

ドイツ法典編纂における債務法総則：BGB部分草案 とドレーステン草案

赤松, 秀岳
九州大学大学院法学研究院：教授

<https://doi.org/10.15017/17956>

出版情報：法政研究. 77 (1), pp.310-283, 2010-07-29. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

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—

赤松秀岳

- 一、はじめに
- 二、BGB部分草案とドレースデン草案
 - (一) BGB部分草案
 - (二) ドレースデン草案
 - (三) ドレースデン草案における債務法総則
- 三、債務法総則の普遍規定群—ジーベンハールの修正提案—
- 四、債務法総則の位置づけ
 - (一) 草案の体系—債務の概念・成立・内容・効力—
 - (二) 諸規定の機能的関連性—体系の実際的意義—
 - (三) 利息、損害賠償、共同債務の位置
 - (四) 審議と採決
- 五、総則における普遍と個別—タクトの役割—
- 六、おわりに

一、はじめに

最近の民法（債権法）改正をめぐるわが国の議論において、批判的に言及されることの多い債権（債務）概念と債権（債務）法総則について、前々稿および前稿では、その故郷とも言うべき19世紀ドイツにおけるその実像に接してみようと考え、⁽¹⁾ サヴィニーとヴィントシャイトに即し検討した。本稿では続編としてさらに、BGB

部分草案、および、その基礎とされたドレースデン草案における債務法総則に目を向ける。われわれ21世紀の日本の民法研究者は、はたして「総則」や「総論」の本来の意義を正しく把握しているのか。これまでの検討と同様、このような問題意識から、以下では、とくにBGB部分草案の理由書と、ドレースデン草案およびその起草委員会の議事録を資料として、法典編纂において債務法総則を置くことの意義を追跡してみたい。

二、BGB部分草案とドレースデン草案

まず、以下で対象とされるBGB部分草案とドレースデン草案とは何か、さらに、とくにドレースデン草案に光を当てようとする理由は何か、につき関連する事柄を述べておきたい。

(一) BGB部分草案

1874年9月17日に設置された第一委員会によって開始されたドイツ民法典の草案の起草作業は、民法総則、債務法、物権法、家族法、相続法のそれぞれについて、起草担当者を定め、まずそれぞれの部分草案と理由書を作成し審議する方法により進められた⁽¹⁾。そのうち、債務法の部分草案と理由書は、ヴュルテムベルク王国のフランツ・フォン・キューベル⁽²⁾が起草するものとされ、キューベルは、1866年に公表された後述のいわゆるドレースデン草案(Dresdner Entwurf。正式には、債務関係についてのドイツ一般法律のドレースデン草案Dresdner Entwurf eines allgemeinen Deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse)をもとに債務法の総則と、

(1) 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)79頁以下、同「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(2009年)86頁以下。

(2) 石部雅亮編『ドイツ民法典の編纂と法学』(九州大学出版会、1999年)23頁(石部雅亮)およびviii頁(児玉寛)参照。

(3) フランツ・フィリップ・フリードリッヒ・フォン・キューベルは、1819年8月19日テュービンゲンに上級司法代理人(Oberjustizprokurator)の子として生まれる。1841年から司法官のキャリアを歩み、1861年ヴュルテムベルク王国の上級裁判所試補(Assessor)を経て同審議官。1862年から1866年まで、後述のドレースデン委員会のメンバーであった。1877年上級裁判所副長官、1879年同部長。1874年から、準備委員会委員、第一委員会委員としてドイツ民法典編纂に携わる。W. SCHUBERT *Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB - Einführung, Biographien, Materialien*, 1978, S. 75. 以下では、*Materialien*として引用する。

各則の一部を起草した。しかし作業がこの段階に達した1884年1月4日に突然キューベルが病没した。そのため、キューベルは、第一委員会に債務法の完全な部分草案を提案することができなかつた。⁽⁴⁾

しかし、中途での死去にもかかわらず、債務法をめぐる第一委員会の作業において、キューベルの影響力は、決して小さくなかつた。たとえば、キューベルは、債務法の部分草案を完成させることができなかったものの、第一委員会の討議資料のうち、債務法の総則(allgemeine Lehren)と、各則のうち、売買、交換、不当利得、事務管理、消費貸借、指図、不法行為(特殊の不法行為を除く)、無記名債務証券、宣誓(Offenbarungseid)による給付義務、および契約成立の要件(意思表示、契約の対象、方式)に関するものは、キューベルの作成によるものである。

また、第一委員会本会議(Hauptberatungen)が開始する前に、1875年から79年までの合同会議(Gesammtkommission)の資料として、キューベルは、制限能力者の契約締結、家畜の瑕疵、契約の方式、売買における危険負担、自然的債務(natürliche Verbindlichkeiten)、債権の譲渡、契約の申込み、履行義務の原因としての一方的約束(懸賞広告、第三者による約束(Versprechen zu Händen Dritter)、無記名債務証券)、共同債務関係についてのもを作成しており、さらに、第一委員会本会議中に、理由書なしではあるが、使用貸借、用益貸借、使用貸借、雇用の草案と、組合の草案の一部を提示している。⁽⁵⁾

シューベルトによれば、キューベルが病気がちで委員会審議に定期的に出席できず、彼の立法技術が〔自身⁽⁶⁾がその起草に関与したが〕やや古くなった後述のドレーズデン草案に多くを依存しており、そのためヴィントシャイトにより修正された部分も少なくなかつたが、その反面、優れた実務法曹で理論にも通じており、キューベルの影響力を決して過小評価すべきではないとされる。⁽⁷⁾

⁽⁴⁾ *Materialien* S. 45.

⁽⁵⁾ *Materialien* S. 43 f.

⁽⁶⁾ しかも、キューベルは、ドレーズデン草案の作成に「傑出したやり方(in hervorragender Weise)で関与した」(パーベ)。Vgl. *Materialien* S. 41.

⁽⁷⁾ *Materialien* S. 44.

(二) ドレスデン草案

前述のように、1881年10月1日に開始されたドイツ民法典編纂のための第一委員会本会議において、キューベルは1882年までに、債務法の総則と、各則の重要部分を提示できただけであった。しかし、その後の委員会の審議は、ドレスデン草案および、フォン・リーベ、ポエルナー、シュトルックマンなど当時の補助者(Hilfsarbeiter)によりドレスデン草案の理由書等に基づき作成された資料集に基づいて⁽⁸⁾行われた。

また、キューベルの作成になる部分草案じたいが、ドレスデン草案に大きく依拠するものであった。

このように、ドレスデン草案は、ドイツ民法典編纂において、その両方に深くかかわったキューベルを通じて債務法をめぐり大きな影響を残した。そして、それは、民法の領域における初めての(それもドイツ帝国成立前の)ドイツ統一法典の試みであった。その作業の根拠となったのは、1862年2月6日の連邦集会(Bundesversammlung)の次のような決議であった。それによれば、

「1. ドイツ連邦構成国のための一般民事訴訟法、および法律行為と債務関係についての一般法律(債務法)の草案作成の作業を開始すること、

2. そのために、まず民事訴訟法の草案作成のための専門家による委員会をハノーファーを場所として召集すること、

3. 債務法の作業のための委員会の設置は、ドレスデンを場所として、予定すること、

4. これらの委員会に代表を派遣することを検討する政府は、その旨を表明すべきこと」

⁽⁹⁾が決議された。

もともと、このドイツ統一債務法のための委員会(第一読会1863年1月7日から1865年1月16日まで、第二読会1865年10月6日から1866年5月28日までの合計

⁽⁸⁾ *Materialien* S. 45.

