

フランスにおける資産概念と法的総体(1)

— 家族財産法研究序論として

湯本 あゆみ

序

1. 本稿の目的
 2. 検討内容および検討の順序
 - 1 章 「資産」とその基礎
 - 1 節 「資産」と「総体」
 - 2 節 「総体」概念の概要
 - 3 節 法的総体の構造の歴史的展開
 - 4 節 小括
 - 2 章 民法典下における「資産」と法的総体
 - 1 節 Aubry/Rau の「資産」(以上, 本号)
 - 2 節 法的総体に関する学説
 - 3 章 「資産」とその他財産体
 - 4 章 検討
- 結

序

1. 本稿の目的

本稿は、フランス法の「資産 (patrimoine)」および「家族 (famille)」に関する議論を参照することで、特に相続制度および夫婦財産制といった家族財産法分野における財や人について考察するための要素を抽出するという広い目的を有するものである。本稿では、こうした目的のもと、特に「資産

(patrimoine)」概念および、これと関連性を有する「法的総体 (universalité de droit)」について扱うものであり、本稿の副題のとおり、家族財産法研究の序論的位置づけにあるものである。

「資産」や「法的総体」とは、家族財産法上の個々の制度に対してではなく、全体に共通して存在する概念である。したがって、本稿ではこうした事実を前提に、広い視点から論説を進めていく予定である。

フランス法学上の「資産 (patrimoine)」という概念については、一方で、多くの先行研究⁽¹⁾によって紹介および検討が行われており、既にわが国でも

-
- (1) 「資産 (patrimoine)」に関する先行研究としては、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ーズ (patrimoine) の解明——」法学政治学論究 63号 (2004年) 357頁以下、同「フランスにおけるパトリモワーズ論の原型——オープリ＝ローの理論の分析——」法学政治学論究 69号 (2006年) 357頁以下、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——」法学政治学論究 70号 (2006年) 231頁以下、横山美夏「財産——人と財産との関係から見た信託」NBL 791号 (2004年)、同「フランス法における所有 (propriété) 概念—財産と所有に関する序論的考察—」新世代法政策学研究 12号 (2011年) 257頁以下、同「財産概念について——フランス法からの示唆——」早稲田大学比較法研究所編『日本法の中の外国法——基本法の比較法的考察——』(早稲田大学比較法研究所, 2014年) 47頁以下、片山直也「財産」北村一郎編『フランス民法典の200年』(有斐閣, 2006年) 177頁以下、同「いわゆる『事業の信託』とその濫用——フランス型 patrimoine 理論と信託財産責任負担債務」トラス 60 研究叢書『基礎法理からの信託分析』(トラス 60, 2013年) 21頁以下、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) —— 不明確な概念についての諸考察——」慶応法学 19号 (2011年) 3頁以下、瀬川信久「『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」早稲田大学比較法研究所編『日本法の中の外国法——基本法の比較法的考察——』(早稲田大学比較法研究所, 2014年) 81頁以下、小峯庸平「責任財産の分割と移転に関する一考察 (1) - (4・完) —— フランスにおけるパトリモワーズ概念に関する諸理論を参照して」法協 134 卷 9号 1頁以下, 12号 151頁以下 (以上, 2017年), 135 卷 6号 61頁以下, 12号 1頁以下 (以上, 2018年), 同「責任財産の分割と移転」(商事法務, 2020年), 瀬戸口祐基「共同担保概念の民法上の意義 (1) - (6・完) —— フランスにおける資産 (patrimoine) 概念をめぐる議論を通じた考察」法協 135 卷 1号 1頁

よく知られている法概念であるということが出来る。しかし、その一方で、わが国の民法（あるいは民法学）は、「資産」を直接的に継受しているわけではないために、「資産」概念がどのようにして現れ、どのようにして問題となるのかは明らかにされていないことが多い。特に、「資産」概念については、さまざまな問題を包含することが指摘されており、その全体像を把握することは非常に困難な作業であるといわれている。近年のわが国の「資産」に関する先行研究は、特に責任制限機能や担保権、信託の観点から「資産」を扱うものが多く、またこれら観点はフランス法でもしばしば強調される「資産」の重要な機能の一つとなっている。その一方で、「資産」は、ある人の財および負債の全体として、つまり人の積極/消極財産ないし権利義務の包括的財産体として、しばしば登場する。そして、その包括的財産体が問題となるのは、日本法でもフランス法でも相続制度や夫婦財産制といった、いわゆる「家族財産法」と呼ばれる民法上の分野である。それでは、この分野において、「資産」や「法的総体」はどのような意義を有するのであろうか。そもそも、意義は存在するのだろうか。

この点に関連して、わが国の相続制度は、フランス法の「資産」概念を前提に構築されていることが指摘されている⁽²⁾。民法 896 条は、「相続人は、相続開始の時から、被相続人の財産に属した一切の権利義務を承継する。ただし、被相続人の一身に専属したものは、この限りではない〔下線は筆者による。〕」と規定し、被相続人から相続人への承継の間に清算の過程を挟むことなく、被相続人が死亡したときの状態のまま、包括的に相続人へ権利義務が移転することを原則とする。また夫婦財産制においても、現実にはそう多くはないものの、日本法は婚姻前の夫婦財産契約締結を認めており、別産制

以下、3号1頁以下、5号90頁以下、7号71頁以下、9号1頁以下、11号1頁以下（以上、2018年）などがある。

(2) 横山「財産概念について」・前掲注(1)49頁。

とは異なる夫婦間の財産関係、例えば、フランス法のような積極/消極財産で構成される共通財産の創出の可能性も考えられることである。また、先行研究の検討の過程においても資産が家族財産法、特に相続との関係⁽³⁾が再三触れられている。特に、ここでは、横山教授による検討に注目したい。

横山教授は、「資産」理論の人と財の関係という点に焦点を当て、「所有 (propriété)」や「財産 (bien)」概念との関係で検討を行い、その結果として、「資産」が「法主体が有する自律的総体としての財物を示し、また財物の主体への排他的帰属関係」を表しており、「前者は、人の権利能力や法人格の意義と密接に関わり、後者は、所有の意義と関連する」と述べる⁽⁴⁾。そして、日本法への示唆として、「財物を個別的にみるだけではなく、総体としての財物を法主体との関係で包括的に捉える視点は、日本法においても再認識されてもよい」と述べたうえで、「財産を包括的に捉える視点は、わが国の法制度についても、相続制度や夫婦財産制など、消極財産も含めた財産の総体が問題となる場合について考察する際の参考となる。たとえば、わが国の相続制度は、人格の承継を介して相続人が被相続人の資産を包括的に承継する点でフランス民法と共通する。相続人が複数の場合にも、持分により各相続人が被相続人の資産を包括的に承継することには変わりはない。しかし、この点に関連して、判例⁽⁵⁾は、金銭債権の共同相続につき、金銭債権が可分債権であることを理由に、金銭債権は『法律上当然分割され各共同相続人がその相続分に応じて権利を承継する』との立場をとる。判例の考え方は、相続による財産の承継を、個別の財産の単なる集積としての理解する立

(3) 相続と人格の密接性については、ローマ法における包括承継と人格承継の観念等に関する泉久雄「相続人の無限責任」法学 25 卷 2 号 (1961 年) 96 頁以下が検討を行っている。

(4) 横山「財産概念について」・前掲注 (1) 69 頁。

(5) 最判昭和 29 年 4 月 8 日民集 8 卷 4 号 819 頁、最判昭和 34 年 6 月 19 日民集 13 卷 6 号 757 頁。

場と親和的である。反対に言えば、このような考え方は、わが国の相続法制度全体と整合的なのが問題となり得る。判例の結論は、共同相続人間における公平な遺産分割を妨げるとの批判もあるだけに、日本法における相続の包括承継の意義の観点から、判例の論理の当否が再検討されてよい」と指摘する⁽⁶⁾。また、「資産概念は、現行法からは姿を消したが⁽⁷⁾、日本民法は、

(6) 横山「財産概念について」・前掲注(1) 69頁。

(7) 旧民法には、フランス法の bien や patrimoine を関係づけて「財産」を定義する規定が存在していた。

財産編1条1項「財産ハ各人又ハ公私ノ法人ノ資産ヲ組成スル権利ナリ」

なお、財産を特定の主体の「資産」を構成する権利であると捉えるという考えは、ボワソナードによる考えであり、同項は、彼の草案 (G. Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, Nouvelle édition, t.1, 1890, p.1.) をそのまま規定したものである (横山「財産概念について」・前掲注(1) 48頁)。同項のボワソナード草案の原文は、次のとおりである。

(Biens ou Droits.)

Art. 1er. « *Les Biens sont les droits composant le patrimoine, soit des particuliers ou des corporations, soit de l'Etat, des départements, des communes ou des établissements publics.* »

なお、「(bienとしての) 財産」の定義が規定される一方で、旧民法は「資産」を定義する規定を置いておらず、旧民法典の理由書 (*Code civil de l'Empire du Japon accompagné d'un exposé des motifs*, t.2, Kokubunsha, 1891) においても、「資産」に関しては何ら言及されていない。また、「資産」概念を用いるのは同項だけではなく、所有に関する財産編20条にも確認される。同条は次のとおりである。

財産編20条1項「物ハ所有ニ属スルモノ有リ所有ニ属セサルモノ有リ。」

同条2項「所有ニ属スル物トハ公私ノ資産ノ部分ヲ為スモノヲ謂フ。」

同条3項「所有ニ属セサル物トハ無主又ハ公共ノモノヲ謂フ」

なお、同条のボワソナード草案の原文は、次のとおりである。

(Choses appropriées ou non.)

Art. 21. *Les choses sont appropriées ou non appropriées. Les choses appropriées sont celles qui font partie, soit d'un patrimoine privé, soit du patrimoine public. Les choses non appropriées sont les unes sans maître, les autres communes.*

旧民法の規定に関する各草案 (とりわけボワソナード草案) や理由書によれば、同法において使用される「資産」とは、フランス法上の patrimoine に相当する概念であることが確認でき、同法が極めてフランス法の影響を受け

資産概念が前提とした法制度をフランス民法から承継して」おり、わが国の

法典であることが改めて理解できる。ところで、当時（19世紀後半）のフランス民法典においては、ごく一部の規定を除いて、「patrimoine」（資産）の文言は登場しない。その上、法典上「patrimoine」の文言が現れるのは、物や物権を規律する法域ではなく、相続に関するごく一部の条文である。また、Aubry/Rauにより「資産（patrimoine）」概念がフランス法内にもたらされたのは19世紀中庸であるが、当該概念がフランス学説において姿を現すようになったのは、19世紀末から20世紀初頭であった。そのため、当初においてはフランス民法典の直訳作業でしかなかった旧民法の編纂事業に、「資産（patrimoine）」概念が流入してきたことは注目されるべきことであるように考えられる。そして、この背景には、ボワソナードが大きな影響をもたらしたであろうことが推測される。ボワソナードが来日したのは、フランス法学において「資産（patrimoine）」概念が明示された少し後（1873年）になる。仮にボワソナードが彼の来日前に提唱された資産理論（古典理論）を支持して旧民法の編纂に携わっていたとすれば、日本は提唱されて間もない概念ないし理論を前提とした法を作成していたことになり、そのことによる余波はいかなるものだったのかについても問題となろう。とりわけ、本稿の問題関心の下では、相続制度との関係が注目される。

旧民法の人事編および財産取得編二部——現行法の親族法および相続法・贈与遺贈法・夫婦財産法に相当する部分——の草案（以下「一草案」という）は、財産編および財産取得編一部とは異なり、ボワソナードの主導の下ではなく、日本人委員の手によって作成されたとする理解が今日でも一般的であるが、一草案を含め、旧民法典に関連する草案がどのような経緯を経て完成されたのかは、資料の制約もあり、現在においても全面的には明らかにされていない。旧民法人事編および財産取得編二部の草案起草作業において、ボワソナードは直接的には関与してはいないとされつつも、完成ないし公布された旧民法の内容を概観すれば、そこにボワソナードあるいはフランス法の影響を受けて作成されたことが窺える。というのも、とりわけ相続法に関連深い贈与遺贈法は、1804年民法典を直訳したものであると評価することが可能な程度には、フランス法の規定と（文言的な）同一性を有していた（旧民法人事編および財産取得編二部の編纂については、大久保泰甫『日本近代法の父 ボワソナード〔岩波新書（黄版）33〕』（岩波書店、1977年）157-158頁、165-166頁、171頁、手塚豊「明治23年民法（旧民法）における戸主権（一）-（三）」法学研究26巻10号、27巻6号、8号、堀内節「旧民法人事編一草案の立案と諸問題」『明治法制史・政治史の諸問題：手塚豊教授退職記念』（慶應通信、1977年）、中村菊男『近代日本の法的形成〔新版〕』（有信堂、1963年）。一草案については、①民法草案（一草案）、②民法草案理由書、③意見書、の3つに分類される資料がある。また、一草案の起草過程については、有地亨「旧民法の編纂過程にあらわれた諸草案：旧民法とフラン

民法解釈を豊かにする視座が存在する可能性を示唆する⁽⁸⁾。

現行日本民法上の相続制度は諸外国の法の検討を経て構成されたが、その

ス民法との比較検討の準備として」法政研究 39 卷 2 = 3 = 4 号 (1973 年) 145-151 頁)。

旧民法の編纂過程を概観すると、一草案において「財産取得編一部」と「財産取得編二部」の違いおよび両者の接合を表す規定の存在を確認することができる。それが、3 編 2 部「包括名義ニテ獲得スル方法」に設置された 1501 条であり、次のとおりである。

3 編 2 部 1501 条 (なお同条はその後削除され、旧民法の内容にはなっていない。)

「包括財産ハ相続贈与遺囑会社ノ止息及ヒ夫婦財産契約ニ由リ獲得ス
包括財産ノ獲得者ハ千百一条ニ規定シタル如ク其前主ノ権利ト共ニ義務ヲ
承継ス」

同条は「財産取得編」の 2 部の冒頭規定であり、「前置条例」の 1 つとして位置づけられている。旧民法における「財産取得編」とは、主に契約法に関する一部と、相続法およびそれに関連する法域に関する二部で構想されていた。1 部が「特定名義ニテ得取スルノ方法」と、2 部は「包括名義ニテ獲得スル方法」と題し、それぞれの部で対象となる財が異なることを示している。同条の意義の一つは、改めてこの点を示すことにある。同条について、草案理由書 (磯部四郎『民法草按獲得編二部理由書 三冊之一 前置條例 自千五百一條至千七百五條』「前置條例」) を手掛かりに確認すれば、包括名義によって財を獲得するための方法を以下に定めることを宣言するものであり、ポワソナードによる他の起草部分の体裁に倣って、それと照応する旨を表すものであると説明されている (なお、同条 2 項が引用する 1001 条は、次のとおりである。

民法編纂局上申案 財産取得編一部 3 編「物権及ヒ人権ヲ獲得スル方法」
1101 条

「凡ソ物上及ヒ対人ノ諸権利ハ本編ノ両部ニ説明スル如ク特定ノ名義ニテ若
ハ包括ノ名義ニテ之レヲ獲得スルヲ得

包括ノ名義ニテ獲得スル者ハ其前主ノ権利ヲ承継スルト同時ニ其義務ヲ承
継ス」。

ところで、1501 条がいう「包括財産」は「資産 (patrimoine)」に近い印象を受ける。もっとも、既述したように、旧民法典およびその起草作業において「資産」という言葉に何等の説明もされていない以上、これはあくまでも印象にすぎない。しかし、旧民法典の起草段階において、相続 (また家族財産法上の諸制度) における財の移転が単なる個々の財ではなく包括的な財の移転であり、かつその際に義務も承継されるという考え方が存在したことは注目される。

