

19世紀ドイツにおけるアクチオ体系の克服 ——ヴィントシャイトの『アクチオ論』に関する覚書——

北居 功 (kitai@ls.keio.ac.jp)

〔慶應義塾大学〕

German reconstruction of the actio-system in the 19th century

Isao Kitai

Law School of Keio University, Japan

Abstract

This paper deals with an issue, why did Bernhard Windscheid write the literature on the actio of the roman civil law. He asserted that the actio of the roman civil law was not the right of bringing an action into court (Klagerecht), but the right of requesting an act against the another party (Anspruch). Through this assertion, he intended to reconstruct the system of the german material private law. The system which he made an attempt to establish took over a system, that Friedrich Carl von Savigny had asserted for bringing the new perspective into the german common law (gemeines Recht) in the 19th century. The actio-system of the roman civil law was replaced in the german common law by the new system of Savigny and Windscheid, which is called “the system of rights” by Professor Yasuhiro Ikadatsu.

Key words

Windscheid, actio, roman civil law, german common law, Savigny, system of rights, Ikadatsu

通の法学が存在した。18世紀の終わりと19世紀の初めにようやく、この状況は変更され、先のような法学の『国別化 (Nationalisierung)』⁽²⁾ が現れたのである。」

1. はじめに

1.1 法学の「国別化」とパンデクテン法学

ドイツ法学は、19世紀のドイツ普通法学——いわゆるパンデクテン法学——を通じて、その独自の理論構築に基づく精妙な体系を作り上げた。それはついに19世紀末に至って、当時世界の注目を集めたドイツ民法典へと結実した。もっとも、「ドイツ法学」や「ドイツ民法典」という通念は、そもそもヨーロッパの法文化から見て、近代以降に特有の通念であるとも言われる。中世から営々と築かれたローマ法学＝カノン法学の伝統、すなわちユス・コムネ (IUS COMMUNE) の伝統から眺めたとき、ヨーロッパの19世紀は、各国ごとの法へと転換を迎える時代であった。コーイングは、次のように言う⁽¹⁾。

「現代の法律家にとって、法が国別 (national) であることは当然である。したがって、普遍的法学は存在しない。むしろ、フランス、イタリア、ドイツの法学——つまり、それぞれのケースで、各国の法に合わせて作り上げられた国別の法学 (nationale Rechtswissenschaft) が存在する。この状況を、我々は多かれ少なかれ、自明なものとして受け止めている。

より正確に眺められるなら、もとより以下のことが確認される、すなわち、このことは決して常にそうであったのではないのである。少なくとも数世紀にわたって、一つのヨーロッパの法学、つまりあらゆるヨーロッパの人々に共

ここで指摘される法学の「国別化 (Nationalisierung)」とは、19世紀当時のドイツにとって、あるいは独自の法律学の伝統を構築すべく、ユス・コムネ (IUS COMMUNE) の伝統から決別することであったということもできるかも知れない。つまり、中世以来のヨーロッパ法学から距離において、近代のパンデクテン法学として「国別化＝ドイツにとってはドイツ化」するのは、共通の普遍的な法文化の崩壊を意味する反面⁽³⁾、それは確実に、ドイツ固有の法理論の展開、ひいては法文化の構築をも意味することとなる。そして、本稿が扱おうとするベルンハルト・ヴィントシャイトの『アクチオ論』もまた、ドイツ法学に特徴的な理論的展開を促す、19世紀中葉の偉大な業績の一つであるといえる。

1.2 『アクチオ論』の概要と意義

ヴィントシャイトが、その『アクチオ論』(1856年)⁽⁴⁾ で論じる内容は、すでに奥田昌道の『請求権概念の生成と展開』⁽⁵⁾ で十分に論じられているため、ここでは簡単に紹介するにとどめたい。

ローマ市民法におけるアクチオ (actio) は法務官が法的な救済を必要と判断する際に与える方式に基づいて、ローマ市民が裁判を求めることができた権利であったが、ドイツ普通法学は一般に、権利侵害があることによって生じる裁判所への保護を求める権利、すなわち訴権と理解していた⁽⁶⁾。つまり、すでに観念される権利を所与の前提にして、

その権利が侵害されることによって訴権へと転化するとい
うのである⁽⁷⁾。

これに対して、ヴィントシャイトは権利侵害がなくとも、ローマ人がアクチオを観念していたとして⁽⁸⁾、むしろアクチオこそが、近代的な意味での権利自体に関わるとの理解を提示する⁽⁹⁾。

「アクチオが、権利の侵害によって成立する保護を求める権利ではないとするなら、なおさら、アクチオは侵害の場合に権利のために保護を求める権能でもないこととなる。アクチオは自身の意思を裁判上の追及によって貫徹する権能である。

今日の法意識にとって、権利は一義的、訴えは二義的で、権利は発生させるもの、訴えは発生するものである。権利は各人に、彼の意思が他人にとって法律である支配領域を割り当てる。個人がこの支配領域で承認されないときには、その件で各人は、法の番人である国家に苦情を申し立てることができ、訴えることができるのであって、国家は彼に、彼自身のものについて助力を与える。権利秩序は法の秩序である。

私は、この理解がローマ人とは無縁であったとの主張にはおよそ与しない。しかし、この理解と並んで、それに先行して、ローマ人の許では異なる理解が浸透していた。この異なる理解では、権利に代わってアクチオが現れる。権利秩序は、個人について、君はこれこれの権利を持っているというのではなく、君はこれこれのアクチオを持っているという。つまり、この点で、君の意思は他人にとって法律であるというのではなく、この点で君は君の意思を他人に対して、裁判上主張できるという。権利秩序は法の秩序ではなく、裁判上追及できる請求権の秩序である。つまり、その秩序は、裁判上の追及を承認することによって、権利を与えるのである。アクチオは何か派生するものではなくして、何か本来的で、独自のものなのである。」

ヴィントシャイトはこのように、アクチオに関する従前の理解にパラダイム転換をもたらす理解を示して、アクチオを通じて、実体的な権利の次元から、ローマ＝普通法の法源解釈を再構成しようとする。したがって、アクチオ論の内容は、最初にヴィントシャイト自身のアクチオ理解が提示された後で、個別の論点について、アクチオの転換された視点から、普通法の再構成が試みられる内容となっているのである。

ヴィントシャイトの『アクチオ論』については、すでに、そのいわば学説史的な位置づけが試みられてきた。ジムスホイザーは、ヴィントシャイトの『アクチオ論』が、実体法とアクチオとの間で従前論じられていた統一的な関係を破壊しただけでなく、その統一に基づいて論じられてきた訴権概念も根底から覆したと評している⁽¹⁰⁾。ヴィントシャイトの『アクチオ論』を契機として、実体的な権利と訴権との本質的な再検討が促されたことから、アクチオの実体的な権利としての請求権の側面と、権利保護請求権と

いう訴訟を求める権利の側面とが、それぞれ実体法と訴訟法との領域に明確に峻別されることとなった⁽¹¹⁾。ここに、訴訟法学の独自の発展がもたらされ、果ては「訴訟法の近代的モンロー宣言」⁽¹²⁾とまで評されるほどに、訴訟法と実体法との峻別ないし乖離が進むこととなる。

つまり、ヴィントシャイトの『アクチオ論』は、少なくとも結果的には、実体法と手続法との明確な峻別論への発展を基礎づけたと評されているといえる。こうした峻別論は、その厳格さと明確さにおいて、他の法圏に類を見ないドイツ法の一つの特徴であろう。しかしながら、こうした議論は『アクチオ論』が結果的に果たした役割を論じるにすぎない。そもそも、ヴィントシャイト自身が『アクチオ論』で目論んだのは、そうした実体法と訴訟法との峻別であったのであろうか。当時のドイツ法学の「国別化(Nationalisierung)」にとって、『アクチオ論』とはいかなる役割を担うべきものであったのか。つまり、いかなる意図でヴィントシャイトは『アクチオ論』を著述したのか、これが本稿のテーマである。

2. アクチオ論の三つの目標

ヴィントシャイト自身がいかなる意図を持って『アクチオ論』を著述したのかという問題を、『アクチオ論』の前書きでヴィントシャイト自身が述べることを手掛かりとして、探求することとしよう。ヴィントシャイトは、前書きで次のように述べている⁽¹³⁾。

「本稿は、アクチオ論の完全な叙述を目指すものではない。その起点となっているのは、ローマ市民法のアクチオが、今日、訴えないしは訴権の下で理解されているもの、すなわち、侵害された権利の保護手段ではなくして、権利、あるいはむしろ、権利請求権の独自の表現であるとの考え方である。この考え方に基づいて、私は、ローマ法がアクチオの言葉で表現するものを、我々の法通念の表現へと移行することを試みたのである。しかし、その際に、上述の任務により直接的に提示される以上に詳細にあれこれの事柄に立ち入ることは、避けられなかった。すなわち、一つの確定した限度は、ここには与えられなかったのであり、私はその境界を引く際に、一定の範囲で主観的な嗜好に流れたとしても、宥恕されるであろう。

本稿の基本的な考え方が正しいとすれば、とりわけ、債権譲渡論も、それに今日与えられているのとはまったく異なる形を受け入れなければならないのであり、通説により、今日の法についても争われている債権の特定承継が、すでにローマ法に承認されていたことも、論述されるべきである。債務関係における特定承継の許容性をめぐる問題は、今日もっとも活発に議論されている問題であるため、この点の説明には、特に配慮が払われた。

本稿では、今日の法学に課された大きな課題の解決の一つの貢献をすることに、私は努力を払った。すなわち、我々が、それなくして済まそうとせず、それなくして済ますこ

ともできないローマ法を、もはや他人の法ではなく、我々の法として、一つの法へと鑄直すこと、つまり、その固有の基礎に立つローマ法を克服することである。この努力が、まったく成果のないものでないことを祈念する！」

以上から、前書きの三つの段落に合わせて、ヴィントシャイトは『アクチオ論』において、三つの大きな目標を設定したことが明らかになるように思われる。まず、アクチオを訴権ではなく権利請求権として理解すること、次に、債権譲渡論を再構築すること、第三にローマ法を克服することである。それぞれの意義を、順次以下で検討することとしよう。

