

フリッツ・シュルツ

「古典期ローマ私法」(V)

(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

935 三つに分ける仕方がローマのものでないこと 936 定義 937 古典期賃約法の性格 938 賃金 939 訴権 940 売買は賃貸借を破る 941 責任 942 追奪および実質の瑕疵 943 危険負担

12. 組合

944 概念と成立 945 市民法上の契約 946 兄弟相続人団体 947 法人格はない 948 業務の執行 949 利益および損失の配分 950 責任 951 終了 952 組合訴権 953 評価

13. 委任

954 概念と用語 955 委任訴権 956 委任契約の社会的基盤 957 受任者の責任 958 終了 959 委任と助言 960 古典期以後の展開 961 貸金委任（以上本号）

11. 賃約 (locatio conductio)

(542)

935 三つに分ける仕方がローマのものでないこと

古典期の法学者たちは、近代のローマ法学者が次のように分類している三形態の契約を、賃約 (locatio conductio) という標題のもとにひとまとめにしていた。

1. 賃貸借 (locatio conductio rei) これは、当事者の一方 (locator) が相手方 (conductor) に使用させることを目的としてある物 (農地、家屋、部屋、奴隷、動物またはその他の動産) を供与することに合意し、借主が報酬を与えることを約することによって成立する諾成契約であった。

2. 請負 (locatio conductio operis) これは、当事者の一方 (conductor) が、相手方 (locator) から支払われる報酬にたいして、自己の労働、たとえば家の建築や衣服の仕立て、によって一定の効果をもたらす、結果を生みだすことを約することによって成立する諾成契約であった。

3. 雇傭 (locatio conductio operarum) これは、当事者の一方 (locator) が、相手方 (conductor) から支払われる賃金にたいして、一定の種類の労務 (たとえば家事) を約することによって成立する諾成契約であった。

ただちに気がつくことは、用語法が混乱していることである。すなわち、労務を提供する者を、2 では conductor としているが、3 では locator としている。そればかりでなく、個々の事例をみると、請負を雇傭と区別することは、ときには困難となる。ある者が庭をきれいにしておくために一年間一定金額で庭師を雇った場合、あるいは、ある者が舞踏会に楽師たちを雇った場合、これらの契約は、請負の事例なのか雇傭の事例なのか。

実際には、このような三分法は、ローマの法源には見られないものであり、ましてや古典期の法学者たちが暗黙のうちに承認していたものでもなかった。彼らが知っていたのは、ひとつの locatio conductio であり、一般にはこうした契約のあらゆる種類に同一の原則を適用した。用語の上で異なるのは、言葉の便宜さや用い方の問題なのであって、ただそれだけのことである。locare は (ギリシア語の ἐκδιδόναι と同様に)「授けること」、すなわちある人になにかを委ねることを意味

する。conducere の語源は明らかではないが、法文献以外では「寄せ集めること」を意味した（民衆をフォーラムに集めること *conducere populum in forum*・富を集めること *conducere copias*）。しかし、古典期の法学者たちは明らかにこれを「自分のもとにつれてくること」(*secum ducere*)と考えていた。したがって、ある者が奴隷を雇った場合、彼は *conductor* すなわち奴隷を自分のもとにつれてきた者と言い表わされた（使用されるべき物を受けとること *rem utendam conducere*）。奴隷を提供した者が *locator* と呼ばれたのは、彼が *conductor* に任せて奴隷を「授けた」からである。ある者が別の場所に移転するためある物を受けとった場合、彼が *conductor* と呼ばれたのは、彼がその物を自分のもとに受けとった（運ばれるべき物を受けとった *rem perferendam coduxit*）からである。また、送り主が *locator* と呼ばれたのは、彼がその物を運び主の手に「授けた」からである。*locare* と *conducere* という言葉は、さらに、比喩的にも用いられた。ある者が家を建てるために建築家を雇った場合、その建築家が *conductor* と呼ばれたのは、彼が仕事を受けとった（建築されるべき家を受けとった *domum aedificandam conduxit*）からである。相手方が *locator* と呼ばれたのは、彼が建築家に仕事を「授けた」ないし委ねた（建築されるべき家を授けた *domum aedificandam locavit*）からである。しかし、ある者が自分で指図して家を建てるために労務者たちを雇ったならば、その労務者たちを *locatores* と表現するほうがもっと適切であつたらう（建築されるべき建物に自身の労務を授ける *locant operas suas in aedificio faciendo*）。なぜなら彼らは相手方の処分に関し自身を委ねたからである。しかしながら、われわれが今一度強調しておきたいことは、こうした用語上のちがいはたんに言葉の問題にすぎなかったということであり、労務者を *locator* と *conductor* とともに好きなように呼ぶことができる事例がいくつかあったということである。先に述べた庭師の事例では、庭師は「私はきれいにすべき庭を受けとった」(*hortum curandum conduxi*) とともに「私はきれいにすべき庭に私の労務を授けた」(*operas meas locavi in horto curando*) とも言うことができよう。法学者たちは、どちらの表現がより適切かを決めるのに、悩むことはなかった。また、ある者が夜会に笛吹きを雇った場合も、この事例が雇傭か請負か、したがってその笛吹