(8) 横山「財産概念について」・前掲注 (1) 71 頁。

中でもフランス法の影響は無視できず、また共通点も多い。例えば、フランス法同様に日本法は相続人指定を認めておらず意思によって相続人を創設することができないこと、そして何より相続の基本構造である当然包括承継主義はフランス法から継受しているといわれる⁽⁹⁾。フランスの包括承継は「資産」理論をもって説明される。つまり、ある人の死亡によって移転するのは個々の特定の財ではなく、積極のおよび消極的な財の集合体である「資産」である。そして、後述するように、伝統的な見解によれば、「資産」は人の「人格の発現」として把握されており、その結果、横山教授が述べているように「わが国の相続制度は、人格の承継を介して相続人が被相続人の資産を包括的に承継する点でフランス民法と共通する」ということになる。しかし、今日において、わが国の相続制度が「人格の承継」を介しているとの理解は広く共有されているわけではなく、「人格の承継」の考えによって何かしらの制度内容が説明されているわけではない。むしろ、「人格の承継」という言葉は、かつての家督相続を想起させ、誤解を招きかねない表現ではあり回避されるべきとも考えられる。現に、日本民法は包括承継につき、896条が「相続人は、相続開始の時から、被相続人の財産に属した一切の権利義務を承継する」と規定しており、同条に関する注釈等を確認しても、「人格の承継」によって同条が説明されているわけではない⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾。しかし、日本法がフランス法の考え方を条文化しているという事実や、日本法における積極のおよび消極的な財の総体の存在は無視することができず、これらの制度

(9) 潮見佳男編『新注釈民法(19) 相続(1)』(有斐閣, 2019年) 5-6頁〔吉田克己〕。

(10) また、同条の注釈の傾向として、「権利義務」に何が含まれるのかという問題意識のもとで、個々の財産等を列挙して説明するといった形式を採用しており、包括的財産の存在については指摘されていないようである。

(11) 「人格」や「資産」の文言を用いてはしないものの、包括承継につき資産理論と類似する説明をするものもある(例えば、床谷文雄＝犬伏由子編『現代相続法』(有斐閣, 2010年) 62頁)。

構造や財産体の理解の深化のためにも、「人格の承継」としてみなされる承継や人格そのものである「資産」という考え方の内容や意義を明らかにする必要性は否定されないであろう。また、「相続法は、単に積極財産の分配問題ではな」く、「責任財産をもつ法主体がさまざまな取引を行っている市民社会の私法体系の中で、所有権のみならず債権債務や契約上の地位など多くの権利義務の帰属点である法主体が消失するという事態を消化する、複雑な仕組み⁽¹²⁾」であると指摘される。このような相続制度において、横山教授が財の人への帰属という側面に焦点を当てて資産を検討する点は、本稿でも注目すべきところである。

さらに、わが国ではあまり活用されているとはいえないが、夫婦財産制における夫婦の共通財産の構造についても、フランス「資産」理論ないし「法的総体」の観点からは非常に興味深い対象となる。フランスでは、「資産」に類似する財産体として、しばしば共通財産が挙げられており、その違いなどが「資産」やその他の財産体との関係で関心が持たれているようである。夫婦の共通財産に関する議論の蓄積が少ないわが国にとって、フランス法の議論を参照することは、将来的にも無益ではないと思われる。

以上のことから、本稿ではフランス民法学上の「資産」「法的総体」の議論を参照することで、家族財産法上の「財産」について、何かしらの示唆を提示することを試みたい。

2. 検討内容および検討の順序

本稿の検討内容につき、簡単に概要を示しておくことにしたい。

(12) 水野紀子「相日本相続法の現状と課題」論究ジュリスト10号（2014年）100頁。

(1) 「資産」

先行研究も指摘するとおり、日本法上の、特に相続制度は、フランス「資産」理論との関係が深い。第一にこの「資産」についてその内容を明らかにすることは、わが国の制度を考察するに際して重要となる。また、法的総体を検討するうえで、「資産」は大前提となる概念である。というのも、長年、フランス民法学では「資産」と法的総体は同化されて理解されてきたところがあり、また、今日における法的総体の概念は「資産」の発展において展開されてきたといわれる。したがって、その意味では、両者はイコールの関係が成立する。しかし、決して完全に同化されて理解されているわけでもない。本稿は、この点に注意を払いながら検討を行う。

(2) 法的総体：「資産」=法的総体？

後述するように、概念ないし理論の提唱者は「資産」の定義中に「法的総体」という言葉を用いる。しかし、この「法的総体」については、ローマ法に由来する古い概念であるとされつつも、わが国においては勿論、フランス法においても従来検討の対象とはなっておらず、その内容ははっきりと論じられることはなかった。また、既述のとおり、フランスでは、「資産=法的総体」として両者が同化されてきたことは否定できない。しかしながら、近時においては、法的総体ないし総体について論じるものが現れ、その内容が解明されつつある。したがって、本稿では法的総体という概念に注意を払うことで、ヨリ「資産」の財産体ないし総体上の位置づけや意義を明らかにすることを考えている。

(3) 「資産」と同じ構造を有する財産体の存在：類似する財産体の位置づけ

概念の提唱者は、「資産」とは異なる財産体の存在を暗に認めているように見受けられるところがある。その「資産」とは異なる財産体とは「資産」

と同じ構造を有する、すなわち財と負債（積極/消極財産）で構成されるものである。後述するように、概念の提唱者は「資産」以外の財産体を認めていないと評されており、したがって、この矛盾がいかに解されるかは一つの問題となる。この点についても明らかにすることで、フランス法との関りが深い日本法上の家族財産法における「財産」を考えるにあたって有益な示唆を得ることができると思われる。

(4) その他

以上の順序に従い検討を進めたのち、最後に若干の考察を行い、残された課題を確認することにした。

1 章 「資産」とその基礎

フランスにおける重要概念の一つに、「資産 (patrimoine)」概念がある。

«patrimoine」とは、もともとの語源的には、「父祖から来るもの」、つまり先祖から代々受け継ぐものを意味する言葉である⁽¹³⁾。19世紀のフランスの法学者は、この言葉に「資産」という大きな意味を与えた。では、いかにして、この«patrimoine»が民法学上の重要概念としての地位を獲得することになったのか。そもそも、なぜ、財と人が結びついた「資産」が提唱されたのか。以下では、「資産」および「総体」の定義を簡単に確認したうえで(1節)、「資産」概念および理論の基盤となっている「総体」概念および理論の概要(2節)と法的総体の歴史的展開(3節)を確認し、「資産」の背景を明らかにする。

(13) A. Sériaux, La notion juridique de patrimoine, RTC Civ. 1994, n° 5.

1 節 「資産」と「総体」

1 款 現代における「資産」の定義

現代のフランスの教科書は、「資産」を「人に帰属し、金銭価値を有する権利および義務の集合 (l'ensemble des droits et des obligations)⁽¹⁴⁾」、「人の財および義務の集合 (l'ensemble des biens et des obligations) であり、法的総体 (universalité de droit)、すなわち全体 (un tout) ないし法律上の一体性 (une unité juridique) を形成するとみなされる⁽¹⁵⁾」ものなどと定義する⁽¹⁶⁾。定義の仕方は人によってやや異なるところがあるものの、共通しているのは、「資産」が金銭的価値を有する積極財産と消極財産の結合関係を有する集合体という点である。こうした資産の定義はフランス法独自の定義であるといわれる⁽¹⁷⁾。「資産」が金銭的価値を有する積極財産と消極財産の結合関係を有する集合体というフランス独自の捉え方は、フランス民法学では一般的に、「資産」が「法的総体」であることを演繹する。したがって、「資産」は法的総体であり、また法的総体とは「資産」であるとの理解がしばしばされ

(14) Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil, Les biens*, 7^e éd., LGDJ, 2017, n° 15, p. 23.

(15) J. Carbonnier, *Droit civil 1, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, Quadrige, Paris, 2004, n° 166, p. 321.

(16) C. Atias, *Droit civil, les biens*, 9^e éd., Paris, Litec, 2007, n° 14, p. 10 は、「資産は同一人物の潜在的な財 (biens potentiels) および義務 (obligations) の集合を形成する法的統一 (l'unité juridique) である。……仮にそれ〔資産〕が一つの全体 (un tout) でなければ、資産はまったく存在しない。資産は人の金銭の表象である。」と説明する。

(17) フランス法の「資産」に相当する概念は近隣諸国でも存在するが、その概念の定義や適用場面は大きく異なることが指摘される。例えば、イギリス法は総体 (universalité) に類似する «fond» 概念を持つが、これは死亡、破産および無能力の場合にのみ適用され、能力と資力のある生きる人の財には適用されない。またドイツ法は «Vermögen» 概念をもつが、これは権限と財産 (pouvoir et patrimoine) を意味し、私法特有の概念である (この点に関して、A.-L. Thomat-Raynaud, *L'unité du patrimoine: essai critique*, thèse, Toulouse, Defrénois, 2007, préf. D. Tomasin, n° 3, p. 3)。

てきた。こうした混乱の原因は、「資産」概念の提唱者の著書に求めることができる。

また、既述のとおり「人 (personne)」と財の結びつきで「資産」を捉える点もフランス法独自のものであるといわれるが⁽¹⁸⁾、この点も、先ほど同様に「資産」概念の提唱者の著書に由来する。

したがって、次に「資産」概念ないし理論の提唱者の見解をその著書で確認することとしたい。

2 款 Aubry/Rau の「資産」概念および理論

1. Aubry/Rau の「資産」概念および理論の内容

概念ないし理論の提唱者である Charles Aubry (1803-1883) および Charles-Frédéric Rau (1803-1877, 以下両者をまとめて「Aubry/Rau」という) の「資産」の定義⁽¹⁹⁾は、次のとおりである。

「資産 (patrimoine⁽²⁰⁾) とは、ある人の財の集合 (l'ensemble des biens d'une personne) であり⁽²¹⁾、法的総体 (universalité de droit) を構成するとみなされるもの⁽²²⁾である。」

(18) この点に関して、A. -L. Thomat-Raynaud, *supra note* (17), n° 4, pp.3-4.

(19) C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode Zachariae*, t. VI, 4^e éd., 1873, § 573, p. 229.

(20) 比較法的観点から « patrimoine » の用語の取扱いの難しさについて、水津太郎「物概念論の構造——パンデクテン体系との関係をめぐって——」新世代法政策学研究 12 号 (2011 年) 300 頁 (注 4) を参照。

(21) 現代のフランスの教科書の説明とは異なり、Aubry/Rau は資産を財 (bien) の集合とし、(その定義において、) 義務 (obligation) を含めて定義していない点は注目される。

(22) « *Le patrimoine est l'ensemble des biens d'une personne, envisagé comme formant une universalité de droit.* » (C. Aubry et C. Rau, *supra note* (19), § 573, p. 229).

「資産 (patrimoine)」の章立ての冒頭において上記のように定義したのち、次のように続けて「資産」を説明する⁽²³⁾。

「1° 資産は、人格から直接演繹される。人間が権利行使する客体 (objet) がいかに多様であろうと、その構成物の性質がいかに多様であろうと、これらの客体は、ある個人の権利の素材 (matière) を形成する限りにおいて、唯一かつ同一の意思の自由意志に服し、唯一かつ同一の法的権限の作用に服する。；これら〔客体〕は、…法的全体 (un tout juridique; *universum jus*) を構成する。

資産は、もっぱら知的な性質を有するため、それを構成する諸要素も同じ性格を帯びていなければならない。個人の権利にかかわる外在的客体は、それ自体およびその構成物の性質との関係において資産の不可欠な部分を形成するのではなく、財 (bien) として、そしてもたらし得る有用性との関係において、資産を構成する。こうした素質 (qualité) においては、これら客体はすべて、金銭的価値といった共通の考えに帰着する。」

「2° 純粋な理論上、資産はすべての財、特に生得財産、そして将来財産を区別なく含む。…しかし、生得財産に関しては、…我々の〔民〕法典によれば、資産の一部としてみなされるものではない。」

「3° 財の集合体あるいは金銭的価値の集合体とみなされる資産は、結局そのような価値の考えを表す。その整合性を定めるために、積極財産からの消極財産を控除しなければならない。しかしながら、消極財産が積極財産を上回るという状況は、財を含むとされる負債を含む資産の存在を消滅させない。」

(23) C. Aubry et C. Rau, *supra note* (19), § 573, pp. 229-231.

「4° 人格の発現であり、そして、人がそのように投影される法的権限の表れである資産⁽²⁴⁾の帰結として、〔以下の命題が〕導出される。

自然人または法人のみが資産を持つことができること。

すべての人は、たとえ実際に何の財も所有してない場合でも、必ず資産を持つこと。

同一人は、本来の言葉の意味どおり、一つの資産のみを持つことができること。」

以上が、Aubry/Rauによる「資産」の定義である（上記引用における傍線および括弧注は、筆者による）。

2. Aubry/Rauの「資産」概念および理論の背景

上記のAubry/Rauの「資産」概念および理論の背景としては、以下の点を指摘することができる⁽²⁵⁾。

第一に、ローマの相続における「人の承継」の原則の存在である。

ローマ法上の相続においては、被相続人の「人 (personne) の継続」という古い原則が存在していた。つまり、相続人は、被相続人の財ではなく、「人」そのものを承継すると理解されていた。この原則の重要性はさまざま

(24) しかしながら、Aubry/Rauは、「資産は、財の包括体として人格 (la personnalité) を根拠とするが、人 (personne) そのものとは区別される。：すなわち、人と資産の関係の存在が確認できるのである。この関係は、人とそれに帰属する客体との間に確立するものである。；つまり、これが所有権である。」と述べている (C. Aubry et C. Rau, *supra note* (19), § 576, pp. 240-241)。

(25) 本文中に既述したもののほかには、1804年制定の民法典における旧732条「法律は、財の相続を定める際に、財の性質も由来も考慮しない。」の存在（同条は、伝来財産 (propre) の相続、取得財産や動産の相続といった財産の性質による区別を排斥し、すべての財が同一の規定に基づいて相続されることを宣言するものであった）も指摘することができる。

に説明することができるが、最も重要な点は、当時、債務 (dette) ないし義務 (obligation) が人的性質を有すると解されており、それゆえに債務者という「人」と密接に結びつき、債務者の消滅 (死亡) の際には債務/義務も同時に消滅して他者に移転されえないという、信用上の不都合を解消するところにあった⁽²⁶⁾。同原則により、相続人は「人」を承継するため、理論上、債務者である被相続人に密接に結びついた債務は消滅することなく、相続債権者は今度は相続人を相手として権利行使することができることになる。同原則は、1804年制定のフランス民法典も採用するところであり、Aubry/Rauの「資産」概念ないし理論は、同原則を当時の主観主義/意思主義の下に改めて説明するものであった。

第二に、債務執行の対象が、債務者の身体から財へ移行したこと⁽²⁷⁾である。

ローマ法では、当初、執行は債務者の身体を対象とされていたため (人身執行制度)、債務 (dette) ないし義務 (obligation) は、債務者という「人 (personne)」と切り離すことが不可能なものとしての理解がされていた⁽²⁸⁾。その後、ローマ法においても財産執行が徐々に発展し、その後のゲルマン法等を含めた旧法下において財産執行は主流化した。つまり、「人体 (corps)」ないし「人 (personne)」から「財 (bien)」への執行対象が移行したことを確認することができる。そして、債権者が債務者のあらゆる財を執行対象に

(26) O. Jallu, *infra note* (53), pp. 37-38 は、「人、法人主体は、法の不可欠な部分であり、それ無しには法は理解できず、その原理を失い、その実体を失い、消滅してしまう。人が死んだら、対人権 (債権) は消え、義務 (obligation) は崩壊し、所有は消滅する。では、どうやって相続人に移転することができるのか。ここでも、人の継続の原則は必然的な結論として主張され」と述べる。

(27) この点に関する邦語文献として、瀬戸口 (2)・前掲注 (1) 44頁以下。

(28) この点につき、O. Jallu, *infra note* (53), pp. 61 et s.; P. Cazelles, *infra note* (53), pp. 334 et s.

