

Title	ポアソナード「自然法講義(性法講義)」の再検討
Sub Title	Une nouvelle étude sur le Cours de droit naturel de M. Boissonade
Author	池田, 真朗(Ikeda, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1982
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.55, No.8 (1982. 8) ,p.1- 32
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19820828-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19820828-0001</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# ボアソナード「自然法講義（性法講義）」の再検討

池 田 真 朗

## 序

- 一 「自然法講義」の周辺
  - 二 民法学入門としての「自然法講義」
  - 三 ボアソナードの自然法論の限界と可能性——民法解釈学との関係において——
- 結 語

## 序

旧民法典を中心にわが国の多くの旧法典の草案を起草し、日本近代法の父と称されるボアソナード (Gustave Emile Boissier) <sup>(1)</sup> sonade de Fontarabie, 1825—1910) は、明治七(一八七四)年四月九日、来日後初めての講義を司法省明法寮において開始した。「自然法講義」Cours de droit naturelと題されるこの一連の講義は、明治一〇年、受講者の一人だった井上操の訳により、「性法講義」と題されて出版され、以後幾多の版を重ねたものである。この「性法講義」については、今日まで先学によ

ボアソナード「自然法講義（性法講義）」の再検討

一 (九五三)

よるいくつかの紹介がなされているが、その講義内容が、「決して法哲学的な意味での自然法論ではなく、むしろフランス実定法概論といったもの」であり、さらに言えば「『自然法の講義』という名の民法の講義」であると、近時正當に指摘されながら（私自身はここではこの講義の内容を「ボアソナード流の自然法思想に基く民法入門」と紹介しておく）、実際には、これまでこの講義について書かれたものすべてが、彼の自然法概念についての検討ないしこの講義のわく組みについての彼自身による説明の紹介に止まつており、肝心の講義内容すなわち民法についての彼の説明に言及するものは見あたらない。

一方井上操訳「性法講義」は、当時だいたい多くの異版を重ね、一部分は昭和に入つて復刻もされたが、いずれも今日入手し難いばかりでなく、訳文は明治初期のことで法律用語の訳語自体が定まつていなかったこともあつて、必ずしも正確明快とは言ひ難い。そこで、ボアソナードの論旨を正確にたどるためには、是非ともその原文にあたる必要がある。しかしながら、今日まで彼のこの講義の草稿と思われるものは発見されておらず、また今後発見される可能性も少ないようである。

ただし、この講義の第一回目分だけは、ボアソナードが当時本国に原稿を送つたものらしく、原文が「江戸の法学校」と題して、フランスの比較法関係の法律雑誌 *Revue de législation ancienne et moderne française et étrangère* に掲載されている。そして、近時に至り、さらに第二回目講義分以降、全講義のほぼ前半分にあたる部分の、当時の受講者によるらしい筆記ノートが、法務省法務図書館に保存されていることが明らかとなり、筆者は昭和五二年一〇月、法務図書館のご厚意でこのノートを写真撮影したものを本塾大学図書館に収蔵することができた。このノートは、その後大久保泰甫教授によつてその存在が公にされ、また最近の法務図書館の貴重図書・資料展において展示され、その目録で、司法省法学校正則科第一期生関口豊（この人物については後章でふれる）の筆記になるものとの説明付きで紹介された。これはおそらく、そのノート（洋装本のような装頓の、厚紙の表紙のついた立派なものである）の表紙に *Cahier du Droit naturel / II appartient à Sé-kigouti* と読める記載（筆跡は本文のそれと同一と見うる）のある七センチ角ほどの紙が貼りつけてあることから、そう認定し

たものと思われるが、私も現在それ以外にこのノートの筆記者を推定する手がかりを持たず、この認定に従つておく<sup>(14)</sup>。ただし同目録がこのノートの内容を、井上訳性法講義と「同一のものである」<sup>(15)</sup>とするのは誤りで、まず前述のように、このノートは井上訳性法講義のほぼ前半分の部分から第一回の開講の辞の部分を抜いた部分だけしかなく、かつ井上訳のほうに二行割註の形で印刷されているところは、(おそらくそのすべてが)井上のつけた註釈らしく、ノートのほうにはない。また逆にノートにあつて井上が訳出していない部分<sup>(16)</sup>も散見されるのである。なお、このノートには、ところどころに名詞の単複の誤り、動詞の(発音上は同じになる)三人称単数形複数形の活用語尾の誤り、読解上必ず必要なカンマのつけ落とし等が見出されるので、筆記者がポアソナードに原稿を見せてもらつて筆写したものと考えにくい。しかし逆に口述されたものを書き取つただけであるとしたら、筆記者のフランス語力は非常に優秀なものであつたと言わねばならない。ただこのノートは、誤記の訂正をした跡などがなく、整然と書かれているところから、一種の清書ノートであろうと見られるので、おそらくは教場で筆記したものを受講生同士で点検補正した上で、改めて清書したのではないかと推測される。

ともかくも、前掲 Revue とこの筆記ノートを合わせれば、ポアソナードの自然法講義の前半部分は一応原文にあたつて再訳をすることができるといふことになる。そこで私は、これら資料が手許に揃つた現在、原文を活字にし、かつ若干の註釈を加えて再訳をする作業を、徐々に進めたいと思ふのである。

しかしながら、百年以上も前の講義をいま新たに復元・紹介する必然性ないし意義というものはどこにあるのか。それが単なる近代法史上の初講義の記録というだけの意味に止まるならば、あえてその作業にとりかかるといふ疑問も生じよう。実は私がこの復元再訳を企図したのは、その作業が、歴史上の記録という性格を越えて、わが国の実定法学に、具体的にはわが現行民法の解釈学に、基礎的な貢献をするものとなるのではないかと見たからに他ならない。では何故私はそう見るに至つたか。本稿の意図するところは、畢竟、この作業の本質的な意義の解明をしようとするにある。

(1) 明法寮は明治八年五月四日太政官布告第七一号により廃止され、明法寮法学生徒の所管は本省に移り、いわゆる司法省法学校となる。この法学教育機関の歴史については、総合的かつ詳細な研究として、手塚豊「司法省法学校小史(1)」「(2)」「(3)」「法学研究四〇巻六・七・一」号所収がある。

(2) この訳語は井上が採用したものである。ポアンナード自身は、講義の中でわざわざ「フランスでは *droit naturel*、諸君の國語では *shizen ho* と呼ばれる」(後掲註(9)の *Revue*, p.514)と説明して、「自然法」という訳語を示していたのであるが、井上は「余之ヲ性法ト訳ス性ハ則チ天命自然ノ謂ナリ」と翻訳中に註記し(性法講義・司法省蔵版明治一五年六月再刊本・七頁)、さらにポアンナードが念のために「自然法とは自然状態で生活する人の法という意味ではない」と述べるところ(後掲 *Revue*, p.515)では、「性法ノ訳字ニ從フトキハ如此キ疑アルコトナシ」(前掲性法講義・八頁)と自信たつぷりに註記している。この点につき、野田良之・後掲「日仏法學交流の回顧と展望」一六〇一七頁の批判参照。「性法」の語は、明治元年刊の西周訳「萬國公法」中で使われ、同四年刊の神田孝平訳「性法略」(内容は今日的に言えば憲法上の人權と民法上の物權・債權の内容の概説である)などで人口に膾炙するようになったとされるので、井上もその影響を受けたものであろう。大久保泰甫教授は、この語の典故を「中庸」に見える。「天ノ命、之ヲ性ト謂イ、性ニ率ウ、之ヲ道ト謂イ、道ヲ修ムル、之ヲ教ト謂ウ」に由来するものと指摘される(大久保・日本近代法の父ポアンナード・六九頁)。なお、「性法」の語は今日、明治初期の自然法論を語る用語として学者間には定着しているものとも見うるが、本稿では、この講義をポアンナードの原文および講義筆記ノットを使つて再訳しようとする筆者の意図からして、ポアンナードの本来の指定に従い、フランス語の *droit naturel* の通常の訳語としての「自然法」に直すこととする。

(3) 主なものを発表年代順に挙げれば、風早八十二『性法講義』解題「明治文化全集一三巻法律編・昭和四年(改版昭和三二年、本稿ではこの戦後版で頁数等を引用)三〇頁以下、田中耕太郎「ポアンナードの法律哲学」杉山博士還暦祝賀論文集(昭和一七年)三頁以下、小早川欣吾・統明治法制叢考(昭和一七年)二八九頁以下、手塚豊「司法省法学校小史(1)」「法学研究四〇巻六号(昭和四二年)七五頁以下、野田良之「日仏法學交流の回顧と展望」日仏法學六号(昭和四七年)一四頁以下、同「日本における外国法の摂取——フランス法」外国法と日本法(現代法14・昭和四七年)二〇二頁以下、向井健「ポアンナードの自然法論——來朝百年に寄せて」法律時報四五巻七号(昭和四八年)一一頁以下、中村哲「ポアンナードと法學教育」法學志林七一巻二・三・四合併号(ポアンナード先生來日百年記念号・昭和四九年)五頁、大久保泰甫「ポアンナード」日本の法學者(昭和四九年)二七頁以下、同・前掲日本近代法の父ポアンナード(昭和五二年)六八頁以下等がある。

なお、ポアンナードは、「性法」自体はこの後もいくつかのシリーズでくり返し講義している。いわゆる司法省法学校速成科(一期生、修業二カ年)での明治一〇年からの講義課目にも「性法 フランス民法 ポアンナード」と見えているし(手塚「司法省法学校小史(3)」「法学研究四〇巻一一号五八頁による。なお野田名譽教授は、自ら所蔵される「ポアンナード氏講述・性法講義」という毛筆本(講義は明治一〇年九月一九日から始まつている)を、手塚論文から、この速成科一期生への講義の筆記録と推定される。野田・前掲「日仏法學交流の回顧と展望」二四頁)、出版されたものとしても、向井助教授の詳細な考証のある、明治法律学校での講義録である「性法講義完」(ポアンナード講述・磯部四郎通訳・明治法律学校講法會出版・刊年は不詳であるが向井助教授により明治二一年以後と考証されている)がその一例として挙げられよう(向井・前掲論文二四頁以下参照)。なお、この明治法

