九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

水法における公法と私法 : 民法における水法関係規定を中心に

七戸, 克彦
慶應義塾大学法学部助教授

https://hdl.handle.net/2324/6279

出版情報：法學研究. 71 (11), pp.1-27, 1998-11. 慶應義塾大学法学研究会
バージョン：
権利関係：

慶應義塾大学
法学研究会編　『法学研究』第71巻第11号
平成10年11月

水法における公法と私法（一）

――民法における水法関係規定を中心に――

七戸克彦

水法における公法と私法（一）

――民法における水法関係規定を中心に――

七戸克彦

一　考察の対象
(一)　水　法
(二)　公法と私法
二　第一期――旧民法における水法
(一)　意見書・法学教育関係
(二)　旧民法
(1)　財産及び物の区別
(2)　流水地役
(3)　河川の寄洲・中洲の添附
(4)　補論――ボワソナード旧民法の「法源」性
……（以上本号）
三　第二期――現行民法における水法
(一)　法典論争
(1)　法典延期派の論稿
(2)　法典断行派の論稿
(二)　現行民法
(1)　財産及び物の区別
(2)　流水地役
(3)　河川の寄洲・中洲の添附
(4)　補論――旧河川法及び学説の立場
四　結　語
(一)　総論的評価
(二)　各論的評価
(1)　公法・私法の峻別論及び公物理論
(2)　流水の所有関係
(3)　水利権の法的性質
(4)　公法・私法峻別論と慣習重視の方針の相剋
……（七一巻一二号）

一　考察の対象

(一)　水　法

【1】考察を開始するに際して、まず、本稿の表題にいう「水法」につき付言しておこう。

「水法（Wasserrecht; droit de l'eau）」とは「広く、水に関連する社会経済生活の秩序のための法を指す」[1]。

【2】右の定義からも知られるように、この法領域の対象となる客体は、極めて広汎である。まず、水法の対象となる「水」は、気体（水蒸気・湿気）、液体（冷水及び温水）、固体（氷・雪）の全てを含み、また、その所在場所は、水文学（hydorology）にいう水文的循環（hydorologic cycle）――海・湖沼等における貯留→蒸発→凝結（雲）→降水（雨・雪）→浸透→地下貯留→流出（河川）→再び貯留――の全てに及ぶ。更に、水法の対象は、水それ自体のみならず、水に関連する土地（河床・河川敷等）や施設（水車・水門等）、水の生産物（水棲動植物・砂利等）その他にまで広がっている。

一方、これらの客体を規律する法秩序は、その目的とするところの相違により、次の二種に大別される。その一は、水による被害（水害等）から社会経済生活を守るための法であり、いま一つは、水の有する効用を社会経済生活に役立てるための法である。前者の目的・性格を有する法秩序は「治水法」、後者の目的・性格を有する法秩序は「利水法」と呼ばれる。

以上のような対象及び性格の多様性から、水法は、法域的には、私法、公法（行政法、刑法）の諸分野にわたり、また、国内法に留まらず国際法にまで及ぶ。

【3】他方、その法源（存在形式）に着眼するならば、水法の歴史的発展は、次の三つの段階に分けることができる。即ち、①かつてこの法領域は、そのほとんどを慣習（法）に頼っていた。②しかし、人の水との関わりが多様化・拡大化するに伴い、(a)第一に、制定法による秩序化が要求され、(b)第二に、私法領域での規制に留まらず公法的規制による秩序維持が次第に強化されるところとなる。③更に、今世紀初頭以降、諸外国においては、相互に整合性を欠く虞れのある個別立法を整序・統合し、治水・利水の両面及び水文的循環の全域を見据えた総合的・統一的水法典を制定するようになっている。

だが、我が国には、このような統一的水法典は――既に戦前よりその必要性は主張されてきたのであるが――未だ存在しない。比較的総括的な制定法としては河川法（昭和三九年法律一六七号）が存在するが、これとて直接的には上記水文的循環のうちの流出の側面を対象とするものに過ぎず、また、治水・利水の両面のうち利水法関係の規定が貧弱である。その他、水に関する行政法規には、公有水面埋立法（大正一〇年法律五七号）・温泉法（昭和二三年法律一二五号）・港湾法（昭和二五年法律二一八号）・海岸法（昭和三一年法律一〇一号）・工業用水法（昭和三一年法律一四六号）・水道法（昭和三三年法律七九号）・特定多目的ダム法（昭和三二年法律三五号）・水質汚濁防止法（昭和四五年法律一三八号）・湖沼水質保全特別措置法（昭和五九年法律六一号）等があり、また、刑法には、出水及び水利に関する罪（一一九条―一二三条）が定められている。一方、私法領域においては、民法の相隣関係及び地役権に関する規定中に、水に関する規定が存在する（二一四条―二二二条、二八五条）。更に、慣行水利権や水利権に基づく妨害排除のように、依然として多くの分野が慣習法・判例法に委ねられている。以上を要するに、我が国の現行法は、未だ水法の歴史的発展の①第一段階（慣習法の時代）ないし②第二段階（個別的制定法の時代）にある。(2)

【4】さて、このような段階にある我が国の水法秩序の直面している問題は（そしてこの点が統一的水法典制定を

促す要因に他ならないのであるが）、互いに没交渉のまま形成され、その結果法秩序全体としての整合性を欠くに至った、水に関する(a)慣習法と制定法及び(b)私法と公法の間の矛盾・抵触関係をどのように解消するか、という点である。

このうちの(a)は、主として民法一七五条の物権法定主義との関係で論じられる問題であるが、筆者はかつて同条に関する比較法的・沿革的考察を行ったことがある。[3] そこで、本稿では、上記(b)の問題の側に焦点を当てて検討を加えることにしたい。

(二) 公法と私法

【5】 上述（【3】）の如く、水法秩序の史的発展の第二段階は、水に関する私法秩序を排除して公法秩序の適用領域を拡大してゆく過程として理解される。だが、これを可能にするためには、その前提として、公法と私法の峻別論が確立されている必要がある。

我が国において公法・私法の峻別論がいつ成立したかに関しては、公法・私法概念の発展過程を「明治元年より明治憲法制定〔＝明治二二年〕前までの期間」「明治憲法・行政裁判所法〔＝明治二三年法律四八号〕制定から昭和初期に至る期間」「昭和初期より日本国憲法制定前までの期間」「現在」の四期に分けて詳細に考察する、塩野宏『公法と私法』が存する。[4] 同書は、このうちの第一期においては「人は、さまざまな意義における公法・私法の区別の存在を知りつつも、なお、その間の弁別については必ずしも明らかではない」として、この時代を「公法と私法の萌芽期」ないし「準備期」と位置づけ、[5] 続く第二期をもって「公法体系の確立」期と理解する。[6]

【6】 しかしながら、私見は、これと若干異なる認識を有している。というのは、第一に、上記時代区分の第一

期においては、既にフランス法系の公法・私法峻別論が我が国に導入され定着していたと認められるからであり、従ってまた第二に、上記時代区分の第一期から第二期への変化も、（法律学全般におけるフランス法からドイツ法への移行現象の一例としての）フランス法系の公法・私法理論からドイツ法系のそれへの転換として位置づけるべきものと考えるからである。

そこで、以下では、主として右第一期の立法である旧民法、及び、第二期の立法である現行民法を素材として、我が国における公法・私法の峻別論の成立と変遷、及び、それに基づく水法秩序の変化を検討したい。

