

旧民法における特別の無能力概念とその機能: フランス民法からの影響の分析を中心に

メタデータ	言語: ja 出版者: 公開日: 2019-02-21 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 大久保, 悠貴, Okubo, Yuki メールアドレス: 所属:
URL	https://senzoku.repo.nii.ac.jp/records/953

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 International License.



旧民法における特別の無能力概念とその機能

—フランス民法からの影響の分析を中心に—

La notion d'incapacité spéciale et ses rôles dans l'ancien droit civil japonais ;
Une analyse d'influence du droit civil français

大久保 悠 貴

Yuki Okubo

I はじめに

我が国の民法学における意思無能力および制限行為能力については、その編纂に際してフランス民法から大きな影響を受けた旧民法¹における議論を分析した先行研究が存在するが²、他方で、権利の享有無能力については、まだそのような考察をする余地が残されているように思われる。

そのため本稿は、拙稿³にて既に分析したフランス民法学における権利無能力概念の下で展開される権利の享有無能力の議論を基にしながら、主に、旧民法の大部分につき草案を起草したフランス人法学者ボワソナード自身が残した注釈書、ボワソナードが起草しなかった部分の起草を担当した熊野敏三、および権利の享有無能力について重要な見解を述べた森順正が著した旧民法の注釈書の内容を検証することで、旧民法における権利の享有無能力を考察することを目的としている。

旧民法における議論を扱う（Ⅲ章・Ⅳ章）前提として、まずは、拙稿にて考察したフランス民法における権利無能力概念の概要を確認する（Ⅱ章）。

II フランス民法における権利無能力概念

権利無能力〔incapacité de jouissance〕は、（今日の我が国における制限行為能力に相当する）行為無能力〔incapacité d'exercice〕と比較されて理解されており、権利の行使ではなく、権利の享有の次元での無能力を意味するものである⁴。

そして拙稿では、19世紀の文献を中心に分析し、権利無能力概念がフランス民法学においてどのような役割を担わされたものであるのかを検討して、同概念が、利益相反行為の禁止、職務上得ている影響力の濫用による私益確保の禁止、迂回的受益の禁止という諸禁止を法理論的に基礎付け、それらを1つに束ねるための概念として唱えられたのではないかという結論に至った⁵。このような権利無能力概念が機能することが予定された主な場面は、特定の人的関係を有する者同士の間における売買の禁止（フランス民法典 1595条、同 1596条）⁶、職務上の影響力を濫用して、特定職業人が依頼人から生前贈与

や遺贈を受けることの禁止、職場で権利を譲り受けることの禁止（同 909 条、同 1597 条）⁷、これらの禁止から逃れるための迂回的手段による受益の禁止（同 911 条、同 1595 条、同 1596 条、同 1597 条）⁸である⁹。

そして、これらの諸禁止の中でも特に、本来的には受け取ることが禁止されている利益を第三者を介して迂回的に入手することの禁止に対して法的根拠を与え得る点にこそ、権利無能力概念を用いることで、特定の人的関係を有している者において特定の行為についての権利の享有能力を喪失させることの利点、すなわち、その者を権利無能力者とするものの利点が存するのである¹⁰。つまり、行為無能力（制限行為能力）の場合であれば、代理人を介することで権利を行使することができるが、他方で、権利無能力の場合においては、もはや権利を享有すること自体ができないため、代理人という第三者を介して権利を行使する余地はない¹¹。このような権利無能力の特色—カルボニエ〔Jean Carbonnier〕の言葉を借りるならば権利無能力の不治〔irréremédiable〕—に依拠することで、権利無能力者が本来的には得られない利益を第三者を介して迂回的に獲得することを法理論的に封じ込めることができるのである¹²。

Ⅲ 旧民法における権利の享有無能力

権利の享有および行使についての条文は旧民法人事編に収められているが、旧民法編纂に際してボワソナードは人事編の草案起草を担当しておらず、人事編の条文についての注釈書も残していない。したがって、旧民法における権利の享有および行使に関する能力の理解のされ方を検証するには、人事編に収められた全条文の草案起草¹³を1人で担当した熊野敏三による人事編の注釈書『民法正義 人事編卷之壹』¹⁴が極めて重要なものとなる。

そのため、Ⅲ章においてはまず、熊野による上記注釈書を中心に紐解き、関連する条文にも言及しながら、旧民法における権利の享有無能力がどのように理解されているのかを検討する（A）。

次に、（A）において権利享有の無能力を規定するものとして議論の対象となっている条文の中で、ボワソナードが担当した部分に属するものについては、ボワソナードによって書かれた草案（以下ではボワソナード草案）および注釈書が存在しているため、それらの内容を分析する（B）。

A 2つの無能力概念

人事編の草案起草を担当した熊野は、権利を行使する能力についての無能力を一般の無能力と称し、権利を享有する能力についての無能力を特別の無能力と称することで2つの無能力を区別して理解しており（a）、そのような特別の無能力を規定しているものとして具体的な条文も挙げている（b）。

a 一般の無能力と特別の無能力

旧民法人事編1条においては、「凡ソ人ハ私權ヲ享有シ法律ニ定メタル無能力者ニ非サル限りハ自ラ其私權ヲ行使スルコトヲ得」と規定されており、旧民法においても権利の享有と行使は明確に分けて考えられていたことが分かる¹⁵。熊野は、能力とは、一個人が権利を享有し又は行使し得る資格であると定義した¹⁶。そして更に、享有とは、権利を有しその利益を受け得ることを意味し、行使とは、権利を

行い、権利を処分、保有、又は使用し得ることを意味すると定義し、私権を享有するものこのこれを行使し得ない者もないわけではないのだから、各人の享有する能力と行使する能力は区別されなければならないとしている¹⁷。

熊野は、このように権利の享有と行使を明確に別のものとして定義した後に、権利の行使に関する記述において、各人が自ら自己の権利を行使し得るとするのが原則であり、自ら行使し得ず他者に依り行使するというのは例外的なことであるとし、そして、この例外に属する人を一般の無能力者と称して、既婚女性、未成年者および禁治産者がそれにあたるとしている¹⁸。もっとも、このような権利行使に関する記述を続ける中で、他者に依らず本人自身が行使しなければ到底その利益を受けることができないという理由で、婚姻をなす権利、遺言をなす権利等の一定の権利についてはその享有と行使を区別することが不可能なものであるとし、これらについては、自ら行使することができないとすれば、享有をすることができないということになると述べている¹⁹。

