

民法と市民社会

— その現代的意義を考える —

広 渡 清 吾

目次

1. はじめに—何を問題とするのか
2. 「市民社会」とは何か
3. 「民法は私法の一般法」および「公私法二元論」
4. 「民法は市民社会の基本法」および「公私法一元論」
5. 日本の民法典と市民社会—大日本帝国憲法と日本国憲法に対する関係
6. 市民社会と民族共同体—ドイツ民法典の危機
7. まとめ—市民社会論の意義

1. はじめに—何を問題とするのか

日本では大きな民法改正が行われたところです。① 120年ぶりの債権法の改正（2014年）、②成年年齢改正（2018年）、③相続法改正（2018年）、そして④特別養子法改正（2019年）であり、①と③は2020年4月施行、②は2022年4月施行、④は公布の日から1年以内に政令で施行されます。

このような民法制度の変化について、その背後にある社会の変化との関係を明らかにし、変化の内容の当否を論じることは、法律学の重要な課題ですが、この講演では、そのような変化を通して基本にある問題を考えるという視角から「民法と市民社会」というテーマを選んでみました。

さて、「民法とは何か」のいちばん分かりやすい説明として、「日常生活

や経済活動（取引生活）などわれわれの日々の活動に係る法律のなかで最も基本的な法律」（内田貴¹⁾という定義があげられます。なるほどその通りであり、日常生活における私たちの行動は、おおよそ民法の世界に翻訳することができます。民法の世界に翻訳できることによって、私たちの行動は強制的な通用力をもったルールに裏打ちされ、紛争が生じても法的な解決が可能になるわけです。

人は、出生によって法の世界に入ります。権利能力や行為能力は、人を法主体にする民法の制度です。法主体となった人は、そのライフサイクルにおいて、まず親子関係、婚姻によって夫婦関係に入り、死亡によって財産の相続が生じます。人は社会的経済的活動のために、他者と関係を結びますが、種々の契約を利用し、また、不法行為を受けて損害賠償を請求することもあります。このように人の地位や活動は、それなしに身動きできないほど、民法の様々な制度によって法の世界に組み込まれています。

民法は、このように、それぞれに関係する人間の間のルールを規定する多様な法制度によって成り立っています。ところで、人間集団の中でルールを設定し、それにしたがってプレイするというのは、スポーツに見られます。2019年に大いに盛り上がったラグビーにも種々のルールがあることを「にわか」ファンは知りました。そして、これらのルールを成りたたしめている基本となる精神は何かと問うならば、おそらく「フェアプレイの精神」というのが素直な答えでしょう。

それでは、民法の様々なルールの基本となる精神は何だろうかと問うてみましょう。民法学者の星野英一（1926-2012）は、『民法のすすめ』という著作で、福沢諭吉が明治の初めに『学問のすすめ』で説いた「人は人の上に人を造らず、人の下に人を造らず」とする「人民相互の平等」の国家法上の根拠がじつは民法にあるのだと述べています²⁾。つまり、民法の精神の第一番目のものは、「平等」であるということです。さらに民法が

1 内田貴『民法改正—契約のルールが百年ぶりに変わる』ちくま新書、2011年8頁。

2 星野英一『民法のすすめ』岩波新書、1998年3頁。

「自由」（意思の自由、所有権の自由、契約の自由、過失責任の原則に基づく行動の自由）をその基本精神としていることは、民法を学び始めればすぐに知ることができます。

さて、人間の平等と自由を近代社会において基礎づけたのは、「市民社会論」ということができます。その核心は人々の社会契約による法・国家の創設と人民主権という思想です。1789年のフランス大革命の成果として発された人権宣言は、その第1条で「人は、自由で権利において平等なものとして生まれ、あり続ける」と規定しました。1790年12月フランスの革命議会は、社会の大変革を導いた思想家として、社会契約論によって市民社会を基礎づけたルソーに感謝の意をこめてその銅像を建立する決議を行いました。1804年には近代民法典の嚆矢として、「フランス人の民法典」がフランス市民社会の法として制定されました。

民法の精神は、このように市民社会論を基礎にしています。このことを考えることは、民法が近代社会においてもつ基本的な意味をたえず問うことであり、社会の変化によって民法の制度が変わることを研究することと同様に、現代においてとりわけ重要なことであると私は考えています。そこで、以下では、このことについて論じることにします。

2. 「市民社会」とは何か

議論を進める前提に、市民社会概念についてかいつまんで説明しましょう。市民社会概念の起源は、古代ギリシアの哲学者アリストテレスによる都市国家（ポリス）の定義「コイノニア・ポリティーケ」（市民共同体）であり、ローマの思想家キケロが「ソキエタス・キヴィリス」（*societas civilis*）とラテン語に翻訳し、この概念が近代において国家と社会の新たな思想的基礎づけのために再生することになったとされます³⁾。

3 以下の市民社会論の説明については広渡「現代ドイツの市民社会論と市民法についての覚書」水林彪／吉田克己編『市民社会と市民法—civilの思想と制度』日本評論社、2018年217-236頁参照。引用した古典のテキストは、John Locke, *Two Treatises of Government* (1690) (加藤節訳『完訳・統治二論』

イギリスのロック、フランスのルソー、そしてドイツではカントがそれぞれ市民社会論を基礎づけました。押しなべていうと、それは、人間の自然状態を想定し、そこに人間の始原的な自由と権利を確認し、その上で、人間がこれらを確実に相互に保障しあうために社会契約に基づき法を制定することのできる統一体（国家）を設立し、自分たちの自由と安全、幸福追求の権利の相互保障状態に自然状態から移行すると論じました。この相互保障状態にある人間の集団＝社会が、ローマ的概念の *societas civilis*（市民社会）として把握されたのです。

ロック（1632-1704）は、人間の最初の社会として男女の自発的契約によって成立する「婚姻社会 *conjugal society*」を確認します。そして、これを基礎にしながら、人間各自の *property*、これは意味的には、自分の身体についての所有権（これは加藤節によって「固有権」と訳されています）および自己の労働に基づく生産物に対する所有権に分かれますが、この *property* の相互保全を目的に社会契約によって設立される社会として、「政治社会ないし市民社会 *political or civil society*」を位置づけ、敷衍しました。ロックにおいて、*political* と *civil* は同義的に用いられています。

ルソー（1712-1778）は、社会契約によって、人がその身体とすべての力を共同のものとして「一般意思」すなわち、社会の普遍的利益を保障する法律の下におくことによって、この結合行為によって、共和国 *Repubulique*、ないし政治共同体 *Corpus politique* が作り出され、その構成員が全体として人民 *people*、個々的には主権に参加する者として市民 *citoyens* とよばれる、と理論構成しました。

カント（1724-1804）は、ルソーの思想を継承しつつ、*citoyens* に対応することばとして新しいドイツ語 *Staatsbürger* を作り出します。これは、

岩波文庫、2010年）、Jean-Jacques Rousseau, *Du Contract Social;ou Principes du Droit Politique* (1762)（桑原武夫／前川貞次郎訳『社会契約論』岩波文庫、1965年）、Immanuel Kant, *Die Methaphsik der Sitten* (1797), Reclam, 1990, Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), Suhrkamp, 1986.

