

## 【研究ノート】

# 民法起草過程における「別段ノ定」等に関する議論の整理（上） —— 強行法・任意法の視点から ——

前田 泰

民法研究室

## Arrangement of discussions regarding "unless otherwise specified" in the drafting process of civil law (1)

Yasushi MAEDA

Civil Law

### Abstract

The purpose of this research note is to organize discussions on the “extra provisions” in the drafting process of civil law, from the viewpoint of forced law and voluntary law.

**キーワード：**強行法、強行規定、任意法、任意規定、別段の定め、民法起草過程

### 1 はじめに

本稿は、強行法・任意法の視点から、民法起草過程における「別段ノ定」等に関する議論を整理することを目的とする。すなわち、明治26年5月の民法主査会から民法修正案（明治29年1月配布）の審議までの間に、法規定に反する「別段ノ定」等の効力を認めた規定の中で、この時期に削除された規定を取り上げて、これをめぐる議論を整理することを目的とする。

筆者は、椿寿夫主催の民法研究塾において、親族編および相続編の規定の強行法規性・任意法規性を検討し<sup>1</sup>、民法規定の強行法規性・任意法規性の研究に興味を持つようになった。また、法律行為研究会で「当事者の死亡による契約の終了」のテーマを検討する際に<sup>2</sup>、使用貸借<sup>3</sup>と委任<sup>4</sup>に関する民法

<sup>1</sup> 拙稿「親族法・相続法と強行法・任意法」近江幸治=椿寿夫編『強行法・任意法の研究』531頁（成文堂、2018年）

<sup>2</sup> 拙稿「当事者の死亡による契約の終了」NBL1149号64頁（2019年）

<sup>3</sup> 拙稿「当事者の死亡による使用貸借の終了」群馬大学社会情報学部研究論集25巻169頁（2018年）

<sup>4</sup> 拙稿「当事者の死亡による委任の終了」群馬大学社会情報学部研究論集25巻147頁（2018年）

起草過程の資料を読み、使用貸借には、冒頭規定（現 593 条）を除いて「規定に反する別段の定め」を認める規定が置かれ、委任にも、冒頭規定（現 643 条）および当事者の破産による委任の終了に関する規定（現 653 条 2 号）を除いて、「規定に反する別段の定め」を認める規定が置かれたが、しかし、その後いずれも削除されたことを知った。

これらの規定の趣旨と削除された経緯・理由を探索する作業において、この問題に関する先行研究として、浅場達也の論文<sup>5</sup>を知り、さらに旧法例 2 条（法の適用に関する通則法 3 条）と慣習の効力に関する星野英一の研究<sup>6</sup>がこの問題に密接に関連することを知った。しかし、これらの先行研究によっても、この問題の全体像が明らかにされていないという思いが生じて、本稿の作業を始めるに至った。

予決議案と民法典の総則編から債権編総則までを扱う前半部分（後記 2～6）は、87 条 2 項を除けば、先行研究でも紹介されてこなかったもので、議論の紹介の面を重視した。主に契約法を扱う後半（後記 7 以降）については、先行研究で既にその概要が紹介されてきたので、紹介よりも内容を整理することを重視した。

本稿は、強行法・任意法の視点から起草過程の議論を整理することを目的としており、各規定について個別の問題点や規定の評価等に関することには立ち入らない。本稿における「現行法」は、本稿の執筆時である 2019 年の現行法である。特にその旨を記述した場合以外には、2020 年 4 月に施行される予定の改正法ではない。紹介した資料等の下線は、すべて筆者が付した。

## 2 予決議案 明治 26 年 5 月 12 日 第 1 回民法主査会

乙第一号 四 法例中ニ慣習ノ効力ニ関スル規程ヲ掲クル事

五 成文法ニ反セサル慣習ハ効力ヲ有スルモノト定ムルコト<sup>(マ)</sup>

(1) はじめに 予決議案とは、「民法中の重大な事物については、予め主査会委員の意見を聞くことが必要であろうと思って、順序を逐わず、気づいたものから問題を書いていって」、第 1 回民法主査会に提出したものである（第 1 回民法主査会における富井政章の冒頭説明）<sup>7</sup>。

民法典の起草方法について、3 名の起草委員（富井、梅謙次郎、穂積陳重）が協議し、議案を甲、乙、丙の 3 種類に区分した。甲号は「修正本案」（民法全編の原案）、乙号は「予決議案」、丙号は「事務上の議題」であり、最初に主査会の審議対象となったのが乙号の予決議案である。

ここに掲げた乙第一号の第四と第五は、慣習の効力に関するものであり、任意法・強行法の直接の検討素材である「法規定に反する合意の効力」に関するものではない。しかし、①本稿が対象にする「別段の定め」等をめぐる議論でこの予決議案が重要な役割を果たしていることに加え、②慣習の存在はそれに従う当事者の意思を推測させることが、後に富井から強く主張されることになるので、本稿の検討対象に含めることにした。

<sup>5</sup> 浅場達也「契約法の中の強行規定（上・中・下）」NBL891 号 23 頁、892 号 40 頁、893 号 47 頁（2008 年）

<sup>6</sup> 星野英一「編纂過程から見た民法拾遺」同『民法論集 第 1 巻』151 頁（有斐閣、1970 年）

<sup>7</sup> 日本近代立法資料叢書 13『法典調査会 民法主査会議事速記録』1 頁（商事法務研究会、1988 年）。星野・注 6 所掲 162 頁に簡略な紹介がある。

（2）趣旨説明 起草者（穂積陳重）の趣旨説明について<sup>8</sup>、まず、その要約を掲げ（後記Ⅰ）、次いで説明の概要を紹介する（後記Ⅱ）。

Ⅰ 要約 (i) 第四の「慣習の効力を法例に規定すること」の趣旨 従来存在していた慣習法が、新たな法典編纂の後にも効力を有するのかを定める必要がある。商法と商慣習に関しては商法 1 条があるが、民法と民事慣習との関係は規定がない。

外国の法典編纂の際には、①慣習法の効力がなくなる、②慣習法は法典と併存する、③法典の尽くせないところを慣習法が補充する、以上の類型がある。

あまり細密にはしないことになっているが、大体のことを規定しておくことにした。

(ii) 第五の内容 法典と慣習法は併存するが、法典に反する慣習法には効力がなく、慣習法は法典を補充する。

## Ⅱ 趣旨説明の概要

### (Ⅰ) 第四について<sup>9</sup>

第四において、もし法例中に慣習の効力に関する規程を掲げないという議決になれば、第五も当然に不要になるから、二項に分けて書いたのです。

原案提出の理由を簡単に説明しましょう。従来どの国でも法典編纂のあったときは必ず、法典と慣習法、すなわち従来存在していた慣例の効力に関する問題が起こるように思っています。商法第 1 条に、商法の成文規定と商慣習との関係は規定してありますが、民法と民事慣習との関係の規程はありません。成文法一般と慣習との関係の規定もありません。規定がなくて支障はないかを考えてみると、どこの国でも問題になっていて、法典が公布された後は慣習はまったく効力を失うとしている国もあり、あるいは、法典その他の成文法と並存していくという主義を取っている国もある。また、法典と併存するのではないが、法典の成文の尽くせない所を補充する効力のみを有するという主義を取っている国もある。日本ではこれまで民事の事などは主に慣習によって裁判していたのですが、今度、法典調査の結果としてこの法典が実施になるときは、これらの問題も起こってくるでしょうから、あまり細密にわたることはなるべくしないことになってはおりますが、大体のことを規定しておこうというのです。教師や裁判官の中には、慣習の存在を認める人もいるでしょうし、ある国のように法典ができれば慣習はほとんどないくらいに見る人もいるかもしれません。あるいはまた、法典の欠点を補いもしくはこれを説明するに足りるだけの補充の効力を持つと考える人もいるかもしれません。国々の規定が色々になっていて、日本ではどういう具合になるのが本当か、これらの規定が定めていないと不都合です。補充的効力を認めないか、あるいは第五に掲げたように、併存するが、成文法に反するものはこれを取らない、ただ補充しているというように認めるべきか。そこらの問題を決する必要があると考えましたから、委員諸君の御意見を問うためにこの第四第五を出したのです。