律学校での性法の講義は、磯部の通訳したものを速記から起こした文章が、石井良助・民法典の編纂(昭和五四年)五三七頁以下に一部覆刻されている。しかし本稿で扱うのは、この井上操訳の、すなわち明治七年から司法省で行なつた最初のシリーズの講義に限る。

(4) 野田・前掲「日本における外国法の摂取——フランス法」二〇三頁。

(5) 大久保・前掲書五四頁。

(6) 向井助教が前出註(3)の明治法律学校での講義録を用いて相統法の分野で紹介・分析をされているくらいで(向井・前掲論文一二七頁以下、同「ボアソナードの身分法思想」福島正夫編・家族——政策と法・第七卷一六五頁以下)、この最初の「性法講義」の、しかもいわゆる財産法の分野での内容を検討している論文は、寡聞にして知らない。

(7) 初版は明治一〇年六月、司法省蔵版であるが、筆者の所有するのは司法省蔵版の明治一五年六月再刊本とその明治二〇年翻刻本(白楽圃版)である(両者は版組が異なるため頁数が相違するが、内容は同一である)。その他明治一三年一二月の博聞社版、同一四年八月の大阪版もあり(小早川・前掲書二八九頁)、同一四年三月の井上による序文付きの校訂増補版(中正堂版)、同一八年の司法省再版もあり(風早・前掲解題三五頁)、明治一四年の弘令社・報告社版、同一七年の藤谷虎三版もある(向井・前掲論文一二六頁)と紹介されてきたが、それらはほとんどすべて内閣文庫に所蔵されている。(8) 前掲風早解題の収録されている明治文化全集一三巻法律編の四六三頁以下に、「性法講義抄」として、前註に掲げた明治一四年中正堂版の「校訂増補性法講義」が抄録されている。

(9) 堀内節「御雇法律教師のブスケとボアソナード」比較法雑誌八巻一四二頁以下によれば、ボアソナードがフランスに帰つて明治四三年六月に死去した後、遺族から司法省に手書きの遺稿の入つた羊皮の包みが届けられたが、この遺稿は未整理のまま申府刑務所に疎開し、戦災で焼失した。また大久保教授がボアソナードの相続人にたずねたところによれば、ボアソナードが娘ルイズのもとに残した書類や文書は、一九三五年に彼女が亡くなつた後、一九五〇年頃にその住まいを貸別荘にした際にすべて焼却処分されたという(大久保「ボアソナードと三つの墓(下)」創文一〇七号一四頁以下)。

(10) *Ecole de droit de Jédo, Legon d'ouverture d'un cours de droit naturel, par M. G. Boissonade* (江戸の法学校——ボアソナード氏による自然法講義開講の辞)、*Revue de législation ancienne et moderne française et étrangère*, 1874, p.508—525. なお、野田名譽教授によれば、ボアソナードは来日までの雑誌の編集運営委員の一人であり、彼のこの雑誌への参加は、彼が比較法学の先駆者の一人として評価されるべきことの一例証とされる。Y. Noda, *Gustave Boissonade, comparatiste ignoré, Problèmes contemporains de droit comparé*, t. II, 1962, p.233 et s. なお、筆者はこの *Revue* のコピーを入手するにあつて、長友西澤宗英城西大学助教授の御助力を得た。記してその学恩を謝す。

(11) 大久保・前掲書六八頁。大久保教授はそこで、このノートの筆跡はボアソナードのものではないと明言されておられる。

(12) 昭和五年一月四日〜七日、於法務図書館。

(13) 貴重図書・資料展目録(法務図書館)二頁。

(14) 以下本稿ではこの Cahier を「関口ノート」として引用することにす。

ボアソナード「自然法講義(性法講義)」の再検討

五 (九五七)

(15) 前出目録二頁。

(16) 一例を挙げれば、ポアンナードは法 *droit* という言葉について、これがラテン語 *Directum* から来ているという説明をしているが、関口ノートでは、さらにその同じ語源に由来する例として、イタリア語の *diritto* やスペイン語ポルトガル語の例（スペイン語では *derecho* ポルトガル語では *direito* だが、ノートでは綴りを書き取れずにアンダーラインのみとなつている）を紹介し、またドイツ語の *Recht* 英語の *right* も同じラテン語の *Rectum* から来ていると説明しているが、井上訳ではそのあたりがすべて省略されている（関口ノート四頁、井上訳は司法省蔵版明治一五年六月再刊本では二〇頁に来るはずの部分である）。

## 一 「自然法講義」の周辺

本稿の中心論点に入る前に、この「自然法講義」について現在でできる範囲の考証を加えておきたい。

まず、この講義の行なわれた時期については、開始が明治七（一八七四）年四月九日であることは、前掲 *Revue* に掲載された開講の辞（第一回目の講義）の記事の末尾の日付<sup>(1)</sup>および井上訳性法講義の「法律の要旨」の末尾「千八百七十四年<sup>明治</sup>四月九日東京ニ於テ之ニ記ス<sup>以上ハ開校ノ日ポアンナード氏ノ演説セン所ナリ</sup>」<sup>(2)</sup>から明らかであるが、終了がいつであつたかは不明である<sup>(3)</sup>。また、何回にわたつて行なわれたものかもはつきりしない。その点は、井上訳性法講義からは全く不明なのであるが、関口ノート (*Deuxième leçon* すなわち第二課の講義から始まつている) では、若干の手がかりとして、七頁目から第三課、以下一〇頁目から第四課、一六頁目から第五課、二七頁目から第六課、三四頁目から第七課となつているが、それから先はノートにいくつ目の *leçon* かの記載がない。ちなみにこの関口ノート三四頁目というのは、「所有権を得る方法」という表題で、井上訳性法講義（明治一五年再刊本）では総計二八六頁中五一頁目にあたる（なお関口ノートは全部で一三三頁にわたつて書かれており、内容としては井上訳明治一五年再刊本の一六五頁目までである）。もつともこれら第七課までも各課の頁数にかなりばらつきがあることから、あるいはこの *leçon* は一回の講義に *leçon* という形で対応するものではないのではあるまいかとも思われる<sup>(4)</sup>。

この講義の行なわれた場所は、前述のように司法省（当初は司法省明法寮）内の法学校であるが、その対象となつた明法寮生徒は、井上操の二行割註によると、一五名である。<sup>(5)</sup> この一五名についてその内訳を見ると、まず、井上正一、栗塚省吾、熊野敏三、木下広次、岸本辰雄、加太邦憲、関口豊、宮城浩蔵、小倉久、磯部四郎、岡村誠一の一名が、明治五年八月一七日に決定した「明法寮生徒」二〇名中その段階まで残つたものである。<sup>(6)</sup> このうち一〇名は大学南校からの転入学者であり、<sup>(7)</sup> 岡村の前歴のみが不明である。また残り四名すなわち井上操、木下哲三郎、内藤直亮、矢代操は、明治六年七月の、欠員補充のための追加募集（同年九月試験）の結果選抜されて聴聞通学生となつた者（二七名）<sup>(8)</sup>のうち、翌七年三月末の特別試験に合格して同年四月四日に正式に編入されたものである。<sup>(10)</sup>

それでは、なぜこの一五名のうち関口豊のものと推定されるノートが残り、またなぜ井上操がこの講義を訳出版する役回りになつたのか。これがある程度説明するために、この一五名がその後どのような経歴をたどつたのかを、手塚博士の前掲「司法省法学校小史」に従つて若干追跡してみよう。

まず、司法省では、明法寮廃止本省移管の直後に、生徒をフランスに留学させることを決定した。<sup>(11)</sup> そして明治八年八月に、木下広次、熊野敏三、井上正一、磯部四郎、栗塚省吾、関口豊、岡村誠一の七名がフランス留学を命じられた。<sup>(12)</sup> 他の八名は、この時点では、そのまま司法省法学校正則科一期生として残つたわけである。この留学組七名は、おそらく学業成績順に選抜されたと思われるので、その中に入つた関口のノートは比較的良質のものと信頼してもよからう。また、関口は、留学に出たためおそらくは明治八年の夏休み前までの講義しか聞いていない。そこで、関口ノート計一三三頁の「無効の訴権」の終りまでの部分の講義は、遅くとも八年夏休みまでには済んでいたと推定できる。さらに、もし関口ノートに二冊目三冊目がなく、これが関口の聞いた全講義だと仮定すれば、八年夏休みまでにはこの自然法講義は約半分しか終つていなかったことになる。なお、残念なことに関口は明治一二年八月、パリで客死した。<sup>(13)</sup> 彼のノートが、いつ、どのような経緯で司



法省に残されるに至つたかは知るところがないが、あるいは遺族からの寄贈によつたものであるか。<sup>(14)</sup>

さて一方、残りの八名の処遇は、ボアソナードやブスケの学業成績報告を参考にして、<sup>(15)</sup> 明治九年八月五日に至り、他の正則科一期生とともに以下のように決定した。宮城浩蔵、小倉久、岸本辰雄の三名についてはフランス留学三カ年、木下哲三郎、内藤直亮、井上操の三名は司法省出仕に採用、<sup>(17)</sup> 矢代操のみが不採用、そしてもう一人の加太邦憲は他の者より一足先に同年七月二十六日付で司法省十等出仕に採用、<sup>(18)</sup> という内容である。

従つて、「性法講義」の明治一〇年六月初版刊行という時期を考えると、フランスで客死した関口・岡村と、司法省不採用となつた矢代をまず除き、残り一二名のうち八名はフランス留学中であるからこれも除くと、残りは四名、その中で加太は明治九年九月七日付で早くも司法省法学校の助教員という職についていることがわかり、<sup>(19)</sup> それゆえおそらくは、実際にこの講義の翻訳を一〇年春までにまとめて司法省蔵版として翻訳出版できる立場にあつたのは、木下哲三郎、内藤直亮、井上操の三名しかいなかったと思われるのである。その中で井上が翻訳して出版することになつたのは、何か司法省内での仕事の担当の関係があつたのか、それとも彼が個人的に「一己ノ用ニ供スルノ掌記冊」<sup>(20)</sup>の草稿を早くから準備していたためであるのか、今私は詳にしない。しかしながら、ボアソナードのこの最初の講義を聞いた一五名中では成績面では最も評価の低いグループに属し、<sup>(21)</sup> フランス留学の機会も得ることのなかつた井上操が、ひたすらにボアソナードの各講義の（およびフランスの当時の教科書等の）翻訳紹介者の役割を果たしたことは、事実と言えよう。<sup>(22)</sup>

(1) Jédo, 9 avril 1874, v. 48r°. Boissonade, op. cit., p. 525.