ドイツ語の市民 *Bürger* に政治的共同体の主権者的一員というニュアンスが欠けていると考えたからです。Staatsbürger は、直訳すると「国家市民」になります。膾炙している言葉をあてれば「公民」でしょうか。カントによれば、国家市民とは、すべての人が参加し、かつ、平等に従う法律をつくるために集合した「社会 *Gesellschaft* すなわち国家 *Staat* の構成員」として定義されます。カントは、*societas civilis* に対応するドイツ語がないとして、ドイツ語で表現すれば「社会すなわち国家」としか言いようがないと考え、*societas civilis* というラテン語をそのまま使いました。

市民社会は、ロックによれば *civil society*、ルソーによれば *société civile*、カントによれば、*societas civilis* と表示され、これは、政治と経済を区別することなく政府を含んだ社会全体を捉えるものであり、そのメンバーが *citizen*, *citoyen*, *Staatsbürger* と呼ばれたのです。

この後の時代にあって、ヘーゲル (1770-1831) は、上記の古典的市民社会論と異なって、はじめて市民社会を国家から分離し独自の存在として把握し、国家・市民社会の二元論を示しました。すなわち、市民が自己の欲望にしたがって行動し、相互に欲望を充足する経済生活を営む場を「市民社会 *bürgerliche Gesellschaft*」とし、国家がこの社会を統合し、理想 (世界精神) を実現する倫理的共同体であると位置づけました。ヘーゲルは若い時代、フランス革命に熱狂し、ルソーの思想を受け入れたのですが、革命後のフランスがナポレオンの下でヨーロッパ諸国を政治的に支配する状況に直面して反発し、社会契約によって国家を基礎づける立場から、それぞれの国家の歴史的形成を重んじる歴史主義の立場に変わります。そして、重要なことは、その間の資本主義経済の発展がヘーゲルをして国家から独自の経済社会として市民社会を捉えさせる歴史的条件となったことです⁽⁴⁾。

ヘーゲルには、広い意味の国家 *Gemeinwesen* という概念もあり、こ

4 ヘーゲルについては権左武志『ヘーゲルの時代』岩波新書、2013年参照。

れには狭い意味の国家 Staat、これと区別される市民社会そして家族 Familie が含まれますが、狭い意味の国家 Staat と市民社会 bürgerliche Gesellschaft は、上記のように独自に対峙しあうものと位置づけられました。ヘーゲルは、市民社会と国家の構成員を区別して、フランス語で言えば前者がブルジョア、後者がシトワヤンと述べています⁽⁵⁾。社会の構成員が、経済的市民と政治的市民、私的存在と公的存在に二重化されたわけです。カントが「社会すなわち国家」の構成員として「国家公民」という新しい概念をつくったことと対照的です。

ヘーゲルに続いてマルクス（1818-1883）も同様に、国家・市民社会二元論をとり、市民社会を経済社会と把握しますが、唯物論の見地から市民社会こそ「歴史の寵」であり、市民社会における労働者と資本家の階級対立が国家を生み出す土台であるとして、国家が市民社会を統合するというヘーゲルの二元論を逆立ちさせました。いずれにしても、ヘーゲルとマルクス以降、少なくともドイツでは、市民社会を経済社会として位置づける国家・市民社会二元論が支配的になったと言われています。

3. 「民法は私法の一般法」および「公私法二元論」

さて市民社会のイメージを以上のように共有したことにして民法の話に移ります。

日本語の「民法」ということばは、穂積棟重によると、慶応4年（1868）に津田真道（1829-1903）がオランダ語の Burgerlyk regt（市民の法）を翻訳して作ったことばであり、この訳語は、その後対案が出されることもなく定着したとされています⁽⁶⁾。津田は、オランダのライデン大学に幕府派遣で留学し（1862-1866）、オランダ語に精通していました。「民法」は、それゆえ、「市民の法」、フランス語では loi civil、ドイツ語では bürgerliches Recht を原義とするわけですが、なぜ「民法」であって「市

5 ヘーゲル（長谷川宏訳）『法哲学講義』作品社、2005年365頁。

6 穂積棟重『法窓夜話』岩波文庫、1980年180頁。

民法」でなかったのかという疑問が生じます。

これは探索を要する課題ですが、カントがドイツで直面したのと同様の事情、つまり、当時の日本には政治的共同体の主権者的一員を示す概念もことばもなかったということではないでしょうか。「民」は、統治される客体としての「民」であり、社会一般の構成員を表示するに適切なものとして選択されたのではないかと推測できます。

それでは、「民法」とは何か、その定義を日独の代表的教科書から引いてみましょう。

四宮和夫(1914-1988)／能見善久(1948-)『民法総則』(第9版、2018年)は、師弟関係にある学者が継続して改訂し版を重ねるもので、日本では珍しい試みですが、その分、引用するには安定感のある本です。それによると、民法は「市民社会の法的ルール」を扱うもので、「私人と私人との関係」を扱う「私法の一般法」であり、「国家の行為や行政組織に関する法的ルール」である「公法」と区別されると定義されます。

ここでは、「市民社会の法的ルール」、「私法の一般法」および「私法が公法と区別されること」が定義の要素です。最後者は「公私法二元論」と呼ぶことにします。ただし、「市民社会」については、参考文献の指示があるだけでそれとして説明されることがありません。そこで、民法の定義としては、法体系が「公私法二元論」、その下で民法が「私法の一般法」ということが核心になります。

この定義は、ドイツの教科書で定評のある Dieter Medicus (1929-2015) の“Der Allgemeiner Teil des BGB” (2010年)にも同様にみられます。そこでも民法は「私法の一般法」であり、その前提として私法と公法が対置されます。より古典的な代表的教科書 Hans Carl Nipperdey (1895-1968) の“Allgemeiner Teil des BGB” (第15版、1959年)も同じです⁷⁾。民法

7 この教科書は法律家の間では“Enneccerus-Nipperdey”として引用される。四宮／能見の教科書のように、Ludwig Enneccerus の教科書を Nipperdey が改訂したものだからである。

は「私法の一般法」、であり、私法は「私的権利主体間の同位の秩序」を取り扱い、公法は国家等の公的共同体と構成員の「上下の秩序、保護と配慮の関係」を取り扱うとされます。ただし、「上下の秩序」という公法の定義はいまやアウト・オブ・デートであり、上記四宮／能見の定義が一般的です。ニッパースは、公私法二元論が近代法治国家に必然的なものでなく、英米法はこれを知らないと言っています。これは、公私法二元論が国家と市民社会を対置して把握するヘーゲル以降のドイツ的思考の一つの基礎づけをもつことを示唆しています。

ドイツ法学における公私法二元論は、その概念史によれば、ローマ法以来の用語法として説明されています。すなわち、民法 *bürgerliches Recht* は、*jus civile* (ローマ市民の法) の翻訳であり、これは本来 *jus gentium* (万民法) に対して使われた。しかし、ローマ時代の後期には、非ローマ人にも市民法が適用され、万民法との対置が意味を喪失し、そこで、市民相互関係の法としての *jus privatum* と国家組織と市民との関係の法としての *jus publicum* の区分が重要となり、私法と公法を二分する考えが定着した、とされています⁸⁾。その上に、ヘーゲルの国家・市民社会二元論が大きな影響をもち、ドイツの通説となったのです。日本の学説も明治のドイツ法学の輸入以来、これにしたがって公私法二元論を自明視することになったと理解できます。

さてもう一人、戦前・戦後を通じた代表的民法学者、文化勲章受章者の我妻栄 (1897-1973) の『民法総則』(第1版1930年、新訂第1刷1965年) をあげましょう。我妻民法学の教科書は、私たち世代にとって決定的な標準テキストでした。かれの定義も以上と同様ですが、興味深いのは、公法と私法を区分する説明の仕方です。かれによれば、人間は「人類の一員」という地位と近代に特殊な組織である「国家の国民」という地位をもっており、そこで人間の社会生活は、国家と直接の関係のない「人類としての

8 Gustav Boemer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Erstes Buch, Das bürgerliche Recht als Teilgebiet der Gesamtrechtsordnung, 1950, S1-12.

