

明治民法の編纂と利息制限法

大 河 純 夫

はじめに

1. 利息制限法の廃止構想とその挫折
2. 消費貸借に関する明治民法の規定
3. 損害賠償額予定契約に関する穂積構想の意味
4. 民法420条の成立

まとめに代えて

はじめに

旧利息制限法2条は制限超過利息を「裁判上無効」とし、また4条は「礼金棒利等」も「裁判上無効」としていたが、明治前期の大審院は、これを裁判上の請求のみを否定したものであって任意の弁済は当然に有効とし、元本充当計算または返還請求を否定した。この見解は、下級審において形成されてきた制限超過利息の元本充当計算・取り戻しの法理を否定し、かつボアソナード構想の具体化に先制的に抗するかのようになり、明治20年代初頭に確定したものであった。しかも、大審院は、未払いの制限超過利息・「礼金棒利等」の借用証書化を「原因ノ更改」とし「既ニ金円ノ受授ヲ終リシモノ」（いわば「見なし弁済」）と構成し、この構成を組入重利にも及ぼした（明治25年ないし26年）。このような借用証書化によって、制限超過利息等の訴求力が獲得されたのであった¹⁾。

他方で、旧利息制限法5条は、「償金違約金料等」の約定を「概シテ損害ノ補償ト看做シ」債権者の「事実受ケタル損害」を基準とした減額権能を裁判官に付与していた。しかし、明治前期の大審院は、これを金銭消費貸借契約に限定し、売買契約や組合契約等に付された過急約款ないし損

害賠償額予定契約への類推適用を否定し、当事者の合意それ自体を尊重する立場を固めた。このような大審院判例の構造は明治20年代の前半に確立したと判断される²⁾。

明治民法の編纂にあたってなされた旧利息制限法の廃止構想と消費貸借に関連した規定案は、このような判例の傾向を徹底させようとしたものであった。

1. 利息制限法の廃止構想とその挫折

第90回法典調査会（明治28年5月31日）は第5節消費貸借の審議に入った。説明担当者富井政章は、その冒頭で、消費貸借の規定については、「利息制限法ヲ廃スルト云フ精神ヲ以テ」ローマ法や諸国の法律に対して「一大改革」・「頗ル大ナル改正ヲ加ヘタ」と切り出し、利息制限法の廃止に同意を求めた³⁾。

利息制限法が経済法則に反し、かつ実行性がないことを基礎に置いた廃止論は、同時に次のような歴史認識に支えられている。

「欧羅巴ニ於テ制限法ノ存シテ居ル国ハ仏蘭西、之モ商事ニ付テハ無ク為ツタ、瑞西ノ或ル州、是杯ガ重モノヤウデアリマス。然ウシテ、独逸、奥太利ニ於テハ先程申シタ通りニ自由主義ヲ少シ制限シテ居ル、夫レ丈ケノコトデアリマス。他ノ諸国ニ於テハ今日ハ全ク自由主義ヲ採ルコトニ為リマシタ。」⁴⁾（191頁）

富井発言「私一人ノ考ヘカモ知レヌガ、何故此処デ此問題ニ付テ説明ヲシテ採決ヲ望ンダカト言ヘバ、若シ制限主義ヲ採ルノナラバ特別法デナシニ民法デ規定スルノガ当然ト思フ。利息ハ特約アル場合ニ限ルトカ何トカ云フヤウナコトハ皆規定シテアル（第一議案591条参照：引用者）。独リ額ノコトヲ規定シナイト云フコトガ分ラヌ。夫レデアルカラ利息ノ額ニ付テ制限ヲ置クカ置カヌカト云フコトヲ極メルコトガ必要ト思ツタ。」（200頁）が示すように、富井は利息制限法を存続させるのであれば民法で触れ

なければならないと考えていたようである。

これに対して、横田国臣(司法省民刑局長)は、民法で特別法である利息制限法に触れる必要はないし、利息制限法を行うといっても行われな
いとの説明は犯罪がなくなるから罰則を廃止しようとするに等しい論理
で、廃止したあとの害が問題で、廃止に反対であるとした(193頁以下参
照。⁵⁾。土方寧も民法で利息制限法に触れることについては、横田に同調
し、かつ利息制限法から高利貸取締法を制定すべきと主張した。長谷川喬
(大審院判事)も、泥棒が入るから番人を置かなくてもよいといった議論
には賛成できないとして、横田・土方に同調した。高木豊三(大審院判
事)が利息制限法の存廃問題は民法起草に影響するので乙号議案として提
出すべきであると提起し、この提案が起立多数で可決される。

明治28年6月4日に開催された第91回法典調査会で「乙第二十一号 利
息制限法ハ之ヲ廃止スルコト」(213頁)が議論される。起草者は、穂積陳
重発言(214頁以下参照)が示すように、利息制限法を廃止し特別法(高
利貸取締法)の制定の方向で取りまとめようとした(利息制限法廃止の議
決)が、賛成少数で「利息制限法ヲ廃セザルコトニ決シ(た)」⁶⁾(220頁)。

