

研究余滴

ドイツ民法典第1条の含蓄

広渡清吾

1 民法典と Volk

ドイツ民法典 (Bürgerliches Gesetzbuch) は、周知のように、近代ドイツにおける法の統一の集大成として1900年1月1日に施行された。法律雑誌 *Deutsche Juristenzeitung* の同年1月1日号の巻頭には、新民法典を慶賀する「詩」が掲載された。試みにその1節。

“孤独の胸のなかに燃やした憧れが、すべての人々の憧れと知られたとき／母なる大地につながれた、これのみぞの新しき法が希まれた／仕事はついに成し遂げられ／見よ、此処にそのしるし／おお、ドイツよ、君は幾度かの生死を賭けた闘いのなかに固く結ばれ、いまや法の力によって1つのものとなるのだ”

同誌には民法学者 E. Zitelmann の筆になる「新法典を歓迎する」という文章も収められているが、そこではもっとあからさまに同様の感慨が述べられている。「フランスの地において流された血なしには、われわれがこの作品を手にすることはなかったであろう。国民 (Volk) は、これを闘いのなかで勝ち取ったのである。それゆえ、われわれは、新しい法的建築物の基礎を獲得し、準備した、わが戦士たちに、年老いた名皇帝に、不死の宰相に、そしてかれの賢明なる將軍たちに感謝を捧げる。」

ドイツ民法典は、このように、ドイツを「1つにする」国民的な法的基礎を固めるものとして慶賀されたが、ほぼ1世紀前 (1804年) に制定されたフランス民法典 (Code Civil) に比べると、その「国民」主義的な性格よりも、むしろその抽象的、普遍的性格が特徴的である。そのことは、2つの民法典における「法主体」の規定の差異からうかがうことができる。

フランス民法典は、その第8条において „Tout Français jouira des droits civil.“ (「すべてのフランス人は、民事上の権利を享有する」) と規定し、民法典の法主体が「すべてのフランス人」であることを明示している。これは、「フランス人」の一体性と平等を確認し、かつ、外国人をここから排除するので、「近代」的、「国民」主義的である。したがって、フランス民法典では、フランス人の資格の得喪に関する規定が重要な構成部分となる。

ドイツ民法典は、その第1条において民法典の主体を次のように規定する。

„Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt.“ (「人間の権利能力は、出生の完了とともに始まる」)。ここで把握されているのは、„Menschen“であって、„Deutschen“ではない。権利能力 (Rechtsfähigkeit) という概念が利用されることによって、ドイツ民法典第1条は、フランス民法典第8条よりも法技術的な内容を示しているようにみえるが、この一般的な概念によって、この条項の有する近代法的な抽象性と普遍性の度合いが決定的に拡大している。こうしたドイツ民法典第1条の含蓄について、思いつきを少し述べさせていただくのが本稿の趣旨である。

2 Mensch と Person

ドイツ民法典は、第1編「総則」、第2編「債務関係法」、第3編「物権法」、第4編「家族法」および第5編「相続法」として編成されている。冒頭の第1編第1章の見出しは、„Person“であり、„Person“の章の第1節が„Natürliche Person“、第2節が„Juristische Person“と配されている。このように、見出しに„Person“の表題があるが、これがいかなる意味をもつのか、法のテキストは示していない。第1条の Mensch と表題の Person がどのような関係に立つのかは、理論的に説明されなければならない。そこで、Person の表題の下で第1条が規定されていることから、Mensch が出生の完了とともに「権利能力」を取得することによって、Person となる、という推論が試みられる。この論理に立てば、人間 (Mensch) と人格 (Person) は、法の視点からながめると異なったレベルにある。人間は、法によって把握される存在であり、人格は法によって承認された存在である。