熊野は、一般の無能力者に続けて、特別の無能力者と称した者の説明をしている。この特別の無能力者とは、当事者二人の関係において或る行為を禁止された者のことであると述べており、例として、後見人が、自らが後見を担っている未成年者からその財産を譲り受けることの禁止(旧民法人事編 195 条)、夫婦間における売買の禁止(同財産取得編 35 条)を列挙し、この種の無能力者は権利の行使にとどまらず、その享有をも奪われていると説明している²⁰。そのため、旧民法 1 条のいう無能力者が、一般の無能力者を指すものであるということが、その条文の文言に「自ら」とあることによって判然とするとしている²¹。このような規定の仕方は、自らが享有する権利を他者に依り行使するという行使方法が存在することを示しているからである²²。他方で、特別の無能力者についてはそのような措置を設けていないと説明している²³。また、熊野は、上記の人事編 195 条と財産取得編 35 条に加えて更に、財産取得編の注釈書の中において、財産取得編 37 条と 39 条も特別の無能力者を規定した条文であると述べている²⁴。

そして、起草担当者ではないが森順正もまた、熊野同様に、無能力者を一般の無能力者と特別の無能力者とに区別して説明をしている²⁵。そこでは、一般の無能力者とは、享有した権利を自ら行使することができない又は自由に行使することができない者のことであり、未成年者、既婚女性、禁治産者がこれにあると説明した後に、このような一般の無能力者以外に、特別の無能力者が存在すると述べている²⁶。そして、その特別の無能力者とは、当事者双方の間に特別の関係があるか又はその当事者一方に特別の身分があるが故に、法律を以ってして特に或る行為を禁止された者をいうと説明し、人事編 195 条と財産取得編 35 条、37 条、39 条が特別の無能力者を規定するものとして挙げられている²⁷。そして森も、特別の無能力が一般の無能力と異なる点は、権利の行使のみならず権利の享有をも許さないという点であり、それ故に、特別の無能力者は一般の無能力者の場合のように他者に依って権利の行使をすることはできないと述べている²⁸。その理由は、自ら享有することができない権利は仮に他者に依ったとしてもやはり自己のために行使することが不可能であるということが論理的に当然であるからであると述べ、特別の無能力者の特性を説明している²⁹。

このように、権利の享有能力が否定される点、そして、その無能力性は他者の助けを借りても補うことができない点が特別の無能力の内容として述べられており、森による特別の無能力の理解が熊野と同

じであることが読み取れる。

b 特別の無能力を規定している条文の内容

(a) において述べたように、熊野と森は、或る権利の享有を喪失し、第三者の助けを借りてもその権利を行使することができない無能力を特別の無能力と称していた。(b) では、熊野と森によって特別の無能力者を規定しているとされた条文（旧民法人事編 195 条・旧民法財産取得編 35 条・37 条・39 条）の規定内容を検討する。

人事編 195 条は、「後見人ハ未成年者ノ財産ヲ譲受クルコトヲ得ス又未成年者ニ對スル權利ヲ譲受クルコトヲ得ス」と規定している条文であり、後見人が、自らの後見下にある未成年者の財産又はこの未成年者に対して第三者が有する権利を譲り受けることができない旨を規定したものである（なお、この条文での議論においていう譲り受けおよび譲り渡しは、有償のもの、つまり、購入および売却のことである）³⁰。仮に、後見人が未成年者からその財産を譲り受け得るとするならば、低価でこれを譲り受ける恐れがあり、未成年者に損害を与える恐れがあると考えられていた³¹。譲り渡しと譲り受けを1人の者（未成年者の財産の譲り渡しを任された後見人）が行うべきではないということである。譲り渡しは、未成年者の利益を守ることを考えれば、本来的にはできる限り高額で行うように努めなければならないにもかかわらず、後見人自身が譲り受ける立場に置かれると、自己の利益のために価格を低く設定してしまうからである³²。このように、後見人が未成年者の財産を譲り受け得るとするならば、自己の利益と自己の義務との中間に立たされることになってしまい³³、仮に公平な取引を心がけたとしても、局外から見れば、後見人が自己の利益を優先させ未成年者の利益を後回しにしたという嫌疑を免れ得ないのである³⁴。

後見人はまた、第三者が後見下の未成年者に対して有する権利、例えば、債権者がその未成年者に対して有する債権を譲り受けることもできない³⁵。債務者（後見下の未成年）に対する権利を後見人が債権者から譲り受けることは、射利行為を招くからである。例えば、未成年者に対する債権を有すると主張するものの、その債権の存在を証明することに困難を感じている債権者がいる場合に、後見人がその債権を譲り受けることが許されるとするならば、後見人はその債権を低価にて譲り受けた後に、保管している印を用いて借用書を偽造する等、種々の手段を用いてその債権の存在を主張して、債務の取り立てをする恐れがあるからである³⁶。更に、もしも未成年者の財産が競売にかけられた場合といえども、これを譲り受けることはできない。なぜならば、後見人は種々の手段を用いて他の競買人たる者を遠ざけ自らが低価において競落する恐れがあるからである³⁷。

四 この 195 条は、人事編の条文である。Ⅲ章の冒頭において述べたように、人事編に対してのボワソナード草案は残されていないため、存在するのは熊野によって起草された草案である³⁸。そして、人事編 195 条（人事編草案 334 条³⁹）の部分を見ると、熊野がこの条文を起草する際にフランス民法典 450 条⁴⁰を参照したことが分かり、自己の利益と義務との間に立たされた後見人による利益相反行為と、被保護者（未成年者）に対する権利を譲り受けた後見人による詐欺的行為に対する懸念が述べられている⁴¹。

財産取得編 35 条は、「配偶者ノ間ニ於テハ動産ト不動産トヲ問ハス売買ノ契約ヲ禁ス・・・代物弁済ハ・・・裁判所ノ認許ヲ得タルニ非サレハ配偶者ノ間ニ於テ有効且完全ナラス」と規定している条文で

あり、夫婦相互の間における売買の禁止と代物弁済の原則的禁止を定めている⁴²。

夫婦間において売買を禁止する理由は次の2つであるとされている⁴³。第1に、他の条文の存在を没却する恐れである。すなわち、法律は夫婦間の贈与を禁止していないが、婚姻中は贈与者が随意に贈与を廃棄することができるとしている。しかしながら、もしも夫婦間において売買を許してしまうと、実質的には贈与であるにもかかわらず外形上は売買を装うことで、贈与を随意に廃棄できることを定めた規定（財産取得編367条）の適用を免れるという弊害がある⁴⁴。第2に、夫婦間において上記のように売買を装うことは実際に容易であり、他方で、第三者がその偽装を証明することは極めて困難であるため、同様に仮装売買を用いて、負債が多い一方の配偶者が自らの財産を他の一方へ名義上移転することで債権者を害するという弊害も指摘されている⁴⁵。なお、熊野はこの点について、フランス民法において夫婦間の売買の禁止を良く説明する例が、代金の偽受領書を作り売買を装って贈与を隠蔽するケース（すなわち上記でいう理由第1のケース）であることを踏まえ、理由第1の方を強調している⁴⁶。