二　第一期――旧民法における水法

【7】　周知の如く、明治初年（上記区分の第一期）の法律学は、フランス法に大きく傾斜していた。それは、フランスが当時世界最高の成文法典であったナポレオン法典を有していたからであり、その翻訳を基礎として我が国の諸法典を編纂しようとした政府は、明治二年より箕作麟祥にフランス法典の訳出を命じた。その成果が、ナポレオン五法（憲法・刑法・民法・商法・訴訟法）の翻訳たる『仏蘭西法律書』[7]であり、右訳書は、立法作業の原草案として用いられたほか、この時代の法学教育並びに法規運用に際しての参考書としても活用された。

【8】　だが、フランス法の体系を理解し、これを基に日本法を整備するためには、フランス人法学者の助力が不可欠であった。この時期政府がフランスより招いた法律顧問には、ブスケ（G. H. BOUSQUET）（在日期間・明治五―九年）とボワソナード（G. E. BOISSONADE）（在日期間・明治六―二八年）がいるが、彼らは、次の三つの側面において重要な役割を担った。その一は、政府からの種々の諮問に回答することであり、その二は、フランス法系の新法典あるいは法制度の運用を可能にするため法学教育を行うことであり、その三は、我が国の諸法典の

草案それ自体を作成することである。そして、これらに関する資料中には、公法・私法の峻別論及び水法秩序に言及したものが存在する。

(一) 意見書・法学教育関係

【9】 ボワソナードは、来日の翌年（明治七年）より、当時の法律家養成機関たる司法省法学校の（正則科）第一期生に対して「性法〔自然法（droit naturel）〕講義」を行っているが、その中では、既に公法・私法の区別が論じられている。即ち、

①性法ハ公法（ドロワプユブリック）ト私法（ドロワプリヴエ）トヲ問ハス都テ一国ノ法律ノ本源ナリ憲法（ドロワホリチツク）ハ固ヨリ公法ノ至部ニ居ル者ナリト雖モ余ハ憲法ニ付テハ性法ヲ論セス只社会ノ守護タル刑法（公法ノ一部）ト及ヒ社会ノ開達ヲ進メ其繁昌ヲ保スル所ノ政法〔＝行政法〕（同シク公法ノ一部）トニ付テ性法ヲ説カント欲ス(8)

②立法官（正義ノ主宰）ノ画セシ道ヲ人為法〔＝実定法〕ト云フ而シテ其ノ用法ニ従フテ或ハ之ヲ公法ト云ヒ或ハ之ヲ私法ト云フ又タ公法ヲ細別シテ之ヲ憲法ト為シ政法ト為シ及ヒ刑法ト為ス私法モ亦タ之ヲ細別シテ民法ト為シ商法ト為ス(9)

他方、右「性法講義」の後半部分では、民法領域での自然法及びフランス法の立場が講述されているが、右講義部分のうち所有権を取得する種々の方法について触れた個所には、水法秩序に関する言及が見出される。例えば、所有権取得方法の第二「加属（アクセッシヲン）或ハ附著（インコルポラシヲン）」〔＝附合〕の個所においては、(a)河川の沿岸地に接続して生じた「寄地（プリユヒヲン）」に関しては、沿岸地所有者が所有権を取得するとの説明の後に、(b)河川中の「島嶼」「乾潟」に関しては、自然法によれば「其ノ形況ニ従フテ或ハ両岸ノ浜人〔＝「沿岸ニ土地ヲ有スル人」〕ニ属シ或ハ片岸

ノ浜人ニ属ス」るが、

然レトモ人為法（殊ニ法朗西法）ニ於テハ船（フルーウ、ナビガーブル）河（船ヲ通スルニ足ルヘキ大河）或ハ筏（フルーウフロッターブル）河（船ノ通セスシテ筏ノ通スル河）ノ中ニ生セシ島嶼及ヒ乾潟ハ法ニ於テ之ヲ政府ノ所有地トナセリ故ニ余ノ論説ハ小川ニ非サレハ之ヲ実際ニ当行スル能ハス然レトモ浜岸ニ接続シテ寄地ヲ生スルトキハ常ニ余ノ論説ヲ当行スルヲ得ヘシ即チ寄地ハ必ス浜人ニ属スヘシ[10]

との説明が見出される。右引用からも知られるように、既にこの時代において、フランス法系の公法・私法の区別及び水法における両者の適用関係――なかんずく公水に対する私法規定の適用排除――は、我が国に紹介されていたのである。なお、ボワソナードは、明治一〇年入学の速成科第一期生に対しても、上記正則科第一期生と同様の「性法講義」及び「（フランス）民法財産編講義」を行っている。

【10】 他方、右司法省法学校講義と並んで、ブスケ及びボワソナードはこの時期、司法省の現役官吏に対してもフランス実定法の講義（「民法会議」「刑法会議」「治罪法会議」等）を行っており、また、この時期に彼らが政府に提出した意見書の中には、ボワソナード「権限争訟に関する行政裁判権についての建白書」（明治八年ないし九年）のように、行政法が公法の一分野であること、河川使用に関する警察措置がこの分野に属すること、あるいは行政裁判所と司法裁判所の管轄の相違等に関する説明を行ったものもある。[11]

【11】 その後、ボワソナードは、司法省法学校において、明治一三年入学の速成科第二期生、明治一六年入学の速成科第三期生に対する講義も行った。そこではカリキュラムが若干変更され、「性法講義」は「法律大意講義」へ、フランス民法財産編講義は明治一二年よりボワソナードが起草に着手していた日本民法草案の講義（速成科第二期生に対しては草案財産編第一版、[12] 速成科第三期生に対しては同第二版の講義）[13] へと改められたが、このうち速成科第二期生に対する「法律大意講義」においては、公法・私法の区別及び行政法の位置づけが、先の「性法講

義」以上に詳細に論じられており、水法との関係では、行政法に関する講述個所に「例ヘハ礦山炭坑ノ開発流水ノ使用軍役ヲ規定スル等ノ事ハ皆政法ニ係ハルナリ」との言が見出される。[14] また、速成科第三期生に対する「法律大意講義」では、水に関する地役についての具体的言及が見られるほか、[15] 公法・私法を論じた部分には「道路水流等ニ付テモ吾人ノ欲スル所ヲ為スコト能ハス蓋シ常ニ之レニ関スル規則及ヒ制限アレハナリ此等ノ規則モ又タ行政法ヲ以テ之レヲ規定ス」との説明が認められる。[16]

【12】 一方、この時期、司法省法学校では、ボワソナードの他に、アペール（G. V. APPERT）（在日期間・明治一二―二二年）が明治九年入学の正則科第二期生、明治一三年入学の第三期生に対して、性法（自然法）・民法・政法（行政法）等の講義を担当している。[17]

アペールもまた、政府からの諮問に対して意見書を提出し、あるいは現役行政官に対する法律学講義を行ったが、その中にも、「参議院議官蜂須賀茂昭公ト佛朗西法律博士アツペール氏トノ問答」（明治一五年）[18] や、学習院において現役の行政官に対して行った「仏国行政法講義」（明治一五年）[19] のように、フランスにおける公法・私法峻別論及び公物法理論を詳細に解説したものがある。

【13】 更に、彼らフランス人法学者は、司法省法学校出身者らによって創立されたフランス法系の私立法律学校である東京法学校（法政大学の前身）・明治法律学校（明治大学の前身）においても法学教育を行っており、例えばアペールは、東京法学校でもフランス行政法を講義している（明治一四―一五年、明治一九年）。[20]

【14】 以上の如き講義・意見書等を通じて、当時の学生あるいは政府の現役官僚たちは、フランス法系の公法・私法論あるいは水法秩序を理解したであろう。[21] そして、これらボワソナードらの薫陶を受けた者たちは、いわゆる仏法学派として、この時代の我が国の立法・司法・行政実務あるいは法学教育を牽引した。私見が、塩野教授にいう公法・私法概念発展の第一期において既にフランス法系の公法・私法論が定着していたと考えるのは

