

# 民法起草者の考え方の違いについて

大久保 輝

- 一 はじめに
- 二 旧民法と法典論争について
- 三 法典論争における現行民法起草者の考え方
- 四 現行民法起草への影響
- 五 むすびにかえて

## 一 はじめに

筆者は従来、意思表示の効力発生時期および契約の成立時期について、主として研究してきたところである<sup>(1)</sup>。

民法は、意思表示の効力発生時期について、その通知が相手方に到達した時から効力が発生するものとして（民法97条1項）、到達主義の原則を採る一方、契約の成立時期について、隔地者間の契約は承諾の通知を發した時に成立するものとして（民法526条1項）、發信主義を採っている。なぜこのような条文になったのかについては、従来、梅謙次郎の發信主義的立場と、富井政章の到達主義的立場の妥協として、現行民法526条1項の契約の成立（承諾の意思表示）につき發信主義を採る代わりに、現行民法97条1項の意思表示の効力発生時期一般につき到達主義を採ったとされてきた<sup>(2)</sup>。

しかし、梅謙次郎と富井政章との間には、考え方の根本的な違いがあったのである。契約の成立時期すなわち承諾の意思表示の効力発生時期につ

いて発信主義を採る代わりに、意思表示一般について到達主義を採ることとして妥協したというだけでなく、対立項の違いが存在したのである<sup>(3)</sup>。

本稿は、このように開いてしまった梅謙次郎と富井政章との考え方の違いについて、意思表示の効力発生時期および契約の成立時期の論点から離れ、どこに存在するのかについて探求することにする。

## 二 旧民法と法典論争について

### 1 不平等条約改正のための法典編纂事業

明治前半期の最重要課題は、日本を、従属状態から国と民族とを完全に独立させること、すなわち、不平等・片務的な条約を対等な条約に引き直すことであり、そのためには、法典の編纂と整備が急務であった<sup>(4)</sup>。

当初は、「「フランス」民法を以て日本民法と為さんとす」とされた<sup>(5)</sup>。そして、「誤訳も亦妨げず、唯速訳せよ」と江藤新平が箕作麟祥に命じた<sup>(6)</sup>ことは有名である。しかし、「フランス民法と書いてあるのを日本民法と書きなおせばよい」<sup>(7)</sup>はずはなく、「初めは江藤氏の敷写民法で、中ごろ大木伯らの模倣民法となり、終に現行の参酌民法と為ったのである」<sup>(8)</sup>。

### 2 ボワソナードと旧民法編纂

ボワソナードは、明治政府により招聘を受け、1873年来日した<sup>(9)</sup>。ボワソナードは自然法学者であったことが知られ、司法省法学校などで自然法の講義を行っている<sup>(10)</sup>。もっとも、ボワソナードは法哲学的意味での自然法学者であったことは確かであったとしても、その講義内容については、実定法の説明をする前提としての自然法であるとも言われている<sup>(11)</sup>。

ところで、後に現行民法起草者の一人となる梅謙次郎は、司法省法学校である。後の法典論争のさいには、司法省法学校卒業者を中心とするフラ

ンス法学系学者法曹が、断行派の中核となっていく<sup>(12)</sup>。

なお、1879年または1880年に、ポワソナードは大木喬任から民法典起草を付託された<sup>(13)</sup>。その後、民法編纂局における編纂作業<sup>(14)</sup>、1886年の民法編纂局の閉局<sup>(15)</sup>と民法典草案の内閣への上申<sup>(16)</sup>、元老院への下付<sup>(17)</sup>と返上<sup>(18)</sup>、委員長を山田顕義とする法律取調委員会の設置<sup>(19)</sup>と1887年の法律取調委員会の移管<sup>(20)</sup>、1888年の法律取調委員会案の内閣への上申<sup>(21)</sup>、元老院での審議<sup>(22)</sup>、枢密院での審議<sup>(23)</sup>、1890年の閣議決定と公布<sup>(24)</sup>と、複雑な経過をたどる。

このいわゆる旧民法は、編別、体裁をほとんどフランス民法に範を取り、細節の規定に若干フランス民法を母法とするイタリア民法、ベルギー民法、オランダ民法、ローランのベルギー民法草案の規定が採り入れられている<sup>(25)</sup>。すなわち、フランス民法をそのまま導入したものではなく、フランス民法成立後の法律学等の進化を反映させたものといえる。

また、旧民法に内在する法的思考原理の中には、フランス民法の中に埋もれながらも存在し、現行民法では忘れ去られてしまったものが存在することが指摘されている<sup>(26)</sup>。

### 3 法典論争

こうして10年ほどかけて編纂された旧民法であるが、その公布と前後して、「法典論争」とよばれる旧民法の施行に対する激しい議論がなされるようになった。この激しい議論を象徴する有名な言葉としては、「民法出でて忠孝亡ぶ」<sup>(27)</sup>がある。

