

サヴィニー小稿

— 給付障害論の観点より —

ドイツ法学の特異性あるいは特殊性が、日本の学会でいわれて久しい。もしそうであるなら、ドイツ法学の特異性ないし特殊性は、一体何に由来するのであろうか。その問いに対する一つの解答の試みとして、我々は、ここにサヴィニーに関するささやかな研究ノートを公にする。その経緯について、若干の説明を許されたい。二〇〇一年三月より、我々はミュンヘン大学レオポルド・ベンガー法史学研究所にて、主に給付障害法に関する議論を継続している。もちろん、我々の関心は必ずしも同じではなく、細部に至るまでドイツ法学に関する理解について一致しているわけでもない。しかし、一九世紀のドイツ民法学にとって、サ

成 鉉
北 居 升 功

ヴィニーがそれ以前の普通法学および自然法学と一定の転換点を示し、サヴィニー以降のパンデクテン法学がドイツに独特な解釈理論の形成を促した事実については、我々の間で一応の見解の一致を見ている。我々は、このサヴィニーによる私法学の転換を「権利侵害」概念に見いだした。もともと、サヴィニーがドイツ民法学の転換に際して、なお従来 of 自然法論および普通法学と一定の連続性を保っていたのか、それとも、一定の断絶をもたらしたのかという点に関しては、なお我々の間で理解に対立がある。いずれにせよ、我々の主要な研究テーマである給付障害法の観点から、このサヴィニーによる私法学の転換問題に

アプローチし、それぞれの一応の帰結を提示してみることにしたのである。

本研究は、三部からなる。まず、サヴィニー自身の系譜を簡潔に説明するドイツのカイプ出版社のパンフレット「サヴィニー——彼の業績、彼の弟子、彼の論敵」(二〇〇〇年五月出版)⁽¹⁾のうち、サヴィニー自身の経歴に関する記述部分を訳出してみた。このパンフレットは、ドイツ民法典公布一〇〇周年を記念した一連のドイツ法学文献の復刻事業の一環として、ボン大学のクニユテル (Kunzeler) 教授の監修の下で出版されたものであり、その性格上、復刻対象となったサヴィニーと歴史法学派等の一連の文献紹介もかねている。サヴィニーを基点とした一九世紀ドイツのパンデクテン法学を一瞥するには、格好の内容を有していると考えている。このパンフレットの著者は、ヨヒェン・オットー (Jochen Otto) 氏であり、一九五一年生まれで、フランクフルト大学において、とりわけコーイング教授とトロイエ教授の薫陶を受け、大学卒業後は弁護士として活躍すると共に、このカイプ出版社の復刻事業等の法史的事業にも携わっている。

次に、成の「サヴィニーの権利侵害論——サヴィニーにおける『法律関係』としての債務関係と権利侵害としての

債務不履行」と題するドイツ語論文を、北居が翻訳した部分⁽²⁾が第二部となる。成の関心は、いわゆる「不完全履行」という概念が果たして一般に理解されているように、二〇世紀初頭のヘルマン・シュタウプによって初めてドイツ法学にもたらされたのか、それともその概念はすでに一九世紀はもちろん、それ以前にまで遡ることができる系譜を有していたのか、という点にある。この関心から見たとき、サヴィニーがドイツ法学にもたらした果実とは何であったのか、第二部で扱われることとなる。成は、この問題関心のもとで、本研究ノートのために上記表題のドイツ語論文を作成した。

第三部は、北居が「ドイツ受領遲滞論の淵源」と題して、受領遲滞論のドイツ法学での系譜を扱うことを試みた。いわゆる「受領は権利にして義務にあらず」という主張が、サヴィニーにまで遡ることができるのではないかとの仮説を提示する試みである。なお、第一部、第二部の北居による翻訳作業は、つねに成と北居との長時間にわたる議論を前提にしており、共同翻訳とも呼べる実体を備えていることを、付け加えておこう。

とりわけ、ドイツ民法学を学び、研究するに際して、正面から対峙するにはあまりに巨大なサヴィニーであるのは

事実であろう。しかし、ドイツ法学を理解するうえで、サヴィニーは避けては通れない関門であるからこそ、我々は巨人にいかにして立ち向かえるのかを工夫しなければならぬ。我々のこのささやかな研究ノートが、もし、初学者あるいは研究者にとっても、サヴィニーへのアプローチの手懸かりを提示することができるとすれば、これこそ我々にとって望外の喜びである。

(一) SAVIGNY: Seine Werke, seine Schüler, seine Gegner, Aubermann & Keip GmbH, Goldbach, I. Mai 2000. カイプ出版社を介して著者のオットー氏には、我々の今回の翻訳を快諾いただいた。我々はオットー氏に、ここに謝意を記したい。

サヴィニー

——彼の業績、彼の弟子、彼の論敵——

ヨヒェン・オットー

北居 功訳

フリードリッヒ・カール・フォン・サヴィニー（一七七九—一八六一）

二〇〇年前の一八〇〇年一月三一日に、フリードリッヒ・カール・フォン・サヴィニー（Friedrich Carl von Savigny）は、マールブルク大学法学部で博士号を取得した。それが、法学全体を根本的に変革することとなる一人の法律家が、大学で歩むこととなる経歴の始まりであった。一九世紀のドイツの法学にとって、サヴィニーは、近代法学のまさに創始者として広く通っていたのであり、私法はもとより、その方法論は公法にとっても模範とされ、また、法史学においてもそうであった。彼の意義は、決してドイツにとどまるものではなかった。一九世紀のパンデクテン・システム、当時のいわゆる現代ローマ法は、ヨーロッパ全体に浸透し、ドイツ私法学を世界的に知らしめる

こととなった。英米法圏であつてすら、パンデクテン・システムを支持した。すでに一九一三年に、イギリスの法識者ジョン・マクドネル卿 (Sir John Macdonell) は、彼の業績「世界の偉大な法律家 (Great Jurists of the World)」の中で、サヴィニーを「ヨーロッパが生み出した最も偉大な法律家」と書き留めた。サヴィニーの偉大な単行書「占有論 (Recht zum Besitz)」は、一八四八年に英語に翻訳され、世界的にも認められることとなった。たとえば、ジョン・オースティン (John Austin) は、サヴィニーの「占有論」が、疑いもなく、「法に関するあらゆる著作の中で、最も完成された巧緻な著作である」と書き留めたのである。

一八〇〇年九月一八日に執り行われた博士号取得のための口述試験も含めて、博士号取得のための業績は、ラテン語で提示ないし反論されるというのが、一九世紀中葉までのマールブルクで、義務とされた慣例であつた。

サヴィニーは、一七九五年四月一九日に、マールブルク大学に入学し、そこで学問を修めた後、一七九六／九七年の冬にゲッティンゲンで、一つのセメスターを過ごしたが、そこでは、彼の最も著名な先駆者であるグスタヴ・フーゴ (Gustav HUGO 一七六四—一八四四) が、法学教師で

あつた。彼の講義にサヴィニーが出席したようには見えないが、確かに、フーゴの業績に関する有名な書評の中で、サヴィニーは自ら、彼の弟子に列していた。「ドイツの諸大学の中の女王」であるゲッティンゲンで、サヴィニーは、ユストゥス・フリードリッヒ・ルンデ (Justus Friedrich RUNDE 一七四一—一八〇七) と、もっと有名なヨハン・シュテファン・ユェッター (Johann Stephan PÜTTER 一七二五—一八〇七) の講義に通つた。

サヴィニーのマールブルクでの教師であり支援者であつたのは、フィリップ・フリードリッヒ・ヴァイス (Philipp Friedrich WEIS 一七六六—一八〇八) であつたが、彼は、ギーセン出身のローマ法の教授であつたルードヴィッヒ・ユリウス・フリードリッヒ・ヘプナー (Ludwig Julius Friedrich HÖPNER 一七四三—一七九七) の弟子であつて、一七八九年以降諸法の員外教授、一七九八年以降諸法の正教授であつた。それとならんで、サヴィニーは、著名な刑法学者で、マールブルクではとりわけ民法も講じていたアントン・パウアー (Anton BAUER 一七二一—一八四三) の講義にも通つた。ヴァイスからサヴィニーは、とりわけ、ローマ法の法源に没頭することを学んだ。サヴィニーの類い希なる天分は目立つ

ていて、それを証明するのが、一七歳のサヴィニーに関するヴァイスの以下のような評価である。すなわち、「彼（サヴィニー）は、自身の顕著な才能、鋭敏な評価力、そしてローマ法における基本的な知識を十分に示しており、私は彼を、私の学問上の教職期間を通して、すべての受講者の中で最も優れていると大鼓判を押すことに、何らの危険をも抱かないほどである」。

フリードリッヒ・カール・フォン・サヴィニーは、神聖ローマ皇帝領に直属する一族の出身であり、その出自を、一二世紀以来、オーバーロートリンゲン公爵領での城と館を、その一族が占めていたことが証明するが、その一族は、プロテスタントを信仰していたことから、一六三〇年にフランスを離れた。サヴィニーは、一七七九年二月二日に、フランクフルト・アム・マインで生まれた。彼の両親は、全部で六人の子供をもうけた。一七九〇年に、彼は最後の兄弟を失い、一年後には父親もなくなった。母親は、彼女の唯一の息子と共に、財産を背負って、ハナウ近郊の屋敷へと引き移ったが、そこは、彼の祖父がヘッセンハナウ領邦宰相の娘と婚姻したことによって、サヴィニー一族が占有するところとなっていた。しかし、すでに一七九二年七月二六日に、母親は他界した。すべての家族から取り残

されたサヴィニーは、その時僅か一二歳であった。この年齢で、サヴィニーは、ヴェツラーのノイラートの許にやってきたが、彼は父親の長年の友人で、そこにあつた帝室裁判所の判事補であつた。

マールブルクでのサヴィニーの大学勉強中にすでに、後に義理の兄弟となるクレメンス・ブレントノー（Clemens Brentano）および、ロマン派の詩人たちとの、親密な友情が発展していた。伝説となつたのは、カロリーネ・グリウンダーローデ（Caroline Grönderröde）と彼との関係であつたが、彼女は実らない思いに身を焦がしたものの、サヴィニーから、彼が料理と子供のためによりいっそう一人の女性を求めているのを聞かされるに及んで、彼女はついにその後、劇的にライン河畔でナイフによって、彼女自身の若い命を断つこととなつた。

その時代、ドイツの精神文化の中心地であつたイエーナには、当時、フィヒテ（Fichte）、シュレーゲル（Schlegel）、ヘーゲル（Hegel）そしてロマン派の人々が活躍していたが、そこに、サヴィニーは二度の学問的遍歴を試みた。すなわち、一七九九年四月と、再び一八〇〇年八月に一カ月間であつた。すでに一七九九年に彼は、パウル・ヨハン・アンゼラム・フォイエルバッハ（Paul Jo-

hann Anselm FEUERBACH 一七五五—一八三三)と知己を得て、その講義に通った。すなわち、「フオイエルバッハは、非常に基本的で丁寧に教えているが、ただ彼の容貌はあまりに冴えない。人はそのことをあまりに疎かにして、そのことが、口述講義を役に立つものとし、一定の場合には、重要なものとして唯一の点であることを、省みないでいる。」と、サヴィニーは、一七九九年七月二四日付けの一通の手紙で述べている。この日々、サヴィニーは、パンデクテン法学者であるゴットリーブ・フーフエラント (Gottlieb Hufeland 一七六〇—一八一七)を知り、彼の家には若かりしハイゼも住んでいたが、同じ手紙の中で、フーフエラントに対する多大の賞賛を披瀝した。すなわち、「フーフエラントは、全く体軀堂々とした偉丈夫である。彼の講義は、彼の秩序と明確さに基づいて、私には、並はずれて快適に感じられた。……フーフエラントは、一般的な教養を持つ人物である。」。

一八〇〇年の夏、まだ博士号取得のための口述試験の前に、サヴィニーはマールブルクに転居した。彼の教師であるヴァイスのすぐ近所に、彼はリッター通り一五番地の家を買った。リッター通り一六番地に住むヴァイスのはるかに大きな地所は、そのうえ、サヴィニーも利用する講義の

部屋を持っていた。大学自体の建物は、その時代にマールブルクには存在しなかった。家を探す際の二一歳の望みを、サヴィニーは、ライプチヒからの手紙の中で書き留めた。すなわち、「……それは、私のための二、三部屋と、召使のための一部屋で成り立つ必要がある。広さの決定に際しては、私が二〇〇〇から三〇〇〇冊の本を携えていることを考慮されたい。さらに、私にとって、美しく明るい景観を与える家は、その特質を持たない家よりも、好ましい。」。

サヴィニーは、博士号取得のために、刑法上のテーマを選んでいた。すなわち、「De concursu delictorum formali」つまり、一つの行為による複数の刑法の競合問題である。博士号取得後すぐに、私講師のサヴィニーは、自身の研究活動を開始した。一八〇〇／〇一年の冬学期の間、彼は、「大学者の刑法諸原理に公然と従った刑法」に関する講義を行った。それに続く冬学期にさらにもう一度、サヴィニーは刑法に関する講義を担当した後、最終的にローマへと移った。

サヴィニーが、パンデクテンの最後の一〇巻に関する彼の講義を準備していた、一八〇一年の夏学期には、すでに、彼のもとには、彼の最初の大きな単行書についての考えが

成り立っていた。すなわち、「私がこの講義を、法源から直接仕上げることを通じて、占有が、私の注意を最も多く引きつけた、というのも、私には、まさにここで、支配的な概念と見解が、法源に基づいて、大幅に修正され得るように思われるように映ったためであった。」そこから、彼が最初の大きな出版をするための、諸資料が成り立った。一八〇二年の後半期に、サヴィニーは、「占有論」に関する彼の著作のために、五カ月にわたる研究を始め、その著作をその後、彼は六週間で仕上げ、翌年にギーセンのハイアー出版社 (Heyer) から、世に著すこととなった。

この著名な単行書は、すぐさまあらゆる法学者のもとで、大きな注目を引き、未曾有の普及をみたのであり、ほとんどすべてのヨーロッパの言語に、翻訳された。若き私講師であったサヴィニーに、この業績は、その時代の民法学の第一人者の名声を付したのであって、ティボーは、その業績に関する数え切れない多くの書評の一つで、そのように述べている。サヴィニーは、彼の洗練された文体によって、全く独特の特徴を示し、その文体は、民法における初期のドイツ語による単行書の一つに、今日でもなお到達されないように映る、全く卓越した集約 (Identität) を有して

いた。後に彼の弟子となるルドルフは、その点について、次のように書き留めた。すなわち、「……法学文献は、国民文学の一枝となり、その二四歳の著作者は、一挙に国民的古典作者のもとに昇格したのであった！」。

一八〇三年三月一三日に、サヴィニーはマールブルクで員外教授に任じられた。彼の著名な単行書に基づく名望は、彼にハイデルベルクとグライスヴァルトへの招聘をもたらしたが、彼はその双方を共に断った。ハイデルベルクには、彼は、フーフェラントのもとで知り合っていた、彼の友人であるゲオルク・アーノルト・ハイゼ (Georg Arnold HEISE 一七七八一—一八五二) を仲介し、彼はすぐ後に、アントン・フリードリッヒ・ユストゥス・ティボー (Anton Friedrich Justus THIBAUT 一七七二—一八四〇) と同じように、著名なパンデクテン・システムを紹介した。フオイエルバッハは、イエーナで一八〇一年に、員外教授に任じられたその後で、彼は無益にも、空いていたインスティトゥーティオン教授を志望したが、その席をキールの私講師であったティボーが占めることとなり、それに基づいて、フオイエルバッハは、ティボーの仲介でキールへの招聘を受け入れた。人々は、イエーナでほくそ笑んだ。すなわち、「フオイエルバッハ氏は、法律家ティボ

