

426

羅馬法講義案

(債權法)

原田慶吉著

始



特234
257

384
611

- 1 -



第四編 債 權 法

第一章 obligatio の意義

- 一) obligatio の定義 *Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.*
- 二) 債務と責任 *praedis, vas, vindex* 等に於て區別が認めらる。
nexum^(註一) 及び *stipulatio* も、最近には此の問題と關聯して説く者あり。
〔註一〕 春木「*Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto = 付テ*」法協 XXXIX, 5, 6
- 三) 古典時代の *obligatio* と 儒帝時代の *obligatio* 古典時代の *obligatio* は單に市民法の認めた債務發生原因に基くものに限るとする學説は、*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.* を *itp.* とする。

第二章 obligatio と actio

責任觀念たる *obligatio* は、均しく責任觀念の結合物たる *actio* と密接な關係を有し——*D. 44, 7 de obligationibus et actionibus*——債權法は *actio* の基礎の上に立つてゐる。*actio stricti iuris* と *actio bonae fidei* の區別より出た *negotium stricti iuris* と *negotium bonae fidei* の區別



の如きは、特に關係顯著にして、且重要である。

第三章 債権の性質

creditor が debtor に對して、或る給付を請求する権利である。排他性はない。成立の時期は問題とならぬ。目的物の追求權なし。唯中世 ius ad rem と稱せられたものは、fideicommissum のみに認めらる。消滅を豫定し永久性はない。

第四章 債権の目的

第一節 債権の目的に関する要件

(1) 適法 (2) 可能 (Impossibilium nulla obligatio est) (3) 確定し又は確定し得可きこと (4) 金銭評價の可能 (ea in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt).

第二節 給付の種類

dare (所有權の移轉、役權の設定) facere (其の他一切の給付) praestare (廣義では一切の給付、狹義のテクニカルタームでは如何なる意義か不明瞭)。

第五章 債権の種類

第一節 特定物給付の債務

此の債務者は其の責に歸す可からざる事由によつて、目的物が滅失するときは、其の責を免る (*species perit ei cui debetur).

第二節 種類債務 (*obligatio generis)

此の債務者は、假令自己の有するものが其の責に歸す可からざる事由に基いて消滅するも、責を免れない (*genus perire non consetur). 品質決定者は原則として債務者。最下等のものを選ぶも可。

第三節 選擇債務 (*obligatio alternativa)

一) 意義 數個の個別的に豫定せられた給付中、選擇によつて定まる可き一個の給付を目的とする債務である (*duae res in obligatione sunt, sed altera in solutione).

二) 選擇による特定 (1) 選擇權者 通常は債務者。特約で債權者又は第三者もなる。第三者の相續人は然らず。(2) 方法 通常の意思表示 (相手方が受けたときは撤回し得ない)、訴の提起 (選擇權なき原告が一の給付を選んで訴へると plus petitio となる)。(3) 效果 確定的選擇は遡及效がある。不能給付の選擇が出来る。

三) 履行不能による特定 (a) 當初より不能なる給付 (b) 後に至つ

* 印を附したるラテン語は法源的 (quellenmässig) に非ざることを示す。以下同じ。

て選擇權を有せざる當事者の過失によるに非ずして不能となれる給付あるときは、殘存のものに特定する。尤も儒帝時代には債務者が選擇權を有する場合には、何人の責にも歸す可からざる事由に基く滅失の場合には、債務者に不能給付の選擇を許してゐる。選擇權を有する債務者の責に歸す可き事由によりて或る給付が不能となり、更に殘存給付が債務者の責に歸す可からざる事由により不能となつた場合には、特に債權者に *actio doli* による損害賠償請求を認む (*itp.*)。

第四節 任意債務

債務者が本來の給付に代へて他の給付を以てする權利 (**facultas alternativa*) を有する債務。給付は當初より確定せる給付である。 *actio noxalis* 上の債務が代表的とせらるゝも、これは選擇債務と解しても結果には差異なし。

第五節 利息債務

一) 意義 利息 (*faenus, usura*) とは、金錢其の他の代替物の元本 (*caput, sors*) の利用に對し、元本の額と利用期間に比例して給付せらるゝ對價的代替物の一定量である。

二) 計算方法 當初利率 (*modus usurarum*) は十二分の幾つを以て示したが、略々 Sulla のときより希臘法を繼受し、月を單位とし、利率は百分の幾つを以て示す習となる。

三) 發生方法 (a) 約定利息 *negotia stricti iuris* に於ては、原則として *stipulatio* によることを要する。 *negotia bonae fidei* に於ては、 *stipulatio* で約せば獨立の訴權を發生、然らざるときも主たる訴權に附加

して訴へることを得る。

(b) 法定利息 法源が *usurae quae in obligatione consistunt* 及び *usurae quae officio iudicis praestantur* と記すものは、獨立に訴權のあるものとないものゝ區別で、上記 (a) (b) の區別ではない。

四) 利息制限法 (a) 十二表法は利率の最高を月(新説)十二分の一。(b) *Leges Liciniae Sextiae* (376 B. C.) は債務の利息として支拂つた金額は元本の支拂と看做し、元本に充たざる額は爾後三年に分割支拂を命ず。(c) 346 B. C. 以來は年二分の一。(d) *Lex Genucia* (342 B. C.) は利息禁止。(e) 共和末より縣に於て最高月百分の一 (*usurae centesimae*) とする規定現はれ、羅馬帝政の通則となる。(f) 儒帝は月二百分の一 (*dimidia centesimae*) に引下。尤も *faenus nauticum* は月百分の一。

古典法には滯納利息が元本と同額に達したときは、最早利息を生ぜしめない規定があつたが、儒帝は既に支拂つた利息が元本額に達するときも同様とした。複利 (*anatocismus*) の契約は儒帝時代には完全に禁止せらる。

第六節 移動的債務 (**obligatio ambulatoria*)

或る地位にあることによつて、債權者、債務者となる場合の債務を謂ふ。

(1) *actio noxalis* の責任者は現に加害者、加害動物を權力下に保持する者である (*noxia caput sequitur*)^(註一)。

〔註一〕 末川「*Actio de pauperie* について」不法行爲並に權利濫用の研究69頁以下。

(2) 永借權の *vectigal* 地上權の *solarium* は將來のものは固より、更に讓渡人の滯納分迄權利の讓受人に移轉する。

(3) *actio metus causa* は強迫者以外の利得者に對抗が出来る。

(4) *servitus oneris ferendi* に於て壁が修繕を要するときは、修繕を要する承役不動産の現時の所有者の債務であり、かゝる状態時の要役不動産所有者の債権である。

第七節 自然債務 (*obligatio naturalis*)

一) 意義 *actio* を附與せられないが、尙其の辨済は辨済として有効であつて、*soluti retentio* が認められ、*condictio* を發生することなく、其の擔保更改相殺が認めらるゝが故に——尤も自然債務全部にかゝる効果が伴ふ譯ではない——單なる道德上の債務と區別せられて、法律上の債務たることを妨げざる債務である。

二) 發生 奴隸を當事者とする債務、家長と家兒又は家兒相互間の債務が主たるものである。

第八節 損害賠償債務

一) 發生 債務不履行、不法行爲に基く損害に付ては、損害の賠償を請求することを得る。

二) 賠償方法 金錢賠償。

三) 賠償せらる可き損害の種類 財産的損害(*damnum pecuniarium*)のみならず、名譽の損害 (*damnum existimationis*)、身體に對する損害も賠償される。自由、生命、家長權は評價されぬ。

四) 損害額の算定 通常は賠償請求者の有する利害關係 (*interesse*) 即ち不法行爲なかりしならんには、或は又債務不履行なかりしならんには存したる可き想定的財産状態と、現實の財産状態との差額である。其の差額には請求者の受けた損害 (**damnum emergens*) の外、取得す可かりし

利益 (**lucrum cessans*) も算入が許される場合がある。更に損害は直接たることを必要とせず、違約罰付で給付を約した物が破壊された爲め、給付不能を生じたときには、違約罰として支拂ふ可き額も請求が出來、双兒の奴隸の一方を傷けることによつて、他方の奴隸の受けた價格の減少も賠償される。尤も物の市場價格のみを請求し得るに過ぎない場合も少くない。恐らくは當初はそれが原則であつたと思はれる。儒帝は物の給付に對する利害關係は、物の市場價格の二倍を越え得ざる旨を規定してゐる。尙不法行爲に於ては、行爲者處罰の意味から、實際受けた損害額以上の支拂を命ぜられる場合の多きを注意することを要する。

五) 算定者 通常 *iudex*. 時には當事者の宣誓に任ずることもある。

六) 過失相殺 (**compensatio culpa*)^(註一) 不法行爲者又は債務者の過失に對し、被害者債權者にも過失あるときは、其の過失を考慮する。

七) 損益相殺 (**compensatio lucri cum damno*)^(註二) 不法行爲又は債務不履行によつて損害を受けた者が損害を被ると同時に利益を得たときは、損害より利益を控除する。

八) 賠償による代位^(註三) 物の損害に付き賠償し又はせんとするとき、賠償者は賠償を受け又は受く可き者より、訴權を讓渡させることを得る。

^(註一)^(註二) ^(註三) 坂「損益相殺=付キテ」法協 XXXVII, 5, 6, 7.

九) 損害賠償を發生せざる場合の債權者の代位 債務者の責に歸す可からざる事由に基き債務者が履行を免るゝときと雖も、債務の目的物に代はる可き利益存するときは、これを債權者に與へることを要する。

第六章 債権の效力

第一節 對内的效力

第一款 概 説

債権の效力として債権者は債務者の辨済を求むる權を有する。債務者が任意に辨済するときは債権は消滅する。債務者が任意に債務を履行せざる場合には、古く債務と責任とが對立せし時代のことはこれを措き、古典時代には自然債務に非ざる限り、常に債務者を訴へ得るが、*condemnatio pecuniaria* の原則を一貫した爲め、債権者は債務者の債務不履行に對しては、單に損害賠償を以て甘んずるの外なし、*extra ordinem* の訴訟手續に於て始めて *dare* を内容とする債権に付ては、執達吏の手に依る物自體の強制履行を認めた。

第二款 債務不履行

債務不履行とは債務者が債務の本旨に従ひたる履行を爲さざる事實である。

第一項 履行不能

一) 履行不能責任事由 *negotia stricti iuris* の後發不能に於ては、債務者の不作爲によつて給付不能を生じたるときは、債務者はその責を負はず。債務者の積極的作爲により給付不能を生じたるときにのみ、債務者は其の責を負ふ。*negotia bonae fidei* に至り、債務者の歸責事由 *dolus*, *culpa* を基礎として、債務を免るゝや否やを論ずることが通常となつた。

二) 歸責事由の分類 儒帝法に於ける歸責事由は次の如く分類することを得る。



dolus とは義務違反を認識する精神状態である。*culpa* は廣義に於ては *dolus* を包含するも、狹義に於ては過失即ち必要なる意思活動の懈怠である。*culpa lata* とは「非常なる懈怠、即ち何人も氣付くことを氣付かざること」であつて、即ち *dolo proxima, prope fraudem* である。*culpa levis in abstracto* とは *prudens et diligens paterfamilias* が用ゐる注意を缺くの状態に對し註釋者が付したる名稱であつて、我が「善良なる管理者の注意」獨の「*im Verkehr erforderliche Sorgfalt*」を缺く場合に該當する。*culpa levis in concreto* は個々の債務者が「自己の物に示すを通常とする」注意を缺くの状態に對して附せられた語であつて、*culpa levis in abstracto* を稍緩和したるものである。我が「自己の財産に於けると同一の注意」を缺くと云ふに同じ。*dolus* 及び *culpa* は *in faciendo* のみならず、*in non faciendo* でも存在する。近代の研究は那邊に迄此の分類が古典法であつたかを争つてゐる。

三) 各法律關係に於ける責任の程度 何人が如何なる責を負ふかは、*dolus* の責を負はずとの特約の無効を除き——**dolus semper praestatur*——當事者の定めたる所による。若し定めなきときは、法定の注意義務の責に任ず。近代の學說によれば、古典時代には今迄考へられたよりは、*dolus* のみの責任が甚だ多い。

第二項 履行遲滞 (*mora solvendi*) 又は

債務者遅滞 (mora debitoris)

一) 要件 (1) 債務の訴可能 (2) 債務の履行期到来 (3) 履行期の履行可能 (4) 債務者の過失の存在 (5) 催告 (interpellatio) の必要 儒帝の itp. とも稱せられるが、總ての場合に要求されてはゐない。

二) 効果 (1) 責任の加重 債務者は casus の責任を負ふ。(2) 損害賠償、履行期到来後の果實の返還、金銭債務の遅延利息支拂。(3) dos 返還請求権の相続可能。

三) 終了 (purgatio morae) (1) 債権の消滅。(2) 履行の提供。(3) 猶豫。

第三項 不完全履行

最も問題となる所謂積極的債権侵害は、賠償の範囲こそ一定標準を缺いてゐるが、これを認めてゐることは確である。

第三款 受領遅滞 (mora accipiendi) 又は 債権者遅滞 (mora creditoris)

一) 要件 (1) 債務者が履行又は其の以前に債務の趣旨に適したる履行の提供 (oblatio rite facta) をなした事。(2) 債権者が過失によつて履行を受領せざること。

二) 効果 (1) 債務者の責任軽減 dolus の責任のみ。(2) 債務者の自衛権 veteres の見解によれば、葡萄酒の賣主は通告の後葡萄酒を流出せしむることを得た。家具の賣主は家具を道路に置くも其の後の危険を負擔せず。儒帝法では此等の抛棄行為によらず目的物を賣却して自衛手段を講ずることが必要である。賣却で得た代價又は本來の金銭債務の特定後の金銭は封印して安全なる場所 (tutus locus) 通常寺院に供託が出来る。(3) 債権者は保管費用を支拂ふことを要する。(4) 約定利息は債務者が金

