

「使用人」の外延—権限規定と従属性—

高橋美加

- I 本稿の目的
- II 「支配人」は職位か代理権か
- III 会社法上の「支配人」「使用人」が意味するもの
- IV 「使用人」の外延

I 本稿の目的

商法総則には「第1編第6章 商業使用人」、会社法には「第1編 第3章 第1節 会社の使用人」というタイトルで、ほぼ同内容の規定が存在する。その内容は、支配人規定が5箇条（表見支配人を含む）、ある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人が1箇条、物品の販売等を目的とする店舗使用人が1箇条であるが、規定内容ごとに分けるとすれば、①選任及び代理権規定が3種類、すなわち(1)営業主と同等に広い支配人の代理権（商20条21条、会10条11条）および表見法理（商24条、会13条）、(2)ある種類又は特定事項の委任を受けた使用人（旧・番頭／手代、あるいは中級使用人）の代理権（商25条、会14条）、(3)販売店舗の使用人の代理権（商26条、会15条）、があり、さらに②支配人についてのみ登記の規定（商22条、会918条）、③支配人についてのみ競争規定（商24条、会13条）がある。条文数からも明らかな通り、中心は代理権規定である。

このうち「支配人」は、後述の通り、少なくとも立法時においては包括的代理権保有者を指しており、包括的代理権を有する者は経営組織上も高位の従業員であること（しかし役員ではないこと）を前提として設計されていた。総則規定は「支配人を選任し、本店又は支店において事業を行わせることができる」（商20条、会10条）という、字面だけを見れば会社代表者にも匹敵するような

選任規定をおくが、これはあくまで任意に設置できる職位であり、現在の我が国では高位の従業員を表す職位名としての「支配人」は、一部業種を除きほとんど使用されない。政府統計のポータルサイト¹⁾によれば、平成30年の「支配人」登記件数は、新たに選任登記されたケースが会社につき585件、個人につき219件であるとされる。総務省統計局が平成28年に実施した経済センサス²⁾によれば、我が国の企業等数（個人企業と法人企業（会社でないものを含む）をあわせた数）は385万余というから、いかに法律上の支配人制度が利用されていないかよくわかる³⁾。

しかし、「支配人」が有するとされる不可制限的包括性を持った代理権を、現代の企業組織において利用することは本当に難しいのだろうか。大会社になるほど組織は細分化され、分権化する一方で、重要事項や新規事項について本社が意思決定権限を留保し、会議等の多数決で決定する場合が増える。会社法をみても、かつてワンマン社長の横領的な経済事件が頻発したことから、合議制を信頼し、独断を抑制するという発想が非常に強い。しかし、特に日本企業が海外展開をする時、例えば海外のスタートアップ企業への投資を検討する局面において、日本企業の慎重な意思決定手続ゆえに他の海外企業に遅れを取っているという指摘は近時しばしば見られる⁴⁾。曰く、日本企業は現地に駐在員を派遣し、情報を収集するばかりで、契約に向けた交渉をしようとしても「本社に持ち帰って検討する」ために話にならない、というのである。日本企業は慣習として分権化を苦手とするともいわれるが、仮にその状況を打開し大幅な分権化を考えると、その法的道具として、支配人あるいは商業使用人の包括的代理権は活用できるのではないか。日本企業の創業期には活躍したこの時代があった制度を、現代の「分権化」に対応させるには、表見法理ではない「商事に特有の包括的代理権」の内容とその要件効果を改めて明確化する必要があるかもしれない。

ところで、支配人を含めた商業使用人に関する総則規定は、それがどのよう

1) <https://www.estat.go.jp/dbview?sid=0003268324>

2) <https://www.stat.go.jp/data/e-census/2016/index.html>

3) 個人的に司法書士にインタビューしたところによれば、慣例的に重要支店の責任者や外国会社の日本支店統括者に支配人登記するケースはあるということだが事例としては非常に少ないという。

4) 例えば校條浩「シリコンバレーの流儀(40) 週刊ダイヤモンド2019年3月2日号100頁参照。

な立場の者を指すにせよ、役員ではない者がなす代理行為を経営組織における一定の職位に何らかの形で絡められないかという視点で語られることが多い。法律構成としては役職名への信頼を評価する表見法理に親和的である一方、表見法理ではない包括的な任意代理権の認定（特に「ある種類または特定の委任を受けた使用人」の認定⁵⁾）に苦慮している状況が認められる。職位と代理権を絡めて語ろうとすると、包括的な代理権授与の認定が難しくなる一つの要因として、包括的代理権はある程度自律的に行動できる権限として認識されているにもかかわらず、総則規定以外の、例えば会社法の各部分において登場する「支配人」「使用人」は営業主＝会社に従属的な地位をもつことに含意があり、「使用人」の用語法にズレがあることに問題性が潜んでいるのではないか。そこで本稿では、代理権規定を検討する前提として、これまでの「使用人」概念の整理を試みるものである。

II 「支配人」は職位か代理権か

1 立法当時の議論について

筆者はかつて包括的代理権の委譲を論ずるに際して、我が国の支配人制度の立法過程を調査したことがある⁶⁾。支配人制度の創設期の議論の詳細は当該別稿に譲るが、ここではごくかいつまんで紹介する。まず指摘すべき点としては、明治23年に旧商法が起草された際には、「支配人」（当時は「代務人」と称した）は特殊な代理権を規定したものであった点である。当時はまだ民法の代理制度も整備されていなかったため、とりあえず商事にかかる代理規定を導入する目的で、当時並行して立法作業中であった民法上の「代理権」とは別の概念として「代務」を採用したのであった。起草者のロエスレルはドイツ旧商法を参照し⁷⁾、今なおドイツ商法に規定されている“Prokura”を和訳して導入したのだが、このとき、ドイツ商法のように商事代理権と商業使用人を別章立てで区別することをせず、「支配人及び商業使用人」と題して一つの章にまとめていた⁸⁾。

