

【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（下）
—— 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 (2)**

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

この本稿（下）では、前記の本稿（上）に引き続き、債権各則および明治28年の整理会における議論について、民法起草過程における「別段ノ定」等に関する議論を整理する。

7 契約総則

第1款 契約の成立 521～528条（原案518～525条）明治28年4月16日第78回法典調査会

原案526条 前八条ノ規定ニ異ナリタル意思表示又ハ慣習アルトキハ其意思表示又ハ慣習ニ従フ

(1) 「前八条」とは 原案526条に掲げられた「前八条」は、原案518～525条を指し、これらの規定は、現521～528条に該当する規定である。

(2) 趣旨説明¹ 法典調査会で起草者（富井政章）は、契約の成立に関する規定に反する当事者の意思表示や慣習が少なくないことを想定して、これらに効力を与えることが「至当」だと説明してい

¹ 日本近代立法資料叢書3『法典調査会民法議事速記録三』737頁（商事法務研究会、1984年）

る。さらに、商事契約についても、完全に商事に限ることだけを商法に規定して、なるべく民法の規定で済ませることを意図していることを述べている。つまり起草者は、商事契約を含めて、当事者の意思や慣習を優先させることが「至当」だと判断している。

(3) 法典調査会での質疑² まず、他の規定で用いられている「別段の定め」と、本条の「異なる意思表示又は慣習」との違いを質問されて(長谷川喬)、起草者は次のように答えている。すなわち、別段の定めは、主に双方の合意または法律で別段の定めをする場合に用いるが、しかし、契約の成立に関する規定では、申込や承諾について一人で意思表示をする場合が主に想定されるから、用いる場面が異なるという趣旨を答えている。

次に、異なる意思表示があればその通りにしてよいことは当然であり、規定する必要がない旨の主張(横田国臣)に対しては、起草者は、契約の成立に関する規定だから、当事者が自分に都合のよい意思表示をしていいことに疑いはないから、意思表示に関しては規定しなくてもいいかもしれないが、ここでは慣習を規定しておきたかったので、慣習の前には意思表示を置いておきたかったと答えている。この点には、規定に反する慣習は当事者の意思推定の範囲で効力を認めるべきだという、富井の主張が踏まえられているように思われる。

第2款 契約の効力 533～539 条 (原案 531～536 条) 明治 28 年 4 月 19 日第 79 回法典調査会

原案 537 条 本款ノ規定ハ別段ノ定アル場合ニハ之ヲ適用セス

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³。すなわち、本款の規定は、すべて反対の意思表示がありうる規定であり、それがあつた場合には有効でなければならない規定であると述べている。さらに、意思表示だけでなく、法律にも別段の規定が考えられる例として、原案 532 条(現 534 条:債権者の危険負担)を示して、地上権や永小作権の場合に、目的物が滅失し、または、洪水で流された場合には、損失は債務者が負担しなければならず、法律にもそういう規定があるから、本条では広く規定したことを説明している(現 534 条は、2020 年 4 月に施行される改正法で削除されている)。

法典調査会では質疑なく、原案が可決された。

第3款 契約の解除 540～548 条 (原案 538～546 条) 明治 28 年 4 月 23 日第 80 回法典調査会

原案 547 条 本款ノ規定ハ別段ノ定アル場合ニハ之ヲ適用セス

法典調査会で、起草者(穂積陳重)は、本条の趣旨として、契約の解除に関しては、例えば、通知を要せずに解除するというような取引の慣習もいくらかあるだろうし、当事者の意思で別段の契約をすることにも支障はないから、「契約ニ別段ノ定」と書かずに、「別段ノ定」と書いたと説明した⁴。質疑はなく、原案が可決された。

² 速記録三・注 1 所掲 737-738 頁

³ 速記録三・注 1 所掲 799 頁

⁴ 速記録三・注 1 所掲 832 頁

8 契約各則

（1）贈与 551・552条（原案550・551条）明治28年4月26日第81回法典調査会

原案552条 前二条ノ規定ハ契約ニ別段ノ定アル場合ニハ之ヲ適用セス

ここに掲げられた「前二条」のうち、原案550条は現551条（贈与者の担保責任）であり、2020年施行の改正法では「贈与者の引渡義務等」となる。原案551条は、現552条（定期贈与）である。

法典調査会で起草者（穂積陳重）は、本条の趣旨として、次のことを述べている⁵。すなわち、契約で、「権利もしくは物の瑕疵については担保する」と言った、あるいは、「瑕疵を知っていても責任を負わない」と言ったとか、「負担付き贈与をするが瑕疵担保責任は負わないぞ」と言った、あるいは、「定期給付の場合でも相続人が継続する」と言ったような場合には、もちろん許してよいと思うから、本条を置いた。以上を述べている。

法典調査会の質疑では、まず、「別段ノ定」を契約に限定する必要性が問題になった。原案526条が「意思表示又ハ慣習」としたこととの関係を問われると（長谷川喬）、梅が原案526条では当事者の一方の意思表示が主に問題となるから異なると答えている。さらに、契約以外に、慣習や法律はないのかを問われると（箕作麟祥）、やはり梅が、慣習はあっても原則として契約を想定した方がいいと、やや強く主張して、やりとりが終わっている。梅が慣習を入れようとしなかったことは珍しいことに思われる。

次に、書面によらない贈与だが（原案549条・現550条）、取り消さない旨を約束した場合について、本条の適用を問う質問がでたが（穂積八束）、穂積陳重がそれは許さないつもりだと答え、これに対してさらに、公益を害さないから認めていいのではないかと反論されたが、法律行為だから解除条件を付けることができるという、的外れな答えで議論が終わっている。原案通りで確定された。

（2）売買

第1款 総則 557・558条（原案557・558条）明治28年4月30日第82回法典調査会

原案559条 前二条ノ規定ハ契約又ハ慣習ニ別段ノ定アル場合ニハ之ヲ適用セス

ここに掲げられた「前二条」のうち、原案557条は現557条（手付）に、原案558条は現558条（売買契約に関する費用）に、それぞれ該当する規定である。

法典調査会で起草者（梅謙次郎）は、本条の趣旨を、旧民法にはこれに該当する規定はないが、旧民法でも各場合ごとに契約または慣習を留保しているの、実際はほぼ同じであり、それをただ一緒に纏めて掲げたにすぎない旨を説明している⁶。

法典調査会の質疑では、費用に関して、例えば印紙はどちらが負担するかを法律で決めていることがあるから、「契約又ハ慣習」に限定しない方がいいという意見（横田国臣）、および、逆に、「得る」（できる）という規定だから契約で変えることができることは当然であり、公益に関係しないの

⁵ 速記録三・注1所掲853頁。契約各則の民法修正案に関して、浅場達也「契約法の中の強行規定（中）」NBL892号40頁以下（2008年）参照。

⁶ 速記録三・注1所掲893頁

だから規定の必要はないという趣旨の意見が出て（磯部四郎）、梅が次のように答えている。

まず、規定の必要性について、梅は、「得る」の規定でも、例えば「解除し得る」という規定で解除しない契約が許されるかは問題になるし、費用についても負担しない約束は問題になり得ることを指摘し、ただし、本条については、疑いが起こることよりも「むしろこれを見せたいという考えでした」と答えている。最後の趣旨は明瞭ではないが、規定に反する別段の定めが許されることを、あえて規定したかった、ということだと解される。

次に、契約・慣習に限定する必要性については、指摘の通りなので、限定を削除して、単に「別段ノ定」とする修正を提案した。これに対しては、「別段ノ定」はこれまで何度も出てきており、法律を含めて広くここに入ることになっているが、言葉として無理な話だから、意味はいいとしても言葉は改めるべきだということが要望された（土方寧）。

梅の修正案「前二項ノ規定ハ別段ノ定アル場合ニハ之ヲ適用セス」が確定して通過した。

第2款 売買の効力 560～578条（原案 561～579条）明治28年5月24日第88回法典調査会

原案 580条 本款ノ規定ハ契約又ハ慣習ニ別段ノ定アル場合ニハ之ヲ適用セス但第565条第567条第3項及ヒ第573条ノ規定ハ此限ニ在ラス

I 2017年改正法との関係　ここで対象となる諸規定は、2020年4月に施行が予定されている2017年改正法により大きく変更されている。しかし、ここではこの改正法に触れることができない。以下に示されるように、本条の成立の経緯が複雑で、改正法に触れることは、この経緯の整理の妨げになると考えるからである。本稿での現行法は2019年時点での現行法である。

II 「別段ノ定」を許さない規定　本条の但書に掲げられた原案565条と原案567条3項は、現564条と現566条3項に該当する規定であり、いずれも1年間の期間制限の規定である。原案573条は現572条（担保責任を負わない旨の特約）である。

III 本条の経緯　冒頭に掲げた原案580条（本条）は、法典調査会において修正したうえで提案された原案であり（以下では「修正原案580条」と呼ぶ）、当初は、それ以前の原案である570条と580条とに分かれていた（以下では「当初原案」と呼ぶ）。

当初原案570条は「前九条ノ規定ハ契約又ハ慣習ニ別段ノ定アル場合ニハ之ヲ適用セス但第564条第4項及ヒ第566条第3項ノ規定ハ此限ニ在ラス」であった(明治28年5月22日第87回法典調査会)⁷。この「前九条」（原案561～569条）は、売主の担保責任（現560～569条）に該当する規定である（該当する現行法の条数の差は、現564条が原案564条の第4項であったが、法典調査会において修正原案565条として独立の規定とされたことによる）⁸。