⁽⁹⁾ J. W. HEDEMANN *Der Dresdner Entwurf von 1866. Ein Schritt auf dem Wege zur deutschen Rechtseinheit* 1935, S. 4. なお、ドレスデンの委員会に代表を派遣したのは、オーストリア・ハンガリー帝国、バイエルン王国、ザクセン王国、ハノーファー王国、ヴュルテムベルク王国、ヘッセン大公国、自由都市フランクフルト(以上は当初メンバー)、メークレンブルク・シュヴェリーン大公国、ナッサウ公国、ザクセン・マイニンゲン公国(以上は中途より参加)、ヘッセン選帝侯国、シュヴァルツベルク・ルードルフシュタット侯国(以上は議事録送付のみ)であった。Siehe *Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, im Auftrage der Commission herausgegeben von Dr. B. Franke, Dresden 1866, Neudrucke privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts*, Bd. 2, 1973, S. V.

⁽¹⁰⁾324回)がザクセン王国の首府ドレースデンに置かれたのは、皮肉なことでもあった。というのは、他方で、ザクセンでは、1863年に独自の民法典が施行されていたからである。そして、ドレースデン草案の起草にザクセンの代議員 (Abgeordnete) として参画した、エドゥアルト・ジーベンハール⁽¹¹⁾は、そのザクセンの法典の編纂者でもあった。彼にとって、そして他のザクセンの愛国者たちにとって、債務法をそこから引き裂き、連邦による形成に委ねることに参画するというのは、苦渋の決断だったに違いない。⁽¹²⁾

ところで、ヘーデマンは、ドレースデン草案を評して次のように言う。草案の作成段階では、ローマ法の法文とほとんど同じ規定が置かれようとしたこともあり、ドレースデン草案は、ローマ法・普通法学により圧倒的に支配されていた。⁽¹³⁾また、個人主義的・自由主義的であり、また、学理性、論理、抽象性、原理と理論への崇拜が強く、これらの特徴は、さらに強められ後のドイツにおける立法に現われていった、と。⁽¹⁴⁾

学理的で抽象的で、個人主義的で自由主義的であるとは、ドイツ民法典に対して批判的に言われるところと軌を一にする。しかし、このようなヘーデマンの批判は、ナチス時代 (1935年) のドイツ法アカデミー会員としての発言であったという文脈に留意する必要がある。たとえば、ヘーデマンは、次のように述べる。

「世界観の観点を追求することは、われわれが生きる時代の根本的な転換のため、われわれ現代人にとってはとくに親しんでいることである。しかし、ドレースデン議事録 (Dresdner Protokollen) の成果は、この方面では、ほとんど零である。委員会の構成メンバーは、当然のことながら、今日の観点からは、個人主義と自由主義というスローガンで証されるその

⁽¹⁰⁾ HEDEMANN a. a. O., S. 18.

⁽¹¹⁾ エドゥアルト・ジーベンハール (Eduard Siebenhaar) は、1806年ニーダーラウズイツ (Niederlausitz, 現在のブランデンブルク州南部、ザクセン州とポーランドに接する地域) に生まれ、司法官の道を進み、ドレースデンの上級控訴裁判所の審判官を経て、1869年に同副長官。本文で述べるようにドレースデン委員会の構成メンバーのほか、1856年よりザクセン民法典の編纂に参画したのみならず、一時は、ドイツ民法典編纂第一委員会のメンバーに候補として名が挙ったこともある。1893年没。Vgl. *Materialien* S. 200.

⁽¹²⁾ HEDEMANN a. a. O., S. 15 f. ドレースデン委員会の名誉議長であるザクセン王国の国家・司法大臣フォン・ベールは、1863年5月3日、ザクセン王国民法典の施行に関連して、「ザクセン政府は、当地とハノーファーで行われている共通のドイツ立法の作業から引き揚げるつもりはない、むしろザクセン政府は、固有の立法を放棄しないとするのではなく、それよりも、共通のドイツ立法に大きな価値を見出している、しかし、また、[共通のドイツ立法により] 何らかの実際的な成果が存しない限り、固有の立法を放棄するつもりはない」と述べた (a. a. O., S. 16.)。

⁽¹³⁾ HEDEMANN a. a. O., S. 20.

⁽¹⁴⁾ HEDEMANN a. a. O., S. 26 f.

ような思考方法の基盤に立脚していた。……これから産み出される法典について国民的感情や民族性が叫ばれることもなかった⁽¹⁵⁾」。

シューベルトは、〔ナチス法学の文脈でなされた〕ドレースデン草案に対するヘーデマンのかかる評価の見直しの必要性をつとに指摘している⁽¹⁶⁾。

(三) ドレースデン草案における債務法総則

さて、本稿での考察対象である、債務法の総則を置く必要性和合目的性について、キューベルの作成になるドイツ民法典の部分草案理由書は、次のように述べる。

「草案は、総則において、債務関係そのものについて、その個別的な個々の形成とは別に定められるべき諸規定を纏め、そして、各則において、個々の債務関係に関連し、かつ、総則の規定から明らかではない特別の規定が続くものとする。このような〔総則と各則の〕区別の必然性と合目的性は、教科書における学問的な取扱いのみならず、法典についても、承認されており、このことは、他の立法や立法作業がこのような方法に従っていること〔からも明らかである⁽¹⁷⁾〕」。

そして、債務法の総則の編別をどのようなものとするか、そしてそのような編別とする理由については、部分草案では、ドレースデン草案に全面的に依拠するものであることが明らかにされる。

「総則の体系的編別については、草案は、その最も重要な点では、ドレースデン草案のやり方に従っている、〔ドレースデン草案の〕その基本的な考え方は、そのほかでも、すでにヘッセンおよびバイエルンの草案に認められる⁽¹⁸⁾、しかし、ザクセン民法典〔の体系的編別〕は、〔これとは〕異なるものである。〔ドレースデン草案とザクセン民法典の〕それぞれの体系を正当化する〔それぞれの〕理由については、ドレースデン草案の審議において、詳しく議論されている、そこで、ここでは、〔BGB部分草案において〕選択された編別が最終的に、そこでその理由づけを見出すに限りにおいて、それを引用するだけで十分である(ドレース

⁽¹⁵⁾ HEDEMANN a. a. O., S. 25 f.

⁽¹⁶⁾ *Materialien* S. 45, Fn. 82.

⁽¹⁷⁾ W. SCHUBERT (Hrsg) *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Die Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB. Recht der Schuldverhältnisse Teil 1. Allgemeiner Teil, Verfasser: Franz Philipp von Kübel*, 1980, S. 3. 以下では、*Vorlagen*として引用する。

⁽¹⁸⁾ ヘッセンおよびバイエルンの草案については、後述注29および注30参照。

デン議事録 (dresdner Prot.)、1590頁⁽¹⁹⁾～1601頁、1614頁、1615頁⁽²⁰⁾」。

それでは、キューベルの部分草案がこのように全面的に依拠するドレスデン草案は、どのように編まれていたのか⁽²¹⁾。本稿の考察対象である、債務法総則部分の編成を示すと次の通りである⁽²²⁾。

一般規定

第1部 (Theil) 債務関係一般について

第1章 (Abteilung) 債務関係の本質と種類

第1節 (Hauptstück) 本質

第2節 特別の種類

1. 複数の給付から選択されうる債務関係
2. 分割および共同債務関係
3. 無記名証券に基づく債務関係

第2章 契約および不法行為に基づく債務関係の成立

第1節 契約

1. 契約締結の要件
2. 契約の付款
3. 契約強化の手段
4. 契約の無効および取消し
5. 契約の証明
6. 契約の解釈
7. 契約から生じる権利および義務

第2節 不法行為

第3章 債務関係の効力

第1節 効力一般

⁽¹⁹⁾ 後述注24参照。

⁽²⁰⁾ *Die Vorlagen* S. 3.

