

「資産 (patrimoine)」理論は日本民法学にとって どのような意味をもつのか —横山報告へのコメント

瀬 川 信 久

はじめに

横山報告は、資産 (patrimoine)、財産 (bien)、所有 (propriété) というフランスの財産概念を、19世紀から近年の学説・立法・民法改正準備草案まで検討し、そこから日本法への示唆をまとめる。扱われる問題は広範なので、本コメントでは、横山報告の中心にある「資産」概念に焦点を絞ることにする。

ところで、この「資産」については、フランスでも位置づけ・とらえ方・考える具体的問題に大きな幅があり、論争がある⁽¹⁾。横山論文はその論争に留意しつつも、フランスの「資産」理論をまとめたものととらえて日本法への示唆を探る。しかし、コース論と同じように、フランスの「資産」論の真価は、そして「日本法の中の外国法」というテーマにとっての意味も、学説の分裂にこそあるのでないか、というのが本コメントの出発点である。とはいっても、筆者の能力から、提唱者オブリ＝ローの理論と、それをめぐる20世紀初頭までの議論を分析した限りで⁽²⁾⁽³⁾、横山報告の提言に若干の付加をするにとどまることを御容赦いただきたい。

1 オブリ＝ローの「資産」理論

(1) 「資産」概念の体系上の位置

まず、「法律文芸の見事な小品」⁽⁴⁾と評されるオブリ＝ローの「資産」理論を、その体系と論理展開に即して概観してみよう。Cours du droit civil français 全8巻・総頁数4939頁⁽⁵⁾は、「序」(176頁)と「フランスの理論的民法」(第1巻～第8巻の冒頭、計4368頁)と「実務的なフランス民法」(第8巻の残部395頁)からなる。「理論的民法」が分量の92%であり、「資産」はその92%の1/4強を占める。すなわち、この「理論的民法」は、権利の主体に関する「第1部 身分と法的能

力」(計468頁)と、権利そのものに関する「第2部 適用される客体 (objets) とその関係でとらえた市民権 (droits civils) (計3900頁) からなる。この第2部は2編に分かれ、第1編は外部の客体に対する権利を「個別的にとらえ」(計2729頁)、第2編はそれを「人の「資産」の要素としてとらえる」(計1171頁)⁽⁶⁾が、「資産」はこの第2編の対象である。それは、「一人の人への帰属」という視点に立つとみえてくる「人が、財産を成す客体に対してもつ市民権のひとまとまり (ensemble)」である。しかし、オブリーローはこうとらえることに止まらず、「資産」を、「その複数の財産が帰属する人の単一性(統一性 unité)という力によって法的なまとまりを作るという意味で、法的包括体 (universalité juridique) である」とする (§162, p. 3)。

以上のとらえ方は次のように説明される。「「資産」という観念 (idée) は、人格性という観念から直接導かれる。人間が権利を行使する複数の客体は、その多様性に拘わらず、またそれらの構成的性質の多様性に拘わらず、特定の人の権利の素材をなすものとして唯一つの意思の自由な恣意に、一つの法的な権力のアクションに服する。」⁽⁷⁾ また、「資産」に含まれる諸財産について、次のように言う。「「資産」は純粋に知的な性質のものであり、それを構成する諸要素は同じ性格を帯びなければならぬ。人の権利が対象とする外部の客体は、それ自身としては、存在的性質の関係では、彼の「資産」と一体をなす部分をなさない。財産という資格で、供しうる効用の関係において「資産」と一体をなす部分をなす。この資格において、これらの客体はすべて金銭的な価値という共通の観念 (idée) に帰着する。」(いずれも §573の1⁰)。このように、「資産」概念は、権利(財産)を、その対象たる外部の資材の自然的な性質を捨象して、権利主体(市民)にとっての効用——その中でも特に金銭的な価値——について、しかも一人の人に属するひとまとまりの財産としてみることににより、財産法の諸法規範を説明しようとするものである。換言すれば、権利の客体が権利の主体にとって持つ効用の法的保護を、一人の市民に属する財産のまとまりという観点でとらえる概念である。

以上のようにとらえたうえで、第1小編 (§§573~583. 計32頁)で、多数の財産が一人の人に属するときの法理を広く説明し、第2小編 (§§584~744. 計822頁)で、この「資産」一般論の適用として⁽⁸⁾相続と無償処分を詳説する。そこでの「資産」観念には、個別財産をまったく顧慮しない抽象的なもの (a) と、「資産」に属する個別財産をとらえる具体的なもの (c) と、中間的なもの (b) の3つが

ある⁽⁹⁾。

(2) 「資産」概念の内容

(a) 特殊な所有権の客体としての「資産」

抽象的な意味での「資産」は、それを包含する個別財産の多寡・有無に依存しないものである (§573の3^o, §577の1^oなど)。①この「資産」は人格性の発現である (これについては、上記注(7)の引用文も参照) から、自然人・法人のみが一つの「資産」を持つことができる。また、あらゆる人が、現実には財産を持っていないとしても、必ず一つの「資産」を持つ。しかし、一つの「資産」しか持てない (§573の4^o)⁽¹⁰⁾。②この意味での「資産」に対する権利は権利者の生涯存続する所有権のみであり、用益権・抵当権等の他の物権はこの「資産」を対象としない (§576の前半)。また、③この「資産」に対する権利は各人の人格に内在するものであり、他から取得することも、他へ譲渡することもできない。それは死亡により人格とともに失う以外に失わず、奪われることもない。観念的な割合ですら分割することができない (§577の1^o, 2^o, 3^o, 4^o)。

