

西洋 近代民法의 여러 類型

水林彪*

목 차

- I. 머리말
- II. 영국법(Common Law)과 프랑스·독일법(Civil Law)
 - 1. 두 類型의 原理的 對立
 - 2. 대립의 근거
- III. 프랑스민법과 독일민법
 - 規律對象 (société civile과 Bürgerliche Gesellschaft)의 質的 差異-
 - 1. 프랑스민법
 - 2. 독일민법
 - 3. 프랑스민법과 독일민법의 대립의 근거
- IV. 맺음말

[국문 요약]

서양근대민법에는 크게 보아 두 가지 유형이 존재했다. 하나는 커먼로(영국법), 또 하나는 씨빌로(프랑스법, 독일법)이다. 두 유형의 대립의 본질은 근대시민사회를 규율하는 법을 체계적으로 인식하여 그 언어화를 수행한 씨빌로—프랑스 : 도마(17세기말)와 포티에(18세기 후기)의 민법학, 프랑스민법전(1804년) 등, 독일 : 사비니 이후의 판덤펠 법학(19세기), 독일 민법전(1910년) 등—와, 그러한 체계화를 원리적으로 거부한 커먼로와의 대립이다. 두 유형의 대립에서 가장 중요한 근거 중 하나는, 근대시민사회의 선진적 형성(영국)과 후진적 형성(프랑스, 독일)이었다. 영국에서는 사회적 경제적 차원에서의 근대화가 자생적으로 선행하고, 법(前近代法)은 그 작용에 대응하기 위한 개별적 개량의 집적이라는 형태로 근대법화를 수행해 나갔다(형식적 측면에서의 전근대법의 유지와, 법의 내실의 근대화). 대륙 유럽에서는 상대적으로 후진성 때문에 사회의 근대화를 위해서는 우선 구체제를 대신하는 새로운 시민사회 원리

* 와세다(早稻田)대학 법학학술원 교수(비교법사)

의 언어적 체계화(법학 내지 법전)가 필요하고 그 지도 아래에서 근대시민사회가 창출되어야 했다. 프랑스 민법과 독일민법은 커먼로와 대비하면 위와 같은 공통 성질을 가지면서도 그 내적 편성에 주목하면 중요한 차이가 존재하였다. 프랑스민법이 경제적이면서도 정치적이기도 한 시민사회(société civile) 전체를 규율하는 법이었음에 대해, 독일민법은 정치적 국가(politischer Staat)와 경제적인 시민사회(Bürgerliche Gesellschaft)가 분리된 이원적 질서에서 후자를 규율하는 법이었던 것, 바로 이것이 양국 민법의 가장 근본적인 차이였다. 위와 같은 차이가 발생한 가장 중요한 근거는, 여기에서도 프랑스의 선진성, 독일의 후진성이었다. 프랑스의 근대 시민사회(société civile)는 절대군주제국가와 새롭게 발흥하고 있던 경제적 정치적 시민사회의 절대주의적 이원적 질서가, 후자에 의한 전자의 부정(혁명)이라는 형태로 극복됨으로써 형성되었다. 반면 독일에서의 國制의 근대화는, 그 후진성 탓에 절대주의적 이원질서가 근대군주제적 관료제국가와 자본주의사회와의 근대적 이원질서로 전환되는 형태로—즉 내실에서는 변화가 생겼으나 질서의 이원적 자체는 그대로 유지되는 형태로—이루어졌다.

[주제어] 커먼로, 씨빌로, 프랑스민법, 독일민법, 정치적 경제적 시민사회 이원질서, 정치적 국가와 경제적 시민사회의 분리

I. 머리말

서양근대의 민법에는 내용과 형식 양면에서 날카로운 대립을 내포하는 몇 가지 유형이 존재했다. (1) 우선 영국법과 서구대륙법의 類型的 對立이 인정된다. (2) 그리고 영국법에 대해서는 한 덩어리로 묶을 수 있는 서구 대륙법 속에서도 프랑스민법과 독일민법의 유형적 대립이 존재했다. 본고에서는 대략 위와 같은 구조를 가지는 서양 근대민법의 유형들에 관해 생각해 보고자 한다.¹⁾

-
- 1) 이 글은, 아래의 필자의 5편의 논문을 토대로 작성된 것이다. 특히 제2장은 ③, ⑤, 제3장은 ①, ②, ④를 기초로 한 것이다. 상세한 내용은 이들 논문을 참조하기 바란다.
- ① 「近代憲法の本源的性格—société civileの基本法としての1789年人權宣言・1791年憲法—」, 戒能通厚・榊澤能生 編, 『企業・市場・市民社會の基礎法的考察』(日本評論社, 2008).
- ② 「近代民法の本源的性格—全法体系の根本法としてのCode civil—」, 廣中俊雄 責任編集, 『民法研究』5(信山社, 2008).
- ③ 「法のトリアーデ考—法實務・法解釋・基礎法學—」, 曾根威彦・榊澤能生編, 『法實

II. 영국법(Common Law)과 프랑스·독일법(Civil Law)

1. 두 類型의 原理的 對立

일본은 19세기 말에 ‘近代化’-그 일환으로서의 서구 근대법의 계수-를 하면서, 유럽법 중에서도 대륙법(프랑스법, 독일법)을 계수하게 되었는데, 이 선택의 최대의 이유 중 하나는 프랑스 및 독일이 成文의 法典을 가지고 있다는 것이었다. 內發的·自生的·漸次的으로 체제 전환이 일어나는 경우에는, 반드시 성문의 법전은 필수가 아니며, 오히려 개별 사항들에 대한 개별 대응의 축적에 의해 체제 전환이 이루어지는 것이 가능하다는 사실을 역사적 경험은 가르쳐 주고 있지만(영국의 ‘근대화’), 일본의 경우와 같이, 외압에 의해 급격하게 체제 전환이 강요된 경우에는, 건설해야 하는 국가와 사회의 모습이 제정법의 형태로 체계적으로 명시되어 있는 대륙법을 모범으로 삼는 것이 편리했던 것이다. 일본의 근대민법은, 우선 프랑스법을 모방했고(보아소나드 Boissonade 민법전초안을 기초로 한 舊民法), 이어서 독일법을 모델로 삼기에 이르렀다(개개의 조문에 관해서 보면, 프랑스법의 영향도 많이 남아 있었지만 민법전의 체계의 면에서는 독일의 판테넨식이 되었다). 그러나 새삼 말할 것도 없이, 成文民法典은 실질적인 의미에서의 근대민법의 하나의 형태에 지나지 않는다. 또 하나의 형태로 커먼로가 있다는 것은 주지의 사실이다.

커먼로(the common law)와 씨빌로(the civil law)-프랑스와 독일의 민법을 일괄하여 씨빌로라고 부르기로 한다-의 대립은, 판례법과 제정법의 대립으로서 설명되는 경우가 적지 않다. 물론 이와 같이 대비하는 것이 잘못된 일은 아니다. 이들은 두 가지 유형의 現象的인 측면을 적확하게 파악하고 있다고 할 수 있

務、法理論、基礎法學の最低位-法學研究者養成への示唆-』(日本評論社, 2009).

④ 『近代民法の原初的構想-1791年憲法律に見えるCode de lois civilesについて-』, 廣中俊雄 責任編集, 『民法研究』 7(信山社, 2011).

⑤ 『實定法學の基礎法學』, 『法律時報』 83-3(日本評論社, 2011).

다. 그러나 그와 같은 현상을 만들어내는 두 유형 각각의 본질에 주목하면, 법이 개별 사건의 개별적 해결의 집적으로서 존재하고 있는 나라(커먼로 국가)와 법이 근대시민사회를 규율하는 규범의 體系的 記述의 형태로 존재하고 있는 나라(쾨빌로 국가)의 대립으로서 파악하는 것이 가능하다고 생각된다. 위에서, 근대 독일을 성문의 민법전을 가지는 나라라고 표현했지만, 정확하게 말하면 이것이 타당한 것은 독일민법전(Bürgerliches Gesetzbuch, 이하 BGB로 부른다)이 시행된 1900년 이후의 일이며, 19세기의 독일은 전체적으로 보면 제정 민법전을 가지지 않은 나라였다. 그럼에도 불구하고, 19세기의 독일은 판덱텐 법학이라는 형태로, 근대 시민사회의 체계적 언어화를 달성하고 있었다. 제정 민법전을 가지는가 아닌가 하는 것보다, 근대 시민사회를 규율하는 lois, Gesetze를 체계적으로 인식하는 학문이 존재하고 있었는가 아닌가가 더욱 근본적인 차이이다. 이 기준으로 서구법을 관찰하면, 커먼로(영국법)와 쾨빌로(프랑스·독일법)의 대립이, 서구 근대법의 제1차적인 구분이었다.

여기에서 이 두 유형의 대립에 관해, 조금 더 구체적으로 생각해보기로 하자.

프랑스에서는, 근대 시민사회의 法理의 體系的 記述은, 우선 도마(Jean Domat, 17세기 말)나 포티에(Robert-Joseph, 18세기 후기)의 민법학, 이어서 Code civil(1804)의 형태를 취했고, 독일에서는 사비니(Savigny) 이후의 판덱텐법학(19세기), 이어서 BGB(1900)에 의해 이루어졌다. 이에 대해 영국에서는 커먼로의 法典化는 물론이고, 커먼로를 체계적으로 기술하는 법학도 형성되지 않았다. 그렇게 하려는 시도가 없었던 것은 아니지만(예를 들면 블랙스톤 Sir. William Blackstone, 『英國法釋義』, 1765~1769년), 체계화된 순간에 실무가는 “그것은 더 이상 커먼로가 아니다”라고 하여 그에 대해 부정적이었다. 여기에서는, 실정법은 법실무(법에 종사하는 직업인들의 개별적인 事案處理 技術의 集積)로서만 존재했다.²⁾

2) ヴェーバー(Max Weber), 世良晃志郎 譯, 『法社會學』(創文社, 1974), 326면 이하, 525면 이하. 라플린, 『英國における法律學、法實務、法學教育の關係』, (曾根威彦·榎澤能生編, 『法

커먼로를 위와 같이 파악하고서, 그것과 관련지어서 다시금 씨빌로를 정의 하면, 법학(보편적 법칙 lois, Gesetze를 체계적으로 인식하는 학문)이 존재하고, 또 법실무가 이에 의해 지도되는(보편적 법칙의 개별적 사건에의 적용) 구조를 가지는 법이 될 것이다. 여기에서의 법실무는, 개별 사건을 개별 사건으로서 해결하는 것이 아니라, 보편을 개별에 적용하는, 혹은 개별을 보편에 포섭하는 작업이 된다. 그리고 그 보편을 인식하는 것, 이것이야말로 법학자가 연구하고자 하는 법학이며, 그 법학을 제정법 체계로 만드는 작업이 법전편찬이었다.

