

訴訟法としてのボアソナード民法

— 「証拠編」を中心として —

葉 晶 珠^{*}

- I はじめに
- II ボアソナード民法体系およびその歴史的系譜
- III 訴訟法としてのボアソナード民法の全体構造
- IV 民法典に内在する証拠法の内部構造
- V 結び

I はじめに

1 本稿の課題および背景

本稿は、「日本近代法の父」と称されるボアソナード¹⁾(1825-1910)の手になる日本民法草案²⁾を素材とし、本草案には証拠法が存在するという事実に注目することを通じて、ボアソナード民法とその背後にあるフランス民法の重要な特徴の一端を解明しようとするものである。

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第12巻第2号 2013年7月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学法学研究科博士後期課程修了（2012年法学博士号取得）

- 1) フルネームは Gustave Emile Boissonade de Fontarabie である。Boissonade という姓の日本語表記については、日本においては、統一されていないのが現状である。これまでの著作および論文を見るに、ボアソナードのほか、ボワソナード、ボワソナド、ボアソナードなどの表記例がある。本稿は表記統一のため、筆者の論述に関する部分について、すべてボアソナードという表記にしておきたい。フランス語の発音により近い表記はボワソナードないしボワソナドであろうが、明治時代邦語文献での表記はボアソナードであるから、明治時代の文献の引用に登場する名称と本文に記す名称とを違えることによって醸し出される不調和を避けるためには、ボアソナード表記がよいように思われるからである。ただし、ボアソナードとは異なる表記をする現代の研究者の論文を引用する場合には、当然に、その表記を維持することとする。

周知のように、ボアソナード民法典草案は、日本において初めて制定・公布された民法典たるいわゆる旧民法（1890年4月21日、10月7日公布³⁾）の基礎をなしたものであり、この意味において、同草案は、日本民法史において、極めて重要な位置を占めている（それは、また、日本を通じて西欧近代法を継受した中国や韓国などの東アジア諸国にとっても、重要な意義を有している）。それ故に、日本におけるボアソナード民法研究は、従来から盛んであったが、とりわけ近年、ボアソナード民法典編纂に関する一連の資料の再集成・再版が着々と進められたことに伴い、ますます厚みを増してきた。このような豊かな研究環境に恵まれ、日本において近代法史を専攻する筆者は、「証拠編」を中心とするボアソナード民法に関する研究を行うことができた。では、何ゆえ「証拠編」だったのか。本稿がこのように課題を設定したのは、次に述べる歴史的事情が背景にあったからである。

同編は、民法典に存在するということだけの理由のために、民法典論争の当時において、しばしば民法典の編別構成上の「欠点」とみなされ、旧民法批判の一つの論拠とされていた⁴⁾。断行派の中心人物だった梅謙次郎でさえも、証拠編の民法典への編入自体に否定的な見方を示しており、「権利ノ有無ヲ定ムルハ民法

2) 本稿では、ボアソナード民法草案の条文およびそれに関する注釈文の引用は、*Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, Nouvelle édition. (1890-1891 刊行、四冊本) に依る。同草案は日本では「プロジェ新版」とも呼ばれ、それ以前に、「プロジェ初版」(1880-1882 刊行、三冊本)、「プロジェ第二版」(1882-1889 刊行、五冊本) が刊行されている。この三つのバージョンは、異なる時期に起草されたことから、一部——特に初版と後二者との間に——内容上の増減や修正が見られる。これらのうち、旧民法公布後に刊行された「プロジェ新版」は、ボアソナードが「プロジェ初版」刊行以来10年もの長年月をかけて完成させたものであり、彼の民法典構想の最も完成した姿であるという意味においては、ボアソナード民法研究のための「決定版」と言えるものである。このような理由で、ボアソナード民法の構造的把握を試みようとする本論文は、「プロジェ新版」を主たる参考資料とした（以下、プロジェと略称する）。

3) 旧民法の公布は二回に分けて行われた。財産編・財産取得編（1章～12章）・債権担保編・証拠編が1890年4月21日、財産取得編（13章～15章）・人事編が10月7日であった。これらのうち、財産法および証拠法部分は、直接に、ボアソナード民法典草案を基礎として編纂された。我妻栄ほか編『旧法令集』（有斐閣、1982年初版第7刷）115頁。

4) たとえば、花井卓蔵「嗚呼民法証拠篇」（法理精華第4巻第20号、1889）、法理精華社説「証拠法論（法典草案批判）」（法理精華第5巻第25号、1890年）、土方寧「民法証拠篇ノ欠点」（法学新報第13号、1890）などが挙げられよう。星野通編『民法典論争資料集』（日本評論社、1969年）所収、33-34頁、38-47頁、161-164頁。

ニ在リテ証拠ノ有無ヲ決スルハ訴訟法ニ在ルヘキカ如シ、然ルニ本邦ニ於テハ只管佛国民法ニ倣ヒ之ヲ民法中ニ掲ケタルハ稍ヤ其当ヲ得サルカ如シ……」⁵⁾(原文には句読点がないが、読みやすさを考慮し、適宜、筆者が挿入した)と批判し、証拠規定を民事訴訟法に編入することを強く主張した。周知のように、旧民法公布直前に開始された民法典論争は、結局、旧民法にかわる明治民法の編纂という形で決着がついたが、その結果として、当時、非難的となっていた証拠編は、明治民法から追放される運命を免れなかったのである。それ以降、日本における民事証拠法(学)は、ドイツ型民事法をモデルとする理論枠組のもとで、民事訴訟法(学)の当然の守備範囲とされてきた⁶⁾。証拠法を民法典に内在するモメントとして観念するという、ボアソナード民法・旧民法によって提示された民法典像は、少なくとも今日にいたるまで、日本では姿を消してしまったのである。

上述のような日本近代における民法体系・民事証拠法のあり方の変容は、証拠編の民法典(学)からの排除という直接的な結果をもたらしたのみならず、民法典論争以降のボアソナード証拠法の過小評価にもつながった。その影響のためであろうか、ボアソナード証拠法を取り上げる研究は——すぐ後に述べるように、いくつもの注目すべき研究は存在するもの——、その重要な意義に見合うに十分な研究はなされてこなかったのである。本稿は、このような研究史をふまえ、ボアソナード証拠法の研究をわずかなりとも前進させようとするものである。

2 先行研究および問題点

近年ますます盛んになっているボアソナード民法に関する先行諸研究の中には、本稿が主題とした「証拠編」について、すでに意義深い研究が幾つか存在する。しかし、そのような論文にも、問題がないわけではないように思われる。

第一に、先行研究においては、法解釈学の立場から、個別分野における法解釈論の示唆を得るための手段の一つとして、証拠法のうちの一部分だけを取り上げ

5) 梅謙次郎『日本民法証拠編講義(復刻版)』(新青出版、2002年)2頁。

6) その典型として、筆者は我妻民法学(我妻栄『民法大意』上巻第2版、岩波書店、1971年、2頁以下)と兼子民事訴訟法学(兼子一『実体法と訴訟法——民事訴訟の基礎理論——』有斐閣、1957年、3頁以下)の理論を念頭に置いている。

る傾向が支配的であり、証拠法全体を一つの構造体として把握するものがほとんど存在しない、という問題点があるように思われる。たとえば、1970年代の日本民法学を代表する論文の一つとされる星野英一教授の「時効に関する覚書」⁷⁾があげられよう。この論文は、明治民法成立以来の時効に関する通説——占有者が取得時効により所有権者となり、債務者が消滅時効により債務を免れるという解釈——を根本から覆そうとし、ボアソナード民法典草案の「証拠編」における時効規定に学びながら、権利者保護の観点から時効の証拠法的構成を提起したきわめて意義深い論文であるが、しかし、ボアソナード時効法がそのうちに位置づけられているところの証拠編全体を論ずるものではなく、この論文からボアソナード民法典草案証拠編（ひいては草案全体）の全体的特徴が浮かびあがってくることはない。

もっとも、「証拠編」の全体を直接に取り扱う研究が皆無というわけではない。とりわけ明治民法施行100周年を迎える時点で公表された吉井啓子教授の論文⁸⁾が注目に値する。同論文は、ボアソナード民法そのものではなく、これをベースに編纂された旧民法⁹⁾の「証拠編」の存在意義を問うべく、それに関して系譜的・立法史的考察を行ったものである。細部にわたる考証には学ぶところが多く、有益な論文である。しかしながら、ここでも、「証拠編」の消滅に関する沿革史の紹介に力点が置かれたために、「証拠編」全体についての構造的把握は果たされなかった。

以上のような研究状況は、吉井教授によって詳細に紹介された、「証拠編」そのものに論理的欠陥があるという民法典論争当時のボアソナード民法典草案「証

7) 星野英一「時効に関する覚書——その存在理由を中心として——」（『法学協会雑誌』86巻6号・8号、89巻1号、90巻6号、1969-1974年）、『民法論集 第4巻』（有斐閣、1978年）167頁以下。

8) 吉井啓子「証拠篇とは何か」（『法律時報』70巻9号、特集＝ボアソナード民法典とは何か、1998年）45-49頁。

9) 旧民法は、ボアソナード草案を基礎としつつも、制定過程の諸局面において日本人が様々の形で関与したために、多くの箇所、ボアソナード草案の修正と削除がみられる（この問題について、高橋良彰「ボアソナード草案と旧民法典成文」『法律時報』70巻9号、特集＝ボアソナード民法典とは何か、31-35頁を参照されたい）。とはいえ、証拠編の存在という点では、ボアソナード草案と旧民法との間に相違は存在しない。

「証拠」に対して向けられた激しい批判¹⁰⁾を、今日の研究者が、なかば無意識のうちに受容する結果を惹起しているのではないかと筆者には思われる。これはまさに、本論文が克服すべき、従来のボアソナード民法研究が抱える第二の問題に他ならない。すなわち、現行法たる明治民法およびその前提をなすドイツ民法の理論的枠組に立って、ボアソナード民法を議論する傾向である。証拠法を例にすれば、長年にわたってドイツ民事法学の影響の下で発展してきた日本の民事法学の通念では、証拠規定は民法典ではなく、民事訴訟法において規定されるべきものである。これに照らすならば、証拠法を内包するボアソナード民法の構造は、極めて奇異なものに映ってしまう。民法典論争以降、このような民法典像が終始支配的であったために、法典論争の過程で提示された証拠法批判——証拠法を内包するボアソナード民法は、証拠法が民法典から分離した明治民法・ドイツ民法に比べて遅れている、という見解——が、今日に至るまで連綿と持続しているように思われる。

そして、おそらくは、以上のような根強い「偏見」が重要な原因の一つとなって、日本においては、ボアソナード民法の重要な特徴をなす証拠法を全体として論ずる研究は、民法学においても、民事訴訟法学においても、ほとんど行なわれてこなかったのであった。先に、星野教授のボアソナード時効論研究が、ボアソナード証拠法全体を視野におさめたものにならなかったことを指摘したが、このことは、以上の事実と密接に関連する事柄であろう。現行法上の民法学と民事訴訟法学との区分を前提にするならば、民法学者たる星野教授が全体としては民事訴訟法に属する証拠法を研究する、ということにはならないであろうからである。教授が、ボアソナード証拠法の中から、現行法でも民法に属するものと考えられている時効法を抜き出し、これだけを孤立的に論じたのも、法解釈学者の研究としては、ごく自然であったと言うことができよう¹¹⁾。

ボアソナード民法典草案研究史には以上のような問題点が存在していたという認識に立って、本稿は、証拠法をその一部として含むボアソナード民法典草案を、ドイツ法的見地から、民事実体法（民法）と民事手続法（民事訴訟法）とを混淆

10) 吉井・前掲論文 46 頁以下参照。

した未熟な法典とみなす先入観から自由になって、ボアソナード証拠法の全体を視野におさめ、その構造的な分析を行うことを通じて、その歴史的意義について、法の歴史的研究の立場から、考えてみようとするものである。

3 論文の構成

本稿は、具体的に、次のように構成される。まず、冒頭で紹介したボアソナード証拠法の帰属問題に関する批判を批判するために、その第一歩として、証拠法を内包する民法は、ヨーロッパ民法史の本流から外れるものではなく、むしろ、本流そのものであったことを論ずる(Ⅱ)。次に、ボアソナード自身の証拠法観ないし民法観を検討することを通じて、ボアソナード民法の全体構造を明らかにし(Ⅲ)、このことを踏まえて、証拠法それ自体の構造分析を行う(Ⅳ)。最後に、結びにかえて、旧民法の体系が明治民法によって全面的に否定された歴史を想起しつつ、かつて民法典に内在していたボアソナード証拠法の意義について考える(Ⅴ)。

Ⅱ ボアソナード民法体系およびその歴史的系譜

1 ボアソナード民法の体系

ボアソナードの民法典構想は、「人」¹²⁾(Des personnes)(ただし、注に述べた事情により、条文は存在しない)、「財産」(Des Biens)(1~600条)、「財産を取

11) 石田穰教授による証拠法研究は、民法学者が民事訴訟法上の事柄と考えられている証拠法研究に取り組んだという点において、貴重な試みである。本書において、教授は、証明責任の分配について、従来の「法律要件分類説」を批判し、日本民事訴訟法における証明責任の分配に関する規定の欠缺を論ずるに際して、証拠法の沿革史の起点として「証拠編」の証明責任に関する条文を取り上げたのであった。しかし、本研究も、「証拠編」の一部たる「証明責任」条項のみを研究対象とするものであり、証拠法全体を視野におさめた研究ではない。石田穰『証拠法の再構成』(東京大学出版会、1980年)10頁以下。

12) ボアソナードの民法構想中の「人」に関する編は、日本の独特の事情が考慮されて、日本人によって起草する方針が採用され、これが旧民法「人事編」に結実した。ただし、「人事編」の起草には、ボアソナードの法学教育や指導を受けた学生たちが参与したため、内容的には、ボアソナードによる影響が小さくないと推測される。とはいえ、ボアソナード自身の筆になる民法草案は、ボアソナードの構想中の第2編以下の4編である。

