

## 近代国家と民法

——幕末からの卒業論文と21世紀への宿題——

吉 永 一 行

### 序

2018年は、明治元(1968)年から数えて150年の節目に当たる。政府も、明治期における日本の近代化を振り返ろうと、「明治150年」のキャッチフレーズの元、記念式典の開催(10月23日)などといった施策を展開している。

「明治期における日本の近代化」は、さまざまな側面を語ることができるが、その中の重要な一つが、近代国家としての制度の構築であり、そこには近代的な法典の編纂も含まれる。筆者が専門としている民法も、明治期の近代化のなかで制定されたものである。本稿は、民法典を、<sup>(1)</sup>「幕末」から近代国家へと卒業する過程で日本という国が執筆した「卒業論文」と位置付けて、その執筆の経緯をたどっていくこととする。そしてそこで目指された「近代」の特徴を明らかにすることで、制定から120年以上を経

---

(1) 本稿は、2018年7月29日に香川県小豆郡土庄町で開催予定であった(しかし台風12号接近・上陸により中止となった)公開講座「むすびわざ大学」での講演原稿、および2018年10月7日に広島県福山市で行われた京都産業大学同窓会広島支部総会における講演原稿を大きく修正したものである。「幕末からの卒業論文」といったポップなタイトルを付したり、私事にわたるエピソードを「究極の悪質商法対策」と称して織り込んだりしているのも、元となったものが市民向け講演会であるためである。なお、市民向け講演会ということで、よく知られたエピソードなども織り込んでいるが、こうしたものは出典を示すことが難しいものも多く、注の付け方に精粗があることもお断りしておく。

て現在なお効力をもつ民法の基礎にある思想を明らかにし、21世紀の今日に残されている「宿題」を拾い上げることとしたい。

とはいえ筆者は、実定法学（解釈法学）を専門としており、法制史や法思想史を専門とするものではない。本稿の内容も、法制史・法思想史の観点からの新たな知見を提示しようとするものではなく、既に存在する情報の整理にとどまる。ただ、民法制定史やその背景をなす民法の理念を、さらには民法をめぐる現在の課題を、民法学者の視点から簡潔に整理<sup>(2)</sup>しておくことにも、資料的な価値があると考えて、この小稿をまとめることとした。民法をはじめとする実定法についての研究・学習をしようとする方々の一助となれば幸いである。

## 一 近代化と六法

### 1 六法とナポレオン

明治における法典編纂は、六法を中心に行われた。ここでまず、「六法」は、なぜ「6」つの法なのかということを確認しておこう。

「六法」とは、憲法、刑法、民法、商法、刑事訴訟法、民事訴訟法の6つの法を指す。六法の語は、「これら6つの法律を含む重要な法律が全て収められている法令集」という意味でも用いられ、さらには六法を含まずとも、「ある分野で重要な法律を収録した法令集」の意味でも用いられる（「教育六法」「税務六法」の類）。

六法がなぜこの6つの法なのかという由来をたどると、フランスの英雄・ナポレオンに行き着く。ナポレオンは、1789年のフランス革命後の革命戦争で活躍し、若き英雄として民衆の支持を集めると、1799年に第

---

(2) 実定法学者による民法制定史の簡潔なまとめとしては、平成29年民法改正に向けた議論を契機として、内田貴『民法改正——契約ルールが百年ぶりに変わる』（ちくま新書・2011年）79頁以下、大村敦志『民法改正を考える』（岩波新書・2011年）29頁以下、山本敬三『民法の基礎から学ぶ民法改正』（岩波書店・2017年）22頁以下が公刊されている。本稿も、これらの文献を参照しているが、個別にその出典を示してはいない。

一統領に、1804年には皇帝に就いた。彼は、内政の充実に力も尽くしており、近代的な法典を整備することも、その事業に含まれていた。その際に制定された刑法、民法、商法、刑事訴訟法、民事訴訟法の5法典は「ナポレオン5法典」または「ナポレオン諸法典〔codes napoléoniens〕」と、その中でも1804年制定の民法は、その後1807年に「ナポレオン法典（Code Napoléon）」と改称され、法典編纂の功績が讃えられている（現在では民法典〔Code Civil〕の名称が用いられている）。

この5法典に、国のあり方についての根本規範である憲法を加えた6法典が、「六法」という呼び名の語源である。

## 2 箕作麟祥訳『仏蘭西法律書』

「六法」という呼称が日本で初めて用いられたのは、『仏蘭西法律書』という書物においてである。この書物は、洋学者・箕作麟祥が、明治政府に命じられてフランスの6法典を翻訳したもので、最初は40冊の分冊本として刊行されたが、後に上下2冊に合本<sup>(3)</sup>されている。その上巻の例言（序文）には、憲法以下6法典がどのような法律であるかを概括的に説明した後、「此六法ノ微ヲ析キ精ヲ極メ糸毫モ遺ス所ナキハ法科ノ書中集メテ大成セシ者ト謂フ可シ」（2頁）と述べられており、これが日本における「六法」の語の由来になっている。その直前には、「憲法ハ仏国ノ政体変革スル毎ニ其法亦随テ更改シ一定不易ノ者ニ非スト雖モ民法以下ノ五法ハ拿破崙〔ナポレオン〕一世帝ノ時創定セシ以来政府国民ト相与ニ之ヲ遵奉シ世々通行ノ典タルカ故ニ永ク更改ス可キニ非ス」（1頁）と、ナポレオン5法典にも触れている。