ここで考えているのは、個別財産の存否や出入りに依存しない・一人の人が有する財産のまとまりと、それに対する・人の生涯存続し取得譲渡放棄できず侵奪されない特殊な所有権である。

(b) 財産包括体としての「資産」

オブリーローは、以上の抽象的な意味での「資産」を「所有権の客体としての「資産」」と呼ぶが、それとの対比で、財産包括体 (universalité des biens) としての「資産」を考える (§577の4^o)。この意味での「資産」に対しては、所有者は実質的に (virtuellement), 1^o「資産」の管理権能, 2^o収益収受権能, 3^o「資産」の全体あるいは(割り切れる)割合部分を遺言により処分する権能, 4^o「資産」に属する客体あるいは価値を不当利得返還訴権によって回復する権能, 5^o「資産」を回復請求する (revendiquer) 権能を享受するとする (§578)。所有者の権能というが、1^o, 2^o, 4^oは管理・収益・保存行為であって処分行為でないから、また、3^oは死後処分だから、(a) の「資産」の処分不可能性・不可分性に反しないと考えるのであろう。

(c) 「資産」の諸要素

「資産」に属する個々の財産 (権利) を、オブリーローは「「資産」の諸要素」と呼ぶ (§573の1^o, §575)。「資産」の主体はこの個々の財産に対し (生存中も処分で

きる通常の) 所有権をもつ。ここまでのところによれば、オブリ＝ローは、主体の権利として、(a)「資産」に対する生涯存続する所有権と、(b)法的包括体に対する管理収益保存権能と、(c)「資産」に属する個別財産に対する処分可能な多数の所有権の3つの層を考えている。

ところで、個々の財産に対しては所有権以外の物権も成立する。そして、上に述べたように、所有権以外の物権は (a) の「資産」を客体としない (§576後半) から、「資産」の全財産に対する用益権 (§576)、債務者の財産に対する債権者の一般担保権 (2092条。gage commun. §576, §579) は、(a) の「資産」ではなく個別の財産に対するものである⁽¹¹⁾。また、現行法が「資産」の分割を認めているようにみえる場合——債務者の動産全体に対する先取特権、不動産全体に対する抵当権、共通財産が動産を包含し不動産を排除すること——は、多数の個別的権利の分割だとする (§574の1^oの n. 2, n. 3, n. 4の本文, §576)。

このように個々の財産は「資産」ではない。しかし、「資産」概念は、(i)「資産」に属する個々の財産を一体と扱い、あるいは (ii) それらに同じ性格を与える (上記 (1) の§573の1^oの引用文)。

(i) 第一に、一人に属するすべての個別財産を不可分一体として帰属・移転させる法規範がある。これは個別財産の帰属・移転であるが、オブリ＝ローは、それを (a) の「財産のまとまり」の帰属・移転と——したがって、「人格」の帰属・移転と——いわば束にしてとらえる。ただ、実際に考えるのは相続承継である⁽¹²⁾。そして、一旦こう言いながら多くの例外を認める。

第1に、⑦民法典732条が古法を変更して、財産の性質や由来で区別せず相続承継を規律することを、「「資産」の単一性 (unité) の原理」で説明する (§574の1^o)。しかし、この原理に多数の例外を認め、それを法的包括体によって説明する。まず、不動産のみ又は動産のみの全部あるいは一定割合の包括遺贈を認める1110条を、「資産」を2つの法的包括体に分割することを認める唯一の例外規定として説明する (§574の1^oの末尾)。また、被相続人の財産の一部を例外的に相続人に帰属させない場合を、法的包括体によって説明する。限定承認と財産分離における相続財産、養子・卑属・非嫡出子の死亡における養親・尊属・父母から受贈・相続した物 (他の遺産から区別されて贈与した養親・尊属・父母ないしその相続人に復帰・移転等する。351条, 352条, 747条, 766条が規定。), 不在者が占有していた財産、貴族世襲財産 (majorat) あるいは包括的ないし包括名義の信託的継伝処分

(fidéicommiss) に含まれる財産などである (§574の2^o. §162, p. 3も参照)。(b) では「資産」所有者の具体的な権能を「財産包括体」という概念で説明したが、個別財産の帰属というこの(c)では、一人が複数の財産のまとまりをもつ例外的場合を、主体に帰属しない「法的包括体」を認めることで説明している。この法的包括体を考える意義は、個々の財産についての処分意思を要求しないこと (§162の note 5の本文参照) と後述する物上代位の効果にある。

第2に、④相続財産の一部の遺言を認めないことを「資産」の不可分性から導く。しかし、この準則についても、フランス法は採用しなかったとし、その理由を法定相続人が死者を代理するからだと説明する (§577の4^o)。そのほかには、⑦相続財産の一部の承認・放棄を認めないこと、⑤相続人の1人の相続放棄は他の相続人の持分を増加させることを、「資産」の不可分性の現れとする (§582の末尾)。

第3に、④人的性格のゆえに移転不可とされていた債務が、債務者死亡の場合には他の財産とともに相続人へ移転すること、しかも、⑦相続人は、相続放棄や限定承認をしない限り相続債務を無制限に承継すること (obligation *ultra vires*) をあげ (§583)、この④⑦を、債務が被相続人の「資産」に属することと、相続人が被相続人の人格を承継することとで説明した (§583)⁽¹³⁾。

(ii) 第二に、1人の人に属するすべての個別財産が共通の性質や効果をもつことがある。そのような性質・効果としてオブリ＝ローが考えるのは2つある。

(ii-1) 第1は、「資産」の諸要素の代替可能性 (fongibilité) (§575) であるが、今日言う代替物の代替性ではない。具体的には次の2つである。