錢を利用する間は停止せず。

三) 終了 當事者の合意。債務者遅滞。

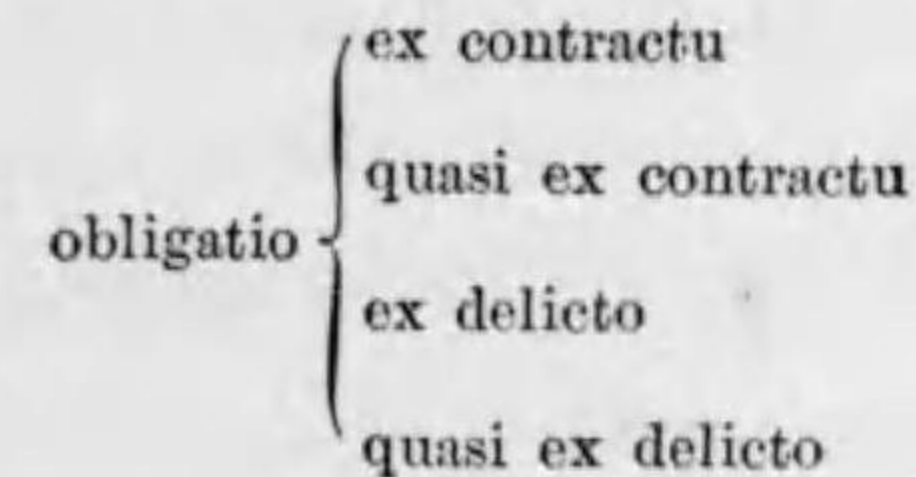
第二節 對外的效力

債権者取消権は praetor 法上の不法行為 (40 頁) 参照。

第七章 債権の發生

第一節 概 説

儒帝法學撮要の發生原因の分類。



第二節 obligatio ex contractu

第一款 總 説

一) contractus の語の變遷 法律關係 → 合法行為より發生する法律關係 → 契約。主觀的意思の合致 (conventio, consensus) は少くとも儒帝法では要件。

二) 分類 (A) contractus verbis (言語契約) c. litteris (文書契約) c. re (要物契約) c. consensu (諾成契約)

(B) contractus bonae fidei (誠意契約) と c. stricti iuris (嚴正契約) 後者は contractus verbis, litteris 及び re 中の mutuum (消費貸借)。

(C) *contrat synallagmatique parfait et imparfait* 一個の契約により當事者双方に (*ultra citroque*) 債務を發生するものを *synallagma* と謂ふ。而て兩債務が對價關係にある場合を近代の學者は前者の語、然らざる場合には後者の語を以て呼ぶ。前者には **exceptio non adimpleti contractus* (同時履行の抗辯) あり。後者に於ても、*actio contraria* を有する者は、留置權と相殺權がある。

(D) 第三者の爲めにする契約 第三者に對し訴權を附與したのは多く *itp.* である。

第二款 *contractus verbis*

儒帝の法學提要は *stipulatio* (問答口約) のみなるも、*Gaius* には尙 *dotis dictio* と *iurata promissio* あり。此處には *stipulatio*^(註一) のみを説く。

(註一) 春木「*Stipulatio*」京法 IV, 5

一) 成立 本來は要約者 (*stipulator*) と諾約者 (*promissor*) 間で、間を置くことなく (*unitas actus*) 直ちに問答體——*spondesne? spondeo* (羅馬人丈) *promittisne? promitto. dabisne? dabo etc.* ——を以て爲すを要したが、472 A. D. の *Leo* の勅法は口頭による意思の合致あれば、如何なる言語を以て爲さるゝも *stipulatio* は成立すと謂ひ、爲めに問答體はビザンチン期には必ずしも要件に非ずとも考へえらる。兎に角儒帝法では要約と諾約の對應は嚴格を失つてゐる。實際に於ては此の時代には、設權證書主義の東部希臘法の影響を受け、儒帝は證書記載の時と所に當事者が存在せざりし旨の反證を以てしてのみ證書を否認し得るに過ぎざる程の證書の法律關係設定力を認めたから、實質上は證書の作成により *stipulatio* は成立し、口頭の合意は、證書内に記載せられた合意ありし旨の形式

的約款に引下げられてゐる。

二) 起源^(註一) 學説は *nexum* の *nuncupatio* より (*Savigny*), *Hercules* の祭壇前の宣誓契約より (*Huschke*), 法廷再出頭の擔保契約 (*Mitteis*) より傳來等々種々。現存最古の史料は 186 B. C.

(註一) 田中「ミツタイス『要式口頭契約に就て』」論叢 XIV, 2, 3, 5.

三) 性質 (1) 一方性 (2) 一般性 (3) 無因性 原因の記載なき場合に原因が實際存せずとも有効に成立する。諾約者は *condictio* の訴を以つて免除の請求が出来る。訴へらるゝときには、*exceptio doli* の對抗は可能であるが、原因不存在の舉證責任は固より諾約者にある。但し若し金錢消費貸借を原因として *stipulatio* が爲され、其の證書が作成せられたときには、*exceptio non numeratae pecuniae*^(註一) の對抗が許され、成立の日付より一年 (當初) 五年 (チ帝以來) 二年 (儒帝) 内ならば、原因存在を債權者が爲すことを要する。(4) 嚴格性。

(註一) 田中「*Exceptio non numeratae pecuniae* の研究」論叢 XXVII, 2; 「ローマ法に於ける消費貸借契約證書の效力に就て」論叢 XXVII, 4

四) 保護 (1) *actio ex stipulatu*

(2) *condictio* { *condictio certae creditae pecuniae*
condictio certae rei (condictio triticaria)

五) 作用 (1) 新債務發生效用 (2) 舊債務轉換作用 (*novatio*) (3) 債權擔保作用 (*adpromissio, stipulatio poenae*) (4) 代理作用 (*adstipulatio*) (5) 法務官法形成作用 (*stipulatio praetoria*)

六) *stipulatio post mortem* 儒帝のとき初めて有效。

第三款 *contractus litteris*

一) 成立 債權者の *codex accepti et expensi* (出納簿) に、債務者

たらんとする者の同意を得て、其の者に支出したる旨を記入するによつて発生する。乍然新に金銭を貸與して記入する場合を含まず、唯債權發生原因の變更又は債務者の交替による更改を行ふ場合に限る。

二) 保護 *condictio*

三) 起源と消滅 羅馬紀元六世紀頃出現、紀元後三世紀には消滅して、儒帝法にはない。

四) *chirographa* と *syngrapha* *Gaius* は外人間に特有なる文書による契約として擧ぐ、儒帝時代にはこれは恐らく *stipulatio* の證書と融合した爲め、*contratus litteris* として説く可きものは何等ない。而も古の *contractus* の四分類を維持せんが爲め、*exceptio non numeratae pecuniae* の對抗期間二ケ年の経過後は、證書の記載は全然覆すことを得ざるが故に、其の意に於て文書による契約が発生する旨を説いてゐる。

第四款 *contractus re*

第一項 *mutuum* (消費貸借)

一) 意義 消費貸借は當事者の一方が種類品等及び數量の同じき物を以て返還を爲すことを約して相手方より金銭其他の物を受取るに因りて其效力を生ずる契約である (民 587)。

二) 成立方法 通常は貸主が代替物の一定量を交付して成立するが、其の他の方法もある。

三) 效果 借主は目的物自體の所有者となり、同種同量を返還すれば足る。利息は *stipulatio* の形で約さねば發生せず。

四) 保護 *condictio certae pecuniae* 及び *condictio certae rei*

五) 家兒に對する金銭消費貸借 *Vespasianus* の代の *Sc. Macedonianum* により禁止。

六) *pecuniae traiecticiae sive nauticum faenus*^{〔註一〕} 共和末希臘より繼受した海上冒險貸借。貸主は無事航海が終つた場合にのみ貸金を請求し得るに過ぎないから、儒帝迄は利息の制限なし。利息に關する合意亦無方式の合意を以て足る。

〔註一〕 春木「*Fenus nauticum* = 付テ」海法會誌 IV, 小町谷海商法研究 III, 28

第二項 *commodatum* (使用貸借)

一) 意義 使用貸借は當事者の一方が無償にて使用及び收益を爲したる後返還を爲すことを約して相手方より或物を受取るに因りて其の效力を生ずる契約である (民 593)。

二) 效果 (I) 借主の權利義務 (1) 使用收益權 契約違反の使用は *furtum usus* となる (2) 保管義務 通常の必要費は借主の負擔 (3) 返還義務 定められた時期に於て返還。それ以前には請求せられない。此の點と單なる *detentor* たる點に於て *precarium* と異なる (4) 注意程度 *custodia* と *culpa levis in abstracto* の責任。

(II) 貸主の義務 (1) 使用收益許容義務 (2) 費用償還義務 特別の必要費並びに借主が貸主の許可を得て支出した特別の費用の償還 (3) 注意程度 *dolus* 及び *culpa lata* のみの責任。

三) 保護 *actio commodati directa* (貸主より借主に對して) *actio commodati contraria* (借主が貸主に對して)

第三項 *depositum* (寄託)

一) 意義 寄託は當事者の一方が相手方の爲めに保管を爲すことを約して或物を受取るに因りて其效力を生ずる契約である (民 657)。古典時代には無償が要件

二) 效果 (I) 受寄者の義務 (1) 寄託物保管返還の義務 儲帝は受寄者の留置権を廢止 (2) 寄託物不使用の義務 違反せば *furtum usus* (3) 注意程度 *dolus* と *culpa lata* の責任.

(II) 寄託者の義務 (1) 費用償還義務 (2) 注意程度 *culpa levis in abstracto*

三) 保護 *actio depositi directa* (寄託者より受寄者に對して), *actio depositi contraria* (受寄者より寄託者に對して). 前者は *actio famosa*.

四) 特別の寄託 (I) **depositum necessarium (miserabile)* 災難危急時の寄託に於ては *actio depositi directa* の責任は倍大 (2) **depositum irregulare* 同種同量の物を返還する (3) *sequestratio* 數人が相手方に對し一定の條件の下に物を保管し, 將來或る事件の發生と共に, 其の中の或る者に返還す可き旨を約する寄託. 繫争物の寄託が通常. 此の受寄者は占有訴権を有する.

第四項 *pignus* (質)

一) 效果 (I) 質取主の義務 債務の辨濟後の質物返還, 質物賣却後の殘餘の返還 (II) 質入主の義務 費用償還 双方共に *culpa levis in abstracto* の責任.

二) 保護 *actio pigneraticia directa* (質入主より質取主に對して), *actio pigneraticia contraria* (質取主より質入主に對して)

第五款 *contractus consensu*

第一項 *emptio (et) venditio* (賣買)

一) 意義 賣主は當事者の一方が或財産権を相手方に移轉することを約し——尤も其れに付ては常に當然に責を負ふ譯ではない——相手方が之に其の代金を支拂ふことを約するに因りて其效力を生ずる契約である (民

555).

二) 歴史^(註一) 當初は *mancipatio* による現實賣買. *Plautus* の時代迄に諾成契約としての賣買が認めらるゝ迄は, *contractus re* か又は二個の *stipulatio* を以て爲されたと思像される.

^(註一) 春木「賣買ノ發展史ニ於ケル *mancipatio*」新報 XXXV, 1.

三) 效果 (I) 賣主の義務 (1) *rem praestare* の義務 *res (merx)* は有體物無體物, 現存物將來成立す可き物 (將來成立した場合にのみ代金を支拂ふ意なるときは **emptio rei speratae*, 將來成立すると否とに拘らず支拂ふ意なるときは **emptio spei*), 自己の物他人の物^(註一) たるを問はず. 代替物に付ては疑問あり.

^(註一) 春木「羅馬法ニ於ケル他人ノ物ノ賣買」京法 V, 10, 12

近世の立法は賣主に財産權移轉の義務を負はしてゐる. 羅馬法に於ても固より「物の所有權が買主に移轉せざるが如きことを問題としては, 何人も該物を賣却したるものとは解せられず」又賣主は *mancipatio, in iure cessio* 又は *traditio* の如き所有權の移轉に必要な行爲をなすことを要する. 乍然其の結果に關しては, 何等かの原因に基いて買主が所有權を取得せざることが發見せらるゝも, 單に其の事自體のみでは, 賣主に義務不履行を生ずることはない. 賣主は單に *vacuam possessionem tradere* によつて買主に *habere uti frui usucapi licere* する義務, 即ち *facere* の義務を負ふのみで, *dare* の義務を負ふものではない.

(2) 擔保責任 (A) 權利の瑕疵に對する擔保^(註一) 賣主が安全なる占有を移轉し, 何人にも合法的に占有を奪はれざる限り, 假令買主が所有者とならずとも賣主には何等の責任を發生せず. 乍然第三者が其の權利 (*rei vindicatio, vindicatio ususfructus, actio Serviana*) に基いて, 目的

物を買主の手より追奪 (evictio) した場合には、茲に初めて賣主の責任を生ずる。尤もこれが Severus の代法定義務となる迄には、mancipatio を経た場合か任意的又は強制的 stipulatio (強制は aediles curules の告示により、市場の奴隷及び家畜の賣買に始まり、次で賣買の bona fides に基き一般の賣買にも擴張) を爲すことが必要であつた。

(B) 物の瑕疵に對する擔保^{〔註二〕} mancipatio に於ては明言せる所と相反するときには *actio auctoritatis を發生。aediles curules は市場の奴隷家畜の瑕疵に於て actio redhibitoria (解除訴權) と actio quanti minoris (減額請求訴權) を認め、儒帝時代には總ての賣買にも擴張せられた。

〔註一〕 中田「日本古法ニ於ケル追奪擔保ノ沿革」法協 XXXVIII, 10.

〔註二〕 柚木「ローマ法に於ける賣主瑕疵擔保責任の研究」國民經濟雜誌 L, 3, 4, 5; LI, 2; LII, 2, 4.

(3) commodum 給付の義務

(4) 注意程度 culpa levis in abstracto

(II) 買主の義務 (1) 代金支拂の義務 必ず金銭たることを要する。代價協定の自由は、チ帝の最高物價格に關する告示、チ帝 (itp. ?) の *laesio enormis に關する規定で制限。賣買完成 (perfectio) 後は、當事者の責に歸す可からざる事由に基いて特定物の全部又は一部が消失するも依然買主は全額支拂の義務あり (periculum emptoris est)^{〔註一〕}。古典法では periculum venditoris est なりとの學說近く出づ。(2) 注意程度 culpa levis in abstracto.

