

# オーストリア一般民法典 (1811 年、ABGB) の 200 年

## — 啓蒙と官房学の結合 —

小 野 秀 誠\*

- I オーストリア一般民法典 (ABGB)
- II ABGB の規定と沿革
- III ABGB の立法における人物 — 自然法と官房学
- IV むすび、ABGB とヨーロッパ法

### I オーストリア一般民法典 (ABGB)

#### 1 はじめに

自然法の影響をうけて成立したオーストリア一般民法典 (ABGB) は、制定から 200 年余を経て、いまだに現行法として適用されている。1804 年のフランス民法典と並んで、長い命脈を保っている稀有な例である。制定にあたっては、ローマ法、ゲルマン法、自然法の影響をうけ、また、成立後にあつては、19 世紀のパンデクテン法学とドイツ民法学の影響をうけた。近時では、EU の一員として、ヨーロッパ共通法の影響をもうけている。他方で、フランス民法典のような世界的な影響力はないものの、東ヨーロッパには、かなりの影響を与えてきた。このような長い歴史をもつことから、種々な思想や概念の交錯には注目すべき点が含まれている。ある意味では、ドイツやフランスの大法典だけではなく、立法時に多数の法典を参照したわが民法典にも似た比較法の産物としての性質をも有しているのである<sup>1)</sup>。

本稿は、オーストリア法に影響を与えた種々の法概念を、立法に関係した人物

---

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科) 第 14 巻第 2 号 2015 年 7 月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科教授

とその業績の側面から検討しようとするものである。啓蒙主義と官房学の影響の大きいことが特徴であり、またそれが法典をも性格づけている。フランス民法典が啓蒙とフランス革命の所産であり、プロイセン一般ラント法典（ALR）が啓蒙専制君主の産物であるのに対し、ABGBは、啓蒙と官房学の産物である。フランス民法典の制定にあたっては、優れた法実務家の影響が大きく、それが法典の実務性と簡潔性をもたらした。他方、ALRは、実質的には理論家の産物であり、複雑な規定がもたらされている。ABGBが、ひとしく啓蒙専制君主の産物であるにもかかわらず、実務性と簡潔性が付与されているのは、官房学の担い手たる実務家の影響があることによる。

ABGBの長い歴史にとっては、成立史は、ごく一部にすぎない。成立後の注釈学的解釈を除くと、パンデクテン法学とドイツ民法学の影響が大きい。それらの特徴づける人物、たとえば、ウンガーやランダ、シェイ、クラングなどいるが、本稿では立ち入りえない。別稿にゆずることとする。

## 2 立法過程および成立後の変遷

(1) (a) オーストリアにおける民法典の立法作業は、古くは、18世紀のテレジアヌス法典（Codex Theresianus, 1766年、草案である）やヨーゼフ法典（Josephinisches Gesetzbuch, 1786年）にまで遡る。1753年に、女帝のマリア・

---

1) Hozumi, *The New Japanese Civil Code, as material for the Study of Comparative Jurisprudence*, 1904, p.11; cf. Ono, *Comparative Law and the Civil Code of Japan* (2), *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, vol. 25 (1997), p. 29.

なお、2011年前後、ABGBの200周年を祝賀するシンポジウムや論文集が多く公にされた。とくに注目できるのは以下の3点である。

① Fischer-Czermak, Hopf, Kathrein, Schauer (hrsg), *Festschrift 200 Jahre ABGB*, 2. Bde. 2011.

② Fischer-Czermak, Hopf, Schauer (hrsg), *Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend-Reformbedarf und Reform*, 2003.

③ Fischer-Czermak, Hopf, Kathrein, Schauer (hrsg), *ABGB 2011-Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform*, 2008.

以下、Fischer-Czermak ①、②、③で引用する。③は、2007年に行われた記念シンポジウムの記録である。基調講演 Rainer, *Vom Beruf unserer Zeit zur Kodifikation* は、1814年のサヴィニーの論文をもじって、EU内の私法の調和と統一を説くものであるが、あたかもEU諸国の法分裂をもって、かつてのラントの法分裂を彷彿させるものである。

テレジア（Maria Theresia, 1717-80, 位 1740-80）が、民法典制定のための委員会に（Compilationscommission）、その準備を委託したことに始まる。当時は、ローマ法が普通法として適用されていたが、多数の地域特別法が制定されたこと、あるいは固有の地域法を有する領域が統合されたことにより、法の不統一がみられたからである。そこでは、たんに普通法のみを考慮するのではなく、法律や理性の一般法（allgemeines Recht der Vernunft）を考慮するものとした。委員会（Azzoni, Zenkerによる）は、1766年に、上述のテレジアンヌ法典の草案を作成し、草案は国務院の審議にかけられた。しかし、法文が膨大であったことから法典化されることはなかった。また、なお残されていた過度のローマ法への依存も批判された（Fürsten Kaunitz, 1770）<sup>2)</sup>。

11世紀に再発見されたローマ法は、ローマ法の現代的慣用の時代から、全ヨーロッパ（大陸）において教えられ、ドイツ諸国にも継受された。このいわゆる普通法（Gemeines Recht）は、普遍的な共通法（ius commune）として適用されてきたことから、その影響力には無視できないものがあつた。狭義のローマ法

---

2) 以下の立法史については、Kodek, 200 Jahre Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - das ABGB im Wandel der Zeit, ÖJZ 2011, 490; Gschnitzer, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Aufl., 1992, S.15（Engel, Markl, Oberhofer, Schopper, Villotti, Mänhardt）; Posch, Das zweihundertjährige ABGB und das Europäische Vertragsrecht, ZEuP 2010, 40; Weiß, Hundertvierzig Jahre ABGB, JBl 1951, 249; Gschnitzer, Hundertfünfzig Jahre ABGB, JBl 1962, 405; Barta, Zivilrecht, Teil 1., Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken, 2004, S.25ff.; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1967, S.335. ヴィアッカー・近世私法史（鈴木禄弥訳・1961年）422頁、Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl., 1996, S.156（§ 12 ABGB）. ツヴァイゲルト・ケッツ・比較法原論上（1974年）293頁。五十嵐清「オーストリア民法典の200年」札幌法学25巻2号など参照。

Gschnitzer, Nachruf auf Josef Schey, JBl 1938, 69によれば、ABGBは、5つの時期に分類される。① 1798-1828の立法前後の時期、② 1828-1858の注釈の時期、③ 1858-1888はUngerなどによる転回の時期、④ 1880-1918は、それが立法に反映される時期である。⑤ 1918-1938は、第一次世界大戦後の時期である。現在の観点からは、①②は自然法優位の時期として一括できよう。また、③④は、パンデクテン法学による転換の時期である。⑤には、さらに、その後のナチスの時期と戦後の発展が付け加わることになる。

Gschnitzer, Heinrich Klang - seine Bedeutung für das österreichische Privatrecht, JBl 1954, 157は、さらに、⑤の時期は、EhrenzweigとKlangによって特徴づけうるとして、前者が、1918年後のオーストリア私法の危機を救い、後者は、1945年後の危機を救ったものとする。

(*corpus iuris civilis*) のほかに、カノン法 (*corpus iuris canonici*) も含まれる。中世の教会は広範な裁判権をもっていたからである。大学は、この両法を教えた。また、各地域には、固有の慣習法があり、普通法に優先したが (中世の条例理論)、慣習法は、それを主張するものが証明しなければならなかったことから、証明不要なローマ法は、実務上有利だったのである。そして、裁判官が、大学で教育をうけた者によって占められるようになると、実質的にローマ法は、優先性を獲得したのである。

これに対し、ALR, ABGB で用いる「一般」(*allgemein*) はやや異なり、プロイセン国家やオーストリア国家に共通する法律という意味である。従来条例理論とは異なり、ローマ法の補充的適用を認めない点が異なる。その場合の理論的根拠は、自然法的な理性の産物としての優先性である。共通法としての *common law* (*equity* に対する意味でのものは裁判管轄の意味であり、これと異なる) に近い。さらに、19世紀の ADHBG (普通商法典) の *allgemein* は、また異なり、1815年のドイツ連邦に共通して適用される法典という意味である。これは、連邦構成国が任意に採用して、全体として統一を旨とするものであるから、アメリカの *Uniform law* (たとえば、UCC = 統一商法典) に近い。

(b) 直接に立法作業の先駆となったのは、ホルテン草案 (1774年、テレジアヌス法典の縮小版) とマルチニの草案 (1794年) である。1772年に、新たな委員会において草案の修正が意図され、この委員会が、テレジアヌス法典を縮小した草案を作成した。たんなる定理や命題、冗長や重複を避け、簡潔にされた。これがホルテン草案といわれる。しかし、これも法典化されることはなかった。1786年、マリア・テレジアの子・ヨーゼフ二世 (Joseph II, 1741-90, 位 1765-90, 1765年からは共同統治である。啓蒙専制君主として著名である) は、ホルテン草案のうち人に関する法を縮小した上、独立の法典として公布した (1787年施行)。これがヨーゼフ法典といわれる。

この法典は、5部構成であり、1. 法律について、2. 臣民の権利、3. 夫婦間の権利について (夫婦財産制を含む)、4. 両親と子どもの権利について、5. 孤児の権利、および自己の行為をなしえない者についてである。内容的には、ヨーゼフ二世の啓蒙的精神が反映され、未婚の者の間の子も、嫡出とされた。名称も、現行

の民法典と同じく、Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch であった。

(c) 1790年、ヨーゼフ二世の弟、レオポルド二世（Leopoldt II, 位 1790-92）は、マルチニ（Karl Anton von Martini）を長とする新たな委員会を設置した。委員会は、ヨーゼフ法典とプロイセンのALRをも参考にして<sup>3)</sup>、1796年に、一般民法典の草案（マルチニ草案）を作成した。マルチニの下で、自然法の影響が強まり、たんなる普通法の祖述という法典の性格は根本的に転換されたのである。しかし、いぜんとしてローマ法の影響は大きかったのである。そして、これは、1797年に、西ガリツィアに試験施行される法典となった（その他のガリツィアにも施行）<sup>4)</sup>。ALRは純粹の民法典ではなく、フランス民法典の施行前でもあったことから、このガリツィア法典は、ヨーロッパで最初の近代的な民法典となったのである<sup>5)</sup>。これは、法の変化が周辺から現れることの一例である。ちなみに、オーストリアでは、暴利禁止法も、ガリツィアから施行された。

3) ABGBに対するALRの影響については、Brauneder, Der Einfluss des ALR auf das ABGB, Fischer-Czermak ①, S.3. また、フランス民法典の影響も指摘されている。Rainer, Franz von Zeiller und der Code Civil, Fischer-Czermak ①, S.45. さらに、ロシアの立法草案も参照された。Kodek, a.a.O. (前注2)), S.491; Ofner, Ur-Entwurf II, S.465f.

