

明治初期の証書人について

江 藤 价 泰

(大東文化大学法学部教授)

はじめに

登記法（いわゆる旧登記法。1886年＝明治19年法律1号）は、フランス法に倣ったものであるといわれている（幾代通・不動産登記法〔第3版〕7頁）。また、わが国の公証人制度の創設は、公証人規則（1886年法律2号）によるといわれ、これもまたフランス法に倣ったものであるというのが通説的見解である（兼子一＝竹下守夫・裁判法361頁）。さらにいえば、検察官制度もまたフランス法系のそれを導入したものであるといわれている（団藤重光・新刑事訴訟法綱要〔5訂版〕74頁）。

しかしながら、母法の制度とわが国のそれとを比較すると、その間には質的な差異があるといわざるをえないのである。このような現象がなぜ生じたのか。ここでは、公証人制度の前史ともいふべき「証書人制度」を検討して、その原因を考えてみることにする。

司法職務定制 わが国の法律家制度を創設したのは、司法職務定制である。これは、1872（明治5）年8月3日の太政官無号達をもって制定され、ついで同月23日の「来9月朔日ヨリ施行可致」旨の司法省達により施行された。司法職務定制は、明治以降のわが国最初の簡単な民事訴訟手続および刑事訴訟手続を加味した裁判所構成法ともいふべきもので、全22章108条からなる法典である。この第10章は、「証書人代書人代言人職制」と題されているが、ここで定められた証書人、代書人、代言人が、それぞれ現在の公証人、司法書士、弁護士という法制度上の職業の濫觴にあたるものであることはいうまでもない。

司法職務定制は、証書人について、「第41条 第1 各区戸長役所ニ於テ証書人ヲ置キ田畑家屋等不動産ノ売買貸借及生存中所持物ヲ人ニ贈与スル約定書ニ奥印セシム。第2 証書奥印手数ノ為ニ其世話料ヲ出サシム。」と定めた。

新税制の導入 ところで、いうまでもなく、司法職務定制を、したがって「証書人制度」を成立せしめる大前提となっているのは明治維新である。大分回り道をするようになるが、ここから筆を進めることにする。

1867（慶応3）年10月14日の徳川慶喜による大政奉還の奏上にはじまる明治維新は、同年12月9日のいわゆる王政復古の「大号令」による天皇と諸大名との中間の將軍制の除去を、ついで1869（明治2）年6月17日の「版籍奉還」、1871（明治4）年7月14日の「廃

藩置県」を実現した。これによって、天皇と領民との間に存在した諸大名制が除去され、制度的には、「一君万民」の体制が、ともかく確立することになった（中村吉三郎・明治法制史第3輯39頁）。

しかし、この「一君万民」の体制を支えるべき経済的・財政的基盤は、当然のことながら未確立であった。その確立のためには、全国的に統一された新税制の施行が必要であった。新政府は、「田地売買ヲ許シ沽券高二準シ金子ニテ税ヲ収ムル」（1870年＝明治3年6月、集議院官神田孝平「田租改革建議」）という建議をいれ、その方向で新税制を立てることになり、いわゆる「地租改正」の大方針を打ち出した。つまり、地価を課税の基礎として税金をどるというわけである。

しかし、それを現実化するためには、いくつかの問題があったが、その主要なものは、次の2つであった。第1は、地価（土地の交換価値）が存在しなかったことである。徳川幕府が1643（寛永20）年に定めた「田畑永代売買禁止令」以来、田畑は担保化はともかく、原則として売買することができなかったからである。第2は、幕藩体制下においては、近代法的意味における土地所有権が成立していたわけではないから、一筆の土地の具体的土地所有権者が何びとであるか、が必ずしも明らかではないということがあった。

地 券 これらの問題を解決する第1歩が、地価の生成であることは自明である。そのためには、封建制の桎梏の下にあった土地を解放し、取引自由の土地制度を打ちたてる必要がある。1871（明治4）年9月7日大蔵省第47号達による作物作付の自由、1872年2月15日太政官第50号布告による地所永代売買解禁（土地売買・所持の自由）、同年8月27日太政官第240号布告による地代等契約の自由が打ち出されたのは、そのためである。

このうちの太政官布告第50号は、土地売買（取引）の自由を宣言した歴史的法令である。「地所永代売買ノ儀、従来禁止ノ処、自今四民共売買致シ所持候儀、差許サレ候事」というのがその全文である。