生活関係」と「国家を組織し維持またはその保護を受ける関係」、つまり「国民としての生活関係」とに分けて考察でき、前者が「私法関係」であり、後者が「公法関係」である、とされます。

ここでは、私法も公法もちろん国家法であり、国家法の下にある人々が、「人類の一員」であり、同時に「国民」という地位をもつと言っているのですが、「人類の一員」としての地位と「国民」としての地位を時間的な段階としてとらえると、これは、自然状態にある人間と市民社会状態に入った（国家創設の後の）人間の区分としてイメージできます。じつは、このイメージは、カントの私法と公法の定義に沿っているのです。

カントは、『道徳形而上学』（1797年）において市民社会の法体系を論じていますが、かれの私法と公法の概念は、ヘーゲル的なドイツ法学の公私法二元論の説明と異なります。カントによれば、＜私法は、自然状態の人民の自由と権利、交流に係る法である。この自然状態の人民の自由と権利を保障するべく国家を設立し、法を制定し、市民社会状態に入るのであるが、ここで私法を保障するために国家が制定する法を公法と呼ぶ＞と定義されます。つまり、自然状態の法が私法、市民社会状態において国家によって制定される法が公法という考え方です⁹⁾。我妻の公私法二元論の説明に市民社会論の色合いがあることについては、次に見る川島の議論が注釈しています。

我妻の『新訂民法総則』が上梓された1965年には、有斐閣の法律学全集第17巻として川島武宜（1909-1992）の『民法総則』が刊行されました。川島は、戦後日本における新しい学問領域としての法社会学の旗手であり、そのこともあって、同書には注目が集まりました。川島は、ここで、市民社会論を基礎にして、通説であった我妻説を批判し、公私法二元論に代えて、私法を原理とする公私法一元論を主張しました。

川島説の背景は、戦後日本社会において勃興した「近代主義」と呼ばれ

9 Kant, Die Methaphysik der Sitten, S.75-82.

る改革思想がありました。それによれば、西欧近代社会には「市民社会」があったが、戦前日本には「近代市民社会」がなく、前近代社会、つまり、個人の平等、自由と権利が保障されない社会であり、それゆえ、戦後日本社会の課題は近代市民社会をつくりだすこと、近代化だという議論が展開されました。川島もその近代主義に属するとみなされていました。近代主義は、戦後日本社会の市民社会化こそ歴史の流れであり、また、課題であると考えたのです。川島が戦後初期に刊行した『日本社会の家族的構成』（1948年）や『所有権法の理論』（1949年）は、新しい社会と学問を求める当時の学生の必読文献でした⁽¹⁰⁾。

川島によれば、公私法二元論は近代社会の私法の意義を明らかにするものではない。法実務的にみれば、戦前はなるほど国家の行為が通常裁判所とは異なった裁判所、行政裁判所で審理されるので、公法関係を私法関係と区別する必要があったが、戦後はすべての訴訟が通常裁判所で行われ、行政訴訟は民事訴訟の特例でしかないのもはや原理的区別は必要がない、とされます。

では川島は、私法とは何であると考えなのか。川島は、市民社会を資本制経済社会として規定し、この資本制経済の基本構造を規範的に表現するものが私法であり、具体的に商品交換に係る法として特徴づけます。商品交換の規範関係は、①私的所有、②契約、③法的主体性、の3つによって成り立ち、この規範関係は一定の明確な利益範囲を相互に承認しあう関係、すなわち権利義務関係＝法的関係として現れるとします。

＜このような資本制経済社会は、歴史的に見ると、政治権力が全面的に社会を支配する前近代社会のなかで、自由な商品交換関係の自律的拡大とともに成長し、これに応じて商品交換に係わる法としての私法が政治権力の媒介なしに（むしろその介入を排除して）生成する。私法は、近代国家確立以前に生成する存在であり、資本制経済を担うブルジョアジーが市民

10 川島と市民社会論については広渡「市民社会論のルネッサンスと市民法論」同『比較法社会論研究』日本評論社、2011年第9章245-252頁。

革命によって国家権力を掌握することによってはじめて、国家法として政治権力の保障を獲得することになる>というのが川島の分析です。

こうして、川島は、近代国家の成立により、資本制経済の自律的進行を媒介する法として承認されるのが私法、この私法の自律的進行を外側から保障する法として制定されるのが公法、と定義します。そして、近代国家においては、政治権力から捨象され、資本制経済が自律的に進行する自己完結的な社会が機能しており、これが「市民社会 *bürgerliche Gesellschaft*」と呼ばれる、というわけです。

川島の私法と公法の関係についての理解は、論理的にみてカントに相似的です。ただし、川島は、自己の説が公法・私法概念成立の歴史科学的研究によるものであることを自認します。それゆえ、我妻が私法を「人類としての生活関係の法」と規定したことについて、近世の自然法教説が私的所有・契約・自由な法人格を「前国家的な自然状態 *Naturzustand*」としたことの「無自覚的反映」だと批判しています。

以上のように、川島の科学的考察に基づけば、公私法二元論を前提にして民法を「私法の一般法」と定義するのは誤りであり、民法を核心とする私法こそ、資本制経済の論理を反映した法として、資本制経済社会である市民社会の法であり、公法はこれを外的に保障する役割にとどまるものとなります。川島の表現を借りれば、「国家は市民社会の影」に過ぎないのです。こうして資本制経済社会である市民社会の法は、公法と呼ばれている法を含めて、私法の法原理を機軸にして構成されるべきこととなります。

川島が戦後日本で開拓した法社会学は、法解釈学と異なり、社会における法の機能、社会と法の実証的、理論的に研究する学問であり、これを基礎にした川島の民法論は、法の理論的、社会学的分析において大きな影響力をもったのに対して、民法解釈学において必ずしも十分な浸透力を持ちませんでした。ともあれ、川島は、「市民社会＝資本主義経済社会」論をとって、ドイツ法学由来の伝統的な公私法二元論を超えて、私法原理を基本とする公私法一元論的理解に道を拓いたのです。

4. 「民法は市民社会の基本法」および「公私法一元論」

ここで、民法の定義の次の展開に移るために、1980年代の市民社会論のルネッサンスについて述べておきます。

川島は、市民社会を「資本主義経済社会」として把握し、市民社会の法体系を資本主義的な商品交換に係わる法として特徴づけました。他方で、川島によれば、市民社会は、市民革命によってブルジョアジーが国家権力を掌握した社会として把握されています。つまり、市民社会は、資本主義経済社会であると同時に、自由と権利が保障される人民主権の民主主義社会であり、後者は前者の必然的帰結であると認識されていたのです。しかし、戦後の高度経済成長期（1950年代後半から1960年代）を通じて日本資本主義が戦前の水準を超えて発展するなかで、川島の見通しのように進まない、つまり、資本主義経済の欧米並みの発展が欧米並みの民主主義と人権の発展を自動的に保障するものではない、という状況が認知されてきます。こうして、日本社会の改革目標を「市民社会化」と考えるならば、「市民社会＝資本主義経済社会」という把握のし方は一面的であり、古典的市民社会論のもった政治的意義をもっと重視すべきだという議論が生じます。

世界的動向として、1980年代以降、社会科学の議論の中で市民社会論のルネッサンスとよばれる状況が展開します。これは、端的に言えば、市民社会を国家から独自化した経済社会として位置づけたヘーゲル・マルクスの議論に対して、社会契約論的な市民社会論のモチーフ、つまり王権を廃した人民主権の社会を創るというモチーフを現代社会において再活性化するという意味もっています。代表的議論は、ドイツの哲学者ユルゲン・ハーバーマスの「新市民社会論」です。かれは、現代においてシステム化された政治と経済に対して、人民が適切に入力するためには、市民の組織とネットワークの活動によって公共的意見を形成する「公共圏」が必要であると、この公共圏をヘーゲルの *bürgerliche Gesellschaft* と区別して *Zivilgesellschaft*（市民社会）と表現しました。かれの議論を新市民社会

