

〔論 説〕

# 民法学習の方法としての討論会： 明治中期「討論筆記」の社会史

荒川 英央

〈目次〉

序論

- 1 問題の所在
- 2 対象と方法
  - (1) 対象の設定
  - (2) 分析の方法
- I 民法典不在という法状況のなかで
  - 1 民法で討論するということ
    - (1) 討論会と法理学：討論会の検討に先だって
    - (2) 始まりの法協討論会：第1期
    - (3) 法協討論会の展開：第2期
  - 2 英法学徒と仏法学徒の出会いへ：第3期
    - (1) 不動産の二重譲渡と第2買主の悪意
    - (2) 違約罰の予定
    - (3) 不動産の二重譲渡と第2買主の悪意・再訪：私立法律学校聯合討論会の場合
    - (4) 名誉毀損と謝罪広告：条理裁判判決・再訪
    - (5) 過失相殺：「共同懈怠」
- II 民法典と向き合う：第4期
  - 1 私立法律学校聯合討論会の場合 [過失相殺・再訪]
  - 2 法協討論会の場合
    - (1) 被雇人間の不法行為と雇主の責任
    - (2) 詐欺に基づく消費貸借契約の取消と事情を知って保証した保証人の義務

おわりに

## 序論

### 1 問題の所在

本稿の目的は、民法が次第に多くの人びとによって学習されるようになるその端緒において盛んに用いられた討論会に着目し、その在り様を実証的に明らかにすることを通じて、そこに顕れる民法学習のあり方を、社会的相互作用（の痕跡）として、社会の構造的側面や制度化の相を視野に入れながら考察することである。

民法学の立場からは、小柳（1997）が旧民法公布前の法学協会の討論会<sup>1)</sup>について幅広く検討している。そこでは「ボアソナードの系列と別個の民法学の誕生」（p.42）の可能性が指摘されており、本稿の課題にとって示唆に富む。また、例えば大河（2004）のように、民法の個別の規定や法制度の解釈論のなかで、法協討論会での議論を検討したものもある。他方、明治期のいわゆる私立法律学校を起原とする大学の大学史では、各校での討論会のほか、学校の枠をこえて行われていた私立法律学校聯合討論会<sup>2)</sup>が取り上げられることが多い。この点、近年、法学教育史・高等教育史の立場からは、瀬戸口（2016）が、新聞などを含む丹念な史資料収集とその批判的検討に基づいて、聯合討論会の実態に総合的な分析・考察を加え、個別大学史の枠をこえた新しい局面を示してくれている。

しかし、官立・私立の区切りをいったん離れて、かつ、当時の法状況のなかで法学徒たちがどのような討論を行っていたかについて、その社会的相互

---

1) 以下では、煩瑣を避けるため、原則として、法学協会を「法協」、『法学協会雑誌』を『法協』と略記する。なお、初期の『法協』では「法学協会」と記されることが少なくないが、便宜のため「協」に統一する。

2) 時期により、連合討論会などと呼ばれたり、参加校数によって五大法律学校聯合討論会と呼ばれたりするが（六大——、九大——など）、本稿では私立法律学校聯合討論会と呼ぶことにする。

作用の場に根差した実証的分析は必ずしも十分に行われていないように思われる。たしかに官立大学と私立法律学校は設立の経緯などが異なり、それぞれの事情に応じた検討が必要である。ただ、例えば法律質疑会や攻法会の法律討論会のように、個々の結社や学校を基としつつ、それらの枠をこえて、法学士代言人を含む代言人、法学徒たちが法的問題をめぐって異見を交わす場があったことも事実のように思われる。教育的背景や経験が異なる法学徒のあいだの討論だからこそ顕かになる異見もあるだろう。

討論での発話は、一方ではどのような法学教育が行われたかを示すものであり、他方その発話者が法学をどのように学習したかの端的な現れでもある。1889（明治22）年3月22日に行われた法協討論会で、元司法部法学校正則科3期生の西久保弘道が権利濫用論を展開しているのはその目立つ1例である。西久保の議論の仕方については議論が分かれるだろうと思われる。ただ、それは、本稿の関心からすると必ずしも最も重要な問題ではない。むしろ本稿で注目したいのは、討論会での発言には、かれらが法を学習した成果と、それを前提にした法に対する態度や構え、そして討論会の状況を定義し、その在り様を構成しようとする試みがおそらく反映されたものが含まれていることがうかがわれることである。

西久保は法律学科・仏蘭西部（年度によって名称は異なった）でアピールから民法を教えられたと思われるが、あるいは法科大学でフランス法を担当した木下広次・富井政章などから権利濫用論を学習したのかもしれない<sup>3)</sup>。

ここでは権利濫用論にふれたが、本稿の範囲では、民法討論会で討論された法的問題の内容そのもの、あるいは、その問題に固有の法解釈論的要素に立ち入って議論することには、必ずしも第一義的な重点は置かないことにする（それは別の検討を要する）。むしろ、本稿が重視しようとするのは、民

---

3) 大村（2011、p.77）で、日本で権利濫用論にふれた早い業績として挙げられる富井講述（[1891] 1991）は、1889年から日本同盟法学会の『法学講義録』に連載されたものをもとにしたものである。権利濫用論掲載は第38集（1889年8月25日発売）。

法討論会の在り様自体である。民法討論会がなぜ、どのようにして行われたのか。そこでは、どのように異見が交わされたのか。具体的には、(1) 法学徒たちが討論会をどのように位置づけようとしたか——状況の定義——、(2) 民法にどのような態度で向かい、(2) どのような構えを採ったか。こうした点をかれらが述べた言葉から明らかにすることをねらいとする。

## 2 対象と方法

本稿では、討論筆記——討論会での発論の記録——を対象とする。筆者の調査研究の範囲では、遅くとも 1870 年代後半（和暦では明治 10 年代）から、討論あるいは類似の仕方では法学徒たちは法を学習していた（その詳細は別の検討を要する）。その討論の在り様をいくらか伝えてくれる資料もあるが、個々の発論者の発論を具体的に知ることができるのは、討論筆記が残されている場合に限られる。管見の限り、討論筆記がまとめて残されているのは、法協討論会と私立法律学校聯合討論会にとどまる。(1) 討論筆記が残され、(2) 民法が討論されたものを中心に、討論会の概略をまとめたのが表 1 である。

表 1 からすぐわかるように、法協討論会の討論筆記は 1883（明治 16）年から始まるのに対し、私立法律学校聯合討論会のほうは 1888～90（明治 21～23）年に集中しており、逆にいえばその時期しかほぼないといえる。ただ、筆者が関心を寄せる、人びとが西洋法・近代法にふれ、それを学習し、その法をどう生きたか——その一端でしかないにせよ——をこの時期の討論からうかがい知ることができるように思われる。もちろん、限られた史料についての一定の視座からの検討でしかないから、その全体像を捉えられるなどというつもりはないし、他の史料についての、あるいは、他の視座からの調査研究と必ずしも整合しない部分があるだろうことはいうまでもない。

以下では次の時期区分に沿って、民法討論会の在り様を検討していく。まず分水嶺になるように思われるものとして旧民法の公布がある。未実施に終

表1 (1) 法協討論会

日時	論題	備考
1883(M16)		
11.13 例刻～19時	丙、敷金五拾円ヲ出シテ甲ヨリ家ヲ借り居タル処、甲、其家ヲ乙ニ売渡シタリ(甲ハ当時無産ニシテ乙者ハ敷金アルヲ知レリ)。後、乙ハ丙ニ立去リテ命シタルニ付、丙ハ前敷金ノ返却ヲ乙ニ請求セリ。其当否如何。	多数決(丙は乙に返還請求できる)
12.19 不明	甲ハ売人貸主 乙ハ買人 丙ハ借主	
12.12 不明	売買ハ承諾ノミニテ所有權ヲ移シ得ヘキヤ否	法律研究会の討論会 討論筆記なし
1884(M17)		
2.6 例刻～	甲 士族戸主(十七年。但シ、原告ノ起訴シタル時ハ既ニ丁年以上) 乙 後見人 丙 債主  乙(後見人)ハ身元ナキ者ナルヲ以テ、甲及ヒ其親族ヨリ乙ニ渡シタル委任状ニ公務ノ代理ノミヲ以テシ、甲ノ家産取扱ニ立入ルコトヲ許サス。然ルニ、乙ハ甲家ニ止ムヲ得サルノ入用アル趣ニテ丙ヨリ金五百円ヲ借入シ、其借用証書ニハ甲ノ後見人乙トアリ。而ルニ、乙ハ一時繰合セノ積ニテ右借受ノ金円ヲハ自身ノ為ニ消費シタリ。返済期日ノ到着シタルニ及ンテ、丙ハ甲ニ対シテ返金ヲ要求セリ。但シ、是レヨリ先キ、乙ハ己ニ甲ノ後見人ヲ解カレタリ。	今回は多数決をとらないことが決定された
3.11 例刻～	甲ハ乙ニ百円ヲ貸シタリ、期限已ニ来レリ。乙亦甲ニ百円ヲ貸シ、而シテ期限未タ至ラス。甲ハ身代限トナレリ。甲ハ乙ニ返金ヲ求め。乙ハ相殺ノ權アリテ其請求メニ応セス。	多数決でほぼ同数 議長意見で決(乙は相殺できる)
3.25 例刻～	某座主(甲)、一芝居ヲ興行セントシテ名優(丙)ヲ雇入レタリ。然ルニ、某座主(乙)、其事実ヲ知りツバ僱傭ヲ以テ丙ヲ誘ヒ、甲者トノ契約ヲ破ラシメタリ。是ニ於テ甲者ハ大ニ損害ヲ蒙レリ。依テ乙者ニ対シ其要償ヲナセリ。	多数決(甲は請求できない)
4.15 例刻～	甲 遺囑者 乙 受贈者 丙 家名相続人 丁 債主 甲者アリ、遺言ヲ以テ己レカ所有セル財産ヲ挙テ悉ク他人ナル乙者ニ贈与シ、実子丙者ニハ僅カニ家名ノ譲リテ死セリ。後チ、甲者ノ債主丁者ハ、乙者ニ対シ甲者ノ負債返却ヲ請求セリ。	多数決(丁は請求できない)
5.13 例刻～	甲者、乙者ヨリ五ヶ年ヲ期シ其家屋ヲ借入レ、既ニ其期限内ノ借賃ヲ支払フテ居住セルニ、乙者、身代限トナリタリ。丙者ハ、其借家以前ニ公証ヲ受テ其家屋ヲ抵当トナシ、乙者ニ貸金アルヲ以テ身代限処分ニ因リ其家ヲ引取り、甲者ニ対シ立去ヲ請求セリ。	討論筆記なし
6.28 13時	甲乙両汽船アリ。航海ノ途次偶々某洋ニ於テ互ニ過チテ衝突シ、各々其ノ船体ヲ破損セリ。甲ハ修復料六万円ヲ要シ、乙ハ貳万円ヲ要セリ。是コニ於テ甲ハ其ノ損失ヲ等分シ損害金貳万円ヲ乙ニ対シテ請求セリ。但シ、双方過失ノ度ハ同一ナリトス。	多数決(甲の請求は認められない)
10.21 15時～	[刑事問題]	[多数決]
11.18 15時～ 点灯まで 続いた	甲者アリ。乙者ノ所有地千坪ヲ賃借シ、大相撲ヲ興行セリ。然ルニ、乙者ハ其興行場ノ範圍外ニ高キ棧敷ヲ設ケ、木戸錢ノ半額ヲ以テ興行中見物人ヲ誘引セリ。於是乎、甲者ハ乙者ニ対シ損害賠償ヲ請求セリ。  但、甲者ハ最初ヨリ乙者ノ高棧敷ヲ設ルコトヲ毎日差拒ミタリ。及ヒ、興行中、客止メナカリシコトハ事実トス。	多数決(甲は請求できる)
不明	[商法問題]	[多数決]
1885(M18)		
2.17 不明	甲者アリ。所有地若干坪ヲ公証付質入抵当トナシ、乙某ヨリ五百円ヲ借入レ其返済期限一ヶ年トセリ。然ルニ、其後六ヶ年ヲ過クルモ乙ノ公売処分手續ニ着手セザリシヲ以テ、甲ハ乙ニ質入土地ノ返還ヲ請求セリ(但シ、我國金穀貸借ノ出訴期限ハ五ヶ年ナリ)。	多数決(甲は返還請求できない)

日時	論題	備考
3.17 例刻～	甲乙連帯義務者アリ。債主丙ノ為メニ訴ヘラレ、始審裁判ニ於テ甲乙ハ千円ヲ丙ニ返還スベキ義務アル者ト判決セラレタリ。然ルニ、甲ハ独リ之ヲ不服トシ、控訴ノ上、甲ハ千円ヲ返済スベキ義務ナシト判決ヲ得タリ。是ニ於テ丙ハ乙ニ対シ始審裁判ノ執行ヲ請求セリ。	多数決(丙は請求できない)
4.21 例刻～	甲アリ。乙名義ノ借用証文ヲ偽造シテ其情ヲ知ラサル丙ニ依頼シ、承諾ノ上、自身ト共ニ保証人トナリテ丁ヨリ金円ヲ借入レタリ。期日ニ至リ、事発覚シテ、甲其罪ニ伏セリ。然ルニ、甲、素ヨリ赤貧、金円ヲ返済スル能ハス。依テ丁ハ丙ニ請求セリ。丙、果シテ其責ニ任ズ可キヤ。	多数決(丁は請求できない)
5.26 例刻～	某船、某港ニ滞泊中、甲(船長)悪意ヲ以テ乙(水夫)ヲ船中ニ於テ殴打シ出血セシメタリ。乙、苦痛ニ堪ヘズ船中ヲ(脱)レ出テ遂ニ返ラス。其後、該船直チニ航行ヲ始メタルニ、其航海中、乙脱船ノ際残シ置キシ所ノ行李紛失シタリ。是ニ於テ、乙ハ丙(船主)ニ対シ契約中ノ金額及ビ行李ノ返還ヲ請求セリ。	多数決(乙は請求できない)
不明	[刑事問題]	[多数決]
不明	甲者ハ乙者ノ依頼ニヨリ、高利ヲ以テ若干ノ金額ヲ乙者ニ貸付セリ。爾來乙者ハ約定通りノ利息ヲ払ヒ來タリシトモ、甲者ガ其元金返済ノ催促ヲナスニ當リ、乙者ハ是迄ニ払ヒ込ミタル利息ハ制限額ヲ超過スルヲ以テ、其超過スル分ヲ元金ヨリ引去リ、残額ノミヲ返済セントス。	多数決(乙は制限利息超過分を元金から控除できない)
11.17 15時～	鉄道馬車アリ。夜中市街ヲ通行スルニ當リ、軌道ニ障害物アリテ顛覆セリ。車傍通行人ノ負傷セシモノヨリ、馬車会社ニ対シ損害要償ヲ起訴ス。  但、此際駈者ハ充分ノ注意ヲ用ヒタル事実ヲ認定ス	多数決(同数、議長投票で決(損害賠償請求できる))
1886(M19)		
2.27	甲乙二者、隔絶ノ地ニ在リ。甲者ヨリ乙者ニ物品売払ヲ申込み、乙者ハ之カ承諾状ヲ郵便函ニ投スルノ後、直ニ電信ヲ以テ其取消ヲ為セリ。取消ノ効力有無如何。	多数決(取消の効力あり)
3.11	貸馬車会社甲ヨリ、馬車一輛ヲ乙ニ貸貸セリ。乙ノ友人丙、之ニ乗リ駆馳中、破損所アリシ為メ、該馬車顛覆シテ負傷セリ。依テ丙ハ甲ニ対シ損害賠償ヲ要求セリ。但シ、馬車ノ破損所ハ尋常ノ注意ヲ用ユレハ看破得シモ、甲ハ實際之ヲ知ラザリシナリ。	多数決(損害賠償請求できない)
不明	[刑事問題]	[多数決]
不明	[刑事問題]	[多数決]
不明	[刑事問題]	[多数決]
不明	外国人甲ハ日本人乙ト左ノ契約ヲ結ビ、甲ノ金円ヲ以テ乙ノ名義ニテ土地ヲ買求メタリ。其契約ニ曰ク、  乙ハ、右地所ヨリ生スル収益ノ一割ヲ引去リ、余ハ毎年甲ニ渡スコト。日本法律改正ニヨリ、外国人ト雖土地ヲ所有スルヲ得ルニ至ルトキハ、甲ノ請求次第右地所ヲ甲ニ引渡スコト。右引渡後ト雖甲ハ毎年収益ノ一割ヲ乙ニ渡スコト。  然ルニ、乙ハ収益ノ九割ヲ甲ニ渡サハルノミナラス、法律改正ニヨリ外国人ト雖不動産ヲ所有シ得ル時ニ至リタルモ、乙ハ甲ノ引渡請求ニ応セズ。	多数決(甲は引渡請求できる)
不明	[刑事問題]	[多数決]
不明	甲者アリ。或建物ヲ乙者ニ売払ヒ、又之ヲ丙者ニ売払ヒタリ。丙者ハ、乙者ニ先テ登記シタルモ、既ニ甲乙間ニ売買アリタルコトヲ知りテ買取リタルモノトス。乙丙、何レカ所有者ナルヤ。	多数決(乙)
不明	[刑事問題]	[多数決]
1887(M20)		
不明	船主甲、当時航行中ノ所有船某丸ヲ保険セシメンコトヲ、乙ニ委任セリ。乙、之ヲ諾シ、数日ノ後、相当ノ保険料ニテ、保険セシムル能ハザル旨ヲ述べ、代理ヲ辞セリ。是ニ於テ、甲ハ、更ラニ、丙ヲ代人トシテ、丁保険会社ト保険契約ヲ結ベリ。是ニヨリ先キ、乙ハ、代理事件執行中、某丸ノ覆没セシヲ聞知セリ。然レドモ、之レヲ甲ニ告グズ、又、甲ガ、丙ノ手ヲ経テ得シ保険証書ニハ、出帆ノ時ニ適リテ、効、アルコトヲ記入セリ。甲ハ、丁会社ニ対シ、右ノ保険契約ノ履行ヲ要求スルヲ得ルヤ否ヤ。	多数決(甲は保険金請求できない)
		多数決は3票差

日時	論題	備考	
4.27	甲者アリ。其所有納屋ニアル炭悉皆ヲ、一俵ニツキ金二十匁宛ニテ乙者ニ売渡スコトヲ約シ、未ダ其俵数ヲ數ヘサル前ニ、右ノ納屋焼失セリ。依テ、甲者ハ乙者ニ對シ炭代金ヲ請求ス。	多数決(甲は代金請求できる)	多数決は1票差
不明	甲某、席料ヲ徴シ學術講談ヲ為セリ。聴衆ノ一人乙某、之レヲ筆記シ其所有ノ雜誌ニ登載セントス。此ニ於テ、甲、之レガ差止ヲ請求セリ。	多数決(差止請求できる)	多数決は7対6
12.6 18時～	甲社アリ。乙社ニ石炭若干噸ヲ金若干円ニテ売却シ、之ヲ某日迄ニ引渡スヘク、モシ当日之カ引渡ヲナサレハ金五百円ヲ払フヘシ、ト約セリ。然ルニ、期日ニ至リ、之ヲ引渡サレシマテ、乙社ハ他ヨリ之ヲ買入レ、為メニ金二百円ノ損失ヲ蒙レリ。茲於、乙社ハ甲社ニ對シテ右五百円ヲ請求ス。	多数決(乙社は請求できる)	多数決は15対25、両者に賛成しない者多数
1888(M21)			
2.2 18時～	旅人甲、途上賊ニ遇ヒ特サニ殺サレントス。偶、乙、傍ニ在リ。甲、之ニ告ケテ曰ク、卿若シ我ヲ救ハバ、我財産(十万円)ヲ奉ケテ之レヲ卿ニ与ヘン、トス。乙、乃チ之ヲ救ヒ、甲、初メ難ヲ免ルルヲ得タリ。因テ、乙ハ甲ニ對シ右財産ヲ請求セリ。	多数決(乙は請求できない)	多数決は4票差 討論筆記なし 仏法科の討論会か
3.16 18時～	甲商アリ。乙商店ニ於テ反物若干ヲ購求シ、后ニ之ヲ檢シタルニ率々損所(外面上見ルヘカラス)ヲ有シ大ニ価格ノ差異アルヲ以テ、甲ハ乙ニ對シ右損害ノ賠償ヲ求メリ。 但、乙ハ売時該損所ノ存在スルヲ知レリ。	多数決(甲商は損害賠償請求できる)	多数決は1票差 討論筆記なし
12.9 9時～	乙商は其屋号及家業を丙に譲渡せり。然るに、乙の常得意甲は右の事実を知らず、兼て、乙に対する貸金にて相殺をなす目的を以て、右譲渡の翌日、物品を注文したり。依て、丙は直に之を送り届け、其後数日を経て物品細目表と代金請求書とを送りたるに、甲は既に該物品を消費せり。是に於て右契約に基き代金請求をなせり。	多数決(丙は代金請求できない)	多数決は15対17
1889(M22)			
3.22 19時	甲者、乙鐵道会社ノ線路ニ沿フテ牧場ヲ有セリ。然ルニ、或日場中ノ牛一頭、其柵ノ破損セル処ヨリ逸出シテ鐵道線路上ニ臥シ居リタリシカ、會々通行列車ノ為メヲ殺セラレタリ。依テ、甲ハ乙会社ニ對シ損害賠償ヲ請求ス。 但シ、運転手ニシテ相当ノ注意ヲ施サハ之ヲ阻害スルニ至ラリシコト明カナリ。	多数決(甲は損害賠償請求できない)	50人、多数決は20対25
10.4 18時半～ 22時 22時半散会	原告甲者、其所有セル家屋ヲ被告乙者ノ名前ニ為シ、因テ乙者ヨリハ「御入用ノ節ハ何時ナリトモ名称復旧可仕」云々ノ証書ヲ取メ置ケリ。后チ、甲者、屢乙者ニ該家屋所有者名稱復旧ノ事ヲ促スト雖トモ、乙者ハ之ヲ肯セサルヲ以テ追々探偵ヲ遂ル処、乙者ハ丙ナル者ヨリ金円ヲ借り、抵当シテ前頭家屋ヲ差入レルコトヲ発見セリ。因テ、甲者ハ已ヲ得ズ丙ニ向テ乙者ノ借金ヲ弁済シ、其抵当家屋ヲ受取リ、然ル後、被告乙者ニ向テ其丙ニ代償シタル金額ノ元利ヲ請求ス。	多数決(甲は代償金を請求できる)	約120人、多数決は17対33
12.3 18～22時	原告伊地割助ハ太平汽船会社ニ托シテ横浜ヨリ桑港迄荷物ヲ送りシ者ノ一人ナリ。太平汽船会社立派丸船長目組深吉ハ、該荷物ヲ積込ミ横浜ヨリ桑港ニ向テ進航中、道一船ヲ認メ漸ク之ニ近ツケハ、其船ハ暗礁ニ衝突シテ將ニ沈没セムトシ、百人ノ乘客、甲板ニ在テ艇ニ救護ヲ求ムルヲ見出セリ。船長目組深吉ハ、百人ノ乘客及ヒ船員ヲ救ハムト決シタレトモ、立派丸ハ荷物満載、毫モ余地ナキヲ以テ、積荷ノ一部分ヲ放棄シテ沈没船ノ人員ヲ救ヒタリ。伊地割助ハ、其委託シタル荷物ハ悉ク海中ニ投棄セラレタルヲ以テ、其代償金一萬円ヲ船長目組深吉ニ對シテ要求ス。	多数決(伊地は代償金を請求できる)	多数決は23対24
1890(M23)			
2.13 18～21時半	[刑事問題]	[多数決]	
3.25 18時半～ 21時半	甲村ノ小学校生徒ハ隣村小学校へ通学シ居タルニ、遠路ナルヲ以テ、明治十五年、甲村民一同協議ノ上、村内、別ニ一ノ小学校ヲ設立セリ。此際、甲村民一ノナル丙ハ学校費トシテ田一丁ヲ義捐セリ。明治廿二年学区改正ノ際、甲村小学校ハ再び乙小学校へ合併セラレタリ。此ニ於テ、丙ハ甲村民一同ニ向テ其義捐セル田地一丁歩ノ取戻ヲ求ムト雖トモ、村民、之ヲ肯セズ。 但シ、明治年ヨリ今廿三年ニ至ルノ間、甲村内戸籍ノ変化ナシ。	多数決(丙は取戻請求できる)	多数決は1票差
5.3	[商法問題]	[多数決]	

日時	論題	備考
10.3 18時半～ 21時 22時散会	建築請負人甲の家ヲ建ルコトヲ請負ヒタルニ、其仕事中、職工ノ一人乙懈怠ニ由リ他ノ職工丙ニ負傷セシメタリ。此ニ於テ、丙ハ甲ニ對シ賠償ノ訴ヲ起セリ。甲ニ責任アリヤ。 但シ、乙ノ雇人ニ付テハ甲ニ不注意ノ嫌ナク、乙ハ相当ノ技能才智ヲ有スル丁年ノ職工也。	多数決(甲に 責任なし) 多数決は10 対17
12.18 14時～	[刑事問題]	[多数決]
1891(M24)		
2.12 14時半～ 18時	主債務者、詐偽ニ由リテ取消シ得ヘキ時ニ、保証人、知リツハ保証シタリ。後日ニ至リ、主債務者、其義務ヲ取消シタル時、保証人、義務ヲ負フヤ否ヤ。	多数決(否 (消極説))
10.5 14時半～	甲ハ乙ニ對シ左ノ証書ヲ以テ明治二十四年一月廿日訴追ス。 一 金壹萬圓也 但シ制規ノ利子三ヶ月分前払ノコト 右借用仕候処実正也何時ニテモ御入用ノ節ハ御返金可致候云々 明治廿四年一月一日 乙 某 甲 殿 乙ハ、証書但書約定ニ基キ、三ヶ月分ノ利子ヲ前払シタルニヨリ、四月ニ至ラサレハ返金ノ義務ナシ答弁ス。	多数決(乙は 4月まで返金 義務なし) 多数決は39 対50以上
12.3 18時半～ 22時過散会	在東京ノ人甲者、在大坂ノ人乙者ニ、大阪ニ所有セル家屋ヲ一萬円以上ニテ売払フコトヲ委托セリ。然ルニ、乙ハ九千五百円ニテ之ヲ丙ニ売払ヒ、書状ヲ以テ甲ニ追認ヲ請求セリ。甲、追認状ヲ發スルトキ、右家ハ既ニ火災ニ罹リ焼失セリ。甲ハ丙ニ對シ約定代金ヲ請求ス。	多数決(甲は 代金請求で きな) 多数決は25 対38
1892(M25)		
2.1 14時～	[公法問題]	[多数決]
不明	[公法問題]	[多数決]
12.19 14時～	[公法問題]	[多数決]
1893(M26)		
5.8 17時～	登記官吏甲者、其所有ノ土地ヲ抵当トシテ乙者ヨリ金円ヲ借入レ、其後乙者ノ登記ヲ抹殺シテ、更ニ之ヲ丙者ニ売渡シ其登記ヲナセリ。丙者ハ完全所有權ヲ得ルヤ否ヤ。	不明
10.21 13～19時	[商法問題]	[多数決]
1894(M27)		
3.17 13～17時過	[刑事問題] ※甲が乙に毒薬を服用させた事例	次回に続く 約100人
5.19	[「毒殺犯の問題」] ※3.17の討論の続きと思われる]	[多数決]
1895(M28)		
3.23 14～18時	特定物売買ノ契約ヲ結ヒ、売主ハ物件ヲ引渡シ、買主ハ代価ヲ定期ニ支払フコトヲ約セリ。但、代価ノ担保トシテ、所有權ノ移転ヲ代価完納ノ日迄停止セリ。此場合ニ於テ、天災ニ因ル物件一部ノ消滅ハ代価減少ノ理由ト為ルヤ否ヤ。	次回に続く
5.18 14～17時	[「危険負担の問題」] ※3.25の討論の続きと思われる]	会場の意で、 採決せず*
1896(M29)		
1.18 13時半～ 16時半	[商法問題] ※私人が官吏に収賄を教唆した事例	[会場の意 で、後日に続 く] 約150人
2.15 14～17時半	[「官吏収賄教唆の問題」] ※1.18の討論の続きと思われる]	[採決せず] 数十人
4.25 13時20分 ～19時	民法修正案第九九条ハ、第三者ニ對シテ他人ニ代理權ヲ与フル意思ヲ表示シタルトキハ正当ニ代理權ヲ生スルモノシタルカ(積極)、將タ、代理權ハ之ヲ生セサレトモ第三者ヲ保護スル為メ恰モ代理權ヲ生シタルカ如ク看做スニ過キサカカ(消極)。	多数決(消極) 約100人

日時	論題	備考
11.5 12時30分 ～17時	[刑事問題]	[次回に続く]
11.12 ～16時半	[11.5の討論の続き]	[次回に続く]
1897(M30) 2.27 ～17時	[11.5、11.12の討論の続き]	[多数決]
4.24 14～18時	財産権ノ目的ハ金錢ニ見積ルコトヲ得ルモノニ限ルヤ否ヤ	
10.24 13時20分 ～17時半	[刑事問題]	[採決せず]
1898(M31) 4.26 13～17時	[憲法問題]	[会場の意見 で、採決せ ず]
12.10 13時半～ 17時半	[刑事問題]	[次回に続く]
不明	[刑事問題]	[不明]
1899(M32) 12.2 13時半～ 18時半	甲ニ乙男丙女アリ。丁ヲ以テ丙ノ女婿トシテ養子トナシ、後戊男子出生セリ。若シ乙死亡セハ、丁戊孰レカ家督相続権ヲ有スベキヤ。	[不明] 約700人
1900(M33) 11.17 13時～ 12.1 定刻～19時	[刑事問題] [11.17の討論の続き]	[不明] 岡田の批評・ 趣旨説明・解 説で終了か
1904(M37) 12.17 定刻～19 時半	詐偽ノ手段ヲ以テ騙取シタル動産ハ、民法第百九十三條ニ所謂盗品ト云フコトヲ得ルヤ。[刑事問題]?	多数決(消極 論) 約600人
1907(M40) 1.27 13時10分 ～19時半	[刑事問題]	[多数決] 約600人
1914(T3) 4.25 14～18時	[憲法問題]	[不明] 末松の発論 で終了か
12.13 13時半 ～17時半	債権は第三者によりて侵害する事を得るや。	[不明] 末弘・乾両主 論者の発論 で終了か

表1 (2) 私立法律学校聯合討論会

日時	論題	備考
1888(M21)		
3. 11 13～17時	[刑事問題]	[多数決] 1,500～ 1,600人
5. 20[21?] 13～16時	甲者、其家屋ヲ乙ニ売渡シタリ。然ルニ、乙未タ登記セサルニ先チ、丙其事実ヲ知りツ、甲者ヨリ之ヲ買受ケ登記シタルトキハ、其所有權何レニ属スルヤ。	多数決(乙) 2,700～ 2,800人
9. 30 12～18時	一夜、甲ノ隣家火ヲ失シ、偶々風力強盛ナレハ甲家モ類焼ニ逢ヒ、家族僅ニ身ヲ以テ當時甲ノ一子乙重病ニ悩ミ逃ルハニ途ナク将ニ焼死セントス。乙ノ親友丙、危険ヲ冒シ遂ニ乙ヲ救ヒ出セリ。甲、其恩義ニ報コルノ意思ヲ以テ己ノ死後其財産三分ノ一ヲ丙ニ与フ可キ旨ヲ約シタリ。右丙ハ甲ノ死後其相続人ニ対シ契約履行ヲ請求スルノ權アリヤ。	多数決(有) 1,600～ 1,700人
	[刑事問題]	[多数決]
11. 25 8～11時 閉会は12時	某新聞紙ヲ以テ広告ス可シト言渡シタル判決ノ執行ハ其効アリヤ。	多数決(無) 來賓・講師に よる
1889(M22)		
1. 27[2. 27?] 12～16時	甲者、乙家ヲ相続中、丙者ヨリ巨額ノ負債ヲ為シ、其弁償ヲ終ヘズシテ該家ヲ離縁シ別ニ一家ヲ構ヘ、相応ノ資産ヲ所有セリ。丙者ハ何レニ向テ其貸金ヲ請求スルノ權利アリヤ。	多数決(乙) 約2,700人 來賓・講師・ 校友による
3. 10[3. 11?] 12～16時	問題第一(民事第一問) 甲者アリ。乙者所有ノ山林ヲ自己ノ所有ト誤認シ、其立木ヲ截伐シ代価三千円(當時々価一万円)ニテ売払ヒ、其後乙者ノ山林ナルコトヲ知りツ、之ヲ放任シ置キタルニ、五年ヲ経テ乙者ノ発見スル所トナリ甲者ニ対シテ損害賠償ノ訴ヲ起シタリ(此時々価一万五千元)。甲者ノ乙者ニ対シテ払フヘキ金額如何。	多数決(一万 不明 円)
	問題第二(民事) 甲者アリ。期滿免除ノ期限ヲ經過シタル後ニ於テ、乙者ニ対シ負債ノ返弁ヲ請求セリ。乙者ハ負債ヲ自認シナカラ期滿免除ノ經過シタルヲ口実トシテ返弁ヲ拒絶セリ。其当否如何。	多数決(否)
5. 12 12～18時	[刑事問題] [公法問題] 法律ヲ以テ凡テ某河沿岸ノ土地所有者ハ高サ四尺ノ堤防ヲ築クヘシト命ス。然ルニ沿岸所有者甲ハ之レニ背キ三尺ノ堤防ヲ築ク。偶々洪水氾濫、水嵩五尺ニ及ヒ為メニ乙者ノ土地ヲ破壊セリ。乙者ハ甲者ニ対シテ要償ノ權利アリヤ。	[多数決] 約2,000人 [多数決] 多数決(有)
7. 7[9. 7?] 12時～	熊坂長範、甲所有ノ正宗一刀ヲ窃ミタリ。其後石川五右衛門、亦熊坂ノ家ニ忍入り之ヲ窃メリ。然ルニ、熊坂ノ盗罪發覚シテ公訴私訴併起スルニ際シ、甲者ハ其贓物ノ返還ヲ請求シタルモ、素ヨリ返還ニ由ナキヲ以テ損害賠償シタリ。後チ、石川ノ罪發覚シ且其刀ハ石川ノ手ニ存セリ。此場合ニ於テ、甲ハ石川ニ対シ右刀ノ返還ヲ請求シ得ルヤ。	多数決(得) 講師・校友に よる
	[刑事問題] 甲者アリ、著書ヲ為シ、特ニ版權ヲ出願セントスルニ際シ、乙者窃ニ甲者ノ書ヲ転写シ、同一ノ書ヲ出版セリ。甲者ハ乙者ニ対シ訴權アリヤ否ヤ。	[多数決] 現行法に規定があるた め、討論せず <sup>4</sup>
10. 27 12～17時	銅版師甲ナル者アリ。乙ノ富裕ニシテ多欲ナルヲ奇貨トシ、詒テ乙ニ曰ク、余、紙幣ヲ偽造シ以テ大利ヲ博セント欲ス。唯憾ム資金欠乏シ為メニ素志ヲ達セサルコトヲ。子、幸ニ千金ヲ貸与セハ他日得ル所ノ利ハ之ヲ折半セン、ト。乙、其言ニ欺カレ千金ヲ甲ニ貸与ス。甲、之ヲ携帶シテ遁逃セリ。右甲ハ刑法上如何ニ処分スヘキ乎。又、乙ハ甲ニ対シ千金取戻ノ訴ヲ起スコトヲ得ヘキ乎。	多数決(刑法 上は無罪、 民法上は取 戻權なし)
	甲者アリ、書ヲ乙者ニ寄セ、其駿馬ヲ倘若干ニテ売渡サンコトヲ申込ミ且曰ク、本日ヨリ向五日間ハ他へ売渡スコトヲ見合スヘシ、ト。居ルコト数日、該駿馬ノ売価騰貴セシカハ甲者ハ申込ノ取消ヲ郵報セリ。乙者之ヲ落手シタルニモ拘ハラズ、未タ期限内ナルヲ以テ承諾ノ旨ヲ申遣セリ。乙者ハ損害賠償、若クハ物件引渡ヲ要求スルノ權アリヤ。	討論された か不明