## 3 六法と「近代」

### (1) 市民革命としてのフランス革命

では、なぜナポレオン5法典は、この5つの法典であったのか、そして

(3) 翻訳局訳述『仏蘭西法律書』（上下巻・印刷局・1875年）。

それを真似た法制度を作ることが、なぜ「近代化」であったのだろうか。そもそも、ナポレオン5法典は、フランスにとってどのような意味があったのだろうか。

ナポレオン5法典が制定されたのは、フランス革命直後の時期である。このため、フランス革命が世界史においてもつ意味を確認しておく必要があるだろう。

フランス革命は、ブルジョア層を中心とする市民がルイ王朝（ブルボン王朝）を倒した革命である。それまでのフランスの社会は、国王に権力が集中しているという意味で絶対王政下にあり、国王を中心に第一身分たる聖職者と第二身分たる貴族とが、封建領主として国土を領有して、農民を支配するという意味では封建的な社会であった。こうした体制はまた、アンシャン・レジーム（ancien régime：フランス語で「古い枠組み」の意）とも呼ばれている。

特権階級である第一身分と第二身分に対して、それ以外の人々は第三身分と呼ばれた。その中でも都市部で商工業を営んで富を蓄える有産階級（ブルジョワジー [bourgeoisie]）が次第に力をつけ、これがフランス革命の主体となった。このため、フランス革命は、ブルジョワ革命あるいは市民革命と呼ばれ、その目指した社会体制は近代市民社会と呼ばれている。もっともそこである「市民」は、ブルジョワ、すなわち都市の有産階級を指す言葉であることには注意が必要である。

## (2) 近代市民社会と法典整備の必要性

絶対王政を倒して近代市民社会を打ち立てることを目指すのであれば、国王あるいは特権階級が恣意的に市民を支配することができないような社会制度を作る必要がある。法典整備の必要性は、ここから説明できる。

とりわけ重要であるのは、国王が自分にとって都合の悪い者を逮捕・拘留するために刑罰権を濫用することがないようにして、市民の自由な活動を保障することであった（フランス革命はバスティーユ監獄の襲撃に始まるが、これは、バスティーユ監獄が政治犯の収容に使われていたため、アンシャン・レジームの象徴となっていたからである。もっとも襲撃の当時、

実際には政治犯は収容されていなかったという)。

このため、フランス人権宣言には、何が犯罪となり、どのような刑罰が科されるかを定めた法律がなければ何人も処罰されないという原則（罪刑法定主義・8条）、さらに、法律の定める手続によらなければ訴追・逮捕・拘禁を受けないという原則（適正手続の保障・7条）が掲げられている。これらの原則は、近代国家における重要な原則であり、日本国憲法にも定められている（39条前段および31条）。これらの原則を実現するために定められたのが、何が犯罪になり、どのような刑罰が科されるかを定める刑法と、訴追・逮捕・拘禁を含めた刑事裁判手続について定める刑事訴訟法である。

さらに、封建的土地支配を打破するとともに、市民の私的な活動についてはなるべく当事者の自由に任せるという考え方（私的自治の原則）から、市民相互の関係について規律する民法、商人の行う商取引を規律する商法、そしてこれらの領域で紛争が起きた場合の裁判手続を定める民事訴訟法が制定された。

このように、六法は、絶対王政・封建的土地支配に代わって築き上げられた市民社会の基礎となる諸法典と位置付けられる。すなわち、国の基本的な仕組みを定める憲法、刑罰権の濫用を防ぐための刑法・刑事訴訟法、私的自治の原則に基づく民法・商法・民事訴訟法こそが、アンシャン・レジームを脱却し近代化する際の基本法典と位置付けられるのである。

#### 4 日本における法典編纂

##### (1) 「不平等条約」の締結

日本においては、明治新政府がいわゆる不平等条約の改正のために法典編纂に取り組んだという経緯が知られている。

黒船来航の翌年である1854年、江戸幕府の支配する日本はアメリカと日米和親条約を締結した。1857年には、日米追加条約（下田条約）によりアメリカに領事裁判権が認められた。さらに、翌年の日米修好通商条約では、関税率が条約に定められ、日本の関税自主権が制約されることと

なった。同様の条約は、ロシア、オランダ、イギリス、フランスとも締結され、安政の5カ国条約と呼ばれる。

1867年に江戸幕府からの大政奉還を受けて立ち上がった明治新政府は、これら不平等条約の改正（領事裁判権の撤廃と関税自主権の回復）を課題としてかかえることとなったのである。

## (2) 不平等条約の撤廃と六法

条約改正は、その後、1894年の日英通商航海条約（当時の外務大臣・陸奥宗光の名をとって「陸奥条約」と呼ばれる）によって領事裁判権の撤廃と関税自主権の一部回復が達せられ、1911年に日米通商航海条約（同様に外務大臣・小村寿太郎の名をとって「小村条約」と呼ばれる）によって関税自主権が完全に回復されるにいたった。

前者は、イギリスがロシアを牽制したいという思惑から日本に接近する政策をとったことによるものであるし、後者は、日露戦争に勝利した日本の国際的地位が増したことが直接の契機となっている。法典の編纂が契機となったものではない。しかし、陸奥条約締結までに、六法の制定は、施行が延期された状態のもの、後に全面改正されるものもあったとはいえ、一回り終えていたのであり、不平等条約改正の背景・前提となっていたといえる。<sup>(4)</sup>

六法の制定・改正と条約改正を年表にまとめれば次のとおりである。

1867年 大政奉還

1880年 旧刑法および治罪法（のちの刑事訴訟法）制定

1889年 大日本帝国憲法発布

1890年 旧民法、旧商法および旧民事訴訟法制定（六法の制定完了）

---

(4) もっとも、1894年の日英通商航海条約においては、5年後の条約発効までに、民法および商法が完全に施行されていなければ条約の発効を延期する旨の外交文書が取り交わされており、これが（学界が旧民法の施行断行派と施行延期派とに二分されたにも関わらず）明治民法制定に向けた議論がスムーズに、また急ピッチで進んだ背景にあることが、明治民法の起草補助委員であった仁井田益太郎によって指摘されている（「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〔1938年〕14頁〔16頁〕）。

- 旧刑事訴訟法を制定し治罪法を廃止
- 1893年 旧民法および旧商法の施行延期
- 1894年 陸奥条約
- 1896年・1898年 民法全面改正
- 1899年 商法全面改正
- 1907年 刑法全面改正
- 1911年 小村条約
- 1922年 刑事訴訟法全面改正
- 1926年 民事訴訟法全面改正