<sup>8</sup> 主査会速記録・注 7 所掲 25 頁

<sup>9</sup> 主査会速記録・注 7 所掲 25 頁。

(2) 第五について<sup>10</sup>

外国の例を見ますと、成文法に明記した場合に限り慣習法は効力を有するという規定を掲げるもの、成文法に欠点ある場合に限り慣習法で補充するという規定になっている国、また、成文法に反しないものは効力を持つという国もあり、極端になってくると、成文法に反対する慣習あるものは成文法を消す力があるというようなものもあります。その中でここに出しましたのが、一番我が国に適していると認めました。

(3) 質疑の要約<sup>11</sup>

箕作麟祥 削除すべきだ。民法が施行されると旧来の慣習の効力が否定されるという考え方は、旧民法が施行されなかった理由の一つであるから、慣習の効力は否定できない。しかし、法例ではなく、民法総則に規定すべきである。

梅 民法以外の問題もあるから、民法総則ではなく、法例に置くべきだ。

箕作 刑法の原則が刑事法全体に適用されるように、民法に置けば民事法全体に適用される。法例では広すぎる。

穂積 公法でも慣習の効力を認める必要があるから、法例に置くべきだ。

村田保 削除に賛成する。慣習の効力を明確に規定することはできない。この前の取り調べの時に最も困難であった（筆者注：旧民法の起草作業のことだと思われる）。個別の場面ですべての慣習を認める規定を置くことは不可能だから、ここで一般的に慣習の効力を認める規定を置くことがよい。（筆者注：削除を主張しながら、最後は原案に賛成しているように思われる。）

富井 ①法典を編纂した以上は、「法典の規定」に反する慣習は当然に無効である。ただし、民法の多くの条文は「任意法」であり、意思の解釈により適用しないことができるから、この方法で「成文法」に反することができそうかもしれないが、しかし決してそうではない（筆者注：「意思解釈の方法で任意法に反する慣習の効力を認めることはできない」という趣旨だと思われる）。やはり成文法に反することではなく、成文法が適用されるのだと思う（筆者注：「任意法を含めて成文法に反する慣習は無効だ」という趣旨だと思われる）。

②成文法に反しない慣習が有効であることに疑いはないから、（第四・第五の）規定を設ける必要はないと思いましたが、よく考えるとやはり規定があった方がよい。その理由は、外国法が、慣習法の効力を認めない国から法規と同等の効力を認める国まで分かれること、および、社会が進歩すると、（前記①のように）成文法に反する慣習を無効とすることに疑いが生じる可能性があり、将来に議論になるだろうから規定を設けておくほうがよいこと、以上にある。

田部芳 法規に反する慣習に効力が無いことは当然であり、第五を規定する必要は無いが、規定しても大きな支障はなく、慣習に拠らなければならない場合もあるだろう。

梅 ①第五を「規定する必要は無い」旨の富井と田部に対して、自分も第五と同じ解釈であるが、これに反対して、明文で認めていない慣習には効力が無いと主張する人が現にいるから、明文に反しない慣習の効力を認める規定は必要だ。

<sup>10</sup> 主査会速記録・注7所掲29頁。

<sup>11</sup> 主査会速記録・注7所掲25頁～29頁

②すべての慣習を立法者が調査することはできないから、慣習に関する個別規定を置くことは不可能だと主張する村田に対して、立法者が調査できた範囲で規定置くことは、うるさいかもしれないが支障はないから、できる範囲で規定を置くべきだ。

③法例ではなく民法総則に置くべきだという箕作とこれに同意したような富井に対して、小作や後見は民法上の問題であるか疑問が生じうるし、穂積の言うように民法以外の問題もあるから、法例に置くべきだ。

以上の質疑を経て、裁決が行われ、法例に置くべきではないという理由での削除案が否決されて、第四、第五とも、原案が採用された。

ここでは、まず、富井が、当事者の意思を最優先させ、次いで任意規定、最後に慣習を位置づけしており、任意規定に反する慣習の効力を否定していることに注目しておきたい。このことを前提に、富井は、任意規定に反する慣習の効力を否定することに意味があるとみて、第五を規定すべきことを主張していると思われる。

次に、梅が、慣習の効力について、法例に第五を置くだけでなく、個別規定でもできるだけ規定すべきことを主張していることにも注意しておきたい。慣習の効力を制限する富井と慣習を尊重すべきだと主張する梅との対立が、この最初の時点で既に見えているわけである。

### 3（民法）総則編

**87条2項**（主査会原案88条2項） 明治27年2月23日第20回民法主査会、明治27年3月16日第3回民法総会（明治27年12月21日第2回民法整理会、明治28年12月20日第6回民法整理会）

原案88条2項 従タル物ハ主タル物ノ処分ニ随フ但反对ノ意思アルトキハ此限ニ在ラス

（1）はじめに 本条は、民法の起草過程において「別段ノ定」等の表現が登場した最初の規定である（本条の前に配置される後記の「86条の次（原案89条）」は後の整理会で提案された（すぐに削除されている）。後記5参照）。このために、本条は後の2度の整理会でも審議され（明治27年12月21日第2回および明治28年12月20日第6回）、特に明治28年の整理会では本条を素材として「別段ノ定」等について起草者間の対立を含めた激しい論争が生じた。しかし、整理会での議論は、その時点までの起草作業を踏まえたうえで生じているので、本稿においてもこの時系列を踏まえて、各整理会のそれぞれの時点での位置で紹介する（後記5および10）。ここでは、整理会の前段階である主査会と総会の議論を紹介する。

（2）趣旨説明 本条の起草理由としては、旧民法財産編15条に字句の修正を加えたことが説明されているが、2項但書については特に説明されていない<sup>12</sup>。

旧民法財産編15条2項は、「主タル物ノ処分ハ従タル物ノ処分ヲ帯フ但反对ノ証拠アルトキハ此限ニ在ラス」と規定した。これが主査会の原案では「反对ノ意思アルトキハ」に修正され、後の民法修

<sup>12</sup> 主査会速記録・注7所掲609頁

正案では「別段ノ定アルトキハ」に再修正されている。主査会の原案が反対の「証拠」を反対の「意思」に変えた理由については、説明されていない。

(3) 主査会の質疑 2項の本文が「従物ハ主物ノ処分ニ随フ」に修正された後に<sup>13</sup>、但書について若干のやりとりがあった<sup>14</sup>。

長谷川喬 第2項の但書はどうしても必要ですか。反対の契約を許す場合には何時でもこのように書くつもりですか。

梅謙次郎 なるべくそうなるでしょう。何時でもということは保証できない。

富井政章 疑わしい場合には何時も書くつもりです。本条の場合は最も疑わしいのです。物の主従というものを極く絶対的に見て、当事者の意思ではどうにもできないというような解釈が生じるかもしれないから、こういう疑いのある場合は、書くつもりです。

長谷川 2項の修正説を出します。反対の意思あるときにこうなることは、言わなくてもわかっていると思います。ただし、反対の慣習があるときには言っておいたほうがよろしいと思います。だから「反対ノ意思」とある「意思」を「慣習」に改めます。

梅 「無論両方入ル」

菊池武夫 「反対ノ意思ノ表示アルトキ」という表現にして、「反対ノ意思ノ表示アルニ非サレハ従物ハ主物ノ処分ニ随フ」という風にした方がよろしかろうと思います。

以上のやりとりがあったが、議長（伊藤博文）は「夫レデハ此通りニシテ置テ休憩ヲシヤウ」と述べて、休憩後は、次の条文に移っている<sup>15</sup>。

ここでは、梅が、「反対ノ意思」等の表現を「なるべく」使うと述べたこと、および、「反対ノ意思」の語に慣習も当然に含まれると述べたことに注意したい。また、富井が、反対の契約を許す場合かどうか疑わしいときに規定すると述べたことは、後の起草者の基本的立場を当初から示していたことになる。