することができるようになった。この際に、債務者の「人 (personne)」をと
おして、債務者の全財産を把握しようと試みた結果が「資産」概念および理
論に現れる⁽²⁹⁾。

第三に、いわゆる法理論の主観主義（個人主義・意思主義）の影響である。
19世紀末から20世紀初頭以前の西欧の従来の法理論は、個人主義的社会観
を基礎にしていた。そこでは、Droit（法＝権利）の源泉が個人の意思に求め
られていた⁽³⁰⁾。Aubry/Rauは、こうした主観主義ないし意思のドグマによ
ってDroit（法＝権利）を説明することに基づいて、ある人に属する複数の財
が一人の意思に服していることを根拠として「資産」という1つの財産体を
導出した⁽³¹⁾のである。

2 節 「総体」概念の概要

財を包括的に捉えるという発想は、Aubry/Rauによって「資産」理論が
提唱されるまで全く存在しなかったというわけではない。ローマ法では、主
に相続財産を財のまとまり（例えば、patrimoineなど）として捉えており、ま
たフランスの古い概念として« universalité »もあった。本節では、フラン
スの総体概念について、その概要を簡単に確認したい。

(29) 例えば、P.Bouathong, *infra note* (53), n° 30, pp.29-30.

(30) 高橋和之「デュギイ」伊藤正己編『法学者 人と作品』（日本評論社、1985年）131頁。19世紀末から20世紀初頭の西欧は、経済的には独占資本主義の確定期にあたり、これに対応して、法学においては、産業資本主義に適合的なものとして構成されていた諸理論の再構成が求められていた。フランスにおいても、革命において確立された諸原理を基礎とする法理論が現実との対応関係を失い、新しい理論の構築が要請されていくことになった（同書131頁）。

(31) F.Zenati-Castaing, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », RTD Civ. 2003, p.861.

1 款 現代フランス民法学における「総体 (universalité) の種類」

フランス法における財 (bien) の分類の一つに, universalité (以下, 「総体」と呼ぶ) というものが存在する⁽³²⁾。フランス法の総体とは, ローマ法における *universitas* であり⁽³³⁾, 全体 (tout) を形成する諸財産の集合体/全体⁽³⁴⁾ (ensemble) であると理解されている。そして, 従来この総体の典型例として, 一般担保権の引当財産や相続財産のような「資産 (patrimoine)」, そして営業財産 (les fonds de commerce) などが挙げられてきた⁽³⁵⁾。

総体の伝統的な区別の一つに, universalité de fait と universalité de droit という分類が⁽³⁶⁾存在する⁽³⁷⁾。これら法的総体の区別 (ないし表現) が学説上確立し定着したのは 20 世紀前半であるが, Aubry/Rau によって「資産」の定義および性質を述べる際に用いられるものでもある。以下, そ

(32) J. Carbonnier, *Droit civil 2, Les biens, Les obligations (Quadrige Manuels)*, Quadrige, Paris, 2004, n° 724, pp. 1623-1635; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil, Les biens*, 7^e éd., LGDJ, 2017, n° 150, pp. 61 et s.

(33) M. Planiol et G. Ripert, *Traité élémentaire de droit civil, conforme au programme officiel des facultés de droit*, t. 1, 11^e éd., Paris, Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1928, n° s 2173, p. 708.

(34) フランス民法典下において, 集合体ないし包括体としての財 (特に, 法律上の包括体 (universalité juridique)) を観念することを説いたのが 19 世紀の注釈学派 (les Exégètes) であり (Carbonnier, *Droit civil 2, supra note* (32), n° 727, p. 1629), 特に Aubry/Rau はその結果として「資産 (patrimoine)」を提唱し理論化するに至った (この点に関しては, 彼らの著書の初版である *Cours de droit civil français, Traduit de l'allemand de M. C. S. ZACHARIAE*, t. 1, Strasbourg, F. Lagier, 1839, p. IX にて確認できる)。また, 同様に Demolombe も包括体の理論化に寄与した者として名が挙げられている (C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon, IX, Traité de la distinction de biens, de la propriété, de l'usufruit de et de l'habitation*, t. 1, 2^e éd, Paris, 1861, n° s 62-66, pp. 32-33)。

(35) 例えば, M. Planiol et G. Ripert, *supra note* (33), n° 2173, pp. 708-709.

(36) universalité de fait と universalité de droit は, もともとはローマ法における財の集合の 2 形態である (原「信用の担保たる財に関する基礎的考察」・前掲注 (1) 362 頁) les *universitates facti* と les *universitates juris* に基づく (M. Planiol et G. Ripert, *supra note* (33), n° 2173, p. 709)。

(37) Carbonnier, *Droit civil 2, supra note* (32), n° 724, p. 1623.

それぞれ簡単に紹介したい。

1. universalité de fait

universalité de fait (以下、「事實的総体」と呼ぶ)とは、所有者の意思解釈によって、1つの統一的な財 (un bien unique) として扱われる諸財産の集合 (une collection⁽³⁸⁾) である⁽³⁹⁾。事實的総体に含まれる諸財産は同質の、あるいは正確には区別しにくいもので構成され、その例として、図書館 (une bibliothèque) や動物の群れ (un troupeau) が挙げられることが多い。図書館や動物の群れは、その集合を構成する諸財産を個々に分ける必要もなく、集合 (une collection) としてそれ自体を売買や遺贈などの目的 (objet) とすることができる。例えば図書館が遺贈の目的となったとき、遺贈の効果が生ずるまでの間に図書館の中身 (本) が取り替えられ、遺言作成時とはやや異なる状態になったとしても、受遺者はその図書館の最後の状態を受け取ることになる。なぜなら、このときの遺贈の目的は特定された個々の本ではなく、ヨリ抽象的な存在である図書館にすぎないからである。

2. universalité de droit

universalité de droit⁽⁴⁰⁾ (以下、「法的総体」と呼ぶ)とは、今日においては次のように説明される⁽⁴¹⁾。すなわち、「財 (bien) および債務の集合体」、

(38) 諸財産の集合を表す用語として、フランス法では、「un ensemble», «une collection», «une universalité»が使用される (例えば, C. Demolombe, *supra note* (34), n° 62, p. 32)。

(39) Carbonnier, *Droit civil 2, supra note* (32), n° 724, p. 1623.

(40) universalité de droit と類似する用語として «universalité juridique»がある。両者を同義語として用いられることもあり、(例えば, Carbonnier, *Droit civil 2, supra note* (32), n° 724, p. 1625), それはローマ法が法的な財の包括体を *universitates juris* と表したことに由来することとも考えられるが、実際は定かではない。

(41) «universalité de droit»の定義として、G. Cornu (éd.), *Vocabulaire ju-*

「積極財産と消極財産を同時に包含する」、「[積極財産と消極財産の] 2つが相互に依存している」、「積極財産の管理から発生する消極財産」、「消極財産の弁済に引き当てにされる積極財産」である。これらの説明から認識できるように、法的総体（または *universalité juridique*）が論じられる際には、権利と義務ないしは積極財産と消極財産の切り離せない関係が必ず指摘されており⁽⁴²⁾、ここにその特徴を見ることができる。また、法的総体が、個々の特定された財 (*bien*) とは異なるものであるということも、いまだフランスにおいて財が集合的に捉えられることが一般的に至っていない時代において、しばしば強調されてきた⁽⁴³⁾ことは指摘しておきたい。

3. 事実的総体と法的総体の区別

事実的総体と法的総体の基本的な違いは、次のように言われる。事実的総体は財の集合体ではあるものの実際には法的な存在ではなく、一般的に事実的総体を構成している個々の客体 (*objet*) はそれぞれ独立的に個別的に考慮されなければならない、したがってそれらは、「事実上」、所有者の意思に沿ってのみ存在する。よって、その事実的総体の範囲と結果の評価 (*apprécier l'étendue et les conséquences*) は、その意思の解釈に委ねられることになる⁽⁴⁴⁾。これに対して、法的総体は、それ自体は自身を構成する個々の財と

ridique, Paris, PUF, 1998, p. 860 など。

- (42) なお、「資産」概念や集合体としての財が観念されて間もない時期に著された著書においては、積極財産と消極財産の関係が必ずしも強調されているわけではない（例えば、C. Demolombe, *supra note* (34), n° s 62-66, pp. 32-33 は、積極財産と消極財産の関係にはほとんど触れず、主として、集合としての財が観念されること、*universalité de fait* と *universalité de droit* の区別の必要性を説く）。
- (43) C. Demolombe, *supra note* (34), n° 63, p. 32. Aubry/Rau が「資産」を提唱した年代においては、まだ学説上 *universalité* に触れる者は数少なかったようである。
- (44) C. Demolombe, *supra note* (34), n° 66, p. 33.

は全く別の存在として認識される、法的な存在である。すなわち、法的総体とは諸財産で構成された財の集合を、それ自体を一つの財として「法的に」みなすものである。

次に総体の構成要素の観点から両者を見てみると、事後的総体は積極財産と消極財産の法的な対応関係が生じないが、法的総体は、積極財産と消極財産の法的な対応関係⁽⁴⁵⁾が指摘される。

最後に事後的総体と法的総体（または、*universitates facti* と *les universitates juris*）のそれぞれ具体例を挙げておきたい。事後的総体の具体例としては、既述のように、図書館や動物の群れ、また営業財産が従来挙げられてきた。図書館や動物の群れは、法的な所有関係等では個別的に捉えられるものであるが、集合体それ自体が売買や遺贈の目的とすることができることから、事後的総体は事実かつ現実的であるといわれる⁽⁴⁶⁾。続いて法的総体の具体例としては、相続財産（*hérédité*）、責任財産、嫁資財産（*la dot*）、夫婦財産制における共通財産、その他特殊財産（*le pécule* など⁽⁴⁷⁾）が挙げられる⁽⁴⁸⁾。例示されるこれらの財は、法的にはそれ自体が一つの財として評価されるために、法的総体は仮装的かつ法的であるといわれる⁽⁴⁹⁾。

2 款 小括

以上がフランスの総体の区別である。後述する Aubry/Rau は「資産」を

(45) 既に述べたように、フランス民法学上において当初よりこの点が強調されていたわけではなかった。この点に関しては、「資産」概念の発展（特に民法典旧 2092 条や 721 条の説明に伴う理解）が影響を及ぼしてきたと考えられる。

(46) M. Planiol et G. Ripert, *supra note* (33), n° 2173, p. 709.

(47) *le pécule* とは、親権者および後見人の配慮により、未成年者および被後見人の利益のためにその労働報酬により構成される貯金を指す（山口俊夫『フランス法辞典』（東京大学出版会、2002年）422頁〔*pécule*〕）。

(48) また、近年では EIRL や信託財産も *universalité de droit* の一例としてあげられることがある。

(49) M. Planiol et G. Ripert, *supra note* (33), n° 2173, p. 709.

法的総体としての性質を有する概念であるとした。したがって、「資産」は積極財産と消極財産の集合体ないし結合体として法的にみなされるものとすることができる。しかし、今日の総体の概念と Aubry/Rau のそれに対する認識が必ずしも一致していたかどうかは注意しなければならない。というのも総体の概念は、フランス民法典から直接的に導出され得るものではなく、また、1804年の民法典制定から19世紀半ばまで学説等の関心を集めることもなく、その概念の定義ははっきりとしないところがあるからである。そのため、Aubry/Rauの法的総体の言及についても、今でこそ確立されている積極財産と消極財産の集合体という考えよりも、法的に1つの財産体としてみなされる財の総体という考えで認識されている可能性が捨てきれないこと⁽⁵⁰⁾は注意しなければならない。

また、フランス民法学において、しばしば「資産 (patrimoine)」以外の財の集合 (masse; ensemble) が認識され存在する⁽⁵¹⁾。フランスにおいて、どのような財の集合を「資産」とは区別されるものとして認識するのかという問題については、あまり意識的に論じられていないようである。しかし、Térre/Simler曰く、営業財産や海事財産といったものが挙げられている。さらに本稿の関心から注目したいのが、夫婦財産制度 (de régimes matrimoniaux) における共通財産制下での諸財産である。夫婦が共通財産制を採る場合には3つの財の集合体 (以下「財産体」という) が併存することとなる。すなわち、夫の固有財産/特有財産、妻の固有財産/特有財産、そして夫婦の共通財産 (biens communs; communauté) である。「資産」概念との関係で問題

(50) 後述するように、Aubry/Rauは「資産」の定義において消極財産には言及していない点が、今日の学説によるその定義との比較で注目される。しかし、Aubry/Rauの著書を確認すれば、「資産」概念における消極財産は重要な要素となっている。

(51) 例えば、Fr. Térre et Ph. Simler, *Droit civil, Les biens*, 9^e éd., Dalloz, Paris, 2014, n° 20, pp. 26-28.

とされるのは、共通財産であるが、Térre/Simler曰く、この共同財産は、少なくとも一種の「法律上の総体 (universalité juridique)」であり、積極財産および消極財産で構成され、物上代位が生じるという点で総体 (universalité) の考え (idée) を本質としており、その意味で「資産」との類似性を指摘することができるが、共通財産は本来の意味での「資産」(un véritable patrimoine) とは区別されるものとして理解されている⁽⁵²⁾。この点につき、Térre/Simler はそれ以上のことを語っておらず、その意味内容の詳細は不明である。さしあたり、ここで確認したいのは、「資産」と同様に積極財産および消極財産で構成され、物上代位が生じるという財産体が存在することであり、しかも、これは「資産」とは区別されるものであるということである。しかし、Aubry/Rau の著書には、「資産」の単一性および不可分性が説かれており、したがって、「資産」類似の財産体が存在することは、Aubry/Rau の「資産」理論と矛盾するのではないかとの指摘がされうところである。実際に、この点は、Aubry/Rau の「資産」に批判する者によって多く指摘されてきた。後に確認するようにフランス「資産」論は 20 世紀以降に大きく展開され、目的に応じた資産の存在が観念されるようになり、Aubry/Rau の「資産」に生ずる矛盾は説明可能となってきたと評することも可能であるが、いまだ「資産」理論とその他の類似する財産体との関係性は明らかにされていない。この点については、「資産」に基盤となっている総体の 1 つの形態である「法的総体」の分析を通じることで、一部明らかにすることができると考えられる。そこで、次は「法的総体」について、その歴史的展開を確認することにしたい。

(52) Fr. Térre et Ph. Simler, *supra note* (51), n° 20, p. 27.

3 節 法的総体の構造の歴史的展開

Aubry/Rau は、「資産」を「法的総体 (universalité de droit) を構成するとみなされるもの」と定義するが、「法的総体」とは一体どういったものを指すのか。この点は、Aubry/Rau の著書から直接読み取ることは難しい。そのため、以下では、Aubry/Rau 以外の資料⁽⁵³⁾も参照することで、「資産」概念の背景を明らかにし、その構造を把握することに努めたい。

1 款 ローマ法：総体概念の出現

上述の定義のとおり、Aubry/Rau の「資産」は、「法的総体 (universalité de droit) を構成するとみなされるもの⁽⁵⁴⁾」であった。「法的総体」という総体の類型が提示されるまでは時間がかかったものの、「総体 (universalité)」という概念自体はローマ法に由来するものであり、その歴史は古い。また、Aubry/Rau の「資産」は、「人 (personne)」ないし「人格 (personnalité)」から演繹される概念であるが、こうした考えも、ローマ法上の相続の「人の継続の原則 (la principe de continuation de la personne)」から影響を受けていることが指摘されている⁽⁵⁵⁾。

(53) 主として、O. Jallu, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne*, thèse, Paris, 1902; P. Cazelles, *De l'idée de continuation de la personne comme principe des transmissions universel*, thèse, Paris, 1905; R. Saleilles, *Des la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession dans l'histoire du droit français*, Bull. Soc., Études législatives, 1911; D. Hiez, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, thèse, Paris XII, LGDJ, 2003, préf. P. Jestaz; A.-L. Thomat-Raynaud, *supra note* (17); P. Bouathong, *Les universalités de droit, Essai d'une théorie générale*, thèse, 2020; A. Nallet, *La notion d'universalité, Étude de droit civil*, Dalloz, 2021 など。

(54) « *Le patrimoine est l'ensemble des biens d'une personne, envisagé comme formant une universalité de droit.* » (C. Aubry et C. Rau, *supra note* (19), § 573, p. 229).