〔註一〕 末松「賣買上の危險負擔問題に於て」ニ帝欽定羅馬法學提要補註ノ六、平野「民法に於けるローマ思想とゲルマン思想」427 以下。

三) 保護 actio empti (買主より賣主へ), actio venditi (賣主より買

主へ)

四) 賣買の附加的約款 (1) lex commissoria (2) addictio in diem (3) pactum displicentiae (4) pactum de retroemendo.

第二項 locatio conductio

傳統的分類に従へば下の三種に分たる。

第一目 locatio conductio rei (賃貸借)^{〔註一〕}

〔註一〕 岩田「賃借權の性質についての歴史的考察」志林 XXXII, 1, 2, 3, 4.

一) 意義 賃貸借は當事者の一方が相手方に或物の使用及び收益を爲さしむることを約し相手方が之に其の賃金を拂ふことを約するに因りて其の效力を生ずる契約である (民 601).

二) 歴史 多數説は國家が行つた場合が私法上の賃貸借の模範たることを認む。諾成契約前は要物契約であつた。

三) 效果 (I) 賃貸人 (locator) の義務 (1) 使用收益せしむる義務 (a) 賠償義務 目的物が追奪せられ、又は賃貸人が第三者に所有權を移轉し、又は他物權を設定して、賃借人の賃借權行使を不可能ならしめた場合 (Kauf bricht Miete)——若し讓渡人が讓受人と從前の賃借人をして從前通り賃借せしめる合意をなすときは、儒帝時代には從前の賃借人に訴權が附與せらる——には賠償義務あり。(b) 修繕義務 これを怠るときは解約原因となる。(c) 費用償還義務 (2) 注意程度 culpa levis in abstracto.

(II) 賃借人 (conductor) の權利義務. (A) (1) 使用收益權 (2) 轉貸權 合意で轉貸の禁止は出来る。(B) (1) 賃金支拂義務 通常は金銭なるも、收穫の一部を充てることあり。特に colonia partiaria. 目的物滅失せば賃金支拂の必要なし。收益を目的とする土地の賃借人は casus

により収穫が減少不能のときは *remissio mercedis* の請求権あり、但し貸借の期間が數年に亘るときは豊作の年は凶作の年の賃金を補填することを要する。(2) 保管義務 (3) 返還義務 (4) 注意程度 *culpa levis in abstracto*.

三) 保護 *actio locati* (貸貸人より賃借人へ), *actio conducti* (賃借人より貸貸人へ)

四) 終了 (1) 当事者の定めた終了原因の發生 最も普通は期間(通常五年)の満了。満了後使用収益を繼續すると、**relocatio tacita* として、*praedia rustica* の貸借は一年間 *praedia urbana* の貸借は無期限に繼續する。ビザンチン期には貸貸人の欲する限りの間繼續する旨を約すること多し。

(2) 賃貸人の單獨解除 存続期間の定めなきときは何時でも解約可能。定めあるも、賃借人が賃貸物を濫用し、二ケ年賃金の支拂を怠り、又は緊急の必要ありて、*iudex* もこれを認めた場合には解約可能。儒帝は成立後一ケ年間は任意の解約を認む。

(3) 賃借人の單獨解除 期間の定めなきときは何時でも解約可能。期間の定めあるときも、賃貸人の修繕義務不履行、賃貸人の賃貸物引渡の遲滞、理由ある危険發生の惧あるときは解約可能。一ケ年の任意解約賃貸人に同じ。

(4) 帝政初期には *colonus* の死亡。

第二目 *locatio conductio operarum* (雇傭)

一) 意義 雇傭は当事者の一方が相手方に対して勞務に服することを約し相手方が之に其の報酬を與ふることを約するに因りて其の效力を生ずる契約である(民 623)。

二) 雇傭に對する社會の態度 雇傭は羅馬に於ては其の大規模の奴隸制故に適用の餘地多からず、又奴隸が從事すると同様なる所謂 *operae illiberales* のみ其の客體となり、*sordidi quaestus* として、品位ある自由人の爲す可き所に非ずと思惟せられた。ゲルマン法とは著しく思想を異にする(註一)。

(註一) 平野「民法に於けるローマ思想とゲルマン思想」229 以下。

三) 效果 (I) 勞務者 (*locator*) の義務 (1) 勞務提供の義務 自ら提供することを要する (2) 注意程度 *culpa levis in abstracto*.

(II) 使用者 (*conductor*) の義務 (1) 報酬支拂義務 假令勞務者より勞務を受けずとも、これが勞務者の責に歸す可からざる事由に基くときは、尙義務あり。(2) 注意程度 *culpa levis in abstracto*.

四) 保護 *actio locati* (勞務者より使用者へ), *actio conducti* (使用者より勞務者へ)。

第三目 *locatio conductio operis* (請負)

一) 意義 請負は当事者の一方が或仕事を完成することを約し相手方が其の仕事の結果に對して之に報酬を與ふることを約するに因りて其の效力を生ずる契約である(民 632)。

二) 效果 (I) 注文者 (*locator*) の義務 (1) 報酬支拂の義務 (2) 注意程度 *culpa levis in abstracto*.

(II) 請負人 (*conductor*) の義務 (1) 仕事完成の義務 完成しなければ原則として報酬請求權なし。(2) 注意程度 *custodia* と *culpa levis in abstracto*. *locator* が報酬を支拂ふ注文者、*conductor* が報酬を受ける請負人なることを注意す可し。

三) 保護 *actio locati* (注文者より請負人へ), *actio conducti* (請負

人より注文者へ)

四) *lex Rhodia de iactu*^(註一) 投荷に関する *lex Rhodia* は共和末繼承受。投荷及びこれに準ずる損害は船主及び積荷の所有者全部が共同して分擔する。

(註一) 松波「ロード海法」宮崎論文集。小町谷海商法研究 III, 40.
原田「偽ロード海法」加藤論文集

第三項 *societas* (組合)

一) 意義 組合契約は各当事者が出資を爲して共同の〔目的を達すること〕を約するに因りて其の效力を生ずる契約である (民 667)。

二) 歴史と種類 起源は家長死亡後の兄弟共産制 (*consortium*) に存する。従つて *societas omnium bonorum* が最も古く出現し、組合の基本形態を爲す。共和末より *societas alicuius negotiationis*, *societas unius rei* 等出づ。

三) 組合員の権利義務 (1) 出資 出資は勞務にても可 (2) 利益損失の分配 当事者の定めたる割合による。不平等たり又は出資額と無関係にても可。唯損失のみを負擔し、利益に與らざることを約するは、*societas leonina* として無効。損失又は利益の割合に付てのみ合意あるときは、他の利益又は損失も亦同一と推定。何等の定めなきときは平等 (3) 注意程度 古典法 *dolus*, 儒帝法 *culpa in concreto*。

四) 保護 *actio pro socio*, *actio famosa* である。「或る程度兄弟の権利」が組合に包含せらるゝから、被告に **beneficium competentiae* あり。尙 *actio communi dividundo*。

五) 終了 (1) 存続期間の満了 (2) 組合員の死亡 (3) 組合員の *capitis deminutio* 儒帝法では *maxima* と *media* のみ (4) 組合員の

vendito bonorum (5) 目的の成就、不成就の確定、組合全財産の消滅 (6) 組合員の脱退の通知 但し組合全部の利益となる利益を獨占せんが爲めに脱退するときは *socium a se, non se a socio liberat*。

第四項 *mandatum* (委任)

一) 意義 委任は當事者の一方が〔事務〕を爲すことを相手方に委任し相手方が之を承諾するに因りて其の效力を生ずる契約である (民 643)。

二) 歴史 儒帝法の委任は、本來の委任が *procuratio* を吸収合併したものである。本來の委任は非繼續的であつて、法律的には無償、社會的には其の事務の高尙よりして *locatio conductio* と區別せられた。但し測量師、教師、醫師、辯護師、助産婦、乳母の如き者に對して *honorarium*, *solarium* の名義を以て報酬を爲す慣例を産み、古典時代には *extra ordinem* で請求が出來た。*procuratio* は永續的で主人の財産を執事として管理することである。

三) 種類 (1) 法律的事務を内容とするもの——特に **mandatum qualificatum* 問題となる——と事實的事務を内容とするもの (2) 總括的と單獨的 (3) *mandatum mea gratia, aliena gratia etc. tua gratia* は助言であつて、委任ではない (4) *mandatum post mortem* は無効。儒帝は墓碑建設に付ては例外を設く。

四) 委任者受任者の権利義務 (1) 委任の趣旨に従ふ事務の執行、清算 (2) 責任 受任者は古典法では *dolus*, 儒帝法では *culpa levis in abstracto*。委任者は *culpa levis in abstracto*。

五) 保護 *actio mandati directa* (委任者より受任者へ), *actio mandati contraria* (受任者より委任者)。前者は *actio famosa*。

六) 委任者と第三者の関係 原則として何等直接關係なし。但し *actio*

quasi institoria については 33 頁参照.

七) 終了 (1) 事務の終了又は遂行不能の確定 (2) 期限の到来 (3) 当事者一方の死亡 (4) 当事者一方の解任又は辞任の通知.

第六款 contractus re innominati

(無名賤成契約)

一) 意義 儒帝法に於ては一般に、当事者の一方が其の約した給付を相手方に履行することによつて、相手方に反対給付の債務を発生することを認め、これを contractus re 中に編入し、其の態様として (a) do ut des (b) do ut facias (c) facio ut des (d) facio ut facias の四種を區別してゐる。是等の nova negotia は、格段の名稱なき旨が法源に屢々記載せられ——尤も特別の名稱を有するものがないではない——中世の Brachylogus iuris civilis 以來、contractus re innominati と稱せられてゐる。

二) 保護 先に給付を履行した者に對しては、儒帝法には次の三保護手段がある。

(1) actio praescriptis verbis, actio incerti, actio civilis incerti, actio in factum civilis 反対給付請求の訴。

(2) condictio causa data causa non secuta, actio doli.

(3) *condictio ex poenitentia 相手方の反対給付實行ある迄、實行した給付を返還せしめる訴權。

中(2)は既に古典時代に認められ、(3)は全部又は殆んど大部が儒帝の itp. なることは學説が一致するが、(1)に付ては名稱及び實質の itp. が那邊に迄及ぶかは學説は一致してゐない。

三) 種類 contractus re innominati 中重要なるもの下の如し。

(1) contractus aestimatorius (Trödelvertrag) 協定額で賣却し得ざりしときは引渡したものを、協定額以上で賣却したときは協定額のみを返還する賣買の委託契約である。目的物の引渡と同時に一種の契約あるものとせらる。

(2) permutatio (交換) 現實の履行を以て爲さるゝ交換は賣買の出現以前には有無相通の手段であつた。S. 派と P. 派は賣買と交換の性質に付て争ひ、前者は兩者の性質同じ、pretium は res にても可と説いたが、後此の説敗れた。

(3) transactio (和解) 梅博士の定義下の如し。「二人以上の者が相互間の法律關係に付て存在せる争議、若くは不確定を相互の讓歩によりて終了せしむるを以て目的となす契約を謂ふ」。古典法では stipulatio によるを要し、儒帝初めて賤成契約とした。

(4) precarium (容假占有)^{註一} 當初は事實關係でそれからは物權も債權も發生しない。帝政後期にはこれを債權債務關係となし、儒帝は其の返還に actio praescriptis verbis を附與してゐる。

註一 春木「Precarium ノ性質ヲ論ズ」京法 VI, 9.

第三節 obligatio quasi ex contractu

儒帝法に於て、合意を缺く爲め contractus に入らざるも、尙合法行爲たる債務發生原因にして、上記の表題中に論ぜられるものは下の如くである。

第一款 negotiorum gestio (事務管理)

一) 意義 事務管理は義務なくして他人の事務を管理するを謂ふ。

二) 要件 (1) 事務の遂行は自己の自由意思によつて (sua sponte et nulla necessitate cogente) 爲され、契約又は法律によつて其の義務なき

こと (2) 他人の事務の管理 事務は法律的たると事實的たると、總括的たると單獨的たるとを問はない。法務官が初めて告示を發したのは不在者の爲めにする訴訟上の代理なりしが如くである (3) 他人の事務を管理する意思 (animus aliena negotia gerendi) (4) 本人の無反對 本人が禁止するに不拘 (prohibente domino) 事務を管理した場合に關しては、儒帝は従前の疑を解決して管理人に訴權を附與せず。唯法務官の認めた actio funeraticia は葬儀を執行す可き者の意思に反しても死者の社會的地位に相應した葬儀費用の償還請求は出来る (5) 本人の利益に事務開始 (utiliter coeptum) 事務の執行が社會の一般人の見解に従へば利益と考へられる場合なること。結果に於て利益となるすとも可。

三) 本人 (dominus) 管理者 (gestor) の權利義務 委任に同じ。責任は管理者は culpa levis in abstracto 危急の場合は dolus 及び culpa lata の責任、本人が通常爲さざる事務に關與するときは casus の責任。

四) 保護 actio negotiorum gestorum directa 及び contraria.

五) 本人の追認 本人が追認したときは、本人の禁止あり、又は利益に開始せられずとも有效となる (ratihabitio mandato comparatur).

第二款 tutela (後見)

後見人は後見事務を diligentia quam suis を以て執行し、後見終了後は財産を返還し、計算をなす義務を負ひ、支出せし費用の償還請求權を有する。訴權はそれぞれ actio tutelae directa 及び contraria である。

第三款 *communio incidens (偶然の共有)

共有關係が當事者の組合契約に基かずして發生せる場合にも共有者相互間に組合類似の關係を發生し、各共有者は持分に應ずる果實の分配、費用の償還を請求し diligentia quam suis を用ゐざるによつて共有物に加へ

たる損害に付ては賠償の義務を負ふ。訴權は共有關係の發生方法の如何に従ひ、それぞれ actio communi dividundo, actio familiae erciscundae である。

第四款 legatum (遺贈)

相續人は受遺者に對し債權的遺贈を履行するの義務を負ふ。訴權は actio ex testamento である。

第五款 condictio (不當利得)^(註一)

^(註一) 船田「ローマに於ける不當利得返還請求權理論の形成」法律學研究 XXIV, 7, 8, 9, 11; XXV, 2, 3.

