

《論 説》

スイス債務法 (SOR) とスイス民法 (ZGB) (1)

小 野 秀 誠

- I スイス法の沿革
- II スイス法の体系
- III スイス法上の人と業績 (以上、本号)
- IV むすび

I スイス法の沿革

1 スイス法の概観

(1) 21世紀の初頭は、いくつかの近代法典の記念碑的な祝賀日によって特徴づけられた。2000年は、1900年のドイツ民法典 (BGB) の発効から100周年であり、2004年は、1804年のフランス民法典の発効から200周年である。そして、2011年は、1811年のオーストリア一般民法典 (ABGB) の発効から200周年であった。さらに、2012年は、1912年のスイス民法典 (SZG) と同年に改定された (現在の) スイス債務法典 (SOR) との発効から100周年にあたる。前二者については、各当事国はもとより、わがくにでもかなりの注目が集められた。しかし、後二者、とくにスイス法については、わがくにではあまり注目を集めることはなかった¹⁾。本稿は、やや遅ればせながらも、比較法的に有為なこの立法につ

1) 筆者は、ドイツ民法典については、「ドイツの2001年債務法現代化法」国際商事29巻7号、8号ほかの沿革研究を、フランス民法典については、Das Jananische Recht und der Code Civil als Modell der Rechtsvergleichung, Hitotsubashi Journal Law and

いて検討しようとするものである。

スイスでは、自国の民法典の100周年を記念して、早くも2007年12月10日に、国民議会ホール(Nationalratssaal)で、記念式典が催された。また、民法典の歴史と意義についての展示が議会建物でなされ、その後各地の大学法学部などでも展示が行われた。これらは、法典の成立日を基準とするものであった。これを契機とする研究も多数行われたことから、それらをも参照して、本稿は、とくに、このスイスの私法の制定と発展およびその特徴を、これに寄与した人物の事跡をたどることによって明らかにし、現代的問題にもふれ、ひいてはわが法の考察にも参照しようとするものである。

(2) 大陸法の各国の私法制度は、ローマ法の継受の態様によって特徴づけられる。ドイツにおいては、その包括的継受(Receptio in complexu)が特徴であり、近代法は、外来のローマ法により基礎づけられ、在来の法が押し退けられ、法の体系と学問化も、ローマ法を対象とするパンデクテン法学によったのである。これに対し、フランス法は、南部・成文法地域のローマ法と北部・慣習法地域の固有法との混合によって、さらに、イギリス法は、ローマ法の拒絶によって、それぞれ特徴づけられる。

ヨーロッパ大陸の中央部に位置しながらも、スイスにおいては、ローマ法の包括的継受は起こらなかった。早くに神聖ローマ帝国の羈絆を脱したスイスでは、土着の共同体の独立性の理念が強かったからである。また、スイスには、ローマ法の継受を可能とする皇帝や諸侯の政府も、学識ある法律家の指導もなかった。その結果、法の学問化(ローマ法化)は徹底されず、素人裁判官の手にとどめられたのである²⁾。こうしたスイス法の性格は、後代まで影響し、立

Politics, vol.34 (2006), ABGBについては、「ビドリンスキーとオーストリア民法学の発展」国際商事法務39巻10号、「オーストリア一般民法典(1811年, ABGB)の200年—啓蒙と官房学の結合—」橋法学14巻2号3頁などを公表している。また、オーストリア法については、五十嵐清「オーストリア民法典の200年」札幌法学25巻2号がある。

2) ツヴァイゲルト・ケッツ・比較法概論原論(上・1974年)311頁。Zweigert/ Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3.Aufl., 1996, S.165ff.(§13).

Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1967, S.491.ヴィアカーの初版につい

法が行われる場合にはつねに、法の適用は、概念的に正確で体系的であることよりも、明確で通俗的であることが求められたのである。

もっとも、一部のカントン(州)、たとえば、バーゼルやシャフハウゼンでは、ローマ法は相当の通用力を有し、個別のローマ的な制度が継受されることはあった。これは、スイスが、たとえローマ法を包括的には継受しなかったとしても、その通過地点であったことと、中世の慣習法には、近代的な取引に必要な債務法が大幅に欠けていたことから不可避であった。商人法には、ローマ法の影響が不可欠であったのである。また、ローマ法の影響が大きく、個別のカントンには普通法地域とみるべき場所もある。しかし、全体として、ローマ法の影響を最小限にとどめているという意味では、スイス法は、いわゆるゲルマン法系の立法と位置づけることができる。連邦の全体の観点からは、スイス法の淵源は、慣習と素人裁判官の下にとどまったからである。

(3) もう1つのスイス法の特徴は、スイスの国家体制、すなわち緩い連邦性に由来する。これが修正されるには、1847年の内戦である分離同盟戦争が契機となる(後述Ⅲ4のムンツィンガーの項目を参照)。ただし、沿革的な多様性は、今日にまで影響を残している。

18世紀末には、啓蒙主義の法典編纂の理念があり、その理念は、スイスにも影響した。そこで、フランス革命とフランスの傀儡であるヘルヴェティア共和国もこれを目ざした。こうした国家や連邦のレベルでの統一法典は実現できなかったが、諸カントンのレベルでは、絶え間なく法典編纂が試みられた。19世紀を通じて、多くのカントンが法典を備えたが、その性質は、必ずしも統一的なものではなく、影響を与えた法により区分されるのである。

第1は、もっとも早く、啓蒙思想とコード・シヴィルの影響をうけたものである。19世紀初頭までに、フランス革命と革命軍によってもたらされたもので

ては、鈴木禄弥訳・近世私法史(1961年)593頁がある。同書によれば、スイスとドイツの違いは、第1に、スイスは、1848年に、人民主権のもとに、国民的結集に成功しており、第2に、高度の技術的能力と同時に、強力な市民感覚が付け加えられていたのである。Vgl. Müller-Büchi, Aus der Vorgeschichte der Zivilrechts-Einheit, ZSR 81 (1962)I, S.75.

あり、その影響は、長くフランス語地域に有力なものとなった。とくに、ジュネーブ、ヴァー、ヴァリス、西スイスとテッシンなどにみられる。かりに、ヘルヴェティア共和国の法典が成立にいたったとすれば、1838年のオランダ民法のように、その内容は、大幅にコード・シヴィルに依拠するものとなったであろう。おそらくその状況は、ライン左岸のドイツの地域とも共通する(ライン・フランス法)。

第2は、ベルンの法典である。同法典は、時期的にはドイツ法系の立法としてはもっとも古く 1820年代に遡る。そのモデルとなったのは、古ベルン法とオーストリアの ABGB (1811年)である³⁾。ナポレオンの没落後のウィーン体制による反動期の産物であり、ルツェルン、ゾロツールン、アーガウの法もこれにもとづいていた。

第3は、ブルンチュリ (Johann Caspar Bluntschli, 後述Ⅲ3)の起草した、チューリヒの州(カントン)私法典である(Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, 1853/56)。この私法典はたんに同州だけではなく、東と北スイスの諸カントンに広く適用されていた(チューリヒ、テュルガウ、シャフハウゼン、グラウビュンデンなど)。この私法典には、歴史法学と 19世紀のパンデクテン法学の影響がみられる。ブルンチュリは、ドイツで法学を学び、歴史法学の手法を身につけたからである⁴⁾。この系譜を通じて、スイス法には、ローマ法のほかゲルマン法の影響もみられることになったのである。一部の立法はあっても、スイスにおける普通法地域の一部ともいえる。

第4は、有力な立法がない地域である。バーゼル、ザンクト・ガーレン、ア

3) ABGBとスイス法の関係について、Oberhammer, ABGB und schweizerisches Privatrecht: Eine Spurensuche, Fischer-Czermak, in (hrsg.) Fischer-Czermak, Hopf, Kathrein, Schauer, Festschrift 200 Jahre ABGB, 2.Bde. 2011, S.219.

スイスの各カントン法については、Meili, Die Kodifikation des internationalen Civil- und Handelsrechts, 1891, S.52ff. に詳しい。対象は、人の能力や法の適用の部分など一部であるが、19世紀のカントン法の性質を反映している。

4) ツヴァイゲルト・ケッツ・前掲書312頁。Zweigert/Kötz, a.a.O., S.167.

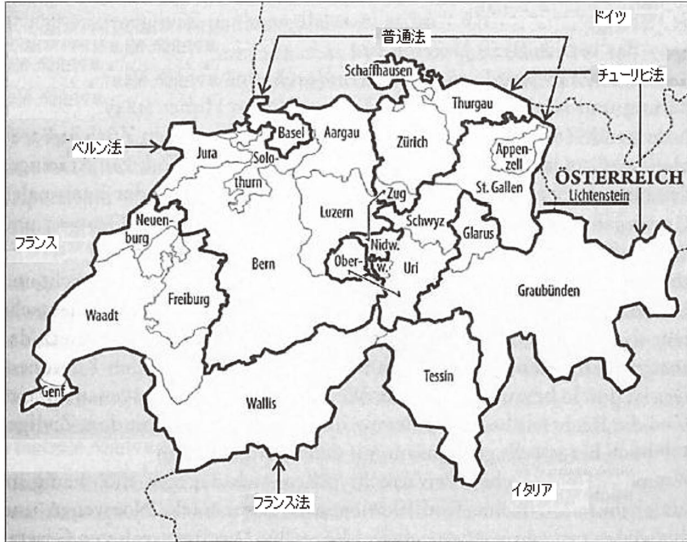
Bluntschli, Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, Bde.3 1855.

ペンツェル、シュヴィッツ、ウーリなどである。これらのカントンは、旧来の普通法のままとどまった地域である（ローマ法の現代的慣用）。

このように、かなり異質の法が併存したために、緩い連合体にすぎない連邦の立法は、19世紀になっても、一面的なモデルによることはできず、伝統的なスイスの慣習と素人裁判官の法という性格を全面的に転換するにはいたらなかった。そこで、新たな法典は、一面的な思想にもとづいて演繹されるようなものではあらず、多くの点で不完全で、通俗的な性格をもつことになり、かつ裁判官の判断を媒介にすることが必然となったのである。スイスの立法には、裁判官の裁量を広く肯定する性格が残されている（とりわけスイス民法1条2項と4条が著名である。後述3参照）。

ドイツ語とロマンス語のスイスの地域の分裂、ドイツ語地域でもカントンごとの独自性、さらにカトリックとプロテスタントの混在などは、その後の法統一のプロセスでも、種々の困難を生じた。とくに、夫婦財産制、相続法、土地

1850年ごろのスイス法



Vgl. Wesel, Geschichte des Rechts in Europa, 2010, S. 483.

債務などにみられる。

2 債務法 (SOR) と民法典 (SZG) の立法の経過

(1) 他国と同様に、19世紀も後半になると、スイスでも経済的関係の広域化から、法の統一が課題となった。伝統的なスイス共同体 (Eidgenossenschaft) は、緩い連合体にすぎなかったから、連邦が統一法をもつべきかどうかについては、かなりの争いがあった⁵⁾。しかし、しだいに法の統一の機運は高まり、1874年には、連邦憲法が改正され、債務法と商法の管轄権が連邦に付与された。

時期的には、1816年のドイツ連邦の立法作業が、普通商法典 (ADHGB、1861年) と、債務法のみ統一作業であるドレスデン草案 (Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, 1866年) をもたらしたのに類似するが、それよりもやや遅れる。すなわち、統一されたドイツ (1871年のビスマルク帝国) でも、当初は、私法全体の統一は行われず、まだ商法と債権法の範囲にとどまったからである。ドイツでも、物権法や家族法などを含めた民法全体は、まだ統一の対象となっていなかったのである。統一民法典は、1900年までの課題となった。

5) Vgl. von Moos, Das schweizerische Zivilgesetzbuch und sein Schöpfer, ZSR 81 (1962) I, S.1. もっとも、スイスの国家理念をどこに求めるかには、前世紀以来の争いがある。Riklin, Die schweizerische Staatsidee, ZSR 101 (1982), S.218ff. また、700 Jahre Eidgenossenschaft Schweizerisches Recht heute und morgen, Le 700e anniversaire de la Confédération suisse, Le Droit suisse aujourd'hui et demain, ZSR 110 I (1991), S.1; Saladin, Zur Einleitung, Die Schweizerische Eidgenossenschaft am Anfang ihres achten Jahrhunderts, ZSR 110 (1991), S.3ff. は、現在の特性として、意思結合的な国家 (Willensnation) である連邦国家としている。ほかに、半・直接民主制、法治国家、社会国家である経済社会、中立国家を特性とし、環境保護的、キリスト教的な性格については、やや疑問符が必要とする。

スイス法の発展については、多くのテキストやコンメンタールもふれている。たとえば、Egger, Escher, Haab, Oser, (Zürischer) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I, Einleitung und Personenrecht, 2. Aufl., 1930, S.3ff. (以下、Egger で引用する)。とくに法統一につき、S.14ff.

スイスにおいては、1881年に、まず商法と債務法の統一法典である旧債務法典(SOR)が制定・施行された。内容的に、この法典は、普通商法典とドレスデン草案を結合したものに近かった。すなわち、対象は、取引法のみであり、物権法に関連する部分を含まない。そこで、この旧債務法典は、不動産売買の規定を有さず、その反面、動産については所有権の取得、占有質までも含んでいたのである。場合によっては、民法を超える商法的性格をも有していた⁶⁾。今日までみられるスイス債務法の民商統一法的な性格は、それが普通商法典に由来するとの沿革にもとづくものである。そこで、スイス債務法をもって、民商法を統一した、民法の商化の積極的な例と捉えるのはミスリーディングであ

6) Honsell, 100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, ZSR 130 (2011)II, S.11.

1864年のスイス商法草案については、Munzinger, Motive zu dem Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechtes, 1865, S.189ff.; Staehelin, Der Entwurf eines schweizerischen Handelsrechts von 1864,^②(後注20参照) S.31.(動産取引の規定もあった)。また、ドレスデン草案とスイス債務法については、Benöhr, Der Dresdner Entwurf von 1866 und das Schweizerische Obligationenrecht von 1881, Motivationen der Redaktoren und Lösungen in den Kodifikationen,^②(後注20参照)S.57.

ドレスデン草案の編者 B.Franckeは、ザクセンの地区裁判所判事(Bezirksgerichtsrath)であった。草案の成立当時、オーストリア中心の大ドイツ主義と、プロイセン中心の小ドイツ主義の選択は未決着であり、第三勢力であるザクセンや南ドイツが主導する余地があったのである。プロイセンは、ドイツ統一までドレスデン草案には消極的であったが、ドレスデン草案は、民法典制定の過程でようやく起草の基礎となったのである。

18世紀には、各ラントのレベルでも、民法のほか、商法やその草案も数多く起草された。おおむね商法が先行し、債権法的内容も含まれている。たとえば、1839年の、ヴェルテンベルク商法典である(手形法は1759年)。起草にあたったのは、上級裁判所判事(Obertribunalrathe)の Hosacker であった。ちなみに、フランス法の影響が大きく、所有権の移転は意思主義により、危険負担は引渡主義によっている(ともに304条。フ民1138条参照)。送付売買の危険は、運送人への引渡の時に移転する(305条。ド民477条参照)。当時、フランス商法(Code de commerce)は、最新の立法であった。もっとも、ドイツ法的な修正が加えられている。Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Königreich Württemberg mit Motiven, I, Theil, Entwurf des HGB, 1839, S.93.

