

共同支配について

石 原 全

はじめに

我国においては、従来表見支配人(日商42)の研究が著しい成果を挙げている反面、支配権及び共同支配についてはあまり研究がなされていないのであって、本末顛倒の感がある。殊に、共同支配は皆無の状態にあるといえよう。そこで、本稿は枚数の関係上共同支配に限定し、日独商法の比較により一つの示唆を得ようとするものである。

I 共同支配の態様及び授与

支配権は本質上及び法律上の外劃が存するとはいえ広範囲に及んでおり(HGB49, 日商38), しかも営業主は内部関係においてのみ支配権に制限を課し得るもその制限は外部関係において効力を生じないのであるから(HGB50, 日商38■)1, 濫用の危険は非常に大きい。そこで、支配人の信頼濫用から営業主を保護する制度として、数人の支配人が共同して支配権を行使すべき共同支配権の制度(HGB48■, 日商39)が設けられたのであり、実際界においてもこの目的の下にこの制度は利用されている。我商法上、沿革的には、ロスエル氏起稿商法草案45条において同様の趣旨から規定されていたが、旧商法上削除され、明治44年改正法32ノ2条に新設され今日に及んでいる。法典調査会商法中改正法律案議事速記録 第一巻商2ノ52頁以下によると、営業主の保護として、支配権の制限は第三者に対抗し得るとすること及び共同代理制度の創設することの2案が審議されたが、前者は実際上不都合との理由により不採用となり、後者が採用されたのであり、その趣旨は営業主を支配人の信頼濫用から保護するのだとする。又、商法改正理由95頁以下によると、単独代理(代表)主義はその任に当る者の信用如何によるのであり、信用の薄い者の場合には≪株式会社の場合につき申しますれば、株主側の危険度がよほどひどい……。……又、資本を代表せしむる為に自分の利益を代表する所の取締役を会社に入れる場合、……大資本家にとっては安心ならぬのであります。それ故に實際家の意思と致しまして成るべく共同代表の規定を設けて貰いたいという意思が出てくる……。殊に、是は外国の資本家からこの意思が出て

くる……。外国の資本家が日本に投資を致しませぬ一つの理由と致しましては、どうも取締役が一人で代表する主義は危険であると申すのであります。……会社の機関につき共同代表の主義を採用し、法律上それ等の機関と同一の代表権を有する所の支配人についても共同代表の主義を認めた……」とされている。なお、共同支配権は支配権の制限に該当するか否かについては、竹田；〔1〕、16頁は、共同支配権は理論上行使に関する制限であり、物的制限ではなく人的制限であるが、支配権の制限は支配権に関する一切の制限をいうものと解すべきであり、物的制限に限るべき何等の根拠なしとするが、彼等の通説は、共同支配権は単独支配権と同一範囲を有するが、ただ行使の点で共同支配人が共同して為すことを要することに特殊性を有し、支配権の制限に該当せずと解している。しかし、共同支配人を設けることは、取引の相手方にとっては大いに利害関係があり、公示の必要が大であるから、これに関する事項及び変更消滅は登記事項であることは日独商法ともに明定する（HGB53, 日商40, 商登法51 I 1）。

1 態様 共同支配権は2人以上の者が共同して代理することを要するが、その態様は多様であってここに詳細に述べる余裕がないので、特に問題となるものについてのみ述べる。共同支配人は行為全権者と共同で行為することにより外部において効力を生ずるという態様は、支配人は本質的に制限された行為全権の範囲内でのみ（たかだか HGB54(日商43)の範囲内で）活動しようという法律上許容されない支配権の制限が存するので許されない²⁾。もっとも、内部関係においては、支配人は行為全権者の同意に拘束されるとすることは可能だが、これは登記し得ないのであって、共同支配権は確認されず、支配人は単独支配人である（Meeske,〔8〕, S. 77）。

