

債権概念と債権法の意義

——サヴィニーの債務法論——

- 一、はじめに
- 二、債務法の総則
- 三、債務（債権）概念
- 四、債務（債権）概念の法源適合性
- 五、債務法の現実適合性
- 六、おわりに

赤 松 秀 岳

一、はじめに

最近、わが国では、民法（債権法）改正に関連して、次のように言われる。「わが国の民法典がパンデクテン体系を採用しており、その全体構造の整理という点で、抽象的な債権概念が一定の積極的役割を果たしてきたことはたしかである。しかし、契約当事者間の権利義務関係を考える場合に、常に債権という視点でとらえてはならないのかという点については検討の余地がある。少なくとも、抽象的な債権概念を前提とするがゆえに生じていた問題があり、契約モデルを前提とする場合にはそもそも問題として成立しないというタイプのものがあることはたしかだろう。こうした点に照らせば、契約を起点として当事者間の法律関係を考えるというアプローチに耳を傾けるべき価値があることは否定できない^①。そして、以上のような立場は、「債権概念から演繹的に何らかの帰結を導く立場^②」、さらには債権法そのものに対する批判的なスタンスに結びつく^③。

そこで、本稿では、近代パンデクテン体系や権利概念の展開において、その役割が重視されることのあるサヴィニーの『債務法』を素材として、債権（彼においては債務）概念と債権（同じく債務）法の意義などについて考察してみたい。ちなみにサヴィニー最晩年の著作である『債務法』は、一九世紀が後半に入ったばかりの一八五一年に第一巻が、一八五三年に第二巻が刊行された。したがって、以下では、一九世紀中葉のドイツの債務法論に光を当てることになる。^④

以下では、債務法の総則の意味とは何か、それはわが国の民法（債権法）改正をめぐる以上のような議論でも言及される、近代パンデクテン体系における民法総則と、同じ位置づけだったのか（後述、二）。サヴィニーにおいては、債権（債務）概念はどのように構成されているのか。その意味は何か（後述、三・四）。さらに、ローマ法に依拠する債務法論は、一九世紀中葉の現実生活との関連をいかに保ちえたのか（後述、五）という順で考察する。

なお、本稿での考察は、サヴィニーの債務法論から、直接的に、わが国の民法改正の議論に何らかの示唆を求めようというものではない。むしろ、わが国の改正論議は一つのきっかけとして、一九世紀中葉の債権（債務）概念と債務法について、サヴィニーの『債務法』を虚心坦懐に眺めるだけで終わるかもしれない。

二、債務法の総則

前述のように、民法（債権法）改正をめぐるわが国の議論では、近代パンデクテン体系と関連させて抽象的な債権概念が問題とされている。その近代パンデクテン体系では、総則が置かれることがその特徴のひとつでもある。

サヴィニーは、『体系』第一巻では、総則について、次のように述べていた。個々の法制度をそれらの部分の生き生きとした関連として、把握しようとするとき、われわれは、他のあらゆる法制度にも共通して見られるような側面を見出す。それは、権利主体の性質、とくに権利能力のほか、法律関係の成立と消滅、さらに、侵害に対する権利の保護と、その場合に生ずる権利自体の変容である。これらが問題とならない法制度は存しない。これらを扱う方法として、最初に論じられる法制度、たとえば所有権に関連して、これらを解説する方法が考えられるが、このやり方は恣意的で公平ではない。真に共通のものをまとめて示すことにより、それらがより基本的なものであることを認識させねばならない。こうしてサヴィニーは、真に共通のものを具体的な法制度の体系とは別に、その前に置くべきものとする。もつとも、サヴィニーは、ここで、過度の抽象化に及ばないように警鐘を鳴らしていることに注意すべきであろう。⁵⁾

ところで、『体系』第一巻で以上のように述べられているのは、私法全体の総則である。これに対して、『債務法』第一巻第一節では、債務法の総則が問題とされている。サヴィニーは、次のように述べる。

「各論に対して、各論の普遍的な基礎として役立たねばならない総則を区別する必要性について、法体系全体については、私は別の個所で、指摘しておいた。同様の必要性は、体系のうち特別の主要理論について、再び指摘される、つまり、債務法、物権法、家族法、相続法においてである。しかし、このような総則が、他の上述の主要部分よりも、債務法においてより重要視され、そして、より大きな範囲を要求することについては、特別の理由がある」(OR I. Bd., S. 2)。

つまり、『体系』第一巻で明らかにされた私法全体の総則の必要性和同様の必要性に基づいて、債務法、物権法、家族法の総則というものが考えられる。それは、債務法、物権法、家族法で扱われる個々の法制度に共通するものをまず個々の法制度の前で論じておくという必要性である。しかし、とくに債務法については、総則が重要視される。のみならず、それは範囲のより大きな総則とならねばならない。つまり、ここでは債務法の総則に対して特別の必要性が存することが述べられている。それは、私的自治・契約自由により、現実には多様で無数の債権が成立することに基づくものである。

「物権法は、法制度の少数に限定されており、そのそれぞれは、特別の準則により支配されており、普遍的な規定に対しては、さほど大きな余地は残されていない。家族法、相続法にも、同様の状況が存在する、それゆえすべてのこれらの制度において、自由な恣意による法形成は、狭い範囲に限定されている。

債務法は、しかし異なる性質をもつ。債務法の各論を構成する個々の債務は、さしあたり、物権法やその他の上述の主要理論の個々の制度に比べて、途方もなく多数で多様である。しかし、このような多数で多様な債務でさえ、

長い間の経験により特に重要で頻繁に登場するもののみが検討されねばならない。しかしまた、それと並んで、常に新たな債務を形成する自由な余地がある、それは、変転する時代の要請によるものであれ、あるいは、自由な意思によってもたらされるものであれ。このように新たに形成される債務にとって、さしあたり総則の原則が標準となる、その原則はそれゆえ、この課題を満足させるため、充分に形成されていなければならないのである」(OR 1. Bd, S. 2 f.)。

サヴィニーはここで、現実社会には多様で新しい債務が無数に産み出されてくる可能性があることを前提に、このように「新たに形成される債務」にとつての「標準」としての「総則」の必要性について述べている。のみならず、「途方もなく多数で多様」な債務を法的に制御していくため債務法の総則は、とくに「充分に形成されていなければならない」。

また、サヴィニーは、ここでプフタを引用して次のように述べる。

「このような債務法の総則の、とりわけ法体系の他の主要部分に対する独特の性格は、プフタ『パンデクテン』第二一八節……で明らかにされた」(OR 1. Bd, S. 3, Fn. (b))。

ここで引用されている『パンデクテン』の該当箇所を見ると、プフタは次のように述べている。

「債務の理論は、債務の法それじたいを扱う総論と、個々の債務関係の特性を明らかにする各論とに分かれる。

あらゆる個々の債務は、債務の法そのものが纏う特別の形態であり、この法の普遍的な原理に従い、それを適用することと個別的に構成していくことは、個々の債務の理論の課題である。個々の債務の数は、無数であり開かれており、それは、多数で多様であることがそこから生じる取引きの要請の形態自体と同じであり、あらゆる瞬間に、取引きの変化する傾向や、増大する多様性において、新しい債務が産み出されるのであり、それは、債務それじたいについての法律の下に現在ある形態だけでは包摂されることができず、個々の債務の場合を定める意図と、既存の個々の債務における類推を顧慮することにおいて、その法的規範を見出すのである。そして、ここにおいて、総論と各論を前述のように区別する実益が存するのである。」^⑥

