九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

民法399条の「歴史的意義」

赤松, 秀岳
九州大学大学院法学研究院 : 教授

https://doi.org/10.15017/20237

出版情報：法政研究. 78 (2), pp.178-135, 2011-10-07. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University
バージョン：
権利関係：

論　説

民法399条の「歴史的意義」

赤　松　秀　岳

一、はじめに
（1）民法399条の削除論
（2）前提理解
（3）問題の所在
二、ドイツ民法典とその起草者の立場
（1）現行ドイツ民法典
（2）第一および第二草案
（3）先駆としての部分草案（Teilentwurf）
（4）普通法学説における変化
(a)　金銭的価値必要説
(b)　中間説
(c)　不要説
三、到達点としてのイェーリング
（1）イェーリング／キューベル
（2）イェーリングの鑑定意見書
(a)　前　提
(b)　金銭の三つの機能
(c)　政務官による非財産的給付の実現
(d)　金銭の満足的機能
(e)　非金銭的給付と債務
(f)　判断の精緻化

（3）小　括
四、イェーリングの及ぼした影響
（1）キューベルによるイェーリングの受容
（2）非金銭的給付不履行の場合の救済方法
（3）『権利のための闘争』
（4）小　括
五、日本法への受容
（1）法典調査会
（2）『民法修正案理由書』
（3）日本におけるイェーリングの受容
（4）小　括
六、おわりに

一、はじめに

（1）民法399条の削除論

現行民法399条は、「債権は、金銭に見積もることができないものであっても、その目的とすることができる」と規定している。

今般の民法（債権法／債権関係）改正においては、この規定を削除する方針が示されている。民法（債権法）改正検討委員会によれば、「現民法399条には、歴史的な意義は認められるものの、今日、その存在意義は乏しい。現民法399条に相当する規定は設けない[(1)]」とされる。あるいは、「現民法399条は、旧民法財産編323条１項(『要約者カ合意ニ付キ金銭ニ見積ルコトヲ得ヘキ正当ノ利益ヲ有セサルトキハ其合意ハ原因ナキ為メ無効ナリ』)を否定するために設けられたものである。しかし、今日ではこの規定は確認的な意義を有するにすぎないとされており、現民法399条を削除しても、新たに金銭での評価可能性が要求されたとの解釈が生ずることはないものと

(1)　民法(債権法)改正検討委員会編『別冊NBL/No.126　債権法改正の基本方針』(商事法務、2009) 125頁。

思われる[(2)]」とされる。

さらに、議論の場が法制審議会に移された後も、「債権の目的について金銭での評価可能性を必要としない旨を規定する民法第399条に関しては、民法典において原則的な事項をどの程度まで明文化すべきであるかという観点から、同条のような確認的規定の要否について、債権の定義規定を設けることの是非と併せて、更に検討してはどうか。【部会資料19－２第１、２［２頁[(3)]］】」との問題提起がされている。また、そこで引用されている【部会資料19－２第１、２［２頁］】においては、「民法第399条は、債権の目的について金銭での評価可能性を必要としない旨を規定するところ、同条については、当然のことを確認的に規定したにすぎず、実務的な意義も乏しいため、削除すべきであるという考え方があるが、どのように考えるか」とされ、「（補足説明）」として、「民法第399条の立法趣旨は、旧民法において、債権の目的が金銭での評価可能性を有するものを法的な債権と認め、その目的が金銭での評価可能性を有さないものを自然債務とする旨定められていたため、このような旧民法の立場を否定することを明らかにするものとされている。」「同条については、金銭での評価可能性のないものを目的とする債権も法的拘束力を有し得るという点に争いのない現代においては、当然のことを確認的に規定したものにすぎず、実務的な意義も乏しいため、削除するべきであるという考え方があるが、どのように考えるか[(4)]」とされる。

（２）前提理解

このような削除論の前提にあると思われる民法399条の今日の理解は、どのようなものであろうか。一例をあげると、内田貴は、次のように述べる。

「現代の功利主義的発想からは、いかなる物やサービスも、それを得るためにお金を出す人がいる限り、金銭に見積もることができる。

では、なぜこのような条文が入ったのだろうか。これは、功利主義とは別系統の

---

(2)　民法（債権法）改正検討委員会編『詳解　債権法改正の基本方針Ⅱ　契約および債権一般(1)』（商事法務、2009）164頁。

(3)　「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」（www.moj.go.jp/content/000074384.pdf）１頁。

(4)　「民法（債権関係）の改正に関する検討事項(14)詳細版」（www.moj.go.jp/content/0000058277.pdf）２頁以下。

思想を背景とするローマ法以来の沿革によっている。ローマ法では、たとえば、教師・医師・弁護士等の仕事は、本来金銭に見積もり得ない精神的なものとされていた。もちろん、これらの仕事を目的とする契約（委任契約）は可能であったが、それは本来は無償であり、これらの金銭に見積もりえない義務の履行を求めて、強制的にその内容を実現することはできないと考えられていた。ボワソナードもこのような立場をとっており、旧民法は、原則として金銭に見積もることのできるものに限って債権の目的とするという立場に立っていた。しかし、これでは不便であり、そもそも今日の発想からすればナンセンスであるから、そのような立場を否定するために、念のためこのような規定が入ったのである[(5)]」。

（3）問題の所在

民法399条の削除論の前提に上記のような理解があるとして、民法の歴史を踏まえると、かかる前提理解でよいのか。

「功利主義的発想」のみに現代を、そしてまた民法の思想を代表させることの当否はさておくこととしよう。この点は別としても、歴史的視点ではなく、現代の視点からみるから、ボワソナード民法の規定が「ナンセンス」であるのみならず、民法399条は「念のため」の規定であるといった消極的な見方につながっていっているのではないか。

このことは、「存在意義は乏しい」、「確認的意義」を有するにすぎない、「実務的な意義も乏しい」という、民法（債権法／債権関係）改正における、民法399条の評価についても同様ではないか。

むしろ民法399条の存在意義を論じるにあたっては、旧民法の規定との関係だけにとどまらず、この条文が置かれるに至った歴史的文脈を辿り、その文脈に位置付けてみることが必要ではないか。日本民法は明治期にヨーロッパ法を継受したのであるが、その際、継受したのはその時期における法の表層だけではなく、そこに至るかの地での法の歴史をも継受しているはずである。

民法399条の「歴史的な意義」を正しく理解するためには、このような歴史の文脈

---

(5)　内田貴『民法Ⅲ［第３版］債権総論・担保物権』（東京大学出版会、2005年）23頁以下。

の中で同条の意義を明らかにする必要がある。

ところで、日本民法典の起草者は、399条の規定を置くにあたって、後述のように、ドイツ民法典草案を参照している。そこで、以下では、まず、ドイツ民法典編纂の過程に光を当ててみることとする。

とくに、1896年公布、1900年施行のドイツ民法典は、日本民法399条に対応する規定を置いていない。そのことと、現代日本における民法399条の削除論の意味は同じなのか、それとも異なるのか。

以下では、給付の金銭的価値を債務の要件とする規定を（敢えて）置かなかったことの意味を、ドイツ法に則して追跡してみたい。

二、ドイツ民法典とその起草者の立場

それでは、ドイツ民法典に日本民法399条に対応する規定が置かれなかったのは、いったいどのような経緯によるのか。

（1）現行ドイツ民法典

2002年改正の現行ドイツ民法典241条１項は、債務法の冒頭において次のように規定している。そして、それは、1900年施行のドイツ民法典241条と同文である。

ドイツ民法241条１項

「債務関係に基づき、債権者は、債務者から給付を請求する権利を有する。給付は、不作為においても成立する」。

この規定においては、給付の金銭的価値の要件については、何ら触れられていない。

（2）第一および第二草案

現行ドイツ民法241条１項は、ドイツ民法典第一草案206条、第二草案205条に由来するが、これらの草案の規定は、それぞれ次のように定めていた。

ドイツ民法典第一草案206条

「債務関係の対象たりうるのは、債務者の行為または不作為である（給付）」。

ドイツ民法典第二草案205条

「債務関係に基づき、債権者は、債務者から給付を請求する権利を有する。給付は不作為においても成立する」。

このように、第二草案205条、さらには第一草案206条においてすでに、給付の金銭的価値の要件は債務の要件とされていなかった。

シューベルトにより刊行された資料をみると、給付の金銭的価値の要件をめぐって、第一委員会では、次のような議論がなされたことが判明する（資料の引用中下線部の強調は赤松による。本稿において以下同じ）。

「債権者の財産権的利益は、債務の本質には属さない。債権者が給付について別の何らかの保護に値する利益を有しないことにより、債務の有効性は争われえない、〔しかし〕当該の事案で真意に基づく義務づけの意思が認められるかというテスト（Prüfung）は別であり、また、良俗または公序違反による法律行為の障害に関する規定の適用は妨げない。総則の197条を削除するに至った〔のと同じ〕理由[(6)]がすでに、保護すべき利益が債務の本質に属することを求めるのを許さないのである。

３．前述の決定に対応するような規定を法典に設けることは、必要ではない、なぜなら反対の規定がないだけで充分だからである。そのため、これとは異なる立場から提案された、『債務関係については、給付が金銭価値を有することは必要ではない』という規定は、多数意見によって否決された。多数意見は、そのような規定の採用は、反対解釈に容易にきっかけを与えるのであって、個々の規定から、問題となっている原則は充分に明らかであるため、不要であるとする（４.参照。）

４．給付が債権者にとって金銭価値をもたない場合に、責めに帰すべき事由によりそれを履行しない債務者が、ある金額を損害賠償として支払うことを判決で命ずることができる

(6)　H. H. JAKOBS/W. SCHUBERT (Hrsg.) *Die Beratung des bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Allgemeiner Teil, 2. Teilband, §§ 1-240*, 1985, S. 1244 f. によれば、第一草案197条は「法律規定または他人の優先的権利により制限がなされていない限り、権利は、その行使により第三者に損害が発生する場合でも、その内容の全範囲に従い、行使することができる」とする規定であった。この規定は、権利は法律規定の制限の範囲内であっても、権利者に利益をもたらさず、第三者に損害を与える場合は行使できないという、シカーネ禁止原則の否定であるが、その原則自体は内的に正当化されまたなおも現行法の一部であっても、実際上は重要な機能を果たしていないから、この原則の否定自体は支持することができる、なぜなら、この原則によれば困難でかつ成果に乏しい訴訟に至り、またそれ自体シカーネになりかねないからである。しかし、委員会の多数意見は、この原則を否定する趣旨の条文を置く必要はなく、この原則について法律が沈黙していることで、その拒絶の表現としては十分であり、権利のシカーネ的行使を部分的にでも肯定するようなことを法律において宣明することは、このような反倫理的行為の容認を明言することになるから控えるべきである、とする。

か、という問題は、理由書で論じられる特別の規定の審議において、決定されるであろう[(7)]」。

上記のような第一委員会の議論を踏まえて、第一草案理由書（Motive 1888）には次のような記述がある。

「草案は、債務関係の要件に関するある重要な問題について、明確な立場を表明している。債権者の財産権的利益は、草案の見解によれば、債務の本質には属さない。債務関係の有効性は、債権者が別の何らかの保護に値する利益を有しないからといって、争うことはできない、もちろん当該の事案で法的に義務を負担する意思が認められるか、というテストは留保されているし、良俗や公序に違反することにより法律行為を無効とする規定は妨げられない。このような原則の承認（206条）により、草案は最近の法発展の上に立脚する、この法発展の帰結はその限りで正当なものと認められねばならないのであり、かつ、近年の取引の否定できない要請にも合致する。しかし、草案は、財産的損害以外の損害の賠償の必要性を普遍的に認めるというところまで至っていない（221条、728条、734条、735条、736条参照[(8)]）。法律行為に基づく債権においては、債権者は、非財産権的利益の確保のためには、違約罰によるその確保〔をしておくこと〕が推奨される[(9)]」。

また、第二委員会においては、草案206条の２項として「財産的価値をもたない給付は、取引倫理によりよれば、その給付を強制すべきでないとされるときは、債務関係の客体とすることはできない」という規定を付加すべきであるという提案（フォン・リューガー）がなされたが、否決されている[(10)]。

さらに、第二委員会の議事録（Protokolle 1897/99）によれば、そのほかに、「債務関係の客体は、財産価値のある給付（行為または不作為）に限る」という根本的な修正提案がなされた。その提案の理由は、給付の金銭的価値の要件を不要とすると、財産法としての債権と、家族法との区別が消失すること、自由労務の現実的履行の強制が認められるべきでないことである。

---

(7)　H. H. JAKOBS/W. SCHUBERT (Hrsg.) *Die Beratung des bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I, §§ 241 bis 432*, 1978, S. 40 ff.