この議論で注目すべき点がいくつかある。一つは、利息制限法の廃止構
想についての起草者間の乱れである。富井は、さきに引用したように、利
息制限法の存廃問題の決着が消費貸借に関する規定の前提問題としていた。
これに対して、梅の立論は民法施行法の段階では決着しなければならない
と考えていた。

第二は、契約「自由主義」(富井)・「主義」(梅)と原則の確認を迫る起
草者に対する、司法省・大審院サイドの認識である。「裁判所ニ出タ折ニ
利息ガ余計アツタナラバ引き下ゲテヤレバ宜イ」(横田。193頁)、「今日ノ
利息制限法ハ今日ハ余程適シタモノト思フ。其方法モ宜シイ。裁判所ニ出
レバソレダケニ減ジテヤル、ソレデ宜シイ。」(同。217頁)、「相對デ契約
ヲ履行スルナラバ構ハヌ。即チ法律主眼ノ通りニ行ハレナイデモ夫レハ構
ハヌ。併シ裁判所ニ持出シテ裁判所ノカヲ藉リテマデモ不道德ナルコトヲ

遂ゲシメルト云フコトハ甚ダ好ミマセヌカラ、縦令理論上ハ如何アラウトモ、利息制限法ト云フ主義丈ケハ残シテ置キタイ。」（長谷川喬。197頁）、
「契約ノ自由ト云ウモノハ保障セネバナラヌ、是ハ誠ニ良イコトデス。併シ乍其自由ト云フモノヲ何処迄モ無制限ト云フコトハナイデモナイ」（横田。216～217頁）、
「高利貸ト云フ……不道德ナル者デアルニ拘ハラズ、契約ハ自由デアルカラ許サナケレバナラヌト云フコトニ迄、私ハ自由ヲ許サヌデモ宜カラウト思ツテ居ル」（長谷川喬。197頁）。このような発言に、さきに要約したような大審院の立場にもかかわらえず、司法省・大審院サイドが制限超過利息等の国家機関（裁判所）を介した誅求に対し消極的立場をとっていることが示されている。

2. 消費貸借に関する明治民法の規定

旧民法の消費貸借に関する規定が178条ないし189条の12カ条であったのに対し、第一議案は9カ条（589条～597条）とかなり簡素化されている。また、法典調査会における消費貸借の要物契約構成や無記名証券の消費貸借をめぐる議論にも注意すべきであるが、本稿のかかわりでは、次の点が注目される。

まず、旧民法財産取得編187条は、次のように規定されていたが、「既ニ主義カラ変ヘルコトニ致シタ以上ハ自カラ其必要ノ無イコトハ分ツテ居ル」（192頁）とされ、削除された。

第187条 合意上ノ利息ハ法律上ノ利息ヲ超ユルコトヲ得。但法律ヲ以テ特ニ定メタル合意上ノ利息ノ制限ヲ超ユルコトヲ得ス。

法律上ノ制限ヲ超エテ顯然ニ利息ヲ定メタルトキハ、之ヲ法律ノ制限ニ減却シ、此制限ヲ超エテ為シタル弁済ハ之ヲ元本ノ弁済ニ充当シ又ハ之ヲ取戻スコトヲ得。

債権者カ實際ニ貸付シタル元本ヲ超ユル元本ヲ認メシメ又ハ其他ノ方法ヲ以テ不正当ノ利息ヲ隠秘シタルトキハ、債務者ハ其不正当

ノ利息ヲ弁済スルコトヲ要セス、若シ弁済シタルトキハ之ヲ取戻スコトヲ得。

旧民法財産所得編189条「十年ヲ超ユル期間ヲ以テ利息附ノ貸借ヲ為シタルトキハ、借主ハ、如何ナル反対ノ合意アルモ、十年後ハ常ニ弁済ヲ為ス権能ヲ有ス。然レトモ、年賦金ヲ以テ利息ノ外尚ホ元本ノ幾分ヲ漸次ニ弁済ス可キトキハ、其取越弁済ヲ為スコトヲ得ス。」も、「当事者力極メテ契約ノ効果ヲ動カシテ……構ハヌト云フヤウナ……干渉的ナ規定ハ少ナクモ貸借杯ニ付テハ置ク必要ハナカラウ」(192頁)との理由で削除された。

さらに、188条「貸主ハ、支払時期ノ至リタル利息ニ付キ異議ヲ為サシテ元本ノ全部又ハ一分ヲ受取りタルトキハ、其利息ヲ受取り又ハ之ヲ抛棄シタルトノ推定ヲ受ク。但反対ノ証拠アルトキハ此限ニ在ラス。」は、「我邦ノ實際ニ於テハ甚ダ穩カデナイ。……意思解釈的ノ規定ハ置カヌ方ガ宜カラウ」(192頁)との理由から削除された。188条の内容は、大判明治20・1・27明治二十年大審院民事商事判決録186頁にみられるように、すでに裁判慣例として定着していたことを想起しなければならない⁷⁾。