その一は、「資産」に属する個別財産の侵害・損失に対し、損害賠償請求や不当利得返還訴権 (action *de in rem verso*) を認めることである (§575の1^o). そのほかに §573の2^oの n. 5)。これらは、個別財産が侵害されたときに定額賠償でなく総体差額説的な損害賠償を認め、また、一般不当利得法を認める動きであり、いずれも権利主体の事情を考慮する救済法理を「資産」概念によって実現するものと理解することができる⁽¹⁴⁾。

その二は、物上代位 (subrogation réelle. §575の2^o) である。しかし、これも今日の抵当権・担保権など個別財産の物上代位ではなく⁽¹⁵⁾、相続財産・夫婦財産などの包括体 (universalité) の物上代位である。しかもいったん移転した包括体が元の帰属者に戻る場面での物上代位である。オブリ＝ローは、民法典132条、747条、766条、1697条、不在者、相続権の譲渡、相続回復請求権、財産分離をあげる

が (§575, notes 4, 5), 例えば, このうちの132条は, 生死不明者が帰来したときに, 現存する財産のほか, 生死不明中に譲渡された財産の代価, その代価を使って得た財産の回復請求を認めるものである。あげられる場合のいくつかは, (1)の第1でみた, 例外的に「資産」の一部を別に取り扱うことができる場合である。

これら2つの「代替可能性」で考えているのは, 個別財産に対する権利を行使できなくなったときの代替的な価値・物に対する請求権であり, それは, 個別財産が処分・侵害されたり法律上の原因なく移転した場合の権利主体にとっての効用の法定的な救済である。そして, このうちの物上代位は, 包括体の移転から回復までの間の個別財産の処分結果を回復主体に復帰させることだから, その間に, 主体から独立した別の「資産」を認めることを意味する。この物上代位によって, 「資産」の一部を法的包括体として他の部分と別にできる例外的場合に限ってであるが, 一人の人が二つの「資産」をもつことになる。

(ii-2) 第2は, 個別の積極財産が権利主体の負う債務のための執行可能財産・共同担保になることである (§579~580。なお, §576, p. 241も参照)。類似する効果として, 裁判上の財産譲与 (1270条), 債務者の全不動産に対する法定抵当権の登記 (2122条), 裁判上の抵当権に関する同様の制度 (2123条2項) をあげる (§573の2⁹⁾。

(d) 「資産」の人格性・単一性・不可分性の多義性と「資産」概念の性格

オブリ＝ローの「資産」概念は以上のように多様な内容を包含する。したがって, 彼らの「人格性」「単一性」「不可分性」の意味は, 考えている「資産」によって異なる。

まず, 「人格性」は, (a) 抽象的な財産のまとまりの意味では, 人は一つの, そして, ただ一つの「資産」を持つことなどを根拠づけ (上記 (a) の①), (c) (i) の意味では, 債務を含む死者の全財産の包括的承継を根拠づけ (上記 (c) (i) の第1の末尾。§§582, 583)⁽¹⁶⁾, (c) (ii-2) では一般共同担保を根拠づける (「「資産」が人格性の発現であるから, 人が負う債務はその「資産」の負担となる。」§579のn. 1の本文)。しかし, 「人格性」が説かれるのは以上にとどまる。

他方, 「単一性」「不可分性」は, (a) 抽象的な財産のまとまりという意味では, 複数の「資産」を持っていないことであり (§573の4⁹。上記 (a) ①), (c) (i) の相続財産の承継では, 上記 (c) (i) の第1・第2で述べた㉞, ㉟, ㊱, ㊲の意味である。これに対し, (c) (ii-1) の共同担保では, 「資産」に属するどの財産でも差押

えられることを不可分性と呼んでいる (§579)⁽¹⁷⁾。しかし、これらの不可分性の内容は互いに異なる。特に、⑤相続人の1人の相続放棄が他の相続人の持分を増加させることや、(c) (ii-1)「資産」に属するどの財産でも差押えできるとは、(a) と (c) (i) の個別処分不可という不可分性とは明らかに意味が異なる⁽¹⁸⁾。

以上のほか、「資産」概念は、損害賠償・不当利得の救済を受ける「資産」は生来の財産や親権を含むが、共同担保の意味の「資産」は生来の財産や親権を含まない (§573の2⁰) 点でも一様でない。「資産」の金銭的価値も、(c) の個別財産は持つ (§573の1⁰, 3⁰, §575の1⁰) が、(a) の「資産」は処分できないのだから持たないはずである。

以上のように、「資産」概念の内容はレベルによって異なりそれらは相互に演繹論理的な関係にあるわけではない。しかし、「資産」概念の内容は諸々の法規範の単なる寄せ集めではない。それは、「権利客体の権利主体に対する効用の法的な保護・規律はどうあるべきか」という観点から関係法規範を体系化したものである。例えば、(a) 最も抽象的な、生涯存続する「所有権の客体としての「資産」」と、(b) 管理権能の対象たる「財産包括体としての「資産」」と、(c) 処分の対象たる「「資産」の諸要素」という三層構造——例外的に認める、主体に帰属しない「法的包括体」というとらえ方を加えると四層構造になる——は、主体にとっての客体の効用の法的保護を、客体を捨象した抽象的なものからそれを考慮する具体的なものと多段階でとらえる考えである。また、「単一性」「不可分性」が多くの例外を認め (その一部は法的包括体による)、問題に応じて異なる意味をもつことは、相続財産を分散させずに相続人らに承継させるという要請とそれに対抗する諸々の必要との調整の結果だからであろう。ただ、「資産」はこのように、財産法の諸規範を権利主体にとっての効用という観点から体系的に説明するための概念であって、裁判例など具体的な経験に基づく実体概念ではないから、具体的な事案を解決する法技術概念としては力が弱い⁽¹⁹⁾。しかし、「資産」が体系化のための観念的構築物であることは提唱者も十分に意識していたと思われる⁽²⁰⁾。