(55) F. Zenati-Castaing, *supra note* (31), note (10).

1. ローマにおける「総体」と hereditas⁽⁵⁶⁾

(1) 総体概念のはじまり

「総体 (universalité)」の起源はローマ法にある。この概念の初めの出現形態は、法人格としての意義⁽⁵⁷⁾を有するものであり、主体的性質を有するものであった。すなわち、ローマ帝国の拡大とともに集団に権利義務を与える必要性から、都市 (cité) に法人格が与えられるようになり⁽⁵⁸⁾、続いて大学や教会、病院などにも同様に付与されるようになった。そして、それらすべてが« universitas »と呼ばれるようになった。「universitas」をとおして都市に法的人格が観念されるようになる⁽⁵⁹⁾、それを構成する個人とは無関係に、都市に対して権利義務を付与⁽⁶⁰⁾することが可能となった。

ローマにおける総体は、都市などの法人格に関するもの⁽⁶¹⁾と同時に、財に関するものも存在しており⁽⁶²⁾、のちに発展を遂げることになる⁽⁶³⁾。財に

(56) この点に関しては、特に、A. -L. Thomat-Raynaud, *supra note* (17), n° s 42-43; A. Nallet, *supra note* (53), n° s 27 et s., pp. 18 et s.; P. Bouathong, *supra note* (53), n° 4, p. 4.

(57) この点に関しては、P. -F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Dalloz, 6^e éd., Paris, A. Rousseau, 1918, pp. 241-244; R. Feenstra, « *L'histoire des fondations* », Revue d'Histoire du droit (TVR), 1956, p. 381 et s.

(58) この点に関しては、A. Nallet, *supra note* (53), n° s 27 et s., pp. 18 et s.

(59) なお、人の集団の人格化は当時はまだ概念化されておらず、それが達成されるのは中世になってからである (A. Nallet, *supra note* (53), n° 29, p. 20)。「……universitas は、人 (personne) と表現することはできないが、都市を法的物体 (le corpus juridique) と表すことを可能とした。」(P. -F. Girard, *supra note* (57), p. 242)

(60) この点に関しては、P. -F. Girard, *supra note* (57), pp. 241-242; Y. Thomas, « *l'institution civile de la cité* », Le Débat, 1993/2 (n° 4), pp. 21 et s.

(61) 人に関する universitas は、特に « corpus » と呼ばれていた。

(62) P. -F. Girard, *supra note* (57), p. 242; A. Nallet, *supra note* (53), n° s 27 et s., pp. 18 et s. なお、universitates personarum と universitas rerum の区別は中世の学説によって与えられたものである。

(63) P. -F. Girard, *supra note* (57), p. 242; P. Bouathong, *supra note* (53), n°

関するローマの総体の代表例としては、今日でいう相続財産/遺産を意味する *hereditas* を挙げられ、これは、しばしばローマが知る唯一の(財の)総体として現れる⁽⁶⁴⁾。この *hereditas* は、複数の財 (*bien*) をまとめた集合体であり、被相続人から相続人へ承継される *chose* (物) として、また *patrimoine* (*patrimonium romain*) として、一般的に捉えられてきた傾向があるが⁽⁶⁵⁾、後述するように、ローマにおいては客体ないし物としての側面よりも主体的な側面を有する総体であった。なお、当時の *patrimoine* は、積極財産から消極財産を控除した、個人に帰属するすべての財 (*bien*) の集合体として定義されており⁽⁶⁶⁾、今日の「資産 (*patrimoine*)」のように積極財産および消極財産で構成される概念としては考えられていなかった⁽⁶⁷⁾。

(2) *patrimonium romain*

ローマ法には「資産」たる理論は存在していなかった⁽⁶⁸⁾。しかし、類似概念として、*patrimonium romain* が存在していた。*patrimonium romain* とは、「父方の家族の財 (*bien*)」を意味した⁽⁶⁹⁾。ローマの法学者は、*patri-*

4, pp.4-5.

(64) R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, t.1, 6^e éd., Paris, Domat-Montchristien, 1947, p.348.

(65) A. Nallet, *supra note* (53), n° 36, pp.22-23.

(66) P. Ourliac et J. de Malafosse, *Histoire du droit privé*, t.2, *Les biens*, 2 éd., PUF, 1968, n° 26, p.60. この点, A.-L. Thomat-Raynaud, *supra note* (17), n° 32 は, ローマの *patrimoine* は積極財産と消極財産で構成されていたと述べる。

(67) A.-L. Thomat-Raynaud, *supra note* (17), n° 32 は, 「民法上の *patrimonium* という言葉は, 財の承継に関連して登場した。ヨリ正確には, 死因の移転を契機として, 全体的なものとして構成され *hereditas* (l'héritité) の文言のもとで分析される *patrimoine* という考えが生まれた」と述べる。

(68) A.-L. Thomat-Raynaud, *supra note* (17), n° 32.

(69) フランス民法学上の「資産」を表す « *patrimoine* » の元々の語源の意味は, 「父祖から来るもの」, つまり「先祖から受け継ぐもの」を指すと理解されている (A. Sériaux, *supra note* (13), n° 5)。

monium romain を相続による財の移転場面以外にはほとんど考慮していなかった⁽⁷⁰⁾。このように、patrimonium romain は、今日のフランス民法学における「資産 (patrimoine)」とは全く異なる概念であるが、今日の「資産」の定義と patrimonium romain の概念との間のこの乖離は、一部修正されなければならないと指摘されることがある。P. Bouathong 曰く⁽⁷¹⁾、この両者の意味は、その構成、機能、象徴の点で異なるが、全体 (ensemble) という概念が両者に存在することに注目すべきであるという。というのも、patrimonium romain は、当初は財の集合体として考えられていたが、この集合体は家族の家長である pater familias を中心に形成されるものであった。そして、patrimonium という言葉はローマ法において「父の法的地位 «statut légal du pater»」を意味した。この「父 (pater)」は「人」であり、patrimonium という概念は彼 (父) の財を指す。したがって、patrimonium romain においても、対物的なもの和对人的なものを含んでいる⁽⁷²⁾ということができるという。また、全体 (ensemble) は、積極財産と相関する消極財産の両方を含む。このように、今日の「資産」の特徴は、すでにローマの概念 (patrimonium) に見出すことができる。しかし、P. Bouathong は、両者を同化させることは不可能であるとしている⁽⁷³⁾。なぜなら、上記のような類似点を超えて、両概念を分離させる大きな違いは、両概念のそれぞれの機能にあるためである。今日、「資産」は債権者の一般担保という機能を持ち併せているが、patrimonium romain にはそうした機能はない。Patrimonium romain は、あくまで死亡時の財の移転の場面においてのみ機能するにすぎない。したがって、死によって人が消滅して、はじめて patri-

(70) J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du Droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, n° 221, p. 287; A.-L. Thomat-Raynaud, *supra note* (17), n° 32.

(71) P. Bouathong, *supra note* (53), n° 27, p. 27.

(72) 以上につき、P. Bouathong, *supra note* (53), n° 27, pp. 27-28.

(73) P. Bouathong, *supra note* (53), n° 27, p. 28.

monium romain という総体が現れるに過ぎず⁽⁷⁴⁾、したがって、人と財の間に築かれた関係は瞬間的なもの (une affaire d'instant) であり、対人的なものとは物質的な区分によって (par une division temporelle) 対物的なものから切り離され、patrimonium romain が人 (personne) が消滅したときに現れる。これに対して、「資産」は対人的なものと対物的なものを空間的に分割することができる。「資産」は人と共存しているが、物 (chose) の世界と人 (personne) の世界という異なる世界に存在している⁽⁷⁵⁾という。

(3) hereditas

ローマの hereditas は、財である patrimonium romain とは異なり、相続人に承継される「物 (chose)」の概念とは根本的に対立すると指摘される⁽⁷⁶⁾。すなわち、hereditas は、「物」よりも大きな影響力を有しているとの理解がされており⁽⁷⁷⁾、実際には相続人が承継すべき被相続人の一切の法律関係を意味し、それゆえに極めて主観/主体的な性質⁽⁷⁸⁾を有するものとされていた。

2. hereditas の主観/主体性

ローマの法学者たちは、相続人という地位 (titre) が資質であるという事実を見失うことはなく、hereditas の所有よりも相続財産中の財の所有について語る傾向が強い⁽⁷⁹⁾。Bonfante は、相続財産に対する物権という考え方を非難し、相続財産とは、死者によって空席となった法的地位を意味すると

(74) P. Ourliac et J. de Malafosse, *Histoire du droit privé*, t.2, *Les biens*, PUF, 1961, n° 29, p. 50.

(75) 以上につき, P. Bouathong, *supra note* (53), n° 27, p. 28.

(76) A. Nallet, *supra note* (53), n° 37, p. 26.

(77) この点につき, A. Nallet, *supra note* (53), n° s 35 et s., pp. 22 et s.

(78) P. Bouathong, *supra note* (53), n° 213, p. 180.

(79) A. Nallet, *supra note* (53), n° 39, pp. 24.

主張し⁽⁸⁰⁾、またユスティニアヌスは、相続人は被相続人のすべての権利に参加し、同じ原因によって拘束される⁽⁸¹⁾と述べていることから、この点は裏付けられよう。したがって、相続/承継 (hérédité) とは何か具体的な対象 (objet) ではない。

Gaius も、「相続とは、被相続人のすべての権利を承継することにはほかならない⁽⁸²⁾」と述べているように、ローマ法では、「継承すること (succéder)」とは死者の人格を継続することであった⁽⁸³⁾。これは「被相続人の人の継続の原則 (principe de la continuation de la personne du défunt)⁽⁸⁴⁾」と呼ばれ、今日のフランス民法典上でも確認することができる。そして、同原則は、ローマにおいて「人」が何を意味するかを確立することを前提とする。hereditas は、被相続人のすべての法的関係における承継の原則を通じて、相続人という「人」が、死によって消滅することのない法的存在を継続するという現実的な状況を正確に反映している。すなわち、相続/承継 (hérédité) とは、被相続人の法的人格 (universum jus quod defunctus habuit) を実体化することを可能にする権利と義務を繋ぐものであると同時に、相続人が被相続人を承継する (succession) プロセスでもある。

(80) P. Bonfante, *Scritti Giuridici Varii, t. I, Famiglia e successione*, UTET, 1916, n° IV, p. 161.

(81) Lib. L, tit XVII.

(82) Gaius, D., 50, 16, 24.

(83) P-F. Girard, *supra note* (57), p. 884.

(84) H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazwaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, t. I, 1er vol, Introduction à l'étude du droit*, 12e éd., par F. Chabas, Montchrestien, Paris, 2000, n° 308, p. 447. この点に関するフランスの文献として、M. Nicod, « La continuation de la personne du défunt: principe général du droit français des successions ? », H. Simonian-Gineste (dir.), *La continuité en droit*, LGDJ, 2014, p. 141 et s. 邦語文献として、有地亨「共同相続関係の法的構造 (2)」民商 51 卷 1 号 (1964 年) 51 頁、丸山茂「フランスにおける人格承継観念の展開」九大法学 38 号 (1979 年) 187 頁以下、齋藤哲志「死者の生かし方——フランス相続法における人格承継原則の射程」論究ジュリスト 34 号 (2020 年) 168 頁以下がある。

3. 小括

総体概念はローマ法を由来とする。当初は都市に法的人格を付与するために考え出され、続いて財の総体が観念されるようになった。しかし、この財の総体として現れる *hereditas* は、主観/主体的性質を有するものであり、当時の物 (*chose*) や *patrimonium romain* とは根本的に対立するものであった。

ローマ法における *hérédité* (遺産) は、「物 (*chose*)」ではない。それは、ローマ的な意味での「原因」、すなわち裁判上の議論の一部を構成する場合における *res* である。この場合、争われるのは相続人の地位であり、物の所有権ではない。*Universitas* は、複数の財と複数の義務を、単一の帰属点という単一性に還元することを可能にする。この統一は、それが人の集団(都市)であろうと、人(相続人)であろうと、その人の身体的、道徳的、個人的側面ではなく、その人の法学的側面、すなわちその人の財と義務という観点から、その人を代表する機能を持つ。結局のところ、ローマの *universitas* は主観/主体的性質を有する存在であり、その一貫性は財、債務およびその法的枠組みに求めなければならない。しかし、*hérédité* が、こうした主観/主体的性格を有する総体であることは、中世の学者によって忘れ去られることになった。というもの、中世の学者たちは、総体を理論化するに際して、*hérédité* を「物 (*chose*)」、すなわち完全に客観/客体的な総体として分類したのである。

2 款 中世：総体理論の形成

中世のフランスには、多数の法秩序が存在した慣習法地域ではローマ法の総体概念は出現しえなかったものの、中世の法学者らは、『学説彙纂 (*Digeste*)』をとおして総体概念を再発見し、理論化するに至る。

1. 慣習法における総体概念⁽⁸⁵⁾

慣習法の伝統を持つ北部地域では、財の区別⁽⁸⁶⁾、被相続人の人の継続の原則の不存在という状況がローマ法とは異なる相続秩序を提供していた⁽⁸⁷⁾。実際、動産を一族に残す義務は、動産と不動産を区別し、財の性質に基づく承継を認め、また不動産においては家族（父母の代々の相続）に由来するもの⁽⁸⁸⁾と、個人の活動による取得に由来するものとの区別が導入されていた。この慣習法上の財の区別の原則は、相続による帰属を多くの異なる承継を形成するさまざまな財産体に整理する。慣習法では、財（bien）は「個人に付属する法的単位を形成しない。それは、単一の所有者を装ってそれらを集めた事実上の共同体から生じる結束以外に、統一的なつながりを持たない様々な財産項目からなる財産体である⁽⁸⁹⁾」。したがって、慣習法においては、相続とは、被相続人の人格を表す相続人が承継しなければならない単一の実体ではなくなり、その結果、ローマ法のような相続と総体の概念の出現は不可能な状態であった。

(85) Thomat-Raynaud, *supra note* (17), n° s 42-46; A. Nallet, *supra note* (53), n° 71, pp. 38.

(86) 財の由来および性質として、父方か母方か（*Paterna paternis, Materna maternis* の原則）、伝来財産（*propres*）と取得財産（*acquêts*）の区別、貴族財産（*biens nobles*）と平民財産（*biens roturiers*）、動産と不動産化といった区別が存在しており（J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, Paris, 2002, n° 795, p. 1109）、それぞれの財によって相続の帰属のルールが異なっていた。

(87) この点に関しては、稲本洋之助『近代相続法の研究』（岩波書店、1968年）による詳細な紹介および分析がある（特に31-87頁を参照）。

(88) 伝来財産（*propre*）については、Oeuvres de Pothier, t. 7, pp. 649 et s.; 高木多喜男『遺留分制度の研究』（成文堂、1981年）39-49頁。

(89) R. Saleilles, « De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession dans l'histoire du droit français », *Bulletin de la société d'études législatives*, 1911, p. 311.