（【5】【6】）、この点による。

しかしながら、このようなフランス法の圧倒的優位に対して、東京大学法学部をはじめとするイギリス法系の法学教育機関の出身者たちは対立感情と危機感を募らせた。その一方で、明治一四年政変以降、明治政府は、次第にドイツ法へと傾斜してゆく。そして、これに翻弄されたのが、ボワソナードの起草にかかる旧民法（明治二三年法律二八号・九八号）であった。

(二) 旧民法

【15】 そこで、次に、旧民法における水法関係規定を見てみよう。

(1) 財産及び物の区別

【16】 本稿のテーマとの関係でまず注目されるのは、この法典が、財産編「総則　財産及ヒ物ノ区別」につき、民法（私法）のみならず公法にも共通する一般的な定義規定を設けている点である。

まず、「財産」の定義に関しては、財産編一条に次のような規定がある。

【財産編一条】

①財産ハ各人又ハ公私ノ法人ノ資産ヲ組成スル権利ナリ

②此権利ニ二種アリ物権及ヒ人権是ナリ[22]

即ち、旧民法においては、フランス行政法学説やオットー・マイヤー（Otto MAYER）の公所有権説と同様、公法人の有する「財産」即ち「資産ヲ組成スル権利」もまた、私人の有するそれ（「物権」及び「人権＝〔債権〕」）

と全く同様のものとされている。

【17】 また、財産編二〇条[23]・二一条[24]によれば、「物」は次のように分類される。

- 所有ニ属スル物
  - 公ノ資産（＝公ノ法人ニ属スル物）
    - 公有
    - 私有
  - 私ノ資産
- 所有ニ属セサル物
  - 無主物
  - 公共物

一方、これらの物の各々に関する定義は、財産編二二―二五条に記されている。即ち、

【財産編二二条】

公ノ法人ニ属シ国用ニ供シタル物ハ公有ノ部分ヲ為ス即チ左ノ如シ

第一　国領ノ海及ヒ海浜但海浜ハ春分、秋分最高潮ノ到ル処ヲ以テ限ト為ス

第二　道路、舟若クハ筏ノ通ス可キ川又ハ堀割及ヒ其床地

第三　城砦、塁壁其他陸海防禦ノ工作物

第四　軍用ノ工廠、戦艦、兵器、機械其他ノ物品

第五　官庁ノ建物[25]

【財産編二三条】

①公ノ法人カ各人ト同様ノ名義ニテ所有スル物ニシテ金銭ニ見積ルコトヲ得ル収入ヲ生ス可キモノハ其私有ノ部分ヲ為ス即チ国、府県、市町村有ノ海潟、樹林、牧場ノ如シ

②所有者ナキ不動産及ヒ相続人ナクシテ死亡シタル者ノ遺産ハ当然国ニ属ス[26]

【財産編二四条】
無主物トハ何人ニモ属セスト雖モ所有権ノ目的トナルコトヲ得ルモノヲ謂フ例ヘハ遺棄ノ物品、山野ノ鳥獣、河海ノ魚介ノ如シ[27]

【財産編二五条】
公共物トハ何人ノ所有ニモ属スルコトヲ得スシテ総テノ人ノ使用スルコトヲ得ルモノヲ謂フ例ヘハ空気、光線、流水、大洋ノ如シ[28]

以上の条文の規定する水法関係を整理するならば、以下のようになる。即ち、

第一に、海は、(i)国有の海・海岸、(ii)府県・市町村有の海・干潟、(iii)公海に分かれ、(i)は「公ノ資産」（原語は「公産（patrimonie public）」）中「公有物（domaine public）」（財二二条第一）、(ii)は同じく「公ノ資産」中「私有物（domaine privé）」、(iii)は「公共物（chose sans maître）」とされる。

第二に、河川（及び運河）は、ローマ法・フランス法と同様、公川と私川の区別の基準が舟・筏の通航可能性に求められ、(i)舟筏通航可能河川並びに河床は公産中「公有物」とされる（財二二条第二。これに対して、(ii)舟筏通航不能河川は「私ノ資産」（原語は「私産（domaine privé）」）である）。なお、同条の基となった法律取調委員会原案五二五条の審議においては、河川法が未だ制定されていない段階で、公川・私川の区別を民法に規定してよいかとの質問が出されたが、山田顕義委員長は「（河川立法は）追付ケ出来マセウ、今内務省デ調ベテ居ル、舟筏ノ通ズベキ川ト、通ズ可カラザル川トデ、土木費ノ負担ヲ極メルノデ、ソコサニ之ガナイト困ルカラアツテ差支ナイ」と回答している[29]。

第三に、河川・湖沼等にある流水そのものに関しては、空気・太陽光線等と同様「公共物」とされる（財二五条）。即ち、旧民法は、ゲルマン法に見られるような流水それ自体を所有権の客体とする立法をとらず、水その

ものは所有権の客体とならないとするローマ法・フランス法の建前を採用したのである。なお、この点につき、法律取調委員会では、流水そのものが所有権の客体となり得るのではないかとの質問も出されたが、箕作麟祥委員は「河ニ流レテ居ル水ヲ手桶ニ一杯汲取レバ、所有者ノ所有ニナルガ、流水トシテ、所有権ハ出来ナイト『ボアソナード』ガ説イテアリマス」と回答している。(30)(31)

(2) 流水地役

【18】 このように流水そのものに対して所有権を認めない立場に立つ旧民法において、流水を利用する権利即ち水利権は、右流水の存する土地に対する地役権として構成される。旧民法は、フランス民法と同様、地役を、目的ないし権利主体の違いにより公益地役と私益地役とに分かち、また、その成立原因の違いにより法定地役と約定地役とに分類する。

このうち、公益地役に関して、旧民法は、財産編物権部「第一章　所有権」中に、次のような規定を置いた。

【財産編三三条】

物料ノ採掘、道路ノ画線、樹木ノ伐採、水其他ノ物ノ収取ニ付キ一般又ハ一地方ノ公益ノ為メ設ケタル地役ハ行政法ヲ以テ之ヲ規定ス(32)

【19】 他方、財産編物権部「第五章　地役」中には、法定・約定の流水地役に関する詳細な規定が設置されている。以下、(a)法定地役・(b)約定地役の各々につき順次検討する。

(a) 法定地役

【20】 まず、法定流水地役に関しては、「第一節　法律ヲ以テ設定シタル地役」中に、「第二款　水ノ疎通、使用及ヒ引入」の款が存する。その全条を列挙すれば、以下の通り。

【財産編二二四条】

①低地ノ所有者ハ人工ニ由ラスシテ自然ニ高地ヨリ流下スル雨水及ヒ泉水ヲ承クル義務アリ

②人工ヲ以テ水ノ疎通路ヲ創設シ又ハ変更セシト雖モ其工事カ三十个年前ニ在ルカ又ハ年月ヲ知ル可カラサルトキハ亦同シ[33]

【財産編二二五条】

①土手其他水ヲ湛フル工作物ノ破潰ニ因リ又ハ水樋、堀割ノ阻塞ニ因リ高地ノ水量ヲ増シテ衝撃ヲ致シ又ハ方向ヲ変セントスルトキハ低地ノ所有者ハ第二百二条及ヒ第二百一条ニ従ヒテ急害ノ告発ヲ為シ且高地ノ所有者ノ費用ヲ以テ其修繕ヲ為スコトヲ得