ーを運んできた同じ車で、キールに送られた」。 (カロリーネ・フォン・シュレーゲル)。サヴィニーさえもが、彼の判断を確信していた。すなわち、「テイボーは、私の信じるところでは、多くの幸運に、それもフォイエルバッハよりも多くに、巡り会うであろう。」。一年後の、サヴィニーの著名な単行書の出版年と同年に、テイボーのローマ法に関する偉大な体系書が現れたのであり、それは最初の実際的なパンデクテンの体系書であった。

裕福なサヴィニーは、招聘の拒絶を敢えてやってのけることができた。しかしながら、その理由は、彼の拡張される古文書と図書館遍歴についての計画にあった。

一八〇四年四月一七日に、サヴィニーは、彼の当時の最も親密な友人であったクレメンス・ブレンターノの妹、クニグンデ (グンダ) (Kunigunde, Gunda) と結婚した。彼女はサヴィニーとの婚姻から五七年後まで、サヴィニーよりもほぼ一年長く生きながらえ (一八六三年五月一七日ベルリンで死去)、六人の子供をもうけたが、そのうち二人だけが生きながらえた。

結婚後に、サヴィニーは、彼の有名な研究旅行をはじめた。無益にも彼を法学教師として招聘していたハイデルベルクに、彼が再び立ち現れたときには、全ヨーロッパで二

六の図書館が数え上げられた。一〇月二六日に、彼はパリへの旅行に旅立った。国立図書館の訪問は、彼の法源研究の完了と頂点となるべきものであった。ストラスブール (二月二日) とメッツ (二月一日) を経由して、彼は一八〇四年二月二日に、パリに到着した。ほとんどパリに到着する直前に、サヴィニーの馬車から鞆が盗まれ、その鞆には、彼のそれまでの図書館遍歴の抜き書きと原稿のすべてが、詰め込まれていた。翌年の一月五日によく、彼は、それに応じることができるようになった。彼はマールブルクにいる、彼の教師であるヴァイスに宛てて手紙を書き、彼に、彼のもっと若い、その時二〇歳の弟子で、

一八〇二年以来サヴィニーのもとで勉強していた、ヤコブ・グリム (Jakob Grimm 一七八五—一八六三) をパリに派遣するように頼んだ、というのも、サヴィニーはその損失を、精力的な法源研究で埋め合わせることができたのであった。一八〇五年二月二日に、彼の弟子で補佐役のグリムがパリに到着し、彼の偉大な師を助けた。一八〇五年九月にはすでに、サヴィニーはパリからの豊富な資料を携えて、フランクフルト・アム・マインに到着し、それらの資料は、彼にとって、ローマ法の歴史に関する彼の著名な業績にとって、基礎となるべきものであった。

一八〇五年の晩秋に、サヴィニーは再びマールブルクに留まっていたが、講義を再度受け持つことはなかった。一八〇八年になって、サヴィニーは、マールブルク法学部を退職したが、員外教授としての彼の後任となったのは、若いフェルディナント・マツケルダイ (Ferdinand Mack-ELDEY 一七八四—一八三四) であった。数カ月にわたる至福の滞在の後に、サヴィニーは改めて、半年にわたる南ドイツ地域への研究旅行に旅立った。サヴィニーがアルトドルトとエアランゲンの図書館で研究していたその間に、彼の妻は早逝する一人の息子を出産した。「サヴィニーにとって、一人の幼い息子が生まれたが、三日で亡くなった……」と、彼の義理の姉妹にあたるベツタイーネ・フォン・アルニム、旧姓プレントアーノが書きつづっている。ミューンヘンを経由して、ウィーンに向かった彼は、そこで一八〇七年七月まで滞在し、教ある中でとりわけ、ルードヴィヒ・フォン・ベートーヴェンと知己を得た。

一八〇七年五月にすでに、サヴィニーは、ハイデルベルクへの招聘に尽力したが、「お金がない！」との簡潔な理由で、あしざまに拒絶された。よりいっそう失望した彼は、当時どちらかといえば重要ではなかった、ランツフート大

学への、フリーフェラントの後任者としての招聘を受け入れた。一八〇八年九月二六日に、サヴィニーはランツフートに到着し、町の中心にある豪華な住居を借り、彼のベルリンへの旅立ちの日である一八一〇年五月二日まで、講義を受け持った。彼のバンデクテン講義を、彼はすでにハイゼの体系に沿って行っていた。その教職のサヴィニーの後任となったのは、カール・アウグスト・ドミニクス・ウンターホルツナー (Karl August Dominikus Unterholzner 一七八七—一八三八) であった。

歴史学派の創設

彼の義理の兄弟であるアキム・フォン・アルニムを介して、フンボルトは、サヴィニーにベルリンへの招聘承諾を促すために、彼に最初の手紙を送っていた。ベルリンへの正式な招聘は、一八一〇年一月一日であった。サヴィニーは四月九日に承諾を示し、五月初頭に、新たに創設されたベルリン大学で、彼の権勢 (wirkungsmächtig) ある正教授に着任するべく、ランツフートを後にした。

フランクフルトを経由して、サヴィニーはベルリンへと向かった。一八一〇年七月五日に、彼は、彼の新たな活動拠点にたどり着いた。ベルリンへ赴く途上で、サヴィニーはゲーテと会ったが、彼はゲーテに、すでに一八〇七年一

一月に、熱狂的なゲーテの崇拜者であった、義理の兄弟ペッティーネ・ブレンターノに伴われて会っていた。大文豪との出会いと個人的な会話は、サヴィニーをまさに——少なくとも、非常に冷静で自分の殻に閉じこもる法識者にとつて——熱狂させたのである。「……彼自身の至る所すべてが、力強く、偉大で、穏和であるように、彼が行い、考へ話すことすべてには、彼の心情のすべてがこもっている。彼は私を、まさに新たに、愛情と畏敬の念で満たした。私は、その眼差し以上に、人生への愉悦と友誼とで満ち、そして正しく揺るぎ得ないものを、他に何も知らない。」。

サヴィニーは、一〇月二九日に、彼の講義をはじめた。彼は、ベルリン大学をその建設段階を通じて導き、その大学を、ドイツはもとより、ひいてはヨーロッパの法律学の中心へと形作つた。四年後に、彼は法律学に、本質的に彼の名前と結びつけられている、新たな一つの方向性を示した。すなわち、歴史法学派の創設であり、その綱領を宣言する文書を、サヴィニーは法典問題に関する彼の壮麗な論難書と、有名な六巻からなる業績「中世におけるローマ法の歴史 (Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter)」によつて、一八一四年から公表しはじめた。新たな法学派を本質的に担うこととなつたのは、サヴィニ

ーの指示でフーゴの拒絶後に、ライプチヒの正教授クリスティアン・ゴットトリプ・ハウボルト (Christian Gottlieb HAUBOLD 一七六六一—一八二四) によつて招聘され、彼と共に新たな法学派の代表者と目された、カール・フリードリッヒ・アイヒホルン (Karl Friedrich EICHORN 一七八一—一八五四) と共に創刊された、「歴史法学雑誌 (Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft)」であつて、その雑誌は、「サヴィニー財団雑誌 (Zeitschrift der Savigny-Stiftung)」として、今日もなお継続している。

とはいえ、すべての出だしは困難である。全部で四六人の受講者が、一八一〇／一一年の冬学期に、サヴィニーの講義に従つたにすぎなかつた。一八一三／一四年の冬学期には、ナポレオンの支配に対する解放戦争が、その原因の一端であつたとはいえ、僅か一人の受講者となつた。彼の同僚であるアイヒホルンにとつても、状況は良くはなかつた。すなわち、一八一一年に彼は、ドイツ法史を六人の学生の前で、ドイツ私法を二三人の学生の前で講じたのであつた。一八一六年の夏学期に、アイヒホルンはおよそ一〇〇人の受講者を数えたが、彼らの一部は、もちろん、他の学部出身であつた、というのは、法学部は、五一名の学

生しか有していなかったからである。俸給状況は、たいいての教授のもとで、裕福でしかもベルリンで最高の収入を得ていたサヴィニーに対してまで批判的で、ヘーゲルでさえ、保養の滞在と特別の出費のために、物を請わなければならなかった。

一八一四年の秋に、サヴィニーは、同じ年の春に、彼の友人のテイボーによって公刊された、統一ドイツ法典への要請に対して、驚くべき速さで、しかも美しく書かれた回答を公刊した。その慌ただしさには、相応のわけがあった。一つには、ナポレオンの征服戦争によって評判を落としていた、フランス民法典に精力的に対抗するために、人々が一八一一年のオーストリア法典を、受け入れなければならなくなるとの噂が、ベルリンで広まっていたことにある。

サヴィニーは、ウィーン会議が始まる前に、その会議で、その種の風潮でさえも、具体的な政治において急変することがあり得るため、彼の文書を公にするつもりでいた。その効力を、その有名なドイツ語の法学論難書は、欠いてはいなかった。

一八一五年の春、彼の劇的な業績「中世におけるローマ法の歴史」の出現によって、一年にわたる研究期間と法源研究は、その巨大な完結を見いだした。ヘルマン・カン

トロヴィツチ (Hermann Kantorowicz) が公式に述べるように、法律家にとって「不朽の業績」である。そこでは、サヴィニーが、その偉大な才能を存分に発揮した。すなわち、「サヴィニーは、驚嘆といつて良いレヴェルで、法源批判の天賦の才を持っていた。」

その偉大な業績 (Opus magnum) は、一八一五年から一八三一年にかけて、六巻で公にされた。最初の二巻は、六世紀から一世紀の前期中世に割かれている。第一巻は、一般的な裁判手続と法源を含み、第二巻は、法律と古文書におけるローマ的諸要素を見つけたそうとしている。第三巻から第六巻は、後期中世、従って、一二世紀から一五世紀を含んでいる。第三巻は法学教育を、第四巻、第五巻および第六巻は、個々の法識者の生涯と著作を伝えている。

第一版で、この業績は、サヴィニーの途方もない学問的力量を示しており、いかに巨大な仕事といかに多くの新たな知見が、ここに白日の下に晒されたことか！ サヴィニーが数週間あるいは数カ月を費やした章は、他のあらゆる法学者には、一年あるいは一〇年の歳月を強いることとなったであろう。ドイツ、そして僅か後にはヨーロッパにおける法律学は、この業績の出版後には、この出版以前と同じ状況にはなかった。一〇〇年の長きにわたって、法律学

の中での一つの新しい方向性が、支配したのであった。

第二版は、校正が終了して後に伝えられた弟子と友人の指摘のみを、付加的に示さねばならなかったにすぎない。巨匠の指導的で創造的な手は、ほとんど全く入っていない。人は、カントロヴィッチがいう如く、ほとんど、サヴィニーが、彼の業績に「徐々に興味を失い」はじめていたような印象を受ける。第二版が、より痛烈な非難を受けることとなったのは当然である。

サヴィニーは、彼の教職生活を、一八四一／四二年の冬学期で終えた。すでにその前から、彼は、彼の四番目の大きな業績、すなわち、「現代ローマ法体系 (System des heutigen römischen Rechts)」を執筆できるようにするために、彼の教職活動を中断していた。彼の民法上の主要業績は、すでに長きにわたって熟成され、彼の愛娘ベティーネによって、多くの喝采と支持を受けた。ギリシャで一八三五年に彼女が若くして逝去したことは、学問への従事に慰安を見いだすための、執筆を開始する契機となった。一八三九年九月に、サヴィニーの民法上の主要業績の印刷が始まった。最初の五巻は、一八四一年までに次々と現れた。大臣在職期間が、出版計画を中断した結果、六巻から八巻は、一八四七年から一八四九年に現れた。すでに第一

巻の緒言が明らかとするのは、サヴィニーが歴史法学派の領袖であったことだけではなく、法律学の全体に方向性を示し、その内容を伸介することでもあった。一八五一年から一八五三年までに、続編として債務法 (Obligationsrecht) に関する諸巻が続いた。

一八四二年二月二八日に、サヴィニーは、プロイセンの大臣となった。法典編纂に対する偉大な反対者は、今度は、立法大臣に祭り上げられたのであり、歴史の皮肉である。

大臣としての彼の時代は、いつも騒然となる政治関係もあって、非常に幸運に推移したわけではなかった。一八四八年にベルリンで革命が勃発し、それが司法省のバリケード前まで達したときには、果敢なベッティーン・フォン・アルニムは、怯えきっていたサヴィニー大臣を、そこを離れるには彼に勇気が欠けていた司法省から、連れ出した。そのすぐ後に、今や六九歳を数えるサヴィニーは、大臣を辞職した。全体として、彼の立法業績は、著しい成果が上がったとまではいえない、たとえば、プロイセン婚姻法、あるいは、最終的に一八五一年に施行されたプロイセン刑法への彼の寄与がある。著名な刑法学者で、鋭敏なサヴィニー批判者であった、ヨドクス・ドナトゥス・フベルトゥス・テムメ (Jodocus Donatus Hubertus TEMME 一七

九八一—一八八一)は、皮肉を込めたタイトルで、容赦のない批判を書いた。時として、サヴィニーの大臣活動の評価は、ほとんど彼の自尊心を擽ることとはならなかった。すなわち、「法律家の世界全体が、従来、ただ筆を執るやただちに、崇め敬ってきたその人は、数名の実務家によって、まるで彼がその実務家の弟子であって、師匠ではないかのように、彼の草案を、片っ端から訂正される羽目となった。」。

サヴィニーは、彼の教職の後任の決定に、自身影響を及ぼした。最初、著名なハイデルベルクの法識者カール・アドルフ・フォン・ファンゲロウ (Karl Adolph von VAN-GEROW 一八〇八一—一八七〇) が話題に上った。しかし、サヴィニーは、ファンゲロウが彼の講義で過度に教条的で、あまりに体系性を考慮しないと判断した。彼の有名な言葉、「しかし、その方法によって何が維持されるべきかは、我々の間では、何らの説明も必要としない！」が、この問題を決定した。すぐに、人々は、ライプツヒの法学教授ゲオルク・フリードリッヒ・プフタ (Georg Friedrich PUCHTA 一七九八一—一八四六) で一致した、というのと、とりわけ、ベルリンの人々は、ファンゲロウが学生と酒を過ごしすぎることを、怪訝に思ったためであった。プフタ

は、確かに、サヴィニーがつねに示していた、自身の気品ある節度を失わないというのが、ベルリンでの一般的な見方であった。

早くも一八四六年一月八日に、プフタは他界した。その後の教職後任者は、著名なパンデクテン学者でサヴィニーの弟子であった、フリードリッヒ・ルードヴィッヒ・フォン・ケッラー (Friedrich Ludwig von KELLER 一七九九—一八六〇) であった。ケッラーが逝去すると、再びファンゲロウが後任者として話題に上った。しかしながら、彼は拒絶した。ついに、一八六一年に、一八三九—一八四〇年にベルリンでサヴィニーに属した、チュービンゲンの法識者カール・ゲオルク・ブルンス (Karl Georg BRUNS 一八一六—一八八〇) が、ドイツで最も名声の高い教職に任じられた。ブルンスが有名になったのは、彼が占有に関する彼の偉大な単行書で、ある意味で、サヴィニーの壮大な業績に補足を加えたためである。