ここでは、普遍的な原理が具体化されていかねばならない個々の債務は無数にあり、現実取引きの変化や多様性に伴う要請から、常に新たな債務が産み出されることが前提とされ、したがって、現行法が定める既存の債務の形態に、現実に存する新しい債務を包摂するのではなく、それらを類推することを通じて、適切な法規範を発見すべきものとされている。「概念法学者」と言われてきたプフタがこのように述べていることは印象的であろう。また、包摂は、現実に生起する新しい債務を、現行法が定める既存の債務に当てはめて、抽象的論理的に法的帰結を導く方法といえるが、プフタは明確にこのような方法を退け、このように多様な新しい債務についての法規範を発見するためには、「あくまでも既存のものに基づく法的判断だが、抽象的形式的にはなく有機的になされる」類推の方法を推奨している。

さらに、プフタは、この点に関連して、たとえば、作家と出版社の債権債務関係を、ローマ法の既存の形態に無理矢理押し込む間違った努力がされた。ローマ法概念に当てはまらない新しい債権債務関係を無名契約 (unnominatcontract) へともちこむのが、かつての支配的見解であったが、これは法源の誤解に基づく。この見解は、無名契約の適用が今日

では認められないことに鑑みると、いっそう間違っている、とも述べる。⁽⁷⁾

再びサヴィニーに戻ることにしよう。最後に、サヴィニーは、債務法の総則について、次のように述べている。

「債務法の総則は、ここでは次の四つの章において叙述される。

第一章 債務の性質

第二章 債務の成立

第三章 債務の消滅

第四章 侵害に対する債務の保護」(OR I. Bd., S. 3)。

以上において注目したいのは、債務法の総則について、個々の法律制度に共通するものを前に出して論じるという民法全体の総則と同様の必要性と、債務法総則について特別の必要性が、説かれていることである。現実には、多様な債務が日々新たにしかも無数に生み出されてくる。したがって、これらの多様で無数の債務を法的に制御するためには、そのための標準となる債務法の総則が、他の領域よりも「より大きな範囲」でかつ充分に形成されていなければならない。ここでは、多様性を前提とした、標準としての債務法総則の意義が説かれている。現実には存在する債務が多様なものであるがゆえ、かえって標準として充分に形成された債務法の総則が必要とされる、という関連に留意する必要がある。

また、以上のような債務法の総則の必要性和特質の背景には、現代的取引きの要請が存する。現実には生起する多様な債務を、ローマ法源に従ってどのように規律していくかが、債務法において取り組まねばならない課題である。サヴィ

二一は、次のように述べる。

「われわれが債務法を全体として法体系において他の類縁性をもつ部分と比べてみるならば、次のような債務法の独自の性質が支配的なものとしてわれわれには明らかとなる。今日の時代の法取引きの全体において、債務法の影響については、他の法の領域よりも、明らかに増大しつつある重要性が認められねばならない、なぜなら、債務法において、現代の必要性和傾向が就中満足を見出すからである。——さらに債務法においては、ローマ人の法概念や原則が、他の法の部分に比べて一層、承認された有効性を保持しているからである」(OR I. Bd., S. 17)。

このテキストの終りの部分では、「広大な版図において活発な取引きがなされていた」ローマの法が、とくにサヴィニーの時代においても債務法における規範形成のために有用であることにも言及されている。

そして、以上のような債務法に求められる特別の必要性からは、債務法に含まれる法規は、強行法規ではなく、媒介的法規であるのが原則であるということになる。

「最後に債務法は、他の法の部分に比べて、特別の柔軟性を示す。法律関係を形成する当事者の自由は、物権法や家族法と比べると、ここでは無制限のものであり、そのため、この法の部分では、とりわけ媒介的法準則に「ふさわしい」位置が求められねばならぬ」(OR I. Bd., S. 17)。

三、債務（債権）概念

債権の概念について、サヴィニーは、『体系』第一巻では、次のように述べていた。

個々の権利の基礎である法律関係は、ある個人に、他人に妨げられることのない意思支配の領域が、法により割り当てられていることであるが、その意思支配の対象としては、自分自身の人格と外界が考えられる。サヴィニーによれば、自分自身の人格は、法の基礎そのものであるから、実定法による承認を必要とせず、したがって、権利や法の大前提であるから、自己の人格に対する権利というものは認められない。そのため、法律関係の客体としては、外界が残るだけであり、それは、さらに、自由をもたない自然と、他の人間に分けられる。しかし、人は、自然の全体を支配することはできず、一定の区画に区切られねばならない。このように区切られた自然が物であり、物に対する意思支配が、物権である。また、他の人間については、相手の人格全体を支配することは、その自由を否定し所有物のように支配することとなってしまうから、相手方の個々の行為を支配できるだけであり、このように債務者の個々の行為に対する支配が、債権である。そして、物権と債権は、いずれも個人の能力を〔本来の限界を超えて〕外界に向けて拡張するものであり、財産（Vermögen）と呼ばれる⁸⁾。

以上を承けて、『債務法』第一巻第二節では、次のように論じられている。

「債務の概念は、すでに他の個所で、次のように確定された。債務は、他の人格に対する支配において存立する。しかし、他の人格の全体ではなく（それにより人格性が否定されてしまうであろう）、そうではなくて、他の人格の個々の行為に対する支配である、その行為は、その人の自由から切り離されて、われわれの意思に服するものと

して考えられねばならぬ」(OR 1. Bd., S. 4)。

そして、サヴィニーは、(1)債権債務関係の下に立つ二つの人格、および、(2)債務が向けられる行為について、債務概念をより詳細に展開させている。

(1) 二つの人格が対峙していること

債務により、債権者の側の自由は、拡大し、債務者の自由は制限される。より具体的にいえば、債権者には訴えが認められ、債務者は給付をしなければならない。

「あらゆる債務において、われわれは、二つの人格を見出す、それらは、互いに異なった関係に立っている。一面では、人格の自由は、その自然な限界を超えて、他の人格に対する支配として拡大する。他面で、自然の自由は、不自由あるいは拘束として、制限されている(傍点は原文のゲシュペルトを示す。以下同)」(OR 1. Bd., S. 4 f.)。

とくに、債務者の自由が制限されていること(すぐ次に述べるように、それがサヴィニーでは債務の本質をなす)について、サヴィニーは、次のローマ法源を引用している。

学説彙纂第五〇巻第一十六章(語の意味について)第一〇八法文(モデスティヌス・学説集・第四巻)「債務者としてみなされるのは、その者の意思に反してでも人が金銭を請求することができるところのそのような者である」。

さらにサヴィニーは、債権者の側からも見て、次のように述べる。

「われわれは、債務において存在する人格のこの対立した状態を二つの異なった活動として理解する、そのひとつは債務者の給付であり、他の一つは債権者の側からの強制（訴え）において存する」（OR I. Bd., S. 5）。

このように債務において、債権者の側から見れば、自由が拡大し訴えを提起することができ、債務者の側から見れば、債務者の自由が制限され給付義務を負わされる。このように二つの側面があるのだが、サヴィニーによれば、債務の本質は、債権者が訴えを提起できることではなく、債務者が給付を行わなければならないことの方に求められる。それは、所有権の本来の姿が、侵害者に対する侵害の排除請求にではなく、物に対して所有者が支配を行使できる状態に認められるべきことと対比されている。⁹⁾