## 二 日本民法の制定

### 1 民法制定史の概略

それでは、六法の中でも民法にしぼって、その制定までの歴史を見てみよう。

1867年に大政奉還が行われてから、1896年に民法（財産法部分。家族法部分は1898年制定）が制定されるまでの20年間は、概ね3つの時期に分けることができる。

第1期は、外国の民法を（翻訳した上で）そのまま日本の法律にしようとした時期である。

第2期は、いわゆる「御雇外国人」による法典の編纂期である。その成果として、旧民法が1890年に制定される。ところが、1893年に予定されていた施行は延期され、旧民法は、結局施行されることのないまま、次の明治民法制定により廃止されている。

第3期は、日本人による法典の起草・審議・制定の時期である。梅謙次郎・富井政章・穂積陳重の3名が起草委員に任じられ、その起案にかかる原案は内閣に置かれた法典調査会において議論され、帝国議会における可決をもって成立した。この手続により旧民法に変わるものとして制定された民法が、（大幅に修正が加えられているとはいえ）現行民法として、今

日も効力を保っている。後の改正と対比する意味では明治民法と呼ばれることもある。

## 2 第1期：法典輸入の試みとその挫折

### (1) 箕作麟祥によるフランス六法の翻訳

ヨーロッパ的な法典を整備することが課題ならば、その法律をそのまま日本の法律として適用してしまうことが、最も早い解決方法である。もともと、そのままといっても、言語だけは日本語に翻訳をしなければならない。そこで明治新政府は、フランスの六法を翻訳することとした。その翻訳作業にあたって活躍したのが箕作麟祥である。

この箕作麟祥によるフランスの六法の翻訳については、有名なエピソードがある。時の司法卿・江藤新平は、フランス法の翻訳作業にあたって、箕作に「誤訳も妨げず。ただ速訳せよ」と指示したと言われている<sup>(5)</sup>。速訳も速訳で、明治政府から、最初にフランス刑法を翻訳するよう命じられたのが1869年、六法全ての翻訳を40冊の和装木版本として完成させたのが1874年のことであった。

外国の法典をただ翻訳すればよいというのは、当時、フランス民法が世界最初の近代民法として、多くの国でそのまま法典として輸入され、あるいは参考にされていたとはいえ、ずいぶん乱暴なことのようと思われるかもしれない。しかし、当時、フランス自然法論が有力な思想であったことを考えると、必ずしも荒唐無稽のものというわけでもなかったように思われる。

自然法とは、人間の自然的理性に基づいて構成された法（ここで「法」とは、人が制定する法律という意味ではなく、そうしたものも含めた社会規範という広い意味をもつ）であり、地域や時代を超えて、普遍的に正しく、かつ、永久不変だとされる法のことである。こうした自然法が存在す

---

(5) 的野半介『江藤南白(下)』(南白顕彰会・1914年)107頁。穂積陳重『法窓夜話』(岩波文庫・1980年・底本は1926年の第8版)212頁にも紹介されている。

るか否かということ自体、法学における大きな論争のテーマとなっているが、19世紀半ばにおいては、自然法の存在を認める考え方が強く、しかもフランス民法はその自然法を体現したものであるとする思想（フランス自然法論）が、有力であった。近代化に向けて幕末からの卒業論文を大急ぎで書き上げようとする日本にとって、いわば「模範解答」のようにとらえられたことは、むしろ当然のことであつたろう。

もっとも、「ただ速訳せよ」と命じた司法卿・江藤新平は、1874年に佐賀の乱で処刑されてしまう。そしてその頃には、日本においても、西洋の法学を学んだ者が中心となって（いまだヨーロッパ法を素材としながらも）独自の法学研究・法学教育が展開し始めていた。このため、『仏蘭西法律書』が、当初の目論見のように、そのまま日本の法律として実施されることはなかった。

## (2) 箕作麟祥をめぐるエピソード

それでも箕作による『仏蘭西法律書』の刊行は、その後の日本の法典編纂にとって大きな意味をもっている。というのも、それ以前の日本には、ヨーロッパ的な近代法を起草するどころか、ヨーロッパ法を説明するにも、「言葉」がなかったのである。<sup>(6)</sup> フランスの法典を翻訳する苦勞について、箕作は、「注解書もなければ、字引もなく、教師もないと云うやうな訳で実に、五里霧中でありました」、<sup>(7)</sup> 「翻訳語が無いので困りました。権利だの、義務だのと云ふ語は、今日では、……訳のない語だと思ってお出でませうが、私が翻訳書に使ったのが、大奮発なのでござります」<sup>(8)</sup> と語っている。動産・不動産といった今日では当たり前に使われている語には、箕

(6) 穂積・前掲注(5)172頁には「『仏蘭西六法<sup>ママ</sup>』の翻訳などに依って、明治10年前後には、邦語で泰西の法律を説明することは辛うじてできるようになったが、明治20年頃までは、邦語で法律の学理を講述することはまだ随分難儀の事であった」「我輩が明治14年に東京大学の講師となった時分は、教科は大概外国語を用いておって、或は学生に外国書の教科書を授けてこれに拠って教授したり、或は英語で講義するという有様であった」と述べられている。

(7) 大槻文彦『箕作麟祥君傳』（丸善・1907年）100頁（明治20年9月15日明治法律学校授業初の日における箕作麟祥の演説を収録した部分）。

(8) 大槻・前掲注(7)101頁

作の作り出した語が多くあるし、権利・義務といった言葉のように、彼の創作ではないものの、『仏蘭西法律書』に採用されることで定着した語も少なくない。「民法」の語も、創作は津田真道であるが、『仏蘭西法律書』で用いられたこと<sup>(9)</sup>で定着したものの一つである。この意味で、同書は日本の法典整備の礎となったのである。

