

債権関係概念の再考 その生成及び日本民法における 発現を中心として (1)

著者	根岸 謙
雑誌名	法学
巻	83
号	1
ページ	38-107
発行年	2019-06-28
URL	http://hdl.handle.net/10097/00125913

債権関係概念の再考

—その生成及び日本民法における発現を中心として— (1)

根 岸 謙

序

第1章 債権関係という考え方

第1節 個々の債権・債務と、当事者の関係としての債権関係という視点

第2節 民法（債権関係）改正の議論における当事者の関係という考え方

第2章 本稿の目的と検討課題

第1節 本稿の目的

第2節 検討課題

第1部 ドイツ法における債務関係概念の生成

第1章 BGB 制定前における債務関係概念の萌芽

第1節 19世紀におけるドイツ普通法学

第2節 プロイセン一般ラント法及びオーストリア民法典

第3節 ヘッセン民法草案、バイエルン民法草案、ザクセン民法典

第4節 ドレスデン草案

第5節 分析

第2章 BGB 制定過程における債務関係概念の変遷

第1節 第一草案段階

第2節 第二草案段階

第3節 修正第二草案からBGB制定に至るまで

第4節 分析

第3章 BGB 施行後における債務関係概念の深化

- 第1節 諸論点に現れた債務関係概念
- 第2節 債務法現代化以降における債務関係概念
- 第3節 分析
- 第4章 小括 (以上, 本号)
- 第2部 日本民法における債権関係概念の発現
- 第3部 債権関係概念の法解釈上の有用性

序

第1章 債権関係という考え方

第1節 個々の債権・債務と、当事者の関係としての債権関係という視点
日本民法典第3編〈債権〉(以下、法律や草案の編・節等のタイトルは〈 〉で括って示す。)の第1章〈総則〉では、第1節〈債権の目的〉, 第2節〈債権の効力〉, 第3節〈多数当事者の債権及び債務〉, 第4節〈債権の譲渡〉, 第5節〈債権の消滅〉と、債権を中心とした構成が採られている。

これに対し、ドイツ民法典(以下「BGB」という。)第2編〈債務関係法(Recht der Schuldverhältnisse)〉の主だった章を見てみると、第1章〈債務関係の内容〉, 第2章〈普通取引約款による法律行為に基づく債務関係の形成〉, 第3章〈契約に基づく債務関係〉, 第4章〈債務関係の消滅〉, 第8章〈債務関係の各論〉と、「債務関係(Schuldverhältnis)⁽¹⁾という用語を用い、主として債務関係を中心とした構成が採られていることが分かる。BGBにお

(1) 民法改正に際し、法制審議会の中で「民法(債権関係)部会」が開かれた。同部会の資料や議事録において「債権関係」という言葉が散見されたが、ここでは、債権法だけでなく、債権に関する民法総則等の規定群も含めた意味合いとして「債権関係」という表現が用いられたのであり(大村敦志『民法改正を考える』(岩波新書, 2011年)4頁, 内田貴『民法改正のいま—中間試案ガイド』(商事法務, 2013年)15頁), 本稿で扱う「債権関係」や「債務関係」(Schuldverhältnis)とは異なる。

ける「債務関係」という概念が何を意味するかについては、その起源が古代ローマ法の法鎖 (*Obligatio*)⁽²⁾概念にまで遡ることや、ドイツにおいても長く議論の対象となっていることから、これを一義的に把握することはできないが、代表的な研究者であるラーレンツによれば、「二人もしくは複数の当事者が特定の給付に対して相互に権利もしくは義務を有する法律関係」と説明されている⁽³⁾。この説明から、債務関係とは、個々の債権や債務それ自体とは異なる、債権者及び債務者の関係のことを意味し、この中に権利及び義務を位置づけるものであるということがわかる。ただし、日本民法学においては、ドイツ法における債務関係を「債権関係」という用語に置き換えて把握する傾向が強い⁽⁴⁾。例えば、我妻栄『新訂債権総論』では、「債権者と債務者との間には、単に一個の現実の債権が存在するだけでなく、これを包容する一個の債権関係 (Schuldverhältnis) が存在するとみるべきものである」と書かれている⁽⁵⁾。

このような、債権者及び債務者間の権利・義務を考える場合に、個々の「債権・債務」という視点ではなく、「債権関係」という視点から考えるというアプローチは、日本民法学において、これまであまり積極的にされてこな

(2) 本稿ではイタリック体はラテン語を示すものとして用いる。

(3) Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, 14. Aufl., 1987, S. 6.

(4) ドイツと異なり、わが国では権利を義務者側ではなく権利者側からみるためであると説明されている。例えば、近江教授は、債権・債務に関して次のように説明する。「『債』とは、本来、それ自体が負担・借金などを表す概念であるが、法律学では、『債』につき、権利者の側から見た場合を『債権』、義務者の側から見た場合を『債務』と呼んでいる。そして、わが国では、権利を一般に権利者側から見るので、『債権法』とか『債権関係』とか表現している。これに対し、ドイツやスイスなどでは、権利を義務者の側から見ていたので、債権を『債務』(Schuld)と表現し、Schuldrecht (債務法)、Schuldverhältnis (債務関係) というのであるが、わが国ではこれらを債権法・債権関係と訳している」(近江幸治『民法講義Ⅳ債権総論〔第3版補訂〕』(成文堂, 2009年) 4-5頁)。

(5) 我妻栄『新訂債権総論』(岩波書店, 1964年) 6-7頁。

かった。その理由として、現行日本民法典の制定過程において、「債務関係」を中心とした構成を採用する BGB 第一草案だけでなく、各国の民法典や草案が参照され⁽⁶⁾、かつ、法典調査会による各編相互の調整を経た上で、債権者及び債務者間の権利・義務に関する規定群については「債権」を中心とした構成が採用されたため、「債権関係」という視点から考える必然性がなかったということが挙げられよう。

もっとも、一部の論点においては、BGB の「債務関係」という概念を参考にして、個々の「債権・債務」という視点ではなく、「債権関係」という視点から分析を試みる研究がみられ、例えば、附随義務論や、受領遅滞の協力義務論等がある⁽⁷⁾。

まず、附随義務については、その法的根拠につき一般条項である信義則（民法1条2項）を持ち出すため、当該義務を認める範囲が広がりすぎないようにすべく、その範囲を厳格に画し、かつその構造を明らかにしようとする研究が盛んに行われてきた。中でも、林良平博士及び北川善太郎博士は、附随義務の構造論に関して、債権関係という視点からこの問題に取り組む。林博士は、債権関係を、「給付義務を中心とするこれらの附随的義務を包含し

(6) ドイツ法以外に参照された外国法については、岡孝「明治民法起草過程における外国法の影響」東洋大学国際哲学研究センター編『国際哲学研究 別冊4〈法〉の移転と変容』（2014年）22頁以下、前田達明監修『史料債権総則』（成文堂、2010年）vi-viii頁で詳しく説明されている。

(7) 他に、不法行為の過失相殺と債務不履行の過失相殺の異同を比較し、これらを債権関係の観点から演繹的に説明することを試みる研究（平田春二「過失相殺に関する民法の規定の適用についての考察」愛知大学法経論集33号（1961年）107-109頁）や、ドイツにおける債務関係を根拠とした契約余後効義務を日本民法学においても債権関係から導くことを検討する研究等がある（蓮田哲也「契約責任の時間的延長に関する一考察（1）契約余後効論を素材にして」白鷗法学24巻3号（2018年）133頁以下、同「ドイツ法における契約義務の余後効—契約余後効義務とBGB 362条—」法学研究論集39号（2013年）195頁以下等）。

た全体すなわち義務群を生ぜしめる、当事者間の規範群」と定義する⁽⁸⁾。また、北川博士は、当事者の意図した契約目的を実現するためには、「契約の前・中・後にみられる一定の（契約保護に値する）利益・期待の衝突・紛争を調整することが必要となり、債権関係は、「かような（とくに給付利益外の）諸利益や期待の外枠」として機能するため、かかる外枠の内に、「附随義務・注意義務による信義則の技術的固定という作業が伴わねばならない」⁽⁹⁾と述べる。

また、同じく信義則を用いて処理されることの多い受領遅滞における債権者の協力義務につき、債権関係の構造論の観点から分析を試みる研究もみられる。矢辺学教授は、「受領遅滞の本質を究明するにはその前提作業として、債権者債務者間の基本秩序を構造している実体的な面の本質、換言すれば、即ち、債権関係の法構造の分析、検討が必要であり、「とりわけ、債権関係の法構造との関連において受領遅滞の本質を性格づけるとすれば、即ち、受領遅滞の本質は、一種の債務不履行と解する見解が正当である」と述べる⁽¹⁰⁾。また、潮見佳男教授は、債権関係につき、「社会生活において、なんらかの原因に基づいて、特定人と特定人の間に特別の関係（相対的特別結合関係）の発生する場合があり、「このような相対的特別結合関係のうち、法秩序により保護を受けたもの、当事者側から見れば国家に対し保護を求めることができるもの」であり⁽¹¹⁾、当事者は「債権者利益（契約利益）の実現と

(8) 林良平ら『債権総論（現代法律学全集8）』（青林書院、1978年）13-14頁。他に、次の3点の役割があると説明している。すなわち、「双務契約で相対立する債権の存する全体をさす」点、「債権の消滅があっても、当事者間の法律関係が残ることのあるのを説明するのに用いられる」点、「賃貸借契約など継続的債権関係の場合には、債権をはさむ当事者間の関係に、特殊な法律的取扱いを必要とすることを説明することに用いられる」点である（14頁）。

(9) 北川善太郎『契約責任の研究』（有斐閣、1981年）352頁。

(10) 矢辺学「受領遅滞に関する一考察—債権関係の法構造との関連において」国士館法学2号（1970年）100-101頁。

(11) 潮見佳男『債権総論I〔第2版〕』（信山社、2003年）3頁。

いう共同の目的に向かって協力すべき有機体を形成している」と解する⁽¹²⁾。そして、かかる債権関係からの帰結もしくは信義則判断の結果として、債権者には弁済に協力すべき規範的拘束が負わされ、この拘束に適合しない結果が生じた場合には、債権者は受領遅滞（債権者遅滞）として債務不履行責任を負うことになる⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾。

潮見教授は、個々の「債権・債務」という視点からみることについての問題点を次のとおり指摘する。すなわち、「伝統的な債権・債務観は、債権関係を設定することで目的とされた利益を実現するための一手段にすぎない作為・不作為請求権……を自己目的化することとなってしまう」⁽¹⁵⁾い、「債務者に対する拘束のうちで作為・不作為請求権の対象とならないもの（債務者にとって具体的行為可能性の認められないもの）を、それがいかに債権関係で目的とされた利益を達成するために適したものであったとしても、債権関係規範（契約の場合には、契約規範・契約責任規範）の外に放逐する点で、問題が多い」と述べる⁽¹⁵⁾。

なお、「債権関係」という視点からアプローチを試みようとする研究に接する上で注意しなければならないこととして、次の2点が挙げられる。

(12) 潮見・前掲注 (11) 483 頁。

(13) 潮見・前掲注 (11) 483-484 頁。

(14) 信義則の規定を根拠に、附随義務や安全配慮義務（最判昭和 50 年 2 月 25 日民集 29 卷 2 号 143 頁等）や、受領遅滞における債権者の協力義務（最判昭和 43 年 8 月 2 日判時 534 号 47 頁等）を認めた判例がある。仮に、民法典が個々の「債権・債務」という視点しか有していなかった場合、契約締結時において債務の内容となっていない義務は、債務としては認められないという方向に帰結することになるが、それでは妥当な解決を図ることができないがゆえにこれらの判例は信義則を用いざるを得なかったという事情が存すれば、個々の「債権・債務」という視点ではなく「債権関係」という視点からこの問題を捉え、信義則による法理論を支える根拠の一つとして、もしくは、信義則に代わるものとして、債権関係概念の有用性を検討すべきことになろう。しかし、この点については別の機会に検討することにしたい。

(15) 潮見・前掲注 (11) 22-23 頁。

一つは、個々の「債権・債務」という視点と、「債権関係」という視点は、必ずしも排他的な関係にあるとは言いきれないという点である。すなわち、どちらかの視点のみからしか民法典をみることができない、というわけではない。これは、債権・債務と債権関係の構造論に関わるものであり、この問題については、既に北川教授、潮見教授、長坂純教授らによる先行研究によって明らかにされつつある⁽¹⁶⁾。これらの先行研究は、債権関係と附随義務や保護義務との関係性について、その構造をどのように把握すべきかを主たる目的に据え、債権関係に基づいてこれらの義務が発生すると捉えている点で共通している。「債権関係」という視点は、債権・債務の淵源である債権関係に向けられ、他方、個々の「債権・債務」という視点は、債権関係から発生した債権・債務に向けられるものとみれば、この二つの視点は排他的な関係には立たないことになろう。むしろ、従前の個々の「債権・債務」という視点に、新たに「債権関係」という視点を加えることによって、債権法の構造をより立体的かつ分析的に把握することができよう。

もう一つは、必ずしも債権関係による検討を試みる論者がみな、債権関係という概念を用いることによって何かしらの具体的な論点等に対する帰結を導くことができると考えているわけではないという点である。林博士は、「債権関係は整理概念であって、これを元にして法解釈の結論を引き出す規範概念ではない」と評しており⁽¹⁷⁾、また潮見教授は、債権関係それ自体だけでなく、債権関係が包含する給付義務や附随義務についても、これらは「あくまでも債務関係の実体構造を認識するための分析道具の域を出るものではなく」、「具体的結論を導き出すための解釈技術としての用を直接に果

(16) 北川・前掲注(9)、潮見佳男『契約規範の構造と展開』(有斐閣、1991年)、長坂純『契約責任の構造と射程—完全性利益侵害の帰責構造を中心に—』(勁草書房、2010年)。

(17) 林・前掲注(8)14頁脚注3。

たすものではない」と述べている⁽¹⁸⁾。

第2節 民法（債権関係）改正の議論における当事者の関係という考え方
近時、債権法をこのような二つの視点（個々の「債権・債務」という視点と、「債権関係」という視点）から分析を試みようとするアプローチが、民法（債権関係）改正⁽¹⁹⁾に関する議論の中で取り上げられた。2006年10月9日に開催された日本私法学会第70回大会のシンポジウム「契約責任論の再構築」では、契約を基礎に据えたいわゆる「新たな契約責任論」⁽²⁰⁾に関して検討される中、個々の「債権や債務」という視点ではなく、「当事者の関係」という視点から契約を把握すべきであるという考え方が示された⁽²¹⁾。この考え方をみていく前提として、まずは同シンポジウムでとりあげられた次の2つの契約責任論についてみる必要がある。

これまでの民法学では、契約責任の問題を「債権・債務」の問題として捉え、契約の成立により発生する「債権」を、特定の人に特定の行為をさせる権利であると解する立場が通説的とされてきた⁽²²⁾。そのため、債権そのものから直接基礎づけられるのは、債務者に特定の行為をさせることであり、債務者がその行為をしなかった場合に認められるべき損害賠償責任等の各種責任は、債権そのものの内容を構成しないという問題が生じてしまう。そこで、帰責根拠として過失責任の原則を持ち出し、一方当事者が債務を履行しない場合は、過失により他人に加害行為をしたといえることから、それにより生じた損害の賠償責任を負うと考える（以下、この考え方を「債権構成」とい

(18) 潮見・前掲注 (16) 5頁。

(19) 民法の一部を改正する法律（平成29年法律第44号）。

(20) 山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」ジュリ1318号（2006年）91頁。

(21) 窪田充見「契約責任の再構築－履行請求権」ジュリ1318号（2006年）105-106頁。

(22) 我妻・前掲注 (5) 5頁。

う。)(²³)。

これに対し、民法（債権法）改正検討委員会『債権法改正の基本方針』（以下「基本方針」という。）では、契約責任の発生根拠を契約の拘束力に求め、契約責任の問題を、「債権・債務」としてではなく、その発生原因である「契約」の問題として構成する新たな契約責任論が提案された（以下、この考え方を「契約構成」という。)(²⁴)。この新たな契約責任論では、自ら特定の行為をすることを契約で約束した以上、それを怠ったときの責任を負うことまで約束したと考えることから、当事者が契約の履行を怠った場合に認められる責任も、契約の拘束力から基礎づけられることになる(²⁵)。

同シンポジウムの報告者である窪田教授は、履行請求権の位置づけについて、このような債権構成と契約構成のそれぞれの観点から、次のように考える(²⁶)。すなわち、債権構成における履行請求権は、契約関係からいったん切り離された抽象的な性格を有する債権の一内容として位置づけられるのに対し、契約構成における履行請求権は、契約当事者の権利義務関係の一内容として位置づけられるという違いがある。そのため、例えば受領義務が認められるかという問題については、債権構成は、債権・債権者を中心に考えるため、債権者は権利を有するのみで義務を負わないという考え方が先行し、債権者には受領義務はないということになってしまう。しかし、受領義務を観念しないわけにはいかないため、例外的に、信義則を根拠に受領義務を認めるという見解が主張されるに至る。他方、契約構成では、受領義務が認められるかは契約解釈の問題として解決されるものであり、そこに債権構成の

