

「法源」としてのボワソナード民法典：物権変動を 素材として

七戸，克彦
慶應義塾大学法学部：助教授

<https://hdl.handle.net/2324/6296>

出版情報：法律時報. 70 (9), pp.36-44, 1998-08. 日本評論社
バージョン：
権利関係：

「法源」としてのボワソナード民法典

七戸克彦

物権変動を素材として

一 ボワソナード民法典

「法源」説の由来

今日いわゆる「明治二三年（旧民法）中、ボワソナードの起草にかかる財産法部分（「財産編」「財産取得編（前半）」「債権担保編」「証拠編」。以下では特にこの部分のみを指して「ボワソナード民法典」と呼ぶことにする）は、明治二三年法律二八号として同年三月二七日付上諭・四月二一日付官報掲載をもって、また、日本人委員の起草にかかる家族法部分（「人事編」「財産取得編（後半）」）は明治二三年法律九八号として一〇月六日付上諭・翌七日付官報掲載をもって公布・布告されたが、施行されることなく、現行民法典（明治二九年四月二七日法律八九号・明治三一年六月二二日法律九号、明治三一年七月一六日施行）へと

引き継がれた。

しかしながら、今日の学説によれば、ボワソナード民法典は、その公布・布告から現行民法の施行までの間、裁判規範性の意味における「法源」性を有していたとされる。あるいは、その公布・布告前においても、ボワソナード草案そのものが、あるいは彼の提出した種々の意見書が、さらには彼の講義等により紹介されたフランス法が、上記意味における「法源」性を有していたといわれる。本稿では、この点に関する実証的検討を加えるが、その前に、まず、右ボワソナード民法典の「法源」性を最初に論じたのは誰か、という点につき付言しておく。

今日の学説の典拠となっているのは、富井政章の高弟にしてフランス法学・比較法学の大家である杉山直治郎が昭和一年に著した著述である。もともと、筆者の知るところでは、これと同年に発刊

された『富井男爵追悼集』（日仏会館、昭和二年）所収のアンリ・カピタン¹⁾杉山直治郎訳「富井男爵敬悼の辞」中にも、「那翁民法典を模範として刻苦起草され、現行法とはならなかったが、二十年間司法判例に基礎精神を吹き込める旧民法」との記述が認められる。では、右カピタンの記述は、何れの著述に基づくものか。右献辞における引用文献から推断するに、次の二つが考えられる。その一は、Gorvi, *Influence du Code civil français sur le Japon*, dans *Le Code Civil*, 1804-1904, Livre du centenaire, La société d'études législatives, Paris, 1904, t.2, pp.769 et suiv. であり（なお、同論稿を訳出した伊藤英樹²⁾廣瀬隆司教授によれば、著者「ゴライ」の「略歴は一切不明」とされるが、上記カピタン献辞の杉山訳に「五来氏」とあることから、五来欣造（素川）³⁾と解される）。

いま一〇は、Tomii (Masakira), *Etat de la codification au Japon, Communication à la société de la législation comparée, séance générale du 9 février 1898*, dans *Bulletin de la société de la législation comparée*, n.° 3, 1898, pp.178 et suiv. である（もちろん、カピタンが杉山から直接聞き知ったという可能性もあるが、その一方で、杉山の記述が富井・五来に由来する可能性も否定できない）。

もともと、以上の富井・五来・杉山・カピタンの著述においては、あくまでも一般論として旧民法の「法源」性（＝裁判規範性）が述べられるに留まり、具体的に、いかなる争点に関するいずれの判決においてボワソナード民法典が裁判規範性を有したのか、という点まで明らかにするものではない。しかるに、近時、藤原明久教授は、旧民法公布・布告から

現行民法施行に至る期間の連帯債務に関する大審院判例を検討することにより、この領域におけるボワソナード民法典の「法源」性を具体的に実証するといふ、画期的な論稿を発表された。そこで、本稿では、右藤原教授の手法に倣いながら、大審院の設置（明治八年）から現行民法施行（明治三二年）に至るまでの大審院判例を用いて、特に不動産物権変動の領域につき、ボワソナード草案ないし旧民法の「法源」性を具体的に検証することにした。

二 大審院設置—旧民法公布・布告

（明治八年—明治三二年）

まず、大審院設置から旧民法公布・布告までの期間（明治八年—明治三二年）における、フランス法・ボワソナード草案が大審院判例に与えた影響につき検討を加えよう。

周知のごとく、明治初年における土地・建物の売買および質権・抵当権設定（質入・書入）は、江戸期以来の名主加判の制を承継し、戸長等の奥書割印ある証書に強力な証拠力（推定力）ないし設権的効力（成立要件的効力）を認めていた（公証制度）。このうち、土地の売買

が推定力ないし成立要件の効力を有するものとされたが（明治五年二月二四日大蔵省達二五号「地所売買譲渡二付地券渡方規則」第六「右地券ハ地所持主タル確証ニ付」、明治七年一〇月三日太政官布告一〇四号「地所売買致シ候節代金受取ノ証文有之トモ地券申受ケサレハ買主ニ其地所所有ノ権無之候條規則ノ通地券書換申請ヘシ」、明治一三年に再び公証制度に復帰した（明治一三年一月三日太政官布告五二二号「土地売買譲渡規則」三条「第一条ノ手続（「公証」）ヲ以テ其土地所有権ヲ移転スル事ヲ得」。一方、土地の質入・書入と建物の売買および質入・書入については、一貫して公証制度が維持された（明治六年一月一七日太政官布告一八号「地所質入書入規則」九条「若シ戸長ノ奥書並ニ割印ナキ証文ハ貸借ノ証拠ニ不相成候事」、明治八年九月三日太政官布告一四八号「建物書入質規則」六条「公証ヲ受ケサル者ハ書入質ノ効ナキニ付書入質ナキ借用預リ証文ト看做ス可シ」、同「建物売買譲渡規則」二条「此手続（「公証」）ヲ為サ、ルトキハ建物質受譲受ノ効ナキニ付建物ノ代価ヲ受取タル旨ヲ記シタル建物売渡証文ハ金銀借用証文ト看做ス可シ」。なお、「地所質入書入規則」一〇条・「建物書入質規則」一二条は、同一地所・建物の二重書入につき「不相成候」「厳禁」と

しつつ、ただし、既に一番抵当のあることを「承知」「承諾」のうえ二番抵当権者となることは差し支えない旨を規定していた¹⁾。

ところが、右法規の解釈・適用に関して、司法省は、明治一〇年の段階で、大審院・上等裁判所・地方裁判所に宛てて、土地の売買につき地券書換がなくとも所有権が買主に移転するかのごとき達を発している（明治一〇年七月七日司法省達丁四九号）。右司法省達に関しては、評価が分かれており、福島正夫博士は、右達および大審院明治一二年八月四日判決（後掲【4】）を援用しつつ、「かように法の明文（「明治七年布告」）に反した取扱のなされたのは、当時わが司法界・法学界を風びした仏法学説における意思主義の影響であったことはうたがいない」とされるが、これに対して、清水誠教授は、右司法省達は「決して地券書換をもって對抗要件とする考えを示しているわけではない」とされる²⁾。