箕作自身は語学をどのように身につけたのだろうか。蘭学者の祖父をもつ箕作は、のちに英学を学んだ<sup>(10)</sup>。さらに、1867年のパリ万国博覧会に際して、徳川昭武の随員となるべく独学でフランス語を学んだ<sup>(11)</sup>。パリ万博後には、そのままフランスに留学をしている。

### 3 第2期：ボワソナード草案から旧民法の施行延期まで

#### (1) 旧民法の制定

箕作による法典翻訳が進む一方で、明治新政府は、法典の整備と法学教育、さらには政府の法律顧問としての職にあてるために、ヨーロッパの法学者を顧問として招いた。いわゆる「御雇外国人」である。

その中の1人でのちに民法の起草にあたることとなるのが、当時パリ大学で教鞭をとっていたボワソナード (G. E. Boissonade) である。ボワソナードは、1873年来日すると、司法省明法寮や司法省法学校で教鞭をとり、多くの法学徒を指導した (起草委員の1人である梅謙次郎もその1人である)。のちには東京法学校〔現在の法政大学〕や明治法律学校〔現在の明治大学〕でも講師や教頭を務めている。そして1879年<sup>(12)</sup>、司法卿・大木喬任からの要請を受けて、民法典の起草に着手する (ボワソナードは、

---

(9) 穂積・前掲注(5)180頁では、「民法」の語が箕作麟祥の創作であると誤解していたと述べられている。

(10) 大槻・前掲注(7)99頁によると、英学を学んだ理由は、幕末に英学が流行ったからだという。

(11) その時の勉強法について、箕作は、「英仏対訳辞書をめつけ出して、暫く首つひきをやりました。それで二月ぐらゐで、先づリーダーぐらゐは、読めるようになりました」と述べている (大槻・前掲注(7)100頁)。

(12) 1880年とする資料もある。この点については大久保泰甫=高橋良彰『ボワソナード民法典の編纂』(雄松堂出版・1999年)22頁以下を参照。

これ以前に刑法と治罪法も起草している)。

それから10年余を経た1890年に、今日では旧民法と呼ばれる民法典が公布された。旧民法は、財産編(572箇条)、財産取得編(435箇条)、債権担保編(298箇条)、証拠編(164箇条)および人事編(293箇条)の5編1762箇条から構成されていた。ただし、この中で、財産取得編の最後の3章(相続、贈与及び遺贈、夫婦財産契約)と人事編は、日本人委員の起草によるものであり、ボワソナードは直接関わっていない<sup>(13)</sup>。

## (2) 民法典論争

### ア 民法典の施行延期

しかし、ここで「民法典論争」と呼ばれる法学界を二分する大論争が起り、帝国議会は、激論の末、1892年に民法(および商法)の施行延期を決議することとなる。

この論争について、一般には、穂積八束の「民法出テ、忠孝亡フ」という論文<sup>(14)</sup>を契機として、フランス民法を参考に制定された民法典(とりわけ家族法)が日本の伝統と相容れないとの批判が起り、施行が延期されるにいたったとの説明がされる。しかし、前述の通り、家族法部分の起草にボワソナードは直接関わってはならず、その部分は日本人委員の起草によるものである。明治民法の内容を見ても、家族法の部分は、既に旧民法が日本の古い慣習を相当に参酌していたため、旧民法に相当したものになっていたという<sup>(15)</sup>。「フランス民法由来であるため日本の伝統にそぐわない」との批判というのは、民法典論争の一側面に過ぎない。

帝国議会における議論の中で、旧民法施行を延期する理由としてあげられたのは、多くは法典の出来そのものに対する批判であった<sup>(16)</sup>。また、帝国

(13) 大久保=高橋・前掲注(12)3頁。

(14) 法学新報5号(1891年)7頁(穂積重威編纂『穂積八束博士論文集』[有斐閣・増補改版・1943年]223頁所収)

(15) 前掲注(4)23頁における仁井田発言。

(16) 富井政章『民法原論1巻上』(有斐閣書房・第3版・1905年)58頁以下で、民法施行延期派が掲げた理由が整理されている。なお、富井は、自身も施行延期派として貴族院において演説を行なっている(貴族院議事速記録12号125頁以下)。

議会での審議にかけることで時間がかかり、条約改正に影響することを怖れた政府が、1890年11月の第1回帝国議会召集の直前に民法の公布を行なったことも、拙速な法典編纂との見方に影響したようである。<sup>(17)</sup>

イ フランス法学への批判的な見方の広がり

もっとも、民法典論争の背景として、おそらく最も重大であったものは、フランス法学に対する失望・不審が広がっていたことである。それを、「自然法派と歴史派との争論」「根本学説の差違」<sup>(18)</sup>ととらえるか、そのような高尚なものではなく「仏法派と英法派との……一種の勢力争ひ」<sup>(19)</sup>とみるかはともかくとして、それまでの日本の法典編纂に強い影響を与えていたフランス自然法学と対峙するだけの学派がヨーロッパで台頭してきたことが、フランス法の流れをくむ旧民法に対する懐疑的な見方につながったのである。

フランス自然法論、すなわち不変・普遍の自然法が存在し、フランス法はそれを体現しているという考え方については前述した。この発想は、法学の役割を、法典やそこに込められた立法者の意思を明らかにすることに限定する見方につながった。法文の1条ごとに註釈を加えるという形でその見解が示されることから、「フランス註釈学派」と呼ばれる。

フランス註釈学派は、裁判官の恣意的な法の解釈適用を許さないものであり、その点での意義があるものだった。しかし、フランス民法が、制定から100年近くを経ても改正がほとんどされず、社会の実情に合わなくなっていたことともあいまって、フランス自然法論・註釈学派のもつ硬直性に対する批判が広まるようになっていた。

そうした批判の1つが、イギリスにおいて進化論の影響を受けて起こった法律進化論である。起草委員の1人であり、イギリスに留学経験のある穂積が影響を受けたことが知られている。<sup>(20)</sup>

