

フリッツ・シュルツ

# 「古典期ローマ私法」(IX-完)

(第V部 債権債務関係の法)

早稲田大学ローマ法研究会

佐藤篤士 監訳

Fritz Schulz, Classical Roman Law, 1961, Oxford University Press  
(Part V Law of Obligations)

本邦訳は Oxford University Press より翻訳が認められたものである。

## 目 次

### 第Ⅴ部 債権債務関係の法

#### 序説

#### 第1章 契約法

1. 序
2. 問答契約一般（以上第55巻1号）
3. 問答契約の特殊な型態（以上第55巻2号）
4. いわゆる文書契約
5. 要物契約一般
6. 消費貸借と使用貸借
7. 寄託と質
8. いわゆる無名要物契約（以上第56巻1号）
9. 諾成契約一般
10. 売買（以上第56巻2号）
11. 賃約
12. 組合
13. 委任（以上第57巻1号）
14. 法務官法上の無方式契約

#### 補論 贈与と加入

#### 第2章 不法行為法

1. 序
2. 盗（以上第57巻2号）
3. 不法損害
4. 人格権侵害（以上第58巻1号）
5. 強迫を原因とする訴権と悪意訴権（以上第58巻2号）

### 第3章 不当利得および事務管理

#### 1. 不当利得

1041古典期の観念 1042ユースティニアヌスの法 1043文献 1044不当利得返還請求訴権 1045告示による方式書 1046給付の必要 1047確定貸金ないし確定物の供与 1048所有権移転の必要 1049不確定物不当利得返還請求訴権の不存在 1050債務の内容 1051被後見人を相手どって援用できない 1052不当利得返還請求訴権の種類 1053非債弁済の不当利得返還請求訴権 1054原因故に与えられたものの不当利得返還請求訴権 1055卑しい原因故の不当利得返還請求訴権 1056不法原因故の不当利得返還請求訴権 1057終了原因故の不当利得返還請求訴権 1058原因なき不当利得返還請求訴権と法律にもとづく不当利得返還請求訴権 1059盗の不当利得返還請求訴権, 方式書 1060性質 1061所有者のみがなしうる 1062訴権の競合 1063盗に関する準不当利得返還請求訴権

#### 2. 事務管理

1064法源と文献 1065告示 1066事務管理と委任 1067編纂者たち 1068評価

### 第4章 債権債務関係の移転および債権債務関係の消滅

#### 1. 債権債務関係の移転

1069相続および更改 1070自身の物に対する代訟人 1071ギリシア法とチュートン法

#### 2. 債権債務関係の消滅

1072消滅一般 1073弁済 1074代物弁済 1075弁済受領問答契約 1076混同（以上本号一完）

#### 1. 不当利得

##### 1041 古典期の観念

法源 D. (50.15) 206; (12.6) 14.

古典法は不当利得を回復するためいくつかの訴権を知っていた。それらは対人訴権であり、契約にも不法行為にもとづくものでなく、ある人が他人の出損によって利得し、この利得が法的に不当なものとされるという事実にもとづくものであった。この観念は単純かつほとんど自明なようであるが、実際には、これらローマの訴権はまったく独特なものであり、ローマ法に基礎をおかない他の諸法にはこれと対比されるものはない。これらの訴権は独創的でまた有益なローマの創造物であるが、明確に特定された範囲の事例に厳格に制限されなければならないものであった。そうでなければ、これらは訴権の全体系を、またそれによって私法の全体系を混乱させ、ゆるがすおそれがあるからである。購入者が彼に売却された商品を受領したが支払を遅滞したと仮定しよう。購入者は商品によって利得をえており、売主はしたがって不当利得としてそれらの返還を要求できるという人があるかも知れない。しかしながら、これは契約の拘束力をゆるがすことになる。ローマ法では売主は商品を請求する権利を与えられず、代価を請求する売主訴権 (*actio venditi*) (前述917) に限られていた。われわれは法源につぎのような格言を見出す。「何人も他人の損失においてまた不法において富裕になることがないのは自然法上衡平である」 (*iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores*)。しかし古典期の法律家たちにとってこれは一般的観念ないし原理であったが、法原則ではなかった。彼らはこれらの訴権を非常に狭い範囲に限定し、不当利得が明白であってもいかなる訴権も援用できない事例を認めてきた。研究者は移植 (*implantatio*) および加工 (*specificatio*) の事例に注意しなければならない。善意の買主が盗品の植物を購入し、それを自分の土地に植栽した。彼は所有権を取得したが、これは疑いもなく、所有者の損失で利益を得させる (611) ものであり、買主と所有者との間では不当利得を生ぜしめるものである。にもかか

ならず、買主は植物の前の所有者に対して利得を返還する義務はなかった。同様に、もし善意の買主が加工 (specificatio) によって所有権を取得したならば、材料の所有者は善意の買主を相手どってなんらの訴権も持たなかった。さらに古典法においては、「善意の占有者は果実を自分のものとする」(bonae fidei possessor fructus suos facit) のであり、またその物の所有者に対して、たとえ利得が所有者と占有者との間においては正当化されないとしても、果実を返還する義務を負わない。要するに、古典法においては不当利得は返還さるべきであるとの一般原則はなく、不当利得の観念はある一群の事例にのみ限られていたにすぎない。これらの事例を除いては、訴権はなく、不当利得の返還に関する補助的な救済すらなかったのである。

#### 1042 ユースティーニアヌスの法

古典法にはすきまがありそれらは補充されなければならないのであるけれども、古典法は健全であり巧みに配慮されていた。しかし編纂者たちは古典法を完全に破壊してしまったのである。かれらはおろかにもこれらの訴権の範囲を拡大し、また不幸にもビザンチン法について明確な説明をすることもなく、古典法をあいまいにした混乱させた数多くの改ざんによってその内容を変えてしまった。この法はユースティーニアヌスの法のもっとも悪い部分の一つである。それは数世代にわたって法律家を混乱させかついらだたせており、また大陸の法典編纂に悪い影響を与えわれわれの時代まで及んでいる。ドイツ民法典(BGB)は一つの戒むべき例である。

#### 1043 文献

古典法のこの部分の研究は早くから(19世紀の90年代であるが)開始されたが、その時は現代の批判的検討がまだ初期の段階にあり、研究者たちは適切な研究資料も、法源の性質にかんする明せきな洞察力も持ちあわせていなかった。それにもかかわらず、その成果は賞賛すべきものであった。その後研究の歩みは遅々として進まず、今日においてすら、古典法とユースティーニアヌスの法の両方を包括的に分析している文献は存在しない。