売買同様に、法律は上記と同一の理由に基づいて、夫婦間において代物弁済をなすことを禁止している。代物弁済とは、債務者がその負担している物を弁済する代わりに他の物を債権者に授与することという⁴⁷。これは売買ではないが、法律が売買に付き恐れたところの弊害は代物弁済にも随伴するものであり、単に詐欺の方法が異なるに過ぎない⁴⁸。売買において受け取っていない代価を受け取ったと偽るが如く、代物弁済においては実在しない債務を存在すると偽り、その弁済の代わりと称して物を譲り渡す恐れがあるため、それ故に法律は、売買と同列に代物弁済を夫婦間において禁止したのである⁴⁹。

財産取得編37条は、「法律上、裁判上若クハ合意上ノ管理人ハ直接ニ自己ノ名ヲ以テスルモ間介人ニ依ルモ売渡ノ任ヲ受ケタル財産ニ付キ協議上又ハ競売上ノ取得者ト為ルコトヲ得ス 此制禁ハ競売ヲ処理シ又ハ指揮スルコトヲ法律ニ依リテ任セラレタル公吏ニ之ヲ適用ス」と規定している条文であり、この条文は、管理人および公吏（判事、執達吏）は売り渡しの任を受けた他人の財産を買い受けることはできないことを定めている⁵⁰。

管理人には次のような3つの分類がある⁵¹。第1に、法律上の管理人と称される者である。例えば、我が子の財産を管理する父母、未成年者又は禁治産者の後見人がこれにあたる。第2は、裁判上の管理人と称される者である。例えば保管人（財産取得編222条⁵²）、破産の管理人（商法1008条⁵³）がこれに当たる。第3は、合意上の管理人と称される者であり、代理人のことである。

自らの利益と自らの本分の両方を完全にこなすことが到底困難であるのならば、自らの利益のために自らの本分を蔑にするに至る、というのは、人の自然な心の動きにとって免れ得ないことであるから、人をその者の本分とその者の利益との中間に立たせるのは甚だ危険である、と考えられており、これが、本条を以って、管理人および公吏がその売り払いを任せられた財産を買い受けることができないと定められた理由であると説明されている⁵⁴。他人の財産の売り払いを任せられたからには、本分としては、なるべく高値でその財産を売るために心力を尽くすべきであるにもかかわらず、もしも自らが取得者となることができるとすれば、自らの利益がなるべく低価で買い受けるという点に存在するが故に、最終的に自らの本分を忘れて不正な自己の利益へと走ってしまうと懸念されていた⁵⁵。

他人の財産の売り払い任務に就く時は、当事者間で協議した上でその財産を自己が買い受けることも、競売上においてその財産の競買人となることもできない。なぜならば、売買の方法の如何を問わず、自

己の利益と職務上の本分とが衝突し、それらは両全することができないという点においてまったく同じであるからである⁵⁶。それに加えてこの37条は、ただ単に本人自らが買い受けることを許さないだけでなく、間介人を以って買い受けることも厳禁している⁵⁷。間介人とは、表面上は自ら買い受けるが実際には無能力者のために取得者となる者をいう⁵⁸。もしもこれを禁止しないと、誰もが親族又は知友を間介人として利用し不正の利益を計るであろうし、また、間介人であるか否かは全くの事実上の問題であり、その判断は裁判官の査定に一任されるものであるとされている⁵⁹。直接的に買い受けることを禁止されている者（無能力者）自身が競落するわけではないことを理由にして、間介人を經由する仕方による取得を無能力者に認めてしまうと、無能力者が、間介人を通して低価で買い受けることを狙って無根の事実を他の競売参加者へ告げる又は世間に流布するということが懸念されるため、本条を以ってして特別の無能力者が定められている⁶⁰。また、管理人が親族や知友と通謀してこのような者を間介人とするので買い受けることは、協議上の取得の場合においてもあり得ると想定し、その場合においても許されないものであると規定されている⁶¹。

財産取得編39条は、「判事、検事及ヒ裁判所書記ハ争ニ係ル物權又ハ人權ニシテ其職務ヲ行フ裁判所ノ管轄ニ属ス可キモノノ取得者ト為ルコトヲ得ス 此制禁止ハ右同一ノ條件ヲ以テ弁護士及ヒ公証人ニ之ヲ適用ス」と規定している条文であり、これは、判事、検事、書記および弁護士、公証人はその職務を行う裁判所の管轄に属する争いに係る権利を取得することができないことを定めている⁶²。

ここに定められた無能力の目的は容易に理解できるものである。すなわち、もしもこれらの者がその職務を行う裁判所の管轄に属する争いに係る権利を取得することができるならば、しばしばその地位を濫用する恐れがないとは言えないというものである⁶³。これらの者は、訴訟を判決し又これを取り扱うことを職務とする者であるから、譲渡人（権利者）はその権力を恐れ、又は狡猾に欺かれ極めて廉価で争いに係る権利を売り渡すことがあるであろうし、また、もしも譲渡人がこれらの者を相手方として訴訟を争うことになってしまえば最も不利益なる地位に立つに至るからである⁶⁴。そして、このような職業上の地位の濫用に対する懸念以外にも、この規定には次のような理由がある。すなわち、そのような職にある者は、社会公衆の尊重、信用を得られなければ到底その職務を全うすることができないものである。そうであるにもかかわらず、自らの権威や地位を濫用し不正な利益を計画していると世人が疑惧するに至るような行為をそれらの者がなすならば、それは大いに自らの体面および信用を損なわせることになるという観点からもこの規定が必要であるとされた⁶⁵。

小括 ここまでは、特別の無能力が権利の享有能力を喪失させ、その無能力性は他者（代理人）に依っても補うことができない性質のものであり、このことが、一般の無能力との対比において特別の無能力を特徴付けているという理解をした上で、そのような特別の無能力を定めた規定として列挙された旧民法人事編195、財産取得編35条、37条、39条の内容を整理してきた。そして、それらの条文において特別の無能力という概念の下で展開されていた主な議論は、利益相反行為の禁止、職務上の地位や権威の濫用による私益確保の禁止、他の条文の存在が没却される弊害について展開されていた。

次の（B）では、旧民法において特別の無能力概念の下で議論されていた条文のうちで、ボワソナード草案とボワソナード自身が書いた注釈書が残されているものにつき、その記述内容を検討する。