②事変ニ因リ低地ニ於テ水流ノ阻塞シタルトキハ高地ノ所有者ハ平常ノ疎通ニ復スル為メ自費ヲ以テ必要ノ工事ヲ為ス権利ヲ有ス然レトモ其義務ヲ負担セス[34]

【財産編二二六条】

所有者ハ雨水ノ直チニ隣地ニ落ツル如キ屋根其他ノ工作物ヲ設クルコトヲ得ス[35]

【財産編二二七条】

泉源ノ所有者ハ随意ニ之ヲ使用シ且自然ニ隣地ニ流ル可キ余水ヲ隣人ニ与ヘサルコトヲ得但次条及ヒ第二百七十六条ノ規定其他鉱泉ノ利用、収益ニ関スル行政法ノ規定ヲ妨ケス[36]

【財産編二二八条】

①泉源ノ水カ一町村又ハ一部落ノ住民ノ家用ニ必要ナルトキハ所有者ハ其水ノ不用ノ部分ヲ流下セシムル責ニ任ス

②又町村ハ自費ヲ以テ水ノ聚合及引入ニ必要ナル工事ヲ泉源ノ土地ニ施スコトヲ得但其工事ノ為メ償金ヲ払ヒ且其土地ニ永久ノ損害ヲ生セシメサルコトヲ要ス

③此他町村ハ水ノ使用ノ為メ償金ヲ払フコトヲ要ス但三十个年間無償ニテ使用ヲ為シタルトキハ此限ニ存ラス[37]

【財産編二二九条】

①溝渠、水流、堀割又ハ池沼ノ沿岸者ニシテ其床地ヲ所有スル者ハ家用及ヒ農工業用ニ其水ヲ使用スルコトヲ得然レトモ其水路及ヒ幅員ヲ変スルコトヲ得ス

②同上ノ流水ノ通過スル土地ノ所有者ハ右ト同一ノ需用ノ為メ其地内ニ於テ水路ヲ変転スルコトヲ得然レトモ其水ノ出口ニ於テハ之ヲ自然ノ水路ニ復スルコトヲ要ス

③右孰レノ場合ニ於テモ沿岸者ハ地方ノ規則ニ従ヒテ捕漁ノ権利ヲ有ス

④沿岸者ハ対岸者ニ損害ヲ及ホス可キトキハ己レノ方ニ於テ水除ヲ築クコトヲ得ス[38]

【財産編二三〇条】

前条ニ定メタル二箇ノ場合ニ於テ其水ヲ利用ス可キ沿岸者又ハ低地ノ所有者ヨリ争ヲ起シタルトキハ裁判所ハ地方ノ慣習ト衛生ノ需用ト農工業ノ利益トヲ斟酌シテ之ヲ決ス[39]

【財産編二三一条】

右流水ニ関スル取締ハ地方庁ニ属ス地方庁ハ其流水ノ疎通、保持及ヒ魚類ノ保育ニ付キ必要ノ処分ヲ令スルコトヲ得[40]

【財産編二三二条】

一般又ハ一地方ノ公有ニ属スル水ノ使用及ヒ取締ハ行政法ヲ以テ之ヲ規定ス[41]

【財産編二三三条】

自己ノ土地外ニ在ル天然又ハ人工ノ水ヲ用ユル権利ヲ有スル所有者ハ家用又ハ農工業用ノ為メ償金ヲ払ヒ其水ノ通過ヲ中間ノ土地ニ要求スルコトヲ得[42]

【財産編二三四条】

①低地ノ所有者ハ浸水地ヲ乾カスニ因リ出水ノ疎通ノ為メ及ヒ家用又ハ農工業用ノ余水ノ排泄ノ為メ公路、公流又ハ下水道ニ至ルマテ其通過ヲ供スル責ニ任ス

②家用又ハ農工業用ノ為メニ変質シタル水ノ通過ハ地下ニ於ケルニ非サレハ之ヲ要求スルコトヲ得ス[43]

【財産編二三五条】

①水ノ通路ハ成ル可ク承役地ノ損害少ナキ場所ニ之ヲ設クルコトヲ要ス
②如何ナル場合ニ於テモ建物ノ下ヲ経又ハ住家ニ連接シタル庭園ヲ経テ水ノ通過ヲ要求スルコトヲ得ス[44]

【財産編二三六条】
水ノ通路ニ必要ナル工作物ノ築造及ヒ保持ハ其工作物ニ付キ利益ヲ得ル所有者ノ費用ニテ之ヲ為ス[45]

【財産編二三七条】
①承役地ノ所有者ハ其土地ニ存スル堀割ヲ要役地ニ出入スル水ノ全部又ハ一分ノ通路ニ供スルコトヲ要求スルヲ得但従来其堀割ヲ通過スル水カ要役地ニ供シタル水ヲ変スルノ性質ナラサルトキニ限ル
②又承役地ノ所有者ハ其土地ニ要役地ノ所有者ノ為シタル工作物ヲ右ト同一ノ条件ニ従ヒテ水ノ通過ノ為メ使用セント要求スルコトヲ得
③右孰レノ場合ニ於テモ他人ノ為シタル工作物ヲ使用スル者ハ自己ノ利益ノ割合ニ応シテ其築造及ヒ保持ノ費用ヲ分担ス[46]

【財産編二三八条】
①第二百二十九条第一項ニ従ヒ流水ヲ使用スル権利ヲ有スル所有者ハ堰ヲ設テ水ヲ高ムルノ要用アルトキハ償金ヲ払ヒテ其堰ヲ対岸ニ支持セシムルコトヲ得
②同一ノ権利ヲ有スル対岸地ノ所有者ハ前条ニ記載シタル如ク費用ヲ分担シテ右ノ堰ヲ使用スルコトヲ得[47]

これらの諸規定からは、次の点を指摘し得るであろう。

まず第一に、ここには民法の分担領域と行政法の分担領域につき一応の分別が認められる、即ち、舟筏通航可能河川をはじめとする公水域に関しては行政法がこれを担当し（財二三二条）、本款の諸規定は基本的には舟筏通航不能河川等の私水域を念頭に置く。

しかしながら、第二に、かかる分担にも関わらず、上記諸規定中には、公法的色彩を帯びた条文が存在する

（財二二八条・二三〇条・二三一条）。即ち、旧民法の流水地役権規定は、私法規定のみならず、公法規定をも含んでいる。

更に、第三に、法定地役の節の最後には次のような規定が設けられている。

【財産編二六五条】

①本節ノ規定ハ国、府県、市町村ノ私有及ヒ公有ノ財産ニ付キ働方及ヒ受方ニテ之ヲ適用ス

②然レトモ公有財産ハ水ノ疎通及ヒ互有ノ要求権ニ服セス[48]

従って、国及び地方公共団体の公産中「私有」物（財二三条）に対しても、上記諸条が適用される。他方、舟筏航行可能河川の如き「公有」物（財二二条）についても、これを要役地とする法定地役に関しては、本節の規定が適用される。即ち、この点において、旧民法の定める私法規範は、公法の守備範囲であるところの公産（公有物・私有物）をも規律する。

(b) **約定地役**

【21】 他方、「第二節　人為ヲ以テ設定シタル地役」中からは、用水地役関連の規定として、次の諸条を拾い上げることができる。

【財産編二七六条】

①不動産所有権ニ関シ時効ヨリ生スル正当ナル取得推定ハ継続且表見ノ地役ニノミ之ヲ適用ス

②隣地ヨリ引ク水ノ取得ニ関スル時効ノ期間ハ其時効ヲ援用スル所有者カ自己ノ土地又ハ承役地ニ於テ其便益ノ為メ水ヲ聚合シ及ヒ引入スル外見ノ工作物ヲ作リタル当時ヨリ起算ス[49]

