

パンデクテン体系における「家族法」について

前 田 達 明

第一 本稿の目的

日本民法典の体系は、周知のように、ドイツ民法典のそれに倣っている。すなわち、第四編「親族」、第五編「相続」も、ドイツ民法典の第四編「Familienrecht」、第五編「Erbrecht」に倣っている。そして、このドイツ民法典の体系は、パンデクテン体系と呼ばれている。したがって、日本民法典の「親族」、「相続」の理解の第一歩として、パンデクテン体系について理解を深めることが不可欠となる。そこで、本稿においては、この「親族」、「相続」を一括して「家族法」と呼び、その成立史を探究しようとするものである。

第二 パンデクテン体系の生成

(1) 中世ドイツにおいては、一三、一四世紀頃から、ローマ法の継受が始まり、特に神聖ローマ帝国下においては、ローマ法は重要な法源であった。そして、帝国の権力が有名無実となつて後、まず、各地方固有の法 (Landesrecht) が第一次的に適用され、それが欠けている場合にのみ、継受されたローマ法が、ドイツ全土に共通した普通法 (Gemeines Recht) として、適用されることになつた。それならば、「ローマ法」は、あまり重要でなくなつたのかというと、そうではない。文化水準の低い農業社会の法として育つた Landesrecht は、商業社会へ切り替わろうとしていた当時の社会における法的紛争の解決に対しては、あまり役立たなかつた (すなわち、何ら解答を用意していない³ 空白部分が多い)。結局、Gemeines Recht、すなわち、高度に発達したローマ法の方が、多く適用された。

(2) もっとも、如何に優れたローマ法とはいえ、一六、一七世紀のドイツの法状況に、ぴつたりとはいえなかつたため、現実に適合するように、これを修正する作業が、ドイツでは、大に行なわれた。これを「パンデクテンの現代的慣用 (usus modernus pandectarum)」と呼んでいる。これによつて、「デীগスタ」⁴ Ⅱ「パンデクテン」の法文の個別的具体的記述は、体系的抽象的記述へと進んだ。そして、その傾向と体系化は、近代自然法思想⁵によつて、大いに発展させられた。すなわち、個別的具体的記述は、時と所を問わない自然法という思想 (自然法の普遍的妥当性) に適合しにくく、また、大原則を定めて演繹的に思考を進めるといふ、この思想にも適合せず、一般条項的な法命題が求められた。ここに、「総則」(さらに、物権の「総則」、債権の「総則」) が生み出された。

さらに、近代自然法思想は、「家族法」といふ法分野を生み出した。すなわち、インステイトゥーティーオーネン体系における「人の法」から、抽象的「個人 (Individuum) (取引市民 (利益) 社会の主体)」を抽出して「総則」に規定

し、その「個人」の属する「国家 (Staat)」を「個人」に対比し、その上で、「国家」間の法たる国際法 (iuris gentium = Volkerecht) を規定した。それは、近代自然法思想の目的に由来する。すなわち、当時のヨーロッパ社会における国民国家間の紛争状態を眼前にして、すべての人が平和な生活を送れる社会を法的に保障したい、という目的から由来するものであった (前田達明「民法Ⅵ」一九八〇年 (青林書院) 八頁)。そのために、まず、市民社会の個人が、平和で安全な生活を営むための最も基礎的な基盤として、「家族 (夫婦そして親子)」を「共同体」として、その経済的基盤である「家産」の継承を「相続」として、法的に規制し、次に、その「家族共同体」の保護のために「国家」が存在し、そして、その国家間の法的規制 (戦争の「正当原因」を規定して、正当でない戦争の防止) として、「国際法」を必要とした。

その願いを法体系化したのが、「近代自然法の父」と称されたグロティウス (Grotius, オランダ。一五八三—一六四五) の継承者プーフENDORF (Putendorf, ドイツ。一六三二—一六九四)⁽⁸⁾であった。すなわち、婚姻、父権、家長権といった「親族法」が、「自然法と万民法について (de jure naturae et gentium) 一六七二」(全八卷)の「第六卷」として独立している。しかし、彼にあっては、まだ、「相続法」の分離は見られない。そして、かつてドイツ啓蒙主義哲学の「首領 (das Haupt)」と呼ばれたヴォルフ (Christian Wolff, ドイツ。一六七九—一七五四)の「Institutiones juris naturae et gentium (自然法及び万民法の体系)」において、それが、より明らかとなった。すなわち、次の如くである。

第一部 自然法総論、並びに自身、他者及び神に対する諸義務について

第二部 所有権、並びにそこから生じる諸債務及び諸権利について

第三部 支配権 (＝権力関係)、並びにそこから生じる諸債務及び諸権利について

第一節 私的支配権について

1. 支配権及び共同体（＝団体）総論について
2. 婚姻、すなわち夫婦共同体について
3. 血族関係及び姻族関係について
4. 父方共同体及び家父（＝家長、家父長）権について
5. 相続の法、すなわち遺言相続及び無遺言相続について
6. 奴隷（身分）と主従関係について
7. 家族（haus）について

第二節 公的支配権、すなわち国家の法について

第四部 万民法（＝諸国民の法）について

ここに、第一部「総論」があり、第二部に「所有権」と「債務（契約など。債権）」という財産法があり、第三部の私的支配権（*imperio privato. gemeine Herrschaft*）の下に、「家族」の構成要素と「相続」についての法を置く、という体系が成立した。¹⁰⁾

(3) そして、一九世紀ドイツ法学が、その体系化を完成させた。その体系をパンデクテン体系という（Schwarz, Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, 42Bd. Romanistische Abt., 1921, S. 578 ff. (ZRG. Abt. 42)・赤松秀岳「一九世紀ドイツ私法学の実像」一九九一年（成文堂）二六一頁）。パンデクテン体系の創始者といわれるハイゼ（Heise, ドイツ。一七七八～一八五一。Grundriss eines

System des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen. 1807) の体系は、次のようである。¹⁾

第一部 総則 (Allgemeine Lehren)

第一章 法源

第五章 物

第二章 諸権利

第六章 行為

第三章 権利の行使と保護

第七章 (1) 空間の関係(住所等) (2) 期間の関係

第四章 人

第二部 物権 (Dingliche Rechte)

第一章 総則

第四章 借地権と地上権

第二章 所有権

第五章 質(抵当)権

第三章 地役権

第三部 債権 (Obligationen)

