

ヴィントシャイトの債権法論

赤 松 秀 岳

目 次

- 1、はじめに
- 2、債権概念
- 3、給付の金銭的価値
- 4、おわりに

1、はじめに

近年の民法（債権法）改正議論に触発され、前稿¹⁾ではサヴィニーの債務法論を検討した。同じ問題意識から、以下では、少し時代を下りヴィントシャイトの債権法論を考察する。『パンデクテン法教科書（第6版）』第2巻（1887年）²⁾が対象である。

わが国で批判されるような、「債権概念から演繹的に何らかの結論を導くという立場」³⁾が果たして、ヴィントシャイトの債権法論に認められるのであろうか。

2、債権概念

『パンデクテン法教科書』第2巻第250節でヴィントシャイトは、債権概念につき、まず次のように述べる。

「種々の債権（Forderungsrechte）は、人的権利（persönliche Rechte）の下位の種類をなす。人的権利とは、その権利により、権利者に対峙しているある個人（あるいは複数の個人）の行為に対し、権利者の意思が決定

的であるような権利をいう、人的権利は、各種の物的権利（dingliche Rechte）と対置されるが、物的権利では、当該の権利により、ある物に関する人の行為につき権利者の意思が決定的である」（Bd. 2, S. 1 f.）。

(1) 法命令説への傾斜

権利とは法秩序の命令を権利者が自己のものとするものである、という法命令説を前提とする立場から、債権も概念構成される。

「債権は、すべての権利と同様、権利者が自らのものとするのできる、法秩序の命令を含む〔脚注1〕、そして、この命令の内容は、法秩序のあらゆる命令の内容と同様、その命令の名宛人である者が、一定の外的行為を行うよう自ら何らかの意思決定をすること、そして命令の名宛人である者が、つまり、一定の行為を行わねばならないこと、である（第1巻第37節）〔脚注2〕」（Bd. 2, S. 2）。

しかし、脚注では、債権者による請求の場面だけでなく、債務者が債権者に対して義務付けられている、という状態においてすでに債権が存在するとされる。

「〔脚注1〕 種々の債権は、すべての権利と同様、命令を含む。債権により要求することができる、つまり、他人〔債務者〕が自己の意思を一定の方向に向けるべく定めるよう、〔債権者の〕意思が行使されうる、と人が言う場合、誤解の余地あるいはきっかけを与え

る、その誤解というのは、債権の本質は、請求することにおいて存する、という誤解、債権により拘束される者は、彼に向けられた〔債権者の〕要求に従わないとき初めて不法を行う、という誤解である、本当は権利そのものの概念においても、また債権の概念においてもそのようなことはない。その限りで、債権という表現は、異論のないものではない。しかしそれは、日常生活の用語法と一致する」（Bd. 2, S. 2）。

ヴィントシャイトが債権の法的定義として引用するのは次の法文である（a. a. O.）。

ユ帝法学提要第3巻第13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」^{4）}。

なお、ヴィントシャイトは、債務者が給付を行うべく義務付けられている状態が債権であると解するにもかかわらず、債権（Forderungsrecht）という表現を用いるのは、それが「日常生活の用語法と一致する」ためである^{5）}。

（2）行為に向けられた権利

他方、ヴィントシャイトは、債権が、債務者の行為に向けられた権利であり、行為についての権利あるいは、行為の上の権利ではないとする。

「〔脚注2〕債権は、ある行為に向けられた（auf eine Handlung）権利だが、それは、行為についての（an einer Handlung）権利でも、行為の上の（über eine Handlung）権利でもない（プファ・パンデクテン第219節^{6）}、提要第1巻第30節^{7）}、サヴィニー・債務法論第1巻4頁^{8）}、体系第1巻339頁^{9）}、クンツェ・債務論3頁から6頁^{10）}）。人が、債権を行為についての権利あるいは行為の上の権利であると呼ぶならば、債権により請求することのできる行為を物と同様に扱うことになり、存在しないものを存在するものとして、〔将来その行為がなされた瞬間に債権は消滅するように〕過ぎ去るものを恒常的なものとして扱うことになる。それは明確な説明ではありえず、混乱や戸惑いを引き起こすにちがいない」

