HOKKAIDO UNIVERSITY

| | |
|---|---|
| Title | 梅・富井の民法解釈方法論と法思想 |
| Author(s) | 瀬川, 信久 |
| Citation | 北大法学論集, 41(5-6), 393-427 |
| Issue Date | 1991-10-31 |
| Doc URL | https://hdl.handle.net/2115/16803 |
| Type | departmental bulletin paper |
| File Information | 41(5-6)_p393-427.pdf |

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

# 梅・富井の民法解釈方法論と法思想

瀬川信久

目次

一 はじめに
二 法解釈方法論
三 法思想と法律観
四 法解釈の実際
五 法解釈の「学問化」への動き
六 おわりに

## 一　はじめに

民法典起草者である梅と富井の民法学については、古くから多くの論稿がある。[1] しかし彼らは、法典起草者であるために、ややもすると特別扱いを受け、彼らに先行する、あるいは後続する民法学との関連で検討されることが少なく、その結果、わが民法学の形成過程において両者が占める位置も不明確なままであるように思われる。例えば、梅・富井の民法学は、これに続く「ドイツ的概念法学」とどのような関係にあるのか、末弘の批判と問題提起[2]は、「ドイツ的概念法学」だけでなく梅・富井にも及ぶのか、といった問題は未解明のまま残されている。

右のような問題意識から、本稿では、これまでの諸研究に屋上屋を架することを惧れつつも、梅と富井の民法学をその法解釈方法論に焦点を当てて検討する。法解釈方法論に焦点を当てるのは、それが、基本的な法思想と個々の法解釈とを連結するものであり、その分析によって、両者の法像の全体に接近できるのではないかと考えるからである。

以下ではまず、梅と富井の民法解釈方法論を見る（二）。次に、その意味を正確にかつ立体的に捉えるために、一方で、法解釈方法論の基礎にあった法思想と法律観を探り（三）、他方で、実際の法解釈を見てみる（四）。そして最後に、次の時代の民法解釈学への移行と関連を考察しておきたい（五、[3][4]六）。

（1）富井については、富井男爵追悼集（昭一一年、日仏会館）および同書一五一頁以下の諸論稿があり、梅については、岡孝・江戸恵子「梅謙次郎著書及び論文目録――その書誌学的研究――」法学志林八二巻三・四号（一九八五年）一四一―三頁の諸論稿がある。なかでも、星野英一「日本民法学の出発点――民法典の起草者たち――」東京大学公開講座・明治・大正の学者たち（一九七八年）（星野英一・民法論集第五巻所収）は、梅・富井に穂積を加えた民法典起草者の法思想を包括的に検討し、今日にまで連なる日本民法学の特質を抉剔している。

（2）末弘の問題提起については、磯村哲・社会法学の展開と構造（一九七五年）六二頁以下、拙稿「民法の解釈」星野ほか編

『民法講座別巻1』（一九九〇年）三頁以下を参照。

（3）本稿は、末弘厳太郎以後の法解釈方法論を検討した前注の拙稿と同様の観点から、梅と富井の法解釈方法論を検討するものである。なお、当初は、現行民法典制定から大正中期までの民法解釈方法論を、「わが民法学における概念法学的法律実証主義の形成と変容」という題目の下で論ずる予定であったが（前掲拙稿九頁注（1）参照）、筆者の能力から、梅・富井の検討のみに止まることになった。御海容を乞う次第である。

（4）本稿で頻繁に取り上げる梅・富井の著作を、ここにまとめて掲載し、以下では論文名（あるいはその略称）で引用する。

梅謙次郎――民法総則（自第一章至第三章）三十七年度講義録（信山社復刻版（一九九〇年）より、「総則」で引用する）、民法原理総則編巻之一（明治三六年）、民法要義巻之一―巻之六（特に断らない限り、有斐閣復刻版（一九八四年）より「要義○巻」で引用する）、最近判例批評（明治三九年）、続最近判例批評（明治四二年）、「所感（講演）」法学志林三四号（明治三五年）、「法律の解釈」太陽九巻二号（明治三六年）、「仏独法曹界の比較」太陽一五巻五号（明治四二年）、「伊藤公と立法事業」国家学会雑誌二四巻七号（明治四三年）。

富井政章――民法論綱人権之部上巻（明治二三年）、民法原論第一巻総論上（「原論」で引用する。なお、本書の記述は、いく度か訂正されているが、本稿では、「ドイツ的概念法学」が成立する以前の富井の民法学を検討するために、原則として初版（明治三六年）と明治四〇年の訂正七版（引用する部分については、初版からの頁の変動はない）を引用し、両版の記述に異同がある場合、その後の版を引用する場合には、その都度記すことにする。）、同第三巻債権総論上（昭和四年）、「法律学に関する説」法協五九号（明治二二年）、「法規の解釈法」法律新聞七三号（明治三五年）、「法規ノ活用」法学志林七〇号（七巻五号）（明治三八年）、「自由法説ノ価値」法協三三巻四号（大正四年）、「最近十五年間に於ける本邦法制の変遷」法律新聞一〇〇〇号（大正四年）、「民法ノ社会化傾向ト其解釈方法ニ就テ」法律評論一〇周年記念論文集（大正一〇年）（「民法ノ社会化傾向」で引用する）。

## 二　法解釈方法論

梅・富井が説いていた法解釈方法論のうち、まず、両者に共通する部分を見てみよう。梅・富井によると、法律の解釈には文理解釈（富井は文理的解釈と言う）と、論理解釈（論理的解釈）とがある。文理解釈は、文字の意味による法文の解釈である。この文字の意味は、一般の人が用いる意味ではなくて、立法者が用いた意味、立法当時の意味で解さなければならない。[1] 場合によっては、その解釈のために母法たる外国法に遡らねばならない。[2] ところで、梅は、「此文理解釋ノ範圍ハ存外狹イノデアッテ、畢竟法律ノ解釋トシテハ文理解釋ヨリモ論理解釋ノ範圍カ廣イ」[3]と言い、富井は、文理解釈のみでは「往々ニシテ立法ノ本旨ニ反シ法律ヲ死用スルノ結果ヲ生スヘシ」「主トシテ論理的解釋法ヲ用ユルコトノ必要ナル場合モ亦決シテ少シトセス」[4]と考える。この論理解釈として両者が考えているのは、第一に、ⓐ当該法律の他の規定との関連から導く解釈、さらに他の法律の規定との関連から導く解釈であるが、そのほかに、ⓑ「立法者の精神」、立法された「時代ノ必要」、あるいは「立法ノ理由其他立法當時ノ狀況等」による解釈、ⓒ外国の模範法を参考にすること、「母法ノ理義ヲ明ニスル」ことを考えている。[5] そして、文理解釈の結果と論理解釈の結果が異なる場合には、「字句の解釋としては多少當らぬ嫌のある場合と雖も、成るべく社會上、經濟上の結果の良好なるやう法文を解せんければならぬ」[6]（梅）、「法文ノ意義時トシテハ法律全體ノ上ヨリ定マルヘキ意義ト相容レサル……場合ニ於テハ其法文ノ意義ヲ擴張〔拡張的解釈〕又ハ限縮〔限縮的解釈〕シテ之カ解釋ヲ定ムルコトヲ要ス」[7]（富井）と言う。

以上の限りでは、梅と富井の法解釈方法は共通していた。両者の差異は、文理解釈に対するものとして、右のⓐⓑⓒのほかに、どのような解釈を考えるかにあった。すなわち、梅はⓐⓑⓒのほかには、「條理」「斯クナクテハ道理ニ合ハヌ」というものによる解釈を考えていた。それは、明治八年第百三号布告裁判事務心得の第三条（「成文アルモノハ成文ニ依リ成文ナキモノハ慣習ニ依リ慣習ナキモノハ條理ニ依ル」）に従って、「性法」により「制定法ノ不備ヲ補フ」ことである。[8]

これに対し富井は、論理的解釈の一つとしてさらに「類推論法」を主張する。それは、「或事項ニ就キ規定セル條文アルトキ原因ノ同一ナルニ基キ之ヲ類似ノ場合ニ應用スルコトヲ謂フ」「其拡張的解釋ト相異ナル所ハ立法者ノ意思ヲ根據トスルニ非スシテ原因ノ同一ナルヨリ間接ニ其意思ヲ推定スル點ニ在リ」[9]。ただし、「我新民法ノ如キ主トシテ一般ノ原則ヲ掲クルニ止メ各種ノ適用ニ渉ラサルモノニ在リテハ其必要甚少シトス殊ニ他ノ類似セル場合ニ關スル規定ヲ準用スヘキトキハ特ニ其旨ヲ明言スルコトヲ例トセルカ故ニ類推論法ハ單ニ事情ノ類似スル場合ハ勿論更ニ強力ナル理由アリト認ムヘキ場合（a fortiori）ニ於テモ濫ニ之ヲ用ユルコトヲ許サス唯其規定ニシテ寧疑議ヲ防止スル爲メニ置カレ類推ノ結果一般ノ原則ヲ適用スルコトト爲ルヘキ場合ニ於テノミ之ヲ用ユルコトヲ得ヘシ」と言って、類推すべき場合を厳しく限定している[10]。富井によれば、以上のような文理的解釈と論理的解釈によっても、適用すべき法則を発見できないことがある。しかし「裁判官ハ如何ナル場合ニ於テモ法規ノ不備欠缺ヲ理由トシテ裁判ヲ爲スヲ拒ムコトヲ得サル」から、その場合には、法例二条により慣習法を適用し、慣習法もないときには明治八年第百三号布告に基づき、條理によって判断する。「此等ノ法源（慣習、條理）ニ據リテ裁判ヲ爲スハ一般解釋ノ方法ヲ盡シタル後ノ事」である[11]。ここで富井が條理として考えているものは何か。それは梅の條理と同じものか。この点につき富井は、考えを明らかにしていない[12]。

以上によれば、解釈方法論における梅と富井の差は、二つの点にあった。第一に富井は、法規の解釈として、一定の場合に類推論法を考え、それによって適用基準を見い出せないときにはじめて慣習法、條理を認めているのに対し、梅は類推による解釈につき特には論じていない。第二に、條理による判断を、梅は性法という一般的準則による裁判と考えたのに対し、富井は、その内容をとくには論じていない。両者の法解釈方法論には以上のような差があった。それは彼らが自ら説くところからも分かるように、梅の自然法思想と富井の国家制定法主義に起因していた。しかしこの差は実際にどれ程のものだったのであろうか。この問題は、両者の法律観と実際の法解釈を検討するなかで考えることにし、ここではただ、次のことを指摘しておこう。條理による裁判として、梅は、法典制定以前の裁判事務心得第三条の下での裁判の如きものを考え、「條理の名の下に日本の昔の教育を受けた人は、尚昔の思想を基礎として問題を決し、英吉利

の法律を學んだものは英法の原則を條理として之を行ひ、佛蘭西の法律を學んだ者は佛蘭西法典の主義を是條理なりとして實行し、獨逸の法律を學んだものは、獨逸の法律を條理として之を行ふと云ふやうな、實に奇妙な状態であった…之が爲めに人民の權利義務と云ふものは、如何なるものであるかと云ふことが甚だ不明に屬して居りまして、少なからざる不便を感じて居った」と評している。[13] 條理による裁判は、梅においても高い評価をうけていたわけではなかった。