第一章 総則

第七章 返還への債権

第二章 債権の目的

第八章 行為への債権

第三章 債権の成立と根拠

第九章 不作為と原状回復への債権

第四章 債権の消滅

第五章 本質的に相對する(双務)契約

第十章 賠償と刑罰への債権

第六章 供与あるいは給付への債権

第十一章 付屬的債権

パンデクテン体系における「家族法」について

同志社法学 六〇巻七号

三三 (三〇五)

第四部 人的物的権利 (Dinglich-personliche Recht)

第一章 婚姻

第二章 父権

第三章 後見

第五部 相続法 (Erbrecht)

第一章 総則

第六章 遺留分 (Successio necessaria)

第二章 法定相続順位

第七章 相続財産の取得

第三章 遺言

第八章 遺贈(物)の取得

第四章 終意処分の執行と廃止

第九章 遺贈(物)の種類

第五章 特別遺言(兵士の遺言など)

第十章 相続権の喪失

第六部 原状回復

そして、かの有名なサヴィニー(Savigny, ドイツ。一七七九〜一八六一)も、この体系を支持した。⁽¹²⁾

そして、最大最高のパンデクテン法学者であるウィントシャイト(Windscheid, ドイツ。一八一七〜一八九二)が書いた教科書(一八九二年)によって、そのパンデクテン体系が完成した。すなわち、

第一部 法一般について

第二部 権利一般について

第一章 権利の概念と種類

第二章 権利主体（自然人と法人）

第三章 権利の発生、消滅、変更（法律行為など）

第四章 権利の行使、侵害、保護

第三部 物権法（Sachenrecht）

第四部 債権法（Recht der Forderungen）

第五部 親族法（Familienrecht）

第六部 相続法（Erbrecht）¹³とちまっている。

(4) 要約するならば、パンデクテン体系は、第一に、財産法と家族法に二分され、第二に、その財産法が「物権」と「債権」に二分され、第三に、家族法が「親族法」と「相続法」に二分され、第四に、通則としての「総則」、そして、更に、その「総則」の「人」は市民（取引）社会における取引主体としての抽象的な個人（自然人、法人）、抽象化された取引（権利発生、変更、消滅などが規定された。）が冒頭におかれる（その限りで、「総則」は、「小型インスティトゥーティイオーネン体系」といえる。松尾弘「民法の条文とは」法学セミナー二〇〇六年五月号一四頁、という特徴を持っている。この財産法において、物権と債権という二大権利の体系となっているのは、ローマ法における、「対物訴権（*actio in rem*）」と「対人訴権（*actio in personam*）」の模倣である。¹³

第三 ドイツ民法典における「親族法」と「相続法」

(1) ドイツ民法典は一九〇〇年に施行されたが、その法典は、ヴィントシャイトの影響が強く、その第一草案は「小ヴイントシャイト」と呼ばれたほどである。そのドイツ民法典は、前述のように、第一編が「総則」、第二編が「債権」、第三編が「物権」、第四編が「親族」、第五編が「相続」となっている。

(2) そして、親族法と相続法の二つの法分野によって、「家族法」が形成されたことも、前述のように、ドイツ民法典の大きな特徴といえる。これは、近代自然法思想にもとづくものである。そして、注目すべきは、ハイゼの体系においては、親族法を物的人的権利 (dinglich-personliche Recht) という統一の標題のもとにまとめられていることである。ハイゼが、あえて親族法 (Famlienrecht) という用語を避けて、このような用語を採用したのは、一八世紀後半ドイツにおける「時代精神 (Zeitgeist)」の代弁者たるカント (Kant: 一七二四—一八〇四) に做ったものである。すなわち、カントは、「人倫の形而上学 (Die Metaphysik der Sitten, 1797)」において「物権 (Sachenrecht)」と「債権 (Persönliche Recht)」の他に、「物件に対する仕方でも人格に対する権利¹⁴⁾ (das auf dingliche Art persönliche Recht)」と「この用語を用いて、婚姻権 (Ehercht) や親権 (Elterrecht) を統括している¹⁵⁾」のである。

カントによれば、この権利は、「外的対象を物 (Sache) として占有し、人格 (Person) として使用する権利」である、とする。そして、婚姻については、単なる任意の契約ではなく、人間性の法則に従った必然的な契約による性共同体 (communitium sexuale) の形成であり、したがって、婚姻権は「一方の人間が他方の人間の性器と、Vernögen、を相互に使用する」権利といふことになる。このように、家族関係を「権利」として把握することは、人間の「自由」すなわち意思の自律 (Autonomie) にもとづく権利義務こそが、「法」の世界の問題である、という理解にもとづく。そして、

自然科学的思想¹⁶にたけたカントとしては、夫婦関係を即物的に把握することに、なんの躊躇も感じなかったと思われる。(3) それに対して、ヴェントシャイトにおいては、そのような用語は消えて、「親族法 (Familienecht)」という用語によって統括されている。このことは、一九世紀前半ドイツにおける「時代精神」の代弁者ヘーゲル (Hegel 一七七〇―一八三一) の考えをみれば理解できる。すなわち、ヘーゲルが、カントの婚姻観を批判したことは有名であるが、ここで、ヘーゲルがいわんとしたことは、次のような危機感にもとづくものであった。すなわち、一九世紀ドイツにおいては、産業革命に始まる資本主義生産と都市化が飛躍的に発展した。その故に、欲望の主体としての「個人」が利益社会たる市民社会において孤立化することとなった。したがって、そこには、婚姻制度の解体と家族の崩壊の危険が芽生えてきた (三島淑臣・前掲書二五二頁)。そのことを、先進国イギリスやフランスの例から、ヘーゲルは、早くも敏感に嗅ぎ付けた。さらに、自由、平等、博愛を旗印にしたフランス革命も現実には理想社会を生み出さなかった、そして、強力な権力者ナポレオンによって強大なフランス帝国が建設された、という現実を、ヘーゲルは見ていた。そこで、ヘーゲルは、家族や国家という共同体を守ることが、欲望の主体としての個人を救済することになると考えたのである。¹⁷したがって、ヘーゲルにあつては、婚姻や親子関係を「権利」関係に解体することは許されず、家族 (Familie) によって統括されなければならなかったのである。¹⁸そして、このヘーゲルの見解は、サヴィニーによって支持され、ドイツ一九世紀法学界の通説となった (前田達明「愛と家庭と」一九八五年 (成文堂) 一一六頁)¹⁹。

