

# 法学上の発見と民法(1)

小 野 秀 誠\*

- I はじめに
  - 1 本稿の目的
  - 2 全体的な動向
- II 重要概念の形成
  - 1 キップ (Theodor Kipp, 1862.3.7-1931.7.24) と二重効
  - 2 ゼッケル (Emil Seckel, 1864.1.10-1924.4.26) と形成権
    - 2a ゼッケル
    - 2b レーヴィ (Ernst Levy, 1881.12.23-1968.9.14) とローマ法学
    - 2c クンケル (Wolfgang Kunkel, 1902.11.20-1981.5.8)
    - 2d コシャカー (Paul Koschaker, 1879.4.19-1951.6.1)
    - 2e L・ミッタイス (Ludwig Mitteis, 1859.3.17-1921.12.26)
  - 3 新たな給付障害の体系—F・モムゼン、シュタウプ、ラーベル
    - 3a シュタウプ (Samuel Hermann Staub, 1856.3.21-1904.9.2) と積極的契約侵害論
    - 3b F・モムゼン (Friedrich Mommsen, 1818.1.3-1892.2.1) とパンデクテン体系の不能論 (以上、本号)
  - 4 イェーリング (Rudolf von Jhering, 1818.8.22-1892.9.17) と概念法学批判、契約締結上の過失理論 (culpa in contrahendo)
    - 4a 概念法学批判、契約締結上の過失理論 (culpa in contrahendo)
    - 4b ヘック (Philipp Heck, 1858.7.22-1943.6.28) と利益法学
  - 5 エルトマン (Paul Oertmann, 1865.7.3-1938.5.22) と行為基礎論
    - 5a ヴイントシャイト (Bernhard Joseph Hubert Windscheid, 1817.6.26-1892.10.26)
    - 5b エルトマン
    - 5c ケーゲル (Gerhard Kegel, 1912.6.26-2006.2.16)
  - 6 補遺 ライプツヒ大学の変貌とキール学派
    - 6a ハウプト (Haupt, 1904.9.11-1946.7.14) と事実的契約関係論
    - 6b ミハエリス (Karl Michaelis, 1900.12.21-2001.8.14)
    - 6c ジーバー (Heinrich Bethmann Siber, 1870.4.10-1951.6.23)
- III 各分野の法学者
- IV 民法上の著名なテキストと業績
- V むすび

## I はじめに

### 1 本稿の目的

民法は、ローマ法以来の伝統を有し、その中の概念や構成には、古い時代に遡るものが多い。しかし、近代法の展開の段階で、法律学上の新概念が生じたり、古い概念の転換が生じたこともある。とくにパンデクテンの時代以後のものは、比較的新しい変革であり、特定の法学者の功績と結びついている。たとえば、サヴィニーにおける表示の錯誤と動機の錯誤の区別、物権行為の独自性や無因性、ラーバントによる代理と委任の区別、イェーリングによる契約締結上の過失(c.i.c., culpa in contrahendo)、キップの二重効の理論、エルトマンの行為基礎論、シュタウプの積極的契約侵害などである。近時では、ウィルブルクやケメラールの不当利得類型論などもある。

筆者は、このうち、かつて個別に、二重効、形成権、積極的契約侵害論、行為基礎論などを検討したことがある。本稿は、これをいわば裏側から、提唱者個人のひとと業績の観点から、統一的に再検討しようとするものである。近時のものはまだ評価が定まっていないことから、パンデクテン法学の後期とドイツ民法典の制定前後の時期を中心とすることとした。

こうした新たな概念の発見や工夫は、より古い時代にもあったはずであるが、中世は、古きよき法の時代であり、すぐれたものは、すべて伝統の中にあるとされ、それらは新観念の創造とはされずに、必要に応じてたかだか「再発見」されたにすぎない。そこで、中世の法書は、慣習のたんなる記述としての形式をとっている。伝統と離れた人の所為は忌むべきものとされ、神意を冒瀆するものとみなされたのである。創造の位置づけは近代とは異なる。

これに対し、近代は、人の時代であり、創造が尊ばれるようになった。法の世界でも、神の意思に代わるべき国家の意思・議会による立法が積極的に行われ、法は、しだいに理念から技術になり下がったのである。とりわけ19世紀は、自然科学では発見と発明の時代であり、進化論をまつまでもなく、その社会科学への応用はいちじるしい。法学、とくに民法上の概念にも、特定の法学者と結合した概念が現れた<sup>1)</sup>。

なお、時代や領域によって、対象者の評価は必ずしも完全には行われていない。

民法以外には、あまり立ち入っていない。欧米の法学者は、多彩な専門をもつことが多く、すべての領域に立ち入ることはできないからである。また、引用した業績も必ずしも網羅的なものではない。人によっては、膨大なリストを作る必要があり、いささか冗長となるからである。

民法上の概念にも、社会契約説や国家法人説、形成・関係論のように、その他の領域や社会学的な意味をもったものも少なくない。しかし、本稿は、他の領域にはあまり立ち入っていない。ナチスの関係論については、簡単に、II 6でふれるにとどめる。

## 2 全体的な動向

(1) 周知のごとく、19世紀の初頭には、ドイツの来るべき統一民法典をめぐって、サヴィニー (Friedrich Karl von Savigny, 1779.2.21-1861.10.25) とティボー (Anton Friedrich Justus Thibaut, 1772.1.4-1840.3.28) の民法典論争があり<sup>2)</sup>、自然法学と歴史法学の対立は、19世紀前半の主要なテーマでもあった。さらに民法の基礎となる法源をめぐり、19世紀のドイツの私法学者は、ロマニステンとゲルマニステンの区別によって特徴づけられた。そして、1900年のドイツ民法典は、両者の微妙なバランスの上に立脚したものである。

これに対し、20世紀のドイツの法学者は、まったく別の基準により、3種類に分類することができる。第1は、ラーベル (Ernst Rabel, 1874.1.28-1955.9.27) などの国外亡命派であり、第2は、いわゆるキール学派に属する一派であり、思想的には対極をなす。第3は、その他の者である。この区別のために、19世紀的なロマニステンとゲルマニステンの対立は、まったく別のものに置き換えられた。この時期に形成された個別の概念にも、後代に影響を与えたものがあつた。

- 
- 1) 法学上の概念について、その「発見」を述べた例は種々あるが、そのうち、Dölle, *Juristische Entdeckungen*, 1958, B, 1 ff. (Festvortrag, Verhandlungen des 42. DJT, 1957) は、ややまとめて、形成権や二重効など、いくつかの法概念の事例に言及している。なお、vgl. Der 42. Deutsche Juristentag, JZ 1957, 725.
  - 2) いわゆる民法典論争であり、これについての文献は限りがない。いちいち立ち入らないが、古くは、たとえば、穂積陳重・法窓夜話 (1915年、1980年復刻) 344頁参照。また、ロマニステンとゲルマニステンについては、加藤新平・法思想史 (1953年) 94頁以下参照。

1930年代の法のまねな貢献の例である。

(2) 1900年に民法典が発効した後、早くに、19世紀のパンデクテン法学、それに立脚する民法典のほころびが現れた。最大のものは、給付障害の体系、とくに不能論の修正である。これについては、本稿のシュタウプのほか、ラーベルの功績が大きい<sup>3)</sup>。

また、第一次世界大戦時からは、行為基礎の喪失が主張された。第一次世界大戦(1914-1919年)後の、ハイパーインフレ、すなわち貨幣価値の下落に対処するものである。エルトマン(Paul Oertmann, 1865-1938)は、1914年の論文「法秩序と取引慣行」において、当事者が予想もしなかったインフレのような事情の変更を契約の解釈において考慮することを試みた<sup>4)</sup>。そして、1921年の論文「行為基礎論」において、事情の変更を理由として、当事者間で利益の相当な調整を

---

3) 拙著「不完全履行と積極的契約侵害」司法の現代化と民法(2004年)176頁参照。ラーベルについては、本稿では立ち入らない。拙稿「比較法(国際的統一法)の系譜と民法—ラーベルとケメラー」民事法情報282号22頁参照。「Werner Flumeとドイツ民法学の発展」国際商事法務37巻11号1511頁。

4) Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, S.201. なお、法制史上の著名人の詳細については、以下を参照されたい。Vgl. Stinzing und Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, I, 1880 (bis zur ersten Hälfte des 17. Jh.); II, 1880 (2.Hälfte des 17. Jh.), III-1, 1898 (Das Zeitalter des Naturrechts: Ende 17. bis Anfang 19. Jh.), III-2, 1910 (19. Jh. bis etwa 1870), III-3, 1910 (Noten). 簡単には、Kleinheyer und Schröder, Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 1996, S.504 (Rabel). 1900年までの古い人名については、Allgemeine Deutsche Biographie (ADB; Die Historische Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften unter der Redaktion von Rochus Freiherr von Liliencron). その後の人名については、Neue Deutsche Biographie (NDB, ただし、現在 Bd.1 (1953) - Bd.24 (2010), Sの項目までである。時代により書き方にはそうとうの変化があり、書き手による相違もかなり大きく、具体的記述よりも賛辞や形容詞ばかりのNachrufのようなものもある)。また、ごく新しい者について、Who's who im deutschen Recht, 2003, S.178 (Flume, ただし、これは生存者のみしか記載しないから、死者については他の文献を参照する必要がある)。

テキストでは、Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1967 (2.Aufl.) が詳しく、種々の辞典もある (Biographisches Wörterbuch der deutschen Geschichte; GD, Die großen Deutschen, Deutsche Biographie, 956/57, 2.Aufl.; HDSW, Handwörterbuch der Sozialwissenschaften; HRG, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte) など。モノグラフィーでは、Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, hrsg. v. H.Heinrichs, 1993; H. Sinzheimer, Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft, 1953 (2.Aufl.); Klaus-Peter Schroeder, Eine Universität für Juristen und von Juristen, Die Heidelberger Juristische Fakultät im 19. und 20. Jh., 2010. が比較的まとまっている。

する新たな制度が必要であるとしたのである<sup>5)</sup>。ライヒ大審院は、1922年2月3日に、この理論を採用した<sup>6)</sup>。そして、行為基礎の喪失の概念は、以後、判例と学説によって認められ、2002年の債務法現代化法によって、民法313条に採用されたのである。19世紀のパンデクテン法学が、契約の不安定性への危惧から否定したヴィントシャイト (Bernhard Joseph Hubert Windscheid, 1817.6.26-1892.10.26) の前提論の再生である<sup>7)</sup>。

(3) 個別の修正に加えて、民法の体系的な修正も生じた。1933年に、ナチスが政権を掌握すると、ローマ法的基礎を有するものとして民法典に対する全面的な攻撃が加えられた。政治的な論争に言及する必要はないが、民法典のもつローマ法・講壇学的な性格には、前時代からの批判もあり (たとえば、ギールケ = Otto von Gierke, 1841.1.11-1921.10.10)、批判はそれを受け継ぎ、利用するものでもあった。こうして、ローマ法とゲルマン法を統合した新たな体系が試みられた。それを全面的に押し出したのが、いわゆるキール学派であった<sup>8)</sup>。著名な私法学者には、キール大学の法学部に関係する若手の法学者、ラーレンツ (Karl Larenz, 1903.4.23-1993.1.24)、ヴィアッカー (Franz Wieacker, 1908.8.5-1994.2.17)、ジーベルト (Wolfgang Siebert, 1905.4.11-1959.11.25) などがおり、ナチスの政治的要求に迎合し、あるいは逆にこれを利用する形で、理論の構築を図ったのである。