日時	論題	備考
12. 22 12時～	[刑事問題] 甲者、其所有地ヲ向三十年ノ約定ニテ乙者ニ貸与シ、乙者ハ之ニ家屋ヲ建築シタルニ間モナク市区改正ノ挙アリテ乙ノ家屋ノ小部分ヲ取崩ス事トナリ、其部分丈ノ地ハ政府ヘ買上ケ且規則ニ拠リ乙者ヘ家屋全部ノ移転料ヲ与ヘラレタリ。然レトモ、實際取崩シタルハ小部分ナリシヲ以テ、乙者ハ残部ヲ修繕シテ依然居住セントスルモ、甲ハ乙カ全家屋ノ移転料ヲ受ケタルヲ理由トシ移転ヲ請求ス。 [国際法問題]	[多数決] 多数決(消極説：甲は移転請求できない) [採決せず]
1890(M23)		
2. 23 12～17時	[公法学問題] [刑事問題] 永小作ハ第三者ニ対シテ効力アリヤ。	[多数決] 約2,000人 [多数決] 多数決(効力なし) 校友による
4. 27 12～17時	甲乙兩船互ニ海上ニ於テ衝突シ、甲船ハ五百円ノ損害ヲ蒙リ、乙船ハ千円ノ損害ヲ蒙レリ。此ノ場合ニ於テ、甲乙兩船ノ蒙レル損害ハ各自其責ヲ分任スヘキモノナルヤ、將タ互ニ各自ノ損害ヲ負担スルニ止マルモノナルヤ。 [刑事問題] [国際刑法問題]	多数決(各々の損害を負担) 校友による [多数決] [多数決]
6. 8 12～17時	[刑事問題] 大坂堂島ノ米商大山鎗兵衛ナルモノ、米価騰貴ノ見込アルニヨリ米穀ノ買入レヲ為シテ一攫千金ノ利ヲ得ント欲セシモ、我政府ノ大ニ官米ノ払下ゲヲ為サントスル挙アルヲ聞ケルカ故ニ、其虚実ヲ確メタル上ノコトニセントテ東京ニ居レル知人、宇佐木耳助ノ許ヘ之ヲ問合セタルニ、耳助ハ百方探索ノ末ふうぶんきよ[きよの傍に〇]ナリト返電ヲ為セシニ、電信会社ノ技手某ハ之ヲ誤リふうぶんしん[しんの傍に〇]ナリト宛電ヲシタルニヨリ、大山鎗兵衛ハ以為ラク、政府ニ此挙アル以上ハ米価ノ上ニ影響[ママ]ヲ及ボシ之ヲ下落セシムルハ必定ナルベシ、ト、乃チ米穀ヲ其有セル米穀ヲ悉皆売払ヒタルニ、政府ハ遂ヒニ官米ノ払下ゲヲ為サズ、米価ハ其後モ唯々騰上スルノミ。為メニ大山鎗兵衛ハ巨大ノ損害ヲ蒙リタリト云フ。大山鎗兵衛ハ電信会社ノ技手ニ罹リテ損害ノ賠償ヲ要メ得ルヤ否。	[多数決] 1,700余名 多数決(得) 校友による
7. 13 8～11時	甲者、乙者ヨリ粘土若干噸ヲ老噸若干円ニテ買受クル事ニ約セリ。売買ノ契約ヲ以テ右ノ粘土ハ甲ニ於テ運搬ヲ為ス事トシ、運搬ノ途中右ニ仕掛タル器械ヲ以テ衝突ル事ニ約セリ。然ルニ、末タ全ク運搬セザル中ニ天災ニ由リ売買ノ約セシ粘土悉ク流失セリ。右粘土ノ流失ヨリ生スル損失ハ甲乙何レノ負担ス可キモノナルヤ。 [刑事問題] [国際法問題]	1,400余名 [多数決] [多数決]
10. 19 12時～	甲者アリ。乙丙ノ子ヲ挙ケ、長子乙者ニ丁年ニ達シ某婦ヲ娶トリテ妻トナシ、往ク々々其家ヲ継クヘキモノタリ。然ルニ、甲者ハ乙者ノ優柔ニシテ其意ニ適セザルヲ以テ其不動産ヲ挙ケテ次子丙者ニ贈与セリ。甲者ノ債主及ヒ乙者ハ各々丙者ニ係リテ贈与品ノ取戻ヲ請求セリ。右ノ請求ノ当否如何 (参考) 甲者ハ日用品タル僅少ノ動産ノ外、所有財産ナシ。 [討論題不明] 錯誤ニヨリ締結セラレタル契約ヲ保証セル場合ニ、主タル契約取消サレタル時ハ保証人ノ義務ハ如何。 民法担保編第九參参照	多数決(否：消極説) 校友による この日討論されたか不明
11. 9 8時～	錯誤に由り締結せられたる契約を保證せる場合に、主たる契約取消されたる時の保証人の義務ハ如何。 [選挙法問題] [憲法問題]	討論筆記なし
1896(M29)		
11. 8 9～16時20分	[刑事問題]	[勝本勘三郎による批評] 約2,500人

\* 法協討論筆記、私立法律学校聯合討論会討論筆記、新聞・雑誌をもとに作成した。

\* 討論題は原則として民法関係に限って記載した。

\* 討論筆記が連載された討論題の文言で、趣旨が変わらない範囲で調整したものがある。

\* 私立法律学校聯合討論会の討論筆記は、次のように略記する。

『五大法律学校聯合討論会筆記』博聞社：『筆記』1・2回等。

『五大法律学校聯合討論会雑誌』博聞社：『雑誌』1等。

『東京五大法律学校聯合討論筆記』博文館：『筆記』1等。

わったとはいえ、成文法が明確な姿を現したことはやはり画期的だったように見受けられる。そこでまず、旧民法公布の前後で区分する。さきに示唆したように、討論会は異見をもつ者たちの「出会い」だったと考えられるように思われる。その出会いについて、本稿では、英法学徒と仏法学徒の出会いを、時期を区分するもうひとつのポイントと捉える。そこで、旧民法公布前に、その二者がどう出会いを経験したのかに着目する。

おおまかにいえば、法協討論会のはじまりとその展開を第1・2期とし、英仏両法学徒の本格的な「出会い」を第3期で検討する。そして、旧民法公布を彼らがどう経験したかを第4期で検討することにした。その検討にあたっては、いくつかの言葉に着目し（この点はすぐあとでふれる）、それが討論の場でどのように使われていたかについて、できるだけ討論会の文脈にそくして検討していく。本稿では、こうした視座から重要と思われる討論会を選択して論をすすめる。

なお、討論筆記からの引用に当たったの原則（凡例）は次の通りである。

漢字は原則として現行通用の字体にする。

変体仮名・合字などは現行の字体にする。

漢字カタカナ混じり文のカタカナは平仮名に改め、濁点等をつける。

筆者の判断で、適宜句読点をつける。

明らかな誤字・誤記は修正する。

踊り字（「く」）には「 $\wedge$ 」を当てる。

## I 民法典不在という法状況のなかで

### 1 民法で討論するということ

#### (1) 討論会と法理学あるいは「法理」：討論会の検討に先だって

法学協会が穂積陳重と東京大学法学部の学生のイニシアティブで成立した経緯はよく知られている。そのことは穂積の回想のかたちで示されており、

さきにふれた、法協の民事討論を分析した小柳（1997）も引用しているところと重なるが、本稿でもみておくことにしよう。

明治十五年に私が法学部で学生と研究会を開いて、当時公にされた「ボアソナード」氏の民法草案を基礎として、学生と共に討論研究することを始めた。然るに此級の議論に依つて「ボアソナード」氏の民法草案の如き陳腐なる自然法主義に就いて論究するよりは、一の学会を起して大いに法律学の振興を計る方が宜いと云ふやうな説が出で、是が元となつて今の法学協会なるものが起つたのである。而して当時土方、江木、奥田、三崎、渡邊、坪野等の諸氏は同会の設立に就ては非常に尽力されたのである<sup>4)</sup>。

本稿の問題関心から、次の2点を確認しておく。第1に、くりかえしになるが、法学協会は穂積と学生のやりとりのなかから発生した。引用部分にある「此級」のメンバーが、穂積の認識では、かれが留学から帰って、東京大学で「法学を始から教へた」人びとに当たる。第2に、ボワソナードあるいはその自然法主義を「陳腐」と否定的に評価したことが、民法草案の検討を離れた討論・研究につながり、法協討論会は、少なくともその当初は、その延長上にあると思われる。

上の引用文中の「研究会」との関連ははっきりしないが、法学協会の総会で、穂積はこの頃のことを振り返って「法学研究会」以前の事情について次のように述べていた。

穂積教授〔陳重〕は冒頭に 余は法学協会の猿時代をも知るものなりと述べられ 法学研究会以前 当時の第二年級たりし江木奥田氏等討論会を組織しボアソナード氏の民法注釈等を本として討論せられしも 僅かに一二回にして江木氏の発起に依りて解散し 研究会に合併し遂に法学協会の創立を観るに至れり

4) 穂積陳重（[1917] 1934, p.164）。

云々<sup>5)</sup>

ここからは、江木・奥田ら学生がボワソナードの民法注釈等<sup>6)</sup>をベースに討論を行っていたことがうかがわれる。

法学協会設立以前、フランス民法や民法草案は、おそらくはまず読む対象であったと思われるが、それを対象に講義が行われたことはもちろん、それを対象として学生間でも討論が行われていた。そして、それに代わる別の仕方で、法を学習する場の模索が、法学協会に帰結したわけである。

その法協討論会を検討するにさきだって、ここで穂積と法理学について簡単にふれておきたい。筆者には、法理学一般や法哲学一般について十分に論じる準備はまったくないし、それを試みるつもりもない。ただ、第1に、法哲学のなかで自然法がとりあげられるに当たっては、明治初年からの日本の経験についてふれられ、そこでは学問の名称——具体的には、「法哲学」、「法律哲学」、そして「法理学」——と関わらせながら、叙述されることも必ずしも少なくないように思われる<sup>7)</sup>。その叙述では、ひろくとらえたときの法哲学の流れの1こまとして、自然法に対立するものを含むものとして、分析法理学や歴史法理学、比較法理学が取り上げられることがある。穂積陳重がとくに歴史法理学と比較法理学を高く評価していたことはひろく知られている<sup>8)</sup>。第2に、以下で検討することを先取りするかたちになるが、討論会の

5) 「本会総会に於ける卓上演説の概要」『法協』25 (2)、1907年、pp.293-297、p.295。

6) 小柳(1981)によれば、少なくともそこに含まれるものひとつとして、1882(明治15)年に出版された Boissonade, M. G. *Projet de Code Civil pur l'Empire du Japon, Accompané d'une Commentaire* が示唆される (p.108、およびその注(7)、p.112)。

7) 本稿で検討する史資料は、時期をくだっても19世紀末以降には及ばないから、「法理学」のその後の展開はさしあたりは検討する必要はないとしておくほうがよいのかもしれない。ただ、本稿が20世紀以降の問題となんらかのかたちで関係をもたないわけではないことを願ってはいる。

8) 少なくとも本稿で対象とする時期に限って、民法学者が述べているものとして、たとえば、星野(〔1978〕1986、pp.151-153)。

なかで「法理」という言い回しが散見される。そして、本稿で注目したいと考えていることの1つが、この「法理」という言葉の使われ方とその意味作用なのである<sup>9)</sup>。

東京大学の講義の名称に「法理学」が選ばれた経緯に穂積がかかわっていたことも、それを回顧した『法窓夜話』の文章からひろく知られている。イギリスの（とくにオースティンの）分析法理学について、多年にわたって業績をあげてきた研究者の視点から書かれた八木（1989, pp.163-164）では、「法理学」という名称について、穂積の「好み」で採用されたとの見解がまず第一に示されうえて、次の2点が指摘されている。

第二には、一応 Rechtsphilosophie が念頭にあったということである。第三には、Rechtsphilosophie を訳して「法律哲学」とすると、法の形而上学に限られるというイメージをあたえる危惧があるので「哲学」という名称を避けたということである。

そして、第三の点を受けて、「法の形而上学に限られる」ことを避けた穂積の念頭には、「経験主義的また実証主義的な」「主としてイギリスの法理論」（p.164）があったと議論を進める。そのうえで、次のように述べられている。

---

9) 新堀（1985）は、教育をめぐって用いられるさまざまな「殺し文句」について検討を加えている。広田（1990）は、そのうち「教育的」という言葉を取り上げ、近代日本において、「教育的」が「一種のうむをいわさぬ規範性を帯びて用いられ」、「人々を黙らせる『殺し文句』」（p.44）として成立した経緯について考察した。本稿で取り上げる時期に、「法理」という言葉が、「うむをいわさぬ規範性」までももちえたかについては確かなことを述べることはできない。むしろ、「法理」という言葉がどのような意味合いで使われ、どの程度、説得力を増すものとして用いられたか、その基盤として、それが民法を学習する人びとのあいだでどの程度共有されたものになったか自体、検討が必要な問題と考えている。なお、「法理」は討論会だけで使われたということはもちろんない。「法理」の使われ方をより広い法状況のなかで検討する必要があると思われるが、筆者の能力を大きくこえる。

かくて、「法理学」は Rechtsphilosophie の訳語ではあったが、Jurisprudence との結びつき——穂積にあってはそれは主としてメインの Historical Jurisprudence であったと考えられるが——が当初からあったといえよう。

「法理学」とイギリスの Jurisprudence の結びつきが確認されるわけである。

もう少し綱渡りを続けなければならない。次の3点を確認することからはじめたい。第1に、さきにふれたとおり、穂積が「歴史派」を高く評価していたこと、第2に、その穂積も「法理学」の教科書としては「分析派」に分類されることが多いホランドの著書を用いていたこと、第3に、たとえば、おそらく穂積の影響を受けたと考えられる江木が、警視庁御用掛時代に講義した際に依拠したのも、やはりホランドだったことである。以下、基本的に、民法学者の立場から書かれた星野（〔1978〕1986）に依拠して、順にその意味を検討する。

まず第1の点に関連して、本稿に必要な範囲で述べる。星野（〔1978〕1986、pp.151-152）では、穂積が歴史法学派の限界も指摘していることにも言及しつつ、穂積の「法理論」についてさまざまな著作から引用してとらえてみせている。そこで参照されている1つの論文の題目が「スペンサー氏の法理学に対する功績」（傍点は本稿の筆者）であることが示唆する通り、またその内容からみても、穂積の「法理論」は穂積の言う法理学を指すと考えてもそれほど大きな間違いではないように考えられる。そうだとすると、穂積の法理学は自然法（自然法学派）を“乗り越え”ることを（少なくともこの時点では）企図したものだったと理解できるだろう<sup>10)</sup>。ただ、星野（〔1978〕

---

10) もっとも、星野（〔1978〕1986、p.155）では、「一口に自然法論と言っても、かなり違ったものを含んでいる」とされ、さらに綿密な考察が行われている。ただ、本稿で扱う範囲での討論会を検討するうえでは、さしあたり本文で記述した程度で大きな問題は生じないように思われるので、これ以上は立ち入らないし、立ち入るのに必要な力量は筆者には足りなすぎる。

1986、p.158) で、穂積の自然法に対する見解が変化したことによつて、次のように述べられている<sup>11)</sup>。

ジェニーを始めとする新自然法論の勃興を目のあたりにした穂積は、その、歴史の観察によつて原理を探究するという方法からも、また法律進化の法則を探るといふ学問の対象からも、自然法論の持つ法律の進歩に対する意義を認めざるを得なくなつたのであろう。そしてそれが、言葉は、正義と呼び原理と呼ぼうと、「進歩的社会における理想法の観念」<sup>(59)</sup>、「超越的理想」<sup>(60)</sup>としての自然法であつて、(…中略…) [穂積は] 少なくともその歴史的に果たした機能——それどころかその観念が「古今将来に通じて恒久に存在する」ことを認めた (…以下略…)

この点は、法学・民法学への理解のあり方に差はあるとしても、本稿で法学徒たちの討論を扱うに当たつて念頭に置いておくほうがよいように思われる。なお、内田 (2018、pp.91-94) では、メインの法学の方法論は「広い意味で歴史法学と呼ばれる」とされつつ、一方で「比較歴史法学」だつたともされる。メインの主著『古代法』の内容からも、穂積のその後の研究からも、比較法学と歴史法学が組み合わされているように考えられる。そうだとすると、穂積の法理学について、比較歴史法理学ととらえてもそれほど的外したものではないと思われる。本稿では、さしあたり、このような見方を採つておく。

第2・3点は、ひと言で言えば、「法理学」あるいは「法理」の探究・学習

---

11) 引用した原典の注の内容は、それぞれ次の通り。注59：穂積陳重 (1924、p.198)；注60：穂積陳重 (1924、p.208)。なお、穂積の自然法に対する評価を理解することは大きすぎる難題である。本稿の限界については、穂積と同等、あるいはそれ以上に難題である富井とあわせてあとでふれる。

は、法理学についての穂積固有の教育・著述に現れる見解<sup>12)</sup>を離れて展開されえないとは思われぬし、実際、本稿が扱う時期に限っていえば、それを離れてある程度別の展開を見せたように見受けられることと関わっている。星野（〔1978〕1986、pp.159-161）では、穂積によるイギリス・フランス・ドイツの法学への見解がとらえられている。その見解は「例によって慎重」（p.159）だとされるが、本稿の関心から極めて単純化すれば、イギリスの法学では「法律の学理」<sup>13)</sup>は重視されておらず、「法理書」はドイツに依存しているということになるように思われる。そして、東大法・帝大法科で法理学を学んだ英法学徒たちは、英国の Jurisprudence のほうを下敷きにして、法理学を講義をすることが少なくなかったようである<sup>14)</sup>。

山崎（2010、p.121）では、東京（帝国）大学と英吉利法律学校に言及して、「イギリス法理学」について次のように述べられている。

わが国では、この二つの法理学〔オースティンの分析法理学とメインの比較・歴史法理学〕は開成学校と東京大学法学部で外人講師のグリスビーとテリーによって教えられ、とりわけテリーは（…中略…）学生のために近代法の基礎的な原理を平易に説明した『法の第一原理』（The First Principle of Law）（一八七八年）を著した。ついで大学の教壇に立った穂積陳重などが法の原理と法の進化を熱心に教えたので、学生は大きな関心を抱き、その理論はかれらの間で常識

12) あるいは、穂積自身が、自らの立場と限定して行った教育・著述に現れる見解というべきかも知れない。

13) 1890～1891年の帝大法科生・松岡義正の講義筆記を分析した小柳春一郎（1981、p.110）によれば、穂積は「民法原理」の講義で、法律における「学理」が「法理」であるととらえていた。

14) 例えば、本文でふれた江木衷の『法理学講義』のほか、あとで本文でふれることになる、「法理」という言葉を討論会でくりかえし使う法学徒たちの出身校のひとつ、英吉利法律学校での講義をまとめたと思われる講義録、戸水寛人講義・石山弥平編輯『分析法理学』には、英国の Jurisprudence の影響が濃いと見えるように思われる。

となったほどである。その卒業生たちが創設した英吉利法律学校では、法理学は重視されて毎週二時間が割り当てられ、分析法理学と沿革法律論の二科目に分けて授業されたのである。

本稿では、さしあたりこの事情を前提として検討をすすめる。すなわち、本稿で扱う対象とする法学徒たちについて、東京大学と英吉利法律学校で学んだ者、それに加えて、この2校以外でも、この2校でと同じように英法系の法律学校で学んだ者について、「イギリス法理学」の強い影響を受けたと、さしあたり、仮設するということである。ただし、本稿ではこれらの学校で具体的に何が教えられたのかについて、十分に検討しているとはとうてい言えない。筆記ノートや講義録についての検討は今後の課題である。

よく知られていることだが、穂積陳重のドイツ歴史派法理学への関心は、イギリス留学中にまでさかのぼるという。穂積重行（1966、pp.531-541）で示されている通り、1879（明治12）年のイギリス留学中、穂積陳重（当時入江姓）が文部大輔田中不二麿にあてた「独逸国へ転国ノ願書」の草稿には、ドイツで法学を学ぶことを希望する5点の理由が挙げられていた。本稿の関心から注目したいのは、次の第4点目の理由である。

凡ソ法理ヲ学バントスル者ハ、必ズ其法律実施ノ国ニ移リテ之ヲ学ブヲ要ス。

重要だと思われるのは、第4の理由の「法理ヲ学」ぶという言葉づかいである。第1・2の理由に共通する言葉づかいは「比較法理」であって、それは比較という方法に重点が置かれているように思われる。これに対し、第4の理由では「比較」から切り離されて、「法理」に言及されている。方法から切断された「法理」。比較法理学にしる、沿革法理学にしる、法理を対象にしているのではないかという解釈も十分成り立つように思われなくはない。また、単独で「法理」を用いることは当時すでにまれでなかったのかもしれない

いが、この点を明らかにする準備は筆者にはない。ただ、穂積が法理学を日本語として当てることになる Jurisprudence は、もともとは「法」を「知る」の意味であって、この語から「法理」を切り出すには、ある程度の踏み台を使って跳ぶことが必要のように思われるのである<sup>15)</sup>。そして、この方法から切断された「法理」は、留学から帰国したあと、穂積が最初に公表した論考（穂積陳重 [1881] 1932a）に現れることになる。

オースティンが、‘General Jurisprudence’ を the science concerned with the exposition of the principles, notions and distinctions which are common to systems of law だと述べる時、また、ホランドが、the term Jurisprudence について、It may therefore be defined provisionally as ‘the formal science of positive law’ と述べる時、ここから直ちに日本語の「法理」を切り出すことはそれほど簡単なことようには思われない<sup>16)</sup>。もっとも、ホランドは、ローマ人の到達点に言及して、かれらは the idea of science of

15) 広浜 ([n.d.] 1938, pp.4-5) では、「今日においては、形而上学を避けんがために、法律哲学といふ言表を去つて法理学といふ言表に従ふ必要なく、また、法理学と呼ぶからというて、形而上学を回避し得るわけのものでもない。法理学というても、法律哲学と呼んでも、大して区別はないのである」とされる一方で、「実は、私は法理学といふ言表に愛着を感じる一人なのである。論理学・物理学・病理学・薬理学・生理学・心理学・倫理学などと相並んで法理学と称へることは、法の原理の学としての意味もよく通り、日本語としても格に適うて着落きがある。また、論理・心理・倫理などと同じ意味合ひで法理といふことが一般に用ひられてをり、その法理の学として法理学が把握され得る点からいうても妥当である。」という。ここに示されている感覚は、いわば何かを1つ跳び越えて、方法から切断された「法理」という言葉が、他の言葉群のネットワークのなかで特有な意味を帯びた可能性の痕跡を示しているのかもしれない。なお、広浜は、1891年生まれ、1923（大正11）年京都帝大法律学科卒の法哲学者・民法学者である。京都帝大で法理学講座が置かれていた時期に在籍していた。

16) オースティンとホランドの書き方からは、「法理学」は「法の理学」であって、「法理の学」ではないようにも読める。ただ、本文でさきにふれた穂積陳重（[1881] 1932a）では「法理ノ学」となっており、少なくとも日本ではある時期には、こちらのほうが一般化していたように見受けられる。なお、内田（2018, p.168）では、穂積の「法理学」は「法の理学と理解でき」とされる。

those legal principles which exist independently of the institutions of any particular country を獲得したのだと述べている。ここで使われている 'legal principles' が「法理」に当たるようには思える。ただ、筆者には、その 'legal principles' が Jusirprudence = 法理学から切り出され、それ以上の意味を付与されたようには読めないし、Jusirprudence は Jusirprudence なのだろうと思われる。それがどうしたと問われるだろう。それに応えるのは、本稿が検討していく討論会のなかで「法理」という言葉が実際にどのように使われたかを検討するなかで試みることにしたい。以下で検討することを先取りするかたちになるが、ひと言でいえば、少なくとも1部の法学徒たちのなかでは、「法理」という言葉は訴求力を帯びた仕方では使われたことがあったように見受けられるのである。

「法理」の他にも、訴求力を帯びたいくつかの言葉が、討論会のなかで使われていた。それらについては、討論会での発論を具体的に検討していくなかで、適宜検討を加えることにしたい。

## (2) 始まりの法協討論会：第1期

以下、民法討論会の在り様を、基本的に時系列に沿って検討していく。さきにふれた通り、遅くとも1870年代後半から法をめぐる異見交換は行われていた。大学法学部・法科大学、私立法律学校、その他の結社で、法学徒たちは集まって議論し、討論し、あるいは演説していた。そして、おそらく、法学部・法科大学や私立法律学校が集中していた東京以外でも、法学徒たちは集まって異見を交わっていたのではないと思われる。その議論は、そのとき・そこに集まった法学徒たちが語り合い、異見を述べ合い、どのような展開をとげたとしても、そのとき・そこで取り交わされた発論は、そのとき・そこを限りとして消えていくのが多くの場合であったと思われる。

そうだとすると、討論筆記が残されたことは極めてまれな場合だったと考えてみるほうがいいのかもわからない。討論と討論筆記は別のものなのだ。演

説や討論がさかんに行われるようになる。そのなかで、法律、その1部分の民法を対象を限っても集会的な議論が成り立つだけの人的・社会的基盤がそろってくる。新聞・雑誌といったメディアが発展していく。速記が行われるようになっていく。そうしたなかで、1部の討論についてだけ、その討論筆記が残されたのではないかということである。

討論筆記はまったく偶然に残されたわけでもない。そこには、討論の内容を、そのとき・そこに参加しなかった／参加できなかつた人びともも伝えたいという討論者たちの願望、そのように外部の人びともも伝えるだけの価値が自分たちの討論にはあるのだという自負があった。法協討論会・私立法律学校聯合討論会のどちらについても、それは共通していた。法協討論会については、さきにふれたとおり、法協の成立に関わっていた奥田義人による次のような回想がある。

[法学] 研究会は時に討論会を開きて研磨の用に供せしも、名論卓説之を埋没するに忍びずとて、茲に雑誌発刊の必要を感じ、十六七年穂積陳重博士の尽力に依りて漸く雑誌を発刊するに至り、従来の研究会を廃して之を法学協会と名づけ其雑誌を法学協会雑誌と称せり（…以下略…）<sup>17)</sup>。

私立法律学校聯合討論会については、同会委員の1人・帖佐顕<sup>18)</sup>が次のように述べている。

---

17) 「本会総会に於ける卓上演説の概要」『法協』25(2)、1907年、pp.293-297、p.294。

18) 1886年・明治法律学校卒（以下では、明治卒と略記する）。卒業後、同校部長（生徒指導係）。1889年、明治法律学校と関わりの深い熊本法律学校講師兼幹事、1891年、同校は熊本市内の学校と合併して九州学院となり、遅くとも1892年、同校教員兼理事。1893年、同校教員のまま熊本県警部、1896-97年頃、台南県警部。1901-02年頃、台湾で弁護士。1920年、台南州協議会議員。1933年、没。なお、以上は主に次の文献によった。明治大学歴史編纂事務室（2000、pp.17-21、pp.43-44）：橋本白水、1919、『台湾の官民：評論』台湾案内社、p.78。

本会に於て一大雑誌を發兌したれば 広く全国法学篤志ノ諸君ニ法理を質すことを得 (…中略…) 旁々好都合ではなひかと考へます<sup>19)</sup>

こうした法学徒たちの願望と自負も、そのとき・そこで消えていることが十分ありえた討論が討論筆記として残ることにつながったと考えられる。なお、煩雑を避けるため、討論筆記からの引用は、注 19・23 のように略記する。

#### a) 法協討論会という状況の定義

さて、こうして残されることになった討論筆記はまず法協討論会のものである。『法協』通号 1・2 号に載った討論題等は表 1 の通りだが<sup>20)</sup>、本稿で最初に扱う討論筆記であるから、本文にも引用しておこう。

#### ○討論題

乙主論者 栗塚省吾君 伊藤悌治<sup>21)</sup> 君

丙主論者 土方寧君 斯波淳六郎<sup>22)</sup> 君

丙、敷金五拾円を出して、甲より家を借り居たる処、甲、其家を乙に売渡したり (甲は当時無産にして、乙者は敷金あるを知れり)。後、乙は丙に立去りを命じたるに付、丙は前敷金の返却を乙に請求せり。其当否如何。

甲は売人貸主 乙は買人 丙は借主<sup>23)</sup>

---

19) 『筆記』第 1・2 回、p.36。なお、表 1 の注も参照。

20) この討論会については、小柳 (1981、pp.14-17) で分析が加えられている。

21) 1883 年卒・法学士。1883 年、判事、1894 年、大審院判事 (1904 年、依願免ののち、大審院判事)、1913 年、休職。1919 年、没。

22) 1883 年卒・法学士。卒業後、研究科へ進み、ドイツ留学 (ベルリン大等)。1888 年に帰国後、法科大教授 (行政法・国際法)、1889 年、法制局参事官兼任、同専任、1898 年、内務省社寺局長、1900 年、宗教局長 (1913 年、廃官)。1915 年、内務省神社局長 (同年、退職)。1931 年、没。

23) 『法協』通号 1 号、p.1。

すぐ上で述べた同様の理由で、討論会の在り様が具体的に分かるようにやや詳しく補っておく。1883年11月13日例刻<sup>24)</sup>から19時まで討論会が行われた。玉乃世履<sup>25)</sup>が多数決で「議長」となった。法協討論会では、「主論者」が二手に分かれて立てられる。この討論筆記では、主論者4人の発論だけが記録されているが、後の討論会では主論者以外も発論するようになる。討議が尽きた頃、議長が参加者にどちらの論に賛成するかを問い、多数決で決定が行われた。多数決の結果は丙論賛成者が多く、丙は乙に敷金請求できることに「決定」された。民法解釈学的に言えば、その決定にいたる根拠はそれぞれどのようなものだったか、その決定が日本民法学の歴史のなかでどのような意味をもつか、その決定がたとえば立法なり裁判例など、日本法にどのような帰結をもたらしたかといった点が問題になると思われる。ただ、本稿の検討では、必ずしもそのすべてに関心を向けることはしない。本稿が着目する、この討論会の在り様は、2つまえの文までで、ほぼつきている。このようなかたちで、民法をめぐる問題について、集合的な探究・学習が行われたことがさしあたり重要である。

とはいえ、本稿の関心から非常に興味深い発論が行われた点について検討していきたい。まず丙主論者・土方寧が冒頭で次のように述べはじめる発論が重要である。

本題の旨趣は立法論にあらずして、法律の適用論にあり。然るに、本邦未だ民法の完備せるものあるにあらず。本題の事実に適用することを得べき習慣も亦、存することなし。是を以て、本題の如き司法論を生ずるときは、夫の民事の裁判に、法律に明文なき者は習慣に依り、習慣なきものは条理を推考して裁判す

---

24) 『法協』の記事からは、「例刻」ははっきりしないが、記事の前後の文脈をふまえると、15時開会だったのではないと思われる。ただし、あくまで推測にすぎない。

25) 当時、大審院長、法学部嘱託講師。

べしとの布告に基づいて、判断する外、他に手段あるべからざるなり<sup>26)</sup>。

あの明治八年太政官第三百号布告第三百号（裁判事務心得）第三条「民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ習慣ニ依リ習慣ナキモノハ条理ヲ推考シテ裁判スヘシ」を前提に、この討論会では、「条理」によって考えていくしかないというわけである。すぐ上で、これは土方の発論だと書いた。しかし、これは土方個人の発論というよりむしろ、土方による状況の定義——法協討論会という状況を規定する試みととらえることができるし、そのようにとらえるほうが妥当なように思われる。穂積重行（1988、p.267）の表現を借りれば、「土方は陳重の最初の門下生の一人である」<sup>27)</sup>。この点をふまえてもう少しうなら、土方は穂積の台本通りの役まわりを演じたのではないかとさえ思われるのだが、それは飛躍しすぎかもしれない。いずれにせよ、法協討論会では、既存の実定法を解釈・適用するというより、日本国内で制定された法令ではまだ分からないことを、集合的に探究する討論題が設定されたことが多いことを指摘できるように思われる。これも先回りになるが、私立法律学校聯合討論会の討論題も似たような性質を帯びていたと考えてよいように見受けられる<sup>28)</sup>。この点は本稿で扱う討論会の在り様として重要である。というのは、熊谷（2018）によれば、1910（明治43）年の『雄弁』創刊号に掲載された法政大学討論会<sup>29)</sup>では、「法律の解釈と適用であるので、どの説〔甲説・乙説・丙説〕が正しいのか」が発題者から「説明」されるようなことが討論題となっていたようだからである（pp.25-27）。