そして、ドイツ民法典においても、強力な父権²⁰が認められた。しかし、夫権については、フランス民法典のような「妻の行為無能力者」制度を認めず、夫の住所決定権 (第一三五四条) などの例外は別として、比較的夫婦同等の扱いとなっている。また、妻 (配偶者) の相続権も認められた (第一九三一条―第一九三四条)。これは、フランス民法典に比して、一〇〇年の時を経て、妻の地位についての意識が変化したことの反映であろう。²¹

(4) このようなカントの生きた一八世紀ドイツとヘーゲルが眼前にした一九世紀ドイツの社会は、どのように異なっていたのだろうか。

一八世紀のドイツにおいて、その農村生活は、中世のそれと大きな変化はなかった。すなわち三圃制で、そのために作付け面積は三分の一であり、ほぼ自給自足経済であった。そして、当時ドイツの約二五〇〇万人の人口のうち、四分の三は農村に生活していた。そして牧畜業は、秋には牧草不足のために、家畜の一部は屠殺しなければならず、冬の間は常に塩漬けのものであった。そして寒期はビタミン不足に悩ませられた。

他方、イギリスでは、一八世紀に新しい農業方法が採用され、収穫収入を増大させていた。すなわち、品種を変えれば (Fruchtwechsel)、三圃制をとらずに全耕地を利用できた。ドイツでも、一九世紀になって、農学者テア (Thaer: 一七五二〜一八二八) が、これに倣って三圃制の解消に努めた。さらに、灌漑や排水工事が進み、リービツヒ (Liebig: 一八〇三〜一八七二) により人工肥料の利用が認められた。牧畜業においても、クローバーやビートなどの牧草の植付けが進み、秋の多くの屠殺が回避された。また、農業共同体 (Landwirtschaftliche Genossenschaft) の形成によって、農業生産は飛躍的に発展した。さらに、農村における問屋制家内工業化 (プロト工業化) は、農村に多くの収入をもたらした。他方、都市ではマニユファクチュアが進み、さらに、それと共に、機械化と交通網 (鉄道) の発展が、都市化の大きな要因となった (Kaler, Grundzüge der Geschichte, Bd.3, 6. Aufl., 1970, S.220f. 木村靖二編「ドイツ史」二〇〇一年 (山川出版社) 一五四頁)。例えば、「純粋ドイツ」といわれるバーデン大公国の「産業化」は、一八〇九年の機械制紡績業の開始に始まるといわれている (北村次一「近現代のドイツ経済社会」一九七八年 (法律文化社) 一五頁)。

このように、多くの領域で「中世」を引きずっていた一八世紀ドイツに生き、しかし、知識としては「近代」を意識して、学問上は、自然科学をはじめとする「近代」の輝かしい成果をみてきたカントとしては、人間理性のみによって

理想社会が実現できるという「理性信仰」(Vernunftglaube)をもったのも当然である。他方、「近代」のはじまった一
九世紀ドイツに生き、前述のように、フランス革命、ナポレオン帝国の成立を見たヘーゲルは、非歴史的な人間理性の
みによって理想社会が成立するとは考えられず(「現実的なものが、理性的である」というのは、このように理解すべ
きであろう)、むしろ強力な国家と「健全」な家庭が、欲望の主体としての個人を救済し得ると考えるのも当然であつ
たろう(なお、鷲田小弥太「ヘーゲル『法哲学』研究序論」一九七五年(新泉社)七五頁)。このようなカントとヘー
ゲルの違いは、モーツアルト(Mozart. 一七五六―一七九一)とベートーヴェン(Beethoven. 一七七〇―一八二七)の
違いに對比できるだろう。

(5) ところで、前述のように、インスティテューティーオーネン体系における「人の法」は、ドイツ民法典において、「総
則編」の「人」と、「親族編」の「人」に分解されることになった。それは、自由主義経済社会に対応する「民法」と
して、物権と債権が「財産法」である、と意識的に明確化したことに由来する。すなわち、その「財産」の主体は、市
民社会における取引発展のために、自由な取引社会の主体として、自由で平等な個人(ドイツ民法第三条)である必要
があり、合理的経済人である必要があつた。そして、それは、「人」として、「第一編 総則」に規定された(法は、逆
に、合理的経済能力を欠く者の保護という観点から規定を設けた。第四条から第二一条)。他方、「家」(国家の基本)
を守るために、夫として、妻として、親として、子として、の「身分」にある「人」の法として、「第四編 親族」が
形成された。しかも、それは、自由な合理的経済人ではなく、強力な国家の基盤としての「家父長制家族」の一員とし
ての夫、妻、親、子であつた。このように、「人の法」を分解して、一方で、「自由人」(総則)、他方で「家父長制下
の人」(「親族」)を規定したのは、後進資本主義国家ドイツ帝国の民法体系、そして大日本帝国の民法体系として、必
然のことであつたといえよう。

第四 結び

(1) 以上の考察から明らかなように、「親族法」と「相続法」の生成は、一八世紀の近代自然法思想の産物である、ということが判明した。それは、ある意味で、当時のヨーロッパにおける「グローバル化」の産物といえよう。すなわち、時と所を問わない自然法の中で、時と所を重視する「親族」と「相続」についての法は、時と所を問わない財産法から区別する必要があった、と考えられる。

(2) そして、現在、文字通りの「グローバル化」時代にあつては、取引社会の共通化の進行と、価値の多様化に伴う家族制度の多様化²³⁾は、両法分野の峻別を、より必要とするであろう。しかし、他方において、国民国家が存在する限り、家族制度のコントロールは不可欠であり、先の多様化と国家のコントロールの衝突こそが、近未来の「家族法」の最大の問題といえよう。

そして、それは、当然に解釈論にも影響することとなる²⁴⁾。

(1) 正確にいうと、ドイツ民法典では、第二編が「債権 (Schuldrecht)、第三編が「物権 (Sachenrecht)」となっている。それは、日本民法典が、ドイツ民法典「草案」の順序に倣ったからである。この相違については、前田達明「口述債権総論第三版」一九九三年(成文堂)八頁参照。

