

平成 21 年 6 月 10 日現在

研究種目：基盤研究 C

研究期間：2006-2008

課題番号：18530004

研究課題名（和文） 民法における近代と現代

研究課題名（英文） Modern and Postmodern of civil law

研究代表者

水林 彪 (MIZUBAYASHI TAKESHI)

一橋大学・大学院法学研究科・教授

研究者番号：70009843

研究成果の概要：

(1)Code civil の規律対象となる *société civile* は、政治的かつ経済的な社会（一元的秩序）であったこと、Code civil は、そのような *société civile* を規律するフランス近代法体系全体の根本法であったこと、

(2)これに対して、日本近代の国制は、ドイツ流の国家と社会の二元的秩序と観念され、これに対応して、法秩序は、帝国憲法（公法）と明治民法（私法）との二元的秩序として存在したことの比較法史的意義が解明された。

交付額

(金額単位：円)

	直接経費	間接経費	合計
2006 年度	1,400,000	0	1,400,000
2007 年度	1,300,000	0	1,300,000
2008 年度	700,000	210,000	910,000
年度			
年度			
総計	3,400,000	210,000	3,610,000

研究分野：法学

科研費の分科・細目：基礎法学

キーワード: 民法、憲法、1804 年フランス民法典、*société civile*、Code civil、droits naturels、droits naturels、citoyen

## 1. 研究開始当初の背景

フランス Code civil が前提とした〈*société civile*〉一元秩序と、ドイツ BGB が前提とした〈Bürgerliche Gesellschaft-Politischer Staat〉二元秩序とは異質であるにも、研究史においては、ほとんど同一視され、フランス Code civil をドイツ国制的枠組で理解する研究状況が長らく続いてきた。本研究は、

これを克服することを目指した。

## 2. 研究の目的

(1)今日の法の中核に位置する民法を、一個の歴史的現象として観察すること、すなわち、Dogmatikとしての民法研究ではなく、Historikとしての民法研究（Dogmatikそのものが主要な研究対象となる）を、日本、および、日本

民法（学）の直接の前提となったフランスとドイツを対象として行なうことを課題とした。(2)今少し具体的に述べるならば、①1804Code civilを、今日の民法とはかなり性質を異にする近代民法の典型として、歴史的、内在的に理解すること、②日本民法・民法学の起点となる1880年代に起草されたボアソナードのProjetを、1804Code civilとは段階と性質を異にする現代民法の嚆矢として位置づけること、③1900BGBおよびそのパンデクテン体系を継受した明治民法を、フランス型に対するドイツ型というよりも、19世紀初頭の近代民法に対する、19世紀最末期の現代民法として理解すること、④末弘民法学および我妻民法学において一つの頂点をむかえる日本民法学史を、日本的法観念と現代民法学との合流として理解すること、などである。

### 3. 研究の方法

(1)古典古代から近代にいたる *société civile* 観念の歴史研究

(2)Code civil の編別構成などの研究

(3)BGB の編別構成などの研究

以上の諸課題を、国制史学的方法をもって研究する。

### 4. 研究成果

研究成果を二つの論文にまとめたので、ここでは、その要約を示すこととする。

#### 1 人権宣言・憲法（1789・1791）

##### (a) *société civile* 一元秩序

わが国では、「国家」と「社会」ないし「憲法」と「民法」の二元論—「憲法は国家の基本法、民法は社会の基本法」（星野英一氏・樋口陽一氏の対談の表題）とする観念や、「憲法は「国家」ないし「国家」と「私人」の関係を規律し、「私人」間には無適用」とする憲法私人間効力無効説（高橋和之氏）などの言説がその現れ—が有力に主張され

