

# 明治民法起草過程における外国法の影響

岡 孝

## 1 はじめに

以下では、まず最初に日本民法の三起草者の1人で、「日本民法の父」と称される梅謙次郎を簡単に紹介したうえで、梅の視点から日本民法典の制定過程を簡単に概観する。次に、梅たちはヨーロッパ法の特色をどのようにとらえたうえで参考にしたのかを整理する。さらに、モデルとした外国法と日本の慣習の衝突はどのように解決されたのかについて、具体例を挙げて説明したい。

## 2 梅謙次郎とは

**修業時代** 梅謙次郎は、1860年7月24日（万延元年6月7日）、松江藩（現在の島根県松江市）に生まれた。父は下級の藩医であった。藩校などで学んだ後、1874年（明治7年）秋、両親とともに上京（14歳）したが、「士族の商法」で一家はどん底の生活を送ることになる。1875年東京外国語学校仏語科に入学、1880年2月に首席で卒業した。同月司法省法学校第2期生の補欠募集に応じ、入学した。

当時、日本では、工部省は工部大学校、司法省は司法省法学校というように、高等教育は現業官庁が自前で行った。司法省法学校は8年制教育で、最初の4年間はフランス語教育、次の4年間でフランス法を教えた。梅は、同時に入学した東京外語の仲間の手塚太郎（1862年～1932年。司法官。名古屋控訴院検事長、長崎控訴院長などを歴任）——ちなみに、この手塚太郎は漫画家で有名な手塚治虫の祖父である——とともにフランス語の勉強は終えており、法学校の仲間と同じスタートラインについてフランス法教育を受けた。

---

<sup>1</sup> 梅については、東川徳治『博士梅謙次郎』（法政大学／有斐閣、1917年）、「梅博士遺事録（一）～（三十三）」法律新聞836号、837号、839号～846号、850号、852号～854号、871号、873号、875号～880号、887号、888号、891号、902号、904号、910号、911号（以上1913年）、913号～916号（以上1914年）参照。筆者は、2003年にそれまで20年間の梅研究の1つの区切りとして、『梅謙次郎著作全集CD版』（5枚セット、丸善、2003年）を編集・刊行している（この中に、年譜〔江戸恵子氏作成〕と目次の形の「著作目録」も収録）。以下では、これを『著作全集CD版』と略称する。梅の著作についてはこの『著作全集CD版』の目次番号も付す。また、梅に関する筆者の近時の論文としては、岡「民法典編纂についての梅謙次郎の考え」法律時報82巻10号（2010年）42頁以下がある。

## 明治民法起草過程における外国法の影響

**留学時代** 1884年7月、梅は首席で卒業、母校に残って教師となり、1885年12月文部省留學生としてフランス・リヨン大学に留学した。3年半の研鑽後、1889年（明治22年）7月首席で博士号<sup>2</sup>を取得した。それからベルリン大学に移って翌年の夏学期の最初の頃までドイツ法の講義を聴講している。当時ドイツは、10数年の審議を経てドイツ民法第1草案が出来上がり、1888年初頭に理由書とともに公表された。この審議は秘密裏に行われたために、第1草案公表後、学者・実務家・経済諸団体などから意見書が山のように司法省に出された<sup>3</sup>。したがって、梅がベルリンに学んだ当時は、新聞・雑誌上で、あるいは大学内で第1草案に対する批判の嵐が渦巻いていたであろう。

梅は、イギリスから後にドイツに転学したもう1人の民法起草者・穂積陳重と同じくドイツ語を読むことができた。例えば、法典調査会主査会では、失踪宣告に関して（原案40条。現行32条[失踪の宣告の取消し]参照）、ドイツ民法第二草案の条文を引用しながら田部芳と論争している<sup>4</sup>。したがって、学位論文の『和解論』でボアソナード民法（旧民法）草案を批判的に検討していた梅としては、ドイツの法典編纂の行方に並々ならぬ関心を抱いていたことであろう。

もう1つ、梅がベルリンに行った理由として、兄の錦之丞<sup>5</sup>の忘れ形見の子供（甥）を日本

---

<sup>2</sup> 博士論文は *De la Transaction, comparé avec le code civil italien et le projet de code civil japonais*, L.Larose et Forcel, Praris, 1889（『和解論』）である（『著作全集 CD 版』0080 番）。2 種類出版されていることについては、岡＝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 82 卷 3・4 号（1985 年）149 頁注（2）参照。この博士論文で、その年の最優等の成績をとり（もう 1 人フランス人も同順位）、梅はリヨン市からヴェルメイユ賞を授与されている。これについては、受賞を報道している新聞記事の写真も含めて岡「梅謙次郎—和仏法律学校の支柱」法政大学大学史資料委員会編『法律学の夜明けと法政大学』（法政大学、1993 年）318 頁以下参照。

<sup>3</sup> *Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs gefertigt im Reichs = Justizamt*, 6 Bde., 1890, 1891. これの復刻版もある（Otto Zeller, Osnabrück, 1967）。さらに、ヴィーアッカー／鈴木禄弥（訳）『近世私法史』（創文社、1961 年）567 頁参照。

<sup>4</sup> 1893 年 10 月 20 日の第 14 回主査会で、『法典調査会民法主査会義速記録』（国会図書館支部法務図書館所蔵・日本学術振興会版〔「学振版」と略称する〕第 3 卷 270 丁表以下。本稿では国会図書館近代デジタルライブラリー版のコマ番号もあわせて引用する。コマ番号 273/280 以下。以下では日本学術振興会版はすべてこのデジタルライブラリー版を引用する）。このデジタルライブラリー版で引用する理由は、学振版は現在まで公称 8 部存在しているが（ただし、一橋大学図書館は部分的に 2 部所蔵しているので、「8 部」というのは間違っている）、丁付などに相違点があるからである。これに対して、デジタルライブラリー版のコマ番号を引用すれば、誰でも同じ頁を参照することができるわけである。丁付の相違点については、広中俊雄「学振版議事録の異同」法律時報 71 卷 7 号（1999 年）110 頁以下参照。なお、このデジタルライブラリー版などについては、名古屋大学大学院を修了し現在同大学研究員の佐野智也氏にご教示を受けた。

<sup>5</sup> 兄・錦之丞は東京大学医学部卒業後、成績優秀で文部省留学の機会を得て、ベルリン大学医学部に留学し、眼科を研修した。帰国後東大の医学部講師になったが、すぐにやめて民間に一大病院を作ると計画していた矢先、弟謙次郎がリヨンに到着して勉学を始めた 1886 年（明治 19 年）4 月に 29 歳の若さで病死し

## 〈法〉の移転と変容

に連れ帰り、養育することだったと思われる。森鷗外の『独逸日記』の中にベルリン在住の日本人の例として「梅某」という表現で、「情婦」との間に子供をもうけたことが、いささか悪意ある表現で描かれている<sup>6</sup>。兄が住んでいたアパート<sup>7</sup>は日本人が多く住んでいたところであり、そのすぐ近くに梅も居を構えていたので（Ziegelstraße 30. ベルリン大学 [現在のフンボルト大学] に近い。シュプレー川にかかっている橋を通れば、それほど時間をかけずに大学に行けた。この橋は第二次大戦以来長らくなくなっていたが、近ごろ再築されている）、甥を探すことは難しくなかったであろう。甥を日本に連れて行き、日本では独協学校に通わせたようである。