(4) 総会での削除 本条は、後の第3回民法総会（明治27年3月16日）で原案90条（2項 従物ハ主物ノ処分ニ随フ但反対ノ意思アルトキハ此限ニ在ラス）として審議された。その際に2項但書に対して次の削除案が出た<sup>16</sup>。

菊池武夫 私は2項但書を削りたい。殊更に疑わしい所に但書を書いておくという決まりであったように思いますが、「従物は主物の処分に随う」ということに反対の契約をすることもできないというような疑いは起こらないだろう。もしこれをここに書くのであれば、先の規定でもまた書かなければならないことになると思います。書かなくても、但書のようなことが出来得るもので、決して法律が禁じたものではないということは分かるだろうと思いますから、この但書を削りたいという意見です。

この削除案に賛成者が出て（尾崎三良、三浦安）、ほとんど議論されないまま採決され、削除され

<sup>13</sup> 主査会速記録・注7所掲615頁・618頁

<sup>14</sup> 主査会速記録・注7所掲617-618頁。星野・注6所掲164頁および浅場・注5所掲NBL892号45頁に紹介がある。

<sup>15</sup> 主査会速記録・注7所掲619頁

<sup>16</sup> 日本近代立法資料叢書12『民法総会議事速記録』490頁（商事法務研究会、1988年）

た。

（5）整理会での復活　さらにその後の第2回民法整理会（明治27年12月21日）で、2項但書が、字句修正のうえ復活することになる。総則編および物権編の起草作業を踏まえての修正・復活であるから、物権編の後で説明する（後記5参照）。

### 136条1項（原案137条1項） 明治27年5月1日第8回法典調査会

原案137条1項 期限ハ反対ノ証拠ナキトキハ債務者ノ利益ノ為メニ定メタルモノト看做ス

（1）はじめに　本条は、「反対の『証拠』がないときは」と規定しており、強行法・任意法の検討で重要な当事者の「合意」の問題とは異なるとも解されうる。しかし、証拠の内容として当事者の意思等が含まれる可能性があり、例えば、前記の87条2項では、旧民法における「反対ノ証拠」が、そのまま主査会の原案では「反対ノ意思」に置き換えられていた。また、後記の449条では「反対ノ証拠アルトキハ此限ニ在ラス」と規定されたが、当事者の意思推定を基礎にしている。さらに、後の整理会で「別段ノ定」等に関する多くの規定（またはその旨の内容）が削除されたときに、「反対ノ証拠」に関する規定の多くも同様に削除されており、このことから「反対ノ証拠」が「別段ノ定」と同様に扱われていたことがうかがわれる。

本稿では、強行法・任意法を検討するための素材として、なるべく広い範囲の規定を対象とすることにして、「反対ノ証拠」により除外する規定も含めることにした。

（2）法典調査会での議論　趣旨説明（穂積陳重）では、「反対ノ証拠」に関係する内容としては、期限の利益は債務者のためにあることを「本則」とする書き方を採用したという説明があるにとどまる<sup>17</sup>。

法典調査会の質疑では、「契約の性質」は「反対の証拠」に入るのかという質問（磯部四郎）に対して、起草者が、次のように答えている<sup>18</sup>。

「反対ノ証拠ナキトキハ」という「辞」（ことば）は、「明ニ現レ或ハ行為ノ性質上ヨリ定マル」。即ち、これは債権者の利益の為に定めたものであるという明らかな事情があれば、ということです。既成法典の財産編404条にある「要約ニ因リ又ハ事情ニ因リテ」ということと同じことと思って書いたのです。

以上のやりとりがあるにとどまる。旧民法の財産編404条1項は次のように規定する。「債務者ハ期限ノ利益ヲ放棄シテ満期前ニ其義務ヲ履行スルコトヲ得但要約ニ因リ又ハ事情ニ因リテ当事者双方ノ利益又ハ債権者ノミノ利益ノ為ニ期限ヲ定メタル証拠アルトキハ此限ニ在ラス」

## 4 物権編

### 176条（原案177条） 明治27年5月22日第14回法典調査会

原案177条 物権ハ別段ノ定アル場合ヲ除ク外当事者ノ意思ノミニニ因リテ之ヲ設定又ハ移転スルコ

<sup>17</sup> 日本近代立法資料叢書1『法典調査会民法議事速記録一』349頁（商事法務研究会、1983年）

<sup>18</sup> 速記録一・注17所掲351頁

## トヲ得

法典調査会での趣旨説明（穂積陳重）に「別段ノ定」に関する説明はなく<sup>19</sup>、質疑では、次のやりとりがあった<sup>20</sup>。

高木豊三 「別段ノ定アル場合ヲ除ク外」とあるが、この文章からみると、「設定スルコトヲ得ス」もしくは「移転スルコトヲ得ス」という「規定」がある場合の外、という意味であろうと思うが、そういう場合を規定する必要があるのか。

穂積陳重 この文章を置かないと、これを絶対的なものであるとして、いろいろな支障が生じる。ここに「別段ノ定」というのは、まず法律の定めでしょう。これは最も大いなるもの。それから「権利ノ性質上」合意では移らない場合があるでしょう。質権のように、権利の性質上いけない、法律行為の性質上いけないものがあります。または、他人から貰った物、譲り受けた物または譲り受けてやるというような取引、または、条件付きとか、そういう風な法律行為の性質上からいけないもの。また、合意では移らず、引き渡しを要すると約束する場合。代替物の所有権移転の契約。種々の場合が出てくる。こういう場合を見込んで「別段ノ定」と言ったのです。

以上のやりとりがあったにとどまる。

## 186 条（原案 186 条） 明治 27 年 5 月 25 日第 15 回法典調査会

原案 186 条 ①占有者ハ所有ノ意思ヲ以テ善意、平穩且公然ニ占有ヲ為スモノト推定ス但反対ノ証拠アルトキハ此限ニ在ラス

②前後二個ノ時期ニ於テ占有ノ証拠アルトキハ其占有ハ繼續シタルモノト推定ス但中断ノ証拠アルトキハ此限ニ在ラス

法典調査会の趣旨説明（穂積陳重）には、反対の証拠等に関する説明はない<sup>21</sup>。本条は、旧民法の財産編 186 条、187 条および 188 条を一纏めにして少し修正を加えたと説明されており、これらには「反対ノ証拠」または「中断ノ証拠」等があるときは除外する旨が規定されていた。法典調査会での質疑には次のことがあった<sup>22</sup>。

横田国臣 第 1 項に「反対ノ証拠アルトキハ此限ニ在ラス」と書いたのは誠に至当だと思う。そうしなければ法律が推定してしまって、何でもかんでも反対ノ証拠は許さないというように見えるから、よろしいと思う。しかし、第 2 項の方は、証拠ということはどちらもよろしいと思う（筆者注：第 2 項の「占有ノ証拠」と「中断ノ証拠」のどちらも「証拠」は不要だという趣旨だと思われる）。証拠があつて占有したことを見るのはよろしいと思う。しかし、ここに証拠ということを書くと、前に証拠があるから出てきたのかもしれないが、前のは違ふと思う。既成法典の法文の通りにしたのかもしれないが、この証拠というのはどうしても要らないように思います。

<sup>19</sup> 速記録一・注 17 所掲 579 頁

<sup>20</sup> 速記録一・注 17 所掲 582 頁

<sup>21</sup> 速記録一・注 17 所掲 634 頁

<sup>22</sup> 速記録一・注 17 所掲 637 頁

穂積陳重 既成法典の文字をそのまま用いたのですが、いかがなものでしょうか。証拠という字を除いたら、前に一度占有し、またそれとは別に後に占有したというように聞こえないでしょうか。もちろん確かでないときは推定する。だから既成法典においても証拠という字が働いているように見えるのですが、これをとると、2つの占有があったように見えないでしょうか。（筆者注：原文にほぼ忠実だが、穂積の趣旨は不明である。）横田が、第2項の「証拠」を1つにする文章の修正案を出したが、少数に終わった。