る。

他方、ドレスデン草案は、ドイツ民法典の淵源の1つ（債務法）でもあることから、スイス債務法がドイツ民法典（とくに債務法の部分）に近い内容をもつ原因ともなっている。ドイツでは、ドイツ民法典制定の第1委員会で、債務法担当の Kübelが病気になったことから、債務法はドレスデン草案を基礎としたからである⁷⁾。

有力な法曹団体であるスイス法曹会 (Schweizerischer Juristenverein) は、1861年ごろから法の統一を求め、1868年の大会 (Solothurn) では、統一的なスイス債務法の制定を連邦議会に求めた⁸⁾。そして、連邦評議会は、ムンツィ

7) この間の事情については、ドイツ民法典の理由書 (Motive) の序 (Vorwort) に詳しい。Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung, 1888, Vorwort, S.V. ドレスデン草案については、Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse (hrsg. Francke), 1866 (Neud.1973がある) を参照。

スイス商法については、債務法の起草者ムンツィンガーの手による解説がある。Munzinger, Motive zu dem Entwurfe eines schweizerischen Handelsrecht, 1865. これも、司法省の依頼によるものである (Auftrage des Tit. schweiz. Justiz- und Polizeidepartments verfasst von der Redaktor des Entwurfes)。債務法と独立の法典がまったく考慮されなかったわけではない。ただし、対象は、商人と商業帳簿、商事会社、動産取引 (売買、委託、運送など) だけである。

8) スイス法曹会の原型は、1861年にルツェルンにできた。Vgl. Reichel, Zum 50. Gründungsfeste des Schweizerischen Juristenvereins in Luzern, SJZ 8 (1911), S.77 は、その50年を祝賀するものである。

この法曹会は、スイス法の統一のための法源の収集を目的に設立された。もともとは、法源収集委員会 (Rechtsquellenkommission) であった。その活動により、100巻6万頁を超える法源を収集した。中世から 1798 年までがカバーされている。その成果が、Sammlung Schweizerischer Rechtsquellenであり、今日では、カントンごとに整理されている。法曹会は、1894年に、現在の形に再編され、存続している。

歴代の会長は、以下のとおりである。在任期間はかなり長い。ホームページがある。Rechtsquellenstiftung des Schweizerischen Juristenvereins (<http://www.ssrq-sds-fds.ch/typo3/index.php?id=2>)。

ンガー (Walter Munzinger, ベルン大学) に、債務法草案の起草を委託した。草案は、3年後の 1871年には、完成した。ムンツィンガーは、1873年に死亡したが、翌1874年に上述の憲法改正が行われたのである。草案は、委員会に附され、この委員会には、著名な法学者であるブルンチュリ、ホイスラー、ヴィース (Friedrich von Wyss) も属していた。債務法は、1881年に成立し、1883年に発効した。

このように、債務法の制定には、ムンツィンガーの貢献が大きいですが、彼は、スイス民法典の起草者フーバーほどには取りあげられてこなかった(後述Ⅲ6)。債務法制定の前、1873年に亡くなったからである。また、ゲルマニストであっ

1894 - 1921 Andreas Heusler
1921 - 1935 Walther Merz
1935 - 1960 Hermann Rennefahrt
1960 - 1966 Jacob Wackernagel
1966 - 1988 Hans Herold
1988 - 2006 Claudio Soliva
2006 - Lukas Gschwend

Vgl. Gschwend, Die Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen, hrsg. von der Rechtsquellenstiftung des Schweizerischen Juristenvereins: Ein Monumentalwerk rechtshistorischer Grundlagenforschung, Zeitschrift für Schweizerisches Recht. Bd. 126/1, 2007, S. 435ff.; ders., Bericht des Präsidenten der Rechtsquellenstiftung des Schweizerischen Juristenvereins für das Geschäftsjahr 2006-Juni 2007, ib. Bd. 126/1, S. 435ff.

2011年は、債務法制定から100周年であるだけでなく、この法曹会の設立150周年でもある。Gschwend/Ingber/Wehrle, 150 Jahre Schweizerischer Juristenverein (1861-2011), ZSR 2011, S.9; Garré, La diffusion de una cultura scientifica del diritto in Svizzera, ib., p.189; Dunand, D'une codification à l'autre: le rôle de la Société suisse des juristes dans l'unification du droit suisse, ib., p.213.

なお、連邦民法は、1875年7月1日に発効した (Zivilprozessordnung Vom 8. Februar 1875)。

Vgl. Merz, Die Quellen des schweizerischen obligationenrechts von 1881, Ein Beispiel interner Rechtsvereinheitlichung, Fests. f. Zweigert, 1981, S. 667.

たフーバーの功績との比較から、不当に等閑視されている観がある⁹⁾。ただし、その個性と債務法の性格を決定した点（パンデクテン法学の採用）には注目すべき点がある（後述Ⅲ4）。取引法は、いわゆるゲルマン法にとって、もっとも脆弱な部分だったからである。

債務法成立後、スイス法曹会は、1884年には、さらなる法の統一の準備作業として、カントンの民法の比較研究を行うことを決議した。そのための法源収集委員会には、上述のホイスラー、フーバーのほか、連邦裁判官の Charles Soldan, フライブルク大学 (Breisgau) の Ulrich Stutz などが属していた。法統一の動きをうけ、1893年ごろから、政府によって各カントンの意見が求められ、連邦裁判所 (Bundesgericht) も、1894年10月21日に意見書を公表した。そして、スイス民法典の草案の編纂が、正式に、スイスの連邦評議会 (司法大臣、Ruchonnet) からフーバー (Eugen Huber, バーゼル大学) に委託されたのである。

なお、スイスの連邦評議会 (Bundesrat) は、同名のドイツの連邦の参議院 (立法機関) とは異なり、連邦政府をさす。議会というよりも、連邦政府 (行政機関) にあたる。7人の連邦評議員からなり、彼らは大臣に相当する。つまり、連邦評議会は内閣に相当する。また、連邦評議員の1人が任期1年ごとに連邦大統領をも兼任する¹⁰⁾。

9) 不当に等閑視されているのは、ムンツィンガーだけではなく、債務法典そのものも同様であり、スイス私法の歴史という点、スイス民法典ばかりが採り上げられる傾向がある。ツヴァイゲルト・ケッツ・前掲書 (前注2) でも、おもな記述は、スイス民法典である (上311頁以下)。また、近時の五十嵐清・ヨーロッパ私法への道 (2016年) でも、スイス債務法の成立には、6行しかふれられていない。

10) 立法権は、連邦集会 = 議会 (Bundesversammlung) にあり、これは、国民議会 (Nationalrat, 200議員) と参議院 (Ständerat, 46議員) からなる。参議院では、全26州のうち、20州は2名、6州は1名の議員を選出するのである。

スイスの最高裁である連邦裁判所 (Bundesgericht) はローザンヌにある (38裁判官)。社会保険を管轄する部は、ルツェルンにある (2006年)。連邦の裁判所としては、連邦刑事裁判所 (Bundesstrafgericht, Bellinzona, 2004年)、と連邦行政裁判所 (Bundesverwaltungsgericht, St. Gallen, 2007年) があるが、憲法裁判所はない。連

フーバーは、この評議会からの委託により、大著 *System und Geschichte des schweizerischen Privatrecht*, 1886-93 を完成させ、その前1-3巻において、諸カントンの法状況を、第4巻でスイス法の歴史を明らかにしたのである。起草作業が続けられ、やがてフーバーの民法典草案は、小委員会で審議され、その後司法省案となった(1896/1900年)。

(2) 1898年11月13日に、ふたたび連邦憲法が改正され、連邦の立法権は、私法全体にまで拡大された。最大の障害は、保守的(緩い)連邦主義であり、これはとくに、カトリックの分離同盟のカントンにみられたのである(ムンツィンガーとの関係で後述する)。しかし、19世紀の末に、これら形式的・実質的な障害は取り去られた。

1900年にすでに完成したフーバーの草案は、公開の討論に付された。1901年から1903年の専門委員会で、新たに修正され、公開された。フーバーは、草案を作成しただけではなく、国民議会(Nationalrat)議員としても、法典の成立に努力した。1905年に、連邦評議会は、最終草案を連邦集会=議会(Bundesversammlung, これは、国民議会=Nationalrat と州代表の参議院=Ständeratからなる)にかけた。フーバーは、草案の説明を行い答弁した。民法典は、両院で承認され、1907年12月10日に成立し、1912年1月1日から発効した¹¹⁾。

邦特許裁判所(Bundespatentgericht)も、St.Gallenにある(2012年)。

11) ツヴァイゲルト・ケッツ・前掲書315頁。Zweigert/Kötz, a.a.O., S.168. スイス法の制定過程については、Peyer, *Die Einwirkungen des ZGB. auf die bei seinem Inkrafttreten anhängigen Streitverhältnisse*, SJZ 8 (1911), S.1; Giesker-Zeller, *Zur Frage der Einwirkung des ZGB. auf pendente Prozesse*, ZSR 8 (1911), S.78.

民法のテキストやコンメンタールでも、必ずふれるところである。Egger, a. a.O.(前注5), S.3ff.; Gmür, *Einleitung, Hafter, Personenrecht*, ともに *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, I, 1919, S.

また、1962年が、発効から50周年のため、これを契機として多くの論文が出された。制定史や一般的な法史に関係するだけでも、以下がある。Merz, *Fünzig Jahre Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, JZ 1962, S.585; Liver, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Kodifikation und Rechtswissenschaft*, ZSR 80 (1961), S.193; ders.,

(3) 民法典成立前に、すでに存在していた債務法をどうするかは、大きな争点となった。1つには、これを存続させ、民法典と二本だてとする構成があり、もう1つには、債務法を民法に組み込む構成がある。後者の場合には、形式的にも完全な民商法統一の法典となる。

1904年の草案では、債務法を民法第5編として統合することを前提としていた。そこで、債務法からは、能力や社団、動産物権、株式会社、手形法に関する部分は除かれるものとされた（民商法の分離）。他方で、不動産売買、債務引受、贈与、倉庫、終身扶養の規定などが付加された。ドレスデン草案をモデルとした債務法は、基本的に動産取引と商事取引だけを念頭においていたからである。草案は、専門の（いわゆるランゲンタール）委員会で審議されたが、改正は、最低限のもの、すなわち、民法との適合（能力と動産物権の規定は民法典に移動）と制定後すでに20年になる債務法の不可欠な改正のみにとどめられ、たんに雇用契約の規定と、手形法の代わりに有価証券に関する規定を追加するのみとされた。これが、1905年草案といわれるものであり、議会に提出された。

しかし、追加された雇用契約の規定を不十分とする世論があり、議会もこれを承認しなかった。審議は、専門委員会に委ねられ、会社と有価証券に関するかなりの規定の削除、仲立契約の追加などが提案された。1907年には、新たな草案が議会に提出された。そして、1910年11月4日に、両院で可決された。改正は最小限にとどめられ、民商法の分離のような大きな修正はされなかったの

Einleitung, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, I, 1, 1966; Liver und Merz, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Entstehung und Bewahrung, ZSR 81 (1962), S.9,30.

ドイツ法との関係について、Gauye, Eugen Huber und das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch, ZSR 80 (1961), S.63; Rudolf Gmür, Das schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, 1965.

さらに、Gutzwiller, Der Standort des schweizerischen Rechts, ZSR 80 (1961), S.243; Simonius, Zur Erinnerung an die Entstehung des Zivilgesetzbuchs, ZSR 76 (1957), S.293; Yung, Le Code civil suisse et nous, ZSR 80 (1961), S.323.

である。

こうして、1881年の債務法は、民法典と合致するように、修正された。そこで、1881年法と1910年法では、条文の数や位置にはかなりの変動がある。民法と統合する予定が、のちに一部修正となったことから、一般契約法と不当利得、不法行為法の改正が行われ、1911年に完成し、1912年、民法典とともに発効した。

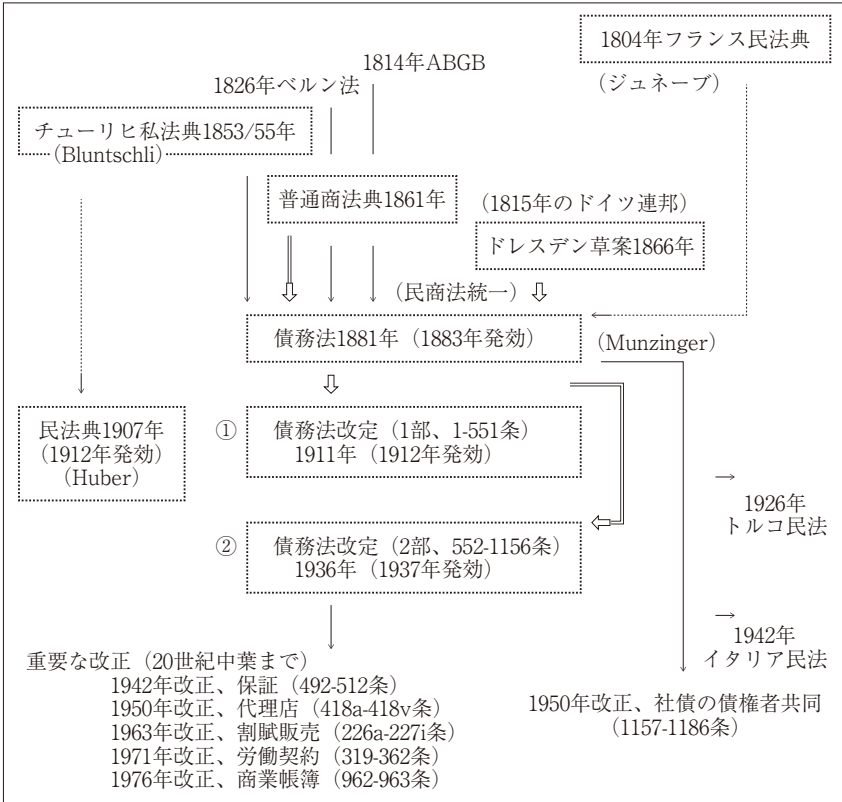
民法典は、人法、親族法、相続法、物権法をカバーし、債務法は、実質的にその債権編となっている。法律の体系上、債務法は、民法の第5部と位置づけられている。この段階では、民法典と債務法で、実質的な民法がカバーされたのである。両者をあわせると、おおむねパンデクテンの体系に従ったものとなっている。ただし、総則は存在しない。これは、1881年の債務法が契約の一般規定を有したために、これに代えて法律行為に関する一般規定をおく場合には、債務法の全面的な修正が必要と考えられたからである。そして、1つには、その時間的余裕がなかったことから、もう1つには、スイスの実務的感觉から、法律行為のおもな適用が契約法であることから、こうした手続を省くことが簡便でありかつ可能としたのである。そこで、スイス民法典は、債務法の一般的規定を、他の民法上の関係にも適用するとして（6条）、総則を債務法に前置する代わりに、債務法の一般規定を他の場合にも広く適用したのである¹²⁾。フーバーは、さらなる債務法の改正にも関与したが、1923年に亡くなった。

(4) 1936年に、会社法と有価証券法が大幅に修正され、スイス債務法は、民商法統一の形式のまま、債務法を拡大する傾向に踏み出している。この構成については、法典の体系との関係から後述しよう。

12) ツヴァイゲルト・ケッツ・前掲書（前注2）318頁。Zweigert/Kötz, aa.O., S.170.

