

# ドイツ債務法の改正作業とヤーコプスの法学方法論

采 女 博 文

## 目 次

- 一 はじめに
- 二 法典編纂ないし法典改正の思想の問題
  - (1) ドイツ債務法改正作業の性格
  - (2) ヤーコプスによる法典の使命と法学の使命の意識的な分離
- 三 現行法の解釈問題—ヤーコプスの法解釈の方法
  - (1) 一般的給付障害法
  - (2) 瑕疵担保責任法
  - (3) 瑕疵担保責任の消滅時効
- 四 小括

## 一 はじめに

ヤーコプスは、『給付障害法における立法』(一九八五年)<sup>(1)</sup>において、フーバーの立法モデルに即しながら現行民法典を改正する必要性があるかどうかを問題にしている。その際ヤーコプスは現行法典の革新のために建設的に協働すると述べ

てはいるが、しかし民法典の「欠陥」の解決を立法によっておこなうことを承認している部分はきわめて限定されている。「民法典の基本的な維持」というのがヤーコプスの結論である。<sup>(3)</sup>このため債務法改正委員会の委員達は、ドイツ民法の規定の「欠陥」の克服を立法によってではなく学問と実務に委ねようとするヤーコプスの法学方法論<sup>(4)</sup>に激しく反発<sup>(5)</sup>した。

債務法改正委員会の「最終報告書」<sup>(6)</sup>においてもヤーコプスの立場に対してあらためて批判が加えられている。「最終報告書」はその総論部分において、カズイステイクの回避の問題と、法の政治的要素と技術的要素の分離の問題に関して批判をおこなっている。まず、立法と判例の関係についての箇所<sup>(7)</sup>で、判例の所産を引き受けることによって民法典がカズイステイクになりすぎるというヤーコプスの批判を指摘し、これに対しては委員会もまた適切に抑制していると答えている。「民法典の」立法者がおこなったのと同様に委員会も少なくない箇所<sup>(8)</sup>で細目にわたる規律を意識的に断念し、そこでは判例と学説にゆだねている。全体として、委員会はドイツ民事法の確かな伝統に照応するように立法と判例との間の「分業 (Arbeitsteilung)」をおこなった<sup>(8)</sup>。

つぎに、立法者の行為の正統性についての箇所<sup>(9)</sup>で、政治的要素 (das politische Element) と技術的要素 (das technische Element) との区別への批判が、Jakobs, Wissenschaft, S. 45ff. を指摘しながらおこなわれている。①サヴィニーによって要求された法学の深化はこの間になされているから、今日の状況はサヴィニーの時代とは異なる。②立法の権限と法学の権限との明確な分離は現行法上の根拠を欠いている。立法と学問との関係は厳格な分離の関係としてではなく、合理的な連携 (vernünftige Partnerschaft) の関係として考えられなければならない。続けて、委員会は、立法者の自制に関して思慮の規範 (Klugheitsregel) に言及している。「ある法制度を法的に正しく構成することが疑わしい場合には、立法者は自制すべきである。まだ十分には考え抜かれていないとか、判例による実務上の経験の蓄積が立法的解決にはまだ十分でないとかいうような問題は判例と学説にゆだねることが合理的な伝統とも一致する」。このことが債務法改正委員会の基本

的確信であると述べて報告書の総論をとじている。<sup>(9)</sup>

以下では、ヤーコプスの法学方法論を明らかにしてゆきたい。<sup>(10)</sup> その際、二つの側面からアプローチする。まず法典編纂ないし法典改正の思想の問題を扱う。つぎに現行法の解釈問題を扱う。委員会が立法化を提案している主要な問題に関して、ヤーコプスがいかなる部分を立法によって解決することを承認し、いかなる部分を学問と実務にゆだねようとしているかを整理し、またその理由づけを確認する。なおとくに瑕疵担保責任法の箇所では、フルーメの解釈論<sup>(11)</sup>についても触れる。フルーメとヤーコプスとは、法源論を共通にし、共に歴史的な考察方法を重視するけれども、この箇所ではそれぞれの解釈論はかなり異なっているからである。

(一) Horst Heinrich Jakobs, Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht Zur Ordnung des Rechts der Leistungsstörungen im BGB und nach Einheitlichem Kaufrecht, 1985 以下では「Gesetzgebung または『立法』と略す。本書の書評に」Dieter Medicus, Gesetzgebung und Jurisprudenz im Recht der Leistungsstörungen, AcP186 (1986), 268ff. Volker Emmerich, NJW 1986, 2303ff. がある。

なお、ヤーコプスの法思想・解釈論についてある程度まとまった叙述のある邦語文献に次のものがあり、多くの示唆を得た。

原島重義「なぜ、いまサヴィニーか」『近代私法学の形成と展開』一頁以下(一九八八年)。児玉寛「古典的私的自治論の法源論的基礎」『近代私法学の形成と展開』一一九頁以下。赤松秀岳「サヴィニー研究の新たな展開」高島平蔵教授古稀記念『民法学の新たな展開』一頁以下(一九九三年)。赤松「法源としての法学・ヤーコプスのサヴィニー研究」熊大法学七六号二一頁以下(一九九三年)。川角由和「侵害利得返還請求権の基本的性格」ヤーコプスによる割当内容説批判の反批判的考察を介して」『法政研究五〇巻三・四合併号一九九頁以下(一九八四年)。下村正明「履行認容の概念と効果に関する覚書」『阪大法学一四五・一四六号四七七頁以下(一九八八年)。藤原正則「侵害不当利得法の現状」北大法学論集四四卷六号一七〇頁以下(一九九四年)。

(二) Ulrich Huber, Leistungsstörungen Empfiehl sich die Einführung eines Leistungsstörungenrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetzes? Welche Änderungen im Gesetzestext und welche praktischen Auswirkungen im Schuldrecht wurden sich dabei ergeben? Förderer鑑定意見については、宮本健蔵「債務不履行法体系の新たな構築」『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』(一九八八年)一二二頁以下所収参照。なおフォーバーの立法モデルについては、采女「給付障害法改正に関するフォーバーの提案

モデル」鹿大法学論集二五卷一・二合併号三八五頁以下（一九九〇年）参照。

- (3) 立法化を承認しているようにみえる箇所は非常に限られている。現行三二六条の三項として、責に帰すべからざる事由による一時的給付障害の場合の解除権を規定する。損害賠償の方法に関して差額方法によることができることを明文化する（Gesetzgebung, S. 66f.）。

- (4) H. H. Jakobs, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts*, 1983. 以下は *Wissenschaft* または「学問」と略す。書評に「Regina Ogorek, *Volksgeist „Spätese“*», *Rechtshistorische Journal*, 4 (1985), S. 3ff. がある。「学問」については、采女「民法における学問と立法」鹿大法学論集二八巻二号八三頁以下の抄訳を参照されたい。

- (5) D. Medicus, *AcP* 186, 268ff.; Peter Schlechtriem, *Schuldrechtsreform Voraussetzungen, Möglichkeit und Gegenstände* (1987).

- (6) *Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bundesanzeiger* 1992 (以下では「Abschlussbericht」または「最終報告書」と略す。)この最終報告書の総論部分については、岡孝・辻伸行「ドイツ債務法改正委員会の最終報告書・総論上・中・下」ジュリスト九九六号（一九九二年）九六頁以下、九九七号八二頁以下、九九八号一〇四頁以下があり、参照させていただいた。

- (7) 最終報告書が参照している箇所（*Wissenschaft*, S. 145f.）では、ヤーコプスは、民法典の起草者はあらゆるカズイステイクを、すなわち具体的場合までも規律することを回避するために努力したことを指摘している。この努力の理由をヤーコプスは次のように説明する。個々の場合の判断もまた所与の規範から法的論理（*juristische Logik*）でもって演繹することができるから不要であるというのではない。個々の問題の判断は、制定法のなかに与えられた規範あるいは既存の規範への位置づけ（*Zuordnung*）を通しておこなわれなければならない。この位置づけは、事例の特徴をつかむことを求めるから、常に当該の具体的な諸事情を考慮する判断（*Beurteilung*）を通してしかおこなうことはできない。二つの事例が一つの事情によってしか区別されないとするれば、あれこれの事例の判断をおこなう規範もまた別のものではありえないし、あつてはならない。それゆえ、立法者はこの位置づけを独自の課題として法学にゆだねなければならない。立法者は事例の諸事情を見通すことは全くできないから、ここでは立法者はなにも決定することはできない。

さらにヤーコプスは「立法」においてカズイステイクの問題に触れている。フーバーのモデルの本質的契約侵害概念に対する批判の箇所では次のように述べる。一方の契約違反の行為のために相手方に契約の継続が期待されえない諸事例、契約の継続を期待不能にする信頼の喪失という諸場合に關する規定を欠いていることに民法典の欠陥を認めることはできない。これらの諸場合を制定法のなかに入れることは、個別事例の判断に際してまったく役に立たない一般条項を通してしかできない。周辺の訂正

が問題であり、これらの諸場合は事実に即してしか判断できないから、裁判官にゆだねられるべきである。契約侵害の「本質性」や期待不能が重要であるということ以上のことを制定法が裁判官に言うことができな場合も、事実上裁判官にゆだねられたままである。不可避的なカズイステイクは裁判官の問題である (Gesetzgebung, S. 78)。その他、特定物売買における修補権の問題の箇所 (S. 99) でもこの問題に触れている。

(8) Abschlussbericht, S. 40f.

(9) Abschlussbericht, S. 41.

(10) 本稿は本来、ヤールポスの債務不履行論 (一) (二) (三)、鹿大法学論集二四卷一号三九頁以下 (一九八八年)、鹿大法学論集二四卷二号一頁以下 (一九八九年)、鹿大法学論集二五卷一・二合併号一二一頁以下 (一九九〇年) の続稿「債務不履行論 (四)」ヤールポスの法学方法論」にあたるものであるが、債務法改正委員会の最終報告書が出たこともあり、別稿の形で執筆した。

(11) Werner Flume, Gesetzesreform der Sachmangelfahrung beim Kauf? Zu dem Entwurf der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, AcP193 (1993), 89ff.

## 二 法典編纂ないし法典改正の思想の問題

### (1) ドイツ債務法改正作業の性格

まず、今回の債務法改正の目的・性格についてみておきたい。債務法改正委員会に委任されたことは、「一般給付障害法、売買・請負契約の瑕疵担保法および消滅時効法を、とくに判例と実務の成果を考慮してより見通しがきき、より時代に合ったものにする」ことを立法者に許すような提案をすること。委員会は、その作業の結果を、理由を付した立法提案で締めくくった報告書として提出する<sup>(12)</sup>ことであった。

委員会の創立総会で連邦司法大臣ハンス・エンゲルハルトはつぎのことを強調している。<sup>(13)</sup>委員会の最終報告書は総論部

分でこれを再掲している。<sup>14)</sup>

「委員会の任務は民法典からの訣別を告げることでありえない。むしろ、民法典第二編債務法にふさわしい中心的意義を保持し、できるだけ強化するために熟慮すべきである。全面的な改正は意図されていない。法律の体系的な基本構造・方法的端緒 (methodische Ansätze) ・基本的価値判断を維持しつつ、いわば法律適用の八〇年の経験をまとめあげるような改正を目的としている。その際、法実務に現れている問題を把握し、かつ実際に有用な解決案を練り上げることが重要である」。

この連邦司法大臣の所信表明のなかでは、国際売買法にはもちろん言及及されてはいるが、比較法の観点を取り入れて国内法を改正する、とりわけ統一売買法の規律モデルに沿った形で給付障害法を改正するという観点は前面に出てはいない。この点は、一九八一年に連邦司法省から公刊された「債務法改正のための鑑定意見と提言」第一巻に収められているフーバーの給付障害に関する鑑定意見書 (立法モデル) がすでに統一売買法を範としたものであったことからすると注意されてよい。しかし一九八五年には、連邦司法大臣はマックス・ブランク外国・国際私法研究所に対して、大陸法および英米法領域の法発展について正確な情報を得るための照会をおこなった。<sup>15)</sup> これに応えて一九八六年秋にユルゲン・バゼドーによる鑑定意見が提出された。<sup>16)</sup>

とりわけ委員会の審議の段階で、<sup>17)</sup> 一九九一年にドイツ国内法として発効した国際動産売買法 (UN-Kaufrecht) が重要な位置を占めるようになった。ドイツ債務法改正委員会の最終報告書のなかで示された委員会草案は国際動産売買法に対応する形で民法典を改正するという今回の改正作業の性格を率直に示しているように思う。国際動産売買法と現行ドイツ法との決定的な差異を報告書は次のように表現する。「国際動産売買法は、給付障害法がそこから導きだされる基本的諸原理を、明瞭でわかりやすく矛盾のない、かつ法政策的に納得できる規範として置いているし、そして、そのことによって、実務とりわけ判例にとつて、判断すべき具体的な事件にどの規定を適用しどの規定を適用しないのかを知る任務が本質的

に容易になる」<sup>(18)</sup>。また最終報告書の各論部分（草案と改正理由）は基本的には次のように構成されている。まず委員会草案を示し、つぎに問題提起、現行法、現行法の欠陥、比較法、改正論議、草案の解決提案の趣旨。この比較法の部分でも国際動産売買法が重要な位置を占めている。

## (2) ヤーコプスによる法典の使命と法学の使命的な分離

『立法』の序論における債務法改正作業への協働という表現（Gesetzgebung, S. 8）にもかかわらず、ヤーコプスの基本立場は既存の法の採録（Aufzeichnung des bestehenden Rechts）としての法典編纂の拒絶であり、法律実証主義<sup>(19)</sup>に対する徹底した批判である。この基本的見地はすでに、『民法における学問と立法』において示されていた。

この見地に対する委員会最終報告書の批判は、先に示したように、法の政治的要素と技術的要素との分離に向けられている。①サヴィニーが法典編纂拒絶の理由とした法学の未熟は今日では問題にならない。②立法の権限と法学の権限との明確な分離は現行法上の根拠を欠いているし、立法と学問との関係は厳格な分離の関係としてではなく、合理的な連携の関係として考えるべきである。

まず第一点目の批判は、ヤーコプスがサヴィニーの『使命』での主張を援用する形で法典編纂の拒絶を論じていることに向けられている。サヴィニーの時代とは状況が異なるという問題である。サヴィニーが要求した学問の深化はこの間に成し遂げられているというのが委員会の見解である。

確かに、サヴィニーは、「法の」指導的諸原則を感じ取り、そこから、あらゆる法概念と法命題の内在的連関と親和性の様を認識する<sup>(20)</sup>「こと」によって一種特別な完全性に達することができる技術（Kunst）を支配していない時代に成立する法典編纂を拒絶している。しかしヤーコプスは、サヴィニーにとって、完全な法典をつくることができる時代、指導的な諸原則をもち、技術を支配しているような時代がある、と考えるはならないという。既存の法を採録することができる時

代、法的確実性という目的を達成することのできる時代は決してこない。法によって秩序づけようとしている生活がその概念上見渡しがたいものである以上、ユートピアの世界でしか立法者はこのことをなしえない (Wissenschaft, S. 49f.)。

第二点目の批判がより根本的な批判である。すでにメディクスは『立法』の書評において、この学問と立法との関係を法的技術的要素と政治的要素に応じた機能分配として捉えるヤーコプスの見解は現実的でもなく危険ですらあるとして批判していた。<sup>21)</sup> まず、この機能分配によると、立法と学問との協働はできなくなる。すなわち、技術的なものについて、法学者は立法者に何も提案できなくなる。これに関しては立法者に権限はないからである。他方、政治的なものに関して助言する資格を法学は欠いている。このような分離に基づけば、民法典も成立したはずがない。つぎに、労働法領域での立法者の懈怠を指摘しながら、立法者が今日そもそも積極的になりうるかどうかを懷疑しつつ、他方、法学にゆだねられた法発展は結論の一致と合理性をしばしば欠いているとしたうえで、学問の立法への協働を強調する。「法学によって十分準備され、かつ実務を顧慮している制定法はやはり多くのことをより確実にするし、より一層の発展に方向性を示すことができる。なぜわれわれはこのことを最初から放棄しなければならないのか私にはわからない」。<sup>22)</sup>