共同支配人以外に任意の数の単独支配人を任命し得るし、ある支配人に単独支配権・共同支配権の両者を授与することもできる。単独・共同両支配権を兼用する支配人は、全ての行為を単独でなすことができるのであるから、その場合共同支配権は無意味であるという反論が当然提起されるが、この反論は、他の支配人は単独行為の受領を合法的になすことができ、兼有支配人(Doppelprokurist)の同意又は授權を得て単独代理権限をも有することを無視している。又、兼有支配人には、共同支配権は企業の全経営に関して、単独支配権はある営業所に関して授与するという必要性も存するし、内部関係における制限（例えば、一般には他の支配人と共同で支配権を行使することを要するが、特定の行為又は特定の種類の行為は単独で代理してよいと営業主が指定した場合）との関連において正当性が存する（Meeske;〔8〕S. 94; Staub;〔11〕, §48 Anm. 9）。

半面的共同支配（数人の支配人を選任し、そのうちの一人は単独で支配権を行使しえるが、他の支配人はこの支配人と共同することを要するとする態様）も許容されるが、支配人は営業主と共同して代理をなすとする態様は、人も自己自身の代理人となりえないという原則が営業主に適用される結果、許されない（彼等の通説）。

なお、独の学説・判例によると、共同支配権は、支配人同士の共同行使という義務づけではなく、会社の機関（社員、取締役、業務執行者）と支配人とが共同で支配権を行使するよう義務づけるという方法によっても授与しうるとし、この場合、共同代表権は支配権の範囲において有すると解されている³⁾。しかし、法律は、支配人が会社の機関と共同して会社を代表することは会社における機関代表の特別な種類として認め（即ち、不真正共同代表又は混合代表⁴⁾、HGB 125, AKtG 71）、支配人は本来代表行為を為すべき社員に代わるものとしているのであり、代表権は法定代理権の範囲で有し、それは支配権よりも広範囲に及ぶものであり、更に会社の機関の代表権は不可制限性を有する（HGB126 I, AKtG 74 I）。したがって、社員は代表権よりも狭められた代理権を有する支配人の地位に立つことはできないのであり、又、商取引の安全及び簡便性の利益の為に会社の機関が支配人と共同で代理権を行使する場合には代表権の範囲が明確にされねばならぬことになり、判例・学説の立場は不当であり、このような共同支配の態様は許されぬと解すべきである（Meeske; [8] S. 79）。

2 授権 共同支配権の授与には、単独支配権の授権と同様の原則が適用される。

独法上、代理の為には多数の支配人が共同して行為することを要するということが明示的に為されねばならぬ（HGB 48 I）と明定されているが、我商法上にはかかる規定は存せず、授権は明示的又は黙示的になしえると解されている。共同支配人全員を同時に任命することは必要でなく、順次に支配権が授与されればよい。しかし、共同支配権が一人のみに授与されている限り、それは何等の意味も有せず、登記しえないし、その者の表示は営業主の利益及び不利益に効力を生じない。これに反して、共同支配権が有効に授与され、その後共同支配人が一人となった場合には、その者の共同支配権は停止するが受働代理を為す能力は保持するのであって、登記は抹消されるべきでなく、更に他の共同支配人が任命されることによって、共同支配権は効力を回復する。この場合、従来の残存せる共同支配人は、支配権授与は明示を要するが故に（HGB48 I）単独支配人とはなりえない。もっとも、この者が単独支配人として行為するのを営業主が容認するか又は営業主が将来単独代理を委ねる意思を有する場合には、支配権の範囲において行為全権の黙示の授与がなされていることになる（Meeske; [8], S. 78; Würdinger, [9], §48 Anm. 18）。

なお、ある共同支配人の代理権が消滅しても、残りの他の者は相互に共同で代理を為す義務を負っているのであって、共同支配権は何等影響をうけず、依然として効力を有する（彼我の通説。反対説：松本、[5], 391頁。鳥賀陽、[4], 115頁 註53）。

1) 日独商法上、支配権の制限の外部に対する効力には差異が存する。日商法は《支配権の制限は第三者に対抗し得ず》（38 I）とするのに対し、独商法は《支配権の制限は第三者に対抗し得ず》（50 I）と規定し、第三者の善意悪意をとわず

