899 年）法律第 24 号）49 条¹⁷が、登記の申請を却下すべき

13 以上、大隅・注 (1) 前掲 258 頁参照。

14 鴻・注 (6) 前掲 233 頁。

15 竹田省『商法総則』（弘文堂・1932 年）180 頁以下参照。

16 西原寛一『商法総則・商行為法』（岩波書店・1952 年）47 頁。

17 旧不動産登記法 49 条は以下のように規定し、明らかに形式的審査主義を採用していた

場合を列挙しているのと対照的に、旧非訴事件手続法は登記申請却下の理由につき弾力性を認めており、不真正な事実の登記は法の希望するところではないと述べていた¹⁸。しかし、実質的審査主義論者もまた、この主義を採っても、疑いのない通常の場合にまで審査する義務はないのみならず、そうすることによって手続を延引することは、かえって権限の濫用になるものと解せられる¹⁹と説いていたので、両説は、その結果において大差はなかった。理論の出発点と態度が異なっていたにすぎなかったのである²⁰。なお、判例は、早くから形式的審査主義を採っていた（大決大正7年（1918年）11月15日民録24輯2183頁、大決大正10年（1921年）12月12日民録27輯2114頁、大決昭和8年（1933年）7月31日民集12巻1972頁）。

これら旧法の下でも、理論的には形式的審査主義が正当であったと考えられる。大森忠夫が説くように、登記官に実質的審査の職務と権限を認め、登記申請の内容が事実と適合する場合にのみ登記すべきものとするのは、登記官に不能を強いるか、または登記の著しい渋滞を生ぜしめることになり、さればといて、疑いある場合に限り実質的審査の職務および権限を行使すべきものとするのは、その理由を合理的に説明することが困難であるばかりか、その前提自体を無意味ならしめる

（最終改改正平成8年（1996年）法律第110号による条文）。

第四十九条

登記官ハ左ノ場合ニ限リ理由ヲ附シタル決定ヲ以テ申請ヲ却下スルコトヲ要ス但申請ノ欠缺カ補正スルコトヲ得ヘキモノナル場合ニ於テ申請人カ即日ニ之ヲ補正シタルトキハ此限ニ在ラス

- 一 事件カ其登記所ノ管轄ニ属セザルトキ
- 二 事件カ登記スヘキモノニ非ザルトキ
- 三 不動産ノ表示ニ関スル登記ヲ申請スル場合ヲ除ク外当事者カ出頭セザルトキ
- 四 申請書カ方式ニ適合セザルトキ
- 五 申請書ニ掲ケタル不動産又ハ登記ノ目的タル権利ノ表示カ登記簿ト抵触スルトキ
- 六 第四十二条ニ掲ケタル書面ヲ提出シタル場合ヲ除ク外申請書ニ掲ケタル登記義務者ノ表示カ登記簿ト符合セザルトキ
- 七 申請書ニ掲ケタル事項カ登記原因ヲ証スル書面ト符合セザルトキ
- 八 申請書ニ必要ナル書面又ハ図面ヲ添附セザルトキ
- 九 登録免許税ヲ納付セザルトキ
- 十 土地又ハ建物ノ表示ニ関スル登記ノ申請書ニ掲ゲタル土地又ハ建物ノ表示ニ関スル事項ガ登記官ノ調査ノ結果ト符合セザルトキ
- 十一 第四十四条ノ第二項ノ期間内ニ同項ノ申出ナキトキ

18 松本蒸治『商法総論（第5版）』（中央大学・1923年）216 - 217頁参照。

19 同前217頁参照、西原・注（16）前掲47 - 48頁。

20 大隅・注（1）前掲259頁。

ことになったはずだからである²¹。

現在の商業登記法は、登記官の審査権の範囲を明確にし、登記事務の処理を適正ならしめることを目的として、その24条に、登記申請の却下の事由を個別的に列挙している（限定的列挙）。同条が列挙する申請却下事由は、主として、形式的・手続的事項に関するものであって、商業登記法は、形式的審査主義を基調に立法されていると解してよい²²。ただ唯一、同24条10号は、「登記すべき事項につき無効又は取消しの原因があるとき。」を却下事由として列挙している。この却下事由に基づき、登記官がその存否をどのように判断すべきかが問題となる。

登記事項に無効原因がある場合について、学説の多くは、無効原因が存在することが登記官にとって客観的に明らかな場合にのみ却下を許すべきであり、登記官が審査に際して用いることができる資料も、登記官が職務上入手することができる登記申請書、その添付書類および登記簿の記録に限られると解している²³。商業登記を信頼する第三者を保護するうえで、真実に合致しない登記は事前にチェックされることが望ましい。しかし、夙に述べられているように、登記官は裁判官ではないから、登記事項に無効原因があるといってもそれが客観的に明白でなければならず、有効か無効かに疑義があるときは申請を却下できない。登記官は申請書、その添付書類および登記簿以外の資料を入手する手段を職務上有しないから、上記資料だけに基づいて審査すべきであり、多数説の立場は正当である²⁴。なお、最高裁判所も、法人登記の職権抹消手続に関して、「登記官の審査権限は、登記簿、申請書及びその添付書類のみに基づいてするいわゆる形式的審査の範囲にとどまる」と判示している（最判昭和61年（1986年）11月4日訟務月報33巻7号1981頁）。

登記申請事項に取消しの原因がある場合には、取り消されるまでは、その事項は法律上有効に存在するわけであるから、その段階で登記の申請を却下すべき理由は理論上見出し難いとして、商業登記法24条10号が、登記すべき事項につき取消原

21 大森忠夫『新版商法総則講義』（有信堂・1964年）222 - 223頁参照。

22 同前223頁参照。

23 大隅・注（1）前掲260頁参照、鴻・注（6）前掲234頁参照、近藤・注（6）前掲42 - 43頁参照。

24 青竹正一『改正商法総則・商行為法（第2版）』（成文堂・2008年）37頁。

因があるときをも却下事由とした点に批判が多い²⁵。すなわち、取消しの原因のある事項はいつ取り消されるかわからない不安定なものであるから、これを登記することは取引安全のために好ましくないとする考え方もありうるであろうが、そのような政策的考慮が働いた規定であるとすれば、それは商事法務行政の立場からしては行き過ぎた配慮というべきであると批判されている²⁶。そして、取消事由があっても、取り消されるまでは有効なはずであって、登記官が取消しを行うことはできないから、登記事項につき取消事由がある場合には、申請を却下するのは妥当でないといわれている²⁷。すなわち、登記官は、取消判決があるまでは、その登記申請を受理すべきであるというのである。しかし、商業登記法が取消原因の存在を却下事由として明定している以上、解釈論としては、取消原因の存することが疑いなく明白である場合に限って、登記官は申請を却下しようと解するほかないと思われる²⁸。

4 - 3. 登記の更正および抹消

商業登記に錯誤または遺漏があるときは、当事者は、その登記の更正を申請することができる(商登 132)。ここに「錯誤がある」とは、登記と真実の実体関係とが一致しないとの謂であり、「遺漏がある」とは、登記が不完全であるとの謂である²⁹。登記官は、登記に錯誤または遺漏があることを発見したときは、遅滞なく、登記をした者にその旨を通知しなければならないが、当該錯誤または遺漏が登記官の過誤に出たものであるときはこの限りではなく(以上、商登 133)、登記官の過誤に出た場合においては、登記官は遅滞なく、監督法務局または地方法務局長の許可を得て、登記の更正をしなければならない(商登 133)。

商業登記が、以下のいずれかに該当するときは、当事者は、その登記の抹消を請求することができる。すなわち、登記に商業登記法 24 条 1 号から 3 号まで、または 5 号に掲げる事由があるとき、登記された事項につき無効の原因があるとき

25 大隅・注(1)前掲 260 頁、鴻・注(6)前掲 235 頁脚注(1)参照。

26 各同前。

27 鴻・注(6)前掲 235 頁脚注(1)、近藤・注(6)前掲 43 頁。

28 上柳克郎=鴻常夫=竹内昭夫編『新版注釈会社法(1)』(有斐閣・1985年)160頁[川又良也]、青竹・注(24)前掲 37 頁。

29 味村治『詳解商業登記上巻(新訂版)』(民事情報センター・1996年)276-277頁参照。

(訴えをもってのみその無効を主張することができる場合を除く)、である(以上、商登 134)。登記官が、登記が上記 のいずれかに該当することを発見したときは、登記をした者に、1 ヶ月を超えない一定の期間内に異議を述べないときは登記を抹消すべき旨の通知をした上で(登記をした者の住所または居所が知れないときは通知に代え官報による公告あるいは相当と認める新聞紙上への公告の掲載を経た上で)、異議を述べた者がいないとき、または異議に対する決定によりこれを却下したときは、当該登記を抹消しなければならない(以上、商登 134~137)。この職権抹消手続における登記官の審査権限は、登記簿、申請書およびその添付書類のみに基づいてする、いわゆる形式的審査の範囲にとどまる³⁰。なお、登記官の処分を不当とする者は、監督法務局または地方法務局長に審査請求をすることができる(商登 142)、登記官の登記した処分に対し、審査請求により当該登記の抹消を求めることができるのは、当該登記につき登記官による職権抹消の事由が存することを理由とする場合に限られる(最判昭和 60 年(1985 年)2 月 21 日判時 1149 号 91 頁)。

4-4. 商業登記の公示

商業登記の目的は、一般公衆をして取引上重要な事項を知らしめるにあるから、公示によって初めてその目的を達成することができる。しかも、公示の相手方も一般公衆であるから、これを徹底させるべく、平成 17 年(2005 年)改正前商法 11 条および同 12 条は、登記事項の公告を予定した規定として定められ、これを受けて、旧非訴事件手続法が、登記事項の公告に関する規定を設けていた。ところが、第 2 次大戦下における国力の疲弊にともない、戦時民事特別法(昭和 17 年(1942 年)法律第 63 号)が制定され、昭和 20 年(1945 年)の一部改正(同年法律第 9 号)により、同法 20 条によって登記事項の公告は当分の間行われなざることとされた。終戦後における同法の廃止(同年法律第 46 号)の後も、これがそのまま引き継がれ、法務局及び地方法務局設置に伴う関係法律の整理等に関する法律(昭和 24 年(1949 年)法律第 137 号)の附則 9 項・10 項に踏襲された。そして、この状態

30 鴻・注(6)前掲 236 頁。

商法教授方法に関する研究手帖 (6)

