

書評

石井三記編

『コード・シヴィルの200年－法制史と民法からのまなざし』

創文社、2007年2月刊、334 + xi + 20頁

大江 泰一郎

はじめに

フランス民法典200年は、フランスの国民や学者はもとより、わが国の広い意味での比較法研究者にとっても特別の記念の年であった。本書とほぼ時を同じうして北村一郎編『フランス民法典の200年』（有斐閣）が出ている。いずれもたいへん読み応えのある好著であって、われわれ旧・現社会主義国の法を研究するものにとって示唆するところもはなはだ大である。縁あって本書の書評をお引き受けすることになったが、この機会に大いに視野を広げて、フランス民法典がわれわれにとって何を意味するかを学びたいと思う。

さしあたりまず、本書に収録されている諸論文の主題と著者を瞥見しておこう：

序・フランス民法典の運命（石井三記）、第Ⅰ部・法制史からのまなざし：1 アンシャン・レジームの法伝統（大川四郎）、2 フランス民法典－多様な読解と柔軟性（波多野敏）、3 日本におけるコード・シヴィルの受容－法典としての民法、第Ⅱ部・フランスからのまなざし：4 コード・シヴィルの200年－法制史家のまなざし（ジャン・ルイ・アルペラン）、5 ナポレオン法典の神話（グザヴィエ・マルタン）、6 コード・シヴィル（ジャン・カルボニエ）、7 フランス人にとっての記憶の場としての民法典（ジャン・ルイ・アルペラン）、8 日本の民法典・民法学におけるコード・シヴィルの影響（星野英一）、9 民法典200周年を祝う（大村敦志）、10 フランス民法典改正の動向（金山直樹）、むすび・コード・シヴィルの未来をめぐって－フランス・日本・ヨーロッパ（大久保泰甫）。論文は以上であるが、巻末に、フランス民法典関連年表、世界の民法典一覧が付されている。索引も法令、事項、人名の3種が編まれており、学ぶ側から見て編集者の気配りがありがたい。

本書は、石井三記・寺田浩明・西川洋一・水林彪編『近代法の再定位』（創文社、2001年）に結実した法制史学会1999年シンポジウムの翌々年から、同学会が2年がかりで取り組んだシンポジウムの成果であるが、なるほど執筆陣の顔ぶれからみても、考究されている主題の範囲と広がりからいっても、じつに魅力的なものとなっている。

書評の紙幅も制約されており、本書「編者はしがき」に全体の紹介もなされているので、小論では、書評としてはいささか異例なことは承知のうえで、思い切ったただ1点を考えてみたい。その1点とは、ドイツ民法典についてそういう言い方はないと思われるのであるが、コード・シ

ヴィルは「フランス人の真の憲法」(カルボニエ)だとされることである。これは単なる比喩的ないし象徴的なレトリックなのか？ そうではなく、これを字義通り——つまり「民事の憲法」ではなく一国の「憲法」そのものとして——受け取ってよいとすれば、なぜそうなるのか？ ドイツや、旧社会主義諸国でも少なくともローマ法の国ポーランドなどを含めて東欧諸国に限っては、仮にほぼ同じこと言えるとすると、なぜ中国やロシアではいまもってそうでないのか(そうでないと筆者の私は思うのだが)を問わなければならない。これは社会主義法の研究に手を染めてきた比較法研究者にとってじつに刺激的な問題設定で、これを考えるだけでも本書に接した幸せを満喫できるのではないかと私は考えるのである。

## 1 「憲法」としての民法典

コード・シヴィルが「憲法」の意味をもつというテーゼは、フランスのこの分野の泰斗たちを含め複数の論者によって指示されている(はしがきiv、石井12-5、波多野76、カルボニエ188f、アルペラン204、以下本書の参照頁は数字だけで示す)、テーゼの発信源と目されるジャン・カルボニエはその寄稿論文で次のようにいう：