5) この規定の解釈が最大の課題の一つであると認識しているが、本稿では立ち入らない。

6) 拙稿「経営権限の委譲と包括的代理権」法協118巻1号1頁以下参照。

7) 厳密にはドイツ旧商法と当時のスペイン商法を参照したとされる。

ドイツ法における Prokura（支配人の代理権（支配権））は、営業主の営業に関する一切の裁判上または裁判外の行為を為しうる代理権で、その保有者である Prokurist（支配人）は営業主の「第2の自己（alter ego）」とも言われる。代理権の範囲を制限しても善意の第三者には対抗できないとされるため、不可制限的な包括的代理権であると評される。Prokurist という語には、営業主の留守を預かる親族を含めるというニュアンスがあり、19世紀ドイツにおいては地理的に分散した事業所ごとに一定の裁量を与えて運営するための仕組みであった。同族企業の多いドイツらしい話だが、使用人の忠実性と誠実性を家族という経営資源によって担保し、代わりに広範な代理権を認める仕組みであるといえた⁹⁾。なお、ドイツでは Prokurist の語は経営組織上の役職名として定着し、現在も多くのドイツ企業において上級管理職の従業員（機関構成員ではない）を指している¹⁰⁾。

日本の商法についてみると、現在の支配人規定は旧商法（明治23年商法）の当時にはドイツの立法に近い代理権規定として存在したものの、法典論争を経て日本の商慣習に引きつけた用語を模索したあげく、明治32年商法において、

8) ロエスレル氏起稿・司法省『商法草案（上）』43条-66条以下参照（同書は2分冊と4分冊のものがあるが、2分冊の方を利用した、1884年脱稿報告、出版年不明）。明治23年商法でも、商業使用人に関して労働法に関連する規定と代理権に関する規定が混在する章が混在する章になっていた。これに対し支配人規定はドイツ商法上はあくまで代理権規定として存在する（ドイツ商法典（HGB）第1編第5章）。「商業使用人」を意味する Handelsgehilfe は Prokura を規定する章とは別に章立てされ、労働法の一部が規定されている。

9) Lutz, Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches (1858), S. 73 参照。ちなみに不可制限性はそれほど古い考え方ではなく、19世紀にドイツ旧商法が制定されたとき、プレーメンの商人の強い希望で導入されたものである。当時はドイツの産業革命直後で、その後大企業になる重化学工業企業の創業期にあたり、まだ官僚的な方法で組織を管理する手法が確立しておらず、交通や通信手段は未発達ながらも、事業の海外展開に積極的な時期であり、従来の国内の事業を留守居の家族に任せて営業主が飛び回ったり、信頼できる幹部職員に大きな裁量を授ける管理手法が一般的であったという（Sanders, Die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmache, Diss Gießen (1915), S. 18ff.）。

10) ドイツでも Prokura を授与したときは商業登記簿の登記事項であり（§ 53 Abs.1. HGB）、商業登記簿の内容はインターネット上で閲覧できる（有料 <https://www.online-handelsregister.de/>）。例えば Commerzbank AG のフランクフルト支店には16人の支配人が登記されている（2019年12月現在）。また、年次報告書で管理職として紹介するケースもあり、例えば Volksbank Kassel Göttingen の2018年の報告書では部門長として9人の Prokurist が紹介されている（https://www.volksbank-kassel-goettingen.de/content/dam/fl4010/wfs/Seiteninhalt/Web_Jahresbericht_2018.pdf）。

我が国の株式会社制度の勃興期に存在した職位名にのる形で「支配人」の名称が採用された。ここで登場する「支配人」は、社長に次ぐ全社的な統括者として広く利用されたもので、経営の実務担当者のトップ（ただし取締役ではない）を指す者であったようである¹¹⁾。すなわち、明治32年商法の登場時にはすでに「支配人」は経営組織上の職位を表す存在であった。ついでに言えば中級使用人として「番頭・手代」のネーミングで一定程度の包括性を持った代理権を有する使用人（現在の「ある種類または特定の事項の委任を受けた使用人」）も規定された。そして商業使用人に関する商法総則の規定は、民法の成立を受け、代理に関する一般規定や雇用に関する規定が落とされ¹²⁾、ほぼ現行と同様の体裁となったが、代理権の広狭を一定の職位と結びつけたことで、商法が企業組織内部の権限にまで立ち入ったような様相を呈してしまっていた。つまり、ドイツ法の Prokura にせよ、旧商法時代の「代務権」にせよ、特定の法律行為に限定された代理権とは異なる、商事に特有な包括的代理権を觀念し授与できる旨の規定であったはずのものが、一定の職位者が当然に保有する代理権であるかのように位置づけられたのである。

しかも、これらの職位名はあつという間に out of date になる。とりわけ「支配人」に関しては、法律用語になったことであえて役職名としてこれを避ける企業もあり¹³⁾、一部の業種を除いてこの職位名は急速に減少した。職位名の衰退にもかかわらず、法制度としての「支配人」が延命した理由として考えられるのは、明治期の終わり頃から、「支配人」が支店統括者として位置づけられたこと、および支店統括者による横領・権限濫用、文書偽造、贈収賄な

11) 当時の商慣習としては、オーナー社長と実務的な事務管理者（番頭）の組み合わせによる経営スタイルで、経営実務は使用人が行うもの（そこには身分的な差別もある）であり、会社法上の取締役はオーナーの親族や知人で、その多くは非常勤であった、とされる。取締役が専門的経営者になるのは明治末期～大正期で、使用人が出世して取締役になるルートが一般化するほか、経営組織も分化して、使用人である支配人が全社を一人で統括する形ではなく官僚的な経営管理手法が徐々に形成されていくのである（由井常彦「日本における重役組織の変遷——明治大正期の研究」明治大学経営論集 24 卷 3・4 号 23 頁（1976 年））。

12) 現行法で異色の存在である競業に関する商法 23 条・会社法 12 条は唯一残った労働法的な規定である。明治 23 年商法では代務人の義務というよりも商業使用人の規定として類似の内容のものがあった。またドイツ法では代理権規定の第 5 章ではなく、商業使用人 (Handelsgehilfe) を規定する第 6 章の中に類似の規定が置かれている (§ 60-61 HGB)。