2. 대립의 근거

그러면, 커먼로와 씨빌로의 대립은, 무엇을 근거로 발생한 것일까? 이 문제에 관해, 나는 ‘舊 身分制社會로부터 近代 市民社會로의 이행’의 여러 형태라는 견지가 사교의 기축이 되어야 한다고 생각하고 있다.

1) 영국

영국에서의 <구 신분제사회로부터 근대 시민사회로의 이행>의 중요한 특질 중 하나는, 경제적으로는 가장 선진적이면서(農業資本主義, 이어서 산업혁명을 거친 후의 工業資本主義의 형성), 법적으로는 구 신분제 시대의 커먼로적 형태가 변용되면서도 지속되었다고 하는 것이다(이른바 근대적 소유권 개념의 부존재 등). 근대 시민사회 이론의 측면에서는 체계적인 인식이 진전되었지만(존 로크, 『統治二論』, 1689), 그러나 이것은 퓨리턴혁명(1649) 및 명예혁명(1688)에 의해 창출되고 있던 근대 시민사회의 사후적 정당화였다. 먼저 실천이

實務、法理論、基礎法學の再定位－法學研究者養成への示唆－(日本評論社, 2009), 望月 礼二郎, 『コモンロー考』, 『神奈川法學』第30卷 第1號(1995).

있었으며, 事實이 선행되었던 것이다.

2) 프랑스

프랑스에서는, 선진국인 영국을 모델로 의식하면서, 이론(시민사회의 對自的 認識)이 현실(시민사회의 실현)에 先行하여 형성되고(17세기 말~18세기에 형성된 법이론·사회이론), 그 후에 대혁명이 성취되었다(1789).

시민사회(société civile)를 준비한 이론으로서, 법학에서는 도마(Domat)의 *Les lois civiles dans leur ordre naturel*(1689~1694)와 포티에(Pothier)의 민법에 관한 저작(18세기 후기), 사회이론에서는 루소(Rousseau)의 『사회계약론』(1762) 등이 중요하다. 대혁명은, 구 신분제사회를 실력에 의해 일소함으로써, société civile를 구체체로부터 순수한 형태로 추출하는 데 성공했다. 그리고 이 société civile를 규율하는 규범의 체계적 記述로서, 혁명의회와 인권선언(1789)·헌법(1791)을 제정하는 동시에, société civile를 규율하는 根本法典으로서의 Code de lois civiles의 편찬에 착수하게 되었다(1791). 이 움직임은 우여곡절을 거쳐 Code civil(1804)로 귀결되게 된다.

3) 독일

독일에서는, 19세기에 들어와서도 여전히 구 신분제사회를 기초로 하는 國制가 지속되었다. <구 신분제사회로부터 근대 시민사회로의 이행>은, 여기에서는 시민혁명의 성공이라는 경험을 가지지 못한 “철학혁명”-“思想의 하늘에서 이루어진 시민혁명”(하이네[Heine])-으로서 개시되었다(『純粹理性批判』[1781]에서 시작된 칸트의 철학). 그것은 현실(신분제 사회)에 대해서는 눈을 감고, 현실과는 동떨어진 사변의 세계에서 시민사회의 이론을 탐구하려는 시도였다. 그런 만큼 오히려 이론은 예리해지고 깊어졌다. 그러나 반면에 그 이론은 현실 속에서 현실을 保守하려고 하는 사람들에게는, 도움이 되지 않는 공허한

논의가 되었다. 반발도 거셌다. 구 신분제사회의 지속을 사회적 기초로 삼는 독일 낭만주의(칸트적 시민사회이론과는 대조적인 유기체적 국가 관념)의 저항이다. 이렇게 해서 19세기의 독일적 시민사회의 정통 사회철학은, 칸트적 시민사회론과 낭만주의적 유기체론의 止揚으로서의 헤겔 법철학(일원적인 정치사회 인식을 부정하고, '私的인 것'이 지배하는 欲望의 체계로서의 시민사회와, '公共' 내지 '정치'를 체현하는 국가로 분열된 이원적 질서로서 질서 전체를 파악한다)에서 결실을 맺었다(헤겔, 『법철학』, 1821).³⁾

19세기의 독일법학의 기점이 된 사비니(Savigny)의 법학(『현대로마법체계』, 1840~1849; 『채무법』, 1851~1853 등)은, 위와 같은 칸트·헤겔의 철학을 기초로 하는, 독일적 근대 시민사회의 체계적 인식이다.⁴⁾ 그리고 이러한 '私法' 분야의 法教義學을 기초로 하면서도, 그것과는 다른 원리가 지배하여야 한다고 생각된 '公法' 분야의 법학이 형성되게 되었다.⁵⁾

Ⅲ. 프랑스민법과 독일민법

—規律對象 (société civile과 Bürgerliche Gesellschaft)의 質的 差異—

위와 같이 커먼로와의 대비에 있어서는, 근대사회를 규율하는 법리의 全體系的 認識과 그 言語化라는 점에서 프랑스법과 독일법은 같았지만, 그 틀 내에서는 역시 날카로운 대립관계가 존재했다. 그 대립은 무엇보다도 각각의 민법이 규율하고자 하는 대상의 차이에 따른 것이었다. 즉, société civile과 Bürgerliche Gesellschaft의 차이이다.

3) 生松敬三, 『社會思想の歴史: 헤ーゲル·マルクス·ヴェーバー』 岩波現代文庫, 1969(岩波書店, 2002).

4) 村上淳一, 『ドイツ法學』, 碧海純一ほか 編, 『法學史』(東京大學出版會, 1976) 143면 이하 및 原島重義, 2002, 『法的判斷とは何か: 民法の基礎理論』(創文社, 2002).

5) 村上淳一, 위의 글, 153면 이하.

société civile이 어떤 것으로 관념되었는지는 인권선언·헌법·Code civil 및 그 전제가 된 여러 민법전초안 등에서 제시되었다. 이에 대해 BGB까지 통일적인 민법전을 가지지 못했던 독일에서는, Bürgerliche Gesellschaft는 철학과 법학에서 제시되었다. 가장 체계적이고 영향력도 컸던 것은 헤겔의 『법철학』이다. 아래에서는, 이들을 참조하면서 société civile과 Bürgerliche Gesellschaft를 관찰하기로 한다.

1. 프랑스민법

1) société civile

société civile은 정치적이고도 경제적인 사회였다. 그것은, 뒤에서 서술하는, 독일적인 정치적 국가와 경제적 시민사회의 이원적 질서와는 다른, 일원적 질서이다. 다만, 일원적 질서라고는 해도, 거기에는 상대적으로 구별될 수 있는 정치적 계기(association politique, 이하 ap라고 표기한다)와 경제적 계기(économie politique, 이하 ép라고 표기한다)는 존재했다. 이것은, 인권선언이 société를 구성하는 主體에 관해 homme과 citoyen라는 두 단어를 의식적으로 구별하여 사용한 데서 잘 나타나고 있다. 이 對概念에는 이중의 의미가 있었다. 첫째는 (1) 자연 상태(état de nature)에서의 homme과 (2) 정치사회(ap)의 구성원으로서의 citoyen의 대비이다. 둘째는 homme들이 사회계약에 의해 société civile을 형성한 후, ① 거기에서도 여전히 本源的 권리로써 보장되어야 하는 자연권의 주체로서의 homme와, ② 형성된 société civile을 담당하기 위해 정치적 권리를 행사하는 주체로서의 citoyen의 대비이다. 이 문맥에서는, 후자 즉 ①과 ②의 대비가 중요하다. ①은 société civile의 경제적 계기-경제적 계기만이 아니지만, 이것을 중요 부분으로 포함한다-를, ②는 société civile의 정치적 계기를 주체에 대응시켜 표현한 것이다. 그러나 homme(ép의 주체)과 citoyen(ap의 주체)은, 후술하는 독일적 二元論 - Bürger(Bürgerliche Gesellschaft의 주체)와 Untertan(Politischer Staat에서의

통치객체)-의 경우와 같이 분열되어 있는 것은 아니다. 상대적으로 구별되면서도 통일되어 있었다. 그 통일의 방식은 homme이 사회계약을 통해 citoyen이 되는 것은 homme의 자연권을 보호하는 것이 목적이고, 그 의미에서 homme은 목적이며 citoyen은 수단이라고 하는 것이었다.

이렇게 해서, société civile이란 homme의 ép와 citoyen의 ap의 통일이다. ap에는 結社 내지 團體 일반에 타당한 것으로서 당연히 管理部門이 존재하는데, 여기에서는 pouvoirs publics(공권력=입법·집행·재판이라는 세 개의 권력)가 그것에 상응하는 것이었다. 중요한 것은, pouvoirs publics는 ap으로부터 遊離된 존재가 아니라는 것이다. pouvoirs publics에서의 最高存在은 ap의 구성원인 citoyen들이 선거를 통해 형성하는 立法議會이며, 왕을 포함하는 執行權力과 裁判權力은 그 지배 아래에 자리매김 되기 때문이다. 이렇게 해서, société civile은 <(1) association politique (① pouvoirs publics—②pouvoirs publics를 제외한 협의의 ap)—(2) économie politique> 라는 내부구조를 가지는, 일원적인 질서로서 造形된 것이었다.