B ボワソナード草案における特別の無能力〔incapacité spéciale〕

ボワソナードは人事編について草案を残していないため、(A)において検討した当時の我が国の法学者によって特別の無能力を規定したものと理解された全条文についてボワソナード草案が存在するわけではない。残されているのは、後に旧民法財産取得編 35 条、37 条、39 条に成ったボワソナード草案財産取得編 672 条、674 条、676 条であるから、まずは、その内容を整理する (a)。そして、ボワソナード草案の各条文に対するボワソナード自身による注釈を見ると、上記 672 条、674 条、676 条は全て、特別の無能力という枠組みの中で解説されているものであるが、そこでいう特別の無能力の意味内容を検討する (b)。

a ボワソナード草案財産取得編 672 条、674 条、676 条の規定内容

夫婦間での売買契約の禁止を規定した草案 672 条は、フランス民法典 1595 条を参考にして起草されたものである⁶⁶。ボワソナードは、このような禁止を設ける理由として、夫婦間における契約というもの、しばしば、自由意思に基づかないもの、あるいは、目に見える暴力を伴っていないとしても精神面で圧力をかけられて締結させられたものであることが多いと推測し得るからであると述べている⁶⁷。

また他にも、夫婦間の売買が好ましくないものであるとされる理由が説明されている。そこでは、売買契約の名を借りて夫婦間でなされる取引の真の目的が、それを以ってして相続人および債権者を詐害する点に存することが指摘されている⁶⁸。被相続人は相続財産の半額まででなければ、他人のために遺贈をすることができず、もしもその金額を超過する場合には相続財産の半額まで減殺されるものであるが、売買の名の下で財産をやり取りするとそのような制限を受けないことになるため、このような脱法行為を目的とする表見的売買契約、すなわち、売り主となっていると自称する配偶者は代金を受領したと主張するものの、実際には、買い手を自称する他方配偶者へ目的物を引き渡すのみであり代金を受け取らないという虚構的な売買が懸念されていた⁶⁹。また、夫婦間の贈与は、どのような約款があろうとも、婚姻中においては贈与者が随意にそれを廃罷し得るものであるが、売買の名の下で財産をやり取りされてしまうと、そのような廃罷の可能性が否定されることになるため、ここでもやはり、脱法的な目的での仮装的な売買契約の恐れが念頭に置かれている⁷⁰。そして、更に、特に恐れるべきこととして、配偶者中の 1 人がある債権者に対して債務を負担している場合において、債権者から自己の現有財産を差押えられることを免れるために、夫婦間において売買契約の締結を仮装して、差押えられる前にその財産が他方配偶者の所有権に属することを装われてしまう場合、また、例えば、夫が第三者から借金をする前に、自らの配偶者との間で実際に売買契約を締結して自らの財産を売却し、そして、この売却の事実を第三者に知らせないまま借金をすることで、この者が後に弁済を受けられないという損害を被る場合が想定されていた⁷¹。

我が国の法学者による注釈書においては、夫婦間の売買の禁止を規定した財産取得編 35 条は、専ら他の条文の主旨を没却してしまう点および債権者を害する点からの議論がなされていたが、ボワソナードはそれだけでなく、上記のとおり、精神面への圧力を受けることによって自由意思に基づかない取引を強いられることへの危険性も指摘している。これは、後述する草案 676 条の根底にある発想と同じである。

ある財物を売却することを自らの任務としている代理人がその取得者となることを禁止している草案674条は、フランス民法典1596条を参考にして起草されたものである⁷²。このような規律の根底には、法は常に、できる限り、人が自らの利益と義務との間に置かれることを妨げなければならない、という考えがある⁷³。そして法が単に、そのような状況に置かれた人に対して、自らの義務を利益に優越させるよう促すための秩序や命令を定めたとしても、その法が厳密に順守される確証が常にあるわけではないが、他方で、もしも法が禁止を以ってして臨めば、人が自らの義務を自らの利益よりも優先させるといふ狙いは容易に達成し得るとされ、このようなことは、特定の者に対して課される買い受けの禁止に当てはまるとされた⁷⁴。他者の財物を第三者へと売り渡すことを託されているあらゆる代理人に対して、この674条は、代理人自らがその財物の取得者となることを禁止している⁷⁵。他者の財物の売り渡しを担っている代理人にとっての義務とは、売却価格を極力高くするために万事を尽くすということであるが、他方で、自らの利益とは、仮に自らがその取得者になり得るとするならば、売却価格すなわち自己にとっての購入価格が極力安いものとなることであるから、代理人が自らの利益のために自らの義務を怠ることがないように、法は彼らが取得者になることを禁止したのである⁷⁶。また、直接的に取得することが許されないものを第三者（介在者）に依って無能力者が間接的に取得することの禁止も規定されている⁷⁷。

更にもう1つ別の取得禁止が、フランス民法典1597条を参考にして起草された草案676条において定められている。この条文は、裁判所で職務に従事する者が自らの権限を行使する管轄において係争中の権利の取得者になることができないことを定めている⁷⁸。この禁止は、特定の職業上の地位を有する者による自らの地位の濫用や権限濫用に対する懸念に基づいたものである⁷⁹。すなわち、所有者が財物を手放さないことを望み得るであろう場合、または、所有者が、威圧されておらず自由に意思表示できる状況であれば要求すると思われる有利な条件でしか手放すことを望まないであろう場合に、裁判所の職に就いている者が、財物を取得するために上記のような濫用を目的物の取得手段として用いることに対する危惧である⁸⁰。譲渡人（財物の所有者）は、その者の財物を取得しようとする者自身が裁判所において権限を有していることによって、自己にとって不利に判断され得る状態に置かれており、容易に威圧され得る者であるから、このような者達の間で取引を認めることは衡平の観点から問題であるとされた⁸¹。

この条文が、上記の職に就いている者による取得を禁止している理由はもう1つある⁸²。それは、仮に取得することが法律上許されるとして、実際に取得した場合に、彼らに対して投げかけられるであろう嫌疑、すなわち、取得に際して職権を乱用したのではないかという疑惑をかけられることを未然に防ぐことで、彼らの尊厳を守ることである⁸³。

b 特別の無能力の意味

(A)において検討した我が国の法学者の注釈書の中では確かに、特別の無能力は、権利の享有ができない無能力であると解説されていた。しかしボワソナードは、672条、674条、676条を全て、特別の無能力を定めた条文として解説してはいるものの、特別の無能力の明確な定義をその中で述べているわけではないため、ボワソナード自身が特別の無能力をどのような概念として捉えていたのかを直接的に知ることはできない。そのため、旧民法編纂が行われた時期とその少し前の時期、すなわち、19世

紀中葉から19世紀末のフランス本国において、特別の無能力がどのようなものとして理解されていたのかを中心に踏まえながら、ボワソナードが特別の無能力をどのように捉えていたのかを考えてみたい。