(23) 山本・前掲注(20) 88頁。

(24) 主に、債務不履行を理由とする損害賠償についての提案【3.1.1.62】、損害賠償の免責事由についての提案【3.1.1.63】が挙げられる（民法（債権法）改正検討委員会『債権法改正の基本方針』別冊 NBL126号（2009年）136-138頁）。

(25) 山本・前掲注(20) 92頁。

(26) 窪田・前掲注(21) 105頁以下。

弊害（債権者は権利を有するのみで義務を負わない）が入り込むことはない。その上で、窪田教授は、「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なくてはならないのかという点については検討の余地があり、このような受領義務についての問題は、「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であ」ったということが考えられるため、「契約を基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」と述べる⁽²⁷⁾。このことから、債権構成は、契約責任の問題を「債権・債務」の視点から捉えるのに対し、契約構成は、契約責任の問題につき契約を基点とする「当事者の関係」という視点から捉えるという相違点がみられることが分かり、ここから、「当事者の関係」という考え方は契約構成の中核をなすものであることがうかがえよう⁽²⁸⁾。

もっとも、必ずしも債権構成に寄って立つと受領義務が認められず、契約構成に寄って立つと受領義務が認められるという明確な対立構造がみられるわけではない。債権構成からするとかかる受領義務が認められないという帰結は、債権構成に「不可避的にもなう弊害ではなく、たとえば債権・債務を包摂する『債務関係 (Schuldverhältnis)』という視点を導入することにより、対処することも可能である。たしかに、これまで実際に説かれてきた『債務関係』論は、協同体論の色彩が色濃いものであったが、そのようにと

(27) 窪田・前掲注 (21) 106 頁。

(28) 「当事者の関係」という考え方は、同シンポジウム後にも見られ、例えば、道垣内弘人教授は、安全配慮義務の判例（最判昭和 50 年 2 月 25 日民集 29 卷 2 号 143 頁）や貸金業者における取引履歴開示義務の判例（最判平成 17 年 7 月 19 日民集 59 卷 6 号 1783 頁）に関して、「契約当事者の負う義務が、決して、合意のみに基づくものではなく、契約によって形成された一定の関係（ここでは、「特別な社会的接触の関係」）を根拠にしても生じ、また「両当事者の関係から契約当事者に義務を課す」という場合があることを指摘している（道垣内弘人「さみしがりの信託法」法学教室 332 号（2008 年）117 頁）。

らえなければならぬ必然性があるわけでもない」と、山本敬三教授は指摘する⁽²⁹⁾。

この契約構成の核をなす「当事者の関係」という考え方は、あくまでも契約に主眼を置くものであるため、「債権関係」という考え方と同一のもので解することは早計であろう。しかし、個々の「債権・債務」という視点からアプローチする債権構成と、「当事者の関係」を核とする契約構成との関係性は、個々の「債権・債務」という視点と、「債権関係」という視点との関係性と、視角対象につき類似するところがある。そのため、債権関係という概念を検討することによって、「当事者の関係」という考え方を補強することや見直すことにも繋がってこよう。

第2章 本稿の目的と検討課題

第1節 本稿の目的

日本民法学においては、債権法を個々の「債権・債務」という視点から把握する傾向が強かったが、近時、個々の「債権・債務」という視点ではなく、「債権関係」や「当事者の関係」という視点から、債権者及び債務者間の権利・義務を把握すべきではないかという議論がみられるようになってきた。このように別の視点から債権法の諸論点につき再度検討を試みることにより、個々の「債権・債務」という視点からしかみてこなかったがために、解決を図るにあたり理論的な説明が困難となっていた事項につき一定の示唆を得ることができるのではないか。また、反対に、「債権関係」という視点から債権法の諸論点を見直した結果、このような債権関係概念を用いることがかえって有益ではないということが判明すれば、日本民法典は個々の「債

(29) 山本・前掲注 (20) 92頁。

権・債務」という視点のみから捉えるべきであるという結論を得ることもできよう。このように、債権関係という概念は、債権法の諸論点を再検討する際の道具として一応は有益なものとなり得るものである。

また、日本民法学において、ドイツの債務関係構造論に関する翻訳や分析も一定程度なされている。しかし、日本民法学において債権関係が何を意味するかについては十分な研究の蓄積がなく、また日本民法学における債権関係についての見解としてどのようなものがあるかを整理・分析した研究や、これらの見解がドイツ法における債務関係概念とどのような繋がりがあるかについて検討する研究もまだみられない。それだけではなく、日本民法学において債権関係という概念を参考にして具体的な解釈上の示唆を得ることができるか否かに関し、そもそも日本民法学は債権関係という概念に対して許容的であるかという点について検討した研究もみられない。

これに対し、ドイツでは、すでに18世紀後半以降、諸ラントの民法典や草案、学術書において、債務関係概念もしくはこれに似た関係概念がみられ、また、1900年に制定されたBGB第2編は債務関係を中心とした構成が採られ、そして、BGB施行後においては、債務関係概念の性質につき、いくつかの見解が唱えられるようになる。

そこで本稿では、BGBの各草案やラント法等のBGB制定前の立法史料において、債務関係概念もしくはこれに似た関係概念があるか、また、このような関係概念をいかなる性質のものとして捉えているかにつき分析を加えることによって、BGBが債務関係という考え方を採るに至った背景を明らかにし、これらを踏まえて、①日本民法学において債権関係という視点をもつことの可否につき検討し、②日本民法学における債権関係概念を明らかにすることを目的とする。その上で、③以上の①②の検討結果を受け、日本民法典の解釈上、債権関係概念にどのような有用性がみられるかについて提言を試みたい。

第2節 検討課題

本稿では、ドイツ法における債務関係概念の生成（第1部）、日本民法における債権関係概念の発現（第2部）、③債権関係概念の法解釈上の有用性（第3部）という順で検討を加えることとし、それぞれの検討課題として以下のものを設定する。

第1部のドイツ法では、BGBの各草案やラント法等のBGB制定前の立法史料において、債務関係概念もしくはこれに似た関係概念があるか、また、このような関係概念をいかなる性質のものとして捉えているかにつき分析を加えることによって、BGBが債務関係という考え方を採るに至った背景を明らかにすることを主たる目的として検討する。具体的には、BGB制定前の諸ラント法等の立法史料（第1章）、及び、BGB制定過程の各草案（第2章）において、債務関係という考え方がどのように生成され、そしてBGB施行後から現在までの間に、債務関係概念の性質がどのような理論的深化を遂げたか（第3章）について検討する。

第2部の日本法では、ドイツ法等の諸外国の民法典や草案を参照して制定された日本民法典の立法過程においてドイツ法の債務関係概念に対しどのような態度が取られ、また評価がされていたかを知るべく、まずは、旧民法典の制定過程（第1章）及び現行民法典の制定過程（第2章）において、債権関係という考え方がみられるかについて、そして、債権関係という用語を採用しなかった理由や背景について検討する。これら立法過程の検討を経た上で、現行日本民法典は債権関係という考え方を完全に排除しているわけではないということが判明すれば、現行日本民法典及び日本民法学においては、ドイツ法の債務関係概念から示唆を得るにあたっての基礎や土台が一定程度はあると評価することができる。その場合には、ドイツ法の債務関係概念を参考にして、現行日本民法典施行後の日本民法学において、債権関係という考え方がみられるかどうかについて明らかにしたい（第3章）。

その上で、第3部では、ドイツ民法学を参考にして検討した日本民法学における債権関係概念につき、その有用性を提言してみたい。

第1部 ドイツ法における債務関係概念の生成

BGBでは、第2編〈債務関係法〉第1章〈債務関係の内容〉第1節〈給付義務〉の冒頭にある241条（債務関係から生じる義務）にて、「債務関係の効力により、債権者は、債務者の給付を請求することができる。給付は、不作為の形態でも認められる」（同条1項）、「債務関係は、その内容に従って、各当事者に相手方の権利、法益及び利益に対する配慮を義務づけるものとする」（同条2項）という規定が置かれている。この規定から、債務関係は、給付を請求するという権利（同条1項）や一定の義務（同条2項）を発生させる原因として位置づけられていることがわかるものの、その具体的内容についてはBGBに債務関係の定義規定が置かれていないため、BGB自体からは明らかにすることができない。他方で、同編の各章のタイトルを見ると、主だったところでは、第1章〈債務関係の内容〉、第2章〈普通取引約款による法律行為に基づく債務関係の形成〉、第3章〈契約に基づく債務関係〉、第4章〈債務関係の消滅〉、第8章〈債務関係の各論〉と、債務関係を中心とした構成が採られている。このように、債務関係はBGBにおいて債権・債務に関する規定群の中核としての地位を占めているにもかかわらず、BGBにはその定義規定が置かれていない。

そこで本稿第1部では、BGB制定に影響を与えたとされる各ラント法等を中心に、これらの立法史料に現れた債務関係概念の生成過程について検討し（第1章）、BGBの各種草案や立法理由書等に現れた債務関係概念を辿り、そこから債務関係概念の性質や捉え方がどのように変化していったかについて検討した上で（第2章）、BGB施行後に、BGBが想定していなかった個別的な論点等に現れた債務関係概念を瞥見する中で、債務関係概念の性質がど

のような理論的深化を遂げていったかについて検討してみたい（第3章）⁽³⁰⁾。

第1章 BGB 制定前における債務関係概念の萌芽

BGB 制定前の債務関係概念の生成過程をみると、既に1888年のBGB第一草案の段階で、Schuldverhältniß という「債務関係」を表す用語がみられる。第一草案の債務法部分の起草は、当初はキューベル（Kübel）が担当していたが、1884年に死去したため、1866年に作成されたドレスデン草案が参照された⁽³¹⁾。

ドレスデン草案は、オーストリア、プロイセンを含むドイツ連邦の諸ラントが集まって編纂されたものであり⁽³²⁾、各ラント（プロイセン、オーストリア、バイエルン、ザクセン、ヘッセン等）の民法典や草案を様々な箇所で見引用している。

そして、このようなラント法の中には、ドイツ普通法学や、ドイツ普通法学の素材として用いられた古代ローマ法の影響を受けて、古代ローマ法における *Obligatio* という用語をそのままドイツ語として *Obligatio* と表現するものもある（1811年バイエル草案、1842年ヘッセン草案）。このことから、これらのラント法における債務関係概念もしくはこれに似た関係概念の淵源は古代ローマ法及びドイツ普通法学にあると考えることもできよう。

(30) これらの検討に際して、債務関係の定義や同概念の記述を辿るだけでなく、これらの諸法典及び草案の全体を見て、債務関係を中心とした体系的構造が採られているか（複数当事者による債権関係、債権関係の移転、債権関係の消滅等についての規定の有無）という角度からも検討を加えることによって、当該法典等が単に債務関係という用語を置いているだけか、それとも当該法典等が債務関係を中核として作られているかという点を明らかにすることで、紙面の都合上、今後の機会に譲りたい。

(31) 赤松秀岳「ドイツ法典編纂における債務法総則—BGB部分草案とドレスデン草案—」法政研究77巻1号（2010年）307-309頁。

(32) 大窪誠「賃貸不動産の譲渡と賃貸借の帰趨—BGB起草前のドイツにおける法制度を中心として—」総合政策5巻2号（2004年）222-223頁。

そこで、以下では、ドイツ普通法学（第1節）、各ラント法（第2節および3節）、ドレスデン草案（第4節）において、債務関係概念もしくはこれに似た関係概念があるか、また、このような関係概念をいかなる性質のものとして捉えているかについて検討する。

第1節 19世紀におけるドイツ普通法学

神聖ローマ帝国では、古代ローマ法を継受し、これをドイツ固有法と適合させて実践的に用いていくうちに、ドイツ特有の法学である普通法学として確立するに至る⁽³³⁾。ドイツ普通法学にはこのような経緯があるため、ドイツ普通法学における債務関係概念もしくはこれに似た関係概念を検討するにあたっては、前提として古代ローマ法についてもみていく必要がある。そこで、以下では、まず古代ローマ法における関係概念とも解される *Obligatio*⁽³⁴⁾ について瞥見した上で、ドイツ普通法学における債務関係概念もしくはこれに似た関係概念につき検討する。

古典期ローマ法（紀元前3世紀～3世紀）では、ガイウス (*Gaius*) の『法学提要 (*Institutiones*)』の第3巻において、*Obligatio* に関して、「*Obligatio* はすべて契約または不法行為に基づいて発生する」（同巻第88節。なお、本稿の下線は関係概念を表すものに対して筆者が付けたものである。）という記述がみられ、他にも *Obligatio* の記述は多数あるものの、*Obligatio* 自体の具体的

(33) ゲルハルト・ケプラー著、田山輝明監訳『ドイツ法史』（成文堂、1999年）197頁、戸倉広「ローマ法継受の比較」比較法研究1号（1976年）42頁。

(34) *Obligatio* の語源は *ligare*（結び付く）であるといわれている（菅原春雄「債権関係の構成」台北帝国大学文政学部政学部研究年報第5巻第1部（1938年）33頁脚注5）。*ligare* を語源とする単語として、他に *liable*（責任がある）、*oblige*（余儀なくする、恩義を施す）がある（山中元『ラテン語－日本語－派生英語辞典』（国際語学社、2006年）113頁）。また、*obligate*（義務を負わす）の語源は *obligare*（縛りつける）である（同129頁）。

な内容・定義についての記述はない⁽³⁵⁾。

古代後期ローマ法（3世紀～6世紀）では、ドイツ普通法の出発点となったユスティニアヌス帝（*Justinianus I*）の『法学提要』第3巻第13章序節では、「*Obligatio*とは、これによって我々が我々の国の法律に従ってある物を給付するよう強制的に拘束されるところ法鎖（*iuris vinculum*）である」と記述されている⁽³⁶⁾。柴田光蔵教授は、かかる *Obligatio* につき、「一つの法関係であり、それによって、ある債務者（債務者 *debitor*）はその債権者（債権者 *creditor*）にある給付を行なうよう義務づけられ……、債権者は、債務者に対して、債務関係にもとづいて債権（独立の請求権）をもつ」ものであると説明する⁽³⁷⁾。

古代ローマ法が継受された後は、ドイツ普通法学としてドイツ全域に適用されるに至り⁽³⁸⁾、古代ローマ法の *Obligatio* という考え方が、債務法において中核をなす要素としての理論的深化を遂げていくこととなる。ここでは、ドイツ普通法学の発展に特に寄与したとされる、ハイゼ、サヴィニー、ウンターホルツナー、プフタ、ヴィントシャイトの見解を検討する。

近代パンデクテン体系は、ハイゼ（Arnold Heise）の著書『パンデクテン講義のための普通私法の体系の概要』（1807年）⁽³⁹⁾から始まり、サヴィニーに

(35) 末松謙澄『ガイウス羅馬法解説〔訂正増補再版〕』（帝国学士院，1917年）305頁，ゲオルク・クリンゲンベルク著，瀧澤榮治訳『ローマ債権法講義』（大学教育出版，2001年）42頁を参照した。

(36) *iuris vinculum* の訳語については、訳者によって様々であり、本文のような「法鎖」（矢田一男『ユースティニアヌス帝法学撮要』（嚴翠堂書店，1939年）192頁）の他に、「連鎖」（末松謙澄『ユースチニアヌス帝欽定羅馬法学提要〔訂正増補三版〕』（有斐閣，1916年）351頁）、「法律関係（法的束縛，鎖）」（瀧澤・前掲注（35）3頁）等がある。

(37) 柴田光蔵『ローマ私法概説』（創文社，1979年）257頁。

(38) 山田晟『ドイツ法概論Ⅱ〔第3版〕』（有斐閣，1987年）8頁。

(39) Arnold Heise, Grundriss eines Systems des Gemeinen Civilrechts: zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen, 1807.

よって同書の考え方は広まっていったといわれている⁽⁴⁰⁾。ハイゼの同書第3編の表題は、古代ローマ法の *Obligatio* と同様の *Obligationen* という用語が用いられており、また、同編は、第1章ないし4章において *Obligationen* の構造 (*Obligationen* の内容、主体、発生原因、終了) について、第5章ないし11章において *Obligationen* の具体的内容について詳述されている。このように、同書にとって *Obligationen* という語は同書の核となる概念であるにもかかわらず、これについて説明した箇所は見当たらず、また、*Obligationen* を「法鎖」という意味で用いている箇所もあれば「義務」という意味で用いている箇所もあり、多義的な概念として把握されている。

次に、サヴィニー (Friedrich Carl von Savigny) は、ハイゼのパンデクテン体系を基礎に据えた⁽⁴¹⁾『パンデクテン講義』(1824/25年)という教科書を著している⁽⁴²⁾。しかし、古代ローマ法の *Obligatio* を「法鎖」や「義務」と多義的な概念として捉えるハイゼに対し、サヴィニーの同書では、*Obligatio* を法律関係の中で位置づけた上で、「ある者の行為が相手方に服されるという、特定の二当事者間の関係」であると定義する⁽⁴³⁾。

その後、サヴィニーは、『現代ローマ法体系』と題した、全7編(法源、法律関係、法律関係への法規の適用、物権法、債権法、親族法、相続法)の体系書を書き上げることを計画して、1840年に第1巻から第3巻を著した。同第1巻⁽⁴⁴⁾の中で、サヴィニーは「法律関係」を次のように説明する。以下は、小橋一郎教授の訳文によるものである⁽⁴⁵⁾。

(40) 赤松秀岳『十九世紀ドイツ私法学の実像』(成文堂、1995年)262-263頁。

(41) 赤松・前掲注(40)269頁。

(42) Friedrich Carl von Savigny, *Pandektenvorlesung*, 1824/25. (im folgenden, Savigny (1824/25))

(43) Savigny (1824/25), a. a. O., S. 279f.