二〇〇年以上にわたるサヴィニーの業績に関する評価では、その差異は大きいものの、総括判断は一義的である。すなわち、「……サヴィニーは、解釈論的伝統と、とりわけローマ法源を、新たに考え抜いて、それらをしばしば天才的に簡素化し、当てはまる批判を、一つの実際的な、

『現代的』体系へと組み替えた……。この成果は、すでに今日の写本上の法律学との劇的な隔たりを見れば、印象深いものである。」(J. リュッケルト J. Rückert)。その中核で民法によって束ねられている、我々の市民社会は、将来にも、サヴィニーの文献から、常ならぬ精神力に満ちた労苦の成果を受け取ることとなる。

その成果の一つは、文献に書かれたことが、一つの文化遺産である限り、いつまでも残るのである。サヴィニーの業績は、法律の専門家の世界にとどまらずに、最高の文章の味わいを伝える。サヴィニーの業績の含蓄がはじめて、高い教育価値を有するのではなく、すでに朗読がその価値を持っている。「現代の任務」は、すべての法律家にとって、購読の義務となるべきものと思われる。そのように争われた国家の法典編纂の問題自体に、ヘルムート・コイニングの言葉が当てはまる。すなわち、「健全な法生活を、サヴィニーは、立法ではなく、有益な法律家層の発展に期待した。法律ではなく、傑出した裁判官に、彼は、市民の安定と法の平穏な進歩が保障されることを見ていた。教育の深遠な人間的影響に、我々の古典時代が置いた信頼によって培われるとするなら、彼は、そうした法律家層を生み出す決定的な手だてを、本当の歴史的教育、すなわち、

法律学の学問教育の高揚に見ていたのである。」。誰がこの点に異論を挟みうるのであろうか？

サヴィニーの教職活動について、非常に多くの弟子が、一連の叙述を残した。法識者としてのサヴィニーの個人的な影響力は、彼が多くの弟子を数えることとなった一つの理由であったように映る。あるベルリンの法律家は、彼の印象を次のように書き留めている。

「……しかし、いかなる印象を彼の口述講義が与えたかを評することができるのは、彼の講義を聴く幸運に恵まれた人たちだけである。彼は、驚嘆すべき仕方、ローマ法の最も困難で無味乾燥な問題を、明瞭で魅力的とすることができた。そして、全く比類なく卓越していたのは、彼が古い法律家たちが法について述べたことを解釈する、そのやり方であった。彼は、諸原理をあまりに洗練された形で分解し纏め上げようとしたため、人々は、その際にしばしば、レッスンの古典的方法を、思い出したほどであった。自身の容姿に、サヴィニーは、非常な自意識を示し、その自意識によって彼が満たされていたことも、あながち不当ではなかった。体軀堂々たる容姿、堂々と表現された彼の完全な、真摯な、高貴な容貌と共に、あらゆる所作に現れる儀式張って、おそらくは僅かに堅苦しいとはいえ、彼は、

長い分けられた髪によって、同時に彼の敬虔さも、彼が自身の学問に見いだした神聖さをも、暗示していた。すし詰めの講義教室には、彼が入口を跨いで、そうしてゆつくりと、教壇に上るや、たちまち深い静寂が現れた。彼は話し始める前に、彼の時計、柄の付いた眼鏡、ノート、それに何か携えてきた本を、儀式張ってゆつくりと彼の傍らに置いた。そうして、決してつかえることのない彼の講義が奔流し始め、終わりまで間断なく進り、講義の終わりには、上述の小道具が再び、それらが持ち出されたのと同じ順序で、取められた。そうして、堂々とした威厳ある姿は、ゆつくりと踏み段を下りてゆき、聴衆全体の恭しい沈黙のもとで、教室を後にした。」。

サヴィニーには論敵もいて、それは、テイボーとの法典論争の場面だけにとどまらなかった。とりわけ、ベルリンへのヘーゲルの招聘は、比重を根本的に変えることとなった。彼自身の学部においてさえ、彼の法学派の全面的な指導的主張は、激しく攻撃された。とりわけ、法典問題におけるサヴィニーの立場を、「国民あるいはあらゆる階層に加えられ得る、最大の嘲罵の一つ」と呼んでいた、ヘーゲルの影響によって、サヴィニーの優位が問題視された。ついに、ヘーゲルの弟子であるエデゥアルト・ガンス

(Eduard GANS 一七九七—一八三九) が、憤慨するサヴィニーの抵抗にもかかわらず、ベルリン大学法学部の正教授とされるに至った。ガンスは、歴史学派に対する当てこすり以上のことを、彼の著作で示すだけでなく、学派の中で影響力を行使するサヴィニー独裁官を、毒々しく攻撃し、その独裁官を軽蔑して、「互いに支援し合おうとする努力学派」とも呼んだ。

一連の法律家の中で論敵は、多くはなかった。とりわけ、確かに注目されて良いのは、キールの正教授であった、ヨハン・フリードリッヒ・マルティン・キールフ (Johann Friedrich Martin KIERULFF 一八〇六—一八九四) であり、彼は、歴史学派が実務から隔たっていることを、鋭く賢明に訴えた。

法学生の大絶対数が非常に多くはなかったとしても、博士号を取得することはよくあり、次に教授資格を得る弟子の数は、絶えず増大した。ベルリンのフンボルト大学法学部は、長い間にわたって、ほとんどサヴィニー学派で完全に占められていた。その数が多いために、ベルリンでは正教授とはなり得ない教授資格取得者が、大量にドイツ全土で教職を占めることとなった。カイプ出版社 (Keip Verlag) によって復刻される、各大学に散らばる最も著名な

サヴィニー学派の業績は、歴史学派の影響力を証明する。非常に多数の弟子たち、俯瞰することさえできない法律家の群が、サヴィニーを拠り所としたのである。

サヴィニーの権利侵害論

——サヴィニーにおける「法律関係」としての債務関係と権利侵害としての債務不履行——

成 升鉉

北居 功訳

一. はじめに

ドイツ債務法は、新ドイツ民法典の改革によって現代化された。新債務法の施行により給付障害法の体系も新たな装いを纏った。その改革の中心的な契機は、給付障害の多様な形態に関する諸規則、すなわち、不能、遅滞および積極的契約侵害の調和である。ヨーロッパ連合の基本ライオン(Richtlinie)を契機として、新ドイツ債務法の立法者は、多様なその形態を、給付障害のすべてのケースを包含する一つの共通の概念に包摂することを試みた。新ドイツ給付障害法の新たな中心概念は、「義務違反(Pflichtverletzung)」である。「義務違反」と「債務」不履行(Nichterfüllung)の間での、一つの包括概念の選択をめぐる議論に際して、すでによく知られているように、とり

わけ一連の保護義務違反の類型が、決定的な役割を果たした。ドイツ民法典への「義務違反」概念の採用にとつての積極根拠は、保護義務違反のケースが「不履行」概念によつては把握され得ないことにある⁽¹⁾。

給付障害法の枠内で、法律関係、権利および権利侵害に関するサヴィニーの論究と⁽²⁾、それとフリードリッヒ・モムゼンの論究との関係に関する歴史的な考察は、不履行あるいは不完全履行に基づく債務者の責任に関する法規の欠缺が、サヴィニーの論究、さらにはモムゼンの論究に帰され得るとすれば、モムゼンの論究が民法解釈論の発展において連続性を持ったのか否かの問題に答えるには、いまだ十分ではない。

実際に、モムゼンは「不履行」の概念を、彼の不能、利益および遲滞論における中心概念として用いており、その概念は、不履行のあらゆるケースを包含している。人がサヴィニーの「権利侵害」概念をモムゼンの論究に見いだそうとすれば、人は、従来の研究から大幅に逸れる次のことを確認できることとなる、すなわち、モムゼンはサヴィニーの「権利侵害」を彼の論究における「不履行」概念によつて具体化しようとしたと。

これを起点として、以下では主に、法律関係、権利およ

び権利侵害に関するサヴィニーの論究へと立ち入ることとする。

その成果に基づいて、引き続き、モムゼンの論究とサヴィニーの論究との関係、さらには、債務法の現代化によつてもなお手を付けられないままである、ドイツ民法典第二編の題目「債務関係」とサヴィニーの「債務関係 (Obligation)」概念との関係も、素描されよう。

二. サヴィニーの私法学におけるローマ法源への新たな転回

今日ドイツで用いられている私法体系、すなわち、パンデクテンシステムは、とりわけサヴィニーの業績と、彼によつて創設された「歴史法学派」に帰される、一九世紀パンデクテン法学の知的産物に由来する。

自然法システムの時代は、一八〇〇年頃の私法の領域で、明らかに終わりを告げた。自然法はドイツでは、確かにカントの認識論的、倫理的著作の出現により躍進を遂げたが、自然法の発展にとつて、ローマ法源への新たな展開は妨げとなつた。

この運動の中心に、サヴィニーと彼の学派がいる。ローマ法源へと回帰する新たな手懸かりは、サヴィニーおよび

歴史法学派以前のたいのパンデクテン叙述、たとえば、テイボーとグベドウの叙述は、学説類纂の法秩序から基本的に隔たり、それに代えて理性的秩序を据えようとした自然法解釈論から、なお多くの影響を受けているという意味で、その運動の先行者である。サヴィニーとたいのパンデクテン法学者が継受時代と現代的慣用の時代の文献をそれほど省みないことは、純粹なローマ法源に基づく法学の新たな学問化の試みとして示される。しかしながら、このことは、サヴィニーと彼の学派が「純粹な」ローマ法源への転回によって、私法学の連続性を完全に中断したことまでは意味しない。

彼らの私法学における、確かにローマ法源に直接依拠する法理論的業績は、自然法論の準備作業なくしてはあり得なかつたはずである。⁽⁶⁾ 私法の体系構築に関して確認されるべきなのは、サヴィニーと彼の学派が、彼らが私法の一定の基本概念を自然法論から受け継ぐことによって、自然法論、とりわけハイゼのパンデクテン体系の分析のおよび体系的な方法と密接な関連を有していることである。⁽⁷⁾

体系的な私法解釈論の構築に対する後期パンデクテン法学者達の努力の最も顕著な成果は、とりわけ間断なき概念の抽象による「総則」への到達に存する。すなわち、総則

によって、ドイツ民法典は他の体系起点から際立っている。その「総則」もまた、自然法論に帰されるが、一九世紀のパンデクテン法学により、きわめて高度に促進された。⁽⁸⁾
ローマ法へのサヴィニーおよび「歴史法学派」の転回は、その前任者達との比較で方法的に見れば、私法学の決定的な分岐点を示すのである。

三. サヴィニーにおける債務の不履行は権利侵害か？

1. サヴィニー以前の不履行および不完全履行の素描⁽⁹⁾

要式なき約束の訴求可能性は、自然法論によって初めて承認された。自然法論と前期パンデクテン法論のその承継による、要式なき約束の訴求可能性の一般化、および、為す債務と与える債務との同視は、今日の目から見れば、伝統的な法理論の決定的な変更を示している。さらに、ローマ法に従った契約の多様な区分と法的救済の区別は、多くの観点で、すべての契約が信義に服することにより、さらなる法発展にとつては単純化されたのである。⁽¹⁰⁾

自然法論および前期パンデクテン論にとつて、不履行の際にはまず、債務者が責任を履行しなかつたのか、それとも不完全に履行したのかという事実が問題とされ、次に、不履行についての債務者の帰責、つまり、主観的な構成要

件が問題とされた。

前期パンデクテン論が「不履行または不完全履行」の事に立脚したことは、とりわけ、債務者の裁判上の証明手続、および不完全履行契約の抗弁によって証明される⁽¹¹⁾。

前期パンデクテン論にとって、不履行という事実の客観的考察の試みは、抽象的な法律概念と個別の構成要件に立脚する今日の理論にとつてよりも、僅かな意味しか持たない⁽¹²⁾、というのも、自然法論と前期パンデクテン法学は、責任の効力自体に目を向け、事実関係による法律効果を定めていたためである。自然で適宜な責任の消滅にとつて、前期パンデクテン法論は、まず第一に、債権者の側の履行に異議のないことと、債務者の側での履行としての給付を前提とした。その他の事実関係は履行には至らず、むしろ、普通法上の過失責任をもたらすのである。すなわち、債務者は故意および過失について責任を負うのである。

2. サヴィニーにおける法律関係と債務関係

各人が生きる外的世界を、サヴィニーは自然法学者と違って理解するわけではない。サヴィニーと自然法学者が立脚するのは、人間が外的世界の中心に立ち、その不完全性の故に他人と接触しなければならぬことである。

サヴィニーは自然法学者と同じように、人間の自由を私法の基本価値として据える。ドイツにおける自然法学者、とりわけ、プーフENDORFとヴォルフは、彼らの自然法上の社会事象の基礎に人間の義務を据え、その義務を各人は、生来の理性によって、社会生活と他人との接触において遵守すべきとする。これに対して、サヴィニーはまず、我々を取り巻き我々に浸透する現実生活において、各人に帰属する力 (Macht) を見いだす。この点に、市民社会と法の理解における、私法でのサヴィニー以前の研究とそれ以後の研究との、非常に重要な区別が存する⁽¹³⁾。すなわち、サヴィニー以前の研究は、基本的に、各人が社会に対して負う義務に方向付けられている。これに対して、サヴィニー以後の研究は、自由な存在の共同生活の必須条件と見なされる権利に⁽¹⁵⁾、その権利により各人は、その自然の限界を超えて個人の自由を拡張し、同時に発揮できるのである。

サヴィニーにとつて、この力とは意思が支配する領域を意味する⁽¹⁶⁾。この力をサヴィニーは人の権利 (主観的法)⁽¹⁷⁾ と呼び、それは権限と同義である。サヴィニーによれば、この権利が初めて目に見えるようになるのは、その存在ないしは範囲が疑われないしは争われ、それが裁判所の判決に

よって承認される場合である。

権利の基礎は、サヴィニーによれば法律関係である。人はサヴィニーの意味での「法律関係」のもとで、権利が生み出される法源を理解し得るように思われる。⁽¹⁸⁾ 法律関係はサヴィニーにおいては広義の概念であり、それぞれの権利を基礎づける——これに対して、債務関係は基本的には、債務的法律関係に限定される。

こうした権利と法律関係の理解に基づいて、サヴィニーは、個別の権利に関する判断が真実で説得力を有し得るためには、その判断がまず法律関係の全体的考察に由来すべきと考えた。⁽¹⁹⁾ この考えから、サヴィニーはまず、以下の三つの範疇に区分され得る各人の諸関係を含むすべての理解へと至り、その理解は、それぞれの事実的關係が、権利形態へと高められ得るか否かとは無関係なままである。⁽²⁰⁾ すなわち、第一の範疇はすべて権利の領域に含まれ（所有権）、第二はまったくそれに含まれず（友人関係）、第三は一部がそれに含まれる（婚姻）関係である。⁽²¹⁾

法律関係の本質は、サヴィニーによれば、個人の意思の独立した支配領域として規定される。⁽²²⁾ カント以来、次の見解が法学全体において一般的に流布していた、すなわち、意思支配の対象は主として、個人自身、自由とならない自

然および他人である。カントによれば、人間は自身についての権利を自身で（「個人自身」であって、それは本源的権利として示される⁽²³⁾）有しており、その権利はその誕生と共に、あらゆる法的な行為とは無関係に、各人に本源的に帰属⁽²⁴⁾し、その権利を人間は消滅させることはできない。