4) Gschnitzer, a.a.O. (前注2), AT), S.16. ガリツィアは、おもに、1772年の第1回ポーランド分割による獲得地である。分割は、さらに1793年、1795年にも行われ、オーストリアは、第2回分割には関与していないが、1797年には、列強も分割を承認した。Kinder und Hilgemann, Atlas zur Weltgeschichte, I, 1964, S.284. 分割によって、ラントが自律したことから、固有の法典が必要となったのである。ただし、1809年に、西ガリツィアは、ナポレオンの圧力で、ワルシャワ大公国に割譲され、1810年からフランス民法典が施行されたから、実際にガリツィア法典が西ガリツィアに適用された期間は短かったのである（1797年～1809年。むしろ施行が拡大されたガリツィアに適用されたことに意味がある）。

5) Brauneder, Europas erste Privatrechtskodifikation: Das galizische bürgerliche Gesetzbuch, (hrsg.) Naturrecht ud Privatrechtskodifikation, S.303ff, S.304; Posch, a.a.O. (前注2)), S.57. もっとも、1756年のバイエルン民法典（Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis）が最初の自然法的な法典ともいえるが、条文の体裁など、中世の法の色彩を強く残していた。また、他の近代法典とは異なり、法典の排他性を認めず、他の法源を否定しないことから、普通法の補充法的地位を肯定していた。また、内容的にも、実質的にはローマ法の慣用を成文化したにすぎなかったのである（その配列は、Institutiones に従う）。ただし、法の発布（I, 1, 6）や自然法への言及（II, 2, 4）、すべての合意の拘束力（III, 1, 3）など、新しい点も含まれていた。

オーストリアの辺境ガリツィアのManiówで1841年に生まれた法学者に、アントン・メンガー（Anton Menger, 1841. 9. 12-1906. 2. 6）がいる。ギールケと並び、ドイツ民法典第一草案批判で著名である。メンガーについては、拙稿・商論 83巻4号136頁。

1900年ごろのオーストリア帝国



1900年ごろのオーストリア (Vgl. Kinder und Hilgemann, Atlas zur Weltgeschichte, II, S.58, S.78; Winklemann/Heritage, Atlas der Weltgeschichte, 1997, S.78; Zentner, Der große Bildatlas zur Weltgeschichte, 1982, S.488; Muir's Atlas of Medieval and Modern History, 1982, p. 33)。

ガリツィアは、ハンガリーの北側に位置し (東ガリツィア。西ガリツィアは、さらにその北に位置する。ただし、オーストリアに属した期間は短い。1809年までの数十年ほどである)、その東南に位置するのが、ブコヴィナであり、その州都チェルノビッツは、法社会学のエルリッヒで著名である。バーメンは英語ではボヘミアである。マルチニの生地トリエステは、アドリア海に面している。ドイツ統一をめぐるプロイセンとの戦争で、ベネチアがイタリアに帰属した後は、地中海に抜けるためにオーストリアにとっての重要地点となった。

(d) 1798年1月から施行された西ガリツィア法典は、さらにオーストリアの

全地域に施行が拡大される予定であったが、すでにフランス革命の時代であった。オーストリアの急進的な啓蒙専制主義は、この時代までであり、その後しだいに反動化した。皇帝フランツ二世（1768-1835、位 1792-1806、1806年に、神聖ローマ帝国の解体、以降はオーストリア皇帝）の意を受け、同じくマルチニの弟子であった Sonnenfels や Zeiller は、西ガリツィア法典の拡大に反対した。法典の前文にあった基本原理は、自然法的な観点から人権を実定法上承認するものであり、危険と考えられたのである。その結果、基本原理の諸規定は、民法典から削除された。

1801年に、新たな委員会が設置され、西ガリツィア法典に修正が加えられた。原草案（Urertwurf）は、194回の会議（Sitzungen）と3回の読会（Lesungen）を経た（1801年～1806年、1808年改訂、1810年までの再改訂）。マルチニの弟子であるツァイラー（Franz von Zeiller）が、ABGBの起草にあたったことから、自然法のほか、カント哲学の影響が強まった<sup>6)</sup>。ツァイラーは、自然法学者C・ヴォルフの影響下のスアレツと異なり、古い自然法の信奉者ではなく、形式的自由倫理を信じていた。そして、自然法を現実になづけることが目ざされ、普通法や地域特別法にも目が向けられたのである。その結果、新たな草案には、ローマ法やゲルマン法に由来する規定も多数混在している。こうして、1808年、草案は、ツァイラーの理由書とともにフランツ二世に提出された。戦争やインフレの影響で、公布は遅れたが、一般民法典（ABGB）として、1811年6月1日に、公布され、1812年1月1日からオーストリア帝国のドイツ系の構成国家に適用された。

のちの1852年と1853年に、適用領域は、全帝国、とくにハンガリーとクラカウにも拡大された（ハンガリーでは1853年から1861年までの数年である）。また、クロアチア、スロヴェニア、ボスニア・ヘルツェゴヴィナに適用され、セルビア、モンテネグロにも影響を与えた。東欧への影響はかなり大きいだが、フランス民法典に比較すると、世界的な影響は少ない<sup>7)</sup>。

---

6) カント哲学の影響については、Posch, a.a.O. (前注2)), S.43; Gilardeau, Der Einfluss des Gedankengutes Kants auf das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch durch Franz von Zeiller, ZfRV 2004, 123.

ABGBの成立後、立法者とくにツァイラーの影響は大きく、詳細なコンメンタールが残されたことから、それに忠実な解釈が行われた(1828年のツァイラーの死亡時まで)。多くの法典と同様、成立直後は、注釈学派の時代である<sup>8)</sup>。

しかし、立法からあまり時を経ずに、1814年には、サヴィニーの「立法と法学に対するわれわれの時代の使命について」(Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft)が公表され、歴史法学の時代が到来したのである。もっとも、多民族国家であるオーストリアにとって、民族精神や「民族法典」の理念は困惑をもたらすものにすぎない。ドイツにとっては地域法典にすぎないABGBが成立してしまっており、バイエルンの民法典のように地域法として無視するには大きすぎたからである。この時代の重要人物としては、ウンガー(1828-1913)やランダ(Anton Randa, 1834-1914)をあげることができる。

(2) (a) 第一次世界大戦後、ハプスブルク帝国は解体されたが、ただちに広範なABGBの適用がなくなったわけではない。当初、承継国家にも適用され、部分的には拡大させたのである。たとえば、1922年には、もとハンガリー領のBurgenlandである(オーストリア領になったからである)。また、ポーランド、ユーゴスラヴィア、チヨコスロバキアの旧オーストリア領域でも、適用が残された。

これら諸国において明確にその適用が排されたのは、ずっと遅れて、第二次世界大戦後の1951年のチェコスロバキアや1965年のポーランドの社会主義化による民法によってである。今日では、オーストリアとリヒテンシュタインのみに適

---

7) 五十嵐清・前掲(前注2))論文103頁。なお、ABGBへのローマ法の影響については、Schmidlin, Der Stand des römischen Rechts bei Erlass des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches- Römischen Institutionenrecht, die Naturrechtslehre und das Gesetzssystem des ABGB, Fischer-Czermak ①, S.59。また、パンデクテン法学の影響については、Wendehorst, Zum Einfluss pandektistischer Dogmatik auf das ABGB, Fischer-Czermak ①, S.75。プロイセンとオーストリア戦争で、ヴェネツィアとロンバルディアが放棄されるまで、ABGBは、イタリアの一部でも適用されていたのである。

ABGBの諸外国および継承国に対する影響を包括的に概観するものとして、ブラウネーダー(堀川信一訳)「ヨーロッパ私法典としてのオーストリア一般民法典」一橋法学10巻1号19頁参照。

8) Gschnitzer, a.a.O. (前注2)、Josef Schey), JBl 1938, 69.

用されているが、クロアチアでは、補充的な規定となっている<sup>9)</sup>。

(b) 内容的には、制定後の最初の100年間は、法典そのものの大幅な修正はなく、実質的にはほとんど変更されなかったといってもよい。しかし、1914年から16年の間に、1914年10月12日、1915年7月22日、1916年3月19日の3つの部分改正があり、とくに1916年の改正は、法典の理念を大幅に変更するものであり、重要なものであった。19世紀のパンデクテン体系への接合が行われたのである。この時代には、ウンガーのほか、シェイ（Schey）がいる<sup>10)</sup>。

商法の領域では、1861年の普通商法典（ADHGB）は、オーストリアを盟主とするドイツ連邦の立法として成立したことから、オーストリアにおいては、1863年に、施行された。普通商法典は、統一されたドイツにおいても施行され、その後新しい商法典が1897年に公布され、ドイツ民法典とともに1900年に施行されるまで適用された（普通商法典はドイツでは廃止）。なお、この普通商法典は、

---

9) ABGBの適用やその影響については、その200周年を期して多数の業績が出された。ルーマニアにおける影響については、Alunaru, Das ABGB in Rumänien (frühere Geltung und heutige Ausstrahlung), Fischer-Czermak ①, S.101. リヒテンシュタインに関して、Berger, Das ABGB in Liechtenstein und Österreich- Gemeinsamkeiten und Unterschiede, Fischer-Czermak ①, S.123. スイス法の影響が指摘される。イタリアへの影響は、Eccher, Das ABGB in Italien, Fischer-Czermak ①, S.141. クロアチアについて、Josipovic, 200 Jahre der ABGB-Anwendung in Kroatien-135 Jahre als Gesetz und 65 Jahre als „Rechtsregeln“ Fischer-Czermak ①, S.157. ポーランドについて、Maczynski, Das ABGB in Polen, Fischer-Czermak ①, S.175. スイスについて、Oberhammer, ABGB und schweizerisches Privatrecht: Eine Spurensuche, Fischer-Czermak ①, S.219. ボスニア・ヘルツェゴヴィナについて、Povlakic, Der mehr als einhundertjährige Einfluss des ABGB in Bosnien und Herzogowina, Fischer-Czermak ①, S.233. チェコとスロヴェニアについて、Tichy, Die Bedeutung des ABGB für das gegenwärtige tschechische Privatrecht-Das ABGB als Modell für das neue tschechische ZBG?, Fischer-Czermak ①, S.279; Trstenjak, Das ABGB in Slowenien, Fischer-Czermak ①, S.293. ハンガリーについて、Vekas, Das ABGB und das ungarische Privatrecht, Fischer-Czermak ①, S.307. および、Vekas, Einige Grundzüge der ungarischen Privatrechtsreform, Fischer-Czermak ②, S.213. スロヴァキアについて、Lazar, Kodifikation und Europäisierung des slowakischen Privatrechts, Fischer-Czermak ②, S.229.

また、従来、ドイツ法のABGBへの影響が述べられることは多かったが、逆に、ドイツ民法典制定のさいのABGBの影響については、Schermaier/Stagl, Der Einfluss des ABGB auf die Entstehung des BGB-Gesunder Menschenverstand versus „Beruf zur Gesetzgebung“, Fischer-Czermak ①, S.253.

10) シェイについては、前出注2)のGschntzer, Nachruf auf Josef Schey, JBl 1938, 69.

スイス債務法(1881年)の成立にあたっても参照された(Munzinger)。

普通商法典の特徴は、一般取引法を含むことであったが、その部分はドイツ民法典の総則と売買法に転用されたのである。普通商法典は、第一次世界大戦後、新生のオーストリア共和国でも適用され続けたが、1938年のオーストリア併合によって、ドイツ商法典(HGB)に置き換えられた(1939年から施行。戦後の独立後もHGBが適用された)。これに反し、民法典(ABGB)は、併合によっても変更されることなく、適用が継続した。これは、ナチスが、ドイツ民法典よりも、ABGBがドイツの伝統により近いと評価したからである<sup>11)</sup>。

(c) ドイツ民法典を批判し、民族法典を確立する目的で発足したナチスのドイツ法アカデミーは、ドイツ民法典を敵視し、Heinrich LangeやHedemannの部会では、ナチス理念による私法の新法典が意図され、1942年には、最初の著作であるDer Volksgenosseが完成した。こうしたドイツ民法典に対する否定的態度とは異なり、ABGBは、リベラルでも個人主義的でもないとして、むしろ民族法典のモデルとされたのである。1938年から1943年にウィーン大学で学部長となったSchönbauerは、ドイツ法アカデミーの第5回総会において、ABGBの簡潔な用語と明確な文体は、自由な時代の産物ではなく、ABGBは文言上の修正なしに、ナチス的に解釈できることをも主張したのである。そのさいには、立法者意思に関するABGBの解釈指針の規定(6条)がもちだされている(後述IIの1参照)<sup>12)</sup>。

この時代の法学上の重要人物としては、Schey(1853.3.16-1938.1.18)、Armin Ehrenzweig(1864.12.15-1935.9.29)やKlang(1875.4.15-1954.1.22)、やや遅れて、Walter Wilburg(Walter Wilburg, 1905.6.22-1991.8.22)、Franz Bydliniski(Franz Bydliniski, 1931.11.20-2011.2.7)などがいる<sup>13)</sup>。

11) Kodek, aa.O. (前注2)), S.493f.