得する諸方法」(Des moyens d'acquérir les biens) (601~1000条)、「債権の担保または保証」(Des sûretés ou garanties des créances) (1001~1313条)、「証拠および時効」(Des preuves et de la prescription) (1314~1501条)の五編からなっている¹³⁾(表1のCを参照されたい)。このうち、本稿が取り上げるのは「証拠および時効」編である。これを基礎として編纂された旧民法は、この編を単に「証拠編」と題したために、ポアソナード民法草案についても、「証拠編」と呼ばれることがあるが、正しくは「証拠および時効」編であること、そして、後に詳論するように(Ⅳ3)、まさにこの標題のうちに、ポアソナードにとっては、「時効」が「証拠」と同一のカテゴリーに属する法理であることが示唆されていることに、あらかじめ、注意を促しておきたい¹⁴⁾。

第五編の名称問題はさておき、ポアソナード民法の体系は、形式的には五編構成であるが、内容的にみるならば、家族法を主たる内容とする「人の法」(第1編)、物権・債権ないし担保を包括する「財産の法」(第2・3・4編)、そして、家族法上の権利を含むすべての権利の証明に共通する「証明の法」(第5編)という三つのブロックに分けることができる。このような民法の構造は、とくに、そのうちに証拠法を含むことにおいて、特異なものであるように映るが、しかし、これは決して西欧民法史の本流から外れるものではなく、むしろ、それを踏まえるものであった。いわゆる実体法と証拠法を含む訴訟法とを一体のものとする思考は、ポアソナード民法の母法と考えられる Code civil¹⁵⁾にもはっきりと認めら

13) 旧民法の各編は、財産編、財産取得編、債権担保編、証拠編および人事編の順に並べられている。「人事編」が最後に置かれているのは、これを民法典の冒頭に配置しようとしたポアソナードの構想(および、その基礎となったフランス民法典の体系)と大いに異なる点である。

14) ポアソナードによれば、時効は一種の推定証拠として「証拠編」に属するのであるが、その適用場面が非常に様々であり、きわめて多くの規定を有し、しかも非常に多くの章立てをしなければならないが故に、「証拠編」内に独立の部を設けて、さらにその下に細かい章節を立てて規定しても、仰山であるということはないのであった。このようなことは、他の推定証拠には見られない、時効に固有の特徴である(Projet, Livre V, n°251)。

15) 1804年段階でフランス民法典の正式な名称は Code civil des Français であったが、1807年に Code Napoléon に改称された(その後も、改称の歴史が続いた)。水林彪「近代民法の原初的構想」(『民法研究』第7号、信山社、2011年)10頁参照。以下では、記述の便宜上、これを Code civil と呼ぶことにしたい。なお、本論の当該法典に関する言及は、特に断らない限り、1804年の原始規定のことを指すこととする。

れるものであり、さらに、ガイウス『法学提要 (Institutiones)』¹⁶⁾にまで遡ることができるのである。以下では、ヨーロッパ民法の歴史の中で決定的な意義を有するこの二つの法典に焦点を当て、ボアソナード民法体系の歴史的系譜を確認してみたい。

2 ボアソナード民法体系の歴史的系譜

(1) 原型としての『法学提要』

『法学提要』では、以下の表1のAが示すように、「人の法」、「物の法」、「訴訟の法」という三つの柱が提示されており、「訴訟」に関する事柄が全法体系の中で重要な地位を占めていたことがうかがわれる。このことを踏まえるならば、第1編に人に関する法、第2~4編に財産法、そして法典の最後に訴訟のための証拠法を置くという旧民法の体系は、『法学提要』の「人、物、訴訟」という三部構成の近代的再現に他ならない。

もっとも、『法学提要』の「訴訟の法」という項目には、証拠法そのものに関する事項がほとんど含まれていない、という点には留意が必要である。そこに含まれる事項は、もっぱら、今日われわれが(フランス式の)民事訴訟法典(Code de procédure civile)¹⁷⁾ないし(ドイツ式の)民事訴訟規則(Zivilprozessordnung)に属するであろうと観念するような、訴訟の手續と方式などに関するものであった。このような内容面における相違にもかかわらず、実体法と訴訟法とを一個の体系に編成する点において、『法学提要』とボアソナード民法草案とは、共通している。ボアソナード民法は、『法学提要』に起源を有するインスティトゥティオネス体系を忠実に受け継いだ、ということができよう。

16) 佐藤篤士監訳『法学提要』(敬文堂、2002年)参照。

17) フランスの民事訴訟法典は、民事の手續について規定する法典であり、一般に関する規則しか置かれておらず、われわれが馴染んでいるドイツおよび現行日本民事訴訟法典のような、証拠法を含む民事訴訟に関する包括的な法典ではない(フランス式の民事訴訟法典の体系について、詳細はⅢの注31)を参照されたい)。その意味において、Code de procédure civileは正確に「民事手続法典」と訳すべきなのではないかと筆者には思われる(なお、ドイツ民事訴訟規則の原語たる Zivilprozessordnungも、本来なら、「民事手続規則」という語意だったであろう)。ただし、本稿は慣例にしたがい、「民事訴訟法典」訳を用いることとした。

表1 法学提要、Code civil、ボアソナード民法典の編別対照

A	B	C
Institutions	Code civil	ボアソナード民法典
序 法源と法の分類	Titre préliminaires De la Publication, des effets et de l'application des lois en général 【序章 法律の公布、効力ならびに適用一般】	Préface 【序】
1 人の法	Livre premier Des personnes 【人】	Livre I Des personnes 【人】
2 物の法	Livre II Des biens et des différentes modifications de la propriété 【財産および所有の様々の変形】	Livre II Des Biens 【財産】 Des droits réels 物権 Des droits personnels ou de créance et des obligations en général 【对人権または債権及び義務一般】
3 訴訟の法	Livre III Des différentes manières dont on acquiert la propriété 【所有を取得する様々の方法】	Livre III Des moyens d'acquérir les biens 【財産を取得する諸方法】
(1)訴訟	Titre3 Des contrats ou des obligations conventionnelles en général 【契約または合意的義務関係一般】	Livre IV Des sûretés ou garanties des créances 【債権の担保】
(2)抗弁	Chapitre VI <u>De la preuve des obligations, et de celle du paiement.</u> 【債務および弁済の証拠】	Livre V <u>Des preuves et de la prescription</u> 【証拠および時効】
(3)特示命令	Titre20 <u>De la prescription</u> 【時効】	Partie1 <u>Des preuves</u> 【証拠】 Partie2 <u>De la prescription</u> 【時効】
(4)濫訴に対する制裁		
(5)有責判決を受けた者が破廉恥な者とされる訴訟		
(6)法廷召喚と再出頭保証契約		

(2) Code civilによるインスティトゥティオネス体系の継承

上述した『法学提要』のインスティトゥティオネス体系は、近代民法の濫觴をなしたCode civilにおいて発展的に継承され、いわばその近代的ヴァージョンへと生まれ変わった。以下、この点について、具体的に見てみよう。

Code civilは、表1のBで示したように、序章「法律の公布、効力ならびに適用一般」(De la Publication, des effets et de l'application des lois en général)、第1編「人」(Des personnes)、第2編「財産および所有の様々の変形」(Des biens et des différentes modifications de la propriété)、第3編「所有を取得する様々の方法」(Des différentes manières dont on acquiert la propriété)からなっている。このようにCode civilは、元祖である『法学提要』と同じく三編構成をとっているのであるが、しかし、一つの重要な変化をも見て取ることができる。それは、Code civilには「訴訟の法」という独立のブロックが欠けている、とい

うことである。

とはいえ、この変更は決して、訴訟法的なモメントを民法から駆逐したことを意味するものではなかった。法典を一覧するならば、「訴え」¹⁸⁾(action)に関する条文が、全編に散在していることを確認することができる。また、第三編の中に、契約法の一部として、契約の証明に関する規定(第3章第6節、1315~1369条)が集中的に置かれており、さらには、法典の最終章に、物権証明法としての時効法ないし占有法(第20章、2219~2281条)が配置されている¹⁹⁾(表1のBを参照されたい)。これらのことを考慮するならば、『法学提要』に由来する、「人、物、訴訟」の三要素から成る法典の体系は、Code civilにおいても——表面的には崩れているようにこそ見えるものの——実質的には維持されている、と考えることができよう。言葉をかえていうならば、Code civilは、時代の発展にあわせてインスティトゥティオネス体系の一部を再編成しているものの、訴訟法的モメントをその固有の一部と観念する点において、終始一貫して同体系を忠実に踏襲しているのである。

(3) ボアソナード民法における「訴訟の法」という柱の復活

ボアソナードは、Code civilと同様にインスティトゥティオネス体系を基礎としつつ、しかし自らの民法観に基づいて、Code civilの第2編と第3編を再構成した²⁰⁾。家族法上の権利をも含む、あらゆる権利に適用できるものとしての、独立の証拠編の設置は、最も注目すべき再構成の一つである。すなわち、ボアソ

18) actionの訳語としては、一般に「訴権」が用いられている。しかし、ボアソナードは、actionについて「権利(droit)ではなく、権利のサンクションすなわち権利を実効的なものにするための方法である」(傍点原文)と説明した(Projet, Livre II, n°66.)。このことを考慮し、本稿は、droitを想起させやすい「訴権」の訳語にかえて、「訴え」と訳すこととする。

19) Code civilに証拠法が内在するという自体への異論は見られないものの、証拠法が明白な形で規定されたのは契約証明に関する内容のみであったため、物権の証明をいかに考えるかという問題については、議論の余地が残る。この点につき、筆者は、法典の構造から推測するに、Code civil編纂段階においては、取得時効による推定が物権の証明方法として観念されていたと考えている。もっとも、その後の学説と判例は、契約証明規定(1315~1369条)を物権の証明にも適用するという方向へと発展した(詳細はIV章3の内容を参照されたい)。

ナードは、Code civilの第三編のなかに散在していた債務証明法及び物権証明法を、一つの証拠編へと統合し、権利一般の証明のための法へと昇華させたのであった。これにより、ポアソナード民法体系は、Code civilの体系とは異なり、「人の法」、「財産の法」、「証拠の法」という三つの柱からなる体系へと変化した。そしてこの体系は、前述したように、第三のブロックにもつぱら訴訟に関する規定を置くという点において、母法たるCode civilよりもむしろ、近代インスティトゥティオネス体系の起源をなす『法学提要』の体系に近い。このような意味において、『法学提要』に由来するインスティトゥティオネス体系の中で三要素の一つをなしていた——そしてCode civilでは、外見上は失われたかに見えた——「訴訟」という柱は、ポアソナード民法において、復活したということができよう²¹⁾。

以上のように、ポアソナード民法を、ヨーロッパにおける民法の発展という歴史的な脈において観察するならば、ポアソナード民法が証拠法を一つの独立の編としたことは、決して西欧民法の伝統からの離反ではない、ということができる。むしろこれは、西欧型民法の発展史におけるメインストリームに据えられるべきものであり、インスティトゥティオネス体系によって提示されるところの、西欧型民法の本源的形態が、19世紀末において復活した姿に他ならなかったのである。

しかしながら、後述するように、明治期の民法起草者たち——および彼らを起草者に抜擢した指導層——は、自国の近代的民法典の編纂に当たり、この体系を意識的に捨て去る方向に向かった。その結果として、証拠法は、民法典から排除

20) 大幅に変更された箇所は、具体的には下記の通りである。すなわち、1) 第2編「財産」に、「物権」のみならず「対人権または債権および義務一般」という部を置き、これに対応する形で、第3編を、所有権を含む種々の権利の取得方法——つまり、所有権を取得する方法と債権を取得する方法——を包含するものとしたこと、2) 独立に第4編を設けてこれを担保法に当てたこと、3) 家族法上の権利も含む、あらゆる権利に適用できる独立の証拠編を設けたこと、の3点である。

21) ポアソナード民法は、証拠法のほか、Code civilと同様に「訴え」に関する条文をも多数含んでおり、その中には、Code civilにはみられなかったものも存在する。たとえば、フランスの民事法において、物権証明法と深く関係していると思われる占有訴訟——フランスにおいては、民法典ではなく、民事訴訟法典に規定されているが、ポアソナード民法典となつては、これを民法典の規定事項とした。この点はポアソナード民法の特徴の一つと捉えられるが、本稿では紙幅の制約上触れることとしない——も、その一つである。

され、民事訴訟法典に編入されることとなった。その直接的な原因は、言うまでもなく民法典論争によって引き起こされた法体系の選択²²⁾にあるが、論争の背後には、日本という国の固有の体質にかかわる原因——日本的法観念という、より深い層に位置する原因——が存在したように思われる。たとえば、私人間の関係を規律する民事実体法（私法）と裁判所という国家権力が関与する民事訴訟法（公法）とを同一の法典で規律することに対する違和感といったことが思い浮かぶが、この仮説的見通しが妥当するかどうかをも含めて、日本法固有の土壤によって西欧法が変容せしめられるという観点からの欧日近代法史研究は、日本の法学が追究すべき最重要課題の一つではないかと思われる。本稿は、このような問題関心をも念頭におきながら、次章以降において、ボアソナード民法及び証拠法の構造的分析を試みることにしたい。

Ⅲ 訴訟法としてのボアソナード民法の全体構造

Ⅱでは、ボアソナード民法体系の歴史的位置づけを論じた。本章においては、証拠法を内包するボアソナード民法の全体構造を解明することによって、その特質を明らかにすることを目指す。具体的には、まず本稿の主題をなす証拠法そのものに焦点をあて、ボアソナードの証拠法観を探求する。次に、そのことをふまえ、ボアソナード民法典の全体構造の本質に迫ることとしたい。