契約締結の無能力に関する当時のフランス民法典1124条においては、無能力の対象となる契約の範囲について特に制限が定められていない無能力と、特定の契約のみを対象とする無能力という2種類の無能力が定められており、学説上、前者を一般の無能力〔incapacité générale〕、後者を特別の無能力〔incapacité spéciale〕と称して区別していた。しかしながら、そこでは特に、その無能力が権利享有の次元での無能力（権利無能力）であるのか、あるいは、単に権利行使の次元での無能力に過ぎないのか、という観点から両者を峻別しているわけではなく、無能力の対象となる契約の範囲に制限があるか否かを基準として無能力を2つの種類に分けていたのである（一般の無能力を課されている者としては、フランス民法典1124条自身が規定する未成年者、既婚女性、禁治産者が挙げられており、また、特別の無能力を課されている者を規定している条文として挙げられたものには同1595条、1596条、1597条が含まれ⁸⁴、この1595条、1596条、1597条は、ボワソナードが特別の無能力を規定した条文であると説明しているボワソナード草案財産取得編672条、674条、676条を起草する際に参照したものである⁸⁵）。

フランス民法における上記のような一般の無能力と特別の無能力に対する理解の仕方は、その後も維持されて今日に至っており、そして、権利無能力は、民事死が廃止されているからには、常に限定的なものでなければならないとされ、その適用範囲が制限的に捉えられたことから、一般的に、権利無能力と特別の無能力が、他方で、行為無能力と一般の無能力が結び付けられることになった⁸⁶。

このように、その適用範囲が限定的なものであるという性質上、権利無能力と特別の無能力は結び付けられることが多いものであるが、担っている役割の観点から見ると、前者は、無能力とされる次元が権利行使ではなく権利享有の次元である、という無能力の内容の差異を意味するものであり、これに対し、後者は、無能力の対象となる権利の範囲が特定されている、という無能力の範囲を示すものであることから、両者が担っている役割は全く異なるものであり、同視し得るものではない。そして、フランス民法の学説上、権利無能力概念が現れたのが19世紀末になってからである⁸⁷ことを考え合わせると、ボワソナードが旧民法の注釈書において特別の無能力の名の下で示していた無能力の内容は、権利享有の無能力、すなわち、権利無能力ではなく、あくまでも権利行使の無能力であり、「特別」と称している意味は、その無能力の範囲が特定の法律行為に限定されているという意味であったと考えるべき余地があるのではないか。

IV おわりに

本稿では、旧民法における権利の享有無能力を考察してきたが、その無能力は、特別の無能力という概念によって司られたものであると言える。そして、この特別の無能力には、人の権利の享有能力を否定し、その無能力性が代理人に依って補われ得ないという法的特質がある。そして、このような性質は、旧民法財産取得編37条における媒介人に依る間接取得の禁止において良く読み取れる。特定の人的関係を有する当事者間において禁止された行為が第三者を介して迂回的に実現されることを阻止しようと

する際に、本来的に権利の享有ができない者は代理人を介しても受益できない、ということに対して法的根拠を与え得る点にこそ、享有能力を否定する特別の無能力概念の意義があるからである。間介人についての定めがない他の条文において特別の無能力者であるとされている者であっても、特別の無能力者であるからには、本来的に獲得することができないものは第三者を介しても入手することができないことになる。

このような機能の観点から考察すると、我が国の旧民法において議論された特別の無能力は、フランス民法上の権利無能力概念に相当するものであると言い得る。また、1つの概念によって、複数の類型に分散している禁止行為を法理論的に束ねる所謂「扇の要」として機能しているという点も権利無能力概念との共通点として挙げられる。

また、ボワソナードによって特別の無能力概念の下で議論されていたものは、我が国の法学者によっても旧民法において同様に特別の無能力の場面として議論されており、このことから、旧民法（財産取得編 35 条、37 条、39 条）における特別の無能力を議論する大枠がフランス民法典（1595 条、1596 条、1597 条）およびボワソナード草案財産取得編（672 条、674 条、676 条）におけるそれと相通ずるものであったことが分かる。もっともボワソナードは、旧民法人事編の草案起草を担当しておらず、特別の無能力概念の定義をしているわけでもないため、確かに熊野や森と同様に「特別の無能力 [incapacité spéciale]」という用語を用いてはいるものの、ボワソナード草案における特別の無能力が、我が国の法学者が理解した意味での特別の無能力—それはまさに、権利の享有能力を否定するフランス民法上の権利無能力的なものであるわけであるが—と同じものであったのかという点については批判的に捉える余地があるように思われる。

以上

注

- 1 我が国の旧民法編纂過程の全体に関しては石井良助『民法典の編纂』（創文社・1979年）212頁以下。
- 2 須永淳『意思能力と行為能力』（日本評論社・2010年）53頁以下〔初出 星野英一 編集代表『民法講座第1巻 民法総則』（有斐閣・1984年）原題「権利能力、意思能力、行為能力」、熊谷士郎『意思無能力法理の再検討』（有信堂高文社・2003年）46頁以下。〕
- 3 拙稿「フランス民法における権利無能力概念の生成—19世紀末における言説の分析を中心に—」洗足論叢第45号（2017年）17頁以下、拙稿「フランス民法典909条における権利無能力概念—権利無能力となる者の範囲を拡大した2007年改正を中心に—」洗足論叢第46号（2018年）125頁以下。
- 4 拙稿 前掲「フランス民法における権利無能力概念の生成」17、18頁。
- 5 拙稿 前掲「フランス民法における権利無能力概念の生成」17、18、24、25頁。
- 6 フランス民法典1595条は夫婦間における売買の禁止を、同1596条は、後見人や売却の任務を任された代理人が被後見人や委任者の財産を買い受けることの禁止を規定している（拙稿 前掲「フランス民法における権利無能力概念の生成」20頁）。
- 7 フランス民法典909条は、ある者が死亡することになる病の間にこの者に対して治療を施した医師や秘跡を執り行った聖職者が、その者から生前贈与または遺贈によってその財産を受領することができないと定めており、同1597条は、裁判所で職務に従事する者が、自らの権限を行使する管轄において係争中の権利の取