当初原案580条は「前六条ノ規定ハ別段ノ定アル場合ニハ之ヲ適用セス」（明治28年5月24日第88回法典調査会）⁹であった。この「前六条」（原案574～579条）は、現573条（代金の支払期限）

⁷ 日本近代立法資料叢書4『法典調査会民法議事速記録四』74頁（商事法務研究会、1984年）

⁸ 速記録四・注7所掲13頁以下（第85回法典調査会）、37頁・46頁（第86回法典調査会）参照。

⁹ 速記録四・注7所掲111頁

～578条（売主による代金の供託請求）に該当する規定である。

以上の2つの当初原案を1つにまとめたのが、本条（修正原案580条）である。

IV 趣旨説明 起草者（梅謙次郎）は、当初原案570条の趣旨説明（第87回法典調査会）¹⁰の冒頭において、後で審議する予定の修正原案580条（本条）の内容を掲げて、このように修正する理由を次のように説明した。すなわち、前に審議した原案564条からその4項を独立させることになったために、当初原案で掲げていた「前九条」が10か条に増加したが、「前十条ノ規定ハ云々但五百六十四条ノ場合ハ此限ニ在ラス」とは書けないし、間に2, 3か条を置くのも煩わしいことがその理由だと述べている。その趣旨は不明瞭であるが、対象となる条数が増えたので、そのままでは条文の構造が過度に複雑になり、2つに分けて規定することも難しいという趣旨であると考えられる。しかも、当初原案580条と合体することになったから、対象の規定は計16か条になるから、なおさらということになる。

さらに起草者は、本款には意思解釈の規定が「最も多い」から、本条但書に掲げた3か条だけが公益に関する規定であり、これ以外は慣習または反対の契約を許すことにしたと説明している。当初原案570条の審議における以上の説明は、異議なく認められた。

次に、当初原案580条（および修正原案580条）の趣旨説明において（第88回法典調査会）¹¹、起草者は、旧民法や外国法では各場合ごとに類似した規定を置いているが、本案では「一般に規定した方が便利だろうと思ったから一カ所に纏めて広い規定にした」と述べている。さらに、本条の但書に掲げた3か条は、いずれも請求期間に関する規定であり、長く放任しては公益上害があるから期間がおかれているのだから、それを契約で変えたり違う慣習を認めては、「法律の精神が貫徹されない」から、除外したと説明している。ただし、但書に掲げられた3箇条のうち、原案573条は担保責任を負わない特約の規定であり、期間制限の規定ではない。

V 質疑 当初原案580条の審議における以上の説明に対しては、「契約・慣習というのは、どういうことか」という質問があり（箕作麟祥）、これに対して、梅は、当初は広く「別段ノ定」と書いていたが、法律に反対の箇条があればここに規定しなくても当然に認められるから、ここでは「法律を除いた方が穏やかだろうと思うので」除いたと説明した。質疑としてはチグハグだが、他に質疑もなく、修正原案580条（本条）が認められた。

（3）消費貸借 589～592条（原案590～596条）明治28年6月7日第92回法典調査会

原案597条 前四条ノ規定ハ別段ノ定アル場合ハ之ヲ適用セス

I 「前四条」とは 当初は「前七条」とされていたが、原案597条（本条）の審議前に、3か条が削除されたために、「前四条」になった。この「前四条」は、現589～592条に該当する規定である。なお、現588条（準消費貸借）に該当する規定は整理会で挿入された（整理会原案586条。明治

¹⁰ 速記録四・注7所掲74頁

¹¹ 速記録四・注7所掲111-112頁

28年12月30日第12回整理会)¹²。整理会では「別段ノ定」との関係については説明されていない。

II 趣旨説明 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¹³。すなわち、本節の規定は、冒頭規定を除いて、いずれも「命令的な規定」ではない。反対の契約および慣習を許すべき性質の規定である。その中には規定しなければ多少疑いのあるものもありますから、ここに一束にして規定を置くことにした。以上のことを説明し、法典調査会では、質疑なく原案に決定された。

(4) 使用貸借 594~600条 (原案599条~604条) 明治28年6月11日第93回法典調査会
原案605条 前六条ノ規定ハ別段ノ定アル場合ニハ之ヲ適用セス

「前六条」は、現行594条~600条に該当する規定である。起草者(富井政章)は、原案605条について、「別段説明スルコトハアリマセヌ」と述べるだけで説明しなかった¹⁴。異議なく、原案で確定された。

(5) 賃貸借(第二款 賃貸借ノ効力) 606~616条 (原案609~620条)

明治28年6月25日第97回法典調査会

原案621条 前十二条ノ規定ハ別段ノ定アル場合ニハ之ヲ適用セス

I 「前十二条」とは 「前十二条」とあるが、原案621条の審議前に原案618条が削除されていたため¹⁵、「前十一条」に実質的に修正されていた(民法修正案620条では「前十一条」となっている)¹⁶。この11か条は、現行606~616条に該当する規定である。

II 趣旨説明 法典調査会で起草者(梅謙次郎)は、原案621条の趣旨を次のように説明した¹⁷。すなわち、旧民法では、外国法と同様に、反対の慣習または契約を採用することにして、財産編の多くの規定で個別に規定されているが、しかし、本案では、「賃貸借のように最も頻繁な契約で、かつ、直接に公益に関係が無いものは、なるべく、当事者の意思と慣習を採用する必要があるだろうと考えて」、一般的な規定として前12条の規定に反対の慣習または反対の契約を認めるように規定した。以上のように説明され、法典調査会では、異議なく、決定された。

(6) 雇用 624~630条 (原案628~639条) 明治28年7月2日第99回法典調査会

原案640条 本節ノ規定ハ契約又ハ慣習ニ別段ノ定アル場合ニハ之ヲ適用セス但第629条第633条第635条及ヒ第638条ノ規定ハ此限ニ在ラス

I 別段の定めを許さない規定 但書に掲げられた原案629条は雇用の節の冒頭規定(現623条)であり、原案633条は現626条(期間の定めのある雇用の解除)に、原案635条は現628条(やむを得ない事由による雇用の解除)に、原案638条は現631条(使用者についての破産手続の開始による解約の申入れ)に、それぞれ該当する規定である。

¹² 近代日本立法資料叢書14『民法整理会議事速記録』295頁(商事法務研究会、1988年)

¹³ 速記録四・注7所掲273頁

¹⁴ 速記録四・注7所掲421頁

¹⁵ 速記録四・注7所掲415-416頁

¹⁶ 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』73頁(商事法務研究会、1988年)

¹⁷ 速記録四・注7所掲302頁

II 趣旨説明 原案 640 条には、当初は「契約又ハ慣習ニ」の記述がなく、単に「別段ノ定アル場合ニハ」と規定されていた。起草者（穂積陳重）は、趣旨説明の冒頭で、原案の「別段ノ定」の前に「契約又ハ慣習ニ」を加えた理由が、原案 633 条の審議における質疑にあったことを説明している¹⁸。

III 法典調査会での質疑 原案 633 条は、現 626 条（期間の定めのある雇用の解除）に該当する規定であり、5 年を超える雇用期間がある場合には、5 年を経過した後に当事者の一方がいつでも解除できる旨を規定していた。これに対して、丁稚奉公の場合には幼年者を養育しながら雇用し、期間が長期に及ぶ例を挙げて、5 年間養育された丁稚が解除できることの問題性が指摘され（井上正一、長谷川矯）¹⁹、次の回の法典調査会で「商工業の見習者の雇用は 10 年とする」旨の但書を付加することでこの問題の解決を図ることになった²⁰。ところが、問題の指摘を受けたときに起草者（穂積陳重）は特別法で解決すべきことを主張し²¹、これに対して、原案 640 条の規定の仕方では特別法での解決ができないことが指摘された（長谷川喬）。すなわち、「別段ノ定」の内容は度々説明されてきたが、法律や慣習を含むことになっていて、しかも、原案 640 条は 633 条を除外しているから、特別法があっても 633 条の適用が排除されないことになることが、指摘された²²。

この指摘を受けて、原案 640 条が「契約又ハ慣習ニ別段ノ規定アル場合ニハ」と修正され、特別法の効力が但書によって制限されないようにしたわけである。起草者（穂積陳重）は、普通はそのような解釈はしないが、理屈はそうなるから修正する旨を述べている²³。

（7）請負 633～640 条（原案 640～647 条）明治 28 年 7 月 9 日第 101 回法典調査会

原案 649 条 ①本節ノ規定ハ契約又ハ慣習ニ別段ノ定アル場合ニハ之ヲ適用セス但第 639 条第 646 条及ヒ 648 条ノ規定ハ此限ニ在ラス

②第 644 条及ヒ第 645 条ノ期間ハ普通ノ時効期間内ニ限り契約ニ依リテ之ヲ延長スルコトヲ得

I 別段の定めを許さない規定 1 項但書に掲げられた原案 639 条は請負の節の冒頭規定（現 632 条）であり、原案 646 条は現 641 条（注文者による契約の解除）に、原案 648 条は現 642 条（注文者についての破産手続の開始による解除）に、それぞれ該当する規定である。