少しづれた、また先回りした議論に入りすぎた。法協討論会に戻ろう。長

---

26) 『法協』通号1号、pp.1-2。

27) もっとも、土方は穂積の法理学の講義を半年聴いて法学部を卒業したという（土方、1926、pp.32-33）。

28) 実際、私立法律学校聯合討論会では、表1の通り、1889年7月7日の刑法問題は、現行法に規定があるという理由で討論されないことになった。

29) 1909（明治42）年12月19日に開催された。

くなるが、土方の発論の引用を続ける。

条理、即、法律なれば、条理の所在を推究するは、立法論に似て、全く非なり。然りと雖、条理の所在を推究すること、素より容易の業にあらず。何なれば、各人の確認して、以て、動すべからずとする所の条理あるにあらざればなり<sup>30)</sup>。

条理が法律に代わるのだから、条理を推究するのは立法論のようだが、まったく違う。補足すれば、「この討論会は立法論とはまったく違うことをする場だ」と、さらに状況を細かく定義しているようにも思われる。討論者1人ひとりが推究して厳然とした条理なるものがあるわけではないから、これは難しいことだとも言う。ではどうするか。

抑々、条理は条理にして、他語を以て之を解説すること、至難なりと雖、汎く之を言へば、条理とは当に然るべしとの義に外ならざるべし。然り而して、特に法律上当に然るべしとは、蓋、法理の然らしむる所ならんか<sup>31)</sup>。

条理は条理としか言いようがないが、条理が「当に然るべし」という意味だとすれば、法律上で条理とは「法理の然らしむる所」ではないだろうか、と言うわけである。ここでも補足すれば、「この討論会は条理を『法理の然らしむる所』』と考えていく場だ」と、状況を定義しているのだろう<sup>32)</sup>。ここで、さきにまとまりもなくふれた「法理」が登場する。率直に言えば、討論筆記で法理が現れるから、さきに法理について綱渡りの議論をしたのである（ま

---

30) 『法協』 通号1号、p.2。

31) 『法協』 通号1号、p.2。

32) 野田(1983)で強く推測されるところによれば、「条理」は *équité* だったとされる。そうだとすると、英法学の立場からは、「条理」を「衡平」と表現することもありえたように思われる。もっとも、「衡平」と表現しても、討論会での困難が解消されるわけでもなさそうである。なお、土方は発論のなかで衡平法に言及している。

た先回りしていうと、「法理」という言葉が訴求力を帯びた仕方（用いられ、しかも多用される討論会が現れる）。土方は次のように法理を特徴づけ、条理との関係も仮設する。

法理とは、法律諸規則に普通の原則、国法の基礎とも謂ふべきものにして、法律外に、所謂条理と称するものに異なりて、確定動すべからざるものなりとす。且、夫れ、法理は、国に依て大差あることなく、成文法の国に於ても、亦、不文法の同に於ても、均しく之を文章に認め尽したる例あるを聞かず。唯、其法理に根拠する所の規則よりして、論理上、之を推知することを得るのみ<sup>33)</sup>。

最初の1文の意味がやや理解しにくい（法理は法令以外に求められるもので、その一方では法令と矛盾せず（すなわち、法令に「普通」する）、また各国共通のもので、法令から論理的に「推知」できる。そして、前の引用文から考えると、法理を条理と密接に結び付けていると考えられる。では、土方は具体的にはどうするのだろうか。

然るに、本邦、未だ法理を推知するを得べき法律規則の完備せるものなきを以て、余は、英国法に徴して、本題に適用すべき法理を論究せんと欲するなり<sup>34)</sup>。

日本には十分な法令はないから、英法をもとにして法理を考えることにするというわけである。

#### b) 「条理」あるいは「条理裁判」とヨーロッパ法<sup>35)</sup>

すでに知られているように、「条理ヲ推考」するに当たって、ヨーロッパ

---

33) 『法協』通号1号、pp.2-3。

34) 『法協』通号1号、p.3

35) この部分については、最近の研究動向につき、小沢（2015）、特にそのうち「制定時の

法を直接参照したと見受けられる裁判例が確認されている。この点、判決では、必ずしも条理という言葉は使われていないものの、実質的にヨーロッパ法を参照したと考えられるものがあるとされてきた。ヨーロッパ法に依拠しつつ、かつ、「条理」という言葉を使って判決した例はまれだとされるが、いま検討している討論会より時期的にはのちの時代のものであるものの、名誉毀損についての1888年の次の例がよく知られている。

成文法ナキトキハ外国ノ法律ヲ参照シ其条理ト認ムルモノニ依リ判決ス（…中略…） 従来我国ニ於テ民事上ノ書讒ニ関スル法律規則ナキヲ以テ本職ハ本訴ヲ審理シ之カ判決ヲ与フルニ当テ専ラ泰西ノ法理ニ拠リ之カ説明ヲ与フルヲ穩当ナリト思慮ス（…中略…） 右ノ理由ナルニ依リ被告ハ其姓名ヲ以テ（…中略…） 此裁判確定ノ日ヨリ一週日ノ間東京日々新聞時事新報毎日新聞郵便報知新聞朝野新聞ニ〔謝罪〕 広告スルコトヲ命令ス<sup>36)</sup>

五十川（1992、pp.21-22）によれば、引用文中の「泰西ノ法理」は「イギリス法にいう文書誹毀（libel）を指すものと理解される」という<sup>37)</sup>。そうだと

太政官布告」（pp.151-168）に多くを負っている。

36) 「横浜始審裁判所明治廿年第五百五号名誉回復之件」『裁判粹誌』1、1888、裁判粹誌社、pp.146-155（復刻版：1994、『裁判粹誌1：大審院判決例』文生書院、pp.178-187。本稿では復刻版を使用）。なお、引用の冒頭の1文に着目して、この判決は外国の法律・法理を参照した条理を根拠にしたことを明確に述べた例であるように評されることがある。ただ、この1文は判決で実際に言渡されたものというより、『裁判粹誌』の編者の表現かもしれない。『法律応用雑誌』68・69（1887、pp.13-17・pp.12-16）は「此判決タル講学上ノ参考ニ供スヘキ者少ナカラサルヲ以テ其全文ヲ登載」（68、p.13）したというが、そこにもこの1文はない（もっとも、「前略」から始まっており、その部分に含まれていたかもしれないが、いわゆる民事判決原本の他の判決例の書き方からは、「前略」部分は訴訟当事者を記載していたように推測される）。

37) なお、村上（2003、p.217）によれば、この裁判例に関する評価について、かつて小早川（1944、pp.432-433）はこれを「フランス民法適用の例証と考えていたふしがあ」ったが（小早川の表現に拠るなら「仏蘭西法系の自然法の条理観念」適用の例証というべ

すれば、すぐ上でふれた土方の発想に近いように思われる。この名誉毀損事件の判決と法協討論会との関係については、すぐあとでふれる。

他方、これもよく知られている通り、「条理ヲ推考」するに際して、フランス法が参照されたことが、仏法系の法学徒の回顧的叙述にもとづいて強調されてきた。例えば、司法省法学校正則1期生の井上正一は、明治初年の司法実務について次のように回顧している。

民事ノ裁判ヲスルニハ旧幕時代ノ触書等ニ依ルノ外ハ別ニ成文法ノ備ワツタモノモナク 其触書トテモ種々ナル事件ヲ裁判スルノ標準トナルモノデハナイ。マタ習慣トテモ一定シ且正確ナルモノハ尠ク（…中略…）裁判官自己ノ見込ニ依ラムカ、準拠スル所ナキガユヘニ果シテ当ヲ得タルヤ否ヤ甚タ安心カデキス（…以下略…）

明言されていないが、成文法がなく、慣習（「習慣」）もなく、と述べていることから、裁判事務心得3条が念頭にあるものと考えてよいように思われる。そして、次のように続ける。

然ルニ爰ニ司法官ノ為メニ恰モ暗黒ヲ破ッテ曙光ヲ放ツノ憶アラシメタルモノハ彼ノ箕作先生ノ訳セラレタル仏国民法デアリマス 仏国民法ノ翻訳書ハ当時実ニ司法官ノ金科玉条トシタルモノデアル。条理ノ宝典トシタモノテアッタ（…以下略…）<sup>38)</sup>

「条理ノ宝典」。箕作麟祥訳『仏蘭西法律書』が出版されるまでは、司法官はそれを書き写して「金科玉条」としたとまでいう。

---

きかもしれない)、本文で記した通り、英国判例法の法理が適用された例としてとらえるほうが妥当と考えられるようになってきているという。

38) 井上正一述 (1905、p.65)。

大久保（1977、pp.72-73）では、これらの回顧をふまえつつも、しかし、「条理とは、すなわちフランス法であった」という「図式」の「過大評価」には注意が促されてきた。ただ、この点興味深いのは深谷（2004）で、ある土地を囲んでいる他の土地を通行する権利をめぐる、1878（明治11）年の裁判例を取り上げ、「条理ヲ推考」し、フランス法が参照されていることを実証的に明らかにした分析である。「朱書部分」(「(朱→)」……「(←朱)」)を「本文中に挿入された注のようなものとして」読むというガイドが理解を助けてくれる。筆者の力量不足のため、長すぎる引用を避けて、3つに分けてみる。条理で判決するという宣言・フランス法と『性法講義』への言及・結論の3つである。

(朱→) (…中略…) 今ヤ土地ニ関スル諸般ノ規成備具セザルモノアルガ如シ。  
依テ双方陳述ノ条理ヲ推考シ、争訟ノ起因スル所ニ就テ判決ス (←朱)。

成文法がないので<sup>39)</sup>、この訴訟については条理を推考して判決することがま  
ず宣言される。判決の理由とされた部分は次の通り。

(朱→) (…一部略…) 仏国民法第六百四十九条法律上ニ定メタル土地ノ義務ハ、  
国ノ資益又ハ邑ノ資益又ハ一人ノ資益ヲ目的トスル所ナリト云ヒ、第  
六百八十二条自己ノ所有スル土地他人ノ土地ニ環繞セラレ往還ノ道ニ至ルベキ  
径路ナキ寸ハ、隣地ヲ通行スルノ権ヲ得ント求ムルコトヲ得ベシ。(…中略…)  
又性法講義中(三百六十八葉)人為法ノナキ場合ニ於テモ猶法上ノ義務ヲ成立  
スベキ部分中ニ云々譬ヘバ環繞セラレシ所有者(他人ノ地面ニテ四方ヨリ囲マ  
レシ所有者ヲ云)ニ通路ヲ供スルノ義務云々 (←朱) (…中略…)、被告ハ嘉永

39) 深谷（2004、p.16）によれば、慣習法については、訴訟が起きた土地については慣習法がない、あるいは、各地の慣習法がまちまちなため、この裁判例では慣習法に言及されていないのではないかという。

二年、火災以前ヨリ継続シテ通行権ヲ有シタルモノト認定ス。

フランス民法によって、または、『性法講義』によって、他人の土地で囲まれた土地の所有権者は、道路に出るために他人の土地を通行する権利をもつ。そして被告はその通行権をもっていると認定する。

右条々ノ理由ナルニ依リ、原告ニ於テハ該論地所有ノ権アリト雖モ、別ニ被告税地ニ往来スベキ路線ナキ上ハ、<sup>(ママ)</sup>謾リニ之レヲ防塞シ其通行権ヲ妨碍スベカラザルモノトス。

以上の理由により、原告は被告の通行権を侵してはならない、というわけである<sup>40)</sup>。

「条理」という言葉を根柢のように使い、ヨーロッパ法を参照した判決の実証的な研究から示された、上の2つの裁判例は、1878年のものがフランス法を参照し、1888年のものが英法を参照していた。これをふまえると、五十川（1992、p.20）で指摘されているように、次のようなところに落ち着くことになるのかもしれない<sup>41)</sup>。

各々受けた法学教育を反映して、裁判官は「英法ヲ学ンダル者ハ英法ヲ応用シ仏法ヲ学ンダル者ハ仏法ノ法理ニヨリテ裁判」した<sup>(94)</sup>のであり、「弁護士は各々其の学修したところに従ひ、自己の妥当と信じる法理法則を主張した」<sup>(95)</sup>のであった。

---

40) フランス民法や『性法講義』などを、明示的には参照してはいないものの、それらを参照していると考えられる裁判例を分析したものとして、深谷（2006）、村上（1994）がある。

41) 原典の注の内容は、それぞれ次の通り。注94：加藤（1903a、p.50）；注95：原（1935、p.193）。

本稿で扱っている時期には、少なくともその当初は、裁判実務では、いわゆる「条理裁判」が英法や仏法を参照して行われていたと思われる。

ここでさきにふれた、1888年の名誉毀損事件と本稿で検討していく討論会の関係にふれておきたい。同事件を担当したのは、横浜始審裁判所の判事試補・中橋徳五郎<sup>42)</sup>だった。中橋は、遅くとも1884年10・11月には法学協会会員となり、法協討論会で何度か発論者となっており、そのとき・そこで、必ずしも成文法も慣習もないなか、集合的に法のあり方を探求・学習する経験を重ねていた。中橋は、私法律学校聯合討論会でも、法律学校講師の立場で発論者となり、同様な経験を続けていく。

この頃の名誉回復訴訟については、瀬川(2003)で系統的・実証的に丹念な分析を加えられている。それによれば、1888年中橋による名誉毀損事件判決は、「英米法の考え方」である「正当な論評の法理」(p.181、注9)を含んでおり、名誉毀損の成立について「英米法の考え方に従い悪意を要件とし」(p.178)ながら<sup>43)</sup>、英法を批判的に参照して、その効果として「裁判所による加害者の名での取消・謝罪とその広告という救済方式」(p.186)が形成される流れに位置づけられている<sup>44)</sup>。

42) 1882年、東大法撰科入学、1886年、帝大法科撰科卒後、大学院に進学。1886年、判事試補、1887年、農商務省特許局審判官、1889年、農商務省参事官兼任、内閣法制局参事官、1890年、衆議院書記官、1891年、通信省参事官、同書記官、1893年、通信省参事官兼任、1897年、通信省監査局長、1898年、通信省鉄道局長(依願免)。実業界に入り、大阪商船会社等の役員を歴任。1910年、大阪市会議員・議長、1912年、衆議院議員(通算で7期)、1918年、文部大臣(1919年、依願免)、1927年、商工大臣(1929年、依願免)、1931年、内務大臣(1932年、依願免)。1934年、没。なお、牧野編([1944]1995、p.68)によれば、「法理学を専攻する大学院学生の、最初の一人であつた」。同時に「法理学」を専攻した大学院生に、少なくとももう1人、植村俊平(1886年卒、法学士)がいた。なお、本文でふれた名誉毀損事件の訴訟の判決ののち、名誉毀損と謝罪広告について執筆されたのが中橋(1888)である。

43) なお、詳細は瀬川(2003、pp.178-179)を参照。

44) 筆者の研究関心から興味深いのは、(瀬川、2003、pp.178-179)では、仏法と英法の関係について、慎重を期しつつ、裁判官や代言人が受けた法学教育の違いから説明が試み

いずれにせよ、法協討論会・私立法律学校聯合討論会は、こうした法状況のなかで行われた、法学徒たちの集合的な学習だったことを指摘しておきたい。

c) 土方と栗塚と：ただし英法と仏法と、ではなく

法協討論会に戻ることにしよう。土方は5点に分けて発論しているが、その4点目の1部は次の通りである。

元来、習慣法に於ては、訴訟産は、之を他人に移転することを許さず。唯、衡平法に於ては、訴訟産の譲受人は、其譲渡人が相対する所の義務者に対して負担せる所の義務を負担せざるべからざるの制限を付加して、之を他人に移転するを得せしめたり（…以下略…）。

もともと慣習法（「習慣法」）では、訴訟産を他人に移転することは禁じられていた。ただ、衡平法では、訴訟産の譲受人は、譲渡人が負っていた義務（賃貸借契約終了後の敷金返還義務）を負わなければならないとされ、訴訟産を他人に移転することを許した。「訴訟産」という言葉が2022年現在の日本でどの程度通用するか分からないが、次の部分まで読めば理解できるように思われる。なお、土方は、上で引用したルールは英国では法令変更によって確認された、とも述べている。さらに続けて言う。

本題の場合に於ては、乙は、甲より現に丙に対して借賃の支払を請求すべき権利、及、丙に於て、若し借賃を支払はざるときは、敷金を以て之に充つべき契約上の権利、即、訴訟産を譲受けたるものなれば、丙が、甲に対して敷金の払戻を

---

られている点である。また、フランス法やその後の日本での法典化との関わりにも言及され示唆に富むが、筆者の力量を超えるから、さしあたり本稿ではこれ以上立ち入ることはしない。

受くべき権利に対する、甲の敷金払戻の義務も亦、乙に於て之を負担せざるを得ざるものなるべし<sup>45)</sup>。

さきのルールを討論題の場合で考えると、乙は、丙に対する賃料請求権と丙が賃料不払いのときに敷金から充当する権利（「訴訟産」）とを譲受けたのだから、もともと甲が負っていた敷金返還義務のほうも乙に移転した。だから、丙は敷金返還を請求できることになる、というわけである。

これに対し、栗塚は、乙主論者の1人として、次のように異見を述べる。

今、此敷金を返還せしむる権利の性質を論ずれば、対人権なり。即ち、負債者一人に対して返済を要求すべき者なり。（…中略…）原告は（…中略…）其家は何人の手に移るも、其家に付て払はしむる権ありと云ひ、即ち、物上権ありと云ふは無理なり<sup>46)</sup>。

敷金返還請求権は債権（「対人権」）である。丙（「原告」）主論者の土方は、借家の所有権が第三者（討論題では乙）に移転しても、丙はその第三者に敷金返還請求ができるといい、言い換えれば、丙には物権（「物上権」）があるというが、そのような主張はできない、と。

この土方と栗塚の異見のくいちがいは、当時の英国法と仏国法の違いから生じているとはいえると考えられる。しかし、それは当時の現行法の違い（敷金返還請求権を買主に移転させるかどうか）であって、英国法とフランス法の原理的な違い、あるいは、英法学徒と仏法学徒の考え方の原理的な違いとはいえないように思われる。たとえば物権と債権の基本的理解に根本的な差があるといったことではないからである。

---

45) 『法協』 通号1号、pp.9-10。

46) 『法協』 通号2号、p.2。

## d) 禁反言：法理の多様なレベル

もう1点、この敷金返還請求権をめぐる討論会について指摘しておくべきことは、「法理」という言葉は多様なレベルで用いられうるし、実際用いられていくということである。土方は第5の理由として、禁反言を持ち出して次のように言っていた。

抑々、英国法に禁反言と称するものありて、其種類、三あり。(…中略…) 而して、第一種及第二種の禁反言は、本題に関係なきを以て、之を省き、第三種、即、行為に係る禁反言とは何物なるやを説かん。抑、行為に係る禁反言とは、自己の行為に依り、他人をして、或る事実の存在を信用せしめたる者は、反対の証左を挙て、以て其事実を否なりとするを得ずと云ふにあり<sup>47)</sup>。

この討論筆記では「禁反言の法理」という表現は使われていない。ただ、のちの討論会では禁反言のような法格言に当たるものに言及するレベルで「法理」が使われる場合もある。この場合は、かなり明確な命題・観念に言及するものとして、「法理」という言葉が使われていると考えられる。では、次の場合はどうか。2人目の乙主論者・伊藤悌治はこう述べる。

抑、借屋人に於て敷金を家主に納むる所以のものは、屋賃を払ふべしとの契約を保証するものにして、家主に於て之れを要する所以のものは、亦た、借屋人に於て其契約を遂げざるときに虞に備ひ、即ち、屋賃の怠納あるときは、敷金より受取るの精神に外ならず。此れ、法理より視るも、我国古来の慣行に徴するも、即ち、敷金てふもの、性質なり<sup>48)</sup>。

「此れ、法理より視るも、……」の部分で使われている「法理」という言葉は、

---

47) 『法協』通号1号、p.10。

48) 『法協』通号2号、p.9。

禁反言に言及するのに使われる場合の「法理」とは、必ずしも同じレベルで使われているとはいえないように思われる。あとで検討する討論会では、その「法理」という言葉にどのような意味が込められているか、ほとんどはつきりしないケースも見られる。同じく「法理」といっても、さまざまなレベルで使われていくのであって、「法理」の意味は、それが使われる実際の文脈、すなわち、どのような討論会で、どのような発論のなかで現れるかに、深く、強く依存しているということである。そして、もはやなにに言及しているかわからないようなレベルで「法理」が現れるとき、かえって訴求力を帯びたように思われるケースもみられるのである。

「法理」はさまざまなレベルで使われると同時に、発論者の特性によって、使われる頻度も異なっている。本稿では、「法理」なり、あるいは、別の言葉使い（「道理」・「正理」・「学理」等）が現れる頻度に着目して、そこに教育的背景等に応じたどのような系統性がみられるかも検討していく。

試みに、この敷金返還請求の討論会で、本稿で関心を寄せる言葉を3つ取り上げて数え上げてみよう。具体的には「法理」・「条理」である。

土方寧：「法理」14回；「条理」8回。

伊藤悌治：「法理」1回。

栗塚省吾・斯波淳六郎は、この2つの言葉を1度も使っていない。

土方が圧倒的に多くこれらの言葉を使っているのは、筆者の推測が的外れでなければ、それは土方が法協討論会という状況を定義する役を担ったことによると思われる。

### (3) 法協討論会の展開：第2期

#### a) 富井政章の「正理」

すぐ上で、討論会での発論で、特定の言葉を用いる頻度に、教育的背景等

何らかの特性により系統的な差異が見られるかどうかを、検討したいと述べた。この点で、興味深いのは、星野（[1978] 1986、p.167）で、富井政章の自然法への態度が論じられている部分である。そこでは、主に富井（1887）に依拠しながら次のように述べられている<sup>49)</sup>。

フランスの学者は「一般ニ性法ヲ根基トシテ法律ヲ説ク」が、法理という語を用いるのはほとんど稀で、イギリスの学者は「多ク法理<sup>99)</sup>ヲ以テ論拠トスト雖モ人定法外ニ性法ナル者アルコトヲ許ササルカ如」きである。

フランスの法学者は「性法」を根拠にすることが多いが、「法理」を根拠にすることは少ない。これに対し、イギリスの法学者（「英国法学者」<sup>50)</sup>）は「法理」を根拠にすることが多く、「性法」の存在を認めることを拒絶するほどだというのである。実際、法協討論会の場合でも「法理」を用いるのは英法系の法学徒で、仏法系の法学徒が「法理」を用いることはほとんどない。

もっともこれは法協討論会の参加者がほとんど英法系であることをふまえば、ある意味当たり前の帰結だとも考えられる。初期の法協討論会は英法系の法学徒の討論会という色彩が濃いからである。

そんななか、異色な存在といえそうなのが富井政章である（1884年2月、文部省御用掛〈准奏〉として、東大法勤務になった）。この点に関わって興味深いのは、富井の「法理」と「性法」の関係についての理解である。ここでも星野（[1978] 1986、pp.167-168）の次の部分によってみることにしよ

49) 引用した原典の注の内容は次の通り。注99：今日の「条理」というくらいの意味であること、「埃国其他或国ノ法典ニ法理ヲ以テ補欠法ト為スヘシトノ明文ヲ掲ケタリ」とあること（富井、1887、p.49）から示される。（注の内容はここまで）。この点、おそらくそうなのだと思うのだが、さきにふれた野田（1983）の「条理」についての推測（*équité*）、フランスでは *jurisprudence* が判決例の意味で使われていたことをふまえると、若干疑問がわからないわけではない。

50) 富井（1887、p.45）。

う<sup>51)</sup>。

[フランスの法学者と英国の法学者に違いがみられるが、]しかし、これは文字上の問題であって、性法といい法理というも「同一義」である。「余ノ所見ヲ以テスレハ立法ノ大本ハ正ト利トノニヲ出テサルヲ以テ特ニ又性法ト称スル最良法アルコトヲ認ムルヲ必要トセス」としつつ、「若敢テ其之レアルヲ認ムルノ必要アリトセハ即チ右正ト利トノ二大原則ト寸毫ノ背馳スル所ナキ法即チ性法ナリ」とする。

富井から見れば、「性法」と「法理」は同じもののように思われるというのである<sup>52)</sup>。ここでは、英国で学んだ法学徒も、実定法の外に「理想法の観念」<sup>53)</sup>を認めないわけではないことをうかがわせる指摘が、本稿のさきの部分にとって示唆に富む、とだけ指摘しておく。

## b) 契約成立の発信主義と到達主義

1886（明治19）年2月27日と3月11日の2日間にわたって開かれた法

51) 引用部分に注はないが、富井（1887、p.45）が参照されている。

52) ただし、星野（[1978] 1986、pp.167-168）によれば、富井は「穂積によって影響されて考え方を変えたこと、富井自らが述べているところである」り、「反自然法の立場に移る」とされ、その時期は1887年から1888年の間と見られるという。そうだとすると、本稿で検討する時期に、富井は自然法寄りの立場から「反自然法」へと変わったことになる。これは、穂積の場合とならんで、大きすぎる難題である。かりに富井の考えが変化したとしても、本稿で試みるような検討では、個人々の考え方の変化をたんねんにたどることは容易ではないし、本稿の直接の目的をこえて別の慎重な検討を要する。ただ、本稿が「法理」やそれと意味的ネットワークを結ぶ言葉がどのように使われるかに一定の関心を向ける以上、筆者の力量の範囲で、注意したつもりではあるが、本稿の大きな限界である。

53) 穂積陳重（1924、p.208）。

協討論会の討論題は、遠隔地者間の契約成立をめぐる発信主義（「承諾主義」）と到達主義（「通知主義」）の問題だった<sup>54</sup>。承諾状を郵便ポストに投函（発信）したら、直後に電信で取消をしてもその取消の効力は認められないと消極に解する発信主義が穂積（「消極主論者」）の立場で、承諾状が相手に届く（到達）までは、その取消の効力を認めて積極に解する到達主義が富井（「積極主論者」）の立場というように分かれた。せまい意味での民法論題をめぐる法協討論会で富井が発論するのは、この討論会が初めてだった。

ここで「法理」という言葉が使われる頻度だけを単純に数えると、穂積が19回と、他の討論者を圧倒している。ただ、上でふれたような富井の見解を意識してか、穂積は便益も視野に入れて次のように述べていた。

純粹の法理、既に此の如し。英米の法例、既に右の如し。古今諸国学士の所説、既に前の如し。然らば、被告は、最早承諾状を發したるの時に、合意完了したるを争はざるべし。然れども、世間、或は、純理と実益とを別物の如く看做す者あるが故に、被告の如きも、或は、平素の卓見に係らず、法理は兎も角も、便益上より論ずる時は、電信取消を許す方、可ならんなど、の論を提出すまじき者にもあらず<sup>55</sup>。

引用文中の「被告」は、間接的に被告方の主論者の富井を指すものと思われるから、逆の立場をとる相手方を「挑発」するような言葉を選んでいることを示していることがうかがわれる。他にも穂積は討論会の冒頭で次のように述べた。

豈図らんや、乙某〔被告〕には、富井先生とか云へる大法律家の腰押ありて、容易に右生糸の引取を承諾せず。再三再四掛合の上、竟に、貴法廷、即ち、諸

54) この討論会については、小柳（1981、pp.29-30）で分析が加えられている。

55) 『法協』通号25号、p.10。

君の明断を煩はすに至りたり<sup>56)</sup>。

ここでは、暗に／露骨に富井を“挑発”したうえで、さらに討論会参加者、すなわち、最後に多数決で見解を表明する法学徒たちにアピールしているのだと思われる。このような演出は穂積がしばしば試みるものである。法理の点でも便益の点でも自らの説のほうが支持されるとしたうえで、穂積は次のようにたたみかける。

然らば、余は、最早是れ迄にて、口を閉づべきか。否る。予防消毒を要するもの、尚ほ、一、あり。曰く、其「バクテリア」は何ぞや。承諾主義に反対せる成文法、是れなり。印度契約法第四条、第五条、独乙商法第三百十八条乃至第三百二十一条、伊多利新商法第三十五条等に於て、承諾状到達前の取消を許すの明文あり。然れども、是等の成文法は、特り純粹の法理に合はざるのみならず、実行上、往々不便を醸すことあるを以て、学者は、皆、之を排撃せざる者なし。彼の「アンソン」氏の如きも、『契約法』第一編第五章の本文に於て、印度契約法第四条、第五条を評して、「此規則は、法理にも合はず、公益にも反し、徒らに承諾者に取消の権力を与へたる不都合なる法令なり」と断言したり。又、独乙商法の如きも、当時商法家の泰斗たる「トール」氏、之を評して、論理錯乱せりと云へり。加之、「トール」氏は、右の成文法の実行により、不都合なる結果を裁判上に来したること、屢々なるの証を挙げたり<sup>57)</sup>。

自らの立場すなわち「承諾主義」（発信主義）に反対の方針を採っていたインド契約法・ドイツ商法・イタリア商法を挙げ、これら成文法に対しては、英法系の法学者たちが法理・便益の両面で批判しているというわけである。

富井も両面から反論していく。第1に、これが富井に限られるかどうかを

---

56) 『法協』通号25号、p.2。

57) 『法協』通号25号、p.13。

確かめる準備が筆者にはないが、「純理」・「正理」という言葉は富井（1887、p.46）にみられる表現である。「純理」はさきに引用した穂積の発論のなかにも確認できる。穂積のあとをうけて、第2席で富井自身は次のように言う。

反対論者は、印度、伊太利、独逸諸国の成文法を引き、余の理由とすべきは、主として、此一点に在る可しと云ひ、喋々、攻撃を試みられたり。是れ、固より、余の言はんと欲する一点なりと雖も、世界万国、立法者の所言、未だ必ずしも正理と謂ふ可からざるを以て、主たる論拠とせずして、参考のため、之を提出するの意なりき。反対論者にして、欧州諸国の立法者は、挙て、法理と便益とを知らざる愚者なりと言はゞ、余、又、何をか言はんや。若し、之に反して、余の信ずる如く、比較法学は正理を探究するの一要具なりとせば、各国の法律、又、引証すべきものに非ずや。

「正理」も「純理」も、富井（1887）を読む限りでは、富井が「立法の大本」として重視していた「正」を言い換えたもののように思われる<sup>58)</sup>。富井（1887、p.45）の考えでは、この正と利とに「寸毫ノ背馳スル所ナキ法」が性法であり、性法と法理は「同一義」だとすれば、仏法学徒にも「法理」という言葉づかいが受け容れやすいものになることにつながったかもしれない。実際、のちの討論会では、「純理」や「法理」を使って発論をする仏法学徒が現れてくる。

この討論会で、富井の発話に「法理」が現れるのは上の部分1ヶ所だけである。ただ、富井の言う「法理」を構成する二要素のうちのひとつ、すなわち「正」（ただし、具体的には「不正」）が現れることはあとでふれる。

第2に、富井は「利」の点からも反論していく。

反対論者は又、便宜上より種々の説を為し、第一に、郵便状紛失云々のことを云はれたり。然れども、紛失の如きは、運輸交通の便、大に開けたる、今日の

58) 「正理」は富井（1886）にもみられる表現である。

社会に於ては、千中一回あるに過ぎず。仮ひ、論者に歩を譲て、時々之れありと仮定するも、承諾者を保護するに必要な、便宜上の大理由と云ふ可きや。判官諸君は、余と共に、全く其価直あるを見玉はざることと信ずるなり<sup>59)</sup>。

穂積の主張のなかには、到達主義だと、相手に郵便が届くまで契約が成立しないから、郵便が紛失した場合には契約が成立せず、契約成立を前提に取引の準備に入っていた当事者が不利益を蒙る、というものもあった。それに対し、富井は、郵便紛失はごくまれなことであるし、かりに郵便紛失が起きるとしても、それは到達主義をくつがえすほどの「便宜上の大理由」ではないと言うわけである。なお、討論会の相手方を「反対論者」と呼ぶ慣行も定着していく（逆に、自らの立場と異見が同じ者は「我党」と呼ばれる）。また、富井も穂積に「対抗」してか、「判官諸君」と討論会参加者に呼びかけ（単に「諸君」という呼びかけの場合も多い。いずれも討論会で使われていく慣用表現である）、反対論者が保護しようとしているものに価値を見「玉はざることと信ず」（賜わらないと信じる）と、参加者に敬意を示す言葉づかいでアピールを試みる。

「便宜」を問題にするなら、と、富井はさらに次のように反論する。

便宜上より立論するとき、双方に不便宜の生ずることあるを免れず。夫れ、其、一旦為したる承諾を取消されたるよりして、原告申込人に於て、実際損失を受けたることなれば、情実、愍む可きも、未だ、被告の、承諾するや否やを知らざる内なれば、少しも已得の利益を害せられたるにあらず。果して然らば、損害を蒙りたりとの苦情は、全く根拠なきものと言ふ可きなり<sup>60)</sup>。

到達主義を採ることによる不便宜は、結局当事者双方に生じうる。そうだと

---

59) 『法協』 通号 25 号、p.20。

60) 『法協』 通号 25 号、p.21。

すると、そもそも、申込者に実際に損害があったならともかく、相手方が承諾するかどうかは申込者に分からないうちに相手方が承諾を取消しても、既に得た何らかの利益を害されたということにはならない。だから、そういった“利益”が害されるというのは、発信主義を採るべき根拠にはならない、というのである。