12) Meissel/Bukor, Das ABGB in der Zeit des Nationalsozialismus, Fischer-Czermak ①, S.17, S.23f.; Kodek, aa.O. (前注2)), S.493.

13) Wilburgについては、拙稿・民事法情報282号22頁。エーレンツワイクについては、Demelius: Ehrenzweig, Armin. NDB Bd, 4, 1959, S.355f. クラングについては、Gschnitzer, Heinrich Klang - seine Bedeutung für das österreichische Privatrecht, JBl 1954, 157. ビドリンスキーについては、vgl.Koziol/Rummel, Franz Bydliniski zum Gedenken, JBl 2911, 138.

(3) 戦後の1960年代には、家族法の領域で重要な変更があった。1984年には、禁治産、成年後見法の改正が行われた。近時では、損害賠償法の改革が行われている。

もっとも、かなり重要な改正が、民法典本体ではなく、特別法によって行われることが多い。これは、わがくにと同様であり、たとえば、賃貸借法（Mietrecht）、消費者保護法（Konsumentenschutzgesetz）、夫婦法（Ehegesetz）などである（後述）<sup>14)</sup>。しかし、オーストリアの民事立法の中心が依然としてABGBであることに変わりはない<sup>15)</sup>。

(4) ABGBは、ALRとは異なり、すべての法領域ではなく、民法のみを対象とする。商法と手形法を除く私法を中心とする。オーストリアの諸地域の国制上の地位が異なることから、国法や行政法を包含するよりは、当初からなかったからである。1万9000条にもなるALRに比して条文数も少なく、1502条にすぎない。これは、ドイツ民法典やコード・シヴィルが2000条程度なのに比しても簡潔である。概念的にも明確であるのは、コード・シヴィルの影響である。もっとも、ABGB 14条のように、たんに法典の編別を示すだけの規定もある。「民法典に包含される規定は、人事法、物権法および双方に関わる参照を目的とする」とする。また、質権の450条のように、「法典が質権を認める場合は、本法典の該当箇所および破産事件の場合にも存在する」というような参照条文もある

---

14) 損害賠償法の発展については、Koziol, Begrenzte Gestaltungskraft von Kodifikationen? - Am Beispiel des Schadenersatzrechts von ABGB, Code civil und BGB, Fischer-Czermak ①, S.469; Harrer, Die Entwicklung des Haftpflichtrechts, Fischer-Czermak ①, S.381. 賃貸借法については, Call, Die Entwicklung des Wohnungseigentumsrechts mit einem Exkurs zum zivilen Baurecht, Fischer-Czermak ①, S.333; Stabentheiner, Die Entwicklung des Mietrechts im 20. Jahrhundert und bis zur Gegenwart, Fischer-Czermak ①, S.639. 家族法では, Neumayr, Die Entwicklung des Kindschaftsrechts-Vom 20. Jahrhundert bis zur Gegenwart, Fischer-Czermak ①, S.459; Ofner, Ehegüterrechtlicher Ausgleich bei Tod eines Ehegatten?, Fischer-Czermak ①, S.513; Verschraegen, Entwicklungen des österreichischen Eherechts im 20. Jahrhundert- zwischen Tradition und Wandel, Fischer-Czermak ①, S.667. 相続法では, Welser, Die Entwicklung des Erbrechts, Fischer-Czermak ①, S.713. など参照。

15) Kodek, a.a.O. (前注2)), S.493. Braunederの計算によると、法典の70%は、1811年のテキストに由来する。Posch, a.a.O. (前注2)), S.45は、オリジナルなテキストが約半分と見積もっている。

(603条、1034条3文)。こうした指示規定の存在意義は乏しい。

また、ABGBの構成は、フランス民法典と同じく、いわゆるインスティテューチオネス方式によっている。前文、序文(1条~14条、総則である)に続き、(1部)人権、(2部)物権、(3部)人権と物権に共通する部分となっている。このうち、(1部)人権は、人事法というべき部分で、総則と家族法である(15条以下)。また、(2部、285条以下)物権は、パンデクテン体系の物権法(dingliche Rechte、309条以下)と相続法と債務法(persönliche Sachenrechte、859条以下)に大別される。さらに、(3部)共通部分は、総則にあたる(権利義務の確定、変更、消滅、および消滅時効と取得時効、1342条以下)。権利の変更に債権譲渡や債務引受が入り、権利の消滅に弁済などの規定が入ることから、パンデクテンの民法総則とは、まったく様相を異にしている。そして、(2部)物権は、フランス民法典の2編と3編をあわせた格好であり(日本の旧民法の財産編と財産取得編)。財産取得編から時効などの証拠編が分離する点では、旧民法の形態に近いともいえる。

ABGB, 1811

Präambel/Promulgationsklausel

Einleitung: Von den bürgerlichen Gesetzen überhaupt

1. Teil: Von dem Personenrechte

2. Teil: Von dem Sachenrechte

3. Teil: Von den gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte

対比すると、フランス民法典も、3部構成である。インスティテューチオネス方式であり、酷似している。

Code Civil, 1804

De la publication, des effets et de l'application des lois en général

Liv.1. Des personnes

Liv.2. Des biens et des différentes modifications de la propriété

Liv.3. Des différentes manières dont on acquiert la propriété

## II ABGBの規定と沿革

ABGBには、その成立にあたって、自然法のほか、ローマ法、古ドイツ法の影響がある。

### 1 自然法

(1) 法の欠缺に対し、自然法の原則を謳った7条がある（Lückenfüllungsvorschrift）。「法律上の事件が、文言からも、法律の自然的意味からも（aus dem natürlichen Sinne）決定できないときには、類似の法律に明確に定められた事件によって、かつ、他の類似の法律の理由を考慮しなければならない。法律上の事件がなお不明なときには、注意深く集めかつ十分考慮された事情を、自然的な法原則（nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen）によって決定しなければならない」。このような自然的な法原則は、民法施行法（Kundmachung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, Kaiserliches Patent vom 1.Juni 1811 JGS 946）1条にもみられ、私権の享受に関しては、衡平の一般原則（nach den allgemeinen Grundsätzen der Gerechtigkeit）により解すべきものとする<sup>16)</sup>。将来生じる慣習法の効力は否定されているのである（10条、すなわち、慣習は、法律がそれに依拠している場合にのみ考慮される）。また、6条では、法律は、言葉の固有の意味から解釈するものとする。さらに、契約の部でも、その解釈に関する規定があり、契約の解釈にあっては、表現の文字的意味に固執するのではなく、当事者の意図を探求し、誠実な取引の慣行に合致するよう契約を理解しなければならないとされる（914条）。

わがくには、私法の一般原則に相当するものは、必ずしも民法典には明示されず、解釈に任せられるか、せいぜい個別の具体的条文の当然の前提とされるにすぎない。ABGBで、これに近い原則が明文で謳われるのは、もともと憲法規範をも盛り込んだ沿革にもとづいている。もっとも、フランス民法典でも、法の適用に関する1条、法の不遡及に関する2条、人的な適用に関する3条、裁判官

---

16) Posch, a.a.O. (前注2)), S.44; Barta, a.a.O. (前注2)), S.719f.

の裁判拒否に関する4条、裁判官の立法的言明の禁止の5条、強行法規に関する6条、私権と公権の分離に関する7条など、必ずしも狭義の民法規範に限られない規定が存在している。自然法的思想に不可欠の前提ともいえる。

ABGB 2条でも、「法の不知は許さず」、3条で、法律は公布によって有効性を取得する。8条で、立法者のみが法律を一般的に拘束する方法で宣言することができるとするのも、啓蒙的な思想の一部である。

なお、ABGBには、民法の規定は、人の法、物の法、および双方がかかわる規定を対象とするというような定義的な規定がある（前述14条）。どちらかという、不可欠のものではない。1条の民法の定義（個人の私権と義務を定める法律が民法であるとする）も同様であり、やや教科書的である。

(2) また、生得の自然法的な権利に関する16条がある。「すべての人は、生得の自然法上の権利を有し、個人として尊重される。奴隷または隷属、および同様の力の行使は、当国では許されない」。

(3) 285条による広い物概念がある。「人により区分されるもの、および人の使用に資するものはすべて、法的な意味における物である」。わがくに（民85条）やドイツ（ド民90条）のように、有体物のみを対象とするのではない。

(4) 所有権の354条によれば、物の本質と使用を自由になしうる権限で、かつ他人を排除できる権利とされる。無体物への所有権概念の拡張は、自然法的である。

(5) 契約の成立については、自然法的特徴がある。信頼責任の理論が採用された（Vertrauenstheorie）。ツァイラーの影響の下で、申込の拘束力も再構成され、契約締結を容易にしている。ローマ法的な *contractus* と *pacta*（無方式の裸の合意）の区別や、口頭契約と諾成契約の区別などは廃された<sup>17)</sup>。意思が重視されるとともに、意思表示を補充する概念として「黙示の意思表示」が可能とされたのは、実際性に適合するものであった。

自然法的な給付の均衡理論が強いことも特徴であり、フランス民法と同様に（*lésion*）、過大な損害の禁止が定められている（934条以下、この場合に価値の

---

17) 諾成契約の発展と、自然法理論の意義については、拙著・契約における自由と拘束（2011年）17頁。

半分が基準となる。Schadloshaltung wegen Verkürzung über die Hälfte. 将来の財産の贈与の944条も同じ趣旨で、危険負担という損傷も価値の半分が基準となる。1048条）。反面で、片務的な契約では、不明確な場合には、義務者が、より軽い負担をおうことを望んだとみなされるとされている（915条前段）。また、双務契約では、不明確な表示は、それを使用した者の不利益に解される（同条後段）。これは、意思の尊重の趣旨でもある。

売買の危険負担も、自然法的な所有者主義によっている（1048条以下、1064条）。

同時履行の関係は、ローマ法に由来するが（1052条1文）、先履行義務者の危険の抗弁は、自然法的な交換関係によるものである（同条2文）。

(6) 不法行為法でも、ローマ法の訴権ごとの不法行為は、統一的な不法行為法に統合された。ABGBは、契約法と不法行為法の損害賠償の区別をも統合している（1295条1項）。

(7) 弱者保護の社会的思想は、マルチニによる。自然法的な自由や人間の尊厳にかかわっている。

730条以下の、単純な近親者の相続権にも自然法の影響が指摘される。「法定相続人は、配偶者と被相続人の最近親者とする」。

(8) その他の諸点は省略する<sup>18)</sup>。

## 2 ローマ法

(1) これに対し、ローマ法の伝統に従う規定も多い。立法の委員会には、Azzoni, Holger, Martini, Zeillerなど、ローマ法の学者が多かったである。自然法は、しばしば普通法の部分的な修正であり、必ずしも全面的な転換を意味するものではない。ローマ法以来の法の伝統や技術には、普通法による概念が多いからである。ガイウスの法学提要が発見されたのは、1816年であり、人法、物

---

18) これらについては、Kodek aa.O. (前注2), S.492; Gschnitzer, aa.O. (前注2), AT), S.17; Wendehorst, aa.O. (前注7)), S.76f.

交換契約の危険や利用については、1048条以下、Zeiller, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*, Bd. 3-1, 1812, S.341ff. 同時履行の1052条については、ib., S.348f.