(2) これに対して、「旧民法」(明治三年公布。いわゆる「ボワソナアド民法」。前田達明「史料民法典」二〇〇四年(成文堂)九四二頁)においては、「親族」に該当するのは「人事編」であり、「相続」に該当するのは「財産取得編」の「第十三章 相続」第十四章 贈与及遺贈」である。なお、その「第十五章」は「夫婦財産契約」である。これらの部分は、日本の「慣習習俗」を考慮して立法すべきであるとして、ボワソナアドではなく、日本人の手で起草されたが(石井良助「民法典の編纂」一九七九年(創文社)二二二頁、高橋良彰「旧民法典ボワソナード起草部分以外(法例・人事編・取得編後半)の編纂過程」山形大学歴史・地理・人類学論集第八号(二〇〇七年五六頁)、「人事編」は

インステイトゥーティーオーネン体系のフランス民法典の「第一編 人 (des Personnes)」に、「財産取得編の第十三、十四、十五章」はフランス民法典の「第三編 所有権取得の諸方法 (des différentes manières dont on acquiert la propriété)」の「第一、二章」に倣ったものである(前田達明「史料民法典」二〇〇四年(成文堂)四頁)。ところで、インステイトゥーティーオーネン体系は、「インステイトゥーティーオーネリス」に由来する。「インステイトゥーティーオーネリス (Institutions: 「法学提要」と訳されている。)」とは、ラテン語の *institor* (教化する) からきていて、古典期の法学者ガイウス (Gaius: 二世紀の法学者) が、法学の教科書として著した「法学提要」(船田享二訳「ガイウス法学提要(新版)」一九六七年(有斐閣)参照)の形式にならって、次のような体系である、といわれている。

緒論

1. 市民法と万民法 2. 法の形式 3. 法の分類

第1章 人の法

1. 自由人と奴隷
2. 生来の自由人と被解放自由人
3. 生来の自由人
4. 被解放自由人の種類
5. 降服者、ローマ市民とラテン人、ラテン人と降服者との相違
6. アエリア・センチア法
7. フイア・カニニア法
8. 自主権者と他主権者
9. 他主権者の種類、家長権に服する者、夫権に服する女子、手権に服する者、権力から解放される方法
10. 後見と保佐
11. 後見、保佐人、後見人・保佐人の責任

第2章 物の法

1. 物の分類

パンデクテン体系における「家族法」について

2. 各個の物の取得方法
財産中にある物と財産外にある物、有体物と無体物、手中物と非手中物
3. 物の包括取得
自然法上の取得方法、後見に服する者の取得、権力に服する者による取得
4. 債権
相続と遺産占有、総財産の売却、他人の家長権内に入る場合、相続財産の法廷讓歩

第3章 訴訟の法

1. 訴訟
訴訟の種類、訴訟の当事者、訴権の消滅
2. 抗弁
抗弁の目的・起源および形式、抗弁の効力。永久抗弁と猶予抗弁、反抗弁・再抗弁および反再抗弁、前加文
3. 特示命令
特示命令の種類、特示命令の手続と効果
4. 乱訴の制裁と反訴
5. 敗訴者に破廉恥の汚点をつける訴訟
6. 法廷招致と再出頭保証契約

これは、東ローマ帝国（六世紀～一五世紀）において、法学校の教科書として公布施行された、といわれている（碧海純一＝伊藤正己＝村上淳一「法学史」一九七六年（東大出版会）二五頁以下（柴田光蔵））。

(3) 古典期たる一、二世紀頃、ローマ市は、約一〇〇万人の人口をもっており、地中海を中心に、大商業が展開されて、高度の文化をもっていた（古代資本主義）。柴田光蔵「ローマ法概説」一九八一年（玄文社）一一〇頁。そして、ローマ法は、そのような高い文化度を反映するものであった。もっとも、それは、貴族をはじめとする富裕な市民のための現象であり、一般大衆全体の消費マーケットが形成されたので

はなく、人口密度も、ローマなどを除いて、ローマ盛時でも、1kmあたり奴隷も含めて二五、六人であったとされ、したがって、資本主義の生産は起こらなかった、といわれている(増田四郎「ヨーロッパとは何か」一九六七年(岩波書店)六九頁以下)。

(4) 「デイーゲスタ(Digesta.「学説集」と訳されている。)」とは、ラテン語の *digero* (解明する) に由来する。また、「パンデクタエ(Pandectae.「学説彙纂」と訳されている)」とは、*priv-dectari* というギリシャ語に由来し、*priv* (PAN = 全) と *dectari* (*dexonai*) (*deyouri* = 受け入れる、聞き入れる、理解する。)の合成語で、生じたことや言われたことが全て含まれている、という意味である。英語の *encyclopaedia* にあたる。なお、この *deyouri* の音を移したのが、ラテン語の *dicto* (言う、命令する) *dictum* (言説、命令、神託) である。「学説彙纂」は、ローマ法の最盛期たる古典期 (BC27~AD284) の法学者の学説を採録したものである。学説といっても、今日の学説と違って、「デイーゲスタ」に採録されている法学者達は、いわゆる「(勅許) 解答権」(ローマ皇帝の認許にもとづいて法律問題について解答する権限が与えられ、その解答は法律として通用した、といわれている。)を与えられていた。したがって、その学説(法)は大変権威があった。「デイーゲスタ」は、法文総数九一四二あり、五〇巻から成り、現代のローマ法研究者は、それを次のように七部にわけている。

第1部 (第1巻~第4巻)

第1巻 || 法 の 概念、法源、人の地位、政務官 についての法文

第2、3、4巻 || 私法 一般 についての法文

第2部 (第5巻~第11巻) || 裁判 についての法文

第3部 (第12巻~第19巻) || 物 についての法文

第4部 (第20巻~第27巻) || 売買、利息、海上消費貸借、証書、証人、証拠、婚姻、後見、保佐 についての法文

第5部 (第28巻~第36巻) || 遺言 についての法文

第6部 (第37巻~第44巻) || 相続財産、贈与、奴隷解放 など についての法文

第7部 (第45巻~第50巻)

第45、46、47巻 || 契約、不法行為 など についての法文

第48、49巻 || 刑事法 についての法文

第50巻 || 主として行政法 についての法文

パンデクテン体系における「家族法」について

同志社法学 六〇巻七号

四三 (三〇六一)