この批判の当否を検討するためには、まず、ヤーコプスがサヴィニーから継承した政治的要素と技術的要素の区別の意味を理解することが必要であろう。この区別が法学の使命と立法の使命との分離という考え方を支えているし、この区別が既存の法の採録を目的とする法典編纂の基本的拒絶、そして既存の法の変更を目的とする制定法と法との直結の拒否という考え方を支えている。さらには、制定法の解釈方法をも決定する。<sup>23)</sup>

△1V ヤーコプスは法典編纂を二種類に分けて考察する。既存の法の採録を目的とする法典編纂と既存の法を変更する法典編纂である。前者は基本的に拒絶される。後者のみが肯定される。ここでは、制定法 (Gesetz) 概念と法 (Recht) 概念とはつきりと区別される。以下では、なぜ既存の法の採録を目的とする法典編纂を基本的に拒絶するのか、またなぜ制定法と法との直結を拒絶するのか、ヤーコプスの主張を紹介しながら検討する。



## 1 法の政治的要素と技術的要素

ヤーコプスは、「政治的要素」と「技術的要素」という法の二つの要素の区別をサヴィニーの『使命』から取り出して  
いる。

「高次の文化においては、民族のあらゆる活動はますます分離されていく。かつては共同で営まれていたものが、いまや個々の諸身分に帰する。いまや法曹もまたそのような分離されたひとつの身分として現れる。いまや法は言語によって形成され、学問的な方向をとる。かつて法は民族全体の意識の中に生きていたように、いまや法曹の意識の中に帰する。民族はいまやこの機能において法曹によって代表される。法の存在はますますより技術的により複雑になる。法は二重の生活 (doppeltes Leben) を、まずは、やむことのない民族生活全体の一部として、つぎに法曹の手中での特別な学問としての生活をもつ。この二重の生活原理の協働からあらゆるその後の現象が明らかになる。いまや、かの途方もない細部が全く有機的に、本来の恣意や意図なしに成立し得たのが理解できる。われわれは今後、一般的な民族生活と法との関連を政治的要素と呼び、切り離された法の学問的生活を法の技術的要素と簡潔に呼ぶことにする」<sup>(24)</sup>。

サヴィニーは、法の源をひとりの君主や議会の多数派のなかにはなく、民族全体の意識（民族の確信、民族精神）に求めている。ここにヤーコプスはサヴィニーの法源論の核心をみている (Wissenschaft, S. 39ff.)。高次の文化において法を生み出す民族の二つの器官、すなわち立法と学問を承認することによって、学問をその源とする法の承認、民族の確信の器官としての学問の承認、民族の確信の代表者としての法曹を承認する。この『使命』から取り出された民族全体の意思、民族の法確信を媒介にした法の二つの要素をヤーコプスは別の表現で次のようにいう。その他のあらゆる問題の判断との関連においてのみ提起することができるし解答することができる問題はすべて技術的なものであり、学問による判断に留保されている。これに対し、この関連を無視して、これを破壊して判断されようとしている問題は政治的なものである (S. 44)。しかしまたヤーコプスは、政治的要素と技術的要素とはきわめて微妙な関係にあることに注意を払っている。

法の技術的要素（既存の法の採録）が問題になる場合、「法の政治的要素はずつと以前に作用し終わっていて、単にその作用が認識され明確にされる」<sup>(25)</sup> という関係にあるから、見方を変えたと、技術的要素の中には常に政治的要素、すなわち民族の法確信も取り込まれているし、取り込まれていなければならぬ。この意味では、二つの要素の峻別は不可能である。ヤーコプスも二つの要素の限界は一般的にしか表せないから、個々の場合に限界を画すことは困難であり、ある法的な問題が技術的なものか政治的なものかを争うことができる<sup>(26)</sup>と述べている（Wissenschaft, S. 44）。

なお、ヤーコプスがサヴィニーの法源論の鍵として『使命』から取り出している「政治的要素」と「技術的要素」という概念そのものは、『体系 (System)』の法源論の箇所<sup>(26)</sup>では見いだせないが、この点についてヤーコプスはとくに問題をみていない。<sup>(27)</sup>

2 では、いかなる資格において法曹は法の産出において民族の確信を代表することができるのか。民族の確信の代表者としての法曹の承認の問題は、わが国でも法曹による法独占の問題としてあまり評判が良くない。<sup>(28)</sup> ヤーコプスはこれをどのように理解しているのだろうか。

法的問題そのものにおいて誰も素人ではないが、民族の意識のなかにあるものに言語による適切な表現を与えることができるのは学問だけである。言語による民族の確信の錬磨、すなわち法の技術的要素の錬磨を通して民族の確信がその鮮明な表現を与えられ、民族の確信が規範 (Regel) になり、規範の厳密な表現様式 (Gessung) がその通用力の限界、個別事例における通用を明らかにする。それゆえ、学問法のなかに、学問によって発見されたあらゆる法規 (Rechtssatz) のなかに、同時にまた常に政治的要素、すなわち民族の確信が存在している。法の産出に関する学問の正統性 (Legitimation) は、学問自身のなかにあり、法曹は自らのやり方の学問性を通して、民族の確信から規範を形造り、それを細部に至るまで仕上げるその絶えず成長する能力を通して、法の産出に関して民族の代表になる (Wissenschaft, S. 421)。

ところで、法曹 (法学) による法の産出、法の継続的形成はどのようにおこなわれるのか。この点については、ヤーコ

プスは断片的にしか述べていない。たとえば、「所与のものから原則を導き出し(制定法を)補完する法曹の能力(Gesetzgebung, S. 50)」とか、「制定法によって与えられているものからの単なる推論、熟慮から明らかになる(Gesetzgebung, S. 205)」とかなどと表現するにとどまる。ヤーコプスの主張の全体像を理解するためには、全体的法秩序(Gesamtrechtsordnung)に基づく学問的議論を通じた法の継続的形成をいうフルーメの次の叙述が参考になるのではないか。

法学(法曹)による法の継続的形成の際には、法秩序の精神が基準となる。法秩序の精神は実定法の具体的な内容を通して確定される。法の継続的形成を規定する実定法は、もちろん切り離された個々の法規ではない。むしろあらゆる具体的な規律は全体的法秩序の一部とみなされるべきである。あらゆる法の継続的形成は、全体的法秩序に結び付けられなければならないから、われわれの制定法の諸法規のなかに固定されていない、すなわち実定法された諸法規と並んで学説と判例のなかに存在している法素材全体と、法を取り扱う伝統的な方法のようなわれわれの法秩序の諸要素もまた通用するようになる。<sup>(29)</sup>法の継続的形成に関しては、実定法は法的思考(Rechtsgedanken)の具現化の努力として理解されなければならない。

また、法規に反した(contra legem)法の継続的形成の問題に関して、フルーメは次のようにいう。法曹はその限界(ヴィントシャイトの言う法曹それ自身の有する権限)を意識してさえいれば、変更する法の継続的形成もかまわないと考える。法曹は「それ自身として」のみ(個別法規を)変更する法の継続的形成の権限を持っているから、法曹はまた変更を実定法からのみ取り出すことができる。すなわち個々の規定の変更は、実定法の全体からでてくる限りでのみ許される。<sup>(30)</sup>

さらに、制定法と法への拘束からの裁判官の解放という主張に反対して次のように述べている。法の適用は、三段論法による推論の意味での抱撰の思考モデルに従っておこなわれなければならない。裁判官は、三段論法の推論の際に、まさに判決を下すべき事件を考慮して全体的法秩序の一部としての上位命題の意味を探り出さなければならない。<sup>(31)</sup>

### 3 法の産出に関する学問の限界(法曹の使命の限界)

同時にヤーコプスは、法曹による法の産出と民族の確信との結び付きの必要性を主張する。法曹の使命が、規範の形式で明瞭につかんだ表現を民族の確信に与えることであるとすれば、法曹が法を産出する際には民族の確信と結びついていなければならない。常に抽象化 (Abstraktion) の方法によっておこなわれる規範形成がこの結び付きを見失えば、学問は底無しの構成法学 (Konstruktionsjurisprudenz) になる危険性がある。法の技術的要素の錬磨に自制する学問はこの危険にさらされている (Wissenschaft, S. 43)。

さらに、ヤーコプスはこのことから法の産出に関する学問の限界 (法曹の沈黙<sup>32</sup>) を強調する。法曹が規範形成において民族の確信と矛盾したり、民族の確信の形成に影響を与えようと試みる、それゆえ法の政治的要素に掛かり合い、立法者にだけ法として要求することができるものを法として要求するときには、法曹は自らの使命の限界を踏み越えている。法曹による法の産出に正統性を付与するのは、民族の確信または、立法者が民族の確信を方向づけ変更しようと活動しているところでは、立法者の意思に鮮明な表現を与える法曹の能力である。民族の確信、民族の意思の形成、すなわち技術とまったく無関係な法的問題については法曹自身は沈黙しなければならない (S. 43)。

4 では、具体的にはどのような問題が政治的な問題なのか。ヤーコプスはあまり例を示していない<sup>33</sup>。この点で、ヴァントサイトは、法学は新しい法を創造する際にも使命を果たさなければならぬが、立法に對置して法学に割り当てられている地位を過大評価してはならないとして、法曹それ自身の課題ではない衡量 (Erwägungen) の問題であると、離婚は有責に基づいてのみ許されるのか、その他の理由からも許されるのか。営業活動の無制限な自由が与えられるべきなのか、ある程度制限されるべきなのかという例を挙げている<sup>34</sup>。

またフルーメは、二つの範例を示しながら、もっぱら議会の立法者の権限に属する政治的な課題について詳細に論じている<sup>35</sup>。一九六五年の第四五回ドイツ法曹大会での人格侵害の場合の金銭賠償請求権問題に触れて次のようにいう。われわれは今日、財産損害を伴わない人格侵害の場合の金銭賠償請求権の問題について一九世紀後半の通説とは異なった判断を

するかもしれない。しかし一九〇〇年に明確な価値判断<sup>(36)</sup>に基づいて立法者によって設定された法がもはや通用しないという判断を下すことを誰が正統と認められているのか。裁判官にこの決定をする権限があるのだろうか。連邦裁の理由づけは、人間の尊厳の不可侵性の原則と人格権から財産損害を伴わない人格侵害の場合にも金銭賠償請求権が生じるという主張にほかならないが、しかしこの主張に関しては法曹には何ら特別な権限はない。職業上の資格という点では、そのような主張に関しては社会学者や政治学者や心理学者が法曹よりもっと適任である。結局、あらゆる市民が法曹と同様のような判断をする資格がある。<sup>(37)</sup>人格侵害の法設定という政治的課題はもっぱら議会の立法者の権限に属する。<sup>(38)</sup>

また一九六二年の第四四回ドイツ法曹大会での非嫡出子法の改革についての討論、ボン基本法六条五項（「非嫡出子は立法によりその肉体的・精神的発達と社会におけるその地位に関して嫡出子と同一の条件をつくらなければならない」）に反する法は一九六三年一月一日に効力を失ったというテーゼに触れて次のようにいう。婚姻と家族の制度に合わせられるべきわれわれの社会秩序の構築がここでは問題である。しかし社会秩序のこの構築に関しては、法曹には何ら独占的な権限がないことは確かである。あらゆる市民 (Staatsbürger) が決定への参加を要求することができる。このことは、法曹が決定を強奪してはならないし、むしろ決定は立法者にゆだねられなければならないことを示している。<sup>(39)</sup>

では、立法者がその職務を果たそうとしない場合に、裁判官に補充的な権限はないのであろうか。<sup>(40)</sup>フルーメはやはり否定している。「裁判官が立法者は不当にその職務を遂行していないという見解であるとしても、明らかに裁判官は補充的な権限を有しない。裁判官は、部分の決定を引き受けるにしても、部分問題のみをしかも不統一にしか決定しえないとすれば、やはりますますそのような権限は存在しない。それゆえ立法者に取って代わることは一般的にできない」。<sup>(41)</sup>

## △2▽ 既存の法の採録を目的とする法典編纂の拒絶

1 ヤーコプスは、既存の法の採録を目的とする法典編纂を拒絶するが、しかしここでも立法の役割を全く認めないというわけではない。このことはヤーコプスが立法の二つの使命を論じているところから明らかになる。

ここでは立法に、実定法の補完的援助と、その漸次的進展の支援という二つの使命を与えている。漸次的支援は、既存の法の変更を目的とする制定法に関して語られている。補完的援助は慣習法に関して語られている。慣習法はその不確定なままである法命題 (Rechtssätze) に関して立法による補完的援助を必要とする。しかしここでは大きな制約が課されている。立法は学問上の係争問題を判断してはならないし、学問によって生み出された法のなかの諸矛盾を解消することはできない。慣習法の不確定性 (Unbestimmtheit) の除去が学問の課題であるようなところでは、立法はその資格を欠いている。それゆえ、慣習法との関連で立法に属する補完的援助は、慣習法がこの法命題の錬磨 (Ausbildung) の際に必要な確定性に達しない場合において、その性質が比較的どうでもよいような諸命題 (時効期間の長さや法律行為の外的形式など)<sup>(43)</sup> に制限される (Wissenschaft, S.36)。

## 2 法源論からの論理的帰結としての法典編纂の拒絶

先に述べたようにヤーコプスは、既存の法の採録という制限された目的と内容に関する法典編纂の拒絶はサヴィニーの法源論からの論理的帰結であると主張する。既存の法の法典編纂の拒絶は、民族の確信のなかで法が生成するという基本的見地とそこからでてくる民族の確信の二つの器官、政治的要素に関して資格のある立法と技術的要素に関して資格のある学問という理論との純粹な論理的帰結である。既存の法の採録をする立法者がしなければならないことと学問的な作業とは同一のものであるから、立法者が偶然に法曹でないとする、この作業をすることはできない (Wissenschaft, S.45ff.)。

加えて、なぜ立法者がこの既存の法の採録という作業をなしえないのかについてヤーコプスはふたつの理由をいう。まずひとつは、真の課題から立法者が目をそらすという問題である。立法者が、市民の共同生活の構築、政治的な判断によってのみ除去される欠陥への迅速な対応、改革、実験という真の課題から目をそらしてしまう (Wissenschaft, S.47)。もうひとつは、法典編纂が法自体に引き起こす法的確実性 (安定性) への期待という弊害である。法典編纂によって既存の法

が制定法のなかに採録されても法的安定性は得られない。法を民族の確信に発見する者、法は我々すべての意識の一要素とみる者にとつては、既存の法の採録はすべて不完全なものであることは避けられない (S. 50)。

ヤーコプスの主張は、今日問題となる法典編纂、すなわちあらゆる学問法、法曹法、裁判官法に不可避的に付着するような不安定性を取り除くための手段としての法典編纂はこの目的のためには不適切であるということにある。

その理由をヤーコプスは詳しく論じている。法典編纂による法的確実性は表面的な見せ掛けにしかすぎない。既存の法の採録がその目的と内容であるとすれば、制定法は学問を通してのみ成立しうる。法学は何か究極的なものをもたらすことはできないから、制定法は必然的に不完全なものである。法には自然におけるような規則 (Gesetze) は存在しない。学問は法を常に規範 (Regeln) の形で表現するにすぎない。その規範は最新の事例に即して考え抜く必要のある、修正を必要とするかもしれないものである。この意味で法における規範形成はすべて暫定的な性質のものであり、技術的要素の錬磨における進歩、法の継続的形成 (Fortbildung) は、自由な、つまりその産物をいつも吟味し修正する学問を通してのみ考えることができる。しかし法典編纂を通して規範が制定法 (Gesetz) になると、学問的な認識としていつもその正当性を理由づける必要があり、いつでも反駁することができるものが、正当性の理由づけと反駁を免れ、学問に足かせをかけることになる (Wissenschaft, S. 53f.)。