（1）以上は、富井・原論八四―五頁、梅・総則三〇六―七頁。

（2）この部分は富井・原論八五頁。

（3）梅・総則三〇七頁。

（4）富井・原論八六頁、八八頁。なお、富井「法規ノ活用」四三―五〇頁は、文理的解釈でなくて論理的解釈によるべき例として、民法三五条（同条の「商事会社ニ関スル規定」は、商法の「会社」と題する第二編に限定すべきでない。なお、三の注（1）を参照。）九五条（「法律行爲ノ要素」は、通常は客観的に解されて、意思表示、法律行為の性質、目的、当事者などを指すが、ここでは、意思表示の内容が、当事者の主観と世間一般とから見て、錯誤がなかったら意思表示しなかっただろうと言える場合と理解すべきである。）、一三五条一項（本条は、始期を、債務の履行についてのみ規定しているが、「殆ド文字ヲ棚ニ上ゲテ仕舞フコトニナリマスケレドモ、思切ッテ論理的解釋ヲ廣ク用ヒテ」、本条を解釈的規定と考え、債務の発生についても、さらには物権の設定・移転を目的とする法律行為についても同様に考えるべきである。）、一七七条、一七八条（登記を単なる公示と見ると、ここでの「対抗スルコトヲ得ス」は、他の場合と違って、第三者が当該物権の設定・移転をなかったものと見ることができる、との意味に解しなければならない。）をあげている。

（5）梅・「法律の解釈」六一頁下段、同・総則三〇七頁、富井・原論八六―七頁。但し梅の場合、ⓑⓒおよび後述する「條理」を、「論理解釈」の中に入れているのか、「論理解釈」の外で考えているのかは不明確である。

（6）梅「法律の解釈」六二頁上段。

（7）富井・原論八八頁。

（8）梅・総則三〇八頁、九〇頁。

(9) 富井・原論八九―九〇頁。

(10) 富井・原論九〇頁。同「法規ノ活用」四三頁（「佛蘭西民法ノ如キ百年程モ前ニ編纂セラレテ、今日カラ云ヘバ交通機關ガ開ケタコト其他種々ノ理由ヨリシテ最早時世ニ適合セナイ、而カモ猶ホ其改正ガ行ハレナイト云フ國ニ於テハ唯今申シタ類推論法トカ云フヤウナ解釋法ガ頻ニ濫用セラレテ居ルノデアリマス、然ルニ是ハ往々解釋ノ區域ヲ脫シテ立法權ヲ僭行スル結果ニナルノデアル、我新法典ノ如キ或規定ヲ類似ノ場合ニ準用スベキトキハ一々其事ヲ明言スル以上ハ此種ノ解釋法ハ最モ愼マネバナラヌコトデアルト思フ」）、同「自由法説ノ価値」六八頁も同旨を説いている。

(11) 以上、富井・原論八八―九頁。同「自由法説ノ価値」七〇頁も同じ考えを維持している。

(12) 大正期に入ると、富井は、石坂音四郎の「法律ノ解釈及ヒ適用ニ就キテ」法律新聞七六二号―七六四号（明治四五年）を引照しつつ、「所謂條理トハ裁判官カ各場合ニ於テ法律ノ目的ニ稽ヘ公正ト認ムル所ヲ謂フモノニシテ畢竟一ノ主觀的標準ニ外ナラス從テ條理其者ハ之ヲ獨立ノ法源ト見ルヘキニ非ス唯上記ノ兩法源（法律と慣習法）ニ據ルコトヲ得サル場合ニ於ケル裁判ノ準據タルノミ」「如何シテモ此方法（論理解釈）ヲ施用スルコト能ハサル場合ニ於テ已ムナク條理ヲ標準トシテ裁判官ノ自由裁量ニ依ラントスルノミ／然リト雖モ此補充的標準ハ固ヨリ一般ノ準則ニ非スシテ單ニ各個ノ場合ニ於テ訴訟當事者ヲ覊束スルニ過キス而シテ其適用範圍ノ如キモ解釋方法ヲ盡シタル後ノ事ナルカ故ニ甚タ狹キコト當然ナリトス此等ノ點ハ何レモ自由法説ト大ニ觀念ヲ異ニスルモノナリ」と述べている（「自由法説ノ価値」七一頁、七三頁。傍点は引用者。）。なお、富井「民法ノ社会化傾向」一五頁も、條理を同様に説明している。

(13) 梅「伊藤公と立法事業」九六七頁。

## 三　法思想と法律観

梅と富井が、法規の不完全性を認め、文理解釈よりも論理解釈を重視し、論理解釈の内容として右のⓐⓑⓒを考えていたのは、法解釈に対する要請として二つのことを考えていたからである。すなわち、当時の法実務・法律書の傾向を前にして、法律の解釈は、第一に、(ア)法文の文言に拘泥せず、実際に妥当な結果になるように行うべきだ、しかし第

二に、（イ）法典を離れてはならない、と考えたことに由来していた。やや詳しくみてみよう。

右のうち（ア）の主張は、直接には、法文言を忠実に解釈し、取引の実情に合わない結論を導いたいくつかの裁判例と実務に対するものであった。すなわち、民法典制定後から明治末年までの間に、①根抵当権設定契約を無効とする判決（東京控判明治三四年六月二八日法律新聞四六号六頁など）、②現金の授受がなければ消費貸借契約は成立しないとした判決（大阪地判明治三五年一〇月二四日法律新聞一一二号六頁など）、③三七四条に二項が追加される明治三四年以前に、遅延利息は定期金でないから、抵当権によって一切担保されないとした判決（大判明治三三年五月二日、同明治三三年五月一九日など）、④振出人の肩書の地名は振出地の記載でないという理由で手形を無効とした判決（東京地判明治三四年六月六日法律新聞四〇号一二頁）、⑤経済上独立した市でなくて区を振出地とした手形を無効とした判決（東京地判明治三四年六月二九日法律新聞四四号九頁等多数）などが続いた[1]。また、これらの裁判例と轡を並べるように、民法典制定後の法律書は「唯法典ノ條文ヲ捉ヘテ其字義ヲ釋明スルコトニ主力ヲ用」いていた（後述）。これらの傾向を梅は次のように批判する。「我邦現時の裁判例を見るに往々法文の字句に拘泥し其解釋の結果が果して時世の必要に應ずるや否やと云ふことは全く之を度外に措〔く〕……傾向あることを認めて、予は慨歎に堪へないのである、抑々法律は……、國家の安寧、秩序を保ち、國民各自が公平に保護を受け、人々其業に安じ、皆倶に共に國家の進運に貢献することが出來るやうにするためである（直接には各人の私益を保護するにもせよ、）然るに法律は人の作つたものであるから、人類の自然の不完全を承けて多少の不完全あるを免れない……故に……解釋の力に由つて其規定に多少の増損を加へて事實に嵌まるやうにすることが多いのである、……苟も終始此心を以て裁判官の職務を行ふ者は妄に法文の字句に拘泥して時世の必要に應ぜざる裁判をなすことは出來ぬ」。そして、「法律を解釋する者は常に其法律は何のため出來たのであるかと云ふことを考へ、……法文が二様に解し得らるるならば常に此の如き結果〔社會上、經濟上不良の結果〕を生ずべき解釋を避け字句の解釋としては多少當らぬ嫌のある場合と雖も、成るべく社會上、經濟上の結果の良好なるやう法文を解せんければならぬ」と主張する[2]。富井も同旨を次のように説いた。「私ハ是等ノ問題〔手形ノ振出地竝ニ支拂場所又

ハ消費貸借ニ於ケル占有移轉等ノ問題）ニ付イテモ偏狹ナル法文ノ解釋ヨリシテ實際ニ適合セヌ判例ノ生ジタコトヲ遺憾トスル……法規ヲ活用スルトハ立法ノ精神ニ背馳セザル範圍内ニ於テ、可成實際ニ適合スルヤウニ之ヲ解釋シ適用スルト云フコトデアリマス」「適用スベキ條文ハ明瞭ニ見ヘテモ其一條文ノ字句ノミニ依ツテ解釋シテハ法典全體ノ上ヨリ究明シ得ベキ法理ニ合ハヌ結果ヲ生ズルコトガ屢〻アル、斯ノ如キ場合ニハ大膽ニ論理的解釋ヲ應用シテ不都合ナル結果ノ生ゼザルコトヲ圖ラネバナラヌ」「我新法典ハ條約改正ト云フ政治上ノ必要ニ迫ラレテ短期間ニ出來上ツタモノデアリマス、故ニ、其條文ニ不完全ナル點多キコトハ免レザルコトデアリマス……其不備缺點中ニ於テ解釋ノ手段ニ依ツテ矯正スルコトノ出來ル不便ハ何處マデモ矯正セネバナラヌ」[3]

梅・富井も、法文言に拘泥する裁判・実務に対し、民法典を解釈によって大いに補完して実際に適合する結果を導かねばならないと説いたが、この主張の基礎には、二つの考えがあった。一つは、日本の民法典が短期日に制定されたために特に不完全だという認識である。梅も富井もこのことを強調し、近い将来に民法典の大改正が必要だと考えていた程であった。[4] いま一つは、右に引用した梅の一節の冒頭に見られるように、法律、法律解釈は、社会生活ないし国家の繁栄・発展のためのものである、という法律観である。富井も、法律解釈の問題に即してではないが、「法律ノ目的ハ社會生活ヲ保全シ其福利ヲ進張スルニアリ」[5]と、同様の法律観を表明している。ここには、法律・法律解釈は、法に固有の価値（例えば正義、公正）を実現するものだとの観念は稀薄である。

社会・国家が第一次的な存在であり、法律解釈は社会・国家に奉仕するものと見るこの考えは、他のところでも見られる。例えば、梅も富井も法律に欠缺のあることを論証するときに、「人間共同生活ノ状態ハ常ニ變轉シテ極マル所ナキカ故ニ當初立法者ノ見界ニ入ラサリシ事實頻出シ直ニ之ニ適用スヘキ規定ヲ缺クコト往々之ナシトセス」[6]と言うように、実定法の内在的企図ではなくて、実定法以外の社会的・経済的理由を基準としている。また、法律学は学か術かという問題について、梅・富井は、法理学、法律哲学、法制史などは「物ノ道理ヲ究メル」あるいは「其（現象の）存スルコトノ原因ヲ究明スル」学であるが、法律の解釈は、法律の適用――梅はさらに立法を加える――とともに、「或目的ニ達

スル爲メニ如何ナル方法ヲ採ルベキカト云フコトヲ究メル」あるいは「或事ヲ成功スルニ最モ適当ナル方法ヲ知得スル」術であり、[7] 法律の解釈のような術の問題においては、結果の実際の便・不便が重要な判断基準となる[8]と考えていた。