5) Oertmann, Die Geschäftsgrundlage - Ein neuer Rechtsbegriff, S.124ff. なお、行為基礎論一般については、五十嵐清・契約と事情変更 (1969年) 72頁以下、拙稿「不能・行為基礎の喪失と反対給付」反対給付論の展開 (1996年) 155頁参照。

6) これは、紡績工場の売買契約で貨幣価値の下落を考慮する Vigognespinnerei 判決である (RGZ 103, 328, 332)。

7) Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1859では、契約関係には、条件でもたんなる動機でもない前提、すなわち意思の制限 (Willensbeschränkung) があり、ある事情の存続や発生前提のもとにある当事者は、その期待が満たされない場合には、意思表示に拘束されないとするのである。こうしたヴィントシャイトの理論は、1900年の民法典には採用されなかった。しかし、前提論は、ヴィントシャイトの女婿である Oertmann の行為基礎論の重要な先駆となっているのである。

8) キール学派については、クレッシェル「ナチズム下におけるドイツ法学」ゲルマン法の虚像と実像 (1989年・石川武訳) 339頁以下、359頁。五十嵐清「ファシズムと法学者」比較民法学の諸問題 (1976年) 1頁。拙著・契約における自由と拘束 (2008年) 104頁、注45参照。なお、キール学派については、とくに、ヴィアッカーとラーレンツを検討したことがある (「キール学派と民法」一橋法学9巻2号参照)。

その反面で、ナチスの弾圧をうけた法学者の一団は、亡命を余儀なくされた。ラーベルやM・ヴォルフ、プリングスハイムなどである。

第3の法学者の一団は、そのいずれにも属さないものである。第二次世界大戦中は、おもに沈黙を余儀なくされた。ケメラーは、この一団に属している(Ⅲ参照)。大著「民法総則」で名高いフルーメ(Werner Flume, 1908.9.12-2009.1.28)<sup>9)</sup>や、後述のウィルブルクも、同様である。

(4) 本稿Ⅱのおもな対象である19世紀の後半以降は、現代ローマ法学が、古典ローマ法学の研究と分離する時期となっている。この時期にドイツ法を特徴づける新概念が現れたことは偶然ではない。ドイツ民法学の体系を形成するプロセスだったからである。

## Ⅱ 重要概念の形成

### 1 キップ(Theodor Kipp, 1862.3.7-1931.7.24)と二重効

(1) キップは、1862年に、バイエルン王国のエランゲンで生まれた。法社会学で著名なエールリッヒ(Eugen Ehrlich, 1862.9.14-1922.5.2)と同年の生まれである。エランゲン大学で学び、学位を取得した。ボン大学を経て、ベルリン大学で教授となり、1914年から15年には、学長にもなった。講座の前任者は、バンデクテン・テキストで著名なデルンブルク(Heinrich Dernburg, 1829.3.3-1907.11.23)であった。枢密顧問官(Geheimer Justizrat)ともなった。

1929年から1931年には、ベルリン法曹協会(Juristische Gesellschaft zu Berlin)の会長となった。この協会は、かつてキルヒマン(Julius Hermann von Kirchmann, 1802.11.5-1884.10.20)が、1847年に、著名な「法律学の学問としての無価値性」(Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft)の講演をしたことで知られている。1909年から1920年まで、ギールケが会長であり、また、キップの後任は、Ernst Heymann(1870.4.6-1946.5.2)であった(1931-

---

9) Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Teil 1. Die Personengesellschaft, 1977; Bd. 1, Teil 2, Die juristische Person, 1983; Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992.

Flumeについては、前掲(前注3)論文「Werner Flumeとドイツ民法学の発展」1511頁参照。ケメラーとウィルブルクについては、後述する(Ⅲ)。

1933)。キップは、1931年に亡くなった<sup>10)</sup>。

キップは、2つの業績から著名である<sup>11)</sup>。第1は、著名なテキストの改訂者としてであり、まずヴィントシャイトの著名なパンデクテン・テキストの改訂者となった(ヴィントシャイトは、1874年からライプツヒ大学教授であった。詳細は、後述5a参照)。これは、1900年のドイツ民法典の基礎を作ったともいわれる名著である。Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., 1906年が最終版である。

また、キップは、Enneccerus (1843.4.1-1928.6.1)の民法テキスト(Lehrbuch des bürgerlichen Rechts)をも改定しており、これは、さらに、他の者により継続され、中でもM・ヴォルフによって継続された物権法は、今日でも、Enneccerus-Kipp-Wolffとして知られている。

第2は、二重効の発見者としてである。

(2) キップの最大の功績は、二重効の発見である<sup>12)</sup>。これによれば、無効な法律行為は、たとえば、詐欺を理由としてさらに取消することができる。このキップの二重効の構成には、取消権者が、取消によって自分に有利な地位を占めることができるところにある。そこで、暴利によって無効な消費貸借も、詐欺者に対する損害賠償請求権を取得するために詐欺を理由として取消することができるのである。ベルリン大学の後継者であるM・ヴォルフ(Martin Wolff, 1872-1953)による1932年のキップ追悼講演も、これをとりあげている<sup>13)</sup>。

10) Vgl. Schmelz, Die Lehre von den Doppelwirkungen im Recht, JA 2006, 21f. キルヒマンについては、拙稿「キルヒマン (Julius Hermann von Kirchmann, 1802.11.5-1884.10.20) と法学の学問としての無価値性」民事法情報284号27頁参照。キップについてはいくつかの記述はあるが、内容は重複しており、意外にまとまったものは少ない。NDBにも記載がない。

11) Kleinheyer und Schröder, a.a.O., S.520. 債権法と同じシリーズのDas Familienrechtも、M・ヴォルフによって改訂されている(1912年、1931年には7版)。

12) Kipp, Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für Ferdinand von Martitz zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum am 24. Juli 1911, S.211 ff. 拙稿「二重効—契約の終了と解除—」法学部50周年記念論文集(2001年)367頁。なお、二重効についての文献は多数あるが、本稿は、それ自体の検討を目的とするものではないので、立ち入らない。Vgl. Kersting, Wilhelm-Christian, Probleme der sog. Doppelwirkungen im Recht, 1964.



無効な法律行為をさらに取消しうる可能性は、1900年の民法典の発効後は、まだ問題とされていなかった。その時代の多数説は、民法典によって、無効な契約を破毀する可能性はなくなったとみていた。というのは、種々の段階の無効を前提とする普通法に対し、立法者は、無効を整除しこれと取消を別個のものとして規定しようとしたからである。当時の学者にも、抽象的な法的な構成を絵画的に理解しようとする者が多く、無効なものが取消しうるとは考えなかった。あたかも、すでに倒れた木をさらに倒すことができない場合と同じと考えたのである。こうした図式的な構成は、無効と取消可能性の併存を論理的に排除した。もはや存在しないものは、もはや除去できないからである。19世紀は自然科学の時代であり、その類推は、理論の合理化の一助でもある。

無効な法律行為をさらに取消しうる可能性は、キップのテーゼの核心から生じる。2つの基本的に同じ効果のある法的な事実は、たがいにその有効性に係わっている。そこで、1つの法律行為も、異なった取消理由からはなお取消しうるのである。

ただし、キップによれば、この理論も、無制限ではない。たとえば、脱退の意思表示をした団体の構成員が、団体から除名されるかは、疑問である。キップ自身は、自分の理論が無限定なものではないとしていた。というのは、脱退後の団体は、その構成員に関して処分権能がなく、二重効は排除されるとするからである。ただし、排除される場合の振り分けは、残された問題となった。

(3) やや詳述すると、キップのあげた著名な例は、以下のものである。Aが、詐欺により、所有者であるEから、動産所有権を移転させたとする。Eは、行為無能力者（未成年者）であり、法定代理人の同意をえていなかった（追認拒絶）。Aは、Eの行為無能力ゆえに所有権を取得しえない（ドイツ民法104条<sup>14)</sup>。し

---

13) M.Wolff, Theodor Kipp, Ein Vortrag, 1932, S.13f.; Dölle, aa.O., B.13f. このM・ヴォルフについては、拙稿「比較法（国際的統一法）の系譜と民法—ラーベルとケメラ—」（前注3）22頁参照。本稿でもユダヤ系法学者の検討を予定しているが、とりあえず、Medicus, Martin Wolff (1872-1953), Ein Meister an Klarheit, Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, hrsg. v. H.Heinrichs, 1993, S.543ff.; L.Raiser, AcP 172 (1972), S.489ff.

14) 105条によれば、行為無能力者の意思表示は無効（nichtig）である。ただし、無能力の内容は、その後1990年の後見法（Betreuungsgesetz）によりかなり変更された。



かし、Aが、取得した物をさらにBに譲渡し、BがAへの所有権帰属を信頼した場合には、Bは、善意取得することができる（ド民932条、質権の場合＝1207条）。かりに、Bが、Aの詐欺により取得されたことを知っていても、Eの行為無能力について過失なくして善意の場合には、Bは、（所有権への信頼があり）物の所有権を取得するのである<sup>15)</sup>。

この場合に、Eの法定代理人がAへの譲渡を、（Eの行為無能力により、いずれにせよ譲渡は無効であるからとして）詐欺を理由として取消しなかった（あるいは無効な行為は取消しえない）とすると、ドイツ民法典142条2項を援用することはできない（同条によれば、取消可能性を知っていた者は、取消が行われた場合には、法律行為の無効をも知っていたものと扱われるべしとする。そこで、この場合には善意取得は成立しない）。つまり、[Eの法定代理人が取消していない場合には、詐欺という] 前所有者Aの取得の疑わしいことをBが知っていたにもかかわらず、Eは、Bから目的物を取り戻すことはできないのである<sup>16)</sup>。キップによれば、本文の論理によって、通説では、取戻ができないはずであるとされるが、はたして実際にそうであったかには、疑問のよちがある。信義則の適用や訴訟法的な操作の可能性もあるからである。また、善意取得における「善意」の解釈にもかかっており、取消可能性を知っていることも、「善意」を妨げるとすれば、善意取得は否定できる。つまり、142条2項は、創設的・特別な規定ではなく、例示的・当然の規定と解することもできるのである。日本的・実用的な解釈のもとでも、後者のように解することになる。

しかし、「通説」のもとでも、行為無能力により無効な法律行為を、さらに詐欺を理由として取消しようとするれば、べつの結論となる。取消に結合された法律効果（前述の142条2項）ゆえに取消による利益は明らかであり、また、法秩序が、このような効果の主張を認めることにも整合性がある。このような効果は、法が一定の効果を生じさせようとしている技術（取消が無効か）のみによって左右されてはならない。保護されるべき所有者の返還請求権が、より救済の効果の大きい無効があり取消をしていないからといって、否定されるのはおかしい。そこで、

15) Kipp, a.a.O., S.226f. (VIII).

16) Kipp, a.a.O., S.226f.