制定時に、スイス民法に関するラーベルの一連の研究がある。Rabel ①, Bürgerliches Gesetzbuch und Schweizerisches Zivilgesetzbuch, DJZ 15 (1910), S.26 (Ges.Aufs. III, 1976, S.144); Rabel ②, Streifgänge im Schweizerischen Zivilgesetzbuch, RheinZ 2 (1910), S.308, 4 (1912), S.135 (Ges.Aufs. I, 1965, S.179, 210); Rabel ③, Einige bemerkenswerte Neuheiten im Schweizerischen Zivilgesetzbuch, GZ 62 (1911), S.161 (Ges.Aufs. I, 1965, S.268).

スイス法の発展 (19世紀と20世紀)



3 法典の特徴と影響

(1) スイス民法典の特徴は、その簡潔性と用語の簡明性である。民衆性に由来する。比較すると、ドイツ民法典 (BGB) は、完結した法典の体系を目ざしていた。しかし、スイス民法典は、意識的に、完全無欠な法規定を目的としていない。それぞれの制度の概括的規制をするにとどめており、あとは、裁判官の判断に任せるとの思想にもとづくものである。その結果、スイス民法典は、

BGB に比して条文が少なく、また一般条項の利用が多いのである。条文数が比較的少なく、規定が簡潔であるとの特徴は、日本民法典にも共通するところである¹³⁾。優れた大法典に必要な属性ともいえる。対照的なのは、ALR である。

用語の簡潔性については、もともとフーバーの目的でもあり、分かりやすく読みやすい法典が目ざされた。法技術的な表現や他の条文の準用は、注意深く避けられている¹⁴⁾。また、こうした態度は、スイス法の伝統にも適ったものである。

(2) スイス民法典の優秀性は、衆目の一致するところである。ドイツでも、BGB の体系や過度の概念的性質を批判する場合には、スイス法の簡潔性と簡明さが比較のためにもちだされ、称賛された。法史家のヴィアッカーは、スイス民法典こそが、19世紀のドイツ語圏の法律学の最大の成果としている¹⁵⁾。外国では、ギリシアやイタリアの民法典の参考となり、ハンガリー、メキシコ、モンテネグロでも参照された。1929年の、中国の民法典にも影響している（中

13) スイス法の明解性と民衆性は、衆目の一致するところである。Vgl. Honsell, a.a.O(前注6)„ S.5, S.16ff.; Pichonnaz, Le centenaire du Code des obligations, ZSR 130 (2011) II, S.1, S.117ff.

日本の民法の起草者は、法典が比較法的な所産であることは意識していたが、それは当初から諸法を参照することを予定したものであり、みずから完結した体系であるという大それた意図はもっていなかったからである。比較法的な所産については、Hozumi, *The New Japanese Civil Code, as material for the Study of Comparative Jurisprudence*, 1904, p.11; cf. Ono, *Comparative Law and the Civil Code of Japan* (2), *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, vol.25 (1997), p.29.

14) Honsell, a.a.O(前注6)„ S.18f.ツヴァイゲルト・ケッツ316頁。また、同317頁によれば、スイス法では、特定の特殊な条文の書き方によって密かに挙証責任の分配まで同時に規律するような要求は放棄されているのである。Zweigert/Kötz, a.a.O., S.170. 卓見である。私見によれば、これは利用者に分かりやすい法典という意味では、正当な態度である。私法規定中に証明責任をみざす議論が強いが、それは裁判官や統治者側の論理であり、逆立ちしている。スイス法の立証責任については、後述II 2(2)参照。日本の債務法改定論議のもっとも悪い点の1つは、この二兎を追う姿勢がとり入れられ、複雑な規定となっていることである。

15) Wieacker, a.a.O. S.491.鈴木緑弥訳・593頁。

華国民法である。その前には、1911年の大清民律草案がある)。イタリア法の民商法の統一の構成は、スイス法をモデルとしている。ただし、前述のように、スイス法の民商法統一は、理念的というよりは、沿革にもとづくものである。さらに、トルコでは、包括的に法典のモデルとなった。トルコでは、スイス民法典は、ほとんど修正なしに1926年の民法典として施行されたのである¹⁶⁾。

なお、トルコ法との関係では、まったく異なる社会的・宗教的基盤の土地に、他国の立法が導入されたことに、法社会学的な疑問が生じる。古典的な自然法理論では可能なこの実験は、慣習や歴史的発展にもとづくものではなく、歴史法学的には、ありえないからである。

もっとも、この継受は、必ずしもスイス法の優秀性だけに根ざすものではない。すなわち、法は、社会・経済のたんなる上部構造ではなく、ときにはその基盤に影響を与えることが意図されることもある。トルコでは、立法者、とくにケマル・アタチュルク (Kemal Atatürk, 1881-1938. 1923年に大統領) に、トルコの生活状態を近代化するために、イスラムの法慣習を、この継受を通じ

16) Honsell, aa.O., S.15f.ツヴァイゲルト・ケッツ327頁。同書は、なぜトルコでスイス法が採用されたかについては、当時の司法大臣がスイスで法学を学んだという偶然に帰する Hirsch の説を紹介している。Zweigert/Kötz, aa.O., S.175. 法は、こうして全体的に選択されるだけでなく、個別の条文においても選択されることがあり、多様な取捨選択が、各法の特徴となるのである。

スイス法自体においては、ムンツィンガーが、債務法の制定にあたり、フランス法に造詣が深かったのにもかかわらず、意図的にこれを排したことが注目される(後述)。

なお、あまり知られていないが、スイス民法は、台湾民法(華国民法)の編別にも影響を与えており、台湾民法が、不法行為を債法の総則におくのは(184条以下)、スイス債務法が、債権の成立原因の中に、契約や不当利得と並列することになったのである。もっとも、不法行為の内容そのものは、ドイツ式であり、おおむねドイツ民法典823条1項の権利侵害、2項の保護法規違反、826条の良俗違反に対応して、184条1項前段、同後段、2項がおかれている(前田達明編・史料民法典(2004年)1616頁参照)。

て廃止する意図があり、そのために、まったく別個の社会的、宗教的構造をもった社会の法典が採用されたのである。こうした意図の下で、トルコの民法典は1926年2月17日に、債務法は同年4月22日に成立し、民法典は6か月、債務法もわずか4か月の後に発効するものとされた。実際に発効されたのは、ともに1926年10月4日であった¹⁷⁾。

そして、こうした社会改良のための場合でも、社会の実体にあわせるには、特別法が必要であった。たとえば、トルコ法では、法律が民事婚を強制した結果、宗教婚のみの婚外子が増加し、それは、特別法による準正で初めて救済されたからである。この例は、日本法にも参考となる。日本法でも、明治民法による法律婚の導入にあたっては、推定されない嫡出子のような判例法の影響が、とりわけ大きかったからである^{18) 19)}。

17) 同書。Ib. スイス民法のトルコ法への影響については、Pritsch, Die Rezeption des Schweizerischen Zivilrechts in der Türkei, SJZ 23 (1927), S.273; Velidedeoglu, Erfahrungen mit dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch in der Türkei, ZSR 81 (1962), S.51.

また、Honsell, aa.O., S.5; Kieser, Meier, Stoffel (hrsg.), Revolution islamischen Rechts, Das Schweizer ZGB in der Türkei (Schriftenreihe der Stiftung Forschungsstelle Schweiz-Türkei. Nr.2), 2008.

18) 嫡出子についても、わがリーディング・ケースである大審院民事連合部判決・昭15・1・23民集19巻54頁は、内縁関係が先行する場合には、婚姻成立後200日以内に生まれた子は、当然に（推定されない）嫡出子となるとした。ただし、婚姻解消後300日以内に生まれた子が前夫の子と推定されることの不合理的は、いまだに解決されず、300日問題として社会問題となっている。推定の制限法理が待たれる。

19) また、日本の樽入れ婚、足入れ婚に対する内縁の保護も、判例によっている（婚姻予約の理論。大判大4・1・26民録21輯49頁、大判大11・6・3民集1巻280頁など）。これも、社会と法の乖離を原因とするものである。

II スイス法の体系

1 スイス債務法

(1) スイス債務法は、1編・総則(1-183条)、2編・個別の契約関係(184-551条)、3編・商法と共同体(552-926条)、4編・商業登記・事業会社・商業帳簿(927-964条)、5編・有価証券(965-1186条)の配列である。

このうち、1編、2編は、ドレスデン草案に由来する部分である。そして、1編・総則は、もともと契約の総則だけを意味していたが、一面では、民法典にパンデクテン体系の総則にあたるものがないことから、法律行為などの総則としての性格もあり、他面では、狭義の契約の総則のほかに、債権総論をも包含している。とくに、債務の発生(1-67条)、効力(68-113条)、消滅(114-142条)、債務の特別な関係=多数当事者の債務関係(143-163条)、債権譲渡と債務引受(164-183条)という構成は、債権総論の構造を反映している²⁰⁾。

20) Schöenberger/ Jäggi, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 1a, 1973, S.1ff.; Becker, Obligationenrecht, Bd.1 1917, Bd.2 1934; von Tuhr, Allgemeiner Teil des schweiz.OR, 2 Bde., 1924/25; Guhl, Das schweiz.OR, 5.Aufl., 1956などのコンメンタールに詳しい。また、Schmid und Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil(beg.v.Gauch und Schluép), Bd.I, 2014, S.17 (Rdn.33ff.)

なお、1981年^が、旧債務法制定から100年にあたるため、これを記念する論文が多数出された。ZSR 102 II(1983)の特集号(以下①)と、単行本では、Peter/Starck/Tercier(hrsg.), Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Le Centenaire du Code des Obligations, 1982(以下②)がまとまっている。

Bucher, 100 Jahre Schweizer Obligationenrecht, wo stehen wir heute im Privatrecht, ① ZSR 102 II(1983), S.251ff.; Engel, Cent ans de contrat sous l'empire des dispositions générales du Code fédéral des obligations, ① ZSR 102 II(1983), p.1 et.s.; Kramer, Die Lebenskraft des schweizerischen Obligationenrechts, ① ZSR 102 (1983), S.241; Merz, Die Quellen des schweizerischen Obligationenrechts von 1881, Fests.Zweigert, 1981, S.667; Merz, Das schweizerische Obligationenrecht von

これらは、沿革上は契約の総則という位置づけであったが、今日の債権総論の規定の多くは、具体的な契約、とくに売買を念頭において生成したものであるから、システム上、契約の総則と統合することに矛盾はなく、むしろ抽象性を帯びながらも、具体的でもあり、スイス法の民衆性を反映するものとなっている。

民法典7条によって、契約の成立、履行、消滅に関する債務法の一般規定（たとえば、暴利の21条、24条の錯誤、28条の詐欺、29条の強迫など）が、他の民法上の関係に準用されることから、1編の総則規定は、法律行為の総則規定となっている。すなわち、ドイツ民法典や日本民法典が総則の法律行為を債権総論の前提とするのに対し、逆に、債権総論の規定が、法律行為の規定の代替となっているのである（後述2(2)参照）。

前述のように、民法典への債務法の適合化の手続はかなりの変遷をたどっているが、実際に行われたのは、最小の範囲であった。物権法的規定の削除（民法典への移動）、条文の移動が中心である。内容的にも、修正は少なかったから、ムンツィンガーの草案は、かなり維持されているのである²¹⁾。

1881, Übernommenes und Eigenständiges, ② S.3.

スイス法の影響について、Pritsch, Die Rezeption des Schweizerischen Zivilrechts in der Türkei, SJZ 23 (1926/27), S.273; Siehr, Die Zeitschrift für Schweizerisches Recht und das schweizerische Privatrecht in der deutschen Rechtspraxis, ZSR 100 (1981), S.51.

また、2011年が現行の債務法制定から100周年のため、これを記念する論文が出された。Honsell, a.a.O., S.5ff. および Pichonnaz, Le centenaire du Code des obligations, Un code toujours plus hors du code, ZSR 130 (2011)II, S.117.

さらに、まとまった文献として、Gauch/ J.Schmid (hrsg.), Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, 2001 に、以下のものがある（以下③）。

Dürr, Einleitungsartikel Art.1 und 4 ZGB, S.3; Baumann, Treu und Glauben - eine neue alte Verpflichtungsgrundlage, S.11; Rumo-Jungo, Engtwicklungen zu Art.8 ZGB, S.39ff.; Gauch, Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge, S.209; Jörg Schmid, Die Folge der Nichterfüllung, S.301.

21) 前述I 2 参照。なお、Egger, a.a.O.(前注5), S.111. こうした債務法の一般規定（フ民

なお、スイス債務法は、ドレスデン草案(1866年)と普通商法典(1861年)をモデルとしたことから、形成権としての解除権の承認は、比較的早い(現行107条、旧122条2項)。普通法では、まだ一般的な形成権はなく、解除は、約定解除の形式であった。普通商法典254条、355条が、初めて形成権の形式をとったのである。スイス法は、ドイツ民法典に先立つものとなった²²⁾。

(2) (a) 不法行為(41-61条)と不当利得(62-67条)は、1911年の改正で修正された部分である。ももとの債務法は、ドレスデン草案(不法行為は、211-226条、1007条-1040条)と同様に、契約を中心としていたからである²³⁾。古くは、物権法と同様に、各カントンに委ねられていたからである。

まず不法行為については、一般的規定がある。41条では、他人に違法に損害を与えた者は、それが故意であろうと、過失であろうと損害賠償義務を生じるものとする(1項)。また、他人に良俗に反する方法で故意により損害を与えた者も同様とする(2項)。1項は、わが法に近く、ドイツ民法のように、権利侵害を要件としていないから、必ずしも2項を必要としないが、ドイツ法と同様に良俗違反のケースをも2項で明示したのである。

個別にふれるべき点が多いが、まず、人格権侵害が明示されている(49条)。共同不法行為についても規定がある(50条)。20世紀初頭の立法であるから、中間責任を定めた多くの規定がある。使用者責任(55条)、動物占有者責任(56条)、土地工作物責任(57条)などである。

また、衡平上の責任として、損害を生じさせた者に判断能力がない場合でも、

1108条~1133条、1156条~1164条参照)の他の領域への適用は、フランス法やオーストリア法にもみられる。

22) 19世紀の諸ラント法典と解除については、小野「形成権の発展と私権の体系」一橋法学3巻3号15頁以下参照。フランス法については、危険負担の研究(1995年)48頁、54頁注16参照。スイスの旧債務法については、Hafner, Das schweizeische Obligationenrecht mit Anmerkungen und Sachregister, 1896, S.44。(解除は、フランス民法典1184条と同じく、過失なしでも可能であった)。123条は、定期行為の解除権である。損害賠償の請求には、過失が必要である(124条参照)。

23) Hafner, aa.O., S.16.

