

明治前期の熊本裁判所における条理裁判とフランス民法

— 契約法に関する裁判例を素材として —

深 谷 格

目次

- 第一章 はじめに
 - 第二章 熊本裁判所と豆田区裁判所
 - 第三章 無能力と過剰損害—豆田区裁判所明治一一年三月三〇日判決
 - 第四章 契約の解釈—熊本裁判所明治一二年五月二四日判決
 - 第五章 契約の拘束力—熊本裁判所明治一二年六月二七日判決
 - 第六章 契約の成立要件—熊本裁判所明治一二年九月二九日判決
 - 第七章 担当裁判官について
 - 第八章 おわりに
- 注

第一章 はじめに

明治八年（一八七五年）四月に大審院が設置され、その下に上等裁判所と府県裁判所が置かれてから、ボワソナード起草の旧民法が明治三年（一八九〇年）に公布されるまで（本稿では、旧民法公布までを「明治前期」とする）、近代的な民法典は日本には存在しなかった。明治八年（一八七五年）六月八日に公布された太政官布告一〇三号裁判事務心得の第三条は、「民事ノ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」と規定しており、民事実体法が十分に整備されていない明治前期の裁判においては、条理が重要な裁判規範の一つとして機能していたと考えられる。では、裁判事務心得第三条における「条理」とは何か。条理は、辞書では「①物事のすじみち。ものことわり。物事の道理。②裁判などにおいて標準となる社会生活の道理。物事のすじみち。社会通念、公序良俗、信義誠実の原則などと言い表わされることもある。」などと説明されるが、裁判事務心得第三条における「条理」は、同条がボワソナードの影響下に制定されたことから、フランス語の*equité*「衡平」の訳語だと理解されている。⁽⁴⁾このように立法趣旨によって意味を限定してみても、依然として条理の内容は非常に抽象的であるが、ボワソナード起草の旧民法の公布以前は、フランス民法、特に、箕作麟祥訳の『仏蘭西法律書』⁽⁵⁾に訳出されたフランス民法が、条理の具体的内容の重要な部分を構成していたとされる。⁽⁶⁾確かに、裁判事務心得第三条がボワソナードの影響下に成立したという事情に鑑みると、条理の推考の際にフランス民法が参照された可能性は十分考えられる。それでは、実際の裁判実務において、フランス民法はどのように援用されていたのであろうか。

大久保泰甫は、「明治初期の地方の裁判官が、ヨオロッパ的な法学教育を受けていなかったことは明らかであり、箕作訳のフランス法律書によってフランス法をどこまで理解したかは、はなはだ疑問である。まして、これを解釈適用して事件に妥当な解決を与える能力はもっていなかったことは言うまでもない」と述べて、「条理とは、すなわちフランス法であった、という図式を過大評価することは危険であろう」としつつ、「まず、この時期における府県段階での裁判所の判例その他を、実証的に分析検討しなければならない」と今後の課題を提示している。⁽⁷⁾

他方、野田良之は、「この頃の判決にはハ・ハ自然ノ法理ナリVとか、ハ・ハ・ハ条理ナリVとかいいう言葉が頻繁に出てくるが、その内容はフランス法典なり、フランス学者の講義や著書からとりいれられた知識がもとになっているように思われる」として、当時の判例の実証的な研究の重要性を指摘しつつも、「しかし、これを証拠だてることは方法論的に至難である。なぜなら、判決においては、その出典を明かにすることはなく、自然の法理とか条理とかで片づけられるからである。」と述べている。⁽⁸⁾ 確かに、明治前期の判例のこのような実証的研究は困難であり、その数は決して多くない。数少ない例の一つとして、当時の離婚裁判において、フランス民法を参照した例があったことを指摘した村上博の一連の研究がある。⁽⁹⁾ また、筆者は、本稿に先立つ論文「明治前期の広島裁判所における条理裁判とフランス民法―圍繞地通行権に関する裁判例を素材として」⁽¹⁰⁾において、フランス民法を、具体的な根拠条文まで明示して援用した条理裁判の一事例（広島裁判所明治十一年一月二二日判決）について検討を加えた。この論文で素材とした裁判例などは、先に引用した野田良之の「判決においては、その出典を明かにすることはなく、自然の法理とか条理とかで片づけられる」という指摘に対する反証となりうる実例である（もつとも、筆者の管見によれば、根拠条文まで明示している裁判例は極めて稀であり、概ね野田良之の指摘が当たっていると思

われる)。

本稿は、上記の野田良之や大久保泰甫の問題提起を踏まえ、前掲拙稿に引き続き、明治前期の地方の裁判所で、フランス民法を参照して判決を下している例を分析検討することを通じて、当時の条理裁判の実態の一端を解明しようとするものである。

前掲拙稿「明治前期の広島裁判所における条理裁判とフランス民法」では、フランス民法を、根拠条文を明示して援用し、かつ、ボワソナード『性法講義』をも引用している裁判例(広島裁判所明治十一年一月二二日判決)を取り上げ、主に前述の大久保泰甫の問題提起に焦点を当てて、担当裁判官がフランス民法をどこまで理解していたか、判決の論理を当時のフランスの裁判例と比較しつつ検証した。それに対し、本稿では、主に前述の野田良之の問題意識に焦点を当てて、フランス民法の条文が明記されていない条理裁判や、フランス民法を援用したこと自体が明示されていない条理裁判を素材として、条理の具体的内容をフランス民法上の法規範に求めている裁判例があったことを検証する。

さて、前掲拙稿「明治前期の広島裁判所における条理裁判とフランス民法」において、筆者は、フランス民法が援用された裁判例として、豆田区裁判所明治十一年三月三〇日裁判申渡書△地所売買破約事件⁽¹¹⁾に言及している。この判決は、林屋礼二・石井紫郎・青山善充編『図説 判決原本の遺産』(信山社、一九九八年)三五頁において紹介されているが、判決全体が紹介されているわけではなく、解説も紙幅の関係上ごく簡単なものにとどまっているため、前掲拙稿では検討の対象としなかった。しかし、前掲『図説 判決原本の遺産』の中で豆田区裁判所明治十一年三月三〇日裁判申渡書の解説を執筆された九州大学大学院法学研究院の植田信廣教授、及び西南学院大学大学院法務研究科の紺谷浩司教授のご厚意により、筆者は、二〇〇三年の秋に、当時九州大学に保管されていた当該判決の全文を閲覧することができた。この判決では、フランス民法の援用が

明記されているが、前掲広島裁判所判決と異なり、引用条文は明示されていない。豆田区裁判所は、第二章で述べるように、当時、熊本裁判所の管内であり、この事件の担当裁判官は、藤井道介判事補である。筆者は、この判決でフランス民法を参照している藤井裁判官が、他の担当事件でもフランス民法を参照している可能性が高いと考えて、国際日本文化研究センターの民事判決原本データベースを用い、「藤井道介」のキーワード検索すると、彼が担当した二一四件の訴訟に関する判断文書がヒットした。⁽¹²⁾これには裁判言渡書（いわゆる判決）と裁判言渡書案とが含まれており、一〇五件の裁判言渡書案を除くと、藤井道介が関与した裁判言渡書（判決）は一〇九件存在する。⁽¹³⁾この中には、「條理ヲ推究」して裁判を行ったと判決文中に記された、いわゆる条理裁判が相当数含まれている。しかし、前掲拙稿で検討した広島裁判所の判決や前掲豆田区裁判所判決と異なり、フランス民法を援用していることを明記した判決は見当たらなかった。但し、判決文中に掲げられた法命題や法命題中の用語に着目すると、フランス民法を参照したと推定できる四件の裁判言渡書（判決）が目にと留まった。データベース中の判決を一件一件精読すれば、他にもフランス民法を参照した判決がある可能性は否定できないが、このような作業を行って、フランス民法を参照した判決を網羅的に紹介し、分析する時間的余裕は今の筆者には与えられていない。そこで、筆者の目に留まった四件の裁判言渡書（判決）に絞って紹介することにしよう。もともと、後述するように、このうち二件は裁判所と担当裁判官が同じであるだけでなく、被告も同一人で、判決年月日も同日であり、事案の概要と判旨もほぼ同じであるので、一件について検討を割愛する。したがって、本稿では、民事判決原本データベースから検索した三件と前掲豆田区裁判所判決とを判決年月日順に紹介し、その検討を行うことにする。

第二章 熊本裁判所と豆田区裁判所

本稿で検討の対象とした裁判例は、熊本裁判所及びその管内の豆田区裁判所の判決であり、担当裁判官はいずれも藤井道介判事補である。⁽¹⁴⁾ 判決の紹介・検討に先立ち、本章では、熊本裁判所が設置されてから藤井道介裁判官が明治一五年に死亡退職するまでの熊本裁判所、豆田区裁判所の沿革について概観しておこう。

明治八年（一八七五年）四月一四日に、民事、刑事の上告審として大審院が東京に設置され、その下に、主として控訴審を担当する上等裁判所が五月二四日に、東京、大阪、福島（後に宮城に移転）、長崎に設置された。⁽¹⁵⁾ 第一審を担当する裁判所は、明治五年（一八七二年）八月三日に定められた司法職務定制により、当初、府県裁判所として各府県に設置されたが、明治九年（一八七六年）九月一三日に、府県裁判所は廃止され、それに代わるものとして地方裁判所が設置された。⁽¹⁶⁾ このとき、熊本裁判所は地方裁判所として熊本、大分の両県を管轄するものとされた。⁽¹⁷⁾ その後、明治九年九月二七日に公布された司法省達第六六号區裁判所假規則により、地方裁判所の下に支庁と區裁判所を設置することが認められた。⁽¹⁸⁾ 區裁判所は、民事については金額百円以下の事件及び勸解（和解）、刑事については懲役三年以下の事件の管轄権を有するものとされた。⁽¹⁹⁾ 區裁判所の長は、判事補の中から選ばれた。⁽²⁰⁾ そして、明治九年（一八七六年）一月一八日に、熊本裁判所管内に、大分支庁と、熊本、町山口、人吉、山鹿、八代、大分、佐伯、竹田、中津、豆田の一〇區裁判所が置かれた。⁽²¹⁾ 豆田は江戸幕府の直轄領（天領）であった日田の中心地区であり、明治二年（一八八九年）の市町村制施行により豆田町となった。さらに、明治三四年（二九〇一年）

に、やはり日田の中心地区であつた隈町と合併して日田町となり、昭和一五年（一九四〇年）に周辺の町村と合併して日田市となつた⁽²⁴⁾。従つて、豆田は現在の大分県日田市の中心部であるが、このように明治前期には熊本裁判所の管内であり、区裁判所が置かれていた。なお、明治一四年一〇月六日に各裁判所の位置・管轄が改正され、上等裁判所は控訴裁判所、地方裁判所は始審裁判所、区裁判所は治安裁判所と改称され、支庁は廃止された。この改正は翌明治一五年一月から施行されたが、これに伴い、大分県内の裁判所は熊本裁判所から独立し、大分県内には大分始審裁判所と中津始審裁判所が設置され、熊本県内には熊本始審裁判所と天草始審裁判所が設置された。大分始審裁判所管内には大分、佐伯、武田、杵築の四治安裁判所、中津始審裁判所管内には中津、豆田の二治安裁判所、熊本始審裁判所管内には熊本、山鹿、八代、人吉の四治安裁判所、天草始審裁判所管内には天草治安裁判所がそれぞれ設置されることとなつた⁽²⁵⁾。

第三章 無能力と過剰損害——豆田区裁判所明治一一年三月三〇日判決⁽²⁶⁾

第一節 判決原文

本章で扱う判決は以下のとおりである。但し、裁判官以外の事件関係者の個人名は伏せて仮名（判決書において同姓の者は同姓の仮名にしてある）ないしアルファベット表記とした。この表記の方針は、第四章以下で取り上げる判決についても原則として同様である。

裁判申渡書

大分縣豊後國玖珠郡森村士族甲山重藏代人同縣同國同郡同村七十二番地士族⁽²⁷⁾

原告 X

大分縣豊後國日田郡西有田村二十八番地平民

被告 甲山文左衛門

大分縣豊後國玖珠郡右田村百八十五番地平民

被告代人 Y

甲山重藏代人Xヨリ甲山文左衛門ニ對スル地所賣買破約⁽²⁸⁾ノ詞訟審理ヲ遂ル處原告ニ於テハ甲山重藏儀年来醫業相嗜ミ治療致シ居タル處明治八年ノ頃不圖疾ニ罹リ時々發狂等致シタルコト有之依テ醫師Aニ依頼シ其治療ヲ受ケ漸ク快氣ニ向ヒ明治九年ノ頃ハ少々治療等致ス程ニ相成タレトモ財産取引上ノ事ニ付多分ノ間違等有之全ク従前ノ病氣未タ平癒セス精神衰耗シタルモノト相見ヘ如何様ノ事出来スルモ難測ニ付激藥等取片付治療致サザル様取計ヒ置キ尤未タ廢業ノ手数モ致サス且ツ其節弟子一名有之ニ付持合セノ膏藥位ハ望ノ者ヘ給與シタルコトモ之レアレトモ財産上ノ事ニ至テハ全ク損益ヲ辨ヘス家事諸世話等不行届ニ付明治十年一月来親族協議ノ上自分ヘ総理代人ヲ委任シ兼テ後見ヲモ致サシメタル處二月以降騷擾ニ際シ非常ノ國難⁽²⁹⁾ニ付私事ヲ顧ルニ遑ナク親族ノ者ヘ打委セ置キ一時召募ニ應シ巡查ヲ奉職シ東西奔走致シタル際被告甲山文左衛門ニ於テ重藏ヲ賺シ其所有地八反余賣渡ヲ承諾セシメ金八拾八圓ヲ相渡シタリ兼テ精神確カナラス家事不取締ニ付総理代人ヲ委任シ置タル程ノ

病人重蔵ノ承諾シタル不當ノ賣買ニ付若シ之ヲ履行スルトキハ重蔵一家ノ浮沈ニ関スルノミナラス自分ニ於テ家事一切ヲ委任セラレタル職分難相立仍テ被告ヨリ相渡シタル金八拾八圓ニ相當ノ利息ヲ加ヘ差返可申ニ付地所賣買ノ義ハ破約致度旨申立被告代人Yニ於テハ該地所ハ元來甲山文左衛門ノ所有ニテ嘉永七年ノ頃Bナル者へ質地ニ差入レ十五ヶ年期ニ取極メ置タル處受期ニ至リ重蔵父甲山陽蔵ヨリ受返シ其假押領シタル詛ナルヲ以テ中裁人Cノ取扱ニテ賣買ノ都合ニ相成リタルモノナレハ則チ金八拾八圓ハ陽蔵ヨリ差立タル質代金ニ抵償シタルモノニテ重蔵ニ於テ故障ナク差返シ呉ルルハ至當ノ義ナリ然ルニ今般Xヨリ破約ノ出訴相成タレトモ文左衛門ニ於テ賣買ノ契約致シタルコト無之最早賣買ハ落着ニテ代價モ悉皆授受致シ加之地券引換願書面ニモ重蔵捺印シタル上ハ今更破約杯申立立筋無之甲山重蔵時々發狂致ス程ノ病者杯申立レトモ現今戸主ト為リ折々ハ刀圭ノ⁽³²⁾技モ取扱明治九年七月頃ハDナル者ノ劇症ヲモ治療シ引續キ明治十年三月頃迄膏藥等差出シタル程ナレハ精神確カナラサル者トハ難申且又X明治十年一月來重蔵ノ後見ヲ致タル杯申立レトモ現在重蔵ノ叔父タル文左衛門ニ於テ一切存知シタルコトニ非レハ其權利ナキモノナリ且ツXハ重蔵ノ姻屬ニテ後見ヲ致ス身分ニ非ス而シテ其委任ヲ受ナカラ如何ニ國難ニ際シタリトモ其權ヲ他人ニ讓ラスシテ東西奔走シタルハ又自ラ其權利ヲ拋棄シタルモノニテ重蔵ノ地所賣買ニ付差支ル權利無之旨申立ルニ付証據取調ノ上裁決スルコト左ノ如シ

第一條

被告ニ於テ該地所ハ元來文左衛門ノ所有ニテ嘉永七年ノ頃ヨリ十五ヶ年期ニテ他へ入質相成居タル處受期ニ至リ重蔵父陽蔵ヨリ受返シ其假押領シタル詛ナルヲ以テ中裁人Cノ取扱ニテ賣買ノ都合ニ相成リタルモノナレハ則チ金八拾八圓ハ陽蔵ヨリ差立タル質代金ニ抵償シタルモノニテ重蔵ニ於テ故障ナク差返シ呉ルルハ至當ノ義ナル旨陳述スト雖トモ該地所若シ文左衛門ノ

所有ニ属シ陽藏ノ押領シタルニ相違無之ニ於テハ即下所有ノ權利ヲ争ヒ一錢ノ代價ヲ差立ルニ及ハス地所取戻ヲ致スヘキ筈ナリ然ルニ嘉永七年ヨリ十五ヶ年ノ受期ニ至リ陽藏ノ受返シタル時ヲ推算スレハ明治二年ナリ爾來八年ノ久シキニ至ル迄之ヲ黙許シ又明治六年地券下附ノ際ハ所有權ノ確定スル時ナレハ痛ク之ヲ争フヘキニ其義ナク突然今日ニ至リ中裁人ノ取扱ニテ金八拾八圓ヲ差立該地所ヲ買取セントスル場合ニ於テ重藏ヨリ差返呉ルルハ至當ナリトノ申立ハ矛盾ノ申立ニシテ而シテ該地所ノ文左衛門ノ所有ナルコト亦信用シ難シ

第二條

被告ニ於テXヨリ破約ノ出訴相成タレトモ文左衛門ニ於テ賣買ノ契約致シタルコト無之旨陳述スト雖トモ契約ナクシテ賣買致スヘキ條理ナシ中裁人Cノ取扱ナルヲ以テ双方ヨリ契約書等取替シタルコト無之面談口約ニテ相調タル事ナレハ契約ノ疎漏ナルノミニテ契約シタルコト無之ト謂ヲ得ス且又地所賣買ノ義ハ契約上殊ニ鄭重ニ致スヘキ筈ナルニ面談口約ニ止ツタルハ無効ノ契約ト謂ハサルヲ得ス

第三條

被告ニ於テ最早賣買ハ落着ニテ代價モ悉皆授受致シタル旨陳述スト雖トモ被告提供第一号重藏ヨリ差入タル請取書ヲ閱スルニ金八拾八圓ヲ請取タルコトヲ記載シタルノミニテ賣買地所ノ代價ナルコトヲモ認メス又賣渡地所ノ代價ナレハ買主文左衛門ノ名宛ニ認メ差入ルヘキニCノ名宛ニ認メ有之旁疎漏ノ授受ニシテ該請取書アルヲ以テ賣買ノ落着シタルコトヲ証明スルヲ得ス而シテ又明治八年第百六号公布ニ依レハ被告ニ於テ代金請取書ヲ所持スル共地券引換ニ及ハサル内ハ仍ホ重藏ノ所有ニシテ其權ノ未タ文左衛門ニ移ラサルコト明白ナリトス

第四條

被告ニ於テ地券引換願書面ニモ重藏捺印シタル上ハ今更破約杯申立ル筋無之旨陳述スト雖トモ被告提供第二号地券引換願書面ヲ閱スルニ村吏ノ奥印モ無之未タ官廳ニ差出サザレハ公正ノ証書ニ非ス設一旦捺印シタルモ連印中ノ者錯誤等有之トキハ猶取消ヲ得ヘキモノナリ且証書ノ性質ヲ論スルトキハ双方賣買シタルコトヲ官廳ニ証スヘキモノニシテ賣主買主ノ間ニ信義ヲ鞏固ナラシムル為ニ互ニ取替ス契約書ノ類ト小異アリトス因テ証書面ヲ以テ賣買破約ヲ拒沮スルノ理由ト為スヲ得ス

第五條

被告ニ於テ重藏現今戸主ト為リ折々刀圭ノ技モ取扱明治九年七月頃ハDナル者ノ劇症ヲモ治療シ引續キ明治十年三月頃迄差出シタル程ナレハ全ク精神確カナラサル者トハ難申旨陳述スト雖トモ狂人ニハ精神錯乱シテ躁動スル者アリ又安靜ナル者アリ又間々平常ニ復スルコト無キヲ保セス原告ヨリモ明治九年ノ頃ハ治療等致ス程ニ相成タル旨申立タルニ依リ其事判然タレトモ現今仍ホ刀圭ノ技ヲ取扱タルコトハ証據ナキヲ以テ信用セス

第六條

原告ニ於テハ重藏ノ病氣ヲ反覆陳述シ被告ニ於テハ重藏ノ治療等致シタルコトヲ以テ其疾ナキヲ証明シ到底本人ノ病候虚実曖昧ナルヲ以テ故ラニ重藏ニ疾ヲカメ出頭セシメ地所賣買ノ始末ヲ推問スルニ唯覺知セスト答ヘ其言語容貌全ク常人ト看做ス可ラサルモノアリ且又従前ヨリ治療ヲ施シタルA提供容體書ニハ明治八年ノ頃俄然発狂ニ付種々治療ヲ加ヘ狂症追々減スト雖トモ心氣漏シ言語違戾シ殆ト健忘症ニ推移加ルニ現今頭痛惡風等ノ症ナリト申立今回始テ診察シタルE提供容體書ニハ全ク腦病ニテ頭熱顔面赤色ヲ帯ヒ舌上白苔眼球角膜赤脉ヲ発シ脉沈細神思鬱々不爽心下痞硬難治ノ症ナリト申立真成瘋癲人ナルコト

分明ナラスト雖トモ明治十年一月来親族協議ノ上家事一切ヲXニ委任シタルヲ以テ重藏ノ精神茫乎トシテ確定セス身自ラ其家産ヲ保管スル能ハス佛蘭西民法所謂白痴癲疾狂疾等ノ景状アル丁年者ニシテ治産ノ禁ヲ受クヘキ程ノ不能力者タルコトヲ信認スルニ足ル且又重藏ヨリ賣渡ス地所ハ八反八畝九歩ニシテ其地價五百九拾三圓七拾六錢ナリ文左衛門ヨリ差立ル金額ハ八拾八圓ナリ地價六分ノ一二滿タス所謂賣主其不動産ノ價ニ付十二分ノ七以上ノ損失アルモノナリ然ルニ重藏ニ於テ如斯不當ノ賣買ヲ承諾シタルコト果シテ文左衛門ノ詐欺脅迫ニ非レハ重藏ノ所為ヲ以テ白痴癲疾狂疾等ノ景状アル者ト看做サザルヲ得ス

第七條

被告ニ於テX明治十年一月来重藏ノ後見ヲ致タル杯申立レトモ現在重藏ノ叔父タル文左衛門ニ於テ一切存知タルコトニ非レハ其權利ナキ旨陳述スト雖トモ文左衛門ハ重藏父陽藏存生中ヨリ不和ヲ生シ陽藏死去後ハ絶テ往復モ致サス更ニ親族ノ好無之由X并ニ証人Aノ陳述ニ被告ノ答弁ナキヲ以テ其事實明瞭ナリ然ラハ則チ文左衛門ニ於テ親族ノ協議ニ加ハラサルヲ以テ辞柄ト為シXニ委任シタル權利ノ有無ヲ批判スルヲ得ス

第八條

被告ニ於テX後見ノ委任ヲ受ナカラ如何ニ國難ニ際シタリ共東西奔走シタルハ又自ラ其權利ヲ拋棄シタルモノニテ重藏ノ地所賣買ニ付差支ル權利無之旨陳述スト雖トモ該地所ノ賣買若シ本心確定シタル者ノ取結タル正理ニ適當スル契約ニテ唯其代價ヲ授受シタルノミナラス地券引換モ既ニ相済タル事ナレハXニ於テ固ヨリ之ヲ争フヲ得ス然レトモ其事未タ結局ニ至ラスシテ委任権限内ニ在レハ之ヲ争フノ權利アルコト論ヲ須タサルナリ況ヤ重藏ノ如キ精神茫乎トシテ確定セス不能力者ト目スヘキ身ヲ以テ一時ノ口約ニテ取結タル不當ノ賣買ニ付一家ノ浮沈ニ関スル原由ヲ以テ之ヲ争フハ総理代人ノ本分ナリトス

第九條

前條々ノ譯合ナルニ依リ原告人ハ被告人ニ對シ地所賣買ノ破約ヲ為スヘキノ條理アルモノナリ

明治十一年三月三十日豆田區裁判所ニ於テ

判事補 藤井道介 印

第二節 事案の概要

甲山重蔵は醫師であつたが、明治八年（一八七五年）頃、精神病に罹り、治療を受けた結果、多少快方に向かい、明治九年（一八七六年）頃には自ら少し医療行為を行うほどに回復したが、病気が平癒したとはいえなかつた。そこで、周囲の者は、劇薬等を片づけて、甲山重蔵が医療行為を行わないように取り計らつたが、廃業の手続はしなかつたので、甲山重蔵は持ち合わせの膏薬ぐらゐは希望者に与えたこともあつた。しかし、財産上の事柄については、甲山重蔵は全く損益を弁えなかつたので、明治一〇年（一八七七年）一月以降、親族が協議の上で、原告Xに甲山重蔵の総理代人⁽³³⁾を委任し、後見をさせてきた。同年二月以降、非常の国難⁽³⁴⁾のため、Xは、甲山重蔵をその親族の者に任せて、一時募集に応じて巡査となり、東奔西走した。その際に、甲山重蔵の叔父である被告・甲山文左衛門は、甲山重蔵の所有地八反余り（以下、「本件土地」という）を自己に売り渡すことを甲山重蔵に承諾させ、金八八円を支払つた。