⁽²¹⁾ *Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse* (Fn. 9), S. X ff.

⁽²²⁾ BGB部分草案の編成の骨格は、ほぼ以上と同じである。第1章 (Titel) 債務関係の本質と個々の種類、第2章 契約、一方的約束および不法行為による債務関係の成立、第3章 債務関係の効力、第4章 債権および債務における特定承継、第5章 債務関係の消滅。もっとも、章の下位の節のレベル以下では、さまざまな違いもある。Vgl. *Die Vorlagen* S. 1125 ff.

第2節 債務者の給付義務

第3節 債務の不履行の効果

第4節 複数の債権の競合

第4章 債権の移転

第5章 債務関係の消滅

第1節 支払い

第2節 相殺

第3節 債務および債権の引き受け

第4節 免除契約

第5節 契約の廃棄

第6節 債権者または債務者の喪失

第7節 義務の内容の喪失

第8節 免責の確認 (Freisprechende Erkenntnis)

第9節 消滅時効

第2部 債務関係の各則

(以下略)

ちなみに、キューベルが、ドレースデン草案と異なる編別によるものとして引き合⁽²³⁾いに出ずサクセン民法典の編別を参考のために掲げる。

サクセン王国のための民法典

第3編 (Theil) 債権の法

第1部 (Abteilung) 債権一般について

第1章 (Abschnitt) 債権の本質、債権における当事者および債権の客体

I. 一般規定

II. 金銭給付

III. 利息

IV. 物の価値および損害賠償

第2章 債権の履行

⁽²³⁾ *Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1863/1865. Neudrucke privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts* Bd. 4, 1973, S. 305 ff.

- I. 履行一般
- II. 履行の客体
- III. 履行の場所
- IV. 履行の時
- V. 過失の効果
- VI. 遅滞
- VII. 裁判所における供託による履行
- VIII. 給付の訴え
- IX. 債権の競合
- X. 留置権

第3章 債権の成立

- I. 成立の種類
 - 1) 法律行為
 - 2) 不法行為
- II. 契約

第4章 債権の譲渡

- I. 譲渡の種類
- II. 譲渡の客体
- III. 譲渡の効果

第5章 債権の消滅

- I. 履行
- II. 相殺
- III. 廃棄契約
- IV. 既判力ある判決
- V. 債権における当事者の喪失
- VI. 債権の内容の喪失
- VII. 消滅時効

第6章 共同債務

第7章 無記名証券

第2部 債権の個々の種類について

(以下略)

ザクセン王国民法典では、債務法総則の冒頭部分に「債権の本質、債権における当事者および債権の客体」という章が置かれ、金銭給付、利息、物の価値、損害賠償等の規定が置かれている。

三、債務法総則の普遍規定群 —ジーベンハールの修正提案—

前述のように、キューベルの作成によるドイツ民法典部分草案理由書は、ドレーズデン草案の体系的編成に従う。そして、その理由についても、ドレーズデン草案の議事録を引用・指示している。しかし、議事録のこの個所を見ると、ドレーズデン草案の編別が確定するには、とくに委員会における審議(1864年1月25日、第115回)において、異論が出されていることに気づく。その異論は、他ならぬザクセンの代議員であるジーベンハールによるものだが、それに対する他の代議員からの反論、さらにはジーベンハールからの再反論が展開されていく中で、ドレーズデン草案の総則部分が前述のように編成された理由が明らかになっていく⁽²⁴⁾。それゆえ、ドイツ民法典部分草案は、このような形で明らかにされた理由づけに依拠している。そこで、次に、この点を追跡してみたい。

ジーベンハールが委員会に提出した「体系的編別とその修正に関する提案と意見」では、「一般的意見」として、委員会審議がこの段階に至った以上、総則を実質的に改訂するような意見はもはや排除されるという委員会の決定を尊重して、ジーベンハールは、体系的編別とその改訂についての意見表明に限定して、次のように述べる。

「体系について、私は次の点を指摘しなければならない、『債務関係一般について』という章(Capitel)では、ここに属する規定対象のいくつかが移動され、何処でもよいから場所を探して、そこに配置された。しかし、このことは、この作業に、強いられたかのような色合

⁽²⁴⁾ *Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines Allgemeinen Deutschen Obligationenrechtes. LXIII. CXX. Dresden 1864. Materialien zur Kodifikationsgeschichte, eingeleitet und neu herausgegeben von W. Schubert* Bd. 2, 1984, S. 1590 ff., 1614 ff. 以下では、*Protocolle*として引用する。

いを与えている。実質的な決定に何らの重大な変更をもたらすことなく、体系に自然性と簡明性をもたらすことができる、そのためには、上記の章 (Capitel) をより完全なものとし、発生原因にかかわらずすべての債務関係に共通するものを、この章 (Capitel) に置き、そうして、普遍的なものから個別的なものへと事物の本性が求めるように、歩を進めていくことが必要である。

当然のことながら、普遍的なものを個別的なものから分離するために、まったく争いの余地なく妥当する原理を定立することはできない。この点でも、正しいタクト (Tact) が、不安げにあれこれ考えたり、あるいは他人が言ったことにしがみ付くことによるよりも、より確実に目標に到達させる。もちろん私自身が正しいタクトを見出したというつもりは、毛頭ないが、私は以下で、第一章 (Capitel) の編別について提案をし、最後に、〔いかに〕この体系が強いられたものでなく、自然で、見通しやすく構成されているかを、そして、それが、実質的決議の本質を変更することなく、矛盾することなく体系を変更できることを示したい」 (Protocolle S. 1614)。

ジーベンハールは、まず「債務関係一般について」つまり、総則部分が強いられたようで不自然である (と彼には思われる) 点を問題にしている。たとえば、共同債務関係は、草案では、債務の〔本質と〕種類の問題として扱われているが、ジーベンハールは、債務の概念、主体 (当事者)、客体という債務関係におけるより普遍的なカテゴリーをさらに冒頭に出し、件の共同債務関係は、債務の主体 (当事者) の問題として位置づけるべきであるとする。こうして、「普遍的なものから個別的なものへと事物の本性が求めるように、歩を進めていくことが必要である」。

そして、ジーベンハールは、より具体的には、次のように提案する。

「第1部 (Theil) 債務関係一般について

I. 概念

II. 種類

III. 当事者 (Personen)

A. 総則

B. 債権者または債務者の複数

(共同債務関係 [←草案13条以下=債務関係の本質と種類⁽²⁵⁾の章])

IV. 客体

A. 総則

B. 特別の態様 Modalitäten (特定性 [←草案240条、244条以下=債務関係の効力の章]。分割性 [←草案241条=債務関係の効力の章]。給付の時 [←草案258条以下=債務関係の効力の章]と期間計算 [←草案260条=債務関係の効力の章]。給付の場所 [←草案255条以下=債務関係の効力の章])

C. 個々の種類 (物の価値 [←草案273条、277条=債務関係の効力の章]。損害賠償 [←草案211条以下 (不法行為)、たとえば222条 (同) 参照=債務関係の成立の章、草案273条以下 (債務不履行)=債務関係の効力の章]。利息 [←草案250条以下=債務関係の効力の章。なお、草案298条、299条・遅延利息=債務関係の効力の章、また246条以下・金銭債務=債務関係の効力の章]。担保の提供 [←草案269条以下=債務関係の効力の章])」 (Protocolle S. 1614 f.)。