ちなみに、梅と森鷗外は思わぬ接点があることが最近判明した。江戸恵子氏が東京大学付属図書館の鷗外文庫で発見した島根県法政会編『法政會記事』（活版）<sup>8</sup>で、鷗外が島根県出身「陸海軍将校歓迎会」における演説の中で梅の負傷に対して、「会員一同ノ微衷ヲ会長 [梅のこと——引用者注] に呈セントシ茲ニ会員諸氏ノ賛同ヲ求ム」と述べている<sup>9</sup>。

ところで、梅は、リヨン大学で学んだ後にドイツ、イギリスでさらに研鑽をつむ予定であった<sup>10</sup>。そのために、リヨン時代に英語、ドイツ語を個人的に（おそらくは家庭教師から）学んでいる。英語は1887年12月6日から1888年12月27日まで、バレット（Barett）夫人から学んでいる。このバレット夫人はリヨンの下宿先の家主と思われる。リヨンでは、親友の本野一郎と同じ下宿に住んでいた<sup>11</sup>。ドイツ語は1887年5月2日から「ヴォシツク氏」から学んでいる<sup>12</sup>。さらに、ベルリンでも1889年7月23日から翌年3月31日まで「グツマ氏」（あ

---

てしまう。後には莫大な借金が残し、それはすべて弟謙次郎の身に降りかかってきた。この借金の返済に梅は十数年苦しむ。これについては、岡＝江戸・前掲（注4）209頁注（14）参照。しかし、後年梅の代表作『民法要義』（全5巻）が爆発的にヒットし、その印税で借金もきれいに返済したといわれている。

<sup>6</sup> 1886年（明治19年）7月15日の項（『鷗外全集・第三十五巻』[岩波書店、1975年] 143頁）参照。

<sup>7</sup> 当時の住所は Artilleriestraße（現在は Tucholskystraße）8. 謙次郎の下宿先からも徒歩5分程度のところにあった。なお、梅錦之丞は1879年から1883年までベルリン大学に在学していた。岡「明治民法と梅謙次郎」法学志林88巻4号（1991年）46頁注（122）（123）参照。

<sup>8</sup> 本文は活版印刷物であるが、それに表紙をつけて冊子体に仕上げたもの。表紙は手書きで「法政會記事全」とある。背表紙は「法政會記事 島根會法政會」（「島根縣法政會」の誤記であろう）とある。さらに表紙には、鷗外文庫の番号であろうか、A 90/185 のラベルが貼ってある。何時のものかは不明だが、冒頭に「島根縣法政會會報（明治三十九年十二月稿）」とあるので、この頃（1906年か1907年）活字になったものであろう。ちなみに、この会報51頁～62頁には梅会長述／幹事筆記「清韓視察談」が掲載されている。

<sup>9</sup> そのほか、『鷗外全集・第三十五巻』（前注6）の「明治四十三年日記」の中で、8月29日（「梅謙次郎宅に慰問状を遣る」と）と9月3日（「梅謙次郎の葬に護国寺にゆく」）に記事がある。

<sup>10</sup> 『著作全集CD版』所収の年譜（明治22年 [1889年] 10月24日備考欄）参照。

<sup>11</sup> 住所は28 rue de la République. 家主のバレット夫人は、外国人の学生に部屋を賃貸していたようである。

<sup>12</sup> 出典は、東川・前掲書（注1）51頁以下による。これは、「起明治十八年十二月十九日、備忘録、瑟泉

## 明治民法起草過程における外国法の影響

るいは「グッツメル氏」)について学んでいる。英語の練習であろうか、法政大学図書館には英語のノートが残されている。

**帰国後の活躍** 梅は、1890年になって突然帰国命令に接する(その理由は不明である)。5月27日に帰国の旅費を受け取り、帰国の途につくのである。8月9日帰国した。同月18日帝国大学大学法科大学教授に任命され、また、9月からは和仏法律学校(現在の法政大学)でも教鞭をとった。和仏では、後に校長、1903年に和仏法律学校法政大学と改称した時の初代総理(現在の総長)として活躍する。梅総理の業績として特筆すべきは、特に「清国留学生速成科」<sup>13</sup>を設置したことであろう。母国語の中国語で日本の法律学を短期間に学べる課程を作ったのである。これは法政大学の国際交流の先駆けとなった。

梅は、大学教授の傍ら、1891年の農商務省参事官を皮切りに、法制局長官兼内閣恩給局長(1897年10月～翌年7月)、文部省総務長官(1900年10月～翌年6月)など行政職も歴任した。1906年からは大学教授のまま、伊藤博文に請われて韓国の法整備に従事していたが、その最中に腸チフスにかかり、1910年8月25日にソウルで死亡してしまった。享年50歳であった。

梅謙次郎は、帰国してから亡くなるまでの20年間に、法典論争時には断行派(予定通り)1893年1月から即時施行せよという立場)の中心人物として活躍し、延期が決まった後には、穂積陳重、富井政章とともに起草者として明治民法を作り上げていったのである<sup>14</sup>。

### 3 日本民法制定小史

**不平等条約の撤廃が国家目標** 明治政府は、安政時代(1850年代)の不平等条約(治外法権、関税自主権なし)の改正を目指して、欧米列強から要求された、裁判制度・基本法典の近代化(「泰西主義(western principles)」)に従った整備)を図ろうと、必死の努力をしてきた。

**旧民法の公布と法典論争** 明治初年の司法卿江藤新平のもとで民法編纂事業が始まった。江藤は、フランス民法典を翻訳してそれを日本民法典として公布・施行しようとした。そのため、翻訳者の箕作麟祥に「誤訳も妨げず、ただ速訳せよ」と作業を急がせたというエピソードが残

---

居士)の中の留学中の記録を採録した「雁皮紙製の小本」(手帳の類いか)からの引用である。これは梅家から1942年頃他人に貸し出されて、とうとう返却されなかったものであり、非常に残念である。

さて、ドイツ語の授業をやめたのは明治「二十二年同月三十日」となっているが、梅は上記『博士梅謙次郎』の年譜によれば、同年7月17日ベルリンに到着し、以後ベルリンに住んでいるので、この「同月」はこの項の直前の12月ではなく、もう1つ前の項の5月だろう。

<sup>13</sup> これについては、さしあたり『法政大学百年史』(法政大学、1980年)166頁以下参照。

<sup>14</sup> 三起草者中梅だけが商法の起草委員となり、岡野敬次郎、田部芳(両者ともに起草委員)とともに1899年(明治32年)商法をまとめた。

## 〈法〉の移転と変容

されている。しかし、結局日本人の手では法典編纂はできないとわかり、大木喬任司法卿は、1879年（明治12年）3月にフランス人・ポアソナードに民法典の起草を依頼した。