(2) 性法講義・明治一五年六月再刊本一六頁。

(3) 井上操ら受講者の卒業は明治九年七月（あるいは八月）であつたので、この講義もそれまでには終了していたはずである。手塚・前掲「法学校小史

(2) 六三頁および九一頁註（35）参照。

(4) その場合はこの Legon は単に「第一節」「第二節」のように訳すべきかと思われる。

(5) 井上は、性法講義「緒言」中で、ポアンナードが「諸君は……」と呼びかけをしている箇所「我輩十五名ノ生徒」と二行割註を加えている(同書・明治一五年六月再刊本一頁)。なおこれが井上の加えた註であることは、原文の該当部分にそれがないことより確認される(Boussounde, op. cit., p. 509)。

(6) 近藤孝一が六年二月、野々村保次郎、横田孝敬、佐藤金三郎、高島里美は六年三月、浅岡一は六年五月にそれぞれ退学した。そこで、厳密に言うとは七年四月九日の段階では明治五年からの生徒は一名ではなく一四名在籍していたのであるが、さらに中村健三、水野貞次が四月一八日に、中川元が五月二日に退学した(以上、松尾章「明治政府の法学教育——明法寮と司法省法学校の史料を中心として——」法学志林六四卷三・四合併号一〇四頁に覆刻される「司法省学校係書類」による)。ちなみにこのうち中川元は依願退学の翌月文部省十一等出仕東京外国語学校勤務となり、以後教育畑を歩む。中川浩一「明法寮」生徒中川元」書斎の窓二四六号二五頁以下。手塚博士は、井上の言う「我輩十五名ノ生徒」という人数から推測して、「この三名は四月からの授業には出席していなかったように思われる」と述べておられる(手塚・前掲「法学校小史(一)」七五頁)。

(7) 加太邦憲、加太邦憲自歴譜(昭和六年)八八頁は関口を除く九名を「……等」として南校出身者として挙げているが、大学南校に各藩から推薦されて入った貢進生の名簿中には、関口も入っている(これに対しこの一〇名の中では栗塚、熊野、磯部の名が貢進生名簿中にみえない。唐澤富太郎・貢進生——幕末維新期のエリート・四一一〜四三三頁の「貢進生一覽表」による)。

(8) 前掲「司法省学校係書類」(東京大学図書館蔵)中の明治六月七月生徒懸伺、七月二二日司法省指令。手塚・前掲「法学校小史(一)」七五頁および八二頁註(7)参照。

(9) この一七名の氏名は、手塚・前掲「法学校小史(一)」八二頁(73)参照。

(10) 松尾・前掲資料一〇四頁に覆刻される前掲「司法省学校係書類」による。なおこの時の特別試験の結果をポアンナード、ブスケ、リペロールの三教師が報告した文書(前掲「司法省学校係書類」所収)は、手塚・前掲「法学校小史(一)」七五頁に覆刻されている。

(11) 「司法省学校係書類」、松尾・前掲資料一一八頁。

(12) 「懐旧録・旧司法省法学校沿革略誌及卒業生ノ現況」法曹記事三卷一一号一一三頁。なお前註とともに手塚・前掲「法学校小史(二)」一五七〜一五八頁参照。

(13) 明治一二年一月公文録・司法省之部(一)に、司法卿大木喬任より太政大臣三條實美への上申として、「当省所轄仏留留學生関口豊儀本年八月二十七日於彼地病死候旨在仏国二等書記官鈴木貫一ヨリ通知相成候条此段上申候也」とある。宮岡謙二・異国疆路・旅芸人始末書(昭和三四年)一七二頁は、関口が一〇年八月二八日(正しくは前述の通り一二年八月二七日)に夏かせのためにバリの病院で死去し、翌日日本人の小野田一等警視補らによつて会葬されたとしている。ただ宮岡氏はその情報の出所を明らかにされておらず、私も残念ながら今日まで他の確認資料も見出しえていない。大方のご教示を願うところである。なおもしその記述が正しければ、会葬したとされる「小野田一等警視補」は、当時川路利良大警視の随員として渡仏し川路が病を得て帰国後もバリに残つて任務を遂行していた小野田元熙である。小野田元一著・小野田元熙(昭和四四年)九二頁以下参照。関口は盤前県(現在

ポアンナード「自然法講義(性法講義)」の再検討

九 (九六一)

の福島県）出身、前掲註（7）の貢進生一覽表によれば、盤前県の前身の湯長谷藩からの貢進生として、他の者より約半年遅れて明治四年三月五日に貢進舎に入舎している。嘉永五年生まれであるから、およそ二五年の生涯であった。なお、このときの同期留学生では、もう一人岡村誠一もパリで病死している（宮岡・前掲書一七二頁は岡村の死を二〇年一月とするが、一〇年二月六日付東京日日新聞は九年一〇月二三日とする。なお新聞は横浜の仏語新聞 *L'Echo du Japon* からの翻訳寄稿として、岡村がパリで在籍した学校の校長とおぼしきキートロウなる人物の追悼文を掲載する）。

(14) 関口ノートの表紙には、「司法省／四ノ七・第一号／寄贈図書文庫」と印刷（数字部分は毛筆による記入）された情状形の紙が貼付してある。

(15) 前掲「司法省学校係書類」、松尾・前掲資料一九頁以下参照。なおこのときの司法省側の方針は、成績順に三組に分け「上等ハ之ヲ海外二遣ハシ中等ハ新生徒ノ通弁又ハ俗官等ニ充テ下等ハ之ヲ退謝セシメ」というものであつた（同書類中の杉山孝敏法学課長の「生徒所分何」、松尾・前掲資料一二二頁）。

(16) 七名が留学に出たために欠員を補充、八年九月の試験で大島三四郎、沢井（一瀬）勇三郎、高木豊三ら一二名を入学させた。手塚・前掲「法学校小史（二）」五八〜五九頁参照。

(17) 前掲「司法省学校係書類」、松尾・前掲資料一二二〜一二三頁。

(18) 加太・前掲自歴譜の官歴略二三頁。

(19) 加太は、このとき「普通学教師兼生徒取締」を命ぜられた（前掲自歴譜の官歴略二三頁）。いわゆる一般教育科目の教師であろうか。なお、加太はこの後も司法省法学校に閑与しつつ昇進し、明治一五年には司法一等属から司法権少書記官に任ぜられ、第七局副局長として実質的に司法省法学校の校長的な仕事をするようになる（前掲自歴譜の官歴略二四頁。なお手塚・前掲「法学校小史（二）」八二頁参照）。

(20) 井上は、校訂増補性法講義（明治一四年中正堂版）の序で、旧版は「余力一己ノ用ニ供スルノ掌記冊ナルヲ以テ」訳語等を深く検討しなかつたのでここで校訂増補版を出す、と述べる。明治文化全集一三巻法律篇四六三頁。

(21) 木下、内藤、井上に司法省不採用の矢代を加えた四名は、いずれも明治六年の補充入学者であるから、他の（明治五年からの）一一名とは修業期間において一年のハンディがあり、成績が比較的低劣のものやむをえないと言えよう。

(22) 井上は、この「性法講義」とならぶ、すなわち彼の前掲序の言を借りれば、性法講義が「専ラ民事ニ係ル天然法ノ綱領ニシテ併セテ成文法ノ要旨ニ及フ」ものであるのに対して、「ソノ刑事ニ属スル者」を講じた「刑法撮要」（明治一〇年一月刊行）も翻訳している。また、彼の他の訳書には、「仏国治罪法略論」（ブッフ著、高木豊三・井上操訳、明治一一年）、「仏国刑律実用 刑法治罪法之部」（フォースタン・エリー著、加太邦憲・井上操訳、明治一四年）、「仏民法覆義 贈与遺囑之部」（ムールロン著、井上操訳、明治一五年）等がある。ちなみに「仏民法覆義」の原書は、Mouton, Répétitions écrites sur le Code civil の第一〇版ないし第一二版と推定される。拙稿「民法四六七条における一項と二項との関係」法学研究五一巻二号四一頁参照。なお井上は、明治一九年大阪控訴院評定官となり、この年関西法律学校（現関西大学）創立者の一人となつて、同校でフランス刑法等を講じた（春原源太郎編 明治初期の法学講義——井上操と関西法律学校（昭和四〇年）参照。なお同書には井上自身の当時の講義の一部を受講者が筆録したものが

収録されている。井上の最終官職は、大阪控訴院部長判事であった。

## 二 民法学入門としての「自然法講義」

既に序で触れたように、このポアソナード「自然法講義」は、かつて理解されていたような、いわゆる法理学や法哲学の講義ではなく、あくまでも実定法、ことに民法の講義である。以下にはそれを詳しく論証することとしたい。