- 得者になることができないことを定めている(拙稿 前掲「フランス民法における権利能力概念の生成」21頁、なお、909条の今日的な機能に関しては拙稿 前掲「フランス民法典909条における権利無能力概念」127頁)。
- 8 909条で規定されている権利無能力者に関しては、同条によって許されないものとされている贈与はたとえ介在者〔personnes interposées〕に依ったとしても無効であることを定めた911条という規定が存在しており、909条の権利無能力者への間接的な利益誘導は許されておらず、また、1596条における権利無能力者に関しては、同条自体において、介在者に依って間接的に受益することが許されない旨が明言されている(拙稿 前掲「フランス民法における権利能力概念の生成」25頁)。1596条と異なり1597条においては、介在者に言及している部分は存在せず、また、同条に対しては、909条に対する911条のような条文が存在しているわけでもないため、条文の文言を読むだけでは、介在者に依る間接的な受益をし得るように見える。しかし実際には、直接的に行うことが禁止されている事柄は間接的であってもやはり許されないという論理が展開されることにより、1597条において権利無能力者であるとされた者についても、本来的に買い受けることができないものを介在者に依って迂回的に入手することはやはり許されないと考えられていたところ、これら既存の迂回的受益阻止の考え方は、権利の享有能力を喪失させるという権利無能力概念が現れたことによって1595条にも広がったと思われる(拙稿 前掲「フランス民法における権利能力概念の生成」25頁)。
 - 9 拙稿 前掲「フランス民法における権利能力概念の生成」24、25頁。
 - 10 拙稿 前掲「フランス民法における権利能力概念の生成」25頁。
 - 11 Ch. Beudant, Cours de droit civil français : L'état et la capacité des personnes, tome 1, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, 1896, p.100 no 54, p.101 no 56, H. Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, Notions générales, A. Pedone éditeur, 1898, p.92, note 4, 拙稿 前掲「フランス民法における権利能力概念の生成」18、22、25頁。
 - 12 J. Carbonnier, Droit civil. 1, les personnes, Presses universitaires de France, 2000, p.180 no 99, 拙稿 前掲「フランス民法における権利能力概念の生成」25頁。
 - 13 法律取調報告委員 熊野敏三 起稿「民法草案人事編理由書」石井良助編『明治文化資料叢書第3巻法律編(上)』(風間書房・1959年)13頁以下所収。なお、人事編以外にも財産取得編の一部(相続部分と夫婦財産契約部分)についてボワソナードは草案起草を担当していない。相続部分は磯部四郎、夫婦財産契約部分は井上正一によって担当された。それぞれの草案は、石井良助編『明治文化資料叢書第3巻法律編(下)』(風間書房・1960年)11頁以下所収。
 - 14 熊野敏三・岸本辰雄 合著『民法正義 人事編卷之壹』(上下)(新法註釋会)日本立法資料全集別巻63(信山社・1996年〔復刻])。私権の享有および行使の項目が収められている上巻は熊野によって執筆されている。
 - 15 熊野 前掲『民法正義 人事編卷之壹』6頁。なお、この無能力に関する旧民法の条文は熊野の草案中では人事編3条である(石井 前掲『明治文化資料叢書第3巻法律編(上)』39頁)。
 - 16 熊野 前掲『民法正義 人事編卷之壹』3頁。
 - 17 熊野 前掲『民法正義 人事編卷之壹』3、4、6頁。
 - 18 熊野 前掲『民法正義 人事編卷之壹』9頁。
 - 19 熊野 前掲『民法正義 人事編卷之壹』10頁。
 - 20 熊野 前掲『民法正義 人事編卷之壹』11頁。
 - 21 熊野 前掲『民法正義 人事編卷之壹』11頁。
 - 22 熊野 前掲『民法正義 人事編卷之壹』11頁。
 - 23 熊野 前掲『民法正義 人事編卷之壹』11頁。
 - 24 熊野敏三『民法正義 財産取得編卷之壹』(新法註釋会)日本立法資料全集別巻57(信山社・1995年〔復刻])200、201頁。
 - 25 森順正『民法 人事編講義』(和佛法律學校)日本立法資料全集別巻390(信山社・2006年〔復刻])29頁、森順正・本野一郎・城数馬・寺尾亨 合著 ボワソナード 訓定 富井政章 校閲『日本民法義解 財産取得編(上)』

(東京金蘭社) 日本立法資料全集別巻115 (信山社・1998〔復刻〕) 130頁。

26 森 前掲『民法 人事編講義』28,29頁、森・本野・城・寺尾 前掲『日本民法義解 財産取得編 (上)』130頁。

27 森 前掲『民法 人事編講義』29頁、森・本野・城・寺尾 前掲『日本民法義解 財産取得編 (上)』130頁。

なお、森は、人事編195条と財産取得編35条、37条、39条以外にも、婚姻に関する人事編31条ないし37条、養子縁組に関する106条ないし112条、戸主の地位を引継ぐ家督相続に関する財産取得編288条ないし292条を特別の無能力を規定する条文として挙げている(森・前掲29頁)。もっとも、これらの規定により定められているものは、身分の変動を伴う行為であり、代理になじまないものであるため、享有と行使とが分かれるものではない。熊野も、身分行為であり必ず本人がなさなければならないものであるとして、婚姻等については享有と行使とを区別できず、自ら行使し得ない場合には享有ができないということになると説明している(熊野 前掲『民法正義 人事編巻之壹』10頁)。熊野はその説明に際して具体的な条文に言及はしていないが、行使と享有とがその性質上分けられないことが原因で享有ができなくなる権利の範囲についても熊野と森の理解自体は一致していると言える。もっとも、性質上行使できないことが理由となり享有ができなくなるわけではない行為においてこそ、特別の無能力の機能は意義を有することから、人事編195条と財産取得編35条、37条、39条のみを本稿の本文で重点的に扱うこととした。

28 森 前掲29頁。

29 森 前掲29、30頁。

30 井上正一・亀山貞義 合著『民法正義 人事編巻之式』(上下)(新法註釋会)日本立法資料全集別巻64(信山社・1996年〔復刻〕)上巻〔井上執筆〕133頁。なお、注釈書『民法正義』は複数の巻によって構成されているが、前掲『民法正義 人事編巻之壹』と異なり、こちらの『民法正義 人事編巻之式』の執筆に熊野は参加していない。人事編195条の解説が書かれている『民法正義 人事編巻之式』(上)の執筆は井上正一が担当しており、井上は、ボワソナードが人事編同様に担当しなかった部分(財産取得編中の夫婦財産契約部分)の草案起草を担当した者である(脚注13を参照願いたい)。

31 井上 前掲『民法正義 人事編巻之式』133、134頁。

32 磯部四郎『民法釈義 人事編之部(下)』(長島書房)日本立法資料全集別巻90(信山社・1997年〔復刻〕)673頁。

33 磯部 前掲『民法釈義 人事編之部(下)』673頁。

34 磯部 前掲『民法釈義 人事編之部(下)』673、674頁。

35 井上 前掲『民法正義 人事編巻之式』134頁。

36 井上 前掲『民法正義 人事編巻之式』134頁。

37 井上 前掲『民法正義 人事編巻之式』134頁。

38 石井 前掲『明治文化資料叢書第3巻法律編(上)』13頁以下。

39 石井 前掲『明治文化資料叢書第3巻法律編(上)』217頁。

40 フランス民法典450条は、後見下の未成年者の利益を守る立場にいる後見人が、その未成年者の財産を買い受けることができないことを規定している。この条文の目的は、後見人と被後見人との間での利益相反を防ぐことであり、このような後見人による利益相反の防止を念頭に置いた買い受けの禁止は、フランス民法典1596条によって反復的に規定されている(T. Huc, Commentaire théorique et pratique du code civil, tome 3, Librairie Cotillon 1892, p.358 no 367, G. Baudry-Lacantinerie et L. Saignat, Traité théorique et pratique de droit civil de la vente et de l'échange, 1900, p.188 no 232)。なお、この1596条は、後に旧民法財産取得編37条に成るボワソナード草案財産取得編674条が起草される際に参照された規定である(本稿B(a)を参照願いたい)。