ドイツ民法典の制定過程は、1874年に起草のための第1委員会が設置され、1887年に第1草案が公表される。これへの批判を受けて、1890年に第2委員会が設置され、1895年に第2草案が公表されるという長期間の経過をたどった。このなかで第1草案の理由書は、各規定の意義について詳細に述べるものであるが、人間の権利能力の規定 (草案では第3条に置かれていた) について、次のような説明を与えている。

「人間の権利能力をその個別性、また、その意思を顧慮することなく、承認することは、理性および倫理の要請に基づく、法秩序の使命である。」これに続いて、ドイツの法秩序の下では奴隷制が認められないこと (法的に定義すれば「奴隷とは、Person ではなく、Sache であるところの Mensch である」)、そして、人間の権利能力の承認は、権利の平等性および法の共通性の原則をコロラリーとして含むものであることが述べられる (権利の平等性に関しては、性別がもっとも重要な論点として言及されており、これは後述する)。ドイツ民法典の第1条は、このように、すべての人間存在を「出生の完了」という要件にのみかわらせて (胎児の権利能力は原則として認められ

ない)、権利の主体として法的に承認することを規定しているのである。

ドイツ民法典の施行まで、ドイツ帝国の人口の6割以上をしめるプロイセンには、基本的に1794年制定のプロイセン一般ラント法 (Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten) が適用されていた。この法典の第1条は、やはり、„Person“ について規定しているが、それは、ドイツ民法典第1条が示した Mensch と Person の関係を、より明確に、かつ、それほどに抽象化せずに表示していて、示唆的である。

„Der Mensch wird, in so fern er gewisse Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft genießt, eine Person genannt.“ (「人間は、市民社会において一定の権利を享受する限りにおいて、人格と呼ばれる。」) (この規定にいう「市民社会」については、諸「身分」を含むものとして同法典自ら定義規定をおいているが、ここでは立ち入らない)。

プロイセン一般ラント法は、「人間」が権利を享有することによって「人格」と「呼ばれる」と規定した。「呼ばれる」とは、あるものに呼び名が与えられることである。「人格」とは、法の世界で「人間」に与えられる「呼び名」である。

„Person“ ということばは、ラテン語のペルゾナ persona に由来し、ギリシア語のプロソーポンに対応する。政治学者の教示によって知ったのであるが、ホッブスの『リヴァイアサン』は、その第16章で「人格 Person」について、じつに原理的な考察を行っている。ホッブスによれば、ペルゾナとは、舞台のうでで真似るために用いられる仮装や仮面のことであり、転じて法廷においても「ことばと行為を代表するすべてのもの」を指すものとなった。そこで、かれの定義によれば、「人格 Person」とは、「かれのことばまたは行為が、かれ自身のものとみなされるか、あるいはそれらのことばまたは行為が帰せられる他人またはなにか他のもののことばまたは行為を、真実にまたは擬制的に (fictional) 代表するものとみなされる」人のことである。

読みとりにくい表現となっているが、ここには2つの類型が含まれている。1つは、ことばを発し、行為するものと、そのことばと行為が帰するところのものが同一者である場合である。もう1つは、ことばを発し、行為するものと、そのことばと行為が帰するところのものが同一者でない場合である。前者の類型は、Mensch が Person となる場合がこれである。Person は、Mensch に帰するものとしてことばを発し、行為するところの者として、Person と「みなされる」のである。後者の類型は、教会や団体のために代表者がことばを発し、行為をする場合、あるいは、未成年子のために後見人がことばを発し、行為をする場合、この代表する者が Person と「みなされる」のである。

ホッブスのこの考察は、行為者とその結果の帰属者が異なる事態を「常態」とみて、この場合の代表の原理 (法によってそのように「みなされる」) を、行為者と結果

の帰属者が同一者である事態（社会のなかではこれが「常態」である）についても適用し、「みなされる」という関係を指定することによって、Mensch に対する Person の擬制的な関係を見事に指摘しているのである。