以上のように、梅・富井は、実際の妥当性を重視したが、同時に、法典の尊重を説いていた。この（イ）の考えについては、富井はその理由を明確には述べていない。「法規ヲ活用スルトハ立法ノ精神ニ背馳セザル範圍内ニ於テ、可成實際ニ適合スルヤウニ之ヲ解釋シ適用スルト云フコトデアリマス」と言うのみである。[9] 他方、梅は、ジェニーの自由法論を斥ける際に次のように述べている。「最近の佛國法學界に於ては法文に直接に規定したる事項の外は皆時世の必要に依って各事實に適用すべき法律を定めなければならぬと云ふ新説を生じた」。しかし、「佛國法典は既に百年の星霜を經たるものであって、且其不完全の程度は確かに我法典より甚しいのであるから、之に適合する解釋法は必ずしも之を移して我民法典の解釈法とすることを得ない。[10]」しかしこれは、法文から自由な解釈の必要はないという理由、しかも妥当な結論を追求する観点からは必要でないという理由にすぎない。梅・富井が、法典を尊重した積極的な理由は何であったか。それは、立法権に対する司法権の限界という観念や、その基礎にある、立法権の主権性・最高機関性ではなかった[11]。法典尊重の理由が、フランス註釈学派のように権力分立の思想でなかったことは、法規の文言を相対視していることからも明らかである。梅・富井が法典の尊重を説いた第一の理由は、立法者意思説的な思想であった。「法律は……立法者の意思を表示したるものと謂はねばならぬ、……隨って之を解釋するに當っては……立法者が如何なる意味を以て法文の字句を用ひるかと云ふことを探究しなければならぬ……[12]」と言う。（ここには、啓蒙自然法的な姿勢を見ることができないであろうか。）しかし、その立法者の意思とは起草者の意思ではないことをしばしば強調し[13]、さらに、「立法者は決して社會上、經濟上不良の結果を生ずべき事項を希望したるものでない……此の如き結果を生ずること明らかなる解釋は確かに立法者の意思に反するものである」と説いていた[14]。それは、法律解釈の目標について、表見的には立法者意思説（主観説）を採りながら、内実的には法律意思説（客観説）を主張するものであり[15]（立法者意思説的法律意思説）、（イ）の考えが（ア）の考えと衝突するのを回避するものであった。その限りで、梅の立法者意思説は、曖昧で薄弱なもので

あった。こうしてみると、法典尊重の最も大きな理由は、梅・富井が制定法に従って作動する社会制度の確立を企図していたことに求めるべきように思われる。このことは、法律解釈の問題をやや離れるが、梅・富井が、慣習法、自然法に対して成文法たる法律の重要性を説いていたことに見られる。

まず、成文法と慣習法の優劣得失について、梅と富井は、①慣習法には明確な標準がなく裁判が一定しない、②民法典施行前の離婚に関する慣習のように、法律によって改めるべき場合がしばしばある、③制定法と違って、慣習は社会の進歩に応じて改正できない、④わが国では維新前の慣習法は時勢が変って用いられず、維新以後社会が複雑になったので、世人が標準とすべき明確な法律が必要である、等の実際的な理由から、「成ルベク慣習法ニ依ラズシテ成文法デ支配シテ行クヤウニ努メルノガ宜シイ」(梅)、「時世開明ニ進ミ立法機關ノ具備スルニ從ヒ法律ハ一般ニ不文法ヨリ制定法ニ移リ且漸次精密ヲ加フル」ものだ(富井)と言う。[16] さらに富井は、慣習法(学説・判例を含む)を重視する歴史法学派を批判する際に次のように述べている。「法律ハ國家的生活ノ要件ニシテ主權ノ作用ニ依リテ定マル人間外部關係ノ規則ナリ主權ノ發動ハ必シモ國民總意ノ表彰ニ非ス」、「法律ハ単ニ歴史的ニ傳來セル社會ノ現状ヲ顯表スルニ止マルヘキモノニ非ス此發達窮極スル所ナキ社會萬般ノ需要ヲ充タスニハ更ニ進ンテ施設經營スル所ナカルヘカラサルナリ」[17]。このように、梅も富井も、慣習法に委ねるよりも法律を制定する方が優れているとしていたが、この見解は、右に紹介したところにも見られるように、二つの考えに基づいていた。一つは、社会は進歩・発展すべきものだという進歩主義の価値観であり、もう一つは、そのために国家が法制度等を通じて指導すべきだという、国家主導型の社会体制観である。

次に、自然法をめぐっては、梅と富井は対立していた。富井は次のように自然法を批判する。法律が人類の心性に基づかねばならぬというのは真理かも知れないが、そのためには先ず学理的に人類の本性とその社会的な特性を明らかにせねばならぬ、また、万世不易の正理があるかも知れないが、我々の現在の知識では最終的な決定を下すことができず、むしろ現在の研究によれば、不変の自然法則と同視できるものはない、「自然法ノ觀念ハ……畢竟一種ノ主觀的理想ニ過キヌ……獨斷ノ見ニ基ケル先天的定典タルコトヲ免レス」[18]と。このように、主に認識論として不十分であることを理由

に、自然法論を斥ける。これに対し梅は、自然法を擁護していた。第一に、実際の適用は時世によって変化するが、大原則は万古不変のものがある。第二に、法律の改良・進歩がある以上「理想」があるはずである。「最後ノ理想」が必ず一つあって、進歩している限り無意識のうちにそれに近付くのである。第三に、制定法がない場合、あるいは不完全な場合がある以上、立法・裁判のために自然法を認めねばならない、と。[19] しかし、梅の自然法は制定法の否定・限定へつながらないで、かえって、制定法尊重を根拠付けていた。「大凡制定法ノアル場合ニ於テハ（此制定法ト云フノハ……成文ト慣習ト兩方含ム）必ズ制定法ニ依ラナケレバナラヌ、現在ノ規定ガ性法ニ合ハナイカラ之ニ依ラナクテモ宜イト云フヤウナコトハ決シテ言ッテハナラヌ……空理カラ言ヘバ性法ト云フモノガ一ツ確ニアル筈デアル、併シソレハ……唯各自ガ其腦裡ニ是ガ性法デアルト云フコトヲ考ヘテ居ルマデデアル、ソレ故ニ若シ制定法ガ存シテ居ルナラバ是ガ其性法ニ副ウテ居ルモノ、理想法ニ副ウテ居ルモノト看做サ子バナラヌ……ナゼカト云フト畢竟法律ノ目的ハ社會ノ維持ト云フコトデアル、社會ト云フモノハ若シモ各自ノ意見ニ依ッテ權利義務ヲ定ムルト云フコトデアッタラバ安寧、秩序ヲ保ッテ行クコトガ出來ナイ」（傍点は引用者）からである。「ソレデスカラ今日ノ文明社會ノ如ク大抵ノ事ニ制定法ノ存シテ居ル國柄デハ滅多ニ性法ノ必要ヲ感ジナイ」[20]。梅は、歴史法学派に対して自然法学派を擁護するけれども、自然法は認識論として不十分である（「各人ノ頭ニ存スルノミデ」「確カナ証拠ガナイ」）ことを理由に、「法とは何か」に関する法の存在論の領域に封じ込め、「法をどのようにして認識するか」に関する法の認識論では、「社会ノ維持」「主権者ノ職務」を理由に国家制定法に全権を委ねている。自然法学の目的と歴史法学の方法とを結合して、「歴史ニ依テ（＝歴史法学）理想ヲ探ル（＝自然法学）ノガ本當ノ研究デアル」[21]と説きながら、実際には、国家法によって理想を実現することを、さらには国家法が理想であると、説いているように思われる[22]。

ところで、制定法尊重の理由とされている「社会ノ維持」「社会ノ利益」という観念の背後には、「進歩」というより基本的な価値観があった。すなわち、「吾吾ハ申合ハサズ、又殆ド不知不識ニ其理想ノ方ニ近付イテ行ッテ居ル」「段段國人ノ幸福ガ増シテ行キサウシテ國ノ勢力、マー今日デハ國ノ勢力ト言ハナケレバナラヌ、行ク行クハサウ云フ事ハ無

クナルベキダガ今日ハ國ノ勢力ガ段段張ラレテ往クノハ理想ノ方ニ近付イテ行クノデアル」[23]「私法ガ何ゼ公平ヲ旨トセンナラヌカト言ヘバソレデナケレバ社會ノ平和ヲ保ツコトガ出來ヌカラデアルト云フ、即チ公平モ亦社會ノ利益ト云フ最後ノ目的ノ爲メニ貴イノデアッテ公平ソレ自身ノ爲メニ法律ガ出來テ居ルトハ言ヘナイト私ハ思フ、若シ然リトセバ社會ノ維持、——而シテ社會ヲ維持スルニハ必ズ社會ガ進歩、發達シテ行カナケレバナラヌ、進歩、發達シナイモノハ必ズ退歩シテ終ニ亡ビルニ至ル、——其社會ノ維持ニハ終始經濟ト云フコトヲ眼中ニ置カナケレバナラヌ」[24]

このように、梅の自然法が理想とする価値、唱導する規準は、抽象的には「進歩」であり、具体的には「制定法の尊重」であって、本来の自然法思想から大きく変質していた。ここにみられる、国家が制定法によって社会の維持、発展をはかるという法律観は、富井のそれと基本的に同じものであった。すなわち、富井は、法の捉え方について、自然法学派と歴史法学派のいずれをも斥け（前出注（18）（17）の本文）、法律（法）を、実質的観点では、「社会生活ヲ保全シ其福利ヲ進張スル」ためのものととらえ、形式的観点では、「主観ノ作用ニ依リテ定マル人間外部関係ノ規則ニシテ一般ニ強制力ヲ有スルモノ」と定義していた。それは富井自身によれば、「法は主権者の命令である」とするオースチンの見解に、右の実質的観点を補充したものであった。[25][26]

このように梅も富井もその法律観は国家的法律観であった。しかし、念のために繰り返せば、それは、すべての法律問題の解決が実定法規の中に存在すると考える法律実証主義ではなかった。（ア）の分析で見たように、梅・富井は、法律の欠缺を正面から認め、法規の文言に拘泥することを戒めていた。また、梅・富井の法典尊重の主張は、フランス註釈学派のように、法律（loi）＝一般意思（volonté générale）＝理性（raison）という思想や、一般意思が構成する議会の制定法律のみが真の法であり、裁判官はこの法律の手足にすぎないという権力分立思想[27]に基づくものではなかった。彼らの法律観は、法・法律を、国家が社会を維持し発展させる手段と考えているという意味で国家的であった。

ところで、梅と富井の右の法律観は、当時の一般的な法思想状況を反映していたように思われる。一般的な状況を見ると、明治初期に支配的であった「天賦人権」論、性法の思想は、自由民権運動の敗北、欽定憲法の発布とともに衰退

し、明治二〇年代後半以降は、「国賦人権」論、進化論が支配的になっていた。[28] これに応ずるかのように、民法学をめぐる状況も変化していた。かつて明治二二年―二五年の法典論争における自然法学と歴史法学との対立は、和仏法律学校、明治法律学校、早稲田専門学校、英吉利法律学校、日本法律学校等の私立法律学校とその卒業生の勢力が盛んな中での、仏法派と英法派の対抗を反映していた。ところが、二九年、三一年の民法典制定前後から私立法律学校の、なかでも英法派の勢力が衰退し、他方で、明治二七―八年の日清戦争、明治三七―八年の日露戦争を経て国家主義が高揚する中で、法思想における主要な対抗軸は、自然法学対歴史法学から、自然法学・歴史法学と、進歩主義に支えられた国家的法律観との間に移っていた。[29] 自然法を主張する梅も、それを否定する富井も、穂積陳重の「法律進化論」の思想――それは生存競争・自然淘汰による進化を世界と社会の基本法則と考え、法もそれに従って段階的に発展すべきものとし、当時のわが国については国家の主導による進歩・改良を説いていた――を共有し、しかもこの思想が、彼らの法解釈論の中核をなしていた。[30] そして立法作業が終了し、制定された法律の注釈に法律学が没頭してゆくとき、自然法思想がさらに衰退するのは自然なりゆきであり、法思想としての活力を維持するには、意識的な努力が、とくに法の認識論の開拓が必要であった。そうしないで、自然法を以て国家制定法を一般的に弁証するときには、自然法・理想法の内実は国家制定法主義的なものに変質せざるを得なかったと思われる。