そこで問題となるのが、この時点における、フランス民法理論の「法源」性である。この点を探るために、明治一二年までの『大審院判決録』から、関連する判例を拾い出してみると、以下のようになる（旧字・合字は適宜改めてある）。

【1】大審院判決録（明治一二年九月一件）大審院民事判決録（明治一二年九月

一〇月）「一七二号」「一三〇四頁……公証なき場合には「質物タルノ効ナキモノトス」。

【2】大審院判決録（明治一二年一月三日「買取山林地券不引渡一件」大審院民事判決録（明治一二年一月二日）「二〇七号」八〇三頁……「抵当権者対質受人間においては「法二触レサル抵当ノ取り主ハ其以後二買取ノ契約ヲ為シタル者ニ対シテモ仍ホ先取りノ権利ヲ有スルモノトス」。

【3】大審院判決録（明治一二年四月九日「地所売渡取極一件」大審院民事判決録（明治一二年三月一四日）「五一八号」一〇二頁……「凡ソ売買ハ契約ト共ニ所有権ヲ移転スル者アリ又其關係スル所ノ規則ニ循ハサレハ所有権ノ未タ移転セサルモ契約ハ単ニ成就スル者アリ即チ地所々有権ノ如キ其地券ヲ書替エルニアラサレハ固ヨリ所有権ヲ移転ス可カラサルモ売買ノ契約ハ其移転ノ如何ヲ問ハス単ニ之ヲ成就スルヲ得ヘシ」。

【4】大審院判決録（明治一二年八月四日「困込地所取戻一件」大審院民事判決録（明治一二年七月一八月）「一五七号」四六〇頁……「明治七年第四百号公布改正明治八年第六号布告ノ全文ハ（「地所売買致シ候節代金受取ノ証文有之共地券申受ケサレハ買主ニ其地所々有権無之候條規則ノ通地券書換申請事」トアリテ其売買双方ノ外ニ対シテハ所有権ノ無之モノトスルモ該地ノ如キハ其原ト原被告双方ノ間ノ受授ニ係ル地ニシテ前頭戸長ノ拒障ニ依リ地券ヲ請ケ得サリシモノニ適用シテ被告ノ所有権ヲ失ハシム可キモノニアラス」。

【5】大審院判決録（明治一二年二月九日「預け地取戻一件」大審院民事判決録（明治一二年一月一二月）「二六九号」四七五頁……

「凡土地ヲ所有スル者ハ必ラス其持主ヲ村役場ノ帳簿ニ登記セラレ又其賃租ノ官納スキモノトス若シ之ニ反シテ此等ノ事柄無キモノハ其土地ヲ所有シタル事実ナキモノトス」。

【6】大判明治二年二月八日「實地受戻一件」大審院民事判決録(明治二年一月一二月)(二八六号)七二頁……「若シ該公布(明治六年「地所買入書入規則」)ノ如ク書改ヲナサストモ何ソ所有權ノ移ルヘキ理アラシヤ」。

すなわち、少なくともこの時期までの大審院においては、地券・公証を成立要件とする考え方をとる判例がある一方【1】【5】【6】、地券書換のない場合の当事者間効力を肯定する判例にあつても、今日いわゆる物權行為独自性肯定説と同様の説明を行う判例【3】も存在したのであり、福島博士の採用する判例【4】のような、当事者間における物權變動効果と対第三者間におけるそれとを分ける(相対的効力説・關係的所有權説的な)説明が確立していたわけではない。

ところが、明治一四年になると、【4】あるいは【2】と同様、フランス法系理論の影響を想像させる判例が現れ始め、さらに、明治一五年になると、その数は爆発的に増加する。

【7】大判明治一四年一月二日「貸金權保執行一件」大審院民事判決録(明治一四年一月一三月)(一號)一頁……二重抵当の事

例につき「公証を受けていない抵当權設定契約証書」ハ兩造間秘密ノ契約タルニ過キサレハ其契約ノ先後ヲ問ハス公正ナル手續ヲ經テ抵当ノ効力ヲ有スルモノヲ凌駕スルニ足ラサレハナリ」。

【8】大判明治一四年九月二六日「地券証書書換違約一件」大審院民事判決録(明治一四年七月一九月)(二九〇号)三〇三頁……「抑モ土地ノ所有權ハ讓与者ト被讓与者トノ間ニ於テ正業ニ取結ヒタル契約ニ基キ移転スヘキモノナリト雖モ其地券書換ヲナサ、ル限リハ純然タル地所々有者ト公稱ス可ラサルハ法律ノ明定スル処ナリ故ニ本件論地ノ如キモ未タ地券書換ヲ終了セサルニ由リ復テ以上告者ノ所有ニ屬シタルモノト公認ス可ラサルハ勿論ナリトス」。

【9】大判明治一四年一月一四日大審院民事判決録(明治一四年一〇月一二月)(三九三号)四九二頁……A B 間買戻權付先買における先主 B 買戻權者 A と B の相続人 C からの買主 D の間の争いにつき「C M D からの買戻權の存在を」真ニ知ラスシテ其筋ノ公証ヲ經テ無故障賣買成立テタルトキハ「A B 間買戻權付先買契約書」ノ効力ハ尙有二婦スヘキハ勿論とする。

【10】大判明治一五年六月七日「田地名義書換請求一件」大審院民事判決録(明治一五年六月一七月)(一九七号)四頁……「抑一箇ノ地所ヲ重賣シタルニ際シ先買者ニ於テ法律ニ違背セサル限リハ後買者ノ為メニ妨害ヲ受クヘキ謂レナキハ論ヲ俟タズ、また、「本件第二買主」カ該地ヲ買受クル際實地ノ現況ヲ取調ルニ於テハ重賣タルコトヲ知り得ヘキ筋ナリトス」との理由から、第一買主を優先させた。

【11】大判明治一五年六月一〇日「刑事附帯地所追徴処分一件」大審院民事判決録(明治一五年六月一七月)(二〇〇号)二〇頁……「本訴ノ争点ヲ裁判スルニハ被上告者カ本訴論地ヲ「無權利の所有名義人」ヨリ買受クルノ際被上告者ハ論地ニ付己ニ他ニ故障ヲ述ル者アルヲ知得シナカラシマ買受クルモノ乎將然ラサルモノ乎ヲ審明スルヲ必要トス」。

【12】大判明治一五年六月一〇日「売買地々券請求一件」大審院民事判決録(明治一五年六月一七月)(二〇一號)二三頁……「債主ハ抵当ト爲シタル物件ヲ他ハ売却セントスルニハ必ス債主ノ承諾ヲ經ヘキ者ナレハ其承諾ヲ經スシテ他ハ売却スルモ其効無キハ論ヲ俟タズ」シテ、抵当權設定契約が公証を経ていること、売買契約が「既ニ」(抵当權者)ヘ抵当三差入タル以後ノ契約ニシテ「(抵当權者)カ之ヲ承諾シタル証左アルニアラサレハ素ヨリ其効ヲ有ス可キ者ニアラス」と判示。

【13】大判明治一五年七月一〇日「讓受耕地々券名義書換一件」大審院民事判決録(明治一五年六月一七月)(二四四号)二五八頁……「地券ハ地所ノ所有ヲ表証スルノ具ナレハ凡ソ地所ノ所有者ハ必ス其地券ヲ所有スヘキモノナリトス故ニ一箇ノ地所ニ付キ己レ其地券ヲ有セシシテ其所有ヲ争ハントスル者ハ先ツ之ニ対シ適當ナル拳証ノ責ニ任セサルヲ得ズ」。