#### 1044 不当利得返還請求訴権 (condictio)

ここでわれわれは特別の事例と救済を考察からはずし、中心的な現象、つまり不

当利得の返還についての救済として機能する不当利得返還請求訴権 (condictio) に限定することにしよう。

#### 1045 告示による方式書

われわれの出発点となるべきものは告示である。告示が不当利得の返還にかんす (612) 一般的な方式書を含まなかったことは争いのない事実である。しかしながら、われわれがすでに指摘してきたように (809), Si certum petetur (もし確定物が請求されるならば) という告示の表題のもとでは、非常に一般的抽象的な形でつくりあげられ、また condictio (返還請求訴権) と呼ばれる次のような三つの方式書があった。なぜならそれは、通告による法律訴訟 (legis actio per conductionem, Gai. 4. 17b-19) における方式書に類似していたからである。(1)確定貸金返還請求訴権 (condictio certae pecuniae), (2)確定物返還請求訴権 (condictio certae rei), (3)確定量返還請求訴権 (condictio certae quantitatis) (穀物的返還請求訴権 [condictio triticaria]) である。これらの方式書は当初は消費貸借にもとづく (ex mutuo) 訴権および確定問答契約にもとづく (ex certa stipulatione) 訴権を与えることを意味した (Lenel, *Edict*, § 95)。もう一つの表題 — si cum eo agatur, qui incertum promiserit 「もし不確定のものを約束した者を相手どって訴訟が提起されたならば」 (Lenel, *Edict*, § 55,) — は不確定物問答契約にもとづく訴権 (actio ex stipulatione incerta) についての方式書を規定しているがこれは返還請求訴権 (condictio) と呼ばれなかった (前述 809)。共和政期および古典期の法律家たちは、不当利得の返還についての救済を確立するために最初に三つの方式書 (返還請求訴権 condictio) を利用した。かれらは——消費貸借にもとづく返還請求訴権 (condictio ex mutuo) の類推から——不当利得をとまなうような給付 (datio) によってある人が有体物 (確定貸金 certa pecunia, 確定物 certa res, 確定量 certa quantitas) を取得した場合に返還請求訴権を認めた (変則的な盗の不当利得返還請求訴権 condictio furtiva については、後述 1059 参照)。これは編纂者たちがまったくおそろしいほどに切り捨てた結果きわめて単純化された古典法の姿である。さしあたり、つぎの簡単な例によって古典法を証明しよう。A と B はともに誤って、A が B に 100 金を負っていると信じ、A は B に 100 金を支払った。B は引渡

(traditio) によって金銭の所有権を取得した。というのは、引渡は原因をもって (cum causa) なされたからである。引渡原因 (causa traditionis) とは、引渡の法的目的にかんする当事者の合意であり、この場合、両当事者は弁済が弁済原因 (solutionis causa) によってなされたことに合意している。かくして、Bは所有権を取得したが、この取得はAとBとの間では不当なものであった。その結果、Aは支払った金銭を確定貸金返還請求訴権 (condictio certae pecuniae) で要求することができる。方式書はつぎのとおりである。

「もし被告が原告に100金を与えることを要することが明らかならば、審判人は被告が原告に100金につき有責の判決をせよ。もし明らかでないならば免訴せよ。」

(Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio centum dare oportere, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio centum condemnato, si non paret absolvito.)

これは金銭消費貸借にもとづく訴権 (actio ex mutua pecunia) および確定貸金問答契約にもとづく訴権 (ex stipulatione certae pecuniae) の方式書であったが、これはまた不当利得の返還にも用いられた。

#### 1046 給付の必要

法源 Gai. 2. 79 *in fine*; 盗の不当利得返還請求訴権 (condictio furtiva) のみ (613) が言及されていることに注意。

不当利得の返還にかんする古典期の返還請求訴権 (condictio) は、前述のごとく、給付 (datio) にもとづく条件付のものであった (盗の不当利得返還請求訴権 condictio furtiva については、後述 1059)。利得が給付 (datio) なくして取得された場合には不当利得返還請求訴権はない。かくして、もし盗まれた材料を善意で購入した者が加工 (specificatio) によって所有権を取得したならば、たとえ材料所有者と加工者との間では利得が不当であったとしても、不当利得返還請求訴権は存在しない。

#### 1047 確定貸金または確定物の供与 (datio certae pecuniae or rei)

法源 D. (12. 4) 10; (16. 1) 8. 3; (23. 3) 78. 5; (12. 7) 1. pr. (本来のものではない); (12. 7) 3 (本来のものではない); (46. 2) 12 (非常に改ざんさ



れている)

確定貸金または確定物(確定量 *certae quantitatis*)を供与することが必要であった。ある者が一定額の金銭を支払う義務を負っており、債務が受領問答契約(*acceptilatio*)によって支払われた場合、これは金銭の供与(*datio pecuniae*)とみなされた。このようにして、もしAがBに100金を負い、BがAに嫁資を与えることを欲して、嫁資原因による受領問答契約(*acceptilatio dotis causa*)により免除したならば、もし婚姻がおこなわれないときはBは返還請求訴権によってAを相手どって100金を請求することができる。またAはBに100金を負っていると誤信していたと仮定しよう。Aには100金を負っていた債務者Dがあり、Dは更改問答契約によってBに100金を与えることを約束する権限をAに与えた。「指図する者は弁済する」(*qui delegat soluit*)という原則により、AがBに100金を支払ったとみなされ、したがってAはBを相手どって確定貸金返還請求訴権(*condictio certae pecuniae*)を持つことになる。他方において、もしAが問答契約によって嫁資を原因としてBにたいして100金を約束し、婚姻がおこなわれなかったならば、Aは問答契約訴権にたいしては悪意の抗弁を援用して自らを防禦できるが、受領問答契約をさせるためにBを相手どっての返還請求訴権は持たない。つぎに、BがAに貸金として100金を与えるという方式によらない合意にもとづき、AはBに問答契約により100金を返済すると約束したと仮定する。Bはその貸金をけっして渡さなかった。もしBがAを問答契約訴権で訴えたならば、Aは悪意の抗弁により自らを防禦することができるが、彼にはBを相手どって免除を求める返還請求訴権は認められない。古典法においては、債務免除請求訴権(*condictio liberationis*)は存在しなかった(もし存在していれば、ガーイウス 4. 116はそれに言及したであろう)。債務免除請求訴権は不確定物返還請求訴権(*condictio incerti*)であつたろう。というのは、*accepto ferre*(私は収入を記帳する)とは *facere*(なすこと)であり、すべて *facere* は不確定なもの(*incertum*)とみなされていたからである(これは確定金額 *certa pecunia* および確定物 *certa res* と対照的である)。債務免除請求訴権は編集者たちあるいは古典期以降の法学者たちによって導入されたものである。

1048 所有権移転の必要

法源 Gai. 2. 82; D. (12.1) 19. 1; (12.1) 4. 1 (本来の法文は盗の不当利得返還請求訴権 *condictio furtiva* を取扱っている)

供与 (*datio*) とは譲渡を意味し、所有権を受領者に引渡すことであった。B に100金の債務を負っていると信じている未成熟の被後見人 (*pupillus*) が B に対して後見 (614) 人の助成なく (*sine tutoris auctoritate*)、その金額を支払ったならば、その後見人には返還請求訴権がない。何故ならば B は所有権を取得せず、ただ占有のみを取得したのであって、古典法においては、占有の不当利得返還請求訴権 (*condictio possessionis*) はなかったからである。被後見人は所有物取戻訴訟 (*rei vindicatio*) によってその金銭を請求できたが、もし B が混同 (*commixtio*) によってその金銭の所有権を取得したならば、返還請求訴権が適用される。たとえ所有権が供与 (*datio*) によって譲渡されていないとしても、供与が少なくとも取得の基礎だからである。質権者が債務の履行のあとで質物を返還しなかった場合、質権設定者には不当利得返還請求訴権はない。古典法においては、占有の不当利得返還請求訴権 (*condictio possessionis*) は存在しなかったからである。

#### 1049 不確定物不当利得返還請求訴権 (*condictio incerti*) の不存在

法源 不当利得返還請求訴権の古典期の概念については、Gai. 4. 18 ‘*conditionem dicimus actionem in personam qua in tendimus “dari nobis oportere”*’ 参照。Gai. 4. 5 において盗 (*furtum*) は注解を必要とする。

古典期の不当利得返還にかんする返還請求訴権 (*condictio*) はつねに (盗の不当利得返還請求訴権 *condictio furtiva* の場合を除いて; 後述 1059) 確定金額ないし確定物 (確定量) の供与にもとづくものであると要約できよう。これは (古典期以降の用語を用いれば) つねに確定物返還請求訴権 (*condictio certi*) であった。不確定物返還請求訴権 (*condictio incerti*) は古典法には存在していなかった。*condictio incerti* という用語は古典期のものでないのみでなく、そのような制度自体もその時期には存在しなかった。告示には不確定物返還請求訴権についての方式書は含まれていない (Lenel, *Edict*, § 57. p. 158)。不確定問答契約にもとづく訴権 (*actio ex stipulatione incerta*) のために用いられた方式書 (Lenel, *Edict*, § 55) は問答契約に限定されており、その他の目的に利用することはできなかった。