2 項に掲げられた規定は、制限付きで別段の定めを許す規定であるが、原案 644 条と原案 645 条は、現 637 条 1 項と現 638 条（請負人の担保責任の存続期間）に該当する規定である。

II 趣旨説明 起草者（穂積陳重）は、1 項については「格別長い説明は要りません」と述べて、但書に掲げられた規定の内容を説明しただけに止まる²⁴。

¹⁸ 速記録四・注 7 所掲 523 頁

¹⁹ 速記録四・注 7 所掲 475-476 頁

²⁰ 速記録四・注 7 所掲 493 頁

²¹ 速記録四・注 7 所掲 476 頁

²² 速記録四・注 7 所掲 477 頁

²³ 速記録四・注 7 所掲 523 頁

²⁴ 速記録四・注 7 所掲 581 頁

2項について、起草者は次のように説明した²⁵。すなわち、請負人の責任期間を原案 644 条および 645 条（現 637 条 1 項および 638 条）のように決めたが、何十年間請け負いますと言って担保の期間を自ら定めることがあるように、請負には特別の性質がある。当事者がこれだけ請け負うと言うときは許すのが当然であり、禁止する理由はないから、普通の時効期間内までは延ばすことができるようにした。以上のように説明した。

Ⅲ 法典調査会における質疑 本条 2 項の請負人の責任期間のうち、原案 645 条 2 項（現 638 条 2 項）の 1 年の期間制限は、工作物の滅失または毀損の原因である瑕疵の有無を短期間で確定させる必要があるから、「命令的」（延長を認めないよう）にした方がいいという意見が出た（重岡薫五郎）。これに応じて、起草者は本条を次のように修正する案を作成した（修正箇所は筆者が下線部を付した）。

①本節ノ規定ハ契約又ハ慣習ニ別段ノ定アル場合ニハ之ヲ適用セス但第 639 条第 645 条 2 項第 646 条及ヒ 648 条ノ規定ハ此限ニ在ラス

②第 644 条及ヒ第 645 条第 1 項ノ期間ハ普通ノ時効期間内ニ限り契約ニ依リテ之ヲ延長スルコトヲ得

異議なく、この修正案の通りに決定された。

（8）委任 644～656 条（原案 650～663 条）明治 28 年 7 月 19 日第 104 回法典調査会

原案 664 条 本節ノ規定ハ契約又ハ慣習ニ別段ノ定アル場合ニハ之ヲ適用セス但第 649 条及ヒ 661 条ノ規定ハ此限ニ在ラス

I 別段の定めを許さない規定 但書に掲げられた原案 649 条は委任の節の冒頭規定（現 643 条）であり、原案 661 条は現 653 条 2 号（当事者の破産による委任の終了）に該当する規定である。

Ⅱ 趣旨説明 起草者（富井政章）は、本条の趣旨を次のように説明した²⁶。すなわち、本節の規定はすべて「任意の規定であって、公益に関係がない」。だから、反対の約束で違う定めをすることができる。さらに、これまで特約と並んで反対の慣習があればその慣習も認めることにしておき、委任だけ慣習を認めないわけにはいかないから、慣習も含むことにした。以上のことを述べた。さらに、但書で除外した 2 か条について、起草者は、1 つは「委任の本質がきまるもの」（冒頭規定）で、もう 1 つは破産に関する規定であり、破産は公益に関するものとして、いつも別段の定めを許していないと説明した。

最後に、起草者は、当事者の解除権を認める原案 658 条（現 651 条）が但書により除外されていないことを踏まえて、解除権を特約で放棄できることに注意を要すると指摘した。旧民法の立場が不明であり、外国には委任の本質から委任者の解除権の放棄を認めない例もあるが、公益に関係せず、特約を認めても支障がないから、当事者の解除権を除外しないことにしたと説明している。

²⁵ 速記録四・注 7 所掲 582 頁

²⁶ 速記録四・注 7 所掲 690 頁

Ⅲ 法典調査会における質疑

(i)冒頭規定の除外²⁷ 雇用や請負も同じだが、委任の定義規定に当てはまらなければ委任ではないのだから、委任の節の規定が適用されないのは当然であり、但書で除外する必要はないという意見が出た（土方寧）。これに対して起草者は、但書がなければ規定しなくてもよいが、但書で除外する規定を置きながら、定義規定をそこに含ませなければ、逆に定義規定に反する特約を認めたと解釈される可能性が生じて不都合だと答えている。

(ii)破産規定の除外²⁸ 商品購入の委任の場合に、義務は委任者に生じて、受任者には生じない（筆者注：代理行為の効果は代理人ではなく本人に帰属することを意味すると思われる）から、破産の場合でも、財産権に関係がないときには、委任契約を継続する特約を認めてよい、という趣旨の意見が出た（田部芳、長谷川喬）。これに対しては、どんな場合にでも当事者の破産は直接間接に財産権に関係するという一般論や（富井）、継続的委任が当事者の破産により終了しなければ、破産後も委任の効力が持続して、他の債権者に損害を及ぼす可能性が生じることを理由に（梅）、起草者は但書で除外すべき必要性を主張した。なお、梅の発言の中に「破産の場合は、直接に公益を害することはない」が、継続的委任に問題が生じるという内容があり²⁹、公益性の有無の判断が微妙であること（または、他に理由があるときは公益性を持ち出さなくても済むということ）を示している。

(iii)「別段ノ定」の意義³⁰ 「別段ノ定」等に関する質疑をきっかけに、起草委員（富井と梅）の間に、慣習の評価をめぐる論争が生じた。

(a)議論の端緒 ①単に「別段ノ定」とした場合と、本条のように「契約又ハ慣習ニ」が前置される場合との区別について、および、②委任ではないが、雇用や請負には行政の規制が多く存在するが、本条によれば、契約や慣習では本節の規定を変更できるのに、命令では変更できないのか、という2点を問う質問が出た（穂積八束）³¹。

富井が、まず「別段ノ定」の使い分け（前記①）について、但書が付いている規定では「契約又ハ慣習ニ」を前置すること、そしてその理由は、「別段ノ定アル場合ニハ之ヲ適用セズ但第何条ノ規定ハ此限ニ在ラス」と規定すれば、但書で除外した「第何条」の規定は、法律によっても変更できないという解釈を生じる可能性があるから、法律によればどのような規定でも変えることができることを示す意味で、「契約又ハ慣習ニ」を前置していると説明した。

富井は、次に行政命令について（前記②）、憲法9条（「天皇ハ…命令ヲ発シ又ハ発セシム但命令ヲ以テ法律ヲ変更スルコトヲ得ス」）を参照して、法律が委任していない限り、民法の規定に反する内容を行政命令で規定することはできないから、必要な場合には法律で規制することになると答えている³²。

²⁷ 速記録四・注7所掲690-691頁

²⁸ 速記録四・注7所掲691-694頁、697-698頁

²⁹ 速記録四・注7所掲692頁

³⁰ 速記録四・注7所掲693-701頁

³¹ 速記録四・注7所掲693頁

³² 速記録四・注7所掲694頁

これに対して、さらに2点の意見が提示された(末松謙澄)³³。まず、「別段ノ定」の使い分け(前記①)について、富井が懸念する解釈は生じないだろうこと、および、その懸念よりも、富井が説明したような使い分けをすれば、「『契約又ハ慣習ニ』ト云フコトノアル時分ニハちゃんト範囲ヲ極メ其無イ時分ニハ範囲ガナイ」という解釈が生じることになるだろうから、もし意味に違いがないのであれば、「契約又ハ慣習ニ」を常に前置するか、または、前置をやめるか、いずれかに統一すべきだという意見が出された³⁴。起草者側は法律を含むか否かの意味で使い分けをしていたのだが、これに対して、法律でも変更できないという解釈が生じる可能性すなわち使い分けの必要性を否定して、形式的な統一性を求めた意見である。

次に、慣習について、慣習を含めることは「そんなに必要でもない」趣旨を富井も言っていたが(筆者注：本条の趣旨説明の内容だと思われる。前記Ⅱ参照)、民間の風俗習慣にはずいぶん勝手次第な慣習があり、簡単な方がよいから、余程理由がある場合を除いて、法規定に反する慣習を認めることはやめるべきだという意見が出た。

富井は、まず「別段ノ定」の使い分け(前記①)について、自分が懸念した解釈は前の審議で示されたもので(筆者注：雇用に関する原案640条の審議のことだと思われる。前記(6)Ⅲ参照)、その解釈が生じる心配がないように書いてくれと言われたからそうしたのであり、吾々も必要だとは思っていなかったし、統一性の要望はもつともだから、整理のときまでに起草委員で相談する、と答えた³⁵。

(b)慣習に関する富井の主張³⁶ 富井は、次に慣習について、「重大な問題である」と位置づけたうえで、規定に反する慣習の効力を認めれば、慣習を楯にして当事者が権利主張することを認めることになり、慣習の有無を裁判所が調査しなければならなくなるという理解を前提として、成文法を置く以上は、このような裁判所の負担は避けるべきであると主張した。そのためには、慣習は、売買の手付、申込承諾の規則、委任の報酬のような特別な場合についてだけ認めて、その他の場合には規定に反する慣習の効力を認めるべきではないと主張した。

富井は、さらに、特約と慣習の関係を次のように述べた。すなわち、規定に反する特約の効力は非常に広く認めてよく、そのことにより法律は任意法になる。明示されない、暗黙の特約でもよいので、確かな慣習があれば、慣習によるという当事者の意思が認められる場合があるから、慣習の効力が認められなくても特約または当事者の意思で効力が認められる。