---

(17) 穂積・前掲注(5)332頁以下。

(18) 穂積・前掲注(5)342頁。

(19) 前掲注(4)15頁における仁井田発言。

(20) もっとも穂積の研究方法论は研究が進むにつれて発展を見せており、単純にダーウィン

法律進化論とは、法律やその前提となる社会制度にも、生存競争・自然淘汰によって適者が生き残るという進化論が当てはまると考えるものである。これによれば、各国の法律はそれまでの「進化」の過程を経て様々なものとなりうるし、将来に向けてさらに「生存競争」のもと、変化することが予定されている。

また、ドイツにおいては、歴史法学と呼ばれる考え方が起こった。歴史法学も、法は時代を経る中で発展していくものだと発想をもつ。日本においては、イギリス留学ののちにドイツ・ベルリン大学に転学した穂積が歴史法学を強く支持していた<sup>(21)</sup>ほか、起草補助委員である仁井田益太郎によるドイツ民法第一草案・第二草案の翻訳を通じて、起草委員・富井政章が影響を受けているといわれている<sup>(22)</sup>。

法典の文言あるいはその立法者の意思に重きをおくフランス自然法論・註釈学派の考え方は、社会の実情にあった問題の解決を阻害する要因となるものであるし、急速に近代化を進める日本にあっては、その懸念は一段と大きいものであったろう<sup>(23)</sup>。法律進化論や歴史法学のような思想は、問題

---

ㄨ の進化論を法学に応用したというのではなく、「進化論」と呼ぶこと自体がミスリーディングかもしれないと指摘するものとして、内田貴「『日本民法学の出発点』——補遺の試み」星野英一先生追悼『日本民法学の新たな時代』（有斐閣・2015年）1頁〔46頁以下〕。内田貴『法学の誕生——近代日本にとって「法」とは何であったか』（筑摩書房・2018年）198頁以下も参照。

(21) 旧民法施行延期の審議の際には議会での演説をしなかった穂積だが、貴族院第1回通常会（貴族院議事速記録7号118頁）における旧商法施行延期に関する審議では「歴史法学派の面目躍如」たる演説を行っている（内田・前掲注(20)『法学の誕生』157頁）。

(22) 富井・前掲注(16)序3頁には、「獨逸民法の如きは著名なる学者が積年究究したる最新の法理を宣表し近世法典中の完璧とも称すべきもの」との記述が見られる。もっとも富井自身は、歴史法学が自然法論の欠点を明らかにしたという意義は認めつつも、この立場を採らないとしている。歴史法学は、法を国民全体の意思を表象する歴史の産物だとみるのであるが、そうではなく、法律は主権者の作用によって定まるものであると考える法実証主義の立場をとっているがゆえである（同書6頁以下）。

(23) フランス留学中に自然法論に触れ、民法典論争においては施行断行派に立ったことから、自然法論をとると見られており、自らも講義の中で自然法学を支持する旨を表明している梅謙次郎も、同じ講義の中で、法は万古不変ではなく、社会の開化の程度によって適する法律も異なるとの考えを表明している（梅謙次郎講述『民法総則（自第一章至第三章）』（法政大学発行の非売品で1907年頃の刊行と思われる）7頁以下）。

の解決の一部を、将来の判例や学説の展開に委ねることを認めるものであり、法典編纂を進める日本において、より社会に適合した問題の解決を導くことが期待されたと考えられる。こうした思想的な背景が、民法典論争とその結果としての旧民法の施行延期につながったといわれている。

#### 4 第3期：明治民法の制定

旧民法の施行が延期された翌年の1893年、新政府は、穂積陳重、富井政章、梅謙次郎の3人を民法起草委員に任命し、法典調査会における審議を通じて新たな民法を制定することとした。起草委員に任命されたとき、穂積は37歳、富井は34歳、梅は32歳であり、いずれも帝国大学（現・東京大学）法学部で教鞭をとっていた。

それぞれの学歴の始まりを見ると、穂積は1870年に宇和島藩貢進生として大学南校に入学、富井は1874年に東京外国語学校に入学、梅は1875年に東京外国語学校に入学している。先に紹介したように独学で語学を身につけた箕作麟祥が、1869年に大学南校の中博士に任じられていたことと比較をすれば、起草委員3名は、明治新政府が主導する洋学教育を受けた1期生ともいべき世代であることがわかる。

起草委員は、直ちに民法の原案を作成し、法典調査会における議論が始まった。3年余り後の1896年には財産取引に関する前半の3つの編（724か条）が、さらにそれから2年後の1898年に家族関係に関する後半の2つの編（320か条）が帝国議会で可決され、いずれも1898年7月に同時に施行された。旧民法の条文を順に修正していくのではなく、条文の並び方からして全く新しく起草する作業であったことを考えると、驚異的なスピードである。

---

(24) 条文数は旧民法の1762箇条から1044箇条へと41%も削減されている。「教科書的」と言われた定義・説明にわたる条文を削減したためである。

### 三 「近代」の特徴と民法

#### 1 明治民法と「近代」

明治民法は、50を超える国の民法を参照しながら制定された法典であり、比較法の成果であると評される。参照されたのは、1804年制定のフランス民法のほか、オーストリア一般民法典（1811年制定）、オランダ民法（1829年制定）、ドイツ民法第一草案（1888年）および第二草案（1895年。なおドイツ民法典の制定は1896年8月）といった近代国家における近代的な思想に基づく民法である。こうして明治民法に流れ込んだ近代的な思想は、現在に至ってもなお民法の原則を形作っている。

以下では「近代」とは（それ以前の中世・近世と比較して）どのような時代であったのかを説明するとともに、民法の原則がそれとどのように関係するのか、その原則は20世紀を通じてどのような修正を受けていたのかを見ていこう。

