

1-1 総 則

1 【商人と商行為】

1. 商人概念と商行為概念の役割

「商人」および「商行為」という概念は、商法の適用範囲を明確にする役割をもつとともに、商法全体を体系的に構成する役割を担っている。

2. 立法主義と現行商法の立場

(1) 三つの立法主義

① 商事法主義(商行為法主義)

まず商行為の概念を定めてから商人概念を導く主義をいう。

② 商人法主義

まず商人概念を定めてから商行為の概念を導く主義をいう。

③ 折衷主義

商事法主義または商人法主義のいずれかの立法主義を建前として、それに他方の立法主義を加味する主義をいう。

(2) 現行商法の立場

現行商法は、絶対的商行為(商法501)と営業的商行為(商法502)から成る商行為概念を定め、「この商行為を営業として行う者」を商人であるとする(商法4①)。

また、商人概念から導き出される商行為である附屬的商行為を定め(商法503)、さらに商行為概念を基礎としない商人である擬制商人を認め(商法4②)、商人法主義をも加味している。

このことから、現行商法は、商事法主義を建前とする折衷主義に立っているといえる。

3. 商行為概念

(1) 絶対的商行為(商法501)

行為の客観的性質から強度の営利性があるものとして、営業としてなされると否とにかかわらず常に商行為とされるものをいう。

① 投機購買とその実行行為(商法501①一)

安く仕入れて(投機購買)、高く売り(実行行為)、その差額を利得とすることを目的とする行為をいう。目的物は、動産、不動産または有価証券である。

譲受けた物品をそのまま譲渡することにより利を図る場合だけでなく、これに加工をなしあるいはこれを原料として他の物品を製造し譲渡して利益を得る場合も含む。

ex. 土を買い入れ、これを用いて陶器を製造販売する行為

② 投機売却とその実行行為(商法501①二)

高く売り込んでおき(投機売却)、後に安く仕入れ(実行行為)、その差額を利得とすることを目的とする行為をいう。目的物は動産または有価証券である(不動産は含まない)。

目的物が他人から有償取得される限り(実行行為)、製造または加工を施した上で履行することも、差し支えない。

③ 取引所における取引(商法501①三)

取引所における売買取引は、一定の時間内に一定の方式に従って大規模になされる技術的・定型的な行為であることから、絶対的商行為とされた。

④ 商業証券に関する行為(商法501①四)

証券の振出、裏書、引受等の証券上の行為のほか、広く商業証券を目的とする取引も含まれる。実質的行為(証券発行等の原因である売買等)の方はすでに商行為性が認められており、証券の発行等の証券上の行為が対象である(商法501①一、二、商法502、商法503)。

ex. 証券の売買

| | 動 産 | 不 動 産 | 実行行為 |
|-------------|-----|-------|------|
| 投機購買(と実行行為) | ○ | ○ | ○ |
| 投機売却(と実行行為) | ○ | — | ○ |

(2) 営業的商行為(商法502)

営業としてなされるとき(反復継続して行われたとき)に初めて商行為となるものをいう。

① 投機貸借とその実行行為(商法502①一)

動産または不動産の貸借を目的とするものに限られるため、レンタカー、貸ビデオ屋等は該当するが、貸金業者、質屋営業者はこれに当たらない。

② 他人のためにする製造または加工に関する行為(商法502①二)

他人から材料の給付を受け、または他人の計算で材料を買い入れ、これを製造加工することを引受け、これに対し報酬を受けることを約する行為である。したがって、自己の材料に製造加工を加えて売却する場合は、これに当たらない。

製造とは、原材料に労力を加え、性質や用途の全く異なるものとするものである(ex. 紡績、酒類醸造、機械器具製造など)。また、加工とは、物の同一性を失わない程度に変更を加えることである(ex. 洗濯、染色、精米など)。

③ 電気またはガスの供給に関する行為(商法502①三)

電気またはガスを継続して供給することを引き受ける契約である(電力会社、ガス会社等)。

④ 運送に関する行為(商法502①四)