「しかし、この理解においては、債務者の活動の方が、債務の本来の本質として、主要な事柄であって、債権者の活動は、副次的なものとみなされる。というのは、債務においては、他の法律関係そのものにおけるのと同じく、法というものの自由な承認と実現における健全で自然な状態が存在している、それゆえ、「そうではない」不法（の状態）に対する戦い（強制、訴え）は、自然でない状態からの解放としてのみ理解されうるからである。所有権の本質もまた、まず第一に、無制限で排他的なある人格の物に対する支配として現われる、そして、「所有権が侵害された場合」この支配が侵害者に対する所有権に基づく請求権の形態において現れるとき、それは偶然的なものなのである」（OR I. Bd., S. 5）。

また、この部分の注記でも、「この区別により、債務の本質が、債務者の給付に置かれるのであって、〔このことは〕實際上重要でないとはいえない」となっている (OR I, Bd., S. 5, Fn. (c))。

(2) 債務者の行為について

サヴィニーは、上述のように、債務者がある行為を行うことを義務付けられていることを債務の本質と解するのであるが、その行為は、債務者の人格の自由全体に対しては、個々の行為にすぎないとする。また、債権者の支配はこのような債務者の人格全体ではなく、個々の行為を対象にするものにすぎない。ここで義務付けられた個々の行為は、債務者の人格の自由そのものからは切り離されており、したがって、債権者はそれを強制することができると構成されている。

(a) 個々の行為の意味

以上のように、債務者の人格そのものから切り離された個々の行為について、サヴィニーは、さらに次のように述べる。

「個々のものとしての行為を考えることは、かの債務によりひとつの行為のみが義務付けられるという意味に制限されてはならない。債務は、むしろ、複数の個々の行為に、否、継続的な、一連の活動にも向けられる。ただ、債務者の自由の全範囲との比率では、それは最小限のものでなければならぬ、なぜなら、この比率により、債務者の人格を否定することなく、債務に含まれる拘束を認めることができるからである。——このような比率は、債

務に適した行為については、二様の、しばしば互いに結び付けられた、性質により基礎づけられる。まず、その範囲によってである、なぜなら、実際に、大多数の債務は、金銭の支払いのような、まったく個々のになされる、一時的な行為に向けられているからである。次に、その継続性によってである、たいていの場合、債務の履行は、その一瞬の消滅を導く、このような場合、債務の目的は、「債務者の」人格の拘束それ自体ではなく、その活動〔行為〕の結果の確実性でなければならない。ところが、比較的まれな場合においては、債務が継続的行為に対して不確定の期間向けられている、たとえば、委任や組合の場合であるが、このような場合でも、告知の自由によって、かの債務の対象である行為の自然的な比率に配慮されているのである」(OR I. Bd., S. 6 f.)。

ここでは、一時的給付と継続的給付の区別がすでに明らかにされているといつてよい。⁽¹⁰⁾ 委任や組合がその例として挙げられているが、これらの継続的給付の場合、その存続期間が定められていない場合、債務によっても全面的に否定されてはならない債務者の自由と調和させるため、告知の自由が認められるとされている。

(b) 行為の強制可能性

ところで、債務者の義務付けられた行為は、債務者の自由から切り離されたものとして観念される。つまり、債務者が義務付けられているのは、あくまでも個々の行為であるから、それにより債務者の自由が否定されることにはならない。それゆえ、債権者はこれを強制することができる。そして、債権者は、債務者の給付を確実なものとして予測することができ、しかもこのことは、債務者の自由と完全に両立しうるのである。

「この面からみれば、債務の本質は、このようなそれまでは偶然的で不確実なものとなされた将来の行為を、必然的で確実な事実へ変容させることであるとみなされる。否、債務の全体の目的は、権利者を、このような事実が確実なものとして予定できるような、そのような状態へと置くことであるといえる」(OR I. Bd., s. 8 f.)。

そして、このように強制可能で、それがなされることを確実なものとして債権者が予定できる行為は、サヴィニーによれば、外的性質をもつ行為であり、金銭に評価することができるもの、財産的価値を持つ行為に限られる。

「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、外的な性質を持ち、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持つことが、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」(OR I. Bd., s. 9)。

サヴィニーは、財産的価値をもつ行為、金銭による評価が可能である行為のみが、債務の目的となりうることにについて、次のローマ法源に依拠している。

学説彙纂第四〇巻第七章(候補自由人について) 第九法文第二節(ウルピアヌス・サビヌス注解・第二八巻)「次の場合が問題となる。〔停止条件付で解放された奴隷で条件の成就未定の〕候補自由人を損害賠償として引き渡し

た者に対して、その義務からの免責を与えられるか。オクタヴエヌスは、彼は免責されるとする、そして、ステイクスを問答契約に基づき引き渡さなければならぬ場合で、彼（債務者）が、候補自由人であったステイクスを引き渡した場合も同様であるとする。なぜなら、奴隷が、給付の前に解放された場合でも、すべての債務は消滅するからである。というのは、債務の目的は、単に金銭で支払われ給付されるものに限られるからである。自由は、金銭によつては支払われず、また、金銭によつても買い取ることのできないものである。この見解は正しいと思われる¹¹⁾。

(c) 給付と履行

なお、最後にサヴィニーは、給付と履行の関係について次のように述べる。

「債務の対象である行為は、さらに特別の表現によつて言い表わされる。われわれは、それがあるいは給付（Leistung）、あるいは履行（Erfüllung）という。第一の表現は、とくに債務者が義務を負う行為の方に向けられている。第二のものは、とくに債務によつてもたらされるべき状態に向けられており、その必然性と確実性は、債務の目標とみなされるのである」（OR I. Bd., S. 9）。

(3) まとめ

以上を要するに、サヴィニーの債権の概念は、債権者が、債務者の人格から切り離された個々の行為を支配できるというものであるが、彼においては、それはさらに、債務の概念として、債務者がそのような個々の行為を行うべく義務

付けられていることへと収斂していくのである。なお、債権と債務の概念構成において、自由という理念が重視されていることにも注目したい。

四、債務（債権）概念の法源適合性

以上のように、サヴィニーの『債務法』における債務概念は、債務者が給付を行うべく義務付けられていることを中核とする概念である。ところで、サヴィニーが、債務概念をこのように構成したのはなぜか。また、この債務概念は『債務法』では、どのように取り扱われているのか。果たしてそこでは、債務概念から法的帰結を論理的に導くような取り扱いがなされているのか。以下では、これらの問題を考察してみたい。

(1) ローマ法原における債務 (obligatio)

ところで、サヴィニーは、『債務法』第一巻第三節で、第二節で定立された債務の概念が、ローマ法源にびつたりと一致するものであることを明らかにしようとする。

まず、ここで明らかにされた、二人の当事者間の法律関係では、「完全にその自由は否定されないまでも」一人が（部分的に）不自由なものとして現れるが、この関係は、ローマ法の用語（Kunstausdruck）では、債務（obligatio）と呼ばれる。サヴィニーは、以下の法文を挙げる（OR I. Bd., S. 10 und dort Fn. (a)）。

ユ帝法学提要第三卷第一三章（債務について）首節「債務（obligatio）は、法の鎖であり、それによりわれわれ

の社会の法により何らかの給付を行うべく強制が課せられる」¹²⁾。

学説彙纂第四卷第七章（債務と訴権について）第三法文首節（パウルス・法学提要・第二卷）「債務の本質（obligationum substantia）は、それが有体物あるいは役権をわれわれのものとするに存するのではなく、それがわれわれにとつて、他の者をして何かを行うように、何かを与えるように、あるいは給付するように義務づける点において存する」。

