

フリッツ・シュルツ

「古典期ローマ私法」(III)

(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

870 文書契約

5. 要物契約一般

871 概念と種類 872 構成要素 873 要物契約における債権債務関係の性格 874 要物一言語契約

6. 消費貸借と使用貸借

875 概念 876 貸借の方式

i. 消費貸借 877 所有権の移転 878 利息 879 訴権 880 マケド—元老院議決

ii. 使用貸借 881 設定 882 起源が新しい 883 2つの方式書 884 任意に取消すことができない 885 保管 886 悪意と過失 887 反対訴権 888 不名誉訴権ではない

7. 寄託と質

i. 寄託 889 概念 890 12表法 891 告示 892 責任 893 反対訴権 894 不名誉訴権 895 寄託訴権が用いられた時代 896 友人との信託 897 不規則寄託

ii. 質 898 概念 899 告示 900 責任

8. いわゆる無名要物契約

901 概念と種類 902 用語 903 古典期の原則 904 交換 905 いわゆる委託販売契約 906 問答契約に対する嫌悪（以上本号）

4. いわゆる文書契約

870 文書契約

法源 Gai. 3. 128-33; *Inst. Iust.* 3. 21.

契約から生ずる債権債務関係の中で、ガーイウスは「文書により発生する債権債務関係」(*obligatio quae litteris fit*. Gai. 3. 88, 128) について述べている。この契約がたんに証書による契約 (Gai. 3. 134) だけでなかったことははっきりしているが、その正確な性質については、ガーイウスがあまりにも短い記述 (Gai. 3. 128-33) しかしていないので、そこからはなんら確実なところを知ることができない。一般的に、この契約は、保存の習慣があった出納簿 (*codex accepti et expensi*) に記入することによって締結されたものと考えられている。この理論は、法源が欠けているので確証することはできないが、ほぼ正鵠を得ていると思われる。ヘルクラネウム (Herculaneum) で発見された銅板 [*Tabulae Herculenses*] は、おそらく新たな素材を提供するであろう。ここではさしあたり、この不可解な契約について詳述することは差し控えることにしよう。いずれにしても、この契約は元首政の時代を生きのびることはなかった。ユースティーニアヌスの『法学提要』 (*Institutiones*. 3. 21) が「文書の債権債務関係」 (*litterarum obligatio*) と呼ぶものと古典期の文書契約とはまったく関連はなく、それは金銭不受領の抗弁 (*exceptio non numeratae pecniae*. 前述 812) と関連するものである。(西村隆誉志)

5. 要物契約一般

871 概念と種類

法源 Gai. 3. 89, 90; D. (44. 7) 1.3-5.

さて、われわれは古典法の方式を欠いた契約に目を転じて、いわゆる要物契約を取り扱うことにしよう。この契約類型についてはすでに論じたところであるが (前述, 800), われわれの行なった定義を繰返えそう。要物契約とは、有体物を引渡すことによって成立し、その受領者にこの有体物の返還義務を負わせる (*re contrahitur obligatio*) 方式を欠いた契約である。古典期の市民法は消費貸借 (*mutuum*), 使用貸借 (*commodatum*), 寄託 (*depositum*), 質 (*pignus*) の4種の契約しか認めていなかった。そこでこれらの契約について詳しく述べることにしよう

う。法務官法上の要物契約、すなわち、旅館主人の引受契約(receptum cauponum)については後で法務官法上の無方式合意(pacta praetoria)のなかで論ずることにしたい(後述, 97I)。

872 構成要素

法源 D. (12. 1) 18pr. acceperit まで; (12. 1) 18. 1 accepi まで。

いずれの要物契約にとっても本質的なことはつぎの2つである。(1)物の引渡(traditio rei または rerum), (2)引渡(traditio)という法的目的に関する当事者の合意である。この2つが要物契約の構成要素である。合意がなければ契約は存在せず, (507)引渡がなければ合意は無効であった。AがBに寄託として金銭を引渡し, Bがそれを消費貸借として受領したとすれば, 寄託も消費貸借も成立しなかったのである。

873 要物契約における債権債務関係の性格

法源 D. (12. 1) 2pr.

いずれの要物契約でも, 引渡され, 受領された物とまったく同一の物あるいは(消費貸借の場合)同一の種類の物を返還する債務のみが発生するものであった。だから, 一定量のワインが消費貸借として引渡された場合には, 受領者は穀物を返還するという合意に拘束されることはなかったし, また, 金銭の消費貸借の借主は要物契約によって利息を支払う義務を負わせられることはありえなかった。もちろん, その受寄物を喪失し, 受寄者がその喪失に責任ある場合には, その受寄者は損害賠償の責任を負わされたのである。

874 要物一言語契約

法源 D. (44. 7) 52pr. 3 (偽造); (46. 2) 6. 1 [sine stipulatione]; [unus contractus est] <duo contractus sunt>, [idem] <aliud>; (46. 2) 7 [uou] puto; [quia fieri].

要物契約と言語契約を混合したような契約——いわゆる「要物一言語契約」(債権債務関係は物と言語によって締結される re et verbis contrahitur obligatio)——は古典法には存在しなかった。AはあらかじめBから引渡された貸金の返還を問答契約によって約束しておくこともできた。だが後になってBがその貸金を供与したときは, ただ1つの契約, すなわち問答契約だけが存在することになった。そ

の間答契約が貸金の供与 (datio mutui) に続いてなされたならば、これは更改 (novatio) の事例となった (前述, 815)。金銭消費貸借の受領者が間答契約で利息について約束をしたときは、2つの契約, すなわち、要物契約 (消費貸借) と言語契約が存在することになった。

6. 消費貸借 (mutuum) と使用貸借 (commodatum)

875 概念

(508)

法源 Gai. 3. 90; *Ulp. Inst. Fragm. Vindobon.* fr. 2 (Seckel-Kübler, *Iurispr. Anteiust.* 1. 493); D. (12. 1) 2 pr.; (44. 7) 1. 2.-3.