法務官は不確定なものの (*incertum*) 返還のためには準返還請求訴権 (*condictio utilis*) を与えることも可能であったが、実際には、そうしなかった。そのような慣行はわれわれの法源にきわだった根拠を残しており、われわれはアクィーリウス法準訴権 (*actiones legis Aquiliae utilis*) についてと同様の論争をみることができるし、またユーリアーヌスは告示のなかに一つの方式書を挿入していたであろう。告示が法典化されたのちには、不確定物返還請求訴権 (*condictio incerti*) は、そのような訴権は伝統をいちじるしく破るものであったろうから、皇帝の裁可によってはじめて与えられるものとなった。しかし、われわれはこの問題にかんする勅法についてはまったく聞いていない。とりわけ、不確定物返還請求訴権は古典期の法学者たちにとっては用語上矛盾するものであったろう。かれらにとっては、返還請求訴権は方式書の一つの特殊な形態であった。すなわち、抽象的であり対人訴権 (*in personam*) であり、通告による法律訴訟 (*legis actio per condictioem*, Gai. 4. 17 b-20) のように確定金額 (*certa pecunia*) ないし確定物 (*certa rei*) を求めるものであったのである。このようにして、われわれは不確定物返還請求訴権 (*condictio incerti*) を古典法から除外してもいいが、どうしても除外しなければならぬというわけではない。

#### 1050 債務の内容

不当利得返還請求訴権は、争点決定 (*litis contestatio*) の時にではなく、供与 (*datio*) の時に存している利得を返還させるためにある。

(a) もし金銭が与えられたならば、受領者は彼が善意で (*bona fide*) または悪意で (*mala fide*) 行為したのかに関わりなく、また争点決定 (*litis contestatio*) の時点で、彼がすでに金銭を消費していたかどうかに関わりなく、その金額を返還する義務を負うだけでよかった。

(b) もし一定量の代替物が与えられたならば、不当利得返還請求訴権は同量について存し、もしそれが消費されていたならば、その価値について存する。

(c) もし確定物 (*certa res*) が与えられたならば、受領者にはその物を返還すべき義務がある。彼には故意 (*dolus*)、過失 (*culpa*) については責任があるが、事変 (*casus*) については責任がない。

#### 1051 被後見人を相手どって援用できない

法源 Gai. 3. 91; D. (26. 8) 13; (46. 3) 66 [sed pupillus ..... renebitur]

不当利得返還請求訴権は争点決定の時点に存在していた利得に限定されないもので、後見人の助成のない供与 (datio sine tutoris auctoritate) によって不当な利得をした被後見人を相手どっては認められなかった。被後見人は所有権を取得したが、供与者は不当利得返還請求訴権を援用する権限はなかった。とにかくこれがユースの原則であり、古典期の最盛期には支配的なものであった。

#### 1052 不当利得返還請求訴権の種類

古典期の法学者たちはまだ特定の名称によって不当利得返還請求訴権を分類してはいなかった。『学説彙纂』の表題 12. 4-7 および『勅法彙纂』の表題 4. 5-9 に見られる分類と名称は古典期のものではない。それにもかかわらず、われわれが概括的意見を述べる際には考慮に値する。

#### 1053 非債弁済の不当利得返還請求訴権 (condictio indebiti)

法源 (a) *Fr. Vat.* 266 から *tutus solverit* まで: cf. D. (12. 6) 26. 3. (c) Gai. 3. 91; 2. 28. 3; *Fr. Vat.* 266; cf. D. (12. 6) 26. 3 と 26. 13. (d) *Inst.* (3. 27) *ex legato* まで; Gai. 2. 283 *non potest* まで

不当利得返還請求訴権は履行さるべき債務が実際には存在しなかったとき「弁済を原因とする供与」(datio solutionis causa) の場合に援用できる。*indebiti condictio* という言葉はわれわれの法源のなかに時折現われるが (*Voc. Iur. Rom.* I. 897. 1 ff.), それらの法文は疑わしい。少なくとも、これは古典期にはまだ専門的な名称ではなかった。

(a) 非債弁済 (*indebitum*) の意味はなにか。A が問答契約により 100 金を B に負ったと仮定せよ。後に、B は A を方式によらない「無方式の免除約束」(*pactum de non petendo* 前述 802) によって債務を免除した。A と B とが死亡し、A の相続人も B の相続人もともに無方式の免除約束について何も知らずに A の相続人が B の相続人に 100 金を支払った。A の相続人は不当利得返還訴権によって取戻すことのできる非債弁済 (*indeditum*) を支払ったのであろうか。古典期の法学者たちは肯定に答えたように思われる。というのは、債権者 (A の相続人) は、市民法上

(iure civili) 債務を負っているとはいえ、永久抗弁 (exceptio perpetua) によって保護されたからである。そのような場合、市民法上債務 (debitum) は支払われていたとして、準不当利得返還請求訴権 (condictio utilis) が必要であると主張されてきた。これはおそらく正しいだろう。けれどもそのような準不当利得返還請求訴権についてわれわれは何も聞いていない。不当利得にたいする返還請求訴権 (condictio) は結局、法律家たちの創造物であり、彼らはその要件を自由に述べてもいいと考えていたのであろう。ヴァティカン断片 266 はたしかに誤っているが、「しかしもし……抗弁を」(sed et si ... exceptionem) という言葉はおそらく注釈にすぎない。このようにして問題は疑問のまま残る。

(b) 受領者は非債弁済が彼に支払われていたことを知っていた場合、窃盗 (furtum) を犯したことになり所有権を取得しなかった (前述 983)。非債弁済の返還請求訴権 (condictio indebitum) は受領者を相手どって援用できなかったが、もちろん盗の不当利得返還請求訴権 (condictio furtiva) (後述 1059) は援用できた。では弁済者が市民法上金銭を負っているが永久抗弁 (exceptio perpetua) によって保護される場合もまたそうであろうか。われわれにはそうであるとはほとんど考えられない。

(c) 弁済者のみが実際には何も負っていないことを知っていた場合を考えよう。ユースティーニアヌスの法のもとでは、非債弁済の返還請求訴権は援用できなかった。古典法にかんしては、債務の不存在を弁済者が知っているかどうかは関係ないことであると広く考えられているが、この考え方は法源とはほとんど一致しないと思われる。そのような弁済はつねに贈与を意味するものではないということは正しい。したがって、もし贈与がなされたのでもなく、また返還請求訴権も援用できないならば、弁済は受領者に不当利得として残るであろう。しかしながらすでに述べたように (前述 1041)、不当利得の返還を請求できない他の事例があったのである。法律家たちは (中世の格言を利用すれば) おそらくつぎのように述べたであろう。「何人も自分自身がなしたことに反して返還を請求できない (adversus factum suum nemo potest venire.)」と。

ガイウスは弁済が錯誤によって (per errorem) なされたことを3回ないし

は4回も強調して述べている(3.91; 2.283)。ガーイウスが非債弁済(solutio indebiti)の通常の事例のみを考えており、また供与者の錯誤が非債弁済の返還請求訴権(condictio indebiti)の本質的要素であるとまじめに考えていなかったと言うことはたんなる逃げ口上でしかない。ガーイウス2.283を信託遺贈(fidei-commissum)の特殊性に結びつけて説明することはほとんど不可能である。D. (12. 6) 26. 3 (cf. *Fr. Vat.* 266) が改ざんされていることは明らかであるが、このことは編纂者たちが実質的に古典法を修正したことを証明するものではない。たしかに弁済者の側に錯誤がなければならぬとすることは正確でない。不当利得返還請求訴権を適用させるのは錯誤ではない。不当利得返還請求訴権を妨げるのはむしろ弁済者が知っていることである。しかし原則として、これは同じことに帰する。D. (12. 6) 26. 13 のような例外的な事例はガーイウスによってまた他の法律家たちによってすら、無視されたと言ってもさしつかえないであろう。とにかく新しい学説は疑わしい。