2 「資産」概念をめぐる世紀転換期の議論

1890年代初めまでは、以上のオブリ＝ローの「資産」論を支持する文献をみいだすことができない⁽²¹⁾。特に、実務家向けの浩瀚な判例学説総攬には《patrimoine》の項目すらなかった⁽²²⁾。この状況が動き始めるのは1890年代半ばで

あるが、そこには「資産」概念を押し出す力と縮小させる力とがせめぎ合っていた。

(1) 「資産」概念の定着

「資産」概念を推進したのは1890年代の民法教育課程の改革である。1895年7月24日の公教育省のアレテ⁽²³⁾が学士課程の民法教育内容の配分につき、民法典の構成を崩して、1年目に法の一般理論、人、所有権とその取得方法、取得時効、2年目に債務法と契約法、消滅時効、3年目に家族関係、相続、夫婦財産制とする指針を出したところ、プラニオルやカピタンがこれに応じて体系的な教育を目指し、教科書の中で、「資産」を民法の基本概念の一つとして位置づけた。

プラニオルは、このアレテによる第一学年の民法教育には一般原理や歴史的な概念が必要だとし、従前の条文順の教育を次のように批判する。教師が学生のために書く法律書には、法を既に知る実務家のための法律書と違って、一団の概念、原理、定義がなければならない。それには、ここ20年来の自然科学や歴史科学をモデルに合成の形 (*forme synthétique*) を採るべきである。条文順では民法典制定後の膨大な問題群を落としてしまう。また、民法典制定直後と違い今日では判例による法形成を教えねばならない⁽²⁴⁾。この民法教育構想の下で、プラニオルは「資産」概念に、オブリ＝ローと少し違って、財産論冒頭の「財産の区別」の前という今日まで続く体系上の位置を与えた⁽²⁵⁾。

カピタンも、民法の教育・勉学のための基礎概念を説明する本の中で次のように言う。従来の条文順では、原理や学理を知らない学生に個別の制度を教えることになる。1895年のアレテはこの嫌悪すべき伝統と手を切り、民法教育を飛躍させた⁽²⁶⁾。これはドイツのパンデクテン法学に従ったものだ⁽²⁷⁾が、この方が様々な制度を理解させるのに自然である。フランス民法典の体系では、私法全体を支配する一般的概念——ここで、家族法と財産法の区別、権利発生の法的事由のほかに、「資産」概念をあげる——の場所がないという⁽²⁸⁾。

そして、財産は人の力 (*puissance*) に服し人に効用をもたらす——すなわち「資産」の一部となる——点で、日射しや空気などを含む物 (*choses*) と違うとし、「人—「資産」」を、物から財産を区別するところに位置づける (pp. 166～7)⁽²⁹⁾。こうしてオブリ＝ローに従い、「資産」を人格に由来するものと考え、「1. 「資産」の概念——「資産」の諸要素の代替可能性」(述べる内容は1 (2) の (a) と (c) (ii-1))⁽³⁰⁾、「2. 「資産」に対するその人の権利」(同じく (b))、「3. 債務者の

「資産」に対する債権者の権利」((c) (ii-2)), 「4. 人の死亡による「資産」の移転」(c) (i) の4項目に分けて、20頁にわたり説明している (pp. 185~204)。ただ、「資産」概念の利点は、④債権者が共同担保を有することと、⑤死亡により確定し相続人に移転し相続人の「資産」と融合することを説明できることだとする (pp. 186~7)。

(2) 「資産」概念に対する批判

以上に対し、「資産」概念を批判したのはサレイユとジェニーであった。

まず、サレイユが、ある判例批評で物上代位のフィクションを批判した⁽³¹⁾。それは、不動産の一团が修道会女子学校設立を条件に市 (commune) に永久遺贈されたが、70年後に県のアレテにより当該女子学校が非宗教化されたので、遺言者の包括受遺者が遺言を取り消して、目的物の返還を市に求めた事件であった。問題は、この期間中に市が一部の不動産を売却しその代金で取得した国債をも返還すべきかであった。一審も控訴院も請求を認めた。サレイユは、法律が財産を一定の目的に充てること (affectation) を認めている場合には受遺者の「資産」の中に特別の目的のための「資産」を認めてよい (p. 188, col. 3)、破棄院判例も同様の場合に設立契約 (contrat de fondation) を承認していたとした (p. 189, col. 2)。これは、オブリ＝ローの「資産」概念の単一性の定理を、その物上代位というフィクションによらずに回避するものであった。

ジェニーは、オブリ＝ローの「資産」概念の諸帰結 (考えているのは上記1(2)の(a)と(c) (i)) が多くの点で現行法に反することは本人達も認めざるをえず、また、「資産」の内容の点では、代替可能物から成る「資産」(上記(c) (ii)) を考え、不当利得訴権や物上代位を法的包括体の一般原則として主張する点を、カピタン (注 (30) 参照) などに依りながら批判する⁽³²⁾。そして、「資産」概念が④債権者が債務者のどの財産をも差押えられることや、⑤債務を含む全財産が死亡により移転することを説明する点は肯定しつつも、人格というアプリオリの純粹概念から不可分性、不可譲渡性、死者人格の継続による相続承継を導く点 ((a) と (c) (i)) は、現行法に反する点で無益であり、また、判例の進展が「資産」概念の先入観なしに、寄付行為 (fondation) と公法人を介して目的充当財産を認めたり、将来相続の約定を妨げる法規を制限解釈することを妨げ、また、相続債務などの相続財産を別に分離することを妨げる点で危険だと、サレイユの判例批評を引きながら、批判する⁽³³⁾。