以上は、概略であって、柴田光蔵＝西村重雄「学説彙纂第四八巻邦訳(一)(二)」法学論叢一九七〇年八七・四二・五・一に表題の詳しい翻訳がある。

そして、先の「法学提要」と「学説彙纂」と「勅法集(Codex)」の三部が、東ローマ帝国のユースティニアヌス(A.D.483～529)皇帝(その時代をユピ時代という。)が命じて編纂された「ローマ法大全」である。そして、それは法律としての効力を有した。

- (5) 近代自然法思想とは、法は人間の本性あるいは理性にもとづくものである、したがって、法とは、全ての人間に通用し得るものである、という思想である。そして、近代自然法思想は、幾何学の手法を法学へ持ち込もうとした。例えば、近代自然法論の確立者とされるホッパス(Hobbes: イギリス。一五八八～一六七九)は、ユークリッド幾何学をはじめ自然科学に通じていた(上山安敏「法社会史」一九六六年(みすず書房)一七五頁以下、石部雅亮「啓蒙的絶対主義の法構造」一九六九年(有斐閣)四四頁以下、三島淑臣「法思想史[新版]」二〇〇一年(青林書院)二二二頁、笹倉秀夫「法思想史講義[下]」二〇〇七年(東大出版)四六頁)。

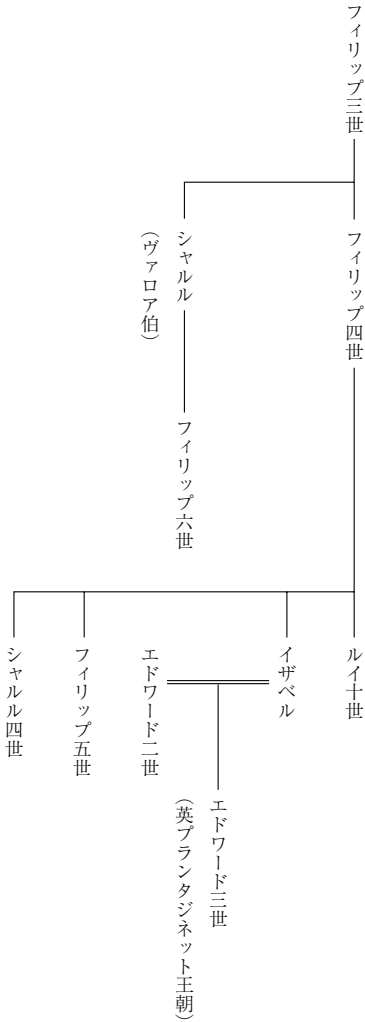
- (6) 例えば、アダム・スミス(Adam Smith: イギリス。一七二三～一七九〇)は、次のように述べている。「グロテイウスは、なにか自然法学の正規の体系らしいものを世界に与えようとした、最初の人であったように思われる」(アダム・スミス(水田洋訳)「法学講義」二〇〇五年(岩波書店)一七頁。なお、アダム・スミス(水田洋訳)『道徳感情論(下)』二〇〇三年(岩波書店)四〇〇頁参照)。近時は、しかし、このように、尊称することは不当であるという指摘が有力である。大沼保昭編「戦争と平和の法(補正版)」一九九五年(東信堂)二六六頁(柳原正治)、三島淑臣・前掲書二二三頁。なお、笹倉秀夫・前掲書七一頁。

- (7) グロテイウスによって、「自然法」は、「世俗的自然法」となった、といわれている。すなわち、「神が存在しないとしても」(もつとも、彼自身は無神論者ではなかった)、人間の「理性」から「自然法」が現れるとして、「世俗的自然法(理性法)」の時代に入ってしまった(加藤新平「法思想史」一九五二年(勁草書房)六六頁、シュロツサー(大木雅夫訳)『近世私法史要論』一九九三年(有信堂)七八頁)。ところで、グロテイウスにおいても、「親族」と「相続」が語られている。すなわち、「戦争と平和の法(de jure belli ac pacis. 1622～1624. 1625)」『第一巻 第一章』において、正しい「戦争の原因」として「自己および財産の防衛」を説き、「第二章」において共有の物、「第三章」において物の「原始取得」、「第四章」において「推定的放棄」と「先占」「使用取得」と「時効取得」、「第五章」において「対人権」の「原始取得」「親権」「父権」「婚姻」「従属者と奴隷に対する権利などが論ぜられる」、「第六章」において「人間行為による承継取得」「遺言などが論ぜられる」、「第七章」において「法規による承継取得(無遺言相続などが論ぜられる)」、「第十二章」において「契約」、「第十七章」において「損害」と賠償「義務」、「第二十二章」において「不正な戦争原因」について論じている。以上から、明らかのように、「親族」も「相続」も「戦争」の。正

当原因」として扱われている。それは、ヨーロッパにおける多くの戦争が、王族の婚姻、親子関係そして相続が原因となっていることの影響である（大沼保昭編・前掲書二六六頁、柳原正治）。例えば、「百年戦争（二三三九～一四五三）」は、フランスのカペー王朝のシャルル四世（一二三二～二八在位）が死去して、傍系のヴァロア王朝のフィリップ六世（一二二八～五〇在位）が即位すると、シャルル四世の姉イザベルの息子であるイギリスのプランタジネット王朝のエドワード三世（一二三七～七七在位）がフランス王位継承権（相続）を主張して、フランスへ侵攻したのが始まりである。

さらに、グロテュウスが、この名著「戦争と平和の法」を執筆した直接の動機は「オランダ独立戦争（八十年戦争。一五六八～一六四八）」、「三十年戦争（一六一八～一六四八）」であり、「キリスト教徒の血で血を洗う戦いへのグロテュウスの嫌悪感であった」、「グロテュウス生誕から死までの六二年間は、そのまますっぱりネーデルランド独立戦争の八〇年に包みこまれてしまふ」と語られている（大沼保昭編・前掲書一七頁（山下泰子））。これらの戦争の遠因も「婚姻」である。すなわち、オランダは「五世紀、フランス王家（カペー王朝）の分家であるブルゴーニュ家の支配下にあった（森田安一編「スイス・ベネルクス史」一九九八年（山川出版社）二一〇頁）。そして、その女相続人マリアがハプスブルク家のマクシミリアン一世と婚姻し、ハプスブルク家の領地となった。他方、一四七九年にアラゴン王フェル

