

鼎談

ヨーロッパ私法基本概念の検討

ハンス・ハッテンハウアー

『民法の基本概念—歴史的・法解釈学的入門—』を読む (6)

法学部 田 中 実

法学部 伊 藤 司

法学部 平 林 美 紀

第5章 債権債務関係

第3節 理性法の義務論

H: Hattenhauer は、以上のローマ法あるいはローマ法学の *obligatio* を債権債務の理論の叙述についての雛形だと捉えています。そして、次のこの節では、近世自然法論ないし理性法論の義務論に話をすすめます。中世神学やサラマンカ学派、後期スコラ哲学といった、これまで等閑視されてきたけれども戦後光が当てられてきたとされるカトリック地域での諸理論に関する新たな研究分野については触れておりません。ドイツの、というかプロテスタント系の解説書としてはオーソドックスなのかもしれません。理性法論の哲学が義務論を深めることになるわけですが、議論を深めるという意味は、法的強制があるから履行されなければならないという説明では満足せずに、そもそもなぜ *obligatio* に拘束されるのか、その本質なり根拠を国家を介在させないで問う、ということです。世界における人間の任務なり目標 (*Auftrag*, *finalidad*) は、自己と自己の状態 (*status*) を完全にすることだとし、この完全性を目指すという最上の義務が、人のそのほかのすべての義務と権利の出発点となるということです。

I: こうした枠組みだと、国家以前の自然状態での義務あるいは自然債務 (*obligatio naturalis*) が想定しやすくなりますね。もっとも Hattenhauer は、*obligatio naturalis* が、ローマ法や近代法の不完全債務、自然債務と必ずしも一致するものではないとしています。

T: 自然債務は、今日の債権法の教科書では、債権の効力の冒頭で説明されますね。債権の力を、請求力、給付保持力、訴求力、執行力と分け、さらに執行力を貫徹力と擷取力に細分することは、大方の教科書に共通していることだと思います。そし

て執行力までを完備する債権を完全債務とし、そうでないものを不完全債務としています。この意味で、不完全債務の中の一つとして自然債務が位置づけられていますね。それから、擱取力の対象となるのが責任財産ですが、責任財産限定特約がある場合を想定し、一般財産と責任財産を区別する解説もあります。中田裕康先生の『債権総論』がそうですが、先生は、最初に、徳義上の約束から生じる徳義上の債務を述べています。これは請求力すらなく、その給付を保持できるのは約束の効力によるのではないとされます。その給付を保持する根拠として現実贈与がなされたといった説明が考えられる、というのです。

I：自然債務の前段階を考える試みですね。この点、自然債務概念を法典として採用しなかったドイツ民法の条文を見ますと、この理論的な説明に律儀に対応する形で、814条に規定をおいて立法的な解決をはかっているようにも思えます。仏訳も加えて紹介しましょう。

814条 債務の履行を目的として給付されたものは、給付者が給付義務がないことを知っていたとき、又は給付が道徳的義務若しくは儀礼を考慮したものであるときは、返還請求をすることができない。

Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war, oder wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach.

Ce qui a été presté pour remplir une obligation ne peut pas être répété, lorsque celui qui a presté savait qu'il n'était pas obligé de prêter, ou lorsque la prestation avait pour but de satisfaire à devoir moral ou aux convenances.

H：一つ目の wenn (lorsque) 節は、日本民法の705条に対応しますが、二つ目については、日本には規定がありませんね。ご指摘のように、ドイツ民法にはフランス民法や旧民法のように自然債務の規定がありませんが、I先生のおっしゃるように、その前段階の規定があると評価できますね。

T：自然債務については、その歴史と現行法について比較的新しい大部の研究書として、Götz Schulze, *Die Naturalobligation. Rechtsfigur und Instrument des Rechtsverkehrs einst und heute - zugleich Grundlegung einer zivilrechtlichen Forderungslehre* (2008) があります。自然債務の一般規定を法典に採用しないと、いったドイツ民法典の編纂過程も簡潔にまとめられていますね。

I：はい、この作品の中の法典編纂過程に関する研究の部分は深い考察に裏打ちされているというわけではありませんが、流れをつかむには便利なものだと思います。

これによりますと、ドレスデン草案以来、債務法草案の作業を担っていたキューベル（Franz Philipp von Kübel）は、1880年の債務関係法の総則規定の暫定草案で、自然債務の一般規定を予定していなかったようですね。

それとは別に、1877年準備委員会（Vorkommission）では債権債務関係は訴求可能なものと理解され、自然（非本来的、又は不完全）債務という表現の回避が決定されています。もっともこれは6対5で可決されたために、Schulzeは、自然債務を法典に採用するかどうかの当否につき必ずしもコンセンサスが得られていたわけではなかったのであり、この事実は、用語としては採用しないというルールが定められ隠蔽されたのだ、と評価しています。1882年には、第一委員会で、草案には自然債務に関する一般規定を採用しない旨がはっきりと決定され、個別の効果の問題として扱うことになります。このあたりは、我国における今日の自然債務概念不要論を想起させます。

他方で、個々の不完全債務として、射幸・賭博契約（Spiel-und Wettvertrag）や道義的な義務（Sittlichkeitspflicht）が認められていますが、倫理、自然法、あるいは一般的な法意識から（給付保持力をともなう mit soluti retenio）不完全債務を演繹するということは、原則として認められなかったわけです。しかも、この段階では自然債務と不完全債務の区別もなされていないようですし、道義的義務について固有の法的地位が与えられているのではなく、不完全債務と同じものとみなされています。そして、不当利得法の規制として、「債務の履行を目的として給付がなされた場合であって、給付が道義的義務や儀礼を考慮したものであったときも、返還請求は排除される。」（Ist die Leistung zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgt, so ist die Rückforderung auch dann ausgeschlossen, wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer Anstandsrücksicht entsprach.）というのが1892年段階の帝国司法庁の草案です。それから現行法規定となる第二草案へと繋がってゆきます。こうした法典編纂を受けて、ギールケが、自然債務概念を非難することはこの草案の全体的な思考体系に合致はしているが、にもかかわらず事実上一定数の自然債務を認めざるをえなかったと評していることが、興味深いですね。

H：どのように規制するのか、あるいはそもそも規制しないかは別にして、法的でない義務に続き法的な債務として自然債務を論じるというのが、順序としては正しい気がします。そして訴求できない債務という場合、そもそも訴求できない債務と、不訴求合意という合意によってはじめて訴求できなくなる債務を区別すべきだと思います。仮に自然債務という概念を使うならば、少なくとも、当事者の合意による

のでなく、そもそも政策的判断により法律上訴求できない債務に限定させるのがよいかもしれませんが、政策的判断だと言ってしまうと、自然債務という概念に馴染まないかもしれませんね。

I：実際、日本では自然債務というローマ以来の類概念がはたして有用かどうか懐疑的に議論されています。私たちの世代では、すでに学部教育の段階で、自然債務概念不用論を教えられたのではないのでしょうか。つまり自然債務という類概念を用いて、「この債務は自然債務だから何々だ」という結論を導くことはしないという主張です。

T：その主張自体は正当だと思うのですが、私自身は、専門の関係もあり、一般論として、いろいろな問題につき伝統的な概念を、まずはとりわけ講学的なレベルで用いることを肯定的に捉える立場です。これまで法学がどのように考えてきたかということ伝えるという意味でもそうですし、ある概念が誤った機能を担わされてきたとしても、むしろ使い方が間違っていたからではないかを検討するための道具立ては教えておこう、と考えています。