ポアソナードは、フランス民法を中心として、オランダ民法、イタリア民法などを参考にして、10年の歳月をかけて日本民法を起草した。種々の国内の経路を経て、1890年4月と10月に分けて民法が公布された。これを「旧民法」という。人事編と財産取得編第13章以下（第13章相続、第14章贈与及ヒ遺贈、第15章夫婦財産契約）は日本人が起草しており（もちろん、ポアソナードの指導はあった）、これは10月に公布されたのである。1893年1月施行予定であった。

その前後に法典に対する批判が始まり、施行を延期して内容を修正すべきだという延期派と、予定通り施行すべきだという断行派との間に激しい論戦が起きた。これが民法典論争<sup>15</sup>というものである。旧民法はヨーロッパ的個人主義に基づいたものであり、日本の醇風美俗たる家制度を破壊する（あるいは軽視する）ものであること、あるいは、「賃借権は物権である」という点が学理に反することなどが主な論点であった。

1892年民法商法施行延期法律案が帝国議会上程され、5月に貴族院で、6月に衆議院でそれぞれ可決された。大日本帝国憲法下では議会には法律制定権がない。通常は可決された法案を内閣が天皇に上奏し、天皇が裁可して初めて法律となる。この延期法律案は5月間迷走を続けた結果<sup>16</sup>、ようやく11月24日民法及商法施行延期法律が公布された。

**明治民法の制定と第二次大戦後の民法改正** 明治政府は、直ちに旧民法の修正作業に取りかかった。1893年3月に法典調査会が組織され、そのもとで修正作業がスタートし、同年9月29日から逐条審議が始まった。旧民法の修正原案を作成するに際しては、用語はなるべく「普通慣用」のものを使用し、簡易を主とすること、原則を掲げるにとどめ、細密の規定には涉らないことという方針が立てられた<sup>17</sup>。

さて、半年経っても代理（現行99条）の前までしか審議が終わらなかった。その主な理由は、法典調査会が主査委員会（学者、裁判官、弁護士、司法省役人など20数名）と総会（約

---

<sup>15</sup> これについては、星野通編著『民法典論争資料集』（復刻増補版、日本評論社、2013年）の刊行を記念して松山大学でシンポジウムが行われた。その記録は松山大学法学部松大GP推進委員会編『シンポジウム「民法典資料集（復刻増補版）」の現代的意義』（2014年、松山大学）にまとめられている。その中に収録されている岡「民法典論争と梅謙次郎」同書58頁以下では、法典論争の具体的論点のいくつかについて延期派・断行派の立場を分析している。

<sup>16</sup> 伊藤博文は同年10月6日に「民法商法施行取調委員会」を設置し、改めて専門家に施行の可否を審議させた。これについては、広中・後掲書（注17）11頁以下、332頁以下、高橋良彰「『民法商法施行取調委員会』関係資料」山形大学法政論叢10号（1997年）105頁以下参照。

<sup>17</sup> 「法典調査ノ方針」11条、12条。これについては広中俊雄編著『日本民法典資料集成第1巻民法典編纂の新方針』（信山社、2005年）884頁参照。

## 明治民法起草過程における外国法の影響

50名。財界の代表者も加わっている)の二重構造になっていたためであった。主査委員会で議論してまとまった結論を再度総会で審議し、往々にして前者の議論が後者で蒸し返されたのである<sup>18</sup>。翌1894年3月、審議機関は法典調査会に一本化された。それによって審議はスムーズになり、総則・物権・債権の財産法の審議は1895年12月末に完成した。この旧民法修正案は1896年第9回帝国議会で可決され、同年に公布された。残りの親族・相続の二編は帝国議会の議を経て、1898年(明治31年)6月に公布され、全5編が同年7月16日から施行された。これを「明治民法」と称する。

第二次大戦後、日本国憲法の施行に伴って、その精神に反する明治民法中の家制度(家督相続など)が廃止され、男女不平等などが大幅に改正された。そこで、この改正民法を以下では「現行民法」と称することにする。

### 4 泰西主義に従った民法典編纂とは—伊藤博文の指摘

3では、不平等条約撤廃のために明治政府は民法典編纂を急いだと述べたが、梅謙次郎は、もう1つの編纂の理由を指摘している<sup>19</sup>。すなわち、当時は画一的な裁判のルールが存在しないために、人々の権利義務は全く保護されない状態であった。それを是正するために画一的な(全国どの裁判所でも同じ内容の)裁判ルールを早急に定めるべきだという点である。

さて、「泰西主義による裁判制度・基本法典」の整備について興味深い事実がある<sup>20</sup>。時の内閣総理大臣・伊藤博文は、井上馨外相が1887年にとりまとめた条約改正案<sup>21</sup>(裁判管轄条

---

<sup>18</sup> 例を挙げよう。意思表示の到達主義(現行97条)について第21回民法主査会(1893年3月2日)での原案は発信主義(穂積、梅の立場)であった。これに対して起草委員の富井は到達主義の修正案を提出し、主査会で議論の末、修正案(到達主義)が可決した。ところが第14回民法総会(同年3月23日)では今度は穂積、梅が発信主義の修正案を提出し、再度議論になった。結局この修正案は少数説で破れ、富井の到達主義が確定した。なお、穂積、梅はあきらめずに、隔地者間の契約の成立時期を承諾の発信時とする原案を出した。これは議論の末可決されている(現行526条1項)。富井は、この発信主義に対してさりげなく現行521条2項(承諾の期間の定めのある申込み。その期間内に承諾が到達しなければ申込自体の効力がなくなる)で対抗した(もちろん、この521条2項は起草者3人の合議に基づいてはいるが)。文献としては、『法典調査会民法主査会議事速記録』(第21回。1894年3月2日)学振版6巻146丁裏以下=コマ番号150/206以下、『法典調査会民法総会議事速記録』(第14回。1894年3月23日)学振版5巻99丁裏以下=コマ番号102/153以下、『法典調査会民法議事速記録』(第76回。1895年4月9日)学振版24巻69丁裏以下=コマ番号74/216以下などを参照。

<sup>19</sup> 「法典二関スル話」国家学会雑誌12巻(1898年)333頁以下(『著作全集CD版』0333番)。

<sup>20</sup> 以下の部分は、岡・前掲(注15)51頁以下の記述を圧縮したものである。

<sup>21</sup> 外国人関係事件には外国人裁判官も加わる混合裁判所を構成することなどの問題点があり、結局は世の批判を浴びて、これに基づく条約改正は失敗に帰した。ボアソナードはこの改正案に反対の意見書を内閣に提出している。岡=山川次郎=江戸恵子編『ボアソナード著作仮目録(二〇一三年三月二七日訂正増補版)』(法政大学、2013年)の1887年(明治20年)の項(41頁以下)参照。

## 〈法〉の移転と変容

約案)に対する意見書の中で、それ以前の独英両公使の案では司法組織(裁判制度)が泰西(ヨーロッパ)主義によるべきであり、諸法典の整備にはそのことは要求されていないことを指摘しており、注目される。そのうえで、伊藤は、基本法典の編纂に当たっては「泰西の普通」の主義を前提としたうえで、日本の風俗人情等に適応可能なものを(モデルとして)採用すべきだと主張しているのである<sup>22</sup>。