〔仏カペー王朝〕



パンデクテン体系における「家族法」について

同志社法学 六〇巻七号

四五（三〇六三）

ナンド二世とカステイリア王女イザベルが婚姻し、スペイン王国が生まれ（もともと、実際には、両国共に別の法、統治制度、議会、貨幣、租税、軍制などを維持し、「統一国家」の出現とはいえないとされている。立石博高編「スペイン・ポルトガル史」二〇〇〇年（山川出版社）一四一頁）、二人の間に娘フアナが誕生した。そして、マクシミリアン一世の子フィリップ一世がフアナ（中野京子「ハプスブルク家二の物語」二〇〇八年（光文社）三六頁）と婚姻し、その子カール五世（カルロス一世。一五一九―一九五六在位）が、オーストリアとオランダそしてスペインを支配することになった。カール五世の子フェリペ二世（一五五九―九八在位）は、新教の強いオランダに宗主国スペインのカトリックを強制し、さらに都市に重税を課したため、オランダの貴族や商工業者が反発してはじまったのが、オランダ独立戦争である（一五六八年）。

したがって、グロテイウスが、「親族」や「相続」について論述しているのは、私法的観点からではなかった。そして、私法学へのグロテイウスの寄与は、むしろ、彼の「オランダ法学入門（Inleiding tot de Hollandsche Rechts-geleertheyd, 1619-1621, 1631, Lee, The jurisprudence of Holland by Hugo Grotius, 1926を参照）」にみられる（大沼保昭編・前掲書二六七頁（柳原正治））。この著書（以下、本書とす）は、三部からなり、まず、「第一部 法の諸原則と人の法的状態について 第一章 法学と正義について、第二章 法の諸々の種類とその機能について、第三章 人の法的状態について、第四章 完全能力と制限能力について、第五章 婚姻について、第六章 両親が生存している子について、第七章 孤児と後見人の任命について、第八章 後見人の権限について、第九章 後見人の義務について、第十章 後見の終了方法、第十一章 成年後見について、第十二章 嫡出子と非嫡出子について、第十三章 本国人と外国人について、第十四章 貴族と平民について、第十五章 聖職者と俗人について」、そして、「第二部 物権について 第一章 物の法的状態とその分類について、第二章 占有権について、第三章 所有権について、所有権の種類について、所有権の取得方法、第四章 無主物 (res nullius) の取得について、第五章 前主の承諾による取得について、第六章 果実の取得について、第七章 時効による取得について、第八章 加工と混同と混合による取得について、第九章 流砂、溢水、沖積による増地の取得について、第十章 動産、不動産そして農作物の作出と付合による取得について」記述し、そして「第十一章 一十三章」は婚姻と財産の関係について、「第十四章 一三十一章」は相続（遺言相続と無遺言相続）について、「第三十二章 完全所有権の喪失方法について」、「第三十三章 不完全所有権一般について」、「第三十四章 都市役権について」、「第三十五章 田園役権について」、「第三十四章 一四十六章」は用益権について、「第四十七章 一四十八章」は担保物権について、記述している。最後に、「第三部 債権について 第一章 債務一般とその発生原因と種類について、第二章 贈与について、第三章 契約・主たる債務者と保証人について」記述し、「第四章 一二十五章」は契約一般と契約類型について、「第三十章」は不当利得、「第三十二章 一三十八章」は不法行為

〔カステイリア王女〕

イザベル（カステイリア王女イザベル一世）



フェルナンド二世

（一四七九～一五一六在位）

〔アラゴン王〕

カール五世（カルロス一世）—— フェリペ二世

〔ブルゴニユ家〕

女相続人マリア



マクシミリアン一世

（一四九三～一五一九在位）

〔ハプスブルク家〕

について、「第三十九章～第五十二章」は債務の消滅（例は、弁済や時効消滅）等について、記述している。以上から明らかことは、グロテュウスの私法体系は、インステイトゥーティーオーネン体系を完全に脱却はしていないが、「物権」、「債権」という編別は、正にパンデクテン体系である。そして、ティーメ（Thieme）は、グロテュウスと本書について、次のように述べている。すなわち、グロテュウスは、実務的・法的問題の体系化を達成したのであり、その意味で、「自然私法」の「父（die Vaterschaft）」であることは異論がない。すなわち、彼は、弁護士として、長年、実務に携わり、その経験を生かして、本書において、自然法的、ローマ法的、ドイツ法的構成要素をもつて、まったく独自の私法体系を完成させた。そして、本書は、自然法の歴史において、看過できず、また、後の自然私法の全ての体系がそれに由来するもので、本書においても、「グロテュウスは自然法学的である」（Mittels）と高く評価されている」と（Thieme, Das Naturrecht und die

パンデクテン体系における「家族法」について

同志社法学 六〇巻七号

四七（三〇六五）

europäische Privatrechtsgeschichte, 2. Aufl., 1954, S.19ff.)。

(7) なお、本書は、オランダにおいて、一九世紀初頭に新しい立法がなされるまでは、「実用書 (a book of practice)」として、しばしば版を重ね広く読まれ (Lee, op.cit., p. vii)。また現在でも、高く評価されている、このことである (大沼保昭・前掲書二七三頁 (柳原正治))。

(8) プーフェンドルフが、私法上の「意思理論」の最初の確立者とする考えについては、笹津安恕「私法の一般理論の成立要件——意思自由論か行為自由論か——」法学六九号 二〇〇五年 八三二頁。なお、笹倉秀夫・前掲書七三頁。

(9) ヨーロッパで、一七世紀末から一八世紀末に主張された思想で、人間の自然的理性を尊重して、新秩序建設を目指した。すなわち、啓蒙 (enlightenment, Jünneres, Aufklärung) とは、一六〜一七世紀に科学上の大発見が起こり、宇宙は、解明でき、神秘でなくなり、全てのことば人間の理性によって解明できる、といるのである (ロバーツ (大久保桂子訳「図説・世界の歴史5」一九八二年 (小峰書店) 一一〇頁)。
 (10) Gemeines Recht たるローマ法、とくに「ディーゲスタ」＝「パンデクテン」(学説彙纂) を研究したので、一九世紀普通法学あるいはパンデクテン法学と呼ばれる。