一) condictio の言葉の意義 元來 condictio は訴の方法 (modus agendi) の一種であり、formula 訴訟手續では、訴の原因を記さない抽象的な actio stricti iuris として、問答口約、文書契約、消費貸借の訴に用ひられたものである。不當利得の場合も亦此の訴權により得たのが不當利得を指すに condictio の名稱を用ひ得るに至つた原因である。何時の時代より如何なる場合の不當利得に condictio が用ひられたかは學說別る。

二) 不當利得の基礎觀念 「自然上公平」「萬民法」

三) 要件 (1) 利得したこと (2) 他人の損失 (3) 自己の利得と他人の損失との因果關係の存在 (4) 利得の不當。

四) 種類 (1) condictio indebiti (a) 債務なきに不拘 (b) 債務ありと誤信して (c) 給付をなし (d) 受領者も善意なる場合に發生する。債務なきは當初より然ることあり。辨濟によりて消滅したる場合あり。自然債務の履行は condictio を發生せず。債務なきを知つて給付した場合も然り。受領者が惡意なるときは盜となり、condictio furtiva の問題である。

(2) condictio causa data causa non secuta (condictio ob causam

datorum) 或る目的の爲めに給付せられたのに、其の目的が成就せざりし場合の *condictio*.

(3) **condictio ob causam finitam* 或る目的の爲めに給付せられた場合に其の目的が成就した場合の *condictio*.

(4) *condictio ob iniustam causam (ex iniusta causa)* 違法原因にて利得せし者に對する *condictio*.

(5) *condictio ob turpem causam* 相手方をして或る行爲を爲し、又は爲さざらしめんが爲めに給付を爲したる場合に、給付の受領が *contra bonos mores* たるときに給付者の有する *condictio*. 給付者にとり *contra bonos mores* となるときは *condictio* を發生せず.

(6) *condictio furtiva* *condictio* は *actio in personam* である。盜の場合には所有者を失つてゐないから其の回復請求は *actio in rem* たる可く、従つて *condictio furtiva* は理に合はないが、*Gaius* は盜人を憎み、これに多數の訴權の責任を負はしめんが爲めに發案せられたとする。

第四節 其の他の債務發生の合法的原因

第一款 *pactum*

一) 意義 法務官法では無方式の合意の意に用ひられ、これがテクニカルタームとなつた。

二) 無方式の合意と債權 市民法に於ては無方式の合意は *contractus consensu* を除き、其れ自體のみでは何等の債權訴權を生せず、唯 *exceptio* を發生するのみ。此の原則に對して例外をなすもの下の如し。

(1) *pactum adiectum* *negotia bonae fidei* と同時に附加して爲された場合は、かゝる附約を主約の一部をなすものとして、主約の訴權によ

つて訴へることを得る。

(II) **pactum praetorium* 單なる *pactum* にして法務官法上效力を認めらるゝものである。重要なるもの下の如し。

(A) *constitutum*^(註一) 現存債務の履行の約束である。當初は履行の期日を約することが必要であり、後代でも期日の定あるを通常とする。(1) 當初は *actio certae creditae pecuniae* で訴へられた債務者が履行の猶豫を求むる場合に發生した。(2) *constitutum debiti alieni* 他人の債務の *constitutum* も有効とせらるゝに至り、*constitutum* は保證の用に供せられた。(3) *constitutum* の前提たる債務は當初は契約より生じた金錢債務に限つたが、後には發生原因の如何を問はず、又金錢以外の代替物の給付の債務に、*儒帝*に至つては *stipulatio* の内容と爲し得べき給付を目的とする一切の債務に迄擴張せられ、又前提たる債務の目的と異りたる目的を内容とすることも認められて、更改の用に供せられた。(4) 更に債務の效力を高める *constitutum* も認められた。保證人の設置、質權の設定を内容とする *constitutum*、自然債務を前提債務とする *constitutum* の如し。

^(註一) 春木「*Constitutum* ノ沿革ヲ論ズ」法協 XXXIV, 4.

(B) *receptum* (a) *receptum argentarii* 銀行業者が相手方に定額の金錢其の他の物を第三者の計算に於て支拂ふことを約する引受契約である。第三者は通常銀行業者の得意で、又該契約も其の委託に基いて行はるゝを通常とし、*constitutum debiti alieni* と頗る類似するため、*儒帝*は 531 年に *receptum* の訴權 *actio recepticia* に代ふるに *actio de pecunia constituta* を以てしたが、相手方と第三者との債務の成立を前提要件とはせず。

(註一)
(b) *receptum nautarum* *cauponum et stabulariorum* *nauta*,

caupo, stabularius が其の營業の執行に際して預つた品につき *salvam fore recipere* したときは、受け取つた時の状態に於て返還する義務を負ふ。receptum によつて其の前提たる法律關係 (locatio conductio operis, depositum) より生ずる責任の限界は擴大せらる。恐らく帝政後期——少くとも儒帝法にては確——より此の receptum の責任は法定責任となつた。

〔註一〕加藤『「レセプツム」責任ノ法理ト後世ヘノ影響』法協 XXXI, 7, 8.

(C) *receptum arbitri* 争の當事者の仲裁契約 (*compromissum*) に基いて選ばれた *arbitrator* が一定の *sententia* を下すことを約する *pactum* である。法務官は罰金を課し、或は擔保を供せしむることにより、間接に仲裁人の義務履行を強制した。actio を附與せずして、行政手續によつて私人の合意に強制力を附與するが如きは他に類例を見ない。

(III) * *pactum legitimum* 帝政後期勅法によつて認められた *pactum* である。

(A) *compromissum* 訴訟當事者が繫争事件を仲裁人の判断に任ずる *pactum* である。古典時代には *poena* 付の *stipulatio* を交付した。儒帝は *stipulatio* の必要を廢止し、單なる *pactum* に效力を認めた。

(B) *donationis pactum* 贈與とは當事者の一方が其の財産を減少し、相手方が之によりて其の財産を増加する (*locupletiolem fieri*) 無酬の出捐行為を謂ふ。此の *pactum* に效力を認めたのは儒帝である。以前の方法は *mancipatio*, *traditio* による目的物の移轉, *novatio* による債務の引受, 債權の讓渡, 債務の免除等によるか、或は *stipulatio* を以て約するかの方法によつた。204 B. C. の *lex Cincia* は特殊の血族, 姻族を除き (*personae exceptae*) 或る一定の限度を超える (*ultra modum*) 贈與を禁止した。但し *lex imperfecta* であるから完全に履行すれば問題はない。唯完全な履行

前は *exceptio legis Cinciae* 又は *replicatio legis Cinciae* を發生する。又斯る贈與を取消さずして死亡すれば有効となり、相続人は *exceptio* を提起することを得ない。*lex Cincia* は帝政後期には行はれず、儒帝は永く不使用に歸せる法律と謂つてゐる。*Constantius Chlorus* 以來公簿の記入 (*professio apud acta*) 始まる。儒帝は重大なる忘恩行為あるときは、贈與の撤回を認めてゐる。夫婦間の贈與は *lex Cincia* では未だ *personae exceptae* 中に包含せられて好條件に置かれてゐるが、*Augustus* の時代には既に禁ぜらる。此の禁止は *lex perfecta* である。且つ *traditio* をなす所有權は移轉せざるものとせらる。但し 206 年の *Oratio Antomini* により、斯る贈與は取消されざる限り贈與者の死亡によりて有效なる贈與となる。

(C) *pollicitatio dotis* 428 年 *Theodosius II* は無方式の *dos* 設定契約の效力を認めた。

第二款 *pollicitatio* (片約)

pollicitatio とは一方的の債務負擔の意思表示を要件とする法律行為である。公の利害關係に關する重大なる二場合、即ち公法人及び神に對する金錢勞務の提供を内容とする場合にのみ、其の效力を認める。

第三款 *dotis dictio, iurata promissio*

Gaius には *contractus* に入つてゐるが、儒帝法にははいつてゐない。前者は嫁資設定の一方的要式口約、後者は被解放者が保護者に對して一定の勞務の提供、贈與を爲すの一方的宣誓である。解放行為以前、即ち奴隸の中に爲した宣誓を更に解放後に反復するを通常とする。

第四款 法定の債務

- (1) 嫁資設定
- (2) 扶養
- (3) 相隣地關係より生ずる土地所有者の債務

(4) 物の所持者の債務 總て物の所持人は *actio ad exhibendum* の責任がある。

第五節 **actiones adiecticiae qualitatis*

一) 権力服従者の債務負擔行為による権力者の責任 市民法に於ては権力服従者の財産取得行為は當然家長主人の利益に效力を生じたが、債務負擔行為によつては家長主人は其の責を負ふことがなかつた。法務官は或る条件のもとに家長主人にも権力服従者の行為によつて直接に責任を負はしめた。

(1) *actio quod iussu* 家長主人が家兒奴隷に指圖して或る行為をなさしめ、或は其の行為を追認したときは、家兒奴隷の相手方は直接家長主人に對して請求をなすことを得る。

(2) *actio de peculio* 家長主人が家兒奴隷に *peculium* を與へたときは、家長主人は家兒奴隷の相手方に對し、*peculium* の範圍に於て直接責を負ふ。但し家兒奴隷が家長主人に對して事實上の債務を負ふときは、家長主人は *peculium* の額より更に其の事實上の債權を控除することを得る。本訴は権力服従關係消滅後も一年の實用期間内は提起することを得る。

(3) *actio de in rem verso* 権力服従者が其の相手方より得た物を家長主人の利益に轉用した場合には *peculium* の状態、権力者の控除權を問題とすることなく、轉用の範圍に於て権力者は権力服従者の相手方に對して責任を負ふ。権力者の控除額が莫大なる場合、権力服従關係消滅後の一年の實用期間を空過した如き場合に特に實用あり。

(4) *actio tributaria* 権力服従者の取引を権力者が知る場合には、権力者には控除權なく、他の権力服従者の相手方と共に債權額に應じて分

配する。但し権力者をして分配せしめる。分配に異議あるときは此の訴權を用ふる。

二) 或る者が其の権力服従者のみならず、他の自由人奴隷を船長 (*exercitor navis*) 或は店の支配人 (*institor*) に任命したときは、事務の範圍を限定したときは其の範圍に於て、若し限定せざるときは通常當該事業に屬する事務の範圍に於て、船長支配人が締結せし行為に付き責を負ふ。 *actio exercitoria*^(註一) *actio institoria* これである。此の責任は更に他にも擴張せられた。 *procurator* の行為に付き主人が *actio quasi institoria* で訴へらるゝが如し (*itp. ?*)。

〔註一〕 加藤「羅馬法上船舶所有者責任ノ沿革」海法研究 I, 1 頁以下, 小町谷海商法研究 III, 8 頁以下。

上記 一) 二) 總ての訴權は、法務官が家長主人本人に對しても提起を許した丈であるから、眞實の直接代理が認められてゐる譯ではない。

第六節 *obligatio ex delicto*^(註一)

〔註一〕 末川「權利侵害論」昭和五年; 赤星「權利侵害は不法行為の要件か」新報 XXXVIII, 9, 11.

第一款 概 説

一) *crimen publicum* と *delictum privatum* 羅馬法に於ては違法行為を *crimen publicum* と *delictum privatum* にわかち、前者は *iudicium publicum* に於て處斷し、後者は *iudicium privatum* に於て *actio* 以て訴ふ可きものとしてゐる。或る行為は *crimen publicum* にして *delictum privatum* たることを得ず。或る行為は *crimen publicum* にして同時に *delictum privatum* たることもあるも、兩責任は單に選擇的に競合

するのみにして、刑事上の訴追を爲すときは私法上の *actio* を實行し得ざるを原則とする。故に違法行爲が一方公法的には犯罪を構成して刑事責任を發生し、他方私法的には不法行爲となつて損害賠償の民事責任を發生する現代思想よりすれば、頗る不徹底の嫌ひあり。delictum privatum が公共の利害に關するときは市民中の何人にも、國家の名に於て訴の提起を爲すを許し、當該訴訟によつて課せられた罰金を或は國庫或は訴の提起者或は一定の割合を以て双方に歸屬せしむる *actio popularis* を發生する。

二) 不法行爲處斷の態度 被害者の加害者に対する報復懲罰の思想の横溢せるを發見する。報復懲罰の最も原始的形態は復讐である。noxae datio, 四肢の挫折に關する talio の罰、現行盜と非現行盜との責任の大なる相違の如きは、明かに復讐思想の反映である。復讐は贖罪金の制度に進化する。此の制度の前提たる和解は過渡期に於ては被害者の自由に任ぜられ後強制的となる。十二表法には和解の自由を認めた場合あり。既に強制的となり罰金額も法定せられて、四倍二倍或は二十五アース等と規定せらるゝ場合あり。非現行盜の訴權の intentio 中の pro fure damnum decidere oportere の如きは、進展の跡を極めて素朴に表現したものである。

三) *actio poenalis*, *actio rei persecutoriae*, *actio mixta* 不法行爲より發生する *actio poenalis* は、罰金 (poena) の追求を目的とする。此の訴權に對抗する *actio rei persecutoriae* は罰金を目的とせずして、原告が受くる損害の排除を目的とする。兩者を對比し *actio poenalis* の性質を明かにすること下の如し。

(a) *actio poenalis* は *litis contestatio* に至らざる限り、共和末までは加害者及び被害者双方の相續人に移轉せず、古典時代には能働的相續性は所謂復讐呼吸訴權 (**actio vindictam spirans*) を除き認められて、被

害者の相續人も訴へ得ることゝなつたが、受働的相續性に付ては、或る種の法務官法上の不法行爲 (*metus, dolus*) に付ては、*actio in factum* を以て *quod ad eum pervenit* を請求することを許したが、儒帝は一般に本來の訴權そのものを以て、利得額返還の請求を許してゐる。反之 *actio rei persecutoriae* は双方に相續可能である。

(b) 數人の共同不法行爲によつて *actio poenalis* を發生したときに、加害者の一人を訴へ、加害者の一人が罰金を支拂ふも、他は依然責任を免れない。尤も儒帝法では此の重疊性は多數の場合に抹消せられてゐる。反之契約に於て數人の債務者存するときにも、債務の全部の履行あつたときは、常に債務は消滅する。

(c) *actio poenalis* は加害者の *capitis deminutio* によつて消滅せざること、*actio rei persecutoriae* と相反する。

(d) 市民法上の *actio poenalis* は *perpetua* であるが、法務官の創定した *actio poenalis* は多く *temporalis*——一年——である。

(e) *actio poenalis* は *noxae datio* を許し、*actio rei persecutoriae* は之を許さず。

(f) *actio poenalis* は無方式の *pectum* で法律上當然に消滅させることを得る。契約上の債務免除行爲は法律上當然に訴權を消滅せしめることはない。

actio poenalis と *actio rei persecutoriae* は斯く性質を異にする。故に兩者の重疊的競合も可能である。

上記の二種の訴權の外幾倍かの判決中單價については *actio poenalis*、殘餘については *actio rei persecutoriae* ある場合を *actio mixta* と謂ふ。

三) 不法行爲の種類 *Gaius* 3, 180 には不法行爲として *furtum, ra-*

pina, damnum iniuria datum, iniuria の四を擧ぐ。其他法務官の規定した幾多の不法行爲あり。

第二款 市民法上の不法行爲

第一項 furtum (盜)^(註一)

^(註一) 春木「十二表法ニ於ケル furtum = 付テ」法協 XXXVII, 10.