また、債務というこの表現は、それぞれ対極にある「債務者と債権者という」二つの状態の双方を含むものである。つまり、「本来自分に割り当てられた自由よりも債権を持つことにより」拡張された債権者の自由と、それに対応する、債務者の制限された自由のいずれについても用いられる。サヴィニーは、obligatioの語が、債権者の状態をも含む意味に用いられている例として、次の個所を挙げる（OR I. Bd., S. 10 und dort Fn. (b)）。

学説彙纂第一卷第八章（物の分類と性質について）第一法文第一節（ガイウス・法学提要・第二卷）「そのほか、物は、ある場合は有体的で、ある場合は無体的である。有体物とは、触れることのできるものであり、たとえば、農地、奴隷、衣服、金、銀および他の無数のものである。無体物とは、触れることのできないものである、たとえば、法〔的觀念〕においてのみ存在するもの、相続財産、用益権、および何らかの方法で実行される債権である。相続財産の中に有体物が含まれていてもそのことは、何の影響もない。なぜなら、農地から收穫される果実も有体物であり、債務により負担されるものも同様に、たいていの場合有体物だからである、たとえば、農地、奴隷、金銭など。というのは、相続権、用益権、そして債権それ自体（ipsum ius obligationis）は、無体物だからである。

さらにここに属するのは、都市または田舎の土地についての権利であり、それは、役権とも呼ばれる」。

ユ帝法学提要第二卷第二章（無体物について）第二節「これに対して、無体物とは人の手によつて掴むことができないものである。この種のもものは、法的にのみ存在する客体、たとえば、相続財産、用益権、そしてあらゆる種類の債権である。相続財産の中に有体物が含まれていてもそのことは重要でない。なぜなら、土地から生じる果実も、有体物であり、何らかの債務により義務付けられるものも、たいていの場合、有体物だからである、たとえば、土地、奴隷あるいは金銭である。これに対して、相続財産、用益権および債権それ自体（*ipsi ius obligationis*）はいずれの場合も無体物である」。

さらに、obligatioが「債務だけでなく」債権をも意味することは、債権（obligatio）を取得する、という用例からも明らかである。サヴィニーは、たとえば、ユ帝法学提要第三卷第二十八章の表題「われわれは誰を通じて債権を取得するか（*obligatio adquiritur*）」のほか、次の法文を引用する（OR I. Bd., S. 10, Fr. (b)）。

ユ帝法学提要第三卷第十九章（無効の問答契約について）第四節「なんびとかが、他の者のため、自分自身がその権力に服しているところの者のためとして、何かを約束させたとしても、その効力は生じない。履行は、しかし、当事者以外の他の者に関するものであることができる（たとえば、汝は約束するか、私かまたはセイウスに与えることを、と問うて、約束させる場合である）、その結果、要約者は債権（obligatio）を取得する、しかし、彼の意思に反しても、セイウスに対して給付をすることができ、その場合には、免責の効果が直ちに生じ、かの者（債権者）は、セイウスに対して委任訴権をもつ。なんびとかが、自己とその者の権力に自己が服しているわけではない

他の者のために、十金を約束させる場合、その場合、問答契約は有効であるが、その際、彼に対して問答契約がなされた全額、あるいはその半額の債務が負担されるのかについては争いがある。しかし、彼は、半分を超える金額を取得できないことは認められている。汝が、汝の権力の下にある者のために、何かを約束させたとすると、汝が債権を取得する、なぜなら汝の声は、ある程度まで汝の息子の声とみなされるからである、それは、汝のために取得することのできる物については、汝の息子の声がある程度まで汝の声とみなされるのと同様である」。

他方で、債務者の制限された自由については、古い時代から、「しなければならぬ (oportet)」という表現が用いられてきた。たとえば、次の法文である (OR I. Bd., S. 10 und dort Fn. (c))。

学説彙纂第四五卷第一章 (問答に基づく債務について) 第七六法文第一節 (パウルス・告示注解・第一八卷) 「汝が与えるか行わなければならない (dare facere oportet) ものについて、問答契約を受領する場合、問答契約は、現在の時点において給付されるものについてなされるのであって、裁判の判決の場合のように、将来期限が到来するものについてではない。というのは、問答契約に、汝がしなければならぬであろうもの、あるいは、今あるいは将来、という文言が付加されることは簡単だからである。というのは、汝がしなければならぬ (oportet) ものについて、問答契約を受領する者は、彼がすでに請求した金銭のことを言っているのであるが、彼が請求することのできる全額を言っているのであれば、汝がしなければならぬであろうもの、あるいは、今あるいは将来、と付け加えるからである」。

また、債務者と債権者の地位の双方を同時に並べて obligatio という共通の表現（この場合、債務関係あるいは債権債務関係と訳すべきか）により表わされる例もある（OR I. Bd., S. 10 f. und Fn. (d) auf S. 11）。

ユ帝法学提要第三卷第一十六章（二人の共同の要約者および諾約者について）第一節「このような債務から、一方でそれぞれの要約者に対しそのすべてについて義務付けられ、他方でそれぞれの諾約者は、そのすべてについて義務を負う。しかし、いずれの場合の債権債務関係（obligatione）においても、一つの給付の対象のみが存する。それゆえ、債権者の一人が義務付けられたものを受領する場合、彼は、すべての者の債権を消滅させ（omnium permit obligationem）、債務者の一人が弁済する履行する場合、彼は、すべての者を免責させる」。

ところで、債務以外にも、法的な必然性や義務が存する場合がある。しかし、これらについては、債務という表現は、通常は用いられない。たとえば、所有権者以外の者は、他人の所有権を承認しなければならないが、それは、義務ではあっても、債務とは対置され「別のものと解され」てきた。サヴィニーは、人的訴訟と物的訴訟を対比する次の法文を引用する（OR I. Bd., S. II und dort Fn. (f)）。

ユ帝法学提要第四卷第六章（訴訟について）第一節「個々人の間で、裁判官あるいは審判人の前で様々な対象について審理がなされるためのすべての訴えの最上位の分類は、二つの種類からなる。それは、訴えが物的か人的か、という区別である。一つの場合は、ある者が、彼に対して契約または不法行為に基づき債務を負担させられている者（qui ei obligatus est vel ex contractu vel ex maleficio）に対して、訴える場合である。この場合、人的な訴えが

なされるのであるが、それにより、原告は、相手方が彼に對し与えることを、または与え、かつなすことを義務付けられており、あるいは、その他の方法で債務を負担していることを主張するのである。これに對して、原告は、彼に對して何らの法律關係に基づいても債務を負担していない者（*qui nullo jure ei obligatus est*）に對して訴えを提起する場合がある。この場合、それにもかかわらず、彼は相手に對して、何らかの物について、争訟を開始する。この場合には、物的な訴えがなされるのだが、それは、たとえば、なんぴとかが有体的な客体を占有しているが、この客体について、ティティウスは、それが自分のものであると、そして、占有者が、所有者は自己であると主張する場合である。それゆえ、ティティウスがこの客体は自分のものであると主張する場合、物的な訴えが問題となっているのである」。