こうして、「地価を人為的(?)につくりだすため、併せて、一挙に全国の土地所有権者（つまり地租納税者）を具体的に確定するために、『地券』なる制度」が断行されることになった（中村・前掲42頁）。すなわち、1872年2月東京府達「地券申請地租納方規則」により東京府下に試験的に地券が下付されたのを皮切りに、同年2月24日大蔵省第25号達により「今般地所永代売買被差許候ニ付今後売買並譲渡ノ分地券渡方等別紙規則ノ通相心得事」とされ、同年9月大蔵省第126号達「地券渡方規則」が公布され、地券の授受とともにする限り地所の売買譲渡は自由となった。

地券の私法的性格をみるならば、土地取引に際してその書換が必要的方式とされたことから明らかなように、地券は、土地所有の確証として当初位置づけられていたというこ

とができる。したがって、地券書換手続を経ない、いわゆる密売買は厳罰に処せられたが、地租改正の施行後は改正されて、単に「地券申受ケサレハ買主ニ其地所所有ノ権無之」ものとなり、地券は土地所有権移転の効力発生要件となった。それは、いうまでもなく、地券による地価生成という収税のための基礎作業は終了したからである。こうした土地所有権の地券への表彰は、土地流通を簡易化し、盛んならしめたことは疑いない。ところが、はじめは府県庁、後には郡役所で行われていた地券事務は、「地券事務……の繁雑化に伴ひ、地券書換はややもすれば渋滞して不便の批難を浴び、且つ又地券台帳は固より公示手段でないので、漸く地券が単に収税目的で取引保護の制でないことが、一般に意識されるに至った。その結果として早くも明治10年頃から地券書換に登記の性質を否認し、所有権移転の効力発生要件たることを不当とする説が起り、遂に太政官の裁令を経たる司法省達は地券の書換を経ざるも売買契約成立せる以上は当事者間には固より他の一般債権者に対してもその効を認めるもの（第三者対抗要件）」とした（福島正夫「旧登記法の制定とその意義」日本司法書士会連合会編・不動産登記制度の歴史と展望14頁）。

このように、地券は、それが創設された1872（明治5）年から1877（明治10）年の間に、とくにその私法的機能を変質させたのであるが、それが取引保護のためのものではなく、収税目的のものであったこと、またその事務の担い手が証書人ではなかったことに注意せねばならないであろう。

公証制度 ところで、地券が収税目的のものであるならば、取引を担保する制度としては何が予定されていたのであろうか。結論から先にいえば、それは証書人による公証制度であったと、ひとまずいうことができる。このことは、前掲の司法職務定制第41証書人の規定に明らかである。

元来、地券は、地租改正の手段たることに制約されて、土地取引の道具としては大きな弱点を持っていた。地券は、所有権以外の権利、担保権を表彰することができなかったからである。そのために、土地質入書入の場合の方式をいかにすべきかが、地券発行以後の担保権設定についてだけでなく、地租改正当時極めて多数に上った担保関係土地の取扱方式に関連しても、さし当って解決を要する問題となっていた。これに対処するために、政府は、とりあえず、旧慣を基礎とした方式をもって土地担保を処理する法令を布告した。これが、1873（明治6）年1月17日太政官布告第18号による地所質入書代規則である（福島・同上頁）。

この規則の第9条が公証の方式を定めている。すなわち、「質入又ハ書入証文ニハ必ス其村町戸長ノ奥書証印ヲ取ル可シ。其村町戸長ノ役場ニハ奥書割印帳ヲ備へ置（キ）、証文ノ奥書割印ヲ願出ル時ハ、帳面ト証文トニ番号ヲ朱書シ、割印ヲ押シ、奥書ヲ為ス可シ。

若シ戸長ノ奥書並ニ割印ナキ証文ハ貸附ノ証拠ニ不相成候事。但（シ）戸長不在ノ節ハ其旨ヲ記シ副戸長奥書調印ス可シ」（句読点，送り仮名は筆者。以下同じ）。第9条は，1874（明治7）年太政官布告第6号によって，「若シ奥書並ニ割印ナキ証文ハ，質入又ハ書入ノ証拠ニハ不相成ニ付，右証文ヲ以テ訴出ルニ於テハ，負債主財産分散ノ時，債主他ノ債主ニ対シ先キ取りノ特権ヲ失ヒ，独リ質入又ハ書入ナキ金穀貸借ノ処分ヲ可受事」と改められている。

いずれにしても，この規則によって，戸長は，証書に奥書証印をするとともに，別に戸長役場に奥書割印帳を備え置いて，これに証書の要旨を記し，証書とともに同一番号を朱記し，かつ，割印をしなければならなかったし，それによってはじめて，その証書は，質入または書入の証拠となりえたのである。この手続が公証とよばれたのも当然であるといえよう。