#### 2 「近代」の意味

##### (1) 産業革命と市民革命

近代とは、歴史的に見れば、産業革命が起きた時代であり、市民革命によって近代国家が誕生した時代である。

産業革命は、自然の法則を、神学的な説明方法（例えば「神の意志」といった説明）ではなく、数学的な方法で合理的に説明しようとする近代科学の誕生によって可能となったものである。また、産業革命によって力をつけた市民（とりわけ都市部の商工業者）を、市民革命へと向かわせたのは、人間の自由と平等に重きをおく近代思想の発展であった。以下では、「近代国家」「近代思想」「近代科学」というキーワードを手掛かりにして、「近代」の特徴を描き出してみよう。

##### (2) 近代国家・近代思想

近代国家とは、絶対主義国家と対立する概念である。両者では、国の活動（今日概念でいう立法・行政・裁判）の正当化根拠が異なる。絶対主

義国家においては、王権神授説（国王の権力は神から授けられた侵すことのできないものであるという理解）を前提に、国の活動は、（神から与えられたという）国王の権威によって正当化される。これに対して近代国家においては、国王のような君主を置かず、あるいは「君臨すれども統治せず」と表現される立憲君主体制を敷き、国王の権威による正当化を行わない。国の活動は、市民が参加する議会によって定められた法によって制御される。その際の基本的な理念は、市民の自由と平等を守ることにある。

こうした絶対主義国家から近代国家への劇的な変革の例が、先に述べたフランス革命、すなわちフランスにおける市民革命である。

革命という手段を伴うにしろ、そうでないにしろ、こうした近代国家への変革を支える思想となったのが、社会契約説である。人間はその本質において自由で平等であるという前提のもと、国家の基礎を自由で平等な個人の「契約」に求めようとする思想であり、トマス・ホッブス、ジョン・ロック、あるいはジャン・ジャック・ルソーの説が代表的なものである。

その思想には、人間の理性を出発点に、合理的・理論的に国家の基礎の正当化が図られるという特徴がみられる。このように、近代思想には、人間の理性を信頼し、その自由と平等を尊重するという特徴がある。

### (3) 近代科学

やや話が変わるが、神の権威ではなく人間の理性を信頼するという姿勢は、近代科学にも見られる。近代科学の特徴は、自然界の出来事を「神の仕業」ととらえる仕方の説明することから脱却し、自然の法則を再現可能な実験・観察による証明を通じて数学的・定量的な方法で説明できるものととらえることにある。

「コペルニクスの転回」とは、物事の見方が180度変わることの比喩として今日でも用いられる表現である。その由来となったニコラウス・コペルニクス（1473年-1543年）は、地球から見える天体の動きについて、それまでの常識であったプトレマイオスの天動説に対して、太陽を中心に地球を含む惑星が公転をしているという地動説を支持した。そこには、自然界の出来事を、地球を宇宙の中心と見る神学的な発想から切り離して説明

を試みようとする点で、大きな「転回」があったのである。<sup>(25)</sup>そしてその転回が、ガリレオ・ガリレイ（1564年-1642年）やヨハネス・ケプラー（1571年-1630年）などによるのちの天文学の展開につながるのである。そして、アイザック・ニュートン（1643年-1727年）にいたって、天体をはじめとする物体の運動は、数学によって記述される一般法則によって説明できることが示されるのである。

#### (4) 「近代」の特徴

以上のような近代国家、近代思想、近代科学を通して見ると、「近代」の特徴として、人間の理性への大きな信頼を見ることができる。そして、その理性によって、人間は、現実における個々の事象を観察するのみならず、そうした事象の背後にある一般法則を理解することができるとして、自然法則・社会法則への関心が高まることとなった。一般法則の導出・説明にあたっては、論理性・合理性が重視され、「神の仕業・神の意志」といった神学的な影響は排除された。

### 3 民法の原則と「近代」

市民革命によって誕生した近代国家フランスにおける法典は、こうした「近代」の特徴を色濃く現すものであり、「近代法」と呼ばれる。ここでは民法を取り上げて、その特徴を見ていくこととしたい。

民法における原則の一つに「契約自由の原則」がある。これは、契約を締結するかしないかは、当事者が自由に決定できるとし、さらに、人が自己の意思決定によって締結した契約に、国家は干渉するべきではないとする原則である。

この原則の前提には、自分のことについては自分が一番よく判断できるという理解がある。すなわち、人は、必要な情報を自分で集め、利害得失

---

(25) もっとも H. バターフィールド（渡辺正雄訳）『近代科学の誕生（上）』（講談社学術文庫・1978年）64頁以下は、コペルニクスもまた、古い思想から完全に抜け出すことはできておらず、「新時代の扉を開いたと言うよりも古い時代の幕を閉じたと言った方が正しい」と評価する。

を判断し、契約（それによる利益の獲得と負担の引受け）をするか否かを意思決定できるという人間観である。あるいはまた、理性的・合理的な判断をする者同士の間で取引が行われるという取引観である。<sup>(26)</sup>人間の「理性」に信頼を寄せる「近代」の特徴がここに現れている。

近代法の整備が各国で進む19世紀においては、このように、自己責任に基づく個人の自由に大きな価値が置かれ、国家による介入は小さければ小さいほど良いと考えられていた（いわゆる「夜警国家」観）。こうした「自由」のとらえ方は、19世紀的自由あるいは古典的自由などと呼ばれる。

## 四 民法の原則に対する修正と21世紀に残された宿題

### 1 民法の原則に対する修正

しかし、その後、民法の原則を修正する立法が相次いで行われることとなる。すなわち、当事者の一方にとって不利な内容を定める契約条項を無効にするような規定（強行規定という）をおく特別法が制定されるようになった。

古くは、すでに民法制定前の1877年に太政官布告として公布された利息制限法が、同法の定める上限金利をこえる高金利を定めても無効になることを定めていた。

民法制定後には、女子および年少労働者の最長労働時間を制限するなど、日本で最初の労働者保護法規とされる工場法が1911年に制定されている（1947年の労働基準法の制定により廃止）。