法と訴訟法 (personae, res, actiones) の体系をとっているが、ほぼ同時代の ABGB には、訴訟法の部分は存在しない。他の点では、上述のように、ABGB の体系も、第1部に人法と家族法、第2部に物権法と債権法、第3部に総則の3部構成をとっている。

時効について、パンデクテン方式のドイツ民法典では、消滅時効 (Verjährung) は民法総則の問題であるが、取得時効 (Ersitzung) は物権法の問題として、別個に扱われているが、インスティテューティオネス方式のオーストリア法では、両者をもとに扱っており、この点では、わが法に近い (ABGB 1451条の消滅時効、1452条の取得時効)。

(2) ローマ法の素材は、債権法の分野に多いが、物権法にもある。

有因主義的な引渡主義の物権変動 (380条) は、ローマ法の traditio に由来する。物権変動の主義は、自然法上厳しく争われたが、フランス民法典とは異なり、意思主義 (Konsensprinzip) によらなかった。立法委員会では、Martini のように意思主義の支持者もいたが、大勢には至らなかったのである<sup>19)</sup>。

(3) 混和による金銭所有権の取得 (371条) はローマ法に由来する。

(4) 役権の多くの規定 (472条以下) も、ローマ法的である。

(5) 消費貸借、使用貸借、寄託契約が要物契約 (Realvertrag) とされていること (983条1文、971条、957条) は、ローマ法以来の伝統である。ただし、消費貸借の予約は肯定されている (983条2文)。

担保責任は、ローマ法と同じく、法定責任であり、瑕疵担保解除 (Wandelung) は、一般の解除 (Rücktritt, 918条) とは区別される (932条)。なお、ドイツの旧法 (1900年法の旧325条1項1文) とは異なり、契約の解除は、過失ある不履行による損害の賠償の権利を害さない (921条)。解除と損害賠償の両立を認めているのである。早くに、1916年の一部改正によって認められた。ドイツ法では、ようやく2001年の現代化法によって、両立が認められた (BGB 325条、旧325条1項1文では、損害賠償と解除の選択的行使のみ)<sup>20)</sup>。現在、この選択的行使の形式を残すのは、スイス債務法107条だけであるが、学説はこ

19) Wendehorst, a.a.O. (前注7)), S.77; Kodek, a.a.O. (前注2)), S.492. オーストリア法の Titel und Modus 理論については、Barta, a.a.O. (前注2)), S.87ff.

れに反対し、判例もこれを修正している。ちなみに、1881年の旧債務法では、旧110条は損害賠償請求権を、また旧122条は解除権を別個に規定していたので、選択的行使の制限はなく、現在の制限は、1911年法がドイツ法をモデルとした結果である。

(6) 債権各論中の契約類型の多くは、ローマ法に由来する。ただし、保険契約（1288条）のような射幸契約（1267条以下）の規定が付加されている。

(7) 309条は、所持（*dedentio*, *Innehabung*）と占有（*possessio*, *Besitz*）の区別をし、物を自分の力で保管している者を所持者（*Inhaber*）とし、所持人が、物を自己のものとして保持する場合を占有者としている（*corpus* と *animus rem sibi habendi*）。所持のほか占有意思を必要とする占有の主観説による。

(8)相続の包括承継（相続分）と個別承継（遺言による）の区別は、ローマ法に由来する（532条、535条<sup>21)</sup>。

### 3 古ドイツ法

古ドイツ法に由来する規定もある。たとえば、善意取得の規定であり、*Hand wahre Hand*の原則に由来する（367条）。また、不動産と動産の区別もこれにあたる。土地登記簿は、パーメンの登記簿（*Landtafeln*）に由来している。

さらに、海難時の遺言（旧597条）は、直接にはALRに由来している。保証人の法定の求償権も、ドイツ法由来の規定といわれる。

すでに削除されたが、分割所有権の概念は（*Ober- und Nutzungseigentum*, 357条）、近代的な単一の所有権とは異なる。これは、ゲルマン法の影響をうけたグロサトーレンの産物であり、古典ローマ法にない概念である。

不動産に対する抵当権（*Hypothek*）と質権（*Pfandrecht*）の区別は、ローマ法にみられないものである<sup>22)</sup>。ローマ法は登記を知らなかったからである。

---

20) これにつき、拙稿「ドイツの2001年債務法現代化法」司法の現代化と民法（2004年）202頁。スイス法については、Vgl. Hafner, *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Anmerkungen und Sachregister*, 1896, S.37, S.44; Honsell, *Hundert Jahre Obligationenrecht*, ZSR 130 (2011) II, S.114.

21) Gschnitzer, a.a.O. (前注2), AT), S.17.

22) Kodek, a.a.O. (前注2), S.492; Wendehorst, a. a. O. (前注7), S.78.

#### 4 危険負担規定の一部の例

ドイツ民法典の労務契約に関する危険負担規定には、特徴的な点がある。第1に、使用者の受領遅滞中の危険について、第2に、被用者の一身的事由にもとづく危険についての特則があることである(615条、616条)。これらの労務給付の特則によって、双務契約一般についての牽連関係(ド民旧323条1項、現326条1項、日民536条1項相当)は大幅に修正されている<sup>23)</sup>。

これらに関しては、ABGBにも、類似の規定がある。1916年に大幅に改正されたABGBは、特則をおいたからである<sup>24)</sup>。それもまた、使用者がみずからの側に存する事由によって給付を妨げられたときには、賃金支払請求権は失われなとし(1155条新规定)、あるいは、被用者が法定の期間内、疾病もしくは事故によって給付を妨げられても、賃金請求権は失われなと規定するのである(1154b条)<sup>25)</sup>。

このABGBの改正は、普通法学の発展を反映したものであるが、必ずしもABGBの規定は、その丸写しというわけでもなく、むしろそれを先取りする面があり、部分的には先立っている。そこで、ドイツ法系の立法に共通する性質を見いだすこともできるのである<sup>26)</sup>。

ABGB成立以前の立法であるテレジアヌス法典(1766年)3部12章92条およびホルテン草案(1771年)3部12章97条以下では、労務給付の障害であっても、使用者に過失があれば賃金支払義務は存続するが、偶然による場合には、支払義務はないとされていた<sup>27)</sup>。

---

23) 拙著・危険負担の研究(1995年)140頁、142頁。

24) 同142頁。ABGBは、1811年の制定当時、雇用と請負と分けず、行為給付一般について規定するのみであった。1916年の改正は、雇用と請負を分け、その内容をもそれぞれにふさわしいものとしたのである。また、ABGBの成立史やその一般的性格などについては、同書第1部2章1節(2))の注21の文献参照。

25) 1155条は、後述するドイツ民法典615条に相当する。また、1154b条は、ドイツ民法典616条に相当する。Vgl. Bericht der Kommission für Justizgegenstände über die Gesetzesvorlage, betreffend die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, 1912.

26) ABGBの成立以前の諸法規については、Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert, 1910, S.7ff., S.22ff. を、ABGB成立時の議論については、Ofner, Der Ur-Entwurf des ABGB, II, 1889, S.105. を参照。

そして、1794年のマルチニ草案3部8章23条も、基本的には同じ立場をとった。すなわち、労務が妨げられても、使用者は過失に対しては責任をおうが、偶然に対してはおわないとしたのである。1811年のABGB 1160条も同様である。しかし、マルチニ草案では、被用者は、給付をなすために準備をしていたのにもかかわらず使用者に妨げられあるいは時間をむだにされたときには、賃金を請求することができるとした（3部18章18条）。そして、ABGB 1155条旧規定も、給付が準備されていたのにもかかわらず、使用者の過失またはその一身的事由によって妨げられたときには、被用者の賃金請求権を認めたのである<sup>28)</sup>。

ABGBが使用者の一身的事由にもとづく障害に規定を設けたのは、起草者のツアイラー（Zeiller, 1751-1828）の見解によるものであった。ツアイラーは自然法的思想の影響をうけた者であるが、イタリア普通法と同じ結論を妥当とみた<sup>29)</sup>。つまり、その理解によれば、偶然のうち外的なものだけが、なんらの責任をも使用者に生じさせなかったのである<sup>30)</sup>。

27) Hedemann, a.a.O., S.21 これは、初期のイタリア法と同じである。

28) Hedemann, a.a.O., S.22.

29) Ofner, a.a.O., II, S.105 (vgl. Ur-Entwurf III, § 269; Der revidierte Entwurf des ABGB, § 1143). また、Zeillerの私法統一の必要性など立法に関する議論については、ders. Grundsätze der Gesetzgebung, 1806/09 (Neud.1948), S.10ff. Vgl. Hedemann, a.a.O., S.24.

30) 不可抗力あるいは偶然は、債務を免責する機能を有するが、それは外来の原因 (cause étrangère) にかざられるとするものに、同じく自然法の影響をうけたフランス民法典1147条がある。当事者の責に帰すべき事由がなければ、不能は免責の効力を有するとするドイツ法 (275条参照) との構造上の相違については、cf. Marton, Versuch eines einheitlichen Systems der zivilrechtlichen Haftung, AcP 42 (1963), 1 (S.61ff.); Marton, Obligations de résultat et obligations de moyens, Rev. trim. dr. civil, 1935, 499 (p. 534 et s.); Tunc, Force majeure et absence de faute en matière contractuelle, Rev. trim. dr. civil, 1945, 235 (p. 254 et s.).

一身的ないし内的な事由を有責とみるか、それとも偶然ではあるが免責の効力を有しないとみるかは、有責性概念の把握にかかわる問題であり、限界的事例は沿革的に決定されることになる。フランス民法の考え方は前者に、ドイツ民法の考え方は後者に近い (ド民615条・616条参照)。さらに、後者で、内的な偶然ではまったく帰責事由なしとする立場では、義務を免責する機能がもっとも拡大することになる。

### Ⅲ ABGBの立法における人物——自然法と官房学

#### 1 マルチニ (Karl Anton von Martini, Freiherr zu Wasserburg, 1726. 8. 15-1800. 8. 7)

(1) マルチニは、1726年にトリエステで生まれた。アドリア海に面したトリエステ（ヴェネチアとスロベニアの境）は、1382年にハプスブルク家領となり、オーストリア帝国の海への出口となった（Küstenland, 帝国自治都市）。そこで、マルチニは、トリエステ、インスブルック、ウィーンの各大学で、物理、神学、法律学を学び、ウィーンで学位をえた。

1754年に、ウィーン大学で教授となり、オーストリアにおける自然法哲学の代表者となった。啓蒙専制君主であるマリア・テレジア（1717-80、位 1740-80）は、その子たちの法学と国家学の教育を委ねた。そこで、レオポルド2世（位 1790-92）にも、彼の講義が行われたと推測されている（1761年から73年ごろ）。1764年、最高法院（Oberste Justizstelle）の顧問となった。1774年には、オーストリアとベーメンの政庁（政庁統合は、マリア・テレジア時代の1749年）へ移動し、政治にも携わった。オーストリアの学制改革を実施したことで知られる。教育改革には教師の質の向上が必要との考えから、教育理念の改革や地位の改善を行った。1779年には、最高法院に戻り、1782年に、ヨーゼフ二世（1741-90、位 1765-90）の国務顧問となった。そこで、それまで保持していた教授職を弟子のツアイラーに譲り、刑法の改正に着手した。1782年に国務顧問官（Staatsrat）となり、1788年に、現在の最高裁の前身である最高法院の副長官となった。

摂政当時のレオポルド2世から、司法改革、教育改革や法律改正を委ねられ、重要な法律改正にかかわった。1771年から、民法典の編纂委員会で、準備作業を行った。1790年には、法律委員会の長として、弟子のホルテン（Horten）の草案をも参考に、法典の草案を作成した。これが、1798年1月から施行された西ガリツィア法典である。マルチニは、1797年引退し、1800年に、ウィーンで亡くなった。

(2) 法典のほかに、マルチニの学制改革（1791年）では、大学に、自治と財政的自治による教授活動の自由がもたらされたが、数年を経ずして、1795年に

は、制約が加えられ、1802年には、まったく廃止された。

マルチニは、たんなる私法学者というよりは、思想家であり、自然法主義者ではあるが、カトリック的であり、社会契約も支配者への従属を伴うものとする。ヨーゼフ二世の啓蒙絶対主義に理論的根拠を与えたと評される。ABGBの草案に、憲法的規範を加えたことが著名である。思想家の側面が強く出たのであり、これはその後の制定過程で論争を引き起こした。民法の面では、自然法的志向から、契約法や損害賠償法において、一般的原理の抽象化をもたらした。ツアイラーが、ABGBにおいて、個別具体的事例を想定してそれに関する規定をもうけることをしなかったのは、西ガリツィア法典、ひいてはマルチニの影響とされる<sup>31)</sup>。不当利得で一般的規定が欠けているのは、ローマ法の影響である。