この制度は，幕藩体制期の名主加判の制の継承であるから，形式的にみれば，名主に代わりその継承者である戸長が奥書証印をなす点が異なっているにすぎないということができよう。しかし，ここには注目すべき質的变化があることが，前掲福島論文により指摘されている。第一は，封建的旧制の復活が，もはや公法的な意味を全く失い，純粹に私法上の制度としてなされたことである。第二は，その採用された方式の中に極めて重要な内容上の発展があったことである。すなわち，奥書割印帳という公証簿が制度として設けられたことによって，不完全とはいえ，一つの登記の法が生まれたことである（福島・前掲15頁）

証書人不在 しかし，本稿との関連においてこの点をみれば，さらに注目すべきことがあるように考えられる。それは，手続きの担い手の問題である。前述のように，司法職務定制は，土地取引を担保するものとして証書人による公証制度を採用していた，ということができよう。ところが，その翌年（正確には5か月後）の地所質入書入規則においては，前掲のように，この方針は継承されていない。両者の間には，その担い手において，証書人ではなく，村町戸長，とくに戸長が質入書入規則においてはその担い手とされているからである。ここには，明らかにその担い手において，断絶がある。

日本公証制度沿革史は，司法職務定制に定める公証人制度について，「あたかも戸長役場に手数料をとって公証事務を行う証書人という公証人のような者がいたかに見えるが，その後わずか4か月後の明治6年9月の太政官布告建物書入質規則その他の布告に『戸長役場で戸長が奥書割印すべし』という明文がありその方式が実際に実施されていて『証書人』が奥書する方式が実施された形跡が乏しい。証書人が全国の役場に配置される程にはこの制度は実施されなかったと判断される」と分析している（日本公証人連合会編・日本

公証制度沿革史12頁)。

これによっても明らかな通り、田畑家屋等不動産の売買、貸借および贈与に関する公証手続を担保する証書人は、有名無実の存在であり、その「職務」は、行政官たる戸長の行うところとなっていたというのが現実であったように考えられる。

登記法・公証人規則 この事情は、1886(明治19)年8月11日法律1号をもって登記法が制定されるにいたるまで変わらなかった。さらに、登記法は、地所・建物・船舶の売買譲与・質入・書入の登記(同法1条)を定め、登記機関を治安裁判所(同3条)とし、さらに、「明治10年第28号布告船舶売買書入質手續同13年第52号布告土地売買譲渡規則同14年第30号布告地券証印税則其他従前ノ法律規則中本法ニ抵触スルモノハ本法施行ノ日ヨリ廃止ス」(同38条)と定め、戸長の公証を廃止するにいたっている。

「はじめに」で述べたように、この登記法は、フランス法に倣ったものであるといわれている。たしかに、登記法以来、現行不動産登記法もまた登記を對抗要件にすぎないとする点においては、フランス法と同様である。しかし、決定的に異なるのは、フランスにおいては、登記が公証人によって担われていることである。わが国においては、証書人(前述のように有名無実の存在)も公証人も登記には関与していない。現行制度上、登記に関与しているのは司法書士であるが、その権限は、フランスの公証人に比すれば甚だ不十分である。

それはともかくとして、フランスにおける公証人についてみると、ダヴィッド(René David, *Droit français*, t. II, p. 114)は、登記を不動産物権変動の効力発生要件とする主義に対し、對抗要件にすぎないとするフランス法主義は、理論的にみれば、安定をより欠くものであることを認めた上で、次のように述べている。「実務上、この差異は、すべての不動産物権変動の公示への公証人の強制的関与により、消滅したといわないまでも、極度に減じている。公証人は、証書の有効性と効力とについて個人的に責任を負い、不動産物権のすべての変動についての殆んど完全な安全の確保に貢献している。」制度は、まさにその担い手によって支えられているのである。

おわりに わが国においても、登記法、公証人規則制定の時点において、フランスにおけるように、公証人を登記手続の担い手として位置づけることは十分可能であったし、公証人試験をとにかくもこの当時は実施したのであるから、そのための試験を行い、登記制度を担うに足る公証人の養成を行うこともまた可能であったと考えられる。

ところが、そのようにならなかった。(現在においても司法書士制度が制度的に不備であることは前述の通りである)。それは、地券制度も登記制度も、収税を目的とするものでしかなく、そこには、私権の擁護という思想が全くなかったことによると考えられる。さ

らに、国民の基本的人権（1789年の人権宣言第17条は、所有権の神聖・不可侵を宣言している）、権利、利益を擁護する法律家が、国家諸機関と国民との間に介在することを、政府が好まなかったことも、十分に考えられることであろう。戦前の弁護士に、自治権が承認されていなかったことは、その好例というべきであろう。

とまれ、現在においても、わが国の法律家制度は、整備されているということではできないようである。それを、国民の人権の擁護、確立の観点から、より良いものにしてゆく不断の努力がなされなければならない、と改めて考える。