3. アクチオ体系の克服

3.1 アクチオから請求権へ

すでに見た如く、『アクチオ論』は、まさにアクチオを訴権として理解する従来の見解を批判して、それを実体的な権利請求権として理解すべく著述された研究書である。ローマ法が多様なアクチオを通じて構築された体系であるところ、アクチオを訴権と理解するときには、アクチオを通してその背後に潜む実体的な権利を、ローマ法源に内在的に把握することはできない。つまり、その観点から見ると、ローマ法は権利から派生する訴権を定める体系となるため、ローマ法源に直截に実体法の体系的基礎自体を求めるとは、不可能と映る。

これに対して、ヴィントシャイトはアクチオが実体法上の権利請求権であると言うのであるから、ローマ法の体系は実体法の体系として理解できることとなる。ヴィントシャイトによれば、「アクチオは請求権 (Anspruch) に代わる。ある者がアクチオを有するとは、つまり、裁判上の追及可能性が第一義には権利の貫徹性であるという我々の法通念へと翻訳される。ある者は、法的に承認された請求権を有する」こととなる⁽¹⁴⁾。『アクチオ論』によって、アクチオのローマ法体系は権利請求権の体系へと翻訳可能となるため、ローマ法源に沿った実体法の構築に途が開かれると共に、まさにこうした権利に沿った思考方法が、ドイツの当時の「法通念」にも適合することとなるというのである。

かくして、とりわけサヴィニー以降に確立された、権利と権利侵害を契機としたアクチオの外皮を纏った法体系を、ローマ法のアクチオの新たな理解を契機として、ヴィントシャイトは、一般的な権利ないし権利請求権の体系へと転換することを試みた。このことこそ、ヴィントシャイトが目指した、請求権概念による実体私法の体系化に他ならない。奥田昌道がアクチオ論の内容を「アクチオ体系の克服」として次のように説いているのは、『アクチオ論』の趣旨を正確に、そして端的に表現しているといえる⁽¹⁵⁾。

「このローマ法のアクチオ法体系は、ローマ法の継受によって成立したドイツ普通法 (ゲマイネス・レヒト) にも受け継がれた。訴権と権利との関係については、ローマ法

においても、ビザンチン期には既に、実体権が訴権の基礎であるとみる近代的訴権概念が芽を吹き出しているといわれ、普通法においても、権利が第一次的のものと考えられ、権利のあるところ、当然に権利保護 (訴権) も相伴うと考えられていた。それゆえ、普通法では、形式的にはアクチオ法体系の下にあっても、実質的には、既に、実体権中心の実体法体系成立への基礎が形成されていたといえるであろう。けれども、普通法は継受ローマ法であることの制約から、実体法規は、常に、ローマ法の個別のアクチオの規定を通してしか認識され得ないものであり、そのため、訴訟法と私法 (実体法) との分離は徐々に行われたにすぎず、私法的制度が訴訟的衣裳でおおわれ、アクチオ的粉飾が施されているのである。

このような事情から、すべての近代立法にとって、ことに、普通法に代わるべきものとしてのドイツの新立法にとっての第一の課題は、このようなローマ法的アクチオ制度・アクチオ体系の克服であった。1900年より施行された現行ドイツ民法典 (BGB) は、アクチオ法体系を克服して実体法体系に立脚するものである。」

3.2 アクチオ体系から請求権体系へ

このヴィントシャイトの請求権体系ないし権利体系の構築とは、それ以降のドイツ法学にとって、何を意味したのであろうか。アクチオ体系を克服したドイツ民法典上の請求権概念について、ラーレンツは、次のように説いている⁽¹⁶⁾。

「ドイツ民法典を基礎づける請求権概念は、それによって『アクチオ』、すなわち、訴訟の可能性から理解されるローマ法および旧来の普通法の訴権を、実体私法に移転し、実体私法に埋没させるために、ヴィントシャイトによって考案された。ヴィントシャイトがそれによって考えようとしたのは、私法上の権利 (私権) が第一義であり、その訴訟上の貫徹可能性が第二義であって、訴訟の役割が、訴訟以前に与えられている実体的権利を、その権利が侵害ないし否認される場合に、疑いないものとして実現することであった。請求権が、ドイツ民法典の起草者が考えた意味で、まさに給付の訴えによるその貫徹可能性に結び付くとき、実体的な考慮から明らかとなるこの可能性は、国家に対する公法的権利と、あるいは、権利保護の供与ないしは請求権に対応する判決についての権利——いわゆる権利保護請求権——と取り違えられてはならない。一方で、裁判所は法律で定められた要件の下で活動し、裁判所に訴える者に、法律と権利によって彼に帰属するものを分かち与える義務を負い、他方で、訴訟当事者の要求は、実体法に従った彼に有利な判決によって正当とされる。給付の訴えによって貫徹し、それによって執行できるためには、原告は、彼の訴訟上の要求を、実体法上の請求権によって正当化されるものとして、証明しなければならない。彼がそうした請求権を持っているなら、彼には少なくとも原則として即座に、この請求権を給付の訴えの提起によって

貫徹する可能性が開かれる。この可能性は、請求権、すなわち『要求できること』の概念において考慮されている。その限りで、ローマ法の『アクチオ』が、今日の請求権概念に受け継がれていると言うことができる。そして、この概念がアクチオから区別されるのは、いずれにしても、ドイツ民法典の起草者によって受け継がれたヴィントシャイトの考え方によれば、その概念が実体的正当化を指すために裁判外で（たとえば相殺により）貫徹され、任意に履行され、多くの場合に譲渡され免除され得ることによる。アクチオ法的思考の優勢な訴訟的考慮からの、第一義的な実体法的考慮方法への力点の移行と関連するのは、ドイツ民法典が請求権の消滅時効を、その実際の意義が訴訟で始めて明らかとなるにもかかわらず、実体法上の制度として規律したことである。』

かくして、ローマ法のアクチオは、少なくとも給付訴訟を前提とする限りで、第一義的な権利請求権と、第二義的な権利保護請求権へと峻別され、アクチオ体系にある訴訟法的考慮から、請求権体系における実体法的考慮へと、民法解釈が移行する道が開かれたこととなる⁽¹⁷⁾。それと同時に、ヴィントシャイトはそこまで意図していなかったとしても、彼が前訴訟的に再構成された権利請求権ないし実体法上の権利から訴訟的要素を分離したとき、アクチオ概念が架橋していた訴訟的要素は実体私法の枠組みから排除され、訴訟法学の独立をもたらすこととなったのは、先に述べたとおりである⁽¹⁸⁾。

4. アクチオ論と債権譲渡

4.1 債権譲渡否定論

ヴィントシャイトは、アクチオ理解のパラダイム転換を通して、ローマ＝普通法の多くの問題をめぐる解釈を再検討することを試みる。わけでも、ヴィントシャイトは、『アクチオ論』の前書きで、債権譲渡がローマ法上も認められていたことを証明し、普通法上の論争に大きく貢献することを目指していることを明らかにしている。事実、『アクチオ論』のほぼ半分の紙幅が、債権譲渡の記述に割かれているのである。

19世紀のドイツ普通法学における債権譲渡論は、ミュンヘンブルッフの『債権譲渡論』（1818年）に始まるといえる⁽¹⁹⁾。ミュンヘンブルッフは、物権と債権との本質的な差異に基づいて、債権の譲渡性を否定する。その理由をミュンヘンブルッフは、債権が特定人間の関係を本質とするという点に求めている⁽²⁰⁾。

「何人も、自身が有する以上の、あるいは、自身が有するのとは異なる権利を他人に移転することはできない。そして今、債権の本質は、まさに複数人の互いの双方向的な関係にあって、それによって定められる債務者の行為の一定の方向が、債権に固有の対象である。その関係のあらゆる一方的な変更は、それが本来の債務関係の利害関係人の間のあらゆる法的な関係を否定するため、それ故に常に、他

人の権利領域への真正な介入となり、そうした譲渡を法的に優遇するというのは、すなわち、ある者に彼がまったく有していない権利を処分する権限を与えることを意味するのである。」

もっとも、ローマ法源自体は譲受人に準アクチオ（*actio utilis*）を認めているため、もしローマ法が上述の如く債権の譲渡自体を認めていないとすれば、この準アクチオがどのような性質の権利であるのかが説明されなければならない。ミュンヘンブルッフは、債権の譲受人は譲渡人から債権の取り立てを訴訟上委任された地位に当たるとして、訴訟委任のアクチオ（*actio mandata*）を認め、それに基づいて譲受人は債務者に対して権利を行使できることとする。もちろん、常に債権譲渡の当事者間で委任が認められるわけではなく、むしろ、準アクチオが固有に問題となるのは委任がない関係である。そこで、ミュンヘンブルッフは、委任がないときに委任が擬制されることに基づいて、譲受人に認められるのが準アクチオであると説くのである⁽²¹⁾。もっとも、準アクチオの性質自体についてはなお多くの議論の余地が残されてはいたものの、ともあれ、この債権の移転可能性を否定するミュンヘンブルッフの見解が、普通法の通説の地位を占めることとなった⁽²²⁾。

4.2 準アクチオの性質

ヴィントシャイトは、まず、準アクチオは本来の権利者に与えられる本アクチオ（*actio directa*）との対比概念であって、本来の権利者に本アクチオが認められるとき、それとの対比で、もし仮に法的関係が存在するとすれば、裁判官が判断しなければならないように法務官が仕向ける技術が準アクチオであると説く。債権譲渡の場合には、譲渡人が持つのが本アクチオであり、譲受人には債務者との関係でもしあるとすれば認められるべき法的関係に基づいて、準アクチオが与えられる⁽²³⁾。しかも、この準アクチオは譲受人に固有に認められるアクチオである。ヴィントシャイトによれば、このことは『アクチオ論』の観点があって始めて説明可能となるという⁽²⁴⁾。

「アクチオはそれが依拠するいかなる権利も必要とせず、アクチオはその権利をそれ自体に担っている。アクチオは何ら権利の派生物ではなくして、権利の表現である。まさにローマ法は、ある者にアクチオを与えることにより、彼に権利を約束する。アクチオは裁判上追及される、つまり法的に承認された請求権である。債務的請求権は、我々が債権と呼ぶものである。したがって、準アクチオは譲受人自身の債権である。・・・ミュンヘンブルッフは、アクチオが権利主張のための手段にすぎないとの見解に明示で反対する。彼はさらに一步を踏み出すべきであって、アクチオは債務関係なくして存在することを承認すべきであった。より正確に言えば、アクチオは創設された債務関係なくして存在し、それ自体その債務関係をもたらし得るものである。」