法典調査会で、民法第一議案が判例に対する逆流であることを意識した議論がなされていることに留意する必要がある。たとえば、民法405条は「利息カ一年分以上遅滞シタル場合ニ於テ、債権者ヨリ催告ヲ為スモ債務者カ其利息ヲ払ハサルトキハ、債権者ハ是ヲ元本ニ組入ルルコトヲ得」と規定している。旧民法財産編394条1項の要件を大幅に緩和したものであるが、裁判慣例とも異なっていた。明治28年6月7日の第92回法典調査会において、高木豊三委員は次のように発言している。「是迄日本ノ裁判上ノ習慣ヲ見マス、利息ハ大キク言ヘバ十年デモ利息ハ利息デ積ツテクル。元金ハ元金デ積ツテクル。其利率ニ利ヲ掛ケテ加ヘルコトハ許サヌ。元金カ二百円デ十年立テ四百円ニナツテ居ルコトモアリマセウ、ソレヲ訴ヘテモ許サヌ、利息ハ幾ラ高クナツテモ附帯ノ請求トシテ印紙ヲ貼ラナイト云フコトニ為ツテ居ル。夫故ニ、四百三条ノ規定……ハ大キニ是迄ノ慣

例ト違ウ」(249頁上段)。しかし、これは調査会の容れるところとはならなかった。

他方で、第一議案592条「利息ヲ払フヘキ場合ニ於テハ、一年毎ニ之ヲ払フコトヲ要ス。但一年前ニ元本ヲ弁済スヘキトキハ、其弁済期ニ於テ之ヲ払フコトヲ要ス。」について、高木豊三が、「利息八年何割何朱ト云フ割合ニ定メテアツテモ、銀行カ何カハイザ知らズ、普通日本デハ民事上ノ貸借八大抵月払ニナツテ居ル」(248頁)から意思解釈または習慣にまかせておけば足り、またすでに議決した403条(現405条)に抵触すると口火を切った。長谷川喬も削除説に賛成し、梅謙次郎も「之ヲ御除キニナルコトハ、私一人ハ決シテ残念トハ思ヒマセヌ」(249～250頁)と発言し、削除説起立半数で、議長西園寺公望が削除説に廻って、削除となっている⁸⁾。

以上のように、合意を絶対視する起草者の思想が貫かれたわけではなかった。

3. 損害賠償額予定契約に関する穂積構想の意味

明治民法は、金銭債務の不履行に関する特則である419条に加えて、その420条において、当事者が合意した損害賠償の予定(これと推定される違約金を含む)額を裁判所が増減できないことを明記した。明治民法の損害賠償額予定契約・違約金に関する規定の成立史と性格は、福島正夫論文⁹⁾によって明らかにされていることである。

この分析によれば、穂積原案は次の経過を辿っている。

【 第一原案】第ワ条 当事者カ債務ノ不履行(又ハ其不当履行)ノ場合ニ於ケル損害賠償ノ額ヲ予定シタルトキハ裁判所ハ其数額ヲ増減スルコトヲ得ス

損害賠償額ノ予定ハ強要履行ノ請求ヲ妨ケス但別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス

【 第二原案】第 条 当事者ハ過怠約款ヲ設ケテ債務ノ不履行ニ付キ

損害賠償ヲ予定スルコトヲ得此場合ニ於テハ裁判所ハ其数額ノ予定ニ関シ非理アルヲ認ルニ非サレハ之ヲ増減スルコトヲ得ス

賠償額ノ予定ハ直接履行ノ請求ヲ妨ケス但別段ノ定アル場合ハ此限ニ在ラス

【第三原案】第 条 当事者ハ予メ過急約款ヲ設ケテ債務ノ不履行ニ対スル損害賠償ノ額ヲ定ムルコトヲ得此場合ニ於テハ裁判所ハ其賠償額ノ予定ニ関シ非理アルヲ認ムルニ非サレハ其額ヲ増減スルコトヲ得ス

賠償額ノ予定ハ直接履行ノ請求ヲ妨ケス但別段ノ定アル場合ハ此限ニ在ラス

当初の穂積構想は、予定賠償額の増減を完全に否定していたが、いわゆる第二原案および第三原案で、「非理アルヲ認ムルニ非サレハ……増減スルコトヲ得ス」と、損害賠償額の予定に関する「非理」の存在を主張・証明すれば予定額の増減が可能となる余地を認める構想に転換している。転換の要因は何かが問題である。

ところで、甲号議案413条の(参照)が次の立法例を挙げている。「財388乃至390, 商337乃至340, 仏1152, 1226乃至1233, 奥1336, 蘭1285, 1340乃至1348, 伊1209乃至1217, 1230, 瑞債務法179乃至182, モンテネグロ553乃至555, 936, 西1152乃至115, 独一草420乃至425, 同二草291乃至297, 同商284, 普国法1部5章292乃至316, 索1428乃至1435, 巴草2部1章47乃至51, 英8&9 Will 3. c. 11., *Kemble v. Farren* 6 Bing. 141., カナダ1076, 1131乃至1137, 印度契約法74」。この立法例の考察は、すでに平田健二教授によってなされていることである¹⁰⁾。

修正の対象であった旧民法財産編389条は、「裁判所ハ過急約款ノ数額ヲ増スコトヲ得ス。又不履行若クハ遅延力債務者ノ過失ノミニ出テサルトキ又ハ一分ノ履行アリタルトキニ非サレハ其数額ヲ減スルコトヲ得ス」と規定していた。予定損害賠償額の増減を否定し、一部弁済と不履行が債務者の過失のみに起因しない場合につき減額を例外的に認容したものである。