### c) 別課法学

この頃の法学協会員には、別課法学の学生が少なからず含まれていた。そのなかで、第8席の工藤仙太郎<sup>61)</sup>は比較的多く討論者として参加した者の1人である。この討論会での異見は、到達主義に賛成し、前席までの討論者の発論をまとめたものになっているように見受けられる。「理」があるかどうかで異見を根拠付けるスタイルは多くの討論者に見られるが（「～の理、なし」など）、結論の根拠とする工藤の次の発論はやや独特である。

取消の効、なしとせば、承諾者は、既に取消したる承諾の為に束縛せられ、意外の義務を負担し、申込者は、先に其承諾の取消されたることを知り勿ら、義務を得るの非理を生ずべければなり。果して然らば、本問題の場合に、若し右の例外を適用せば、申込者は、非理の利得を貪り、承諾者は、意外の損失を蒙むるものと云ふべし<sup>62)</sup>。

非－理というつなぎ方は必ずしも多くの討論者が使うわけではない。この点、

---

61) 1884年入学の2期生。1887年、司法省法学校の速成生徒対象の臨時判事登用試験に合格し、判事試補、1890年、判事、1913年、大審院判事（直後に退職）。1886年に別課生が司法省の法学校へ移管されたのちも、『法協』に論考や翻訳を寄せている。1890年出版の著書『法学原論：英仏抜萃』の副題は、別課生が受けた法学教育の特徴をよく示しているといえるかもしれない。なお、工藤の言う「非理」は、tortにあてられた旧民法の「非理」とは同じではないように思われる。

62) 『法協』通号27号、p.18。

単に「～の理、なし」の「理」を「非」で否定を表現したと考えるのが素直なようにも思われる。ただ、文字上は、富井の「正理」と意味のネットワークを結んでいるようにもとれなくもない。というのは、次のような事情による。別課の同期生・重岡薫五郎の講義筆記ノートには、富井の「仏蘭西民法」<sup>63)</sup>が含まれている。それによれば、富井は別課生に対して、性法を肯定的に説明したうえで、フランス民法を講義したようだからである。

#### d) 法協討論会での性法

この討論会で多く異見が交わされた「利」について、富井が「性法」に依拠して発論している点のみておきたい。

何人と雖ども、人に不正の損害を加ふる時は、之を償ふの義務あるは、性法の一大原則なれば、被害者に於て、要償の訴権あること、ある可し。(…中略…)  
反対論者は、何なる場合を例示すとも、故なくして、他人の既得権を傷害する如き結果の生ずる恐、あることなし<sup>64)</sup>。

人が正理に反する仕方で他人に不利益を及ぼしたら償う義務を負う、それは「性法」の原則に基づくということである。本稿で検討する法協討論会に限っていえば、富井は「性法」という言葉そのものを使って発論した極めて数少ない論者の1人である。

重要だと思われるのは、この頃、多数の仏法学徒が法協に入会したことである。周知の通り、司法省法学校正則科の3・4期生は東大法学部・帝大法科に編入された。正則3期生が法協に加入したことは、1885年12月26日発行の『法協』で報告されている<sup>65)</sup>。つまり、ここで検討してきた1886年2・

63) 富井政章「仏蘭西民法・第一巻」内子町蔵。

64) 『法協』通号25号、pp.20-21。

65) 「本会紀事」『法協』通号22号、pp.57-58。

3月の法協討論会には、元正則3期生の仏法学徒が多数参加していたかもしれないということである。実際、西久保弘道<sup>66)</sup>が第6席で発論している。管見の限り、元正則3期生が法協討論会で発論したのは、この西久保が最初だった。

かりに、1885-86年度の法科大学法律学科生数を、1886～88年の3ヶ年間の卒業生数<sup>67)</sup>から推測できると考えてみる。そう考えて数えてみると、英法系が24人、仏法系が35人（うち元正則3期生は33人）である。仏法系は全員1888年卒だから、1年度前の1884-85年度には学生会員は全員が英法系だった可能性がある（84-85年度には法律学科内は分科されていなかった）。法協討論会に、実際にどれだけ学生会員が参加し、どれだけ法学士や教員その他法学関係者が参加していたかは明らかにする準備は筆者にはない。法学士が討論者になることはまれではなかったことが分かる程度である。そうだとすると、本科学生会員に限っていえば、1885年の元正則3期生の入会によって、聴手の構成は、英法系の圧倒的多数から、英法系と仏法系がおよそ半々を占める状態へと転換したと考えるも大きなまちがいはなさそうに思われる。ここに別課の学生もいたことも忘れるべきではないのではないだろうか。

すでに小柳（1997、p.14）で指摘されている通り、「法学協会における討論は、大学教授、代言人、裁判官、行政官などの多彩な経歴の卒業生のみならず、学生も参加しているところが特徴であ」った。付けくわえておくと、

---

66) 1895年卒・法学士（法律学科〈仏蘭西法ヲ撰修スル者〉）。1895年、内務属、1897年、文官高等試験合格、愛知県参事官、1899年、石川県警部長、1900年、山梨県書記官、1903年、静岡県・茨城県書記官、1905年、茨城県事務官、警視庁警視、1906年、滋賀県・愛媛県事務官、1910年、福島県知事、1914年、北海道庁長官、1915年、警視総監（1916年、依願免）。1916年、貴族院勅選議員、1926年、東京市長。1930年、没。なお、他の元正則3期生の多くは、1888年に卒業した。西久保の卒業が遅い事情については牛山（1969）に記述がある。

67) 各年の『官報』を利用した。

cとdでふれたように、学生についても差異を含んでおり、その差異は、やがて無視しがたいものになっていくように思われる。

両論の論旨が尽きた頃、議長・乾孚志<sup>68)</sup>が決を取ると、発信主義（「消極」）に賛成する起立者14人に対し、到達主義（「積極」）に賛成する起立者63人が多数で、電信による取消は効力ありに決まった。その内訳は分からない。ただ、討論者の立場をみると、英法系は発信主義に賛成した者、到達主義に賛成した者がそれぞれ2人ずつに割れたのに対し（別課生は発信主義に賛成）、仏法系は全員（ただし2人）が到達主義に賛成した。これに応じて、討論会の学生参加者に英法系か仏法系かによる系統的な差異があったとすれば、仏法系の見解が多数決に影響したのかもしれない<sup>69)</sup>。

すぐ上でふれた通り、この討論会で西久保弘道が、元正則3期生として初めて発論した。聴手ではなく、いわば舞台にあがったのである。ただ、討論筆記に載ったのは11行で、1ページに満たない<sup>70)</sup>。元正則3期生の仏法学徒が主論者として立つのは、もう少しあとになってからである。

## 2 英法学徒と仏法学徒の出会いへ：第3期

### (1) 不動産の二重譲渡と第2買主の悪意

1887（明治20）年の3・4月発行の『法協』に掲載された討論会は、実際にいつ開かれたかがはっきりしないが、おそらく1887年初～3月頃までのどこかで開かれたのではないかと思われる<sup>71)</sup>。討論題は次のようなものだった

68) 1886年卒・法学士（法律学科）。1886年、判事試補、1887年、判事、1922（大正11）年、大審院検事（退職）。弁護士。1928（昭和3）年没。

69) もっとも、法協討論会の決について、討論者の異見の分布が必ずしも反映されるとは限らない。

70) 『法協』通号27号、pp.15-16。

71) 討論筆記は通号37・38号に掲載されているが、法学協会雑誌データベース上でも発行年月日の情報がない。本文の発行年月は、さしあたり、国文学研究資料館・明治期出版

た。甲がその所有の不動産（建物）をまず乙に譲渡した。しかし、乙に登記が移らないうちに、甲は丙にもその不動産を譲渡した。このとき、丙はさきの甲－乙間の譲渡があったことを知っていた。この場合、乙・丙のどちらが不動産の所有権を得るか。2022年現在でも、いわゆる不動産の物権変動と第三者の問題として、民法を学ぶ学生の多くが考えるテーマのひとつといえるだろう。なお、これと同じ構図の討論題は、1888年5月20日、私立法律学校聯合討論会で再び討論されることについてはあとでふれる。

すぐ上では、英法学徒と仏法学徒の違いを強調するような書き方をした。しかし、討論筆記に現れる異見をみると、それほど簡単な素材ではないように見受けられる。あらかじめふれておくと、討論題についての結論について、必ずしも英法系と仏法系とで割れるというわけでもない。それでも、ここまで注目してきた言葉使いに注目しながら、法学徒たちの構えなどについて見受けられる微妙な差異を検討していくことにしたい。まず両「主論者」の異見からみていく。乙方主論者は、元正則3期生の城数馬<sup>72)</sup>、丙方主論者は英法系の榊原幾久若<sup>73)</sup>である。

城は第1席では、①登記法の効力とその立法趣旨、②登記法の効力によっ

---

広告データベースを利用し、『法協』の広告から採った。ただ、富井が討論筆記のなかで1886年8月13日公布の登記法について、「昨年八月に公布されたる我登記法」（傍点は引用者）と述べているから、1887年だろうことは推測できる（『法協』通号37号、p.17）。いつ討論会が開かれたが分かる前後の『法協』の記事からは、この討論会は4月27日までに開かれたように思われるが、討論筆記の掲載順と実際の討論会の順序の関係が分からないから、やはり推測にとどまる。また、この討論会については、小柳（1981、pp.20-21）で分析が加えられている。

72) 1888年卒・法学士（法律学科仏蘭西部）。1888年、司法省参事官試補、法律取調事務兼勤、1890年、司法省参事官、裁判所書記長、1892年、依願免。同年、代言免許、弁護士。1892年、東京市会議員。のち、1908年、京城控訴院長、1912年、京城覆審法院長。1924年、没。

73) 1886年卒・法学士（法律学科）。卒業後は大学院に進学（民法）、1888年、判事試補、1890年、判事、1903年、大審院判事、1924年、同検事（直後に退職）。1936年、没。

て丙が悪意でも所有権者になりえるか、が論点になるとしたうえで、所有権移転に関わる意思主義について、次のように述べている。

世の進歩するに随ひ、其外形の方式を以てするは甚だ不便且理に適はざるを以て之を廃し、所有権は合意を以て移転するの原則とはなれり。蓋し、道理に適ひ且便益の法と謂つべし<sup>74)</sup>。

注目したいのは、「理」もしくは「道理」および「便宜」に「適ふ」かどうかで考えを表現していることである。意思主義は道理にも便宜にも適う、と。ここで「理」・「道理」は意思主義とは別のレベルからそれを評価するなものかとして措定されているように思われる。付けくわえておくなら、これまで本稿で検討してきたことをふまえると、「法理」を避けたように見受けられなくもない。この討論会では、城は1度も「法理」という言葉を選ぶことはしない。この点についてはあとでもう一度ふれる。では、登記法との関係ではどうなるのか。登記法の規定を確認しておく。

第六条 登記簿ニ登記ヲ為サ、ル地所建物船舶ノ売買譲与質入書入ハ第三者ニ対シ法律上其効ナキモノトス

この規定の趣旨を城は、上で引用した部分のすぐあとに次のように続けた。

然れども、合意のみを以て所有権を移転し、外人に対するには之を外人に知らしめざる可らず。之を知らしめずして、外人を不測の損害に陥らしむるの弊害を防がんが為に、登記法の設けあるなり<sup>75)</sup>。

---

74) 『法協』通号37号、p.2。

75) 『法協』通号37号、p.2。

それでは、討論題の場合はどうなるのか。

此登記法により惠護を享るものは、之に従ひ登記を為したる者なり。然らざれば、先の獲得者が登記を怠りたるが為めに、損害を後の獲得者に加ふればなり。然るに、第三者、即、本題の丙は先に売買ありしことを知りつゝ、買取りしものなれば、損害を蒙りしと云ふ可らず<sup>76)</sup>。

登記法で保護されるのは、第1買主が、登記しなかったから損害を与えてしまった第三者・第2買主である。そうすると、この討論会の丙は、甲-乙間の取引を知っていたのだから、不測の損害を蒙った第三者とは言えない。結論としては、乙が所有権者になる。

丙方主論者の榊原は、登記法の趣旨が、「秘密取引」によって第三者が思わぬ損害を蒙らないようにすることにあることには同意する。しかし、登記法が求めることについて、城より強く解釈しつつ、乙が登記をしなかったことにふれて次のように言う。

第三者は必ずしも甲乙間の売買を知らざる可らざるの義務なし。故に、法律は必ず獲得者に登記を命ずるものなり。然るに、乙は法律の命に従はずして、之を登記せざるものなり。法律は怠る者を保護せず。乙の登記を為さざるは其懈怠なるを以て、法律の保護を享けんとするも、他人、即、丙の害となるが故に、許されざるなり<sup>77)</sup>。

「法律は怠る者を保護せず」。必ずしも英法学徒に限られるわけではないが、法格言とでもいうべきものを引くのは、英法学徒に比較的多く見受けられることではある。丙の悪意よりむしろ乙の過失（「懈怠」）のほうを強調する。

---

76) 『法協』通号37号、p.5。

77) 『法協』通号37号、p.7。

榊原については、第5席でもう一度発論する場面でもう少し検討することにしておく。

両主論者のあと、第3席はさきの討論会でも発論した西久保弘道である。かれは乙方主論者、すなわち城に賛成するのだが、言葉に対する選好の点で、城とはやや異なっている。

凡そ、他人の損害に於て自己を富ます可らざるは法の原則にして、各国法律の、皆、認むる所なり。故に、苟も、此等の所為あるときは、法律決して之を保護す可らず。若し、之を保護するの法あれば、其法は法理に反する不正の法なり<sup>78)</sup>。

性法を想起させるフレーズに続けて、西久保は「法理」を選ぶ。他人の損害から利益を得る行為を保護する法律があるとしたら、それは「法理に反する」「不正の法」であると言うのである。また、次のようにも述べる。

今、本問題を見るに、丙は甲乙間の売買を知り乍ら、乙の、未だ之を登記せざるに乗じ、自ら買受けて其所有主たらんとするものなれば、即、乙の損失を蒙ることを知りて、自ら其所有権を奪ふに均し。法律、豈に、斯る不正の所為を保護するものならんや<sup>79)</sup>。

討論題の丙の行為は、まさに他人の損害のもとに利益を得る「不正の所為」だと言う。この西久保の選好を、さきにふれた富井の言葉づかいに通じるものと解釈するのは読み込み過ぎだろうか。富井は「性法」と「法理」を対置する思考に疑問を呈し、他者に「不正」の損害を与えないことを法律の原則としていたのだった。

---

78) 『法協』通号37号、p.9。

79) 『法協』通号37号、p.9。

西久保については、フランス民法典をひろく参照して、発論したことも指摘しておきたい。

[フランス民法典には] 動産売買のみならず、其他多くの法律上の所行には此区別あり。夫の時効に付ても、悪意なると善意なるとにより、年限に大差あり。本問不動産の売買に於ても、之が区別なかる可らざるや<sup>80)</sup>。

フランス民法典中に、善意と悪意で区別する規定が多いことにふれ、このとき・ここでの討論題についても、悪意の丙を保護すべきでないという結論を導いている。ここでの西久保の発論には、登記法という日本の成文法の解釈に際して、ヨーロッパ法の成文法をもひとつのシステムとして捉えて、法を操作しようとする構えが見受けられるということである。実際、よりひろくヨーロッパ諸国の法をも参照して法システムのなかで法を操作する構えは、正則1期生の磯部四郎が展開してみせることになる。それは私立法律学校聯合討論会を検討するところでふれることにする。

#### a) 正・純理か利・便益か：富井の場合

第4席の富井は、正と利が相反するように思われる事態に直面したとまどいを率直に述べる。まず、所有権移転の意思主義を、法理に由来する歴史的な到達点と位置づけたうえで、討論題にそくしてこう述べる。

所有権は合意の一事を以て移転するものとせば、何人に対して移転するなるやを考究せざる可からず。双方間に於てのみ、移転するものなるや、又は、之に反し、社会一般の者に対して、其効力あるものなるや。是則ち、本論題の判決に大関係ある要点なりとす。余の確信する所を以てすれば、一般に対して移転

---

80) 『法協』通号37号、p.12。

するを以て純理なりとす<sup>81)</sup>。

意思主義からは、所有権の移転は当事者間だけでなく、第三者にも効力があり、それが「純理」であることまで確信しているという。そうだとすると、登記法は「純理」に対する例外法ということになる。富井の考える「純理」と「便宜」の関係は次の通りである。

厳格なる理論上より考ふるときは、乙主論者の論鋒、当る可からずと雖も、法律は偏へに純理のみを以て其根基とせず。又、実際の便益を以て其目的とせざる可からず。而るに、此便益の一点より考究するときは、両論者の説何れが至当なるや、余は之を断言するに苦むなり<sup>82)</sup>。

登記法の趣旨についての理解、また、それが取引の安全・第三者の保護をはかる便宜のために制定された例外であるという理解は、第3席までの討論者と共有されていることも確認できる。ただ、前席までの討論者と分かれるのは、「正」と「利」とをどうとらえるかであり、指摘しておきたいのはなぜそうなるかである。

本題の場合に於ては、正理実益の二者、相抵触するの惑なき能はず。然れども、又、法理の淵源に遡て考ふるときは、正と利とは互に相須て離れず、立法の二大根基とならざる可からざるものなれば、反対の両説何れか、非なるものたるを免れず<sup>83)</sup>。

富井は「正」に重点を置く異見と「利」に重点を置く異見の一方が間違いに

---

81) 『法協』通号37号、p.14。

82) 『法協』通号37号、p.16。

83) 『法協』通号37号、p.5。

なってしまうことにとまどうわけである。ここでは、富井のとまどいは、富井の言う「法理の淵源」で思考することから生じたことを指摘しておくだけにする。正に反することでも、利（便益）のために例外法となることを認めてしまえば、富井のようなとまどいをもたずに済む。実際、このとき・この討論会では、討論者の多くは富井のようなとまどいをもたなかったように見受けられる。

#### b) 正・純理と利・便益と

富井のとまどいに関わって、第5席で、丙方主論者の榊原が再び異見を述べる。

富井君は純理と便益とは相一致せず、之を決すに困難なりと云はれたれども、予は純理を実際に活用する方、可ならんと思ふ。即ち、他なし。唯買主は直に登記すべし、登記せざれば、外人に対する効なしとせば、奸計者、奸計を施すに由なきに至るべし。斯の如く簡単に取引を為さしむれば、実際に便にして、且、純理に背くことなかるべし<sup>84)</sup>。

ここでは、取引の安全とも関わるものではあるが、取引の簡便とでも表現すべきことを根拠にして、便益にも純理にも反しないような解釈の提示が試みられているように見受けられる。これを富井がどう受けとめたかは別として（富井は第7・11席でもとまどいをもったままである）、榊原の発論については、もう1点ふれておきたい。

榊原は第5席の冒頭で、第1買主・乙が登記しなかった「大過失」を再び強調するのだが、それは「純理説は兎も角も」<sup>85)</sup>と断ったうえでのことだった。ここだけから過剰な解釈をすることには注意が必要だと思われるものの、ど

---

84) 『法協』通号38号、p.3。

85) 『法協』通号38号、p.2。

こか、富井がこだわり、富井が言う「純理」に対する英法学徒・榊原の違和感が顕れたようにも見受けられる。このとき・ここの討論会での「純理」は、さきにふれたとおり、一応は所有権の移転についての意思主義に言及するものではある。ただ、すぐ上で引用した榊原の発論で、富井は「純理と便益とは相一致せず」と言うという部分は、富井自身の発論にそくしていうなら「正理実益の二者、相抵触する」に相当する。そして、くりかえしになるが、富井の言う「正理」は、それに反すれば、性法に反するという意味合いを含んでいたからである。もっとも、榊原の「純理説は兎も角も」の前後の文脈からは、それは単に乙の過失に目を向けたいという趣旨のように読めなくはないのも確かではある。

第6席で「反対論者の説は、予、之を解する能はず」と述べ始める城も、便益にも純理にも反しないような解釈を試みて次のように言う。

富井君の説に付、一言せん。同君は、純理上に於ては、予輩と同説なり。只便益上に於て、差あるのみ。(…中略…) [丙が] 之 [甲—乙間の取引] を知らざりに於ては、所有主となるべきも、之を知りて所有主となるを得るとせば、決して便益なりと云ふ能はざるべし。故に、便益上、又、乙を以て所有権を得たりと為さざる可らず<sup>86)</sup>。

ここで指摘しておきたいのは、城が「純理」という言葉を選択したことである。榊原の選好についてふれたことと一見反対のようだが、富井の理解では「純理」と意味のネットワークで順接的につながる「法理」は、まずは英法学徒が選好するものだからである。この点をふまえると、城が「純理」という言葉を使ったことは、西久保と同様、仏法学徒が「法理」を語るようになる展開をうかがわせるもののように思われる。

---

86) 『法協』通号38号、pp.3-4。

## c) 仏法学徒対仏法学徒・英法学徒対英法学徒

ここまで検討してきた討論者の主張だけみれば、英法学徒か仏法学徒かによって異見が分かれそうである（もっとも、英法学徒は榊原1人であり、富井は乙方でも丙方でもない）。しかし、すでに示唆しておいたように、そうではないことを確認していく。

第8席は元正則3期生の河地金代<sup>87)</sup>である。かれは丙方に賛成して次のように言う。

或論者は、他人の損害に於て自ら利する能はずとの原則を引用したれども、是れ、誤見なり。抑も、此原則の意義は他人を害して自ら利するを得ずと云ふの意なり。然るに、本問に於て、丙は少しも乙を害することなし。丙は、乙が登記せざるを以て、己れ、先登記せしなり。(…中略…) 故に、該原則は本問の場合に適せず<sup>88)</sup>。

冒頭の「或論者」は西久保を指すと考えていいだろう。西久保以外にこの原則にふれた討論者はいない。丙の行為に対する評価が、河地と西久保で正反対である。河地のような評価も成り立つと思われるが、残念ながら、河地はこの点について、引用部分以上のことにふれていない。そのため、この違いがどのようにして生じたのかは分からないというほかない。なお、河地はボワソナードの解釈には納得できないと述べていることも指摘しておく。いずれにせよ、元正則3期生の仏法学徒も一枚岩ではないことは確かであるように思われる。

---

87) 1887-88年度の帝大一覧では法律学科仏蘭西部の第3年にその名が見えるが、88年の卒業証書授与人名中（『官報』1888年7月11日）、1888-89年度帝大一覧の法科大学生・卒業生中には見当たらない。なお、87-88年度の帝大一覧（国立国会図書館デジタルコレクション）に記載された氏名の上には、卒業生につき死亡を意味する「×」が書き込まれている。

88) 『法協』通号38号、pp.6-7。

第8席・川橋慶次郎<sup>89)</sup>は、榊原同様、「法律は怠る者を保護せずの原則」<sup>90)</sup>を引きながらも、ボワソナードの解釈に同意して乙方主論者に賛成する。第9席・柴原亀二<sup>91)</sup>は乙方主論者に賛成、第10席・宮岡恒次郎<sup>92)</sup>も乙方的ように読めるが、討論筆記上、柴原と宮岡の異見はとくに少なく、他の討論者と違う異見を読み取ることは容易ではない<sup>93)</sup>。

第11席の穂積も乙方に賛成する。その冒頭で次のように富井の異見に疑問を呈する。

余は、富井君の高説を聴て、其上半に感服し、其下半に疑惑す。即ち、君が純

---

89) 別課2期生。別課が司法省の法学校へ移管されたときに、そちらへ移ったのかどうかはわからないが、1886-87、1887-88年度は帝大法科の撰科に在籍し英国法の学習を続けたようである。おそくとも1889年、報知新聞社入社。また、遅くとも1893年からは、愛知県・岐阜県・青森県で公立・私立中等学校の教員（歴史・地理等）を務めた（以上は主に次の文献によった。川橋慶次郎（鳳山）、1904、『鳳山遊記』川橋慶次郎；同編、1923、『亡児追悼の余りに』河田貞次郎）。なお、川橋（1890）は、穂積陳重・末岡精一が「序」を寄せている点のほか、川橋の在学中の経験にもとづいて立法議會に限らない議事に関わるものとして書かれたとされる点で、本稿にとって興味深い。

90) 『法協』通号38号、p.8。

91) 1888年卒・法学士（法律学科英吉利部）。卒業後、ヨーロッパに留学して法律を学び、1891年、法制局試補（1892年、依願免）。1895年、弁護士。1896年、台南県鳳山支庁長、鳳山地方法院判官兼任、1897年、鳳山県書記官兼台湾総督府法院判官、鳳山県書記官専任。退官後、1902年、大阪朝日新聞社入社。1921年、弁護士。1935年、没。

92) 1887年卒・法学士（法律学科第一科。なお、第一科は卒業者一覧などではのちの英吉利部の部分に並べられる）。1887年、交際官試補、1890年、公使館書記官、外務省参事官兼任、1891年、外務省参事官専任、1892年、公使館書記官、1893年、公使館二等書記官、1896年、公使館一等書記官、1900年、外務省参事官兼外務書記官、弁理公使兼外務書記官、1902年、弁理公使専任、1906年、大使館参事官（1909年、依願免）。弁護士。特許代理業でも活躍。1943年、没。

93) 柴原は討論題に関連のある判例を引いていること（日本の裁判例なのか、たとえば英国の裁判例なのかも分からない）、宮岡は、河地が丙から善意の丁にさらに譲渡された場合を想定して異見を述べたのに関連付けて、善意の丁には対抗できないと述べていることだけ指摘しておく。

理上の見と称せらるゝものを賛成し、便益上の説なるもの、不服を唱へんとす。純理、便益、豈に、斯の如く相反するものならんや<sup>94)</sup>。

このあとの穂積の異見には、純理や便益に関連して目を引くような発論を見いだすことはできないように思われる。だから、最後に、

法理、既に前に陳るが如し。实例、已に茲に示すが如し。諸君、請ふ、乙者を詐偽の犠牲となす勿れ<sup>95)</sup>。

と述べた冒頭で使われた「法理」が、どのような意味合いで使われているかは、必ずしもはっきりしない。第13席の土方も乙方に賛成する。ただ、穂積の異見同様、本稿が関心を寄せる点に関わってとくに指摘しておくべきことは含まれていないように思われる。

結局、英法学徒も（かりに穂積をここに含めるとして）、一枚岩ではないわけである。

富井が議長として多数決を採ったが、乙方に賛成する方が多数だった。このとき・この討論会については、多数決の結果の点からみれば、英法学徒と仏法学徒の“対立”という構図はあまり意味がないということになると考えられる。ただ、些細な点にわたって述べてきたようにも思えるが、いくつかの特徴的な言葉の使われ方に着目すると、英法学徒と仏法学徒の法あるいは法学習への構えには微妙な違いをいくつか見いだすことができたように思われる。もっとも、それも英法学徒と仏法学徒の内部で一様ではなかったとしても。

---

94) 『法協』 通号 38 号、p.11。

95) 『法協』 通号 38 号、p.13。

## (2) 違約罰の予定

そんななか、討論者に限ってみると、英法学徒か仏法学徒かで異見がはっきりと分かれる事態が現実化した。1887年12月6日の法協討論会がそれである<sup>96)</sup>。討論題は、甲（売主）－乙（買主）間の石炭売買契約におり込まれた、売主債務不履行について違約罰の予定（違約金500円）の効力であった。討論題の設定では、乙は甲の債務不履行のため他から石炭を買入れたのだが、実際の損失は200円だったとされた。このとき・ここの討論会では、英法学徒の討論者4人全員が甲方に賛成し（甲は実際の損失200円を払えばよい）、仏法学徒の討論者3人全員が乙方に賛成したのである（乙は約定通り500円請求できる）。

おそらく、これ以前にも、英法学徒も仏法学徒も互いに異見が異なることを経験することはあったのではないかと思われる。ただ、すでにふれたように、英法学徒のなかでも、また、仏法学徒のなかでも異見が違うことはあったし、むしろそのほうがめずらしくないこととして経験されていたかもしれない。英法学徒と仏法学徒とで結論まではっきりと分かれる経験が、少なくとも討論会の場で共有されたとき、英法学徒と仏法学徒の「出会い」はひとつ新しい局面をむかえたといえるのではないかと思われる。

乙方（原告）主論者の富井は、第1席でこの討論題の事実は簡明だとしたうえで、次のように続けた。

之れに適用す可き法理も亦、極めて簡明なりと考ふ。凡そ法律に反せずして結びたる契約より、権利義務の生ずることは、法律家を俟たずして知るべき、普通の原則なり。而して、其権利は、固より、法律に、之を保護する者なるを以て、法律の奴隷たるべき裁判官に於て、之を殺ぐことを得べからざるは、又、説明を要せざる明々白々の一点なり<sup>97)</sup>。

96) この討論会については、小柳（1981、pp.21-23）で分析が加えられている。

97) 『法協』通号47号、pp.1-2。

これに続いて違約罰を含めた契約をそのまま認めた根拠は省略するが、最初  
のほうで使われた「法理」は契約自由の原則に言及するレベルで使われたよ  
うに思われる。

これを受けて、第2席・甲方（被告）主論者の柴原亀二は違約罰を定めた  
特約の効力を争うわけではないという。そうではなくて、柴原の異見は、「英  
法の解釈」になって、損害賠償の額は実際の損失額 200 円に減額すべきだ  
というのである。注目したいのは、その異見の根拠の部分である。

原告、又曰く、英国衡平法は本邦に於て法律の効なし云々、と。余も、之を効  
ありとして適用するものにあらず。只、其決定は善く条理に適ふものあり。故に、  
之を適用せんとするにあり<sup>98)</sup>。

柴原のこの異見で確認しておきたいのは次の2点である。第1に、英国衡平  
法が日本で効力があると考えていないということ<sup>99)</sup>、第2に、柴原は、自身  
の異見を「条理に適ふ」と評価しているということである。どちらの点も、  
言葉の使われ方が、法協討論会が始まった当初とは少しずつ異なっているこ  
とを示しているように思われる。最初に検討した討論会では、土方は、条理  
を探るのに英法を参照し、英法をもとにして法理を考えるという思考の道す  
じがたどられたのだった。これに対し、柴原は、自身の異見を評価するた  
めに条理に言及しているように思われる。条理とはなにかといえば、それはよ  
く分からないことは変わらない。言い方を変えれば、条理は異見を評価する  
基準に言及するレベルで使われているように見受けられるということであ  
る。また、このことは、少なくとも本稿で着目している言葉については、そ

---

98) 『法協』通号47号、pp.6-7。

99) なお、討論筆記には、富井が英国衡平法が日本で効力がないと言っている部分は確認  
できない。本文で引用した亀原の異見の最初の部分は討論筆記の作成・編集の過程で抜  
け落ちた部分に関わっているのかもしれないが、確かめることはできない。

の意味のネットワークは、遂行的に張り巡らされ、更新されていくということを示唆しているように思われる。

a) 法協討論会の前提のゆらぎ？

第3席の城の次の発言は、本稿にとって重要である。

本問題を決せんとせば、先づ第一に、日本現行法に付き研究せざる可からず。余の記するところによれば、此意に付き、確かに布告か布達かありと思ふ<sup>100)</sup>。

これが重要だというのは次の2点による。第1に、法協討論会の在り様に関わる。法協討論会は、日本に成文法があることを前提に、それにもとづいて解釈・適用を試みるのではないことを特徴としていた。日本に現行法があるなら、少なくとも本稿の関心から考えると、その法協討論会の在り様が根本的に変わってしまうことになる。先回りしていうと、この点は、後の討論者が城の記憶違い（勘違い）を指摘し、この討論題に適用される日本法はないことが明らかになる。それにしても城の発論が重要なのは、第2に、のちに一気に噴出することになる英法学徒の態度や構えの予兆が顕れるきっかけになったことである。

その英法学徒の態度や構えを検討する前に、もう1点、城の発論についてふれておきたい。城は記憶違いを前提に、予定された違約罰が実際の損失より多い場合と少ない場合にどう考えるかを述べるなかで、次のような表現をしている。

其約したる額の、実際の損害より少き場合には、之を如何にするやと問ふに、粹理上より考ふるときは、実際の損害より多きときは、之を減少するものとするれば、実際の損害より少きときは、之を加増するを得るを以て、其当を得たり

100) 『法協』通号47号、pp.7-8。

とするが如しと雖ども、(…以下略…) <sup>101)</sup>。

さきにふれたとおり、城は「法理」という言葉を使わない選好があるのだが、ここでも他の討論者なら、「法理上」は使わないとしても、「純理上」と表現しておかしくないように思われるところで、「粹理上より考ふるときは、……」と言うのである。管見の限り、少なくとも討論筆記では、「粹理」という言葉が確認されるのはこの1ヶ所だけである。誤植なのではないか、とも思われにくいほどではあるが、城の選好について補足する1資料として指摘しておく。

#### b) 成文法と法理と

城に続く第4席で、平山銚太郎 <sup>102)</sup> がこう異見を述べはじめる。

只今の言によれば、此点に付きては、現行法中に規定ありとか。乍併、余輩は、只法文に拘泥せずして、法理に基き決せん <sup>103)</sup>。

すぐ上でも確認した通り、もともと法協討論会では日本の制定法の解釈・適用を必ずしも中心的な課題にしていたわけではなかった。もっとも、本稿で検討した討論会で登記法の解釈が争われることがあったことはすでにふれた通りである。しかし、そこでは成文法より上位に法理なるものを位置づけ、成文法をいわば切り捨てるといった態度や構えが見られたわけではなかった。

---

101) 『法協』通号47号、p.8。

102) 1889年卒・法学士(法律学科第一部。なお、第一部で講習された外国法は英吉利法律)。1889年、判事試補、1890年、判事、1899年、検事、1908年、韓国政府に聘用されたかたちで渡韓、1909年、朝鮮総督府高等法院判事。1912年、没。

103) 『法協』通号47号、p.11。

とはいうものの、平山は続けてまず次のように述べる。予定された違約金  
が実際の損失を上回る場合、英国衡平法ではその特約を、次の2つ、すなわ  
ち、損害の予想がつかない場合と、契約の履行を確実にすることを意図した  
場合とに分ける。そして、前者には約定通りの効力が認められるが、後者の  
場合には損害賠償金は減額されると説明したあと、討論題は後者の場合に当  
たると述べる。そして次のようにも続ける。