同様に、当局者の裁量による職權（*freie Macht der Obrigkeit*）により、何かをしなければならない必然性がもたらされても、それは債務とは呼ばれない（*OR I. Bd., S. II und dort Fn. (g)*）。

學說彙纂第三三卷第一章（毎年支払われる遺贈および信託遺贈について）第七法文（ポムポニウス・クイントゥス・ムキウス注解・第八卷）「クイントゥス・ムキウスは言う、なんぴとかが遺言書で、自分の息子と娘は、母が定める所に住まねばならない、そして、私の相続人は、彼らに對して、男子一人、女子一人について、毎年十金の扶養を与えねばならない、と命じた場合、その者のもとに子が生活する者は、後見人が金銭を支払おうとしない場合、この遺言から訴えを提起することはできない。なぜなら、この定めは、後見人に、彼らが遺言者の意思によれば金銭を危険なく支払うことができる場合を認識させることを目的としているにすぎないからである。ポムポニウ

スは言う。遺言書には、遺言者の榮譽にかかわるいくつかの事柄を書き記すことができる、しかし、それは何らの債務をも生じさせない (*nec obligationem parit*)。私が、汝を唯一の相続人に指定し、そして、汝が一定の金額によって記念碑を設置するものと命じる場合も、同様である。この定めは、何らの債務も含まない、それは汝がもし望むならば、それを私の榮譽の維持のためにすることができ、というだけである。しかし、私が、汝に共同相続人を与え、同様のことを命じる場合には異なる、というのは、私が汝だけを記念碑を設置すべく債務を負わそうとするならば、汝の共同相続人が、遺産分割訴権により汝がそれを行うように差し向けることができるであらう、なぜならば彼もまたそのことについて利益を持つからである。汝ら双方にそのことにつき債務を負わせる場合も同様に、汝らは互いにそのための訴権をもつ。遺言者の榮譽にだけかわるのは、なんぴとかが都市に肖像画を掲げるように命じる場合である。というのは、それがその都市の榮譽のためになされるのでなく、自分自身の榮譽のためであるならば、そのような理由から、誰にも訴権が帰属しないからである。それゆえ、私の子供たちは、彼らの母の定める所に住まなければならないという、クイントゥス・ムキウスのかの定めは、何らの債務をも生み出さず、それは、遺言者の定めたところを彼らが守っているという、遺言者の榮譽の維持のみのためである。しかし、彼の意味あるいは命令は、いつも常に守られねばならないわけではない。たとえば、法務官が、父親により定められた滞在が、父親が知らなかったことだが、未成年子がそこに滞在することを命じた者の悪弊のため、その子供たちにとってよくないことを知った場合である。しかし、子供たちの扶養のために、毎年十金が残産として残されているときは、この定めにより、それにより扶養を命じられた者が母親の定めによりそのもとに滞在しなければならないところの者が、定められているものとして、あるいは、われわれはこの定めを、子供たち自身がこの遺贈を享受するものと解することになる。それゆえ、この遺贈は有効である。というのは、その場合それは、彼の子供たちのた

めの心配のために行ったと考えるべきだからである。それゆえ、遺言者の榮譽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、そうではなくて、もしそれが何か悪いことにかかわるのでなければ。審判人の関与により実現されねばならないのである」。

やや長い法文で見通しにくいかもしれないが、要するに、たとえば、遺言者が自己の記念碑を設置するように遺言で、ある一人の者に指示する場合、遺言中に指示されたところの者は、何らの債務も負担しない（誰もそれについて訴権をもたない）。これは、遺言者の榮譽のためになされたものにすぎないからである。同様に、遺言者が、子供たちに母親が指定する者の所で生活するように指示した場合も、それは、遺言者の定めるところに子供たちが従っているという遺言者の榮譽のためになされたものであり、何らの債務を生じさせない。しかし、「審判人（サヴィニーはこの語を広く『当局』と解する）」は、滞在先と定められた者が子供にとってふさわしくない場合（たとえば浪費癖があるあるいは酒乱であるような場合か）には、遺言の実現を阻止することができる。このように遺言者の榮譽のためになされた遺言は、法務官や皇帝が関与して実現されるが、それは債務とは別の問題である、という意味であろう。

さらに、法的紛争においても、審判人の自由な裁量によりもたらされる必然性で、相手方がそれに対する訴権をもたないものについては、やはり債務という用語は用いられない（OR I. Bd., S. 11 f. und Fn. (h) auf S. 12）。

学説彙纂第一九卷第一章（売買訴権について）第四九法文第一節（ヘルモゲニアヌス・法律抜粹・第二卷）「代金の元本が、遅滞の後に初めてであつたにせよ、支払われた場合、利息は、固有の訴権によつては、請求することはできない、なぜなら、このような利息は、債務に基づくものではなく（non sint in obligatione）、審判人の職権

により支払われねばならないものにすぎないからである」。

(2) 権利と義務と債務

以上のような、法源の用語法に基づき、サヴィニーは、次のような見解を批判する。それは、何らかの権利に対して他の人の義務が対応している場合、その権利 (*jus*) に対応する義務を債務 (*obligatio*) と呼ぶ見解である。これによれば、ある人が有する所有権に対応して、他の人々が負う、それを侵害してはならないという義務も、債務であるということになってしまう (OR I. Bd., S. 12 f.)。

しかし、サヴィニーは、この見解を批判する。その理由は、次の通りである。

「まず、第一に、「それにより」法概念の自然の類縁関係と違いそのものが不明瞭にされてしまうからである。第二にローマの債務という表現を、ローマ人とはまったく異なった意味に用いているためであり、それによりわれわれの法源の内容に対する真の洞察が妨げられるからである。この表現の真実の意味は、ここでは、一方では、「債務関係 *obligatio* の本来の意味が、債務者のみならず債権者の状態も表わすものであるのに対して」それが義務づけられた状態についてのみ適用され、両当事者の完全な関係について適用されないことで、あまりに制限されてしまう。他方では、この表現が、(上述の意味における) 債務法に属する制度だけでなく、私法の他の部分、たとえば物権法についても通用すべきものとされることにより、あまりに広げられてしまう。それどころか、私法の領域を超えて、国家に対する臣民の債務についてさえ人は語ることになってしまう」(OR I. Bd., S. 13)。

(3) 債務と類縁関係にある用語

以上のように、サヴィニーの債務概念においては、債務者が拘束されているという像が基礎に置かれている。この表現は、「ローマ法源に即して」自由を制限された、拘束された意思の状態を生き生きと思ひ浮かべるために用いられている。

そして、債務と類縁性を持ち関連している一連の用語がある。これらの用語は、あるいは動詞の、あるいは名詞の形で用いられるが、たとえば、拘束する (*nectere*)、あるいは、拘束 (*nexum*)、締結する (*contrahere*)、あるいは、契約 (*contractus*)、弁済する (*solvere*)、あるいは弁済 (*solutio*) などである (OR I. Bd., S. 13 f.)。

さらに、債務と類縁性を持つ意味として、サヴィニーは、まず、債務を発生させる行為について触れている。つまり、債務 (*obligatio*) という語は、その債務を発生させる行為をも含んで意味することがある (OR I. Bd., S. 14 und dort Fn. (k))。

学説彙纂第二七卷第三章 (後見訴訟と計算剥奪訴訟および保佐に基づく類似の訴訟について) 第一法文第二一節 (ウルピアヌス・告示注解・第三六卷) 「後見においては、一つの債務〔負担行為〕から (*ex una obligatione*)、二つの訴えが生じることが知られている、そしてそれゆえ、後見訴権により訴えることができるときは、計算剥奪訴権により訴えることはできず、その反対の場合には、かの場合に関する限り、後見訴権による訴えは却下される」。