この点は非常に重要である。法典編纂に当たっては、旧民法のように、フランス法(さらにはイタリア民法、ベルギー草案などは参照しているものの、フランス法の影響の強いものに限定されている)を主に参考にするのではなく、広くさまざまな民法を参照して「泰西普通」の主義を基礎に据えなければならないということが、この伊藤の言葉からうかがえるのである。明治民法の起草に際しては、この視点から外国法の特徴をよくわきまえたうえで、できるだけ多くの外国法から参照すべきものは参照するという方針が打ち出されたのである。

### 5 参照された外国法の特徴

ここでは梅謙次郎の整理<sup>23</sup>に依拠してまとめておくことにする。梅は、起草に際して参照した外国法を、まずは条文の数と条文の体裁(冗長かどうか)という視点で評価している。なぜそれが重要なのかについては触れていないが、おそらくはこう考えていたのではあるまいか。法典であるからには内容上一定のまとまりがなければならず、おのずからある程度の条数が必要になることはいうまでもない。しかし、条数が多すぎれば必然的に規定が重複する恐れがあるうえ、全体の見通しが悪くなること、さらに冗長では裁判官など法律家にとってルールの内容を素早く誤解なく理解することが困難であることを考えたのではなかろうか。

つぎに、梅は、各国法が自国の慣習に対してどのような態度をとっているのか、内容の面では法理論が一本筋が通っているかどうかという視点から評価している。

#### ① フランス・オーストリア・オランダ・イタリア

フランス民法は公布年(1890年)も古く、条数も2281カ条と大部なものであるが、旧民法はこれをモデルとした。現行(ヨーロッパの)法典は多くこれに依拠している。「古来ノ陋習ヲ革新シタル良規定」が多いことは学者が認めているが、編纂の体裁がよくなく、規定も細目にわたりすぎている。この点から、梅は、明治民法を起草する際にはフランス民法を主なモデルとはしなかったという。オーストリア民法、オランダ民法、イタリア民法についても、梅

<sup>22</sup> 伊藤博文編『秘書類纂・外交篇・上巻』(復刻版、原書房、1969年)8頁以下参照。

<sup>23</sup> 梅「我新民法ト外国ノ民法」法典質疑録8号669頁以下、9号777頁以下(1896年)参照(『著作全集CD版』0277番、0278番)。

## 明治民法起草過程における外国法の影響

は同様の評価をしている。

### ②ポルトガル

1867年公布のポルトガル民法は、2538カ条という浩瀚なものである。フランス法系ではあるが、外国法をよく参照して、また自国の慣習を斟酌しているようである。良い規定が少なくないが、細目にわたり、すこぶる冗雑に流れているので、モデルにはならない。

### ③スイス

まず、1881年の債務法について梅は述べる。民商統一法として904カ条という浩瀚なものである。ドイツ法系に属する。商法の部分はドイツ商法に依拠している点が多いが、現在から見れば、1888年のドイツ民法（第一）草案でモデルとなった規定が少なくない。近世立法中の代表的なものといっても過言ではない。したがって、明治民法は「之二則リタル点尠シトセス」。

つぎに、梅は、3つのカントンの民法についてコメントする。(a) ヴォー州民法は、1819年公布のもので、多少慣習も参照しているとはいえ、おおむねフランス法をモデルとしている。条数は1684カ条とフランス民法の規定を大幅に削除しているが、なお「冗文」が少なくない。債務法の施行により、効力がなくなった規定が非常に多い。

(b) 1862年公布のグラウビュンデン民法は条数が518カ条で、最も簡単なものになっているが、各条の文章が非常に長いので、1000カ条にも匹敵する内容である。条数が少ない半面、「不用ノ冗文」が頗る多い点では、他にほとんど例を見ない。ドイツ法系ではあるが、独自の点があり、新機軸を出したといえる。

(c) 1855年公布で（連邦の債務法制定により1887年に改正している）、ドイツ法系に属するチューリヒ民法はかの有名なブルンチュリの起草にかかる。近世立法事業中すぐれたものといえよう。条数も1108カ条と少ない。やや細目にわたる規定があるとはいえ、重複したり、わかりきった内容のため明文化する必要のない規定が（他国の民法にはよくみられるが、このチューリヒ民法には）ほとんどないという点は、用意周到というべきである。梅のこのような評価から、スイス法としては、債務法以外の部分についてチューリヒ民法を民法起草者がよく参照していたことを示しているといえよう。

### ④モンテネグロ

1888年公布のモンテネグロ財産法は親族・相続の部分がないが、1031カ条もあり、すこぶる浩瀚である。オデッサ大学教授のボギシッチの起草にかかる。好法典というべきである。しいていえばドイツ法系に属するだろうが、「大ニ其国ノ慣習ヲ採用シ自ラ特異ノ性質ヲ具ヘタ



## 〈法〉の移転と変容

り」。国が発展途上にあることに鑑みて、設例を挙げて法文の意義を説明し、末尾に 265 カ条にわたる一編を置いて、法律用語の定義をした上で、もっぱら法規の原則を掲げてその説明をしている。これらの点はとうてい明治民法のモデルにはならないが、参考となる規定が少なくない。ボギシッチについては後述 (6) する。

### ⑤スペイン

1976 カ条からなるスペイン民法 (1889 年公布) は、フランス法系とはいうものの自国の慣習に依拠したものとか、直接ローマ法の規定を採用している規定が少なくない。条数は多いとはいえ、他国に比べて大いに簡略したと評価でき、参考に値する規定がかなり多い。

### ⑥ベルギー

ローランの起草にかかるベルギー民法草案は 2411 カ条からなり、すこぶる浩瀚である。フランス民法中不明な点を明確にし、かつ従来の判例学説に従って補充したものといえるが、旧民法と同様、重複・冗長で、その体裁は教科書のようなものである。

### ⑦ドイツ

1888 年の第一草案、その後の第二草案、第三草案などの制定過程を簡単にまとめたうえで、梅はこうコメントする。条文の数は多すぎる (2300 カ条弱)。細目にわたる規定がないわけではないが、フランス民法のようにいたずらに冗長に流れず、また重複規定も少ない。さらに「法理ノ微ヲ究メ殆ト想像シ得ヘキ一切ノ場合ヲ網羅シテ」いる。体裁もおおむねよく「学理ヲ貫徹シ間然スル所」がない。「古今独歩ノ美法典」というべきだろう。したがって、明治民法はこれを最も模範として参照した。法典調査会は、このほか、プロイセン一般ラント法 (1791 年公布) とザクセン民法典 (1863 年公布) も多く参照した。

ちなみに、今に至るまで日本の民法、近代法制史の研究者は、明治民法制定過程では主にドイツ民法第一草案を参照したと考えている<sup>24</sup>。しかし、筆者はすでに 1990 年代の終わりに指摘しているが、「私権ノ享有ハ出生ニ始マル」(明治民法 1 条、現行民法 3 条 1 項) から、少なくとも民法総則に関しては 1892 年に公表された (暫定) 第二草案<sup>25</sup>も参照されていることに

---

<sup>24</sup> 逐条審議が始まった 1893 年 9 月末の段階では、まだ官版第二草案 (次注参照) が公表されていなかったと考えられたためであろう。