【14】大判明治一五年七月一九日「實地受戻一件」大審院民事判決録(明治一五年六月一七月)(二五八号)三三七頁・(二五九号)三三八頁・(二六〇号)三四八頁(同一事件)……「凡地券ハ所有ヲ証スルノ要具タリト雖モ地所々有ノ争アルニ際シテハ其地ノ所有權ヲ得タル顔末ヲ弁明セサルヲ得

ス」。

【15】大判明治一五年七月二四日「地券書替一件」大審院民事判決録(明治一五年六月一七月)(二六一号)三五八頁……二重売買(ただし「一方は公売」において「凡身代限ノ処分ニ依テ所有ノ地所ヲ公売ニ附セラレタル者ハ未タ地券書替ヲ為サスト雖モ他人ニ対シ己ニ其所有權ナキモノナリ如何トナレハ其賣買ハ公売買ナレハナリ」)。

【16】大判明治一五年七月二五日「田地所有權争論一件」大審院民事判決録(明治一五年六月一七月)(二七三号)三九九頁……「仮ビ公ケノ簿冊又ハ地券証等ニ地所々有者ノ名義登記アルモ其地所ヲ所有セシ相當ノ証左ナカルヘカラス其証左ナキ場合ニ於テハ其登記ノ効力ヲ有セサルコトアリトス如何トナレハ地所ヲ所有セシ証左ハ其所有ノ原因ニシテ簿冊當ニ登記スルハ其効果ナレハ原因ナクシテ効果ヲ顯ハスヘキ道理ナケレハナリ」。

【17】大判明治一五年八月一四日「實地受戻一件」大審院民事判決録(明治一五年八月一九月)(二九四号)五三頁・(二九五号)六〇頁(同一事件)……「夫レ地券ハ地所々有ノ公証ナレハ上告者ニ於テ確實ナル証拠ヲ舉ルニ非サレハ容易ク之ヲ無効視スルヲ得ズ」。

【18】大判明治一五年九月一日「買請地所契約履行故障一件」大審院民事判決録(明治一五年八月一九月)(三一九号)一七四頁……二重売買において「若シ上告者ノ契約【第二売買】アルヲ知ラスシテ乙第二号証【第二買買契約書】ヲ締結シ地券書換ノ手續ヲナシ戸長ノ公証ヲ受クルニ於テハ既ニ二論ノ所有權ハ被上告者【第二買主】ニ移転シタリト云ヲ得ヘシ」。

法律時報70卷9号—38

【19】大判明治一五年九月一日「讓受地契約履行故障一件」大審院民事判決録(明治一五年八月一九月)〔三二〇号〕一八二頁

【18】と同一事件……二重売買において「第二買主」カ上告者(第一買主)ノ契約アルヲ知ラスシテ地券書換ノ手続ヲナシ戸長ノ公証ヲ得タルニ於テハ当時所有權ヲ移セシ者ト云フヲ得ヘシ。

【20】大判明治一五年九月一日「質地取戻一件」大審院民事判決録(明治一五年八月一九月)〔三二三号〕一九一頁……「既二論地ハ地所質入書入規則第十四条ニ從ヒ其証書ヲ改正スヘキモノナルニ原被(『質權設定當事者』)双方共ニ等閑ニ付シ之ヲ改正セスシテ今日ニ至リタレハ他人ニ對シテハ其質地タルノ効力ヲ失フノ場合アルモ原被相互ノ間ニ於テハ依然トシテ質地ノ効アルモノトス。

【21】大判明治一五年九月一日「質地契約改正一件」大審院民事判決録(明治一五年八月一九月)〔三二四号〕一九八頁……「三二五号」二〇二頁・「三二六号」二〇六頁(同一事件)……「抑モ地所質入書入規則ハ他ノ債主ニ對スル先取ノ特權ヲ保護スルノ法律ナレハ其特權ヲ得有セント欲スルモノハ其法律ニ從ヒ戸長役場ノ簿冊ニ登記スルハ勿論其質入年期モ其制限ニ從ハサルヲ得スト雖又双方相互ノ随意ニテ戸長役場ノ簿冊ニ登記セス其質入年期モ制限ニ依ラスシテ契約ヲ結フモ敢テ法律ノ問フ所ニアラス。

【22】大判明治一五年九月一日「質地受戻一件」大審院民事判決録(明治一五年八月一九月)〔三三〇号〕二一八頁……地所質入書入規則一四条に基づき質入証書の書き改めを行わなくても「原被」質入契約當事者

者」双方ノ間ニアリテハ依然質地ノ効力ヲ存スルモノとする。

【23】大判明治一五年九月二八日「質地受戻並地券書換一件」大審院民事判決録(明治一五年八月一九月)〔三四八号〕二九三頁……質權設定當事者ガ「明治六年第十八号公布ニ基キ其手続ヲ履行スヘキ等閑ニ付シタリト雖モ原被告(質入契約當事者)相互ノ間ニ於テハ質地契約ノ効力ハ尚ホ存在スル者ナリ。

【24】大判明治一五年一〇月四日「質地受戻一件」大審院民事判決録(明治一五年一〇月一一月)〔三三二二号〕三〇頁……「固ヨリ明治六年第十八号公布ハ他ノ債主ニ對スル先取ノ特權ヲ保護スルノ法律ニシテ双方相互ノ随意ニテ規則ニ依ラスシテ契約ヲ結フモ無効ノ証書ナリト云ノ理アル可カラス。

【25】大判明治一五年一〇月一〇日「質地受戻一件」大審院民事判決録(明治一五年一〇月一一月)〔三七二二号〕七九頁……「質入書入規則ニ從ヒ明治六年七月三十一日限リ証書改正スヘキハ当然ナリト雖双方ノ間ニ於テハ証書ノ改正ヲ為サスト雖モ質地ノ効力ヲ失フコトナキヲ以テ流地ノ裁判ヲ為スノ限リニ非ラス。

【26】大判明治一五年一〇月一〇日「貸金催便一件」大審院民事判決録(明治一五年一〇月一一月)〔三七三三号〕八二頁……「土地家屋等ノ所有權ヲ移スニ付テハ相当ノ手続アリ其手続ヲ履行セザルトキハ實際移転セシ形跡アルモノノ債主ニ對シ其効ナキハ勿論ナリト雖モ双方ノ間ニ於テハ有効ナリトス。

【27】大判明治一五年一二月八日「地所取戻一件」大審院民事判決録(明治一五年一二月

上巻)〔四六六号〕六四頁・〔四六七号〕六六頁(同一事件)……表見相続人からの讓受人につき「本件」一家ニ對シ該相続人ノ効ノ有無ハ格別其内情ニ関セザル他人ニ對シ之ヲ無効ナリトスル事ヲ得ズ」とする。