結局、法典は、法的確実性の外観を守るために、その生活原理 (Lebensprinzip) に不誠実になること、法律実証主義的な技巧 (Kunstgriffe) により、目的的な解釈と類推により、制定法のなかに存在していないものを制定法のなかに読み取れることを強いるか、あるいは制定法のなかに存在するすべての規範に、衡平が別段のことを要求しないかぎりという留保をしたり、法規の外で、法規に反して進んでいき、法的に不確実な状態——これを除去するために法典編纂がおこなわれた——を再び歴然とさせるかのいずれかである。あるときには制定法の権威が呼び出され、あるときには自由が発見されるという状態は致命的なものである。この状態を再度の法典編纂を通して取りのぞこうとすることは誤った道をいま一

度たどることを意味するだけである (S. 54)。

### 3 法典の完全性の観念の否定と「議論」

ヤーコプスは、フーバー鑑定意見のなかにある法典の完全性の観念を繰り返し批判し (Gesetzgebung, S. 50, 52)、<sup>(44)</sup> 完全な法典に対して、よりよい法曹、議論 (Argument) を対置している。たとえば、主観的瑕疵概念の明文化に<sup>(45)</sup> 反対する叙述において次のように述べている。

ヤーコプスはまず、立法者、立法機関 (Instanz) は、あれこれの理論と結びついた含蓄をほとんど見過ごすから、判断すべき問題をまったく理解しないという。次に、法典に即して法曹の育成がおこなわれることも法典編纂の際に考慮すべきであると主張する。この観点からすると、法の歴史の痕跡をしるしている制定法がよりよい制定法である。法曹の育成は法典に即しておこなわれるから、法典が完全にみえればみえるほど、法典は法的な結び付きを訓練する機会を与えないし、何が法でなければならぬのかについての熟考を強いることもない。制定法の欠陥を除去し克服するために必要なのはよりよい議論である。民法が必要とするのは良い法曹であって、完全な法典ではない (Gesetzgebung, S. 80)。

しかし、ヤーコプスのこの立法に関する叙述に対して、メイクスは断固として反対している。確かに完全な制定法は存在しえないが、しかし可能なかぎりよりよいものは存在しうる、これは良い法曹と矛盾しない。誤っていると認められているものを立法者は法曹養成の促進を理由に放置すべきではない。法曹養成に関してはわたしたち教授は法発展の<sup>(46)</sup> 痕跡を示している制定法ではない何か別のものを考えなければならぬ。また、新しい見解<sup>(46)</sup> に従えば、立法者は単に投票する代議員のみではなく、その衡量が制定法のなかに入っているその他の人々をも含んでいる。この意味で、法学がその協力を拒否すれば、もちろん「立法者」は諸理論とその含蓄を理解することはできない。わたしはそのような協力の拒否を<sup>(47)</sup> ばかげていると考える。

なお、ヤーコプスのいう議論 (論証) については、すこし注意しておく必要がある。フルーメが、法学の議論



(Argumentation) と修辞学 (Rhetorik) の議論とを同じのよう<sup>148</sup>に区別している点が参考になる。修辞学の本質は無拘束であるのに対し、法学の本質は実定法、すなわち制定法と(実定法の全体としての)法への内容上の拘束である。法学は、法的判断に際して、議論でもって判断を下す内容上定まった拘束力のある議論の手がかりを必要とする。そうでなければ法的な判断をすることは全くできない。

### △3▽ 既存の法を変更する法典編纂(制定法と法との直結の拒絶)

ヤーコプスは、既存の法を変更する法典編纂を立法者に割り当てる。既存の法の変更を目的とする立法のすべてはまた多少とも恣意的な活動、政治的な性質のものである。というのは既存の法をそのままにしておくか、あるいはこれを変更し新しい法を創出するかどうかの判断は……複数の可能な選択肢の間の選択とこの選択を行う意思を必要とする。これはまさに恣意 (Willkür) であり、この目標に至る道について不確実な状況において法の産出について政治が判断をしなければならぬところに政治の本質と大きな責任がある。この判断は国家の最高の権力 (Gewalt) の権限に属する。この判断は立法者の権限にのみ属するし、この判断以外のものは立法者の権限には属さない。立法者の使命は法の政治的要素に根拠があるし、政治的要素に制限される (Wissenschaft, S. 371)。

ここでのヤーコプスの重要な主張は、「制定法と法との直結の拒絶」という主張である。直結の拒絶は、法の本来の源は民族の確信(民族の共通の意識)であるということから理由づけられる。既存の法の変更を目的とする制定法は、変更に向けられた民族の確信と一致するときのみ、民族の確信が感じとつてにすぎないものを表現しているときにのみ法を形成する (Wissenschaft, S. 37)。既存の法の変更を通して新しい法を創ろうとする制定法は、法を生み出すという観点においては実験的な性格をもつ法形成の試みにすぎない。この意味においてこのような制定法は実験であり、その成就是多少とも不確実なものである。既存の法の変更に向けられた新しい法規の創出はつねに政治的な行為であり、制定法の形式をとるということだけから政治的行為というその性質を失うものではない。個々の人間によって、君主や議会の多数

派によって創られる制定法それ自体はこの行為に拘束力 (Verbindlichkeit)<sup>(49)</sup> を与えるにすぎない (S. 38f.)。

ヤーコプスによるこの制定法概念と法概念との峻別、国家制定法と実定法との直結の拒否は、フルーメの言う次のような文脈で理解する必要がある。「一九世紀以来の伝統である実証主義と中傷される法曹の態度を一九三三年以降の時代の不法な国家の原因とするのは誤りである。まったく逆にこの実証主義こそが不法な支配の障害物であったのである。……権力者による規範定立は、ヴェルツェルが最近あらためて明らかにしたように、民族の法意識のなかに受容されていないければならないし、受容によって実定法になる。一九三三年以降の不法な制定法については、それは民族の法意識にまったく受け入れられていなかったし、それゆえ実定法ではなかった。……法としての承認が欠けているから何ら実定法ではなかった国家制定法が、法曹の良心に反して実定法として扱われたということが重要な事実である」<sup>(50)</sup>。

不法な国家制定法が民族の法意識に受容されていなかったかどうかは難しい問題である。ただこの点では、フルーメの「(民族の法意識への受容を経た) 実定法」概念のなかに、不可侵の人権や法治国家の諸原則といった価値が取り込まれていると理解すべきであろう。<sup>(51)</sup> ここで重要なことは、フルーメは、その時代の支配的な政治的潮流と「民族の確信 (民族の法意識)」とをまったく切り離して理解しているということである。市民の法意識に受容されていない国家制定法は法ではないというフルーメやヤーコプスの見解は、今日においてもなお重要な問題提起であり続けるように思う。われわれの時代の市民社会も、サヴィニーやヴィントシャイトの時代と同様に、なお国家権力との緊張関係のなかにある。国家による法独占を甘受してよい時代ではない。

(12) Abschlussbericht, S. 15.

(13) Hans A. Engelhard, Zu den Aufgaben einer Kommission für die Überarbeitung des Schuldrechts, NW1984, 1201, 1202.

(14) Abschlussbericht, S. 15.

- (15) 照会の項目については、采女「給付障害法改正に関するフーバーの提案モデル」鹿大法学論集二五巻一・二合併号四二五頁以下参照。
- (16) Jürgen Basedow, Die Reform des deutschen Kaufrechts, 1988.
- (17) なおメディクスは委員会審議の中間報告の性格を有する論文において、債務法改正の異なった二つの目的、①もともと既に判例によって適用されているものや学説 (Wissenschaft) によって認められているものの制定法への宣言的な (deklaratorisch) 書込と、②いわば現行法の根本的な (konstitutiv) 変更を挙げている (D. Medicus, Zum Stand der Überarbeitung des Schuldrechts, AcP188(1988), S. 181)。この中間報告の概要については、采女「給付障害法改正に関するフーバーの提案モデル」鹿大法学論集二五巻一・二合併号三八六頁以下参照。
- (18) Abschlussbericht, S. 20.
- (19) 法典の改正を承認する場合でも、その法改正の方法は法文の全体を起草しなおすのではなく、追加条項の挿入という方法を選択しようとする (Gesetzgebung, S. 66f.)。
- (20) F. K. von Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, zit. nach J. Stern, Thbaut und Savigny, 1953, S. 84. (zit. Beruf)
- (21) Medicus, AcP186, 268ff., 287f.
- (22) Medicus, AcP186, 288.
- (23) 法の二つの要素の区別という考え方は、制定法の解釈方法にも決定的な影響を及ぼすことになる。すなわち、法典または制定法の政治的部分に関しては、解釈は立法者の意思に厳格に拘束される。しかし技術的な部分は自由に解釈することができる。よりよい学問的認識は、制定法の有する認識に対して、技術的要素の問題であることと、自らの諸理由がより良いものであること以上の証明を必要としない (Wissenschaft, S. 115ff.)。
- (24) Savigny, Beruf, S. 78. フルルメもこの箇所 (Beruf, S. 78) を参照しながら、立法者と異なり、法の継続的形成の際に裁判官には自立的な決定権限はないとして、シュンビェナーのコンメンタールのゼッカーによる「法律解釈と法形成の方法の今日の状態」の叙述を批判している (W. Flume, Die Problematik der Änderung des Charakters der großen Kommentare, JZ 1985, 470, 472f.)。
- (25) Savigny, Beruf, S. 82.
- (26) Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1 (1840), S. 18ff, 38ff, 45ff. 【体系】第一巻については、諸旧訳の他、小橋一郎「現代ローマ法体系第一巻」一九九三年 (成文堂) 参照。

- (27) ヤーコプスは、「使命」と「体系」との関係を、前者では立法と学問との使命は何かというテーマそのものを論じているのであり、後者は前者で述べられたことのまとめにすぎないから、両者での叙述をまとめてよいと述べる (Wissenschaft, S. 35f.)。なお児玉「古典的私的自治論の法源論的基礎」一四七頁以下は、「使命」での用語法の「体系」での放棄について分析し仮説を提示している。
- (28) たとえば堅田剛「歴史法学研究」(一九九二年) 八二頁以下は、法の二重の生活論について「今や法を語りうるのは、専門家たる法律家だけなのである。民族(民衆)と法律家の関係が逆転しているのだ」と述べる。
- (29) Plume, Richter und Recht (1967), zit. nach Gesammelte Schriften I (1988), S. 15f. この「裁判官と法」は第四六回ドイツ法曹大会(一九六六年)での最終講演である。このフルーメの最終講演における「問題意識」については、児玉「覚書・ローマ慣習法論——法源理論再考・第一」大阪市大法学雑誌三八巻三・四号一五四頁以下参照。「法秩序の全体」概念についてはさらに、Plume, Gewohnheitsrecht und romisches Recht (1975), zit. nach Gesammelte Schriften I (1988), S. 30ff., insb. 54ff. 参照。法秩序の枠内でのみ私的自治は承認されるというフルーメの私的自治論 (Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts II, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. (1979), S. 1ff.) も法の継続的形成における法秩序概念との関連のなかで理解されるべきであろう。また直接的には援用されていないが、フルーメの法秩序全体概念は、個別法規の解釈の際に、有機的に関連してゐる法制度 (Rechtsinstitut) の生きた直観 (Anschauung) を重視したサヴィニーの法制度論を想起させる (vgl. System, Bd. 1, S. 9, 16, 388)。生きた直観については、青井秀夫・西村重雄訳ディーター・ネル「サヴィニーの『生きた直観』」東北法学四五巻六号(一九八二年) 八二頁以下、石部雅亮「法律の解釈について——サヴィニーの解釈理論の理解のために——」近代私法学の形成と現代法理論」五七頁、一〇六頁以下参照。
- (30) Plume, Richter und Recht, S. 16. なおフルーメは、特定物売買における瑕疵のない物の引渡義務の承認を法に反した (contra legem) ものとなり、許されない例としてあげる (Eigenschaftsirrthum und Kauf, 1975, S. 35)。
- (31) Plume, Richter und Recht, S. 24.
- (32) ウィントシャイトのライプツィヒ大学の学長就任講演での有名なテーゼ「立法は高い見地に基づくものである。立法は多くの諸場合において倫理的・政治的・国民経済的の衡量ないしこれらの衡量の総合に基づいている。この衡量は法曹自身の問題ではない (B. Windscheid, Recht und Rechtswissenschaft, 1884, zit. nach Kleine Schriften, Reden und Rezensionen, Teil II, 1984, S. 443)」に触れて、フルーメは法曹の沈黙の意味を次のようにいふ。「法曹それ自身は物的目標 (Sache) を決定してはならない。物的目標に関してはその他の国民と同じ権限しか持っていない。ウィントシャイトの見解は、彼の見解によれば、法曹は倫理的・政治

- 的・国民経済的の衡量をそもそも自制してやめなければならぬように理解されてはならない。これらの衡量に関して、法曹「それ自身」の決定権限のみがヴィントシャイトによって否定されたのである (Flume, Richter und Recht, S. 15)』。
- (33) ヤーコプスは、現行法の採録という技術的な目標と政治的な目標とを明瞭に分離し、政治的な目標が技術的なものに悩まされたり、政治的な目標が技術的なものという衣に蔽い隠されたりしないことの重要性を指摘し、まったく政治的な問題に関わっていないにもかかわらず、混同されている例として、メディクスの鑑定意見 (D. Medicus, Verschulden der Vertragsverhandlungen, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1981, S. 479ff.) のなかの不意打ちを理由にする一般的な撤回権の導入 (S. 517ff.) を挙げる (Wissenschaft, S. 46, Fn. 86)。立法提案三〇五 a 条 (撤回権：要件) 「(1) 契約締結の際に不意打ちされた者は契約を撤回することができる。以下のときに不意打ちは推定される。1、契約当事者の一方が頼まれもしないのに相手方の住居もしくは職場を契約交渉のために訪問したり、2、契約当事者双方の観念によればそのような種類の給付の販売には定型的ではない企画によって契約が準備されたり締結されているとき」。メディクスの鑑定意見については、とくに「巴谷峻」『契約交渉上の過失』に関するメディクスの鑑定意見「西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究」二二二頁以下参照。なお、P. Schlechtriem, Schuldrechtsreform, 1987, S. 9 は、特別法において民法典の解釈学上の基本構造に位置づけられない制度や形が用いられていることを法改正の理由に挙げるが、その際、割賦販売法・訪問販売法の撤回権を例示している。撤回権の問題には法学方法論上の微妙な問題がある (参照、原島重義「なぜ、いまサウニーか」四七頁以下)。
- (34) B. Windscheid, Recht und Rechtswissenschaft, 1884, zit. nach Kleine Schriften, Reden und Rezensionen, Teil II, 1984, S. 443
- (35) Flume, Richter und Recht, S. 41f.
- (36) 非財産的損害に対する金銭賠償に関する制定法は、三つの委員会の決定、しかも少数意見を否定した上での決定である。この価値判断は、人格の価値の無視に基づくものではない。名誉は、金銭に見積もれないし、金銭によって慰謝されないし、侮辱から金銭的利益を引き出すことは真の自尊心と矛盾する価値であるという衡量が決定的であった (Flume, Richter und Recht, S. 5)。
- (37) Flume, Richter und Recht, S. 6
- (38) Flume, Richter und Recht, S. 8
- (39) Flume, Richter und Recht, S. 8f.
- (40) 債務法改正委員会の委員シュレヒトリームは、「判決が、立法者の基本的判断を訂正し、あるいはそもそもはじめて基本的判断を設定しなければならぬ問題領域が存在する」と述べる (P. Schlechtriem, Schuldrechtsreform, 1987, S. 50)。vgl. auch D. Medicus, AcP 186, 289, わが国でも、立法部の懈怠の問題に関しては、権利主体間の権利義務関係をめぐる紛争を扱う民事裁判に