(8)　このことは、本稿の**三**および**四**で明らかにする金銭の満足的機能をめぐるイェーリングの思想とその影響が、ドイツ民法典の編纂作業が進展するにつれて、薄れていったことを示している。吉村良一「スイス法における精神的損害の賠償―ドイツ法と対比しつつ―（２・完）」法学論叢105巻５号（1979年）81頁、83頁以下参照。

(9)　B. MUGDAN *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Bd. Recht der Schuldverhälnisse*, 1899, S. 2.

(10)　JAKOBS/SCHUBERT a. a. O. (Fn.7), S. 44.

しかし、議事録によれば、第二委員会の多数意見は、「債務は高度の文化をもつ国民においては、債権者に物質的財貨だけでなく、精神的財貨をも提供することを任務としており、この精神的財貨の意義と評価は文化の程度とともに増大する」こと、その例としては、当該の隣人の利益のみを目的として、しばしば隣人間でなされるところの不作為義務の約束[11]のほか、「公益的団体によりその団体の側では何らの財産的利益なしに締結される契約[12]」が挙げられること、また、ライヒ民事訴訟法（ＲＣＰＯ）774条〔作為義務の間接強制〕、775条〔不作為義務の間接強制〕がこのような義務についての強制手段（間接強制）を与えることを理由に、債権者の財産的利益は債務の本質には属さないという草案の立場を支持したとされる[13]。

（３）先駆としての部分草案（Teilentwurf）

ところで、給付の金銭的価値の要件は不要とすること、そして、その旨の規定を敢えて置くことをしないことについては、第一委員会に提案された、債務法の部分草案においてすでに、そのような立場が採られていた。

その冒頭の１条は次のような規定であった。

ＢＧＢ債務法部分草案

〔空欄〕編（Buch）　債務関係の法

第１章（Abschnitt）　債務関係一般について

第１節（Titel）　債務関係の本質と個々の種類

第１条

「債務関係（Schuldverhältnis）については、それによりある者が債務者として、ある相手方に対して給付（作為または不作為）へと義務付けられ、その相手方が債権者としてその給付を請求する権利を有することが、必要である[14]」。

債務法部分草案の起草者は、ヴュルテムベルク王国の裁判官キューベル[15]であるが、

---

(11)　これは、後述（４）(c)のヴィントシャイトの挙げる例を髣髴とさせる。
(12)　同様に、後述三のイェーリングの鑑定意見書で問題となった事案を髣髴とさせる。
(13)　MUGDAN a.a.O., S.501 f.
(14)　W. SCHUBERT (Hrsg.) *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, S. 1.　以下では、*Vorlagen*として引用する。

理由書において、キューベルは、まず、「債務関係」という用語を用いることについて、次のように述べている。

「ローマの法律用語では、債権と義務が両当事者に生じる法律関係の全体が、『オブリガチオ』という表現で表わされていた、この表現は、それと並んで、それぞれの当事者の側、つまり、義務のためにも債権のためにも用いられる」（*Vorlagen* S. 3, Fn. 1）。

「最近の立法作業（バイエルンおよびドレースデン草案）では、…『債務関係』がオブリガチオの関係全体を表すために選ばれている、そして、本草案もこれに従っている…」（A. a. O.）。

また、給付の金銭的価値の問題については、キューベルは、次のように述べている。

「すでに示したように、草案が給付の財産的権利の要件を放棄し、とくに真意に基づく義務づけの意思が実際に〔諾約者において〕存する場合、それが要約者にとって、保護に値しそして保護を必要とする利益を含んでいるときは、〔財産的権利以外の〕給付の約束も法的に拘束力があり、効力をもち有効であるとするならば、草案は、学説において否定することのできない考え方の変化と一致しており、それは、裁判実務においてもすでに明らかに現れている」（*Vorlagen* S. 17）。

（4）普通法学説における変化

このように、給付の金銭的価値の要件について、部分草案が言及しないことは、その要件を放棄するということを意味するのであるが、この点で、キューベルによれば草案は「学説において否定することのできない考え方の変化」に従っているとされる。それではそれはどのような変化なのか。

(a)　金銭的価値必要説

十九世紀のドイツ普通法学においては、サヴィニーは、財産的価値をもつ債務者の行為のみが債務の客体となりうるものと解していた。サヴィニーは、債務の強制可能なものであるという性質からこのことを導き、次のように述べる。

(15)　ＢＧＢ債務法部分草案とその起草者であるキューベルについては、赤松「ドイツ法典編纂における債務法総則―ＢＧＢ部分草案とドレースデン草案―」法政研究77巻１号（2010年）309頁以下参照。

「したがって、次のような性質の行為のみが、債務に適している。つまり、外的な性質をもち、物と同じように、他人の意思に服することができるような行為である。さらに、その行為が財産的価値をもつことが、あるいは、金銭による評価が可能であることが、前提とされる。複数の人間が、定期的に集まり互いに学問や芸術で高め合うという約束を考えてみる。しかし、このような約束は、契約の外観を纏うことはできるが、そのように約束された行為についての債務は発生しえないのである[16]」。

サヴィニーは、ここで、①学説彙纂第40巻第７章（候補自由人について）第９法文第２節の「債務の目的は、単に金銭で支払われ給付されうるものに限られる[17]」という法文を根拠としてあげる。

(b)　中間説

しかし、これに対しては、当該の行為が現わす直接的な財産的利益が必要とされるわけでなく、当該の行為が債権者にとっての財産的利益に還元されれば足りる、あるいは、間接的に債権者の財産に関連させられることが求められるにすぎないなどとして、給付の金銭的価値の要件を緩和して解する論者がいた（たとえば、アルンツ[18]、デルンブルク[19]、ウンガー[20]）。

また、目的あるいは動機が、それ自体金銭的利益を含んでいる必要はなく、財産的利益と関連しない行為も、条件の形で債務と関連付けることができ、さらに、給付が財産的利益を含まない場合も、違約罰によって確実なものとすることができるとする見解も存した（モムゼン[21]、ジンテニス[22]、ゾイフェルト[23]）。

---

(16)　SAVIGNY *Obligationenrecht*, Bd. 1, 1851, § 2, S. 9.　赤松「債権概念と債権法の意義―サヴィニーの債務法論―」同志社法学60巻７号（2009年）91頁以下参照。

(17)　本稿で引用するローマ法源については、以下、参照の便宜のために引用の順で①から始まる通し番号を付す。

(18)　L. ARNDTS VON ARNESBERG *Lehrbuch der Pandekten*, 9. Aufl. 1877, Neudruck 1999, § 202, S. 333は、〔債務の客体である行為は〕「それ自体直接に債権者にとっての財産的利益を目的としていなくとも、…財産的利益が結び付けられねばならない」とする。

(19)　H. DERNBURG *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts*, 2. Bd., 1878, § 21, S. 43は、「債務は財産的価値をもたねばならない」としつつ、他方で、「財産と直接的な関連をもたず、人格的な利益をもたらす債務が存する、たとえば、ある家庭のための医師、教師、幼児教育のための女教師〔の職務〕などを引き受ける場合である。〔しかし〕それらは、取引において、通常は金銭を支払って調達すべき給付が問題となる限りにおいて、ここにいう債務に属するから、契約の不履行の場合、究極的には、金銭による利益の清算が可能である」とする。

(20)　J. UNGER *System des österreichschen allgemeinen Privatrechts*, 1. Bd., 2. Aufl. 1863, § 62, S. 539は、「財産的価値を内包するか、あるいは、財産的価値に還元することができるような給付を請求する権利が債権である」とする。

(c)　不要説

さらに、給付の金銭的価値の要件を不要であることを明言する論者もいた。ヴィントシャイトは、ドイツ帝国の成立（1871年）、帝国の立法権限の拡大（1873年）、ライヒ民事訴訟法（ＲＣＰＯ、1877年）774条、775条による間接強制の制度の整備など、国家（新興ドイツ帝国）による法的保護・法的救済の拡大の文脈の中に位置付けて、次のように述べる。

「〔給付が債権者にとり金銭的価値をもたないという理由だけで、法的保護を拒絶してはならない、という現行法の〕原理から、裁判官は、請求者にとり何らの金銭価値のない何ものかが請求されるすべての場合において救済の手を差し伸べねばならないということが、導かれるわけではもちろんない。裁判官は、債権の基礎に気まぐれ（Laune）が存するにすぎない場合いつでも、彼の救済を拒絶しても、そして、債権が彼の裁量によれば正当な利益の表現である場合にのみ、救済を付与しても、彼の権限を踏み越えることはない。しかし、たとえば、私が隣人に、隣人が私の仕事を妨げるピアノを止めることを約束させたとすると、人は私の隣人に何らの制裁もなく契約を破る自由を認めようとするであろうか[24]」。

そして、上述のような学説の変容の到達点といえる学説が、次に見るイェーリングの見解である。キューベルは、債務法部分草案理由書において、次のように述べている。

「草案が財産的利益の必要性に言及していないことは、それを拒絶することを十分明らかにしている。保護に値する利益の限界は、事物の本性によっては定められない、それは合理的な裁判官の裁量に委ねられる、イェーリングが正当にも指摘するように（90頁）、われわ

---

(21)　T. MOMMSEN *Beiträge zum Obligationenrecht. 2. Abt. Zur Lehre von dem Interesse*, 1855, § 3, S. 21は、「法律に基づく刑罰と同様に、違約罰は、債権者の財産状態の顧慮を決定的なものとはしない点で、利益とは異なる。違約罰に対する訴えは、その発生あるいは不発生が違約罰の効力発生が係らしめられている事件が、発生したかあるいは発生していないかのみに基づく」とする。

(22)　C. F. F. SINTENIS *Das praktische gemeine Civilrecht, 2. Bd. Das Obligationenrecht*, 1847, § 83, S. 22は、「ある可能性の実現という条件に係らしめられている債務については、債務の対象となる物の出現〔自体〕が条件とされる場合にも、成立し効力を生じる、このことは、その出現の可能性が自然法則に従って期待されるような事物については、しばしばそして黙示の前提として認められる」とする。

(23)　J. A. SEUFFERT *Praktisches Pandektenrecht, 1. Bd. 4. Aufl*., 1860, Neudruck 1998, § 67, S. 79, Fn. 5は、⑲学説彙纂第17巻第１章第54法文（パピニアヌス・問答集・第27巻）首節「で『好意が理由として顧慮される』というのは、債権の範囲〔損害賠償の金額の範囲〕ではなく、〔権利者の利益がないところに権利は成立しないという原則との関連では条件・違約罰による〕たんに請求権の成立そのものに係る」と述べる。

(24)　B. WINDSCHEID *Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Band, 6. verbesserte und vermehrte Aufl*., 1887, S. 5, Fn. 2.　赤松「ヴィントシャイトの債権法論」社会科学研究年報（龍谷大学社会科学研究所）39号（2008年）94頁参照。

れは他の問題でも、確実で具体的な基準なしに判断しなければならず、現にそうやってきているのである」(*Vorlagen*, S. 17)。

キューベルがこのようにその正当性をとくに強調するイェーリングの見解については、次に章を改めて、やや詳しく明らかにしてみたい。

三、到達点としてのイェーリング

給付の金銭的価値の要件をめぐる、普通法学説の到達点がイェーリングの見解であり、これがさらにドイツ民法典の債務法部分草案の起草者キューベルに流れ込んでいったのである。そこで、本章では、この問題についてのイェーリングの思考と思想を明らかにしてみたい。

(1) イェーリング／キューベル

ドイツ民法典債務法部分草案を起草したキューベルが、部分草案理由書(1882年)において、とくにイェーリングを参照していることにつき、次にように述べている。

「詳細な方法で最近イェーリングは、彼の鑑定意見書『田園鉄道について』(解釈学年報XVIII、新版VI・1号および2号で公刊)で、次の諸点を論証した、つまり、普通法についてさえ、通説は維持できないこと、経済的とは異なる利益、たとえば畏敬、好意、家族感情、名誉心、宗教心は、債務関係の給付以外でも法的承認と保護を見出すように、債務関係の給付の客体になることができること(61頁〜77頁)、現代的関係においては、金銭で評価でき、財産的利益のみを債務の客体として考慮するとの実定法規では、とうていやっていけないことを論証した」(*Vorlagen* S. 17)。

(2) イェーリングの鑑定意見書

それでは、キューベルに多大な影響を与えたと思われる、上記鑑定意見書におけるイェーリングの見解はいかなるものか。

(a) 前　提

まず、ここで言及されているイェーリングの鑑定意見書『田園鉄道について』の前提となる事件の事実関係は、次のようなものであった。(25)

1870年に結成されたスイス・ソロトゥルン（Solothurn）州の田園鉄道誘致組合（Initiaiv＝Gesellschaft der Gäubahn）は、その後、州際準備委員会へ昇格するのであるが、鉄道誘致の目的で、1873年２月、スイス中央鉄道会社との間に鉄道敷設に関する契約を締結した。それによれば、1200万フランの建設費用の内三分の一を州際委員会の側が準備し、スイス中央鉄道は鉄道開業のための許認可取得から５年内に鉄道を完成させ開業させるものとされていた（S. 4-7）。