が事実上恒久化されていたが、平成 17 年 (2005 年) の商法改正によって、公告制度は名実ともに廃止されたのである。

上のような事情により、商業登記の公示は、従来、登記簿等の閲覧、謄本または抄本の交付、登記事項に変更がないことまたはある事項の登記がないことの証明等 (平成 16 年 (2004 年) 改正前商登 10、11。個別的公示) の方法により行われてきたが、登記簿の磁気ディスク化の進展にともない、何人も、手数料を納付して、登記簿に記録されている事項を証明した書面 (登記事項証明書) の交付 (商登 10) および登記簿に記録されている事項の概要を記載した書面 (登記事項要約書) の交付 (商登 11) を請求しうるようになった³¹。

また、電気通信回線による登記情報の提供に関する法律 (平成 11 年 (1999 年) 法律第 226 号) に基づくオンライン (on-line) 登記情報提供制度により、利用者が、インターネットを利用して、民事法務協会のホームページ (homepage) から、有料でコンピュータ庁が保有する登記情報の送信を受けることが可能となっている³²。

繰り返し述べるように、本来、商業登記は、不動産登記や船舶登記と異なり、一般公衆が公示の相手であるがゆえに、個別的公示のみでは不十分であって、より一般的な方法が必要とされたため、登記事項は一定の方法をもって公告すべきものとされていたはずの制度であった。公告制度が廃止されたのは、おそらく、これが登記事務の簡素化に資するとともに、他面、商業登記の公告の必要性や実益が立法当初の商法が予想していたほど大きくなく、公告停止後の実績に照らしても、登記事項が公告されないことによる不便はあまりなかったためであると思われる³³。それにしても、公告制度を名実ともに廃止し、一般公衆に対する商業登記の公示手段を完全に個別的公示にとどめたからには、当初の立法精神を尊重するのであれば、商業登記の内容に関する情報の取得は、無償であってしかるべきではなからうか。

31 森本編・注 (5) 前掲 147 頁 [山田純子]。

32 同前。

33 鴻・注 (6) 前掲 238 頁脚注 (1) 参照。

5. 商業登記の一般的効力

5-1. 登記前の効力

商法 9 条 1 項は、商法総則編の「規定により登記すべき事項は、登記の後でなければ、これをもって善意の第三者に対抗することができない。登記の後であっても、第三者が正当な事由によってその登記があることを知らなかったときは、同様とする。」と規定している。会社法 908 条 1 項もまた、これと同旨の規定を設けている。

商法 9 条 1 項前段・会社法 908 条 1 項前段により、登記すべき事項は、それが実体法上存在しても、登記しない限り、これを善意の第三者に対抗できないことになる。このような効力を「商業登記の消極的公示力」という³⁴。もっとも、田邊光政によれば、消極的公示力とは要するに公示力がないということであり、登記がない以上、登記上の効力が生じないのは当然であって、これを消極的公示力（消極的効力）と呼ぶのは適当でないと指摘している³⁵。これは、要するに、登記すべき状態が発生したにもかかわらず未登記である状態における登記事項の対抗の問題を、「公示力」という単語を用いて表現したものと理解すればよいだけの話ではないかと思われる。

ある事実が登記事項でなければ、原則として、当事者はその事実を誰に対しても主張することができる。しかし、ある事実が登記事項であれば、登記をしなければ、当事者（ここにいう当事者とは、「登記事項である法律関係の当事者」との意であり、必ずしも登記義務者とは一致しない³⁶）は、その事実を善意の第三者（登記事項に正当な利害関係を有する者）に主張することを許されない。登記前にあっては、第三者の善意が推定されるから、第三者の悪意は、それを主張する側がこれを立証しなければならない（大判大正 4 年（1915 年）12 月 1 日民録 21 輯 1950 頁）。

ここにいう「登記すべき事項」とは、商法 8 条にいう「登記すべき事項」同様、絶対的登記事項のみならず、相対的登記事項も含まれると解するのが通説である³⁷。

34 青竹・注 (24) 前掲 38 頁。

35 田邊・注 (3) 前掲 127 頁。

36 大隅・注 (1) 前掲 267 頁、鴻・注 (6) 前掲 241 頁脚注 (1)。

37 服部栄三『商法総則 (第 3 版)』(青林書院・1983 年) 480 - 481 頁、大隅・同前 271 頁、

これに対し、青竹正一は、登記するかどうかを当事者の自由に任されている事項について、登記がされていない事実をもって善意の第三者に対抗できないという扱いを認めることは疑問であると主張する³⁸。ただし、続けて相対的登記事項であっても、いったん登記すると、その変更または消滅については商法9条1項の適用を受けると述べている³⁹。すでに述べたように(本章3-1)、既登記事項はすべて絶対的登記事項となるのであるから、相対的登記事項に関しては、登記することを強制されない事実を、これが登記されていないというだけで、善意の第三者に対して主張することを許さないということまでをも、商法9条1項が規定しているのかという問題に帰着する。この観点からすれば、同条同項をそこまで読み込むのは行き過ぎであろうから、青竹の主張には説得力があると思われる。

登記前であっても、第三者の側から登記されていない事実・法律関係を登記当事者に主張することは差し支えない(大判明治41年(1908年)10月12日民録14輯999頁)。第三者相互間においても、一般の事実・法律関係の場合と同様、登記されていない事実・法律関係を主張することを許される(最判昭和29年(1954年)10月15日民集8巻10号1898頁参照)。登記当事者の登記懈怠により、登記申請の権利も義務もない第三者が不利益を被るのはおかしいからである⁴⁰。また、登記当事者間では登記による対抗の問題を生じないこと、当然である(たとえば、営業主によって選任された支配人と当該営業主との間には、登記による対抗問題が生じうる余地がない)。

商法9条1項・会社法908条1項が問題となる典型的な具体例は、以下のようなものである。営業主たるYが、支配人Aを解任したにもかかわらず、AがYの支配人として第三者Xと取引をした場合に、Aの終任登記がないときは、YはXに対し、Aの代理権消滅という事実を主張することができずXの悪意をYにおいて立証できない限り、当該取引の効果はYに帰属することになる。

上の例で明らかなように、同各条1項の「対抗することができない」とは、権利

森本編・注(5)前掲149頁[山田純子]、近藤・注(6)前掲44頁。

38 青竹・注(24)前掲38頁。

39 同前。

40 近藤・注(6)前掲45頁。

変動の對抗要件という機能を有する不動産登記と異なり、登記当事者が「善意の第三者に未登記の事実・法律関係を主張できない」ということを意味する⁴¹。ただし、商号譲渡の登記については、第三者の善意・悪意を問わず登記をしなければ対抗することができない(商15)。すなわち、この場合には、商法9条1項と異なり、登記をしない限り、知っていた者に対しても対抗できない⁴²。

商法9条1項・会社法908条1項にいう第三者の「善意」とは、第三者が法律上の利害関係を有するに至った当時において、つまり取引の時に、登記事項である事実を知らなかったことをいい、第三者が知らなかったことがその者の過失(重過失を含めて)によるかどうか、また、登記の有無が第三者が取引をなすについての意思決定の原因となったかどうかは問題とならない⁴³。すなわち、実際に登記簿の記録に接して確認しなかったけれども、従来の支配人が依然として支配人であると信じた場合のごとき善意も含まれると解されている⁴⁴。商業登記制度の本来の趣旨からいえば、第三者の意思決定と登記がなかったこととの間に因果関係がある場合でなければ、商法9条1項・会社法908条1項の適用がない、と解しても差し支えないようであるが、しかしこのような因果関係の存否は必ずしも常に明らかではないから、具体的な因果関係の存否を問わず、一般的に因果関係の存在しうる場合には常に商法9条1項・会社法908条1項を適用すべきものと解する方が、商業登記制度の目的に適うものといえる、と説かれている⁴⁵。

登記事項を対抗しえないのは、第三者との取引関係およびそれに関する訴訟関係上の問題に限られると解するのが趨勢である⁴⁶。よって、商法9条1項・会社法908条1項は、原則として、不当利得や不法行為のような取引に基づかない関係には適用されない。商業登記の目的が、企業に関する「取引上」重要な事項を公示して、一般公衆を不測の損害から守ろうとするところにあるからであり⁴⁷、不当利得や不

41 青竹・注(24)前掲39頁。

42 近藤・注(6)前掲44頁。

43 同前、大隅・注(1)前掲267頁、鴻・注(6)前掲240頁、青竹・注(24)前掲39頁。

44 服部・注(37)前掲39頁。

45 大森・注(21)前掲229頁。

46 同前、大隅・注(1)前掲272頁、鴻・注(6)前掲242頁、青竹・注(24)前掲40頁。

47 大隅・同前。

法行為に基づく請求は、第三者が企業に関する一定の事実の知不知によってその行動をする可能性がない関係から生じる問題だからである⁴⁸。もっとも鴻巣夫や近藤光男は、「取引」を厳格に法律行為の意味に限定せず、不当利得や不法行為であっても、取引の内部においてこれと不可分な関連において生じたものについては、商法 9 条 1 項・会社法 908 条 1 項の適用を肯定している⁴⁹。大森忠夫もしかりである⁵⁰。訴訟関係について商法 9 条 1 項・会社法 908 条 1 項が適用される場合としては、たとえば代表取締役解職の登記がなされていない間に、会社に対する訴訟の訴状が当該取締役に送達されたような場合であって、その送達は有効な送達とされる⁵¹。しかし、最高裁は、実体法上の取引行為でない民事訴訟において、誰が当事者である会社を代表する権限を有する者であるかを定めるに当たっては、商法旧 12 条（現在の商 9、会 908）の適用がないとしている（最判昭和 43 年（1968 年）11 月 1 日民集 22 卷 12 号 2402 頁）。ただし、この事案は、第三者から会社に対して選任登記のない者を清算人と主張できるかという事案であり、商法 9 条 1 項・会社法 908 条 1 項を論じるに適切な事案ではなかったと評されている⁵²。

5 - 2. 登記後の効力

5 - 2 - 1. 緒言

商法 9 条 1 項前段・会社法 908 条 1 項前段の反対解釈により、登記後においては、登記当事者は登記事項を善意の第三者にも対抗できる。このような効力を「商業登記の積極的公示力」という⁵³。ここまでは認めよう。問題は、このような、いわゆる積極的公示力と称される効力の内容であり、さらには、かかる公示力と外観信頼保護規定との関係である。

この主題を最も^{つぶさ}悉に考究した論稿は、浜田道代（1947～ ）の「商業登記制度と外観信頼保護規定」と題する、昭和 54 年（1979 年）に民商法雑誌 80 卷 6 号・8

48 青竹・同前参照。

49 鴻・注 (6) 前掲 242 頁、近藤・注 (6) 前掲 47 頁。

50 大森・注 (21) 前掲 230 頁。

51 同前。

52 近藤・注 (6) 前掲 47 頁。

53 青竹・注 (24) 前掲 40 頁。

1巻1号・同2号に3回にわたって連載された論稿である。主題の歴史的経緯を追い、各学説の論理的考証、その長所・短所の整理、自説の展開と、学術論文の手本ともいべき論稿である。