13) 例えば三菱社史刊行会編『三菱社史』20 卷 336 頁によれば、三菱会社では「商法の実施に伴い従来使用の支配人副支配人の名称は本社を除くその他これを廃止する」ことにしたとする。

どが比較的頻繁に発生していたことが指摘できるだろう。また、経営環境として、情報通信技術や交通網がそこまで発達していない当時であって、支店統括者に広い裁量権を与え、本店／営業主といちいちやりとりすることなく、ある程度自律的な経済活動を支店に行わせるために、一定の包括性を有する代理権制度自体はそれなりにニーズがあったということもできる。ただし、当時の学説はドイツ法を継受した手前、支配人は営業主と同視すべき存在であり一支部に権限を狭めることに対して抵抗を示していたため¹⁴⁾、昭和13年商法改正では表見法理を利用して対処することにした。それが一定の肩書きへの信頼を保護する「表見支配人」である。肩書きだけが先行して実質を伴わないケースも多かったため学界からは相手方保護が広すぎるとして不評であったが、越権行為・横領などに巻き込まれた取引先等が本店に責任を追及するための制度としては使いやすく、現在に至るまで、本来の支配人の規定よりも表見支配人の規定の方が訴訟では頻繁に使用されている。

2 「使用人」の定義

母法であるドイツ商法では、包括的代理権 Prokura を中心に規定しているにもかかわらず、職位としての Prokurist が現実にも多用されているのに対して、我が国の「支配人」は代理権規定なのか、一定の職位の従業員を規定したのか判然としない「商業使用人」として規定され、それでいて誰が「支配人」に相当するのかよく分からない、という状況となってしまったのは皮肉なことである。

改めて、教科書等に取り上げられる「支配人」「使用人」の定義を確認すると、実は総則規定のわかりにくさもあって必ずしも一義的ではない。「支配人」は先述の通り広い権限範囲を示して定義するのが一般的で、営業主と同等の広範な包括的代理権を任意代理権として設定し、これを付与した者を支配人と解するのが通説とされているが¹⁵⁾、営業の主任者に与えられる法律上の職位を指すという見解も有力である¹⁶⁾。つまり広範な代理権を授与することに主眼があるのか、営業の主任者という一定の職位を有する従業員に結びつけられた

14) もっとも当のドイツ法は、1899年に新商法（HGB）が成立する頃には支店登記がなされていることを条件に Prokura を営業所ごとに個別化することを許しており、現在も営業所ごとに（§ 50Abs.3 HGB）。

代理権であると構成するかという違いである。さらに「使用人」に至っては法律上の定義規定もない¹⁷⁾。教科書等によれば、商業使用人とは、「特定の商人に従属し、その商業上の業務を対外的に補佐する者（傍点筆者）」を指すとするもの¹⁸⁾、対外的活動に限定せず営業主・会社の指揮・監督下で事業活動に従事する者（従業員）をいうとするもの¹⁹⁾、さらに双方を提示し、前者を「狭義の使用人」あるいは「総則上の使用人」、後者を「広義の使用人」などとするものもある²⁰⁾。大ざっぱに言えば商法総則／会社法総則の文脈では、上記の沿革や代理権規定の故に、「使用人」の語も対外関係を前提として定義されるのに対し、それ以外、例えば会社法の総則以外の規定は、会社内部の手続の中で「使用人性」が問題とされるため、代理権の授与自体に主眼があるとは限らず、単に従業員の意味で使用されることが多い。

以下に、会社法上「使用人」「支配人」が登場する総則以外の規定の一覧を示す。

-
- 15) 西原寛一『日本商法論 第1巻(第2版)』(日本評論社・1950年)353頁、鴻常夫『商法総則(新訂第5版)』(弘文堂・1999年)164頁、北村雅史編『商法総則・商行為法』(法律文化社・2018年)90頁(河村尚志)、落合誠一他『商法I(第6版)』(有斐閣・2019年)95頁(大塚龍児)、近藤光男『商法総則・商行為法(第8版)』(有斐閣・2019年)83頁等。
 - 16) 大隅健一郎『支配人と表見支配人』『現代商法額の課題』田中誠二古稀記念(千倉書房・1967年)51頁、支配人の代理権を法定代理権であるとする。この見解を採用する者として森本滋編『商法総則講義(第3版)』(成文堂・2007年)92頁(州崎博史)弥永真生『リーガルマインド商法総則・商行為法(第3版)』(有斐閣・2019年)68頁。
 - 17) ドイツ商法では、商業使用人は商業に関し業務に従事してその対価を得る者、として定義されている(§ 59 S. 1 HGB)。しかし我が国の商法に関しては、ロエスレル草案の時から商業使用人の明確な定義はなく、明治23年商法でも「商業上商業主人の業務を辨せんが爲に商業使用人としておかれた者」(明治23年商法51条1項)とするのみである。明治23年商法51条は現在の商法25条に近く、商業使用人の行為が商業主人に効果帰属することを述べるものであるが、52条以下は現在の民法の雇用契約、あるいは労働法にあたる条文中で構成される。
 - 18) 鴻常夫・前掲書163頁、大隅健一郎『商法総則(新版)』(有斐閣・1978年)138頁、神崎克郎『商法総則・商行為法通論』(新訂版)118頁、森本滋編・前掲書91頁、北村編・前掲書88頁、弥永・前掲書67頁、大塚英明他『商法総則・商行為法(第3版)』(有斐閣・2019年)76頁等。
 - 19) 会社法の教科書に多い。神田秀樹『会社法(第21版)』(弘文堂・2019年)16頁、田中亘『会社法(第2版)』(東京大学出版会・2018年)41頁、雇用契約まで要すると述べるものとして川村正幸他『コアテキスト 商法総則・商行為法』(新世社・2019年)66頁(川村正幸)、高橋美加他『会社法(第2版)』(弘文堂・2018年)158頁等。
 - 20) 落合誠一他・前掲書94頁。