原告Xは、この売買（以下、「本件売買」という）が、精神状態が不確かな甲山重蔵を騙した不当な売買であるから、本件売買を破約⁽³⁵⁾し、代金に相当の利息を加えて被告・甲山文左衛門に返還したいと主張している。

これに対し、被告・甲山文左衛門の代人（代理人）Yは、次のように主張している。すなわち、本件売買の目的物である本件土地は、元来、甲山文左衛門の所有地であり、嘉永七年（一八五四年）頃、Bに対して質物として差し入れ、被担保債権の弁済期を一五年後と取り決めたところ、弁済期が到来し、甲山重蔵の父・甲山陽蔵が弁済して、質物である当該土地の返還を受けて、そのまま横領したわけであり、中裁人Cの取り扱ひによつて、甲山文左衛門と売買することになったものである。したがつて、金八八円は、甲山陽蔵が弁済した質代金（質権の被担保債権の金額）に充たされたものであり、甲山重蔵から異議なく本件土地を返還してもらへるのは当然のことである。しかも、本件売買は履行済で、代金もすべて授受され、地券引換願書面にも甲山重蔵が捺印した以上、今更破約を申し立てる正当な理由はない。甲山重蔵は時々医療行為も行ひ、明治一〇年三月頃まで膏葉等を処方していた程であるので、精神状態が不確かなものとは言いがたい。また、Xは甲山重蔵の姻族であつて、後見人となる身分ではないし、甲山重蔵の委任を受けながら、国難に際したとはいえ、代理権を他人に譲渡せずに東奔西走したのは、自らその権利を放棄したことになるのであつて、甲山重蔵の本件土地売買につき支障となる権利はない。

第三節 判旨

第一条

嘉永七年（一八五四年）から一五年後の弁済期に至つて、甲山陽蔵が（弁済をして）質物の返還を受けた時を推算すると、明治二年（一八六九年）ということになる。以来八年、甲山文左衛門はこれを黙認し、明治六年（一八七三年）に地券が下附された際には、所有権が確定する時であるから、甲山文左衛門は強くこれを争うべきであつたのに争わないで、突然、

今日に至って金八八円を提供し、本件土地を買い取り、甲山重蔵から本件土地を返還してもらえるのは当然であると主張するのは矛盾している。本件土地が甲山文左衛門の所有であるということも、信用しがたい。

第二条

本件売買については、口頭の約束で契約を行ったのであるから、契約が不備であるだけであって、契約したことはないと言ふことはできない。但し、土地売買については契約上特に慎重に扱ふべきであるはずなのに、口頭の約束にとどまったのは無効の契約と言わざるをえない。

第三条

被告は、もはや売買は履行済であり、代金もすべてみな授受した旨陳述しているが、被告が提出した第一号書面「甲山重蔵が差し入れた受取証書」を見ると、金八八円を受け取ったことが記載されているのみで、売買土地の代金であるとは記されていない。また、売買土地の代金であるならば、受取証書の名宛人は買主甲山文左衛門として差し入れられるべきであるが、受取証書の名宛人はCとなっている。本件の金銭の授受は、このように疎漏の多い金銭の授受であって、当該受取証書があるからといって、売買が履行済であることを証明することはできない。また、明治八年太政官布告第百六号によれば、被告が代金受取証書を所持しているとしても、地券引換をまだ行っていない間は、なお甲山重蔵が所有権を有しており、その所有権はまだ甲山文左衛門に移転していないことは明白である。

第四条

被告は、地券引換願書面にも甲山重蔵が捺印している以上、今更破約などを申し立てる正当な理由はない旨陳述しているが、被告が提供した第二号地券引換願書面を見ると、村吏の奥印もなく、いまだ官庁に提出していないものであるから、公正証書ではない。仮にいったん捺印したとしても、捺印をした者に錯誤があったときは、なお取り消しうるものである。かつ、証書の性質を論ずるならば、この証書は、双方売買したことを官庁に証明するためのものであって、売主買主の間で信義を強固にするために互いに取り交わす契約書の類と少し異なる。したがって、この書面をもって売買の破約を拒む理由とすることはできない。

第五条

被告は次のように主張している。すなわち、甲山重蔵は現に戸主となっており、時々は医療行為も行い、明治九年七月頃にはDという者の劇症をも治療し、引き続き明治一〇年三月頃まで膏藥等を処方していた程であるので、精神状態が不確かなものとは言いがたい。このように被告は陳述しているが、狂人には精神錯乱して躁動する者もあれば、安静にしている者もあり、時々精神状態が正常に復することもないことはない。原告も明治九年の頃は治療等していた程であったと申し立てているから、そのことははっきりしているが、現在なお医療行為を行っていることについては証拠がないので、被告のこの主張を信用することはできない。

第六條

原告は、甲山重藏の病氣を反復陳述し、被告は、甲山重藏が治療行為を行っていることをもって彼が病氣にかかつていないことを証明しようとし、到底本人の病状が不明なので、強いて甲山重藏を裁判所に出頭させ、土地売買の顛末について尋ねると、ただ「覚えていない」と答え、その言語容貌は全く常人とみなすことができないものがある。かつまた、従前より甲山重藏に治療を施してきたAが提出した容体書には、明治八年頃、俄然発狂したため種々の治療を加え、狂症は次第に減じたが、ものを忘れ、言葉を間違え、ほとんど健忘症の傾向を示していたところ、現在、頭痛悪風等の症状であると記されている。今回初めて診察したEが提出した容体書には、全く脳病（精神病）であつて、頭部には熱があり、顔面は赤色を帯び、舌の上には白苔ができていて、眼球角膜に赤い筋が生じており、鬱状態で鳩尾がつかえて爽やかでなく、難治の病であると記されている。真正の精神病者であるか否かは明らかでないが、明治一〇年一月以来、親族協議の上、家事一切をXに委任したのであるから、そのことをもって、甲山重藏の精神状態はぼんやりして確定せず、自分自身でその家産を保管する能力がなく、フランス民法にいう「白痴癲疾狂疾等ノ景状アル丁年者（成年者）」であつて、禁治産を受けるべき程の無能力者であることを信認するに十分である。かつまた、甲山重藏が売り渡した土地は八反八畝九歩であつて、その地価は五九三円七六銭である。甲山文左衛門が支払った金額は八八円であり、地価の六分の一にも満たない。いわゆる「賣主其不動産ノ價ニ付十二分ノ七以上ノ損失」があることになる。しかし、甲山重藏がこのように不当な売買を承諾したことは、甲山文左衛門の詐欺強迫によるものではないので、甲山重藏の振る舞いをもつて「白痴癲疾狂疾等ノ景状アル者」と見なさざるをえない。

第七条

被告は、Xが、明治一〇年一月以来、甲山重蔵の後見を務めていること等を主張しているが、現実に甲山重蔵の叔父である甲山文左衛門が一切知らなかったことであるので、その権利がない旨陳述しても、甲山文左衛門は甲山重蔵の父・陽蔵の存命中から甲山陽蔵・重蔵父子と不和を生じていて、陽蔵死去後は交際をしていなかったのであり、さらに、親族のよしみもなかった。X並びに証人Aの陳述に対して被告の答弁がないことから、この事実は明らかである。そうすれば、すなわち、甲山文左衛門が親族の協議に加わらなかったことを口実にして、Xに委任した権利の有無を批判することはできない。

第八条

被告は、Xが後見の委任を受けながら、いかに困難に際したとしても、東奔西走したのは自らその（後見の）権利を放棄したことになるのであって、甲山重蔵の土地売買につき支障となる権利はない旨陳述しているが、当該土地の売買が、もし精神状態の確かな者の締結した、正しい道理に適った契約であつて、ただその代金を授受しただけでなく地券引換も既に終了したことであるならば、Xはもとより本件売買の効力を争うことはできない。しかし、本件売買はまだ完全には履行されておらず、委任権限内にあるので、Xにこれを争う権利があることは無論のことである。それどころか、本件売買は、甲山重蔵のような精神がぼんやりして確定せず、無能力者ともいうべき身で、一時の口約束で締結した不当な売買であるので、一家の浮沈に関する理由で本件売買の効力を争うのは総理代人の本分である。

第九条

以上の理由により、原告が被告に対し、土地売買の破約を行うべき条項があることになる。

明治一一年三月三〇日 豆田区裁判所において

判事補 藤井道介 印

第四節 判決の検討

まず、本件土地が元々甲山文左衛門の所有であつたとするYの主張は退けられ(判決第一条)、甲山重蔵を売主、甲山文左衛門を買主とする本件土地の売買の効力が問題とされている。

判決は、以下の理由で、Xが甲山文左衛門に対し、土地売買の破約⁽³⁷⁾を行いうる条項があるとする。すなわち、

①土地売買を口頭の約束で行つたのは無効である(第二条)。

②明治八年太政官布告百六号により、地券引換をまだ行っていない間は土地所有権は売主(甲山重蔵)にある(第三条)。

③甲山重蔵が捺印した地券引換願書面は、村吏の奥印もなく、官庁に提出されていないものであるから公正証書ではなく、契約書でもないから、かかる書面の存在は、売買破約を拒む理由とはならない(第四条)。

④甲山重蔵は、自分自身でその家産を保管する能力がなく、フランス民法にいう「白痴癲疾狂疾等ノ景状アル丁年者〔成年者〕」であつて、禁治産を受けるべき程の無能力者である(第六条)。

⑤ 本件土地の売買代金は地価の六分の一にも満たず、売主は売買によって、本件土地の価格について二分の七以上の損失を被った(但し、本件売買は甲山文左衛門の詐欺・強迫によるものではない)(第六条)。

⑥ 甲山文左衛門は甲山重蔵の父・陽蔵の存命中から甲山陽蔵・重蔵父子と不和を生じていて、陽蔵死去後は交際をしていなかったのであり、さらに、親族のよしみもなかった。したがって、甲山文左衛門が親族の協議に加わらなかったことを口実にして、Xに委任した権利の有無を批判することはできない(第七条)。

⑦ 本件売買は、②で述べたように地券引換がまだ終了していないので、まだ完全には履行されていないから、Xはその効力を争うことができる(第八条)。

これらの理由のうち、まず、②⑦について検討しよう。明治五年(一八七二年)に、政府は土地の永代売買を解禁し、同年に公布した地所賣買譲渡二付地券渡方規則⁽³⁹⁾において、土地所有権の移転には地券の書換えを要するものとした。この規定は明治七年(一八七四年)一〇月三日の太政官布告一〇四号⁽⁴⁰⁾に受け継がれ、明治八年(一八七五年)六月一八日の太政官布告一〇六号(本判決が下された当時の現行法)⁽⁴¹⁾に、「地所賣買致シ候節代金受取之證文有之共地券申受ケザレバ買主ニ其地所所有ノ権無之候條規則ノ通地券書替可申請事。」と規定されて受け継がれた。②⑦はこの規定を踏まえた理由であると解される。

次に、④について検討しよう。ここで本判決は、フランス民法を参照していることを明示している。本判決当時のフランス民法四八八条と四八九条はそれぞれ次のような規定であった。

フランス民法四八八条「La majorité est fixée à vingt-un ans accomplis; à cet âge on est capable de tous les actes de la vie

civile, sauf la restriction portée au titre du Mariage.”

フランス民法四八九条「Le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, doit être interdit, même lorsque cet état présente des intervalles lucides.”

箕作麟祥訳の『仏蘭西法律書』は、フランス民法四八八条を「丁年ハ滿二十一歳ナリトス。此齡ニ至ル者ハ婚姻ノ卷ニ記シタル制禁ヲ除クノ外総テ民法上ニ管シタル生理ノ所為ヲ行フコトヲ得可シ」と訳し、同四八九条を「常ニ白痴、癲疾、狂疾ノ景状アル丁年ノ者ハ間々平常ニ復スル事アリト雖トモ治産ノ禁ヲ受ク可シ」と訳し、さらに四八九条において、癲疾について「精神錯亂シテ安静ナルモノヲ云」、狂疾について「精神錯亂シテ躁動スルモノヲ云」と注釈を付けている。本判決の第五條に「狂人ニハ精神錯亂シテ躁動スル者アリ又安静ナル者アリ又間々平常ニ復スルコト無キヲ保セス」とあり、第六條に「佛蘭西民法所謂白痴癲疾狂疾等ノ景状アル丁年者ニシテ治産ノ禁ヲ受クヘキ程ノ不能力者タルコトヲ信認スルニ足ル」とあるのは、同じ用語や表現が用いられていることから、箕作麟祥訳の『仏蘭西法律書』の記述を踏まえていると推定できる。

これに対し、司法省明法寮で編纂され、明治五年（一八七二年）に完成した財産法に関する最初の草案といわれる皇国民法仮規則もフランス民法をモデルにしているが、フランス民法四八九条に相当する規定である皇国民法仮規則一三二条は「白癡狂疾等ノ者ハ時アリテ平常ニ復スルコトアリト雖トモ戸主トナルコトヲ許サス之ヲ治産ノ禁受シ者ト云フ」と規定している。⁽⁴²⁾ また、民法全般にわたる最初の草案といわれる明治一一年民法草案もフランス民法をモデルにしているが、フランス民法四八九条に相当する規定である明治一一年民法草案四四三条は「常ニ白痴、癲病、狂病ノ景状アル丁年者ハ間々平常ニ復スル事アリト雖トモ治産ノ禁ヲ受ク可シ」と規定している。⁽⁴³⁾ 本判決の第六條の文言は、これらの条文よりも箕作麟祥訳の『仏蘭西

法律書』の表現により近いといえる。このことから、本判決は、箕作麟祥訳の『仏蘭西法律書』に依拠していると考えられる。

また、判決当時、既に刊行されていたフランス民法に関する注釈書の日本語訳として、ピコー著（山崎直胤譯）『佛國民法註釋 第一篇 人事 第二篇 財産』（明治九年）があり、同書は、四八八条を箕作訳と同じ文言で訳し、四八九条を「常二白痴癲狂ノ景状アル丁年者ハ間々本心ニ復スル事アリト雖トモ治産ノ禁ヲ受ク可シ」と訳し、それぞれ注釈を付けている。その注釈によれば、「白痴トハ常ニ精神暗弱頑愚ニテ判然考旨ヲ了得スルノ能力ナキ者ナリ、癲トハ精神錯亂シテ千變万異彼は互ニ齟齬シタル考旨ヲ提出スル者ナリ、又狂トハ癲ノ最モ甚シキモノニシテ、自己及他人ノ爲メ危険躁擾ヲ興サシムルモノナリ」と定義されている。⁽⁴⁴⁾当時のフランス民法四八九条の前掲原文と照らし合わせると、白痴とはimbécillieの訳であり、癲あるいは癲疾とはdémenceの、狂あるいは狂疾とはfureurの訳であることがわかる。このように、ピコーの前掲注釈書は、癲（癲疾）[démence]と狂（狂疾）[fureur]の差異を程度の違いとしか見ていなかったようである。これに対して、現代の医学がこれらをどう説明しているか、見てみよう。医学辞典によればimbécillieとは、精神遲滯 [retard mental] の一種で、精神医学ではかつては痴愚とも呼ばれ、中度ないし軽い重度の精神遲滯（精神年齢としては六―九歳程度で、自己の身の事柄は援助によりなんとか処理できるが、新しい事態の変化には適応しがたい程度）だとされる。⁽⁴⁶⁾また、démenceは、精神医学ではかつて「痴呆」、現在では「認知症」と訳され、一度獲得された知識が後天的な器質障害によって生ずる永続的な（不可逆的な）欠損と定義されており、知能獲得前の障害に基づく知能低下、精神遲滯と対比される。⁽⁴⁷⁾これに対し、fureurの語は、医学辞典には掲載されておらず、ラルースのフランス語辞典によれば、精神錯乱であって、病人がもはや自分を抑えられず、暴

力行為に及ぶような状態であると説明される。⁽⁴⁸⁾このように、これらの説明は、ピコーの前掲注釈書と異なり、癲(癲疾) [démence] と狂(狂疾) [fureur] を質的に異なるものと捉えている。フランス民法典起草者は、精神障害の三類型をピコーの前掲注釈書の注釈のように理解していたようであるが、既に本判決当時のフランスにおいて、いわゆる註釈学派の一人であるドゥモロンブにより、これは心理学的、医学的見地から見ても、不十分かつ不正確な定義であると評されていた。⁽⁴⁹⁾

さて、明治初期に招聘された外国人医学教師による医学の講義録、例えば、ドイツ人デーニッツ [Friedrich Karl Wilhelm Donitz, 1838-1912] の講義録『断訟医学』⁽⁵⁰⁾やオーストリア人ローレンツ [Albrecht von Roretz, 1846-1884] の講義録『断訟医学』⁽⁵¹⁾は本判決当時まだ刊行されていなかったが、外国の医学書の翻訳である『精神病約説 上巻・中巻・下巻』⁽⁵²⁾が明治九年に刊行されていた。さらに、明治一〇年に刊行されたボワソナード講義・井上操筆記『性法講義』も、売買契約の取消原因として、「結約者ノ不堪能(幼少治産禁)」を挙げている。⁽⁵³⁾したがって、本判決を担当した裁判官・藤井道介は、判決年月日より前に刊行された箕作麟祥訳『仏蘭西法律書』や皇国民法仮規則以外にも、ピコー著(山崎直胤譯)『佛國民法註釋 第一篇 人事第二篇 財産』、『精神病約説 上巻・中巻・下巻』、ボワソナード講義・井上操筆記『性法講義』等を参照することが時期的には可能であったと考えられる。とはいっても、日本で最初に認可された、しかも公立の精神科病院である京都癲狂院の開院は一八七五年(明治八年)であり、また、本判決は、上記の外国人教師らによる精神医学講義が、東京、京都、大阪、名古屋、長崎等の日本の主要都市で開始されて間もない頃に下されている。⁽⁵⁴⁾このような事情を考えると、本件担当裁判官は医師Aや医師Eの提出した容体書をも参考にしたとはいえず、甲山重蔵の精神状態についての程度正確な判断を下したのか、疑問が残る。

なお、当時のフランス民法によれば、禁治産は、血族の親又は配偶者、あるいは検事の申立てを受けて、裁判所が言い渡すこととされていたが（フランス民法四九〇条―四九二条）、当時の日本において、禁治産制度はまだ整備されていなかった。そこで、本件の裁判官はさすがに「治産ノ禁ヲ受クヘキ程ノ不能力者」と述べるにとどまっているが、禁治産に関するフランス民法の取り扱いを参考にして判決を下していると考えられる。当時のフランス民法五〇二条は、「l'interdiction ou la nomination d'un conseil aura son effet du jour du jugement. Tous actes passés postérieurement par l'interdit, ou sans l'assistance du conseil, seront nuls de droit.」（「治産ノ禁ヲ受ケシムル言渡又ハ輔佐人ヲ任スルノ言渡ハ之ヲ為シタル日ヨリ其効ヲ生ス可シ。其言渡ノ後ニ治産ノ禁ヲ受ケシ者ノ記シタル證書又ハ輔佐人ノ立會ナクシテ記シタル證書ハ皆其効ナシトス。」（箕作麟祥訳））と規定し、フランス民法五〇三条は、「Les actes antérieurs à l'interdiction pourront être annulés, si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces actes ont été faits.」（「治産ノ禁ヲ受クル以前ニ記シタル證書ハ之ヲ記シタル時既ニ治産ノ禁ヲ受ク可キノ原由アルコト著明ナルニ於テハ亦之ヲ廢棄スルコトヲ得可シ。」（箕作麟祥訳））と規定している。ここで箕作が「証書」と訳している語はフランス語の *actes* であり、確かに「証書」とも訳しうるが、ここではむしろ「行為」と訳すべきものであろう。⁽⁵⁵⁾ すなわち、フランス民法は、禁治産宣告を受けた者の行った行為は無効であるが、禁治産宣告を受ける前に行った行為についても、禁治産宣告を受ける原因があることが顕著に明らかであった場合には、取消の対象となりうると規定しているのです。本件の裁判官は、禁治産宣告を受けていない本件の売主についても、この規定を参考にして売買契約の破約（取消）を認めることが可能だと考えたのではなからうか。

次に、⑤について述べよう。判決文における「所謂賣主其不動産ノ價ニ付十二分ノ七以上ノ損失アルモノナリ」とは、なぜ

この数値でなければならぬかということを含めて、いささか唐突な印象を与えることは否めない。ただし、「所謂」と記していることから、少なくとも当時の法律家の間ではよく知られていた特定の法命題を前提とした記述であることが推測できる。すなわち、フランス民法一六七四条は、「Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value.」と規定し、これを箕作麟祥は、「賣主其不動産ノ價ニ付キ十二分ノ七以上ノ損失ヲ受ケタル時ハ賣主其賣買ノ契約ヲ取消サント訴フルノ權アリ但シ賣買ノ契約書ニ賣主其取消ヲ訴フルノ權ヲ拋棄セシ旨ヲ記シ且其契約書ニ定メタル價ヨリ更ニ餘分ノ眞價アリト雖モ之ヲ買主ノ所得ト爲ス可キ旨ヲ記シタル時ト雖トモ亦同一ナリトス」と訳している。これは、不動産売買における過剰損害（レジオン⁽⁵⁶⁾）に関する規定で、売主が不動産の価値の一二分の七以上の過剰損害を受けた場合に、売主に売買の取消権を認めたものである。⑤は判決文中の「賣主其不動産ノ價ニ付キ十二分ノ七以上ノ損失」という表現が、箕作訳フランス民法一六七四条の一部と全く同じであることから、この規定を念頭に置き、本件の売主に契約の取消を認める根拠の一つとして、やはりフランス民法の規定（の箕作訳）を援用したものと考えられる。

これに対し、皇国民法仮規則のフランス民法一六七四条に相当する規定である七一五条は「賣主其不動産ノ價ニ付キ六分以上ノ損失ヲ受ケタル時ハ其賣買ノ契約ヲ廢棄セント訴フルノ權アリ」と規定し、⁽⁵⁷⁾明治一一年民法草案のフランス民法一六七四条に相当する規定である一三三二条は「不動産ノ賣主其賣リタル不動産ノ價ニ付キ一半以上ノ損害ヲ受ケタル時ハ賣主其賣買ノ契約ヲ取消サント請求スルコトヲ得可シ」と規定しており、⁽⁵⁸⁾本判決文中の「賣主其不動産ノ價ニ付キ十二分ノ七以上ノ損失」

と趣旨は同じだが、数値は異なっている。このことから、本判決は、箕作麟祥訳の『仏蘭西法律書』に依拠していると考えられる。

本判決当時、既に刊行されていたフランス法に関する書物として、他に、ボワソナード講義・井上操筆記『性法講義』があり、同書においても「法朗法ニ於テハ品物ノ正價ノ十二分ノ七以上ノ損亡ニシテ而シテ賣却セシ品物ハ不動産ニ非ラサレハ損亡ニ依テ賣却ヲ取消スヲ許サス」（なお、「損亡」の語の初出箇所には「レジオン」とルビが振られている）と記されている⁽⁵⁹⁾。ところで、ボワソナードは司法省法学校において行つたこの性法講義の趣旨として、同書の緒言において、「余ハ日本ノ制法ナキニ於テハ今年ヨリ諸君ニ教フルニ世界ヲ舉テ遵奉セサルナキ法律ノ大要基本ヲ以テセントス法朗西語ニ於テ（「ドロワーナチュレール」）ト云ヒ日本語ニ於テ自然法ト云フ者即チ是レナリ余之ヲ性法ト譯ス性ハ即チ天命自然ノ謂ナリ」と述べている⁽⁶⁰⁾が、過剰損害（ボワソナード前掲書によれば「損亡」）に関するフランス民法のルールは自然法（性法）と言えるのであろうか。ボワソナードは、売主が不動産の正価の一二分の七以上の過剰損害を受けた場合に、売主が迷誤（錯誤の意であろう）に陥っているものと、「法ニテ之ヲ想像シ豫定」したのがフランス民法のルールだと解している⁽⁶¹⁾。但し、「法ニテ之ヲ想像シ豫定」ということが、推定を意味するのか、擬制を意味するのか、明確ではない。ともあれ、ボワソナードは、このような実定法上の規定がない場合には、条理により、売主が目的物の性状についての錯誤に陥つた（ボワソナード前掲書は、これを「品物ノ實質上ニ於テ迷誤ニ陥リシコト」と表現する）として、裁判官が契約の取消を認めることができ、その場合には必ずしも一二分の七という数字には拘束されず、「半分以下ノ損亡」の場合に取消を認めることも可能であるし、あるいは「是レヨリ大ナル損亡」の場合にも取消を認めないことも可能であるとする⁽⁶²⁾。これが、過剰損害〔損亡〕についての自然法としてボワソ

ナードが考えていたルールである。当時の日本には、過剰損害についての制定法が存在しなかつたのであるから、ポワソナード前掲書の論理に従うならば、一二分の七という数字にはとらわれずに取消の可否を判定できたはずであるが、本件の裁判官は、フランス民法の一二分の七ルールを援用して事案の解決を図っている。従つて、本判決において、フランス民法は実質的な裁判規範として機能していたといえる。