ところがスイス中央鉄道会社は、一部の鉄道については計画通り完成させたが、他の部分（それらは、瀑布鉄道（Wasserfallenbahn）とソロトゥルン・シェーンビュール（Schönbühl）間とされる）は、契約に反して、「不可抗力」（実は資金難）を理由に計画通り鉄道を敷設しようとしないので（S. 8）、州際準備委員会は、仲裁裁判所へ提訴し、鉄道建設の実行、その不履行の場合には、鉄道開設・運営に必要な費用や、将来の生じうる欠損の相当額の金銭の支払いを請求した（S. 9 f.）。

この事件については、三つの鑑定意見書が被告側から提出されていた。アンドレアス・ホイスラー（Andreas Heusler）の鑑定意見によると「特定の地域に鉄道を開設するという努力は、それ以外の点ではどれほど称賛に値するものであろうとも、田園鉄道委員会に対しては、何らの経済的（ökonomisch）目的ではなく、それゆえそれに関する契約もまた、経済的目的をもつものではない」とされていた（S. 35）。また、ルノー（Renaud）の鑑定意見は、「債権は、他人の財産的価値のある将来の行為に対する権利であり、とくに〔ある行為を〕なす債務（obligatio faciendi）は、債権者にとって財産的価値（Vermögenswerth）のある債務者の行為に対する権利を現わすものである」と述べる（S. 37）。ブロシェ（Brocher）の鑑定意見もまた、「あらゆる債務は、法的に成立するためには、債権者の側での金銭的（pecuniär）利益の存在を前提とする」と述べる（S. 39）。

---

(25) *Ein Rechtsgutachten. Theoretische Ausführungen, betreffend die Fragen, 1. von der Natur und Handlungsfähigkeit eines sog. Comités, 2. von dem angeblichen Erfordernis des Geldwerths und des eigenen Interesses bei obligatorischen Ansprüchen, 3. von der Anwendung des Begriffes der höheren Gewalt auf Geldschulden*, in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Herausgegeben vom Dr. Rudolf von Jhering, in Verbindung mit Dr. Joseph Unger und Dr. Otto Bähr, 18. Band, Neue Folge, 6. Band, 1880, S. 1 ff. この鑑定意見書は、その後、*Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts von Rudolf von Jhering, 3. Band*, 1886, S. 85 ff. に収録されている。以下、本章では、Jherings Jahrbücher, 18. Bd. の頁数のみにより引用する。この鑑定意見書については、牛尾洋也「イェーリングの民事不法論の展開（２・完）」龍谷法学27巻１号（1994年）121頁以下参照。

上記のように被告側の三つの鑑定意見書が、債務の給付は債権者自身にとっての経済的価値、金銭的価値を要すると解するのであり、これらに対するカウンターの意見書が、イェーリングの上記鑑定意見書である（以下では、委員会の能力や、不可抗力に関する部分は、立ち入らない）。

ここで、イェーリングの主眼とする点は二つある。第一に、ローマ法の金銭有責判決の射程、とくに金銭の満足的機能である。第二に、ローマの裁判主宰者が金銭的価値を伴わない給付の実現を命じることがあったことである。

(b)　金銭の三つの機能

普通法学において、給付の金銭的価値を必須と解する見解は、ローマの通常訴訟においては、審判人による判決は、金銭有責判決のみであったことに基づく[26]。このことが、 金銭的価値を有する給付でなければならないとの要請へと繋がっていった。しかし、イェーリングは、この金銭有責判決における金銭による評価は、決して給付の金銭的価値の確定（S. 51，イェーリングは、これを（ア）等価的機能Aequivalentfunctionと呼ぶ）に尽きるのではなかったとする。イェーリングは、この場合の金銭による評価が三つの観点からなされたものとする。

すなわち、この場合の金銭による評価は、上記の（ア）等価的機能のほか、まず、（イ）制裁的機能（Straffunction）をもちえた。これは、〔被告が〕裁判官の命令に従わない可能性に備えて、威嚇手段としての制裁をあらかじめ定め、〔被告を〕威嚇することである（S. 51．これが、原告に私的制裁の訴えを認めるpoenaに対する、multaの意義であるとする[27]）。この場合、原告が、命じられる金銭有責判決の金額を評価することについては、次の法文において明らかである（S. 54）。

②学説彙纂第12巻第３章（評価宣誓について）第１法文（ウルピアヌス・サビヌス論・第51巻）「物を返還しない者の不服従の結果、敗訴判決の金額は、宣誓の結果、上昇することがあるが、これにより訴えられた物の価値そのものが高くなるのではない、というのは、問題となるのは物の価値そのものではなく、不服従の結果、その評価が、物の価値を上回るの

(26)　すなわち、そこでは、方式書中に、審判人に有責か免訴かを宣告すべき旨を命ずる部分があり、有責判決の場合には常に金銭判決がなされ、金銭に評価すべきことが示された。原田慶吉『ローマ法（改訂第６版）』（有斐閣、1955年）388頁。

(27)　ローマ法では、審判人が訴訟物自体の給付を命じる勧告に被告が悪意で従わない場合になされる金銭判決では、判決額は原告が一方的に宣誓して定めた額により、かつ破廉恥の制裁、数倍の判決がなされた。原田・前掲書400頁。

であるから[28]」。

③学説彙纂第12巻第３章（評価宣誓について）第８法文（マルケッルス・学説集・第８巻）「原告には宣誓により評価する自由が認められるのであるから、物の価値はむしろ所有者の裁量によって評価されねばならない」。

さらにイェーリングによれば、金銭は、さらに（ウ）満足的機能（Satisfactionsfunction）をももつ。これは、原告の「侵害された権利感情」（vgl. S. 53）に対し支払われる金銭である（制裁機能が将来に向けた威嚇であるのに対して、満足はすでになされた契約違反に対する救済である点で対比される。vgl. S. 52）。この点はさらに後述するが、金銭判決においてなされる評価が、給付そのものの財産的価値と等価であることだけでなく、とくに「侵害された権利感情」に対する満足的機能をももち、その意味で、金銭判決が財産的利益だけを救済するものではないことがドイツでは見落とされてきた、というのが、イェーリングの主張である（これに対して、フランスとベルギーでは判例が非財産的利益に対して適切に救済してきた。vgl. S. 53）。

(c)　政務官による非財産的給付の実現

また、イェーリングは、ローマにおいて、通常訴訟手続以外の方法でも、政務官（Magistrat[29]）により直接、（必ずしも財産的価値を有するとはいえない）さまざまな給付（もっともここでは債務に限定されていないから「給付」というとしても広義のそれというべきであろう）が強制され、救済されていたことを重視する[30]（S. 55-58）。

イェーリングは、この点について、多数の法源を挙げて論証しているのだが、そ

---

(28)　以下において、ローマ法源の日本語訳に際しては、*Das CORPUS JURIS CIVILIS in's Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter und herausgegeben von C. E. Otto, B. Schilling und C. F. F. Sintenis*, 1839, Neudruck 1984, および*Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung, gemeinschaftlich übersetzt und herausgegeben von O. Behrends, R. Knütel, B. Kupisch und H. Seiler, Bd. I und II, Digesta 1-20*, 1999をも参照した。なお、本稿で示す日本語訳は、イェーリングをはじめ、ドイツ普通法学上の議論の意味を理解し日本の読者に示す目的でのみなされる、あくまでも試訳であることをお断りしておきたい。

(29)　裁判権を有する政務官は、通常裁判権については、かつては王（王政時代）、執政官（共和政時代）であったが、後には法務官、外人掛法務官（およびその代理人）、県知事（およびその代理人）のほか、さらに特別の事物につき裁判権を有する政務官として、按察官（共和政時代）、信託遺贈掛法務官、後見掛法務官（帝政時代）があった。原田・前掲書378頁以下。

(30)　通常訴訟手続と併行して、たとえば、扶養、信託遺贈などの事物については、政務官自ら判決を行い、その判決は金銭判決であることを要せず、物自体の給付を命ずる判決がなされ、かつ個々の物に対する執行力が付与された。原田・前掲書407頁以下。

のいくつかを紹介する。

たとえば、信託遺贈掛法務官や皇帝が直接に介入して奴隷解放が強制された。

④学説彙纂第40巻第５章第６法文（パウルス・告示注解・第60巻）「十金が遺贈された、そして受遺者には、スティクスを買い入れそして解放することが命じられた。ファルキディア法の四分の一が介入し、また奴隷は十金より安く買い入れられてはならない…相続人が十金を給付することが強制されねばならない、あたかも遺言者が、十金が不足なく給付されねばならないと付け加えていたかのように」。

⑤学説彙纂第40巻第５章第12法文（モデスティヌス・解放について・第１巻）「〔首節〕フィルムスがティティアヌスに対して、悲劇俳優であった三人の奴隷を遺贈し、次のように付け加えた、私は汝に指示する、これらの者は他の者の奴隷であってはならない、と。ティティアヌスの財産が国庫に属した後に、アントニウス帝は、次のように回状で述べた、奴隷たちは公に解放されねばならない、と。§１．受遺者は、相続人と同様に、奴隷を解放するように命じられうる、そして、受遺者が解放の前に死亡した場合には、その承継人が解放しなければならない」。

⑥同上第24法文（ウルピアヌス・信託遺贈について・第５巻）第12節「何ぴとかが、他人のあるいは自己の奴隷を解放するように命じられた場合で、彼が遺言者の指示に従って受け取るものが、奴隷の価格よりも少ない価値しかない場合、彼は他人の奴隷を買い入れることを強制されるのか、それとも彼の奴隷を解放することを強制されるのか、が問題となる。そしてマルケッルスは次のように述べている。もし彼が遺贈を承認したのならば、彼は、いずれにせよ自己の奴隷を解放することを強制される。そして、実際に、われわれは、正当なものとして、次のことに従う、すなわち、何ぴとかが自己の奴隷かそれとも他人の奴隷かどちらを解放するよう強制されるかで、大きな違いが存する、自己の奴隷の場合、彼は、ほんの小額のものを受け取る場合でも、解放することを強制される、しかし、他人の奴隷の場合、遺言者が命じるところに従い彼が受け取るもので買い入れることができる限度で、強制されるにとどまる」。

さらに、受遺者に義務付けられた彼の子の解放もまた特別の手続により強制されえた。

⑦学説彙纂第35巻第１章（遺言に含まれる事項に付加された条件、表示、原因および定めについて）第92法文（ウルピニアヌス・信託遺贈について・第５巻）「何ぴとかに遺贈が残

され、その者は、彼の権力下にある子を解放するように命じられている場合、その者は、子の解放を強制されるか。私はかつて次のような見解を述べたことを覚えている、子供たちは、この信託遺贈の求めるところを潜り抜けてしまう、というのは、信託遺贈掛法務官は、子供たちを自由にすることについて、奴隷の場合のように救済しないからである。その際、私は次のように付け加えた、パピニアヌスは、彼の解答録の第９巻で、その者が彼の子を自己の権力から解放することを強制されないと述べている、と。しかし私は今は次のような見解である。〔特別に設置された〕仲裁人の職務上の義務は、特別の法的手段によって、子供を権力から解放することの見返りとして、彼に遺贈されたものを受領した者をして、解放することを強制することができる。というのは、遺言者の意思が回避されてはならないからである」。

また、それ自体としては金銭的価値を有する給付とはいえない、さまざまな遺言の内容が、審判人のほか、政務官や皇帝等により、直接的に実現されえた。

たとえば、父親の遺言による子に関する指示への服従について、

⑧学説彙纂第33巻第１章（毎年支払われる遺贈および信託遺贈について）第７法文〔ポムポニウス・クゥィントゥス・ムキウス〔市民法注解〕・第８巻〕末尾「それゆえ、遺言者の栄誉のみにかかわるすべてのことは、全く考慮されずにおかれてはならないし、また必ず常に守られねばならないわけでもなく、そうでなくても、もしそれが何か悪いことにかかわるのでなければ、審判人〔政務官〕の関与により実現されねばならないのである」。

遺言者の自己の遺体の埋葬について、

⑨学説彙纂第11巻第７章（墓所、埋葬費用および埋葬の権限について）第14法文（ウルピアヌス・告示注解・第25巻）第２節「遺言者が、何ぴとかに、自己の遺体の取り扱いにつき委託し、そして、委託された者が金銭を受領したが、遺体を埋葬しない場合、メラは、次のように書いている。その者に対しては、悪意による訴えが提起されうる、と。しかし、私が思うに、そのほか、その者は、特別手続により法務官によって遺体を埋葬するように命じられねばならない」。

記念碑の設置を命じる遺言について、

⑩学説彙纂第５巻第３章（相続財産についての訴え）第50法文（パピニアヌス・質疑録・第６巻）第１節「善意の遺産占有者が被相続人に対して条件を成就させるために記念碑を設置した場合、…占有者から相続財産が奪われるときは、相続財産に関する事務を行った場合

