

梅謙次郎『最近判例批評』の商法学的意義

——現代商法学のために——

高 田 晴 仁

- 一 商法起草者・商法学者としての梅謙次郎
- 二 『最近判例批評』の具体的考察
 - 1 欧文商号の登記
 - 2 金銭貸付行為と銀行取引
 - 3 利益相反取引規制違反の効果

一 商法起草者・商法学者としての梅謙次郎

一 現行民法典起草の任にあたったのは穂積陳重、富井政章、梅謙次郎の三博士であり、他方、民法典起草を担ったのは、梅謙次郎、岡野敬次郎、田部芳の三博士であった。このことは法制史的知識としては常識に属するものであろうが、看過しえないのは、梅謙次郎博士のみが民法典にまたがって起草委員を務めていた点であり、また商法に関する多数の著書論文を遺していることである。

民法典起草における梅博士の縦横の活躍は、つとに同僚の穂積博士による「梅博士は真の弁慶」において活写されており、現在でも大いに人口に膾炙するところである。これに対して、「商法起草者・梅」あるいは「商法学者・梅」の側面は民法学におけるほどの注目を集めて来てはいない。⁽²⁾

それにはいくつかの理由が考えられる。そのひとつは、「民法起草者・梅」が法典調査会内外で行った華々しい活躍の印象が強すぎたため、「商法起草者・梅」といつても、しよせんは当時の人材不足から来る専門外学者の起用にすぎない、といった類いの先入観があつたのではないかと思われる点である。⁽³⁾

ことに新進気鋭の商法専門学者、岡野敬次郎博士がドイツ留学からの帰国直後、帝大における初の商法講座専任者に着任し、また商法起草委員に任ぜられたことによつて、右の先入観は時代が下るにつれて固定観念化していったものと推測される。梅博士は帝大ではもっぱら民法講座を担当しており、博士の早世後、その学統はほぼ絶えたのに対し、商法講座は、岡野博士から松本丞治博士へ継承されていった。⁽⁴⁾ 田中耕太郎博士、鈴木竹雄博士へと繋がるこのシュールにおいて、「商法学の始祖が岡野博士である」という〈神話〉が生まれたのも、帝大の内部事情としては理由のないことではない。その信憑性を後押ししたのは、民商法典施行後、商事立法の指導者の地位が梅博士から岡野博士に移行していったことであろう。じじつ、原始商法起草の第二ラウンドである明治四四年商法改正では、岡野博士は起草委員を担っているのに対し、梅博士はその任から外れている。⁽⁵⁾

もうひとつには、「民法学者・梅」が、洛陽の紙価を高からしめた『民法要義』によつてわが国民法解釈論の出発点を築いたのに対し、「商法学者・梅」にはこれに匹敵するような——例えば『商法要義』といった——著書がなく、従来、梅商法学へアクセスすべき資料に乏しかったという事情が考えられる。いったい『商法要義』なくしては梅商法学の意義を認め得ない、などという酷な評価が妥当かどうかは別として、近時、梅博士には旧商法時代の著書として未完ながら相当程度纏まったものがあることが知られつつある。すなわち、明治二三年旧

商法典については『日本商法義解』、明治二六年旧商法一部施行法については『商事会社法講義』、『改正商法講義』、『日本商法講義』、『会社法綱要 第一冊』等がそれである。⁽⁹⁾

ただ新商法施行後には、梅博士が商法関係の著作の生産を縮小していったこともまた事実である。⁽¹⁰⁾ だが実は梅博士に対峙する岡野博士にも商法全体に亙る著書があるわけではない。岡野博士の生前には『日本手形法』(明治三八年)、『商法講義案』(大正九年)が公にされたほか、没後、遺稿を整理した『商行為及保険』(昭和三年)および『会社法』(昭和四年)が刊行されているが、これらは遺稿の性質上体系的には未完の著作である。⁽¹¹⁾ 明治三二年新商法の学理的体系書を初めて独力で完結したのは青木徹二博士である。⁽¹²⁾

加えて、第二次大戦後、昭和二五年商法改正によるアメリカ法継受のインパクトが余りに強かったため、それ以前の「ドイツ法系」商法とアメリカ法継受後のそれとは商法(学)のあり方について溝ないし断絶が生じたものとする見方が大勢を占めている。しかも戦後、多くの商法改正が積み上げられたうえに、この度の新会社法の制定によって、原始商法の立法過程(およびその後の変遷)などには関心が向きづらくなつたといえるであろう。⁽¹³⁾ また、関心を向けようにも、専門法史学者ならぬ商法研究者にとっては、立法資料や「起草者・梅」に関する史料へのアクセスの困難さが比較的最近まで大きな障害になっていたといえる。⁽¹⁴⁾

梅博士の在世当時から商事立法・商法学の主流を形成しつつあった岡野博士すら顧みられることが少ない中で、梅博士の商法学が忘却の彼方へ押しやられて来たことには、こうした背景があったと思う。

右の筆者の臆測が的外れでないとしても、これに対する疑念ないし批判がありえよう。すなわち、梅商法学の具体内容はいかなるものであったのか、現代商法学において顧みる意味や価値はあるのか、と。然り、まさに問題の所在はここにある。梅博士の起草意思や梅商法学が単なる過去の遺物であるならば、それへの興味ないし志向はしよせん「滅びたものは美しい」といった好事家的懐古趣味の披瀝、あるいは、過去の〈権威〉の意図的復

活とそれに寄る権威依存的心性の暴露に成りおわるだけであらう。⁽¹⁵⁾

ただし、現状をみる限り、右の疑問に答えるに足るだけの研究の蓄積はきわめて少ないものといわざるをえない。すなわち「梅商法学に意味があるのか」という問いに対して、「イエス」とも「ノー」とも答える材料に乏しいわけである。

二 筆者は、現代の学説（特に通説的見解）および判例に対する批判的アプローチの方法として、そこに至る変遷が発展的・進歩的であったという〈進化論〉的学説史観をいったん括弧に括り、社会経済的背景も視野に入れた上、旧商法起草以来（あるいはそれ以前）の立法、学説、判例を歴史のコンテクストに帰してやること、その上で、それらが現代商法（学）にとっていかなる位置を占めるかを把握することは、決して無駄でも無意味でもないと考ええる。特に、現代に至るまでなお残されている〈古くて新しい問題〉の発見と解決には有益であらう。というのも、そもそも現行商法典は、梅博士が自認するように不平等条約改正の手段として早急に編纂（旧商法典を「修正」⁽¹⁶⁾）したものであり、出発点からして完全なものとは考えられていなかった。⁽¹⁷⁾それから既に百年を経過した日本商法の歴史はいわば〈実験〉の連続であったといつてよい。その意味で、過去の立法、学説、判例は良かれ悪しかれ現在に繋がる〈実験結果〉であるといつても過言ではない。⁽¹⁸⁾

この点で、商法起草を担った梅博士は少なく見積もってもわが国商法史におけるキーパーソンの一人であり、一般法である民法を視野に入れたときには、両法典にまたがる唯一の起草者として、わが国私法体系全体のグラウンドデザイナーともいふべきである。したがって梅民法学と商法学とを総合的に研究することは、民法と商法とを体系的に貫く（場合によってはそれらの矛盾齟齬を含めた）わが国私法の特質を明らかにしようという期待をもたらすものである。

三 その研究のひとつとして、本稿では、梅商法学および梅民法学とが渾然一体となつて説かれている『最近判

例批評』(以下、単に『批評』⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾という)の中から論点をピックアップし、これをその後の立法、判例、学説が辿ったコンテキストに繋げることによって梅民商法学から示唆を抜き出してみたい。⁽²¹⁾

梅博士には他にも多くの著書がある中で、何故この『批評』を取り上げるのかについて一言しておけば、先述のように博士の商法に関する著書、論文の多くは旧商法典に関するものであるのに対し、新商法典に関して書き遺されたものは『商法修正要領』など比較的少数であつて、⁽²²⁾本書は現在判明したところでは最もまとまった著作であること、また、梅博士の法典〈アフター・ケア〉の一環として本書が成立したという事情から、⁽²³⁾当時生じた実際問題に対して梅博士の起草者意思がどのように実践されたかを如実に知りうること、しかも、商法典の度重なる改正にもかかわらず、現在でもなお論じられる諸問題が採り上げられ、⁽²⁴⁾それらに関する博士の見解が明快に述べられていること、加えて、本書には梅博士が参照した外国文献が豊富に引用されており、比較法的な見地からも重要な文献であることに着目したがゆえである。

(1) 穂積陳重『法窓夜話』(岩波文庫版、昭和五五年)三二五頁以下。また、梅博士の軌跡と業績に関する研究は枚挙に暇ないが、岡孝²⁵江戸恵子「梅謙次郎著書及び論文目録——その書誌学的研究」法学志林八二巻三〇四号(昭和六〇年)一三七頁以下、岡孝「明治民法と梅謙次郎——帰国百年を機にその業績を振り返る——」法学志林八八巻四号(平成三年)三頁以下、梅文書研究会編『法政大学図書館所蔵 梅謙次郎文書目録』(法政大学ポアソナード記念現代法研究所、平成一二年)、および、「特集/民法一〇〇年と梅謙次郎」法律時報七〇巻七号(平成一〇年)所載の諸論文を参照。

(2) この点につき、拙稿「商法学者・梅謙次郎——日本商法学の出発点」法律時報七〇巻七号(平成一〇年)三八頁以下。なお、広中俊雄「民商法修正案の起草」法律時報七三巻六号(平成一三年)九四頁以下。ただ、近時にいたって梅の商法学に光をあてる研究も出されている。例えば、村上博「岸本辰雄の商法理論——優先株問題をめぐる梅謙次郎との論争」同編『日本近代法学の揺籃と明治法律学校』(日本経済評論社、平成一九年)九三頁以下。

(3) これに対して、梅博士が狭い意味での民法学者でなかったことは、伝記作家によって「現行の法典章規にして博士の手を染めざるものは、殆ど之れなしと云ふも不可なし。就中博士の特に心力を傾盡したるは、民法及び商法の二法典なりとす」と揚言されている（東川徳治『博士梅謙次郎』、有斐閣／法政大学、大正六年、七七頁）。これが伝記特有のほめそやしないでないことを本稿を含めて実証していきたいと思う。

(4) 『岡野敬次郎伝』（六樹会、大正一五年）所収略年譜四頁によれば、明治二八年一月九日帰国、同年二月七日帝国大学法科大学教授（商法講座担当）、同年二月二日法典調査会委員。

留学中は、一八九二（明治二五）年の夏学期にはライプツィヒ大学法学部聴講生、一八九二・一八九三（明治二五・二六）年の夏学期から一八九五（明治二八）年の冬学期までベルリン大学法学部に所属との記録がある。
Rudolf Hartmann, *Japanische Studenten an deutschen Universitäten und Hochschulen 1868-1914*, Berlin 2005, S. 146.