【財産編二八一条】

①通行ノ地役、継続若クハ不継続ナル取水ノ地役、牧畜又ハ物料採取ノ地役ニ付キ設定権原又ハ其後ノ合意ニ於テ行使ノ時日、場所、方法又ハ収取ノ数量ヲ定メサリシトキハ当事者ノ一方ハ常ニ他ノ一方ト立会ノ上其定方ヲ裁判所ニ請求

スルコトヲ得

②此定方ニ付テハ裁判所ハ双方ノ需用ヲ斟酌シ且地役権行使ノ従来ノ実跡ヲ照査ス可シ[50]

【財産編二八二条】

①取水ノ地役ニ服スル不動産ノ所有者ハ自己ノ所為ニ因リテ水ノ缺乏ヲ生セシメタルトキニ非サレハ其責ニ任セス

②二箇ノ不動産ノ需用ノ為メニ水ノ不足スルトキハ先ツ家用ニ次ニ農業用ニ次ニ工業用ニ之ヲ供ス右ハ総テ其不動産ノ重要ノ度ニ割合フ可シ

③数箇ノ要役地アルトキハ各要役地ハ家用ノ為メ相共ニ水ヲ使用ス農工業用ニ付テハ取水ノ先後ハ地役権取得ノ先後ニ従フ[51]

これら約定地役に関する規定は、法定地役と異なり専ら私水域を対象とするが、このうち財産編二八二条は、法定地役に関する財産編二三〇条と同様、紛争解決に関する裁判所の指針を示し、更に、財産編二八三条は、渇水調整の具体的基準をも提示している。

(3) 河川の寄洲・中洲の添附

【22】 更に、ボワソナード草案は、その第三編（財産取得編）第一部「第二章　添附」において、上述した（【9】）自然法・フランス法の立場に従い、河川に生じた寄洲・中洲の所有関係につき詳細な規定を置いていた（六一四―六二〇条）[52]。

しかしながら、これらの規定をめぐって法律取調委員会は紛糾し[53]、その結果、元老院での審議段階において規定の多くは削除され、旧民法正文においては、次のような規定が設置されるに留まった。

【財産取得編一二条】

舟筏ノ通ス可キト否トヲ問ハス河川ノ寄洲、中洲、干潟ノ所有権又ハ水路ノ変換ニ因リ生スル浸没地及ヒ旧河床ノ所有権ノ帰属ハ別ニ之ヲ定ム但海ノ干潟ニ付テハ財産編第二十三条ノ規定ニ従フ[54]

同条にいう「別ニ之ヲ定ム」とは、議論の経緯から見て、行政法規に委ねる趣旨と解せられる。その他、旧民法の立法過程においては、日本人委員の間で、民法と行政法の間の規定の分担関係がしばしば議論され、その結果、ボワソナード草案のうち公法関係を規律した規定の少なからぬ部分が削除・修正されるに至っている[55]。後に見るように、法典論争の時代及び現行民法の制定過程においては、民法典から公法規定を極力排除しようとする傾向が認められるのであるが（【25】【26】【27】、【33】【35】【42】）、かかる傾向は、既に旧民法の立法過程においても進行していたのである。

なお、同条にいう舟筏通航可能河川の「水路ノ変換ニ因リ生スル浸没地及ヒ旧河床ノ所有権ノ帰属」につき、ボワソナード草案は、所有権を喪失した浸没地所有者がその面積に応じて旧河床の所有権を取得する旨を規定していたが（六三七条）[56]、右規定もまた、法律取調委員会の最終案段階において削除された。

(4) 補論——ボワソナード旧民法の「法源」性

【23】 以上のボワソナード旧民法は、次節で見るように、公布はされたものの、法典延期派の反対に遭い、結局施行されることなく終わった。しかしながら、この時代においては、旧民法の理論に立脚して制定され、かつ、実施された法規も存在する。公有水面埋立法の先駆となった明治二三年一〇月二〇日内務省令三六号がそれであり、同令は、旧民法財産編二〇条・二二条・二三条にいう公の「公有」「私有」の区別に従い、「水面」を「官ニ属スル公有水面」と「官ニ属スル私有水面」とに分かつ（一条・八条）。ボワソナード草案及び旧民法が、現行民法施行以前の裁判において「法源」性を有していたことはよく知られているが[57]、加えて更に、当時の立法も、

ボワソナード草案・旧民法を基礎として制定された点も、見逃してはならない。旧民法それ自体は施行はされなかったが、それが規定する公法・私法体系は、当時の司法（判例）及び立法の基礎として、現実に適用されていたのである。

（1）金子宏＝新堂幸司＝平井宜雄編集代表『法律学小辞典〈新版〉』（有斐閣、平成六（一九九四）年）六三〇頁。

（2）その他、「水法」の意義・対象・法源等の詳細に関しては、金沢良雄『水法』（有斐閣法律学全集、昭和三五（一九六〇）年）一頁以下を参照。

（3）七戸克彦「物権法定主義――比較法的・沿革的考察――」慶應義塾大学法学部『慶應義塾大学法学部法律学科開設百年記念論文集・法律学科篇』（慶應通信、平成二（一九九〇）年）五八五頁。

（4）塩野宏『公法と私法』（有斐閣、平成元（一九八九）年）五頁、六頁以下。

（5）塩野・前掲注（4）九頁。

（6）塩野・前掲注（4）一三頁以下。

（7）同書は、まず、刑法典（明治三（一八七〇）年、五冊）・民法典（明治四（一八七一）年以降、一六冊）・憲法（明治六（一八七三）年、一冊）・商法典（明治七（一八七四）年、五冊）・治罪法典（明治七（一八七四）年・五冊）・民事訴訟法典（明治六―七（一八七三―四）年、八冊）の計四〇冊の和装木版本として出版された後、洋装活版二冊本（同書「例言」には「明治六年六月」とあるが出版は明治八（一八七五）年四月とされる）が刊行され、更に、明治一六（一八八三）年には改訂版が上梓されている。

（8）ボワソナード講義＝井上操筆記『性法講義』（司法省蔵版、明治一〇（一八七七）年六月印行、復刻版・宗文館書店、昭和六一（一九八六）年）一八―一九頁、ボワソナード講義＝井上操筆記『校訂増補性法講義』（中正堂蔵版、明治一四（一八八一）年三月出版、復刻版・宗文館書店、昭和六一（一九八六）年）八頁。BOISSONADE, *École de droit de jédo, Leçon d'ouverture d'un sours de droit naturel. Jédo, 9 avril 1874*, Revue de législation ancienne et moderne, française et étrangère, 1874（復刻版・ボアソナード『自然法講義序説（仏文）』（宗文館書店、昭和六一（一九八六）年）), pp. 517-518.