- 一) 意義 利得の目的を以てする違法領得行爲 (contrectatio) を謂ふ。
- 二) 要件 (1) 客體 動産——不動産の盜の觀念は古代にのみ認められた——の窃盜 (furtum rei) の外, 使用窃盜 (furtum usus), 占有窃盜 (furtum possessionis) の觀念あり。自由人の窃盜も發生する, (2) 意思 animus lucri faciendi (itp. ?) (3) 領得行爲。
- 三) 制裁 十二表法は furtum manifestum と furtum nec manifestum に付て大なる差を認む。praetor は改革して actio furti manifesti は四倍額の罰金と改め, actio furti nec manifesti は古の二倍額の罰金を維持した。何れも actio famosa. 其他十二表法並びに法務官法に諸種の規定あり。尙他に rei vindicatio, condictio furtiva の保護あり。

第二項 rapina (強盜)

76 B. C. 後の法務官なる Terentius Lucullus は, 多數集團して財物を強奪した者に對して四倍の罰金を目的とする actio を制定した。個人の強盜の場合にも擴張したのは法學の力によるか, 他の告示によるかは明かでない。強奪の訴權 actio vi bonorum raptorum は actio mixta であつて, 四倍の罰金中三倍は罰金, 單價は損害賠償の意義を有する。四倍の請求は一年の實用期間内に限る。一年の經過後は單價の請求に止まる。本訴の敗訴者も infamia の制裁を受ける。

強盜は lex Plautia de vi 及び lex Iulia de vi によつて, 單なる窃盜

は其の後暫くして公的訴追をも受けることとなり, 犯人は身體刑をうける。強盜の訴追は私的 actio による訴と重疊的に競合するが, 窃盜に於ては兩者は選擇的競合に止まる。

第三項 damnum iniuria datum^(註一)

^(註一) 春木「lex Aquilia に付て」上方論文集。

一) lex Aquilia 287 B. C. 後の護民官なる Aquilius の提議した plebiscitum たる lex Aquilia は, 以前の財産侵害に關する規定の一部を廢止した。此の lex は三章より成る lex per saturam である。即ち第二章は adstipulator の不法行爲に關し, 本項の研究外である。第一章と第三章のみが物に對する不法行爲の規定であつて, 第一章は奴隸及び家畜に屬する四足獸を殺した場合に, 第三章は其他總ての損害に關する。

二) actio legis Aquiliae の變遷 lex Aquilia の規定する不法行爲に基く訴權 actio legis Aquiliae の適用範圍の擴張變遷下の如し。

(1) lex Aquilia は他人の物に加へた損害を規定したが, 後 (儒帝時代?) には自由人を傷けた場合にも actio legis Aquiliae 又は utilis が認められる。

(2) lex Aquilia は被害物の所有者にのみ訴權を認む。後 (儒帝法?) には質權者, 用益權者, 使用權者, 善意の占有者, 果實採取權ある賃借人にも actio utilis 又は in factum によつて擴張せられた。

(3) lex Aquilia は當初は羅馬市民にのみ適用あり。後外人も羅馬人と擬制せられて actio ficticia を以て訴へ, 又は訴へらるゝことを得るに至つた。

(4) 當初損害は加害者の身體的活動たる urere, frangere, rumpere 等の行爲の直接の結果として生じたことを要した (damnum corpore datum)。

誤つて毒杯を置いた爲めこれを呑んだ奴隷が死亡した場合、奴隷又は家畜を監禁して餓死せしめた如き場合は *actio utilis* の範囲である。

(5) 當初損害は物の實質に加へられたことを要した (*damnum corpori datum*)。後(儒帝時代?)には金を水中に投じ、憫憐の情に動かされて縛られた奴隷を遁走せしめた如き場合の *actio in factum* は *actio legis Aquiliae* の一適用と解せられた。

(6) *actio legis Aquiliae* には *culpa* を必要として其の *culpa* は極めて少く (*levissima*) ても差支へない。

三) 責任 *lex Aquilia* の第一章の規定する加害者の責任は、殺された奴隷家畜の最近一年以内の最高價格、第三章の規定する加害者の責任は損害發生以前三十日以内の被害物の最高價格の支拂である。帝政時代には更に一切の損害、特に不法の侵害なかりしならんには受くべかりし利益をも計算すべしとの見解を生じた。*actio legis Aquiliae* は *actio mixta* である。本訴に於て悪意に請求を否認して敗訴した被告は二倍額を支拂ふことを要する。請求は單價であるが過去一年又は三十日内の最高價格を支拂ふことを要し、數人共同して損害を加へし場合に、一人の判決の履行が他の共同不法行爲者の責任を解除せざること等は罰金的意義である。

第四項 *iniuria* (名譽侵害)^(註一)

〔註一〕 春木「十二表法ノ *iniuria* = 付テ」法協 XXXVII, 4; 石井「*iniuria* の史的觀察」法協 XLII, 6, 7.

一) 意義 *iniuria* は儒帝時代には廣く名譽の侵害とも稱す可きものである。

二) 歴史 十二表法は四肢の分離、骨の挫折等有形的人身侵害のみを認む。法務官は *edictum generale* を發し、*actio iniuriarum* (*actio*

poenalis の特色を完備し、且 *actio famosa*) を制定した外、*edictum de convicio*, *edictum ne quid infamandi causa fiat*, *edictum de ademptata pudicitia* 等の個々の告示を發し、*iniuria* を人格權の侵害とも稱す可き觀念に到達せしめた。

三) 公的訴追 Sulla の *lex Corenelia* は毆打及び暴力による家宅侵害を公の犯罪とし、Caracalla 以來は刑事上の訴追と *actio iniuriarum* とは選擇的に重疊することとなり、儒帝法では總ての *iniura* に此の選擇的重疊は擴張せられた。

第三款 法務官法上の不法行爲

ius praetorium の *ius civile* の支持、補充、矯正の作用は不法行爲にも該當する。法務官は上記三種の不法行爲に付て *ius civile* を補正したのみならず、他の不法行爲をも新に認む。

第一項 *dolus* (悪意)

(1) *actio doli*^(註一) 66 B. C. Cicero の親友なる Aquilius Gallus が創定した訴權。悪意に依つて損害を加へたとき、被害者に他に救濟手段なきときに附與せらるべき補充訴權である。*actio famosa*, *actio arbitraria*.

〔註一〕 春木「*Actio doli* = 付テ」法協 XXXVI, 5, 6, 7.

(2) *exceptio doli*

(3) *in integrum restitutio ob dolum*

第二項 *metus* (強迫)

(1) *actio (quod) metus causa* praetor Octavius が 70 B. C. 以前に創設した四倍額の請求を目的とする *actio poenalis*, *actio arbitraria*。本訴權は儒帝時代には強迫者以外の利得者に對しても提起することを得る。*actio in rem scripta* の稱ある所以である。

(2) *exceptio metus causa*

(3) *in integrum restitutio od metum*

第三項 *fraus* (詐害)

一) 歴史 4 A. D. の *lex Aelia Sentia* 法は債権者詐害の奴隷解放を無効とした。爾餘の債務者の詐害行為には法務官は (1) *interdictum fraudatorium* (2) *in integrum restitutio* (3) *actio in factum* 等の救済手段を認めたが、儒帝は是等の保護手段を融合統一して *actio Pauliana* —gl. に基く名稱?— を作つた爲め、以前の歴史は不明になつてゐる。

二) 儒帝法の *actio Paulia* の要件 (1) 債務者の詐害行為 債務者の行つた讓渡免除新債務の負擔の如き積極的行為のみならず、*actio temporalis* の不提起、時効中斷の懈怠の如き不作為も亦詐害行為である。但し *actio iniuriarum*, *querella inofficiosi testamenti* の如き訴を提起せず、又は相續を承繼せず、遺贈を受領せざるが如き利得行為を爲さずとも、債権者は取消が出来ない。

(2) 債権者に対する實害の發生 (*eventus damni*)

(3) 債務者の詐害意思 (*consilium fraudis*)

(4) 債務者以外の者——實際的には最も通常の場合——に提起するには、有償行為の場合には其の者が詐害を知つたこと (*conscious fraudis*)。無償のときは知るを要しない。

二) 性質効果 *actio arbitraria*, *actio temporalis* で、一年内に提起せば全部の賠償義務。一年後は利得額の返還。

第七節 *obligatio quasi ex delicto*

儒帝法では次の四があがつてゐる。

第一項 *si iudex litem suam fecerit*

當初は繫争物を争の解決迄保管した *iudex* が、該物を私する行為を指したとも解せられてゐるが、後には「悪意を以て法律を枉げて (*in fraudem legis*) 判決を宣告する」行為となり、更には過失に基く誤判をも含むに至つた。

第二項 *actio de effusis et deiectis* (註一)

(註一) 勝本「道路に物を投下したる者の責任」法學挿話 219

家より道路其の他の公の場所に投下 (*deicere*) 又は流出 (*effugere*) する行為によつて物に損害を與へたときは、加害者が住居者の奴隷たると、其の他の自由人たるとを問はず、常に住居者 (*habitor*) が損害の二倍額の責を負ふ。自由人を傷けたときは *iudex* が公平正當と觀する額を判決す可く、殺したときは 50,000 *sestertii* (=50 *aurei*) の罰金を目的とする *actio popularis* を發生する。古典法では無過失責任。儒帝法では過失主義。

第三項 *actio de posito et suspenso*

公道に面して或る物を置く (*ponere*) か、或は吊して (*suspendere*)、該物が落下せば通行人に損害を與ふるが如き状態が家屋に存するときに、住居者に対して 10,000 *sestertii* (=10 *aurei*) の罰金を請求する *actio popularis*。責任の基礎は危険状態であつて、發生した損害ではない。古典法では無過失責任。過失主義は儒帝の作。

第四項 *actio in factum adversus nautas,*

caupones, et stabularios

船主、旅館又は厩の主人は其の使用人の加へた損害に付き損害二倍額の責を負ふ (註一)。

〔註一〕 勝本「希臘及び羅馬に於ける使用者責任の概要」春木論文集、其の他履行補助者の過失による責任一般に付ては松坂「羅馬法に於ける履行補助者の過失による債務者の責任について」法學論纂

第八章 債権の消滅

債権の消滅には ipso iure のものと、ope exceptionis のものとあり、前者はある事由の発生と共に當然に債権の消滅を伴ふ市民法上の制度、後者は市民法上の事由の発生あるも債権は存続するが、其の請求は exceptio の對抗をうける法務官法上の制度である。

第一節 ipso iure の消滅事由

第一款 actus contrarius

ius civile に於ては actus contrarius の思想が支配し、nexum は liberatio per aes et libram を以て、stipulatio は acceptilatio (verbis) を以て、obligatio litteris は acceptilatio litteris を以て責任を解除することが必要であつた。ius gentium の發展と共に、債権が辨済なる事實のみで消滅することゝなるや、liberatio per aes et libram 及び acceptilatio は債務免除の目的に利用せらるゝに至つた。acceptilatio は stipulatio を前提とするが故に、其の他の原因より発生した債務の acceptilatio は、一應 stipulatio の債務に更改することを要する。Cicero の親友 Aquilius Gallus は、當事者間に存する總ての原因によつて発生した一切の債務を一個の stipulatio の債務として負擔するの novatio の stipulatio を發案し

(stipulatio Aquiliana)、其の newly 成立した stipulatio の債務も acceptilatio をなし得るものとした。

actus contrarius の思想は更に無方式の contractus にも侵入し、contractus consensu は當事者の一方が其の履行をなさざる限り (re adhuc integra) contrarius consensus で解消せらるゝものとせられた。

第二款 solutio (辨済)

一) 概説 solutio は恐らく當初は責任(債務に對する)を解除する意味の言葉である。單純な履行に債務消滅の効果を認めたのは、萬民法である。市民法では更に actus contrarius を必要としたこと前述の如し。

二) 辨済物 債務の目的物と異なる物の受領を強制せられることなきことは、儒帝時代迄例外はない。部分的辨済の受領を拒絶するも、遲滞に陥ることはない。

三) 辨済者 本人のみならず、第三者の辨済によつても債権は消滅する。假令債務者の不知の間に爲されたとき、更には債務者の明かな禁止あるときすら然り。尤も第三者の履行が債権者の意思又は行爲の性質が許さざるときは此の限りではない。

四) 辨済受領者 (1) 本人 (2) 本人に依つて受領權を與へられた者 (3) 法律で受領權を與へられてゐる者 (4) 債権者の債権者(前者の同意を要するが、二個の債務が結合するとき(轉貸のあつた場合)は其の同意も必要ではない) (5) 其の他の第三者(債権者の ratihabitio を要する)。