(d) 例外的に非債弁済の返還請求訴権はとくに債務が存在しないのに弁済がおこ (617) なわれた場合はいつでも、絶対に援用できなかった。もしそれが存在したとしても、存在しない債務は、〔請求を〕否認する場合には2倍額に訴訟が成長する場合(in quibus lis infitiando crescit in duplum) の一つであったろう。

1054 原因故に与えられたものの不当利得返還請求訴権(condictio ob causam datorum)

法源 D. (12. 4) 7. 1 [traditus] <mancipatus>, *Index Interp.* を見よ。

2. 原因故に与えられたものの原因が履行されない不当利得返還請求訴権(condictio causa data causa non secuta) または原因故に与えられたものの不当利得返還請求訴権(condictio ob causam datorum) (D. 12. 4 と C. 4. 6)

AがBに嫁資(dos)として(嫁資の原因により dotis causa) 金銭を与えたと仮定しよう。もし予定されていた婚姻が実行されなかったとすれば、Aは不当利得返還請求訴権(condictio)によって金銭を取戻すことができる。他の事例については、いわゆる無名契約(前述 903) および条件付贈与(donatio sub modo) (前述 974) について指摘したところを見よ。

1055 卑しい原因故の不当利得返還請求訴権 (condictio ob turpem causam)

法源 D. (12. 5) 4. 2-3.

3. 卑しい原因故の不当利得返還請求訴権 (D. 12. 5; 4. 7)

供与 (datio) の受領者が善良の習俗に違反して (adversus bonas mores) 行為したとき、供与者は受領者を相手どって不当利得返還請求訴権を持つ (たとえば、B の第三者殺害をやめさせるために A が B にたいして金銭を与えた場合)、但し彼自身が同様に汚辱 (in turpitudine) にある場合を除く (たとえば、A が B に B をして第三者を殺させるために金銭を与えた場合)。

1056 不法原因故の不当利得返還請求訴権 (condictio ab iniustam causam)

法源 D. (24. 1) 5. 18 [hactenus]; [hactenus qutenus ... est].

4. 不法原因故の不当利得返還請求訴権 (D. 12. 5; C. 4. 9)

夫婦の間での贈与は無効であった。供与者は所有物取戻訴権 (rei vindicatio) で、もし受領者が贈与財産を消費してしまった場合には不当利得返還請求訴権 (condictio) で返還を請求できた。

1057 終了した原因故の不当利得返還請求訴権 (condictio ob causam finitam)

法源 C. (4. 9) 2.

5. 終了した原因故の不当利得返還請求訴権

この不当利得返還請求訴権はわれわれの法源において明白には述べられていない。しかしもし債務者が債権者に約束手形を与えたならば、彼は債務の履行後、不当利得返還請求訴権によってその約束手形を取戻すことができた。しかしながら、嫁資については婚姻が後になって解消した場合であっても終了した原因故の不当利得返還請求訴権 (condictio ob causam finitam) によって嫁資の取戻を請求することはけっしてできなかったことに注意すべきである。すなわち嫁資の原因は永久である (dotis causa perpetua est.)。

1058 原因なき不当利得返還請求訴権 (condictio sine causa) と法律にもとづく不当利得返還請求訴権 (condictio ex lege)

『学説集纂』の表題 12.7 および『勅法集纂』の表題 C. 4.9 のなかにあらわれる特殊な原因なき不当利得返還請求訴権と法律にもとづく不当利得返還請求訴権

(C. 4. 9) は古典法には存在しなかった。

1059 盗の不当利得返還請求訴権 (conductio furtiva)。方式書 (formula) (618)

法源 Gai. 4. 4.

変則的な不当利得返還請求訴権として盗の不当利得返還請求訴権がある (D. 13. 1; C. 4. 8)。この訴権は盗品の所有者が盗人を相手どって盗品の取戻のために援用することができた。特別の方式書は存在しなかったが、一般的な方式書、確定貸金返還請求訴権 (conductio certae pecuniae), 確定物返還請求訴権 (conductio certae rei), 確定量返還請求訴権 (conductio certae quantitatis) が、厳密に言えばこれらの用語法はこの場合をカバーするものではなかったが、この場合にも援用された。これらの方式書の請求の表示 (intentio) はつぎのようである。「もし被告が原告に……与えることを要すること明らかならば」(Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio ... dare oportere)。「与える」とは古典期においては「所有権を移転すること」を意味し、そして盗人は所有者にたいし所有権を移転することができなかったことは明らかである。法律家たちは、ガーイウス 4. 4 が「盗人は憎むべきものであるから、これにできるだけ多くの訴訟によって責を負わせるために」(odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur) というように、わざとこの欠陥を大目に見過してきた。

1060 性質

法源 D. (13. 1) 8. 1 [maxime ... liberatur]; (13. 1) 6; (50. 16) 53. 2 [Sic enim ... non potest]; *Index Interp.*: (13. 1) 9 [non ... autem] (実質的には古典期のものである)

盗の不当利得返還請求訴権 (conductio furtiva) は罰金訴権ではなく、不当利得返還訴権である。古典法においては盗の返還訴権は供与 (datio) にもとづかないこの種の唯一の返還請求訴権であった。「利得」はここではつねにそれが取得された時における利得を意味した (前述 1050)。さらに、盗人はつねに債務者遅滞 (in mora debitoris) にあるとみなされる (盗人はつねに遅滞にある fur semper in mora)。したがって彼は、故意 (dolus) および過失 (culpa) についてのみならず、事変 (casus) についても責任があった。不当利得返還請求訴権は罰金訴権ではない



ので共犯については存在しない。他方、この訴権は、窃盗訴権 (*actio furti*) とは対照的に、受動的に相続することができた。盗人の相続人は盗品が彼の財産になっているかどうかに関係なく債務を承継した。

#### 1061 所有者のみがなしうる (*solo domino competit.*)

法源 D. (13. 1) 1; (47. 2) 14. 16; (13. 1) 12. 2 は問題である; *incerti* は確実に改ざんされたものである。

窃盗訴権 (*actio furti*) とは対照的に、盗の不当利得返還請求訴権 (*condictio furtiva*) は盗品の所有者のみが援用できた。少なくともこれが古典期の支配的な原則であったのである。

#### 1062 訴権の競合

法源 Gai. 4. 4.

盗の不当利得返還請求訴権 (*condictio furtiva*) のほかに、所有者は時に、窃盗訴権 (*actio furti*) と所有物取戻訴権 (*rei vindicatio*) とを持っていた。所有物取戻訴権と窃盗訴権が融合したと同様、不当利得返還請求訴権と窃盗訴権とはもちろん、併合した(前述 1029)が、不当利得返還請求訴権と所有物取戻訴権は選択的にのみ存在した。というのはこれらの両者はともに「物を追求する訴権」(*actiones rem persequentes*) だからである。

#### 1063 盗に関する準不当利得返還請求訴権 (*condictio quasi furtiva*)

法源 D. (13. 3) 2 [*ceterum ... ait*]; (47. 2) 25 pr. - 1 [*possessionem*].