I：自然債務は不要だとする立場からは、例えば、不法原因給付の返還請求権が認められないのは政策的配慮によるものであり、得られた利得につき、そもそも前提として自然債務があったとは言えないのではないか、という疑問が出されます。

H：この問題については、先の Schulze にも、ドイツ民法における射幸・賭博契約 (Spiel-und Wettvertrag) に関する議論が若干紹介されていますが、日本では法典調査会 (第 117 回と第 118 回) において、現行法の起草者穂積陳重先生の原案について、梅謙次郎先生が予め資料を用意して異例に激しい反対をしていたことはつとに有名ですね。

I：はい、議論の概要については、広中俊雄先生や谷口知平先生によって、ともに昭和 41 年に紹介されています。現行 708 条に対応する草案 718 条に対して、梅先生は基本的には削除を要求し、「・・・一旦之ヲ履行シタル後ト雖モ其履行ヲ無効トシ既ニ給付シタルモノヲ取返スコトヲ得セシメスンハアルヘカラス然ラスシテ之ヲ取返スコトヲ許ササルトキハ不法行為ノ当事者ハ速カニ其行為ノ履行ヲ完了シ以テ法網ヲ脱セント謀ルコト多カルヘシ是ヲ間接ニ不法行為ヲ奨励スルモノト謂フヘシ殊ニ狡猾ナル者ハ相手方ヲシテ其履行ヲ為サシメ自己ハ則チ自己ノ義務ヲ履行セス以テ不正ノ奇利ヲ博スルコトヲ得ヘシ」と主張していました。そして富井先生は、「此ノ規定ハ誰レカ手出シヲシタ、ドチラガ悪ルイト云フコトニハ問ハナイ唯タソウ云フコトヲ言ヒ出シテ裁判所ヲ煩ハスコトヲ妨クカ必要ト云フ所カラ来テ居ル規定テアリマス」、として裁判所が関与しないという政策的判断によるとの説明に合うよ

うな発言をされています。

T：仮に国家が成立し裁判が整備される以前の空間を取って想定しますと、国家の政策的判断が入り込む余地がありませんから、不法原因給付だとしてもその空間でとにかく約束があり債務の履行がなされたのだと説明することも可能かもしれません。自然状態をどう想定するかにつき、その状態を積極的に定義しようとすると、論者によって差が生じますが、国家社会が成立する以前の状態というように自然状態を消極的にのみ想定すると、国家が政策的判断を下すことのない自然状態での債務の履行だと考えるということもできるのではないのでしょうか。もっともこうしたものに権利義務という表現を用いることが妥当かという反論もあるでしょうが、その空間で約束を果たしたのだ、と言えなくもありません。あとでプーフェンドルフを扱うところで述べますが、キケロ『義務論』には強盗団や海賊の間でも約束が守られるではないか、という有名な箇所があります。

I：しかし富井先生が述べられているように、不法原因給付の不当利得返還請求が認められないのは、このような当事者の関係につき権利義務を想定して、国家が裁判を通じてその救済に関与はしないというのに尽きると考えられてきたと思います。自然債務だから、という議論は聞いたことがありません。

T：はい、これも後で述べる予定ですが、サヴィニーも自然法と市民法との彼独特の精緻な関係を論じて射幸・賭博契約に基づく自然債務関係を否定していますから、私が述べていることは、このように構成することをなぜしないのかを考えるきっかけの意味があるにすぎない理屈かもしれません。確かに、自然状態でも、不当な契約については「契約は守らなければならない」との要請が妥当しないのであり、これが実定法にも反映されているのだと構成するのが、まずは常識あるいは法感情に合っている気がします。

H：お話を聞いていて、事情変更の原則は自然法に支えられているのだとの想定がパラレルにできるかな、と考えてみました。いずれにせよ、起草者の対立は、訴求力なき不当な契約の履行につき給付保持を認めるかという政策レベルの価値判断の違いだと理解できると思います。

T：さらに前段階として自然債務としてすら把握されない関係があるというのは、考え方としては分かりやすいですね。こうなると、債務の履行ではなく、現実贈与と考えるということになるのでしょうか。このあたりを深めて行くと、人類学的な贈与論などに繋がりがねませんが、他人の畑を耕すことになってしまいますから、ここでは述べません。ところで、旧民法の規定はどうなっていましたか。

I：旧民法財産編では、294条2項「自然ノ義務ニ対シテハ訴権ヲ生セス」があり、

そして第4章自然債務（562条ないし572条）の規定が見られます。例えば562条1項には、「自然義務ノ履行ハ訴ノ方法ニ依リテモ相殺ノ抗弁ニ依リテモ之ヲ要求スルコトヲ得ス」として相殺についてまでも効果が規定されていました。現行508条と比べると興味深いものがあります。仮に自然債務としてまとめるとして、そこに自然法に根拠を見出す伝統があるのでしょうか。フランス民法には、債務の消滅の弁済についての最初の規定（1235条2項）で、「任意に弁済された自然債務について返還請求権が認められない」（La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. Die Zurückforderung ist in Ansehung der natürlichen Verbindlichkeiten, welche freiwillig getilgt worden sind, nicht gestattet. 又は Die Zurückforderung ist in Ansehung der natürlichen Verbindlichkeiten, welche man freiwillig erfüllte, nicht zulässig.）とあります。つまりドイツ民法は、そもそも法的債務とは言えない関係につき条文を用意しており、フランス民法は自然債務の条文を備えており、日本の民法はいずれも学説に委ねている、ということでしょうか。

H：少し脱線しますが、フランス民法の独訳はどうされていますか。英訳だとやはり大陸法の者にはどうしても馴染みにくいのですが。

T：フランス民法については、私は解放後もナポレオン法典が適用されていたいわゆるライン左岸のケルンにいましたから、F. Thesmar, *Kommentar des französischen Civilgesetzbuches*（1845）というケルンの弁護士さんの独訳を使うことがあります。I先生に引用いただいたドイツ語の訳はここからのもので、後に挙げてあるのは、*Code Napoléon éd. seule officielle pour le Grand-Duché de Berg*（1810）という対訳正本のもので、民法の専門の方からどう評価されるかはともかく、前者にはごく簡単なものですがローマ法文の箇所や脚注があるので、とりあえずのところ便利です。逆に、ドイツ民法の仏訳ですが、ドイツは債務法が改正されたから、改正後のドイツ民法について、DalozからG. Lardeux et al. (tr.), *Code civil allemand : bürgerliches Gesetzbuch BGB : traduction en français du texte en vigueur au 31 octobre 2009*（2010）があります。制定当時のものについては、C. Bufnoir, F. Génys, R. Saleilles et al. (tr.), *Code civil allemand : promulgué le 18 août 1896, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900 tom.1-3*（1906-1908）があります。後者は錚々たる学者が関わっていたわけですね。Hattenhauerに戻りましょうか。

H：はい。彼は、プーフェンドルフ『自然法と万民法』全8巻から、第3巻第3章の「人間性の普通・共通の義務」（de promiscuis officiis humanitatis）に続く第3巻第4章「信義の遵守と債務の分類」を紹介しています。ただ、その引用を見ていると、