カントの論究とは異なって、サヴィニーは、彼の体系構築において第一の対象の導入（個人自身についての権利）を放棄する、というのにも、私法はただ権利の「侵害性」（ないしは「侵害」）だけにかかわり、それは、巨大な自然関連ないしは社会関連における補完を必要とする、不完全な存在としての各人の、自由の拡張に関する支配の対象に向けられ、人と物あるいは他人との特定の関係から初めて生み出され得るためである。⁽²⁵⁾ サヴィニーによれば、「本源的権利」としての個人自身に対する支配は、私法にとつてほとんど必要ではないが、サヴィニーもまた、あらゆる真正な権利の基礎と要件を、人間の「自由」と「平等」という本源的権利に見いだしているのは、カントと同様である。⁽²⁶⁾ この考えに基づいて、サヴィニーは、上述の三つの範疇の二つだけを、自由な意思による支配の対象として彼の論究で強調する。すなわち、自由とならない事物と他人で⁽²⁷⁾あり、それらをサヴィニーは力の拡張の要素と見なし、財

産と呼ぶ⁽³²⁾。両要素により、サヴィニーは、財産法を家族法および相続法から区別する。今日の観点から見れば物権法と債務法に入る財産法にとつて、サヴィニーが前提とするのは、他人の自由を損ねることなく他人に対する支配に存すべき特別な法律関係である⁽³³⁾。サヴィニーにとつて、この法律関係には、とりわけ相互に支え合いさらに発展するために、不完全な存在としての人間の存在自体が、共存すべきとされた⁽³⁴⁾。

各人自身の個人的な力の拡張のための個人意思の独立した支配の領域としての法律関係の本質は、基本的には意思支配の対象によって規定される。

サヴィニーによれば、自由とならない事物は、人間によつて、その全体が支配されるのではなく、一定の空間的限度内でのみ支配される（自由とならない物についての権利）。このことは、他人についても当てはまる⁽³⁵⁾。従つて、他人に対する支配は、他人全部ではなく、その個別の行為のみ関係しなければならぬ⁽³⁶⁾と云う。

他人の個別の行為に対するこうした支配の関係を、サヴィニーは、「債務関係」と呼ぶ⁽³⁷⁾。以下のような理由に基づいて、サヴィニーは、この概念に「obligatio」という当時の慣用表現からの乖離を持ち込もうとする⁽³⁸⁾。すなわち、

「obligatio」概念の使用により、権利概念自体との近似と相違が曖昧とされ、法源の内容への真正な洞察が妨げられる、というのも、その概念はローマ人にはまったく知られておらず、その表現の本来の意義が、その概念を人が債務者の状態に適用しようとすることにより、一方的に制限されるためである⁽³⁹⁾。

行為は、その不可欠なことが債務関係の本質となり、それにより債務関係が物に対する支配から区別されるものと見なされるものであるが、その行為は、各人の自由全体とは対照的に、行為者自身の自由の一部として理解される⁽⁴⁰⁾。

債務関係においては二者が対峙し、その各人は、特定の行動を引き受ける。つまり、一つは債務者の給付に存し、他方は債権者の強制（訴え）に存する⁽⁴¹⁾。債務関係の対象となる行為は、それ特有の表現により、あるいは「給付（Leistung）」あるいは「履行（Erfüllung）」と呼ばれる⁽⁴²⁾。すなわち、前者の表現は、もつぱら、債務者が負担する行動に関係するという。後者は、もつぱら、債務関係によつてもたらされ、その不可欠で確実なことが債務関係の目的と見なされるべき状態に関係するというのである。

3. サヴィニーにおける権利侵害

サヴィニーは、法律関係から生じる権利を自由な存在の共同生活に必須の条件として、私法の体系で強調する一方で、サヴィニーは、他方で、その中で任意にもたらされ作り出され得る各法秩序の障害となる、自由な反作用として、権利侵害の可能性を考えている。⁽⁴⁴⁾ サヴィニーによれば、各権利は侵害の結果、特定の形態をとる。それをサヴィニーは「訴え」(彼にとっては二重の意義を有する概念)と呼ぶ。すなわち、まず訴えは、権利侵害から生じる(実体的)意義(訴権)⁽⁴⁵⁾に、さらには、とりわけ訴訟論に属する訴訟行為の(形式的)意義に存する。⁽⁴⁶⁾

この基本的な理解に基づいて、サヴィニーは、各訴えに際して前提とされる二つの条件を導いている。すなわち、権利それ自体の存在とその侵害である。⁽⁴⁷⁾ それによれば、権利侵害は、権利が欠ければ想定され得ない。権利が欠ければ、権利は訴えの特定の形態をとり得ない。サヴィニーによれば、権利は債務関係から生じるが、訴訟の形態のみ、権利は目に見える形で実現され得るのである。

その保持者が権利について有する、権利の侵害に際しての利益の実現手段としての訴えは、サヴィニーにおいては、権利の貫徹にとつても、権利の障害にとつても意味を持っている。実体的権利から訴訟的訴えへの権利の転換を、サ

ヴィニーは全体的考察のなかで、「権利侵害に対する債務関係の保護手段」として定義する。⁽⁴⁸⁾ 保護手段をめぐる問題は、権利とその侵害があつて初めて提起される。従つて、両構成要件が、訴えにとつて必要なのである。

サヴィニーによれば、債務関係の最も重要な成立原因は、契約と不法行為である。⁽⁴⁹⁾ 不法行為においては、すべての人に対して存在する権利の侵害が問題となるのに対して、債務契約に基づく権利は、原則として特定の個人の行為に係る。⁽⁵⁰⁾ サヴィニーによれば、債務契約における権利侵害は、特別な独自の債務関係の成立へと至るのではなく、権利の本来の内容が新たな形態へと移行するに過ぎない。⁽⁵¹⁾ というのも、契約の本来の内容での訴えの内容と範囲はそれに含まれ、⁽⁵²⁾ 債務関係はその侵害に際して、異なる形で現れるに過ぎないためである。サヴィニーにとっては、契約における権利侵害は、同じ債務の「存続」の下での変容(変態(Metamorphose))⁽⁵³⁾に過ぎないのである。これに対して、不法行為における権利侵害により、人は自身の新たな法律関係に入ることとなる、その権利侵害に基づいて、特定人に対する特定行為についての請求権が成立する。⁽⁵⁴⁾ その範囲は一般に、「我々が相手方に侵害の停止を求める」ことで規定される。⁽⁵⁵⁾ そこにサヴィニーは、債務関係の成立

に関する契約と不法行為との間の区別を認めるのである。

法律関係の本質について、サヴィニーは以下のように述べる。

「しかし、法律関係は有機的性質を有し、その性質は、一部は、その相互に担われ条件付けられる構成要素の関連に、一部は、我々がその関連で主張する進展に、つまり、その成立と展開の仕方に見られる。」

サヴィニーが法律関係に静態的側面と並んで、動態的側面を「有機的性質」によってあてがった、その法律関係の説明は、過失責任論と現実履行優位の原則と関係するが、それらは彼の時代、ほとんどそれ以上の指摘を必要とせず、サヴィニーにおいても、とりわけ「変態」⁽⁵⁸⁾の考えにより、後に債務法で次のように具体化された。⁽⁵⁹⁾すなわち、「債務関係の成立は、二つの異なる形態で現れる。つまり、本来的成立として、あるいは、転換（変態）としてであり、その後者のケースでは、一つの同じ債務関係の存続が（異なる形でのみ）前提とされる」⁽⁶⁰⁾。

サヴィニーによれば、債務関係の転換は、債務関係の存続において現れ得る二つのあり得る変更によってもたらされ得るといふ。⁽⁶¹⁾

A・債務関係が存在する人の変更。

B・債務関係の対象または内容の変更。

対象の変更（毀損あるいは滅失）は、サヴィニーによれば、故意論、過失論、偶然事論、利益論、遅滞論に關係し、それらは権利が侵害される場合である。⁽⁶²⁾

4. サヴィニーにおける既存債務関係での権利侵害としての不履行

後にモムゼンが論文のなかで、過失論に関するその当時の卓越した著作として示唆したハッセの論文との関連で、サヴィニーの「変態」が考察されるなら、提起される問題は、サヴィニーの「変態」論が、彼以前の学者により一般的に承認された過失責任論といかなる関係に立つのかである。

「帰責に由来する過失のみが、刑法のかかわらないところで、ほとんど唯一不法な損害惹起において關係し、その損害惹起とは、それ自体違法であるか (dammum iniuria datum) あるいは、人が自身の債務を完全には履行しないか、その履行を不能とすることで、人が債務に反して行為することに、もたらされる」⁽⁶⁶⁾。

この引用部分で明らかとなるのは、過失責任が早期パンデクテン論でもサヴィニーの下でも、依然として、不履行

にとつての債務者の責任の基本原則として通用していたことである。さらに、サヴィニー自身が「不履行」(「単純にまったく履行されていないこと」という事実関係を、「不履行」(「履行されたが契約に適合していないこと」という事実関係から区別して扱ったという仮説が成り立ち得る。⁽⁶⁷⁾)

遅滞に基づく責任をサヴィニーは、「履行していない債務者にとつて確実に積極的な一定の不利益(利息、責任負担等々)をもたらす関係」と見なしている。⁽⁶⁸⁾ それにより確認されるのは、サヴィニーが基本的には、「不履行」の事実関係では現実履行優位の原則に立脚し、「故意」をそうした事実関係に基づいて、とりわけ遅滞においては債務者の責任にとつての決定的要素として引き出していることである。それにより債権者は遅滞に基づく利息と並んで、遅滞に際してはなお履行をも請求できるのである。遅滞における特殊な要件としての催告は、「不履行」の事実関係を他のたとえば不能から区別するサヴィニーによれば、⁽⁶⁹⁾ 付加的に債務者の責任にとつて必要とされる。

「不履行」のその他の事実関係とサヴィニーが呼ぶのは、債務者の責に帰される不能の意味での偶然事である。⁽⁷⁰⁾ サヴィニーによれば、何時か後の時点で初めて、従つて契約締

結後に生じるべき不能は債務転換論に属し、⁽⁷¹⁾ その結果として債権者は訴えを直接彼が債務の履行に有している利益に向けてもかまわない。それにより、他の「不履行」の事実関係(「遅滞」)に対する不能の特殊性が基礎づけられるのである。

人がサヴィニーは故意と過失を、偶然事と遅滞と並んで、債務関係の本来の対象の最も重要な転換原因と見なすことに立脚するならば、人は、サヴィニー自身は不履行または「不完全履行」の諸ケースに着目し、遅滞と不能とはサヴィニーにとつて不履行の特別な事実関係として示されるとの見解へと至り得る。

債務の対象となる「行為」概念は、そこで、その他「不履行」ケースに関するサヴィニーの見解についての説明を与え得る。サヴィニーにおいて行為は二重の意義を有する、すなわち、一方は債務者側の「給付」であり、他方は債権者側の履行である。

サヴィニーの用語法について認められ得るのは、サヴィニーが法律関係としての債務関係の全体的考察に立脚し、両側面、すなわち、債務者と債権者の側で、行為概念を用いることであつて、彼は意図的に伝統的な「obligatio」概念の使用をやめている、というのも、その「ob-

「ligatio」概念は、ただ債務者の債務しか示さないためである。

そこから明らかとなるのは、サヴィニーが法律関係としての「債務関係」という用語の使用において、両側面、すなわち、債務者の側面と債権者の側面とを考慮しようとし、「履行」の概念は、サヴィニーによれば、基本的にはむしろ債権者の側面とかわりを持つこととなった。

債務関係の自然な消滅原因である履行は、給付というよりはより直接的に、給付の契約適合性に結びつけられている。債務者が債務に基づいて契約に適合して給付したのか否かという問題は、従って、個別の債務関係の全体的考察により決定される。すなわち、債務者の給付は、それが債務関係の目的に適合するときのみ、債務関係を消滅させることになる。そうでなければ、サヴィニーによれば、権利侵害が成立し、それについて債務者は、広義の過失に基づいて責任を負わなければならないのである。

権利侵害からの債務関係の保護の手段は、サヴィニーによれば、不法行為におけるのとは異なって、所有権、地役権、質権に基づく訴えである。さらなる訴えは、他人の行為に向けられた契約、たとえば、消費貸借、売買その他の契約に由来する。

「後者の訴えもそれに属し、それが契約の拒絶された履行に直接向けられているのか、故意、過失、遅滞によってもたらされた本来の契約内容の修正に向けられているのかは、区別されない」。

この引用箇所により、サヴィニーが権利侵害の問題処理に際して、基本的に伝統的な過失責任から逸脱せず、これとの関連での彼の主要な関心が、むしろ権利侵害による債務関係の修正の叙述であったことも、明らかとなる。サヴィニーによれば、債務関係の修正はつねに、故意論、過失論、偶然事論、利益論、遅滞論に関係するのである。

そして、サヴィニーは、「権利侵害」概念を、不法行為にも契約にも区別なく用いている。

四、後の民法論へのサヴィニーの論究の影響

以上のことから確認されるのは、既存の債務関係におけるサヴィニーの権利侵害が、前期パンデクテン論による「不履行」の事実関係と同視されるべきことである。既存の債務関係における権利侵害は、不履行の形態でも、「不完全履行」の形態でも起こり得る。あらゆる不履行は、サヴィニーにとつて、既存債務における権利侵害として示され得るのである。

サヴィニーの論究と後期パンデクテン法学との関係の確認は、従来のサヴィニー論に関する検討からその確認が成り立つ限りでは、次のように言われている。すなわち、「サヴィニーは、不完全履行による加害行為に客観的な構成要件を割り付けることを怠った。彼がそれを、彼の弟子であるモムゼンの体系がそうであるように、一部不能と理解していたか否かは、未解決なままとされなければならぬ。しかしながら、より確実なのは、今日認められている積極的契約侵害の欠缺は、ここにその源を持つ」⁽⁷⁸⁾。

サヴィニーの論究の次に続く時代への影響、とりわけ、自身サヴィニーの二つの業績と重要な関連性を示唆するモムゼンの論究への影響は、ここでは、素描され得るに過ぎない。サヴィニーがモムゼンにとつてこの関連で無条件に決定的影響を与えたか否かはさて置き、⁽⁸⁰⁾ 積極的契約侵害の諸ケースがモムゼンでは「一部不能」⁽⁸¹⁾ によって把握され得るといふ上述の確認の起点は、なお問うに値しよう。

サヴィニーが債務の対象となる行為を、特別な表現で、あるいは債務者側の「給付」、あるいは債権者側の「履行」と呼んでいたように、⁽⁸²⁾ モムゼンも彼の論究において、「債権者の権利は債務の履行にのみかかわる」⁽⁸³⁾ ことを起点とする。

「従って、債務者側の債権者の権利のあらゆる権利侵害は、不履行として表現されなければならない」⁽⁸⁴⁾。

その引用箇所が示すように、モムゼンは原則として、権利が不法行為により、あるいは、責めに帰される債務の全部ないし一部不履行により侵害され得ることを起点とする。⁽⁸⁵⁾ 侵害者あるいは債務者の権利侵害についての責任の処理に關する起点において、サヴィニーとモムゼンの見解には、いかなる相違も見いだされない。

しかし、人がサヴィニーの権利侵害論とモムゼンの不履行論との関係を検討するなら、人がモムゼンの論究に個性を見いだし得るのは、モムゼンが、契約および不法行為の責めに帰される責任にとつての事実関係をそれぞれ区別するために、サヴィニーの責めに帰される権利侵害についての責任の事実関係を不履行と呼んだことである。

従って、モムゼンの論究以降、前期パンデクテン論の「債務違反」およびサヴィニーの「権利侵害」の概念に代わって、むしろより後の法典編纂（ヘッセン草案、バイエルン草案、ザクセン民法典）では、「不履行」概念が使用され、⁽⁸⁶⁾ その概念は、ついには（改正前の）ドイツ民法典に据えられた。