われわれはサビーヌスが土地の盗(*furtum*)を認め、したがって、その占有を暴力(*vi*)によりあるいは隠秘(*clam*)に奪われた土地の所有者に盗の不当利得返還請求訴権(*condictio furtiva*)を与えたということをすでに述べた(982)。後の法(619)律家たちは窃盗を動産に限定したが、彼等は盗の不当利得返還請求訴権についてはサビーヌスに従ったように思える。盗がない場合の盗の不当利得返還請求訴権は奇妙にみえる。しかしながら、われわれは盗の不当利得返還請求訴権が古典期には確定した名称をまだ持っていなかったことを思い出さねばならない。たとえばガーイウス(2. 79; 4. 4)はこれをたんに返還請求訴権(*condictio*)と呼んでいるにすぎない。かくて法律家たちは、盗訴権を認めなかったけれども、土地の所有者に返還

請求訴権（彼等はおそらく *quasi furtiva* と言っていたであろう）を認めることにためらいを感じなかった。もちろんこの返還請求権は盗の不当利得返還請求訴権と同様、物の不当利得返還請求訴権（*condictio rei*）であり、占有の不当利得返還請求訴権（*condictio possessionis*）ではなかったのである。

## 2. 事務管理（*Negotiorum Gestio*）（委任なき代理）

(620)

### 1064 法源と文献

古典法における事務管理の詳細についてはそれらを明らかにしようとする試みが繰りかえし行なわれたにもかかわらず、いぜんとして明らかにされていない。ローマ法大全（*Corpus iuris*）における関係法文は非常に改ざんされており（このことは今日争う余地がない）、ローマ法大全以外の信頼できる材料は乏しい。ここには（621）利用できる法源ではおそらく解決不可能な数多くの問題を展開する場はない。したがってわれわれはハドリアヌス帝の『告示録』に収録されている古典法の二、三の点に限定することにする。

### 1065 告示

法源 D. (3. 5) 2. 実質的に古典期のものである。

告示は「事務管理について」（*de negotiis gestis*）という表題に含まれており（*Lend, Edict.* § 35）これは訴訟代理人（方式による）、委任代理人（無方式の）、法廷において当事者の一方を防禦する者について（*de cognitoribus et procuratoribus et defensoribus*）という告示の表題の終わりにある。この配列からすれば、この表題の意味での *negotium* が元来は、訴訟（*lis*）‘訴訟手続き’‘裁判’を意味し、その主要な目的は、たとえ法務官がこの告示をまさに当初からあるいはとにかく非常に初期から他の種類の *negotium* に適用していたとしても、裁判において無防備の者（*indefensus*）の保護を拡大したものであること（*Lenel, Edict.* p. 32）が明らかである。この告示の表題のもとにつぎのような三つの事柄が含まれていた。（1）訴権を与えるとの法務官の約束、（2）事実に基づく方式書（*formulae in factum conceptae*）、（3）法律に基づく方式書（*formulae in ius conceptae*）である。このようなあらわれ方には今日では争いが無い。

1. 法務官の約束は改ざんされた形でのみわれわれに伝えられている (D. 3. 5. 3pr.)。もっとも確からしい古典期の用語法は以下のようである。

「もしある者が不在者の事務または他の者が死亡する時に利害を有した事務を管理したときは、本職はその名義で訴訟を承認しよう」(Si quis negotia absentis, sive quis negotia quae cuiusque cum is moritur fuerunt, gesserit, iudicium eo nomine dabo.)

法務官は事務管理が緊急に必要とされると思われる2つの特殊な場合だけに限定している。『学説彙纂』の法文では *absentis* (不在者) のかわりに *alterius* (他人) となっているが、これは疑わしく、今日では一般に改ざんされたものと考えられている。*alterius* が用いられたのはおそらくつぎの第二の場合も含めようとするものであろう。

2. 法務官の約束は事実に基づく方式書を伴ったが、われわれはこれらの構造を知らない。けれども、これらはたしかに約束のなかで言及された二つの場合に限定されたであろう。法務官はもちろん類似の場合に準訴権 (*actiones utilis*) を付与することができた。本人 (事務の本人 *dominus negotii*) は代理人 (事務の管理者 *negotiorum gestor*) と同様、訴権を援用する権利を与えられた。本人は管理人 (*gestor*) を相手どって、管理人の取得した物の返還を求め、また管理人の行為に過失があった場合には損害賠償を求めて訴えることができる (いわゆる直接訴権 *actio directa*)。管理人は彼の支出した費用の償還を請求することができる (いわゆる事務管理反対訴権 *actio negotiorum gestorum contraria*)。

3. 最後に、「信義よりして」(*ex bona fide* Gai. 4.62) という文言を含みまた本人 (622) にも代理人にも等しく援用できる法律に基づく方式書 (*formula in ius conceptae*) をあげることができる。事実に基づく方式書 (*formulae in factum conceptae*) と同じように、これらも法務官の約束で述べた二つの場合に限定された。レーネルは、死者の管理を取扱う法律に基づく方式書 (*formula in ius concepta*) があったことはたしかだが、しかし不在 (*absentia*) について言及せず、他人の事務 (*negotia alterius*) についてまったく一般的に述べているもう一つの方式書があったと主張しており、これは彼を支持する支配的学説によって今日も主張されている。レーネ

ルは後者を以下のように再構成した。

「被告が原告の事務を管理したが故に、被告が原告にたいし信義よりして与え為すことを要するところのものにつき、審判人よ、被告が原告に対し有責であるとの判決をせよ。もし明らかでないならば免訴せよ。(Quod Numerius Negidius negotia Auli Agerii gesserit, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absoluito.)」

レーネルによれば、これは直接訴権 (actio directa) を求める方式書であった。これは請求原因の表示 (demonstratio, Quod Aulus Agerius negotii Numerii gesserit) における名称を変更することによって反対訴権 (actio contraria) を求める方式書として役立つように作りかえることができた。

レーネルはこの法律に基づく方式書 (formula in ius concepta) は (事実に基づく方式書 formula in factum concepta とは異なって, Lenel, p. 103f.), 不在者の管理 (negotia absentis) に限定されないと信じた。何故ならば、ウルピアーヌスが方式書について述べる際に、不在者の要件については言及しなかったからである。しかし、レーネルは、すでに述べたように、編纂者たちが absentis (不在者) を alterius (他人) に変更させたことを忘れている。したがって、彼は方式書についてのウルピアーヌスの注釈では absentia を削除しなければならなかったのである。このように、彼が absentia について沈黙していることからすれば、彼は方式書の構造についてわれわれに何ものも語っていないことになるのである (Cicero, Top. 17. 16 は決定的ではない)。死亡者の事務 (negotia) にかんする方式書に比べると、レーネルの示した一般的方式書は奇妙であり、また非常に疑わしいものである。次の方式書

「被告が死者であるティティウスの事務を管理したがゆえに

(Quod Numerius Negidius negotia quae Titii, cum is moreretur, fuerunt, gessit,)」のわきに、実際には次の方式書があった。

「被告が不在者である原告の事務を管理したがゆえに

(Quod Numerius Negidius negotia Auli Agerii cum is absens fuerit,

gessit,)」

#### 1066 事務管理 (Negotiarum Gestio) と委任 (Mandatum)

法源 C. (2. 18) 4, actione (utili). 原文は準 (utili) という言葉を持っていたことが証明されている Thalelaeus; *Zachariae v. Lingenthal, Supplementum Editionis Basilicorum* (1846), p. 157, no. 15. さらに C. (2. 18) 17 を見よ。

たしかに法務官は他の事例において類似の方式書を付与することができたし、また実際に付与した。しかしこれらは準訴権 (actiones utiles) であった。

告示による約束も方式書も委任のない管理 (gestio sine mandatu) に限定され (623) なかったことは驚くべきことである。古典期の告示の法文には sine mandatu あるいは sponte (自由意志により) という言葉が含まれていたと一時主張されたことがあったが、この推測は絶対に誤りであり、正当にもレーネルにより否認された (*Edict.* p. 102)。編纂者たち自身の観念と完全に一致するこれらの言葉をなぜ編纂者たちは排除したのでろうか。