キップは、法律効果は、有体的・自然的 (körperweltlich oder natürlich) ではなく、規範的 (normative Welt) にとらえられ、社会的な目的適合性から解されるべきものとするのである<sup>17)</sup>。

これ以外のキップの掲げる事例は多様であるが、無効と取消に関するこの事例そのものに関しては、肯定する見解が多い。内容は、詐欺による取消と無効の効果が一致しない場合の競合である<sup>18)</sup>。

しかし、キップも、一方の救済方法〔つまり取消〕による効力たる、副作用の除去をつねに主張したわけではない。副作用の除去、すなわち、効果の選別には、制度の趣旨からの制約が加わることをも認めている。これについては、多数の制度がやや脈絡なく個別に言及されているほか、取消と解除、さらに2つの場合について考察されている。

すなわち、錯誤、詐欺または強迫による取消は、行為が有効であるときにのみ

---

17) 二重効が著名なことから、いわば押し退けられた感があるが、法解釈の自然的把握の克服こそが、むしろキップの論文の主題ともいえるものであった。

このような民法体系における概念の自然的 (natürlich) 把握と規範的 (normative) 把握については、かねて簡単にふれたことがある。不能を例にとると、これを物理的な「滅失・毀損」とするのが18世紀的な把握であるが、これをより広義の「不能」とする事例などである。この克服は、19世紀の課題であり、場合によっては、20世紀以降にもちこされたのである。cf. Ono, *The Law of Torts and the Japanese Civil Law (1)*, *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, vol. 26 (1998), p.51.

ほかに、「規範」は、不当利得法では、「利得の消滅」(ド民818条3項、日民703条相当)を克服する概念として、また損害賠償法において差額説を修正する概念としてしばしば登場する。

また、法律概念の自然的把握は、原始的な障害事由に関し、無効 (nichtig, unwirksam) と取消 (anfechtbar) の概念的な区分にもみられる。民法典の起草者は、たんなる普通法の整理という範囲を超えて(法の単純化はすべての法典編纂の主要な動機である (Ono, *Comparative Law and the Civil Code of Japan*, (2), *Hitotsubashi Journal of Law & Politics*, vol. 25, 1997, p.34 & note 19), リステイトメントなどを作成するのも同様の動機による。法を見通しのよいものとする必要があるからである)、自然的見地から、契約解消方法(無効か取消か)にも1種の典型強制 (numerus clausus) を行った。これが将来に問題を残すことになったのである。つまり、無効の効果は、公序良俗違反でも、錯誤(ドイツ法では取消)でも同一とすることから、後者に関する第三者や相手方による主張の「信義則」による制限の理論を必要とすることになったのである。これらが、もともと多元的なものであるとの普通法的観念からすれば、内容が異なることは、信義則により個別に導かれる結果ではなく、むしろ当然の前提となる。たとえば、第三者による無効の主張の制限である。

18) Kipp, a.a.O., S.226 ff.; Larenz, *Allgemeiner Teil des BGB*, 1983, § 20 IV c (S.395); vgl. Flume, *Allgemeiner Teil des BGB*, II, 1979, § 31. 6 (S.566 ff.).

(無効では取消できないという説) 許されるだけとはいえない。より広く競合が可能なのである。しかし、法が注意深く用意され、法政策的理由から優先関係を決定している場合がある。たとえば、相続欠格による取消の場合である。これは、補助的にのみ機能する。ドイツ民法典は、文言上明確に、それが、現実の相続分取得を否定するものであり、相続欠格にかかる相続分の帰属後にのみ許されるとしている<sup>19)</sup>。

また、取消と解除の関係についても、優先順位は決定されている。すなわち、2つの外観上異なる法的な事実が、その効力において、必ずしも一致しない場合もある。この種の場合には、2つの事実がその効力を独自に展開し、または少なくとも1つの事実からの大きな効力が、他の小さな事実からの効力によって排除されないことがある。いわば「大は小をかねる」のである。契約を締結し、契約の効力または法により、契約の解除権を取得し、解除した者は、契約が同時に他の理由で取消しうる場合には、契約の取消をもなしうる。契約の解除によって生じる返還義務は、過失に対する厳格な責任をとともう通常の種類の義務である(347条)。それは、契約により引き受けた責任と同様の効力を有する。契約の取消は、解除後でも、取消権者(給付受領者)の責任を、彼が最初の反対給付の受領にさいして取消可能性を知らなかったときには(819条、142条2項)、不当利得の原則に従った責任に減縮するのである(日本の民703条に相当)。

これに反して、有効な契約取消の後には、契約を解除することはできない。というのは、解除権は、それが契約で留保されたものの場合に、有効な契約の効果だからである(ちなみに、ドイツ民法典の解除は、日本法と異なり約定解除が基本である。346条以下参照<sup>20)</sup>)。契約が無効または取消した結果無効となれば、解除権も存在しない。しかし、法定の解除権でも、その理念によれば、有効な契約を前提とする。それは、契約の上に成り立つのである<sup>21)</sup>。

なぜなら、原則として、法定解除権でも、解除による返還義務は、契約上の解

19) ド民2340条1項によれば、相続欠格は、相続財産取得の取消によって主張すべきものとされる。日本のような当然喪失ではなく、取消によるのである。また、第2項によれば、取消は、財産の帰属後においてのみ主張できる。

20) これは、2002年の債務法現代化法以前の構成である。現代化法では法定解除が原則とされたが(346条でも併存)、必ずしも以下の論拠を否定するものではない。

除による義務と同様に扱われ、不当利得の原則によって縮減されないからである。ただし、解除の相手方の責に帰せられない事由による法定解除の場合には、なお縮減が行われる(327条2文)<sup>22)</sup>。

さらに、キップは、2つの事例で、2つの事実の効果の選択が、制度の趣旨から定められているとする。第1は、社団からの脱退と除名であり<sup>23)</sup>、第2は、夫婦関係の無効と離婚である<sup>24)</sup>。

解除が有効な契約を前提とするのと同様に、除名も、社員であることを前提とするから、脱退後の除名はできず、同様に、夫婦関係の存在を前提とする離婚も、夫婦関係が無効となってからはできないとする。しかし、これに対しては、これも無効と取消の競合の場合と異ならないのではないか、との疑問がある。

つまり、キップの理論は、複数原因の競合可能性を主張するというだけで、無制限の競合は、主題である取消と無効の場合に限られる。また、なぜある場合には競合し、他の場合にはそうではないのかとの一般論は、必ずしも明確ではない。これがキップの理論の限界であり、また、その後の学説の発展の基礎でもあった。本稿では、立ち入りえないが、1説は、キップの理論の前半を拡大して、二重効では、すべての場合に競合を認めるものとした。この肯定説は、二重効の理論は、必然的に、すべての場合に競合を認めるべきだとの理論をも含むものと解したのである<sup>25)</sup>。しかし、キップの理論には、そこまでは包含されておらず、この肯定説は、キップの批判した学説が、競合を認めないとしていたのと逆の意味で、自然的理解に陥っていたと位置づけられる。他の説は、逆にこれを否定し、後半の

---

21) Kipp, aa.O., S.228. つまり、効果の競合を判断するにさいし、時間的要素を廃して、訴訟法との一致を説くキップの理論は、本文のこれらの制限を認める範囲で、必ずしも一貫していないのである。

22) Kipp, aa.O., S.229. すなわち、当事者の責に帰せられる場合には、全額返還義務があるが、帰責事由がないと、不当利得の返還の場合と同じに返還義務は軽減されるのである。これにつき、拙著「ドイツ債務法改定草案における清算」給付障害と危険の法理(1996年)214頁以下参照。

23) Kipp, aa.O., S.229-230.

24) Kipp, aa.O., S.230-232.

25) Vgl. Peter, Die Möglichkeit mehrerer Gründe derselben Rechtsfolge und mehrerer gleicher Rechtsfolgen, AcP 132 (1930), S.1; Hubernagel, AcP 137 (1933), S.105; 138 (1934), S.224.

理論にみられる錯綜した制限を重視するのである（競合の可否には個別の検討を必要とするものである）。多くの見解は、いわば折衷であり、無効と取消に限定した理論においてのみ、「二重効」を肯定したのである<sup>26)</sup>。

私見によれば、キップ自身においても、いかなる場合に二重効を認めるかという基準は、必ずしも明確ではなかった。その論文は、整理されない事例のみが多く、個別には妥当であっても、一貫した理論に欠けている。無効と取消に関する部分のみが評価されたのは、そのような出発点からして問題があったからである<sup>27)</sup>。

(4) キップの関係したテキストでは、前述のヴァイントシャイトとエンネクツェルスのものが著名であるが、自分自身の民法関係のテキストでは、相続法についてのものがある。

Kommentar zum Erbschaftsteuergesetz, 1927と、1953年(9版)からCoingの改訂したErbrechtの14版は、1990年に出版されている。

モノグラフィーでは、あまり脈絡がないが、以下のものがある。必ずしも多作ではない。

Die Litisdenuntiation als Prozeßeinleitungsform im römischen Civilprozeß, 1887.

Der Parteiwille unter der Herrschaft des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1899.

Humanismus und Rechtswissenschaft, 1912.

Der Staat und die Jugend, 1915.

Kriegsaufgaben der Rechtswissenschaft, 1914.

Rechtsvergleichende Studien zur Lehre von der Schlüsselgewalt in den romanischen Rechten, 1928.

Rechtsgutachten betreffend den Deutschen Zentral-Giroverband, 1922.

イエーリング民法概論の改訂であるZivilrechtsfälle ohne Entscheidungen, 12. Aufl., 1913. このスタイルで書かれたZivilrechtsfälle, 1924は、キップとM.

26) Vgl. Kipp, a.a.O., S.214.

27) Ib. (前注23), 24).

Wolffとの共著である。

ローマ法関係では、Quellenkunde des römischen Rechts, 1896; Geschichte der Quellen des römischen Rechts, 1909; Das römische Recht, 1930がある。

記念論文集の編者としては、Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum, 1923. (Neud. 1981, Triepel) と Festgabe zu Bernhard Windscheids Fuenfzigjaehrigem Doktorjubiläum, 1888. (Stammlerとの共編である) がある。後者は、ヴィントシャイトが、かつて1838年12月22日に博士論文 (De valida mulierum intercessione) をとったことの50周年を記念したものである。ヴィントシャイトは、1892年まで存命であり、その死亡の4年前であった。

追悼録としては、デルンブルクについての Heinrich Dernburg, 1908があり、レーネルについての書評である Rezension über: Lenel, Otto: Palingenesia iuris civilis, 1891もある。

## 2 ゼッケル (Emil Seckel, 1864.1.10-1924.4.26) と形成権

### 2a ゼッケル

(1) ゼッケルは、1864年に、ハイデルベルク近郊 (現在はその一部となっている) のNeuenheimで生まれた。父親のGeorg Seckelは薬屋であり、その前に長らくペルーにいて薬局をしていた。ハイデルベルクからシュトゥットガルトに移転し、そこでも、かなり大きな薬局を経営した。のちに、肺病をわずらい、しばしばスイスに療養に出かけた。

ゼッケルの生まれた前々年に、二重効で著名なキップ (Theodor Kipp, 1862.3.7-1931.7.24) が生まれ、翌年には、行為基礎論のエルトマン (Paul Ernst Wilhelm Oertmann, 1865.7.3-1938.5.22) が生まれており、のちの民法学上の重大な概念の発見者・変革者の誕生の時期であった。

以下、ゼッケルとの関係で、複数の法学者の系譜に言及するのは、彼や、後で検討するL・ミッタイスが、ちょうどローマ法学の転換点にあたるからである。すなわち、一方には、解釈学である現代ローマ法 (すなわち民法) の流れがあり、他方には、法史学の対象となる古典ローマ法の流れがあり、19世紀の後半以降、