（Bd. 2, S. 2 f.）。

以上のように、ヴィントシャイトは、債権がいまだ存在しない将来なされるはずの行為に向けられた権利であるにもかかわらず、いまだ存在していない行為をすでに存在する客体のようにとらえ、行為についての権利、行為の上の権利と構成する見解を批判する。

他方で、債権は、行為に向けられ権利として、その対象は、あくまでも債務者の行為でなければならない。だから、債権は、債務者の財産を対象とするものでも、給付結果を対象とするものでもない。

「〔脚注2〕・・・ハルトマン・前掲〔債務論（1875年）^{11）}〕もまた、行為という要素を債務の概念から遠ざけようとする。それによれば、債務は、債権者が取得することに対して向けられ、彼が債務者の行為を通じて取得することに本来的に向けられたものではない。しかし、ハルトマンもまた、債務が『第一次的には』債務者の活動に向けられていることを認める、そして、私は、債務が（直接または間接的に）債務者から由来せずに債権者が〔給付結果を〕取得することにより消滅するすべての場合、それは、債務の概念からの帰結ではなく、債務の目的に基づくものであると考えたい」（Bd. 2, S. 3）。

以上のような立場からは、債務ではなく責任に債権の本質を求める見解（ゾームの債権無力論）も批判される。

「〔脚注2〕ゾーム前掲〔グリュンフーツ雑誌第4巻457頁から473頁（1877年）^{12）}〕によれば、債務は、行為に向けられた権利だが、あくまでも自発的な行為に向けられた権利である。それゆえ、強制執行により債務に適合した状態が作出される場合、債務にとって本来的に適合した状態が作出されるのではなく、それに反する状態が作出される。強制執行は、債権者の権利ではなく、公法の規定によりなされからである。ゾームに対する反論につき、トーン・法規範と権利235頁以下参照^{13）}」（Bd. 2, S. 3）。

(3) 総括

ヴィントシャイトによれば、債権者は、法秩序の命令を自己のものとする。債権者の意思は、それが法秩序そのものの命令として貫徹される結果、債務者はそれに従わねばならない。

このことは、ヴィントシャイトが、債権は財産や給付結果を客体とするという構成を排斥し、あくまでも債務者の行為に向けられた権利として、行為を主眼とすることにも関連する。債権の実体をなすのは、法秩序の命令であり、そもそも命令とは、名宛人に一定の行為を為すべく命じるものだからである¹⁴⁾。

なお、ヴィントシャイトでは、「債権」という構成が前面に出され、「債務」あるいは「債権債務関係」を意味する *obligatio* という表現は、補足的に、主として脚注で扱われるに止まり¹⁵⁾、やや背景に退く。

3、給付の金銭的価値

ヴィントシャイトは、『パンデクテン法教科書』第2巻第250節で、次のように述べる。

「債権を通じて命じられる行為は、通常は、権利者にとって金銭的価値を有する。しばしば次のように主張される、〔債権を通じて命じられる〕その行為は金銭的価値をもたねばならない、言い換えれば、本来的に債権を産み出す事実は、金銭に見積もることができない行為に対する債権を産み出すことはできない、と、しかしこれらは必ずしも正当な主張ではない〔脚注3〕」(Bd. 2, S. 2 f.)。

この点、サヴィニーは、次のように述べて、債務の対象である給付は、財産的価値をもつもの、金銭に評価することができるものでなければならないとしていた。

「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、論拠として学説彙纂第40巻第7章第9法文第2節を挙げるが、ヴィントシャイトは次のように反論する。以下では、第250節脚注3に集約され展開されるこの反論を追跡してみたい。

(1) 法源の説得力

ここでサヴィニーが依拠するのは、次の法文である。

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(ウルピアヌス・サビヌス注解・第28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。オクタヴェヌスは、彼は免責されるとする、そして、スティクスを問答契約に基づき引き渡さなければならない場合で、彼〔債務者〕が、候補自由人であったスティ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うるものに限られるからである。自由は、金銭によっては支払われず、また、金銭によっても買い取ることはできないものである。この見解は正しいと思われる」法文中の傍線は赤松による。以下同じ)。

ヴィントシャイトは、この法文を根拠とすることに對し、次のように反論する。

「しかし、その判断を正当化するためにこの命題が引き合いに出されている、その判断とは、自由人についての所有権を付与することについての債務は成立しえない、というものである、そして、〔ほんらい〕自由人についての所有権を付与することは、財産的価値のない行為でも、また、不能な行為でもない