論とよぶ所以です。

日本の法学的議論がこの世界的動向からどのような影響を受けたかは、個別に論証しなければなりません、少なくとも、社会科学の領域における市民社会論の議論の活性化は、法学にも作用したと考えられます。もともと、市民社会論を要素にした戦後の近代主義は、法学の議論に少なくない作用を及ぼしており、法学の底流において持続していました。これは、たとえば川島の弟子で法社会学者の渡辺洋三（1921-2006）の議論に明瞭に認めることができます⁽¹¹⁾。この中で、川島の問題提起を正面から受け止めた民法論が提示されます。

それは、川島の弟子の広中俊雄（1926-2014）の民法論であり、その体系的な提示は、川島の『民法総則』から4半世紀あとの1980年代末のことでした（広中『民法綱要第1巻総論上』1989年、同『新版民法綱要第1巻総論』2006年）。広中は、川島の考えを受け継いで、市民社会論を基礎に、公私法二元論に対して市民社会の一元的法秩序を提示し、これに基づく民法解釈論を展開しました。

広中によれば、戦後日本において市民社会は、60年代末には成立したと認識され、そのメルクマールが、①議会制民主主義の定着、②資本主義経済体制の確立、および③社会における人権意識の普及として示されます。この市民社会の秩序は、①人格秩序とその外郭秩序、②財貨秩序とその外郭秩序、および③権力秩序から構成され、民法規範の解釈は、これらの秩序において存在する法規範を認識する作業であると定義されます。

広中理論の特徴は、第一に、市民社会が実現すべき課題ではもはやなく、すでに実現したものとして把握すること、第二に、実在としての市民社会のなかに権力秩序、つまり国家と国民の関係を規律する秩序（いわゆる公法秩序）を位置づけ、国家を市民社会内的存在として捉える市民社会一元

11 渡辺は、戦後初期から1980年代に至るまで、日本法の分析において市民社会の視点を重要視つづけた。かれが到達した地平について広渡「渡辺法学の構図—その素描」戒能通厚他編『日本社会と法律学—歴史・現状・展望（渡辺洋三先生追悼論集）』日本評論社、2009年827-849頁参照。

論を提示すること、そして第三に、民法の解釈を、法解釈者の価値判断ではなく、この市民社会に存在する法規範秩序の認識であると捉えることです。こうして、民法は、一元的な秩序体としての市民社会の基本法として位置づけられます。ここでは詳述できませんが、広中は、以上の理論的枠組みによって、川島が企図した法社会学と法解釈学の連携問題（法社会学的認識によって法解釈学を分析し、基礎づけるという「科学としての法律学」問題）についても、まったく新しい次元を拓いたのです。

広中の市民社会論は、市民社会論のルネッサンス期に対応する現代的な性格を示しています。それは、市民社会の構成要素として上述のように民主主義の確立と人権の普及をとりこみ、川島の公私法一元論を継承発展させながら、川島と異なり、「市民社会＝資本主義経済社会」論に収斂しないことです。ただし広中が日本の市民社会化が達成されもはや課題ではないと規定する点は、「新市民社会論」との問題意識のズレがあります。わたしが広中理論の現代性としてより重要だと考えるのは、市民社会秩序の一環をなす人格秩序について、近代から現代への二段階的發展を語ることです。

広中によれば、市民社会の人格秩序は、まず、第一段階として資本主義的商品交換社会に基礎づけられて、すべての人間が少なくとも自己の労働力を商品として所有する商品交換主体として、その限りで自由で平等の法人格として現れることによって形成されます（近代民法典形成の段階）。そして第二段階は、1948年に国連総会が採択した世界人権宣言がフランス人権宣言をさらに進め「人間は自由にして、権利と尊厳において平等なものとして生まれる」と「人間の尊厳」を規定し、すべての人間を「尊厳の主体」として位置づけたことを歴史的条件とします。

「尊厳」のコンセプトは、身分制社会における高級身分に対して社会的に与えられる敬意に発しています。現代における「尊厳」は、人間であること、それ自体を人間という身分として社会的に尊重することを含意しています。いうまでもなくこれは、第二次世界大戦におけるナチスのユダヤ人虐殺等の非人間的事象に対する人類の根本的自省（広中は、広島、長崎

への原爆投下を重視します) から生まれたものです。こうして、市民社会の人格秩序は現代的な段階に入るとというのが、広中の認識です⁽¹²⁾。

このような広中の民法論は、ではどのように受け止められているのでしょうか。

「はじめに」に述べたように、広中と同世代の星野英一は、平等保障の国家法的根拠が民法典だと認識していますが、その上で民法典は「社会の憲法 constitution」であり、「市民社会の基本法」だと位置づけています。星野は、フランス法の専門家でもあります。フランスでは、民法典 (Code civil) は、私法の一般法というのではなく、まさに社会の constitution、私人と私人の関係にとどまらず、社会のあり方を示す基本法として理解されているようです。そこで、星野の弟子で、やはりフランス法に詳しい民法学者の大村敦志 (1958-) の議論をみてみましょう⁽¹³⁾。

大村によれば、フランス民法典は、「私法の一般法」ではなく、「市民社会の基本法」であり、「私権の法」ではなく、「市民的権利の法」だとされます。その根拠の1つとして、フランス民法典8条が「すべてのフランス人は、droits civil (市民的権利) を享有する」と宣言し、これに応じて、民法典がフランス人たる資格要件の得喪、つまり国籍制度について規定することをあげます。日本では国籍について国籍法が制定されていて、これは公法という位置づけです。フランス民法典は、このようにだれが国民であるかについて規定し、私人と私人の関係を扱うことに射程を限定していません。また、国際私法に関する規定 (外国人が当事者になる涉外事件に関していかなる国の法律を適用するかを定める) は、日本では民法とは別に法適用通則法が定めていますが、これもフランス民法典は自ら規定しています。つまり、法適用の基本ルールを民法が定めているわけです。さらに、8条にいう droits civil は、droits politique の対語ですが、後者は「公権」

12 広中民法論について広渡「市民社会論の法学的意義—『民法学の方法』としての市民社会論」戒能通厚／棚沢能生編『企業・市場・市民社会の基礎法学的考察』日本評論社、2008年58—79頁参照。

13 大村『民法改正を考える』岩波新書、2011年67—80頁。

ではなく「参政権」の意味であり、それゆえ、droits civil は、参政権以外の市民的権利を広く含み、私権に限定されないとされます。このようにみれば、私法は市民社会の基本法であり、公法は私法の特則である、というのが大村の整理です。

民法が「社会の constitution」であるとする、憲法の位置づけはどのようなでしょう。これはすぐに思いつく疑問です。参政権の所在を定めるのは、憲法です。カール・シュミット (Carl Schmitt 1888-1985) は、近代憲法の本質的構成部分として法治国家的構成部分と政治的構成部分をあげ、前者の中核として基本権規定をあげましたが⁽¹⁴⁾、現行フランス憲法 (1958 年制定第 5 共和制憲法) は、いわゆる基本的人権に関する規定をもちません (ただし、現在では、1970 年代以降の憲法院の人権保障の観点からの法律審査を通じて 1789 年の人権宣言が、また、2004 年の環境憲章が人権規定として憲法的効力を持つと位置づけられています⁽¹⁵⁾)。1804 年のフランス民法典とセットになった当時の憲法典は、1799 年憲法ですが、この憲法は、それまでの革命期のいくつかの憲法と異なり、「人と市民の権利」に関する規定を置かず、憲法の目的を「統治の基本法」と位置づけました。つまり、憲法は、「政治ないし統治の constitution」とされたのです。民法が「社会の constitution」とされるのは、こうした憲法の歴史的な自己規定と関係しています。