最初に第3節から、次に第6節から、そして第1節から、さらに第2節から、断片的に、しかも古いドイツ語訳が引用されていて、正直読んでいて分かりにくいですね。

T：はい、そう思います。むしろ順を追って原文からプーフェンドルフを紹介するのが理解しやすいと思います。利用されている古いドイツ語訳は、しばしば独特な意味があり、価値判断を含む形容詞の選択にも疑問があることがあります。ですから、いつものように、あまりこなれておらず申し訳ないのですが、ラテン語原文からの邦訳をお配りしました。プーフェンドルフは、第4章第1節の冒頭で、法的な義務が生じる経緯を説明しています。そこでは法的でない人間性の義務の欠点が次のように列挙されています。

これまで説明してきた義務（*officia*）は、自然が、すべての人の間に与えた共通して見られる類似の性質に基づき（*ex communi cognatione*）、彼らの間にいかなる行為（*actus*）も先行していなくとも、互いに義務を課しているのである。もちろん、人の間で互いに履行されなければならない義務を、この状況に（*hoc ambitu*）限定することは不十分である。なぜなら他人にとって有益でありうることを、同等のものを受け取る期待を求めることなしに人間性と慈愛からのみ履行しようとする善良な気質など、誰にでもあるわけではないから。しかも、しばしば、他人が我々にしてくれることは、我々に無償で提供されることを恥じることなく要求するわけにはいかないような類のことである。しばしば、相手方のためにそうした利益について債務を負うことが我々の人格（社会的地位）からしても財産からしても（*persona aut fortuna*）相応しくないことがある。相手方も我々から同等のものを受け取るのではない限り、相手方は与えることができないのだというように、たいてい、我々は受け取るのを望まないものである。最後に、どのようにしたら（*quae ratione*）我々の利益のために役立つことができるのか、他人には知られてないことが稀ではない、ということも挙げられる。

Quae hactenus exposita sunt officia, ex communi illa cognatione, quam natura inter omnes homines constituit, invidem debentur, licet nullus inter ipsos actus antecesserit. Enimvero solo ist hoc ambitu circumscribere officia, quae inter homines mutuo sunt exercenda, parum est. Nam neque quibusvis ea est ingenii bonitas, ut omnia, quibus aliis prodesse querunt, ex sola humanitate et caritate velint praestare, citra exploratam spem paria recipiendi. Et frequenter illa, quae ab aliis in nos proficisci possunt, eiusmodi sunt, ut gratis eadem nobis exhiberi salva fronte postulare nequeamus.

Saepe quoque nostram personam aut fortunam non decet, alteri tale beneficium debere. Adeoque ut plurimum alter dare non potest, saepe nos accipere nolumus, nisi alter paria a nobis recipiat. Non raro denique alios latet, qua ratione commodis nostris inservire queant.

H：つまり、一方で、対価関係もないのに人間性や慈愛のみからすべての人に義務の履行を期待できないこと、他方で、人間性に基づいて相手方に対して無償の給付を要求することに対して我々は恥を感じることに、さらに、そもそも何が他人の利益かを知ることができない場合が多い、というのが、人間性や慈愛からの義務だけではやっていけない理由なのですね。そこで、プーフェンドルフは、「ある者が相手方に何を給付しなければならず、相手方に対して何を期待しなければならぬのか、自己の権利に基づいて何を請求しなければならないのか、を予め定めておく」(in antecessum determinandum fuit, quid alteri quis praestare, quidque ab eodem iterum exspectare, suoque iure exigere deberet.) 必要から合意がなされるとして、合意の必要性を説いているのですね。

I：プーフェンドルフは、「黙示的であれ明示的であれ合意に基づくのではなく、自然自身によって誰もが課されている義務のみに基づいて債務を負ってはいる。しかし合意に基づいて (ex pactis et conventionibus) 相手方に義務を負っているこの私は、私自身の合意に基づいて (ex proprio meo consensu) 相手方が私に対するその新しい権利を自身に取得したという理由で、私は債務を負うのである。」(Ista quippe non ex pactis expressis aut implicitis debentur, sed ex sola obligatione per ipsam naturam quibusvis hominibus iniuncta. Sed quae alteri ex pactis et conventionibus debeo, illa ideo debeo, quia novum sibi ius iste adversus me ex proprio meo consensu quaesivit.) と、合意がなされる前に相手方に権利が発生するわけではないが私が負う義務と、合意に基づき相手方に権利が発生する義務とを区別していますね。

T：はい、以上が、プーフェンドルフのこの第1節の重要な部分かと思います。次に第2節ですが、節のタイトルは「合意は守られなければならない」(Pacta sunt servanda) となっています。冒頭では、契約内容が自己に有利な場合と不利な場合とでそれぞれどのような弁論をすればよいかを説く、ギリシアの弁論術らしい内容のアリストテレス『弁論術』第1巻第15章と、先に少し触れましたが、強盗団や海賊の間でも正義が行われるとするキケロ『義務論』第2巻第40節を援用して、以下のような功利主義的ともいえる考えが述べられます。

ところで人の社会性は、人の間で締結される合意が厳粛に (sancte) 守られる

ことを要求している。なぜならこれがなければ相互の義務から人類に生じる有用性の大部分が失われるからである。アリストテレス『弁論術』第1巻第15章、キケロ『義務論』第2巻

Si quae autem inter homines ineuntur pacta, illa sancte observanda esse, sociabilis natura hominis requirit. Citra hoc enim si esset, plurima pars utilitatis periret, quae humano generi ex communicatis invicem officiis enascitur. Aristoteles Rhetor. l. 1. c. 15. Cicero Off. II.

H：プーフェンドルフの功利主義的な考え方は、続く以下の叙述にも見ることができます。

約束を守る義務がなければ、他人の助けがあるのだと確実に計算・予測すること（rationes）は、ほぼできないであろう。それどころか信義が裏切られたとして、争いや戦争の、まさに正当な原因が生じるのもうなずける。なぜなら私が合意に基づきあることを給付したというのに、相手方が信義を果たさないならば、私の物や仕事が私から益なく失われることになるから。まだ私が何も給付していなかったとしても、私の計算や企図（rationes et destinata）が妨害されるのは嫌なことである。なぜなら相手方が私に申込みをなさなかったなら、私は私のことを別の形で対処しえたであろうから。私は相手方を賢明で善良な人であると信じたのであるから、嘲りを受けることは相応しいことではない。従って、「誰もが与えられた信義を守ること」つまり諾約と合意を履行することは、自然法の最も神聖な（religiosissimum）命令であり、人の生活全体に美德（decus）、節度（modus）さらには計算可能性（ratio）を導くものであるとみられる。

Ni quoque promissa servandi necessitas foret, hautquidquam liceret rationes suas firmiter aliorum hominum subidiis superstruere. Quin et ex decepta fide iustissimae querelarum, bellique causae pullulare sunt idoneae. Nam ubi ego ex pacto aliquid praestiterim, altero fidem fallet, mea mihi res aut opera frustra perit. Sin vero nihil adhuc praestiti, rationes tamen, et destinata mea turbari molestum est; cum alio modo rebus meis potuissem consulere, nisi iste mihi sese obtulisset. Igitur religiosissimum iuris naturalis praeceptum, et quod universae humanae vitae decus, modum, atque rationem temperat, habetur: Ut quilibet fidem datam servet, seu promissa atque pacta expleat.