「停止した時間の象徴であるコード・シヴィルは、ナポレオンの5法典の中で、時代に彩られた建築工法を伝えている唯一のものであり、もっとも遠く、我々のコルボラ・ユリス(法的身体)の最も古いものである。このことがそれに永遠とおいうオーラをあたえ、それとの対比で、私法・公法を問わず、残りのすべてのものに東の間の法という刻印を与えているように見える。2世紀足らずの間に、10以上の憲法(元老院議決、憲法附加法、臨時政府宣言を計算に入れなくても)が砕け散るのをフランスは冷ややかに見てきた。フランスの真の憲法、それはコード・シヴィルなのである。もちろん、真の、といっても形式的な意味ではなく、公法学者の慣用的な区分法から借用した実質的な意味であることは言うまでもない。」(188f)

〈コード・シヴィル=憲法〉というテーゼは、石井がかなり丁寧に解説している(16ff)から、参照を乞いたい。ここでわれわれとしては、この法典がその1804年の成立以来、幾多の統治形態の転変という風雪にも耐え、「私法・公法」にわたるフランス法全体の不動の定位原理として生き残っているということを了解するに止めよう。「実質的に、あるいは社会学的にと言った方がよければその点から見れば、コード・シヴィルは憲法としての意味を十分にもっている。なぜなら、革命の直後、フランス社会を構築するための中心的な理念がそれに要約され、現在でもなお、おそらく変容してはいるだろうが、決してそれを否認するなど語られたこともなく、その理念を発展させることによって社会が構築され続けているからである」(189)、とカルボニエは言う。だとすると、「フランス社会を構築するための中心的な理念」は、コード・シヴィルそのものの編纂に要した4か月の間に一挙に成ったということになるのだろうか。むしろそうではないであろう。

統治形態の変容を越えて法律が生き続けるという見方に接するとき、われわれの記憶に蘇る有名な命題がある。そう、コード・シヴィル4人の編纂者の筆頭にあげられるポルタリスの、「経験の教えるところによれば、人間はその支配関係dominationの変更は比較的容易に認めるもので

あるが、法律loisの変更はそう容易に認めるものではない」という言葉である（カルボニエがloisという言葉において念頭に置いているのはいうまでもなく民事の法律である）。だが、カルボニエが革命後あるいは民法典制定後の民法の連続性を言うのに足して、ポルタリスが主張するのはより一般的な、法典制定以前の慣習法を含めた民事の法律loisの連続性である。この両者の間に思想のつながりを見出すことはできるであろうか。われわれはできると考える。ポルタリスは民法典草案に自ら付した有名な序文において、こう言っている――

「よい民事上の法律loisは、人間が与えたり受けたりすることのできる最大の善である。それらは習俗mœursの源泉であり、所有権の守護神palladiumであり、そして公私を問わずその平和の保障である。かくてそれらの法律は、政府を基礎づけるfonderものではないにせよ、政府を維持するmaintenirものである。それらの法律は、権力puissanceを調整modérerし、かつ権力があたかも正義それ自体であるかのようにそれを尊敬せしめるのに役立つ。それらの法律は、個人の一人一人にまでその力を及ぼし、その生活の主要な活動の中に浸透し、個人の趣くところ至るところこれに従う。それらの法律は、しばしば市民の唯一の道徳であり、かつ常にその自由の一部をなしている。そして最後に、それらの法律は、国制の法律loi politiqueが国家citéのために市民に犠牲を命ずる場合には、必要さえあれば、あたかも市民がそれだけで全国家であるかのように、その身柄および財産を保護することによって、これに対して犠牲の慰めを与えるのである」（野田良之訳『民法典序論』日本評論社、1947年、2、5f頁。ただし訳語を一部変更し原典から原語を補った。本稿では行論の都合から以下でも引用につき同様の加工を施すことにする）。

民事の法律こそ、「公私を問わずその平和の保障」であり、これがまた「政府を基礎づけるものではないにせよ、政府を維持」し、「権力を調整」し、そして「国制の法律」と密接な連関をもつ。憲法constitutionという言葉こそ使用しておらずニュアンスもやや異なるが、ここにカルボニエの〈コード・シヴィル＝憲法〉とほぼ同様の思想が説かれていることを詳説する必要はあるまい。この思想を、われわれは〈民事法は本来的いきわめて重要な政治的機能をもつ〉という意味合いにおいて理解しておくことにしよう。