以上の検討成果は、以下の問いへの解答をも与え得る、

すなわち、(改正前の)ドイツ民法典を基礎づけたのは、モムゼンの伝統に倣ったヴィントシャイトの影響に基づいて第一草案に採用されたように、実はより広義の不能の概念であるのか、従って、それは契約上の債務関係における責任に関して、法規欠缺を含んでいたのか、である。

ドイツ民法典第二編の題目「債務関係法 (Recht der Schuldverhältnisse)」に関して、この題目が、法律関係と関連するサヴィニーの「債務関係」概念と、いかなる関係に立つのかが問題となり得る。何故に、ドイツ民法典第二編は、「債務法 (Recht der Obligation oder Obligationsrecht)」と呼ばれないのであろうか。

「債務関係法」という題目の選択に関して、ドイツ民法典第一草案委員会は、明示で次の立場を取った。すなわち、『債務関係法』の表現は、法律家の用語法で債務関係 (Obligation) と呼ばれるのが通常である権利関係に関連する⁽⁸⁷⁾……」。

委員会のこの立場は、ドイツ民法典が「債務関係法」の題目選択によって、サヴィニーの法律関係論、とりわけ債務関係論との解釈史的関連を断絶しようとしたのではなく、債務関係 (Obligation) に関する当時の人々の観念が、債務関係 (Schuldverhältnis) の表現によって修正されな

かったことを確認する。

ドイツ民法典第二編の題目「債務関係法」は、最近の改正によっても変更されなかった。

ドイツ民法典の「債務関係」の下で何が理解され得るかという問題は、今日に至るまで明確に答えられていない。それに関して、ヴィントシャイトは、先の委員会によって受け入れられた一つの提案を行った。すなわち、「債務関係の下で法律は、ある者 (債務者) の他の者 (債権者) に対する債務負担関係 (Verpflichtungsverhältnisse) を理解する。物権に基づく債務負担関係、あるいは、財産給付に向けられていない家族関係に基づく債務負担関係は、債務関係ではない⁽⁸⁸⁾」。

債務的法律関係 (サヴィニーの意味での「債務関係 (Obligatorisches Rechtsverhältnis)」) を「債務関係 (Schuldverhältnis)」の表現で他の法律関係から区別する委員会の関心は、サヴィニーが「債務関係 (Obligation)」概念で債務的法律関係を物権および家族法から区別したサヴィニーの債務関係論に関して、何らの乖離も示すものではない。

しかし、なお問題となるのは、ドイツ民法典が「債務関係」概念の採用により、債務的法律関係の理解の発展にお

ける、一つの転回点を示すのか否かである、というのも、ドイツ民法典は、サヴィニーがそうしたように、債権者の権利にはもはや方向付けられておらず、むしろ、委員会がそうしたように、債権関係の下で債務負担関係が理解されるなら、債務者の債務に方向付けられているようにも見えるからである。

ドイツ民法典がいかなる理解に従い、ドイツ民法典を基礎づけた「債務関係」、「債権」ならびに「不履行」の諸概念が、サヴィニーの法律関係論、権利および権利侵害の解釈として把握され得るのか、という問題が、ここで提起されるべきである。

いかなる意義が今日、サヴィニーの論究に関する歴史的検討に現代の民法解釈論にとって割り振られるべきか、いかなる意義をサヴィニーの私法論は今日私法の統一に向かいつつあるヨーロッパとドイツの私法解釈論にとって有するののかという問題にも、ここでは立ち入ることはできない。⁽⁸⁹⁾しかし、ヨーロッパおよびアメリカに対するサヴィニーの歴史法学派の影響、ならびに、ヨーロッパ私法学にとってのその重要な意義が、起点とされなければならぬであろう。⁽⁹⁰⁾

自身の歴史を知る者のみが、その奴隷とならない機会を

掴む。そして、その歴史を認識する者は、過去の省察と引換に、新たな岸辺に至る自由を手にするのである。

サヴィニーはすでに逝ったが、彼の遺産は今日もお残されている。

- (1) MEDICUS, Grundwissen zum Bürgerlichen Rechts, 5 Aufl., 2002, München, S. 97, Rn. 157a; MEDICUS, Das neue Schuldrecht (bearbeitet von Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendland, 2002, München), Kap. 3, Rn. 3 und Rn. 5.

- (2) サヴィニーの生涯と業績に関しては、最新の次の文献を参照。HÖLZL, Friedrich Carl von Savignys Lehre von der Stellvertretung, Quellen und Forschungen zum Recht und seiner Geschichte, Bd. 8, 2002, Göttingen, S. 29-149.

- (3) BLAUROCK, Culpa-Haftung und nachträgliche Ummöglichkeit, in: Zum deutschen und internationalen Schuldrecht, 1983, Tübingen, S. 56f; EM-MERICH, Das Recht der Leistungsstörungen, 4 Aufl., 1997, S. 4f; WOLLSCHLÄGER, Die Entstehung der Ummöglichkeitslehre, 1970, Köln/Wien, S. 123f.

- (4) THIBAUT, System des Pandektenrechts, 1 Aufl., 1803, Jena.

- (5) DABELOW, System des gesamten heutigen Civil-Rechts, 2 Aufl., 1796, Halle.
- (6) 基本的には以下の文献への叙述に基づく。
 SCHWARZ, Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, ZRG, RA, Bd. 42, 1921, S. 578ff.; COING, Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft, NJW 1979, S. 2018ff.; ders., Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem, in: FS für Caemmerer zum 70. Geburtstag, 1978, Tübingen, S. 25ff., insbes. S. 26-29; KASER, Der römische Anteil am deutschen bürgerlichen Recht, Jus 1967, S. 338f.
- (7) これに関しては SCHWARZ, a. a. O., S. 578ff.; KASER, a. a. O., S. 339. ランズフート時代のハイゼ宛のサウィニーの手紙に、サウィニーとハイゼの関係が認められ得る。これに関しては LENEL, Brief Savignys am Georg Arnold Heise, ZRG, RA, Bd. 36, 1915, S. 96-156.
- (8) サウィニー自身は、個別論からその共通の基礎として役に立つこととなる総則を切り出すという、法制度の体系と概観にとつての必要性を主張してゐた。SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, § 58, S. 386f. これらについては、以下を参照。KASER, a. a. O., S. 339f.; SCHWARZ, a. a. O., S. 583-588. そうした体系化に対する反対者もいた。その例としては、ヘーゲル学派で、その体系において通常の総則を放棄し、総則の前置に反対するエマプアルター・ガンスが挙げられる。GANS, System des römischen Civilrechts im Grundriss, 1827, Berlin, S. 169f. 歴史法学派に対するヘーゲルの答については、同じくは立ち入ることができなから、これに関して、次の文献を参照。PETERS, Generelle und spezielle Aktionen, ZRG, RA, Bd. 32, 1911, S. 180.
- (9) 自然法論と早期パンデクテン論の時代における債務違反についての責任論の展開については、以下を参照。SEONG, Nichterfüllung der Obligation und Sachdadersatz, ターエンストン六号 (二〇〇二年) 二二二-二六三頁。
- (10) SEONG, a. a. O., S. 252-257.
- (11) SEONG, a. a. O., S. 235.
- (12) これに関しては、以下を参照。BRINZ, Pandekten, Bd. 2-2, 2 Aufl., 1882, Erlangen, § 266, S. 250, Nr. 7. ここで、プリンツは、いかなる行動によって債務関係の枠内で故意と過失に人は責任を負いうるのかがただの一度も固有に検討されなかったことを指摘している。
- (13) ブーフエンドルフとヴォルフによる自然法論の普及に関しては、以下を参照。LUIG, Römisches Recht Naturrecht Nationales Recht, 1998, S. 151ff. und 259ff.
- (14) サウィニー以前(早期パンデクテン論)と以後(後期

- パンデクテン論)との時代区分に関して、以下を参照。
- SEONG, a. a. O., S. 288, Fn. 22.
- (15) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 5, §204, S. 1.
- (16) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, §4, S. 7.
- (17) なお問題なのは、サウィニー自身が彼の論究の「主観的 (subjektives Recht)」の概念を優遇したのか否かである。当時の文献に類聚に現れるように、主観的意味での「法」の概念に対するサウィニーの批判から、サウィニーが「主観的 (Recht)」の概念を発展させたことについては、ただ「権利 (Recht)」の概念だけを用いたことなど、過去の印象が成り立っている。SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, §4, S. 6-8.
- (18) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, §4, S. 6-8.
- (19) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, §4, S. 7.
- (20) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, §52, S. 333.
- (21) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, §52, S. 333.
- (22) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, §52, S. 333.
- (23) KANT, Metaphysik der Sitten, Reclam Ausgabe, 1990, Stuttgart, S. 237f.
- (24) 権利の一般的な区分と「生まれの権利」については、以下を参照。KANT, a. a. O., S. 75f.
- (25) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, §53, S. 335f.
- (26) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, §53, S. 336.
- (27) 以下を参照。SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, §53, S. 335.
- (28) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, §53, S. 336.
- (29) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, §52, S. 331. (この見解は、カントの論究でも見いだされる。Kant, a. a. O., S. 236. やはり「カントの法哲学とサウィニーの論究との関連が認められる」とは、同じく、以下を参照。POUND, An Introduction to the Philosophy of Law, 1954, New Haven/London, pp. 119. 後津安徳『私法理論のパラダイム転換と契約理論の再編』(昭和堂・二〇〇一年)。
- (30) Kant, a. a. O., S. 236.
- (31) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, §52, S. 333.

- Rechts, Bd. 1, §53, S. 336.
- (32) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, § 57, S. 380.
- (33) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, §53, S. 339f.
- (34) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, § 52, S. 331f.
- (35) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, §53, S. 338f.
- (36) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, § 53, S. 339.
- (37) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, §53, S. 339; ders., Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, § 2, S. 4.
- (38) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, §3, S. 13f.
- (39) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, § 3, S. 13.
- (40) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, §2, S. 6/8.
- (41) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, § 2, S. 5.
- (42) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, § 2, S. 8.
- (43) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 5, § 204, S. 1f.
- (44) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 5, § 204, S. 1.
- (45) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 5, § 205, S. 5.
- (46) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 5, § 205, S. 5f.
- (47) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 5, § 205, S. 6.
- (48) 彼の定義は彼の業績『現代ロープ法の一部分とつひの債務法』の構成に見らるゝ(SAVIGNY, Obligationenrecht, Bd. 1, § 1, S. 3. 5)のサヴィニーの計画は債務法全体を四章で叙述するつゝにあつた。しかし彼は最初の二章しか実現できなかった。二巻からなる業績は『サヴィニーに就いては彼の八巻からなる業績『現代ロープ法体系』の続編とつひ示される(SAVIGNY, Obligationenrecht, Bd. 1, Vorrede, S. 3)』。債務法の特的な考慮と彼の必要性のことは以下を参照。 SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 8, Vorrede, S. 7-9.

- (48) SAVIGNY, Obligationenrecht, Bd. 2, § 82, S. 293.
- (49) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 5, § 205, S. 4f.
- (50) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, § 59, S. 393; ders., Das Obligationenrecht, Bd. 2, § 82, S. 293.
- (51) SAVIGNY, Obligationenrecht, Bd. 2, § 82, S. 294.
- (52) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, § 59, S. 393; ders., Obligationenrecht, Bd. 2, § 51, S. 1.
- (53) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 5, § 205, S. 5.
- (54) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 5, § 205, S. 5.
- (55) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, § 4, S. 7f.
- (56) ウンターホルツマーは、金銭判決に対する現実履行優位の原則を、サヴィニーの現代ローマ法大系の第一巻と同じ年に現れた彼の著作の脚注で扱っており、それについて以下のように述べている。すなわち、「ローマの要式によるアクチオでは、その要式は、判決を命じる要式部分が金銭に向けられた結果 (Gai. IV, 48) 一定金額のごとく判決が下されなければならなかった (Gai. IV, 52)。従って、

人が言い得るのは、先決訴訟が問題とならないうつの場合では、現金が訴えられたことである。しかし、この制限は我々の今日の訴訟には当てはまらない」。UNTERHOLZER, Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung, Bd. 1, 1840, Leipzig, S. 350, Fn. 168.

- (57) サヴィニーは、現代ローマ法体系で簡潔に法律関係の本質を「姿態」として、たゞそれ、法律関係の生きた表象として定義し (SAVIGNY, Obligationenrecht, Bd. 1, § 59, S. 393f.) それを後に適宜「債務関係の成立の (契約上あるいは不法行為上の) 出現」ならびに債務法における債務関係の本来の対象の転換と関連づけ、それを具体化する (SAVIGNY, Obligationenrecht, Bd. 2, § 51, S. 1ff.)。
- (58) SAVIGNY, Obligationenrecht, Bd. 2, § 51, S. 1ff.
- (59) SAVIGNY, Obligationenrecht, Bd. 2, § 51, S. 1.
- (60) SAVIGNY, Obligationenrecht, Bd. 2, § 51, S. 5.
- (61) SAVIGNY, Obligationenrecht, Bd. 2, § 51, S. 5.
- (62) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, § 59, S. 393.
- (63) MOMMSEN, Die Lehre von der Mora nebst Beiträge zur Lehre von der Culpa, 1855, Braunschweig, Vorwort, S. 6.

- (95) HASSE, Die Culpa des römischen Rechts, 2 Aufl., 1838, Bonn.
- (96) HASSE, a. a. O., S. 63f.
- (97) 早期パンテオクテン論については、以下を参照。
SEONG, a. a. O., S. 236-238.
- (98) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 5, § 239, S. 285.
- (99) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 5, § 239, S. 285.
- (100) SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 5, § 239, S. 285.
- (101) SAVIGNY, Obligationenrecht, Bd. 2, § 51, S. 5 und § 81, S. 284ff.
- (102) SAVIGNY, Obligationenrecht, Bd. 2, § 81, S. 285.
- (103) 「不完全履行」のその他の諸ケースを、サウイニーは彼の業績では扱っていない、というのも、彼は債務法の論述についての彼の計画を、完全には実現できなかったためである。その論述は四章からなる。すなわち、第一章：債務関係の性質、第二章：債務関係の成立、第三章：債務関係の消滅、第四章：侵害からの債務関係の保護である (SAVIGNY, Obligationenrecht, Bd. 1, § 1, S. 3)。後ろ二章は、サウイニーが立ち入っていないままである。しかし、講義案はサウイニーの見解の解明のために援用され得るのであり、現に、ヴェルツヴァインが彼の業績で、サウイニーのヘルリン時代の講義案の分析に基づいて証明した
- ことについては (WÜRTHWEIN, Zur Schadensersatzpflicht wegen Vertragsverletzungen im Gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts, 1990, Berlin, S. 188-191)。ヴェルツヴァインの検討成果によって確認されるべきなのは、サウイニーが責めある不能と遅滞の際の損害賠償責任を、不履行の形態での権利侵害の存在に還元し、こうして債務関係に基づく契約侵害についての責任の一般規則に従わせようとしたことである。
- (104) SAVIGNY, Obligationenrecht, Bd. 2, § 82, S. 294.
- (105) SAVIGNY, Obligationenrecht, Bd. 2, § 82, S. 294.
- (106) SAVIGNY, Obligationenrecht, Bd. 2, § 51, S. 5.
- (107) 広義の権利侵害が、債務法の領域で今日一般化された「債権侵害」概念と同視されるのか否かという問いに対する答えは、こゝではとりわけ、サウイニー自身が「債権」概念を彼の業績で使用する場合 (SAVIGNY, Obligationenrecht, Bd. 2, § 80, S. 276f.) の引用によつて見つけだされるべきである。そこでは、違約罰と主たる契約との関係が対象とされており、その関係はサウイニーによれば、「二通りの仕方で見現れる、すなわち、「重畳的」あるいは「選択的」である。つまり、「選択的なのは、両債権 (beide Forderungen) が併存してではなく、両債権の一方のみが主張され得る場合に、規則となる関係である」 (SAVIGNY, Obligationenrecht, Bd. 2, § 82, S. 277.