（総則規定以外の会社法上の「支配人」「使用人」）

	内容	会社法の条文	文言 (本文参照)
(1)	定義規定	2条15号(社外取締役), 16号(社外監査役)	②, ③
(2)	現物出資財産価額の相当性証明	207条10項1号(設立時), 284条10項1号(株式発行時)	③
(3)	役員等の資格あるいは兼任禁止	331条3項(監査等委員である取締役), 4項(指名委員会等設置会社の取締役), 333条3項1号(会計参与), 335条2項(監査役), 396条5項2号(会計監査人の補助者), 400条4項(監査委員), 478条7項(清算会社の監査役)	③
(4)	選任機関	348条3項1号(取締役), 362条4項3号(取締役会), 399条の13第4項3号(監査等委員会の取締役会), 482条3項1号(清算人), 489条6項3号(清算会), 591条2項(持分会社)	①, ②
(5)	監査役等の権限(報告を求める権限)	374条2項(会計参与), 381条2項(監査役), 389条4項(会計監査に限定された監査役), 396条2項(会計監査人), 399条の3第1項(監査等委員会), 405条1項(監査委員会), 530条1項(清算時の監督委員)	③
(6)	取締役の報酬	404条3項(指名委員会等設置会社の使用人兼務取締役の報酬)	③
(7)	従業員代表の意見	896条2項(清算時の事業譲渡許可の際の意見徴収)	④
(8)	刑事罰	960条1項6号7号(特別背任罪), 963条5項(会社財産を危うくする罪), 964条1項(虚偽文書行使等の罪), 965条(預合罪), 967条1項1号(贈収賄罪), 970条1項(利益供与罪), 972条(法人における罰則の適用), 975条(両罰規定), 976条(過料)	①, ③, ④

上記の表の規定中の「使用人」「支配人」の文言は、次の4種類に分かれる(表の「文言」の欄を参照)。①「支配人」だけが使用される場合、②「支配人その他の重要な使用人」と規定される場合、③「支配人その他の使用人」と規定される場合、④「使用人その他の従業者」と規定される場合である。このうち圧倒的に多いのは③であり、支配人は使用人の一例という扱いである。並べてみると従業員として指揮命令系統に属していることに意義を見出している規定が多いと分かる。以下に見るとおり、これらはそれぞれの規定の趣旨によって多義的に用いられているが、そのことに自覚的かどうかはやや疑問である。

Ⅲ 会社法上の「支配人」「使用人」が意味するもの

1 罰則規定等に見る「支配人」「使用人」(表の(8))

やや特殊な規定であるが、総則規定中の文言が使用されている罰則規定から見る。表の(8)に挙げられる罪は主体が限定された身分犯であるが、その主体として「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」が列挙される。もちろん刑事法の特徴として、刑事罰の対象者を「支配人その他の使用人」のような曖昧な文言で画することは不適切であることもあろうが、若干の精査は必要であろう。さらに法人における罰則の適用に関する条文で、両罰規定の会社法 975 条の規定ぶりにも注意を要する。

(1) 表の(8)欄に記載した罪のうち、特別背任罪(会 960 条)、および自己株式取得罪等の会社財産を危うくする罪(会 963 条 5 項)、虚偽文書行使等の罪(会 964 条)、預合罪(会 965 条)、贈収賄罪(会 967 条)は会社法 960 条 1 項の規定を準用する形で、支配人および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がその犯罪の主体たり得ることを規定している。ただし、これらの罪が、支配人・使用人の対外的権限を前提としているかは若干問題である。

例えば特別背任罪の場合、処罰範囲を法的に代理権を授与された者の権限濫用行為に限定することなく、広く本人(被害者である会社)との間の信任関係に違反した者を対象とするという背信説が一般的である。そうだとすると、代理権の授与にこだわることなく、法律行為・事実行為を問わず何らかの権限が委任されている状態が要件となっていると解することも可能である。この点は刑事法でも若干の議論があり、主体を同じくする収賄罪に関して、「ある種類または特定の事項の委任を受けた使用人」がどのような権限を持つ者を指すかにつき、「その任務の性質上、一般的に雇い主の対外的な営業上の法律関係の発生、変更、消滅を生ぜしめるような性質の営業に関する事項について雇い主を補助する者」と定義した裁判例がある²¹⁾。この裁判例では新聞社の社会部副部長は上記に引用した使用人に該当しないとされて収賄罪の主体たり得ないとされたが、背信説を前提とするならばこのような限定は狭すぎるという評価

21) 東京高判昭和 37 年 5 月 17 日高刑集 15 卷 5 号 335 頁。

が多い²²⁾。一方、会社法における特別背任罪は刑法の背任罪（刑法 247 条）の加重類型であって、その加重根拠が部分的包括的代理権の濫用可能性による被害の重大性にあるのだとすれば、背信説を前提としてもこのような限定は可能だとする評価もある²³⁾。

こうしてみると、この箇所には挙げられている「支配人」「使用人」がそれぞれの罪の主体たり得るかは、少なくとも職位によって決せられるものではなく、具体的局面において保有する権限の内容に応じて考えることにならうか。刑事罰としては罪刑法定主義の点から、主体が一義的に明確であった方が望ましいであろうが²⁴⁾、登記によって授權を明示できる支配人であればともかく、「ある種類または特定の事項の委任を受けた使用人」はどうしても範囲の確定に何らかの解釈を要する以上、委任事項の内容から権限内容を画する作業は多かれ少なかれ必要になる。

(2) 総則上の商業使用人規定を法文上に掲げる(1)の場合とは異なり、利益供与罪（会 970 条）は株式会社の使用人一般を主体としている。ここでは部課長等の役職とは関係なく、会社関係者のうち会社の計算において財産上の利益を供与できる者を列挙したと説明されており、会社の使用人である限り、身分を問わないため嘱託社員も含まれるとされる²⁵⁾。単なる「使用人」の文言は、罰則規定でも代理権や対外的権限とは関係なく、従業員を指していることが分かる。