一部または全部の損害賠償を命じることができる(54条1項)。

刑法との関係についても、過失の有無、判断能力の有無の評価については、裁判官は、刑法上の責任能力に関する規定や刑事裁判所の無罪判決には拘束されないことが明示されている(53条1項)。民事・刑事の峻別論からすれば当然であるが、スイス法の素人感情への配慮がみられる。

不当利得についても、一般的な規定がある。すなわち、不当な方法で、他人の財産から利得した者は、利得を返還しなければならない(62条1項)。この義務は、とくに、人が有効な理由なしに、または、一切の理由なしに、あるいは理由が後発的に消滅したことによって利得をえたときにも生じる、とする(同条2項)。これは、網羅的な規定であって、今日的な意味では、給付利得、侵害利得と、目的不到達による利得を包含している。また、特則として、非債弁済(63条)のほか、不法原因給付(66条)の規定もおかれている。すなわち、違法または良俗に反する結果を生じさせる意図で与えられたものは、返還請求できない。

(b) 注目する必要があるのは、不法行為と不当利得の規定は、便宜的に、「債務の成立」の項目に包含されているが、内容は、たんに成立要件だけではなく、効果や消滅をも対象としていることである。これによって、債務法の総論は、たんに契約法の総論ではなく、文字通りの「債権総論」となっているのである。時効のような民法総則の規定をも包含しており、スイス法の中核的地位を与えられている。

不法行為については、証明責任(42条)、損害賠償の方法や算定(43条以下)、共同不法行為(50条)、時効(60条)が規定され、時効は、損害と義務者を知った時から1年である。行為時からの長期時効は10年とされる。また、不当利得でも、時効が規定されている(67条)。すなわち、損害をうけた者が、その請求権を知った時から1年、請求権の成立時から10年である。

(3) 個別の契約関係としては、19種類が扱われている。契約各論の規定である。1.売買と交換、2.贈与、3.使用賃貸借、4.収益賃貸借、5.使用貸借、6.労働、7.請負、8.出版、9.委任、10.事務管理、11.取次、12.輸送、13.代理、14.指図、15.寄託、16.保証、17.賭博、18.終身定期金、19.会社である。このうち、3と4は、

当初は分離されていなかった。

(4) 債務法を特徴づけるのは、商法が包含されることである。普通商法典に由来する部分であり、1911年の改正ではあまり手がつけられず、1936年に大幅に改正された。全1186条のうち、552条以下であるから、半分以上を占めている。

第1は、会社法である(552-926条)。Kollektivgesellschaft(552-593条)、Kommanditgesellschaft(594-619条)、Aktiengesellschaft(620-763条)、Kommanditaktiengesellschaft(764-771条)、Gesellschaft mit beschränkter Haftung(772-827条)、Genossenschaft(828-926条)の種類が認められている。1936年法によるものである(BG 18.12.1936, AS 53, 185; BBl 1928, 205; 1932, 217)。それ以前は、Kollektivgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Aktiengesellschaft, Genossenschaft, Vereine だけであった²⁴⁾。

第2は、商業帳簿に関する規定である。Handelsregister(927-943)、Geschäftsfirmer(944-956)、Die kaufmännische Buchführung(957-964条)。1936年法によるものである(BG 18.12.1936, AS 53, 185; BBl 1928, 205; 1932, 217)。

第3は、有価証券である(965-1186条)。1936年法によるものである(BG vom 18.12.1936, AS 53, 185; BBl 1928, 205; 1932, 217)。内容的には、国際条約に基づいている。

1911年に、債務法改正にさいして、商事会社、有価証券と商号については改正が延期されていたが、個別に、会社法は1919年に、社債については1920年と1932年の改正が行われ、商号の部分も、1923年に改正が行われた。フーバーは、改正法にも関与していたが、1923年に亡くなった。手形法は、手形法の統一条約(1930年ジュネーブ条約。これに先立って、1912年草案がある)に適合するものとして、1920年草案が作成された。

これらを包含した改正案は、1920年代末に、債務法第3編に、商事会社、産業組合、第4編に、商業登記、商号、商業帳簿、第5編に手形・小切手・社債

24) Schluss- und Übergangsbestimmungen zu den Tit.XXIV-XXXIII am Schluss des OR.

を含む有価証券を規定した。改正案は、1932年6月に上院で可決されたが、1930年6月に、手形・小切手法の国際的統一条約が成立したことから、1931年から、その批准が必要となり、債務法の改正案の条約への適合化が問題となった。そこで、改正案の手形の部分の文言をジュネーブ条約の文言に改めたものが、1936年に国会を通過し、1937年7月1日から施行されたのである。

しかし、債務法には、賭事に関する規定がありながら (Spiel und Wette, 513条～515条)、保険契約の規定はない。ABGBのような民商法統一をとらない場合でも、保険契約 (1288条) のような射幸契約 (1267条以下) に関する規定が付加されているのとは異なる。保険契約法は、特別法にあり、新債務法に先立って制定されているからである (VVG, BG vom 24.1908 über Versicherungsvertrag, SR 221, 229, 1)。

(5) 債務法は、民法典制定のうちに、その第5部と位置づけられているが、形式的にはなお独立法である。その統一性は、内容的な統一にすぎない (eine innere Einheit)。

債務法と民法典というスイス法の体系は、全体として、民法と商法の統一法典と性格づけられ、これをモデルとしたイタリア民法典の先駆となるが、スイス法は、あくまでも連邦法の発展が段階的に行われたという沿革にもとづくものである。必ずしも論理的なものではなく、当初連邦の立法権限が債務法と商法、ついで民法一般に拡大されたことによっている。同じ経過は、ドイツ法にもあったが、ドイツは、こうした沿革よりも、パンデクテンの体系を重視し、民法典と商法典を再構築したのである。スイス法の実際性と民衆性の反映の一側面でもある²⁵⁾。そこで、民商法統一性を過大に評価することはできないであろう。

25) 前注20)の文献参照。また、Schmid und Emmenegger, a.a.O.(前注20), Bd.I, 2014, S.5 (Rdn.13)。

スイス債務法の新旧対照

	1881年法・単行法	1911年法・単行法（民法第5部）
第1部、総則 〔債権総論・ 契約総論＋法 律行為＋不法 行為・不当利 得〕	1 債務の成立（契約、不法行為、 不当利得） 2 債務の効力 3 債務の消滅（＋時効） 4 債務の特別な関係 5 債権譲渡 6 動産に対する物権 →民法典	1 債務の成立（契約、不法行為、不当 利得）、 <u>能力規定は削除</u> 2 債務の効力 3 債務の消滅（＋時効） 4 債務の特別な関係（多数当事者） 5 債権譲渡、 <u>債務引受</u>
第2部、個別 の契約関係 〔契約各論〕	7 売買と交換（動産のみ） 8 賃貸借（Miete u.Pacht） 9 使用貸借 10消費貸借 11雇用 12請負 13出版 14委任（指図、信用状、信用 委託） 15支配権・商事代理 16問屋営業 17運送 18事務管理 19寄託 20保証 21賭、賭事 22終身定期金 23組合	6 売買と交換（ <u>不動産を付加</u> ） 7 贈与 8 使用賃貸借（Miete） 8 収益賃貸借（Pacht） 9 使用貸借、消費貸借 10労働 11請負 12出版 13委任（委任、信用状、仲立） 14事務管理 15問屋営業 16運送 17支配権・商事代理 18指図 19寄託（倉庫は追加されず） 20保証 21賭博、賭事 22終身定期金・ <u>終身扶養</u> 23組合 einfache Gesellschaft
第3部、商事 会社、共同組 合	24合名会社 25合資会社 26株式会社 27共同組合 28 <u>社団</u> Vereine →民法典	24合名会社 Kollektiv 25合資会社 Kommandit 26株式会社 Aktien 27合資株式会社 Kommanditaktien 28 <u>有限責任会社</u> G.mit bes.Haftung 29 <u>産業組合</u> Genossenschaft

第4部、商業登記、商号、商業帳簿	33商業登記、商号 (Geschäftsfir men)、商業帳簿 ⇕ ⇓ (入れ換え)	<u>30</u> 商業登記 <u>31</u> 商号 Geschäftsfir men <u>32</u> 商業帳簿
第5部、有価証券	29手形 30小切手 31手形類似の指図証券 32所持人払い証券	<u>33</u> 記名証券、所持人払い証券、指図証券 (手形、小切手、手形類似の証券、物品証券) <u>34</u> <u>社債</u>
結文、経過規定	34経過規定	Schluss- und Übergangsbestimmungen

(下線部は、新旧の修正点である)

債務法総論の改定作業 (2020年法草案)

	1911年法・単行法 (民法第5部)	債務法総論 (2020年法草案)
第一 部 総 則	1 債務の成立 (契約、不法行為、不当利得)	1 債務の成立 (契約、不法行為、不当利得) + <u>事務管理</u> + <u>清算 (無効および取消)</u>
	→追加	
	2 債務の効力	→改正
	3 債務の消滅 (+時効)	→分離
	→	
	5 債権譲渡、債務引受	
4 債務の特別な関係 (多数当事者)		3 債務の消滅と <u>継続的契約の告知</u> 4 <u>時効と失効</u> 5 債権譲渡、債務引受 6 債務の特別な関係 (多数当事者)

法律行為の規定にあたる契約上の意思表示規定 (たとえば、38条の錯誤、39条の詐欺、40条の強迫、41条の暴利) が、債務法にとどめられることも、現行法と同一である。

債務法総則は、もともと意思表示の規定が包含されることから、民法総則の役割を果たしてきたが、今回2020年草案で、清算の規定が加えられることによって、いっそう民法総則の色彩を強めることになった。

2 スイス民法典

(1) 改正ではなく、最初からの立法である民法典 (1907年) の方は、債務法の改正 (1911年) ほど複雑ではない (前述 I 参照)。ともに、1912年に発効した。もともと、債務法との適合化は、重要な課題となった。

スイス民法は、序章 (1-10条)、1 編・人法 (11-89条)、2 編・家族法 (90

-456条)、3編・相続法(457-640条)、4編・物権法(641-977条)の配列となっている。

序章と1編は、総則にあたるが、文字どおりの総則と、自然人に関する規定にすぎない。1編は、自然人(11-51条)と法人(52-89条)である。パンデクテン法学に特有の法律行為に関する規定はなく、これは、債務法(SOR)の契約総則に委ねられている。また、時効は、取得時効の728条と、消滅時効に関する債務法127-142条におかれている。代理も、債務法32-40条など、おもに債務法に譲られるところが多い。これは、民法典成立時に、すでに債務法が先行して存在したからである。

(2) スイス民法の特徴は、序章の10条までに凝縮されている。

第1に、その素朴性は、1条にみられる。法律は、文言上または解釈上、規定に含まれるすべての法律問題に適用される(1項1項)。法律が何らの規定ももたない場合には、裁判所は、慣習法、および、それもない場合には、立法者が立てるようなルールによって判断しなければならない(2項)。その場合に、確立した理論(学説)と先例に従う(3項)ものとされる。著名な立法者意思の尊重規定である。

第2に、一般条項の活用は、2条、3条にみられる。何人も、自分の権利の行使と義務の履行を、信義誠実にしなければならない(2項1項)。権利の明らかな濫用は、法的な保護をうけない(同条2項)。他方、債務法典には、従来必ずしも信義則に関する一般的な規定はなかったが(個別規定は多い。8条、24条、48条、156条、191条など)、2020年債務法草案は、契約の解釈と補充について、新しい規定をおいた。

20条「(1)方式または内容に従った契約の判断にあたっては、当事者の合意した現実の意思を基準とするべきであって、誤った表示や表現を基準とするべきではない。

(2)合意した現実の意思が確定できないときには、契約は、信義則に従って判断されなければならない。

(3)契約に欠缺があるときには、裁判所は、これを補充しなければならない。」。

法律が法的効果を人の善意に結びつけている（要件とする）場合には、その存在は推定される（3条1項）。状況によって人に求められる注意をすれば善意たりえない者は、善意を援用することができない（同条2項）。不注意な善意は、善意たりえないことをいうものである。さもなければ、不注意な者ほど、善意の援用が可能になるからである。過失も、場合によっては悪意に準じるわけであり、注意義務の客観化ともいえる。19世紀的な主観的注意を修正していることが注目される。

そして、裁判所の広い裁量権を認める4条も、一般条項の肯定と同じ機能を有する。すなわち、法律が、裁判所の裁量を認め、または、事情の評価あるいは重大な事由を認める場合には、裁判は、法と衡平に従いしなければならない（4条）。

第3に、連邦法としての特徴は、5条、6条にみられる。

連邦法が、カントン法の適用を留保する限り、カントン法は、民法上の規定を設定または廃止することができる（5条1項）。法律が、慣習（Übung）または地域慣行（Ortsgebrauch）を認める場合には、従来のカントン法はその内容として適用される。ただし、異なった慣習が証明されたときは、この限りではない（同条2項）。

カントンは、連邦の民法によって、その公法的な機能の制限をうけない（6条1項）。カントンは、その高権の制限内で、特定の種類の物の取引を制限または禁止し、あるいはそのような物に関する法律行為を無効とすることができる（同条2項）。

第4に、パンデクテンの体系との整合性については、7条がある。「契約の成立、履行、消滅に関する債務法の一般規定は、他の民法上の関係に準用される」。本条は、民法典が法律行為に関する総則規定をおかずに、むしろ総則規定が、債務法に委ねられることを意味している。これについては前述した（1 スイス債務法）。結果的に、民法総則のような抽象的部分よりも、債務法による具体的部分が優越することになる。

第5に、その素人裁判性は、挙証責任に関する8条以下にみられる。

スイス民法は、ドイツ民法とその解釈である法律要件分類説にみられるよう

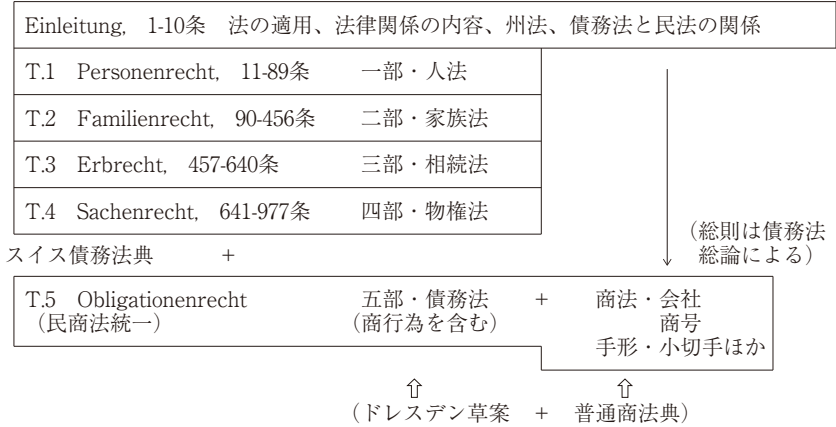
な条文の詳細な構成による立証の分配という方法を当然の前提としているわけではない。たんに、法律が特段の規定をおかない限り、権利を主張するための事実の存在は、そこから権利を主張しようとする者が証明しなければならないとする(8条)。権利根拠規定に関するこの条文のみが存在することは、大衆向けの規定といえる²⁶⁾。実体法である民法の条文に、むりに挙証責任の分配を盛り込むことは、複雑な規定を招き、一般人の理解を妨げるからである。

また、公的な登記や公的な書類は、それにより立証しようとする事実につき、完全な証拠となるとする(9条1項)。ただし、その内容の不正確なことの証明は可能である。この証明には、特別な方式は必要ではない(同条2項)。

法律行為の有効性について、連邦法が特段の定めをしない限り、カントン法も、法律行為の証明可能性についても、規定しえない(10条)²⁷⁾。

スイス民法典とスイス債務法の関係

スイス民法典



26) もっとも、スイス法にも、ドイツ的な法律要件分類説の影響はあるから、実質的にそう異なるわけではないが、説明の仕方はより実際的である。Vgl.Flüe, Strub, Noser und My Chau Ha, ZGB für den Alltag, 2014, S.32ff.また、Egger, aa.O.(前注5), S.117ff.(Art.8).