五) 履行の場所 債務の内容又は當事者の合意によつて決する。決定が全然不能のときは、債務者の住所地である。negotia stricti iuris では當事者の定めた履行地以外の地を考慮する權は審判人にはない。法務官はこれを可能ならしめんが爲めに、actio de eo quod certo loco を制定した。

negotia bonae fidei では審判人は自由に裁量することを得る。

六) 履行の時 債務の性質が即時の履行を許さざるか、又は履行期の定めある場合を除き、債権者は債権の成立と同時に履行の請求をなすことを得る。履行期の定めあるときは diei adiectio pro reo est non pro stipulatore なるが故に、履行期の到来迄は債権者は履行の請求をなすことを得ないが、債務者は其の以前に履行するを妨げない。

七) 辨済の充當 同一の債権者に對し數個の債務を負担する債務者の履行が、全部の辨済に足らないときは、辨済の充當指定權は債務者に存し、債務者の指定なきときは債権者これを取戻し、兩者共に指定せざるときは下の順位による。

(第一標準) 利息は元本に先づ。(第二標準) 辨済期に達したものは然らざるものに先づ。(第三標準) (1) infamia の制裁の付くもの (2) poena 付のもの (3) 質權付のもの (4) 其の以外の主たる債務者として負擔した債務 (5) 保證債務。(第四標準) 成立の古いものは新しいものに先づ。(第五標準) それで差なきときは債務に應じて按分比例。儒帝は債権者の指定權を抹消した。

八) 辨済の證據 證書又は證人による。儒帝法では證人は五人たることを要した。證書は當初は債務者が作成したが(證人の立會ありし旨を記す記録に過ぎない)、儒帝時代には債権者が作成したもののみとなつて居る。

九) 強制和議 Marcus Aurelius の勅法は相續財産が債務の全部の辨済に足らざるに、相續人が債権者を召集して、債権額を相續財産額に切下げ、各債権者の債権額に按分比例して辨済をなす旨の提議をしたときは、債権額の過半数に達する債権者の同意を以て和議が成立する。羅馬法唯一の強制和議である。

十) *beneficium competentiae 妻に訴へられた夫、夫に訴へられた妻(itp.)、卑屬に訴へられた尊屬、被解放者に訴へられた保護者、actio pro socio で訴へられた組合員、贈與を原因として受贈者に訴へられた贈與者、嫁資の設定又は返還で訴へられた者、軍人等は「自己の力の及ぶ範圍の額」(in id quod facere potest) の判決を受けることが出来る。效果として履行の可能な程度の財産を提供し、後日の取得財産で支拂ふ可き擔保をなしたときは、人的執行及び全財産の清算による物的執行を免れることが出来た。既に古典時代にも或る場合には生活に必要な資産は更に被告に於て控除(deductio ne egeat)が出来たが、儒帝法(itp.)では一般的となり、又贈與者には自己が負ふ他の債務額をも控除(deductio aeris alieni)が出来た。上記の者以外の者でも訴へられて bonorum venditio をうけた者は一年間、cessio bonorum を爲した者は永久に beneficium competentiae がある。

第三款 datio in solutum (代物辨済)

目的物以外の物の受領を債権者は強制せられることはない。若し債権者がこれに同意したときは、P. 派は本來の給付の訴が抗辯權の對抗を受くべきものとしたのに反し、S. 派は ipso iure の債務消滅原因ありとの見解を支持し、後、後説勝を制した。儒帝は金錢を有せざる債務者には、一定の評価のもとに不動産の代物辨済權を認めてゐる(*datio in solutum necessaria)。

第四款 depositio (供託)

一) 供託原因 (1) 債権者が受領遲滞にあるとき (2) 債権者不分明のとき (3) 履行が不能のとき(債権者不在の爲め) (4) 履行するも債権者に後日危險發生の惧あるとき(例へば債権者が未成年者で原狀恢復の申

請をなす候あるとき)には封印して供託が出来る。

二) 供託を受ける者 古典法では債務者自身のもとに封印して置くこともあつたが、通常は債務者の欲する第三者、特に寺院、官庫、儒帝法では寺院か裁判官の定めたもの (itp.)。

三) 効果 古典法では債務者が任意で單獨になす供託 (私的供託) では、債権者の質権の實行及び利息の進行を阻止する効果があつた。政務官の手を経て行はれたとき (publica (sollemnis) depositio) には、他の効果も發生する。statuliber が條件の目的物を供託したときには自由を取得し、債権者未成年なるが爲めに債務者の保證人が供託したときに、主たる債務者に對し求償權を行使し得るが如し。チ帝は此の種の供託 (publica depositio) を債権消滅原因と宣言した。私的供託では供託物を取戻すことが出来るが、公的供託では出来ない。儒帝 (itp.) は債権者に供託を受けたる者に對する actio utilis を認めた (第三者の爲にする契約)。

第五款 novatio (更改)

一) 意義及び方法 新債務を成立せしむるによつて舊債務を消滅せしむる契約を謂ふ。contractus litteris によつても行はれたが、該 contractus 消滅後は stipulatio のみが通常の方法となつた。

二) 要件 (1) 舊債務の存在。それは自然債務でもよい (2) 新債務の成立 (3) 新債務の成立と舊債務の消滅との牽連關係 (4) 新債務と舊債務との間の何等かの差異 (aliquid novi) (a) 當事者の交替 (novatio inter novas personas) (b) 債權發生原因の變更 (c) 債權内容の修正 (條件期限の附加又は撤廢) (d) 債權の目的の變更 (5) 更改意思 (animus novandi) 新債務が發生した場合に新債務の成立が舊債務を消滅せしめるか、又は兩者重疊するかは爲された問答契約の内容如

何で決定せられた。後 (儒帝?) には animus novandi の表示を必要とし、疑ある場合には此の意思の表示なき限り重疊するものとした。

三) 効果 (1) 舊債務の消滅、舊債務の擔保權の消滅、利息の停止、遲滯の終了 (2) 舊債務に存した exceptio の消滅に付ては疑がある。

第六款 litis contestatio (争點の決定)

litis contestatio によつて債務者の dare, facere の債務は condemnari oportere 更に判決後は iudicium facere oportere に變じ、債務者がこれを履行せざるときは actio iudicati により訴へられる。法源これを一種の novatio の觀念を以て説明してゐる。此の novatio necessaria が通常の novatio voluntaria と異なるは、litis contestatio によつて従前の擔保權が消滅せざることである。

第七款 concursus causarum (原因の競合)

債務の目的たる特定物が履行前に他の原因に基いて債権者の有となつたときは、古法によれば如何なる場合たりとも債務消滅の原因となつた如くであるが、後 (少くとも儒帝法) 兩原因の一が有償 (賣買交換) なるときは債務は依然繼續し (損害賠償請求となる)、双方原因が無償 (贈與遺贈) なるときは、最初の原因により發生した債務は消滅する。

第八款 其 の 他

一) confusio

二) 當事者の死亡 十二表法の規定として債権者又は債務者の死亡によつて債權債務は當然に分割さる旨の規定を傳へてゐる法文がある。例外に付ては不法行爲、adstipulatio、嫁資の返還、保證、委任、組合、locatio conductio 参照。

三) 當事者の capitis deminutio 債務者の c. d. によつて不法行爲

に基くものを除き、当初は當然に消滅したが、法務官は不當を矯正し、積極財産の範囲で請求を認めた。尚組合参照。

四) 其の他 解除条件の成就終期の到来、責に歸すべからざる後發給付不能等。

第二節 ope exceptionis の消滅事由

第一款 compensatio (相殺)

一) 意義及び方法 「相殺とは債務債権間の差引平均である」。二個の免除契約でも行はれたが、法源上問題となつてゐるのは訴訟上に止まる。

二) 歴史 現行法の如く債権債務關係の經濟的價値を基礎とせず、法律關係の或る定つた型に對して formula を作成する actio の基礎に立つてゐる羅馬法に於ては、二個の對立的債権を獨立のものたらしめ、相殺の成立を阻害した。其の當初の例外的の場合より、儒帝法に至る迄の經過は下の如し。

(1) Marcus Aurelius 以前 (1) negotia bonae fidei に於ては、審判人は其の原告の請求額より、其の請求發生原因の基礎たる行爲と同一行爲よりして (ex eadem causa) 生じた被告の原告に對する債権——例へば代金債務と賣買の目的物の保管の不注意によつて生じた損害賠償債務——を控除した殘額を判決する權限を有した。此の相殺は審判人の自由裁量に屬し、被告は確立した相殺權を有する譯ではない。

(2) negotia stricti iuris に於ては (a) 銀行業者が其の得意先を訴へる場合には、得意先が自己に對して有する反對債権を完全に控除した額を請求する (agere cum compensatione) ことを要する。若し一文たりとも多額の請求をすれば plus petitio となり、債権額全部を失ふ。(b) bonorum

emptor が財團中の債権を取立てる場合には、被告の反對債権を控除して判決がなされる。此の場合には plus petitio の問題は發生せず、又債権の内容が異つてゐてもよい。

(II) Marcus Aurelius 以後 既に以前から negotia stricti iuris に於て praetor は場合場合に應じて適當と認めるときは、反對債権を有する被告に exceptio (in factum) を認めてゐたが、Marcus Aurelius は一般的に negotia stricti iuris に於ても、反對債権を有する被告に exceptio doli を許した。此の exceptio の趣旨は當然に negotia bonae fidei にも考慮せられた。apud iudicem の手續で、被告の反對債権が證明せられるときは、原告は過多の請求故に敗訴して全部を失ふ惧があるから、intentio certa を有する actio に於ては、勢ひ原告は控除した額の formula の附與を乞ふこととなる。若し此の訴に於て原告が相手方の反對債権の存在を疑ふときは、novatio の stipulatio によつて intentio incerta を有する stipulatio に變更が出来る。尚諸種の勅法は若し被告からの原告に對する反訴 (mutua actio) が爲されたときは、初の訴の判決の執行は反訴の判決確定迄猶豫せらるべきものとしてゐる。即ち反訴によつて被告は其の請求を相殺可能の金錢債権に變更することを得る。對抗す可き反對債権は negotia stricti iuris に於ては其の一方性の故に相手方の債権發生原因と同一行爲より生じたものたることを得ない。常に ex dispari causa である。

(III) ビザンチン期 従前の特別訴訟が一般化することによつて intentio certa の formula を有した訴に附着した困難は除去された。銀行業者の特別規定は廢止されて幾多の *itp.* がなされてゐる。儒帝は *ipso iure* に *compensatio* が行はれると云つてゐるが、これは判決の終了前ならば何時でも對抗が出来る意味であつて、兩債権の對立の事實丈けで當然

になされる法定相殺を認めた譯ではない。

三) 儒帝法の要件 (1) 当事者の同一。尤も保證人は主たる債務者の有する債權を、連帶債務者は他の連帶債務者の有する債權を對抗することを得る (2) 被告の相殺を對抗させる自働債權の辨濟期到達、抗辯權の不存在、即時相殺に適すること。訴へ得べきことは要件でない (3) 受働債權に對して相殺の禁止なきこと (4) 兩債權が同種の代替物の給付を内容とすること。古典時代には權利の内容が異つても、兩当事者が *condemnatio pecuniaria* の原則を活かすならば、反訴の判決迄前訴の判決の執行を猶豫する結果、結局相殺が可能となる。儒帝は前判決の執行の猶豫制度を廢止してゐるから、かゝることは行はれない。

第二款 *pactum de non petendo*

無方式の免除契約は *exceptio pacti conventi* を發するに止まる。但し不法行為上の債務は別。

第九章 債權讓渡債務引受

第一節 債 權 讓 渡^(註一)

〔註一〕 富山「羅馬法に於ける債權不可讓渡の原則」京法 VII, 10.

一) 歴史 債權者の交替による更改は、舊債務を消滅させて新債務を發生せしめるものであるから、經濟上は兎に角法律上は従前の債權其のものが讓渡せられる譯ではない。且これは債務者の承諾の必要と、従前の擔保權消滅との不便がある。方式書訴訟手續で訴訟代理が一般的に可能となるや、債權讓渡は讓受人を讓渡人の訴訟代理人に任じ、よつて債務者より取得した物を自己の有となす旨の委任 (*mandatum in rem suam*) を以て

行はれた。此の方法は讓受人が債務者と争點の決定をした後は *dominus litis* となり、完全に債權讓渡の目的を達するが、然らざる限りは債權は依然讓渡人に屬し、讓渡人は其の權利を消滅させることが出来る。更に委任が當事者の死亡又は解任の通知によつて終了する爲めに生ずる危険もある。これが爲め第一の不備に對しては讓受人が債務者に讓受の通知を發した後は、債務者は讓受人に對して辨濟を拘束せられる規定が先づ相續財産の買主に認められ、儒帝によつて他の場合に擴張せられた。第二の不備については相續財産の買主に對し *Antoninus Pius* 以來委任の有無に拘はらず *actio utilis* (例へば *actio empti utilis*, *actio pro socio utilis* etc.) を以て自己の名に於て訴へることを得せしめたが、儒帝時代には總ての原因に基く債權の讓渡に及ぼされてゐる。

二) 效果 舊債權に附着した一切の利益不利益はその儘移轉する。

三) 債權の賣買 賣買に付ては賣主は債權の存在 (*nomen verum*) に付ては責任を負ふが、實際的支拂能力 (*nomen bonum*) に付ては負はない。帝政後期には債權の賣買が一種の職業となり、これより生ずる弊害が大となつて、506 年の *lex Anastasiana* は債務者は讓受人に對しては讓受人が讓渡人に支拂つた代金の限度で、其の支拂の義務を負ふべきものとした。

第二節 債 務 引 受

債務者交替の更改で目的を達し得る外、訴訟代理の方法でも行はれたが、債權者はかゝる代理人と訴訟を爲すことを強制はされない。

第十章 債 權 擔 保

第一節 arrha (手附)

- 一) 目的物 金銭, 指輪等
- 二) 作用 古典法では契約締結の證據に過ぎない (*arrha confirmatoria). 儒帝法では此の外手附交付者は手附を喪失し, 受領者は倍額を返還することによつて契約を解除することを得せしめる解約手附 (*arrha poenentialis) が現はれてゐるが, 如何なる範圍で認められたかに付ては争がある.