この論争について、一般的に、「当時イギリス法律を学んだものは概ね挙な延期派に属し、フランス法律を学んだものは概ね挙な断行派に属して居った」と、仏法派と英法派との対立としてとらえられている<sup>(28)</sup>。しかし、この対立は、必ずしも学派の対立とばかりはいえず、政治的な背景などもあるとされる<sup>(29)</sup>。法典論争については、既におびただしいほどの詳細な研究があるが、ここでは詳しく述べないことにする。

### 三 法典論争における現行民法起草者の考え方

ただし、この章において、法典論争における現行民法起草者の立場の違いを見ておくことにする。なぜならば、法典論争における議論の中に、現行民法起草者の考え方の違いが見え隠れするからである。

#### 1 穂積陳重

穂積陳重は、法典論争において、法学士会の意見書を引用することにより延期派に立つ<sup>(30)</sup>。もっとも、穂積陳重はロンドン大学への留学経験があるか<sup>(31)</sup>、必ずしも英法派に与するわけではなく、対立軸を、フランス法流の自然法学派とドイツ法流の歴史法学派との対比と捉えて、あたかもドイツの法典論争の再燃のような論争とみなしている<sup>(32)</sup>。穂積陳重は、留学先を途中でベルリン大学に変更するか<sup>(33)</sup>、そのことが単なる英法派ではない延期論となっているのであろう。

#### 2 梅謙次郎

梅謙次郎は、1884年に司法省法学校を卒業し<sup>(34)</sup>、1886年からリヨン大学に留学し、1889年に博士号を取得している<sup>(35)</sup>。司法省法学校でフランス法および自然法を学んだうえで、渡仏し、博士号を取得したためであろうか、法典論争のさいには、断行派として論を張っている<sup>(36)</sup>。すなわち、「法典ハ急ニ之ヲ実施スルノ需要アリ」、「条約ヲ改正セント欲セバ必ず先ヅ法典ヲ実施セザルベカラズ」、「学理ノ新古ヲ以テ遽カニ法典ノ良否ヲ占ス可カラズ」など、様々な理由を挙げている。なお、梅謙次郎も、ベルリン大学に1年間留学しているか<sup>(37)</sup>、これは単なる聴講で、しかも博士課程修了後であり、かつ聴講科目も民法よりは法哲学に類するものであるから、その影響はフランス法のそれに比べると少ないと推測される<sup>(38)</sup>。

### 3 富井政章

富井政章は、リヨン大学に留学し、博士号を取得している<sup>(39)</sup>という点では、梅謙次郎と共通している。しかし、穂積陳重や梅謙次郎と大きく異なるのは、法学教育を完全にフランスで終始し、かつ、ドイツ留学経験がないことである<sup>(40)</sup>。このことからすれば、富井政章は仏法派であり、法典論争では断行派に与することになりそうである。

ところが、実際には富井政章は延期派に与することになる<sup>(41)</sup>。もっとも、富井政章の延期論は、旧民法がおよそ90年前にできたフランス民法を参考にしたものであること、もともとフランスと日本とは風俗慣習が著しく異なること<sup>(42)</sup>、講義録体の錯雑とした法典を実施するとどこの学校も法典の弁別、順序、定義等に括られてしまって法律を解くということになること<sup>(43)</sup>等、を理由にしており、4年ぐらいはかかるであろう民法の修正案が出れば直ちに賛成することも述べている<sup>(44)</sup>。したがって穂積八束のような延期論というわけではなく、学問的見地から不都合があることを理由とする延期論であろう。

## 四 現行民法起草への影響

富井政章の貴族院での旧民法延期案賛成演説が功を奏して<sup>(45)</sup>旧民法は施行延期となった。このころ、不平等条約改正の交渉が実り、条約改正が出来たが、条約改正実施には、民法や商法などの完全実施が条件となっていた<sup>(46)</sup>。そのため、法典調査会が設置され、起草委員として、穂積陳重、梅謙次郎、富井政章が任命された<sup>(47)</sup>。

この章では、現行民法起草者の考え方が、現行民法起草にどのような影響を与えたか、みていくことにする。

### 1 自然法思想に関する立場の違い

梅謙次郎は、司法省法学校で自然法を学んだことからか、自然法論を採

る。すなわち、実際の適用は時世によって変化するが、大原則は万古不変のものがあり、また、法律の改良進歩がある以上理想があるはずで、最後の理想が必ず一つあって、進歩している限り無意識のうちにそれに近づくとする<sup>(48)</sup>。制定法がない場合や不完全な場合には、立法や裁判のために自然法を認めなければならないが、梅謙次郎の自然法は制定法の否定・限定へつながらず、かえって制定法尊重を根拠づけていた<sup>(49)</sup>。