そして、旧民法財産編387条は、損害賠償請求につき、「不履行又ハ遅延ニ関シ当事者双方ニ非理アルトキハ、裁判所ハ、損害賠償ヲ定ムルニ付キ、之ヲ斟酌ス」と規定していた。ここでの「非理」は *torts réciproques* であり、穂積の「其賠償額ノ予定ニ関シ非理アルヲ認ムル」ときには増減が可能であるとする構想には、この旧民法財産編387条の用語「非理」が投影しているように思われる。

穂積文書の徹底した再分析を試みた能見論文¹¹⁾によれば、穂積文書の第一原案の欄外メモは、スイス旧債務法182条「違約罰は当事者により任意の額を定めうる。但し裁判官は過度な違約罰を公平な裁量に従い減額することを得る。」(平田健治訳)につき、「額ハ随意ニ定ムコトヲ得。然レ共過当ナルトキハ公平ナル酌量ニヨリ減スルコトヲ得」と記載し、ドイツ民法第二草案295条「違約金が不相当に多額なときは債務者の請求により、判決をもって適當の額に減額することができる。適當の判断の際には財産上の利益のみならず債権者のあらゆる正当な利益を考慮することを要する。違約金を支払った後の減額はできない。(2項省略)」(平田訳134頁)につき、「非常ナル過額　ハ之ヲ減少スルコト」と記載しているとのことである。また、インド契約法74条について「予定額ヲ最高額トシ *reasonable compensation not exceeding the amount* ヲ云フ」と記載しているとのことである¹²⁾。

The marginal note を「契約で違反の場合に一定額を支払うと決められた契約の違反に対する補償権限 *Title to compensation for breach of contract in which a sum is named as payable in case of breach.*」とするインド契約法 *The Indian contract act, 1872.*¹³⁾ の74条の本文は、次のように規定していた。

When a contract has been broken, if a sum is named in the contract as the amount to be paid in such breach, the party complaining of the breach entitled, whether or not actual damage or loss is proved to have been caused thereby, to receive from the party who has broken the

contract reasonable compensation not exceeding the amount so named.

74条は、第6章契約違反の効果(Consequences of breach of contract Section 73-75.)中の規定であるが、法典調査会で使用されていた翻訳¹⁴⁾によれば、次のように訳されていた。

「第七十四節 契約力破ラレタルトキ、若シカ、ル破約ノ場合ニ支払フヘキ額トシテ一定ノ額力契約中ニ明言セラルレハ、破約ヲ愁訴スル者ハ、其破約ニヨリテ實際ノ損害又ハ損失ノ生シタルコトヲ証スルト否トニ拘ハラズ、破約者ヨリ明言額ニ超過セサル相当ノ賠償ヲ受取ル権利アリ。」(句読点：引用者)

予定額を上限とした「相当の補償額」を裁判所が確定するとしたインド契約法74条は、予定賠償額 liquidated damages と違約金 penalty との区分を廃止しただけではなく、損害賠償額予定契約をも廃棄した¹⁵⁾。この点は、74条の「範例 Illustrations」の(b)が、「Aは、Bとの間で、Aがカルカッタ市内で外科医として開業した場合にはBに Rs. 5,000 支払うと契約する。Aがカルカッタ市内で外科医として開業する。Bには、裁判所が Rs. 5,000 を超えない範囲で相当と認定する補償の権利が与えられる。」が示すところである。

こうみてくるならば、穂積構想は、損害賠償額予定契約・違約金契約の区分は残すものの実質的には同一の取り扱いをし、裁判所の増減権能を否定することを原則としながらも、裁判所が「賠償額ノ予定ニ関シ非理アルヲ認ル」とときには増減を肯定するものであった。インド契約法のように「相当な補償 reasonable compensation」といった基準を示しておらず、また「実際の損害 actual damage or loss」との関係もあきらかではない。裁判所の裁量の幅が大きいということになる。この意味では、たしかに能見論文が指摘したように実質的にはイギリス法の考えに近いとみななければならない¹⁶⁾が、穂積構想、イギリスの判例理論を基礎に据えて¹⁷⁾、最近の立法(スイス旧債務法、ドイツ民法第二草案294条、インド契約法74条)との応接を行い、旧民法387条の基準「非理 torts réciproques」を借用し

て、裁判所の増減権能を認容することを意味した。穂積構想はイギリス法の展開方向に即して、これをさらに展開させようとしていたものと思われる¹⁸⁾。

4. 民法420条の成立

以上のような穂積構想は、富井政章・梅謙次郎の反対によって頓挫したものといえよう。富井が当初から旧利息制限法を「徒法」¹⁹⁾と非難していたが、それは「約定利息の制限から自由へ」が法制の進化と把握していたことによる。損害賠償額予定契約の自由もこれと裏腹の関係で把握されていた。次の一文はこれを物語っている。