2) lois civiles

근대 프랑스의 민법(lois civiles)은 위와 같은 의미에서의 société civile을 규율대상으로 하는 것이었다. lois civiles와 société civile의 통상의 일본어 번역은 『민법』과 『시민사회』이기 때문에 두 개의 원어의 내적 연관을 파악하기 어렵게 되었지만, 프랑스어에 따라 생각하면 『민법』과 『시민사회』의 직접적인 내적 연관은 civil이라는 단어에 비추어 볼 때 명확하다. 민법이란 본래 société civile이라는 하나의 전체 질서를 통째로 규율하는 lois인 것이다. 혁명 권력은 1791년 헌법에서 민법전의 편찬을 선언했고, 이후 다양한 안이 작성되게 되지만, 그 중 하나인 듀랑-마이야느(Durand-Maillane) 민법전초안은, 바로 société civile의 전체를 규율하려는 것이었다. 여기에서는 통치기구도 민법전의 수비범위에 포함되었다.

그러나 혁명회의의 지배적인 견해는 pouvoirs publics에 관해서는 헌법(constitution)이 규율한다는 사고방식을 취하고 있었다. 바꾸어 말하면, pouvoirs

publics만은 헌법에서 규율하지만, 이것을 제외한 société civile의 전체(협회의 ap과 ép)는 민법전의 규율대상이라는 사고이다. 그리고 이 사고방식은 Code civil에서도 관철되었다. 즉, Code civil의 편찬시점(1804년 3월)에 통치기구에 관해 정하는 법은 1802년 2월의 헌법 내지 1804년 5월의 ‘통치기구에 관한 원로원결의’였는데, 이 둘은 통치기구만을 정한 것이며, citoyen의 정치적 편성이나 통치권력과 citoyen의 관계에 관해서는 Code civil이 규율한 것이다. 구체적으로 말하면, citoyen français(프랑스 국민)의 요건을 정하는 여러 규정(國籍法)이나 재산권적 인권보호 규정(공공의 이익을 이유로 하는 경우에도 정당한 그리고 事前的인 보상 없이는 소유권은 박탈되지 않는다고 규정한 545조. 일본국헌법 제29조에 해당한다) 등은 Code civil에서 규정되었다. 이것들은 일본에서는 ‘公法’에 속한다고 관념되며, ‘私法’인 민법의 규율대상이라고는 생각되지 않는다. 그러나 근대 프랑스에서는 지금까지 서술한 이유에 의해 당연히 민법전에 규정되어야 하는 것이었다. Code civil은 -‘사법’인 동시에 -‘공법’이었던 것이다.

Code civil이 société civile의 일원적 질서 전체를 규율하는 법이었다고 하는 사실을 알게 되면, Code civil의 첫머리에 민법전뿐만 아니라 무릇 법 일반에 관계되는 사항(법률의 시행이 개시되는 시점, 소급효 금지, 경찰 관련 법률의 적용 대상, 재판관의 재판거부 금지, 일반명령적 형태의 재판의 금지, 계약에 의한 강행법규 적용 배제의 불가능성 등)을 규정하는 『序編』(préliminaire)이 두어진 것도 납득이 된다. Code civil은 société civile 전체 질서를 규율한다고 하는 그 특성 때문에, 필연적으로 全法體系의 根本法이라고 생각되었던 것이다.

전체적으로 볼 때, Code civil은 ‘私法’인 동시에 ‘公法’인, société civile 전체를 규율하는 전체 법체계의 근본법에 다름 아니다.

2. 독일민법

1) Bürgerliche Gesellschaft

독일민법이 규율대상으로 삼는 Bürgerliche Gesellschaft는 프랑스의 société civile의 두 가지 계기 중 économie politique에 상당하는 것이었다. 프랑스에서는 구별되면서도 통일적으로 파악되고 있던 association politique(citoyen)와 économie politique(homme)가, 독일에서는 Politischer Staat(Untertan)와 Bürgerliche Gesellschaft(Bürger)의 이원적 질서로서 관념되었다. 이것을 맨 처음 체계적으로 설명한 것은 헤겔의 『法哲學』(1821)이었으며(이하 Politischer Staat는 PS, Bürgerliche Gesellschaft는 BG로 줄여 쓴다), 나아가 그것을 자본주의체제의 인식방법으로서 심화시킨 것은 마르크스였다.

(1) 헤겔

헤겔의 BG는, ① 개인들의 욕망을 만족시키는 欲望의 體系, ② 개인들의 소유를 보호하기 위한 司法活動, ③ 개인들의 생계와 복지의 적극적 실현을 위한 行政이라는, 세 개의 層(§188)을 포함하며, PS는 (1) 立法權, (2) 統治權, (3) 君主權이라는 세 개의 권력(Gewalt)으로 구성되어 있다(§273). 이러한 BG와 PS를 主體의 측면에서 관찰하면, BG를 구성하는 사람들은, “그들에게 고유한 이익을 목적으로 삼는 私人(Privatperson)”(§187)으로서의 Bürger—헤겔이 굳이 諒解를 구하고 있는 것처럼, 여기에서의 Bürger는 citoyen이 아니라 bourgeois이다—이며 (§190), PS의 그것은 “여러 의무들을 국가에 대한 勞務 및 職務로서 수행하는” 자인 Untertan(臣民)이다(§261).

헤겔은 위와 같은 PS(Untertan)와 BG(Bürger = bourgeois)의 二元的 秩序를 설정한 다음, “무릇 association politique라는 것의 목적은, 사람의 自然的인 또 時效에 의해 소멸되지 않는 권리의 보전이다”(인권선언 2조)라고 선언하고, 이 정신에 기초하여 bourgeois(homme)이기도 한 citoyen에 기초를 두는 입법의회에 최고

권력을 부여한 프랑스의 인권선언과 헌법을 비판한다. 우선, ap의 목적을 개인들의 권리의 보전에서 찾은 것에 대한 비판은 다음과 같았다. “Staat가 BG로 잘못 이해되어, Staat의 사명이 소유와 인격적 자유의 안전과 보호에 있다고 규정되면, 개인으로서의 여러 개인들의 이익이 그들의合一된 최종목적이라는 결과가 되고, 여기에서 다시 Staat의 구성원 [Untertan, 필자의 보충]은 무언가 任意的인 것이라는 결론이 나온다. 그러나 Staat는 개인에 대해 그것과는 다른 관계를 가지고 있다. …개인들의 사명은 보편적 생활을 영위하는 것이다.” (§258).

나아가 헤겔은 입법의회가 본질적으로 公共的인 利害가 아니라 私的인 이해를 추구하는 공간이라는 점을 갈파하고, 보편적 이해의 실현을 군주와 관료에게 위탁한다. 즉 “의원의 선출은 BG로부터의 그것”이므로, “의회는 個別性, 私的인 입장, 特殊利害에서 유래하여, 普遍的 利害를 제물로 삼아 그 특수이해를 위해 자신의 활동을 이용하는 경향이 있”는 존재에 지나지 않으며 (§311, §301), 보편적 이익을 지향하는 것은 의회가 아니라 관료이며 세습 군주 (§301)라는 것이다. 위와 같은 헤겔에 의한 인권선언·헌법 비판을 프랑스어의 개념을 사용하여 바꾸어 말하면, “État를 homme = bourgeois의 私的 利害가 소용돌이치는 société 속에 매몰시켜서는 안 된다. État와 société를 동일시하지 말고, État를 société로부터 자립시키지 않으면 안 된다”라는 것일 터이다.

(2) 마르크스

마르크스의 Bürgerliche Gesellschaft 개념은, 위와 같은 헤겔의 그것을 경제적 방향으로 철저하게 순화시킨 것이었다. 司法이나 行政活動은 헤겔에게 있어서는 Bürger(bourgeois)의 사적 이해에 봉사하는 것으로서 여전히 BG의 차원에 귀속되어 있었지만, 마르크스의 BG 개념으로부터는 배제되기에 이르렀다. 마르크스의 Bürgerliche Gesellschaft 개념은, 거의 헤겔의 Bürgerliche Gesellschaft론 중위에서 서술한 ‘욕망의 체계’에 상당하는 부분을 대상으로 하는 것이 되었다. 즉 마르크스에 따르면, “Bürgerliche Gesellschaft라는 단어는 18세기에 등장했는데, 그것은 여러 소유관계가 古典古代的 및 中世的인 共同社會로부터 완전히

벗어난 뒤의 일이었다. Bürgerliche Gesellschaft 그 자체는 Bourgeoisie와 함께 비로소 발전한다”(『독일 이데올로기』). “나의 연구가 도달한 결론은, 여러 법적 관계 및 여러 국가형태는, 그 자체로 이해되는 것도 아니고, 또 인간정신의 일반적 발전으로부터 이해되는 것도 아니며, 오히려 물질적인 여러 생활관계, 그 여러 관계의 총체를 헤겔은 18세기의 영국인과 프랑스인의 先例를 모방하여 ‘Bürgerliche Gesellschaft’라는 이름 아래 총괄하고 있는데, 그러한 여러 관계에 뿌리내리고 있다는 것, 게다가 부르주아 사회의 해부는 이를 경제학에서 찾아야 한다는 것이었다”(『경제학비판』 序言).

위의 여러 인용문 전체로부터 알 수 있는 마르크스의 Bürgerliche Gesellschaft는, société civile로부터 association politique의 계기를 완전히 제거하여, société civile의 économie politique라는 모멘트만을 지시하게 된 개념에 다름 아니다. 이렇게 해서, 마르크스에게 있어서 société를 구성하는 économie politique(homme = bourgeois)와 association politique(citoyen)라는 두 개의 층은 극히 자각적으로 확연히 분리되어, 전자에 대해서는 Bürgerliche Gesellschaft 개념, 후자에 대해서는 Politischer Staat 개념이 부여된 것이다.

2) Bürgerliches Recht

독일 근대 민법학의 창시자인 사비니(Savigny)의 민법학체계는, 헤겔이 말하는 ‘육망의 체계’ 내지 마르크스가 말하는 Bürgerliche Gesellschaft 및 그 내부에 묻혀있는 가족을 규율대상으로 하는 것이었다. 부록의 <그림 1>은 사비니의 민법학체계-純學問的 체계와 教育的 견지에 입각한 체계 두 가지가 있는데, 여기에서는 전자를 문제 삼는다-와 Code civil의 그것을 비교해본 것인데, 이것에 의해 Code civil에서 중요한 위치를 차지한 ‘정치사회(국가)에 있어서의 인격’이, 사비니의 체계로부터는 제외되어 있는 것을 알 수 있다. 배제된, 정치사회 내지 국가의 구성원을 그와 같은 것으로 규율하는 법은, 여기에서는 더 이상 민법이 아니라 공법(헌법, 행정법)이 되어 있는 것이다.