いったんはオブリ＝ローを支持したカピタンも、ジェニーの意見を受け入れて「資産」概念を人格性から切り離し、オブリ＝ローの「資産」概念から、上記(a) (b) (c) (ii-1) を落として、(c) (i) の「人の死亡による「資産」の移転」(上記⑥) と c (ii-2) の「債務者の「資産」に対する債権者の権利」(上記④) の2点に絞り、3頁弱の記述に縮小した⁽³⁴⁾。また、一般的にであるが、理念だけの作品を作らないために、そして、裁判所が適用する真の法、生ける法を無視しないために、判例を重視すべきことを説いている⁽³⁵⁾。

最後に、ドゥモグも、諸権利と諸債務が一体的に移転する法的包括体というのは、もっぱら精神のみによる見方だとして「資産」概念に反対し、相続回復請求権のような特別の法規に服する訴権は、実践的な利益・その時の経済 (économie) の考慮に基づくのであって本性的な必然とみるべきでないとする。そして、④債権者のための共同担保にのみ「資産」概念の意義を認め、法的包括体が事実上の包括体かあまりの重要性を与えるのは誤りだとする⁽³⁶⁾。

(3) 対立軸の整理とその今日の意味

「資産」概念をめぐる以上の緊張関係は、2つの対立軸で整理できるように思われる。「資産」概念がオブリ＝ローの「理論的民法」の中の知的構築物であり、民法教育課程の改革の中で重要性を与えられたこと、判例学説総攬等には項目すらなく、「資産」概念の批判はサレイユの判例研究から始まったこと等々にみられるのは、法規範の認識ないし形成において一般的な理性に依拠するいわば理性主義と、個別判断の経験に依拠するいわば経験主義との対立である。そして、理性主義は概念の経験的内容にこだわらないから、「資産」概念に多様で広範な具体的問題を包含させ、「資産」の主体が自然人か法人かで区別しない。もっとも、サレイユ、ジェニーの批判は、この対立軸の一方の側から、オブリ＝ローの「資産」理論の観念論的な面のみを批判していて、1 (2) (d) の末尾の段落でみたその重層的な柔構造全体をみていないように思われる。ところで、理性主義に基づく「資産」概念推進論は、大学での原理と体系による民法教育を念頭に置き、経験主義に基づく批判者は裁判実務の個別判断を考えていたから、この対立は、法学教育と裁判実務と民法学理の間の距離と関係に関わっている^(36a)。

もう一つの対立軸は、法体系の基点を個人ないし権利主体に置き、「資産」概念の根拠を「人格性」に求める見解と、法体系の基点を何らかの「目的」に求め、「資産」概念を「人格性」から切り離し、その「目的」によって根拠付ける見解と

の対立である。このことは、「資産」概念の推進者も批判者もドイツ法学の強い影響を受けながら、推進者はサヴィニーからヴィントシャイトまで参照している（そもそもオブリ＝ローが基礎にしたのはサヴィニーと同時代のツアハリエである）のに対し、批判者には後期イエーリング（利益法学・目的法学）の影響が強いことにみられる。この対立軸は、1910年の目的充当説 (patrimoine d'affectation) を経て主体説 (théorie subjective) と目的説 (théorie objective) の対立につながる。以上の2つの対立軸からみると、「資産」概念は、「人」を基点とするフランス的パンデクテン法学の果実といえることができる⁽³⁷⁾。

世紀転換期の後も、「資産」をめぐる学説の議論と分裂は続き（注（1）を参照）、「資産」概念で考える具体的問題はオブリ＝ローが考えていたものからさらに離れて多様化し、民法教育課程にも変転がある⁽³⁸⁾。しかし、この2つの対立軸による整理は依然として有効であるように思われる。「資産」概念は、横山報告にあるように、近時の若干の立法問題に限れば法技術概念として重要な役割を果たしているが、裁判実務とのつながりは限られ⁽³⁹⁾、基本的に民法教育上の概念である⁽⁴⁰⁾。そして、「資産」を理念の概念と考える論者がそれを維持し、その中に広範な問題を包摂する⁽⁴¹⁾のに対し、それを実体概念と考えようとする学説は個別問題に分解しようとするように思われる⁽⁴²⁾。また、「資産」論の分裂の基礎には、今日でも、法体系の基点を何に求めるか、個人が存在か、法人を含む権利主体か、何らかの「目的」か、それは社会的な目的か取引の目的か、をめぐる対立がある⁽⁴³⁾。そして、「資産」概念をめぐる2つの対立は今日、グローバル化の中で法学教育における実務重視が唱えられ、伝統的な法学教育に対する批判の中で「資産」概念否定説ないし有害無用説が提言されていることをみると、フランスの大学法学教育のあり方をめぐる対立と連動しているように思われる⁽⁴⁴⁾。

結びに代えて——「資産」理論と日本民法学

上記の2つの対立軸からみると、日本とフランスの民法学の違いをまず確認すべきであろう。ドイツでもフランスでもパンデクテン法学には、観念・理念を基礎として法規範を捉える自然法・理性法の伝統がある⁽⁴⁵⁾が、わが国には明治末から大正中期の「概念法学」を含めて、「隠れた自然法」の発想が弱い⁽⁴⁶⁾。大正後期以後の事実関係や事案類型を重視する判例研究は1960年代の利益考量論につながり、教科書は法規範の仮言命題（要件・効果）を裁判例という経験的事実によって説明