---

(26) 平成29年の民法改正にいたる議論の中でも、こうした原則は異論がないものと確認されている（『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』（商事法務・2013年）340頁以下）。あるいは民法96条3項において、詐欺を理由とした意思表示の取消しが善意の第三者に対抗できない（これに対して強迫の場合には第三者の善意悪意を問わずに対抗できる）とされている理由について、当事者は契約締結に当たって情報を自らの責任で収集するべきであり、詐欺の被害者は、騙されたとはいえこれを怠ったという側面があるからと説明される（例えば山本敬三『民法講義I総則』〔有斐閣・第3版・2011〕241頁）ことにも、こうした契約観が現れている。

また、1909年制定の建物保護ニ関スル法律、ならびに1921年制定の借地法および借家法は、建物所有目的の土地の借主や建物自体の借主を保護した（1991年の借地借家法制定に伴いいずれも廃止）。これらの者は、目的物たる土地・建物を利用できなければ、生活の本拠を失うことともなり、貸主に対して弱い立場に置かれることとなるからである。

これらの法律が制定された背景には、国における労働力の確保であるとか、社会的な財産でもある建物を保護するといった経済政策上の判断も大きい。しかし同時に、当事者の間に交渉力の格差がある場合には、弱者の側には契約の締結や内容について判断をする実質的な自由が存在せず、いわば相手の言いなりとなって契約を締結してしまう場合があることが認識されている。そこでは、人は理性的・合理的に判断ができるから、自己責任のもとで自由な意思決定をさせるのがよいという民法の前提となる人間観・取引観・自由観の限界が意識されたということが出来る。

福祉国家観を明確にした日本国憲法が公布・施行されてからは、弱者保護を目的とした立法がさらに進んでいる。憲法上の権利である労働3権の保障のために、労働基準法（1947年）や労働組合法（1949年）が制定された。さらに、2007年に至って、それまでの判例法理を取り込んだ労働契約法が制定されるにいたっている。

情報の収集能力や交渉力において事業者に劣る消費者を保護することを目的とした消費者契約法は、20世紀の末である2000年に制定された。消費者の保護については、それ以前に、1972年の割賦販売法改正や、1976年の訪問販売等に関する法律（現・特定商取引に関する法律）制定によりクーリング・オフ（無条件解約）の制度が導入されたことを特筆することができる。さらに、2017年の民法改正にいたる議論の当初には、「消費者」という概念を民法の中に定めることが検討され<sup>(27)</sup>もした。

民法は、「公」に対して「私」の領域が社会に存在することを認め、そ

---

(27) 『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』（商事法務・2011年）493頁〔法務省PDF版では457頁〕。

の領域内では市民が相互に自由な関係を結ぶことに価値が見出されるとし、とりわけ契約については当事者が自由にその内容を形成できるとする契約自由を原則にしている。このため、契約の内容に関する民法の定めは、大部分が任意規定、すなわち当事者の意思によって法律と異なる定めを置くことも可能な規定として定められており、国家による介入（契約内容の押し付け）ができるだけ避けられている。しかし、20世紀を通じて、強行規定を含む特別法が多く制定され、民法の原則である契約自由の原則は修正を重ねてきたのである。

## 2 現代への宿題あるいは「究極の悪質商法対策」

### (1) 「理性ある合理人」という理想像に向けた努力の必要性

社会が発展し、消費者であっても複雑な内容をもった取引に関わらざるを得ない現代において、契約の内容の最低限を定めるような形で国家が介入することは、今後もその重要性を増しこそすれ減ぜられることはないだろう。この点は、私法の領域における「宿題」の1つだといえる。

しかし、市民が、弱者として保護を受けるだけの存在になってしまうと、市民が相互に自由に関係を築くことが社会を発展させることにつながるという民法の理念・原則が崩れてしまうことになる。生活の基盤をなすような契約について弱者を保護する立法が必要であることは疑い得ないが、同時に、「理性をもった合理人が取引をする社会」に近づけるための努力、すなわち、市民が「理性をもった合理人」へと近づいていくこともまた、理想の一つに置くべきではないだろうか。

実は、そうした思いを再認識するような出来事に筆者は最近出くわした。そのエピソードを、「究極の悪質商法対策」として紹介することで、この小稿の結びとしたい。

### (2) 究極の悪質商法対策

#### ア ある日の勧誘電話

ある夕方、筆者の自宅に電話がかかってきた。出てみると、「NTT 何某」という会社名を名乗り、インターネット接続のための光回線に関する

案内だと告げてきた。

実は、その当時、筆者はNTTから、筆者が契約しているインターネット接続サービスは提供を終了するので、あらたなサービスへと契約を切り替えるように、再三電子メールや郵便で案内を受けていた。そうしたところへの上記の電話であったため、筆者は、この電話がNTTからの契約の切り替えに関する電話であるとすっかり誤解をしてしまい、ちょうど良い機会と提案に応じる気持ちになっていたのである。

電話の相手がサービスについての一通りの説明をしたところで、筆者は「契約の切り替えをお願いします」と返事をしかけた。ところが、その返事をするより一瞬早く、電話の相手は、「今この電話で契約いただくと、お安くなります」と言い足した。この一言に、反射的に筆者は「なんで安くなるのですか?」と問い返した。すると、数秒の間をおいて、電話は突然切られてしまったのである。それによって筆者は、この電話がNTTの関連会社を装った悪質な電話勧誘であったことに気がついたのである。<sup>(28)</sup>

筆者としては、悪質な勧誘と見破ったから「なぜ安くなるのか」と問い返したわけではない。安くなるということは、何か条件が——2年縛りといった解約の制限や、何かのサービスとの抱き合わせのようなものが——ついてくるのだろうと思って、考えるよりも先にとっさに質問が出てきたものである。しかし、結果的に、この一言が悪質な勧誘から身を救うこととなった。