対抗しえない。したがって、独商法上の支配権は文字通り不可制限性を有するのに対し、我商法は支配権の制限は本来外部に対しても有効になしえるが、ただ善意の第3者に対してのみその制限を対抗しえないにすぎず、可制限性を有するといえる。我通説は、日商38Ⅲを支配権の不可制限性と解しているが、我商法の母法たる独商法は、日商38Ⅲと類似の文言を用いているHGB531条「船長の代理権の制限は善意の第3者に対抗し得ず」につき代理権の可制限性(einschränkbar)と解している。我国でも、鳥賀陽、[4]110頁は独法の立場を絶対的否認主義、我商法の立場を相対的否認主義とし、大竹、「支配権の定型化をめぐる二、三の問題」法学志林42巻6号56頁は日商38Ⅰを支配権の無制限性、日商38Ⅲを支配権の定型性としていることは注目に値する。

- 2) Meeske, [8], S. 77; Schlegelberger, [10], §48 Randnr. 8; Würdinger, [9], §48 Anm. 1 2; Bundesgerichtshof, Urteil vom 23. 2. 1961, BB1961 S. 325 Nr. 704. und S. 383 Nr. 762.
- 3) Würdinger, [9] §53 Anm. 10 am Ende, §49 Anm. 8; Schlegelberger, [10], §48 Randnr. 7; Oberlandesgericht München, Entscheidung vom 8. 3. 1939, Hochstrichterliche Rechtsprechung 1939 Nr. 839. この判例は Meeske, [8], S. 79 註11より引用。
- 4) 不真正共同代表という制度は、我商法上、かつては存したが、昭和25年改正法にて廃止された。もっとも、旧法上の不真正共同代表は、独法上の共同代表者である社員に支配人が代置するという共同代表の補助的なものとしてではなく、支配人と社員との共同代表を正面から規定していた。なお、会社の機関である代表取締役と支配人とではその法律上の地位が異なること、その権限の範囲も異なるので不真正共同代表を認めてもその関係が無用に煩雑となるだけであって、実益も乏しいこと等の理由により、我現行法上認めることはできないと解されている。独法上の不真正共同代表については、Vgl. Meeske, [8], S. 94 ff.

Ⅰ 共同支配人の共同

共同支配人の行為が営業主に対して効力を生ずるには、その行為が共同行為であることを要する。それには、共同支配人間に——同じ法律効果を欲せる——意思の一致が存在しなければならないが、意思表示を共同的になすとか同時に行為することは必要でなく¹⁾、ただ個々の行為が全体として統一的なものへと連関しており、意思が営業主の名において法律行為を共同して為すことに起因していなければならない。そして、共同行為は共同支配人の一人が明示にて他の者は黙示にてなすことができる。この場合我通説は、これらの行為は全て第3者に対してなされた場合にのみ共同行為と解し、相手方に対して一人のみが意思表示をなし他の者はその一人に対して内部的同意をなしたに止まる場合には共同行為とならないと解するが、独法上では内部的同

意でもよいと解されている（なお、後述Ⅲ参照）。

元来、遅滞の危険のある場合でも共同支配人は単独で営業主を代理しえないのであるから、共同支配人が単独で為した行為は無効未確定状態（schwebend unwirksam）であって、他の共同支配人又は営業主の追認により初めから有効と看做され（BGB 177, 184, 日民113, 116）、営業主の利益及び予利益に効力を生ずる。もっとも、我通説は、共同支配人は追認をなしえず、営業主のみが追認をなしえると解する。この追認は、明示的に又は黙示的に又は推断的行為によってなしえ、不要式でもよい。したがって、共同支配人の一人が単独で行いし他の共同支配人が事実関係を知りかつ信義誠実の原則に基づき述べねばならぬにもかかわらず、契約の相手方に対して沈黙せる場合とか、傍聴しながら異議を申立てない場合には、同意（追認）が存することになる。しかし、追認なき限り（なお BGB 174, 日民115参照）、相手方が代理権なきことを知り又は知りうるべき場合を除いて、行為者は個人的に債務を負う（BGB179, 日民117）²⁾。この際、共同支配権の登記を採用して相手方は代理権なきことを知りうるべきであったと主張することはできない。登記は共同支配人の法律関係ではなく営業主の法律関係を示したものであって、登記の公示力による保護（HGB 15Ⅱ, 日民12）は営業主のみに生ずるものだからである（Meeske, [8], S. 89; Würdinger, [9], §48 Anm. 17）