- 限ると、当然とられるべき立法措置がとられないでいるという状態のもとでは裁判に立法措置のいわば部分的代行を承認する見解（広中俊雄「国家への関心と人間への関心」（一九九一年）一三七頁以下）がおそらく有力であろう。
- (41) Flume, Richter und Recht, S. 9.
- (42) ヤーコプスは、Gesetzgebung, S. 190において、消滅時効の期間の決定を立法者の大権と述べている。
- (43) System, Bd. 1, S. 36, 40f., Beruf, S. 81.
- (44) フーバーモデル四五九条三項、委員会草案四三五条一項「目的物が合意された性質を有する場合には、目的物に物の瑕疵はない。性質が合意されていない場合には、目的物が契約から予定されるか、通常の使用に適しているときには目的物に物の瑕疵はない」。二項「売主が他の目的物か少量の物を引き渡している場合は、物の瑕疵に等しい。ただし、そのような物が明らかに履行とはみなされないときを除く」参照。
- (45) ヤーコプスもまた、現行民法四五九条の瑕疵（欠缺）と保証された性質の欠缺との区別を否定し、客観的な通常性を基準として説明する客観説は克服されるべきであるという見解である。この世のなかでおよそそれ自体瑕疵であるような物はひとつとして存在しない。何が瑕疵であるかは契約目的を考慮して決まる。ここでは制定法は何が瑕疵であるかの基準となるかを規定することはできない。基準はまったく存在していない。ヤーコプスは、主観的な瑕疵概念は法に反して (contra legem) いない、と述べる (Gesetzgebung, S. 87f.)。
- (46) この箇所ではメディアクスは、F. Bydinski, Juristische Methodlehre und Rechtsbegriff, 1982, S. 431を引用した上で、ヤーコプスについて次のように述べる。それゆえヤーコプスも民法典の解釈に関しては、本来立法府 (gesetzgebende Körperschaften) に属していない人々をたえず参照している。ヤーコプスの以前の著書「学問」(Wissenschaft, S. 117)も不当である (Medicus, AcP186, 282 Fn. 30)。「学問」一七頁の叙述内容については、采女・鹿大法学論集二八巻二号一〇八頁以下参照。
- (47) Medicus, AcP186, 282.
- (48) Flume, Richter und Recht, S. 28f. 別の箇所ですぎのように表現する。「しかしあらゆる個別規範は全体的法秩序の枠内においてのみ拘束力がある。個別規範は全体的法秩序から補充を受けるし修正すら受ける。このことを認識し確定することが裁判官の使用命である (S. 20)」。
- (49) この拘束力という用語は、裁判官が事件判断の際にそのまま拘束されるというような文脈では用いられていない。この用語は、positiv 法であるべし (ius esto) という立法者による法の定立、すなわち民族の法意識とは切断された独自の外面的力という意味で理解しつべきである (vgl. Wissenschaft, S. 71f.; Flume, Richter und Recht, S. 17ff.)。



gebung, S. 10ff.)<sup>(59)</sup>。ここでヤーコプスがとる方法は、立法過程での議論に立ち戻るといふ歴史的考察の方法 (historische Spekulation)<sup>(60)</sup>である。民法典第一草案二二四条一項は、制定法上の規律の完全性を有していたが、第二委員会で意識的に削除されたことをヤーコプスは指摘する。

ヤーコプスは削除の理由を法典編纂にあつての起草者の基本的な態度に求める。起草者は、フーバーがモデル二七五条一項と三項に書き込もうとしているものを自明なことと考えた。債務者は自らの義務を完全に履行し、責に帰すべき不履行の場合には責任を負わなければならないかどうかについて、法曹が疑問をいただき、制定法による指示を求めるであろうとは考えなかった。それゆえ、債務者は何に責任を負わなければならないかのみを制定法のみで言わなければならないと考えた。起草者は、おのずと明らかな原則を貫き通すこと、そして原理を通しておのずと決定されるわけではない問題について何かを言うことに法典の使命を見出した。起草者は制定法の理解可能性に関して法曹を、経験と学識のある実務家を念頭に置いていたから、指導的諸原理を探り出すことは学問の課題であるという起草者の学問的な感覚と確信をもって自明なことを制定法のなかに宣言することはしなかった (Gesetzgebung, S. 16ff.)。

## 2 債務者の給付義務の限界

フーバーは債務者の給付義務の限界についての特別規定を放棄しようとしていた (モデル二七五条参照)<sup>(62)</sup>。これに対し、委員会草案はやはり給付義務の限界に関して草案二七五条に規定を置き、損害賠償義務については草案二八〇条に規定を置いている。現行二七五条の不能概念は債務者を第一次的な給付義務から解放する機能を営んでいるが、今日では債務者の第一次的給付義務の限界は不能概念の拡大を通して給付困難の領域にまで広げられている。草案二七五条は、債務者の給付義務の限界を、「債務関係の内容と性質」から画定される「努力義務」に置いている。なお、債務者の解放は法律上当然に (ipso iure)<sup>(66)</sup> 生じるのではなく、抗弁として構成されるので、債務者は解放事由を主張し、援用しなければならぬものとされる。また、フーバーのモデルにあつた期待不能概念も避けられている。



この問題において、フーバーとヤーコプスは、<sup>(67)</sup>ドイツ民法二七五条に従った債務者の給付義務からの解放にとって、給付の不能は重要ではなく、不履行が債務者の責に帰すべきものではないということが重要である、すなわち債務者に責に帰すべき事由がない場合には、債務者は給付義務も損害賠償義務も負わないという見解において一致していた。

しかしヤーコプスは自己の学説が法典化されることにも次のように述べて反対していた。法典の改正が問題となる場合、フーバーと自分が何を正しいと考えているかは重要ではなく、一般に正しいと考えられているかどうか、ガイウスのことを借りると *hoc iure utimur* (われわれはこの法を用いる) かどうかが重要である (Gesetzgebung, S. 43)。今日の法曹の思考においては相変わらず、給付義務の存続と損害賠償義務の成立という二つの問題を立てる。前者の解答のときには「不能」「法外性」「期待可能性」が重要であり、後者の解答のときにのみ帰責性が重要であるという観念が支配している。この事実が制定法を改正しようとするときに配慮されるべきである。制定法の表現を今日の法曹の思考習慣と一致させようとすれば、別個に問題とされている給付義務と損害賠償義務について、制定法においても、問題の解答が同一であるとしても、別個に解答しなければならぬ (Gesetzgebung, S. 40f.)。今日の支配的見解にとってフーバーが提案している給付義務の限界は問題になりえない。支配的見解にとつて問題になりうるのは、二七五条一項を現在の表現のまま維持し、二項に法外性、期待不能は給付の不能と同じであることを付加することだけである。そのような改正には賛成しない。要するに、この問題は、暫定的に法典化すべきではない、すなわち学問と実務にゆだねられなければならない問題である (S. 44)。以上のような叙述の最後にヤーコプスは、法的安定性と制定法の尊厳を理由に、少数の法曹によってしか理解されず、大方の者に異議を呼び起こす制定法をつくることよりも、その不十分性をわれわれが知っている制定法を選択する。二七五条は現行の表現のまま据え置く (S. 45)。<sup>(98)</sup>

これに対し、メディクスは、現行法の表現の維持というヤーコプスのこの論理展開の最後を理解しがたい思考の飛躍とみている。ヤーコプスが以前、「Unvermögen und subjektive Unmöglichkeit」の概念は、概念法学による脱線の実例として、

「解釈学史のなかに消える」(Ummöglichkeit und Nichterfüllung, 1969, S. 267)と述べていることからしてますます理解できない<sup>(69)</sup>という。

ところで、委員会草案二七五条は給付義務の限界に関する新しい規律に成功しているのだろうか。債務者の給付義務からの解放にとって不能のみが重要なのではないということは表現されている。しかし、いかなる場合に「債務関係の内容と性質に従って義務づけられている努力義務」の限界を越えるのかは、依然として不明瞭である。また帰責性がないので損害賠償義務は負わないが、なお「努力義務」の限界を越えていないので給付義務(履行義務)は存続するという奇妙な問題が残りそうでもある。この点では、ヤーコプスの見解はきわめて明瞭である(Gesetzgebung, S. 43f)。債務者の故意過失によって生じているのでないあらゆる給付困難は債務者を解放する。もちろん種類債務のように発生している困難を克服する義務が契約から生じる場合や、障害の克服に努力しないことが取引慣行を考慮した信義則に反するほどわずかな努力で障害を克服できる場合は除かれる。つぎに、債務者に帰責事由がある場合は、給付義務は損害賠償を根拠づける諸事情のもとでのみ存続するのだから、不履行による損害賠償額(履行利益から契約価格を引いた給付利益の額)が給付のために出費しなければならぬ費用の限界、給付義務の限界ということになる。

### 3 給付義務と損害賠償との関係

委員会草案は、まず二八〇条一項において、義務違反に基づく損害賠償請求権を包括的に規律している。このことにより、積極的債権侵害に基づく損害賠償請求権の根拠が制定法のなかに与えられることになる。しかしこのような包括的な規律をした結果、草案は直ちに、履行請求権の優先、すなわち猶予期間を指定した後でなければ給付に代わる損害賠償を請求することはできない、というもう一つの規律(補完ないし修正)<sup>(70)</sup>を強いられることになる(草案二八〇条二項、二八三条)。ここには法典編纂の技術の巧拙という点で言えば、ひとつのジレンマがあるように思う。しかし、このような二段構えの規律を最終報告書は自ら評価して言う。「草案は、民法典の錯綜した法律上の諸規定とその横で展開された法実

務とを受けとめた明瞭で見通しのきく損害賠償の規律をもたらす<sup>(71)</sup>。

これに対して、ヤーコプスは、完全な制定法よりも不正確なことを言わないことを選択した立法者の自制を指摘する (Gesetzgebung, S. 50, 52)。現行二七五条は「責に帰すべき不履行により損害賠償義務を負う」という規範 (基本的要件) を述べることなく、債権者が給付に代えて履行利益を要求することができる諸事例を表示することに自制した。その結果、いわゆる積極的債権侵害に基づく損害賠償請求権の根拠は法典から欠落している。しかし、現行法典には先のジレンマはない。現在の改正作業の際も、法典編纂上の立場から今日なお制定法において疑う余地のない個別事例に自制し、そしてこのことと必然的に結びついている不完全性の除去を学問と実務にゆだねることが是認されるかどうかのみが問題である。これは所与のものから原則 (Prinzip) を導きだし補完をする法曹の能力を立法者が信頼するかどうかの問題である。疑う余地のない事例に規律を制限している立法者は法曹の思考活動を信頼している。

#### 4 解除権の新しい規律

委員会草案は解除権を新しく規律している。とりわけ、契約に基づくあらゆる種類の義務違反に対する法的救済手段の中心に契約解消が据えられている (草案三三二三条)<sup>(72)</sup>。この義務違反を理由とする契約解消の際には、義務違反者に義務違反の責があるかどうかは問題にならない。委員会草案はまた、解除権と損害賠償との併存を明文化した (草案三三七条)<sup>(74)</sup>。草案によれば、反対給付義務を免れたいうで契約の不履行による損害賠償 (差額方法による損害賠償) をするためには解除権を行使しなければならぬ。これも現行法とは異なった規律である。これらはフーバーのモデル三三二六条と三三七 a 条、統一売買法を範としている<sup>(76)</sup>。ただし、フーバーのモデルにあった本質的契約侵害 (wesentlicher Vertragsbruch) という概念は導入していない。

しかし、ヤーコプスは解除権の新しい規律を法典編纂することに反対している<sup>(77)</sup>。フーバーのモデルに対する批判をみておきたい。

責に帰すべからざる給付の遅延の場合における猶予期間徒過後の解除権（解除原因の拡大）について。批判は、モデルが現行法かどうかという問題に向けられる。フーバー提案に照応する第二委員会での提案は現行法からあまりに掛け離れているという理由で拒絶されていることを指摘し、次のようにいう。「契約相手が帰責事由なしに指定された猶予期間内にも履行しない場合における契約上の拘束からの一方的解放ということが、今日の現行法であるかどうか、学問と実務によつて承認されているかどうかが問題である。わたしは賛成するが、少数意見である。それゆえこの問題を肯定することは疑問である (Gesetzgebung, S. 57) 』<sup>1)</sup>

重畳の禁止についても、ヤーコプスは先履行している売主に解除権を与えることの問題点を指摘する (Gesetzgebung, S. 57ff.)。ここでも立法過程での議論に立ち戻っている。普通法においては賠償権者は、既履行の給付を取り戻すことはできなかったが、未履行の債務者の給付を拒絶することによつて補填されない利益を清算しうることは自明なことであった。民法の起草者は、契約を遡及的に消滅させる救済手段として、従つて損害賠償請求権の基礎を除去する救済手段として解除権を構成した。理性法の考案した解除権の理論は、民法典において誤つた方向に誇張され、差額方法による損害額算定に対立するものとして印象づけられることになった。しかし実務は、民法典成立以前の時代からの判例を引き継いで、差額方法による損害額算定を認めた。

ヤーコプスは、制定法を現行法、実際に通用している法に適合させることが問題である場合、制定法の行きすぎを除くことだけが問題になるとして、ここでは差額方法によつて損害額を算定することが認められることを明文化することを承認する。しかし解除と損害賠償との併存の禁止は、売主の先履行の場合には今日においても適切であると主張する。差額方法による賠償額の算定が認められる場合には、解除権が意味をもつのは、たとえば売主が先履行しているときに、売主が先履行した物の返還請求をするという場合だけである。売主が代金支払を猶予しながら先履行している場合には解除権は認められていない（現行四五四条）。代金支払の猶予をしていない場合にも、先履行には少なからず信用の授与があり、

それにもかかわらず売主に解除権を認めるということは、売主は解除権の行使によって他の債権者に優先する地位に立つということである。解除権の行使によって、売主は目的物を確保し使用利益を取得するのであるから、取引行為が実現されたであろう場合に得たであろう利得の賠償を求める権利を売主に与える必要はない(§ 86)。<sup>79)</sup>

## (2) 瑕疵担保責任法

### 1 現行法と委員会草案との相違

民法典四九五条以下の瑕疵担保法は、特定物売買と種類売買とを区別して規律している。まず特定物売買の規律においては、売買目的物に瑕疵がある場合、買主は契約の解消または代金の減額を請求することができる(四六二条)。買主は、悪意による沈黙または保証の場合にのみ、解除または減額請求に代えて不履行による損害賠償を請求することができる(四六三条)。種類売買に関しては、特定物売買に関する規律を補完する特別規定を置くという方法をとっている。買主は解除または減額請求に代えて瑕疵のない物の引渡を請求することができる(四八〇条)。さらに判例は、積極的契約侵害ないし契約締結上の過失責任の構成により、買主の生命・身体・財産に生じた損害に対する売主の損害賠償責任を認めることにより民法典の規律を補完している。

これに対して、委員会の草案は、瑕疵担保法を一般的給付障害法の下に組み入れようとしている。その論理的な前提として、特定物売買においても瑕疵のない物の引渡義務(給付義務)を承認していることが際立った特徴である(草案四三(80)条)。報告書は、次のように述べる。「物の瑕疵に関する現行瑕疵担保法は、民法典が売買目的物に瑕疵のないことを売主の給付義務の内容とはしていないという事情と密接に関連している。……その結果、瑕疵担保と一般的給付障害法は相互に関連のない不調和な責任体系を示している」。<sup>(81)</sup>「現行法の問題点は単にドグマ的な種類のものではなく、部分的にはきわめて疑問のある判決をもたらしている。これは、物の瑕疵担保に関する責任が原則的に一般的給付障害法のなかに組