第二節 stipulatio poenae

(違約罰の問答口約)

- 一) 意義 債務不履行の場合に一定額の金銭を給付すべき stipulatio を謂ふ.
- 二) 效用 本來の給付に付き, 債權者が有する利害關係を客觀化明白にし, 不履行に因つて債權者が受くべき損害の證明の負擔を債權者に免れしむるに存する. 金銭に評價し得ざる事項を目的とする契約, 第三者の爲めにする契約も, 此の方法によつて目的を達成させることを得る.
- 三) 損害賠償との關係 negotia stricti iuris に於ては poena と本來の給付に代る損害賠償の請求は重疊し, negotia bonae fidei に於ては, 本來の給代の訴の提起後の poena の請求は exceptio doli の對抗を受け

第三節 宣 誓

Alexander Severus の勅法によれば, 未成年者が其の負擔する債務に付き宣誓するときは, 原狀恢復の申請權を失ふ.

第四節 保 證

第一款 概 説

人的擔保は *mandatum qualificatum, constitutum debiti alieni, receptum argentarii でも其の目的を達し得たが, 最も通常の方法は stipulatio の形式によつた (adpromissio).

第二款 adpromissio

- 一) 種類 (1) sponsio idem spondes? spondeo の如き spondere の語を用ふる (2) fidepromissio idm fidepromittis? promitto の如き fidepromittre の語を用ふる (3) fideiussio idem fide tua esse iubes? iubeo の如き iubere の語を用ふる.

(1)(2) は前者が羅馬人にのみ適用あるに反し, 後者が外人にも適用ある差異の外は, 共に stipulatio より發生した債務を主たる債務とし, stipulatio の直後に爲さるゝことを要し, 又保證人の相続人には移轉せず^(註一), 又共に儒帝法には存せざること同じ. 反之(3)は外人に適用あるは勿論, 前提たる主たる債務の發生原因, 訴權の有無を問はず, 主たる債務の發生の直後たるを要せず, 又保證人の相続人に相続せられ, 又最も後れて發現し, 且儒帝法では唯一の方法となつてゐる.

^(註一) 中田法協 XXXIX, 20.

- 二) 債權者と保證人との關係 社會の道義的觀念は, 債務者が先づ主

たる債務者を訴ふべきことを要求したが、法律上は当初は債権者が何れを訴へるも自由であつた。何れを訴へるも争點の決定後は他方に對する訴權を喪失する。唯債権者が主たる債務者より辨濟を受け得ざりし部分に就て保證人が履行をなす可き旨の *adpromissio* をしたときは、債権者は先づ主たる債務者を訴へ、不足分に付てのみ保證人を訴へることを要する。(**fideiussio indemnitas*, *Schadlosbürgschaft*). 儒帝は連帶債務と同じく、此處に於ても争點の決定の總訴權消滅の効果を廢止し、又債権者は常に先づ主たる債務者を訴ふることを要することとし、檢索の利益(**beneficium excussionis*)を保證人に與へてゐる。こゝに於て保證人は常に第二次的の債務者となつた。保證人は主たる債務者の有する債權抗辯權を債権者に對抗が出来る。

保證人が辨濟したときは、保證人は債権者に対して債権者が主たる債務者に対して有する訴權の讓渡を請求することを得る(*beneficium cedendarum actionum*)。尤も主たる債務者と保證人との法律關係が、此の訴權の行使を不能ならしめることはある。保證人の辨濟によつて債權が消滅するの法理上の難點を避けんが爲め、法學は保證人が債權を買取つたものと擬制してゐる。

三) 保證人と主たる債務者との關係 *lex Publilia*によれば債務を支拂つた *sponsio* の保證人が六ヶ月以内に主たる債務者より償還を受けざる時は、これに對して *manus iniectio* を爲すことを得た。方式書訴訟時代の *actio* を *actio depensi* と謂ふ。敗訴した主たる債務者は二倍額を償還することを要する。其の場合には當然には求償權を發生することはない。唯保證人と主たる債務者間に委任又は事務管理が存在するときには、*actio contraria* によつて費用の償還を受ける。此の場合には *benefi-*

cium cedendarum actionum によつて債権者より得た訴權と競合する。

四) 數人の保證人間の關係 共和末の *lex Furia* は *sponsio, fidepromissio* の債務が當然數人の保證人間に分割せらるゝ旨を規定した(*beneficium divisionis*)。Hadrianus の告示は保證債務が争點の決定當時に於て資力ある保證人の間に分割せらるべきを指令した。

五) *intercessio* (加入) *adpromissio* は *intercessio* の一種である。*intercessio* とは他人の責任を引き受ける行爲を謂ふ。現代の學者は加入者と債務者の責任が併存する場合、例へば他人の債務の爲めに人的又は物上保證人となる場合を *Kumulative Interzession* (重疊的加入) と稱し、加入によつて債務者が責任を免れる場合、例へば債務者の交替による更改により、加入者が新債務者となつたときは、*privative Interzession* (交替的加入) と謂ふ。46 A. D. の SC. *Velleianum* は婦女の *intercessio* を禁止した。訴えられた婦女は *exceptio SC. Velleiani* を對抗することを得る。儒帝は三名の證人の證書ある公正證書を作成した場合には、舊法を維持し、然らざるものは當然無効、又夫の爲めにする妻の *intercessio* も當然無効とした。

第五節 物的擔保

第一款 概 說

羅馬の物的擔保制度に *fiducia, pignus, hypotheca* の三種がある。此の順序は發生順序である。

第一項 *fiducia* (信託)^(註一)

〔註一〕 春木「質權ノ發達史ニ於ケル *fiducia* ニ付テ」法協 XLIII, 10, 11, 12.

一) 意義 物的擔保としての fiducia (fiducia cum creditore) とは、債務者が mancipatio 又は in iure cessio によつて——traditio には許されない——物の所有權 (理論上は役權も考へ得る) を債權者に移轉するに當り、債務の完済あるときは債權者が債務者に mancipatio 又は in iure cessio によつて物の所有權を移轉返還するを約する pactum である。

二) 効果 受託者は mancipatio 又は in iure cessio によつて所有權を取得し、所有者の享有する諸種の權限利益を有し、假令第三者に信託物を讓渡するも、pactum fiduciae の効力は第三者には及ばない。希臘法、獨逸法と同じく羅馬初期に於ても擔保方法の原始的態様は Verfallpfand で、債務不履行と共に信託物の所有權は當然永久に受託者に歸したが、後 pignus の影響を受けて fiducia にも流質約款 (lex commissoria) 質物を賣却して辨済に充つ可き約款 (pactum de vendendo) を附加するに至つたものゝ如く、後者は遂に fiducia の當然の内容となつた。受託者は其の dolus 及び culpa に基かざる危險はこれを負擔しない。信託物より生ずる一切の利益はこれを債務の辨済に充當することを要する。信託者は actio fiduciae directa によつて fiducia の趣旨に違反した受託者を訴へ、受託者は actio fiduciae contraria によつて信託物に加へた費用を信託者に請求することを得る。前者は actio famosa である。

信託者が盜又は返還によらずして信託物を占有するときは、正權限、善意を要せずして動産たると、不動産たるとを問はず一年の usucapio によつて信託物の所有權を取得する。これを usureceptio と謂ふ。

三) 歴史 fiducia は略十二表法時代には認められたものと解せられる。pignus hypotheca 出現後も fiducia は依然存在した。最後の記録は 44 年。儒帝法典では fiducia 付の mancipatio, in iure cessio は pignus

に書き換へられてゐる。

四) 缺點 fiducia は債務者に於て債權者が所有者として爲した處分に對抗し得ざる危險も、一時に物の擔保力を使ひ果す不經濟と、使用賃借又は容假占有の恩惠を得ざる限り、信託物を其の手に收め得ない不利益と、外國人に適用なき不便とがある。

第二項 pignus (占有質)

占有質では質權者は質物の占有のみを有し、所有權は有しない。占有の保護あるも所有權を基礎として訴へることを得ない。債務の辨済後は actio pigneraticia によつて質物を恢復し得る¹ 効果の契約を認めたのは法務官の働であつて、略々共和末に屬する。債務者には所有權の留保と、外人に對する設定可能の便益は存するも、其の他 fiducia の不利益は依然存在する。

第三項 hypotheca (非占有質, 抵當)^(註一)

^(註一) 石田「抵當權の本質と價值權」法協 XLVII, 5.

希臘語 (ὑποθήκη) なるを主たる理由とする希臘傳來說、公法上の非占有質より進展せるものとする説の如き學説は現在勢力なく、法務官の連續的活動に歸するを通説とする。即ち共和末法務官は農業用地の賃借人が其の地に持ち込んだ動産 (invecta et illata) を以て賃借料の擔保とする契約をしたときは、賃借料の不拂と共に、賃貸人に擔保物の占有取得を許可する interdictum Salvianum を創設し、次で第三者に對しても擔保物の返還請求を許す actio Serviana を認めた。帝政一世紀半には actio quasi Serviana (後の a. in rem hypothecaria) 認められ、債權及び擔保物の種類の如何を問はず、總ての非占有質に物權性を附與した。hypotheca は債務者に最も利益な擔保方法であつて、前二者の不利益を完全に一掃した。

第二款 質權の成立

固有の擔保物權は *pignus* 及び *hypotheca* である。兩者は同一性質を有し、同一原則の支配を受けること多く、法源も *inter pignus et hypothecam tantum sonum differt* と稱し、*hypotheca* を *pignus* の語を以つて稱した例も尠くはない。以下に謂ふ質は *pignus* と *hypotheca* を包含する。

(1) 擔保される債權の存在 (a) 現存すると、條件付なると、將來發生す可きものたると (b) 通常債務たると、自然債務たると (c) 自己の債務たると、他人の債務たるとを問はない。

(2) 質物の存在 賣却が可能なる限り (a) 有體物たると無體物たると (b) 動産たると不動産たると (c) 單一物たると集合物たると (d) 代替物たると非代替物たると (e) 現存するものたると將來取得す可き物たるとを問はない。總財産の *hypotheca* なるものも珍しくはない。自由人の質入は學說勅法其の禁止無効を説くも、事實上此の慣行は容易に根絶しなかつた如くである。

(3) 質權發生原因の存在。

第三款 質權の性質

(1) 從屬性 質權は債權を擔保する物權なるが故に自主性を有しない。

(2) 隨伴性

(3) 擴張性 質權の擔保は債務自體のみならず、其の法定利息(約定利息は法律上當然には然らず)、其の他の質物占有者の負ふ可き負擔、質物占有中の費用、質物賣却の費用にも及び、質物亦其の増加物 (*alluvio*, *inaedificatio*, *plantatio* etc. による)、果實(但し質入所有者に歸屬するときに限る) 役權にも擴張する。

(4) 不可分性 債務が完済せらるゝ迄は質物の全部は質權の拘束を受

ける。質物が相続人に分割せられ、其の中の一人が自己の負擔となれる債務の額を辨濟するときと雖も、尙質權者は該相続人が質物に付て有する相続分に付ても其の權利を實行することを得可く、債權者が數人に相続されても、各債權者は質物全部に付て (*in solidum*) 質權を行使し得る (*pignoris causa est indivisa*)。即ち *totum in toto, totum in qualibet parte* (*Dumoulin*)。

(5) 物權性 質權は法務官によつて創設せられた他物權である。

第四款 質權の發生

(1) 當事者の意思に基く場合 質權は當事者の無法式の契約の外、遺言によつても發生する。尤も質權の物權的遺贈は *Severus Caracala* に至つて始めて認められたもので、其の以前は債權的遺贈のみ可能である。

(2) 當事者の意思に基かざる場合 (a) 政務官の裁定 (イ) *pignus praetorium* 法務官が權利者の權利保全の爲め、利害關係ある特殊又は全財産の *missio in possessionem* を許したときに權利者が實行した場合の占有質。此の *pignus* には占有訴權の保護なし。(ロ) *pignus ex iudicati causa captum* 特別訴訟手續で認められた占有質。

(b) 法の規定 暗黙の中に成立する *hypotheca* と稱せられるもので、殆んどビザンチン期の産物である。 *praedia urbana* の借料を擔保する借主が持込みし動産、 *praedia rustica* の借料を擔保する借主の收穫物、建物建築の爲めに貸與した金銭債務を擔保する建築物の如きは目的物が限定せられるも、國庫の有する收稅權通常の債權、被後見人、被保佐人が後見人、保佐人に對して有する債權、妻が夫に對して有する *dos* 返還請求權の如きは義務者の總財産の上に存在する。此の種のもの外に其の例尠くはない。尙態様を異にするが、*Gordianus* 帝が同一債務者の舊債務を擔保した質權

は新債務をも擔保する旨を規定した場合 (pignus Gordianum) も法定質權と呼ぶことを得る。

第五款 質權の效力

質權者の有する權利の主たるもの下の如し。

(1) ius possidendi (占有す可き權利) pignus に於ては占有の即時移轉は要件である。hypotheca に於ては債務不履行と共に設定者又は第三者に對して質物の占有を請求することを得る。質物の占有を請求する訴權を actio hypothecaria, actio pigneraticia in rem (in personam は債務辨濟後の質物返還訴權である) とする。formula を見るに iudex は質權の設定ありや、質物は質權設定者の有なりや、債務が辨濟せられざるやを審理し、何れも然るときは被告に質物の返還を勸告し、これに應ぜざるときは condemnatio pecuniaria を爲す。原告の actio hypothecaria に對して exceptio を提起し得る場合下の如し。

(A) exceptio excussionis (a) excussio realis 總財産の hypotheca と特定財産の hypotheca との兩者を有するものは先づ後者につき訴を爲すことを要する。Severus Caracalla の規定。(b) excussio personalis actio hypothecaria 提起以前に債權者は先づ主たる債務者保證債務者を訴ふることを要する。儒帝の Nov. で作った規定。(a) (b) に違反するときは exceptio doli の對抗を受ける。

(B) 上順位者又は同順位者は、下順位者又は同順位者の請求に對し exceptio rei sibi ante pigneratae 又は rei sibi simul pigneratae を對抗することを得る。