余談であるが、教育者としての北澤正啓は、その門下生に対し、将来研究者として成長する上で有害となる枝葉については厳然として剪定する人であったが、それ以外の枝葉には決して手を加えることはなかった。それゆえ、彼の門下生は概して自由闊達^{かつたつ}であって個性に富んでいる。浜田道代は、彼の高弟であるが、北澤正啓がその枝の1本いや1葉だに何ら手を加える必要がなかった門下生であろう。

5-2-2. 悪意擬制説とその分析

第2次大戦後に通説たる地位を獲得したのが、いわゆる「悪意擬制説」と称される考え方である。この学説が通説たる地位を獲得した経緯については上述の浜田論稿に譲り、まず、戦後の主たる体系書のいくつかの記述を概観してみよう（なお、各記述から公告に関する部分は除いてある）。

まず、大森忠夫は以下のように説く。「登記事項については、その登記の後は、悪意の第三者に対してその事項を対抗することができるのはもちろん、その後に取り引をなした第三者であって、實際上善意である者もまた法的には悪意なるものと擬制され、その結果、このような第三者に対してもまたその事項を対抗することができる。このように、登記により登記事項が公示されるときは、實際上第三者が登記事項を知らないで善意であっても、当然に第三者はその登記事項を知ったものとみなされ、すなわち悪意を擬制されるところに、商業登記の特色があるのである⁵⁴」。

石井照久の記述である。「登記事項である事実を登記したときは、第三者も当然その事実を知ったものと擬制され、第三者が正当の事由により、これを知らなかったことを証明しない限り、これを知らなかった第三者にも対抗しうる⁵⁵。」

大隅健一郎の説くところである。「登記の後は、当事者は善意の第三者に対しても登記事項をもって対抗することができる。登記があっても、實際上第三者が登記

54 大森・注(21)前掲232頁。

55 石井照久『新版商法総則』(弘文堂・1966年)100-101頁。

事項たる事実を知らないかぎり、その者はなお善意にほかならないが、しかし法律上は登記により登記事項を知ったものとみなされ、その悪意が擬制されるのであって、その結果、たとえ第三者が実際上は善意であっても、当事者はこれに登記事項をもって対抗しうることになるのである。かようにいったん登記により登記事項が公示されるときは、当然に第三者はその登記事項を知りえたものとみなされるところに、商業登記の効力の特色が存するのである⁵⁶。」

鴻常夫はいう。「一定の事項が成立しまたは存在しているとき、これを登記した後は、当事者は善意の第三者に対しても登記事項を対抗することができる。登記によって第三者は当然にその事実を知ったものと擬制されることになる⁵⁷。」

最後に近藤光男である。「当事者は登記事項を登記すると、たとい登記事項について善意の第三者に対してであっても対抗することができる。いわば登記によって第三者の悪意が擬制されるわけである⁵⁸。」

登記後であっても、商法9条1項後段・会社法908条1項後段によって、第三者に「正当な事由」があつて登記事項を知りえなかつた場合には、第三者に対抗できないのであるが、上記の各論者は、この「正当な事由」を、風水害や洪水による交通杜絶、登記簿の滅失・汚損などの客観的・不可抗力的障害に限っているから⁵⁹、事実上、第三者はほぼ確実に悪意を擬制されることになる。

ところで、上に掲げた諸記述は、法律学に対する学識経験の浅い読者にとっては、些か不親切な記述である。その文脈を追つたならば、突如として論理的に飛躍する部分があるからである。以下のとおりである。

条文から始めると、登記事項は、登記の後でなければ、その事実を善意の第三者に対抗できない。一方で、登記事項は、登記の前後を問わず、その事実を悪意の第三者には対抗できる。上記の反対解釈により、登記事項は、登記の後には、その事実を善意の第三者に対抗できる。よつて、登記事項たる事実に関しては、

56 大隅・注(1)前掲269頁。

57 鴻・注(6)前掲241頁。

58 近藤・注(6)前掲45頁。

59 同前参照、大隅・注(1)前掲270頁参照、鴻・注(6)前掲242頁参照、大森・注(21)前掲232頁参照、石井・注(55)前掲101頁参照。

登記をすれば、善意の第三者も悪意の第三者と同様の立場に置かれる。ここまでは、簡明に理解できよう。しかし、そこから直ちに 善意の第三者は悪意の第三者と同様の扱いを受ける、という結論には至らない。の次に続くのは、たとえ善意の第三者が悪意の第三者と同様の立場に置かれようと、善意者はあくまで善意者であって、悪意者ではない、ということである。この点は、上述した大隅健一郎の記述からも明らかである。ところが、何故に から へと跳躍的に記述を進めることができるのか、この点を明確に述べたものは、上記の体系書中に1冊も見当たらない。

と の間隙を埋める、 の命題を明らかにして、記述する必要があったのではなかろうか。

浜田道代によれば、わが国において悪意擬制説を首唱したのは竹田省であって、明治43年(1910年)の京都法学会雑誌5巻4号掲載の「商業登記の効力」と題する論稿上においてであったとされている⁶⁰。上述のいわば体系書上のミッシング・リンク(missing link)たる を探るべく、竹田説を振り返ってみよう(やはり、公告に関する部分は除いて記する)。竹田が説く骨子は、上述の各論者とその基調において異なるところはない。すなわち「一般の場合に於ける商業登記に在ては、登記なき前と雖も第三者が悪意なる以上は、登記当事者は尚登記事項を以て之に對抗することを得。是れ……我商法第12条(現在の商9、会908)の解釈上疑を容れざる所なり。而して次に登記ありたる後は善意の第三者に対しても登記事項を對抗することを得と雖も、是実は善意を善意として對抗することを得るに非ず。法律は登記ありたる後は第三者は登記事項を知悉せる^{はす}筈なりとして之を對抗せしむるに過ぎず。換言すれば法律が第三者の悪意を擬制するのみ⁶¹」と説いている。この文脈で注目すべきは、「法律は登記ありたる後は第三者は登記事項を知悉せる筈なりとして之を對抗せしむる」との下りであろう。これを竹田は以下のように詳述している。すなわち、「法律は登記に対する公の手續を定めて第三者の接触を担保し、登記当事者亦其為すべき手段を^{むし}尽したる以上は寧ろ登記当事者の利益を保護す

60 浜田道代「商業登記制度と外観信頼保護規定?」民商法雑誌80巻6号(1979年)12頁参照。

61 この「商業登記の効力」という論稿は、竹田省『商法の理論と解釈』(有斐閣・1959年)に所収されている。以下、引用はこれによる。同4頁。

べきものとし、第三者は必ず之に付き登記事項の探知を為すを要し、正当なる事由なき限は登記事項を以て対抗せらるべきものとせり⁶²。」という。そして、「第三者は登記に対する探知義務を負ふ。是れ法律が「正当ナル事由」と云ふ解釈より生ずる規則なり⁶³。」と続け、さらに、「蓋し一般の第三者は当然登記を探知するの義務を負ふものに非ず、^{したがっ}随て登記あるもの之を知らざるが為当然過失を為すものに非ず。然れども斯くの如くんば登記なる公の制度を認めたるの趣旨は殆ど没却せらるべきが故に、法の趣旨は、苟くも登記ありたる後は第三者は之に就て登記事項を知るを要するものとし、唯特別な事由あり此義務の遵守を妨げたるときにのみ之を以て免責の事由とすることを許したるものと解せざるべからず。即ち所謂正当の事由とは、登記に対する探知義務を尽すに付き相当の注意を用いたるも登記事項を知るべからざることを謂ひ、探知を為すこと自体が取引上相当なりや否やは問題となることなきものと解せざるべからず⁶⁴。」と結ぶのである。

この竹田の論旨の展開から、先に述べたミッシング・リンクたる を埋めることができる。竹田によれば、 第三者は登記事項につき探知義務を負う、という1項が先の と の間に介在することになろう。しかし、法が第三者にそのような探知義務を課している根拠について、竹田の論稿は、上に引用した以上の記述をしていない。上の文脈から、浜田道代は、「竹田説によれば、制度趣旨を没却させないためにはそう解さざるをえないという理由で、第三者の探知義務が導かれているのである⁶⁵」と分析しているが、この分析は正鵠を射ているものと考えられる。

かくして、悪意擬制説は、 と の間に、上述の を挿入することによって初めて、さしあたり論旨一貫した説として理解することが可能となろう。上述の という橋梁が強固であるか脆いものであるかの評価はまた、別の問題である。

判例もまた悪意擬制説に立っている。最高裁昭和49年(1974年)3月22日判決民集28巻2号368項がこれである。AはY会社の代表取締役であったが退任させられ、その旨の登記がなされた。しかし、AはY会社代表取締役の名義をもって、

62 同前17頁。

63 同前。

64 同前。

65 浜田・注(60)前掲13頁。

Bに宛てて約束手形を振り出した。当該手形は、B・Cを経て、Xによって取得された。Xは、Y会社に手形金の支払いを請求して訴えを提訴した。原審は、Bの善意無過失を認定し、民法112条を適用してXの請求を認容した。そこでY会社は、退任の登記によりBの悪意が擬制されるとして上告した。最高裁は以下のように判示して、破棄差戻しという判断を下したのである。すなわち、「株式会社の代表取締役の退任及び代表権喪失は、商法188条及び15条（現在の会911、909）によって登記事項とされているのであるから、前記の法の趣旨に鑑みると、これについてはもっぱら商法12条（現在の商9、会908）のみが適用され、右の登記後は同条所定の「正当ノ事由」がないかぎり、善意の第三者にも対抗することができるのであって、別に民法112条を適用ないし類推適用する余地はないものと解すべきである。」

上の判旨は、悪意擬制説を前提とする限り、論理的には一貫している。しかし、商法9条1項後段・会社法908条1項後段の正当事由がきわめて狭く解されているところ、実際上も登記を調査できなくする客観的障害はほとんど生じないのであるから、登記すべき事項の当事者は、登記さえすれば、常に第三者に対抗できる反面において、取引の相手方や第三者は、取引の都度常に登記の有無の調査を余儀なくされてしまい、取引の円滑を害する結果になる⁶⁶という問題点には、誰しもが思い至ることであろう。加えて、民法の表見代理規定の適用余地がないのであれば、同様に商法・会社法の定める各種の外観信頼保護規定、たとえば商法24条・会社法13条や会社法354条の規定の適用ないし類推適用の余地もないのではないかと考えるのが当然の帰結となるべきはずである。すなわち、商法9条1項・会社法908条1項と、これら外観信頼保護規定とがどう係わるのかという点も問題となりうる。悪意擬制説は、これらの問題に解答を提示することを迫られるのである。