ているが、このような観念は、特殊ドイツ的な〈*Politischer Staat* と *Bürgerliche Gesellschaft*〉の二元論に遡及する。近代成文法の体系を創出したという意味において近代法の祖国と言いうるフランスにおいては、そのような二元論は存在しなかった。18世紀末（革命期）から19世紀初頭の時期（諸法典の編纂期）のフランスにおいて、人々は、国制を「国家」と「社会」との二元的秩序としてではなく、*société civile* の一元的秩序として観念していた。*société civile* には、*citoyen* の担う *association politique*（政治社会）と *homme* ないし *bourgeois* の担う *économie politique*（経済社会）の2層があるとは意識されていたが、ドイツ近代における〈*Politischer Staat* と *Bürgerliche Gesellschaft*〉の二元論的観念は存在せず、*société civile* 一元論的観念が前面に出ていた。このことを、1789年人権宣言・1791憲法に即して、以下、論ずる。

(b) *société civile* における *droits naturels et civils=droits de l'homme et du citoyen*

1789年人権宣言の中心概念たる *société (société civile)* とは、人々 (*hommes*) が社会契約によって、*état de nature*（自然状態）を克服して形成した秩序と観念されていた。自然状態において、人々は、*droits naturels*（自然権）としての *droits de l'homme*（人権）—所有、人身、精神の自由—を無制約に主張するので、互いが互いの *droits de l'homme* を侵害することとなり、結果として、*droits de l'homme* が保障されないことになる。かかる事態を克服するために、人々は *société civile (association politique)* を形成し、*lois*（法律）によって、互いに他の *droits de*

l'homme を侵害せずに己の droits de l'homme を実現しうる限界線を定めることとした。かくして、①état de nature における、droits naturels (自然権) ないし droits de l'homme (人権) は、②société civile における、droits civils (国法上の権利) ないし droits du citoyen (国民の権利) に高められた。②は、しかし、①のモメントを保存するので、この点を強調するならば、droits civils は droits naturels et civils であり、droits du citoyen は droits de l'homme et du citoyen である。

(c) 人権宣言・憲法の規律対象 (その1) :  
citoyen 同士の関係

人権宣言・憲法は、以上のような société civile のあり方を定めた根本法であった。したがって人権宣言・憲法は、まず何よりも、自然状態において闘い合っていた homme の後身としての citoyen 同士の関係を規律する。わが国の法学の用語によって表現すれば、人権宣言・憲法は、まずは「私人」間の関係を規律するものであった、ということになろう (ただし、citoyen は、フランス人の意識では、「私人」ではなく、むしろ République を担う「公共人」としての「国民」であったので、“人権宣言・憲法の私人間適用” は便宜的比喩的表現にすぎない)。

(d) 人権宣言・憲法の規律対象 (その2) :  
①公権力の編成と②公権力と citoyen との関係

人権宣言・憲法は、さらに二つの事柄を定めた。①一つは、société civile (association politique) を統治する公権力 (pouvoirs publics) の編成様式 (具体的には、立法権力、執行権力、裁判権力の三権や軍隊)、②今ひとつは、公権力と

citoyens との関係である。後者②は、さらに、次の二種から構成される。すなわち、(i) 公権力が citoyens を編成する様式に関する規定と、(ii) citoyens が公権力に対して有する droits naturels et civils に関する規定である (この最後のものすなわち②(ii)が、今日の日本の憲法学の通説が、「人権」として観念するものである)。

(e) société civile 全体 (全法秩序) の根本法としての LC

総じて、人権宣言・憲法は、société civile 全体のあり方を規律する根本法にほかならなかった。

## 2. Code civil (1804)

(f) société civile 全体の根本法の変化 :  
LC から Code civil へ

しかるに、18世紀最末期から19世紀初頭にかけての時期に、状況は一変した。すなわち、1799年の憲法 (およびこれを補完する1802年の元老院決議) において、憲法は統治機構について規定するだけのものとなり (人権宣言の前置および人権規定の不存)、かわって、1804年の Code civil が、droits civils (droits naturels et civils) を規定するところの、société civile 全体を規律する根本法となった。このことは、以下に列挙する Code civil の諸特徴に現れている。