み込まれることよってのみ解決される<sup>(82)</sup>。さらに、給付義務の承認の利点について報告書はいう。特定物売買の場合にも給付義務を承認することよって種類売買と特定物売買とを統一的に規律することができる。現行四八〇条の特則は不要になるし、売買と請負契約の規律の差異を少なくすることもできる<sup>(83)</sup>。

委員会草案では、瑕疵ある物の給付は契約義務の不履行として位置づけられることにより、まず瑕疵ある給付の場合の追完 (Nacherfüllung, Nachlieferung) 請求権 (Ⅱ 第二の提供権、修補権) が承認される (草案四三八条<sup>(84)</sup>)。その際、特定物売買の場合の追完について、報告書は次のように述べる。特定物売買すべてが追完可能なわけではない。売主は客観的に不能な給付義務を負うが、現行三〇六条 (不能な給付を目的とする契約は無効である) は削除するので問題はない<sup>(85)</sup>。この委員会草案は、フーバーのモデルの構想 (モデル四六一 a 条、四六二条) をそのまま取り入れたものである。ここでは、特定物売買と種類売買との区別は否定されている<sup>(86)</sup>。

次に、売買目的物に瑕疵がある場合の損害賠償責任に関しても、フーバーのモデルとこれを踏襲する委員会草案は、瑕疵なき物の給付義務に対する違反として一般的な給付障害法 (有責任) と同様に規律する (草案四四一条<sup>(87)</sup>、二八〇条、二八三条、モデル二七五条)。瑕疵損害と瑕疵結果 (惹起) 損害の概念的な区別は否定される<sup>(88)(89)</sup>。

しかしここでも、物の瑕疵担保責任の法状態は制定法の規律の欠陥に基づくものであるかどうか、また立法者によってしか取り除けないものであるかがヤーコプスにとつて基本的問題である。以下、追完請求権の問題と損害賠償の問題、消滅時効の問題を素材にヤーコプスの法解釈方法の特徴を明らかにしたい。

## 2 瑕疵のない物の引渡義務―特定物売買と種類売買との区別

フーバーも委員会草案も特定物売買と種類売買との区別を否定し、特定物売買の場合も瑕疵のない物の引渡を売主の義務として承認する (モデル四五九条、草案四三三四条)。ここでは売買における物の瑕疵担保責任と一般的給付障害法とは異なった問題があるから、異なった責任体系をとるという現行法の基礎にある考え方は完全に捨て去られている。

ここでも問題は、特定物売買と種類売買との区別は実質的な根拠がないのかどうかである。この問題に関して、ヤープスは現行四五九条以下の特別規定の根底にある合目的な衡量を積極的に受け止め、その存続を主張する。特定物売買の場合には、「あるべき性質」と「あるべき物」とが契約によって指定されている。指定された物が供給されたが、指定された性質を欠いているとすれば、契約と現実とは独特な風に一致していない。現実には有していない性質を有しているものとして売主の給付義務は根拠づけられている。ローマ法曹はこの契約を無効とした。現行民法の規律は、買主の利益が問題であるとして、契約を有効としかどうかの判断を買主にまかせている（契約の解除、代金の減額）。それゆえ契約を有効とするとしても、合意された性質の物を提供する義務は契約から直ちにはでてこない（Gesetzgebung, S. 90ff.）。

また、給付義務を仮に承認したとしても、一般的給付障害法における有責と目的物に瑕疵がある場合の有責とはやはり異質なものではないだろうか。この点についてフルーメは次のように述べている。売買目的物の瑕疵について知り得べかりしことと一般的給付障害における有責とは等置できない。契約と現実との不一致としての売買目的物の瑕疵について知り得べかりしことは、一般的給付障害法に従った売主による売買目的物の有責な破壊や毀損と等置されるべきではないし、売買法のみ問題でもない。むしろ、契約において誰も過失行為によって相手方に損害を与えてはならないという一般的な問題である。この問題は現行法に従えば、一般的には積極的契約侵害と契約締結上の過失に関する責任を通して、知り得べかりしことに関して三〇七条において適切に解決されている。<sup>(91)</sup>

### 3 特定物売買への修補権の導入の問題

現行法の欠陥の箇所では報告書は次のように述べている。「瑕疵ある物が引き渡された場合、買主の法意識のなかでは追完請求権が前面に出てくる。買主は瑕疵ある物が修理されるか取り替えられることを期待する」。<sup>(92)</sup>

これに対し、ヤープスはいう。特定物売買における売主の修補義務を認めるかどうかは買主と売主の利益を顧慮しての合目的な問題であり、特定物売買における売主の修補義務は契約（合意）の補完的解釈によってのみ根拠づけること

がである (Gesetzgebung, S. 97)。

さらに、そのような修補義務を制定法のなかに、売買契約の通常の内容、任意法として述べるのが正しいかどうかという問題をヤーコプスは提起する。フーバーも委員会も、修補請求権は売買目的物が工業製品である場合のごく自然な救済方法であり、修補が売主または買主の利益に反する場合は例外でしかない、と主張する。これに対し、ヤーコプスは工業製品というのは多くの場合に種類売買の対象であり、追完義務は契約から直ちにでてくる。特定物売買において何が原則事例かを確定する場合にはこれらの場合は除くべきである。工業製品が特定物売買の対象であるとすれば、たいていは売主は修補能力のない、買主が修補を期待できない私人であろう (S. 97f.)。ともかく特定物売買において売主の修補義務を認めることが買主と売主の利益に適っているかどうかは個別事例の諸事情に即してしか判断することはできない。「原則形成 (Regelbildung) のあらゆる試みは避けることのできないカズイステイクの粉飾にしかすぎない」。

また、フーバーと委員会は、修補権 (第二の提供権) がないということは一般の法意識と一致しないし、大量の工業製品の販売という今日的な取引上の要求に答えられないという。これに対し、ヤーコプスは第二委員会の議事録に立ち戻りながら (S. 98f.)、特定物売買の場合の修補権についての民法典の沈黙の理由を明らかにする。それは工業製品の売買が念頭になかったからではなく、「裁判所による判断の予測、法発見の確実性」がその理由であった。「通常の取引行為の必要」と制定法の実的な取り扱いと「顧慮」から個別事例の衡平な判断が犠牲にされたのである。

修補請求権の要件を制定法に書き入れるとしても、漠然としか表現できないからカズイステイクを克服することはできない。個別事例において売主または買主が修補を求めることができるかどうかは、裁判官のみが個別事例の諸事情に基づいて判断することができるのであり、裁判官が衡平に従っておこなう判断の際に民法二四二条以外の条文をさらに引用させる必要はない (S. 99f.)。

さらに、ヤーコプスは現行規定を擁護する理由として消費者保護の観点を挙げている。モデルや草案における売主の修



補義務・買主の修補権は、実際には売主の修補権が問題である、つまり買主の解除請求や代金減額請求を回避する売主の利益の問題であるということが重要である (S. 100)。

#### 4 種類売買における瑕疵ある物の給付と第二の提供をする売主の権利

種類売買の場合は、瑕疵ある物の給付は、そのまま売主の義務の不履行である (民法二四三条一項)。問題は、一般的給付障害法が規律している場合との対比において特殊性があるかどうかである。一般的給付障害法の規律は、まずは買主の権利は履行請求権に限定されている。猶予期間の指定後または不能等の場合にはじめて買主に解除権や履行に代わる損害賠償請求権が与えられる。しかし現行四八〇条は、瑕疵ある種類物の給付の場合に買主に直ちに解除権と減額権とを与えている。

これに対して、フーバーのモデルも委員会草案も、原則として第二の提供をする売主の権利を制定法のなかに定めようとする (モデル四五九条一項、草案四三四条)。買主が直ちに要求することができるのは追完請求のみということになる。<sup>(93)</sup>

ここでもヤーコプスは現行四八〇条の立法過程に立ち戻る (Gesetzgebung, S. 103ff.)。第二委員会の議事録に基づき、猶予期間の指定という一般原理との断絶は盲目的におこなわれているわけではなく、売主の第二の提供権の承認を原則とする実質的な理由はないと主張する。現行四八〇条の原則が例外なく適用されるものでないこと、つまり単なる立腹・恣意に基づく減額権の行使は許されないことは、制定法のなかに明言されていなくても自明なことである。この制限を見誤らなければ、制定法を改正する必要はない。せいぜい、減額権の恣意的な行使は許されないということをつけ加えることができるにすぎない。

また買主の即時解除権についても第二委員会の議事録を示す (S. 105)。解除権を回避するための売主の第二の提供権という提案に対して、第二委員会の多数意見は、提案は異常に複雑な規定の採用を通してのみ考えられることができるが、第二の提供権を条件付でのみ与えるような規定の採用は実質的な必要性がないとして提案を採用しなかった。

この箇所では、ヤーコプスは立法過程での議論、とくに第二委員会の議事録に立ち戻って考察をすすめている。しかし、この法解釈方法は立法者意思への拘束を意味しない。ヤーコプスは言う。立法者がこの原則を逆にすべきかどうかがいま問題である場合、わたし（＝ヤーコプス）が議事録の行間に読み取っているものが、今日もはや一般に通用しないかどうかを立法者は考えなければならない（S. 110）。

フルーメも、買主が追完に関わりあいになる義務を原則として負うかどうかだが問題であり、これは第二委員会での論議に基づいて拒絶されるべきであるという。買主による追完の拒絶が信義に反する例外的な場合には売主の追完権が肯定されるであろうが、このためにドイツ民法の売買法の改正を必要とはしない。<sup>(95)</sup>

このようなヤーコプスの議論に対して、メディクスはつぎのように批判している。（商人間でない）民事上の取引においても、新しいより良い型のもが出てきたり、買主がより良い商品やより安い価格のものを後になつてはじめて見つけたりすることがありうる。買主は単に単純に売買を後から後悔するかもしれない。そのような場合、引き渡された物に瑕疵があることを理由に買主は即座に契約から降りることができることになる。また、使用された後に返還された物を買主はその他の方法で利用するためには相当な損失をこうむる場合も考えられる。また、使用された後に返還された物を買主は信義違反の抗弁によって実際に防止することができるのだろうか。<sup>(96)</sup>

##### 5 売買目的物に瑕疵がある場合の損害賠償責任

(イ) 民法典（四六三条・四八〇条二項）は、売買目的物に瑕疵がある場合の損害賠償責任を「性質の保証と悪意の沈黙」の場合にのみ認めている。<sup>(97)</sup> この悪意の沈黙と保証の場合の損害賠償請求権は、制定法上は解除・減額権と選択的に与えられている。しかし判例・学説は履行の際の有責ないし積極的債権侵害に基づく責任を認めるとともに、この損害賠償請求権（とりわけ瑕疵結果損害）と解除・減額権とを併行的に認めている。

このような現行法に対して、フーバーのモデルとこれを踏襲する委員会草案に従えば、売買目的物に瑕疵がある場合の

損害賠償責任は一般的な給付障害法（有責責任）の規律に服することになる（草案四四一条、草案二八〇条、二八三条、モデル二七五条）。責に帰すべき義務違反に対する売主の一般的な損害賠償義務の問題として扱われる。現行四六三条、四八〇条二項の有責性を要件としない損害賠償責任はその特別な位置を失い、草案二七六条に解消される。瑕疵損害と瑕疵結果（惹起）損害の概念的な区別は否定される。<sup>(98)</sup>

この制定法と現行法との相違に関してここでも立法当時の学説と審議過程に立ち戻ってヤーコプスはいう（Gesetzgebung, S. 110ff.）。まず、解除・減額権と損害賠償請求権との関係について、ローマ普通法において不履行による損害（履行利益）賠償は全損害、つまり瑕疵結果損害をも含むものであったし、このことは起草者にとって自明なことであった。しかし同時に起草者は、瑕疵損害（*circa rem* = 買主の得べかりし利益）と瑕疵結果損害（*extra rem*）との区別の必要性を見誤り、解除・減額権という按察官法上の救済方法と瑕疵結果損害の賠償請求権との関係を見誤った。

さらに、悪意の沈黙と保証の場合のみに責任が認められている点について、ヤーコプスは、普通法の法状態がそのまま制定法に移されたのであり、起草者（とくに第二委員会の構成員）は有責責任を退けたのではなくて知らなかったという。ローマ法には売買契約において物の瑕疵がある場合の有責責任は存在していなかったし、瑕疵結果損害は不完全履行の際の責任の特殊なものとは感じられていなかったから、瑕疵結果損害の際の有責責任の必要性も明らかにならなかった。ここでヤーコプスは、瑕疵結果損害に関する規律は制定法の欠缺であるとして有責責任を主張する考え方を退ける。しかし、ヤーコプスは、有責責任に反対するわけではない。むしろ、民法の起草者は *extra rem* の利益の侵害（瑕疵結果損害）に關しても四六三条・四八〇条二項において規律していたことを論拠に有責責任に反対するような見解は、約百年前の歴史上の立法者が採った見解が今日拘束力があると説明する法律実証主義の一形態にすぎないとして退ける。

ヤーコプスは、特定物売買と種類売買とを分けたうえで、それぞれ瑕疵損害と瑕疵結果損害とに分けて現行の法状態の解釈学的解明を詳細におこなっている（Gesetzgebung, SS. 121-170）。以下簡単にみておきたい。

(ロ) 特定物売買と瑕疵損害・瑕疵結果損害

ここではヤーコプスは有責責任の導入の必要性を否定し、保証責任の拡大を主張する。物に瑕疵があるということが確認される場合には、通常は性質の保証の要件も満たされるのであるから、履行利益の賠償（瑕疵損害と瑕疵結果損害）責任が認められる。このように理解した場合、履行利益に対する有責責任を持ち込む必要性はない。ヤーコプスが強調するのは、既存の構造と一致した法形成である。このことが法発見の確実性をもつとも保証すると述べる。ここでは現行法（Lex lata）の変更が問題ではなくて、現行法の理解のみが問題になる（S. 121ff.）。

ヤーコプスは現行四六八条の改正の必要性を否定する。瑕疵損害と瑕疵結果損害に対する責任根拠は、物が合意された性質を有するという売主の保証であり、この保証は売買契約そのもののなかに見出される。瑕疵損害と瑕疵結果損害とを包括する保証責任という構成は、なんら義務違反を必要としないし、瑕疵のない物の給付義務を前提としない。有責責任の導入は、瑕疵結果損害に関しては実際上の意味はない（S. 139ff.）。

(イ) 種類売買と瑕疵損害・瑕疵結果損害

種類売買の場合は瑕疵のない物の給付が義務づけられているから、瑕疵ある物の給付は契約の不履行であるとともに、この契約上の主たる義務の不履行でもある。売主が責に帰すべき事由により履行していないことが責任根拠であり、その他の責任根拠は必要ないとヤーコプスはいう。

では、損害賠償義務を根拠づけている四八〇条二項の「悪意と保証」はどのような機能を果たしているのだろうか。悪意と保証は、実際には、履行請求権への拘束から買主を解放する機能を持つていることをヤーコプスは指摘する。

本来の履行と金銭賠償との関係が問題である。瑕疵ある物を供給された場合に、買主はなお履行請求権に制約されるかどうか。ヤーコプスは悪意と保証の場合とを慎重に区別して考察している。悪意が履行請求権への制約から買主を解放する根拠であることを承認する。まず悪意の場合には、買主は直ちに完全な利益（狭義の履行利益と瑕疵結果損害）の賠償

を求めることができる。もちろんこの場合にも買主は代物給付を要求し、かつ同時に瑕疵結果損害の賠償 (extra rem の利益) を求めることができる。しかし保証は、過失のみに基づく瑕疵ある物の供給と同様に、この根拠たりえないとする。この場合、買主は代物給付請求権に制約されたままであるが、しかし瑕疵結果損害の賠償は直ちに求めることができる (Gesetzgebung, S. 153, 159)。