また、業務停止命令違反の罪（会 973 条）および虚偽届出等の罪（会 974 条）の両罰規定である会社法 975 条では、法人若しくは人の「代理人、使用人その他の従業者」という主体が登場する。「従業者」とは契約によって雇われていることを要せず、直接間接に業務主の統制・監督を受けて業務に従事する者という²⁶⁾と解されており、「使用人」よりさらに広い概念といえる。「代理人、

22) 伊藤榮樹他編『注釈特別刑法 第5巻の1』（立花書房・1986年）129頁（伊藤榮樹）、上柳克郎他編集代表『新版注釈会社法⑬』（有斐閣・1990年）560頁（芝原邦爾）等。

23) 落合誠一編『会社法コンメンタール②①』（商事法務・2011年）67頁（島田聡一郎）

24) 例えば前掲・新注会⑬ 560頁（芝原）は、表見支配人は特別背任罪の主体にあたらないとする。

25) 竹内昭夫「株主の権利行使に関する利益供与」商事法務研究会編『利益供与の禁止』（商事法務研究会・1982年）126頁参照。なお、改正前商法 486 条 1 項に規定する特別背任の主体と比較して「部課長である必要はない」、と言っていることからして、支配人やある種類または特定の事項の委任を受けた使用人をそのような職位の者として見ていることがうかがわれる。

使用人、その他従業者」という文言からすれば、ここにおける「使用人」は代理権を持たず、しかし営業主と直接的な契約関係を持つ者ぐらいの意味かと思われる。なお「使用人その他の従業者」の語は他法令でも実に様々な箇所に使用されており²⁷⁾、事業に対する補助者のうちどの程度営業主の統制・監督に服すのか、あるいは独立的補助者のような者を含むのかは規定の趣旨により解釈の幅がありそうである。

2 選解任機関に関する規定（表の(4)）

続いて同じく「支配人」のみが規定されるケースを含む、表の(4)の規定群を見る。これは、重要な従業員人事に関してそれぞれの会社がどの機関において意思決定すべきかを規定したものである。その文言を見ると、非取締役会設置会社および持分会社では「支配人の選任」と規定される一方（会348条3項1号、会482条3項1号、会591条2項）、取締役会設置会社型では「支配人その他の重要な使用人の選任」と規定されている（会362条4項3号、会399条の13第4項3号、会489条6項3号）。この違いは単に、前者は旧有限会社法26条を引き継いだものであり、後者は平成17年改正前商法260条2項を引き継いだもので、特段の差異を意識したわけではないとみるのが正しい理解かもしれない。仮にこの違いを意識的に解釈するならば、経営組織として常設の会議体による意思決定機関を持たない非取締役会設置会社型の場合、階層的に分化した大規模な経営組織は想定されておらず、各々代表権をもつ取締役（持分会社の場合は業務執行社員）にそれぞれ従業員の人事権があるが、特に登記を要するような包括的な代理権の付与若しくは剥奪の場合にのみ（つまり支配人の時だけ）、合議による決定を要求していると解することもできる²⁸⁾。逆に取締役会設置会社の場合、支配人は「その他重要な使用人」の一人として位置づけられ、支配人のように包括的代理権を保有するわけではないがそれなりに重要な管理職的従業員の人事権は取締役に専権的な意思決定権限があるとされていることになる。ここにいう「重要性」の判断基準は具体的事案ごとの総合判断

26) 大判昭和9年4月26日刑集13巻527頁、前掲『会社法コンメンタール』162頁（佐伯仁志）。

27) 会社法では896条2項でも使用されている（表の(7)）。

28) ただし教科書・コンメンタールの類でそのような指摘はない。348条3項1号の「支配人」は総則上の「支配人」と同義であると指摘するのみである（例えば落合誠一編『会社法コンメンタール(8)』（商事法務・2009年）11頁（落合誠一））。

となるとされ、肩書きだけではなくその使用人の任務の・権限の重要性について実質的に判断すべきであるが、一般的には支店長、本店部長等や各社が任意におく「執行役員」などがこれにあたとされる²⁹⁾。実際、2015年に商事法務が上場企業に行ったアンケート³⁰⁾によれば、回答した会社の6割（440社）が「重要な使用人」に関する付議基準を定めており、付議基準を持つ会社の過半数において、「取締役の業務担当」、「本社本部長」、「本社部長」を付議事項としていた。ちなみに「支配人」を付議基準の事項にもつのは15%弱の65社であったほか、「支店長」や「本社本部次長・副部長」については25%超の会社が付議事項としていた。取締役会付議事項を策定するとき「重要性」を若干広めに設定する傾向は重要財産譲渡（会362条4項1号等）などのケースと同じであるが、重要財産譲渡のように取締役会の欠缺などの手続上の瑕疵の法律上の効果が問題とされることはなく、昇進した従業員にとっては取締役会決議に基づく人事というセレモニー的な扱いにすぎない可能性もある。登記事項である支配人の選解任であればまだしも、経営上重要な、しかし役員人事ではない従業員に関する人事権といった茫漠とした内容を、わざわざ法で規定しておく意義があるのかは、筆者としては疑問なしとしない³¹⁾。

3 経営者に類する「重要な使用人」（表の(1)）

選任機関に関する規定以外で「支配人その他重要な使用人」の文言を使用するのは、社外取締役・社外監査役要件の一部だけである。曰く、株式会社の「支配人その他重要な使用人」の近親者は社外性要件を欠くとされる（会2条15号ホ、会2条16号ホ）。この規定は平成26年会社法改正で挿入された要件であるが、「使用人」の近親者ではなく「重要な使用人」の近親者に限定された理由としては、業務執行を行わない社外役員は株式会社の使用人を直接監督することが期待されているわけではないため、すべての使用人につきその近親者

29) 前掲・『会社法コンメ(8)』224頁（落合誠一）、稲葉威雄他編『実務相談株式会社法3〔新訂版〕』（商事法務研究会・1992年）746頁（元木伸）。

30) 別冊商事法務編集部編『改正会社法下における取締役会の運営実態』別冊商事法務415号（商事法務・2016年）参照。アンケートは2015年10月に全国証券取引所に上場されている国内会社2504社に対して調査し、このうち711社（回答率28.4%）から回答を得たとしている。