消費貸借 (mutuum) とは、金銭またはその他の代替物 (ワイン、穀物等) の貸借であり、受領者に所有権を移転することによって受領者は (彼が前に受取った物そのものではないに) 同量を返還する義務を負う契約である。

mutuum という言葉の語源は確かではない。ガーイウスは、『消費貸借』と呼ばれるのは、このようにして私があなたに供与した物は、『私のものからあなたのものになる』からである。」 (“mutuum” appellatum, quia quod ita tibi a me datum est, ex “meo tuum” fit.) と説明しているが、これはもちろん愚かな説明である。mutuum という言葉は mutare という言葉に由来するものであり、おそらく、「交換すること」すなわち「他の同価値のコインを受取るためにコインを供与すること」という意味だったろう。Varro, *De lingua Latina*, 5. 179 (Bruns, *Fontes*, ii. 54): もし、供与された物を付与するならば、それは「消費貸借」である (Si datum quod reddatur, ‘mutuum’.)。

使用貸借 (commodatum = commodo datum) あるいは使用するために物を与えること (utendum datum) とは動産 (通例は代替物ではない) また不動産の貸借である。この貸借は受領者に所有権を移転せず、受領者は借用物そのものを返還する義務を負うものであった。

876 貸借の方式

消費貸借も使用貸借もともに貸借の方式である。法律家でない著述家たちはなんの疑念もなしに nummos dare utendos mutuos (使用するために貸金を与えること) または nummos commodare (金銭を貸し与えること)、利息に関する法律

用語は *usurae* (利息) すなわち使用 (*usus*) にたいする対価であると述べている。けれども法律家たちは、これら2つの方式の間に正しく用語上の区別をおこなっている。すなわち、消費貸借によって貸借されるものは金銭(ないしはその他の代替物)の価値であり、物自体ではないのであって、その物〔自体〕を返還する必要はない。これに対して、使用貸借によって貸借されるものは、個々の物〔自体〕である。

メイトランドは、「消費貸借でさえ、使用貸借と分離していなかった(つまり、中世のイギリスの法文献では)……、貸主は非常にしばしば *commodare pecuniam* (金銭を貸し与える人)あるいは *accommodare pecuniam* (金銭を融通する人)と呼ばれている。……今日に至るまで、英語圏の人びとは精密に区別する言葉を持っていないのである。われわれは、書物や半クラウン貨を借主に貸与するとき、同一の書物ならばこれをもう一度見たいと思うのだが、同一の半クラウン貨を見たいとは思わない。それにもかかわらず、このどちらの事例も *loan* (貸借)なのである」と述べている (Pollock and Maitland, *History*, ii. 170)。ギボン『ローマ帝国衰亡史』44章において、「ラテン語では、使用貸借と消費貸借との間に根本的な差異がまったく適切にあらわれているのだが、われわれ〔イギリス人〕の言語上の貧困から *loan* という漠然としたかつありふれた名称を用いているために混乱を引き起こしている」、と述べている。しかし、この「貧困」はかならずしも英語に限られるものではない。ギリシア語の *χρησις* は使用貸借にも消費貸借にも当てはまる。もっとも、アリストテレスは *χρησις* (使用貸借)と *δανεισμός* (消費貸借)との対照を試みている (*Eth. Nic.* 1131^a. 3) [Taubenschlag, *Law of Greco-Roman Egypt* (1944), 267 参照]。フランス民法典 (Code civil) 第1874条は *prêt* という言葉を使用貸借にも消費貸借にも用い、*prêt à usage ou commodat* と *prêt de consommation ou simplement prêt* を区別している。ドイツ民法典 (BGB) 第598条および第607条は消費貸借を「*Darlehen*」、使用貸借を「*Leihe*」と称しているが、これは適切な用語法ではないし、消費貸借も「*Leihe*」と言うドイツ語の通常的用い方ともあいられない。スイス債務法 (*Obligationsrecht*) 第305条および第312条はこの2つの契約を両

方ともに「*Leihe*」としており、「*Gebrauchslleihe*」(使用貸借)と「*Darlehen*」(消費貸借)とを区別している。初期のゲルマン法はこの2つの方式を区別せずに、両者とも「*Leihe*」と呼び、ラテン語の語源では *res praestita* (与えられた物)と述べられている (Gierke, *DP*. iii. 575)。ようするに、ローマの用語法は独特なのである。このわずかなことでさえローマの法思考に特有の長所と言葉の独自性 (*proprietas verborum*) への傾向を示している (Quintilianus, *Inst. or* 5. 14. 34)。

i. 消費貸借 (*mutuum*)

877 所有権の移転

消費貸借は、金銭、その他の代替物の所有権が受領者に移転されないかぎり、成立しえない。問題を複雑にしないために以下の議論では金銭貸借に触れるだけにとどめよう。

法源 D. (12. 1) 13 pr.-1.

1. もっとも単純な事例はもちろん消費貸借原因による引渡 (*traditio mutui causa*) によって所有権を移転する金銭所有者の事例である。貸主がその金銭の所有者でない場合には、所有権を移転することができないから、消費貸借は成立しない。けれども、受領者がその金銭を自己の金銭と混和してしまい、それによって所有権を取得した場合、あるいは受領者が使用取得 (*usucapio*) によって所有者になった場合には、この契約はなにか。消費貸借契約が成立しないことは明らかである。この場合、貸主は受領者を相手どっての不当利得返還請求権 (*condictio*) を有していたが、これは原因なき不当利得返還請求権 (*condictio sine causa*) であって、消費貸借による不当利得返還請求権 (*condictio ex mutuo*) ではなかったのである。

法源 D. (12. 1) 15 *acceperis* まで。

2. AはBに100〔金〕の債務を負っている。債権者Bは債務者Aに、B自身から貸与された借金として、その100〔金〕をCに支払うよう命ずる。BとCが支払いという法的目的につき合意に達したとすれば、この支払によって、BとCとの間に消費貸借契約が成立する。これが古典期における一般的な考え方であった。前古典期の法学者たちは、貸主 (*mutuo dans*) から借主 (*mutuo accipiens*) への所

有権の移転が必要な（私のものからあなたのものとなる *ex meo tuum fit*）消費貸借を認めなかった（Gai. 3. 90. 参照）。

法源 D. (17. 1) 34 pr. *fieri posse* まで, (12. 1) 15, 2 番目の文章（偽造）。

3. AはBに売買の結果として100〔金〕の債務を負っている。その債務の履行期が到来している場合において、Aはこの金額を貸金として保有することを求め、Bは同意した。ユースティーニアヌス法では、これによって消費貸借が成立したが、古典法では成立しなかった。古典期の法学者たちは、ユーアリアヌスもウルピアヌスも、このような合意を無効と考えていたからである。