〔はずである〕。のみならず、このような折に触れてなされた法源の普遍的な言明を文字どおりに受け取るのがいかに間違っているかは、誰もが知っている」（Bd. 2, S. 4）。

(2) 金銭的価値のない給付につき債権を否定する法文
もっとも、ヴィントシャイトは、サヴィニーが依拠する学説彙纂第40巻第7章第9法文第2節以外にも、債権者が当該の行為につき財産的価値をもたないことを理由として、債権の成立を否定する法文がある（Bd. 2, S. 4）。

学説彙纂第19巻第5章（前書きされた文言に基づく訴えと事実に基づく訴え）第7法文（パピニアヌス・問答録・第2巻）「私は、汝がスティクスを解放するため、1万セステルティウスを与え、汝がそれを行わない場合、汝に対して前書きされた文言に基づき私がそれにより享受したのと同じ額を支払うよう訴えを提起できる、あるいは、私は、それについて何らの〔財産的〕利益をもたない場合、汝に対し、私の1万セステルティウスを不当利得として返還する訴えを提起できる。」

ここでは、奴隷解放を約束させた約束受領者は、約束者が履行しない場合、約束受領者がその給付につき有する財産的利益の額の支払いを求めることができるが、そうでない場合、すでに支払った対価の返還を請求できるだけとされる。

学説彙纂第45巻第1章（文言による債務について）第38法文第17節（ウルピアヌス・サビヌス注解・第49巻）「他人のためになんびとも問答契約を締結することはできない、例外は、奴隷が主人のため、息子が父親のために問答契約を締結する場合である。というのは、この種の債務は、各人が自己の利益に合致するものを受け取るために考案されたものだからである、しかし他人のために何ものが与えられる場合、私にとって何らの利益ももたらさない。〔以下略〕」

ここでは、他人のためにする問答契約が認められない理由として、問答契約受領者が何らの財産的利益を有しないことがあげられる。

次の法文もまた、問答契約では約束受領者が金

銭的利益を有することを必要であるとする。

学説彙纂第45巻第1章（文言による債務について）第95法文（マルケルス・学説集・第5巻）「建物の建築につき問答契約を受領した者が債権を取得するのは、彼の意思に従えばどこに建物が建築されるべきかが明らかで、かつそこに建物が建築されることにつき彼の必然的な利益が存する場合に限られる。」

しかし、これらの個所は、金銭による有責判決を前提とする。周知のように、ローマの裁判手続きでは、審判人が免責判決か有責判決のいずれかを行うが、有責判決は金銭判決によらねばならなかった¹⁶⁾。以上の個所は、この必然性から完全に説明可能とされる（Bd. 2, S. 4）。

(3) 金銭的価値のない給付につき債権を認める法文
ヴィントシャイトは、他方で逆に、有責判決が金銭判決によるという必然性にもかかわらず、債権者にとり財産的価値のない債権の成立を認める法文として、次の個所を挙げる（Bd. 2, S. 4）。

学説彙纂第43巻第24章（強暴あるいは隠秘）第11法文第1節（ウルピアヌス・告示注解・第71巻）「次のことが問われた、強暴あるいは隠秘に、植民都市の公共の広場から像を持ち出した者は、この特示命令により責任を負わされるか？この問題につきケルスの見解が存する、それによれば、広場に設置されていた像が帰属する者は、そのことにつき強暴あるいは隠秘により訴えることができる、なぜなら彼は、それが持ち去られないことに利益を有するからである、しかし植民都市もまた、盗により訴えることができる、なぜならその像は、同様に公共の財産となっており、もし像が倒れた場合、植民都市はみずからそれを撤去できるからである。この見解は正しい。」

特示命令が問題とされているが、像が財産として帰属する所有者のみならず、像の設置された広場のある都市も、請求できるとされている。

学説彙纂第43巻第24章（強暴あるいは隠秘）第16法文第1節（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、糸杉をなんぴとかが狂暴あるいは隠秘に持ち出した場合、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、享受者もまた、休憩や散歩のためにそれにつき利益を持つから、この特示命令が認められる。」

所有者のみならず、さらに所有者以外に樹木について享受する者がいる場合、休憩や散歩という非財産的利益を有するにすぎない場合でも、やはり特示命令による請求が認められる。