(44) Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 1, 1840. (im folgenden, Savigny (1840))

(45) 小橋一郎『サヴィニー 現代ローマ法体系 第1巻』(成文堂、1993年)。

「法律関係は、有機的性質を有しており、この性質は、一部は、法律関係の構成部分が互いに支え合って制約し合っつながっていることにおいて現れ、一部は、法律関係において前進的發展が認められること、すなわち法律関係の発生と消滅の仕方において現れる」⁽⁴⁶⁾。かかる法律関係は、「他人が、物と類似した仕方、われわれの自由意思 [Willkühr] の範囲の中へ引き入れられ、したがってわれわれの支配に服従させられるという関係である」⁽⁴⁷⁾。このように法律関係は、「他人に対する支配に本質があるが、他人の自由を破壊せず、それゆえに所有権に似ていて、しかも所有権と異なるような特別の法律関係を考えようとするならば、支配を、全体としての他人ではなくて、他人の個々の行為にのみ関係させなければならない。……他人の個々の行為に対する支配というこのような関係を、われわれは債権 [Obligation] と称する」⁽⁴⁸⁾。

ここでの Obligation に対し、どのような訳語をあてるべきかについては見解が分かれており、小橋教授は「債権」、赤松秀岳教授は「債務」⁽⁴⁹⁾、中山秀登教授は「債務関係」⁽⁵⁰⁾と訳している⁽⁵¹⁾。

(46) Savigny (1840), a. a. O., S. 7-8. (小橋・前掲注 (45) 36-37 頁の訳文を引用した。)

(47) Savigny (1840), a. a. O., S. 338. (小橋・前掲注 (45) 302 頁の訳文を引用した。)

(48) Savigny (1840), a. a. O., S. 339. (小橋・前掲注 (45) 303 頁の訳文を引用した。)

(49) 赤松秀岳「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 卷 7 号 (2009 年) 94-95 頁。

(50) 中山秀登「債務関係の法的構造」流経法学 3 卷 1 号 (2003 年) 7 頁。

(51) 赤松教授は、サヴィニーの法律関係に対し、次のとおり、「関係」としての要素がみられると評価する。「サヴィニーが、主観的な権利ではなく、法律関係・法制度という客観的な広がりをも求めていることに注目したい。このことは、少なくとも、問題を権利の観点からのみ孤立的にみるのではなく、より大きな広がりの中に置いて、すなわち、『関係』や『制度』として客観的に観察していくきっかけとなりえたであろう」(赤松秀岳『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) 14

その後、サヴィニーは、『現代ローマ法体系』の後続巻を第8巻まで書き上げ、ここまでを体系の総論として完結させた。体系の各論については、物権編ではなく債権編を優先して、1851年及び翌年に『現代ローマ法体系の一部としての債権法』という形で2巻を公刊した。同書第1巻⁽⁵²⁾の *Obligatio* につき、中山教授の訳文をもとにみてみたい。「一方は（部分的に）不自由として現れる二人の人のあいだの、ここで述べられた法律関係は、ローマ人の述語、債務関係（obligatio）によって表される。それゆえ、以上の表現は、二つの、それ自体としては異なる、それどころか対立した状態を含む。したがって、以上の状態を、債権者の拡大された自由へも適用し、また債務者の制限された自由へも適用することは、首尾一貫している。……二つの状態は、同時に、共通の表現つまり 債務関係（obligatio） によって言い表される」⁽⁵³⁾。

このようにサヴィニーは、古代ローマ法の *Obligatio* につき、単に「法鎖」という訳語をあてて具体的な説明を放棄するということはせず、一方が相手方の行為を自己の支配下に服させるという二当事者間の関係であると考察する。

もっとも、古代ローマ法の *Obligatio* と、サヴィニーの述べるドイツ語の Obligation という語句に対して、「債務関係」という訳語をあてることは難しいのではないか。「債務関係」という訳語自体は、ドイツ語の Schuldverhältnis の直訳であるところ（Schuld；債務，verhältnis；関係）、サヴィニーの同書の中ではこの Schuldverhältnis という用語は見当たらないからである。

では、この Schuldverhältnis という用語は、ドイツ法の中でいつ頃から

頁)。

(52) Friedrich Carl von Savigny, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts. Bd. 1, 1851. (im folgenden, Savigny (1851))

(53) Savigny (1851), a. a. O., S. 10-11. (中山・前掲注 (50) 6-7 頁の訳文を引用した。)

見ることができたのだろうか。

Schuldverhältnis という用語は、ハイゼの『パンデクテン講義』(1824/25年)より10年も前の、ミュラー (Adam Müller) による『国家評論 第1巻』(1816年)において見ることができる⁽⁵⁴⁾。神聖同盟の主権及びレーン法について論じたものの中で、Obligationen を Schuldverhältnis と言い換える記述がみられるが、Schuldverhältnis がどのような概念なのかについては特に述べられていない⁽⁵⁵⁾。

筆者が追えたドイツの文献の中で、最初に Schuldverhältnis という用語を用いて債権・債務に関する法を体系的に論じたものは、サヴィニーの『現代ローマ法体系 第1巻』と同年に出版された、ウンターホルツナー (Karl August Dominikus Unterholzner) の『債務関係に関するローマ法理論の起源的構成』(1840年)である⁽⁵⁶⁾。同書は、債務関係の視点から債権法総論部分を体系的に構成している点が特徴的である⁽⁵⁷⁾。

(54) Adam Müller, Deutsche Staatsanzeigen, Bd. I. 1816.

(55) Müller, a. a. O., S. 295-296.

(56) Karl August Dominikus Unterholzner, Philipp Eduard Huschke, Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, Bd. I., 1840.

(57) 以下は、同書の目次の一部である。

- 第1部 債務関係 (Schuldverhältnisse) の性質及びこれに関する法的変更
 - 第1章 総説
 - 第2章 債務関係の法的根拠
 - 第3章 債務関係の法的効力
 - 第4章 債務関係における法的変更
 - 第5章 債務契約 (Schuldverträgen) による債務関係の発生
 - 第6章 債務契約の種類に応じた債務関係の発生
 - 第7章 不法行為に基づく債務関係の発生
 - 第8章 事情の法的変更による債務関係の従属
 - 第9章 債務関係の法的変更による遅滞の影響
 - 第10章 債務関係の相互間及び物権との関係
 - 第11章 債務関係の確保
- 第2部 債務関係への人的加入

(58)

ウンターホルツナーは債務関係の概念について、次のように捉える。「債務関係 (Schuldverhältnisse) は私法的関係であり、その結果、ある人が相手方に対して給付をする義務を負い、これによりその相手方の財産に対して利益が生じる。……債務関係には、2つの異なった側面がある。1つは、義務 (Verpflichtung)、すなわち法的拘束としての側面であり、これにより一方は給付を強いられる。もう1つの側面は、請求権 (Anspruch)、すなわち給付を要求することができるという法的権限である。……請求権と債務から成る債務関係の内容は、債務関係の本来的な核心である給付を形成する。……もちろん債務関係は今日では *obligatio* と呼ばれることもある。これは、債務的請求権 (Schuldanspruch) と債務的義務 (Schuldverpflichtung) から成るものである」(S.1-2.)。同書ではこのように債務関係の構造について触れられているものの、その性質については述べられていない。

ウンターホルツナーによって Schuldverhältnis というドイツ語により債務関係を捉えることが提唱されたが、その後のドイツ普通法学においてこの用語はなかなか根付かなかった。プフタ (Georg Friedrich Puchta) の『パンデクテン教科書』(1863年)⁽⁵⁸⁾では、「Obligatio とは、ある者 (債権者 *creditor*) が取引の相手方 (債務者 *debitor*) に対して権利を有するという法律関係のことをい」い、「Obligatio は債権者に対して、取引につき任意の行為しか求められないのではなく、法的な請求として給付遂行を可能にさせるとい

第1章 債務関係への参加資格

第2章 共有者の過半数

第3章 債務関係の代理人

第3部 債務関係から発生する給付 (Leistung)

第4部 債務関係に基づく訴権 (Klagerecht)

第5部 第三者との間における債務請求権及び義務の取得

第6部 債務関係の解消

第7部 債務関係における内容及び人の変更

第8部 法的变化に基づく債務関係の発生

(58) Georg Friedrich Puchta, Lehrbuch der Pandekten, 9. verm. Aufl., 1863

う法的効力を与える」ものであると説明されている (S.336-337f.)。このことから、プフタは *Obligatio* を権利の側面から捉えているということがわかる。

ヴィントシャイト (Bernhard Windscheid) の『パンデクテン法の教科書〔初版〕』(1865年)⁽⁵⁹⁾では、第4編〈債権法 (Das Recht der Forderungen)〉という編名の下、債権 (Forderung) という観点から一貫して、債権・債務についての記述をしている。他方、債務関係 (Schuldverhältnis) についての記述は、初版から第8版までみられず、第9版でようやく債務関係についての記述を目にすることができるものの、それほど重きは置かれていない⁽⁶⁰⁾。債務関係概念にはあまり関心を持たないヴィントシャイトの姿勢は、BGB 制定過程においても現れることとなる (この点については、後述する)。

第2節 プロイセン一般ラント法及びオーストリア民法典

本節では、ラント法のうち、18世紀後半の立法事業の成果であるプロイセン一般ラント法及び同法に影響を受けたとされるオーストリア一般民法典を検討する。

第1 プロイセン一般ラント法

1794年に制定されたプロイセン一般ラント法 (Allgemeines Landrecht für

(59) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2. 1865.

(60) 同書6版 (1887年)以降は、キップ (Theodor Kipp) が改訂者となるため、同書中の債務関係 (Schuldverhältnis) の記述はキップによるものと思われる。他方で、キップは、エンネクツェルス (Ludwig Enneccerus) の『民法の教科書』(Lehrbuch des bürgerlichen Rechts) の改訂者でもあり、これは、1904年時点のもので、債務関係についての記述は多い。この点については赤松教授も、「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、やや背景に退く」と述べている (赤松秀岳「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) 88頁)。

die Preussischen Staaten 以下「ALR」と呼ぶ。)⁽⁶¹⁾では、第1部第2章〈物(Sachen)およびその権利一般〉において債務関係に関する規定が置かれている。同章のタイトルにある「物」とは、「すべての権利または義務の客体たりうるもの」(1条)であり、かかる権利には、物と関わりのある「対物的権利(Dingliche rechte)」(125条ないし130条)と、それ以外の「対人的権利(Personliche Rechte)」(122条ないし124条)がある。対人的権利については、「対人的権利義務(Personliche Rechte und Verbindlichkeiten)とは、物を占有するかにかかわらず、一定の人のみが、権利を有し(befugt)、又は義務を負う(verpflichtet)ことをいう」(122条)と定義され、その具体的内容については、「対人的権利には、義務者に、あるものを与え(geben)、あることを為し(leisten)、許容し(verstatten)、または行わないこと(unterlassen)を要求する権限が含まれる」(123条)と規定されている。

この「対人的権利義務」という用語については、単に権利及び義務のことを表しているにすぎないとも思えなくもないが、この用語に関係概念としての性質が含まれているか否かについては、さらに検討を加えたい⁽⁶²⁾。

(61) Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, mit einer Einführung von Hans Hattenhauer und einer Bibliographie von Günther Bernert, 1970-1973.

(62) この「対人的権利義務」(122条)については、権利と義務という対極の概念が合体した形で表現されており、この点についても若干の検討を加えたい。

オーストリアのテレジア草案(1766年)及びホルテン草案(1787年)では、義務の観点から、古代ローマ法(ないしドイツ普通法)における*Obligatio*と同様のものとして、「対人的義務(persönlichen Verbindungen)」という概念を新たに設けていた。ホルテン草案から25年後に施行されたABGB(1812年)では、「対人的義務」にあたるものを、権利の観点から「対人的財産権(persönlichen Sachenrechte)」という用語に置き換えた。

ALRは、ホルテン草案公表(1782年)からABGB施行(1812年)までの間である1794年に施行されていることから、ホルテン草案を参照していることがうかがえる。その上で、義務の観点のみから把握したホルテン草案とは異なり、ALRでは、権利・義務の両方の面から把握した、「対人的権利義務」(122条)という表現が採用されたが、次条である123条では、「債権には、

コッホ (Christian Friedrich Koch) は、著書『普通法及びプロイセン一般ラント法後の債権法 第1巻』(1836年)⁽⁶³⁾において、古代ローマ法の *Obligatio* と、ALRにおけるこれに関する用語の差異について、以下のとおり説明する。「ローマ法の *obligatio* 及び (ドイツ語の) *Forderung* とは、相手方の意思に支配されている特定の行為についての、特定の二当事者間における……関係のこと」をいう (S.8.)。この「*Forderung* という用語は、関係 (Verhältnisses) という適切なドイツ名であり、法律行為や事実によって *Obligatio* もしくは *Forderung* が生じると解する (S.9.)。そして、*Obligatio* という用語は、古代ローマ法では当事者の関係という意味を表すものであったが、中世ドイツでは当事者の関係という意味は次第に失われて、単に義務を表すものとして捉えられるようになり、ドイツ語では *Verbindlichkeit* という用語があてられるようになった (S.11.)。

続けてコッホは、次のとおり述べる。その後、1789年に、ヒューゴ (Gustav Hugo) の『現代ローマ法における法学提要』⁽⁶⁴⁾により、それまで誰も疑いもしてこなかった *Obligatio* という用語の意味について、「ALRの編纂時は、*obligatio* 及び *Verbindlichkeit* という概念の誤りが一般的に支配され、この誤りについてはALRの法典の中でも考慮されなかった」というアンチテーゼが投げられた (S.11-12.)。例えば……ALR序文92条(「権利の行使に必要な給付若しくは許可に関しては、一方の権利 (Rechte) から他方の義務

譲渡や給付、許可、不作為等の義務を請求するという権能がある」と規定されており、以降、義務についての規定がみられないことからすると、権利という側面に重きを置いていることが分かる。

したがって、ALRは、*Obligatio* と同じ位置付けのものとして「対人的権利義務」という用語を用い、特に権利の側面にウエイトを置いていることがわかる。そして、上記でみた ABGB の「対人的財産権」は、ALRの考え方に影響されたことがうかがえよう。

- (63) Christian Koch, Das Recht der Forderungen nach gemeinem und nach preussischem Rechte. Bd.1, 1836. (im folgenden, koch)
- (64) Gustav Hugo, Institutionen des heutigen römischen Rechts, 1789.