3 Person とその具体的把握——意思主体・階級主体・民族主体

ホッブスの2つの類型の説明は、ことばを発し、行為する者を Person として定義しているが、他方で、Person によって人格化 (personate) される者は何なのかという問題をうかび上がらせる。広渡清吾という者が Person として、自らに帰することばと行為を発するという場合、この Person 広渡清吾によって人格化される者は、Mensch 広渡清吾であって、Person と Mensch が一体であり、問題は生まれない。しかし、広渡清吾が心神喪失の状況に至り、後見人によってことばと行為をさせられるにやむなき事態になれば、Person としての後見人が Mensch 広渡清吾を人格化することになるが、ここで人格化される Mensch 広渡清吾は、Person であるのか否か。ホッブスの当初の定義では、これは Person に含まれない。では、心神喪失者である広渡清吾は、Person ではなく、法の世界での「呼び名」がないということになるのか。

ホッブスが「仮面をかぶって演じる者」において捉えた Person の概念は、Person が「みなされる」という関係の中で成立するものであることを明確に示したが、他方で、「ことばを発し、行為をおこなう」ことを Person に結びつけることによって、Person の定義から外れる Mensch を生み出してしまう。

ドイツ民法典の Person 概念については、これに対して、民法理論によって権利能力と区別する「行為能力」(Handlungsfähigkeit) の概念が用意され、ホッブスの定義から生まれる後者の問題を回避する理論装置が組み立てられた。戦前来、改版を重ねる代表的な民法総則の教科書 (Ludwig Enneccerus/Hans Carl Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1959) は、次のように説明する。

「権利能力は、権利および義務の担い手となりうる、Person の資格である。権利能力は、自己の意思によって法的効果を引き起こす能力である行為能力から、厳格に区別されなければならない。……権利能力と行為能力は、つねに一体的に存在するものではない。7歳以下の子どもや精神病者は、行為能力を有しないが、権利能力を有している。ローマ法の奴隷は、権利能力を有しないが、行為能力を有した」(S.477)。このような理論装置によって、ドイツ民法典は、「すべての人間がその生まれながらの尊厳によって、法的意味における Person であり、権利能力を有するという思想」(S.478) を法技術的に貫徹させることができるのである。

Person を「権利義務の可能な担い手としての資格」として、法的な承認の受け身の対象として扱うことは、19世紀中葉に大きな影響力をもった権利意思説的考え

方（権利を意思の支配力として、「人格」を権利主体＝意思主体として理解する）からただちに基礎づけうるものではなかった。そこでは、Person は、ホッブスが捉えたように、ことばを発し、行為する意思主体として理解されたからである。その代表は、F.C.von Savigny (1779-1861) であるが、この立場によれば、意思能力のない者にも権利能力が承認されるのは、「法秩序による擬制 (Fiktion)」にすぎない。代表者によって人格化されるにすぎない団体が「法人 juristische Person」として認められるのも、法秩序の全くの擬制にすぎない。Savigny の法人擬制説は、Person の本質論に依拠しているのである。

これに対して、のちの時代の R. v. Jhering (1818-1892) は、権利の本質を法によって保護される利益としてとらえ、権利の本質たる利益の帰属する者が意思能力とかかわりなく、権利主体＝Person であると位置づけた。意思能力のない者が Person として認められるのは、法的な擬制ではなく、人間存在に基づく自然のことであると説かれた（それゆえ、Mensch は、„natürliche Person“ と呼ばれるのである）。ドイツ民法典の Person 概念は、このような学説の展開のなかで、抽象的、普遍的な概念として形成されたのである。