紙幅の制約上、明治一六年以降の判決は省略するが、要するに、大審院判例において意思主義・對抗要件主義的な理解が一般的なものとなるのは、この時期以降のことである。それがフランス法あるいはボワソナード草案等に由来するものか否かに関しては、これを直接明示した資料(史料)を目下のところ発見していないが、ボワソナード草案のうち財産編総則・物權部の初版は明治一三(一八八〇)年、人權部の初版は明治一五(一八八二)年に出版されており(對抗要件主義に関する規定は人權部に設置。草案三七〇条¹⁹⁾後の旧民法財産編三五〇条)、右草案初版の翻訳もこの時期には種々現れていることから、大審院判事がこれを参照したと推測することに、時間的な矛盾はない。なお、この点との関係では、判例【9】【10】【19】が、對抗要件主義の保護を受ける第三者の範囲につき、当時のフランス法の立場(背信的惡意者排除説)ではなくして、ボワソナード草案三七〇条と同様の惡意者排除説に立っている点にも注目しておきたい【27】も、

一般論としては惡意者排除説に立っているように見える。もつとも、【11】は、さらに進んで、今日のわが国にいわゆる公信用を認めるかのときである)。

ちなみに、今日の学説のなかには、明治一九年八月一日公布・一三日布告法律一号「登記法」(いわゆる「旧登記法」)六条「登記簿ニ登記ヲ為サ、ル地所建物船舶ノ売買讓与質入書入ハ第三者ニ對シ法律上其効ナキモノトス」の制定以降に對抗要件主義が一般化したと評価する見解がある。のみならず、右旧登記法六条に關しても「当初はやはり一種の効力発生要件的な発想が根強かつたのではないかと推測される」とし、また、当時の旧登記法解説書が第三者の範囲につき善意惡意不問説と惡意者排除説に對立していた点に關しても、「旧民法の公布後にこれに做う惡意者排除説が登場したように思われる」と評価する見解もある。しかしながら、上記判例からも知られるように、大審院判例においては、成立要件的な発想から意思主義・對抗要件的な発想への移行は、旧登記法に先立つ明治一五年前後から既に生じていたのであり、同様に、第三者の善意・惡意も、既にこの時期の判例から実際に問題となっていたのである。

三 旧民法公布・布告—現行民法施行

(明治二十三年—明治三二年)

次に、ポワソナード旧民法の公布・布告から現行民法施行に至るまでの大審院判例を検討するが、紙幅の制約上、以下では、いわゆる「民録」(およびその別冊)収録判決(年代的には明治二十八年—明治三十一年)の中から、不動産物権変動関係の判例を掲げるに留める。

【28】大判明治二十八年一月七日民録一輯四卷二九頁……「凡ソ特定物ヲ目的トスル單純ナル売買ニシテ締約者間ニ特約ナキ限りハ売買契約ノ成立スルト同時ニ其所有權直チニ売主ヨリ買主ニ移転スルヲ以テ普通売買ノ法則トス後ニ代金ノ支払目的物件ノ引渡ノ如キハ毫モ其所有權移転ニ關係ヲ有セサルモノナリ」。

【29】大判明治二十八年一月二日民録一輯四卷一〇二頁……「右ノ規則(明治十三年「土地売買譲渡規則」条)ハ一筆ノ土地ヲ分割売買セントスルトキノ手続ヲ示シタルニ止マリテ之ヲ為サ、ルモノハ其公証ヲ無効トスル旨趣ノ法ニ非ス」。

【30】大判明治二十九年一月八日民録二輯一卷一頁……「A B間買戻権付売買の買主Bが目的物たる土地建物をCに売却した事例において、「A Bトノ間ニ於ケル本訴係争地ノ売買ハ登記ヲ經テB所有名義ニ為シ置ナカラAカ買戻約款付ノ契約ナリト稱スル甲第三号証即チBヨリ領取シアル買戻証書ハ秘密

ニシテ登記法実施後今日ニ至迄登記ノ手續ヲ為サス其儘ニ為シ置キタル事実ナレハ該法第六條ニ依リ第三者タル善意ノ買得者ニ對シ其効ナキハ論ヲ俟タサル」とする。

【31】大判明治二十九年二月二日民録二輯二卷七三頁……「凡ソ売買ノ契約ハ合意ニ成リ而シテ合意ノミヲ以テ所有權移転ノ効力ヲ生スルコトハ今日我國ニ於ケル普通ノ法理ト為ス而シテ其売買目的物ノ引渡ト代金ノ支払トハ之ヲ異日ニ期スルコトヲ得ヘク從テ其引渡ノ行為ハ未タ以テ直ニ代金支払済ノ推定ヲ受スヘキニ非ス」。

【32】大判明治二十九年五月六日民録別冊(明治二十九年五月—六月)一五頁……「AおよびBらの共有立木につきAが勝手にCに売却した事例。Bらは「凡ソ一般所有權移転ノ場合ニ於ケル法則ハ其所得者力既ニ他人ニ讓渡サレアル物件ナルコトヲ知りタル以上ハ動産ハ其占有ニ歸セス不動産ハ未タ登記ヲ經ザリシモノヲ取得スルモ悪意ハ十分ニシテ其行為ハ無効ニ屬スルモノ」と主張したが、大審院は、本件は「(Bら)ノ例証スル如キ場合即他人ニ讓リ渡タル物件ナルヲ知テ買ヒタル場合ト其事実ヲ異ニスレハ第三者タルCカ其内部ニBノ如キ共有者アルコトヲ知りタリトテ其一事ヲ執リ直チニ悪意ヲ推測スルコト能ハサルハ言ヲ俟タサル所」と判示。

【33】大判明治二十九年六月九日民録二輯六卷八頁……「登記簿ノ登記ハ素ヨリ実体上ノ權利關係ヲ確保シタルモノニ非ス第三者ニ對シ或ル事実ヲ公示シタルニ過キサルモノナリト雖トモ既ニ登記シタル事実ハ法定ノ手續即チ当事者間ニ於ケル契約書等ニ拠リ記入シタルモノナレハ」原審が当事者の抗弁のみに依拠してこれを排斥したのは不当で

あるとする。

【34】大判明治二十九年七月三日民録別冊(明治二十九年七月—九月)一三頁……「A B間売買契約の買主たる地位の譲受人Cと、その後売主Aから係争土地を買い受け登記を備えたDおよびDからの転得者Eとの間の紛争において、CはA B間契約に関するDの悪意を主張。判旨は「Dカ……悪意ノ買得者ナリトハ論斷スヘカサル筋合ナリ」としてCの主張を排斥」。

【35】大判明治二十九年七月六日民録別冊(明治二十九年七月—九月)二九頁……「不動産ノ讓与ニ關スル無償的恩恵契約ニシテ未タ登記手續ヲ經サルモノナルモ当事者間五當ニ成立シタルニ相違ナキ以上ハ其成立ト同時ニ地所有權ノ(第一受贈者)ニ移転スヘキハ当然ナリト云ハサルヘカラス既ニ(第一受贈者)ニ移転シタル以上ハ其地所ノ所有名義カ偶マ(贈与者)ノ名義ナリシトテ之ヲ奇貨トシ(第二受贈者)ニ(贈与者)自ラ後見人トナリ贈与ノ登記ヲ為スカ如キハ(第一受贈者)ノ權利ヲ害スルコト尤著明ナルモノ」とする。