(Pflicht)が生じる」)では、権利と義務という観点から規定するのみであり、当事者の関係という視点はみられない⁽⁶⁵⁾。同様に、第1部第1章122条も「対人的権利義務……」という文言を置くにとどまり、「全体の関係と呼ばれるこの特有の表現はみられない」。と、コッホはこのように評している(S.14.)。

次に、ボルネマン(Friedrich Wilhelm Ludwig Bornemann)⁽⁶⁶⁾が1842年に著した『ALRを素材として用いたプロイセン私法の体系的叙述』⁽⁶⁷⁾を検討する。

同書第3編〈対人的権利義務(Vom persönlichen Rechte oder der Obligation)〉では、義務(Obligationen)を、「不法行為による種々の義務」と「契約による種々の義務」の2つに分けて整理され(S.v-vi.)、前者は「法典により直接的に発生する義務関係(obligatorischen Verhältnissen)」(S.170.)であり、後者は、「義務関係の主要な発生原因は契約である」(S.220.)と説明されている。同編のタイトルでは、「義務(Obligation)」を「権利(Recht)」と選択的並列の関係にあるものと位置づけており、このことからすると、ボルネマンの言う「義務関係」とは、当事者の関係概念というよりはむしろ義務に関するものという意味で用いられているようにも思える。

(65) ALR序文92条の例示については、筆者によるものではなくKoch, a. a. O., S.12.に記されている。

(66) ボルネマンは、「一般ラント法典として編纂されたプロイセン法を、新たに普通法概念によって体系化した最初の注釈者」と評されている(小野秀誠「立法と法実務家の役割：ALRの変遷」一橋法学13巻3号(2014年)916頁)。

(67) Friedrich Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts. Bd.2, 1842. ここでは便宜上、第2巻のものをあげる。小野教授によれば、同書は、「制定時の自然法的な解釈を残しており、19世紀の中葉以降、ALRにパンデクテン解釈が採用されるに従い、しだいに実務的には用いられなくな」り、「KochやFörsterのものに、取って代わられた」とされる(小野・前掲注(66)916頁)。

しかし、ボルネマンの「義務関係」についての定義をみると、古代ローマ法の *Obligatio* を言い換えた、関係概念としての性質を有するものとして把握されていることがわかる。すなわち、ボルネマンは、「義務関係は長期間にわたることが多いが、その性質及び目的は一時的な法的な結び付き (*rechtliche Verbindung*) にとどまる」(S.167.)と述べ、「法的な結び付き」については、「債務 (*Verbindlichkeit*) が履行されてその目的が達成された瞬間に、法的な結び付き (*Verbindung*) 自体は完全に消滅し……特段の事情のない限り、ある特定の二当事者の意思に基づいて、その特定の二当事者の間でのみ法鎖 (*rechtliches Band*) が基礎づけられ、そして、これらの者は取引に関する財産につき、譲渡、給付、支払い、不作為を強いられる」(S.167.) ものであると述べる。そして、古代ローマ法の「*Obligatio* とは、債権者と債務者の間における、一方当事者が他方当事者に対してある物を与え、又はあることをなし、もしくは給付するという法鎖 (*juris vinclum*) のことをいう」(S.167.)と述べる。このように、ボルネマンは *juris vinclum* (法鎖) を「法的な結び付き」に置き換え、*Obligatio* を「義務関係」に置き換えて説明しており、このことから、「義務関係」には関係概念としての性質があることがわかる。

フェルスター (Franz August Alexander Förster) は、1873年に、実務において BGB の制定まで用いられていた⁽⁶⁸⁾、『普通ドイツ法を基礎とした現代普通プロイセン私法の理論と実務』を著している⁽⁶⁹⁾。同書第1部では、「対人的権利 (*persönlichen Rechte*)、又は債務関係 (*Schuldverhältnissen*) についての学説」というタイトルの下、ローマ法上の *Obligatio* と、ドイツ法にお

(68) 小野・前掲注 (66) 922頁。

(69) Franz Förster, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts*. 3. Aufl. Bd. 1, 1873. ここでは便宜上、第1巻〔第3版〕のものをあげる。

ける同概念（ALRにおいては対人的権利義務）の差異についての詳細な考察がみられる。

「ローマ法は、Obligation という概念を最も高度かつ抽象的なレベルに引き上げていた⁽⁷⁰⁾。Obligation とは、二当事者の意思が結びついた鎖であり、これは、一方は他方に対し、法的必要性から、取引に関して支配されるというものである。この用語は、2つの側面の関係という意味を含んでいる。すなわち、意思に従う義務があるという側面だけでなく、双方が等しく拘束されるという側面もある」(S.319-320.)。

これに対し、ドイツにおいては、前者の、意思に従う義務という用語に該当するものはあるが、後者の、「双方が拘束された状態を表す *obligatio* という用語に該当するものがない」(S.320.)。すなわち、「ドイツ法的な考え方としては、Obligation という概念を、両当事者の意思に基づく純粋な結束 (Bandes)・関係 (Verhältnisses) という意味のものそのまま捉え、後者の意味も含んだローマ法のように「この概念をより抽象化させることはしない」(S.320.)。具体的には、ドイツでは、「Obligation から生ずる債権 (Forderung) 及び債務 (Schuld) は、客観的な存在として捉えられている。他方、ローマ法においては、主観的な面の方が優勢であり、主観面の変更を受けなければならない全ての場合において、発展することの特有の困難さを抱えていた。Obligation は、自由に目的物を譲渡することができないほど、人に密接に結びついていた」(S.320.)。

そこで、「ドイツ法においては、客観面を強調することにより、そのような困難さを避け、債権及び債務は物と同じように移動（譲渡）することがで

(70) この記述の直後に、フェルスターはラテン語で、「*Obligatio* は法の鎖 (*iuris vinculum*) である。われわれは、これを通じて、必要によって、われわれの国の法にしたがってある物を給付するよう強制される」(柴田・前掲注 (37) 258 頁) という、ユスティニアヌス帝の『法学提要』第3巻13章序説、及び同『学説彙纂』第4巻7章3節序文を記述している。

きた」(S.320.)。

以上を要約すると、ローマ法では、*Obligatio* を、①権利に対応する義務という意味だけでなく、そこからさらに抽象的なレベルに引き上げ、②両当事者が拘束された関係にあるという意味も含めて解していたため、当事者(主観面)の変更は認められないという困難さを抱えていたのに対し、ドイツ法では、*Obligatio* の解釈を抽象的なレベルにまで引き上げることはせず、単に客観面である①の意味で捉える方向が強かったとされる。

フェルスターは、②の意味も含んだ *Obligatio* という概念に関して、「ALR には *Obligatio* に対応する用語が欠けて」いることを指摘し、そこで「对人的権利義務と呼ばれるもの」が当てられたと説明する (S.320.)。その後、「*Obligation* という外来語は避けられ、最大限の適当な、近時使用されている用語である Schuldverhältnis が現れた」(S.320.) という。

第2 オーストリア民法草案及び同法典

オーストリアにおいては、18世紀中頃から、オーストリアにおける法の統一を目的として、「オーストリア王国の全ドイツ承継国のための一般民法典 (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie)」(以下「ABGB」と呼ぶ。)の策定がはじまる。ABGBの草案は主として、1766年のテレジア草案、1787年のホルテン草案、1796年のマルティーニ草案に分けることができる。そして、これらの草案を経て、1812年のABGBが施行されるに至る⁽⁷¹⁾。

1766年のテレジア草案 (Codex Theresianus von 1766)⁽⁷²⁾第3編では、〈対人

(71) オーストリアにおける民法典制定過程については、グシュニッツァー (Gschnitzer) の『オーストリア民法典の教科書 総論』(Franz Gschnitzer, Lehrbuch des österreichischen bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil des bürgerlichen rechts. 1966. (im folgenden, Gschnitzer)), 五十嵐清「オーストリア民法典の200年」札幌法学25巻2号(2014年)99-100頁、久保正幡先生還暦記念出版準備会『西洋法制史料選 III 近世・近代』(創文社, 1979年)238-240頁〔石部雅亮教授執筆部分〕を参照した。

的義務関係 (Von persönlichen Verbindungen) というタイトルを置き、同編第 1 章において対人的義務関係の総論について規定し、第 2 章以下はその各論について展開していくという構成が採られている。Verbindungen は「結び付き」や「関係」を表す言葉であるところ、「対人的義務関係」の定義については、第 1 章第 1 節の 3 条において、「対人的義務関係 (persönliche Verbindung) とは、人を給付行為等に巻きこませるところの、法鎖 (rechtliches Band) のことをいう」と規定されている。

もっとも、同章では *persönlichen Verbindungen* という用語を、法鎖という意味での「対人的義務関係」ではなく、個々の債務という意味での「対人的義務」という意味で使用している箇所もあり（例えば同章第 2 節のタイトルは〈対人的義務の能力 (Von Fähigkeit deren sich Verbindenden)〉となっているが、これを「対人的義務関係の能力」と捉えるのは適当とはいえない。）、このことから、*Obligatio* が多義的な意味を有しているのと同様、Verbindung という用語も多義的なものと捉えるべきであろう。

その後、1772 年にはホルテン (Johann Bernhard Herten) の下、立法委員会が組織され、テレジア草案のわずかな欠点を避け、余計な説明や繰り返しの表現を控え、ローマ法に依拠せず、可能な限り法典を簡素化すべく編纂作業が開始され、ホルテン草案⁽⁷³⁾が作られた⁽⁷⁴⁾。

テレジア草案と同様、ホルテン草案においても第 3 編第 1 章 1 条にて、「対人的義務関係 (persönlichen Verbindungen)」という概念が維持されている⁽⁷⁵⁾。同条では、「この法典により各当事者が直接的に結ばれるところの債

(72) Philipp HARRAS von HARRASOWSKY, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, Bd. III., 1884.

(73) Philipp HARRAS von HARRASOWSKY, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, Bd. IV, 1866. (im folgenden, HARRASOWSKY (Bd. IV))

(74) Gschnitzer, a. a. O., S. 9.

(75) ハラゾプスキー編纂の前掲書に付されている ABGB とホルテン草案の条文対照表によると、ABGB 859 条はホルテン草案第 3 編第 1 章 1 条および 2 条と

務 (Pflichten und Schuldigkeiten) ではなく、当事者が当該行為を協力するところの対人的義務関係 (persönlichen Verbindungen) が、目的物の今後の帰属内容を決する」と規定されている。ここでの persönlichen Verbindungen が債務という意味での「(対人的) 義務」を表しているのであれば、同条文中の「債務 (Pflichten und Schuldigkeiten)」と同内容のことを表すものとなってしまうため、この用語についてはテレジア草案同様、「法鎖」に似た性質の関係概念であると解することができよう。

その後、新たにマルティーニ (Karl Anton Martini) の下に委員会が組織され⁽⁷⁶⁾、1797年にマルティーニ草案⁽⁷⁷⁾が作成された⁽⁷⁸⁾。マルティーニ草案には、債務関係概念に関しての記述はあまりみられず、第3編第1章の2条に「対人的権利 (persönliches Recht)」という用語がみられるも、「ある者が取引における相手方との関係において対人的権利を取得した場合、……これについての適切な義務も存する」という同条の規定から、この用語は単に「債権」を意味し、「法鎖」や「二当事者間の法律関係」という性質の関係概念ではないといえよう⁽⁷⁹⁾。

マルティーニ草案後も、草案の改訂作業が進められ⁽⁸⁰⁾、そして、1811年6月1日にABGB⁽⁸¹⁾として公布され、1812年1月1日に施行された。

対応している (Harrasowsky (Bd. IV), a. a. O., S. 554.)。

(76) Gschnitzer, a. a. O., S. 9.

(77) Philipp Harras von Harrasowsky, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, Bd. V, 1866. (im folgenden, Harrasowsky (Bd. V))

(78) Gschnitzer, a. a. O., S. 9.

(79) ハラゾプスキー編纂の前掲書に付されている ABGB とマルティーニ草案の条文対照表によると、ABGB 859 条はマルティーニ草案第3編第1条ないし3条と対応している (Harrasowsky (Bd. V), a. a. O., S. 242.)。

(80) ツァイラー (Franz von Zeiller) が中心となる新たな委員会により、改訂作業がなされた。まず1801年から1806年の間にマルティーニ草案を改訂した新たな草案が作成され、その後、1808年及び1810年の2回に分けてその新たな草案は改訂された (Gschnitzer, a. a. O., S. 9.)。

(81) Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erblän-

ABGBでは、第2編第17章〈契約及び法律行為〉の859条にて、「ある者が他の者に対する給付義務を負う対人的財産権 (persönlichen Sachenrechte) は、直接法律に基づき、または法律行為に基づき、または損害を受けたことに基づき発生する」という規定を置く⁽⁸²⁾。

では、この「対人的財産権」とは、どのような性質の関係概念か。そもそも関係概念として把握すべきものではないのかもしれない。

エリンガー (Joseph Ellinger) の『オーストリア一般私法』(1851年)⁽⁸³⁾では、859条の「対人的財産権」は、「直接、財産自体にかかっているわけではなく、特定の者との関係 (Verhältniss) を通してのみ」生ずる「給付請求権」⁽⁸⁴⁾であると解している。「対人的財産権」は債務関係そのものではないものの、このような当事者の関係において同権利が発生するという考え方は注目に値する。

また、ハーゼンエール (Victor Hasenöhr) の『オーストリア債務法 第1巻』(1892年)⁽⁸⁵⁾では、Schuldverhältniss という「債務関係」を表す用語が用いられており、Obligation と債務関係との接続が試みられている。

すなわち、「Obligation」とは、2人もしくは複数人の間における法律関係 (Rechtsverhältniss) である。これは鎖 (Bandes) というイメージのもとで想像される。義務者は〔鎖によって〕巻きつけられ、その鎖の端を権利者がその手に持つのである。それゆえ、法律関係 (債務関係 Schuldverhältniss) は、拘束 (binden, *ligare*) をその語源とする、*obligatio* として表現されるのであ

der der Oesterreichischen Monarchie, 1811.

(82) 石部教授は、persönlichen Sachenrechte を、「対人的な物の権利」(石部・前掲注 (71) 231頁)、「対人権」(同書 240頁)と訳している。

(83) Joseph Ellinger, des österreichen allgemeinen Zivil Rechtes., 1851. (im folgenden, Ellinger)

(84) Ellinger, a. a. O., S. 387.

(85) Victor Hasenöhr, Das oesterreichische Obligationrecht, Bd. 1, 2. Aufl., 1892.

る。その後、Obligation によって、2人以上の者が存在する必要がある。債権者には給付を要求する権利があり、他方、債務者には給付を実現する義務がある。すなわち、*reus* という表現は双方に関係する」(S.4-6)。

ここでの Obligation に対しては、「法律関係（債務関係）は……*obligatio* として表現される」と述べていることから、「債務関係」という訳語をあてることができよう。以下は、上記引用の続きであるが、ここからはハーゼンエールの使う Obligation に対しては、「債務関係」の語をあてて訳す。

「債務関係は、債権者及び債務者という2つの異なった点から観察されるべきものである。債権者の側から考察すると、債務関係上の権利 (*obligatorische Recht*) が第一に持ち出され、それに対して債務者の側から見ると、次に債務関係上の義務 (*obligatorische Verpflichtung*) が持ち出される。それゆえに、債務関係はまず債権 (*Forderung*)、債権法 (*Forderungsrecht*) と呼ばれ、副次的に債務 (*Schuld*) と呼ばれる。そのため、債権及び債務はそれ自体に基礎づけられるのではなく、債務関係 (*obligatorischen Verhältnisse, Obligation*) 等から発生するものである」(S.7.)。

第3節 ヘッセン民法草案、バイエルン民法草案、ザクセン民法典

本節では、ラント法のうち、19世紀中頃のヘッセン民法草案、バイエルン民法草案、ザクセン民法典を検討する。

第1 ヘッセン民法草案

1853年に公表されたヘッセン草案⁽⁸⁶⁾の第4編1条には、「Verbindlichkeit (*obligatio*)とは、最低2人以上の特定の当事者間におい

(86) Werner Schubert (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch für das Großherzogthum Hessen: Entwürfe und Motive (1842-1853)*, Bd. 5., Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Grossherzogthum Hessen nebst Motiven, 4. Abteilung. Bd. 1. Gesetzesentwurf.

て、債務者が債権者に対して特定の給付を行わなければならないという法律関係 (Rechtsverhältniss) のことをいう」という規定が置かれている。

Verbindlichkeit をいかに解するかに関し、ヘッセン草案の理由書では、Verbindlichkeit に付記された Obligation (*obligatio*) の概念について、次のように説明する。「債務法 (Obligationenrechts) 全体を明確かつ正確に解釈するために、Obligation という概念を決することがまず求められる。そのため、本草案は冒頭において、その本質的に基礎づけられ、かつ古今の法律において受け入れられている Obligation の定義を置いている。これによれば、Obligation は特定の者の間に法的な結び付きを形成し、それによって、一方当事者が特定の給付を義務づけられている限り、当該一方当事者の意思は、相手方の力 (Macht) によって拘束されているように見えるのである。この力は債権 (Forderungsrecht) として、この拘束は債務 (Schuldverbindlichkeit) として表現され、権利とそれに対応する義務は異なる者の下でしか考えられないため、少なくとも 2 人の存在を前提とする」⁽⁸⁷⁾。

このように、ヘッセン草案は、二当事者間における両者の法的な結び付きという状態に対して、通時的に支持されていたともいえる古代ローマ法の「法鎖」やドイツ普通法学の「法律関係」を要素として添加する形で、Verbindlichkeit という債務法の中核概念を作り上げた。

では、Verbindlichkeit に対していかなる訳語をあてるべきか。上記で見た通り、この語が「法鎖」や「法律関係」という関係概念を表すものであることは肯定できるものの、本稿で検討するラント法における各関係概念の全体の中で見たときに、18 世紀後半の *Obligatio* (法鎖) と 19 世紀中頃の

(87) Werner Schubert (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch für das Großherzogthum Hessen: Entwürfe und Motive (1842-1853), Bd. 5., Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Grossherzogthum Hessen nebst Motiven, 4. Abteilung. Bd. 2. Motive. S. 16-17.