フランス民法典は、「フランス人の民法典」と公式に表示され、だれがフランス人であるかを民法典自身が規定しています。この「フランス人」を前提にして、参政権の主体は、憲法によってさらに成人男性にしぼり込まれました。民法は、「女こども」を含めて「すべてのフランス人」が市民的権利を享有すると宣言しました。他方で憲法は「女こども」を受動的市民とし、能動的市民たる成人男性にのみ参政権を与えて、政治的な差別

14 Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928 (Nachdruck, 1970), S.36-41 (阿部照哉／村上義弘訳『憲法論』みすず書房、1974 年 54-59 頁。)

15 高橋和之編『新版 世界憲法集』岩波文庫、2007 年 274-277 頁。

を設けたのです。この差別の完全な撤廃は、第二次世界大戦後のことになります。民法典が、フランス的理解において、平等の国家法的根拠であり、社会の constitution だと強調されるのは、以上のような歴史的事情に由来するのです。

ともあれ、大村の「民法は市民社会の基本法」、「公法は私法の特則」という議論は、論理的に広中民法論に通じています。これを超えて、より積極的に、広中民法論に対して、フランス民法典を基礎づけた法思想原理の現代日本における再生版、という位置づけを与えるのが比較法制史学者の水林彪（1947-）です。

水林は、フランス民法典の規範構造（個々の条文の内容）の分析から、大村と同様に、フランス民法典が通説の言う「私法の一般法」ではなく、広中のいう意味での権力秩序を含めた包括的市民社会の基本ルールを定めたものであることを論証します。と同時に、ここが注目すべきところですが、フランス民法典が規定の対象とした大革命後のフランスの市民社会 *société civile* とは何であったかを考察しています。

水林によれば、*société civile* が何であるかは、1789年人権宣言と1791年フランス憲法に次のように示されています。すなわち、<人 *homme* は、自然状態において自由、所有、安全、圧政への抵抗の権利、つまり自然権を有していたが、自然状態ではこれを十分に確保することができないので、この自然状態を脱して、法によって相互保障を確実にするために政治的アソシエーションを設立する。これが市民社会 *société civile* である。この政治アソシエーションのメンバーは、市民 *citoyen* とよばれ、人々の自然権 *droits naturels* は、市民の権利 *droits du citoyen* となる。これが、民法典にいう市民的権利 *droits civilis* の淵源である。 *homme* と *citoyen*, *droits naturels* と *droits du citoyen* は、完全な転換・移行ではなく、重畳的に法秩序のなかに組むこまれる⁽¹⁶⁾。

16 水林「近代民法の本源的性格」『民法研究』第5号（信山社、2008年）1-75頁参照。

フランス民法典の前提となる市民社会 *société civil* は、このように自然状態から移行した人々の新しいアソシエーションであり、政治的経済的社会に他なりません。フランス民法典は、それゆえ、この新しい社会、フランス共和国のメンバーを決定するための国籍に関する規定を置いたのです。

さて、このようなコンセプトに対して、明治に制定された日本の民法典はどのように関わったのでしょうか。そこで、日本民法典についてみてみましょう。

5. 日本の民法典と市民社会—大日本帝国憲法と日本国憲法に対する関係

日本民法典とフランス民法典との対比で象徴的なことは、日本民法典第1条が「私権の享有は出生に始まる」と規定していることです。この規定は、二つの重要な意味をもっています。一つは、「私権の享有」の解釈であり、<民法は自然権ではなく、実定法上の権利を対象とし、また、国家に係る権利である公権を対象にしない>と確定されました。私権とは、フランス民法典の *droits civil* のように、参政権をのぞいた市民的権利ではなく、ドイツ的に私的性質の権利に限定するという解釈が採られたのです。民法起草にあたった三博士のうち梅謙次郎（1860-1910）はフランス的解釈を主張し、これに対して富井政章（1858-1935）がドイツ的解釈を主張し、後者が採用されました¹⁷⁾。つまり、日本民法典は、フランス型の市民社会の基本法ではなく、ドイツ型の「公私法二元論」に基づき「私法の一般法」として制定されたのです。

もう一つは、第1条が出生によってすべての人々が例外なく私権の享有能力、権利能力をもつことを規定し、この限りで人間の平等を宣言した

17 このテーマについて岡田正則「フランス民法典とドイツの国民国家形成—civil 概念の対外的機能に関する考察」水林彪他編『法と国制の比較史』日本評論社、2018年175—196頁、同「私権・人権と市民的権利—フランス革命期の憲法・民法典における *civil* と *citoyen*」水林彪／吉田克己編『市民社会と市民法—*civil* の思想と制度』日本評論社、2018年119—148頁参照。

ことです。日本民法典1条が参照したドイツ民法典1条は、「人間の権利能力は、出生の完了とともに始まる」と規定します。この規定の画期性は、ゲルマン法（ドイツの伝統的慣習法）の大家として知られた民法学者オットー・フォン・ギールケ（Otto von Gierke 1841-1921）によれば、「ドイツでは奴隷制が認められないことを宣言した」と意義づけられました。まさに、日独民法の第1条は、近代民法典の原理である平等を宣言するものでした。

日本民法典の制定は、幕末に列強から押しつけられた不平等条約を改正し、国際的な対等の地位を回復するため、明治初期日本の最大の政治目標を実現する手段として位置づけられました。列強は、条約改正の条件に、泰西（ヨーロッパ）主義による法制度・裁判制度の整備を求めています。それゆえ、日本民法典の制定は、明治日本社会の近代化（欧米化）の手段であっても、新たな日本の市民社会形成の基本として位置づけられたわけではなく、フランス民法典が大革命、人権宣言を経て、市民社会の基本法として制定されたのとは、その歴史的背景を異にしました。

日本民法典の制定については、初期にフランス民法典の翻訳をそのまま使うという荒っぽいプロジェクトも試みられますが、フランス人法学者ギュスターフ・エミール・ボアソナード（1825-1910年）を招聘し、かれに起草が依頼されました。ボアソナードは、明治政府の欧米使節団がフランスで知己をえて来日を招請、当時かれはパリ大学法学部のアグレジェ（教授資格の保持者）でした。1873年に48歳で来日し、1895年まで22年間滞在し（1889年一時帰国）、その間、法学教育も行い、また日本政府の法律顧問として活動しました⁽¹⁸⁾。

ボアソナードは、法というものが人類に普遍的な自然法 *droit naturel*（当時「性法」と訳されました）に基づくものであり、フランス人であっても

18 ボアソナードの人と活動、民法典起草の経緯については大久保泰甫『日本近代法の父 ボワソナード』岩波新書、1977年、池田真朗『ボワソナードとその民法』慶応義塾大学出版会、2011年参照。

自然法に通じる自分が起草すれば、日本に妥当するものができると自信をもっていました。ましてや財産法は、条約改正の条件として泰西主義によるべきことが列強から要求されており、かつ、急務であって、自分が起草することが適切だと考えました。ただし、親族法、相続法は慣習と伝統に規定されるところが大きく、これは自分が起草するのは無理であると判断し、そこで親族法・相続法は、日本人委員が起草することになります。民法の編別構成はフランス民法典のモデル（人、物、行為に区分する、いわゆる「提要方式」）を採用しました。