と同様に、その費用を悪意の抗弁によって保持し、あるいは、事務管理の訴えにより返還請求することができる。なぜなら、厳格法によっては、相続人は、訴えにより、記念碑の設置を強制されえない場合でも、皇帝あるいは神官の命令により、最終意思の遵守を強制されるからである」。

奴隷を解放しかつ宗教的儀式を定期的な実行させる遺言について、

⑪学説彙纂第40巻第４章（遺言による解放について）第44法文（モディスティヌス・解答録・第10巻）「マエヴィアは、死の時、彼女の奴隷サックスとユテュシアおよびイレーナの解放について、次のような条件付で遺言を残した。私の奴隷サックス、女奴隷ユテュシアおよびイレーナは、皆、私の墓碑に一ヶ月おきにランプを灯し、追悼の儀式を行なう条件の下で解放される。サックスとユテュシアおよびイレーナは、継続してマエヴィアの墓碑に姿を現さないので、私は彼らが解放されうるかと問う。モデスティヌスは、次のような意見を述べた。文章全体の関連も、遺言者の意思も、解放を条件にかからしめていない、なぜなら遺言者は、奴隷たちが自由人として自己の墓碑にやってくることを望んでいたからである、しかしこの奴隷たちは、審判人が課す義務により、遺言者の命令に従うように仕向けられねばならない」。

なお、遺言に関連しては、遺言証人は、印の確認を強制され、また、遺言書を所持する者は、その閲覧と謄写を強制された。

⑫学説彙纂第29巻第３章（いかなる方法で遺言書が開封され、閲覧され、謄写されるか）第４法文（ウルピアヌス・告示注解・第50巻）「まずはじめに直ちに遺言書が開封されねばならないから、遺言書の捺印者に彼らの印を確認させることは、法務官の義務である」。

⑬同上第２法文（ウルピアヌス・告示注解・第50巻）第８節「何ぴとかがもし、自己の下に遺言書が存することを否定しないのに、その閲覧と謄写を認めないとするならば、いずれにせよ彼はそのことについて強制される。しかし、彼が自己の下に遺言書が存することを否定する場合には、その事件は、特示命令に委ねられる、と言わなければならない」。

扶養に関連しては、次の法文が、精神障害の妻の介護等が強制されえたことを明らかにしている。

⑭学説彙纂第24巻第３章（婚姻解消の場合いかに嫁資の返還を請求できるか）第22法文（ウルピアヌス・告示注解・第33巻）第８節「妻が精神錯乱状態にあるが、夫が狡猾さから婚姻を解消せず、妻の不幸を顧みず、彼女と同居せず、明らかに夫は妻に対して必要な配慮

を払わずに、嫁資を消費する場合、保佐人あるいは精神錯乱にある者の近親者は、権限のある審判人を任命し、夫に妻の扶養の義務を引き受けさせ、彼女に食料を与えるのみならず薬についても配慮し、嫁資の額に相当する方法で妻に与えることを怠ってはならないことを強制するための許可を求めねばならない。…」

直系血族間の扶養もまた、審判人が裁量により定めるところに従い強制されえた。

⑮学説彙纂第25巻第３章（子の認知と扶養、あるいは両親、あるいは解放者、あるいは被解放者について）第５法文（ウルピアヌス・執政官の職務について・第２巻）第２節「しかし、われわれは、父親、父方の祖父、曽祖父、さらには曽祖父の父、その他の男性の祖先のみを扶養するように強制されるのか。それとも、母親、および女性を通じて親戚である者も扶養するように強制されるのか、が検討されねばならない。そして、次のように解するのはもっともである、すなわち、審判人は、ある者が貧窮し、別の者が病気である場合に、直ちに救済できるよう介入しなければならない、そしてこのような事件は、公平と血縁関係に起因するものであるから、審判人はそれぞれの者の求めるところに従い考量しなければならない」。

最近親者による被後見人の引き取りも次のように強制されえた。

⑯学説彙纂第27巻第２章（被後見人が教育され滞在する場所および被後見人に対してなされる扶養について）第１法文（ウルピアヌス・告示注解・第34巻）第２節「法務官は、被後見人を自己の下で教育することを拒む者にそのことを強制することを約束してはいないにもかかわらず、法務官が、そのように拒絶する者に対して強制することができるかが問題となる、たとえば、被解放者、尊属、あるいは、子のその他の姻族あるいは血族に対してである。そして、法務官はそのように強制することができると解する理由がある」。

また、理由なく権力下にある子に婚姻の同意を与えない、娘に嫁資を与えない者は、婚姻をさせること、嫁資の供与を強制された。

⑰学説彙纂第23巻第２章（婚姻の方式について）第19法文（マルツィアヌス・法学提要・第16巻）「ユリア法の第35章により、自己の権力の下にある子供に、適法な原因もないのに、妻をめとらせようとしない者あるいは婚姻させようとしない者、あるいは、嫁資を与えようとしない者は、セヴェルスおよびアントニウス帝の勅法によれば、地方総督あるいは属州長官により、その子供と婚姻させることおよび〔嫁資を〕供与することを強制される。婚姻させようとしないことを妨げられる」。

次の法文によれば、当事者から合意によって選任された仲裁人は、事件を審理し判断を宣言することを強制される。ここでは仲裁判断を行うことというやはりそれ自体としては、金銭的価値を有しない給付の実現が強制されている。

⑱学説彙纂第４巻第８章第３法文（ウルピアヌス・告示注解・第13巻）第１節「仲裁人の職務は、自由で非強制的なものであり、司法の強制力の中には含まれない事柄なので、法務官は何びとに対しても仲裁人の職務を引き受けるよう強制できないが、一度仲裁人として紛争の判断を引き受けた者に対し、法務官は、その〔紛争の〕状況が自己の配慮と保護の下に属するとみなすことになる。…その場合、法務官が介入し、仲裁人がいったん引き受けた職務を行うようにはたらきかけるというのが極めて衡平に合致することを、誰が否定しうるか？」

イェーリングは、以上のように、ローマ法において、裁判権を行使する政務官が乗り出すことを通じて、財産的価値を有しない給付が実現されていたことを重視している。しかし、これらは、必ずしも本来の意味での債務が問題になっているのではない、という反論が考えられる。現にサヴィニーは、イェーリングが論拠としてあげる法源の一つである⑧学説彙纂第33巻第１章（毎年支払われる遺贈および信託遺贈について）第７法文〔ポムポニウス・クィントゥス・ムキウス〔市民法注解〕・第８巻〕について、それは、法的な必然性ではあっても債務という表現が通常は当てられない場合の例であると述べている。[(31)] しかし、イェーリングにとっては、ここで本来の債務における給付（狭義の給付）が問題とされるか否かではなく、法秩序全体として、金銭的価値のない給付がなされない場合に法的救済がなされえたことが重要である（vgl. S. 55）。

イェーリングは、次のように述べている。

「これまで示してきた法源資料は、ローマにおける政務官の権力が、彼らの命令について、ふさわしい服従を実現することができる地位にあったかという問いに対して、答えを可能とする。引用された事例の大部分において、何らの金銭的価値をももたない給付が問題となっている、そして、これらの法文においてはさらに、もし金銭的価値をもつ給付のみが、ローマ法によっては、訴えの対象でありえたとするならば、法的救済は拒絶されたはずであ

(31) SAVIBNY *Obligationenrecht, Bd. 1*, 1851, S. 11, 赤松・前掲・同志社法学60巻７号99頁以下。

る。

われわれのこの問題においてなされてきた第一の大きな過ちは、ローマの審判人の上にいる法務官を見落としてしまった点において存する。今日の裁判官は、法源においては、彼らの両者に認められた権力を一手に握っている」(S. 59)。

(d)　金銭の満足的機能

のみならず、イェーリングは、通常訴訟手続において金銭有責判決がなされる場合も、その金額評価が給付の財産的価値の等価（等価的機能）に尽きなかったことを、給付の金銭的価値の要件との関連でも重視する。被告が悪意で審判人の命ずるところに従わない場合に制裁として命じられる金額評価（制裁的機能）のほか、原告の侵害された権利感情、非財産的損害に対する「満足」のために金銭が支払われたことに注目するのである。

「われわれがした第二の大きな過ちは、審判人の立場での金銭有責判決の射程に関する。ここで、私は、上述した金銭の三つの機能のうち、第三のもの、つまり満足機能に触れたい。満足機能は、裁判官が原告に対して被告によってなされた権利侵害のために、原告に一定の金額を認めることであるが、〔それは〕経済的な意味での等価ではなく、…侵害された権利感情あるいは、彼の非経済的利益の損害に対する等価としてである」(S. 59)。

イェーリングのいうところの金銭の満足的機能をめぐっては、すでにローマ法において、以上の点が斟酌されていた。

「ローマの訴訟手続における金銭有責判決の制度から、審判人は、経済的利益を有する利益と財貨についてのみ救済しえたという帰結を引き出すならば、それは誤解である。金銭有責判決は、彼の手の下で、法が救済を必要としまた救済に値すると認めるすべての利益を把握していた。審判人の評価において『真に評価されるもの』としては上記のものに加えて、『好意(affectus)、愛情(affectiones)、尊敬(verecundia)、恭順(pietas)、喜び(voluptas)、心地よさ（amoenitas)、不便（incommoditas)』およびその他。

原告については、金銭的な喪失だけでなく、彼自身が経験した心地よさのあるいは気持ちよさの減少、生起させられた不快感、気持ちの激昂、侮辱等に対して、賠償がなされうる、そして、予め法律によって確定された罰金の額でではなくして、審判人は、個々の関係を考慮して自由な裁量により、調整額を定めねばならなかった、(『不法による利益の額』74頁)、簡潔に言えば、金銭は、ローマの訴訟において、その等価およびその制裁機能(法務官につ

いて60頁、審判人について55頁）と並び、満足機能をもっている」(S. 77 f.)。

「『知恵ある者たちは、誠意訴訟において好意〔という利益〕が考慮されねばならないことに賛同する』とパピニアヌスは…〔⑲〕学説彙纂第17巻第１章第54法文（パピニアヌス・質疑録・第27巻）首節で言うが、それは、ローマの法律学が次のような洞察に達していたことを示す、つまり、生活の利益は、金銭的価値だけから成るのではなく、金銭のほかに他の財貨が存在し、それについて教養ある人々は重きを置き、人が求めるのならば法による保護が与えられるということである」(S. 78)。

(e)　非金銭的給付と債務

以上のように、ローマ法においては、法秩序全体としてみれば、政務官が介入することにより、必ずしも金銭的価値を有しない給付が直接的に保護され強制的に実現された。のみならず、金銭有責判決においても、原告の側の非財産的損害が考慮されて、その金銭的評価がなされていた。したがって、ローマ法を基盤としてイェーリングの時代に生起する諸問題を解決する当時の現行法の規範としても、法的救済がなされるべきは金銭的価値を有する給付には限られない。イェーリングは、現行法の理解として次のように述べる。

「今日のわれわれの生活において、利益の問題がほとんどすべて関連する主要な契約は、賃貸借（Miethvertrag）であり、そして、物、労務、仕事（locatio rei, operarum, operis）の三つの形態においてである」(S. 99)。

また、講義で使う例であるとして、イェーリングは、次のような事例を通じて説く。

「〔ある町で祝祭のため旅館を予約していた者がその旅館の都合で一方的に宿泊を拒絶された〕そして予約者は、夜遅く、…妻と子供たちとともに街を彷徨い、何時間も宿を探し、最低クラスの〔別の〕旅館にようやく宿を求めることができた。この場合、利益を金銭的価値だけで測る裁判官は、どのような判断に至るであろうか。拒絶された者が幸運にも、彷徨うために馬車をみつけることができたならば、そのために支出した金額の賠償がある。彼がしかし夜遅く、馬車をみつけることができなければ、何らの賠償もない。というのは、彼は、次の朝になっても財布の中に、彼が彷徨い始めた時とまったく同じ金額をもっており、彼の財産は少しも減少していないからである！　そして、このように健全な法感情を嘲笑うような結論を、誰かが擁護しようとするであろうか、そして、法の繊細な思考として称賛する

であろうか？　もしそうならば、私は、このように私にとって妨げとなる高度に発達した法学（Rechtswissenschaft）よりも、トルコのパシャに私の権利〔の救済〕を求め、このような愚かさが賢慮であるならば、すべての法律学（Jurisprudenz）を床に投げつけるであろう[32]！」(S. 100 f.)。

以上に基づき、イェーリングは、ヴィントシャイトによれば、給付の金銭的価値は法的拘束力のある債務のための要件ではなく、当該の給付について法的拘束力のある債務が認められるかについては、裁判官の裁判官の裁量による判断に委ねられとされるのを支持するのである（S. 92)。