Schuldverhältnis（債務関係）の狭間に存するため、訳語を決めるのは難しく、これについては今後の研究課題としたい。もっとも、Verbindlichkeitの性質については、同条のとおり、「二当事者間の法律関係」と解されよう。

第2 バイエルン民法草案

バイエルンにおいては、1808年から民法典草案の策定が始まり、1808年、1811年、1861年と3回にわたって草案が作成されるも、結局は施行されることなくBGBの施行をむかえることとなる。

以下では3つの草案を比較検討していきたいが、1808年草案はナポレオン民法典との関係もあり分量が多いため別の機会に譲ることとし、本稿では1811年及び1861年草案のみを検討することとする。

1811年バイエルン民法草案⁽⁸⁸⁾第4編第1章では、〈对人的法律関係及び契約（Von persönlichen Rechtsverhältnissen und Verträgen überhaupt）〉と題し、1条にて、「对人的法律関係（Ein persönliches Rechtsverhältnis (*obligatio*)）とは、ある者が他の者に対して給付を行うことをいう。この給付は、与える、なす、又は不作為という、契約（Vertrag (*obligatio ex contractu*)), 不法行為（unerlaubten Handlung (*obligatio ex delicto*)), その他法的効力を有する事実（Thatsache, mit welcher die Gesetze diese Wirkung besonders verbunden haben (*obligatio ex lege*)) に基づいて発生する債務である」と規定する。

同条の内容から、この「对人的法律関係」という用語については、給付をするという債務そのものではなく、二当事者間で給付が行われることを意味するもので、また、古代ローマ法の*Obligatio*と同義のものとして捉えていることがわかる。このことからすると、「对人的法律関係」については、具体的な「債権」や「債務」というよりは、むしろ「法鎖」や「二当事者間の

(88) Walter Demel = Werner Schubert (Herg.), Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern von 1811: revidirter Codex Maximilianus Bavaricus civilis, 1986.

法律関係」と捉える方が自然であろう。

先の1811年バイエルン草案から半世紀後の1861年に再び民法典草案（以下「1861年バイエルン草案」と呼ぶ。）⁽⁸⁹⁾が作られた。

本稿でみてきたラント法の中で、Schuldverhältnis（債務関係）という用語を見ることができるのは本草案が初めてである。本草案第2部〈債務関係法〉の1条では、「債務関係（Schuldverhältniß（Forderung, Verbindlichkeit））とは、ある者（債権者）が他の者（債務者）から特定の給付を要求する権利がある、二当事者間の法律関係（Rechtsverhältnis）のことをいう」と、債務関係概念の性質を「二当事者間の法律関係」と捉える。

また、同草案では債務関係の構造についても丁寧に条文を置いている。すなわち、債務関係と契約（債務契約 Schuldverträge）との関係については、5条にて、「債務契約は、債務関係を原因として発生する」と規定しており、債務関係と個々の債権・債務との関係については、同部第2章〈債務関係の効力〉の82条1項にて、「債務者には、目的達成に応じた債務（Verbindlichkeit）の内容に応じて、相手方に対する給付を行う義務がある」と規定している。本草案の理由書では、「債務関係は法律関係であり、一方当事者は他方当事者に給付を正当に請求し、それに応じ他方当事者には給付義務が存するというものである。それゆえ、債務関係は、債権（Anspruch）及び債務（Verbindlichkeit）自体をいうのではなく、これの上に給付を関係づけるものである」と説明する⁽⁹⁰⁾。このことから、債務関係によって契約が発生し、また、個々の債権・債務は債務関係によって基礎づけられるという関係にあることがわかる。

(89) Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern, 1864. (im folgenden, Entwurf Bayern 1861)

(90) Entwurf Bayern 1861, a. a. O., S. 346.

第3 ザクセン民法典

ザクセン王国では、1852年、1860年の2つの草案を経て（前者を「1852年ザクセン草案」、後者を「1860年ザクセン草案」と呼ぶ。）、1865年にザクセン王国民法典（以下「ザクセン民法典」と呼ぶ。）が施行された。紙面の都合上、以下では、1860年ザクセン草案及びザクセン民法典のみを検討する。

1860年ザクセン草案⁽⁹¹⁾の第4編1章冒頭では、「Forderungenとは、ある者が、相手方によってなされる給付としての財産的価値を有するという法律関係のことをいう」（678条）という規定が置かれている。これまでみてきたラント法では、「債務関係」についてはSchuldverhältnissやVerbindlichkeitという用語が使われていたが、本草案では、通常、「債権」を表すForderungもしくはForderungen（Forderungの複数形）という用語が採用されている。

同条のForderungenについては、「Forderungenとは……法律関係のことをいう」と規定されていることからすると、「債権」と訳すべきではなく、関係概念としての意味合いを有するものとして、「債権関係」と訳すべきであろう。本草案の理由書においても、「この章では、Forderung (Obligation)の特徴だけでなく定義についても規定が置かれている。Forderungのここでの適当な意味は、法鎖（rechtliche Band）である」と解されているため、「債権関係」という訳語をあてるのが適していよう⁽⁹²⁾。

債権関係と個々の債権・債務との構造についてであるが、例えばヘッセン

(91) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen nebst allgemeinen Motiven und Inhaltsverzeichnis, 1860. (im folgenden, Entwurf Sachsen 1860)

(92) Entwurf Sachsen 1860, a. a. O., S. 738. なお先で見たと、コッホ『普通法及びプロイセン一般ラント法後の債権法 第1巻』（1836年）でも、「ローマ法のobligatio及び（ドイツ語の）Forderungとは、相手方の意思に支配されている特定の行為についての、特定の二当事者間における……関係のこと」である（Koch, a. a. O., S. 8.）と説明されている。

草案では「債務関係の直接的な対象は、給付のみである……」（同草案第4編2条1項）と、債務関係から給付（債務）が発生する構造を採っていたが、本草案707条は、「債権者は債務者に債務（Verbindlichkeit）の履行を求めることができる」と規定するのみであり、特に債権関係と個々の債権・債務との構造については触れていない。

そして、1860年ザクセン草案に対して若干の修正が加えられた後、ザクセン民法典⁽⁹³⁾として1863年に公布、1865年に施行された。

同民法典662条の「債権関係（Forderungen）」⁽⁹⁴⁾の概念については、1860年ザクセン草案と同じであり、条文の規定の仕方としては、「給付」と並列する形で、新たに「なす」、「不作為」を加えた点しか変化はみられない。同民法典の理由書をみると、同条の立法理由の冒頭でForderung（Obligation）という表現を用いており、また、明示的に、同条はドイツ普通法学の影響を受けたものであると説明されている⁽⁹⁵⁾。

第4節 ドレスデン草案

1859年、オーストリア帝国を盟主とするドイツ連邦（ドイツ同盟）各国の代表が集まる連邦議会において、連邦共通の民事の立法を作ることが提案され、1862年にドレスデンにおいて、債務関係法のための委員会が設置され、審議が開始された⁽⁹⁶⁾。草案作成にあたっては、バイエルン草案を基礎とし、

(93) Wengler, Brachmann (Hrsg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen nach den hierzu ergangenen Entscheidungen der Spruchbehörden, Bd. 1, 1878.

(94) 赤松教授は、第3編〈Das Recht der Forderungen〉を「債権法」と訳している（赤松・前掲注（31）302-303頁）。

(95) Eduard Siebenhaar, Commentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen und zu der damit in Verbindung stehenden Publicationsverordnung vom 2. Januar 1863, Bd. 2., 1865. S. 6-7.

(96) 大窪・前掲注（32）222頁。

ヘッセン草案及びザクセン民法典を参照するという方針が採られ、また、審議にあたっては、ALR、フランス民法典、ABGB 等も参照された⁽⁹⁷⁾。そして1866年に、「一般ドイツ債務関係法に関するドレスデン草案 (Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866)」(以下「ドレスデン草案」と呼ぶ。)⁽⁹⁸⁾が完成した。

草案自体は1864年版、65年版、66年版があり、債務関係の定義についても若干異なっている。64年版及び65年版⁽⁹⁹⁾の2条1項では、「債務関係 (Schuldverhältniß) の目的物である給付は、作為もしくは不作為のものとして生じる……」と、給付を中心に規定し、債務関係の定義は書かれていない。これに対し、66年版では、まず2条にて、「債務関係 (Schuldverhältniß) とは、最低二人以上の当事者間において、一方は債権者として給付を正当に請求するが、他方は債務者として給付することが義務づけられるという法律関係のことをいう」と債務関係についての定義規定を置き、3条にて「給付は作為若しくは不作為からなる；これらは可能なものでなければならず、かつ法律若しくは善良に反してはならない」と給付についての規定を置く形となっている。

64年版及び65年版と66年版の間に、委員会の状況や委員にどのような変化があったかは不明であるが、66年版の同条の規定を見る限り、1861年バイエルン草案の1条（「債務関係とは、ある者（債権者）が他の者（債務者）から特定の給付を要求する権利がある、二当事者間の法律関係のことをいう」とほとんど同一の内容となっていることからすると、1861年バイエルン民法草案1

(97) 大窪・前掲注 (32) 222-223 頁。

(98) Bernhard Francke (Hrsg.), Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, 1973.

(99) Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse, 1864. 同条項に関しては、64年版及び65年版ともに同一の文言となっている。

条と同様、ドレスデン草案の66年版2条の債務関係概念は、ドイツ普通法学及び古代ローマ法の影響を強く受けていると評することができよう⁽¹⁰⁰⁾。

第5節 分析

本章では、ローマ法にまで遡ることができる債務関係概念もしくはこれに類似する概念について、BGB制定前の各立法史料において、債務関係概念もしくはこれに似た関係概念があるか、また、このような関係概念をいかなる性質のものとして捉えているかについて検討してきた。

古代ローマ法では *Obligatio* (法鎖) により法的な拘束関係を表し、この用語はドイツ普通法学においても維持され、サヴィニー [1840年] では、*Obligatio* をドイツ語の *Obligation* (「債権」、「債務」、「債務関係」と訳す見解がある。) によって、一方が相手方を自己の支配下に服させるという「二当事者間の法律関係」を表し、また、プフタ [1863年] では、*Obligatio* を外来語のまま用いて、サヴィニーと同様、「法律関係」を表すも、その捉え方

(100) 本草案作成の準備委員会委員であり、ザクセン民法典の編纂者でもあるジーベンハール (Eduard Siebenhaar) から出された本草案の修正提案についてみてみたい。ジーベンハールは本草案の構成について、第1部を〈債務関係一般について〉とし、その中をⅠ〈概念〉、Ⅱ〈種類〉、Ⅲ〈当事者〉、Ⅳ〈客体〉と分類した上で、Ⅲ〈当事者〉については、A〈総則〉とB〈債権者又は債務者の複数(共同債務関係)〉という区分をすることを提案した(赤松・前掲注(31)299頁)。この共同債務関係については、本草案では第1章第2節で、債務関係の〈特別の種類〉の一つとして捉えられているが、ジーベンハールの提案では債務の主体である〈当事者〉としてみるべきと考えられていた(同300頁)。

ザクセン民法典の理由書には、債務関係それ自体を共同関係としては捉えていると述べている箇所はないものの、同民法典の編纂者であるジーベンハールが共同債務関係を債務の主体に分類することを考えていたことからすれば、本草案における、当事者の関係である債務関係概念の中に、共同関係という考え方も含まれていたと評することはできなくはないだろう。また、詳しくは別の機会で検討するが、1852年ザクセン民法草案では、債務関係に代えて、「共同関係 (Gemeinschaft)」という考え方が色濃く現れており、このことから共同関係という考え方が存することがうかがえよう。

は義務ではなく権利にウエイトが置かれていた。他方、ウンターホルツナー [1840年] では、Schuldverhältnisse (債務関係) という語句を中心として展開されるも、この語句がどのような性質のものかについてまでは述べられていない。このように、19世紀のドイツ普通法学における債務関係概念の性質としては、「法鎖」や「二当事者間の法律関係」というものが見られた。

18世紀後半のラント法に目を移すと、まず、ALR (1794年) の Persönliche Rechte und Verbindlichkeit (対人的権利義務) という概念があったが、これは人に対する「権利及び義務」のことであり (コッホ [1836年], フェルスター [1873年]), 「法鎖」や「二当事者間の法律関係」とは異なるものであった。ALRの対人的権利義務という文言の解釈に関するものではないが、ボルネマン [1842年] では、プロイセン私法には Obligatorischen Verhältnissen (義務関係) という概念があり、これを法鎖によって基礎づけられた二当事者間の関係であると説明されていた。

他方、ABGBの立法過程を辿ると、テレジア草案 (1766年) 及びホルテン草案 (1772年) では、persönlichen Verbindungen (対人的義務関係) という用語を置き、その性質を法鎖 (*Obligatio*) であると述べられていた。しかし、マルティーニ草案 (1797年) では、このような債務関係に似た概念は採用されず、代わりに persönliches Recht (対人的権利) という債権を意味する語句が用いられ、これに引き続き、ABGB (1812年) でも同様に、債権を意味する persönlichen Sachenrechte (対人的財産権) という語句が用いられた。ABGBの対人的財産権という文言の解釈に関するものではないが、ハーゼンエール [1892年] でも、オーストリア私法には Obligation (債務関係) という概念があり、これは二当事者間の関係のことであると説明されていた。

このように18世紀後半のラント法においては、「法鎖」という債務関係概念の性質がわずかに見られ、また「法鎖」を「二当事者間の関係」へと昇華させようとするボルネマンやハーゼンエールの著述も見られたが、「権利」

や「義務」という視点から債務法を捉える考え方が強かったといえる。

これに対し、19世紀中頃のラント法及びドレスデン草案では、ヘッセン草案(1853年)のVerbindlichkeit(本稿では適切な訳語をあてることができなかった。)、バイエルン草案(1811年)のEin persönliches Rechtsverhältnis(対人的法律関係)、同草案(1861年)のSchuldverhältnis(債務関係)、ザクセン草案(1860年)及び同民法典(1865年)のForderungen(債権関係)、ドレスデン草案(1866年)のSchuldverhältnis(債務関係)と、債務関係概念を表す用語は別々であるものの、いずれも「二当事者間における法律関係」という性質のものとして解することができる。

以上のBGB制定前の時期における関係概念の生成過程を簡潔に述べれば、「法鎖」というローマ法の*Obligatio*が立法史の中で見え隠れした後に、この概念が債権者及び債務者の「二当事者間の法律関係」を表すものとして有用なものであることがわかり、これをドイツ法の中に取り込み、Schuldverhältnis(債務関係)というドイツ語に置き換えてドイツ自前のものとしたという時期であろう。

第2章 BGB制定過程における債務関係概念の変遷

本章では、前章でみた各ラント法及び草案における債務関係概念が、BGB制定過程において、どのような連続性をもって現れ、そしてこの概念が制定過程の議論においてどのように醸成されていったかについて検討する。

以下では、第一草案段階(本章第1節)、第二草案段階(第2節)、修正第二草案からBGBの制定に至るまでの段階(第3節)に分けて検討していく。

第1節 第一草案段階

第1 準備委員会の発足と民法典の編纂方針

当初、プロイセンは主導的に民法典の編纂を行うことを試みたものの⁽¹⁰¹⁾、ザクセン、ヴェルテンベルク、バイエルンの三国からはプロイセン主導で進めていくことに対して反対の態度がとられた⁽¹⁰²⁾。そこで、各国の専門家代表からなる準備委員会（Vorkommission）を設置して民法典草案の作成を進めていくことが示され、1873年12月12日に、連邦参議院は民法典編纂委員会の設置を決議した⁽¹⁰³⁾。

1874年3月1日に、民法典編纂についての計画及び方法を策定するための準備委員会の委員が選ばれ⁽¹⁰⁴⁾、プロイセンからはシェリング（Scheling）、バーデンからはゴルトシュミット（Goldschmidt）、バイエルンからはノイマイヤー（Neumayr）、ヴェルテンベルクからはキューベル（Kübel）、ザクセンからはウェーバー（Weber）が選ばれた⁽¹⁰⁵⁾。

同年3月18日に最初の会議が開かれ、まず法典を編纂するにあたり、既に1794年に施行されていたALRを基礎に据えるべきか否かについて問題となり⁽¹⁰⁶⁾、特にキューベルによってプロイセン優位に進めることに対して異が唱えられた⁽¹⁰⁷⁾。同年4月15日、準備委員会は連邦政府委員会に対し

(101) 石部雅亮「ドイツ民法典編纂史概説」同編『ドイツ民法典の編纂と法学』（九州大学出版会、1999年）16頁。

(102) 石部・前掲注（101）16-17頁。

(103) 石部・前掲注（101）18-19頁。

(104) Dirk Olzen, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Einl zum Schuldrecht; § § 241-243, 2015, Einl zum Schuldrecht Rn. 123.

(105) 平田公夫「ドイツ民法典を創った人びと（1）」岡山大学教育学部研究集録56号（1981年）65頁。

(106) Heinrich Dernburg, Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preußens, 3. Aufl., 1906, S. 4.