さらに、物の質入れも *obligatio* と呼ばれることにも言及している。それにより、物について、「一定の給付行為を行

うべく自由を制限されている」本来の債務における債務者と類似の関係が、生じるからである。同様に、たとえば、次の法文では、質物の負担について、債務者の拘束と同じ用語が用いられている (OR I. Bd., S. 14 und dort Fn. (1))。

学説彙纂第二巻第四章 (契約について) 第五二法文第二節 (ウルピアヌス・意見録・第一巻) 「債権者が彼のために質に入られた土地 (*praedi pignori nexi*) の負担についてまず支払った金銭を債務者から取り戻す旨の、そして、債務者がその土地の負担を支払わねばならない旨の契約は、適法であり、守られねばならない。」

学説彙纂第一三巻第七章 (質直接訴権と反対訴権について) 第二七法文 (ウルピアヌス・意見録・第六巻) 「貸金を請求する債権者に対して、債務者は、金銭が手もとにないので、金を引き渡した、債権者が、それらの金を他の債権者に担保として引き渡した。債務者から金を受け取った債権者が、債務が弁済され金が解放され回復された後に、なおも金を保持しているならば、それを引き渡すように命じられねばならない。しかし、その金が、なおも債権者の債権者の下に存するならば、それは所有者の意思に基づいて、担保として拘束されている (*nexae*) ものとみなされる。しかし、それが解放された後に、返還されるため、所有者には、債権者に対して固有の訴権が帰属する」。

なお、債務において対峙する両当事者の状態は、債権者 (*Creditor*) と債務者 (*debitor*)、債権 (*credium*) および債務 (*debitum*) という表現で表わされるが、これは、普遍的な概念で、その際、債務の発生原因にかかわらない（も）つとも、当初は、消費貸借に基づく場合に限定されていた (OR I. Bd., S. 14 f. und Fn. (m) und (n))。

学説彙纂第五〇卷第一章（語の意味について）第一〇法文（ウルピニアヌス・告示注解・第六卷）「次のことはよく知られている、債権者（creditores）とは、通常の訴訟、あるいは特別の訴訟により、市民法により、何らかの継続的な抗弁により拒絶されることなく、あるいは、名譽法により、あるいは、特別法により、条件付きであるいは期限付きであるいは何らかの付款なく、何らかのものがその者に債務として負担されている者をいう。しかし、その者に対して自然的にのみ債務が負担されている場合は、債権者とは言わない。消費貸借はなくても、他の契約が存する場合には、債権者と認められる。」

同第一一法文（ガイウス・属州告示注解・第一卷）「債権者という呼称（‘creditorum’ appellacione）のもとで、消費貸借を与えた者だけでなく、何らかの原因によりその者に対して債務が負担されている者をも言う」。

同第一二法文首節（ウルピアヌス・告示注解・第六卷）「売買に基づき、あるいは、賃貸借に基づき、あるいは、他の契約に基づき、なんびとかに対して債務が負担されている場合。あるいは何らかの不法行為に基づき債務が負担されている場合、その者は、私は、債権者とみなしてよい（creditoris loco accipi）と思う。公共にかかわる事件に基づく場合、人は次のように言うのが正しい、争点決定前には、その者は債権者ではないが、その後は、債権者とみなされうる」。

なお、当事者（reus）は、債権者と債務者の双方を意味する表現である（OR I. Bd., S. 15 und dort Fn. (o)）。

ユ帝法学提要第三卷第一章（二人の共同の要約者および諾約者について）首節「要約者の側でも諾約者の側でも、二人あるいは複数の当事者（res）〔共同債権者あるいは共同債務者〕が存することがある。要約者の側につい

て言えば、諾約者が、要約者のすべての問いに対して、私は約束すると答えた場合である、たとえば、諾約者が、別々に約束した二人に対して、次のように答えた場合である、私は、汝らの双方に対して与えることを約束する、と。しかし、彼がまずティティウスに対して約束し、そしてその後他の者の問いに対してその者に約束する場合、二つの債務が成立する、そして、二人が共同の要約者であるとは認められない。二人あるいは複数の諾約者は、次のような場合に生じる、メヴィウス、汝は、五金を与えることを約束するか、セイウス、同じ五金を与えることを約束するか〔と問い〕、そして、それぞれが個別に、約束する、と答える場合である」。

(4) まとめ

以上を要するに、サヴィニーの債務概念は、ローマ法源における、債務、債権、あるいは債務関係をできる限り適切に表現することを目的として定立されている。¹³⁾ ここでは、ローマ法源との適合性が、重要な関心事とされている。これに対して、ローマ法源から離れても論理を一貫させることに對して、サヴィニーはきわめて批判的である。それは、すべての権利には義務が対応することから、物権者に対して他の者が負う義務を債務と呼ぶことに反対する姿勢によく看取することができる。なお、ローマ法源との適合性のほか、自由の理念の実現も、サヴィニーにおいては、重要視されている。

五、債務法の現実適合性

前述、四では、サヴィニーの債務の概念は、当時の法源であったローマ法の文言にぴったりと適合することを主眼と

して構成されたものであることを明らかにした。それでは、このような債務の概念、およびそれを中核とする彼の債務法論は、当時の取引生活との適合性をどのように保つことができたのか。以下では、とくに問答契約と無方式の契約を対置するローマのシステムが、サヴィニーの時代において実際に通用しえたのか、通用しえなかったとすると、それは当時のドイツにおけるローマ法の全体としての妥当性という前提とどう折り合いが付けられていたのか、という問題を扱ってみたい。この問題は、『債務法』第二卷第七六節、第七七節で検討されている。

(1) 普通法における問答契約の通用性をめぐる諸説

問答契約とは、要約者と諾約者の間で、間を空けることなく、直ちに「汝は約束するか」、「約束する」という問答体によりなされねばならない契約である。たとえば、利息債務は、問答契約によらなければ発生しなかった。また、諾成契約や無方式の契約が認められる場合が限定されており、方式の自由はローマ法では普遍的には認められていなかった。¹⁴⁾したがってそれ以外の場合には、無方式の契約には訴求可能性はない。このように、問答契約と無方式の契約を対置するのがローマ法のシステムであった (Vgl. OR 2. Bd., S. 231)。

ところで、ドイツではローマ法が全体として継受されたはずである。しかし、問答契約と無方式の契約を対置するローマのシステムは、普通法の実務に対する現実取引きの要請に充分に応えうるものではない。

『債務法』第二卷第七六節では、まず、この問題に関する諸説が検討されている。

サヴィニーによれば、現行法について多くの論者は、近代諸国においてローマのシステムが、適用されないものと解してきたとされる。その結果、無方式の契約は、ローマの問答契約と同様、訴え可能なものである、と考えられてきた。これに対し、DURENUSは、彼の時代においてもなお、問答契約なしに何らの契約も締結されないと主張した。

Duarenus は、問答契約の存在を事実としても主張するのだが、サヴィニーは、公証人を通じた契約締結が念頭に置かれていた可能性を示唆する（以上、OR 2. Bd, S. 232 f.）。

サヴィニーは、また、幾人かの論者は、すでにローマ法の中でも後になると、問答契約の性質が放棄され、問答契約が無方式の契約に移行したと解するが、この見解は、ユ帝法およびその後の法源においては根拠がない、とする（ユ帝法で唯一残された要式契約が問答契約である）。