<sup>25</sup> おそらく日本では、1892 年に第一草案と対比したドイツ民法第二草案第 1 分冊 (民法総則) (Reatz, Die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich unter Gegenüberstellung der ersten Lesung, Erstes Heft, 1892) を参照したと思われる。これは、「ドイツ弁護士協合理事会の委託を受け、第二委員会の議事録を使って説明した」(Im Auftrage des Vorstandes des Deutschen Anwaltvereins dargestellt und aus den Protokollen der zweiten Lesung erläutert) という説明も表紙になされている。なお、一般にドイツ民法第二草案とは、1894 年、1895 年に「官版」(auf amtliche

## 明治民法起草過程における外国法の影響

注意を喚起したい。

### ⑧英米

まずイギリス法としては判例・教科書を参照した。そのほか、1872年公布のインド契約法も参考にしたが、これはイギリスの慣習法を基礎としており、大陸法とはかなり内容が異なる。良い規定もあるが、モデルとなるようなものは少ない。

次に、カリフォルニア民法典（1871年公布）、ニューヨーク民法草案（1865年）は条数も多く、内容もイギリス法系以外の国ではあまり参考にならない。

結論として、梅は次のようにまとめる。上記以外にもロシア民法、ルイジアナ民法、ドイツの各ラントの民法、バイエルン民法草案なども参照した。旧民法と日本の慣習<sup>26</sup>のほかに、このような外国法・学説は、「其可ナルモノハ之ヲ取り其不可ナルモノハ之ヲ捨テテ尤モ虚心ニ尤モ公平ニ各国ノ長ヲ取ラン」と努力したと述べている。

## 6 モンテネグロ一般財産法の起草者ボギシッチについて

法典調査会に提出された甲号議案（旧民法の修正原案）の参照条文のいたるところでモンテネグロ一般財産法が引用されている（ただし、民法総則冒頭の成年年齢、禁治産者、失踪宣告などの自然人の規定についてはモンテネグロ財産法 636 条以下に規定があるにもかかわらず、甲号議案には引用されていない）。

モンテネグロ一般財産法の起草者ボギシッチ（Valtazar Bogišić. 1834年～1908年）と日本の出会いについては2つの（内容が異なる）資料がある。まず、この財産法のドイツ語訳<sup>27</sup>の序論<sup>28</sup>によれば、1878年（明治11年）に「日本の立法諸委員達がボギシッチとパリで会合し、民法典の体系について、彼と詳細に協議し、大旨、ボギシッチによって認められた体系を容認

---

Veranlassung)を指す。これと区別するために、筆者(私)は、前者を「暫定版」と称している。さしあたり、岡「民法起草とドイツ民法第二草案の影響」法律時報70巻7号(1998年)53頁以下、同「日本民法典の編纂」法曹時報51巻4号(1999年)1頁以下、同「日本とドイツの民法典比較素描」法律時報71巻4号(1999年)45頁以下など参照。

<sup>26</sup> 梅謙次郎の慣習についての考え方は、岡・前掲(注15)56頁以下で紹介している。

<sup>27</sup> Allgemeines Gesetzbuch über Vermögen für das Fürstenthum Montenegro. In die deutsche Sprache übertragen und mit einer Einleitung versehen von Adalbert Shek (Obergerichtsrath bei dem Obergerichte für Bosnien und die Herzegovina in Sarajevo, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1893. 筆者は、1984年ゲッティンゲン大学図書館でこの独訳を入手し、それ以来モンテネグロ一般財産法としてはこれを参照している。

<sup>28</sup> A.a.O (Fn. 27) ., S. XXIX.

## 〈法〉の移転と変容

した<sup>29</sup>」。この資料によれば、日本側がボギシッチに教えを請うたということは読み取れない。

ところが、もう1つの資料<sup>30</sup>によれば、1878年6月5日、パリ万博日本代表の松方正義らがボギシッチに面会を求め、日本公使館で会った。この会見では、日本公使館の秘書をしていたアレクサンダー・フォン・シーボルト<sup>31</sup>も同席している。松方は、その際民法典編纂についての原則的な問題について意見を求めた。会見は一般的な問題を扱ったとはいえ、かなり長時間にわたったようである。

この2番目の資料が引用するボギシッチ自身の言葉（ドイツ語）によれば、「我々はすでに以前に日本の家制度に取り組んだことがあり（Wir …hatten uns schon früher mit …der Einrichtung der japanischen Familie beschäftigt）<sup>32</sup>、民法典にいかなるテーマ（Materien）を取り入れ、そして、その中には親族法・相続法もあるのかという問題が話題となった。この会話から、フランス民法典の対象すべてを（日本の）新法典に受け入れるというのが委員会<sup>33</sup>の意図だと推測できた。ボギシッチは、年来の主張である、家族法と相続法は法典から除外することについての理由等<sup>34</sup>を説明したようである。松方は、この会見に非常に感銘を受け、会見内容を秘書（Sekretär）に記させて日本政府（Staatsrat in Tokio）に送ったという。松方がボギシッチとの会見内容を日本の誰に送り、それがどう利用されたのか（あるいは無視されたのか）。そもそもこの会見は誰のイニシャチブで実現したのか。この資料の記述からはこれらの疑問がたちどころに浮かび上がるが、今の段階では解明の手がかりはない。この会見に同席したと思われる公使館員である平山成信<sup>35</sup>、あるいはボアソナードの日本招聘に尽力した<sup>36</sup>駐仏日本公使の鮫島尚信（1878年当時も再び駐仏公使になっている）も、松方と並んで民法典編

<sup>29</sup> 翻訳は前田達明「モンテネグロ財産法」書齋の窓 238号（1975年）13頁による。

<sup>30</sup> Werner G. Zimmermann, Valtazar Bogišić 1834-1908. Ein Beitrag zur Südslavischen Geistes- und Rechtsgeschichte im 19. Jahrhundert, 1962, S.184f. 本書は高橋眞「バルタザール・ボギシッチとモンテネグロ財産法」書齋の窓 384号（1989年）26頁で知り（高橋氏はモンテネグロ財産法100周年記念のシンポジウムに参加して、その記録としてこのエッセイを書いている）、ドイツから古書として入手した。また、滝井一博『明治国家をつくった人びと』（講談社現代新書、2013年）216頁も、この博士論文を使ってボギシッチの日本民法論を描いている。

<sup>31</sup> 19世紀の初めに来日した有名なフィリップ・フランツ・フォン・シーボルトの息子。

<sup>32</sup> これがなにを意味するのかは不明である。ボギシッチが日本の家制度に関心を持って以前に研究したことがあったという意味のようにも読める。Vgl. Zimmermann, a.a. O (Fn.30), S.184.