①まず、Code civil はフランス国民の droits civils を保障することを最重要目的の一つとしたこと。その droits civils は、人権宣言・憲法に言う droits naturels et civils であり、その中心に位置するのは所有であった。そして、この所有について、Code civil は、citoyen 相互関係、および、公権力と citoyen との関係、の両面において、保障さるべきことを規定した。

②次に、Code civil は単なる「私法」ではなく、「公法」としての性質も有していたこと。その「第1編人」は、société civileの構成員たるフランス国民であるための要件や(国籍法)、フランス国民身分であることを証する国民身分証書(acte de l'état civil)について規定した。このことは、Code civilの規律するsociété civileが、経済社会のみならず、政治社会でもあったことの現れであった。

③最後に、Code civilの序文(前加篇)に、法全体にかかわる規定がおかれたことである。

(g)一般法としてのCode civil、特別法としての憲法

以上のごとく、Code civilは、全てのcitoyens(フランス国民)が形成する全社会関係(政治的経済的諸関係)を規律したが、まさにそのことの故に、Code civilはdroit commun(à tous les français、全てのフランス人に適用される一般法、普通法)であった。これに対して、憲法は、政治社会のうちの統治機構という部分に関する法であるという意味において、そして、統治機構を構成しうるcitoyenは全てのcitoyenではなく、一定以上の財産を有して高額の納税をするcitoyen actif(能動国民)に限られていた、という意味において——droit communではなくして——、société civileのdroit commun(一般法)としてのCode civilのdroits exceptionnels(特別法)であった。

### 3. 現代

(h)憲法の復権—再び全法体系の根本法へ—

①1789年人権宣言などにおいて言明された人権に加えて、②社会権などを「現代に

において特別に必要なものとして宣明」した第四共和制憲法(1946年)以降、とくに、②を根拠として違憲立法審査がなされた1975年の憲法院判決以降、違憲立法審査がなされうるといふまさにそのことによって、形式的にも実質的にも、憲法が、全法体系の根本法の地位に返り咲くことになった。

(i)憲法の復権・Code civilの後退の根拠何故に、憲法は、全法体系の根本法の地位を再獲得したのか? Code civilは、何故に全法体系の根本法の地位から滑り落ちたのか?

このことの根本的理由は、次のことのうちにあるように思われる。すなわち、資本主義経済が爛熟した今日の社会における人権保障は、droits civilsだけでは不十分であり、droits sociauxが不可欠であるが、このdroits sociauxを、Code civilが保障するに至らなかったということである

(Code civilは、むしろ反対方向のdroit commercialに傾斜していった)。対して、Code civilにかわって憲法が全法体系の首座の地位に復権しえたのは、第四共和制憲法および第五共和制憲法が、droits civilsとdroits sociauxとをともに不可欠の人権として掲げたからであった。

(j)全法秩序に妥当すべき根本法

今日のフランスの法学者・法律家は、憲法人権規定が、①水平的関係(citoyen同士の関係)、および、②垂直的关系(citoyenと公権力との関係)の双方に適用されるべきものであることを当然視している、と言われる。このことは、全法体系の根本法が全社会関係を直接に規律するものと観念されてきたフランスの伝統を想起するならば、当然のこととして了解される。

## 5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文] (計 1 件)

水林彪, 「近代民法の本源的性格—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、pp.1-75) 査読あり。

[学会発表] (計 1 件)

水林彪, 「憲法と民法の本源的関係」(全国憲法研究会、2009 年 5 月 9 日、於・上智大学)

[図書] (計 1 件)

水林彪, 「近代憲法の本源的性格——société civile の基本法としての 1789 年人権宣言・1791 年憲法—」(戒能通厚・榎澤能生編『企業・市場・市民社会の基礎法的考察』日本評論社、2008 年、pp.21-44) 査読なし

[産業財産権]

○出願状況 (計 0 件)

○取得状況 (計 0 件)

[その他]

## 6. 研究組織

### (1) 研究代表者

水林 彪 (MIZUBAYASHI TAKESHI)  
一橋大学・大学院法学研究科・教授  
研究者番号：70009843

### (2) 研究分担者

### (3) 連携研究者