きが locator か conductor かについて、法学者たちはほとんど考慮しなかった。いずれにせよ、そうしたことは法的になんら重要ではなかったのである。ある者が金細工師に金細工師の材料で金の指輪を作るよう注文した。古典期の有力な学説で (544) はこの契約を売買とみなしたが、カッシウスはこれを雇傭と結びつけた金の売買であるとした (Gai, 3. 147)。現代の研究者が考えているような請負 (operis) ではなく、雇傭 (operarum) であることに注意していただきたい。ガーイウスはカッシウスが金細工師を locator と呼んだのか conductor と呼んだのかについては述べていない。実際、このことは法的に重要なことではなかった。カッシウスは金細工師を conductor (作られるべき指輪を受けとった *anulum faciendam conduxit*) とし locator (自身の労働で作られるべき指輪に委ねた *operas suas locavit in anulo faciendo*) とし呼んだかもしれない。したがってわれわれは、三つに分ける仕方をまったく捨てざるべきである。この仕方は、大陸の法学のスコラ主義の産物であり、それは無用の困難を生じさせるばかりでなく、誤解さえも招きかねないものである。なぜなら、それは、実際には法的な差異がないのに、それをほのめかしているからである。責任とか危険の問題は、その契約が雇傭か請負かで、左右されるものではなかった。

936 定義

いまわれわれが賃約 (*locatio conductio*) 一般の定義をしようとするならば、せいぜい次のように定義できるにすぎない。すなわち、賃約とは、一方の当事者 (locator) がある物、ある仕事または自身の労務を一定の目的のために相手方 (conductor) に委ね、locator または conductor のいずれかが報酬を約することによって成立する諾成契約である。

937 古典期賃約法の性格

古典期の賃約法は現代の水準に照らしてみると見劣りはするであろう。しかし、ローマにおける経済的社会的諸条件は現代のそれとは大きく異なっており、この点において、古典期の賃約法は実生活の要請以上のものを反映しはしなかったのである。奴隷の労働が自由人の労働より重要であったから、自由人である労務者との契約は今日ほど頻繁ではなかった。工場で働く労務者は一般に奴隷であった。富裕な

者たちは自分の奴隷のなかに職人（靴職人、仕立人など）を抱えていた。したがって、近代的な労働法上の問題はほとんど起こりえなかった。家、フラット、部屋の賃貸については、これはたいていは貧しい者たちの問題であった。富裕な者たちは自分の家に住んでいたのである。共和政末期から元首政期の最初の二世紀にかけて、ローマにおける住宅不足は実にすさまじかった。公共建造物や大資本家の邸宅や庭が利用できる空間をつぎつぎに占めていったからである。したがって貧しい者たち（545）は、都市の中心から離れた情報伝達の手段を必要とするようなところにしか家を建てられなかった。このようにして賃部屋に住まざるをえなくなった貧しい者たち（借家人 *inquilini*=*incolini*）は、どちらかといえば資本家のなすがままであって、資本家はその契約条項を押しつけようとした。しばしばフラット全部（借家 *insula*）が一人に貸し出され、その者は1フラットや数部屋をまたがしし、事実上所有者の委託管理人（*procurator*）としての役割を果たした。農地の賃貸しも同じような様相を呈した。ローマ人の経済理論によると、小区画を賃貸するほうが大土地所有者にとって利益は大きかった。したがって、借地人（*coloni*）は一般にわずかな資力しかなく、所有者またはその委託管理人から生活用品を与えられ監督された。ときには広い土地が一人の者に貸し出されたが、彼はその部分部分をまた貸しし、零細な借地人を監督しなければならない委託管理人の地位につく場合もあった。富裕であって経済的に独立している借地人というような階層は存在しなかったのである。

古典期の賃約法はその時代の社会経済的実態と調和していた。法学者は彼らの属する有産階級（*beati possidentes*）のために著述し、活動した。そうして彼らの社会にたいする意識はあやまった方向にすすんだのである。彼らは労務者にはわずかなばかりの関心しか払わなかったし、労務者やフラットとか農地を借りる貧しい賃借人を資本主義から保護しようとする観念は、彼らにはまったく無縁のものであった。したがって、彼らはわれわれにとって重要と思われるこうした諸問題にほとんど触れていない。両当事者はまったく自由にその望む契約を締結したのではあるが、この場合、その契約は資本家の望むものを意味していた。一方で家、フラット、部屋の賃借にかんする特別の準則、他方で農地の賃借にかんする特別の準則は展開され

なかった。告知期間の制度は知られておらず、部屋、土地、労務が定まった期間賃借されたのである。貸家や貸間の修繕については、法学者は家主に貸間の修繕義務があるというだけで十分であると考えていた。しかし、契約によってこの原則をくつがえすことができたし、明らかに、ローマの資本家たちは、たとえばサルトリウス氏のように、貧民窟にはとりわけ利益が多いことを見抜いていた。編纂者たちはときおり賃借人のために法を改善しようと試みたが、彼らのそれぞれのインテルポラティーオーには包括的な解説と評価が必要である。(546)

古典期の態度をよく伝えるものに、*ILS 7457* の碑文がある (Sueton., *Vespas.* I; Pernice, *Z* vii, I, 1886, 97 f.). 親方 (ductor) の下で毎年夏に収穫のため一定の場所に移動する農場労働者の集団 (turmae messorum) があった。古典期の法学者たちはこの現象にまったく関心を示さなかった。

以上、古典期の賃約法について一般的説明をしてきたので、次にわれわれは若干の重要な個々の準則に注目してみよう。

938 賃金 (merces)