なお、フランスでは、一九六八年一月三日の法律によつて、成年無能力者制度が改正され、民法典中に司法救助 [sauvegarde de justice] という制度が新設され、成年の能力障害者のなした契約を、一二分の七以上の過剰損害の有無にかかわらず、単純過剰損害 [simple lésion] として取り消すことが認められることになった。⁽⁶³⁾

次に、①③について検討しよう。判決の第二条において、口頭での契約について、「契約ノ疎漏ナルノミニテ契約シタルコト無之ト謂ヲ得ス」と述べて、契約の成立を否定していかないにもかかわらず、「且又地所賣買ノ義ハ契約上殊ニ鄭重ニ致スヘキ筈ナルニ面談口約ニ止リタルハ無効ノ契約ト謂ハサルヲ得ス」と判示して、土地売買を口頭で行つたのは契約として無効であるとしている。また、判決の第四条において、甲山重蔵が捺印した地券引換願書面は、公正証書でなく、契約書でもないから、かかる書面の存在は、売買破約を拒む理由とはならないとしている。①③は、フランス民法一五八二条二項が、「Elle (＝ La vente) peut être faite par acte authentique ou sous seing privé.」(「賣買ハ公正ノ証書ヲ以テ之ヲ爲シ又ハ私ノ証書ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得可シ」)(箕作麟祥訳)と規定していることを念頭に置いた理由付けであるのかもしれない。売買は諾成・不要式の契約であり、公正証書ないし私署証書によつても締結されうる(書面によることは売買の成立要件ではない)というのがフランス民法一五八二条の趣旨であるが、本判決は、土地という不動産の経済的価値の重さを考慮して、フランス民

法一五八二条の枠を越え、口頭の土地売買契約を無効ないし取消可能とするルールを新たに創り出したといえよう。

最後に、⑥について述べよう。「文左衛門ニ於テ親族ノ協議ニ加ハラサルヲ以テ辞柄ト為シXニ委任シタル權利ノ有無ヲ批判スルヲ得ス（甲山文左衛門が親族の協議に加わらなかったことを口実にして、Xに委任した権利の有無を批判することはできない）」という判示は、代人規則一条但書、すなわち、「但シ本人幼年等ニテ其事理ヲ辨シ難キ時ハ其後見人及ヒ親族ノ者協議ノ上代人ヲ任スルヲ得ヘシ」という規定を踏まえたものである。この規定が、本件のように本人の事理弁識能力ないし意思能力に問題がある場合に、代理人を選任するために「親族ノ者」全員が協議に加わることを要求する趣旨なのかどうか、必ずしも明確でないために、被告は、（おそらく「親族ノ者」全員が協議に加わることが代理権授与の要件だという前提の下で）自分が加わらなかつた協議によつて選任された代理人Xには代理権がないと主張した。裁判所は、代人規則一条をどう解釈するかには触れずに、被告が甲山陽蔵・重蔵父子と不和を生じていて、陽蔵死去後は交際をしていなかったことを理由に、被告の主張を認めなかつた。ここで示されている裁判所の見解は、信義則ないし権利濫用の法理に基づくものと思われる。

なお、被告甲山文左衛門及びその代理人Yは、「Xハ重蔵ノ姻属ニテ後見ヲ致ス身分ニ非ス（Xは甲山重蔵の姻族であつて、後見人となる身分ではない）」と主張しているが、代人規則三条は「凡ソ代人ハ心術正實ニシテ満二十歳以上ノ者ヲ撰ムヘシ」と規定しており、代理人の資格を血族に限定していない。また、明治一〇年五月に司法省から刊行された『民事慣例類集』は、後見人の資格に関する多くの地方慣習を収録している。それによれば、後見人を親族から選ぶとする慣習が多いが、血族に限定する趣旨だと解釈される余地のある慣習は、「幼者血属ノ親疎ヲ問ハス後見ニ堪ユヘキ適當ノ人物ヲ撰ム」とする羽後国平鹿郡の慣習しか収録されておらず、逆に番頭や村役人等の親族以外の他人を後見人とすることも認める慣習が少なくない。こ

の書物（『民事慣例類集』）には本件の当事者の住む地方の慣習は収録されていないので、当該地方の慣習が後見人の資格を血族に限定するものであったのか否かは不明であるが、『民事慣例類集』に収録された地方慣習の実態を見ると、その可能性は低いと考えられる。本件の担当裁判官は、被告甲山文左衛門及びその代理人Yの上記の主張について論評せずに判決を下しているが、それには『民事慣例類集』における慣習の実態が影響を与えているのかもしれない。

第四章 契約の解釈―熊本裁判所明治一二年五月二四日判決⁽⁶⁶⁾

第一節 判決原文

本章以下では、藤井道介が担当した裁判のうち、フランス民法を参照したことが判決文の中で明示されていないが、フランス民法を参照したと推定できるものを、年代順に見ていくことにしよう。本章では、まず、契約の解釈に関する裁判例を取り上げる。やはり当事者の氏名は伏せることにする。

裁判言渡書

熊本縣肥後国八代郡野津村四百四十八番地主族

原告 X

熊本縣肥後国玉名郡中坂門田村二百三十五番地平民

被告 Y₁

熊本縣肥後国玉名郡下小田村百十一番地平民

代人 A

熊本縣肥後国玉名郡稻佐村三百九十一番地平民

被告 Y₂

XヨリY₁外一名ニ對スル貸金催促ノ一件審理ヲ遂ル処

原告訴フル要領ハ明治十二年二月十一日被告ニ於テ藥種或ハ紙類買入ノ為メ入用有之トテ金百六十円ヲ貸與度旨頼談スルニ依リ七日間ノ約定ニテ第一号証ノ通金百六拾円ヲ貸與ヘタリ尤モ其際原告カ兼テ所持シタル賣藥帳簿ヲ代金百六拾円ニテ被告ヘ賣渡スヘキ約定ヲナシタルコトハアルモ全ク本訴ニ關係ナキモノニ付第一号証ノ金円ハ速カニ被告ヨリ返済ヲ受度旨供述ス被告答フル要領ハ該金円ハ現ニ借受ケタルモノニアラス明治十二年二月十一日熊本洗馬三丁目B方ニ於テ原告ト賣藥帳簿賣買ノ約定ヲナシ原告ヨリ相示シタル第六号計算書ニ照シ代金百七拾八円ニ取究メ内金拾八円ヲ手附トシテ即時原告ヘ差入レ該帳簿五冊ヲ受取タリ然ルニ原告ニ於テ來ル二月十七日迄ニ賣藥帳簿ヲ悉皆引渡スヘキニ依リ代金百六十円ヲハ借用証書ニ仕做シ置クヘシトテ第四号ナル草案ヲ與ヘタルニヨリ被告ハ到底金百六拾円ヲ原告ヘ拂入ルル筈ト存シ何氣ナク借用証即チ第一号証ヲ差入レ置タリ然ルニ又其約定期限ナル二月十七日ニ至リ原告ニ於テ仍ホ該帳簿ノ取揃出來サル由ニテ其翌日ナル明治十二年二月十八日午後一時迄ニハ相違ナク該帳簿ヲ引渡スヘキ約定ヲナシ第三号証ヲ被告ヘ差入レタリ又被告ハ代金百六拾円ノ内

金八拾円ヲ原告へ差入レ殘金ハ十二月三十一日限り差入ルルヘキ約定ヲナシタル上ハ第一号証ヲ書改ムヘキ筈ナリシカ原告ニ於テ受取証ヲ差入レ置ケハ差支ナシトテ第二号証ヲ被告へ差入レタルニ依リ第一号証ハ其假ニ致シ置タリスル顛末ニ付被告ハ原告ノ請求ニ応スヘキ義務ナキ旨供述ス

依テ條理ヲ推究スルコト左ノ如シ

凡ソ契約書ヲ解釈スルニハ先ツ其文面ニ拘泥セスシテ其契約ヲ取結フ者ノ旨趣如何ニ在リシカヲ搜索スルヲ緊要ナリトス本案原告提供スル第一号証ハ被告ヨリ原告へ差入レタル明治十二年二月十一日付ナル借用証ニシテ一金百六十円也右者金員正ニ借用実正也返却之儀來ル十七日限り無間違返納可仕云々ト記載アリテ最早其約定期限ヲ經過スルカラハ被告ハ原告ニ對シ之レカ返済ヲナスヘキ義務アルハ勿論ナルモノノ如キモ今夫レ被告ニ於テ該金円ハ現ニ借受ケタルモノニアラス原告ト賣藥帳簿賣買ノ約定ヲナシタルトキ原告ニ於テ該帳簿引渡ノ際迄借用証書ヲ差入レ置クヘシト申聞ケルニ任セ被告ハ原告へ拂ヒ入ルヘキ代金百六十円ヲ該帳簿悉皆請渡シヲナスヘキ期限即チ明治十二年二月十七日迄借用証書ニ仕做シタルモノナリト陳述シ又原告ニ於テモ原告カ被告へ金百六十円ヲ貸渡シタル日ト同日ナル明治十二年二月十一日ニ於テ原告カ所持シタル賣藥帳簿ヲ代金百六十円ニテ被告へ賣渡スヘキ約定ヲナシタルコトハ有之ト陳述スルカラハ果シテ該契約ハ明治十二年二月十一日即チ同年同月同日ニ成立チシモノニシテ又同額ノ金円ヲ授受スル期限モ同期限ナリ然ルニ彼レハ賣買ノ契約ニシテ是レハ貸借ノ契約ナレハ曾テ相關涉セサルモノ歟又被告カ云フ該帳簿ノ代金ヲ帳簿請渡ノ際迄借用金ニ仕做シタルモノカ乃チ第一号証ノ契約ハ明治十二年二月十一日已來明治十二年二月十七日迄ノ七日間貸借ノ契約ナルモ其期限ヲ經過スルトキハ該契約ノ効力ナキモノカ將タ否ラサルカヲ推究スルニ嚮キニ原告ハ被告へ第四号ナル草案ヲ與ヘテ借用証ヲ認メシムル程ノ事理ヲ弁明スル者ナレハ明治十

二年二月十一日即同年同月同日ニ同額ノ金円ヲ同期限ニ授受スヘキ契約ヲ取結ヒ独リ貸借上ニノミ注意スルコト厚クシテ賣買上ニ於テハ疎漏ナル筋合アル可ラサルニ原告ハ其明治十二年二月十一日ニ於テ被告ヨリ第一号証ヲ受取りタルノミニテ帳簿賣買ノ契約ハ被告ニ對シ一片ノ契約書ヲ要求セサルノミカ其期限ナル明治十二年二月十七日ニ於テ被告ヨリ代金八拾円ヲ受取り第二号第三号証ヲ被告ヘ差入レ置キ曾テ被告ニ對シ代金八拾円ノ残額ヲ拂フヘキ旨ノ約定書ヲモ取置カサリシト又原告カ云フ第一号証ノ金円ハ明治十二年二月十七日午後十二時ヲ限リタルニテ其期限ヲ經過セサレハ被告ニ對シ請求ノ權利ナキモノナレハ原告カ代金八拾円ヲ受取タルトキ貸金ノ催促ヲナサザリシハ當然ナルカ如キモ果シテ被告ハ嚮キニ貸借ノ契約ト賣買ノ契約ト兩様取結ヒ現ニ金百六拾円借受居タルモノナレハ已ニ署名捺印シタル証書ニ對シ明治十二年二月十七日限りニ返済スヘキ義務アル金円ヲ閣キ買受タル帳簿ノ未タ悉皆受取ラサル内仍ホ其義務ノ生セサル金円ヲ拂入ルヘキ筈ナキニ現ニ被告ハ代金八拾円ヲ原告ヘ相渡シタルコトノ二事ニ就テ之レヲ見レハ則チ被告カ該帳簿ノ代金百六拾円ヲ帳簿請渡ヲナス期限迄借用金ニ仕做シ置タリト云フハ全ク真実ニシテ事實ニ適當セルモノナリトス夫レ然リ然ラハ則チ第一号証ノ契約ハ明治十二年二月十一日已來明治十二年二月十七日迄ノ七日間ハ貸借ノ契約ナルモ既ニ其期限ヲ經過シタル上ハ只其文章ノ見ル可キ其効力ナキモノトス左スレハ原告ハ被告ニ對シ第三号証ノ契約ニ基キ該帳簿ノ請渡ヲナシタル上残金八十円ヲ請求スルハ格別今ヤ其効力ナキ第一号証ノ契約ヲ執テ之レカ返金ヲ請求シ得ヘキ筋合ナキモノトス

判決

右ノ筋合ナルニ依リ原告ノ請求相立サル義ト心得可シ

明治十二年五月二十四日熊本裁判所ニ於テ裁判言渡セリ

判事補 藤井道介

第二節 事案の概要

原告Xは、明治一二年二月一日、被告Y₁、Y₂（以下、Yとする）に対して、七日間の約定で金一六〇円を貸与した（この借用証書が第一号証）として、その弁済を求めて本訴を提起した。Xは、二月一日に一六〇円を貸与した際、Xが所持していた売薬帳簿を代金一六〇円でYに売り渡す約定をしたが、それは本訴と全く関係ないと主張している。これに対し、被告Yは次のように答弁している。すなわち、明治一二年二月一日、Xと売薬帳簿売買の約定をなし、代金を一七八円に取り決め、内金一八円を手付として直ちに原告へ差し入れ、当該帳簿五冊を受け取った。しかし、Xは二月一七日までに売薬帳簿を全て引き渡すべき義務を負っていたので、代金一六〇円を借用証書に書き換えておくべきだとして、YはXに借用証書（第一号証）を交付した。ところが、その約定期限である二月一七日になって、Xがまだ当該帳簿を取りそろえることができなかつたために、その翌日である明治一二年二月一八日午後一時までには、間違いなく当該帳簿を引き渡す旨の約定をなし、第三号証をYに交付した。また、Yは代金一六〇円の内金八〇円を原告に支払い、残金は二月三日までに支払う旨の約定をしたので、第一号証を書き改めるべきはずであつたが、Xが、受取証書を交付しておけば差し支えないとして、第二号証（金八〇円）の受取証書をYに交付し、第一号証はそのままにしておいた。このような経緯であるので、YはXの請求に応ずべき義務はないと主張した。

第三節 判旨

各理を推究すると次のようになる。およそ契約書を解釈するには、まずその文面に拘泥せず、その契約を締結する者の趣旨が何であるかを探究することが肝要である。Xが提供する第一号証は、YがXに交付した明治一二年二月一日付の借用証書であり、貸金は一六〇円となっている。返済については、来る一七日限りで間違いなく返納いたします等と〔借用証書には〕記載されており、最早その約定期限を経過している以上、YはXに対しこの金員を返済すべき義務があるのは当然であるかのようであるが、目下、Yは、当該金員は借受金ではなく、Xと売葉帳簿の売買の約定をしたとき、Xが、当該帳簿引渡の時点で借用証書を差し入れておいてほしいと伝えたことに従い、YはXに支払うべき代金一六〇円を当該帳簿を全て引き渡すべき期限、すなわち明治一二年二月一七日まで借用証書にしておいたものであると陳述している。他方、Xは、XがYに金一六〇円を貸した日と同日の明治一二年二月一日に、Xが所持していた売葉帳簿を代金一六〇円でYに売り渡す旨の約定をしたと陳述している以上、その言葉どおりに、当該契約は明治一二年二月一日、即ち同年同月同日に成立し、かつ金員も同額で、期限も同じである。しかし、一方は売買の契約、他方は貸借の契約であるから、相互に関係のないものであるのか、また、Yが主張するように、当該帳簿の代金を帳簿引渡の時まで借入金としておいたものであるのか否かを推究すると、Xは明治一二年二月一日に、Yから第一号証を受け取っただけであり、帳簿売買の契約については、Yに対し一片の契約書をも要求しなかっただけでなく、その期限である明治一二年二月一七日にYから代金八〇円を受け取り、第二号証、第三号証をYに差し入れておいて、Yから代金八〇円の残額を支払うべき旨の約定書をも受け取っておかなかった。また、Xが主張する第一号証の金員は、明治一二年二月一七日午後一二時を期限としたものであり、その期限を経過しなければYに対して請求する権利がな

いものであるから、Xが代金八〇円を受け取ったときに貸金の催促をしなかったのは当然であるように思われるが、Yは先に貸借の契約と売買の契約との二様の契約を締結し、現に金一六〇円を借り受けているから、既に署名捺印した証書に関して明治一二年二月一七日限りで返済すべき義務のある金員〔貸金〕をさしおいて、買い受けた帳簿を未だ全て受け取っていないうちに、支払義務の生じない金員〔売買代金〕を払い込むはずがないのに、現にYは代金八〇円をXに支払ったことを考慮すると、Yが当該帳簿の代金一六〇円を、帳簿の引渡期限まで借用金にしておいたということは全く真実であつて事實に合致するといえる。そうであるならば、即ち、第一号証の契約は明治一二年二月一日から明治一二年二月一七日までの七日間は貸借の契約であるが、既にその期限を経過した以上は、その第一号証の文言にはみるべき効力がない。そうであれば、XはYに対し、第三号証の契約に基づき、当該帳簿の引渡をした上で残金八〇円を請求することは格別、今や効力を有しない第一号証の契約を履行して、その返金を請求しうる筋合はない。右の筋合により原告Xの請求は認められないものと考えるべきである。

第四節 判決の検討

裁判所の認定した事実によれば、原告Xは被告Yとの間に、Xが所持していた売葉帳簿をXがYに売却する契約を明治一二年二月一日に結んだ。しかし、売買代金一六〇円を貸金として弁済期を明治一二年二月一七日とする借用証書（第一号証）をYがXに差し入れた。二月一七日にYは八〇円を支払ったが、Xは目的物たる売葉帳簿の一部（五冊）しか引き渡さず、明治一二年二月一八日午後一時までにXがYに売葉帳簿を全て引き渡す約定をなし、また、Yは明治一二年二月三一日までに残代金を支払う約定をした（第三号証）。

第一号証によれば、XとYの間には金銭消費貸借契約が結ばれていることになり、弁済期が到来した以上、Yには残債務を弁済する義務があるが、裁判所は、これが実質的には売買契約であることを認定し、第一号証は明治一二年二月一七日限りで効力を失い、以後は契約の実態に則して売買契約に復帰し、売主Xが売葉帳簿を引き渡さない限り、Xは残金八〇円の支払いをYに請求することはできない、と判示している。XY間には、二月一日から二月一七日までは準消費貸借、二月一八日以降は売買契約が存在するという趣旨であろうか。そうであれば、法的には、準消費貸借は二月一七日に差し入れられた第三号証によって更改がなされ、売買へと復帰することになったと解すべきであろう。但し、Yの債務が貸金債務から代金債務に変わることの説明としてはそれでよいとしても、Xの売葉帳簿引渡債務は二月一日の契約締結時から存続していたのか否か、存続していたとすれば、当初準消費貸借により貸金債務とされていた債務との関係はどのように説明されるのか、判決は何も語っていない。なお、二月一八日以降、売主Xが売葉帳簿を引き渡さない限り、Xは残金八〇円の支払いをYに請求することはできないというのは、双務契約における同時履行の抗弁権を念頭に置いた判示であろう。

このように、XY間に存在する契約あるいは契約から発生する債務の帰趨について、本判決の判示からは明確でない点もあるが、第一号証の契約書の効力について、本判決は、「條理ヲ推究」して判断するとして、冒頭に次の命題を提示する。すなわち、「凡ソ契約書ヲ解釈スルニハ先ツ其文面ニ拘泥セスシテ其契約ヲ取結フ者ノ旨趣如何ニ在リシカヲ搜索スルヲ緊要ナリトス（おおよそ契約書を解釈するには、まずその文面に拘泥せず、その契約を締結する者の趣旨が何であるかを探究することが肝要である）」と述べる。これは、直接的には、明治一〇年一〇月一二日付の司法省達丁第七五号「⁽⁶⁷⁾契約書解釋心得」第一条「契約書ヲ解釋スルニハ其文字ノミニ依著スルヨリハ寧ロ其契約ヲ爲シタル雙方ノ者ノ旨趣如何ヲ考索スヘシ」に沿った判示

であろう。但し、この「契約書解釋心得」は、司法卿大木喬任が明治一〇年六月二二日に右大臣岩倉具視に宛てたその上申書によれば、「佛國民法ノ法理」によるものとされて⁽⁶⁸⁾いる。「契約書解釋心得」第一条に該当するフランス民法の規定はフランス民法一一五六条であると思われる。同条は“On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.”と規定し、これを箕作麟祥は「契約書ヲ解釋スルニハ其文詞ノミニ依著スルヨリモ寧ロ其契約ヲ爲シタル雙方ノ者ノ旨趣如何ナルヤヲ講究ス可シ」と訳している⁽⁶⁹⁾。このように、本判決の判示と明治一〇年一〇月一二日付司法省達丁第七五号「契約書解釋心得」第一条とフランス民法一一五六条の箕作訳は、細かい文言の違いはあるが、ほぼ同じ趣旨のものだと考えられる。因みに、やはりフランス民法をモデルにした明治五年の皇国民法仮規則のフランス民法一一五六条に相当する規定である皇国民法仮規則四三〇條は「契約書ヲ解⁽⁷⁰⁾釋スルニハ其文詞ノミニ依着スルヨリモ其契約ヲ爲シタル双方ノ者ノ旨趣ノ如何ナルヤヲ注意スヘシ」と規定し、明治一一年民法草案のフランス民法一一五六条に相当する規定である民法草案九九三條は「契約書ヲ解釋スルニハ其文詞ノミニ拘泥セス其契約ヲ爲シタル双方ノ者ノ意旨趣如何ヲ考究ス可シ」と規定⁽⁷¹⁾している。

さて、本判決における「凡ソ契約書ヲ解⁽⁷⁰⁾釋スルニハ先ツ其文面ニ拘泥セスシテ其契約ヲ取結フ者ノ旨趣如何ニ在リシカヲ捜索スルヲ緊要ナリトス」という判示の意義を考えるにあたって、前掲司法省達丁第七五号「契約書解釋心得」第一条の法的拘束力の有無を問題とする必要がある。法的拘束力があるとするれば、それは明治八年太政官布告一〇三号裁判事務心得三条（「民事ノ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」）にいう「成文ノ法律」に該当し、本判決におけるフランス民法の援用は間接的なものにとどまるが、法的拘束力がないとするれば、本件は「民事ノ裁判ニ成

文ノ法律ナキ」場合として、本判決の担当裁判官がフランス民法上の契約の解釈原則を、前掲裁判事務心得三条にいう「条理」として援用したことがより鮮明になるからである。

明治六年七月一八日付の太政官達二五四号は、布告と達とを結びの文で次のように区別している。すなわち、布告については結びの文を「云々候條此旨布告候事」とし、全国民に対して効力を有するものとしている。他方、達については結びの文を「云々候條此旨相達候事」又は「云々候條此旨可相心得候事」とし、各官庁及び官員に対する限りで効力を有するものとしている。⁽⁷²⁾ 前掲司法省達丁第七五号「契約書解釋心得」は、その体裁が「達」となっているだけでなく、その発令の文の末尾が「此旨相達候事」となっているので、達として司法省及びその官員に対する限りで効力を有するにとどまり、全国民に対する布告ではないことが分かる。このように達は訓令であつて、一般国民を拘束する法規としての性質をもたないのが原則だとされている。⁽⁷³⁾ したがつて、本判決において、司法省達丁第七五号「契約書解釋心得」が前掲裁判事務心得三条にいう「成文ノ法律」として適用されたのではなく、本件は「民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキ」場合だとして、フランス民法上の契約の解釈原則が「条理」として援用されたことと解することも可能であろう。但し、契約の解釈に関する前掲フランス民法一一五六条は成文法（制定法）という形式をとっているので、形式上は布告と同様に全国民に対して効力を有する法規であるが、裁判官に向けられた規定であるという点で、実質的には達のような性格を有し、その点で司法省達丁第七五号「契約書解釋心得」と共通している。⁽⁷⁴⁾ また、フランス民法一一五六条について、法的拘束力を有する規定か、それとも裁判官への助言にとどまる規定かをめぐる議論があるが、これについては本稿ではこれ以上立ち入らず、問題点の指摘にとどめておく。⁽⁷⁵⁾