井上正一 推定の所では、何時でも、「反対ノ証拠アルトキハ此限ニ在ラス」と書くつもりですか。

穂積 そうです。反証を許す推定は書くつもりです。これまでの用例にもあります。反証を許さないのは、事実はどうでもよくて、こういう事実と定めてしまうようなことです。その故に、「反対ノ証拠アルトキハ此限ニ在ラス」ということは、この前にもありましたので、書くつもりです。それからもう一つ、既成法典の中でいくらか実施された部分などにもこういうことが書いていないために、その当時の人が文字通りに反証を許さないと解釈して、その他の事情のために不便を生じたような例も往々にしてあったのです。

以上のやりとりがあったにとどまる。

### 188条（原案188条） 明治27年5月29日第16回法典調査会

原案188条 占有者カ其占有物ノ上ニ行使スル権利ハ反対ノ証拠ナキトキハ之ヲ適法ニ有スルモノト推定ス

法典調査会の趣旨説明（穂積陳重）には「反対ノ証拠」に関する説明はない<sup>23</sup>。本条は旧民法の財産編193条と同旨であることが説明されているが、そこでは「反対ノ証拠」がなければ推定する旨が規定されている。法典調査会の質疑でも、反対の証拠に関するやりとりはない。

### 旧208条1項（原案211条1項） 明治27年6月12日第20回法典調査会

原案211条1項 数人ニテ一棟ノ建物ヲ区分シ各其一部ヲ所有スルトキハ建物及ヒ其附属物ノ共用部分ハ其共有ニ属ス但反対ノ証拠アルトキハ此限ニ在ラス

（1）はじめに 本条は、1962年に区分所有法が成立した際に削除された規定である（区分所有法4条2項参照）。旧208条1項は「数人ニテ一棟ノ建物ヲ区分シ各其一部ヲ所有スルトキハ建物及ヒ其附属物ノ共用部分ハ其共有ニ属スルモノト推定ス」と規定していた。

（2）法典調査会の趣旨説明 起草者（穂積陳重）は、1項但書に関して次のように説明した<sup>24</sup>。

共用部分という、共に使っている部分は誰のものであるかということについて、もし疑いが起こりましたときには、それを決定する標準を法律に規定しておく必要があるだろう。一棟の建物を数人に分けて所有している場合に、その使っている部分は丁度隣合わせ、一地面の間にある籬（かき）又は壁等のことと同じような趣意ですから、それは共有物である。反対の証拠がない限りは共有物とみるという方を規定する必要があるという考えから、それをここに掲げました。

<sup>23</sup> 速記録一・注17所掲641頁

<sup>24</sup> 速記録一・注17所掲769頁

反対の証拠に関する質疑がないままに、原案の通りに決定された。

## 229 条（原案 230 条） 明治 27 年 6 月 29 日第 24 回法典調査会

原案 230 条 境界線上ニ設ケタル界標、圍障、障壁及ヒ溝渠ハ反対ノ証拠ナキトキハ相隣者共同ノ負担ヲ以テ設ケタルモト推定ス

法典調査会では、複数の委員から、異議がないから説明をやめるように発言があり、起草委員（梅謙次郎）は、後で理由書に理由を付す旨を述べて、趣旨説明を省略した（質疑もない）<sup>25</sup>。修正案理由書では 229 条の理由の中で、「反対ノ証拠」に関する部分としては、本条の原文となった旧民法財産編 250 条では反証を許す場合を制限するが、本条はこれを広く許す主義を採った結果として、このように規定したと説明している<sup>26</sup>。

## 249 条・251～253 条（原案 253 条） 明治 27 年 9 月 18 日第 29 回法典調査会

原案 253 条 ①前四条ノ規定ニ異ナリタル契約アルトキハ其契約ニ随フ

②此契約ハ各共有者ノ特定承継人ニ対シテモ其効力ヲ有ス

(1) はじめに 「前四条」の内容は、原案の「第 3 節 共有」の冒頭からの 4 か条であり、原案 249 条が現 249 条（共有物の使用）に、原案 250 条が現 251 条（共有物の変更）に、原案 251 条が現 252 条（共有物の管理）に、そして原案 252 条が現 253 条（共有物に関する負担）に、それぞれ該当する規定である。なお、現 250 条（共有持分の割合の推定）に該当する原案は、本条の後の原案 254 条である。

(2) 法典調査会の趣旨説明 起草者（富井政章）は次のように説明した<sup>27</sup>。

本条第 1 項は旧民法の財産編 37 条 6 項にあたります。既成法典と精神は少しも変わらないつもりです。第 2 項は、ドイツ民法第二読会草案から採ったので、もちろん、こうでなければならぬものです。明文を要する性質の規定であろうと思いますので、ここに入れました。

趣旨説明はこれだけである。そして、旧民法財産編 37 条は以下の通りである。

財産編 37 条①数人一物ヲ共有スルトキハ持分ノ均不均ニ拘ハラズ各共有者其物ノ全部ヲ使用スルコトヲ得但其用法ニ従ヒ其他ノ共有者ノ使用ヲ妨ケサルコトヲ要ス ②各共有者ノ持分ハ之ヲ相均シキモノト推定ス但反対ノ証拠アルトキハ此限ニ在ラス ③天然又ハ法定ノ果実及ヒ産出物ハ各共有者ノ権利ノ限度ニ応シ定期ニ於テ之ヲ分割ス ④各共有者ハ其物ノ保存ニ必要ナル管理其他ノ行為ヲ為スコトヲ得 ⑤各共有者ハ其持分ニ応シテ諸般ノ負担ニ任ス ⑥右規定ハ使用、収益又ハ管理ヲ格別ニ定ムル合意ヲ妨ケス

旧民法財産編 37 条が、法典調査会の原案 249～254 条（現 249～254 条）を含んでおり、財産編 37 条 6 項の「右規定」が、（3 項の果実等は別にして）法典調査会の原案 253 条（本条）の「前四条」

<sup>25</sup> 速記録一・注 17 所掲一 943 頁

<sup>26</sup> 広中俊雄編『民法修正案(前三編)の理由書』197 頁（有斐閣、1987 年）

<sup>27</sup> 日本近代資料叢書 2『法典調査会民法議事速記録二』84 頁（商事法務研究会、1984 年）

と原案 254 条を（原案 250 条を除いて）含んでいたことになる。本条は旧民法の規定をかなり忠実に引き継いだ規定であった。

（3）法典調査会での議論 第 1 項に関して次のやりとりがあった<sup>28</sup>。

横田国臣 「前四条ノ規定ニ異ナリタル契約アルトキハ其契約ニ随フ」とあるのは、これから先、民法ができれば、もはや法律に書いてあることは契約で曲げることはできない、それを曲げてよろしいときはこのように規定するのですか。

富井 民法には、契約で変更できる規定と、できない規定があります。できる規定の方が多い。だから黙っていてもよろしいわけですが、そういうふうにはできない規定もあるから、疑いが起こりそうな箇条は言った方がいいと思って、ここに載せたわけです。（共有に関する前四条の規定については）滅多に疑いは起きないと思ったのですが、外国にたくさん例があるので、置いた方が大丈夫と思って、置いたのです。

横田 殊更にこんなに書かなくても、契約で何することもできるという原則さえ決めておけばよろしいと思う。ここは注意のために規定するが、規定してないところでも契約で変更できるというつもりですか。

富井 そのつもりです。親族相続編などの規定はそうもいえず、随意に動かすことができないことも多いかもしれないが、財産契約に関しては任意法の方が多いと思う。民法全体については「命令法」の方が例外であるとはいえないと思います。