法源 D. (12. 1) 4 pr. [*qui suscepit*]; <non> *habebit*; インテルポラーティオーであることは明瞭である。なぜならウルピアヌスは *tuo periculo est* と書いたであろうからである; (12. 1) 11 pr. <non> *puto*; *quod si lancem*, etc.: テキストはまったく改ざんされており、原本を再構成することは不可能である。

4. AはBに非手中物 (*res nec Mancipi*) を引渡し、Bにこれを売却し、売買代金を借金として保有する権限を与えた。ユースティーニアヌス法では、Bはそ (510) の金銭を消費貸借として保有し、Bが非手中物を売却するまでは、Bが危険を負担する。今日の法律家たちは、必要もないのにまた誤解してこの契約を危険な契約 (*contractus mohatrae*) と呼んでいる。古典法では、消費貸借がこのようなして成立したのではないし、またAがその物の危険を負担したのである。

mohatra という言葉は、アラビア語の *muchatara* (危険) に由来する中世ラテン語である (Du Cange, *Glossarium*, v. '*mohatra*'). この言葉はつぎのような取引を説明するのに用いられた。たとえば1年後に、代金を支払うという条件で、AがBにある物を100〔金〕で売却した。このような売買がなされた直後に、AはBから同一物を80〔金〕で買受けて、受領し代金 (80〔金〕) を支払った。1年を経過した後に、Bは100〔金〕、すなわち実質的な借金80〔金〕に利息として20〔金〕を加えた額を支払った。この方法は利息についての契約を禁止する教会法を脱法するために利用されたものである。

878 利 息

消費貸借は必ずしも無償だったわけではないが、要物契約が受領した物（消費貸借の場合は同種の物）を返還すべき債務を生じさせるにすぎなかったから、消費貸借契約に基づいて（*ex contractu mutui*）利息を請求することはできなかった。けれども、借主は問答契約によって利息の合意をすることはできた。古典期の利息の最高限度は月々100分の1の利息（*usura centesima*），すなわち、年12%であった。海上利息（*faenus nauticum*）の場合には、制限利率はなかった。

海上利息や海上取引金（*pecunia traiectica*）は、船が目的港に無事到着した場合にのみ、借主が返済しなければならない貸金である。この場合には、貸主が負う危険は高利率であって当然のように思われる。この貸借は実質的には保険契約であり、その利息は保険の掛金に相当するものであった。

879 訴 権

法源 D. (44. 7) 1. 4 *securus est* まで。

古典法には、特別の消費貸借に基づく訴権（*actio ex mutuo*）は存在しない。貸主は確定貸金訴権（*actio certae creditae pecuniae*）（金銭が貸金として供与された場合）あるいはいわゆる穀物的不当利得訴権（*condictio triticaria*）（他の代替物が供与された場合）を援用することができた。われわれはこれらの訴権についてはすでに触れてあるから（809），ここでは債務者遅滞（*mora debitoris*）がなんらの法的効果も生じさせないことを強調しておくにとどめよう。すなわち、遅滞によって生ずる（*ex mora*）利息をこれらの訴権に基づいて請求することができないということである（前述，813）。また、借主は貸金を受領したときから、金銭やその他の代替物を借りている他のあらゆる債務者と同様にすべての事変（*omnis casus*）に責任を負ったのであるから、この借主の責任は遅滞したからといってけって生じなかったのである。

880 マケドー元老院議決（SC. Macedonianum） (511)

法源 D. (14. 6) 1 pr.; 3 pr.（実質的には古典期のもの）； 7. 7 [*sed et si nocere*]，要物一言語契約（注意せよ）； 7. 9.

法学者たちがマケドー元老院議決（*senatusconsultum Macedonianum*）と呼んでいるウェスパシアヌスの時代の元老院議決は、金銭の貸借が権力に服する息子

に対してなされたとき、貸主には訴権が付与されない、と規定した。権力に服する息子となされた消費貸借は、その息子が金銭の所有者とならずまたその金銭は父親のものとなったが、市民法上は有効であった。貸主は権力に服する息子を訴えることはできたけれども、判決の執行をすることはできなかった。権力に服する息子は財産をもたず、また権力に服する息子の身体に対する執行は許されなかったからである。権力に服する息子が父親の死亡によって自権者 (*sui iuris*) となったときは、もちろん通常の執行方法が債権者に許される。元老院議決の文言によると、法務官（または、属州長官）は確定貸金訴権を否認しなければならなかった（訴権を拒否すること、*denegare actionem*）。したがって、法務官はしばしば直接拒否したが、通常は方式書につぎのような抗弁を挿入することですませた。すなわち、「もし、その事件においてマケドー元老院議決に反して何ものもなされたことがないならば」 (*si in ea re nihil contra senatusconsultum Macedonianum factum est* (Lenel, *Edict.* § 279)) という抗弁である。法務官がその訴権を拒否しないときには、法務官は元老院議決に従わなければならなかったからその職務上 (*officio suo*) 前述の抗弁を挿入する義務を負ったのである。

この元老院議決の目するところは、このような消費貸借が善良の風俗に反する (*adversus bonos mores*) と考えられていたので、金持 (*capitalists*) が権力に服する息子に金銭を貸すことを防ぐことにあった。このような場合に、利息についての間答契約がなかった場合でさえ元老院議決が適用されたため貸主が法外な利息の間答契約をしたからではなく、貸主はしばしば父親の死亡後にのみ返済を期待できたので、貸主が父親を殺害しようとするかもしれないからその貸金は父親の生命を危険にさらすように思われたのである。同様に、未成熟補充指定 (*substitutio pupillaris*) は、未成熟者 (*pupillus*) の生命が危険にさらされないように、別の銅板に（第2の銅板に、*in secundis tabulis*）なされた。他方では、消費貸借は、権力に服しているかぎり返済に苦勞することがない息子に浪費的生活手段を提供した。権力に服する息子は法律上訴えられなかったからである。この議決の目的は権力に服する息子を彼自身の愚かさの結果から守ることではない。権力に服する息子はしばしば成熟者であったし、執政官でさえなお権力に服していたのであるから、