なお、Xの主張によれば、Yとの間に金銭消費貸借と売買の二つの契約が存在していることになるが、この金銭消費貸借は

Yが「葉種或ハ紙類買入ノ為メ」に必要だというので締結したものであり、葉種とは葉の材料（主として生葉）を意味する。紙は売葉の包装用や葉袋として用いられる重要な補助材料であつた。⁽⁷⁶⁾また、この売買の目的物はXの所持する売葉帳簿となつてゐる。これらのことから、XとYは売葉営業者あるいは請売者等の売葉業者ではないかと考えられる。売葉とは医師の処方なしで予め葉を調剤し、販売することである。⁽⁷⁷⁾明治以降、売葉業は法規制の対象となつたが、明治一〇年に公布された売葉業規制立法である賣藥規則第一条によれば、「賣藥トハ丸藥膏藥煉藥水藥浴劑散藥煎藥等ヲ調製シ効能書ヲ附シ販売スルモノヲ云フ」と定義されている。⁽⁷⁸⁾近世末以降、売葉には、単品で行商するものと、多くの葉を持ち歩く配置売葉とがあつた。配置売葉とは、「行商人が得意先を巡回し、数種の葉を預け置き、任意に使用させ、再度の巡回時に使用済み葉代を徴収し、更に新葉を交換、補充する掛け売り制度」であつた。配置売葉の「得意先範囲は、一種の營業権を意味する暖簾価値を持ち、懸場と呼ばれた。その内容記載名簿である懸場帳は売葉行商の基礎的財産で、売買、賃貸、質入れの対象にさえなつた」。⁽⁷⁹⁾すなわち、懸場帳は、特定の行商地域である懸場における得意先関係（位置、氏名）、得意先に配置した薬品とその消費した葉の代金を記入した帳簿であつた。⁽⁸⁰⁾そして、「売葉人の経営の基盤は懸場帳にある。そして経営の規模は、何冊の懸場帳を所有しているかによつて決まつた。この懸場帳は、一冊を一脚と称し、營業免許一株に相当する。この一株の權益内容は、名前人が一人で回れる範囲の商圈における營業権である」といわれる。⁽⁸¹⁾安政三年（一八五六年）に富山のある売葉商人が家屋と懸場帳を売却したときに、懸場帳の価格が家屋の売買代金の六倍にも達した例があり、懸場帳は財産権として高い価値を有してゐた。⁽⁸²⁾本件売買の目的物である売葉帳簿とは、目的物の一部（五冊）しか引き渡されていないことを理由に訴訟になるほどの重要なものであるから、おそらくこの懸場帳ではないかと思われる。

第五章 契約の拘束力―熊本裁判所明治一二年六月二七日判決⁽⁸³⁾

第一節 判決原文

この判決についても、当事者の氏名は伏せることにするが、原告側の代理人は免許を得た代理人⁽⁸⁴⁾であるので、例外的に氏名を記しておく。

裁判言渡書

熊本縣肥後國飽田郡下松尾村千百五番地平民

原告人 X

熊本縣肥後國熊本區古城町百四十四番地寄留士族

原告代言人 角田勝命

熊本縣肥後國飽田郡下松尾村九百四十番地士族

被告人 Y

熊本縣肥後國飽田郡横手村百拾番地士族

被告代人 A

XヨリYニ對スル地券証書換拒ノ一件審理ヲ遂ル処

原告訴フル要領ハ明治七年十一月第一号証ノ通被告ヨリ田畑四反貳畝貳拾七歩ノ地所ヲ買受ケ既ニ代金ノ授受地所ノ請渡シヲモ相濟マセ爾來原告ニ於テ該地所ヲ保有シ來レリ最モ四畝貳拾四歩ヲ除ク外ノ地所ハ被告ヨリBへ書入質トナシアルコトハ素ヨリ承知致セシ故ニ第一号証ニ於テモ被告カ該地ヲBヨリ受戻シタル上該地ノ所有權ヲ被告ト原告へ移ス手續ヲ為ス可キ契約ヲ取結ヒタリシカ爾後被告ニ於テ其約ニ背キ空シク月日ヲ送ルニ依リ追々督促ノ未竟ニ明治十一年五月第二号証ノ通兼テ該地所受返シノ為メ引除ケ置タル金四拾貳円九拾錢ニ利金拾三円五拾七錢九厘ヲ加ヘ被告へ相渡シ仍ホ被告ハ第三号証ノ通り明治十一年六月十日迄ニ該地所讓渡ノ手数致シ呉レヘキ約定ヲモナシタルカラハ今更被告ニ於テ該地所ノ受返シ出来サルナトト申立ル筈無之ニ付原告ハ被告ニ對シ地券証書換ヲ請求スト陳述ス

被告答フル要領ハ原告提供スル第一号第二号第三号証共全ク被告ヨリ差入レタルモノニ相違ナキモ元來該地所ハ既ニ佐藤求吾ニ對シ公正ノ証書ヲ以テ借金ノ抵当ニ差入レ置ク地所ノ内ナレハ被告カBヨリノ借金ヲ返濟シテBト被告トノ契約ヲ解除スル後チニアラサレハ原告被告ニ於テ之レカ賣買ノ契約ヲナシ得ヘキモノニアラス依テ第一号証ハ其為スヲ得ヘカラサル契約トシテ即チ契約ノ未タ成立サルモノニ付被告ニ於テ嚮キニ原告ヨリ受取タル代金ヲ返弁スルハ格別ナルモノ今更其契約ヲ履行シテ地券書換ノ手数ヲナスヘキ誤合ナク又良シヤ契約ノ成立シモノト做スモ該契約ヲ取結ヒシハ明治七年十一月、在リテ爾來四ヶ年余ヲ經過スルカラハ明治六年太政官第三百六十二号布告出訴期限(ママ)第二条ニ依リ被告ハ已ニ該地所ヲ引渡スヘキ義務ヲ免レタルモノナリ旁原告ノ請求ニ應シ難キ旨陳述ス依テ之レカ條理ヲ推究シテ裁判スルコト左ノ如シ

凡ソ一方ノ者ト他ノ一方ノ者ト正実ニ取結ヒタル契約ニシテ法律ニモ悖ラス風俗ヲモ紊ラス安寧ヲモ害セサルモノハ其双方

ノ間ニ於テハ法律ニ等シキ効力アルモノトス故ニ其契約ヲ為シタル條件ノ法律ニ抵觸スル処アルカ或ハ風俗ヲ紊リ安寧ヲ害スルノ原因アルカ又或ハ其双方ノ承諾アルカニアラサレハ一方ノ者ノ随意ヲ以テ之レガ取消ヲナスコトヲ得ヘカラス今夫レ被告ニ於テ該地所ハ嚮キニBへ書入レ質ト為シタルモノナレハ他へ賣買ヲナシ得ヘキモノニアラス然ルヲ原告被告ハ既ニ其地所ノ書入レ質タルヲ承知シナカラ債主Bノ承諾ヲモ得スシテ之レカ賣買ノ契約ヲ為シタルハ即チ為スヲ得ヘカラサル契約ナルニ依リ被告ニ於テ地券書換ヲナスヘキ義務ナキ旨陳述シ原告ハ之レニ反シテ素ヨリ該地所ノBへ書入レ質トナシアルコトハ承知致セシカ被告ヨリ該地所ヲ受戻シテ地券書換ヲ致シ呉レヘキ約定ナレハ杜巳ニ代金ノ授受地所ノ受ケ渡シヲモ相濟セタルモノニ付今更被告ニ於テ為スヲ得ヘカラサル契約杯ト申立ル筈無之旨陳述スルニ依リ之レカ事實ヲ推究スルニ抑モ該地所ハ明治七年九月被告ヨリBへ書入レ質ト為シタル地所ニシテ又被告ハ其明治七年十一月ニ於テ原告ヘ該地所ヲ賣渡スヘキ契約ヲ取り結ヒタルモノナリトス左スレハ今般原告被告ノ間ニ於テ取結ヒタル地所賣買ノ契約ハ被告カ云フ為スヲ得ヘカラサル契約ニシテ原告ニ於テハ其地所ヲ所有ト為シ得ヘキ權利ナク被告ニ於テハ之レカ地券書換ヲナスヘキ義務ナキモノカ否之ヲ論究スルニ所謂書入レ質ト云フモノハ負債主ヨリ債主ニ對シ契約ヲ堅固ナラシムル為メ其借入レタル元利金ノ返済ニ充ルニ足ルヘキ價位ヲ有スル物件ヲ以テ之レカ保証トナスモノナレハ負債主ニ於テ其借金ノ返済ヲ為ス能ハサルトキ始メテ其書入物件ニ義務ヲ生スルモノトス故ニ第一ノ義務者タル負債主ヨリ之レカ借金ヲ返済シテ其義務ヲ了スルトキハ書入物件ノ負擔スル第二ノ義務ハ自ラ消散スルモノナリ依テ原告被告カ嚮キニ取り結ヒタル契約ハ債主Bノ承諾ヲ得サリシニモセヨ現ニ第一号証ニ於テ右ノ地所讓渡代金正ニ請取申立度実正也然ル上ハ來亥三月中御内家引当ノ為請戻シ候上讓渡ノ手数仕差進可申為云々ト記載アルノミナラス今ヤ原告被告ノ両造カ口ヲ並ヘテ登初該契約ヲ取結ヒシ旨趣ハ債主Bヨリ該地所ヲ受戻シテ之レカ賣買ノ手数ヲ遂クヘキ

目的ナリシト陳述スルカラハ即チ原告被告ノ間ニ於テ正実ニ成リ立チタル契約ニシテ為スヲ得ヘカラサル契約ト云フヲ得ヘカラス何トナレハ被告ヨリ借金元利ヲ取揃ヘ返濟ヲ為ントスルニ債主Bニ於テ之レヲ拒ミ得ヘキ譯合ナリ又其書入質タル地所ヲ受戻シテ之レヲ賣却スル契約ハ勿論買主於テ承諾ノ上ナレハ書入レノ俣之レヲ賣買スルモ固ヨリ法律ノ禁セサル処ニシテ且ツ該契約ニ於ル風俗ヲ紊リ安寧ヲ害スルノ原因アルヲ見サレハナリ是ニ由テ之ヲ觀レハ該契約ノ今猶未履行セサルモノハ法律カ是ヲ支ユルニモアラス又被告カ為ント欲シテ為ス能ハサルモノニモアラスシテ獨リ被告カ其目的トスル債主Bヨリ受戻シノ手段ヲ為サザルニ起因スルモノナレハ今更被告ニ於テ其契約ヲ取消シ之レガ義務ノ執行ヲ免レ得ヘキ筋合ナシトス又被告ニ於テ果シテ原告カ論弁スル如ク該契約ヲシテ正実ニ成リ立チシ賣買ノ契約ナラシムルニモセヨ該契約ヲ取結セシハ明治七年十一月ニアリテ爾來四ヶ年余ヲ經過スルカラハ明治六年太政官第三百六十二号布告出訴期限規則第二条ニ依リ被告ハ已ニ該地所ヲ引渡スヘキ義務ヲ免レタルモノト云フト雖モ凡ソ土地ノ賣買ニ於テハ之レカ賣主タルモノハ買主ニ對シ其土地ヲ引渡スヘキ義務ト其地券面ノ名前ヲ書換ヘ所有權ヲ移スヘキ義務トノ二箇ノ義務ヲ有スルモノトス今夫レ其二箇ノ内其一ノ義務タル地所ノ引渡シハ明治七年十一月ヲ以テ已ニ被告ヨリ原告ニ引渡シ爾來原告ニ於テ其土地ヲCニ小作致サセCヨリ德米ヲ収メ自由ニ之レヲ管理シ來ルヲ見レハ則チ原告カ云フ如ク該地所ノ受渡シハ已ニ相濟タルモノト見做ササルヲ得ヘカラス果シテ然ラハ只其一ノ義務タル地券面ノ名前ヲ書換ヘ所有權ヲ移スヘキ手續ヲ怠ルモ即チ已ニ賣渡シタル地所ハ原告ノ手ニ存在スルモノニシテ再ヒ之レカ引渡シヲ為スヘキモノニアラサレハ固ヨリ出訴期限規則第二条ニ準拠スヘキモノニアラス殊ニ被告ハ明治十一年五月ニ至リ第一号証ノ契約ヲ尋キ第二号証ノ通り兼テ該地所受戻シノ為トテ引除ケ置タル金四拾貳円九拾錢ヲ領受セシノミカ又其明治十一年六月五日ニ於テ第三号証ノ契約ヲ為シタルカラハ出訴期限規則ノ為メニ該契約ノ消滅スル筋合ナシトス夫レ然り然

ラハ則ち被告ハ業已ニ之レカ賣買ノ契約ヲ取結ヒタル地所ニ對シ今更ラ地券出換ヲ拒ミ其所有權ヲ移ササルコトヲ得ヘカラサルニ依リ被告ニ於テBヨリ該地所ヲ受戻シ之レカ地券面ノ名前ヲ書換ヘ其所有權ヲ原告ヘ移スヘキハ義務ノ当然ナルモノトス

判決

右ノ筋合ナルニ依リ被告ハ原告ノ請求ニ應シBヨリ該地所ヲ受戻シ地券面ノ名前ヲ書換ヘ其所有權ヲ原告ヘ移スヘシ
明治十二年六月二十七日熊本裁判所ニ於テ裁判言渡セリ

判事補 藤井道介

第二節 事案の概要

原告Xの請求は次の通りである。明治七年一月、第一号証の通り、Xは被告Yより田畑四反二畝二七歩の土地（以下、「本件土地」と記す）を買い受け、既に代金の授受、土地の引渡をも済ませ、それ以来、Xは本件土地を所有してきた。もつとも、「本件土地のうち」四畝二四歩を除いた部分にYがBのために書入質を設定していることは、Xはもとより承知していたから、第一号証においてもYが本件土地をBより受け戻した上、本件土地の所有權をYとXへ移転する手續をなすべき契約を締結したが、それ以後、Yはその契約に違反し、空しく時が経過したので、督促の末、ついに明治一一年五月、第二号証の通り、かねて本件土地の受戻しのため取りのけておいた金四二円九〇銭に利息一三円五七銭九厘を加えてYに交付した。Yは第三号証の通り明治一一年六月一〇日までに本件土地讓渡の手續をすべき旨の約定をも行った以上、今更Yが本件土地の受戻

しができないなどと申し立てる道理はないので、XはYに対し地券書換を請求すると陳述している。

Yの答弁は以下のとおりである。Xが提供する第一号証、第二号証、第三号証とも全てYが交付したものに相違ないが、元来、本件土地は、既にBに対して公正証書を以て借金の抵当として差し入れた土地の内であるから、YがBからの借金を返済してBとYとの契約を解除した後でなければ、XとYの間で本件土地の売買契約を締結することはできない。よって、第一号証は履行不能の契約として、即ち契約は未成立であるから、Yが先にXから受け取った代金を返還することは格別、今更その契約を履行して地券書換の手續をなすべき理由はなく、また、仮に契約が成立したものと見做したとしても、当該契約を締結したのは明治七年一月であり、その時から四年余りを経過した以上は、明治六年太政官第三六二号布告出訴期限〔規則〕第二条により、Yは既に本件土地を引き渡すべき義務を免れたことになる。そこで、Xの請求には応じがたい旨陳述している。

第三節 判旨

条理を推究して次のように裁判を行う。およそ一方の者と他の一方の者と誠実に締結した契約であつて法律にも違反せず、風俗をも乱さず、安寧をも害しないものは、その双方の間においては、法律に等しい効力があるものとする。故にその契約を締結した条件に法律に抵触するところがあるか、あるいは風俗を乱し、安寧を害する原因があるか、また、あるいは、当事者双方の承諾がある場合でなければ、当事者の一方の者の随意でその契約を取り消すことはできない。

今、Yは次のように主張している。すなわち、「Yは本件土地に先にBのために書入質を設定したものであるから、本件土地を他へ売買することはできない。しかし、X・Yは、既にその土地が書入質であることを承知しながら、債権者Bの承諾を

も得ずに、本件土地の売買の契約を結んだが、これは即ち履行不能の契約であるから、Yには地券書換をなすべき義務がない」と主張している。

Xはこれに反して、「もとより本件土地にBのために書入質を設定していることは承知していたが、Yが本件土地を受け戻して地券書換を行うべき義務を負うという約定であったからこそ、当事者〔X・Y〕は、既に代金の授受・土地の引渡の履行を済ませていたのであって、今更Yが履行不能の契約などと申し立てる道理はない」と陳述した。

そこで、本件の事実を推究すると、そもそも本件土地は明治七年九月にYがBに書入質を設定した土地であり、また、Yは明治七年一月に、Xに本件土地を売り渡すべき契約を締結したものである。そうであるならば、今般XYの間で締結された土地売買の契約は、Yが言う履行不能の契約であり、Xには本件土地を所有しうる権利がなく、Yには本件土地の地券書換をなすべき義務がないのか否かを論究すると、いわゆる書入質というものは、債務者から債権者に対し、契約を堅固なものとするため、その借り入れた元利金の返済に充当するに足りるべき価値を有する物件をもって、その保証とするものであるから、債務者がその借金の返済をなしえないときに初めてその書入物件に義務を生ずるものである。故に第一の義務者である債務者が、その借金を返済してその義務を果たしたときは、書入物件の負担する第二の義務は自ら消滅するものである。よって、X・Yが先に締結した契約は、債権者Bの承諾を得ていなかったとはいえ、現に第一号証において右の土地譲渡代金をまさに受領したいと主張しているのはまちがいないことである。そうであれば、来る亥〔明治八年〕三月中御内家引当のため、受け戻しますゆえに、譲渡の手續を進めるべく申し伝え云々の記載があるのみならず、今やXYの双方が口を揃えて、当初当該契約を締結した趣旨は、債権者Bから本件土地を受け戻して、本件土地の売買の手續を行う目的であったと陳述するからには、

すなわち、X Yの間において真正に成立した契約であつて履行不能の契約とはいえない。なぜならば、Yが借金元利を取揃えて返済をしようとする際に、債権者Bはこれを拒絶しうるわけである。また、その書き入れた〔「抵当権を設定した」〕土地を受け戻して、これを売却する契約は、もちろん買主が承諾した上でのことであるから、書入れのまま〔「抵当権の付いたまま」〕本件土地を売買することも、もとより法律が禁止していないことであつて、かつ当該契約において、風俗を乱し安寧を害する原因があるとは見受けられないからである。このような事情の下で本件事案を考えると、当該契約が今なお履行されていないことは、法律によつて支持されるものでもない。また、Yが履行しようとしていながら履行不能であるというわけでもなく、ただ、Yが債権者Bから土地を受け戻す手段を講じていないことに起因するものであるから、今更Yが当該契約を取り消し、その契約上の義務の履行を免れうる理由はない。また、Yは、Xが主張するように当該契約が真正に成立した売買の契約だとしても、当該契約を締結したのは明治七年一月であつて、それ以来四年余りが経過しているからには、明治六年太政官第三六二号布告出訴期限規則第二条により、Yは既に本件土地を引き渡すべき義務を免れたものであると主張しているが、およそ土地の売買においては、売主である者は買主に對し、その土地を引き渡すべき義務とその地券面の名義を書き換え、所有権を移転すべき義務との二個の義務を負担するものである。今その二個の義務のうち、一つの義務である土地の引渡は、明治七年一月に既にYがXに引渡し、それ以来Xはその土地をCに小作させ、Cに徳米を収めさせ、自由に本件土地を管理してきていることを見るならば、則ち、Xが言うように、本件土地の引渡は既に履行済であるものと見做さなければいられない。果してそうであれば、もう一つの義務である地券面の名義を書き換え、所有権を移転すべき手続を怠つていたとしても、既に売り渡した土地はXの手中にあるものであつて、再びその引渡をしなければならぬものではないから、もとより出訴期限規則

第二条に準拠すべきものではない。ことにYは明治十一年五月になって、第一号証の契約を受け継ぐ第二号証の通り、かねて本件土地の受戻しのためとして取りのけておいた金四二四九〇銭を受領しただけでなく、明治十一年六月五日に第三号証の契約を締結したからには、出訴期限規則によつて当該契約が消滅する理由はないとすべきである。そうであるならば、即ち、Yは既にその売買の契約を締結した土地に対し、今更地券書換を拒み、その所有権を移転しないとすることはできないから、Yは、Bから本件土地を受け戻し、その地券面の名義を書き換え、その所有権をXに移転すべき義務を負うのは当然である。右の条理により、YはXの請求に応じ、Bから本件土地を受け戻し、地券面の名義を書き換え、その所有権をXに移転すべきである。

第四節 判決の検討

本件では、X Y間に締結された土地四反二畝二七歩(〓一二八七歩)の売買の効力が問題となつてゐる。Xは、代金の支払も土地の引渡しも履行されたが、地券の書換えがまだなされていなくして、地券の書換えを請求している。Yは、本件土地の大部分(四畝二四歩〓一四四歩を除く部分)に、債権者Bのために書入質が設定されているので、X Y間の売買は履行不能〔原始的不能〕であり、地券の書換えはできないと抗弁し、仮定的抗弁として、仮に売買契約が成立したとしても、契約締結時から四年余りを経過しているから、出訴期限規則二条により、Yは土地引渡債務を免れたと主張している。

明治五年(一八七二年)二月に公布された地所賣買讓渡二付地券渡方規則は、土地賣買讓渡には地券の交付がなされるべきものと規定し、明治七年一〇月三日の太政官布告一〇四号及びそれを改正した明治八年六月一八日の太政官布告一〇六号は、

地所賣買について代金授受があつたとしても、地券の交付がなければ所有権は移転しないと規定した。これが本判決当時の現行法であり、それゆえXは所有権の完全な移転を求めて地券の書換えを請求したのである。

土地担保制度として、明治六年一月一七日に太政官布告一八号「地所質入書入規則」⁽⁸⁸⁾が公布された。同規則によれば、金穀の借主である地主（土地所有者）から貸主への担保目的物たる土地の占有移転を伴う担保が質入であり、占有移転を伴わない担保が書入であるとされる（同規則一条～三条）。また、質入の場合には地券も貸主（担保権者）に引き渡すが、書入の場合には地券の引渡は不要であると規定されている（同規則四条）。このような規定をもつ書入は、フランス民法の抵当権 [hypothèque] をモデルとした担保物権であると解されている。⁽⁸⁹⁾ 本判決には、「書入質」と記載されているが、箕作麟祥訳『佛蘭西法律書』の民法二二―四條以下の訳では、抵当権 [hypothèque] に相当する訳語として「書入質」という表現が用いられている⁽⁹⁰⁾ので、書入質は書入と同義であろう。書入のなされた状態で土地を第三者に譲渡することが可能か否かについて、地所質入書入規則は特に規定を置いていないが、本判決は、法律が禁止していないことと、それを認めたからといって風俗を乱し安寧を害することにはならないという理由で、書入のなされた土地の売買は履行不能〔原始的不能〕の契約ではないと判示している。なお、この点について、フランス民法二二六六條は抵当権者の追及権を規定しているので、同条は抵当権の設定された土地を第三者に譲渡することが法的に可能であることを前提としていると解されるが、本判決はこのフランス民法の規定を援用するの否か、明示していない。

次に、Yが仮定的抗弁をなす際に依拠した出訴期限規則は、明治六年一月五日付太政官布告三六二号⁽⁹¹⁾であり、一種の消滅時効制度である。これは、フランス民法の時効規定と日本固有の旧慣とを折衷した立法であつたと評価されている。⁽⁹²⁾ 出訴期限

規則は債権の種類によつて、六ヵ月、一年、五年の出訴期限を定め、明治七年一月一日以後に締結した契約について、この出訴期限を過ぎるまで出訴しなかつた者は、権利を失ひ義務を免れると規定している。XY間の本件土地売買契約は明治七年一月に締結されているから、確かに出訴期限規則の適用がある。しかし、Yは同規則二条（一年の出訴期限にかかるものに関する規定）を根拠条文として挙げているが、同条に列挙されている債権には買主の地券名義書換請求権、所有権移転請求権は含まれておらず（最も近いのは「商人ヨリ商人ニ非サル者ヘノ賣掛代金」であろう）、他の条文を見ても買主の地券名義書換請求権、所有権移転請求権に関する規定がないので、Yの仮定的抗弁には理由がないと言ふべきである。もつとも、本判決は、Yが明治一年五月になつて本件土地売買契約の履行を請求し、売買代金を受領したこと、Yが明治一年六月五日付で同年六月一〇日までに当該土地譲渡の手續を行う旨の約定をしたことを指摘して、出訴期限規則によつて本件契約が消滅することにはならないと判示している。これは、Yの当該行為を時効利益の放棄と捉えて出訴期限規則の援用を否定したということであろう。

以上の考察を踏まえて、本判決とフランス民法との関わりについて述べよう。本判決は、前述のように、実質的には地所質入書入規則や出訴期限規則を根拠として判断を下しており、それらの実定法はフランス法の影響下に制定されたと解されるから、その点でも間接的にフランス民法の影響を受けた判決だといえる。さらに、本判決が、他方で「条理ヲ推究シテ裁判ヲナス」と述べることから判決理由の叙述を始めていることは、第三章で紹介した熊本裁判所明治一二年五月二四日判決と同様であり、裁判所がいかなるものを条理と捉えていたかをうかがい知る素材を、本判決は与えてくれるものと考えられる。そこで、判決理由の冒頭の「条理ヲ推究シテ裁判ヲナスコト左ノ如シ」に続く命題を検討しよう。そこにおいて本判決は、「凡ソ一方

ノ者ト他ノ一方ノ者ト正実ニ取結ヒタル契約ニシテ法律ニモ悖ラス風俗ヲモ害セサルモノハ其双方ノ間ニ於テハ法律ニ等シキ効力アルモノトス故ニ其契約ヲ為シタル條件ノ法律ニ抵觸スル処アルカ或ハ風俗ヲ紊リ安寧ヲ害スルノ原因アルカ又或ハ其双方ノ承諾アルカニアラサレハ一方ノ者ノ随意ヲ以テ之レガ取消ヲナスコトヲ得ヘカラス（およそ一方の者と他の一方の者と正実（誠実）に締結した契約であつて法律にも違反せず、風俗をも乱さず、安寧をも害しないものは、その双方の間においては、法律に等しい効力があるものとする。故にその契約を締結した条件に法律に抵觸するところがあるか、あるいは風俗を乱し、安寧を害する原因があるか、また、あるいは、当事者双方の承諾がある場合でなければ、当事者の一方の者の随意でその契約を取り消すことはできない）と判示している。これは、フランス民法一一三一条及び一一三二条、一一三四条に依拠した命題であろう。これらの条文は次のように規定している。

フランス民法一一三一条 “L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.”