債権譲渡における債務関係は債務者と譲渡人の関係であり、そうであればこそミューレンブルッフは、譲受人のアクチオを基礎づける債務関係を探求するが、そもそも譲渡人の債権が譲受人に移転しないのであれば、譲受人のアクチオを基礎づける債務関係は債務者と譲渡人の債務関係でしかあり得ない。そこで、ミューレンブルッフは、譲受人のアクチオは譲渡人のアクチオとならざるを得ないため、その矛盾を埋めるために委任を擬制するのである。しかし、ヴィントシャイトによれば、債務者と譲渡人の債務関係は譲受人のアクチオの内容を規定するが、譲受人のアクチオの法的原因とはならない。譲受人はアクチオを付与されることで裁判上追及できる請求権を獲得するのであるから、このアクチオは譲受人自身のアクチオ以外の何ものでもない。つまり、「譲受人は裁判所にとって債権の権利者となる」のである⁽²⁵⁾。

譲受人はこうして自ら固有の準アクチオを獲得するが、これによって本来の債務関係に基づく譲渡人の権利が失われるいわれはない。しかし、それでは実質的な債権譲渡の成果はもたらされ得ない。そこで、ヴィントシャイトがローマ法源の検討から明らかにするのは、債権譲渡によってなお譲渡人がアクチオを失わないとしても、それには限界があることである。つまり、譲受人のアクチオについて訴訟の開始時点の意味する争点決定によって、それ以降譲渡人のアクチオは排斥されるが、この趣旨が敷衍されて、債務者への通知によって、譲渡人のアクチオが排斥されると理解されるべきであるという。その結果、譲渡人は債権の譲渡によって自身の債務者に対するアクチオを失うのではなく、譲受人が占有を取得して始めてアクチオを確定的に喪失するという⁽²⁶⁾。

こうして、譲受人が通知を通じて確定的にアクチオを取得し、譲渡人が確定的にアクチオを喪失することで、アクチオは譲渡人から譲受人へと移転されたと理解され得る。裁判所にとって譲受人は譲渡人の権利の承継人となるのである。もっとも、譲受人が有するのは準アクチオであって、譲渡人が有した本アクチオそのものではない。しかし、それは譲受人が法によって認められた権利者ではなく、裁判所によって認められた権利者であることを意味するにすぎない⁽²⁷⁾。その結果、普通法における債権譲渡の理解について、次の帰結へと至るといふ⁽²⁸⁾。

「我々にとって、ローマ人がアクチオと呼ぶものは、法的に承認された請求権であり、アクチオは債務の履行を求める権利である。したがって、我々は次のように言う。すなわち、債権譲渡 (cessio) により債権は移転し、そして我々は債権と債務とを同じ意味の表現として用いるため、債権譲渡 (cessio) により債務関係 (obligatio) は移転するのである。」

4.3 債権の本質ドグマ

しかしながら、ミューレンブルッフが債権譲渡を否定し

たのは、そもそも債権者の交代が債権の本質的な変更を意味するため、それ自体が認められ得ないからである。今一度、ミューレンブルッフの説明を聞いてみよう⁽²⁹⁾。

「債権の許でも、全体としてなお、権利の行使は権利それ自体から区別される。ただ確実な点でのみ、両者はここで不可避に纏まらねばならない、というのも、この権利の固有の対象が債権者と債務者の間の一定の関係 (法鎖: *juris vinculum*) であり、その結果、第三者が登場することによって、常に変更を被るためである。」

ヴィントシャイトは、この債権の本質に根ざすドグマ、すなわち「債権者の交代は債権の本質的な変更となる」という債権の本質ドグマを、多面的に検討し、批判を加えている。まず、何故に債権者という人格が債権の本質的内容となるのかが問われる。「債権者への給付」が債権の内容となるとする見解に対しては、必ずしも債権は特定の債権者ではなく、誰か債権者に給付されるという内容を含み得るため、債権が債権者の交代を許容しないとはいえないとする。債務創設に代理が許されないローマ法では、債務関係が締結者である債権者にのみ関係するとの見解に対しては、債権創設者の限定と移転の許容性が不可分ではなく、さらにローマ法上の代理の理解自体にも争いがあるとの批判が向けられる。さらに、債権の対象は行為であって、それが結びつけられる主体から切断されることで、権利の客体たることを止め、権利自体が消滅するという見解に対して、債務が消滅すれば給付義務もなくなるというだけであり、しかも、債務関係の相続人による承継でも権利自体の消滅をもたらすとすれば、そもそも承継という事象自体が想定できないこととなると批判する⁽³⁰⁾。

こうして、債務関係 (*obligatio*) の本質はその移転可能性と矛盾しないとしつつも、ヴィントシャイトはなお問題があるという。すなわち、なるほどアクチオの移転はローマ法源で基礎づけられるとしても、債務関係 (*obligatio*) の移転までは根拠づけられないのではないかの疑念である。これに対して、ヴィントシャイトは、相続においては債務関係においても主体の変更が承認されていること、さらに用益権 (*ususfructus*) が権利者の人格と結びつけられ、権利者の死亡と共に消滅するとされるが、裁判所にとって用益権の譲受人の保護の方策がとられたことを挙げて、債務の移転可能性を認めようとする⁽³¹⁾。

かくして、ヴィントシャイトはローマ法において債務関係 (*obligatio*) もまた特定の債務者の人格に結びつけられるものではなかったとするが、それでも、ローマ法では債務関係の承継が認められていなかったとするなら、それは債務関係の本質に由来するのではなく、非有体物である債務関係の承継を認めるための方式が欠如していたことに、その原因があるという。こうして、ローマ法では債務関係は移転されないままで、アクチオのみが移転されることとなったというのである⁽³²⁾。

4.4 ドイツの法意識

ヴィントシャイトは『アクチオ論』の公刊前にすでに、債権譲渡を肯定すべきとの論陣を張っていた⁽³³⁾。その前稿での主張はほぼ『アクチオ論』で再び確認されるが⁽³⁴⁾、債権の本質ドグマに対して、前稿では次のような反論を提起している⁽³⁵⁾。

「債務関係が人格と不可分に結びつけられた関係であるというのは、まさに真実ではない。我々は、『債務関係』の呼称が由来した像を用いてみよう。債権者にとって、債務者の意思は拘束されている。この拘束を、それによって債権者にとって債務者の意思が拘束されているのであるが、彼は他人へと手渡す。その他人はその拘束を今度は手にする。その拘束は、他人がそれを手にしているが故に、もはや同じ拘束ではないのであろうか。

人が事柄をこのように理解するとすれば、人は反対に、ローマ法が債権における特定承継を承認していなかったことについて、不審に思う方向へと傾くであろう。」

こうしたヴィントシャイトの債務関係の説明に対して、クンツェは、それが「確固とした、真摯なローマの債務関係の基礎を飛び越え」、「あらゆる確固とした技術を軽薄にも捨て去る」ものとして、厳しい批判を向けている⁽³⁶⁾。ヴィントシャイトは、まさにこのクンツェの批判に答える形で、『アクチオ論』でその法学方法論の一端を開示する。

ヴィントシャイトは、「ドイツ法学の任務は、国民的な法の完成にある」といい、その目標にとってローマ法は支援ともなれば障害ともなる言う。ローマ法が支援となるというのは、ローマ法がドイツ法学にとって実定法解釈の素材と模範を提示する点であり、あたかも、近代芸術が古代芸術を仰ぎ見るが如きである。しかし反面で、ローマ法は、「その重厚な精神で近代ヨーロッパのより繊細な精神を圧迫する」という。この障害を克服するには、古代文化としてのローマ法を排斥するのではなく、それが教育によって摂取され、昇華されることを通じて、「我々が他人の文化を持つのではなく、他人の文化によって満たされ、高められた自身の文化を持つこととなる」に至らねばならないという⁽³⁷⁾。

歴史法学派は、この国民法形成の基礎となるローマ法の「生き生きとした活力ある認識を示し、その精神力溢れる内容を始めて解明した」が、反面で、ローマ法を「絶対的な法思考の具現化」として過度に尊重するあまり、ローマ法の諸原則を性急に現行法として通用させがちであったという。その反動として、ローマ法の本性的理性 (*ratio naturalis*)こそ重要であるとの主張が現れるが、それは結局、ローマ法に懐疑的に接し、ローマ法の内容が我々の法意識に対応するかどうかを指標として解釈を進めることとなるため、確固とした理論を軽視しがちとなるという。それぞれへの極端な傾斜は誤りであり、「放縦が学問を墮落させるなら、拘束はその死をもたらす」という。したがって、法的な構成を放棄するといった態度に対しても、ロー

マ法からの逸脱を一切認めない態度に対しても、批判的に対峙しなければならないというのである⁽³⁸⁾。

以上の観点から、ヴィントシャイトは前稿での債権譲渡肯定論が、「現代の法にとって主張する特定承継を、主として変化した現代の法意識に依拠させた」としつつ、『アクチオ論』では、法意識の援用はもはや必要ないとする。ところが、クンツェを初めとして、債権譲渡を否定する当時の論者は、明らかに当時の法意識、つまり債権譲渡の必要性に反する認識しか持っていないという。つまり、法的構成が重要であるとしても、ローマ法への過度の傾斜がそこにはないのかと批判するのである⁽³⁹⁾。

4.5 ヴィントシャイトの債権譲渡論の意義

本稿は、ヴィントシャイトの債権譲渡論が普通法学、そしてその後になるドイツ民法典の債権譲渡論にいかなる影響を与えたのかを、詳細に検証することは目的としていない。それでも、ミュンヘンブルッフに始まる債権譲渡の否定理論に対して、ヴィントシャイトが敢然と対決した一人であったことは、明らかとなる。ヴィーアッカーは、19世紀ドイツにおける債権譲渡論を、次のように俯瞰する⁽⁴⁰⁾。