このように、総則部分の冒頭に、債務関係の概念と種類、当事者、客体という章を置くべきであるというのがジーベンハールの提案である (そうすると前述のザクセン民法典の編成にも接近する)。

1864年1月25日のドレーズデンにおける第115回の審議では、このジーベンハールの提案について議論がなされた。

まず、冒頭で、ジーベンハール自身が、次のように発言した。

「学問的な叙述にとって最適と推奨される編別が、法典には適していないとは、私としては言い難い、というのは、素材を十分に見通すことができるのを助けるのが体系的編別の役割

⁽²⁵⁾ 赤松による挿入 [←草案○条=○の章] は、ジーベンハールの提案によれば冒頭に配置されるべきとされる事項が、草案では本来何処に配置されているかを参考のために示す。

であり、その場合、法典といえども、教科書と同じ観点で導かれるものだからである。これまで草案が採用してきた体系の変更を提案者が望ましいと考えるのは、次の点を考慮するからである、草案は、さまざまな種類の債務関係に〔共通して〕関連する諸規定を、債務関係の効力として示すのみであり、また、普遍的な性質をもつ態様 (Modalitäten) が、他の債務関係についてもその成立とは無関係に標準となるものであるにもかかわらず、債務関係の成立に関する部分で、とりわけ債務契約について定めているにすぎない」(Protocolle S. 1590)。

法学教科書におけるのと同様に、法典においても、素材を十分に見通すことができるために、種々の債務関係に共通する規定を冒頭に出すべきである。ちなみに、ドイツの法学教科書や講義では、ジーベンハールの提案のように、債務法の総論の冒頭部分で債務の概念のほか、債務の客体や当事者・主体について論じることが多かった。

たとえば、ヴィントシャイト『パンデクテン教科書』第2巻(第6版)1887年は、次のように編成されている。⁽²⁶⁾(ジーベンハールが冒頭に共通規定として定めるべきであると提案している制度がどこに位置づけられているかを参考までに〔 〕内に示す。)

第1章 債権というものについて

- I. 債権の概念
- II. 債権の客体〔特定性・分割性、選択債務、種類債務、金銭給付、利息給付〕
- III. 債権の内容〔給付の時期、給付の場所〕
- IV. 債権の主体〔連帯債務〕
- V. 債権の成立
- VI. 債権の変動
- VII. 債権の消滅

(以下略)

また、ハイゼの『普通民法体系の綱要』⁽²⁷⁾に従ってなされた、サヴィニーのパンデ

⁽²⁶⁾ B. WINDSCHEID *Lehrbuch des Pandektenrechts* 2. Bd. 6., verbesserte und vermehrte Aufl., 1887.

⁽²⁷⁾ A. HEISE *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen*, z. B. 3., verbesserte Ausgabe, 1819.

クテン講義(1807年～1842年)中、債務法の部分の冒頭は、次のようなものであった。⁽²⁸⁾
(ここでもジーベンハールが前に出すべきであると指摘する制度の位置を〔 〕内に示す。)

第1章 債務の内容について

I. 概念と導入

II. 債務の客体について

〔選択債務・金銭債務〕

III. 債務者の義務

〔履行の場所・履行の時〕

III [ママ]. 不法行為の一般原則

〔利息・利息の制限〕

第2章 債務の主体について

〔連帯債務〕・債務の移転

第3章 債務の成立について

(以下略)

以上のように、ジーベンハールの修正提案は、債務法総則の冒頭に、債権の概念、当事者、客体という章を設け、草案の編成では、債務関係の成立や効力という章に置かれている諸規定のいくつかを、これらの冒頭の章に配置しようとするものである。そしてそれは、普遍的なものは個別的なもの前に出すべきである、という考え方に裏付けられている。そしてまた、この提案は、法学教科書の体系と法典のそれは、基本的には異ならない、という立場を前提としている。

四、債務法総則の位置づけ

さて、上記のようなジーベンハールの提案に対しては、委員会ではさまざまな反論がなされた。このような議論を経て、ドレーズデン草案の体系が正当化されてい

⁽²⁸⁾ Friedrich Carl von Savigny. *Pandekten. Obligationenrecht, Allgemeiner Teil. Nach Savignys Vorlesungsmanuscript herausgegeben von Martin Avenarius, Savignyana. Texte und Studien, herausgegeben von J. Rückert* Bd. 8, 2008, S. V ff.

くのであるが、次に、この議論を追跡してみたい。

(一) 草案の体系—債務の概念・成立・内容・効力—

まず、「ヴュルテムベルクの代議員」〔すなわちキューベル〕がジーベンハールに対する反論の口火を切った。そして、ジーベンハールが、「発生原因にかかわらずすべての債務関係に共通するもの」を纏め、「普遍的なものから個別的なものへと事物の本性が求めるように」展開させていくべきであるとして修正提案をしようとしているのに対し、キューベルの側でも「事物の本性」を持ち出し、逆に、債務関係の成立、内容、効力という草案の編成こそが、事物の本性に合致すると反論する (*Protocolle* S. 1591)。

「なぜなら、事物の本性は、内容や効力と取り組む前に、むしろまず債務関係の成立を扱うことと適合し、そこには、ザクセンの代議員の提案に『当事者』や『客体』という表題のもとに明らかにしようとするすべてが、含まれるからである。ところが、多くの教科書が〔ジーベンハールの提案する〕このような編別に従い、ザクセンの法典もまたそれに従っている」 (*Protocolle* S. 1591)。

しかし、法典は教科書とは違うこと、法典にとっては、成立、内容、効力という「論理的体系」がふさわしいこと、他の領邦の草案も同様であることを理由に、この編成は「強いられたような外観」どころか、合目的で、概観性に優れ、かつ自然であるとして、キューベルは次のように述べる。

「教科書において、この事物の本性の編別あるいは、それとは別の合目的性の理由による編別のどちらが、推奨されるかはさておくとして、法典については、発言者(ヴュルテムベルクの代議員)には、教科書の編別とはまったく異なった、諸規定について、論理的体系がよりふさわしいように見える、この体系は、⁽²⁹⁾ヘッセンの草案に採用された体系のように、債務関係の成立から始まり、その内容、そして効力へと進行していく。このような論理の歩

⁽²⁹⁾ ヘッセン大公国のための民法典草案、第4部 債務について、第1編 債務一般、第1章 債務の概念と種類について、第2章 債務の成立について、第3章 債務の効力について、第4章 債務の消滅について、という編成であった。Vgl. *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen nebst Motiven. Vierte Abtheilung. Von den Verbindlichkeiten. — Erstes Buch: Von den Verbindlichkeiten im Allgemeinen. I. 1853, Bürgerliches Gesetzbuch für das Großherzogthum Hessen. Entwürfe und Motive (1842-1853), Bd. 5, 4. Abteilung (Schuldrecht) Entwürfe und Motiven von 1853. Neu herausgegeben und eingeleitet von Werner Schubert, 1986, S. I-II.*

み (logischer Gang) によって、ザクセンの代議員による提案が言うように、法律は、強いられたいような外観をもたざるをえないことを、発言者〔ヴュルテムベルクの代議員〕は看取することができない〔1592頁〕、そして、彼〔ヴュルテムベルクの代議員〕は、採用された体系をここまで完成させるに当たり、反対に、その合目的性を確信しており、そして、その体系は、概観性および自然性では他のどのような体系にもひけを取らないと信じている」(Protocolle S. 1591)。