運送を引き受ける契約、すなわち運送契約である。

⑤ 作業または労務の請負(商法502①五)

前者は不動産または船舶に関する工事の請負契約を、後者は労働者の供給の請負契約をいう。

⑥ 出版・印刷または撮影に関する行為(商法502①六)

出版業者・新聞業者、印刷業者、写真師の行為がこれに属する。

⑦ 客の来集を目的とする場屋の取引(商法502①七)

通説は、場屋の取引とは公衆の来集に適する物的設備をなして、これを利用させる取引をいうとして、理髪業も本号に該当すると解している。しかし、判例は、理髪業は設備の利用を目的とする契約がないから本号に該当しないとみる。

⑧ 両替その他の銀行取引(商法502①八)

金銭または有価証券の転換の媒介を目的とする行為をいい、両替商の他、受信・与信の両行為をなす金融機関の行為が該当する。受信行為を伴わず、自己の資金を貸付ける貸金業者や質屋営業者の金銭貸付行為は銀行取引には当たらない(最裁昭30. 9. 27)。

⑨ 保 険(商法502①九)

営利保険を意味し、相互保険や社会保険は含まれない(判例)。

⑩ 寄託の引受(商法502①十)

他人のために物の保管を引受ける行為(ex. 倉庫営業者の行為)をいう。

⑪ 仲立・取次(商法502①十一)

仲立とは、他人間の法律行為の媒介を引き受ける行為(ex. 仲立人、媒介代理商の行為)をいう。一方取次とは、自己の名をもって他人の計算において法律行為をなすことを引受ける行為(ex. 問屋、運送取扱人、準問屋の行為)をいう。

⑫ 商行為の代理の引受(商法502①十二)

委託者のために商行為となる行為の代理を引き受ける行為をいう(締約代理商の行為)。

※ もっぱら賃金を得る目的をもって物を製造し、または労務に服する者の行為は、営業的商行為とはしない(ex. 内職の封筒貼り)。

(3) 附屬的商行為(商法503)

商人がその営業のためになすことによって初めて商行為となるものである。

ex. 自動車販売業を営むAがBから自動車を100万円で買うにあたり、その購入資金をCから借りた場合に、AがBから自動車を買う行為は営業の目的である商行為(基本的商行為)であり、「営業としてなす行為」である。

一方、AがCから金銭を借入れる行為は営業の目的である商行為ではなく、目的である商行為(投機購買)のためになされる行為であり、「営業のためにする行為」として、附屬的商行為となる。

4. 商人概念

(1) 固有の商人

自己の名をもって商行為をすることを業とする者をいう(商法4①)。

①「自己の名をもって」

自己が法律上の権利義務の主体となつて、ということである。会社は、自己の名をもって商行為をすることを業としている(会法5)ので、商人である。

②「商行為」

商法501・商法502に定める基本的商行為のことである。

③「業とする」

営業とすることであり、営利目的で同種の行為を反復継続してなすことをいう。

(2) 擬制商人(商法4②)

商行為(絶対的商行為および営業的商行為)をすることを営業の目的とはしないが、その設備や経営方式に着眼して商人とみなされる者をいい、次の2つがある。

①店舗などの設備による物品の販売業者

原始産業の生産者が店舗で生産品を売れば(ex. 収穫野菜を店頭で販売)、商人となる。

②鉱業営業業者

5. 小商人(商法7、商規3①②)

小商人(商人のうち営業の用に供する財産が50万円以下のもの)には、以下の規定を適用しない。

未成年者登記、後見人登記、商業登記、商号の登記、商号譲渡の登記、営業譲渡における譲受人の免責の登記、商業帳簿および物品販売店舗の使用人に関する規定

6. 商人資格の得喪

(1) 商人資格の取得時期

①会社の場合

法人格取得の時(設立登記完了時、会法49・会法579)に商人資格を取得する。

②会社以外の法人および自然人

商人とは、商法4所定の一定種類の営業または一定の形式における営業をなす者である。したがって、会社以外の法人および自然人の商人資格の取得時期も商法4所定の一定種類の営業または一定の形式における「営業を開始した時」と考えるのが妥当である。