ちなみに、梅博士その人も、「和解論」で有名なりヨン大学留学（一八八六（明治一九）年～一八八九（明治二二）年）を経て、一八八九・一八九〇（明治二二・二三）年の冬学期から一八九〇年の夏学期までベルリン大学法学部に所属している。Hartmann, a.a.O., S.209, ベルリン時代の梅については、岡・前掲注（1）四六頁の註（122）（123）を参照。
(5) 大学史によれば、「明治二三年八月一日法律学士梅謙次郎教授に任ぜられ、商法及民法授業を担当す」という（『東京帝国大学五〇年史 上冊』一一四四頁）。明治二六年九月に初めて帝大に「講座制」が設けられ、以後、梅博士は明治四三年八月二五日に逝去するまで「民法第二講座」を担当していた。

ちなみに商法講座には当初は専任の教授は置かれず、その代わりに「商法講座ニ属スル職務分担」者として、田部芳博士および富谷銈太郎博士が講師を務めた。彼らは明治二八年一月二七日の岡野博士の講座担当とほぼ同時に講師の担当を外れている（田部は明治二八年九月一〇日付、富谷は同年一月二七日付）（前掲書一一四八頁、一一五〇頁）。

(6) 岡野博士は大正一一年に東京帝大教授の職を辞し、司法大臣等を経て、枢密院副議長在任中の大正一四年に逝去。その高弟である松本系治博士（明治一〇～昭和二九年）は、明治三六年同大学助教、同四三年教授、大正八年には岡野博士の推挙により東京帝大を去って南満州鉄道株式会社理事に就任（松本博士の評伝として、福岡博之「松本系

治」潮見利隆・利谷信義編『日本の法学者』（日本評論社、昭和五〇年）二四一頁以下を参照）。なお、松本博士は岡野商法学の継承者であると同時に、「民商二法統一論」にみられるように梅氏商法学を承継した面もあるとみられる。

(7) 鈴木竹雄・石井照久・大隅健一郎・大森忠夫「わが国における商法学の発展(1)」〔鈴木発言〕法律学全集No 4（大森忠夫『保険法』、有斐閣、昭和三二年に付された葉）、田中耕太郎「岡野敬次郎先生の人と業績」同『私の履歴書』（春秋社、昭和三六年）一二四頁（初出、書齋の窓三六号、昭和三二年）。

(8) 明治四四年商法改正法の起草には、岡野敬次郎、富谷銑太郎、齊藤十一郎の三博士があたった。経緯については、志田鉦太郎『日本商法典と其改正』（明治大学出版部、昭和八年、新青出版、平成七年復刻）一一六頁以下、藤井信秀『日露戦争後の経済発展への対応——明治四四年改正——』（浜田道代編・北澤正啓先生古稀祝賀論文集『日本会社立法の歴史的展開』（商事法務研究会、平成一二年）一二五頁以下）。

なお、河村讓三郎が「梅博士の逸事は随分世間で語り盡して居るやうですが、博士が商法改正に盡力された逸事だけが洩れて居るやうです。此の改正案の起草委員が岡野博士で、梅博士が主査委員でしたが、随分激論されたものです。現行商法は故伊藤（博文）公が総裁として法典調査会で成つたもので、当時の起草委員も岡博士でしたから、自然当時の意見の相違が今回の改正案に現はれて、花を咲いたものでしょうが、是れが為め逐条綿密の研究が出来て、改正の精神を貫徹したのは、決して没すべからざる功勞でしょう」（東川・前掲注(3)一七七―一七八頁）と述懐していることに注意。また梅・岡野の「兩人は共に商法の大家にして、その学殖の深奥博大なる点において、共に我が法学界の連壁たるに背かず」とする斬馬劍禪『東西兩京の大学』（講談社学術文庫、昭和六三年（初版、明治三六三年）一一一―一二二頁を参照）。

(9) これらの諸著については拙稿・前掲注(2)、および、拙稿「梅謙次郎と商法——日本人による日本商法編纂の狼煙」梅謙次郎・本野一郎『日本商法義解（復刻版）』の葉（新青出版、平成一三年）で多少の紹介をなした。なお、この葉での記述に関して村上・前掲注(2)の一六六頁注(24)に『日本商法講義』の内容が明治二七年度の講義ではないかとの指摘を頂いた。専門史家のご教示に感謝する次第である。

(10) ただし纏まったものとして『商法修正要領』は和仏法律学校における明治三二年講義録（商法総則ないし会社法（合名会社迄）を含む）であり逸することはできない。このほか、新商法に関しては「法学志林」誌上の「解疑」や、

法典質疑録がある。詳しくは、岡江戸・前掲注(1)一六九頁以下。

- (11) 高田晴仁||西原慎治「岡野敬次郎博士 (1865-1925) 業績目録」法学雑誌 *tatonnement* 第三号 (平成一〇年) 三六二頁以下。

- (12) 青木商法学については、倉澤康一郎「青木徹二」ジュリスト一一五五号 (平成一一年) 五一頁以下、拙稿「青木徹二」慶應義塾大学法学部編『語り継ぐ三田法学の伝統 慶應義塾大学法学部法律学科史』(慶應義塾大学出版会、平成一八年) 一七頁以下。また掌編ながら、倉澤康一郎「青木徹二著『商法全書』(全五編)」三色旗 (慶應義塾大学通信教育部) 二九八号 (昭和四八年) 三一頁、向井健「法学部〈育ての親〉 青木徹二先生を偲ぶ」三色旗四七五号 (昭和六二年) 一頁以下。

- (13) ただし、近時の立法過程・変遷過程の重要な業績として、浜田道代編・前掲書注(8)、浅木慎一『日本会社法成立史』(信山社、平成一五年)、同『会社法旧法令集』(信山社、平成一八年)、中東正文編『商法改正』(昭和二五年・二六年) GHQ/SCAP 文書 (信山社、平成一五年)、奥島孝康||宮島司編・倉澤康一郎先生古稀記念論文集『商法の歴史と論理』(新青出版、平成一七年) が出版されており、今後はこれらの研究内容を標準とすべきことになろう。
- (14) 岡孝編集・政法大学図書館・政法大学ボアソナード記念現代法研究所監修『梅謙次郎著作全集CD版』(丸善、平成一五年) により、アクセスの困難さは劇的に解消された。

また、学術振興会による和文タイプ打ちの立法史料(いわゆる学振版)が、法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書』(商事法務研究会、いわゆる商事法務版)として翻刻されていることから商法研究者にとっても審議過程の調査はいまや容易である。ただし学振版から商事法務版への翻刻に伴い意図的補正や誤字脱字があり、また、そもそも現存する複数の学術振興会版の内容にバラツキがあることなどその扱いに警告を発するものとして、

- (15) いわゆる起草者意思説、立法者意思説には、法律の解釈者(ひいては法の適用を受ける国民)を起草者・立法者の意思により拘束する面があるから(「死者が生者を拘束する」、かれらの「意思」を形式的に捉えるのではなく、それぞれの問題毎の利益状況に照らして「起草者・立法者ならいかに解するか」を突き止めることが必要である)と思う。このことと、起草者、立法者に(「権威」性を認めることはまったく異質な事柄である。

(16) 拙稿「法典編纂における民法典と商法典——その「重複」と「抵觸」をめぐる——」(下)「法律時報七一巻八号(平成十一年)八五頁以下。

(17) 梅謙次郎「所感(講演)」法学志林三四号(明治三十五年)一九二〇頁。

(18) 拙稿「旧商法典——その意義と研究に関する覚書」奥島孝康先生還暦記念論文第一巻『近代企業法の形成と展開』(成文堂、平成十一年)二二頁以下。

(19) 本稿での引用は、復刻版『最近判例批評』(新青出版、平成七年)の復刻に伴う新たな通し頁による。同復刻版は、『最近判例批評 完』(明治三十九年、以下「正編」)および『最近判例批評 続編』(明治四十二年、以下「続編」)の合本である、『最近判例批評 全』(法政大学発行/有斐閣書房発売、明治四十二年)に加え、その後「法学志林」に発表された二〇件の「批評」を補遺として補った〈完全版〉である(同復刻版所収の米倉明「復刻版への序」を参照)。

『批評』には、商法総則二本(正編)、会社法一八本(正編二二本、続編五本、補遺一本)、商行為法七本(正編二本、続編四本(うち二本は民法と重複)、補遺一本)、手形小切手法二五本(正編二一本、補遺四本)、保険業法一本(続編)の合計五三本の商法判例の「批評」をものされており、一六一本に亘る批評全体の約三分の一が商法に当てられている勘定になる。なお、民法、民法施行法、不動産登記法関係は一〇一本である。

なお、本稿での「批評」の引用は、原文の漢字・カタカナ混じり文を、あえてひらがな混じり文に修正して行っている。梅博士は本書収録の評釈を意図的に言文一致体で書かれたもののようであり、その文章の風合いは現代においてはひらがなによって引用するほうが著者である博士の工夫の趣意にそうものと考えたからである。例えば、前掲注(1)『梅謙次郎文書目録』一九九頁には、直筆原稿の欄外に「予ハ近來主トシテ原文一致体ニテ文章ヲ書クコトニシタノデアルガ、世間デハ往往誤ッテ口述筆記ダト思フ人モアルヤウデアルカラ、茲ニ其然ラザルコトヲ言明シテ責ノ帰スル所ヲ明カニシテ置クノデアル」との欄外書き込みありという。

また、本稿の性質上、判決文あるいは諸学説の引用がやや長文にわたることが多いため、読みやすさに配慮して漢字などの字体は無理に原文どおりにはせず、また、適宜句読点を加えた。

(20) 『批評』に関する文献として、主なものを挙げれば、打田峻一「判例批評の問題点——梅謙次郎博士の場合——」

- 廣濱先生追悼記念論文集『法と法学教育』（勁草書房、昭和三十七年）三五三～三七〇頁、同「明治民法の解釈と梅博士の解釈理論」星野通博士退職記念論集『法史学及び法学の諸問題』（日本評論社、昭和四十二年）三五～六一頁、向井健「判例研究」の先駆・梅謙次郎——わが国における源流を求めて——『三色旗（慶應義塾大学通信教育部）三二〇号（昭和四十九年）一～五頁、瀬川信久「梅・富井の民法解釈方法論と法思想」北大法学論集四一卷五〇六号（平成三年）三九三～四二七頁、片山直也「最近判例批評」を読む』法律時報七〇巻七号（平成一〇年）二二二～二八頁。
- (21) 今日、『批評』を読み解く際にポイントとなるのは、以下の諸点であろう。すなわち、①梅博士の起草意思の内容はいかなるものであったか。それは旧商法、さらにはロエスレル草案に対するいかなる評価にもとづくものであったか。②そこにおいては、民法・商法の体系的関連性はいかに捉えられていたか。③もうひとりの有力な商法起草者である岡野博士の起草意思はどうであったか、梅博士のそれと相違はないか。④当時の判例に対して『批評』が如何なる影響を与えたか、与えなかったか。また、その判例は、どのような学説（具体的には誰の学説）の影響を受けたものであったか。⑤『批評』に対する当時の学説の反応はどのようなものであったか。梅博士からの再批判がある場合にはその内容はどうか。⑥『批評』以降の学説、判例はいかなる変遷をたどったか。それらを通観したとき、『批評』の現代的意義はいかなる点にあるといえるか、またはいえないか。本稿では取り上げるすべての『批評』について、これら諸点のすべてにわたってくまなく目を配ることは困難であるが、可能な限りそれに努めることにしたい。
- (22) 前掲注(10)。岡江戸・前掲注(1)より明らか。
- (23) 梅博士自身、『批評』執筆の動機を、学者の判例批評は法律の適用についての研究を公にして判例の改良されることを希望するものであるから、博士が率先してこれをなすのは、「一ハ以テ学者ノ本分ヲ尽シ一ハ以テ立法ニ参与シタル者ノ責任ヲ完ウセン」ためである、と述べられている（『批評』六頁）。なお、〈アフター・ケア〉活動としての法典質疑会につき、岡・前掲注(1)一七頁。
- (24) 米倉・前掲注(19)「復刻版への序」二頁は一般論として「改正が甚だしい商法の領域においては、批評から知識を得て、それを今日の解釈に直接活かすということはおそらくあるまい」と推測されているが、直接か間接かはとにかく、『批評』が民法のみならず今日の商法の解釈にとって意義を有するものであることを以下の行論から汲み取っていただきたい。