「後日評価ノ煩ト裁判官ノ擅断トヲ避クル目的ヲ以テ、契約者双方ハ始メニ特約シテ破約償金ノ額ヲ定ムルコトアリ。之ヲ称シテ過怠約款ト云フ。此過怠約款ヲ以テ賠償金額ヲ約定シタル場合ニ於テハ、裁判官ハ其職権ヲ以テ之ヲ実害ノ程度ニ引下ルコトヲ得サルハ当然トス（仏民第千百五十二条 伊民第千二百三十条）。英国衡平法ハ裁判官ハ此権アルコトヲ認メタリト雖トモ、其理由ハ夫ノ利息制限法ト同一ノ精神ニ基ク者ナルヲ以テ、過般利息制限法ヲ廃止シタルノ事実ヨリ推考スレハ、決シテ永久ニ効カヲ保持スヘキ判決例ニ非サルコトヲ信スルナリ。

仏国ニ於テモ、往時ハ裁判官ニ特約償金ノ額ヲ変更シテ實際損害ノ度ニ之ヲ引下ケルコトヲ得セシメタリ（是蓋シ法典ニ右条文ヲ掲クルヲ必要トシタル所以ナリ）。然リト雖トモ、其一旦意思自由ノ主義ヲ採リ契約ハ双方間ニ於テ法律ト同一ノ効カヲ有スト定メタル以上ハ（仏民第千百三十四条）、賠償金額ヲ定ムルニ方リ裁判官ニ特約ノ効カヲ減殺スルノ権アラシム可カラサルコトハ当然ノ結果ニ過キサルナリ。」²⁰⁾

富井の民法原論第三卷債権総論上（有斐閣 1927年）も、

「予定賠償額ノ変更ヲ裁判官ニ認容スヘキヤ否ヤノ問題ニ関シテハ立法例及ヒ学説一定セス。仏法系ニ属スル諸法典ハ契約自由ノ原則ニ基キ実害ノ程度如何ニ拘ラス之ヲ増減スルコトヲ許サス(仏1152条,伊1230条等),唯前述債務ノ一部履行ノアリタル如キ特別ノ場合ニ限り減額ヲ為スコトヲ得ルモノトスルノミ。我民法ハ更ニ一歩ヲ進メ如何ナル場合ニ於テモ予定賠償額を変更スルコトヲ許サス。即チ此点ニ於テハ契約自由主義ヲ一貫セルモノト謂フヘシ。」(259頁)

と、契約自由主義を徹底したものと自負している。富井にとって特徴的なことは、第一に、19世紀後半の利息制限法をめぐる動向を貸金業に対する規制立法とし、利息制限法廃止・契約自由の原則に変化はないと捉えたことであり、第二に、利息契約と損害賠償額予定契約の法的取扱いを同一の視点で評価し、しかも第三に、損害賠償額予定契約に関する19世紀後半の動向をも変則的な一時的動向と把握したことである。穂積の注意深い動態分析とは対蹠的であった。

ところで、梅・民法要義卷之三[初版](明治30年)64頁以下が損害賠償額予定契約についての「立法例」(66頁)を、「第一 一切其増減ヲ許サルモノ」、「第二 一部履行ノ場合ニ限り其減額ヲ許スモノ」、「第三 実損害ノ多少ニ応シ其額ヲ増減スルコトヲ許スモノ」、「第四 其著シク不当ナル場合ニ限り之ヲ増減スルコトヲ許スモノ」、「第五 實際損害ノ生セザリシコトヲ証明スルトキハ其給付ヲ為スコトヲ要セストスルモノ」と、五つの類型に分類している²¹⁾。梅の講義筆記²²⁾では、第一を「新民法主義」とし、第二を「旧民法財第389条」とし、「独民法ハ第四主義ト第三主義トヲ混セシ様ナリ」と付記している。ここには、420条の歴史的 position については富井と同じ考えであったことが示されている。

富井・梅の反対によって甲号議案413条 = 明治民法420条に固まることになるのであるが、損害賠償額予定契約に基づく請求の要件、つまり、主たる契約の存在、損害賠償額予定契約の存在、不履行の事実(損害の発生および損害額につき主張・立証を要しない)、債務者の帰責性、

および 附遅滞を、旧民法との対比で見ることが必要であろうが、これは周知のことでもあり、本稿で立ち入る必要はなからう。ただ、明治民法の損害賠償額予定契約の構成が、比較法的にみても稀なほど、主たる債務、契約責任（要件・効果）との関連性の切断を極限まで追究しようとした立法であるように思われる。

しかし、事態は彼等の予測とは逆の方向で展開していたし、事実展開した。スイス旧債務法182条は新債務法163条3項に受け継がれ、ドイツ民法第二草案294条はドイツ民法243条となり、イギリスの判例法は 富井の見通し・期待を裏切るかのように *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage & Motor Co. Ltd.* [1915] A. C. 79. が「違約金（penalty）の本質は違反の当事者を畏怖させるものとして約定された金銭の支払にあり、予定賠償額（liquidated damages）の本質は真正に合意された損害の事前評価にある」とし、金銭債務捺印証書（penal bond）の没落、損失補償原理（the compensatory principle）の確立を決定的なものとしたのである²³⁾。