ただし、ここにいう「営業を開始した時」とは、必ずしも営業の目的たる基本的行為自体を開始することだけでなく、基本的行為に時間的に先行して行われる「営業の準備行為がなされた時」で足りると解されている。この場合、「営業の開始」としての「開業準備行為」は、商人資格が取得されることによって、附属的商行為(商法503)となる。

「営業の準備行為(開業準備行為)がなされた時」とは、準備行為によって営業意思が客観的に認識できる場合に限る。

(2) 商人資格の喪失時期

①会社の場合

法人格の消滅した時、すなわち解散して清算手続が終了したとき(会法476、会法645)

②会社以外の法人および自然人の場合

基本的な営業活動を終了しただけでなく、その後の残務整理も終了したとき

7. 営業能力・営業所

(1) 営業能力

営業能力とは、自ら営業的活動をなす能力、すなわち、営業上の行為能力である。営業能力の有無・範囲は行為能力に関する民法の一般原則により決まる。ただし商法は、取引の安全の保護等の要請から特則を設けている(商法5、商法6)。

①未成年者

未成年者は、法定代理人の許可を得て、その旨を登記することで営業をなすことができる(商法5)。この営業を許された未成年者は、「その営業に関して」は成年者と同一の能力を有する(民法6①)。

また、法定代理人は未成年者のために営業行為をなすことができるが、後見人はその旨を登記しなければならない(商法6)。いずれの場合も、未成年者は商人となる。

未成年者は、法定代理人の許可を得れば会社の無限責任社員となることができ、この場合、未成年者は、社員の資格に基づく行為に関しては、行為能力者とみなされる(会法584)。

②成年被後見人

自ら営業をなすことはできないが、後見人が被後見人のために営業行為をなすことはでき、この場合、成年被後見人は商人となる。後見人は、登記しなければならない(商法6)。

③被保佐人

自ら営業をなすことはできないが、保佐人の同意を得て支配人を選任し、営業をさせることはできる。この場合、被保佐人は商人となる。

(2) 営業所

営業所とは、商人の営業上の活動的中心と客観的に認められる一定の場所のことをいう。そして、商人が一個の営業について数個の営業所を有するとき、全営業所を統括する営業所を本店と呼び、本店に従属する営業所を支店と呼ぶ。

【最高裁昭和 年 月 日判決】
開業準備行為が商行為となるためには、それが客観的にみて開業準備行為と認められうるものであることを要し、単に金銭を借り入れるごとき行為は、特段の事情がない限り、これを商行為とすることはできない。

【最高裁昭和 年 月 日判決】
営業を開始する目的をもってする単なる金銭の借入も、取引の相手方がその事情を知っている場合には、これを附属的商行為と認めるのが相当である。

2【商業登記】

1. 総 説

絶対的登記事項(登記しなければならない事項)、相対的登記事項(登記することができる事項)は、商法の各条に規定されている。

登記は、当事者の申請に基づいてなされるのが原則である(商法8)が、例外的に、裁判所が職権で登記を行うことがある(商登法14条、15条など)。登記した事項に変更・消滅が生じたときは、その旨の登記をしなければならない(商法10)。

なお、会社についての登記事項は、会社法に規定されている(会法907以下参照)。

2. 一般的効力(商法9①)

(1) 消極的公示力(前段)

消極的公示力とは、登記前の効力であり、登記すべき事項はその登記前には悪意の第三者に対しては対抗できるが、善意の第三者にはこれを対抗することができないものである。

① 善意の意味

その登記事項を知らないことであり、過失の有無を問わない。

② 善意・悪意の判断時期

問題となった取引をなした時点を基準に判断する。取引の時に善意であれば、後に悪意となっても保護される。

③ 第三者の側からの主張

第三者の側から、その登記すべき事項を主張することはできる。

(2) 積極的公示力(後段)