Person 概念は、思想的、価値的にみれば、すべての人間を生まれながらに平等の個人として承認するという近代法秩序の原点を宣言するものである。それゆえ、この概念は、抽象性と普遍性を特質とする。しかし、抽象性と普遍性は、そのゆえに歴史的「現実」との関係においてたえず、その fictional な本質を問われざるをえないものとなる。第1に、階級的批判である。「Person から Mensch へ」の標語の下に、Person を労働世界の Mensch として具体的に捉え直すために、民法典に対する特別法としてワイマル期には労働法が成立する。第2に、「民族主義」的批判である。ナチス期には、Person 概念は、「法学の革新」によって民族的、人種主義的に具体的に再構成される。1942年に公表された「民族法典草案」(Volksgesetzbuch) は、ナチス国家によって創設された「ドイツ法アカデミー」がドイツ民法典に代わるべきものとして起草した。その第1編は「民族同胞 (Volksgenossen)」と題され、第1条は「すべての民族同胞は、民族共同体に対してその存続と繁栄のために必要なものを自己の一身と財産をもって与えなければならない」(1項前段)と規定した。そして、第3に、現代においては、ポストモダンの法理論が近代法の fictional な性格の暴露を図っているように思われるのである。

4 Person 概念と性別

ドイツ民法典第1草案理由書は、すべての人間の権利の平等性と法の共通性の原則を Person 概念のコロラリーとして示していた。ただし、その後すぐに続けて「この2つの原則は、絶対的な性質をもつものではなく、その実行に際しては事実

的な諸関係が考慮されなければならない、例外は避けられない」と注意深く記している。その例外の最初のものとして挙げられているのが、性別 (Geschlechtsunterschied) である。

19世紀のドイツでは、「Frauenrecht」(フランスの「Code des femmes」に倣ったものである。「婦人法」と訳しておく) をテーマにした市民向けの著作が存在した。それは、女性の特別の法的地位と法的パフォーマンスを解説するものだったようである。女性の法的地位は、次第に男性と平等化されてきたが、ドイツ民法典は、婚姻においていわゆる「主婦婚」(Hausfrauenehe) を規定し、婚姻関係において財産上も、一身上も、夫に対して妻が従属的地位にあることを明確にしていた。権利の平等性は、そこでは否定されていた。

理由書は、このこと自体について何らかの弁明をするわけではない。重要なのは、性別による法的取扱いの差異があるとすれば、性別が法によって必ず確定されなければならないとする議論をしていることである。理由書によれば、「今日の医学の水準にしたがえば、性のないもの (geschlechtslos) も、一身に両性を具有する者も、いずれも存在しないことが承認される。これまで、いわゆる両性具有者 (Zwitter) とされてきた者は、性的に欠損のある男性か、または、性的に欠損のある女性のいずれかに分けられうる。」

「これまで、いわゆる両性具有者とされてきた者」と理由書が述べているのは、ドイツ民法典以前に、法典において両性具有者について規定したものがあったからである。このテーマの専門家には周知のところであろうが、18世紀後半以降の諸法典のなかで、これについて規定したのは、理由書が指摘するように、唯一、プロイセン一般ラント法である。

プロイセン一般ラント法は、「Person」についての上記の第1条に連なる第19条から第23条において、「Zwitter」に関し、次のように規定する。

第19条 「両性具有者が出生した場合、両親は、その者をいずれの性に養育すべきであるかを (zu welchem Geschlecht sie erzogen werden sollen)、決定する。」

第20条 「しかし、その者が18歳に達したのちには、その者はいずれの性として自己を維持するかについて (zu welchem Geschlecht sich halten wollen)、自由に選択する。」

第21条 「この選択にしたがって、その者の権利は、将来的に評価される。」

第22条 「ただし、第三者の権利がその者の性別に係わっている場合には、第三者は鑑定人の審査を求めることができる。」

第23条 「鑑定人の審査の結果は、その者の選択および両親の選択に対しても優先する」

これらの規定は、Zwitter を認め、かつ、その Zwitter の性の決定について、性

別というもののあり方を透視することにおいて、「啓蒙」主義的であるように思われる。出生のときに両親が選ぶ性は、その性に向けて「養育していく性」であり（社会的に構築されていく性）、当事者が自由に選ぶ性は、自分がその性として「生きたい性」とされているのである。性別の選び直しを認めることに関連して、「ある状態を週及的に変更するときには、第三者の権利を害するべきではない」という原則が応用されており（第22条、第23条）、これは、法的合理主義の現れである。