法源 Gai. 3. 142, 162; D. (19. 2) 19. 7

物の賃借人あるいは労働者を雇った当事者は賃金 (merces) を約束しなければならなかった。そうしなければ、その契約は使用賃借 (commandatum) かあるいは委任 (mandatum) となっただろう。古典法においては、賃金は特定額の金銭でなければならない。唯一の例外としては、conductor が果実の一部を報酬として約束する分益小作 (colonia patriaria) があった。特別の取り決めがない場合には、賃金は契約終了の時点で支払われなければならなかった。

939 訴権

いずれの賃約の場合にもふたつの訴権、locator には貸主訴権 (actio locati), conductor には借主訴権 (actio conducti) が生じた。方式書 (formulae) は、共和政初期にはじめてつくられたが、売買から生ずる訴権の方式書と同じひな型に基づいていた。すなわち、それは法に基づいて作成されたもの (in ius conceptae) であり、それには「信義よりして」(ex fide bona) という文言が含まれていた (Lenel, *Edict.* § 111)。

貸主訴権：「原告は被告に利用されるべき土地(建築されるべき家, 自身の労務)を貸し出したため, その事実の故に, 信義よりして, 原告に与えなすことを要することにつき, 審判人よ, 被告は原告にたいして責あるものと判決せよ。等々」(Quod Aulus Agerius Numerio Negidio fundum fruendum (domum faciendam, operas meas) locavit, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, etc.)

借主訴権：「原告は被告から利用されるべき土地(建築されるべき家, 労務)を賃借したため, その事実の故に, 信義よりして, 被告は原告に与えなすことを要することにつき, 等々」(Quod Aulus Agerius de Numerio Negidio fundum fruendum (domum faciendam, operas) conduxit, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, etc.)

940 売買は賃貸借を破る

法源 D. (43. 16) 1. 22 [et si...est]; C. (4. 65) 3 [nisi...es]; D. (19. 2) 25. 1; C. (4. 65) 9 [nisi...emit]; *Fr. Vat.* 44; D. (43. 16) 12[nisi...fecisset].

契約から生ずる権利は対人権 (iura in personam) にすぎなかった。相手方から物(利用されるべき土地 fundum fruendum, 修繕されるべき衣服 vestimentae farcienda)を受けとった者は, 占有者でさえなく, たんに所持者 (detentor) にすぎず, したがって, 占有に基づく特示命令によっては保護されなかった。このことは, その者の社会経済的な従属性をまざまざと示している。AがBから一年間フラットを賃借した。この期間が終了する以前でも, Bは自力救済にうたえて賃借人を追い出すことができたし, 占有に基づく特示命令を援用することもできた(所有物取戻訴訟 rei vindicatio は成立しなかった)。なるほどここでAはBに対して借主訴権 (actio conducti) を提起できるが, 彼はすでに自分の住居を失っていたのである (547)。Bがその年月の経過する以前に家屋を譲渡したならば, 譲渡人もまた(新しい所有者でなく) Bを相手どった借主訴権しかもっていない賃借人を追い出すことができた。中世以来この法は「売買は賃貸借を破る」という有名な格言で表現されているが, これは, とりわけ古典法にかんしては, 誤解を招く表現である。

実のところ賃約という契約は売買によって破棄されない。それどころか賃約は影響をも蒙らずに残り、賃借人に唯一の救済策である借主訴権を与えることになる。新しい所有者は、賃借人を追い出すことができる賃貸人の権利以上の権利は持たなかった（ユースティーニアヌスの法では、賃貸人の追い出し権 *ius expellendi* は、いくらか制限された）。ただ賃貸人と違う点は、新しい所有者が契約に拘束されなかったことであり、したがって、貸主のように賃借人の借主訴権によって責任を追及されなかったことである。

941 責任

法源 Gai. 3. 205, 206; D. (19. 2) 60. 9; *Coll.* 10. 9 = C. (4. 65) 1; C. (4. 65) 28; *Inst. Inst.* (3. 24) 5 [talīs]; [qualem...adhibet]; [aliquo casu] <casu maiore>.

両当事者は悪意 (*dolus*) および過失 (*culpa*) について責任を負った。これに加えて、相手方（この者が *conductor* あるいは *locator* のいずれの語で呼ばれるかは問わない）から物を受けとった者は、保管 (*custodia*) について（前述, 885）責任を負った。洗濯や修繕のために衣服を受けとった洗濯屋や仕立屋が保管について責任を負うことには、疑う余地はない。これについてはガーイウスが明確に述べているところである（3. 205, 206）。三つに分ける仕方が存在せず、賃約がひとまとまりのものであったことが理解されれば（前述, 935）、ただちに帰結するのは、奴隷または動物を賃借した（利用されるべき物を受けとった *rem utendam conduxit*）者が保管についても責任を負ったということである。ときには *locator* が保管について責任を負う場合もあった。AがBから倉庫の（全部ではなく）一部を賃借しBにある物を引き渡した場合を考えてみよう。その際B（*locator* と呼ばれる）は、保管責任が明示的に排除されていないかぎり、保管についての責任を負う。このことは、碑文中に残っている倉庫にかんする約款 (*lex horreorum*) に述べられている。

Bruns, *Fontes*, no. 166; *FIRA* iii, no. 145, *ILS* 5414「これらの倉庫に運ばれた物の保管は強制されない。」(*Invectorum in haec horrea custodia non praestabitur.*)

もう一度繰り返しておくと、物を受けとった者が *locator* と呼ばれたのか *conductor* と呼ばれたのかは、法的にまったく重要ではなかった。編纂者たちは、通常（前述、885, 900）さまざまなインテルポラティーオーを通じて、古典期の保管を保管における注意（*diligentia in custodiendo*）で代用した。