議長（箕作麟祥） 全四条の規定は別段の契約をすることができるが、これから先の方は、これに反した契約をすることはできない、というように見える恐れはないのですか。

富井 次の条などには問題は起こらない。「反対ノ証拠ナキトキハ」という制限内で（変更を）許している。それから例えば 260 条は（変更）できないと思う。

議長 61 条などはどうですか。（筆者注：法人の監事の職務内容に関する規定だと思われる）

富井 これは無論、反対の契約はできるのです。疑いがあるだろうと思うものについてのみ規定することにしたというしかない。

三浦安 私どもは、こういう規定があれば、ないものについては反対の契約はできないものと信じてしまいましたが、そうではないのですか。

富井 なかなか、そうはいきません。疑わしいものについてのみ書いたのです。

三浦 裁判では、別に規定がなければこの箇条によって裁判するのだから、契約を許す場合には一々それを書いておかなければならないと思います。

富井 ほかの場合については、各条において、これは反対の契約を許す性質のものであるか、許さない性質のものであるか、ということは明らかに分かるだろうと思う。少し疑わしい箇条だけについて規定をするという精神です。

土方寧 横田君や三浦君の疑いはもっともだと思う。民法の規定ができあがってから調べなければわからないことだが、民法の規定を当事者が契約で左右できないということは、少ないのかもしれないと思う。そうすれば、一々の場合に、契約で変えることができるということを書いておくのは煩わしい。言わなくても

<sup>28</sup> 速記録二・注 27 所掲 84-85 頁

わかることは書かなくてもいい。疑わしいのは、こういうふうに書いておくのもよいが、これは特別の規定を要する、これは要さないということでは、反対の契約ができるものとできないものとの境界がはっきりわからない。なるべく疑いが起こらないようにしておきたい。本条1項があると、箕作君がいったように、後の箇条ではどうなるかという疑問が生じる。1項がなくても、契約で変更できると思うだろうから、1項を削除する説を出す。

以上の議論を経て、富井が、1項と2項を合体させた案（前四条ノ規定ニ異ナリタル契約アルトキハ其契約ハ各共有者ノ特定承継人ニ対シテモ其効カヲ有スル）を出して<sup>29</sup>、結局、富井の修正案が多数となった。なお、「契約」を「慣習」に代える（後には慣習を加える）という修正案（菊池武夫）も出たが、少数にとどまった<sup>30</sup>。慣習に関する予決議案との関係から、梅が強く菊池の修正案を批判した<sup>31</sup>。

ここでの議論は、別段の定めに関する初期のやや詳細な議論であり、別段の定めに関する規定をできる限り置くという方針と、その限界が既にここに示されていた。

## 5 明治27年（12月）の整理会

### 86条の次（整理会原案89条） 明治27年12月21日 第2回民法整理会

原案89条 土地ノ定着物ハ別段ノ定アル場合ヲ除ク外其土地ノ一部ヲ成スモノトス

(1) はじめに 本条は、整理会で新たに挿入されたが、その3日後の整理会で削除された（いずれも第2回整理会である）。民法修正案より前の時点で削除された規定であるが、「別段の定め」等に関する立法過程での議論の一つなので、取り上げることにした。

(2) 本条に関する議論 起草者（富井政章）は、整理会で本条を新たに挿入する際に、「別段ノ定」に関しては特に説明をしていない<sup>32</sup>。

本条が整理会で挿入されて、さらに削除されるに至る経緯には、現86条1項（整理会原案88条1項）をめぐる議論がある。まず、第20回民法主査会において（明治27年2月23日）、「土地、建物及ヒ其定着物ハ之ヲ不動産トス」（主査会原案87条1項）とする案が提示され、その理由として、「建物ハ土地ニ定着シテ之ト一体ヲ成ス物ナルヲ以テ之ヲ不動産トセリ」ということが示され<sup>33</sup>、建物は土地の一部であるという構成が採用された。ところがその後、第50回法典調査会において（明治27年12月4日）、現370条（抵当権の効力の及ぶ範囲：原案365条）の審議の際に、土地を抵当に入れば建物も含まれるということは実情に合わないという趣旨の異論が強く出た。起草者（梅謙次郎）は、建物を含まないときは「別段の定め」で排除できる旨を答えたが、結局、土地と建物は別であることを前提に起草することになり<sup>34</sup>、次の第51回法典調査会（明治27年12月7日）で、建物を除外

<sup>29</sup> 速記録二・注27所掲86頁・90頁

<sup>30</sup> 速記録二・注27所掲90頁

<sup>31</sup> 速記録二・注27所掲87頁

<sup>32</sup> 近代日本立法資料叢書14『民法整理会議事速記録』37頁（商事法務研究会、1988年）

<sup>33</sup> 主査会速記録・注7所掲594頁

<sup>34</sup> 近代日本立法資料叢書2『法典調査会民法議事速記録二』809頁（商事法務研究会、1984年）

する修正案が確定した<sup>35</sup>。

現 86 条 1 項について、起草者はその後の整理会で、前の案から「建物」を除外して「土地及ヒ其定着物ハ之ヲ不動産トスル」という案を提出したが（前記第 2 回整理会）、しかし、起草者は、抵当権に関する修正に関して、土地と建物は一体であるという原則は変わっておらず、抵当権設定に関してだけ例外の扱いを認めたと理解しており、現 86 条 1 項に関する整理会での趣旨説明で（整理会原案 88 条 1 項）、次のように説明した（富井政章）<sup>36</sup>。

本条第一項から「建物」を削除したことは、事柄が変わったものではありません。初めに建物を入れた理由は、建物は土地に着いている最も著しい不動産だからです。さらに、建物は土地の定着物だと言いたかったのです。ただし、建物が土地の定着物であることは言わなくても分かりきったことだと思います。土地と並んで著しい物であるから書くという理由では弱いと思います。また、建物の定着物が不動産であるということも疑いがないと思います。だから建物という二字を除くことにしたい。

この趣旨説明に関しては特に質疑がなく、現 86 条 1 項（原案 88 条 1 項）の審議は終了したが、次の原案 89 条（土地ノ定着物ハ別段ノ定アル場合ヲ除ク外其土地ノ一部ヲ成スモノトス）で、再び議論が生じた。起草者（富井政章）は、この規定を新たに挿入する趣旨を次のように説明した<sup>37</sup>。

土地といえはその土地にある建物も含むということは疑いがないことだと思うけれども、先日に抵当権のところの条を議論したときに、日本では大いに疑いがあるということだった。我々も、なるほど多少疑いがあると思って本条を置きました。ただし当初より、別段の定がない限り、どこまでも建物を含むという主義を採っている。また、諸君もこの主義に賛成したという確かな証拠があります。例えば不動産の賃貸人が先取特権を取得しているときに「土地ノ賃貸人ハ」とある場合の「土地」は、当然に土地の上にある一切の物を含むということではなければならないことは論をまたないことです。この規定は何の異議もなく通っています。また、抵当権に関する 365 条においては、「抵当地上ニ存スル建物ヲ除ク外」云々とありますから、少なくとも抵当権については建物が土地の一部を成すという主義から離れている。しかし、他の一般の場合については、少なくとも我国では疑いのあることです。その故にこの条を置いたのです。場所はこの総則の所が一番適当だと思います。建物の定着物のことも言った方がよろしいかもしれません。ただし、さきほども言ったように、吾々はその場合については疑いがないだろうと思います。ただ、土地と建物との関係について疑いがあるだろうと思うので、建物の定着物については除いたのです。

この趣旨説明に対して、抵当権の規定との関係を問われて、起草者はさらに次のように説明した。

抵当については、土地と家屋を別物とみる規定を置きました。これは抵当に関する特別規定です。その特別規定の書き方をみると、土地の上に存する建物を除くほか、土地に符合して一体となった物に及ぶと言ってあるから、本来は建物は土地の一部を成すものであるが、抵当についてはこの原則を取らずに反対の規定を設けたのである。こう解しております。