ドイツ民法典は、Mensch を生まれながらの Person とする普遍化の論理をもったが、同時に、女性と男性の生まれながらの二分法も普遍化した。それは、女性の男性に対する従属性を内容とした性別分業が民法典の1つの原理として取り込まれており、かつ、抽象化、普遍化の精神がドイツ民法典を支配したからである。この点で、プロイセン一般ラント法は、「性別」に関しても、そのような抽象化、普遍化の前の段階を示して、具体的である。Zwitter の条項につづく第24条は、„Unterschied der Geschlechter“ について次のように規定した。「両性の諸権利は、特別の法律によって、または、法的に有効な意思表示によって例外が規定されないかぎり、相互に同等である。」この規定の下では、妻の夫に対する服従契約（人間の平等原則と妻の不平等を「意思」の力で両立させるために、自然法論によって主張された）が、権利の不平等を正当化しえたのである。

ドイツ民法典が普遍化した女性と男性の生まれながらの二分法は、1980年に性転換法（Transsexuellengesetz vom 10.9.1980）が制定されることによって、その厳格な貫徹が緩められることになった。法律の正式名称は、「特別の事例における名（Vorname）および性の所属性（Geschlechtszugehörigkeit）の変更に関する法律」である。法律名称が示すように、性の同一性障害に悩む者に、名の変更、および性の変更の申立てを認めるものであり、裁判所がこれを決定する。ここで「名の変更」が規定されているのは、ドイツでは名が性別の識別機能を果たすように、名の制度が運用されているからである。ドイツの身分登録法（Personenstandsgesetz）の実務においては、両親が子に命名するに際して、女兒には女名前を、男児には男名前を付けることが要請されており（そこで父母と行政機関が争う多くの裁判例がある）、「名」に性別の識別機能が確保されているのである。（日本の「名」にはこのような制度的機能は期待されていない。したがって、2003年制定の「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」は性別の変更についてのみ規定する）。

ドイツの性転換法について、有力な民法典のコメンタール（*MünchKommBZG* zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.1, Allgemeiner Teil, 1984）は、「すべての Mensch を性的に、男性と女性の二者択一のカテゴリーに整理できるとする（ドイツ民法典の一筆者）出発点は、最新の医学的知見に基づけば、もはや無制限に維持できるものではなくなった」と述べている（S.93）。この最新の医学的知見は、プロイセン一般ラン

ト法の立法者の医学的知見とどのように比較できるのだろうか。ドイツ民法典の「生まれながらの性別2分論」の下において, Mensch は weibliche Person と männliche Person として「みなされている」のである。

紙数がなく, また, 議論の拡散をおそれたので, 日本の民法典のことにまったく触れなかった。最後にお断りしておきたい。

〈参考資料〉

- 1 *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794*, Textausgabe, Mit einer Führung von Hans Hattenhauer und einer Bibliographie von Günther Bernert, Frankfurt am Main/Berlin, 1970.
- 2 Gerhard, Ute (Hrsg.), *Frauen in der Geschichte des Rechts. Von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart*, München, 1997.
- 3 Mugdan, Benno (Hrsg.), *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd.1, *Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil*, Berlin, 1899 (Neudruck 1979).
- 4 Schlegelberger, Franz (Hrsg.), *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes*, Bd.5, Berlin, 1936 (Vgl. Artikel über Rechtsfähigkeit).
- 5 Sohm, Rudolph, *Institutionen. Geschichte und System des Römischen Privatrechts*, München/Leipzig, 1920.
- 6 来栖三郎『法とフィクション』(東京大学出版会, 1999年)
- 7 ホブズ (水田洋訳)『リヴァイアサン』第1巻 (岩波文庫, 2006年)
(ひろわたり せいご・東京大学)