<sup>33</sup> ここでは「委員会」という言葉を使っている。この点から、独訳の情報と同じように、松方をはじめとする（立法）委員会のメンバーがボギシッチに会ったのであろうが、どのような人々が当時パリにいた（あるいは日本から調査に出かけた）のであろうか。

<sup>34</sup> 後注41参照。

<sup>35</sup> 平山（1854年～1929年）は、当時駐仏公使館勤務。後に、第一次、第二次松方内閣で内閣書記官長。平山訳述『仏蘭西法律問答』（全4巻。沼津の吉成壽三郎から出版、1876年）がある。

<sup>36</sup> これについては、大久保泰甫『日本近代法の父・ボワソナード』（岩波新書、1977年）32頁以下参照。

## 明治民法起草過程における外国法の影響

纂<sup>37</sup>について関心はあっただろう。いずれにしても、今後の調査・研究が待たれる。

さて、この会見の後日本からは何らの連絡もなかったが、1883年に突然ボアソナードのプロジェクト第1巻(1882年刊行)<sup>38</sup>がボギシッチに送られてきた。ボギシッチの残した文書によれば<sup>39</sup>、彼は、この本で自分の見解が日本の立法委員会で反響を呼んだことを知って少なからず驚いた。ボアソナードが親族法・相続法の起草は自分が行うのではなく、日本人委員に任せたとということを知り、そのような形で日本人がボギシッチの見解を反映させたと考えたからであろうか。少々この部分のボギシッチの書いている内容が理解しづらい<sup>40</sup>。そして、彼は、晩年まで、日本ではだれ一人自分の功績(財産法と親族法・相続法を分けて、前者だけが(さしあたり19世紀末の時点での)法典化になじむという考え方を認めようとしなかったことについて、非常な不満を抱いていた。ボギシッチは、松方が「自分自身または委員会にこの功績を不当に横取りする(aneignen)」形で、自分から(このアイデアを)盗んだのだ(あるいは盗もうとしたのだ)と考えていたのである。非常に驚くべきことである。

家族法(親族法・相続法)と切り離して財産法だけを法典化するというアイデアは<sup>41</sup>、ボギシッチの時代には少数意見で、わずかにいくつか学説<sup>42</sup>が主張していたものであった。モンテネグロ一般財産法が(1881年のスイス債務法を除き)ヨーロッパ法制史上初めて財産法だ

<sup>37</sup> 1878年4月に「明治11年民法草案」が完成している(箕作麟祥などの翻訳課・民法編纂課で作成したもの)。しかし、1880年(明治13年)1月の民法編纂会議で不採用となった。他方で、1879年1月の民法会議ではこの「明治11年民法草案」を修正すべきと決定されたが、修正した程度では到底施行に堪えないことが判明し、改めて草案を起草することになった。そして、大木司法卿がボアソナードに同年(明治12年)3月に民法起草を依頼するのである。以上については、前田達明=原田剛「明治11年民法草案・解題」前田編『史料民法典』(成文堂、2004年)481頁に依拠した。

<sup>38</sup> Boissonade, *Projet de code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire, LIVRE II (Tome 1)*, Tokio, 1882 (プロジェクト・第2版第1巻=財産編 [1~313条])を指すものと思われる。

<sup>39</sup> 1902年7月7日の会見の記録(ドイツ語文)。Vgl. Zimmermann, a.a.O. (Fn.29) ., S. 185.以下の記述はこれに依拠している。

<sup>40</sup> 滝井・前掲書(注30)216頁はそのような理解もありうることを指摘している。

<sup>41</sup> その理由としては、家族法の分野の慣習はあまりに不均質(zu unhomogen)で、もしそれにもかかわらず立法しようとする、個別の慣習に反する規定を作らざるをえなくなってしまうだろうとボギシッチは考えていたようである。これについてはvgl. Bühler, Bluntschli und Bogišić *Berührungspunkte und Unterschiede*, in: Luka Breneselović (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Valtazar Bogišić Zur 100. Wiederkehr seines Todestages*, Bd. 1, Beograd, 2011, S. 38. この文献は青山学院大学法学部の松本英実教授が本年(2014年)5月にベオグラード大学に調査に行き入手されたそうで、同教授のご好意で関係論文を複写することができた。ここに記して感謝申し上げる。また、そもそも松本教授、葛西康徳教授(東京大学)のベオグラード大学での調査・研究は、同大学法学部長のアブラモヴィチ教授との出会いによるものと聞いている。筆者も、本年1月10日青山学院大での比較法セミナー(松本教授主催)に参加し、アブラモヴィチ教授と意見交換をする機会があった。

<sup>42</sup> 博士論文によれば、ボギシッチは、プリンツ(Brinz. 1820年~1887年)、ゾーム(Sohm. 1841年~1917年)、ギールケ(Gierke. 1841年~1921年)、ブルンナー(Brunner. 1840年~1915年)などを挙げている。Zimmermann, a.a.O. (Fn. 27) ., S. 318f. ちなみに、梅はベルリン大学でブルンナーの「ドイツ法制史」の授業を聴講している。岡・前掲(注7)46頁注(122)参照。

## 〈法〉の移転と変容

けの法典として現れたのである。この点に強い自信を持っていたボギシッチとしては、何ら評価しない日本に強い不満を持つのも当然だったかもしれない。旧民法の中に人事編や財産取得編第13章以下（主として相続法）が組み込まれており、最終的に旧民法はボギシッチのアイディア通りにはならなかった。

もう一点補足しておきたいが、梅は、チューリヒ民法典のブルンチュリ (Johann Casper Bluntschli, 1808年～1881年) のように、さらにはモンテネグロ一般財産法のボギシッチのように「一人他ヨリ秀デタル学者ガアラバ其人ニ起草ヲ託シ他ハソレヲ討議スルノミニ止マルガ宜シキコト」だというのが、現在の日本にはそのような学者はおらず、「三人寄レバ文殊ノ智恵」で梅ら3人が起草委員となったと発言している<sup>43</sup>。梅は、文献などからこの2人の起草者を挙げたのか、それとももっと深く両者の関係を理解していたのかは不明である。ちなみに、このブルンチュリとボギシッチは密接な関係があり、26歳年下のボギシッチはブルンチュリが晩年ハイデルベルクに住んでいた時に会いに行き（1881年）、いろいろアドヴァイスを受けていたのである<sup>44</sup>。彼はブルンチュリのチューリヒ民法典から多くの影響を受けている。その1つに法律の理解しやすさ (Verständlichkeit des Gesetzes)<sup>45</sup>への配慮もあったようであるが、詳細は別稿にゆだねざるをえない。

## 7 外国法と慣習との衝突—土地と建物は別物だということ为例にして

さて、西洋法のモデルが日本の慣習と衝突し、結論として民法典でも日本の慣習が維持された顕著な例を挙げてみよう<sup>46</sup>。

**起草者と他の委員たちとの見解の相違** 民法86条は、不動産の定義として「土地及びその定着物、不動産とする」とした。民法起草者は、土地と建物は別物だというヨーロッパ流の考え方をしていた。穂積はイギリス、ドイツに留学、富井と梅はフランスに留学した。すでに述べたように、梅はさらにドイツで学んでいる。旧民法が延期となり、この3名による修正原案をもとにして、法典調査会で審議が行われた。起草者以外のメンバーの大半は、土地と建物

<sup>43</sup> 梅「法典ニ就イテ (承前)」国家学会雑誌8巻85号 (1894年) 159頁以下参照 (『著作全集 CD版』0249番)。

<sup>44</sup> 両者の関係については、vgl. Bühler, a.a.O (Fn. 41) ., S. 31ff.