著書は、自然法、国法学に関するものであり、今日では、法思想家として知られるにとどまる。

*Ordo historiae iuris civilis*, 1755（1770年に3版）。

*De lege naturali positiones*, 1767, 1772 などがある。

## 2 官房学者——ユスティ、ホルテン、ケース

(1) ユスティ (Johan Heinrich Gottlob von Justi, 1720-1771) は、ザクセンの収税吏の息子であり、ヴィッテンベルク、イエナ、ランプチッヒの各大学で、法学と官房学を学び、学位を取得した。プロイセンの補給将校となった後、ザクセン・アイゼナッハの公妃の法律顧問となった。1750年に、ルター派からカトリックに改宗し、ウィーンで新たに設立された貴族アカデミー (Ritterakademie Theresianum) の教授となった。この職は、Sonnenfelsの前任にあたり、そこで警察学および官房学を教えた。同時に、オーストリアの宮廷の検閲委員会

---

31) Zwiedineck-Südenhorst, Martini, Karl Anton Freiherr von, ADB 20 (1884), S.510ff.; Hofmeister, Martini, Karl Anton Freiherr von, NDB 16 (1990), S.299ff.; Kleinheyer und Schröder, *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, 4. Aufl., 1996, S.266. 小林考輔監訳・ドイツ法学者事典 (1983年) 180頁 (芦沢斉)。

同姓の Karl Martini (1845.1.22-1907.10.6) は、ドイツ民法起草第二委員会の委員である。両者の関係は明確ではない。Vgl. Schubert, *Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB*, 1978, S.89f.

(Zensur Hofkommission)でも働き、帝国財務官や鉱山顧問官ともなった。Friedrich Wilhelm von Haugwitzと親しくなり、その行政改革にも影響を与えた。

国営銀山の採鉱に失敗し解雇され、のちブラウンシュヴァイク選帝侯の鉱山監督官や警察顧問官となった。1757年には、デンマークに招かれた。1760年に、ベルリンに移り、1766年からは、プロイセンの鉱山監督局長となった。1768年に、詐欺で訴追され、1771年に拘禁されたまま、Küstrinで亡くなった。多彩な経歴の持主であり、たんなる学者というよりは、18世紀のドイツ後期官房学の主導者の1人とされている。

ドイツ官房学は、1727年にプロイセンの大学で講座が設けられた時に始まるとされるが、諸ラントの官庁が君主の絶対主義と財政を確立するための政策を論じたものである。後見的行政が人民の福祉の観点と結合されたことに特徴があるが、とくに、啓蒙の時代にあっては、殖産工業や重商主義と自然法の基本原則が結合する結果となった。もともと、自然法の観点は必ずしも飾りにとどまらず、絶対君主をも拘束する法治国家概念の端緒ともなった。官房学的な思想は、長くドイツの官吏のみならず裁判官にも維持され、ヘーゲルの国家哲学の思想とともに、諸地域の法典や草案、なかんずくドイツ民法典の制定時に関係した実務家の態度にも反映されている<sup>32)</sup>。

(2) ホルテン (Johann Bernhard, Horten, 1735-1786. 8. 13) は、Martiniの弟子で、オーストリアの宮中顧問官となった。1769年に、国事顧問官 (Staatsrat-Konzipist)、1782年に、下オーストリアの控訴裁判所判事 (Appellationsrat)などを歴任した。オーストリア民法典を目ざして、テレジアヌス法典を縮小した草案を作成したが (1771年)、この草案は発効するにはいたらなかった。その第一部 (人法)の部分のみが、1787年に、ヨーゼフ法典として発効した。その後制定されたABGBの相続法の部分は、ほぼホルテン草案によっているといわれる<sup>33)</sup>。

---

32) Dittrich, Justi, Johann Heinrich Gottlob, NDB 10 (1974), S.707ff.; Inama von Sternegg, Justi, Johann Heinrich Gottlob von, ADB 14 (1881), S.747; Kleinheyer und Schröder, Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 4. Aufl., 1996, S.486. ドイツ法学者事典 (前注31) 147頁 (根森健)。前注5)の商論136頁、138頁参照。

ドイツのライヒ大審院判事のホルテン（Anton Hubert Horten, 1838.3.5-1903.10.23）との関係は、明確ではない。判事のホルテンは、ボンとハイデルベルク大学で学び、1859年に国家試験に合格し任官した。1870年には、検察官となった。1879年に、ラント裁判官、1882年に高裁判事、1891年に、ライヒ大審院判事となった。在職中の1903年に死亡した<sup>34)</sup>。

(3) ケース（Franz Georg Ritter von Keeß, 1747-1799）は、Sonnenfelsの弟子で、1777年から、オーストリアの最高法院の顧問官であった。1787年から88年のヨーゼフ二世の刑法編纂に携わった（Allgemeinen Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung, 1787; Allgemeinen Kriminal-Gerichtsordnung, 1788である）。1767年、死刑や拷問の廃止を主張したことで知られる。1786年のヨーゼフ法典にも、ホルテンとともに関与している。一般裁判所条例のコンメンタールを執筆した（1789年、未完）。17世紀のケース（Johann Georg Keeß, GND: 133019306）との関係は不明である<sup>35)</sup>。

### 3 ゾンネンフェルス（Joseph Freiherr von Sonnenfels, 1733-1817. 4. 25）

ゾンネンフェルスは、1733年（1734年説もあり）、南メーレンのニコルスブルクで生まれた。もとベルリンのユダヤ系の家系であり、オーストリアに移住した後、カトリックに改宗した。父はLipman Berlin (Perlin) であり、オリエント語の翻訳者・教師であった。1746年、貴族（Freiherr von Sonnenfels）の称号をえた。

ゾンネンフェルスは、ウィーンで哲学を学んだが、1749年から1754年まで、軍に勤めた。1754年から、ウィーン大学でマルチニの下で法律学を学び、最高法院の宮廷顧問官Hartigの下で働いた。同時に、文学にも志しをもち、1758年に、下オーストリアの東洋語の翻訳官となった。1763年、ウィーンの貴族学校

---

33) Stinzing-Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, III 1, 1898 (1978), S.521f, III 2, Noten, S.409f. (Armin Ehrenzweigの研究によるものである); Kleinheyer und Schröder, S.484. ドイツ法学者事典（前注31）127頁（根森健）

34) Lobe, 50 Jahre Reichsgericht am 1. Oktober 1929, 1929, S.361.

35) Stinzing-Landsberg, a.a.O., III-1, S.521f, Noten, S.323ff.; Kleinheyer und Schröder, a.a.O. (前注32), S.488; GND: 131478370. ドイツ法学者事典（前注31）152頁（根森健）。

で、警察学および官房学 (Polizey-und Kameralwissenschaft) の職をえた。ユステイの後任である。Grundsätze der Polizeiwissenschaft, 1765, Grundsätze der Handlungswissenschaft, 1769 は、この時期の産物である。官房学の科目は、当時すでに官吏に必須の学問となっていた。ゾンネンフェルスは、死刑や拷問の廃止を主張し、1776年には、領主による支配地での拷問は禁止された。ウィーン市域の公的な街灯 (石油ランプによる) は、彼の主張によるものであり、これはヨーロッパでも最初のものであった。1779年に、宮廷顧問官の称号をえた。

教授の自由、義務教育、教育への教会の関与の否定を主張し、ヨーゼフ二世の下で、1786年の教育改革に影響を与えた。さらに、同皇帝の事務文書官に就任し、法令文書の修正事務を通じて、新たに制定される法律に影響を与えた。レオポルト二世とフランツ二世 (1768-1835、神聖ローマ皇帝位は1792-1806、オーストリア皇帝位は1804-35) の下でも、文書官であり、1791年には、レオポルト二世の下で政治関係の法律収集委員会の顧問となった。

ゾンネンフェルスは、マルチニの定めた ABGB の憲法的規範を民法の序文的記述に書き改めたが、ツアイラーは、これをまったく削除した。また、ゾンネンフェルスは、高等教育の課程については、1784年に法学の教授となった後、政治学を法学の履修規定に包含する規定を作成したが、この点も、ツアイラーによって、法学の履修規定は実定法科目だけに限定された。

ゾンネンフェルスは、1804年に、シュテファン勲章をうけ、1806年にウィーン名誉市民となった。ウィーンのエリザベート橋の基底には、彼に対する記念碑がある。1817年、ウィーンで亡くなった。多才であり、学問的著作のほかに、風刺啓蒙雑誌の編集をしたり、演劇の批評もした<sup>36)</sup>。

警察学や国法学の業績が多いが、官僚を養成するための講義のためのテキストが多いのが特徴である (上述の著作をまとめた形式の著作もある)。財政学や暴利に関する以下のものも注目される。

---

36) Muncker, Sonnenfels, Joseph von, ADB 34 (1892), S.628ff.; Reinalter, Sonnenfels, Joseph Freiherr von, NDB 24 (2010), S. 576ff.; Kleinheyder und Schröder, a.a.O. (前注 32)), 1996, S.378ff. ドイツ法学者事典 (前注 31) 264 頁 (石村善治)。Stinzing-Landsberg, a.a.O., III-1, S.401ff.

Grundsätze der Finanzwissenschaft, 1776.

Über Wucher und Wuchergesetze, 1789.

#### 4 ツアイラー（Franz Anton Felix Edler von Zeiller, 1751. 1. 14-1828. 8. 23）

ツアイラーは、1751年、グラーツで生まれた。グラーツ大学で哲学を学び、学位を取得した。ウィーン大学では、法律学を学び、マルチニの弟子となった。1778年に法学の学位をえて、自然法とローマ法の員外教授となった。1782年に、マルチニの後継として正教授となった。まだ、29歳であった。フランツ二世（位1792-1806）の弟（Karl, Johan）の教育に従事した。1794年に、顧問官、1795年に上級裁判所判事、1797年に、宮廷委員会の委員となった。Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen, 1803は、西ガリツィア法典の編纂の成果といわれる。1801年から、オーストリア民法典の編纂に携わり、1802年、Natürliches Privatrechtを執筆し、編纂の準備に影響を与えた。1803年、1807年に、ウィーン大学の学長となった。1808年に、宮廷の学務委員会の委員として、大学の履修規定を作成した。同規定は、1810年に実行され、1855年に学制改革まで存続した。同規定によって、実定法の優先、ローマ法と教会法の授業の縮小が行われた。

1811年に、ABGBが成立すると（Franz Iの時代であった）、1811年から13年にかけて、そのコンメンタールを執筆した。ABGBは、素材の上では、マルチニの西ガリツィア法典にもとづくが、内容面では、カント哲学による修正が行われている。すでに、後期自然法の時代であり、自然法のオーストリアへの適合が行われた。ただし、カントよりも人と物の区別を徹底し、人間の尊厳を強調した結果、夫婦相互と、親の子に対する物的な人格権、支配権を否定した。ALRと異なり、裁判官の法形成の可能性が認められている。現在の民法典が備えている私法の基本原則は、同法典によって明文化された。すべての人の法的な平等性、男女の平等、内外国人の平等などである。夫婦の別産制も認められた。婚姻締結の倫理的意味を重視する点は、生殖を重視するカントとは異なる<sup>37)</sup>。

前述したように、ツアイラーは、マルチニやゾンネンフェルスとは異なり、ABGBに、憲法的な規範や序文をおくことを否定した。これによって、民法典

は、今日まで命脈を保つことになったのである。ただし、このことによって、民法典と他の特別法との相違はなくなり、基本法規としての性格は薄れた。フランス民法典と同様に、簡潔・明瞭な文体が特徴であり、ALRのような規定の重複もないことから、法文の数は、ほぼ1500条におさえられたのである。