積極的公示力とは、登記後の効力であり、登記後においては、登記事項を善意の第三者に対しても主張することができる。つまり、第三者は悪意を擬制される(通説)。

① 例 外

第三者が正当な事由によって登記があったことを知らなかったときにはこの者には登記事項を主張することができない。

② 正当事由の意味

交通途絶のように登記簿を閲覧しえない客観的事由のことであり、病気や旅行のような主観的事由は包含されない(通説)。

3. 特殊効力

(1) 創設的効力(ある事項が登記されることにより、新たな効力が付与される場合)

① 会社の設立登記(会法49、会法579)

会社の成立

(2) 補完的効力(登記により、ある法律関係の前提要件についての瑕疵が補完されたのと同様の効果が認められる場合)

① 会社の設立登記

株式引受人は錯誤を理由に株式引受の無効を主張できず、詐欺・強迫を理由として株式引受を取り消すことはできない(会法51②)

(3) 付随的効力(登記がなされたことにより付随的な効果が発生する場合)

① 会社の設立登記

権利株の譲渡制限が解かれる(会法50②)。

② 持分会社の社員の退社登記

2年で免責(会法612②)。

③ 持分会社の解散登記

5年で免責(会法673①)。

4. 不実登記の効力(商法9②)

(1) 要 件

① 不実の登記(登記されている事項が真実に合致していない)であること

② 不実の登記が登記申請者の故意または過失に基づくこと

③ 第三者が善意であること(過失の有無を問わない)

(2) 効 果

登記事項の不実なことをもって善意の第三者に対抗することができない。

※ 不実の登記が登記官の過誤・第三者の虚偽の申請によって生じた場合には、原則として、商法9②の適用はない。

しかし、登記申請者が現に不実の登記であることを知りながら放置した場合や、それを容易に知りえたのに過失で知らずに放置した場合には、商法9②の適用があると考えられる。

③【商 号】

1. 定 義

商号とは、商人が営業上自己を表すために用いる名称である。

2. 商号についての考え方と現行商法の立場

(1) 商号自由主義

商号自由主義とは、商号と商人の氏名および営業の実体とが符合することを要求しない立場をいう。これに対し、商号と商人の氏名および営業の実体とが符合することを要求する立場を商号真実主義という。

(2) 商号自由主義とその例外

商法は、商号自由主義を原則としながらも(商法11①)、以下の例外を設け、商人と取引する一般公衆の保護を図っている。

①会社の商号の制限(会法6②③)

②会社商号の不当使用の制限(会法7)

③他の商人と誤認させる名称等の使用の禁止(商法12、会法8)

④商号単一の原則

・会社については、商号は一つしか認められない(会法6①)。

・個人商人については、数個の営業を営む場合は、それぞれの営業について、別々の商号を使用することができるが、一個の営業については一個の商号しか使用できない。

3. 登記商号の効力

会社の商号は登記を要するが(会法911③二、会法912①二、会法913①二、会法914①二)、個人商人の商号の登記は任意である(商法11②)。

しかし、登記した商号には特別な効力が認められており、その商号が他人のすでに登記した商号と同一であり、かつその営業所(会社の場合は本店)の所在場所がその他人の商号の登記にかかる営業所の所在場所と同一であるとするとする商号の登記は、することができない(商登法27)。

4. 他の商人と誤認させる名称等の使用の禁止(商法12、会法8参照)

(1) 要 件

①「不正の目的」

不正の目的とは、ある名称または商号を使用することにより、一般人をして自己をその商号または名称によって表示される他の商人であると誤認させようとする意図をいう。

不正の目的は、その他人が同一営業を営んでいない場合でも存在する。

②「他の商人であると誤認されるおそれのある名称または商号」

他の商人の商号または名称を自己の商号または名称として冒用する場合をいう。

③「使用」

法律行為に用いる場合の他、看板・広告・計算書・書状などに記載するような事実上の使用も包含される。

(2) 効 果

この規定に違反する名称または商号の使用によって営業上の利益を侵害され、または侵害されるおそれのある商人は、その名称等の使用差止を請求し、また、損害賠償を求めることができる(商法12②)。なお、違反者は過料に処せられる(商法13)。