「法源純粋主義と概念強制が、商業化と信用保障によって資本化された経済の明白な利益のために果たし得た抵抗にとって、はるかに顕著な一例は、19世紀の債権譲渡の歴史である。債権に一つの対象を見出す理性法は、すでに完全な権利のための自由な債権譲渡契約を承認していたのに対して、1818年に、歴史法学派の外側に位置するミュンヘンブルッフの処女作は、ほぼ半世紀の間の発展を巻き戻すこととなった。彼の学術的な法源への忠実さは、ローマの自己のためにする訴訟代理人 (*procurator in rem suam*) と、ローマ法がまったく克服していなかった譲受人の準アクチオ (*actio utilis*) を蒸し返した。彼の概念がもたらす驚愕は、その討論に、サヴィニーといった大学者が10年間も繰り返した、完全な権利での債権譲渡が思考不可能であることをめぐって、議論をもたらすこととなった、というのも、債務関係の相対性は、すでにその概念によって、債権が第三者にとっても権利の対象となり得ることを排除するためであるという。もちろん、ミュンヘンブルッフも経済的な必要性を否定せず、一定の範囲で法源に忠実な回避策を苦心したことは、看過されないであろう。

我々にとってとりわけ関心があるのは、いかにしてその議論がこの窮地から脱出する途を見出したのかにある。先駆者として、ヴィントシャイトと思慮深いプリンツが、債権譲渡が思考不可能であるという『信仰原理』に反対した。次に、デルブリュック、ゲオルグ・ベーゼラーそしてブルントシュリといったゲルマニステンが、ドイツ私法における債権の推定される『客体性』(債権者に取得されるべきものとして)によって、完全な債権譲渡の承認を鼓舞したのが見受けられる。最後に、ヴィントシャイトとプリンツとともに、テール、ゾイフェルト、そして再びベールといっ

た偉大な実務家もまたそれに明白に賛成して、『民族意識に生きる根本通念』を（ローマ法の）『通用する法の個別原理』に反対しても『解釈論的叙述で刻印する』（ゾイフェルト）、あるいは、『我々の法意識自体をローマ法に反対して通用させる』（ヴィントシャイト・1853年）と説いたのである。」

債権譲渡を承認する趨勢が強まる中で、すでに債権法の部分草案の起草を前にして、キューベルは第一委員会に対して、債権譲渡を承認すべき決議のための債権譲渡暫定草案を起草するに至った⁽⁴¹⁾。キューベルによれば、ローマ法の解釈として、準アクチオは委任擬制に基づく構成ではなく、譲受人に固有に認められるアクチオであるとのヴィントシャイトの解釈に依拠しており、ゲルマン法でも債権譲渡は承認されているという。通説がなお債権譲渡を否定するとしても、それに対する反対論の提起や実務と立法の趨勢から見て、債権譲渡の承認は避けられないとしつつ、以下のように述べる⁽⁴²⁾。

「いずれにせよ、今日の民族の法意識では、移転された債権が譲受人に固有の債権として示され、譲渡された有体物が取得者の所有権として示されるのと同じであり、人はその原則を慣習法によって確定されたものと宣言してかまわまいであろう、すなわち、債権譲渡によって、債権は従来の債権者から解放されて、それが譲渡された者へ、これからの債権者として移転されるのである。」

もともと、ヴィントシャイトの主張が全面的に受け入れられているわけではない。たとえば、先に見たように、ヴィントシャイトは通知による確定的な債権の移転を主張するが、上述のキューベルが起草した債権譲渡暫定草案でも、ドイツ民法典でも、通知は義務づけられておらず、むしろ、債権譲渡によって確定的な譲渡がもたらされるものと構成されている⁽⁴³⁾。

以上から、ヴィントシャイトが目論んだ『アクチオ論』による債権譲渡論への貢献は、普通法学説史のうえで高く評価されるべきであろう。とりわけ、産業革命が進展しつつあった19世紀中葉のドイツにおいて、債権譲渡制度はもとより、その権利移転理論は、ますます重要性を帯びたことは想像に難くない⁽⁴⁴⁾。その中で、ヴィントシャイトは、ローマ法に過度に拘束されず、しかし放縦に流れない法学の在り方を、とりわけドイツ国民の法意識との関連で説いているのである。

5. アクチオ論とドイツ法の『国民化』

5.1 法学の任務

ヴィントシャイトが『アクチオ論』の前書きで述べていた三つ目の目標は、先の2で見たとおり、「ローマ法を他人の法から自分たちの法へと鋳直すこと」、つまり「ローマ法をその固有の基礎から克服すること」であった。これはいかなる意味なのであろうか。

すでに4.4で見たように、ヴィントシャイトはドイツ国民の法を確立することがドイツ法学に固有の任務であるという。このことは、ヴィントシャイトが各所で繰り返していることである。

「学問にとっても、個人にとっても、新たな人生が始まる転換点がある。まさに今、ローマ法の学問がそうした転換点にあることを、誰が否定し得ようか。日ごと大きくなる力を持って、その学問に対する意識が明らかとなる、つまり、ドイツ法学はドイツ法の学問以外のいかなる目標も持ち得ないはずであるとの意識である。絶えずより決定的に、その学問に課される任務とは、学問がローマ法を我々の国民的意識の尺度で測り、それに矛盾するものを排除し、それに対応するものを我々の法として把握することなのである。」⁽⁴⁵⁾

「私が完全に確信して述べることができるのは、今教育を受けている世代が、今度は一つのスローガンを持つに至るであろうことであり、それこそ、まさに民法である。彼らの教義となるであろうのは、ドイツの法学がドイツ法の法学であると言えるようになることである。」⁽⁴⁶⁾

「私の方針に関して、私は前稿（アクチオ論）で確実に述べたため、それにここで今一度立ち戻ることは、ほとんど無駄である。私は、ドイツ法学の任務を・・・民法の確立と理解している。私がそれによって考えているのは、ドイツ法学が、一部では、我々に歴史が手ずから授け、『我々がそれなくして済まそうとせず、済ますこともできない』（アクチオ論IV頁）ローマ法から、あらゆる反国民的——その形式あるいは実質的内容に従って反国民的——諸要素を排除し、それによって始めて本当に、我々の法を創造することを任務とし、他方で、ローマ法源以外に由来する既存の法を学問的に定式化すること、つまり、概念に適って構築することを任務とすることなのである。」⁽⁴⁷⁾

それでは、ヴィントシャイトにとってドイツ法の完成とは、いかなる現状の課題の克服を意味し、何を持ってそれが達成されるとするのであろうか。ヴォッシウスは、ヴィントシャイトの言う「ローマ法の克服」の意味を、次のように示唆している⁽⁴⁸⁾。

「ヴィントシャイトにとって、『ドイツ法学』の任務は、『国民の法の確立』である。その目標は、『我々がそれなくして済まそうとせず、それなしで済ますこともできないローマ法を、もはや他人の法ではなく、我々の法である一つの法へと鋳直すこと』であるという。

それらの文章には、一方で、復権する法典論争の良質な部分とその痕跡を辿ることができるが、それだけではない。ローマ法を『我々国民の意識の物差し』で測るという要請には、ローマ法源との変化した関係も働いている。」

すなわち、ヴィントシャイトが言う「ローマ法の克服＝ドイツ国民法の確立」は、法典論争の「痕跡」である一方で、ドイツ国民の「法意識」によるローマ法解釈論との関係づけもあるという。ここでは、まず後者の法意識との関係論から検討しよう。

5.1 「法意識」に基づく解釈論

これについてはすでに、債権譲渡に関連して、ヴィントシャイトが比較的詳しく、その問題意識を開陳していた。すなわち、従来の歴史法学派がときとして陥りがちなローマ法の教条化ないしは絶対化と、それを批判して、国民の法意識という尺度に照らして普通法を解釈するというローマ法からの解放、すなわち、ローマ法の矮小化の危険について、警鐘を鳴らすのである。ローマ法の教条化と矮小化の間に、あるべき解釈方向を見出そうとするヴィントシャイトの方法論は、しかしながら、保守的でローマ法の解釈理論に固執する立場から、批判を浴びることとなる。たとえば、『アクチオ論』を批判するムターは、法意識は必ずしも明らかではないため、ヴィントシャイトは法意識を持ち出すことによって、極めて主観的な、あるいは、恣意的な解釈論へと陥っているという⁽⁴⁹⁾。ヴィントシャイトはこの批判に対して、次のように答える⁽⁵⁰⁾。

「私が確信するところでは、ローマ法はただ『それ自身の基礎に基づいて克服され得る』(アクチオ論IV頁) のであり、その個別の事項とその全体、その諸原理とその諸原則への一貫した洞察を通じてのみ、克服され得る。それ故に、私はなおそのようにローマ法自体に制限された検討を、まったく正当なものとなししている。しかし、私が望むことは、人がこのようにして見出した成果の許にとどまらないことである。その成果は、今日の法意識という天秤の皿に、その成果がその皿の上で軽すぎないかどうか診断されるために、置かれるべきである。今日の法意識が述べられる場合、つまり、『民族が理解するままに』(アクチオ論 231 頁) 法が述べられる場合に、それによって自ずから述べられているのは、このあるいはその個々人の意識ではなくして、全体の意識が想定されているのであり、法原理の歴史的な発展、国民の法生活への参画者の証言、取引の動き、立法の事実において、法が現れるがままにである。こうした法意識は、場合によっては、現実の法へと濃縮され得た——法律あるいは慣習を通じてであって、たとえば、裁判所が法に従うという原理、債務関係が特定承継に従うという原理の如きであるが、しかし場合によっては、そうではなかった。そうではなかったケースで、学問が法から作り出さねばならない慣行とは、学問が法を立法に考慮するように勧めることである。」

先の4.4で見たクンツェに対してがそうであり、ここでムターに対してもそうであるが、債権譲渡自体に向けられた批判に対して、ヴィントシャイトは債権譲渡の現実の取引社会での需要を、まさに当時の法意識として回答する

ことができた。しかし、より一般的には、様々な事象を通して認識される「法の現実」によって、ローマ法の解釈理論の適合性が検証されなければならないという。したがって、ヴィントシャイトは、自身の方法論としてローマ法の厳密な理論的解釈を行いつつも、それにとどまらずにその解釈論の現実への適合性を、まさに提唱するのである⁽⁵¹⁾。

ところで、19世紀中葉におけるヴィントシャイトのこうした方法論的提言は、もとより時代から隔絶した独自の主張ではない。19世紀中葉には、法学の改革への努力が進展していたところ、クンツェはそのただ中であって、法学の「転換点」としての改革の方向を、次のように三つに類型化している⁽⁵²⁾。