以上の、法・法律を統治手段と見る法律観と、進歩主義を基礎とする国家制定法主義とが、後にわが国の「概念法学」の出てくる法思想的基盤であった。それゆえこの「概念法学」には、一九世紀ドイツのパンデクテン法学がもっていた、法曹共同体の文化という性格も、「隠れた自然法」という性格も、[31] 稀薄であった。そして、自然法思想や條理が、――明治初期とは違う角度から――再び取り上げられるのは、大正期以後の社会変動とそれに応ずる法運動の中においてなのである。[32]

（1）このほか登記実務では、民法三五条二項の、商行為以外の営利行為を業とする民事会社には「商事会社ニ関スル規定ヲ準

用ス」との文言を文字通り解して、商法の中の「会社」と題する第二編のみを準用し、民事会社が支配人の選任の登記を申請しても受理せず、さらには合名会社という名称を許さないことがあったと言われる（この問題は、明治四四年の商法改正が民事会社を商事会社とみなすとしたので、今日では解消している）。以上は、次注（2）（3）の梅・富井の論稿が取り上げ、批難している裁判例・登記実務である。

なお、富井は大正四年になると、「此弊害〔「判決が往々にして法律の文字解釋に偏重し、立法の目的と社會生活の實情に遠ざかる」という弊害〕は近頃大分矯正されたやうである」と言っている（「最近十五年間に於ける本邦法制の変遷」四頁）。

（2）梅「法律の解釈」五七頁、六一―二頁（傍点は引用者）。梅「所感（講演）」（とくに二八頁）も同趣旨を説く。

（3）富井「法規ノ活用」四〇―二頁。富井「法規の解釈法」、同・原論八二頁も同趣旨を説く。なお、当時、梅・富井以外に同旨を主張するものとして、美濃部達吉「法の解釈に就て」法律新聞一三三号（明治三六年）がある。

（4）梅「伊藤公と立法事業」九六六頁、同・最近判例批評・続編の序文、富井・原論七〇頁のほか、梅については、岩田新・日本民法史（昭和三年）一三一頁、同・民法起草と日本精神――梅先生の「條理」を中心として――（日本法理叢書二五輯）（昭和一八年）三四頁を参照。なお富井「法規の解釈法」四頁上段は、現行民法典の欠陥の例として、代理の大部分の規定はドイツ民法からとりながら、その骨髄たる授権の思想を取り入れず、旧法の委任契約と代理関係との混同を残している、とする。また、民法典起草の補助委員であった仁井田益太郎の「法律解釈ノ心得」法政新誌七巻六号（明治三六年）一―二頁は一般的に「法律解釈ニ付キ最モ注意スヘキハ立法者ヲ以テ毎ニ論理ニ重キヲ措クモノトナスヘカラサルコト是ナリ……凡ソ立法者ハ往々法典編纂ノ便宜上論理ニ反スル規定ヲ設ケ又ハ論理上生スル當然ノ結果ニシテ多少疑アルモノニ付キ特ニ規定ヲ設クルコトアリ又ハ法律編纂ニ際シ便宜上同一ノ文字ヲ数箇ノ意義ニ用フルコトナキニ非ス」と言って、いくつかの具体例をあげている。

（5）富井・原論七―八頁。富井「法律学に関する説」六一六頁は「法律とは其実質を云へは畢竟國を治むるの一道具に外ならす」と言っている。

（6）富井・原論八八―九頁。梅については、注（2）の引用文参照。なお、磯村哲「法解釈方法論の諸問題」同編・現代法学講義（一九七八年）九八頁によると、現在のドイツでは、法欠缺の存在を「法律の企図違反の不完全性」というように実定法を基準に判断しているとのことである。

(7) 梅・総則五七―八頁、富井・原論九―一〇頁、同「法律学に関する説」六一九頁、六二二頁。

(8) 例えば、梅・総則六六―七頁では、債権たる賃借権に第三者に対する対抗力を与えるべきかという術の問題を論ずる際に、実際上の便・不便を基準にしている。

(9) 富井「法規ノ活用」四〇頁（但し、傍点は引用者）。

(10) 梅「法律の解釈」五六頁上段、六〇頁下段。フランスと日本の状況の違いに関する同様の認識は、梅・総則二一頁にも見られる。また富井も、「佛國ジェニー氏等ノ首唱スル所……同國法典ノ下ニ於テハ大ニ理由ナキニ非ス蓋佛國ノ法典ハ百有餘年前ニ編纂セラレ近代ノ社會狀態ト相距ルコト遠キヨリシテ裁判官ハ自由解釋ニ依リ百方其不備ヲ補ヒ事實上ニ於テ法文ヲ改造スル慣例ヲ馴致スルニ至レリ」、しかし「自由法派ノ主張ハ現今ノ法治制度殊ニ法典ノ存在ト相容レサルモノトス」、と述べている（「自由法説ノ価値」六一頁、六四頁）。

(11) もっとも、後（大正四年）になると、富井は、「法典編纂ノ目的ハ……畫一明確ナル法規ノ下ニ權利ノ安固ヲ保障セントスルニ在リ」「近世法典ノ下ニ於テハ寧ロ汎ク其方法（論理解釈）ヲ應用シ及フ限リ法律其者ノ中ニ適用スヘキ法規ヲ發見スルコトニ努メサルヘカラス是レ實際上ニ於テ立法司法ノ分界ヲ明ニシ法典編纂ノ本旨ニ適ヒ且法律學ヲ向上セシムル所以ト信スルナリ」（「自由法説ノ価値」六四頁、七二―三頁。傍点は引用者）と述べて、法典尊重を、法治国家原理によって基礎付けている。

(12) 梅「法律の解釈」六一頁上段。

(13) 梅「『借財』ノ意義ニ関シ志方鍛君ニ答フ」法学志林五九号五七頁（最近判例批評二二一頁）など。

(14) 梅「法律の解釈」六一頁下段―六二頁上段。なお、この考えは、梅・富井に続く世代の中では、川名・民法総論二七―八頁の、法規の解釈は「立法者ノ意思ヲ確定スル」ことであり、「法規ハ立法者モ社會ノ實況ニ適應セシムヘク之ヲ設定スルモノナリ故ニ社會上ノ現況ニ適合スヘカラサル結果ハ立法者ノ意思ナリト云フコトヲ得サル」という考えに受け継がれている。

(15) 法律解釈（狭義）の目標に関する立法者意思説と法律意思説の対立については、来栖三郎「法の解釈における制定法の意義」法協七三巻二号（一九五六年）三頁以下、磯村哲「法解釈方法論の諸問題」（前注（6））九〇頁以下を参照。

(16) 梅・総則一〇八―一一八頁、「所感」一九―二〇頁、「伊藤公と立法事業」九六七―八頁、富井・原論二八―九頁、七一―二頁（傍点は引用者）。

(17) 富井・原論七―八頁（傍点は引用者）。富井の制定法重視については、星野「前掲論文」（一の注（1））二〇九―二一一頁に詳しい検討がなされている。
(18) 富井・原論一二頁、六頁。
(19) 梅・総則一〇―二四頁。
(20) 梅・総則九〇―一頁、九二頁。同九三頁も次のように言う。「主權者ハ畢竟社會ノ利益ト云フコトヲ圖ル丈ケノ職務ヲ持ッテ居ルモノデ、ソレ以下［外］ノ事ヲ爲スベキモノデハナイ、ダカラ主權者ガ定ムルコトハ必ズ人類ガ社會ノ一分子トシテ由ラ子バナラヌモノトシテ定ムベキモノデアル、……制定法ガ性法ニ違ッテ居ルコトハ實際アルカモ知レヌ、併シソレハ確ナ證據ガナイカラ先ヅ制定法ハ性法ニ副ッテ居ルモノト見ナケレバナラヌ」
(21) 梅・総則二五頁。「歴史ニ依テ理想ヲ探ル」のであれば、学説・判例を含む広義の慣習法こそ自然法によって基礎づけるべきであるのに、そのような議論をしていないこと、歴史法学派に対する自然法の擁護（総則四―二六頁）に比べ、富井のような法律＝命令・制裁説に対する批判が著しく少なく、かつ原理的なものでない（総則二六―三〇頁）ことにも、梅の、おそらく無意識の国家制定法主義を見ることができる。梅の自然法思想のこのような矛盾は、岩田・日本民法史二〇四―五頁、星野「日本民法学の出発点」（一の注（1））二二六―八頁が既に指摘しているところである。
(22) 梅と富井の法思想については、梅の自然法思想を重視して、両者の差異を強調する捉え方（星野「日本民法学の出発点」（一の注（1））二二〇―六頁、二四二―三頁）と、本稿のように、その差異は程度の問題と考え、むしろ両者の共通性（進歩主義的価値観と、それによって支えられた国家的法律観）を重視する見方とが可能である。本稿が敢えて後者の見方を採るのは、当時の法思想のあり方の中に、今日にまで連なる問題性を探るときには、梅が他の論者と違って自然法思想をとっていたことではなくて、梅においてすら自然法の思想が後退・変質していたことと、その理由の方が重要だと考えるからである。
(23) 梅・総則一八―九頁。
(24) 梅・総則五二頁（傍点は引用者）。
(25) 以上、富井・原論五―八頁。なお、岩田新「日本民法学における梅と富井（序説）」法学新報四六巻一号（昭和一一年）一八頁参照。

(26) 以上のような進歩主義的国家制定法主義は、例えば、梅・富井がともに、自然債務を否定していたことに現われている。すなわち、ボアソナードが、人定法と自然法の区別を前提として、訴権を生じない義務を広範に自然義務としていたのに対し、梅・富井は、「是レ（自然義務は）羅馬法ノ如ク形式ニ拘泥スルノ極法律カ保護スヘキ権利ニシテ唯形式ニ缺クル所アルカ爲メ之ヲ保護スルコト能ハサル場合ニ於テ……幾分カ不完全ナル效力ヲ付スルヲ以テ已ムコトヲ得サルモノトセシハ敢テ怪シムニ足ラスト雖モ法律ノ進歩スルニ從ヒ凡ソ法律ノ保護スベキ権利ハ總テ相當ノ方法ヲ以テ之ヲ保護スル以上ハ敢テ其外ニ所謂自然義務ナルモノヲ認ムルノ要ナシ」という理由から、自然義務を否定した（引用は梅・要義三巻六―七頁（ただし、傍点は引用者）。そのほか、梅・民法原理五四六―九頁、富井・民法論綱人権之部上巻一八―二一頁、「貴族院に於ける旧民法延期案に関する富井先生の賛成演説（明治二五年）」杉山直治郎編・富井男爵追悼集一六〇頁も同旨を説いている）。それは、国家法が保護するものを法・権利とすれば必要にして十分だとの考えに基づいている。

なお、富井は、大正期の社会変動を経て、国家制定法万能論が反省される時期になると（後注（32））とその本文を参照）、「惟フニ自然債務ノ制ハ舊來ノ法律ニ認メラレタル多數ノ場合ニハ之ヲ存置スルノ必要ナキカ如シ唯近時此名稱ノ下ニ成立スル法律關係殊ニ佛國ノ判例及ヒ獨民法第八百十四條ニ認ムル如キ道徳上ノ義務ヲ果ス目的ヲ以テ爲シタル給付ヲ有效トスルコトハ大ニ其理由ナキニ非ス……而シテ其給付ヲ有效トシ取戻權ヲ否認スル理論上ノ根據ハ債務關係ノ客觀的存在ヲ前提トスルニ非スシテ給付者ノ意思又ハ目的ヲ尊重スルニ在リ……是舊來ノ自然債務ト其基本觀念ヲ異ニスル所ニシテ……要スルニ本問題ハ立法上及ヒ解釋上尚大ニ攻究ノ餘地アルモノト信スルナリ」（民法原論第三巻二四―二九頁。ただし、、、、は原文、。。。は引用者）と述べて、自然債務概念の可能性を認める立場に変化している。