傍線部筆知)。

- (17) SAVIGNY, Obligationenrecht, Bd. 2, § 82, S. 293ff.
- (18) WOLLSCHLÄGER, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, S. 145 ff. ノンナンチャーの見解に賛同する (FIKENTSCHER, SCHULDRECHT, 2 Aufl., 1969, S. 199f)°
- (19) MOMMSEN, Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse, 1853, Braunschweig, Vorrede, S. 8.
- (20) WOLLSCHLÄGER, a. a. O., S. 123.
- (21) BLAUROCK, a. a. O., S. 56f.; EMMERICH, a. a. O., S. 4f.
- (22) SAVIGNY, Obligationenrecht, Bd. 1, § 2, S. 8.
- (23) MOMMSEN, Die Lehre von der Mora, a. a. O., § 2, S. 17.
- (24) MOMMSEN, Die Lehre von der Mora, a. a. O., § 2, S. 2, S. 13f. und 16f. モムセンによれば、債務関係の領域への権利侵害としての不履行の原因は、債務者が履行し得なから、あることは、彼が履行しなかつたことによる (MOMMSEN, Die Lehre von der Mora, a. a. O., § 2, S. 17f. insbe. S. 24.)° ノンナンチャー、モムセンが不能と権能のみを区別して、その意味するものは、履行し得ないことのみを区別して、その意味するものは、今日主たる責任の取柄である履行の典型ケースとして法學文献で引用される D. 19. 1. 6. 4 と D. 19. 2. 19. 1 を参照せよ/ 取柄である履行の諸ケースを十分な履行と呼ぶからである (MOMMSEN, Interesse, § 1, S. 10.)° ノンナンチャーの同様の定式化について、注を参照° JAKOBS/SCHUBERT, Die Beratung des bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse, Bd. 1, Berlin/New York, S. 536.
- (25) MOMMSEN, Interesse, § 1, S. 8f.
- (26) ノンナンチャーの「27」の Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogtum Hessen nebst Motiven, 1853, Darmstadt, Erstes Buch, Titel 2, Sechster Abschnitt, Art. 141-143. ノンナンチャーの「27」の Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern, 1861, München, Erstes Buch, Erstes Hauptstück, Art. 4. ノンナンチャーの「27」の Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen, 1863, Leipzig, Dritter Theil, § 662. ノンナンチャーの「27」の Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Preußen, 1866, Dresden.
- (27) JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O., S. 40. ノンナンチャーの「27」の Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Preußen, 1866, Dresden.

tion)」の概念を選択した。理由書には、その債務関係に
関する当時の人々の見解が窺われる。すなわち、「草案は
債務関係の概念に関して、その下で少なくとも二人の特定
人の間の法的関係が理解される限りで、古い立法とも近時
の立法とも一致してゐる」(Motive, S. 2)。

(88) JAKOBS/SCHUBERT, a. a. O., S. 41.

(89) ZIMMERMANN, Savignys Vermächtnis - Rechts-
geschichte, Rechtsvergleichung und die Begründung
einer Europäischen Rechtswissenschaft -, 1998, Tübin-
gen-Hagelloch (= JBl 1998, 273-293).

(90) フランス語の「以下を参照」は、BÜRGE, Aus-
strahlung der historischen Schule in Frankreich,
ZEuP 1997, S. 643-653. アメリカ、イングランド、イタ
リア、オランダ、スウェーデンおよびスイスについては、
以下を参照。ZIMMERMANN, a. a. O., S. 16f.

【後記】 筆者は、その研究について配慮の行き届いた指導
をしていただいている、尊敬するビュルゲ教授に心から
感謝申し上げます。また、ドイツでの私の研究活動を支
援していただいているフリードリッヒ・エーベルト奨学
基金と、ご支援をいただいている同基金のホロナ女史に
も、心からお礼を申し上げます。最後に、韓国での大学

在学以来の恩師である、韓国忠南大学の徐敏教授にも、
そのご指導に対して、心からの感謝を申し上げる次第で
す。

ドイツ受領遅滞論の淵源

——なぜ「受領は権利であつて義務ではない」のか？——

北居 功

一 ドイツ受領遅滞制度の特異性？

ドイツ民法典二九三条以下に定められた、いわゆる「受領遅滞制度」は、本年二〇〇二年に施行された「ドイツ債務法の現代化」と呼ばれるドイツ民法典の大幅な改正に際して、原則としてその改正の対象とはならなかった。すでに、今からちょうど十年前の一九九二年に公表された「ドイツ債務法改正委員会草案」において、受領遅滞の改正に関して、その必要は認められていなかったが、その基本姿勢が今回の現代化の際にも貫かれたと評することができよう。

もつとも、ドイツの受領遅滞制度は、比較法的に見て、いささか特異に映るのも事実である。とりわけ、「受領」という債権者の行為を権利と措定して、債務者の債務と対置する制度構造から出発した制度であると見ると、そ

うした議論は、たとえばフランス法等には見いだされない特異な議論である。⁽²⁾ いわゆる、「受領は権利であつて義務ではない」とのテーゼ——本稿では、これを「権利テーゼ」と呼ぶ——がドイツ受領遅滞制度を特徴づけるとの理解は、少なくとも我が国での従来から一般的な見解であるということができよう。⁽³⁾ 事実、我が国の受領遅滞論でも、四一三条の解釈をめぐる、この権利テーゼを基礎に据えるいわゆる法定責任説が、従来から通説といわれているのである。

もちろん、今日のドイツ受領遅滞をめぐる議論状況には、こうした権利テーゼを措定する見解の克服を目指す方向もある。いわゆる「不真正債務」論は、債権者の受領義務を債務者の「真正債務 (Obliegenheit)」と理解し、ことさらに権利テーゼを援用することはない。⁽⁴⁾ また、ドイツの判例および学説は、債権者の広範な協力義務を認めてきたのであり、債権者の受領および協力を権利と措定していた、古典的な権利テーゼとは明らかな相違を示している。⁽⁵⁾ こうした背景から、ドイツ債務法改正委員会が受領遅滞に関して提案した、以下の基本的な方向性が理解されるべきである。

「今日の法状況を確認する成果に關して、当委員会はとりわけ、以下の主要問題のもとに立ち至った。すなわち、債権者の不真正債務をその遵守が同時に真正債務となるという意味で修正するのが適切か否かである。もちろん、債権者は個別の協力行為の実行について義務を負うこともあり得る。それでも、そうした債務は一般的には、債務法総則に位置づけられない。むしろ、そうした——第一義的には解釈によって導かれるべき——ケースにとつては、債権者遅滞の法律効果を債務者遅滞の法律効果と重畳することで、事足りるのである。」

このように、ドイツの受領遅滞制度は、債務者の一般的履行遅滞とは区別される特質を持ち、それにさらに債権者の協力義務に關する履行遅滞制度が重畳される、非常に複雑な制度内容となっている。これに対して、たとえば、フランス法は受領遅滞に關しては本質的に供託を予定するに過ぎず、その他の広範な領域をすべて債権者の受領ないしは協力義務がカヴァーする。⁽⁶⁾ また、近時のモデル立法である「ヨーロッパ契約法原則」は、供託制度を特別に予定する他は、すべて両当事者の協力義務に債権者の受領ないし協力義務を包含しており、その義務違反は債務者の債務不履行と異なる⁽⁷⁾ ところはない。事実、ヨーロッパ契約法原則一・二〇二条は、「各当事者

は他方当事者に対して、契約を完全に実効的にするために、協力する義務を負う」と定め、その条文が予定する一例(説例四)として、商品を提供した売主に対して、買主がその受領を拒否する事例を挙げているのである。⁽⁸⁾

こうした例からも明らかのように、供託制度——事実、ドイツ法においても、供託は受領遅滞制度ではなく債務消滅原因として独自に規定されている——に対する手当は別として、債権者の受領遅滞を固有に債務不履行とは別個の独自の制度として取り扱うのは、ドイツ法を特徴づける一つの特異性と映る。では、なぜそうしたドイツ法の特異性は生じたのであろうか。これが、本研究のテーマである。そして、その特異性は、一九世紀のドイツ法の泰斗サヴィニーの私法学に由来するように映る。

二 サヴィニーの権利の体系

ヘルムート・コイニングは、サヴィニーの私法体系を特徴づける中心概念の一つとして「権利」概念を据え、サヴィニーの体系の基本を、以下のように説明する。⁽⁹⁾

「実定法においては、個別の法原則と、その個別の法原則が含まれる、基礎となる法制度、たとえば、婚姻制度、契約制度、所有権制度等々が区別される。個別の法原

則は、こうした法制度から説明される。生きている法、すなわち、『活動している法』とは、権利主体間に存在する数多くの個別の法律関係として把握される。その法律関係は、双方向的な権利を内容とする。そうした権利は、本質的には、人間の行為、とりわけ、法律行為、なかでも契約、あるいは権利侵害から成立する。こうした体系は、一八世紀の自然法の体系化から大きな要素を受け継いでいるが、それを超えて、一つの『内的な』体系を展開しようとしている。中心概念は、自由の概念である、すなわち、権利は、個人の倫理的な人格が発展できる自由な領域として理解されるのである。」

サヴィニー自身は、権利について、以下のように説明する。⁽¹⁰⁾なお、ここでは、権利の観点を基礎として眺めるため、法律関係 (Rechtsverhältnis) をも、「権利関係」と訳出してみた。

「我々が、法状態を、それが我々を現実の生活の中であらゆる側から取り巻き、浸透するままに眺めるなら、我々にとつて、そこにまず、個々人に帰属する力が現れる。すなわち、各人の意思が支配し、我々の同意を持つて支配する一つの領域である。この力を、我々はその人の権利と呼び、それは権限と同義である。つまり、多くの者は、それを、主観的意味での法と呼ぶ。そうした権利が、とりわけ目に見える形で現れるのは、それが疑わ

れあるいは争われる場合であり、そして、その存在と範囲が、裁判所の判決によって承認される場合である。ただより正確な考察で我々が確信するのは、判決のその論理的な形式が、偶然の要請によってのみ呼び起こされ、それは事柄の本質を波み尽くしておらず、むしろ、それ自体より深遠な基礎を必要とすることである。この基礎を、今や我々は、権利関係に見いだすのであり、それぞれの個別の権利は、抽象によって析出される固有の権利関係の側面でしかない結果、個別の権利に関する判決自体も、それが権利関係の全体の通念に由来する限りでのみ、真実であり説得力を有し得るに過ぎない。」

では、この各人の意思が支配する領域とは、何を意味するのであろうか。この点について、サヴィニーは、自由の概念を援用することとなる。⁽¹¹⁾

「人間は外界の中に立つが、その周囲の状況の中で最も重要な要素は、人間にとつてその性質と決定によって同等である他人との接触である。今、そうした接触で、自由な存在が、互いに助け合い、妨げず、その発展の中で共存すべきとすれば、このことは、その範囲内で存在と各人の効能が、安定した自由な領域を得る、目に見えない境界の承認によってのみ可能である。それによりその境界が定められ、その境界により自由な領域が定められるその規則こそが、法である。それによって、同時に、

法と倫理との間の相似と差異が与えられる。法は倫理に奉仕するが、それは、法が倫理の規律を実現することによるのではなく、むしろ、法が、各人の意思に内在する力の、自由な発揮を確保することによる。そして、法の存在は独自であり、個別のケースで現実存在する権利の反論的行使の可能性が主張されるとしても、それをめぐっていかなる矛盾も存在しないのである。」

このようにして、各人の自由な領域を確保する境界こそが、サヴィニーにとっての「権利」であり、この領域の中では、各人が自由に、自律的に行為することができることとなる。その意味で、コイニングは、サヴィニーの私法体系の「基本要素」が、まさに権利であることを指摘するのである。⁽¹²⁾そして、たとえば、この「権利」概念が、人を権利能力と把握し、訴権 (actio) を権利の一変容形態として理解するサヴィニーにとって貫徹されていることは、サヴィニーの体系が「権利」に基づく体系であることを、まさに意味することとなる⁽¹³⁾。事実、サヴィニーの訴権論は、権利論との関係で、次のように説かれている⁽¹⁴⁾。

「我々がある権利をその侵害との固有の関係で考察することにより、権利は我々には、一つの新たな形態、すなわち、防御の状況で現れる。一部には侵害、一部にはそ

の侵害に対して定められる対処法は、権利自体の内容と存在にある反応をもたらし、このようにして権利自体に成立する一連の変更を、私は、訴権 (Actionrecht) の名称のもとで総括する。」

このようにして、サヴィニーの私法体系を「権利の体系」として理解する視点を基礎に据えることで、受領遅滞論をも読み解く可能性が生じることとなるように思われる。

三 モムゼンによる受領遅滞論の転換

フリードリッヒ・モムゼンは、一九世紀の中葉、その有名な三部作「不能論」、「利益論」および「遅滞論」で、ドイツの給付障害法の基礎を形作ったことで有名である。彼は、サヴィニーの弟子であり、そのことを誇らしく喧伝することからも明らかのように、サヴィニーとは密接な学問的継承関係にあることが伺われる⁽¹⁵⁾。事実、モムゼンが、サヴィニーの権利概念を正確に承継していることは、以下の叙述に明らかになるであろう⁽¹⁶⁾。

「権利は、各人の意思に、その範囲内で、その意思がその支配を行使してかまわないとの領域を割り当てる。権利が人の外部関係を規制する目的を有するように、個々

人の支配領域を、その関係で互いに区画することこそ、まさに権利の主要な任務である。権利によって引かれた境界は、移行し得る。ある者の支配領域に属する目的物が、他人の支配領域にあるというケースが現れ得る。そのようなケースが現れるときには、正しい境界が仕上げられなければならない。権利の性質において基礎づけられる法的強制の任務は、これを実現することにある、というのも、権利に反して拡張された支配領域は、権利に対応するその境界に引き戻され、このようにして、ある者の不当な支配が奪った物は、権利者に割り当てられることとなる。」

このような、サヴィニーとモムゼンの学問的継承関係は、具体的に、受領遅滞論にも現れるように映る。モムゼンが現れる以前の、普通法学における受領遅滞論は、債務者の履行遅滞と債権者の受領遅滞との「シンメトリー」に端的に示される。たとえば、テイボーは次のように述べている。⁽¹⁷⁾

「責任が適時に履行されない場合、それは遅滞と呼ばれる。そうした遅滞は、一部は適時に履行しない債務者の側で (mora solvendi)、一部は物を適時に受領しようとしていない債権者の側で (mora accipiendi) 生じる。」

そのうえで、テイボーは、「債権者は約束された物を給

付させる義務を負う」として、債権者の受領義務を認めている。⁽¹⁸⁾ ヴォルフもまた、ローマ法の遅滞論を、帰責性要件を必要としない客観的遅滞と、その要件を必要とする主観的遅滞とに峻別すると共に、それぞれを債務者の履行遅滞と債権者の受領遅滞に当てはめることで、複雑な遅滞規定の整理を試みた。明らかに、債務者の遅滞と債権者の遅滞のシンメトリーを認めただけで、債権者の受領義務を前提にした、債権者の主観的遅滞を基礎づけることを試みているのである。⁽¹⁹⁾