日本現行法上にては、明文あるを以て、被告の敗訴たることも止を得ざるなり。  
然れども、茲に仏蘭西法ありて、原告に左袒するは何ぞや。余、以為らく、仏  
蘭西法に此等の明文あるは、沿革の力なり。古へ羅馬に於ては、頻りに外形法  
式を重んじて、意思の解釈を重んぜざりき。羅馬法の規則、或は、仏国に伝  
りしものか。然れども、今日は、決して外形法式を重んずるの時世にあらず。(…  
中略…) 意思解釈の時代なり<sup>104)</sup>。

日本の成文法では、自身が賛成する乙方は否定されることは認める。そのう  
えで、それは「古へ」のもので、「今日」は「意思解釈の時代」である、と  
いうわけである。そしてまたすぐ上でふれた英国衡平法上の2つ区別に戻り、  
後者は「賭博の性質ある契約」で法律上保護する理由はないし、500円とい  
う違約金は「別に深き意思ありて定めしにあらず。勝手次第に、之を定めし  
ものならん」とし、

故に、余は、法理上被告の賛成者たらんとす<sup>105)</sup>。

と結論づける。平山が「法理」と呼んでいるのはなんだろうか。英国衡平法  
上、予定された違約金の2区分だろうか、意思主義だろうか。おそらく両方

---

104) 『法協』通号47号、pp.12-13。

105) 『法協』通号47号、p.13。

なのだろう。このふたつは異なるレベルにあるのように思われるが、どちらも「法理上」と述べて言及できるもののように見受けられると述べるにとどめる。

第6席・鈴木加一<sup>106)</sup>も「法理上、公平上、之を説明せん」と述べて異見を述べた。

さきにふれた城の記憶違いを指摘したのは、第7席の西久保弘道だった。かれが、城がこの討論題に関係があると記憶違いをしていたのは、1877（明治10）年の利息制限法だと指摘し、討論題とは関係がないことが討論会場で明らかになった。それにもかかわらず、あるいは、それだからというべきか、続く第8席の英法学徒・榊原幾久若は次のように異見を述べはじめる。

余は純理上より本題を決せんとす。抑、此契約の主とするところは、石炭の引渡なり。故に、石炭を引渡すべきを純理に適ふものとす<sup>107)</sup>。

さきにふれた法協討論会で榊原が「純理」とやや距離をとったように見受けられるといった指摘をしたのは、訂正するべきかもしれない。討論筆記を読む限り、このとき・ここで榊原が言う「純理」が、富井の使った「純理」とどのような関係にあるのかをうかがい知ることを可能にする材料を見出すことは難しい。ただ、榊原は、自らの異見を評価する基準として「純理」を設定したと言うことはできるように思われる。付けくわえておくなら、次のように述べているところからは、どこか感情に動かされているようにも見受けられる。

---

106) 1888年卒・法学士（法律学科英吉利部）。宗言と改名。1888年、判事試補、1890年、判事、1900年、台湾総督府法院判官、台湾総督府覆審法院長、1907年、大審院検事、1918年、退職。1927年、没。

107) 『法協』通号47号、p.18。

今仮りに、石炭を引渡さゞりしときは、余の首を与へんと約せしと仮定せよ。又は、余の自由名誉を毀損するも可なりと約せしと仮定せよ。此付約は必しも執行せしむべきか。然れども、人、或は曰はん、此等の付約は背徳のものなり、執行せしむべからざる重当の理由あり、然れども、五百円云々の付約の如きは、徳義に背くものにあらざれば、之を執行せしむるも可なり、と。左れども、徳義なるものは、元と、一定の標準の、東西古今に貫くものにあらず。社会の変遷は、屢々徳義の標準を変遷せしむるものなり。此は背徳なり、此は背徳ならず、と云ふも、安ぞ知らん、真正の純理上より之を見れば、其所謂背徳なる者は、反て背徳にあらずして、其背徳にあらずとするもの却て背徳なるべきか、を。然らば、何ぞ生命と財産とを区別するの拙を学ぶべけんや<sup>108)</sup>。

ただ、ここで榊原が「真正の純理上より之を見れば」と述べる時、また、上の引用に続けて、「此等の茫々たる争は暫く之を措き」と断って、損害賠償額は実際の損失額（200円）に限るのが「尤も純理に適ふるものなりとす信ず」と述べる時、榊原がなげに言及するレベルで、純理という言葉を使っていたかは、改めて分からないというほかないようにも思われてくる。

第10席の富井の発論は後に回し、11席でもう一度柴原が自身の異見について、第2席とはやや違った観点から法理と関連づけている部分をみておきたい。

各人のなせる契約は常に其契約通りの効あるものにあらず。もし、其契約、不法なるか不道徳なるかのときは、相手は、之の執行を求むるを得ず。之と均しく、本題の場合にも、其契約を其儘執行せしむべからざるも、至当の理由あり。何ぞや。契約者の真意を発見すべきこと、是なり。只其契約書の文句に固着すべからず。此等の法理は英法にては確認せられたり。不可動ものなり<sup>109)</sup>。

108) 『法協』通号47号、p.18-19。

109) 『法協』通号47号、p.22。

ここで柴原が述べている、第1に、予定された違約金は減額されうること、第2に、契約の解釈には当事者の意思を重視すべきことは、第4席の平山とほぼ同じ（表現のトーンに違いはあれ）ことになるように思われる。そして、柴原は、この2つに言及するレベルで、法理という言葉を使っていると考えられる。

多数決では乙（被告）主論者、すなわち、英法学徒が一致して述べた異見に賛成する者が多数を占めた。ただ、異見を述べた仏法学徒は一致して甲（原告）主論者に賛成したことは、最初にふれた通りである。付けくわえておきたいのは、「法理」への選好も英法学徒に一致してみられたこと（正確には、榊原は位置づけが必ずしも容易でない「純理」を使っていた）、学生の仏法学徒は一度も「法理」という言葉を使わなかったこと、このコントラストである。富井を仏法学徒にいれるなら、富井は例外ということになるが、富井の言う「法理」は英法学徒の使う「法理」とは必ずしもおなじ意味合いとは限らないことはすでにふれた通りである。

### c) 法協討論会の修復

最後に、第10席の富井の発論から、法協討論会の在り様の修復、少なくともその試みがなされたことを確認しておきたい。

敢て一言せざる可からざることは、先刻城君の説に、今夕の論題は、法理上原告の勝利たるべきこと、論を俟たずと雖も、我邦今日の実際に於ては、反対に決する成文法あるに依り、被告の利益に判定せざるべからずと曰はれたり。余輩は、此一言を聞くや、恰も利刃身を刺すの思ひを為せり。何となれば、若、果して同君の言はるゝ如き現行法の明文ありとせば、全く議論と為らず。原告は直に願下げを為さざる可からざればなり<sup>110)</sup>。

110) 『法協』通号47号、pp.19-20。

法協討論会では、日本の成文法で異見が一義的に定まらないような法的問題について集合的・共同的に探求・学習することがはかられていた。ここで引用した富井の発論からは、城が日本の現行法があることを指摘したことは(それは記憶違い・勘違いだったことが明らかになったのだが)、それを根本からくつがえしうるものだったことがうかがわれる。城の言う通りなら全く討論会が成り立たないというのだから。それと同時に、この富井の発論は、上で述べたような法協討論会の在り様を改めて、これも遂行的に構成し確認するものだったと考えられる。

この点に関わって、もう一度、11席の柴原の発論にふれておきたい。

余の見を以てすれば、英仏両法の規定、結局大差なきなり。仏法にては、予定の損害額を必ず執行せしむ。英法にても、予定の損金額を執行せしめやるにあらず。実際の損害額を定め難きときは、之を執行せしむるなり。之に反して、もし、其定め得べきときは、裁判所、之を定むるなり<sup>111)</sup>。

柴原は決して自身の異見を変えてはいない。どちらかといえば、やや強引に英法寄りにフランス法をとらえようとしているようにも見受けられる<sup>112)</sup>。ただ、その一方で、引用した冒頭で、集合的な法の探究・学習に向けて、英法対仏法という対立図式をやや相対化してとらえ、両法学徒による「出会い」を意味付けてみせようとしているように思われるのも確かである。もっとも、英法と仏法の違いは、感情的なものも含めて、隠しようがないものもあったのだろう。もしかりに、それほど容易に解消できるものだったとしたら、伝えられているほどにまで民法典論争が激しくなることはなかつたらうから。

---

111) 『法協』通号47号、p.21。

112) 実際、本文引用のすぐあとで、「予定の損害額を其儘執行せしむる仏法の規定の如きは、実に其何等の理由なるや了解し易からざるなり」(『法協』通号47号、pp.21-22)と言う。

ここでいったん法協討論会から離れ、私立法律学校聯合討論会へ視点を向けてみることにしたい。そこでもまた、別様の英法学徒と仏法学徒の「出会い」があったことを検討することになる。

### (3) 不動産の二重譲渡と第2買主の悪意・再訪：私立法律学校聯合討論会の場合

1886年8月公布の登記法のもと、不動産の二重譲渡が行われ、悪意の第2買主がさきに登記した場合、その第2買主は保護されるか。この問題は、私立法律学校聯合討論会でもまっ先に討論題になったもののひとつである。私立法律学校聯合討論会では、1888年5月30日、13時からこれを討論題として異見が交わされた。会場は大学一ツ橋講義室。1877年、当時の開成学校が、三田演説館を模して、演説・討論の場として用意した講義室である。表1の通り、主催者側発表だから多めに数えられたと思われるものの、2,700～2,800人が集まったという。

#### a) 私立法律学校聯合討論会

第1席の首藤貞吉<sup>113)</sup>は、まず出身校と姓名を名乗ったのち（私立法律学校聯合討論会では、出身校〈講師の場合はその学校名〉と姓名を名乗ってから異見を述べるのが慣行になる）、次のように話し始めた。

偕て、此問題は、曾て或る有名の会に於て、或る有名の人々が討論を為し、其討論筆記の如きも、既に世に公けに為りて居る古るい問題であることは、諸君

---

113) 1887年・東京専門学校卒（以下では、東専卒と略記する）。私立法律学校聯合討論会では、委員・編輯者（1889年発行の『雑誌』4まで）を務めた。卒業後、同校講義録編集委員。1889年、『徳島日日新聞』主筆（94年、社長との政治的意見の対立から退社）。阿波商業会議所理事などを務める。1898年、『徳島毎日新聞』創刊・社長兼主筆、病氣により退任。1936年、没。徳島新聞五十年史刊行委員会編（1997、p.42）参照。

も御存じのこと、考へます。併し、私は、其時の諸名士の説には徹頭徹尾感服致しませぬから、此等の説に瞞着せられず、亦た雷同もせず、私が自から信じて疑はざる説を述べ、諸君の判定を乞はんと思ひます<sup>114)</sup>。

こう首藤が述べたとき、「或る有名の会」と呼んでいたのは、おそらく法協討論会のことだと思われる<sup>115)</sup>。そして、そこでの異見に同調するわけでもなく、自身の信じる異見を述べると宣言してみせたわけである。

討論者のなかに法協討論会での討論を知ったうえで異見を述べた者がいたことは、法協討論会の討論筆記出版の意図、すなわち、討論の内容を、そのとき・そこにいなかった人びともにも伝えることが、一定の範囲で実現されたことを示している。法をめぐる集合的な探求・学習は、そのとき・そこで異見を聴いた人びとに限られることなく行われていったということである。

法協討論会とは違って、私立法律学校聯合討論会では主論者が立てられることはなかった。また、この日の討論会では13人が異見を述べたが、第1買主の側に賛成する者、第2買主の側に賛成する者が代わる代わる論壇に立つといったこともなかった。主論者が立てられることはなかったが、やがてどちらの異見に賛成するかによって、交互に論壇に立つ規則性がみられることもあるようになっていく。

このとき・ここの討論会でも、結論の点をみれば、法協討論会での討論がそうであったように、必ずしも、英米法系の私立法律学校出身か、フランス法系出身かによって結論が割れることはなかった。ただ、これも法協討論会での討論がそうであったように、本稿で着目してきた言葉使いに注目してみると、法学徒たちの態度や構えについて指摘しておきたい点が見受けられる。

---

114) 『筆記』1・2回、p.105。

115) 別の討論者は、法協討論会で討論されたことを明言している（『筆記』1・2回、p.180）。

## b) “正統の嫡子”を継ぐ法学徒たち

天野の表現を借りれば、英吉利法律学校は「東京大学法学部の卒業生および関係者」の「いわば『正統の嫡子』」であった（天野、1989、p.454）。第4席・乙（未登記の第1買主）方に賛成する竹田孝太郎<sup>116)</sup>は、くりかえし「法理」に言及しながら異見を述べた点で際立っている。竹田はいくつかのレベルで法理に言及しているので、この点を確認していきたい。第1に、所有権の移転についての意思主義につき、次のように述べる。

抑、所有権は、売主買主の合意に依りまして、直に移転するといふことは自然の法理でござりまして、太古野蛮の法律はいざ知らず、苟も、今日、文明の法律に於て認めまする所でありまして、正理に適ふたるものであります<sup>117)</sup>。

ここで法理は、意思主義に言及するレベルで使われているように思われる。「自然の法理」という言い方についてはすぐあとでふれるが、ここでの意思主義を「正理」に「適ふ」と表現していることも目を引く。これが富井の言う「正理」とどのような関係にあるかをうかがわせる部分は見当たらないが、正理を意思主義を評価する基準として措定しているとはいえるように思われる。

「自然の法理」という言い方は、すぐ上で引用したことをほぼ言い換えながら、登記を位置づけようとしている部分にもう一度現れる。

所有権は、契約に因り、直に移転するものにして、敢て他の力を仮るを要せず

---

116) 1888年・英吉利法律学校卒（以下では、英吉利卒と略記する）。1888年、代言免許。遅くとも1889年、裁判所書記見習、1890年、裁判所書記、1894年、判事検事登用試験合格、司法官試補、1896年、判事、1913年、退職。弁護士。

117) 『筆記』1・2回、p.134。

と云ふことは自然の法理である（…以下略…）<sup>118)</sup>。

ここで「他の力」とは、文脈をふまえると、具体的には登記であり、これに関わって第2に、多義的にしかとらえることができないものの、法格言と関係付けながら、次の部分で竹田はやや違ったレベルに言及するために、法理を使っているように見受けられる。

登記法は例外、即ち、特別法で御座りますれば、明に記載し明に禁ぜざる以上は、一般の法理に因り、其法律を説明することが出来ましよう。今、悪意を以て事をしました者は、法律、之れを保護せずと云ふ事は法理の大原則でござりまして、「悪意は法律を変ず」と云ふ格言のある所以であります<sup>119)</sup>。

ここでの「一般の法理」は、特別法の適用のない原則に帰り、すでに言及されていた意思主義に言及するレベルで使われているように思われる（第2の1）。あるいは、むしろこちらのほうのレベルが第一義的なもののようにも思えないレベルがある。すなわち、法律は悪意を保護しないというルールに言及するレベルで、「一般の法理」という言葉が使われているのではないかということである（第2の2）。というのは、竹田はすぐ続けて次のようにも述べているからである。

此法理を引きまして登記法を論ずる時は、若し、悪意を以て買得しましたる第三者をも、法律が保護しまして所有権を与ふるとせんには、必ず其旨を明記せなければなりません。（…中略…）法律に明文がなき以上は、自然の理に反しまして悪意を保護する事は出来ない事で御座ります<sup>120)</sup>。

---

118) 『筆記』1・2回、p.141。

119) 『筆記』1・2回、p.143。

120) 『筆記』1・2回、pp.143-144。引用で省略した部分では、1855年のフランス登記法3

冒頭で「此法理を引きまして」というときの「此法理」とは、一見、すぐ前の「法理の大原則」を承けて、法律は悪意を保護しないというルールに言及しているように思われる<sup>121)</sup>。こう考えてくると、率直に言えば、どちらのレベルで法理という言葉が使われているのかははっきりしないことになる。

こうして法理が使われているレベルを検討してみると、3つめのレベルがわずかに顔をのぞかせてくる。上で引用した「一般の法理」は、登記法を支配下に置くような、またひとつ上、あるいは、別のレベルで何かに言及するのに使われているようにも思えなくない(第2の3)。上の引用で竹田が「一般の法理に因り、其法律〔登記法〕を説明する」とか、「此法理を引きまして登記法を論ずる」とか言うとき、登記法という実定法の解釈を規定する何ものかに言及するレベルで法理が使われているともいえるのではないかということである。ここまで引用した部分を素直にとらえれば、この3つめのレベルにあえてふれるのは無理のある余計な解釈ともいえなくもないのだが、竹田は英法への支持を込めて次のようにも述べている。

法理に富み、実際に鍊なる英法律は、不正者を罰し正者を保護するに敏速活発なれば、悪意の第二買得者を保護する事なきは、毫も躊躇を為さざる所であります<sup>122)</sup>。

この「法理」は何か。上で検討してきたようないくつかのルール、あるいは、いくつかのレベルでルールに言及するのに使われているようにも思われる

---

条の解釈とその帰結が述べられており、この点からは竹田がフランス法も——体系的にというよりは、この討論題に関わる範囲でかもしれないけれども——学習していた跡がうかがわれる。なお、そこでも、「一般の法理に依る」といういいまわしで根拠付けられていた。

121) 「自然の理」と「自然の法理」がどのような関係にあるかも問題になるが、これ以上の解釈は限界を超えるように思われるので、このままにしておく。

122) 『筆記』1・2回、p.146。

が、何に言及しているかよくわからないレベルに近いところで使われているようにも思えなくない。そして後者のレベルは、第2の点でふれた3つめのレベルに近いと思われ、このようなとき、法理は高い訴求力を帯びるのではないかと考えられる<sup>123)</sup>。

ただ、英吉利法律学校出身の法学徒たちが、揃って法理に拠って異見を述べたわけではなかった。ある意味、このとき・ここの討論会では、竹田が異例だというべきなのかもしれない。英米法の法律学校出身に広げても、そうである。

そのなかでもう1人、法理に拠って異見を述べた本田恒之<sup>124)</sup>を取り上げておこう。本田は登記法6条の解釈にふれて言う。

漫に本条を読過すれば、登記せざる売買に依て得たる土地家屋等の所有権は、売主買主の間にのみ有効にして、第三者に対しては無効なるが如く見へますが、正格なる法理上より攻究して、併せて、立法の精神を推測すれば、右の解釈は不通の論と云はざるを得ません<sup>125)</sup>。

本田が「正格なる法理上」と位置づける部分では、所有権の性質が話題にされている。所有権は対世的の物権だから、売買契約の当事者間だけでしか権

---

123) 私立法律学校聯合討論会でも、本稿ではふれなかったが、法協討論会と同様に、第1買主の反証を許すかどうかも討論された。この点、竹田がこう述べるとき、法理は本文でふれた3つめのレベルでも使われているように思われる。すなわち、「反証を許すの、正当にして、且、法理に適ひしものと考へます」と言うのだが、これは「私しの考ふる処に依りますれば、如斯場合に於きましては、反証を許す方が法律の精神に適ふたるものと思ひます」を言い換えたものと考えられる。

124) 1884年・専修学校卒（以下では、専修卒と略記する）。1885年、代言免許（出願は卒業と同年中）、弁護士。長崎市弁護士会会長を務めた。長崎市議員、長崎県議員を経て、1912年、衆議院議員（連続7期）、1925～27年、加藤高明内閣・第1次若槻内閣で司法政務次官。1934年、没。

125) 『筆記』1・2回、p.181。

利主張ができないというのは、所有権の性質上おかしいというのである。それでも第三者に対抗できない場合を規定したのが登記法で、だからこそ討論題になるのだと思われるが、実際、本田もこのことにふれていく。所有権は対世的に主張できる物権である点を強調することは、何人かの討論者にも見受けられ、当時の法学徒たちがこだわった問題点だったようである。いずれにせよ、本田は、物権と債権（「人権」）の講学上の区別に言及するレベルで、法理を使っていたことがわかる。

もうひとつ、本田が「立法の精神」と述べた部分についてもふれておこう。そこでは、登記法の目的は、不動産を二重譲渡するような売主によって、第2買主が損害を受けることを防ぐことにあるとされる。そして、第1買主と第2買主をどう位置づけるかについては、第1買主が登記をしなかったために売主に二重譲渡の機会を与えた点を重視して次のように述べる。

夫の英吉利法律に所謂正意なる二人、孰れか損害を蒙らざるを得ざる場合に於ては、悪事を為すに便利を与へたる者、其責に任せざるを得ずとの規則は、蓋し、此場合に適用して差支ありますまい<sup>126)</sup>。

ここで本田は単に「規則」と言い、格言とは表現していないが、英法で、ある程度一般原則といえるようなルールとして抽出されたものを適用して、悪意の第2買主から善意の第2買主を区別し、後者だけを保護する異なった扱いの根拠にしたといえるだろう。法格言を典型とする一般原則を根拠にして異見を述べることは、英法学徒たちの異見の特徴のひとつに数えることができるように思われることはさきにふれた通りだが、本稿では、それを法に対する構えとしてとらえている。この善意と悪意との区別は、成文法をシステムと捉える構えからも行われることについてはすでに簡単にふれたが、このとき・ここの討論会で、民法学徒がより広い視座から展開していくことにな

126) 『筆記』1・2回、p.180。

ることはあとでふれる。

c) 共有された法理

すでに確認したように、元正則3期生の仏法学徒のなかにも、法協討論会で法理という言葉を使って異見を述べた者はいた。私立法律学校聯合討論会でも、フランス法系の私立法律学校出身者をはじめとして仏法学徒たちが法理を使って異見を述べていく。第5席・乙（第1買主）方の豊田鉦三郎<sup>127)</sup>の場合はやや独特ないまわしで解釈が難しい部分がある。かれは登記法は「正当な人間」を保護するものだとしたうえで、善意と悪意の問題にふれてこう言う。

情を知たもの（悪意と云ふと叱られますから、私は区別する為めに故意と申しましょ）、即ち故意のものは正当のものかと云へば、正当とは云へません。然らば、正当で無き者も保護するかといふに、是れは、登記法第六条に、別に情を知らずといふ明文が無くとも明かである。然らば、道理上、登記法を解するに付ては、情を知ると否とは、必ず区別が出て来なければならぬと云ふ本を考へると分かります<sup>128)</sup>。

必ずしも一義的に次のように言えるかはやや疑問が残るが、登記法の解釈にあたって、善意と悪意（「故意」）は、明文の規定がなくても区別ができなければならない。そしてそれは「道理上」だということのように思われる。この道理とは何かが問題になるが、いちおう法理とは区別されているようである。というのは、豊田はこのあと次のように続けるからである。

登記法がなければ、法理上所有権の移転は出来なひか如何と云へば、出来るに

---

127) 1883年・明治法律学校推薦校友。1884年、代言免許、弁護士。1902年、没。

128) 『筆記』1・2回、pp.147-148。

相違ない。(…中略…) 其〔登記〕手続は、抑も末の事で、其源なる所有権移転の範囲に迄乱入する事は、法理上、之を許しません<sup>129)</sup>。

では、ここで法理はどのように使われているか。これよりさきの部分で、豊田は、所有権が合意で移転することを「動かすべからざる原則」と表現していくから、意思による所有権移転に言及するレベルで使われていないことはうかがわれる。豊田が法理と道理を区別していると考えたとすれば、善意と悪意を区別するルールに言及するレベルで使われているのでもないことになる。こう考えてくると、——あるいは、あまり考えずに文字を読めば、——何に言及しているか必ずしも分からないものに言及するレベルで使われているように思われる。ただ、それが英法学徒たちが使っていたような意味合いと重なるかといえ、そうだと考えるのにはためらいを覚える。そもそも、何に言及しているか分からないレベルで使われているのだから、その意味合いについて厳密に解釈することできないことが、このレベルで使われたときに、法理という言葉が帯びる特性というべきなのかもしれない<sup>130)</sup>。

第6席・丙(第2買主)方の小川三千三<sup>131)</sup>も法理を使って異見を述べたが、その発論については、豊田とは違った意味で、独特に思われるものを含んでいる。というのは、小川も討論題をめぐって異見を交わしているのだが、いわば観察者の視点に立っているように見受けられるところがあるからである。小川は、登記法公布以前の法制から説き、土地所有権が認められるには地券が必要だったこと、不動産所有権の移転には戸長役場で奥書・割印を受

129) 『筆記』1・2回、pp.147-148。

130) それにしても、豊田がここで言う「法理」の使われ方は、その独特ないまわしもあってか、ここまで検討してきたある程度の幅にもおさまらないように思われるというほかない。

131) 1887年・東京法学校特選校友。1875年、東京外国語学校入学、1876年、大学予備門を経て、東大医学部に入学するが、1880年、東京法学校に移り、在学中、1884年、代言免許、弁護士。1891年、東京市会議員。1899年、没。

けることが必要とされたことなどを述べたうえで、次のように言う。

然らば、登記法が頒布に成て、欧米の法理が突然として顕はれたかと云ふに、別に沿革を改正した跡を見ません。私も、承諾を以て所有権を移転する事を尊ぶもので御坐りますが、如何せん、其所まで未だ到着致しません<sup>132)</sup>。

欧米の法理が何を指しているのかは、豊田などが言う「法理」がどのレベルで使われているかを検討したのとは別の次元で、確定できないと言うほかないのは確かである。ただ、すぐに所有権移転の意思主義にふれ、それを価値あるものとして尊重すると述べているから、そこからあまりはなれないものに言及するレベルで法理が使われていることも確かなように思われる。そして、小川の目には、当時の日本では、不動産所有権の移転が意思主義で説明されるような仕方では行われていない（「其所まで未だ到着致しません」）ように映ったのだろう。すぐ上で、小川が観察者の視点に立っているように見受けられると書いたのは、この点に注目してのことである。法律学校で学習したルールをふまえて自身の異見を述べるのとはかなり違っているように思われるということである。

もうひとり、第2席・乙（未登記の第1買主）方に賛成した豊岡進一郎<sup>133)</sup>の異見にふれておきたい。第1に、かれも法理を使って次のように述べた。

所有権は、合意のみを以て一般に移転しますけれども、茲では、其法理を曲げて、善意の取引者を保護する為めに、一つの例外法を設けたものであります<sup>134)</sup>。

---

132) 『筆記』1・2回、p.152。

133) 1888年・東京法学校卒（以下では、東法学卒と略記する）。1888年、代言免許。1890年、没。

134) 『筆記』1・2回、p.117。

この点については、所有権移転の意思主義に言及するレベルで法理を使っていることを確認すれば十分である。豊田、小川、豊岡といった仏法系出身の法学徒たちにも、法理という言葉づかいは共有されていた。英吉利法律学校卒の竹田ほど法理を連呼するわけではなかったけれども、特に法理を避けることもなかったように思われる。かれらにも法理で考える構えがひろがっていったと、変化があったように言うことは控えざるをえないけれども。

では第2に、なぜ善意の第2買主は保護されるのか。これに応えるべく、ここで豊岡が示すのが、フランス民法全体のなかで善意と悪意がどのように扱われているかに目配りして、法を操作しようとする構えである。

仏民法を通覧しますときは、此区別に依て法律の規定を異にしない場合は殆んどありません<sup>135)</sup>。

具体的には「期満効」と「動産取引」とを例に挙げたうえで、次のように述べる。

動産の即時期満効は、丁度不動産の登記と同じ事で、善意であって前に引渡を得た時には、仮令ひ買ったのは後であらふとも、所有権を得られると云ふものである<sup>136)</sup>。

豊岡が選んだのは、動産の即時期満効についてのフランス民法の規律が、ここでの討論題の構図によく合うという方向で、異見の説得力を高めようとする選択肢だったように思われる。不動産の二重譲渡と第2買主の悪意という討論題をめぐる、すでに法協討論会では西久保の発論にみられ、ここでは豊岡の発論にみられた、成文法をシステムとして捉え、法を操作しようとする

---

135) 『筆記』1・2回、p.119。

136) 『筆記』1・2回、p.119。

る構えは、次にみる磯部の発論のなかでいっそう徹底した仕方で開催されることになる。

d) システムとしての成文法の操作：磯部四郎の場合

第11席の磯部四郎は、法律を次のように捉えるところから異見を述べ始める。

抑も、私が弁ずるに付ては、此問題は法理一片では論ずる事は出来ません。法律は、法理上のものと人定上のものとの二つになる。登記法と云ふものは、全く双方の意思のみならず、第三者を保護するもので、法理一片のものでは無いと考へます。少しく人定法の定め依るものと考へますから、無暗に理屈から計り言ふでなく、沿革に付ても一言せんければなりません<sup>137)</sup>。

磯部はまず、法律は「法理上のもの」と「人定上のもの」のふたつを構成要素としていると捉えてみせる。ここには、分析と比較と歴史をたどることとで抽出されてくると考えるような Jurisprudence とは、少なくともやや異なった視点からの法理の捉え方が示されているように思われる。成文法であれ、不文法であれ、それらの検討を通して見いだされる法理は、人定上の法を覆い尽くすことはできないという状況の定義が行われたとも見受けられるからである。

以下では、磯部がどのようにして、日本の法状況を、フランス法をはじめとして、その影響の下にあるベルギー民法草案やイタリア民法を含めたテキストを見通しながら捉えてみせたかに重点を置き、磯部の異見を、ラフなものになることを承知でスケッチすることを試みたい。

---

1855年に公布されたフランスの登記法6条は、登記がなければ、所有権

137) 『筆記』1・2回、p.170。

を第三者に対抗できないと規定した。他方、フランス民法典で贈与と登記の関係を規定した1071条では、登記がなければ、所有権の移転を第三者に対抗できないと規定し、かつ、このとき第三者が所有権の移転について善意でも悪意でも同じように規律するとされている。1071条はもともとあった規定だが、1855年に登記法が制定されたことによって、民法1071条と登記法6条の関係をどう考えるかが法学者のあいだで争われるようになった。この争いは、このとき・ここの討論会と問題の構図が同じである。

ここでイタリア民法に目を転じると、イタリア民法はフランス民法の影響の下にあるが、1842条で、先に権利をえても、登記がなければ、権利を取得したのが後であっても登記は先にした第三者には対抗できないと規定している。

さらにベルギーに目を転じると、1851年に制定された法律の第1条は、先に行われた所有権の移転について善意の者でなければ、登記がないからといって利益を得ることはできないと規定した。ベルギー民法はフランス民法と同じだが、1851年の法律によって、善意の者と悪意の者が区別され、登記がないことによって利益を得られるのは、善意の者に限られることになった。

フランスに目を戻すと、善意か悪意かで区別せず、同じように登記がないことによって利益を得られると考える学説がある。しかし、フランス民法全体を見通すと、善意か悪意かで区別せず扱っているのは、贈与と登記の関係を規定した1071条だけである。1855年の登記法も、善意か悪意かで区別しないとは規定していない。民法全体のなかでは、1071条は贈与に限って規律する特別な規定だから、この規定による規律を他の普通の登記について適用することはできない。つまり、所有権の移転について善意の第三者でなければ、先に登記をしたからといって保護されないのが原則であると考えられる。1071条は例外的な規律をするから、わざわざ明文の規定が置かれたのだ。

フランスの格言に「凡ての詐欺は凡ての原則を濁らかす」というものがある

る。これをいまの問題で考えると、登記がなければ第三者に対抗することができないという規律は、悪意で詐欺を行った第三者には及ばないということになる。

自分の考えは別にして、フランス民法全体を見通すと、善意か悪意かで区別しない明文の規定は、30年の取得時効を規定した2262条の1ヶ条があるだけである。逆に善意か悪意かで区別する規定は多数ある。たとえば、占有に関連する規定では、善意なら果実を取得できるが、悪意だと、得た果実を返還しなければならないだけでなく、得られるはずだったのに得なかった果実まで返還する義務を負うことになっている。他人の所有地に建物を建築した場合でも、善意か悪意かで区別がある。廃罷訴権を規定した1067条でも、善意か悪意かで区別があり、債権者を害することについて善意で債務者から譲渡された者に対しては、債権者は廃罷訴権を行使できないが、悪意の者に対しては廃罷訴権を行使して財産を取り戻すことができる。動産の占有は権原と同じ効力があると規定する2279条も、善意でなければその利益を得られないと規定している。他人に譲渡された物であることについて悪意でそれを買った者も法律によって保護されない。他にもまだ善意か悪意かで区別する規定はあるが、思いつくだけを挙げてみてもこれだけある。このように、外国法を含めて成文法を見渡してみたことをふまえると、登記法についても善意か悪意かで区別するのが適当であると考えられる。

以上、磯部の異見をラフにスケッチすると書いておきながら、ずいぶん長くなってしまった。筆者がラフにするといっても、磯部はレリバントなネットワークをひろく捉える構えを採ったように見受けられるのだからその自然な帰結である。このように成文法のシステムを提示して見せた上で、磯部は次のように述べる。

成程、登記せぬものは懈怠の罪は免れませんが、此懈怠は売主を信ずるから起

る事で、所謂お人よしであるのです。之を宥恕せずして、他人に売買した事を知りながら買ふた悪意の者が先きへ廻て登記したからと云て、之を保護するの法理はありません<sup>138)</sup>。

ここでふれられた法理が成文法とどのような関係にあるのかを明らかにするのは、そのための素材も足りないし、筆者の力量では手に余る。ここまで述べたことをふまえて、かれは日本登記法6条が善意か悪意かで区別しないのなら、明文の規定が必要だが、そのような規定はないと述べる。

さらに磯部は民法草案にも、その上、刑法にもネットワークをひろげて異見を述べ続ける。旧刑法393条では、甲の二重譲渡は詐欺取財の軽罪を構成し、軽罪は従犯も罰するから、悪意で不動産を買って登記した丙は詐欺取財の従犯として罰される。ここまで法システムをひろげてみせた上で、結論を述べる。

故に、私は、此問題に付て、登記せずとも、善意者は格別なれども、悪意に依て先きに登記したのものに対しては、所有権の対抗が出来ると考へます。(ノーノー)。私の説は、御服しなさいと云ふのではありません。其れは諸君の自由でありますから。只、ノーノーなれば、ドーゾ其御新案を私に承はらして下さるならば難有い事と考へます<sup>139)</sup>。