功利主義的な考えと言いましたが、信義を守るという神聖な義務が、功利的な計算という側面と美德という道徳的な側面から説明されていると思います。別の言い

方をすると、批判もあるでしょうが、功利と道徳を別のものとしなない思考もあるのでは、という気にさせますね。

T: さて、こうした説明の後に、法的債務の様々な分類の説明が続きます。その中の第6節で、自然債務と市民債務の分類が論じられています。この分類も人によって異なるとして、プーフェンドルフは、まずグロティウス『戦争と平和の法』の第2巻第14章第6節を挙げています。この章でグロティウスは、一義的には国際法の教科書らしく、命令権あるいは支配権 (*imperium*) を有している者の約束、契約、宣誓を論じています。具体的には、この節は、「如何なる意味において、王は、臣民に対して、自然法のみならず市民法上も債務を負っていると正当に言えるのか」(*Rex subditis obligari naturaliter tantum aut et civiliter quo sens recte dicatur.*) として、支配者の臣民に対する義務をテーマにしています。そして、ここでグロティウスは義務について三つに分けています。自然債務という概念を採用するかどうかは別にして自然債務論を考える上で役に立つことを述べてくれていると思いますので、彼の叙述は必ずしも分かりやすいものではありませんが、少し直訳的に紹介しましょう。

王が臣民と締結した契約によって債務を負うのは自然法上のみであり市民法上ではない、とほぼすべての法学者たちは考えている。この言い方は、非常に曖昧である。なぜなら、時には法学者によって、語を濫用して (*per abusionem*)、真の債務ではないが自然に基づいてなされるのが徳義 (*honstum*) であることについて、自然債務だと言われることがある。例えば〔過度の遺贈義務に対し遺言相続人が自己の相続分の4分の1を確保できる〕ファルキディウスの控除をしないで遺贈全額を給付すること、「債権者を罰する目的で」(*in poenam creditoris*) 解放されていた債務を弁済すること、恩恵に対して恩恵で報いること、がそうである。これらはいずれも非債弁済の不当利得返還請求を消滅させるのである。

Contractibus quos rex cum subditis iniit obligari eum naturaliter tantum, non civiliter Iurisconsulti ferme omnes sentiunt. quod loquendi genus perobscurum est. Nam naturalis obligatio interdum a iuris auctoribus dicitur per abusionem de eo quod fieri natura honestum est, quanquam non vere debitum, ut legata integra sine detractioe Falcidia praestare, solvere debitum quo quis in poenam creditoris erat liberatus, vicem beneficio rependere, quae omnia cessare faciunt conditionem indebiti:

H: 私たちが通常自然債務と考えるのが相応しい例が当時の法学者によって自然債務

とされているのですが、それをグロティウスが「語の濫用による」としているところが面白いですね。それから、「債権者を罰する目的で」解放されていた債務を弁済するというのは、分かりづらいですが。

T：その通りですね。先に述べましたようにグロティウス『戦争と平和の法』ではしばしば分かりにくい叙述に出くわします。分かりにくいときには、まずは、バルベイラック（Jean Barbeyrac）が仏訳に付した脚注を見るのがオーソドックスかと思います。仏訳ということですが、前にも言ったかもしれませんが、パリで講義を受けている時には、Pradier-Fodéréの訳が推奨されていました。さて、バルベイラックは『戦争と平和の法』の当該箇所の脚注の冒頭で、『学説彙纂』の以下のポンポニウス法文を挙げています。

ポンポニウス『サビヌス註解』第22巻

債権者を罰するために債務者が解放されたときは自然債務は存続し、そしてそれ故に弁済されたものは返還請求されえない。

D. 12. 6. 19pr. Pomponius 22 ad Sabinum.

Si poenae causa eius cui debetur debitor liberatus est, naturalis obligatio manet et ideo solutum repeti non potest.

中世の標準註釈（アックルシウス）は、ここでの「債権者を罰するために」（*poenae causa eius cui debetur*）の一つの例として、D. 12. 6. 40を援用して、金銭消費貸借債権に対して家息を保護するマケド一元老院議決の抗弁を挙げており、これが一つの伝統的な解釈だったと思います。このバルベイラックの脚注に従い、家息に消費貸借契約を禁じたマケド一元老院議決に違反した金銭消費貸借債権を考えればいいのかもしれませんが。ところが、バルベイラックは、ここでグロティウスが「語の濫用による」自然債務を列挙しているので、こうした適切な例ではなく、オランダで活躍したドイツ人グロノウ（Johann Friedrich Gronovius）がグロティウス『戦争と平和の法』の「債権者を罰する目的で」に対する脚注で死刑に比肩される追放刑たる水火の禁（*Velut scripti, aut cui aqua et igni interdictum est*）を想定していることに注目します。むしろグロティウスの箇所は、語の濫用例として、債権も含めて財産が没収された追放者、流刑者あるいは犯罪者の場合を想定すべきだと考えているのです。

そうだとすると、債権を没収した国庫ではなくその犯罪者たる債権者に対して弁済がなされた場合に、弁済の効果の問題が生じます。プーフェンドルフ『自然法および万民法』第3巻第4章第5節に対するバルベラックの脚注は、この場合の二重弁済の問題を詳しく述べています。おそらくプーフェンドルフの叙述に引き寄せて、

今述べている『戦争と平和の法』に対する注と異なる判断の部分もありますが、脇道にそれ過ぎますので、この点は指摘するだけにとどめたいと思います。

H: 債権者を罰することの意味については議論があるのですね。それは別にして、プーフェンドルフやバルベラック以前に、そもそもグロティウスが語の濫用ではなく本来の意味で自然債務だとしているのはどういうものなのでしょう。

T: はいグロティウスは続けて、次のように述べています。

これに対して、時には、むしろより本来的に、〔訴権を発生させないで抗弁を発生させるにすぎない〕合意の場合のように、そこから権利が相手方に生じるものであれ、完全で確固とした片約の場合のように〔相手方には権利が生じないものであれ、まさに我々に債務を課すものが〔自然債務と言われることがある〕〕。

Interdum vero magis proprie id quod vere nos obligat, sive inde ius alteri oriatur, ut in pactis, sive non oriatur ut in plena et firma pollicitatione.

ここでの合意は不訴求合意を考えれば理解できますが、片約 (pollicitatio) はローマ法の理解として議論がありますので、グロティウスのこの箇所では、さしあたり、片務的な履行約束で相手方には訴権のないもの、ぐらいで理解しておこうと思います。続けて、グロティウスは、マイモーン『迷える人々の為の導き』が記している、債務を負わないもの (benignitas)、厳格法によって債務を負うもの (iudicium)、それから高德 (honestas) によって債務を負うもの (iustitiaつまり aequitas) という三つの区別を適切なものだとしています。

I: そうしますと、グロティウスが本来的な「自然債務」だと考えていたものは随分狭い気がしますね。彼にとっては、不訴求合意やそもそも相手方に権利が生じないものが自然債務のようですね。また、この問題を述べている『戦争と平和の法』における体系上の箇所も今日の民法の議論とは随分違いますし、繋がりが理解しづらいところがあります。逆に言うと、今回見た箇所は、従来自然債務と言われていたものをきちんと分類しようとする作業には参考になるかもしれません。