ここではヤールプスの制定法に対する態度が鮮明になる。民法四八〇条二項の審議過程に立ち戻りつつ、この規定の拘束力を否定し、ヤールプスは四八〇条二項の規律を修正している。ヤールプスにとって民法典の規定への盲目的な屈従は問題にならない (S. 159)。

## (二) フルーマの見解

フルーマは、現行の瑕疵担保責任の規律を維持し、これを適切に補完するものとして、積極的契約侵害ないし契約締結上の過失に基づく消極的利益に対する売主の有責責任を位置づける。すなわちフルーマによれば、瑕疵担保責任は契約と現実との不一致の法律効果であり、これは売買目的物の単なる瑕疵の場合は解除ないし減額を通して売買契約の完全ないし一部の解消のみをもたらし、保証と悪意の沈黙の場合のみが履行利益に対する売主の責任を根拠づける。これに対し、積極的契約侵害に基づく責任は瑕疵について知り得べかりしこと (Kennennutzen) に対する有責責任である。積極的契約侵害ないし契約締結上の過失に基づく責任 (売買目的物の性質から買主に損害が生じた場合には売買目的物の性質について知り得べかりしことに売主は責任を負わなければならない) は、民法の起草者は瑕疵についての知り得べかりしことに対する責任を知らなかったから、起草者の意図によっても、法律によっても排除されてはいない。

この叙述のなかで、フルーマは積極的契約侵害に基づく売主の責任に関して、瑕疵損害と対置された瑕疵結果 (惹起) 損害という用語は適切ではないとして次のように述べる。積極的契約侵害を理由とする瑕疵に対する売主の責任の場合には、売買法の特別な要件が問題なのではなく、契約締結上の過失責任の場合となら変わらない消極的な利益に対する一般的

な責任の問題である。売主は売買目的物に瑕疵がなかったならば得たであろう利得を賠償する必要はないが、瑕疵あるがゆえに売買に応じていなかったならばあるであろう状態に買主を置かなければならない。債務契約の場合に契約当事者のだれも相手方に有責な損害を加えてはならない。<sup>(10)</sup>

フルーメの見解の特徴は、売主の危険負担すなわち契約と現実との不一致に対する責任としての売買目的物の瑕疵に関する担保責任と、有責責任としての積極的契約侵害に基づく責任との相違を徹底して強調する点にある。ヤコプスとなり、瑕疵損害と瑕疵結果損害との区別をしない。この点では委員会と同じ立場である。<sup>(11)</sup>

フルーメもまた、売主は物の瑕疵について知り得べかりしときは買主に対して履行利益の責任を負う、とする草案には反対する。知り得べかりしことに対する非難は消極的利益の責任のみを根拠づけるにすぎない。

### (3) 瑕疵担保責任の消滅時効

#### 1 委員会草案

委員会草案は、消滅時効法の全面的な改正提案（期間、起算点、期間満了時、停止、中断）をおこなっている。<sup>(12)</sup> とりわけ委員会草案は、現行法の欠陥として、現行四七七条の瑕疵担保期間（動産の場合は、引渡のときから六か月）が短すぎることから生じている特に隠れた瑕疵の問題に関する判例の混乱を指摘している。

委員会報告は四七七条の時効期間は短すぎることに完全一致していると断定したうえで、債権者は請求権を實際にかつ適時に主張することができる十分な期間を有していなければならないとして、期間を延長する。その際、原則として、契約から生じる請求権はすべて同一の時効期間に服する（草案一九五条一項）。<sup>(13)</sup> 委員会草案は、時効の問題に関する瑕疵担保の特殊性を否定し、「売買目的物の瑕疵に関する証明の問題」と「履行ないし不履行の証明の問題」とを区別しない。<sup>(14)</sup> また、認識ないし認識可能性は重要ではないという見解である。

## 2 ヤークプスの見解

ヤークプスは、ここでも立法過程での審議<sup>(108)</sup>に立ち戻りながら、現行四七七条の短期消滅時効の目的を問題にし、四七七条はその証拠法上の目的からしてそれ自体理由があり維持するに値するとし、法改正の必要性を否定する (Gesetzgebung, S. 170ff.)。

ヤークプスはまず四七七条の短期時効の目的を問題にする。売主の責任にとって基準となる時点における瑕疵の存在を証明するのは難しいということ、すなわち証明の問題が民法の起草者にとって決定的な観点であった。長期間経過後に物の瑕疵が問題にされることは売主にとって非常な負担である。これは証明の問題であり、時効期間はこの証拠法上の手段という目的をもっている。この瑕疵の存在を短期間に明らかにするという目的からして、特別に短い時効期間を定めることが適切であり、また消滅時効の期間は、瑕疵の存在についての買主の認識可能性を考慮することなく、外在的な事象(引渡)から進行させることが適切であるとして原則規範としての四七七条の短期時効を擁護している。

しかし次に、ヤークプスはいう。短期の消滅時効期間は「苛酷な事例」をもたらす。ここでヤークプスは、われわれの時代、今日の法意識は一九世紀の近代諸立法の時代よりも、いわゆる苛酷な事例を放置するのを許さなくなっていることを強調する。そのうえで、サヴィニー<sup>(109)</sup>を引用して、瑕疵の不知の無顧慮は例外を許容しうる規範でなければならないと主張する。瑕疵の不知はまったく考慮されないというかつての判断は今日もはや拘束力がない。

ヤークプスは、短期消滅時効の証拠法上の目的を考慮して「例外」のふたつの要素を指摘する (S. 188ff.)。原則は、定められた期間経過後は引渡の時点における瑕疵の存在の証明をもちや許さないということであるから、瑕疵の性質上、通常の期間経過後の現在、瑕疵があるときには引渡の時点でも瑕疵があるという場合、それゆえその証明がおよそ問題にならない瑕疵の場合に期間経過を無視することができる。しかしヤークプスは、このような瑕疵が一般的に四七七条から除外されるのではないとして二つ目の要素を強調する。原則の意味は、買主は目的物の性質を気に掛け、気づいた瑕疵を速

やかに主張するということでもあるから、瑕疵の不知と潜伏、つまり「特別に隠れている」瑕疵であることが重要である<sup>(四)(五)</sup> (S. 189)。

これに対し、メデイクスは、四七七条の重要な役割は相当な期間経過後にはじめて瑕疵が明らかになる危険を買主に分配する機能にあるとみたうえで、ヤーコプスのいう例外的な場合にはこの機能はまったく放棄されることになるのかどうかという疑問を出している<sup>(四)</sup>。しかし、この批判はあたらないように思われる。ヤーコプスは買主が購入した物を長期間にわたって利用しないままであり、その結果、瑕疵に気づかないとすれば、それは正当にも買主の危険であると述べて、原則としての短期時効を擁護している (Gesetzgebung, S. 187)。そのうえで、瑕疵の不知を例外的に顧慮するについて次のように述べている。原則から例外的に外れることは、実際には規範の目的を顧慮して例外的な判断がされるのではない場合にのみ、実際には個々の事例の特殊な諸事情に基づいて例外的な判断がされない場合にのみ法的安定性は危険にさらされる (S. 187f)。ヤーコプスはまた次のようにも表現する。四七七条の規律のこの種の制限はことばの厳密な意味での例外という必要はまったくくない。ここで例外といっているものは、規範表現 (Regelassung) の不完全性、原則形成 (Regelbildung) の避けがたい不完全性と危険性の承認にすぎなく (Gesetzgebung, S. 189)。制定法上の規律がその意味に従って除外または縮小されるにすぎないときは、制定法への忠実 (Treue zum Gesetz) はまったく危険にさらされてはいない (S. 191f)。

ヤーコプスのもう一つの重要な主張は、瑕疵にもとづく買主のすべての権利に対して統一的な消滅時効期間を適用すべきであるということである。四七七条の規範の修正を正当化する根拠は瑕疵を理由とする買主のすべての権利に適用されるべきである。四七七条は、厳格にであれ修正されてであれ、瑕疵を理由とする買主のすべての権利に適用されてよい。

判例は、不法行為上の請求権に関しては八五二条の期間内の瑕疵の存在の証明を許している。売買目的物の瑕疵によって被った身体損害または物損害については、瑕疵の存在について売主が有責であるときには、損害と加害者を認識したと



きから三年間は損害賠償を求めることができる。しかし他方、判例は、瑕疵が証明された場合も、より一層の権利を買主は主張できないとしている。

ヤークプスは、ここではそれ自体理由のある現行四七七条と八五二条とが競合しているのであり、そのいずれかを選択することだけが問題であるという。相互に競合する二つの規定を調和させることが問題である場合、ヤークプスにとってこれは純粹に学問の課題となる。すなわち問題になっている規定の目的から解決すべき課題となる (S. 202)。

ヤークプスによれば、四七七条は、①売主に帰責せられる瑕疵が、八二三条一項によって保護されている買主または第三者の法益の侵害をもたらしている場合、および②「特別に隠れている」瑕疵、すなわちその性質上、物が買主のところにあったということによって生じることのない瑕疵の場合には適用されないことになる (二重の適用領域の限界) (S. 204)。

しかしヤークプスはこの二つの適用領域の限界を立法化することに反対する。第一の適用領域の限界は、不法行為法上の責任を理由として八五二条の期間内の瑕疵の証明が許されるという場合には買主のすべての権利に関してもこの規定の時効期間を適用することである。このことは制定法 (四七七条と八五二条) によって与えられているものからの単なる推論、熟慮 (nachdenken) から明らかになる (S. 204f.)。第二の適用領域の限界は、民法典発効時までの法を配慮した結果にすぎないとして、ここでもヤークプスは立法による解決を否定している。ヤークプスにとつては、「苛酷な事例」はあくまで稀な例外として把握されるのであって、原則 (Regel) としては把握されない。原則としては把握できないことが、立法者の使命が否定される根拠になっている。個々の事例の特別な事情に基づいた例外的な判断を原則の目的を顧慮しながら行うことは立法者にはできない。しかし他方で、ヤークプスは「例外」の判断を裁判官の判断に委ねてしまうのではなく、学問に使命と資格があると主張する。個別事例の判断は、所与の関連への位置づけのために、根拠をもって説得するために努力するという学問的なものである (S. 187f.)。この原則の制限は、その原則自体のなかに根拠があるから、

消滅時効期間の決定に関する立法者の大権 (Prärogative) には全く触れていない。つまり、制定法の政治的・恣意的要素ではなくて技術的・法的要素に関わっている (S. 190)。

この箇所での立法による解決の拒否を、メデイクスはとりわけ強く批判し次のようにいう。民法四七七条の期間の不適用の要件を学問と実務が定式化することができるとすれば、なぜ立法者がこの定式化を引き受けてはならないのか理解できない。また学問が定式化することができないとすれば、もちろん立法者は説得力もなしに定式化を試みるべきではないし、この場合依然として裁判官が稀な個別事例を信義則を援用して「同情判決 (Mitleidsentscheidungen)」(Larenz) をおこなうということになる。ともかく立法者の権限は学問と実務の定式化能力にひけはとらない。さらに、競合問題に対する制定法による規律への反対に対して、メデイクスは述べる。法学だけがなしうるのであって立法者がしてはならないという内容の助成の原則 (Subsidiaritätsregel) はない。民法典もまた多くの競合問題を規律しているし(たとえば九九二条、九九三条一項、二〇二九条参照)、制定法によって規律されていない競合問題は実りのない激しい見解の対立をもたらしている。競合問題についての正しい答えを知っているところでは、制定法による規律に対する障害はないし、逆に規律をする十分な理由がある。<sup>(14)</sup>

ここでは改正委員会の委員とヤーコプスとの法の産出における学問の位置づけの違いがもっとも鮮明になっている。シュレヒトリウムも、ヤーコプスのこの箇所を指摘しながら、端的に「学問はまずは改正と法典編纂の準備のために協働する役割にとどまる<sup>(15)</sup>」と述べる。

### 3 フルーマの見解

フルーマも委員会草案に反対している。<sup>(16)</sup> ヤーコプスと同様に、民法典の立法資料に立ち戻っているが、しかしヤーコプスとは異なり、四七七条の短期時効の根拠は証明の困難の問題ではなく、契約と現実との不一致に対する売主の危険負担にあると主張する。<sup>(17)</sup>

時効に關しても売買の瑕疵担保の特殊性が考慮されるべきである。売主に有責性 (Verschulden) が不在の場合、売主は、売買目的物の性質すなわち契約に適った性質との食違いに關して現実の危険 (契約と現実との不一致の危険) を負担しているのである。時効期間の経過によつて売主はこの危険から解放されるのである。買主が瑕疵に気づくことができる通常の場合は短期時効はなんの問題もない。実際、問題なのは長期間経過後に買主に明らかになる隠れた瑕疵の場合のみである。この場合でもしばしば、とりわけ種類売買や営業上の売主の場合には、瑕疵ある給付には売主の有責性が認められるし、この場合売主は買主に対して消極的利益の損害賠償義務を負う。この積極的契約侵害に基づく損害賠償請求權に對しては、判例と異なり、四七七条の時効期間を適用すべきではない。それゆえ、短期時効に關しては、瑕疵についての不知を売主にも買主にも帰責することができないし、売主が瑕疵のないことについての無期限の保証も引き受けてはいない場合のみが残っているのである。また、自らの債權を主張するための現実の機會を債權者は持つていなければならぬという議論があるけれども、これは、契約と現実との不一致の危険を売主がいつまで負うのかということがまず第一に問題であることを考慮していない。結論として、四七七条の短期時効期間は、瑕疵についての不知が売主にも買主にも帰責されない場合の契約と現実との不一致の危険を売主が負う (危険責任 Risikofangung) 期間として純化されているから、期間の延長は問題にならない。

しかしフルーメの場合、売主が積極的契約侵害と契約締結上の過失責任を負う場合には四七七条を適用しないということが重要である。売買目的物の瑕疵に關して過失により生じた買主の被害を理由とする売主の責任を立法者は全く顧慮していなかったからである。不法行為法上保護されている法益の侵害を理由とする買主の請求權は八五二条による時効に服するから、物の瑕疵に關する積極的な契約侵害ないし契約締結上の過失による有責な加害を理由とする請求權をも八五二条を類推して同一の時効期間に服させる。その際、瑕疵損害と瑕疵結果損害という用語の不適切さを指摘しながら、つぎのように述べている。売主が物の瑕疵に關して現実の危険を負担していることに基づく四五九条以下の瑕疵担保と

は異なり、物の瑕疵に関する積極的契約侵害と契約締結上の過失の際には、過失に基づく損害賠償責任が問題である。それゆえ、時効に関する問題も瑕疵担保の場合とは全く異なる。証明責任に関しては、積極的契約侵害の場合には証明責任は買主にある。<sup>(18)</sup>

(53) Huber, Gutachten, S. 669, 757f.; Abschlussbericht, S. 16f., 120, 128.