私立法律学校聯合討論会の討論筆記では、かなり丁寧に会場の反応が記録されている。磯部の異見に対する「ノーノー」の声も、それに応じる磯部の態度も、この時期の法律討論会の在り様をよく伝えてくれているように思われる。討論会では立場は対等、反対なら「ノーノー」を浴びせ、「ノーノー」を浴びせられた側は反論を求めるわけである。

---

138) 『筆記』1・2回、p.176。

139) 『筆記』1・2回、p.178。

多数決では乙方賛成が大多数だった。

#### (4) 名誉毀損と謝罪広告：条理裁判判決・再訪

11月25日に開かれた私立法律学校聯合討論会では、実質的には、さきに条理裁判の1例としてふれた横浜始審裁判所で中橋が言渡した判決の当否が問題になった。討論題は簡潔で、特定の新聞紙上での謝罪広告を言渡した判決の執行は効力があるかである。そのモデルの判決を言渡した中橋自身をも討論者の1人として、既存の法令の解釈・適用では済まない問題を集合的に探求・学習する場で、条理裁判の当否をめぐって改めて異見が交わされたという点でも興味深い現象であると思われる。ただ、まずここでは、日本特有の法を探求しようとする試みがみられた点から検討していく。

##### a) 法の集合的な探求・学習と法学者

法律討論会も私立法律学校聯合討論会も、法をめぐって集合的に探求・学習する場として構成されてきた。そのなかで、日本特有の法を探求しようとする試みは第8席の菰口此助<sup>140)</sup>の異見のなかに現れる。

日本の如きは、外国法律を研究して往かなければ、法理の真を発見することは出来けない。夫れ故に、諸君は、外国法律に就いて充分御研究をなされ、不当なる処があれば、充分に論駁し、少しも仮借する所なく御論駁をなさるゝは、平素の御持論で御坐ります。(ヒヤヒヤ)。

討論題をめぐっては、新聞社の広告“募集”は契約の申込みか、あるいはその手前の申込の誘引かが争われた。菰口は、英国の判決例によれば、申込の

---

140) 1887年・東京法学校特選校友。1881年、東京法学校に入学し、在学中、1883年、代言免許、弁護士。1894年、衆議院議員(通算で8期)。1921年、横浜市長。守屋に改姓した。なお、司法省法学校にも入学したという(法政大学編、1980、p.64)。

誘引にとどまることは承知していると述べたうえで次のように続ける。

諸君は真理を発見せんとするの熱心家にて、(ヒヤヒヤ)、仮令外国法律たりとも、不当なる処あれば、仮借する所なく論駁するに勇壮活発なる我が良友であるから、其辺の事に付て研究して見たいのです。(ヒヤヒヤ)<sup>141)</sup>。

そして、最後に聴手にこう呼びかけた<sup>142)</sup>。

此問題は、双方とも随分議論の有る事故に、猶ほ私も熟考致しまする柄、諸君も東西各国の法理を研究せられ、御互に借すに三年を以てし、其の上、花々しく最後の雌雄を決しましょう。(ヒヤヒヤ)<sup>143)</sup>。

こう引用する限りでは、対等な法学徒たちに集合的な探求・学習を呼びかけたことになると思われる。ただ、菰口は最初の引用のまえに、次のように述べていた。

今日の問題は、英国「ロンドン」の真中で英国法律の問題を決するに非ずして、日本帝都の此会場に於て日本法理の問題として出でたる者であります。日本は英国版図の国でない、又た、藩属の国でない柄、其法律に従ふ可き義務はない<sup>144)</sup>。

---

141) 『雑誌』1、p.56。

142) 菰口は私立法律学校聯合討論会の慣行を破って、最初には名乗らず、最後に名乗ったから、聴手への呼びかけは正確には最後ではない。慣行を破った理由は、「大学者」(大—学者)の説ほど「名説」と評価されやすいからと述べたのだが、このことは、本文でふれるこのあと起こる“出来事”と無関係ではない。

143) 『雑誌』1、p.59。

144) 『雑誌』1、p.56。

菰口に続く第9席の鳩山和夫は、これに応じて次のように述べ始めた<sup>145)</sup>。

私は鳩山和夫。世の中には、英吉利派にも仏蘭西流の法学にも拠らず、只我流と云ふ説を出す人が有る。今日の討論会にも、大分我流が流行る様です。

鳩山は、社会全体が無学のときは「我流」にも取りえがあると断ったうえで続ける。

併しながら、学者仲間では我流は取る事は出きん。先づ、我流を出すなれば、世間の議論は何んなものか、学者仲間には如何なる議論が有るか、色々考へて、何れも是れも不満足だから我流を出すと云ふなれば、其の我流たるや、誠に尊むべし。併し、我流でも、愚、極つたる、則ち、日本は英吉利の藩属国では無いと云ふ如き、無関係なる思想を根拠とする我流は御免蒙りたし<sup>146)</sup>。

菰口の語り方への強い反発がうかがわれる。ただ、鳩山は“悪口”はすぐ切り上げ、「諸君」に向けて異見を述べた。討論会に集まる法学者たちの議論と「学者仲間」の議論は次第に分化し、法律学は学問として制度化されていくのだろう。エスタブリッシュされた法学者とその法学者から法学を学ぶ者の関係性も分化・制度化されていくのだろう。本稿では、対象にしている時期は過渡期ととらえているが、過渡期といってすむわけではないとも考えてはいる。

鳩山は、裁判所が、特定の新聞紙上での謝罪広告を命じる判決を出すことには懐疑的な異見を述べた。しかし、討論会場には、実際に特定の新聞紙上で謝罪広告するよう命じる判決を言渡した中橋がいた。続く第10席で中橋

---

145) すでにふれた通り、鳩山は9月30日の討論会に遅刻し、いつ会場に到着したかは分からない。ただ、高木の異見は聴いていたようである。

146) 『雑誌』1、p.60。

はまずこう指摘する。

私は中橋徳五郎です。只今、日本一の御明論が出ました。(笑)。我の字の付いた我流説は往かないと申されたが、併し、此御明論も、矢張我流では有りは仕ないかと云ふ疑ひが起りました。(ヒヤヒヤ)<sup>147)</sup>。

中橋自身はこのときすでに裁判所をはなれていたとはいえ、裁判所での実務(見習い)経験から次のように述べる。

若しも是れ迄に無い事は為す事が出来んと云へば、日本の裁判所に於て、民法上の三分の一は、総て日本で行ふ事が出来ません。仏蘭西民法は、成る程諸君の頭の中には有りませうが、之は日本の法律では御坐りません。シテ見れば、是れ迄日本に無ったものは、法理上為す事が出来ぬと云へば、日本では一切の法理を為す事が出来無くなる<sup>148)</sup>。

中橋が鳩山に対して直ちに異見を述べる態度だけでなく、裁判所の実務も、さしあたりはやはり過渡期のものと表現しておくべきかもしれないというのが、筆者の現在の理解であるというほかない。

この日の多数決は、聴手全体ではなく、来賓と学校の講師を仮の「決議員」として行われ、無効説が多数を占めた。討論者の異見をみると、講師に限っても、校友を含めても、有効説と無効説の支持者はおおよそ半々だった。なぜ多数決が来賓と講師に限られたのかを示すものは見当たらない。

#### b) 学問への制度化のなかで

すぐ上で、法を学ぶことが学問として制度化していくという見通しを仮設

---

147) 『雑誌』 1、p.64。

148) 『雑誌』 1、p.65。

的に述べた。この問題に検討を加えることは本稿の直接の目的ではない。ただ、この点に関わって、1889年3月10日の私法律学校聯合討論会で、本稿の関心を引く発論がみられるので、ここで簡単にふれておきたい。討論題は債権の消滅時効に関するもので、その概要は表1の通りである。その第1席の発論のなかで、花井卓蔵<sup>149)</sup>が次のように述べる。

私は、此問題の判決を与ふるには、元來債主権と云ふものは訴訟産、即ちショース、イン、アクションであるか、又は、占有産、即ちショース、イン、ポセションであるかと云ふことを論定するのが肝要だろうと思ひます。(…中略…) 訴訟産は、或は又た訴訟権とも称へまして、英語にてはライツ、イン、アクションと申します。仏朗西独乙では何と申しますか。私は学びませんから存じませんが、恐くこんな学理的の區別は無いだらうと信じます。(ノー／＼)<sup>150)</sup>。

さきにふれたように、すでに専修学校で学んだ本田恒之が講学上の區別に言及するレベルで法理を使い、異見を述べるのに法理を操作する構えを示していた。ここで花井が使ったのは「学理」であるが、それを操作する構えから異見を述べたことを、第1に確認しておきたい。第2に、花井が学理を操作する構えをとったとき、フランス法系・ドイツ法系の法学徒に対して卓越化を試みようとしたこと、そのときかれら反発を示したことが、聴手の反応(「ノー／＼」)から見受けられる。同じことの反面かもしれないが、法学徒たちのあいだで、学理を高く評価する心性が共有されていたこともうかがわれるように思われるということである。

149) 1888年・英吉利卒。1890年、代言免許(出願は1889年)、弁護士。1898年、衆議院議員(通算で7期)、1915年、衆議院副議長(同年、依願免)、1922年、貴族院勅選議員。1909年、法学博士。1931年、没。私法律学校聯合討論会には、旧姓・立原でも参加していた。

150) 『雑誌』4、p.40。

花井の言う「学理」との直接の関係はあるかどうかは明らかにできないが、旧民法公布後に、法協討論会の在り様を構成しようとする試みのなかで、英法学徒が抱えることになるもののひとつが「学理」だった。このことについてはあとでふれるが、その前に別の法協討論会での討論をもう少しみておくことにしたい。

#### (5) 過失相殺：「共同懈怠」

私立法律学校聯合討論会がほぼ順調に隔月で開かれていた頃、法協討論会もまたほぼおなじペースで開かれていた。私立法律学校聯合討論会と法協討論会で、実質的にはほぼ同じ討論題をめぐって異見が交わされることはまれなことではなかった。さきに検討した「不動産の二重譲渡と第2買主の悪意」もその例である。次に取り上げる1889年3月22日の法協討論会は、ほぼ同じ討論題とまではいえないものの、討論された問題の点ではかなり共通するもののひとつである<sup>151)</sup>。討論題は、鉄道線路沿いの牧場の牧牛が1頭列車にひき殺された事故をめぐるものだった。牧場主甲（原告）には牧場の柵の破

---

151) この討論会については、小柳(1981, pp.41-42)で分析が加えられているほか、大河(2004)では一層詳細に検討され、旧民法・明治民法の編纂のなかで、どのように過失相殺の規定が規定されたかをめぐって、主として英米法の寄与という視点から分析されている。この点、大河(2004)では、「英米法での寄与過失法理がベースとなっておりとくにイギリスの基本裁判例に基づく議論が展開され」(p.6)、「城数馬以外の論者は、すべて、イギリスの寄与過失論に依拠しながら、論を組み立てている」(p.15)と指摘されている。すぐ上でふれたように、大河(2004)は本稿とは異なる視点で分析されており、本稿で検討するうえで多くの示唆を与えてくれる。ただ、必ずしも明言されてはいないので、そこから示唆されるところからすれば、この討論会は、日本での英米法の摂取の1プロセスと位置づけられているように思われる。この点は本稿の筆者も基本的には否定することはできないし、くりかえしになるが、本稿とは視点が異なっている。ただ、本文で検討していくように、英法学徒たちが必ずしも異見を一致させていたわけではなく、このことは大河(2004)でも否定されているわけでもないように思われる。そして、些細な点に涉るが、城以外にも英米法ではない立場(具体的にはフランス法)からの発論も含まれている。

れをそのままにしておいた過失（「懈怠」）があり、他方、乙鉄道会社（被告）の列車運転手には相当の注意をしていれば明らかに事故は防げたのに、その注意を怠った過失がある。この場合、乙に対して、甲からの損害賠償請求が認められるか。このとき・ここの討論会の討論者のうち、仏法学徒は2人も牧場主・甲（原告）方に賛成した。これに対し、英法学徒のほうは、9人のうち6人と、多数が鉄道会社・乙（被告）方に賛成したものの、残る3人は牧場主・甲（原告）方に賛成した。予定された違約金をめぐる討論会ほどはっきりと分かれたわけではないが、仏法学徒は甲方に賛成したこと、英法学徒は乙方に賛成する傾向があることを確認できるように思われる。

なお、念のためにあらかじめ1点述べておく。2022年現在の日本法では、討論題の事実関係はおそらく過失相殺が問題になる事故のように思われるが、法協討論会では「共同懈怠」・「共同怠慢」といった表現が使われた。過失相殺といっても、共同懈怠といっても、あまり印象に違いが生じないかもしれない。ただ、注でふれた通り、この討論会を検討している大河（2004）に拠っておくと、討論会が開かれた当時、英国普通法では、共同懈怠で原告に過失があった場合、原則として損害賠償請求は認められず、また、フランス民法典にはいわゆる過失相殺の規定はなく、不法行為の原則を規定した1382条の解釈論で原告側の過失が考慮された、という。

甲方（原告・牧場主）主論者は城数馬である。さきに注でふれたが、この法協討論会当時、城はすでに法科大を卒業し、司法省参事官試補となり、法律取調事務兼勤を命じられていた。このことについては、またあとでふれる。城は不法行為の原則論とでもいうべきものから、次のように述べる。

一の論ずべき事実、あり。則ち、原告に於ても、多少の過失あるを以て、被害者自身、既に不注意の過失あるときは、要償の権、なきかと云ふに、決して然らず。若し然りとせば、過失ある人に対しては、如何なる損害をも加ふるを得べしと云ふに至るべし。豈に、此の如き不道理のこと、あるべけんや。凡人

は他人に損害を加ふるの権なき者なり。故に、如何なる場合なりとも、他人に損害を加へたる時は、之れが責を免ることを得ざるなり<sup>152)</sup>。

被害者に過失があるからといっても、損害賠償請求はできるという異見である。この引用の「如何なる場合なりとも」が焦点になるわけである。なお、城が「道理」を“選んだ”ように見受けられることを付けくわえておく。このことは、あとでふれるように、同じ様な異見を述べる英法学徒は「法理」への選好を確認できることからうかがわれるように思われる。

では、実際に争点になっていく、被害者にも過失がある場合はどうなるのか。

終に臨んで、尚一言すべきもの、あり。即ち、本問題に於て、若し、原告に於て、其柵を修繕し置きたらんには、此損害を蒙むるべき筈なく、(…中略…)原被の不注意、相合して、遂に此損害を来たせるなり。故に、原告に於ても、固より損害の幾分を負担すべく、被告より其全額の賠償を受けんと欲するには非ず。唯、被告も其幾分を負担すべしと云ふのみ<sup>153)</sup>。

原告・被害者にも過失があるから、請求するのは、それを考慮して損害の一部に限るといふ。そのうえで、フランスとベルギーの判決例を列挙して補強している。つまるところ、2022年現在の日本法で考えれば過失相殺の規定が適用されるのとある程度似た異見になると思われる。

これに対し、第2席・乙方(被告・鉄道会社)主論者の平沼騏一郎はこう述べる<sup>154)</sup>。

---

152) 『法協』通号61号、pp.73-74。

153) 『法協』通号61号、p.74。

154) 1888年卒・法学士(法律学科英吉利部)。1888年、司法省参事官試補、民事局兼務、1890年、判事試補、判事、1899年、検事、1902年、司法省参事官兼任、1903年、司法

余は、苟しくも、他人に損害を加へたる以上は、仮令、其他人に於て、既に如何なる過失あるも、之れが責を免るゝを得ずとは断定すべからずと思ふ<sup>155)</sup>。

すぐ続けて、フランス法は知らないし、英法でも共同懈怠として損害賠償請求を認めない判決例が増えていることを指摘しつつ、法律論を展開したうえで、この討論題はまさに共同懈怠に当たると結論づける。

第3席・元正則3期生の西久保弘道は、甲方（原告・牧場主）に賛成した。本稿の冒頭で触れた権利濫用論をかれが述べたのがこのとき・ここの討論会である。

#### a) 英法学徒たちの法理

以下、本稿の関心から着目すべき異見をひろっていくことにしたい。仏法学徒は城と西久保の2人なので、あとは英法学徒たちの異見である。法協討論会の在り様を確認するものとして、まず第10席・乙方に賛成する柴田家門<sup>156)</sup>の異見をみておく。同じく乙方の主論者・平沼らが、牧牛を被告の所

---

省参事官兼検事、1909年、検事兼司法省民刑局長、1911年、検事兼刑事局長、司法次官、1912年、検事（検事総長）、1921年、判事（大審院長）、1923年、司法大臣（1924年、依願免）を経て、枢密顧問官、1926年、枢密院副議長、1936年、枢密院議長、1939年、内閣総理大臣（同年、依願免）、1940年、国務大臣・内務大臣、1941年、国務大臣（同年依願免）ののち、再び、1945年、枢密院議長（同年依願免）。1952年、没。なお、城数馬とは帝大法科卒が同年で、平沼が英吉利部の首席、城が仏蘭西部の首席だった。同年卒・仏蘭西部次席の横田秀雄を加えた3人が、同日付、同待遇（年俸600円）で司法省参事官試補を命じられ、官報では、城・平沼・横田の順に並んでいる（1888年12月8日『官報』p.81）。

155) 『法協』通号62号、p.170。

156) 1890年卒・法学士（法律学科第一部）。1890年、内閣試補、内閣書記官、1898年、法制局参事官兼内閣書記官内閣恩給局審査官、1899年、内務省地方局長（同年、行政裁判所評定官兼任）、1901年、内閣書記官長、1903年、貴族院勅選議員、1911年、拓殖局長裁兼内閣書記官長（同年、依願免）、1912年、文部大臣（1913年、依願免）。1919年、没。

有地に「犯境」して侵入させた点を重視して被告の責任を否定しようとしたのに対し、それはこの討論会では重要でないと指摘したうえで、次のように述べる。

是れは、同志討との御叱りもある様なれども、学術研究会のことなれば、平に御容赦を請ふ<sup>157)</sup>。

「学術研究会」なのだから、同じ乙方でも批判すべきことは批判するという立場を示し、法協討論会を集合的な探求・学習の場として適時、遂行的に構成しようとする試みといえるように思われる。

次は第5席の神崎東蔵<sup>158)</sup>である。第1の点は、法協討論会の在り様に関わるものである。かれは第1に、英米法で考えていくことについて次のように述べる。

本問題を通覧するに、日本の法律慣行の憑拠すべきもの、なきを以て、余は、鉄道の敷設しあること、蛛網の如くなりと云ふ、英米両国の現行法律を参考として、以て本問題を決せんとす<sup>159)</sup>。

この発論も法協討論会を日本法の解釈・適用におさまらない場として位置づけ、構成された“伝統”を折にふれて遂行的に確認しようとする慣例化しつつある試みであると考えられる。ただ、単純にヨーロッパ法を参照するのではなく、英米法を参照するのは、鉄道の発達していることに着目するからだ

---

157) 『法協』通号61号、p.5。

158) 1889年卒・法学士（法律学科第一部）。1889年、判事試補、1890年、判事（1892年、依願免）。1892年、代言人、弁護士。1895年、佐賀市会議員、1897年、佐賀県会議員、1902年、衆議院議員（4期連続）。1936年、没。

159) 『法協』通号61号、p.85。

と配慮・説明している点が特徴的である。もっとも、日本が英米と同程度に鉄道が発達しているかどうかには特に言及はみられない。いずれにせよ、ここで指摘しておきたいのは、ヨーロッパ法を、何の媒介もなく参照することをためらう態度が確認できるように思われる点である。

加えて第2に指摘しておきたいのは、第6席の平山銓太郎もそうなのだが、「共同懈怠の法理」<sup>160)</sup>という表現を使って、特定の明確な規律に言及するレベルで法理を使っていることを明言していることである。ただ、平山が次のように述べるときは、いくつかのレベルを行き来して法理を使っているように思われる。

終に臨んで、米国の判決例を挙げべし。(…中略…) 判事は説をなして曰く、本件の場合に於て、被告を無責任なりとするときは、茲に、酩酊者の、街路に酔倒せるものあるも、行人は、之を踏み、之れに負傷せしめて、尚且つ無責任なることを得るか、他人の牧場中に侵害をなして、之を横切らんとすものあり、主人、誤まって、此侵害者を銃殺したりとするも、尚且つ主人は無責任なるか、斯の如きは、法理の許さゞるところなり、と。遂に、被告に、損害賠償の責、ありと判決せり。善哉。判事の判決、以上陳述せし如くなるを以て、余は、飽く迄も、英米の法律の法理を以て、原告に代って、損害賠償を日本の法庭に求めんと欲す<sup>161)</sup>。

---

160) 『法協』通号61号、p.86(神崎)、p.89(平山)。なお、第9席・大和久菊次郎は「共同懈怠の原理」と表現する(p.167)；大和久菊次郎：1890年卒・法学士(法律学科第一部)。1890年、試補(外務省)、1891年、交際官試補(1893年、廃官)、1893年、公使館三等書記官、1896年、一等領事、公使館二等書記官兼任、1898年、公使館一等書記官、1900年、外務書記官、1904年、外務省通商局長兼外務書記官、1908年、外務次官、1912年、特命全権大使、1916年、外務大臣(1917年、依願免)、貴族院勅選議員、1917年、特命全権大使、1918年、特命全権大使(1927年、依願免)、1929年、枢密顧問官。1945年、没(死亡認定)。なお、1891年、石井に改姓。

161) 『法協』通号61号、p.88。

アメリカの判事が、路上の酩酊者を踏み、牧場への侵入者を銃殺するといった加害の例を挙げ、こうした加害者に責任を負わせないとしたら、それは「法理の許さざるどころなり」と説示したことに共感していることがうかがわれる。そこで、神崎は「英米の法理」を参照して、このとき・この討論会では甲方（原告・牧場主）に賛成するというのである。アメリカの判事が述べたという「法理」は何かが問題になるが、いずれにせよ、平山がそれを「法理」ととらえるときには、その参照先は「共同懈怠の法理」といった明確なレベルではないように思われる。これも、あるとき・あるところで、同じ発論者がさまざまなレベルで法理を使った一例といえるだろう。

もう1人興味深いのは、第12席の岸清一<sup>162)</sup>である。かれは、明確な規律に言及するレベルで法理を使うとともに<sup>163)</sup>、次のように述べて自身の異見を評価する基準として「正理」（と公益）をとらえているように思われる。岸の発話の引用が少し長くなるが、共同懈怠なるものに対する態度が分かれる重要な点にもふれているように思われるので赦していただきたい。

吾人は、自己の怠慢により、他人に損害を被らしめたる時は、之が賠償の責任あるは勿論の事なり。然れども、加害者、被害者、共に怠慢ありて、之が為めに損害の起りたる場合には、被害者に賠償を得せしむべからず。是れ、正理と公益の命ずる所なり。何となれば、若し、共同怠慢の場合に於て、被害者に賠

---

162) 1889年卒・法学士（法律学科第一部）。1889年、代言免許、弁護士。1932年、貴族院勅選議員。1910年、法学博士。1933年、没。同期の田中隆三が回想するところによれば、「当時一般の学生が、理論の研究にのみ重きを置く傾があつたに拘らず、」岸は帝大法科在学中から、増島六一郎の事務所へ通い、見習い・手伝いを重ねたという（岸同門会編、[1939] 1988、pp.47-48）。

163) 岸が「バターフィールド対フォレスターの件」(Butterfield v. Forrester (1809), 11 East. 60.)を「共同怠慢に関する至当の先例」と位置づけ、この訴件で、「バーク判事」が「自己も亦、其法理に基て判決を下すべきことを述べ」たと指摘するとき、ここでは明確な共同怠慢に関する規律に言及するレベルで、法理という言葉を使っていると思われる（『法協』通号62号、p.174）。

償を許すときは、法律と正理が、吾人に向て注意と謹慎を要求する事なきに至り、吾人は、仮令、自己に怠慢ありて損害を生ずるとも、若し、他人の怠慢が共働して此損害を生ずるきは、充分なる賠償を得るを知り、其所行に於て、不注意不謹慎なるの結果を生ずべし<sup>164)</sup>。

岸が言う「正理」と、富井が使っていた「正理」とを、意味のネットワークのなかで整合的にとらえることは、筆者の力量では難しいというほかない。さしあたり公益は考えないことにしておく。富井の考えでは、正理と便宜に「寸毫ノ背馳スル所ナキ法」が性法であり、あるいは、法理であった。ここで富井が言う「法理」は、なにか明確なものに言及するレベルで使われるものではないように思われる。いま検討している討論会でいえば、「共同懈怠の法理」に言及するのはレベルが違うものだろう。そうだとすると、岸の言う「正理」は、同じく岸の言う「法理」と富井の言う「法理」のあいだ、もう少し言えば、やや富井の言う「法理」に近いほうのレベルで使われているように思われなくもない。ただ、岸と富井はまったく異なる次元で「正理」を観念している可能性も捨てきれないのである。このように考えをめぐらすことは、本稿のようなアプローチにとっては無用で、むしろ避けるべきなのかもしれない。ただ、本稿では、筆者が重視している言葉が、一義的には決まらないような仕方で行われていることを確認し、それでも集合的な相互作用が討論会で交わされたことを記述し、できる範囲で意味のネットワークの手がかりを示そうと試みておくことにしたい。

もう1点、岸の発論を長く引いておきたいと考えた理由は、岸の発論のなかに、共同懈怠なるものへの態度の分かれ目がどのあたりにあったのかを、一方の側から示唆している部分があるように思われることである。岸は上で引用した部分に続けて次のように自問自答している。

---

164) 『法協』通号62号、pp.172-173。

斯く論じ来らば、原告論者は、必ず言はん。若し、汝の言の如くせば、加害者に、責任なきに至るべし、と。然り。予も亦、之を思はざるにあらずと雖、さればとて、城君の述べし如く、双方の怠慢の度を考へ、之に依て、損害の拋準を動かす事を得べきや。城君は、事実に就て、之を決し得べしと云はれたれども、是れ、到底、行はるべからざる議論にして、予を以て考ふれば、一の損害ある場合に於て、其幾分が原告の怠慢に基き、其幾分が被告の怠慢に基くやは、漠然たる無拋準の策を以てするの外、道理上、為し得べからざる事と思ふ。英国の慣習法に於て、法廷は、怠慢より生ずる損害を割付けざるも、亦、此理に基くなり。（…中略…）然るに、其念、茲に至らず、漫然たる仏国民法千三百八十二条を隠に担ぎ出して、自己の過失の爲めに他人に損害を被らしめたる者なれば、本件被告にも、損害賠償の責任あると論ずるは、大に誤れりと謂つべし<sup>165)</sup>。

ここに顕れているのは、ひと言で言えば、加害者と被害者ともに過失を割り付けることへの深い懐疑なのではないかと思われる。ほかにも、被害者の過失は「近因」か「遠因」か、神崎の発話で例示された路上の酩酊者と、牧場主が柵を直さなかったために線路に寝そべった牛とを同一視できるか、などいくつも分かれ目はあったように思われる。ただ、つまるところは、そうした割り付けはできる、せざるをえない、と考えるか、あるいは、そこにためらいを感じてこだわることが重要な分かれ目のひとつだったのではないだろうか。もっとも、岸の異見について、最後にフランス民法典にふれている部分まで引いておいたが、ここからは、すぐ上でふれたように、岸の異見は一方の側、すなわち英法の側からのものであることを逃れられないこともうかがわれるように思われる。

---

165) 『法協』通号62号、p.173。

## b) 英法・フランス法・旧民法

以上で取り上げた法協討論会を検討するに先だって、城の経歴に関わって、あとでふれることにしておいた。この点は、岸の発論を引いた最後の部分と関わっている。城の異見は、岸が最後にふれているように、フランス民法典の1382条を「隠に担ぎ出し」たものだったのだろうか。おそらくそうでもあっただろう。実際、城は帝大法科在学中に、『中央法学会雑誌』の講義録のひとつとして、ベルギー・ゲント大学（「ガン」大学）教授ローラン『義務法（契約ナクシテ生スル義務法）』を解説していた。そこでは、フランス民法典の1382条と同一の規定について、被害者に過失がある場合には損害賠償額は減額されるべきであるという解釈が示されていた<sup>166</sup>。ただ、城の念頭にあったのはそれだけではなかったのではないかと考えられる。というのは、この法協討論会当時、城は司法省参事官試補（法律取調事務兼勤<sup>167</sup>）として、旧民法編纂に関わっていたと思われるからである。城がこの時期、具体的にどのようなかたちで旧民法編纂に関わっていたかを明らかにする準備は筆者にはない。ただ、周知の通り、『民法理由書』の翻訳で城が担当したのは1～3（物権）だが、人権についてはまったく関知しなかったとは考え

---

166) この講義録は、1889年、ローラン講義・城数馬解説『契約ナクシテ生スル義務法』として中央法学会から出版された。なお、周知の通り、1804年にフランス領だったベルギーではフランス民法典が適用され、1815年からのネーデルラント王国期、1830年のベルギー王国独立時にも民法典は廃止されなかった。ローラン（Laurent, François）はフランス法注釈学派の1人に数えられる法学者で、ベルギー民法草案起草者。旧民法・明治民法編纂にも影響を与えたことがうかがわれることで知られる。

167) 大久保・高橋（1999、pp.164-165）では、1888年3月、法律取調委員会で進められていた旧民法編纂の過程で、報告委員の役割が増大し、補充が行われたと考えられるとされている。この部分に付された注では、法務図書館から東京都立大図書館に寄贈された資料の内容が「参考として挙げ」られており、そこに「法律取調事務兼勤ヲ命ス」という辞令を受けた者の1人として城数馬の名前がある（pp.277-278、注49）。なお、城と同年に帝大法科を卒業し、司法省参事官試補となっていた3人のち、横田は同じ辞令を受けた者として名前があるが、平沼の名前はない。

にくいのではないだろうか。旧民法 387 条（契約当事者双方に非理〈*torts réciproques*〉がある場合に、「裁判所ハ損害賠償ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌ス」とする規定）は、不法行為（「犯罪及ヒ准犯罪」）を規定した 370 条 3 項で準用されていた。そうだとすると、城はフランス民法典（ベルギー民法典）だけでなく、旧民法の規定をふまえて異見を述べたのではないかと思われる。旧民法公布は間近に迫っていた。

## II 民法典と向き合う：第 4 期

1890 年、4 月 21 日に旧民法の財産編・財産取得編・債権担保編・証拠編が公布され、4 月 26 日に旧商法が公布されると、特に英法学徒を中心に、集合的な感情がエスカレートしていったように見受けられる。この頃の討論筆記からは、法学徒たちによって、集合的に感じられ、考えられ、表され——生きられ——ていた反発・敵意・自負・矜持・怖れ・不安・諦念といったものをうかがうことができるように思われる。

### 1 私立法律学校聯合討論会の場合

#### a) 過失相殺：「共同懈怠」・再訪；私立法律学校聯合討論会の場合

旧商法典公布の翌 27 日、私立法律学校聯合討論会が開かれた。第 4 席の小山愛司<sup>168)</sup>はこの日の参加者が少ないことを不思議に思い、それは明治法律学校で法典公布を祝って運動会を行うかららしいことを聞いて次のように言う。

---

168) 1889 年・東専卒。卒業後、同校講義録編輯に従事。1892 年（出願は 1891 年）、代言免許、弁護士。1900 年、判事（同年、依願免）。弁護士。1897 年、長野県会議員。新聞記者・雑誌発行者。1943 年、没。なお、判事任免時には「愛治」だが、履歴等から同一人物と思われる。1943 年、没。

其喜は独り明治法律学校に限る訳なし。諸君も小生も之を祝するの位置に在りと雖、蓋し、本日茲れに集まれる諸君の如きは、充分研究して、後に充分の祝を為さるゝの順序ならん。則ち、今日は尚法理を研究し法律の進歩を図り、將に相続篇、人事篇等も出でゝ、真に法典の完美した上で一太白を揚ぐるの意ならん。小生も是の方を賛成致します。(ヒヤ／＼)<sup>169)</sup>。

言葉通り受け取るなら、今日まずは法理を研究し、法典を祝うのはそのあと、あるいは、民法の相続編と人事編が出たあと、という考えに賛成するという。実際、この日の討論者には明治法律学校出身者はおらず、英米法系の学校出身が多かったのも、法典公布の直後だったためかもしれない。

討論題は次の通り。甲乙2隻の船が海上で衝突し、甲船の損害は500円、乙船の損害は1,000円。2隻の損害は、甲船・乙船両方で負担すべきか(「分任」)、あるいは、各々の損害は各々で負担すべきか。以上が出題者・朝倉外茂鉄が示した討論題の内容だが、討論者はこれだけでは討論にならないから、討論になるように、まずは甲船・乙船両方の過失による事故と仮定して異見が交わされていった。そこで、このとき・この討論会では、さきにふれた法協討論会で問題になった共同懈怠・過失相殺とほぼ同様のテーマをめぐって異見が交わされることになった。

ただし、商船の衝突の場合については、英国の商船法が、英国普通法とは違う規律をしていた。すなわち、普通法では、共同懈怠の場合は、各々の損害は各々で負担する(「自損」)のが原則なのに対し、商船法では、共同懈怠による商船衝突の損害は分任することになっていた。この日の討論会では主にこの違いをめぐって異見が交わされていった。そのため、法協討論会で共同懈怠が問題になった場合とは、外国法の法状況が違っていることを前提にしているから、単純な比較はできない<sup>170)</sup>。なお、討論題が商船衝突の場合だ

---

169) 『筆記』5、pp.34-35。

170) なお、汽船衝突をめぐって、1884年6月28日に法協討論会が開かれた。

とすれば、旧民法ではなく、旧商法をめぐる討論であり、本稿の範囲を外れるとも考えられる。ただ、討論題は商船衝突なのかどうかは必ずしも明らかではないし、このとき・ここの討論会で示された法学徒たちの法への態度や構えは本稿にとっては興味深いものであるため、検討対象に含めることにしたい。