3. 프랑스민법과 독일민법의 대립의 근거

그렇다면, 위와 같은 프랑스민법과 독일민법의 대립, 그 기초에 있는 ‘société civile 一元論’과 ‘Politischer Staat · Bürgerliche Gesellschaft 二元論’의 대립은, 어떻게 해서 생겨난 것일까? 결론부터 말하면, 이것도 또한 <구 신분제사회로부터 근대 시민사회로의移行>의 방식의 차이를 근거로 하는 것이었다. 당면 문제인 프랑스와 독일의 유형적 대립에 초점을 맞추면서 舊 身分制的國制로부터 近代的國制로의 轉化의 역사를 개관하면, 아래와 같이 정리할 수 있을 것이다 (부록 <그림2> 참조).

(1) 중세의 國制는, ‘王-領主-領民’의 支配關係를 기본으로 하는 것이었다. 영주의 영민 지배는, 영주의 家(家父長的 支配)를 핵심축으로 삼아 농민들의 家를 지배하는 領地(所領)支配(家山制的 支配)이다. 이러한 영지를 대외적으로는 다른 영주 세력으로부터 지키고, 대내적으로는 영민을 통치하기 위해, 영주는 武裝했다. 당시의 관념에 따르면, 그것은 결코 불법적인 폭력이 아니라, 神法(‘좋고 오래된 법’)에 의해 허용되는 정당한 폭력이며, 이것을 배경으로 하는 領地支配는 領主의 權利에 다름 아니었다.

그와 같은 영주들은, 한 사람의 왕을 추대하여 王-臣下 關係를 형성하고 있었다. 이것은 신하가 왕에게 예속되는 타입의 지배관계는 아니다. 정당한 폭력을 왕이나 다른 영주들과 나누어 가지고 있는 개개의 신하=영주가 극히 높은 自主性·自律性 내지 自由를 보유하고 있는, 왕과 신하 쌍방의 합의에 기초하여 형성되는 身分契約的인 支配關係이다. 軍役이나 租稅에 관해 相議하는 공간으로서의 身分制議會는, 그와 같은 관계를 기초로 하여 형성되었다. 신분제 의회에 의해 상징되는 중세적 지배관계에서는, 왕은 神法에 의해 正當化되고 있는 동시에, 그것에 의해 구속되고 있다(神授王權). 왕은 마찬가지로 신법에 의해 정당한 것으로 승인되어 있는 영주들의 오래된 유래를 가지는 영지지배를 고유의 권리(좋고 오래된 권리)로서 존중하지 않으면 안 된다. 이것이야말로

왕권에 있어서의 至上의 課題이다. 이것을 위반하는 경우, 영주 측으로부터의 신법에 기초한 저항이 기다리고 있었다(中世的인 法的 支配). 위와 같은 의미에서, 中世的國制는 뒤이은 絶對主義時代에 到來하는 國家와 社會의 이원적 질서를 아직 알지 못하는 일원적 질서였다고 할 수 있다.

(2) 생산력이 높아지면서 농촌에 잉여생산물의 거래의 장으로서 시장이 서게 되고, 이윽고 이것이 도시로 발전한다(서구 중세의 내륙도시). 비교적 광역 규모의, 상인을 중개인으로 하는 사회적 분업관계의 형성이다. 상품은 본래 농산물이나 수공업품 등의 동산상품이었지만(동산상품화사회, 단순상품유통사회), 동산상품의 거래가 왕성해지면, 동산상품을 만들어내는 토지에도 가격이 붙어 거래의 대상이 되게 된다(토지상품화사회라는 형태의 市場社會. 다만, 노동력 상품화=노동시장은 형성되지 않은 상태이므로, 이 시장사회는 아직 자본주의 사회는 아니다).

이와 같은, 비교적 광역 규모의 사회적 분업의 전개는 필연적으로 그 규모에서 정치적인 지배를 할 수 있는 광역적인 권력이 필요하게 되어 그것을 만들어 낸다. 그것이 절대왕권이었다. 절대왕권은 좋은 오래된 법으로부터 자유로운(rechtsfrei) 도시적·시장적 공간을 거점으로 하여 성장하고, 자율적 領主層으로부터도 권력을 집중하여, 그것에 대한 새로운 성격의 지배를 하려고 했다. 그 새로운 지배란, 과거의 身分契約的 支配에서의 主權的 支配-타인의 同意를 얻지 않고(身分制議會의 停止), 지배영역에 두루 적용되는 법을 정립함으로써 이루어지는 지배-이며, 여러 신분의 固有權의 보장이 아니라, 오히려 국가 내지 公共善의 실현을 첫째로 삼는 行政的 支配(police, Polizei)이다. 절대군주가 담당하는 국가(État)는 이렇게 해서 이제는 여러 신분(états) 위에 우뚝 서게 된다. 절대주의국가와 신분제사회의 이원적 질서의 형성이다. 다만, 신분제사회가 존속하고 있는 한, 一君萬民의인 國制는 아니다. 사람들은 여전히 家를 비롯한 여러 신분제적 단체에 포섭되어 있으며, 國制는 이들 여러 단체의 위계적인 결합관계로서 존재하고 있었다(이른바 社團國家).

(3) 프랑스혁명은 위와 같은 절대주의적인 國制를 파쇄하고, 위에서 서술한 것과 같은 *société civile* 일원질서를 형성했다. 일원질서인 한에서 近世的 國制의 부정이며 中世的 國制의 부활이었다.

그러나 형식적으로는 동일하면서도 내용적으로는 변화한 것이었다. *société civile*은 절대왕권 아래에서 -경제적으로는 성장하기는 했지만-정치적으로는 無었던 제3신분(그 중심이 부르주아지)이 형성하는 시장사회적 결합이 하나의 정치사회에로 고양된 것이기 때문이다. 이 國制의 기본단위는, 더 이상 家나 신분제적 단체가 아니라, 개인(*homme/citoyen*)이며, 만인이 동등하게 *société civile* 형성 이전의 자연상태에서 가지고 있었다고 관념된, 여러 개인의 자연권(*droits naturels*)을 지키는 것이 *société civile* 및 이를 규율하는 *lois naturelles*(민법)의 至高의 目的이라고 생각되었다 (근대법의 지배).

(4) 이에 대해, 서구 안에서는 후진국이었던 독일은, 구 신분제적=절대주의적 國제가 혁명이라는 형태로 폐기되고 근대적 國제가 형성되는 역사를 경험한 적이 없었다. 여기에서는, 절대군주가 후진국 영국·프랑스에서의 國制史의 전개 과정으로부터 배우면서 구 신분제사회로부터 근대 시민사회로의 이행을 위로부터 정책적으로 추진하게 되었다 (프로이센에서의 슈타인·하르덴베르크의 개혁 등). 그 결과로서, 독일에서는 절대주의시대에 형성된 이원질서가 이원질서라는 형식의 면에서는 그대로 지속되면서 그 내용을 변화시켜 가게 되었다. 즉, 근대적 계몽전제적 군주제국가와 근대 시민사회의 이원적 질서—헤겔이 말하는 *Politischer Staat*와 *Bürgerliche Gesellschaft*의 이원적 질서—의 형성이다. 근대 군주제국가는 더 이상 여러 신분제적 단체를 결합하는 社團國家가 아니라, 군주가 관료제기구를 구사하여 만민을 직접 통치하는 타입의 근대국가였다. 그리고 독일의 경우 근대 시민사회는, 프랑스에서의 근대의 기초를 이룬 土地商品化社會로부터 한 걸음 더 나아간 勞動力商品化社會, 즉 자본주의사회였다.

IV. 맺음말

프랑스민법과 독일민법의 유형적 대립을 논하며 제시한 구 신분제적 국제로부터 근대적 국제로의 전환의 구도(Ⅲ)는, 커먼로와 씨빌로의 유형적 대립(Ⅱ)의 근거를 생각할 때도 응용할 수 있다.

영국의 國制史는 기본적으로 프랑스 型이었다. 프랑스 근세와 관련하여 서술한 *État*(국가)와 *états*(諸 身分)의 이원적 대항질서는, 영국에서는 종종 17세기의 Court(宮庭)와 Country(地方)의 그것으로서 설명된다. “진리가 아니라 권위가 법을 만든다”라고 주장한 홉스(Hobbes)와 커먼로의 지배를 주장한 법률가들(특히 쿠키 Sir. Edward Coke)⁶⁾의 대립은 그 반영이다. 그러나 이와 같은 긴장관계는, 명예혁명(1689)에 의해 극복되어 *civil society* (*commonwealth*) 일원적 질서가 형성되었다.⁷⁾ 영국과 프랑스의 차이를 말하자면, 위에서 서술한 것처럼, *civil society* 내지 *société civile*에서의 규범을 체계적으로 記述하려는 시도가, 영국에서는 *civil society* 일원질서의 형성 前과 형성 後의 모든 시기에 걸쳐 전혀 일반화되지 않았던 데에 반해 (커먼로의 지속, 블랙스톤, 『英國法釋義』, 1765-1769년의 예외성), 프랑스에서는 먼저 *société civile*이 절대주의적 國制의 胎内に 있던 17~18세기의 단계에서 법학자에 의해 그것이 시도되고, 이윽고 제정법으로까지 고양된 것이었다(1791년 헌법, 1804년). 이러한 차이의 주요 원인은, 아마도 영국과 비교하는 경우 프랑스가 *société civile* 형성의 면에서 후진국이었던기 때문에, 그만큼 선진국을 모델로 삼아 *société civile*을 對象化하여 인식하고, 그것에 기초하여 *société civile*을 계획적으로 창출할 필요가 있었기 때문일 것이다.

이 글에서는 특히 프랑스민법과 독일민법의 유형적 차이에 관해 많은 문제

6) 역자 주. Coke의 발음을 종종 ‘코크’로 표기하는 경우가 있는데 실은 ‘쿠크’로 발음되었다. 쿠키의 저작선 해설에서도 “Coke, whose name was pronounced “cook””이라 하고 있다. Steve Sheppard ed., *The Selected Writings of Sir Edward Coke*, vol. I (Liberty Fund, 2003), introduction, xxiii.