(27) フランス註釈学派の法思想については、野田良之「註釈学派と自由法学」法哲学講座第三巻（一九五六年）二一六頁、二二八頁以下を参照。

(28) 石田雄・日本近代思想史における法と政治（一九七六年）一一二頁以下、一四三頁以下参照。したがって、自然法思想が国家目的と結びついたのは梅だけではなかった（例えば、石田・前掲一一七頁、一四四頁の塩入太輔）。なお、自由民権論の退潮と民法典起草者らの自然法論に対する態度との関係も、既に、星野・一注（1）所掲論文二四七頁が指摘している。

(29) 以上については、加藤正治「維新以後我国法学通勢（講演）」法学志林五一号（明治三六年）四八―五〇頁、五二号四〇―四二頁、仁保亀松「法典ト法律学トノ関係ヲ論シテ法理ノ研究ニ及フ」京都法学会雑誌一二巻九号（大正六年）の記述のほか、

日本評論社編・日本の法学（一九五〇年）三―五頁、一一―五頁、二七―八頁の諸発言が示唆的である。

(30)「法律進化論」が、法典論争の思想統一をはかり、明治憲法体制の下での立法再編を推進する役割を果したこと（利谷信義「戦前の『法社会学』」川島武宜編・法社会学講座2（一九七二年）一八八―一九三頁参照）の結果が、梅と富井においてはこのような形で現われているように思われる。

(31) ヴィーアッカー（鈴木禄弥訳）・近世私法史（一九六一年）五二〇頁、五二八―九頁、五五〇―一頁。

(32)「條理による裁判」の考えが、法典制定後の時期に衰退したが、大正期になって再び注目されることについては、杉山直次郎「明治八年布告第百三号裁判事務心得と私法法源」法源と解釈（一九五七年）二六―二八頁、三三―三五頁（初出は法協四九巻九号（昭和六年））を参照。

## 四　法解釈の実際

梅・富井の法解釈方法論は、文理解釈―論理解釈―類推―慣習法―條理という手法を考え、その中で論理解釈を最も重視していたこと、それは、法典を尊重しつつ実際に妥当な結果を得ることを法解釈の課題と考えていたためであること、このような法解釈方法論の基礎には、道具主義的な法律観と国家制定法中心の法律観があったことを見てきた。以下では、梅と富井の法解釈の実例に即して、この解釈方法論の実際の姿を見てみよう。

ところで実際の法解釈といっても、「実践家」の梅と、「学者」であった富井とは対照的であった。梅は、民法典の適用上の問題に答える「解疑」「法典質疑録」のほかに、当時の裁判例を検討する「最近判例批評」を著わしている。またその論稿の多くも、裁判例で争われた問題を扱っている。これに対し富井の場合は、「法典質疑録」や判例研究は非常に少なく、当時の実際の法律問題とは関係なく「法律原理ノ秩序的研究」を行なう論稿が多い。そこで、このような富井の法解釈は次章で検討することとし、ここでは梅の法解釈を、その「判例批評」を中心に検討することにする。ところで「判例批評」に限っても、梅は、民法、商法、民事訴訟法、破産法、刑事訴訟法につき一六〇篇以上を著しているが、

筆者の専門である民法、なかでも財産法（民法典の総則編、物権編、債権編）の分野に、検討を限定する。その中からまず、当時の裁判例で繰り返し論じられた問題につき、梅が比較的詳細に展開している法解釈をみてみよう。[1]（一）の中に、梅が用いている推論の種類を記しておく。そこで「結果による判断」というのは、解釈結果の是非を、法規の文言・立法目的を離れて評価し、それから、当該法解釈の当否を判断するものを指す。法解釈の当否を、結果の是非によって判断するものでも、法規の目的を基準とするのは、目的解釈（論理解釈のⓑ）である。）

①一二条（保証人の同意を要する準禁治産者の行為）一項二号の「借財」、八八六条（親権を行使する母が親族会の同意を要する行為）二号の「借財」は、消費貸借だけでなく、金銭支払債務の負担行為を広くさすから、約束手形の振出も含まれるとした裁判例を批判するもの（志林五三号三一頁＝一丁九、「『借財』ノ意義ニ関シ志方鍛君ニ答フ」志林五九号、志林一〇巻一号一頁＝㈠甲一）――「借財」は、「借入金」の通俗語であり、旧民法も仏語のemprunt の訳語として用いていた（文理解釈）。一二条、八八六条、八〇二条（夫の財産管理行為のうち妻の承諾を要するもの）は、「借財」とは別に、「保証」「不動産又ハ重要ナル動産ニ関スル権利ノ」取得――これは、別に「負担附ノ贈与若クハ遺贈ヲ受諾スルコト」があるから、有償取得であり、したがって債務負担行為を伴う――、「賃貸借」、担保の設定などの債務負担行為を挙げているから、「借財」を債務負担行為と解すると著しい重複と抵触が生ずる（論理解釈のⓐ）。約束手形の振出は危険が多いから「借財」とすることに立法論としては理由があり、現にドイツ民法はそうしているが、わが民法は手形行為を規定していない（立法論と解釈論の峻別）。わが民法は、仏法主義に従い、手形行為を原因行為と別の行為と考えず、行為の実質を見て、一二条、八〇二条、八八六条を適用するのである（論理解釈のⓑⓒ）。梅は、「借財」をこのように制限的に解釈することが、準禁治産者・未成年者の保護を欠くおそれについては、議論していない。すなわち、結果による判断をしていない。

②一七七条、一七八条の「第三者」は当該目的物につき利害関係を有する者のみをさすから、目的物の受託者、所有者との契約に基づき目的物を取毀す権利を有する者、地上権を設定した地主は「第三者」でなく、これらの者に対し、目的物の譲受人、地上権の譲受人は登記なくしてその所有権、地上権を対抗できる、とした裁判例を批判するもの（志林五〇号、六四号＝一乙一～二、要義二巻一七―九頁）――法文言は「第三者」を制限していないから、当該「権利ノ得喪変更」の当事者以外を広くさす

（文理解釈）。そうでないと「登記ノ原則ハ全ク破壊セラレテ仕舞フデアラウ」（論理解釈のⓑ）。仏民法、旧民法は「第三者」を制限しているが、わが民法はそのような制限を設けていないから（論理解釈のⓒ）、「法文以外ニ於テ之ガ制限ヲ設ケヤウトスルノハ解釈者ノ誤リデアル」（解釈論としての制約）。

③一七七条を意思による物権の得喪・変更に限定し、強制競売の競落人、相続人は登記がなくても第三者に対抗できる、とした裁判例を批判するもの（志林五一号‖一乙六、志林九巻三号五二頁‖㈠乙一、法典質疑録・志林九巻三号六五頁、「民法第百七十七条ノ適用範圍ヲ論ス」志林九巻四号、要義二巻一四―六頁）――「法文ニハ汎ク『物權ノ得喪及ヒ変更』ト云ヒ敢テ何等ノ区別ヲ爲サス然ルニ解釋者ニ於テ叨ニ除外例ヲ設クルハ是レ法ヲ解スルモノニ非スシテ法ヲ立ツルモノナリ」（文理解釈と、解釈論としての制約）。一七六条は意思表示による物権変動の場合を規定するが、それはその場合にのみ意思主義を宣明する必要があるからであり、本条の趣旨はそれと別である。この違いは、「物権ノ設定移転」と「物権の得喪及ヒ変更」という用語からも分かる（論理解釈のⓐ）。「立法ノ理由カラ考フルモ我民法ニ於テハ不動産ニ関スル權利ノ状態ハ總テ登記ニ由リテ之ヲ知ルコトヲ得セシメ以テ第三者ヲシテ不慮ノ損失ヲ被ムルノ虞ナカラシメンコトヲ力メタリ」（論理解釈のⓑ）。泰西諸国では今日相続は死亡相続のみだから相続は登記なしに対抗できるとしているが、わが国では隠居・入夫・婚姻等による相続がある。「尚ホ外國ノ登記法ニハ我登記法ヨリ不完全ナルモノガ多イカラ、濫ニ外國ノ例ニ拘泥シテ比較的完全ナル我登記法ヲ不完全ニ解釋シテハ困ル」（論理解釈のⓒ）。死亡相続の場合には登記させる必要はないが、しかし登記を不要とする必要もない。なぜなら、「本人ハ既ニ死亡シテ……其權利ハ當然相続人ニ移轉スベキモノデアルカラ（權利取得する第三者がいない、と言うのであろう）」。「國籍喪失ナドノ場合ニ（民九六四、一号）相続人ガ之ヲ知ラヌタメ損失ヲ蒙ムルコトハアリ得ルケレドモ……其ヲ言ヘバ（受遺者、制限物権の放棄による受益者の場合など）法律行爲ニ因ッテ權利ヲ移轉スル場合デモ權利取得者ガ之ヲ知ラヌタメ損失ヲ蒙ムルコトハ却テ其ヨリモ多イ……此等ノ場合ニ皆登記カナケレバ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得ナイノデアル」（結果による判断。なお梅は、共同相続人の一人が遺産を第三者に処分する場合を考えていないが、問われればこの利益考量を以て登記が必要だと答えるのであろう。ただ梅は、処分者が無権利者であるから第三者はそもそも権利を取得しないのでないかという問題を考えていない。）

④二六三条の「共有ノ性質ヲ有スル入会権」とは、地盤が第三者または入会権利者の一人に属し、毛上のみ共同収益する場合を指し、地盤・毛上ともに入会権利者が共有する場合は純然たる共有である、とした裁判例を批判するもの（志林八巻三号五七

頁＝㊀乙二、志林一〇巻五号＝㊀乙三、「解疑」志林一五号）――二六三条は、地盤を共有する場合にまず慣習によらしめんとしたものである。だからこそ「本節ノ規定ヲ準用ス」と言わないで「適用ス」というのである。地盤が共有でない場合に二六三条を適用すると、「共有ノ性質ヲ有セサル入会権」（二九四条）の場合がなくなることになりおかしい（論理解釈のⓐ）。

⑤畳・建具は建物の従物であるが、建物の不動産競売・建物の抵当権は及ばない、とする裁判例を批判するもの（志林三六号、三八号、四七号＝一甲一～三、志林一〇巻一号＝㊀甲三、要義二巻五一一頁）――三七〇条は、その但書、および基になった旧民法、仏民法から明らかなように、抵当権設定後の増加・改良に関し、抵当権設定前からの物には、八七条二項が適用される（以上は、論理解釈のⓑⓒ）。そして畳・建具は建物の従物だから、建物の差押・競売、抵当権が及ぶ。確かに動産は取替えや移動が容易で担保の目的を達し難く、また紛争を増加させるが、しかし畳・建具を建物から分離すると不便が多い（結果による判断）。

⑥虚偽表示に基づく債権が譲渡され、債務者へ通知された場合に、四六八条二項を適用して、債務者は債務の不存在を善意の譲受人に対抗できるとした裁判例を批判するもの（志林六一号四五頁＝一丙五、志林九巻二号五頁＝㊀丙五）――四六八条二項の「譲渡人ニ対シテ生シタル事由」は、その性質上譲受人に対しても存する事由でなければならないのに、虚偽表示の無効は善意の第三者にとって存在しないものである。九四条二項は物権の設定・譲渡に適用するのだから、債権の譲渡にも適用すべきである。同条を債権の譲渡に限って適用しない理由がない（論理解釈のⓑ）。ボワソナード草案、ドイツ民法でもそのようになっている（論理解釈のⓒ）