一方、富井政章は、自然法思想を批判している<sup>(50)</sup>。こうしたことから、現行民法起草の際にも、梅謙次郎と富井政章とはしばしば対立することになった<sup>(51)</sup>。

## 2 フランス民法学の影響

旧民法を修正する意味をもって現行民法を編纂した<sup>(52)</sup>。旧民法は、編別、体裁をほとんどフランス民法に範を取り、細節の規定に若干フランス民法を母法とするイタリア民法、ベルギー民法、オランダ民法、ローランのベルギー民法草案の規定が採り入れられている。したがって、旧民法を修正したとされる現行民法は、フランス民法や、フランス民法を母法とする各国の法を、引き続き参照していることになる。

ただし、梅謙次郎はフランス民法学に傾注していたのに対し、フランスで法学教育を修めたはずの富井政章は、フランス民法学に対してもともと冷ややかな視点を持っている。すなわち、フランスの法律学がここ数十年卑しい註釈学問となっているとまで述べているのである<sup>(53)</sup>。

## 3 ドイツ民法学の影響

現行民法が旧民法の修正の意味を持っているということは、フランス民法を参照していることになるが、それとともに忘れてはならないのは、ドイツ民法草案を参照していることである。梅謙次郎は、仏蘭西民法百年記念講演会で、明治民法の起草にあたっては、ドイツ法と少なくとも同じくらいフランス民法を参考にしたとしている<sup>(54)</sup>。この点は、フランス民法

の影響を強調しているとともに、ドイツ民法草案がフランス民法と肩を並べて無視できない存在であったことを物語っている<sup>(55)</sup>。

穂積陳重は、当時のドイツの諸法典が、従来模範としてきたフランスの諸法典と比べて新しい法理に基づいて編纂されたため、日本の将来の立法の進歩のためにも、ドイツ法学を輸入する必要があると感じたとしている<sup>(56)</sup>。

ここで注目すべきは、ドイツ法を一番積極的に参考にしたのは、ドイツ留学の経験のある梅謙次郎でも穂積陳重でもなく、ドイツ留学経験のない富井政章だということである。もともと、法典論争のさいの延期論の理由のひとつとして、フランス民法学が註釈学問だと述べている一方で、ドイツが近年著しく進歩したのは学問を奨励した結果であると述べている<sup>(57)</sup>。なお、ドイツ留学経験のない富井政章の理解するドイツ法は、フランス語訳や、起草補助者の仁井田益太郎を通したものであるといわれている<sup>(58)</sup>。

## 五 むすびにかえて

本稿は、民法起草者の考え方の違いについて、その断片を切り取ったものにすぎない。ただ、意思表示の効力発生時期・契約の成立時期についての民法97条・526条の立法過程における民法起草者の議論について、筆者は、梅謙次郎が何らかの勘違いを起こしているために、あれだけの対立項の違いになったのではないかと思っていたのである。こうして民法起草者の基本的な考え方の違いを断片的であるにせよ見ていくことにより、民法起草者の対立項の違いは、起草者の単なる勘違いによるものではなく、起草者の根本的な考え方の違いによるものであるということが推察できるようになった。結局のところ、勘違いを起こしているのは梅謙次郎ではなく筆者であったのである。

もちろん、民法起草者の考え方を断片的に見ていただけでは十分では

ない。引き続き検討課題としていきたい。

註

- (1) 大久保輝「高度情報化社会の契約関係—インターネット取引を中心として—」日本大学大学院法学研究年報28号（1998年）337頁、同「契約の競争締結—インターネットオークションにおける契約の成立—」日本大学大学院法学研究年報31号（2001年）255頁、同「契約の成立時期に関する一考察」中央学院大学法学論叢23巻1号（2009年）27頁。
- (2) 星野英一「編纂過程から見た民法拾遺（二・完）」法学協会雑誌82巻5号（1966年）48頁。
- (3) 大久保輝「意思表示の効力発生時期—民法起草者の議論を通じた考察—」中央学院大学法学論叢25巻1・2号（2011年）95頁。
- (4) 平野義太郎「民族の独立と条約改正と法典編纂—梅博士の日本及び中国における法律事業とその背景」法学志林49巻1号（1951年）2頁。
- (5) 穂積陳重『法窓夜話』（1916年）208頁。
- (6) 穂積陳重・前掲註（5）209頁。
- (7) 穂積陳重・前掲註（5）210頁。
- (8) 穂積陳重・前掲註（5）211頁。
- (9) 星野通『明治民法編纂史研究』（1943年）11頁。
- (10) ボアソナード講義井上操訳『性法講義』（1881年）など。
- (11) 池田真朗『ボワソナードとその民法』（2011年）20頁。
- (12) 星野通「三博士と民法制定—特に梅博士を中心としつつ—」法学志林49巻1号（1951年）37頁。
- (13) 大久保泰甫・高橋良彰『ボワソナード民法典の編纂』（1999年）23頁。
- (14) 大久保泰甫・高橋良彰・前掲註（13）42頁。
- (15) 大久保泰甫・高橋良彰・前掲註（13）69頁。
- (16) 大久保泰甫・高橋良彰・前掲註（13）57頁。
- (17) 大久保泰甫・高橋良彰・前掲註（13）72頁。
- (18) 大久保泰甫・高橋良彰・前掲註（13）86頁。
- (19) 大久保泰甫・高橋良彰・前掲註（13）113頁。
- (20) 大久保泰甫・高橋良彰・前掲註（13）144頁。
- (21) 大久保泰甫・高橋良彰・前掲註（13）196頁。
- (22) 大久保泰甫・高橋良彰・前掲註（13）197頁。
- (23) 大久保泰甫・高橋良彰・前掲註（13）218頁。
- (24) 大久保泰甫・高橋良彰・前掲註（13）240頁。