まず、以下に掲げる一覧表で、上段には井上訳性法講義（明治一五年六月再刊本）の目次を移記し、中央に原文資料の出典、下段に原文目次の訳を付して、それらを対比しつつ内容の概観をはかろう。なお、後半の点線以降の部分は原文資料がないので、性法講義中の訳語に付された片仮名のフランス語ルビ（例、私印<sup>サンプリ</sup>私署 *seing privé*）や内容（特に挙示してあるフランス民法の条文）から筆者が推定した訳を示しておいた。

井上訳性法講義	原文出典	原文訳
緒言		開講の辞
法律の要旨		
性法道徳ノ解及ヒ其區別	前掲 Revue	
自然義務		第二課（特に題はない——池田註）
貨財ノ理論		第三課（特に題はない——池田註）
		第四課 自然債務
		第五課 財産の理論
		第一の差異（物権と債権の——池田註）
		物権と債権との区別の第二の利益
		第三の利益
	関ノ口	

ポアソナード「自然法講義（性法講義）」の再検討

対人権ヲ得ル五種ノ仕方

- 物上権ヲ得ル原因
- 領取
- 加属
- 埋物発見
- 正統ノ相続
- 約束
- 贈達
- 法
- 経時効
- 遺囑ノ相続
- 生者中ノ贈遺
- 売却及ヒ買取
- 対人権ノ原因
- 契約

関ロノ一ト

第四の利益

第六課 物権と債権との区別の第五の利益

- 債務の第一原因
- 債務の第二原因
- 債務の第三原因
- 債務の第四原因
- 債務の第五原因——法律

第七課 所有権の取得方法

- 所有権取得の第一の方法 先占
- 所有権取得の第二の方法 添付もしくは合体
- 所有権取得の第三の方法 埋蔵物の発見
- 所有権取得の第四の方法 法定相続または無遺言相続
- 約定（所有権取得の第五の方法にあたる。以下同様。——池田註）
- 引渡
- 法律（の定めによるもの——池田註）
- 時効
- 遺言相続
- 生前贈与
- 交換および売買
- 債権の原因
- 債務の第一原因・契約
- 合意（意思の合致）

約束ノ効  
 償金  
 約束ノ解釈  
 外人ニ関シテ約束ノ効  
 証據  
 公正ノ書付  
 私印ノ書付  
 符木  
 書付ノ写書  
 再認ノ書付  
 修整或ハ補正ノ書付  
 証人ノ証據  
 予定  
 法上ノ予定  
 事柄ノ予定  
 白状  
 誓  
 補足ノ誓

目的物  
 原因  
 合意の瑕疵  
 錯誤、強迫、詐欺、損害 (lesion)  
 無効の訴権

契約の効力  
 損害賠償  
 契約の解釈  
 契約の對第三者効  
 証拠  
 公正証書  
 私署証書  
 割符  
 証書の写本  
 確認証書  
 追認証書あるいは承認証書  
 人証  
 推定  
 法律上ノ推定  
 事実上ノ推定  
 自白  
 宣誓  
 補充宣誓

ポアンナード「自然法講義（性法講義）」の再検討

右の一覽表を一瞥すれば、この講義が民法に関する入門講義であることは、既に明らかであろう。

では、なぜこのような「自然法の講義」が「民法の入門講義」となるのか。それは、わが国でも既に大久保泰甫教授が正當に指摘されたように<sup>(1)</sup>、フランス民法典（およびその他の諸法典）は、フランス民法典の最初の草案（共和曆八年—一八〇〇年）の前加篇（*Livre préliminaire*）において、実定法に先立つ自然法の存在を信じ、これを前提としていることを自ら宣言している<sup>(2)</sup>ことからわかるように、「理性法論と呼ばれる近世自然法論のフランスの形態を前提として編纂され、それゆえ出来上つた法典は、かような自然法を具体的に実定法化したものと考えられ<sup>(3)</sup>」ていたからに他ならない。従つて当時のフランスの民法教科書は、第一冊目の前半ほどを *Introduction* として法全般について論じ、その中で *droit naturel* について触れるのが通常であつた。さらに、大久保教授は、「これに対応して、当時のフランスにおいて実定法の講義以前の法学入門ないし法の基礎理論の講義をする際には、「自然法の講義」と銘打たれる例が多かつた<sup>(4)</sup>」とされる。

そのような伝統があつたためか、フランス本国では、今日でも、自然法の講義と銘打ちさえしないものの、このボアソナード「自然法講義」に類似する項目を持つ、一連の、今日わが国でいう「法学」ないし「民法入門」にあたる解説が、民法の教科書の序章ないし前加編として、置かれる例が多いのである。つまり、我が国の体系的民法教科書であれば、通常は、民法典の章立てに従つて第一巻総則から順次物権、債権と書かれるのであるが、フランスでは民法の順序に従つて人事法（*Les Personnes*）から第一巻を始めるのではなく、*Introduction* と称するものに第一巻を与えて（あるいは *Les Personnes* と同一の巻とする場合は第一巻前半をこの *Introduction* が占める）<sup>(5)</sup>、そこで法学にあたる説明をしてしまうのが、今日一般に行なわれている方式である。<sup>(6)</sup>

例えば、今、Stark, *Droit civil*<sup>(7)</sup>の第一巻にあたる *Introduction* の項目を抜粋掲出して、先に掲げたボアソナードの「自然法講義」とその内容を比べてみよう。

## 第一部

### 第一章 法規範 (第二節 法規範と他の指導規範との区別)

(第五節 法の分類 I 私法 II 公法 III 刑法 IV 訴訟法 V 国際法)

## 第二章 法源

### 第一章 様々な法源

### 第二章 解釈方法

## 第三章 私法の基本概念

### 第一章 実体的権利と義務の概念

### 第二章 権利の主体

### 第三章 ささまざまな実体権 (第一小節 債権、物権、無体財産権の区別)

### 第四章 実体権と義務の源因

### 第五章 権利義務の証拠 (以下略)

以上掲げたところから、この Introduction の内容が、ポアソナード「自然法講義」と同一の、あるいは類似する部分が多いことは明らかに見て取れよう。

従つて、ポアソナードのこの「自然法講義」は、いわゆる法理学・法哲学の講義ではなく、内容がたまたま民法の講義になつたのでもなく、そもそも、民法の講義の冒頭の一部分として当然に配置されるべき講義だつたのである。

それだからこそ、この「自然法講義」は、単にポアソナードの法思想・法哲学を明らかにしただけのものと把握されるべきではなく、彼の民法学の序章として、さらに言うならば、彼畢生の大作となつた旧民法草案の前加編<sup>(8)</sup>として、理解されねばならないと思われるのである。ここに「前加編」とフランス民法典のそれになぞらえて比喩的に言う意味は、勿論、そこに流れる彼の法思想が、旧民法草案の根底を貫流するものであり、従つて旧民法草案の各条文の解釈にもその法思想の理解が影響を及ぼすであろう、という考え方を、少なくとも仮説として、提示するものに他ならない。私の関心は、つまるところ



ろこの仮説の検証に存する。

彼の法理念・法思想は、彼の実定法規定にどう投影されているのか（あるいは、いないのか）、投影されているとすれば、この「自然法講義」の検討は、素朴な、プリミティブな作業にすぎないけれども、彼の旧民法草案の各条文の分析の前に必ず措置されなければならない作業となるはずである。

そして私は既に、わが国の現行民法典中には、はつきりとポアソナード旧民法草案の（しかも「旧民法」ではなく「旧民法草案の」）条文を継受したものであることの一例証を行なっている。<sup>(9)</sup>そして、そのような条文は現行民法典中にもまだ数多くありそうである。そのような、ポアソナード草案に由来する条文においては、それがフランス民法そのままであるとは限らず、ポアソナード独得の見解を盛り込んだものである可能性を持つ以上、常にポアソナード草案はフランス民法とは独立した研究対象として、現行法の解釈に資するために、考察されねばならないのである。<sup>(10)</sup>

そしてここにこそ、私が彼の「自然法講義」が彼の旧民法草案にどう投影されているかを知ろうとする真の理由がある。彼の「自然法講義」は、その投影のメカニズムによつて、たとえわずかなりとも現代のわが民法の解釈字につながる可能性を持つているのである。私は、現代と切り離してポアソナードの過去の声を聞こうとするものではなく、まさに「現在を課題づける過去<sup>(11)</sup>」の声を聞きたいと思うものである。

(1) 大久保・前掲論文・日本の法学者四〇～四一頁。

(2) 共和暦八年草案前加篇（Du droit et des lois「法と法律について」と題される）第一章第一条は、「すべての実定諸法律の源たる、一つの普遍的な不変の法というものが存在する。それはすべての人間を支配するものとしての自然の理に他ならない」と規定する。Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t.2, 1827, p.1.

(3) 大久保・前掲論文四一頁。

(4) たゞし、Audry et Rau, Cours de droit civil français, 4ème éd., t.1, 1869, p.2～3, Demante et Colmet de Santerre, Cours

analytique de Code civil, 3ème éd., t.1, 1895, p.2~5.