⑦債務不履行を理由に解除するためには、債権者は自らの債務の履行を提供しなければならない、とする裁判例を批判するもの（志林七巻六号＝一丙二）――五四一条の「債務ヲ履行セサル」か否かは、双務契約においても四一二条による（文理解釈、論理解釈のⓐ）。したがって債務者は、不履行の責を免れるためには自分の債務の履行の提供をしなければならない。相手方の不履行を口実に自分の債務の履行を提供せず、不履行の責を免れることを法律は許さない（論理解釈のⓑ）。この問題については日本民法とドイツ民法とは主義が違うから濫にドイツの著書に依拠すべきでない（論理解釈のⓒ）。

以上の限りでは、文理解釈、論理解釈が主であり、條理による法解釈はみられない。また論理解釈の一つである条文の目的論的解釈（ⓑ）はあるが、条文から離れた結果による判断はわずかである（③⑤）。

以上は梅が、裁判例が繰り返し論じた問題について解釈論を詳しく展開している場合であるが、裁判例が一件しかない問題に関する簡単な判例批評でも態度は同じである。例えば、

⑧一七三条一号（「生産者、卸売商人及ヒ小売商人カ売却シタル産物及ヒ商品ノ代価」債権の二年の短期消滅時効）は、消費者への売却代価にのみ適用されるとして、油商に対する鉱油の売掛債権の時効完成を否定した裁判例を批判するもの（志林四三号＝一甲四）――一七三条一号の文言にはそのような制限がない（文理解釈）。旧出訴期限規則、旧民法、政府案、衆議院での修正という沿革によれば、立法者の意思も商人間の売買と他の売買とを区別していなかった（論理解釈のⓑ）。

⑨手形の満期日より三年以内に支払命令を申請したが、支払命令の送達が三年以後になった場合に、一五〇条の中断事由は「支払命令」であることを理由に時効消滅を認めた裁判例を批判するもの（志林七巻八号＝一甲六）――一五〇条は一四七条の「請求」の一場合だから、「支払命令」を「支払命令ノ申立」と変更解釈すべきである（論理解釈のⓐ）。時効は一面において怠慢者に対する制裁だから、中断事由は支払命令の申立であるべきである（論理解釈のⓑ）。ドイツでは支払命令の送達を中断事由としているが、その旨の明文があり、また当事者送達主義を採っているからわが国の参考にならない（論理解釈のⓒ）。

⑩土地所有者が二七六条により地上権・永小作権の消滅を請求する場合には、その意思表示だけでなく、相手方の承認か裁判所の判決が必要であるとした裁判例を批判するもの（志林九巻二号＝㈠乙四）――承認または判決を要求するのは「謂(いわ)レナキ事デアル」。四二〇条二項、五三五条三項は、一方の意思表示によって法律上の効果が生ずる解除を「請求」と呼んでいる（文理解釈）。賃貸借の解除は一方の意思表示でできるのだから、この場合も同様に考えるべきである（論理解釈のⓐ）。

⑪買戻による権利変動は所有権移転登記をなすべきで、その登記原因は売買でよいとした裁判例を批判するもの（志林六四号＝一丙九）――不動産登記法三八条（「買戻ノ特約其他登記ノ目的タル権利ノ消滅ニ関スル事項」）、民法五七九条の文言によれば「買戻ハ新ナル権利移転ノ原因ニ非ズシテ買主ノ権利ノ消滅ノ原因デアル」から抹消登記をなすべきである[2]（論理解釈のⓐ）。

⑫失火の損害は予測を越えて拡大することがあり、失火者は賠償を負担できない、何人も自分の家屋・財産を失う失火には注意している、それゆえ、旧来の慣習は、自己所有家屋への失火だけでなく借家への失火の場合にも責任を免除してきた、等の理由に基づいて、賃借人の借家に対する失火にも失火責任法を適用した裁判例を批判するもの（志林八巻五号＝㈠丙一一）――理

由の多くは立法論であるが、「判決ハ徒ラニ立法論ヲナスベキモノデハナク、専ラ法律ノ解釈ヲナスベキモノデアル」（解釈論としての制約）。解釈論としては、失火責任法が「七〇九条ノ規定ハ……」と言う以上、債務不履行の責任に適用できない（文理解釈）。昔の法律思想は幼稚で未だ損害賠償の観念が発達していなかったから、旧来の慣習を参考にはできない[3]。

このほかに、共有物の代価分割の請求を、代価分割の規定が民事訴訟法にないことを理由に斥けた判決を批判し、裁判所競売法による競売を命じ、代価分割の割合を定めるべきだという解釈論（志林三一号＝一乙五）、抵当権登記抹消の請求は抵当権設定者をも被告とすべきだとする裁判例を批判し、抵当権の登記名義人のみを被告とすればよいという解釈論（志林四六号＝一乙一四、志林五八号＝一乙一一、志林五八号＝一乙一二）のように、ルールのないところに、法規からの推論によってルールを作ろうとするものがある。

従来、「〔梅〕博士は論理に囚われることがなかった。……梅博士はよく論理と実際の両方論を考えて穏健な議論を立てられた[4]」、「博士の解釈理論は、制定法や契約の文章にはかならずしも拘泥せず、自由な態度で、いわば目的論的に、法規が適用せらるべき具体的な事実関係に即した解釈をなすべきであると考えていた[5]」と言われてきた。確かに、いくつかの判例批評では、前章で見た（ア）の考えから、法文に拘泥する裁判例を批難している。例えば、貸主が貸した金銭を預り、借主が必要なときに引出す契約は、消費貸借の予約であって、消費貸借と寄託が成立するわけではないとする裁判例に対し、消費貸借・寄託は要物契約だが、物の引渡に実物の授受が必ず必要なわけではない、実際の必要と当事者の意思を考えるならば、金銭授受がなくとも、一旦借入れしそれを預入れたと見るべきであると主張した（志林四〇号＝一丙一〇）。また、手形の振出地の記載は普通の事情から振出の市場が分かれば十分である、「法律ナルモノハ活キタル社會ヲ支配スルモノテアル」と主張して、振出地に日本橋区などの区名のみを記し、市場（東京）の記載を欠く手形を無効とした裁判例を批判した（志林二〇号＝二丁四）。

しかしこれらは、第一に、取引の当事者間を規律するルール、あるいは、当事者の交渉と合意に委ねてよい取引契約

の締結手続に関する。しかも、第二に、あくまでも条文からの論理解釈が許容する範囲内での解釈論として主張している。この点は、動産の買主が動産をそのまま売主に賃貸するときでも対抗要件としての引渡があること（志林六四号＝一乙三）、賃借権の譲渡が認められること（志林六二号＝一丙一四）、転借人によるさらなる転貸が認められること（志林五〇号＝一丙一三）、三七四条によって遅延利息も抵当権で担保されること（志林一二号＝一乙九）[6]、手形の支払場所とされた銀行は日曜日に取引しない慣行があり、支払も取引だから、民法一四二条により、拒絶証書作成期間は末日が日曜日であるときはその翌日をもって満了すること（志林七巻一号＝一甲五）を主張するときに、実際の取引の必要性を一言もせず、論理解釈にのみ依拠していることにもみられる。

また、調査した判例批評の中には、法律の欠缺だと認めて「條理」によっているものはない[7]。また、法規から離れて「酷」「酷イ」という情緒的評価に基づく議論は、民法典起草作業の中で、あるいは条文の立法理由を説明するときにはしばしば見られるが[8]、解釈論では極めて少ない[8a]。

こうしてみると梅の実際の解釈論では、（ア）の、実際生活における妥当性よりも、（イ）の、法典の尊重の方に重点があったと言うことができよう。それは、成文法を制定し、「法官ヲシテ適従スル所ヲ知ラシメ人民ヲシテ権利義務ノ存ル所ヲ明カニセシムル事」[9]――この意味での「法治」主義、すなわち「法の支配」でなく「法による支配」の確立――を最大の課題と考えるときの法解釈であった。

梅の判例批評は、いわれているように、彼が不当だと考えた判例の解釈理論の部分を取り上げてそれが法律の精神に適合しているか否かを批評するものであり、判決とその解釈理論がいかなる事実関係に対するものかは検討していない[10]。このような判例研究は、梅の留学時のフランス註釈学派の影響によるというより[11]、右にみた法解釈方法論と相応じていたと考えるべきであろう。梅においては結局、法典制定作業も、法解釈も、判例研究もすべて右の意味での法治主義の確立をめざすものと考えられていたと思われる。

以上では、法解釈の手法という形式的な準則を見てきたが、法解釈の実質的な価値基準はどのようなものであったか。

梅は、この実質的な価値原理――それは、彼の自然法の具体的内容になるはずである――を、まとまった形では述べていない。しかし、大正中期以降の、鳩山・末弘・我妻より始まる新しい傾向と対比すると、梅の法解釈にみられる実質的な価値原理は、極めて個人主義的なものであった。五つの点を指摘しておこう。第一は私的自治の尊重である。例えば、債務者が弁済のために、自分の扶助料の受取方を債権者に委任し、一定期間解除しない旨の特約を結んだ事案について、梅は、契約の羈束力を理由に、委任の性質上この特約を強制できないとした判決を批判する（志林四六号＝一丙一五）。また、借地契約の中の「貴殿御入用ノ節ハ三ケ月以内ニ無異議明渡可申」との約文は契約の一部をなす以上羈束力をもつとし、これを例文とした裁判例を批判する（志林九巻三号＝㈠甲四）。第二は過失責任主義である。当時は民事責任の訴訟が少なかったこともあって、判例批評としてこれを説いたものは少ないが（前掲⑫と注（3）のみのようである）、梅は民法の原理としてこれを強調していた[12]。さらに例えば、時効制度を、権利を行使しないのは「大ナル怠慢」「過失」であるとの理由で正当化している[13]。第三は、土地の利用権よりも所有権の尊重である。例えば、二六八条二項（期間の定めのない地上権について、裁判所が二〇年―五〇年の範囲内で期間を定める）の立法理由として、地上権の存続中は、所有者にも地上権者にも土地の改良を期待できず、また、土地の取引を妨げるから、長期の地上権は「経済上甚タ忌ムヘキ所ナリ」と言い（要義二巻二六六―七頁）、永久の期間の約定があっても期間の定めがあるとは言えないから二六八条二項を適用すべきだとする（志林五六号＝一乙七）。また、民法一七五条、民法施行法三五条を理由に、「渓水専用権」という慣習上の物権を否定する（志林一一巻五号）。第四は、一七七条・一七八条の「第三者」「物権変動」の無制限説（前述②③）にみられるように、公示制度の広範な適用による取引秩序の確立である。それは、より勤勉な者を保護するという、早い者勝ちの論理である。最後は、後に鳩山が債権法を支配する原理として析出しようとした信義則を、考えていなかったことである。それは例えば、債権者は自己の債務の履行を提供しなくても債務不履行を理由とする解除権を行使できる（志林五九号＝一丙六）、賃貸人は賃貸物の引渡を証明しなくても借賃を請求できる（志林七巻九号＝一丙七）、債務契約の不履行の場合に解除しなくても履行に代る損害賠償を請求できる（志林五九号＝一丙八）、