フランス民法一一三二条 “La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public.”

フランス民法一一三四条 “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi.”

フランス民法一一三四条二項は、契約の拘束力の原則を宣言し、その帰結として、同一項は、契約当事者双方の承諾又は法

律上許された原因がなければ、契約を取り消すことはできないと規定する。また、契約の拘束力の原則に対する例外として、同一一三一条、一一三三条は、コーズ(原因) [cause]⁽⁹³⁾のない契約、誤ったコーズ(原因)に基づく契約、違法なコーズ(原因)に基づく契約は効力を有さず、法律によって禁じられたコーズ(原因)や公序良俗に反するコーズ(原因)は違法であるとしている。箕作麟祥訳『佛蘭西法律書』は、フランス民法一一三二条を「全ク原由ナキ契約ノ義務又ハ詐偽ノ原由及ヒ法律ニ背キタル原由アル契約ノ義務ハ其効ナカル可シ⁽⁹⁴⁾」と訳し、フランス民法一一三三条を「別段法律上ニテ禁シタル契約ノ原由及ヒ人民ノ風儀又ハ國ノ安寧ヲ害ス可キ契約ノ原由ハ法律ニ背キタルモノト爲ス可シ⁽⁹⁵⁾」と訳し、フランス民法一一三四条を「正シク結ヒタル契約ハ之ヲ結ヒシ雙方ノ者ノ爲メ法律ニ等シキ力アリトス。契約ハ之ヲ結ヒシ雙方ノ者ノ承諾又ハ法律上ニテ允許シタル原由アルニ非サレハ之ヲ取消ス可カラス。雙方ノ者ハ共ニ其契約ヲ正實ニ執行フ可シ⁽⁹⁶⁾」と訳している。

明治五年の皇国民法仮規則には、フランス民法一一三一条と一一三四条に相当する規定がなく、フランス民法一一三三条に相当する規定である皇国民法仮規則四一六條は「別段法律上ニテ禁シタル契約ノ原由及ヒ人民ノ風儀邦國ノ安寧ヲ害ス可キ契約ノ原由ハ之ヲ法ニ適セサル者ト爲スヘシ⁽⁹⁷⁾」と規定している。

また、明治一一年民法草案において、フランス民法一一三一条に相当する規定である民法草案九六八條は「謬虚ノ原由又ハ不適法ノ原由アル契約ハ其効ナカル可シ」と規定し、フランス民法一一三三条に相当する規定である民法草案九六九條は「別段法律上ニテ禁シタル契約ノ原由及ヒ人民ノ風儀又ハ國ノ安寧ヲ害ス可キ契約ノ原由ハ之ヲ不適法ノモノト爲ス可シ」と規定し、フランス民法一一三四条に相当する規定である民法草案九七一條は「契約ハ之ヲ爲セシ雙方ノ者ノ爲メ法律ニ等シキ力アリトス。契約ハ之ヲ爲シタル双方ノ者ノ承諾又ハ法律上ニテ允許シタル原由アルニ非サレハ之ヲ廢棄スルコトヲ得ス。契約ハ之ヲ正

實ニ執行フ可シ」と規定している。⁽⁹⁸⁾

本判決は、フランス民法一一三一条及び一一三三条、一一三四条を再構成した前述の命題を立てた上で、本件売買は、契約の拘束力が生じない例外事由に該当しないから、売主Yは買主Xとの土地売買契約を取り消すことはできず、YはXに地券書換をして所有権を移転する義務を負うと判示している。訳語として用いられた「安寧」「正実」「取消」といった表現の共通性から、本判決は、皇国民法仮規則や明治一一年民法草案よりも、箕作麟祥訳『佛蘭西法律書』を参考にしていると思われる（皇国民法仮規則には、フランス民法一一三一条と一一三四条に相当する規定がなく、明治一一年民法草案はかなり箕作麟祥訳『佛蘭西法律書』と文言が類似しているが、「取消」ではなく「廢棄」という表現が用いられている）。このように、本判決は、契約の効力（拘束力）に関するフランス民法のルールを条理として適用している。

なお、本判決と同日に下された類似事案に関する熊本裁判所の判決がある。⁽⁹⁹⁾ 裁判官はやはり本件と同じ藤井道介であり、当事者も、原告以外は全て本件と同一人である。すなわち、被告と被告の代理人が本件と同一人であるだけでなく、原告の代言人も、被告（売主）所有の土地上に書入質を有する被告の債権者（担保権者）Bも本件と同一人である。事案は、売買目的物である土地の面積と売買代金が異なるだけで、本件とほとんど異ならず、判決理由もほぼ同じといつてよい。そこで、この判決については検討を割愛する。

第六章 契約の成立要件——熊本裁判所明治一二年九月二十九日判決⁽¹⁰⁰⁾

第一節 判決原文

裁判言渡書

熊本縣肥後國飽田郡谷尾崎村六百二十一番地士族

原告 X

熊本縣肥後國上益城郡下無田村百七十九番地平民

被告 Y

熊本縣肥後國上益城郡中無田村五十八番地平民

代人 A

XヨリYニ對スル貸金催促ノ詞訟審理ヲ遂ル処

原告訴フル要領ハ明治八年八月原告ハBニ係リ貸金催促ノ詞訟ヲナシ該訴済口ニ至ル際原告事故アリテ代人Cヲ出頭セシメタル処被告ノ懇願アルニ依リBヨリ受取タル金拾三円九錢ヲ被告ニ貸與ヘ即第一号明治八年十月十六日付ノ証書ヲ受取タリ尤モ原告ハCヨリ被告ヘ現金ヲ貸渡シタルモノト存セシカ今回Cノ陳述ニ依テ始メテ其Bカ負債ヲ被告ヘ擔當セシメタルコトヲ

承知致セリ然レトモ明治十一年一月被告ハAヲ以テ該金円ヲ粟八俵ニテ勘弁致シ呉ヨト申越シタルノミナラス又明治十一年四月十日被告ヨリ差入レタル第二号証ニ於テモ該金円ヲ借受タルコトヲ記載シナカラ今更被告ニ於テテ該金円ヲ借受ケタル覺ヘナキ扨ト申立ル筈無之ニ付原告ハ第一号第二号証ニ拠リ速カニ之レカ返済ヲ受度旨陳述ス

被告答フル要領ハ被告ハ原告ヨリ該金円ヲ借受タル覺ヘナシ原告カ提供スル明治八年十月十六日付ノ証書ハBカ地所書入証書ヲ差入レナハ原告ヨリ金円ヲ借受ケ呉ルトテ自ラ之レヲ認メタルモノニシテ被告ヘ捺印セヨト申聞ケタレトモ被告ハ未タ現金ヲ借受ケサルヨリ肯テ之レカ捺印ヲナササリシニ尋テ明治九年四月以來屢々戸長役場ノ説諭ヲ受ケ被告ハ已ムナク之レニ捺印セシモノノ固ヨリ現ニ金円ヲ借受ケタルコトナキニ依リ該証書ヲ戸長役場ヘ相預ケ置キシニ早晚カ原告ノ手ニ入りシモノナリ然ルヲ原告ハ該証書ヲ奇貨トシ被告ニ係リ貸金催促ノ詞訟ヲナスニ依リ被告ハ該訴ノ入費相嵩ムヲ恐レ且ツ老父ハ疾ニ罹ル折柄ナレハ可成内済ヲ希フ心底ヨリAヲ以テ該金円ヲ粟八俵ニテ勘弁致シ呉ヨト申遣シ又原告ノ督促ニ応シAニ代書致サセタル第二号証ヲ差入レタルコトモ有之タレトモ全ク前件ノ次第ニテ現ニ金円ヲ借受タル覺ヘ無之ニ付原告ノ請求ニ應スヘキ義務ナキ旨陳述ス依テ之レカ条理ヲ推究シテ裁判ヲナスコト左ノ如シ

凡ソ一方ノ者ト他ノ一方ノ者ト合意肯諾シテ之レカ義務ヲ構造シ之レカ契約ヲ取結フニハ必スヤ其原由無ル可ラス原由ナキ契約ハ契約ノ未タ成立サルモノトス既ニ其原由ナキ契約ニシテ契約ノ未タ成立サルモノニ於テハ固ヨリ其契約ニ拠リ之レカ權義ヲ生スヘキ詎合ナキハ勿論偶々其一方ノ者ノ誤認ヨリシテ之レニ次クニ其義務ヲ行フヘキ約定ヲナシタルコトノアレハトテ現ニ其双方ノ間ニアル契約ノ初メヨリ不成ニ属スルトキハ之レニ連絡スル一切ノ契約ハ悉皆不成ニ属ス可クシテ即チ其約定モ亦全ク不成ニ属シ隨テ俱ニ其効力ヲ生スル能ハス本案原告被告カ争フ所ノ金円ハ果シテ其原由ノ在ルアツテ原告ハ被告ニ對シ

之レカ返済ヲ得ヘキ権利アルモノカ又被告ハ原告ニ對シ之レカ返済ヲナスヘキ義務アルモノカ之レカ事実ヲ推究スルニ爰ニ原告カ提供スル明治八年十月十六日付ノ証書ニハ一金拾三円九錢也但月壹歩此引当地所云々右之地所当明治八年十月十六日ヨリ來ル十二月十五日迄三ヶ月之間書入差出書面之金辻(ママ)正ニ致借用候義相違無之候利金之儀ハ但書之通差出可申候云々トアリテ誠ニ被告ハ原告ヨリ金拾三円九錢ヲ借受ケ地所書入証書ヲ差入レタルモノノ如ク且ツ其証書タルヤ明治六年太政官第十八号布告地所質入書入規則ヲ依遵シテ當時戸長役場ノ奥書割印ニ至ル迄一ツモ虧欠スル所ナキノミナラス被告カ明治十一年一月Aヲ以テ原告ヘ該金円ヲ粟八俵ニテ勘弁致具ヨト陳謝シタルコトト又被告カ明治十一年四月十日原告ノ督促ニ応シA二代書致サセ原告ヘ差入レタル第二号証ニ於テ被告ハ原告ヨリ其金拾三円九錢ヲ借受タルコトヲ記載シタルコトトノ二事ヲ以テ見ルモ其被告カ原告ニ對スル負債アルコトハ歴々之レヲ推知ス可クシテ今更被告ハ原告ニ對シ之レカ返済ヲナスヘキ義務ヲ免レ得ヘキ筋合ナキモノノ如キモ今夫レ被告ニ於テ被告ハ原告ヨリ該金円ヲ借受タル覺ヘナシ原告カ提供スル明治八年十月十六日付ノ証書ハBカ被告ノ為メニ金策致具ルルトテ自ラ恣ママニ認メタルモノニシテ當時Bヨリ被告ヘ捺印セヨト申聞ケタレトモ被告ハ未タ現金ヲ借受タルコトナケレハ肯テ之レニ捺印セサリシニ尋テ明治九年四月以來屢々戸長役場ノ説諭ニ依リ已ムナク被告ハ之レニ捺印シタルモノノ固ヨリ未タ現金ヲ借受ケサルカ故ニ該証書ヲ戸長役場ヘ相預ケ置タルニ因ラサリキ今其之レヲ原告カ所持スルヲ見レハ何時トナク戸長カ原告ヘ引渡シタルモノナル可キモ其引渡シハ被告カ嘗テ承諾セサルノミナラス被告ハ素ヨリ借受ケサル金円ヲ返却ス可キ証合ナキニ依リ原告ノ請求ニハ応シ難シト陳述シ又原告ニ於テモ嚮キニ原告ハBニ係リ賃金ノ請求ヲナシタル末該訴済口スルニ臨ミ原告事故アリテ代人Cヲ出頭セシメタル処被告懇願ニ依リ熊藏ヨリ返済シタル金拾三円九錢ヲ貸與ヘタリ尤モ原告ハCヨリ即時現金ヲ貸與ヘタルモノト存セシカ今回Cカ陳述ニ依リ始メテ其Bカ負債ヲ被告ヘ

擔當セシメタルコトヲ承知致セリト陳述スルニ依レハ抑モ該貸借ハ原告被告カ現ニ手ツカラ其金円ヲ授受セシモノニアラスシテ曾テ原告ニ對シ負債主タルBカ何等ノ事故ニテ自己ノ負債ヲ被告ニ擔當セシメタルモノカBカ之レヲ弁明スルニアラサル限りハ固ヨリ其事曖昧ニ屬シ果シテ被告カ承諾シテ之レカ義務ヲ擔負セシモノカ否其原由ヲ知ルニ由ナキモノトス又原告ハ其明治八年十月十六日付ノ証書ヲ受取タルハ明治八年十月十七日八日ノ頃ナリト申立ルモノノ其証書ノ筆跡タモ誰カ認メシモノカ承知セサリシ程ナレハ其際既ニ被告カ承諾シテ之レヲ差入レタルモノカ將タ被告カ云フBカ自ラ認メタル俚未タ被告ノ捺印タモナキ証文ヲCカBヨリ受取りタルモノナルカ否知ル可ラス而シテ其被告カ明治九年六月迄該証書ニ捺印セサリシト云フモノハ第三号ナルCカ催促狀第四号第五号ナル戸長役場ノ召喚狀ヲ以テ其事實ヲ証徴スヘキノミナラス明治十二年二月四日Cカ提供スル手續書並ニ明治十二年二月十五日Dカ手續書及ヒ明治十二年三月七日Eカ提供スル始末書等ヲ以テ見ルモ飽迄被告ハ原告ニ對シ現実金拾三円九錢ヲ借受ケサルコト且ツ其義務ヲ行フヘキコトヲ承諾セス該証書ニ捺印ヲ拒ミ居シコトヲ見ルヘキモノアリトス左スレハ其明治九年六月以前ニ在リテハ該証書ノ無効無実ハ暫ク之ヲ措クモ唯タニ其体裁タニ之レヲ具備セサル証文ニシテ原告被告ノ間ニ於テ被告カ其合意肯諾セルトハ云フヲ得サル可シ夫レ然リ果シテ被告ハ其契約ニ肯諾セルトハ云フヲ得サルカ肯諾ナクシテ他人ノ負債ヲ弁償ス可キ筋合ナシ果シテ其筋合ナキカ弁償ス可キ金円ナケレハ之レカ契約ヲ取結フ可キ原由ナシ既ニ其原由ナキカ該証文ハ原由ナキ契約ノ証文ナレハ契約ノ未タ成リ立タサルモノニシテ之レカ權義ヲ生スヘキ訳合ナシトス然レトモ被告モ亦戸長役場ノ説諭アルニモセヨ現ニ金円ヲ借受タル覺ヘナキ証文ニ捺印スル道理ナキニ之レニ実印ヲ押捺シ又該証書ヲ戸長役場ヘ相預ケ置クカラハ其之レヲ預ケ置タル証摺ヲ取置クヘキ筈ナルニ其証左モナクシテ唯ニ其証書ニ捺印シタル時日ノ遷延シタルコトノミヲ以テ之レカ義務ヲ免ルヘキ筋合ナキモノノ如キモ當時ノ戸長D及ヒ副戸長E等ノ陳述

ニ於ル嚮キニ其負債主タル被告カ捺印ナキ証文ニ自分等カ奥書割印ヲナシタル疎漏ヲ舍キ戸長役場ノ奥書割印アルカラハ地主タル者ノ捺印セサル筈ナシト説諭シ強テ被告ニ捺印ヲナサシメタリト云フニ止リ其原告被告カ實際金円ノ貸借ヲナシタル始末ニ至テハ其之レヲ路傍ノ流水ト同視シ何等ノ原由アツテ然ルヤ否ナ得テ之レヲ了承セシニアラサルヲ見レハ畢竟其被告カ明治九年六月戸長役場ノ督責ヲ受ケ該証書ニ捺印シタレハトテ緊シテ被告ハ之レカ義務ヲ行フヘキコトヲ承諾シタルモノト見做スヲ得可ラス何ントナレハ果シテ被告ハBニ代リ金拾三円九錢ヲ弁償スルコトノ肯諾アルモノニシテ眞ニ自ラ之レカ返済ヲナスヘキ契約ヲ結ヒ其証書ヲ差入ルルカラハ素ヨリ該証書ニ捺印ヲ拒ム筈ナキノミナラス又既ニ其証書面ノ約定期限即チ明治八年十二月十五日ヲ経過シタル明治九年六月ニ至リ再三戸長役場ノ説諭ヲ煩シ然ル後之レニ捺印スヘキ訳合ナケレハナリ夫レ既ニ第一号証書ハ被告ノ捺印アレハトテ被告ハ之レカ義務ヲ行フヘキコトヲ承諾シタルモノト見做スヘカラサルカ被告ハ該証書ニ對シ之レカ義務ヲ行フヘキ訳合ナキハ勿論其被告カ明治十一年一月Aヲ以テ原告ヘ該金円ヲ粟八俵ニテ勘弁致シ呉レヨト陳謝シタルコトト又其被告カ明治十一年四月十日Aニ代書セシメタル第二号証ニ於テ該金円ヲ自己ノ負債ノ如ク記載シタルコトトハ皆ナ以テ第一号証ノ契約ヲ確實ナラシメタルモノノ如キモ已ニ第一号証ノ契約ノ不成ニ属スルカラハ是亦不成ニ属ス可クシテ況シテ此二項ノ被告カ行為ハ原告カ所持スル第一号証ニ自己ノ捺印アルヨリ被告ハ其義務ヲ行ハサルヲ得可ラサルモノト誤認シ或ハ訴訟入費ヲ恐レ或ハ病父ニ離ルルヲ憂フル等其間種々ノ苦悶アツテ一時苟且ノ所置ヲ為セシコトノ推知スヘキ者アルニ於テヤ夫レ然ラハ則チ原告ハ其契約ノ未タ成立タスシテ權利モナク義務モナキ第一号証及ヒ被告カ誤認シテ差入レタル第二号証ヲ提携スルモ被告ニ對シ之レカ返済ヲ得ヘキ權利ナキモノトス

判決

右ノ筋合ナルニ依リ原告ノ請求ハ相立サルモノト心得可シ
明治十二年九月二十九日於熊本裁判所裁判言渡セリ

判事補 藤井道介

第二節 事案の概要

原告Xの請求は次の通りである。明治八年八月、原告はBに関して貸金催促の訴訟を行い、当該訴訟が済口に至つた際、代人〔代理人〕Cを出頭させたところ、被告の懇願により、CはBから受け取つた金一三円九銭を被告に貸与し、直ちに明治八年一〇月一六日付の証書（第一号証）を受け取つた。原告は、Cが被告に現金を貸与したと思つていたが、今回、Cの陳述によつて初めて、Bが債務を被告に引き受けさせたことを知つた。しかし、明治十一年一月、被告はAを遣わして、当該金員の代わりに粟八俵で弁済することで勘弁してほしいと申し伝えてきたのみならず、明治十一年四月一〇日、被告が提供した第二号証においても、当該金員を借り受けたことを記載している。そこで、原告は第一号証、第二号証により、速やかにこの金員の返済を受けたい旨陳述している。

被告Yの答弁は次の通りである。被告は原告から当該金員を借り受けた覚えはない。原告が提供する明治八年一〇月一六日付の証書は、Bが、〔Yが〕地所書入証書を交付したならば、原告から金員を借り受けてやるというので、〔Bが〕自ら作成したものであつて、被告に捺印せよと言つてきたが、被告は未だ現金を借り受けていないので、あえてこの証書に捺印をしなかつた。

つた。しかし、明治九年四月以来、しばしば戸長役場の説諭を受け、被告はやむなくこれに捺印したものの、もとより現に金を借り受けてはいないので、当該証書を戸長役場に預け置いたが、早晚、原告の手に入ったものである。それなのに、原告は当該証書を奇貨として、被告に対して貸金催促の訴訟を提起した。被告は当該訴訟の費用がかさむのを恐れ、かつ、被告の老父が病にかかっている折柄であったので、可能であれば和解を願う気持ちから、Aを遣わして、当該金員の代わりに粟八俵で弁済することで勘弁してほしいと申し伝え、また、原告の督促に応じ、Aに代書させた第二号証を交付したこともあった。しかし、被告は、現に金員を借り受けた覚えがないので、原告の請求に応ずべき義務はない旨陳述している。

第三節 判旨

条理を推究して次のように裁判を行った。

およそ、一方の者と他の一方の者とが合意して、義務を設定し、契約を締結するには、必ずその原因〔コース〕がないといけない。原因のない契約は、未だ成立していない契約である。既にその原因のない契約であって、未だ成立していないものにおいては、もとより、その契約により、契約上の権利と義務を生ずべき理由がないのはもちろんのこと、たまたま、その一方の者の誤認によって、「不成立の契約を前提として」その「契約上の」義務を行うという約定を結んだことがあるからといって、現に双方の間にある契約が始めから不成立であるときは、それに関連する一切の契約は全て不成立となる。すなわち、その約定もまた、全く不成立となる。従って、ともにその効力を生ずることはできない。

本件で原告と被告の争点となっている金員は、果してその原因があつて、原告が被告に対し、その返済を請求しうる権利が

あるのか、また、被告が原告に対し、その返済をなすべき義務を負担しているのか、その事実を推究すると、ここに、原告が提供している明治八年一〇月一六日付の証書には「一金一三円九銭也但月一步此引当地所云々。右の土地、当明治八年一〇月一六日より来る一二月一五日まで三ヶ月間書入差出書面の金員正に借用いたしました。この点には相違はございません。利息については但書の通り、お支払いいたします云々」とあって、真に、被告は原告から金一三円九銭を借り受け、地所書入証書を交付したもののようであり、かつその証書といえは、明治六年太政官第一八号布告地所質入書入規則に依拠して、当時、戸長役場の奥書割印に至るまで、一つも欠けるところがないのみならず、被告が明治一一年一月、Aを原告に遣わして、当該金員の代わりに粟八俵で弁済するということが勘弁してほしいと陳謝したことと、また、被告が明治一一年四月一〇日、原告の督促に応じ、Aに代書させ、原告に交付した第二号証において、被告は原告から金一三円九銭を借り受けたことを記載していることとの二点を見ると、被告が原告に対して負債のあることは明らかに推知しうることであつて、今更被告は原告に対し、その返済をなすべき義務を免れうる理由がないかのように見える。

ところが、今、被告は、「自分が原告から当該金員を借り受けた覚えがない。原告が提供している明治八年一〇月一六日付の証書はBが被告のために金策をしてあげるといので、自らほしいままに作成したものであつて、当時Bが私(被告)に捺印せよと言ってきたが、私(被告)は未だ現金を借り受けていなかったもので、あえてこれに捺印しなかつた。しかし、明治九年四月以来、しばしば戸長役場の説論を受け、やむなく私(被告)はこれに捺印したものの、もとより未だ現金を借り受けていなかった故に、当該証書を戸長役場に預け置いたのである。今、この証書を原告が所持しているのを見ると、いつかわからないが戸長が原告に引き渡したのであるが、その引渡は、私(被告)がかつて承諾していなかつたものであるのみならず、

私（被告）はもとより借り受けていない金員を返済する理由がないので、原告の請求には応じがたい」と陳述している。

また、原告は、「先にBに対して貸金の請求を行った末、当該訴訟について済口を行うに際し、私（原告）に事故があつて代理人Cを出頭させたところ、被告の懇願により、Bが返済した金一三円九銭を貸与した。もつとも、私（原告）はCが直ちに現金を貸与したと思つてしたが、今回Cの陳述により初めてBの債務を被告に引き受けさせたことを知つた」と陳述している。

そもそも、当該貸借は、原告・被告が現実にその金員を授受したのではなく、原告に対する債務者であるBが、何らかの事故で、自己の債務を被告に引き受けさせたものであるが、Bがそのことを説明するのではない限り、もとよりそのことは曖昧となり、果して被告がBの債務を負担することを承諾したのか否か、その原因を知る手段がない。また、原告は明治八年一月一六日付の証書を受け取つたのは明治八年一月一七、八日の頃であると主張しているものの、その証書の筆跡も誰が作成したものか分からない程であるので、その際、既に被告が承諾してこれを交付したのか、それとも被告が言うように、Bが自ら作成したまま、未だ被告の捺印もない証文をCがBから受け取つたものなのか、知ることができない。そうして、被告が明治九年六月まで当該証書に捺印しなかつたということは、第三号証であるCの催促状、第四号証・第五号証である戸長役場の召喚状を以て、その事実を証明することができるのみならず、明治一二年二月四日にCが提供した手続書並びに明治一二年二月一五日にDが提供した手続書及び明治一二年三月七日にEが提供した始末書等を見ても、あくまで被告は原告に対し、現実に金一三円九銭を借り受けていないと主張し、かつ、その義務を行うべきことを承諾せず、当該証書に捺印することを拒んでいたことが見受けられる。そうであれば、明治九年六月以前においては、当該証書が無効であるか否かはしばらくこれを