さらに、キューベルは、草案の編成こそが、論理的で自然である、として次のように述べる。

「ザクセンの代議員が債務関係の『当事者』や『客体』という表題で明らかにしようとする規定は、草案においては、同様に自然で、また論理的な位置を持つ、そして、発言者〔ヴュルテムベルクの代議員〕は問題とされている諸規定をその関連性から引き裂き、分離された扱いをする必然性を理解することができない」(Protocolle S. 1592)。

そして、また、多くの法典や草案は、教科書の編成に依拠した、ジーベンハールの提案する編成に従っておらず、逆に、草案の体系に従っており、この点からも草案の編成は維持されるべきである。

「さらに他の新しい立法作業も、ザクセンの代議員が提案したやり方から従っていない。たとえば、ツューリッヒの法典は、委員会が採用したのと同様の考え方を前提としているし、バイエルンの草案もまた、本質的には、同一の体系に従っている。発言者〔ヴュルテムベルクの代議員〕の考えによれば、委員会はそれゆえ、採用された体系を維持する十分な理由を有している」(Protocolle S. 1592)。

のみならずキューベルは、草案では、ジーベンハールの提案するように、総則の前にさらに「債務関係一般について」という章 (Kapitel) が置かれておらず、第一部全体が「債務関係一般について」という表題を冠しているから、「かの提案を採用することは、採用された体系の完全な放棄と同一であり、他方で、現在の審議の段階では、やむを得ない理由のみが、採用された体系からの離反を正当化するのであ

⁽³⁰⁾ バイエルン王国のための民法典草案 (債務法の部分は1861年)、第2部 (Teil) 債務関係の法、第1編 (Buch) 債務関係一般について、第1章 (Hauptstück) 債務関係の概念と成立、第2章 債務関係の効力、第3章 債権と義務の譲渡、第4章 債務関係の廃棄、第5章 多数の当事者と客体に対する債務関係の関係、第2編 個別の債務関係について (以下略)。Vgl. *Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern 1861-1864. Mit Motiven. Neudrucke Privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts*, Bd. 3, 1973, S. 31.

るが、そのような理由は発言者〔ヴェルテムベルクの代議員〕の考えによれば存しない」とする (*Protocolle* S. 1592)。

以上、ジーベンハールの修正提案に対してキューベルは、法典においては、債務関係の成立、内容、効力という章建てが、諸規定の概観性に優れ、また自然であるとする。前提としては、法学教科書と法典は違う、という考え方がある。また、完全な体系などあり得ないのだが、諸規定の間の関連性の見通し易さが理由として前面に出されている。そのような意味で、これは実際的感覚の現れのようにも思われる。

(二) 諸規定の機能的関連性一体系の実際的意義一

続いて、「ある代議員紳士 (Ein Herr Abgeordnete)」が、やはりジーベンハールに反対する立場から発言した。彼もまた、著述家つまり法学者は、自分の法理論を論じる叙述の編別を、扱われる素材の性質ではなく、自分自身の自由な裁量に適合させる、と言う。このようなやり方では、

「…必然的な内容が、恣意的な形式の中へ無理やり持ち込まれるのであり、その場合の不可避の結果として、このような組み立て方からは、その法理論の特性に即した像に到達することはできなかった、その実際的な意義、つまり個々の部分の機能を正しく理解し、その法理論の全体の目的を理解するために、その個々の部分かどのように組み合わせられているかを把握することができなかった。……なぜならこのような非体系的な叙述は、実務にとって不利益な帰結を伴うからである」 (*Protocolle* S. 1592 f.)。

ここでも、体系の実際的意義が重視されている。それは、法理論の全体の目的を理解するために、個々の部分の機能と関連を見通すことである。

また、この代議員紳士によれば、ある事物を正しく理解するためには、その特徴的なメルクマールがどこに存するか、それがはたして現象するか、どのように現象するか、いかに発生し、作用し消滅しうるか、に留意しなければならない。

〔同様に〕債務をその普遍性において正しく明らかにするために必要なのは、したがって、債務の本質が成立する特徴的なメルクマール、および債務の種類を明らかにすること、また、債務がいかに発生し、作用しそして消滅しうるかを定めることである。それゆえ、債務法の総則は、自ずと四つの主要部分に分たれることになる、そのうちの第一は、債務の本

質と種類についてであり、第二は債務の成立、第三は効力、第四は消滅と展開される」(Protocolle S. 1593)。

「個々の編別において、人は、普遍的なものから個別的なものへと進むことも当然である。しかし、何が普遍的で何が個別的なものに属するかは、当該の規定の内容により定まることになる。…」(Protocolle S. 1593)。

要するに、債務を普遍的に明らかにする債務法の総則については、債務の本質と種類、債務の成立、債務の効力、債務の消滅と展開していく体系が、自然に合ったものとされる。

続いて、「ある代議員紳士」は、冒頭に「第1章 債務一般について、I. 概念、II. 種類、III. 当事者、IV. 客体」という章を配置して、ここに、金銭債務、利息、損害賠償、共同債務などについての規定を置くべきであるというジーベンハールの提案に対し、次のように反論する。

「しかし、このような章(Abschnitt)を法典に取り込むことは、発言者〔ある代議員紳士〕の考えによれば、推奨できない。法典は教科書ではない。法典は、その法規を含むが、教科書やハンドブックのように、それらを正当化しして注釈する必要はない。それよりも、法典では、繰り返しを避け、個々の規定をその内的連関(因果関係Causalzusammenhänge)において、つまりその根拠と目的において互いに可能な限り明確になるような関連性において、叙述されねばならない」(Protocolle S. 1594)。

このように、教科書とは異なり、法典においては、ある準則を理論的に正当化する必要はない。それよりも重要なのは、関連する規定の間の連関を示すことである。たとえば、

「…債務の発生時から、支払い時までには生じる貨幣品位の変動は、金銭債務について影響を及ぼしうるのは、その通りである。これについての法律規定は、しかし、債務者が自己の債務に基づき給付しなければならないものは何か、債務者がしなければならない給付が金銭か、それとも他の種類の客体であるかによって〔この問題はどうか〕(後者においては、量と重さが問題となる)? という問題と最も密接に関連する。したがって、この点については、言うまでもなく債務の効果(効力)あるいは債務者の履行義務に関する部(Abtheilung)で扱われる」(Protocolle S. 1594)。

教科書と法典は違う、法典では、理論的に正当化する必要はない。また、法学者

が自己の独創的な理論を産み出し解説するのとは異なり、法典の編別は、その素材つまり個々の法規によって定まる。言い換えれば、法典では、個々の規定の間の関連性を見通し易さに配慮した編別が課題である。また、繰り返しを回避することも重要である。もっとも、ジーベンハールに反論するこの「ある代議員紳士」も、普遍から個別へ歩みを進めていくべきことじたいについては、ジーベンハールと考え方を共有している。

(三) 利息、損害賠償、共同債務の位置

上記の基本的な考え方にに基づき、「ある代議員」は、利息、損害賠償、および共同債務についての規定の配置の仕方について、次のように発言している。

(a) 利息

利息に関する規定を纏めて法典の中にひとつの章として置くことも適當ではない。教科書ならば、利息を定義し、利息の種類をそれぞれ解説し、その場合に、さらに利息の制限について論じることもしばしばなされる。

「しかし、利息の定義は、そもそも法典に採録するのは適當ではない。利息の種類もまたここに並べて挙げられるものではなく、たとえば、遅延利息の規定は、その原因、つまり遅滞の規定と関連付けられるべきである。いわゆる利息の制限に関する規範は、利息の債務を負担する場合の契約自由の制限を内容とするにすぎない。それらは、その性質に従えば、契約の対象という問題、つまりいかなる程度で〔1595頁〕あることがらが有効な契約の客体たりうるか、という問題に答える規定に属するものである。……これに対して、利息債務の効果として債務者が何を給付しなければならないかは、債務の効果(効力)の章(Abschnitte)に属する」(Protocolle S. 1594 f.)。