（9）ボワソナード＝井上・前掲注（8）三六頁、同『校訂増補』一五頁。

(10) ボワソナード＝井上・前掲注（8）一〇四―一〇六頁、同『校訂増補』四二―四三頁。

(11) 法政大学『ボアソナード答問録』（法政大学出版会、昭和五三（一九七八）年）六七頁以下。なお、水法関係では、同書一一九頁以下に「鉱泉の所有権についての覚え書」（明治九（一八七六）年）がある。

(12) *Projet de Code civil pour le Japon accompagné d'un commentaire* par M.G. BOISSONADE , Professeur-agrégé à la faculté de droit de Paris, t. 1, Tokio, XIIIe Année de Meiji (1880); t. 2, Tokio, XIIIe Année de Meiji (1880): *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, par M.G. BOISSONADE, Professeur-agrégé à la faculté de droit de Paris, Livre II-IIe［= t. 3］, Tokio, Imprimerie Impériale, XVe Année de Meiji (1882). 右草案第一版の司法省法学校講義については種々の異本があるが、比較的参照が容易なのは『ボワソナード氏起稿／民法草案財産編講義　壹／物権之部』（司法省、刊年表示なし）、同『二／人権之部』（司法省、刊年表示なし）の二巻本である。

(13) *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, par Mr.Gve. BOISSONADE, Professeur-agrégé à la faculté de Paris, 2e éd. corrgée et augumentée, t. 1: Des droits réels. Tokio, XVe Année de Meiji (1882); t. 2: Des droits personnels ou obligations, Tokio, XVIe Année de Meiji (1883). 右草案第二版の司法省法学校講義に関しては、その一部を記録した筆写本（司法省一〇行罫紙）が慶應義塾大学に存在する。『日本民法草案財産篇講義（自第三一回乃至第三八回）』『日本民法草案講義（第六八回―第七七回）』

(14) ボワソナード口述＝加太邦憲筆記『法律大意講義（完）』（司法省蔵版、明治一三（一八八〇）年六月印行、復刻版・宗文館書店、昭和六一（一九八六）年）九〇頁以下。引用個所は九八頁。

(15) ボアソナード氏講義＝一瀬勇三郎・市川亮功同訳『法律大意第二回講義』（司法省第七局、明治一六（一八八三）年一二月印行、復刻版・宗文館書店、昭和六一（一九八六）年）二四頁以下、六四頁以下。

(16) ボワソナード＝一瀬・市川・前掲注（15）七三頁以下。引用個所は七九頁。

(17) なお、明治一五―一六年のアペールの司法省法学校講義に関しては、法務図書館に、アッペール述＝田部芳訳『行政法講義』『行政法総論』（司法省一〇行罫紙、写本）がある。『法務図書館所蔵貴重書目録（和書）』（法務図書館、昭和四八（一九七三）年）五頁によれば、「二冊は書名は異るが一連の講義である。前者は第二一回講義の途中から始り、一六年五月一七日の二二講から五月二九日の第二九講の途中までを含み、後者は五月二九日第二九講から六月

一五日の第三九項までを含む」。

(18) 国立公文書館内閣文庫蔵「翻訳類纂（明治一五年・第五）」。所収・『明治政府翻訳草稿類纂（第四五巻）』（ゆまに書房、昭和六二（一九八七）年）六五頁以下。

(19) その第一回講義から第一二回講義までが、国立公文書館内閣文庫蔵「翻訳類纂（明治一五年・第六）」―「同（第九）」に収められている。所収・前掲注（18）『（第四五巻）』一二九頁以下、二七七頁以下、『（第四六巻）』二四三頁以下、三五七頁以下、『（第四七巻）』三〇一頁以下、三八三頁以下、『（第四八巻）』三七一頁以下、五一七頁以下。

(20) なお、右講義に関しては、明治一四年三月八日の第一回講義分につき、アッペール講義＝宇川盛三郎・橋本胖三郎・薩埵正邦筆記『仏国行政法講義筆記』（東京法学社蔵版、明治一四年三月印行）があり、また、法政大学には、明治一四（一八八一）年三月―明治一五（一八八二）年五月の講義分を収めた宮地佐之助による謄写本がある。

(21) その他、この時代のフランス行政法あるいは公法・私法論に関する文献としては、ドラクルチー（E. DELACOURTIE）著＝大井憲太郎訳＝箕作麟祥校閲『仏国政典』（司法省刊、明治六（一八七三）年、全一二冊。『法務図書館貴重書目録（和書）』前掲注（17）六頁参照）、モリス・ブロック『フランス行政辞典』（Maurice BLOCK, *Dictionnaire de l'administration française*, Paris, Berger-Levrault, 1856; 2e éd., 1878; 3e tirage de la 2e éd, 1881.）の種々の翻訳（『法務図書館貴重書目録（和書）』前掲注（17）六頁、二一頁。前掲注（18）『（第四一巻）』三〇五頁、四二一頁、『（第四三巻）』五九五頁、『（第四五巻）』二六一頁、『（第四六頁）』三三三頁、三七五頁、『（第四八巻）』二三三頁、二六五頁、三一九頁）、バトビーの行政法教科書（A. P. BATBIE, Traité *de théorique et pratique de droit public et administratif*, Paris, Cotillon, 7 vol., 1862-1868.）の翻訳（大井憲太郎・松田正久・高橋太郎・松原旦次郎・岩野新平訳『仏国政法論（一～七）』（司法省蔵版、明治一二―一六（一八七九―八三）年。『法務図書館貴重書目録（和書）』前掲注（17）六頁参照）。前掲注（18）『（第四七巻）』七三頁）、ベリーム著＝井上正一・栗塚省吾・高木豊三・黒川誠一郎訳『仏国法理論（第一編・第二編）』（司法省、第一編・明治一六（一八八三）年、第二編・明治一七（一八八四）年）（W. BELIME, *Philosophie du droit; ou, Cours d'introduction à la science du droit*, 2 vol., Paris, 1869. の翻訳）等がある。更に、塩野・前掲注（4）一〇頁注（6）の挙げる文献等も参照。

(22) 同条は、ボワソナード草案第一版一条、第二版一条に由来する。Cf. *Projet, Ire éd.*, t. 1, pp. 2-4; *Projet, 2e éd.*, t. 1, nos 2-3, pp. 21-22; *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire* par M.

Gve. BOISSONADE, Professeur honoraire à la faculté de droit de Paris, Conseiller-légiste du gouvernement japonais, nouvelle édition corrigée et augumentée, t. 1: Des droits réels, Tokio, Kokubunsha, XXIIIe Année de Meiji (1890), nos 2-3, pp. 17-18; *Code civil de l'Empire du Japon accompagné d'un exposé des motifs*. t. 2: *Exposé des motifs du Livre des biens*, traduction officielle, Kokubunsha, Tokio, XXIVe Année de Meiji (1891), pp. 2-3. なお、プロジェ第一版から旧民法正文に至るまでの諸草案と条文の変化に関しては、七戸「旧民法・現行民法の条文対象――付・条文対照表（旧民法財産編総則・物権部）」法学研究（慶應義塾大学）六九巻一号（平成八（一九九六）年）一一一頁、七戸「旧民法・現行民法の条文対照表――旧民法財産編総則・物権部（一）～（三）完」法学研究（慶應義塾大学）六九巻九号（平成九（一九九七）年）一三五頁、一〇号一三一頁、一一号九七頁参照。

(23) 同条は、フランス民法五三七条以下、ボワソナード草案第一版二〇条、第二版二一条に由来する。Cf: *Projet, Ire éd.*, t. 1, pp. 51-54; *Projet, 2e éd.*, t. 1, n° 35, pp. 61-62; *Projet, nouvelle éd.*, t. 1, n° 35, pp. 60-61 ; *Exposé*, t. 2, pp. 33-34.

(24) 同条は、ボワソナード草案第一版二三条、第二版二四条に由来する。なお、草案新版における条文配置は、旧民法と同様の形に改められている（二二条）。Cf: *Projet, Ire éd.*, t. 1, pp. 54-55; *Projet, 2éd.*, t. 1, n° 37, pp. 62-63; *Projet, nouvelle éd.*, t. 1, n° 36, pp. 61-62 ; *Exposé*, t. 2, p. 34.