(107) 平田・前掲注（105）66頁。

て ALR をドイツ民法典編纂の基礎とするのは適当でない旨の報告書を提出し、法典編纂にあたりドイツ普通法を基礎とすることを発議した⁽¹⁰⁸⁾。

草案を作成するにあたっては、民法総則、債務法、物権法、家族法、相続法の各部に分けて行うこととし、債務法についてはドレスデン草案の債務法部分の立案に携わっていたキューベルが担当した⁽¹⁰⁹⁾。

第2 キューベルによる部分草案

シューベルト (Werner Schubert) の『起草者提出資料集成・債務法編』⁽¹¹⁰⁾によると、キューベルの部分草案は 1881 年版のもの⁽¹¹¹⁾と 1882 年版のもの⁽¹¹²⁾とがある (以下、あわせて「本草案」と呼ぶ)。

1881 年版では、ドレスデン草案 2 条の債務関係の定義をほとんどそのまま受け継ぎ、第 1 章 1 条において、「債務関係とは、最低二人以上の当事者間において、一方は債権者として給付を正当に請求するができ、他方は債務者として給付することが義務づけられるという法律関係のことをいう」という規定を置いた⁽¹¹³⁾。その定義により、1881 年版ドレスデン草案は、債務関係概念の性質を「二当事者間の法律関係」として捉えたことがわかる。

他方、1882 年版では、「二当事者間の法律関係」という債務関係概念の性

(108) Dernburg, a. a. O., S. 4.

(109) Horst Heinrich Jakobs=Werner Schubert (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse. I, 1978, Einführung, Rn. 41. (im folgenden, Jakobs=Schubert) なお、キューベルは 1884 年 1 月に病死したため、債務法の各則ではドレスデン草案の規定が代用されたものの、総則については既に起草が終わっていたため、キューベルのものが用いられた (赤松・前掲注 (31) 308-309 頁)。

(110) Werner Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Recht der Schuldverhältnisse Teil 1, 1980. (im folgenden, Schubert)

(111) Schubert, a. a. O., S. 1127ff.

(112) Schubert, a. a. O., S. 1ff.

(113) Schubert, a. a. O., S. 1127.

質についての説明は省かれ、第1章1条にて、「債務関係によって、だれも債務者として相手方に対して給付（行為若しくは不作為）の義務を負わされ、相手方は債権者として当該給付を請求する権利がある、ということが要求される」という規定が置かれた⁽¹¹⁴⁾。

これら草案についてのキューベルが作成した理由書によれば、ローマ法における *Obligatio* は両当事者において債権と債務が生じるという法律関係の全体を表すために用いられており、そして、バイエルン草案やドレスデン草案等の最近の草案では *Obligatio* を *Schuldverhältnis* というドイツ語によって表しているため、本草案もこれに従った、と述べられている⁽¹¹⁵⁾。

したがって、本草案における債務関係概念は、バイエルン草案やドレスデン草案と同様、「二当事者間の法律関係」という性質のものといえる。

第3 第一委員会本会議での審議

1881年10月1日から、第一委員会本会議において、上記部分草案及び理由書をもとに審議が進められた。同委員の多くは実務家であったが、学者としてはロマニストのヴィントシャイト (Bernhard Windscheid) やゲルマニストのロート (Paul von Roth) 等が含まれていた⁽¹¹⁶⁾。同会議の議事録については、既に中山秀登教授により翻訳されているため⁽¹¹⁷⁾、以下では中山教授の先行研究をもとにみていきたい。

債務関係概念に関しては、まず1882年2月24日の第62回会議において討議された⁽¹¹⁸⁾。同会議では最初に、「債務関係」という用語について、「法律家らの用語法のなかで、債務関係 (Obligation) と呼ばれるのがつねである

(114) Schubert, a. a. O., S. 41. 中山・前掲注 (50) 12頁の訳も参照した。

(115) Schubert, a. a. O., S. 3. 赤松秀岳「民法399条の『歴史的意義』」法政研究 78巻2号338-339頁の訳も参照した。

(116) Dernburg, a. a. O., S. 6.

(117) 中山・前掲注 (50)。

(118) Jakobs=Schubert, a. a. O., S. 41ff.

法律関係の名称については、債務関係 (Schuldverhältnis) という表現は、民法典にかんしては、理由書のなかで述べられた諸理由から、基本的には是認されなければならない、民法典のなかで貫徹されなければならない⁽¹¹⁹⁾との決議がなされた。

この点に関し、ヴィントシャイトからは、次の動議が出された⁽¹²⁰⁾。1条は債務関係に関する概念を定義しようと試みているが、定義として規定する場合、債務関係には物権や親族に関するものは含まれないことまで説明しなければならないため、これでは規定として不十分である。また、1条の後半部分である「その相手方は債権者として給付を正当に請求することができることが必要とされる」という点については、他の第1部〈債務関係一般〉の中の規定にも現れているため、あえてここで規定する必要はない。しかし、債務関係に関する規定は、法典の序論としては役立ち、また、「給付」の意義を明確化する点でも有益ではある。そこで、1条では、債務関係の定義ではなく、債務関係の対象を規定し、その対象である「給付」には行為もしくは不作為しかないことを確認するために、「債務関係の対象は、債務者による作為もしくは不作為(給付)をいう」⁽¹²¹⁾という規定にするのはどうか。

このヴィントシャイトの動議は撤回されたものの、同会議でその内容が評価され、キューベルの部分草案の当該1条をヴィントシャイトの提案による1条に取り換える旨の決議がなされた⁽¹²²⁾。

1882年2月27日の第63回会議では、ある委員から、ヴィントシャイト提案による1条を、「債務関係の対象は、給付である。すなわち、給付は、

(119) Jakobs=Schubert, a. a. O., S. 40. (中山・前掲注 (50) 10 頁の訳文を引用した。)

(120) Jakobs=Schubert, a. a. O., S. 41-42. 中山・前掲注 (50) 12 頁の翻訳も参照した。

(121) Jakobs=Schubert, a. a. O., S. 42.

(122) Jakobs=Schubert, a. a. O., S. 42.

行為または不作為でありうる」、または、「債務関係は、債務者に、債権者にたいして義務づける給付を対象としている。給付は、行為または不作為でありうる」とすべきことが提案されたが、これについては否決された⁽¹²³⁾。

第4 編集委員会での原案作成

その後、編集委員会は、討議内容をもとにして、草案の原案について決議をとりまとめ、編集委員会決議暫定集成（「第一草案原案」とも称される。）⁽¹²⁴⁾という形で整理した⁽¹²⁵⁾。債務関係に関する規定については、暫定集成の債務関係の1条（ZustOR §1）において、ヴィントシャイト提案による1条の規定がそのまま維持された⁽¹²⁶⁾。

そして、編集委員会は、暫定集成をもとに編集委員会草案を確定させた⁽¹²⁷⁾。債務関係に関する規定については、同草案205条（KE §205）において暫定集成の債務関係の1条と同一の規定が維持された⁽¹²⁸⁾。

第5 第一草案および理由書

編集委員会草案は、第一委員会の審議によって修正され、そして第一草案（以下「本草案」という。）として確定する⁽¹²⁹⁾。債務関係についての規定は、本草案206条（EI §206）にて、編集委員会草案205条と同一の規定が置かれた⁽¹³⁰⁾。

本草案の理由書では、「債務関係」という用語について、次のように説明

(123) Jakobs=Schubert, a. a. O., S. 43. (中山・前掲注 (50) 15 頁の訳文を引用した。)

(124) Zust: Zusammenstellung des sachlich beschlossenen Bestimmungen nach den Beschlüssen des Redaktionsausschusses der 1. Kommission

(125) 石部雅亮「ドイツ民法典編纂資料一覧」同編『ドイツ民法典の編纂と法学』（九州大学出版会，1999年）viii-ix頁。

(126) Jakobs=Schubert, a. a. O., S. 43.

(127) 石部・前掲注 (125) ix 頁。

(128) Jakobs=Schubert, a. a. O., S. 43.

(129) 石部・前掲注 (125) ix 頁。

(130) Jakobs=Schubert, a. a. O., S. 43.

されている。本「草案は、ローマ法にしたがって、法律家らによって債務関係 (Obligation) と呼ばれるのをつねとする法律関係の名称として、『債務関係』 (Schuldverhältnis) という表現を用いる。以上のことによって、外来語を避けて、バイエルン草案とドレスデン草案の先例にならって、債権債務にかんする、すべての関係、債権、そして、対応する債務を、できるかぎりカバーする名称が選択されている」⁽¹³¹⁾。

しかし、本「草案は、債務関係の概念の規定を控える」⁽¹³²⁾と、債務関係の概念を説明することについて立法者は消極的な姿勢を採っている。その上で、債務関係の概念について規定したものとして、ALR 第1部第2章122条・123条、ABGB 307条・859条、ザクセン民法典662条・664条、ヘッセン草案1条ないし4条、1861年バイエルン草案1条、ドレスデン草案2条、フランス民法典1101条をあげている。

債務関係の概念を規定しないことの理由としては、次のように述べている。「債務関係の概念の規定を設けることは、法律の問題ではなく、それどころか、依然として、学説に委ねられている。債務関係の概念と本質にかんして、学説のなかで存続している争いより先に、法律上の見解の表明をつうじて決定することは、きわめて危険だろう。必要があるかぎり、草案の見解は、草案の諸規定から明らかになるのでなければならない。債務関係についての目的と意義にかんする論争問題にたいして、草案は、とくに態度を決めない」⁽¹³³⁾。

(131) Benno Mugdan (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd.2, 1899, S.3.. (im folgenden, Mugdan. 中山・前掲注 (50) 15頁の訳文を引用した。)

(132) Mugdan, a. a. O., S.5. (Motive 3.f.) (中山・前掲注 (50) 17頁の訳文を引用した。)

(133) Mugdan, a. a. O., S.5. (Motive 3.f.) (中山・前掲注 (50) 17頁の訳文を引用した。)

第2節 第二草案段階

第1 第二委員会に向けた準備

1890年1月5日からは、帝国司法庁内に準備委員会が設置され、第二委員会の審議に先立ち、第一草案の審議が行われた⁽¹³⁴⁾。同会において、債務関係（第一草案206条）に関し、ヤクベツキー（Jacubezky）から、「債務関係に基づき、債権者は債務者に対して給付を請求する権利を有する」と規定することについて提案された⁽¹³⁵⁾。

1891年9月1日の第38回会議⁽¹³⁶⁾では、まず、「第2編 債務関係の法」というタイトルが認められ、第一草案206条の審議に移った。給付を「債務関係の対象」と呼ぶことにつき、「個々の諸規定の冗漫な言い回しと、通常の語法にはなじみのない言い回しを強いるし、それ以外に、何が債務関係の対象と見なされなければならないか、という問題は、学説に委ねられたままでなければならない」から、単に、「債権者は、債務関係によって、一つの給付を請求する権利をもつ」と表現すれば足りるとする立場が採られた⁽¹³⁷⁾。また、「給付は、個々の場合に、不作為であってもよい、ということとは、疑いを避けるために、草案とともに、とくに強調しなければならない」ことも確認された⁽¹³⁸⁾。

そして、準備委員会による決議をとりまとめた草案⁽¹³⁹⁾では、第一草案

(134) 石部・前掲注(101)40頁, 42-43頁。

(135) Jakobs=Schubert, a. a. O., S. 43. この提案は、準備委員会提案 (Anträge der Kommissionsmitglieder) と呼ばれるものである。

(136) 会議の内容については、準備委員会会議議事録 (Prot-RJA: Protokolle der Vorkommission des Reichs-Justizamts) として公表されている。

(137) Jakobs=Schubert, a. a. O., S. 44. (中山・前掲注(50)22頁の訳文を引用した。)

(138) Jakobs=Schubert, a. a. O., S. 44. (中山・前掲注(50)22頁の訳文を引用した。)

(139) 準備委員会決議草案 (EI-RJA: BGB-Entwurf in der Paragraphenzählung des EI nach den Beschlüssen der Vorkommission des Reichs-Justizamts)

206 条を、「債務関係に基づき債権者は債務者に対して給付を請求する権利を有する。給付は作為又は不作為をいう」とすることが記された⁽¹⁴⁰⁾。

第2 第二委員会本会議における審議

その後、1891 年 4 月 1 日からは、第一草案を修正するために第二委員会での審議が開始された⁽¹⁴¹⁾。

第一草案 206 条については、「債務関係の対象は、財産の利益の給付（行為または不作為）だけでありうる」とする動議や、同条一文を維持した上で、1 文を「給付は、行為、忍容、または不作為でありうる」という文言に修正し、2 項として「財産の価値のない給付は、その給付を強制することが取引の慣習と相いれないときは、債務関係の対象となりえない」を加えるという動議、また、そもそも同条は実務上の意義をもたない等の理由から削除すべきであるという動議が出されたが、いずれも否決された⁽¹⁴²⁾。

第3 第二草案

第二委員会本会議における審議を踏まえて、第二委員会は、編集委員会での編集作業、編集会議での編集作業と、二段階に分けて編集を進めていく。

まずは、編集委員会によって、第二委員会での決議がまとめられ、暫定原案⁽¹⁴³⁾として公表された。暫定原案の中では、債務関係については、「債権者が、債務関係によって、債務者に請求する権利をもつ給付は、行為でも、不作為でもよい」と記されている⁽¹⁴⁴⁾。

次に、第二委員会内に設置された編集会議において、第二草案の編集が執

と呼ばれている。

(140) Jakobs=Schubert, a. a. O., S. 44.

(141) 石部・前掲注 (125) x 頁。

(142) Jakobs=Schubert, a. a. O., S. 44. (中山・前掲注 (50) 23 頁の訳文を引用した。)

(143) EI-VorlZust: Vorläufige Zusammenstellung der Beschlüsse der Kommission

(144) Jakobs=Schubert, a. a. O., S. 45. (中山・前掲注 (50) 23 頁の訳文を引用した。)

り行われた⁽¹⁴⁵⁾。ここでの決議は、編集会議決議暫定集成⁽¹⁴⁶⁾という形でまとめられている。それによると、債務関係については、「債務関係によって、債権者は、債務者に給付を請求する権利をもつ。給付は、行為または不作為でありうる」と記されている⁽¹⁴⁷⁾。その後、編集会議により、第二草案（以下「本草案」という。）が示された。

債務関係概念については、第一草案 206 条では「債務関係の対象は……」という規定のされ方であったが、準備委員会会議において、通常の語法になじまないことを理由に、「債務関係によって……」と、キューベル草案 1882 年版第 1 章 1 条と同様の規定のされ方が提案された。そして、本草案はこれを採用し、205 条（E II § 205）にて、「債務関係によって、債権者は、債務者に給付を請求する権利をもつ。給付は、行為または不作為でありうる」という規定を置いた。同条に関しては、ストリユクマンから、同条及び 206 条を結合させ、「給付—行為または不作為（einer Handlung oder einer Unterlassung）一の義務を負う者は、その者の義務である債務を、取引の安全を顧慮して、信義誠実が必要とするように、履行しなければならない」とすることが提案された⁽¹⁴⁸⁾。

第 3 節 修正第二草案から BGB 制定に至るまで

1895 年秋には、上記第二草案に修正を加えた修正第二草案が確定する⁽¹⁴⁹⁾。債務関係に関しては、修正第二草案 235 条において、「債務関係に

(145) 石部・前掲注（125）x 頁。

(146) EI-ZustRedKom: Zusammenstellung der Beschlüsse der Redaktions-Kommission

(147) Jakobs=Schubert, a. a. O., S. 45.（中山・前掲注（50）23 頁の訳文を引用した。）

(148) Jakobs=Schubert, a. a. O., S. 45.（中山・前掲注（50）23-24 頁の訳文を引用した。）

(149) 石部・前掲注（125）xi 頁。

よって、債権者は債務者に対して給付を請求する権利を有する。給付は不作為でもよい」と規定された⁽¹⁵⁰⁾。

その後、連邦参議院司法委員会は、帝国議会に修正第二草案をもとにした第三草案を提出した⁽¹⁵¹⁾。債務関係に関する第三草案は 235 条に規定され、その内容は修正第二草案 235 条と同一であり⁽¹⁵²⁾、また、第三草案提出時に付された草案の趣旨を説明する帝国司法庁覚書には債務関係概念について言及する箇所はみられない⁽¹⁵³⁾。

そして、1896 年 2 月より帝国議会内で討議が行われ、その結果、BGB は 1896 年 7 月 1 日に帝国議会で可決され、連邦参議院での可決、皇帝による裁可を経て、同年 8 月 24 日に公布、1900 年 1 月 1 日に施行されるに至る⁽¹⁵⁴⁾。

1900 年当時の BGB では、債務関係概念に関しては、現在と同じく 241 条に規定されていたものの、若干異なる箇所がある。すなわち、同条では、「債務関係によって、債権者は債務者の給付を請求する権利を有する。給付は、不作為の形態でも成立することができる」と規定されているが、その後、2002 年 1 月に債務関係法は改正され⁽¹⁵⁵⁾、同条の見出しとして「債務関係から生じる義務 (Pflichten aus dem Schuldverhältnis)」という文言が付され、さらに、241 条の 2 項として、「債務関係は、その内容により、相手方当事者の権利、法益及び利益を顧慮することを、各当事者に義務付けることができる」という条文が追加された。

(150) Jakobs=Schubert, a. a. O., S. 45.

(151) 石部・前掲注 (125) xi 頁。

(152) Jakobs=Schubert, a. a. O., S. 45.

(153) Jakobs=Schubert, a. a. O., S. 45.