二 『最近判例批評』の具体的考察

1 欧文商号の登記

◆本編第二編商法甲総則二「欧文商号ノ登記」〔志林五二号（明治三十七年一月）、批評〕二七二頁以下〕（横浜地決
明治三十六年五月二五日新聞一四二号一四頁）

横浜市内において營業を営む者が欧文および邦語の組合せで「ベリック商会」（原文不明ながら“Berrick Sho-
kan” か？）および欧文のみで「ベリックブラザース」（同じく原語は不明ながら“Berrick Brothers” か？）とこ
う二つの商号を使用するため欧文のままで登記を申請した。⁽¹⁾

右の登記申請は受理されず、原審（詳細は不明）も本申請を不適法として却下した。横浜地方裁判所もまた次のように決定をもって抗告を却下した。すなわち、商号を「登記スルニ当り如何ナル文字ヲ以テ表示スヘキカハ、手続法ノ定ムル所ニ從ヒテ決セサル可ラス。非訟事件手続法及商業登記取扱手続ヲ通覽スルニ、（中略）商号ノ登記ヲ為シ、又ハ其登記申請書ヲ作成センニハ、邦文ヲ以テスヘキノ趣旨タルヤ明瞭ナリトス。而シテ邦文中外国語ハ一般ノ我国ノ文字ヲ仮用スルヲ例トシ、条約ヲ初メ法律命令等ノ公文書ニ於テモ亦之ニ從フノ慣例ナルニ、前記手続法ニハ外国語ノ記載方法ニ付何等ノ規定ナキヲ以テ、商号ノ登記ニ於テモ其登記申請書ノ作成ニ於テモ同シク此慣例ニ準拠スヘキモノト解釈セサル可ラス。故ニ商号ノ登記ヲ欧文ヲ以テセントスル申請ハ適法ナラス」。

明治三十二年商法はその一六条において「商人ハ其氏、氏名其他ノ名称ヲ以テ商号ト為スコトヲ得」(現行商法 一条一項)と定め、いわゆる商号自由の原則を明らかにした。しかしながら一体欧文の商号が認められるか、また、仮に認められるとしてもそれを登記しうるかは必ずしも明らかではなかったためにこうした紛争が生じたのであるが、この点、梅博士は、欧文の商号も認められることを前提としてその登記申請を受理すべきであるという。

いわく、「如何にも登記申請書は概して邦文を以てすべきことは手続法の規定に依つて分るけれども、商号の表示に付ては何等の制限がないから、仮令欧字を以て之を表示するも敢て差支ないのである、成程条約、法律、命令等の公文書は邦文を以て公布せらるるのが通例であるが、是は唯主として日本臣民に対して公布せらるるものであるから、邦文を以て之を公布せらるるのが当然であるけれども、而も欧字を挿入せらるる例も頻繁である此等は畢竟便宜問題に過ぎぬのである、(中略)今商号を欧字にて表示するは多数の日本人のためには商号たる用をなさぬかもしれぬけれども、若し登記申請者にして欧文を解する者の間に於てのみ用をなせば可なる考にて之が登記の申請をなすならば其登記を拒むべき理由はないと思ふ、然らずば「何何洋行」などと云ふ支那風の商号も之が登記を拒まねばなるまい、偶々登記官吏が「何何洋行」を読むことは出来て欧字の商号を読むことは出来ぬから、甲は之を適法とするけれども乙は之を不適法とすると云ふ訳にはゆくまいと思ふ」と。

商号に使用する文字には法による制限はなく、結局は便宜の問題であるとして、「判る人にだけ判ればよい」という積もりで欧字(アルファベット)の商号を登記することも可であり、漢字文化のみを認めるのはおかしいという梅説には今日的な国際的センスが窺えるが、それは博士が洋行経験者だったからというのみならず、例えば、本件の登記申請者である(と思しき)横浜の外国人貿易商などにはアルファベットでの商号登記をみとめ、それに伴う一定の法的保護⁽²⁾、さらに、不正の競争の目的をもつて同一または類似商号を使用する者に対して差

止・損害賠償請求をなしうる権利（同二〇条〔平成一七年法改正により削除〕）を与えるほうが具体的妥当性があるという法的な判断があつたように思える。

この梅説に対する名指しの批判は時代は大正期に下つて松本烝治博士より現れた。すなわち「商号ハ名称ナレトモ文書ニ依リテ之ヲ表示スル場合ニハ文字ヲ以テ記載セサルヘカラス。而シテ商号ノ登記ヲ申請スル場合ニ於テハ我邦ニ於テ公認セラルル漢字及ヒ仮名文字ヲ以テスルコトヲ要ス。或ハ欧字ヲ以テスルモ可ナリトノ説ヲ試ムル者ナシトセサレトモ（梅博士法学志林五二号二頁）（これは本『批評』の初出誌である——筆者）余ハ之ヲ採ラス。但漢字又ハ仮名文字ヲ以テスル以上ハ其用語ハ必スシモ邦語タルコトヲ要セサルナリ」⁽³⁾。

松本博士の立場は横浜地裁と同じく「商号ノ登記ヲ申請スル場合ニ於テハ」日本語によるべしとするものであり、未登記商号としての欧文商号についてはこれを否定するものではないようである。ただし、昭和一三年商法改正によつて追加された旧商法二一条（平成一七年改正により商法二二条、会社法八条）、および、同年の不正競争防止法改正によつて加えられた同法二一条一項二号により未登記の商号も法的保護の対象に入ってきたが、それ以前にはいわゆる商号専用権が認められるのは商号の登記の効果としてであつたから、⁽⁴⁾ 欧文の商号を登記せず⁽⁵⁾に使用することはいわば雅号、渾名と同レベルの企業の呼び名の問題でしかなかった。したがつて、同じく大正期の学説の中には竹田省博士のように、登記手続上欧文の商号が認められない以上欧文の商号を法的に認める余地はないという考えが出されるに至つた。

しかし未登記商号の法的保護がはかられた昭和一三年商法・不正競争法改正後には、このような松本説・竹田説に対しては疑問を表明するものも散見され、例えば、大森忠夫教授は、「商法一六条〔現在の二一条一項〕の規定だけからすれば、たとえば外国文字の氏名を有する者が氏名そのままを商号とすることも許されるべく、また登記しない商号も商号として保護をうける（中略）のであるから、あるいは登記を意図しない商号は、外国文字

をもつて表示することができるのではないかという疑問も残る⁽⁶⁾。いわば商号にかかわる法制度のシフトによって、特に個人商人については、欧文による未登記商号を認めうる余地が出てきたということがある。

だが第二次大戦後の登記実務上も、外国語を商号に使用することは差し支えないが、登記をする場合には、仮名を用いて表示すべきであるものとされていた⁽⁷⁾。このような取り扱いがなされている間は、個人商人であれば商号の登記は法律上強制されているわけではないから、外国文字による商号の使用は自由であったが、登記が法律上強制されている会社ではこれを使用することができなかったのである。

劇的な変化は二一世紀に訪れた。梅博士の一九〇四(明治三七)年の批判にも拘らず一世紀近く動かなかった商業登記実務は、二〇〇二(平成一四)年の商業登記規則の改正により、外国文字も登記できるように改められた⁽⁸⁾。このため現在では個人商人のみならず会社も外国文字の商号が使えるようになったのである⁽⁹⁾。知らず識らずのうちに時を経て梅説が世に実現したともいえ、この点での梅博士の先見の明は記憶するに値いするであろう⁽¹⁰⁾。

(1) 臆測ではないが、本件の申請者・抗告人は、現在横浜の元町公園に残っているペリック邸の主・英国人貿易商バートラム・ロバート・ペリックではないか。親族が横浜で経営していた貿易会社「ペリック兄弟商会」の仕事を手伝うため、明治三年以来日、のちに社名を「ペリック商会」と改めたという。

(2) 商人が商号の登記をなしたときは、それ以後同一市町村内において他人が同一の営業のためにその商号を登記することを排斥するという効果を生じ(明治三二年商法一九条(現商業登記法二七条参照)、また「不正ノ競争ノ目的」をもつて同一又は類似の商号を使用する者に対する使用差止請求および損害賠償請求権を有する(同市町村内において同一の営業のために他人の登記した商号を使用する者は「不正ノ競争ノ目的」をもつてこれを使用するものと推定される)(同二〇条(平成一七年改正により削除))ものとされていた。

- (3) 松本烝治『商法総論（訂正九版）』（中央大学、大正一五年）二四二頁。
- (4) 倉澤康一郎「未登記商号権者の地位」セミナー法学全集6 商法I総則・商行為（昭和四九年）一六三～四頁。なお、商号制度の沿革については諏訪野大「商法における商号保護規定の変遷——知的財産法等との関係に関する立法史的考察——」奥島孝康・宮島司編・倉澤康一郎先生古稀記念論文集『商法の歴史と論理』（新青出版、平成一七年）六四九頁以下に詳しい。
- (5) 竹田省『商法総論（改訂五版）』（有斐閣、大正七年）三三一頁では、「商人ハ如何ナル名称ヲモ商号ト為スコトヲ得ト雖モ商号ハ名称ナルカ故ニ文字ヲ以テ記載シ且発音シ得ルモノナルコトヲ要ス。而シテ文字ニ付テハ（中略）一般普通ノ文字從テ日本文字ヲ以テ記載シ得ヘキモノタルヲ要スト解セサルヘカラス」。竹田博士はのちにも「商号は（中略）外国語でも差支はないが、外国文字ではないけぬと解せられる。商号は登記の出来るものでなければならぬに拘らず、外国文字の登記は我が国法では認められて居らぬからである。故に発音に従ひ日本文字を以てする外国語ならば、商号として差支ないことになる」として、未登記商号としても日本語のもののみを認める趣旨を説かれている。竹田省『商法総則』（弘文堂書房、昭和七年、『商法総則・商行為法』合本復刻版・新青出版、平成九年）一一一頁。
- (6) 大森忠夫『新版商法総則講義』（有信堂、昭和三九年）一一六頁注（一）。同説、古瀬村邦夫「商号」経営法学全集七巻「特許等管理」（タイヤモンド社、昭和四一年）三四二頁、服部栄三『商法総則（第三版）』（青林書院、昭和五八年）一八二頁注（2）。
- (7) 小畑和裕「外国文字の商号」商業登記先例百選（平成五年）三八頁。昭和二〇年二月一七日民事甲第一〇七号民事局長回答（先例集上一一〇三頁）。
- (8) 商業登記規則等の一部を改正する省令（平成一四年法務省令第四七号）、商業登記規則第五一条の二第一項の規定に基づき商号の登記に用いることができる符号に関する件（平成一四年法務省告示第三二五号）。いずれも平成一四年一月一日施行。
- (9) 近藤光男『商法総則・商行為（第五版）』（有斐閣、平成一八年）五三～五四頁ほか。
- (10) 小畑・前掲注（7）にもこの梅批評が「欧文による登記も差し支えないとする考え方もある」として特に紹介され