【36】大判明治三十一年二月二〇日民録三輯一〇卷六頁……「山林の虚偽表示(抵当権設定を売買に仮装)において「凡ソ表面上物ノ売買ヲ為シタル場合ニ於テ其売買契約ノ当事者間ニ之ニ反スル秘密契約アルモ其秘密契約ハ第三者ニ對シ何等ノ効力ヲモ及ホサ、ルヲ通例トス故ニ第三者力其物ノ買得者ヨリ尚ホ之ヲ善意ニ買取りタルトキハ秘密契約ハ其契約ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルヲ得サルヲ勿論ナリ」。

【37】大判明治三十一年三月二八日民録四輯三卷七九頁……「地券書換は土地所有權移転の成立要件ではなく對抗要件(一)「第三者ニ對

スル公示ノ方法」であるとする上旨理由を否定し、「地券書換ハ當時ノ必要方式ニシテ第三者ニ對スル公示方法ニ在ラザリシコトハ明治八年第八六号布告ニ「地所売買一致シ候節代金受取ノ証文有之共地券申受サレハ買主ニ其地所々有ノ權無之候條規則ノ通り地券可申受事」トアルニ依リ明瞭ナリトスレハ地券書換願書ノ真否ニ依リ權利移転ノ有無ヲ判斷シ得ヘキコトハ言ヲ俟タサル所」と判示。

【38】大判明治三十一年四月四日民録四輯四卷一頁……「所有權ナキ者ノ売買ニ係ルヲ以テ爾後幾回転讓シテ其都度登記書換ヲ為シタルトスルモ其所有權ノ移転スヘキ筋合ナク而シテ登記ハ畢竟第三者ヲシテ土地ニ關スル狀況ヲ知悉セシムルカ為メノ公示方法ニ外ナラスシテ所有權ノ移転ニ要スル方式ニアラサレハナリ」。

【39】大判明治三十一年五月二〇日民録四輯五卷五九頁……「登記ヲ受ケサル抵当權者ハ法律ノ規定ニ從ハサル過失ノ責アルモ適法ニ登記ヲ受ケタル抵当權者ハ爾後其登記カ縱令他人ノ犯罪行為ニ因リテ取消サレタルモセヨ其過失ノ毫モ責ムヘキモノナケレハ……爾後善意ヲ以テ同一物件上ニ權利ヲ取得スル者アリテ登記ヲ受ケ均シク過失ノ責ナシトスルモ其後ニ取得セル權利者」に對しても登記なくして對抗できる。

【40】大判明治三十一年六月三日民録四輯六卷二四頁……「登記ハ元來不動産ニ關スル狀態ヲ第三者ニ知悉セシムル為メノ公示方法ニシテ実体上ノ權利關係ヲ確保スルモノニ非サルカ故ニ縱令ヒ不動産上適法ノ登記アルモ反對ノ証拠ニ依リテ其効力ヲ滅却セシムルヲ得ヘキハ勿論ナリ」。

さらに、現行民法施行後の判例ではあ

るが、次の判決も引用しておく。

【41】大判明治三一年九月三〇日民録四輯八巻四九頁……「茨城縣ニ於テ甲第二号証告示ヲ以テ池亀村外敷ケ村ノ地所建物賃入書入売買公証判印簿明治十七年四月三十日以前ノ分雜ニ付更正セシメ候条關係ノ者ハ明治十九年一月三十一日限り該戸長役場へ申出ツヘ右期限経過ノ上ハ一切關係ナキモノトシ他ハ公証セシム公証簿ハ錯雜ノ事実以上ハ縦令後日ニ至リ右公証簿ハ錯雜ノ事実ナク所轄登記所へ引継カレタルモノトスルモ右公証簿ニ利害ノ關係ヲ有セシモノニテ該告示ヲ遵守シ期限内ニ申出ヲ為サ、リシニ於テハ期限経過後登記ヲ受ケタル善意ノ第三者ニ対シ何等ノ權利ヲモ對抗スルコトヲ得サルハ多言ヲ要セサル所ナリ何トナレハ若シ右權利ニシテ第三者ニ對抗シ得ヘキモノトセハ即チ告示ヲ遵守セズ不動産ニ關スル状態ヲ第三者ニ知悉セシメサル懈怠者ヲ保護シ却テ何等ノ過失ナク適法ニ登記ヲ受ケタル善意ノ第三者ヲ害スル者ナレハナリ」。

以上の判例から知られるように、「法典論争」での敗北と、明治二六年より開始される現行民法典の編纂、さらには明治二九年の現行民法（前三編）公布にもかかわらず、この時期の大審院判決におけるポワソナード民法典の「法源」性は、少なくとも物權變動の領域にあっては——、揺らぐどころか、一層強固なものとして確立したように見受けられる。

すなわち、まず、①公証・②地券・③旧登記法における登記のうち、①公証・

③登記が物權變動の成立要件ではなくして対抗要件であり、したがってまた物權變動は当事者の意思のみによって効力が生ずるとの理解は、旧民法公布・布告後の判例において完全に定着しており、上記現行民法施行前夜の判例においても、この点は変わるところがない【28】【29】

【31】【35】【38】【40】。だが、その一方において、②地券の効力に関しては、既にこの時期において、判例の理解に変化が生じている。すなわち、地券書換は、物權變動の対抗要件であるとする従前の理解に代わって、成立要件であるとする理解がとられるようになったのである【37】。そして、右理解は、現行民法施行後の判例に受け継がれ、地券制度に成立要件主義、旧登記法に對抗要件主義という理解（それが必ずしも正確でないことは先に述べた通りである）の基礎となった。

もともと、現行民法編纂開始後—施行前の判例に関していえば、意思主義・對抗要件主義の「法源」が、旧民法ではなくして、（未だ施行前の）現行民法一七六条・一七七条であった可能性も絶無とはいえない。この点を見分ける一つの指標は、大審院が、ポワソナード民法典に固有の特色であるところの、對抗要件主義の保護を受ける第三者につき善意を要求しているか否かに求められようが、

【30】【32】【34】【36】【39】【41】から知られるように、この時期の大審院判例は、悪意者排除説で確定していたといつてよい。これを本稿のテーマに即して言い換えれば、第三者の範囲を善意者に限定する旧民法財産編三五〇条は、現行民法施行前まで「法源」性を有していた、ということである。

だが、現行民法典の施行後一〇〇年の時のなかで、判例は、悪意者排除説から善意悪意不問説を経て背信的悪意者排除説へと転換し、それとともに、判例がかつて悪意者排除説をとっていた、という事実すら、人はいつしか忘れ去ってしまった。その結果、今日、「我が国でもかつては悪意者排除説がとられていた」などと述べようものなら、たちまち奇異の目で見られることになる。これと同様の事柄が、他の法領域においても存在するかもしれない。あるいは、意思主義・對抗要件主義に関する理解の如く、現行民法施行前に——ポワソナード民法典を「法源」として——確立された判例理論が、現行民法施行後もそのままの形で維持・承継されている法領域もあるかもしれない。現行民法施行より一〇〇年を経た、ポワソナード民法典の「法源」性を問う作業は、今ようやく緒に就いたばかりの段階にある。