(11) もっとも、プーゴ (Gustav Hugo, 一七六四〜一八四四。ヴィーアッカー (鈴木祿弥訳)。「近世私法史」一九六一年 (創文社) 四六九頁) は、その著「現代ローマ法提要 (Institutionen des heutigen Römischen Rechts, 1789)」において「序論 (Einleitung)」。I. 物的諸権利 (Realrechte) Ⅱ. 人的諸債務 (Persönliche Obligationen) Ⅲ. 親族諸権利 (Familiarenrechte) Ⅳ. 遺産 (Verlassenschaften) Ⅴ. 訴訟 (Proceß) とし、それぞれの内容は、「I. 物についての権利 (Ius in Rea)」、所有権 (Eigentum) Ⅵ. 質 (抵当) 権 (Pfandrecht) Ⅶ. Ⅱ. 債務。人に対する権利 (Obligatio, Ius in personam) Ⅰ. 物に対する権利との関係 (Verhältnis zum jus in re) Ⅱ. 債務の発生諸原因 (Quellen des obligatio) Ⅲ. 意思表示 (Von Willensäußerungen überhaupt) Ⅳ. 要物契約 (Realcontracte) Ⅴ. 諾成契約 (Consensual contracte) Ⅵ. 不法行為と種々の原因 (Von Willensäußerungen überhaupt) Ⅶ. 債務の消滅 (Ende der obligatio) Ⅷ. Ⅲ. 親族の諸権利 (Familien = Rechte) Ⅰ. 婚姻 (Ehe) Ⅱ. 父権 (Väterliche Gewalt) Ⅲ. 死亡を前提とする諸権利 (Rechte, welche einen Todesfall voraussetzen) Ⅳ. 相続一般 (Erbrecht überhaupt) Ⅴ. 遺言にもとづかない相続 (Erbrecht ab intestato) Ⅵ. 最終意思 (letzte Willen) Ⅶ. 相続人の指定 (Erbes Einsetzung) Ⅷ. 他の定め (andere Verordnungen)」という体系を採用し、パンデクテン体系を最初に創始したとされている (Schwarz, a.a.O.S.581. 平野裕之「民法総則 (第二版)」二〇〇六年 (日本評論社) 三頁)。しかし、彼は、後の「現代ローマ法教科書 (Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts, 1816)」において、次のように、その体系を変更している。「序論」、「一般概念」、「I. 人の種類。A. 自然人、B. 法人」。Ⅱ. 物の種類。A. 有形物、B. 法的物」。Ⅲ. 行為の種類。A. 有形的行為、B. 法的行為」、「各論あ

るいは私権自体。「I. 物についての理論。A. 「家族関係と遺産」以外の物の理論、1. 所有権、2. 用益権、3. 質（抵当）権。B. 家族関係の物への影響、1. 婚姻、2. 父権、3. 後見。C. 遺産、1. 法定相続の結果、2. 遺言による相続の結果、3. 他の終意の定め。」
『II. 債権についての理論。A. 債務、1. 契約、2. 加害行為、3. 混合された事例（vermischte Falle）、債務の終了。B. 訴権。C. 裁判手続』。

(12) サヴィニー（小橋一郎訳「現代ローマ法体系」第一卷（一八四〇年）一九九三年、成文堂）三四〇頁。サヴィニーによれば、所有権に代表される物権と債権は個人の力（Macht）を拡張する法律関係（Rechtsverhältnis）であり、その総体を財産法（Vermögensrecht）と云い、個人の不完全性を補充する婚姻、父権、親族関係の総体を親族法（Familiarecht）といい、死者の財産の取扱いについての総体を相続法（Erbrecht）という（サヴィニー（小橋一郎訳・前掲書二九九頁以下））。

(13) *actio in rem* は、物に対する訴権（物の直接的支配を妨げる全ての人に対する訴権（例えば、*rei vindicatio*）で、物の直接的支配自体が回復できた）である。物権が「物」に対する権利といっても、法として権利が、人と人の関係であることから、物権も、結局は、人に対する権利である。すなわち、自分の所有権に服する「物」が他人に奪われたら、その盗人に、返せ！と請求する権利（物権的請求権）が、その所有権から出てくる、ということである（クリンゲンベルク（瀧澤栄治訳「ローマ物権法講義」二〇〇七年（大学教育出版）三五頁）。
actio in personam は、人に対する訴権（对人訴権である。すなわち、*actio in personam* = 債務者のみに給付を請求し得る訴権（例えば、買主の購入訴権 = 売主に対して買った物を引き渡せと訴えることのできる権利。 *actio empti*）で、古くは（一二表法（前四五〇年頃制定）時代から、前三世紀中頃まで。法律訴訟、債務者の身体への強制執行が認められた（殺害あるいは債務奴隷）。その後も、原則として包括執行しか認められず（方式書訴訟、任意に履行がなされないと全財産売却（*bonorum venditio*）を行ない（法務官の執行）、金銭弁償しかなかった。したがって、売買訴権では、買主は、当該目的物を入手し得る保障はなかった。なぜなら、「物」への訴権でないからである（ペーレンツ（河上正二訳）「歴史の中の民法」二〇〇一年（日本評論社）三四四頁、クリンゲンベルク（瀧澤栄治訳「ローマ債権法講義」二〇〇一年（大学教育出版）三、四頁））。

(14) もっとも、カントが、真に表明したかったことは「物権でも債権でもない第三の種類の権利」ということであつた、ともいわれている。三島淑臣「婚姻の人倫性と市民社会」（加藤新平教授退官記念論文集）一九七六年二二九頁。

(15) カントによれば、「私の選択意思（*Willkur*）の外的対象」として、「有体物（物権の対象）、「他人の給付意思（債権の対象）、「私との関係における他のある人の状態（妻、子、奉公人。 *das auf dingliche Art persönliche Recht* の対象）を挙げている（カント（樽井正義 = 池尾嘉一訳）

「人倫の形而上学」二〇〇二年(岩波書店)六九頁、永尾孝雄「カント家族法論の現代性」(三島淑臣教授古稀祝賀論文集)二〇〇三年二〇七頁。
 (16) カントの大学卒業論文(一七四六年)は、「生きた力の真の測定についての考察」という「力学」の論文であり、一七四九年には「一般自然史」一七五二年には「地球の自転の仕方に変化があったかどうか」、一七五四年には「火について」という論文を書いている(野田又夫「世界の名著三二」カント)一九七二年(中央公論社)一七頁以下)。