1 訴訟構造からみる証拠法の意義

プロジェクトの注釈において、証拠は次のように定義されている。証拠とは、「主張された事実が真実 (vérité) であることを証明するために、そして、その事実が確実なものであるとの心証を裁判官に与えるために、法律によって認められまたは定められるところの、方法 (moyens) または手続 (procédés) の総体 (ensemble) である」(Projet, Livre V, n°1.) と。ここから、二つの重要な事柄を読み取ることができる。すなわち、①証拠とは、訴訟の場面において当事者が

22) 論争は旧民法の施行延期という形で終息したが、その後、民法典編纂の任に当たった法典調査会は、民法典の体系をフランス式からドイツ式へと変えた。

自らの主張した事実の真実性を裁判官に信じてもらうためのものであること、②証拠方法および証拠手続は、法律によって容認され、規定されねばならないこと、これである。②は、法定証拠主義の具体的な内容に関する問題であり、次のⅣで詳しく検討することとする。以下では、①の論点について一層深く理解するために、ポアソナードの注釈を読解することを通じて、彼の証拠法観および民法観を検討してみることにする。

証拠の重要性はきわめて大きいものである。何故にそのように言うことができるかといえば、次に述べるような事情があるからである。法律が諸々の事情に対して、程度には差があるものの、概して重大な結果を付与するに際しては、法律は、諸事実や諸状況について、[両当事者間に]異議がないことを前提としている。しかしながら、非常にしばしば、事実ないし状況の存在それ自体について、異議が唱えられる。すなわち、法律の諸規定がよく先を見通して用意周到であり、かつ、明晰に書かれているならば、事実の法的帰結について、弁論がなされることは稀であろうが、しかし、当事者の一方より他方の当事者に対して事実が主張された場合、[他方当事者によって]、実際はどうであったのか、当該事実は果たして本当に存在したのかということについて、しばしば、争われることになるのである。事実の特徴、事実を変更した意思、事実に行っていた事柄、事実と並行して生じた事柄、そして事実の後に生じた事柄などについても、争われることになろう。このような事柄の全般にわたって、当事者の一方は、自己の主張の正しさを裁判官に確信させようとして、努力するであろう。他方の当事者も、裁判官が反対の心証を形成するように、あるいは、少なくとも、相手方当事者が主張した事実に関して裁判官が重大な疑義を抱くように、努めるであろう。そして、このような場合でも、両当事者は、ともに、おそらくは善意なのである。証拠が重要だという先に述べたことの判断根拠は、以上のようなことである (Projet, Livre V, n°2、なお、[]内の文章は、文意を取りやすくするために、葉が補った部分である)。

上の論述から、ポアソナードが観念している証拠法および民法は、次のような

ものではないかと推測される。すなわち、法律の条文とは、どのような事実があるときに（要件事実）、いかなる法的効果（権利・義務の発生や消滅など）が生ずるかということについて、あらかじめ規定しておくものである。これを基準に、裁判官は当事者の主張する実体法²³⁾上の権利・義務の存否について法的判断を下すこととなる。この裁判の過程において、平等な地位に立つ両当事者は、あたかも競技を行うスポーツ選手のように、勝訴を得るために弁論をしなければならない。その弁論の内容としては、主に二つある。一つは、要件事実と法的効果に関する法理を弁証することであり、いま一つは、要件事実²³⁾に該当する事実が実際に存在したかどうかをめぐって論争することである。二者のうち、実際に発生²³⁾の頻度がより多い後者の事態に対処するために、法律は、法理を表明する実体法のみならず、事実の真実性を論証するための規則＝証拠法についても、規定を置かねばならない。一方において、当事者はこれにしたがって、自らが主張した事実の真実性を論証すべく、法律があらかじめ定めている諸種の証拠方法を提示し、もって、裁判官に自分に有利な心証を形成させる。他方、裁判官は、法定の証拠規則に則って主張された事実の認定を行うことになる。

要するに、証拠法は、まさに上記のような、民事裁判で最も論争になりやすい事実認定の場面を念頭において、裁判官の心証形成および当事者の証明活動のために用意された規則に他ならない。

2 訴訟法としての民法——ボアソナード民法の二層構造——

(1) 証拠規定の分配

ボアソナードは、以上のように、証拠法が民事法体系においてきわめて重要な位置を有すると考えていた。では、証拠法を、具体的には、どのように民法典の中に書き込むのか。ボアソナードは、この点について、次のような考えをその注釈の中で述べている。

23) 次節で述べるように、ボアソナードにおける「実体法 (fond du droit)」概念は、今日の日本の法学にいう実体法より広く、これに加えて、証拠法をも含んでいる。このことをふまえ、本稿は、混乱を避けるために、証拠法を含まない狭義の実体法と区別するために、ボアソナードの「実体法 (fond du droit)」を〈実体法〉と表記する。

彼は言う。「立法の観点から見れば、証拠という〔民事法体系中の1〕構成部分は、当然のことながら、法の実体＝〈実体法〉(fond du droit) と手続 (procédure) との両方にかかわるものである。したがって、フランス、イタリア、ドイツ (Allemagne)、ベルギー、オランダなどにおいて、我々は、証拠という民事法体系中の1構成部分を、民法典 (le Code civil) および民事訴訟法典 (le Code de procédure civile) の両方に同時に確認することができる。(改行) この日本民法典草案も、同じく、上記の方法を採用するものである」(Projet, Livre V, n°3) と。すなわち、ボアソナードは、フランスなどの立法例を参考にしつつ、日本における民事法を、〈実体法〉と手続法、という二つの分野にまたがって規定すべきことを主張する。具体的には、次のような基準で区別をすることになる。

ボアソナードによれば、証拠法には、「基本的な諸原理 (principes fondamentaux)」ないし「民法の実体 (fond du droit civil)」にかかわる部分と、「各証拠の機能の仕方 (fonctionnement de chaque preuve)」にかかわる部分とがある。前者が民法典に規定されねばならない部分であるが、具体的には、次のような事柄である。すなわち、「いずれの当事者に証拠の負担 (le fardeau de la preuve) が帰すべきかを、場合ごとに定める際に基準となる原則」(証明責任分配原則)、「許容されまたは必要とされる様々な証明方法を、紛争の対象ごとに確定すること」(証明方法に関する規則)、各証拠が有する証明力の程度 (提出された証拠がたがいに対立する場合には、それぞれについて証明力の程度が問題となり、当該証拠が裁判官に確かな心証を形成するものであるか否かが問題となる場合には、個別に証明力の程度が問題となる)、などである (Projet, Livre V, n°3)。これに対して、裁判所における各証拠の提出方式や期限については、手続の次元に属す事項であり、したがって、「二次的な問題」(questions secondaires) を扱う手続法典に規定すれば足りるとする (Projet, Livre V, n°6)²⁴⁾。

24) ボアソナードは、証拠に関して、二つの法典に分けて規定するのではなく、「一つの法典だけに規定したいならば、それは民法典において行うことが望ましい」と述べている。「なぜならば、主たるものに続けて付随的なものを置くことは、決して、非難されることではないからである」。「民法典が、いくつかの権利の行使を論ずるに際して、同時に、当該権利がいかなる形式で、いつ行使されるのかを規定する場合」のあることも、付加的な理由とした (Projet, Livre V, n°6)。

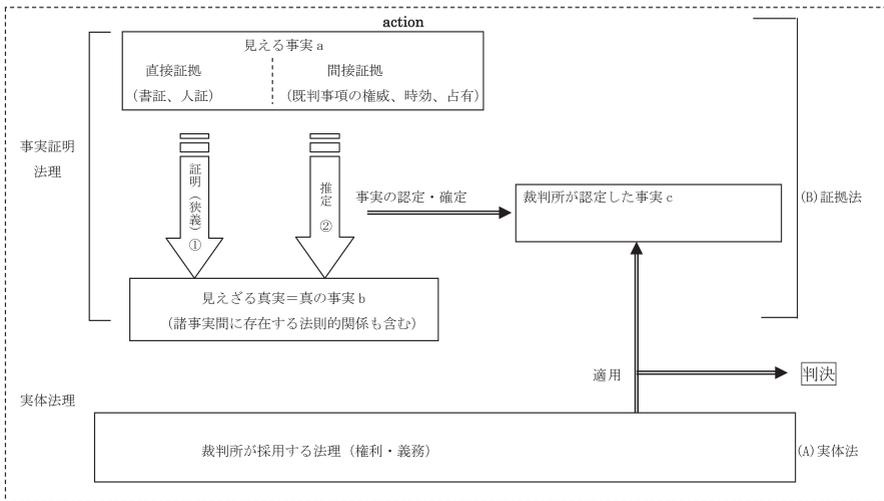
(2) ボアソナード民法典の2層構造

上述したボアソナード証拠法の分配規則を背後から支えるのは、彼の——母法のフランス民事法に由来するところの——民法典観に他ならない。すなわち、ボアソナードは(1)で検討したような訴訟構造に対応するために、民法典は、法理——ある事実にある特定の法的効果を付与するもの——についてのみならず、その法理が対応する事実の真実性を論証するための方法、すなわち証拠についても、あらかじめ規定を置かねばならない、と考えている。換言すれば、ボアソナードの観念している民法の世界は、要件事実とその法的効果に関する法理の層（実体法理）のみならず、要件事実の証明の問題を中心とする層（事実証明法理）をも含んでいる。

このような二層の構造は、決して、法典論争において延期派学者が批判したような、実体法理と証明法理との混同を意味するものではない。というのは、Code civilをはじめとするフランス型民法典はみな、権利・義務の確定といった実体法の次元を超えたところの、訴え（action）を総体として規律する法であり、それに属するボアソナード民法も、その例にもれず、いわば一種の民事訴訟法典

図1 ボアソナード民法の構造

1. 実体法と証拠法の2層構造(A)と(B)
2. 証明（広義）の2経路（①と②）



であるからである。そのような性質から、民法典は、裁判所が裁判をするために採用する法理に関して規定する狭義の実体法（図1のA）だけでは満足せず、裁判で論争になりやすい事実認定の場面で機能する証拠法（図1のB）をも、その射程内に収めている²⁵⁾。このような民法典の構造を図で表示するならば、図1のごとくである。

(3) 全民事法体系の構造

(2)では、図1を用いて、訴訟法典たる性格をもつがゆえに、事実証明の層および要件効果法理の層という二層を有するボアソナード民法典の構造を概観した。では、民法典と民事訴訟法典とからなる民事法 (droit civil) 体系の全体について、彼はどのように考えているのであろうか。

残念なことに、民事訴訟にかかわるもう一つ重要な法典たる民事訴訟法典 (Code de procédure civile) を、ボアソナードは実際に起草しなかった。というのも、彼に代わって、ドイツ人のヘルマン・テッヒョウー (Hermann Techow) が民事訴訟法典²⁶⁾を起草し、これが、1890年に施行されることとなったためである。同法典は、一部の差異を除けば、ほぼドイツ帝国民事訴訟規則 (Zivilprozessordnung) (1877) に拠っていた²⁷⁾。このような経緯から、ボアソナード

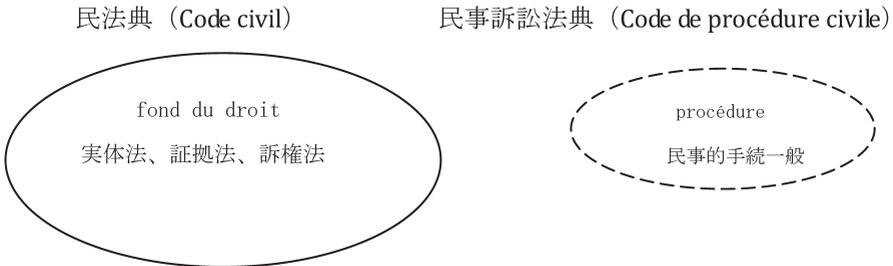
25) 〈実体法〉の構造を、実体法理と事実証明法理との二つの層から構成することについて、ボアソナードは——少なくともプロジェを見た限りでは——特に概念化していないようである。この構造は、母法の Code civil を含む従来の立法例になく、彼の手になる草案が提示した、非常に革新的なものであると評価できよう。ただし、このような発想は彼の独創ではないという点にも留意すべきである。たとえば、ボアソナードとほぼ同時代のオーブリ・ロー (Aubry et Rau) はその体系書の中で、民法を、権利・義務に関する「理論的民法」(droit civil théorique) と諸権利を実現するための方法・手続にかかわる「実務的民法」(droit civil pratique) とに分類し、この二つをまとめて「実体法」(fond du droit) と呼んでいる。もちろん、具体的な区分についての相違も存在するが、証拠法を民事実体法に所属させるという点において共通している。Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français, Sixième Edition*, Tome Premier, Paris, Marchal et Billard, 1936, § 24-25.