942 追奪および実質の瑕疵

法源 D. (19. 2) 9 pr. [*plane...locatorem*]; (19. 2) 25. 2 [*certe...dubitatio est*]; (19. 2) 33（改ざんされている）

使用物の貸主 (*locator rei utendae*)には、賃借物を借主に提供する義務と「信義よりして」それを修繕する義務があった。このような簡単な原則で十分と考えられていた。賃約の法には、売買の法でわれわれが述べた追奪および実質の瑕疵にかんする複雑な準則（前述、885, 900）に相当するものはなかった。真の追奪は一般にありえなかった。なぜなら、*conductor* は占有者 (*possessor*) ではなく、そのため彼を相手方とする所有物取戻訴訟 (*rei vindicatio*) が成立しなかったからである。按察官告示は売買だけを扱っており、賃約は按察官 (*aediles*) の裁判管轄権に含まれなかったので、当然ながら按察官告示の適用はなかった。賃貸人がその義務を履行しなかったならば、賃借人は彼を相手どって借主訴権 (*actio conducti*) を提起することもできた。けれども、古典法においては、彼は告知権を持たなかった。しかしながら、編纂者たちは彼にこの権利を認めたのである。

943 危険負担 (*periculum*)

法源 D. (19. 2) 30. 1; (19. 2) 9. 1 *est aequissimum* まで; (19. 2) 59 これは短縮されているが、実質的には古典期のものである。

危険にかんする古典法は次のようなものであった。Aが一年間家を賃借し半年後にその家が焼失したならば、彼は賃料の半額を支払えば足りた。したがって、「危険は貸主にある (*periculum est locatoris*)」。Aが一年間労務者を雇いその労務者が半年後に死んだならば、彼の相続人は賃金の半額を請求できた。Aが金の指輪を作らせようとして金を金細工師に与え、その金が盗まれたならば、金細工師は保管について責任を負い、すでに仕事に取りかかっていたり、ほとんど仕事を終えていた場合でさえも、賃金を請求することはできなかった（危険は指輪を作ることを請

負った者にある *periculum est conductoris anali faciendi*)。建築家が家を建てることを引き受け (建築されるべき家を請け負った *domum faciendam conduxit*) 半分しかできあがっていなかった家が焼失したならば、建築家はなんらの報酬をも請求できなかったし、さらには、新しい家を建てる義務すら負った (危険は請負人にある *periculum est conductoris*)。けれども、古典期の法学者たちがなんらの制限もなしにこの苛酷な原則を実際に貫徹させたかどうかは疑わしい。

(原田俊彦・田中穂積)

12. 組合 (*societas*)

944 概念と成立

法源 Gai. 3. 148.

古典期の組合は、2人もしくは2人以上の者が共通の目的のために協力することを約束する諾成契約によって創設された。この契約の成立にはこのほかの要件はまったく必要としなかった。いくつかの文献には、特別な、組合をつくろうとする意思 (*animus contrahendae societatis*) ないし意図 (*affectio*) について述べているものがあるけれども、それらはすべて改ざんされたものである。一般に全組合員、あるいはそのうちの何人かが金銭の出資を約した。組合員は現在および将来の全財産の出資を約することすらできた (全財産の組合 *societas omnium bonorum*)。このようにしてこの契約の当事者は、売買契約や賃約の当事者と同様に、なにかを行うこと、ないしなにかを提供することを相互に義務づけられているが、売買や賃約においては一方の債務が他方の債務にたいする交換ないしは反対給付であるのに (550) たいして、組合から生ずる債務はこのような性質を有していないという点に根本的相違がある。にもかかわらず、ガイウスが組合を諾成契約の部類に入れたこと、また売買と賃約を前に、委任を後に置き、その中間に組合を置いたことはまったく正当であった。もっとも、彼がそのような配列をした最初の人でなかったことは確かである。

945 市民法上の契約

古典期の組合契約 (*contractus societatis*) は市民法に属するものであって、名

誉法 (*ius honorarium*) に属するものではなかった。したがってそこから発生する債務は市民法上の債務であり、組合訴権 (*actio pro socio*) は法に基づいて作成された (*in ius concepta*) 訴権であった。ガーイウス 3. 154 を読んで、組合は万民法に属する (*societas iuris gentium est*) という彼の記述に惑わされてはならない。ガーイウスがここで用いた万民法 (*ius gentium*) とは、市民法 (*ius civile*) と対照して用いられたものではなく、固有の市民法 (*proprium ius civile*)、すなわちガーイウスが他の民族の法に発見できなかったローマ法の諸制度と対照されたものだからである。古典期の組合は、すでに共和政期の最後の世紀には存在していたのであり、明らかにすでに市民法上の制度として存在していたのであった。そのももとの形態が全財産の組合だったのかどうかは、ここでの目的にとってなんら重要な問題ではない。

946 兄弟相続人団体 (*consortium*)