これらが分離し、1900年の民法典発効により確定するのである。ゼッケル自身は民法をも対象としたが、その後継者はローマ法学者となり、また、L・ミッターイスも、法史学者であったが、その弟子には、ラーベルのような現代法の解釈学者も現れた。いまだローマ法学が未分化だったからである。ヨーロッパ、とくにドイツやイタリアの解釈学が、法史学と密接に関係していることの現れであり、また、そのことによって、解釈学が国民国家のわくに閉じ込められていた時代にあっても、ローマ法の世界的性格によって超国家的・比較法的観点が存続しえたのである。初期の比較法がローマ法学の基礎を有したことは見過ごされるべきではない。解釈学と法史学が当初から分離しているわが法学とは、異なった観点であり、一面においては、しばしば法史的理解が解釈学に混在する危険性をもはらんでいるが（たとえば、危険負担の買主主義）、他面では、多彩な学際的思考の出てくる根拠ともなっている。また、それが、ラーベルにみられるように、みのり豊かな結果をもたらしたことを見過ごすべきではない。

(2) ゼッケルは、シュトゥットガルトのEberhard-Ludwigギムナジウムに通い、1882年に、卒業試験に合格した。その後、チュービンゲン大学で法律学を学び、そのおりに、チュービンゲンの学生団体であるAkademische Gesellschaft Stuttgartのメンバーとなった。当時、この団体は、南ドイツのリベラリズムの特徴を有していたといわれる。1883年には、ライプツヒヒ大学に移り、Windscheid, Binding, Wach, Hellwig, Stobbeなどの講義や演習に参加した。とくに、Windscheidの講義には感銘をうけた。また、チュービンゲン大学に戻り、1885年には、古典および中世ローマ法に関する大学のDegenkolb賞の論文を作成し、この論文は、のちに学位論文となった。1887年には、第一次国家試験に合格した（評点Ib）。1889年までは、修習生としてシュトゥットガルトに留まり、父親の病気のために、しだいに薬局の管理や家族の問題にかかわるようになった。

1889年に修習を終えると、シュトゥットガルト以外のドイツの他の図書館や、イタリアやスイスの図書館にも出かけるようになった（総計で50あまりになる）。1889年に、父親は亡くなったが、幸いにも、研究を続ける資力はあった。1893年に最初の論文（Bd.I Der Scripta anecdota Glossatorum, von Palmieri in Gaudenzis Bibliotheca iuridica medii aevi, KrVJSchr.N.F.16, 1893, S.11 ff.）が公刊され、ほ



かにも業績があった (KrVJSchr.N.F.17,1894, S.361ff, S.378ff)。1895年2月に、公刊されていた論文にもとづき、優等 (summa cum lauda) の成績で学位をえた。チュービンゲン大学が学位を出さない場合には、ベルリン大学が出す用意があったといわれる。つまり、わずか4か月後の6月に、ベルリン大学で、教会法学者のPaul Hischius (1835.12.25-1898.12.13) の推薦で、ハビリタチオンを取得した。注釈学派のバルトルスは、教授職につくまでに5年かかったが、ゼッケルは、ハビリタチオンを取得するまでに、6年かかったのである。つまり、特定の指導教師 (Doktorvater) はいない。

1895年から、チュービンゲン大学の私講師となり、同年、ベルリンで、Hinschiusの娘Paulaと結婚した。3年後の1898年に、ベルリン大学の員外教授となり、1901年に、ベルリン大学のローマ法の正教授となった。1909年に、枢密顧問官 (Geheimer Justizrat)、1911年12月7日に、プロイセンの学術アカデミー会員となった。

ゼッケルは、1920/21年に、歴史家のEduard Meyer (1855.1.25-1930.8.31) の後を継いで、ベルリン (フンボルト) 大学の学長となった。ちなみに、後任は、1921/22年に、化学者のWalther Nernst (1864.6.25-1941.11.18) であった。

ゼッケルの主要な研究領域は、とくにローマ法であった。一般には、民法というより、法制史家として著名である。Heumann und Thon, Handlexikons zu den Quellen des römischen Rechts, 1907 (1958年に10版) の改訂は、なお今日でも意義を有している<sup>28)</sup>。また、9世紀の法文書であるBenedictus Levitaの文書の収集と編集を行った。Monumenta Germaniae Historicaの監修や、新たな版の出版をも1896年から行った。

なお、Monumenta Germaniae Historicaの編集には、戦後、法史学者のKarl August Eckhardt (1901.3.5-1979.1.27, 1933年にキール大学、1935年からベルリン大学教授、1945年に占領軍により免職となった後、教授職につくことなく) が、長らくたずさわった<sup>29)</sup>。ローマ法学者のレーヴィ (Levy) は、1906年に、ゼッ

---

28) Kleinheyer und Schröder, a.a.O., S.509f. Genzmer, Emil Seckel, ZRG (RA) 46 (1926), S.216ff., Dölle, a.a.O., S.10f.

29) Nehlsen, Karl August Eckhardt, SZ (Ger), 104 (1987),497.

ケルのもとで学位をえて、教授資格も獲得した。そして、レーヴィの弟子が、クンケル (Kunkel) である。

1923年に、突然肺病の兆候が、ゼッケルに現れた。父親と同様に、結核であった。シュヴァルツバルトのTodtmoos (バーデン・ヴュルテンベルク) への転地療法も功を奏さなかった。1924年に、スイス国境近くの、このTodtmoosで亡くなった。まだ、60歳であった。その墓も、Todtmoosにある。

(3) 1903年5月23日に、ゼッケルは、ベルリン法曹協会 (Berliner Juristische Gesellschaft) において、「民法における形成権」という講演を行い、これは、この協会の総裁を長く務めたRichard Kochへの献呈論文集 (Festgabe für Koch, S.205-253) に掲載された。その講演において、彼は、形成権という命名とその一般的性格づけを行った<sup>30)</sup>。

形成権は、現在では、比較的限定的に列挙され説明されるにとどまるが、ゼッケルは、包括的な定義づけを行っている。そのため、講演の前半には、権利に関する法哲学的議論も含まれ、比較的わかりづらい。また、講演記録であったことによる表現的・技術的な制約もあり、著名なわりには、必ずしも包括的に検討されることはなかった<sup>31)</sup>。

ゼッケルの民法学に対する貢献は、形成権概念の確立である。実定法の解釈論では、ほとんど唯一の貢献であるが、民法学上の重要事項といってよい。いわゆる形成権は、普通法上みられた私権の一種であり、実務的な重要性があるにもかかわらず、ゼッケルにいたるまで、確定した名前も理論も確立していなかった。民法典には、「形成権」に対応する包括的な概念は欠けており、たんに権利と呼ぶにすぎない。もっとも、ゼッケルの前にも、対象とする権利は存在していたし、「形成権」について実質的に論じた者がなかったわけではない。ましてや、それ自体が、ゼッケルの創作によるというわけではない。すなわち、学説は、法典と

30) Seckel, Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts, 1903 (Neud.1954), S.5. これにつき、Genzmer, aa.O., S.231f.

31) それからはほぼ半世紀後に、同じベルリン法曹協会で行われた講演が、ゼッケルの講演の歴史的な意義づけを行っている。Vgl. Bötticher, Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 8. November 1963, (Schriftenreihe der juristischen Gesellschaft e.V. Berlin, Heft 17), 1964 S.1 ff.

実務において先行した権利を体系づけたにすぎないのである<sup>32)</sup>。

ゼッケルの時代は、ローマ法の普通法としての性格と歴史的な性格との分岐点であった。彼の貢献は、なお両者にまたがっていたが、その後継者は、おおむねローマ法史学者として知られている。

#### 2b レーヴィ (Ernst Levy, 1881.12.23-1968.9.14) とローマ法学

レーヴィは、1881年に、ベルリンで生まれた。父親は、ユダヤ系の裕福な商人 (Robert Levy) であり、母親 (Betty, geb. Landsberger) は、1500年ごろ、スペイン王の侍医であった Samuel Kaliphari にまで遡る家系に属した (改宗しないユダヤ人は、グラナダの陥落した1492年、スペインから追放された)。ラビ、教師、医師などの親戚が多くいた。

ベルリンの Friedrich ギムナジウムを卒業して、フライブルク大学とベルリン大学で、法律学を学んだ。1906年に、ベルリン大学で、M.Wolff と Konrad Hellwig の講義に感銘をうけた。さらに、形成権で名高いゼッケル (Emil Seckel, 1864.1.10-1924.4.26) のもとで、博士論文を書いて (Cautio Muciana)、学位をえた (Sponsio, fideipromissio und fideiussio, 1906)。1908年に、第一次国家試験に合格し、1909年から1912年の間、ブランデンブルクの Oranienburg の区裁判所の裁判官となった。1909年に、Marie (geb. Wolff) と結婚した (ユダヤ系であった M.Wolff の縁者と推察される)。1男1女がある。

1912年から、ふたたびゼッケルのもとでハビリタチオン論文を作成し、1915年に完成させた (Privatstrafe und Schadenersatz im klassischen römischen Recht, 1915)。また、大著である、ローマ法上の請求権競合に関する *Konkurrenzen der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, 1918の第1巻を完成させた。1915年には、私講師として講義を開始した。ちょうど第一次世界大戦勃

---

32) 拙稿「形成権の発展と私権の体系」一橋法学3巻3号1頁以下。諸学説については、石坂音四郎「形成権 (私権ノ新分類)」京都法学会雑誌2巻10号参照。これは、わがくにで、形成権を詳細に紹介したもっとも早い研究である。ドイツの諸学説 (チーテルマン、エンネクツェルス、ベッカー、クローメ、エンデマンなど) についても言及し、また、永田真三郎「形成権概念の成立過程」関法23巻4・5・6合併号185頁は、ゼッケルの引用した者をも含めて、トーンの権能 (1878)、ベッカーの消極権 (1886)、エンネクツェルスの取得権 (1888)、チーテルマンの可能権 (1898)、クローメの反対権 (1900) などを検討している。

発の時期であった。そこで、1915年から1918年、第一次世界大戦に従軍した後、1919年に、ベルリン大学で教え、同年、フランクフルト・アム・マイン大学で正教授となった。

1922年には、レーネル (Otto Lenel, 1849.12.13-1935.2.7) の後継としてフライブルク大学に移り、1928年からは、ハイデルベルク大学教授となった。なお、フライブルク大学のレーヴィの後任は、ヴィアッカーの師であるプリングスハイム (Fritz Robert Pringsheim, 1882.10.7-1967.4.24) であった。つまり、3代にわたってユダヤ系であった。

ハイデルベルク大学は、1920年代の末まで、ラートブルフ (Gustav Radbruch, 1878.11.21-1949.11.23) やH・ミッタイス (Heinrich Mitteis, 1889.11.26-1952.7.23) を擁しており、あまりナチスではない大学であった<sup>33)</sup>。しかし、1933年にナチスが政権を掌握すると、ラートブルフは罷免され、H・ミッタイスも、ユダヤ系の同僚をかばって、学部長を罷免された (1934年に、ミュンヘン大学に移籍)。1935年に、レーヴィも、ユダヤ系であることから大学を追放され、1936年には、アメリカに亡命した。すでに55歳であった。そして、1937年から1952年まで、シアトルのワシントン州立大学の教授 (ヨーロッパの歴史とローマ法) となった。1936年の亡命後も、彼は、ドイツにいる弟子のクンケルと手紙を交換していた。

ワシントン大学を退職した後、ヨーロッパに戻った。ハイデルベルク大学は、彼を名誉教授としたが、1956年から1966年の間は、スイスのバーゼルに住んだ。プリングスハイムと同様に、帰国を躊躇したのである。1966年に、ふたたびアメリカに戻り、1968年に、カリフォルニアで亡くなった。

1927年から1934年の間、レーヴィは、著名なサヴィニー雑誌 (ローマ法部門)

33) ハイデルベルク大学は、アルプス以北の神聖ローマ帝国の領域では、プラハ、ウィーンについて、第3に古い大学であったが (1385年創設)、ナポレオン戦争で荒廃した。ハイデルベルクは、中世にはファルツ選帝侯国に属したが、1803年の帝国再編 (Reichsdeputationshauptschluss) により、バーデン王国に編入され、その財政的支援と新人文主義的立場から、多くの教授と学生を引きつけた。ワイマール期には、自由な校風で知られた。1933年に、法学者のラートブルフ、レーヴィ、歴史家のL.Perelsが追放されたが、戦後の復興は比較的早かった。Vgl. Schroeder, a.a.O., (前注4)), S.2 ff.