この視点に立つと、ポルタリスが国家を念頭におく用語として、républiqueでもましてやétatでもなく、あえて古典古代都市国家（ローマ）の市民共同体civitasから派生したフランス語citéを使用したことが新たな意味を帯びてくる（この用語法については、ルソー『社会契約論』桑原・前川訳、岩波文庫、31f頁参照）。というのも、この線に沿って民法の歴史をローマまで溯るならば、われわれはそこでルーマンが「市民法Zivilrechtすなわち『政治的politischな私法』という驚くべき制度」と呼んだものに出会うからである（村上・六本訳『法社会学』岩波書店、178f頁。「市民法」の市民が〈市民＝ブルジョア的bürgerlich〉ではなく〈古典古代市民的zivil; civil〉つまり共和政下における個人の地位において捉えられていることにも留意したい）。だが、ここでは古典ローマ法そのものの〈政治的〉性格ないし機能という主題に踏み込むことは控えて、しばらくはコード・シヴィルの成立時点から見て直近の前時代、つまり18世紀法思想の社会史的ないし国制史（constitutional history）的含意を考えることにしよう。というのは、先のポルタリスの文章に示唆されているように（野田訳・前掲、上引箇所への訳注および「解説」185頁以下参照）、われわれはポルタリスが自らの法思想の範としたところのモンテスキュー『法の精神』から、近

代私法の成立段階における民法の政治的性格を考察することができるからである（その際われわれは必ずとローマ法の問題に接することにもなる）。『法の精神』（1748年）はしかも、モンテスキューが名誉革命後のイングランドの現実に自ら接し、J.ロックの『統治二論』（1690年刊行）を読んでそこから多くの示唆を得て書かれ、またその『法の精神』がこんどはスコットランド啓蒙に大きな影響を及ぼし、とりわけフランスに遊んだ経験をも有するアダム・スミスの思想的営為、つまり『道徳感情論』（1759年）、『法学講義（B）』（1766年）、『国富論』（1776年）に重要な痕跡を刻み込む、という大陸とイングランドおよびスコットランドの思想的相互影響関係の文脈に属している。これを検討することによって〈民事法の政治的機能〉というここで提起した問題への手掛かりも得られるであろう。

## 2 『法の精神』における「フランス(私)法」の政治的性格

法学者によるものを含めてモンテスキュー研究において従来あまり注目されてこなかった点であるが、権力分立思想の確立とならぶ（というより作品の構成においてむしろその前提となっている）、『法の精神』のもう一つの重要な論点として、モンテスキューがその全編の最終章で確認している、「フランス(私)法」*droit françois*とその政治的性格の発見という問題がある。モンテスキューは、フランク帝国の崩壊、封建制の形成からその変質に至るフランス私法成立史（『法の精神』第27編から最終31編まで）への、いわば序論をなす第26編の中ほど第15章で、次のように書いている――

「国制の法律は彼ら〔市民たち〕に自由を得させ、市民（民事）の法律は所有権を得させた。われわれが述べたように、国家*cité*の支配力にはほからなない自由についての法律によって、所有権に関する法律によってのみ決定されることを決定してはならない。……／キケローは、国家*cité*は各人がその財産を保全するためにのみ設立されたのであるから、農地に関する諸法律〔グラックス兄弟による前133-111年の改革〕は不幸をもたらすものだと主張した。／したがって、次のことを格率として設定しよう。すなわち、事が公共の利益にかかわるとき、公共の利益とは、個人からその財産を奪い、あるいは、国制の法律または規則によってその最小限の部分たりとも削ぐことは決してない。この場合には、所有権の守護神*palladium*たる市民（民事）の法律に厳格に従わねばならない。／こうして、公共が個人の資産を必要とするときに、決して国制の法律の厳格さによって行動してはならない。この場合にこそ、母の眼をもって各個人をまさに国家*cité*として見る市民（民事）の法律が勝利すべきなのである」（野田良之ほか訳『法の精神』下、岩波文庫、105f頁）。

「所有権の守護神」、*cité*としての「国家」というレトリックおよび用語法から、先の文章でポルタリスがモンテスキューを下敷きにしていたところは一目瞭然であろう。「各個人を*cité*としてみる市民の法律」という言い回しに注目しよう。そこに、とくに「国家*cité*は各人がその財産を保全するためにのみ設立された」というキケローの命題（『義務について』第2巻第21章）への言及に、市民法ないし私法の政治的性格が凝縮されて表現されていることに留意しよう。『統治二論』第2編でロックが「人々が国家*Commonwealths*へと結合し、自らを統治の下に置く大