なお、法的人格に関する ABGB 16 条では、すべての人 (Mensch) は、理性により理解される生得の権利を有し、個人 (Person) として尊重される旨を規定した。一般条項であることから、憲法の人権規定をも民法的問題に適用するために用いることを可能にしている。憲法規範の民法典への導入が後退したとはいえ、民法典の基本法規との関連づけがみられる点は、ABGB の特徴として残されている<sup>38)</sup>。

業績は多いので、いちいち立ち入りえない。Abhandlung über die Principien des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, 1816/20 のみを挙げておく (Neud. 1986)。

## 5 トゥーンとウンガー (Josef Unger, 1828. 7. 2-1913. 5. 2)

(1) ドイツ法学によるオーストリア法の修正は、1849 年から 1860 年にかけて、オーストリアの文化教育相をした Leo Graf Thun-Hohenstein の政策によって加速された。理念を異にする法の継受には、こうした政策的な要素も必要であろう。

ただし、導入の動機は必ずしも学問的・あるいは新しいものではなく、彼は、

---

37) Kleinheyer und Schröder, aa.O. (前注 32)), 1996, S.459ff. ドイツ法学者事典 (前注 31)) 334 頁 (伊藤進)。堀川信一「フランツ・フォン・ツァイラー」近世・近代ヨーロッパの法学者たち (勝田有恒=山内進編、2008 年) 268 頁。

Walter Selb u. Herbert Hofmeister (hrsg.), Forschungsband Franz von Zeiller (1751-1828). Beiträge zur Gesetzgebungs- und Wissenschaftsgeschichte, 1980; Joseph F. Desput u. Gernot Kocher (hrsg.), Franz von Zeiller. Symposium der Rechtswiss. Fakultät der Universität Graz und der Steierm. Landesbibliothek am 30. November 2001 aus Anlass der 250. Wiederkehr seines Geburtstages (Arbeiten zu Recht, Geschichte und Politik in Europa 3), 2003.

38) ツァイラーは、刑法においても、フォイエルバッハの思想に従い、心理的な一般予防を重視し、威嚇を否定する。刑事立法では、法と道徳を分離し、犯罪概念の厳格化と刑罰範囲の限定を支持している。刑事訴訟では、個人の保護のための公開と合目的制を強調した。伊藤・前掲書 (前注 37)) 336 頁。

革命的な精神を自然法思想に由来するものとし、これに対抗するために歴史法学の成果を積極的にとり入れようとしたのである。1855年に行われた法曹教育の改革は、それを可能とした。高等教育における勉学期間は3分され、まず第1期には歴史的な科目が配置され、ABGBは、第2期によく登場したのである。そして、この構想は、彼が、ウィーン大学の司書兼私講師であったウンガーを見いだしたことにより、完成される。トゥーンの意向で、ウンガーは、まずプラハ大学の員外教授となり、プラハにおける1853年の就任演説では、注釈学派に反対し、歴史法学によるオーストリア法の刷新を主張している。ウンガーは、短期間そこにとどまったのみで、1855年にウィーン大学に戻った後のことはよく知られている<sup>39)</sup>。

(2) トゥーン (Leopold Graf von Thun und Hohenstein, 1811.4.7-1888.12.17) は、1811年、ベーメンのTetschenで生まれた。同地は、ベルリンとプラハの中間にあり、ドイツ人の居住地域であった。彼の家族は、南チロルから17世紀にベーメンにきた家系であった。1827年から1831年、プラハのドイツ大学で法律学を学び（かたわら音楽も学んだ）、1835年まで、イギリスやフランスなど外国を含む多くの旅行を行った。この間、刑務所に関する研究を行い、1836年に、刑務所改革に関する著作を出した（Die Nothwendigkeit der moralischen Reform der Gefängnisse mit Hinweisung auf die zur Einführung derselben in einigen Ländern getroffenen Maßregeln beleuchtet）。

1836年、実務研修を行った後、ベーメンの政庁やプラハの刑事裁判所に勤め、さらに、宮廷の官房（Vereinigte Hofkanzlei）にも勤務した。1837年、事故のため右の聴覚を失った。1845年に、下オーストリアのラント政府の秘書官、1848年に、ベーメンの政庁の長官、1849年に、オーストリアの文化教育相となった。Franz Serafin Exner（1802.8.28-1853.6.21）<sup>40)</sup>の提案にもとづきオーストリアの教育システムの改革を行った。Exnerの草案（Entwurf der Grundzüge der Reform des öffentlichen Unterrichts）は、1848年7月18日に公表されていた。

39) Wendehorst, a.a.O.（前注7）, S.81.

40) このExnerは、民法学者のAdolf Exnerの父、刑法学者のFranz Exnerの祖父である。詳細は、この3代を対象とする別稿にゆずる。

おもなものは、オーストリアの大学への自治の導入、ウィーンの学術アカデミーの創設などである。政策には、ドイツ各地の著名学者の招聘も含まれていた（文献学者の Georg Curtius, Hermann Bonitz、生理学者の Ernst Brücke など）。トゥーンの政策は、大学では、寛容を旨とし、プロテスタントとユダヤ教の者にも教授資格を認め、外国人の教授をも積極的に招聘したのである。プロテスタントであるイェーリングも、1868年に、ウィーン大学教授となった<sup>41)</sup>。

1861年以降は、オーストリア貴族院の世襲議員となり、カトリック会派の支持者でもあった。宗教的には、カトリック保守主義に属したが、政治的には、オーストリア帝国内の分権主義や地域の自治を支持した。教育政策と一脈通じるところがあるが、必ずしも成功しなかった。ベーメンのラント議会の議員となり、チェコ人の自治権拡大の運動にも加わっている。著述家としても著名であり（多数になるので、立ち入りえない）、1865年以降は、雑誌（Das Vaterland）の出版に携わった。1888年、ウィーンで亡くなった<sup>42)</sup>。

(3) ウンガーについては、すでにふれたことがある。本稿では、19世紀を通じて行われた ABGB のパンデクテン解釈の結果、1916年に、民法典が大幅に改正されたことにのみふれておこう<sup>43)</sup>。

(4) 他方、オーストリアには、法曹社会主義者の A・メンガー（Anton Menger, 1841.9.12-1906.2.6）がおり、そのドイツ民法典第一草案批判は、ギールケのそれ（Gierke, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, 1889; *Die sozial Aufgabe des Privatrechts*, 1889）とともに著名である（A. Menger, *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. Eine Kri-*

---

41) Mitteis, L., Ihering, Rudolf, ADB, Nachträge bis 1899 (Harkort-v. Kalchberg, 1905), S.652; Hollerbach, Ihering, Rudolf von, NDB 10 (1974), S.123.

42) Frankfurter, Thun-Hohenstein, Graf Leo, ADB Bd. 38, 1894, S.178ff.

43) Vgl. Bericht der Kommission für Justizgegenstände über die Gesetzesvorlage, betreffend die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, 1912. 改正は1916年で、Randa, Hasenöhr, Unger, Exner などの民法学者によって、パンデクテン法学との関連づけが行われたのである。ヴィアッカー・428頁。さらに、オーストリア法のパンデクテン解釈については、拙著・大学と法曹養成制度（2001年）328頁およびその注7。なお、ドイツのライヒ大審院判事のウンガー（Wilhelm Heinrich Karl Alfons Unger, 1849.8.3-1910.1.29, 在任1900-1909）との関係は明確ではない。Lobe, a.a.O. (前注34)), S.369.

tik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1890, 前注5) 参照)。方向性は異なるものの、こうしたパンデクテン法学に対する覚めた観点は、従来の官房学的観点とも共通している。官房学者は、技術としてはパンデクテン法学をモデルとしたが、その思想は受け継がなかったからである。また、近時のウィーン学派（Mayer-Maly, Bydliniski など）の給付の均衡性を重視する考え方にも、オーストリア法独自の観点が残されている。

## 6 オフナー（Julius Ofner, 1845. 8. 20-1924. 9. 26）

オフナーは、1845年に、バーメンの Horschenz で生まれた。父は、ユダヤ系の商売もする農民であった。1863年から、プラハ大学、ウィーン大学で、法律学を学んだ。ウィーン時代の師は、Lorenz v. Stein, Josef Unger, Julius Glaser である。1869年に学位をえて、1877年から弁護士となった。オーストリアのユダヤ人解放は、1866年であり（ハンガリーで1867年、ガリツィアで1868年であり、ドイツに先駆ける（1871年、ビスマルク憲法）<sup>44)</sup>。多民族国家であったオーストリアは、その後も（併合期を除き、ほぼ今日にいたるまで）比較的寛容な政策を続けた。

オフナーは、1896年に、下オーストリア・ラント議会の議員となった（自由ドイツ民主党）。彼は、ABGBの改革や、児童労働、休日労働の禁止などの労働法の改革、刑法の改革に携わった。これらの改革は、非公式に Lex Ofner と称された。1913年には、社会民主党の推薦で、オーストリアの最高裁の判事となった。

1901年から1918年には、帝国議会議員となった。当初は、政党に属さず、1913年から、ドイツ民主党に属し、1917年には、ドイツ自由党に属した。1918年には、国民会議の地域議員となり、1919年に、民主党を結成した。ウィーンの弁護士会の副会長となり、1819年には、憲法裁判所の常任参与となった。生涯独身であり、1924年、ウィーンで亡くなった。その墓は、ウィーンの中央墓地にある<sup>45)</sup>。

---

44) イギリスでも1858年である。先駆けとなったのはフランスであり、革命中の1791年であった。Vgl. Kinder und Hilgemann, Atlas zur Weltgeschichte, II, 1984, S.62.

労働法に関する著作 *Das Recht auf Arbeit*, 1885 のほかの業績がある。法哲学の著作もあり、法の目的を個人の発展の保障としている。法と社会の密接な関係に注目し、法律が社会の変化に続くべきこと、および法律学が社会的な法の形成に寄与するべきことを主張した。

今日では、以下の ABGB の制定資料で著名である。これは、ABGB の起草資料であり、草案のほか、審議録を整理したものであり、今日 ABGB の起草を検討するさいに不可欠のまとまった文献となっている。BGB のムグダンの立法資料にも比肩するものであり、復刻もされている。こうしたユダヤ系法学者の資料編纂への貢献は、思想の体系化の傾向に合致したものである。

*Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches*. 2 Bde, 1889.

また、オーストリア法の改革を旨とした 19 世紀末の作業については、以下がある<sup>46)</sup>。Die Revision des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, 1907.

## IV むすび、ABGB とヨーロッパ法

### 1 パンデクテン法学とドイツ民法学の影響

(1) 1916 年の改正により追加された規定が、パンデクテン法学やドイツ民法典に依拠していることはいうまでもない。多数あるので、ここでは、その一部につき言及するにとどめる。また、ドイツ民法典を引用する場合には、その細部にわたる説明は不要であろう。

(a) 43 条の名前の保護 (Schutz des Namens) に関する法律は、ドイツ民法典 12 条に由来する。ただし、人格権の保護は、立法というよりは、判例法の進展によるところが大きい<sup>47)</sup>。

---

45) Thier, Ofner, Julius, NDB 19 (1998), S. 485. 彼に対する記念論文集がある。Festschrift Julius Ofner zum 70.G., 1915 (1987).