以下では、法への態度や構えとともに、それと密接に関わる共同懈怠に対する態度を中心に異見をみていく。

#### b) 法理対法理①：過失は割り付けられるのか？

第1席の竹内勝太郎<sup>171)</sup>は、討論者としては唯一人、甲乙各船が各々の損害を負担する「自損」を主張した。かれが討論題を甲乙両船双方の過失の場合と仮定したことにより、以後の討論の流れが規定されることになった。竹内は、旧商法が施行に至っていないことを前提に次のように言う。

今日此の如き事実が裁判所に現れたとして見れば、我国には之に適用する法律は無いものと見て宜しく御坐いましょう。

左様致しますと、止を得ず、外国の法理に拠て判断をしなければなりません。(ヒヤ／＼)<sup>172)</sup>。

法理に拠て判断する——。法理の操作で考えようとする構えが採られていることが確認できるように思われる。それと同時に、私法律学校聯合討論会

---

171) 1889年・専修卒。1878年、内務省雇、1881年、農商務省雇、1882年、農商務属、1890年、会計検査院属（「陸軍工兵上等工長吉町雄馬外八十一名叙位ノ件」国立公文書館蔵『叙位裁可書』（明治三十五年・叙位卷四））、1910年、会計検査院書記。なお、国立公文書館文書の履歴書では、専修学校卒業が1887年のように書かれている。ただ、その直前の項目で月が逆転しており、『職員録』（印刷局）で前後を照合した結果もふまえ、さしあたり1889年卒としておく。

172) 『筆記』5、p.17。

についての状況の定義を遂行的に行っているといえるだろう。ただ、あとでふれる法協討論会でみられる英法学徒たちの法典への態度と比べれば、穏やかなものといえるように思われる。

過失によって他人に損害を加えたら損害賠償責任を負うということは、くりかえし討論者たちによって確認された。問題は過失が双方にあった場合である。竹内は英国の商船法の規律には懐疑的だった。船の衝突の場合についての竹内の考えはこうである。

私は、此共同懈怠の時は、英吉利の私犯法の原則に拠て、被告に責任が無いと云ふのは、最も能く事実に適し、法理に合ひたるものであると云ふことを信じて疑はないのであります<sup>173)</sup>。

ここで竹内は英国の私犯法の原則を評価する基準として法理を設定し、そのレベルに言及するのに法理を使っていることをまず確認しておく。そのうえで、反対論者の考え方のひとつ（過失を割り付け、その分の損害を負担する）を示しながら次のように述べる。

仮令ば、双方の懈怠に由て原告が拾円の損害を蒙たとしたならば、其内の四分は原告の過失より起つたものであるから償を求ることが出来ないが、六分、則ち、六円は被告の過失から蒙た損害として、猶被告に向て賠償を求むることが出来るとし無れば、法理に適したのではないと云ふのが論拠であります。私は此の説を甚だ採らないのであります。

反対論者が根拠にするのも、竹内同様、法理に適うかどうかであるという認識を示したうえで、竹内自身はそうは考えないという。なぜか。続けて言う。

---

173) 『筆記』5、p.24。

何ぜであるかなれば、固と共同懈怠と云ふ性質は、仏蘭西法律の云ふ如く、不可分的のもの、則ち、双方の過失が原因となって茲に一の損害が生じて、其内の幾部は原告の過失である、幾分は被告の過失であると云ふことが分らない時を指して、共同の懈怠と云ふのでは御坐いませんか。(…中略…) 一方に於ては、共同懈怠であると云ふことを認め置き乍ら、之を金銭に見積て、其の幾部を分割して被告が負担をせんければならんと云ふのは、自家撞着の議論と云はなければならん。(ヒヤ／＼ノウ／＼)<sup>174)</sup>。

ここで仏蘭西法律はフランス商法のことである。竹内の理解ではこうであった。フランス商法の「衝突の原因が疑はしい時」は、どちらの過失かが分からない、双方の過失による衝突の場合で、このとき損害は均等に分任する。この均等な分任についても竹内は懐疑的なのだが、まず双方に過失があるときに過失を割り付ける考えへの異見からみておこう。

一步を譲り、共同懈怠の時に於て、被告は自らの与へたる損害だけ賠償をするのが善と極めるのが法理に適するとしても、事実上、決して之れを認めると云ふことが出来ないのであり升る<sup>175)</sup>。

双方に過失がある場合に、自分が加えた損害分を賠償するのが法理に適するとしても、それは事実上できないのではないか。ここには法協討論会で岸が抱いたような、過失を割り付けることへの懐疑があるように思われる。ただ、このとき・この討論会では、他の英法系出身者は割り付ける、割り付けられるという考えに傾いていく。

---

174) 『筆記』 5、p.20。

175) 『筆記』 5、p.23。

## c) 法理対法理②：過失の結果から免れられるのか？

第3席の永滝久吉<sup>176)</sup>は、双方に過失がある場合に自損にしたら、他人に損害を加える結果をもたらした自身の過失を、他人に負担させることになるのではないかと問いかけていく。その異見をみる前に、永滝の法典への態度を確認しておこう。

我邦商法を看ますれば、其第九百四十二条に、自己の過失より惹起せるものは、過失者、其責に任じ、双方の過失に基くものは各自自損となし、又、過失均分ならざるときは、公平なる酌量に任ず云々と定めたるが故に、我法典により、明年より本問の事実を判定せんとせば、勢ひ自損の主義に則らざるべからず。之れ、成文法なれば、亦た止むを得<sup>177)</sup> [ない。]

成文法が施行されれば、それに従うと諦念の態度を採る。他方、「明年より」という限定を付けていることにすでに含まれているように、このとき・この討論会での永滝の結論は別に示されるのだが、それに至るかれの発論をもう少しみておきたい。

永滝は次の二段階に分けて異見を述べた。第1は英国の商船法(「海上法」)と普通法が違う規律をしていることへの懐疑、第2は、双方に過失がある共同懈怠の場合に、自己の過失の結果を他人に負担させることへの懐疑である。

海上法の共同懈怠も普通法の共同懈怠も、同一の原由より生ずる損害ではあり

176) 1889年、英吉利卒・専修卒。1883年、専修学校入学、1884年、同退学、新潟中学校入学、1886年、同校廃校により弥彦明訓学校へ転学、1887年、同校退学、英吉利法律学校入学。1890年、外務属、代言免許、1891年、司法官試補を経て、外務省試補、1893年、領事館書記生、領事館補、1896年、二等領事、1898年、一等領事、1905年、総領事、1914年、依願免。1915年、安田保善社入社(のち、役員)、以後実業界へ入る。1942年、没。

177) 『筆記』5、p.33。

ませんか。(…中略…) 一方を自損と致しますれば、他も亦た自損となさねばなりませんまい。又、一方を分任とすれば、他も亦た分任とするが条理でありましよう。(ヒヤ／＼／＼) <sup>178)</sup>。

若し、乙者唯り責に任じて、甲者は責に任ぜざるも可なりと云はゞ、自分の過失までも他人に負はしむる場合に立至り、不条理千万の極でありましよう。是れでも尚ほ法理に適すると云はゞ、天下、如何なるものにも法理に背くものはなからうと存じます。(ヒヤ／＼／＼) <sup>179)</sup>。

条理と法理の関係ははっきりしない。ただ、第1のほうでいえば、永滝は英国商船法による共同懈怠の規律も普通法による共同懈怠の規律も、それぞれを法理と呼んでいた。この点をふまえれば、条理は法理を比較するなにかに言及するレベルで使われているように思われる。第2のほうはいっそうとらえにくい。あえて言えば、どのような規律も法理には適するといえるとき、そこに条理／不条理の分割線をひくことができると言うのだから、法理とは存り方が違うなにかに関わるレベルで条理が使われているのかもしれない。

この第2のほうに関わって指摘しておくべきように思われるのは、この帰結は次のような問いに自問自答したものだだったことである。

英米の法は扱て措き、法理上より観察致しまして、分任にするが至当か、又は、自損にするが至当かを述べましよう <sup>180)</sup>。

ここでは英米の法からは一応独立して、法理が立てられているように思われる。この法理が上の引用での法理と同じものかどうかは解釈が難しい。ただ、

---

178) 『筆記』 5、p.32。

179) 『筆記』 5、p.32。

180) 『筆記』 5、p.31。

永滝は、法を評価するなにもものかに言及するレベルでも法理を使っていたとはいえるように思われる。

このとき・ここの討論会では、竹内が、過失の割り付けは事実上できないのではないかという懐疑を示した。この懐疑に対しては次のように述べる。

仮りに一步を譲りて、双方の過失の程度と結果とを推知することは、困難にして為すこと能はざるが故に、自損となさねばならぬと致しまするも、論者は、若し、其被害の原由、天災即ち電雷等にある場合と、其原由の幾分は人為に出でたる場合とを、同一視することを得るか<sup>181)</sup>。

こう問われれば、例えば竹内でも、両者を同一視できると言うわけではないと応じるしかなかったかもしれない。もっとも、永滝の言う通りだとしても、過失は割り付けられないのではないかという懐疑を解くことはできなかったかもしれないこと自体は変わらないように思われる。

発論の最後に、上で引用した通り、商法典が施行されれば、「……之れ、成文法なれば、亦た止むを得ざる者とするも——」と続けてこう結論づけた。

法理の鏡面に照すときは、(…中略…)天災の場合に衝突せるときの損害は、損害を被りしもの、自損とし、又、被害者の過失より生ずるときは、被害者の自損とし、又、加害者の過失よりなるときは、加害者、其損害を負ひ、又、双方の過失よりなる時は、双方にて分担すべしとの主義に則とるを法理に適合せるものなりと断定して、此壇を下らん<sup>182)</sup>。

永滝もまた、法理を英国の商船法の規律を評価する基準として立て、法理を操作して考えようとする構えを採る。結論が竹内と反対なのは、互いに法理

---

181) 『筆記』5、p.32。

182) 『筆記』5、p.34。

という言葉は何に言及しているのか分からないレベルで使いあうときには、とりたてて説明を要することではないだろう。

さきにふれた第4席の小山——今は変わらず法理を研究すべきだと述べていた——は、英国の商船法と日本の商法とで規律が違うという理解を示したうえで、次のように述べる。

英日両国の立法官に、異なりし規定を為さしむるに至りしとせば、先づ此の法律の基く土台の法理より研究して、果して何れが理に叶ふや、又は、仮面の法律なるやを顕はすは大切の事柄なるを知る<sup>183)</sup>。

法律は「土台の法理」に基づいており、そのような法理を研究するところから出発すべきだという異見からは、成文法に向き合う態度も見受けられるように思われる。永滝が、海上であれ陸上であれ、双方の過失から生じた損害という点では同じだから、同じように規律すべきであり、それが条理に適合と述べたのに対し、小山の異見は異なっていた。

海上には、陸上とは殊別の法律が法理に適するものなりとす。斯く、海上は、海上に應ずる丈の道理を基本とすこそ、実に公平を保ち海業を保護するの謂な [り]<sup>184)</sup>。

その根拠は、多くの物資が海路で運ばれる時代には、海上の危険に応じる必要があり、また船の場合は「西洋形鉄船」と「日本形の木船」では強度が違う点も考慮する必要があるといったことが挙げられた。指摘しておきたいのは、海上と陸上で規律を区別するものに言及するレベルで、永滝とは違って、条理ではなく法理が使われていることである。小山が考えた筋道は、条理を

---

183) 『筆記』5、p.34。

184) 『筆記』5、p.37。

基準のようにとらえて考える仕方とはやや違っているのではないかということである。ただし、条理と法理のそれぞれの意味を確定するのが非常に困難な仕方である。なお、海上の事情に応じた規律については道理を基準にすべきだと表現しているように思われるが、道理と法理との違いははっきりとはしない。

いずれにせよ、小山が英国の商船法と日本の旧商法とで規律が違う点として着目したことのひとつは、双方の過失の度合いが違うときの規律の仕方だった。小山の異見で取り上げたい点のひとつはここに関わっている。まず、旧商法 942 条 2 項の規定を確認しておく。

#### 第九百四十二条（第一項略）

然レトモ当事者双方ノ過失相均シカラサルトキ又ハ其災害ノ事由ヲ明カニ檢知スルコトヲ得サルトキハ損害ノ割賦ハ公平ナル酌量ニ從ヒテ之ヲ為ス

小山の理解では、英国の商船法は双方の過失の度合いと関わりなく、損害は均等に分任することになっていた。これと比較して旧商法 942 条 2 項について、小山はこう述べる。

第二項に、過失の度、均しからざる時に、公平なる酌量を為し、若し七分と三分の過失ならば七分と三分に割合を為し、四分と六分ならば同じく六分と四分に負担せしむるは、実に公平なり<sup>185)</sup>。

損害は、双方の過失の度合いに応じて、不均等な仕方でも負担するとまで言い、それが公平だという。そして、そのような割り付けはできるし、そうすべきだというわけである。小山の異見は、竹内の過失観（過失は割り付けできない）と、またおそらく公平観とは大きく違っていると思われるが、竹内への

185) 『筆記』 5、p.39。

応接はなされていない。ただ、ここで重要に思われるのは、英法系出身の小山が成文法に対して共感を示したように見受けられることである<sup>186)</sup>。ここでは旧商法典が直接の対象であるけれども、あとでふれる法協討論会で英法学徒たちが採ることになる、旧民法典軽視の態度とは異なっているように思われることを指摘しておきたい。

とはいえ、その一方で、次のようにも述べていた。

明年一月一日よりは、無論日本商法に依ること、明なれども、明治廿三年の四月二十七日は、猶同条理に依るの日なれば、小生は、此の完全なる、公平なる、而して、尤道理に適する所の折半方法を採用して甲より乙に金二百五十円の償却を命ずるなり。(ノウ／＼ ヒヤ／＼)<sup>187)</sup>。

商法典が施行されれば従うが、このとき・ここの討論会の成り行きで、過失は双方同等と仮定して討論が進んできたことを前提にすれば、成文法も慣習もない法状況では、小山自身は条理に拠り、英国の商船法の法理を採るというわけである。これをふまえるなら、小山が旧商法典が施行されればそれに従うという態度は、諦念によるものを含んでいることが示されているように思われる。

#### d) 仏法系出身の法学徒たち

さきにふれた通り、この日の討論者には明治法律学校出身の者はいなかった。和仏法律学校校友が2人登壇したが、かれらの法典への態度は分からない。2人とも法典にふれていないからである。

---

186) もっとも、旧商法 942 条 1 項が、双方の過失から生じた損害を自損としていることについては、なぜ過失が五分五分のとき負担は五分五分としないのかと述べて共感を示さない。

187) 『筆記』 5, p.40。

第2席の久保田広吉<sup>188)</sup>は、第1席の竹内が示した過失の割り付けへの懐疑に対して次のように応接を試みた。

何人に過失あるかを知る事が出来なければこそ、不得止、同等の過失と見るのである。然るに、多き損害を受けし人は其人の損害であるとして捨て措くは、暗に、多き損害を受けし人は夫れ丈け大き過失ありとするに外ならぬ者であります<sup>189)</sup>。

分らないからこそ過失は同等と見做すのだという。後半は、すでに過失を割り付けることができるという前提に立っているように思われる。竹内が納得したかは分らない。

最後の第6席の中村一興<sup>190)</sup>は、他の討論者たちが、必要な事実・状況が分らないまま異見を述べていることを指摘して次のように言う。

之〔船舶衝突についての事実・状況〕を知らずして、本間に対し、何を以て、何をか断定する事が出来ますか。当て度もなきに、若し之れを断定するときは、当て事のなき断定なるにより、空断たる嘲りは免れない。(ヒヤ／＼)<sup>191)</sup>。

中村は、「航海予防規則」(太政官布告海上衝突予防規則を指していると思われる)の規定を参照し、1例として、和船と汽船が衝突しそうなときに採る

188) 1889年・和仏法律学校卒(以下では、和仏卒と略記する)。遅くとも1891年、裁判所書記見習、1891年、裁判所書記、1905年、大蔵省専売局属。その後、商業に転じた。1951年、没(50周年記念誌編集委員会編、2003、『高崎通運50年誌』高崎通運、p.54)。なお、久保田広吉の父・久保田房次郎は、東京法学校と関わりの深い高崎法律学校の主幹だった(法政大学大学史資料委員会編、1992、pp.166-184)。

189) 『筆記』5、p.26。

190) 和仏法律学校特選校友。1883年、代言免許(出願は1882年)、弁護士。1898年、没。

191) 『筆記』5、pp.44-45。

べき措置などを説明していく。しかし、「諸君」がもっと聞きたいなら、——と言いながら、次のように述べて壇を降りてしまう。

十分に弁明し得る事、夥多なれども、諸君が之れを好まない様に見ゆるにより、止めます<sup>192)</sup>。

中村の異見に対する聴手の態度は、日本の法制との向き合いかたについて、法学徒たちが法律討論会に望んでいたものがどういった内容のものだったかを示しているように思われる。

中村の発論のあと、校友による多数決が採られた結果は、自損が多数を占めた。討論者のほとんどが分任に賛成していたのと対照的である。この食い違いが生じたのはなぜかは、さしあたりは分からないというほかない。

## 2 法協討論会の場合

### (1) 被雇人間の不法行為と雇主の責任

旧民法が公布されたあと、民事問題を討論する法協討論会が開かれたのは、さきに検討した3月の法協討論会から半年以上がたってからだった。

1890-91年度、最初の法協討論会は10月3日に開かれた。討論題は次の通り。建築請負人・甲が雇入れた職工・乙が、過失（「懈怠」）により、同じく甲が雇入れた職工・丙（「相雇人」）を負傷させた。被害者である職工・丙は、加害者の職工・乙ではなく、雇主である甲に対して損害賠償を請求。このとき、雇主・甲は損害賠償責任を負うかどうかをめぐって異見が交わされた。

この間の法科大の教員人事としては、次のふたりの正則2期生に着目しておくべきように思われる。まず8月18日、フランス留学から帰国した梅謙次郎が教授（商法・民法）に任じられる。次いで25日、寺尾亨が、判事か

192) 『筆記』5、pp.48。

ら転じて法科大助教授（民法、刑事訴訟法）に任じられる（寺尾はすでに講師を務めていた）。10月3日の討論会には、寺尾が第3席の討論者として参加することになった。

ここでも引き続き、討論の内容そのものというよりむしろ、公布された旧民法に対して法学徒たち示した態度や法への構えを中心に検討していく。それらは基本的には第3期の延長線上に位置づけられるように思われるが、それと密接に関わって、法学徒たちのなかに、法協討論会の在り様を規定し、構成・再構成しようと試みるまでに至る者が見いだせるように見受けられる。

あらかじめ、13席まで全員が討論を終えたあとの異見の分布を見ておこう。討論者13人のうち、原告（職工・被害者）方論者に賛成／被告・被告（雇主）方論者に賛成のものは、それぞれ、英法学徒では4人／6人、仏法学徒では1人／1人、独法学徒では、1人／0人で、ほぼ半々に分れていた。もっとも、両論者が代わる代わる発論しているから、討論者は事前に調整されていたのかもしれない。異見交換を終えたあとの多数決では、原告方賛成の起立者は10人、被告方賛成の起立者は17人で、被告方論者が支持された。討論者の分布と多数決の結果はおおよそ一致していたことを確認しておく。

#### a) 旧民法に向き合う

まず、第4席の富塚玖馬<sup>193)</sup>（被告・雇主方論者）は、この討論題について、英法とフランス法でそれぞれどのような考え方が採られているかを略述したうえで、次のように述べる。

然れども、是等は本邦の法律にあらず。之れに由って、本問題を決する能はざるなり。夫れ、我国に、未だ一定したる法律なき時に於ては、外国の法理に従ふて、法律上の争議を決すること、元より不可なしと雖、仮令、其实、論は將

---

193) 1891年卒・法学士（法律学科〈参考科第一部〉）。卒業後、大学院へ進学（法理学）、1892年、代言免許、弁護士。

来を期するも、民法法典の発布されたる今日に於ては、英国の法理、如何に条理に適するも、最早之れを採る能はず。仏国の成法、如何に正義に合するも、最早之れに則る能はず。吾人は、常に本邦法典の下に立って、之れを解釈適用せざるを得ず<sup>194)</sup>。

こう述べて、旧民法 373 条の解釈・適用に進むのだが、上の発論からは、必ずしも単純でない心性をうかがうことができるように思われる。ここからは、条理に適すると思う英法、正義に適うというフランス法に対する断ち切れない憧憬・執心・未練といったものをかかえながら、諦念して旧民法に向かった法学徒たちの姿を垣間見ることができよう。なお、フランス法については、

余は、只だ、ローラン氏の仏民法註釈とボアソナード氏の日本民法草案註釈を参考したるに過ぎざるが故に、若し、誤解あらば、仏法学派の諸君、請ふ、高教を吝む勿れ<sup>195)</sup>。

と付けくわえている。第一には自身は英法学徒であるという自覚があらわれているわけである。

本稿の関心からは、英国の「法理」が「条理」に適するとはどういうことかが問題になる。しかし、ここからだけははっきりしないというほかない。ただ、法協討論会初期に試みられていたような、条理を推考して、ヨーロッパ法の法理を参照するというよりは、法理を評価する基準として条理が位置づけられており、条理に拠って考えたいと言っているように思われるとだけ述べるにとどめたい。

同じく旧民法に向き合う第 6 席・中村菊之助<sup>196)</sup>（被告・雇主方論者）の発

---

194) 『法協』通号 80 号、p.801。

195) 『法協』通号 80 号、p.790。

196) 1891 年卒・法学士（法律学科〈参考科第二部〉）。なお、参考科第二部の学科課程で目

論からは、富塚のような屈折は見受けられない。ただ、法協討論会に参加する仏法学徒としてだからだろうか、フランス法学から説き始める。

雇主の責任は、其雇人を監督するの、足らざるに基因するよりも、寧ろ、其初め、雇人を雇備するに当て、選択するに注意の足らざりしや否や、又、其任に耐へざる者を継雇したるや否やに因り、其責任の有無を論定すべきものなり。是れ、仏学者の通論にして、又、我が民法起案者が採る所なり。草案者は明に此事を草案註解中に細論したれば、我立法者も亦、此理に依りしものならん。固より其当否は別の問題なれど、我立法者の意、既に斯の如しとせば、此理により我民法を解釈するは失当には非ざる可し<sup>197)</sup>。

うしろのほうにいくほど、慎重な言い方になっている印象を受けるのは、以下でみていく、一面「戦闘的」とも言えるような英法学徒たちの態度や構えを意識せざるをえなかったからのように思われなくもない。

そのまえに、比較的“穏当に”旧民法 373 条の解釈論を展開した第 11 席の英法学徒・梅村貞明<sup>198)</sup>(被告・雇主方論者)の異見を一瞥しておこう。梅村は、親・後見人等の責任を規定した 372 条が、その第 5 項で、加害行為を防げなかったことを立証すれば免責を認めているのに対し、373 条は免責規定を置いていないことを指摘しながら次のように述べる。

につく外国法は仏蘭西法)。1891 年、司法官試補、1983 年、判事、1927 年、大審院長 (1931 年、退職)。1918 年、法学博士。1936 年、没。なお、卒業後に、牧野に改姓。

197) 『法協』9 (1)、p.10。

198) 1892 年卒・法学士 (法律学科〈参考科第一部〉)。1892 年、司法官試補 (1894 年、依願免)、遅くとも 1895 年、船舶司検所司検官補、1897 年、地方海員審判所理事官兼船舶司検所司検官、1899 年、高等海員審判所理事官兼船舶司検所司検官、高等海員審判所理事官兼海事官、1903 年、海事局長兼地方海員審判所長、1910 年、通信省管理局書記官兼地方海員審判所審判官、1913 年、通信局事務官兼地方海員審判所審判官、1914 年、通信局事務官専任、1916 年、通信局長 (19 年、休職、21 年、休職満期)。弁護士。1935 年、没。

若し、雇傭者が相当の注意を以て技能才智を有する者を雇入れ、且、肩主には、秋毫の過失なかりしとの反証、挙るときには、雇傭者は賠償の責に任ぜずと論定するも、敢て失当にあらずと信ずるなり<sup>199)</sup>。

その理由は次のように表現されていた。

縦令、雇傭者は、何程の注意を以て、技能精練、才智秀絶なる職工を雇入れ、常に周到、之を監督するも、其職工、神仏に非る以上は、時としては過失なきことを保せず。然るに、法律は、此の如き過失あるは、畢竟雇傭者に不注意の過失あればなり、との絶体的推測を以て損害賠償の責に任せしめんとするは、豈、人を責るに、酷且苛なりと謂はざる可んや。余は、此の如き人情道理に乖戻する法律は、一日も社会に成立すること能はざることを信ずるものなり<sup>200)</sup>。

雇主（「雇傭者」）は、職工を雇入れた際に過失がなかったこと立証しても免責されないとする規定は、「人情道理」という基準に反するというわけである。そして、そうした法律は「一日も社会に成立すること能は」ず、ともいう。梅村は、ボワソナードが『民法理由書』で372条と373条の区別して、373条には免責規定を置かなかったことも述べていた。そうだとすると、かれは、仏法学徒の中村と「論旨に於ては略ぼ」「同一」とも述べ、373条の解釈論のかたちをとりながら、ボワソナードに対して、ひいては旧民法全体に対して反発を示していたということなのかもしれない。

## b) 法理と学理と

第8席・水野鍊太郎<sup>201)</sup>（原告・被害者方論者）は、英法学徒として英国私

---

199) 『法協』通号80号、p.813。

200) 『法協』通号80号、p.813。

201) 1891年卒・法学士（法律学科〈参考科第一部〉）。第一銀行勤務を経て、1893年、農

犯法は最も優れたものだと述べる一方で、被雇人同士の不法行為について雇主の責任を認めない「英法の主義」は他国法より劣っていると評価する。なぜか。

何となれば、此主義は、大に学理に反するものあるを以てなり<sup>202)</sup>。

「学理」に反するとはどういうことかが直ちに問題になるが、その検討はもう少し水野の異見をみたあとにしたい。水野は、その「英法の主義」が根拠にしている「英法の黙約の法理」についての検討にすすむ。まず雇主が自身の手足のように被雇人を事業に従事させていた場合には、被雇人の加害行為は雇主の加害行為と変わらないから、例外的に被雇人の加害行為の責任を負うことが確認される。続けて言う。

果して然らば、其被害者が、第三者たると、相雇人たるとにより区別を立て、一方に於ては、主人に責任ありとし、一方に於ては責任なしとするは、豈、奇怪の法理にあらずや。英法によれば、之を説明するに、(…中略…)雇主と雇人との間に、雇人は、総て其職務に付随したる危険を冒すとの暗黙の契約ありとのことを以てす。併し、此黙約の説明は、果して法理に合ふものなるか。余は、転だ疑惑に堪へざるなり<sup>203)</sup>。

---

商務省試補、農商務省属、1894年、内務省参事官、1896年から、内務大臣秘書官・内務省参事官等を歴任、1904年、内務省神社局长、1910年、内務省土木局长、1911年、内務省地方局长兼任、1912年、依願免。1912年、貴族院勅選議員、1913年、内務次官(1914年、依願免)、1916年、内務次官、1918年、内務大臣(依願免)、1919年、朝鮮総督府総監、1922年、内務大臣(1923年、依願免)、1924年、内務大臣(依願免)、1927年、文部大臣(1928年、依願免)。1903年、法学博士。1949年、没。

202) 『法協』9(1)、p.10。

203) 『法協』9(1)、pp.11-12。

水野はいくつかのレベルで法理を使っているように思われる。第1に具体的な「黙約の法理」に言及するレベル。第2に、「黙約の法理」によって、雇主の責任を場合分けする「法理」に言及するレベルがあり、これについては奇怪な法理と評価されている。そして、おそらく第3のレベルがある。この第3のレベルで言及される法理は、直接には第1のレベルで言及される法理を評価する基準ととらえられているように思われるが（「此黙約の説明は、果して法理に合ふものなるか」）、それと同時に、第2のレベルでの法理を評価する基準ととらえられているように思えなくもない<sup>204)</sup>。いまふれた第3のレベルで言及された法理は、何を指しているかがよく分からないというほかないもので、これまでも何度か検討してきた。いずれにせよ、この第3のレベルで法理が言及されたとき、それに他者が反論するのが難しくなるか、あるいは、水掛け論になりやすいように思われるわけである。

ここで、あとまわしにしておいた学理についてふれることにすると、少なくとも水野の発論のなかでは、学理は、第3のレベルに言及するのに使われた法理とかなり似た働きをするように思われる。こう述べても、学理とは何かに答えたことにはならない。ただ、本稿では、学理と法理のこのようなよく似た働きをとらえれば、さしあたり十分だと考える。あとでふれることになる法協討論会の在り様を規定し、構成・再構成しようとする試みを理解するうえで、助けになってくれると思われるからである。そうした試みの一端は、水野が発論の最後で次のように述べたところに含まれている。

されば、今晚の問題も、我国民法三百七十三条により、否、法理のある所により、判決されんことを望む<sup>205)</sup>。

---

204) 第1のレベルと第2のレベルを分けることが妥当ではないのかもしれない。そうだとすると、本文でふれた第3のレベルが第2のレベル/ということになるだろうか。

205) 『法協』9(1)、pp.15-16。

水野の発論のなかでは、旧民法 373 条はここで唐突とも思われる仕方で現れるのだが、ここからは、第 1 に、旧民法に対する水野のアンビバレントな思いと、第 2 に、このとき・この討論会を、成文法（未施行とはいえ）よりも、すぐ上でふれてきた意味での法理が優越的な位置に置かれるような仕方で働く場として規定しようとしたかれの意図がうかがわれるように思われる。

### c) 英仏独法学徒の討論会

以下では、さきにふれたような法協討論会の在り様を構成・再構成しようとした試みに焦点を当てていくことにしたい。

第 7 席の畔柳富五郎<sup>206)</sup>（被告・雇主方論者）は、次のように異見を述べ始めた。

今夕は、実に、英仏独法を専ら攻むる学生の討論会なり。豈に、吾国の幼稚なる法典の明文にのみ拘泥して、字句の解釈論を以て、足れりとせんや。況んや、此等の法典は、未だ実施せられざるの日に於てをや<sup>207)</sup>。

冒頭は単に事実を指摘したとみることができるかもしれない。しかし、続く部分で敵意・反発を向け、貶める対象になった法典の少なくともひとつは旧民法典だっただろう。それはいったん置くとして、単に事実を指摘したとも取れる冒頭の部分も、続く部分とあわせて考えるなら、法協討論会を、日本の（少なくとも「幼稚」な）成文法の解釈・適用の場ではなく、ヨーロッパ法を攻究する法学徒たちの討論の場として定義しようとした試みだったととらえるのもそれほど無理はないように思われる。畔柳は続けて言う。

---

206) 1891 年卒・法学士（法律学科〈参考科第一部〉）。1891 年、司法官試補、1893 年、検事。1904 年、没。

207) 『法協』9 (1)、p.2。

私犯法は、多数の外国法中、最も英法の長所にして、仏独法等の最も短所とする所なり。幸に、余は、英法を学ぶの一人なれば、先づ既に学得したるの英法律に拠り、本題を判断して、以て、愈々英私犯法の光輝を發して、仏独法界の暗夜を照らさんとす。余の結論にして、吾国新法典の明文に、暗に合すると否とは、吾国新法典論評の一端となる可し。何ぞ、必ずしも、吾国新法典を、当初より研究の本尊と為すの価値あらんや<sup>208)</sup>。

あからさまな法典を軽視する態度といえるだろう。順序は逆転するけれども、法協討論会の在り様を規定しようとする試みは、このとき・ここで開かれた討論会の冒頭から、原告主論者と被告主論者によって始められていた。

#### d) 法理により判決をなすの法庭

第1席の原告（被害者）方主論者・小出柳太郎<sup>209)</sup>は、同じ雇主の被雇人同士の加害行為については、雇主と被雇人の間に、雇主の責任を認めない黙約があるとする考え方を批判する一方で、次のように述べた。

良し大に歩を譲り、此の如き黙約ありと仮定せんか、(…中略…) 予は、若し果して此の如き契約ありとせば、其契約は、法理上、無効なりと駁し去らんとす。何となれば、雇主が、雇人に対し、其相雇人が職務執行中加へたる非行に付き、責任を負はずと契約するは、(…中略…) 雇主が、雇人に対し、己れが加へたる非行に付き、責任を負はずと契約するに同じ。何となれば、職務執行中なれば、雇人は、雇主の人格を継受するものなればなり<sup>210)</sup>。

---

208) 『法協』通号80号、p.790。

209) 1888年卒・法学士（法律学科英吉利部）。1888年、判事試補、1890年、依願免ののち、代言免許、弁護士。1903年、神奈川県議員、1914年、横浜市会議員（副議長）。

210) 『法協』通号80号、pp.785-786。

かりに雇主と被雇人（「雇人」）の間に黙約があるとしても、その契約は「法理上」無効だという。ここの「法理上」の意味も必ずしもはっきりしないが、小出の異見は、職務執行中は、被雇人は雇主と同一人格だから、ここでいわれている「黙約」は自己の加害行為について責任を負うという近代法の一般原則に反するという事ではないかと思われる。本稿にとって注目すべきなのは、この発論部分自体をどうとらえるかというより、ここでの「法理上」が、次のようなトーンで語られた発論部分とどのような関係にあるかである。

尚ほ、参考として一言せんに、過般頒布せられたる日本民法に由り、此問題を決するときは如何と云ふに、民法財産編第三百七十三條に「(…条文略…)」と規定しあり。而して、別に相雇人の場合に付き、區別を設けず。該條の意は、即ち、予が上来論述せるものと異なるなきなり<sup>211)</sup>。

旧民法 373 条には同じ雇主の被雇人同士について例外とする規定はないから、小出がここまで述べてきたことと整合的であるという。このあと、旧民法の解釈をしても、原告・被害者の損害賠償請求は認められるとだけ続き、主論者としての異見は終わっている。つまり、ここに顕れているのは、旧民法の解釈は、法理上の議論本体に、少しだけ接いだ付け足しで、余分なものだというスタンスなのではないだろうか。そして、重要なのは法理上の議論本体のほうなのだという意味が、討論会場では伝えられたように思われるということである。