きな、そして主たる目的endは所有Propertyの保全にある」(加藤節訳『統治二論』岩波書店、289、369頁ほか)というのは、この古典古代の命題の近代思想への直接的な反響である。問題は命題が目的論的に構成されていることであろう。所有(権)を前提とし、それを保全する「ために」こそ国家がつくられたのだ、と。

この命題の含意を社会学的に読解するためには、モンテスキューが近代の所有秩序をどのように了解していたかを考えなければならない。それを示唆しているのは、モンテスキューが『法の精神』第11編で例のイギリスの国制(権力分立)を論じたあと、国制法上の制度とくに貢租と市民法上の所有権との関係、つまり国家と所有権との関係を論じた第13編で提示する次のような構造的関係である。「ある国家において、すべての個人が市民であり、そして君公がその支配権empireによって所有しているものを各人が所有権domainによって所有している場合、課税は人に対し、土地に対し、商品に対してなされるし、このうち二者または三者全部に対してなされる」(野田ほか訳・前掲、上388頁)。主権相当の権威empireと平等な市民たちの所有権とが対をなす構造が念頭におかれているわけである。人・土地・商品が課税対象になるという言い方から、またこの文章が置かれている文脈(この第13編は国政ならびに市民との関係における「政治的自由」を論ずる第11編および第12編の続編をなす)からして、この構造的関係(支配権ないし主権と所有権との相関)が市場経済に直面するようになった段階におけるイギリスの国制(第12編)を念頭におくものであると推測してよい。同時に、18世紀イギリスの国制をモンテスキューは、「人民全体」ないし「代表者」の集会を備えたゴチック(ゴート族的)政体の伝統に立ちつつ、「人民の市民的自由(庶民院)、貴族と聖職者の特権(貴族院)、国王の権力の三者」の協調を可能にしているもので、これを「人間の創造しうる最良の種類政体」(同前、上310頁)と評価していたことをここで想起すべきであろう。

ちなみに上引のモンテスキューの〈支配権－所有権〉関係の構造把握のパスセージはじつは、セネカが古典時代の元首政を背景として述べた、ローマ市民法ないし「最良の王」optimus rexの下では「王は支配権imperiumによってすべてを所有し、個人は所有権dominiumによって所有している」(『恩恵について』第7巻第4、5章)という章句をそのままフランス語に直したものに過ぎない(imperium→empire、dominium→domain。ただしここで言う王rexの概念が近代用語では主権者に比肩しうる象徴的なものであることについて、さしあたり学説彙纂ウルピアヌス法文D.1, 4, 1の「王法」lex regia概念に関するヴィーコ『学問の方法』(1709年)上村・佐々木訳、岩波文庫、100、120頁の解釈を参照)。モンテスキューはフランスについてそこまで想定しなかったであろうが、われわれとしては、革命後の所有権に関する「法律革命」、さらには封建制の無償廃棄までを念頭に浮かべることができよう。他方、当時、イギリスは名誉革命の結果、「自由を助長するために彼らの君主政を構成していた中間諸権力をすべて取り除いた」(野田ほか訳・前掲、上66頁)、つまり封建制を脱するとともに、ジェントリー(と下級貴族barons)つまり〈所有権の代表〉としての庶民院、の事実上の優位を樹立したのであるが、そこに成立する国制はこの側面において古典古代の共和政(アテナイの民主政とローマの貴族政)の伝統にたつものだということになる。所有権に関わってローマが引照基準になるのは、歴史上ここで初めて共和政とそれによって条件づけられた民事法との連関が発生したからである。ローマでは――ギリシアで

成立したデモクラシーないし共和政と同等のものを「政治システム」と呼ぶとすれば——「共和革命期に政治システムを樹立し、共和中期に占有と民事訴訟を確立し、共和末・元首政初期に所有権概念の構築を試み」たと想定することが可能であり、そこに16-17世紀以降の主権的「国家」*état*概念の原基もまた存在したといえるからである（木庭顕「ラーベルの史料操作」村上淳一編『法律家の歴史的素養』東大出版会、2003年、98頁・注19）。