ボアソナード民法の起草は、1879（明12）年からおおよそ10年を経て完成し、1890（明23）年、日本帝国憲法施行と同年に公布されます。財産編572条、財産取得編285条、債権担保編298条、証拠編164条、合計で1319条、これだけでもすでに現行民法1050条を超えています。これに日本人委員起草の人事編および財産取得編の相続関係規定が加わります。財産法部分の施行は1893（明26）年1月1日とされ、日本人委員の手によって起草された人事編および財産取得編相続関係分は、1890（明23）年公布、こちらも1893（明26）年1月1日施行と決まります。

ここで生じたのが、有名な法典論争です。公布されたボアソナード民法典の施行を前に施行反対、延期による手直しの主張が法学界から強くおこり、そして社会に広がり、最終的に反対論が勝利することになります。反対派の法学士会（東大法学部出身者の会）が1889年春季総会で、拙速主義と泰西主義による慣習無視を批判して反対意見を採択し、口火を切ります。これに対してボアソナードが教育した司法省法学校系の法律家達は、施行断行を支持します。論争は私学にも拡大し、英法系学者が施行延期、仏法系学者が施行断行に分かれました（英法系は東京法学院／現中央大学、東京専門学校／現早稲田大学、仏法系は明治専門学校／現明治大学、和仏法律学校／現法政大学）。

反対論のスローガンとしてもっとも有名になったのは、帝国大学憲法教授であった穂積八束の「民法出でて忠孝滅ぶ」です。かれの非難は、「断行派は、耶蘇教国にならって極端な個人本位の民法を布き、3000年来の

祖先教に基づく家制を弊履のごとく捨てようとしている」というものでしたが、ボワソナアド民法典の個々の内容にまったくふれず、一般的なレッテルはりの攻撃であり、日本人委員の起草した人事編・相続編が日本の「慣習」や「美風」に反するものを斥けており、かれの非難は当時すでに的外れと反論されていました。

このなかでボワソナアド民法典に対する批判としては、憲法の起草にも（伊藤博文を助けて金子堅太郎とともに）関わった切れ者の法制官僚、井上毅のものが重要だと考えられます。かれの批判の論点は、①憲法と矛盾すること、②固有の慣習を破ること、③学術講義の条の多きこと、④個人主義に偏すること、でしたが、とくに憲法に矛盾するという論点が注目されます。大日本帝国憲法の発布はボワソナアド民法典公布の1年前、そして民法典の公布の年に施行されたのですから、当然、憲法との関係が問題になります。では、大日本帝国憲法とはどういうものであったかです。

明治維新以来、日本の国家体制をどのように定めるか、大いに議論が起きました。そこには、フランス流の天賦人權論と人民主権論、イギリス型の議院内閣制など、さまざまな方向性が模索されました。大正デモクラシーの時代に民本主義を唱えた吉野作造によれば、自由民権期当時の知識人の多くは、人民主権を当然のことと考えていたされます⁽¹⁹⁾。

このような状況の下に、明治政府では伊藤博文が中心となって憲法制定にあたることになり、かれはヨーロッパに留学し、ベルリン大学のルドルフ・フォン・グナイスト（1816-1895）、ウイーン大学のロレンツ・フォン・シュタイン（1815-1890）に学んで、自信を深めて帰国したと言われます（留学期間は1882年3月-1883年8月）。伊藤の自信とは、いまやヨーロッパでは、フランス型の社会契約論・天賦人權論は退潮し、国家有機体説（国家は人民の契約によって作られるものではなく、国家と人民は歴史的に一体的に生き物のように生成するものである）が有力であること、そして君

19 宮地正人『通史の方法—岩波シリーズ日本近現代史批判』名著刊行会、2010年116—117頁。

主権体制が趨勢であるということでした。さらに、グナイストは伊藤に、国を立てるためには宗教が重要であり、キリスト教国でない日本にはそれに代わるものが必要だ、とアドバイスをし、そこで、伊藤は、国民の天皇崇拜を日本という国を立てるための宗教として仕組むことを構想したのです⁽²⁰⁾。

こうして大日本帝国憲法は、開闢以来万世 1 系の天皇を統治権者である君主とし、かつ、天皇を天照皇大神の子孫である生きている神、現人神と位置づけ、その統治権を代わって行う国家機関として内閣、帝国議会、裁判所を設置し、人民の政治参加（参政権）を極めて制限的に（成年男子の高額納税者）認めました。法の下での平等の規定はおかれませんでした。日本の普通選挙権（25 歳以上の男子選挙権）の導入は第一次世界大戦ののち、大正デモクラシーに支えられて 1925 年に実現し、女子参政権の承認は戦後 1946 年のこととなります。

ジョン・ロックが、17 世紀末に社会契約論によって批判したのは、「王権神授説」です。この説は、君主の統治権を神によって授けられたものとして正当化するものであり、ロックの社会契約論は、これに対して人民主権の基礎づけを行うものでした。大日本帝国憲法は、これに対して、ロックの著作から 200 年後、フランス革命から 100 年後の時代に、王権神授説どころか、君主＝天皇が神としてこの国を統治し、その統治権は神代における日本という国の建国以来のものであると憲法で宣言したのです。大日本帝国憲法が制定されるまで、自由民権期には社会契約論的人民主権の主張が有力な思潮であったにもかかわらず、憲法制定によって、日本は神の国、現人神が統治する国と規定されたわけです。このことを国民に教化するために天皇自らの著作という形で示されたのが教育勅語（1890 年 1 月）でした。

この憲法の下で、市民が自由・平等の主体であり、社会の主人公である

20 内田貴『日本における法学の誕生』筑摩書房、2018 年第 8 章、瀧井一博『伊藤博文一知の政治家』中公新書、2010 年第 2 章参照。

というフランス型の民法典の精神を実現することは困難です。法典論争は、延期派が支持を集めて、帝国議会在が 1892（明 25）年 11 月に延期法案を可決しました。とはいえ、外交課題としての条約改正のために、また、日本に近代的な産業と商業取引を起こすために、経済的取引、財産関係に係る一般法としての民法の制定は絶対に必要でした。

施行延期を受けて、当時の伊藤博文内閣は、1893（明 26）年 3 月に「法典調査会」を設置し、梅謙次郎、富井政章および穂積棟重の三博士を起草委員に任命しました。その編纂方針は、①ボアソナード民法典を根本的に改修する、②法典の様式をフランス民法典方式からドイツ民法典方式に変える（いわゆるパンデクテン方式を採用し、編別の順序は 1861 年制定のザクセン民法典にしたがって総則編、物権編、債権編、親族編、相続編とする）というものでした。ヨーロッパではプロイセンがオーストリア、フランスとの戦争に相次いで勝利し、1871 年にドイツ帝国を創設、その後帝国全体に適用すべき民法典の編纂が 1874 年から開始していました。1888 年にドイツ民法典第一草案が発表され、法典調査会はこれを利用することができたのです。起草委員の一人、富井は、そもそもボアソナード民法典が編纂中のドイツ民法典を参照していないことを批判していました。

法典調査会は、1895（明 28）年に前三編（総則、物権、債権）、1897（明 30）年に親族、相続編を完成し、1896（明 29）年、1898（明 31）年にそれぞれ公布、同年に施行されました。ここで重要なことは、親族、相続編において、日本の伝統として家父長である戸主が家の構成員を指揮監督する「家制度」が採用され、国家における神権天皇制と社会における家父長制的家制度が明治の統治体制の二本柱になったことです。

法典調査会の編纂作業は、多くの外国法令を参照し、とくに新たにドイツ法を参照してのボワソナード民法典の改正であり、決してその否定ではありませんでした。施行延期派がボワソナード民法典を外国産の民法だといくら非難しても、ヨーロッパの民法制度を参照することなしに民法典をつくることはできません。こうして独仏混淆型の民法典ができあがります。