といった解釈論にみられる。

このような梅の個人主義的な価値原理は、「ブルジョア的自由主義」[14]と呼ぶことができるであろう。絶対的な所有権と意思自治を基幹とするこの価値原理の実現を企図しているために、それと関係のない社会的事実は等閑に付し、それに反する社会的規範を非難しているからである。例えば、地主の申込より三カ月以内に明渡すという借地契約の条項を慣習による「例文」とした裁判例を批判する際に、そのような慣習の存否ではなくて、右条項が借地契約の内容になっているかによるべきである、「抑々東京ニ於テハ借地人ガ地主ヨリ適法ニ土地ノ明渡ヲ請求セラレテモ種種ノ口實ノ下ニ明渡ヲ拒ンデ、竟ニ不当ノ金銭ヲ強請スルノ悪弊ガアッテ……」と述べている。ここには、不当な事態が生じてくる社会関係を分析し、それを通してあるべき法規範を明らかにする、という姿勢はみられない。

（1）これらの著述については、岡・江戸「前掲論文」（一の注（1））を参照。本稿で取り上げる「最近判例批評」は、まず『法学志林』に掲載され、その後一部を除いて梅『最近判例批評・完』、同『最近判例批評続編』に収録されている。以下では、法学志林の巻号数とともに、これら編集本の掲載番号を記す。但し、岡・江戸「前掲論文」一三九頁注18にならい、例えば、『最近判例批評・完』第一編民法・丙債権・一三→一丙一三、『最近判例批評続編』第一編民法・丙債権・一→㈠丙一のように略表記する。

（2）同様の論理による法解釈は、梅「最近判例批評　虚偽行為ニ因ル所有権移轉ノ登記ヲ復旧スルニハ之ヲ抹消スルヲ以テ足ル」志林九巻二号＝㈠庚一、同「共有ノ登記ニ就イテ」志林九巻二号＝㈠庚、にも見られる。

（3）同旨は、梅「最近判例批評　賃借人ノ過失ニ因ル船舶焼燬ノ責任」志林三七号＝一丙一八でも説いている。

（4）東川徳治・博士梅謙次郎（大正六年）二三六頁に引用されている若槻礼次郎の言（明治四四年八月二五日読売新聞梅博士追悼記念号）。

（5）打田畯一「明治民法の解釈と梅博士の解釈理論」星野通博士退職記念論集・法史学及び法学の諸問題（一九六七年）五六頁。

(6) 法典質疑録六〇号志林七号、「遅延利息の抵当権に関する大審院の判決を評す」法律新聞一号（明治三三年）をも参照。なお、これは明治三四年に三七四条に第二項が追加される前の、第一項に関する議論である。

(7)「條理」の語は、調査した中ではただ一個所、三七四条（一項）を遅延利息にも適用すべしと主張するときに見られる（「法文ノ意義不明ナルトキハ常ニ常識ニ訴ヘ條理ニ照シ立法者カ言ハント欲シタル所ヲ求メサル可ラス」（梅・最近判例批評五五頁））だけである。しかしそこでも、あくまで三七四条の「其他」「定期金」「満期」等の解釈として自説を展開し、條理はその解釈をするときの基本的な姿勢にすぎず、独立の法源と考えられているわけではない。（したがって、岩田前掲書（三の注(4)）五八頁が、「倫理と性法とを制定法に對して先生は同列に置いて居り、國民倫理といふ思想が先生の條理と相通ずるものである」という見解には賛同しがたい。）もっとも、同じ問題につき富井は、立法論としては遅延利息にも抵当権の実行を認めるべきだが、三七四条の文面によると無理な解釈であると、梅に反対している（「民法第三百七十四条に依り遅延利息に対し抵当權を行ふを得るや」法律新聞一号（明治三三年）二頁）のと比べると、「條理」で表わされる姿勢の差は無視できないと言うべきか。

なお、「常理」という語は、「其不動産ニ付キ何等ノ關係ヲ有セザル前所有者ニ登記ノ義務ガアルト云フコトハ實ニ常理ニ反スル」（志林五八号＝一乙一一）という形で用いられている。

(8) 法典調査会での梅の議論のほか、例えば、五四一条が催告と相当の期間を解除の要件とした理由として、「解除ハ其性質契約ノ履行ト正反對ナルモノナルヲ以テ……假令當事者ノ一方ニ……履行セサルノ責アルモ直チニ契約ノ解除ヲ爲スハ其者ニ對シ酷ニ失スル」（要義三巻四四六頁）と言い、七〇三条が返還義務の範囲を現存利益に制限した理由として、受益者が自分の財産の一部を出して償うのは「頗ル酷ニ失スル」と言い（要義三巻八六六頁）、請求を時効中断事由とした理由として、「權利ノ行使ヲ怠ラナイナラバ、之ヲシテ時効ニ因ッテ其權利ヲ失ハシムルノハ酷デアル」と言っている（最近判例批評一八頁）。

(8a) 見いだしたのは、（其（被告一人に対して抵当権登記抹消の手続を命じた判決）ハ原告ノ請求ニ應ジ之ト共ニ抹消登記ノ申請ヲナスベキコトヲ命ジタルモノト解スベキデアッテ、之ヲ被告一人ニテ登記ノ申請ヲナスベキコトヲ命ジタルモノトシテ、違法ノ判決デアルト曰フノハ甚ダ酷デアル」（最近判例批評七七頁）の一箇所のみである。

(9) 梅「法典実施意見」明法誌叢三号（明治二五年）（星野通編著・民法典論争資料集二三四頁上段より引用）。梅が、裁判の規準となる裁判規範の定立のために法典実施を主張したことについては、打田・前注（5）所掲論文四四―五頁を参照。

(10) 打田畯一「判例批評の問題点――梅謙次郎博士の場合――」広浜先生追悼記念論文集・法と法学教育（一九六二年）三六〇―六頁。

(11) 打田「前注掲載論文」三五八頁。

(12) このことについては、岩田新「過失論――『日本民法学における梅と富井』続稿――（一）～（九・完）」法学新報四九巻三―六号、八―一二号（昭和一四年）、とくに、四九巻三号五一頁、四号二三―四頁、八号四七頁などを参照。

(13) 内池慶四郎「時効の制度倫理と援用の問題――梅謙次郎とボアソナードを結ぶもの――（一）」慶大法研六一巻三号（一九八八年）一三頁参照。

(14) 平野義太郎・日本資本主義社会と法律（一九七一年）四五―六頁。梅「二十世紀の法律」読売新聞明治三三年一月五日、六日、八日、一〇日は、梅のこの個人主義、「ブルジョア民主主義」を、先に見た国家的法律観と合わせて、明快に表明している（この新聞談話については、福島正夫「民起草者の予見と明治百年の法律・1」法律時報三八巻一一号（一九六六年）六八―七〇頁の検討を参照）。

## 五　法解釈の「学問化」への動き

明治三〇年代初頭から四〇年代初めまでの時期にわが民法学を指導していたのは、以上のような法解釈方法論とそれに基づく民法学であった。この中から、後の「ドイツ的概念法学」が形成されてくるのであるが、その形成のためには、一つの新しいモメントが必要であった。そのモメントは、ドイツ法派の始祖といわれる富井の学問観の中に見ることができる。

富井は、法律学の進むべき方向として、とりわけ、経験的・実証的な研究の推進と、法解釈における法律原理の探究とを説いていた。このうち、経験的な研究の唱道は、「架空ニ偏シ」た自然法学説に対する反省と、「実験的方法」によって著しい進歩を遂げた自然科学に対する憧憬とに由来していた。具体的には、法律学の研究において、歴史、比較法学、

生物学、心理学、社会学等を参考にすべきことを説いた。[1] 他方、法解釈における原理の探究の背景には、法典の注釈に流れていた当時の法律書、法律学に対する批判があった。少し詳しく見てみよう。

明治二二、三年に帝国憲法、旧民法、旧民事訴訟法、旧商法が制定された頃から、「法學研究上に一大変革ヲ來タシ……苟モ日本法典ナルモノガ出來タ以上ハ之ガ適用解釋ヲ研究スルト云フコトガ當時ノ法學社會ノ最大急務トナ」り[2]、「法典ノ解釋ニ汲々トシテ敢テ法律上ノ諸現象ヲ學理的ニ講究シ法律ノ原理ヲ開發スルコトヲ勉ムルカ如キ餘暇ナク」[3]、それゆえ、「著書ト云フモノモ亦一變スルコトトナリ……法典ノ適用解釋ニ關スル著書ノミガ世ニ行ハルヽコトヽナ」[4]った。けだし、そのような解説書・注釈書が、法典制定直後に求められ、また、制定後の短い期間に著わしえたからであろう。しかし、少なくない論者がこの傾向を批判し、法律学の進歩のためにより広い研究が必要だと考えた。ただ、そこで考えられた法学研究には、内容の異なる二つのものがあった。一つは異なる国・時代の法律を比較・研究して、法律の理想を探求し、将来の方向を提示し、さらにそれに基づいて、現行の法律を評価するものである。いわく、「法律ノ適用解釋ノミヲ是レ能事トシ少シモ批評的研究ヲナサザルニ於テハ法學ノ進歩ハ望ムコトヲ得ナイ、……法典ノ批評的研究即チ外國法理ノ研究ヲ奬勵セネバナラヌ」[5]。梅も富井も、法律学が術でも学でもあると論ずる際に、このような研究の重要性を説いていた。[6] しかし富井は、注釈的研究を克服するものとして、この「批評的研究」とともに「法律原理ノ秩序的研究」を主張していた。いわく、「近來ハ餘リニ専門又ハ分業トイフコトニ偏シテ他ノ科學ハ云フ迄モナク法律ノ中デモ或一種ノ科目ノ外ハ見向キモシナイ……殊ニ目下ノ通弊ハ唯法典ノ條文ヲ捉ヘテ其字義ヲ釋明スルコトニ主力ヲ用イルコトデアルガ、是ダケデハ……學問ト称スル価値ハ無イ……法典ノ條文ヲ捉ヘテ其字義ヲ釋明スル」だけでは「智識モ理解力モ裁判力モ身ニ附カナイ……實際ニ生ズル所ノ問題ハ千差万別デアルガ……字句ノ末ニ拘泥スル如キ方法デ學ベバ問題ガ生ズル毎ニ一々難問ニ見エテ此解決ニ苦シムコトヽナリマス、之ニ反シテ能ク〔法律の〕全体ノ筋合ヲ明ニシテ秩序的ニ其原理ヲ研究スレバ千百ノ變ッタ問題ガ生ジテモ逐一之ヲ決スルダケノ基礎ガ頭ノ中ニ備ハッテ居ル譯デアル」「尤モ時トシテ反對ノ弊ニ陥ルコトモアル、即チ理論ヲ尊ビ過ギテ遂ニ空論又ハ獨斷定典ト云フコトニナッテ……人

間生活ノ實際ト云フ觀念ニ遠ザカ〔ル〕……」。結局、「卑近ナル註釋的研究ノ弊ニ陥ッテモナラズ、又空理放論ノ害ヲ避クルコトモ必要デアル、其中間ニ於テ秩序的ニ即チ論理的方法ニ依ッテ法律ノ原理綱領ヲ研究スル方針ヲ取ルコトニナリタイ」と説いていた。[7] このように、「法律ノ原理綱領」の研究は、先の、(イ) 法典を離れず、しかし (ア) 実際に適合する結果を導く、という要請に応える方途と考えられていた。