- 1) この原則は書面による意思表示にも適用される。通常は、書面は共同支配権行使の要件たる人員が署名して交付されるが、ある共同支配人が署名し、後日他の共同支配人が署名した場合でも、共同行為は存するのである。
- 2) 我商法上、表見支配人の行為として営業主が責を負う場合もある（日商42）。近時、下級審で、共同代表の場合につき、共同代表取締役の単独でなした手形振出について表見代表取締役（日商 262）の行為として会社の責任を肯定した判決（東京地裁、昭和41. 4. 30判決、法律時報447号109頁以下、藤井評釈）と否定した判決（東京高裁、昭和41. 3. 24判決、判例時報444号72頁以下）が存する。かかる場合、我通説は、日商262条が適用されるとする。山口、「表見代表取締役」（商法演習Ⅰ）148頁、鈴木、判例評釈、ジュリスト219号67頁参照。なお、独法上、表見支配人制度は存せぬが、営業主が使用人が取引を単独でなし、あたかも支配人として振舞いかつ支配人として署名するのを黙認している場合には、その者を表見支配人として善意の第三者を保護している。Vgl. Meeske, [8], S. 46.

Ⅲ 共同支配人は他の共同支配人に特定の行為又は特定の種類の行為を単独でなす権限を授与しえるか

この問題については、我国では学説・判例ともに一致していないが、近時肯定説が通説的地位を占めつつある¹⁾。独では、学説・判例ともに肯定している。この授権は

事前の同意 (Einwilligung) (BGB183) 又は任意代理権 (Vollmacht) の授与 (BG B166 I) によってなされる。両者の差異は、事前の同意 (以下同意とする) は共同支配人間の関係であり、両共同支配人の共同の代替であって、共同支配人の一方が欠けるとその影響を受け根拠のないものとなるのであり、又、同意をなした者はいつでも撤回できるのに反し、任意代理権 (以下代理権とする) は営業主とその代理権を授与された共同支配人間の関係であって、代理権の範囲においてその共同支配人は営業主を単独で代理する権限を有する営業主の代理人であり、他方の共同支配人が欠けてもその影響を受けず、又、撤回は共同支配人の共同又は営業主によってなされるのであって、同意よりもその法的地位は強化されている点に存する (Meeske, [8], S. 84f.)

1. 代理権授与による場合 共同支配人は共同代理の権限しか有しないのだから他方に単独で代理権を授与することはできないのであって、共同支配人のある者に対する代理権の授与は、全共同支配人の共同行為によってのみなされる。したがって、ある共同支配人は自己代理 (BGB181, 日民108) をなしていることになり、自己代理の例外として営業主の同意をえてのみかかる授権をなしえることになる。独の学説・判例は²⁾、営業主は共同支配権の授与と同時に黙示的にこの種の代理権の授与の際には協力 (Mitwirkung) することを承認しているとし、更に、共同代表権限を有する社員はそのうちの一人に特定の行為又は特定の種類の行為をなす権限を授与しえる (HGB125 I, 株式会社の取締役につき AKtG71 I) という規定をあげている。この見解に対しては、共同代理の精神は営業主を支配人の信頼濫用から保護することにあり、営業主は個人の行為によって義務を負わされぬ為にこそ通例共同支配権を授与するのであり、HGB125, I, AKtG71 II は単独支配者 (Alleinherrscher) が存在せぬが故に法定代理人が広範囲にわたる代理権を有しなければならない会社の規定であって、本問題を肯定する根拠とはなりえないという反論が当然生ずる。しかし、實際上特定の行為又は特定の種類の行為をなす必要性はしばしば存在するのであり、一定の営業に必要なものである限りある共同支配人が単独で営業主を代理することは通例営業主の意思に合致しているのであって、かかる必要範囲において共同支配権の授与の際に営業主は単独で代理を為すことを黙示的に承認していると考えられる。したがって、自己代理に該当せず、単独で代理する権限を授与し得ると解すべきである。しかし、その代理権は、包括的な代理権ではなく、HGB125 I, AKtG71 I の範囲において制限された代理権、即ち、特定の行為又は特定の種類の行為をなす代理権であって行為全権又は単独支配権ではない。それは民法に基づく制限された代理権であって、登記することはできない。 (Meeske, [8], S. 86; Würdinger, [9], §48 Anm. 14, 16.)