おくとしても、その体裁すら具備していない証文であるから、それによって、原告・被告の間において、被告が（金銭消費貸借ないし債務引受の）合意をしたとは言いいないであろう。したがって、被告はその契約を承諾したとは言えないが、承諾なくして他人の債務を弁済すべき理由はない。そして、その理由がない以上、弁済すべき金員もなく、そのような契約を締結する原因（「コース」）はない。したがって、当該証文は原因のない契約の証文であるから、契約は未だ成立しておらず、その契約上の権利義務を生ずべき理由はない。しかし、被告もまた、戸長役場の説論があつたからといって、現に借り受けた覚えのない金員に関する証文に捺印する道理はないのに、これに実印を押捺し、また、当該証書を戸長役場に預け置いたからには、これを預け置いた証拠を保管しておくべきはずであるのに、その証拠もなく、ただその証書に捺印した時日がのびのびになつたことだけをもって、その義務を免れるべき理由はないように思われる。ところが、当時の戸長D及び副戸長Eらの陳述によれば、先にその債務者である被告の捺印のない証文に自分等が奥書割印をした落ち度を棚に上げて、戸長役場の奥書割印があるからには、地主である者が捺印しない筈はないと説論し、強いて被告に捺印をさせたと言ふに止まり、原告・被告が実際金員の貸借をした事情に至っては、それを路傍の流水と同視し、どんな原因があつて貸借があつたのか否かを了解したわけではないところを見ると、結局、被告が明治九年六月に戸長役場の督責を受けて、当該証書に捺印したからといって、必ずしも被告がこの契約上の義務を行うべきことを承諾したものと見做すことはできない。なぜならば、被告がBに代わり、金一三円九銭を弁済することを承諾したものであつて、真に自らその返済をなすべき契約を結び、その証書を交付したのであるならば、もとより当該証書に捺印することを拒む筈がないのみならず、また、既にその証書面の約定期限、即ち、明治八年二月一五日を経過した明治九年六月に至つて、再三戸長役場の説論を煩わせた後に、これに捺印をするような理由はないからである。既

に第一号証書に被告の捺印があるからといって、被告はその義務を行うべきことを承諾したものと見做すべきではないが、被告は当該証書に対し、その義務を行うべき理由がないのは勿論のこと、被告が明治十一年一月、Aを遣わして、原告に当該金員の代わりに粟八俵を弁済することで勘弁してほしいと陳謝したことと、また、その被告が明治十一年四月一〇日にAに代書させた第二号証において、当該金員を自己の債務のように記載したことは、全て第一号証の契約を確実ならしめたもののようにあるが、既に第一号証の契約が不成立となったからには、これもまた不成立となるべきである。したがって、この二度の被告の行為は、原告が所持する第一号証に自己の捺印があることによって、被告はその義務を行わないわけにはいかないものと誤認し、あるいは訴訟費用を恐れ、或いは病父のことを心配する等、その間様々な苦悩があつて、暫定的な措置をしたことだとも推知できる。そうであるならば、その契約は未だ成立しておらず、権利も義務もない第一号証、及び被告が誤認して交付した第二号証を提示したとしても、原告は被告に対し、その返済を請求する権利はない。

右の条理により、原告の請求には根拠がないものと心得るべきである。

明治十二年九月二十九日 熊本裁判所において裁判を言渡した。

判事補 藤井道介

第四節 判決の検討

本判決においては、まず、原告XがBに対して提起した貸金催促の訴訟が済口に至つたとされる。当時の民事訴訟における原告の訴状、被告の答書の書式の規則を定めた明治六年七月一七日の太政官布告二四七号「(102)訴答文例」の第四六条は、「被告

人訴状ニ對シ辨解スルコト能ハサル者ハ速ニ原告人ト熟議シ對決前ニ解訟ヲ爲シタル答書ハ原告人承諾ノ奥書連印ヲ爲サシム可シ」と規定している。そして、同条に関連する附録一四号は「對決前熟議解訟ノ答書」の書式を示し、当該答書において被告人が記載すべき文言として「某ノ訴濟口ノ答 右住所身何之誰何々ノ儀訴出候付今何日御呼出ノ御状拜見仕原告人江熟談濟方仕趣申上候」との文言を示している。また、幕藩法時代の民事訴訟手続である出入筋においては、「広義には裁判外の示談も内済というが、裁判上の内済は、和解案の内容を記して両当事者が連印した「済口証文（内済証文）」を奉行所に提出し、承認の手続（「済口聞届」）を経ることによって裁許（判決のこと―筆者注）と同様の効力が与えられる」と¹⁰³とされていた。したがって、済口とは裁判上の和解を意味すると考えられる。

次に、Xは、Xの代理人Cが被告YにBの債務を引き受けさせたと主張している。元々XはCがBから貸金を受領し、あらためてYに現金を貸与したと思っていたが、今回の訴訟におけるCの陳述で初めて、CがYにBの債務を引き受けさせたことを知ったと述べている。そこで、仮に現行民法を本件の事案に当てはめてみると、Cの行為はXに対する関係では無権代理だと考えられるが、Xの追認があったとしてXY間に効果が帰属するとみてよいであろう。では、Xの代理人Cが被告YにBの債務を引き受けさせた（原文では、「負債ヲ被告へ擔當セシメタルコト」となっている）とXが主張するCの行為は、いかなる契約か。被告Yは、原告Xから現金を借り受けていないから、Xの請求に必ずべき義務はないと主張している。YがXの代理人Cとの間に結ばれた契約を金銭消費貸借契約だと捉えていたとすれば、消費貸借は要物契約であるから、目的物である金銭をYが受領していないならば、契約は未だ成立していないといえる。他方、この契約は、債務者がBからYに交代しているので、更改あるいは免責的債務引受にあたることも解される。本件の契約が更改あるいは免責的債務引受だった場合、CY間に

合意が存在していたか否かが問題となる。この契約の成否が本件における主要な争点であり、原告Xは契約の有効な成立を主張し、被告Yは契約の成立を否定している。

形式上は、YはXに地所書入証書を交付し、戸長役場の奥書割印も受けている。地所の書入とは、第五章第四節で述べたように、フランス抵当権法を導入した一種の非占有担保であり、金穀の借主が設定するもので、地所書入証書には戸長の奥書割印を受けることを要するとされていた⁽¹⁰⁴⁾。このことから、YがXに対して債務を負担していることが推定できるが、本判決は、当時の戸長と副戸長⁽¹⁰³⁾の陳述等から、戸長がYの捺印のない証文に奥書割印をした上で、戸長役場がYに説諭して強いて捺印をさせたことも認定し、Yは貸借の契約を承諾したとはいえないとして、C Y間（ひいてはX Y間）の消費貸借あるいは更改ないし債務引受契約（第一号証の契約）の成立を否定している。また、Yが、第一号証の契約上の債務の弁済の代わりに、粟八俵の弁済で勘弁してほしいと陳謝したり、第一号証の契約上の債務を第二号証で承認したかのように記載したりしたのは、Xが所持する第一号証にYの捺印があることよって、Yはその義務を履行しなければならないものと誤認したためだと推認して、本判決はXの請求を棄却している。

ところで、本判決は、C Y間（ひいてはX Y間）の契約の成立ないし効力を否定する際に、フランス民法に依拠している。引用条文は明示されていないが、フランス民法に依拠していることは、次のような記述から推定できる。まず、本判決は、原告・被告の主張を述べた後、「依テ之レカ条理ヲ推究シテ裁判ヲナスコト左ノ如シ（よつてこの条理を推究して次のように裁判を行った）」という文の後に、判決理由の冒頭に置かれている次のような記述である。「凡ソ一方ノ者ト他ノ一方ノ者ト合意肯諾シテ之レカ義務ヲ構造シ之レガ契約ヲ取結フニハ必スヤ其原由無ル可ラス原由ナキ契約ハ契約ノ未タ成立サルモノトス

(およそ、一方の者と他の一方の者とが合意して、義務を設定し、契約を締結するには、必ずその原因がないといけない。原因のない契約は、未だ成立していない契約である)。これは、フランス民法一一〇八条及び一一三一条を踏まえた記述であると思われる。これらの条文は次の通りである。

フランス民法一一〇八条 “Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention:

Le consentement de la partie qui s'oblige;

Sa capacité de contracter;

Un objet certain qui forme la matière de l'engagement;

Une cause licite dans l'obligation.”

フランス民法一一三一条 “L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.”

箕作麟祥訳『仏蘭西法律書』は、これらの条文を次のように訳している。

フランス民法一一〇八条

「契約ヲ法ニ適シタルモノト爲スニハ左ノ四件アルコトヲ必要トス

義務ヲ行フ可キ者ノ承諾

契約ヲ爲ス者其契約ヲ結ビ得可キ權利

契約ノ目的タル定マリシ事物

義務ヲ生ス可キ法ニ適シタル理由」

フランス民法一一三一条

「全ク原由ナキ契約ノ義務又ハ詐偽ノ原由及ヒ法律ニ背キタル理由アル契約ノ義務ハ其効ナカル可シ」

これに対し、明治五年の皇国民法仮規則には、フランス民法一一三一条に相当する規定がないが、皇国民法仮規則は、フランス民法一一〇八条に相当する規定である三九六條を次のように規定している。

「契約ヲ法ニ適シタル者ト為スニハ左ノ四件ヲ必要トス

義務者ノ承諾

契約ヲ為ス者其契約ヲ結ヒ得ヘキコト

契約ノ目的タル定マリシ事物

法ニ適シタル契約ノ理由⁽¹⁰⁶⁾」

また、明治一一年民法草案は、フランス民法一一〇八条及び一一三一条にそれぞれ相当する規定である九四六條と九六八條を次のように規定している。

九四六條「契約ヲ適法ノモノト爲スニハ左ノ四件ヲ必要トス

第一 義務ヲ行フ可キ者ノ承諾アル事

第二 契約ヲ爲シ得可キ能力アル事

第三 契約ノ目的タル事物ノ定マリシ事

第四 法ニ適シタル原由アル事⁽¹⁰⁷⁾

九六八條「謬虛ノ原由又ハ不適法ノ原由アル契約ハ其効ナカル可シ」⁽¹⁰⁸⁾

皇国民法仮規則はフランス民法一一三一条に相当する規定を欠いているので、本判決の判示のうちの「原由ナキ契約ハ契約ノ未タ成立サルモノトス」という命題に対応する規定がない。この点で、本判決文中で立てられた命題は上記のうち、特に箕作麟祥訳『仏蘭西法律書』及び明治一一年民法草案を参考にして構成された可能性が高い。

さて、ボワソナードの『性法講義』は次のように説明している。

「假令ヒ外形ノミナルモ原因アルニ非ラサレハ契約ヲ爲シ難シ故ニ名記セラレシ契約即チ法律或ハ慣習ニテ許ルス所ノ契約ニハ必ス一ノ原因アルヘキアリ賣却ノ原因ハ賣主ノ方ニテハ其ノ品物ヲ讓渡シ而シテ代價ヲ得ルノ望願是レナリ買主ノ方ニテハ代價ヲ拂フテ此ノ品物ヲ得ルノ望願是レナリ是レ都テ他ノ名記セラレシ諸契約ニ付テモ亦タ同様ナリ其原因ハ契約ニ附着スル所ノ權利便宜ヲ得可キ各結約人ノ望願是レナリ然レトモ譬ヘハ余ハ自ラ余ノ父ノ相續人ナリト思ヒ依テ汝ニ對シテ義務ヲ負フ可キ義ナリト信セリ然レトモ負債ハ決シテ成立セシニ非ラス或ハ既ニ消却セシ者ナリ而シテ余ハ汝ト更改約(名記アル契約)ヲ爲セリ是レニ依テ余ハ他物ヲ以テ汝ニ與ヘサル可カラス然レトモ此ノ更改約ハ全ク不成ノ者ナリ(原因ノ缺失)⁽¹⁰⁹⁾」。

「原由」や「原因」はcauseの訳語であるが、フランス民法におけるcauseは、邦語文献においては、「原因」と訳されたり、そのまま「コーズ」と片仮名表記されたりするのが通例である。本判決は、「原由」という表現を用いている点で、訳語に関しては、ボワソナード『性法講義』よりも、箕作麟祥訳『仏蘭西法律書』及び明治一一年民法草案に依拠していると思われる。

CY間（ひいてはXY間）に締結されたとC（ないしX）が主張している契約が金銭消費貸借だとすると、これは要物契約であるので、目的物（金銭）の引渡がYの目的物（金銭）返還債務のコーズ（原因）であるが、本件ではYへの金銭の引渡の事実の存在が認定されていないので、金銭消費貸借はコーズ（原因）の欠缺により不成立ということになる。

CY間（ひいてはXY間）に締結されたとC（ないしX）が主張している契約が、Yが新たな債務者となる債務引受ないし更改だとすると、無償契約である可能性がある。その場合には、惠与の意図、すなわち、抽象的な債務負担の意思（同意〔consentement〕）とは異なる、無償で他人の債務を引き受ける具体的な意思がYの債務のコーズ（原因）である。⁽¹¹⁾ポワソナード『性法講義』の表現によれば、「契約ニ附着スル所ノ權利便宜ヲ得可キ各結約人ノ望願」⁽¹²⁾ということになる。本件では、「飽迄被告ハ原告コニ對シ現実金拾三円九銭ヲ借受ケサルコト且ツ其義務ヲ行フヘキコトヲ承諾セス該証書ニ捺印ヲ拒ミ居シコト（あくまで被告は原告に対し、現実に金一三円九銭を借り受けていないと主張し、かつ、その義務を行うべきことを承諾せず、当該証書に捺印をすることを拒んでいたこと）」という事実や、「被告カ明治九年六月戸長役場ノ督責ヲ受ケ該証書ニ捺印シタ（被告が明治九年六月に戸長役場の督責を受けて、当該証書に捺印した）」という事実、あるいは「其証書面ノ約定期限即チ明治八年十二月十五日ヲ経過シタル明治九年六月ニ至リ再三戸長役場ノ説諭ヲ煩シ然ル後之レニ捺印（その証書面の約定期限、即ち、明治八年一月一日を経過した明治九年六月に至って、再三戸長役場の説諭を煩わせた後に、これに捺印）」したという事実が認定されていることから、被告Yはむしろ金銭消費貸借契約を結ぶことを望んでいたのであって、無償で他人の債務を引き受けることを承諾しておらず、すなわちYには惠与の意図がなく、裁判所は債務引受ないし更改もコーズ（原因）の欠缺により不成立と判断したものと考えられる。なお、ポワソナード『性法講義』は、コーズ（原因）の欠缺を、次の

ような例を用いて説明している。すなわち、「譬へハ余ハ自ラ余ノ父ノ相續人ナリト思ヒ依テ汝ニ對シテ義務ヲ負フ可キ義ナリト信セリ然レトモ負債ハ決シテ成立セシニ非ラス或ハ既ニ消却セシ者ナリ而シテ余ハ汝ト更改約（名記アル契約）ヲ爲セリ是レニ依テ余ハ他物ヲ以テ汝ニ與ヘサル可カラス然レトモ此ノ更改約ハ全ク不成ノ者ナリ（原因ノ缺失）⁽¹⁹⁾」。ここで、「更改約」にはノワシヤンとルビが振られているので、これはnovation、すなわち更改を意味する。したがって、本件の担当裁判官は、コース（原因）という概念を理解し、適用する上で、ボワソナード『性法講義』をも参照したのではないかと思われる。

以上のように、本判決はコース（原因）の欠缺を理由に、契約の成立を否定し、Yの債務の発生を否定しているように思われる。但し、本判決が契約の成立を否定する論拠として挙げているのは、コース（原因）の欠缺だけではない。先に引用したフランス民法一一〇八条が「契約ヲ法ニ適シタルモノ」とするための要件として第一に挙げている「義務ヲ行フ可キ者ノ承諾」（箕作麟祥訳）の欠缺も、本判決は契約の成立を否定する論拠として指摘している。その際、箕作訳フランス民法一一〇八条一号及び明治一一年民法草案九四六條一号（前掲）とほぼ同じ表現が用いられているので、本判決がフランス民法（箕作訳）や明治一一年民法草案を参照したことが推定できる。すなわち、「飽迄被告ハ原告ニ對シ現実金拾三円九錢ヲ借受ケサルコト且ツ其義務ヲ行フヘキコトヲ承諾セス該証書ニ捺印ヲ拒ミ居シコトヲ見ルヘキモノアリトス左スレハ其明治九年六月以前ニ在リテハ該証書ノ無効無実ハ暫ク之ヲ措クモ唯タニ其体裁タニ之レヲ具備セサル証文ニシテ原告被告ノ間ニ於テ被告力其合意肯諾セルトハ云フヲ得サル可シ夫レ然リ果シテ被告ハ其契約ニ肯諾セルトハ云フヲ得サルカ肯諾ナクシテ他人ノ負債ヲ弁償ス可キ筋合ナシ（あくまで被告は原告に對し、現実に金一三円九錢を借り受けていないと主張し、かつ、その義務を行うべきことを承諾せず、当該証書に捺印をすることを拒んでいたことが見受けられる。そうであれば、明治九年六月以前においては、

当該証書が無効であるか否かはしばらくこれをおくとしても、その体裁すら具備していない証文であるから、それによって、原告・被告の間において、被告が「金銭消費貸借ないし債務引受の」合意をしたとは言えないであろう。したがって、被告はその契約を承諾したとは言えないが、承諾なくして他人の債務を弁済すべき理由はない。」という判示や、「畢竟其被告カ明治九年六月戸長役場ノ督責ヲ受ケ該証書ニ捺印シタルハトテ緊シテ被告ハ之レカ義務ヲ行フヘキコトヲ承諾シタルモノト見做スヲ得可ラス（結局、被告が明治九年六月に戸長役場の督責を受けて、当該証書に捺印したからといって、必ずしも被告はこの契約上の義務を行うべきことを承諾したものと見做すことはできない）」という判示、あるいは「夫レ既ニ第一号證書ハ被告ノ捺印アレハトテ被告ハ之レカ義務ヲ行フヘキコトヲ承諾シタルモノト見做スヘカラサルカ（既に第一号証書に被告の捺印があるからといって、被告はその義務を行うべきことを承諾したものと見做すべきではないが）」という判示が、そのことを示している。

箕作麟祥訳『仏蘭西法律書』のフランス民法二一〇八条に規定された「義務ヲ行フ可キ者ノ承諾」における「承諾」とは、consentementの訳語である。小粥太郎はこれを「同意」と訳し、抽象的債務負担の意思であると説明する。そして、「同意」の外側にあつて、抽象的債務に取引の実態に則した性格を与える当事者の現実の意思を客観化・定型化したものがコース（原因）であり、フランス民法典において、契約当事者の意思は、同意とコースに分けて二元的に構成されると説く。⁽¹⁴⁾ 本判決は、同意とコース（原因）の関係をどのように捉えているのか明確ではなく、また、判決理由の冒頭の記述からは、本判決は契約不成立の根拠を主としてコース（原因）の欠缺に求めているように見えるが、前述のように承諾（同意）の欠缺をも契約不成立の根拠として挙げているように思われる。

第七章 担当裁判官について

本稿で検討した諸判決の担当裁判官は、藤井道介という人物である。藤井道介は判事になる前に夭逝したこともあって、各種の人名辞典類には掲載されていない。もともと、『明治初期の官員録・職員録第三卷』及び『同第四卷』には彼の名が掲載されている⁽¹⁵⁾。しかし、この書物の性格上、ある年度の職員録の発行年月日現在、藤井道介がどこに勤務していたかということはある程度分かるが、ある年度の職員録が発行されてから次の年度の職員録が発行されるまでの中間期に異動があった場合に、その異動については記録されていない。従って、藤井道介の履歴を網羅的に把握することはできない。そこで、彼の経歴について国立公文書館所蔵の文書⁽¹⁶⁾を元に述べておこう。藤井道介は、山口県出身の士族であり、嘉永元年（一八四八年）六月に生まれ、明治九年（一八七六年）七月から司法省に出仕した。明治一〇年（一八七七年）六月、一五等出仕として熊本裁判所への在勤を申し付けられ、同年八月、豆田区裁判所長に任命され、同年一〇月、判事補となった。明治一二年（一八七八年）九月、熊本裁判所に帰庁したが、明治一二年（一八七九年）一〇月、佐伯区裁判所長に任命された。本稿で取り扱った判決は、明治一一年三月から一二年九月までの豆田区裁判所長（判事補）及び熊本裁判所判事補の時代のものである。その後、明治一四年（一八八一年）二月に竹田区裁判所長、同年一二月五日に大分支庁判事補に任じられた後、同月二十九日に杵築治安裁判所長に任命されたが、明治一五年（一八八二年）六月に病死した⁽¹⁷⁾。

藤井道介が司法省に出仕することになった明治九年七月といえは、ボワソナードによるフランス法の講義を受けた司法省法

学校正則科第一期生が卒業した月である。⁽¹¹⁸⁾ また、その前月である六月から、フランス民法をモデルとした明治一一年民法草案の起草が始まっていた。⁽¹¹⁹⁾ さらに、藤井道介が熊本裁判所への在勤を申し付けられた明治一〇年（一八七七年）六月にボワソナードの『性法講義』が出版されている。したがって、司法省において、藤井道介がフランス法についての知識を得る何らかの機会があったのではないかと思われるし、当時の司法省内にあったと思われるフランス法重視の風潮の影響を、藤井道介も多少少なかれ受けたのではないかと推測される。もともと、藤井道介自身は、司法省法学校正則科第一期生ではないし、司法省法学校や司法省明法寮で教育を受けてはいないようである。⁽¹²⁰⁾ なお、山口県出身の士族としては、藤井道介は前稿で取り上げた進十六の⁽¹²¹⁾ 数年後輩に当たるが、面識や接点があったか否かは不明である。明治元年に藤井道介は満二十歳に達していたが、明治維新前後から司法省に出仕するまでの経歴は分かっていない。⁽¹²²⁾ 前述したように、藤井道介は、司法省に出仕してから大半の期間を、熊本裁判所管内の裁判所の裁判官として務めている。判事になる前に夭逝したが、判事補として、合議体でなく単独で判決を下す機会が多かったため、控訴裁判所、控訴院、行政裁判所等の評定官として合議体に加わることが多かった進十六に比べて、より自由にフランス法を援用することができたのではないだろうか。

第八章 おわりに

本稿では、熊本裁判所の裁判官であった藤井道介が、明治前期に担当した条理裁判のうち、フランス民法に依拠したと考えられるものを検討してきた。そこで彼が援用したフランス民法上の法規範は、無能力、レジオン（過剰損害）、契約の解釈、

契約の拘束力、コーズ(原因)・承諾(同意)等の契約の成立要件等に関するものであった。これらはいずれも契約法の総論ないし基礎理論に属する法規範である。⁽¹²³⁾ もっとも、第一章で述べたとおり、筆者は、藤井道介裁判官の担当した判決を網羅的に検討したわけではなく、「條理ヲ推究」して裁判を行ったという趣旨の、いわゆる条理裁判の中から筆者の目に留まった四件の判決に絞って紹介し、分析したにすぎない。したがって、藤井道介の担当した財産法に関する条理裁判の中に、他にもフランス民法を援用したものがあつた可能性がある否定できない。これに対し、(国際日本文化研究センター)の民事判決原本データベースで検索できたものに限定すると、藤井道介が担当した家族法に関する裁判例の数は財産法に関する裁判例に比べて圧倒的に少なく、これらについては検討しなかつた。⁽¹²⁴⁾

藤井道介の担当した裁判例のうち、家族法に関する裁判例自体が少ない理由については、当時の民衆の法意識の影響等も考慮に入れる必要があり、ここで軽々に論ずることはできない。但し、財産法、特に契約法に関して、フランス民法を援用した判決が何件か存在することの背景について、推測を交えてではあるが述べておきたい。

フランス人ボワソナードは、既に明治七年六月から明治九年五月にかけて、司法省の省内有志に対して契約法を中心としたフランス民法の講義を行い、その講義の中で「契約編ハ世界万国ニ於テ欠クベカラサルモノナリ。日本ニテヨク注意シテ立テタランニハ万国ニ対シ美ナルコトナリ」と契約法の普遍性と重要性を説いていた。⁽¹²⁵⁾ この講義が終了するや否や、明治九年六月から、大木喬任司法卿のイニシヤティヴの下で、箕作麟祥と牟田口通照が民法編纂委員に任命されて、フランス民法をモデルとした所謂明治一一年民法草案の起草が開始され、草案は明治一一年四月に完成したが、結局不採用となり、⁽¹²⁶⁾ 明治一二年三月に、ボワソナードが民法典草案の起草を委嘱されることとなつた。⁽¹²⁷⁾ ボワソナードによる法典編纂にあつては、物権と人権

（＝債権）の編纂が家族法の編纂よりも先行・優先するものとされていたようである。その理由として、物権と債権は、自然法に基づくものであって、日本人と外国人とを問わず適用されうる規定であるのに対し、家族法は日本人にのみ適用されることや、家族法の部分に関しては、日本に「旧慣ノ稍々精詳ナルモノ」があつて「現時家族ノ利益ヲ規定スル」に十分であること等が挙げられている。こうした立法方針は条約改正を念頭に置いた政策であつた。⁽¹²⁸⁾

他方、外交面に目を転ずると、明治一一年二月、外務卿寺島宗則は関税自主権回復を目的とする条約改正方針を決定し、同年五月から交渉を開始した。しかし、交渉は難航し、明治一二年七月、イギリスは、関税自主権回復要求を放棄しなければ、改正交渉に応じない旨の通知を行い、交渉は挫折した。明治一二年九月に、外務卿は寺島宗則から井上馨に交代し、井上は領事裁判権等の治外法権の廃止に重点を置いて、条約改正交渉を進めた。⁽¹²⁹⁾