27) 前注20)の文献参照。

Ⅲ スイス法上の人と業績

1 ベルン法とツァシウス (Ulrich Zasius, 1461-1535)

債務法が統一される前のスイスの諸都市法には、中世ドイツの都市法の影響がみられた。中世の都市法には、おもに2系統があり、第1は、ケルン法であり、ゾースト、リューベック、ハンブルクなどの北ドイツとバルト海沿岸地方に影響力を有し、ロシュトック、グライフスバルト、ダンチヒなどに及んでいた(東方との関係では、むしろ「リューベック法」ともいわれる。ハンザ同盟との関係で影響が及んだからである)。第2は、マグデブルク法であり、南ドイツと、ライプチヒ、ドレスデン、フランクフルト(オーダーの)、ブランデンブルク、クラウなど、内陸地方に影響している。その影響力は大きく、シレジアから、ポーゼン、ケーニヒスベルクに達している。

そして、ドイツ南西部からスイス北部には、フライブルク法の影響がある。フライブルク法は、地理的には内陸にありながら、第1の系統に属する。これは、ライン沿岸へのケルンの影響力によるものである²⁸⁾。

フライブルク法は、1218年ごろに修正され、1275年、1293年にも修正をうけ、ハプスブルク家のアルブレヒトとレオポルドによって、1368年の法としても修正をうけている。その後はフライブルク法は、上ライン地方のもっとも重要な法となり、フライブルクは、上級裁判権(Oberhof)をもつにいたっている²⁹⁾。

1502年には、人文主義法学者のツァシウスがフライブルクの市書記となり、

28) 都市法の詳細については、vgl. Atlas zur Weltgeschichte, I, 19, S.170. (Stadtrechte in Ostmitteleuropa).

29) Knoche, Ulrich Zasius und das Freiburger Stadtrecht von 1520 (Freiburger Staats und Stadt Abhandlungen, Bd.10), 1957, S.7. 拙稿「ツァシウスとフライブルク市法の改革」大学と法曹養成制度(2001年) 275頁、286頁。また、Schroeder und Koehne, Oberrheinische Stadtrecht, I(Fränkische Rechte), 1895, S.491 (対象はおもにHeidelberg法である)。

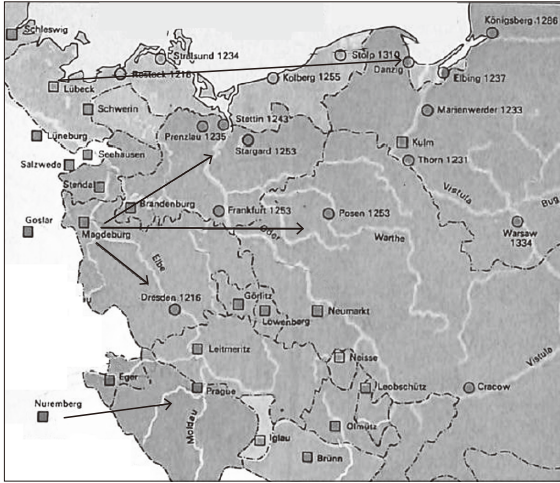
1520年に、改革法を完成させた³⁰⁾。これは南西ドイツからスイスにかけて大きな影響力を有した。まず、直接的には、ツァシウスの弟子である Sichardus (1499-1557、のち、バーゼル、フライブルク、チュービンゲン大学教授)は、1555年のヴェルテンベルク・ラント法の編纂にたずさわり、それに対するフライブルク市法の影響がみられる。また、同じく弟子である Fichard (1512-1581、フランクフルト市書記・顧問)は、1571年のゾルマーのラント法と、1578年のフランクフルトの改正法において、フライブルクのモデルによったとされる。

また、このような人的な関係なしに影響を与えた例も少なくない。1539年のベルン市法とゾロツルンの市法がそうであり、個別的な影響は数えきれない。1719年のバーゼル市法はヴェルテンベルク・ラント法によっているから、これも間接的ながら、ツァシウスの影響をうけている。そこで、形式は異なっているものの、今日でさえも間接的には北西スイスに広く影響しているのである³¹⁾。内容的には、ローマ法の現代的慣用の時代の産物であることから、ゲルマン法とローマ法の統一という性格を有している。

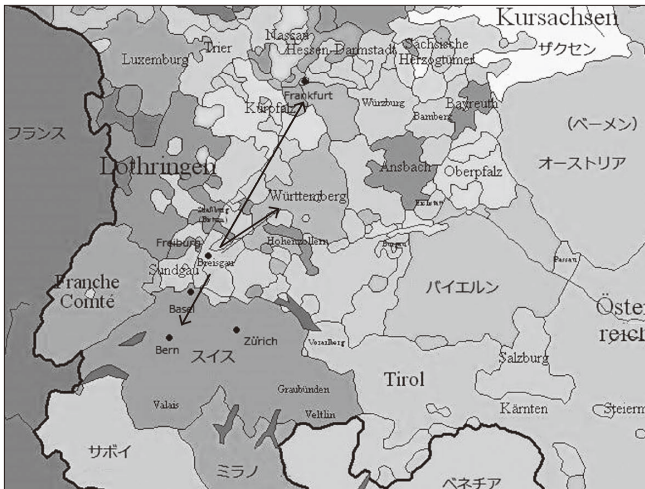
30) Knoche, a.a.O., S.7f. S.42. Vgl. Klaus-Peter Schroeder, Ulrich Zasius (1461-1535) = Ein deutscher Rechtsgelehrter im Zeitalter des Humanismus, JuS 1995, 97.

31) Thieme, Die „Nüwen Stattrechten und Statuten der löblichen Stadt Fryburg“ von 1520, in Freiburg im Mittelalter, Vorträge zum Stadtjubiläum, 1970, S.96, S.106ff.; ders. Zasius und Freiburg, Aus der Geschichte der Rechts- und Staatswissenschaften zu Freiburg i.Br. (hrsg.v.H.J.Wolff), 1957, S.9ff., S.23; Wieacker, a.a.O., S.156.

中世法の伝播



スイスと西南ドイツ



Vgl. Kinder/ Hilgemann, dtv-Atlas zur Weltgeschichte, I, 1964, S. 170, S. 232.
 ただし、矢印と若干の地名は、筆者が入れたものである。

2 ケラー (Friedrich Ludwig Keller vom Steinbock, 1799.10.17–1860.9.11)

(1) F・L・ケラーは、プフタのベルリン大学講座のあと、つまり元のサヴィニー (Savigny, 1779.2.21–1861.10.25) の講座をついだことで名高い。ただし、プフタと同様に、彼もまた比較的早くに亡くなった。長命であったサヴィニーに先立ったのである。ケラーのスイス法への貢献は、ベルリンに転出する前の時期にみられる。

ケラーは、1799年に、チューリヒの古い名門市民の家に生まれた。13世紀まで遡る騎士身分に属し、チューリヒ湖畔の Goldbach に地所を有し、1487年に、von Steinbock の貴族の称号をえている。先祖の Johannes Keller は、チューリヒ共和国の基礎を築き、第1位の市長 (Erster Konsul) となった。甥の Albert von Keller は、画家であり、F・L・ケラーとともに、ミュンヘンの学校の共同設立者となった。祖父の Felix Keller vom Steinbock は、その富から、金満家のケラー (Keller von Goldbach) と呼ばれた。父は、農場主の Johann Balthasar Keller であり、母は、Elisabetha であった。

ケラーの生まれた 1798年は、フランス革命の余波をうけたヘルヴェティア共和国の建設の時代であった。伝統的なカントンの独立が失われ (13カントンと属領制)、全スイスがフランス流の中央集権国家に転換された。彼の誕生日の直前に、フランス軍がチューリヒの近郊でロシア軍を破ったが、それは、ブリュメール18日のクーデタの二週間前であった (1799年11月9日に、エジプトを脱したナポレオンが、クーデタで総裁政府を転覆した。その後、3人の執政からなる執政政府の時代となり、みずから第1統領となった)。

しかし、この共和国は、フランスの中央集権制にならったものであり、スイスの地域自立の伝統にそぐわないことから、短期間で崩壊した。その後、ナポレオンの下で、緩い連邦制が復活したが (19カントン制)、ウィーン体制の下では、永世中立が認められた (22カントン制)。スイスでも、復古体制が構築された。その後、ウィーン体制の動揺によって自由主義が台頭し、1847年に、保守派がカトリック系のカントンと結んで分離同盟戦争をおこし敗北した。この内乱の結果については、ムンツィンガーの項目 (後述4) を参照されたい。

(2) ケラーは、ドイツで教育をうけ、まずベルリン大学で、サヴィニーなどから法律学を学び、またゲッチンゲン大学でも学んだ。1822年に公刊したローマ法の学位論文(Commentatio ad l. 32. § 1ff. de peculio)が最初の業績である。1824年からチューリヒの政治研究所で民法を教え、1826年に正教授となった。

1833年にチューリヒ大学が設立されると、チューリヒの地域法とローマ法の員外教授となり、1838年には、正教授となった。論文 *Litis Contestation und Urtheil nach klassischem Römischen Recht* (1827) によって、名声を博した。彼は、チューリヒ州の司法(Rechtspflege)の現代化の先駆者となった。1833年から38年まで、チューリヒ司法月報(*Monatschronik der zürcherische Rechtspflege*)を公刊した。

1829年から、チューリヒの大評議会(Grosser Rat)の議員となり、ラディカルな自由党の党首となった。1831年から37年には、上級裁判官(Oberrichter)となり、1831年から、高裁の所長ともなった。1831年に、リベラル派の政権掌握によって、政府の一員となり、チューリヒ州の司法の現代化に尽くした。1837年に、司法制度を改革し、新たにチューリヒ民法を編纂した。さらに、スイスの州代表者会議(1848年まで)で、2回、チューリヒ州の代表となり、1836年には、通商顧問(Conseilhandel)の職にあった。また仲裁裁判所の所長として、バーゼル州の分離にさいし財政問題を扱った。しかし、1839年に、チューリヒの政変で、保守派が政権を奪ったことから(Züriputsch)、バーデンに逃亡することをよぎなくされた。政治的な対決主義と自由な私生活から、多くの敵を有した。1842年に、彼は、大評議会に選出されることを断念し、大学生活に戻ることにした。

1844年に、サヴィニーのあっせんで、彼は、ハレ大学のローマ法の教授となり、1846年には、ベルリン大学で、この年、亡くなったプフタの後任となった(プフタは、1842年からベルリン大学)。ここで、サヴィニー(Friedrich Carl von Savigny, 1779.2.21-1861.10.25)の講座をついだのである。サヴィニーは、まだ存命中であったが、他の後任を見つけることはできなかった。ちなみに、ケラーもサヴィニーより先に亡くなったので、後継は、ブルンス(Karl Eduard Georg Bruns, 1816.2.16-1880.9.10)であった。

チューリヒと同じく、ベルリンでも政治にかかわったが、彼は政治的な転向をした。プロイセンの下院では、保守的な議員として選ばれた。1853年に、プロイセンの貴族となった。枢密顧問官、プロイセンの議員が、政治的キャリアの最後である。彼は、シレジアの Kniegnitzで農場を有したが、それは、かえって財産的負債の原因となった。

ケラーは、1860年に、短期の休暇旅行でスイスにいて、ベルリンに帰る途中の列車の中で死亡した。60歳であった³²⁾。

おもな業績は、以下のものである。

Die neuen Theorien in der Zürcher.Rechtspflege, 1828

Semestrium ad M. Tullium Ciceronem libri sex, 3 Bde., 1842–1850 (未完)。

Der römische Civilprozess und die Actionen in summarischer Darstellung zum Gebrauch bei Vorlesungen, 1852.

Institutionen, 1861.

Vorlesungen über die Pandekten, 1861 (hrsg. v. Friedberg), 2 Bde., 2. Aufl. 1867).

Schweiz. Geschlechterbuch 1, 241ff.

Vgl.Keller-Escher, Promptuarium genealogicum, o.J., (ZBZ).

Vögelin, Aus der Familiengesch. der K. vom Steinbock in Zürich, 1880.

ケラーはロマニストであるが、スイス法、とくにチューリヒの地域法にも造詣が深い。スイスが混合法の領域であることから、スイスの法学者では、ロマ

32) Bluntschli, Keller, Friedrich Ludwig, ADB, Bd 15. 1882, S. 570ff.; Bauhofer, Friedrich Ludwig Keller als Obmann des Schiedsgerichtes bei der Baseler Staatsteilung, ZSR 89 (1970), S.1.; Friedrich Ludwig Keller und das Obergericht des Kantons Zürich (aus Anlass des Jubiläums 175 Jahre Obergericht des Kantons Zürich 2006 v. Thomas Weibel) Obergericht des Kantons Zürich, 2006.; Schneider, Rede zur Feier des hundertsten Geburtstages des Prof.Dr.Fr.L.von Keller, ZSR 19 (1900), S.300.