「もちろん、裁判官にとって、〔給付の金銭的価値が法的拘束力ある債務の要件であると解する〕この理論のもたらす命題は、実に便利である。その命題により、裁判官は、いかなる範囲にまで純粋に人格的な利益の保護を拡張しうるか、という難しい検討から免れることができる、その命題は、あらゆる疑念と困難を免れた法の適用を裁判官に可能ならしめる―金銭価値が明らかでない場合には、裁判官は訴えを拒否すればよい！　しかしこのような裁判官の利益と、取引の〔求める〕利益はまったく別物であり、もし人が後者を前者に従属させるならば、それは自然の関係を逆立ちさせるものといえる」(S. 90)。

「しかし、裁判官は、自己の洞察と正しいタクト（Takt[33]）によって、法の抽象的な文章の不完全さを補うために、そこにいるのである、抽象的な法規を型どおりに適用する以上のことができない裁判官は、その名に値しない。〔⑲〕学説彙纂第17巻第１章第54法文（パピニアヌス・質疑録・第27巻）首節で、裁判官に課せられた、『誠意訴訟において好意〔という利益〕が考慮』されなければならないという要請は、善良な家父の注意の基準や、長期の慣習の要件など、個々の事案で他の多くの事項を正しく取り扱おうとすることよりも、困難な要請ではないのである」(S. 91)。

(f)　判断の精緻化

しかし、他方で、イェーリングは、ヴィントシャイトの定式は不十分であるとして、金銭的価値がない給付でも気まぐれが基礎にあるのではない場合には拘束力ある債務が認められるべきである。しかし、気まぐれではなく、金銭的価値が認めら

(32)　上記においては十九世紀当時の歴史的表現としてそのまま訳出した。
(33)　ここでイェーリングが「タクト」に言及していることが注目される。タクトについては、赤松・前掲・法政研究77巻１号287頁以下参照。

れる場合でも、拘束力ある債務が生じない場合があり、それは、友誼(Geselligkeit)、好意（Gefälligkeit）の場合である、とする（S. 91 ff.)。

たとえば、友人を自己の領地(Gut)に夏の休暇滞在のために招待することを約束した者は、決して気まぐれからそう言ったのではない。また、招待された友人は、滞在のための準備に金銭を支出した場合、招待の約束に対して金銭的利益を有している。しかし、この約束を撤回しても、招待された友人は、無駄になった費用の賠償を請求することはできない。友誼を強制することはできないからである。給付の金銭的価値の要件は、一方で狭すぎ、他方で広すぎる。例外は、ヴィトシャイトの言うように気まぐれの場合だけではない（S. 92)。

同様に、ラテン語や数学やピアノなどの個人授業を好意で約束した者も、気まぐれではなく、相手方は有償で家庭教師を雇い入れる必要がなく節約できるから金銭的価値をも有するが、やはり法的に拘束力ある契約ではない（S. 94)[34]。

（3）小　括

以上のような考察に基づき、イェーリングは、鑑定意見書の給付の金銭的価値の問題に関する部分を次のように締めくくる。

「私は、以上において、いわゆる債務の給付の財産的価値の必要性のドグマを十分に論駁できたと信ずる。これにより、相手方が原告〔州際委員会〕の請求を退けようと挙げ、私が再反論しようとした、仮に原告の請求権が成立するとしても、それは財産法上のものではない、という反論については、これ以上立ち入らないよいことを明らかにしえたと期待する」（S. 105 f.)。

ところで、給付の金銭的価値の要件が不要であると喝破するイェーリングの鑑定意見書において特徴的な点は以下のとおりである。

イェーリングの見解の礎石の一つが、ローマにおいて通常訴訟手続の外に裁判権者が非金銭的給付の実現をさまざまな場面で命じていたことである。もっとも、これは本来のオブリガチオとは別の問題であり、ローマ法において債務は金銭的価値

(34)　於保不二雄『債権総論（新版）〔法律学全集〕』（有斐閣、1972年）20頁が「一方においては、社交儀礼的な贈答・饗応の金銭的価格を否定することはできないし、他方においては、金銭に見積もりえない無形的利益の人格的利益を目的とする債権の成立を拒否することは許されない」とするのも同旨であろう。

を必要とすると解するサヴィニ―の立場とは、ここで分岐することになる。しかし、見方を変えれば、ローマ法の字句に忠実であるよりも、その精神に基づき現代の社会状況にふさわしい現行法を構築することが重視されているともいえる。

もう一つの礎石は、金銭の満足的機能への着目である。ローマの金銭有責判決は、給付の財産的価値との等価に尽きず、債権者の側の侵害された権利感情の満足が考慮されえたというイェーリングの指摘は、一見すると慰謝料の法的性質といった問題を思い起こさせ、給付の金銭的価値の要件とは別の問題であるようにも思える。しかし、通常訴訟手続では金銭有責判決のみなされたことは、実はそこでは非金銭的なものも救済されていたのであるから、必ずしも金銭的価値を有する行為のみが債務の客体であったと解する根拠たりえない、というのがイェーリングの理解であると思われる。

以上において前提とされているのは、文化と教養の高度に発達した国民にとって、重要なのは金銭や財産だけではなく、精神的価値であるというメッセージである。

また、給付の金銭的価値の要件を撤廃することで、裁判官に裁量判断の負荷を懸けることをイェーリングは、何ら躊躇していない。それどころか逆に、法的に拘束力のある債務が存するか否かの判断に当たっては、裁判官の積極性に期待してさえいる。

要するに、文化的国民の生活の基盤となる非金銭的給付についての契約の履行を、国家の裁判官は、積極的に関与して、実現すべきものとされている。

裁判官の裁量に委ねることは、裁判官の積極性に期待することと一体であり、ここには、約束を守り実現させることに対するイェーリングの熱い思いが感じられる。国家は、こうして、国民の文化的価値を高めていかねばならない。

それでは、この鑑定意見書が、ＢＧＢ債務法部分草案にどのような具体的影響を与えたのか。この問題については、章を改めて検討してみたい。

四、イェーリングの及ぼした影響

ドイツ民法典債務法部分の編纂作業の少なくとも当初、給付の金銭的価値の要件をめぐって、イェーリングの及ぼした影響を追跡してみよう。

（1）キューベルによるイェーリングの受容

イェーリングについて、キューベルの部分草案理由書はとくに詳細に次のように述べている（冒頭部分は再掲）。

「詳細な方法で最近イェーリングは、彼の鑑定意見書『田園鉄道について』（解釈学年報XVIII、新版VI・1号および2号で公刊）で、次の諸点を論証した、つまり、普通法についてさえ、通説は維持できないこと、経済的とは異なる利益、たとえば畏敬、好意、家族感情、名誉心、宗教心は、債務関係の給付以外でも法的承認と保護を見出すように、債務関係の給付の客体になることができること（61頁〜77頁）、現代的関係においては、金銭で評価できる、財産的利益のみを債務の客体として考慮するとの実定法規では、とうていやっていけないことを論証した。イェーリングは、特に、財産が、法により債務（とくに契約）の客体として保護されなければならない唯一の客体であることを争い、他のすべての財貨は、財産的利益と関連づけられることによってのみ（したがって、違約罰、あるいは明示あるいは実質的ではあるが明示されていない金銭的給付の決定要素として〔のみ〕）法的保護を享受することを疑問視しているが、それは正当である。むしろ彼は、法的に保護されるべき利益を体現し、かつ、それ自体で承認されねばならないあらゆる財貨に、それにふさわしい法的承認と法的保護を取り戻し（『ローマ法の精神』60節、61節参照[35]）、したがって、債務の約束は、その受領者にとって、何らかの利益であれば足り、必ずしも財産的利益である必要はなく、約束者が引き受けた制約は、約束受領者に利益となれば足りるのであって、あるいは、〔約束により引き受ける制約の）正当化根拠と動機は、他者の利益において認められればよいとされる。この利益は、法の目的要素であり、それはすべての権利にとって不可欠なものである（49頁以下、82頁以下）。利益は、生活の諸条件であるが、しかし個々の国民ごとにおいてそれは異なり、またあるひとつの国民にとっても文化の発達の段階によって異なる。このことに従って、法も変化していく、法は、社会の不可欠の生活の諸条件を強制の形態で保障

(35) JHERING *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Dritter Teil, Erste Abteilung, 6. und 7. Auflage*, 1924, § 60, S. 339は、「法の概念は、利益享受の法的確実性に基づく、諸権利は法的に保護された利益である。我々がまず関心を向ける第一の要素は、以下の一連の観念において存する。役立つこと、財貨、価値、享受すること、利益〔である〕。法がこれらを図る尺度は、経済的なもの、金銭および金銭的価値では少しもない。財産は、人間にとって保障されねばならない唯一のものではない、むしろ財産の上位には、他のより高い倫理的種類の財が存する、人格、自由、栄誉、家族の紐帯、―これらがなければ、外的で目で見ることができる財も何らの価値をもちえない」とする。また、S. 342は、刑罰手段としての金銭に言及し、S. 344は、「ローマにおいても、利益の尺度が、国民の経済的、精神的、社会的発展に従って、変化していったことについては、法史は十分な証拠を示している」とする。また、§ 61, S. 351は、法の第二の要素は国家による保護救済であるとする。

するものだからである（96頁および『法における目的Ｉ』434頁[36]）。イェーリングは、〔ヴィントシャイトのように〕たんなる気まぐれを排除するだけでは、債務における保護すべき利益の限界の決定について尽くされてはいないとする、彼はとくに友誼の関係を、単なる好意あるいは友情に基づく奉仕の約束を〔債務における保護すべき利益から〕排除する（92頁以下）、しかし常に裁判官は、合理的な裁量により、ある約束の前提として〔法的に〕保護すべき利益が存するかどうか判断しなければならない（82頁以下、92頁以下）とする」（*Vorlagen* S. 16 f.）。

イェーリングがキューベルに及ぼした影響の強さは、以上より明らかと思われるが、さらにキューベルが、こともあろうに部分草案理由書で、イェーリングの鑑定意見書のみならず、『ローマ法の精神』や『法における目的』までをも引用していることは、キューベル自身のイェーリングの思想に対する思い入れの強さを示しているように思われる。

（２）非金銭的給付不履行の場合の救済方法

また、ＢＧＢ債務法部分草案の立場のように、財産的利益を目的としない債務を認める場合、その不履行に対して、ライヒ民事訴訟法（ＲＣＰＯ）773条以下の強制執行〔773条は代替執行について、774条は作為の、775条は不作為の間接強制について規定する〕により救済するか、また、この場合も損害賠償請求を認めるかが問題となる。これらの点につき、キューベルの理由書は、次のように述べる。

「前者〔不履行の場合における履行強制の問題〕について、債務者の責めに帰すべき履行の不能が存するとき、あるいは、義務関係は存続していても、債務者が不作為の義務に違反しているときは、債権者は、多くの場合救済されないであろう」（*Vorlagen* S. 17）。

ここでは、金銭的価値のない給付について債務関係の成立自体が認められても、キューベルは、履行強制、強制執行により救済されない不履行の場合が存するのを容認している。

---

(36) JHERING *Der Zweck im Recht, 1. Bd.*, 1877, S. 434 f. は、「…私は、法を強制の形態における社会の生活条件の保障と定義する…。しかし、生活とは肉体的な生存だけを意味するのではない。最も貧しき者、最も弱き小さき者でさえ、たんに生命を維持する以上のことを人生に対して望んでいる、その者は、たんに生存すること（Dasein）ではなく、幸福であること（Wohlsein）を望んでいるのである…」とする。

また、損害賠償については、キューベルは、ここでも、イェーリングの鑑定意見書『田園鉄道について』を再び引用して次のように述べる。

「財産的損害と損害賠償あるいは利益の賠償は、実際には決して対概念ではない、〔損害の〕調整（Ausgleich）あるいは賠償の概念は、決して財産的損害に限定されない。実定法がいったん非財産的給付についても、それが法的に承認された利益の表現である場合には、法的に有効な債務の客体とされうることを認めた以上、そのことの完全な法的一貫性としては、義務の侵害の場合、合理的な利益の金銭による調整に対する請求権が認められねばならない。そして、金銭による適切な調整の決定、その賠償額は、結局、裁判官に委ねるほかはない、ということになる、裁判官はこの場合、財産的損害が問題とされる他の場合と同じく、もちろんまず第一に、具体的な事案で損害が存するかどうか、利益に対する請求権が成立するかどうかについて判断しなければならない。この利益請求権が成立することになると、その場合、ＣＰＯ775条３項の規定〔不作為義務の不履行の場合に「債務者は、債権者の申立てにより、将来の違反により生じる損害に対して、一定の期間につき担保の設定を命じられる」〕を適用する基礎が与えられる、つまり、債務者はいわゆる消極的義務の場合、将来の違反により生ずる損害に対する担保の提供を命じられる」（*Vorlagen* S. 18）。

キューベルによれば、金銭的価値のない給付について法的拘束力ある債務を認める以上、その不履行の場合、財産的損害以外についても、金銭による調整または賠償が認められ、その金額は、裁判官が定めるとされる。ここには、金銭の満足的機能についてのイェーリングの考え方との並行性を看て取ることができよう。