（1）公文式（明治一九年勅令一号）は「法

律勅令ハ上諭ヲ以テ之ヲ公布ス」（一条一項）と規定する一方、「凡ソ法律法令ノ官報ヲ以テ布告シ官報各府県庁到達日数ノ後七日ヲ以テ施行ノ期限トナス……〔但書略〕……」（二〇条）と規定する。したがって、旧民法に關していえば、明治二三年三月二七日・一〇月六日が「公布」日、四月二一日・一〇月七日が「布告」日となるが、今日の文献においては、この点につき若干の混乱が見られ、例えば、我妻榮編集代表『旧法令集（初版第一刷）』（有斐閣、昭和四三年）一一五頁は、財産法部分については明治二三年四月二一日を挙示しつつ、家族法部分については一〇月六日を挙示していた（なお、同『初版第一〇刷』（平成七年）一一五頁においては、後者の日付が一〇月七日に改められている。ちなみに、同様の記載の不統一は、明治一九年八月二一日公布・一三日布告法律一〇号「登記法」（いわゆる旧登記法）に關しても認められる。

（2）「法源」という用語は多義的な概念であるが、「通常は法を適用するにあたって法として援用しうる法形式、特に裁判官が判決理由でそれを援用して裁判の理由とする法形式を意味する」。金子宏『新堂幸司・平井互雄編集代表『法律学小辞典（新版）』（有斐閣、平成六年）「法源」一〇〇七頁。本稿において問題となるのも、まさに右の意味における「法源」性である。

（3）例えば、大久保泰甫①「ポワソナード」潮見俊隆②利谷信義編著『日本の法学者』（日本評論社・法学セミナー増刊、昭和四九年）五三頁、大久保②『日本近代法の父ポワソナード』（岩波新書、昭和五二年）七〇頁以下、同『第三刷』（平成一

〇年)七〇頁以下、清水誠「わが国における登記制度の歩み」日本司法書士会連合会編『不動産登記制度の歴史と展望』(有斐閣、昭和六一年)一五二頁、池田眞朗①『債権譲渡の研究』(弘文堂、平成五年)一〇頁、一三頁注⑥、池田②『同(増補版)』(平成九年)一〇頁、一三頁注⑨、池田③「指名債権譲渡法理と債権流動化への学理的対応」法研(慶大)七〇巻二二号(平成九年)一五四頁、一五六頁注①。

(4) 前掲注(3)に掲げた文献のうち、池田①は、SUOYAMA (Naogino), *Contribution apportée au Nippon par le Professeur G. E. BOISSONADE. Discours prononcé à l'inauguration de la statue du professeur BOISSONADE à la faculté de droit de Paris, le 27 juin 1934, dans Mission en France, 1934, Conférences et allocutions, Maison franco-japonaise, 1936, pp.95-96.* を援用し、大久保①・池田②は、杉山直治郎「洋才と魂の法学者」ボアソナード『尽瘁半生の生涯』帝国大学新聞六四九号(昭和十一年一月二六日)を援用する。なお、この他、杉山にあっては、SUOYAMA, *Les transformations du droit civil japonais et l'influence du droit français. Conférence faite aux Universités de Lyon, de Bordeaux et de Paris, mars - mai 1934, dans Mission en France, p.12* に、同様②の言及が認められる。

(5) アンリ・カピタン＝杉山直治郎訳「富井男爵敬悼の辞」『富井男爵追悼集』(日仏会館、昭和十一年)九頁。

(6) 伊藤英樹＝廣瀬隆司共訳「ゴライ」『フランス民法典の日本に及ぼした影響』愛

知学院大学論議法理学研究二七巻三・四号(昭和五九年)一〇三頁。なお、右翻訳の原本は「Librairie Edouard Duchenin, Paris」により「一九七九年に翻刻されたもの」とされるが(一〇三頁)、筆者が参照した Duchenin の Reimpression は一九六九年のものである。

(7) 五来欣造(ごらい・きんごう)(明治八(一八七五)年六月、昭和一九(一九四四)年八月一日) 明治・大正・昭和期の政治学者。茨城県久慈郡久慈町生まれ。明治三年東京帝国大学法科大学法学卒業後、弁護士を開業する傍ら読売新聞に論文を寄稿し「素川」の号で読者に知られる。その後フランス・ドイツに留学し、大正三年帰国後、読売新聞主筆、明治大学講師を務め、大正七年九月以降早稲田大学の政治哲学・英語・仏語・社会学等を担当。昭和二年早稲田大学政治経済学部教授となる。

「儒教のドイツ政治思想に及ぼせる影響」(昭和四年)で政治学博士を授与される。昭和七年以降ファシズムの研究論文を数多く執筆し、「滅共読本」(昭和十四年)では青少年の「思想国防隊」の編成を提唱。また、大隈重信の知遇を得るべく厚かった五来には、大隈生誕一〇〇周年を記念して出版された「人間大隈重信」(昭和十三年)の著書もある(以上、早稲田大学大史編纂所編『早稲田大学百年史(第二巻)』(早稲田大学、昭和五六年)九六五頁、一〇二八頁、一一九二頁、『第三巻』(昭和六二年)六頁、一八頁、一九頁、二二頁、二七頁、六三頁、九三頁、一六七頁、二一八頁、四一六頁、四一七頁、四八五頁、六三五頁、七四二頁、七六二頁、一〇六八頁、一一〇六頁、一一一頁、『第四巻』(平

成四年)七八二頁、八四七頁、『茨城人名辞書』(弘文社(水戸)、昭和五年)四七頁、『コンサイス日本人名辞典(改訂版)』(三省堂、平成二年)五二九頁、『新潮日本人名辞典』(新潮社、平成三年)七五五頁。ちなみに、『Covari, Influence du Code civil français sur le Japon』の前年に刊行された、かの『東西両京の大学』(明治三六年、復刻版・講談社学術文庫、昭和六三年)の著者「新馬剣禪とは、早稲田の五来素川博士とか、真偽は知らない」(手塚豊「わが国各大学における法学部門機関雑誌の変遷」『明治法理学教育史の研究』(手塚豊著作集・第九巻)『慶應通信』昭和六三年)二六三頁注①)。なお、潮木守一「解説」前掲復刻版二九一頁以下も参照。

(8) その翻訳として、富井政章(論説)日本に於ける法典編纂の状況』法協一六巻八号(明治十一年)六三三頁がある。もっとも、右講演において語られるのは、フランス民法の「法源」性であって、ボワソナード民法典の「法源」性ではない。翻訳における、当該箇所を引用すれば、次の通り(六四七頁以下)。

次ニシャル、トランシヤン氏ハ富井氏ニ質問シテ曰ク日本力僅々タル歲月ノ間ニ諸法典ヲ編纂セルコトハ余輩己ニ之ヲ了セリ然リト雖モ旧法ニ継クニ新法ヲ以テスルニ其間ニ過接スル所モナキヲ得ズ依リテ日本ニ於テハ如何ナル順序方法ニ依リテ支障ナク旧制度ヨリ新制度ニ遷ルコトヲ得シヤ