ニストでもゲルマン法的な素養をもっている点の特徴である。立法の関与者に、ゲルマニストが多いのも特徴であり、ドイツとの相違である。ドイツのゲルマニステンは、むしろ法史に精力を注いだからである。後述のムンツィンガーは例外的に、フランス法的な素養の持主であったが、フランス法とは距離を保っている。

(3) ケラーには、もう2人の著名人がある。第1は、行政官である。Ludwig Friedrich Heinrich Ferdinand Freiherr von Keller(ca.1770–ca.1830)は、ザクセンの貴族であり、プロイセン(Merseburg)の地方長官(Landrat)となり(Georg Anton Freiherr von Hardenbergの後任)、1819年から1824年まで勤めた。第2に、Gustav Graf von Keller(1805-1897)も、地方長官と、Reichskommissarとなった(GND:116119055)。法律家のケラーとの関係は、明らかではない。

3 ブルンチュリ(Johann Caspar Bluntschli, 1808.3.7–1881.10.21)とチューリヒ私法典

(1) ブルンチュリは、1808年に、古いチューリヒの家系に生まれた。父親(1774–1860)は、ろうそくや石けんの工場主で、肉屋ツンフトの書記も勤めた。祖父もツンフトの代表となった。母親は、Anna Katharina(geb. Koller, 1785–1840)であった。

ブルンチュリは、チューリヒの政治研究所で法律学を学んだ。早くに、ロマニストのケラーの影響を受け、歴史、哲学、法学の勉強のために、1827–29年、ベルリン大学とボン大学で学んだ。ベルリンでは、サヴィニーの影響を受けた。1829年に、ボン大学において、ローマ法の危急時相続法(Noterbrecht)に関する論文で、学位をえた。パリのInterludiumで、フランスの裁判所実務を視察した後、1830年4月に、チューリヒに帰り、区裁判所のAuditorとなり、内務省の政府委員会の書記となった。復古期(Regenerationszeit)の政治混乱の中で、彼は、その活動で知られるようになり、1832年には、政党の綱領も起草している。

1831年に、Emilie(geb.Vogel)と結婚し、息子のAlfred Friedrich Bluntschli

は、建築家として成功した。のちに、息子は、チューリヒの建築学院で教授となり、Semper(Gottfried, 1803-79, ドレスデンの宮廷劇場(1841)などで著名である)の後継者となった。妻の Emilie は、ブルンチュリに先立って、1876年に亡くなった。

1833年から、新たに設立されたチューリヒ大学でローマ法の教授となったが、じきに土着の法に興味をもった。その成果が Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich(2 Bde, 1838/39)である。1848年から、ミュンヘン大学で、1861年からは、ハイデルベルク大学で教えた。1873年に、ジュネーブの、国際法研究所(Institut de Droit international)の創始者の1人となった。ドイツ法曹会議(DJT)の第2回(ドレスデン)、第8回(ハイデルベルク)の会長となっている。また、ドイツ・プロテスタント協会の会長にもなった。こうして、スイスの法学者であり政治家でもあったが、ドイツでも活動した。

(2) 1840年に、チューリヒ私法典の起草を引き受け、同法典は、1856年に発効した(その解説として、Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, Mit Erläuterungen, 1854, Bd.1, Personen- und Familienrecht; Bd.2, Sachenrecht; Bd.3, Obligationenrecht)。ほかに、一般国家法(1852)を著し、Karl Brater との共著で、12巻のドイツ国法事典(Deutsches Staatswörterbuch, 12 Bde. 1857/70)を、また文明国の戦争法(1866)を著した。最後のものは、ハーグの国際戦争法の審議にも影響を与えた。著作権法(Autorrecht, 1853)の著作も、大きな影響力を有した。そこでは、自分の業績を公刊する著作者の権利を自然法によって基礎づけたのである。1884年の自伝(Denkwürdiges aus meinem Leben)、辞書では、Deutsche Rechtssprichwörter, 1869がある。

彼の国際法の性格は、同時代人のものとは異なる。サヴィニーから遠ざかり、むしろ自然法的なものによって実定法を基礎付けようとしたからである。

(3) 法律以外では、フリーメーソンとしての活動が特徴である。1864年に、ハイデルベルクで、秘密結社(Loge Ruprecht zu den fünf Rosen)の会員となった。フリーメーソン支部長の資格で、教皇(Pius IX)に公開書簡を送ったり、組織改革や儀式に参加している。また、ドイツのフリーメーソンの統一のための評議会にも貢献した。しかし、1878年の評議会のための草案は、あまり賛同

をえられなかった。

1868年に、バーデンの Bretten-Sinheimの選挙区の議員として、ドイツ関税会議 (Zollparlament) にも参加した (ドイツ統一の先駆けとなった関税同盟は1834年に発足)。1879年に、商事参事官の Friedrich Engelhorn(BASF)、枢密商事顧問官 Carl Eckhard、Gustav Herdt、オランダの総領事の Simon Hartogensis, Karl Funck とともに、マンハイム保険会社 (Mannheimer Versicherung) を創設した。

ブルンチュリは、1881年、カールスルーエで亡くなり、ハイデルベルクの家族の墓に葬られた。墓には、2つのブロンズのメダルが付加されている。墓のあるのは、いわゆる教授たちの道 (Professorenweg) のD 27番である。1882年に、August von Bulmerincq が、ハイデルベルク大学の彼の後継となった³³⁾。

私法、公法、国際法、法史にわたる、以下の多数の業績がある。

Entwicklung der Erbfolge gegen den Willen nach römischem Recht,

33) Hochuli, Johann Casper Bluntschli(1808-1881), SZR 101 (1982), S.87ff.; von Knouau, Bluntschli, Johann Caspar, ADB 47 (1903), S.29ff.

Mitteis, Heinrich, Bluntschli, Johann Caspar, NDB 2 (1955), S.337ff.; Bühler, Johann Caspar Bluntschli(1808-1881), ZEuP.17 (2009), S.91ff.また、Metzner, Johann Caspar Bluntschli: Leben, Zeitgeschehen und Kirchenpolitik 1808-1881, 2009; Forster: Johann Caspar Bluntschli(1808-1881), Kleinheyer/Schröder(hrsg.), Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 5. Aufl., 2008, S.70ff. ドイツ法学者事典 (1983年) 33頁 (長尾龍一)。

ブルンチュリの自伝もある。Denkwürdiges aus meinem Leben, Auf Veranlassung der Familie durchgesehen und veröffentlicht von Seyerlen, 1884. これは、3部構成で、1848年までのチューリヒ、1861年までのミュンヘン、その後のハイデルベルクの各時代からなる。死後に発表された。多様な人生であり、その一部だけでは全体を彷彿することはむずかしい。

ちなみに、ブルンチュリの墓 (II,25) の近くには、チボー (II,16)、イエリネック夫妻 (II,24)、F.リスト (II,28)、ラートプルフ (IV, 19) などの著名な法学者の墓もある。

1829.

Die Partei der Gemässigten in ihrem Sein und Wollen, 1832.

Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich, Band 1:
Die Zeit des Mittelalters, 1838, Band 2: Die neuere Zeit, 1839.

Die Kommunisten in der Schweiz nach den bei Weitling vorgefundenen
Papieren, 1843.

Uri, Schwyz und Unterwalden und ihre ersten ewigen Bünde, 1846.

Geschichte der Republik Zürich. Bde.2, 1847.

Geschichte des schweizerischen Bundesrechts von den ersten ewigen
Bünden bis auf die Gegenwart. Bd. 1 (Geschichtliche Darstellung) 1849;
Bd. 2 (Urkundenbuch) 1852.

Allgemeines Staatsrecht, 1852.

Das sogenannte Schrifteigenthum, Das Autorrecht, Kritische
Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1853.

Geschichte des Rechts der religiösen Bekenntnisfreiheit, 1867.

Die Gründung der Amerikanischen Union von 1787, 1868.

Das moderne Völkerrecht der Civilisirten Staaten als Rechtsbuch
dargestellt, 1869.

Charakter und Geist der politischen Parteien, 1869.

Das Beuterecht im Krieg und das Seebeuterecht insbesondere, 1878.

Geschichte der neueren Staatswissenschaft, 1881.

4 ムンツィンガー (Walter Munzinger, 1830.9.12—1873.4.28) と債務法

(1) ムンツィンガーは、1830年に、スイスの北部の Olten (ゾロトゥールン州) で生まれた。彼は、のちに商法を含む債務法の起草に大きな影響を与えた。父の Josef Munzinger は、ゾロトゥールンの州議会のリベラル派の議員であり、州長官となった (Landammann von Solothurn)。1848年に、スイス連邦評議員会、7人委員会に属した (Siebnerkollegium)。前述のように、連邦評議員は、実質的に連邦政府の閣僚である。

この父の影響をうけ、Walterは、1847年に、自由主義の立場から、保守カトリックのカントンに対する分離同盟戦争に参加した(Sonderbundskrieg)。この戦争は、1847/48年のスイスの内乱である。ウィーン体制の末期に自由主義が台頭したが、自由化に反対する7つのカントン、ウーリ、ルツェルン、ツークなどが、スイス盟約同盟(Schweiz.Eidgenossenschaft, スイス連邦の原型である)から離脱しようとしたのに対し、自由派が多数を占めた盟約同盟との間に内戦が勃発した。カトリック諸カントンが保守派と、プロテスタント諸カントンが自由派と結合したのが特徴である。復古主義のウィーン体制の末期であり、分離派の期待した列強の介入はなく、分離は失敗した。さらに、1848年のヨーロッパ各地の革命によりウィーン体制そのものが崩壊した。これにより、スイスでも、1848年連邦憲法が制定され、スイスは従来のカントンの緩い連合体から、近代的な連邦国家に再編された。分離同盟戦争は実質的に1848年のフランスの2月革命、ドイツ・オーストリアの3月革命の先がけと位置づけられる³⁴⁾。

34) 1291年に、スイス中部のウーリ、シュウィーツ、ニートワルデンの原始3州が同盟を結んだのが、スイスの起原である。中世盛期に、ドイツとイタリアを結ぶ商業ルートが開かれ、ハブスブルク家との対立も生じた(1315年)。同盟は拡大し、スイス盟約者同盟となった。これは、ごく緩い同盟組織にすぎなかったが、1415年に、ハブスブルク家を追放し、その後も、その干渉を排していく過程で、同盟として強化された。宗教改革時には、おおむね中立を維持し、30年戦争終結のウエストファリア条約で、対外的に独立を承認された。

フランス革命は、スイスにも革命運動をもたらし、1798年にはヘルヴェティア共和国が成立したが、フランス流の中央集権国家は、スイスの伝統、地域独立主義にそぐわないため、じきに崩壊し、ナポレオンの下で、緩い連邦制が導入された。その没落後に、ウィーン会議で、永世中立が承認された。本文でふれたように、分離同盟戦争で、保守派が敗北し、1848年に連邦憲法が制定されることによって、ようやく近代的な連邦国家として成立したのである。

前述の700 Jahre Eidgenossenschaft(前注5)も、1291年をスイス法の端緒としている。なお、民事法では Engel, La liberté contractuelle: du peuple des bergers à l'Europa des humanistes, in 700 Jahre Eidgenossenschaft Schweizerisches Recht

こうして、スイスで、土着の旧勢力に対して、自由主義勢力が勝利したことによって、自由な経済社会の確立のために、統一的な債務法と商法が求められたのである。ムンツィンガーの人生は、その若年期において、その方向性を基礎づけられていたといってもよい。彼の立場は、後述の文化闘争においてもみられる。のちのフーバーが、時代的に定まった勢力の上に民法典を形成したのとは異なり、ムンツィンガーは、スイスの基本的立場をみずからも確立しつつ、債務法の作成に貢献したのである。つまり、彼の人生は、スイス法の発展そのものを反映している。

ムンツィンガーは、パリ、ベルリン、ベルンで法律学を学び、1855年に、ベルン大学でハピリタチオンを取得した。父は、その直前に死亡した。ムンツィンガーは、1857年に、ベルン大学で員外教授となり、1859年に、Maria(geb. Isenschmid)と結婚した。弟の Werner Munzingerは著名なアフリカ探検家となった。ムンツィンガーは、1863年に、ベルン大学の正教授となり、1873年に、わずか42歳で亡くなるまで、その職にあった(フランス法、教会法、商法、民法)。1865年に、学長をしている。

フランス法だけではなく、当時、ベルンのジュラ地方でコード・シヴィルが適用されていたことから、ジュラの民法をも教えた。ちなみに、ドイツ語圏のベルンの中で、ジュラのみがフランス語圏であり、ほぼ100年後の1979年にジュラが独立して、スイスで23番目のカントンとなったのである。そのように、彼自身は、どちらかというフランス法に造詣が深かったが、その学問傾向は、パンデクテン法学にあった。そこで、のちにドレスデン草案(1866年)を債務法のモデルにすることになった(商法分野では、ADHGBがモデルとなった)。ドレスデン草案は、当時最新の(ドイツ連邦の)立法作業であり、内容的には、ローマ法・普通法の系譜に連なるものである。教授職とともに、ベルンの都市議会議員、さらにスイスの国民議会(Nationalrat)議員や裁判官をも勤めた。

heute und morgen, ZSR 110 (1991), p.43. ; Tercier, Le droit de la personnalité, ib., ZSR 110, p.17; Dutoit, Le droit suisse de la famille entre liberté et solidarité, ib. ZSR, 110, p.27.がある。

連邦評議会からスイス商法の予備作業を委託され、1864年に、商法草案のための鑑定を行った(Gutachten und einen Entwurf für ein solches Handelsgesetzbuch)。ここでも、彼はフランス法の専門家であったが、1807年のフランス商法よりも、1861年の普通商法典を参照した。こうして、債務法に関する2草案を作成し、この作業は、のちの1881年のスイス債務法とその商法分野の構成に強い影響を与えたのである。

(2) 彼は、一貫して自由主義的なリベラル派であり、ローマに忠実なカトリシズム(Ultramontanismus)に反対した。1860年に、その著Papsttum und Nationalkircheで自己の見解を述べている。スイスは、全体としてはプロテスタント、とくにカルヴァン派の優勢な地域であるが、その他の宗派やカトリックの強いカントンも存在する。地域の自律性が高いからである。19世紀にはカトリックと保守派の結合がみられ、19世紀の後半には、宗教の方向からの反動が行われた。ムンツィンガーは、スイスでは初めて、第1回バチカン公会議(1870年)のドグマ(後述の教皇至上主義)に反対した者の1人である。バチカン公会議は、教皇の無謬性を公式に唱えたが、思想そのものは古く、地動説や進化論を否定したのも、これによる。

スイスの文化闘争(Kulturkampf in der Schweiz)による対立³⁵⁾は、19世紀の叙任権闘争ともいえるものであり、カトリック国と新旧混合国における、国民自由主義的運動とバチカンとの対立の1つである。具体的には、ローマ教皇

35) ドイツの文化闘争は、ビスマルクによるカトリック弾圧政策である。聖職者の叙任権や教会と国家との関係を修正しようとする点では、スイスのそれとも共通するが、ドイツのそれは保守派間の対立である点で異なる。スイスの国民主義的運動は、市民的立場からであった。ドイツでは、カトリックを中心とする中央党が1871年に結成されたことにより、ビスマルクがカトリックのフランスやオーストリアの介入を恐れたことを契機とする。教会内の言論統制やカトリックの経営する学校の管理強化(多くは刑法や教育法などの一般法による)、出生、死亡、婚姻などの戸籍事務の国家への移管と、聖職者の養成と任命への国家統制(特別法であるいわゆる五月法)などがある。カトリック司教職や司祭職の多くが空席となった。1880年代から和解が試みられ、1887年、教皇との間に、和解が成立し、五月法は廃止された。Denzler, Wörterbuch der Kirchengeschichte, 1982, S.353.