の編集者の1人であった。第二次世界大戦後、彼は、ハイデルベルク大学のほか、フランクフルト大学の名誉教授となり、1959年に、連邦功労賞をうけた。アテネ大学からも名誉博士を授与された。また、1930年代に、ハイデルベルク、ゲッチンゲン、ミュンヘンの学術アカデミーに属し、戦後は、Accademia dei Linceiの会員となった<sup>34)</sup>。

レーヴィは、ローマ法と古法史学で著名であり、ローマ法の多くの分野を研究したことで知られる。とくに、西ローマの卑俗法 (Vulgarrecht) の研究が著名である<sup>35)</sup>。それは、西ローマ帝国で、古典期以降適用されていたものである。この

---

34) Kunkel: Ernst Levy zum Gedächtnis, SZ (RA) 86 (1969), S. XIII-XXII; ders. Jb.d.Bayer. Akd.Wiss., 1969, S.206 ff.; Simon, Ernst Levy, NDB Bd.14, S.403f.; Dorothee Mußgnug (hrsg.): Ernst Levy und Wolfgang Kunkel: Briefwechsel 1922-1968, 2005. 後者は、レーヴィとクンケルの往復書簡である。Vgl. Ernst Levy zum 70. Geburtstag, am 23. Dez. 1951, 1952.

35) たとえば、危険負担でも、古典ローマ法の買主負担主義が、西ローマの卑俗法、ビザンチン・ローマ法に受け継がれたことが明らかにされている。拙著・危険負担の研究 (1995年) 284頁、288頁注33。Levy, Weströmisches Vulgarrecht, Das Obligationenrechts, 1956, §§ 36, 92.

また、古典ローマ法については、ゼッケルとの共著、Seckel und Levy, Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht, SZ (Röm.) 47 (1927), 117は、買主負担主義につき現物売買遺物説をとっている。前掲・危険負担の研究286頁注25参照。

彼の例にもみられるように、亡命法学者の英米法に対する影響は大きい。これは、ユダヤ系法学者の系譜の部分で詳述するが、とくに基礎法や法史学、国際私法など、国境の壁の低い分野で大きかった。

また、大陸法の過失責任主義と、英米法の厳格責任が図式的に対比されることが多く、前者では、損害賠償と解除を過失責任主義でとらえ、近時では、解除から過失要件を除外しつつあるのに対し、伝統的な英米法理論は、いずれをも厳格責任として肯定してきた。しかし、19世紀以降、不可抗力による免責の制度が拡大してきて、損害賠償法が実質的に過失責任主義化しつつある点が無視されるべきではない。CISG 79条の免責は、英米法の厳格責任と大陸法の過失責任主義の妥協である (Ono, Die Entwicklung der Leistungsstörungslehre in Japan aus rechtsvergleichender Sicht, Hitotsubashi Journal of Law and Politics, Vol.30, p.15-34 (2002))。

一面的な英米法追随は避けるべきである。近時、民法改正論議で、グローバル化を根拠に、損害賠償につき厳格責任の採用を主張する見解があるが、一面的である。2008年9月のリーマン・ブラザーズの破綻後に明らかになったアメリカ型の強欲主義のように、模倣しないほうがよいものがある。経済学では反省が行われているが、法律学では、いまだに遅れてきた規制緩和のみが主張されている。一部のみを切り出した模倣には危険性が大きく、特定の債権者の便宜だけを追及するべきではない (拙稿「比較法 (国際的統一法) の系譜と民法」(前注3) IV 34頁参照)。

時期に、古典ローマ法の複雑な規定は、文化水準の落ちた時代にあわずに理解されなかった。そこで、実務は、地域ごとに、もともとローマ法ではなかった簡易な法を生成していったのである。この通俗法につき、彼は、2巻の本を書いている。第1巻はドイツ語で、第2巻は英語で書かれた (Weströmisches Vulgarrecht - Das Obligationenrecht. 1956; West Roman Vulgar Law. The Law of Property, 1951, Neud. 2003)。

おもな業績として、前述の Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht. 2 Bde, 1918/1922 (Neudruck, 1964) がある。

2c クンケル (Wolfgang Kunkel, 1902.11.20-1981.5.8)

クンケルは、1902年に、ダルムシュタット近郊の Fürth im Odenwald で生まれた。プロテスタントの牧師の家系であった。父親は、のちにダルムシュタットのギムナジウムの教授となった。クンケルもダルムシュタットの Ludwig-Georgs ギムナジウムに通い、1920年2月に、大学入学試験に合格した。

フランクフルト大学とギーセン大学で、法律学と古代学 (Altertumswissenschaft) を学び、1923年に、第一次国家試験に合格した。法律学上の師は、レーヴィであり、歴史学上の師は、Matthias Gelzer (1886.12.19-1974.7.23) であった。クンケルは、1924年に、フライブルク大学で、レーヴィのもとで学位をえて (Diligentia, SZ 45, 266 ff. に掲載されている)、2年後、ハビリタチオン論文を書いた (Berliner Papyrien, SZ 48, 285 ff.)。この間、1924年ベルリン大学の Partsch のもとでも学び、1924-1925年には、Partsch や Titze の助手となっている。

1927年に、ライプツヒ大学の員外教授となり、1928年からは、フライブルク大学のローマ法の正教授となり、その後、1929年に、ゲッチンゲン大学で、プリングスハイムの後継となった。1928年に、Friede-Marie (geb. Wagner) と結婚した。しかし、ナチスの政権掌握によって、ここでの家庭的な生活は失われた。彼自身はユダヤ系ではなかったが、ユダヤ系教授の差別に反対する書簡をプロイセン文化相に送ったのである。戦後、その行為は、名誉あるものとして知られている。師であるレーヴィとも遠ざかることなく、ナチス期を通じて、手紙を交換していた。1936年の彼のボン大学への招聘には、追放された前任者である

Eberhard Bruckも尽力している。ラートブルフのように罷免されることも、H・ミッタイスのように移籍されることもなかった。クンケルは、戦争中召集され、1943年から1945年の間、戦時裁判官(Kriegsgerichtsrat)となった。戦後の1946年に、彼はみずから、この間、法律的良心から責任のもてない決定をしたことはないと述べている<sup>36)</sup>。

ボン大学からハイデルベルク大学に移り、さらに、1956年には、ミュンヘン大学教授となり、そこで、法制史のLeopold-Wenger-Institutを創設した。1970年に、名誉教授となった。多くの学術アカデミーの会員となっている。1981年に、ミュンヘンで亡くなった。

クンケルには、多数の業績があり、また多くの弟子をもっている。民法学者のフルーメもその1人であるが、フルーメは、師のシュルツ(Fritz Schulz, 1879.6.16-1957.11.12)が亡命したことから、戦前ハビリタチオン論文を提出しなかったのである。シュルツも、著名なローマ法学者であった。フルーメが、戦後、クンケルのもとでハビリタチオン論文を完成させたのは、このような経緯に着目してのものと思われる<sup>37)</sup>。

クンケルは、とくにローマ法とローマ法史に造詣が深く、世界的なローマ法学者であるが、とくに、古ローマ法の研究をした。また、歴史学と古典文献学の方

---

36) Kleinheyer und Schröder, a.a.O., S.491; Coing, In memoriam Wolfgang Kunkel †, ZRG (RA) 98 (1981), S.III- XVI. Dieter Nörr: Wolfgang Kunkel 20.11.1902-8.5.1981, Dieter Nörr und Dieter Simon (hrsg.): Gedächtnisschrift für Wolfgang Kunkel. 1984, S. 9ff. また、Fritz Sturm (1929.6.13-)によれば、クンケルは、裁判官として「多くの不法」を防止した。なお、クンケルの蔵書は、その没後にクンケル文庫として日本に渡った(九州大学)。

1933年の改正公務員法による公職の制限は、ユダヤ系にもっとも厳しく、それ以外には、やや統一性を欠いていたから、クンケルには亡命する必要もなかったのである。著名人では、ニッパーダイ(Hans Carl Nipperdey, 1895.1.21-1968.11.21)は、曾祖母がユダヤ系であったが、職務を継続することができただけでなく、ドイツ法アカデミー(Akademie für Deutsches Recht)の積極的なメンバーであり、そこで行われた民法改正作業では、損害賠償法の担当者でもあった(戦後は、連邦労働裁判所長官となった)。ヤコビ(Jakobi, 1884.1.5-1965.4.5)は、ユダヤ系であり免職になったものの、国内にとどまることができた(戦後1947年に、ライプツヒ大学の学長)。ただし、後述するように、多数のユダヤ系教授が亡命している(Ⅲ 1(ユダヤ系法学者の系譜、亡命法学者・補遺)参照)。

37) 拙稿「Werner Flumeとドイツ民法学の発展」国際商事37巻11号参照。これは、ケメラールが、師であるラーベルが亡命したことから、戦後ハルシュタイン(Walter Hallstein, 1901.11.17-1982.3.29)のもとで、ハビリタチオンを取得したのと似ている。



法を、法律学に適用しようとした。著名な業績に、以下のものがある。

Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung, 1952, 2001.

Jörs und Kunkel, Römisches Privatrecht, 1949, (Neud. 1978) は、ローマ私法の概説書であり、著名である<sup>38)</sup>。

Untersuchungen zur Entwicklungsgeschichte des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit, 1962 は、ローマの国制史と刑法史を対象とする。

(Roland Wittmannとの共著) Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik. Zweiter Abschnitt. Die Magistratur, 1995.

(Martin Schermaierとの共著) Römische Rechtsgeschichte, 2001.

(Heinrich Honsell, Theo Mayer-Maly, Walter Selbとの共著) Römisches Recht. 4. Aufl., 1987.