学説彙纂第43巻第29章（自由人の引渡しについて）第3法文第13節（ウルピアヌス・告示注解・第71巻）「この特示命令により訴えが提起された後に、他の者が同じ特示命令により訴え提起を求めてきた場合、容易にはそれは認められないとは明らかである、というのは、先行する訴えについて善意が主張されうる場合でなければならないからである。それゆえこの特示命令は、事案の審理の後には多くの場合、一度だけしか提起できない。というのは、刑事告訴においても、一度それがなされたら、第一の告訴者が、不誠実の責めを負わされる場合にのみ、再度の告訴が許されるからである。しかし被告が、敗訴判決を受けた後、人を引き渡すのではなく、争訟の評価額を支払う方を選ぶなら、特示命令をもう一度彼に対して認めても、公平でないとは言えない、その場合、抗弁が対抗されることなく同じ原告による訴えが認められるか、あるいは、別の者が原告となることもありうる。」

ある者が特示命令によりすでに請求した場合に、別の者が同じ特示命令により重ねて請求できるのは、後訴の提起者が先訴について善意の場合に限られるのが原則だが、後訴の提起者が金銭賠償を求める場合には、広く後訴の提起を認めてもよい。このくだりの中に、ヴィントシャイトは、後訴の提起者が、人の引渡しについて、財産的利益をも有する場合とそうでない場合を読み取ろうとしている¹⁷⁾。

学説彙纂学説彙纂第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でなされる奴隷の売買について）第6法文首節（パピニアヌス・問答録・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、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行為の方を考慮し、奴隷解放の望ましい結果の方は考慮しなかったというのはいえぬからである。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、そのつつまじやかな好意を侮辱したからである、というのは、問答契約がなされていないこの種の別の事例において、売主訴権が認められるとされているからである。」

女奴隷を解放しないことを約束し、不履行の場合違約罰を問答契約により定めたが、約束者が約束に反し女奴隷を解放した場合、約束受領者は違約罰の支払いを求めることはできない。これに対して、女奴隷の所有権を遺棄しないことを約束したのに、約束に反した場合、それは彼女に対する侮辱であり、その女奴隷に対する売主の愛情や好意を蔑にしたので、約束受領者は、違約罰を請求できる。ここでは、愛情や好意に基づき女奴隷を放棄しないという、金銭に見積もることのできない給付に対する債権が認められている。

次の法文も、奴隷に対する好意に基づき奴隷の解放を約束させたが約束者が履行しない場合につき、同趣旨を定める

学説彙纂第17巻第1章（委任による訴えと反対訴権について）第54法文首節（パピ

ニアヌス・問答録・第17巻）「奴隷が、他人に、その奴隷を売却するよう委託する場合、この委任は無効である。しかし、委任が、奴隷を解放することにつきなされる場合で、彼が解放されない場合、主人は売主として売買代金を請求することができ、好意が考慮される限りにおいて、委任訴権も認められる。たとえば、人は、奴隷は主人にとって自然の息子あるいは兄弟である、と認めることができる、というのは、誠意による訴えでは、好意が考慮されるということを洞察のある人々は、尊重するからである。〔以下略〕」

ヴィントシャイトは、以上のような場合、審判人が裁量により定める金額により判決がなされていたとする（Bd. 2, S. 4）。

学説彙纂第11巻第3章（誘惑された奴隷について）第14法文（パウルス・告示注解・第19巻）第1節「家子である息子あるいは娘を誘惑することによっては、この告示による命令は認められない、というのは、この訴えはわれわれの財産に属する奴隷の誘惑により根拠づけられ、〔この場合〕主人は、彼の家の栄誉や名声が侵害されなくても、〔財産的に〕貧しくなることを証明できるからである。しかし、それは、評価について審判人の裁量に委ねられた訴えを類推によりもたらす。というのは、われわれの子の心が誘惑されてはならない、ということがわれわれにとり重要だからである。」

審判人によらず、裁判権者が直接審理を行う場合、金銭的価値による評価ができない給付に対する債権であっても、違反の場合違約金を課すことができた。法務官が仲裁判断を仲裁人に強制的に義務付けることができるとする次の法文が根拠である。

学説彙纂第4巻第8章（判断を引き受ける仲裁契約について）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、法務官は何人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、一度仲裁人としての紛争の