ピウス9世(1846-1878)との対立である。19世紀に進行した国家による教会権力の世俗化は、教会との対立を生じた。たとえば、民事法では家族法や人事登録の国家への移管がその1つである。世俗化に反対する教皇に対し、教皇至上主義の緩和が求められた。また、1848年にヨーロッパ各地で革命がおり、イタリアでも統一運動が起こった。

しかし、ピウス9世(位1846-78)は、このイタリア独立戦争から脱落し、オーストリアに対する独立戦争は敗北した。歴史上、教皇は、教皇領の保持のために、つねにイタリアの統一を妨害した。その伝統に従ったのである。1849年には、ローマで共和制が樹立されたが、ルイ・ナポレオン(1848年に大統領、三世の王位は1852-1870)の介入で共和制は打倒され、大半のイタリア諸国には、旧制度が復活した。教皇は合理的思考と自由主義を排撃する態度に傾き、1864年に、誤謬表・シラプス・エロールム(Syllabus)において近代的精神を排斥し、1870年の第1回バチカン会議では教皇権の無謬性を唱えた。政治と宗教は、無関係ではありえなかったのである。そして、1870年に普仏戦争に乗じてイタリア軍がローマを占領し(イタリア統一)、教皇の世俗権が消滅すると、教皇はいっそう反動化したのである。

ちなみに、民事婚の導入は、フランス革命に始まり(1792年)、イギリスで1865年、スイスで1874年、ドイツで1875年であった。オーストリアは、第一次世界大戦後の1938年、スペインでは、第二次世界大戦後の1979年である。離婚の解禁は、相対的にこれよりも遅く、フランスで1792年(ただし、王政復古期の1816年に再度禁止され、再開は1884年)、イギリスで、1857年、スイスで1874年、ドイツでは、民法典による(1900年)。東欧は、第二次世界大戦後で、南欧はとくに遅れ、イタリアで1970年、スペインで1981年である³⁶⁾。

(3) ムンツィンガーは、1871年に、ゾロツールンで、最初のスイス・カトリック会議を開いた。彼自身は、カトリックである。彼は、Augustin Kellerとともに、スイスを代表して、ミュンヘンのカトリック会議にも出席した。バチカンに対する闘争で、彼は、自由カトリック・スイス協会(Schweizerischer

36) とりあえず、Wesel, Geschichte des Rechts im Europa, 2010, S.627.

Verein freisinniger Katholiken) を創設し、1872年には、ドイツにおける同調者であるブレスラウの J. M. Reinken のスイスへの講演を計画し、1873年には、新しい教会に関するパンフレットも作成した。1873年に、ローマから破門された Eduard Herzog (1841-1924) を、スイス Olten の教会共同体に招致し、Herzog は、1876年に、スイスで最初に設置された自由教会派の司教 (christkatholischer Bischof) となった。ムンツィンガーは、死亡するまで、ベルン大学に自由カトリック教会 (Christkatholische Kirche) の神学部を創設する (1874年開設) ために努力した。

そして、債務法に先行して、1874年に、身分登録法と婚姻法が制定されたのである。1874年は、債務法の基礎となった連邦憲法改正の年でもある。連邦憲法はその後、数回改正され、現在の連邦憲法は、1999年に成立したが、この1874年連邦憲法が基礎となっており、本質的な部分は維持されている³⁷⁾。なお、バチカンとの対立は、1920年に、教皇大使がスイスに復帰するまで継続した³⁸⁾。

以上にみるように、ムンツィンガーの経歴は、学者、たんなる法典の起草者というのにとどまらない多彩なものであり、その政治的活動は、19世紀のスイスの方向決定や国家の形成にまで影響しているのである。教皇権の復古主義にフランスの第二帝政が深くかかわっていたことが、債務法に対するフランス法の採用を躊躇させた重要な契機とみることができる。ある意味では、ナポレオン三世の没落を契機として、フランス法からドイツ法に急速に傾斜したわが法と類似する面をもつともいえるのである。もちろん、スイスの市民主義的な立場は、独自のものである。

37) Meyer von Knonau, Munzinger, Walter, ADB 23(1886), S.49 f.; Honsell, a.a.O., S.9ff. をも参照。Fasel, Walther Munzinger. Vorreiter der Schweizer Rechtseinheit, ZEuP 2 (2003), S.345ff.より詳細には、ders., Bahnbrecher Munzinger, 2003がある。

38) Kley, Bundesverfassung (BV) im Historischen Lexikon der Schweiz; Denzler, a.a.O., (前注36, Wörterbuch), 1982, S.473 (Pius-Vereine); S.55 (Alt-katholische Kirche); Fuchs und Raab, dtv-Wörterbuch zur Geschichte, II, 1992, S.759.

5 三代のホイスラー

(1) 父ホイスラー (Andreas Heusler, 1802.3.8 – 1868.4.11)

父ホイスラーは、1802年、バーゼルで生まれた。1821年から、チュービンゲン大学とイエナ大学で法律学を学び、イエナで学位をえた (De ratione in puniendis delictis culpa commissis apud Romanos servata, Typis Richterianis, Tübingen 1826)。1828年に、バーゼル大学でハビリタチオンを取得した。1830年に、Dorothea (geb. Ryhiner) と結婚し、1834年に、子ホイスラーが生まれた。

1830年から68年まで、バーゼル州の、またバーゼル市が 1833年に州から分離した後は、バーゼル市の大評議会の参事会員となった (Grosser Rat)。1831年から47年の間は、小評議員となり、その委員会にも属した。1831年から59年の間は、新聞の編集者も勤めた (Basler Zeitung)。保守派の論陣をはった。しかし、スキヤンダルから、小評議会を去り、1850年には、法学教授となり、1867年には、学長となった。バーゼル市の国法史や、1653年の農民戦争に関する著述がある³⁹⁾。

Die Trennung des Kantons Basel. 2 Bde, 1839/42.

Der Bauernkrieg von 1653 in der Landschaft Basel, 1854.

Verfassungsgeschichte der Stadt Basel im Mittelalter, 1860.

(2) 子ホイスラー (Andreas Heusler, 1834.3.30 – 1921.11.2)

子ホイスラー (Heusler, 1834 – 1921) は、ドイツ語圏のスイス・バーゼルの著名な法律家であり、1834年に、バーゼルで生まれた。同名の法律家、法制史家、政治家のホイスラー (1802 – 1868) の息子である。

バーゼルのほかゲッチェンゲン、ベルリンの各大学で学び、ベルリンで、1856年に、学位をえた (Zwei Pandektenstellen betreffend Prädialservituten, 로마法の地役権に関する)。その後、バーゼルに帰り、1856年から58年、バーゼルの St.-Peter-Stifts の古文書館で働いた。1857年から1859年に、民事裁判所

39) Vischer: Heusler, Andreas, ADB 12 (1880), S.337f.

の書記官をし、1859年からは、予備裁判官となった。1858年に、ホイスラーは、バーゼル大学で、民事訴訟法の教職についた。1862年に、古いバーゼルの家系の Adelheid (geb.Sarasin) と結婚し、3人の子をえた。その中には、著名なゲルマニストのホイスラー（父と同名の Andreas Heusler, 1865-1940）がおり、息子も、ベルリン、バーゼルで教授となった。こうした数代にわたる研究活動と本の収集から、ホイスラーの蔵書は、この分野における最大規模の文庫を形成する契機となった。妻は、1878年に、長い病気のあと死亡した。

1863年から、ホイスラーは、Wilhelm Arnoldの後任として、バーゼル大学のドイツ法の教授となり、法制史研究の道に入った（1913年まで）。長らくゲルマン法の教授として活躍し、同時に、1866年から1902年まで、バーゼル市の大評議会で、政治活動を行った。大評議会で、彼は、立法問題に権威者として働いたが、その保守的立場から、政治的にはあまり影響を与えなかった。というのは、カントンでも全スイスの次元でも、リベラルな方向が有力だったからである。

いくつもの法律の起草にあたり、とくに後見法や破産法の制定に功績があった。当時のスイスには、統一民法典がなかったことから、1863年から司法委員会、バーゼル民法典をも起草し（全スイスの民法典が予定されていたことから、施行されず）、この草案は、1907年のスイス民法典制定の先駆けとなった。チューリヒ民法の編纂者ケラー（前述）より、一世代若く、のちのスイス民法典（1907年）の先駆者としての意義がある。バーゼル民訴法典、スイスの債務督促・破産法の制定にも関与した。もともと、その草案は大幅な修正をうけた。さらに、彼は、1881年のスイス債務法典の起草にも関与している。

1871年には、バーゼル大学の学長になり、バーゼル大学の図書館の充実にも努力した。1891年には、バーゼルの控訴裁判所長にも就任した（1907年まで）。この裁判所は、全スイスに影響力をもった。1890年に、ボルトガルとイギリスの Delagoa 湾（モザンビーク）に関する紛争の仲裁裁判官としても、働いた。

ホイスラーは、19世紀パンデクテン法学者のうち、初期のゲルマニステンに属する。ゲルマニストとしては、主著として、ドイツ私法の体系（Institutionen des Deutschen Privatrechts, 1885/86）があり、ゲルマン法の叙述に従った民

法の体系を構築した(ゲヴェーレとムント)。アルプレヒト(Wilhelm Eduard Albrecht, 1800-1876)のゲヴェーレ理論を批判したことで名高い(Die Gewere, 1873)。ゲルマニステンは、ロマニステンと並んで19世紀の法律学の主流をなしていることから、ギールケなどと同様、ドイツ民法典の制定にも影響を与えていることになる。ホイスラーの著書は、ゲルマン法の代表的著作の1つとなっており、現在でも、法制史上の著作としての意義は高い。

ホイスラーには、法制史の多数の著作のほか、ゲルマン法における所有権(1871)、バーゼル市の歴史(1917)、ドイツ国制史(1920)、スイス国制史(1920)に関する著作も存在する。1863年から、スイス法雑誌の共同編者となり、1882年から1920年にその長であり、1894年から1921年に亡くなるまで、スイス法曹会の会長でもあった。また、バーゼル大学、チュービンゲン大学、ジュネーブ大学から、名誉博士号を授与され、1911年には、Orden Pour le Mériteをうけた。1921年に、バーゼルで亡くなった⁴⁰⁾。

以下の業績がある。

Verfassungsgeschichte der Stadt Basel, 1860.

Die Beschränkung der Eigentumsverfolgung bei Fahrhabe und ihr Motiv im deutschen Rechte, 1871.

Institutionen des Deutschen Privatrechts, 1885/86.

Geschichte der Öffentlichen Bibliothek der Universität Basel, 1896.

Deutsche Verfassungsgeschichte, 1905.

Geschichte der Stadt Basel, 1917.

Schweizerische Verfassungsgeschichte, 1920.

(3) 孫ホイスラー(Andreas Heusler, 1865.8.10-1940.2.28)

孫のホイスラーは、1865年に、バーゼルで生まれた。バーゼル、フライブル

40) Bühler, Heusler, Andreas, NDB 9 (1972), S.49f.; Beyerle, Heusler, Andreas, Deutsches Biographisches Jahrbuch 3 (1921), 1927, S.137ff.; His, Andreas Heusler-Sarasin, Basler Gelehrte des 19. Jahrhunderts, 1941, S.263ff.

危険負担についても、ゲルマン法に関して言及している。Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, II-2, 1886, S.256.

ク (Breisgau)、ベルリンの各大学でゲルマン語学を学び、1887年に、フライブルクで、学位をえた (Beitrag zum Consonantismus der Mundart von Baselstadt)。1890年に、ベルン大学で私講師となった。1893年に、年長の歌姫 Auguste (geb. Hohenschild) と結婚し、1894年、ベルリン大学の員外教授、1914年に正教授となった。1920年に、スイスに戻り、定年までバーゼル大学で勤めた (1936年)。1901年から妻と別居していたが、1922年に離婚し、1940年に亡くなった⁴¹⁾。本稿では、立ち入らない。

6 フーバー (Eugen Huber, 1849.7.13–1923.4.23) と民法典

(1) フーバーは、スイス民法典の起草者として著名であり、スイス民法典のテキストと多くの人名辞典には必ず登場する者であるから、本稿では、あまり立ち入る必要はないであろう。

彼は、1849年、チューリヒ州の Oberstammheim に生まれた。父 Konrad は、医者であった。母は、Anna (geb. Widmer, 1818–69)。チューリヒ大学とベルリン大学で法律学を学び、1872年に、博士となり (Die Entwicklung des Schweizerischen Erbrechts seit der Trennung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom Heiligen Römischen Reich)、1873年に、ハビリタチオンを取得した。私講師としての最初の講義は、中世の都市法に関するものであった。この間、新聞 NZZ (Neue Zürcher Zeitung) で、編纂者補助となった。

1876年から、NZZ のベルン特派員 (Bundesstadtrektor) となり、その後、チューリヒに戻り主編纂者となった。しかし、1877年に、自由主義的政党との意見の違いから、職を辞し、Trogen (Kanton Appenzell Ausserrhoden) の裁判官となった。1881年に、バーゼル大学のスイス連邦法、私法の教授となった。1888年から、ハレ大学の教授となり、立法史、私法、商法、カノン法、法哲学を教えた (1892年に、フーバーの後任となったのは、利益法学のヘックである)。ここで、リュウメリンヤシユタムラーと親交を結んだ。1876年に、最初の妻 Lina (geb. Weißert, 1851–1910) と結婚し、1917年に、Maria (geb. Schuler,

41) Völker, Heusler, Andreas, NDB 9 (1972), S.49f.