2d コシャカー (Paul Koschaker, 1879.4.19-1951.6.1)

コシャカーは、1879年に、オーストリア・ケルンテン州のKlagenfurtで生まれ、カトリックであった。最初、グラーツ大学で数学を学んだ<sup>39)</sup>。ライプチヒ大学で法律学を学んで、とくにローマ法に興味をもった。ローマ法学者のL・Mitteisとドイツ法・オーストリア法学者のEmil Strohal (1844.12.31-1914.6.6) の影響によるといわれる。1903年に、グラーツ大学で学位をえた (Sub auspiciis Imperatoris)。1905年に、グラーツ大学で、ローマ法と民法で教授資格をえた。同年、グラーツ大学で私講師となり、1908年に、インスブルック大学で、ローマ法の員外教授となった。1909年に、プラハ大学でローマ法の正教授となり、第一次世界大戦勃発時の1914年に、フランクフルト・アム・マイン大学でローマ法と民法の正教授となった。

1915年に、彼は、ライプチヒ大学のローマ法と民法の教授として招聘された。

38) 同書は、危険負担の現物売買説を採っている (Jörs-Kunkel-Wenger, Römisches Recht, 1935, § 141 (S.228))。前掲・危険負担の研究286頁注25参照。

39) オーストリアやスイスの大学は、同じドイツ語圏に属することから、ドイツの法学者や学生にとって、国内の大学との違いはそう大きくはない。これにつき、拙稿 (「キール学派と民法」(前注8)347頁) 参照。グラーツ大学の関係では、ほかに不当利得で著名なウィルブルク (Walter Wilburg, 1905.6.22-1991.8.22) がおり、また、ローマ法学者のカーザー (Max Kaser, 1906.4.21-1997.1.13) は、グラーツ大学でこのウィルブルクと同期であった。ただし、師は、Leopold Wenger (1874.9.4-1953.9.21) であった。

そこで、1917年-1918年、および1923年-1924年、学部長をした。1936年に、ベルリン大学にローマ法と比較法の正教授として招聘された。戦後の1941年に、彼は、ローマ法の教授としてチュービンゲン大学に移った。1946年に名誉教授となり、ミュンヘン（1946年-1947年）、ハレ（1948年）とアンカラ（1949年-1950年）、ボン（1951年）などの大学で客員教授として講義を行ったが、1951年に、バーゼルで亡くなった。

多数の学術協会の会員となっている。たとえば、ライプツヒにあるザクセン学術アカデミー（Sächsische Akademie der Wissenschaften zu Leipzig）の会員、ミュンヘンにあるバイエルン学術アカデミーの会員（Bayerischen Akademie der Wissenschaften zu München）、ベルリンにあるドイツ・アカデミーの会員（Preußische Akademie der Wissenschaften zu Berlin 1937-1945）などである。また、コシャカーは、オックスフォード大学ほか5つの大学からの名誉博士号を与えられた。1954年に、ウィーンのFloridsdorf（21. Bezirk）に、彼にちなんで、コシャカー通り（Koschakergasse）の名がつけられた<sup>40</sup>。

古典ローマ法、古ローマ法のほか、古オリエント法や比較法にも造詣が深く、楔形文字法（Keilschriftenrechte）の組織的研究の創始者でもあった。ヨーロッパの法発展に対するローマ法の意義を、19世紀後半からの傾向に反して強調した。19世紀は国民国家の時代であり、ローマ法は、国民国家の民法典の成立の時代には比較的軽視されていた。彼の主張は、戦後のEUやヨーロッパ法重視の先駆けともいえるものである。1947年に、その集大成といえる著名な本、Europa und das Römische Rechtを出版した。これは、1958年と1966年に、再度印刷されている。Die Krise des römischen Rechts und die romanistische

---

40) Kleinheyer und Schröder, a.a.O., S.490f.; Streck, Michael P. und Dolezalek, Gero, Paul Koschaker. Zu 125. Geburtstag am 19. April 2004, Rektor der Universität Leipzig (hrsg.), Jubiläen 2004, Personen-Ereignisse, 2004, S.31 ff.

なお、この記念祭の成果の一部として、Leipzig大学のサイトにも（Professorenkatalog der Universität Leipzig | catalogus professorum lipsiensis, <http://uni-leipzig.de/unigeschichte/professorenkatalog/fak/Juristenfakultaet/seite6.html>）、簡単な経歴があり、また、Leipzig大学の学長、学部長についても、Rektoren und Dekane der Universität Leipzig 1409-1947がある（<http://uni-leipzig.de/unigeschichte/professorenkatalog/upload/rektoren-und-dekane.pdf>）。

Rechtswissenschaft, 1938 も、ローマ法の意義を強調したものである。

そのほかのおもな業績としては、以下がある。

Rechtsvergleichende Studien zur Gesetzgebung Hammurapis, Königs von Babylon, 1917.

Quellenkritische Untersuchungen zu den „altassyrischen Gesetzen“, 1921.

2e L・ミッターイス (Ludwig Mitteis, 1859.3.17-1921.12.26)

(1) L・ミッターイスは、著名なゲルマニストのH・ミッターイス (Heinrich Mitteis, 1889.11.26-1952.7.23, Deutsches Privatrechtの著者)の父親であり、ラーベルの師である。1859年に、オーストリア領のLaibach (Lubiana, Ljubljana, 現在は、スロベニアである)で生まれ、カトリックであった。

ウィーン大学とライプチヒ大学で、1876年から1880年の間学び (F. Hoffmann, Pfaff, Maaßen, Siegel, A.Exnerなどが師であった)、1881年に、ウィーン大学で学位をえた。

国家試験に合格後、1880年から1886年、ウィーンで裁判実務に携わった。1885年に、ウィーン大学において、ローマ法とオーストリア法の代理に関する論文で教授資格をえた (Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechts)。

1885年から1887年まで、ウィーン大学で私講師、1887年に、プラハのドイツ大学でローマ法の員外教授になり、1891年に、同大学の正教授となった。ちなみに、1348年に、神聖ローマ皇帝のカール四世により設立されたプラハ大学は、オーストリア・ハプスブルク国家の中心的な大学であったが、フス戦争 (1415年-1435年)以来、民族対立をかかえ、1882年には、民族別に、チェコ大学とドイツ大学とに分裂した。この後者に属したのである。前述のコシャカーもここで、正教授となった。カフカ (1883-1924)も、このドイツ大学で法学の学位をえている。ライプチヒ大学は、1409年に、民族対立から、プラハ大学を退去したドイツ人により建設されたことから、プラハ大学とは関係が深かった。しばしば人的な移動がみられる。なお、ウィーン大学の創設は、1365年であった。

さらに、ミッターイスは、1895年に、ウィーン大学のローマ法の正教授、1899年に、ライプチヒ大学のローマ法・ドイツ民法講座の正教授となった。この間、

1904年-1905年、1911年-1912年、1920年-1921年、ライプツヒ大学の法学部長をした。ライプツヒにあるザクセンの学術アカデミーの会員でもあった。1921年に、ライプツヒで亡くなった<sup>41)</sup>。

弟子のラーベルは、1895年に、ウィーン大学で学位をえ、さらに、ミッタイスの後を追って、ライプツヒ大学に移ったことから、1902年に、ライプツヒ大学で「瑕疵を理由とする売主の責任」(Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte, Bd 1. Geschichtliche Studien über den Haftungserfolg, Leipzig, 1902)によって、教授資格をえたのである。日本とは異なり、大学よりも人物本位であるから、同様の例は、ゲッティンゲン大学で学んでいたヴィアッカーが、プリングスハイムの後を追って、フライブルク大学に移ったことにもみられる<sup>42)</sup>。

前述のコシャカーも、ミッタイスの弟子であり、ほかに、Joseph Aloys August Partsch (1882.9.2-1925.3.30)、Leopold Wenger (1874.9.4-1953.9.21)もその学派に属する。

プリングスハイムも、ライプツヒ大学で、1911-1912年、ミッタイスの講義をうけている<sup>43)</sup>。同じライプツヒ大学のジーバー (Heinrich Bethmann Siber, 1870.4.10-1951.6.23) も、ミッタイスによって基礎づけられたローマ法研究の方法 (Leipzige Romanistik) を発展させた。

(2) これらの人脈からわかるように、ミッタイスは、ローマ法の解釈学と歴史学との分岐点に属する時代の学者であり、今日ではあまり知られていないが、学界の大きな源泉となっている。オーストリアでは、1811年にABGBが成立していたが、ドイツに民法典が発効するまでには、まだ時がかかった。ドイツでは、新たにパンデクテン法学が興隆をきわめ、それは自然法的な法典であるはずの

---

41) Selb, Ludwig Mitteis, NDB Bd.17, S.576f.; Rabel, In der Schule von Ludwig Meitteis, Gesammelte Aufsätze, III, 1967, S.376f.; Oberkofler, a.a.O., S.37f.; Kleinheyer und Schröder, a.a.O., S.498. には、子の Heinrich Mitteis (1889-1952) とともに詳しい。NDBにも、親子についての解説が並んでいる (Bd.17, S. 567, 577f.)。ミッタイスについても、Leipzig大学の上記のサイトに簡単な経歴がある (前注40)参照)。

42) Rabel, Wieackerについては、それぞれ前注3)、8)の拙稿参照。

43) Lenel, Josef Partsch †, SZ 45, S.III.

ABGBにも影響した。しかし、法解釈の基礎はまだローマ法にあったのである。彼自身は、法史学者であったが、その門下から解釈学者がでてくる素地は十分存在した。

ミッタイスの著作には、ローマ法関係のものが多いが、1890年代から、とくにローマ法の歴史的側面に関する研究を行った。レーネル（後述）によって始められたローマ法源のインテルポラチオ研究をも行ったが、その興味は、しだいに地中海やオリエントの古法に向かった。パピルス学（Papyrologie）の先駆者である。Ulrich Wickenとともに、パピルス学の基本文献となる本を書いた（Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde, 1912）。エジプトの法史や古代の法史の比較研究を行った。そこで、初期の比較法学派（internationale rechtswissenschaftliche Schule）の創始者と位置づけられる。これは、現在の比較法（Rechtsvergleichung）の基礎となっている<sup>44</sup>。

おもな業績としては、Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs. Mit Beiträgen zur Kenntnis des griechischen Rechts und der spätrömischen Rechtsentwicklung, 1891.

Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, 1908.

また、著名な Sohm, Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts は、彼によって改訂され、17版は1949年に、Wengerにより出版されている。ライプツヒ時代の業績である。

---

44) Ib (前注40)). また、ライプツヒ大学のサイトにも簡単な言及がある (Bildquelle: Universitätsarchiv Leipzig, U 00020-15a)。Bund, Fritz Pringsheim (1882-1967), Ein Großer Ronanistik, Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, hrsg. v. H.Heinrichs, 1993, S. 733 ff., S. 736.