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もとに属するものとみなすことになる、なぜなら仲裁人は法的紛争を終了させようとするだけでなく、何人かを法を産み出す〔ことを職務とする〕者であると考え、判断者として選んだ者は、欺かれてはならないからでもある。審判人が、紛争がすでに審理されており、両当事者の側から隠されていた状況が明らかにされ、そして、その法的行為に関する隠されていた事柄が明らかにされた後、当事者の一方を優遇するため、あるいは自己の利益を図るため、あるいは何らかの理由により、判断を宣言しようとしなかった場合を考えてみるがよい。その場合、法務官が介入し、仲裁人が一旦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？」

学説彙纂第4巻第8章（判断を引き受ける仲裁契約について）第32法文第12節（パウルス・告示注解・第13巻）「仲裁人が身を隠そうとしているに違いない場合、法務官は、彼を搜索しなければならない。そして、彼が出頭しない限りにおいて、彼に対しては罰金が科せられねばならない。」

以上においては、仲裁判断を行うという、それじたい財産的価値をもたない給付が、法務官によって強制されている。

（4）金銭的価値のない給付の強制可能性

さらに、ヴィントシャイトは、「金銭価値をもたない給付の強制が、その給付が債権にまで高められることなく、認められている個所」があるとする（Bd. 2, S. 4）。

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・クイントウス・ムキウス〔市民法注解〕第8巻「クイントウス・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、母が定めるところに従わねばならない、そして、私の相続人は、彼らに対して、男子1人、女子1人について、毎年10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からである。ポムポニウスは言う。遺言書には、遺言者の栄誉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。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、それを私の栄誉の維持のためにすることができる、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、私が汝だけに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ろう、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。遺言者の栄誉にだけかわるのは、なんび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、それがその都市の栄誉のためになされるのではなく、自分自身の栄誉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、彼らの母の定めるところに住まなければならないという、クイントウス・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、遺言者の栄誉の維持のみのためである。しかし、彼ら意思あるいは命令は、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10金が増収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。」

やや見通しにくい、遺言者の栄誉のためにのみになされた遺言は、金銭的価値をもたないが、法務官や審判人が関与して実現される。

次の法文では、墓前で追悼する給付が問題とされている。

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ナは、皆、私の墓碑に一カ月おきにランプを灯し、追悼の儀式を行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ナは、継続してマエヴィアの墓碑に姿を現さないで、私は彼らは解放されるかと問う。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。」

次の法文は、埋葬する給付につき法務官が強制できるとする。

学説彙纂第 11 卷第 7 章（埋葬および遺体の費用および遺体を埋葬する権利について）第 14 法文（ウルピアヌス・告示注解・第 25 卷）第 2 節「遺言者が、何人かに、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、特別の手續き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。」

次の法文によれば、工作物の設置の給付を引き受けた者は、工事に必要な金銭の支払いではなく、現実の工事を命じられる。

学説彙纂第 32 卷（遺贈と信託遺贈について（第 3））第 11 法文（ウルピアヌス・信託遺贈・第 2 卷）第 25 節「ある工作物を設置するよう遺言者から命じられた者が、その工作物を都市が設置できるよう金銭を都市に提供する用意がある場合でも、彼の言い分は聞き入れられない、というのは、遺言者は、彼自身により設置されることを望んでいたからである、マルクス帝の回状はそう述べる。」

(5) 金銭的価値のない利益に対する法的救済

また、債権ではないが、非金銭的利益が考慮され、法的救済が認められる場合がある（Bd. 2, S. 4）。

学説彙纂第 4 卷第 4 章（25 歳未満の成熟者について）第 35 法文（ヘルモゲニアヌス・法律拔萃・第 1 卷）「〔このような〕成熟者は、すでに彼に売却を申し出た物が約束されている場合で、他の者がそれよりも高い金額の申し出をした場合、彼は願ひ出による聴聞により従来の状態の回復を求めることができる、それは、彼がかの物を買受けたということについて、十分な理由があると証明される場合である、たとえば、その物が彼の祖先に属するものであったから、などである。しかし、それは、彼が他の者によるより高い金額の申