(b) 損害賠償

さらに、損害賠償義務については、それが債務不履行、あるいは不法行為に基づいて生じる点が問題となる。

「損害賠償の義務は、それに直接に向けられた契約あるいは最終意思に基づく処分に基づくか、あるいは違法な行為の必然的な効果である。第一の場合は、意思表示が標準となる。後者の場合は、義務の根拠となる行為はそれ自体違法な(許されない)ものであるか、あるいは、すでに何らかの方法で成立している債務関係との関連で、違法なものとして現われ

る。これらのうち第一の関係では、損害賠償は、それじたい違法な（許されない）行為についての規定との関連で問題となり、後者の関係では、既存の義務の不履行の法的効果について、つまり、債務者が義務に従わない場合に既存の債務関係にもたらされる変容について語るべき場合に、問題となる」（*Protocolle S. 1595*）。

したがって、債務法の総則の冒頭で、損害賠償を損害賠償としてだけ規定すると、それぞれの発生原因との関連性を明らかに示すことができない。そのため、これらの発生原因との関連性を示すことができるような配置が望ましい。

「このような方法で、関係規範の間の因果関係を保持し、それらの目的と意義を明確にするのみでなく、さらに次のような配慮をも満足させねばならない、つまり、それは、損害賠償義務で問題となる過失の規定において、その過失が既存の債務関係の内的問題となるか、それとも外で問題になるかのいずれであるかによって、適切な区別を維持し、そして、かの場合あるいはこの場合に、損害賠償として給付されねばならないものについての規定を明瞭な理解へともたらすものでなければならない」（*Protocolle S. 1595*）。

(c) 共同債務

同様に、共同債務についても、冒頭（ないし末尾）に債務の主体（当事者）を扱う節を設けてそこで規定するべきではない。なぜなら、

「…共同債務に関しては、これらは、知られているように債務のひとつの重要な種類をなす。それゆえその本質については、本来、債務の種類の一部（*Abtheilung*）で明らかにされるべきだからである（*Protocolle S. 1595*）。

のみならず、共同債務の特徴は、主体が、つまり債権者と債務者が複数であることに存するのではない。なぜなら、

「…このような主体の複数性は、いわゆる分割債務においても認められるからである。その特徴は、草案によれば、狭義の単純連帯債務（*Solidarobligation*）においてのみ認められる、目的（*Gegenstand*）の同一性における連帯であり、ローマの共同連帯債務（*Correrobligation*）のように一主体が複数であるにもかかわらず、債務が単一（*Einheit*）であることに基づくのではない」（*Protocolle S. 1596*）。

したがって、債務の種類との関連で規定するほうが望ましい。このように、

⁽³¹⁾ 単純連帯と共同連帯をめぐるドイツ普通法上の議論につき、簡潔には、西村信雄編『注釈民法（1）債権（2）多数当事者の債権・債権の譲渡』（有斐閣、1965年）49頁以下（椿寿夫）参照。

「…共同債務関係の本質を、債務の種類において示すならば、それにより同時に、債務の多様性、たとえば、客観的な観点からは、単純債務と選択債務の別、主観的な観点からは、割合に応じた債務 (obligatio pro rata) と全額の債務 (in solidum) の別がどのようなものが明らかにされる」(Protocolle S. 1596)。

また、共同債務の成立、効力および消滅についての規定は、たとえば、選択債務の成立、効力および消滅に関するのと同様に、債務一般の成立、効力および消滅が展開される部に置かれるべきである。⁽³²⁾

「…それは、ひとつには繰り返しを避けるためであり、いまひとつにはこれらの債務関係の特色をより簡潔明瞭に示すためである。これに対して、…共同債務に関するすべての規定を一つの章に纏めることは推奨されない。というのは、そのようなことを総則の冒頭で行うのは、いくつかのことを先取りし、かつ、条件づけるものを条件づけられるもの前に、準備をするものが準備されるもの前に置くべし、という準則に反することなしには、不可能だからである。のみならず、その場合、個々の制度、たとえば、遅滞 (mora) や、相殺や、消滅時効などが、債務関係そのものに及ぼすはずの作用が、その全体的関連において正しい⁽³³⁾ 観照へともたらされないであろう」(Protocolle S. 1596)。

また、共同債務関係と遅滞、相殺、時効などの他の制度との関連を示すためには、共同債務関係を債務法の総則の末尾に置くことも回避されるべきである。

「……共同債務関係を、人がしばしば試みるように、総則の最後に置くことも、推奨されない。そうすると、さらに、この理論は、債務の全体像を与え、普遍的な債務法の諸規定をその自然的関連において包含すべき範囲の内ではなく、その外に位置づけられることになってしまう」(Protocolle S. 1596)。

以上を要するに、教科書と法典の違いを踏まえ、利息、損害賠償、共同債務について、関係規定の間の関連性を分断せず⁽³⁴⁾ に示すためには、草案の当初の配列に従うべきであるということである。

⁽³²⁾ たとえば、共同債務の成立に関する規定は、草案では217条(使用者と被用者の連帯責任)、同218条(日民719条1項に相当)など、債務関係の成立(不法行為)の所に置かれている。これらをも共同債務に関する諸規定として一纏めに規定するべきではない、という趣旨と思われる。

⁽³³⁾ ドレスデン草案においては、共同債務者の一人に生じた事由の効力について、日本民法典が連帯債務の款で規定しているのとは異なり、遅滞 (mora) (草案287条=請求についての日民434条・ただし草案は催告の絶対効を否定) や、相殺(草案373条=日民436条) や、消滅時効(草案418条=日民439条・ただし草案は絶対効を否定) など、問題となるそれぞれの制度本来の諸規定の中に分散されて規定されていた。

たとえば、遅延利息と履行遅滞の関連性、利息債務と債務者の給付義務との関連性を引き裂くべきではない。また、日本民法典では、連帯債務の款において、債務者の一人について生じた事由の他の債務者に対する効力、たとえば相殺や時効の効力が規定されているが、ここでは、それらの規定は、相殺一般、時効一般の中に置かれるべきであり、この関連性を引き裂くべきではないとされている。損害賠償についても、発生原因に基づく違いを明瞭にするためには、やはり損害賠償としてひとまとめにしない方がよい。

(四) 審議と採決

上記のキューベルと「ある代議員紳士」のほか、さらに2名の代議員が、ジーベンハールに対する反対意見に賛同した。他方で、ジーベンハールに賛同する代議員も現れ、「…彼〔ジーベンハール〕による〔修正〕提案は、困難なく、また実質に深く介入することなく、実行できる…」と述べた (*Protocolle S. 1599 f.*)。

以上に対して、ジーベンハールは、次のように再反論した。

ジーベンハールは、あらゆる方面から全く非難されず唯一正しいものと認められる体系はありえないとする。また、〔普遍的な要請を満たすことが〕現行の体系でも可能であることを争うつもりはなく、さらに、自分自身が提案した体系が唯一正しいと言うつもりもない、とする。しかしその一方で、

「〔ジーベンハールの提案〕によると、素材の全体が自然的に編成され、それゆえより容易に概観することができる。この体系を採用することは、疑いをもたらすような根本的な変更を必要とするものではない、なぜなら彼の提案は、総則をより完全なものにするにすぎないからである」