ガーイウス 3. 154 a と 154 b (最近発見されたテキスト) は兄弟相続人団体という前古典期の制度について触れている。これは共同相続人の組合 (兄弟の組合, *fratrum societas*) であり、共同相続人は、相続財産 (*hereditas*) の分割を延期したいと思ったとき、相続財産における各自の持分を出資して組合を創設したのであった。その他の人びとも兄弟の組合というひな型にならって一種の兄弟相続人団体を創設することができたのである。この組合の形式には、それ自身に特有ないくつかの特徴があったが、古典期の組合と同じように、この組合は合意 (*consensus*) が要件とされた。物によって結ばれた組合 (*societas re contracta*)、すなわち財産の共有 (*communio bonorum*) に伴って自動的に発生した組合は、われわれの知るかぎりでは、存在しなかったのである。ガーイウスの新しい断片が発見されて以来、兄弟相続人団体については好んで論じられるようになったけれども、われわれはこの断片について論ずるつもりはない。というのは、われわれが関心を持つのはもっぱら古典法であり、古典法には古い兄弟相続人団体はもはや存在しなかったからであって、このことはガーイウスの記述から誰しも理解できることである。しかしながら、古典期の組合がこの兄弟相続人団体に由来すると明言できないにしても、これは十分考えられることである。

947 法人格はない

古典期の組合はいわゆる法人 (legal person) ではなく、むしろ総手的共有 (gesamte Hand) と呼ぶべきだろう。組合は法人のようにその構成員を変更できる団体ではなかった。新しい組合員が加入することはできたが、これも各構成員から同意を得てはじめてできたのである。組合員がひとりでも死亡するか、あるいは組合を脱退すれば、組合は全体として当然終了するが、残りの組合員 (socius) の間で新しい無方式の契約をすれば継続できた。組合員の出資とその他の取得財産からなる共同の財産は、他のすべての共有の場合と同様、たとえば複数の相続人があったときの相続財産のように、共有 (communio) であった。各組合員は、持分を有しており、それを組合の存続中において (duranto societate) も処分することは自由であった。AとBとが組合員であり、ある財産が共同の財産になっている場合、AもBも持分を有し、それぞれが他方の同意なしに、たとえば売買や握取行為によって譲渡することができた。買主は持分を取得したが、もちろん組合員とはならなかった。組合の債務ないし全組合員の債務はなく、ただ個々の組合員の債務だけが存在したのである。

948 業務の執行

法源 D. (17.2) 73 redigendam まで。(17.2) 1. 1 [continuo]; (17.2) 2 まったく改ざんされたものである。

組合業務の執行は、当然ながら直接代理がなかったために大いに妨げられた。このようにして、組合員が組合に出資しようとする場合は、各組合員との法律行為が必要だった。全財産の組合 (societas omnium bonorum) においてさえ、各組合員の財産は、諾成契約の成立に基づいて自動的に共同の財産となったのではなかったのである。これと矛盾するテキストは改ざんされたものである。ある組合員が組合のためになにかを購入した場合、所有権を取得するのはその組合員であり、売主に代金を支払わなければならないのもその組合員であった。けれども彼は、その物を共同の財産に組み入れる義務があるかわりに、他の組合員にたいしては求償権を持っていたのである。

949 利益および損失の配分

法源 Gai. 3. 149; D. (17.2) 29.2 [et nos...spectet].

利益および損失の配分は契約によって定められた。この点について当事者は、古典期の法ではまったく自由であった。ただし、獅子組合 (*societas leonina*)、すなわちある組合員が、損失の発生したときに負担だけを負い、利益の配分を受けない契約は、無効とされた。

950 責任

法源 *Inst. Inst.* (3.25) 9 このテキストはガーイウスの著作とされている『日用法律便覧』(*Res cottidianae*) からとられたものである (D. 17. 2. 72 を見よ); ユースティーニアヌス以前のテキストは、つぎのように改ざんされている。[etiam]; <non> tenetur; [culpa autem...solet]; Di Marzo, *Bull.* li/lii (1947), 53.さらに *Paul. Sent.* 2. 16.

古典期における組合員相互の責任のありかたについては、いまだに疑問を残している問題である。ユースティーニアヌス法では、組合員は「ある者が自己の物に払うことをつねとする注意」(*diligentia quae quis suis rebus adhibere solet*) にたいして責任を有したが、これが古典期のものではなかったことは確かである。一般に組合員が悪意 (*dolus*) についてのみ責任を負ったことは確かであるが、古典期の法学者には、特別な事件で過失 (*culpa*) と保管 (*custodia*) に対して責任が (552) あると主張した者もみられる。ある碑文に残されている 167年の組合契約 (*Bruns, Fontes*, no. 171; *FIRA* iii. 157) では、悪意にたいする責任しか述べられていない。他方、古典期以後ユースティーニアヌス以前のパウルの『判定録』(*Sententiae Pauli*, 2. 16) では、すでに過失にたいする責任が認められている。われわれはこの問題にこれ以上とどまっていることはできない。利用できるテキストは大幅に改ざんされたものであり、解きほぐすことは困難である。

951 終了

法源 Gai. 3. 152; *Inst.Inst.* (3. 25) 5; Gai. 3. 151.