41 石井 前掲『明治文化資料叢書第3巻法律編(上)』217頁。

42 熊野 前掲『民法正義 財産取得編巻之壹』200、201頁。

43 熊野 前掲『民法正義 財産取得編巻之壹』202頁、磯部四郎『民法釈義 財産取得編』(長島書房)日本立法資料全集別巻85(信山社・1997年〔復刻〕)114頁、森・本野・城・寺尾 前掲『日本民法義解 財産取

- 得編（上）』133、134頁。
- 44 熊野 前掲『民法正義 財産取得編卷之壹』203頁、磯部 前掲『民法積義 財産取得編』114頁、森・本野・城・寺尾 前掲『日本民法義解 財産取得編（上）』133、135頁。
- 45 熊野 前掲『民法正義 財産取得編卷之壹』203頁、磯部 前掲『民法積義 財産取得編』114頁、森・本野・城・寺尾 前掲『日本民法義解 財産取得編（上）』134頁。
- 46 熊野 前掲『民法正義 財産取得編卷之壹』204頁。
- 47 熊野 前掲『民法正義 財産取得編卷之壹』205、206頁。
- 48 熊野 前掲『民法正義 財産取得編卷之壹』206頁、磯部 前掲『民法積義 財産取得編』115頁、森・本野・城・寺尾 前掲『日本民法義解 財産取得編（上）』136頁。
- 49 熊野 前掲『民法正義 財産取得編卷之壹』206頁、磯部 前掲『民法積義 財産取得編』115頁、森・本野・城・寺尾 前掲『日本民法義解 財産取得編（上）』136頁。
- 50 熊野 前掲『民法正義 財産取得編卷之壹』200、212、213頁、磯部 前掲『民法積義 財産取得編』126頁。
- 51 熊野 前掲『民法正義 財産取得編卷之壹』214頁、磯部 前掲『民法積義 財産取得編』121、122頁、森・本野・城・寺尾 前掲『日本民法義解 財産取得編（上）』143、144頁。
- 52 保管とは、訴訟の目的物を第三者に寄託することであり、この寄託任務を担う者が保管人である（岸本辰雄『民法正義 財産取得編卷之貳』（新法註釋會）民法立法資料全集別巻58（信山社・1995年〔復刻〕）193頁）。
- 53 破産の管理人とは、破産した財団の管理をその職務とする破産管財人のことである（長谷川喬『商法正義 第六巻』（新法註釋會）日本立法資料全集別巻52（信山社・1995年〔復刻〕）113頁）。
- 54 熊野 前掲『民法正義 財産取得編卷之壹』213頁、磯部 前掲『民法積義 財産取得編』120頁、森・本野・城・寺尾 前掲『日本民法義解 財産取得編（上）』142、143頁。
- 55 熊野 前掲『民法正義 財産取得編卷之壹』213、214頁、磯部 前掲『民法積義 財産取得編』120頁、森・本野・城・寺尾 前掲『日本民法義解 財産取得編（上）』142、143頁。
- 56 熊野 前掲『民法正義 財産取得編卷之壹』215頁、森・本野・城・寺尾 前掲『日本民法義解 財産取得編（上）』144頁。
- 57 熊野 前掲『民法正義 財産取得編卷之壹』215頁、磯部 前掲『民法積義 財産取得編』122頁、森・本野・城・寺尾 前掲『日本民法義解 財産取得編（上）』144頁。
- 58 熊野 前掲『民法正義 財産取得編卷之壹』213頁。
- 59 熊野 前掲『民法正義 財産取得編卷之壹』215頁、磯部 前掲『民法積義 財産取得編』122頁、森・本野・城・寺尾 前掲『日本民法義解 財産取得編（上）』144頁。
- 60 熊野 前掲『民法正義 財産取得編卷之壹』215、216頁。
- 61 熊野 前掲『民法正義 財産取得編卷之壹』216頁。
- 62 熊野 前掲『民法正義 財産取得編卷之壹』200、201、217頁、磯部 前掲『民法積義 財産取得編』128頁、森・本野・城・寺尾 前掲『日本民法義解 財産取得編（上）』146頁。
- 63 熊野 前掲『民法正義 財産取得編卷之壹』217、218頁、磯部 前掲『民法積義 財産取得編』128、129頁、森・本野・城・寺尾 前掲『日本民法義解 財産取得編（上）』146頁。
- 64 熊野 前掲『民法正義 財産取得編卷之壹』218頁、磯部 前掲『民法積義 財産取得編』128、129、130頁、森・本野・城・寺尾 前掲『日本民法義解 財産取得編（上）』146頁。
- 65 熊野 前掲『民法正義 財産取得編卷之壹』218頁、磯部 前掲『民法積義 財産取得編』128、129、130頁、森・本野・城・寺尾 前掲『日本民法義解 財産取得編（上）』147頁。
- 66 G. Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, 1889*, ボワソナード民法典研究会編（編集顧問 星野英一 研究会代表 大久保泰甫）『ボワソナード民法典資料集成Ⅱ 後期Ⅰ』（雄松堂・2003年）255頁、G. Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire, Nouvelle édition, Tome 3, Des moyens d'acquérir les biens, 1891*, ボワソナード民法典研究会編（編集顧問 星野英一 研究会