5-2-3. 例外説とその分析

現在の商法9条1項・会社法908条1項に相当する平成17年（2005年）改正前商法12条と外観信頼保護規定との関連が論じられたのは、主として、同年改正前

66 田邊・注(3)前掲129頁。

商法 262 条（現在の会社法 354 条すなわち表見代表取締役の規定）との関連においてであった。ここでまず展開されたのが「例外説」と称される考え方である。

その嚆矢は松田二郎の提唱に係るものである。彼は、商法旧 262 条が「会社が代表取締役を定め、この登記のあったときにおいて適用あるものであり、即ち商法 12 条（現在の商 9 、会 908 ）の例外規定として第三者保護を図るものである⁶⁷」と説いた。

星川長七（1909～1996）も、商法旧 262 条は「むしろ商法 12 条の原則に対する例外規定と解すべきであろう。けだし、登記をなした場合に、会社は登記した以外の取締役には代表権がない旨を善意の第三者にも主張しうるわけであるが、ただ会社みずから創り出した外観に対して責任を負担せしめられる範囲で、12 条の原則が排除されるとみるのが妥当と考えられる⁶⁸」と述べている。

龍田節も「登記簿の調査を期待できない事情が、取引の種類および当事者について存在するときは、登記による静的安全保護の画一性が、表見代表取締役制度の如き外観保護制度の前に譲歩させられている、と見るのが現行法の素直な解釈ではなかろうか⁶⁹」との認識を示しつつ、「ことばの問題にすぎないが、商法 12 条の上に 262 条が重なり、後者の表見責任が認められる限度で前者が排除される⁷⁰」という意味では、例外説が最も簡明な説明方法といえようとしている。

この考え方は、現在もお有力に主張されており、前田庸は、「表見代表取締役に関する会社法 354 条と 908 条 1 項との規定の関係が問題になるが、354 条は特別規定であり、前者が適用ないし類推適用される限りでは、後者は適用されないと解すべきである⁷¹」と説き、例外説支持を鮮明にしている。

以上のように並べてみれば、例外説は悪意擬制説を前提としてのみ導かれるものであること、明らかであろう。この点につき、浜田道代は「結局、例外説は、262 条が新設された事実を竹田説の観点から矛盾なく事後的に説明しようとする努力の

67 松田二郎『会社法概論』（岩波書店・1951年）200頁参照。

68 星川長七『株式会社法の論理と課題』（中央経済社・1963年）41 - 42頁。

69 龍田節『判批』民商法雑誌 57 巻 5 号（1968年）153頁。

70 同前 153 - 154 頁。

71 前田庸『会社法入門（第 12 版）』（有斐閣・2009年）482頁。

産物にすぎなかったのではなからうかと思われる⁷²⁾と断じているが、例外説が悪意擬制説の上に成り立っていることは鴻常夫もまた自ら認めている⁷³⁾。

ところで、商法 24 条・会社法 13 条や会社法 354 条を商業登記の積極的公示力の例外規定であると位置づけ、商法 9 条 1 項・会社法 908 条 1 項によって登記当事者が善意の第三者に対抗できる場合であっても、商法 24 条や会社法 354 条の要件が整えばこれらの規定によって第三者が保護されるとするならば、商法 24 条・会社法 13 条や会社法 354 条と他の外観信頼保護規定、端的には民法の表見代理規定とを区別する理由を見出すことは困難である。たとえば、上述の星川説は、商法旧 262 条と民法の表見代理規定とを区別する理由に何ら言及しておらず、かえって、民法の表見代理規定もまた、商法 9 条 1 項・会社法 908 条 1 項の例外と位置づけられるとすら読めそうである。況や龍田説の認識においてをやであろう。なお、浜田道代は、龍田説が民法 112 条等の表見代理規定もまた、商法 12 条の例外として扱われるべきことを主張するものと評価しているが⁷⁴⁾、上述の龍田説は、その文脈上、そこまで踏み込んだ主張をしているわけではないと思われる。

商法 24 条・会社法 13 条や会社法 354 条が例外規定として位置づけられるにもかかわらず、同じ外観法理に基づく規定である民法 112 条が劣後する理由について、塩田親文 (1928～) は、商法旧 262 条が商法旧 12 条より後に制定されたことを重視して、「民法 112 条も外観法理に基づく規定であるが…表見代表取締役に関しては、商法 262 条が優先適用されること、両規定の設けられた時期に差異があることなどから、同条の適用を考慮する余地はない⁷⁵⁾」としている。現在の商法 24 条・会社法 13 条や会社法 354 条は、沿革上、昭和 13 年 (1938 年) 改正時に新たに設けられた規定であるから、商法 9 条 1 項・会社法 908 条 1 項よりも時系列的に後ろに属し、「後法は先法に優先する」との理を主張しているのであろう。また、青竹正一は、商業登記制度の効用を重視して以下のように主張する。すなわち、「民法 112 条の適用が排除されないとするならば、民法 112 条による表見代理の成立を阻

72) 浜田道代「商業登記制度と外観信頼保護規定 (2)」民商法雑誌 81 巻 1 号 (1979 年) 83 頁。

73) 鴻・注 (6) 前掲 242 頁脚注 (1) 参照。

74) 浜田・注 (72) 前掲 94 頁。

75) 塩田親文「判批」民商法雑誌 72 巻 3 号 (1975 年) 121 頁。

止するために、商人は取引の相手方に代理権・代表権の消滅を通知するなどの個別的措施をとらなければならないことになる。しかし、包括的代理権を有し(商 21、会 349 参照)、不特定多数の者と大量的・反復的に取引を行う支配人や代表取締役の退任に際し、個別的措施をとることは相当の負担となり、他方、商業登記制度の効用が失われてしまう⁷⁶⁾と説く。

これらの説明は、はたして説得性に富むであろうか。青竹は、代理権の消滅につき個別的措施をとることが要請される民法上の取引と、多数の者と大量継続的な取引を行うことを前提とする商法・会社法上の代理・代表取引とでは、扱いが異なっても不合理ではないと述べているのであろう。しかしながら、商法 25 条・会社法 14 条所定のいわゆる中級商業使用人・会社の中級使用人が退任した場合に、これらの者の無権代理行為に、民法 112 条の適用は排除されないはずである。青竹が、支配人や代表取締役の退任を取引の相手方に個別に通知するなどの措置を講ずるのが企業にとって相当の負担となると主張するからには、これは相当に大規模な企業を念頭に置いていることであろう。そうであるとすれば、広範な包括的代理権を有する支配人や代表取締役と部分的包括代理権を有する商法 25 条・会社法 14 条所定の使用人と、絶対数において勝るのはいずれであるか、明らかに後者であろう。それでもなお、後者が退任すれば、民法 112 条の適用が排除されない合理的理由を示すことが可能なのであろうか。蛇足ながら、通信交通網の発達した今日の社会にあって、企業が平常取引のある相手方に対して、代理権を有する従業員・代表権を有する役員の退任を通知することは、昔日に比して、^さ然程の負担にはならない。たとえば電子メールの一斉送信機能の網の目は、取引先相互間に張り巡らされているであらう。

さらに、小商人も支配人の選任が可能であるとの立場に立てば(第 5 章 3 - 2 - 2 - 2)、商業登記と無縁のかかる退任支配人には、民法 112 条の適用が排除されないことになるはずである。

商法 24 条・会社法 13 条や会社法 354 条の沿革が、昭和 13 年(1938 年)にまで遡ることができるにすぎないことを理由とする「後法は先法に優先する」との主張

76 青竹・注(24) 前掲 43 頁。

も、必ずしも説得的でない。そもそも民法 112 条を含む現行民法草案と、現在の商法 9 条 1 項・会社法 908 条 1 項の前身たる昭和 13 年（1938 年）改正前商法 12 条を含む現行商法草案は、明治 26 年（1893 年）に設置が決定された法典調査会において同時並行的に審議が進められたものである。現行民法案・現行商法案は、上の民法 112 条・商法 12 条を含んで、明治 31 年（1898 年）の第 12 回帝国議会上に同時に上呈されたのであった。ところが、政府提出に係る地租増徴案をはじめとする増税諸案が政争の具とされ、衆議院が解散されたため、たまたま民法だけが同議会において可決され、商法の方は明治 32 年（1899 年）の第 13 回帝国議会の可決を待たなければならなかっただけのことなのである。商法の成立が民法の成立より 1 年遅れたのは、偶然の産物にすぎず、場合によっては、逆になっていた可能性すらあったものである。逆になっていたら、例外説の論者は、どのように述べるつもりだったのであろう。民法の表見代理規定は、商法 24 条・会社法 13 条や会社法 354 条との関係においては、一般法と特別法の関係にあるが、商法 9 条 1 項・会社法 908 条 1 項に対しては、これら商法・会社法の外観信頼保護規定と同列に連なって、同各条と対峙していると評価するのが自然である。縦し、例外説の立場を是とするならば、相矛盾するはずの民法 112 条と商法旧 12 条とは、本来、同時に成立していたはずの条文なのであるから、この点を踏まえて、何故に商法 24 条・会社法 13 条や会社法 354 条と同列に、立法当初から商法 9 条 1 項・会社法 908 条 1 項と対峙していたはずの民法 112 条の適用が排除されなければならないのか、説明することが要求されるはずである。例外説は何も答えていない。

上記に鑑みれば、例外説の依って立つ根拠は、きわめて脆弱であると断じざるをえまいと思われる。

5 - 2 - 4. 正当事由弾力化説とその分析

周知のように、現在の正当事由弾力化説を理論的に構築し、完成させたのは服部栄三である。

浜田道代は、服部説が構築されるに至った動機に着目し、おそらく彼には、商法旧 12 条と同旧 262 条との関連について例外説に対する不満があったと観てよいのではなからうかと述べている⁷⁷。上述のとおり、例外説は、悪意擬制説を前提とし

でのみ成り立つ考え方であるから、彼の動機は悪意擬制説に対する疑問から生じたといひ換えることも可能であろう。

服部栄三は、悪意擬制説に対し、もともと存在する対抗力が、何故に第1段階において「登記の後に非ざれば善意の第三者に対抗することを得ず」、と制限されているのか、第2段階として、登記をすれば第三者は何故に悪意を擬制されることになるのか、という理解について、根本的な疑問をぶつけている⁷⁸。そして当然に、今日の商法9条1項後段・会社法908条1項後段の「正当な事由」につき、それが厳格に解されているにもかかわらず、表見支配人(商24、会13)や表見代理取締役(会354)に関して登記簿を閲覧しなかった者も保護されるのは何故か、という誰しもが抱く疑問にも言及している⁷⁹。