ている。

2 金銭貸付行為と銀行取引

◆統編第二編商法乙商行為「金銭ノ貸付ハ銀行取引ナリ」〔志林八卷二号（明治三十九年二月）、『批評』六五一頁以下〕（大判明治三十七年二月二十四日民録一〇輯一六七七頁）

營業的商行為のひとつである「両替その他の銀行取引」（商法五〇二条八号）の意義については、大審院以来の判例は、預金その他の方法により收受した金銭を他人の需要に供するいわゆる金銭の転換の媒介行為を指し、従って貸金業者が自己の資金を利益を得て他に貸し付ける行為はもとより（大判明治三十七年二年二十四日民録一〇輯一六七七頁）、その貸付資金を他から得たとしても単に一二の特定の者から收受したにすぎないような場合（大判大正六年六月一五日民録二三輯九八四頁）もこれに含まれないものと解している。質屋營業についても同様である（大判大正一三年三月二二日新聞二三五〇号二〇頁）。そしてこのような判例の立場は「質屋營業者の金員貸付行為は、商法五〇二条八号の銀行取引にあたらない」（最判昭和五〇年六月二七日判時七八五号一〇〇頁）と断じる現在の最高裁判例までほぼ一貫している。

多くの学説もまた「銀行取引」とは金銭・有価証券の転換を媒介する行為であり、より具体的には不特定多数の者から預金その他の方法で受け入れた金銭を貸付などの形で他人の需要に供する行為であって、いわゆる受信行為と与信行為とが併存して營業として行われていなければならないと解して来ている。^{〔1〕}

しかしながら着目すべきものと考えられるのは、右の判例法および通説の源流である、明治三十七年二月二四

日の大審院判決（民録一〇輯一六七七頁）に対して、梅博士から痛烈な批判が加えられていることである。

右判決の事案は、貸金業者が債務者に貸金返還と遅延損害金の請求をなしたというものであり、ここでは遅延損害金について利息制限法が適用されるか否かが争われた。この点もし貸金行為が商行為にあたるならば商法施行法一一七条（明治一〇年第六六号布告利息制限法第五条ノ規定ハ商事ニハ之ヲ適用セス）により利息制限法の適用が排除されることとなるため、右貸金行為が「銀行取引」（当時の商法二六四条八号）として營業的商行為にあたるか否かが中心的な争点となつたのであつた。

原審（広島控判明治三十七年五月二七日）は、銀行取引とは当時の銀行条例一条に法定するものを指し、単に金銭を貸し付けるのみでは銀行取引ということとはできない等と判示して貸金業者の請求を一部棄却し、貸金業者から上告したところ、大審院は「按スルニ、商法第二六四条第八号ニ銀行取引トアルハ、法令ノ規定ニ依リ銀行ニ於テ行フ所ノ法律行為ヲ云フモノニシテ、而テ日本銀行、農工銀行等特種ノ銀行ニ付テハ特別ノ法規ニ依ルヘキモ、普通ノ銀行ニ関シテハ明治二三年八月法律第七二号銀行条例ノ支配ヲ受クヘキモノトス。而シテ同条例第一条ニ依レハ、証券ノ割引ヲ為シ又ハ為替事業ヲ為シ又ハ諸預リ及貸付ヲ併セ為スノ行為ヲ銀行取引ト為スモノナルヲ以テ、上告人ノ如ク営利ノ目的ヲ以テ単ニ金銭ノ貸付ヲ為ス者ハ之ヲ銀行取引ヲ為ス者ト称スルコト能ハサルハ明カナリ」として上告を棄却した。

この大審院判決を批判して梅博士はいう。「大審院判決に拠れば、商法に銀行取引と云ふは銀行条例に列挙せる行為である、然るに同条例一には「諸預リ及貸付ヲ併セ為ス者」でなければ銀行として居らぬ、故に單に営利の目的を以て金銭の貸付をなす者は「銀行取引」をなす者とすることは出来ぬとして居るやうであるが（中略）、是は予が採らざる所である、銀行条例に於ては單に同条例を以て取締まるべき營業を明かにしたるものであつて、商法の意義を限定したものではない。其最も著しき証拠は、商二六四、八号に「兩替其他ノ銀行取引」とあつて、

両替も亦「銀行取引」の中に包含するものとして居るが、銀行条例は之を営業とする者を「銀行」として居らぬことである、恰も是がために商法に於て特に両替だけを例示したのでもあらうが、(中略)併し其と同時に商法の「銀行取引」の範圍は銀行条例の範圍と同一でないことを最も明瞭に示したものである、然らば如何なるものが「銀行取引」であるかと云ふに、元來「銀行」(banque, Bank)なるものが西洋の業務に倣うて出来たものであるから、其性質は西洋の慣例に因つて定まるものと看なければならぬ、然るに西洋に於て金銭の貸付を「銀行取引」(opération de banque, Bankgeschäft)として居ることは異論ない所であらうと思ふ」として仏独の注釈書を引用したうえ、⁽²⁾「我商法の解釈としても之を「銀行取引」の中に包含すべきものとするが至当である」と結論づけている(傍丸は原文のまま)。

大審院は商法にいう「銀行」の文字を銀行条例(現在の銀行法)と同義に解して、まず「銀行」の意義を確定し、そのうちにその者がなす取引を「銀行取引」と性質づける論法であるが、それでは私的利益の調整を目的とする商法と行政取締法規である銀行法の本質と機能の相違⁽³⁾を無視するものであつてやや乱暴な議論である。つまりは銀行法上の「銀行」の意義⁽⁴⁾を離れて商法独自で「銀行」の意義を定めなければならないのである。

この点、梅博士は、必ずしも銀行法の規制対象とならなくとも、取引それ自体の性質上、「銀行」が通常なす取引を「銀行取引」であると論じている。すなわち、大審院が「銀行条例に定める銀行がなす取引」を念頭に置いたのに対して、梅博士は、商法上は「銀行」とよぶる存在を特に指定することなく、西洋の銀行が通常なすべき「取引」を「銀行取引」にあたるか否かの解釈の指針としたわけである。この梅説によれば、貸付行為(金銭消費貸借契約の締結)が「銀行取引」に含まれて当然であらう。

しかも商法起草委員である岡野敬次郎、田部芳両博士も立法資料を瞥見する限りこの梅説と同説を採っている。すなわち法典調査会・第三回商法委員会(明治二九年六月五日)において、単に「銀行取引」として提出され

た原案（三条八号）について、起草趣旨の説明にあつた岡野敬次郎博士によれば、「第八号ナル銀行取引トハ銀行ノ為ス可キ個々ノ取引ヲ云フ故ニ營業トシテ個々ノ取引中其ノ一ヲ為セシトキハ其ノ取引ハ即チ銀行取引ナリ」とされる。⁽⁵⁾これに対しては、土方寧博士より、銀行取引を「銀行ノ取引」と改め、これを絶対的商行為を定める前条（二条）に移すべきものとする修正案が提出された。というのも、「我国ノ銀行ナルモノハ維新以来其條例ニ依リ創設セラレタルモノナルヲ以テ、其條例以外ニ銀行ナルモノ之有ル可ラズ。故ニ本条ノ銀行取引トアルハ銀行自身ガ為ス取引ト解スル方正當ニシテ起草者ノ説明セラレタル如ク個々ノ取引ヲ目シテ銀行取引ト為スハ穩当ナラザルヲ以テ、更ニ原文ニ「ノ」ノ文字ヲ加ヘ」るべきだからである。土方修正案は、銀行條例にもとづく銀行のなす取引のみを「銀行取引」と捉えている点で、まさに大審院明治三十七年二月二四日判決と揆を一にしているといつてよいであらう。

しかしながら田部博士の弁明によれば、「土方君ノ修正説理由ナキニ非ズ。然レドモ原按ハ見解ヲ異ニスルヲ如何セン。余輩起草ノ際ニ於テモ、単ニ銀行取引トシテハ簡單ニ失シ、法文ノ意味ヲ解スルニ困難ナラント考フルヲ以テ、一々銀行取引ト看做スベキ事項ヲ列挙センコトノ希望ヲ有セシモ、是亦容易ニ出来得ベキコトニアラズ。故ニ止ムヲ得ズ原文ノ如クセリ。要スルニ原文ノ精神ハ銀行トシテノ取引ト解スベキモノ」であるといふ。⁽⁶⁾つまり起草者は銀行取引の意義を「銀行ノ為ス可キ個々ノ取引」（岡野）、あるいは、「銀行トシテノ取引」（田部）と捉えているのであつて決して「銀行ノ取引」ではない。

この点は右の法典調査会に至る規定の沿革にも合致する。すなわち、この規定は、当初、ロエスレル草案五条「商ヒノ取引トハ直接ト間接トヲ別タス売買、貸借及ヒ其他ノ捌方ノ方法ニ依リ產出物、商品、及ヒ有価証券ヲ移転スルヲ以テ趣旨ト為ス。總テノ取引殊ニ產出物ノ移転事業、及ヒ各種製造ノ起業及ヒ事業、各種ノ貨物及ヒ行客運輸ノ起業及ヒ事業各種ノ貨幣流通及ヒ信用流通ノ起業及ヒ事業各種保險ノ起業及ヒ事業トス」⁽⁷⁾（傍点引用

者、以下同じ)、および、同六条「其他左ノ事項モ亦此商法中ニ謂ヘル商ヒノ取引ヲ總称スルモノナリ一店ヲ開キ又ハ帳場ヲ構ヘ又ハ其他ノ營業所ヲ設ケ又ハ公告シテ営ム兩替及ヒ利足付又ハ其他ノ報酬付ノ貨幣⁽⁸⁾付」を商取引と看做したところから出発している、そして、右の草案はほぼそのまま明治二三年旧商法四条「商取引トハ売買、賃貸又ハ其他ノ取捌ノ方法ニ因リ產物、商品、又ハ有価証券ノ轉換ヲ以テ利益ヲ得又ハ生計ノ為メニスル旨趣ニシテ直接又ハ間接ニ行フ所ノ總テノ權利行為ヲ謂フ殊ニ左ニ掲クルモノハ商取引ニ属ス(中略)第六、銀行營業ニ係ル作業及ヒ取引」、同五条「其他左ニ掲クルモノハ之ヲ商取引ト看做ス 第一 公ニ開キタル店舗帳場若クハ其他ノ營業所ニ於テ又ハ公告ヲ為シテ営ム兩替及ヒ利息若クハ其他ノ報酬ヲ受クル金、錢、貸付」という形で規定されることとなった。

旧商法に関する梅博士と本野一郎博士による注釈書『日本商法義解』によれば、右の旧商法四条第六および五条第一の両者があいまって「其店舗ノ大小ヲ論セス、上日本銀行ヨリ下小質屋ニ至ルマテ皆ナ商取引ヲ為スナリ⁽⁹⁾」と断言されるほどであった。前者(銀行營業ニ係ル作業及ヒ取引)は銀行を、後者は必ずしも銀行とはいえない兩替商や貸金業者を対象とするものであることはこれらの文言のうえから明らかであったものといえる⁽¹⁰⁾。そして、明治三二年商法は、右の両者を「兩替其他ノ銀行取引」として統合したものと推測される。