明治民法の成立の後に成立し多少とも日本民法を参照した東アジア諸国の民法をみても富井・梅の構想は生かされなかった。1925年のタイ民商法（2編債務法）383条1項は、ドイツ民法343条とほとんど同一の内容であり、1項前段は、「不当に高額な disproportionately high ときには、裁判所は相当な額 a reasonable amount まで減額できる」²⁴⁾ とする。1930年の中華民国民法（債編）250条・251条は、違約金を不履行による損害賠償の総額とみなし、一部履行の場合には按分的減額、高すぎるときには「相当の額」までの減額を認めている。1960年の韓国民法398条2項は、不当に過大な予定賠償額を裁判所が「適当に減額」できるとしている。1996年のベトナム民法378条は、5%を超えない範囲で、違反された義務部分の価値の割合で計算されるとしている。1999年の中華人民共和国契約法114条2項は、約定違約金が実際の損害に比べ低いときには増額を、過分に高いときには減額を、契約当事者は人民法院または仲裁機構に請求できるとしている。いずれも日本民法420条を受け入れてはいない²⁵⁾。

まとめに代えて

富井の言葉を借りれば、民法420条は「契約自由主義ヲ一貫セルモノ」であった。たしかに、日本の民法も契約の自由をその基本思想としている。旧民法のほとんどを起草したボアソナードにしても、「一國中又八外国ト自由ニ物産ヲ交換スルノコトハ既ニ各国ノ経験スル所ニ係レリ」・「凡ソ官府ハ交易上ノ方略又ハ商売品ノ直段ヲ指定限界スヘカラス。且ツ各人ノ勤勞即チ耕作傭使等ニ於テ相互ニ於テ相互ニ要求スル所ノ報酬即チ賃金利息等ヲ限定スヘカラサルナリ」²⁶⁾と、自由経済を説き経済統制を排撃した。この経済思想に支えられて編纂された旧民法が契約の自由を展開したのは当然であろう。たとえば、旧民法財産編327条は、「適法ニ為シタル合意ハ当事者ノ間ニ於テ法律ニ同シキ効力ヲ有ス。此合意ハ当事者ノ双方力承諾スルニ非サレハ之ヲ廢罷スルコトヲ得ス(以下略)」と宣言する。

旧民法の修正として成立した明治民法もその思想を踏襲した。しかし、修正作業を担当した民法起草者は、契約の自由を杓子定規に徹底しようとした。「意思は理性に代わりて立つ *stat pro ratione voluntas*」を文字通り貫徹しようとした。当事者、したがって個人の判断・決定は、法的には、その内容が正しいか、道理になっているか、あるいは有意味であるかどうかによって評価されることなく、それ自体として尊重される、という原則のみが一方向的に絶対化される。

利息制限法の廃止構想はその一環であった。また、旧民法財産編393条は遅滞した利息の元本組み入れについて一定の制限を置き、1年分の遅滞毎に元本組み入れの合意がなされるか裁判所に組み入れの請求がなされた場合にのみ組み入れが認められるのであって、事前に組み入れの特約をすることなどは認めなかった。しかし、明治民法は組み入れの要件を極端に緩和した(405条参照)。流質契約、債権譲渡法²⁷⁾、莫大損害 *laesio enormis*²⁸⁾、公序良俗違反、免責約款の効力²⁹⁾等、いずれをとっても、明治民

法は契約自由を自由主義的に（機械的に）絶対視した典型であった。契約内容の合理性、適正さ、あるいは給付と反対給付との均衡、総じて契約における「平均的正義」は大幅に後退した。財貨・役務（サービス）の価格は自由市場によって決定されるのであって「正価 *iustum pretium*」なるものは存在しえない、との経済理論がそれを支えた。D. リカード David Ricardo（1772-1823）に代表されるような、価値は自由市場で形成されるとする価値についての主観説である。かつて、ルーイック（K. Luig）は、ドイツ民法典につき、「契約自由の自由主義的絶対化 *liberale Verabsolutierung der Vertragsfreiheit*」³⁰⁾と評したことがあるが、この性格規定は明治民法の性格づけにもっとも適切な評価であるとみなしなければならない。

契約自由の極端な自由主義的絶対化の理念に裏打ちされて成立した明治民法420条は、比較法史的にみても全く例外的で稀有な姿で登場した。そして、すでに明らかにされているように、判例がこれを事実上無視しており、民法420条は実務から乖離している。のみならず、消費者契約法5条をはじめとする一連の特別法が420条の適用領域を狭めるだけでなく、法理論的にも通常損害論を復権させている。また、国際的にみても、民法420条はもはや奇異な存在物となっている。

- 1) このような判例理論の形成過程については、拙稿「制限超過利息に関する明治前期大審院判例の形成」立命館法学287号（2003年）110頁以下を参照されたい。
- 2) 拙稿「民法420条前史 過急約款に関する明治前期大審院裁判例の推移」立命館法学286号（2003年）1頁以下参照。
- 3) 日本近代立法資料叢書4（法典調査会民法議事速記録4）187頁以下参照。以下、本文中の頁数はこれを指す。なお、利息制限法と明治民法の編纂との関係については、すでに、小野秀誠・利息制限法と公序良俗（信山社 1999年）216頁以下の分析がある。
- 4) 同前194頁。ここに示されているのは、次のような認識である。フランスの1809年9月3日法から商事利息の制限を解いた1886年1月13日法に至る経過を述べ「民事ニ於テモ……早晚制限ヲ解ク事ニ為ラウト信ジテ居リマス」（190頁）イタリア民法1831条、ロシアの1879年3月6日の勅令、ベルギーの1865年5月5日法、スペイン民法1640条を、自由主義を採用したものとして。スイスのカントンでは、チューリッヒ・ベルンでは制限法があるが、グラウビュンデン・シャープーズは自由主義である。オーストリアについては、1877年7月19日があるが、原則は「明ニ制限ヲ解テ自由主義ヲ立テタ」1868年6月14日法