モンテスキューからポルタリスを経て今日のカルポニエに至る系譜は、この伝統にかかわり徳 *virtus* を根本理念とするアリストテレス、ストア派以来の古典政治学（共和政の学）を「法学の言語」に変換するものに他ならない（「政治学言語」と「法学言語」との関係については、ポーコック『徳・商業・歴史』田中秀夫訳、みすず書房、第6章、ホント／イグナティエフ編著『富と徳』水田・杉山監訳、未来社、所収第9章ポーコック論文、参照）。法学の言語への変換で何が変わるのかについては、アダム・スミスをみなければならぬ。われわれはそこにキケロー／ロック的な〈所有権→政府〉図式の目的論的構成の含意を、〈共和政→所有権〉というブリテンの歴史的経験から逆照することによって発見することができよう。

### 3 スミス『法学講義』Bノート（1766）における所有権と政府

キケロー／ロック／モンテスキュー的な構成（所有権→政府）は——キケローについては古典政治学に固有の目的論的構成を念頭におくべきであるが——、ルソーが『社会契約論』（1762年）と同時に執筆・刊行した『エミール』で「所有権の上にこそ主権は築かれている」（今野一雄訳、岩波文庫、下234頁）と述べたように、じつは主権ないし政府のいわば契約説的な正当化の論理（所有権→社会契約→政府）であって、先のポルタリスの文章が示唆するように、歴史的には逆に〈ある特定の統治形態が所有権を基礎づける〉（統治形態→所有権）というように考えるべきではないか？

こうした見方を裏付けるように見えるのが、スミスがグラスゴー大学で行った法学（*Jurisprudence*）講義の学生による2つのノートである（Aノート1762-63年、Bノート1766年）。Bノートでは、大枠でみる限り、所有権と政府ないし統治との論理的順番が逆転していて、Aノートでは〈所有権→統治〉の順であるのに対し、Bノートでは〈統治→所有権〉という構成が採用されている点が注目される（A. Smith, *Lectures on Jurisprudence*, ed. by R. L. Meek et al., Oxford, 1978, Introduction, p. 22.）。この点についてBノートによれば、スミスは次のように語った——

「所有権と政治的統治 *civil government* は、相互に大いに依存する。所有権の保存と占有 *possession* の不平等が、最初に統治を形成したのだし、所有権の状態は常に統治の形態ととともに変わったに違いない。ローマ法学者たち *civilians* は、統治の考察から始めて、その後で所有権その他の権利を取り扱う。この主題について書いたその他の人々は、所有権その他の権利から始めて、その後で家族と統治を考察する。これらの方法にはそれぞれ固有の長所がいくつかあるが、全体としてローマ法 *the civil law* の方法が優っている。」（水田洋訳『法学講義』岩波文庫、31頁）

「ローマ法学者たち」として念頭におかれているのは、文脈からすれば「何か自然法学の正規

の体系らしいものを世界に与えようとした最初の人」として賞賛されているグロティウス（同17頁）であろうが、われわれはそこに政体論から始めてフランスにおける近代的所有権の形成に説き及んだモンテスキューを含めて考えてもよいかもしれない。だが、上引のパスセージには原初的な統治が所有権ないし占有の発生から形成されたかのように言うニュアンスがあることも否定できない。〈統治→所有権〉という構成はBノートに明示されているだろうか？ 然り、先に引用したセネカ／モンテスキューの命題が位置している文脈（賃租と所有権との関係に係わる『法の精神』第13編）と同じく、公収入（租税）と所有権との関係を論ずる文脈で、スミスは次のように言うのである——

「こうして〔名誉革命後、庶民院が「国民の総体」を代表するものとなり、かくして「議会の権威」が確立した結果〕国民は、公収入の運営について全く安全を保障され、このようにして自由の合理的体系が、ブリテンに導入されてきたのである。議会は200人の貴族〔上院〕と500人の平民〔下院〕によって構成される。金銭関係議案は庶民院からしか提出されえないから、庶民院議員がほとんどすべての国事を運営することになる。ここに統治の正当に抑制された様々な形態の幸福な混合と、自由と所有権liberty and propertyについての完全な安全保障がある。」（水田訳・前掲、88頁）