このような保護は不合理であった。たしかに貸主に課せられる刑罰は結果として権 (512) 力に服する息子を保護することとなるが、それは、たんに刑罰の避けることのできない反射的效果にすぎなかったのである。このように債権者が刑罰を受けない場合、すなわち債権者が借主は権力に服していることを知らなかった場合には、この元老院議決は適用されなかった。さらに、権力に服する息子が自権者になった後に借金を返済した場合、息子はたとえ誤って支払ったとしても、その金銭を取り戻すことはできない。つまり、元老院は弁済の留保 (*soluti retentio*) を禁止したのではなく、ただ訴権が付与されないと定めただけなのである。

われわれが用いているこの元老院議決のテキスト (D. 14. 6. 1 pr.) には問題が多い。この議決にその名前を残しているマケドー (*Macedo*) は、執政官ではなく、権力に服する息子であって、彼の事件がこの議決をさせることになったのである。マケドーは罪を犯しており、法廷では自分の債務のせいで罪を犯したと陳述した。ビザンチン期の教授たちはその弟子に、マケドーが債権者の圧力に屈して自分の父親を殺害したのだと述べている (*Theophilus, Paraphrasis Inst.*, 4. 7. 7; cf *Inst. Iust.* 4. 7. 7; D. 14. 6. 3. 3.)。この物語がまったく真実でなかったことは明らかである。古典法のもとでは、債権者が権力に服している息子に支払いを強制する可能性はなかったからである。この点に関して、息子の法的地位は父親の死亡によって悪くなくても、良くはならなかった。つまり、彼はいまや自権者となるから執行の責を負わなければならないからである。それでもやはりマケドーが自分の父親を殺害したということは真実であろう。マケドーはおそらくぜいたくな生活が続けるためにより多くの金銭が必要だったが、その債務のためにこれ以上の信用を得ることができなかったのだろう。もし、マケドーが父親から豊富な相続財産を期待することができたならば、この財産によって彼の債権者への弁済が可能となり、新たな信用も獲得できたはずである。セクスティウス・ロスキウスは父親を殺害したとして告訴された。キケロはつぎのような疑問を提起している。すなわち、「だから、たしかに、放蕩な生きざまや、莫大な借財 (ここに注意せよ)、そしてその奔放な欲望、これらが彼にこの犯罪を犯させたのではないのか」(*luxuries igitur hominem nimirum et aeris alieni*

magnitudo (N. B.) e indomitae animi cupiditates ad hoc scelus impulerunt?) (Cicero, *pro Sex. Roscio Amerino*, 14. 39) と。しかし、たとえそうだととしても、古典期の法学者たちは、元老院議決の解釈にこの物語が重要ではなかったもので、これに言及しなかった。たとえマケドーがその父親を殺害していたとしても、この議決の目指すものは残忍な息子から父親を守ることにあるのではなかった。それはまったく不完全な規準であって、父親をより大きな危険にさらすことになるだろう。つまり、権力に服する息子はもはやまったく信用を獲得できなくなるからである。

われわれはこれ以上立ち入って議論を進めない。これに関連するテキストは改ざんされており、まだ完全に整理されていないからである。この制度は全体としてローマ法上の家長権 (*patria potestas*) と権力に服する息子が財産上無能力だったことと密接に結びついている。権力 (*potestas*) が消滅した後は、それはもはやまったく實際上意味をもたなかった。それにもかかわらず、この元老院議決はドイツにおいて1899年12月31日まで効力を持ち続けたのである。

ii. 使用貸借 (*commodatum*)

(513)

881 設 定

法源 D. (13. 6) 1. 1; 3. 6; 4.

この類型に属する貸借は、借主に所有権を帰属させずに、動産または不動産を引渡すことによってなされる。したがって、貸主は所有者でなくてもよい。借主は法的に厳密な意味での占有を取得しない。すなわち、借主は単なる所持者であって、貸主が占有を留保する。一般的に、非代替物〔特定物〕のみが使用貸借の目的物となる。講学上、陳列用に使用されるだけの果実が考えられるが、それ以上のものではないからである。使用貸借は厳密に言えば無償である。すなわち、借主が使用に対する報酬を約束した場合には、契約は賃貸借 (*locatio conductio rei*) であって、使用貸借ではない。

882 起源が新しい

この契約は共和政初期の法には知られていなかった。もちろん、人びとは特に隣人や親族、友人たちといつでも無償で物の貸借をしていたけれども、初期ローマの

法学者たちは適切にもこのような貸借を法の枠外にある単なる友情の問題であると考えていた。今日でさえ使用貸借が法学上の議論の対象となるのはまれである。使用貸借を契約に加えた共和政後期の法学の考え方はあまり適切なものではなかった。

883 2つの方式書

法源 Gai. 4. 47.

ハドリアヌスによって編纂された法務官告示録は貸主について2種の方式書を認めている。1つは、事実に基づいて作成される (*in factum concepta*) ものと、もう1つは法に基づいて作成される (*in ius concepta*) ものである。このことについては、ガーイウスがはっきりと述べている (4. 47)。ガーイウスは『法学提要』3・90, 91では述べていないのだが、法に基づいて作成される方式書は、明らかに使用貸借がハドリアヌスの時代に市民法で認められていたことを示している。残念なことに、ガーイウスは方式書の文言を伝えていない。

事実に基づいて作成される方式書についてはほとんど疑問の余地がない。その方式書は、ガーイウスが『法学提要』4・47で「原告が被告に銀製の卓子を寄託し、そうして、その卓子が被告の悪意によって原告に返還されないことが明白ならば、その物の有すべき価格に相当する金額について、審判人よ、等々」(*Si paret Aulum Agerium Numerio Negidio rem qua de agitur commodasse eamque Aulo Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex', etc.*) と述べているように、事実に基づいて作成される寄託方式書 (*formula depositi in factum concepta*) に類似するものであったにちがいない。