(154) 石部・前掲注 (125) xii 頁。

(155) BGBl. 2001 Teil I Nr. 61/2001 vom 29. 11. 2001, S. 3138ff.

第4節 分析

本章では、BGB 制定過程における各草案の債務関係概念の内容や、これら各草案の債務関係概念が前章でみた各諸法典等における債務関係概念とどのような連続性があるかをみるために、1881年版及び1882年版キューベル草案、第一草案、第二草案、修正第二草案、第三草案、そしてBGBについて検討してきた。

その中で、債務関係概念の性質については、次の2つのものがみられた。一つは、ドレスデン草案2条のように、債務関係概念を「二当事者間の法律関係」と捉える見解であり、1881年版キューベル草案第1章1条にて、このような債務関係概念の捉え方が受け継がれた。

もう一つは、債務関係概念の性質につき、「債権と債務という効果を発生させるもの」、もしくは「債権と債務の総和」と捉える見解である（1882年版キューベル草案第1章1条、第二草案205条、BGB241条）。

何が債務関係の対象となるかという問題は学説に委ねられたままでなければならぬところ、前者のように、給付を債務関係の対象として捉えると、法が債務関係の対象を確定させてしまうことになってしまうため、「債務関係とは」という表現をやめ、後者のように「債務関係によって」という表現が支持されるに至ったといわれている（1891年9月1日の第二委員会第38回会議）。しかし、結局、BGB241条後文において、債務関係の対象について規定されるに至っている。

以上のとおり、BGB 制定過程においては、債務関係概念の性質については、「二当事者間の法律関係」という捉え方から、「債権と債務の総和」と捉える見方に移り変わっていったことが明らかとなった。

第3章 BGB 施行後における債務関係概念の深化

本章では、BGB 施行後の学説において、債務関係概念がどのような理論

的深化を遂げたかについて瞥見する。

BGB 制定以前においては、債務関係という用語法の統一や債務関係概念の性質についての捉え方等が問題となっていたが、本章にて検討する BGB 施行後においては、BGB における債務関係概念の性質をどのように捉えるかという問題に発展していくこととなる。BGB 施行後における債務関係概念についての各学説を検討する研究は既になされているため、本稿ではこれらの先行研究を踏まえて、どのように債務関係概念の性質が理論的に深化していったかという点に絞ってみたい。また、いわゆる契約引受論や契約締結上の過失論等における一部の学説によって、債務関係概念の性質に関する議論も展開されており、本稿ではこれらのテーマ自体には立ち入ることができないものの、先行研究をもとに、債務関係概念の性質について論じられている箇所絞って検討してみたい。

具体的には、まず、契約引受論・契約締結上の過失論・保護義務論において債務関係概念の性質が論じられている学説を検討し、ゲルマニストといわれるギールケ及びミッタイスの債務関係概念の性質に対する考え方をみた上で、債務関係概念の新たな展開として、債務関係に関する近時の論文にあたる。

第1節 諸論点に現れた債務関係概念

第1 契約引受論の中に現れた債務関係概念

契約引受（契約譲渡、契約上の地位の譲渡）とは、個々の債権や債務の譲渡（債権譲渡や債務引受）とは異なり、債権及び債務を併せたもの、もしくは契約の当事者としての地位自体を第三者に移転させることをいい、BGB 施行後から債務関係概念の性質と関連させて議論されてきたテーマの一つであ

る。ここでは、ドイツにおける契約引受論についての先行研究⁽¹⁵⁶⁾をもとに、債務関係概念の性質を論じる学説を中心に見てみたい。

先にみたとおり、サヴィニーは、法律関係について、「有機的性質 (organische Natur)」を有するものであると捉え、このような性質は、法律関係の構成部分が相互に関連している点や、法律関係の発生と消滅の場面でみられるものであると説明した⁽¹⁵⁷⁾。

そして、ジーバー (Heinrich Siber) は、「債務関係における法的強制」という論文 (1903年)⁽¹⁵⁸⁾及びコンメンタール⁽¹⁵⁹⁾において、サヴィニーの有機的性質という考えに影響を受けて、債務関係を広義と狭義に分けて捉え⁽¹⁶⁰⁾、広義の債務関係については、債務関係を「有機体」と定義した⁽¹⁶¹⁾。そして、「債務関係から生じる他の債務が消滅した後においても、債権は債務関係それ自体のために存続しているという場合がある。……それゆえ、広義の債務関係と狭義の債務関係とが存するということになる。複数の請求権

(156) 大窪誠「ドイツにおける契約引受論」法学 55 卷 3 号 (1991 年) 142 頁以下、神田博司「契約譲渡論 (一)」法学新報 68 卷 6 号 (1961 年) 34 頁以下、齊藤充弘「契約上の地位の譲渡に関する一考察」帝京法学 17 卷 2 号 (1990 年) 169 頁以下、椿寿夫「後注 [債務引受・契約引受]」西村信雄編『注釈民法 (11) 債権 2 多数当事者の債権・債権の譲渡』(有斐閣, 1965 年) 426 頁以下等がある。

(157) Savigny (1840), a. a. O., S. 7-8. (小橋・前掲注 (45) 36-37 頁の訳文を引用した。)

(158) Heinrich Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, 1903. (im folgenden, Siber-Abhandlung)

(159) Planck-Siber, Kommentar zum Bürgerlichen rechts, Bd. 2, 1. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl., 1917. (im folgenden, Siber-Kommentar)

(160) このような見解を採るものとして, Friedrich Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen rechts. Bd. 1., 3. Aufl., 1903, S. 574., Heinrich Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem recht des Deutschen reichs und Preußens, 3. Aufl., 1905, S. 1., Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 3., Schuldrecht, 1917, S. 52. 等がある。

(161) Siber-Kommentar, a. a. O., Vorbem. I 1a (S. 3.)

が含まれ、そこには全く基礎づけられていないものも含まれている場合が、広義の債務関係である。他方、各複数の請求権は債務関係それ自体である場合が、狭義の債務関係である」⁽¹⁶²⁾と述べる。

しかし、「不必要に個々の請求権を債務関係と呼ぶことは、当該単語が、個々の請求権と有機体のどちらと解するかについて検討することを強いてしまい」、多くの誤解や不正確さを引き起こしてしまうことになるため、広義と狭義の区別は客観的なものである必要があるという⁽¹⁶³⁾。

そこで、ジーバーは、広義の債務関係については、次のように定義して、客観的に、狭義の債務関係との区別を試みる。すなわち、広義の「債務関係は、個々の対人的債権ではなく、一方又は双方当事者の債務法上の個別的請求権、および解除や解雇等の形成権を発生させることができる法律関係であり、その一つもしくは複数の個別的請求権もしくはそれ以外の権利の淵源は、個別的権利の発生に適した有機体 (Organismus) である」⁽¹⁶⁴⁾と解する。

このような、債務関係を、個々の請求権である狭義の債務関係 (i. e. S.; im engeren Sinne) と、個々の請求権や形成権等を発生させる法律関係という有機体である広義の債務関係 (i. w. S.; in den weiteren Sinne) に分ける考え方は、その後、広く支持される⁽¹⁶⁵⁾。そして、かかる債務関係の2つの意味は、1920年代から議論が活発化する契約引受論に影響を与えることとなる。

BGBには契約引受について明示的な規定を置いていないため、これを認めるにあたり、どのような法的構成をすべきかが問題となった。ジーバーは、「債務法における契約自由」という論文(1921年)において、BGBには債権譲渡や債務引受の規定はあるものの、債務関係には債権や債務以外にも

(162) Siber-Abhandlung, a. a. O., S. 92.

(163) Siber-Kommentar, a. a. O., Vorbem. I 1a (S. 3.)

(164) Siber-Kommentar, a. a. O., Vorbem. I 1a (S. 3.)

(165) Ludwig Enneccerus = Heinrich Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse Ein Lehrbuch, 1954, S. 1-2.

形成権 (Gestaltungsrecht) や法的状況 (gewisse rechtliche Situationen) が含まれており、債務関係を有機体として捉えれば、これらの権利等も含めた債務関係自体の移転、すなわち契約引受 (Vertragsübernahme) も認めることができる⁽¹⁶⁶⁾。このような、債務関係には、債権や債務だけでなく、これら以外の要素も含まれることから、これらを一体として捉え、債務関係自体が移転するという考え方は、一体説 (Einheitstheorie) と呼ばれる⁽¹⁶⁷⁾。

これに対し、デメリウス (Heinrich Demelius) は、「契約引受」という論文 (1922年) において、BGB 241条を債務関係の定義と解した場合、債務関係は債権と債務以外のものを含むものではないことから、債務関係は債権と債務の総体であるということになり、「債権譲渡・債務引受の結合によって、一身専属的なものでなければ、いずれの契約関係をも第三者に移転することができる」と考える⁽¹⁶⁸⁾。債務関係自体が移転すると捉えるのではなく、債権と債務が移転すると捉えることで事足りると考えるため、デメリウスの見解は分解説 (Zerlegungstheorie) と呼ばれる⁽¹⁶⁹⁾。

その後は、一体説を支持する見解が多くみられるようになり、広義の債務関係については、様々な名称で捉えられるようになる。例えば、クレス (Hugo Krefß) は、『債務法総論の教科書』(1929年) において、広義の債務関係を「法的関係の総体 (die Gesamtheit der rechtlichen Beziehungen)」であると捉え⁽¹⁷⁰⁾、かかる広義の債務関係と、個々の債権である狭義の債務関係と

(166) Heinrich Siber, Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, JhJb. 34, 1921, S. 223ff. (大窪・前掲注 (156) 148頁の訳文を参照した。)

(167) 斎藤・前掲注 (156) 192頁, 大窪・前掲注 (156) 147頁。なお, 神田・前掲注 (156) 34頁では「統一説」と訳されている。

(168) Heinrich Demelius, Vertragsübernahme, JhJb. Bd. 36., 1922, S. 252f. (大窪・前掲注 (156) 148-149頁の訳文を引用した。他に, 神田・前掲注 (156) 34-35頁, 斎藤・前掲注 (156) 193頁を参照した。)

(169) 神田・前掲注 (156) 34頁, 斎藤・前掲注 (156) 192頁, 大窪・前掲注 (156) 147頁。

(170) Hugo Krefß, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, 1929, S. 25f. (斎

の関係については、「債権は源泉 (Quelle) としての債務関係に依存している。債務関係に基礎づけられてはじめて債権は生じる。債権は債務関係の解除によって債務関係の消滅とともに終了する。……それに対して、債権が消滅ないし変更しても、債務関係は全くそのまま留まる」と述べている⁽¹⁷¹⁾。

ラーレンツ (Karl Larenz) は、『債務法教科書 第1巻総則 [初版]』(1953年)において、債務関係概念を、売買関係、賃貸借関係、雇用関係等の「総体的法律関係 (das gesamte Rechtsverhältnis)」と捉え、総体的法律関係から、請求権及び給付義務である「個別的給付関係 (die Einzelleistungsbeziehung)」とを明確に区別する⁽¹⁷²⁾。そして、総体的法律関係としての債務関係には、一連の給付義務、作為義務 (Verhaltenspflichten)、形成権、その他の法的状況 (Rechtsslagen) が含まれると解した上で、かかる総体的法律関係という債務関係は、「総体 (Inbegriff) であり、感覚的に知覚し得る外界である事実や事の経過ではなく、法的効果 (Rechtsfolgen) の全体である」、「法的効果に由る総体 (Inbegriff von Rechtsfolgen)」であると述べる (S.16.)。他方、個別的給付関係である給付義務や請求権は、「債務関係の本質的要素」であるという (S.16.)。

ラーレンツは、総体的法律関係という債務関係について、「債務関係に含まれた個々の義務は履行されて消滅し、また、個々の形成権は行使されて消滅し、もしくは一定の期間内に行使されなかったことにより消滅する。……

藤・前掲注 (156) 198 頁の訳文を引用した。北川・前掲注 (9) 91 頁では、「法的諸関係の総体」と訳されている。

(171) Kreß, a. a. O., S. 27f. (斎藤・前掲注 (156) 216 頁脚注 40 の訳文を引用した。)

(172) Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1., Allgemeiner Teil, 1. Aufl., 1953, S. 15f. なお、ラーレンツの債務関係概念の理論構造については、森田修教授によって研究が進められている (森田修『契約規範の法学的構造』(商事法務, 2016 年) 225 頁以下)。

債務関係の内容を変更することができる。債務関係の当事者さえも変更することができる。このような様々な要素の意味のある結合が変更することは、まさに『組織 (Gefügt)』というべきである」と述べる (S.16.)。さらには、債務関係は「意味のある結合であるとともに、当該総体の組織は、最終的には一定の方向へと向かう」、すなわち「目的に向かう」といい、「そのため、債務関係は一定の期間の経過の“過程 (Prozeß)” とみることができる。それは、初めから、特定の目的を達成し、当該目的を完全に達成することによって終了するものであると作られているものである。当該総体としての債務関係は、目的が完全に達成されたときに終了する」とも述べる (S.17.)。

このようにラーレンツは、債務関係を、個別的給付関係を取り除いた総体的法律関係として把握し、そこには「組織」や「過程」としての性質が内在していると評価している。

第2 契約締結上の過失論の中に現れた債務関係概念

次に、いわゆる契約締結上の過失論において、債務関係概念の解釈を展開する学説についてみていく。契約締結上の過失論は、契約締結時もしくは締結前の交渉段階の行為や契約が無効となる場合の責任をどのように基礎づけるかが問題となっており、イエーリング (Rudolf von Jhering) によって構築された理論であるとされるが⁽¹⁷³⁾、その後、同理論が適用される事例範囲は広がり、それとともに学説や判例も多様に発展していった。本稿では、同理論の全部を検討することはできないものの、同理論の中において、債務関係概念の解釈を展開する主要な学説に絞って検討する。

(173) 田沼柁「契約締結上の過失における債務関係の基礎づけについて」比較法雑誌 20 卷 2 号 (1986 年) 56 頁, 59-60 頁, 柿本啓「契約締結上の過失論序説—契約責任との関係」駒澤大学法学部研究紀要 24 卷 (1966 年) 88 頁。
Rudolf von Jhering, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, *Jahrbücher für die Dogmatik des heitigen römischen und deutschen Rechts*, Bd. 4, 1861, S. 1 ff.

ハインリッヒ・シュトル (Heinrich Stoll) は、「契約交渉段階における行為についての責任」という論文 (1923 年) の中で、契約成立時よりも前の契約交渉の開始時に、当事者間において「債務的有機体 (der schuldrechtliche Organismus)」が成立し、この債務的有機体から契約締結前においては注意義務が発生し、当該注意義務は契約の成立とともに契約義務に変化し、そして契約解除の段階では返還義務もしくは注意義務へと変化するが、債務的有機体自体は常に同一であると考え⁽¹⁷⁴⁾。このように、契約成立時よりも前の契約交渉段階において既に債務的有機体という債務関係が成立して注意義務が発生すると考えるため、契約締結前の交渉段階の行為についても責任を追究することができることになる。そして、債務的有機体は、契約締結・履行・解除の段階ごとにその内容を変えながらも、常に同一のものとして存続するという点で、シュトルの見解は新しさがみられる。

債務関係の内容を変更すると考えるシュトルの説に対し、ヘルホルツ (Felix Herholz) は、「不変的枠関係としての債務関係」という論文 (1929 年) において、債務関係を、給付義務を目的とする給付関係 (または契約関係) と、これとは別個独立の枠関係 (Rahmenbeziehung) の二種類に分けて捉え、枠関係は、契約締結という事実によって発生し、契約の成立により給付関係が発生した後も、また、履行により給付関係が消滅した後も、返還義務や損害賠償義務等が消滅するまでは存続すると考える⁽¹⁷⁵⁾。

(174) Heinrich Stoll, Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht, 1923, S. 532. (松坂佐一「信頼関係としての債務関係」同『債権者取消権の研究』(有斐閣, 1962 年) 286 頁の訳文を参照した。)

他に、ヴォルフ (Ernst Wolf) も同様の立場を採っている (Ernst Wolf, Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden. AcO. Bd. 153. 1954. S. 113 ff. 北川・前掲注 (9) 92 頁を参照した。)

(175) Felix Herholz, Das schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung, AcP. Bd. 130., 1929, S. 276ff. (松坂・前掲注 (174) 287 頁, 北村実「ドイツにおける債務関係の構造と付随義務に関する理論展開の一側面」天理大学

シュトルの見解では、債務的有機体は契約締結・履行・解除の段階ごとにその内容を変えるものであるが、ヘルホルツの枠関係はその内容を段階ごとに分けず、かつ変更せずに存続するという違いがある。