2. universitas の再発見と類型化

中世の法学者（特に注釈学派（glossateurs））が、『学説彙纂（Digeste）』のさまざまな箇所にも「universitas」の文言があることを発見して注目したことにより⁽⁹⁰⁾、総体の概念が再び法学上に現れることとなった。今日の総体および「資産」の理論は、中世の注釈学派（glossateurs）と Bartolus の成果の上に成り立っているといわれる⁽⁹¹⁾。

Universitas の文言は、主として、hérédité や集団に関連して見出されるが、『学説彙纂』のテキストは、時に、完全性（une intégralité）を意味する「totum」の同義語として universitas という表現に言及している⁽⁹²⁾。universitas という用語が含む意味ないし状況の多様性に直面し、注釈学派（glossateurs）の学者たちは、これらの集団に共通する状況として、「離れた物体（l'idée de corps distant）」という考え⁽⁹³⁾を見出した。この点については、Y. Thomas の文言が引用される。Y. Thomas 曰く、「universitas とは、互いに離れた複数の物体の集合体であり、その集合体には特別な名称が与えられている⁽⁹⁴⁾」「互いに離れていて（ex distantibus）、互いに結びついてはいないが、同じ名称（non soluta sed uno nomini subiecta）のもとにある総体（corps）、例えば、民衆、軍団、群れ⁽⁹⁵⁾」である。Y. Thomas が述べるように、universitas 概念を理解しようとする注釈学派の学者たちも、ローマにおけるものよりもさらに広く、同概念の意味を解する方向へ向かった。彼らには、軍

(90) Thomat-Raynaud, *supra note* (17), n° 42.

(91) Thomat-Raynaud, *supra note* (17), n° 42.

(92) A. Nallet, *supra note* (53), n° 73, p. 44.

(93) Y. Thomas, « *L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue* », in *Penser par cas*, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, Paris, 2005, n° 18. [OpenEdition Books]

(94) Y. Thomas, *supra note* (93), n° 15.

(95) Y. Thomas, *supra note* (93), n° 16.

団と群れとの間にも、都市と遺産との間にも同程度の類似性があると映っていたようである。これらの対象はすべて、複数の物体（人や財）が互いに物質的に結びついているわけではないが、内容の交換、変更、消滅にもかかわらず、それらの全体（l'ensemble）が一定の永続性を示すという事実によって特徴づけられる⁽⁹⁶⁾。そして、このような考えに基づき、universitasは、複数の法主体をまとめる universitas personarum と、複数の対象（objets）ないし複数の物（choses）をまとめる universitas rerum とに分類されるようになった。この区別は、corpora ex distantibusの基準によって確保されていた universitas 概念の統一性に影響を与えるものではなかったが、universitas に人と物の区別をもたらすという新たな方針を与える結果をもたらした⁽⁹⁷⁾。そして、universitas personarum がローマから受け継いだ総体（universalité）の法的主観/主体性を完成させたのに対して、universitas rerum は、総体（universalité）の客観/客体的な視点を提供することになった。

(1) universitas personarum

中世の学者たちは、ローマの universitas の概念を用いて、人の集団の法的自律性を理解し、強調した。彼らは hereditas よりもさらに強く、人の集団の法的主体性を肯定し、その結果、のちの法人論に含まれるべき universitas についての理解を提供するに至る。彼らは、法人の法的活動の理解のために universitas を用いた。

中世において問題提起されたのは、corporation⁽⁹⁸⁾などの人の集合の法的活動を、それを構成する個人から独立して理解することであり、ローマのテ

(96) Y. Thomas, *supra note* (93), n° 16.

(97) A. Nallet, *supra note* (53), n° 76, p. 45.

(98) ローマにおいて、corporation は都市と同様に人の集合であった（この点に関しては、P-F. Girard, *supra note* (57), pp. 241-244）。

キストはこの点に対する大きな助けとなった。この定式は、universitasが権利と義務の帰属の一点で、共同体——多数の構成員——を表す二重のものであることを意味することを可能にしている。中世の法学者たちは、大学や共同体の機能を説明するために、こうした解釈を継続し、改良してきた⁽⁹⁹⁾。

集団が法的に構成されていることを確認することによって、法的作用ないし効果が個人、あるいは個人の集合に関わるものではなく、集団の全構成員を代表する抽象的なものであることを説明することが可能となる。universitasは、それを構成する個々の「人」から自律し⁽¹⁰⁰⁾、それ自体で法人的関係を享受する法人的実体として分析される⁽¹⁰¹⁾。そのため、法人の構成員とは異なる、全体の「法的能力」を認めることになる。

また上記の法人の一般的な活動のための側面のみならず、corporationの法的性質を保護するためのuniversitasという側面についても検討が行われた。中世の法学者は、自分たちの法的論法を確立するために極端な事例を用いることを好んだ。この点に関して、Y. Thomasは、12世紀末から、注釈学派たちが、大学や法人の構成員の消滅に伴って一時的に放棄された財、債権、債務の法的地位に疑問を呈し始めたことと指摘する⁽¹⁰²⁾。Y. Thomasは、これらの財が無主のものとなり、誰もがそれらを差し押さえる可能性があるというリスクを考慮し、ローマの相続の基本的なメカニズムに偏りが見出されたと説明している。ローマの法学者たちは、相続人を欠く相続 (la succession jacente)、すなわち、死後、相続人が所有権を取得するまでの間に空白

(99) この点に関しては、A. Nallet, *supra note* (53), n° 79, p. 46.

(100) R. Saleilles, *De la personnalité juridique: histoire et théorie, vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé*, Rousseau, 2e éd., 1922, p. 78.

(101) Y. Thomas, « Un expédient interprétatif aux origines de la personne morale », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de M. Troper*, pp. 950-951.

(102) Y. Thomas, *supra note* (101), pp. 955 et s.

が生ずるすべての法的関係に、「人」の役割を帰結させた⁽¹⁰³⁾。この考え方は法人にも転用された。Y. Thomas は、「無占の大学の財がその大学に帰属し続けるのは、その大学の防壁によって永続していたからではなく、相続財産/遺産が「人」を表象するのと同じように、その大学が表象された「人」であったからである」と指摘する⁽¹⁰⁴⁾。したがって、無占という状態は集団の法的場面の中断を引き起こすことはなかった。Y. Thomas が説明するように、大学は表象された「人」であり、この表象は、相続財産が「人」を表象するのと同様に、存続しなければならない。相続財産/遺産 (l'héritité) に適用されるローマの法は、このように、corporation が「人」を仮装することを肯定するために用いられている。

ローマ時代の法学者たちは、法人を概念化することに決して成功しなかった⁽¹⁰⁵⁾。彼らの概念化の作業は、中世の法学者によって完成されることになる。中世の法学者は、法人、ヨリ正確には人の集団を論じる際に universitas を利用し、中世の学問的法学のもう一つの成果である法人論の形成に寄与した⁽¹⁰⁶⁾。しかし、これらの革新は、もっぱら人の集団の法的人格に関するものであった。当時、法的人格はまだ理論化の対象になっていなかった。法が具体的かつ現実的な存在をどのように定義するかという問題は、当時においては無意味に捉えられたようである。これは、個人と法人を区別して扱

(103) D. 46, 1, 22: 「契約者の死亡後かつ相続が承認される前に、債権の担保として約束を提供することができる。これは、相続財産が自治都市、議会あるいは corporation と同様に「人」の役割を果たすからである。」

(104) Y. Thomas, *supra note* (101), pp. 955 et s.

(105) J. Gaudemet et E. Chevreau, *Droit privé romain*, 3^e éd., Paris, Montchrestien, Lextenso, 2009, p. 29.

(106) この点に関しては、A. Rigaudière, « Universitas, corpus, communitas et consulatus dans les chartes des villes et bourgs d'Auvergne aux XII^e et XIII^e siècles », in *Actes des congrès de la Société des historiens médiévistes de l'enseignement supérieur public*, 16^e congrès, Rouen, 1985, pp. 281-309; R. Saleilles, *supra note* (100), p. 221.

っていたということを意味する。というのも、中世と同様、ローマでも *universitas* によって、人ではないにもかかわらず、人の役割を果たし、擬制によってそのように見せかけることができる存在に「法的能力」を認めることが可能になっていたからである⁽¹⁰⁷⁾。したがって、最初の中世の法学者が擬人 (*personne fictive*) について語る時、彼らは何よりも、一群の人の人格を通常の常習的な人の人格として理解しようとしていたのである。中世の法人格論 (擬人説) は、法的に「人」とは何であるかを投げかけ、それを集団に適用したものであった⁽¹⁰⁸⁾。

「法人 (*personne juridique*)」または「擬人 (*personne fictive*)」という言葉は、やがてローマの形式に取って代わった。*universitas* は、歴史的な権威という利点はあったが、「人」という概念よりも、人格化された統一体、すなわち法的能力を有すると認識された統一的な集合体という考え方を反映していた。Saleilles によって引用された Domat の一節 (「法的に設立された共同体は、「人」の代わりとなる。その *corps* または共同体の財や権利は *corps* に属し、それを構成するいかなる個人も所有権を持たず、また、いかなる形でもそれを処分することができない⁽¹⁰⁹⁾。」) は、初期の注釈学派と近い思想を用いていると評される⁽¹¹⁰⁾。

要するに、人の共同体に関する注解学派や注釈者の成果は、ローマの古い考えを意識的に追求したものである。*universitas* の法的主体性は、「仮装の人 (*personne feinte*)」という考え方の中で完成される。その一方で、中世の学者たちは、*universitates* を *universitates rerum* という新たな分類をする

(107) R. Saleilles, *supra note* (100), p. 615.

(108) A. Nallet, *supra note* (53), n° 86, pp. 48-49.

(109) R. Saleilles, *supra note* (100), p. 227. Saleilles は、Domat の『公法概説 (Traité de droit public)』における共同体 (*communauté*) において記述される一節を引用している。

(110) A. Nallet, *supra note* (53), n° 87, p. 49.

ことで、ローマ法の *universitas* 考えとは一線を画した。

(2) *universitas rerum*⁽¹¹¹⁾

ローマの *universitas* が *corpora ex distantibus*⁽¹¹²⁾ の基準を採用したことで、中世の法学者たちは多くの場面において *universitas rerum* を見出すようになった。そして、そのために、この多様化に対しては分類が必要であるとされ、学者たちはそれに努め、後世の総体の分類へ繋げていくことになる。

i. 総体の分類：基本

中世のローマ学者の試みの結果、ローマの *hereditas* の主観的概念は消滅することになった。彼らは、ローマにおける *hereditas* (相続財産/遺産) の主観/主体性を顧みず、それを単なる物として分析して、物 (*chose*) の集合の類型に位置づけた。また、中世のローマ法学者 Bartolus de Saxoferrato (1313-1357, 以下「Bartolus」という) は、相続財産/遺産 (*hérédité*), *patrimoine*, *pécule* をすべて類似したもののみなし、さらに別の注釈では持参金 (*dot*) まで含めて、同じ総体の中に分類したことで、*hereditas* (相続財産/遺産) の主観/主体性は一層希薄化するに至る。

こうして *universitas* は、群れや遺産、そしてその他財の集合体といった、多種多様な「物 (*chose*)」の集合を包含するに至り、学者たちはこれらの集合に共通する特徴を見出した。その特徴とは、構成要素の変更、増加、減少にも関わらず、それらの全体は同一性を保持しているということである。こ

(111) 以下の記述の多くは、A. Nallet, *supra note* (53), n° s 89, pp.44 et s の分析に拠るものである。

(112) « *corpora ex distantibus* » とは、フランス語で « *chose distante* » と訳される (v. A. Nallet, *supra note* (53), p.49 (note 252))。

の特徴は、すべての財の集合に共通する唯一の要素である *universitas* の中世の構成に、*corpora ex distantibus* が大きな影響を与えたことを示している。

universitas rerum の類型の拡大に直面し、後期注釈学派 (*les postglossateurs*) たちはそれぞれの総体の妥当性に疑問を呈した。というのも、ある総体の分類が他の物の集合を含んで拡大するにつれて、*universitas* の分析はその一貫性を欠くようになったために、ヨリ複雑になっていったからである。例えば、相続財産/遺産と群れは同じと言えるのか。同様に、図書館と持参金は同じ性質を有すると評価しうるのか。学者たちはこのような疑問に答えようとした。そしてその中でも、とりわけ大きな役割を果たしたのが、Bartolus であった。Bartolus を含めた中世の法学者らは、有体的総体 (*universitas corporea*) と無体的総体または法学的総体 (*universitas incorporea/jurium or juris*) とを対比した⁽¹¹³⁾。彼らは、前者を群れや図書館といった同じ性質を有する有体で可動物の集合を、そして後者を、遺産、*pécule*、持参金のような権利の集合、あるいは物と権利の集合として分析した。

このように、Bartolus ら後期注釈学派による分類は、総体 (*universalité*) を構成する要素の性質に基づいており、それは主として現実の観察から導かれたものであった。有体的総体 (*universitas corporea*) は有体的なものから構成されるため、現実世界の一部であって、したがって、それは具体的な対象/客体であった。それとは反対に、無体的総体または法的な総体 (*universitas incorporea/jurium or juris*) は、相続財産/遺産 (*hereditas*) と同様、観察不可

(113) Bartolus, D. 58, 15, 2: 「一方では、無体かつ法的な総体としての財産体 (*le pécule*) があり…、しかしその反対に、馬 (または種馬) の群れのような、現実の物体や有体的な総体が存在する。«D'un côté il y a le pécule comme *universalité incorporelle* et de droit, qui contient des actions; mais à l'opposé il y a les vrais corps ou les *universalités corporelles*, comme le troupeau de chevaux (ou haras) »」なお、上記 Bartolus の原文の仏訳は、A. Nallet, *supra note* (53), p. 51 (note 265) によるものである。

能かつ定義不可能な存在であった。したがって、その存在は、法学上のもの
でしかありえず、無体であった。

中世の法学者たちによって類型化された2つの総体——有体的総体と無体的
/法的な総体——の区別は、それぞれの具体的な特徴に注目すると明確に
なる。2つの総体に付随する効果を比較し、Bartolusは、universitas cor-
pororumはresやjudicium particulareと同じ効果を生み出すと考え、逆
に、universitas incorporae/juriumはjudicium universale、すなわち包括的
の権利に対してのみ機能することを示した。Bartolusは、有体的総体は単数
的な現実的作用として返還請求の対象となりうるが、無体的/法学的総体は、
相続回復請求のような包括的作用、あるいは、universitas incorporaeを構
成する各特性に固有の作用の対象となると説明している⁽¹¹⁴⁾。同様に、ほと
んどの学説は、有体的総体は物であると難なく考えている。したがって、そ
れは単数的な物と同じように法の対象となりうる⁽¹¹⁵⁾。しかし、Nallet
は⁽¹¹⁶⁾、Bartolusは総体の法的性質を正確に理解していなかったと指摘し、
総体とは財なのか、と問う。Bartolusが全体に適用している法体系を考え

(114) Bartolus, D. 56, 6, 1: 「物体と権利の総体における非返還請求。〔有体物で
構成される総体との——筆者注〕違いを見よ。群れのような有体物で構成さ
れる総体は、いかなる手段によっても主張することができるが、財産体 (le
pécule) のような物体 (corps) や権利の総体はそうではない。今日、注釈に
おけるように、それはrei vindicatioによって返還請求され得ない。しかし、
それぞれの物に固有の特性に応じて返還請求を主張することが可能となる。
〔以下、省略〕」 « La non-revendication de l'universalité de corps et de
droits h.d. voyez la différence, l'universalité composée de choses cor-
porelles, comme le troupeau, peut être revendiquée par tous moyens, et
non l'universalité de corps et de droits, comme le pécule. En ce jour,
comme dans la glose, elle ne peut être revendiquée par la rei vindicatio.
Mais, la revendication peut s'effectuer en fonction des caractéristiques
propres à chaque chose. (...) ». なお、上記 Bartolus の原文の仏語訳は、
A. Nallet, *supra note* (53), p. 52 (note 270) によるものである。

(115) 群れが用益権の対象となりうるのは、こうした理解に基づくためである。

(116) A. Nallet, *supra note* (53), n° 96, p. 53.