富井は、最後に、これまで慣習を含めて起草してきた経緯を説明した。すなわち、慣習に関する自分の考えは、すでにこの議場で述べたが(筆者注：予決議案の審議での発言だと思われる。本稿(上)2(3)参照)、委任についてだけ慣習を外すことは不体裁だから、従来の方針の通りに本条の原案を書いた。しかし、慣習の効力を認めるとしても、法例に、規定に反しない慣習の効力を認める旨の一か

³³ 速記録四・注7所掲695頁

³⁴ 浅場達也「契約法の中の強行規定(下)」NBL893号48頁(2008年)に紹介されている。

³⁵ 速記録四・注7所掲696頁

³⁶ 速記録四・注7所掲696-697頁

条を置けば（筆者注：予決議案でそのように決まっている。本稿（上）2参照）、民法に一々規定する必要はなくなる。法例がいつ出るかわからないから、法例を頼みにできないという事情があって、個別に規定することになった。以上のように説明した。

(c) 慣習に関する梅の主張³⁷ 梅は、まず、必要がないのに慣習を認めることはないし、原案661条（現653条2号：当事者の破産による委任の終了）のように、公益に関する規定に反する慣習も認めないことになったが、しかし、公益に直接に関係しないことについては、法規定で慣習を改めるべきではないと主張する。その理由は、慣習は「時の必要」によって改まっていくものであり、時の必要がなくなれば禁止しなくても消滅していくし、必要のない慣習があっても、いつまでも残ることはないから、消滅するまで待っても支障がないからだ、と述べる。

次に梅は、慣習が地方ごとに区々になっていて数百年来その形が決まっていけないような国では事情が異なり、例えば、甲の土地では10の効力を持つ契約が、乙の土地では5の効力しかないことになれば、取引に影響が出てしまうから、一刀両断して慣習の効力を認めないことになるかもしれないが、ヨーロッパのある国ではそうであるかもしれないが、しかし、日本ではそういうことはないかと主張する。すなわち、明治維新によって、政治上だけではなく社会上の激変を経た日本で、旧来の慣習が残っている場合には、その慣習には実際上の支障がないと分析し、だから、直接に公益に関係しない限り、法律が無理をすることなく、慣習を認めるべきであると主張した。

最後に梅は、法例に一箇条置けば民法に一々規定する必要はない旨を主張した富井に反論する³⁸。すなわち、予決議案で決めた通りに、法例に「成文法ニ反セサル慣習ハ効力ヲ有スル」と規定しても（本稿（上）2参照）、実際の問題の解決に際しては、どの規定に反する契約や慣習が効力を認められるのか否かを判別することが困難であることを指摘して、これを可能な限り避けることが「法律ヲ作ル人ノ巧ミ」であると主張した。具体的には、面倒でも各規定ごとに反対の契約・慣習を許すということを規定すべきだというのが自分の持論であると説明している³⁹。

以上の、慣習に関する梅の主張に対して、政治的には、慣習を禁止して民事に合わない規定を作るよりも、なるべく円滑にいけるようにすべきであるが、しかし、法典を作る目的がどこにあるかを考えなければならないと指摘して、（契約法の）すべての節ごとに慣習に反するものはこの限りにあらずと規定して慣習を認めることは、その目的がどこにあるかも知らないようなことになり、あまりに酷すぎるから、特定の事柄に関する場合を除いて、慣習を改めるべきだという批判が主張された（末松謙澄）⁴⁰。

裁決では、破産に関する修正案が否決されて、原案の通りに決定された。

³⁷ 速記録四・注7所掲698頁

³⁸ 速記録四・注7所掲699頁

³⁹ 梅の「持論」については、浅場・注5所掲45頁以下参照。

⁴⁰ 速記録四・注7所掲700-701頁

(9) 寄託 658～666 条 (原案 665～673 条 : 673 条は条数が後記の原案と重複している)

明治 28 年 7 月 30 日第 107 回法典調査会

原案 673 条 本節ノ規定ハ契約又ハ慣習ニ別段ノ定アル場合ニハ之ヲ適用セス但第 664 条及ヒ第 667 条ノ規定ハ此限ニ在ラス

法典調査会で起草者(富井政章)は、本条について説明を要することはないと述べて、但書に掲げた 2 か条を説明したにとどまる⁴¹。原案 664 条は、冒頭の定義規定(現 657 条)であり、原案 667 条は現 660 条(受寄者の通知義務)に該当する規定である。

後者(原案 667 条)について、別段の定めを認めるべきではない理由はその第 2 項にあったが、本条の審議前にその第 2 項が削除されることになったため、原案 667 条を本条で除外する必要がなくなった。その結果、冒頭の定義規定だけを除外することになったために、本条は「前九条ノ規定ハ契約又ハ慣習ニ別段ノ定アル場合ニハ之ヲ適用セス」として、但書を削除することになった。

(10) 組合 668～688 条 (原案では「会社」 : 原案 675～696 条)

明治 28 年 9 月 9 日第 111 回法典調査会

原案 697 条 本節ノ規定ハ契約ニ別段ノ定アル場合ニハ之ヲ適用セス但第 674 条、第 680 条、第 681 条、第 683 条、第 686 条第 2 項、第 687 条第 2 号、第 4 号及ヒ第 692 条ノ規定ハ此限ニ在ラス

I 会社と組合 現行民法の「組合」は、旧民法では「会社」として規定され、現行民法の立法過程においても「会社」として規定されていたが、明治 29 年 3 月の帝国議会衆議院で「組合」に変更された⁴²。以下では、法典調査会の時に用いられていた「会社」の語をそのまま使用する。

II 別段の定めが許されない規定 但書に掲げられた原案 674 条は冒頭の定義規定(現 667 条)であり、原案 680 条は現 673 条(組合員の組合の業務及び財産状況に関する検査)に該当する規定である。原案 681 条は、本条の審議前に削除された。原案 683 条は現 675 条(組合員に対する組合の債権者の権利の行使)に、原案 686 条 2 項は現 678 条 2 項(組合員の脱退)に、原案 687 条 2 号・4 号は現 679 条 2 号・4 号(破産・除名による組合員の脱退)に、原案 692 条は現 683 条(組合の解散の請求)に、それぞれ該当する規定である。

III 趣旨説明 法典調査会で起草者(富井政章)は、本条の趣旨を、契約の規定だから反対の約束を許すという原則を規定すると同時に、契約の性質が許さない場合、または、公益上害がある場合には、反対の契約を許さないことを但書で示したと説明し、さらに、但書で除外した規定の内容を以下のように説明している⁴³。

674 条は「反対の約束を許せば、会社契約の性質がくずれてしまう」から除外しなければならない。

680 条は会社の業務を検査することを規定している。最初の会社契約で社員(現行法の組合員)の

⁴¹ 速記録四・注 7 所掲 821 頁

⁴² 広中俊雄編『第 9 回帝国議会の民法審議』60 頁、84 頁(有斐閣、1986 年)。組合に関する民法修正案の規定について、浅場達也「契約法の中の強行規定(上)」NBL891 号 29 頁(2008 年)参照。

⁴³ 日本近代立法資料叢書 5『法典調査会民法議事速記録五』31-32 頁(商事法務研究会、1984 年)

検査権を否定しておけばその特約が有効になるということになっては、常にそうすることになり、この権利が有名無実になるから、反対の契約を許さないことにした。

681条は削除されたので、修正してください。

683条（修正後の682条）は、債権者を保護する規定であり、各社員の負担部分が分からないときは均等の割合で債権を行使できるという規定です。社員間で契約して、債権者にそういう権利はないと決めても、効力が無い。これに効力があっては、債権者の保護が有名無実になる。ただし、債権者の保護を目的とするから、債権者との契約で社員が連帯責任を負うということは有効です。

686条（修正後の685条）は、退社を許す規定で、公益に直接には関係しないが、各社員の便利を図って、なるべく社員の身体を束縛しないで退社を許す規定である。最初の会社の契約で退社はできないと決めたら、どんな事情が生じても退社できないということになっては、退社を認めた規定が機能しなくなる。

687条（修正後の686条）の第2号は「破産」です。これはこれまでの例によって、反対を許さない。第4号の「除名」も同様であり、除名というのは、この社員がいては会社が大きな損害を受けるという重大な場合だから、最初の契約で、どんな悪いことをしても除名はできないというような約束をしたら、除名ができなくなるとしてはよほど困る。

692条（修正後の690条）は、やむを得ない事由があるときは、各社員は会社の解散を請求することができるという規定です。これも、極めて重大な事由のある場合に、各社員に与えた大切な権利である。最初に、重大な事由があっても社員は解散の請求はできないという契約をしたら、それが有効ということになっては、極めて不都合な結果を生じるだろう。