以上の法学観は、二、三でも見た法解釈方法論、法律観とあいまって、当時の民法学者をして、フランス法よりもドイツ法に向わせるものであった。まず、フランス法派とされていた梅でさえ、法文に依りながら妥当な結果を導くためには、フランスの法解釈方法を採りえないとし（前述三の注 (10) の本文）、自らの解釈方法（前述二）を「大体に於てヴィンドシャイド氏、デルンブルヒ氏等の意見と符節を合する」ものと考えていた。[8] また、法律原理の探究を説いた富井は、フランスの法学を、「註釈的ニ流レテ居ル、……法典ノ内容ヲ學理的ニ分類シテ文字以外ニ原則アルコトヲ知ラシムルト云フコトハ從來殆ト無カッタ……偶々法理論ト言ヘバ非常ニ空ナモノデ例ノ自然法デアリマス」と批判し、「我國ニ於テモ何トカシテ佛蘭西ノ覆轍ヲ踏マナイヨウニシナケレバナラヌ」[9] と説いていた。[10]

明治三〇年代以後、ドイツ法の影響が著しく大きくなった原因として、しばしば、絶対主義プロイセンの法制度が明治政府の模範とされていたこと、ドイツの学問が世界的に評価されていたこと、ドイツの民法典（BGB）が優秀であったことなどがあげられる。[11] しかしこれらの理由では、憲法・行政法・訴訟法でのドイツ法の影響――そこでは既に、立法作業のなされた明治一〇年代末からドイツ法が支配していた[12]――を説明できても、民法学での影響――民法学では法典制定後しばらくしてドイツ法への傾倒が始まった[13]――を説明できない。また、当時のドイツ民法学のうち、活発に活動していた自由法学が、牧野英一・中田薫など民法学者以外にしか積極的な支持者を見いだせなかったことも説明できない。本稿の検討は法解釈方法論に限られているが、それによれば、ドイツ法の影響の原因は、民法典の体裁がドイツ民法典に近似していたことのほかに、この時期の民法学が、制定された民法典を定着させるために必要としていたものを、ドイツの法律実証主義的民法学が最もよくそろえていたことに求めるべきであるように思う。[14] 他方、法典論争時に

は最も勢力をもっていた英法派が、民法典制定後急速に衰退したのは、判例法・法曹法であるイギリス法は、制定法を弁証するための論理的操作を十分に備えていないこと、法典制定によって法曹の共同体意識を再生産し難くなったことによると考えることはできないであろうか。(15)

（1）富井・原論一一頁、一三―四頁。経験的研究の重要性は、既に富井・法学綱論（明治二〇年）四二―三頁、同「法律学に関する説」六二三―四頁で説いている。この点につき詳しくは、星野「前掲論文」（一の注（1））二〇五―九頁を参照。

（2）加藤「前掲講演」（三の注（29））五二号四〇頁（傍点は原文）。

（3）仁保亀松「我国法律ノ発達ヲ叙シテ法律学ノ現況ニ及フ（承前）」日本法政新誌八巻八号（明三七年）二〇頁。

（4）加藤「前掲講演」（三の注（29））五二号四三頁。

（5）加藤「前掲講演」（三の注（29））五二号四六―七頁。仁保「前掲論文」（前注（3））八号二〇―一頁も、「註釋的法律學ノ状態」を脱して、「遠大ナル目的ト規模トヲ有スル哲理的又ハ審批的法律学ノ發達」を説いている。

（6）梅・総則五六―七一頁、富井・原論一三―四頁。

（7）富井「法学ノ研究ニ就テ」一七頁、一八頁、二一頁。富井「法規ノ活用」五〇頁でも、実際に適合する法解釈を論じた最後に次のように言っている。「何處マデモ法律ノ文字ニ縛ラレテ偏狭ナル解釋ヲ爲スコトハ避ケネバナリマセヌ、……條文其物モ常ニ學理ニ基イテ解釋ヲ定メテ行クコトガ最モ必要デアル」。さらに後になると、富井は「法學ノ領域ヨリ自然法及ヒ立法論等ヲ除外」し（原論第一巻（大正一一年版）一二頁）、「現行法ヲ解釋シテ之ヲ裁判其他ノ實務ニ應用スル如キハ寧ロ技術ノ方面ニ屬ス之ニ反シテ成文法ト雖モ其内容ヲ分析シテ各部ノ連絡、関係等ヲ明ニシ之ヲ系統的ニ組織スルコトハ一種ノ科學タルコトヲ失ハス」と言っている（「民法ノ社会化傾向」二一頁）。

（8）梅「法律の解釈」六二頁。岩田新「前掲論文」（三の注（25））九―一〇頁は、「獨逸人ノ學説中（梅）先生に會心の満足を與へたものは、普通法の大家が佛國派の學説に論理的展開を施した部分に存した」と言っている。なお、梅・総則一三一―二頁は一般的に、「十九世紀ニ於テハ……獨逸ニハ真ニ大家……ガ続続出タ、ソレ故ニ大變ニ法律學ノ進歩ヲ助ケテ、遂ニ従來先輩タリシ所ノ佛國ヲ凌グニ至ッタ」とドイツ民法学を評価している。これに対し、フランス法学に対する評価は、ややア

ンビバレントである（梅「仏独法曹界の比較」二〇〇頁下段以下参照）。

（9）富井「法学ノ研究ニ就テ」一九頁、二一頁。

（10）富井が、法解釈方法を離れて一般的にもドイツ法を高く評価していたことについては、星野「前掲論文」（一の注（1））二一四―六頁が詳しい。

（11）野田良之「日本における外国法の摂取序説」岩波講座現代法14（一九六六年）一六五―六頁、北川善太郎・日本法学の歴史と理論（一九六八年）一二九―一四四頁。なお、奥田昌道「ドイツ法」前掲岩波講座二二七―八頁参照。

（12）加藤「前掲講演」（三の注（29））五二号四五頁。

（13）北川・日本法学の歴史と理論（一九六八年）一三四―五頁参照。また、日本の法学（三の注（29））三九―四〇頁（牧野）によると、東京帝国大学の法律学科（後に法科大学）の独法の卒業生数は明治二〇年代に減少し、明治三三年頃はまだ少なく、三六年から増え、三九年頃には断然多くなった、と言う。

（14）加藤「前掲講演」（三の注（29））五二号四六頁の次の記述は、法典の解釈適用が法学の主要な作業になるときにドイツ法の影響が強くなる理由を示しているように思われる。「今日デハ獨法カ勢力ガアリマスガ、今日トテモ尚ホ法典ヲ比較論評シ批評眼ヲ以テ研究スルニハ英法佛法トモ勿論入用デアル、獨法ヲ學ンダル者ハ解釋若クハ適用上便利ダト云フダケノコトデス」（傍点は引用者）。

（15）加藤「前掲講演」（三の注（29））四二―四頁は次のように言う。明治二二、三年に旧民法典を含む諸法典が制定されて以後は、「擧世法典ノ適用解釋ノ研究ノミニ従事スルト云フコトヽナリ」「留學生ナドニ於テモ研究ノ方法ガ異ナリテ來テ従前ハ……大体一箇國ニ留リテ其國ニテ試驗マデモ受ケテ國別専門的ニ研究ヲナスノガ通常デアッタノデスガ、此時代ニハ……諸國ニ巡暦シテ比較研究ヲ専ラトスルシ……其國ノ法律全體ヲ研究セズ単ニ民法刑法憲法等ノ一科ヲ専攻（するようになった）……所ガ斯ノ如キ研究ノ方法ハ……一利一害デ……殊ニ英法ノ如キハ一團トシテ研究セズンバ中々窺ハレ難キ所ガ多イノデス」。

このように衰退しつつも、「英法の教育を受けたる駿足は朝野の法の専門家となって民法の解釈適用の任に当り、民法の規定に英法派の生気を注いだ」、それは、売買による物権の即時の移転、債権に対する不法行為、死亡損害の非相続的構成、約因などの契約、不法行為の分野であった（岩田「前掲論文」（三の注（25））一二―三頁）。

## 六　おわりに

梅・富井の民法学を、その民法解釈方法論を中心に検討したが、最後に、それが続く時代の「ドイツ的概念法学」に対し、どのような特質を持ち、どのような関係にあるのかを、見ておこう。

まず、(1)法解釈を「術」と考え、「実際への適合」を重視し、また、後の一部の学説[1]と違って法の解釈を法の適用から分別していないことに見られるように、法解釈を実践と考えていた。しかし、(2)その実践は、可及的に法規を出発点とする推論によるべきだと考えていた。確かに法規の欠缺を認めていたけれども、実際には、欠缺の場合だとして條理により法解釈をした例はなく、結論をあくまでも法規からの推論として提示している。ある結論を、「実際への適合性」「取引の実際上の必要性」を理由に主張するときでも、それは、法規からの推論が認める解釈の幅の中での選択の問題として議論している。さらに、法規からの推論による結論と、実際社会の実情から導かれる結論とが異なる場合には、解釈論である以上、法規による結論を採るべきだと考えていた。他方、(3)法解釈を実践行為と捉えていながら、それが社会の中の諸利益の一つを保護し、他を排斥するものだという意識は稀薄であった。したがって、事案の利益状況の分析はそれほど綿密・執拗でなく、判断基準の構造あるいは社会構造の究明のための努力は少なかった。事実関係に着目した類型化への志向、法の解釈・適用において社会的・歴史的な事情を考慮する姿勢も弱かった。(4)以上のようであったから、法解釈が「主観的な価値判断」だという観念（来栖）は勿論、「全人格的判断」だという観念（末弘・我妻）もなかった。そのような観念には、法解釈が社会的な利害対立に直面しているとの意識と、新カント主義の「人格」「価値判断」という概念が必要であった。最後に、(5)法解釈が一定の準則に従わなければならないのは、それが権力的な行為であり、個人の自由を侵害するおそれがあるからだという観念（末弘・我妻以後に強く見られる「法の支配」の観念）もなかった。

このように、梅・富井において、法解釈は実践的な行為であったが、そこでの実践の具体的な目標は、社会を法規からの推論に従って作動するように改造することであった。このような法解釈の捉え方は、私法の世界に社会的な利害対立・価値対立が未だ浸入しない時期に「法治」国家を建設するという課題と対応していたように思われる。そして明治末期から大正初頭の岡松参太郎、中島玉吉、川名兼四郎、石坂音四郎らの「ドイツ的概念法学」では、梅・富井に見られた右の諸観念のうち、(1)が稀薄になっただけで、(2)～(5)は受け継がれている。わが国の概念法学が、梅・富井の民法学との対決ではなく、それの承継・発展として登場したことは、この学派には、後の末弘、我妻、「法解釈論争」[2]の来栖・川島、利益考量論の加藤・星野、平井と違い、さらにドイツの概念法学（パンデクテン法学）とも違って、宣言的文書ないし綱領的論文がないことにも現われている[3]。梅・富井に始まる法解釈の捉え方は、鳩山秀夫においてようやく変容を受け始め、末弘において大きく転換するのである。

（1）石坂音四郎「法律解釈論」改纂民法研究上巻（大正八年）三一―二頁（もとは穂積先生還暦祝賀論文集（大正四年）所収）、大正中期以後の富井の見解（五の注（7））など。

（2）末弘から平井までの各法解釈方法論の綱領的論文については、拙稿（一の注（2））を参照されたい。パンデクテン法学の綱領的論文については、ヴィーアッカー・前掲書（三の注（31））四六九頁以下などを参照。

（3）北川・前掲書（五の注（13））は、ドイツの学説継受によって形成された「概念法学」は、わが民法学の発展過程において鮮明な断層をなしていると言う（例えば一二四頁）が、フランス法かドイツ法かという問題を括弧に入れて法解釈の実質を見るときには、「ドイツ的概念法学」は、前の時代の梅・富井の民法学の帰結とみるべきように思われる。詳しくは別稿において検討することとしたい。