ここには、政府の共和政的側面（国王＝王政および上院＝貴族政と並ぶ混合政体を構成するところの、一つではあるが優越する要素としての庶民院）が所有権その他の自由の保障を基礎づけるという連関を見出すことができる。〈所有権の政治的機能〉はこの意味で、共和政の国制と不可分に結びついている。だが舞台となっているのは近代イギリスではないか？ なぜ、「ローマ法の方法」が優っているといえるのか？ 封建社会の保有tenureの構造から近代の所有権propertyの体制へ移りゆくにあたって、スミスの眼から見れば、封建制の構造には存在しなかった〈共和政とそれに見合った所有権制度〉の関係を理論的に構成する手掛かりは、ローマ法の理論に求めるほかなかったからであろう。モンテスキューに「フランス（私）法」の発見を促したのもじつにこのイギリスの経験だったことは、先に見た〈支配権－所有権〉連関の想定からも推測しうるところであろう。

こうしてわれわれは、〈コード・シヴィル＝憲法〉というテーゼがじつは、〈ルネサンス人文主義による古典古代の再発見→古典古代共和政とその法（「政治学の言語」と「法学の言語」）→この古典古代の遺産による近代社会の再構成：近代社会とその法〉という思想史（およびその背景をなす国制史）のサイクルを背景にもつものであることを、あらためて認識することになる（モンテスキューにおけるこの思想史のサイクルについては、拙稿「全一の作品としての『法の精神』—法律家の読み方」『〔静大〕法政研究』第11巻第1＝2＝3＝4号、2007年、また同「比較法文化論における政治権力・所有秩序カップリング」同第9巻4号、2005年、参照）。

#### 4 「斜めの比較」から比較法社会史へ——結びに代えて

見てきたように、ポルタリスによればコード・シヴィルは「政府を基礎づけるものではないにせよ、政府を維持するもの」たるべきであり、またカルボニエによればそれは現実的に「フランス社会を構築するための中心的な理念」たりえてきた。本稿では「所有権の守護神」としての民事

の法律という視角から、公法と私法とをつなぐ〈主権－所有権〉連関に着目しつつ、国制史を念頭に浮かべながらも、ほとんどもっぱら思想史の側面から、〈コード・シヴィル＝憲法〉のテーゼを成り立たせている知的ストックの問題に関心を注いできた。コモン・ローとフランス民法典との比較、それらとドイツ民法典との比較は、また別の主題として論じられるべきである。ドイツについてだけ一言しておこう。イエーリングは「諸国民の政治的教育の本当の学校は憲法ではなく私法である」とはやくも1872年の講演で言うことができた（村上淳一訳『権利のための闘争』岩波文庫、106頁）。だが、ここでは市民社会が19世紀になっても「国家権力による〔上からの〕紀律化と指導」に服するかたちで形成されつつあったに止まり、しかもこの過程で行政がむしろ法的拘束から解放され、裁判所の管轄に辛うじて留まったところの「残余としての私法」にその体系化が限定されたという事情（村上淳一「ヨーロッパ近代法の諸類型」平井宜雄編『社会科学への招待－法律学』日本評論社、1979年、59頁）を考慮する必要がある。ドイツ国内においてさえ「ナポレオン法典のあるところ、新時代、新世界、新国家が生まれる」という声が聞かれたことも、ここで想起されてよい（同前56頁）。

社会主義法研究において、わが国では戦後長らく「斜めの比較」、つまり規範的に構成された抽象的「近代法」全般と、これもロシア史・中国史等々の個性をしばしば括弧に入れて理念的に構成された「社会主義法」とを比較する方法が、それなりに通用する時代が続いた。旧社会主義圏の崩壊とともにこのような方法の限界も明らかになる。例えば、ここで見てきたような〈政治－所有権〉というような問題軸に即して、比較法社会史的な研究の道が拓かれる必要があろう。皮肉なことにこの間、現代ロシアでも中国でも、国家所有権を別立てとする複数並列的な所有権制度や占有優位の所有権概念が、片や資本主義的所有権制度として、此方では「社会主義的」制度として再興されてきた。国家的所有権を不可欠の柱とする所有権制度はそこではいまだ総じて国家行政の「指導」の下にある。「命令的・行政的システム」と呼ばれる計画経済体制が取り除かれたとしても、共和政、あるいは所有権の政治的機能、さらにこれらを支える思想と法理論、——こうしたものがないときに、事態はどうなるか？ それを考えるのがなお、これら諸国の法を研究する者の課題なのである。