し出により増加した金額をみずから売主に提供する用意があるという条件のもとにおいてである。」

学説彙纂第 38 卷第 2 章（被解放者の遺産について）第 36 法文（ヤヴォレヌス・拔萃・第 3 卷）「支払能力のない被解放者が、解放者を無視して別の者を相続人に指定した。私は問う、解放者は、遺言の内容に反し、遺産占有を要求できるか？回答は次の通り。遺産が、指定相続人によって承認された場合、解放者は、遺言の内容に反し遺産占有を請求できる、なぜなら相続人が見つかったこの遺産は、債務超過だからである。そして、遺言の内容にかかわらず遺産占有を請求する解放者の権利が、解放者自身の見積もりではなく、他の者の見積もりに従って評価されるのは、おかしいからであり、そうだとすると、解放者から、たとえ少額でも、請求することのできるものが奪われることになるからである。というのは、たとえ、被解放者が残した多額の債務が、その者の財力を上回るとしても、遺産占有が解放者にとり利益となる多くの場合が生じうるからである。たとえば、被解放者の不動産が遺産中に存する場合で、この不動産の上に解放者の祖先の墓地が存する場合、および、解放者がこれらの権利を遺産占有により少しでも自分のものにするに重きを置いている場合、あるいは、奴隷が、価値ではなく、愛らしさで評価される場合である。それゆえ、解放者に遺産占有を要求する権利は少しも拒絶されてはならない、なぜなら解放者は、被解放者の遺産を他の者の評価ではなく自己自身にとっての意味により評価しているからである、というのは、遺産はそれによりそれ自体で十分なものとみなされるからである、なぜなら、その遺産には相続人も遺産占有者も存するからである。」

以上においては、その物が祖先の所有物であった、遺産中の不動産の上に祖先の墓地が存する、ある奴隷にとくに愛らしさを感じている、などの非金銭的利益が法的に保護されている。

(6) 現行法の準則

以上に基づき、ヴィントシャイトは、現行法の準則として次のように述べる。

「現行法については、次のような原理をたてることができる、その他の点では法的に成立しうる債権について、その債権が向けられている給付が、債権者にとって金銭価値を持たないという理由だけで、〔法的な〕承認を拒絶してはならない、という原理である」(Bd. 2, S. 5)。

4、総括

前述のように、「給付が、債権者にとって金銭価値を持たないという理由だけで、〔法的な〕承認を拒絶してはならない」というのが、ヴィントシャイトによれば、現行法の準則である。ローマ法源のほか、次の点も理由である。

「現行法では、判決の問題も執行の問題も困難をもたらさない。判決の問題については、われわれはもはや金銭判決〔の制度〕を持たず、執行の問題については、裁判官が民事訴訟法 (CPO) 774 条、775 条により判決に対する服従を刑罰により強制することができるからである……」(Bd. 2, S. 4 f.)。

ここでヴィントシャイトが依拠する規定は、次の通りである。

第 774 条「第三者がその行為を行うことができない場合において、その行為が専ら債務者の意思にかかるときは、債務者は、申立てに基づき第一審の手続裁判所により、総額 1500 マルクまでの罰金又は拘禁により、その行為を実行すべきものと認められうる。

この規定は、婚姻の締結を命ずる判決には適用せず、婚姻生活の回復を命じる判決については、ラント法律が婚姻生活の回復の強制を認める場合に限り、適用する。」

第 775 条「債務者は、ある行為の不作為又はある作為を行うことを忍容する義務に違反するときは、各違反行為を理由として、債権者の申立てに基づき、第一審の手続裁判所により、総額 1500 マルクの罰金又は 6 カ月まで

の拘禁の刑に処せられうる。刑は通算で 2 年を超えてはならない。〔以下略〕」

以上のように、ヴィントシャイトは、非金銭的給付について債権が成立しうるかという問題との関連で、間接強制の方法により、国家が債務の履行を強制する制度が整備されたことを重視する。したがって、問題は、国家による債権の強制可能性がいかなる範囲で認められるべきか、であった。

「〔給付が、債権者にとり金銭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〕この原理から、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。」(Bd. 2, S. 5)。

以上の背景には、ドイツ帝国の成立 (1871 年)、帝国の立法権限の拡大 (1873 年)、民法典編纂のための第一委員会の設置 (1874 年) とヴィントシャイトの委員就任、さらに、刑法典 (1876 年)、裁判所構成法、民事訴訟法、刑事訴訟法、破産法、ライヒ裁判設置法 (いずれも 1877 年) の制定¹⁸⁾といった時代状況が存する。そして、ヴィントシャイトが権利の概念構成に当たり、法は「法秩序の命令」であるという前提に立つこともまた、無関係ではない。