<sup>45</sup> 条文の配列も、まずは抽象的な内容ではなく具体的な内容のものを最初に置くなど教育的な効果をねらっているという。一方、ブルンチュリは、「法律の理解しやすさ」という点で、例えば「債権・債務」の表題に外来語の Obligationen ではなく、固有の Schuld und Forderung という言葉を使っている。Vgl. Bühler, a.a.O (Fn. 41) ., S. 34.

<sup>46</sup> 以下に挙げる具体例については、すでに米倉明『民法講義総則 (1)』(有斐閣、1984年) 289頁以下で論じられている。

## 明治民法起草過程における外国法の影響

は別物だと考えていた。これは江戸時代、江戸の慣習であったようだが、大阪では土地と建物は一体と考えられていたという<sup>47</sup>。この 86 条では問題が露呈しなかったが、抵当権の 370 条で起草者と法典調査会の委員との間の認識の違いが顕在化した<sup>48</sup>。

具体例を挙げよう。A は B 銀行から融資を受けるために自己所有の土地に抵当権を設定した。地上には建物が存立している。結局 A が返済できなければ、B は抵当権を実行する。つまり競売にかけ、第三者 C が競落する。その場合、抵当権は土地だけでなく土地と一体となっている建物にも効力が及ぶので、C が競落するのは土地と建物だということになる。これが起草者 3 人の考えであった。法典調査会は紛糾した。日本にそのような土地と建物を一体ととらえる考えなり慣行はないというわけである。

最終的に多数派が起草者の一体論を打破した。そして、370 条は、「**抵当権は、抵当地の上に存する建物を除き**（ゴシック体は筆者がつけた）、その目的である不動産に付加して一体となっている物に及ぶ」（ただし書は省略）と規定された。梅ら起草者はさぞやがっかりしただろう。しかし、起草者はその後重大な問題に気がつき、問題提起をするのである<sup>49</sup>。

上述の具体例で問題点を見よう。A は土地と地上建物を所有し、B のために土地に抵当権を設定している。抵当権が実行されて C が競落すると、C の土地に A 所有の家屋が存立して C にとっては邪魔である。C は A に建物取去土地明け渡しを請求するであろう。もし、A がこの事態を想定して事前に自己のために地上権などを設定できればこの建物の存立を守ることができる。C は A の建物存立を前提に競落するのであるから（建物がない場合と比較してかなり安い金額で競落するはず）、何ら問題はない。しかし、日本民法では、A が自分のために地上権（賃借権でも同じ）を設定することはできないのである。179 条 1 項（混同）は、「同一物について所有権及びその他の物権が同一人に帰属したときは、当該他の物権は、消滅する」（ただし書は省略）と規定しているからである。つまり、A は事前には自己の建物の存立をはかる方法がないのである（B が建物に抵当権を設定して、C が競落したのが建物所有権である場合も類似の問題が起きる）。

**法定地上権の制定** 会議後起草者はこの問題を検討した。10 日後に（最終的には法定地上

---

<sup>47</sup> 宮本又次『大阪』（日本歴史新書、至文堂、1952 年）19 頁、松本恒雄＝野村好弘＝米倉明「抵当権と利用権の衝突（上）」（民法を語る）Law School 33 号（1981 年）131 頁（松本発言）参照。なお、土地と建物が別物だという観念は、当時建物には課税しなかったという租税法上の事情に由来するのではないかとの指摘がある（尾島茂樹ほか『民法総則』（不磨書房、2001 年）93 頁以下〔関武志執筆〕参照）。

<sup>48</sup> 第 50 回法典調査会（1894 年 12 月 4 日）の議論については、『法典調査会民法議事速記録』学振版 16 卷 8 丁裏＝コマ番号 10/213 以下参照。

<sup>49</sup> 『法典調査会民法議事速記録』（第 53 回。1894 年 12 月 14 日）学振版 17 卷 18 丁＝コマ番号 20/258 以下、同（第 54 回。1894 年 12 月 18 日）学振版 17 卷 79 丁＝コマ番号 81/258 以下参照。

## 〈法〉の移転と変容

権という) 現行 388 条が提案され、賛成多数で可決されるのである。その規定内容は、C は地上建物の存立を前提に安く競落するのであるから、建物存立を認めても問題はないはずとして、この場合には、法律が地上権を認めて A に建物所有並びに土地使用を許すのである。AC 間には契約がないので、地代は当事者の請求で裁判所が定めることになる。

土地と建物は別物だということから派生する問題点は、とりあえずこの法定地上権の規定により解決したかに見えた。しかし、起草者がじっくり考えて、練りに練ったわけではないため、この 100 年間、388 条をめぐって判例が非常に重要な論点についていくつも積み重なったのである。

**整理会での起草委員の主張** ちなみに、起草者は、抵当権のところでは土地と建物の一体論を否定されたが、これはあくまで抵当権の特殊性だと考え、法典調査会の第 2 回整理会 (1894 年 12 月 21 日)<sup>50</sup>で、「土地ノ定着物ハ別段ノ定メノアル場合ヲ除ク外其土地ノ一部ヲ成スモノトス」という原案を提出して、ヨーロッパ法の原則を維持しようとした。しかし、日本の慣習に反するという強力な反対意見がすぐに飛び出し、起草委員が弁明に努めた。35 分の休憩後の裁決は可否同数で、最終的に議長の箕作麟祥が原案反対で決着がついた(「土地と建物は別物」というルール確定)。

## 8 まとめと展望

### (1) これまでの要約

徳川時代の封建体制を打破して近代国家として出発した明治の日本は、欧米列強との不平等条約の改正のために、ヨーロッパ流の裁判制度の整備・基本法典の編纂をせざるをえなかった。その中で従来の慣習をどう扱うかが大問題となった。例えば、ヨーロッパの「土地と建物は一体だ」という基本的な考え方について、日本では土地と建物は別物だという慣習があるという意見が法典調査会を席卷し、それが民法の中に結実した。そして、民法の付属法である不動産登記法 (1899 年の旧法。現行法は 2004 年に新たに制定された [法律 123 号]) は、土地登記簿と建物登記簿を分けている。

ヨーロッパのモデルと日本の慣習が衝突した場合に、慣習が民法典に結実するという例は、以上の事例以外には筆者は知らない。明治維新後の日本が資本主義化するということは、資本主義の基本ルールたるヨーロッパ流の民法、なかんずく財産法が日本にも導入されざるをえないということを意味する。上記の土地と建物は別物だという考えが民法典に取り込まれても、

<sup>50</sup> 『法典調査会民法整理会議事速記録』学振版 1 巻 67 丁 = コマ番号 72/172 以下参照。

## 明治民法起草過程における外国法の影響

地上建物所有権の保護のために敷地利用権たる法定地上権を制度化すれば、抵当権者（ひいては競落人）・建物所有権者の保護に欠けることはない。

### (2) 宅地利用権者保護の規律の迷走

今回は省略したが、ポアソナードは旧民法の中に賃借権は物権であるという独特の規定を置いた。法典論争時に学理に反するという強い反対意見により、明治民法では賃借権は債権とするという、ローマ法以来の伝統に戻った。明治民法施行後の実務や法規制の動向を考えるにつけ、ポアソナードの先見性が生かされなかったのは大変残念といわざるをえない。