「これらの三つのうちの第一の方向は、近代の法学によって鍛えられ、成熟したドイツ精神の営為である。その方向は、現代の文化生活全体の発展と密接不可分に関連しており、その発展の中に、6世紀にわたって豊かに古代生活を再生産する継受作業が、その終焉を見出すこととなる。しかし、その解放の営為は、それが継受された成果の否定と再放棄にはあり得ないため、精神化と洗練として示されなければならない、つまりまさに第二の方向の軌道に乗らねばならないのである。そして最後に、この方向に結びつく危険は、その自然な保護手段を、法世界の自然主義的ないしは象徴的な形態に見出す。つまり、この第三の方向は、先の第二の方向の補足、酵素そして矯正措置なのである——人はそれをおそらく反対精神ともっとも呼びたがるであろう——我々はその方向に、ゆっくりとはあるが着実に影響力を増しつつある自然な必然により、駆り立てられる。——以上が、三つの方向の一般的な関連である。」

クンツェは、この第二の方向を主催する「もっとも活動的で決定的な主導者」として、ヴィントシャイトを挙げている。彼は、「単純な関係にとって単純に理解しやすい表現を見出すことは、一体どれほど困難であろうか」というヴィントシャイト自身の言葉を引いて、これこそ第二の方向のモットーといえると評するのである⁽⁵³⁾。

こうしたヴィントシャイトの位置づけが妥当するとすれば、第一の方向にはない第二の方向の特質は、ローマ法の絶対化とローマ法の矮小化という両極端の方法の中庸で、国民の法意識をローマ法の解釈理論の担保とすることにあつたと映る。クンツェが指摘する第三の方向において評価されるイエーリングの方法論⁽⁵⁴⁾とは、ヴィントシャイトの方法にローマ法源からの距離の相違が指摘されもするが⁽⁵⁵⁾、ヴィントシャイトの解釈論はあくまでローマ法解釈理論を国民の法意識によって検証することであることからすれば、その指摘は当然といえるであろう。

とりわけ、1840年代からゲルマニステンが提起した「民族法への回帰」や「法典編纂の提唱」を通じて⁽⁵⁶⁾、ドイツ法学の主要な問題関心は、1850年代には法源論から法学方法論へと方向を転じていたといえる⁽⁵⁷⁾。

「サヴィニーの圧倒的なローマ法への従事は、法と法学の不可欠な性格を解明するという、彼に固有の多くの関心事を忘れさせてしまっていた。しかし、1840年頃に、法学の学問的基礎付けの考え方が、至る所に存在することとなる。固執されるべきなのは、実定法の一般的な基本原則、一般的な法研究、そして法の真理に対する探求が、ゲルマニステンの下でも、ロマニステンの下でも、明瞭な研究重点となることである。その背景には、ますます高まる法源論の議論がある。1800年頃に、法学識者の批判が、まず第一義に不十分な法源状態に対して向けられ、努力が実証的な法学の根拠付けへと進むとき、法学識者の批判は40年代からは、とりわけ法源と関係する方法の欠陥を目指すこととなる。サヴィニーの批判と方法理念は共通財産となっていたが、なお綱領の実現は、とりわけますます濃厚となる立法者の活動に関して、解決されていないのである。」

この趨勢にあつて、ヴィントシャイトが意識していたのは、ローマ法やゲルマン法という法源論の対立を止揚して、「ドイツ法」を形作る法学の在り方ではなかったか。まさに、ヴィントシャイトは、次のように説いている⁽⁵⁸⁾。

「この考え方〔ドイツ法の完成〕には将来が含まれる。ロマニステンとゲルマニステン間の対立が弱まって消え去るそうした時代がやってくるに違いなく、そのとき、ドイツの法律家はドイツの法意識の養育者以外の何ものでもない。それまでどのような仕事がお行われるべきなのか、このことを見誤る者は、果たしているであろうか。個別にどのような誤りが押し進められるのか、それについて誰が錯覚を抱くであろうか。そして、この分野でもドイツ民族の榮譽と栄光という目標を眺めるいかなる者も、輝きを失わないであろう。」

5.3 法典論争の「痕跡」

今ひとつ、「ローマ法の克服＝ドイツ国民法の確立」というヴィントシャイトの目標は、法典論争の痕跡に繋がるとの指摘が残る。ここでヴォッシウスが指摘する「痕跡」とは、とりわけ1840年代にゲルマニステンが提唱した法典論争の理念であるが⁽⁵⁹⁾、これはすでに前節で検討された法意識による解釈理論の検証の背景に繋がる理解である。しかし、さらに遡って、サヴィニーとティボーの法典論争との関連が想起されるように思われる。

すでにサヴィニーは、その綱領論文『現代の使命』において⁽⁶⁰⁾、ドイツ民族が法の形成において創造的であること、しかもその主体は民族の代表者たる法学者であることを主張して、古代ローマの、とりわけ共和政体でのローマ法形成に倣って、ドイツ民族がその作業を「継続」すべきであるとしていた。これこそが、ローマ法という素材をドイツの民族精神によって再編する方向なのである。この点について、サヴィニーは次のように論じている⁽⁶¹⁾。

「私は今まで、普通法の諸ラントについて、市民法が賞

賛される状況となるべきならば、いかなる途が市民法にとって、まず歩まれるべきかを検討してきた。私はなお、より高次の目標を付け加えたい、その目標に至る可能性もまた、同じ途の途上にある。一旦、法律学がここで記述された途で法律家の共通財産となったなら、我々は法律家の立場で再び、生き生きとした慣習法にとって、従って、本当の進歩にとって一つの主体を獲得する。・・・我々を今現在概して阻止している歴史的素材(法律)は、そのとき、我々によって一貫され、我々を豊かにするであろう。我々はこの歴史的素材を、自由に、我々の道具として利用することができよう、我々はそのとき、自身の国民法(nationales Recht)を有することとなり、力強く効果的な言語は、それに欠けるところはないであろう。ローマ法を我々は、そのとき、歴史に引き渡し、我々はローマの教育の弱々しい猿まねだけではなく、自身のまったく新たな教育をも、手にするであろう。」

他人の法たるローマ法を自身の法たるドイツ法に転換すること、これこそ、サヴィニーがドイツ普通法学の究極的任務と据えたものと理解できるように思われる。ここでサヴィニーが言う「国民法(nationales Recht)」とは、何であろうか。ヴィントシャイトの時代には、5.2で見た如く、法源の克服や法学方法論上の問題関心から「国民法」をドイツの法意識に適合し、法源の個性を超克した法と理解することができた。では、サヴィニー自身がいう「国民法」とは、ヴィントシャイトのいう「国民法」とはいかなる関係に立つのか。

サヴィニーが提唱する歴史的な方法とは、「それぞれの所与の素材をその根源まで追跡し、その有機的原則を発見することに存するのであり、それによって、自ずから何がなお生命を持つのか、すでに死に絶えたこと、なお歴史にのみ属することから区別されるに違いない」と説かれている⁽⁶²⁾。その際に、彼が言う学問対象としての素材は、ローマ法、ゲルマン法、そして双方が改定され引き継がれてきた法の三つが想定される。そこで、ローマ法は継受された歴史的経緯に加え、その高度な内容により一つの模範を提示し、ゲルマン法はそうした洗練さはないものの、国民に直接適合する性質を持つという。そのうえで、双方の法が改定されたもの、とりわけ伝統的な法学の成果については、文獻的に恵まれない状況下で国民の要請に適しないままに形作られたものが排除され、純化されなければならないという⁽⁶³⁾。

サヴィニーはそこで、さらにローマ法について、ローマ法の歴史を根源まで辿りつつ、歴史的な方法に沿って解釈するのに適する素材がパンデクテンであるといい、その歴史的方法を提唱している⁽⁶⁴⁾。したがって、彼に従うロマニステンが、ローマ法の歴史的な研究に打ち込むことは、サヴィニーのプログラムに忠実な姿勢といえるが、しかし、その研究に埋没し、ローマ法を教条化することは、サヴィニーがいう国民の要請との適合性に応えることとならないであろう。つまり、サヴィニーはすでに、ヴィントシャイト

トが執るべき方向を十分に示唆していたのである。両者のいう「国民法 (nationalesn Recht)」には、大きな隔たりがあるとは映らない。まさにエリック・ヴォルフは、サヴィニーとヴィントシャイトのつながりを、次のように指摘するのである^{(65) (66)}。

『アクチオ』に関する彼の著作に対する、以前の歴史学派の側からの予期しない攻撃は、彼に論争を余儀なくさせた。ロマニストのテオドール・ムターは、1857年に『債務法における今日の訴権、争点決定および特定承継であるローマのアクチオ論』と題して、論争文献を公開し、そこで彼はヴィントシャイトに対して、重要な法源箇所の不当な解釈と恣意的な構成を非難した。ヴィントシャイトは、それに即応した返答を決心した。そこで彼が明確にしたのは、彼の作業方法が、サヴィニーによって提示された方向を決して等閑とせず、むしろその方向をその内面的な法則に従って、さらに展開しようと努めたことであった。彼は、歴史的な事実の単なる発掘、収集および描写から、体系化と構成へと歩み出すことによって、彼は、法律家の作業を通じた法のさらなる形成を試みたのであって、サヴィニーがそれを、立法する民族精神の非創造的な退廃の時代に、歴史的な必然として主張していたとおりであった。」

5.4 権利体系への再編

以上のように、ヴィントシャイトがサヴィニーのプログラムに忠実であったとするなら、アクチオ体系の克服もまた、サヴィニーの所与のプログラムに沿った展開とみることもできるように思われる。この点を、最後に検討してみよう。

ヴィントシャイトが『アクチオ論』の結語として纏めるのは、二点である。その一つは、権利が侵害によってどのような変更を被るのかという問題について、サヴィニーは権利の訴権への転換を論じるが⁽⁶⁷⁾、ヴィントシャイトはこの定式に批判を加えている。ヴィントシャイトによれば、「それぞれの権利侵害は裁判上の救済の直接的な供与をもたらすのではなく、ただ同時に、権利者の意思と侵害者の意思の矛盾相克がそこに含まれる権利侵害のみが、そうした救済の供与をもたらすにすぎない」という。たとえば、私の物を不法に占有する者に対して国家が強制力を発動するとしても、それは不法占有と権利侵害によって直ちに発動するのではなく、私の請求を彼が拒むとき、つまり強制が必要な場合に限られる。「したがって、私の所有権の侵害は、私にとって訴権を生み出すのではなく、むしろ、侵害の再停止を求める権利が訴権をもたらすのであって、その債権はその充足が拒絶されることによって訴権へと姿を変える」という⁽⁶⁸⁾。