富井氏答ヘテ曰ク千八百七十五年裁判官ノ職務心得ノ為メニ発シタル訓令アリ此訓令ハ判事カ何ニ拠リテ裁判ヲ為ス可キヤヲ示セルモノニシテ先ツ其受理セル事

件ノ場合ニ付キ成文ノ法規アルトキハ其法規ヲ適用ス可ク成文法ナキモ一定ノ慣習アルトキハ其慣習ニ依ル可ク法律慣習共ニ之ナキハ法理ニ從ヒテ裁判ス可シト云フニテ日本ニ於テハ從來比較的二成文ノ法律少ナカリキ又慣習ノ如キハ往々不明確ニシテ且ツ区々一定セザルモノナリシナリ之ヲ以テ多クノ場合ニ於テハ所謂条理ニ照シテ事ヲ処シ親族ニ関スル事項ハ趣キ異ニスル所アレトモ其他ノ事件ニ付テハ欧州近世法律ノ原則ヲ以テ条理ノ在ル所ナリトシテ之ニ依遵セリ此点ニ付テハ拿破侖法典ノ如キハ著大ナル勢力ヲ有シタルモノト謂フ可シ

ちなみに、富井の引用する「訓令」、すなわち、大審院設置に際して発せられた明治八年六月八日太政官布告一〇三号「裁判事務心得」三条(「民事」裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ習慣ニ依リ習慣ナキモノハ条理ヲ推考シテ裁判スヘシ)もまた、その六日前に提出されたボワソナード意見(成文法が存しない場合、慣習に衡平法以上の權威を認めなければならないか(一八七五(明治八)年六月二日)『法政大学』『ボアソナード答問録』(法政大学出版局、昭和五年)〔5〕二二頁、「慣習法ト衡平法ニ関スルボアソナード氏答談」國學院大学日本文化研究所編『近代日本法制資料集(第八)』ボアソナード答談・(一)』(東京大学出版会、昭和六二年)〔五〇九〕一八九頁)の影響を受けていること、また、右布告における「条理」(「自然法?」)の文言を媒介項に、フランス法・ボワソナード草案・旧民法の規定が「法源」性を有し得たことにつき、大久保・前掲注(3)・②七〇頁以下参照。そして、右布告を受けて、初期の

大審院判決録(明治八年七月—明治十一年頃)においては、判決理由を述べるに際して、「大審院ニ於テ案理ニ照シ弁明スルコト左ノ如シ」といった定型的な文言が掲げられることとなる。

(9) 藤原明久「明治二三年旧民法と判例連帶債務法の展開」神戸法学雑誌四七巻三三号(平成九年)四七七頁。

(10) 周知のごとく、大審院判例を収録した『大審院判決録』には、「民(刑)録」と略称される明治二八年以降の判例集(「一輯」以下のナンバールが付されているもの。なお、右「民(刑)録」の「一輯」に関しては、これを明治二八年一月をもって始めとするか同年七月をもって始めとするかにつき評価が分かれているが、本稿では後者の立場に従う)以前にも、大審院の設置(明治八年)以降明治二八年六月までの間に全七〇冊が刊行されており(なお、明治二四年四月—明治二六年二月は民・刑合本)、このうち、明治八年七月—明治二〇年分および明治二四年—二八年六月分に関しては、文生書院の復刻版がある(前者は昭和六二年、後者は昭和六一年復刊)。また、最高裁判所には、右判決録に未収録の判例も含め全ての判決に関する『大審院民事判決原本』が遺されており、このうちの明治八年—明治二〇年分については、明治前期大審院判決録刊行会(我妻栄代表)編『明治前期大審院民事判決録1—131』(三和書房、昭和三二—三五年)が、『大審院判決録』収録分に関しては同書の写真復刻、未収録判決分に関しては上記『判決原本』の翻刻の形で、これを刊行している。さらに、「民録一輯」刊行後にその「別冊」として刊行された分(明治二八年九・一〇

月—明治二九年一〇月)についても、文生書院の復刻版がある(昭和六一年)。また、明治十一年—明治二八年の大審院判例を収録したものとして、増嶋六一郎編『裁判粹誌(第一巻—第二五巻)』(日芳書院・裁判粹社、明治二一年)、復刻版・文生書院、平成八年)がある。

(11) 明治初年の不動産物権変動法制に関しては、さしあたり、小林平左衛門「明治前期の地券制度と農地金融(上)(中)(三)三七頁、八号二二頁、九号二七頁、一〇号二頁、福島正夫①「旧登記法の制定とその意義」『福島正夫著作集第四巻民法(土地・登記)』(勤草書房、平成五年)三二九頁、福島②「日本における不動産登記制度の歴史」同上・四〇六頁、福島③「わが国における登記制度の変遷」同上・四二八頁、清水・前掲注(3)九九頁、月岡利男「物権変動論史」水本浩②平井一雄編『日本民法学史・各論』(信山社、平成九年)九九頁参照。

(12) 福島・前掲注(11)②四一三頁注(2)(なお、同所に、判例【4】につき「明治二二年八月二日判決、同年同月大審院民事判決録四五三頁」とあるのは誤植)。さらに、福島・前掲注(11)①三四一頁注(4)(明治一〇年司法省達につき「この理論は明かに弘法的である」とする)、福島・前掲注(11)③四三七頁(公証制度に関して「明治初期登記制度としての公証制度は、発端期のぞきフランス方式の對抗要件としての効力をもつものとしていた」とする)も参照。なお、小林・前掲注(11)「中」三二二頁は、地券は当初より第三者對抗要件であったとするかのごときである。

(13) 清水・前掲注(3)一一七頁。

(14) ①法務図書館には『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. I, 1880; t. II, 1880: Projet de code civil pour l'empire du Japon accompagné d'un commentaire, Livre II-1^{re} Partie: Des obligations, 1882.』の三冊本、②東京大学法学部算作麟祥文庫には、その第一巻・第二巻が合冊された全三冊本がある。なお、③京都大学には、右三冊本と二冊本の両者があるが、何れも人権部分分が欠本。

(15) ①『ポアソナード氏起稿』註釋民法草案 財産篇之部(東大法学部算作文庫蔵、翻訳者・刊年・出版元の表示なし)、②『民法草案二付テノ「ポアソナード」氏註釋書 財産篇之部』(九大法学部蔵。未見。有地亨「旧民法の編纂過程にあらわれた諸草案」法政研究(九大)三九巻二—四号(昭和四七年)三〇三頁注(1)の紹介による。①と同一書籍か)、③『ポアソナード氏起稿 註釋民法草案 財産編、人権之部 第一—五巻』(法務図書館蔵、未見。書名表記は『法務図書館所蔵貴重書目録(和書)』(法務図書館、昭和四八年)による)、④『日本民法草案注解』(早大蔵、三冊、翻訳者・刊年・出版元の表示なし)、⑤民法編纂局蔵版『民法草案 財産篇物権部』(東大法学部算作文庫・早大蔵、一冊)、⑥民法編纂局蔵版『民法草案注解 財産篇物権部 第一、第二』(東大法学部算作文庫・法務図書館・内閣文庫蔵、後二館収蔵書については未見)。なお、ポワソナードは、司法省法学学校速成科第二期生に対して

草案初版の講義を行っており、右講義内容も翻訳・出版されている。⑦『民法財産篇講義(自第一条至第一六条)巻一』(東大法学部著作文庫蔵、一冊)、⑧『ポワソナード氏起稿ノ日本民法草案講義ノ契約編之部』(慶大法字部蔵、一冊)、⑨『ポワソナード氏民法草案講義』(所蔵不明。未見。石井良助『民法典の編纂』(創文社、昭和四四年)二二八頁以下の紹介による)、⑩『ポワソナード氏起稿ノ民法草案財産編講義』(加太邦憲ノ瀬原三郎ノ藤林忠良訳、二冊。二巻(人権部)の表紙には「司法省」とある。⑦・⑧の合冊本で(ただし内容に一部異なる箇所がある)、今日比較的流布している)。