(154)

れば、その躊躇は許されるものの、返還請求を主張することができない以上、容器としての総体を財と性質決定することはできそうにない。この点には今後の困難を予感させる矛盾がある。Bartolusは、universitas incorporum の概念を構築するために、それを推進する主観/主体性に注目することなく、hereditas を利用している。つまり、universitas incorporae は、物の総体である universitas rerum に分類されつつも、universitas corporum とは異なり、物 (chose) ではないとされている。この矛盾に対しては、Bartolus は hereditas に被相続人の法人格をみたのではなく、多くの法学者と同じように、取得の対象として分析したと答えることができる。しかし、たとえ hereditas の概念を対象/客体 (objet) に還元したとしても、彼は hereditas を物 (chose) として認定することに完全に失敗している。以上のように、Nallet は指摘する。

ii. 総体の区別の基準：物上代位

上記の具体的な特徴に加え、後期注釈学派によって確立された基準であり、2つの総体（有体的総体と無体的/法的な総体）を区別することを可能にしているのは、物上代位である。Bartolus は、「総体においては、物は価格を承継し、価格は物を承継する。しかし、特定の財に関する諸行為は、このとおりではない⁽¹¹⁷⁾」と述べる。物上代位は、総体の構成要素の一部を処分するとき、全体を処分するのではないことを意味させる。この見解は、帝政末期に採択された Sénatus-consulte Giovenziano の規定の相続財産に関する規

(117) Bartolus, D.10, 4, « in universalibus res succedit in locum pretii, pretium in locum rei: secus in particularibus »: « Dans les universalités la chose succède au prix, le prix succède à la chose: ce qui est tout autrement dans les actions relatives à un bien particulier » 上記 Bartolus の原文の仏語訳は、A. Nallet, *supra note* (53), p. 53 (note 272) によるものである。

定に起源を持つ⁽¹¹⁸⁾。Sénatus-consulte Giovenziano は、所有者または補充指定者が相続物を売却した場合、その代価を相続財産に返還する義務があると規定していた。後期注釈学派は、この規則をすべての *universitas incorporae/jurium* に拡大し、原則とした⁽¹¹⁹⁾。

iii. 総体の分類：最終段階

相続財産/遺産は、*universitas incorporae* の典型である。註釈者たちは、物の総体である *universitas rerum* を特徴づける基準を決定するに際し、相続財産/遺産 (*hereditas*) に言及しつつも、相続財産/遺産 (*hereditas*) の主観/主体性を曖昧にする。相続財産/遺産とは、ある人に属し、相続人が継続しなければならないすべての法的関係の特徴づける概念であった。この意味で、相続財産/遺産は被相続人の法人格を表している。それは、総体の分類よりも、人間の法人格論における擬人説において、より重要な意味を持つ。相続財産/遺産がその他の総体に還元されないことは、Bartolus 以降の学者たちによって指摘された。例えば、人文主義の一部の者は、注釈学派が構築した分類を否定し、相続財産/遺産と持参金には違いがあり、両者は同化される可能性はないと主張した。これらの批判的な者は、中世のローマ法学者たちによって生み出された混乱と、その結果生じうる障害を指摘した。彼らは総体を3つに分類することを提案することで問題を解決しようと試みたが、いずれも全体の実質に特別な注意を払ったものであった。第一に、*universitas juris/jurium* は、権利の全体であり、遺産にのみ関係するものである。第二に、*universitas corporis* または *corporum* は、有体的な物の全体である。第三に、*universitas mixta* または *juris et corporis* は、物と権利の全体⁽¹²⁰⁾である。以上のように、3つの総体の分類が構成された⁽¹²¹⁾。しか

(118) A. Nallet, *supra note* (53), n° 97, p. 53.

(119) A. Nallet, *supra note* (53), n° 97, p. 53.

(156)

し、この3つの分類は定着することはなく、その後、後期注釈学派は、*universitas incorporale/juris* と *incorporale/facti* の区別を定立した⁽¹²²⁾。

iv. *universitas rerum* の理論的基礎

Bartolusをはじめとする、中世の法学者の仕事を正確に理解するためには、注釈学派と後期注解学派が、*corpora ex distantibus* という基準に基づいて *universitas rerum* を理論化したことを確認することが重要であるとされる⁽¹²³⁾。*corpora ex distantibus* の基準が *universitas rerum* の創設に用いられた理由は単純で、この基準によって、互いに物質的に結合していないもの同士のつながりを紡ぐことが可能になるからである。このつながりは外在的な原因ではなく、内在的な原因、すなわち、統一された物の内部で表現される原因 (cause) である。このように、「離れた (*distantibus*)」という修飾語は、複雑な全体がそれに内在する原因によって支配されていること、そして、それが固有の名前 (*nomen subjecta*)、固有の機能 (*officium*) によって把握されることを意味している。この特徴は、*universitas rerum* に共通するものであるとされる。

corpora ex distantibus という基準は、Pomponius の事物の三分割法の3番目の分類である⁽¹²⁴⁾。この概念はストア哲学に由来し、ヨリ正確には、Sénèque が考えた「構成員が離れると、物も離れる (*quaedam ex distantibus, quorum abhuc membra separata sunt*)」に由来する。この概念を用いて、Sénèque と Pomponius は、分離しているが、全体に内在する共通の原因に

(120) この総体に、持参金と *pecule* が含まれるとの理解がされた (A. Nallet, *supra note* (53), n° 98, pp. 53-54)。

(121) A. Nallet, *supra note* (53), n° 98, p. 54.

(122) A. Nallet, *supra note* (53), n° 98, p. 54.

(123) A. Nallet, *supra note* (53), n° 99, pp. 53.

(124) この点につき、A. Nallet, *supra note* (53), n° 100, p. 55.

よって結ばれている物を扱っている。Pomponius が挙げた例は、民衆、軍団、そして何よりも群れである。

ローマ法学者たちは、このような「離れた物」の理論に内在する論理に基づいて、universitas を構築した。この点で、彼らは universitas corporum を、ローマの用語ではない universitates iuris や universitas iurium に対するアンチテーゼとして区別した。言い換えれば、注釈学派たちは、corpora ex distantibus を一般化し、動物以外の集合体（たとえば図書館）をも包含するようになった。概念は適応し、新しい対象を包含するようになる。そのため、この基準は誤用されたが、その弱点は後の法学者に引き継がれた。

人文主義者に対する批判は依然として議題として残っている。中世の総体 (universalité) の構築の不完全さは、次の観点から批判された。

v. 中世総体理論への批判

まずは、universitas と corpora ex distantibus の基準との結びつきに対する批判である。

ローマの法学者たちは明らかに、universitas を離れた物 (corpora ex distantibus) として認定していなかった⁽¹²⁵⁾。Nallet は、法史学の記述から、corpora ex distantibus の基準は、ローマ人の universitas の概念に反するものであると述べる⁽¹²⁶⁾。すなわち、ローマの法学者たちは、corpora ex distantibus をきわめて具体化された存在として捉えており、彼らの目には、これらの物は実際に観察可能な物であり、羊の群れと同様に、羊についても具体的なイメージを持っている。したがって、彼らの考えでは、「離れた物 (choses distantes)」の分類に universitas personarum または universitas ju-

(125) R. Gary, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, thèse, 1932, p. 133.

(126) A. Nallet, *supra note* (53), n° 103, p. 56.

ris が結びつかれることはない。

次に, *universitas incorporae/jurium* のカテゴリーに対する批判である。

Universitas incorporae/jurium は, 遺産, 持参金, *pecule* を説明するために用いられる。しかし, これまで述べてきたように, ローマでは, *universitas* として確実に明言することができるのは *hereditas* のみであった

さらに, 中世の法学者の構築は根本的な矛盾に悩まされている。それは, ローマの *hereditas* を *universitas jurium* の範例として用いたことであった。彼ら自身は, *universitas jurium* は, *hereditas* と同様, 真の所有物ではないため, 通常のものと同じように主張することはできないと述べて, この矛盾を指摘する⁽¹²⁷⁾。したがって, 彼らが提案した *universitas rerum* の洗練は見かけ上のものでしかない。もしそれを疑問視すれば, 構成された構成の矛盾が明らかとなる。被相続人の法的な代理人たる相続人が, 物の集合と混同されるとは考えにくい。中世の法学者が正しかった点があるとするれば, それは, *universitas incorporum* としての相続財産/遺産は, 通常のもののように主張することはできないということである。

以上のように, 後期註解学派たちは自説を満足させるために, テキストの解釈を大幅に歪曲しているということがわかる。

3. 小括

ここでは, 総体の発生と総体理論の構築と変容を確認した。

総体の発祥はローマ法である。その時代の法学者は総体について極めて主観/主体的な見方をしていたが, それは, 現代法における法人格と呼ばれるものの萌芽を構成していた。中世のローマ法学者たちは, この主観的な総体の概念を強調しなかった。彼らは *universitas* という表現を用いた多種多様

(127) この点に関して, A. Nallet, *supra note* (53), n° 105, p. 58.

なテキストを理解しようとした。彼らにとって universitas は、*corpora ex distantibus* に含まれることによってのみ理解されうるものである。なぜなら universitas とは、相互に物質的に結びつかず、一定の永続性を示す物体の集合だからである。この説明は単なる歴史的記述ではなく、universitas の概念を理解する上で極めて重要となる。universitas は、もはや都市と相続財産/遺産のみに関係するものではなく、都市から群れに至るまで多種多様な実体を指す。中世の法学者の努力により、複数の人をグループ化した総体 (*universalité personarum*) と物をグループ化した総体 (*universalité rerum*) を初めて区別し、一方で *universitas personarum* の研究を通じて集団の法人格の分野におけるローマ法学者の考えを追究し、他方で *universitas rerum* によって、彼らは新たな対象 (*objet*) を創造した。ローマ法の歪曲に基づく彼らの貢献は相当なものであり、それは物の総体の発見へとつながり、さらにそこから派生して、*universitas corporum* と *universitas incorporum* の区別へとつながった。総体の内容の分析に基づくこの分類ないし区別は、彼らの時代には適切なものだったと評される。

3 款 小括

旧法下の中世の学者たちは、『学説彙纂』をとおして *universitas* を再発見し、理論化した。この理論化により、*universitas* は、まず、人によって構成されるもの (*universitas personarum*) と物によって構成されるもの (*universitas rerum*) が明確に区別されて観念されるようになった。前者は、当初ローマ法において観念されていた総体の考え方に近似し、のちに法人論へ繋がり発展していくことになる。後者は、*corpora ex distantibus* の基準が採られたことで、中世の法学者たちは、ローマ時代と比較してより多くの場面において *universitas rerum* を見出すようになった。あらゆる「物」が総体の対象となったと同時に、混乱が招かれた。学者たちは *universitas rerum*

の類型化を試み、有体/無体という観点からの *universitas corporum* と *universitas incorporum* の類型化へつなげた。そして、その類型を経て、その後、後期注釈学派によって、*universitas incorporale/juris* と *incorporale/facti* の総体の分類が定立した。この最後の二つが、後世の学説によって取り上げられ、展開していくことになる。

4 節 小括

以上が総体概念の歴史的展開の概要である。確認したとおり、総体 (*universalité*) の概念の出現はローマ法において確認され、その後、旧法下の中世の学者たちによって総体の理論が形成され、今日のフランス民法学に確認されるような「法的総体」および「事実上の総体」の2つの類型へ繋がる基礎を築いた。しかし、次に見るように、1804年民法典は、旧法下において形成された総体理論を採用しなかった。したがって、民法典制定から19世紀半ばにおいて「資産 (*patrimoine*)」概念および理論が学説によって提唱されるまで、総体の概念および理論はいったん忘れられることになった。

2 章 民法典下における「資産」と法的総体

すでに確認してあるように、Aubry/Rau は、「資産」を「ある人の「財」の集合 (*l'ensemble des biens d'une personne*) であり、法的総体 (*universalité de droit*) を構成するとみなされるもの⁽¹²⁸⁾」と章の冒頭で定義する。この定義中の「法的総体」とは、今日のフランス法の教科書等では、「財 (*bien*)」ではなく、積極財産と消極財産の対応関係によって特徴づけられる (*se caractérise par la corrélation d'un actif et d'un passif*)⁽¹²⁹⁾ 総体を意味し、事実上の

(128) C. Aubry et C. Rau, *supra note* (19), § 573, p. 229.

(129) A. Nallet, *supra note* (53), n° 13, p. 9. Nalletによれば、「総体」概念に関する20世紀前半に書かれた論文 (R. Gary, *Essai sur les notions d'univer-*

総体 (universalité de fait) と対比される概念である。

フランス法上の「総体 (universalité)」という概念は、既述のとおりローマ法に由来するものであり⁽¹³⁰⁾、人や財の集合体を表すものとして用いられた古い概念であり、民法典が制定される以前に理論が構築されてきた。Aubry/Rau は「資産」を提唱するに際して、この「総体」を利用した⁽¹³¹⁾。Aubry と Rau による「資産」の構成は、近代における *universitas juris* の概念の発展に大きな役割を果たした。Aubry と Rau は、中世の法学者たちによって構築された *universitas juris* 概念を、その基礎を疑うことなく、そのまま利用したとされている。Aubry/Rau の「資産」理論は、ローマの主観的な総体の概念を、事実上、復活させるものと考えることができる (1 節)。しかし、Aubry/Rau の見解を受けた学説は、この概念の法的主観性を曖昧にし、財の塊という中世の考えをさらに加速させることになる (2 節)。

1 節 Aubry/Rau の「資産」

1804 年制定の民法典は、「資産」や「総体」といった概念ないし理論を直接的には採用していない。ただし、ローマ法の相続の原則である被相続人の人の継続の原則が採用されている点に、*hereditas* の概念を読み取ることは可能である⁽¹³²⁾。このように、民法典下においては、ローマ法を由来とし、

salité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel, thèse, Bordeaux) によって、法的総体は、「資産 (patrimoine)」概念と同定されなければならないこと、したがって、積極財産と消極財産の対応関係によって特徴づけられることが演繹されたという (A. Nallet, *supra note* (53), n° 2, p. 1)。

(130) ローマ法が「総体」概念を生み出し、中世においてその体系が整えられたとされる (A. Nallet, *supra note* (53), n° s 25, pp. 18 et s.)。

(131) 原「信用の担保たる財産に関する基礎的考察」・前掲注 (1) 361 頁。

(132) また、Zachariae がそうしたように、民法典上に存在する複数の条文から、フランスにおいて財を法的な総体として把握することが可能であった。特に Zachariae が「資産 (Vermögen)」の手掛かりとした民法典旧 732 条は、財

中世に理論構築された「総体」の概念は忘れられたように思われた⁽¹³³⁾。しかし、19世紀半ばになると学説はこの概念ないし理論を再び用いることになった。AubryおよびRauは、当初はドイツ法学者 Zachariae の著書の翻訳⁽¹³⁴⁾を通じて、『民法概説 (Cours de Droit civil français)』の中で、universitas juris の概念に基づく「資産」理論を展開した。この中世の概念の理論的利用により、法的総体の概念が復活して新たな視野が開かれることとなる⁽¹³⁵⁾。

また、Aubry/Rauによる概念および理論の構築は、近代哲学思想⁽¹³⁶⁾の影響と、16世紀以来発展してきた法的個人主義⁽¹³⁷⁾の影響を受けていた。身分はもはや法的共同体 (corporation) や事実的共同体 (家族) に帰属するかは

の区別を廃止して相続の唯一性の原則を採用することを宣言するものであり、財の総体を観念することが可能である。なお、同条はあくまでも積極財産の包括承継を対象としているために、同条を根拠に消極財産の移転を説明することはできないことに留意されたい。法典上は、消極財産の移転ないし相続人の無限責任については724条が独立して規定しており、この点で、日本法が896条で権利義務の包括承継を宣言するのとは異にする。

- (133) Zachariae が「資産 (Vermögen)」の手掛かりとした民法典旧732条の立法過程を確認する限り、「総体」やそれに関する議論は生じていないようである (v. P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires de code civil*, t. 12, Paris, 1827, pp. 187 et s.)。同条については、中間法時代に採用された条文 (雪月17日の法律 (la loi du 17 nivôse) 62条) がほぼそのまま引用されており、それに関する議論内容も旧法時代の財の区別の廃止の可否の部分に集中している。
- (134) K. S. von Zachariae, *Handbuch des französischen civilrechts*, 3 Aufl., J. C. B. Mohr, 1827, § 573, SS. 382ff. なお、Aubry/Rau は Zachariae の著書の3版を翻訳したと理解されている (原「フランスにおけるパトリモワーズ論の原型」・前掲注 (1) 362頁)。
- (135) なお、法的総体と「資産」は、すでに注釈学派によって同化され、長年、法人格と密接な関係を保ってきた。そして、Aubry/Rau は、法的総体と法人格の間の密接な関係性を維持しながら、財と債務の財産体の展開を可能とする理論構成の基礎を築いたといえる (P. Bouathong, *supra note* (53), n° 12, p. 12)。
- (136) A. -L. Thomat-Raynaud, *supra note* (17), pp. 28-31.
- (137) C. Aubry et C. Rau, *supra note* (19), § 573, p. 229.