H: プーフェンドルフに戻りましょう。彼は『自然法および万民法』第3巻第4章第5節で「債務を自然債務と市民債務に分類することもまたよく知られているが、人によって異なる理解がされている。」(Celebris est quoque divisio obligationis in naturalem et civilem, sed quae a variis accipitur.)として、ここでもグロティウスの説を紹介しています。

グロティウス『戦争と平和の法』第2巻第24〔sic. 14〕章第6節によれば、自然債務とは、実際には債務を負っていかなくともなされることが自然によっ

て高德である（*honestum*）ことについて、常に自然債務であると言われる。彼はその例を挙げている。〔相続人が、遺贈の義務から相続財産の4分の1を控除する〕ファルキディウスの控除をしないで遺贈を完全に履行すること、互いに利益・恩恵の埋め合わせをすること、債権者を罰するために解放された、つまりその請求に対しては〔未成熟者への消費貸借を無効とする〕マケドーン元老院議決〔の抗弁〕で対抗できる債務を弁済することである（スエトニウス『対比列伝』「ウェスパシアヌス」11を見よ）。任意に弁済されたときには、その非債弁済不当利得返還請求権はない。

Juxta Grotium l. 2. c. 24. [14] §. 6 obligatio naturalis quandoque dicitur de eo, quod fieri quidem per naturam honestum est, quanquam non vere sit debitum. Cuius rei exemplum adfert: legata inegura sine detractioe Falcidia prestare, vicem beneficio rependere solvere debitum, quo quis in poenam creditorem erat liberatus, seu cuius exactioni opponere quis poterat SCTum Macedonianum (Vid. Suetonius Vesp. c. 11) Quae ubi ultro soluta sunt, cessat conditio indebiti.

プーフェンドルフは、グロティウスが「語の濫用によって」自然債務と言われるとしているのもグロティウスが自然債務と述べている、とされていますね。このことについて少し疑問を感じますが、彼によるグロティウスの紹介の当否は別にして、プーフェンドルフ自身の考えはどうなのでしょう。

T：プーフェンドルフは、自説を述べる前に、さらに債務を三つに分ける説にも言及しています。この箇所も興味深いですので、紹介しておきましょう。

より完全に、債務を三つに分ける者もいる。つまり純粹自然債務、純粹市民債務、混合債務である。第一のものは自然の衡平に依拠しているが、市民法上はそのために何らの訴権もないようなものである。第二のものはもっぱら市民法の権威（*apex*）に基づいて生じるものであり、人は、まさに最高の法（*summum jus*）によって自己に対する訴権が生じるように義務を負うのであるが、しかし永久抗弁で対抗されると、法務官法によってその効力が奪われるものである。最後に、三つ目の債務は、自然の衡平が支え同時に市民法の権利が効力を与えるものである。これらについてはローマ法の解釈者たちがいたるところで〔述べている〕。

Alii planius triplicem faciunt obligationem, mere naturalem, mere civilem, et mixtam. Ista naturali aequitate nititur, sed ut nulla actio iure civili eo nomine sit. Illa oritur ex meris iuris civilis apicibus, qua quis ita tenetur, ut summo

iure in eum sit actio, sed quae iure praetorio infirmetur, opposita perpetua exceptione. Haec denique est, quam et naturalis sustinet aequitas, et simul iuris civilis firmat autoritas. De quibus passimi interpretes iuris Romani.

I：ここでは、第二類型として純粹市民債務が挙げられていますね。その効力は市民法に基づくのだけれども、法務官によって付与された永久抗弁で効力が奪われるものだとされています。このように市民法と法務官法というローマの法体制が語られるのは興味深いですね。その中に、先ほどの元老院議決の抗弁を用いるものや、不訴求合意の抗弁を用いるものを入れると分かりやすいかと思います。そうだとするとこうした抗弁で対抗されえないものが混合債務ということになります。三つに分けるのは、効果の面というよりも、売買といった自然法あるいは万民法上の制度と、問答契約のように市民法上の制度を分けるローマ法に特殊な構造から理解されるからだと思いますが、とりわけ、第二類型や第三類型からは、効果の面と発生の面が混在しているアプローチであることが見てとれますね。

T：この三分類に対するサヴィニーの批判は後で見ようと思います。それは別にして、市民法上の方式行為に基づく債権債務関係は、反対の効果を生じさせる方式行為によらずに、裸の不訴求合意で訴権を失うかと問うと、訴権を失うわけではないけれども、結局のところは抗弁で対抗されるのだ、とも言えそうです。市民法上の反対の要式行為によって債権債務関係そのものが消滅してしまう場合と区別するわけですが、この場合、債権者が最初の方式による行為で訴えた場合、その行為はそもそもすでに存在しないのだ、と主張することになるのでしょうか。

H：いただいた資料と Hattenhauer が古い独訳で引用されている箇所によれば、プーフェンドルフは、訴権を生じさせるかどうかという国家社会における効果から分類すればよい、として二分類を考えているようですね。そして、人が債務を履行する根拠として、前者については神への畏敬、後者については国家的な裁判による制裁が考えられているようです。世俗的自然法論なり理性法論と言われていますが、やはり神の位置づけが丁寧に書かれていることが印象的でした。次のように書かれています。

私としては、この分類を評価するのがよいと考える。債務の起源・基礎としてよりも、共同生活で守られる債務の効果を指摘するものとしてである。自然債務とは、自然法の効力に基づいてのみ我々を拘束する債務であるのに対して、市民債務とは、法律と国の命令権が補充して完全なものにするものである。いずれの債務の効果も、主体としてその債務が帰属している者に対するか、またはその債務が対象としている相手方に対するものである。

Nobis isthanc divisionem expendere placet, non tam prout originem obligationum, sed prout earum efficaciam innuit, quam in vita communi obtinent. Sic ut naturalis obligatio nobis illa sit, quae duntaxat ex vi legis naturalis stringit; civilis vero, cui leges, imperiumque civile succenturiantur. Utriusque efficacia spectatur vel in eo, in quo haeret tanquam in subiecto, vel in altero, ad quem spectat.

これに対して、訴権が生じる債務については次のように述べています。

確かに、市民債務つまり国の実定法（市民法）から権威が付け加わる市民債務は、市民法廷（国家の裁判所）における訴権を生じさせる。この効力によって私は履行を拒否する者を、命令権として債務の履行を強制する政務官のところへ引き連れることができる。これに対して、市民法の制裁を欠いている自然債務は、国においては債務者による恥の感情と神への畏敬だけに依拠しており、その債務の取立てについて市民に力をあてがうことは許されていない。ちなみに、立法者が、どの債務に市民法がその力を用いなければならないかを、国の内部の平穏を保つ能力に基づき、判断するのである。

Naturales autem obligationes, quibus civilis legis sanctio deest, in civitatibus solo debitoris pudore, ac reverentia Numinis constant, neque circa easdem exigendas civibus vim adhibere licet. Enimvero civiles obligationes, seu quibus a lege civili autoritas accessit, actionem in foro civili parunt, cuius vigore detractantem ad magistratus trahere possum, qui istum pro imperio ad obligationem explendam adigant. Caeterum quibus obligationibus vim suam accommodare lex civilis debeat, legislatores ex facultate internam civitatis tranquillitatem obtinendi metiuntur.