(5) 大久保・前掲論文四一頁。大久保教授はその著 A. Boistel, Cours de Droit naturel ou de Philosophie du Droit, 1870 (邦訳と云べし黒川誠一郎訳・天然法・司法省蔵版・明治一九年四月印行がある)を挙げられてゐる(同論文四三頁註(5)参照)。

(6) 今日の代表的体系書「教科書」として良く使われるものの中に「Introduction」に第一巻を独立して置くものがある。Mazeaud, Leçon de droit civil, t. 1, 1<sup>er</sup> vol., Introduction à l'étude du droit, 5<sup>e</sup> éd. par De Juglart, 1972, Marty et Raynaud, Droit civil, t. 1, Introduction générale à l'étude du droit, 2<sup>e</sup> éd., 1972, Weill et Terré, Droit civil, Introduction générale, 4<sup>e</sup> éd., 1973, Ghestin et Goubeaux, Traité de droit civil, Introduction générale, 1<sup>ère</sup> éd., 1977, 第一巻を Introduction とし Les personne とし構成して置くものがある。Droit civil, t. 1, Introduction, Les personne, 10<sup>e</sup> éd., 1974 等が挙げられる。

なお、この構成は単に教科書についてのそれにとどまらず、今日のフランスの大学(例としてパリ第二大学)のカリキュラムでは、日本という法学部の一般教育課程の一年目の必修科目として、「法学入門および民法」Introduction à l'étude du droit et droit civil (これが一つの科目)が置かれてゐる。同大学履修案内「Paris 2, premier cycle Le D.E.U.G. Mentions Droit, Sciences Economiques, Administration Economique et Sociale, 1977-1978」Université de Droit d' Economie et de Sciences Sociales de Paris, p.14 参照(ふざくと D.E.U.G. 4<sup>e</sup> Diplôme études universitaires générales の略である)。

(7) スタルク教授はパリ第二大学教授在職中の一九七四年に急死された。そのため彼の Droit civil はこの Introduction と債務法の巻(B. Stark, Droit civil, Obligations, 1972, — Supplément à jour au 1<sup>er</sup> novembre 1975 rédigé sous la direction de M. Azoulai)しか残されてゐない。

(8) 本文中にも後述するように、旧民法正文自体は、法律取調委員会等での審議過程で、ポアンナードの意図に反する修正を加えられているものがあり、彼の真髄はこの草案のほうにはるかに良く表われている。

(9) 拙稿「民法四六七条におけるポアンナードの復権」明治法制史政治史の諸問題(手塚豊教授退職記念論文集・昭和五二年)一〇三九頁以下。

(10) 前掲拙稿一〇四〇~一〇四一頁参照。

(11) 内池慶四郎・出訴期限規則略史(昭和四三年)三頁。

## 三 ポアンナードの自然法論の限界と可能性

——民法解釈学との関係において——

前述のように、彼の法思想あるいは法律哲学といったものが、彼の民法学にどう反映されているのかを知るには、この「自然法講義」を始めとする、彼の著作のトータルな検討が必要にならう。しかしここでは、その前提として、彼の法思想、ことにその自然法論自体が、今日もなおそれらの検討を加えるに足るものであるのかという点だけをまず検証しておくたい。

最初に、彼の自然法論の主要部分のみを抜き出して紹介する。<sup>(1)</sup>ただし本稿の性格から、彼の自然法論の自然法学説中の位置づけ等には立ち入らず、その具体的な内容に関連する部分に限る。

まず法の定義に関して、彼は古代ローマの法学者ウルピアヌスのいう、「法は善かつ正なるものを遵守する術である」「法は正と不正を扱う学問である」という言を採用し、<sup>(2)</sup>それでは何が善で何が正であるかと自ら問うて、さらにウルピアヌスの以下の言葉を引く。いわく、「法の命じるところは、誠実正直に生きよ、何人をも害することなかれ、各人に彼のものを帰すべし、というにある」と。<sup>(3)</sup>しかしポアンナードによると、これらのうち誠実正直に生きよというのは各個人の人格完成に関する道徳律であるから、これを除き、「かくして、各人に彼のものを帰すべし、何人をも害することなかれ」、これら二つこそが、それが遵守されなければ、社会が貪欲と掠奪と暴力のえじきになり間違ひなく滅びる、そういう準則である。従つて、これらこそ、自然法の命じる二つの準則である。そして、この準則は、実定諸法律によつて、無数の帰結のうちに展開され適用されているのである。そして私は、ためらうことなく、この二つを合わせ、次の一つの準則に帰さしめよう。すなわち、各何人をも害することなかれ (Ne laeser persone) である。しかし、この三つの単語の中にまだ何と多くの社会的義務が命

ぜられてあることか<sup>(4)</sup>」そしてボアソナードは以下に、この「何人をも害することなかれ<sup>(5)</sup>」という根本的な準則から演繹して、他人の所有権の尊重、労働者の自由と名誉の尊重、故意または過失に基づき他人に生ぜしめた身体・名誉・財産に関する損害の賠償、他人の過誤や不手際による利得の禁止、借用物の返還義務、利息の支払義務、自由かつ合法的に合意された約束の履行義務等を導き、さらに行政法上の義務や刑法上の罰についても、この準則から説明をする。そして、「何人をも害することなかれ<sup>(5)</sup>、自然法のすべてがそこにある。これこそ、立法者が発展させ、生命を与えさえすればよい、本源的な準則である。これこそすべての実定諸法律の正当な基礎である。諸君、これを我々の標語としよう。諸君の国語は、ラテン語やわがフランス語と同様に、この標語に対して適切で簡潔な表現を賦与する。すなわち、Hito-o-gai-suru na to<sup>(5)</sup>。」  
これが彼の自然法論の中心的部分である。ただし、前章に述べた通り、このような自然法論は、法理学・法哲学的意味において自己完結的に語られたものではなく、あくまでも実定法へのかけ橋として、実定法（具体的には民法）の説明をする前提として語られたことを認識しなければならないと思われ<sup>(6)</sup>るのであるが、しかしながらこの自然法論は、そのような視座とは別に、当時から昭和の時代に至るまで、独立した形で、様々な立場の論者から様々な批判を受けて来た。それらの中には専ら彼の経済学に対する批判であつたものもある<sup>(8)</sup>が、しかし、民法典論争の渦中の両陣営の当事者からの賛否論をさておくと、彼の自然法論の、後代の民法学の立場からの詳細な評価と言えるものはほとんどない。そういう状況において、ここでは、風早八十二博士の、氏の学問的立場を反映したボアソナード批判を取り上げて、この批判の検討をきっかけにして、今日の民法学からみたボアソナードの自然法論の限界と可能性を若干考察してみたい。

まず、風早博士の批判の大纲はこうである。ボアソナードの法律論は、「余りに現実ばなれのした旧自然法<sup>(9)</sup>」であり、「旧自然法に立つ限りに於て彼の法律論も同様に（「経済論と同様に」の意——池田註）時勢遅れでなければならなかつた<sup>(10)</sup>」とし、具体的な内容としては、ボアソナードの自然法の命ずる根本的規範である「人ヲ害スルナシ」の意味を分析すれば、「私所

有権の絶対尊重、契約の自由、過失責任の三大原則に帰着する」<sup>(11)</sup>が、「之は人間社会の自然の姿でも何でもなく、勃興期に於ける資本主義社会の姿以外の何ものでもない」として、そこで批判を彼の経済観に向け、「その経済学たるやレッセ・フェール、レッセ・パッセーの意味におけるフィジオクラシー以外の何ものでもない」<sup>(12)</sup>と断じる。そこから先が風早博士の批判の眼目であるので、いささか長いが要約せずに引用してみよう。

「即ち、重要な事はポアソナードの根本思想が資本主義的自由主義であると云ふことである。だが、一層重要な事は氏自身は自己の思想を封建主義より出でやがて内的矛盾の暴露によつて、より高い段階に止揚せらるべき発展物としての資本主義の反映として把握しなかつた点である。即ち氏の眼には私所有権尊重と云ふ事は人間社会の本来の姿として永久不変の法則として映つてゐるのである。其処に氏の一徹と思はれるほどの確信の強みがあり、而して斯くの如き思想の受け入れらるべき客観的事情にある時と処とに於ては異常なる歓迎を担ふことをも許される事情があると同時に一度時移るか所変る場合氏は異邦人の如く捨て去られるか、又は此上なく厄介視されるに至る。蓋し、明治維新によつて打建てられた自由放任主義は資本主義の発展確立の条件ではあつたが、やがて忽にして資本の集中独占をもたらし貧富の懸隔を甚しくし、無産階級の発生を招来せしめたのである。此の場合に、ポアソナードの性法原理なる私所有権の絶対尊重、契約の自由、過失責任等の如き個人主義的自由主義的法律理論はもはや社会の正常なる発展の条件であることを止め、却てその桎梏となるに至つたからである。

即ち『性法講義』の根本原理は封建的法律制度及び法律観念の打破には貢献する所甚大であつたが、資本主義が発展するに從ひその革命的意義を失ひ、却て現状維持の理論となり従つて動的明治社会に対する妥当性を失ふ必然性のあるものとして理解されるべきであらう。<sup>(13)</sup>

以上の風早説を逐一検討していこう。まず、ポアソナードの経済学が、アダム・スミスの「諸国民の富」の自由放任主義の理論をほぼそのまま踏襲した、オプティミスティックなものであつたことは先学の認める<sup>(15)</sup>ところであり、その意味では、「時代遅れの」ものであつたと評されたこともまた理由があらう。そして、自由放任の経済体制はやがて資本の独占集中と競争の停滞という段階に至るといふ図式も、今日、理論的立場を問わず多くの経済学者の承認するところであると思われ

る。しかしそこまで認めた上で私は、風早説を批判したい。氏の説では、ボアソナードの自然法論は、封建制度の打破には適当だつたが資本主義の發展に伴つて弊害が生じるようになって捨て去られたこと(16)になる。しかし、氏のごとき経済学上の立場を取る学者にあつても、明治二〇年代に資本の独占集中と無産階級の発生がおこり、そのためにボアソナードの自由主義的な法典は葬り去られた、とは言わないのではあるまいか。既に多くの先学の業績が明らかにしているように、民法典論争は、法理論の争いや学派的主導権争いであつた以上に、「明治史の一つの転回点を象徴する政治的論争」の色彩も濃いものであつて、またイデオロギー的にこれを評するとしても、いわゆる早すぎた自由主義が、明治政府全体の真意であつた絶対主義(18)や、国民間に徐々に広がつた民族主義(19)・団体主義に敗れたと見るのが、やはり正しいのではあるまいか。