法に基づいて作成される方式書に関しては、「信義よりして」(*ex fide bona*) という文言を含んでいるかどうかについて疑問が残る。ガーイウス(4. 47)は、法に基づいて作成される寄託方式書 (*formula depositi in ius concepta*) が *ex fide bona* という文言を含んでいたことを示唆している。けれども他方では、使用貸借訴権 (*actio commodati*) はガーイウスの誠意訴訟 (*bonae fidei iudicia*) に関する一覧表には挙げられていない (4. 62)。しかしながら、ガーイウスはここでは(相殺 *compensatio* について述べているのであって) 完全な一覧表を示す必要はなかった。しかも、この網羅的な一覧表は後で付け加えられたものかも

しれないのである。法に基づいて作成される方式書の発展は、それに *ex fide bona* という文言が含まれていなければ、ほとんど理解することができないであ (514) ろう。事実に基づいて作成される方式書は、疑いもなく使用貸借がまだ市民法によって認められていなかった共和政期におこったものである。法に基づいて作成される方式書もまたこの時代のものであるにちがいないが、当時これは法に基づいて作成されるものとは考えられていなかった。すなわち、審判人は、市民法 (*ius civile*) とは対照的に、信義 (*bona fides*) に従って審判する権限を与えられていた。

ex fide bona という文言を含むすべての訴権が (市民) 法に基づく訴権 (*actiones in ius (civile) conceptae*) と考えられるようになったのは相当後になってからである。*ex fide bona* という文言は、使用貸借がまだ市民法によって認められていない時代には、明らかに不可欠なものであった。すなわち、その文言がなければ、審判人はつねに被告に有利な審判を行なわなければならなかった (使用貸借訴権がキケロの『義務論』3. 17. 70における誠意訴訟の一覧表に見あたらないということは問題ではない。この一覧表は実情を表わしたものではないからである Beseler, *Bull.* xxxix (1931), 338 f)。ハドリアーヌスの『告示録』では、この方式書は確かに (市民) 法に基づくものと考えられていたが、ユリアーヌスがこの方式書を創作したとは言えないだろう。

以上のことからわれわれは、法に基づいて作成される使用貸借方式書 (*formula commodati in ius concepta*) が、*ex fide bona* という文言を含んでおり、つぎのような文言になっていたという結論に到達する。

「原告が被告に訴訟の客体となっている物を使用貸借したので、被告は原告にその物につき信義よりして与えをすることを要するものは何物たりとも、それにつき審判人よ、等々」 (*‘Quod Aulus Agerius Numerio Negidio rem qua de agitur commodavit, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex’, etc.*)。

貸主はこの2種の方式書のうち1つを選択した。方式書が異なった構成をとっていることはこれらが実質的に相違していることを示すものであるが、古典期にはそ

れらがすでに同化していたとすることは可能である。いずれにしても、編纂者たちがこの2つの訴権を融合してしまったから、利用しうる史料からはその実質的相違を識別することは困難である。このような理由から、われわれは以下の叙述では実体法に限定し、原告が自ら望むものを得るために用いなければならない方式書に関する問題は除外することにする。

884 任意に取消することができない

法源 D. (47. 2) 15. 2, 60.

容取占有 (precarius) と対照的に、使用貸借は任意に取消することができない。物が期間1年で使用貸借された場合、貸主がその期間満了前にその物の返還を請求し、借主を訴えたとき、借主はその訴に対して防禦することができる (法に基づいて作成される方式書の場合には「信義よりして」 (ex fide bona) という文言により、事実に基づいて作成される方式書の場合には悪意の抗弁 (exceptio doli) による)。しかし、貸主が法に頼らずにその物を取戻したときは、借主は原則として貸主を相手どって訴権をもたず、窃盗訴権 (actio furti) も使用貸借反対訴権 (actio commodati contraria) も援用することができなかったことは明らかである。 (515)

885 保管 (custodia)

法源 Gai. 3. 206; Paul. *Sent.* (2. 4) 3; D. (44. 7) 1. 4 [alias poterit]; (13. 6) 5. 9 [diligentia] <custodia>, 最後の行に custodiam という言葉を残しているのもインテルポラーティオーであることは明白である; (13. 6) 5. 4 [aut accidit]; 5. 5 [etiam diligentem]; 5. 6; 5. 7 meum erit periculum まで; 5. 10; 5. 13 [culpam] <custodiam>; [nisi culpam]. D. (13. 6) 19., (19. 2) 41 については Beseler, ZI (1930), 54. H. J. Wolff, *Seminar* VII (1949) 69 ff. を見よ。

借主は悪意 (dolus), 過失 (culpa) および保管 (custodia) につき責任を負わなければならなかった。保管責任は過失に対する古風な責任のあり方である。借主の責任はカズィスティークなまたは類型的な方法で規定されていた。すなわち、使用貸借物に相当な注意を払うことによって避けることができたと認められる特定の類型の事変については、借主は無条件に責任を負わなければならないが、他方、注

意を尽してもつねに避けることができないと考えられているその他の種類の事変については責任を負わなくてもよかった。このように使用貸借物が第三者によって盗まれた場合、借主は貸主に対してつねに責任を負い、この物について実際にできるかぎりの注意を払ったことを立証しても自分の責任を免れることはできなかった。他方、使用貸借物が来襲してきた敵や強盗団によって奪取されたときは、借主は責任を負わなくてもよかった。同様に、使用貸借物を滅失毀損するような事変、たとえば使用貸借された本が第三者によって引き裂かれたり、汚損された場合、借主は責任を負うことになる。しかし、それが強盗や侵略者によって滅失毀損させられたときは、借主は責任を負わなかった。奴隷は通常防禦されなかった。奴隷が使用貸借された場合には、借主が保管責任を明確に引受けた場合を除いては、借主は保管責任を負わなくてもよかったのである。古典期における保管責任の概念は抽象的な定式によって適切に表現することはできない。なぜならば、その本質は、まさにそれが具体的かつカズイスティックな方法で限界づけられているからである。それにもかかわらず、事変を2つのグループに区別するために一般的な公式を得ようとするならば、(古典期以後のあるいは近代的な用語法を用いて) 保管責任は比較的小さい事変 (*casus minor*) についての責任、すなわち不可抗力 (*vis maior*) は考えられない事変に関する責任も含むと述べても差しつかえないだろう。要するに、この責任には不可抗力によって生じたもの以外のすべての損害に対する責任を含んでいるということである。過失についてのこのような初期の概念はほとんどすべての初期の法に見られるところであり、この概念が古典法のなかにも見出せるという事実は驚くべきことである。ユースティーニアヌス法の編纂者たちは多数の乱暴なしかも表面的なインテルポラティオーによって古典期の保管責任を保管における過失(注意) (*culpa in custodiendo* または *diligentia in custodiendo*) に対する単純な責任に矮小化してしまった。古典期のテキストをそのすべてにわたって再生することはできないけれども、古典期の保管責任——特定の種類の事変についての責任——の特徴はまったく疑う余地はない(ないはずである)。(516)