I：自然債務のままなのか国の権力により市民債務とするのかは立法者の判断である、という点が、債務に訴権を付与するのは、国の政策的な判断によるとする今日の議論と類似の発想が述べられていることが興味深いですね。

T：グロティウスほどではないですが、プーフェンドルフも古代の様々な文献を引用しています。この節の末尾には、セネカ『恩恵について』第3巻第15章が挙げられています。ここでは国の強制がなく、もっぱら債務者の信義に頼ることができるとする理想よりも、信義を強制する現実を選ぶ必要が説かれており、セネカの哲学を考える上でも興味深いところです。

なるほど、喜んで返す者からだけ貸付金を受け取れるように説得ができればどんなによいだろう。いかなる問答契約も売主のために買主を縛り付けず、

印章が押されて合意が見張られることもなく、むしろ信義がそして衡平を尊重する心が合意を守るなら、どんなによいだろう、しかし、最高の理想なことよりも必要なことを優先し、信義を期待するよりもむしろ強制することを選ぶのである。

Utinam quidem persuadere possemus, ut pecunias creditas tantum a uolentibus acciperent! utinam nulla stipulatio emptorem uenditori obligaret! nec pacta conuentaque impressis signis custodirentur! fides potius illa seruaret, et aequum colens animus! Sed necessaria optimis praetulerunt [praefero], et cogere fidem, quam spectare, malunt.

I: Hattenhauer の説明で分かりにくい部分もかなり明らかになったと思います。もっとも自然債務にいろいろな性質のものがあり、何が本来的な自然債務かについて必ずしもコンセンサスがあったわけではないことは、逆に言えば、自然債務に様々なものが盛り込まれており、類概念でくくる必要があるのかという日本で主張される懐疑的な立場を考えるとときに興味深いですね。またプーフェンドルフが、要は国が訴権を与えて保護するかどうかということに帰着するのだと述べていることも分かりました。こうした法律学上の専門的な議論を具体的に見ていきますと、近世自然法論における、自然、人間の義務、国家の役割などを考えるきっかけにもなりますし、またカントに代表される後の議論を理解する手がかりにもなるかと思えます。

H: さて、プーフェンドルフの紹介の後、Hattenhauer は、債権を人間の義務の倫理に結び付けるということにつき、この理論が法学者へも影響を与えていったこと、法学者はこの理性法論の遺産をローマ法の伝統と結び付け、債務の効力根拠を倫理と法律に見出したことを指摘し、ティボー『パンデクテン』を引用しています。確かに、理性法論について、神や倫理と結び付ける義務論としての側面を強調することも重要ですが、他方、私たちはプーフェンドルフにつき、功利的な説明も見出しましたし、また国家の価値判断を重視する側面も確認できました。この二つが後の時代に再び問題とされていくのだと思えます。

I: パンデクテン法学者ティボーは、引用されている箇所ではどのように述べていますか。

H: はい。

道徳的（非物理的）な必要・義務としての債務の概念そのものは、それ自体からして、債務者は決してその義務を処分できず、またそこから逃れることはできないことを説いている。従って、債務者は一方的に他人に移転することも、任意に法律の命令から逃れることもできない。

Der Begriff der Verbindlichkeit als einer moralischen Notwendigkeit lehrt durch sich selbst, dass der Verpflichtete auf keine Weise nach Willkür darüber verfügen und sich derselben entziehen kann. Er kann daher seine Verpflichtung weder einseitig auf einen anderen übertragen, noch sich durch Willkür den Befehlen der Gesetze entziehen.

末尾で、債務といっても法律の承認の支えが必要であることが述べられているのは分かるのですが、その後、Hattenhauerは、「ティボーがここから、債務は法律に反してはならないとの帰結を引き出しており、法律に反する法律行為は疑わしい場合は無効であり、いかなる義務も成立させない」と述べています。ここでの「疑わしい場合」というのが、分かりにくいです。

T：ここで引用されている箇所は、実はHattenhauerの援用している節とはずれていまして、『パンデクテン体系』1803年版（*System des Pandekten-Rechts*, Jena）の第65節に対応しています。その原著には脚注があり、法文C. 1. 14. 5とヴェーバー（Adolph Dietrich Weber）の自然債務論（*Systematische Entwicklung der Lehre der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung* § §. 64. 74.）が同じ考えをとるものとして援用されています。前者のローマの勅法では、法律の文言に拘泥しあるいは逆手にとって法律の意思や趣旨に反することは法律に違反することになり、そうしたへりくつによって法律違反・脱法行為が正当化されそうなような契約は無効である旨が述べられています。後者は、この問題については場合分けをして詳しく論じている著作です。ここでの「疑わしい場合」というのは、こうした脈絡で理解しておくとうまいかと思います。

ところで、先ほど債務を三つに分類している学者がいると述べるプーフェンドルフを紹介しましたが、サヴィニーがこの分類を『債務法』で非難しています。プーフェンドルフの分類を債務の起源と効果を混在させているものとして非難しているわけですが、それを別にして、サヴィニーは実定法と自然法の関係について述べています。少し長い引用になりますが、市民法の禁止の中に、自然債務さえ認めないことになるものとそうではないものとを区別するなど、不法原因給付につき自然債務の履行と捉えることができるか、という先に述べた点を考える上でも大変興味深いので、少し長くなりますが、この節の最後に原文を付さずに引用しておきたいと思います（『債務法』第7節）

この用語の研究の最後に、幾人かの学者の、債務の全領域を三つのクラス、つまり純粹に市民(mere civiles)、純粹に自然(mere naturales)、混合(mixtae)に分ける用語法につきなお言及しなければならない。一見すると、この用語

法はここで挙げた見解と完全に一致していると考えられるやもしれない。なぜなら、最も重要な債務は圧倒的に万民法において生じ、そして同時に市民法で認められた（だから混合である）のであるが、この大部分をなすものの両側には、例外的な性質を持つ二つのクラス、つまり、市民法から生じ万民法には知られていないもの（純粹に市民債務）と、他方で万民法において生じるが市民法によっては認められないもの（純粹に自然債務）が見い出される、という主張を私も行ったからである。にもかかわらず、述べられたこの用語法は完全に退けなければならない。まずは、当然のことであるが、この選ばれた表現はローマの法学者には全く知られていないのである。これに加えて、述べられた区分には、内容自体に関わる多くの誤りが結び付けられたのであり、それらを完全に否認することの方が、新たな恣意的に作られた専門的表現を拒否することよりも、さらにずっと重要である。

つまり、かの分類に結びつけることで、黙示的にはあるが、市民法と万民法という二つの法体系は独立しており混同されないで並列していることを前提とすることが常である。しかし実際にはこれらの体系は互いに影響を与え合う関係にあり、それによって一つの全体として考えなければならないのである。

いわゆる純粹市民債務の側で、万民法の準則がそれに何も影響を及ぼしていないかのようにこの債務を考えるとすれば、誤りであろう。〔ローマ市民しか利用できないまさに市民法上の、「誓約する」という文言を用いる〕*spondes spondeo*がこの後者のクラス〔純粹市民債務〕に属することは疑いがない。さてこうした問答契約が詐欺に基づき締結されたときには、それは万民法に属する悪意の抗弁によって、その詐欺が万民法の契約を締結させたときと同じように、効力を奪われるのである。