IV 法典調査会における質疑

まず、原案683条に反して「均等の割合で負担しない」という契約をすることが債権者を害することになるのかという質問が出た（長谷川喬）⁴⁴。これに対して富井は、会社の節で単に契約といえは社員間の契約を意味し、債権者と社員の契約ではないこと、および、社員間の契約で債権者の保護を強化することは許されるが、負担割合を知らない債権者に対して実際の負担割合でしか責任を負わないという秘密契約を認めれば、原案683条は無意味になると答えた。さらに梅が、社員間の契約の効力が第三者である債権者に及ばないということが、実はわかりきったことではないと指摘した⁴⁵。すなわち、債権者は会社契約時の債権者ではないから、債権者と取引する各社員は、一部は社員の資格で契約し、また、一部は会社の代理人の資格で契約するから、債権者側は、代理行為の相手方が代理人の代理権の内容を知っておく必要があるのと同様に、社員が責任を負う内容を知る必要性がある。もし本条がなければ、債権者は会社契約に従ってのみ権利行使できることになるが、債権者が会社契約を知ることはなかなかできない。以上の説明を、梅が加えている。

次に、原案686条2項は、会社の存続期間を定めたときでもやむを得ない事由があれば存続期間の

⁴⁴ 速記録五・注43所掲32頁

⁴⁵ 速記録五・注43所掲33頁

満了前に退社できると規定していて、本条但書はこの2項を別段の定めから除外しているが、やむを得ない事由がなくても退社できる特約がずいぶんあるようであり、この特約を認めないことには支障がある、という意見が出た（尾崎三良）⁴⁶。これに対して富井は、やむを得ない事由があっても退社を認めない特約を無効にする規定であって、退社の自由を広げる約束は有効であり、そのことは本条の規定の仕方から分かるかと答えている。

さらに、原案 691 条（会社ハ其目的タル事業ノ成功又ハ其成功ノ不能ニ因リテ解散ス：現 682 条）が但書で除外されていないことについて、事業が成功したら会社は解散することにした方が世の中の利益になるし、事業の成功が不能になれば解散しなければならないとすべきだという意見が出た（元田肇）⁴⁷。これに対して富井は、成功したか否か、成功が不能になったか否かの判断が分かれる場合があるから、解散は決議で決めるか、裁判所が判断することにして、本条但書から除外したと説明した。さらに富井は、誰が見ても成功した、または、成功が不能になった場合でも、当事者が別段の手続きを決めたのであれば、それまで解散していないことに支障はないと説明した⁴⁸。

富井の説明に対しては、決議によるとしても、決議は成功または成功の不能を調べる手続きに過ぎず、成功または成功の不能があれば解散することに変更がない旨が指摘され（横田国臣）⁴⁹、原案 691 条を但書に入れることが提案されたが（元田）⁵⁰、富井は、成功または成功の不能があっても、それだけでは当事者が解散しない場合には、当事者の決議で解散を認めないことは窮屈であると主張し、梅は、成功または成功の不能と決議や裁判との違いは、解散の時期の違いに過ぎない旨等を主張して⁵¹、裁決の結果、本条は原案の通りに確定された。

（11）終身定期金 690 条（原案 698 条）明治 28 年 9 月 11 日第 112 回法典調査会

原案 698 条 終身定期金ハ日割ヲ以テ之ヲ供与スルコトヲ要ス但別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス

I 趣旨説明（梅謙次郎） 但書に關係する説明としては以下のことがある⁵²。本条は旧民法の財産取得編第 172 条とほぼ同旨であるが、その第 2 項は掲げなかった。この第 2 項は、「年金ヲ前払ヒスヘキ時ハ債務者ハ既ニ仕払ヒ時期ノ始マリタル全一期分ヲ負担ス」と規定したが、このように干渉するには及ばない。本条では「別段ノ定」を認めたから、別段の定めでどのように定めてもよろしい。前払いをするという一つの約定で、第 2 項のように、いつも全一期分を取ることができるというのは、あまりにも早呑み込みの推定ではないか。こういうことは別段の定め任せにしておけばよろしいだろう。以上の説明がある。

II 法典調査会での質疑 但書に関して、単に「別段ノ定」とする場合と、これに「契約又ハ慣習ニ」を前置する場合との使い分けについて質問があり（長谷川喬）、これに対して梅が以下のこと

⁴⁶ 速記録五・注 43 所掲 33-34 頁

⁴⁷ 速記録五・注 43 所掲 34-35 頁

⁴⁸ 速記録五・注 43 所掲 35 頁

⁴⁹ 速記録五・注 43 所掲 35-36 頁

⁵⁰ 速記録五・注 43 所掲 37 頁

⁵¹ 速記録五・注 43 所掲 37-38 頁

⁵² 速記録五・注 43 所掲 51 頁

を説明している⁵³。

これまでは、単に「別段ノ定」と書く場合は、契約や慣習だけでなく他のものも含んできたが、この言葉をもっと明らかにするようにこの前に求められ（委任に関する原案 664 条の審議における末松謙澄の発言。前記(8)Ⅲ(iii)(a)参照)、ここではできないが、整理の時に改める必要があるかもしれない。本条に関しては、恩給のような特別法による別段の定めがあるので、広く「別段ノ定」にした。以上のことが説明された。

本条の文言を、「供与する」ではなく、「計算する」に修正するべきだという意見が出て、この点は起草委員に任せることにして、原案が確定された。

9 事務管理

697～702 条（原案 706～711 条） 明治 28 年 9 月 18 日第 115 回法典調査会

原案 712 条 本章ノ規定ニ異ナリタル慣習アルトキハ其慣習ニ従フ

起草者（穂積陳重）は、本条の趣旨を次のように説明した⁵⁴。事務管理から生じる債権は、法規定により生じるから、契約で別段の定めをすることは少ないが、これと異なる慣習があれば、その慣習に従うことは許してよい。徳川時代の法律を調べると、五人組の義務があり、耕作できなくなった者がいたら他の者が耕作し、その場合には自己の作物と同様に注意するとか、荒地地があれば最寄りの者が耕作するとか、法律上の義務が五人組に課されていた。これが法の義務でなくなれば、直ちに事務管理になるが、今は慣習として存在しているだろう。元々がこのような義務だから、本章の規定とは違って、反対請求権や直接請求権がないような慣習があれば、これに従うという規則を置いた。以上のように説明されて、質疑なしで、原案の通りに決まった。

10 明治 28 年（12 月）の整理会

87 条 2 項（整理会原案・修正案 88 条 2 項） 明治 28 年 12 月 20 日第 6 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 27 年 12 月 21 日第 2 回民法整理会）

原案第 88 条第 2 項 従物ハ主物ノ処分ニ随フ但法令、慣習又ハ法律行為ニ別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス

修正案（富井政章提出）

第 88 条第 2 項但書ヲ左ノ如ク改ムルコト

第一案 但別段ノ意思表示アルトキハ此限ニ在ラス

第二案 但法律行為ニ別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス

（備考）右修正ノ趣意ニ従ヒ後ニ在ル多クノ同一条文ヲ改ムルコト但特ニ別段ノ慣習又ハ命

⁵³ 速記録五・注 43 所掲 53 頁

⁵⁴ 速記録五・注 43 所掲 154 頁

令ノ効力ヲ認ムル必要アルモノハ此外トス

I はじめに ここでは、明治28年の民法整理会における87条2項に関する議論を整理する。民法総則編の規定であるにもかかわらず、本稿の最後に位置づけた理由は、前に述べたように（前記本稿（上）3、5参照）、総則編から債権編までの起草作業を終えて、最後の整理段階における議論だからである。本稿でここまで紹介してきた議論の全体を踏まえる必要があると考える。

本条に関する、ここまでの経緯は前記本稿（上）3および5における本条の紹介に譲るが、ここでも次のことを確認しておきたい。本条2項但書は、明治27年2月23日の主査会では「但反対ノ意思アルトキハ此限ニ在ラス」であったが、同年3月16日の総会で但書が削除され、そして、同年12月21日の第2回整理会で復活した際には「但別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス」となっていた。

「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、但書が削除された総会の速記録では確認することができないが、後者（前記②）については、第2回整理会の時期が重要であると考えられる。

「別段ノ定」と書くことに決まった協議自体を確認することはできていないが（後記(3)II参照）、本稿の作業では、物権編（前記4）の249条・251～253条を審議した明治27年9月18日の案では「規定ニ異ナリタル契約アルトキハ」となっていて、これより前の案に「別段ノ定」はあまり出てきていない（「86条の次」と176条のみ）。ところが、第2回整理会後になる債権編総則（前記5）ではほとんどの案が「別段ノ定」になっている。すなわち、明治27年12月の整理会の前後で、明らかに変化が生じている。本稿の作業の段階では、この時期の整理の作業において、起草委員（富井、梅、穂積）の協議があり、用語法の統一が行われたと推測する。その整理会で87条2項但書を挿入する趣旨について、富井が「こういう所は『別段ノ定』と書くことに決まった」⁵⁵旨を述べていることはその論拠になるだろう（前記5参照）。ただし、その後の契約法の審議で、「別段ノ定」に「契約又ハ慣習ニ」を前置するか否かの問題が生じることになる。

ここでは、梅（および穂積）の原案に対して、富井の修正案が同時に提出されるという異例の展開が生じた。

II 原案の趣旨説明（梅謙次郎）⁵⁶

(i)別段の定め 「別段ノ定」の意味は、当初は多少疑いがあったが、委員からの質問に対して吾々は、この中に「法令、慣習及ビ法律行為」が含まれていると答えてきた。特に本条はそうでないと不都合である。「従物は主物の処分に従う」ことに関しては、これと異なる法規定が予想されるが、法律が本条と異なる扱いをすることには問題がない。