#### イ 撃退のポイント

この一言は、なぜ悪質な勧誘を撃退する効果をもっていたのだろうか。筆者は、ポイントが2つあったと分析している。

第一に、わからないことを正直にわからないと言ったことがポイントで

---

(28) 毎日新聞2018年10月1日朝刊15面「くらしナビ・ライフスタイル：『光コラボ』契約に注意・トラブル後絶たず・相談半数が60歳以上」では、NTT東西から回線を借りてサービスを提供する「光コラボレーション（光コラボ）」事業者によるトラブルが後を絶たないとして、NTT東西であるかのように名乗る・契約変更が必要であるかのように説明する・了承した覚えがない転用手続きが行われるなどといった悪質な勧誘方法を行う事業者に注意するよう呼びかけている。

ある。勧誘者にすれば、「わからない」と言われれば（たとえ同じ説明を繰り返すにしろ）説明しなければならぬ。しかも、説明をした上で、「いりません」と購入を断られてしまえば、説明にかけた時間を無駄にしたことになる。手間のかかる面倒な客だと思えば、勧誘者は、勧誘を続けないだろう。

第二に、「安くなりますよ」という勧誘に対して、「なぜ」と質問をしたことが重要である。「あなたの利益になりますよ」という言葉に対して、素直に喜ばず、それを疑ってかかるというのは、勧誘者にとって意外な反応だったのであろう。この質問は、大げさに表現すれば、個人的な目の利益に目を惹きつけられるのではなく、「安くなるということは、商品の品質が下がるか、料金以外の形で相手に利益を提供しているかのいずれかだ」という一般的な法則に思いが及び、その法則を今の自分に適用することで「自分は何かを失うのではないか」との疑問をもったところから生まれたものである。

この2点というのは、悪質商法対策における要素なのではないだろうか。すなわち、自分がなんらかの利益を得ようとするときに、それを単純に「嬉しい」という感覚でとらえるだけでなく、その利益を取得できる理由を、より大きな社会経済の枠組みの中に位置付けようと理性を働かせること。そして、そこに疑問が生じたときに、その疑問を放棄するのではなく、合理的な説明を求めて問いを發し、疑問を解消した上で自己決定をしようとする。「近代」が前提としていた「理性的な合理人」としての振る舞いは、21世紀に入っても悪質商法対策として有効に機能したのであり、そうであれば、危うく悪質な勧誘に引っかかりそうになった筆者も、民法学者としての面目をなんとか保ったといえそうである。

---

(29) なお、悪質商法の被害を受けないように対策をすることは大切なことであるが、注意すべきは、そうした対策が進むことは、被害にあった人を買めることにもつながりかねないということである。しかし、悪質商法の被害にあった人（あるいは被害にあった自分を）責めることは、利益がないばかりか、周囲に被害にあったことを打ち明けられず、次々販売と呼ばれるような手口によって、被害が二倍・三倍に広がる危険があるという意味で大きな害をもたらすものである。「対策」の場面とは異なり、「相談」

ウ 「理性をもった合理人」

しかし、「理性的な合理人」として振る舞う人間というのは、くだけた言い方をすれば「うっとうしい」のである。筆者も大学の教員として学生に対してたくさんの課題を出しているが、その課題の1つ1つについて、学生から「なぜこの課題をやらなければならないのですか？」と問われたら——それも、単に面倒臭いという個人的な感覚からではなく、その課題がもつ意味を社会的な枠組みの中に位置付けた合理的な説明が欲しいと問われたら——、「そんなことはいいから、黙って課題をやれ」と押さえつけてしまうこともあるだろう。

もちろん、黙って課題をやることが大切なきもある。なぜ勉強をする必要があるのか、その理由は後からわかってくるというのも、一面の真実をもっている。

しかし、学校でも家庭でも「黙ってやれ」と言われ続ければ、若者たちは「理性的な合理人」になる契機を奪われ続けることになる。結果として、社会は全体として、「近代」の理想から遠ざかってしまうだろう。原則が原則として適用される社会を目指して人材を育成することも——あるいはそれこそが——、現代に残された宿題なのではないだろうか。そのために、うっとうしい若者を育てる場面が、もっと増えてもよい。

すでに雇用契約（労働契約）や賃貸借契約については、「民法のドーナツ化」とも呼ぶべき現象、すなわち適用されるのは特別法ばかりで、原則であるはずの民法典が適用されるケースがほとんどなくなっていることが指摘されている。

あるいは、消費者法の領域に関しても、消費者教育が学習指導要領に盛り込まれて<sup>(30)</sup>、学校現場でも消費者教育が行われるようになってきているが、消

ㄨ の場面では、「あの時できたこと」ではなく、「今からできること」を大切にする姿勢が必要だということを、ここに付言しておきたい。

(30) 中学校および高校の学習指導要領では、社会科あるいは家庭科で消費者保護ないし消費生活を扱うこととされている。そこでは「消費者の保護」あるいは「消費者の権利」といった言葉と並んで、「契約の重要性」「消費者の責任」という言葉も出てくるが、前者の方にやや重さがある印象は拭えない。

費者法における例外ばかりが有名になって、本来は原則に位置付けられる民法上のルールについての知識が浸透していないと感じさせる状況がある。大学で授業をしている際の実感では、クーリングオフの制度について尋ねると、ほとんどの学生が知っていると答えるのに対して、契約自由の原則あるいは契約成立に関するルールについては知っている学生がほとんどいない。「契約書を書かなくても契約は成立する」というルールを教えると驚かれることにも慣れてしまった。民法学者としては、必要な情報を社会に発信できていないのではないかと忸怩たるものを感じる。

消費者教育については、法務省が法教育をすすめる中で、消費者保護を契約自由の原則に対する修正原理と位置付けて説明しようとする教材を公開している。<sup>(31)</sup> こうした法律を専門とする者の側から教育の現場へと提案をしていくということも、120年前に書かれた卒業論文を社会の中に浸透させるという「宿題」への1つの答えと評価できるだろう。

---

(31) 法教育推進協議会（中学生向け法教育教材作成部会）作成「私法と消費者保護」<http://www.moj.go.jp/content/001149545.pdf>〔2018年10月29日閲覧〕。