(17) そして、ヘーゲルは、利益社会たる市民社会さえ、今日の意味での福祉行政 (Polizei) の担い手となるべきことを主張していた、とされる(小川仁志「ヘーゲルの多元主義国家観」ヘーゲル哲学研究二二巻二〇〇六年(こぶし書房)一五五頁)。なお、笹倉秀夫・前掲書一一二頁。
 (18) Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (法哲学綱要), 1821, § 161 (藤野涉「赤澤正敏訳「法の哲学」」(「世界の名著」三三五)一九六七年(中央公論社)三八八頁)。ヘーゲルは、婚姻が「家族 (Familie) を一人格 (eine Person) にする」、すなわち「家族共同体」を形成するとさう (§ 163)。なお、(長谷川宏訳「ヘーゲル法哲学講義」二〇〇〇年(作品社)三二九頁参照。カントとヘーゲルの法學上の位置付けについては、碧海純一ほか編・前掲書一三四頁以下(村上淳一)に詳しい。なお、笹倉秀夫・前掲書一一七頁。
 (19) サヴィニーも、親族は三〇の不可分に統合された姿を得る、すなわち本性的、道德的および法的姿である、という。そして「Hegel "Naturrecht (Grundlinien der Philosophie des Rechts) § 161, が「婚姻は法的な道德(倫理)的愛である」とするのを、「非常にすばらしい (sehr schön)」と誉め称えている(サヴィニー(小橋一郎訳)・前掲書三〇八頁)。

ここで、注目すべきは、サヴィニーの次の見解である。すなわち、法の課題、目的は、人間の本性の道德的使命、目標の達成であり(彼にあつては、それはキリスト教にもとづく)、それと独立して国家経済原理を目標とする必要はない、と主張する。何故なら、後者は、道德的目標を達成するための手段の増大と純化に役立ただけのものだからである(したがって、それには、一つの新しい目的が含まれるのでない)という(サヴィニー(小橋一郎訳)・前掲書七〇頁)。

(20) 第一六二六条(第一六八二条。母は、父が死亡等あるいは離婚したときのみ、親権をもつた。第一六八四条(第一六九八条。
 (21) と)ところで、フランス民法典では、前述のように、物権法、債権法といった区別はなく、特に、我々が、今、債権法として扱っている問題は、所有権の取得方法の一つとして、しかも、相続や遺言より後の章において扱われているのが注目される。

これは、なるほど、フランス民法典はフランス革命(一七八九年)の成果ではあるが、法典自体は意外と保守的であることを示している
 エールリッヒ(川島武宜「三藤正訳「権利能力論」一九四二年(岩波書店)一〇四頁以下、ツヴァイゲルト・ケッツ(大木雅夫訳)「比較法概論原論上」一九七四年(東大出版会)一四七頁以下)。というのは、封建時代においては、物、特に土地や生産財に対する支配関係が重要

な法律問題であり（今でいう物権法）、その所有権などの移転方法として重要なものは、主として、相続であり、遺言であり（大土地所有者たる貴族社会における土地の権利の移転方法を考えてみよう）、売買などの契約によるものは、二の次であった。法典としては、当時、正に重要となりつつあったブルジョワ社会の法状況を十分に把握していなかったといえる（凡そ、法典には、概してそのようなところがある）。

さらに、ナポレオンの意志によつて、秩序の安定と権威の継承のために、家長家族制が採用され、強力な父権（父が強力な親権を有した。○。第三七三条、第三八七条）と夫権（妻は夫に服従する義務があり（○。第二二三条）、妻は行為無能力者であった（○。第二一五条）第二二五条。それらは、やつと一九三八年の改正で廃止された。）を規定し、女性の社会的地位は一八世紀よりも後退したといわれている（福井憲彦「フランス史」二〇〇一年（山川出版社）二七九頁）。さらに、制定時には、血族のいる場合には、妻（配偶者）の相続権が認められなかった（○。第七六七条）。したがって、フランス民法典は、「財産法」においては「フランス革命思想」を肯定し、「家族法」においては否定したといわれている（稲本洋之助「フランスの家族法」一九八五年（東大出版会）一九、九一、三二九、三四二頁）。なお、この妻の無能力制度は、日本においても、旧民法典（人事編第六八条、第七二条）さらに現行民法典（第一四条、第一八条）に継受され、一九四七年廃止されるまで存在した。

(22) 例えば、ドルトムント市の人口は一八一六年に四〇〇〇〇人であったものが、一八六四年には二八〇〇〇人になった。

(23) そして「市民社会」も国家の統制下にあるべきである、というのが、ヘーゲルの考えであった。Hegel, a. a. O., § 230（藤野渉、赤澤正敏訳、前掲書三四七頁図一）。

(24) 大村敦志「家族法」（第2版補訂版）二〇〇四年（有斐閣）は、「婚姻家族の法」、「非婚姻家族／準婚姻家族の法」、「拡大家族／複合家族の法」という類型化を行なっている。

(25) 例えば、婚姻意思については、どのように考えるべきか。立法論は別として、内田貴「民法Ⅳ 補訂版」二〇〇四年（東大出版会）一〇頁の指摘するように、現在の「日本親族法」が、「私的保護法」としての機能をも有しているとすれば、そして、日本の社会保障制度の実状に鑑み、近未来において、それが全て「公的保護法」に移行するとは考えられないならば、それは、ヘーゲルのいうように、家族（将来における親と子、そして場合によっては、老いた祖父母を含めた）共同体を形成する意思」ということにならう。これは、内田貴・前掲書六一頁のいう「行為規範」の視点による「婚姻意思」である（なお、内田貴・前掲書五八頁に、「実質的」意思と「形式的」意思というのは、「ネーミング」が妥当でなく、前者は「婚姻の法律効果を全面的に受容する意思」、後者は「婚姻の法律効果を部分的に受容する意思」を指すというの、誠、正鵠を得ている）。

なお、蛇足ではあるが、婚姻意思は、婚姻の届出と共に、婚姻の成立要件である、と一般に説明されている。しかし、民法第七三九条第一項の解釈（婚姻は届出によって成立する）、民法第七四二条第一号の解釈（婚姻意思がないときは婚姻は無効である）、同第二号の解釈（婚姻の届出がないときは、婚姻不成立で無効以前の問題である）を、整合的に説明するには、婚姻届出（そして受理）は婚姻成立要件であるが、婚姻意思は、成立要件でなく、効力要件である、とするのが妥当ではなからうか。それは、民法第七三二条の解釈においても有益である（伊藤昌司教授の御教示による）。