代表 大久保泰甫『ボワソナード民法典資料集成 後期Ⅳ』(雄松堂・1998年) 214, 218頁。なお、ボワソナードは、自らの草案においては、売買の無能力に関する部分をフランス民法典 1594条に類似する規定で始めることはしないと述べている (Boissonade (Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire), op. cit., p.217 no 170)。1594条は、法によって買受又は売渡を禁止されていないあらゆる者がそれらをし得る (Tous ceux auxquels la loi ne l'interdit pas peuvent acheter ou vendre) と規定しているものであり、ボワソナードもこの考え方に対して否定的な見解を有していたわけではなく、むしろ、禁止をされていない限りあらゆる者が能力者であるという命題は、売買契約に限らずあらゆる契約にとっての一般原則であるから、法典中の売買に関する部分において殊更に明文規定を用意してそれを示す必要はないと考えていた (Boissonade (Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire), op. cit., p.217 no 170)。そして、そのように、あらゆる者が契約する能力を有するというのが原則であるという点を敢えて条文で書く必要はないとして、例外的なことのみを規定するにとどめるから、日本で編纂している民法典の中で設けるパラグラフのタイトルはもはや、フランス民法典 1594条の直前に付されているものと同じもの (Qui peut acheter ou vendre (買受又は売渡し得る者)) とはなり得ず、単に、売渡又は買受の無能力 (les incapacités de vendre ou acheter) にすると述べており (Boissonade (Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire), op. cit., p.217 no 170)、ボワソナード草案財産取得編 672条が、このタイトルの付されたパラグラフに属する最初の規定となっている (Boissonade (Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire), op. cit., p.214)。法によって制限されていない以上はあらゆる者が能力者であり、契約の締結がなされるか否かは当事者の判断に委ねられるべきことであるという考え方は、ボワソナードによる上記の草案注釈書の中だけに見られるものではなく、性法講義の中においても述べられている (ボワソナード 講述 磯部四郎 通訳 特別認可私立明治法律学校講法会版『性法講義〔性法(自然法)講義〕』(有斐閣・1986年〔復刻〕) 531, 532頁)。ボワソナードは、契約自由の原則を鑑みると、夫婦間の売買といえども、これを禁止する規定が設けられない限りは、そのような契約も許されることになると述べており、また、当時の我が国においては未だそのような禁止が存在していないことを認識していた (同 531～534頁、ボワソナード 口述 森順正 口訳『民法原理 法律不溯及論』(宗文館・1984年〔復刻〕) 331頁)。なお、ボワソナードは、夫婦間の売買の禁止は必ず設けられるべきものであると考え、既に自分が起草した民法草案の中にもその禁止を設けたと述べているが、同時に、それが審査の後に削除されるか否かは自分にもまだ分からないとも述べている (ボワソナード 前掲『性法講義』532頁) (もっとも、その後無事に、本稿で扱っている旧民法財産取得編 35条として成立している)。

67 ボワソナード 前掲『性法講義』533頁。

68 ボワソナード 断案 森順正 纂輯 特別認可和佛法律学校参考用書『民法辨疑』(宗文館書店・1984年〔復刻]) 253頁, Boissonade (Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire), op. cit., p.218, 219, 220.

69 ボワソナード 前掲『民法辨疑』253頁, Boissonade (Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire), op. cit., p.218, 219.

70 ボワソナード 前掲『民法辨疑』253頁、254頁, Boissonade (Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire), op. cit., p.218, 219.

71 ボワソナード 前掲『民法辨疑』254頁, Boissonade (Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire), op. cit., p.220.

72 Boissonade (Projet de Code civil pour l'Empire du Japon), op. cit., p.256, Boissonade (Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire), op. cit., p.215, 226 no 179.

73 Boissonade (Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire), op. cit., p.226 no 179.

74 Boissonade (Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire), op. cit., p.226 no

- 179.
- 75 Boissonade (Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire), op. cit., p.227 no 179.
- 76 Boissonade (Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire), op. cit., p.227 no 179.
- 77 Boissonade (Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire), op. cit., p.228 no 181.
- 78 Boissonade (Projet de Code civil pour l'Empire du Japon), op. cit., p.256, Boissonade (Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire), op. cit., p.216.
- 79 Boissonade (Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire), op. cit., p.229 no 183.
- 80 Boissonade (Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire), op. cit., p.229 no 183.
- 81 Boissonade (Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire), op. cit., p.229, 230 no 183. ボワソナードが指摘する、精神面へ威圧に対する懸念は、本文で前述したボワソナード草案 672 条の部分と共通するものである。また、フランス民法において、精神面への圧力に対する警戒感がその根底に横たわっている条文としては、他にも、贈与および遺贈に関するフランス民法典 909 条が挙げられる（拙稿前掲「フランス民法における権利無能力概念の生成」21 頁、拙稿 前掲「フランス民法典 909 条における権利無能力概念」126 頁）。しかし、相続に関する条文は、ボワソナードが起草を担当していない旧民法財産取得編の後半部分に属するものであるから、ボワソナード草案の中には 909 条を参照しながら起草された条文は存在しない。相続の部分の起草を担当したのは磯部四郎である（石井 前掲『明治文化資料叢書第 3 巻法律編（下）』11 頁）。しかし、磯部による草案を見ると、多くの条文がフランス民法典の条文を参照しながら起草されたものであることが分かるが、そこにも 909 条を参照して起草された条文は存在しない。磯部は、909 条を参照した条文が自らの草案中に存在しない理由を以下のように述べている。「仏国民法九百九条ニ於テ医師等ハ病人ヨリ或ル場合ニ於テハ贈与又ハ遺囑ヲ收受スルノ能力ヲ有セサルモノト規定セリト雖モ従来我カ慣習ニ於テハ医師等ハ其病人ノ身上ニ著シキ勢力ヲ有スルモノニアラサルカ如クナルヲ以テ斯ノ如キ禁止法ハ無用ノモノト看做セリ是レ我カ草案上之ニ類スル条文ノ存セサル所以ナリ」。磯部はこのように記しており、我が国では医師等が病人を威圧することはないから、精神面へ圧力をかけられたことにより患者が財産を差し出す事態を心配する必要はないと考え、贈与および遺贈の医師等による受取りの無能力を規定する 909 条を参考にして条文を起草する必要はないと判断したことが分かる（石井 前掲『明治文化資料叢書第 3 巻法律編（下）』110 頁）。
- 82 Boissonade (Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire), op. cit., p.229 no 183.
- 83 Boissonade (Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire), op. cit., p.229 no 183.
- 84 A. M. Demante, Cours analytique de code civil, (continué depuis l'article 980 par E. Colmet de Santerre), tome 5, 1865, p.49, 50, no 36, 37, C. Demolombe, Traité des contrats, volume 24, 1868, p.270, 271, no 290, 291, 292, F. Laurent, Principes de droit civil, 3e édition, tome 16, 1878, p.24, 25, 26, no 21, 22, T. Huc, Commentaire théorique et pratique du code civil, tome 7, 1894, p.85, 86, no 58.
- 85 本稿 B(a) を参照願いたい。
- 86 Capitaneau, op. cit., p.91, A. Colin et H.Capitaneau, Cours élémentaire de droit civil français, 4e édition tome 1, Librairie Dalloz, 1923, p.74, Ph. Malaurie et L. Aynès, Cours de droit civil (Les personnes, Les incapacités), 3e édition, tome 2, Édition Cujas, 1994, p.207, 208, Ph. Malaurie, Les personnes, Les incapacités, 2e édition,

Defrénois, 2005, p.209, 210, J. Flour, J. Aubert et É. Savaux, Les obligations (1. L'acte juridique), 13e édition, Sirey, 2008, p.192, no 226, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil (Les obligations), 11e édition, Dalloz, 2013, p.122, 123, no 96.

- 87 I. Maria, Les incapacités de jouissance, étude critique d'une catégorie doctrinale, Defrénois, 2010, p.68 no 113, 拙稿 前掲「フランス民法における権利無能力概念の生成」17頁。