26) 1890年施行の同法典は、日本初の民事訴訟法典でもあった。後の1926年(俗称:旧民事訴訟法)および1996年二回の改正法典(現行民事訴訟法)と区別するために、同法典は「旧々民事訴訟法」とよばれる。

27) 兼子一「民事訴訟法の制定——テッヒョー草案を中心として——」『民事法研究 第2巻』(酒井書店、1954年)1-16頁以下参照。

の日本民事訴訟法典に関する構想は、プロジェクトのように、法典の形で表現されなかったのである。

図2 ボアソナード民法の体系



ただし、民法草案の条文およびプロジェクトの注釈を通読すれば、民法典とは別に民事訴訟法典を起草する予定のあるかのごとき記述が、所々に見いだされる²⁸⁾。プロジェクトに散在するこれらの内容から、少なくとも、ボアソナードが、フランス民事法をモデルとする〈民法典&民事訴訟法典〉の民事法体系を構想していたことが、読み取れる²⁹⁾。すなわち、彼がイメージする民事法の世界においては、(2)で検討した2層の構造を有する民法典の対になるものとして、単なる手続きに関する規定のみからなる民事訴訟法典の構想も存在したのである。この民事訴訟法典は、1890年に日本初の民事訴訟法典として施行された「旧々民事訴訟法」のような、民事訴訟全般に関する規則を包括する法典ではない³⁰⁾。そこに含まれるべきとして観念されていたのは、ただ単に、訴訟に関する管轄 (compétence)、方式 (formes) および期限 (délais) などについての規定のみである³¹⁾。かくして、民事法の体系は、訴訟の根幹部分について規定する大きな民法典と細

28) 例えば、所有権に基づく訴え (action pétitoire) (主として、取戻しの訴え (action en revendication)) または否認の訴え (action négatoire) と占有に基づく訴え (action possessoires) とを比較して論ずる注釈の中で、ボアソナードは、「これらの訴えは全て、司法機関に助けを求める有効な手段たるためには、訴訟に関する管轄がはっきりと定められ、明確な方式が存在することを前提としている」とし、これについては、裁判所組織法 (Loi organique des Cours et Tribunaux) と民事訴訟特別法典 (Code spécial de Procédure civile) が予定されるという趣旨のことを述べている (Projet, Livre I, n°67.)。

29) ここで、筆者が念頭においているのは、Code civil (1804) と Code de procédure civile (1806) との両法典である。

かな手続きに関して規定する小さな民事訴訟法典によって構成される、図2のような構造として表現できよう。そして、ボアソナードは、前者と後者の対をしばしば、fond du droit (実体法) と procédure (手続法) の対として表現したのであった(ただし、ここでの実体法は日本法学が通常使用する意味での実体法より広い意味を有するので、本稿では〈実体法〉と記すことについては前記した)。

IV 民法典に内在する証拠法の内部構造

Ⅲにおいては、証拠法を手がかりとしながら、ボアソナード民法典の2層的構造およびその民事法全体系について概観した。考察の過程で、ボアソナード証拠法は、〈実体法〉にかかわるものと、純粋な手続きにかかわるものとの二種類に分かれ、特に前者は、民法典の固有の一部として観念されているということが判明した。このように、前章では、民事法全体における証拠法の位置づけという視点から証拠法を論じたが、本章では視点を転換し、証拠法そのものの内部構造について考察してみたい。具体的には、まず民法典が規定した様々の証拠方法を、ボアソナードの分類法にしたがって概観したうえで、法定証拠主義を基調とする証拠法の階層的構造を検討する(静的構造)。ついで、二つの証明の場面を例として、このような構造を有するボアソナード証拠法が実際にどのように機能するかについて考察する(動的構造)。

30) 「旧々民事訴訟法」は全体として第一編「総則」、第二編「第一審ノ訴訟手続」、第三編「上訴」、第四編「再審」からなっている。そこには、民事手続き以外にも、例えばボアソナード民事法体系では民法典の守備範囲とされるどころの証拠諸規則も含まれている(第二編第一章「地方裁判所ノ訴訟手続」という項目下に、第五節「証拠調ノ総則」、第六節「人証」、第七節「鑑定」、第八節「書証」、第九節「検証」、第十節「当事者本人ノ訊問」、第十一節「証拠保全」が編入されている)。前掲『旧法令集』391頁以下を参照。

31) ボアソナードの民事訴訟法典に関する構想を知るには、プロジェクトに散在する記述のほか、Code de procédure civile (1806)も重要な手がかりの一つである。同法典は全部で2部に分かれており、第1部は「裁判所における手続」(Procédure devant les tribunaux)、第2部は「様々の手続」(Procédure diverses)である。第1部は、また「治安判事による裁判」、「下級裁判所」、「王国裁判所」、「判決を攻撃するための特別の方法」、「判決の執行」といった項目からなっている。

1 証拠法内部の階層的構造

— 法定証拠主義を基調とするボアソナード証拠法 —

ボアソナード民法は、母法の Code civil と同様に、さまざまな証拠方法を明文で規定している。これらの証拠方法を、ボアソナードは三種類に分けている。すなわち、1) 直接証拠と呼ばれる「人による証」(1332~1410条)、2) 間接証拠と呼ばれる「推定」(1411~1501条)、そして、3) 「裁判官の考覈」(1319~1331条)である。後に述べるように、証明方法の種類ごとに、証拠能力および証明力には差があるものとされており、ときには、同一の部類の内部でも、さらに差が設けられていることもある。言い換えれば、当事者の証明活動および裁判官の心証形成のために、法典が用意した諸方法は、その性質により、上記の三つの層のいずれかに位置づけられる。以下では、この順序に従って、各層を構成する証拠方法について考察していく。

(1) 直接証拠

第一の層に位置づけられる「人による証」(témoinage de l'homme)は、人(訴訟当事者および関係者)によって直接に証明を為す方法であり、「直接証拠」(preuve directe)ともいわれる。具体的には、書証³²⁾、裁判でなされた口頭の自白 (les reconnaissances ou aveux verbaux faits en justice)、裁判外の宣誓 (le serment extrajudiciaire prêté ou refusé)³³⁾、証言³⁴⁾を指す。この層に属する証

32) 書証には、私文書 (les écritures privées) および公正証書すなわち公吏の証 (l'acte authentique ou témoignage d'un officier public) がある。

33) 裁判外の宣誓について、1373条1項は、「何の証拠の端緒も存在しないとき、または既に一方の当事者にとって有利な完全の証拠が提示されたとき、当事者双方は、もっぱら私的利益に関する争いを予防しまたは停止させるために、お互いに裁判外の宣誓を要求することについて合意することができる」と規定し、さらに同条2項において、「そのような合意は和解 (transaction) の性質を有する」としている。なお、ここで留意すべきは、ボアソナード草案は Code civil と違って、裁判外の宣誓のみを承認し、裁判上の宣誓を認めなかったという点である。注釈によれば、裁判上の宣誓は、当事者を誠実義務と利害との板挟みに追い込むものであり、宣誓をしても嘘をつくこともあり得るので、裁判官をこのような宣誓に従わせることは相手方当事者にとって不公平なことになるから、とされている。逆に、裁判外の宣誓は、単なる私的利益に関する事項についての合意の自由 (liberté des conventions) にかかわるものに過ぎず、これを非難する理由はないとしている。後者はいわば、和解の性質を有することから、争いを事前に防止する機能がある、と。

拠は、ボアソナードの言葉を借りて言うならば、他の層と比して「より多様な事実 (faits plus varié) を含んでいる」(Projet, Livre V, n°23.)。また、この層の内部で、証明力の程度にしたがい、さらなる細かい序列ができています。すなわち、下の表2が示すように、第一級に位置する証拠方法は、完全な証拠として裁判官に心証を命ずる効力——いわゆる「完全な証明力」(pleine foi)——を有しているのに対して、第二級の証拠方法は、不完全な証明力しか持たず、裁判官が必ずそれに拘束されるとは限らない。

表2 直接証拠の証明力

二段階	証拠方法	裁判官心証の自由度
第一級 完全な証明力	公正証書 私文書 裁判における口頭自白 裁判外の宣誓	法律が裁判官に、証拠にしたがう心証形成を命ずる
第二級 不完全な証明力	証言	裁判官を拘束しない (自由心証の働く範囲)

(2) 間接証拠

しかしながら、上記の直接証拠によって十分に証明ができない場合もある³⁵⁾。このような場合であっても当事者を証明の困難さから救済すべきであるという「私益」の保護と、「公の秩序」ないし「公益」の保護という、二種の法益の保護の観点から、法律は推定 (présomptions) による証明＝間接証拠 (preuve indirecte) という方法を用意している。ボアソナード証拠法においては、推定とは、「人の証がない場合において、法律が自身を既知の事実 (faits connus) から未知の事実 (faits inconnus) へと導くところの推論 (inductions) ないし推測 (conjectures)、または、法律が裁判官の明察 (lumières) と賢慮 (prudence) に委ねるところの推論ないし推測である」(1411条1項)と定義されている。かかる

34) 証言の適用に関して、ボアソナード民法はフランス民事訴訟法の証人制限主義を取っている。この点は、ドイツ式の証人無制限主義を取る明治期の旧々民事訴訟法と対照をなすところである。詳細は、本章2の書証優先主義の箇所所述べる。

35) たとえば、直接証拠を提供できない場合、あるいは理論的に直接証拠による証明が不可能な場合(本章3で論ずる「悪魔の証明」を参照されたい)などである。

二種の推論・推測のうち、前者は1)「法律による推定」(présomptions légale) 後者は裁判官の自由裁量による2)「事実的状况による推定ないし人が行う推定」(présomptions de fait ou de l'homme) である(1411条2項)。1)はさらに、「公の秩序」の観点から原則として一切の反証を許さないもの(既判事項の権威(autorité de la chose jugée)³⁶⁾、時効(prescription)³⁷⁾³⁸⁾——既判事項の権威と時効とは、「公益に関する完全な推定」とされる——、私的利益に関わるために——つまり全面的に公の秩序に関わるものでないがゆえに——法律の定めにより一部の反証が許されるもの(不動産登記による善意推定など)、そして、あらゆる法定の証拠方法による反証を許すもの(占有の本権推定、善意推定など)という、証明力を異にする三つの種類に分かれる。ここに見られるように、反証を許すか否か、許すとしていかなる程度において許容するのかという証拠の力の程度

36) 「既判事項の権威(autorité de la chose jugée)」は、旧民法では「既判力」と翻訳されたが、今日の日本の法学のいう既判力とは異なる。今日の「既判力」概念は確定判決についてのものであるが、「既判事項の権威」は、注38)に明らかのように、確定判決以前の判決についてのものである。ちなみに、今日の日本法学にいう「既判力」に近いフランス法上の概念は、force de chose jugéeであり、「既判事項の確定力」などと訳されている。この点、山口俊夫編『フランス法辞典』(東京大学出版会、2002年)のautoritéおよびforceの項参照。

37) 1413条 公益に関する絶対的な法的推定は、法律が明白に定めた場合および方法でなければ、一切の反証を許さない。このような推定は以下のごとくである。

第一 既判事項の権威

第二 本編の第2部が取り扱う本権推定時効または免責時効

38) 前掲した1413条(注37))の文言からも分かるように、諸推定証拠の中で最強の証明力を有する既判事項の権威と時効は、原則として一切の反証をも許さないが、法律が明示した一定の場合にある特定の方法によって覆される例外がある。既判事項の権威についていえば、1414条1項によれば真正と推定されるが、同条2項の但書は「確定となっていない判決は民事訴訟法に定めた方式および期間において攻撃せらる」と規定し、上訴が許される場合、最初の判決に対して提示した反証は認められる。また、1416条3項は、「当事者は、援用に際して、判決が自己の利益において誤って下されたことを認めると、既判事項の権威の利益を失う」と規定しており、ここからも、既判事項の権威の推定証拠たる性質が見て取れる(Projet 二版にも同じ規定が置かれているが、1890年公布の旧民法およびProjet 第二版(1882-1889刊行)に対応する翻訳版といわれる『再閲草案』にはこの一文が見当たらない。ポアソナードが旧民法よりも後あるいは同時に刊行されたはずの新版まで堅持したこの条文は、日本で結局削除される運命から免れなかったという興味深い問題は、本論が最後に論ずることに深く関係しているように思われる。この論点について、既に金山直樹教授による研究がある。『時効における理論と解釈』(有斐閣、2009年)第一編第五章以下参照。

は、その証拠が「私益」にかかわるのか、それとも「公益」にかかわるのか、という問題に依存していた。

直接証拠による証明が不可能であり、法律による推定によっても事実が確定されない場合においては、上記2)の「事実的状况による推定ないし人が行う推定」が行なわれる。事実を確定するためのいわば最後の手段として、法律は、裁判官が自由に心証を形成することを部分的に容認したのである。第1425条³⁹⁾によれば、裁判官は、法律が証言を許す場合⁴⁰⁾にも、全証拠資料に基づいて判決を下すことができる。このような自由心証の容認を通じて、法律は、法定の証拠だけでは事実が確定できないという、法定証拠主義の下では十分に起こりうる事態をもカバーしているのである。もっとも、完全な自由心証が認められるのは、同じく1425条によれば、法律が証人の証言を許す場合に限られるため⁴¹⁾、結果

表3 推定証拠の証明力

法律による推定	第1級 既判事項の権威、時効	全面的に公の秩序にかかわるため、原則的に一切の反証をも許さない (裁判官を拘束する)
	第2級 身分資格、謄記による善意推定	全面的に公の秩序にかかわるとはいえないために、ある反証を常に許す
	第3級 占有による本権推定など	法律の認める一切の反証を許す
事実的状况による推定、 人の行う推定	第4級 証言を許す場合に限る	「事実的状况 (circonstances du fait)」に基づいて判決の全体を決定できる。 裁判官に完全な自由心証を認める。

39) 1425条 法律が裁判所にその判決の諸要素を訴訟事件の状況から引き出す権限を与えるという特別な場合のほか、裁判所はまた、証言が認められる全ての場合において、かつ、何らの証言または他の直接証拠も提出されなかったときであっても、事実の状況より生ずる自らの心証にしたがって、裁判所に係属する争いを決することができる。ただし、裁判所はその心証を決定した状況を判決理由において明記しなければならない。

40) 「書証優先主義」が適用されない場合を指す。詳細は本章2(1)を参照されたい。

41) ポアソナードによれば、事実的状况による推定は証言と同一の効力を有し、後者が欠如する場合それに代わることができる。したがって、この種の推定証拠の援用についても、証言と同じ制限を設けるべきである (Projet, Livre V, n°249, n°250.)。なお、証言証拠に関する制限は本章の2を参照されたい。