1884-1942)と結婚した。

この間、彼は、個々の州(カントン)の私法を4巻の本にまとめた。1892年に、ベルン大学の法史・私法の教授となり、連邦評議会から、スイス民法(ZGB)の草案を起草することを依頼された。そのために、ベルン大学のスイス法、ドイツ法の講座に転じた。この作業は、1904年に、草案を作成することによって終わった。連邦参議院は、この草案を連邦集会=議会(Bundesversammlung)に提出した。フーバーは、1902年から、国民議会(Nationalrat)の議員であり、政治家としても、立法に協力した。議会の審議は、1905年から、1907年12月10日の可決まで行われた。1912年1月1日から、民法典は発効した。

フーバーは、1923年にベルンで亡くなり、その墓は、ベルンのBremgartenfriedhofにある。早くに娘を亡くし、養女をむかえた⁴²⁾。

その最大の功績は、Gemeinschaftsgliedernである。ゲルマン法のゲヴェーレに関する研究も著名である(Festschrift für die Universität Halle, 1894)。また、Eigentümergehörigkeitは、バーゼルのモデルに従い、ZGBの予備草案にとりいれられた。抵当権においても、スイスの土地債務(Gült)が用いられた(Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 12, 1918/19)。

主著である4巻のSystem und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, 1886/93は、包括的なスイス私法史、制度史、ドグマ史であり、法統一の作業の基礎となった。

42) Liver, Eugen, NDB 9 (1972), S.690ff.; Caroni, Il mito svelato: Eugen H., ZSR, 110 (1991), S.381.; Manai-Wehrli, Eugen, No 22, Historischen Lexikon der Schweiz.; Rümelin, Eugen Huber, 1923; Mutzner, Eugen Huber (13. Juli 1849-23. April 1923), ZSR 43 (1924), S.1.; 50 Jahre Schweizer. ZGB, ZSR 81 (1962), S.9ff. (mit Moos/Liver/Merz/Gauye); Egger, Eugen Huber, als Gesetzgeber, SJZ 37 (1940), S.93.; T.Guhl, Schweizer Juristen d. letzten 100 J., 1945; Berner Kommentar zum schweiz. Privatrecht, I, 1962 (Neud. 1966), (Allg. Einl. v. Liver).

サレイユとの交換書簡がある。Aragoneses, Recht im „Fin de siècle“: Briefe von Raymond Saleilles an Eugen Huber (1895 - 1911), Juristische Briefwechsel des 19. Jahrhundert (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, Bd 223), 2007.

1902年の Schweizerisches Civilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf では、予備草案の起草理由が述べられている。Abhandlung über die Gestaltung des Wasserrechtesや 1914年の物権法に関する講演 (Teilung des Eigentums; die dinglichen Rechte; die Formschriften) では、将来のスイス法のあり方にもふれている。晩年の1921年の Recht und Rechtsverwirklichung では、カント的な法政策的な見解を述べている。1922年には、Das Absolute im Recht がある。

(2) フーバーは、歴史法学派の最後の傑出したゲルマニストであった。その著作の多くも、ドイツやスイスの法史に関するものである。フーバーの民法典は、ヨーロッパでもっとも新しい法典となった。倫理哲学的に基礎づけられ、ヨーロッパ的かつカントン法の合成物である。Egger によれば、その基礎的観点は、人文主義的、社会的、個人的な性格とされる。法律に社会的内容を付与する共同体思想により特徴づけられる。

著名な民法典1条2項では、裁判官に、法規の欠缺のさいには、みずから、立法者が決定するように判断することを求めている (modo legislatoris)。法典に規定がない場合には、裁判所は慣習法を考慮し、これもない場合には、立法者としてするであろうルールによって決定すべきものとする。カントに依拠した方法によって、フーバーは、スイスの法関係に適合させたのである。これは、連邦裁判所の創造的な判例を理論づけている。

トルコの民法へのスイス法の影響については前述した (I 3参照)。

7 シュトゥッツ (Ulrich Stutz, 1868.5.5-1938.7.6)

シュトゥッツは、1868年、チューリヒで生まれた。父は、地質学者の Johann Ulrich Stutz、母は、Emilie (geb. Finsler) であった。母の父 Johann Georg Finsler (1800-1863) は、サヴィニーやアイヒホルンに師事したゲルマニストであり、ケラーの親友であった。シュトゥッツ自身は、スイス法の発展というよりは、おもに教会法の研究に寄与している。

彼は、早くから歴史家を志し、当初、チューリヒ大学で、法学と歴史学を学び、1888年に、ベルリン大学に移り、法律学を学んだ (1891年まで)。ベルリ

ンでは、ローマ法をデルンブルクに、ドイツ法史をブルンナーに、ドイツ私法をギールケに、教会法をヒンシウスに学んだ。1892年、ベルリン大学で学位を取得し、Andreas Heusler(1834-1921)から、バーゼル大学に招かれ、私講師となった。ホイスラーの代講をして、教会法、ドイツ法を教えた。私有教会の研究をした。1895年に、員外教授となり、1896年、フライブルク大学で教授となった。1898年、Elly(geb.Windelband)と結婚した。妻は、哲学者ヴィンデルバントの娘であった。

シュトゥッツは、1904年に、ボン大学の教授となり、教会法の研究所を創設し、歴史的な教会法史の研究の基礎づけをした。1917年に、ヒンシウス没後のベルリン大学から招聘された。教会法の講義のほか、高齢のギールケの代講もした。1936年、ベルリン大学を引退し、1938年に、ベルリンで亡くなった。スイス改革派教会の出身であったが、福音主義教会やカトリック教会をよく知り寛容であった。スイスの出自であるが、ドイツ的ナショナリズムや帝政に共感した。フライブルク、チューリヒ大学の名誉博士号をうけた。1918年に、プロイセン学術アカデミーの会員となった⁴³⁾。

彼の私有教会論(Eigenkirche)は、教会の聖職禄や恩給制が古代の教会法(Precaria)の発展ではなく、ゲルマン人の私有教会制に由来することを明らかにし、私有教会の存在を論じた。当時の通説を覆す画期的な理論となった。すなわち、私的支配権の下におかれた教会では、財産法上の処分権だけではなく、聖職に関するすべての指導権(たとえば、叙任権)が生じ、古代のローマ的な教会秩序は、ゲルマン的な秩序に転換されたとするものである。また、当

43) シュトゥッツ・私有教会・教会法史(増淵静一郎・淵倫彦訳・1972年)193頁以下「訳者あとがき」参照。Alfred Schultze, 1864-1946によるネクロロギーがある。Zum Gedächtnis, Ulrich Sturz, SZ(Kan.) 28 (1939), S.IXff.; Otto Meyer, Ulrich Stutz, Deutsches Archiv für Geschichte des Mittelalters, 2 (1938), S.616ff.; GND, 118757652
Bibliographic Metadata: Title Gutachten über die rechtliche Stellung des evangelischen Universitätspredigers an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität in Bonn, 1914.(デュッセルドルフ大学による電子版がある。http://digital.ub.uni-duesseldorf.de/ihd/content/pageview/4377364)

時なお広い範囲で通用していたカノン法大全と区別して、独立した教会法の歴史を叙述した。ローマ法では、すでに19世紀に、古典ローマ法と現代ローマ法の区別が意識されていたが、彼によって初めて、教会法においても、同様の区別が行われたのである。教会法史の先駆者といえる。その弟子に、Johannes Heckel と Dettmar Philippi がいる。

8 その後の学者

(1) 著名なテキストに登場する者

シェーネンベルガー(Wilhelm Schönenberger, 1898-1985)は、テキストの編者として知られている(たとえば、Schonenberger, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 1988)、連邦裁判所裁判官(Bundesrichter)であった。

ほかに、Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907: Textausgabe mit Einleitung, Anmerkungen, Ausführungserlassen und Sachregister, 1992があり、Peter Gauch と共編である。

Obligationenrecht: Bundesgesetze vom 30. März 1911 und vom 8. Dezember 1936, samt den seitherigen Gesetzesänderungen, 3.Aufl., 1973.

スイス法は、法典としては体系性を目ざさないが、他方、大部のコンメンタールは多く、学問的には、体系性を重視しているのが特徴的である。

オーザー(Hugo Oser)は、債務法コンメンタール(Das Obligationenrecht: Kommentar zur 1. und 2. Abteilung [Art. 1-529 OR])の創始者である。

ゲール(Theo Guhl, 1880.11.13-1957.5.2)も、著名なテキストの著者である。Eugen Huber の下で、1904年に、学位(Untersuchung über die Haftpflicht aus unerlaubten Handlung nach schweizerischem Obligationenrecht)を、1908年に、ハピリタチオン(Bundesgesetz, Bundesbeschluss und Verordnung nach schweizerischem Staatsrecht)を取得。1912~22年、スイスの登記所で勤務し、1922年にベルン大学の教授となり、学長もした。1951年に定年。Das schweizerische Obligationenrecht: mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts. 7版(1980年)は、Hans Merz と Max Kummer による。

グミュール (Max Gmür, 1871-1923) は、ベルン大学教授で、多くの著作で知られるが、解釈学のほか、法史家でもある⁴⁴⁾。Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches, 1908; Sachenrecht, 1911/25 などがある。

Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 1.Aufl., 1910; 2.Aufl., 1918 のシリーズの編者であり、みずからも、Bd.1 (Einleitung) を執筆している (2.Aufl., 1919)。

著名な者でも、別のジャンルで検討する法律家については、本稿では採り上げない。

(2) トゥール (Andreas von Tuhr, 1864-1925)

トゥールは、必ずしもスイスの学者ではないが、スイスとの縁は深い。1864年に生まれ、ハイデルベルク、ライプツィヒ、シュトラスブルクの各大学で法律を学んだ。利益法学のヘック (Philipp Heck, 1858.7.22-1943.6.28) の母方の親戚である。宗旨はプロテスタントである。1885年に学位をえて、1888年に、教授資格・ハビリタチオンを取得した。1891年バーゼル大学で員外教授となり、93年に教授、1898-1918年に、シュトラスブルク大学教授となった。1919年からチューリヒ大学に移り、定年までとどまった。パンデクテン法学の伝統に忠実で、著名なロマニストであった⁴⁵⁾。著書に Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechtsがあり、今日でも、民法の解釈論上、しばしば引用される文献である。ほかに、Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 1907もある。

(3) ホンゼル (Heinrich Honsell, 1942.7.28-)

ホンゼルは、1942年に、ミュンヘンで生まれ、1969年に、ミュンヘン大学において、Wolfgang Kunkel(1902-1981) の下で、学位を取得した (クンケルは、

44) Münster大学の Gmür は、別人であり、姻戚関係も不明である。彼は、Hoffmann-Burchardiの学位の審査員(1974年)であった。GND 116685204。

45) トゥール文庫は京都大学にある。第一次世界大戦の賠償として日本に供与されたとされる (Katalog der Andreas von Tuhr Bibliothek in der Juristischen Fakultät der Universität Kyoto, 1976)。Vgl.PND: 117638609

1956～70年まで、同大学)。学位論文は、Quod interest im banae-fidei-judicium, 1970. 1972年に、ラーレンツの下で、ハビリタチオンを取得した(Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, 1974)。1972年に、Bielefeld 大学で、民法の教授となった。1977年に、ザルツブルク大学に移籍し、のちチューリヒ大学に転じ、スイス法とヨーロッパ私法の教授となった。2007年に、名誉教授となった。1993年から2003年、ドイツ私法教授連盟の理事となった(Deutsche Zivilrechtslehrervereinigung)。1999年からは、事務局長でもある。また、ウィーンのオーストリア学術アカデミーの外部会員である。

スイス法に関しては、Baseler Kommentare zum Schweizerischen Privatrecht に執筆し、シュタウディンガー・コンメンタールにおいて、売買法に関する国連条約(CISG)についても執筆している。民法、ローマ法、スイス法に関して、多数の業績がある⁴⁶⁾。

(4) 法学者とスイス

スイスの大学は、ドイツ系の学者に対して、しばしば招聘や昇進の機会を与えている。イェーリングは1845年に(1846年にロシュトック)、ヴァイントシャイトも1847年に(1852年にグライフスヴァルト)、バーゼル大学で正教授となっている。上述のトゥールも同様である。イェーリングの後任は、Leist であった(1847年にイエナ)。デルンブルクも、T・モムゼンの後任として、チューリヒ大学に赴任している(1854年から62年)⁴⁷⁾。ただし、長く留まる例は少ない。長く留まったのは、ベルン大学のロートマルである。ユダヤ系であり、かつ社会主義者鎮圧法によって、ドイツでは就職できなかったからである⁴⁸⁾。

46) Honsell については、Who's who im deutschem Recht, S.287.

47) 拙稿・一橋法学12巻1号38頁。ラーベルも、1906年から、バーゼル大学教授となった(1910年に、キール大学)。Vgl. Rabel, Windscheid und die Schweiz, DJZ 14 (1909), S.959.

48) ロートマルについては、拙稿・一橋法学12巻1号37頁参照。市民国家であるスイスが、ロートマルの気に入ったこともある。また、Fargnoli, Philipp Lotmar und der Schweizerische Juristentag, (hrsg. Kunz, Weber, Lienhard, Fargnoli,

上述のツァシウスにみられるように(Ⅲ 1)、ドイツ南西部とスイス北部は、文化的に近く、法の直接的な影響がみられるほか、人的交流も盛んである。エラスムス(Desiderius Erasmus, ca.1469-1536)も、バーゼル(墓所がある)とフライブルク(滞在した家がある)を往復し、ツァシウスとも交流した⁴⁹⁾。

近時では、シュレヒトリームの弟子の Ingeborg Schwenzer(1951. 10. 25-)が、バーゼル大学教授となっている。彼女は、1970年から、チュービンゲン、ジュネーブ、フライブルクの各大学で法律学を学び、1975年に、第一次国家試験に合格し、1976年に、カルフォルニア大学でLL. M. を取得し、1978年に、フライブルク大学で学位をえた(Die Freizeichnung des Verkäufers von der Sachmängelhaftung im deutschen und amerikanischen Recht, 1979)。1980年に、第二次国家試験に合格、1987年に、シュレヒトリームの下で、ハビリタチオンを取得した(Vom Status zur Realbeziehung - Familienrecht im Wandel 1987)。マインツ大学教授となった後、1989年に、バーゼル大学教授となった。

比較法、ヨーロッパ法、統一法などを得意分野とする。シュレヒトリームとの共著のウィーン統一売買法のコンメンタールは、版を重ねている。

Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht 4. A. hrsg. v. Schlechtriem

Kostkiewicz), Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, 2014, S.531.

スイスには、ホイスラーやフーバーなど、ゲルマニスト系の法学者が多い。混合法の領域であることから、ロマニスト系の学者も多い。スイス以外のゲルマニステンやロマニステンについては、別個に検討する予定である。

49) Gail, Erasmus von Rotterdam, 1994. S.145ff.

なお、以下のものも、スイス法の特徴を現わしている。Carlin, Erwerb und Verlust des Schweizerbürgerrechts, ZSR 19 (1900), S.1; Merz, Anfang und Ende der Persönlichkeit, ZSR 76 (1957), S.319; Merz, Die Generalklausel von Treu und Glauben als Quelle der Rechtsschöpfung, ZSR 80 (1961), S.335; Isler, Allgemeine Geschäftsbedingungen(AGB) und Verkehrssitte, ZSR 101 (1982), S.377ff.; Meier, Über Entwicklung, Begriff und Aufgaben des Wirtschaftsrechts, ZSR 101 (1982), S.267; Riemer, Vertragsgehungen sowie Umgehungen anderer rechtsgeschäftlicher Rechte und Pflichten, ZSR 101 (1982), S.357ff.

Peter/Schwenzer Ingeborg 2004, 5. A. 2008, 6. A. 2013.

スイス法の発展と人