これに続く第 2 席の被告（雇主）方主論者・朝倉外茂鉄<sup>212)</sup>は、すぐに次

---

211) 『法協』通号 80 号、p.790。

212) 1886 年、帝大法科撰科卒、1887 年、帝大法科第 2 年に編入、1889 年卒・法学士（法律学科第一部）。1889 年、代言免許。なお、渡辺洪基・穂積陳重の仲介で渋沢栄一に引き合わされ、第一銀行・浅野総一郎（浅野財閥創設者）の法律顧問を務めた。1896 年、東京市会議員、1902 年、衆議院議員。のち京城で弁護士として活動。1927 年、没。

のように続ける。

本論に入るに先だち、聊か一言すべきものあり。他なし。此法庭は、単に現行法典を適用するの法庭にあらずして、法理により判決をなすの法庭なるが故に、余の論ずる所、或は現行各国法典の規定に反する点もある可く、従って、少しく奇論に渉るの点、あるやも知れず。幸ひに、判官、之を諒せよ<sup>213)</sup>。

これは法協討論会を「法理により判決をなすの法庭」として構成しようとする遂行的な試みのひとつとっていいように思われる。

そして被告方主論者としては、次のように述べる。

雇人の過失につき、雇主の責任ありとの規定は、決して学理に適する者に非ずして、単に歴史上奴隷制度の遺物たるに過ぎざる可し<sup>214)</sup>。

さきにふれた通り、第8席の水野に言わせれば、雇主の責任をみとめないほうが「学理」に反するのであった。もっとも、席順からいえば、第2席の朝倉のほうが先である。法理についてもみてしまおう。被害者である被雇人についてこう言う。

自から注意すれば、則ち、其過失を免がるゝを得可し。然るに、其結果たる損害につき、雇主をして、其責に任せしめんとす。(…中略…) 茲に至りては、余は、現行諸国の法律及び我新法典が、雇主をして、雇人の過失に付き、責を負はしむるの、甚だ不当なるを知ると同時に、原告代言人の論じたる第一理由〔使用者責任〕が、右等法律に合するに係はらず、亦た、近世法理に適せざるの、甚

---

213) 『法協』通号80号、p.787。

214) 『法協』通号80号、p.788。

だ遠きを知る<sup>215)</sup>。

要点をつまんでいえば、雇主の責任を認めるのは旧民法には合うが、法理には適わないということになるだろう。ここでの法理もまた、水野の異見を検討したところで述べた表現でいえば、第3のレベルに近いところで使われているよいように思われる。そして、さきの学理は、やはりこの第3のレベル近くに言及されるのに使われた場合の法理とよく似た働きをするように思われるのも、さきに述べたのと同様である。

このとき・ここの討論会で学理や法理に言及した法学徒たちが同じ仕方ではこれらの言葉を使っていたとまではいえないかもしれない。ただ、ある程度このような言葉の使い方は共有されていたのではないだろうか。朝倉と水野は、討論題についての結論では反対だったけれども、旧民法典をはなれて、法理や学理といった言葉を使いながら、それを基準に考えよう、考えるべきだと言うときには、かなり近い構えを採っていたように思われる。

#### e) 学理の攻究を目的とする論場

学理という言葉で法協討論会の在り様を構成・再構成しようと試みたのは、第13席の野副重一<sup>216)</sup> (被告・雇主方論者)である。この点にふれる前に、野副の態度や構えについて、いくつか指摘しておきたい。

野副は冒頭で、次の3点、すなわち、第1に「法理上」から、第2に「解釈上」から、第3に「政略上」から発論すると述べ、実際、討論筆記でも3点に整理されるような仕方では異見を述べたようである。ただ、第1の点については反対論者に対する批判が中心になっているため、また、第2の点については4行しか記録されていないため、検討を加えるのが容易ではない。わ

---

215) 『法協』通号80号、p.789。

216) 1892年卒・法学士 (法律学科〈参考科第一部〉)。1892年、代言免許、弁護士。仙台市会議員、同議長を経て、1920年、衆議院議員。1927年、没

ずかな手がかりから、本稿の関心に必要な限りで、うかがわれることにふれておきたい。

第1の点については、初めに次のように述べる。

純粹の法理上より論ずれば、余は、被告主論者朝倉君が奇論てふ謙稱を付して陳べられたる如く、被傭人の過失より生ずる損害は、加害者なる被傭人が、自身に、之を負担すべきものにして、傭主は、毫も其責に任ずべきの理、なしと信ず<sup>217)</sup>。

このあとの発論には、「黙約の法理」にふれた部分はなく、また同じ程度の具体的なレベルで法理に言及されていないから、少なくとも、ここで野副はさきの第1のレベルで法理を使っているのではないとはいえるように思われる。もう少し手がかりを探ると、原告主論者の小出の異見を引き取って、次のように述べている。

小出君は、英国法に於て、一の被傭人が、同事業に使役せらるゝ他の相被傭人に加へたる損害は、之を其傭主に対して要償するを得ずとするは、実に、条理に反するの、太甚しきものと<sup>218)</sup> [述べた]。

さきにふれたとおり、小出自身の異見の記録では、たとえ黙約があったと考えても、それは「法理上」無効と述べていた。これをふまえると、野副は、これを引き取って「条理に反する」と表現したのだから、法理と条理とはある程度交換可能なものにとらえていたように思われる<sup>219)</sup>。そうだとすると、

---

217) 『法協』9 (1)、p.35。

218) 『法協』9 (1)、pp.35-36。

219) 討論筆記が実際の言葉をどれだけ正確に書き残しているかが問題になるが、それは本稿で検討している討論筆記全体に関わってしまう。読み込みすぎには注意しているつも

討論筆記を読む限り、具体的な何かに言及するレベルで条理という表現が使われることはないようだから、第2のレベル以上で法理が言及されたのではないかと推測することは、ある程度の確かさで可能なのではないかと考えられる。

この点と関わって指摘しておきたいのは、野副の言う「解釈上」の点に相当する部分の次の表現である。

我新民法は、未だ執行の力なく、今日、本問を決するに方りては、唯いはゆる条理なるものに依るの外なかるべしといへども、仮りに、之を我新民法規の解釈上より論ずるも、[…中略…] 被告の責任なきは、一目瞭然たらん<sup>220)</sup>。

ここからうかがわれるのは、第1には、旧民法を軽視する野副の態度である。第2に、条理が、なんらかの法理を参照するというよりは、どちらかといえば法理等を評価する基準として使われているのではないかということである。法理等を評価する基準という表現が行き過ぎだとしても、判断の拠りどころといった意味合いで使われているのではないかということである。第2の点は、必ずしも精確な材料ではないかもしれないが、すぐ上でふれた野副がとらえた法理と条理の関係の理解と整合的なのではないかと思われる。

野副が法協討論会の在り様を構成・再構成しようと試みたのは、第3の「政略上」の点に相当する部分で、である。第3席の寺尾亭が、雇主に対する被害者被雇人からの損害賠償請求を認めるべき理由として、貧しい被雇人の救済を挙げたことへの反応である。

嗚呼、之れ、何等の論法ぞや。余は、殆んど、此言の、先識寺尾先生の口より出でたりとする我聽神経の、狂せるかを疑はんとす。寺尾先生をして、仏国民

---

りだが、確かさにバラつきはあるかもしれない。

220) 『法協』9(1)、p.38。

法の編纂者にして、其法規の理由を説明するに方り、斯る言を為さしめたりとせば、余は、敢て黙せん。然れども、独立の体面を有する我日本帝国に於て、学理の攻究を目的とする此論場に於て、斯る言を聞くに至りては、余は、実に奇怪の感に堪へざるなり<sup>221)</sup>。

やや大仰な表現を長く引いたが、注目したいのは、「学理の攻究を目的とする此論場」という表現である。ここだけから、学理についてなにかを述べることは控えておきたい。ただ、野副が、法協討論会の在り様を「学理の攻究を目的とする論場」として構成・再構成しようと試みたことは確かなように思われる。すぐ上で述べた通り、学理の積極的な意味について言及することは控えるが、野副が「政略上」と位置づけた部分で、学理という言葉が使われ、学理の攻究の論場である法協討論会から、政略、より具体的には被害者救済という観点を追放しようという試みが行われたとはいえるように思われる。法協討論会の在り様として、それをある種の自律性をもつ場として構成する、ひとつの選択肢が提示されたことを指摘しておきたい。それができるのかどうか、また、それが望ましいかどうかは別に議論が必要なのではないかという問いかけが組み込まれることになったという意味で、である。

#### f) 条理の法廷

第10席の窪田静太郎<sup>222)</sup>（原告・被害者方論者）が試みたのは、法協討論会の在り様を「条理の法廷」として構成・再構成しようとしたことだった。

---

221) 『法協』9(1)、p.40。

222) 1891年卒・法学士（法律学科〈参考科第一部〉）。1891年、内務省試補、1892年、佐賀県参事官ののち、各県参事官を経て、1894年、内務省参事官、1900年、内務省参事官兼農商務省書記官、1901年、農商務省書記官兼内務省参事官、1903年、農商務省書記官兼内務省参事官農商務省参事官、内務省衛生局長、1910年、行政裁判所評定官、1922年、行政裁判所長官、1932年、枢密顧問官。1916年、法学博士。1946年、没。農商務省官僚としては、『職工事情』発行に関わったほか、社会政策学会員になった。

窪田の異見を検討するに先だって、その直前の第9席の丸山熊男<sup>223)</sup>(被告・雇主方論者)の異見にふれておくほうがよいように思われる。窪田は丸山の発論を承けて異見を立てているからである。丸山は英国の判決例で英国の代言人・判事が論じていることを検討すると、第8席の水野がいくつかのレベルで「法理に反する」と指摘した異見に反論できると言う。

斯かる場合に、雇人をして、責任を負はしむるは、元、公益を保護するがために出てたるものなり。主たる精神は、雇人の懈怠を防ががため、其懈怠の結果に付き、責任を負はしむるに在るものなり。而して、之を説明するに於て、斯かる場合は、法律上、暗黙の契約ありと見なすことを得るものなりと云ふものにして、固より暗黙の契約の存否に付て重きを置かざるものなり<sup>224)</sup>。

英法の「主たる精神」は、「暗黙の契約」、すなわち、被雇人は雇主との間で暗黙裡に危険は引き受ける契約暗黙裡に結んだことを推測することにはない、それは単に「説明の一方法」に過ぎないという。そして、それをとらえて「法理に反する」ということに価値はないというわけである。

これを承けて、窪田は、「英法の精神」は「黙約の法理」にはないという丸山の異見を支持し、次のように述べる。

英法の精神は、黙約にあらずして、公益便宜の上より立てたる手細工 (artificiel) の規定たること、明なり。此の如き手細工の規定は、之を我条理の法廷に適用すべきや。公益便宜と云ふ考は、立法論としては善しと雖、条理を以て尺度と

---

223) 1891年卒・法学士(法律学科〈参考科第一部〉)。1892年、第二高等中学校教授(法学通論・英語)、1895年、非職、依願免、1896年、内務属、宮崎県参事官、1897年、埼玉県参事官、1898年、東京帝大書記官、1903年、1905年、同事務官、1906年、岡山県事務官、1913年、地方官官制改正により廃官。実業界入りし、岸本銀行役員などを務めた。

224) 『法協』9(1)、p.18。

する、我討論の公廷に適用すべからず。何となれば、便宜なり、公衆に益ありとの考を以て、一個人に特別の義務を負はしむるは、立法機関に非ずんば、為し得ざるの事なればなり<sup>225)</sup>。

便宜・公益といった配慮は、立法機関ならばともかく、「条理を以て尺度とする、我討論の公廷」にはふさわしくないというわけである。では、条理とは何か。それにふれるまえに、結論の点では丸山と窪田が反対になっているのはなぜかを検討しておきたい。上の引用にすぐ続けて窪田は言う。

但、余は、公益便宜の考より、訴訟人の意志を推測することを非なりと云ふに非ず。

それなら、どう推測するというのか。

試に、思へ。丙の負傷に付て、甲は、仲間同士の負傷は、勿論丙は覚悟して雇はれしなり、と弁じ得るとせば、丙も亦、右の如き負傷の場合には、膏藥代位は手当をなすべきものと、親方も覚悟して我々を雇ひしなり、と弁ずべし。(…中略…) 吾人は、寧ろ、丙の申立の、尤にして、特に我国労働社会の雇主と雇人の間に行はるゝ普通の感情なりと信ず<sup>226)</sup>。

雇主の意志を、被雇人同士の加害は覚悟のうえで被雇人は雇われたのだろうと推測するというなら、被雇人のほうの意志は、被雇人同士の加害行為があれば、雇主は治療費くらいは払う覚悟で雇ったのだろうと推測とすべきである。それは日本の労働社会の普通の感情に合う、というわけである。そして、どちら向きの暗黙裡の契約もないとしたら、原則に立ち返って、雇主は雇備

---

225) 『法協』9 (1)、p.24。

226) 『法協』9 (1)、p.24。

に伴う危険を社会に持ち込んだのだから、その危険を引き受け、被害者からの損害賠償請求に応じなければならない、と結論づけた。

ここで、条理とは何かの問題に戻ることにしよう。あるいは、条理を以て尺度とする公廷では、何を論じることになるのか。これについては、実のところ、窪田の異見ははっきりとは分からないというほかない。一見、法協討論会がはじまったとき、土方があのかの裁判事務心得3条をもちだして、成文法も慣習もない状況で「条理ヲ推考」する場として状況を定義したもとの姿に戻ったように見える。しかし、「条理を以て尺度とする」ということが、それとは違うものであるように思われることは、何度か指摘した通りである。

いずれにせよ、旧民法という成文法がはっきりと姿を現し、法学徒たちがそれを生きようとしたとき、集合的な心性が活性化され、あるいは「法理」を、あるいは「学理」を、あるいは「条理」を、あるいは「道理」を、そして「理」をめぐって、原初状態に立ち返ったように見受けられる。

すでに引用したように、英法学徒の富塚は「若し、誤解あらば、仏法学派の諸君、請ふ、高教を吝む勿れ」と言っていた。また、第5席の熊倉操<sup>227)</sup>は次のように述べていた。

諸君、原被主論者は英法学者にして、各所見を吐露せられ、又た、寺尾教授は仏法の法理を以て、本論題を分析論究せられたり。余は独逸法学を研究するものにして、未だ其業を卒へず。猥りに愚見を陳弁するは、慚愧の至なり。然れども、之、大に学業進歩の好媒介者たるを以て、暫時清聴を瀆さんとす<sup>228)</sup>。

---

227) 1886年、新潟医学校で学び、1880年、東大医学部入学。1886年に大学予備門に転じ、1891年卒・法学士（法律学科〈参考科第三部〉）。なお、参考科第三部の学科課程で目につく外国法は独逸法）。1891年、代言免許、弁護士。11月4日の読売新聞は、「独逸学派法学士代言人の嘴矢」と報道した。東京市街鉄道をはじめ、各地の軽便鉄道事業に関わった。1909年、没。

228) 『法協』通号80号、pp.806-807。

こうした発論からは、法学徒たちが、これまで社会的に構成されてきた通りの仕方で集合的に法を学習・探求することの効用について——それは建前だったかもしれないけれども——、ある程度共通した認識を持っていたことがうかがわれるように思われる。ただ、旧民法が公布された以上、集合的な法の学習・探求が変わらずにいるためには、変わらなければならなかったということなのかもしれない。

## (2) 詐欺に基づく消費貸借契約の取消と事情を知って保証した保証人の義務

10月3日の法協討論会のあと、12月18日には刑事問題を討論題に法協討論会が開かれた（この刑事討論会では、富井が積極主論者、梅が消極主論者を務めた）。年が明けて1891（明治24）年2月12日、寺尾が積極主論者、梅が消極主論者を務め、民事の討論会が開かれた。討論題は次の通り。消費貸借契約が、債権者の詐欺に基づいて結ばれた。保証人が立てられたが、保証人は、主たる債務は詐欺によって取消することができることを知りながら、保証した。その後、主債務者が取消したとき、保証人は債務を負うかどうか。

なお、この日、ある会員から「動議」が提出された。第1席の寺尾によれば、それは次のような趣旨だったという。すなわち「主論者は、成る可く最初に議論を吐かず、終尾に至り、充分の意見を陳べよとのことに、会員一同賛成なるが如し」<sup>229)</sup>。この動議が会場会員の賛成を集め、積極・消極主論者2人の第1・2席は短いものになっている。

### a) 学理を討究する討論場

第6席の野副重一は、上で検討した討論会でもすでに旧民法を軽視する態度を示していたが、このとき・この討論会ではいっそうはっきりと次のように述べた。

---

229) 『法協』9(3)、p.1。

余は、此討論場裡にありて学理の討究を為すに方りては、我新法規定の如何の如きは、毫も意に関する所にあらず。数千万言の此新典も、余の眼中に在りては、恰も一片の復古紙に異ならずといへども、従来の反対論者にして、其規定を援用するに当り、大に正鵠を誤れるが如き者あるを以て、茲に一言を付加するの止むを覚ゆるなり<sup>230)</sup>。

旧民法を「一片の復古紙」とまで言う。最後の部分はやや意味がとりにくいが、本稿が関心を寄せる点とはあまり関わらないのでそのまましておく。野副は1890年10月3日の討論会と同様、法協討論会を「学理の討究を為す」「討論場」と規定し続けたこともわかる。

#### b) システムとしての成文法の操作：梅謙次郎の場合

本稿にとって重要だと思われるのは、このとき・ここの討論会で交わされた異見について個々に検討することよりむしろ、仏法学徒が実演してみせた成文法の操作とそれに対する構えである。英法学徒たちも旧民法の解釈論をさまざまに展開してみせた。ただ、そうした英法学徒たちの反応は最後に乗り越えられていったように見受けられる。

第13席の冒頭、梅謙次郎は次のように述べて始めた。

諸君、余は、過刻来、謹で諸君の高論を拝聴するに、其、我党の論者なると、敵党の論者なるとを問はず、頗る我意に満たざる議論を提出するを以て、余は、一一、之れを論破し、以て充分鄙見の在る所を諸君に示さんと欲すれども、奈何せん、時、既に黄昏に迫り、室、既に暗く、腹、既に空しく、敢て長演説を為すこと能はず。遺憾ながら、簡単に我説を敷衍し、唯反対論者の論拠とする所のもの、一、二を取り、之れを駁撃するに止めんと欲す<sup>231)</sup>。

230) 『法協』9(3)、p.36。

231) 『法協』9(4)、pp.20-21。

どちら側の討論者の発論も自身を満足させないので、逐一反論したいが、すでに時刻は日没ちかく、空腹でもあるから、簡略に異見を述べるにとどめるといふ。

それにもかかわらず、他の討論者が誰も言及しなかった、主たる債務者が認諾した場合の保証人の取消権について、旧民法の条文を引いて確認することから異見を述べ始める。このとき、野副が「恰も一片の復古紙に異ならず」と述べ、また、少なくない英法学徒たちが法協討論会で依拠することを拒もうとした旧民法について、さらりとふれる。

因に云ふ。余は、新民法に抛りて本問を論ず<sup>232)</sup>。

以下では、梅がどのように旧民法（「新民法」）全体とそれを取り巻くテキストを見通した解釈を示してみせたかに焦点化して、このとき・ここの討論会での梅の異見を、さきに磯部四郎の異見について試みたのと同様、再びラフになることを承知のうえでまとめることを試みる。

詐欺を理由に取消することができる債務について保証はできるか。「新民法」には直接の規定はない。ここで、無能力の場合を規定した債権担保編9条2項を参照する。それによると、無能力の場合は主たる債務を有効に保証できる。旧民法起草者のボワソナードの説明によれば、それは無能力者が取消しても、自然義務は負うからで、保証人はそれを保証するのだという。しかし、ボワソナードは、草案のなかの自然義務を保証できるとする規定はすべて削っている。このことは自然義務は保証できないことを示している。また、無能力者は必ずしも自然義務を負わない。だから、ボワソナードの説明を頼りにすることはできない。では、債権担保編9条2項はどう説明するか。これは真の保証ではなく、主たる債務者が債務を取り消しても、保証人はその

232) 『法協』9(4)、p.21。

債務とは別の主たる債務を負うということになると考えられる。詐欺の場合も同様であり、そうすると保証人の主たる債務は不法の目的をもつことになるから不成立といわざるを得ない。

反対主論者は、債権担保編 9 条 1 項は原則を示しており、有効な義務は保証できるという。そして、2 項でその原則を適用し、取消することができる無能力者の義務も保証できる場合があることを規定しているともいう。しかし、「有効な義務」とは取消することができない義務のことだ。このことは、財産編 305 条の規定から分かる。そうだとすると、取消することができる無能力者の義務は「有効な義務」とはいえない。債権担保編 9 条 2 項は、同 1 項の適用ではなく、その例外ととらえられる。したがって、9 条 2 項を直ちに詐欺の場合に適用することはできない。

反対論者が論拠にできるのは、債権担保編 25 条 2 項である。そこでは保証人が「承諾ノ瑕疵」を知らなかった場合のことが規定されている。財産編 312 条によると、文言上は、詐欺は「承諾ノ瑕疵」を生じさせないから、詐欺は債権担保編 25 条 2 項とは関係がなさそうにみえる。しかし、「承諾ノ瑕疵」には錯誤も強暴も含まれる。主たる債務が錯誤に基づく場合には、それを保証できるとしても公安を害することはない。他方、主たる債務が強暴に基づく場合には、それを保証できるとしたら公安を害する。この強暴に基づく場合のほうが、主たる債務が詐欺に基づく場合よりも公安を害する程度が低いということはない。したがって、文言上は、債権担保編 25 条 2 項を詐欺の場合に適用できなさそうだが、規定の趣旨からすれば、詐欺の場合にも同項を適用できると解釈しえないことはない。これが反対論者が論拠にできる考え方だろう。

しかしながら、「承諾ノ瑕疵」が直ちに錯誤と強暴を含むとはいえない。主たる債務が強暴に基づく場合、これを保証できると考えるとすると公安を害するおそれが大きいから、そうできるとするには明文の規定が必要だと考えられる。しかし、そのような明文の規定はない。とすると、債権担保編

25条2項は錯誤の場合だけの規定とみるべきことになる。強暴についてはこう考えるべきなのであり、「承諾ノ瑕疵」を生じさせない詐欺の場合について、同項が適用されるはずがない。

もう1点、反対論者が論拠としているのは、財産編358条2項だろう。契約はなるべく有効になるように解釈すべきだと規定しているものだ。そもそも同項が「新民法」に入っていること自体、疑問がある。かりにこの条文を前提にするにしても、この規定について、反対論者は誤解している。358条2項は、たとえば契約が二通りの解釈ができるとき、一方の解釈が事実上または法律上効力を生じないときに、他方の解釈をせよという規定であって、有効かどうか疑問があるときに常に有効になるように解釈せよという趣旨ではない。だからこの規定は反対論者の論拠にはならない。

結局、この討論題の保証契約は、有効な保証と考えることはできないし、保証ではなく、保証人が独立の義務を負ったと考えても、不法の作為を目的とする合意は無効だとする財産編322条により、それは無効である。

以上、ラフにまとめるつもりだったが、一方では、旧民法の各所に目配りして、法を操作しようとする構えが法学徒たちに示されたことにふれようとしたのだから、やはり磯部のときと同様、もともとある程度の分量になるのは仕方がなかったのかもしれない。

このとき・ここの討論会での討論者のうち、旧民法の解釈に向かった者の多くは、債権担保編9条の解釈だけにとどまったわけではないけれども、9条を注視して異見を述べる傾向はあったように見受けられる。梅の異見が具体的にどの程度妥当かはともかく、成文法を相互に関係しあう要素からなるひとつのシステムとして捉え、そのなかで整合的に法を操作しようとする構えが、法学徒たちに実演される機会になったように思われる。そのシステムは、仮設性のもので、開放性・可変性・一時性をも具えたものだったと思われるけれども。上でふれた梅の異見に明示的に現れたのは、ボワソナードに

よる説明だったが、そのことから、成文法が開放性・可変性をもつものとして捉えられていたことはうかがわれるように思われる。

この討論会が開かれたのは2月中旬だから、梅が13席で話し始めた日の入前という17時ごろだったろうか。討論会は18時ごろ終わったというから、1時間近く話したのかもしれない。最後の多数決については、「大多数ニテ消極論勝ヲ制シタリ」と記されている。この部分はひとまわり大きな活字で組まれている。速記者がとらえた討論会場の雰囲気伝えていないのかもしれない。

## おわりに

本稿では、民法をめぐって異見が交わされた討論会の記録を検討することを通して、そのはじまりから旧民法公布まで、法学徒たちがどのように法・民法を学習していたかを明らかにしようとしてきた。民法典不在という法状況のなかで、民法で討論するということによって、法学徒たちは法のあり方を集合的に探求・学習する原初的な経験をしていたのではないかということを示そうと試みてきた。あるいはなんらかの<sup>スジ</sup>理をたどるという構えにふれることによって、あるいは法をシステムとして捉える構えにふれることによって、そして、そうした構えを自身で採ってみせることによって。

本稿で検討した時期よりさきの上に簡単にふれておきたい。法協討論会は本稿で検討した時期よりもさきまで続いた。ただ、次第に開催される頻度は下がっていったことは否定できない。法協には討論筆記ではなく論旨の摘要を掲載するだけにとどめる方針が採られた。法協討論会の代わりといえるかは慎重な検討を要するが、法理研究会は法協討論会よりはクローズドな性質を帯びたものとして行われるようになった。私立法律学校聯合討論会は1896年に1回“再興”されたが、むしろ懸賞法律討論会が新聞で報道される関心の対象になっていった。そこでは法律論そのものとは一応区別されう

るものとして、意見表明の「巧みさ」も競われるようになったように思われる。

討論が行われ異見が交わされることと、それが討論筆記のかたちで残されることは分けて考える必要があるように思われることは、さきに示唆しておいた通りである。よく知られているように、私立法律学校聯合討論会の討論筆記については、出版社が手を引くという経済的基盤の問題があったようである。本稿の関心から指摘しておきたいのは、討論筆記が出版メディアで見られなくなることは、討論が行われなくなったことと同じではないということである。すぐ上でふれたようないくつかのバリエーションを生み出しつつも、法のありようをめぐって集散的に討論する営みが続いたとしても、それは、出版物としては残らないかたちでのことだったと考えられる。

討論筆記の検討から明らかになったように、民法典編纂は、欧米法が含んでいた異質性を際立たせるしかたで西洋法を選択的に継受したことを、法学徒たちに強く意識させながら行われたということもできるように思われる。そうだとすると、このとき・このところに規定された民法学には、討論する文化はいわばビルトインされたのではないだろうか。

(法学研究科博士後期課程法律学専攻)

## 〈文献〉

天野郁夫、1971、「近代日本における外国法の受容と法学教育の成立」『名古屋大学教育学部紀要』18、pp.519-590（再録：1989、「法学系私学の生成と発展」天野郁夫『近代日本高等教育研究』玉川大学出版部、pp.421-484。本稿では再録を使用）。

永滝久吉、1935、『回顧七十年』永滝久吉。

深谷格、2004、「明治前期の広島裁判所における条理裁判とフランス民法：圍繞地通行権に関する裁判例を素材として」『西南学院大学法学論集』37（1）、pp.1-

54。

- 2006、「明治前期の熊本裁判所における条理裁判とフランス民法：契約法に関する裁判例を素材として」『西南学院大学法学論集』38（3・4）、pp.59-160。
- Goffman, Erving, 1961, *Encounters : two studies in the sociology of interaction*, Bobbs-Merrill Company. (= 1985、佐藤毅・折橋徹彦訳『出会い：相互行為の社会学』誠信書房)。
- 原嘉道述、1935、『弁護士生活の回顧』法律新報社。
- 土方寧、1926、「故穂積先生の追懐」学士会編『故穂積男爵追悼録』（『学士会月報』458 抜刷）学士会、pp.32-39。
- 広浜嘉雄、n.d.、『法理学（1）』（収録：1938、『新法学全集 28 諸法』1、1938。単独の冊子としてノンプルが振られている）。
- 広田照幸、1990、「＜教育的＞の誕生：戦前期の雑誌分析から」『アカデミア 人文・社会科学編』52、pp.43-71。
- 法政大学編、1980、『法政大学百年史』法政大学。
- 法政大学大学史資料委員会編、1992、『法律学の夜明けと法政大学』法政大学。
- 星野英一、1978、「日本民法学の出発点：民法典の起草者たち」向坊隆著者代表『東京大学公開講座 26 明治・大正の学者たち』東京大学出版会、pp.181-254（再録：1986、星野英一『民法論集』5、有斐閣、pp.145-213、本稿では再録を使用）。
- 穂積陳重、1881、「法理沿革史」『明法志林』13、pp.1-9（再録：1932a、穂積重遠編、pp.89-95。本稿では再録を使用）
- 1886、「スペンサー氏の法理学に対する功績」『法学協会雑誌』通号 39 号、pp.46-49（再録：1932a、穂積重遠編、pp.611-613。本稿では再録を使用）。
- 1916、『法窓夜話』有斐閣（復刻版：1980、岩波文庫。本稿では復刻版を使用）。
- 1917、「故奥田義人博士追懐録」『法学新報』27（9）、pp.65-81（再録：1934b、穂積重遠編、pp.161-180、本稿では再録を使用）。
- 1924、『法律進化論』1、岩波書店。

- 穂積重遠編、1932a、『穂積陳重遺文集』1、岩波書店。
- 1932b、『穂積陳重遺文集』2、岩波書店。
- 穂積重行、1966、「明治一〇年代におけるドイツ法学の受容：東京大学法学部と穂積重行」家永三郎編『明治国家の法と思想』（稲田正次編『明治国家形成過程の研究』3）御茶の水書房。
- 1988、『明治一法学者の出発：穂積陳重をめぐる』岩波書店。
- 五十川直行、1992、「日本民法に及ぼしたイギリス法の影響〈序説〉」星野英一・森島昭夫編『現代社会と民法学の動向 下 民法一般：加藤一郎先生古稀記念』有斐閣、pp.1-56。
- 川橋慶次郎、1890、『英米議会議法規』河出静一郎。
- 加藤正治、1903a、「維新以後我国法学通勢（講演）」『法学志林』51、pp.36-53。
- 1903b、「維新以後我国法学通勢（講演続）」『法学志林』52、pp.39-48。
- 岸同門会編、1939、『岸清一伝』岸同門会（復刻版：1988、『伝記叢書 4 岸清一伝：伝記・岸清一』大空社。本稿では復刻版を使用）。
- 小早川欣吾、1944、『明治法制叢考 続』山口書店。
- 小柳春一郎、1981、「穂積陳重と旧民法：『民法原理』講義を中心に」『法制史研究』31、pp. 105-135。
- 1997、「明治前期の民法学：法学協会における設例討論を素材として」水本浩・平井一雄編『日本民法学史・通史』信山社、pp.11-49。
- 熊谷芳郎、2018、『一九三三年の大学対抗ディベート：彼らは何を目指したのか』溪水社。
- 牧野良蔵編、1944、『中橋徳五郎 上巻』中橋徳五郎翁伝記編纂会（復刻版：1995、大空社。本稿では復刻版を使用）。
- 松尾敬一、1967、「穂積陳重の法理学」『神戸法学雑誌』17（3）、pp.1-44。
- 明治大学歴史編纂事務室、1998、「明治大学と校友（Ⅰ）」『歴史編纂事務室報告』明治大学総務部歴史編纂事務室、19、pp.1-146。
- 2000、「明治大学と校友（Ⅱ）」『歴史編纂事務室報告』明治大学総務部歴

- 史編纂事務室、21、pp.1-140。
- 村上博、1994、「明治期における『条理』裁判とフランス法の影響」『法律論叢』67 (1)、pp.321-329。
- 2003、『日本近代婚姻法史論』法律文化社。
- 中橋徳五郎、1888、「一般名誉回復事件ニ就キ権利者ハ義務者ヲシテ謝状ヲ広告セシムルノ権利ヲ有スルヤ否ヤ」『法学協会雑誌』通号 46 号、pp.16-45。
- 野田良之、1983、「明治 8 年太政官布告第百三号第三条の『条理』についての雑感」法学協会編『法協百年論集』1、pp.243-280。
- 大河純夫、2004、「不法行為過失相殺規定（民法 722 条 2 項）成立の一断面」『立命館法学』（205・206）、pp. 506-526。
- 大久保泰甫、1977、『ボワソナード：日本近代法の父』岩波新書。
- 大久保泰甫・高橋良彰、1999、『ボワソナード民法典の編纂』雄松堂。
- 奥平昌洪、1914、『日本弁護士史』有斐閣書房。
- 大村敦志、2011、『不法行為判例に学ぶ：社会と法の接点』有斐閣。
- 小沢奈々、2015、『大正期日本法学とスイス法』慶応義塾大学出版会。
- 瀬川信久、2003、「明治前期の名誉回復訴訟：不法行為法規範の分化・形成の一過程」林屋礼二・石井紫郎・青山善充編『明治前期の法と裁判』信山社出版、pp.155-194。
- 瀬戸口竜一、2016、「『五大法律学校』に関する基礎的研究：明治期における私立法律学校の連携の事例として」『専修大学史紀要』8、pp.13-46。
- 新堀通也、1985、『「殺し文句」の研究：日本の教育風土』理想社。
- 富井政章、1886、「立法之大本ハ正ト利トノニ帰ス」『法学協会雑誌』通号 24 号、pp.11-20。
- 1887、『法学綱論』時習社。
- 富井政章講述、1891、『損害賠償法原理講義』日本同盟法学会（復刻版：1991、信山社出版。本稿では復刻版を使用）
- 内田貴、2018、『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。

牛山栄治、1969、『西久保弘道の一生』春風館。

八木鉄男、1989、『基礎法学叢書9 分析法学と現代』成文堂。

山崎利男、2010、『英吉利法律学校覚書：明治前期のイギリス法教育』中央大学出版部。

討論筆記のデータ処理にあたっては、KH Corder、旧仮名口語 UniDic、近代文語 UniDic を利用した。

国文学研究資料館・明治期出版広告データベースを利用した。