とくに, sponte という文言はまったく問題外である。法務官は、不在の浪費者の保佐人 (curator prodigi absentis) が不在者を保護するために行為したとき (たとえ保佐人が自由意思で行為しなくとも) には保佐人の救済をおそらく拒否しなかったであろう。D. (3. 5) 3. 10 は偽造であるか (*Index Interp.* を見よ), 少なくとも信頼できない。さらに sponte については, Beseler, *SD* iii (1937), 374 を見よ。

単純かつ説得力ある説明は告示の起源が委任 (mandatum) のいまだ契約として認められていなかった共和政期にあり (前述 955), またその用語法がその契約の承認されたのちの時代になっても変わらないままであったということである。委任が契約となった時以降も告示を委任のない事務に限定するのは法律家たちであった。これは彼らが後見訴権 (actio tutelae) が創始されたのちに告示を後見人の事務に適用しなかったことと同様である。法務官はある者が事務の本人 (dominus negotii) の受任者 (mandatarius) あるいは後見人 (tutor) として行為した時には、事務管理訴権 (actiones negotiorum gestorum) を否定した。他方、告示は精神錯乱者の保佐人 (curator furiosi) ないし浪費者の保佐人 (curator prodigi) に適用

された。他の訴権が存在しなかったからである。けれども原則として（すなわち、保佐人が不在者の保護のために行為したのではないなら）準訴権（*actiones utiles*）が必要とされた。これはわれわれの法源においてくりかえし強調されている。

#### 1067 編纂者たち

古典時代にさまざまな種類の訴権がどのような仕組みであったかは——法律にもとづく訴権（*actiones in ius*）と事実にもとづく訴権（*actiones in factum conceptae*）、直接訴権（*actiones directae*）と準訴権（*actiones utiles*）——編纂者たちの改ざんのために利用できる法源からは、かならずしも十分に区別することができない。古典時代の区別は実際、方式書訴訟の消滅にともなって消滅すべきものと考えられていた。かくして編纂者たちは法律にもとづく訴権と事実にもとづく訴権という古典期の区別を徹底的に除去したので、方式書の異なる構成は実質的差異を伴うかどうかを述べることはできない。事務管理直接訴権と事務管理準訴権との間の区別にかんしては、編纂者たちは、まったく古典的でない法文（D. 3. 5, 46. 1）のな (624) かで、この区別がその重要性を失ってしまったと宣言したが、彼等はその編纂物のなかに挿入した法文において準訴権（*utilis*）が存在した場合にはその言葉を廃棄することはきわめて不十分なものと感じた。すでに述べたように（1065）、彼等は *absentis* という告示の文言を *alterius* に変更した。これは *non-absentia*（不在でない）場合の古典期の準訴権がいまや、直接訴権（*actiones directae*）に変えられたことを意味する。若干の法文においては、彼等はときに準訴権（*utilis*）を廃止したが、多くの法文においては、彼等は古典期の準訴権（*actio utilis*）を保存した。かくして彼等は保佐人と被保佐人との間の訴権を保佐を原因とする準訴権（*utiles curatoris causa actiones* D. 27. 3 表題）あるいは準保佐訴権（*utiles curationis actiones*）とよんだ。これは保佐人を原因とする事務管理準訴権（*utiles negotiorum gestorum actiones curationis causa*）を短縮したものである。しかし彼等はときには準事務管理訴権（*actio negotiorum gestorum utilis*）という古典期の名称を維持した。そこでこの点にかんする法源は、予期されたごとく非常に混乱している。古典法において、直接訴権が何時援用できるか、また準訴権は何時必要とされたかについての疑問は、信頼できない法文にたよったものでは答えることはできないが、

告示の用語法から帰納すれば、答えることができる。告示の用語法の及ばないすべての場合においては、準訴権 (actio utilis) が必要とされたのである。

#### 1068 評価

われわれはその他の問題についてはこれ以上詳述しない。技術的に詳細な点よりも、一層重要なことは、全体としての事務管理 (negotiorum gestio) の制度である。この制度は、まったく純粋にローマの創造物であって、ローマ法に基礎をおかない他の国民の法には類似の物はない。これはローマ人の人道主義 (humanitas) に由来するものである。その基礎にある考えかたは、人は緊急の場合に隣人を助けねばならないということであった。ローマ人は道德と法とを混同することなく、彼等の通常の常識でこの考え方を貫ぬいた。何人も他人のことに干渉することを法的に義務づけられてはいない。しかし法は事務管理人に彼の支出した費用の償還を請求する権利を与えてそのような利他的な行為を助成し促進すべきである。もちろん、これには事務管理人の責任を伴う。事務管理という制度は、迅速な郵便機関、電報、電話という今日の時代においてはその重要性をいくらか失なったとはいえ、共和政期の法律学のまったく大胆かつ独創的な形態における巧妙な発明であった。

(内田 勝一)

## 第4章 債権債務関係の移転および債権債務関係の消滅 (626)

### 1. 債権債務関係の移転

#### 1069 相続 (successio) および更改 (novatio)

法源 Gai. 3. 82-4; 2. 38.

古典法のもとでは、債権債務関係は死亡を原因とする相続によって、譲渡的かつ引受的に移転する。すなわち、相続人 (heres) は、被相続人 (de cuius) からの資産も債務も承継した。生存者間における (inter vivos) 相続の場合 (自権者養子縁組 adrogatio および夫権への帰入 in manum conventio) には、資産のみが移転する。これらの場合以外には、古典法には、積極的消極的債権債務関係を他人に移転する方法がなかった。しかしながら、2つの代用物が存在した。その1つは、更改

(*novatio*) であり、これについてはすでに述べた(815参照)。債権者Aがその債権をBに移転したいと考えた場合、Aは握取行為(*mancipatio*)、法廷譲与(*in iure cessio*)もしくは引渡(*traditio*)によってはなしえないが、Aは、債務者がAに対して負担していることをBに給付すべきであるという更改(*novatio*)を債務者と問答契約によって行なう権限をBに与えることができた。もし、債務者がこれに応じてAに対して負担していることをBに〔給付することを〕約束すると、Aはその権利を喪失し、債務者は、以前にAに対し負担していたことを今後はBに対し負担する。このことは、経済的には、債権債務関係の移転を意味するが、法的には、旧債権債務関係の消滅と新債権債務関係の成立を意味する。さらに、譲渡のこのような方式は、債務者に協力する用意がある場合のみ、利用することができる。なぜならば、債務者はBと約束をなす義務を負わなかったからである。同様の方法で、消極的債権債務関係も移転することができる。Aが何らかの債務を負担する債権者が、Bと、Aが債権者に対し負担するものをBが債権者に弁済するという問答契約をなした場合、Aは更改(*novatio*)によって債務から解放され、経済的にはBがAの債務を承継しているのであるが、純法律的表現ではAの債務は新たな債権債務関係の成立によって消滅することになる。

#### 1070 自分の物に対する代訟人 (*cognitor in rem suam*)

法源 Gai. 2. 39; 4. 86, 87, 101; D. (2. 14) 16pr. (実質的には古典期のもの); C. (4. 39) 7 (実質的には古典期のもの); C. (4. 10) 2; C. (8-41) 3pr. [vel aliquid ... denuntiaverit]; Bähr, *Jherings Jahrbücher*, i (1857), 378 ff. 参照。