31) 監査等委員会設置会社の一部、指名委員会等設置会社では、取締役会の専決事項からは支配人らの選任に関する規定は除外されている（399条13第5項、416条4項参照）。

が社外役員になれないとする必要はなく、取締役や執行役に準じる地位にある者についてのみ対象とすれば足りるためである、と説明されている³²⁾。この「重要な使用人」による切り分けの背景には、社外取締役らが果たすべき監督機能の問題が大いに関係する。すなわち、社外取締役に期待すべき役割を特に会社と経営者等との間の利益相反関係を監督する機能として想定するならば、会社の利益を犠牲にして自己の利益を図る類型的・構造的なおそれのあるような「重要な使用人」についてのみ、その親族関係を問題視すれば足りるというのである。こうしてみると本条項の「重要な使用人」に該当するのは経営者に類する者であり、先述の選解任権を取締役会の専決事項とすべき「重要な使用人」に比べて狭く解される可能性がある（支店長レベルではこれに該当しない）、との見方もある³³⁾。

会社法の中で「支配人」を経営者に匹敵する従業員として取り扱う規定は（罰則規定を別にすれば）ここだけである。ちなみにProkuristが職位名として定着しているドイツでも、これを幹部従業員（leitende Angestellte）として、他の従業員とは区別して論じる場合がある。例えば従業員代表による共同決定手続を規定する経営組織法では、Prokuristは幹部従業員とされ、適用除外になる³⁴⁾。ただし、Prokuraは厳密には対外的のみに不可制限的な代理権にすぎず、経営組織においてProkuristとされた者が様々な内部的制限に服することも多いため、当該Prokuristが「使用者との関係において重要でない（unbedeutend）な者ではないこと」という留保が付けられている。これは、同法にいう幹部従業員が、外部関係における権限だけでなくその職務に関して広範な内部的権限も同時に有していることが必要であるとした連邦労働裁判所判決³⁵⁾に対応して挿入された文言であるが、この留保文言は、Prokuristを幹部従業員であると推定したことと同義といえ、Prokuristでもそれが名目に過ぎない（内部的には大きく制限されている）と証明できた場合には推定が覆され、経営組織法の規定の適用を受けるという趣旨であると解されている³⁶⁾。Pro-

32) 坂本三郎『立案担当者による平成26年改正会社法の解説』（商事法務・2015年）141頁。

33) 岩原紳作編『会社法コンメンタル補巻 平成26年改正』（商事法務・2019年）23頁（藤田友敬）、法制審議会会社法部会第21回（平成24年6月13日開催）議事録25頁（藤田-坂本-野村発言）参照。

34) §5 Abs.3 S.1 BetrVG、また§2 Abs.1 S.2 SE-Beteiligungsgesetzでも準用される。

35) BAG vom 27. April 1988 (NJW 1989, 998).

kurist を経営者に近いマネジメント側の存在として位置づけ、一定の資格から除外する点においてよく似ているものの、職位名としての定着度が日本の場合と大いに異なる様子もうかがわせる。

さらに蛇足ながら会社法以外の法令における「支配人」についても付言する。保険業法や信用金庫法など会社法に類する規定や準用規定をもつ法令に支配人に関する規定は存在するが³⁷⁾、建設業法の「経營業務の管理責任者」要件（建設業法7条1号イ）はやや異色である。これは建設業の許可基準の一つとして、許可を受けようとする事業主の業務執行役員や対外的に責任を有する地位にある者が「五年以上経營業務の管理責任者としての経験」を有していることを要求するものであるが、この要件を具備しうる者に個人事業主の支配人が列挙されている。ここでは支配人はあくまで個人事業主において経営管理者の職を担いうる者であり、法人組織の場合には例示されていない。もっとも、建設業法の当該規定は現在見直しの予定であるとされるが³⁸⁾、経営管理者として経営者類似の「支配人」の例が他の法令にもあることは注目に値する。

4 「使用人その他の使用人」について

以上の場合を除くと、会社法の中の「支配人」は使用人の一例にすぎない。表の各規定のうち、条文数の多い(1)ないし(3)は、それぞれの役員の機能の実効性を担保するために「支配人その他の使用人」を除外する規定である。例えば

36) Raab, § 5 Rz 119, Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Band 1, 10. Aufl. 2014.

37) 支配人を選任し包括的な代理権の授与できる旨の総則型の規定、監事等の役職の資格に関する規定、罰則等で類似の規定あるいは準用規定がある。なお蛇足ながら、一般社団法人および一般財団法人に関する法は、かなり会社法に類する規定を持ちながら、支配人・商業使用人について規定していない。どのような理由によるものかは不明であるが、ドイツ法でも Prokura を授権できるのは商業の営業主に限定されており（§ 48 Abs.1 HGB）、このため商人でない民法上の会社やパートナーシップは授権できないと解されている。

38) この制度は許可制度が創設された昭和46年当時から存在しているが、必ずしも趣旨が明確ではなく、また法文上も明確な定義規定がないなどの問題性が指摘されている（日本行政書士連合会編『建設業法と建設業許可』（日本評論社・2019年）32頁以下参照。長めの経験年数や常勤であることが要求されるため負担感の強い項目であるとも言われ、「建設業法及び公共工事の入札及び契約の適正化の促進に関する法律の一部を改正する法律の公布及び公共工事の品質確保の促進に関する法律の一部を改正する法律の公布・施行について（通知）」国土建第52号令和元年6月14日によれば、経営要件の見直しを2020年度に行うとしている（<http://www.mlit.go.jp/common/001293711.pdf>）。

監査役や監査委員である取締役の兼任禁止規定は、会社・取締役の指揮命令下において従属的・被監督者の立場に立つ使用人がこれを兼任すれば、取締役の職務執行を実効的に監査することが期待できないことを理由とすることはよく知られている。この種の兼任禁止規定における「使用人」とは職務の遂行につき、取締役・執行役らの指揮命令を受ける立場にあるものを意味することになるため、対外的な代理権の有無は関係ない³⁹⁾。社外役員にしても、業務執行取締役の利益相反的な行為を監督する上で会社から独立的な地位をすべきがゆえに、一定期間業務執行取締役の指揮命令を受ける立場に属したことのあるものを排除する趣旨といえる。