2 同意による場合 この場合には代理権授与の場合と異なり法律上何等の制限なく、個々の共同支配人は他方の協力なしに自己の固有の法的地位に基づき同意をな

し得る。法律は同意に関して何等制限を設けていないので、共同支配権の範囲内において全ての行為をなすことを他方の共同支配人に対して承認することができる。その結果、HGB48 I, 日商38Ⅰ（我通説は本項の反対解釈より支配人は支配権を授与できずとする）に反して、共同支配人はそのうちのある者に単独支配権を授与しえることになるのであるから、代理権と同様の制限が同意にも適用されなければならない。即ち、同意は特定の行為又は特定の種類の行為に対してのみ与ええる。なお、全権の授与か同意か疑わしい場合には、同意は同意をなした者がいつでも撤回しえることにより自己の行動自由(Handlungsfreiheit)を守りえるものであるから、同意と推定すべきである (Meeske, [8], S. 87; Würdinger, [9], §48 Anm. 14)。

3 要式行為の場合 我通説は、要式行為の場合には全員がその要式を履践することを要し、ある共同支配人が他方の同意又は代理権の授与をえて単独で営業主を代理することはできないと解する。独では、学説・判例とも前述の原則がこの場合にも適用されると解している (Meeske, [8], S. 88; Würdinger, [9], §48 Anm. 14; RG Z 106 S. 268, 269)。要式行為の場合には、その共同支配人は自己の名を二度署名し、二度目の署名の際に代理権の授与又は同意を明示した場合にのみ書式の要求 (BGB 126) はみたされるのである。例示すれば、「代理人甲, 代理人乙, 代表者甲」と表示するのである。しかし、共同支配人は他方の署名を代行することも許され、自己の名を一度だけ署名した場合でも、それによって彼が行為者として明示されているから、充分である。したがって、「代理人甲, 支配人乙に代わりて」というのもよい。更に独の学説・判例は、同意又は代理権の授与は証書 (Urkunde) 以外によって、しかも不要式に為しえるとする (Meeske, [8], S. 88; Würdinger, [9], §48 Anm. 14, RG Z 106 S. 268, 269), 例えば、相手方が前以って電話で共同支配人と取引につき合意に達し、その後、その一方の共同支配人のみが署名した確認文書 (Bestätigungsschreiben) を異議なく受領した場合には、書面による契約が成立する。しかし、商取引における法的安全の為に、書面による意思表示には共同支配権行使に必要な人員が支配権の附加文字とともに署名するという方法が推奨されねばならない (Meeske, [8], S. 88)。

- 1) 否定説；共同支配の目的及び自己代理 (日民108) 及び複任禁止 (日民104) に反するとの理由による。竹田, [2], 408頁以下；西原, [6], 467頁；大隅, [3], 157頁。東京地裁, 昭和33. 5. 24 判決, 判例時報 152 号35頁以下；東京高裁, 昭和32. 1. 24 判決。下級民集 9 卷 1 号70頁。

肯定説；共同支配人の一人は営業主の為にその代理人として選任せられるものにして複代理人に非ず。又、共同支配人は番頭その他本人の為に代理人を選任しえる (日商38Ⅰ) が故に、共同支配人の一人なるが故に授権すべからずとする理

由なく、日民 108 条は本人の利益保護の為の規定であり、本人の許可ある場合は適用なく、その精神より推論して、この問題には適用なしとする。松本、〔5〕、389頁以下；竹田、〔1〕、19頁；鳥賀陽、〔4〕、114頁；東京高裁、昭和39. 3. 30 判決、下級民集15巻3号652頁以下；東京地裁、昭和37. 4. 10 判決、下級民集13巻4号701頁。