(ii)行政命令 鉱業、商業、警察の取締り等で、主物と従物を別々に処分する命令が随分ありそ

⁵⁵ 整理会速記録・注12所掲44頁

⁵⁶ 整理会速記録・注12所掲141-142頁。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）、特に162頁以下は、ここでの議論を詳細に紹介して整理している。なお、梅と富井の対立は、委任の節で鮮明になっていた。前記7(8)III(iii)参照。

うに思える。これができないと非常に不便である。「従物は主物の処分に従う」ということは、公益に関することではなく、意思が不明瞭なときの取り扱いを決めたに過ぎない、意思表示の規定と違っていい。だから、命令を含めた法令で決めてもよろしいと思う。

富井は命令を入れることに反対するが、どうしても必要だと思う。公益に関することではないし、必要だから命令が出されるのだから、念のために命令を入れておき、権利の消長に関する大問題なら命令では替えることはできないことにしたらよい。

(iii)慣習 農家が土地を売るときに、その従物である付属物を付けて売らないという慣習があると思う。家を売るときにその付属物を付けて売らないという慣習もあるだろう。これらの「慣習は定まっている」と考える（筆者注：慣習の存在は確かである、という意味か）。

富井は慣習を入れることに反対するが、慣習には、「压制」で無理に押しつけられたのではない慣習もあるから、公益に関せず、当事者の意思でどうにでもできることについては、規定に反する慣習を認めてよい。中でも、旧民法の延期派が、民法は従来の慣習に反しているから経済上の混乱を多く生じさせることを理由の一つにしたのだから、慣習を压制だと決めつけてしまって、慣習に従わないことは穏当ではない。

(iv)明文の必要性 法律行為の方も定まっている（筆者注：法律行為の方は当然に決まっている、という意味か）。すなわち、一切の物を付けて売るか否かは当事者の考え次第である。明文がなくてもこれが有効なことは疑いがない。しかし、命令や慣習は、明文がなければならない。

Ⅲ 修正案の趣旨説明（富井政章）

(i)法典全体にわたる大問題⁵⁷ 原案の趣旨は、本条に反する命令と慣習を許すことにある。本条だけであれば私も構わないが、しかし「別段ノ定」はこれから続々と出てきて、債権編では非常に多くなり、そこで命令と慣習を許せば非常に困ったことになる。私の目的は債権編だが、本条で現れたので、ここで論じる。

(ii)別段の定め⁵⁸ 当初は「別段ノ定」の範囲は決まっていなかったと思うが、債権編に入ってから何度も質問があり、命令が入るとか慣習が入るとかで、だんだん範囲が膨らんできた。本条但書は一度削除されたが、しかし、「従物は主物の処分に従う」とことと異なる契約は、物に関する規定だから許されないという解釈が生じては困るということになった。旧民法に本条と同旨の規定があり（財産編41条）、そこでは「反対ノ証拠アルトキハ此限ニ在ラス」とされたが、当事者が反対の約束をする場合を想定した規定である。「始めも命令、慣習も入れても宜しいというような考えがあったのでしょうが、後に広い意味になった文字をここに置くことになってしまった」（筆者注：前年の第2回整理会の前に行われた起草者の協議内容だと思われる。前記(1)参照）。仮に、諸君の考えが当時から命令も慣習も含む意味であったとしても、私の意見は、「別段ノ定」には原則として命令と慣習を含ませるはならないということである。

⁵⁷ 整理会速記録・注12所掲142頁

⁵⁸ 整理会速記録・注12所掲142-143頁

(iii)慣習 (a)予決議案の趣旨⁵⁹ 「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」を、予決議案として決定した。しかし、法規に反する慣習の効力を認める規定を成文法に多く置いて、多くの場合に法規定より慣習を優先させてしまえば、成文法より慣習が優先することになる。このようなことは、区々曖昧な各種の慣習を、明確な規定に直して人民の権利を担保するという法典編纂の目的に反する。「法規に反しない慣習の効力を認める」という予決議案の趣旨は、規定に反する慣習は特別の場合に限って認め、特別ではない場合、すなわち原則としては認めないことだと解するほかはない。

(b)外国人との取引⁶⁰ 法典は条約改正のために作るわけではないが、事実、条約改正ということが起こっていて、今後は外国人との取引が増加するだろう。規定に反する慣習の効力を認める条文を債権編のほとんどの規定につければ、区々曖昧な各種の慣習を知らない外国人は、契約取引をできないことになる。外国人を困らせてもよいというのであれば、条約改正や内地雑居などははじめから間違っている。

(c)裁判所の負担⁶¹ 法規に反する慣習の効力を認めれば、当事者は慣習を理由に権利を主張してくる。慣習の存在を証明しなければならないが、当事者は必ず証明を試みるし、「その場合に、裁判所は目をつぶっていることはできない。一応、調べなければならない」。このような裁判所の負担を避けるために法典を編纂するのである。

(d)意思解釈と慣習⁶² 特別な場合には慣習を認める必要があるが、さらに、認めなければならないほど確かな慣習があれば、当事者の意思解釈で同じ結論に至る。確かな慣習があれば、当事者はその慣習に従ったと推定でき、それで十分である。従って、慣習は、規定に反しない範囲内において、および、特別に必要な場合に認め、その他の場合は意思解釈でいく。

(e)任意法の意義 任意法に反する慣習は許される、ということはない。反対の意思表示を許すのが任意法で、許さない方が命令法である。つまり、任意法・命令法は、意思表示に対することであって、慣習ではない。

(iv)行政命令⁶³ 法律が、規定と異なることを定める権限を行政に委ねることは、憲法の上で慎まなければならない。法理上はできることであるが、そうしなければ非常に不便であるという確かな見定めがついた場合でなければ、してはならないことである。所有権の行使は「法令の制限内において」認められるが（現 206 条）、ここで命令の効力を認めておかなければ、警察権を行うことができない。外国人や法人についてもそうである（筆者注：現 3 条 2 項、現 35 条、現 36 条等を指すと思われる）。以上のような場合には命令の効力が認められるが、しかし、債権契約について、非常に多くの規定で行政に委任することは、憲法の上で反すると思う。法規に反することを定める権限を、

⁵⁹ 整理会速記録・注 12 所掲 143-144 頁

⁶⁰ 整理会速記録・注 12 所掲 144 頁

⁶¹ 整理会速記録・注 12 所掲 144-145 頁

⁶² 整理会速記録・注 12 所掲 145 頁

⁶³ 整理会速記録・注 12 所掲 145-146 頁

どうしても行政に委任するのであれば、そうしなければ不便であるという見定めがつく場合に限定しなくてはならない。見定めがつかない場合には、法律ですべきである。

(v) 意思表示⁶⁴ 「別段ノ定」の「定」が「強い字」であるから、明示が必要だと解されることを避けるために、修正案の第一案は「別段ノ意思表示」とした。「法律行為ニ別段ノ定」とした第二案は「念のために書き添えた」。

IV 梅の反論 (i) 反論の経緯 修正案に関する富井の趣旨説明の後に、若干の質疑を挟みながら複数回、梅が富井に対して反論している。梅と富井の間の意思疎通の問題を除き、内容的な反論は以下の通りである。

(ii) 本条だけの問題⁶⁵ ここで審議するのは、本条の「文字」の善し悪しの問題である。ここで一旦決めた以上は、この後の条文がすべて同じになることを考えなければならないことはまったくない。別段の定めから慣習や命令を除外した規定は、物権にも債権にもある。本条について、債権編や物権編のことを論じるのは問題外である。

(iii) 慣習 (a) 任意法の意義⁶⁶ 任意法は契約で自由に変更できるのだから、明らかな慣習があって、長期間、一般的にこういうものと慣習で決まっている場合には、契約でさえ自由にできる事柄については、任意法に反する慣習を認めていい。

(b) 日本法の特殊性⁶⁷ 西洋の法典の多くは、既に実際に行っている慣習を基礎にして書き上げたものであるが、しかし、日本はそうではない。少しは慣習を調査したが、短期間ではわからない。多くの事柄が地方により異なるし、封建制度が行われていたから、なおさら調査が困難である。正直に言えば、このためやむを得ず、日本の法典は西洋の学問を土台に作ったことを白状しなければならない。そこで、西洋の学問を土台として、なるべく従来の慣習と背馳しないようにするのが、吾々の務めだと思う。この法典が実施されたときに、日本の社会によく当てはまっているか、支障がないか、内心大いに疑っている。最大限の努力をして起草しているつもりだが、日本国中のことについて掌を指すようにはいかないから、実施したらどんな欠点や支障が出るのかわからない。だから、支障の無い限りは、外国の法典より広く慣習を認めることが日本では必要である。

(c) 意思解釈との関係⁶⁸ 「明らかな慣習があれば意思解釈でいける」というのは無理である。法規定が非常にあいまいであれば可能かもしれないが、はっきり書いてある場合には無理である。予期できなければならないから、明らかな慣習であっても、慣習による場合にはそれを規定に書くか、何かではっきりわからなければならない。

(d) 杞憂 慣習を入れると訴訟が増えるというのは杞憂である。外国人が慣習を知らないから困るといことも杞憂である。どの国でも商法の規定により商慣習を広く認めてい。外国人が取引するこ