また、カノン法がこの点においてローマ法を改変しそれが現行法の在り方を決定していると主張する者もあるが、サヴィニーは、それも根拠がないとする（以上、OR 2. Bd, S. 234 ff.）。

結局、多くの論者においては、ドイツの慣習法により、問答契約についてローマ法の受容が妨げられたものと解されるのである。もともと、ドイツ慣習法を援用する場合、二つの方法がある。

ひとつは、ドイツ国民の普遍的な法意識を援用するものである。敷衍すれば、誠実で忠誠心の旺盛なドイツ人は、自分自身が一度言ったことは自分自身必ず果たすという国民性なのだから、厳格な方式を踏む問答契約は効力を生じるが、無方式の契約は効力を生じないというローマのシステムの受容は、このドイツの法意識により「意図的に」拒絶されたという主張である。しかし、サヴィニーによれば、この主張が成り立つためには、ドイツの民族意識はこのローマのシステムがいかなるものかをよく理解していたので、その受容を拒否したことが前提とされねばならない。だが、サヴィニーは、国民の普遍的な意識のレベルでこのような理解がなされたであろうことは、まったく考えられないとする。問答契約と無方式の契約の対置のような問題を正しく理解するためには、ローマ法の学問的研究が必要とされるからである（以上、OR 2. Bd, S. 236 f.）。

さらに、裁判上の慣行を援用する方法が考えられる。つまり、問答契約の受容に反対する裁判上の慣行があったとい

う主張である。しかし、裁判官の大多数もまた、「学問的研究を通じて初めて正しく理解できる」ローマのこのようなシステムを理解していたとは思われない。

のみならず、ローマ法では、契約類型によつては、諾成契約・無方式の契約が認められているものがあり、実際の裁判では、このようなローマの契約類型を類推していくことができるから、問答契約ではない無方式の契約に訴求可能性がないことを判断の理由としなければならない場合は、多くない。ただ、ローマ法で問答契約が必須とされた利息契約については、当時のドイツの裁判所でも頻繁に登場し、かつ、無方式の契約による利息債務の効力を否定することは、実際上できなかつたから、この場合は、問答契約と無方式の契約の対置は、裁判所によつてドイツでは通用しないものとされたことに疑いの余地はない。しかし、このような利息契約という個別の事例から、普遍的なドイツの慣習法の存在を証明することはできない（以上、OR 2. Bd., S. 237 f.）。

それにもかかわらず他方で、サヴィニーは、現行法において問答契約のシステムが通用していないことの根拠として、慣習法を援用することは、幾分かの正しい要素を含んでいる、とする（OR 2. Bd., S. 238.）。

(2) 問答契約とドイツ慣習法

サヴィニーは、第七七節で引き続き、問答契約と慣習法の問題について、自身の見解をさらに詳細に展開している。問答契約をめぐるローマ法のシステムが、より新しいローマ法によつても、カノン法によつても、また普遍的なドイツの慣習法によつても、排除されないとするならば、他方で、このシステムが、現行法にとつて通用していないことは、どのように説明され、また正当化されるべきか。ドイツでは、ローマ法は全体として継受されたはずだからである。

それぞれの実定法は、あらゆる契約が、その内容はいかなるものであれ、拘束力を持ち訴求可能となるための方式を定める。それがローマ国民の法では問答契約の方式だった。そして、ローマ法が全体としてドイツに継受されたとき、書かれた法源の内容に従って、問答契約もまた継受されたのである。

しかし、問答契約がなされなければ訴求可能性がない、という問答契約の排他的効力は、問答契約が実際にも行われるという事実に基づくものであった。ローマ人においては、問答契約が現実にも実践されることにより、それは支配的な民族の慣行の中に現実に基礎づけられていた。しかし、このような民族の慣行はドイツでは、ローマ法継受の時代も、その後も、まったく存在しなかった。もしかすると、書かれたローマ法に即して、ドイツにおいても問答契約の完全な適用をもたらすため、問答契約を立法により導入してドイツでも行わせることが、考えられえたかも知れない。しかし、サヴィニーによれば、このような立法をしたとしても、それは「死んだ文言」にとどまり、かかる立法がドイツにそのような一致した民族の慣行を現実にもたらしえたかは、疑わしいとされる。

サヴィニーは、ここで明らかになった法状態は、次のように考えられるとする。ドイツでは、「問答契約そのものは法源に書かれている以上受容されたが」、訴求可能な問答契約の原則がその本来的な形態、つまり口頭による問いかけとそれに対する返答という形態なしに受容された。おのずと生じるこの形態からの抽象化により、問答契約は、ドイツにおいては、次第に、無方式の契約へと変容した。そして、抗うことのできない必然性を通じて、また、立法者の介入もなしに、次のような原則へ到達した（以上、OR 2. Bd., S. 239 ff.）。

「あらゆる無方式の契約 (jeder formlose Vertrag) ⁽⁹¹⁾ は、訴求可能である。問答契約は、今や諾成契約、および裸の契約と統合されひとつになった」 (S. 240 f.)。

サヴィニーによれば、訴えの基礎としての問答契約が必要であることと、無方式の契約が訴求可能でないことは、不可分の一体をなしている、そして、この一体性から、問答契約の「問いに対して答えるという」実定的形態を除去して考えるならば、無方式の契約も訴求可能である、ということになる。

また、サヴィニーの見解においては、第七六節の説明で示唆されたドイツ慣習法の観念における正しい要素が、それにふさわしく承認されているとされる。つまり、この慣習法は消極的なものとしてのみ肯定される。それは、ドイツの法意識がローマのシステムを「意識的に」拒絶したことにおいてではなく、問答契約自体は継受したものの、ドイツにおいては問答体の方式が実際に行われなかった、という消極的不作為状態において存するのである（以上、OR 2. Bd., S. 241 f.）。

ここで示されたサヴィニーの理論の実際上の帰結は、次のとおりである。現行の普通法では、無方式の契約は、ローマの問答契約の地位を取得する、そして、そのため、訴求可能な契約について、ローマ法が諸成契約と裸の契約の形態について定立した準則が適用される（以上、OR 2. Bd., S. 242.）。

(3) まとめ

問答契約の方式を踏まない契約についても、普通法では、完全な効力と訴求可能性が認められる。このことの根拠は、継受ローマ法に対するドイツの慣習法の中に求められる。もっとも、ドイツの慣習法は、ローマの問答契約をめぐるシステムの受容を意識的に拒絶することにおいて存在していたのではない（そのためには、国民の法意識のレベルあるいは少なくとも大多数の裁判官のレベルにおいて、問答契約のシステムの意味が理解されていなければならぬ）。ローマ法に書かれたものとして問答契約のシステム自体は、ローマ法継受により確かにドイツにも受容されている。しかし、

ドイツでは、問答体で契約を締結することが実際には行われてこなかった。ドイツでは、問答契約のこの実定的なやり方だけは、現実に行われなかった。正しく言えば、ドイツの慣習法は、問答体では契約締結はしない、という消極的不作為の形で存在する。そして、このような慣習が長期にわたって継続した結果、立法者が介入することなく、漸次ゆっくuriとそして自然に、問答契約は訴求可能だが無方式の契約は訴求可能性がない、という一体の準則から、あらゆる無方式の契約には訴求可能性が認められる、という法が立ち上がってきたのである。