こうした従来の債権者遅滞に関する債務不履行構成、ひいては債務者遅滞と債権者遅滞とのシンメトリー論に對して、モムゼンは、端的に、以下のような問題提起を行う。⁽²⁰⁾

「債務者の遅滞は、その創設に際して、権利侵害、すなわち、債務の適時の履行に対する債権者の権利の侵害を前提とし、確かに、この権利侵害は、債務者の責めに帰されなければならない。まったく事情が異なるのは、債権者の遅滞である。確かに、債権者が債務を実現しようとはしないとの事情だけでは、遅滞の創設にとって十分ではない。債権者の意思は外部に表明されなければならない。しかし、帰責性は、ここでは原則として排斥される、というのも、債権者には受領する義務は課されず、

従つて、受領の拒絶によつて、債務者のいかなる権利も侵害されてはいないからである。」

この一般的見解を、モムゼンは、以下のように詳述する。⁽²¹⁾

「遅滞に関する近時の学説は、給付の受領が債権者の帰責性にその原因を持たなければならぬとの見解である。この見解が前提とするのは、債権者側の受領の拒絶により、債権者（としての債務者）の権利が侵害されることにある、というのも、帰責性は、それが権利侵害に表明される限りでのみ、法的効力を有するからである。従つて、実際に、債権者の遅滞に過失による給付の不受領が必要とされるべきであれば、債務者には、債権者に対して、債務の対象の受領を求める権利が認められなければならない。しかし、こうした権利は、私見によれば、一般に承認され得ない。

債権者は、債務関係によつて、債務者が履行について義務を負うようには、受領について義務を負うわけではない。むしろ、彼にとつて、債務関係が彼に許す支配を彼自身行使しようとするも否も自由である。まさにその故に、債務者には受領を強制する何らの訴えも与えられない。むしろ、彼は、債権者の遅延が彼にとつて有し得る不利益に対して、他の手段によつて保護されるのである。

こうして、債権者の遅滞の要件に帰責性が含まれるとの見解は、承認され得ないであろう。それにもかかわらず、

ここでも、主観的要素は欠けないように思われる、というのも、提供された給付の不受領は、遅滞が債権者の意思にその原因を有するときにのみ、債権者の遅滞を根拠づけるのに相応しいためである。

従つて、債権者の遅滞の創設には、一方で、債務者側の提供と、他方で、債権者の意思にその原因を有する不受領が含まれる。しかしながら、債務者の遅滞が例外的に催告なく生じるように、債権者の遅滞も例外的に提供なく創設され得る。それでも、この場合であっても、まさに上述の主観的要素、すなわち、履行の遅延が債権者の意思に原因として帰されることは、欠けないように思われるであろう。

以上により、債権者の遅滞は、債権者側の履行の意思的遅延と呼ぶことができる。」

このように、モムゼンによれば、債務者の履行遅滞は債権者の履行を求めることができる権利を侵害する行為として把握されるのに対して、債権者の受領遅滞は、債務者が債権者に対してそもそも受領を強制できる権利を有しないため、権利侵害と構成できないとされる。実際に、モムゼンは、債務者が債権者に対して権利を有しないことを、自明の如く扱い、その理由を詳述してはいない。しかし、債権者が債務者に対して権利を有する以上、

その反射として、債務者が債権者に対して義務だけを負うに過ぎないことは、権利と義務の対応関係から、当然のことと理解されたものと推測される。つまり、債権者が債務者に対して権利のみを有する関係こそが債務関係なのであり、ここにはサヴィニーの展開する権利概念に基づく法律関係の理解が貫徹されているように映るのである。

四 ドイツ近代立法の一瞥

ここで、モムゼン理論が、一九世紀当時のドイツの各近代立法にいかなる影響を及ぼしたのかを一瞥してみよう。まず、ヘッセン草案は、二四六条に債権者遅滞に関する以下のような規定を置いている。

ヘッセン草案二四六条

債権者遅滞に陥るのは、債権者に、債務者またはその同意または承認を得て有効な給付を行うことができる第三者によって、責任の対象が債務に適って提供され、彼が正当な理由なくその履行の受領を拒絶する場合、あるいは、彼が正当な理由なく定められた期日に定められた場所、自身または受領権限ある代理人によって債務者によって準備された債務に適った給付の受領のために赴かなかった場合である。

債務者が自身で有効に給付できず、あるいは、債権者自身に有効に給付され得ない場合、提供は債務者の必要な代理人によって行われ、あるいは、債権者の必要な代理人向けられなければならない。

その理由書では、債権者の遅滞と債務者の遅滞との並列関係が、催告と提供との対比で論じられ、一方で、債務者が完全な提供を行うこと、他方で、債権者が正当な原因で遅滞を免れることが説明される。とりわけ、後者の理由として、「債権者の義務の履行が問題となる場合には、債権者には当然に、債務者も同じ状況で援用できるのと同じ免責理由が利用できる」ことが挙げられており、古典的な債権者遅滞論が明確に刻印されている。²²⁾

バイエルン草案は、以下のような規定を債権者遅滞に關して置いている。

バイエルン草案一二八条

債権者が遅滞に陥るのは、以下の場合である。

一) 彼が正当な理由なく彼に完全に提供された給付を受領することを拒絶し、あるいは、債務者がそれなくしては履行できない債権者が負担する準備行為の遂行を拒絶する場合。

二) 彼がその他履行を正当な理由なく妨げる場合。

バイエルン草案理由書は、「債権者もまた、給付が債務

に適って給付できる者によって提供される場合には、給付の遂行を適時に行わせることに拘束される」とし、債務者の履行遅滞とパラレルに、債権者の受領遅滞を把握するよう(23)に見える。

ザクセン民法典は、受領遅滞に関して以下の定めをおいている。

ザクセン民法典七四六条

権利者が遅滞に陥るのは、債務者または債務者の名前で履行できる他人が、債権者、あるいは法定代理人、あるいはそれを委託された者、あるいは彼によって締結された法律行為に関する事務管理者に対して、即時の履行を提供し、その提供が正当な理由なく受領されなかった場合である。

この草案の立法理由について、理由書は以下のように述べている。すなわち、「(草案)七四五条(法典七四六条)の意味での不受領として、給付を受領しようとしめない旨の表示も見なされるべきである。その際に言及されるべきなのは、その履行に債権者のいかなる協力も、単なる受領さえも必要ではない債務、たとえば、不作為に向けられた債務においては、いかなる債権者遅滞もあり得ず、むしろ積極的な妨害だけがあり得ることである」(24)。この債権者遅滞に関する固有の理由付けだけからは、ザクセン民法典の規

定方針は必ずしも明らかとはならない。しかし、債務者遅滞に関する理由書は、ヴォルフの客観的および主観的遅滞論への峻別論を徹底的に批判することから始め、とりわけ、履行遅滞に関する草案七五七条に関する理由付けとして、債務者側の履行の不作為および債務者側の帰責性の証明責任が債務者にあることを明言することから、やはり、ザクセン民法典においても、なお古典的な債務者遅滞と債権者遅滞の併置論が維持されているように映る。ただし、「給付を受領しようとしめない旨の表示」もまた債権者遅滞を基礎づけるとの言及に、モムゼン理論の刻印を見いだすこともあながち不当ではないかもしれない。しかし、モムゼン理論が鮮明に影響を与えるのは、むしろドレスデン草案に對してである。

ドレスデン草案は、その三〇六条に債権者遅滞の一般規定を定める。

ドレスデン草案三〇六条

債権者が遅滞に陥るのは、彼または給付の受領を委託された者に、債務者または債務者の名前で履行できる第三者によって、責任に適って給付が提供され、彼または受領を委託された者が、その受領を正当な理由なく拒絶する場合である。債権者が処分能力を有しない場合には、給付の提供はその法

定代理人に対して行われなければならない。

債権者の免責原因について、本質的には、元來提案された規定とこの最終的に確定された規定との間に大きな差異は存在しないが、債権者遅滞の意義をめぐって、議論が戦わされた経緯は看過されるべきではないであろう。第一読会において、この条文には最後に「債権者またはその代理人が、予め債務者に対して彼が給付を受領しないであろうことを表示した場合には、提供を要しない」との文言が挿入された（第一読会決議草案二八五条、一八六五年草案三二一条）。第三読会で、まさにこの挿入された文言の削除提案として、次のことが主張された。⁽²⁷⁾

「本条文は第一文で債権者の遅滞の客観的な要件として、一方で債務者側の完全な提供、他方で債権者側のその提供の不受領を定立し、それに主観的要件として付加するのは、債権者側の不受領が、近時主張されているようにその帰責性にはその原因を持たないものの、正当な理由なく、つまり意思的に行われなければならないことである。従って、債権者遅滞の承認にとっての本質的な要件として述べられているのは、履行の遅延がその原因を、ただ債権者の意思にのみ有することである。……しかし、債務者の準備に含まれるのは、履行についての彼の意思が存在したことだけではなく、彼が即座に履行できるために必要なすべつてのことは行ったことであ

り、従って、債務者の側で即時の履行に何らの障害もないことも求められている。そのことと、三二一条の最後の文の規定は、提案者にとっては一致しないように映る、というのも、その規定は、個別の近時の法律家の見解に従って、債権者が債務者の予めの提供なくとも、彼が給付を受領しないであろうことを予め表明するときに、すでに債権者の遅滞を生じたものと認めるためである。それを支持して主張されるのは、債権者はその表示によって、提供を予め無益なものとしたことである。ただすでに指摘されたように、遅滞はその要件を債権者の側にだけ有するのではなく、その本質的に客観的な要件は、履行についての債務者の準備に存する、というのも、債務者が彼の側で履行について実際に準備していなかった限り、債権者の意思のみが遅延を妨げたのか否かは、つねに不確実なままとなるためである。予め伝えられた受領しないであろう旨の債権者の表示の結果、履行を準備しない債務者は彼が期限にあるいは催告時にすぐに履行しないときにも免責され、彼の側の遅滞は排斥されなければならないであろう。ただ債権者の遅滞もまた、債務者の履行の準備が欠けるときには、認められ得ない。予め伝えられた不受領の表示に、それが提供後に行われたときよりもさらに大きな効果が付与されるというのは一貫しないように思われる、というのも、後者の場合には、債権者は不受領によって、提供が完全に行われるときだけ、つまり、債務者が彼の側で債務に適った即時

に履行のために必要なすべてのことを行ったときにだけ、遅滞に陥るためである。これに対して、前者の場合に債務者がその都度履行の準備をすることなく彼が遅滞に陥ることとなるのであり、これは、債務者が適時にまったく履行し得なかつたはずの場合であつてさへ、債権者自身が遅滞に陥るといふ、特徴的な結果へと至ることとなり得る。さらに、遅滞の開始時点に基づいて重大な疑義が成立するに違いないように思われる、なぜなら、遅滞は、債権者に有効になおまったく提供され得ない時点で行われ得る予めの不受領の時点からは考慮され得ないはずだからであり、もしそうでなければ、効果に基づいて法外なこととなるであろう。従つて、他でも何度も異論が挟まれたこの新しい理論を法律に採用せず、三二一条の最後の文を削除するあらゆる理由を人は有することとならう。……」

ここで主張された削除提案は、債権者が予め受領を拒否していた場合に提供なき受領遅滞を認めるべきではないとの趣旨であり、委員会自体はこの趣旨を汲むと同時に、そうした場合には現実の提供を不要とすることとして、ドレスデン草案三〇七条にその趣旨が盛り込まれることとなつた。

ここで重要なのは、提供の手續の問題ではなく、この問題の前提として、この提案者が債権者の受領遅滞の発生に

ついて、債権者の意思を要件とすることを前提としていることである。この点について、他に議論は見あたらず、そのこと自体に対する反論もないことからすれば、ドレスデン草案は、まさにモムゼンの受領遅滞理論を採用したこととなるであろう。事実、ドレスデン草案の審議委員の一人であり、ドイツ民法典の債務法の部分草案の起草者であるフランツ・フィリップ・フォン・キューベルは、その部分草案理由書の中で、次のように記述しているのである。⁽²⁸⁾

「ドレスデン委員会では、許される免責理由の性質と範囲に関して、明言されなかった。それでも、モムゼンの理論が審議に際して支配的であつたように思われ、それによれば、単に意思的な債権者の態度、あるいは債権者による給付の理由のない意思的な拒絶ないし妨害だけが、債権者遅滞の要件として理解されていた。」

ドレスデン草案とヘッセン・バイエルン草案およびザクセン民法典とは、債権者遅滞の一般規定において、本質的な差異が文言上は見いだされないが、受領遅滞を妨げる債権者の「正当な理由」の解釈に差異が見いだされることとなる。つまり、明らかにヘッセン・バイエルン両草案、さらにはザクセン民法典では、それが債権者側の帰責性（広義の過失）がないことを意味するのに対して、ドレスデン

草案では債権者が受領を拒否する意思を持たなかったこととなるのである。モムゼン理論は、少なくとも、ドレスデン草案に大きな影響を与えたことが明らかとなるであろう。すなわち、モムゼンの受領遲滞理論は、具体的な立法にも影響を与える程度に、当時注目されていた事実は、看過されるべきではないのである。

五 コーラーの権利テーゼ

ドイツの受領遲滞論を特徴づけてきた「権利テーゼ」の提唱者は、ヨゼフ・コーラーである。彼の権利テーゼにかかわる主張を、訳出してみよう。⁽²⁹⁾

「事実、債権者の協力義務に関するすべての見解は、債務法論における根本的な誤謬の一つである。債権者は、給付を受領する義務を負うのではなく、受領とは権利であり、権利でしかなく、何ら義務ではない。受領は、財産の他のすべての利用と同じ段階にある。私は、私に弁済しようとする私の債務者を拒絶できるのであり、私が私の金銭を通りの公衆に向けて投げ放つことができるのとまったく同じである。私は、賃貸契約を九年にわたって締結していたとしても、私の借りに住居に入居する義務を負わないのであり、私自身の家に住む義務を負わないのと同じである。私は、私の仕立屋に対して、我々が互いに契約していたとしても、私の上着を送る義

務を負わない。私は、バイオリン奏者を高い金銭で雇ったとしても、彼の演奏を聴く義務を負うことはない。私は、歯科医あるいは外科医に遠くから来てもらったとしても、私の歯を抜かせ、あるいは私の手術をさせる義務を負うことはない。従って、給付についての債権者の協力は、それがいかなる形態をとるとしても、権利であって、義務ではない。債権者の協力は権利であり、その行使について債権者は、その圧倒的な数のケースで、彼自身の利益を考慮して自ら動きをとるであろうから、その結果、債務者は、確かに現実には、その協力を当てるにできる。しかし、その協力は、債務者が権利を有し、債権者が強制に基づいて促され得る、いかなる債権者の義務でもないのである。債権者に受領を強制することは、すなわち、彼にとって彼の利益の監視のために、彼の財産の利用のために、彼の有する財産の活用のために、後見人を置くことである。むしろ、給付を受領することは、単に債権者の権利でしかなく、彼にとつて現れる利用を彼の財産から引き出すことが彼の権利であるのと同じことである。彼が何らかの理由でそうしなければ、それが錯誤に由来しようと、気まぐれあるいは軽率、経験不足に由来しようと、あるいは、彼が事情によって現実に妨げられたのであろうと、いずれにせよ、そのことは、彼の事柄であり彼の損害である。従って、実際にもそのようなことになる。いかなる理由でも、彼がその財産を遊ばせたままとするなら、彼は損害を被る。彼が給付を受