組合は組合員の一人でも死亡すれば当然に終了した。死亡した者の相続人は組合員たる彼の地位を承継しなかったのである。ユースティーニアヌス法では、残りの組合員による組合の継続を契約で定めることもできたが、古典法ではまったくそ

れができなかった。組合員は、いつでも自由に解約告知をすることもできた。また、契約でこれに反する合意をなすことは無効であった。このような解約告知 (*renuntiatio*) は、それを行った組合員の脱退のみならず、組合全体の解散をも伴うものとなった。これら二つの場合、残りの組合員は、もちろん、無方式の合意で組合を継続させることは自由であったが、これは、法的にみれば新しい組合であった。

952 組合訴権 (*actio pro socio*)

各組合員は相互に組合訴権を有していた。法務官告示には *pro socio* という項目があるが、これはたんに「組合員のために」ということを意味するにすぎないのであった。したがって訴権は「組合員のための訴権」(*actio pro socio*) と呼ばれた。方式書 (*formula*) は残っていないけれども、レーネルの復元したものはおおむね正しいと言えよう。方式書は法に基づいて作成されたもの (*in ius concepta*) であり、かつ「信義よりして」(*ex fide bona*) という文言を含んでいた。

Lenel, *Edict.* § 109「原告が被告と組合をつくったので、被告が原告にたいしてそれにかんする物を信義よりして与えなすことを要するならば、審判人よ、それについて被告が原告にたいして責あるものと判決せよ。等々」(*Quod Aulus Agerius cum Numerio Negidio societatem coiit, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, etc.*)

有責判決には破廉恥 (*infamia*) が含まれていた (*Gai.* 4. 182 およびいわゆる自治市民にかんするユーリウス法 *lex Iulia municipalis* 1. 111; *Bruns, Fontes*, no. 18; *FIRA* i, no. 13)。他方、全財産を提供した組合員 (*socius omnium bonorum*) は (古典法では彼のみが) いわゆる生活資留保の利益 (*beneficium competentiae*, 前述, 793, 794) を有していた。この訴権は、今日では一般に、組合が終了した場合にのみ認められたものと考えられている。このことはおそらく真実であり、したがって古典期の組合訴権は清算のための訴権にすぎなかったのである。だから、(553) 組合員は組合が続くかぎり (*manente societate*) 出資を強制する目的で、訴権という手段によって訴えられることはありえなかった。共同の財産を分割するために援用できたのは共有物分割訴権 (*actio communi dividundo*) であって、組合訴

権ではなかった。

953 評価

以上、組合にかんする古典法を概観してみると、その個人主義的で自由主義的な性格が明らかになってくる。つまりローマ人に特徴的な、団体にたいする嫌悪感が浮きぼりにされてくる。組合契約は最小限の債務しか課してはいないし、法はいつも個人の自由を守ることに心を砕いているのである。こうした性格は、古典期以後の法においても本質的には変わることがなかった。商業上の組合や工業上の組合にかんする今日の仕組みは、ローマ法を基礎にして発展してきたものではないのだが、ローマ法のそれは、今日の組合の仕組みと比較してみると、興味をそそられる制度ではあるとしても、古風なものであった。

13. 委任 (mandatum)

(554)

954 概念と用語

法源 Gai. 3. 135, 136; D. (17. 1); Gai. 3. 157; Beseler, Z liii (1933), 25
を参照して D. (17. 1) 12. 11.

委任とは、当事者の一方（受任者 *mandatarius*）が他方当事者（委任者 *mandator*）の与えた委任事務を無償で執行することを約することによって成立する諾成契約であった。これは諾成の委任契約 (*contractus mandati*) についての古典期の概念であり、ガーイウス 3. 155 以下で述べられているものである。その要件としては、(1)無方式合意であって、一方的な要求、命令、承認 (*iussum*) では不十分であり、(2)委任を執行すべき受任者の拘束力ある約束が必要であった。この受任者にたいする拘束性は、いかなる委任契約の場合にも不可欠なものであった。したがって、委任事務の執行によってただ受任者だけが利益を得る場合（いわゆる「あなたの利益のための委任」*mandatum tua gratia*, 後述, 959), 委任契約の効力は発生しなかった。この場合は、受任者に自分自身を拘束する意図がないし、拘束性はこの契約に不可欠のものであったからである。

mandare という言葉は、*manum dare=in manum dare* 〈手の中へ与えること〉に由来し、普通のラテン語の慣用では、「なにかを任せること」、「委

託すること」、「承認すること」、「命令を与えること」の意味に用いられた。諾成契約としての狭い意味での *mandatum* は、法文献によって技術的に生み出されたものであった。古典期の法学者たちが *mandare* と *mandatum* をときに広い意味で（たとえば *iussum* の意味で）用いたのかどうかは今でも確かではない。けれども、ここではもっぱら *contractus mandati*（委任契約）について述べるにとどまっている。

955 委任訴権 (*actio mandati*)

法源 Gai. 4. 62, 182; D. (17.1) 20 pr.; (17.1) 10. 6.

委任は、ガーイウスの叙述では諾成契約の最後に出てくる。おそらくこのグループの契約では委任がもっとも新しいからであろう。アクィーリウス法 (*lex Aquilia*) の第2章がつくられたとき（前述, 837), 委任訴権はまだ知られていなかったが、委任契約はすでにキケロの時代には知られていた。共和政時代にどのように展開したかについては、法源がないので依然としてはっきりしないが、古典期にはこの契約はまぎれもなく市民法上の契約 (*contractus iuris civilis*) であり、各当事者のための訴権（委任訴権 *actio mandati*）はこの契約に由来したものである。方式書は残っていないが、それは法に基づいて作成された (*in ius concepta*) ものであり、「信義よりして」(*ex fide bona*) という文言を含むものであった。有責判決には破廉恥が含まれていた。いわゆる委任直接訴権 (*actio mandati directa*) によって、(555) 委任者は委任事務の執行、すなわち主として受任者が委任事務の執行にさいして獲得したすべてのものの引渡を請求することができた。受任者は、いわゆる委任反対訴権 (*actio mandati contraria*) によって、費用の償還を請求することができた。受任者にある譲渡行為が委託された場合、直接代理がなかったので、その譲渡行為から生じた権利義務は受任者に帰属した。もしAがBにたいしてSからある物品を購入するよう依頼したので、Bがその物品をSから購入した場合、Sを相手どった買主訴権 (*actio empti*) を有していたのはBであり、Bを相手どった代金請求の売主訴権 (*actio venditi*) を有していたのはSであった。しかしBはAに買主訴権を移転するとともに、AはSにたいする債務からBを解放しなければならなかったのである。