886 悪意 (*dolus*) と過失 (*culpa*)

法源 885と同じ。

れていない。われわれがすでに述べたように、この場合には受寄者 (sequester = いるときにのみ使用するという明示の条件で物を受領した場合を考えてみよう。それにもかかわらず、彼はそれを旅行に持って行き、強盗の一団に襲われて、その物を奪われてしまった。借主は、彼が保管責任を負っていたからではなくて、条件に故意に違反したのだから、責任を負わなければならなかった。さらに、借主がその物の返還を過失によって遅滞した場合には、彼は債務者遅滞に (in mora debitoris) 陥り、それゆえ不可抗力を含むすべての事変 (omnis casus) について責任を負った。

887 反対訴権 (actio contraria)

法源 Coll. (10. 2) 5; D. (47. 2) 60; (47. 2) 15, 2; (13. 6) 21 pr.; (13. 6)

18. 2 [sed et pertineant]; (13. 6) 17. 1-3 (古典期以後の小冊子)

借主もまた法に基づいて作成される使用貸借の方式書を用いることができる (いわゆる使用貸借反対訴権 actio commodati contraria)。借主はこの訴権を援用して彼が負担した費用の償還と借りた物に起因する損害の賠償を請求することができたのである。

888 不名誉訴権 (actio famosa) ではない

最後に、使用貸借訴権 (actio commodati) は破廉恥 (infamia) を含まないことを指摘しておきたい。

7. 寄託 (depositum) と 質 (pignus)

(517)

i. 寄 託 (depositum)

889 概 念

法源 D. (16. 3) 1 pr.; 1. 8; 17. 1.

寄託契約は動産ないし不動産を安全な保管のために第三者に託することによってなされる。受寄者は所有権も占有も取得しなかった。すなわち、使用貸借と同様に、(518) 受寄者は単なる所持者 (detentor) であって、寄託者は占有者 (possessor) のままであった。この契約は、使用貸借のように、完全に無償であった。

890 12表法

法源 Paul, Sent. (2. 12) 11.

寄託は古くからの契約であって、あらゆる法体系において最初の法制度に見られるものである。初期の時代には、とくに人びとはしばしば高価な物を信頼できる人に保管を任せる必要があった。それゆえ、12表法がすでに寄託物の価値の2倍額について特別訴権によって寄託者を保護していることはそれほど驚くべきことではない。この訴権は信義に反する場合の特別な罰金訴権であり、普通の非現行盗訴権(*actio furti nec manifesti*)ではなかった。すなわち、12表法の時代には、*furtum* は「物を持ち去る」ということを意味するにすぎなかったからである(*furtum* は *ferre*〈運ぶ〉に由来する)。この訴権の詳細はわからない。というのは、これに関して方式書を認めなかったので、実務の上で共和政期には消滅してしまったからである。

891 告 示

法源 D. (16.3) 1.1; Gai. 4.47.

ハドリアヌスが編纂したように『法務官告示』にはつぎのような4種の方式書が含まれていた。

1. 2倍額を求める事実に基づいて作成される方式書 (*formula in factum concepta*)。これはいわゆる緊急寄託 (*depositum miserabile*) の場合であって、暴動、火災、倒壊または難船を原因として (*tumultus, incendii, ruinae, naufragii causa*) なされる寄託の場合である。もちろん、この方式書は12表法によって認められていた訴権と同様罰金訴権であった。

2. 1倍額を求める事実に基づいて作成される方式書 (*formula in factum cocepta in simplum*)。これは通常の寄託の場合である。

3. 法に基づいて作成される方式書 (*formula in ius concepta*)。これはあらゆる種類の寄託に用いられた。後の2つの方式書については、ガーイウス(4.47)が完全な形で収録している。法に基づいて作成される方式書は「信義よりして」(*ex fide bona*) という文言を含んでいた。

4. 最後に、『告示』には、特殊な係争物寄託方式書 (*formula sequestraria*) が含まれていた。これは寄託物について争っている2人ないしそれ以上の者によっていっしょになされる寄託に関するものである。この方式書はわれわれには伝えら

保管責任とは別に、悪意責任および過失責任を忘れてはならない。借主が自宅に係争物受寄者）が占有者だったのである。

892 責任

法源 Paul. *Sent.* (2. 12) 6; *Coll.* (10. 2) 1; D. (44. 7) 1. 5 [magnam cadere]. C. (4. 34) 1. とともに *Coll.* (10. 8) 1. を参照。

古典法では、受寄者は悪意 (dolus) についてのみ責任を負い、過失 (culpa) あるいは保管 (custodia) に関して責任を負わなかった。もちろん、受寄者の責任は債務者遅滞によって加重された。

893 反対訴権 (actio contraria)

法源 *Coll.* (10. 2) 5.

法に基づいて作成される方式書は反対訴権 (actio contraria) に用いることができた。これによって、受寄者が（使用借人と同様に）彼が負担した費用の償還および寄託物に起因する損害の賠償を求めることができた。

894 不名誉訴権 (actio famosa)

(519)

法源 Gai. 4. 182; *Coll.* (10. 2) 4.