⁶⁴ 整理会速記録・注 12 所掲 146 頁

⁶⁵ 整理会速記録・注 12 所掲 148 頁、151 頁および 153 頁

⁶⁶ 整理会速記録・注 12 所掲 151 頁

⁶⁷ 整理会速記録・注 12 所掲 151-152 頁。星野・注 56 所掲 173 頁は、原文で紹介している。

⁶⁸ 整理会速記録・注 12 所掲 157 頁

とは商業上が最も多い。そこで商慣習を認めなければならないことが一般に認められているのだから、それより適用の少ない民法において、慣習の存在を理由に外国人が困るとするのは杞憂である。

V 整理会における質疑 (i)本条の問題だけか これまで時間を費やして議論してきたから、本条2項の字句修正だけでなく、後日のために、起草委員を束縛する意味で予決問題として多数決で決めておくことを求める意見が出され(土方寧)、富井も修正案の備考に書いたこと(修正ノ趣意ニ従ヒ後ニ在ル多クノ同一条文ヲ改ムルコト)を決めることを要望したため⁶⁹、裁決したが、その結果、本条の問題だけを審議することになった。

(ii)本条の修正 最後の裁決の結果、富井の修正第一案(但別段ノ意思表示アルトキハ此限ニ在ラス)に決定された⁷⁰。しかし、命令や慣習を除外することについては、梅と富井のやりとりの他は、実質的な意見等は出ていない(慣習と意思解釈に関しては穂積の反論があったが、富井に論破されている⁷¹)。富井も、本条の場合だけであれば命令や慣習を入れても「異議はない、どちらでも構わない」と述べていた⁷²(梅・穂積の原案より自分の修正案の方がいいことは留保していた⁷³)。第二案の法律行為ではなく意思表示にすることについては、「定」の字を避けたという富井の説明があるだけである(前記Ⅲ(v))。

90条・91条・92条(原案も同じ) 明治28年12月24日第8回民法整理会および同年同月26日第9回民法整理会

原案90条 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効トス

原案91条 法律行為ノ当事者カ法令中ノ公ノ秩序ニ関セサル規定ニ異ナルタル意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ従フ

原案92条 法令中ノ公ノ秩序ニ関セサル規定ニ異ナリタル慣習アル場合ニ於テ法律行為ノ当事者カ之ニ依ル意思ヲ有セルモノト認ムヘキトキハ其慣習ニ従フ

I はじめに 原案91条および原案92条は新設規定であり、原案90条は第21回民法主査会(明治27年3月2日)で審議された主査会原案95条である⁷⁴。

原案90条は、上記3か条のために法律行為の章に総則を置くことになったために、意思表示の節から移された規定である。原案91条について起草者(富井政章)は、原案92条を規定する前提として必要な規定であり、意思主義ではなく意思表示主義を原則として採用したことを明らかにする規定だと説明している⁷⁵。ここで実質的に審議の対象となったのは原案92条である⁷⁶。

⁶⁹ 整理会速記録・注12所掲159頁

⁷⁰ 整理会速記録・注12所掲160頁

⁷¹ 整理会速記録・注12所掲155頁

⁷² 整理会速記録・注12所掲142頁

⁷³ 整理会速記録・注12所掲149頁

⁷⁴ 整理会速記録・注12所掲657頁

⁷⁵ 整理会速記録・注12所掲213頁

⁷⁶ 整理会速記録・注12所掲206頁、212-213頁

II 起草者（富井）の説明

(i) 審議の背景 第6回整理会で「別段ノ定」について大いに議論が起こったが、同一の規定が、これから債権編に入ると沢山出てくる。特に契約では各節ごとにある。第6回整理会の結論によれば、各規定ごとに議論することになるが、そうなっては議事の進行を非常に妨げることになり、今月中に審議を終えるはずが、いつ終わるかかわからない。それは仕方がないが、そういうことをしていると、全体の整理が終わって議決するとき、前後の平仄が合わず、前後不揃いになる恐れが大いにあり、それが最も気になることであり、避けたいと思う。そこで今朝、吾々が協議して、双方が多少の譲歩をして、この問題の始末をつけることに決めた。

(ii) 原案92条の趣旨 この問題は理論の問題でもあるが、むしろ実際の利害で対立していた。意見が分かれていたのは原案92条に関してである。

当事者の意思表示がない場合に、私から見て反対説では、法律の規定よりも慣習による方がよろしい。私の方では、漠然とした慣習よりも、法律によった方がよろしい。しかし、どちらも当事者の意思によることができれば、それがよろしいことでは一致している。だから、当事者の意思表示がなくても、状況から当事者の意思に反している場合には慣習によらず、そうではない通常の場合には当事者が慣習による意思であると認めることで、慣習が行われることになる。

(原案92条により) 意思表示がないときは慣習に従うことになるから、私の反対論者にとっては慣習が一般の場合に行われることになり、私にとっても「希望する道筋から良いことになって」満足する。

明示の意思表示がない場合に、「腹の中に持っている意思」に反して慣習が行われる可能性が一番気になる。しかし、意思表示がなくても、当事者は慣習に従う意思であろうと、状況によって裁判所に認められる場合には、慣習に従うとしておけば、慣習の適用によって当事者が損害を受けることはなくなる。裁判所も裁判しやすくなり、当事者が困らないように裁判することができる。

III 整理会での質疑 字句修正に関する質疑があった後で、富井が次のように発言した⁷⁷。すなわち、この案が通過すれば、債権の中にある「別段ノ定」という所は、たいてい削除されることになる。文章の都合や命令法か否かに疑いがある、何か特別事情がある場合には用いるが、まず十中八九は削れることになる。以上のことを述べた。

さらに、字句修正の質疑を経てから、「大変うまく折り合ったようだが、92条の適用は実際上は不便であり、民法のどの規定が公の秩序に関するののかについて不便を感じるだろう」という趣旨が指摘された（土方寧）⁷⁸。これに対して梅は「夫レ丈ハ仕方ナイ譲タ」とだけ答えた。結局、若干の字句修正のうえで、原案が決定された。

⁷⁷ 整理会速記録・注12所掲214頁

⁷⁸ 整理会速記録・注12所掲216頁

1.1 おわりに

(1) 「別段ノ定」等を認める規定に関する議論の流れ

I 任意規定の明確化から「別段ノ定」の明確化へ 当初の総則編および物権編では、「反対ノ意思」、「異ナリタル契約」等の語が用いられ（物権編では「反対ノ証拠」も多い）、そこでの議論では、当事者の意思が法規定に優先する場面を明らかにすること（任意規定の明確化）が重視されていたと思われる。明治27年12月の整理会前に3人の起草者が協議して「別段ノ定」の語に統一することになったと思われ、債権編総則では主にこの語が用いられた。ところが、今度は「別段ノ定」の内容が問題にされるようになり、原則として法律、命令、取引の性質、慣習および当事者の合意が含まれると説明されたが（前記403条参照）、契約法に入ると、「契約ニ」または「契約又ハ慣習ニ」の語が「別段ノ定」の語に前置される場合が生じ、委任の節まできたときに、これらの語を前置する場合としない場合の使い分けについての質疑から端を発して、慣習に関する梅と富井の対立が鮮明化し、明治28年12月の整理会での激論に至った。以上の議論の流れからは、「別段ノ定」の語に統一したことにより、任意規定の明確化の問題が「別段ノ定」の内容の明確化の問題に変化したように思われる。

II 「別段ノ定」等の削除 「別段ノ定」等の語を用いる規定は、公益に関することを主な理由とする「命令法」（強行規定）ではない「任意法」であることを示す目的で置かれたが、慣習と任意規定の優劣が起草者間の争点となったために、92条の新設と「別段ノ定」の語を用いる規定の削除とが妥協の結果としてもたらされた。このときの「妥協」の内容としては、富井の説明（前記11「90条・91条・92条」II(ii))を含めて、当事者の意思と慣習との関係を一般規定として92条の内容にとどめること、および、両者に関する（「別段ノ定」等の）個別規定の多くを削除することのようである。削除することがどういう意味での妥協であったのか不明だが、いずれにしても、規定に反する当事者の合意の効力が疑われる可能性がある場合には、合意が有効である旨を規定するという方針がここで放棄されたことになる。

本稿で紹介した「別段ノ定」等に関する規定（または、その旨の内容）は、その後の整理会（明治28年12月26日第9回～同年同月30日第12回）において、すべて削除された⁷⁹。

(2) 現行法の「別段の定め」等

I はじめに 本稿では、「別段の定め」等の語が民法の起草過程において削除された規定に関する議論を整理した。最後に、筆者が調査した範囲ではあるが、現行法において「別段の定め」等の語を用いる規定をできる限り網羅的に掲げ、整理会での修正結果を民法修正案⁸⁰で確認して、その修

⁷⁹ 整理会速記録・注12所掲212頁～310頁では、原案の条数と削除された旨だけが記述されているので、削除規定の内容を確認することができないが、福島正夫編『穂積陳重立法関係文書の研究』（日本立法資料全集別巻1）所収の付属資料その二「法典調査会民法整理会議一覧表」35頁～52頁（信山社、1889年）により、削除規定の内容を一定程度は確認することができる。これで確認できない規定については、明治29年1月配布と記述されている、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』（商事法務研究会、1988年）によって、整理会の修正結果を確認するしかないようである。