結局、ヴィントシャイトの時代、国民生活の中へ長く腕を伸ばしつつある統一国家による法的保護が拡大しつつあった。かかる時代の国家と社会の関係が、債権概念に反映している。

付言すれば、ヴィントシャイトにおいては、給付が金銭的価値をもつものでなければならぬか、法的強制力を付与することによる保護・救済

を認めるべき債権債務の成立をいかなる場合に認めるかと表裏一体をなす問題であった。これは、訴求力や執行力のある履行請求権をめぐる現代日本の議論¹⁹⁾にも通じるところのある課題ではないか。

留意すべきは、ヴィントシャイトが「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」と述べることである。強制可能性のある債権が認められるかの判断にあたり、ヴィントシャイトは、裁判官の裁量と権限に委ねる。しかも、裁判官は問題となっている契約（たとえばピアノを止める約束）の趣旨に即してその裁量と権限を行使すべきことが示唆されている。これは「代表的概念法学者」のイメージとは異なり²⁰⁾、また、「債権概念から演繹的に何らかの結論を導くという立場」とは正反対のものではないか。

注

- 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。
- 2) B. WINDSCHEID *Lehrbuch des Pandektenrechts* 2. Band, 6te verbesserte und vermehrte Auflage (1887). 以下では、たんに Bd. 2 として引用する。
- 3) 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 1318 号 (2006 年) 114 頁。
- 4) ローマ法源の訳出にあたり、C. E. OTTO / B. SCHILLING / C. F. F. SINTENIS *Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt*, 2. verbesserte Aufl. (1839) をも参照した。
- 5) ヴィントシャイトにおける物権および債権の構成の変遷につき、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、1989 年) 8 頁以下参照。
- 6) F. G. PUCHTA *Pandekten*, 12. Aufl. (1877), S. 336 (Der Gegenstand der Forderung ist eine Handlung des Schuldners).
- 7) PUCHTA *Cursus der Institutionen*, 8. Aufl. (1875) S. 50 (Rechte an Handlungen).
- 8) F. C. v. SAVIGNY *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, 1. Band (1853), S. 4 (Herrschaft über Handlungen). 以下では、OR, Bd. 1 とする。
- 9) SAVIGNY *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1 (1840), S. 339 (Herrschaft auf eine einzelne Handlung).
- 10) J. E. KUNTZE *Die Obligation und Singularsuccession des römischen und heutigen Rechts: eine civilistische Studie* (1856), S. 3 (das Recht an einer Handlung).
- 11) G. HARTMANN *Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau* (1875). 磯村哲編『注釈民法 (12) 債権 (3) 債権の消滅』(有斐閣、1970 年) 16 頁 (前注・磯村哲) 参照。
- 12) R. SOHM *Der Begriff des Forderungsrechts in: Zeitschrift für das Privat- und öffentliches Recht der Gegenwart* 4 (1877), S. 457 ff.
- 13) A. THON *Rechtsnorm und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre* (1878).
- 14) THON a. a. O., S. 2 は、「法において、法秩序 (法を産出する要素の意味で) は、その規定に服従する者に対し、ある特定の行為を行うように差し向ける、その目標たる行為は作為または不作為のいずれでもありうる。」と述べる。『パンデクテン法教科書』が法命令説に傾斜していることにつき *Pandekten*, 1. Bd., 6. Aufl. (1887), § 27, 37 冒頭の文献引用参照。
- 15) Bd. 2, S. 7, Fn. 3 zu § 251.
- 16) 原田慶吉『ローマ法 改訂』(有斐閣、1955 年) 388 頁以下。
- 17) 自由人の回復は、特示命令によった。原田・前掲書 293 頁以下。
- 18) 赤松「仮登記制度とドイツ民法典編纂 (1) —帝国司法庁 (Reichsjustizamt) の役割に着目して—」民商法雑誌 119 巻 4・5 号 (1999 年) 644 頁以下参照。
- 19) 窪田・前掲・ジュリスト 1318 号 104 頁。
- 20) 赤松「ベルンハルト・ヴィントシャイト」勝田有恒・山内進編著『近世・近代ヨーロッパの法学者たち—グラーティアヌスからカール・シュミットまで—』(ミネルヴァ書房、2008 年) 327 頁以下参照。