することに傾斜している。たしかに、わが国の民法教科書にも法制度の比較・沿革、法規範の社会的作用、現行法の統一解釈体系などを説く部分がある⁽⁴⁷⁾が、理念からの体系的説明は主流ではなかった⁽⁴⁸⁾。わが国の民法学が体系化の際にしばしば依拠しようとしたのは、理念ではなく「科学」であり、また、市場取引に着目する社会像であった⁽⁴⁹⁾。それは、「人」よりも「取引」に着目し「効率性」「富の最大化」を制度目標とする法と経済学ほどではないとしても、フランスの「資産」理論の社会像とは対蹠的なものである。法主体（市民）の自由・自律という理念に基づく民法規範の体系化がわが国で提唱されるのは、著しく時期が遅れ産業化の時期が終わった1970年代以後である⁽⁵⁰⁾。

このように違いは大きい。しかし、フランスの「資産」概念否定説まで視野に入れ、グローバル化の中での実務法教育の要請と大学法学教育に対する市場の圧力を考えると、フランスと日本の民法学の課題が反対方向から接近するようにみえる。それは、「日本法の中の外国法」という問題が「資産」理論において今日とる形であるように思われる。

- (1) アンヌ＝ロール・トーマ＝レイノー（片山直也訳）「充当資産（le patrimoine d'affectation）」慶應法学19号（2011）513頁，518頁は，充当資産論の中も多岐に別れるとする。
- (2) 以下の概観は，逐一引用しないが，横山報告のほか，横山美夏「財産」NBL791号（2004年）16頁，原恵美「信用の担保たる財産に関する基礎的考察——フランスにおけるパトリモワヌ（patrimoine）の解明」法学政治学論究63号（2004年）357頁，同「フランスにおけるパトリモワヌ論の原型——オーブリ＝ローの理論の分析」同誌69号（2006年）357頁，同「財産管理に対する二つのアプローチ——管理の対象たる「財産」をめぐるフランス法の検討を契機として」同誌70号（2006年）231頁，片山直也「財産——biens および patrimoine」北村一郎編『フランス民法典の200年』（2006年）177頁の諸研究から多大な教示を受けている。
- (3) 以下の本文割注の数字は当該関係文献の§，頁を指す。
- (4) Carbonnier, Droit civil, vol. 2, 2004, [668].
- (5) Aubry et Rau, Cours du droit civil français の引照は，著者生前の最終版である第4版（1869～1883年）による。また，参照する民法典の条数は当時の条数である。
- (6) 引用は第2部第1編・第2編の編名の表現である。
- (7) 「自由な恣意」「法的な権力のアクション」といっても，後に見るように主体はこの「資産」を処分できないから，この支配は抽象的である。Voy. Rochfeld, Les

grandes notions du droit privé, 2011, pp. 355~6.

(8) Aubry et Rau, *supra*, t. 1, préface, p. VII.

(9) このような分析はオブリ＝ローの論理に反しないと考えるが、オブリ＝ローが一括する本文後記の (a) と (c) (i) を分解している。しかし、この分解は、「資産」概念を日本民法の個別財産の承継という考え方と対話可能にするためにやむを得ないと考える。

(10) この①は、「所有権の客体としての「資産」ととらえる前に述べられる。

(11) 今日では「資産」の中心の問題である一般担保権も、オブリ＝ローは結局のところ、個別財産を対象とする権利だと考えている。「こうして2092条は、債権者達のために、債務者の「資産」自体を対象とするのと同様に、そこに含まれるすべてでそれぞれの財産を対象とする担保権を確立する。／しかし、「資産」は譲渡することができず、強制収用も任意譲渡も対象にならないから、この担保権は、「資産」をも担保目的とするとしても、それを構成する諸要素にしか行使することができない。そして實際上、差押え権、債務者の権利と訴権を行使する権能〔債権者代位権〕、詐害行為取消権は特定の財産しか対象にしない。」 (§579の冒頭)

(12) なお、§583によると、オブリ＝ローは、包括相続人が死者から、諸々の財産のほかに法的な包括体と死者の人格を承継すると考えており、個別財産の相続 (succession aux biens) という考え方を否定してはいない。

(13) 詳しくは、原・前掲注 (2) の「フランスにおけるパトリモワヌ論の原型」374頁以下を参照。

(14) §575の1^oは、「資産」の諸要素の代替可能性が、損害賠償・不当利得返還、物上代位を根拠づけると説明している。ちなみに、戦後 Esmain が補訂した Aubry et Rau, Cours du droit civil français, t. 9., 6^e éd., 1953は、「資産」の説明の大きな部分を、人格権の侵害に対する訴権と不当利得返還請求権の要件 ((ii-1) のその一) に割り当てている (§574の前半と§§577, 578の計18頁) が、オブリ＝ローの包括名義の物上代位 ((ii-1) のその二) については、「資産」という考え方の結果だから物上代位の考え方による必要がないとし (§576, p. 314), 他方で、19世紀後半に立法が認めた担保権の個別名義の物上代位を詳しく論じている (pp. 318~9)。

(15) 担保権の物上代位は、否定する裁判例が出始めた時期だったためか、オブリ＝ローは論じていないようである。なお、個別名義の代位 (subrogation à titre particulier) と包括名義の代位 (subrogation à titre universel) の区別については、Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, notions générales, 1898, pp. 188~9を参照。