956 委任契約の社会的基盤

この契約の起源については説明が必要である。いったい何故この契約が共和政期の法律家たちによって創設されたのか。現代では、ローマの委任が立法者によって採用された大陸法でさえ、この契約が果たしている役割はきわめて控え目である。つまり当事者は双方ともに法的に拘束されるのを望まないの、無償で委任者のためになにかをなそうとする委任は、一般に法の範囲外に置かれるのである。しかしながらローマでは、とくに法律家たちの属する社会集団では、この契約を求めるある種の社会的な慣習とルールが支配的となっていた。友情 (*amicitia*) は厳粛にして実質的な義務を生じさせた。ローマ人の友人は、今日の「友人」が行えばただちに友情を破壊させてしまうような要求を相互に行ったのである。共和政期のローマでは、いかなる事態においても、友人に救援を求めるのになんらの躊躇もしなかった。友人には、親切に推薦してくれるように、親切に委託したことをやってくれるように、また親切に金銭を貸してくれるようにとすら求めることができたのである。自分のできるかぎりで友人を支援することが人の義務 (*officium*) のひとつであった。キケロが追放されていた時、ローマにあった彼の家族は金銭的に困窮したが、彼がなんら心配しないようにと妻に書き送ったように、「もし彼らが友人の義務を行うならば、金銭が欠乏することはないだろう」(*Ad fam.* 14. 1. 5)。このような考えかたは一般に受け入れられていたので、友人の依頼で委任事務を引き受けた者は償還を期待したり要求することはしなかった。それどころか、そのようにすることをひとつの重要な職務と考えていたのである。さらに被解放自由人はローマの (556)

社会生活で重要な役割を演じていた。保護者は好んで自分の被解放自由人に職務として仕事を任せ、被解放自由人は自己の義務として保護者の委任事務の執行を無償でしなければならないと考えていた。最後に、かならずしもあらゆる種類の役務が賃約 (*locatio conductio*) の問題とするのに適しているとは考えられなかった。法学者、弁護人、医師、教師と契約する場合、賃約が適当な形式であるとは考えられなかった。貴族的なローマ人の考えかたからすれば、このような役務は無償で行われなければならないからである。たとえば、キケロなら弁護人として「雇われる」ことは拒んだろうけれども、謝礼が通俗な形でなければそれを受けとるのにな

んらの躊躇も感じなかったろう。そのような場合、委任は適切な契約であると考えられていた。

こうした事情では、委任契約のための十分な余地と必要性さえあったのであり、また共和政期の法学者たちがそれを承認したのもまったく当然なことであった。彼らがそうしたのは普通の考えかたに基づくものだったのである。

957 受任者の責任

法源 Coll. (10.2) 3.

1. 受任者は受寄者 (depositarius) と同じく悪意 (dolus) についてのみ責任を負った。いずれも提供するものは無償の役務であるから、最小限度の責任で十分であると考えられた。これは古典期の法であったが、たしかに共和政時代の法でもあった。青年キケロの誤った長談議 (『ロースキウス・アメリーヌス弁護論』 *pro Roscio Amerino* 38. 111 以下) に惑わされてはならない。

958 終了

法源 Gai. 3. 159, 160 *adferet* まで。

2. 委任はまったく人的なものであるから、当事者のうちいずれかが死亡すれば終了した。

3. 各当事者は、委任事務がまだ開始しない間は、解約告知をなす権利を有していた。

959 委任と助言 (consilium)

法源 Beseler, *St. Bonfante*, ii (1930), 58 を参照して, Gai. 3. 155, 156;

D. (17.1) 2; D. (17.1) 16 <non esse et> hoc; [*deducto.....persequi*].

ケルススはプロクルス派に属し、セルウィウスの見解に従っており、ウルピアーヌスと編纂者はサビーヌスの見解に従っている。

委任契約 (contractus mandati) は無償の諾成契約だったから、これとたんなる助言 (consilium) とは区別することが必要だった。これらを識別することは困難なことではない。委任契約の基準となるのは、自己を拘束しようとする受任者の意思である。したがって、この意思がなかったならば、それはたんなる助言行為にすぎないものであったと考えなければならない。ところが、共和政期の法学者たち