※ 判例は旧商法21条の「不正の目的」に関して、ひろく違法性のある目的をいうとしており、他人の本店移転登記を妨害し、不当な利益を得ようとする意図も含まれる。また、このような場合には、登記済みの商号の抹消登記も請求できると解されている。

5. 商号の譲渡・廃止・変更

(1) 商号の譲渡

商号は、営業とともにする場合または営業を廃止する場合に限り、これを譲渡することができる(商法15①)。商号の譲渡は、登記しなければ第三者に対抗できない(商法15②)。

(2) 商号の廃止・変更

商人はその営業を廃止した時はもとより、商号の使用のみを廃止した場合も、その商号権を失う(これは、登記商号、未登記商号を問わない)。ただし、登記商号の場合は、その登記をした者が廃止・変更の登記をしなければならない(商法10、商登法29②)。

商号の廃止・変更の登記がされない場合、あるいは2年間商号が使用されなかったにもかかわらずその商号の廃止の登記がなされない場合は、その商号の登記にかかる営業所(会社にあつては本店)の所在場所において同一の商号を使用しようとする者は、登記の抹消を登記所に請求できる(商登法33)。

6. 名板貸人の責任(商法14、会法9参照)

(1) 要 件

①営業のために名板貸人の商号を使用すること(外観の存在)

・名板貸人の「商号」

名板貸人の商号を貸与する場合に限る。

同一性を失わない程度の若干の付加語(支店・出張所など)を加えて使用する場合を含む。

・名板借入の商人性

「商号」であるから、名板借入は商人でなければならない。

・名板貸人と名板借入の営業の同種性の要否

(旧商法)23条の責任を負うのは、特段の事情がないかぎり、商号使用の許可を受けた者の営業がその許諾をした者の営業と同職であることを要する(判例)。

②商号使用の許諾(外観への与因)

名板貸人の帰責事由として、商号の使用を許諾したこと、すなわち、第三者による誤認(名板貸主が営業主であるという)の可能性のある外観を作出したことを要する。「許諾」は明示の許諾はもちろん黙示の許諾で足りる。

名板貸人の名義を使用して手形を振り出すことのみを許諾した場合は含まない(判例)。

③第三者の誤認(外観の信頼)

相手方が名板貸人を営業主ないし取引主体と誤認して名板借人と取引したことを要するが、相手方が名板貸人に責任を追及するためには、善意・無重過失が必要(判例・多数説)。

(2) 効 果

①名板貸人の責任

取引の相手方に対して、名板借入自身が契約当事者として責任を負い、この名板借入の責任を前提として、名板貸人も「取引によって生じた債務」につき連帯して責任を負う。

②「取引によって生じた債務」の意義

取引自体から生じた債務に限らず、それに関連して生じた債務も含まれる。たとえば、債務不履行による損害賠償債務などである。

不法行為による損害賠償債務が含まれるか否かについては争いがあるが、交通事故のような純然たる事実行為としての不法行為のときには商法14は適用されないが、詐欺的取引のような取引行為の外形をもつ不法行為の場合には、商法14を適用して相手方を保護すべきである(判例同旨)。

4【営業譲渡】

1. 意 義

営業譲渡とは、一定の営業目的により組織化された有機的一体としての機能的財産(営業財産)の移転を目的とする債権契約をいう。判例は、営業譲渡の要素として次の2要素を挙げる。

- ①一定の営業目的のために組織化された有機的一体として機能する財産の移転
- ②譲受人による営業譲渡の承継と譲渡人による競業避止義務の負担

2. 当事者間の効果

(1) 営業財産移転義務

営業譲渡契約は取引法上の債券契約であり、この契約締結により譲渡人は営業財産に属する各種の財産を譲受人に移転すべき義務を負う。

その移転すべき財産の範囲は契約によって定まるが、契約に別段の定めがないときは、営業に属する一切の財産を移転することを要するものと推定される(判例)。

営業財産の移転には、各個別財産の種類に従って各別に移転行為をなし、かつ移転を第三者に対抗するために必要な手続をとらなければならない。

①物または権利

動産については引渡(民法178)、不動産および商号については登記(民法177、商法15②)、指名債権(債権者が当初から特定しており、譲渡に民法467の譲渡の手続が必要なもの)については債務者に対する通知または債務者の承諾(民法467)を要する。