(16) ここには、「資産の人格性」に加えて「死者の人格の承継」という論理が介在している。

- (17) なお、(c) (ii-1) の損害賠償・不当利得返還・代替価値返還・差押え等では、個別財産ごとに認めるから「不可分性」はない。
- (18) そのほか、§574の3^oでは、「「資産」は、可分でない財産のまとまりだが知的なあるいは割合的な部分には分割されうる」という（下線は引用者）。
- (19) Hiez, Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel, 2003が繰り返し批判する点である。
- (20) オブリ＝ローが編名、節見出し (§) や本文中で頻繁に用いる、「……としてとらえた (considérés comme) 「資産」, 「〔債務の主体〕としてみた (envisagés comme) 「資産」 という表現や、先に引用した「「資産」の観念 (idée) は、人格性の観念から直接導かれる」という論理は、「資産」が裁判など経験的事実を基礎にした実体概念ではないことを示している。
- (21) ツアハリエ, サヴィニーは個人の自律を基礎に、「資産」概念を中心に民法体系を記述したが、フランスはそれは受容しなかったといわれる（アルフォンス・ビュルゲ（金山直樹／田中実訳）「一九世紀フランス私法に対するバンデクテン法学の影響——Vermögen から patrimoine へ」比較法史研究①（1992年）269～270頁）。1890年代の文献では, Capitane, *supra* note 17, pp. 2～3は、民法の体系的記述の唯一の例外であったオブリ＝ローに倣う者がいなかったという。ただ, Planiol, *infra* note 25, p. 274, note 2は、オブリ＝ローの「資産」理論が「現在通用している理論」だとしている。
- (22) 調査しえた1850年代から1905年までの5つの判例学説総攬——そのいくつかは40巻を超える——のうち, Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence, nouvelle éd. (t. 35^e, 1855) のみが《patrimoine》の項目をもつ (p. 438) が、一個人の財産の集合あるいは親族から得た財産というわずかな5行の説明に止まる。1930年代の Répertoire général alphabétique du droit français, supplément, t.10^e, 1935にも《patrimoine》の項目はない。
- (23) Lois annotées ou Recueil général des lois et arrêts, 1891-1895, p. 1072. 詳しくは、小粥太郎「マルセル・プラニオルの横顔」日仏法学23号（2004年）133頁注（23）を参照。Capitane, *supra* note 17, p. 3, note 1は、1895年10月24日の公教育省の通達がこのアレテの作成者 Bufnoir の報告を掲載しているとするが、見出すことができなかった。
- (24) Planiol, Traité élémentaire du droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit, t. 1^{er}, 2^e éd., 1901, préface, p.VII～X（初版は1899年刊行であるが未見）。
- (25) Planiol, *supra* note 25, pp. 273～276. ただし、オブリ＝ローの「資産」の根拠づけや, biens のまとまりである「資産」と所有する資格 (l'aptitude à posséder) た

る人格との混同に疑問を呈している (p. 274, note 2)。

- (26) Capitant, *supra note* 17, pp. 2~3.
- (27) Capitant, *supra note* 17, pp. 3~8は、サヴィニー、ウンガー、ヴィントシャイトの考えを5頁にわたって紹介する。
- (28) Capitant, *supra note* 17, pp. 8~10.
- (29) しかし、「資産」を「物」と「財産」を区別するところに位置づけるだけでは、「資産」を「財産」と別に観念する必要がなく、オブリ＝ローの「資産」概念を支持する根拠にならない。後述するようにカピタンが程なくオブリ＝ローの「資産」概念を捨てる理由はここにもあるように思われる。
- (30) もっとも、オブリ＝ローの説く物上代位については、「資産」概念の帰結としてその効果を認めることができるから無用だと批判する (Capitant, *supra note* 17, pp. 188~193)。しかし、オブリ＝ローは「単一性」の原則から一人が複数の「資産」をもてないとしたから、法的包括物という把握と物上代位の法理によってこの効果を説明していたのである。カピタンの「資産」概念がオブリ＝ローから変化していると理解すべきであろう。
- (31) Dijon 30 juin 1893, S. 1894. 2. 185, note Saleilles.
- (32) Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1919 [初版は1899], pp. 141-142.
- (33) Gény, *supra* pp. 142~144. 同書 p. 144, notes 2, 3, 4. によると、この主張は当時のドイツの議論、とりわけイエーリング、しかも後期イエーリングの考えを基礎にしていた。
- (34) Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil, notions générales*, 2^e éd., 1904, p. 19 (Préface) et n^{os} 92, 93. H. Capitant, *Cours élémentaires*, t. 1, 1^e éd. 1914, pp. 693~4も同じ。今日ではCarbonnier, *supra note* 4, [670] a) が、オブリ＝ローの主体的理論はこの2点を説明し、教育的な価値をもつとする。
- (35) Capitant, *supra note* 34, p. 20 (Préface).
- (36) Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 403.
- (36a) この時期の大学のあり方と法学の理性主義との関連を示す事実として、学位授与の独占権を再び獲得した大学がカント主義に改宗したこと、1855年以後の教授資格試験により採用された法学教授連の教育を受けた世代において教授共同体の大学的な色彩が教化されたこと (以上につき、フィリップ・レミィ (吉田克己訳)「ベル・エポック期のフランス民法学——プラニオル」北法52巻5号 (2002年) 221頁, 222頁) がある。
- (37) この時期、概念法学構築の動きはフランスだけではなく。英米法でも、ドイツ法の影響の下で分析法学と歴史法学が結合する動きがあった (田中英夫『英米法総

論上』(1980年) 313頁参照。) ただ、それは「人」を基点とする体系化ではなかった。例えば、分析法学のテリーが1895年～1915年に形成した「ハンドの定式」の原型は、「目的」の観点から、ネグリジェンスの判例準則を概念体系化したものであった(瀬川信久「危険便益比較による過失判断」『日本民法学の形成と課題下』(1966年)、特に823～4頁)。