である。ドイツでは、1867年11月14日法・1880年5月24日法があるが、「主義八何処マデモ自由主義」。イギリスは「近来ニ至ツテ儘ニ廢シマシタ」。アメリカでも制限法のある州でも学者によれば「實際ニ行ハレテ居ラヌト云フコトデアリマス」。

- 5) 横田は利息制限法の改正の余地はみとめている(197頁)。
- 6) 同前220頁。これは、箕作麟祥(議長)発言である。
- 7) 「制限超過利息に関する明治前期大審院判例の形成」171頁以下,188頁注14)参照。
- 8) ちなみに、借用証書に月利に記載された場合の利息計算方法については、明治25年3月2日法曹会決議(法曹記事4号10頁)は日割計算を採用している。元本100円,15円につき月利25銭の約定で3月28日に貸し付けた場合,3月分(4日分)の利息の裁判上の取り扱いを問題にし,利息制限法違反で裁判上無効であり,4日分以外の27日間の利息を支払う旨の契約は「真実ノ原因ナキ契約」で「條理上成立セサルモノトス」とする。そして、「従来裁判上此ノ如キ契約ハ日割ヲ以テ其利ヲ払ハシムルノ慣習アル」旨を付言し,裁判慣例をもって日割計算の正当性を補強している。
- 9) 福島正夫「明治民法典における損害賠償諸規定の形成」我妻先生遺曆記念損害賠償責任の研究 上(有斐閣 1957年)25頁以下参照。
- 10) 平田健治「史料 債権総則(12)」民商法雑誌83巻3号128-138頁参照。
- 11) 能見善久・前掲論文(一)43-61頁参照。
- 12) 同前47頁以下参照。
- 13) インド契約法については、内田力蔵「サー・ヘンリー・メーンとイギリス法の『法典化』(一)・(二)」社会科学研究16巻2号(1965年),20巻2号(1968年),同「インドにおけるイギリス法導入とメーン」社会科学研究20巻3号(1969年),4号,21巻1号(同),同「インドにおける法典化」比較法研究31号(1970年),同「インド法律委員会について一その第14報告書を中心として」比較法研究37号(1975年),橋本英隆「19世紀インドにおける法典化の一面」比較法学6巻1号(1970年),水田義雄・法の變動と理論 英米法における法典化(成文堂 1969年),安田信之「インドの契約法」谷川久編・アジア諸国の契約法(アジア経済研究所 1972年)参照。
- 14) 表紙に筆書きで「印度契約條例」とある法政大学図書館所蔵・梅謙次郎文庫中の翻訳。法典調査会13行茶罫紙に1~266節(条)が筆書きで翻訳されている。最近のものとしては、安田信之訳「1872年インド契約法」経済協力調査資料34号(アジア経済研究所 1972・11)がある。なお、英国バリスター、エトロー エチエス、カニングハム;エチエチ、セブアルト著・英国訟師範穂積陳重関・法学士伊藤悌治訳・英領印度契約條例註釈一(大矢早利 明治19年)があるが、1条から17条までの翻訳にとどまっている。翻訳の底本は、Cunningham, H. S.; Shephard, H. H. The Indian contract act, no. IX of 1872: 3d ed. 1878. Calcutta. であろうが、底本の版数について確定的なことはいえない。しかし、伊藤悌治の「緒言」は日本民法典編纂期におけるインド契約法の位置づけにつき正当な指摘をしているので、引用しておこう。

「印度契約條例 The Indian contract act. 八, 英国法律大博士斯丁文(Sir James Fitzjames Stephen, 1829-94.)氏カ凡ソ契約ニ関スル諸條規ヲ網羅編纂シタル草案ヲ, 政府ニ於テ多数ノ委員ヲ命シ之ヲ審査セシク八百七十二年第九号布告ヲ以テ発布シタルモノ

ニシテ、其基ク処ハ専ラ英国ノ法律規則判決例ノ最モ善良ナル者ニ、欧米各国ノ法律規則殊ニ有名ナル新約克（ニューヨーク）民法草按ノ優所及ヒ大陸法ノ主義等ヲ参照シ、且ツ條文ニ就テ説明（Explanation）例外（Exception）又ハ範例（Illustrations）ヲ掲ケ其意義ヲ明瞭ナラシムルカ如キ新ナル編纂法ヲ用ヒタルカ故ニ、欧米各国ニ於テモ善美至盡ノ崇高キ法典ナリ。」（句読点・中黒・括弧（ ）および括弧内の字句は引用者が挿入したもの）