的には、自由心証も証拠法全体を支配する「書証優先主義」の原則に服することになる。この意味において、プロジェにおける裁判官の自由裁量は現行法の自由心証主義の下で裁判官に与えられた自由裁量に比して、明らかに弱いものである。上記した種々の推定証拠をその証明力の等級に沿ってまとめると、表3のようになる。

(3) 裁判官の考覈

「裁判官の考覈」⁴²⁾(*expérience personnelle du tribunal*)とは、裁判官が、証拠資料や当事者尋問を通じての総合判断によって裁判の棄却を宣言したり、不動産の状況を確認するため臨検を行ったり、専門知識を得る目的で鑑定を命じたりすることなどによって、自ら裁判を決することである(1319条)⁴³⁾。この層で定められている事項については、裁判官の自由裁量がかなりの程度で許されている。たとえば、臨検と鑑定といった方法の援用に関して、当事者からの請求によるほか、裁判官が自ら職権をもってこれを命令することができ、しかも、その(鑑定の)結果に拘束されることはないとされている。

以上、証拠体系を三つの層に分けて一通り概観してきた。(1)直接証拠、(2)間接証拠、(3)裁判官の考覈、の三層のうち、(1)と(2)については⁴⁴⁾、諸証拠方法の階層的な序列(表2および表3)が、法定証拠主義⁴⁵⁾に基づいて形成されている。本稿の問題関心に照らすならば、このように階層的に構成される証拠体系が、民法の中に存在する、ということの意義をこそ、問われねばならないであろう。そのためには、証拠体系において相異なる位置にあるそれぞれの証拠方法が、事実

42) 「考覈」という訳語は旧民法に依拠するものである。我妻栄編集『旧法令集』(有斐閣、1968年)185頁以下参照。

43) 厳密に言えば、上の(2)で述べた条件付きの裁判官の自由心証も、裁判官自らが決するという点からすればこの層に属すべきものともいえるが、推定という性質を持つが故に、間接証拠という層に分類されたと思われる(Projet, Livre V, n°23)。

44) 裁判官の考覈は、臨検や鑑定といった事柄が裁判官の自由裁量に委ねられていることから、証拠方法の階層的構造の外にあるものとして考えられねばならない。この点に関連して、民事訴訟における裁判官の職権の介入が論じられねばならないのであるが、本稿では紙幅の制約上、これに立ち入ることができない。

認定に際していかなるメカニズムで機能し、いかにして実体的権利・義務の実現に資するのか、という問題を明らかにしなければならない。

2 法律行為の証明——法定証拠則が機能する場面（その1）

(1) 書証を頂点とする契約証明システム

上記の証拠法の階層的な構造を根底から支えるのは、フランス民事訴訟法由来のいわゆる「書証優先主義」⁴⁵⁾——フランスでは、これを「書面は証人にまさる」(lettres passent témoins) という——原則である。その内容は、一つの原則と二つの例外からなるものとして理解することができる。以下では、条文の検討を通じて当該原則の内容を見ていく。

① 原則

プロジェクトにおいて、「書証優先主義」は主として、法律行為 (acte juridique) —— もともとはドイツ法上の概念であるが、ボアソナードはこれを学び、プロジェクトで用いた —— の証書作成義務を規定する 1396 条において表明されている。それは、次のようなものであった。

45) 歴史的にみれば、「法定証拠主義」は、「自由心証主義」より先に誕生したものであった。しかもそれは、本来、ここで論じているボアソナード証拠法に比して、より限定された概念であった。本稿は、ボアソナード証拠法の特徴把握のため、現行日本法の「自由心証主義」との対比の意味で「法定証拠主義」の語を用いている。しかし(2)で見たように、ボアソナード証拠法のそれは、厳密に言えば、「自由心証」を一部認めた「法定証拠主義」である。

なお、現行日本法における「自由心証」と「法定証拠」に関しては、主として以下のよう一般的な解釈を念頭に置いている。「心証形成の方法について、これに用いることのできる証拠方法や経験則が法がとくに限定せず、裁判官の自由な選択に任せる」ことを「自由心証主義」といい、「証拠方法を限定し、事実を推認する法則を法定して裁判官をこれに拘束させる」ことを「法定証拠主義」という。新堂幸司『新民事訴訟法』第4版(弘文堂、2008年)520頁参照。

46) 近代フランスにおける書証優先主義の確立過程および現在の実務事情について徳田和幸教授の論文が非常に参考になる。「書証優先主義」という名称自体も、教授が論文の中で初めて用いたものである。徳田和幸「書証優先主義」『フランス民事訴訟法の基礎理論』(信山社、1994年)129～144頁を参照。

1396条 1項 物権または対人権を創設または移転し、変更または消滅させる性質を有するようすべての事実について、その事実より各当事者または一方の当事者のために生ずる利益が、その事実がなされる時点において、50円の価額を超える場合には、公正証書（authentique）または私署証書（sous-seing privé）が作成されなければならない。

2項 前記の利益が50円を超過する場合、法律によって明示的にまたは黙示的に除外された場合でなければ、証言による証拠は裁判所によって受理されない。ただし、この点について商法典によって定められた事柄はこの限りではない。

この条文は、合意を伴う法律行為に関する事実の証明について、争いの対象となっている利益額が50円（当時）を超過する場合、権利証書の作成を求めることを定めている。第1項だけを取り出すならば、権利証書の作成は法律行為の成立要件であるかのようにも読めるが、しかし、第2項およびポアソナード民法典の全体構造から判断して、権利証書は、すでに合意によって成立している法律行為を単に証明するものであって、法律行為が有効に成立するための要件ではないことに留意する必要がある。したがって、本条の規定は、フランス民法の伝統を踏襲し、法律行為に関して「意思主義」を採用したポアソナード民法の規定と、原理的に矛盾するものではない⁴⁷⁾。法律行為は証書なしにも成立する。しかし、法律行為に際して権利証書を作っておかなかった場合、後日、裁判になったとき、権利を主張する側が、証言を提出したとしても、本条の第二項に従って裁判所がこれを受理しないため、証明責任を負う一方の当事者は非常に不利な状況に陥り、結局敗訴につながる可能性はきわめて高い、ということになるのである。

しからば、何故に、法律行為の証明について、このような高い「ハードル」を設けたのであろうか。フランス式の「書証優先主義」の意義については諸説が必ずしも一致しないのであるが、ポアソナードの立法趣旨に限るならば、その真の目的はおおよそ以下の2点にまとめられる。第一に、訴訟経済の問題である。彼

47) もちろん、お互いに支えあう関係にある点については、次の(2)で論ずる。

によれば、証人による立証の手続は、おおむね、長期にわたる訴訟期間を要し、しかも多額の訴訟費用を伴う。こうした事態を避けることが、ボアソナードにおける「書証優先主義」の主たる理由である。第二に、紛争の防止。すなわち、ボアソナードは、法律行為に際して証書の作成を促すことによって、紛争の発生を予防することが期待できると考えている。ちなみに、一般に説かれるところの「証人の賄賂」の防止という理由付けについては、これを彼は強く批判している。自然法学者であるボアソナード⁴⁸⁾は、第三者がなした口頭挙証に懐疑を抱くのは、「人間社会に対する無礼」であると述べ (Projet, Livre V, n°186.)、証人制限の真の理由を、上記2点に求めようとするのである (Projet, Livre V, n°188.)。

② 二つの例外

以上のような、価額50円以上の法律行為につき書証作成を義務付け、50円以下であれば、人証を認めるという原則に対しては、二つの例外が設けられている。その一つは、50円以下の場合においても、人証を禁止する場合がある、ということである。今ひとつは、利害価額は50円を超過するにもかかわらず、証書の作成を義務付けない、言い換えれば、人証の援用を許す、という場合である。その具体的内容は、以下の条文において規定されている。

1399条 1項 書面を作った場合において、たとえ50円以下の利益が問題であるとしても、証言証拠 (la preuve testimoniale) は、当該書面に反する事実および当該書面以外的事实、または、当該書面の効力を変更する仕方、その作成前、作成時、作成後に言われもしくは為された事実、を証明するために受理されることができない。

2項 この禁止は、あるいは弁済、免除、更改またはその他すべての債務の消滅の原因を証明するため、あるいは書面によって証された物権の事後の消滅または変更を証明するために、上に定められた範囲内において、証言証拠を排除するものではない。

48) 水林彪「法秩序の一九世紀」(『近代日本文化史2 コスモロジーの「近世」』岩波書店、2001年)68頁以下参照。

3項 すべての場合において、主張されている事実の日付および場所、または、履行のために口頭で決められた時期と場所の書面における欠落は、証言証拠によって補足することができる。ただし、主たる利益と合算して50円を超える価額の利益がその証言証拠に関係している場合には、この限りではない。

法律が人証を許す範囲（価額が50円以下）であっても、ひとたび書面を作成したならば、当事者は人証よりも書証を信じることを選択したと見なされ——任意に証書を作成した以上は、証書に掲げた内容は誠実なものであり、それに反する内容は根拠がないものであるとみなされる——、書面の内容に反すること、または書面に記載されていないことを証言によって立証することが禁じられるのである。これらの証明は、他の書面によって、または相手方の自白によってのみ行われうる（Projet, Livre V, n°194.）。

なお、この例外規定も、上述した証人制限の訴訟経済的な理由付けを表明するものである。何故ならば、もし「証人の賄賂」が証人制限の理由であるとするならば、価額が50円以下の場合には、利害関係が些少であるため、とくに人証を禁ずる意味はないからである。証人制限の理由を、訴訟コストの抑制にのみ求めたが故に、このような例外規定が置かれ得たのだと考えることができよう（Projet, Livre V, n°194.）。

また、上記の原則に対する第二の例外は、具体的に次のような場合を指す。

1405条 以下の場合において、争いの価額の如何にかかわらず、証言証拠は許容される。

第一 公正または私署の書証による証拠の端緒（commencement de preuve par écrit）が存在する場合。書証による証拠の端緒とは、あるいはそれが対抗する者、あるいは其の者を代理する者または其の者によって有効に代理される者の手より出たもので、主張された事柄が真実であると思わせるものをいう。

書面による証拠の端緒に記されたこと以外ないしそれに反する証言証拠も、書面の作成前、作成時、作成後に述べられまたはなされた事柄に関しては、許容される。

第二 原告または被告が、審理に先立ち、証言または他の方法により、不可抗力の事態または自らの非行 (faute) または懈怠 (négligence) に帰すべからざる偶発的事故によってその証書を失ったことを証明する場合。

第三 述べられた事実が生じたその時点において、書証を獲得することが、利害関係者にとって、不可能だった場合。

以上、この項において述べたことを要約するならば、証人証言を援用できる場合は、価額が50円以下の法律行為のとき(1396条1項)、「書証による証拠の端緒」⁴⁹⁾が存在するとき(1405条1号)、不可抗力や偶発的事故によって書証を紛失したとき(1405条2号)、書証の獲得が不可能だったとき(1405条3号)、に制限されている。のみならず、たとえ証人証言の援用が許される範囲内であっても、証書が作られていたならば、人証の援用が排除される(1399条1項)、ということになる。さらに、本章1(2)で述べたように、「事実的状况による推定ないし人が行う推定」——間接証拠の一種——に、「人証が許される範囲」という制約が課せられていたことを想起するならば、ここでいう「人証を制限する」場面においては、人証のみならずあらゆる「事実または人による推定」が禁止されるということになる。したがって、「書証優先主義」は、「書証は人証に勝る」という原則のみならず、実質的には、書証は推定——より正確に言えば、法律上の推定を除く、裁判官による事実の推定——に勝るという意味をも含むのである。ポアソナードにおいて、全証拠体系における書証の優越的地位は顕著であった。

(2) 契約法における「意思主義」

49) 書証による証拠の端緒はフランス証拠法上の概念であり、証言証拠と同様、完全な証明力を持たない。ただし、前述した直接証拠の階層(前掲表2を想起されたい)において、証言証拠はその中の第二級に位置づけられるのに対して、書証による証拠の端緒はまさにその名通り証拠の端緒に過ぎず、直接証拠の外に置かれるべきものである。草案では、その具体例として、例えば、官吏が作った証書の写し(1394条)、官吏によって作成された謄本の写し(1395条1項)、謄記簿上の公正証書の謄本の全文の写し(1395条2項)、裁判において追認された私署証書の正本の全文の写し(1395条3項)などがある。これらの書面が存在するとき、本来は証言による証明が禁じられる場合でも、書面に記される事柄、またはそれ以外の事柄またはそれと反対の事柄に関する証言証拠が許される。

契約証明法における「書証優先主義」がフランス法の伝統に基づくものであることは、すでに述べたとおりである。しかしながら、周知のように、フランス近代法は、契約の証明について「書証主義」＝一種の形式主義を重視する反面、契約の形式については、近代法のメルクマールの一つを成した「意思主義」(consensualisme)を掲げたのである。意思〈諾成〉主義とは、端的に言えば、物権・所有権の移転を目的とする契約(与える債務 obligation de donner)においては、「当事者の合意のみによって」(seul consentement)契約が成立し、目的物への権利が移転するという考え方である⁵⁰⁾。このような、契約の実体法的側面における、一切の外面的形式を排除した「意思主義」と対照をなす形で、証明法の次元においては、書証という最も確かな外面的形式を重んずる「書証優先主義」が存在するのである。

一見すると正反対のようにも見えるこの二つの原理を、ボアソナードはともにその民法典草案に取り入れた。本稿の観点からすれば、民法典に内在する証拠法とりわけ契約証明法は、何ゆえ、書証という厳格な形式に拘った証拠方法を頂点とする証拠の階層的構造を必要としたのか、という問題を考えなければならない。これを考えるためには——確かにボアソナードの挙げた立法理由もある程度参考にはなるが——、さらに深層の原因として、フランス契約法史上における「意思主義」の成立という事実をふまえねばならないように思われる。というのは、「意思主義」と「書証主義」という二つの原理は、一見するとまったく反対の方向に立っているかのようでありながら、真実は、むしろ、互いに支えあう関係にあるからである。