また、キューベルは、さらの、ライヒ刑法典によるブーセ（Buße）の性質について諸説があるが、それが不法行為の領域における注目すべき進歩であるとしたうえで、次のように、はっきりと金銭の満足的機能に言及している。

「この点で不法行為と既存の債務関係の侵害の場合で内在的な違いはない。前者で、たとい個々の不法行為についてであっても、金銭の等価的あるいは満足的機能（Aequivalents- oder Satisfaktionsfunktion）に依拠することが必要であると考えるならば、この救済手段を財産的価値を基礎としない債務にも認めないわけにはいかない、なぜならそれらについては、公法上の刑罰が存しないからである。草案は、これらの債務の場合も、金銭による損害賠償・利益請求権の行使（等価的・満足的機能）が認められることを、該当の箇所で明言し、展開させる。そして、その一貫した帰結は、財産的利益がないとはいえない債務の侵害

が問題となる場合においても、財産的損害を超える利益が認められるならば、その行使を認める旨を宣言することである」（*Vorlagen* S. 19）。

金銭的価値のない給付の不履行の場合、金銭の満足的機能に言及しつつ、金銭による請求の可能性が認められており、イェーリングの影響が明らかである。

なお、このような理由書の記述に対応して、部分草案では、義務の不履行の効果について、次のような条文が置かれるものとされた。

第３節　債務関係の効力

Ⅲ．義務の不履行の効果

１、総則

第２条

「債務者によりなされねばならない損害賠償については、第１章　第２節　Ⅲ（不法行為について）の第14条２項、15条３項および18条の規定を準用する。価値の算定については、給付の場所と、給付について一定の時が定められているときは、その時が、それ以外の場合には、債権者が債務者に給付を請求した時が、標準とされる」（*Vorlagen* S. 849）。

ここで、義務の不履行についても準用されるものとされている不法行為についての14条２項は、ドレースデン草案にはない規定であるが、次のようなものであった。

第２節　契約、一方的約束、および不法行為による債務関係の成立

Ⅲ．不法行為

第14条２項

「財産的損害以外の損害について、裁判官の自由な裁量で定められた賠償を請求することができる。被害者の宣誓による損害の評価は、認めない」（*Vorlagen* S. 655）。

この条文に関連して、キューベルの部分草案理由書は、次のように述べている。

「さらに、金銭的価値に直接に向けられていない利益についても、金銭による賠償請求権の行使は排除されない、たとえば、財産的価値のない給付についての債務においてもその利益は金銭で見積もられうる」（*Vorlagen* S. 869）。

（３）『権利のための闘争』

ところで、このようにキューベルに流れ込んでいった、イェーリングの見解は、実は、『権利のための闘争』においてすでに表明されていたものであった。同書の初

版（1872年）において、イェーリングは、ドイツ普通法学の誤りとして、次のように述べていた。[37]

「第一の誤りは、権利侵害においては、金銭価値だけでなく、傷つけられた権利感情の満足もまた問題となるという、私が上記において展開した明快な思想が、現代の法律学には全く欠けていることである。現代の法律学の基準は、平板で無毛な物質主義である、つまり、金銭的利益である。私は、次のような裁判官がいるということを聞いたのを思い出す、その裁判官は、紛争の目的物が僅かの金額なので、原告に自分の財布から金額を支払うことを申し出て、この申し出が拒絶されると、たいそう立腹したとのことである。権利がその客体とは別のものであるということを、―素朴な農民はとてもよく知っていることなのだが―この教養ある裁判官は、念頭におこうとはしなかった、〔しかし〕われわれは、そのことでこの裁判官をあまり強く責めることはできない、彼はその非難を法律学のほうに向けることができるからである。ローマの裁判官が言い渡すことができた金銭有責判決は、権利侵害における精神的利益についてもふさわしいものとして、それを使いこなすことをローマの裁判官は、よく心得ていたのだが＊）〔原注〕、それは、現代のわれわれの証明理論の影響の下で、無味乾燥な救済手段とされてしまった、これにより、〔本来の〕正義は不法を弄ぶものになり下がってしまった。

〔原注〕

＊）その証拠は、〔⑧〕学説彙纂第33巻第１章（毎年支払われる遺贈および信託遺贈について）第７法文、〔⑳〕第11巻第３章（誘惑された奴隷について）第９法文第３節、〔⑨〕同第14法文第１節、〔㉑〕第43巻第24章（強暴あるいは隠秘）第16法文第１項、〔㉒〕第18巻第７章（奴隷の遺棄）第６法文、〔㉓〕同第７法文、〔⑯〕第27巻２章（被後見人が教育され滞在する場所および被後見人に対してなされる扶養について）第１法文第２節、〔⑲〕第17巻第１章（委任に基づく訴えおよび反対訴権について）第54法文首節、〔㉔〕第21巻第２章第71法文末尾、〔⑪〕第40巻４章（遺言による解放について）第44法文が提供してくれる。今日のフランスの裁判所が金銭有責判決を正しいタクト（Tact）で適用しているのは、まさにこのような方法においてである。[38]

---

(37)　JHERING *Der Kampf um's Recht*, Wien, 1872, S. 91-92.

(38)　フランスの判例について、vgl. A. a. O., Jherings Jahrb., 18. Band, S. 53.　また、domage moral に関する日本語文献として、植林弘『慰謝料算定論〔大阪市立大学法学叢書⒆〕』（有斐閣、1962年）

〔原注終わり。なお未出の法源⑳～㉔については下記参照〕

もしこのような金銭的利益が存しない場合、法的保護はどうなるのであろうか。賃貸人が庭の共同使用を認めたにもかかわらず、賃借人を庭から締め出した場合、庭にいるということは、どのような金銭的利益をもつのか。賃貸人が賃借人が引っ越してくる前に住居を他人に賃貸した場合、先の賃借人は半年に渡って最悪の宿に寄宿して急場をしのいだ。私立教育機関に雇用された教師が、より条件のよい職場をみつけ契約を遵守しなかったうえ、〔雇主の私立教育機関は〕他の教師をすぐにみつけることができなかった、この場合、生徒が何週間あるいは何ヶ月にも渡って、フランス語や図画の授業を受けることができなかったことについて、金銭的価値に還元することはできない。女料理人が何の理由もなく仕事を離れ、代わりをすぐに見つけられなかったので、主人の宅では重大な不都合が生じた。誰かがこの〔主人の〕難局の金銭価値について証明する〔必要がある〕。これらのすべての場合において、普通法によれば、全く救済がなされず、それはありえないような法の不存在状態なのである。そして、耐えられないのは、それがあらゆる種類の怒りを引き起こすだけではなく、善き法が濫用的なやり方で踏み躙られ、それに対して何らの救済もなされないことである」。

なお、上記のイェーリング自身による注で引用されているローマ法源のうち、本稿ですでに示したもの以外の法源⑳～㉔の試訳を参考までに以下に掲げる。

⑳学説彙纂第11巻第３章（誘惑された奴隷について）第９法文（ウルピアヌス・告示注解・第23巻）第３節「しかし、〔ともに共有している奴隷を誘惑した者の有責判決の場合〕金額評価がいかなる程度まで奴隷の身体と性格が劣化されたか、つまりどの程度まで奴隷の価値が失われたかということにとどまるか、あるいは、それを超えてさらに別の関連にまで及ぶのかは、ひとつの問題である。ネラティウスは、誘惑者は奴隷が誘惑されたことにより失った価値の二倍の賠償を命じられねばならないと言う」。

㉑学説彙纂第43巻第24章（強暴あるいは隠秘）第16法文第１項（パウルス・告示注解・第67巻）「果実をもたらさない樹木、たとえば、糸杉を何ぴとかが強暴又は隠秘に切り倒したとすると、この特示命令は所有者にのみ認められる。しかしもしこの種の樹木により他の者にも快適さが与えられているときは、人は次のように言うことができる、その場合、用益権

77頁以下、吉村・前掲・法学論叢105巻５号81頁以下参照。なお、ここでもイェーリングが「タクト」に言及していることが注目される。

者も気晴らしや散歩などの利益を有するから、この特示命令が認められる」。

㉒学説彙纂第18巻第７章（奴隷の遺棄および解放されるか否かという条件付きでなされる奴隷の売買について）第６法文（パピニアヌス・質疑録・第27巻）「売主が買主に、売却した女奴隷を解放せず、また遺棄もしないことを約束させたにもかかわらず、その約束が守られず、女奴隷の買主にその責めがある場合、あるいは、女奴隷が解放され、問答契約による違約罰を請求できるようになった場合、何人かの法学者は、買主には悪意の抗弁が認められる、と説く。しかし、サビヌスは反対する。ところで、次のことは事物の本性に合致する。つまり、女奴隷が解放されてはならないとされた場合、問答契約は〔このことについて〕本来何らの債務ももたらさない、ということである。なぜなら、人が解放者の〔解放するかという〕行為の方を問題とし、奴隷解放の望ましい結果の方を考慮しなかったということはありえないことだからである。しかし、女奴隷を遺棄しないことが約束された〔が約束に反して買主が遺棄した〕場合、違約罰が請求できず訴えも提起できないと解する何らの理由もない、というのは、買主は彼女を侮辱しただけでなく、売主の特別な愛情を傷つけ、その慎ましやかな好意を侮辱したからである」。

㉓同上第７法文（パピニアヌス・質疑録・第10巻）「ある奴隷が、イタリアには滞在しないという条件で売却され解放された。違反した場合については、問答契約によらずに、買主が違約金を支払う旨約束した。この場合、売主は、違約罰の観点からは違約金の支払いを求めて訴えを提起できると解することはできない。しかし、売主が条件の不成就により第三者に対して約束した違約金を支払わねばならない場合、彼には買主に対して訴えが認められる。その結果、売主が第三者に対して支払わなければならない限度において、買主に対する訴えが認められる。というのは、それを超えるものは、財産的価値に対する損害賠償ではなく、刑罰だからである。これに対して、奴隷が国外へ追放されてはならないと約束されたがそれに反する場合で違約罰が約束されていないときに、〔その奴隷に対する〕愛情の利益に基づいて、その奴隷のために訴えが認められるのは正当である。この場合、人は他の人間に幸福がもたらされることに対して利益を有するから、なおさらこのことに異論を唱えることはできない。しかし、罰が与えられないからといって怒ることは、慈悲のない苛酷である」。

㉔学説彙纂第21巻第２章（追奪および二倍額の問答契約について）第71法文（パウルス・質疑録・第16巻）末尾「ある父親が彼の娘に土地を嫁資として与えた。その土地が追奪され

た場合に、父親自身があたかも損害を被ったかのように訴えを提起できるのか、あるいは二倍額の問答契約による義務が生じるのかにつき疑問をもつことは決して不当ではない。というのは、人は、嫁資が妻に帰属するのと同様に、父親に帰属するということはできないからである。また婚姻の継続中〔父親が死亡した場合〕その土地を彼の兄弟に付与しなければならないということもない。しかし、人は、この場合にも、〔二倍額の〕問答契約による義務が生じると言ってよい、というのは、その父親は、立派な嫁資を伴った娘をもつことに〔利益を有するからである〕、また、娘が〔再び〕自己の権力下に戻るときは、嫁資を再び保持するという期待をもつことに利益を有するからである。もし娘が父権のもとを離れる場合には、同様に問答契約による義務が直ちに生じることを正当化することはできないだろう、というのは、その場合、嫁資が再び父親に戻るのは、〔婚姻が娘の死亡により解消されるという〕唯一の場合だけだからである。それでは、父親は、土地が追奪されていないときは、娘が婚姻中に死亡し嫁資を取り戻すことができる場合にはじめて、訴えを提起できるか。それとも、この場合にも、嫁資を伴った娘をもつことに利益を有するから、諾約者に直ちに訴えを提起できるのか。父親というものの性質からは後者のほうがより支持される」。

なお、『権利のための闘争』のその後の版を見ると、たとえば、11版（1898年）では、上記のイェーリング自身による原注において、ローマ法源の引用が削除され、「私の年報18巻１号において詳しく論じた。今日のフランスの裁判所が金銭有責判決を正しいタクトで適用しているのは、まさにこのような方法においてである、それは、われわれドイツの裁判所でなされている全く本末転倒のやり方とは好対照をなす。」と述べる。これが鑑定意見書『田園鉄道について』を指しているのは明らかであろう。[39]

イェーリングにおいて、鑑定意見書『田園鉄道について』で表明した思考と思想は、実は『権利のための闘争』の展開にほかならなかった。キューベルに伝播していった、給付の金銭的価値の要件をめぐる見解は、このようにイェーリングの思想の根本に由来するものだったのである。

---

(39) JHERING *Der Kampf um's Recht. 11. Aufl.*, Tokyo, 1898, S. 86.