加えて、風早氏は、Laissezfaire, laissezpasser の経済思想に裏打ちされるボアソナード流自然法は、資本主義が發展するに従い、かえつて現状維持の理論となり、動的明治社会に対する妥当性を失う必然性あるものだつた、という。これに対しても、まず、氏のいう動的明治社会は、既に明治二〇年代に、資本主義の矛盾が噴出して、「為さしめよ、行かしめよ」の発想がかえつて現状維持の理論となるほどの發展段階を迎えたのかという疑問があるが、その点は経済学者の分析にゆだねて、ここでは民法学の立場から、①ボアソナードの「何人をも害する勿れ」という自然法の根本思想は、はたして彼の民法上の各条文に、「為さしめよ、行かしめよ」という形のもつばら資本主義の自由放任的發展を促進援護する発想を持ち込むものだつたのか、②そしてわが民法学も、風早氏の言うごとき資本主義の爛熟と矛盾を、既に明治二〇年代の段階で把握して、その観点からボアソナード法理論へのアンチテーゼを構築した上で彼の旧民法典を葬つたのか、という二つの疑問を提示したい。

レッセフェールの発想は、その行き過ぎの修正が無過失責任論や権利濫用論として不法行為法や所有権法の観点から考察され、そして契約法の観点からは、附合契約論等がこれと同レベルの問題として提示されたことは、周知の通りである。ボ

アソナードの自然法論も、当然それらの観点からも限界と可能性を検討されなければならない。しかしこれらいわゆる私法の三大原則の修正の問題が社会に明らかとなつて法学者の議論するところとなつたのは、ほぼ一九世紀の末葉以降<sup>(20)</sup>なのであり、従つて少なくともこの「自然法講義」のときのボアソナードがそれらの問題への対応を言及していなくても無理はないのであり、かつまたそういう問題に直面した場合にボアソナードの自然法論はそれに対応することのできない硬直したものだつたのか<sup>(21)</sup>という点は、今後各個のテーマにおいて彼の理論や草案で彼が準備した各条文の構造等を具体的に検討した上で判断されなければならないであろう。

そこで私は、ここではもう少し別の観点からの考察を加えておきたい。それは、いわゆる「取引の安全」の問題である。我妻博士が、「資本主義社会の発達のための理想<sup>(22)</sup>」と称揚される「取引の安全」の理論は、「為さしめよ、行かしめよ」の発想とどうつながるか本来必ずしも明確ではないが、取引の円滑化活発化をはかる、つまり取引の安全をすなわち動的安<sup>(23)</sup>と言ひ換えてその保護強化をはかる立場が、資本主義の発達の促進擁護に資するということは、間違ひなく言えると思われる。そこで我々は、この問題を取扱つた先駆的かつ代表的な論文である鳩山秀夫博士の「静的安全及ヒ動的安全ノ調節ヲ論<sup>(25)</sup>ス」(大正四年)をここで検討してみることとしたい。

この論文で鳩山博士は、まず取引の安全(Vekehrsicherheit)を「疑モ無ク近世私法ノ最モ顯著ナル而シテ最モ根本的ナル特色ノ一ナリ<sup>(26)</sup>」とし、「所謂取引ノ安全ナル觀念ヲ更ニ根本的ニ研究スレハ、動態ニ於ケル社会生活ノ安全ト言ヘル、ヨリ汎キ觀念ノ一部ニ外ナラス、又夫ノ取引ノ安全ヲ保護スルニ因リテ損害ヲ受クヘキ法律關係ハ物ノ所有ト言フカ如キ靜態ニ於ケル法律關係ニ外ナラサルヲ見ルヘシ、即チ知ル、偶マ取引ノ安全ニ付テ学者ノ注意ヲ喚起シタル諸種ノ問題ハ其根柢スル所更ニ深く、法ノ対象タル社会生活ニ、靜動ノ二態アリ、從ツテ社会生活ノ安全ニ又靜動ノ二態アリ、兩者ノ衝突カ其調節ヲ要スルノ点ニ其根源ヲ發スルヲ、之レ余カ「静的安全、動的安全調節論」ト題シテ這個ノ問題ヲ研究セントスル所以ナ

「問題」を提起し、さらに「社会生活ノ安全又ハ確實ト言フ觀念ニ或ル意味ニ於テ対称ヲ為スモノハ取引又ハ社会生活ノ輕快敏活ト言フ觀念之也」<sup>(28)</sup>「社会生活ノ安全ハ又或ル意味ニ於テ社会生活ノ進歩ナル觀念ト対称ヲナス、新法ヲ旧法時代ニ成立セル事実ニ適用セントスルニ当リテ問題ノ中心ヲ為スハ安全ト進歩トノ調節之也」<sup>(29)</sup>と問題を具体化した上で、問題の歴史的な大づかみの流れを、「先ツ法律ノ沿革ニ一瞥ヲ与フレハ古昔ノ法律ニ於テハ著シク靜的安全ニ重キヲ置キタルニ反シテ近世ノ法律ニ於テハ漸ヲ以テ動的安全ニ重キヲ置クノ傾向ヲ存スルモノト断スルヲ得ヘシ」<sup>(30)</sup>ととらえ、次に立法政策の問題としては、「社会ノ維持、社会ノ平和無事ヲ図ルヲ以テ最モ其社会ノ利益ニ通スルモノトスル場合ニ於テハ所謂靜的安全ヲ主トスヘク、之ニ反シテ社会ノ発達ヲ計リ、個人及ヒ団体ノ活動ヲ奨励スルヲ以テ最モ其社会ノ利益ニ適スルモノトスル場合ニ於テハ比較的ニ所謂動的安全ニ重キヲ置クヘキナリ」<sup>(31)</sup>とした上で、「歐羅巴ノ先進国ニ於テハ北米合衆国ノ刺激ヲ受ケテ勤<sup>アルビケン</sup>勞ト言フコトニ緊要ナル価値ヲ認メ其靜的安全ト衝突スル場合ニ於テモ先ツ極力其調節ニ努ムルコト勿論ナリト雖モ其遂ニ兩立スヘカラサル場合ニ於テハ靜的安全ヲシテ多少ノ犠牲ヲ払ハシムルコト少カラサル也」<sup>(32)</sup>と紹介し、自説の結論的方向については、「予ハ靜的安全ノ基礎ヲ危クセサル範圍内ニ於テ動的安全ノ保護ヲ図ルハ我カ日本ノ現代ニ於テ最モ適當ナル政策ナリト信スル者ナリ、徒ニ退嬰主義ヲ採リ、無事偷安ヲ事トスルハ、後レテ世ニ出テ而モ他ノ後塵ヲ仰クニノミ安ンセサル国民ノ目的トスヘキニアラサルナリ」<sup>(33)</sup>と述べた。

つまり、この論文で博士は、「靜的安全と動的安全の調節」と題して、取引の安全すなわち動的安全の保護の必要性を説いたのである。ただ、この動的安全重視のテーゼは、右に見たようにこの鳩山論文中ではまだかなり押えた表現（つまり、靜的安全とのバランスを考えた上で、動的安全をより確保するべきではないかとの問題を提起する形に止めている）になつていたのであるが、それが、博士の嫡流をもつて任じた我妻博士によつて、前述のように明確に「資本主義社会の発達の為めの取引の安全という理想」と措定された上、「取引の安全」の名のもとにはつきりと動的安全の保護に傾斜し、かつ靜的安全とのバラ



ンスには言及のない部分がふえてきたように見てとれるのである。例えば表見代理制度の把握について、鳩山博士が前掲論文末尾の具体的論点の列挙の中でその六番目に「所謂表見代理ノ制度ハ本人ノ静的安全ト第三者ノ動的安全トヲ調節スルコトヲ目的トスルモノニ外ナラス」と問題のみを呈示したのに対し、我妻博士は、「取引の安全は、近代法の一理想である。しかも、代理は、近代取引の重要な制度であるから、取引の安全の理想は、とくに強く現われねばならない。表見代理の規定は、この意味において適当にその拡張をはかるべきである」と、動的安全強化の全面的肯定に向つてのをはじめ、ここではすべては例示しえないが、公信（力）の原則の多くの場面への導入——例えば民法四六八条一項の債務者の異議を留めない承諾についても、「債務者の異議を留めない承諾という事実には公信用を与えて譲受人を保護し、指名債権の譲渡の安全をはかるうとするもの」と説明する等々、我妻民法学では、少なくとも私の目からすれば、かなり徹底した取引安全（その多くが動的安全）の保護が図られている。

従つて、動的安全あるいは「取引の安全」を強化してきた鳩山博士——我妻博士の学説は、資本主義の発達のためには（少なくとも取引の円滑化活発化のためには）好都合な部分が多かつたと考えられる。

そう見てくると、わが民法学界の中心のと目されていた流れは、個人の自由の尊重には確かに一定の制限を加えつつも、「団体本位の理想」<sup>(38)</sup>の名のもとに、国家全体というレベルでは昭和に入つてもなお変らずに資本主義の発達に奉仕してきたといえる。しかしそもそも民法の解釈は本来的には動的安全と静的安全のバランスを見出すところにあるはずなのであり、もし万一それが、わが国が明治・大正・昭和と新興資本主義国として西欧列強と比肩すべく成長していく過程で、その成長を裏打ちする形で（たとえ裏打ちしようという積極的な意図は明確でないとしても、結果としてそれが社会的要求に合致して歓迎されるという形で）いささか動的安全を重視する法的処理が取られてきた部分があるとすれば、今日もはやそのような処理には疑問が投げられてしかるべきである。具体的には、静的安全へのバランスのゆり戻しが考慮されるべき部分があるのではない