この問題に関して、今村与一教授⁵¹⁾の研究が非常に示唆的な見解を提示している。教授は、西欧契約法の長い発展史の中で、要式主義が支配的だった時代⁵²⁾—— 当時は、実体法と証明法が一体となっていた —— から、形式主義を排除して意思のみで契約の効力を認める「意思主義」の時代へと移行する過程にお

50) Code civilでは、物の引渡しの債務に関する1138条と贈与に関する第938条に「当事者の合意のみによって」という文言があり、そのほかに、売買契約に関する1583条および相続に関する711条も同様の趣旨を定めている。

51) 今村与一「意思主義と書証主義」(『日仏法学』23号、2004年)142-177頁。

いて、かつては形式主義の象徴だった文書が、契約を証明する役割を担うものと転化していった、という点を指摘された⁵³⁾。言い換えれば、契約の実体から排除されていった形式的モメントは、証明法の次元で「書証優先主義」という形で生き残り続けたのである⁵⁴⁾。

このように「書証優先主義」を契約実体法の発展史の中に置いて観察すれば、その成立は、契約実体法における「意思主義」と不可分の関係にある。すなわち、意思主義の成立が、「意思のみで成立する」とされる契約を何らかの手段で証明せねばならない、という新たな必要を生みだし、形式を重視する書証優先主義が、その必要に応じて「書証は人証に勝る」という原則を創出したのである⁵⁵⁾。

3 本権の証明——法定証拠則が機能する場面 (その2)

(1) 「本権推定時効」を中心とする物権証明システム

2においては、書証の全証拠体系における優先的地位を確認した。しかしながら、このような書証を頂点とする法律行為の証拠システムは、本権訴訟における所有権の証明にまでは及ばなかった。換言すれば、ポアソナード証拠法において、本権証明法と契約証明法とは、お互いに交錯する領域もあるものの、それぞれ異なる原理で構成されているのである。端的にいうならば、それは次のようなこと

52) ローマ法では「裸の約定からは、いかなる訴権も生まれない (Ex nudo pacto non nascitur actio)」との観念が支配的であり、契約には必ず形式が伴わなければならないとされていた。フランス古法の場合、封建諸領主の介入によるセージュヌ (saisine) の得喪について取引上の形式が顧みられなくなった後も、形式主義的契約観が完全に捨て去られることはなかった。(今村・前掲論文 150 頁)。

53) 形式としての ad solemnitatem 文書と証拠としての ad probationem 文書が区別され始めたことを意味する。(今村・前掲論文 150 頁)。

54) フランスにおける「書証優先主義」の確立は 1677 年のムーラン王令を待たなければならないが、早くも 13 世紀において、無方式の合意の力を認めようとする動きがすでに始まっていた。そこでは、取引実務上、用心のために譲渡処分形式に代わる契約条項 (stipulation) を、自らが作成する証書中に挿入するという方法が取られるようになった。

55) フランスでは、契約の「形式主義」から「意思主義」への移行を支える制度として、契約証明法上の「書証主義」以外にも、公証人制度の発達も重要な役割を果たしているが、証拠法の構造を検討する本論においては、この問題に立ち入らないこととする。フランス公証人制度については、鎌田薫「フランスにおける不動産取引と公証人の役割 (1-2)」(『早稲田法学』56 卷 1 号・2 号、1980 年) を参照。

である。物権の証明においては、I(1)で挙げた直接証拠である権原証書による完全な証明ができないとされ、法律上の推定という間接証拠に頼る道しか許されていない。しかも、物権の証明に援用できる諸推定証拠のうち、完全な証明が可能とされたのは、最も強い証明力を有する「本権推定時効」(prescription aquisitive)⁵⁶⁾(表3の第一層に位置する)ただ一つである。その他の推定証拠として、権利証書の謄記⁵⁷⁾(transcription)による善意推定(表3第二層)、占有による推定(表3第三層)も定められているが、いずれも本権推定時効が成立しない場合の証明救済方法であり、前者の絶対的地位を動揺させるものではない。そこで本稿では、紙幅の都合上、重点的に本権推定時効を取り上げることとした。

① 証拠としての本権推定時効

時効制度については、そもそもボアソナードがそれを証拠として性格付けたこと自体、非常に特徴的で興味深いところである⁵⁸⁾。草案の「証拠編」は、特に第2部「時効」を設けて、本権推定時効と債務の免責時効に関する規定を置いて

56) 本権にかかわる時効の用語として一般に「取得時効」が用いられているが、これを素直に解すれば、「時効の成立により本権を取得する」ということになろう。ボアソナードの趣旨に即して表現すれば、「本権推定時効」と訳した方が妥当ではないかと思われる。

57) フランスで今でも採用される場所の不動産公示の方法である。権原証書の写しを綴じこむことによって行われており、原因証書とは別に権利関係の登録がなされるわけではない。なお、このような公示の形式は、不動産のみならず、民事部分関係(出生証書、婚姻証書、死亡証書など)にも通用されるといわれる。大村敦志『フランス民法——日本における研究状況——』(信山社、2010年)148頁参照。

58) Code civilにおいては、債務の証明に供する規定が集中的に第3編第3章第6節に置かれているものの、本権の証明に関しては、条文が必ずしもはっきりとしない。ただし、法典の構造上、最終章に位置する「時効」が物権証明法にあたるような存在とみることができ。同法典の中に、時効を「推定＝証拠」として性格付けるような条文(2223条、2224条、2262条)も少なからず存在するのであり、また、起草者の一人であったビゴ・プレアムヌ(Bigot de Préameneu)も、その立法趣旨の中で、時効の証拠法的構成を明言している(Loché. *Legislation Civile, commerciale et criminelle*, T.8, Frankfurt am Main: Keip Verlag, c1990, p.344)。なお、ローマ法時代以来19世紀のフランス法に至るまでの所有権証明の沿革史については、七戸克彦「所有権証明の困難性(いわゆる「悪魔の証明」)について——所有権保護をめぐる実体法と訴訟法の交錯——」(『慶応義塾大学大学院法学研究科論文集』27号、1988年)が示唆に富んだ論述を行っている。同論文は、実体法と訴訟法との緊密な関係に注目しながら論述を展開しており民法典に内在する証拠法の考察を行おうとする本論も、同論文に負うところが非常に大きい。

いる。

1426条 時効とは、定められた期間の効力および法律によって規定した他の条件をもって、物権を取得し (d'acquisition d'un droit réel)、または義務を免責する (de libération d'une obligation) 法律上の推定である。ただし、動産の即時取得に関しては、第1481条以下に定めたものを妨げない。

ボアソナードの主張によれば、時効というものは、権利を取得する直接方法では決してなく、あくまでも一種の推定証拠なのである。民法典の中で時効制度を導入したのは、債務者の債務を免除し、占有者に所有権を取得させるための方法を与えるためではなかった。むしろ、法律が緻密な時効法を設けたのは、次のようなことを念頭に置いているためである。すなわち、「成文法が、旧所有者または旧債権者の干渉 (troublés) を受けることなく平穩 (en repos) に時を送り得た占有者および債務者の権利を是認するのは、ただ次の者を助けるためである。すなわち、その取得もしくは免責の証書を失い、または当初から証書を交付させることを怠った者、それだけである」(Projet, Livre V, n°252.)。言い換えれば、時効制度の真の目的は、財産を不正に取得した者、あるいは契約を履行しなかった者を救済することにあるのではなく、あくまでも、正直な者を証明困難の苦境から救い出すためにあるのである。ボアソナードにおいては、これこそが、時効の真の意義にはかならない、とされる。もし時効という保護手段がなければ、「このような所有者もしくは債務者は、自己の有した新しい証書を提出することができず、よって彼らは、既に移転している所有権 (propriété transférées) または既に消滅した債務 (créances éteintes) についての旧証書 (d'anciens titres) を保存した者が提起した訴訟によって際限なく妨げられることになろう」。したがって、時効は古くから「人類の保護者」(patronne du genre humain) と称され、これを民法典に導入したことは、公平 (l'équité) および道理 (la raison) に基づく「法理および法律の与える仁恵」と捉えられる (Projet, Livre V, n°252.)。要するに、ボアソナードの考える時効制度は、社会秩序の安定のために、正義を犠牲にして、悪意の者にも権利を与える、などという発想とは無縁だ

ったのである。

本章の考察対象たる本権推定時効については、ポアソナードは特に、時効を所有権の直接取得方法と捉える説との性質上の違いを意識し、以下の3点において区別をつけている。

第一に、上の定義からわかるように、本権推定時効は、時効の成立により物権を取得すると推定する証拠である。この「取得」の時点は、ポアソナードにおいては、時効成立時点ではなく、時効期間開始時点ないしそれ以前なのである⁵⁹⁾。したがって、草案の1428条1項(2項は免責時効に関する内容)は、「本権推定時効の効力は、占有の利益が始まった日まで遡る」と規定している。これは、「時間の経過」が、占有者が前々から本権者であったことを証明(推定)させるもので、本権を新たに取得させるものではない、ということの意味する。

第二に、時効の援用について、証拠編は、時間の経過と占有など時効成立要件に加えて、それが裁判において援用されるための条件を付けている。1433条1項は「裁判官は時効より生ずる訴えまたは抗弁の方法を職権をもって補足することができない。時効はその条件が成就することによって利益を受ける者より申し立てることを要する」と規定している。

第三に、本権推定時効を援用する占有者が、時の経過の外、さらに本権につき何の正当な原因をも有しないことを述べた場合に、「時効の放棄とみなし」、主張者の請求または抗弁が敗れるとする。これに当たる条文は、1433条2項であり、「時効を援用する当時において、正当な取得または免責ではないことを追認する者は、時効を放棄したとみなす」と規定している。

② 時効による本権の証明

a 不動産の本権推定時効

不動産を取得する推定証拠である時効を援用する要件として、第一に、占有が瑕疵のないものであることが必要である。すなわち、ある不動産につき時効を援用しようとする者は、所有者の権原(titre de propriétaire)によって中断なく

59) 権利の直接取得と主張する説は、取得の時点の時効の成立時点に設定する。

(non interrompue)、平穩 (paisible) かつ公然に (publique)、一定期間の占有を継続 (continue) していなければならない⁶⁰⁾。このことを反対からいえば、容仮 (précaire)⁶¹⁾、暴力 (violente) または内密 (clandestine) といった瑕疵のある占有 (possessions vicieuses) の場合は本権推定の利益を享受することはできず⁶²⁾、また、所有の意思による占有が任意に停止した場合には、継続占有とは認められない——したがって、時効による本権推定の効果は生じない——ということである⁶³⁾。

上に挙げた諸要件の証明は、証明責任分配規則に従ってすべて時効主張者の責にあるとされるが、これを容易にさせるために、法律は幾つかの推定⁶⁴⁾を認めている⁶⁵⁾。まず、所有者の権原について、法律は容仮証拠がない限り占有者が常に自己のために占有すると推定する (198 条)。また、暴力が証明されない限り、平穩であることは法律によって推定され (200 条 1 項)、前後二つの時期に関する証拠があるとき、その期間中の占有は継続したものと推定される (200 条 3 項)。ただし、公然たることは必ず証明されねばならないとされた (200 条 2

-
- 60) 1474 条 1 項「不動産の本権推定時効の援用のために、所有の権原に基づいて、継続して中断せず、平穩、公然かつ以下に定められた期間をもって占有をしなければならぬ。」
- 61) 原語は「一時的、不安定な」という意味で、本稿は旧民法の訳語を踏襲し「容仮」とする。
- 62) 1474 条 2 項「196 条および 197 条に定められたような、容仮、暴力または内密の占有は本権推定時効を援用するのに役に立たない。」
- 196 条 1 項「暴力または内密の占有は、これを瑕疵のある占有という。」
- 2 項「占有が力づく (force) または脅迫 (menace) によって獲得されまたは維持されたとき、それは暴力の占有である。」
- 3 項「占有が外部に現れ (extérieurs) かつ公然の行為を通じて利益関係者に十分に分かるようなものでないとき、それは内密の占有である。」
- 4 項「占有は平穩となったとき、または公然となったとき、その瑕疵が止む。」
- 197 条 1 項「容仮の占有とは、占有者が他人の名義にて他人の利益のためにある物を保持し、またはある権利を行使する場合を指す。」
- 2 項「占有者がその自身のために占有を開始したとき、占有は容仮の状態を停止し、実定法上の (civile) ものとなる。」
- 63) 1475 条 1 項「占有者が本権推定時効により取得しようとする物につき、自らの意思で当該物を支配する行為をある程度長い時間で停止したとき、占有は非継続的なものであり、本権推定時効にかかわらない。」
- 2 項「占有者が占有行為を再開するとき、その以前の占有期間はこれに加算されない。」
- 64) 推定証拠の階層 (前掲表 3 参照) の観点からいえば、これらは時効 (第 1 級) と違ってすべて「法律上の推定」の第 3 級に属するものである。

項)。

さらに、上記のような要件を満たした占有が本権推定時効の利益を得るためには、一定の期間を経なければならぬ。これについては、正権原 (*juste titre*) と善意 (*bonne foi*) という二つの要素に対応して、短期と長期との二種類の本権推定時効が定められている。

(i) 15年の短期時効

法律はまず、正権原に基づき、かつ善意である占有者については、瑕疵なき占有が15年継続した段階で所有権の取得を推定する、という短期時効の制度を設けている⁶⁶⁾。すなわち、前述した瑕疵なき占有という要件の上に、正権原と善意という権原に関する二つの要件が要求される。