(25) 同条は、フランス民法五三八条・五四〇条・五四一条、ボワソナード草案第一版二四条、第二版二五条に由来する（なお、草案新版では二三条）。Cf: *Projet, Ire éd.*, t. 1, pp. 55-56; *Projet, 2e éd.*, t. 1, n° 38, p.63; *Projet, nouvelle éd.*, t. 1, n° 37, p.62 ; *Exposé*, t. 2, pp. 34-35.

(26) 同条は、フランス民法五三九条・七一三条、ボワソナード草案第一版二五条一項・二項、二一条二項、第二版二六条一項・二項に由来する（新版では二三条・二四条）。Cf: *Projet, Ire éd.*, t. 1, pp. 56-57; *Projet, 2e éd.*, t. 1, n° 38, p.63, n° 39, pp. 63-64; *Projet, nouvelle éd.*, t. 1, n° 38, p.62, n° 39, pp. 63-64; *Exposé*, t. 2, pp. 35.

(27) 同条は、ボワソナード草案第一版二一条一項、第二版二二条に由来する（なお新版では二五条）。Cf: *Projet, Ire éd.*, t. 1, pp. 52-54; *Projet, 2e éd.*, t. 1, n° 35, pp. 61-62; *Projet, nouvelle éd.*, t. 1, n° 39, pp. 63-64 ; *Exposé*, t. 2, pp. 35-36.

(28) 同条は、フランス民法七一七条、ボワソナード草案第一版二二条、第二版二三条に由来する（新版では二六条）。Cf: *Projet, Ire éd.*, t. 1, pp. 52-54; *Projet, 2e éd.*, t. 1, n° 36, p. 62; *Projet, nouvelle éd.*, t. 1, n° 39 bis, p. 64; *Exposé*, t. 2, p. 36.

(29) 法律取調委員会「民法草案第二編物権ノ部議事筆記（自第一回至第一〇回）」（法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代法史料叢書8』（昭和六二（一九八七）年、商事法務研究会）所収）四三頁。

(30) 法律取調委員会「民法草案第二編物権ノ部議事筆記（自第一回至第一〇回）」（前掲注（29）所収）三七頁。Cf: *Projet, Ire éd.*, t. 1, pp. 53-54; *Projet, 2e éd.*, t. 1, n° 36, p. 62; *Projet, nouvelle éd.*, t. 1, n° 39 bis, p. 64.

(31) なお、私川の所有関係に関して、当時のフランスにおいては、①国の私有物説、②沿岸者の私産説、③公共物説の対立が見られたが、ボワソナードは、イタリア民法五四三条・一八八一年八月二〇日法律の立場に従い、河床は沿岸者の私産、水流は公共物との立場をとった。*Projet, Ire éd.*, pp. 222-225; *Projet, 2e éd.*, t. 1, n° 356, pp. 453-454; *Projet, nouvelle éd.*, t. 1, n° 376, pp. 500-501. しかしながら、この点は、後の法律取調委員会原案七四三条・再調査案二四三条（＝財産編二二九条（後掲【20】参照）の基となった案）審議において、日本人委員の間で論議を生んだ。法律取調委員会「民法草案第二編物権ノ部議事筆記（自第一七回至第二二回）」（前掲注（29）所収）二九頁以下、七二―七三頁、法律取調委員会「民法草案財産編再調査案議事筆記（自第一回至第一三回）」（法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書11』（商事法務研究会、昭和六三（一九八八）年）所収）一二〇―一二一頁。更に、後掲注（53）掲記文献の引用個所も参照。なお、「民法編纂ニ関スル諸意見並雑書」（法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代法史料叢書10』（商事法務研究会、昭和六三（一九八八）年）所収）四一―四二頁所収「河川、河川敷、干潟等ノ所有関係ニツキ問答」は、この論点に関する諮問に対するボワソナードの回答と思われる。

(32) 同条は、フランス民法六五〇条、ボワソナード草案第一版三四条、第二版三四条に由来する。Cf: *Projet, Ire éd.*, t. 1, pp. 66-67; *Projet, 2e éd.*, t. 1, n° 61, pp. 87-88; *Projet, nouvelle éd.*, t. 1, n° 61, pp. 90-91 ; *Exposé*, t. 2, pp. 43-44.

(33) 同条は、フランス民法六四〇条、イタリア民法六三六条、ボワソナード草案第一版二三七条、第二版二三七条に由来する。Cf: *Projet, Ire éd.*, t. 1, pp. 209-213; *Projet, 2e éd.*, t. 1, nos 363-366, pp. 444-445; *Projet, nouvelle éd.*, t. 1, nos 363-366, pp. 488-491 ; *Exposé*, t. 2, pp. 241-243.

(34) 同条は、イタリア民法五三七条・五三八条、ボワソナード草案第一版二三八条、第二版二三八条に由来する。Cf: *Projet, Ire éd.*, t. 1, pp. 213-215; *Projet, 2e éd.*, t. 1, nos 367-368, pp. 445-447; *Projet, nouvelle éd.*, t. 1, nos 367-368, pp. 491-498 ; *Exposé*, t. 2, pp. 243-245.

(35) 同条は、フランス民法六八一条、ボワソナード草案第一版二三九条、第二版二三九条に由来する。Cf: *Projet, Ire éd.*, t. 1, pp. 215-217; *Projet, 2e éd.*, t. 1, n° 369, pp. 447-448; *Projet, nouvelle éd.*, t. 1, n° 369, pp. 493-494; *Exposé*, t. 2, pp. 245-246.

(36) 同条は、フランス民法六四一条、ボワソナード草案第一版二四〇条、第二版二四〇条に由来する。Cf; *Projet, Ire éd.*, t. 1, p. 217; *Projet, 2e éd.*, t. 1, n° 370, p. 448; *Projet, nouvelle éd.*, t. 1, n° 370, p. 495; *Exposé*, t. 2, p. 247.

(37) 同条は、フランス民法六四三条、ボワソナード草案第一版二四一条、第二版二四一条に由来する。Cf: *Projet, Ire éd.*, t. 1, pp. 217-221; *Projet, 2e éd.*, t. 1, nos 371-373, pp. 449-451; *Projet, nouvelle éd.*, t. 1, nos 371-373, pp. 495-497; *Exposé*, t. 2, pp. 246-248.

(38) 同条は、フランス民法六四四条、イタリア民法五四三条、ボワソナード草案第一版二四三条・二四七条・二四八条、第二版二四三条・二四七条・二四八条に由来する（新版では二四四条・二四五条）。Cf: *Projet, Ire éd.*, t. 1, pp. 222-225, pp. 229-230; *Projet, 2e éd.*, t. 1, nos 375-378, pp. 452-456, n° 382, pp. 459-460, n° 383, p.460; *Projet, nouvelle éd.*, t. 1, nos 375-378 ter, pp. 498-505, n° 378 ter, note (2), p. 505, n° 379, p. 505; *Exposé*, t. 2, pp. 248-251. なお、同条に関する法律取調委員会審議につき、前掲注（31）参照。

(39) 同条は、フランス民法六四五条、ボワソナード草案第一版二四四条、第二版二四四条に由来する（新版では二四六条）。Cf: *Projet, Ire éd.*, t. 1, pp. 225-226; *Projet, 2e éd.*, t. 1, n° 379, pp. 446-457; *Projet, nouvelle éd.*, t. 1, n° 380, pp. 505-506; *Exposé*, t. 2, p. 251.

(40) 同条は、ボワソナード草案第一版二四五条、第二版二四五条に由来する（新版では二四八条）。Cf: *Projet, Ire éd.*, t. 1, pp. 226-227; *Projet, 2e éd.*, t. 1, n° 380, pp. 457-458; *Projet, nouvelle éd.*, t. 1, n° 382, pp. 508-509; *Exposé*, t. 2, pp. 251-252.