46) 晩年でも、Ofner, Revesion, JBl 1922, 36 のような論文がある。Helmut Ofner (1961. 4. 29-, 前注 14) や Wann ist eine ärztliche Aufklärung rechtzeitig?, Festschrift für Fenyves, 2014 の著者である) や, Harald Ofner (1932. 10. 25-, もとオーストリアの大臣や国民議会議員) は、その姻戚である。

(b) 暴利についての879条2項4号は、ドイツ民法典138条2項をモデルとする。表現もほとんど同一である。無経験等に乗じて、不均衡な給付の約束をさせた場合の無効に関するものである。ただし、主観的要件は、より細かい（Leichtsinn, die Zwangslage, Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemütsaufregung, ドイツ民法典では、Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwächeである。1900年法では、Notlage, des Leichtsinns oder Unerfahrenheitである）。

(c) 留置権に関する471条（Retentionsrecht）は、ドイツ民法典273条2項による。

469条、469a条、1446条の所有者抵当の規定も、ドイツ法的なものである<sup>48)</sup>。

第2部後半の人的物権（すなわち、債権の部）最初の章は、もともとのタイトル「契約について」（17章以下）であったが、現在の「契約と法律行為について」を改められた（859条以下）。同時に、多くの契約の総論的な規定が変更された。さらに、懸賞広告に関する860条、860a条、860b条もおかれた。後者は、ドイツ民法典657条以下がモデルである。

(d) 不能契約と不法契約では、879条1項があり、ドイツ民法典134条、138条がモデルである。879条2項4号は、ドイツ民法典134条2項を採用した。

(e) 880a条、881条、882条は、第三者のためにする契約であり、追加規定である。

(f) 損害賠償法においても、1295条2項は、ドイツ民法典826条、879条やドイツ民法典226条のシカーネの禁止に由来する規定を置いている。

(g) 1313a条は、ドイツ民法典278条の履行補助者をモデルとして規定された。

(h) 不法行為でも、工作物責任（1319条）、動物への責任（1320条）などの中間責任のモデルはドイツ法である。誘惑（Verführung, 1328条）、名誉毀損（Ehrenbeleidigung, 1330条）も部分的には同様である<sup>49)</sup>。金銭債権の支払の遅滞は、法定利息により賠償されるが（1333条1項）、事業者間の債権では、基礎

---

47) 五十嵐・前掲（前注2）論文105頁以下参照。

48) Wendehorst, a.a.O.（前注7）, S.86. 相続法にも多数ドイツ法的な規定があるが省略する。

49) Wendehorst, a.a.O.（前注7）, S.88.

利率に8%をプラスしたものとされている(同条2項)。これは、2006年の改正によるものである。

ただし、個別の修正にもかかわらず、システム的な変更は行われておらず、制度の中には、本質的に維持されているものもある。債務不履行、不法行為の統一概念がそれである。この点では、日本法にも類似した状況がみられるのである<sup>50)</sup>。不当利得は、統一されていない(1431条 *Condictio causa data causa non secuta*、後述(2)参照)。

(i) イミッシオン法の364条、364a条、364b条は、ドイツ民法典906条、907条、909条に由来する(*Abwässer, Rauch, Gase, Wärme, Geruch, Geräusch, Erschütterung und ähnliche*)。

(j) ほかに、以下の条文には、影響があるとされる。

1435条「真正の債務として譲渡された物でも、それを保持する法的な理由が消滅したときには、譲渡者は、受領者に返還しなければならない」。これは、行為の目的が消滅した場合の規定である。理由の消滅(*Wegfall des Grundes, causa finita*)あるいは期待された効果の不発生(*Nichteintritt des erwarteten Erfolgs, causa data causa non secuta*)による不当利得を認めたものである。通常の夫婦の義務を超えてされた給付については、夫婦の間でも適用される<sup>51)</sup>。

877条「契約の破棄を合意の瑕疵にもとづいて請求する者は、当該の契約から利益をえたものをすべて返還しなければならない」。本条は、すべての無効な契約に適用される。そこで、行為無能力のために無効な契約にも適用されるが、本条の請求権の内容と範囲は、一般的な不当利得法に従うものとされる<sup>52)</sup>。

1041条「事務管理なしに物が他人の利用に用いられたときには、所有者は、それを原状に回復するか、それができないときには、利用の時に有した価値を請求できる。利用が結果的に失敗したときも同様とする」。ここでいう物の概念は広く、有体物だけでなく、債権でも氏名権、労働の給付、無体財産権でもかまわ

---

50) Ono, *The Law of Torts and the Japanese Civil Law*, *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, vol. 26, 1998, pp. 43, p. 49.

51) *Dittrich-Tades, ABGB*, 2007, S.707f.

52) *Dittrich-Tades, a.a.O.*, S.384.

ないとされている（*actio de in rem verso*）。そこで、所有者とは、本来、権利の利益が帰属すべき者を指している<sup>53)</sup>。

1174条「(1) 故意に不能または不法な行為の実現のために与えたものは、返還請求することはできない。それを国庫に没収できる範囲は、公法の規定による。行為を求める者の不法行為を阻止するために与えられたものは、返還請求できる。

(2) 禁じられた賭博の目的で行われた貸借は、返還請求できない」。これは、不法原因給付と、賭博の禁止の規定である。禁じられた賭博に関するリストは、特別法にみられる（*Glückspielverordnung 1933, BGBl 6*)<sup>54)</sup>。

(2) オーストリア法には、一般的な不当利得法の規定がないことから、債務不存在の場合の支払に関する1431条以下、前述の1041条の解釈によって一般原則を認めたものとされている。1431条では「人が錯誤により、給付者に対する権利がないのに、物または行為の給付が行われたときには、原則として、第1の場合には物を返還請求し、第2の場合にはなした利用に相当する報酬を請求できる」<sup>55)</sup>。

給付利得とその他の利得（*durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise*）の区別は、ウィルブルクとケメラーに由来するものであるが<sup>56)</sup>、その基礎になったのは、むしろドイツ民法典812条1項前段の規定である（*Herausgabeanspruch*）。「他人の給付によって、またはその他の方法でその者の費用で、法的な理由なしに取得した者は、その返還を義務づけられる」。オーストリア法にみられる目的不到達（*der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt*）は、その後段にみられるだけである。

53) Dittrich-Tades, aa.O., S.480f.

54) Dittrich-Tades, aa.O., S.557f.

55) Dittrich-Tades, aa.O., S.705f., S.557f. *Zahlung einer Nichtschuld*.

56) 給付利得の確立に功績があったのは、Walter Wilburg (1905. 6. 22-1991. 8. 22), *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach oesterreichischem und deutschem Recht: Kritik u. Aufbau; Festschrift d. Univ. 1933/34.* と、Ernst von Caemmerer (1908. 1. 17-1985. 6. 23), *Bereicherung und unerlaubte Handlung, 1954 (Ges. S. I, S.209)* であり、両者は、戦前、比較法学者ラーベル (Ernst Rabel, 1874. 1. 28-1955. 9. 27) に学んでいる。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——」*民事法情報* 282号 22頁。オーストリア法の特徴は、前者に反映されている。

また、ドイツ法の影響は、完全には貫かれておらず（時間的にはBGBの方が新しいことから）、たとえば、ABGBの委任法は、ラーバントによる代理とその基礎の契約との区別を知らず<sup>57)</sup>、授權契約として統一的に規定している（1002条、Bevollmächtigungsvertrag）。「委任された行為を他人の名ですることを引き受ける契約は、授權契約という」。また、ドイツ民法のような使用賃貸借（Miet）と用益賃貸借（Pacht）との区別をしていない（1090条以下、Bestand-  
esvertrag）。

(3) ABGBの多数の改正にもかかわらず、その精神と生命力については、評価があり、これは、1910年代の改正の時期も、戦後の改正の時期でも変わらない<sup>58)</sup>。

もっとも、比較的若い世代では、ABGBの全面改正を求める見解もある。現代の経済や社会に合致しない部分が多く、いちじるしい欠陥を有するとする。たとえば、消費貸借における要物契約性（Realvertrag）である（983条、代替物の引渡＝Übergabeを必要とする）。取引においては、信用開設契約の合意によって修正されている（Krediteröffnungvertrag<sup>59)</sup>）。フランス民法典と並んで、200年の命脈を保つ立法の動向には興味のあるところである。

## 2 特別法による修正

(1) 近時の大きな改正としては、1979年の消費者保護法（Konsumentenschutzgesetz v. 8. 3. 1979, BGBl 1979/140, ほぼ毎年のように改正がある）、1981年の賃貸借法（Mietrechtsgesetz v. 12. 11. 1981, BGBl 1981/520）、住居法（Woh-

---

57) 代理と委任の峻別については、ラーバントとの関係で指摘したことがある（11巻3号35頁）。

58) Klein, Die Lebenskraft des ABGB, Festschrift ABGB Jahrhundertfeier, Bd.I, 1911, 1; Mayer-Maly, ÖNZ 1986, 265.

59) Danzl, Rezension zu ABGB 2011 (③), ÖJZ 2009, 96; Graf, ABGB forever?, Fischer-Czermak ②, S.2; vgl. Posch, aa.O. (前注2)), S.47. また、Danzlの損害論におけるヨーロッパ法との比較については、Der Ersatz ideeller Schäden in Europa und die Prinzipien zum europäischen Familienrecht betreffend elterliche Verantwortung, Fischer-Czermak ①, a. a. O., II, S.1633. ③は、基本的に、EU内の調和と統一を旨とせず論調である（前注1）参照）。

nungseigentumsgesetz, BGBl I 2002/70)、共同住宅法 (Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz v. 8. 3. 1979, BGBl 1979/139) などがある。2006年の医療法 (Patientenverfügungsgesetz, BGBl I 2006/55) は、ドイツ民法典に先立つものである。ドイツ民法では、2013年の改正で、ようやく630a条以下のBehandlungsvertrag (BGBl. I. S.277) が追加された<sup>60)</sup>。

(2) 2005年には、商法 (これは前述のHGBである) の企業法 (UGB, Unternehmensgesetzbuch) への大幅な改正があり、その関係で、ABGBの法律行為と契約法の部分も改正された (905-906b条、1019条、1029条2項、1063a条、1063b条、1082条、1333条、1335条、1336条など。永小作権と永小作料に関する1122-1150条は削除された。Erbpacht, Erbzin)<sup>61)</sup>。商法の現代化とともに、旧商法にあった「商人」概念は、「事業者」に修正された。事業者概念は、ドイツ民法典ではすでに採用されているが、ABGBでは、なお限定的であり、消費者保護法上のものである (Konsumentenschutzgesetz, BGBl 1979/140)。

(3) 戦後の家族法の変遷については、立ち入らない。簡単には、1975年の男女同権法、1978年の配偶者相続法、夫婦財産法、離婚法の改正などである。夫婦の氏については、2013年法により、複合姓の設定が可能となった<sup>62)</sup>。旧法では、姓の選択について合意ができないときには、夫の姓によるものとされていたところである。

2009年に、パクト法がある (Ehepakte, Familienrechts-Änderungsgesetz)。これは、ドイツのパートナー法に対応するものである。また、従来、持参金、婚資など多様な言葉で述べられていたものが (Heiratsgut, Widerlage, Morgengabe)、「婚姻のしたく」 (Ausstattung) として統一された<sup>63)</sup>。

---

60) 630a条1項「医療契約によって、患者に対して医療を約束した医療者 (Behandelnder) は、約束した医療の給付をする義務を、相手方 (患者) は、第三者が支払義務をおわないかぎり、合意した対価を支払う義務をおう」。医療行為への同意、説明義務、カルテの保存や開示などが規定された。拙稿「医療契約～ドイツ民法典の改正」国際商事42巻11号1679頁。

61) Posch, aa.O. (前注2)), S.48. なお、オーストリアでも法定利率は4%である。1000条1項参照。

62) これにつき、五十嵐・前掲 (前注2)) 論文110頁以下参照。また、親子法については、1960年の養子法の改正、1977年の改正法、1989年の非嫡出子の平等法などがある。

(4) なお、オーストリアの暴利禁止法は、古い伝統を有する。前述の879条2項4号（ド民138条2項相当）、1000条（法定利率）のほか、1351条の規定がある。「正当に成立しないかすでに廃棄された義務は、引き受けることも追完する（bekräftigt）こともできない」。

古くに、1877年には、辺境であるガリツィアとブコヴィナでは、「信用供与にさいして不当な〔優越的地位を利用すること〕に対する救済法」が制定され、1881年には、それが全オーストリアに適用されることになった。暴利行為の禁止を新たに復活させたものである<sup>64)</sup>。ここでも、ガリツィアは、オーストリアに先鞭をつけたのである。

さらに、第一次世界大戦の勃発した1914年には、暴利禁止法が制定された<sup>65)</sup>。この1914年法は、ABGB 879条を修正して<sup>66)</sup>、以下のように規定した。第一条「他人の軽率・窮迫・心神耗弱・未経験または心神の不安に乗じて、自分または第三者に対して、自分の給付に比していちじるしく不均衡な財産的価値を有する反対給付を、給付と交換することを約束させ、または与えさせた場合には、その

63) Posch, a.a.O. (前注2)), S.46.