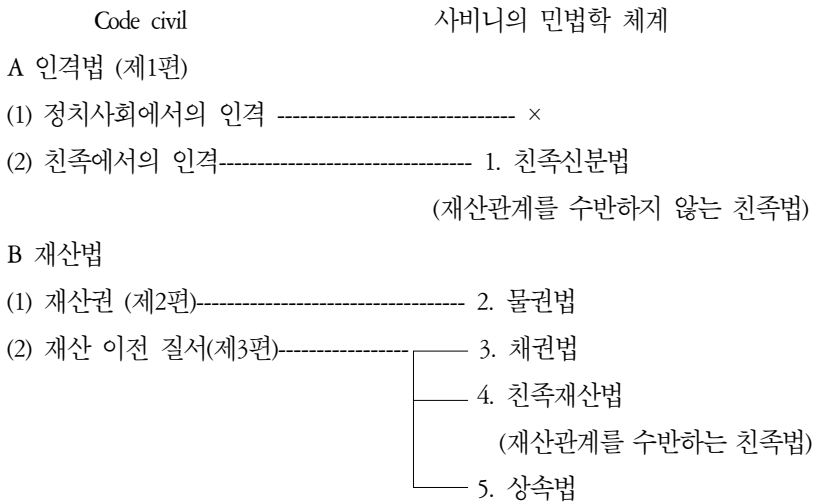
7) 村上淳一, 『ヨーロッパ近代法の諸類型』, 平井宜雄編, 『社會科學への招待 法律學』(日本評論社, 1979), 45면 이하.

를 다루지 못한 채 남겨두었다. 한 마디로 표현하면 인스티투찌오네스 체계와 판덱텐 체계의 차이의 문제이고, 구체적으로는 (1) 인격법의 양상의 차이, (2) 계약법 관념의 이질성, (3) 실체법과 소송법의 관계에 있어서의 양상의 차이 등이 개별적 논점이 될 것이다. (1), (2)의 논점에 대해서는 이미 발표한 두 개의 논문을 참고하기 바란다.⁸⁾ (3)에 관해서는 금후의 과제로 삼고자 한다.

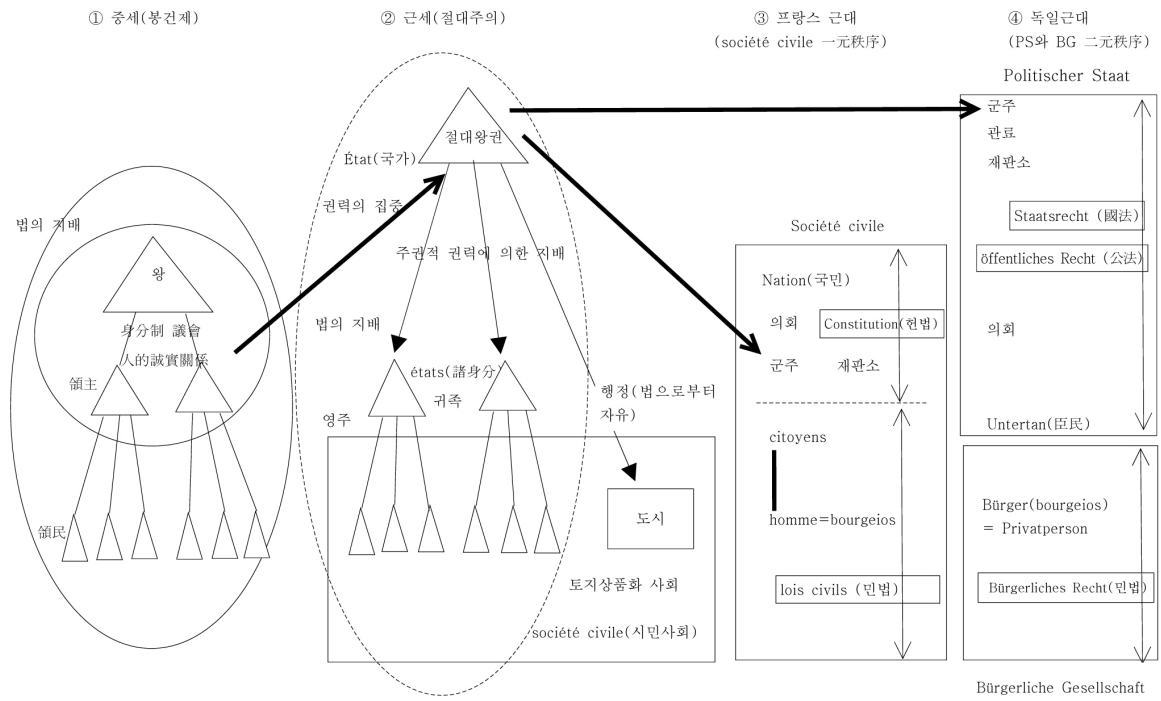
번역 : 김창록
(경북대학교 법학전문대학원 교수)

8) 水林彪, 『近代民法の本源的 성격 - 全法体系の根本法としてのCode civil -』, 廣中俊雄 責任編集, 『民法研究』 5(信山社, 2008); 『近代民法の原初の構想 - 1791年憲法律に見えるCode de lois civilesについて -』, 廣中俊雄 責任編集, 『民法研究』 7(信山社, 2011).

〈부록〉



〈그림 1〉 프랑스민법과 독일민법의 규율대상



〈그림 2〉 近代的 國制의 프랑스·독일 2類型과 그 歷史的 由來

■ 참고문헌

- 生松敬三, 『社會思想の歴史: 헤ーゲル・マルクス・ヴェーバー』 岩波現代文庫, 1969(岩波書店, 2002).
- ヴェーバー(Max Weber), 世良晃志郎 譯, 『法社會學』, 創文社, 1974.
- 原島重義, 『法的判斷とは何か: 民法の基礎理論』, 創文社, 2002.
- 村上淳一, 『ドイツ法學』, 碧海純一ほか 編, 『法學史』, 東京大學出版會, 1976.
- _____, 『ヨーロッパ近代法の諸類型』, 平井宜雄編, 『社會科學への招待 法律學』, 日本評論社, 1979.
- 望月礼二郎, 『コモンロー考』, 『神奈川法學』 第30卷 第1號, 1995.
- _____, 『コモン・ロー再考』, 早稻田大學比較法研究所 編, 『比較法と法律學—新世紀を展望して—』, 成文堂, 2010.
- ラフリン, 『英國における法律學、法實務、法學教育の關係』, 曾根威彦・榊澤能生編, 『法實務、法理論、基礎法學の再定位—法學研究者養成への示唆—』, 日本評論社, 2009.
- 水林彪, 『近代憲法の本源的性格—société civileの基本法としての1789年人權宣言・1791年憲法—』, 戒能通厚・榊澤能生 編, 『企業・市場・市民社會の基礎法的考察』, 日本評論社, 2008.
- _____, 『近代民法の本源的性格—全法体系の根本法としてのCode civil—』, 廣中俊雄 責任編集, 『民法研究』 5, 信山社, 2008.
- _____, 『法のトリアーテ考—法實務・法解釋・基礎法學—』, 曾根威彦・榊澤能生編, 『法實務、法理論、基礎法學の最低位—法學研究者養成への示唆—』, 日本評論社, 2009.
- _____, 『近代民法の原初的構想—1791年憲法律に見えるCode de lois civilesについて—』, 廣中俊雄 責任編集, 『民法研究』 7, 信山社, 2011.
- _____, 『實定法學の基礎法學』, 『法律時報』 83-3, 日本評論社, 2011.

<日文要約>

西洋近代民法の諸類型

水林彪*

I. コモンローとシヴィルロー

1. 西洋近代民法には、大づかみに、二つの類型が存在した。一つはコモンロー（イギリス法）、いま一つはシヴィルロー（フランス法、ドイツ法）である。2類型の対立の本質は、近代市民社會を規律する法を体系的に認識し、その言語化を果たしたシヴィルロー——フランス：ドマ（17世紀末）やポチエ（18世紀後期）の民法學、フランス民法典（1804年）など、ドイツ：サヴィニー以降のパンデクテン法學（19世紀）、ドイツ民法典（1900年）など——と、そのような体系化を原理的に拒否したコモンローとの対立である。

2. 2類型の対立の最も重要な根據の一つは、近代市民社會の先進的形成（イギリス）と後進的形成（フランス、ドイツ）であった。イギリスでは、社會的經濟的次元での近代化が自生的に先行し、法（前近代法）は、この動きに対応するための個別的改良の集積の形で、近代法化を果たしていった（形式的側面での前近代法の持續と法の内實の近代化）。大陸ヨーロッパでは、相對の後進性の故に、社會の近代化のためには、まず、旧体制にかわる新しい市民社會原理の言語的体系化（法學ないし法典）が必要であり、その指導のもとに、近代市民社會が創出されねばならなかった。

* 早稻田大學法學學術院 特任教授(比較法史)

Ⅱ. 프랑스民法とドイツ民法

1. 프랑스民法とドイツ民法とは、コモンローとの對比では、以上のよう
な共通の性質を有しつつも、それらの内的編成に注目するならば、重要な
差異が存在した。프랑스民法が、經濟的であるとともに政治的でもある市民
社會 (société civile) 全体を規律する法であったのに對して、ドイツ民法
は、政治的國家 (politischer Staat) と經濟的的市民社會 (Bürgerliche Gesellschaf
t) とが分離した二元的秩序における後者を規律する法であったこと、このこ
とが、兩國民法の最も根本的な相違であった。

2. 以上のような差異が生じた最も重要な根據は、ここでも、프랑스の
先進性・ドイツの後進性であった。프랑스の近代市民社會 (société civile)
は、絶對君主制國家と新たに勃興しつつあった經濟的・政治的的市民社會との絶
對主義的二元的秩序が、後者による前者の否定 (革命) という形で克服され
ることによって形成された。對して、ドイツにおける國制の近代化は、その後
進性の故に、絶對主義的二元秩序が、近代君主制的官僚制國家と資本主義社
會との近代的二元秩序へと轉換するという形で一すなわち、内實には変化が
生じたものの、秩序の二元制自体はそのまま維持された形で一、果たされ
た。

[キーワード] コモンロー、シヴィルロー、프랑스民法、ドイツ民法、政
治的・經濟的的市民社會一元秩序、政治的國家と經濟的的市民社
會との分離

접수일 : 2012.8.28., 심사일 : 2012.9.19.-10.3., 게재확정일 : 2012.10.3.