<sup>35</sup> 速記録二・注 27 所掲 856 頁

<sup>36</sup> 整理会速記録・注 32 所掲 32 頁

<sup>37</sup> 整理会速記録・注 32 所掲 37 頁

これに対して、抵当権における議論では、抵当権に限らず、一般的に土地と建物を別に扱うことを認めたはずであることを理由に本条の削除が主張され、裁決の結果、削除されることになった<sup>38</sup>。

## 87条2項（主査会原案88条2項） 明治27年12月21日第2回民法整理会

（明治27年2月23日第20回民法主査会、明治27年3月16日第3回民法総会

明治28年12月20日第6回民法整理会）

整理会原案88条2項 従タル物ハ主タル物ノ処分ニ随フ但別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス

（1）はじめに 本条の但書は、主査会で「但反対ノ意思アルトキハ此限ニ在ラス」という表現で提案され、その1か月後の総会で削除されていた（前記3参照）。明治27年における総則および物権編の起草作業を経て、同年12月の整理会で復活することになる。

（2）整理会での復活 第2回民法整理会（明治27年12月21日）で、起草者は2項に但書（但別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス）を加えることを提案し、その理由を次のように説明した（富井政章）<sup>39</sup>。

2項に但書を加えましたことは、実体変更ではない。これは最初置いてあったのですが、削除になりまして、今またここに提出しました訳は、他と権衡を取って入れたのです。他は本条よりもっとはるかに疑いの少ない場合でも皆言っている。本条は、この但書がなければ、他と体裁が権衡を失うだけでなく、疑いがありそうに思います。それからもう一つの理由がある。初めは「反対の意思あるときはこの限りならず」としたが、この書き方が面白くないという説が起こった。これが削除の理由の一つであったかもしれない。こういう所は、「別段ノ定」と書くことに決まったから、他と同じように「別段ノ定」と書けば、聞こえもよくなるので置いたのです。

整理会では、ほとんど質疑なしで、提案通りに決定された。「反対ノ意思」を「別段ノ定」に修正した理由は、①「反対ノ意思」という書き方が面白くないと思われたこと、および、②こういう所は「別段ノ定」と書くことに決まったからであると説明されていた。前者（前記①）の内容は、この但書を削除した総会の速記録では確認することができない（前記3参照）。後者（前記②）については、この第2回整理会の時期が重要であると考え、このことは本稿の最後に記述する（後記（下）10参照）。ここでは、富井が「こういう所は、『別段ノ定』と書くことに決まった」旨を述べていることに注意しておきたい。

本条は、約1年後の整理会で「別段の定め」等の規定をめぐる激しい議論の場となるが、債権編の審議を踏まえた議論なので、やはり本稿の最後に整理する（後記（下）10参照）。

<sup>38</sup> 整理会速記録・注32所掲44頁。現86条1項に関しては後日談がある（同速記録309・310頁）。翌年の整理会において、財産法規定の整理がすべて終了した後に、現86条1項に建物を加えて、主査会原案（87条1項 土地、建物及び其定着物ハ之ヲ不動産トス）に戻すことが提案され、その理由として、土地と建物は別の不動産であることを明らかにすべきことが主張された。起草者（富井）は、現86条1項が土地と建物が一体を成しているか否かを定める規定ではないし、建物が不動産であることは疑いがないからここに規定する必要はないと説明した。さらに、梅は、提案のようにすれば「建物は土地の定着物でないように読める」ことを理由に反対した。裁決の結果、この提案は否決された。本条（本文の「86条の次」：整理会原案89条）が削除されたことは、土地と建物を一体とみる起草者の考えに影響していないことがわかる。

<sup>39</sup> 整理会速記録・注32所掲44頁

## 6 債権編総則

### 403 条（原案 402 条） 明治 28 年 1 月 15 日第 56 回法典調査会

原案 402 条 外国ノ貨幣又ハ紙幣ヲ以テ債権額ヲ指定シタルトキハ債務者ハ履行地ニ於ケル為替相場ニ依リ日本ノ貨幣又ハ紙幣ヲ以テ弁済ヲ為スコトヲ得但別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス

法典調査会で起草者（穂積陳重）は、趣旨説明として本条の但書について、次のことを述べた<sup>40</sup>。

本条は財産編 465 条 3 項に修正を加えたのです。これは、外国の貨幣で弁済すべきことを合意したときは、為替相場の損益を受けて債務者が日本の貨幣で弁済してもよろしいという規定になっています。本案も実質的にはほぼ同じことです。これもやはり特別契約を許すのだから、別段の定があるときは除くようにしたのです。

旧民法の財産編 465 条 3 項は、本条とほぼ同旨の規定であるが、本条但書に該当する内容はない。法典調査会の質疑では、「別段ノ定」は約束のことかという質問（末松謙澄）に対して、起草者は、「別段ノ定には、通常は、法律、命令、取引の性質、慣習および当事者の合意が入っているように、これまで使ってきているから、ここも同じであると答えている。

### 406 条（原案 404 条） 明治 28 年 2 月 1 日第 59 回法典調査会

原案 404 条 債権ノ目的カ数個ノ給付中選択ニ因リテ定マルヘキトキハ其選択権ハ債務者ニ属ス但別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス

法典調査会で起草者（富井政章）は、趣旨説明として、旧民法の財産編 428 条第 1 項及び第 2 項に字句の修正を加えたものである旨を説明したが、但書の説明はなかった<sup>41</sup>。質疑でも但書に触れるものはなかった。なお、財産編 428 条は、「①義務カ数個ノ格別ナル目的ヲ有スルモ債務者カ其中ノ幾個ノ供与ヲ為スニ因リテ義務ヲ免カル可キトキハ其ノ義務ハ選択ナリ ②供与ス可キ物ノ選択ハ債務者ニ属ス但其選択ヲ債権者ニ許シタルトキハ此限ニ在ラス」と規定した（3 項を省略した）。

### 420 条（原案 413 条） 明治 28 年 1 月 22 日第 58 回法典調査会

原案 413 条 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其額ヲ増減スルコトヲ得賠償額ノ予定ハ履行又ハ解除ノ請求ヲ妨ケス但別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス

法典調査会の趣旨説明（穂積陳重）に但書に関する説明はないが、本条の趣旨を次のように述べている<sup>42</sup>。

本条は、「過怠約款」に関する規定であり、財産編 381 条から 390 条までの 3 箇条を修正しました。修正した点は、この過怠約款を設けて損害賠償額を予定したときは、裁判所はその額を増減することができない。こ

<sup>40</sup> 日本近代立法資料叢書 3『法典調査会民法議事速記録三』21 頁（商事法務研究会、1984 年）。星野・注 6 所掲 162 頁に簡略な紹介がある。

<sup>41</sup> 速記録三・注 40 所掲 134 頁

<sup>42</sup> 速記録三・注 40 所掲 82 頁

の点が既成法典と異なっている主な点です。既成法典でも過怠約款を設けて損害賠償額を予定することを許すのが原則になっています。しかし、債務者の不履行もしくは遅延が債務者の過失のみから生じたとき又は一部不履行のときは、その数額を減らすことができるという例外があるのです。この点は、裁判所が予定額を変更できない方がよろしかろうと、私どもは考えたのです。

法典調査会の質疑でも、但書に関するものはなかった。

#### 423 条の前（原案 417 条） 明治 28 年 1 月 22 日第 58 回法典調査会

原案 417 条 債権ハ当事者及ヒ包括承継人ノ間ニ非サレハ其効力ヲ有セス但別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス

(1) はじめに 法典調査会の段階では、債権編総則の「第二節 債権ノ目的」は、「第一款 履行」、「第二款 賠償」および「第三款 第三者ニ対スル債権者ノ権利」で構成されており、本条は、第三款の冒頭規定として、債権者代位権および債権者取消権と共に置かれた。しかし、その後の民法修正案の審議において、現行法の構成に修正されるとともに、本条は削除された<sup>43</sup>。