- (25) 星野通・前掲註(9) 108頁。
- (26) 筏津安恕『失われた契約理論』、同『私法理論のパラダイム転換と契約理論の再編』、同『義務の体系のもとでの私法の一般理論の誕生』。
- (27) 穂積八束「民法出テ、忠孝亡フ」法学新報5号(1891年) 8頁。
- (28) 穂積陳重・前掲註(5) 334頁。
- (29) 山田卓生「独仏法を媒介とするローマ法の日本民法への影響」『山田卓生著作選集第2巻民法財産法』(2010年) 24頁。
- (30) 穂積陳重『法典論』(1890年) 21頁。
- (31) 穂積重行『明治一法学者の出発—穂積陳重をめぐって—』(1988年) 101頁以下に留学の詳しい経緯がある。
- (32) 北居功「穂積陳重『法典論』解題—現行民法編纂事業から眺めた法典論の意義—」『法典論(解題付・復刻版)』(2008年) 6頁。
- (33) 穂積重行・前掲註(30) 213頁以下に転国の詳しい経緯があり、また同225頁にベルリン大学留学についての詳しい経緯がある。
- (34) 乾政彦「梅先生ヲ追悼スルノ辞」法学志林30巻8・9号梅博士追悼記念論文集(1911年) 1頁。
- (35) OUMÉ Kendjirô, «*De la Transaction*», thèse pour le doctorat, le jeudi 11 juillet 1889.
- (36) 「法典実施意見」明法志叢3号(1889年)。なお、星野通・前掲註(9) 525頁に、法典論争資料として収められている。
- (37) 乾・前掲註(34) 1頁。
- (38) 星野英一「日本民法典に与えたフランス民法の影響」『民法論集第1巻』(1970年) 86頁。
- (39) TOMII Massa-akira, «*Droit romain : des droits du vendeur non payé, Droit français : du droit de résolution du vendeur non payé*», thèse pour le doctorat, le mercredi 14 fevrier 1883.
- (40) 星野英一・前掲註(38) 85頁。
- (41) 富井政章「法典に対する意見」法学協会雑誌9巻11号(1891年) 60頁、同10巻1号(1892年) 37頁、同「貴族院に於ける旧民法延期案賛成演説」『富井男爵追悼集』(1936年) 155頁。
- (42) 富井政章「貴族院に於ける旧民法延期案賛成演説」『富井男爵追悼集』(1936年) 157頁。
- (43) 富井・前掲註(42) 162頁。
- (44) 富井・前掲註(42) 168頁。
- (45) 『富井男爵追悼集』(1936年) 154頁。

- (46) 仁井田益太郎『解題 旧民法』（1943年）26頁。
- (47) 仁井田・前掲註（46）27頁。
- (48) 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41巻5・6合併号（1991年）404頁。
- (49) 瀬川・前掲註（48）404頁。
- (50) 富井政章『訂正増補民法原論第1巻総論』（1922年）12頁。
- (51) 仁井田益太郎・穂積重遠・平野義太郎「仁井田博士に民法典編纂事情を聴く座談会」法律時報10巻7号15頁。
- (52) 仁井田・前掲註（46）29頁。
- (53) 富井・前掲註（42）162頁。
- (54) 梅謙次郎「開会ノ辞及ヒ仏国民法編集ノ沿革」『仏蘭西民法百年紀念論集』（1905年）3頁。
- (55) 岡孝「法典論争から明治民法成立・注釈時代」水本浩・平井一雄編『日本民法学説史・通史』（1997年）86頁。
- (56) 穂積陳重「独逸法学の日本に及ぼせる影響」『穂積陳重遺文集第3冊』（1934年）619頁。
- (57) 富井・前掲註（42）162頁。
- (58) 仁井田・穂積・平野・前掲註（51）24頁。