⁸⁰ 民法修正案・注79所掲各条文参照

正前後の規定と比較し、さらに削除された規定との関係を確認したい。なお、現行法については、参考のため、親族編および相続編も掲げた。

II 現行法

(i) 「別段の定め」の語を用いる規定

総則編 138 条（期間の計算の通則）

物権編 281 条 1 項（地役権の付従性）、285 条 1 項（用水地役権）、346 条（質権の被担保債権の範囲）、359 条（設定行為に別段の定めがある場合等）、および、370 条（抵当権の効力の及ぶ範囲）。（398 条の 14（根抵当権の共有）「異なる割合を定め」もある。）

(ii) 「別段の」、「異なる」または「反対の」の語を前置して、「意思」、「意思表示」または「契約」の語を用いる規定

総則編 91 条（任意規定と異なる意思表示）「異なる意思を表示」、116 条（無権代理行為の追認）「別段の意思表示」、および、127 条 3 項（条件が成就した場合の効果）「当事者が…意思を表示」。

債権編 401 条 1 項（種類債権）「当事者の意思」、404 条（法定利率）「別段の意思表示」、417 条（損害賠償の方法）「別段の意思表示」、427 条（分割債権及び分割債務）「別段の意思表示」、466 条 2 項（債権の譲渡性）「反対の意思を表示」、474 条 1 項（第三者の弁済）「反対の意思を表示」、484 条（弁済の場所）「別段の意思表示」、485 条（弁済の費用）「別段の意思表示」、505 条 2 項（相殺の要件等）「反対の意思を表示」、514 条（債務者の交替による更改）「債務者の意思」、525 条（申込者の死亡又は行為能力の喪失）「反対の意思を表示」、531 条 3 項（懸賞広告の報酬を受ける権利）「異なる意思を表示」、579 条（買戻しの特約）「別段の意思を表示」、および、第 700 条（管理者による事務管理の継続）「本人の意思」。

親族編 755 条（夫婦の財産関係）「別段の契約」、756 条（夫婦財産契約の対抗要件）「異なる契約」、829 条（財産の管理の計算）「反対の意思」、830 条 1 項（第三者が無償で子に与えた財産の管理）「第三者の意思」、および、873 条の 2（成年被後見人の死亡後の成年後見人の権限）「相続人の意思」。

相続編 914 条（遺言による担保責任の定め）「別段の意思」、988 条（受遺者の相続人による遺贈の承認又は放棄）「別段の意思」、992 条（受遺者による果実の取得）「別段の意思」、994 条 1 項（受遺者の死亡による遺贈の失効）「別段の意思」、995 条（遺贈の無効又は失効の場合の財産の帰属）「別段の意思」、997 条 2 項（相続財産に属しない権利の遺贈）「別段の意思」、1000 条（第三者の権利の目的である財産の遺贈）「反対の意思」、1002 条 2 項（負担付遺贈）「別段の意思」、1003 条（負担付遺贈の受遺者の免責）「別段の意思」、1014 条 4 項（特定財産に関する遺言の執行）「別段の意思」、1016 条 1 項（遺言執行者の復任権）「別段の意思」、1017 条 1 項（遺言執行者が数人ある場合の任務の執行）「別段

の意思」、および、1047条1項2号（受遺者又は受贈者の負担額）「別段の意思」。

(iii) 「慣習」の語を用いる規定

総則編 92条（任意規定と異なる慣習）「異なる慣習」、および、142条（期間の満了）「慣習」。

物権編 217条（費用の負担についての慣習）「別段の慣習」、219条（水流の変更）「異なる慣習」、228条（囲障の設置等に関する慣習）「異なる慣習」、236条（境界線付近の建築に関する慣習）「異なる慣習」、263条（共有の性質を有する入会権）慣習、268条1項（地上権の存続期間）「別段の慣習」、269条2項（工作物等の収去等）「異なる慣習」、277条（永小作権に関する慣習）「異なる慣習」、278条3項（永小作権の存続期間）「別段の慣習」、および、294条（共有の性質を有しない入会権）「慣習」。

債権編 526条2項（隔地者間の契約の成立時期）「慣習」

相続編 897条1項、2項（祭祀に関する権利の承継）「慣習」

(iv) その他の「定め」に関する規定（一部の抜粋であり、網羅できていない）

総則編 103条（権限の定めのない代理人の権限）「定め」

物権編 273条（賃貸借に関する規定の準用）「設定行為で定める」、278条3項（永小作権の存続期間）「設定行為で定める」、398条の19（根抵当権の元本の確定請求）「定め」。

II 現行法と民法修正案との比較

「別段の定め」の語を含む現行法の規定は主に物権編にあり、約定の用益物権または担保物権について「設定行為に別段の定め」があれば優先される旨を規定する。これらの規定は、明治28年12月の整理会の前から規定されていて、整理会での修正・削除を免れた規定である（以下では、民法修正案の修正前後の条数を示す：現281条①=修正前279条①=修正後281条①、現285条①=修正前283条①=修正後285条①、現346条=修正前342条=修正後346条、現359条=修正前355条=修正後358条、および、現370条=修正前366条=修正後369条）。総則編にも1か条があるが、修正前の「特別ノ定」が「別段ノ定」に修正されて現行法に至っている（現138条=修正前139条=修正後138条）。

「別段の」、「異なる」または「反対の」の語を前置して「意思を表示」または「意思表示」の語が用いられている現行規定は、総則編と債権編にある（物権編には見当たらない）。これらの規定の中で、債権編には、修正前には「別段ノ定」であったが、修正後に「別段ノ意思表示」に修正されて、そのまま現行法に至った規定がある（現404条・修正前402条・修正後403条、現427条・修正前428条・修正後426条、および、現474条・修正前475条・修正後473条）。また、修正前には「特別契約」または「特別ノ契約」の効力を認める規定であったが、「反対ノ意思ヲ表示」した場合を除外する規定に修正されて、そのまま現行法に至った規定がある（現466条②・修正前467条①・修正後465条①、現505条②・修正前502条①・修正後504条②、および、現579条・修正前581条・修正後578条）。そして、総則編でも債権編でも、修正前に「意思」または「意思表示」の語を用いていた規定は修正を受けていない（現91条=修正前91条=修正後91条、現116条=修正前117条=修正後116条、現127条③=修正前127条③=修正後127条③、現401条=修正前399条①=修正後400条、現484条=修正前

483条=修正後484条、現525条=修正前522条=修正後524条、現531条=修正前529条=修正後530条、および、現700条=修正前709条=修正後699条）。なお、修正前にはなかった「別段ノ意思表示」が挿入された規定もある（現417条・修正前416条（なし）・修正後416条、）。

Ⅲ 各編における削除規定との関係

(i) 総則編 総則編でも「別段ノ定」等は削除されたが（前記3参照。「別段ノ定」が「別段ノ意思表示」に修正され⁸¹、さらに「権限ノ定」に修正された規定がある⁸²（現103条・整理会原案102条・修正前104条））、逆に「特別ノ定」が「別段ノ定」に修正された規定がある（現138条・前記Ⅱ参照）。「意思」または「意思表示」の語を用いた規定はそのまま維持され、また、「反対ノ意思ナキトキハ」が「別段ノ意思表示ナキトキハ」に修正された規定がある（現116条・修正前117条・修正後116条）。

(ii) 物権編 「別段ノ定」等の語は、物権編の総則、占有権および所有権の章では削除されたが（前記4参照）、しかし、用益物権および担保物権の規定には「別段の定め」の語が現行法に残されている。その理由は、いずれにも「設定行為に」の語が前置されているから、約定物権を設定する契約における「別段の定め」に限定され、したがって当事者間の合意を意味することが明らかであるから、修正も削除もされなかったものと思われる。

(iii) 債権編 現行法で「別段の」等の語を前置して「意思」または「意思表示」の語を用いる規定は、整理会での修正前の「別段ノ定」、「特別契約」または「特別ノ契約」の語を修正した結果であった。従って、削除された規定（前記5および6参照）と併せて、それまでの起草過程にあった「別段ノ定」の語は、整理会での修正で債権編からすべて削除されていたことになる。

(iv) 小括 「別段ノ定」等の語の削除は、債権編において最も徹底されていたことがわかる。

（3）課題

本稿の作業からは、「別段ノ定」等に関する規定が削除されるに至った経緯を知ることはできたが⁸³、削除の実質的な理由を明らかにすることはできていない。すなわち、民法の起草に課せられた時間的制約、および、任意規定に対する慣習の効力をめぐる起草者間の対立と妥協が、削除の原因であったことを知ることはできたが、削除された規定と削除されなかった規定との違い、すなわち、各規定について具体的な削除の理由を明らかにすることはできていない。

本稿では削除された規定のみを扱ったため、削除されなかった規定、例えば、法典調査会での原案105条（現103条（権限の定めのない代理人の権限））に関しては、現87条2項と同様な議論があったが⁸⁴、本稿では紹介していない⁸⁵。前記（2）に掲げた、現行法の規定と削除された規定とを比較検討する作業が残されている。

⁸¹ 整理会速記録・注12所掲164頁～180頁（福島編・注79所掲19頁）

⁸² 民法修正案・注79所掲15頁

⁸³ 経緯の概要は、既に先行研究により明らかにされていた。星野・注56所掲167頁および浅場・注34所掲50頁参照。

⁸⁴ 日本近代立法資料叢書1『法典調査会民法議事速記録一』50頁（商事法務研究会、1983年）

⁸⁵ 星野・注56所掲163-164頁は、削除されなかった債権総則の4か条（現401条、466条、474条、484条）を含めてやりとりを紹介し、現103条の議論にも触れている。