民法起草者は、宅地の利用としては物権たる地上権の活用を予想した。この通りになっていたならば、地上権者は、債権者に過ぎない賃借人と異なり、物権者として強力な保護を受けられたはずである。しかし、1898年の民法施行後、この予測は見事に外れ、現実にはほとんどすべての場合に賃借権が利用された<sup>51</sup>。そのために、日露戦争後（1905年）の地価の暴騰により、賃貸地が売却され、土地賃借人は地上建物の取去・土地の明渡しを強制された。ローマ法以来の格言たる「売買は賃貸借を破る」が現実に応用されたのである。

借地人保護のために、1909年には建物保護法が制定され、借地人は地上建物の登記をしておけば、その後の土地の譲受人に対抗できるということになったのである（「売買は賃貸借を破らず」）。しかし、借地の期間などでも問題が残り、さらには労働者の生活の基盤である借家でも賃借人の保護が問題となり、大正時代（1921年）に借地法、借家法が制定されるのである。その後何度かの改正で、存続期間の保障（法定更新制度の確立）も実現した<sup>52</sup>。

少し時代を戻してもう1点述べたい点がある。明治民法制定の最初の段階では、法典調査会で民法の大枠（「乙号議案」という。これに対して逐条の原案を「甲号議案」という）が決められた。その中で、賃借権は債権とした上で、「賃借人ノ権利ハ一定ノ条件テ賃貸人ノ特定承継人ニ之ヲ対抗スルコトガデキルモノト定メルコト」が提案され、これは可決された<sup>53</sup>。そして、明治民法605条で、賃借権の登記をすれば対抗できるとされたのである。当時も現在も不動産登記は、登記義務者と権利者の共同申請によるとされている。賃借人にも登記請求権があるかどうかの問題だが、1899年公布の不動産登記法の審議の際にはその点は全く問題になら

<sup>51</sup> 農地についても同じ。永小作権が予定されたが、現実には賃借権が活用された。

<sup>52</sup> 1992年には、建物保護法、借地法、借家法を統合して新たに借地借家法が制定された。従来の特例法は社会的弱者保護の側面が強かったが、この新法では定期借地権、定期借家権などが導入され（更新なしの賃借権）、社会法的色彩がかなり薄れるものとなっている。

<sup>53</sup> 『法典調査会民法主査会議事速記録』（第2回。1893年5月19日）学振版1巻94丁＝コマ番号99/225以下参照。



## 〈法〉の移転と変容

なかった。ところが、1921年（大正10年）7月11日の大審院判決（民録27輯1378頁）により、特約がなければ、賃借人には登記請求権はないとされてしまったのである。当時は、物権と債権の峻別論に基づいて債権者にすぎない賃借人には物権者（所有権者）のような登記請求権は認められないと考えられたのである。この判例により、民法605条は死文化してしまった。

借地人の保護は、民法ではなく上記特別法でなされることになったが、民法の原則、すなわち土地の権利関係は土地登記の有無・先後で決着をつけるというルールが大幅に崩され、土地を購入したい者は現地で建物の有無を調べ、建物がある場合には建物登記簿で登記を確認しなければならないことになった。建物登記があれば、特別法（建物保護法）により土地登記簿に賃借権の登記がなくても土地賃借権が対抗されてしまうのである。

### (3) 判例の役割

明治民法（あるいは現行民法）の特色の1つとして、条文が簡潔である点を挙げることができる。そのために、判例が現実の紛争解決のためにより細かいルールを定めていくのである。具体例を挙げよう。民法612条は、賃借権の無断譲渡・転貸の場合は賃貸人は賃貸借契約を解除できるとしているが、借家人がやむをえない事情があつて親戚に借家を転貸せざるえないこともあろう。この場合、賃貸人の権利がなんら害されなければ、形式上は無断転貸であっても賃貸人の解除は否定すべきである。判例は、とりわけ第二次大戦後、住宅が逼迫していた時代に「信頼関係破壊理論」を打ち立てて、無断転貸が賃貸人との信頼関係を破壊しない特段の事情がある場合には解除はできないとして、612条の解除権に制約を加えるに至っている。

そのほか、権利濫用の禁止とか信義則（1条2項、3項）などのように、戦前の判例の蓄積により戦後に明文化されたものでもある。

### (4) 展望

法典論争で延期派から旧民法はフランス系の法典しか参照されていない点が批判された。明治民法は、その批判に答えており、「比較法の所産」といわれるほど各国の法典を参照している。その出発点は伊藤博文にもあるのではないか。1887年（明治20年）の条約改正案では基本法典の編纂も泰西主義によることが明文化されているが、伊藤は、泰西といっても一国に偏らず、泰西一般に通用している主義を前提とした上で、その中で日本の風俗人情等に適用可能なものをモデルとすべきだという立場をとっている。これが明治民法起草に際しての外国法に対する基本的スタンスとなったのだと思われる。それを踏まえて上述の梅の評価（5末尾参照）は意味を持つのであろう。

## 明治民法起草過程における外国法の影響

さて、その梅は、外国法をその形（条数、体裁）と内容（慣習の評価等）の面から検討している。ここでは民法典の形の側面を取り上げて明治民法をまとめると、それは、旧民法や外国のいくつかの民法と異なり、できるだけ簡潔を旨として制定されたといえる。そして、時代が進むにつれて、とりわけ第二次大戦後社会の実情に合うように判例が条文の適用を制限したり、新たなルールを創造してきたのである。つまり、民法制定後の社会の変化に、いちいちルールの改廃をしないで対応できるように基本原則を簡潔に整備すれば足りると、梅たち明治民法の起草者は考えたのである。

ところで、近時、実務（判例）と条文の乖離が甚だしいとして、特に債権法を中心に数年前から「わかりやすい民法を」標榜して民法改正作業が始まっている。私はこの事業には反対である<sup>54</sup>。「わかりやすい」とはどういうことを意味するのか明確になっていない上に、すでに19世紀末に梅が喝破したように、わかりやすく規定しようとする冗長な条文になるのではないかという懸念もある。

たしかに、条文から離れた判例ルールがあることは否定しがたい。条文からはすぐにその判例ルールが理解することは困難だというならば、それを条文化することは必要だろう。しかし、どの程度条文化が必要かは、慎重に考えなければならない。梅たち起草者は、各条の提案説明の際に、旧民法や外国法の規定についてかなり詳細に検討したうえでそれらを整理統合して（旧民法）修正原案を提示している。新たなルールを細部にわたって規定するためには（その必要性も含めて）、まずは梅たちの修正原案についてルールとしての完成度がどの程度達成されているか、今一度我々は検討してみるべきではなからうか。

以上

---

<sup>54</sup> 岡「近時の民法（債権法）改正事業の問題点」『債権法の近未来像』（下森定先生傘寿記念論文集、酒井書店、2010年）259頁以下参照。