西洋近代民法の諸類型

水林彪*

目次

- I. はじめに
- II. イギリス法（コモンロー）とフランス・ドイツ法（シヴィルロー）
 - 1. 二類型の原理的対立
 - 2. 対立の根拠
- III. フランス民法とドイツ民法
 - 規律対象(*société civile*と*Bürgerliche Gesellschaft*)の質的差異—
 - 1. フランス民法
 - 2. ドイツ民法
 - 3. フランス民法とドイツ民法の対立の根拠
- IV. 結び

I. はじめに

西洋の近代民法には、内容と形式の両面において鋭い対立を含む、幾つかの類型が存在した。(1)まず、イギリス法と西欧大陸法の類型的対立が認められる。(2)そして、イギリス法との関係では一括りにできる西欧大陸法の中にも、フランス民法とドイツ民法との類型的対立が存在した。本稿は、大づかみに、以上のような構造を有する西洋近代民法の諸類型について、考えてみ

* 早稲田大学法學學術院 特任教授(比較法史)

ようとするものである。

Ⅱ. イギリス法(コモンロー)とフランス・ドイツ法(シヴィルロー)

1. 二類型の原理的対立

日本は、19世紀後末期における「近代化」――その一環としての西欧近代法の継受――にあたり、ヨーロッパ法のなかでも大陸法（フランス法、ドイツ法）を継受することになったが、この選択の最大の理由の一つは、フランスおよびドイツが、成文の法典を有しているということであった。内発的自生的漸次的に体制転換が生ずる場合には、必ずしも成文の法典は必須ではなく、むしろ、個別的諸事項への個別的対応の積み重ねによって体制転換が果たされるということが可能であるということを歴史的経験は教えているが（イギリスにおける「近代化」）、日本の場合のように、外圧によって急激に体制転換が強いられた場合には、建設すべき国家と社会のあり方が制定法の形で体系的に明示されている大陸法を範とすることが、便利だったのである。日本の近代民法は、まずはフランス法に倣い（ポアソナード民法典草案を基礎とする旧民法）、ついで、ドイツ法をモデルとするにいたった（個々の条文についてみれば、フランス法の影響も多く残されたが、民法典の体系としては、ドイツ式のパンデクテンとなった）。しかし、あらためて言うまでもなく、成文民法典は、実質的な意味での近代民法のあり方の一つの形態にすぎない。いま一つの形態として、コモンローのあることは、周知の事柄である。

コモンローとシヴィルロー――フランスとドイツの民法を一括してシヴィルローと呼ぶこととする――との対立は、判例法と制定法の対立として説かれることが少なくない。このような対比は、もちろん、誤りではない。これら

は、二類型の現象面を的確に捉えているということが出来る。しかし、そのような現象を生み出す二類型それぞれの本質に光りを当てると、法が個別的事件の個別的解決の集積として存在している国（コモンロー国）と、法が近代市民社会を規律する規範の体系的記述の形で存在している国（シヴィルロー国）との対立として捉えることが出来るように思われる。先に、近代ドイツを、成文の民法典を有する国と表現してきたけれども、正確に言えば、このことが妥当するのは、ドイツ民法典(Bürgerliches Gesetzbuch, 以下BGBと呼ぶ)が施行された1900年以降のことであり、19世紀ドイツは、全体としてみれば、制定民法典をもたない国であった。にもかかわらず、19世紀ドイツは、パンデクテン法学という形で、近代市民社会の体系的言語化を果たしていた。制定民法典を有するか否かということよりも、近代市民社会を規律するlois, Gesetzeを体系的に認識する学が存在していたか否かということの方が、より根本的な相違である。この基準をもって西欧法を觀察するならば、コモンロー（英法）とシヴィルロー（仏独法）との対立が、西欧近代法を第一次的な区分であった。

この2類型の対立について、さらに立ち入って考えてみよう。

フランスにおいては、近代市民社会の法理の体系的記述は、まずはドマ(17世紀末)やポチエ(18世紀後期)の民法学、ついで、Code civil(1804年)の形をとり、ドイツにおいては、サヴィニー以降のパンデクテン法学(19世紀)、ついで、BGB(1900年)によって果たされた。対して、イギリスにおいては、コモンローの法典化はもとより、コモンローを体系的に記述する法学も形成されなかった。そのような試みもないことはなかったが(たとえばブラックストン『イギリス法釈義』1765-69)、体系化された瞬間に、実務家は、「それはもはやコモンローではない」として否定的であった。ここでは、実定法は、法実務(法に携わる職人たちの個別的な問題処理技術の集積)としてのみ存在した[ヴェーバー326頁以下・525頁以下、ラフリン、望月]。

コモンローを以上のように捉えた上で、これとの関連において、あらためて

シヴィルローを定義するならば、法学（普遍的法則 lois, Gesetzeを体系的に認識する学）が存在し、かつ、法実務がこれによって指導される（普遍的法則の個別的事件への適用）という構造を有する法、ということになろう。ここでの法実務は、個別的事件が個別的事件として解決されるのではなく、普遍を個別に適用する、あるいは、個別を普遍に包摂する、という営みとなる。そして、その普遍を認識すること、これこそが、法学者が究めようとする法学であり、その法学を制定法の体系にする仕事が法典編纂であった。

2. 対立の根拠

しからば、コモンローとシヴィルローとの対立は、何を根拠に生じたのであろうか。この問題について、私は、〈旧身分制社会から近代市民社会への移行〉の諸形態という見地が思考の基軸をなすべきだと考えている。

1) イギリス

イギリスにおける〈旧身分制社会から近代市民社会への移行〉の重要な特質の一つは、経済的には最も先進的でありながら（農業資本主義、ついで、産業革命を経た後の工業資本主義の形成）、法的には、旧身分制時代のコモンロー的形態が変容しつつも持続したということにある（いわゆる近代的所有権概念の不存在など）。近代市民社会理論の面では体系的認識が進んだが（ロック『統治二論』1689年）、しかし、これは、ピューリタン革命（1649年）および名誉革命（1688年）によって創出されつつあった近代市民社会の事後的正当化であった。まず実践があり、事実が先行したのであった。

2) フランス

フランスでは、先進国イギリスを範と意識しつつ、理論（市民社会の対自的認識）が現実（市民社会の実現）に先行して形成され（17世紀末～18世紀に形成された法理論・社会理論）、しかる後に、かの大革命が成就された（1789年）。

市民社会（*société civile*）を準備した理論として、法学では、ドマの *Les lois civiles dans leur ordre naturel*（1689～1694年）や、ポチエの民法に関する著作（18世紀後期）、社会理論では、ルソーの『社会契約論』（1762年）などが重要である。大革命は、旧身分制社会を實力によって一掃することを通じて、*société civile*を旧体制から純粹な形で取り出すことに成功した。そして、この *société civile*を律する規範の体系的記述として、革命議会は、人権宣言（1789年）・憲法（1791年）を制定するとともに、*société civile*を規律する根本法典としての *Code de lois civiles*の編纂に着手することになった（1791年）。この動きは、紆余曲折をへて、*Code civil*（1804年）に帰結することになる。

3) ドイツ

ドイツでは、19世紀に入ってもなお、旧身分制社会を基礎とする国制が持続した。〈旧身分制社会から近代市民社会への移行〉は、ここでは、市民革命の成功という経験をもつことのない『哲学革命』――『思想の天空で行われた市民革命』（ハイネ）――として開始された（『純粹理性批判』1781年に始まるカントの哲学）。それは、現実（身分制社会）には目を瞑り、現実とは離れた思弁の世界において市民社会の理論を探求する試みであった。それだけにかえって、理論は鋭く深いものとなった。しかし、反面、この理論は、現実には身をおき、かつその現実を保守しようとする人々にとっては、役に立たない空虚な議論となる。反発も激しかった。旧身分制社会の持続を社会的基礎と

するドイツ・ロマン主義（カント的市民社会理論とは対蹠的な有機体的国家観念）の抵抗である。かくして、19世紀のドイツ的市民社会の正統社会哲学は、カント的市民社会論とロマン主義的有機体論の止揚としての、ヘーゲルの法哲学（一元的政治社会認識を否定し、秩序全体を、「私」の支配する欲望の体系としての市民社会と「公共」ないし「政治」を体現する国家へと分裂した二元的秩序として捉える）に結実した（『法の哲学』1821年）〔生松〕。

19世紀のドイツ法学の起点となったサヴィニーの法学（『現代ローマ法体系』1840～49年、『債務法』1851-53年など）は、以上のようなカント・ヘーゲルの哲学を基礎とする、ドイツ的近代市民社会の体系的認識である〔村上1976/143頁以下、原島2002〕。そして、かかる「私法」分野の法教義学を基礎としつつも、それとは異なる原理が支配すべきものとされた「公法」分野の法学が形成されることになった〔村上1976/158頁以下〕。

Ⅲ．フランス民法とドイツ民法

－規律対象(*société civile*と*Bürgerliche Gesellschaft*)の質的差異－

以上のように、コモンローとの対比においては、近代社会を規律する法理の全体系的認識とその言語化の点において、フランス法とドイツ法とは同質ではあったものの、その枠内においては、これまた、鋭い対立関係を内包していた。その対立は、何よりも、それぞれの民法が規律しようとする対象の差異によるものであった。すなわち、*société civile*と*Bürgerliche Gesellschaft*との差異である。

*société civile*がどのようなものとして観念されていたかは、人権宣言、憲法、*Code civil*およびその前提となった諸民法典草案、などにおいて示された。対して、BGBまで統一的な民法典を持つこのなかったドイツにおいては、*Bürgerliche Gesellschaft*は、哲学や法学において示された。最も体系的で、影響

力も甚大だったのは、ヘーゲル『法哲学』である。以下、それらによりながら、*société civile*と*Bürgerliche Gesellschaft*を観察する。