明治一一年から一二年にかけて、藤井道介裁判官が財産法、特に契約法に関して、フランス民法を援用した判決を何件も下した背景（付言すると、本稿に先立つ拙稿「明治前期の広島裁判所における条理裁判とフランス民法―圍繞地通行権に関する裁判例を素材として―」で検討した、進十六裁判官の判決も明治一一年一月に下されたものである）にはこのような時代状況があつた。彼の判決には、当時、条約改正を重要な目的の一つとして、フランス法をモデルとした法典の編纂に着手していた政府の政策の影響がなかつたとはいえないであらう。

最後に、繰り返しになるが、本稿は藤井裁判官の担当した条理裁判を網羅的に検討したものではない。彼が、他の条理裁判で、フランス民法を援用した例があるのか、あるとすればいかなる規定をどのように解釈して援用しているのか、さらに、他の地方の裁判所では条理裁判の実態はどうだったのか等、検討すべき問題点は多いが、これらは将来の課題としておきたい。

注

- (1) 内閣官報局編『法令全書 明治八年ノ1』(原書房、復刻版、一九七五年) 二二七頁。
- (2) 日本国語大辞典第二版編集委員会・小学館国語辞典編集部編『日本国語大辞典第二版 第七巻』(小学館、二〇〇一年) 二九二頁の「条理」の項目の説明による。
- (3) 野田良之「明治八年太政官布告第百三三号第三条の『条理』についての雑感」法学協会編『法学協会百周年記念論文集第一巻』(有斐閣、一九八三年) 二四三〜二八〇頁。大河純夫「明治八年太政官布告第一〇三三号『裁判事務心得』の成立と井上毅(一) 立命館法学二〇五・二〇六号 五〇六〜五二六頁、同「同(二) 立命館法学二二七号一〜一七頁、同「同(三) 立命館法学三三四号一七四〜二〇七頁。
- (4) 野田・前掲注(3) 二四九、二七一頁。
- (5) 箕作麟祥訳『佛蘭西法律書』(文部省蔵版、明治三年〜七年。院書館、明治八年)。箕作麟祥訳『佛蘭西法律書』には複数の版があり、私が参照した中で最も古いものは明治四年の版である(これは、前田達明編『史料民法典』(成文堂、二〇〇四年) 四〜二二頁に収録されている)。しかし、本稿で素材とした判決は明治一年及び明治二年のものであり、判決中で裁判官が立てた法命題のうち、フランス法に依拠していると推定できるものの文言は、むしろ、明治五年の復刻版(翻譯局譯述『佛蘭西法律書 上巻』(小笠原書房、明治十五年))に近い。そこで、本稿では、特にことわりのないかぎり、箕作麟祥訳『佛蘭西法律書』の引用については、明治一五年の復刻版(翻譯局譯述『佛蘭西法律書 上巻』(小笠原書房、明治十五年))による。
- (6) 井上正一は、「爰ニ司法官ノ爲メニ恰モ暗黒ヲ破ツテ曙光ヲ放ツノ憶アラシメタルモノハ彼ノ箕作先生ノ譯セラレタル佛國民法デアリマス佛國民法ノ翻譯書ハ當時實ニ司法官ノ金科玉條トシタルモノデアル。條理ノ寶典トシタルモノテアツタ」と述べている(井上正一「佛國民法ノ我國ニ及ホシタル影響」『佛蘭西民法百年紀念論集』(法理研究會、一九〇五年) 六五頁。さらに、野田良之「明治初年におけるフランス法の研究」日仏法学一五七〜五八頁、大久保泰甫「日本近代法の父ポワソナード」(岩波書店、一九七七年) 七三頁、ゴライ(伊藤英樹・廣瀬隆司共訳)「フランス民法典の日本に及ぼした影響」愛知学院大学論叢法學研究二七巻三・四号(原著は、"Le Code Civil 1804-1904 Livre du Centenaire", Paris, 1904)に収録された論文 Gouri, "Influence du Code civil français sur le Japon"である。著者は、村上博次掲論文及び北村一郎「フランス民法典200年記念とヨーロッパの影」ジュリスト二二八号九三頁によれば五来欣造 [1875-1944] [一九〇〇年に東京帝大仏法科を卒業。独仏に留学した後、早稲田大学教授を務めた]とされる) 一〇七〜一〇八頁、村上博「明治初期の裁判基準」三松学舎創立者・三島中洲の「手控」を手掛かりに―日本文理大学商経学会誌一一巻一、号九七〜九九頁、川口由彦「日本近代法制史」(新世社、一九九八年) 二二七頁等参照。

但し、イギリス法も、明治前期の裁判において条理の具体的内容の重要な部分を構成していたことに注意する必要がある。この点について、五十川直行「日本民法に及ぼしたイギリス法の影響入序説」星野英一・森島昭夫編『加藤一郎先生古稀記念 現代社会と民法学の動向 下 民法一般』(有斐閣、一九九二年)一〇五―一〇六頁参照。

(7) 大久保・前掲注(6) 七二―七三頁。

(8) 野田・前掲注(6) 五八―五九頁。

(9) 村上二博「明治民法施行以前における離婚裁判の一考察―京都(始審・地方)裁判所判決を中心として」法制史研究三六号一四三―一七九頁、同「続々・明治期の離婚関係判決」同志社法学二二一―一五三頁、同(書評)「関西大学明治前期法理学理論研究班編『司法省法学校におけるポワソナードの講義に関する研究』法制史研究四一―四三―四六頁。

(10) 深谷 格「明治前期の広島裁判所における条理裁判とフランス民法―圍繞地通行権に関する裁判例を素材として―」西南学院大学法学論集三七卷一号一―五四頁。

(11) 深谷・前掲注(10) 四頁。

(12) 国際日本文化研究センターのホームページのURLは<http://www.nichibun.ac.jp>である。「民事判決原本データベース文字入力マニュアル」には、「判断文書」とは、裁判所が作成した文書であり、裁判所が判断を下した文言が記述された文書(案、謄本、正本、写、朱書き部分を消去したものも含む)をいう(林屋礼二・石井紫郎・青山善充編『明治前期の法と裁判』(信山社、二〇〇三年)五二頁)と記されており、本稿もその用語法に従う。

(13) なお、このデータベースは現在データの蓄積・更新作業が継続中であり、本稿で用いた検索結果は二〇〇五年一月二日現在のものであることをお断りしておく。

(14) なお、藤井道介の略歴については本稿第七章参照。

(15) 司法省編『司法沿革誌』(原書房、一九七九年)二七頁。最高裁判所事務総局編『裁判所百年史』(大蔵省印刷局、一九九〇年)二〇―二二頁。

(16) 司法省・前掲注(15) 二九頁。最高裁判所事務総局・前掲注(15) 二二頁。

(17) 司法省・前掲注(15) 一七頁。最高裁判所事務総局・前掲注(15) 一八―一九頁。司法職務定制は、内閣官報局編『法令全書 明治五年ノ一』(内閣官報局、一八八九年。原書房、復刻版、一九七四年)四六五―五〇〇頁に掲載されている。

(18) 太政官布告第一一四号による。内閣官報局編『法令全書 明治九年ノ一』(内閣官報局、一八九〇年。原書房、復刻版、一九七五年)一五四

一五五頁。司法省・前掲注(15)三五頁。最高裁判所事務総局・前掲注(15)二二頁。個々の地方裁判所の呼称として、例えば広島の場合は「広島裁判所」であり、「広島地方裁判所」とは呼ばれなかったようである(加藤高「明治初年代、府県裁判所異聞(一)」—広島県裁判所を中心として—) 修道法学二二卷一・二号五九頁注(15)、菊山正明「明治国家の形成と司法制度」(御茶の水書房、一九九三年)二六八—二六九頁に よる。

(19) 内閣官報局・前掲注(18)一五五頁。司法省・前掲注(15)三五頁。

(20) 内閣官報局編「法令全書 明治九年ノ2」(内閣官報局、一八九〇年。原書房、復刻版、一九七五年)一四〇一—一四〇二頁。司法省・前掲注(15)三六頁。最高裁判所事務総局・前掲注(15)二二頁。

(21) 内閣官報局・前掲注(20)一四〇一—一四〇二頁。司法省・前掲注(15)三六頁。最高裁判所事務総局・前掲注(15)二二頁。

(22) 司法省・前掲注(15)三八頁。

(23) 司法省・前掲注(15)三八—三九頁。

(24) 『角川日本地名大辞典 44 大分県』(角川書店、一九八〇年)六九〇—六九二頁、七七一頁、九七二—九七五頁、九八二頁、一二五〇—一二五一頁。『日本歴史地名大系第四五巻 大分県の地名』(平凡社、一九九五年)九六一—九六二頁、九六八—九七〇頁、一〇七〇—一〇七二頁。

(25) 司法省・前掲注(15)五七—六八頁。

(26) この判決が収録されている史料の表紙には、「年度 自明治十年一月 至明治十四年十二月 豆田區裁判所」「名稱 裁判原本綴 (ハ) 通常訴訟事件」「冊數 第壹冊」「保存始期 明治 年 月(年月が空欄で、その上から「永久保存」と朱のスタンプが押されている)」と記されている。この史料の第六〇丁から本判決が記載されている。

(27) 代理人のこと。明治六年六月一八日太政官布告二五号「代人規則」(内閣官報局編「法令全書 明治六年ノ1」(内閣官報局、一八八九年。原書房、復刻版、一九七四年)三〇〇—三〇二頁)がこれを規律していた。

(28) 「破約」には「約束を破ること。約束を履行しないこと」という語義の他に「契約を取り消すこと」という語義もあり(日本国語大辞典第二版編集委員会・小学館国語辞典編集部編「日本国語大辞典第二版 第十巻」(小学館、二〇〇一年)一三八一頁の「破約」の項目参照)、ここでは、債務不履行として法的責任を問われる前者ではなく、一定の法的根拠に基づいて正当化される後者(契約を取り消すこと)の意味で用いられている。

(29) 代人規則四条によれば、代人には総理代人と部理代人があり、総理代人は、「本人身上諸般ノ事務ヲ代理スル者」である。また、部理代

人とは、「特ニ委任スル部内ノ事務ヲ代理スルヲ得ル者」である。

(30) 明治一〇年(一八七七年)一月三〇日に勃発(同年九月二十四日に終結)した西南戦争を指すものと思われる。

(31) 「中裁」とは「仲裁」のことである(日本国語大辞典第二版編集委員会・小学館国語辞典編集部編『日本国語大辞典第二版 第八卷』(小学館、二〇〇一年)一四五八―一四五九頁の「仲裁」の項目において、明治前期に「中裁」の語を用いた用例が紹介されている)。もっとも、文脈からすると、ここでは厳密な法概念として用いられているのではなく、中裁という語は、「対立し争っているもの間にはいつていろいろとりなし、双方を仲なおりさせること」、中裁人という語は、「争いの間にはいつて、双方の和解にあたる者」といった程度の意味のものとして用いられているのであろう(いづれも、前掲『日本国語大辞典第二版 第八卷』一四五八―一四五九頁による)。

(32) 元来、薬を盛るさじのことだが、ここでは、それから転じた意味である「医師」のこと。

(33) 前掲注(29) 参照。

(34) 前掲注(30) 参照。

(35) 前掲注(28) 参照。

(36) 前掲注(31) 参照。

(37) 前掲注(28) 参照。

(38) 明治五壬申年二月一日、太政官布告第五〇号は、「地所永代賣買ノ儀從來禁制ノ處自今四民共賣買致所持儀被差許候事」と述べている(内閣官報局・前掲注(17) 五九頁)。

(39) 明治五壬申年二月二四日、大藏省第二五号(内閣官報局・前掲注(17) 五三二―五三九頁)。

(40) 内閣官報局編『法令全書 明治七年ノ一』(内閣官報局、一八八九年。原書房、復刻版、一九七五年) 一三七―一三八頁。

(41) 内閣官報局・前掲注(1) 一二八頁。

(42) 前田・前掲注(5) 三七一頁。なお、皇国民法仮規則について、手塚豊『明治民法史の研究(上)』(慶應通信、一九九〇年) 一一三―一四五頁、坂本慶一『民法編纂と明治維新』(悠々社、二〇〇四年) 二五七―二八二頁参照。

(43) 前田・前掲注(5) 五一七頁。明治一年草案の起草が完成したのは明治一年四月であるが、司法省において起草が開始されたのは明治九年六月だとされている(手塚・前掲注(42) 二〇三―二二五頁参照)。後述(本稿第七章)のように、本判決の担当裁判官・藤井道介は、明治九年七月から司法省に出仕しており、明治一〇年六月に熊本裁判所在勤となるまで、司法省本省において編纂過程のこの草案を目にしていた可

能性がある。

(44) ピコー著（山崎直胤譯）『佛國民法註釋 第一篇 人事 第二篇 財産』（明治九年）（原著は、Picoi, *Code Napoléon expliqué article par article*, Paris, 1838-1863）である。一七八頁。これは、概ね立法者の説明に則している（須永醇「意思無能力者の法律行為の『無効』の法的性質に関する一視点—フランス法からの示唆—」法学志林八三巻二号、二二頁参照）。

(45) これについては、谷口知平『現代外國法典叢書（14）佛蘭西民法（I）人事法』（有斐閣、復刊版、一九五六年）四七〇～四九一頁、須永・前掲注（44）二二～二三頁、稲本洋之助『フランスの家族法』（東京大学出版会、一九八五年）一二七～一二八頁参照。また、フランス民法の原始規定については、*Code civil des français 1804, édition présentée par Jean-Denis Bredin de l'Académie française*, Paris, 2004参照。なお、当時の禁治産制度は、一九六八年一月三日の法律 [Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968] によつて全面改正された。改正後の法については、山口俊夫『概説フランス法 上』（東京大学出版会、一九七八年）四七八～四九〇頁、須永・前掲注（44）一六～三三頁、稲本・前掲注（45）一三六～一四二頁、須永醇編『被保護成年者制度の研究』（勁草書房、一九九六年）一七九～二一八頁参照。

(46) ステッドマン医学大辞典編集委員会編『ステッドマン医学大辞典』（メジカルビュー社、一九八〇年）六九四頁（imbecileの項）。加藤正明編集代表『新版精神医学事典』（弘文堂、一九九三年）四五五～四五六頁（上出弘之執筆「精神遲滞」の項）。

(47) ステッドマン医学大辞典編集委員会・前掲注（46）三七一頁（dementiaの項）。加藤正明・前掲注（46）五四〇頁（保崎秀夫執筆「痴呆」の項）。

(48) “Grand Larousse de la langue française”, t.3, Paris, 1973, p.2109.

(49) Demolombe(C.), *Cours de Code Napoléon*, t.8, Paris, 1870, pp.291-293, のこと（を指摘し、この概念規定の不適切さや制度の硬直さが一九六八年一月三日の法律による改正をもたらしたと説くものとして、須永・前掲注（44）一三三頁、稲本・前掲注（45）二二一～二二三頁参照）。

(50) デーニッツ（講義）、湯村卓爾・三浦常德・齋藤准（記聞）『断訟医学』（齋藤准、一八七九年）。

(51) ロレツ『断訟医学』（一八八六年）。

(52) 神戸文哉訳『精神病約説 上巻・中巻・下巻』（京都癡狂院、一八七六年）（原著は、J.Russell Reynolds, *System of Medicine*, 2ed., 1872）。

(53) ボワソナード講義・井上操筆記『性法講義』（司法省蔵版、明治一〇年。小笠原書房翻刻、明治一四年）二二六頁。

(54) これについては、岡田靖雄『日本精神科医療史』（医学書院、二〇〇二年）二二一～二二九頁参照。

(55) ピコー・前掲注（44）一八五～一八六頁は、同じ語を「処置」と訳しており、こちらのほうが証書よりも的確な訳であると思われる。

- (56) 過剰損害 (レジオン [Légion]) については、大村敦志「公序良俗と契約正義」(有斐閣、一九九五年)、山口俊夫「概説フランス法 下」(東京大学出版会、二〇〇四年) 五八〇―六四頁、金山直樹「フランス革命・民法典における契約自由の原則 (二・完) ―婚姻と離婚も踏まえて―」(民商法雑誌 一一二巻三号三八八―三九八頁参照。なお、金山直樹は、フランス民法一六七四条を次のように訳している。「売主は不動産の価格につき二分の七以上の損害を被った場合、売買の取消しを求める権利を有する。売主が契約において明示的にこの取消しを求める権利を放棄し、かつ差額分を与える旨を表示したときも、同様である。」(金山・前掲注 (56) 三九七頁)
- (57) 前田・前掲注 (5) 四二二頁。
- (58) 前田・前掲注 (5) 五六七頁。
- (59) ボワソナード・前掲注 (53) 一三六―一三七頁。
- (60) ボワソナード・前掲注 (53) 七頁。
- (61) ボワソナード・前掲注 (53) 一三六―一三八頁。
- (62) ボワソナード・前掲注 (53) 一三八頁。
- (63) Loi n° 68-5 du janvier 1968 によって導入された民法四九一―二条参照。司法救助については、山口・前掲注 (45)、稲本・前掲注 (45) 一三六―一四二頁、須永・前掲注 (45) 一八六―一九〇頁参照。
- (64) Malaurie (Ph.), Aynès (L.) et Stoffel-Munck (Ph.), *Les Obligations*, Paris, 2003, p.252.
- (65) 手塚豊・利光三津夫編著『民事慣例類集』(慶應義塾大学法学研究会、一九六九年) 一九五―一九九頁。
- (66) 国際日本文化研究センター (<http://www.nichibun.ac.jp>) の民事判決原本データベースによれば、簿冊番号 505000008、簿冊内番号 013、事件番号一八七九年第二五二号、事件名・貸金催促ノ一件となっている。
- (67) 内閣官報局編『法令全書 明治十年』(内閣官報局、一八九〇年。原書房、復刻版、一九七五年) 九三六―九三八頁。さらに、司法省達丁七五号「契約書解釋心得」について、藤原明久「明治前半期における連帯債務法―フランス民法継受の諸相―」(神戸法学雑誌四六巻三号五一―五二四頁参照)。
- (68) 内閣官報局・前掲注 (67) 九三七頁。
- (69) なお、同条は、山口俊夫によれば「約定においては、その文言の字義に拘泥するよりは、契約当事者の共通の意図であつたものを探求しなければならぬ」と訳されている(山口・前掲注 (56) 一〇五頁)。

(70) 前田・前掲注(5) 三八九頁。

(71) 前田・前掲注(5) 五三七頁。

(72) 内閣官報局・前掲注(27) 三六四頁。

(73) 竹内昭夫・松尾浩也・塩野宏編集代表「新法律学辞典 第三版」(有斐閣、一九八九年) 三三三頁(「訓令」の項)、九四三頁(「達」の項) 参照。

(74) 例えば、鹿野菜穂子「契約の解釈における当事者の意思の探究—当事者の合致した意思—」九大法学五六号一〇九—一一〇頁は、一九世紀のフランスにおけるフランス民法二一五六条の解釈として、「契約の解釈において裁判官はまず、当事者の意思の探究に専念しなければならず、その際契約書のみならずその他の外的な諸事情にも依拠することができる。契約書の文言が明確な場合であっても、これに反する当事者の意思が明らかにされるときには、解釈によって後者の意味が優先されなければならない」と述べ、さらに同一一四頁は、二〇世紀における同条の解釈として、「契約の解釈についても、まず第一に裁判官が行うべき作業は『当事者の共通の意思』の有無及びその内容の確定であることが、一般的に承認されているのである」と述べて、フランス民法二一五六条が裁判官を名宛人とした規定であることを示している。また、沖野眞己「契約の解釈に関する一考察(三)」法協一〇九卷八号一二九七—一二九八頁は、「注目されるのは、フランスにおける契約解釈をめぐる議論がとくに裁判官観と深く関わっていることである。註釈学派から現在の学説に至るまで、裁判官に対する警戒の念はほぼ一貫している。註釈学派は、契約解釈において両当事者の意思の探求を唯一・絶対のものとし裁判官がそこから離れることを許さなかつた。慣習、衡平等を理由に裁判官が両当事者の意思を歪めることを恐れ、常に両当事者の意思を要求した。裁判官の恣意を防ぐためその裁量の余地を極力狭めようとしたのである。・・・現在の学説が一方で古典理論に従い両当事者の意思探求を第一としているのは、裁判官が両当事者の意思を改変することを防ぐためであり、他方で古典理論を修正し擬制的意思を排するあるいはそれがもはや現実の具体的意思ではなく合理人の抽象的意思であることを認めるのは、裁判官が創設的解釈を行うことを認めつつ、そこに客観的基準をうちたてかつ破毀院のコントロールを及ぼすことによつて、裁判官の恣意を排除するためである」と述べて、やはりフランス民法一一五六条が裁判官を名宛人とした規定であることを示している。さらに、山口・前掲注(56) 一〇三頁は、「民法典は、契約の解釈に当り判事が従うべき原則を、一一三五条、一一五六—一一六四条に定める」と述べている。

(75) この問題については、北村一郎「契約の解釈に対するフランス破毀院のコントロール(一)〜(二)」(一〇)完「法協九三卷一二号〜九五卷五号、沖野眞己」契約の解釈に関する一考察(一)〜(三)(未完)「法協一〇九卷二号二四五—三二一頁、一〇九卷四号四九五—五六七頁、一〇九卷八号一二六五—一二七三頁参照。

- (76) 植村元覚「近世富山売薬業の仕入」富大経済論集六卷一号一六六―一三九頁参照。
- (77) 杉山茂「薬の社会史―日本最古の売薬 外郎・透頂香」(近代文芸社、一九九九年) 一一頁。
- (78) 明治一〇年一月二〇日太政官布告第七号「賣薬規則」第一条(内閣官報局・前掲注(67)二―三頁)。
- (79) 杉山・前掲注(77) 一六二―一六三頁。武知京三「近代日本と大和売薬」(税務経理協会、一九九五年) 一頁、八三頁。
- (80) 植村元覚「懸場帳について」富大経済論集六卷三・四号二七九―二八一頁。
- (81) 富山市史編さん委員会編「富山市史 通史(上巻)」(富山市、一九八七年) 一〇一五頁。なお、懸場帳について、他に、日本地域社会研究所編「日本の郷土産業3 中部・北陸」(新人物往来社、一九七五年) 四一―四四頁参照。
- (82) 植村・前掲注(80) 二九〇―二九三頁。
- (83) 国際日本文化研究センター (<http://www.nichibun.ac.jp>) の民事判決原本データベースによれば、簿冊番号505000008、簿冊内番号0080、事件番号一八七九年第一九二号、事件名…地券証書換拒ノ一件となっている。
- (84) 今日(の)の弁護士に相当する代言人は、明治五年八月三日に公布された司法職務定制四三条(内閣官報局・前掲注(17)四八二頁)において初めて規定されたが、当初は自由営業であった。その後、明治九年二月二日、代言人規則(司法省甲第一号達(内閣官報局・前掲注(20)一三五―一三五八頁))が公布され、代言人は免許制となり、代言人となろうとする者は、代言を行おうとする裁判所を示して、所管地方官の検査を受け、その後、司法省に願書を出して免許状を受けるものとされた(代言人規則一条)。最初にこの規則によって司法省から代言人の免許を受けた者は全国でわずかに三四名であったが、熊本県では六名にのぼった。本判決に原告の代言人として関与している代言人・角田勝命はこの六名のうちの一人である(熊本県弁護士会誌編纂委員会編「熊本県弁護士会史」(熊本県弁護士会、一九八六年) 六頁、七五〇頁)。なお、これより先、明治六年六月一日、代人規則(前掲注(27)参照)が代理に関する規定として公布されていたが、代人規則施行後も、代人免許を持たない者が代人として他人の訴訟を取り扱ったことがあったようである(前掲「熊本県弁護士会史」五頁)。本件で被告Yは代人でなく代人Aを立てているが、これもその一例であろうか。
- (85) 内閣官報局・前掲注(17) 五三二頁。
- (86) 内閣官報局・前掲注(40) 一三七―一三八頁。
- (87) 内閣官報局・前掲注(1) 一二八頁。
- (88) 内閣官報局・前掲注(27) 一三―一七頁。

(89) このことを指摘するものとして、藤原明久「明治初期における土地担保法の形成―明治六年「地所質入書入規則」を中心として―」神戸法学雑誌二四卷三号三二二―三三五頁、伊藤孝夫「明治初期担保法に関する一考察」法学論叢一二八卷四・五・六号三五〇―三五二頁、牧英正・藤原明久編『日本法制史』（青林書院、一九九三年）一九一頁（藤原明久執筆）、川口・前掲注（6）一〇三頁、藤原明久「明治前期における書入の戸長公証とフランス抵当権の登記」神戸法学雑誌五三卷二号三八一―三九頁等がある。

(90) 箕作麟祥訳『佛蘭西法律書』の明治一五年の復刻版（翻譯局譯述『佛蘭西法律書 上巻』（小笠原書房、明治一五年））による。但し、明治四年の版では、hypothèqueは片仮名で「イポテーク」あるいは「イポテック」ノ權（債主質高ノ引當トシテ不動産ヲ得可キ特權即チ不動産書入質ノ權）と表記されている（前田・前掲注（5）一九六頁、二〇〇―二〇四頁）。この点につき、伊藤・前掲注（89）は、『佛蘭西法律書』の明治四年の最初の刊行時には、箕作は適切な訳語を見いだせず、原音を仮名で「イポテック」と表記するにとどまらざるをえなかったが、同書の改訂版である明治八年四月刊行のものでは、hypothèqueに「書入質」という訳語があたりと指摘している。