同じ関係は、他方にも見られ、そこではなお一層頻繁に誤解がなされている。暴利行為又は射幸行為を禁じる法律は、純粹に実定的であり万民法には全く知られていない。にもかかわらず、そうした法律によって禁じられる契約の場合に、自然債務を想定することは、全く正しくないであろう。むしろ、ここでは市民法がこの万民法の効果が無効とされるように万民法に介入するのである。この実定法の承認自体が、万民法の準則に属しているからである。しかしこの命題はなお詳しい確定が必要である。実定法のすべての準則が、この準則と矛盾しての自然債務は成立しえず債務の（もちろん不完全な）形で有効なこともありえない、という効果を有するというわけではない。むしろ、

この効果は、厳格に実定的で強制的な性質を自ら帯びている法律に限定されなければならない。

H：最後の部分が難しいですが、厳格な実定法の禁止規定が、自然債務を認めないほかに万民法の内容に影響を与える、こうした相互作用を見ているのですね。それにしても、実定法の価値判断が、自然法あるいは万民法に影響を与えるとする図式と、自然法あるいは万民法の中にすでに暴利行為・射幸行為からの債務関係を認めないとする図式との違いは分かりにくいですし、そもそもいずれかの図式を選択する価値基準はどこにあるのか、このことも、今日の私たちの議論状況からすると、正直分かりづらいですね。

I：例えば、磯村哲先生の『社会法学の展開と構造』の第2編「啓蒙期自然法論の現代的意義」には、1800年初頭のサヴィニーが、「自然法からの出発とそれへの実定法の結合」(Ausgehen vom Naturrecht und dem Daranknüpfen des positiven Rechts)を全く非実用的としていたことが述べられていますが、こうしたことと結び付けてより内在的に理解したい気がします。

T：確かにこの箇所です。サヴィニーが援用している『現代ローマ法体系』第1巻第22節を見ると、「ここでは、すべての知られた諸国民に見られる万民法と、自然法すなわち人間の本性に基づく共通の法意識によって生み出される自然法という、二つの名称が完全に同義として用いられていることを説明するのは実に容易である。しかしこの二つの種類の捉え方のうち、最初のものが圧倒的に主要なものだとみなされなければならないのであり、それ故に、ローマ人の見解によれば、万民法は市民法と同様に、歴史的に成立し発展をとげた法であったわけである。」と述べられています。そしてサヴィニーは、キケロ『弁論術の分析』第130節に、自己の主張を支えるローマ人の次の言葉を発見しています。「ところで書かれていない法とは、慣習法によるか又は人々の合意もしくは合意に準ずるものによって守られているものである。そしてとりわけ、我々が我々の慣習や法律を守ることが、自然法によって、いわば命じられているのである。」(Quae autem scripta non sunt, ea aut consuetudine aut conventis hominum et quasi consensu obtinentur, atque etiam hoc in primis, ut nostros mores legesque tueamur quodammodo naturali iure praescriptum est.)

I：同じ第22節で、サヴィニーは、ローマでは万民法も実定法としての効力を持っており、市民法によって反対の万民法をローマでは全く認めないということが生じるのであり、「市民法によって禁止された契約（例えば、暴利行為や賭博行為）から自然債務すら生じないことは全く明白である」としています。このように万民法

へ反作用する市民法は、彼にとっては絶対法だとしていることも、理解の助けになるかとは思いますが。

第4節 自由としての債権債務

H：こうした近世理性法論に続いて Hattenhauer の叙述はカントそしてサヴィニーに移っていきます。法律家が近世自然法論をなおも練り上げていた間に、債権債務論につきカントによる根本的な転換が生じた、とされています。カントは、近世理性法論が打ち立てた徳のカタログにかえて、唯一の始源的な権利としての「人格の自由」を法理論の中心に据えた、と評価されます。完全性を目指すべき人間の義務が背後にやられるのでしょうか。

Hattenhauer はカントの『法論』を引用しています。ここであらためて、しばしば援用されるカントについて言いますと、スローガンの知識を除いて、我々の世代の法学関係の者には、三島淑臣先生のカントの私法論関連の法哲学的な作品があるとはいえ、カントの法論が一般的な共通認識とはなっていない、というのが現状かと思います。

I：確かに、カントの『法論』については、戦前のものを含めていくつかの邦訳がありますが、どれだけ読まれているかは疑問ですね。私も学部時代に民法の講義でカントの哲学が近代法の理解に重要だということを先生が述べられたことがとても印象的で、今でもよく覚えているのですが。

T：1797年出版の『人倫の形而上学』（*Die Metaphysik der Sitten*）は、第1部が法論の形而上学的基礎（*Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*）、第2部が徳論の形而上学的基礎（*Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre*）と分けられ、前者では、序文や序論に続き、私法と公法に分けられた『法論』（*Der Rechtslehre*）があります。まず基盤として徳が語られ、法の定義にもよりますが、例えば国家の強制力を担保とした法が論じられるということが私たちの常識にあると思うのですが、このことからすると、最初の部分で違和感があるやもしれません。法論の中の物権や債権といった各論についての解説とはいえませんが、このことにつき、分かりやすく解説がなされているのが、中島義道先生の『カントの法論』（ちくま学芸文庫に収録されています）です。カントの構想の特徴の一つは、まずは「義務に反する」（*pflichtwidrig*）行為がそもそも排除され、それから、外形的に義務にかなった（*pflichtmäßig*）行為と、もっぱら義務意識だけに基づく（*aus Pflicht*）行為を分けることに、別の言い方をすれば、義務の意識とは別の感情や功利からな

されるわけではない行為こそ道徳的に価値のある行為だと考えることによって、義務に基づく行為が純粹に把握されることにあります。義務にかなった行為と義務に基づく行為との対比は、juridische Gesetzgebung, législation juridique と ethische Gesetzgebung, législation éthique の対比として再構成されています。加えて、分かりやすいのは、カントが「善き意思 (ein guter Wille) は、それが引き起こし成しとげたものによって善なのではなく、また設定達成の能力を持つから善なのではなく、意思することによってのみ、言いかえればそれ自体として善なのだ」と述べているからといって、外的な行為を無視した単なる内的状態を評価するのではなく、あくまで引き起こし成しとげるという意思が評価されるのであり、「それ自体」とは「行為から独立に」という意味ではなく、「結果から独立に」という意味に解釈しなければならない、とされていることです（中島『カントの法論』ちくま学芸文庫 149 頁）。ですから、契約を履行しようと内心考えていても、履行に着手しないことはその不履行には道徳的価値を認めることができず、それは「義務に反する」行為であり、そもそも「義務にかなった」行為か「義務に基づく」行為かという区別がなされる行為ではないこととなります。従って、「義務にかなった」行為かどうかは Gesetzmäßigkeit の問題であり、それが「義務に基づく」という動機からの行為であるかどうかは Sittlichkeit の問題だ、ということとなります。

H：なるほど、そうした説明を聞けば、まず法論が、その後で徳論が論じられるというカントの構想が、むしろ常識からも理解できる気がしますね。

T：それから、翻訳書の問題ですが、私たちの目からして新しい翻訳が必ずしもより読みやすくなるというわけではないことがあります。これは分野による関心の違いから生じがちです。とはいっても、法理論に関わることは、ある程度民法学で確立している訳語を選択しておいて、その上で法律学を勉強した読者がカントの用いは違うのだ、と考えるようにした方が生産的だと思います。そういう意味で法学の目からすると、岩波書店の新しい全集や理想社の全集に比べ中央公論社の世界の名著の訳が比較的読みやすいですが、それでも、この戦後の三つの訳はいずれも、例えば、物権法における所有権取得で、originarius, ursprünglich の取得を「根源的取得」と訳しています。確かに、他の箇所との整合性や、あるいは中世以来の神から授けられた共有状態から最初の個人所有への分配の含意を考えてのことかもしれませんが、やはり原始的取得と訳されていないと全体が読みづらくなっていることは否めません。