彼は、 についておよそ以下のように考究する。非登記事項は登記なしに対抗力が決せられ、表見責任を別とすれば、登記なしに善意の第三者にも対抗しうるので、登記事項は登記をしなければ善意の第三者に対抗しえないとされている。これは登記事項に関しては、法が、非登記事項に認められる対抗力をむしろ制限したものと解するほかない。逆にいえば、登記事項の対抗力は登記が加わることによって初めて非登記事項の対抗力と同一になるのである⁸⁰。

かくして、 についても、登記によって悪意を擬制されると解すべきではなく、登記事項の対抗力が登記によって初めて非登記事項の対抗力と同じにされ、いわば制限が解かれて原則に復帰すると解するのが妥当であると説く⁸¹。したがって、文字通りに、登記事項は登記をすることによって、善意の第三者にも対抗しうると解されることになる⁸²。

以上の見解を評して浜田道代はおよそ以下のように述べる。これは、悪意擬制説の論理構造の根源に遡る痛烈な批判であるということができよう。商法9条1項前段・会社法908条1項前段が未登記事項を善意者に対抗しえないと規定しているこ

77 浜田道代「商業登記制度と外観信頼保護規定?」民商法雑誌81巻2号(1979年)10頁。

78 服部・注(37)前掲478頁参照。

79 同前参照。

80 同前478-479頁参照。

81 同前479頁。

82 同前参照。

とを対抗力の制限と解することは、登記後には善意者にも対抗できることを原則への復帰と解することに連なる。登記によって悪意が擬制されるという解釈がはいり込む余地は、まったくなくなる⁸³。ここまでは、彼女の評するとおり、服部説は素直に受け入れられよう。

ところが、服部栄三は、商法9条1項・会社法908条1項の規定は、登記事項が、登記によって善意の第三者にも対抗できるという側面に力点を置いて理解すべきでなく、同各条後段の文言が示すように、登記があっても、善意でかつ正当の事由を有する第三者には、これをもって対抗しえないという点にこれらの規定の重点があるものと解すべきであるという方向へと舵を切る⁸⁴。そして、商法24条・会社法13条や会社法354条が登記以外の表見的事実を特別に保護している場合には、これらは上の正当な事由に該当するものと認めなければならないと説く⁸⁵。要するに、登記は公の制度としてこれを尊重することを要し、登記の対抗力の例外を広く認めるべきではないけれども、正当の事由を極端に厳格に解するのも妥当ではなく、したがって、これを弾力的に解し、登記に優越する事由や外観が存在する場合には、正当の事由に該当するものと考えて差し支えないとし⁸⁶、正当事由の解釈を弾力化すべきであると主張したのである。

服部栄三は、公示主義と外観主義との関係につき、公示主義が独立的に存在意義を有するという観察をせず、外観主義の1側面を表現するものとして捉えるほうが、両者の関係の積極的理解としてより妥当であると考えていた⁸⁷。彼によれば、公示主義は外観主義と調和するように解釈されることを要し、両者が矛盾するような場合にも、外観主義をより重要な原則として尊重すべきことになる⁸⁸。すなわち、公示主義は、外観主義の1側面を表現するものとして、外観主義に包摂されるべきであると考えたのである。だからこそ彼は、登記という外観がある場合にも、それに優越する事情や外観が存在する場合には、後者への信頼を優先させるべきであると

83 浜田・注(77)前掲12頁。

84 服部・注(37)前掲485頁。

85 同前486頁参照。

86 同前参照。

87 同前470-471頁参照。

88 同前。

いう方向へと思考を展開したのである。これが結局、彼をして正当事由弾力化という解釈へと向かわせたのであろう。

しかしながら、正当事由を弾力的に解した場合には、その限度をどこに置くのかという問題に直面せざるをえない。登記によって公示された外観と異なる外観を信頼した第三者が、商法 9 条 1 項後段、会社法 908 条 1 項後段に依拠して、「正当な事由」を有すること、すなわち善意無過失を主張立証しえたならば、登記当事者は登記後であっても対抗できないというのであれば、歯止めを欠けば、今度は逆に第三者の保護に極端に厚くなるという結果をもたらす、登記義務を果たした者には、酷な結果を招くであろう。法は、取引安全のために外観を信頼した第三者を保護する規定を置く場合、第三者の善意無過失（または無重過失）の主観的要件に加えて、当事者の側に不利益を負わされてもやむをえない一定の帰責事由があることを要求し、もってバランスを図っていることが多い。これに対し、商法 9 条 1 項後段・会社法 908 条 1 項後段は、文字通りに読めば、第三者の主観的要件を課しているのみであるからである⁸⁹。登記した側に何ら落度のない場合にも第三者を保護することになるわけで、外観信頼保護規定としては、座りが悪いものである。さらにいえば、登記する側に、登記義務を果たそうと欲しても登記することができない正当な事由がある場合に関し、商法・会社法は何の配慮もしていない。結局同各条 1 項後段は立法論上も問題がある規定であるということになる。このような規定に妥当な利害関係の調整を委ねるのは、あまりに危険であると断じざるをえない。

5 - 2 - 5. 異次元説とその分析

商法 9 条 1 項前段・会社法 908 条 1 項前段をどう読もうとも、そこに悪意を擬制するとの意を汲み取ることはできない。上で概観したように、この説は、「第三者は登記事項につき探知義務を負う」との項目を介在させない限り、成立しないものである。このような項目が介在したのは、浜田道代によれば、この説が、その本質において、国家が権威的に統治した時代に国家運営の登記制度へ敬意を払うことを

89 浜田道代「商法 12 条と外観信頼保護規定」北澤正啓 = 浜田道代編『ジュリスト増刊商法の争点』(有斐閣・1993 年) 12 頁参照。

国民に求めた見解であったからであると小括されている⁹⁰。大胆な観察であるが、おそらくこの観察は、歴史的視座として、正鵠を射ているものと思われる。本章 5-2-2 で示した の橋梁は、きわめて脆弱なものである。

さらに、悪意擬制説の結論の不適切さを回避するために例外説を採るとしても、例外扱いの根拠が薄弱であることは⁹¹、本章 5-2-3 で述べたとおりである。

正当事由弾力化説は、そもそも依って立つ商法 9 条 1 項後段・会社法 908 条 1 項後段の法構造そのものに問題がある。また、公示主義を外観主義の 1 側面として捉えるという方法論も疑問である。

なお、近時は、「悪意擬制」という名称を用いることに慎重な見解がある。この名称を用いることなく、冒頭で示したように、登記の後には、商法 9 条 1 項・会社法 908 条 1 項各前段により外観信頼保護規定の適用が排除されることを「商業登記の積極的公示」と表現し、まさにこの「公示力」により、民法 112 条の適用が排除されると説くものである⁹²。しかし、外観信頼保護規定の適用を排除する結論を唱える限り、いかに表現を変えようとも、問題の解決にはならない⁹³。

最後に残された考え方が、いわゆる「異次元説」と称される考え方である。この説は、商法 9 条 1 項前段・会社法 908 条 1 項前段は、登記すべき事項を未登記のまま放置している登記義務者から対抗力を奪うという形で不利に扱うことによって、彼らが進んで登記を申請することを促し、もって公示主義を機能させることを狙いとするものであると捉えるのである⁹⁴。すなわち、同各条 1 項前段の基本的意義を、登記義務者をして登記義務を果たすよう動機づけるべく、登記を申請しないことに対して一定の不利益を与えることにありと観察するわけである⁹⁵。つまり同各条 1 項前段を、まさに公示主義に基づく対抗要件規定であると評価するのである。

この考え方からすれば、登記の前には、登記当事者は、登記事項たる事実

90 浜田道代『商法（第3版）』（岩波書店・2003年）31頁。

91 同前参照。

92 大塚龍児「商業登記（及び公告）の対抗力について」江頭憲治郎編『鴻常夫先生還暦記念・80年代商事法の諸相』（有斐閣・1985年）218頁参照。

93 浜田・注（90）前掲31頁。

94 浜田・注（77）前掲34頁。

95 同前34-35頁。

を第三者に主張できる資格を実質的に奪われているが、登記をすることによって上のような不利益を強いられることがなくなる、すなわち、登記事項たる事実を第三者に主張できる資格を回復することになる。要は、登記さえなせば、事実をもって第三者に対抗しようという本来の原則に復帰することになるだけのことである。

登記事項でない事実は、どのような事実であれ、第三者に対して自由に主張できる。そのような主張に対し、第三者が、外観信頼保護規定に依拠して抗弁することも当然許される。そうであるとすれば、「事実をもって対抗できる」という資格を回復した登記当事者が、登記事項たる事実を第三者に対して主張したとき、第三者の側もまた、外観信頼保護規定に依拠して抗弁することを当然に許されることになろう。もちろん、登記情報に接すればわかる事項については、登記情報に接しなかったことが第三者の過失ないし重過失に該当するか否かが、外観信頼保護規定の適用に際して問題とされなければならない⁹⁶。しかし、公示主義に基づく商法9条1項・会社法908条1項と外観主義に基づく民商法中の外観信頼保護規定は矛盾なく対峙できることになるのである。

6. 不実登記の効力

6-1. 商法9条2項・会社法908条2項の意義

商法9条2項・会社法908条2項は、故意または過失によって不実の登記をした者は、その事項が不実であることをもって善意の第三者に対抗できない旨を定めている。

元来、商業登記の効力は、登記された事項が有効に存在することを前提とし、登記の基礎にある事実が実質存在しなければ、登記がなされても何の効果も生じないはずである⁹⁷。たとえば、取締役会において代表取締役として選定されていないのに、ある者について代表取締役選定の登記だけがなされたときは、この者が会社を代表してした行為は会社の行為にはならないはずである。しかし、すでに述べたように(本章4-2)、登記の申請がなされても、登記官の有する権限が形式的審査権

96 浜田・注(90)前掲31頁参照。

97 鴻・注(6)前掲243頁。

にとどまるからには、不実の登記を完全に防止することはできない。しかも、第三者は、登記事項を真実であると信頼する蓋然性が高いであろう。

仮に、登記された事実が真に存在しない場合に、当該登記に一切の効果を認めず、常に真実の実体関係に従って法律関係を処理するという極端な法政策を採用すれば、一般公衆は商業登記に信頼を置くことができず、取引上重要な事項について逐一真実を調査しなければ安心して取引を行うことができなくなる。商業登記制度の機能は根本から崩壊してしまうであろう。