重視されず、むしろ重要なのは個人の権利であった。その結果、個人が権利の中心的役割を担うようになった。「資産」とは、このような個人の概念と密接に結びついた近代的なものとして理解がされる。

1 款 Aubry/Rau における法的総体の法的主観性

Aubry/Rau は、「universitas juris」という概念を、patrimoine という概念の代用として直接的に用いている⁽¹³⁸⁾。この点について、Nallet は、彼らの見解において universitas juris が複数現れていることを「困難な点」として指摘する。Nallet 曰く、「彼らはまず、この概念〔universitas juris——筆者注〕を『資産』という一般的な概念に関連して用いる。この時点で、ローマの本質である法的主体性が再び見出される。その後、彼らが構築したモデルに対する例外に関連する展開において、彼らはまだそれを使用しているが、必然的に異なる意味で使っている。したがって、私たちは、『その他の総体 (autre universalité)』を、『資産』の原則を定義するものと区別するものは何かを検討する必要がある⁽¹³⁹⁾」と述べる。既述のとおり、Aubry/Rau の「資産」は人格から演繹されるために、その帰結として「資産」の単一性および不可分性の2つの性質が導かれる。そして、それゆえに Aubry/Rau 自身も、「資産」以外の universitas juris (法的総体) を認めないかのような記述をしている。したがって、Nallet が指摘するように、Aubry/Rau が「資産」以外の universitas juris (法的総体) について言及していることは、自ら理論の矛盾を呈していることとなり、実に「困難な点」であり、その理解が問われることになる。

Aubry/Rau は、法的総体という概念に基づいて、「資産」の概念を法的に

(138) C. Aubry et C. Rau, *supra note* (19), § 573, p. 230. なお実際の表記は « universum jus » である。

(139) A. Nallet, *supra note* (53), n° 120, p. 58.

構築する。彼らがこの概念を用いるのは、中世ローマ主義者の研究への賛辞であると評される⁽¹⁴⁰⁾。しかし、その一方で、Aubry/Rauは、この概念を用いて、中世の理論のアンチテーゼである法人格を定義しようとした。彼らは、中世の学者たちが客観/客体的であると考えていた物(chose)の総体 *universitas rerum* に分類される *universitas juris* という概念を用いながら、ローマの *universitas* の法的主観/主体性を確認したのである。Aubry/Rauの考える *universitas juris* の主観/主体的性格は、彼らが *universitas juris* に付与した内容を分析することで明らかになる。

1. 資産概念における法的総体

Aubry/Rauは、「資産」を「ある人の財の集合 (*l'ensemble des biens d'une personne*)」であり、法的総体 (*universalité de droit*) を構成するとみなされるもの⁽¹⁴¹⁾と定義する。したがって、「資産」は、人のすべての法的関係の中心であり、法的総体はこれらすべての法的関係を表す⁽¹⁴²⁾。

上記の記述からも、Aubry/Rauがローマ法学者の語彙を借用していることは明らかである。一方で、ローマ法学者は、*universum jus defuncti*⁽¹⁴³⁾ という表現を用いて、相続人が承継すべき相続財産/遺産を表していた(「*L'hérédité* とは、被相続人のすべての法的関係〔すべての法的権利——筆者注〕を承継することに他ならない。(*Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius quod defunctus habuerit*)」)。他方で、Aubry/Rauは、*universum jus* を、

(140) F. Zenati-Castaing, « *La propriété, mécanisme fondamental du droit* », RTD. Civ. 2006, p. 451.

(141) C. Aubry et C. Rau, *supra note* (19), § 573, p. 229.

(142) C. Aubry et C. Rau, *supra note* (19), § 573, p. 230.

(143) Julien disait, Dig. L. 17, de Regulis juris antiqui, Loi 62: « *L'hérédité n'est rien d'autre que la succession dans l'ensemble des rapports juridiques du défunt* ». 原文の仏語訳は, A. Nallet, *supra note* (53), p. 66 (note 331) によるものである。

生存する「人 (personne)」の権利の集合を表すのに用いる。このように、ローマ時代の hereditas の概念は、「資産」という概念に強い影響を与えていることが伺える。この影響について理解するためには、「資産」理論に関連する発展が、Aubry/Rau の著書の相続法に特化して展開されていることに留意すれば足りるであろう⁽¹⁴⁴⁾。民法典で規定された相続財産/遺産の移転の法的構造は、ローマ法から受け継いだ原則であり、被相続人の人の継続という考えに基づく。民法典の新しい法秩序は、ローマ法学者が概念化したものと同様の包括的な相続が見られる。こうして hereditas の概念は、「資産 (patrimoine)」という概念の理論的枠組みを提供した。Universum jus は、歴史的には相続人が承継すべき被相続人の法人格を表すために使用されていたが、現存する者に対しても使用されるようになった。換言すれば、相続は「死から生へ」移行し、その過程で名称を変えて「資産」となったといえるのである⁽¹⁴⁵⁾。ローマでは、相続財産/遺産は永続化された死者の法的実体であったが、民法典の下では、相続財産は生きている者の法的実体となった⁽¹⁴⁶⁾。

2. 「法的場面における存在」である資産

Aubry/Rau は、法的総体を通じて、法的な場面における「人」の法人格を概念化するために、「資産」を用いる⁽¹⁴⁷⁾。「資産」のこのような側面はあまり知られていないが⁽¹⁴⁸⁾、Aubry/Rau の著書ではこの考え方が明確に示されている。Aubry/Rau は、「資産という観念は人格から直接導かれ

(144) F. Zenati-Castaing, *supra note* (31), pp. 667-668.

(145) この点につき、F. Zenati-Castaing, *supra note* (31), p. 668; W. Dross, *Droit civil, Les choses*, Paris, LGDJ, 2012, n° 489-1.

(146) A. Nallet, *supra note* (53), n° 124, p. 66.

(147) M. Xifaras, *La Propriété, Étude de philosophie du droit*, PUF, Paris, 2004, p. 249.

(148) F. Zenati-Castaing, *supra note* (31), p. 668.

る⁽¹⁴⁹⁾」とし、「資産」は「人格の発現であり、個人が有する法的権力の表現である⁽¹⁵⁰⁾」と述べる。このことから、Aubry/Rauは、「資産」は人格と同一視され⁽¹⁵¹⁾、「その最高の表現において、外在の対象との関係において考慮される人間の人格そのもの⁽¹⁵²⁾」である述べている。

Zachariae⁽¹⁵³⁾においては、この点はさらに明瞭であり、「資産 (Vermögen) は外在の対象ではなく、純粋な抽象物である。それは、さまざまな権利の対象との関係における人間の人格そのものである。それゆえ、それは法的全体 (un tout juridique), 法的総体 (une universalité de droit) を形成す⁽¹⁵⁴⁾」る。Zachariaeは、さらに、「すべての個人は、法律そのものによって (ipso jure), その人格ゆえに、資産を所有しており、その資産は増加することも減少することもありうるが、その人格を失うこと以外には失われることはない⁽¹⁵⁵⁾」とし、「資産」は獲得することができないと説明する。これは、人格の非譲渡性に由来する⁽¹⁵⁶⁾。

法的総体は、ローマの *universitas* のように容器としての性格を有するものであるが、それは個人の法人格、すなわち法的に存在する能力を表すものであるため、それが存在しなくなることはない⁽¹⁵⁷⁾。このように、Zachariae と Aubry/Rau は、総体 (*universalité*) とは仮想的な実体であり、具体的

(149) C. Aubry et C. Rau, *supra note* (19), § 573, p. 229.

(150) C. Aubry et C. Rau, *supra note* (19), § 573, p. 231.

(151) C. Aubry et C. Rau, *supra note* (19), § 582, p. 253.

(152) C. Aubry et C. Rau, *supra note* (19), § 573, p. 230 (note 6).

(153) Zachariae の見解は、Aubry/Rau による純粋に翻訳された『民法概論』の初版 (Cours de droit civil français, 1^{er} éd., t. 4, Strasbourg, F. Lagier, 1844) において確認することができる (この点に関して、A. Nallet, *supra note* (53), p. 67 (note 340))。

(154) C. Aubry et C. Rau, *supra note* (153), § 573, p. 100.

(155) C. Aubry et C. Rau, *supra note* (153), § 575, p. 104.

(156) C. Aubry et C. Rau, *supra note* (153), § 576, p. 106.

(157) M. Xifaras, *supra note* (147), p. 250.

な個人を法的場面で顕在化させることを可能にする「法的場面における存在 (être au monde juridique)」であると述べる⁽¹⁵⁸⁾。

3. Aubry/Rau の「資産」と法人格：所有と義務との関係

Zachariae と Aubry/Rau は、法的総体を単なる財産体ないし単なる財の集合に還元していない。それは「人」の法人格を表す抽象的な容器である。「資産」概念の提唱者たちが、技術的にどのように「人」の法的性質を表現しているのかは、大きな関心を集めてきた。この点に関する一つの答えは、すべての財が同一の意思に従うという点に求めることができる⁽¹⁵⁹⁾。しかし、それだけではない。Aubry/Rau の著書を読むと、所有 (propriété) と義務 (obligation) という2つの分野で「資産」の「人」の側面が理論化されていることがわかる⁽¹⁶⁰⁾。

Aubry/Rau は、所有 (propriété) という観点から「資産」を定義する。所有は法人格から推論されるものであり、「資産」概念と実質的なものでさえある⁽¹⁶¹⁾。所有は、主体から切り離すことのできない生得的な財である⁽¹⁶²⁾。Aubry/Rau が述べる所有とは、財そのものではなく、財を取得する能力であり、したがって潜在能力 (une potentialité) であり、法的関係の帰属の中心となる能力である⁽¹⁶³⁾。

(158) C. Aubry et C. Rau, *supra note* (19), § 576, p. 240 (note 2).

(159) C. Aubry et C. Rau, *supra note* (19), § 576, p. 229-230 は、「人間が権利行使する対象が多様であろうと、その構成されるものの性質が多様であろうと、これらの対象 (objets) は、ある個人の権利の内容を形成する限りにおいて、唯一かつ同一の自由意志、唯一かつ同一の法的権力の行為に従う。したがって、これら対象は、一つの法的全体 (un tout juridique (universum jus)) を構成するのである」と述べる。

(160) M. Xifaras, *supra note* (147), p. 205.

(161) C. Aubry et C. Rau, *supra note* (153), § 575, p. 102.

(162) C. Aubry et C. Rau, *supra note* (19), § 577, p. 241.

(163) J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens*, t. 2, PUF, 2e éd., 2017, n° 666.

(168)

Aubry と Rau は、「資産」も債務の主体 (le sujet de l'obligation) であると考え⁽¹⁶⁴⁾。すなわち、彼らは、債権者の一般担保権にも及ぶ主観的な概念を構想しているのである。債務が「資産」を拘束するのは、財や財の塊としてではなく、財が法人格を有する者の代替物である限りにおいてであり、すなわち取得能力を含んでいるからである。このように、債務者は、債権者に自己の取得能力を提供するのである。このように、Aubry/Rau は、法律上の人の責任は法の対象に内在するものである述べている。

要約すると、Aubry/Rau は、法的総体は法領域における個人/「人」の姿であり、それは、自らを獲得し拘束する能力である内容であるとする。

4. 法的総体に関する法律行為

上記のとおり Aubry と Rau は、法的総体について、その主観/主体性を明確に反映した説明を与えている。彼らは、「資産」は個人による取得や譲渡の対象となることはない⁽¹⁶⁵⁾。これら原則には論理的な利点がある。というのも、自己の「資産」を譲渡することは、自分の法的能力を譲渡することを意味し、その結果、自分自身の法的存在に終止符を打つことになるからである。法的場面で現れる「人」を示す仮想的存在を譲渡することで、「人」は、同じ法的場面に存在する可能性を自ら奪うことになるのである。

実際に、「資産」の譲渡を考えることは、不可能である。判例はすでに、このような状況が不合理であることを示している。この点は、1872年1月19日の Toulouse 控訴裁判所の判決⁽¹⁶⁶⁾に見ることができる。同判決曰く、「総体と生前の移転は、矛盾を意味する2つの考え方である。実際、総体

(164) C. Aubry et C. Rau, *supra note* (19), § 579, pp. 247-248.

(165) C. Aubry et C. Rau, *supra note* (19), § 577, n° 2, pp. 242-243.

(166) CA Toulouse, 19 janv. 1872.

[つまり、「資産」を指す——筆者注]は、その理解として現在および将来の財を含むのに対して、現在の財の贈与は、特定の権原に基づく贈与以上のものにはなり得ない。有償であれ無償であれ、ある人のすべての財 (bien) の譲渡は、特定の権原による譲渡でしかない。Aubry/Rau は、自分の外在的対象、すなわち、「人」が所有する財の総体 (universalité de biens)⁽¹⁶⁷⁾を譲渡することは可能であるが、法的総体を譲渡することは不可能であると明確に述べている。

ある人が他人の法的能力を取得することはできない。そうでなければ、債務と所有の2つの能力を持つことになり、それは不合理である⁽¹⁶⁸⁾。他人の法人格を取得することができるのは、その人の死後、その人の人格を継続する権利がある場合に限定される。このような場合、法的人格の重複は生じず、被相続人の法的能力は相続人の法的能力と混合される。しかし、たとえAubry/Rau がこの表現を使っていたとしても、この場合、他人の「資産」の取得について実際に語ることはできない。というのも、被相続人と相続人の二人の人格の混合は取得という概念を排除するからである。Aubry/Rau 自身が指摘するように、「資産」は相続人が取得するのではなく、相続人に「承継」される⁽¹⁶⁹⁾。相続人は、相続財産を譲り受けたというよりも、「資産」を引き継いだという表現が正確となる。このことは、民法典上の相続の譲渡 (l'cession) との関係において、どのように解することができるだろうか。理論的には、相続財産/遺産は「人」の存続に内在するものであるから、ローマの旧体制においても、民法典の体制下においても、相続財産/遺産の譲渡は相続人の地位に依存すると理解されなければならない。実際、ローマでは、相続の譲渡は具体的な物の移転ではなく、相続財産 (l'hérédité) に由

(167) C. Aubry et C. Rau, *supra note* (153), § 575, p. 102.

(168) K. S. von Zachariae, a. a. O. (Fn. 134), § 573, SS. 380ff.

(169) C. Aubry et C. Rau, *supra note* (153), § 575, p. 102.