もう1つのどちらかという人為的な代用物は、債権債務関係の移転のために訴訟における代理の制度を利用することによってなされた。

債権者がその権利を他人に移転しようと考えた場合には、債権者は後者を債務取立のための代理人に選任することができ、取り立てたものを保有する権限を与えることができた。古典法のもとでは、この受託者はこのような場合に、少なくとも一般には、自分の物に対する代訟人(*cognitor in rem suam*)として(自分の物に対する委託事務管理人 *procurator in rem suam* としてではない) 選任される。信



煩でできるすべての史料が、自分の物に対する代訟人について述べている。*Voc. Iur. Rom*, 5. 147. 30. ff; *Fr. Vat.* 339 は疑わしい。ビザンチン期の法学者は、代訟人 (cognitor) に代えてすべて委託事務管理人 (procurator) に改ざんした。いずれにせよ、われわれはここでは自分の物に対する代訟人について論じよう。

1. 代訟人が債務者との間で争点の決定 (litis contestatio) をなした場合には、譲渡人はその請求権の行使を禁じられた。債務者は、譲渡人のために負担していることを代訟人のために履行するよう要求された。これは、債務者の同意を要しない債権債務関係移転の一方方法であった。ただし、法的には、代訟人によって取得された権利は新たな権利であって、譲渡人の権利と同一ではない。

2. 争点の決定以前においては、譲受人の権利は容易に攻撃を受けうるものであった。譲渡人は自分が与えた権限を任意に撤回することができ、また譲渡人自身が債務者に債務の履行を請求することもできた。

3. アントニーヌス・ピウス (Antoninus Pius) は、売主 (相続人 heres) から自分の物に対する代訟人に関する相続に関する債権債務関係を譲り受けた相続財産 (hereditas) の買主に対して準訴権 (actio utilis) を付与した。これ以後の勅裁書は、他の場合にも準訴権を付与した。準訴権が代訟人にとって利用可能であるかぎり、代訟人は少なくとも譲渡人の撤回からは安全であるが、しかし、譲渡人はいざんとして債務者に対し自由に履行を請求でき、これによって譲受人の権利を消滅させることができた。最後に、編纂者たちは、譲受人が債務者に対して通告 (denuntiatio) をなした場合には、譲渡人が履行を請求することを禁じた。

同様の方法で、債権債務関係は消極的に移転されえた。債務者は他人を自分の物に対する代訟人に選任できた。債権者が代訟人と争点の決定をなした場合には、債務者は債務から解放され、代訟人のみが債務について責任を負った。しかし、債権者が判決債務履行担保 (cautio iudicatum solvi) という形式の担保を提供しなければ、債権者は代訟人と争点の決定を行なう義務を負わなかった。

#### 1071 ギリシア法とチュートン法

(628)

債務者の同意のない債権譲渡を承認しがらないこのローマ法の態度は、ローマ法の特徴ではない。すなわち、ギリシア法やチュートン法 (イギリス法も含む) に

においてもこのような態度が見られるからである。これ以外の方法はありません。債権者の身体に対する執行が生ける制度である法は、債権者が債務者の同意なしにその権利を他人に譲渡することを認めない。なぜならば、譲渡によって多分寛大な債権者が厳格な債権者にとって代わられるからである。債務の取り立てのため代理人を選任することによって譲渡をなすという方法も、同様にギリシア法もヘレニズム法も知っていた方法である。しかし、この選任もまた債務者の同意が必要とされていた。この同意は、債務者が証書によって債権者またはこの証書を呈示する第三者 (παντὶ τῷ ἐπιφέροντι) に弁済する旨約束することによって、あらかじめ与えられることもしばしばあった。このヘレニズムの契約条項はラテン語の証書を通じて中世に知られるようになり、中世の公証人によって用いられた。たとえば、13世紀のイギリスの証書においては、「債権者あるいはこれらの文書を呈示する代理人に」という契約条項はまったく普通のことであった。古典法はすでにこの段階を過ぎていた。なぜならば、古典法は債務者の同意なくして、自分の物に対する代訟人を選任することを認めていたからである。したがって、ユースティーニアヌスの法さえが譲渡による債権債務関係の完全な移転をあくまでも認めようとしなかったにもかかわらず、債権債務関係が債務者の同意なしに移転されうろという近代的な譲渡方法への道を切り開いたのは、ローマ法であって、ギリシア法やチュートン法ではなかった。

## 2. 債権債務関係の消滅

(629)

### 1072 消滅一般

債権債務関係の消滅については、すでにおりにふれて述べてきた。刑罰的訴権は債務者の死亡によって消滅し、復讐呼吸訴権 (actio vindictam spirantes) は債権者の死亡によって消滅した。また、ある債権債務関係は一定期間の経過によって終止した。どのような債権債務関係も更改等によって終止した。ここでは、債権消滅についての一定の特別な形態についていくつか追加して述べるにとどめよう。

### 1073 弁済 (solutio)

法源 Gai. 3. 168. 最初の文章; D. (46. 3) 80. 改ざんされており、復元は信

頼できない; (46. 3) 53; (46. 3) 40; (46. 3) 31 [et hoc... perficiat]; [non consentiente stipulatore]; *Inst. Iust.* (3. 29) pr.

#### i 履行（狭義の弁済）

消滅の通常の形態は、債権者に対して義務を負っていることを履行することである。古典法のもとでは、適法な履行は法律上当然に (*ipso iure*) どのような債権債務関係も消滅させ、なんらかの方式の、あるいは無方式の放棄もしくは債務免除も必要ではなかった。このような原則は、共和政期にすでに認められていた。

「約束されたことに従って、そのように弁済しなければならない (*prout quidque contractum est, ita et solvi debet*)」という格言は、かつて一般的法原則になったことはないし、古典期においても確かにそうではなかった。履行は債務者によってなされなければならなかったが、もし履行が古典期の意味における与えること (*datio*) であった場合には (前述1048), たとえ債務者の意思を知らずにあるいは債務者の意思に反していても第三者によってもなされた。編纂者たちは結局、債務者が為す債務を負っている場合にも、第三者によって履行することを認めた。

#### 1047 代物弁済 (*datio in solutum*)

法源 Gai. 3. 163, cf. *Inst. Iust.* (3. 29) pr.; D. (46. 3) 46 pr. (*genuine*); (46. 3) 98 pr. [*promittendo obligavit*] <*dixit*>; [*promissione*] <*dictione*>; C. (8. 44) 4 [*utilis*]; [*nam... obtinet*].

#### ii 代物弁済

どのような債権債務関係も、債務者が債権者に対して負っているものと異なるものを履行することによって消滅させることができた。もちろん、消滅のこのような様式は、常に債権者の同意を必要としたが、この同意があれば、第三者でさえ代物弁済をなすことができた。この種の消滅の技術的側面に関しては、サビーヌス学派 (630) は法律上当然に解放 (*liberatio ipso iure*) されると主張したが、他方においてプロクルス学派はたんに悪意の抗弁によって債務者を保護したにすぎなかった。ユースティニアヌスはおそらく古典期以後の学説および実務に従ってサビーヌス学派の見解を採用した。代物弁済は債権債務関係の消滅を目的としたものであり、それゆえ契約ではなかった。しかしながら、編纂者たちは代物弁済を売買契約と同化

させ、〔代物弁済として〕与えられた物が後に「取り戻され」た場合には、債権者に準買主訴権 (actio empti utilis) を付与した (前述 923)。古典法のもとでは、このような場合にはもとの債権債務関係がそのまま残ったのである。

#### 1075 弁済受領問答契約 (acceptilatio)

法源 Gai. 3. 169-70; D. (46. 4) 13. 7; (5. 2) 12. 3; (13. 5) 1. 4 [cum ... voluerit]; [quoniam ... sit]; 実質的に古典期のものである。(46. 4) 8pr. (明白に偽造である); (2. 14) 27. 9 [tacita pactione] <non>; (46. 4) 19pr. [quidem ... potest]; *Inst. Iust.* (3. 29) 1.