(41) 同条は、ボワソナード草案第一版二四九条、第二版二四九条に由来する。Cf: *Projet, Ire éd.*, t. 1, pp. 230-233;

Projet, 2e éd., t. 1, n° 384, p. 460; *Projet, nouvelle éd.*, t. 1, n° 384, pp. 509; *Exposé*, t. 2, p. 252.

(42) 同条は、フランス一八四五年四月二九日法律、一八四七年七月一一日法律、イタリア民法五九八条、ボワソナード草案第一版二五〇条、第二版二五〇条に由来する。Cf. *Projet, Ire éd.*, t. 1, pp. 231-233; *Projet, 2e éd.*, t. 1, n° 385, pp. 460-462; *Projet, nouvelle éd.*, t. 1, n° 385, pp. 509-511; *Exposé*, t. 2, pp. 252-253.

(43) 同条は、フランス一八五四年六月一〇日法律、イタリア民法六〇九条・六一〇条、ボワソナード草案第一版二五二条、第二版二五二条に由来する。Cf. *Projet, Ire éd.*, t. 1, pp. 234-238; *Projet, 2e éd.*, t. 1, nos 387-388, pp. 463-465; *Projet, nouvelle éd.*, t. 1, nos 387-388, pp. 512-514; *Exposé*, t. 2, pp. 253-254.

(44) 同条は、フランス一八五四年六月一〇日法律、イタリア民法五九八条・六〇九条・六一〇条、ボワソナード草案第一版二五三条、第二版二五三条に由来する。Cf. *Projet, Ire éd.*, t. 1, pp. 238-239; *Projet, 2e éd.*, t. 1, n° 389, p. 465; *Projet, nouvelle éd.*, t. 1, n° 389, pp. 514-515; *Exposé*, t. 2, p. 254.

(45) 同条は、ボワソナード草案第一版二五四条、第二版二五四条に由来する。Cf. *Projet, Ire éd.*, t. 1, pp. 238-239; *Projet, 2e éd.*, t. 1, n° 390, pp. 465-466; *Projet, nouvelle éd.*, t. 1, n° 390, pp. 515-516; *Exposé*, t. 2, pp. 254-255.

(46) 同条は、フランス一八五四年六月一〇日法律、イタリア民法五九九条、ボワソナード草案第一版二五五条、第二版二五五条に由来する。Cf. *Projet, Ire éd.*, t. 1, pp. 240-242; *Projet, 2e éd.*, t. 1, nos 391-392, pp. 466-468; *Projet, nouvelle éd.*, t. 1, nos 391-392, pp. 516-518; *Exposé*, t. 2, pp. 255-256.

(47) 同条は、フランス一八四七年七月一一日法律、ボワソナード草案第一版二五六条、第二版二五六条に由来する。Cf. *Projet, Ire éd.*, t. 1, pp. 242-244; *Projet, 2e éd.*, t. 1, nos 393-394, pp. 468-469; *Projet, nouvelle éd.*, t. 1, nos 393-394, pp. 518-519; *Exposé*, t. 2, pp. 256-257.

(48) 同条は、イタリア民法五五六条、ボワソナード草案第一版二八五条、第二版二八五条に由来する。Cf. *Projet, Ire éd.*, t. 1, pp. 290-291; *Projet, 2e éd.*, t. 1, n° 431, pp. 512-513; *Projet, nouvelle éd.*, t. 1, n° 431, pp. 571-572; *Exposé*, t. 2, pp. 279-280.

(49) 同条は、フランス民法六九〇条・六九一条・六四二条、イタリア民法六三七条、ボワソナード草案第一版二九六条、第二版二九六条に由来する（新版では二九七条）。Cf. *Projet, Ire éd.*, t. 1, pp. 322-325; *Projet, 2e éd.*, t. 1, nos 459-462, pp. 544-548; *Projet, nouvelle éd.*, t. 1, nos 463, pp. 611-613; *Exposé*, t. 2, pp. 300-302.

(50) 同条は、ボワソナード草案第一版三〇一条、第二版三〇一条に由来する。Cf: *Projet, Ire éd.*, t. 1, pp. 335-338; *Projet, 2e éd.*, t. 1, nos 468-469, pp. 559-560; *Projet, nouvelle éd.*, t. 1, nos 468-469, pp. 622-624; *Exposé*, t. 2, pp. 307-309.

(51) 同条は、イタリア民法六五〇条―六五二条、ボワソナード草案第一版三〇二条、第二版三〇二条に由来する。Cf: *Projet, Ire éd.*, t. 1, pp. 338-342; *Projet, 2e éd.*, t. 1, nos 470-472, pp. 560-563; *Projet, nouvelle éd.*, t. 1, nos 470-472, pp. 624-627; *Exposé*, t. 2, pp. 309-311.

(52) *Projet*, (*2e éd.*), t. 3, nos 33-50, pp. 46-63; *Projet, nouvelle éd.*, t. 3, nos 33-50, pp. 44-62.

(53) 法律取調委員会「民法草案財産取得編議事筆記（自第四二回至第四四回）」（法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代法史料叢書9』（商事法務研究会、昭和六一（一九八七）年）所収）三三頁以下、法律取調委員会「民法草案財産取得編再調査案議事筆記（自第一四回至第二五回）」（前掲注(31)所収）一四頁以下。なお、そこでは内務省との調整がなされていることが興味深い。

(54) 同条は、フランス民法五五六条、ボワソナード草案六一四条に由来する。*Projet*, (*2e éd.*), t. 3, nos 33-37, pp. 46-52; *Projet, nouvelle éd.*, t. 3, nos 33-37, pp. 44-50; *Exposé*, t. 3, p. 22.

(55) その代表的な例としては、草案の定める不法行為規定が国家公共団体による不法行為にも適用されるか、という点をめぐる議論を挙げることができる。ボワソナード草案はこれを肯定し、その結果、草案第一版三九五条・第二版三九三条は、「公私の事務所」が使用者責任を負うとしていた。即ち、右草案は、現行法でいえば民法七一五条のみならず国家賠償法一条の領域をも守備範囲としていた。ところが、右の立場は草案の元老院審議の段階で大いに問題となり、結局、旧民法正文において上記部分は「総テノ委託者」との表現に後退した（財三七三条）。なお、同条に関しては、パテルノストロ、レースラー、オットー・ルドルフ、カークウッド、モッセらの外国人法律顧問による否定的な意見書、及び、これを受けた西成度、松岡康毅、井上正一、磯部四郎、今村和郎ら法律取調委員会メンバーからの修正意見書が存する。法律取調委員会「民法草案財産編第三七三条ニ関スル意見」（法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代法史料叢書16』（商事法務研究会、平成元（一九八九）年）所収）。これらの意見書は、河川改修に伴う損失保障等の問題が例として挙げられている点でも興味深い。

(56) *Projet*, (*2e éd.*), t. 3, nos 89-90, pp. 108-111; *Projet, nouvelle éd.*, nos 89-90, pp. 107-109.

（57）ボワソナード草案及び旧民法の「法源」性に言及した最新の論稿として、池田眞朗「指名債権譲渡法理と債権流動化への学理的対応――民法解釈学方法論の角度から――」法学研究（慶應義塾大学）七〇巻一二号（平成九（一九九七）年）一五六頁（註7）。なお、この点に関しては、更に、七戸克彦「『法源』としてのボワソナード民法典」法律時報七〇巻九号（平成一〇（一九九八）年）三六頁も参照。