(170)

来する財のみの譲渡か、譲受人による相続人の地位 (titre) の取得のいずれかであった。それでは、民法典は、相続の譲渡についても主観主義的な概念を採用したのであるか。

この点に関する第一の問題は、法定相続人が相続を承認する意思を表明する前に相続財産を譲渡することができるかどうかということあり、その答えは民法典 783 条 1 項⁽¹⁷⁰⁾に示されている。同条は、「相続人により、その相続に係る権利の全部または一部を、有償または無償で譲渡した場合には、純粋かつ単純に承認したものとする」と規定する。従って、相続人は相続を単純承認した者として、相続債権者に対してのみ義務を負うことになる。では、第二の問題として、相続人が相続を承認した後、第三者に対して相続権を譲渡することはできるのか。学説の多数派は、ローマ法と同様、譲渡されるのは財のみであり、せいぜい事実上の総体が譲渡されるに過ぎないと考え⁽¹⁷¹⁾。譲渡人は、相続債権者に対する債務について単独で責任を負う⁽¹⁷²⁾。この結論は、被相続人の人の継続の原則の普及によって正当化され、相続人の無限責任 (l'obligation *ultra vires successionis* de l'héritier) の基礎となるものである。すなわち、消極財産の観点からは、相続の譲渡は「内部的な債務の回収 (reprise interne de dettes)」として分析される⁽¹⁷³⁾。つまり、相続債権者にとっては相続人のみが債務者であり、したがって相続人は債務に対する責任を負うが、相続人は譲受人に対して償還を求めることができる。厳密に言えば、相続は法律行為 (acte juridique) の対象ではないために、相続人はその取得分 (émolument) を移転することはできるが、相続人としての地位

(170) 同条は、2006年6月23日の法改正による条文である。

(171) A. Nallet, *supra note* (53), n° 136, p. 71; D. Guevel et J. Boisson, « *Cession de droits successifs* », Rep. Dr. Civ., Dalloz, 2016, n° 5 et s.

(172) D. Guevel et J. Boisson, *supra note* (171), Rep. Dr. Civ., Dalloz, 2016, n° 105 et s.

(173) A. Nallet, *supra note* (53), n° 136, p. 72. v. J.-Cl. Civ., art. 1696 à 1698, no 3.

(qualité) を移転することはできず、したがって、法的総体を移転することはできない。相続人の地位と法的総体との相関関係は、いわゆる Toussaint 判決⁽¹⁷⁴⁾によって肯定され、総体に関する権利関係 (vocation) は、被相続人の人格を継続させる⁽¹⁷⁵⁾。この点に関しては、いくつかの判決によって混乱が生じたが⁽¹⁷⁶⁾、1955年3月25日の破毀院社会部判決は、被相続人の人格を継続する相続人は総体 (universalité) を承継することを明確に宣言した⁽¹⁷⁷⁾。

以上のように、技術的には、法人格の存続と無関係に、遺産 (hereditas) と呼ばれようが資産 (patrimoine) と呼ばれようが、universitas juris を取得することは不可能である。ローマの universitas のように、法的総体はその卓越した主体性によって特徴づけられる。Zachariae と Aubry/Rau はこの点について明確な見解を持っており⁽¹⁷⁸⁾、したがって、法的総体は、自由に譲渡可能で流通可能な対象として扱うことはできない。それは法的人格にはかならないのである。

5. 法的総体の単一性

Aubry/Rau は、資産は人格と同様に唯一の存在であり、同一人物が複数の「資産」を持つことはできないと述べる⁽¹⁷⁹⁾。Aubry/Rau は、「資産」は人格の構成の一部であり、法律上唯一存在する「外在的主体 (le sujet ex-

(174) Cass. Civ. 1^{ère}, 13 août 1851. 同判決については、わが国でも既に紹介されている。例えば、小峯『責任財産の分割と移転』・前掲注 (1) 62頁以下。

(175) Bordeaux 12 juill. 1867, D. 68. 2. 167; Montpellier 9 juin 1869, D. 71. 1. 141.

(176) Cass. Civ., 1^{er} fév. 1955, D. 1955. 437.

(177) A. Nallet, *supra note* (53), n° 136, p. 72. この点は、1960年3月18日の破毀院判決において改めて確認することができる (Cass. Civ. 1^{er}, 18 mai 1960, D. 60. 2. 681)。

(178) C. Aubry et C. Rau, *supra note* (19), § 577, p. 240 (note 2).

(179) C. Aubry et C. Rau, *supra note* (19), § 574, pp. 240 et s.

térieur)⁽¹⁸⁰⁾であり、獲得し義務を負う能力であるとする⁽¹⁸¹⁾。換言すれば、「資産」の単一性の原則とは、個人が、弁済の充当 (imputation) の単一の仮想的実として特徴づけられることを意味する⁽¹⁸²⁾。同一人物が2つの仮想上の充当主体、すなわち2人の所有者になることはできない⁽¹⁸³⁾。その結果、同じ法主体が二つの法的総体になることはありえない。Zachariae は、人が複数の人格を有することを認めることによって、法がこの原則に反する可能性があると考えて、この命題を修正しており⁽¹⁸⁴⁾、この限りにおいてのみ、法主体は複数の法的総体となることができる⁽¹⁸⁵⁾。しかし、Aubry/Rau は、Zachariae の上記内容を自身の理論に採用することはなく、「資産」の単一性の性質を貫徹させている。しかし、既に指摘してあるように、Aubry/Rau は、同時に、その「資産」理論において、ほかの総体の存在を認めている。では「資産」ないし法的総体の主体性は、このような矛盾に対してどのように対応できるのだろうか。

2 款 Aubry/Rau における「その他の総体 (autres universalités) 」の存在⁽¹⁸⁶⁾

Aubry と Rau は、「資産」概念の基礎となっている法的総体と並んで、ほかの総体 (Aubry/Rau は、これを « universalité juridique » と表現する) が存在する可能性を認めている。ヨリ正確には、「人」の資産はいくつかの総体に分割される可能性があることを示している。しかし、この可能性は、「資産 (patrimoine)」という概念の理解を複雑にし、そして矛盾を生む。したがって、この点を注意深く分析することが「資産」の理解のためには不可欠であ

(180) M. Xifaras, *supra note* (147), p. 205

(181) F. Zenati-Castaing, *supra note* (31), pp. 667-680.

(182) A. Nallet, *supra note* (53), n° s 138, p. 73.

(183) C. Aubry et C. Rau, *supra note* (19), § 577, n° 4, p. 244.

(184) C. S. Zachariae, a. a. O. (Fn. 134) § 573, SS. 380ff.

(185) A. -L. Thomat-Raynaud, *supra note* (17), n° 807 et s.

(186) A. Nallet, *supra note* (53), n° 140, pp. 74 et s.

る。

Aubry と Rau は、「資産は人格の発現である」のために、「同一人物は、本来の言葉の意味において、一つの資産しか持つことができない」と述べている⁽¹⁸⁷⁾が、続く第 574 段落の表題は、「資産における単位と不可分性——資産とは区別される法律上の総体 (universalités juridiques)」⁽¹⁸⁸⁾としている。この矛盾は、法律上の総体 (universalité juridique) という概念を、それが「資産」ないし法的総体 (universalité de droit) と区別されるものであるか否かを明確にすることなく使用しているために、ヨリ強く表れているということが出来る。文言的に « juridique » と « droit » は同義語と考えられるため、patrimoine はいくつかの universalités de droit に分けられると考えることも可能であろう。しかし、この矛盾は、次のように説明することができる⁽¹⁸⁹⁾。Zachariae および Aubry/Rau は、旧法、すなわち、注解学派たちが universitas rerum と表現した財の集合に無意識に依存しているというのである⁽¹⁹⁰⁾。しかし、Aubry/Rau の著書の『民法概説』第 2 版⁽¹⁹¹⁾には、universum jus-patrimoine と patrimoine を分割する universités を区別する試み⁽¹⁹²⁾が含まれていることが注目される⁽¹⁹³⁾。Aubry/Rau は、「資産」が分割可能であるとすれば、それは財 (bien) の集合体としてであって、「資産」の法人格の定義としてではないことを明らかにしている。Aubry/Rau 曰く、「それ自体、すなわち、それを所有する個人とは異なる財の総体として考え

(187) C. Aubry et C. Rau, *supra note* (19), § 573, p. 231.

(188) C. Aubry et C. Rau, *supra note* (19), § 574, p. 234 et s.

(189) A. Nallet, *supra note* (53), n° 142, p. 74.

(190) A. Nallet, *supra note* (53), n° 142, p. 74.

(191) C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français d'après l'ouvre allemand de C. S. von Zachariae*, 2e éd., t. 2, Cosse, 1843, § 575, p. 336.

(192) 同様のことは、C. Aubry et C. Rau, *supra note* (19), § 574, n° 3, p. 234 でも確認することができる。

(193) この点につき、A. Nallet, *supra note* (53), n° s 142 et s., pp. 74 et s.

られる『資産』は、抽象的には分割可能であるが、このように考えられる『資産』とそれを所有する個人との関係は異なる。『資産』は、それが帰属する人の人格そのものと同様に不可分であ⁽¹⁹⁴⁾る。換言すれば、個人の人格とみなされる「資産」は、無体で不可分の対象である。一方、財のとして全体、それは分割することができる。Aubry/Rau は、所有者に対する効用⁽¹⁹⁵⁾に応じて、統一された財の集合が存在することを指摘している。こうした財の集合は、上述の法的総体とは異なる。財の集合は、潜在的なものでも、その人の取得能力を表す永続的なものでもなく、主体によって組織された現実的なものである。実際、Aubry/Rau が分割の対象として想定しているのは、「財の総体 (universalité des biens)」⁽¹⁹⁶⁾として想定される財産体である。これらの総体は、個人が所有者であり、その効用に応じて総体へと組織化される「外在の対象」に関わるものである⁽¹⁹⁷⁾。こうした意味において、Aubry/Rau は、その後の学説が「充当資産⁽¹⁹⁸⁾」と表現する「資産」の存在を半ば認めているとみることができる。

Aubry/Rau が提示した「資産」の分割可能性は、法的総体と「資産」の定義と矛盾するものではない。というのも、「資産」は2つの視点から分析がされているのである。一方では、それは「人」の権利の問題の基礎として、法的人格の定義を与えることを可能にする *universum jus* として分析がされている。他方では、財の総体として分析され、その分割を考えることが可能になる。これらの分割された総体の単位は、Aubry/Rau によって「法律的 (juridique)」である述べられる。これは、Aubry/Rau が、事実的な集

(194) C. Aubry et C. Rau, *supra note* (191), § 575, p. 336.

(195) 例えば、限定承認や財産分離の制度によって生ずる財産体が挙げられる。

(196) C. Aubry et C. Rau, *supra note* (19), § 577, n° 4, p. 244.

(197) A. Nallet, *supra note* (53), n° 142, p. 75.

(198) 例えば、H. Gazin, *Essai critique sur la notion de patrimoine*, Paris, thèse, 1910.

合と法的な集合を対比させる中世の理論の影響を受けているためであるとされる⁽¹⁹⁹⁾。したがって、彼らの理論は、法的総体に二つの根本的に異なる意味を与えているにもかかわらず、後期注釈学派の理論に依存しているのである⁽²⁰⁰⁾。

Aubry/Rau 以降、「資産」理論は多くの学説を生み出し、大きく展開した。この過程において、現代の認識で一般的な「法的総体 (universalité de droit)」という概念を生み出したようである。

3 款 小括

1804 年に制定されたフランス民法典は、総体 (universalité) の概念および理論を採用しなかった。忘れ去られていたこの概念を再び見出し、そして新たな推進力を与えたのは、Aubry/Rau の「資産」理論の独自の構成であった。Universitas juris は、Aubry/Rau の「資産」理論によって復活した。

民法典から生じた新しい秩序における法的総体は、最終的な分析においては、その概念が完全に理解されることなく進化した結果にすぎない 2 つの概念と対立している。Aubry/Rau は当初、法的総体を法的人格の概念として分析し、これまで確認したとおり、「資産」を主観的概念として提唱した。これはローマ時代の遺産 (hereditas) の概念に立ち戻ることになる。しかしその後、Aubry/Rau は、法的総体、すなわち中世のローマ法学者によって類型化された universitas incorporum に言及する。Aubry/Rau の「資産」理論に批判的な者はこの点に視点をあて、「資産」ないし法的総体の客観/客体的な視点を提供しようとする。

Aubry/Rau の「資産」理論とは異なり、「法的総体 (universalité de droit)」は、同理論の反対派の見解に由来する⁽²⁰¹⁾。「資産」に批判的な学者たちは、

(199) C. Aubry et C. Rau, *supra note* (19), § 575, p. 238.

(200) A. Nallet, *supra note* (53), n°s 142-143, p. 75-76.

この理論の抽象的すぎる点を激しく批判した。最も有名なのは Gény⁽²⁰²⁾ による批判である。彼の批判は主に、Aubry/Rau の理論が不要に抽象的であるために、「資産」を主体と同化させ、その結果、二つの概念の間に矛盾を生じさせることを問題としている。実際、「資産」が主体に対応すると主張しながら、「資産」がその同じ主体の財の対象であるとして言えるのか。主体は自分自身に属していなければならないのか。これは「存在と所有の混同⁽²⁰³⁾」ではないのか。なぜなら、「資産」と「人」を混同することは、現実には原因と結果を同一視することになるからである。「資産」は、「人」の法的活動の源であると同時に目的でもあり得ないので、「人」ではない。仮にそれが所有権の結果であり、潜在的なものであっても、その源であることはできない。ここでのポイントは、物としての所有と potestas としての所有を区別することである⁽²⁰⁴⁾。この混乱は、財の擬人化につながり、所有する能力とこの能力の行使から生じる財の集合を混同してしまう可能性が生ずる⁽²⁰⁵⁾。この矛盾から⁽²⁰⁶⁾、フランスでは「資産」の新理論の模索が始まる

(201) 代表的なものとして、Fr.Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, t.I, 2^e éd., 1919 がある。その他として、G.Plastara, *La notion juridique de patrimoine*, Arthur Rousseau, 1903; O.Jallu, *supra note* (53); P.Cazelles, *supra note* (53); H.Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 2^e éd., Paris, A.Pédone, 1904 (なお、同書初版 (*Introduction à l'étude du droit civil*, Paris, A.Pédone, 1898) は、Aubry/Rau の見解を忠実に反映するものであった) などがある。

(202) Fr.Gény, *supra note* (201), n° 67, p. 141.

(203) A.Sériaux, *supra note* (13), RTD Civ. 1994. p. 801.

(204) W.Dross, « Une approche structurale de la propriété », RTD civ. 2012, p. 419 et s.

(205) この点については、M.Xifaras, *supra note* (147), p. 226.

(206) Aubry/Rau の「資産」に対する批判は、「資産」の根拠を人の人格に求めるため、その命題として、一人の人は一つの資産しか持つことができず (単一性の原則)、また人が保有する一つの資産を複数に分けることもできない (不可分性) ところに向けられた。こうした帰結は、法学方法論からも、産業革命の影響を受けた 20 世紀フランスの実務においても大きな不都合を生ずることが広く指摘されたのである。

ことになった。こうした批判の発想は、ドイツ法学から影響を得たものであり、その目的は、「資産」(ないし法的総体)と人格 (personnalité) の概念を分離することにあった。ヨリ基本的には、Aubry/Rau の理論を批判する者は、実際の現実に即して、「資産」は人格とは厳密に区別される法的概念であると主張する⁽²⁰⁷⁾。すなわち、「資産」とは総体であり、各要素の組み合わせによって構成され、特定の目的に割り当てられた法的全体とみなされる総体だけである。この点につき、Plastara は、「これらの『資産』には主体がない、あるいは、少なくとも主体があるようには見えない。なぜなら、主体の役割を果たすのは、実際には、『資産』を構成する財または財が割り当てられる目的 (le but) である⁽²⁰⁸⁾」と述べている。

また、Aubry/Rau の「資産」に対する学説の批判の下で、法的総体も大きく展開されることになる⁽²⁰⁹⁾。

* 本研究は、JSPS 科研費 22K20085 の助成を受けたものである。

(207) G. Plastara, *supra note* (201), pp. 55-56.

(208) G. Plastara, *supra note* (201), p. 71.

(209) この点につき、A. Nallet, *supra note* (53), n°s 147-152, p. 77-80.