寄託訴権 (actio depositi) は、使用貸借訴権 (actio commodati) とは対照的に、反対訴権 (actio contraria) も直接訴権 (actio directa) も破廉恥 (infamia) を含むものであった。

895 寄託訴権が用いられた時代

これがガイウス時代の古典法であった。法に基づいて作成される方式書に明らかのように、寄託がこの時代市民法によって認められていたことは疑いない。使用貸借も寄託もガイウスの要物契約に関する章 (3. 90, 91) では触れられていないことについては『法学提要』の文献上の性格からしか説明できない。『法学提要』は、著者が未完成で不十分なままにしておいた講義ノートであって、死後に公けにされたものだからである。

法務官による救済は闇につつまれたままであるけれども、もちろん法に基づいて作成される方式書が事実に基づいて作成される方式書よりも新しいものであるが、これらはいずれも、おそらくすでに共和政期には存在していただろう。いわゆる自

治市に関するユーリウス法 (lex Iulia municipalis, l. 110) が不名誉訴権 (actio famosae) の中で寄託訴権 (actio depositi) に触れていないのは意外であるが、共和政末期に寄託訴権がなお破廉恥 (infamia) を含んでいなかったとすることにはほとんど信憑性がない。今日では周知のように、自治市に関するユーリウス法は絶対的に信憑性のある法源ではない。そればかりでなく、寄託訴権は「あるいは悪意について彼は有責である」(deve dolo malo condemnatus est) という文言で保護を受けることができたのである。

寄託は寄託物の所有権を受寄者に帰属させることによってなすことができた。

896 友人との信託 (fiducia cum amico)

法源 Gai. 2. 60. essent まで。

1. 信託 (fiducia) は寄託の目的 (債権者と締結される信託契約 fiducia cum creditore contracta とは対照的な友人と締結される信託契約 fiducia cum amico contracta) に用いることができたが、これは手中物 (res Mancipi) に限定された。非手中物 (res nec Mancipi) は引渡 (traditio) によって受寄者に移転することができ、その際に受寄者は寄託者の要求があれば寄託物を返還することを問答契約によって約束した。しかし、このような取引行為があったのかどうかまったくわからない。とにかく、このような取引行為は寄託とは呼ばれなかった。

897 不規則寄託 (depositum irregulare)

法源 D. (12. 1) 9. 9.

2. 金銭およびその他の代替物はもちろん通常の寄託として (たとえば、箱につめられたり、封印した籠につめられた金銭を引渡すことによって) 託することができた。そこで、受領者は、彼が受領したものと同一の物を返還する義務を負った。しかし、代替物の所有権を受寄者に帰属させ、同一種類の物を返還する義務を負わせることによって代替物を寄託することは可能であろうか。古典期における解答は明確に「否」である。このような取引は、当事者が寄託といおうと、消費貸借といおうと、それにかかわりなくつねに消費貸借と考えられていたからである。いわゆる不規則寄託 (depositum irregulare) は古典法には存在しなかった。不規則寄託についてわれわれの利用できるテキストはすべて改ざんされている。実際、この

種の寄託は雑種であり、まったく余計な制度であって、無用な混乱を引き起こすだけである。なるほどこのような寄託が認められた場合、寄託者は方式によらない合意によって約束された利息を法に基づいて作成される寄託訴権 (*actio depositi in ius concepta*) を援用することによって請求することができたが、消費貸借に基づく (*ex mutuo*) 訴権はこの目的のためには援用できなかった。だが、このことは古典期の法学者たちが不規則寄託を知っていたとすべき理由にはならない。受領者が利息の支払いを準備している場合には、彼はそれを問答契約によって約束することができよう。古典期の法学者の目から見れば、このような問答契約は不便なものではなく、むしろ当然のこととしてなされたものである。当事者にこの問答契約なしにも効力を認めようとしたのは、ユースティーニアヌスだけだった。明瞭さと単純さを維持するために、古典法は不規則寄託を正当にも認めなかった。ヨーロッパ大陸法は不幸にしてビザンチン法のこの不適切な制度を保持しているが、イギリス法は古典法と一致している。

ii. 質 (*pignus*)

898 概念

法源 D. (44. 7) 1. 6.

質契約は動産もしくは不動産を担保として債権者に引渡すことによって締結された。物権 (*ius in rem*=物に対する権利) としての質 (*pignus*) についてはすでに前述したとおりであり、さらに債権者が担保に供された物の占有者であることもすでに述べた。ここでは要物契約としての質契約から生じる債権債務関係について論ずることにする。

899 告示

法源 C. (4. 24) 6.

ハドリアヌスが編纂した『法務官告示』は2種の方式書を含んでいた。その1つは事実に基づいて作成される方式書であり、もう1つは法に基づいて作成される方式書である。「信義よりして」(*ex fide bona*) という文言を含む後者の方式書が存在したことについてはもはや議論の余地はない。異論の余地のない勅法 (C. (4. 24) 6.) はこのことを証明している。さらに、質はガーイウスの作とされる

『日常便覧』(*libri rerum cottidianorum*)における市民法上の契約(*contractus iuris civilis*)の中に分類されており、この著作が古典期以後の初期に書かれたものであるにせよ、著者は、古典期の法に基づいて作成される訴権(*actio in ius concepta*)が存在しなければ、書くことができなかっただろう。最後に、法に基づいて作成される訴権という方式でなければ考えられないような質反対訴権(*actio pigneraticia contraria*)があった。この場合の方式書にどのような言葉が使われていたかはわれわれに伝えられていない。(521)

900 責任

法源 Gai. 3. 204. (unde は、所有者にかかわりが無いから(*quia eius non interest*)), 所有者が盗訴権(*actio furti*)について権利が与えられていなかったことを疑いの余地なく証明しているが、質権者が保管(*custodia*)について責任を負うべき場合には、その利害関係は存在しない): D. (13. 7) 13. 1 (編纂者たちによって短縮されているが、実質的には古典期のものある): (47. 2) 15 pr. [sed *preaestabit*], Beseler, Z lxxvi (1948), 379 とともに; D. (47. 2) 88 (真正); C. (4. 24) 6, 7. 1.

債権者は悪意(*dolus*), 過失(*culpa*)および保管(*custodia*)に対して責任を負う。保管責任は、前述したように、比較的小さな事変(*casus minor*)による損害についての絶対的責任を意味している(前述, 885)。編纂者たちは例のごとく(前述, 885)古典期の保管責任を保管における注意(*diligentia in custodiendo*)に対する責任に縮小した。債権者が自ら売却権(*ius vendendi*)を行使する場合に、彼は価額が債務額を超過するかぎりにおいて〔その超過分の〕返還義務を負う。質権設定者は質直接訴権(*actio pigneraticia directa*)を援用して、超過額(*superfluum*)を請求することができた。質反対訴権(*actio pigneraticia contraria*)によって、債権者は彼が負担した費用の償還を請求することができた。

8. いわゆる無名要物契約

(522)

901 概念と種類

法源 D. (19. 5) 5 pr.-1.