②のれんまたは事実関係

譲受人をしてその利用または享受を可能ならしめる手続をとることを要する。

③債 務

債務が移転される場合には、債務の引受、債務者の交替による更改(民法514)などの手続を要する。

免責的債務引受につき債権者の同意がないときは、債権者に対抗することができない。

④譲渡人の商業使用人に対する雇用契約上の権利の移転

雇用関係は商業使用人の同意を要せず移転させうるが、譲受人の下で労務に服することを欲しない使用人は直ちに雇用契約を解除することができる(民法628)とするのが通説である。

(2) 譲渡人の競業避止義務

①営業譲渡の契約で競業避止義務について特に定めていない場合(商法16①)

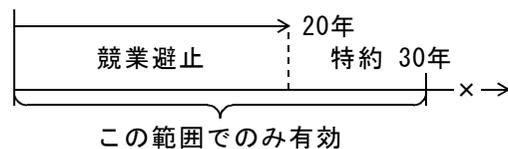
譲渡人は同一市町村(または区)および隣接する市町村(または区)において、20年間同一の営業をしてはならない。

②営業譲渡契約での減免または加重(商法16②)

営業譲渡契約で上記の所定の制限を減免または加重することもできるが、加重する特約は、同一府県および隣接府県内で30年を越えない範囲でのみ有効である。

③信義則(商法16③)

上記による競業避止義務を負わない場合でも譲渡人が不正競争の目的をもって同一の営業をなすことは許されない。



※ 営業には主観的意義の営業と客観的意義の営業がある。客観的意義の営業とは、一定の営業目的により組織化された有機的一体としての機能的財産をいう。

3. 第三者に対する関係

(1) 対抗要件の具備(民法177、民法178、民法467、商法15②)

移転されるべき営業財産のうち対抗要件の具備を要するものは、所定の要件を備えないと譲渡の効果は第三者に対抗できない。

(2) 営業上の債権者に対する関係

①商号を続用する場合(商法17①)

原則として、譲渡人と譲受人が連帯して営業上の債務を弁済する責任を負う。

(趣旨) 商号が続用されているため営業譲渡がなされていることを知らず営業財産に対して適切な手段を講ずることができなかつた債権者を保護することと、営業譲渡とともに債務も移転したと信じた債権者を保護することにある。

ただし、譲受人が、譲渡人の債務を負わない旨の登記をした場合、または譲渡人および譲受人からその旨の通知をした場合は弁済の責任を負わない(商法17②)。

②商号を続用しない場合(商法18①)

原則として、譲渡人が債務者として債務を負い、譲受人は営業上の債務について弁済する責任はない。

ただし、譲受人が営業上の債務を引受ける旨の広告をしたときは、債権者はその譲受人に弁済を請求しうる。

※ 営業の譲受人が商法17①②または商法18①の規定により責任を負うときは、2年を経過したのち、譲渡人の責任は消滅する(商法17③、商法18②)。

(3) 営業上の債務者に対する関係

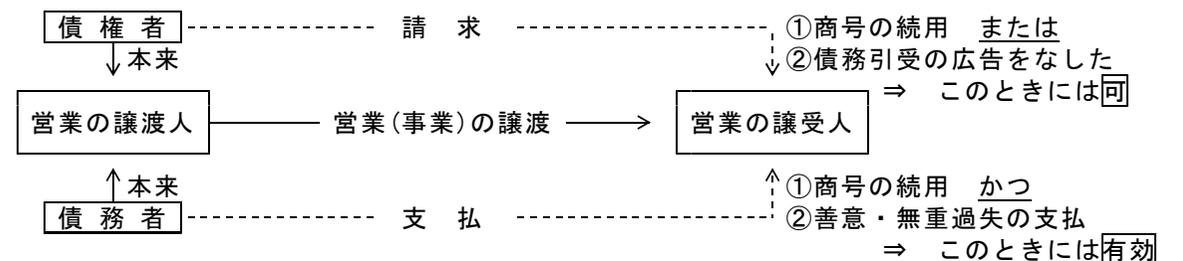
①商号を続用する場合(商法17④)