（4）小　括

ドイツ民法典債務法の編纂作業の出発点であったキューベルが、給付の金銭的価値の要件についての規定を敢えて草案に設けなかったのは、ひとつには、以上のように、イェーリングの学説に鼓舞されてのことであった。

その結果、同種の規定は、第一草案以降でも置かれなかった。そして、この給付の金銭的価値の要件をめぐる歴史的な文脈、およびイェーリングの学説との関連性は、日本民法399条をめぐって、日本法へも受容されていった。次に章を改めて、この点を明らかにしてみたい。

五、日本法への受容

それでは、本稿で追跡してきた、給付の金銭的価値の要件をめぐるドイツの議論は、はたして、そしてどのように、日本法へ受容されたのか。

（1）法典調査会

まず、民法399条をめぐる法典調査会での議論をみてみたい(第55回法典調査会民法議事速記録　明治28（1895）年１月11日)。

現行民法399条にあたるのは、ここで提案された397条であり、それは「債権ハ金銭ニ見積モルコトヲ得サルモノト雖モ之ヲ以テ其目的ト為スコトヲ得」と定めるものであった。「(参照)」とされた各国法の条文の中には、「独一草二〇六．同二草二〇五」が挙げられている。[40]

穂積陳重は本案について次のように説明した。[41]

「羅馬法以来諸国ノ規定学説等ニ於キマシテ債権ノ目的タル行為ト云フモノハ帰スル所金銭ニ見積ルコトガ出来ナケレバナラヌモノデアルヤ否ヤト云フコトハ非常ニ立法者学者ノ間ニ疑イガ起ルコトト思フ」。

そして、羅馬法の法文を金銭に見積もることができなければならないと解する者

(40)　その他の参照条文については、前田達明監修、高橋眞・玉樹智文・高橋智也編集『資料債権総論』（成文堂、2010年）５頁以下参照。
(41)　『明治二十七年四月六日起　民法議事速記録　法典調査会　第十七巻（日本学術振興会版）』１７ノ１１３丁裏、１７ノ１１５丁裏および１７ノ１１６丁表。

が多い。

「併シ近頃ノ学説判決例抔ハ段々人智ノ進ンデ参リマスニ従テ金銭ニ見積ルト云フコトハ穏カニ言ヘナイ、夫レハモウ色々牽強付会致セバ金銭ニ見積ルト云フコトハ言ヘルカモ知レヌガ先ズ通常ノ言葉デ金銭ニ見積ルト云フコトハ言ヘヌ」

「又此金銭ニ見積ルベキモノデナケレバナラヌト云フコトハ其疆界ガ甚タ不分明デ何所迄ガ金銭ニ見積ルト云フ直接ノ範囲内デアルカ甚タ六ケシウ御座イマ〔ス〕」

「人智ガ進ンデ参リマスニ」、いいかえれば国民の教養が進展してくると、非金銭的給付はそれ自体として法的保護の対象となると解すべきであり、直接のみならず間接的に金銭価値が認められれば足りると解する考え方とその不明確さが批判されている(「諸国ノ規定学説等」とされ、ドイツを直接名指ししているわけではないが、本稿二（４）(b)中間説のうちアルンツ、デルンブルクおよびウンガーのような考え方に対応する)。さらに、

「第三者ノ利益ト云フコトハ第三者ノ金銭ノ利益デアルカ知レマセヌガ債務者債権者ノ間ニ直接ノ目的トスルモノハ金銭ニ見積ル利益トハ言ヘヌカモシレヌ[42]此場合ニ於テハ或ハくろふべーなるヲ付ケナレレバナラヌト云フ人モアル」

ここでいわれる「くろふべーなる（ぷろべなー[43]）」が“Konventionalstrafe”を意味するならば、それはドイツにおいては上記中間説のうちモムゼンのような考え方に対応する。

また、実定法上の根拠について、

「羅馬法ニ一ト所明文ガアリマスガ其ノ他ノ所カラ見マシテモコレハ一般ノ規則トシテ殊更ニ言フタノデナイ」

ここで言及されているローマ法の個所とは、①学説彙纂第40巻第７章（候補自由人について）第９法文第２節と思われるが、確かにたとえばヴィントシャイトはその一般化を批判していた[44]。

また、旧民法とは異なり、上記397条は、財産編ではなく債権編に置かれているこ

---

(42)　イェーリングの鑑定意見書の前提となった事案では、この点も問題となった。すなわち、鉄道が開設される地域の利益は、契約当事者である誘致組合･委員会からみれば第三者の利益である。三（２）(a)のホイスラーの意見を参照。

(43)　前掲１７ノ１１９丁表。

(44)　前掲１７ノ１１４丁裏。WINDSCHEID *Pandektenrechts, 2. Bd., 6. Aufl.*, S. 4; 赤松・前掲・社会科学研究年報39号88頁以下。

とも、給付の要件が財産的価値に限定されないことに関連する。

「民法ハ財産編デアルト云フ主義モ明カニ取ツテ居リマセヌ」「独逸抔ノ民法財産編ガ独立ニナッテ居リマス如ク一ツノ債権ト云フ人事関係ヲ規定スルコトニナッテ居リマス」

以上より、このような条文の形に起案したとされる。

「物質的ノ利益デナクテモ理想的ノ利益デモ例ヘバ教育的ノモノデアルトカ学問上ニ関シマストカ医者ヲ雇フテ見セマストカ物質的利益デナクテモ債権ノ目的トスルコトガ出来ルトシタ方ガ穏カデアルト思ヒマシタ」

「苟モ人ノ行為其取引ガ善良ノ風俗ニモ反シマセズ又法律ガ外ノ条件ヲ以テ人事ノ関係ヲ保護シテヤルト云フコトハ必ズシモ金銭ニ限ルト云フコトハアルマイト云フ考エガ非常ニ争ヒニナッテ居リマス問題デアリマスカラ初メニ明言スル方ガ宜カロウト思ツテ斯ノ如クニ立案シタノデアリマス」

これに対しては、穂積八束が、学説の論争であり条文を設ける必要はなく、裁判官に委ねればよい。条文があるといちいち小さな約束まで裁判所へもちこまれてしまう、として次のように述べた。[45]

「之ヲ極端ニ解釈シマシテ普通ノ約束事デモ一々之ヲ裁判所ニ持ッテ往ッテ裁判ヲ仰グコトガ出来ルカノ様ニ人ガ想像スル恐レハアルマイカ」

これに対しては、穂積陳重は、争いの起こりそうなところを定める。学問ではなく実務上の問題である、とだけ述べている。[46]

また、高木豊三が、金銭に見積もることができない給付の不履行の場合、強制の方法はどうするのか。不作為の場合408条３項[47]〔現行民法414条３項〕は使えない場合がありうる。別に訴訟法に定めるのか。損害賠償は金銭によるのか、と問い質した[48]の対して、穂積陳重は、

「必ズシモ損害賠償ト云フモノガ此金銭上ニ付テノ損害ニ対スルモノニ限ルト云フコトハ出テ来ナイ」

〔不作為債務の場合、強制履行はできないことがある。しかし、義務に違反したことは確かである。〕

---

(45)　前掲１７ノ１１６丁表裏。
(46)　前掲１７ノ１１７丁裏。
(47)　前掲１７ノ１１９丁表に「四百八条ノ二項」とあるのは同三項の誤りか。
(48)　前掲１７ノ１１８表裏。

「感覚ニ与ヘマシタ損害ト云フ様ナモノハ殊更然ウデアリマセウ其ノ場合ニ於テハ夫レヲ一ツノ損害ト認メテ之ニ賠償ヲ許スヤ否ヤト云フ問題ガ私ハ不法行為ノ所デ起ルト思フ」

「其損害ト云フモノハ金銭デ定メルト云フコトデアルト申シマシテモ金銭ノ損害デアルカラ金銭デ定メルト云フ主義ヲトッテ居ルノデアリマセヌ外ノ感覚上ノ損害アツテモ是レハ金銭デ定メテモ宜シイト云フ斯ウ云フ考テ〔アル〕」

と答えている。つまり、損害賠償として金銭が支払われる場合でも、その金銭には、「感覚ニ与エマシタ損害」「感覚上ノ損害」が含まれうる、とされている。さらに、

「強制履行ガ出来ルモノデナケレバ債務ノ目的トナラヌト云フ規定モ又…」[49]

と反論して、不履行の場合履行強制ができないとしても、やはり法的に拘束力のある債務は成立しうるという理解を前提にしているとする。

「遂ニ金銭ニ帰スルト云フコトデナクテモ之ヲ目的ト致シテ債権ヲ設定スルコトガ出来ル従ッテ夫レニ付テ訴ヘルコトモ出来ル損害賠償其他ノ方法ガ出来マスレバ他ノ方法ニ依ルコトガ出来ル様ニナルト云フ根本丈ガ此所ニ極メテアルノデアリマス」[50]

以上の議論において、穂積陳重による給付の金銭的価値の要件をめぐる学説の対立状況の理解は、ドイツ普通法学における学説の状況と照らし合わせてみて、正確であるといってよい。また、非金銭的給付については、債務自体は成立しても、履行強制ができない場合がありうること、不履行の場合の損害賠償（「感覚上ノ損害」も含む）についての考え方も、ドイツ民法の立法者の考え方と親近性が認められる。

（２）『民法修正案理由書』

明治民法典は、債権法総則と各則を置くという編成において、ドイツ法を継受している。この点、『民法修正案理由書』は、次のように述べている。[51]

「既成法典ハ人権即チ債権ニ関スル規定ヲ以テ財産編ノ一部ト為スト雖モ近世社会ノ進歩ト共ニ人事ノ関係益々複雑ナルニ従ヒ人権ノ成立ハ独リ財産上ノ関係ニ止マラザルコト

---

(49) 「そのような規定にも問題がある」等と言おうとしたのであろう。
(50) 前掲１７ノ１１９丁裏、１７ノ１２０丁表裏、１７ノ１２１表。
(51) 『民法修正案理由書：附質疑要録』第三編　債権１頁。

明白ナル事実トナリタルヲ以テ本案ハ独乙民法草案ノ如ク人権ニ関スル規定ノ為ニ特ニ一編ヲ設ケタリ」

「義務ノ原因ニ付テハ各種ノ原因ニ関スル規定ハ多クハ共通ノモノニアラズシテ各別ノ規定ヲ要スルニ因リ本案ハ独乙民法草案等ノ例ニ倣ヒ此等ノ原因ニ対シテ各別ニ一章ヲ設ケ即チ第二章ニ於テ契約、第三章ニ於テ事務管理、第四章ニ於テ不当利得、第五章ニ於テ不法行為ニ関スル規定ヲ掲ゲタリ而シテ既成法典ノ合意ニ関スル規定中其効力ニ関スル規定ノ如キハ総則ニ属スベキモノナレバ之ヲ本編第一章ニ編入ス」

また、民法399条にあたる修正案398条について、『民法修正案理由書』は、次のように述べている。[52]

「近世社会ノ進歩ト共ニ人事ノ関係益複雑トナリ物質的利益ノ外例ヘバ学問上若クハ精神上ノ利益ノ如キモノヲ以テ取引関係ノ目的ト為スコト多〔シ〕」

「或ハ物質的利益ヲ有セザルモノニモ強ヒテ金銭上ノ価値ヲ付シ之ヲ以テ債権ノ目的ト見做スコト少ナシトセズ故ニ本案ハ今日ノ実際ニ照ラシテ既成法典ノ主義ヲ改メ本条ニ於テ特ニ債権ノ目的ハ金銭ニ見積モリ得ベキモノタルヲ要セザル主義ヲ明ニセリ」

これは、やはり中間説を念頭に置いて批判したものと思われる。また、

「債権編ヲ以テ独立ノ一編トシ既成法典ノ如ク財産編ノ一部ト認メザル」

として、民法典の編成上の変化も反映している。

他方で、制限も存する。

「本條ノ規定ト雖モ固ヨリ無制限ニ広キモノニアラズ債権ノ目的ハ必ズ法律ノ規定及ビ善良ナル風俗ニ反スベカラザルハ勿論日常交際上ノ漠然タル約束ノ如キハ之ニ因リテ債権ヲ生ゼシムルコト能ハザルモノニシテ当事者ガ債務ヲ負担セントスル真誠ノ意思ヲ有スルコトノ必要ナルハ固ヨリ明白ナルヲ以テ自ラ限定ノ意義ヲ有スルモノトス」

つまり、公序良俗と法規に違反する場合のほか、友誼上の約束、債務負担意思が認められない場合には、債務は存しない。

（3）日本におけるイェーリングの受容

それでは、ドイツ普通法学の到達点であったイェーリングの見解の影響は日本に

---

(52) 『民法修正案理由書：附質疑要録』第三編　債権 4 頁。

も及んだのか。

石坂音四郎によれば、財産的価値をもたない給付であっても債権の目的たりうるという民法399条は、消極的要件を示すにすぎない。しかし、

「反対説ニ依レバ給付ハ金銭的価格ヲ有スルコトヲ要ストナスニアラザレバ債権ガ成立シ得ベキ範囲ヲ確定スルコトヲ得ズト為ス然レドモ此ノ標準ハ之ヲ他ニ求ムルコトヲ得」

として、

「(一) 当事者ガ法律上拘束ヲ受ケル意思ヲ欠ク〔ものでないこと〕、(二) …善良ノ風俗ニ反スル〔ものでないこと〕、(三) …風俗、社交、道徳ノ範囲ニ属スベキ行為〔でないこと〕」