2) Würdinge, 〔9〕, § 48 Anm. 14, 16 ; RGZ 106 S. 268 f 等。

IV 共同支配人間における相互の監視義務

共同支配人は互いに独立した関係にあつて、他の者が計画した行為の際に個々の共同支配人が協力すべき義務を負うという法律上の規定は何等存在せず、原則として各人は任意に自己の代理権を行使しえ、互いに業務執行を監視することを要せず、ただ営業主との契約関係によってのみ拘束される。したがって、営業主は雇主として個々の共同支配人に相互に監視するよう契約を以て義務づけることができる。しかし、一般的に監視義務は存在するのであろうか。實際上、営業主は支配人の行動を直接に調査することは不可能であり、支配人は共同支配権・単独支配権のいずれを有するのであれ、主たる使用人であり、多くの場合、ある分野の長として任命されている。独判例は¹⁾、主たる使用人の地位及びそのことから明らかとなる雇主たる営業主に対して高められた誠実義務を負うのであって、支配人は特別の指図がなくとも事例にそくして営業主の利益の為に行動しなければならぬし、原則として企業の繁栄に対して責任を取らねばならぬとする。我判例も、《商業使用人が主人に代わりてその営業に関する行為を為すには主人に対して忠実にしてその利益を計るべきもの》とする（大判明治41年10月26日、民録14輯1046頁）。以上のことから、個々の共同支配は、他方が締結せんとする行為の際に、それが企業の利益になる場合には協力すべき義務を負うことは明らかである。この協力は、支配人が営業主に対して共同して責任を負う共同の給付（Gesamtleistung）であり、支配人は営業主に対して連帯債務者として履行の責を負う（BGB431, 日民 428, 430, 431）。これは、義務に反して協力を拒絶した個々の共同支配人は雇用契約の積極的違反に基づき営業主に対して損害賠償をなさねばならぬ（BG B276）ことを意味する。更に、共同支配人が責任を負う地位に基づき、相互に監視する義務が生ずる。この監視義務範囲は非常に多岐に及ぶのであり、雇用契約上明定されていない場合でも、副署することによって行為に対する責任を引受けていると看做されるのである。したがって、いかなる場合でも企業の利益に関するか否か検査しなければならぬ。上述のことは、共同支配人が異分野の独立した管理者である場合にも適用され、副署した支配人が未知の営業範囲における営業上の突発的な事件に際し協力する場合も同様である。

1) Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 12. 5. 1958, BB 1958 Nr. 1674.

V 共同代理の例外

共同代理は能動代理に適用あるのであって、受働代理、即ち、第三者が営業主に対してなさねばならない意思表示は、共同支配人の一人に対してなされれば営業主に対して効力を生ずる（日商39Ⅱ）。独法はこの点明定していないが、解釈により共同支配は受働代理に適用なしとする。したがって、弁済の請求、書類の送達、手形の呈示等も一人に対してなせばよい。又、法律がある事実の認識を問題とする場合には、共同支配人の一人がそれについて知れば営業主に対して効力を生ずる。この原則は意思と表示の不一致、瑕疵ある意思表示、契約上及び契約外の債務につき同様に適用される。

〔参考文献〕

- [1] 竹田；「支配人の権限を論ず」（法学新報21巻6号）
- [2] 竹田；商法総論（大正10年）
- [3] 大隅；商法総則（法律学全集）（昭和37年）
- [4] 鳥賀陽；商法要論 総則・会社（昭和2年）
- [5] 松本；商法総論（昭和2年）
- [6] 西原；日本商法論 第1巻（昭和18年）
- [7] 野津；商法総則 第2部（営業論）（昭和9年）
- [8] Meeske; Der Prokurist, 2 Aufl. Heidelberg 1963.
- [9] Würdinger; Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1, 2. Aufl., Berlin 1953.
- [10] Schlegelberger; Handelsgesetzbuch, Kommentar, Band I, 4. Aufl., Berlin/Frankfurt, a. M. 1960 und 1963.
- [11] Staub; Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band I, 12 und 13. Aufl. Berlin und Leipzig, 1926,