債務者が善意・無重過失で弁済した場合には、その弁済は有効である。

(趣旨) 債務者は営業譲渡のあったことを知らずに譲受人を債権者と誤認して弁済することが多いので、債務者の外観に対する信頼を保護する必要がある。

②商号の続用がない場合

特別な規定はない(原則どおり、譲受人に対して弁済しても無効)。



5【商業帳簿】

1. 商業帳簿作成・保存義務(商法19②③)

商人は、法務省令に定めるところにより、適時に、正確な商業帳簿(会計帳簿と貸借対照表)を作成しなければならない。また、帳簿閉鎖のときから10年間、商業帳簿および営業に関する重要な資料を保存しなければならない。

2. 裁判所の提出命令(商法19④)

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。

6【商業使用人】

1. 定義およびその種類

商業使用人とは、雇用契約によって特定の商人に従属し、かつ商人の対外的な業務を補助する者をいう。商法は、代理権の範囲の違いによって、商業使用人を以下の三種に区分している。

(1) 支配人(商法21①)

支配人とは、商人に代わり、その営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(支配権)を有する商業使用人である。

(2) ある種類または特定の事項の委任を受けた使用人(商法25①)

支配人のほかに、営業に関するある種類または特定の事項に関する代理権を有する商業使用人がある(現代の部長、課長、係長など)。

これらの者は、限られた特定の範囲(ex. 貸付とか販売とか)について、包括的な(裁判外の)代理権を有し、その代理権に制限を加えても善意の第三者に対抗しえない(商法25②)。

(3) 物品販売の店舗使用人(商法26)

物品販売を目的とする店舗の使用人は、その店舗にある物品については当然に販売の権限を有すると考えるのが取引上の通念である。そこで、このような場合は、たとえ販売の代理権が与えられなくても販売の代理権を有するものとみなし、取引の安全を図っている。

ただし、代理権のないことを知っている相手方に対しては無権限を主張しうる(商法26但書)。

2. 支配人

(1) 選任・解任(商法20、会法348②、会法348③一、会法362④三、会法590②)

支配人を選任・解任できる者は、商人(またはその代理人)である。

株式会社の場合は、取締役会の決議(非設置会社では、取締役の過半数による決定)が、持分会社の場合は、社員の過半数による決定が必要となる。

※ 支配人がさらに支配人を選任する権限については、他の使用人を選任・解任することができる(商法21②)規定の反対解釈として、特に代理権がある場合を除き、これを否定するのが通説である。

(2) 終 任

支配人選任契約は、代理権の授与を伴う雇用契約であるから、代理権の消滅または雇用関係の終了によって支配人は終任する。したがって、解任登記が未了であっても、営業主は本人に対しては解任の事実を主張できる。

また、支配人は営業の存在を前提とするものであるから、商人が営業を廃止するときは支配人は終任となる(判例)。

(3) 登 記(商法22)

支配人の選任および代理権の消滅は、登記しなければならない。会社が支配人を選任し、または支配人の代理権が消滅したときは、本店所在地で登記しなければならない(会法918)。

(4) 支配権(支配人の代理権)の意義(商法21①②③)

支配人は、商人に代わって営業に関する一切の裁判上および裁判外の行為をなす権限を有し、また、支配人以外の使用人の選任・解任の権限を有する(包括性)。

裁判上の行為とは訴訟行為のことであり、いずれの審級の裁判所においても自ら訴訟代理人となることができ、また別に訴訟代理人を選任することも、その代理権の範囲に属する。

営業に関する裁判外の行為とは取引行為のことであり、それが商人の営業に関する以上、営業の目的たる行為であると営業のためにする行為であると問わない。

また、商人が代理権を内部的に制限しても(ex. 取引の種類・金額などの制限)、善意の第三者には対抗できない(不可制限性)。

このように支配人の代理権は商人から授与されるものではあるが、その代理権の範囲は法律上定型化され、この制限を第三者に対して対抗できない。

(5) 支配権の範囲(商法20)