起草者・岡野敬次郎博士もまた、この梅『批評』の対象となった大審院判決に対して「銀行取引ハ銀行ニ於テ行フ所ノ法律行為ヲ指称スルモノトシ、總テ銀行條例ノ規定ニ憑拠スヘキモノト判決シタ」のは「偏狭ノ解釈ナリト信ス」るものとする、批判的な判例批評を公にされている⁽¹¹⁾。それによれば、「兩替其他ノ銀行取引」トアルハ旧商法ノ「銀行營業ニ係ル作業及ヒ取引」(第四条第六号)ト大体ニ於テ其意義ヲ「ニシ独法ニ Bankier- und Geldwechselergeschäfte ト云コ仏法ニ opérations de change et de banque ト云フ、其趣旨皆同シ」として直接の前身が旧商法四条六号であること、さらにそれが独仏法にいわゆる「銀行家取引および兩替商取引」に淵源

することを明らかにされ、⁽¹²⁾ 続けて、「而シテ銀行トハ何ソヤ銀行取引トハ何ヲ謂フヤニ至リテハ未タ定説アルヲ聞カス。(略)要スルニ銀行取引ノ範圍ハ之ヲ限定シ難ク一般商業的交通ノ觀念ニ依リテ之ヲ定ムルノ外ナク、(略)我銀行條例ニ掲擧セルモノ亦銀行取引ノ範圍ヲ定ムルノ標準ニ非ス。唯其第一条ニ規定セル取引ヲ為ス者ハ銀行ト看做シ以テ銀行條例ノ定ムル所ニ從ハシムルノ趣意ニ過キササルナリ」として、結局のところ銀行條例ではなく、「銀行取引」の意義は取引通念によつて定めるほかないものとする。

加えて、岡野博士によれば、そもそも銀行條例が定める取引のみでは、普通の銀行が行う業務(「有価証券ノ売買、手形利札配当金其他ノ取立、公債社債等ノ応募其募集ノ媒介、有価証券買入ノ委託、貨幣ノ交換、信用狀ノ発行支払等」)ですらまったくカバーできていないのであるから、商法の「銀行取引」は、銀行條例の取引に限定されると解すべきではなく、「殊ニ商法ハ両替其ノ他ノ銀行取引ト云ヒ、両替即貨幣ノ轉換ハ銀行取引ノ一ナルノ意ヲ明示ス。貨幣ノ交換ノミヲ專業トスル者今日ニ於テハ極メテ稀ナリト雖モ、營業トシテ之ヲ為ス者アラハ、商法ノ解釋論トシテハ銀行取引ヲ為ス者ト云ハサルヲ得ス。而カモ貨幣ノ交換ハ銀行條例第一条ノ為替事業ニ非サルハ疑ナキナリ。即チ両替ノミヲ業トスル者ハ銀行ニ非ス、而シテ其行為ハ銀行取引ナリ。是レ亦以テ銀行取引ノ範圍ハ銀行條例ヲ唯一ノ標準トスヘカサルヲ証スルニ足ラン」と指摘している。⁽¹³⁾

右の岡野批評は積極的に「銀行取引」の内容を明らかにしたものとはいえない面もあるが、いずれにせよ、銀行條例を決め手にはできない、取引通念に従つてこれを定めるべきであつて、大審院判決で具体的に問題となつた貸金業は「両替其他ノ銀行取引」にあたらないとするのは狭すぎるという点では梅説と一致している。

ただし、それでもなお「銀行取引」の意義については曖昧さを残したままであつたことはやはり否定できない。⁽¹⁴⁾ 明治三二年商法施行後の有力学説が金銭貸付行為を「銀行取引」にあたりのものと解していたところ、こうした法典起草の考え方に対して反駁を加えられたのは、ここでもまた松本丞治博士であつた。すなわち、「銀行取

引 (Bankiergeschäft, opération de banque) トハ金銭又ハ有価証券ノ轉換ヲ媒介スル行為ヲ謂フ。所謂銀行ノ為ス所ノ取引ハ之ニ属ス。然レトモ茲ニ銀行取引トハ銀行條例ノ所謂銀行ノ為ス取引ノミニ限ラサルモノトス。此事ハ兩替ヲ以テ銀行取引ノ一例ニ挙ケタルニ依ルモ明カナリ。兩替ハ銀行ニ非サルモ之ヲ営ムコトアリ、又、銀行條例ハ公ニ開キタル店舗ニ於テ取引ヲ為ス場合ノミヲ認メテ銀行トスレトモ、商法ハ此ノ如キ制限ヲ認メサルナリ」として、銀行條例にいわゆる「銀行」と、商法でいう「銀行」とを区別する。がしかし「自己ノ所有金ノミヲ以テ貸付ヲ営ム金銭貸付業者ハ本号ノ商行為ヲ營業トスル商人ナリヤ」との問題提起に対しては、「銀行條例第一条ハ諸預リ及ヒ貸付ヲ併セ為スモノノミヲ銀行ト認ム。此法文カ商法上ノ銀行取引ノ意義ト没交渉(中略)ト雖モ銀行取引タル為メニハ金銭ノ轉換ヲ媒介スル行為タラサルヘカラス。所謂消極取引 (Passiv-geschäfte) 即チ資金ヲ他人ヨリ得ル為メノ消費貸借又ハ不規則寄託等ノ行為ト積極取引 (Aktiv-geschäfte) 即チ資金ヲ他人ニ貸付クルノ行為トヲ併セ営ムヲ要スルカ故ニ、(中略) 金銭貸付業者ハ銀行取引ヲ為ス商人ニ非スト解スルヲ可トス」という。⁽¹⁵⁾

ただし、大審院(大判大正六年六月一五日民録二三輯九八四頁)が特定の一二の者より金銭の融通をうけてこれを他に貸し付けた場合には金銭の轉換を媒介する行為とはいえず、銀行取引にあたないと判示したのに対して、松本博士は、投機購買とその実行売却についても仕入れ元が特定の一二の者であっても問題ないことと同様、消極取引と積極取引のコンビネーションがあったものと解して、銀行取引ありというべきものとする立場を取られている。⁽¹⁶⁾つまりは、商法独自の「銀行」を指定するにあたって、緩やかであるにせよ一定の受信行為(他からの資金調達)を前提とする与信行為が必要であるものと解釈しているわけである。

実は先にも少し触れたように、こうした大審院判決にはそれなりの背景がある。というのは、民法施行前より効力を有していた旧利息制限法(明治一〇年九月一日太政官布告第六六号)の五条は、「返還期限ヲ違フルトキハ

負債主ヨリ債主ニ対シ若干ノ償金罰金違約金料等ヲ差出スヘキコトヲ約定スルコトアルトモ概シテ損害ノ賠償ト看做シ裁判官ニ於テ該債主ノ事実受ケタル損害ノ補償ニ不当ナリト思量スルトキハ之レニ相当ノ減少ヲ為スコトヲ得」るものと定めていた。⁽¹⁷⁾しかしながら商取引においては当事者の契約の自由が尊重され、債務の確実な履行を確保する必要があるのに対して、この旧利息制限法五条によれば、債務者の抗弁にもとづいて裁判所が随意に賠償予定額を減少しうることとなり、ひいては「取引の信用」を害するおそれがあるものとされ、明治三二年の商法施行時には、商法施行法一一七条によつてこの規定は商事への適用から排斥されることとなつたのである（その結果として「当事者ハ債務ノ不履行ニ付キ損害賠償ノ額ヲ予定スルコトヲ得 此場合ニ於テハ裁判所ハ其額ヲ増減スルコトヲ得ス」等と定める民法四二〇条の適用をみることとなつた）。

それゆえ、大審院は、表面的には明言を避けてはいるものの、高利貸しからの貸金返還請求訴訟に対して、その貸金行為を「銀行取引」すなわち營業的の商行為であると性質づけしてこれを旧利息制限法のコントロールから外してしまうような解釈論はとりづらかつたものとみられる。げんに、大審院判例に反対の立場から、青木徹二博士は、「金銭貸付業者ノ行為ヲ商行為ト解スルノ結果、高利貸ノ徒ヲシテ商法施行法第一一七条ヲ悪用セシムルノ弊害ヲ生スベキモ、之ハ止ムヲ得ザル事ニシテ決シテ之ガ為メニ正当ナル解釈ヲ枉クベカラザルナリ」と釘を打っているのである。⁽¹⁸⁾大審院が高利金融の統制的司法的必要性を追及したゆえに、判例法上、商法の「銀行」の範囲が結果的に銀行法（銀行条例）上の「銀行」と重なるまでに縮減されたものと評してもよいであろう。

現在では、こうした過去の事情とは別にいわば概念法学的に「銀行取引とは、金銭または有価証券の転換を媒介する行為である」といった定義づけが一人歩きしているかのようにも見受けられる（前掲最判昭和五〇年六月二七日、東京高判平成四年四月二八日判タ八〇一号二二三頁）。だが、大審院判例は当時の高利金融の司法的統制をねらつたものであつたという右の仮設が正しいとするならば、ここでもまた「梅に帰る」余地も必要性もあるもの

といえるであろう。⁽¹⁹⁾ ことに昭和五〇年判決は商事時効にかかわる事案であり、「銀行」概念へ拘る必要はなかつたものというべきであろう。⁽²⁰⁾

- (1) 大隅健一郎『商行為法』（青林書院新社、昭和三年）一八頁、西原寛一『商行為法』（有斐閣、昭和三五年）八二頁、石井照久・鴻常夫『商行為（商法Ⅴ）』（勁草書房、昭和五二年）五四頁ほか通説。
- (2) Lyon-Caen et Renauld, *Traité de droit commercial*, 2^e éd., t. 1, Paris 1893, n° 683, p. 459; Staub, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 6 u. 7. Aufl., 1. Bd, Berlin 1900, § 1 Ann. 61.
- (3) 銀行法一条 この法律は、銀行の業務の公共性にかんがみ、信用を維持し、預金者等の保護を確保するとともに金融の円滑を図るため、銀行の業務の健全かつ適切な運営を期し、もって国民経済の健全な発展に資することを目的とする。
- (4) 銀行法二条一項 この法律において「銀行」とは、第四条第一項の内閣総理大臣の免許を受けて銀行業を営む者をいう。同二項 この法律において「銀行業」とは、次に掲げる行為のいずれかを行う営業をいう。一 預金又は定期積金の受入れと資金の貸付け又は手形の割引とを併せ行うこと。二 為替取引を行うこと。
- (5) 「第三回商法委員会議事要録（明治十九年六月五日午後三時三十分開議）」法典調査会商法委員会議事要録（日本近代立法資料叢書19）（商事法務研究会、昭和六〇年）二五～二六頁。わが国における沿革およびドイツ法との比較法的観点からの研究として、喜多了祐「質屋営業者の金銭貸付行為と商行為（判批）」金融・商事判例五一三号（昭和五二年）一二頁以下、森川隆「商法五〇二条八号の『銀行取引』と金銭貸付行為」法学政治学論究三八号（平成一〇年）二二九頁以下。
- (6) 第二四回商法委員会（明治三〇年二月一七日）において、二四九条八号「貸金、両替其他ノ銀行取引」と修正され、梅博士から「貸金、両替其ノ他ノ」ヲ加ヘ一層其意義ヲ明瞭ナラシメタリ」と説明された。「第一二四回商法委員会議事速記（明治三〇年二月一七日午後三時三〇分開会）」前掲注（5）七六二頁、および、「商法整理会第一