ここでは、実体的な権利の意義を探求する契機が指摘されている。すなわち、権利侵害という事態において、権利者が権利を有するということがいかなる対処が可能となるのか、権利を有するということが、訴訟から離れて、実体法としていかなる権能を有することを意味するのかという

検討への端緒となる。ヴィントシャイトはここで請求権と債権とを同視し、物権はその権利侵害によって人的な請求権関係、すなわち債権を有する関係となるという⁽⁶⁹⁾。ヴィントシャイトは請求権と債権とを同一視して、物権的請求権も債権と同一視するという論理を展開する点で、権利としての債権や物権と請求権との差異を厳密に確立するその後の権利論の起点を形作るといえる。それを不完全な理論と呼ぶかどうかはともかく、実体法上の権利という観点から普通法学を再編する方向を、彼自身が明確に意識しているといえるであろう⁽⁷⁰⁾。

ヴィントシャイトが『アクチオ論』の結語で指摘するもう一点は、普通法学は「今日、訴えの提起に際して、提起する請求権をローマ法で形成された訴えの名称によって呼ぶ必要がないことで一致している」にもかかわらず、なお学理上で訴えの名称に固執することが批判されるべきことである⁽⁷¹⁾。ヴィントシャイトは、サヴィニーをも含めて、従前の普通法学がローマのアクチオの名称を使用することを、以下のように批判する⁽⁷²⁾。

「私は人が言うとおりに、法的評価が、いかなる法規を、いかなる基準で、当該ケースに適用しなければならないかを個別化し、意識すべきとの見解に立つ。このことは、あまりに自明であって、とりたてて述べられる必要すら全くない。しかし、私見によれば、法的判断は何を探求しなければならないのかというその基準は、今日の権利の観点から考察され得るのであって、まさに法規則とそれにより保障される権利であって、訴えではありえない。我々ローマ的に教育を受けた法律家が、その言葉を依然としてまったく危惧なく用いる意味で、今日の法通念は、訴えについて何を理解しているのか。訴えとは、彼らにとっては訴訟行為である。つまり、ある者が訴えを提起する権利を指そうとするときに、それを訴えと呼ぶことに彼らはいつも甘んじている。しかし、この意味での訴えが権利請求権と同義であること、法があるものに請求権を与えるのではなく、訴えを与えること、あるいは、どの請求権ではなく、どの訴えを与えるのかを人が問うべきことを、彼らは十分に理解していない。しかし、我々学識法曹は、私にそのように言うことが許されるなら、ローマ的通念によって、我々がその非ドイツ的なことを意識するのに苦勞するほど取り込まれている。ローマ人にとって、アクチオとは、それ自体一つの物で、自明の存在と生命を有する、本質的で、有体的なものであった。——というのも、アクチオは、布告に書かれているからである。我々にとって、訴権は権利の影以外の何ものでもなく、権利に埋没し、権利からその生命を引き出す一つの物にすぎない。・・・従って、我々の今日の理論が、なお依然として訴えについて語り、そうでなければ、その諸原則の発展のためには訴えの概念なしでは済まされ得ないと考えるとすれば、このことは、今日の理論自体が、ローマ法の奉仕者からその支配者となるために、その生命力ある核心を、死滅したものを混ぜ合わせずに掘り起こすことに未だ完全に成功していないことにとって、

新たな真正の証拠となる。」

ヴィントシャイトはまさに、ローマのアクチオという裁判上認められる権利の体系に、なお普通法学がその名称を使用することで拘泥していると批判している。こうした普通法学の態度は、決定的にドイツの法意識に反するというのである。普通法学がこうしたアクチオの残滓を払拭しない限り、「ドイツでは国民固有の法は想起され得ない」として、「学問はアクチオの名称で表現されるものを、権利の名称に翻訳しなければならない」というのである⁽⁷³⁾。

以上から、ヴィントシャイトが『アクチオ論』で目指したのは、実体的な権利に基づいて、普通法学を再編することであったといえるように思われる。では、何故に、アクチオの名称を権利へと翻訳し、権利に基づく普通法学を再編することが、ドイツの法意識に適合した「民法の確立」へと繋がるのであろうか。すでに当時、権利が第一、訴権は第二義とする法意識が形成されていたことから、ヴィントシャイトは、それに適合するようにローマ法を解釈したとするのが、本稿の上述の検討からする帰結となろう。

しかし、なお十分とは思われない。すなわち、当時権利を第一義とする法意識があったとして、そこではいかなる権利が想定されていたのであろうか。まさにサヴィニーは、権利をまず指定したうえで、その侵害による権利の訴権（アクチオ権）への展開を説いていた⁽⁷⁴⁾。つまり、ヴィントシャイトもまた、このサヴィニーの定式に沿って権利を第一義とする考えのない「法意識」への適合を説くのである。その際に、サヴィニーではいわば前ローマ法源的に定立されるア・プリオリな権利概念は、ヴィントシャイトによるアクチオの請求権への翻訳を通して、ローマ法源自体に根拠づけを求めることが可能となる。しかし、その際に指定されるべき権利とは、アクチオの機能と名称で理解される訴訟的で個別的な権利ないし権利請求権ではなく、「アクチオ的粉飾」を払拭し、実体的でしかも一般的な「権利」ないし「権利請求権」へと抽象されなければならない。ここに、ローマ法の「アクチオの体系」は、「権利の体系」へと再編されることとなるといえよう⁽⁷⁵⁾。そして、まさにドイツ法における「アクチオ体系」から「権利の体系」への転換を説くのが、筏津安恕である。

筏津安恕によれば、ローマ法のアクチオの体系は、ヨーロッパにおいてプーフENDORFが一般化した「他律的意思による義務の体系」として再編成された伝統がある一方で、カントが提唱する「自律的意思による権利の体系」によっても再編成されたという。すなわち、カントは人格と対象との結合関係、すなわち人の意思が外界に対する支配を行う関係づけを権利の名の下に総括し、それを物に対する支配、人に対する支配、そして家族に対する支配の三つの類型に分類し、それぞれを、物権、債権、物権的対人権とする⁽⁷⁶⁾。この権利の類型に即して、ローマ法を再編しようとしたのがサヴィニーであったという⁽⁷⁷⁾。すなわち、サヴィニーがアクチオの体系を再編成する観点を、カントの権利および権利の区分との接続に見出すのが、筏津理論

の精髓といえる⁽⁷⁸⁾。

「権利概念は、『人格と対象との意思的結合』と『すべての他者による承認』と規定するカントの権利とする見解が〔サヴィニーに〕踏襲されている。カントの見解の内容をそのまま受け入れたうえで、『意思支配』という述語をあたえたのはサヴィニーの新しい工夫であるが、権利のカテゴリ区分については、通常指摘されているように、より直接的な受容をみることができる。サヴィニーは、カントを利用しつつそうとしている。」

こうした筏津理論によれば、カントの自律的な権利論に沿って普通法学を再編したサヴィニーおよび歴史法学派は、カント以前のヨーロッパの伝統法学とはまったく違った新しい普通法学の伝統を確立することに至るであろう⁽⁷⁹⁾。その必須要件が、権利概念と権利区分の普通法学上の確立であったといつて過言ではないであろう。ヴィントシャイトは、サヴィニーがなおアクチオの名称を使用することを批判し、ひいては、アクチオ論に沿って権利侵害による権利の訴権への転換を論じることで、なおアクチオ体系の残滓を払拭できていないことを批判する。しかし、それはヴィントシャイトがサヴィニーとは異なる途を歩むことから生じる批判ではなく、むしろ、サヴィニーが開いたアクチオ体系の克服への途をさらに進め、「洗練し、純化する」（クンツェ）ことから生じた批判と映るのである⁽⁸⁰⁾。

6. 終わりに

結局、ヴィントシャイトがサヴィニーから引き継いだ「アクチオ体系の克服」、すなわち、「アクチオ体系から権利体系への再編」において、『アクチオ論』が果たした役割は、奥田昌道が述べるところに、端的に尽くされているといえよう⁽⁸¹⁾。

「ヴィントシャイトは、実体法の統一的な体系をもたらすのに成功した。」

その際に、ヴィントシャイトがもたらした体系こそ、カント＝サヴィニーに始まる「権利の体系」に基づく実体法の体系であって、中世以来のヨーロッパの伝統法学とは決別する、ドイツに固有の普通法学＝パンデクテン法学であったと言い得るのではないか。少なくとも、「権利」概念を起点とする普通法学の再編は、ユス・コムーネ（IUS COMMUNE）から逸脱するドイツ法学の「国民化（Nationalisierung）」をもたらしたと言い得るであろう。その意味で、ローマ法に関する理論が検証される法意識として、「権利の体系への再編」は、高次の体系的問題意識ではあるが、既定のプログラムとして、当時の普通法学、わけてもヴィントシャイトにとって指定されていたものと考えねばならないであろう。かくして、ローマ法の「アクチオの体系」は、19世紀のドイツパンデクテン法学によって

克服される直接的な契機を見出したのであり、まさにそれを実定法学の視点で切り開いたのが、ヴィントシャイトの『アクチオ論』であったといえよう。ヴィントシャイトは、まさに次の言葉で『アクチオ論』を閉じるのである⁽⁸²⁾。