独仏民法典の半分以下に条文数が絞りこまれ、社会の発展にしたがって柔軟に対処できるように、より一般的な規定の仕方が選択されました。条約改正と産業の発展の手段として急いで創り出された日本民法典は、ともあれ、裁判所と学説の運用によってその後日本の法体系を支えることになります。

ちなみに、佐野智也の研究によると、法典調査会での起草作業において、参照された国・地域ごとの回数は、ドイツ 790 回、フランス 708 回、イタリア 695 回、スペイン 646 回、ベルギー 636 回、オランダ 577 回、オーストリア 480 回、ポルトガル 260 回ということです。この他にドイツのザクセン 346 回、プロイセン 252 回、バイエルン 108 回が加わりますが、イタリア、スペイン、ベルギー、オランダ、ポルトガルは、フランス民法典の影響をうけている国々ですから、ドイツ系、フランス系の参照頻度は拮抗していると言えます。以上のほかに、参照の国名だけを数えると、モンテネグロ、スイス、インド、アメリカ、イギリス、カナダ、アルゼンチン、ハンガリー、エストニア、ラトビア、デンマーク、と多岐にわたり⁽²¹⁾、法典調査会における日本民法典の起草過程は比較法の学習過程のようです。

以上のように、大日本帝国憲法下の明治民法典は、富国強兵を進める日本社会の近代化の手段として役割を果たしますが、自由と平等の市民社会の基本法という性格をもつことができませんでした。第二次世界大戦後の日本国憲法は、「人類普遍の原理」として社会契約論的人民主権の思想を基礎にして制定され、家父長制的家制度を排して、この憲法の下で、民法もはじめて十分な形で、市民社会の基本法という位置づけで議論できるようになりました。戦後の民法改正で日本国憲法を受けて、「この法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等を旨として、解釈しなければならない」という規定が新設されたことの意義は、とても大きいといえます。日本国憲

21 佐野「民法起草時における参照外国法令の分析」『名古屋大学法政論集』第 257 号（2014 年 9 月）89—108 頁。

法のもとで初めて、市民社会論は、民法の位置づけについて重要な役割をもつものとして論じられることになったのです。

6. 市民社会と民族共同体—ドイツ民法典の危機

日本における法典論争のように、民法典が自国の伝統や慣習に合わないから改正すべきだという議論は、じつは極めて深刻な形でドイツに現れました。それは、ヒトラーとナチス党の独裁体制下でのことです⁽²²⁾。

ナチス党、正式には国家社会主義ドイツ労働者党 (Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei=NSDAP) は、1926年制定の党綱領において「唯物論的世界秩序に奉仕するローマ法に代えて、ドイツ共通法 (deutsches Gemeinrecht) を制定する」と規定しました。ヒトラーは、ナチス党が国会選挙で比較第一党になり大統領から帝国首相に任命され、1933年1月に内閣を組織します。3月には、謀略とテロによって、ナチス反対派の社会民主党、共産党を弾圧する中で、国会で全権委任法 (授權法ともいう) を成立させます。この法律は、憲法改正を含む法律制定権を事項無限定にヒトラー内閣に与えるものであり、ヒトラー独裁体制確立の制度的起点となりました。ナチスは、議会制定法を通じて新しい独裁体制を確立したことを自賛して「合法的革命」と喧伝しました。

ナチスの法理論は、ドイツ民法典に対して、ローマ法に由来する19世紀の個人主義・自由主義・唯物主義 (物質的欲望を第一にする) の産物という批判を展開します。そこで、民法典をどうするか、ナチス党の法律関係の指導者、ハンス・フランクは、権威ある法律家 (大学教授と法実務家) の組織 (「ドイツ法アカデミー」) をつくって検討を始めます。1939年には、帝国司法部が民法典解体案を提唱 (「民法典からの訣別」) し、これは職業身分ごとの個別法をつくる (農民法、労働者法、手工業者法、官吏法、兵

22 ナチス体制と民族法典草案については広渡「ナチス私法学の構図」、「ナチス法研究覚書」同『ドイツ法研究—歴史・現状・比較』日本評論社、2016年第1章、第4章参照。

士法など) という構想でした。これに対してドイツ法アカデミーは、個別解体案を退け、民法典に代えて「民族法典」制定の目標をかかげて審議を進めることとなります。

民族法典の基本コンセプトは次のようなものでした。すなわち、<民法典は市民 Bürger の法だが、市民というのは、抽象的な概念であり、具体的には民族共同体の一員として把握するのが正しい。ナチスが最も価値をおくのは、ドイツ人の民族共同体であり、ここにはユダヤ人は入れない。民族共同体の一員である者は、自分の身体と財産のすべてを使って民族のために奉仕しなければならない。これまで権利と言われていたものは、民族共同体に奉仕する義務を遂行するための職務権限に他ならない。>

1942年には、ドイツ法アカデミーの審議の成果として、民族法典草案の「基本原則」および第1編が公表されました。基本原則は、「民族共同体の生活の諸原則」の筆頭に、「最高の法律は、民族の福祉である」と規定しました。第1編は「民族同胞」と題され、第1条は「①すべての民族同胞は、自己の人身と財産によって、民族共同体の存続と繁栄のために必要なものを与えなければならない。それゆえ、労働と兵役奉仕を行い、公的負担に寄与し、民族共同体の生活に義務意識をもって、かつ、精神的に協働しなければならない。②そのために法秩序は、民族同胞にその人格と責任の表現として民族共同体における法的地位を保障する」⁽²³⁾と規定しました。この規定の内容は、まさに、ナチス法理論の主張そのものでした。

これまで見たように、民法典は、出生とともにすべての人間が平等に権利能力を与えられ、自由な所有と自由な契約によって活動し、その生活を形成するという基本原理に立っています。これに対して、民族法典ではすべてが民族共同体への奉仕に収斂するものとされます。こうして、自由と権利の主体である市民が構成する「市民社会」は否定され、代わりに民族

23 Vorgelegt von Justus Wilhelm Hedemann/Heinrich Lehmann/Wolfgang Siebert, Volksgesetzbuch. Grundregeln und Buch I. Entwurf und Erläuterungen, 1942, S.11. U. 15.

同胞が民族のために奉仕すべき「民族共同体」が立ち現れます。

ナチスが民法典を否定するのは、それがローマ法の産物、つまり外国産の法であり、それに代わってドイツ民族にふさわしい法をつくることが必要だとみなしたからです。それでは、歴史上、ドイツ民法典の成り立ちはどうだったのでしょうか。

ドイツは、10世紀の半ばに（962年）、大小さまざまな君主や領主が一人の皇帝を認めて、「ドイツ人の神聖ローマ帝国」を創りました。ローマ帝国に侵入したゲルマンの人々は、自分たちをローマ帝国の継承者だと位置づけ、帝国を建設したのです。そしてこの帝国の国家としての枠組みは、ナポレオンとの戦争でドイツの国々が敗北する、19世紀はじめまで続きました（1806年）。神聖ローマ帝国の裁判は、地域ごとの、また各身分、つまり貴族、農民、手工業者ごとの法により、また、ゲルマンの慣習法を法的規準として行われましたが、1495年に皇帝のもとに創設された帝室裁判所は、その裁判を「帝国の成文法」たる「書かれたる理性としてのローマ法」にしたがって行うべきことを定めました。こうして、ローマ法が帝国の共通法になります。