H：そうですね。ところで Hattenhauer は、以下のカントによる債権の定義を紹介しています。難しいので、Hattenhauer の西語訳からのもの他、W. Hastie による

英訳と、新旧二つの仏訳 J. Barni (1853) と A. Philonenko (1971) によるもの ([] で示す) を参考にまで付けておきます。

他人の意思を、私の意思によって、自由の法則に則って、ある一定の行為へと定める能力としての、他人の意思の占有（他人の因果関係との関連で、外にある私のものとあなたのもの）

der Besitz der Willkühr eines andern, als Vermögen, sie durch die meien nach Freiheitsgesetzen zu einer gewissen Tat zu bestimmen (das äußere Mein und Dein in Ansehung der Kasualität eines Anderen)

La posesión, como patrimonio, del libre albedrído de otro, para a través del mío, y según las leyes de la libertad, destinarlo a un hecho determinado (lo Mío y lo Tuyo exteriores en relación con la casualidad de otro)

La possession de l'arbitre d'un autre [personne] comme faculté de le déterminer par mon [propre] arbitre à une certaine action suivant [compatible avec] les lois de la liberté (le mien et le tien extèrieurs en rapport [relativement] à la causalité d'autrui) .

そして、Hattenhauer は、このカント哲学における債権法の意味をおおよそ次のようにまとめています。

債権債務論は、自由の中で行動する人格に依拠し、少なくとも二人の人格の存在を前提としている。そのうちの一人は、自己の自由の一部を他人の処分に委ね、相手方は、他人の意思に作用するが、それはあくまで自由の一般的な法則と合致していることである。その意思を約束の行為を履行するように強制するわけであり、その意思は厳密に特定していることが要求される。債務者は、自己の行為のストックから個々の行為を選び出し、法律行為によってその行為を債権者の処分に委ね、債権者は、債務者の自由の占有を任意に用いることになる。債権 (obligatio) とは、適法に移された自由であり、適法に取得された他人の意思に対する支配の行使、あるいは意思に基づく他人の行為に対する支配の行使である。こうしてカントは、債権の総体を *das persönliche Recht* と名付けた。

Hattenhauer は、このように *das persönliche Recht* と名付けたことの意味につき、ローマの債務法という鎖の発想から自由の命令の下で自由の *persönliche Recht* になった、と評価していました。

T: 法律家なら *das persönliche Recht* を、物権あるいは対物権との対比で、とりあえず対人権や債権と訳しそうですが、ここではそれまでの鎖 (obligare) さらには義務ではなく、人格の自由を基本に構築されている法という意味で債権法を形容す

るのに Person 概念が用いられていますね。ここでの Hattenhauer の解説をふまえると、哲学用語の訳語の選択について先に述べたこととは違うことがあてはまりそうですね。

I：ええ、内容的にもカントの債権概念が我々の概念と相当に異なるのは、不法行為に基づく債権を認めていないことですね。これによっては、債権者が有していたものが減少されずに保たれるに過ぎず、それ以上のものを取得することにはならない、つまり我々の財産の増加（eine Mehrung de Vermögens）を意味しないから、というのがカントのあげる理由です。そうだとするとカントの債権法は構想という点で我々の法に強い影響を与えなかったとも言えそうです。それはともかく、債権債務法を、人を鎖で拘束する人の不自由の面から、自由の一部の取得とみたことを、Hattenhauer はカントによる債権法におけるコペルニクスの転換だと表現し、この転換を法解釈学において受け止め実現したのが、サヴィニーだとしています。

H：ここで Hattenhauer は、カントとサヴィニーの違いに注目してゆきます。サヴィニーにとって、彼の法解釈学の基礎は、人格とその自由の理論ではなく法律関係の理論であった、として『現代ローマ法体系』第1巻第4節を引用しています。

我々を実生活においてあらゆる側から取り囲み浸透するような法状態を考察すると、我々には、そこでまず、個々人に帰属する力が現れる。その力とは、つまり、個人の意思が支配する、しかも我々が同意して支配する領域である。Betrachten wir den Rechtszustand, so wie er uns im wirklichen Leben von allen Seiten umgibt und durchdringt, so erscheint uns darin zunächst die der einzelnen Person zustehende Macht: ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht, und unserer Einstimmung herrscht.

Le droit, si nous le considérons tel que dans la vie réelle il nous entoure et nous pénètre de tous côtés, nous apparaît comme un pouvoir de l'individu: Dans les limites de ce pouvoir, la volonté de l'individu règne, et règne du consentement de tous.

そして Hattenhauer は、サヴィニーにつき次のことを指摘しています。

即ち、「現象」つまり客体としての人格という表現を用いていたその人格の意思がその意思にあてがわれる領域において支配することにつき、サヴィニーは、意思がそれを行うのは法共同体のメンバーがこの支配に同意していたからであり、意思の支配があらゆる立法にとって予め設定された基本権（Grundrecht）であったからではないと考えていた、というのです。サヴィニーは、限界の定められた人格の持つ支配の力に民法体系の最高の目的を見てはいなかったわけです。言い換えれば、

権利と名付けられた、人格が行使する力が魔術から解放された、と評価されています。そして『体系』第4節の以下の文が引用されています。

我々の判断のこの論理的形式は、偶発的な必要性によってのみ生じたこと、そしてこの形式が物の本質を汲み尽くすものではなく、より深い基礎さえ必要であったこと。この基礎を我々は法律関係の中に見い出す。この法律関係は、あらゆる個々の権利は、抽象によって取り除かれた特別な側のみを表わしており、個々の権利に対する判断さえも、法律関係の全体的直観から出る限りで、真実であり説得的でありうる。

dass diese logische Form eines Urteils nur durch das zufällige Bedürfnis hervorgerufen ist, und dass sie das Wesen der Sache nicht erschöpft, sondern selbst einer tieferen Grundlage bedarf. Diese nun finden wir in dem Rechtsverhältnis, von welchem jedes einzelne Recht nur eine besondere, durch Abstraktion ausgeschiedene Seite darstellt, so dass selbst das Urteil über das einzelne Recht nur insofern wahr und überzeugend sein kann, als es von der Gesamtanschauung des Rechtsverhältnisses ausgeht.

que la forme logique d'un jugement tient à un besoin accidentel; que loin d'épuiser l'essence de la chose, cette forme suppose une réalité plus profonde, c'est le rapport de droit dont chaque droit n'est qu'une face diverse considérée abstractivement; ainsi, un jugement sur un droit spécial n'est vrai et raisonnable que s'il dérive d'une vue complète du rapport de droit.

I : サヴィニーは単に相手方の自由に影響を及ぼす権利、それから制約される義務と捉えるのではなく、法律関係を重視することになる、というのがHattenhauerの見方です。この点は、節を改めて検討することになります。カントを媒介にしつつも、サヴィニーは法学に独自の新たな基盤を与えていくことになると解されています。