(54) 委員会草案二八〇条(義務違反による損害賠償) 一項「債務者が債務関係から生じる義務に違反する場合には、債権者はこの義務違反によって生じた損害の賠償を請求することができる。債務者が義務違反の責を負わない場合にはこの限りではない」。二項「給付に代わる損害賠償を請求する債権者の権利に関しては草案二八三条の付加的な要件が適用される。債権者は給付の遅延による損害賠償を草案二八四条による遅滞の付加的な要件の下でのみ請求することができる。双務契約の場合は債権者は草案二七七条に従って解除後に契約の不履行による損害賠償を請求することができる」。

草案二八三条(給付に代わる損害賠償) 一項「債権者は債務者に対し予め給付のための適切な期間を指定している場合にのみ、債権者は給付に代わる損害賠償を請求することができる。給付の内容が特定物の引渡である場合には、債権者が引渡についての利益を遅滞の結果失っているという付加的な要件が必要である」。二項「期間の指定が功を奏しないことが明らかである場合、または双方の諸利益を衡量して損害賠償請求権の即時主張を正当とする特別な諸事情が存在する場合には、期間の指定を要しない」。三項「債権者が不完全な給付を理由として損害賠償請求権を有している場合に、債権者が一部給付に利益を有しないときには給付全体に代わる損害賠償を請求することができる。既に履行された給付の返還に関しては、草案三四六条、三四七条および現行三四八条を準用する」。四項「債権者が給付に代わる損害賠償を得ている場合には直ちに給付請求権は排斥される。債務者は予め債権者に対しその選択権のための適当な期間を指定することができる。債権者がこの期間内にその選択権を行使しない場合には、債務者に指定された適当な期間の経過後に初めて給付に代わる損害賠償を請求することができる」。

(55) 国際動産売買法四五条一項「売主が契約またはこの条約による諸義務(Pflichten, obligations)を履行しない場合には、買主は、(a) 四六条ないし五二条に規定された権利を行使することができるし、(b) 七四条ないし七七条により損害賠償を請求することができる」。六一条一項「買主が契約またはこの条約による諸義務を履行しない場合には、売主は、(a) 六二条ないし六五条に規定された権利を行使することができるし、(b) 七四条ないし七七条により損害賠償を請求することができる」。この法律については、吉野正三郎・小田敬美「国際動産売買法逐条対訳」判例タイムズ七六〇号(一九九一年)一二六頁の他、曾根和明・

山手正史『国際売買法（資料編）』（一九九三年）など参照。

- (56) Abschlussbericht, S 30
- (57) D Medicus, AcP186, 227, Uwe Diederichsen, Zur gesetzlichen Neuordnung des Schuldrechts, AcP182 (1982), 101, 117f., Eduard Picker, Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo, AcP183 (1983), 436. メディクスは「不履行（Nichterfüllung）」概念はすべての給付障害に関する定式としては不相当と考えている。民法典において特別なカテゴリーとして把握されていない保護義務のないし行為義務が問題を生じさせる。保護義務の場合には単に損害賠償請求権だけが問題になるのだからすでに民法二四一条一文（債務関係に基づき債権者は債務者に給付を請求することができる）からしてあてはまらない。医者が救命行為の際に不注意で患者の物を毀損したという場合、患者は救われているにもかかわらず医者は履行していないとはいえない（AcP186, 277）。これに対して、ヤーコプスは不履行を基本的要件とすることに反対する。ピッカー（Picker, AcP183, 445, 457）を批判して次のように述べている。すべての義務を履行義務として把握することと不履行概念とは必然的に結びついているという誤解に基づいている。メディクスはこのヤーコプスの説明（Gesetzgebung, S. 15 Fn. 33）はまったく理解できない」と述べている。
- (58) Abschlussbericht, S. 130.
- (59) 基本的要件を制定法のなかに書き込むかどうかはなんら法的問題を解決するものではないとも述べている（Gesetzgebung, S. 18）。この点についてはメディクスも同意している（AcP186, 277）。
- (60) 歴史的考察方法についてまとまった説明はみられない。ヤーコプスは、テオドール・モムゼン（Theodor Mommsen）のことは「現実の生ける普通民事法の発展にとつてあらゆる個々の法規の歴史的探求にまさるものはない」ということは、逆説的主張以上のものである」を巻頭に掲げた著書（Unmöglichkeit und Nichterfüllung, 1969）において、概念法学（S. 27, 144）や利益法学（S. 36f.）と意識的に対峙しつつ、立法資料に基づく民法二七六条の立法史研究をおこなっている。解釈学の課題として、制定法上の体系の継続的形が主張され、制定法からの出発が強調されている（insb. S. 29）。
- (61) 第一草案二二四一条一項「債務者は債務関係に従って負担している給付を完全に実現する義務を負う。債務者は故意のみならず過失による義務（Verbindlichkeit）の不履行にも責任を負う」。ヤーコプスはすでに「Unmöglichkeit und Nichterfüllung, insb. S. 22」において、現行二七六条への編纂上の変更の理由を完全性を犠牲にして制定法の明瞭さを優先させたことに求めている。
- (62) モデル二七五条三項「不履行が債務者の責に帰すべからざる事由に基づいている場合には、債権者は履行も損害賠償も請求することはできない……」。四項「債務者の責に帰すべからざる事由により給付が一時的に妨げられている場合には給付障害が存在している間は履行と損害賠償を求める債権者の請求権は排斥されている……」。このモデル二七五条では、どのような場合

- に債務者は履行と損害賠償とに責任を負うのかという問題のみが規律されている。従って、どのような場合に債務者は給付義務（履行義務）から解放されるのかは、間接的に読み取らなければならない。
- (63) 草案二七五条（給付義務の限界）「債務の内容が金銭債務でない場合において、債務者が債務関係の内容と性質に従って義務づけられているような努力でもって給付を実現することができないときには、その限りにおいて債務者は給付を拒絶することができる。債権者の権利に関して、草案二八〇条、二八一条、二八三条、三三三条を適用する。」
- (64) 現行二七五条一項「給付が債務関係の成立後に生じた債務者の責に帰すべからざる事由により不能（*unmöglich*）になった場合には、債務者は給付義務を免れる（*frei werden*）」二項「後発的に生じた主観的不能（*Unvermögen*）は債務関係の成立後に生じた不能（*Unmöglichkeit*）と同じである」。
- (65) ただしヤーコプスは、現行二七五条の不能概念の機能を「給付請求権から債権者を解放する」機能に求めている。
- (66) *Abschlussbericht*, insb. S. 120f.
- (67) フーバーのモデル二七五条を基礎づけているのはヤーコプスの見解である（*Jakobs, Unmöglichkeit*, S. 75ff., 82ff.）。給付義務と帰責性とを相互に混同することはヤーコプスが歴史的考察方法から到達したテーゼであった。
- (68) ヤーコプスは、*Unmöglichkeit*, S. 225 において、債務者の給付義務からの解放と不履行による責任とは全く同一の原理に服することができない場合には、給付の義務を負わない。別段の定めがない限り、取引上必要な配慮を欠いている場合に債務者は責を負う。
- ② 給付が不能になっているか、または債務者が任意には給付しないことが確定しているとみなされる場合にのみ債務者は不履行による損害賠償義務を負う。なお、このヤーコプスのテーゼにおいては、後発的不能は債務者が給付義務から解放されるための要件ではなく、債権者が給付請求権への拘束から解放されて不履行による損害賠償を請求し得るための要件となっている。
- (69) *Medicus*, AcP186, 278f.
- (70) メディクスは、たとえば現行二七六条一項一文のような「別段の定めがない限り」というような付帯条項によって除去することができる（AcP 186, 279f.）。
- (71) *Abschlussbericht*, S. 31.
- (72) 草案三二三条（義務違反の際の解除）一項「当事者の一方が双務契約に基づく義務に違反した場合において、債務者が期間指定に基づき解除を予期（*rechnen*）しなければならぬときは、相手方は自らが指定した適切な期間の徒過後に契約を解除することができる。義務違反の種類により期間指定が問題にならないときは、警告（*Abmahnung*）をこれに代える。義務違反が給付の

- 一部分のみにとどまる場合は、債権者が一部給付に全く利益を有しないときにのみ契約全体を解除することができる。二項「期間の指定または警告は以下の場合には必要ない。1、成功を取めないことが明らかである場合。2、義務違反の内容が、契約で定められた期日または契約で定められた期間内に給付がおこなわれないということである場合、および債権者が契約において給付利益の存続を給付の適時性 (Rechzeitigkeit) に結びつけている場合。3、特別な諸理由から両当事者の利益を衡量して即時解除が認められる場合」。三項「解除は以下の場合には排斥される。1、義務違反が重要なものでない場合。2、草案二四一条の意味の義務の違反の場合に、義務違反にもかかわらず債権者に契約への拘束が期待されるとき。3、義務違反に対して債権者だけが、または主として債権者が責を負う場合。4、債務者が既に主張しているか、または債務者が解除後遅滞なく主張している抗弁権が請求権に付着している場合。草案二七五条に基づく抗弁権は問題にならない」。四項「解除権のための要件が満たされるであろうことが明らかなる場合は、債権者は期間満了より前に解除することができる」。五項「債務者は債権者に対して解除権行使のための適切な期間を指定することができる。債権者が期間内に解除権を行使しない場合は、債務者は指定された適切な期間の徒過後または警告の徒過後契約を解除することができる」。
- (73) Abschlubbericht, S. 166.
- (74) 草案三二七条 (解除と損害賠償) 一項「債権者は、解除後、契約の不履行によって生じた損害の賠償を請求することができる。債権者は、それに代えて、契約の履行を信頼したことによって生じた損害の賠償も請求することができる」。二項「債務者が解除原因の責を負わない場合には、この限りではない」。
- (75) Abschlubbericht, S. 173.
- (76) Abschlubbericht, S. 31.
- (77) ヤーコプスは解除権の箇所では条件付きながら部分的な法改正を承認し、独自の提案をしている (Gesetzgebung, S. 66ff.)。①現行三二五条、三二六条に基づく解除権は削除する。②損害賠償請求権に関して差額方法による損害額算定が許されることを明文化する。③解除権の一般規定の部分では、現行三二六条の補充として、責に帰すべからざる給付遅延の規定を挿入する。④売買の特別規定において、現行四五四条、四五五条との関連において、売買代金を猶予することなく先履行した売主に解除権が認められるという規定を入れる。
- (78) 第二委員会での提案 (責に帰すべからざる事由による不履行の場合に猶予期間指定後に解除権を認めるという提案) Jakobs/ Schubert, Recht der Schuldverhältnisse I, S. 479, Müggen, Bd. 2, S. 642.
- (79) なおメデイクスは、解除権に関してもフォーバーモデルに対するヤーコプスの批判に同意しながらも、なぜ正しい考えを制定法の

- 法文 (Gesetzestext) からしめだそうとするのか理解できない」と述べる (AcP186, 280)。
- (80) 草案四三四条「売主は買主に対して瑕疵のない物を給付 (verschaffen) しなければならぬ」。
- (81) Abschlussbericht, S. 194.
- (82) Abschlussbericht, S. 195.
- (83) Abschlussbericht, S. 196.
- (84) 草案四三八条一項「物に瑕疵がある場合には、買主は追完を要求することができる。売主は、自らの選択に従って、瑕疵を除去するか、代替可能な物の場合には瑕疵のない物を引き渡すことができる」。
- (85) Abschlussbericht, S. 195f.
- (86) Abschlussbericht, S. 211.
- (87) 草案四四一条一項「買主は、草案二八〇条、二八三条の基準に従って物の瑕疵に基づく損害賠償を請求することができる。草案二八三条二項の諸場合その他、追完が失敗に終わった場合も期間の指定は必要でない」。
- (88) Abschlussbericht, S. 129.
- (89) ヤーコプスはフーバーのモデルに対して、概念から結論を導きだす概念法学の手法をみてとっている (Gesetzgebung, S. 83)。フーバーは、瑕疵担保責任は不履行責任のひとつの場合であるという観点から一瀉千里に個別問題における諸欠陥を解決しようとする。しかし個別問題の合目的な規律をまず見出すべきである。そのうえで、瑕疵ある物の供給が他の種の不履行と同様な給付障害なのか、またどの程度そうなのかを判断すべきである。この批判はそのまま委員会草案に対してもあてはまることになる。同様な趣旨の批判をフルーメもおこなっている (AcP193, 90)。
- (90) メデイクスも、物の瑕疵をあるべき性質とある性質との買主に不利益な不一致にみているし、瑕疵担保の「帰責 (Vertretenmüssen)」と一般的給付障害法 (二七六条一文) の「帰責」との差異を述べている (D. Medicus, Schuldrecht II, 6 Aufl. (1993), S. 19)。
- (91) Flume, AcP193, 119.
- (92) Abschlussbericht, S. 210.
- (93) 報告書は、改革論議の箇所ではフーバーの鑑定意見のみに触れている (Abschlussbericht, S. 201, 210f)。追完請求権の規律を拒絶したドイツ民法の立法過程での議論に触れてはいない。ヤーコプスのフーバー鑑定意見に対する批判への反論もされてはいない。
- (94) 報告書は、草案三二三条 (義務違反の場合の解除権) の説明の箇所につきのように表現している。「義務違反の場合にいま一度



- (noch) 債務者に義務に適った行為をする機会を与え、このことにより契約と債務者を大事にする (schonen) という原則も顧慮しよる」(Abschlussbericht, S. 166)。
- (95) Flume, AcP193, 103.
- (96) Medicus, AcP186, 283f.
- (97) 給付の有責な遅延ないし給付義務を負う者が有責な作為不作為により給付目的物を破壊もしくは毀損したり履行を拒絶したりすることが問題である一般的な給付障害法と瑕疵担保法の構成とは切斷されている。民法典の瑕疵担保法の規律は、合意された性質と売買目的物との相違を契約と現実との不一致の問題としてとらえている (vgl. Flume, AcP193, 118)。
- (98) Abschlussbericht, S. 129, 221, 224.
- (99) Flume, AcP193, 108—114.
- (100) Flume, AcP193, 110f.
- (101) Vgl. Abschlussbericht, S. 221.
- (102) 不法行為に基づく損害賠償請求権に関して、被害者の知・不知に関わらず進行する絶対的時効期間を原則として一〇年に短縮した(草案一九九条)が、生命・身体・健康・自由(剝脱)の侵害による損害賠償請求権に関しては、30年の期間を維持している点が注目される(草案二〇一条)。
- (103) Abschlussbericht, S. 23ff.
- (104) Abschlussbericht, S. 40。しかし四七七条の期間は短すぎるという点での一致について、ヤークプスとフルーメは次のように述べる。判例と学説の一部は四七七条の時効期間を通常の場合には全く肯定している。とりわけ判例は四七七条を制限的ではなくて拡張して適用している。ただ学説においては、隠れた瑕疵についてののみ、引渡し後六か月という厳格な期間は適切ではないというのが一般的な意見である (Gesetzgebung, S. 171; Flume, AcP193, 105ff.)。
- (105) 草案一九五条一項「契約に基づく請求権は三年間で時効にかかると」。
- (106) もちろん細部における差異は承認している。たとえば、時効の起算点について草案一九六条は次のように規定する。一項「時効は請求権の満了(履行期の到来)でもって進行する。……」。三項「契約に基づく義務違反を理由とする請求権の時効は義務違反の時から進行する。ただし主たる給付の請求権の満了前には進行しない」。四項「売買目的物の瑕疵を理由とする請求権の時効は引渡の時から進行する。……」。
- (107) しかし、不能や遅滞の場合には債権者は不履行に気づいているし、気づかないとすれば債権者の怠慢である。瑕疵ある物の給付

- の場合には、瑕疵に気づかずにいるという特殊性があるはずである。ヤークォプスはこの特殊性を指摘し、瑕疵ある給付を内容とする不履行に関する証明問題は不履行一般に関する証明問題とは同一に扱えないという (*Gesetzgebung*, 179f.)。
- (108) 「解除権と滅種類権は現行法においては一般に短期時効に服している。というのは、長期間経過後の質の瑕疵の発見と確認はほとんどできないし、長期間経過後にそのような瑕疵に立ち戻れることを認めることは売主にとってきわめて負担であり堪え難いことであるからである」。 *Motive*, Bd. 2, S. 238 = *Mugdan*, Bd. 2, S. 131.
- (109) *Savigny, System*, Bd. 3, S. 414.
- (110) この二つの要素をヤークォプスは矛盾しないものと捉えているが、メテイクスは、買主が売主に対して瑕疵の存在をずっと以前に主張しえたはずの場合にも、危険の移転の時点での瑕疵の事実が争われなにか明らかである場合がありうるとして二つの要素の關係について疑問を投げ掛けている (*AcP*186, 275)。
- (111) ヤークォプスは、この叙述に続けて、種類物売買と特定物売買とにわけて主観的瑕疵の問題を具体的に検討し、瑕疵が特別に隠れていることが必要であると述べる (*S.* 190ff.)。種類物売買における主観的瑕疵の事例で、判例は不完全な供給・瑕疵と間違つた物・異種物の供給とを区別して、四七七条を適用しなかつた (*BGH* *NW*1968, 640; *BGH* *NW*1967, 433) が、その理由づけは誤つている。特定物売買における主観的瑕疵の場合、民法典の起草者の瑕疵概念は客観的なものであつたから、四七七条との關係では純然たる主観的瑕疵はまったく考えられていなかった。純然たる主観的瑕疵に關しても四七七条を適用する場合には、この規定をその意味に従つて制限する必要がある。この場合もやはり瑕疵が特別に隠れていることが必要である。
- (112) *Medicus, AcP*186, 275f.
- (113) *Medicus, AcP*186, 274.
- (114) *Medicus, AcP*186, 276.
- (115) *P. Schlechtriem, Schuldrechtsreform*, S. 60.
- (116) *AcP*193, 105ff.
- (117) *Motive*, Bd. 2, S. 238 = *Mugdan*, Bd. 2, S. 131
- (118) *Flume, AcP*193, 114—117.