イギリスにおいても契約法の研究・教育でインド契約法が頻繁に参照されたことは、当時の契約法のテキストに明らかである。また、日本においても注目されていたことは、法典調査会13行茶罷紙での翻訳、民法第一議案の「参照」での言及、英吉利法律学校の翻刻版 Frederick Pollock, Principle of contract. 4. ed. Tokyo: IGIRISU-HORITSU GAKKO, 20TH YEAR OF MEIJI. に顕著なことである。ポロックには、Frederick Pollock, The Indian Contract Act. Sweet & Maxwell, 1905. があり、山崎利男「ポロックとインド法」下山瑛二＝堀部政男編（内田力蔵先生古希記念）現代イギリス法（成文堂 1979年）に詳しい。

なお、梅文書には、「印度千八百八十二財産権移転條例」の翻訳がある（目録40頁参照。92枚。A5a/2の4）。不動産抵当に関する第4章のみの翻訳である。

- 15) cf. Tyabji, Faiz Hassan Badrudin. The Indian contract act. Thacker, Spink & Co. 1919. pp. 309-310.
- 16) 能見・前掲論文48頁参照。
- 17) 能見・前掲論文52-53頁参照。同48頁によれば、穂積文章には、「英」について、「8 & 9 Will. 3. c. 11, Wallis v. Smith. A21 Ch. Div. 243, Kemble v. Farren. 6. bIng. 141（ペナルチーは裁判官之ヲ改ムルコトヲ得）」とメモが記入されているとのことである。
- 18) 一般的にいうなら、法典編纂期における起草者の英米法に対する応接は、イギリスの判例法だけではなく、ニューヨーク州民法草案 An Act to establish a Civil Code (of The State of New York), ルイジアナ州民法, カリフォルニア州民法,（ロワー）カナダ民法, Indian Contract Act, 1872.〔インド〕, Transfer of Property Act, 1882.〔インド〕, Sale of Goods Act, 1893. を軸とする「法典化」の成果を含んでいる。
- 19) 富井政章・民法論綱・財産取得編中巻244頁。
- 20) 富井政章・損害賠償法原理講義（佐藤庄太 明治24年）77-78頁。富井の利息制限法に対する見解はほとんど変化を見せない。この点については、拙稿「民法420条前史」105頁以下、118頁注82）、および119頁注83）参照。
- 21) 訂正増補33版（1933年）69頁も同じ。
- 22) この講義筆記については、拙稿「外国人の私権と梅謙次郎（二・完）」立命館法学255号（1998年）117頁注15）参照。
- 23) 望月礼二郎, 英米法〔改訂版〕（青林書院 1985年）433頁以下参照。
- 24) The civil and commercial code, Books I-IV and Glossary., compiled and translated by Kamol Sandhikshetrin. 1996. p. 85.
- 25) もっとも、1937年の満州国民法384条は明治民法420条と全く同文である（注5）。満州国民法典の編纂については、「満州国民法典の編纂と我妻栄」池田温＝劉俊文編・日中文化交流史叢書第2巻法律制度（大修館書店 1997年）325頁以下参照。これに対して、明

治44年11月1日の朝鮮総監(寺内正毅)が公布した制令13号利息制限令(施行は公布日:附則)は、その2条で「契約上ノ利息ニシテ前條ニ定メタル制限ヲ超過シタルトキハ其ノ超過部分ヲ無効トス」と規定し、損害賠償額予定契約につき、その4条が「裁判所ハ当事者カ金錢ヲ目的トスル債務ノ不履行ニ付預メ予定シタル賠償額ヲ不当ト認ムルトキハ相当ノ額迄之ヲ減少スルコトヲ得」と規定していた(朝鮮總督府官報355号(明治44年11月1日)1頁=韓国学文献研究所編・朝鮮總督府官報第5巻(1985年)567頁)。

- 26) 明治9年の『経済学講義』大隈文書所収。
- 27) もっとも、小作関係を強く意識した起草者が、賃借権を債権としながら、これを性質上譲渡できない権利とし、しかも明文の規定民法612条・613条を置き、賃借権譲渡の自由を否定したことは周知のことである。筆者もこれに触れたことがある。「小作権の『当然承継論』をめぐる明治二年代の大審院判例について」土地法の理論的展開(1990年 法律文化社)276頁以下、とくに315頁以下参照。
- 28) 大村敦志・公序良俗と契約正義(有斐閣 1995年)42頁以下、水林彪「日本『近代法』における民事と商事」石井三記他編・近代法の再定位(創文社 2001年)193頁以下、水林彪他編・新体系日本史2 法社会史(山川出版社 2001年)495頁以下(高橋良彰)参照。
- 29) ここでは、大判明治26・3・3大審院民事判決録明治二十六年自三月至四月10頁=裁判粹誌8巻上59頁、大判明治26・4・28大審院民事判決録明治二十六年自三月至四月151頁等を変更した大(連民)判明治27・11・22大審院民事判決録明治二十七年自十一月至十二月534頁=判例彙報3巻民事判例220頁=法曹記事39号618(50)頁=裁判粹誌9巻下126頁を想定している。ちなみに、法曹記事は「契約自由ノ件」との表題をつけている。
- 30) Klaus Luig, Vertragsfreiheit und Äquivalenzprinzip im gemeinen Recht und im BGB., Festgabe für Hermut Coing zum 70. Geburtstag, 1982. S. 171.