(16) 清水・前掲注(3)一四四頁。

(17) 福島・前掲注(1)①三八〇頁注(2)、清水・前掲注(3)一四四頁注(4)、月岡・前掲注(1)一〇七頁によれば、当時の登記法解説書のうち、善意悪意不問説に立つものとして、今村長善『登記法公証人規則詳解』(明治一九年)、杉村虎一『登記法釈義』(明治一九年)、横山寛平『高橋勝之丞ノ日本登記法詳解』(明治二〇年)、悪意者排除説に立つものとして、坂崎偶『登記法実用』(明治一九年)、長山徹『登記法心得』(明治二三年)、伊東忠二『緩鹿実影』(登記提要上編)『明治二三年』(旧民法財産編三五〇条を援用)、『登記事務質疑録』(第六条問、法律上効ナキハ善意ノ第三者ニ対スル場合ニ限ルヤ、答、然リ)があることされる。さらに、この論点に関しては、「討論筆記」情ヲ知り不動産ヲ後ニ買受ケ登記シタル者ノ所有権有無ノ件」法協三七号(明治二〇年)一頁、三八号一頁があり、小柳春一郎『明治前期の民法学——法学協会に

おける設例討論を素材として」水本浩ノ平井一雄編『日本民法学史・通史』(信山社、平成九年)二二頁は、右「討論」につき「現在でも議論になつてゐる点の多くを明治二〇年の時点で検討していることが重要である」と評価する。

(18) 清水・前掲注(3)一四九頁注(4)。

(19) もっとも、このことを一般化して、およそポワソナード草案(財産編)が明治一五年以降大審院判例において「法源」性を有した、と述べることはできない。例えば、債権譲渡を例にとれば、①ポワソナードは、既に明治九年二月二日付意見書において、フランス法の立場(債権者は債務者の承諾なしに債権を譲渡することができる)を紹介していた(「債権の移転についで」の覚え書)(一八七六(明治九)年二月二日、二月二三日筆写、五月三日清書)『ポワソナード答問録』(前掲注(8)〔41〕一二二頁、貸金譲渡ニ関スルポワソナード氏答議)『近代日本法制資料集』(第八)〔前掲注(8)〕〔五二一〕二二三頁。②ところが、同年七月六日太政官布告九十九号は、右ポワソナードの説明を容れることなく、「金銭借用証書ヲ他人ニ譲渡ス時ハ其借主ニ証書ヲ交換シムヘシ否サレハ無効ノモノトス但相続人ハ譲渡ハ此限ニ非ス」と規定した。③そして、その後、ポワソナード草案三七七条がフランス法と同様の債務者不介入型の譲渡と對抗要件主義を規定したにもかかわらず、④大審院は、上記明治九年布告以前になされた債権譲渡に関して、譲渡人・譲受人間の借用証書移転により成立するが(大判明治一一年五月二日「貸金催促反対一件」大審院民事判決録(明治一一年五月)〔五九号〕三〇七頁)、布告以

後になされた債権譲渡に関しては、「本件乙第二号第三号証(譲渡人・債務者間で結ばれた貸借契約証書)ヲ(譲受人)ニ付与シタルモ固ヨリ無効ノ者ナリトス」と判示している(大判明治一七年五月五日「貸金催促一件」大審院民事判決録(明治一七年四月一五号)〔二二五号〕二二二頁)。

(20) 藤原・前掲注(9)の考察によれば、この点は連帯債務の領域においても同様である。ちなみに、同論文の紹介・検討する全一八例の判例中、七例が現行民法(前三編)公布後の判例である。これに対して、他人物売買の領域においては、現行民法公布後に、旧民法から(施行前の)現行民法への「法源」の転換が生じた。すなわち、大判明治三一年一月二六日民録四輯一巻三五頁は、立木の他人物売買をフランス法・旧民法と同様「無効」とした原審判決に対して、買主(上告人)が上告理由において「修正民法ハ未タ実施セラレサルモ同法ノ第五百六十条……又同法ノ第五百六十二条……ノ規定ハ法理当然ノ規定ナリ」と主張した事案につき、「原判決ハ売買ニ関スル法則ヲ不当ニ適用シタルモノトシ其全部ヲ破毀ス可キ」と判示している。

(21) 大判大正三年三月一六日民録二〇輯一七三頁、大判大正六年二月五日民録二三輯一二〇頁、大判大正一〇年二月二八日民録二七輯二三二頁。

(22) 以下、本文の判例を補充する意味で、明治二四年・明治二七年における悪意者排除説の判例を列挙しておく(なお、これに対して、善意悪意不問説に立つ旨を明言した判決は、少なくとも判見の及ぶ限りでは存在しない)。

【補1】大判明治二四年月日欠(明治二三年第四六一号「宅地建物抵当貸金請求ノ件」)明治二四年大審院判決録一巻(明治二四年一月一三頁)二二三頁……「實際公証帳簿ニ取消シアリシ抵当権ハ縱令其取消ノ有無ニ付争フ所ナキニ非サルモ善意ニシテ適式ニ取得シタル第三者ニ対シ其効ナシ」。

【補2】大判明治二六年五月一三日「地所名前引直請求ノ件」大審院民事判決録(明治二六年五月一七頁)一七九頁……「分家ノ際分与ヲ受ケタル地所二箇シ分家以前(戸主ノ譲渡人)ト(第一譲受人)トカ取結ヒタル契約ニ対シテハ他人カ既ニ或人ニ売渡サレタルモノナルコトヲ知ラス善意ヲ以テ其売主ヨリ同一ノ地所ヲ譲リ受ケタル場合ノ如ク法律上第三者トシテ所有名義ノ附換ヘヨリ唱スルコトヲ得ス」。

【補3】大判明治二六年二月一日「貸地約定期業ノ件」大審院民事判決録(明治二六年一月一二月)四五頁……「抑登記ハ即公示ノ方法ナルヲ以テ物権ナル借地権ヲ設定スルモノハ該抵当ノ登記ヲ認知シタルモノト看做サ、ルハカラス而シテ(抵当権設定後の借地人)カ本訴ノ係争地ヲ借受ケタルハ(抵当権者)カ登記ヲ經テ抵当権ヲ取得シタル後ニ係ルヲ以テ(借地人)ハ其抵当地タルコトヲ知テ之ヲ借受ケタルモノト認定スヘキコト勿論ナリ然レニ……原院カ……地所抵当ノ契約アル事実ヲ知りタル証判ナシト判断シタルハ」不当。

【補4】大判明治二七年三月一六日「優先権及配当要求排斥ノ件」大審院民事判決録(明治二七年三月一四頁)一三〇頁……「公示ノ法式ニ必要ナル公証簿ニ其公証カ存在セサルニ於テハ公式ニ缺クル所アルヲ以テ善意ノ第三者ニ対シ其効ナキハ勿論ナリ」。

(しちのへ・かつひ) 慶応義塾大学助教授)