(2) 法典調査会の趣旨説明 但書に関する説明はないが、起草者（穂積陳重）は、本条の趣旨について、次のように述べた<sup>44</sup>。

既成法典財産編 338 条と 345 条を合せてここに規定しました。債権の効力が当事者及び包括承継人の間でなければ有さないことは、当然のことだが、明文に挙げずにおくと、包括承継人まで効力が及ぶか分からないこととなります。そこで、二カ所にあつたのを一つにしてここに置いたのです。

法典調査会では本条の質疑はなかった。旧民法の財産編 338 条は「合意ハ当事者ノ相続人其他一般ノ承継人ヲ利シ又ハ之ヲ害ス但法律又ハ合意ニ於テ格別ノ定ヲ為シタル場合ハ此限ニ在ラス」と規定し、345 条は「合意ハ当事者及ヒ其承継人ノ間ニ非サレハ効力ヲ有セスト雖モ法律ニ定メタル場合ニ於テシ且其条件ニ従フトキハ第三者ニ対シテ効力ヲ生ス」と規定していた。

#### 437 条（原案 438 条） 明治 28 年 2 月 8 日第 61 回法典調査会

原案 438 条 連帯債務者ノ一人ニ対シテ為シタル債権ノ免除ハ其債務者ノ部分ニ付テノミ他ノ債務者ノ利益ノ為メニモ其効力ヲ生ス但別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス

法典調査会で、起草者（富井政章）は、本条の趣旨を、債務者の一人について免除する債権者の意思を法律上推定することにあると見て、次のように説明した<sup>45</sup>。

本条は財産編 506 条 2 項に実質的な改正を加えたものです。連帯債務者の一人に対して債務の免除をした場合について法律の規定を要する点は、もし別段の定がないときは、全ての債務者を免除したものと見るべきか、あるいは、その一人の債務者を免除したと見るべきかを定めることにあると思います。すなわち、法律上の推

<sup>43</sup> 日本近代立法資料叢書 15『民法修正案 第一編総則 第二編物権 第三編債権』48-49 頁（商事法務研究会、1988 年）

<sup>44</sup> 速記録三・注 40 所掲 100 頁

<sup>45</sup> 速記録三・注 40 所掲 189 頁

定を定めることが必要です。既成法典は、この点は、その一人を免除する意思が現れていない限りは総債務者を免除すると見る規定を置いています。これは普通原則に反しているだろう。その理由は、「すべて権利の放棄というものは推定することができないはずのものである」。債権者には、一人の債務者を免除する特別の理由があったのかもしれない。そう解釈するのが至当だろうと思います。もし全ての債務者を免除するのであれば、全ての者に対して免除しただろう。したがって、本条は反対の主義を採って、全ての債務者を免除する意思を現さない限り、その一人のみを免除したものを解するというふうの規定しました。

もっとも、このように規定するのであれば、本条は不要であると思う。しかし、前（筆者注：前条の相殺の絶対効と思われる）第2項と同じ理由で、その一人の負担部分については他の者についても債権者に対抗できる権利を与えることが至当であろうと思います。このことには明文が必要です。それで本条でこのように規定したのです。

法典調査会の質疑においても、本条の別段の定が、全債務者を免除する債権者の意思表示であることを前提に議論された<sup>46</sup>。

#### 440 条（原案 441 条）（2020 年 4 月に施行される改正法の 441 条）明治 28 年 2 月 8 日

##### 第 61 回法典調査会

原案 441 条 前六条ニ掲ケタル事項ノ外連帯債務者ノ一人ニ付キ生シタルモノハ他ノ債務者ニ対シテ其効力ヲ生セス但別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス

法典調査会で起草者（富井政章）は、本条の趣旨を次のように説明した（但書に関する説明はない）<sup>47</sup>。

本条に該当する規定は既成法典にはありません。ここにある「連帯債務者の一人につき生じたもの」とは、例えば、連帯債務者の一人の過失によって履行不能等の損害を生じたとか、過失なく生じた履行不能、債務者の一人に関する時効の停止、連帯債務者の一人に与えた連帯の免除、その他前数条に掲げていない一切の事項をいう。

既成法典は、時効の停止を除いて、利益になることと不利益になることを問わず、連帯債務者の一人に生じた事項は全て他の債務者に効力を及ぼすと定めている（債権担保編 61 条）。すなわち、連帯債務者間の代理関係を認めたという結果である。

本条では代理関係を認めません。その結果、債務者の一人に生じた事項は、別段の規定でない限り（筆者注：前六条のことであり、但書ではないと思われる）、他の債権者に対して効力が及ばないのが原則でなくてはならない。殊に、一人の過失の責任が他の債務者に及ぶとすることは他の債務者の負担が過重であり、当を得ないと思いますので、この結果を改めたので、このように変えたのです。

本条について法典調査会ではほとんど質疑なく、原案の通りに確定された。

<sup>46</sup> 速記録三・注 40 所掲 192 頁の富井発言等。

<sup>47</sup> 速記録三・注 40 所掲 205 頁

#### 445 条の後 (原案 448 条) 明治 28 年 2 月 12 日第 62 回法典調査会

原案 448 条 数人カ契約ニ依リ共同シテ債務ヲ負担シタル場合ニ於テハ各債務者ハ連帯シテ其履行ノ責ニ任ス但反対ノ定アルトキハ此限ニ在ラス

本条は、「第三款 連帯債務」の最後に置かれたが、この法典調査会で削除された規定である。法典調査会で起草者（富井政章）は、本条の趣旨を次のように説明した<sup>48</sup>。

本条は連帯債務に関する最も大切な条文です。そして、大切であるにも関わらず、我々には定まった考えがない。このように規定することについて、非常に迷い、決められないでいました。しかし、どちらかは原案を決めて出さなければならぬ。もし分担主義を採るなら何もなしでよろしいのですが、無しにして出すよりも、一応書いて出してみても、もし諸君の多数が悪いと言うのであれば削除されて少しも遺憾に思わない。

なお、原案 428 条には、現 427 条と同旨の規定があり、「数人ノ債権者又ハ債務者アル場合ニ於テ別段ノ定ナキトキハ各債権者又ハ債務者ノ平等ノ割合ヲ以テ権利ヲ有シ義務ヲ負フ」と規定されている。

法典調査会では、「連帯義務は日本の慣習にはなく、ヨーロッパの法律から来ているのだから、明示した場合にだけにする方がよい」という削除説が出され（横田国臣）、裁決の結果、削除された。

#### 447 条 1 項 (原案 449 条) 明治 28 年 3 月 8 日第 68 回法典調査会

原案 449 条 ①保証債務ハ主タル債務ニ関スル利息、違約金、損害賠償其他総テ其債務ニ従タルモノヲ包含ス但別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス

② 保証人ハ其保証債務ニ付テノミ違約金ヲ約諾シ又ハ損害賠償ノ額ヲ予定スルコトヲ得

法典調査会で起草者（梅謙次郎）は、本条の趣旨をかなり詳細に説明したが、但書の理解に関する内容は、以下の通りである<sup>49</sup>。

この規定は、実質的に既成法典と違いません。担保編の 4 条、5 条及び 8 条を一緒にしたようなものです。まず、4 条と 8 条の関係をみると、金額または定まった物に制限された保証は、利息、果実その他の付従物には及ばないが、損害賠償だけは及ぶとしている。それから主たる義務の無限の保証、すなわち、金額を限らず、物を定めず、単に保証人になった場合には、債務の元本のみならず、一切の利息、果実があれば果実、その他の付従物にやはり及ぶ。その付従物についても保証人が責任を負うことになっている。外国にこういう例は多いのですが、このように規定する必要はないだろうと私どもは考えます。保証人が自分で、利息については義務を負わずに元本だけについて義務を負うと言えば、利息について義務はないことは当然です。また、ある物について義務がある場合には、その物を給付することだけは責任を負うが、それから生じる一切の付従物については保証人にならないと言えば、その意思が行われることに間違いない。しかし、何も言わずに、ある一つの債務について義務をおうということであれば、元本だけということにはならない。利息その他の付従物に