「回議事要録（同年同月同日午後三時三十分開会）」法典調査会商法整理會議事要録（日本近代立法資料叢書20）（商事法務研究会、昭和六〇年）六頁。が、経緯は不明ながらこの「貸金」は削除されている。森川・前掲注（5）二三一頁。

(7) Art. 5. Handelsgeschäfte sind alle Rechtsgeschäfte, welche mittelbar oder unmittelbar den Umsatz von Producten, Waren und Wertheffecten durch Kauf und Verkauf, Vermietung und andere Arten des Absatzes zum Gegenstande haben; insbesondere Umsatze der Gütererzeugung, und alle Unternehmungen und Geschäfte der Fabrication, des Güter- und Personenverkehrs, des *Geld- und Creditumlaufes* und der Versicherung. Hermann Roesler, Entwurf eines Handels-Gesetzbuches für Japan mit Commentar, Bd.1, Tokio, 1884 (Neudruck 1996), S.2. 8f. 『ロエスレル氏起稿 商法草案 上巻』（復刻・新青出版、平成七年）一三頁以下。右のうち *Geld- und Creditumlauf* については、五条の注釈中に外国為替、手形割引、預金・貸付取引などすべての金銭取引は銀行家たち (Bankiers) により行われる云々という概説的記述がある程度である。前掲『商法草案 上巻』一三三頁、Roesler, a.a.O., S.86.

(8) Art. 6. Als Handelsgeschäfte im Sinne des Gesetzes sind ferner anzusehen:

1) das Geldwecheln und das Geldverleihen gegen Zins oder sonstige Vergütung, sofern es in offenem Laden, Comptoir oder anderem Geschäftlocal oder auf Grund öffentlicher Geschäftsanzeigen geschieht.

本条の注釈を觀ても、特に「銀行」あるいは受信行為を伴う貸付は要件とされてはならず、ただ商行為であるか否かが当事者の内心の意図のみでは判断しかねることから、法律行為的効力の安定を確保するために外形的なメルクマールとして営業所または広告を要求したものと説かれ、また、貸付については無利息・無報酬のものは民事に属するがゆえに利息附の貸付を商行為としたものと説かれている。前掲注（7）『商法草案 上巻』二六頁、Roesler, a.a.O., S. 88f.

(9) 梅謙次郎・本野一郎『増訂再版日本商法義解 卷之一 第一冊』（金蘭社、明治二五年、復刻・新青出版、平成一三年）八〇～八二頁。

(10) 梅・本野・前掲注（9）。

- (11) 岡野敬次郎「銀行取引ノ意義」法学新報一七卷五号(明治四〇年)三二頁以下(大判明治三十七年二月二十四日民録二〇輯一六七頁の判例批評)。
- (12) 当時の独仏法についての概観として、烏賀陽然良「商法総則」『外国法典叢書(6)独逸商法I』(有斐閣、昭和三年)五〇頁、大森忠夫「商一般(商人、会社、商行為、手形・小切手)」『外国法典叢書(19)仏蘭西商法I』(有斐閣、昭和三年)二二頁、小野木常「商事裁判権」『外国法典叢書(20)仏蘭西商法II』(有斐閣、昭和三年)二〇～二二頁を参照。
- (13) 岡野敬次郎「商人ノ意義ヲ論ス(講演)」法学志林四一号(明治三六年)五〇～五一頁にも「銀行取引」という文言が立法のあり方として問題を残すものであることを明言している。
- (14) 青木徹二「商法総論(増訂三版)」(有斐閣、明治四〇年)一二〇頁以下は「商法ニ於テ兩替其他ノ銀行取引トアルハ銀行条例ノ認ムル銀行ノ為ス取引ノ義ニ非ズシテ、金銭及ビ証券融通ニ関スル一切ノ行為ヲ汎稱スルノ語タリ。故ニ兩替ノミヲ行フモ銀行的取引ニシテ金銭貸付ノミヲ行フモ亦然リ。之レ法文解釈上疑ナキ所ニシテ其結果質屋其他ノ金銭貸付業者ノ類ハ商行為ヲ為スヲ業トスルモノトシテ商人ナリト解スベキハ勿論ナリ」という。
- (15) 松本丞治「商行為法(第二八版)」(中央大学、昭和三年)三五～六頁。なお、森川・前掲注(5)二三四頁以下は、松本説が引用するドイツ法学説および判例の理解について問題を提起する。
- (16) 松本丞治「銀行取引ノ意義」『商法判例批評録』(巖松堂書店、大正一二年)三四〇頁(初出、法学協会雑誌三六卷三号(大正七年))。
- (17) 大河純夫「旧利息制限法成立史序説」立命館法学一二一～一二四合併号(昭和五一年)二一九頁以下、能見善久「違約金・損害賠償額の予定とその規制(一)」法学協会雑誌一〇二卷二号(昭和六〇年)四頁以下。
- (18) 青木・前掲注(14)二二二頁。青木徹二「商行為法(第四版)」(有斐閣、明治四三年)二六頁以下も参照。
- (19) 竹田省「商法総則」(弘文堂書房、昭和七年)、『商法総則・商行為法』合本復刻版・新青出版、平成九年)四七頁、小町谷操三「商行為法論」(有斐閣、昭和一八年)四五頁、田中誠二「全訂商法総則詳論」(千倉書房、昭和五一年)一八三頁、同「新版商行為法(再全訂版)」(千倉書房、昭和四五年)二九五～六頁、服部栄三「商法総則(第三版)」(青林書院、昭和五八年)四六五頁。

(20) 賛成評釈——鴻常夫「質屋営業者の金員貸付の商行為性(判批)」ジュリスト六五五号(昭和五三年)三一九頁以下、龍田節「貸金業の商行為性(判批)」商法(総則・商行為)判例百選(第三版)(平成六年)七八頁以下(結論的賛成)、反対評釈——喜多・前掲注(5)、神崎克郎「質屋営業者の債権と商事時効(判批)」ジュリスト六一五号(昭和五〇年度重要判例解説)(昭和五一年)八四頁、樋口徹昭「質屋営業者の金銭貸付行為が商行為に当たらないとされた事例(判批)」法律のひろば三〇巻七号(昭和五二年)七二頁、森川・前掲注(5)。なお、松井秀征「貸金業者による金銭貸付の商行為性(判批)」商法(総則・商行為)判例百選(第四版)(平成一四年)七八頁以下は結論留保か？

3 利益相反取引規制違反の効果

取締役が会社との取引について会社法所定の機関の承認を受けなかった場合について、その取引の効力いかんについては、最高裁大法廷昭和四三年一月二五日判決(民集二二巻一三三三五一頁)および最高裁大法廷昭和四六年一月一三日判決(民集二五巻七号九〇〇頁)の、いわゆる相対的無効説⁽¹⁾によって判例法は固まり、通説もこれを支持して来ている。それゆえにかこの度の新会社法でもこの点について特段の規定は設けられず、判例・学説による解釈論に任されることになった(取締役——会社法三五六条一項二号・三号、同二項、三六五条一項、執行役——四一九条一項二項、四一六条四項六号、持分会社の業務執行社員——五九五条一項)。この判例法の是非は、したがって今日においてもなお重要な解釈論的課題であるといつてよい。⁽³⁾すでに梅『批評』においても計四本もの評釈がこの問題に充てられている。当時より会社法上のエポックであったことの証左でもあろう。

周知のように、この問題について判例は、はじめは会社法を取り消し得るものとし(大判明治三六年九月四日民録九輯九七八頁、大判明治三七年六月二日民録一〇輯九五六頁、大判明治三八年二月七日民録一一輯一三五頁)、

その後、見解を改めてその取引を無効のものとし（大判明治四二年二月二日民録一五輯九二六頁）、さらに、その取引は無効ではあるが無権代理行為に準じて効力浮動の状態にあり、会社の追認があれば有効となると解するに至った（大判大正八年四月二二日民録二五輯六二四頁、大判大正九年七月一〇日民録二六輯一〇六八頁、大判大正一三年七月一〇日民集三卷九号三四九頁など）⁽¹⁾。

『批評』で取り上げられたのは、最も初期の取消権説の時代の判例、すなわち下級審から始まって（東控判明治三五年十二月二三日新聞一二一号一八頁、大阪控判明治三六年三月一九日法律経済二三号二四頁）、現在まで先例として引用される大審院判例に及んでいる（前掲・大判明治三七年六月二二日、前掲・大判明治三八年二月七日）。これらを順に取り上げていくこととしよう。

◆本編第二編商法乙会社八「取締役が監査役ノ承認ヲ經ズシテ会社ト為シタル法律行為ノ効力」（志林四四号、明治三六年六月、『批評』三二三頁以下）（東京控訴院第四民事部判決明治三五年十二月二三日新聞一二二号一八頁）

詳細は不明ながら、株式会社の取締役が監査役の承認を経ないまま会社と消費貸借契約を結んだ事案において、東京控訴院は、本件における法的な論点は「本件ノ消費貸借ハ会社ノ取締役カ監査役ノ承認ヲ經ズシテ会社ト契約ヲ為シタルモノニシテ法律上無効ノモノナルヤ否ヤニ存ス」るものとし、「商法第一七六条ニ取締役ハ監査役ノ承認ヲ經タルトキニ限り自己又ハ第三者ノ為メニ会社ト取引ヲ為スコトヲ得トアレトモ、之レ公益ノ規定ニアラスシテ会社ノ利益ヲ保護スルノ目的ニ出ツルモノナリ。私法上当事者ノ利益ヲ保護スル為メ行為ノ制限ヲ為ス規定ハ之ニ違反シタル場合ニ於テ其保護ヲ受クル当事者之カ取消ヲ求メ得ルニ止マリ、其利益ニ反シテ当然無効ト為ス如キコトナキヲ一般ノ法規トス。本条既ニ公益規定ニアラスシテ会社保護ノ規定タル以上ハ、之ニ違反ス

ルモ当然無効ニアラスシテ会社ハ之ヲ理由トシ其契約ヲ取消サシムルニ止マルノ法意ト解釈セサルヘカラス」と判示した。

右にいう取消権の根拠となる「一般ノ法規」とは何かはまったく不明であるが、果たして梅博士はこの点を批判して言う。「是は謬つて居ると思ふ。商一七六は民一〇八の例外であつて其規定以外に在つては全く代理権なきものであるから無効であると謂はねばならぬ、殊に取消すべき行為は明かに之を規定して居るので、其明文なきに行為の取消を認むることは出来ぬ、元来「同一の法律行為に付き其相手方の代理人と為り又は当事者双方の代理人と為ることを得」ないと云ふのは(民一〇八)、通常一の法律行為が当事者の一方のために最も利益であるときは他の一方のためには不利益なることが多いのである、然るに同一の人が其双方の資格を以て法律行為をなすときは或は孰れかの利益を多く図るか、或は孰れのためにも十分利益と思はぬ所に満足せねばならぬ、此の如き事を許すのは弊のみあつて利のないものと立法者は視て居るのである、唯株式会社に在つては往往其必要あることを認め、且会社の代表者たる取締役に対して之を監督すべき監査役があるから是が承認したる取引は会社のためには不利益なることなく随て取締役も安じて自己の正当の利益を図ることが出来るものと認めて、特にこれを許して居るのである、然れども監査役の承認なき場合には民法の本則に返るから其取引は無効であると謂はねばならぬ。」