第3 保護義務論の中に現れた債務関係概念

いわゆる保護義務論においても、債務関係概念の解釈を展開する学説がみられる。

シュトルは、債務関係の発生によって、当事者間に特別結合すなわち信頼関係 (Vertrauensverhältnis) が生じ、また、相手方当事者の権利や財産に対して影響が生じることとなるため、一方当事者は相手方を侵害から保護する義務を負うこととなると述べ⁽¹⁷⁶⁾、かかる保護義務の淵源である債務関係を「信頼関係としての債務関係 (Schuldverhältnis als Vertrauensverhältnis)」という⁽¹⁷⁷⁾。先にみた、契約締結上の過失論におけるシュトルの見解と重ねてみると、契約交渉の開始時に、信頼関係を根拠とする債務関係 (信頼関係としての債務関係ないし債務的有機体) が発生して、ここから注意義務や保護義務が生じ、契約成立時や契約終了の解除時には、これらの義務は契約義務や返還義務等に変化するも、債務関係自体は常に同一のものとして存続し、そして返還義務等が消滅した時に債務関係も消滅する、ということになる。

このような信頼ないし信頼関係という考え方は、その後、広く支持されるようになる。バラーステット (Kurt Ballerstedt) は、契約締結前において、一方当事者が「信頼を惹起するに足る行態 (信頼の要求)」をし、他方当事者が「この行態への信頼の付与」をするという「信頼の要求と付与」を特殊な

学報100号(1975年)64頁を参照した。)

(176) Heinrich Stoll, Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverhandlungen, AcP. Bd.136., 1932, S.287-288. (田沼・前掲注(173)61頁, 北村・前掲注(175)63頁の訳文を参照した。)

(177) Heinrich Stoll, Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1936, S.26. (松坂・前掲注(174)189頁の訳文を参照した。)

法律行為と捉え、債務関係は当事者の意思や法律規定の他、信頼によっても根拠づけられると考える⁽¹⁷⁸⁾。カナリス (Claus-Wilhelm Canaris) も同様に、信頼関係という考え方を採っており、当事者が取引的関わり合いを持った段階で、各当事者において相手方の法益を侵害する可能性が生ずるため、契約関係についての信頼関係が生まれ、これに基づいて保護義務が生じると考える⁽¹⁷⁹⁾。

第4 ゲルマニステンによる債務関係概念の理解

ギールケ (Otto von Gierke) は、『ドイツ私法 第3巻 債務法』(1917年)⁽¹⁸⁰⁾の中で、「債務関係とは、経済的価値を有する給付に向けられた、二当事者間の法律関係である。……債務関係とは、一つの債権及びこれに対応する一つの債務である単独関係だけでなく、複数の債権及び債務 (債権及び債務が相互に複数である場合を含む。) を一つにまとめた総体関係 (Gesamtverhältnis) をもいう」と述べる⁽¹⁸¹⁾。このように、債務関係を「総体 (Gesamtheit)」としてみる考え方は、先にみたクレスやラーレンツの体系書でもみられるが、そのいずれもギールケの後に刊行されたものであることからすると、ギールケの総体という考え方は先駆的であったといえよう。

ミッタイス (Heinrich Mitteis) は、『ドイツ私法』(1950年)⁽¹⁸²⁾において、

(178) Kurt Ballerstedt, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP. Bd. 151., 1950/51, S. 501ff. (田沼・前掲注 (173) 62頁, 田沼 榎「契約交渉当事者間に、いかなる債権関係が成立するのか (その二)」朝日法学論集 15号 (1996年) 140頁の訳文を参照した。)

(179) Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 442ff. (今西康人「ドイツにおける契約締結上の過失責任理論の展開 (二)」六甲台論集 28巻3号 (1981年) 82-83頁の訳文を参照した。)

(180) Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 3, 1917.

(181) Gierke, a. a. O., § 175 (S. 52)

(182) Heinrich Mitteis, Deutsches Privatrecht ein Studienbuch, 1950. 本文の翻訳にあたっては、ハインリッヒ・ミッタイス (世良晃志郎・広中俊雄訳) 『ドイツ私法概説』(創文社, 1961年) の訳文を参照した。

債務関係を共同体という観点から分析している。「中世ドイツ法では、すでに共同体思想 (Gemeinschaftsdenken) の傾向がみられ、債務法にも影響を与えている。当事者は、債務共同体 (Schuldgemeinschaft) を形成し、彼らは契約協同者 (Vertragspartner) であり、契約対立者 (Vertragsgegner) ではない。……いずれの債務関係も共同体の利益 (Gemeinschaftsinteresse) を有しており、これは信義誠実 (BGB 242 条) が守られているかどうかという問題においても考慮されるべきである」⁽¹⁸³⁾。その理由として、「共同体関係には誠実要素がはじめから備わっており、各当事者は相手方の利益を守らなければならない、相手方を侵害し、もしくは搾取をしてはならない」⁽¹⁸⁴⁾ことを挙げている。すなわち、誠実要素が本来的に備わっている債務共同体という債務関係もしくは共同体関係においては、共同体の利益を維持もしくは達成することが求められ、そのためには相手方を侵害や搾取してはならないという信義誠実を守らなければならないのである。

このような債務法の思想は、「債務関係を、一つの統一体 (Einheit)、一つの有機体 (Organismus) としてみられ、その中においては、全ての部分が相互に関係している。すなわち、かかる有機体によって、はじめて個々の給付義務 (利息、違約罰等) が当事者に生ずる。共同体関係には、誠実義務によってこれらの個々の給付義務まとめるという機能がある。この考え方は、中世の法における全体思想 (ganzheitliches Denken) に合致している。ローマ人は、むしろ個々の給付に目を向けていた」⁽¹⁸⁵⁾とされる。

(183) Mitteis, a. a. O., S. 104. (世良・前掲注 (182) 238-239 頁の訳文を参照した。)

(184) Mitteis, a. a. O., S. 105. (世良・前掲注 (182) 40 頁の訳文を参照した。)

(185) Mitteis, a. a. O., S. 106. (世良・前掲注 (182) 242 頁の訳文を参照した。)

第2節 債務法現代化以降における債務関係概念

第1 債務法現代化

ドイツでは、2002年1月1日に「債務法を現代化するための法律」(Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts)⁽¹⁸⁶⁾が施行され、BGB第2編〈債務関係法〉を中心とした大規模な改正が行われた(以下「債務法現代化」と呼ぶ)。債務法現代化によって、新241条2項、新311条、新280条1項において、他の諸規定とは別に、新たに「債務関係」という用語をみることができるようになった。

旧241条は、上記でみてきたとおり、「債務関係によって、債権者は債務者の給付を請求する権利を有する。給付は、不作為の形態でも成立することができる」という規定であったが、債務法現代化によって、当該規定は新241条1項と位置づけられ、新たに同条2項として、「債務関係は、その内容により、各当事者に相手方の権利、法益及び利益に対する配慮を義務づけることができる」⁽¹⁸⁷⁾という規定が加えられた。

また、債務関係に関する規定としては、他に、法律行為及び法律行為類似の債務関係について規定した新311条と、義務違反に基づく損害賠償について規定した新280条1項がある。

まず、新311条は全3項からなり、同条1項は、旧305条の規定内容とほとんど変わらず、「法律行為による債務関係の発生及び債務関係の内容の変更は、この法律に別段の定めがない限り、当事者間の契約を要する」と規定されている。新311条2項及び3項は新設規定であり、それぞれ、「第241条第2項の義務を伴う債務関係は、次の各号のいずれかによっても発生する。①契約交渉の開始、②当事者の一方が、不時の法律行為上の関係の発生

(186) BGBl. 2001 Teil I Nr. 61/2001 vom 29. 11. 2001, S. 3138ff.

(187) 新241条2項の訳文は、岡孝編『契約法における現代化の課題』(法政大学出版局、2002年)189頁によるものである。

を考慮して、相手方に、自己の権利、法益及び利益に影響を及ぼす可能性を与え又はそれを委ねる契約交渉の準備、③これと類似する取引上の接触」(同条2項)、「第241条第2項の義務を伴う債務関係は、契約当事者以外の第三者に発生することもある。この債務関係は、特に当該第三者が自らへの特別の信頼を引き起こし、これによって契約の交渉又は契約の締結に重大な影響を及ぼしたときに発生する」(同条3項)となっている⁽¹⁸⁸⁾。

次に、義務違反に関する新280条に移る。旧280条1項では、「給付が、債務者の帰責事由によって不可能となった限り、その債務者は債権者に対して不履行によって生じた損害を賠償すべきものとする」と、「給付」を中心とした構成となっていた。これに対し、新280条1項では、「債務者が債務関係から生じる義務に違反した場合には、債権者は、これにより生じた損害の賠償を請求することができる。これは、義務違反につき債務者に帰責事由がない場合には適用しない」⁽¹⁸⁹⁾と、「給付」ではなく、「債務関係から生じる義務」を中心とした構成に変更された。

これらの新たな規範群からは、次の2点を指摘することができる。1つ目は、債務法現代化により、債務関係概念が従前のものよりも広がった点である。旧法下では、債務関係によって生じるものは給付請求権のみであったが、新法下では、相手方の権利等への配慮義務(新241条2項)も債務関係の内容に含まれることとなった。それだけでなく、かかる配慮義務は契約締結前においても生ずることが認められた点で(新311条2項及び3項)、債務関係概念の時間的な広がりもみることができる。2つ目は、損害賠償という効果を導く原因として、旧法下では「給付」義務違反をあげていたが、新法下では「債務関係から生じる義務」の違反をあげることにより(新280条1

(188) 新311条2項および3項の訳文は、岡・前掲注(187)201頁によるものである。

(189) 新280条1項の訳文は、岡・前掲注(187)190頁によるものである。

項)、債務関係概念に損害賠償という効果を付与させた点を指摘することができる。

第2 債務関係概念に関する近時の論文

債務関係概念は、上記でみてきたとおり、契約引受論や契約締結上の過失論等において同概念に種々の意味を付加させる解釈が展開され、その後、保護義務論においては、債務関係と給付義務・保護義務との構造的な把握に関して様々な見解が現れた。しかし、債務関係概念はこれらの議論の中でしかみられないものではなく、今日においては、債務関係概念から示唆を得て、新たな理論を展開させる論文もみられる。

例えば、レミエン (Oliver Remien) は、「ヨーロッパ私法における債務関係への第三者の加入」(2010年)という論文において、第三者のための契約や保証、代理人の地位、当事者の交替(債権譲渡、債務引受、契約引受)を債務関係の観点から捉えようと試みている⁽¹⁹⁰⁾。同論文でレミエンは、「債務関係への第三者の加入についての問題は、債務関係概念を前提とするものであり」、「第三者の加入は、債務関係のテーマと相関的である」と述べつつも、ヨーロッパ契約法原則(Lando-Principles)や共通参照枠(DCFR)によって、契約を中心とした見方が強まっていることも踏まえて、「債務関係という概念は抽象的であり、比較法的にみれば決して当然の概念というわけではない」と述べている(S.98.)。その上で、ヨーロッパ契約法原則及びBGBに現れた上記第三者が関係する法律関係について、債務関係に第三者が加入するという特徴がみられると、債務関係の観点から把握することを試みている。

ブッヒャー (Eugen Bucher) は、「BGBにおける『債務関係』という用語

(190) Oliver Remien, *Drittbeteiligung am Schuldverhältnis im Europäischen Privatrecht*, Jan Dirk Harke (Hrsg.), *Drittbeteiligung am Schuldverhältnis-Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts*, 2010, S. 97ff.

の3つの概念」(2005年)という論文において、そのタイトルのとおり、ドイツ法の歴史的な分析を踏まえて、債務関係には3つの概念があると主張する。

「古典期ローマにおける債務法は、訴権を実現させるためのものであり、本来的には義務について考慮して」おらず、そのため、「完全な訴権を発生させるための前提」として、当事者は *Obligatio* という法鎖によって拘束され、かかる請求権を実現するために行動をしなければならないという考え方をした⁽¹⁹¹⁾。これが債務関係の1つ目の概念(狭義の債務関係)である。

その後、19世紀に至り、バイエルン草案において、*Obligatio* に代わる新造語として *Schuldverhältnis* (債務関係) という用語が用いられた (S.109.)。しかし、同草案では債務関係概念が拡大され、BGB でもそのような拡大された捉え方が引き継がれた。この拡大された捉え方のことを、ブッヒャーは債務関係の2つ目の概念(広義の債務関係)と捉える。すなわち、1つ目の、狭義の債務関係は、債務自体ではないものの、訴権を実現させるための法鎖という意味であり、2つ目の、広義の債務関係は、かかる法鎖だけでなく、債権や債務を発生させるための法的根拠であるという (S.115.)。

このように狭義及び広義の債務関係には命令規範性 (Befehlsnorm) がみられないのに対し、2002年の債務法現代化では、新241条2項、新311条、新280条1項が加わったことにより、債務関係の3つ目の概念である命令規範性がみられるようになったと指摘する (S.125ff.)。すなわち、新311条2項は、契約交渉の開始により、241条2項の義務が生じると規定し、また、これの違反によって280条1項の制裁が生じることとなる。

(191) Eugen Bucher, "Schuldverhältnis" des BGB: ein Terminus-drei Begriffe, Norm und Wirkung-Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, 2005, S.100-101.

第3節 分析

本章のBGB施行後の債務関係概念では、諸論点において、様々な債務関係概念についての見解をみてきた。ここではそれぞれの見解を整理してみた。

まず、デメリウスは、BGB 241 条を債務関係の定義規定と解し、債務関係は債権と債務以外のものを含むものではないことから、債務関係は債権と債務の総体であると捉えた（以下「債権と債務の総和と捉える見解」という。）。

ジーバーは、債務関係は、個別的請求権や形成権の淵源であり、有機体であると説いた。これに類するものとしては、債務関係は、一連の給付義務、作為義務、形成権、その他の法的状況が含まれる総体であると捉えたラーレンツの見解がある（これらの見解を、以下では、「有機体・総体と捉える見解」という。）。

契約締結上の過失論では、債務関係という枠組みの中で附随義務をどのように位置づけるかが問題となり、シュトルは給付義務（契約義務）の変化形態として、ヘルホルツは給付関係（契約関係）とは別個の枠関係として附随義務を位置づけた（これらを以下では、「附随義務を包含するものと捉える見解」という。）。

保護義務論では、債務関係の発生によって、当事者間に特別結合である信頼関係が生じ、一方当事者は相手方を侵害から保護する義務を負うこととなるという見解が、同じくシュトルによって主張された（以下「信頼関係と捉える見解」という。）。

また、ゲルマニストであるミッタイスは、契約当事者を対立関係ではなく、契約協同者として債務共同体を形成すると捉え、債務関係は共同体の利益を達成するために機能すると説く（以下「共同体（協同体）と捉える見解」という。）。

このように様々な債務関係概念が現れる中、2002年の債務法現代化によ

り、新たに311条2項及び3項、241条2項の規定が加わった。これにより、債務関係概念に命令規範性が付与され、もはや単なる整理概念ではなくなったといえ、一層、債務関係概念についての検討が求められるようになったといえよう。

第4章 小括

本稿第1部では、BGBの各草案やラント法等のBGB制定前の立法史料において債務関係概念もしくはこれに似た関係概念があるか、また、このような関係概念をいかなる性質のものとして捉えているかにつき分析を加えることによって、BGBが債務関係という考え方を採るに至った背景を明らかにすることを主たる目的として検討してきた。

第1章では、BGB制定に影響を与えた各ラント法等を中心に債務関係概念の生成過程について検討した。債務関係概念もしくはこれに似た関係概念の性質については、古代ローマ法では「法鎖」と捉えられ、この捉え方はABGBの初期の草案でも維持されたが、ALR及びABGBではこの捉え方は排斥されてしまった。その後、普通法学者らによって「法鎖」が着目されるようになり、また他方で、人的要素の強い「法鎖」という考え方から、単に「二当事者間の法律関係」という捉え方がされるようになった。

第2章では、BGBの各種草案や立法理由書等に現れた債務関係概念を辿り、そこから債務関係概念の性質や捉え方がどのように変遷していったかについて検討した。その中で、債務関係概念の性質については、当初は、19世紀後半の諸ラント法と同様、「二当事者間の法律関係」と捉える考え方がみられたもの（ドレスデン草案、1881年版キューベル草案）、その後は、「債権と債務という効果を発生させるもの」、もしくは「債権と債務の総和」と捉える考え方が支配的となった（1882年版キューベル草案、第二・第三草案、BGB）。

このように、BGB 制定前のラント法と BGB の間には、債務関係概念の性質について若干の変容がみられるものの、債務関係という視角からみるという点では連続性を有するものであるといえる。

第 3 章では、BGB 施行後に、BGB が想定していなかった個別的な論点等に現れた債務関係概念を瞥見する中で、債務関係概念の性質につき、「債権と債務の総和」や「有機体・総体」、「附随義務を包含するもの」、「信頼関係」、「共同体（協同体）」と捉える諸見解を検討した。

本稿第 2 部での日本民法学における債権関係概念を検討する中で、これら債務関係概念の性質についての諸見解は一つの分析軸として役立つかもしれない、その点でドイツ法から示唆を得られる可能性もあろう。また、2002 年の債務法現代化により債務関係概念に命令規範性が付与され、もはや単なる整理概念ではなくなったという点についても第 2 部以降で再度検討したい。

※本研究は JSPS 科研費 JP19K13553 の助成を受けたものである。