かと私は個人的に考えているのである。<sup>(39)</sup>

では一方、ポアソナードの法理論はこの論点から見てどう評価されるべきものであつたのか。そもそも、「何人をも害することなかれ」の精神は、そのような、静的安全をある程度犠牲にしても動的安全に傾くというような考え方と結びつくものなのであろうか。前述したごとく、この問いに対しては我々は不用意に答を想定すべきでなく、本当は彼の民法理論の内容を逐一具体的に検証した上で答えなければならないのであるが、私はここで一例のみを掲げて、ポアソナードの説明と我妻博士の「通説」との対比を示しておくこととする。

鳩山博士は、既に触れたように前掲論文の末尾に、民法上動的安全と静的安全の調節が問題になる具体的な論点を列挙しているが、その第四点で民法四七八条の債権準占有者に対する弁済と民法四八〇条の受取証書持参人に対する弁済の規定を取り上げ、「債務弁済ニ付テ債権ノ準占有者ニ対スル弁済ト受取証書ノ持参人ニ対スル弁済トハ動的安全ヲ保護シタルモノナリ、債権其ノモノノ静的安全トノ関係ニ於テ一二ノ研究ヲ要スル問題アリ」とした。<sup>(40)</sup> これを受けて我妻博士は、これら兩者の規定は、「専ら債務の弁済という日常最も頻繁に行われる取引についてその安全敏速を図ろうとするものであつて、その適用の範囲は極めて広く、取引の安全を保護する制度としておそらくは民法中最も徹底したものであろう」との<sup>(41)</sup> 評価を与えている。しかしながら、債権準占有者に対する弁済を規定する四七八条については、沿革的にフランス民法一二四〇条<sup>(42)</sup> ↓旧民法財産編四五七条 ↓現行四七八条という継受の系譜が直線的かつ正確にたどることができるのであるが、このフランス民法一二四〇条も旧民法財産編四五七条のポアソナード草案(草案では条数は四七八条)も、債権『占有』者の概念・範囲をかなり厳格に考えており、債権証書を所持するだけでは債権『占有』者にならず、<sup>(43)</sup> また詐称代理人も債権『占有』者になりえない。<sup>(44)</sup> そしてこの条文は「債務者を、真の債権者を犠牲にして、是非とも優遇しようとするものではない」と<sup>(45)</sup> され、確かに外観信頼の保護の規定ではあるものの、積極的に弁済の促進や取引の円滑化を意図した、取引の安全のための規定とは

到底思われないのである。プラニオル・リペールは「(一二四〇条にいう)弁済の有効性は、相手の受領権限の存在に関する、より精緻な身元調査を課することが不可能であるような、また確立され一般に認められている外観に何の軽率さもなく満足したような、そういう弁済者の安全 (sécurité) の考慮によつて正当に理由づけられる。(中略)つまり、無理もないと思われ、錯誤 (erreur excusable) は、弁済を有効とするのに十分なのである」と説き、それらフランス本国の議論をほぼそのまま継承したポアソナードも、その草案四七八条の説明の中で、ユステイニアススの有名な法諺 *Error communis facti ius* (万人の錯誤は権利を作る) を引用して、「誰でもする錯誤 (erreur commune) をおかした債務者は保護されねばならない」と言うのである。こうみても、フランス民法一二四〇条もポアソナード旧民法草案四七八条も、その身に債権者本人たるの外観をそなえた者に、その外観を信頼して弁済した者は、仕方のない、誰でも犯す誤りを犯した者なのであつて、免責せざるを得ないのだ、という意味を持つこととなり、最小限の規模で弁済者を保障する、いわば当然の倫理的かつ合理的要求に答える条文として、その精神を貫徹することになる<sup>(46)</sup>。だとすれば、これこそ何人をも害するなかれ<sup>(47)</sup>の自然法論の一つの具現の形と受け取れるのである。

この債権準占有者に対する弁済の問題については、いざれ稿を改めて詳細に論じたいが、ここでは一つだけコメントを付して結んでおこう。我妻博士は前掲のように民法四七八条を受取証書持参人への弁済を規定する民法四八〇条と一緒にして、取引安全のための最も徹底した規定と言われるのであるが、民法四八〇条(ドイツ民法三七〇条に由来する)は、その条文の予定する利益状況として、弁済者の利益(受取証書の持参人に弁済しさえすれば免責される)と、債権者の利益(受取証書を作成しさえすれば自らが取立てにおもむく必要なく債権を回収できる)との両者が想定でき、その意味ですぐれて取引の円滑化活発化に資する性格の規定であつて、この条文を取引の安全の名の下に積極的に適用して弁済者の保護をはかつて、債権者にも受取証書による簡易な債権回収というメリットが与えられていた以上それほどアンバランスな結果にならないと考えられ

るのに対し、民法四七八条はその条文から明らかなごとく、弁済者のみに利する規定であつて、眞の債権者を利する要素は全く含まれておらず、この条文が取引の安全の名の下に広く適用されれば、眞の債権者の権利のみが不当に害されることは明白なのである。これこそ、四七八条の理解に関し、私が我妻説に対して重大な疑問を提示せざるをえない、そしてポアンード流の説明に傾かざるをえない、所以である。

△何人をも害することなかれ▽の準則は、やはり、信頼して取引に入つて来る者の保護（すなわち動的安全）も、自己の権利を不当に奪われようとする本来の権利者の保護（静的安全）も、二つながらに考へてそのどちらにも出来るだけ不公平にならない解決を（そのような理想的な解決が存在するか否かは別論として）志向するものである。田中耕太郎博士がポアンードを評した、「彼れは法律及び経済に於て要するに公正なる中庸を求めたのである」の言葉は、やはり至言であらうと思ふのである。

大久保教授は、「かれは近世的自然法論の一つの傾向——本来、時間と空間によつて歴史的に制約されており、必ずしも普遍的ではあり得ない一定の具体的な法制度に対し、絶対的超越的な普遍妥当性を認める立場——を踏襲している。そしてカント的認識論的批判——われわれの理論的認識の対象は、絶えず変化する現象界だけであるにもかかわらず、この自然法論は、無批判的に、歴史的環境を離れた理性の名の下に、一定の具体的歴史的制度を演繹操作によつて導き出し、超歴史的な自然法であると主張したという批判——にさらされざるを得ない側面をもつていた」と分析して、彼の自然法論の限界が示された。確かにその分析は正当であらう。だがしかし、一方で、この絶えず変化する現象界のある一期間の歴史的環境から発生した理論というものには、どこまで、そしてどうやつて、どのような「正当性」が賦与されるものなのであらうか。私は、あえてパラドキシカルに、単純素朴ではあるが人間性の根本的な認識に根ざした経験的な性格を持ち、社会の発展段階や経済状況等によつて動かされる技術的な要素のない彼の自然法論は、それ故にこそ一面で真理をついており、いつの時

代にも、社会がその歩みを止めて自己のありようを検証しようとするたびに、忘却の淵から再生しつづけるものなのであるまいかと思料するのである。

- (1) 以下の主要部分はずでいくつかの先学の業績中で紹介されているが、前掲 *Revue* のポアンナードの原文によったものとして、大久保・前掲書六五頁以下がある。なお、野田・前掲論文・日仏法学大号一七頁参照。
- (2)(c) Boissonade, op. cit., p.522
- (4) Boissonade, op. cit., p.522—523
- (5) Boissonade, op. cit., p.524—525
- (6) 野田名譽教授は「ポアンナードが先駆的比較法学者であつたことを指摘されるが (Noda, Gustave Boissonade, comparatiste ignoré, *Problèmes contemporains de droit comparé*, t.2, 1962, p.235 et s.)、そもそも彼のこういう自然法論は、決して純粹理論の問題として彼にあつたわけではなく、彼の来日前からの比較法研究の結果經驗的に形成されたものではなかつたらうか。他日の研究に期したい。
- (7) いま逐一批判説を列挙する余裕がないが、田中耕太郎博士は、「ポアンナードは歴史法学者的旧慣尊重論者以外に所謂「進歩的」と自任する学者達、殊に実証主義者及び左翼的臭味を帯びてゐる人々からしても非難嘲笑せられた」と述べる(田中・前掲論文四一頁)。
- (8) 金井延「ポアンナード氏ノ經濟論ヲ評ス」法学協會雜誌一〇卷一〇三頁以下。金井博士は「氏ノ經濟説ハ法律上ノ思想ニ於ケルガ如ク第一八世紀ノ臭味ヲ帯ビ」と、その經濟理論の時代遅れであることを批判する。
- (9) 風早・前掲解題三三頁。
- (10) 風早・前掲解題三四頁。
- (11)~(14) 風早・前掲解題三六頁。
- (15) 山村喬「經濟學者ポアンナード」法学志林七一巻二・三・四合併号(ポアンナード先生来日百年記念号)五六頁以下は、ポアンナードのパリ大學時代(一八七二年)の公開講演「經濟學者ラ・フォンテーヌ」(*La Fontaine économiste, Conférence publique et gratuite faite à la Faculté de droit de Paris, Paris, Guillaumin 1872*)を分析して、ポアンナードの經濟學は「アダム・スミスの『諸國民の富』から全面的な着想を得て『經濟學概論』(一八〇三年)を書いたジャン・バチスト・セーの經濟學をひくものでまたそれを踏み出してゐない」とし、さらに山村名譽教授は、「エミール・ジャムは、その著『經濟思想史』の中で、セーについて「彼はケネーやコンディヤックほどに獨創的ではなかつたし、リカードほどに深い洞察力をもつてはいなかつた。しかし、彼はきわめて現実主義的精神の持ち主であつた。彼はその先驅者たちの諸見解を調和させ、それらを整理し、それらを明確に言い表わすことができた」と言つてゐるが、これはそのまま、經濟學者としては、セーよりずっと凡庸なポアンナードにも言えると思ふ」(同論文六三頁、傍点池田)と評される。