(91) 内閣官報局・前掲注（27）五六七―五七〇頁。

(92) 内池慶四郎「出訴期限規則略史―明治時効法の一系譜―」（慶應義塾大学法学研究会、一九六八年）六七―一八頁（特に七六―七七頁）。

(93) フランス民法におけるコーズ（原因）[cause] については、小粥太郎「フランス契約法におけるコーズの理論」早法七〇卷三号一―一九〇頁が邦語文献としては最も詳細かつ包括的な検討を行っている。他に、大村敦志「典型契約と性質決定」（有斐閣、一九九七年）一七三―一九三頁、山口・前掲注（56）七一―七八頁参照。なお、大村・前掲書一九〇頁注（36）（37）には、コーズ（原因）に関する邦語文献が挙げられている。

(94) 山口俊夫は同条を「原因を欠き、または誤った原因に基づき、または不正違法の原因に基づく債務関係は、いかなる効果をもつことができない」と訳している（山口・前掲注（56）七三頁）。

(95) 山口俊夫は同条を「原因は、法律によって禁じられたものであるとき、善良の風俗または公けの秩序に反するものであるときには、不正違法である」と訳している（山口・前掲注（56）七四頁）。

(96) 山口俊夫は同条を「適法に形成された約定は、それをなした者に対して、法律に代わる。約定は、それをなした者相互の合意または法律が許す原因によってでなければ、撤回することができない。当事者は、その約定したところを誠実に履行しなければならない」と訳している（山口・前掲注（56）八八―八九頁）。さらに、フランス民法一三四条について、藤原・前掲注（67）五一―五二頁参照。

(97) 前田・前掲注（5）三八八―三八九頁。

- (98) 前田・前掲注(5) 五三五頁。
- (99) 国際日本文化研究センター (<http://www.nichibun.ac.jp/>) の民事判決原本データベースによれば、簿冊番号505000008、簿冊内番号0081、事件番号一八七九年第一九二号、事件名：地券証書換拒ノ一件となっている。
- (100) 国際日本文化研究センター (<http://www.nichibun.ac.jp/>) の民事判決原本データベースによれば、簿冊番号505000009、簿冊内番号0071、事件番号一八七八年第四八八号、事件名：貸金催促ノ詞訟となっている。
- (101) 裁判上の和解のこと。これについては後述する。
- (102) 内閣官報局・前掲注(27) 三二〇―三三三頁。
- (103) 牧英正・藤原明久・前掲注(89) 二四四頁(神保文夫執筆)。
- (104) 地所質入書入規則九条(内閣官報局・前掲注(27) 一四頁)。なお、明治六年に地所質入書入規則が制定・公布された当時、同条によれば、戸長の奥書及び割印のない証文は、質入・書入のみならず被担保債権までも無効とするものとされた。しかし、その後、明治七年太政官第六号布告によって、この点は改正され、戸長の奥書及び割印のない証文については、質入・書入の効力だけが否定され、その場合、債権は無担保債権(質入・書入のない一般債権)となることとなった。
- (105) 明治四年(一八七一年)の戸籍法(明治四年四月四日太政官布告第一七〇号・内閣官報局編『法令全書 明治四年』(内閣官報局、一八八八年。原書房、復刻版、一九七四年) 一一四―二三八頁)は、戸籍編製・取扱機関として数町村を単位とした区を設置して、責任者として「戸長」「副戸長」を置いた(戸籍法第一則)。戸長、副戸長は、一般行政事務まで取り扱ったため、従来の村役人(庄屋、名主、年寄等)との間で権限をめぐって混乱を生じ、明治五年(一八七二年)四月九日の太政官布告第一一七号(内閣官報局・前掲注(17) 八八頁)は、従来の村役人(庄屋、名主、年寄等)を廃止し、戸長、副戸長と改称して一本化し、従来の村役人が取り扱っていた事務に加えて、土地人民に関する事件を一切、戸長、副戸長に取り扱わせることとした。この点について、川口・前掲注(6) 九二頁参照。
- (106) 前田・前掲注(5) 三八七頁。
- (107) 前田・前掲注(5) 五三三頁。
- (108) 前田・前掲注(5) 五三五頁。
- (109) ボワソナード・前掲注(53) 一四五―一四六頁。
- (110) 山口・前掲注(56) 七三頁、小粥・前掲注(93) 四〇頁、一一九頁。

(11) 山口・前掲注(56) 七三頁、小粥・前掲注(93) 四〇頁。

(12) ボワソナード・前掲注(53) 一四六頁。

(13) ボワソナード・前掲注(53) 一四六頁。

(14) 小粥・前掲注(93) 三八〜四三頁。

(15) 寺岡寿一編『明治初期の官員録・職員録第三卷』(寺岡書洞、一九七七年)は当時のいくつかの官員録・職員録を収録している。同書に収録された最も発行年代の古い官員録・職員録は、西村隼太郎編『官員録』(西村組出版局、明治九年)であるが、これは明治九年四月に発行されたものなので、後述するように明治九年七月から司法省に出仕した藤井道介裁判官は、当然のことながら収録されていない。寺岡・前掲注(115)『第三卷』に収録された次に発行年代の古い官員録・職員録は神崎正誼編『官員名鑑 全』(明治一〇年)であり、これには明治一〇年一〇月三十一日現在の記録として、藤井道介は司法省十五等出仕・山口県出身・熊本裁判所在勤と記されている(寺岡・前掲注(115)『第三卷』一二二頁)。寺岡・前掲注(115)『第三卷』に収録された次に発行年代の古い官員録・職員録は、明治一二年二月に発行された大崎清重編『明治官員録 全』であり、これには、藤井道介は判事補・山口県出身・熊本裁判所在勤と記されている(寺岡・前掲注(115)『第三卷』五二七頁)。寺岡寿一編『明治初期の官員録・職員録第四卷』(寺岡書洞、一九七九年)も当時のいくつかの官員録・職員録を収録している。まず、同書に収録された最も発行年代の古い官員録・職員録は、明治一三年一〇月に発行された彦根正三編『改正官員録』(博公書院、明治一三年)であるが、これには、藤井道介は判事補・山口県出身・熊本裁判所在勤と記されている(寺岡・前掲注(115)『第四卷』一四五頁)。寺岡・前掲注(115)『第四卷』に収録された次に発行年代の古い官員録・職員録は、明治一四年七月に発行された彦根正三編『改正官員録』(博公書院、明治一四年)であり、これには藤井道介は判事補・山口県出身・熊本裁判所在勤と記されている(寺岡・前掲注(115)『第四卷』三二二頁)。寺岡・前掲注(115)『第四卷』に収録された次に発行年代の古い官員録・職員録は、明治一五年五月に発行された彦根正三編『改正官員録』(博公書院、明治一五年)であり、これには、藤井道介は判事補・山口県出身・杵築治安裁判所長と記されている(寺岡・前掲注(115)『第四卷』五一五頁)。そして、寺岡寿一編『明治初期の官員録・職員録第五卷』(寺岡書洞、一九八〇年)に収録された最も発行年代の古い官員録・職員録である、明治一六年一二月発行の彦根正三編『改正官員録』(博公書院、明治一六年)には、もはや藤井道介の名は記されていない(後述するように、前年六月に死亡したためである)。

(16) 国立公文書館のデジタル・アーカイブシステムに「故判事補藤井道介同上(故判事於保貞夫祭資料下賜ノ件)」という件名で登録されている文書(請求番号) 本館2A-010-00・公03434100、[件名番号] 104、[マイクロフィルム・リール番号] 046200、[マイクロフィルム・開始コマ]

明治前期の熊本裁判所における各理裁判とフランス民法―契約法に関する裁判例を素材として―

(0795)には、次のような文書が含まれている(文書の内容はインターネットでは検索できず、国立公文書館で検索する必要がある)。

故判事補藤井道介祭資料下賜之義同
判事補藤井道介儀客月廿八日病没致シ候處同人儀ハ別紙履歷書之適當省出仕以來格別勉勵候ニ付為祭資料金四拾五圓下賜相成候様致度此段相同候也

明治十五年七月十三日 司法卿大木喬任

太政大臣三條實美殿

伺ノ趣聞届候事

明治十五年七月十八日

(以下、別紙)

山口縣士族

藤井道介

嘉永元年戊申六月生

明治九年七月三日

一 出仕申付候事

同年十二月廿七日

一 出仕被廢候事

同年六月廿七日

一 補十五等出仕

同日

一 熊本裁判所在勤申付候事

同月三十日

一 熊本裁判所在勤申付置候処更ニ同所へ監時(ママ)出張申付候事

同

同

同

同

司法省

- 同年八月十五日
 - 一 熊本裁判所 在勤申付候事
- 同月廿五日
 - 一 豆田區裁判所 長申付候事
- 同年十月廿七日
 - 一 任判事補
- 同日
 - 一 月俸貳拾四下賜候事
- 同十一年九月六日
 - 一 御用都合有之 歸廳申付候事
- 同十二年五月廿日
 - 一 自今月俸貳拾五下賜候事
- 同十二年五月十三日
 - 一 佐伯區裁判所 長申付候事
- 同十三年十二月廿七日
 - 一 自今月俸三拾四給與候事
- 同十四年二月七日
 - 一 竹田區裁判所 長申付候事
- 同年十二月五日
 - 一 大分支廳詰ヲ命シ候事
- 同月廿九日
 - 一 杵築治安裁判所 長ヲ命シ候事
- 同十五年五月十五日
 - 一 杵築治安裁判所 長ヲ命シ候事

熊本裁判所

司法省

同 同 同 同 同 同 同 同 同 同

一 自今月俸三拾五円給與候事

同

(117) 治安裁判所及び枿築治安裁判所については第二章参照。

(118) 大久保・前掲注(6) 五三頁。

(119) 手塚・前掲注(42) 二〇三―二二五頁参照。

(120) 大久保・前掲注(6) 五三頁には、司法省法学校正則科第一期生二七名全員の氏名が掲載されているが、その中に藤井道介の名はない。また、手塚豊『明治法学会教育史の研究』(慶應通信、一九八八年)には、司法省明法寮、司法省法学校の生徒の名簿が掲載されているが、その名簿にも藤井道介の名はない。

(121) 進十六の経歴については、深谷・前掲注(10)において述べたが、その後、国立公文書館の文書(後掲)から得られた情報をもとに、補正すべき点を以下に記しておく。修正すべき点として、深谷・前掲注(10) 三二頁には、進十六の生年を、「一八四四? (一八四三、あるいは一八三九とも)」と書いたが、国立公文書館の文書(後掲)には生年は天保十四年と記されているので、すなわち一八四三年ということになる。また、深谷・前掲注(10) 三二頁では、進十六の司法官としてのキャリアが、明治四年(一八七一年)に山口県聴訟課に配属された時に始まると述べているが、進は既に新潟で明治元年一〇月に権判事助役に、さらに同年一二月に権判事心得に任命されており、明治二年一月に依願退職するまで二、三ヵ月間の短期間ではあったが裁判実務に携わっていたので、彼の司法官としてのキャリアはこの時に始まったと言わなければならない。補正すべき点は以下の諸点である。進は、明治二〇年に東京控訴院評定官に任命された後、同年一二月二七日から明治二一年五月一六日まで、大審院評定官代理を勤めた。明治三八年に進は行政裁判所評定官を辞職しているが、これは進が静養したいと希望して辞表を提出したことによる依願免本官である。進は、行政裁判所評定官を辞職した際、錦鶏間祇候(「きんけいのまじこう」と読む。勅任官(高等官)等以上の官職)を五年以上勤めた者、及び勲三等以上の者のうち特に功労ある者に与えられた資格。麿香間祇候(「じゃこうのまじこう」)の下の地位で、勅任官待遇)に列せられている。

さて、進十六に関する国立公文書館の文書とは、国立公文書館のデジタル・アーカイブシステムに「行政裁判所評定官進十六依願免本官ノ件」という件名で登録されている文書(「請求番号」本館 2A-019-00・任B00413100'〔件名番号〕015)と「従四位進十六特二錦鶏間祇候被仰付候様宮内大臣へ照会ノ件」という件名で登録されている文書(「請求番号」本館 2A-019-00・任B00414100'〔件名番号〕056)である。これらの文書の内容をこの順に以下に掲げる。

「行政裁判所評定官進十六依願免本官ノ件」

行政裁判所評定官從四位勲三等進十六儀維新前後國事ニ奔走シ明治四年山口縣權大属ニ任シ權典事大属等ノ諸官ヲ歴任シ明治十年判事ニ任シ尋テ福岡始審裁判所長控訴院評定官ヲ徑テ同廿年名古屋地方裁判所長ニ補セラレ同廿四年二月行政裁判所評定官ニ轉任シタル者ニシテ在職年數前後三十有餘年ノ久シキニ巨リ其功勞實ニ不尠然ルニ今回靜養致度旨ヲ以テ辞表奉呈候ニ就テハ茲ニ前功ヲ録セラレ特別ノ御詮議ヲ以テ錦鷄間祇候被仰付候様致度別紙履歷書相添此段及内申候也

明治三十八年九月十三日

行政裁判所長官松岡康毅

内閣總理大臣伯爵桂太郎殿

(以下、別紙)

履歷書

行政裁判所評定官從四位勲三等進 十六

山口縣士族

天保十四年十二月二日生

明治元戊年正月

一 京都へ進発ニ付山陰道先鋒士官被申付

山口縣(ママ)

同年七月

一 軍勞慰撫副使トシテ越後國被差遣

同

同年八月

一 新潟民政局庶務被申付

越後府

同年十月

一 權判事助役被申付

新潟府

同年十二月

一 權判事心得ヲ以テ可相勤候事

同

明治二年正月

一 依願免當職

同月

一 奉職中勉勵ニ付爲賞袴地氈反下與

同年二月

一 當分滯京公用人ノ御用取計被申付

同年五月

一 政事堂掌典試補被申付

同月

一 越後國於諸所戰場粉骨相働神妙之事ニ候依テ爲其賞金貳拾五円

下賜候事

同三年二月

一 内使トシテ津和野藩濱田縣松江藩ニ被差遣

同年七月

一 内使トシテ杵築臼杵岡府内日田久留米ノ諸藩縣ニ被差遣

同年閏十月

一 任少属專掌央

同四年二月二日

一 任權大属施政局執務被仰付

同年七月十四日

一 廢藩置縣

追テ御沙汰候迄大參事以下従前之通

同年十一月廿六日

同

山口藩

同

同

同

同

同

同

一 御用有之日田出張司法裁判所へ出張被申付

山口縣

同年十二月十一日

一 任権大属

同

同日

一 聴訟課専勤申付候

同

同五年五月十二日

一 任大属

同

同年五月十五日

一 御用有之上京申付候

同

同年七月

一 取締組設置方取調申付候

同

同月

一 懲役場改設方取調申付候

同

同年九月四日

一 補九等出仕

同

同日

一 聴訟課長申付候

同

同六年三月

一 御用有之上京申付候

山口縣

同年六月廿二日

一 任権典事

同

同年七月

一 柳南小学校建築費ノ内へ金貳拾円寄附候段奇特ニ付為其賞木盃

忝個下賜

内務省

同年八月四日

一 府縣正権典事被廢

同年八月十八日

一 任權大属

山口縣

同七年二月十二日

一 御用有之廣島鎮臺へ至急出張申付候

同年八月二日

一 任大属

同

同九年三月廿七日

一 任一級判事補

司法省

同年十一月

一 大殿小学へ金五拾円寄附候段奇特ニ付為其實木忝個下賜

内務省

同年十一月廿日

一 臨時裁判掛申付候

臨時裁判所

同十年五月

一 廣島裁判所在勤申付候

司法省

同年六月廿八日

一 一等判事以下等級被廢

同年七月五日

一 補八等出仕

同

同年八月廿二日

一 任判事

太政官

- 同日
 - 一 年俸七百貳拾円下賜候事
- 同日
 - 一 廣島裁判所在勤被仰付候事
- 同十一年六月十七日
 - 一 任山口縣少書記官
- 同十二年十二月十九日
 - 一 叙正七位
- 同十四年四月十四日
 - 一 任山口縣大書記官
- 同年六月三十日
 - 一 叙從六位
- 同年十二月廿七日
 - 一 山口中学校資トシテ金百円差出候ニ付為其賞銀壹壺個下賜候事
- 同十五年九月廿日
 - 一 任判事
- 同日
 - 一 年俸千八百円下賜候事
- 同年九月廿九日
 - 一 大坂控訴裁判所詰ヲ命シ候事
- 同十六年一月十六日
 - 一 福岡始審裁判所長ヲ命シ候事
- 同年二月十九日
 - 一 同

同

司法省

太政官

同

同

同

太政官

同

司法卿

同

同日

一 東京控訴院詰ヲ命ス

同年十二月廿七日

一 大審院評定官代理トシテ出勤可有之候也

同廿一年二月十日

一 法律取調報告委員被仰付

同年五月十六日

一 大審院評定官代理トシテ出勤ノ処其儀ニ及ハス候也

同年十月十五日

一 長門國美禰郡大田尋常小学へ書籍六部寄附候段奇特ニ付為其賞

木孟彦個下賜候事

同廿三年十月十八日

一 勅令第二百五十四号ヲ以テ裁判所構成法實施ノ際在職ノ裁判官

檢察官及裁判所書記ハ同法ニ定メタル判事檢事及裁判所書記ト

スト定メラル

同年十月廿二日

一 補名古屋地方裁判所長

同日

一 叙奏任官一等賜下級俸

同廿四年二月七日

一 任行政裁判所評定官

同日

一 叙奏任官一等

同

東京控訴院長

内閣

東京控訴院長

司法省

同

内閣

同

同日

一 賜下級俸

行政裁判所

同年三月三十日

一 叙勲五等賜瑞寶章

賞勲局

同日

一 法律取調事務勸励候ニ付為慰勞金五百円下賜セララル

法律取調委員長

同日

一 行政裁判所長官並評定官年俸ノ件制定

同年五月五日

一 法律取調報告委員被免

内閣

同年七月廿七日

一 勅令第九十八号ヲ以テ行政裁判所長官並(ママ)年俸改正

同年十月二日

一 文官普通試験委員ヲ命ス

行政裁判所

同年十一月十六日

一 勅令第二百十五号ヲ以テ文官高等官官職等級表發布

同年十二月二日

一 叙從五位

同廿五年二月一日

一 事務特ニ勸励候ニ付金五十五円賞與候事

行政裁判所

同年九月廿六日

一 本年第三十二号不当命令取消ノ訴訟事件ニ付埼玉縣下へ實地臨

檢ヲ命ス

同

同年十一月十二日

一 勅令第九十六号ヲ以テ高等官官等俸給令発布

同廿六年三月三十日

一 事務特ニ勅励候ニ付金五拾円賞與候事

同年十一月九日

一 事務特ニ勅励候ニ付金五拾円賞與候事

同廿七年四月五日

一 明治廿五年第六十五号民有地回復ノ請求ノ請求不当ノ指令取消
ノ訴訟事件ニ付長野縣下へ實地臨檢ヲ命ス

同廿八年七月十日

一 明治廿八年第四十四号村界争論ノ訴訟事件ニ付茨城縣下へ實地
臨檢ヲ命ス

同廿九年六月六日

一 陞叙高等官二等

同年七月三十日

一 叙正五位

同年十二月廿五日

一 叙勲四等授瑞寶章

同三十年十月十四日

一 明治廿九年第四十一号土地不当査定取消請求ノ訴訟事件ニ付千
葉縣下へ實地臨檢ヲ命ス

同三十一年七月十八日

一 勅令第百六十三号ヲ以テ明治二十四年勅令第九十八号申評定官
行政裁判所

同三十一年七月十八日

一 勅令第百六十三号ヲ以テ明治二十四年勅令第九十八号申評定官
行政裁判所

勅任ノ部ヲ改正ス

同年同月十九日

一 賜一級俸

同三十二年四月十三日

一 文官高等懲戒豫備委員被仰付

同年同月廿一日

一 文官普通懲戒委員ヲ命ス

同三十三年五月七日

一 訴訟事件ニ付青森縣下へ實地臨檢ヲ命ス

同年十二月廿日

一 叙勲三等授瑞寶章

同三十四年四月十五日

一 訴訟事件ニ付愛知縣下へ實地臨檢ヲ命ス

同三十四年十一月一日

一 叙從四位

同三十五年五月七日

一 訴訟事件ニ付山形縣下へ實地臨檢ヲ命ス

同年九月十九日

一 訴訟事件ニ付兵庫縣下へ實地臨檢ヲ命ス

同三十五年十二月廿七日

一 陞叙高等官一等

同三十八年四月廿六日

一 文官高等懲戒豫備委員被仰付

内閣

同

行政裁判所

同

行政裁判所

同

同

内閣

同

同年五月十五日

一 訴訟事件ニ付鳥取縣下へ實地臨檢ヲ命ス

同年七月七日

一 賜年俸三千五百円

行政裁判所

内閣

〔從四位進十六特ニ錦鷄間祇候被仰付候様宮内大臣へ照會ノ件〕

明治卅八年九月十三日

内閣書記官 印

内閣總理大臣 花押

内閣書記官長 花押

宮内大臣へ照會按

從四位勲三等進十六儀維新前後國事ニ奔走シ明治三年山口縣少属任官以來權大属權典事大属等ヲ徑テ明治十年判事ニ奏任シ山口縣少書記官同大書記官控訴院評定官ニ(ママ)歷任シ廿四年二月行政裁判所評定官ニ轉任シ廿九年六月高等官二等三十五年十二月高等官一等ニ陞叙セラレ勅任官在職九年以上ニシテ終始職務ニ勵精シ勤勞尠カラス候處今回依願免本官トナリタルニ就テハ前功ヲ録セラレ特ニ錦鷄間祇候被仰付候様御詮議相成度此段及御照會候也

九月三十日

内閣總理大臣

(122) 維新前後の山口県に関する史料として、例えば、末末謙澄『修訂防長回天史』(柏書房、一九八〇年。底本は一九二一年発行)や田村貞雄校注『初代山口県令中野梧一日記』(マツノ書店、一九九五年)があり、いずれにも進十六は登場するが、藤井道介の名は記されていない。

(123) レジオン(過剰損害)を公序良俗に関する規範の一部と捉えると、無能力や公序良俗に関する規範は、パンデクテン体系の下では民法総則に位置づけられる規範であるが、最近、これらの規範を含めて契約法として捉える教科書が刊行されている。例えば、笠井修・鹿野奈穂子・滝沢昌彦・野澤正充『はじめの契約法』(有斐閣、二〇〇三年)や後藤卷則『契約法講義』(弘文堂、二〇〇五年)等である。

(124) 国際日本文化研究センターの民事判決原本データベースの検索結果には、第一章で述べたように、裁判言渡書だけでなく裁判言渡書案も含まれているので、同一事件に関する文書として重複しているものや裁判言渡書案を除くと、藤井道介の担当した家族法に関する裁判言渡書(判決)

は次の三件しかなかった。すなわち、いずれも熊本裁判所の判決であるが、①一八七八年一月五日判決、簿冊番号505000005、簿冊内番号0028、事件番号一八七八年〇〇三二六号、事件名・家督引讓拒ノ一件。②一八七九年三月一日判決、簿冊番号505000007、簿冊内番号0052、事件番号一八七八年七一六号、事件名・養子離別ノ一件。③一八八〇年三月一日判決、簿冊番号505000033、簿冊内番号0149、事件番号一八七九年七〇九号、事件名・養子離別ノ訴訟の三件である。もともと、本稿第三章で検討した豆田区裁判所判決は、成年後見にも関連しうる裁判例であり、その意味では家族法に関する裁判例であるともいえる。

(125) 手塚・前掲注(42)二〇八―二一四頁(特に二一四頁注(14))。

(126) 明治一二年民法草案については、手塚・前掲注(42)二〇三―二一五頁参照。

(127) 大久保・前掲注(6)一三四頁。大久保泰甫・高橋良彰『ボワソナード民法典の編纂』(雄松堂出版、一九九九年)一三二―二六頁。

(128) 大久保・高橋・前掲注(127)五七―六九頁。大久保・前掲注(6)一三四―一三六頁。

(129) 水林彪・大津透・新田一郎・大藤修編『新体系日本史2 法社会史』(山川出版社、二〇〇一年)の巻末付録二七―三一頁「条約改正・法典編纂年表」(高橋良彰執筆)、岩波書店編集部編『近代日本総年表第四版』(岩波書店、二〇〇一年)七四―八〇頁、山中永之佑編『日本近代法案内』(法律文化社、二〇〇三年)四―八頁参照。

〔付記・一〕判決原本の閲覧に関しては、九州大学大学院法学研究院の植田信廣教授、山本弘助手、西南学院大学大学院法務研究科の紺谷浩司教授にお世話になりました。また、古文書の読み方に関しては、紺谷浩司教授、加藤高・広島修道大学名誉教授、増田修弁護士(広島弁護士会)より、評伝・履歴の検索に関しては増田修弁護士より、それぞれ貴重なご助言を賜りました。感謝申し上げます。

〔付記・二〕本稿の執筆のため、国際日本文化研究センター・民事判決原本データベースを利用した。