## 四小括

1 フルメとヤーコプスは、民法典の債務法の改正そのものに対して原則的に反対する態度をとっている。サヴィニーやヴィントシャイト、民法典の起草者たちの「法典編纂に対する抑制的な態度」を今日においても維持することを主張している。しかし法律実証主義の法律観によつて支配されている今日においてはこのような見解はほとんど理解されなくなっている。最近のわが国での製造物責任法をめぐる議論からも明らかのように、われわれは不完全なものであれ、理想的な姿からは遠いものであれ、ともかくも法的问题の結論が個々の法規から直ちに導きだされうるような制定法を歓迎する<sup>(19)</sup>。また、法の素人にほとんど理解され難くなつた制定法の条文の文言をわかりやすく改めたいと考えている。

このような今日の法的状況において、「歴史の痕跡を印している制定法」を選択し、「完全な法典」に対して「より良い法曹」、「より良い議論」を対置するヤーコプスの主張は受け入れられないであろう。しかし私は、現代歴史法学派の見解は、今日なお検討するに値するものを含んでいると考える<sup>(20)</sup>。歴史法学が、思想としては、啓蒙主義やフランス革命に対置された政治的保守主義として位置づけられるものであるとしても、フルメやヤーコプスによるサヴィニーの法源論への立ち戻りは、ファシズムの時代を経た後に、これを強く意識している法学者によつて選びとられたものである<sup>(21)</sup>。すくなくとも彼らの主張は、単なる復古的なサヴィニーへの回帰ではない<sup>(22)</sup>。法の解釈・適用に従事する法律家は、常に、その時代の支配的政治的潮流を代表する国家と市民との緊張関係のなかに置かれている。サヴィニーの時代も今日もこの点では変わりはない<sup>(23)</sup>。この緊張関係のなかでおこなわれる倫理的・政治的・国民経済的衡量は支配的な政治的傾向に屈従する危険性をもつとも大きいことを見過ごすべきではない<sup>(24)</sup>。ともかく政治権力の問題と無関係に私法学の方法を論ずることは不可能<sup>(25)</sup>であろう。

この意味で、法の源を民族の確信、民族の意識に求めるサヴィニーの法源論<sup>(127)</sup>は今一度見直されてもいいのではないか。<sup>(128)</sup>

高度の法文化における法を生み出す二つの器官を承認する、すなわち法の政治的要素に関わる立法と法の学問的・技術的要素に関わる法学・法曹とを承認する根本的な精神は、国家による法独占の排除である。制定法と法の市民の法意識との結びつきの強調である。民族の確信によって支えられていない制定法は法ではない。また民族の確信との結びつきを喪失した法曹の規範形成も底なしの構成法学として退けられる。この現代歴史法学派の立場は、法の技術的要素の錬磨のみを使命とする「法曹の法独占」を媒介にして国家の法独占を排斥するひとつの「市民法学」としての地位を与えられて良いのではないか。<sup>(129)</sup>「法はひとびとの心の中に生きていなければならない。そうして始めて、法は仕事を果たすことができるのである (Das Recht muß in den Herzen der Menschen leben, nur so ist es in der Lage, Leistungen hervorzubringen.)」<sup>(130)</sup>

2 さて、債務法改正委員会の最終報告書に示された草案は、現行法よりも優れたものなのであろうか。委員会の主張に反して、今回の改正作業によって一般的給付障害法の体系がより見通しの利くものになるとはいえないように思う。たとえば、瑕疵担保責任の特殊性を原則として否定し、瑕疵担保法を給付障害法の一般的な規律に解消しようとした結果いくつかの問題点が生じている。草案によれば、①特定物売買の場合にも買主は追完請求権を持つし、売主は種類売買および特定物売買の場合に原則的に追完権を持つ。②売買目的物の瑕疵に関して売主に過失がある場合には買主は履行利益を求める請求権を持つ。③契約上の請求権すべてに関して三年間の時効期間を適用する。問題は、これらの点について草案が現行法に対して優越に値するかどうかである。<sup>(131)</sup>

まず、追完権(第二の提供についての売主・買主の権利)に関していえば、瑕疵ある物が引き渡されているということとは、やはりそもそも給付がなされていないという一般的な給付障害の場合とは違う特殊性があるのではないか。目的物に瑕疵がある場合の追完については、ヤーコプスやフルーメ<sup>(132)</sup>が指摘するように、実際上は、買主の解除権、減額権ないし損害賠償請求権に対する売主の追完権の優先のみが問題である。草案に従えば、故意さらには害意(Arglist)による瑕疵あ

る給付の場合にすら、売主に追完権があることになるのではないか（参照、草案三二三条二項三号、草案二八三条二項）。第二の提供権の承認の論理的な前提として、委員会草案は、瑕疵のない物の給付義務、しかも履行を強制することができない給付義務を承認するが、これも問題がありそうである。さらに瑕疵担保法の一般的給付障害法への組み入れを優先した結果、「給付義務」と「有責性」とを観念せざるを得なくなっている。この点では、すでに述べたように、ヤーコプスの新しい見解が魅力的である。

また、消滅時効期間を単純に三年に延長する委員会草案の立場でも、やはり信義則の適用による個別事例の救済は避けられないのではないだろうか。この点では、ヤーコプスとフルーメとは前述のようになり違いがあるが、短期時効を維持しながら、契約締結の際と履行過程における過失を不法行為責任と同次元のものと把握し、不法行為法上の時効規定を適用する構成が優れているのではないか。

委員会草案に対するドイツの法曹界の評価が、エメリヒの『立法 (Gesetzgebung)』の書評における表現（「民法典を變更するすべての提案の明確な拒絶に関してヤーコプスは法曹界のほぼ異口同音の同意を得るだろう」<sup>(119)</sup>）の通りになるかどうかはわからない。しかし、委員会草案が基本的にはフーバーの鑑定意見（モデル）にそったものである以上、すでに公表されている批判的見解<sup>(120)</sup>を考えると、伝統的な思考方法の破壊の上に成り立っている委員会草案が学説の支持を集められるかどうかは微妙であろう。<sup>(121)</sup>

(119) 「会社本位の法人資本主義に対して對抗していく原理、思想を持たないからそれに飲み込まれてしまう（奥村宏『新版・法人資本主義の構造』（一九九一年、社会思想社）三一九頁）」現象のひとつであろう。

(120) 法と政治権力の構造や価値・目的との関連で法のもつ社会的意味を明らかにするという民法学の課題（参照、原島重義「民法学における思想の問題」法学セミナー一四五号（一五頁）に取り組む際のひとつの素材となりうるように思う）。

(121) Vgl. Helmut Cong. Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5 Aufl. (1993), S. 39ff., 42ff.

(122) 議会制度を採る国家においては、議会を通過した法律は一応は市民の意思(サヴィニーの用語で言うと、民族の確信ないし民族精神)を反映していることを了承しなければならぬ。しかし、議会制度の現状が現実に市民の意思を反映しているかどうかは別な問題である。ミッタイスは、次のように述べている。「一九三三年におこなわれた立憲府の自己剝権は、議会的民主制は法治国家の十分な保証者ではないことを明瞭に示している (Mitteis/Lieberich, Deutsche Rechtsgeschichte, 18. Aufl. [1988], S. 476. 世良晃志郎訳『ドイツ法制史概説(改訂版)』(一九七一年)五七二頁参照)」。戒能通孝は、「だがもし議会的制の前提が、人民の意思をゆがめたり、人民の自由ではなく不自由に立っているものだとしたら、議会に反映された人民の意思と「神の声」としての「民の声」の間には、根本的な食い違いが生ずるに決っている」と述べる(『法律入門』(一九五五年、岩波書店)一〇一頁)。また田中浩『国家と個人』(一九九〇年、岩波書店)一頁以下によると、ヒットラーの時代の法律においては、「国民の意思はまったく無視されていた」。

(123) たとえば、サヴィニーの Volk 概念 (vgl. System, Bd. I, S. 18f. 28f. 小橋一郎訳『現代ローマ法体系一巻』四四頁以下、五二頁以下)の理解について、河上倫逸『ドイツ市民思想と法理論』(一九七八年)四五三頁は、人民という訳語をあてた戒能通孝を批判しつつ、リンカーンのいう People と相容れないと解するが、ヤーコプスの読み方は people から受けるニュアンスに近いように思う。戒能のサヴィニー論については、戒能通孝著作集第七巻(一九七七年)二二三頁以下参照。

(124) 国家と市民の法意識との緊張関係を欠落させた立場からの現代歴史法学派に対する批評 (R. Ogorek, Volksgeist „Spaltese“, S. 3ff.; ders., Richterking oder Subsumtionsautomat?, 1986, insb. S. 369) は無意味であろう。確かに、政治的要素と技術的要素との厳密な区分について一致をみることはないであろうし、まさに民族の確信ないし民族の法意識とは何かこそが問題であるし、その分裂を語ることも容易であろう。しかし、法の源は市民の法意識に求める以外にないし、法を創出し法を運用する者に対して市民の法意識との切断ではなく結合を求めることこそが必要であろう。つけ加えると、サヴィニー学説の核心は民族精神にではなく、法源としての法学の承認にある。

(125) わが国でも戦後、法解釈の際の主體的価値判断の表明が強調され、「法の解釈の争いは、政治上の問題に関係するときは、一種の政治的争いであり、解釈の結果を単に法のせいにしてしまうことは許されず、それに対して政治的責任をもつべきことを率直に認めなければならない(采栖三郎『法の解釈と法律家』私法一一号(一九五四年)二三頁)」と述べられている。またたとえば広渡清吾『法律からの自由と逃避—ヴァイマル共和制下の私法学』(一九八六年)三七八頁も、「法規範の究極の根拠は、「政治的決定」にしかない。そのような政治的決定によって、初めて法秩序が生みだされるのである。法秩序は、決定に示された政治的意思に担われ、個々の法規範の解釈・適用も法秩序に内在するものとして展開されるかぎり、この政治的意思の具体化に

ほかならない」として法律学における政治的性格を正面からとらえる。しかし、同時に加古祐二郎『近代法の基礎構造』から「一つの法的理論が単純に時代の無批判的な支配的党派的政治思潮に迎合することを肯定且是認するという風に誤って解されてはならない点である。かかる意味においては、素より法は政治から独立することが法の独自性と尊厳のために要求せられねばならない」という叙述を引用し強調している(三七九頁)。なお、わが国での「認識・評価峻別論」をめぐる議論(広中『国家への関心と人間への関心』二〇四頁以下、樋口陽一『近代憲法学にとっての論理と価値』(一九九四年)第一章など)との関連でのヤーコプス学説の位置づけは別の機会におこないたい。

(126) 村上淳一『ドイツの近代法学』(一九六四年)一八七頁参照。

(127) 法源論をめぐる議論に関しては、児玉寛「覚書・ローマ慣習法論—法源論再考—第一」大阪市大法学雑誌三八卷三・四号(一九九二年)一三七頁以下がきわめて示唆に富む。ただし、フルーメの法源論の理解については、ヤーコプスの次の叙述をつけ加えて置きたい。「ローマの法曹にとって法曹法は法源による正統性を要しない」とフルーメは理解されるべきではない。法が法曹によって継続的に形成される、それゆえ法学によって新しい法が成立する場合、法学が法源であるし、その正統性の放棄は法源理論そのものの放棄である(Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft, 1992, S. 18 Fn. 29)。

(128) サヴィニーの法源論のヤーコプスの理解からすると、最高裁判例の「法源」性、他の事件を扱う下級審裁判所に対する最高裁判例の拘束力などはおよそ問題にならない。わが国の「法源」論の現状については、とくに杉原泰雄「最高裁判例の法源性をめぐる」『法律時報一九八七年二月号七六頁以下、広中俊雄「判例の法源性をめぐる議論について」『判例時報』二九九九号(一九九一年)三頁以下参照。

(129) たとえば磯村哲「社会学の展開と構造」(一九七五年)三二頁は、国家権力の法的コントロールと民衆の生存権的諸権利の確立という目的を追求する限り、法源の問題(国家的法律観の克服)が市民法学に課せられた第一の問題であると述べる。

(130) しかしナチス法学の研究者リュッテルスは、「法曹は、法秩序の基礎にある価値体系と自らの関係を自らの使命の根本問題と認識しなければならない。非政治的な、価値を欠いた、世界観から中立な法学は存在しない。価値を欠いた法は文字どおり無価値であろうと述べている(Bernd Ruthers, Die Ideologie des Nationalsozialismus in der Entwicklung des deutschen Rechts von 1933 bis 1945, in: Franz Jürgen Sackler (Hrsg.), Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus, 1992, S. 36)」。またわが国でも「法の解

釈は可能な複数のものの中からの解釈者の主観による選択であることを前提にして、解釈の基準としての歴史認識と、これと論理的絶縁のもとでの主体的価値判断が強調される(広中俊雄「国家への関心と人間への関心」(二〇〇頁)。このようななかでは、現代歴史法学はロマン主義の亡霊としてしか位置づけられないのであろうか。

- (131) Mittels/Lieberich, Deutsche Rechtsgeschichte, 18. Aufl. (1988), S. 499. 世良晃志郎訳『ドイツ法制史概説(改訂版)』五七五頁。  
なおローイックは、サヴィニーにおける法は民族精神の同義語に他ならないという (Coing, a.o., S. 251)。
- (132) わが国での反応はこれからであるが、下森定「不完全履行論の新たな展開―契約責任再構成の視点から」司法研修所論集九〇号 (一九九三年) 一頁以下、二七頁も、改正提案は特定物ドクマを否定し、追完義務を認めるが疑問であるとする。
- (133) Flume, AcP193, 120.
- (134) V. Emmerich, NJW1986, 2304.
- (135) E. Picker, AcP183, 369ff., 518f.; Max Vollkommer, Die Konkurrenz des allgemeinen Leistungsstörungsrechts mit den Leistungsstörungen der besonderen Schuldvertrags Typen, AcP183 (1983), 525ff., 560f.
- (136) この『最終報告書』に対する学説の反応が現れ始めている。エメリヒはすでに、Das Recht der Leistungsstörungen, 2. Aufl. (1986), S. 3において民法典の「改正」を有害とみていたが、改めて、現行法に基づいて今日必要とみなされる結論に達することができるとして、民法典の尊重 (Achtung vor dem BGB) を主張している (V. Emmerich, Verschulden bei Vertragsverhandlungen, positive Vertragsverletzung und Sachangehaltung beim Kauf, in: Festschrift für Gunter Jahr zum siebzigsten Geburtstag, 1993, S. 267ff.)。なおこの『最終報告書』は、第六〇回ドイツ法曹大会 (九四年九月、ミュンスター) の民法法分科会のテーマとして取り上げられる。