専門的資格を要する会計参与の場合、取締役・執行役と共同して計算書類を作ることをその職務とするが、取締役・執行役からの独立性を確保するため、業務執行者による指揮命令に服する関係のある使用人を兼務できないこととされている⁴⁰⁾。例えば委任関係にある顧問税理士が会計参与になれるかについて、監査役類似の議論のもと、指揮命令系統に服する「使用人」ではないので会計参与になり得るという見解があるが⁴¹⁾、顧問契約の実体が会社の業務執行者に対する継続的従属性を有する場合には、それが委任契約による場合でも「使用人」に類する者として兼任は禁止すべきだとの見解も有力である⁴²⁾。同じく専門的資格を要する会計監査人の場合、職業的専門家として経営者から独立した立場の者による意見表明がその職務である以上、経営陣からの独立性の要請はさらに強い。公認会計士法では、本人または配偶者が会社の使用人であったり過去1年以内に使用人であった場合のみならず、公認会計士法上の業務以外の業務によって継続的に報酬を受けている場合でも監査業務を提供できないなど⁴³⁾、会計参与のケースに比べても要求される独立性の程度は非常に高く、もはや単なる使用人か否かはその資格に関する基準たり得ていない。会社法はさらに会計監査人の補助する者についても欠格事由を定め(396条5項)、

39) 『会社法コンメンタール(9)』(商事法務・2014年)49頁(野村修也)。

40) 333条3項が兼任禁止規定か欠格事由を定めたものかは若干の争いがある(『会社法コンメンタール(7)』467頁(後藤元))。

41) 相澤哲編著『立案担当者による新・会社法の解説』(商事法務・2006年)108頁。

42) 江頭憲治郎『株式会社法(第7版)』(商事法務・2018年)552頁。

43) 公認会計士法24条、また監査を提供する会社が大会社の場合には24条の2~24条の4の規制にも服さなければならない。

被監査会社の使用人を補助者に使うことも、被監査会社から被監査業務によって継続的な報酬を受けている場合も除外している。なお、他の専門家の欠格事由として表の(2)の規定もある。

もっとも、会社法における「使用人」の文言が、すべて経営陣の指揮命令に服する者というニュアンスで使用されているわけではない。表の(5)の規定群では現場の担当者ぐらいの意味で使用されているし、(6)の規定は役員とは異なる従業員としての報酬体系がありうるために区別して取り扱われてきたことの現れであるから、必ずしも従属性の問題とは言えない。

Ⅳ 「使用人」の外延

1 「従属性」の多様化

「使用人」の文言の用途には（ある意味当然だが）二つの方向性がある。一つは営業主・会社から授与される権限の観点、もう一つは営業主・会社の指揮命令の客体としての観点である。前者の権限の問題は、総則規定では対外的な権限である代理権の問題として捉えられているが、会社法では代理権に限らず業務に関する権限のこととして捉えられ、職位とも結びつきやすい。他方、後者に関しては代理権は関係ないと見てよく、主たる要素は営業主・会社経営者への従属性であり、多くは何らかの法律効果について人的範囲を画するための基準として用いられている。二つの方向性は職位において連関しうるが、いずれの議論においても形式的な職位に拘泥することなく実質的に判断すべし、という主張が見られる点で共通している。本稿では会社法上の「使用人」がどちらの方向性における「使用人」であるかを検討し、その際に見られる「実質的な判断」がどのような要素に注目したものであったかを、不十分ながら示したつもりである。

従属性についてももう少し考えてみる。21世紀になってもまもなく20年になるが、この間、「使用人」の働き方は多様化の一途をたどっている。労働者派遣契約によるもの、委託契約の形をとるもの、雇用契約ではあるが勤務時間や場所の制約がないもの、副業や兼任により複数の雇用主のために働くもの、ときりがないが、「商業使用人」は一人の営業主との間の雇用契約に基き、営業主の事業所において継続的に営業主の業務を補助する者という古典的なモデルのままではないのか。会社法上の「従属性」は経営者の指揮命令系統に属してい

るかを基準とし、上記の例では、すべての者が何らかの意味で指揮命令系統のもとにあるとも言えるかもしれない。ただし、どのような態様あるいは内容の指揮命令を想定するのか、例えば直接的・物理的に業務指示を受ける関係なのか、あるいは報酬の多寡や契約の継続の可否などによる間接強制の関係なのか等の濃淡はあり得る。「使用人」の文言にとらわれるよりも、それぞれの規定の趣旨において要求される「従属性」（あるいは必要とされる「独立性」）の内容を明らかにして、規制の客体となる者の範囲を画する必要がある。このような解釈は、既に社外取締役の要件や会計監査人の資格の限定付けの中に現れていると言って良いだろう。さらに言えば従来「代理商」とされてきた者も「使用人」的に取り扱われる場面があるかもしれない。規制の実質に照らした人的範囲の指定に「使用人」基準が適切かは一度検証すべき事柄ではないだろうか。

2 「保険代理店使用人」の例

ある法律効果の人的な適用範囲を画するにあたり、「使用人」の意義について言及される例として保険業における保険代理店の使用人がある⁴⁴⁾。平成26年保険業法の改正では、保険募集の適正化を進めるべく保険募集人に対しても情報提供義務や意向把握義務等の行為規制が詳細に規定されると同時に、重要事項説明や顧客情報の適切な取り扱い等の適確な遂行を確保するための措置を講じる、いわゆる体制整備義務が課せられた（保険業法294条の3）が、これと平仄を合わせる形で、金融庁の監督指針において委託型募集人制度の見直しと代理店使用人の要件が提示されるに至った⁴⁵⁾。すなわち、保険業では、複雑