明文の根拠なき会社の取消権を否定し、かつ、商法一七六条は民法一〇八条に定める代理人の自己契約および自己代理の例外を定めるものというこの梅説は、岡野博士のそれと揆を一にしている。⁽⁵⁾ただ、留意すべきなのは、明治三十二年商法の一七六条は「取締役ハ監査役ノ承認ヲ得タルトキニ限り自己又ハ第三者ノ為ニ会社ト取引ヲ為スコトヲ得」と定めていたのみであつて、違反の効果についてはこれを解釈に任せていたことである。⁽⁶⁾明治四四年商法改正によつて「此場合ニ於テハ民法第一〇八条ノ規定ヲ適用セス」との一七六条後段を追加されるまでは

監査役の承認がなかった場合の効果を民法一〇八条に結びつける考え方は純粹な解釈論だったのである。

◆本編第二編商法乙会社九「監査役ノ承認ヲ経ザル取締役ト会社トノ取引ノ効力」〔志林五〇号、明治三六年一月、『批評』三二五頁以下〕（大阪控訴院第一民事部判決明治三六年三月一九日法律經濟二三号二四頁）

事案は、株式会社の専務取締役が会社を代表して、同会社の取締役に宛てて約束手形を振り出したが、この手形振出には監査役の承認を経ておらず、右手形は善意の第三者に裏書譲渡されて手形金を請求したというものであった。これに対し大阪控訴院明治三六年三月一九日は「手形ノ受取人ガ振出人タル会社ノ取締役ナリシニ、手形ノ授受ニ付キ監査役ノ承認ヲ経ザルモ、之ヲ以テ善意ニ本訴手形ノ裏書譲受人トナリタル者ニ對抗スルコトヲ得ザルモノ」と判示した。

梅博士は、前記『批評』に引き続いて無効説に立つて取消権説を批判する。すなわち、「之は余が同意し兼ねる所である、元來商一七六の規定は先づ民一〇八の規定と牽連するものであつて民一〇八に拠れば同一人が一の法律行為に付き自己の資格と相手方たる他人の代理人の資格とを兼ね又は当事者双方の代理人たる資格を兼ねることを得ないのであるが、商一七六に拠れば株式会社の取締役は監査役の承認さへ経るならば右の民法の原則に従はぬでも宜しいのである、尚ほ同一会社の甲取締役が自己の資格に於て会社を代表せる乙取締役と取引をなすことは敢て民法の規定には抵触せぬけれども、各取締役は殆ど異身同体の關係あるが故に此場合に於ても特に監査役の承認を必要としたのである、此の如き次第であるから、此条件を缺けば其行為は全く無効なることは恰も民一〇八の規定に反したる行為が無効であると同一である」。

利益相反取引は、民法一〇八条が禁止するところの自己契約・双方代理のみならず、各取締役が「異身同体の

關係」にあるゆえに他の取締役と取引した場合をも含む点で、民法一〇八条の射程よりも拡大されている。けれども、それらの会社と取締役の取引は、監査役の承認さえあればほんらい民法一〇八条が適用される場合でも有効となり、反対に監査役の承認を欠けば一律に無効となるのだ、という。

しかしながら判旨を観る限り、大阪控訴院は手形取引の安全を考慮して会社には取消権があるものとし、かつ、その取消の効力をもって善意の第三者に対抗できないものとしている。この点、現在の判例法であるいわゆる相対的無効説が、利益相反取引の規制に違反した行為について当事者間ではこれを無効としながら善意の第三者との関係では相対的に有効であるものと解していることと結論的に類似した立場といってもよい。相対的無効説には実定法上の根拠が薄いことが一般に自覚されていないながらも、政策的に（いわば結果オーライ的に）支持されていることを考えれば取消権説が善意者に取消を対抗できないと解する限りにおいては、これを法的根拠のない古い学説として嗤うことはできないであろう。

だが梅博士はこうした大阪控訴院の解釈論的工夫に対しても否定的態度を明らかにされている。すなわち、「判決文には「若シ此如理由ニ依リ手形取得者ニ対抗シ得ルモノトセハ手形ヲ受授スルニ当リ手形関係人ノ職業、監査役ノ承認ノ有無等ヲ一々調査セサルヘカラスシテ甚シク手形流通ノ円滑ヲ缺ク」と云つて居るけれども、苟も手形の振出人又は受取人が株式会社である以上は（本件に於いては会社が振出人である）其会社の取締役が誰誰であるかと云ふことは必ず之を調べた上でなければ其手形を譲受けることは出来ぬ筈である、然らずば手形の署名者が果して正に其会社の取締役であるや否やを確かむることが出来ぬからである、其がために取締役の氏名は商業登記簿に登記してあるのである、而して一旦手形の受取人又は振出人が其会社の一人であることを知ったならば必ず監査役の承認の有無を調べなければならぬ（商一七六）」と。

確かにいちいち商業登記を見て監査役の承認の有無を確認せよ、ということは理屈のうえで筋論ではある。だ

が、その具体的当否についてはさすがに問題意識が示されており、「故に此の如き場合には監査役の一人が手形に承認の旨を記して署名するのが適當であると思ふ、若し夫れ立法論としては手形に關して善意者を保護する特別規定を設くる方が或は便利であるかも知れぬが、其代り之がために会社の保護は薄弱となるから大に考ふべき所であらうと思ふ」という。

しかしたとえ監査役の承認の署名があつたところで（商法旧手形編の時代ならいざ知らず）それは手形にとつては無益的記載事項としか評価しえない。また、人的抗弁の制限（明治三二年商法四四〇条）によつて取引の安全を確保するという解釈論はらち外に置かれ、取引の安全は立法論によるほかないとされている。この点は現在においても手形行為を相対的無効説の射程に入れ、それによつて手形取引の安全を確保すべきとする学説が支配的であるが、しかし、このような現在の通説・判例のありようを梅説の立場からみれば、それは解釈論の枠を踏み越えた立法をなしたことを意味するものと捉えられるであらう。

◆本編第二編商法乙会社一〇「再ビ監査役ノ承認ヲ經ザル取締役ト会社トノ取引ニ就テ」（志林七卷三号、明治三八年三月、『批評』三三二頁以下）（大審院第一民事部判決明治三七年六月二一日民録一〇輯九五六頁、新聞二二〇号一八頁）

事案の詳細は必ずしも明らかではないが、取締役Aがその取締役在職中はX会社と取引をなしうるべき旨の監査役の概括的承認を得ていたところ、Aは自己の所持する約束手形をXに裏書譲渡し、Xから（おそらくは）振出人であるYに手形金を請求したという事件に対し、大審院は、監査役の概括的な承認を無効としたうえ、「商法第一七六条ノ規定ハ会社ノ利益ノ為メニ設ケラレタルモノナレハ、該規定ニ背戾シタル行為ト雖モ当然無効ニ

属スルモノニアラス。会社ニ於テ之ヲ取消スノ意思ヲ表示シ始メテ其効力ヲ失フモノトス。故ニ若シ会社カ其取引ヲ有効トシ、之ニ因テ得タル權利ノ実行ヲ求メンカ、其相手方タリシ取締役又ハ第三者ハ、該取引ノ無効ヲ主張シ以テ会社ノ請求ヲ拒ミ得ルモノニアラス。今本件ニ於テX会社ハ取引当時其取締役タリシAカ監査役ノ承認ヲ得スシテ上告会社ト為シタル取引ニ因リ得タル權利ノ実行ヲ求ムルモノナレハ、該取引ヲ有効トセルモノナルヲ以テ第三者タルYハ其無効ヲ主張シ得ヘカラサルヤ明ナリ」としてXの請求を棄却した原審を破棄差戻した（今日においては、右事案のごとく、取締役から会社への手形の裏書譲渡は、会社に手形債務を負わせることなく、会社に不利益を及ぼさない手形行為であるゆえに利益相反取引に該らない——東京高判昭和三十一年一月一四日下民集七卷一—号三三二八頁——と解されている）。

梅批評はここにおいても、「抑も取消なるものは有効なる法律行為を無効に帰せしむるものであつて、而も原則としては初より無効なりしものと看做すのであるから（民一一一）、法律に明文がなければ出来ぬものである」とし、「監査役ノ承認ヲ得タルトキニ限り……会社ト取引ヲ為スコトヲ得」とあるから、其承認を得ない取引を有効とする者はないであらう、然らば違法の行為であるから、無効であると曰ふの外はない」として重ねて法的根拠のない取消権説を批判しつつ、加えて民法一〇八条との関係に言及して言う。「同一人が利害の異なることあるべきに拘はらず、自己の資格と他人の代理人たる資格とを兼ねて一の法律行為をなすと云ふことは甚だ困難なる事で、人情に戻る事であるから民一〇八に之を禁じて居るのである（中略）、商一七六は全く民一〇八の例外であるとは曰はぬけれども、其例外となる場合もあるし、又仮令直接に其例外とならずとも、精神に於て同様である」と。

民法一〇八条は自己契約と双方代理について代理を禁止していることに比して、商法一七八条は、第一にまさに自己契約・自己代理に該当する場合、例えばA取締役がひとりで会社を代表すると同時に相手方またはその代

理人となつて取引する場合と、第二に自己契約・自己代理にあたらぬ場合、例えば A 取締役が会社を代表し、B 取締役がその相手方または代理人となつて A B 間で取引を行う場合を含んでいる。ところが、第一の場合にはたとえ監査役の承認があつたとしても民法一〇八条により（取消可能ではなく）当然無効であるという大審院判決が出され（大判明治三十七年二月二〇日民録一〇輯一七三頁、大判明治三十八年二月七日民録一一輯一〇七頁〔同日の民録一一輯一三五頁とは別事件〕、大判明治三十九年二月二七日民録一二輯二九四頁）、またこれを支持する学説を生じた。⁽⁸⁾梅『批評』の刃は、こうした大審院の矛盾にも向けられた。

◆続編第二編商法甲会社五「取締役ハ会社ヲ代表シ自己ト取引ヲ為スコトヲ得」〔志林九卷二号、明治四〇年二月、『批評』六四七頁以下〕（大審院第一民事部判決明治三十八年二月七日民録一一輯一〇七頁）