領しないのが気まぐれであろうと、あるいは、彼に歯科医のペンチが迫っているなら、迫りくる苦痛への不安であろうと、あるいは、彼が病気で意識を失って寝込み、または敵の捕虜となつて苦しむのであろうと、いずれにせよ、彼はその損害を負担する——成果のないままに彼の傍らを通り過ぎるチャンスは、彼がいかなる理由であろうとその機会を取り損ねるなら、そのまま通り過ぎてしまふのである。従つて、債権者の義務違反と権利侵害は、不受領の場合に問題とならず、また、故意あるいは過失によるその義務違反の性格決定も、ケースの諸事情による帰責性の評価も問題とはならない。すべては、我々の関係においては考慮されない範疇の事柄なのである。」

ここには、「権利テーゼ」に基づくコーラーの受領遅滞論の核心が、すべて端的に示されている。債権者の受領、ひいては給付への協力行為とは、債権者の権利であつて何らの義務ではない。従つて、債権者が自身の財産権をいかに利用しようと放置しようと自由であることと同列なのであり、自身の財産権の放置から生じる不利益は、その理由がいかなるものであろうと、彼自身が負担することとなるにすぎない。結局、債権者の受領遅滞とは、債権者の権利の不行使の問題であり、債権者の不受領の理由如何を問わず、そこから派生する不利益は債権者が負担すべきことと

なるのである。

コーラーの権利テーゼは、債権者の受領義務を認めるそれ以前の理論と実務を批判するきわめて単純ではあるものの、すぐれて「受領＝権利」という概念的な一貫性に則つた理論を、ドイツの受領遅滞論に与えたのである。⁽³⁰⁾ いうまでもなく、この権利テーゼの端緒は、すでにモムゼンの理論に見いだされる。事実、コーラーは、次のように述べているのである。⁽³¹⁾

「……遅滞論に関するモムゼンの業績の最大の功績のなかで、なканずく過小評価されてはならないのは、債権者が受領について義務を負うのではないことを、躊躇なく強調したことにある。」

モムゼンによつて開かれた、債権者の権利不行使構成としての受領遅滞論は、コーラーによつて純化され、完成されたと評することができるものと思われる。

六 再び、権利の体系へ

コーラーの「権利テーゼ」は、必ずしもドイツ民法典の制定過程を支配していたわけではない。しかし、債務不履行構成を採用した部分草案から、審議を経て成立したドイツ民法典上の受領遅滞制度は、コーラー自身が「立法の勝

利」と評するほどに⁽³²⁾、「権利テーゼ」によって理論構築され得る諸規定からなることとなった。この詳細な成立過程や規定内容に立ち入ることは、もはや本稿の目的ではない。ドイツ民法典の受領遲滞制度が「権利テーゼ」によって理論化され得ること、そして、実際に「権利テーゼ」が、その後、ドイツ受領遲滞制度の理論的基礎を提供し続けたことが確認されれば足りるのである。⁽³³⁾

以上の考察から明らかとなるのは、ドイツ民法典上の受領遲滞制度が、なぜドイツ法に特有な制度となり得たのかという問いに対する、一つの解答である。すなわち、サヴィニーによって発案された「権利概念による普通法の体系化」が、その弟子であるモムゼンによって受領遲滞に応用され、コーラーがそのモムゼン理論を「権利テーゼ」へと純化した経緯自体が、まさにその解答を提示しているのである。では、サヴィニーのもとでの「権利概念による普通法の体系化」とは、ドイツ法をその他の法圏から区別し、ドイツ法を特徴づけるに足る私法体系といえるのであろうか。

この点について、近時、筏津教授の研究が、きわめて示唆的な見解を提示する。筏津教授によれば、近世以降のヨーロッパ大陸法の私法を特徴づける体系化は、プーフエン

ドルフによる「義務の体系」と、カントおよびそれを実定法へと応用するサヴィニーによる「権利の体系」の対比に特徴的に現れるという。プーフエンドルフの私法体系の特徴は、社会や共同体内部での構成員間の義務づけを基礎とする「他律的意思」に基づいて、各人の法的関係がまさに「義務の体系」として構築され、そうした他律的意思に支えられる合意による権利の取得の体系として再編成されたという。ここに、それ以前の訴権体系からの完全な脱却が図られると同時に、以後の私法体系のモデルを提示したという。しかし、カントはまさに各人の自己決定を支える「自律的意思」に基づいて、私法体系を「権利の体系」として構築することを目指し、ここに初めて、債権、物権および家族法を支える物権的対人権の権利関係が成立することとなったという。そして、まさにこのカントの私法体系を実定法において応用し、いわゆるドイツパンデクテン法学の体系的基礎を提示したのがサヴィニーであったと主張するのである。⁽³⁴⁾

この筏津理論に則れば、まさにサヴィニー以降にドイツ普通法理論として知られる私法理論が、極めてドイツ法に特有の学問体系であり、その後のドイツ民法学の独自性と特異性を提示する由縁が明らかとなる。もっとも、同じく

サヴィニーの権利概念に着目するコーイングは、サヴィニーの権利概念をドネルスから啓蒙期自然法論を経て培われた権利論の承継と位置づけること⁽³⁵⁾から、笈津理論との対立を示すこととなる。しかし、ドイツ普通法学の特色をサヴィニー以降の理論展開に見ることが可能であるとすれば、論理的には、笈津理論にむしろ一貫性が示されることとなるろう。

いずれにせよ、サヴィニーの権利体系がドイツパンデクテン法学を特徴づけることは、コーイング理論にも笈津理論にも共通する点であり、その権利体系がまさにその弟子に忠実に継承・発展される経緯もまた、パンデクテン法学を特徴づける「権利の体系」の視点から見れば、歴然としていよう。その帰結が、受領遅滞理論における「権利テーゼ」であると理解できることからすれば、まさに「権利テーゼ」がドイツ受領遅滞理論に特有の理論であることもまた、必然的な帰結となるものと思われる⁽³⁶⁾。

今、ここにドイツ受領遅滞論の淵源が明らかとなったとして、それは一体何を意味するであろうか。筆者は、ここからただちに何らかの解釈論的帰結を引き出すことは、思いついていない。むしろ、「権利テーゼ」という受領遅

滞理論に、直接言及はないものの、サヴィニーの刻印を確認することで、一九世紀ドイツ普通法理論へのサヴィニーの影響関係の一端を、示すことを試みたに過ぎない。こうしたサヴィニーのドイツ普通法学への影響関係は、きわめて例外的な現象であるのか、それとも一般的な現象であるのか。そして、もしそうした影響関係が必ずしも「権利テーゼ」に限定されないものであるとすれば、サヴィニーが主導したドイツ普通法学は、どのような独自性と特異性を有したのか。この理論的な解明は、我々が一九世紀末に出会い、その後も引き続いて強い影響を受けた「ドイツ私法学」を知るうえで、不可欠な課題となるのではなからうか。

(1) (Hrsg.) Bundesminister der Justiz, Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, Bundesanzeiger, S. 142.

(2) フランスでも「権利テーゼ」がかつて紹介されたこともあつた。Démètre J. BARONCEA, Essai sur la faute et le fait du créancier, Thèse Paris, 1929, numero 50, pp. 138 et suiv. しかし、この議論は少なくともフランス法では一般化しなかったように見受けられる。

(3) 拙稿「債権者遅滞論の再構成序説——民法四一三条と四九二条の基本構造とその関係——」法学政治学論究二号

- (平成元年) 一八五頁注(1)参照。
- (4) 拙稿「民法四一三条と買主の引取遅滞制度との関係(二・完)——買主の引取遅滞に関する二〇世紀のフランス法およびドイツ法の比較から——」法学研究七〇巻八号(平成九年) 八二頁注(3)。
- (5) 拙稿「民法四一三条と買主の引取遅滞制度との関係(一)」法学研究七〇巻七号(平成九年) 四三頁以下。
- (6) ヨーロッパ私法学者アカデミーが編纂した「ヨーロッパ契約法典」草案では、一〇三条から一〇五条で債権者遅滞が独自に規定されている。債権者遅滞の独自の規定を置くのが、他の国際契約法モデルとは異なる特徴といえるが、その内容は、本質的に第一審裁判官が介入する現実の提供ないしは催告を経た供託による債務者解放にあり、フランス法ときわめて類似する制度内容となっている。いうまでもなく、ここには「権利テラゼ」の何かしらの痕跡は見いだされない。Academie des privatistes européens. Code européen des contrats, Avant-projet, Coordinateur: Giuseppe Gandolfi, 1999, Milano, pp. 50 et suiv. pp. 256 et suiv.
- (7) Ole LANDO/Hugh BEALE, Principles of European Contract Law, Parts 1 and 2, 2000, Hague/London/Boston, p. 119 and 120.
- (8) 一九九四年に公表されたユニドロフ(International Institute for the Unification of Private Law)の国際商事契約原則(Principles of International Commercial Contracts)も、五・四条で契約各当事者の協力義務を定めている。すなわち、「各当事者が、他方当事者と協力すべきなのは、そうした協力が、その当事者の債務の履行にとって合理的に期待されて良いときである」。UNI-DROIT, Principles of International Commercial Contracts, 1994, Rome, p. 102 and 103. 確かに、そこに債権者の協力義務が含まれるか否かについて、ヨーロッパ契約法原則ほど明確な言及はない。しかし、各当事者の協力義務に債権者の受領ないし協力の義務が含まれないと考えることが不自然であるし、また、国際商事契約原則自体、それ以外にとりたてて債権者の受領遅滞に関する規定も定めていない。従って、ここでもドイツの受領遅滞とは異なる債権者側の義務を基礎とする制度が予定されていると考えられる。
- (9) Helmut COING, Friedrich Carl von Savigny(1779-1861), in Jus, 1979, S. 88. 同様、Ders. Zur Geschichte des Privatrechtssystem, 1962, Frankfurt am Main, S. 48f.
- (10) Friedrich Carl von SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, Berlin, S. 7.
- (11) SAVIGNY, a. a. O., S. 331f.

- (21) Helmut COING, *Europäisches Privatrecht*, Bd. 2, 19. Jahrhundert, 1989, München, S. 43; ders, Savigny und die deutsche Privatwissenschaft, in *NJW*, 1979, S. 2020.
- (22) COING, *Zur Geschichte des Privatrechtssystem*, a. a. O., S. 49f.
- (23) Friedrich Carl von SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 5, 1841, Berlin, S. 2.
- (24) Friedrich MOMMSEN, *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*, 1853, Braunschweig, Neudruck, 1997, Darmstadt, S. IX.
- (25) Friedrich MOMMSEN, *Die Lehre von der Mora nebst Beiträge zur Lehre von der Culpa*, 1855, Braunschweig, Neudruck, 1997, Darmstadt, S. 14f.
- (26) Anton Friedrich Justus THIBAUT, *System des Pandektenrechts*, Bd. 1, 1803, Jena, Neudruck, 1997, Goldbach, S. 72.
- (27) THIBAUT, a. a. O., S. 117. 「『民法の源流』の「債務者及び債権者の連帯」の「連帯」は、ある者が義務を負つたことによる行為の連帯である。債務者の連帯と債権者の連帯の「義務を介した」連帯と「連帯」の連帯は異なる。 Ferdinand MACKELDEY, *Lehrbuch des heutigen römischen Rechts*, Bd. 2, 10. Aufl., 1933, Giessen, S. 196. 「『民法の源流』の「連帯」は、ある者が義務を負つたことによる行為の連帯である。債務者の連帯と債権者の連帯の「義務を介した」連帯と「連帯」の連帯は異なる。 Carl Otto von MADAI, *Die Lehre von der Mora*, 1837, Halle, S. 227ff., S. 258f.
- (28) Carl Wilhelm WOLFF, *Zur Lehre von der Mora*, 1841, Göttingen, S. 406.
- (29) MOMMSEN, *Die Lehre von der Mora*, a. a. O., S. 3.
- (30) MOMMSEN, *Die Lehre von der Mora*, a. a. O., S. 134f.
- (31) (Hrsg.) Werner SCHUBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch für das Großherzogtum Hessen*, Entwürfe und Motive, Bd. 5, Abteilung (Schuldrecht) Entwürfe und Motive von 1853, Darmstedt/Frankfurt am Main, 1986, S. 129ff. besonders 131.
- (32) Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern 1861–1864 mit Motiven, Neudruck, 1973, Aalen, S. 93.
- (33) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen, nebst allgemeinen Motiven und Inhaltsverzeichnis, 1860, Dresden, S. 754. 同前

- Eduard SIEBENHAAR/Karl Magnus PÖSCHMANN, Commentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen, Bd. 2, 1865, Leipzig, S. 58.
- (15) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen, a. a. O., S. 751.
- (16) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen, a. a. O., S. 753.
- (17) (Hrsg.) Werner SCHUBERT, Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes, Bd. 6, 1984, Frankfurt am Main, S. 4189f.
- (18) (Hrsg.) Werner SCHUBERT, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, Allgemeiner Teil, Verfasser: Franz Philipp von Kübel, 1980, Berlin/New York, S. 908f.
- (19) Josef KOHLER, Annahme und Annahmeverzug, in Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 17, 1879, S. 267ff.
- (20) ちなみに、コーラーは、従来の義務違反制度としての債務者遅滞と債権者遅滞との「シムメトリー」理解を批判し、「両（遅滞）制度は、本質的に異なる基礎に由来する、すなわち、一方は債務に、他方は解放に由来する。」として、自身の「権利テーゼ」を敷衍する。KOHLER, a. a. O., S. 379f.
- (21) KOHLER, a. a. O., S. 267.
- (22) Josef KOHLER, Zwölf Studien zum bürgerlichen Gesetzbuch, ArchBürgR., Bd. 13, 1897, S. 149f.
- (23) ドイツ民法典施行後に「権利としての「受領」と義務としての「引取」の関係をいかに理解するかが、活発に議論された。この点については、拙稿・前出注(5)四三頁以下を参照。この議論の前提とされているのは、言うまでもなく、債権者の受領が権利と理解されるべきことであり、権利テーゼがそれらの議論の契機となったことは、疑いなくのである。
- (24) 笹津安恕『私法理論のパラダイム転換と契約理論の再編』（昭和堂・平成一三年）よりわけ、一八三頁以下。
- (25) COING, Zur Geschichte des Privatrechtssystem, a. a. O., S. 42ff.
- (26) もちろん、これはプロト・タイプのドイツ法ならしドイツ普通法学の独自性と特異性を示すものに過ぎない。一九世紀を通じて、あるいは二〇世紀に入ってから、ドイツ法学は他の法圏にも影響を与えたことも推測され得るし、その影響関係如何によっては、ドイツ法の独自性と特異性も自ず

と相対化されるからである。ただ、受領遅滞に関する「権利テーゼ」は、今日までドイツ法圏に特有の理論と映るのも事実であり、他の法圏との影響関係はそこに反映されていないように思われる。たとえば、我が国の四一三条を説明するうえで「権利テーゼ」を必要とするか否かは解釈論の問題であり、仮に権利テーゼを否定するとしても、その事実自体は、たとえばサヴィニーの「権利の体系」が我が国にどのような影響を与えているかという問題とは、まったく関係しないのである。

【後記】 筆者はミュンヘンで、二〇〇一年の夏と二〇〇二年の夏に、名古屋大学大学院法務安恕教授と長時間にわたる議論と御教授を得る機会に恵まれた。例えば、サヴィニーの *Rechtsverhältnis* を敢えて「権利関係」と訳してみたのも、同教授の御示唆による。同教授の多くの御示唆、御教示に対して、ここに心より謝意を表する次第である。