正権原 (*juste titre*) とは、「たとえ譲渡人に授与の資格 (*qualité*) が欠け、その効力が生じないと言えども、占有された権利を付与 (*à conférer*) すべき性質に定められる法律行為 (*acte juridique*) に基づく」(194条1項注釈61参照)こ

65) 198条 「権原 (*par son titre*) または事実の状況 (*par les circonstances du fait*) により容仮が証明されない限り、占有者は常に自己のために占有すると推定される。」

200条 1項 「暴力が証明されない限り、占有は平穩なるものと推定される。」

2項 「公然性は推定されず、必ずこれを証明しなければならない。」

3項 「二つの異なる時期に占有が証明されているときは、その期間中の占有は継続したものと推定される。ただし、その期間中の占有の中断または停止が証明された場合はこの限りではない。」

66) 1476条 「もし占有が上に要求された諸条件に加え、第194条に定義したような正権原に基づき、かつ第195条にしたがって善意であるとき、不動産の所在地と時効が対抗する者の住所 (*domicile*) または居住地 (*résidence*) との距離を問わず、占有者は15年の時効をもって取得を推定される。」

194条 1項 「たとえ譲渡人に譲渡する資格 (*qualité*) がなく、その効力を生ずることがないとしても、占有されている権利を与えるべき性質を有する法律行為 (*acte juridique*) に基づくとき、法定の占有は正権原または正原因 (*juste cause*) のものという。」

2項 「占有が侵奪により獲得された場合、それは無権原または無原因の占有である。」

195条 1項 「占有者が自らの権原が創設された時その瑕疵を知らなかった場合、正権原の占有は善意の占有である。反対の場合、占有は悪意のものである。」

2項 「権利の錯誤は、善意の占有の利益を受けるために認められてはならない。但し、第206条において述べたものはこの限りではない。」

3項 「善意であることは、権原の瑕疵が発見された時点から停止する。」

とをいう。ボアソナードのコメントによれば、正権原の反対は不正当な権原 (titre injuste) ではなく、侵奪に基づく無権原 (sans titre) (194条2項) である (Projet, Livre I, n°283)。このことは、15年の時効を受益する占有の範囲は、完全な権原＝名義はもちろん、権原に瑕疵がある場合も含まれることは意味する。ボアソナードが、「正権原」を短期時効の要件とすることにより、占有の保護対象から排除したかったのは、法律行為によらない侵奪の占有なのであった。

また、第二の要件たる善意 (bonne foi) は、「権原が創設された時点で、占有者が権原に瑕疵のあることを知らなかった」状態、と定義されている (195条1項注釈61参照)。ここでボアソナードは、善意と悪意について、占有の始まった時ではなく、占有者が権原を創設した時点を基準としている。したがって、権原創設時に瑕疵を知らなかったのであれば、その後、占有を開始した時点においてはすでに瑕疵を知っていたという場合であっても、善意の占有者として時効の利益を享受することができる。

さらに、この二要件の証明も前述の第一要件と同様、時効を主張する者の責任とされている。ただし、ひとたび正権原の立証ができた場合、悪意が立証されない限り、善意も自動的に法律によって推定される⁶⁷⁾ため、時効主張者にとっては立証がさほど困難なことではない。しかしながら、正権原の証明ができない場合もある。この時でも、本権主張者を救済すべく、法律は短期時効よりも証明が簡単な制度を用意した。すなわち、次に述べる長期時効である。

(ii) 30年の長期時効

長期の取得時効は、占有の権原 (titre) を問わず、一定期間の占有という証拠だけによって、占有者を真の本権者と推定する時効制度である。すなわち、正権原の立証ができないとしても、また、正権原の立証はできたが悪意が証明されたという場合でも、法律が規定した「瑕疵なき占有者」の要件——前述した中断がなく、平穩かつ公然であること——さえクリアすれば、30年間の継続占有をもって、ある不動産を取得することが推定される⁶⁸⁾。先に述べたように、時効

67) 199条「反対の証明がない限り、正権原が証明された占有者が、善意の占有者と推定される。」

制度設計の目的は、占有そのものの保護ではなく、人間業には不可能な「悪魔の証明」を課せられた真正の所有権者を救済するためである。30年の長期時効は、30年間にわたって瑕疵なき占有を持続したということのみによって本権を推定する制度であるが故に——推定に過ぎないとはいえ、しかしほとんど「如何なる反証をも許さない」効力を有する——、本権の存在を証明したい者に対して、最も強力な証拠を提供することができたのである。

b 動産の即時取得推定時効

動産の即時取得推定時効 (prescription instantanée) は、時間の経過こそ要しないものの、前述した正権原且つ善意という二つの要件を満たす必要がある(1481条1項)⁶⁹⁾。しかも、この二要件は、不動産短期時効の場合と同様、時効主張者の証明責任となる。ただし、上述の短期時効の場合においては、正権原の立証は推定されず、原告の責任とされているのに対して、ここでは、動産取引の迅速性に配慮して、原告による権原証書の提出を不要とし、正権原は善意と同様、反証がない限り法律によって推定される(1481条2項)。

(2) 本権訴訟における「悪魔の証明」

以上、時効を中心に本権証明の法を考察した。本権推定時効以外にも、たとえば占有による本権推定などもあるが、本権証明法の全体系の中で、完全な証明ができるとされたのは、ただひとつ、時効であった。しからば、何故、2で検討した書証を頂点とする契約証明法とは別に、取得時効による本権推定の制度が、必要とされたのであろうか。

一言でいえば、それは、本権の存在を主張する者を「悪魔の証明」から解放する必要性によって規定されている。ボアソナード草案における物権の証明は、

68) 1477条 「もし占有者が正権原を証明しえず、またはこれを証明したとしても、草案第199条に記された悪意が証明されたとき、本権推定時効の期間は30年とする。」

69) 1481条 1項「時効の利益は、即時にある有体動産を正権原かつ善意にて取得した者に属する。ただし、第1470条と第1471条に規定された場合を妨げない。」

2項「このような場合、反対の証明がない限り、占有者は正権原かつ善意にて占有するものと推定される。」

Code civilと同様、ローマ法由来の「何人も自身があつよりも多くの権利を他人に移転することはできない」(Nemo plus juris transferre ad alium potest quam ipse habet) (以下ではこれを(Nemo plus iuris…)原則と略記する)という原則を維持したため、本権証明の場面において、必然的にいわゆる「悪魔の証明」(probatio diabolica)の問題に行き着かざるを得なかったのである⁷⁰⁾。

「悪魔の証明」とは、「所有権につき証明責任を負う当事者が、無限に続く承継取得過程の証明の論理的な不可能性 impossibilité 及び実際上の困難性 difficulté の故に、必ずや敗訴するという事理」⁷¹⁾(傍点は原著者)を意味する。例を挙げるならば、次のようになる(図3参照)。

図3 「悪魔の証明」関係図

$$X_n \cdots X_4 \rightarrow X_3 \rightarrow X_2 \rightarrow X_1 \rightarrow X \Leftrightarrow Y$$

(原告・所有者) (被告・現占有者)

たとえば、所有物返還訴訟において、原告Xが、現に物を占有しているYに、その物の返還を求めているとしよう。この場合においては、Xは自らの所有権を証明する必要があり、これに対してYはただXの所有権を否認すれば足りるという形で、証明責任が分配されている⁷²⁾。Xにのしかかる所有権の証明は、上述した(Nemo plus iuris…)原則に拘束されるため、自己が法律の定める方式で係争物を取得したこと(X₁ → X)を証明しなければならないのみならず、自己が主張するこの承継取得の前主X₁が所有権者であること(X₂ → X₁)、さらには——論理的には——、X₁の前主X₂からX₃、X₄へと遡り、ついには最初の先占者であるX_nまで至ることが要求される、ということになる。したがって、

70) 七戸・前掲論文によれば、ポアソナード民法およびCode civilの本権訴訟に関する規定の原型は、ローマ法の所有物返還訴権(rei vindicatio)に遡ることができる。

71) 七戸・前掲論文74頁参照。

72) 1314条 1項 ある積極的または消極的事実より利益を得ようとするために、裁判で当該事実を主張する者が、裁判官に対してそれを証明しまたはその真实性を示さなければならない。

2項 相手方の当事者は、自己に対して証された事実に対する反論を立証するか、あるいはその効力を破壊させるような事実を証明しなければならない。

XとX₁との間に発生した移転=合意を証明する証書だけでは、Xの所有権の完全な証明とはならない。しかし、X_nによる所有権の原始取得の正当性およびX_nから自身にいたるまでの所有権移転の正当性の証明は、文字通りの不可能事にはかならない。「悪魔の証明」と呼ばれる所以である。

そのような不可能な証明から原告Xを救い出すべく、ローマ法が——そしてそれを継受したCode civilが——唯一の解決方法として提示したものが、時効にほかならなかった。即ち、時効とは、一定の期間が経過した占有によって、図3が示すような無限の所有権証明の連鎖を断ち切ることで、所有権の存在を推定する、という証明救済の方法なのである。ローマ法およびCode civilは、このようにして、本権訴訟における「悪魔の証明」の解決を図ったのであった。ボアソナードもまた、ローマ法由来のNemo plus juris原則を忠実に継受したので、「悪魔の証明」という至難の業を克服するために、Code civilから着想を得て⁷³⁾、証拠法的に構成される「取得時効」によって無限の連鎖を切断し、原告のなすべき本権の証明を別の形——いくつかの要件を満たす長期間の占有という事実の証明——へと転換させた。

しかしながら、時効だけに頼るならば、それが成立しない場合、本権の証明がなお課題として残ることになる。「悪魔の証明」という負担から原告を解放するために、ボアソナードはCode civilよりも一歩進んで、19世紀フランス民事証拠法学（特にオーブリ・ローの理論）の発展の成果⁷⁴⁾を取り入れ、母法の原始規定では認められなかった臆記による善意推定および占有推定などの相対的な評価方法を導入した。本論においては、紙幅のため、この二論点に関する検討を割愛したが、これらはいずれも完全な証明力を有せず、1(2)で提示した間接証拠=推定証拠の階層に照らし合わせれば、時効より（反証を許すという意味で）弱い

73) Code civilの原始規定では、時効は債務証明法とは別に法典の最終章に置かれている。この曖昧な構造のため、いわゆる「取得時効」の本権推定証拠たる性質が必ずしも前面に出ているわけではない。この問題をめぐって、後の諸説の間で議論が分かれている。ボアソナードはこれまでの学説の発展を受け止めて、「取得時効」の証拠法的構成を明確化し、時効を「証拠編」に取り入れた（表1のB-C参照）。

74) 19世紀フランス民事訴訟法の学説および判例の発展については、七戸・前掲論文79頁以下を参照。

第2級または第3級に位置づけられるのである。

4 民法に内在するボアソナード証拠法の意義

本章において、民法典の一部である証拠法それ自体の階層的構造を検討した。〈実体法〉にかかわるものとして民法典に編入されたボアソナード証拠法は、一種の法定証拠主義⁷⁵⁾を採っていた。ボアソナードにおける法定証拠主義の内容は、おおよそ以下の2つの面から理解することができるものであった。

(1) 「真実」への無限接近

自然法論者たるボアソナードにおいては、「真実」(図1の見えざる真実b)は、神以外に誰も知ることができないと考えられている。人間がなしうるのは、証拠という目に見える第2次的な事実(図1の「見える事実a」)を通して、その背後に隠れている真実に少しでも近づくことである。そして、そのために、ボアソナードは二つの経路を用意した。すなわち、これまでに検討してきた①直接証拠、②間接証拠である(図1を参照されたい)。この二つのルートのうち、①は「人による証」という名の通り、当事者本人による書面、口頭自白または第三者による証言などからなっているが、直接に事実を証明することができる——ただし、第三者による証言は完全な証明力を有しない——とされた。しかしながら、①によって直接証明ができない場合もある。この場合でも真実への接近は断念されず、②法律による推定が持ち出された(「悪魔の証明」の例を想起されたい。本権訴

75) 近代(証拠)法については、自由心証主義が支配的であるというイメージをもたれることが多いけれども、Code civilにおいては、原始規定から現在に至るまで、一貫して法定証拠主義が基調をなしている。確かに、フランスでは1791年以降、それまで支配的であった法定証拠主義の弊害を除去せんとする思潮の高揚に伴い、刑事法の分野で——当初は、導入されたばかりの陪審制と一体のものとして——自由心証主義の思想が法律で正式に承認された。しかし、民事法の分野においては、自由心証を部分的に導入したにもかかわらず、法定証拠則は債務証明法を支配する重要な原則であることが、Art. 1315~1369において表明された(ジュオン・デ・ロングレエ、野田良之訳「証拠 La preuve」『法学協会雑誌』84巻2号、228頁以下)。そして、この原則は1804年法典成立から現在に至るまでの約200年間、一度も修正されることなく——1980年7月12日の証拠法改正においても、大きな変更はなかったと言われている——維持されてきた。(Ghestin & Goubeaux, *Introduction Générale, Traité de Droit civil*, Paris, 1982, n°565.)