とする (*Protocolle S. 1600*)。さらに、ジーベンハールは、債務関係の成立の章に、さらに普遍的な内容の章を先行させる自己の提案は、次のような考慮によっても正当化されるとする。

「…債務の成立に関する章 (Abschnitte) では、契約と不法行為のみに考慮が払われている一方で、〔1601頁〕ここで審議されている法典は、あらゆる種類の債務関係つまり、その債務が物権法、家族法あるいは相続法に基づく場合も、適用される。問題となっている章の発生原因が上述のように限定されていることは、教科書においてもまた認められる、しかし

〔教科書では〕、他の発生原因に基づく債務関係は、それが属する他の素材に即して、論じられることになる。しかし、その点で審議されている法律では、まったく違う状況に置かれている。というのは、この法律は、あらゆる種類の債務関係について規範を提供すべきものであり、したがって、すべての債務関係について発生原因の違いにかかわらず、共通の態様 (Modalitäten) は、この普遍的性質を顧慮して規定されねばならず、この法律の問題となっている章がそれに限定している債務関係の発生原因の理論と関連させられてはならないからである」 (Protocolle S. 1600 f.)。

「…〔たとえば〕草案が債務関係の効力として、とくに債務者の履行義務について規定している時の計算は、債務関係のみでもっぱら問題となるものではないこと、損害賠償義務は、草案が不法行為による債務関係の発生のもつて扱っているが、同様に、遺贈あるいは保険契約に基づくことがありうること、さらに共同債務関係もまた、草案がとくに立ち入って規定していない物権法あるいは相続法の規定に基づくことがありうること、利息と金銭債務に関する原則もまた、同じく普遍的な性質をもつことを、明らかにして指摘しておきたい」 (Protocolle S. 1601)。

なお、採決について、議事録は次のように伝えている。

「ここで行われた票決では、委員会は賛成5、反対2で、採用された体系の編別を維持することを決定した」 (Protocolle S. 1601)。

こうして、ドレーズデン草案の体系は確定した。そして、これがBGB債務法部分草案の体系とされたことは、すでに述べたとおりである。

五、総則における普遍と個別—タクトの役割—

以上のように、ドレーズデン草案の体系をめぐっては、教科書と法典は違うのであり、法典では関連する諸規定や制度間の関連性の見通しのよさという実際の観点が重視されることを主張する代議員が優勢であった。ドレーズデン草案の体系をめぐる議論においては、このように債務法総則の体系は法学教科書の体系を脱皮し進化していこうとしていた。しかし、他方で、債務法総則の必要性自体、そしてまた、体系においては、普遍的なものが個別的なもの前に配置されるべきことなどは、彼我で共通の前提とされている。そして、このようなドレーズデン草案における債

務法総則とその編成の理由づけは、そのままBGB部分草案の債務法総則の正当化根拠でもあった。

ところで、ここでは、ドレースデン草案の体系の修正を求めて、ジーベンハールが、次のように述べていたことに注目したい（再掲）。

「普遍的なものを個別的なものから分離するために、まったく争いの余地なく妥当する原理を定立することはできない。この点でも、正しいタクト(Tact)が、不安げにあれこれ考えたり、あるいは他人が言ったことにしがみ付くことによるよりも、より確実に目標に到達させる。もちろん私自身が正しいタクトを見出したというつもりは、毛頭ないが…」
(*Protocolle* S. 1614)。

ここで言われている「タクト」とは果たして何か。ザクセンの王都ドレースデンで戦わされた債務法総則をめぐる議論は、こうしてわれわれの目を「タクト」なるものへと向けさせる。

グリム『ドイツ語大辞典』では、カントやゲーテの用例を引用しつつ、タクトとは「正しいもの、礼儀作法に適ったもの、鋭敏で正しい判断のための、内面的で繊細な感覚」とされる。⁽³⁴⁾ それでは、このようなタクトと法律学、さらに本稿のテーマである「総則」とはどのように関連するのか。この点につき、既にサヴィニーが『現代ローマ法体系』第1巻(1840年)において、私法全体の総則との関連においてであるが、次のように述べている。⁽³⁵⁾

「しかし、このような総則を置くことを通じて、次のように、正しい洞察にとって不利になることがありうる、それは、この方法によって、実際には、具体的な関連でのみ適用され

⁽³⁴⁾ *Deutsches Wörterbuch von Jacob Grimm und Wilhelm Grimm*, bearbeitet von M. LEXER, D. KARALIK und der Arbeitsstelle des Deutschen Wörterbuches, 11. Bd., 1. Abt., 1. T., 1935, S. 92.

⁽³⁵⁾ 哲学者のH.-G. ガーダマーがタクトに言及して次のように述べているのも、タクトの意味を理解する上で参考になろう。「手腕〔Takt〕という場合、われわれが理解するのは、状況に対するある種の敏感さおよび感覚能力と、その状況中での行動だが、そうしたことに関する知識は、一般的な原理原則からえられるものではない。それゆえ、手腕には本質的に漠然としたところや表現しがたいところがつきまとう。」「…手腕と名づけるものは、教養を含んでおり、美的教養および歴史的教養のひとつの機能である。美的なものに対しても歴史的なものに対してもセンスがあるか、感覚を育成するかして初めて、精神科学で作業をするに際して、自分の手腕に頼ることができるようになる。そのような感覚は、自然に身に具わっているものではない以上、われわれが美的意識ないし歴史的意識という言い方をして、感覚という言葉を用いないのは正当である。とはいえ、そうした意識は感覚の直接性とは切り離せない。すなわち個々の場合に、この意識は、理由を挙げることはできなくとも、確かに選別したり評価を下したりしているからである」。響田収・麻生健・三島憲一・北川東子・我田広之・大石紀一郎訳『ハンス＝ゲオルク・ガダマー著 真理と方法Ⅰ』（法政大学出版会、1986年）22頁、23頁。

⁽³⁶⁾ F. C. v. SAVIGNY *System des heutigen römischen Rechts* Bd. 1, 1840, S. 391 f.

るものが、容易に普遍的なものとして現われることである。……ここで慎重に注意がはらわれねばならない、それは、個別的なものが、誤った配置により、普遍性の仮像をもたないようにするためである、それにより、真に普遍的なもの、個別的なものとの区別を踏み越えてしまうからである〔392頁〕。そうでなくても、われわれの学問では、かねてから、このような誤った見解の源泉が、無限定な抽象化 (Abstraction) の試みにおいて認められる。このような行き過ぎは、総則を恣意的で無批判的に定立することにより、残念ながら強く促進されてしまうことになろう。このような危険性が見落とされ、また、総則の過度の拡張に対する警告を怠るならば、逆に、真実が次のことによって、危険にさらされる、つまり、ひとつの概念や法規が、それに真にふさわしい普遍性において把握されないということを通じてである。したがって、ここでは、他のあらゆる場合と同様に、正しい節度を守るタクトが、対極の危険に対する唯一の保護手段である」。

ここでは、総則を置く場合に、個別的なものを普遍的なものを取り違えずに把握し、また、普遍的なものをそれにふさわしい普遍性において把握するためには、「正しい節度を守るタクト」によるべきとされている。上述のように、ドレーズデン草案の審議において、債務法総則と関連でタクトを持ち出したジーベンハールは、サヴィニーのこの一節を強く意識していたのではないか。

実は、サヴィニーは、『現代ローマ法体系』の序文でもローマ法研究に関連してタクトについて触れている。⁽³⁷⁾

「しばしば二人の同様に思慮深い研究者が、まったく同じ素材に取り組んでいるにもかかわらず、それぞれ非常に異なる結論に至ることがある。このような違いが生じるのは、たいいていの場合、考察全体において、いかなる〔法源の〕個所が中心に掲げられ、いかなる個所がそれと関連はするものの副次的なものとするかにより定まる。このような区別をしくじることが、研究全体に誤った方向性を与えるのである。この点で、規則を提示することによって、確実性を得ることはできない。適切な模範を学修することが、とても役に立つ、しかしとりわけわれわれは、自分自身の鍛錬により、タクトを身に付けるよう努力しなければならない、そのタクトこそが、われわれをして正しい道を見出すことを教えてくれるのである」。

⁽³⁷⁾ SAVIGNY *System* Bd. 1, Vorrede XLV.