<sup>48</sup> 速記録三・注 40 所掲 227 頁

<sup>49</sup> 速記録三・注 40 所掲 390 頁

ついても義務を負うことにならなければならない。

既成法典で奇妙な点は、金額その他の定まった物の保証は、一切の利息に及ばず、遅延利息に及ばないと言いながら、損害賠償の責任があるということにある。遅延利息は金銭債務の損害賠償であるから、普通の損害賠償は保証人が払わなければならないが、金銭債務の損害賠償まで保証人が払わなければならないことは理屈にならない。そんな区別をしなくても、当事者の意思解釈を土台にして、その意思が特に現れていないときは、主たる債務の履行をするという所から、全体の履行をする、すなわち、付従物までも加えた義務の履行をしなければならないということが当然であると思う。そういう考えから、本案では、別段ノ定だけを除いて、別段ノ定がないときには、保証債務の目的物は、主たる債務の目的物と全く同じ物という主義を取ったのです。

上記下線部には、本条が当事者の意思推定を基礎にしていることが示されている。旧民法の債権担保編の関係規定は次の通りであるが、本条1項の但書に該当する内容は無い。

- 4 条 保証ハ或人カ債務者ノ其義務ヲ履行セサルニ於テ之ヲ履行スルコトヲ諾約スル契約ナリ此約務ハ債務者ノ過失ニ帰ス可キ不履行ノ場合ニ於テハ債権者ニ賠償スル約務ヲ暗ニ包含ス
- 5 条①保証ハ主タル義務ノ目的ト異ナルモノヲ目的ト為ストキハ保証トシテハ無効ナリ ②然レトモ保証人ハ主タル債務者ノ諾約シタル物又ハ所為ノ対価トシテ不履行ヲ予見シタル過怠金額ヲ有効ニ諾約スルコトヲ得
- 8 条①金額又ハ定マリタル物ニ制限シタル保証ハ其利息ニモ果実ニモ其ノ他ノ付従物ニモ及フコト無シ ②然レトモ主タル義務ノ無限ノ保証ハ填補ノ利息、遅延ノ利息其他此債務ノ天然上、法律上又ハ合意上ノ付従物ニ及ヒ又主タル債務者ニ対シテ為シタル最初ノ訴ノ費用ト其訴ヲ保証人ニ告知シタル以後ノ費用トニモ及フ

法典調査会の質疑には、但書に関係するものはない。

#### 449 条（原案 451 条） 明治 28 年 3 月 8 日第 68 回法典調査会

原案 451 条 無能力ニ因リテ取消スコトヲ得ヘキ債務ヲ保証シタル者カ保証契約ノ時ニ於テ其取消ノ原因ヲ知リタルトキハ主タル債務者ノ不履行又ハ其債務ノ取消ノ場合ニ付キ同一ノ目的ヲ有スル独立ノ債務ヲ負担シタルモノト推定ス但反対ノ証拠アルトキハ此限ニ在ラス

法典調査会で起草者（梅謙次郎）は、本条の趣旨をかなり詳細に説明したが、但書に関係する内容としては次の通りである<sup>50</sup>。

本条は担保編 9 条とあまり違いありません。1 項は言わなくてもいいと思い、掲げませんでした。2 項の規定をここに掲げたのですが、9 条の書き方からは、この場合でも保証契約は成立していて、保証人の義務は保証債務として効力があるというように見える。事柄はほぼ同じようになると思いますが、学理上はそうなってはよろしくない。保証というものは、最初の箇条にあるように、主たる債務の履行の責任を負うのである。債務は二つ別々にあるにしても、同じ履行をすべき義務である。そうであるのに、主たる債務は取り消されて消えてい

<sup>50</sup> 速記録三・注 40 所掲 395-396 頁

るのに、保証人だけの債務が保証人として残るということは、保証の性質に反する。この規定の説明については学者の間に議論がある。

私どもの理解では、保証人が無能力者であることを知っていて、無能力者が取り消しても私が義務を尽くしましょうと約定した場合であれば、それは独立の債務を負ったのである。無能力者が能力を回復してから取り消さないが履行しない場合であれば、普通の保証のように、保証人が代わって履行するが、そうでない、仮に能力を回復しても私だけが義務を尽くすというのは、無能力者に約束したことを自分がしようという独立の債務を負ったものである。だからこれは保証ではない。当事者は法律に暗いから保証という語を使うかもしれないが、保証ではないので、これを明らかにするために、独立の債務というのをここに入れました。

9条2項は、これを絶対的に規定し、無能力者であることを知っていれば保証人は常に責任を負うことになっている。普通はこれでよいかもしれないが、場合によっては、無能力であることを知っているが、その無能力者の義務すなわち不完全な義務をそのまま保証するということは当事者の意思において随分ありうる。無能力者が後日に取り消せば仕方がないが、取り消さず、そして履行しないならば、私が履行しましょう、あるいは、認諾して後に履行しなかったならば、私が履行するという意味で保証することが、まるでないとはいえない。だから、反対の証拠だけは許しておいたほうが宜しいので、但書を加えました。

本条の但書は、反対の「証拠」という表現であるが、上記の下線部からは、本条が当事者の意思推定を基礎としていることが明らかである。なお、旧民法の債権担保編9条は次のように規定する。

9条①総テ有効ナル義務ハ之ヲ保証スルコトヲ得 ②無能力者ノ取消スコトヲ得ヘキ義務ト雖モ亦有効ニ之ヲ保証スルコトヲ得其義務カ裁判上ニテ取消サレタル後ト雖モ保証ハ其効力ヲ存ス但保証人カ其保証ノ際債務者ノ無能力ヲ知リタルトキニ限ル

法典調査会で質疑では、主に但書について議論された。その概要は以下の通りである<sup>51</sup>。

長谷川喬 前の議論で、反対の証拠を許すのが推定で、許さないのが看做すと書き分けると説明を受けた。そうであれば、推定するといえ、但書は不要ではないか。

梅 その通りで、だから但書を加えた。看做す規定には但書がない。推定規定には但書がある。

横田国臣 取消の原因を知っている場合は、私は、看做すでよいと思う。元（旧民法）の通りで。他の契約か何かで別段の定があればそれによることは当然である。私は、この但書に、債権者が取消の原因を知っている場合はこの限りにあらず、としておいて、保証人だけが無能力を知りながら保証をしたときは「見逃して直ちにやってしまう」（筆者注：「そのままにしておく」の意味か）。その代わりに、債権者も知っていたときは、「それは何もない」（筆者注：「保証人の責任は生じない」の意味か）。

「反対ノ証拠」というと、文面上は、知らないことの証拠があるときと見えるが、起草者の意がそうではないことは当然だろう（筆者注：「本条が誤って解釈される」の意味だと思われる）。それで私は反対の証拠は要らないと思います。反対ノ証拠でない、すなわち他にそうはしないということができれば、それは別段の契約とみてよろしい。

梅 既成法典のようにしたいという点は、実質上それでよろしいということになれば仕方がないが、今の説

<sup>51</sup> 速記録三・注40所掲397-399頁

明の理由であれば支障がある。……契約で特に負担したものと推定する。反対の証拠というのは、もし反対の証拠が立てられればこの推定は破られるぞという意味である。その意味をさらに明瞭にするために、初めは負担する意思あるものと推定すると書きましたが、あまり文章が長くなって。推定するとある以上は、「負担シタル」という文字の中に当然に意思が籠められているからよろしいというつもりで、意思という字は削ったが、しかし意味は意思あるものと推定するというつもりで、その意思が無かったことを証明してくれば決してこの箇条を適用すべきでないというつもりです。そういう場合は希でしょうが、まるでないとは言えない。

梅の説明からは、本条が意思推定の規定であることが、さらに明確になる。

この本稿（上）では、予決議案、民法総則編、物権編および債権編総則について、民法起草過程における「別段ノ定」等に関する議論を整理した。債権各則および明治28年の民法整理会における議論については、次の本稿（下）において、引き続き作業を続ける。