#### iii 弁済受領問答契約

弁済受領問答契約は問答契約の方式における解放であった(前述805)。債務者は債権者に対して次のような問をなすことができた。すなわち、「私があなたに約束したものをあなたは受領したか (Quod ego tibi promisi, habesne acceptum?)」, と。債権者は、「私は受領した」と答えた。現実には、債権者は何も受領しなかった。なぜならばもし債権者が弁済を受けると、債権債務関係は古典法のもとでは履行によって消滅したからである。すなわち、「私は私のために負担されていたものを受領した」という債権者の意思表示は単に形式の問題にすぎなかったからである。

問答契約と同様に弁済受領問答契約は口頭の契約であった、したがって必然的に(電話のない時代であっから)当事者の出席が要求された。さらに、言語上の債権債務関係、すなわち、問答契約から本来生じる債権債務関係(前述800)のみが、弁済受領問答契約によって消滅した。当事者がその他の種類の債権債務関係を弁済受領問答契約によって消滅させたいと考えた場合には、当事者はむしろその債権債務関係を更改によって言語上の債権債務関係へ変更しなければならなかった(前述815)。

適法な弁済受領問答契約の法的効果は、債権債務関係の法律上当然の (ipso iure) 消滅であった。弁済受領問答契約は履行と同様の作用をした。それゆえガイウスはこれを仮装弁済 (imaginaria solutio) と述べている。この点までは、あなたは受領するか (acceptum habes?), 私は受領する (habeo) という言葉が文字通りに理解され、たんなる方式の問題とはとられなかった。この重要な帰結は、どのような

連帯債務の場合においても（前述 827）、弁済受領問答契約によって連帯債務者の 1 人が解放されると他の連帯債務者も解放されたことであり、どのような連帯債権の場合においても連帯債権者の 1 人によって弁済受領問答契約がなされると、他の連帯債権者の権利も消滅した。したがって、債権者が弁済受領問答契約によって信命人（fideiussor）を解放した場合には、主たる債務者も必然的に保証人同様解放されることになる。債権者が解放を保証人に対するものに制限したい場合には、債権者は信命人と弁済受領問答契約ではなくて、無方式の免除契約（pactum de non petendo）をしなければならなかった。（631）

不適法な弁済受領問答契約は、古典法のもとでは絶対に無効であり、適法な無方式の免除契約に転換しなかった。したがって、とくに言語によらない債権債務関係についての弁済受領問答契約は、適法な無方式の合意に転換されることはなかった。古典期の法学者は法律行為の転換を嫌っていた。不適法な遺言は遺言補足書的方式で維持されることはなく、不適法な遺贈（legatum）は信託遺贈（fideicommissum）には転換しなかった、等々。古典期以後の法学者の態度は根本的に異なっていた。すなわち、彼らは無効な弁済受領問答契約を無方式の免除契約として維持したいと考えた。このような転換が現われている史料はすべて改ざんされたものである。古典法のもとでは、無効な弁済受領問答契約はあくまでも効力を有することはなかった。したがって、債務はそのまま残り、債務者は悪意の抗弁によっても自らを防御することはできなかった。

弁済受領問答契約は、ユースティニアヌスの法のもとにおいてもなお存在した。

#### 1076 混同（confusio）

法源 Gai. 4. 77-8; D. (46. 1) 71 pr. ‘sed cum duo rei promittendi... confusa obligatione’ だけ; (46. 1) 21. 5; (17. 1) 11 <non> habeo; (46. 1) 38. 1; (46. 3) 38. 5（前述, 740）。吸収混同については、D. (46. 1) 5, 本質的には古典期のもの; (46. 3) 38. 5; (46. 3) 93. 2, 本質的には古典期のもの; (46. 1) 50; (42. 6) 3 pr. 本質的には古典期のもの。

#### iv 混同

われわれは、混同については、これを2つの種類に区別しなければならない。

1. 債権者が債務者の唯一の相続人となった場合、あるいはついに債務者が債権者の唯一の相続人となった場合を考えてみよう。この債権債務関係は、相続の時点で消滅した。なぜならば、何人も自分自身の債務者とはなりえないからである。次の場合は消滅がさほど自明のことではない。ティティウスが所有する奴隷がセイウスに対して不法行為をなした。セイウス、はティティウスに対する加害訴権 (*actio noxalis*) が認められた。その後、セイウスが奴隷の所有権を取得した。加害訴権は加害者に追随する (*nox a caput sequitur*) の原則に従うと、ティティウスは今やあらゆる責任から解放され、セイウスがいわば自分自身の債務者となった。サビーヌス学派に従うと、混同は債権債務関係を絶対的に消滅させたが、プロクルス学派によると、この債権債務関係は休止しているだけであって、奴隷がセイウスの権力 (*potestas*) に服さなくなったときには、自動的に復活した。サビーヌス学派の学説がユースティニアヌスによって採用された。プロクルス学派の学説は別として、われわれは、この種の混同 (すなわち、同一人が債権者と債務者になる場合) については、法律上当然にどのような債権債務関係も消滅させると単純に述べることも (632) できるであろう。しばしば、混同は (弁済受領問答契約と同様に) 弁済として記述されるが、しかし関連する史料は改ざんされている。事実、混同の法的効果は弁済のそれとは異なっていた。連帯債権債務関係の場合に、弁済は他の債権債務もすべて消滅させたのに対して、混同の場合は他の債権債務関係はそのまま残った。

次の事例を考察してみよう。

1. AとBは諾約することの多数当事者 (*plures rei promittendi*) であった。債権者CがAの相続人になった、あるいはAがCの相続人になった。Bの債権債務関係は混同によって影響を受けなかった。

2. AはCの主たる債務者であり、Bは信命人であった。

(a) もし、CがAの相続人になり、あるいはAがCの相続人になった場合には、主たる債権債務関係が消滅し、それとともに信命人のそれも消滅する。なぜならば、信命人の債権債務関係は主たる債権債務関係にたんに付従しているだけだからである (前述 862)。

(b) もし、CがBの相続人となり、あるいはBがCの相続人となった場合には、信命人の債権債務関係は消滅するが、主たる債権債務関係は消滅しない。

2. いわゆる「吸収混同」。Aが主たる債務者であり、Fが信命人であると仮定しよう。その後、AがFの相続人となるか、あるいはFがAの相続人となった。古典期の学説に従うと、信命人の債権債務関係は主たる債権債務関係と混同して消滅することになるが、パピニアヌス学派は、この混同が債権者に実質的な損害を生じさせる場合にはいつでも、債権者を保護するように主張していたように思われる。

次の事例を考えてみよう。Aは主たる債務者であり、Fは信命人であった。Fが死亡して、AがFの唯一の相続人であった。信命人の債権債務関係は混同によって消滅したが、このことは債権者にとっては不利益を意味するであろう。もし、信命の債務 (*obligatio fideiussoria*) が依然として存続しているならば、債権者は、相続債権者 (*creditor hereditarius*) にのみ与えられる権利である財産分離 (*separatio bonorum*) を主張することができた。パピニアヌスは債権者に財産分離請求権を付与していたように思われる。もっとも、混同が生じた後は、債権者はもはや相続債権者ではなくて、たんなる相続人の債権者 (*creditor heredis*) となった。

2人の物の引渡の諾約者 (*rei promittendi*) がおり、そのうちの1人が他の1人の相続人となった場合、吸収混同は生ぜず、両債権債務関係は依然として効力を有する。同様に、2人の物の引渡の要約者 (*rei stipulandi*) がおり、そのうちの1人が他の1人の相続人となった場合も、吸収混同は生じない。

(田中穂積・藤井俊二)