問答契約をめぐる問題で、以上のような論理で、サヴィニーの債務法論は、現実との適合性を保とうとしている。

六、おわりに

最後にサヴィニーの『債務法』の考察から得られた結論を簡潔にまとめておきたい。

(1) 債務法の総則について

サヴィニーの『債務法』では、現実生活で多種多様な無数の債権が成立しうることが前提とされている。このような前提ゆえに、多種多様な債務を法的に取り扱う場合の「標準」となる債務法の総則がとくに必要であるとされている。サヴィニーの債務法は、多様性に対して開かれている。また、サヴィニーが引用するプフタは、法規に定められた契約への包摂ではなく、類推の方法を推奨する。多様性に関わられた債務法は、形式論理的な包摂ではなく、有機的な類推の方法と結びつく。

サヴィニーにおいて、債務法の総則は、多様性に対して開かれている。

(2) 債務概念について

サヴィニーの債務概念では、債務者が義務付けられていることが中核的要素とされている。サヴィニーが概念をこのように構成したのは、それがローマ法源の *obligatio* の意味にぴったり一致するからに他ならない。サヴィニーの債務概念は、ローマ法原をできる限り正確に把握できることを目的としている。同時にサヴィニーは、たとえば、あくまでも債務は個々の行為に対する支配であり、債務者の人格の自由を否定してはならないこと、継続的債権関係の場合には、告知の自由が認められることにより、債務者の自由が回復されねばならないことなど、自由の理念の具体化をも、債務概念の課題としている。ここでもローマ法と哲学（自由の理念）が一体化している¹⁷。

これに対し、債権と債務のみならず、たとえば所有権の場合でも、権利があるところに必ず義務があるから、この義務を *obligatio* と解することによって、権利 (*jus*) と *obligatio* の対置により、すべての権利を普遍的に把握していかうとする見解は、ある意味で論理的な一貫性を重視するものといえる。しかし、サヴィニーは、ローマ法源と相いれないことを理由に、この構成を否定する。

サヴィニーは、論理の一貫性よりも法源との適合性を重視している。

(3) 問答契約と無方式の契約の対置について

サヴィニーの債務概念では、ローマ法源との適合性が重要な課題とされていた。他方でしかし、ローマの問答契約は、その実定的形態がドイツでは現実には実践されていなかった故、サヴィニーもまた、結論としてすべて無方式の契約は、問答契約と同じ効力をもつ、と解する。したがって、普通法では契約について、問答契約ではなく、ローマ法で訴権が認められた諾成契約と無方式の合意に関する準則が、適用される。サヴィニーもまた、彼独特の方法で、ドイツの慣習

を援用するのだが、サヴィニーの債務法は、こうして、現実との適合性を決して失わない。

サヴィニーの債務法は、抽象的な概念から形式論理的に帰結を演繹するものではない。

(4) 債務法の法源について

前述のように、サヴィニーの債務概念が、ローマ法源との適合性を極めて重視し構成されていること、また、ローマ法が債務法の領域における規範形成のためとくに有用とされた反面、問答契約をめぐっては、サヴィニーもドイツ慣習法を動員し、現実生活との適合性を獲得しなければならなかったこと、などの背景には、当時の重要な法源のひとつがローマ法だったことがある。しかも、ユ帝法は、法学説の抜粋を集成したものを中核部分とする法典である。もし、サヴィニーの債務法論から現代日本の法にとって何らかの示唆を得ようと試みるなら、あるいは逆に、もはやサヴィニーはわれわれにとって何らの示唆も与えるものではない、と論じる場合も、このような現代の法源状況との違いが踏まえられねばならない。わが国が明治期にヨーロッパから継受したのは当時の法の表層だけではなく、そのような法に行き着くまでのかのかの地における法の歴史をも共に継受したとすれば、以上で見てきたような債務法の在り方と考え方は、その歴史の中に少なくとも一部分として組み込まれているものではないか。⁽¹⁸⁾

(1) 窪田充見「履行請求権(特集 契約責任論の再構築)ジュリスト一三二八号(二〇〇六年)一〇六頁。

(2) 窪田・前掲・ジュリスト一三二八号一四頁。

(3) 「特別座談会 債権法の改正に向けて(下)——民法改正委員会の議論の現状」ジュリスト一三〇八号一五三頁では、債権法そのものについて、「立法すべきは債権法ではなくて、契約法と不法行為法という具合に、英米法的な法の体系に親和性をもったものになってしまうのではないか」とも言われる(角紀代恵)。

- (4) FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, 1. Band (1851), und 2. Band (1853). 以下では OR 1. Bd. u. 2. Bd. 参照。
- (5) SAVIGNY *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1 (1840), S. 390 ff. 以下では、System Bd. 1 とする。なお、赤松『十九世紀ドイツ私法学の実像』(成文堂、一九九五年) 二七三頁参照。
- (6) F. G. PUCHTA *Pandekten*, 12. Aufl. (1877), S. 333 f.
- (7) PUCHTA a. a. O., Fn. c).
- (8) System Bd. 1, S. 334 ff. 赤松・前掲書二七〇頁、二九二頁以下参照。
- (9) したがって、言われるところの remedy アプローチではない。
- (10) ギールケの継続的契約関係論、継続的債権関係論につき、赤松『物権・債権峻別論とその周辺——二十世紀ドイツにおける展開を中心に——』(成文堂、一九八九年) 五三頁以下参照。
- (11) 本稿では、ローマ法源の訳出にあたっては、学説彙纂に倣うては、C. E. OTTO / G. SCHILLING / C. F. F. SINTENIS *Das Corpus Iuris Civilis in's Deutsche übersetzt*, 2. verbesserte Aufl. (1839) をも参照した。
- (12) 本稿では、ローマ法源の訳出にあたっては、法学提要に倣うては、OKKO BEHRENDIS / ROlf KUTTEL / BERTHOLD KUPISCH / HANS HERMANN SELLER *Corpus Iuris Civilis. Die Institutionen. Text und Übersetzung*, 2. verbesserte und erweiterte Aufl. (1999) をも参照した。
- (13) サヴィニーは、マールブルク法学方法論講義ですでに「Obligationen」という表現にこだわりをもっていたように思われる。赤松『浅津安恕「私法理論のパラダイム転換と契約理論の再編」を読んで」(書評) 法の理論二二(二〇〇三年) 二六九頁。
- (14) 原田慶吉『ローマ法』(改訂)(有斐閣、一九五五年) 一七三頁、一五六頁、一七二頁。
- (15) 原田・前掲書一七二頁参照。
- (16) ここで問題としている以上のような手続きは、サヴィニーが法学の課題とした「指導原則」形成の一つの例か。この点につき簡潔には、赤松「兄玉寛『サヴィニーと「法律解釈の一義的明晰性ルール」・断章Ⅰ、同「サヴィニーの類推論について」・断章Ⅱ」(書評) 法制史研究 五七号(二〇〇八年) 四二一頁以下参照。
- (17) 赤松「ロマネステイクとロマンテイク——サヴィニーにおける法学形成の断章——」法政研究七五巻一号(二〇〇八年) F 3 頁参照。
- (18) 赤松「民法典体系のあり方をどう考えるか——パンデクテン、インスティトゥティオン、その他」椿寿夫・新美育文・平野裕之・河野玄逸編『法律時報臨時増刊 民法改正を考える』(日本評論社、二〇〇八年) 四七頁以下参照。