1. フランス民法

1) *société civile*

*société civile*は、政治的かつ経済的な社会であった。後に述べる、ドイツ的な、政治的国家と経済的市民社会との二元的秩序とは異質な、一元的秩序である。もっとも、一元的秩序とはいっても、そこに、相対的に区別さるべき政治的契機 (*association politique*、以下ではapと記す) と経済的契機 (*économie politique*、以下ではépと記す) は存在した。このことは、人権宣言が、*société*を構成する主体について、*homme*と*citoyen*の両語を意識的に使い分けたことに示されている。この対概念には、二重の意味があった。第1は、(1)自然状態 (*état de nature*) における*homme*と、(2)政治社会 (ap) の成員としての*citoyen*との対、第2は、*homme*たちが、社会契約によって*société civile*を形成した後において、①そこにおいてなお本源的権利として保障されるべき自然権の主体としての*homme*と、②形成された*société civile*を担うべく政治的権利を行使する主体としての*citoyen*、との対である。この文脈では、後者の①と②の対が重要である。①は、*société civile*の経済的契機――経済的契機のみではないが、これを重要部分として含む――を、②は*société civile*の政治的契機を、主体に即して表現するものである。しかしながら、*homme* (épの主体) と*citoyen* (apの主体) とは、後述のドイツ的二元論――*Bürger* (*Bürgerliche Gesellschaft*の主体) と*Untertan* (*Politischer Staat*における統治客体)――の場合のように、分裂しているわけではない。相対的に区別されつつも、統一されていた。その統一のされ方は、*homme*が社会契約を通じて*citoyen*となるのは、*homme*の自然権を

保護することが目的であり、その意味で、hommeは目的でありcitoyenは手段である、というものであった。

かくして、société civileとは、hommeのépとcitoyenのapとの統一である。apには、結社ないし団体一般に妥当することとして当然に管理部門があるが、ここでは、pouvoirs publics（公権力=立法・執行・裁判の3権力）がそれに相当するものであった。重要なことは、pouvoirs publicsはapから遊離した存在ではない、ということである。pouvoirs publicsにおける最高存在は、apの成員たるcitoyenたちが、選挙を通じて形成する立法議会にあり、王を含む執行権力や裁判権力は、この支配のもとに置かれたからである。かくして、société civileは、〈(1)association politique ①pouvoirs publics—②pouvoirs publicsを除く狭義のap) —(2)économie politique〉という内部構成を有する、一元的な秩序として造形されたのであった。

2) lois civiles

近代フランスの民法 (lois civiles) は、以上のような意味でのsociété civileを規律対象とするものであった。lois civilesとsociété civileの通常の日本語訳は「民法」「市民社会」であるので、両原語の内的連関が見えにくくなっているが、フランス語に即して考えるならば、「民法」と「市民社会」との直接的な内的連関はcivilという語に明らかである。民法とは、本来、société civileという一個の全体秩序をまるごと規律するloisなのである。革命権力は、1791年憲法において民法典の編纂を宣言し、以後、様々の案が作成されることになるが、そのうちの一つであるデュラン・マイヤーヌ民法典草案は、まさしく、société civileの全体を規律しようとするものであった。ここでは、統治機構も民法典の守備範囲とされた。

しかし、革命議会における支配的見解は、pouvoirs publicsについては憲法 (constitution) が規律するという考え方をとっていた。言い換えれば、pouvoirs

publicsだけは憲法に規律するが、これを除くsociété civileの全体（狭義のap et é p）は民法典の規律対象、という思考である。そして、この考え方は、Code civilにおいても貫かれた。すなわち、Code civil編纂時点（1804年3月）において、統治機構について定める法は、1802年2月の憲法ないし1804年5月の『統治機構に関する元老院決議』であるが、この両者は統治機構だけを定めるものであり、citoyenの政治的編成や統治権力とcitoyenとの関係については、Code civilが規律したのである。具体的に言うならば、citoyen français（フランス国民）たる要件を定める諸規定（国籍法）や財産権の人権保障規定（公共の利益を理由とする場合でも、正当かつ事前の補償なしには所有権は奪われないことを定めた545条、日本国憲法第29条にあたる）などはCode civilに定められた。これらは、日本では、「公法」に属すると観念され、「私法」たる民法の規律対象とは考えられていないが、近代フランスにおいては、これまで述べてきた理由により、当然に民法典に規定されるべきものであった。Code civilは――「私法」であるとともに――、「公法」なのであった。

Code civilが、société civile一元秩序全体を規律する法であったということを知ることによって、Code civilの冒頭に、民法典だけではなくおよそ法一般に関係する事柄（法律の施行開始時点、遡及効禁止、警察関連法律の適用対象、裁判官の裁判拒否の禁止、一般的命令的な形での裁判の禁止、契約による強行法規適用排除の不可能性など）を規定する「序編」（préliminaire）が置かれたことも納得される。Code civilは、société civile全秩序を規律するというその特性から、必然的に、全法体系の根本法とされたのである。

総じて、Code civilは、「私法」であるとともに、「公法」であるところの、société civile全体を規律する全法体系の根本法にほかならない。

2. ドイツ民法

1) Bürgerliche Gesellschaft

ドイツ民法が規律対象とするところのBürgerliche Gesellschaftは、フランスのsociété civileの二つの契機におけるéconomie politiqueに相当するものであった。フランスでは、区別されつつも統一的に把握されていたassociation politique (citoyen) とéconomie politique (homme) とが、ドイツでは、Politischer Staat (Untertan) とBürgerliche Gesellschaft (Bürger) との二元的秩序として観念された。このことを、はじめて、体系的に説いたのは、ヘーゲルの『法哲学』(1821年)であり(以下では、Politischer StaatをPS、Bürgerliche GesellschaftをBGと略記する)、さらにそれを、資本主義体制の認識方法として深めたのはマルクスであった。

(1) ヘーゲル

ヘーゲルのBGは、①諸個人の欲望を満足させる欲望の体系、②諸個人の所有を保護するための司法活動、③諸個人の生計と福祉の積極的実現のための行政など、の3層 (§188) を含み、PSは、(1)立法権、(2)統治権、(3)君主権の3つの権力 (Gewalt) から構成されている (§273)。かかるBGとPSとを主体の面から観察するならば、BGを構成する人々は、「彼らに固有の利益を目的とするところの私人 (Privatperson) 」 (§187) としてのBürger――ヘーゲルがわざわざ断っているように、ここでのBürgerはcitoyenではなくbourgeois――であり (§190)、PSのそれは、「諸々の義務を国家に対する努めおよび職務として果たす」ものとしてのUntertan (臣民) である (§261)。

ヘーゲルは、以上のようなPS (Untertan) とBG (Bürger=bourgeois) との二元的秩序を設定した上で、「およそassociation politiqueなるものの目的は、人の自然の、かつ、時効によって消滅することがない権利の保全である。」(人権宣言

2条)と宣言し、この精神に基づいて、bourgeois (homme) でもあるcitoyenに基礎をおく立法議会に最高権力を与えたフランスの人権宣言・憲法を批判する。まず、apの目的を諸個人の権利の保全に求めたことに対する批判は、次のようであった。「StaatがBGと取り違えられ、Staatの使命が所有と人格的自由の安全と保護にあると定められるならば、諸個人としての諸個人の利益が、かれらの合一の最終目的ということになり、このことからまた、Staatの成員 [Untertan、水林補] であることはなにか任意のことである、という結論が出てくる。しかし、Staatは、個人に対して、それとは全く異なる関係を有している。…諸個人の使命は普遍的生活を営むことにある」 (§258)。

ヘーゲルは、さらに、立法議会が本質的に、公共的ではなく私的な利害を追求する場であることを喝破し、普遍的利害の実現を君主・官僚に託す。すなわち、「議員の選出はBGからのそれである」ことによって、「議会は、個別性、私的な立場、特殊利害に由来することにより、普遍的利害を餌食にして、この特殊利害のために自身の活動を利用する傾向のある」存在であるにすぎない (§311、§301)、普遍的利益に志向するのは、議会ではなくして官僚であり、世襲の君主だ (§301)、というのである。以上のようなヘーゲルによる人権宣言・憲法批判をフランス語の概念を用いて言い換えるならば、“Étatを、homme = bourgeoisの私的利害の渦巻くsociétéの中に埋没させてはならない。Étatとsociétéとを同視することなく、Étatをsociétéから自立させねばならない”ということであろう。

(2) マルクス

マルクスのBürgerliche Gesellschaft概念は、以上のようなヘーゲルのそれを経済的純化の方向において徹底させるものであった。ヘーゲルにおいて、司法や行政活動は、Bürger (bourgeois) の私的利害に奉仕するものとして、なおBGの次元に帰属せしめられていたが、マルクスのBG概念からは、排除されるにいたった。マルクスのBürgerliche Gesellschaft概念は、ほぼ、ヘーゲルの

Bürgerliche Gesellschaft論のうちの前記「欲望の体系」に相当する部分を対象とするものとなった。曰く、「Bürgerliche Gesellschaftという言葉は18世紀に登場したが、それは、所有諸関係が古典古代のおよび中世的な共同社会から抜け出し終えた後のことであった。Bürgerliche Gesellschaftそのものは、Bourgeoisieとともに「はじめて発展する」(『ドイツ・イデオロギー』)。「私の研究が到達した結論は、法的諸関係および国家諸形態は、それ自身で理解されるものでもなければ、また人間精神の一般的発展から理解されるものでもなく、むしろ物質的な生活諸関係、その諸関係の総体をヘーゲルは18世紀のイギリス人やフランス人の先例にならって“Bürgerliche Gesellschaft”という名のもとに総括しているが、そういう諸関係に根ざしている、ということ、しかもブルジョア社会の解剖は、これを経済学に求めなければならない、ということであった」(『経済学批判』序言)。

以上の諸引用文全体から知られるマルクスのBürgerliche Gesellschaftは、société civileからassociation politiqueの契機を完全に除去して、société civileのéconomie politiqueのモメントのみを指示するようになった概念にほかならない。こうして、マルクスにおいて、sociétéを構成するéconomie politique (homme = bourgeois) とassociation politique (citoyen) との二層は、きわめて自覚的に截然と分離され、前者に対してBürgerliche Gesellschaft、後者に対してPolitischer Staat概念があてられたのである。

2) Bürgerliches Recht

ドイツの近代民法学の創始者たるサヴィニーの民法学の体系は、ヘーゲルの言う「欲望の体系」ないしマルクスの言うBürgerliche Gesellschaftおよびその内部に埋め込まれている家族を規律対象とするものであった。図1は、サヴィニーの民法学体系—純学問的体系と教育的見地にたった体系の2種があるが、ここでは前者を問題にする—とCode civilのそれを比較してみたものであ