その背景を成したのは、ヨーロッパにおけるローマ法の研究・教育の進展でした。12世紀にはボローニャ大学でローマ法に基づく法学教育がはじまり、その後ヨーロッパ各地に設立される大学で、ボローニャ方式で法学教育が行われるようになります。教材とされたローマ法は、529年から534年にかけて東ローマ帝国（ローマ帝国は395年に東西にそれぞれ皇帝を戴く形になり、西ローマ帝国は5世紀の末に滅亡し、東ローマ帝国は1453年にオスマン帝国によって滅ぼされるまで続きます）のユスティニアヌス皇帝が編纂した「ローマ法大全（Corpus Juris Civilis）」でした。ドイツの法律家たちは、こうして共通の法学的知識をローマ法に基づき形成し、帝室裁判所によるローマ法採用の前提条件を作りだしたのです。これが「ドイツにおけるローマ法継受」とよばれることになった歴史的事象です。

神聖ローマ帝国の崩壊後、ばらばらになったドイツの諸国は、そのなか

で最も軍事的に強力になったプロイセン王国が中心となり、1871年に25カ国が集まって「ドイツ帝国」を創建します。プロイセンは、このような形でドイツ統一を実行するために、オーストリア（1866年）およびフランス（1870年）と続けて闘い勝利し、ドイツ帝国の結成にこぎつけたのでした。そして、この25カ国の法の統一を図るために、1874年からドイツ民法典の編纂事業は始められました。

ドイツでは、このように民法典の制定前から、長い間、法律学によってローマ法源を基にした体系的な理論がつくられ、それによって教育された法律家が司法や行政を担っていました。ローマ法を法源にして学問的に形成された規範体系は、ドイツ各地域の特別法に対して、ドイツ全体に適用しうる「普通法」と位置づけられ、それゆえ、民法典の制定は、ドイツにおけるローマ法の継受以来、ドイツ地域で発展してきたローマ法学の集大成という意義をもっていました。

1888年に民法典の第一草案が公表されたとき、オットー・フォン・ギールケは、ゲルマン法学者としてこれを全面的に分析すべく1冊の著書を刊行し（『ドイツ民法典草案とドイツ法』1889年）「ドイツ的でなく、民族的でなく、創造的でもない」「新しい私法の道徳的、社会的使命がどこにもみあたらない」と批判しました。また、社会主義的法曹として知られるアントン・メンガー（1841-1906）は、『民法と無産者階級』（1890年）において、民法典が有産者階級（ブルジョアジー）に資するものにすぎないと批判し、無産者階級（プロレタリアート）の利益を考慮する法典を要求しました。最終的に制定されたドイツ民法典は、このような批判（ゲルマン法的、社会的、また、階級的批判）に多少は応えるものでしたけれども、ローマ法に由来するという基本的性格を変えるものではありませんでした⁽²⁴⁾。

ナチスが掲げたローマ法にかえてドイツ共通法という要求は、民法典制

24 Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.neubearbeitete Auflage, 1967, S.468-475.

定時のこうした批判が示すように、全く根拠がなかったわけではありませんが、しかし、ドイツ法学の形成史自体が長いローマ法継受のプロセスそのものであり、これを全面的に否定することなどできない相談でした。ドイツにおけるローマ法の継受は、日本が極めて短期間に西欧諸国から学んで民法典を作ったこと（これは日本による「外国法の継受」とよばれます）とは、大きく異なっています。そして決定的なのは、民族法典草案の内容が「ローマ法からドイツ共通法へ」という大義名分と何のかかわりもなく、ひたすら戦争国家が国民を最大限動員するという目的を示すものだったということです。

幸いなことに、民族法典の制定作業は、戦争の激化のなかで、中断され、法典編纂は完成しませんでした。ヒトラー自身は、もともと法というものに何等の重要性も認めず、政治の手段としか考えていなかったため、民族法典制定に関心も熱意もありませんでした。ドイツ民法典は、こうして、第一次世界大戦後のワイマール革命とドイツで初めての共和国の成立、これを転覆したナチスの独裁制、第二次世界大戦の敗北と東西ドイツへの分裂、そして1990年の東西ドイツ統一を経つつ、政治権力の変遷を超えて、今日まで妥当し続けています。

7. まとめ—市民社会論の意義

最後に、今、なぜ「民法と市民社会」というテーマを取り上げたかをあらためてまとめてみましょう。

市民社会という概念は、次のことの重要性を私たちに示しています。すなわち、＜私たちが生きている、この時代において、国家という一つのまとまりを考える場合、社会を秩序づける国家というものは、神によって選ばれた統治者、あるいは自ら神であると称する統治者が、その理由によって統治を正当化できるようなものではない。国家は、社会を構成するメンバーがそれぞれの自由と権利（自分のものを自分のものとして他人に主張し得る地位）を相互に保障しあうために、そのための秩序を作り維持するべく設立し、組織したものであると理解しなければならない。国家は人々

の相互の契約、社会契約に基づいて形成されており、そのゆえに、一人ひとりが自立して責任を負う主権者だと認識しなければならない。

市民社会とは、社会の構成メンバーが、こうした自己理解にたって共同して営みを行う社会のことです。もっと簡単にいえば、私たちが共生しているこの社会の成り立ちは、まず国家ありき、私たちより国家が先にある、優先するのではなく、まず私たちがあり、国家は私たちのよりよき生活のための手段であり、国家の運営は私たちの総意に基づき、私たちの福利を目的に行われるべきものである、ということです。市民社会とは、そのように相互に認めあった市民の集団であり、民法はその市民社会における相互交渉の原理とルールを規範化したものである、ということになります。

民法典の原理は、社会の構成員がその出生によって等しく自由な権利主体であり、その意思に基づいて、所有と契約の自由の上に社会のなかで他の構成員との関係を形成していくことを保障するというものです。これに対して、ナチスの民族法典草案の原理は、社会の構成員に対して民族共同体の手足として、民族共同体とその政治的形態たる国家に無条件に奉仕し、国家のために死ぬことを要求しました。ヒットラーの側近、ナチスの最高幹部の一人、国民啓蒙宣伝大臣のJ・ゲッペルスは、国民を戦争に動員するためには、ヒトラーを神のように崇拜させることがカギだと考えたが、さすがにドイツではこれが無理だと悟り、この点で、当時の日本で天皇が神として崇拜されていることをとても真似ができない、羨ましいことだと述懐したそうです。ナチスは、同時代の日本の天皇制と軍国主義をそのように認識していたのでした⁽²⁵⁾。

戦後、日本国憲法は、社会契約論的人民主権の原理にたってこれを人類普遍の原理と宣言し、天皇を国民の総意に基づく象徴と位置づけました。とはいえ、昭和から平成への、平成から令和への代替わりにおいて、戦前のように、神としての天皇の代替わりの儀式が基本的に踏襲され、神話と

25 宮田光雄『ボンヘッファー——反ナチ抵抗者の生涯と思想』岩波現代文庫、2019年 第8章参照。

歴史が切断されるどころか、国費を使って、その連続性を儀式化するという事態が続いています。これは、市民社会のコンセプトからすれば認めがたいことと言わなくてはなりません。

大日本帝国憲法の下で、民法は市民社会の基本法という役割を發揮することができませんでした。その役割は、資本主義的経済体制を作り出すために、財産関係における意思自治、私的所有と契約自由の承認に限定されていました。同時に、大日本帝国憲法下で家制度を枠づけ、家父長制的社会構造を支える作用を持ちました。日本国憲法によってはじめて、市民社会の基本法であるという民法の思想は、全面的にその意義を社会において貫くことができる条件を獲得しました。日本国憲法なしの民法の役割は、それほど期待できるものでないかもしれません。とはいえ、民法と近代市民社会の関係を探り、民法の思想を理解し位置づけることは、法と社会のあり方を展望するうえで小さからぬ意義をもつものだと思います。

(本稿は、2019年12月6日、名城大学法学部において「社会の変化と民法」という企画の下で、中国清華大学法学院龍俊副教授の「民法典編纂の中の重大問題」に続いて行った講演の原稿に加筆補正したものである。)