それゆえ、たとえ登記した事項が何ら真実の実体関係を反映しておらない場合であっても、当該登記を信頼した者を保護する趣旨で、商法9条2項・会社法908条2項が設けられたのである。これらの規定は、昭和13年(1938年)改正によって設けられた平成17年(2005年)改正前商法14条の後継規定である。これらの規定は、英米法における表示による禁反言の法理あるいはドイツ法の外観法理に基づいて、不実の登記を信頼した第三者と、その登記について責めに帰すべき事由のある当事者との利害の調整を図ったものである⁹⁸。この効果を「商業登記の公信力」と称する場合がある⁹⁹。

6-2. 商法9条2項・会社法908条2項の適用要件

6-2-1. 不実事項を登記した者

商法9条2項・会社法908条2項は、登記申請者に故意または過失がある場合に適用される。商業登記は、当事者の申請によって行われるから、登記が不実であることを主張できない者は、故意または過失により不実の登記をした者、すなわち登記申請者を指すものであること、当然である¹⁰⁰。ここに「故意」とは、不実であることを知りながらあえて不実の登記をした場合であり、「過失」とは、不注意により不実を知らずに登記をした場合である¹⁰¹。不実の登記が、登記官の過誤や申請権限のない者(第三者の虚偽申請など)による場合には、商法9条2項・会社法

98 同前、大隅・注(1)前掲283頁、近藤・注(6)前掲48頁。

99 大隅・同前参照。

100 青竹・注(24)前掲44頁参照。

101 服部・注(37)前掲488頁。

908 条 2 項の適用がないこと、いうを待たない。

判例もまた、商法 9 条 2 項・会社法 908 条 2 項が適用されるためには、原則として、登記自体が当該登記の申請権者（登記義務者）の申請に基づいてされたものであることを必要とする旨を明らかにしているが、これと共に、申請者の申請に基づく登記と同視できる特段の事情がある場合には限って、同各条 2 項の（類推）適用があることを認めている（最判昭和 55 年（1980 年）9 月 11 日民集 34 巻 5 号 717 頁。）

6 - 2 - 2. 不実事項の出現に加功した者

従来から、實際上大きな問題となっていたのは、取締役への就任ないし退任の登記と、取締役の対第三者責任に関する会社法 429 条との関係である。

世には、株主総会を開催せず、会社の支配株主兼社長から取締役に就任することを依頼され、これを承諾して取締役としての就任登記に協力する例が少なくない（ただし、登記の上だけのことで、この者は会社の業務には関与しない）。正規に株主総会で選任されていないのであるから（会 329 違反）、このような者は法律上の取締役ではなく、したがってこの者を取締役とする登記は不実登記に該当する¹⁰²。かかる就任登記をなすことを承諾した者（単なる登記簿上の取締役）が、会社法 429 条 1 項に基づき、第三者から取締役の責任を追及された場合に、この者は、登記申請者でないことを理由に、追及者が善意であったとしても、会社法 908 条 2 項の適用ないし類推適用を免れ、したがって会社法 429 条 1 項所定の責任を負わないと主張することを許されるであろうか。

最高裁昭和 47 年（1972 年）6 月 15 日判決民集 26 巻 5 号 984 頁が、登記簿上の取締役にすぎない者に会社法 429 条 1 項の責任を肯定することを確立したリーディングケースとして知られている。すなわち、「商法 14 条（現在の会 908 ）にいう「不実ノ事項ヲ登記シタル者」とは、当該登記を申請した商人（登記申請者）をさすものと解すべきことは論旨のいうとおりであるが、その不実の登記事項が株式会社の取締役への就任であり、かつ、その就任の登記につき取締役とされた本人が承

102 田邊・注 (3) 前掲 138 頁。

諾を与えたのであれば、同人もまた不実の登記の出現に加功したものであるべく、したがって、同人に対する関係においても当該事項の登記を申請した商人に対する関係におけると同様、善意の第三者を保護する必要があるから、同条の規定を類推適用して、取締役として就任の登記をされた当該本人も、同人に故意または過失があるかぎり、当該登記事項の不実なことをもって善意の第三者に対抗できないものと解するのを相当とする」と説き、結果、このような登記簿上の取締役は、平成17年(2005年)改正前商法266条ノ3(現在の会429)にいう取締役としての責任を免れることができないと判決したのである。この判決により、不実登記への承諾という事情から会社法908条2項の類推適用を導き、それを介して会社法429条1項の責任を肯定するという構成が定着したのであった。

登記申請者でない登記簿上の取締役への会社法908条2項の類推適用につき、野田博は、この者が積極的・消極的な不実登記の出現に加功したことがその類推適用の要件とされると本件判旨を読み解き、最高裁の限定的な解釈姿勢に肯定的評価を与えているように思われる。彼は、登記当事者以外の不実登記加功者自ら登記の変更を申請しえず、しかも、登記当事者のように商業登記制度から直接利益を享受しているわけではないこと等に留意すべきであると指摘し、本判決における登記簿上の取締役に対する会社法908条2項の類推は会社法429条の責任を認めるための借用にすぎないのであって、それは登記当事者の「不実登記への加功」とは質が異なると観察している¹⁰³。このような視座は、自ら登記の変更を申請することができない登記簿上の取締役への会社法429条1項適用の不当な拡張に抑制的に作用するものであり、宜なるかなというべきである。より着目すべきは、野田が明示した本判決を巡る論点についての小括である。彼は、あくまで会社法429条の趣旨により登記簿上の取締役にその責任を認めるべきかという問題が中心であって、会社法908条2項の類推は、同429条を実質化するため、同908条2項が本来予定していない問題を扱うための架橋的措置として用いられていると明快に教示しているのである¹⁰⁴。慧眼というべきであろう。

103 野田博「判批」『商法(総則商行為)判例百選(第5版)』(有斐閣・2008年)21頁。

104 同前参照。

以上は取締役就任登記の事案であるが、辞任等により取締役でなくなった者について、退任登記がなされていない場合にも、不実登記が残存していることになる。判例は、株式会社の取締役を辞任した者は、辞任したにもかかわらずなお積極的に取締役として対外的または内部的な行為をあえてした場合を除いては、辞任登記が未了であることにより、その者が取締役であると信じて当該株式会社と取引した第三者に対して、平成 17 年（2005 年）改正前商法 266 条ノ 3（現在の会 429）の責任を負わないとしつつ（最判昭和 62 年（1987 年）4 月 16 日判時 1248 号 127 頁）、取締役を辞任した者が、登記申請者である当該株式会社の代表者に対し、辞任登記を申請しないで不実の登記を残存させることにつき明示的に承諾を与えていたなどの特段の事情が存在する場合には、取締役を辞任した者は平成 17 年（2005 年）改正前商法 14 条（現在の会 908）の類推適用により、善意の第三者に取締役でないことを対抗できず、同年改正前商法 266 条ノ 3（現在の会 429）の責任を負うとしている（最判昭和 63 年（1988 年）1 月 26 日金法 1196 号 26 頁）。上で述べた就任登記事案と同様の法律構成を踏襲しているが、その要件は就任登記事案より厳格であることに注意すべきである。

取締役の就任登記に際しては、就任する者の就任承諾書が登記の添付書類として必要であり、取締役として登記されるべき者の積極的な協力があって初めて登記手続が完了する。しかし、辞任等による退任登記においては、辞任者等の協力は不要であって、会社が必要な手続をとれば足りる。辞任者等は、不実登記の出現に関与したことにはならないので不実登記に拘束されないのが原則である¹⁰⁵。

6-2-3. 善意の第三者

商法 9 条 2 項・会社法 908 条 2 項によって保護される第三者の「善意」は、「登記と事実とが相違していることを知らない」との謂であり、不実の登記情報に接してそれを真実であると信じたことまでは必要ないと解するのが趨勢である¹⁰⁶。判例

105 田邊・注 (3) 前掲 139 頁。

106 大隅・注 (1) 前掲 284 頁、関・注 (2) 前掲 284 頁、近藤・注 (6) 前掲 50 頁、服部・注 (37) 前掲 488 頁。

もこの立場を採る（最判昭和47年（1972年）6月15日民集6巻5号984頁）。関俊彦は、商法9条2項・会社法908条2項は、登記することができるのに登記をしないという本人の側の帰責事由のみを要件としていて、善意の第三者の側が登記情報に接しないという過失を要件としていないことを理由にこう解する¹⁰⁷。

閑説をこの方向に極端に推し進めれば、登記情報に接しなかった第三者が、ある商人から経済的損害を被り、後になって形振^{なりふり}かまわず当該商人の弱点を洗い出したところ、偶々その損害に係る登記と真実との不一致を発見したようなときであっても、これを奇貨として、自己は不実登記における善意の第三者に該当するから保護されるべきである旨の主張をなすことを許される結果となりそうである。この商人は、不実登記をなすことによって、商法・会社法が掲げる公示主義に、いわば公然と叛旗^{はんき ひるがえ}を翻しているのであるから、その一事をもって、たとえ第三者が登記情報に接しなかったとしても、帰責事由があると評価されてもやむをえないと解する余地がありそうに思われるからである。

これと対極にあると思われるのが、鴻常夫の主張である。鴻によれば、商法9条2項・会社法908条2項は、登記情報を信頼して取引をした相手からその登記事項の不実であることを主張され、不測の損害を被ることがないように善意の第三者を保護するためのものであり、登記を信頼したのでもない者に同各条2項の保護を与える必要はなく、したがって、後になって偶々不実の登記を発見したというように、登記を信頼したのでもない者に同各条2項の規定を適用する余地はないと説いている¹⁰⁸。

この点に関しては、多数説の考え方に対して、あるいは不佞^{ふねい}の誤解があるかも知れぬが、商法9条2項・会社法908条2項の法構造は、関俊彦が説くとおりでであると考えられる。公示主義の理想は、法が公示を要求する事項に関して、事実が公示されることにある。そうであるとすれば、閑説に係る法構造を有する同各条2項は、真実を公示することを怠った者に対し、その一事をもって、万事の責めを負わなければならないという法政策を採ることによって、登記義務者をして真実を登記せしめ

107 関・同前。

108 鴻・注(6)前掲246頁。

ることを促し、もって、商業登記に対する信頼をより確実なものとする趣旨であると解されることになろう。よって、同各条 2 項の下では、登記情報に接しなかったことに過失があるうとなかろうと、第三者は、善意でありさえすれば保護されると解する。