本件は右にいう第一の事案にあたり、判旨は、「按スルニ民法第一〇八条ニ「何人ト雖モ同一ノ法律行為ニ付キ其相手方ノ代理人ト為リ又ハ当事者双方ノ代理人ト為ルコトヲ得ス」トアリテ此規定ニ違背シタルトキハ其法律行為ノ無効タルコト勿論ナリトス。本件ニ於テ原院ノ認メタル所ハ A ハ Y 会社ノ取締役トシテ之レヲ代理シ、而シテ一個人タル A ニ対シ手形行為ヲ為シタルモノナルカ故ニ、A ハ同一ノ法律行為ニ付相手方ノ代理人ト為リタルモノナルコト明カナレハ、其手形行為ノ無効ナルコト勿論ナリトス。商法第一七六条ハ会社ノ取締役ノ職ニ在ル者カ自己又ハ第三者ノ為メ会社ト取引ヲ為ス場合ヲ規定シタルモノニシテ、本件ノ場合ノ如ク取締役カ一面会社ヲ代表シ一面自己ノ資格ヲ以テ一箇ノ法律行為ヲ為シタル場合ヲ規定シタルモノニ非ス」と商法一七六条ではなく、民法一〇八条に反する行為としてこれを無効と断じた。

これに対しては、梅博士は、「予は此説を採らぬのである、同条〔商法一七六条〕は一面に於て取締役が会社と

取引をなすには監査役の承認を必要とする旨の一条条件を加ふると同時に、他の一面に於て此条件さへ具ふれば民一〇八条の通則に依らざるものとしたのである」と反対論を明らかにされる。曰く、そもそも民法一〇八条は「一人にして双方の利益を図ることが出来ぬ」ことを根拠に定められているのであり、これに対して商法一七六条に定める監査役の承認を得たときには「法律は監査役が会社の利益を図るから、取締役は此際自己の利益のみを図つても差支ないと観たのである、然らば此場合には民一〇八を設けたる理由は存せぬのであつて彼の「法の理由止めば法の適用止む (Cessante ratione legis, cessat lex ipsa)」と云へる格言は斯様な場合に應用すべきものである」と。加えて、大審院判決は、一方において上記の第二の類型では、取締役が監査役の承認を経ないでなした取引を単に取り消しうるものとしておきながら（大判明治三六年一〇月三日新聞一六九号一四頁〔批評〕三二頁「取消の規定なきに取消の場合なりとせる点は予が同意し難き所である」、大判明治三七年六月二日民録一〇輯九五六頁〔批評〕三二一頁以下）、大判明治三八年二月七日民録一輯一三五頁、第一の類型では、取締役が監査役の承認を経て会社となした取引を全く無効とするのは「如何にも前後權衡を得ない判決の様である」と。

岡野博士もこれと同説であり、起草者がこぞつて自己契約・双方代理にあたる場合にも、監査役の承認を経た取引は民法一〇八条の適用が排除され有効なものと主張したこともあつてか、その後、大審院は聯合部判決をもつて取消權説を捨て、一律に利益相反取引違反の取引の効力は無効であるものと宣明したのであつた（大審院民事聯合部判決明治四二年一二月二日民録一五輯九二六頁）。

このことは民法一〇八条の本質的見方にも関わつてきている。というのも、例えば鳩山秀夫博士は、双方代理・自己契約によつてなされた法律行為の効果について、はじめ無効説を採つていた大審院判決（大判明治三七年五月二日民録一〇輯六六二頁、大判明治三八年二月七日民録一輯一〇七頁、前掲・大判明治三九年二月二七日）を批判して無權代理説を主張されたのであるが、その理由とするところは、民法一〇八条は本人と代理人の利益の

衝突によって本人が不利益を受けることを予防するための規定であり、言い換えれば、同条は、代理の禁止ではなくて代理権を制限したものであるから、無効ではなく無権代理であるというのである。⁽¹⁰⁾したがって本人よりこれを追認する余地が生まれるわけであるが、さらに鳩山博士によれば、商法一七六条は民法一〇八条の特則であり、監査役の承認が得られた場合には、自己契約・双方代理の場合であっても取締役は一方で会社を代表し、他方で自己または第三者を代表して会社と取引をなし得るのであって、あえて他の取締役に依頼して会社を代表させる必要はないものと論じられるから、これについても追認の余地がありうることになる。果たして大審院は再度舵を切って会社による追認を認めるに至ったのである。

明治四四年改正によって「此場合ニ於テハ民法第一〇八条ノ規定ヲ適用セス」とする一文が付け加えられたことによつて立法的にも自己契約・双方代理の問題は一掃されたと評価されるけれども、それについては商法上の利益相反規制と民法上の自己契約・双方代理の本質的共通性が前提とされていたことを見逃してはなるまい。⁽¹¹⁾そしてそのことは間接取引にまで射程が拡張された利益相反取引と民法一〇八条違反の取引（最判昭和四七年四月四日民集二六卷三三三頁）をともに相対的無効説に包摂する現代の判例法に真つ直ぐに繋がっているわけである。⁽¹²⁾ならば無権代理による効果不帰属をカバーしうる立法措置があつてしかるべきではないのか。代表権の制限であるとすれば、代表取締役あるいは取締役の代表権制限の不对抗（会社法三四九条五項、一般社団法七七条五項）にならう、承認機関への報告・承認を経ずになした利益相反取引についてはその無効を善意の第三者には對抗できないとする明文を置くべきであらう。⁽¹³⁾

(1) 北澤正啓「取締役会社間の取引」同『株式会社法研究』（有斐閣、昭和五十一年）二四五頁以下。

(2) 鈴木竹雄・竹内昭夫『会社法（第三版）』（有斐閣、平成六年）二九二頁、田中誠二『三全訂会社法詳論 上巻』

- (千倉書房、平成五年) 六五七頁以下、大隅健一郎・井井宏『会社法論 中巻(第三版)』(有斐閣、平成四年) 二四四～五頁、竹内昭夫・弥永真生補訂『株式会社法講義』(有斐閣、平成三年) 五七四頁、河本一郎『現代会社法<新訂第九版>』(商事法務、平成一六年) 四七八頁、江頭憲治郎『株式会社法』(有斐閣、平成一八年) 四〇三頁、龍田節『会社法大要』(有斐閣、平成一九年) 八〇頁。
- (3) 神田秀樹『会社法(第九版)』(弘文堂、平成一九年) 一九六頁、一九八頁注(7)、山本爲三郎『利益相反の取引』会社法判例百選(有斐閣、平成一八年) 一三四～一三五頁。
- (4) 判例の変遷の概観として本間輝雄『新版注釈会社法(6)株式会社の機関(2)』(有斐閣、昭和六二年) 二五一頁以下、田村詩子『取締役・会社間の取引』(勤草書房、平成八年) 二四六頁以下。学説の時代的推移について、弥永真生『法律学習マニュアル(第二版)』(有斐閣、平成一七年) 一五二頁に一覧表あり。
- (5) 岡野敬次郎『株式会社ト其取締役トノ間ニ於ケル取引及ヒ其効力ニ就テ』法学新報一七卷七号(明治四〇年七月) 一三頁以下、同『会社法講義案(三版)』(中央大学、大正一〇年) 一七一頁、同『会社法』(有斐閣、昭和四年) 四一七頁。
- (6) 立法の経緯を見るに、新商法の審議時には特に議論なく原案のとおり可決されているようである。すなわち――、
「第一四二条 取締役力会社ト取引ヲ為スニハ監査役ノ承認ヲ得ルコトヲ要ス
岡野君ノ説明ニ曰ク、本条ハ現行法(明治二六年旧商法一部施行法)ニ同一ノ規定ヲ見ズ。然レドモ取締役ノ一人ガ其会社ト契約ヲ為スニ当リ、同一ノ人ニシテ、一方ニハ自己ノ利益ヲ以テシ又一方ニハ会社ヲ代表シテ其会社ノ利益ヲ以テスルガ如キハ實際弊害ナキニ非サルヲ以テ、是等ノ弊害ヲ防グ為メ即チ監査役ノ承認ヲ得ルコトヲ要ストセリ。若シ他ノ主義ニ依リテ絶對的ニ禁止センカ是又取締役ニ對シ嚴格ニ失スルモノト謂ハザル可ラズ。是蓋シ本条ノ規定ヲ以テ其當ヲ得タルモノトシ茲ニ之ヲ提出スル所以ナリト。」第三三回商法委員會議事要録(明治二九年一〇月一九日午後四時開議) (日本近代立法資料叢書19) (商事法務研究会、昭和六〇年) 一八九頁。
- これ以後、明治三二年商法の文言すなわち「取締役ハ監査役ノ承認ヲ得タルトキニ限り自己又ハ第三者ノ為ニ会社ト取引ヲ為スコトヲ得」に変更された経緯は不明であるが、商法修正参考書(日本近代立法資料叢書21) (商事法務研究会、昭和六〇年) 七五～七六頁にも右の岡野博士による説明と同趣旨が説かれている。

- (7) 木内宜彦『商法二六五条に違反する取引の効力——いわゆる相対的無効説の妥当性について——』同『企業法の理論(木内宜彦論文集Ⅱ)』(新青出版、平成八年)二六三頁以下、川村正幸『商法二六五条に関する相対的無効説と手形法理』堀口亘先生退官記念『現代会社法・証券取引法の展開』(経済法令研究会、平成五年)七九頁以下。
- (8) 青木徹二『会社法(増訂三版)』(有斐閣、明治四一年)五〇四頁。
- (9) 岡野・前掲注(5)法学新報一七卷七号。
- (10) 鳩山秀夫『法律行為乃至時効(合本五版)』(巖松堂書店、大正六年)三一九―三二一頁。商法一七六条違反の取引の効果については梅『批評』続編第二編商法甲会社五、岡野・前掲注(5)法学新報を同説として引用し、大判明治三八年二月七日民録一輯一〇七頁、大判明治三九年二月二七日民録一輯二九四頁に反対。
- (11) 松本烝治『日本会社法論』(巖松堂、昭和四年)二九四頁(註四)は、「商法中改正法律を以て第一七六条但書を加へたのであつて、其以前の大審院判決(民録一輯一〇六頁、二輯二九四頁)は取締役が会社を代表して自己又は第三者の爲めに取引を爲す場合には監査役の承認あるも其取引を無効と解して居つたのであるが、是等の判決は改正法の結果先例たる効力を失つたものである」という。
- (12) 今日では民法一〇八条を利益相反行為の禁止にもとづく代理権の「制限」と捉える見方で固まつたものといえようか。四宮和夫『能見善久『民法総則(第七版)』(弘文堂、平成一七年)二七六頁以下。
- (13) 木内宜彦『手形判例の理論(木内宜彦論文集Ⅲ)』(新青出版、平成一一年)二九頁以下。
- (14) 山口幸五郎『取締役の利益相反行為』『会社法演習Ⅱ 株式会社(機関)』(有斐閣、昭和五八年)一四七―八頁参照。
- (15) 昭和五六年改正時の機関改正試案第二の六2bは「取締役が取締役会の承認を得ないで、自己又は第三者のために会社と取引をしたときは、取締役会は、取引を取り消すことができる。ただし、善意の第三者に対抗することはできない」として、取締役会の取消権とその取消の善意の第三者への不対抗を規定することを提案していた。だが、相対的無効説が判例上確定しているだけでなく、学説上も大方の支持を受けるに至っているので、敢えてこのような規定を置く必要はないとして、要綱および改正法はこれを取りあげなかった(竹内昭夫『改正会社法解説(新版)』(有斐閣、昭和五八年)一四八頁)という。この点、判例による法形成を積極的に認めるべきであるとしても、「当該法

領域における立法がなされる場合には、そのような判例法の存在は明文の規定をもって制定法に定着されることが望ましい」という故木内教授の言は、この問題について立法のチャンスを逃した今次の会社法制定にもあてはまるのではないか。