44) 保険業における「使用人」が商業使用人と同義で使用されているかは若干よく分からないところはある。一般的な教科書では、保険者の使用人とは保険者に雇用されながら保険契約の募集を行うものを言う（山下友信他『保険法（第4版）』（有斐閣・2019年）56頁）。必ずしも外勤の者に限定する趣旨ではないが、代理権を持たず勧誘行為のみ行うものは「外務員（外交員）」と呼んで区別することもある。ただし本文はあくまで代理店の使用人の基準を指す。代理店使用人の方が保険者の使用人よりも多様な契約形態による者が存在するためかと思われる。

45) 平成12年の金融庁事務ガイドライン改正によって、損害保険代理店の使用人定義から「代理店と雇用関係がある者」という規定が削除されて以降、雇用関係に基づかない派遣社員などが代理店の使用人として保険募集に従事する委託型募集人が登場したが、その活用の過程で、保険会社が保険代理店における業務の適切な実施を確保できなくなるおそれが指摘され、委託型募集人制度の見直しがなされるに至った。損害保険募集人につき詳細は内藤和美「委託型募集人の適正化」早稲田大学保健規制問題研究所編『保険販売の新たな地平』（保険毎日新聞社・2016年）。

な保険商品の販売をなすにあたり、保険商品の説明が適切になされるよう保険会社が保険募集をコントロールする必要がある、しかも保険募集人が契約者に加えた損害について保険会社が賠償責任を負うこととされる（保険業法 283 条 1 項）。保険募集人には保険会社の役員、使用人、および保険代理店とその役員、使用人まで含むため、代理店あるいは代理店の使用人による募集行為まで含めて保険会社のコントロール下におくべき要請が強い⁴⁶⁾。保険代理店の使用人に関しては、代理店が「使用人」を柔軟に解して、個人代理店を「使用人」として登録し、実質的には保険募集の再委託が行われている実務があったとされ、これを是正する目的から募集の再委託の原則禁止が規定され（保険業法 275 条 3 項）⁴⁷⁾、あわせて「代理店の使用人」の要件についても監督指針に提示されたのである。

「保険会社向け総合的な監督指針 II-4-2-1 適正な保険募集管理体制の確立

(3) 保険募集人の採用・委託・登録・届出

①ア～ウ（略）

エ 保険代理店において、保険募集に従事する役員または使用人については以下の要件を満たすことに留意する必要がある。

(ア) 保険募集に従事する役員または使用人とは、保険代理店から保険募集に関し、適切な教育・管理・指導を受けて保険募集を行う者であること。

(イ) 使用人については、上記(ア)に加えて、保険代理店の事務所に勤務し、かつ、保険代理店の指揮監督・命令のもとで保険募集を行う者であること。

(ウ) 法 302 条に規定する保険募集に従事する役員または使用人は、他の保険代理店または損害保険会社において保険募集に従事する役員または使用人にはなれないこと⁴⁸⁾」

46) 保険会社と保険代理店の間の代理店委託契約でさえ、必要な法令遵守や保険会社からの指導や指示に従わない場合に、保険会社が代理店に対し、譴責や一定期間の業務停止、代理店手数料の不払いなどの処分をする旨の条項が入っているケースもあり、保険会社の代理店に対する評価・指導・管理も使用人に対する労務関係にかなり接近している感がある（東京高判平成 29 年 8 月 8 日（平成 29 年（ネ）1523 号）D1-Law ID 28252346 の事案を参照）。

47) 再委託が繰り返されると、保険会社のコントロールが及ばなくなるおそれがあるため、限られた場合に限って再委託を許容するとしている。

48) 金融庁「保険会社向けの総合的な監督指針」II-4-2-1(3)①エ (<https://www.fsa.go.jp/common/law/guide/ins/02d.html>)。

監督指針の示す「使用人」は、代理店の指揮監督・命令のもとにおかれるとのことであるから、代理店との間において何らかの労働契約の裏付けがあることがわかる⁴⁹⁾（したがって使用人の形式で再委託類似の行為がなされないことが要求されている）。のみならず教育・管理・指導が行われるべきことや事務所勤務などの実質要件が提示されており、興味深い。保険募集にかかる商品説明、顧客の意向把握、顧客情報の保護などを適正に行う体制を確保するために必要とされる人事管理を行いうるための要件の設定であるといえ、「従属性」の内容をより具体的に表したとも評価できる。事業者の行為規制を設定する業法であるがゆえに、その規制対象や内容を特定する要請が高く、「使用人」の範囲を明確に区切る必要性がかかる規定のスタイルにつながっていると思われるが、逆に言えば「使用人」の外延の不明瞭化がそのような要件追加を必要としたとも言える。

3 結びにかえて

「使用人」の文言に含まれる二つの方向性である、包括的代理権の授与と従属性の観点とは、一見相反するベクトルのように思われる。たしかに、一定の裁量を伴う権限を持つ者は、営業主に対して一定の独立性を持って活動できるだろう。しかし、今や誰かの事業の補助者として働く者の関わり方は様々である。本稿では「従属性」に様々なバリエーションがあり得ること、それをまとめて「使用人」と呼んでいること、広い裁量権をもつ使用人も少なくとも報酬やパフォーマンス評価において営業主に「従属的」といえること等を見てきた。翻って包括的代理権の授与は、それを職位にかからしめるか否かを問わず、そもそもどのような形で広範な権限の授与を認定すべきか、その要件・効果を詰めなければならない。「従属性」のバリエーションが増加し、「使用人」の外延が不明確になっている中で、権限の広狭と従属性の関係を少し細やかに見ていくことが鍵になるように思われる。

商法総則の規定は、六法の中で100年以上取り残された最後の規定群である。いつか使用人規定が現代化される時、ある程度、本稿で見たような用語

49) 金融庁「『保険会社向け総合的な監督指針』等の一部改正（案）に対するパブリックコメントの結果等について（平成26年3月18日発表）」によれば、金融庁は使用人は正社員である必要はないが、契約形態としては「雇用」「派遣」「出向」といった契約形態が考えられるとしている（<https://www.fsa.go.jp/news/25/hoken/20140318-2/01.pdf>）。

法の整理は必要となってくるであろう。