以上のように解すれば、商法 9 条・会社法 908 条は、全体として、公示主義の理想を実現すべく、登記義務者・登記当事者を利益誘導する規定であるということになる。まず、同各条 1 項により、登記すべき事項を未登記のまま放置した者に対し、その対抗力を奪うことによって登記を促し、登記さえすれば、当該事項の対抗力を非登記事項の対抗力と同様にまで復帰せしめる。したがって、登記事項を登記した当事者は、当該事実をもってこれを第三者に主張できる地位を取得する。登記当事者による事実の主張に対し、第三者は外観信頼保護規定による反駁が可能であるが、同各条 1 項の下では、第三者が登記情報に接しなかったことが過失に該当するか否かが吟味され、登記事項に係る外観を信頼した者が保護されるためには、善意無過失が要求される。次いで、同各条 2 項は、たとえ登記をしても、故意・過失により真実を登記しなかった者に対し、その一事のみをもって、善意の第三者に対する対抗力を奪うことによって、真実を登記させるよう促すのである。同各条 2 項の下では、いわば一事が万事という法政策を採用したのであるから、第三者が登記情報に接しなかったことが過失に該当するか否かを吟味するまでもなく、善意者は善意者でありさえすれば保護される。かかる不利益を免れるためには、当事者は、真実の登記をもって応える以外に途はないということになるわけである。すなわち、同各条 1 項は、公示主義に対する消極的非協力者に対する利益誘導規定であり、同各条 2 項は、公示主義に対する積極的挑戦者に対する利益誘導規定であるといえよう。法がどちらの者に対して厳しい姿勢で臨むかといえ、後者に対してであること、明らかであろう。

7. 商業登記の推定力

商業登記の申請には、商業登記法・商業登記規則が要求する資料等を添付する等の手段により、その真実性を能う限り担保することが企図されているから、商業登記には、事実上の推定力があるものと解される¹⁰⁹。しかし、商業登記は、形式的審

査主義が前提とされるからには、登記官が真実と異なる事項についての登記申請を受理する可能性を排除できない制度であるので、これに法律上の推定力は存しない¹¹⁰。すなわち、登記された事項の存在を否認する者が反証を挙げる責任を負い、その意味では拳証責任を転換する効力を生じるものではない。

8. 商業登記の特殊的効力

8-1. 創設的効力

通常の商業登記にあっては、その前に一定の法律関係の発生・変更・消滅という事実があり、これを公示すべく、登記の申請が行われる。これに対し、登記それ自体によって、新たな法律関係が創設されることがある。会社の設立登記（会 49、579）がその典型である。会社の新設合併（会 922）についても同様である。会社の設立登記は、登記そのものに、会社設立という法律関係を創設する効果が付与されている。これを「商業登記の創設的効力」と称する。

この種の登記に関しては、会社法 908 条 1 項（したがって、商法 9 条 1 項も）の適用はないものと一般に解されている¹¹¹。よって、悪意の者に対してであっても、登記をなさない限り、法律関係の発生の効果を主張できない。

8-2. 補完的効力

いったん登記がなされると、これをもって当該登記に係る法律関係について存した一定の瑕疵の主張が許されなくなることがある。結果、登記によって、あたかもその瑕疵が補完されたのと同様の効力が生じることになる。このような効力を「商業登記の補完的効力」と称する。典型例は、会社の設立登記により会社が成立した後、株式引受人は錯誤による株式引受けの無効の主張または詐欺もしくは強迫による株式引受けの取消しの主張を封じられる旨の規定（会 51、102）である。

109 鴻・同前、近藤・注 (6) 前掲 51 頁参照。

110 名同前。

111 鴻・同前 247 頁、近藤・同前、関・注 (2) 前掲 292 頁、服部・注 (3) 前掲 490 頁。

8 - 3. 付随的効力

商業登記が一定の行為の許容または免責の基礎となる効力を有することがある。これを「商業登記の付随的効力」と称する。たとえば、株式会社において設立登記がなされると、株券の発行が可能になる(会 215)。持分会社を退社した社員は、退社の登記をする前に生じた会社債務につき従前の責任の範囲内でこれを弁済する責任を負うが、かかる退社員の責任は、退社の登記後 2 年以内に請求または請求の予告をしない会社債権者に対しては、退社の登記後 2 年を経過したときに消滅する(会 612)。

第 3 帖 「商」の管理・運営

第 1 章 会社を除く商人の営業の管理・運営

1. 緒言 商業帳簿制度

商人(会社を含む)が整備された帳簿によってその財産および損益の状況を明らかにしめることは、企業の合理的経営を行うための基礎である。かかる帳簿によってのみ、商人はその営業・事業の経過と成果とを知り、かつこれに批判的検討を加えて、的確な将来の計画を立てることが可能になる¹。ここに、「商人の便宜のための制度」として、商業帳簿の利用が認められる²。

商人自身の便宜という観点から、商業帳簿制度を眺めた場合、大隅健一郎によれば、その目的は以下の 3 点にあるとされる³。営業上・事業上の財産の状況および営業・事業の成果すなわち損益を明らかにすること。資産から負債を控除することにより純財産が明らかにされ、異なる営業年度・事業年度の純財産を比較することによって損益が明らかになる。個々の財産の構成部分の成果を明らかにすること

1 大隅健一郎『商法総則(新版)』(有斐閣・1978年)210頁。

2 鴻常夫『商法総則(新訂第5版)』(弘文堂・1999年)251頁。

3 大隅・注(1)前掲210頁。

と。これにより各個の営業部門・事業部門の収益率を検討して、それぞれの部門の休止・拡張または新設などに関する計画を立てる基礎が与えられる。企業の流動性を明らかにすること。資産と債務とを対比することにより、商人は供与されている信用とその弁済に充てうべき財産との正しい均衡を維持することができる。

さらに、商人自身の便宜という観点からは、近藤光男が指摘するように⁴、取引の証拠を残しておくこと、も重要な目的といえよう。また、個人商人の場合には、商業帳簿の作成は、商人の営業用の財産と個人財産とを区分して把握するという意味もある⁵。

商業帳簿制度が上のような意義にとどまる限り、この制度は、個々の商人の便宜的な制度として、これに法が干渉する必要性は乏しいといえよう。しかし、企業の健全な運営のため合理的な計算関係の明確化に奉仕する商業帳簿は、本来技術的な制度であるから、企業経営が近代化するにつれ、近代的水準に達した企業では、ほぼ同じような「基準」を用いたものとなってくる。ここに、商業帳簿に関する客観的な基準の定立が可能になり、また必要ともなって、法的規整の対象となる意味が生じる⁶。しかし、この段階に至っても、企業会計の必要性が企業の内部的管理にとどまる限り、法的規整の環境が整ったというだけであって、当然に法律上の制度に組み込まれなければならないということにはならない。商業帳簿を法的に規整する必要性は別のところにある。

商業帳簿は、商人にとって営業政策・事業政策の羅針盤として必要であるばかりでなく、商人以外の第三者にとっても、その必要性が認められる。とりわけ商人が会社組織である場合には、財産や損益の状況を認識しなければならない利害関係人が増大する。商人が会社組織である場合にもっとも会計情報を欲するのは、自らは会社業務に関与せず経営を業務執行者に委任している出資者（株主など）ないし出資予定者である。出資者以外にも、債権者（従業員を含む）、会社との取引の相手方、課税当局などにとって、商人との間で契約を結んだり、権利義務関係の着着を

4 近藤光男『商法総則・商行為法（第5版補訂版）』（有斐閣・2008年）74頁。

5 青竹正一『改定商法総則・商行為法（第2版）』（成文堂・2008年）69頁。

6 以上、鴻・注（2）前掲251頁。

つけたりするとき、その商人の財産や損益の状況を記載・記録した帳簿が必要になる。具体的には、投資決定、契約締結、出資の払戻し、残余財産の計算、支払能力の計算、不正経理の追及などに関係する。帳簿が保存されれば第三者のための証拠保全という意味もある⁷。

このような段階に至れば、商業帳簿は、単に商人の便宜のための制度にとどまらず、社会的にも重要な意義を有する制度となる。それゆえ、これに対して、法による厳格な干渉が必要となるのである。

ただし、以上によって窺いうるように、商業帳簿に対する法の関心は、企業の規模・形態などにより自ら差異なきをえない⁸。まず、小商人には、商業帳簿に関する規定のすべてが適用除外とされている(商7)。高度に技術的なものについて、すべての商人に強制するのは適当でないというのが商法の立場である⁹。会社を除く商人にあっては、商業帳簿作成の義務を課するとともに、その作成につき法務省令でこれに相応しい技術的・専門的会計規整を加えることにしている(商19)。さらに、商業帳簿および営業に関する重要書類の保存義務を課している(商19)。しかし、その違反について商法上特段の制裁の定めはない。以上に対し、会社においては、会社法およびその授權に基づく法務省令により、やはりこれに相応しい技術的・専門的会計規整が加えられ(会431以下、614以下。当然に、会社に対する規整が最も厳格なものとなる)、不記載・不記録あるいは不実記載・不実記録があったときや、必要な帳簿や資料の備置義務に違反したときに、制裁規定が設けられている(会976)。

以下では、会社を除く商人の商業帳簿に関して述べる。

2. 商業帳簿の作成

2-1. 商業帳簿の意義

「商業帳簿」とは、商人がその営業のために使用する財産について、法務省令で

7 以上、関俊彦『商法総論総則(第2版)』(有斐閣・2006年)171頁。

8 大隅・注(1)前掲211頁。

9 近藤・注(4)前掲74頁参照。

定めるところにより、適時に正確な作成を義務づけられている帳簿であって、「会計帳簿」および「貸借対照表」から成る（商 19 ）。その細目を定める法務省令が商法施行規則である。

商人の営業のために使用する財産を明らかにするものであっても、商人が任意に作成するものは、ここにいう商業帳簿ではない。商業帳簿には保存・提出義務（商 19 ・ ）をとともなうため、その範囲を拡大すべきではないからである¹⁰。

2 - 2. 会計帳簿

「会計帳簿」とは、一定の時期における商人の営業上の財産およびその価額ならびに一定期間における取引その他営業上の財産に影響を及ぼすべき事項を記載・記録した帳簿のことである。平成 17 年（2005 年）改正前商法 33 条 1 項柱書は、「会計帳簿ニハ左ノ事項ヲ整然且明瞭ニ記載又ハ記録スルコトヲ要ス」と規定し、その 1 号に「開業ノ時及毎年一回一定ノ時期ニ於ケル営業上ノ財産及其ノ価額、会社ニ在リテハ成立ノ時及毎決算期ニ於ケル営業上ノ財産及其ノ価額」を挙げ、同じく 2 号に「取引其ノ他営業上ノ財産ニ影響ヲ及ボスベキ事項」を挙げていた。同年改正により、同条は消滅したが、その定義自体は、現在も変わらない。

企業会計一般に用いられる複式簿記では、会計帳簿の主要簿は、日々の取引を発生順に記載・記録した「日記帳」、日記帳に記載・記録された取引を借方と貸方の両面に分けて勘定と金額を記載・記録する「仕訳帳」、仕訳帳に記載・記録された取引を資産、負債などの勘定別に転記した「(総勘定)元帳」から成る¹¹。さらに、これらに付随する「補助簿」がある。これには、現金出納帳、手形記入帳、仕入帳、売上帳などが含まれる。