さらに、サヴィニー以外でも、19世紀ドイツの法学者がタクトに言及することがあった⁽³⁸⁾。たとえば、ヴィントシャイトも、1889年9月22日、フランクフルト・アム・マイン上級地方裁判所前長官・アルブレヒト博士閣下の在職50周年記念晩餐会での演説でこう述べている。

「ある高名で、著述家としても大きな貢献をした実務家一名前はこのさい伏せさせていたただくが—は、次のように述べている。『実務家は、自身が学んでいないことは、自身のタクトによって補う』と。私が知識にとって代わることのあるタクトに感謝することをお許しいただきたい。私は、実務的なタクトを決して侮らない、私はそれを非常に価値あるものと考えて、……法的思考の帰結が、タクトが示すものと一致しない場合には、そのことは、その裁判官にとっての警告でなければならない。裁判官は、二度三度と〔自らに〕問いかけねばならない、自己が正しく思考したかどうかを、そして、最もよく学んだ者が、法的思考の方法で、タクトが、つまり正義感情が求めるものを、満足させることができるのである」。

19世紀ドイツ私法学で言及されるタクトとは、実務的な平衡感覚を含み、それは理論を学修しただけで身に付くものではなく、⁽⁴⁰⁾ 実際の訓練を積む中で身につけ獲得していくほかないものである。

そして、総則との関連では、総則の正しい運用のために、つまり、過度の抽象化に至らず、普遍的なもの個別的なもの・具体的なもの間の節度を守った区別を維持する能力、普遍的なものをそれにふさわしい普遍性の射程において把握し適切に運用する能力も、結局、タクトに基づく。ここでは、19世紀ドイツ私法学において、総則とタクトがセットで観念されることがあったことに注目したい。

六、おわりに

次に引用するのは、サヴィニーの『使命』から有名な一節である。⁽⁴¹⁾

⁽³⁸⁾ S. MEDER *Mißverstehen und Verstehen. Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik* 2004, S. 86 ff. は、イエーリングにおけるタクトへの言及に注目する。Siehe auch DERSELBE *Rechtsgeschichte* 3. Aufl., 2008, S. 301 f.

⁽³⁹⁾ Deutsche Juristen-Zeitung, XIV. Jahrg., 1909, Nr. 15/16, S. 954 f.

⁽⁴⁰⁾ また、かつて概念法学がそう解するといわれたように裁判官を自動機械視せず、逆に解釈や判断の自由を認める立場だからこそ、タクトが重視されるのである。自由の中で確実性を求めるのがタクトの役割である。「正しいタクト (Tact) が、不安げにあれこれ考えたり、あるいは他人が言ったことにしがみ付くことによるよりも、より確実に目標に到達させる」(ジーベンハール前掲)。

「〔ローマ人たち〕がある事案を判断しなければならないとき、彼らはその事案の生き生きとした観照から出発する、……それは、あたかもその事案が学問全体の出発点であり、学問全体がその事案から見出されたかのようなものである。そのように彼らにとって理論と実際は本来まったく異なるものではなかった、彼らの理論は、それが直接に適用されるまでに形作られ、そして彼らの実務は絶えず学問的な取扱いを通じて高められた。あらゆる原理の中に彼らは同時にそれが適用されたひとつの事例を見ていた、あらゆる法的事例の中に同時に準則を見ていた、その準則によりその事例が判断されるのであるが、彼らがそのような普遍から個別へ、個別から普遍へと行き来する自在さは、ローマ法曹の卓越性として見逃すことができない」。

これを現実的なものの中に普遍的精神が具現・展開していると捉えるカント以降の観念論哲学の潮流、つまり客観的観念論と関連付けるか否かはさておくとしても⁽⁴²⁾、常に普遍の中に具体を、具体の中に普遍を見るローマ法曹の卓越性をサヴィニーは称賛する。そして、そのようなローマ法曹の思考においては、実務と理論は一体のものであった。

また、サヴィニーにおけるObligationの概念は、ローマ法源の随所に現れるobligatioを法源における意味に即して的確に把握することを主眼とするものであった⁽⁴³⁾。そして、それは当時の現代社会に生起する諸問題を継受ローマ法の法制度により法的に形態化して把握することを目的とするものであった。さらに、現実生起する契約・債権が極めて多種多様なものであるため、債務法総則の原則はとくに十分に形成されていなければならないが、他方で、それを自由な解釈・自由な判断を通じて、具体化していかなければならない、とされている⁽⁴⁴⁾。

ヴィントシャイトにおいても、法的に拘束力をもつ債権が存するか否かは、債権概念から導かれるのではなく、当該の契約の趣旨・目的に即して、最終的には裁判官の判断に委ねられるとされる⁽⁴⁵⁾。

要するに、サヴィニーもヴィントシャイトも、債権概念には請求力、訴求力、貫

⁽⁴¹⁾ SAVIGNY *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 1814, S. 30 f.

⁽⁴²⁾ 赤松『十九世紀ドイツ私法学の実像』（成文堂、1995年）3頁以下参照。

⁽⁴³⁾ 赤松・前掲（注1）同志社法学60巻7号94頁以下。

⁽⁴⁴⁾ 赤松・前掲（注1）同志社法学60巻7号82頁以下参照。

⁽⁴⁵⁾ 赤松・前掲（注1）龍谷大学社会科学研究所年報39号94頁以下。

徹力、擷取力が論理的に含まれる。契約からは債権が発生する。よって、すべての契約に基づく債権からは、請求力、訴求力、貫徹力、擷取力が導かれる、といった思考法、抽象的な債権概念から形式論理的に演繹する思考法とは無縁である。むしろ、総則や総論における普遍的な法概念や準則が、解釈者や法適用者の自由に媒介され適用可能な形にまで具体化されねばならないのであり、だからここにタクトや類推⁽⁴⁶⁾との接点が存するのである。

ドイツにおける債務法総則の源流を辿ると、それは普遍的なものを論じる場合にも、個別的なものから決して目を離さない思考法に裏付けられていることに気づく⁽⁴⁷⁾。今日わが国において、債務法総則や、債権概念を批判的に見る場合も、このような歴史的視点を踏まえる必要があるのではないかと。

〔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。

⁽⁴⁶⁾ 類推との関連につき、赤松・前掲(注1)同志社法学60巻7号84頁参照。

⁽⁴⁷⁾ そして、このような思考法は、実務法曹にとって受け入れやすいものだったと思われる。なお、ドイツ民法典編纂の第一委員会の11名の委員は、ロートとヴィントシャイト以外はすべて実務家であったのみならず、部分草案の起草者はいずれも、「可能な限り実務に通暁している者」が選ばれるべきであるとされた(パーベ)。Vgl. *Materialien* S. 41. また、ドレースデン草案の起草委員会の当初メンバーであった7名の代議員も皆、司法官、枢密顧問官、都市政府大臣・法律顧問であった(その後、当時ロストック大学教授であったマイボムが加わった)。Vgl. *Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse* (oben Fn. 9) S. IV f.