支配人の支配権は、商号および営業所によって個別化された特定の営業を単位として認められる包括的代理権である。したがって、商人が数個の商号の下に数種の営業を営んでいる場合には、支配人の支配権は各商号を単位とする営業に限定され、また商人が数個の営業所(本店・支店)によって営業を営んでいる場合には、支配権は各営業所の営業に限定される。

なお、支配人の支配権は、営業の廃止や譲渡など営業そのものを処分する行為には及ばない。

(6) 支配人の義務

① 競業および営業の禁止(商法23①)

支配人は、商人の許可がなければ、自己または第三者のために商人の営業の部類に属する取引をなすことができない(競業禁止義務)。

また、商人の許可がなければ、以下の行為をすることができない(精力分散防止義務)。

- ・自ら営業を行うこと
- ・他の商人または会社もしくは外国会社の使用人となること
- ・会社の取締役、執行役または業務を執行する社員となること

② 競業禁止義務違反の効果(商法23②)

競業禁止義務に違反してなされた取引自体は有効である。

この場合、商人は支配人に対して損害賠償請求をなすことができ、違反行為によって支配人または第三者が得た利益の額は、商人に生じた損害の額と推定される。

(7) 表見支配人

① 要件

- ・外観の存在
営業所の営業の主任者であることを示す名称を付した使用人の行為
ex. 支店長、支配人、営業所長
- ・外観への与因(帰責性)
営業主が上記の名称の使用を認めていること(積極的な付与、黙認)
- ・外観の信頼
相手方が善意・無重過失であること

② 効果(商法24)

表見支配人を支配人であると信頼して取引した善意の第三者を保護するために、この者に支配人と同一の権限があるとみなす。ただし、裁判上の行為を除く。

商法(基本)

7【代理商】

1. 定義(商法27括弧書)

代理商とは、商人のためにその平常の営業の部類に属する取引の代理または媒介をする者で、その商人の使用人でないものをいう。具体的には損害保険の代理店などがある。

2. 代理商の種類

(1) 締結約代理商

締結約代理商とは、本人の代理人として相手方との間で契約を締結する代理商である。

(2) 媒介代理商

媒介代理商とは、本人と相手方との間で契約締結の運びに至るように各種の仲介・斡旋・勧誘的事務を行う代理商である。

3. 代理商の義務

(1) 通知義務(商法27)

代理商が取引の代理または媒介をなしたときは、遅滞なく商人に通知しなければならない。

(2) 競業禁止義務(商法28①)

代理商は、商人の承諾がなければ、自己または第三者のために、商人の営業の部類に属する取引をしたり、同種の営業を目的とする会社の取締役(または執行役、業務執行社員)となることができない。

(3) 競業禁止義務違反の効果(商法23②)

競業禁止義務に違反してなされた取引自体は有効である。

この場合、商人は代理商に対して損害賠償請求をなすことができ、違反行為によって代理商または第三者が得た利益の額は、商人に生じた損害の額と推定される。

4. 代理商の権利

(1) 報酬請求権(商法512)

(2) 通知を受ける権利(商法29)

物品の販売またはその媒介の委託を受けた代理商は、商法526②の通知その他売買に関する通知を受ける権利を有する。

(3) 留置権(商法31)

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が弁済期にあるときは、その弁済を受けるまで、商人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(特約による排除可)。

※ 物と債権の個別的牽連性は不要であり、また、債務者所有の物であることや、商行為により自己の占有に帰したことも必要ない。

5. 契約の解除(商法30①②)

商人および代理商は、契約の期間を定めなかったときは、2ヵ月前までに予告し、その契約を解除することができる。

ただし、やむを得ない事由があるときはいつでもその契約を解除することができる。

※ 代理商 ⇒ 特定の商人の補助者
仲立・問屋 ⇒ 不特定多数の商人のために活動