民法典発効時のおもな大学 (1900年)



(おもに、Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrecht, 1908の付図により、文字情報は筆者が作成した。)

### 3 新たな給付障害の体系—F・モムゼン、シュタウプ、ラーベル

3a シュタウプ (Samuel Hermann Staub, 1856.3.21-1904.9.2) と積極的契約侵害論

(1) シュタウプは、1902年に公表した積極的契約侵害論で知られている。その概念は、その後100年以上にわたり、ドイツ債務法の基本的な方向性を示すものとなった。彼は、弁護士として活躍し、ドイツでもっとも著名な弁護士といわれた。

2004年に、没後100周年となったことから、講演会や記念シンポジウムなども

行われた。理論面から、伝統的な不能論の克服に功のあったラーベル (Ernst Rabel, 1874.1.28-1955.9.27) よりは20年ほど早く生まれ、また比較的早世したことから、ラーベルのような迫害にあうことは避けられた。

シュタウプは、上シレジアの寒村 (Nikolai) の中流のユダヤ系市民の出である。この村は、郡 (Kreis Pleß) の中心で、3000人の住民の10%がユダヤ系であった。両親は、商人のMichael Staubとその妻Ernestine (geb. Orgler) であった。ユダヤ系法学者には、デルンブルクやプリングスハイムなど (後述)、どちらかというに裕福な家系の者が多かったので、中流の彼は、まれな例外である。

1856年に生まれ、Beuthenのギムナジウムで、大学入学資格試験・アビトゥーアに合格したあと、1874年10月から4学期間、ブレスラウ大学で学び、1876年10月から1877年5月までは、ライプチッヒ大学で学んだ。ライプチッヒ大学では、Windscheid, Wächter, Binding, Wachの講義を受講した。のちに専門とした商法の講義は、ほとんど受講しなかったようである。

さらに、ブレスラウ大学で勉学を終了して、1877年11月から、Ratiborのラント高裁 (Appellationsgericht) で修習生となった。当時、上シレジアの司法研修は同高裁によって行われていた (ドイツの司法研修は、現在でも各州の司法省が高裁によって行われる)<sup>45)</sup>。ちなみに、この高裁は、1848年に、かつてKirchmann (学問としての法律学の無価値性, Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1847の著者) が副所長として在任したところである<sup>46)</sup>。

シュタウプは、1880年に、代金額の決定 (Pretium Certum) に関する博士論文によって、ライプチッヒ大学で学位をえた (この論文は今日残されていない)。

45) BMJ, Samuel Hermann Staub, Pionier des Schuldrechts, Berlin, 02.09.2004; Henne/Schröder/Thiessen, Anwalt, Kommentator, „Entdecker“ : Festschrift für Hermann Staub zum 150. Geburtstag, Berlin, 2006; Kleinheyer und Schröder, a.a.O., S.513.

Heinrichs, Hermann Staub (1856-1904), Kommentator des Handelsrechts und Entdecker der positiven Vertragsverletzung, (hrsg. v. H.Heinrichs) Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, 1993, S.385 ff. シュタウプの出自につき、前述の連邦司法省の解説 (前注45)) では、中流の家系となっているが、その他のものには、貧しいという記述もある。本稿では前者によったが、一般に、19世紀のユダヤ系法学者には、デルンブルクやプリングスハイム、レーヴィなど、どちらかというに豊かな家系の者が多いから、それらとの比較では、貧しいという評価になるのであろう。

46) キルヒマンについては、前注10) 参照。



1882年に、第二次国家試験に合格し(成績はgut. ちなみに、ドイツの国家試験の成績は、上から順に、①sehr gut, ②gut, ③voll-befriedigend, ④befriedigend, ⑤ausreichend, ⑥bestanden nicht = mangelhaftであり、現在では、①と②の占める割合は、それぞれ0.1~0.2%と2~3%程度である。①、②を、ラテン語でsumma cum lauda, magna cum laudaといい、これは、あたかも科学において、1番を状元、2番を榜眼、3番を探花と称するようなものである)、ベルリンのラント裁判所Iの弁護士リストに登録され、弁護士となった。そして、彼は、実務家として成功し、ベルリンでもっとも人気のある弁護士の1人となった。

1884年には、従姉妹のLaura Schindlerと結婚し、1885年には、息子Otto Michaelが、1889年には、娘のMargarete Dora Ernaが生まれた。前者は、1927年にベルリンで亡くなった。シュタウプの妻も同年に亡くなっている。

勉学の最初から、彼は、ユダヤ系の名前である最初の名のSamuelを使用せずに、Hermannを用いた。これは、当時の反ユダヤ主義への対策でもあった。しかし、ユダヤ教からキリスト教への改宗はせず、その結果、ベルリン大学などに教授として招聘される機会をも失うことになった(後述のように、デルンブルクなど、改宗したユダヤ系のベルリン大学教授は多数いる)。

プロイセンとオーストリアのユダヤ人解放は、1812年と1866年であったが、ドイツ全土のものは、統一時の1871年であった(ビスマルク憲法。なお、フランスでの解放は1791年、アメリカで1776年)。なお、イギリスでも、1858年である。ただし、法令上の解放後も、事実上の差別は残っていた<sup>47)</sup>。デルンブルク(Heinrich Dernburg, 1829.3.3-1907.11.23)やLevin Goldschmidt(1829.5.30-1897.7.16)は、ユダヤ系の法学者としては初期の者に属する。彼らは、キリスト教に改宗し公職につくことができた。のちに貴族となったHeinrich Friedbergは、ユダヤ系の法律家として初めてプロイセンの司法大臣となった。しかし、改宗しない場合には、弁護士職までであった。

当時、プロイセンの弁護士のうち、ユダヤ人の割合は、7%であった。そして、

---

47) ユダヤ人の解放については、Rürup, Die Emanzipation der Juden und die verzögerte Öffnung der juristischen Berufe, (hrsg. v. H.Heinrichs) Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, 1993, S.1 ff.

ベルリンの人口は、100万を超え、その5%がユダヤ系であったから、弁護士界におけるユダヤ人の割合は大きかったのである。シュタウプは、実務家として成功し、ベルリンでもっとも人気のある弁護士の1人となった。1904年に、わずか48歳でがんのため亡くなった。その墓は、ベルリン (jüdischer Friedhof Berlin-Weißensee) のユダヤ人墓地にある<sup>48)</sup>。

シュタウプは、法律学上の著作者としても著名である。最初の著作は、1883年の、Gruchots-Beiträge誌上の民訴法の論文 (Tenor im Pfandrechtsprozesse) であった。当初は、とくに専門の対象を商法に特化することはなく、多くの分野のテーマが対象とされていた。

彼は、1893年に、ベルリンのHeine書店 (のち、Guttentag, ついでWalter de Gruyter書店) から、1815年のドイツ連邦法である普通商法典 (1861年) のコンメンタール (Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch) を出版した。これは、実務で高い評価をえて、最初の7年で7版を数え、普通商法典 (ADHGB) のスタンダードなコンメンタールとなった。シュタウプ自身が校正したのは、民法典とともに発効した1900年の新商法 (HGB) に関するコンメンタール (Kommentar zum deutschen Handelsgesetzbuch) までであるが、これは、1版で1万3000部も売れた。商法のコンメンタールとしては破格の数字である。1932年までの40年の間に14版を重ねたが、1933年のナチスの政権獲得のもとで、ユダヤ人法律家への反感から絶版となった<sup>49)</sup>。

1930年代は、ユダヤ系の法学者の受難の時期であり、Ernst Rabel (1874-1955, 1939年にアメリカに亡命), James Goldschmidt (1874-1940, 1938年にイギリスに亡命), Martin Wolff (1872-1953, 1938年にイギリスに亡命), Fritz Schulz (1879-1957, 1939年にイギリスに亡命), Arthur Nussbaum (1877-1964, 1934年にアメリカに亡命), Julius Flechtheim (不明), Max Rheinstein (1899.7.5-1977.7.9, 1933年にアメリカに亡命), Julius Magnus (1867-1944, 1939年にオラ

---

48) Heinrichs, a.a.O., S.388.

49) ただし、1938年のオーストリア併合まで、オーストリアでは、なおウィーン体制後の1815年のドイツ連邦法であるADHGBが適用されていたから、ウィーンでは、Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, 3.Aufl., 1938が出版されている (Manz書店)。

ンダに亡命), Max Alsborg (1877-1933, 1933年にスイスに亡命)などは、人種差別法の下で、亡命をよぎなくされた<sup>50)</sup>。シュタウプは、彼らよりほぼ1世代早く、また比較的早世したことから、その著書だけが焚書の対象となったのである。

シュタウプとほぼ同世代、6年早く生まれたレーネル (Otto Lenel, 1849.12.13-1935.2.7) は、民法とローマ法のインテルポラチオ (Interpolatione) の研究につくしたが (後述)、1935年に、ナチスの政権獲得後に失意のうちに亡くなり、その妻は、1940年に、収容所で亡くなった。

もっとも、シュタウプのコンメンタールは、戦後、Walter de Gruyter から、7冊の大コンメンタールとして新たに出版され、今日なお、商法の基礎的な文献となっている (Handelsgesetzbuch: Großkommentar, 5. Aufl., 2008, hrsg. Canaris)。彼の手形法コンメンタール (1895年) も、1934年までに、10版を重ねた<sup>51)</sup>。1903年の会社法 (GmbH) コンメンタールは、466頁の大作であり、これは、生前のほとんど最後の作品であった。

ほかに、商法草案批判の講演録 (Kritische Betrachtungen zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs: Vortrag, gehalten auf dem Deutschen Anwaltstage zu Berlin am 12. September 1896, 1896) がある。

また、シュタウプは、1886年から、現在も継続している著名な法律雑誌 (DJZ, Deutsche Juristenzeitung) の創刊者の1人ともなっている。同じくユダヤ系の商法・公法学者のラーバンド (Paul Laband)、ライヒ裁判官の Stenglein とシュタウプと、出版者の Otto Liebmann の尽力によるものであった。

(2) ベルリンで弁護士となったシュタウプは、そこで、当時施行から2年しかたっていない民法典では解決できない事件に直面した<sup>52)</sup>。

---

50) 五十嵐清「亡命ドイツ法学者のアメリカ法への影響」現代比較法学の諸相 (2002年) 141頁参照。

51) Kommentar zur Wechselordnung, 10. Aufl., 1923; 13. Aufl. 1934.

52) Staub, Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen, Festschrift zum Deutschen Juristentag. 種々の複製版がある。Vgl. Schmidt, Eike, Jhering Culpa in contrahendo & Staub Die positiven Vertragsverletzungen, mit einem Nachwort von Schmidt, 1969, S. 131. そのNachwortにも簡単な紹介がある。

馬の飼料の買主が、有害な (Rizinus) 成分を含んだインド・とうもろこし (indischer Mais) を引渡された。それにより、馬は、死んでしまった。

また、商人が、製造した発光物を買主に引渡したところ、爆発する成分が含まれていたが、買主にそれにつき注意を与えなかった。発光物は、買主の倉庫で大きな損害を発生させた。

シュタウプは、こうした場合を積極的契約侵害と名付けた。というのは、債務者は、民法典に規定された不能や遅滞とは異なり、たんに給付をしないのではなく、債権者に対して積極的行為により損害を与えているからである。民法典は、給付障害の一般概念として不能と遅滞 (Unmöglichkeit und Verzug)、また瑕疵担保責任のみを規定していた。不能は、給付ができない場合を、そして、遅滞は、可能である給付がされない場合をいうが、そのほかにも、①給付した物に瑕疵がある場合、②給付の方法が適切でない場合、さらに、③給付された物によって拡大損害が惹起される場合などがあるからである。

1902年のドイツ法曹大会への記念論文集 (Festgabe für den XXVI. Deutschen Juristentag) において、シュタウプは、「積極的契約侵害とその効果」(Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen) と題する論文を公にし、民法典における法の欠缺を論じた。積極的契約侵害の概念 (あるいは積極的債権侵害, die positive Forderungsverletzung) は、論争ののち、ライヒ大審院、戦後の連邦裁判所の判例にも採用された<sup>53)</sup>。こうして、彼によって基礎づけられた積極的契約侵害は、判例によって債権法の中核概念として発展した。この概念は、今日、契約的な損害賠償を考える上で、義務の構造論の側面からも見落とすことができないものとなっている。債務者による給付の障害は、たんなる給付義務の瑕疵にとどまるものではなく、付随義務や保護義務違反の形態をとることが承認されている。