(16) 風早・同解題三三頁は、「即ち律令以外に拠るべき法律を持たなかつた明治初年に於てこそ自然的普通主義に立つ彼の旧刑法も受入れられたが、それも明治十五年に実施されて後間もなく改正に附せられたではないか。又、彼の作成した民法典は一度も実施されることなくして終つたではないか。之全く、彼の法律論が素人若くは外人であるからではなくして彼の法律論の拠て立つ根本觀念が余りに現実ばなれした旧自然法であつたからに他ならぬ。明治社会の經濟政治は急角度を有つて發展したのにポアンナードは、その祖国から持ち越した純真無垢な自然法の夢に停滞しつづけた。」という。

(17) 野田・前掲「日本における外国法の攝取」現代法14一九一〜一九二頁。なお遠山茂樹「民法典論争の政治史的考察」民権論からナショナルリズムへ(明治研究叢書四卷、昭和三年)二四七頁以下、井ヶ田良治「民法典論争の法思想的構造」思想(昭和四〇年)八六五頁以下参照。

(18) 野田・前掲現代法14一六五頁。

(19) 大久保・前掲論文・日本の法学者四二頁は、「日本主義」として、陸羯南の「日本国民は固より特種の歴史を有し特種の性格を備へるものなれば、必ずしも泰西学者の説を取りて之を採用すべからず」という言(陸羯南「日本国民の新特性」日本・創刊号(明治二年)を紹介される。

(20) サレリュがフランスで初めて附合契約を論じたのは一九〇一(明治三四)年のことであり(Salleilles, De la déclaration de volonté, 1901, p.229 et 230. など、Dereux, De la nature juridique des contrats d'adhésion, Rev. trim. dr. civ. 1910, p.503 et s. 参照)また、岡松参太郎・無過失損害賠償責任論(大正五年)二八頁が無過失責任の結果責任論の嚆矢とするLöning, Haftung d. Staats a. rechtswidrig. Handlungen s. Beamen, SFi. も一八七九(明治一二)年であつて、いずれも一八七四(明治七)年のポアンナードの自然法講義よりも後に始められた議論である。ただし、権利濫用については、その嚆矢とされるフランスの判例は(まだ権利濫用という理論構成は用いていないもの)、一八五五年に出ている(Colmar, 2 mai 1855, S. 1925. I. 217)が、これがいわゆる権利濫用論として学説中に開花するのはやはり今世紀初頭である(例として Charnont, L'abus du droit, Rev. trim. dr. civ. 1902, p. 113 et s. etc.)。なお、この問題については、木村健助「フランス法における権利濫用」権利の濫用(末川先生古稀記念)下・二七五頁以下に詳し。

(21) 彼が、実定法を疑うことを知らないフランス一九世紀後半までの「註釈学派」とは明らかに異なることは既に指摘されている(大久保・前掲論文・日本の法学者四一頁)。

(22) 我妻栄・民法総則初版序(昭和五年)・新訂民法総則(民法講義I)六頁。

(23) つまり、「為さしめよ」行かしめよ」の発想の中の「自由放任」を契約自由、意思自治と考えれば、取引安全の保護の配慮はそれの一つの制限となり(鳩山・後掲論文二五六頁)、取引安全の理論は自由放任的あるいは個人主義的資本主義の矛盾を克服する理論として把握されるが、資本主義の發展・拡大を意図する点では、取引安全の理論も「為さしめよ、行かしめよ」の発想と規を一にするものである。

(24) 少なくとも鳩山博士は、後掲本文から明らかなように、この「取引の安全」を明確に「動的安全」を意味する(動的安全の方が取引の安全よりも広い概念)ものとして使い、静的安全(所有の安全等がその内容)と対置させる。我妻博士は「動的安全」の語を使用せず、その「取引の安全」はすべて単純に「動的安全」と置きかえるわけにはいかない(いわば動的安全の方が取引の安全よりも狭い)ように思われる(ただしこの点は、博士の「表現法

ポアンナード「自然法講義(性法講義)」の再検討

理」「善意無過失」の概念とからめて、他日より詳細に検討したい。。

(25) 穂積先生選暦祝賀論文集二五五頁以下。

(26) 鳩山・同論文二五六頁。

(27) 鳩山・同論文二五八頁。但し傍点は原文のほとんどすべてに付いていたものを池田が部分的にのみ残した。

(28)(29) 鳩山・同論文二六八頁。傍点原文。

(30) 鳩山・同論文二九五～二九六頁。

(31) 鳩山・同論文二九八頁。傍点原文。

(32)(33) 鳩山・同論文二九九頁。傍点池田。

(34) 「静的安全及ヒ動的安全ノ調節トイフ点ヨリ考究スル民法上ノ制度ハ其数少カラス、今其重要ナルモノヲ挙クレハ次ノ如シ」として以下九点を列挙する。鳩山・前掲論文三〇六～三〇八頁（本文引用部分の傍点は池田）。

(35) 我妻・新訂民法総則（昭和四〇年）〔三七四〕。傍点池田。

(36) 我妻・新訂債権総論（民法講義Ⅳ・昭和三九年）〔七五七〕。この点につき保不二雄・債権総論〔新版〕三一六頁は、消極的な抗弁切効しかないものに公信力の語は不適當で、譲受人保護説と呼ぶべきと指摘する。

(37) 我妻理論が、条文中に「善意」とだけあるところを「善意・無過失」と読みかえるのは、取引の安全を保護した場合に害される利益（動的安全を保護した場合は静的安全）へのバランス調整をこのような形ではかつているものともみられる。例として本文後述の民法四七八条（免責される弁済者に無過失を要求する）。

(38) 我妻・前掲序（註22参照）は、「近時に於ける資本主義の爛熟は個人主義に對立する団体主義の理想を醸成した。而してこの理想は民法理論の裡に導入せられてその根本理論を多くの方面から修正しつつある」〔本書においては〕団体本位の理想という中に、資本主義の発達のためにその生存を脅かされる社会の全員の生存の保障という理想と或程度まで混在し、両者の關係が充分明かにせられて居らないことは最も私の不満に感じて居る点である」等と述べる。

(39) 少なくとも、「取引の安全」という理論を、その内容がアプリアリに肯定できるものとして、あまりにも多くの箇所て安易に説明の道具に使おうとする解釈論は危険をはらむと指摘したい。

(40) 鳩山・前掲論文三〇七頁。

(41) 我妻・新訂債権総論〔三九七〕。

(42) 拙稿「民法四七八条論序説」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集・昭和四八年度・一九頁～二〇頁。

(43) Fuzier-Herman, Code civil annoté, 1936, art. 1240, 4, 判例ととして, Rouan, 28 avr. 1874, S. 74.2.314.

- (44) Fuzier-Herman, op. cit., art 1240, 2 bis, Cass. civ. 22 mars 1921, S.1922.1.60.
- (45) J. Cl. civil, art 1235—1248, fasc. II (1960), n° 55.
- (46) Planiol et Ripert, Traité Pratique de droit civil français, t. 7, n° 1156.
- (47) Boissonnade, Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, 2<sup>ème</sup> éd., t. 2, 1833, n°463.
- (48) 拙稿・前掲大学院論文集二七頁参照。
- (49) 田中・前掲論文四一頁。傍点池田。
- (50) 大久保・前掲書六六―六七頁。
- (51) 田中博士は「ボアソナードの自然法の思想は」理論的なものであり且つ経験的なものであつた。其の立場は人間の最高の使命及び人間性の現実の根本的認識を怠るものではない。此の点がスコラの自然法学派の特質である。従つて其れは人間の現実を無視して一足飛びに純理に馳せるようなことは決してない。純粹正義と社会利益との折衷がボアソナードの所期した所である」(前掲論文四〇―四一頁)と説かれる。正当な分析と思ひが、私は、ボアソナードがスコラ的自然法学派であつたから経験的要素を持ちえた、というよりは、既に述べたように彼の関心の対象がまず実定法にあり、そして彼の、来日に先立つ、諸外国の実定法の比較的研究が彼をしてこのような経験的自然法論の視座を得させしめたのではないかと漠然と感じている。今後の研究課題の一つとした。

## 結 語

私は本稿で、いわば仮説に仮説を重ねた議論を展開した。しかし私がそうしたのは、あくまでもボアソナード自身の言葉による検証を後に措定するからに他ならない。私の思い込みが正しいか誤つてゐるかは、彼の講義なり著作なりが、何よりも雄弁に教えてくれるであらう。なお、私のこの意図からすれば、できることなら最終的には彼の旧民法草案註釈書 *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire* <sup>(1)</sup> 全部の再訳検討に向かうべきであらう。しかしこれは非常に大部なもので、一朝一夕に出来る仕事とは思われない。とりあえずそれは将来の課題として、まずはこの「自然法講義」の原文復元再訳の作業から、ささやかにスタートしたいと思うのである。



(1) この書の詳細については、拙稿「民法四六七条におけるポアンナードの復権」に付した「旧民法理由書解題」・明治法制史政治史の諸問題（手塚豊教授退職記念論文集・昭和五二年）一〇七四頁以下参照。

（一九八二年六月一日稿）

### 追記

本稿については、脱稿後、手塚豊本塾大学名誉教授より御懇切な御指導を賜り、いくつかの重要な点を加筆修正することができた。記してその御学恩に心から御礼を申し上げる次第である。ただし、なお法制史上の考察に遺漏・誤記があれば、印刷までの時間的制約の中でご教示を生かしきれなかつた筆者の至らざるところである。御批判を待ち他日の補完を期したい。

なお、本稿は筆者が本年四月に開館した慶應義塾大学新図書館の諸施設を利用して書いた初めての論文である。いささか異例ながら、この機会に、新館建設に尽力された前図書館長高島正夫法学部教授以下関係者の方々に御礼申し上げ、あわせて同館の宮木さえみ氏以下総合資料室スタッフに対し、日頃のご配慮を感謝したい。