ユースティニアヌス法には、近代のローマ法学者(ロマニスト)たちが「無

名要物契約」と呼んでいる一連の契約がある。これらの契約にはつぎのようなものが含まれている。(1) *do ut des* (汝が与えんがために予が与える), (2) *do ut facias* (汝が為さんがために予が与える), (3) *facio ut des* (汝が与えんがために予が為す), (4) *facio ut facias* (汝が為さんがために予が為す)。これらの契約の特性は、当事者の一方が彼の合意した部分を履行する場合にのみ、契約が成立するということにある。最も単純な例は交換である。AとBとの間で、AがBの家屋と交換に自分の家屋をBに与えるという合意が無方式でなされた。この契約はユースティーニアヌス法では諾成契約ではなく、無名要物契約であった。このようにして、Aが自分の家屋をBに引渡したときに、Bも自分の家屋をAに引渡す義務を負うことになる。単なる合意はそれ自体では拘束力を持たなかったが、Aが履行すれば、Bは義務を負った。これは *re obligatur* (彼は物によって債務を負う) と言えよう。Aは、編さん者たちが市民法上の事実訴権 (*actio in factum civilis*, これは古典期の法学者たちを戦慄させる言葉である) もしくは前書された文言による訴権 (*actio praescriptis verbis*) と呼んでいた訴権によって履行を請求できた。履行を請求するかわりに、Aは原因に基づいて与えられたものの不当利得返還請求訴権 (*condictio ob causam datorum*) によって引渡した家屋の返還を請求することができただろう。言いかえると、Aは後悔することの権利 (*ius paenitendi*) を有していた。その他の無名要物契約の場合にも同じように取り扱われた。

902 用 語

無名要物契約という用語にはなにか当惑させるものがある。このような契約の1つに、専門用語すなわち交換 (*permutatio*) という名称を有するものがあるからである。しかし、これらの契約が実際には消費貸借、使用貸借、寄託、質のように履行 (物の引渡) によって成立する要物契約だったことを否定すべきではない。これらの契約はとりわけ消費貸借に類似するものであった。金銭消費貸借は、あるいは諾成契約であったと考えられるかもしれないが、ローマ法では供与 (*datio*) を要件とする要物契約であった。同様に、交換は諾成契約であったかもしれないが、ユースティーニアヌス法においては一方当事者の履行を要件とする要物契約だったのである。

903 古典期の原則

法源 D. (19. 5) 9 [incerti actione] <condictione>; [itaque.....sequetur]; cf. D. (12. 4) 4; D. (19. 5) 18 [melius agere] <depositi agere possum>; (19. 5) 22 [placet verbis] <obligatio nulla est>; cf. Gai. 3. 143; *Iust. Inst.* (3. 24) 1; (19. 5) 25 acciperet まで, [praescriptis agere] <condicere>; C. (2. 20) 4.

ユースティニアヌス法の理論が古典期のものでないことは明らかであるが、編さん者たちが創作したものでもなかった。古典期の法学者たちは自ら認識していなかったけれども、それはユースティニアヌス以前の時代に多少とも発展した形で存在していたのである。編纂者たちは乱暴にも古典期以後の理論を古典期のテキストに押しつけたが、われわれは *Corpus iuris* とは別に信憑性あるテキストを持っていないので、インテルポラATIOを証明することは困難である。われわれは詳細にわたって論ずることはできないが、結論として言えることは、合意が諾成契約と考えられないような場合には履行を求める訴権は存在しなかったというのが古典期の原則だったということである。この合意に基づいて物を移転する当事者は原因に基づいて与えられたものの不当利得返還請求訴権 (*condictio ob causam datorum*) でその物を取り戻すことができた。しかし、この訴権が成立しない場合には、悪意に関する訴権 (*actio de dolo*) だけしか援用することができなかった。

904 交換 (*permutatio*)

法源 Gai. 3. 144; D. (18. 1) 1. 1; C. (4. 64) 3, 7.

1. 交換に関する古典法はとりわけ明瞭である。サビーヌス学派は正当にも交換を売買の一種、すなわち諾成契約と考えていたが、残念なことに彼らの見解は優勢をしめるには至らなかった。古典期の支配的な理論によると、交換は契約ではなかった。それ故に、当事者の一方Aが彼の合意した部分を履行したが、相手方Bは彼の合意した部分の履行を拒否した場合に、AはBを相手どり原因に基づいて与えられたものの不当利得返還請求訴権によって返還を請求することができたが、Aは履行について事実訴権 (*actio in factum*) または前書された文言による訴権 (*actio praescriptis verbis*) を有しなかった。

905 いわゆる委託販売契約 (contractus aestimatorius)

法源 D. (17. 2) 52. 7; (17. 2) 44 [si animo.....sit]; [si minus.....verbis];
(19. 5) 13 pr. [placet] <ille scripsit>; [neque neque]; [sed ex-
cepit].

2. AはBに対して、Bがその物を販売することに心がけ、価額がAとBとの間で予め定められていた一定額を超過した場合には、Bが剰余額を保有することができ、Aに評価額 (aestimatum) のみを支払えばよい。また、Bがその物を販売しない場合には、BはAにその物を返還しなければならないという合意で、物を引渡した。古典期の法学者たちはAに与えられるべき訴権について論じている。委任訴権 (actio mandati)、貸主訴権 (actio locati) および組合訴権 (actio pro socio) がすべて考慮に入れられた。この議論の詳細は現存する法源からは十分には認識でき (524)

『告示』にはこの場合に適合する特別の訴権は含まれていない。『学説彙纂』19. 4は編纂者たちによって大幅に改ざんされたものであり、前書された文言による委託販売契約訴権 (actio aestimatoria (あるいは de aestimato) praescriptis verbis) は古典法にはまったく見られないところである。

906 問答契約に対する嫌悪

無名要物契約の展開は問答契約を排除せんとする古典期以後の闘争における一段階として理解されなければならない。古典期の法学者たちはこのような場合につきのように言っただろう。「あなたがたが拘束力ある契約を締結したいと 考えているならば、あなたがたは問答契約をおこなうべきである」と。しかし、古典期以後の法学者たちは当事者に問答契約なしに効力を認めようとしていたのである。

(藤井 俊二)