商業帳簿の作成には「適時性」が要求される。たとえば、1 年に 1 回、納税申告時にまとめて作成することは、適時に作成したことになる¹²。同じく、「正確性」が要求される。すなわち、商法および商法施行規則の規定、一般に公正妥当と認め

10 青竹・注 (5) 前掲 70 頁。

11 同前 71 頁。

12 弥永真生『リーガルマインド商法総則・商行為法（第 2 版補訂版）』（有斐閣・2007 年）62 頁。

られる会計の慣行 (本章 4) に従って、財産・取引の状況を忠実に示さなければならぬ¹³。

なお、商業帳簿の作成は (保存も)、書面だけでなく電磁的記録によることができる (商施規 4)。

2 - 3. 貸借対照表

「貸借対照表」は、一定の時点 (決算日) における商人の営業用財産の状態を明らかにすべく作成される資産、負債、純資産を示す一覧表である。商人は、開業時の会計帳簿に基づき、その開業時における貸借対照表を作成しなければならず (商施規 7)、その後は各営業年度に係る会計帳簿に基づき、各営業年度毎に貸借対照表を作成しなければならない (商施規 7)。会計帳簿に記載・記録されたところに基づいて貸借対照表を作成する方法を「誘導法」と称するが、商法施行規則 7 条 1 項 2 項から理解できるように、同規則は、この方法を貸借対照表の作成基準として採用している。貸借対照表の作成に係る期間 (営業年度) は、営業年度の末日を変更する場合を除き、1 年を超えることができない (商施規 7)。

貸借対照表は、資産の部、負債の部、純資産の部から成り (商施規 8 各号)、各部に適当な名称を付して、適当な項目に細分して作成することになる (商施規 8 参照)。勘定式の場合、借方 (左側) には資産が掲げられ、貸方 (右側) には負債と資本金・当期純利益が掲げられる。借方の数値は、調達資本 (自己資本、他人資本の双方) を運用した結果、その日に企業が現に保有する財産額を表わし、貸方の数値は、その日において企業が有すべき計算上の財産額を表わす。

貸借対照表に係る事項の金額は、1 円単位、1,000 円単位または 100 万円単位をもって表示する (商施規 6)。日本語をもって表示するのが原則とするが、その他の言語をもって表示することが不当でない場合はこの限りでない (商施規 6)。

3. 資産・負債の評価基準

商人の会計帳簿に計上すべき資産については、商法施行規則または商法以外の法

13 同前。

令に別段の定めがある場合を除き、その取得価額（取得原価）を付さなければならない（商施規 5 本文）。ただし、取得価額を付すことが適切でない資産については、営業年度の末日、末日以外の日に評価すべき場合にあってはその日における、時価または適正な価格を付することができる（商施規 5 ただし書）。

償却すべき資産については、営業年度の末日において、相当の償却をしなければならない（商施規 5 ）。いわゆる減価償却である。「減価償却」とは、固定資産の当期の減損額を一定の方法（定額法、定率法など）で見積計算し、毎期にこれを損失として計上し、かつ、次期への繰越額を減少させる会計処理である¹⁴。

営業年度の末日における時価がその時の取得原価より著しく低い資産（当該資産の時価がその時の取得原価まで回復すると認められるものを除く）については、営業年度末日における時価を付さなければならない（商施規 5 ）。また、営業年度の末日において予測することができない減損が生じた資産または減損損失を認識すべき資産については、その時の取得原価から相当の減額をした額を付さなければならない（商施規 5 ）。前者を「強制評価減」と称する。後者の「予測することができない減損」とは、定期的に減価償却に取り込むことができないような予想外の減損をいい、物理的減損・機能的減損の双方を含むというのが通説である¹⁵。土地を例にすれば、海岸沿いの土地が侵食された場合や地震などによって地割れが起きた場合は当然のこと、放射能などによって汚染され、通常の土地として使用できなくなった場合には、相当の減額を行わなければならない¹⁶。

取立不能のおそれのある債権については、営業年度の末日において取り立てることができないと見込まれる額を控除しなければならない（商施規 5 ）。

商人の会計帳簿に計上すべき負債については、商法施行規則または商法に別段の定めがある場合を除き、債務額を付さなければならない（商施規 5 本文）。ただし、債務額を付すことが適切でない負債については、時価または適正な価格を付することができる（商施規 5 ただし書）。

14 関・注 (7) 前掲 175 頁。

15 弥永真生『コンメンタール会社計算規則・商法施行規則（第 2 版）』（商事法務・2009 年）118 頁参照。

16 同前。

のれんは、有償で譲り受けた場合に限り、資産または負債として計上することができる（商施規5）。

4. 一般に公正妥当と認められる会計の慣行

商法19条1項は、「商人の会計は、一般に公正妥当と認められる会計の慣行に従うものとする。」と定めている。昭和49年（1974年）商法改正時に、企業会計に関する包括規定として、同年改正後商法32条2項に「商業帳簿ノ作成ニ関スル規定ノ解釈ニ付テハ公正ナル会計慣行ヲ勘酌スベシ」との定めが設けられたが、現在の商法19条1項は、その後継規定である。元来、商法旧32条2項が設けられたのは、昭和49年改正にあたり、この時に制定された当時の旧商法特例法2条以下により、大会社につき公認会計士または監査法人から選任された会計監査人による監査を強制することとの関連においてであった。すなわち、商法の規定により株主総会に提出される計算書類と当時の証券取引法の規定により当時の大蔵大臣に提出される財務諸表とがいずれも公認会計士または監査法人の監査の対象となるにもかかわらず、両者が別個の基準によって作成され、その間に矛盾があるならば、無用の混乱を招くことになるので、両者の作成および監査の基準を一致させる趣旨が大きく作用して、上の規定が設けられることになったのである¹⁷。さらに、従来から、商業帳簿の作成に関し、商法に精細な規定を設けることは、實際上困難であるのみならず、会計技術の迅速な進歩に鑑みると不適當でもあって、商法には基本的な規定のみを設け、その余は公正な会計慣行に委ねるのが適當であるとも考えられていた¹⁸。今日にあっては、後者の意義が商法19条1項に結実していると捉えられる。平成17年（2005年）改正前商法33条、同34条は、商業帳簿の記載・記録事項と資産評価の原則を規定していたが、同年改正は、これらを含め、すべて法務省令に委ねることとした。急速な技術的進歩を遂げる企業会計につき、商法に規定を設けることは、もはや限界を迎えたといえる。

商法旧32条2項にいう「商業帳簿ノ作成ニ関スル規定」には、作成それ自体だ

17 大隅・注(1)前掲217頁。

18 同前218頁参照。

けでなく、商人の会計処理や表示、作成目的をも定めた規定が含まれると解されていた¹⁹。主語を「商人の会計」と改めている現行の商法 19 条 1 項の下では、商法およびそれに基づく法務省令の内容が具体的でない事項のほか、規定のない事項についても会計慣行に従わなければならないことが明らかになっている²⁰。

商法旧 32 条 2 項は「斟酌スベシ」と定めていたが、その趣旨は、法解釈の指針とする意味であり、特別の事情のない限り、公正な会計慣行が存在する場合には、それに従わなければならないという意味であると解されていた²¹。現行法は、「従うものとする」との表現に改めることによって、従来解釈が正しい旨を明瞭にしている。

会計慣行が「公正妥当」であるかどうかは、その慣行が商業帳簿の作成目的に適合しているか否かによって判断される²²。目的によって異なることもありえようから²³、論理的に 1 個に限定されるものではなく、複数存在することもありうる。

5. 商業帳簿の保存・提出義務

5-1. 保存義務

商人は、帳簿閉鎖の時から 10 年間、その帳簿およびその営業に関する重要な資料を保存しなければならない(商 19)。帳簿閉鎖の時とは、最後の記載・記録をした時ではなくして、計算締切りの時と解すべきである²⁴。重要な資料とは、契約書、請求書、領収書など、将来の紛争に備えて事実関係や法律関係を証明するための重要な手段となる資料であり、文書形式のもののみならず、電磁的記録形式のものも含まれる²⁵。商人資格を失ってもこの義務は残る²⁶。

19 同前参照、鴻・注(2)前掲 259-260 頁参照。

20 青竹・注(5)前掲 65 頁。

21 大隅・注(1)前掲 220 頁、鴻・注(2)前掲 260 頁。

22 関・注(7)前掲 176 頁。

23 近藤・注(4)前掲 75 頁。

24 大隅・注(1)前掲 223 頁。

25 関・注(7)前掲 177 頁。

26 近藤・注(4)前掲 77 頁。

5 - 2. 提出義務

裁判所は、申立てによりまたは職権で、訴訟の当事者に対し、商業帳簿の全部または一部の提出を命ずることができる(商 19)。文書の所持人が文書の提出義務を負う場合については、民事訴訟法 220 条が一般的に規定するが、さらに商法 19 条 4 項は、訴訟当事者の有する商業帳簿について、民事訴訟法上、拒否できる場合に当たるか否かを問わず、当然に提出義務を課し、かつ当事者の申立てによらずとも職権をもって提出を命ずることができることとしている²⁷(民訴 219 対照)。訴訟は、商事に関するものと否とを問わない。商業帳簿の提出義務に違反した場合の効果は一般の民事訴訟の原則による²⁸(たとえば、民訴 224 など)。

ただ、商業帳簿には、法定の特別な証拠力があるわけではなく、この点は、自由心証主義の一般原則(民訴 247)による²⁹(大判昭和 17 年(1942 年)9 月 8 日新聞 4799 号 11 頁)。

なお、一般人が商業帳簿の閲覧を求めるために商法 19 条 4 項を援用することはできない³⁰。

[追記 ・拙著『商法学通論』の訂正]

(平成 22 年(2010 年)11 月末現在判明分)

- ・ 128 頁 3 - 3、6 行目

(誤) 標榜

(正) 標榜

- ・ 140 頁 3 ~ 4 行目

(誤) 有限責任社員ノ無限責任社員

(正) 有限責任社員ト無限責任社員

27 弥永・注(12)前掲 65 頁。

28 関・注(7)前掲 177 頁。

29 鴻・注(2)前掲 262 頁。

30 鴻・同前、近藤・注(4)前掲 78 頁。

[追記 ・名城法学第 60 巻第 1・2 合併号の訂正]

- ・ 68 頁 8 行目および 9 行目
 - (誤) 函計
 - (正) 函形
- ・ 76 頁、1 - 4 - 3 の表題
 - (誤) 商業登記の効力
 - (正) 商号登記の効力
- ・ 81 頁 20 行目
 - (誤) 競走
 - (正) 競争