「かくして、アクチオは、葬り去られることとなる。」

注

- (1) Helmut COING, Europäische Grundlagen des modernen Privatrechts-Nationale Gesetzgebung und europäische Rechtsdiskussion im 19. Jahrhundert, Opladen, 1986, S.9. コーイングのユス・コムーネについては、我が国でも多くの紹介がある。たとえば、ヘルムート・コーイング(佐々木有司編訳)『ヨーロッパ法史論』(創文社・昭和55年)1頁以下を参照。
- (2) Nationをめぐる訳語は困難を極める。たとえば、上記の文章と同様のコンテキストで Nationalisierung を「国別化」と訳する文献がある。ヘルムート・コーイング(上山安敏監訳)『ヨーロッパ法文化の流れ』(ミネルヴァ書店・昭和58年)17頁。しかし、それでは他のコンテキストで登場する national との対応関係が不明確となる場面もあるため、本稿では、national あるいは Nationalisierung をコンテキストに応じて「国別化」と「国民化」に訳し分け、nationales Recht を「国民法」と訳出してみた。
- (3) ツィンマーマンは、「我々は今日でもなお、ルドルフ・フォン・イェーリングと共に、『法学は国民法学へと格下げされ、学問的境界は法学では政治的境界に一致する』と、大声で唱えることができる」という。Reinhard ZIMMERMANN, Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit, in JZ, 1992, S.10. なお、ツィンマーマンの手になるヨーロッパにおける近代の法分裂と現代の再統一の問題提起を紹介するのは、大島俊之「サヴィニーの遺産——チンマーマン論文の紹介——」磯村保他編『石田喜久夫先生古稀記念・民法学の課題と展望』(成文堂・平成12年)25頁以下。
- (4) Bernhard WINDSCHEID, Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts, Düsseldorf, 1856, Neudruck, Darmstadt, 1969.
- (5) 奥田昌道『請求権概念の生成と展開』(創文社・昭和54年)3頁以下。
- (6) まさにサヴィニーは、各人に画されるべき自由な領域としての権利が法によって保障されることを起点に、その権利が侵害されることにより、権利は訴権(Aktionenrecht)へと転換すると説く。Friedrich Carl von SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd.1, Berlin, 1840, S.331f., Bd.5, Berlin, 1841, S.2.
- (7) WINDSCHEID, Die Actio, a.a.O., S.1.
- (8) WINDSCHEID, Die Actio, a.a.O., S.2.
- (9) WINDSCHEID, Die Actio, a.a.O., S.3.
- (10) Wilhelm SIMSHÄUSER, Zur Entwicklung des Verhältnisses

von materiellem Recht und Prozeßrecht seit Savigny, Eine Untersuchung am Beispiel rechtsfremder Klage, Bielefeld, 1965, S.109.

- (11) 権利保護請求権をめぐる議論の展開については、兼子一『実体法と訴訟法』(有斐閣・昭和32年)101頁以下、奥田昌道『請求権概念の生成と展開』60頁以下。
- (12) Julius BINDER, Prozeß und Recht, Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch, Leipzig, 1927, S.5.
- (13) WINDSCHEID, Die Actio, a.a.O., S. III f.
- (14) WINDSCHEID, Die Actio, a.a.O., S.6.
- (15) 奥田昌道『請求権概念の生成と展開』4頁。同旨、94頁参照。
- (16) Karl LARENZ, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., 1989, München, S.245.
- (17) クラインハイヤー=シュレーダーによれば、「ヴィントシャイトのもっとも有名な概念(法)学上の発明は、何といても、ローマの史料を現代の理解と需要に合うように解釈しようとする努力であった。したがって、請求権の背後に存在する包括的権利の実現に奉仕する権利としての『actiones』アクチオの解釈についても当てはまることである。請求権概念は、ヴィントシャイト以後、現代市民法学の中心概念となったばかりでなく、刑法(訴権理論)および訴訟法(権利保護請求権論)にも影響を与えた」という。ゲルト・クラインハイヤー=ヤン・シュレーダー(小林孝輔監訳)『ドイツ法学者事典』(学陽書房・昭和58年)320・321頁。
- (18) SIMSHÄUSER, a.a.O., S.84.
- (19) Christian Friedrich MÜHLENBRUCH, Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, 3. Aufl., Stuttgart, 1836. この著作の初版は1818年に刊行されているが、筆者はそれを参照し得なかったため、手元にある3版を基礎にして論述を進めることとする。ミュンペルプとヴィントシャイトの債権譲渡の考え方の対比については、奥田『請求権概念の生成と展開』40頁以下を参照。
- (20) MÜHLENBRUCH, a.a.O., S.23.
- (21) MÜHLENBRUCH, a.a.O., S.147ff.
- (22) 債権の移転可能性を否定する見解が当時の通説と呼ばれるのであるが、上述の如く、譲受人に認められる地位、つまり譲受人の準アクチオの性質は極めて多様な理解に分かれていて、ヴィントシャイト自身は、『アクチオ論』でそれらの学説に対応する。WINDSCHEID, Die Actio, a.a.O., S.172ff. しかし、本稿はこの議論にこれ以上立ち入る必要はないであろう。なお、我が国でも、ローマ法の解釈として債権譲渡を否定する見解がたびたび主張されているところには、この普通法學上の通説の理解の影響が窺われよう。富山単治「羅馬法ニ於ケル債権不可譲渡ノ原則」京都法学会雑誌7巻10号(明治45年)112頁以下、森田三男「債権譲渡の沿革の一考察——ローマ法、ドイツ法を中心として——」専修法學論集10号(昭和46年)1頁以下。

- (23) WINDSCHEID, Die Actio, a.a.O., S.128ff.
- (24) WINDSCHEID, Die Actio, a.a.O., S.134.
- (25) WINDSCHEID, Die Actio, a.a.O., S.134f.
- (26) WINDSCHEID, Die Actio, a.a.O., S.140ff.
- (27) WINDSCHEID, Die Actio, a.a.O., S.146f.
- (28) WINDSCHEID, Die Actio, a.a.O., S.148.
- (29) MÜHLENBRUCH, a.a.O., S.27.
- (30) WINDSCHEID, Die Actio, a.a.O., S.151ff.
- (31) WINDSCHEID, Die Actio, a.a.O., S.160ff., 135ff.
- (32) WINDSCHEID, Die Actio, a.a.O., S.164f.
- (33) Bernhard WINDSCHEID, Die Singularsuccession in Obligationen, in Kritische Übersicht der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd.1, 1853, S.27ff.
- (34) ただし、前稿では譲受人が準アクチオを自身の人格に基づいて行使するとしていたが、ヴィントシャイトはそれは誤りであるとして撤回し、「債務関係は譲受人に取得されることはなく、アクチオのみが取得されるにすぎない」と訂正する。WINDSCHEID, Die Actio, a.a.O., S.127f.
- (35) WINDSCHEID, Die Singularsuccession, a.a.O., S.40f.
- (36) Johannes Emil KUNTZE, Die Obligation und die Singularsuccession des römischen und heutigen Rechts, Leipzig, 1856, S.94.
- (37) WINDSCHEID, Die Actio, a.a.O., S.166f.
- (38) WINDSCHEID, Die Actio, a.a.O., S.168.
- (39) WINDSCHEID, Die Actio, a.a.O., S.170ff.
- (40) Franz WIEACKER, Pandektenwissenschaft und Industrielle Revolution, in ders., Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Frankfurt am Main, 1974, S.68f.
- (41) (Hrsg.) Werner SCHUBERT, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 3, Besonderer Teil II, Verfasser: Franz Philipp von Kübel und Hilfsarbeiter, Berlin/New York, 1980, S.1085ff.
- (42) SCHUBERT, a.a.O., S.1092.
- (43) キューベルの債権譲渡暫定草案2条1項、ドイツ民法典398条参照。なお、キューベルが起草した部分草案以降のドイツ民法典398条の立法経緯については、古屋壮一「ドイツ債権譲渡制度における譲渡契約の効力——ドイツ民法典三九八条の立法過程を中心として——」広法26巻3号(平成15年)277頁以下。
- (44) 資本主義の発展とともに債権の譲渡性と譲受人の地位の保障とが重要な課題として浮上する点について、我妻榮『近代法における債権の優越的地位』(有斐閣・昭和28年)29頁以下を参照。
- (45) Bernhard WINDSCHEID, Die Singularsuccession, a.a.O., S.27.
- (46) Bernhard WINDSCHEID, Recht und Rechtswissenschaft, Eine Rede im Namen der Universität Greifswald zur Feier des Geburtstages Sr. Majestät des Königs Friedrich Wilhelm IV von Preussen, 1854, S.20, in Opuscula Juridica, Bd.2, BERNHARD WINDSCHEID, Teil 1, Leipzig, 1984, S.374.
- (47) Bernhard WINDSCHEID, Die Actio. Abwehr gegen Dr. Theodor Muther, 1857, Düsseldorf, Neudruck, Darmstadt, 1969, S.85.
- (48) Oliver VOSSIUS, Zu den dogmengeschichtlichen Grundlagen der Rechtsschutzlehre, München, 1985, 124.
- (49) Theodor MUTHER, Zur Lehre von der Römischen Actio, dem heutigen Klagerecht, der Litiscontestation und der Singularsuccession in Obligationen, Eine Kritik des Windscheid'schen Buchs: "Die Actio des Römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts", Erlangen, 1857, Neudruck, 1969, Darmstadt, S.195ff.
- (50) WINDSCHEID, Abwehr, a.a.O., S.86.
- (51) このヴィントシャイトの方法論を分析するのは、笹倉秀夫『近代ドイツの国家と法学』(東京大学出版会・昭和54年)290頁以下。
- (52) Johannes Emil KUNTZE, Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft, ein Beitrag zur Orientirung über den gegenwärtigen Stand= und Zielpunkt derselben, Leipzig, 1856, S.17.
- (53) KUNTZE, Der Wendepunkt, a.a.O., S.25.
- (54) Annette BROCKMÖLLER, Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland, Baden-Baden, 1997, S.189ff.
- (55) 「イエーリングのキーワードは、『概念』、『法的構成』および『創造』である。すなわち、法の体系は、概念によってのみ表現されるのではなく、それによって創造されるのである。つまり、概念と構成は、規定的ではなく、構築的なのである。この観点は、ヴィントシャイトの観点よりも、はるかに輪郭が鮮明であるが、同時にはるかに批判余地の多いものでもある。ローマの法原理からだけ、当時の法意識に通用する確信を引き出そうとした、まさにヴィントシャイトの茫漠たる方法論は、この態度に、批判に対するまさに免役を与えることとなった。さらになお、ヴィントシャイトは、ローマ法源、すなわち、通用する普通法を、イエーリングよりもはるかに強く志向した。」。VOSSIUS, a.a.O., S.131.
- (56) ヴィーアッカーは、当時のゲルマニステンの特質を、ロマニステンと対比して、次のように摘示してゐる。すなわち、「ゲルマニステンは、法の生氣ある生活根柢についての歴史的な意識の突破口を、そこからより真摯に開いていた。前絶対主義的で革命的な社会の具体的な歴史的な法への回帰として、保守的である。法設定の仲介による主権国家と社会の改革への突破として国民民主主義的である。プフタ以来、ロマニステンが法創造的民族精神を見捨て、学識法曹の独占が対応する法学的形式主義へ開かれるのを知ったとき、結果的には、歴史法学派の内部における分岐が生じた。すなわち、法学的形式主義の政治的および社会的改革からの

乖離に逆らったのは、まさにベーゼラーとライシャーの主導の下での国民民主主義であって、それは、彼らが『民族法』——そしてすなわち、彼らにとって、彼らの時代に現実的で、政治的国民において生きる法——を学識法曹法に対立させたときであった」。Franz WIEACKER, *Wandlung im Bilde der historischen Rechtsschule*, Karlsruhe, 1967, S.18.