をあげる。

ところで、その石坂は次のように、イェーリングの鑑定意見書『田園鉄道について』に言及している。

「独普通法ニ於テ債権ノ物体タル給付ハ金銭的価格ヲ有スルヲ要セザルコトヲ道破シタルハIhering（Jahrbuch f. Dogm B. 18 S. 42 fg）ナリトス[53]」。

また、岡松参太郎も、

「学理ニ反スルダケデナク近世社会デハ人事ノ関係益々複雑物質的利益ノ他精神的利益モ取引関係ノ目的トナル、取引ノ不便」

を指摘し、

「故ニ独乙民法草案ノ如キハ断然此限定ヲ廃シ債権ノ目的ハ必ズシモ金銭ニ見積モリ得ベキモノタルヲ要セザルコトヲ明ラカニセリ（第一草案二〇六条、第二草案二〇五条[54]）」

とする。

そして、岡松も民法399条をめぐって、イェーリングに言及している。もっともここで言及されているのは、『権利のための闘争』の方である。

「羅馬法以来ノ誤謬ヲ論ジタルモノハ実ニ独逸ノイエリングナリ氏ハ其著書権利競争論ニ於テ断言スラク法律ハ総テ人ガ金銭ヲ得ンコトヲ欲望スルモノト見做シテ金銭上ノ価値ヲ有スルモノニ非レバ之ヲ保護セザルガ如キ卑劣ノ主義ヲ採ルコトナシト、其他多クノ学者亦此規定ノ法理ニ適ワザルコトヲ論ズルニ至レリ」

なお、給付の金銭的価値は要件とはされなくても、無制限であるわけではない、

---

(53) 石坂音四郎『債権総論上巻合本』（有斐閣、1924年）55頁以下、56頁【註一】。
(54) 岡松参太郎著 富井正章校閲『第九版　註釈民法理由　下巻』（有斐閣書房、1899年）15頁以下。

「（一）特定ノ行為、（二）不能ナラザルコト、（三）不法ナラザルコト」
が債務の要件とされる。[55]

（4）小　括

以上のように、現行民法債権編の編成についてはドイツ民法草案の影響が認められる。また、民法399条を立案した穂積陳重は、「諸国ノ規定学説等」として必ずしもドイツを名指ししているわけではないが、その学説の分布状況と歴史の理解は、ドイツにおけるそれらをも反映するものとなっており、それらを踏まえて、条文を起草している。

したがって、梅謙次郎が次のように述べているのは、民法399条の理解としては、正鵠を得たものとはいえないのではないか。[56]

「天下ノ事物殆ド皆金銭ニ見積モルコトヲ得ルモノニ非ザルハナシ故ニ此広義ヲ以テスレバ債権ノ目的ノ金銭ニ見積ルコトヲ得ルモノタルコトヲ要スルモノトスルモ殆ド弊害ヲ見ザルト同時ニ特ニ金銭ニ見積ルコトヲ得ルモノタルコトヲ要スル旨ヲ言フハ頗ル不当ナリ」

これはむしろ中間説の立場であるが、民法399条の本来の意味は、非金銭的給付は非金銭的給付として債権の目的となると解することにある。

また、民法399条をめぐり、本稿で追跡してきた、イェーリングの『田園鉄道について』や『権利のための闘争』の該当個所が、日本においても指摘されることがあったことにも注目したい。

六、おわりに

最後に、本稿の以上の検討を踏まえて、民法399条の意義について、総括してみたい。

民法399条は、その前提となるドイツでの歴史を踏まえると、非金銭的給付を非金

---

(55)　岡松・前掲書17頁。
(56)　梅謙次郎『民法要議巻之三［訂正増補第33版］』（大正元年＝1912年版復刻版・有斐閣、1984年）10頁以下。

銭的給付として法的に保護するものである。「いかなる物やサービスも、それを得るためにお金を出す人がいる限り、金銭に見積もることができる」（本稿**一**（２）内田貴、**五**（４）梅謙次郎も参照）、今日いかなる給付であっても何らかの形で金銭的評価と結びつくという見方とは異なるものである。

また、不履行の場合に強制履行のできない場合がありうることが前提とされる。非金銭的給付であっても不履行の場合の損害賠償は金銭でなされるが、その内容が問題となる（**四**（２）キューベル、**五**（１）穂積陳重）。しかし、非金銭的給付についても根源において法上拘束力のある債権債務関係が成立しうる（**五**（１）穂積陳重）。

なお、民法399条の存在意義については、同条は「金銭に見積もることのできないものであっても」債権の目的とすることが妨げられない、という消極的基準を示すにすぎないことが指摘される（**五**（３）石坂音四郎）。同条の存在意義について消極的に評価されるとすれば、それは、ひとつにはこのような観点からである。

逆に、金銭的価値のない給付において、どのような場合に法的に拘束力のある債務が成立しうるかという基準としては、債務負担意思が存する（**二**（２）ドイツ第一草案、**二**（３）部分草案、**五**（２）『民法修正案理由書』、**五**（３）石坂音四郎）、「気まぐれ」でないこと（**二**（４）(c)ヴィントシャイト）、友誼や好意は除かれる（**三**（２）(f)イェーリング）、風俗、社交、道徳の範囲に属するものは除かれる（**五**（３）石坂音四郎）、特定性、不能ではないこと（**五**（３）岡松参太郎）、強行法規・公序良俗違反でないこと（**二**（２）ドイツ第一草案、**五**（１）穂積陳重、**五**（２）『民法修正案理由書』、**五**（３）石坂・岡松）などが指摘されている。

また、ここでは、ドイツ民法典が、日本民法典のような条文を（敢えて）置かったことの意義を再確認しておきたい。キューベルは次のように述べていた（再掲）。

「草案が財産的利益の必要性に言及していないことは、それを拒絶することを十分明らかにしている。保護に値する利益の限界は、事物の本性によっては定められない、それは合理的な裁判官の裁量に委ねられる、イェーリングが正当にも指摘するように（90頁）、われわれは他の問題でも、確実で具体的な基準なしに判断しなければならず、現にそうやってきているのである」（*Vorlagen* S. 17）

ここでは、給付の金銭的価値を要件とはせず、法的拘束力のある債務が存するか

否かについては、裁判官の裁量に判断を委ねるものとされている。しかも、そこには、非金銭的給付であっても法的拘束力ある債務の客体である以上、できる限り履行させねばならない、契約は守らせねばならないという、裁判官の積極的な役割に対する期待を含む（**二**（4）(c)ヴィントシャイト、**三**（2）(e)および**四**（3）イェーリング[57]）。

日本民法399条の削除論は、はたして上記の諸点を認識しているであろうか。

最後に、民法399条には今日実際上の大きな意義は認められないのか。民法399条をめぐる判例としては、念仏供養をなす給付を内容とする契約の成立を認めた東京地判（裁判年月日不明大正２年（ワ）922号法律新聞986号25頁があげられることが多い。

しかし、ここでは、いわゆる隣人訴訟に再び目を向けてみたい。事件は次のようなものであった。1977（昭和52）年５月８日、原告夫婦の子Ａ（当時３歳４か月）が被告夫婦の子Ｂと共に遊んでいた。原告妻が子Ａを買い物に連れて行こうとしたところ、子Ａが拒んだ。被告夫の口添えもあり、原告妻はよろしく頼む旨を告げたところ、被告妻は受けた。ところがその後、近くのため池の付近で被告夫婦の子Ｂと遊んでいた原告夫婦の子Ａが、自ら池で泳ぎ、溺死した[58]。

原告夫婦は（ため池所有者の市、県、国、ため池を掘削した会社のほか）被告夫婦を相手方として各1,400万円余の損害賠償を請求して訴えを提起した。津地判昭和58年２月25日判時1083号125頁は、「原告〔妻〕と被告らの応答は従前から近隣者として、また同一幼稚園へ通い遊び友達である子供の親として交際を重ねていた関係上、時間的にも短時間であることが予想されるところでもあり、現に子供らが遊びをともにしていることを配慮し、近隣のよしみ近隣者としての好意から出たものとみるのが相当であり、原告らがＡに対する監護一切を委ね、被告らがこれをすべて引き受ける趣旨の効果意思に基づくものであったとは認められないから、準委任契約の成立を前提とする原告らの債務不履行の主張は、その余の点につき判断するまでもなく失当である」とした。しかし、被告夫婦は、「幼児を監護する親一般の立場

(57)　なお、ヴィントシャイトとイェーリングの立場がこのように一致していることは、ヴィントシャイトがはたして概念法学者であったか、という問題との関連でも興味深い。
(58)　星野英一編『隣人訴訟と法の役割』（有斐閣、1984年）６頁以下。以下では同書の頁数のみにより引用する。

から」「水際付近へ子供らだけで立ち至らぬように適宜の措置をとるべき注意義務」があったとして、被告夫婦の不法行為責任を認め、かつ近隣者の好意として無償で預かったことを斟酌し、さらに過失相殺の法意を類推して、損害についての分担割合を原告７、被告３として、原告の一部勝訴（７割の減額の結果236万円余）の判決を言い渡した。

ところが、この裁判が報道されると、まず、原告に対する電話・手紙による非難が集中した。その中には、「死んだ子供を種に金をゆすり取るのか」（121頁）といったものもあったとされる。この点、原告はお金を取りたかったのではないが、訴訟を起こすと結果としては金銭の支払いを命ずる判決がなされざるをえなかったとの指摘がある（31頁）。また、マスコミの論調の中には、被告に対して謝罪してほしい、慰霊碑を建ててほしいという訴えは不可能だったのかという指摘があったとされる（33頁）。原告に対して電話・手紙による社会の非難が集中した結果、原告は、訴えを取り下げようとした。すると今度は、控訴しようと考えていた被告に対して非難が集中し、訴えの取り下げに同意せざるをえなかった（121頁以下）。

ここでは、隣人間で一方にとってかけがえのない大切な子を預かる契約の成否が問題とされている。主位的に原告は、その不履行による損害賠償を請求しているのだが、慰謝料請求について、「原告らが最愛の長男Ａに僅か三歳にして先立たれたことによりうけた精神的苦痛は到底筆舌に尽くし難く、決して金銭では償い得ないものである」と述べている。さらに、上記のように、原告は、金銭を取りたかったのではなかったとの指摘がなされ、また、判決後、子供を種に金をゆすり取るのかという強い社会のリアクション・非難がなされたことなどを総合すると、この事件では本来、かけがえのない大切な子を預かる、その意味で金銭に評価できない給付を内容とする契約の成否が問題だったのではないか（もっとも、契約の成否めぐっては、さらに近隣の誼Geselligkeit、好意Gefälligkeitが問題となった）。また、その不履行の場合の救済方法、とくに金銭による賠償の内容、意味が問題とされたのではないか。

もしも、イェーリングがこの事件の鑑定意見書を引き受けたとすれば、あるいは考え悩み契約の成立自体は肯定したうえで、こう述べたかもしれない。最終的に裁判官が支払いを命じるべき金銭の意味は、失われた子供と等価（Aequivalent）とし

ての損害賠償ではなく、かけがえのない子を失った原告夫婦の権利感情に対する満足（Satisfaction）である、と。

かつてサヴィニーは、民法にとって何よりも有益な、過去の洞察に満ち溢れた時代の法（それはサヴィニーにとってはローマ法であった）と、現代との多様な接触の可能性が、間に法典が介在することによって、断ち切られてしまうのをひとつの理由として、法典編纂に消極的な立場を表明した[59]。サヴィニーのこの警鐘に、民法の「再法典化」を推し進めようとしている二十一世紀日本のわれわれも虚心になって耳を傾けるべきではないか。ヨーロッパの法を異なる土壌へと継受したわれわれにとっては、ローマ法を基盤に展開された普通法学の議論は、サヴィニーにとってのローマ法そのものと同じくらい洞察に溢れた時代の法であったはずである。そして、現民法399条は、われわれとその時代の法を結びつける、歴史の中を貫いて開かれた通路のひとつである。もしもこの通路の持つ意味を十分に認識せずに、それが断ち切られようとしているとすれば、新しいものをもたらそうと急ぐあまりかえって豊かな現行法を展開させる可能性を自ら葬ろうとしているのではないか、との危惧を禁じ得ない。

〔付記〕本稿は、2009年度日本学術振興会科学研究費補助金「日本民法典の基礎としてのローマ法文に関する研究」(基盤研究Ｂ　課題番号21330003)による研究の一部である。

[59] SAVIGNY *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, S. 24.