るが、これによって、Code civilにおいて重要な位置をしめていた「政治社会（国家）における人格」が、サヴィニーの体系からは除かれていることが知られる。排除された、政治社会ないし国家の構成員をそのようなものとして規律する法は、ここではもはや民法ではなく、公法（憲法、行政法）ということになった。

3. フランス民法とドイツ民法の対立の根拠

しからば、以上のようなフランス民法とドイツ民法との対立、その基礎にあるところの、〈société civile一元論〉と〈Politischer Staat・Bürgerliche Gesellschaft二元論〉との対立は、いかにして生じたのであろうか。結論をまず述べれば、これもまた、〈旧身分制社会から近代市民社会への移行〉の仕方の差違を根拠とするものであった。当面問題のフランスとドイツの類型的対立に焦点を定めつつ、旧身分制的国制から近代的国制への転化の歴史を概観するならば、次のようにまとめることができよう（図2参照）。

(1) 中世の国制は、〈王—領主—領民〉の支配関係を基本とするものであった。領主の領民支配は、領主のイエ（家父長制的支配）を核として農民たちのイエを支配する所領支配（家産制的支配）である。かかる所領を対外的には他の領主勢力から守り、対内的には領民を統治すべく、領主は武装している。当時の観念によれば、それは決して不法な暴力なのではなく、神法（良き古き法）によって許容されている正当な暴力であり、これを背景とする所領支配は領主の権利にほかならなかった。

そのような領主たちは、一人の王を推戴し、王臣関係を形成していた。ただし、これは、臣下が王に隷属するタイプの支配関係ではない。正当な暴力を王や他の領主たちと分有している個々の臣下＝領主が、きわめて高い自立性・自律性ないし自由を保持しているところの、王臣双方の合意に基づいて形成される身分契約的な支配関係である。軍役や租税の商議の場としての身

分制議會は、そのような関係を基礎として形成された。身分制議會に象徴される中世的支配関係においては、王は、神法によって正当化されているとともに、それによって拘束されている（神授王権）。王は、これまた神法によって正当なものと承認されている領主たちの古い由来を有する所領支配を固有の権利（良き古き権利）として尊重しなければならない。これこそが王権にとっての至上の課題である。これに違背すれば、領主の側からの神法にもとづく抵抗が待っていた（中世的法の支配）。以上のような意味において、中世的国制は、後の絶対主義時代に到来する国家と社会の二元的秩序をまだ知らない、一元的秩序であったということが出来る。

(2) 生産力の高まりとともに、農村に余剰の生産物の取引の場としての市がたつようになり、これはやがて都市に発展する（西欧中世内陸都市）。比較的広域的規模での、商人を仲立ちとする社会的分業関係の形成である。商品は、本来、農産物や手工業品などの動産商品であったが（動産商品化社会、単純商品流通社会）、動産商品取引が盛んになると、動産商品を生み出す土地にも値がつくようになり、取引の対象とされるようになる（土地商品化社会という形態の市場社会。ただし、労働力商品化＝労働市場は未形成であるから、この市場社会はまだ資本主義社会ではない）。

このような、比較的広域的規模での社会的分業の展開は、必然的に、この規模において政治的支配を行いうる広域的権力を必要とし、これを生み出す。これが、絶対王権であった。絶対王権は、良き古き法から自由な（rechtsfrei）な都市的市場的空間を拠点として成長し、自律的領主層からも権力を集中して、これに対する新しい性質の支配を及ぼしていこうとした。その新しい支配とは、かつての身分契約的支配にかわる主権的支配——他の同意をうることなく（身分制議會の停止）、支配領域に普く適用される法を定立することを通じて行われる支配——であり、諸身分の固有権の保護ではなく、むしろ国家ないし公共善の実現を第一義とする行政的支配（police, Polize i）である。絶対君主がなう国家（État）は、かくして、今や諸身分（états）

の上に聳立している。絶対主義国家と身分制社会の二元的秩序の形成である。ただし、身分制社会が存続している限りにおいて、一君万民的な国制ではない。人々は依然として、イエをはじめとする身分制的諸団体に包摂されているのであり、国制は、これらの諸団体のヒエラルヒッシュな結合関係として存在していた（いわゆる社団国家）。

(3) フランス革命は、以上のような絶対主義的国制を破砕し、すでに述べたような*société civile*一元秩序を形成した。一元秩序という限りにおいては、近世的国制の否定であり、中世的国制の復活であった。

しかし、形式的には同一でありながら、内容的には変化している。*société civile*は、絶対王権の下において――経済的には成長してきてはいたもの――、政治的には無であった第3身分（その中心がブルジョア）の形成する市場社会的結合が、一個の政治社会へと高められたものだからである。この国制の基本単位は、もはやイエや身分制的諸団体ではなく、個人（*homme/citoyen*）であり、万人が等しく*société civile*形成以前の自然状態において有していたと観念されたところの諸個人の自然権（*droits naturels*）を守ることが、*société civile*およびこれを規律する*lois naturelles*（民法）の至高の目的とされた（近代法の支配）。

(4) 対して、西欧の中では後進国であったドイツは、旧身分制的=絶対主義的国制が革命という形で廃棄され、近代的国制が形成されるという歴史を経験することがなかった。ここでは、絶対君主が、先進国イギリス・フランスにおける国制史の展開に学びつつ、旧身分制社会から近代市民社会への移行を、上から政策的に推し進めることになった（プロイセンにおけるシュタイン=ハルデンベルクの改革など）。その結果として、ドイツにおいては、絶対主義時代に形成された二元秩序が、二元秩序という形式の限りにおいてはそのまま持続し、内容を変化させていくことになった。すなわち、近代的啓蒙專制的君主制国家と近代市民社会の二元的秩序――ヘーゲルの言う*Politischer*

StaatとBürgerliche Gesellschaftの二元的秩序――の形成である。近代君主制国家は、もはや、身分制的諸団体を統合する社団国家ではなく、君主が官僚制機構を駆使して万民を直接に統治するタイプの近代国家であった。そして、近代市民社会はといえば、フランス近代の基礎をなした土地商品化社会から、さらに一步を踏み出したところの、労働力商品化社会すなわち資本主義社会であった。

IV. 結び

フランス民法とドイツ民法の類型的対立を論じる際に提示した旧身分制的国制から近代的国制への転換の構図(Ⅲ)は、コモンローとシヴィルローとの類型的対立(Ⅱ)の根拠を考えるためにも、応用することができる。

イギリス国制史は、基本的にフランス型であった。フランス近世に即して述べたÉtat(国家)とétats(諸身分)の二元的対抗秩序は、イギリスにおいては、しばしば、17世紀におけるCourt(宮廷)とCountry(地方)のそれとして説明される。「真理ではなく権威が法をつくる」と説いたホブズと、コモンローの支配を主張した法律家たち(とくにクック)との対立は、その反映である。しかし、このような緊張関係は、名誉革命(1689年)によって克服され、civil society(commonwealth)一元的秩序が形成された[村上 1979/45頁以下]。英仏の相違はといえば、先にも述べたように、civil societyないしsociété civileにおける規範を体系的に記述する試みが、イギリスにおいては、civil society一元秩序の形成前・形成後の全時期にわたって全く一般化しなかったのに対して(コモンローの持続、ブラックストン『イギリス法釈義』1765~1769年の例外性)、フランスにおいては、まずは、société civileが絶対主義的国制の胎内にあった17~18世紀の段階において法学者によってそのことが試みられ、やがて、制定法にまで高められたことであった(1791年憲法、1804年Code civi

l) 。かかる相違の主要原因の一つは、おそらくは、フランスが、イギリスと比較した場合、société civile形成の後進国であったが故に、その分、先進国を範として、société civileを対象化して認識し、これにもとづいて、société civileを計画的に創出する必要があったからであろう。

本稿は、とくに、フランス民法とドイツ民法との類型的差異について、多くの問題を論じ残している。一言で表現するならば、インスティトゥティオネス体系とパンデクテン体系との相違の問題であり、具体的には、(1) 人格法のあり方の相違、(2) 契約法観念の異質性、(3) 実体法と訴訟法との関係のあり方の相違、などが個別的論点となる。(1)(2)の論点については、すでに公表した二つの論文を参照されたい[水林 ②、④]。(3)などについては、今後の課題をしたいと思います。

■ 参考文献

- 生松敬三、『社会思想の歴史：ヘーゲル・マルクス・ヴェーバー』、岩波現代文庫、1969(2002)。
- ヴェーバー、世良晃志郎 譯、『法社会学』、創文社、1974。
- 原島重義、『法的判断とは何か：民法の基礎理論』、創文社、2002。
- 村上淳一、『ドイツ法学』、碧海純一ほか編、『法学史』、東京大学出版会、1976。
- _____,『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。
- 望月礼二郎、『コモンロー考』、『神奈川法学』30巻1号、1995。
- _____,『コモン・ロー再考』、早稻田大学比較法研究所編、『比較法と法律学—新世纪を展望して—』、成文堂、2010。
- ラフリン、『英国における法律学、法実務、法学教育の関係』、曾根威彦・榎鞆能生編、『法実務、法理論、基礎法学の再定位—法学研究者養成への示唆—』、日本評論社、2009。

本稿は、下記の私の5つの論文をもとに作成された。特にⅠは③⑤、Ⅱは①②④を基礎とする。詳しくはこれらを参照していただきたいと思う。

- ① 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・榊澤能生編, 『企業・市場・市民社會の基礎法的考察』, 日本評論社, 2008.
- ② 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, 2008.
- ③ 法のトリアーデ考—法實務・法解釋・基礎法學—, 曾根威彦・榊澤能生編, 『法實務、法理論、基礎法學の最低位—法學研究者養成への示唆—』, 日本評論社, 2009.
- ④ 『近代民法の原初的構想—1791年憲法律に見えるCode de lois civilesについて—』, 『民法研究』第7号, 2011.
- ⑤ 實定法學の基礎法學, 『法律時報』83巻3号, 2011.

※ 일본어로 작성된 <그림 1>과 <그림 2>는 번역문에 있는 그림으로 대신함(譯者).