は、一層明確な基準を求めて、つぎのような公式を選んだ。すなわち「あなたの利益のための委任」(*mandatum tua gratia*, つまり受任者の利益のための委任)はたんなるひとつの助言にすぎないというものである。というのは——彼らが論じたところであるが——そのような場合、たしかに受任者は自己を拘束する意思を持っていなかったからである。この公式は、かならずしもまったく誤っているものではないが、不正確である。AがBにたいして土地に(Bの)金銭を投資するよう助言した。これは「あなたにのみ利益となる委任」(*mandatum tua tantum gratia*, もっぱら受任者の利益となる委任)である。この場合、Bは自己を拘束する意思を持たないので、たんなる助言にすぎない。だから、Bは委任事務を執行する義務を負わず、またたとえ彼が執行してその助言が失敗に帰したにしても、Aは有責とはならなかった。他方、AがBにたいしてCの利益のために金銭を貸し出すよう依頼した場合、これも「あなたの利益のための委任」であったが、「あなたにのみ利益となる委任」ではなかった。それにもかかわらず、キケロの著名な友人セルウィウス＝スルピキウスはこれをたんなる助言と考えており、正しくこれを真の委任契約であると考えたのはサビーヌスただひとりにすぎなかったのである。古典期末の、ガーイウスの著作とされる『日用法律便覧』(*Res cottidianae*)には、つぎのような、もうすでに、まったくボローニアの注釈学派流の分類がある。それは(1)「あなたにのみ利益となる委任」(*mandatum tua tantum gratia*), (2)「私にのみ利益となる委任」(*mandatum mea tantum gratia*), (3)「第三者にのみ利益となる委任」(*mandatum aliena tantum gratia*), (4)「私と第三者の利益のための委任」(*mandatum mea et aliena gratia*), (5)「あなたと私の利益のための委任」(*mandatum tua et mea gratia*), (6)「あなたと第三者の利益のための委任」(*mandatum tua et aliena gratia*)である。これはまぎれもなくスコラ的なものであり、このような分類は無用であって、法的に重要性を持ってはいない。重要なただひとつの概念は、「あなたにのみ利益となる委任」という概念であり、そのような委任がたんなる助言にすぎないという表現である。したがって、これらの分類については、古典期のスコラ学の例として興味をひくにとどまる。

960 古典期以後の展開

法源 D. (50. 17) 23 改ざんされている；C. (4. 35) 11 [tam] dolum [quam culpam]；C. (4. 35) 13 [et omnem culpam]；[improvisum casum] 〈culpam〉。

ユースティニアヌス法のもとでは、受任者は過失 (culpa) について責任を負ったが、古典期のように悪意 (dolus) についてだけ責任を負うことはなかった。これは思慮の足りない改革であった。受任者が無償でそのような重い責任を引き受けるなどということはほとんどありえなかったからである。近代以降の法学者たちが、いかにして過失責任を正当化しようとしてきたかを眺めてみるのも興味あることである。たとえばヴィントシャイトは、「委任事務を執行すること（相手のためになにかをなすこと *etwas für einen andern zu besorgen*）を約束するのには、*besorgen*（配慮してやる）という言葉に示されているように、その委任を注意深く執行するという約束（細心の注意の約束 *das Versprechen der Sorgfalt*）の意味がある」と述べている (*Pand. ii § 410 n. 4*)。このような意味での約束はまったく独断的なものであって、言葉の上での議論などは馬鹿げており、ドイツ語に限定した場合はとくにそうである。事実、過失責任は合理性がなく、正当なものとは言えない。古典期の法学者はまったく正しかったのである。古典期以後のローマ法 (558) では、委任契約は、その基礎となった社会的条件（前述、956）が消滅したので、実生活からはほとんど姿を消してしまった。

961 貸金委任 (mandatum credendi)

法源 *Paul. Sent.* (2.17) 16；D. (17. 1) 32 [si quis...procul dubio est]；C. (4. 30) 12 [tam...quam]；D. (46. 1) 32 [ceterisque accessionibus]；C. (4. 18) 3 [mandatores et]；[aequitatis...debet]；D. (27. 7) 7 [fideiussores] 〈sponsores〉；[nam et...excludit].

委任の特殊な型に、第三者に貸金を与える委任があった。もっとも単純な例をあげると、AがBにたいして、Cに金銭を貸与するよう依頼した場合であ。Bがこの委任事務を執行すれば、BはCを相手どっての消費貸借に基づく訴権 (actio ex mutuo) と、Aを相手どっての委任反対訴権 (actio mandati contraria) を有することになった。これは、信命 (fideiussio) と類似しており、実質的には保証の一種である

が、この種の委任と信命との相違は古典期の法ではきわめて明白である。債権者が主たる債務者を相手どって訴を提起した場合、信命人 (*fideiussor*) は争点決定 (*litis contestatio*) が行われた結果として責任を免れた (前述, 862)。しかし、BがCを相手どって訴を提起した場合、Aを相手どったBの委任反対訴権はそのまま維持された。主たる債務者が援用できるすべての抗弁 (*exceptio*) は信命人も援用することができたが (前述, 863)、AはCが援用できる抗弁を自ら用いることはできなかった。要するに貸金委任は、他のすべての委任と同じく委任であり、なんら特別の準則に基づくものではなかった。けれども、貸金委任と信命を同一化しようというのが編纂者たちの傾向であった。彼らは問答契約 (*stipulatio* これは信命には不可欠である) を後方に押し込んでしまいたかったからである。したがって、ユースティーニアヌスの法では、Cを相手どって援用できる抗弁はAを相手どっても用いることができたし、またハドリアヌスの時代には共同信命人 (*confideiussores*) に限られていた分担の利益 (*beneficium divisionis*) が、委任者多数の場合にも行われるようになったのである。ユースティーニアヌスの法では、貸金委任はもはや他のすべての委任と同じ委任ではなくなり、特殊な委任 (*mandatum sui generis*)、つまり特別の準則に基づく委任の一種となっていた。こうした理由から、近代の法学者たちはこの委任を信用委任 (*mandatum qualificatum*, 資格のある委任) と呼んだのであるが、このような名称は、古典法に関するかぎり、用いるべきものではない。

(中村 達)