訟における物権の証明は、本権推定時効をはじめとする一連の法的推定によってはじめて証明され得る)。さらに、①も②も実現できない時に、法律が許す範囲内（「書証優先主義」の対象範囲外）において、裁判官が事実の状況に基づいて自由に心証を形成することも許された。このようにして、ボアソナード証拠法は、「真実」への接近を最大限に保障しようとした。

(2) 「真実発見」の限界と推定証拠の意義

ただし、ボアソナードは、真実に近づくためによく考え抜かれた証拠体系を作ったものの、神ならぬ人間は、結局、「真実」を完全には認識できない、という不動の信念を有していた。ここに、「推定」（間接証拠）という法概念が形成される。本論で考察した時効法、謄記法と占有推定はもちろんのこと、判決で認定した事実の有する既判事項の権威でさえ、彼は強力な証明力を有する推定と捉えた（表3参照。既判事項の権威もまた、時効と同じく、強力な推定として間接証拠の第一級に位置している）。すなわち、裁判を通して発見したとされる事実は、あくまでも一種の推定に基づく事実に過ぎないのである。

V 結び

1 ボアソナードの民事法一元論

本稿は、民法典の内部に証拠法を有することのうちに、ボアソナード民法典の最大の特徴の1つを見出し、この観点から、「証拠編」を中心として、同法典について考察してきたが、このことを通じて明らかになったことは、ボアソナード民法典は、本質的に、訴訟（action）のための法であるということであった。基本的に実体法である民法典の中に訴訟法的要素が付加されている、というのではない。民法典が全体として紛争解決のための法としての性質を有しているのであり、(1)裁判所が事実を確定するための法理（証拠法）と、(2)それによって確定された事実を裁判所が法的に評価するための法理（実体法）とが、そのような性質の法の2つの契機をなしているのである。それ故、ボアソナードは、理論的には、民事法を一個の法典にまとめあげることも正当であると考えていた。民事法は、

すべて、本質的に訴訟のための法であると考えるが故に、そのような構想も可能となるのである。しかし、現実には、ボアソナードは、母法フランス法がそうであったように、民法典と民事手続法典との二法典編成とした。とはいえ、この二法典編成は、実体法としての民法典と訴訟法としての民事手続法典との二元主義ではなかった。紛争解決のための法としての民事法を、(a)裁判所の活動の核心部分に存在する、証拠法に基づく事実の確定とそのようにして確定された事実の法的評価（実体法の実事への適用）という法廷内活動を規律するための民法典と、(b)その周辺部分に位置する諸々の形式的手続について規律する民事手続法典との二本立てにすること、しかし、この二領域は、訴訟のための法という観点に貫かれた、本質的に一元的な性質のものであること、これが、ボアソナード——および、その背後にあるフランス法——の思考なのであった。

2 明治民法によるボアソナード民法の否定——ドイツ式の民事法二元論の登場

以上のような民事法一元論をとるボアソナード民法は、しかしながら、かの民法典論争の過程で、旧民法の敗北と共に、日の目を見ることなく葬られてしまった。周知のように、論争の結果として成立した明治民法は——星野教授によって指摘されたように、その内容面においては、少なくとも半分近くの条文が Code civil の影響を受けているという事実があるにもかかわらず——、意識的にボアソナード民法ないしその母法となる Code civil の体系を排除し、ドイツ民法に倣うパンデクテン体系を採用した。すなわち、法典調査会は、「既成法典ヲ其基礎トス」⁷⁶⁾という基本方針を決めたにもかかわらず、民法典の編別について、「総則、物権、債権、親族、相続」というパンデクテン式を採用し、証拠に関する規定の処理については、「民法証拠編ニ掲クル規定ハ時効ニ関スルモノヲ除クノ外ハ其法規ノ性質上訴訟法ニ属スヘキモノ多シ」という理由で、「民事訴訟法ニ改正ヲ加ヘテ之ニ編入スル」という決定をなすに至った⁷⁷⁾。この民法編纂方針における根本的転換に伴い、証拠法も、民法典から排除されて訴訟法典に編入され

76) 法典調査規程第一条〈三起草委員作成案〉福島正夫編『明治民法の制定と穂積文書』民法成立過程研究会（有斐閣、1956年）111頁。

77) 法典調査規程第二条、前掲福島編『穂積文書』111頁。

た。その直接的帰結として、ボアソナード民法典草案・旧民法において重要な柱を成していた「証拠編」は、民法典から削除され、証拠に関する事項は民事訴訟法典の守備範囲とされることになった。

この位置転換は、証拠法の原理それ自体の転換を伴うものであった。すなわち、訴訟法典に編入された証拠法においては、民事訴訟における事実の認定に関して、自由心証主義が導入され、法定証拠主義にもとづく証拠の階層的構造が崩壊してしまった⁷⁸⁾。「証拠編」において規定されていたもので、引き続き明治民法においても規定されることになった法分野も存在したとはいえ（時効法、占有訴訟法）、それらの分野の解釈法理も証拠法的構成から実体法的な構成へと変容した。

日本は、西欧民法を継受するにあたって、結局は、ボアソナードが描いた証拠法・実体法との二層を内包する民法の体系（図1）を意識的に廃棄し、証拠法を含む訴訟法的モメントを排除する体系を選択した。これは、決して、単なる法体系の優劣の問題ではなかった⁷⁹⁾。ことの真相は、近代国家の法制度の設計にあたって、明治の法学者たちが、自国の事情に近いドイツの法体系を自覚的に選択した、ということにあった。ドイツ式の法体系のもとで、民事法一元論は、非訴訟法（民法典）と訴訟法（民事訴訟法典）とに分裂し、前者は私法であるのに対して、後者は公法と観念されるにいたった。この点について、兼子一教授は、次のように述べている。

実体法は、訴訟事件の実体、中味を成している社会関係若しくは生活関係を規律の対象とする内容をもった法規であり、訴訟において事件を解決する裁判の基準として適用されるものである。即ち裁判所がどんな内容の判決をするかを定めるのである。これに対して形式法は、事件処理の方法形式を定める法規であり、訴訟のやり方の基準として、訴訟主体である裁判所及び当事者が、遵守すべきものであり、訴訟手続に関するところから手続法（Verfahrensrecht）

78) 旧々民事訴訟法典第217条

79) 三委員の起草による法典調査規程理由書の第二条では、法体系の選択について、ローマ式が衰退し、より先進的なドイツ式によって代わられる傾向を指摘し、これを明治民法の体系選択の理由だとされている。前掲福島編『穂積文書』113-114頁。

とも呼ばれる。即ちどんな方法で裁判するかのものである。そこで対等な私人間の生活関係に関する民事事件については、事件の実体を規律するのが民法などのいわゆる私法 (Privatrecht) であり、これを審判する民事訴訟の手続を規律するのが民事訴訟法であるから、両者が実体法と形式法の関係に立つ法規の体系である。⁸⁰⁾

全体としての民事訴訟法は、民事訴訟制度の組織及び作用を規律する法規の体系を指し、これには民事訴訟を処理する裁判所の組織、権限、訴訟に関与する者の能力や資格、裁判や執行をするための要件、手続及びその効果に関する規定を包含する。……民事訴訟は、公権力即ち裁判権の主体としての国家が、人民に対してこれを行使する関係であるので、これを規律する民事訴訟法は公法に属するとされる。⁸¹⁾

この引用文に明らかなように兼子教授は、ドイツ法・ドイツ法学に学び、私法と公法の二分論に基づいて、民事法は、私的な社会領域に関する実体法＝民法と、裁判権＝公権力という国家領域にかかわる民事訴訟法とに分かれる、というように考えている。民事裁判での事実の認定、法的評価とそれ以外の単なる手続きは、全て、法廷で決めることから、当然、公権力について規定する公法に分類されることになるのである。このような公法・私法二分論——およびその根底にある国家・市民社会二元論——に基づく民法観は、本論が考察してきた、裁判中心で、民法を訴訟法として観念するボアソナード・フランス式の民事法一元論とは、あきらかに、原理を異にする。そして、フランス式の民事法一元論とドイツ式公法私法二元論との対立の背後には、société civile 一元論と国家・市民社会の二元論との対立が控えているのである⁸²⁾。明治政府とその下の法律家たちは、このうち、前者を意図的に否定し、後者に学びつつ、天皇制的官僚制国家と資本主義的経済社会の二元秩序を形成し、もって、富国強兵の体制を構築しようとしたのであった⁸³⁾。このような歴史的背景を念頭に置くならば、「証拠編」の否定および

80) 兼子一『実体法と訴訟法』(有斐閣、1957年)3頁。

81) 同上63頁以下。

変質も、ある意味で歴史の自然な帰結であった。

3 今後の課題

ボアソナード民法典草案・旧民法における「証拠編」は、究明すべき多くの論点を含んでおり、本稿は、紙幅の制約から、その一端を論じ得たにすぎない。以下、残された課題を提示し、本稿の結びとする。

第一に、ボアソナード証拠法の前史をなす Code civil の原始規定および19世紀フランス証拠法の学説・判例の発展について考察することである。原始規定では、証拠法は「債務証明システム」（書証を頂点とする体系）と「物権証明システム」（時効）とから成っていたが、このうち、後者に重大な問題がはらまれていた。というのは、物権の存在の証明のための証拠が時効に限定されていたために、時効を援用するに十分な継続的占有が存在しない場合、Code civil 証拠法の枠内では、物権の帰属に関する訴訟を十全な形では解決しえないからである。そこで、19世紀の判例および学説は、物権移転を証明する書証や物支配の現実を示す占有などを相関的に評価するための証拠法学を形成していったのであった⁸⁴⁾。ボアソナードの「証拠編」は、正にこのような発展の帰結と見てもよいものなのであり、このような見通しのもとに、ボアソナード証拠法前史をフランス民法史のうちに探ることが課題となるのである。

第二に、フランス民事法およびボアソナード民法における占有訴訟に関する研究である。上記のように、Code civil においては、本権の存在の証明は時効に限定されていたために、時効援用によって救済されない者の物支配は、民事訴訟法典に規定された占有訴訟による占有保護の形で保障されるということが、近代フ

82) この点につき、以下の諸論文を参照されたい。水林彪「近代憲法の本源的な性格——société civile の基本法としての1789年人権宣言・1791年憲法——」（戒能通厚・棚澤能生編『企業・市場・市民社会の基礎法学的考察』日本評論社、2008年）26頁以下、同「近代民法の本源的な性格——全法体系の根本法としてのCode civil——」（『民法研究』第5号、信山社、2008年）28頁以下、同「『憲法と経済秩序』の近代的原型とその変容——日本国憲法の歴史的位置」（『季刊 企業と法創造』特集・憲法と経済秩序Ⅳ、9巻3号、2013年）Ⅰ章・Ⅱ章。

83) 水林・前掲「近代民法の本源的な性格」62頁以下参照。

84) この論点について、前述したとおり、すでに七戸・前掲論文による研究がある。

ランスの原始民事法の構造であった。こうして、占有訴権論研究が、証拠法研究に隣接する課題として浮上してくるのである⁸⁵⁾。

第三に、民事裁判の構造に関する研究である。本稿が主題の一つとして論じた「法定証拠主義」の問題は、訴訟当事者と裁判官⁸⁶⁾の三者をアクターとする民事裁判の構造の問題にはかならない。しかしながら、ボアソナード民法典の構造からアプローチした本論は、民法典の訴訟法としての役割についてはある程度論じることができたものの、裁判における各アクターの役割とくに裁判官の権能については、十分に議論を展開することができなかった。「法定証拠主義」の背後には裁判官に対する不信が存在すると、しばしば実証的根拠が示されることなく説明されるけれども、これに関するボアソナードの考えを正確に把握するためには、母法のフランス民事訴訟法典の構造的分析⁸⁷⁾および彼が残した関連資料⁸⁸⁾を精査してみなければならない。「証拠編」における関係規定やコメントを一覧した限りでは、事実認定における裁判官の権限は決して小さくはなかったように思われるからである⁸⁹⁾。とはいえ、裁判の基本構造は、本論が考察した事実認定の場面に限ってみれば、ヨーロッパ伝統の双方当事者が主体のアゴン型裁判⁹⁰⁾の色彩が依然として濃いのではないかと推測される。これに対して、民事訴訟

85) 三月月章「占有訴訟の現代的意義——民法二〇二条一項の比較法的・系譜的考察——」『民事訴訟法研究』第3巻(有斐閣、1966年)3-65頁参照。

86) ボアソナード草案の条文は多くの場合、裁判官 (le juge) ではなく、裁判所 (le tribunal) という語を使っている。

87) すでに述べたことであるが、ボアソナード民法草案とセットとなる民事手続法草案を、彼は起草しなかった。したがって、フランス的民事訴訟の全貌を知るには、母法たるフランス民事訴訟法典を参照するのが有益であろうと思われる。

88) 例えば、ボアソナード講義、名村泰藏口譯『佛國訴訟法講義』司法省蔵版(明治11年5月印行)復刻版(信山社、2008年)など。

89) たとえば、証拠の階層的構造を論ずる際に言及したところの、部分的に認められた自由心証の適用範囲(不法行為の証明、法律行為の中でも「書証主義」の外にあるもの)は、それなりに大きいものであり、また、鑑定と臨検などについても、裁判官の権能的介入も認められている。さらには、事実をめぐる争いがなく、法理をめぐる論争のみが存在する場合、裁判官による法理の解釈を認める規定も存在する(1322条)。

90) 野田良之「私法観念の起源に関する一管見」(星野英一ほか編『私法学の新たな展開：我妻栄先生追悼論文集』有斐閣、1975年)23頁以下。なお、コモンロー系統の法に属する現代アメリカ法もまた、アゴンの類型のものであることを生き生きと描いた作品として、相澤美智子『雇用差別への法的挑戦——アメリカの経験・日本への示唆——』(創文社、2012年)482頁以下を参照されたい。

法を公法に属させるドイツ式の法体系のもとでは、公権力の「代弁者」として登場する裁判官は私人たる双方の当事者より、一層強力なのではなかろう。ドイツ式との比較を通じて、フランス式民事裁判における各アクター間の関係について考察し、さらには日本という国の伝統的な裁判構造をも視野に入れる研究は、本論が冒頭で提起した目的（これまでの通念への克服）の達成のために、非常に重要かつ不可欠なものである。

以上の三点を今後の課題とすることを銘記し、拙い本稿を閉じることとする。

謝辞

本稿の執筆にあたり、水林彪教授（早稲田大学法学学術院教授、元一橋大学法学研究科教授）および青木人志教授（一橋大学法学研究科教授）から、懇切丁寧なご指導を賜った。ここに、両教授に対して心より御礼を申し述べたいと思う。