64) Wesener, *Naturrechtliche und römisch-gemeinrechtliche Elemente im Vertragsrecht des ABGB*, ZNR 1984, S.113, S.125. また、1866年法については、RGBl. Nr. 160/1866; 1868年法については、RGBl. Nr. 62/1868. 重利については、Rummel, *Kommentar zum ABGB*, Bd. 1, 1983 (Schubert), § 999 Anm. 6 (S.1211); Bd. 2, 1984, (Reischauer), § 1333 Anm. 3 (S.2549). なお、旧規定 (998条) は、重利を禁止していた (vgl. Zeiller, *Commentar über das ABGB*, 前注18), § 998 (S.259f.). 拙著・利息制限法と公序良俗 (1999年) 131頁。廃止法が経済的自由主義にもとづくことは、Gschnitzer, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 1966, S.200.

65) RGBl. Nr. 275/1914. オーストリアでは、ABGBが自然法にもとづいたのに対して、19世紀を通じて、パンデクテン法学の影響をうけ、新たな解釈の盛りこみが行われた。20世紀初頭には、その成果を法典に取り入れる動きが生じ、種々の方面の改正にいたったのである (S.138ff., zu § 160 (RB § 128, SR I, § § 157 und 158)). 前注23) の〔研究〕142頁をも参照。

66) ABGB 879条2項4号に、本文の暴利禁止法と同じ規定が追加された。旧規定については、Zeiller, a.a.O., § 879 (S.46ff.). 暴利とみられる契約は公序良俗に反し無効とされる。このような規定の体裁は、ドイツ民法典138条1項と2項との関係に酷似する。

オーストリア民法には、伝統的に等価性 (Äquivalenz) の理論に対する積極性がみられるが (自然法的である)、必ずしも全面的に給付と反対給付の等価性の要求や物には正当な価格 (iustum pretium) があるとの理論をとっているわけではない。したがって、不等価のみでは、ただちに公序良俗に違反するとはいえない (Rummel, a.a.O. (Krejci), § 879 (S.899ff.)). なお、暴利禁止法について、RGBl. Nr. 275/1914.

契約は無効とする。」

この1914年法を再度確認する趣旨で、1949年に同旨の暴利禁止法（暴利に関する1914年10月12日皇帝勅令を再告示するための1949年11月10日連邦政府通告）が出されている<sup>67)</sup>。この暴利禁止法（Wuchergesetz 1949 BGBl 271）。は、879条2項4号の前身であり、かつ同文の規定である。

その後、1979年には、第7条に2項が追加され、消費者保護を趣旨とする規定がおかれた（1979, 3, 8 BGBl 40）。すなわち、信用の供与や延長が本法によって無効とされる場合に、債務者は、受領から返済までの期間、オーストリア中央銀行の定める契約締結時の公定歩合（Eskontzinsfuß, § 48 Abs. 2 des Nationalbankgesetzes 1984）の2倍の利率で、受領した額に利息を付すればたりる。もっとも、契約によりもっと低額の定めがある場合はこの限りではない（第1文）。また、債務者は、返還につき、契約で予定した支払期間を主張することができる（第2文）。さらに、債務者に、一定の要件のもとでより有利な権利を認める規定は変更されない、とされている（第3文）。

### 3 ABGBの修正とヨーロッパ法

(1) ABGBの問題としては、体系の古いこと（これは、インスティテューティオニスの体系がとられていることをいう）、用語や概念の古いこと、内容上の欠缺が指摘される<sup>68)</sup>。オーストリア法に特有の用語や古い言い回しもみられる。また、200年の間に、削除と追加が繰り返されたことから、子番号の条文が多く

67) Wesener, aa.O., S.125 (BGBl. 271/1949). 本法の細部に若干立ち入ると、契約が暴利として無効になる場合には、各当事者は、取引によってえたすべての利益を返還しなければならない。そこで、金銭の受領については受領時から法定利息を付さなければならないし、物を返還するさいには、必要費および有益費を請求しうる。他方、使用利益や物の価値の減価についても相当の対価を支払わなければならない。もっとも、給付が不均衡なために一方当事者がより多くの利益を有する場合でも、契約上の請求権〔契約〕によってえられた保証（die für den vertragmäßigen Anspruch erworbene Sicherstellung）自体は存続する（暴利禁止法7条）。

なお、契約が無効となり約定利率の定めが無効となる場合に、受領した金銭に付する利率は、もともとは法定利率であったが、1979年に追加された7条2項によって軽減された。

68) Posch, aa.O. (前注2)), S.50ff.

(たとえば、§ 1159a, § 1159b, § 1159cのような規定である)、見づらい点も問題であろう。フランス民法典では、削除された条文に、まったく無関係の条文を入れることが比較的多く行われるが、オーストリア法は、この点は比較的抑制的である。UCCのような孫番号の方法もあるが、必ずしも見やすいものではない。

19世紀は、圧倒的にパンデクテン法学の成果が、ABGBの修正の方向であり、1900年以降、20世紀の末までは、ドイツ民法典がモデルであった。

(2) しかし、近時では、国際的な統一法がモデルとされることが多い。たとえば、国連の売買法条約 (CISG, Convention on Contracts for the International Sale of Good) である。もっとも、国際的な法統一は、法の分野のごく一部にすぎない。しかし、オーストリアは、第一次世界大戦後は小国であり、またドイツ統一から除外された歴史から、わがくにの国際取引がすべて海外との遠隔取引であるのとは同列にはあつかえない。ドイツとの取引も、広義では国際取引となるからである。オーストリアに限らず、狭いヨーロッパ域内の取引で国内取引と国際取引を分けることは、あまり実際的ではないのである。

DCFR (ヨーロッパ私法共通参照枠、Draft Common Frame of Reference), PECL (ヨーロッパ契約法原則 Lando) のような、ヨーロッパ法的な法統一を目指した動きのほか、国内的な契約法の改正委員会も立ち上がっている<sup>69)</sup>。

また、他のEU加盟国と同様に、EU指令にもとづく多数の立法が行われている。早くに、製造物責任 (Produkthaftungsgesetz v. 21. 1. 1988, BGBl 1988/99) や旅行法 (Pauschalreise-Richtlinie, 90/314/EWG v. 1990. 6. 13, ABl. 1990 L 158/59) の制定がある。これらは、EU指令にもとづくものであり、ヨーロッパに共通の内容を有する。消費物売買に関する Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 1999. 5. 25 は、ドイツ民法典の2002

---

69) Posch, a.a.O. (前注2)), S.56. その任務は、改正作業の基礎づけであり、ヨーロッパ法とEUの市場統合との調和である。契約法において、オーストリア法が、たんなる物まねではなく、ガリツィア法典のように、ヨーロッパの法典編纂に先鞭をつけられるかが課題となる。

わがくにおいても、将来の立法作業は、外国の改正作業の物まねではなく、民法100年の蓄積を生かしたものたりうるかが、重要である。欧米法の模倣にすぎないのであれば、アジア諸国は、直接それをモデルにすればいいのであり、日本法を経由する必要はないからである。

年改正（債務法現代化法）の契機となったものであるが、ABGB法の改正にも貢献している（922条から933b条の改正、発効したのは、2002年である<sup>70）</sup>。EU指令による国内法への影響が拡大してからは、各国の議会は、その下請けの観をなしている。

前述の2005年の商法典の部分改正のさいには、CISGの38条、39条の欠陥の検査、通知義務が考慮された<sup>71）</sup>。

（3）逆に、ABGBの多様性は、日本法とも共通する。その比較法的な多様性は、ヨーロッパ法のような統一法を形成する上には、参照に値するものであろう。また、ヨーロッパ法が、ローマ法と自然法、歴史法学の多様な成果を基盤にするものであり、法典の成立にあたっては、つねに歴史を配慮すべきこと、一過性の技術や流行のみに流されない思想をABGBの変容から汲み取ることができ<sup>72）</sup>。

---

70) ABl. 1999 L 171/12, ÖBGBI. I 2001/48. これについて、Dehn, Die Umsetzung von EU-Richtlinien und das ABGB, Fischer-Czermak ①, S.1667; Grundmann, Die Aufgabe einer nationalen Kodifikation vor dem Hintergrund der Europäisierung des Privatrechts, Fischer-Czermak ②, S.19; vgl. Posch, a.a.O. (前注2)), S.46.

71) ÖBGBI. I 2005/120; vgl. Posch, a.a.O. (前注2)), S.54. Heinz Krejciの提案によるものである。Posch, a.a.O. (前注2)), S.57は、1918年6月24日のドイツとトルコの法曹大会に関連して、法の統一には、狭義の法律だけではなく、広く文化にかかわる調和の重要性に言及している。Vgl. Deutsch-türkische Rechtsannäherung, Bericht über die Tagung vom 14. bis 24. Juni 1918 in Berlin. Vom Oberjusitzrat Dr. Koffka, Senatspräsident, Berlin, JZ 1918, 472)。

72) 給付障害法の発展にあたっては、シュタウプやラーベルなどのユダヤ系法学者の指摘、キール学派の統一的給付障害論など、多様な思想が基礎となっている。ドイツ民法に関して指摘つくされているところであるが、オーストリア法についても同様である。しかも、オーストリア法は、もともとドイツ民法のような不能と遅滞の二分体系をとらなかったことから、統一的給付障害論の採用は容易だったのである。

920条は、債務の挫折 *Vereitlung* を述べている。878条、880条は、不能な契約の無効をいい、1447条は物の滅失による債務の消滅をいう。統一概念の点は、わがくにやフランス民法 (*inexécution*) と共通している。Reischauer, *Die Entwicklung des Leistungsstörungenrechts im 20. Jahrhundert bis zur Gegenwart*, Fischer-Czermak ①, S.577; Lukas, *Harmonie oder Divergenz im Leistungsstörungenrecht*, Fischer-Czermak ①, S.1239; Rabl, *Die Gefahrtragung im ABGB-Kern eines reformbedürftigen Leistungsstörungenrecht*, Fischer-Czermak ①, S.1319; Welser, *Reform des österreichischen Leistungsstörungenrecht*, Fischer-Czermak ②, S.63; Ernst, *Die Reform des Leistungsstörungenrechts in Deutschland, Novellierung eines Zivilgesetzbuches im europäischen Kontext: Ergebnisse und Erfahrungen*, Fischer-Czermak ②, S.85.

ブラウネーダー・前掲論文(前注7)29頁は、ABGBの継受能力について、法律学の自然法的態度(「永遠の法的真理」が法典に記されているという思想)と立法理論の結合をあげている。また、立法による自由な補充を可能にする規定が、付随的法律との連環を導き、長期間の存続を可能にするものとする。また、適切な追加可能性があることから、王政から共和制、保守的から自由主義的な国家によって法典を利用可能なものとしているというのである。

同じことは、かなりの程度までフランス民法典にもあてはまり、完結した体系を旨としたドイツ民法典には疎遠である。しかも、歴史法学は、理念的には、もともと普遍的な法典を旨としたものではないからである。

自然法的法典（ABGB, CMBC）の系譜と官房学