2002年のドイツ民法典の債務法改正にさいし、積極的契約侵害は不能や遅滞とともに、上位概念に包含され「義務違反」(Pflichtverletzung) として法典に採用された。「義務違反」は、今日給付障害法の基礎となっている。新債務法

53) BGHZ 11,80ほか。

280条1項では、給付障害の基礎として、義務に違反した債務者は、債権者に対し、そこから生じた損害を賠償しなければならない。また、契約上の保護義務の違反でも同様である(241条2項)。こうした不能論の克服には、シュタウプの実務からのアプローチと、比較法学者ラーベル(上述)の理論からのアプローチの貢献にはとくに大きなものがある。

なお、オーストリアでは、積極的契約侵害論の位置づけには古くから争いがあり、通説は、債務者の給付そのものには瑕疵がない場合の、瑕疵結果損害(Mangelfolgeschäden)をさすものと位置づけている(ABGB1295条1項。1447条は、物の滅失による免責)<sup>54)</sup>。オーストリア法(ABGB, 1811年)は、パンデクテン法学以前の統一的な不履行体系に基づいていることから(違法な権利の侵害、すべての不利益, widerrechtliche Rechtsverletzung, jeder Nachteil. ALR (1794) I5 § § 270 ff. Code civil (1804), art. 1147も同様である)、ドイツ民法典のような法の欠缺(不能と遅滞の二分体系の給付障害構成)は存在しないからである。要件上の分別の問題よりも、効果上、拡大損害を含むことが議論の中心になる<sup>55)</sup>。

(3) 1900年のドイツ民法典の給付障害規定が基本とする不能と遅滞、これにシュタウプの付け加えた積極的契約侵害の三分体系は、2002年に発効した債務法現代化法のもとで、上位概念である義務違反に置き換えられた。その主要な規定は、以下の損害賠償や解除の規定にみることができる。なお、学問上は、他の概念が提唱されることもあった。たとえば、給付障害(Leistungsstörungen)や、不履行(Nichterfüllung)である。後者は、わが民法の不履行概念やフランス法の不履行(inexécution)に近いが、立法者は、たんに履行しないことよりも、いっそう積極的な概念である「義務違反」を採用したのである。英米法の契約違反

---

54) Vgl. Rabel, Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung nach österreichischen Recht, Gesammelte Aufsätze, I, 1965, S.79. 近時のものでは、vgl. Ditrich und Tades, ABGB, 2007, S.593 ff.

55) Vgl. Ono, Die Entwicklung des Leistungsstörungenrecht aus rechtsvergleichender Sicht, Hitotsubashi Journal of Law and Politics, vol.30, p.15 (2002).

また、シュタウプの論文で触れられた諸事例については、拙稿・司法の現代化と民法(2004年)176頁以下参照。

(breach of contract) に近い (ただし、275条1項では、不能概念が復活した)。

ドイツ民法の現代化法は、2002年に施行され、これはおおむねシュタウプの死後、100年目にあたっていた<sup>56)</sup>。

#### 280条 (義務違反にもとづく損害賠償)

(1) 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。

(2) 債権者は、286条により付加される要件を満たす場合においてのみ、給付の遅延にもとづく損害賠償を請求することができる。

(3) 債権者は、281条、282条または283条により付加される要件を満たす場合においてのみ、給付に代わる損害賠償を請求することができる。

#### 282条 (241条2項の義務違反による給付に代わる損害賠償)

債務者が、241条2項の義務に違反し、債務者による給付が期待しえないときには、債権者は、280条1項の規定のもとで、給付に代わる損害賠償を請求することができる。

#### 241条 (債務関係による義務)

(1) 債務関係の効力として、債権者は、債務者から給付を請求する権利を有する。給付は、不作為によることもできる。

(2) 債務関係は、その内容により、各当事者に相手方の権利、法益および利益 (Rechte, Rechtsgüter und Interessen) に対する配慮を義務づけることができる。

#### 323条 (給付不履行または契約に適合しない給付をしたことによる解除)

(1) 双務契約において、債務者が履行期の到来した給付をなさず、またはその給付が契約に適合しない場合には、債権者は、債務者に対して給付または追完のために相当の期間を定め、その期間が徒過されたときには、契約を解除することができる。(2項省略)

---

56) 統一的給付障害法の構造は、実質的にウィーン統一売買法 (CISG) にも合致している。Huber, CISG (hrsg. v. Caemmerer und Schlechtriem), 1990, Art.45, Rn 1ff.; CISG (hrsg. Schlechtriem und Schwenger), 2004, Art.45, Rn 1ff. (S.503ff.)

(3) 義務違反 (Pflichtverletzung) の性質によると、期間の定め (Fristsetzung) を考慮しえないときには、これの代わりに警告 (Abmahnung) による。(4項省略)

(5) 債務者が給付の一部を履行した場合には、債権者は、給付の一部には利益がないときにのみ、契約の全部を解除することができる。債務者の契約に適合した給付をしない場合でも、その義務違反が重大でないときには、債権者は、契約を解除することができない。(6項省略)

3b F・モムゼン (Friedrich Mommsen, 1818.1.3-1892.2.1) とパンデクテン体系の不能論

(1) F・モムゼンは、デンマークとの国境近くのFlensburgで、1818年に生まれ、1836年に、そこのギムナジウムを卒業して、キール大学、ベルリン大学、ミュンヘン大学で法律学を学んだ。キールでは、学生団体のCorps Holsatiaのメンバーとなった。1841年に国家試験に合格してから、シュレスヴィッヒの控訴裁判所 (Obergericht) の裁判官となった。1848年から1851年には、ラント等族会議 (Landesversammlung) のメンバーであり、また司法部門の責任者の1人となった。1852年に、ゲッチングン大学で学位を取得し、1年後に、私講師となり、1854年に、員外教授、1859年には、法律学の正教授となった。

1864年に、彼は、ふたたびシュレスヴィッヒの上訴裁判所 (Appellationsgericht) の裁判官となったが、デンマーク支配下のシュレスヴィッヒは、1864年のプロイセン・オーストリアとデンマークとの戦争の結果、1865年には、プロイセンに併合された。そこで、彼は、1867年には、ベルリンの上級控訴裁判所 (Oberappellationsgericht) の裁判官となった。これらの裁判所は、いずれもラントであるシュレスヴィッヒやプロイセンの最高裁にあたる。ちなみに、ドイツ全体の連邦 (1868年の北ドイツ連邦。1815年のドイツ連邦には相当するものはない) の最高裁は、連邦およびライヒ高等商事裁判所 (Bundes- od. Reichsoberhandelsgericht)、統一後は、ライヒ大審院である (これらについては、後述Ⅲ4c参照)。

1868年から1891年の間、彼は、キールで、シュレスヴィッヒ・ホルシュタインのラントの (ルター派の) 宗務局 (Landeskonsistorium) の長官となり、教会



の共同体規則を作り、コンメンタールも著した。それによって、1876年に、キール大学の神学部から名誉博士号をうけた。1879年に、彼は、キール大学の評議員 (Kurator)、1884年から、プロイセンの枢密顧問官 (Staatsrat) となった。1891年に退職し、1892年に、ローマ旅行に向かい、ローマで亡くなった<sup>57)</sup>。

1か月ほど先に生まれローマ法研究で名高いT・モムゼン (Christian Matthias Theodor Mommsen, 1817.11.30-1903.11.1, *Römische Geschichte*, 1854-1856で著名である) との関係は、明確ではない<sup>58)</sup>。

(2) F・モムゼンは、裁判官などの経歴が長く、大学の教授として専念した時期が短いことから、著作の対象は比較的限定的である。1876年に、ライヒ (統一ドイツ) の相続法草案と理由書について解説した *Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven*, 1876 (499 S.) があるほか、不能論を中心とする債権法研究の著作のみが有名である。ただし、大著で3巻にもなるその不能論は、詳細であり、パンデクテン法学の給付障害論の到達点といえる。ヴィントシャイトの著作とともに、1900年の民法典の基礎となった。

*Erörterungen aus dem Obligationenrecht. der Ausg. Braunschweig, Schwetschke*, 1859/79. これは、1997年にScientiaから復刻されている。

① *Erörterungen über die Regel: Commodum ejus esse debet, cujus periculum est*, 1859. (215 S.). 買主危険負担主義の根拠の1つともなる「利益あるところに、危険も帰する」との法格言の研究である。

② *Über die Haftung der Contrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen*, 1879. (144 S.). 債務契約の締結にあたっての契約者責任の研究である。

③ *Beiträge zum Obligationenrecht*,

Abt.1 *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*, 1853. (420 S.). パンデクテン法学の時代を通じてもっとも包括的な

57) Stinzing- Landsberg, a.a.O., III-2, S.493f.; III-2 Noten, S.220f.; Saß, Friedrich Mommsen, ADB, Bd.52, S.462ff.

58) F・Mommsenとは異なり、ローマ法学者のT・Mommsen (1817.11.30-1903.11.20) は著名であり、彼についての文献も多い。Vgl. Kleinheyer und Schröder, a.a.O., S.286ff. 後者は、SchleswigのGardingの生まれである。

不能の研究である。

Abt.2 Zur Lehre von dem Interesse, 1855. (301 S.). 明確な信頼利益や履行利益の概念は、同書を嚆矢とする。

Abt.3 Die Lehre von der Mora nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa, 1855. 前半が、遅滞論であり (S.1-S.343)、その後半が、過失論 (Beiträge zur Lehre von der culpa, S.346-S.428) である。

(3) パンデクテン法学の不能論は、さらにヴィントシャイトによって集大成され、1900年のドイツ民法典に採用された (無責の給付不能による給付義務の免責に関する275条、有責の不能に関する280条、遅滞に関する284条以下、反対給付義務の消滅に関する323条)。ただし、ドイツ民法典は、給付障害を不能と遅滞に二分した。これは、Windscheid, Pandekten, II, 1906, S.91 ff., 130 ff.の体系である。しかし、モムゼンのそれは、給付障害の中心を不能のみとする一元的構成であり、遅滞さえも、時に関する不能と構成したのである。

民法典の発効時の1900年に、不能に関する3つのモノグラフィーが公刊されているが、いずれも、このヴィントシャイトの系譜に属する。大枠では、いずれもパンデクテン法学を大きく超えるものではなかった。パンデクテン法学の不能は、物給付、とくに動産売買を典型例としていたために、その欠陥は、たとえば行為給付型の障害に関し生じ (いわゆる受領不能や営業危険の問題)、また遅滞の位置づけにもあった<sup>59)</sup>。

こうして、不能論に対する批判は、民法典発効とほぼ時を同じくして開始されたのである。シュタウプの積極的契約侵害論とラーベルの特定物ドグマ批判である。ラーベルについては、本稿では省略する。

---

59) Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschen bürgerlichen Recht, 1900, § 8 (S.149ff.); Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen, 1900, § 3 (S.18ff.); Kleineidem, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, 1900, S.94ff., S.24ff.). 拙稿「遅滞の危険・不能の危険」給付障害と危険の法理 (1996年) 249頁、263頁注5参照。

法学者の系譜 (本稿Ⅱ前半)  
生年

(\* ユダヤ系または亡命法学者)