なお、ビュルゲ・前掲注(21)は、体系化思想を理性法から切り離しむしろ理性法を克服するものととらえ(267頁上段)、サヴィニーやプフタの中により大きな関連を発見するための帰納的方法の努力を見出し(261下段)、その背景に19世紀のドイツとフランスの自由主義的な経済学と歴史志向的な法学の連携をみ(269頁)、さらに、サヴィニーの中に後の危険責任の考え方を読み(284頁注(87))、ジュニーもオブリローと同じく私法の体系において自由の国家体制を構想しているとみ(同282頁注(72))、結局、今日のフランスの学説状況は「資産」理論の歴史的背景を顧慮しない時代遅れだとする(266頁)。ドイツ法の側からのこのようなとらえ方に対し、瀬川は、「資産」理論には、意思自治論やコース論と同じように、ドイツ法の影響を受けながらも19世紀末のフランス法学独自の展開があり、今日まで持続しているのはそのゆえだと考える。が、その論証は別の機会に譲らざるを得ない。

- (38) 1904年のアレテが1895年の改革を揺り戻したが、このこととその後の動きについては、Planiol, *Traité élémentaire du droit civil*, t. 1^{er}, 10^e éd., 1925, préface, p.VII～VIIIを参照。
- (39) 裁判での問題は、サレイユが検討した死因処分による財団法人設立の問題に限られるようである(ビュルゲ・前掲注(21) 266頁下段)。
- (40) Carbonnier, *op. cit.*, [668]は「「資産」概念は、裁判実務における光彩は限られていたが、学理上の強烈な関心を引き起こし続けた」といい、[670] a)はオブリローの説は「少なくとも教育的な(*didactique*) 価値を持っている」という。また、財産法改正提案が「資産」概念の条文化を提案するのも教育的な観点からである(Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens, 2009, p. 15)。
- (41) Flour, Aubert et Savaux, *Les obligations*, 1. L'acte juridique, 2004, n° 27, Carbonnier, *supra* note 4, [670] b) 2°。
- (42) 「資産」理論の特定の具体的問題の検討にとどまる近時のフランスの実務的な議論は、その限りで、事実上、「資産」概念否定説に立っているように思われる。
- (43) 同じ目的充当説でも、サレイユは法律目的と取引目的を考えていたが、デュギーの「資産」理論(Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. 3, 2e éd., 1923, pp. 309 et s.)は社会連帯などの社会的なものを考え、ガザンは取引の目的を考え、「資産」を否定するイエツは取引目的の観点を徹底している。以上に対し古典学説を支持する

カルボニエは社会的目的に懐疑的であり、取引目的は視野に入れていない (Carbonnier, *supra* note 4, [670] a)。

- (44) 「資産」概念を法技術として有害無用だと批判するイエツのテーゼが、科学学派に関心をもち伝統的な大学法学教育を批判するジャマンの指導を受けていることは、「資産」理論——それはジャマンが攻撃する教義学的法学モデル (modèle doctrinal) の典型である——のこのような位置を示しているように思われる。ジャマンの考えについては、Jamin, *La cuisine du droit*, 2012を参照。

なお、フランスの大学法学教育をめぐる近年の論議については、大村敦志「グローバリゼーションの中の法学教育—パリから東京へ、中間報告」法の支配169号 (2013年) 35頁以下がある。本文に述べた「資産」理論の位置付けは、同論文のもとになった大村教授の研究会報告から受けた示唆によるところが大きい。

- (45) 一般的には、ヴィアッカー (鈴木禄弥訳) 『近世私法史』(1961年) 464～7頁、赤松秀岳『十九世紀ドイツ私法学の実像』(1995年) 263頁。ツァハリエとオプリ＝ローの体系志向の自然法思想については金山直樹『時効理論展開の軌跡』(1994年) 443～4頁を参照。
- (46) 瀬川信久「梅・富井の民法解釈方法論と法思想」北大法学論集41巻5・6号 (1991年) 406頁注 (31)。例えば、石坂音四郎が重視した論理解釈は法律の目的論的解釈であり、実定法を経験科学の対象たる実在と考えていた (辻伸行「石坂音四郎の民法学とドイツ民法理論の導入」水本浩・平井一雄編『日本民法学史・通史』(1997年) 119頁, 125頁)。
- (47) 例えば、我妻栄『物権法 (民法講義II)』(1952年) のはしがきを参照。
- (48) 我妻は、理想的指導原理から法律体系を再構成する新カント主義・批判的法律哲学の方向を、「内容なき普遍妥当的命題の虚器」として拒否している (瀬川信久「民法の解釈」星野英一編集代表『民法講座 別巻1』(1990年) 14～5頁)。
- (49) 我妻栄『近代法における債権の優越的地位』(1953年。初出は1929～31年)、川島武宜『所有権法の理論』(1949年) など。
- (50) 原島重義「民法理論の古典的体系とその限界」「なぜ、いまサヴィニーか」同『市民法の理論』(2011年) 5頁以下, 80頁以下 (初出はそれぞれ1973年, 1988年)。広中俊雄『民法綱要 第一巻』(1989年) 2頁は、「人間が社会的存在として立ち現れる主要な諸側面を体系的整序への関心に立脚しつつ視野に取り込んで、財貨秩序・競争秩序・人格秩序・生活利益秩序・権力秩序という体系のサブ・セクターを具体的に提示する。なお、同「主題 (個人の尊厳と人間の尊厳) に関するおぼえがき」民法研究4号 (2004年) 59頁以下も参照。