- (57) BROCKMÖLLER, a.a.O., S.183ff.
- (58) WINDSCHEID, *Die Singularsuccession*, a.a.O., S.27.
- (59) なぜなら、ヴォッシウスはこの指摘に際して注を付しており、そこでヴィーアッカーの『近世私法史』(第2版)の410頁以下の参照を指示しているからである。当該箇所は、まさにベーゼラーによる法典論争の再燃から始まる記述箇所なのである。なお、ヴィーアッカーは、ベーゼラーにかかる法典論争の意義を、次のように簡略に解説する。すなわち、「国民ロマン主義的継受論争から現実的な法政策へのこうした転換のスポークスマンとなったのは、とりわけゲオルグ・ベーゼラーであった。彼の主要業績である『民族法と法曹法』(1843年)は、今やもはやロマン主義ではなくて、現実に想定された立法と判例における今日の民族の確信の考慮に対する要請を高めた。」。Franz WIEACKER, *Der Kampf des 19. Jahrhunderts um die Nationalgesetzbücher*, in ders., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, a.a.O., S.88f.
- (60) Friedrich Carl von SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, Neudruck, Goldbach, 1977.この綱領論文の意義と内容をめぐって様々な見解が主張されてきたのは周知の事実であるが、すでに、『使命』の執筆との関係でランズフート大学時代のサヴィニーに注目する見解がある。石部雅亮「いわゆる『法典論争』の再検討——『サヴィニーと歴史法学』研究その一」法雑39巻3=4号(平成5年)445頁以下。最近では、この論文のとりわけフランス民法典の評価をめぐる内容が、ドイツへのナポレオン法典導入問題との関わりの中で、ランズフート時代に形作られたのではないかとする問題提起が興味深い。赤松秀岳「サヴィニーとフランス民法典——実証化するサヴィニー研究——」磯村保他編『石田喜久夫先生古稀記念・民法学の課題と展望』(成文堂・平成12年)1頁以下。
- (61) SAVIGNY, *Vom Beruf*, a.a.O., S.133.
- (62) SAVIGNY, *Vom Beruf*, a.a.O., S.117f.サヴィニーの歴史的方法において、「法形成の視線はあくまで現在に向けられており、その限りでサヴィニーの歴史主義は無条件なローマ法礼賛とは縁のないものといわねばならない」と指摘される。耳野健二『サヴィニーの法思想——ドイツ近代法学における体系の概念——』(未來社・平成10年)82頁。
- (63) SAVIGNY, *Vom Beruf*, a.a.O., S.118f.
- (64) サヴィニーの方法論の中核は、「歴史的方法と体系的

方法の結合」にあるとされる。石部雅亮=笹倉秀夫『法の歴史と思想=法文化の根底にあるもの=』(放送大学教育振興会・平成7年)114頁。とりわけ、そのプログラムをサヴィニー自身の生涯の業績への反映に見るのは、河上倫逸『ドイツ市民思想と法理論』(創文社・昭和53年)343頁以下である。また、サヴィニーの歴史的方法と体系的方法の関連については、耳野健二『サヴィニーの法思想』170頁以下を参照。

- (65) Erik WOLF, BERNHARD WINDSCHEID, in ders., *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 4. Aufl., Tübingen, 1963, S.602.なお、サヴィニーとヴィントシャイトの連続性と不連続性を指摘する見解もある。赤松秀岳「歴史法学派から法典編纂へ」石部雅亮『ドイツ民法典の編纂と法学』(九州大学出版会・平成11年)73頁以下。しかし、とりわけ不連続性として指摘されているのは、法源としての制定法の位置づけに関する問題であって、しかもそれは1880年代のヴィントシャイトの講演に基づく評価であるため、その指摘は、少なくとも『アクチオ論』の時点でのヴィントシャイトとサヴィニーの連続性を認めることとは、矛盾しないであろう。
- (66) 次のような指摘にも、サヴィニーとヴィントシャイトとの繋がりが見出される。すなわち、「若き日のヴィントシャイトが、その実践的関心によって、ローマの法源に字義拘泥的(buchstäblich)に帰依することからの脱却を求めたこと、そして、ローマ法の中にローマ固有の原理と普遍的な原理とを識別し後者の原理をドイツの現実の中に生かすべき体系化の作業によって新しいドイツの法を確立せんと求めたこと、この二つの点で、サヴィニーの思考に結びつくものであったが分かる。」。笹倉秀夫『近代ドイツの国家と法学』294頁。
- (67) SAVIGNY, *System*, a.a.O., Bd.5, S.2.
- (68) WINDSCHEID, *Die Actio*, a.a.O., S.222.
- (69) WINDSCHEID, *Die Actio*, a.a.O., S.223.
- (70) デ・ボーアによれば、請求権概念とは、「債務関係(obligatio)の積極的側面」に対応し、「それ故に、従来アクチオに結びつけられてきた論争を権利に結びつけるための体系的な技巧概念である」という。Hans Otto de BOOR, *Gerichtsschutz und Rechtssystem, Ein Beitrag zum Kampfe gegen das actionenrechtliche Denken*, Leipzig, 1941, S.22.なお、こうしたデ・ボーアの主張の概要は、すでに我が国に紹介されている。中田淳一「デ・ボーア『民事訴訟綱要』——民事訴訟の革新とアクチオ法的思惟からの転向——」論叢44巻5号(昭和16年)792頁以下。
- (71) WINDSCHEID, *Die Actio*, a.a.O., S.228.
- (72) WINDSCHEID, *Die Actio*, a.a.O., S.229.
- (73) WINDSCHEID, *Die Actio*, a.a.O., S.230.
- (74) 前出・注(6)参照。
- (75) ヴィントシャイトが、従前の普通法学における「アクチオ法的色彩」に対する批判を通じて、まさにアクチ

オ体系を克服すること目指したことについて、奥田昌道『請求権概念の生成と展開』とりわけ53頁以下を参照。

- (76) このカントの権利区分とサヴィニーの権利区分の対応を指摘するのは、すでに村上淳一「ドイツ法学」碧海純一他編『法学史』（東京大学出版会・昭和62年）143頁以下。また、近時では、ドイツでの議論に触発される形でカントの判断力批判とサヴィニーとの関連を指摘する見解もある。原島重義『法的判断とは何か——民法の基礎理論——』（創文社・平成14年）148頁以下参照。ドイツにおけるカントの判断力批判とサヴィニーとの関連を指摘する議論を紹介するのは、赤松秀岳『十九世紀ドイツ私法学の実像』（成文堂・平成7年）49頁以下参照。
- (77) 筏津安恕『私法理論のパラダイム転換と契約理論の再編』（昭和堂・平成13年）138頁以下、144頁以下、183頁以下、204頁以下参照。
- (78) 筏津安恕『私法理論のパラダイム転換』210頁。
- (79) この問題は、なお多面的にドイツ普通法学の多くの解釈論的検証を必要とするであろう。ただ、ドイツ普通法学が権利という観点から私法学の体系化を推し進めたという理論的視点は、受領遅滞論、ひいては債権債務関係論において、近代のドイツ私法学の特徴を極めて鋭敏に指摘する視点である。この点については、拙稿「ドイツ受領遅滞論の淵源——なぜ『受領は権利であって義務ではない』のか？——」法研75巻12号（平成14年）82頁以下を参照。
- (80) ヴィーアッカーは、ヴィントシャイトのアクチオ論を、以下のように評している。すなわち、「『現代法の観点から見たローマ市民法のアクチオ』（1856年）は、ヴィントシャイトのもっとも影響力のある単著であるが、民法との関係で民事訴訟法の体系的自律性を構築する近代的請求権概念を基礎づけ、それ以来民法と訴訟論を支配し、それを越えて、刑法にも浸透し、公法にさえも浸透した。この文献は、一つの時代を画した。すなわち、その歴史的綱領からのパンデクテン法学の決別である、というのも、今や歴史的制度の意味と意義を越えて正当に、それが新たな概念構築を主権的にもたらしたためである。従って、固有の法史家が法源の非歴史的暴力を非難するとき、それは正当であるが、危惧もある。この著作はもちろん、法学の車止めを示しており、法学は古い法源から解放されてはならず、それ故に、法源を思考の迂回路で濫用するに違いない結果、過去にも現在にも同じように不実なのである。結局、その著作は、実体法的請求権概念の創造によって、私法に解消されがたい二律相反を持ち込んだのである。」。Franz WIEACKER, *Gründer und Bewahrer, Rechtslehre der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte*, Göttingen, 1959, S.183f. この「歴史的綱領からのパンデクテン法学の決別」こそ、ヴィントシャイトがローマ法を克服する「第二の方向」（クンツェ）を刻印したこ

とを意味しつつ、ローマ法源とドイツの法意識との「二律相反」を調和する彼の努力に内在する方法論上のある異種の矛盾・危惧をも示しているといえよう。

(81) Masamichi OKUDA, *Über den Anspruchsbegriff im deutschen BGB.*, in AcP., Bd.164, 1964, S.536.

(82) WINDSCHEID, *Die Actio*, a.a.O., S.232.

後記

昨年秋、突如として、筏津安恕先生の訃報に接し、悲嘆に暮れて、そして今なおある。筏津先生が残された業績は、おそらくその評価に時間がかかるであろうほどに高邁、巨大であって、私如きがそれについてとやかく述べる資格はない。がしかし、提起されている問題の一つ、ここでは19世紀のドイツ私法学の基本的な体系的観点を、ささやかながらも敷衍することを試みた。この試みが、筏津理論の意を汲むものであるかどうかは覚束ないが、先生の生前のご学恩に深謝する意図で、筆を執った次第である。筏津先生のご冥福を、心よりお祈り申し上げます。

（受稿：2006年5月22日 受理：2006年6月1日）