(C) 訴權消滅の抗辨。

(2) ius distrahendi (賣却權) (a) 歴史 當初質權の效力としては

單に物を占有して、間接に債務の辨濟を強制し得るに過ぎなかつたが、漸次賣却權を認むるに至つた。Iavolenus は未だ特約なき限り質物を賣却したときは furtum となると説いたが、Gaius, Ulpianus によれば反對の特約なき限り通告後賣却が出来、儒帝 (itp.) に至つては假令反對の特約あるも三回の通告後は賣却を許した。即ち ius distrahendi は accidentalia, naturalia, essentialia と進化した。(b) 賣却手續 ius distrahendi の實行は債權の辨濟期の到來後債務者に催告をなし、債務者の遲滞あつた後賣却の通知を發してこれを爲す。後順位者は ius offerendi を利用せざる限り有效な賣却をなすことを得ない。賣却は公賣たると通常の賣買たるとを問はず。質權者及び債務者は買主たることを得ず。若し適當なる買主なきときは裁判所の評價を經、皇帝の勅許を得て質權者自ら質物の所有權を取得することを得る (dominii impetratio)。儒帝は最後の通告のときより尙二年間賣却を禁止した。(c) 質物賣却の効果 賣却權の行使に依り、質權設定者は質物に對する權利を失ふ。賣主が買主と質權設定者の爲めの買戻を約した場合に付ては第三者の爲めにする契約参照。賣却權を行使した質權者は、質物の買主に對しては自己が第一位の質權者たることに付ては擔保の責に任ずるが、質物の追奪擔保の責には任ぜず。買主に對する質權設定者の責任の程度は學說區々である。買主に actio empti によつて賣主たる質權者が質權設定者に對して有する actio pigneraticia contraria を自己に讓渡するの請求を認むべしと解決したのは Ulpianus である。Tryphoninus は質權設定者に對する actio utilis (内容は不明) Hermogenianus は actio empti を與ふ可しと云ふ。

質權設定者は、第一順位者より順次下位者の債權に充當したる後、残つた殘餘 (superfluum, hyperocha=ὑπεροχή) を請求することを得る。

(3) 質物の取得権 當初 *lex commissoria* あるときは質流を許したが、Constantinus 帝は *lex commissoria* を禁止した。

(4) 果實の取得権 *pignus* に於ては果實と利息を相殺する *antichresis* の特約なきときは、果實は利息と元本に充當する。無利息の金銭債権を擔保するときは果實より法定利息を徴取することを得る(*antichresis tacita*)。

第六款 質権の順位

質権の順位は原則として成立時期の早いものが権利に於て優先する (*prior tempore, potior iure*)。但し國庫の有する権利、質物の保存改善より生じた費用、*dos* 返還請求権の如きものを擔保する質権は法律上特に優先権を認められ、時の前後を問はず常に優先辨濟を受ける。特權的質権の間では成立時期で定まる。但し國庫の質権は例外で常に優先する。Leo の勅法によりて公正證書又は三人の證人の署名ある證書を作成したときはこれ無き特權なき通常質権に優先する。*pignus* と *hypotheca* が同時に成立したときは *pignus* が優先し、*hypotheca* が同時に成立したときは債権額に應じて質権を實行する。下の四場合には *successio in locum* (地位の承繼) あり。従前の質権者の順位を取得する。

(1) *ius offerendi et succedendi* の實行 質権者の一人が他の質権者の債権を辨濟するときはその順位を取得する。後順位者が先順位者の質物賣却に關する手腕、内心を疑ふとき、又 *ius distrahendi* の行使に特約を要せし時代には此の權を有せざる者がこれを有する者の地位を得んと欲する場合、又先順位者なるも債権が辨濟期に達せざる場合に、辨濟期に達せる後順位の質権者の地位を得んとする場合に實用あり。

(2) 或る債務者の債務辨濟の目的を以て該債務者に金銭を貸與し、同時に債権の設定を受けるときは、新質権者は辨濟を受けた質権者の順位を取

得する。

(3) 更改に當つて舊債権を擔保した質権を設定した者より、新債権をも擔保するの同意を得た場合には、舊債権を擔保した質権の順位を取得する。

(4) 質物の買主 (質権の實行として爲された場合ではない) が質物の代金を質権者に交付したときは、該質権者より下位の質権者は質物の買主に對し其の權利を主張することを得ない。

第七款 權利質

帝政時代には權利自體又は其の行使が賣却讓渡可能なる限りは其の權利の質入も認めらる。

(1) *pignus nominis* (債權質) 金銭債権が質入せらるゝときは、質権者は其の債権額に對する部分に付いて第三債務者に對し辨濟請求をなす權利 (*ius exigendi*) を有する。金銭以外の債権が質入せられたときは、辨濟として受けた物の上に *pignus* を取得し、*ius distrahendi* 行使の後辨濟をうける。

(2) *pignus pignoris* 債権の質入として第二質権者は占有を取得する外、質権が其の擔保する債権と分離し得ざる性質よりして(1)と同じ手續によつて債権の辨濟を受ける。

(3) *usus fructus, servitus, superficies, emphyteusis* の質入 既存の權利たると新に擔保權として設定する場合とを問はず有效である。既存の *usus fructus* の質入は用益權の行使權を擔保物としたことゝなる。用益權の設定的質入を認めたのは *itp. ? servitutes praediorum rusticorum* (*urbanorum* は不可) の設定的質入は成立要件を充す限り、即ち質権者が隣地者なる時は質権の目的となるも (*itp. ?*)、現存の總ての *servitutes praediorum* は *servitutes* のみでは質権の目的たることを得ない。更に

ius distrahendi の實行に當つては質權者の隣地者に賣却することゝなる。 superficies の質入は itp. ?

第八款 質權の消滅

(1) 債權の消滅 質權の從屬性の當然の結果である。但し litis contestatio による場合は除く。

(2) 質物の法律的事實的消滅

(3) confusio

(4) distractio pignoris ius distrahendi の行使により全部の質權が消滅する。

(5) remissio pignoris 明示たると黙示たるとを問はず。質物の處分に同意したときの如きは後者である。

(6) 時効 第三者が質物の usucapio をなすも質權は消滅せず。後 praescriptio longi temporis が質物の占有者にも適用せられ、10年 (inter praesentes) 又は 20年 (inter absentes) 善意正權原で占有せし者には、所有者の rei vindicatio にも、質權者の actio hypothecaria に対しても exceptio の援用を許し、儒帝は 528年の勅法で p. l. t. を所有權取得の原因としたときには、質權の負擔なき所有權の取得、換言せば Ersitzung der Pfandfreiheit をも認めた如くである。尤もこれには明文なく反對意見もあり。actio hypothecaria は Honorius Theodosius の一般的出訴期限法により 30年——儒帝は更に 40年に増した——で時効にかゝる。

第九款 羅馬質權制の不備

羅馬物權法に於ける公示制度の不備は擔保權にも甚だしい。動産の抵當強力且特權的な法定質權の如き特に然り。學者評して「機械は正確なるも時を示さざる柱時計」と。

第十一章 多數當事者の債權債務

第一節 連帶債權債務

一) 意義 數人の債權者又は債務者が同一内容の給付を要求し得べき權利又は履行す可義務を有し、而して少くとも一人に對して爲された履行又は一人の爲す履行によつて消滅する同じ數個の債權債務關係である。其の給付は同一 (una res) であるが、其の個數は數個である。

二) 效果 債權者は連帶債務者の一人に全部の請求が出來、債務者は連帶債權者の一人に辨濟して債務を消滅させることが出来る。但し儒帝法では連帶債務にも beneficium divisionis を認めて——尤も有資力の債務者間に分割——連帶債務の意義と價値を失はせてゐる。

三) 發生原因 (A) 當事者の意思に基く場合 (a) 契約より發生する最も主たる場合は stipulatio であるが、少くとも儒帝法では賣買貸借、寄託使用貸借消費貸借 constitutum 等にも確證がある。(b) 遺言。

(B) 當事者の意思に基かざる場合 不法行爲又は債務不履行によつて損害を發生した場合。

四) 連帶債權者又は債務者の一人に發生した事由の他に及ぼす效果

(A) 絶對的效果 (1) 辨濟 (2) 更改(争あり) (3) 相殺 連帶債務者の一人は他の債務者の有する債權の相殺も出来る (4) acceptilatio. (5) pactum de non petendo in rem (itp.) (6) 偶發の給付不能 (7) 時効中斷(儒帝法) (8) 争點の決定 法源に徴すればこれに依つて消滅する場合と然らざる場合がある。働方の連帶に於ては消滅し、受方の連帶では不法行爲債務不履行に基く損害では消滅してゐない。前世紀以來争點

の決定によつて全部の債権の消滅する連帯を完全連帯、共同連帯 (vollkommene Solidarität, Korrealobligation), 消滅せず全部の履行によつて初めて消滅する場合を不完全連帯、單純連帯 (unvollkommene Solidarität, Solidarobligation) 其の外諸種の名稱を以て區別し、其の性質上の差異を論じた。最も有名なのは Keller 及び Ribbentrop によつて代表された學說、即ち前者は多數主體の一個の債務、後者は主體數の數個の債務あり、債務一個の時には争點の決定が全部の者にも効果を及ぼし、數個なるときは、他人に何等の影響なしとしたものである。然るに近代の itp. の研究は既に Cuiacius の採つた解決の方法に轉じ、此の區別が受方連帯に付て争點の決定の總訴權消滅の効果を廢止した儒帝の 531 年の勅法 (事實は 534 年の創定?) に由來すること多きを明かにし (即ち消滅せざる法文は itp.) Bonfante に至つて争點の決定によつて消滅せざる法文全部の itp. を主張し、其の中一は消滅より非消滅に、他は不法行為に於ける全部の重疊的責任より全部の辨済による消滅の責任に変更せられたものなることを指摘し、更に儒帝法典に於ても消滅する旨の法文は法典編纂人の過失に基くか、或は既に Glossa が云ふが如く、訴訟によつて消滅すると云ふも單なる訴訟ではなくて満足の得られた (cum effectu) 訴訟を豫定した爲めに、修正を経ずに残されてゐるに過ぎない旨を説いて、單純連帯と共同連帯の問題を完全に性質の問題より時代の問題に変更して了つた。

(B) 相對的效果 (1) capitis deminutio (2) confusio (3) pactum de non petendo in personam (itp.) (4) 遲滯、過失に基く給付不能
尤も儒帝法 (itp.) では連帯債務者の一人は他の債務者の過失に付ても責任を負ふ。

五) 連帯債權者債務者相互の關係 連帯債權者又は債務者の他の債權

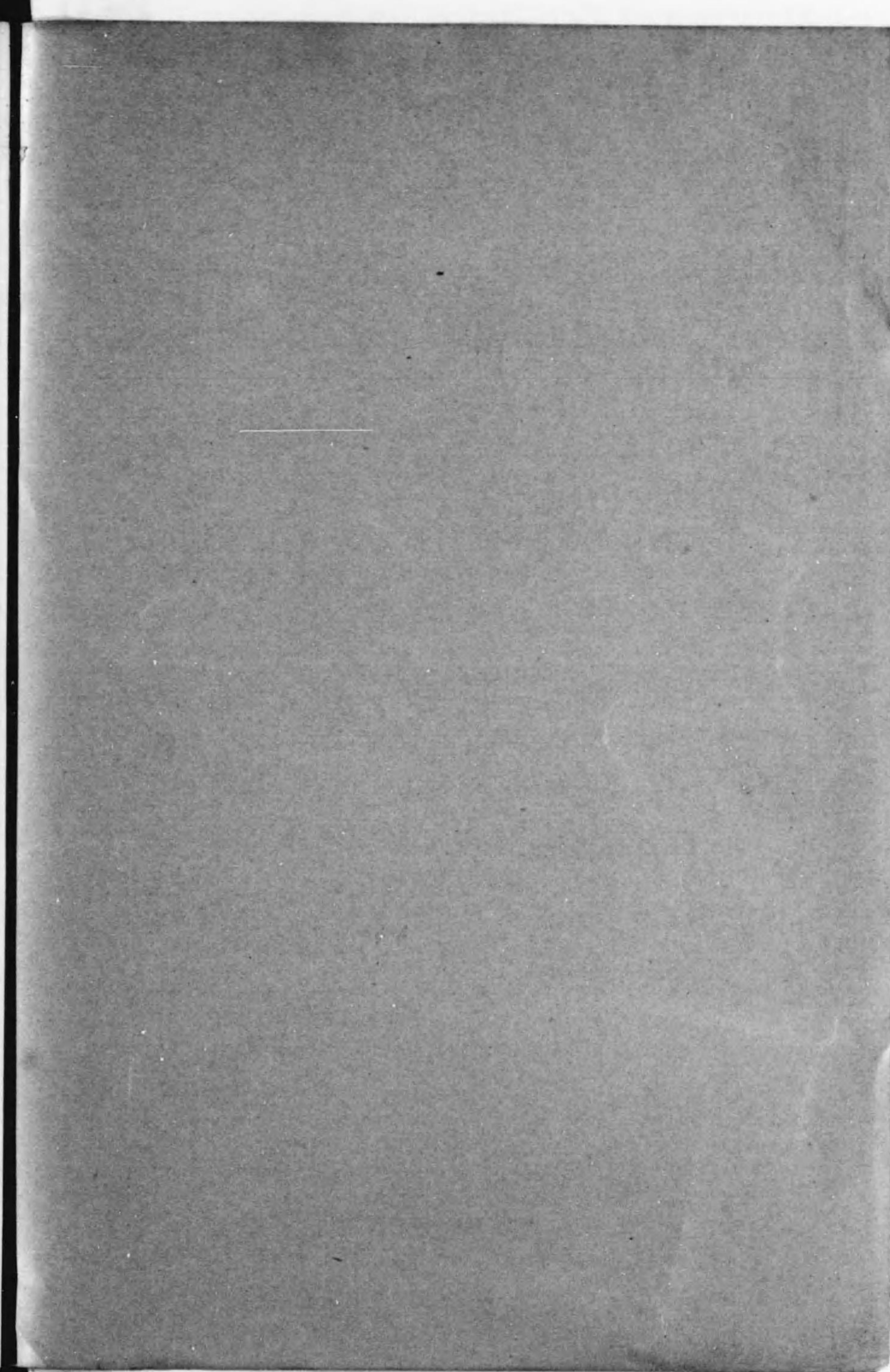
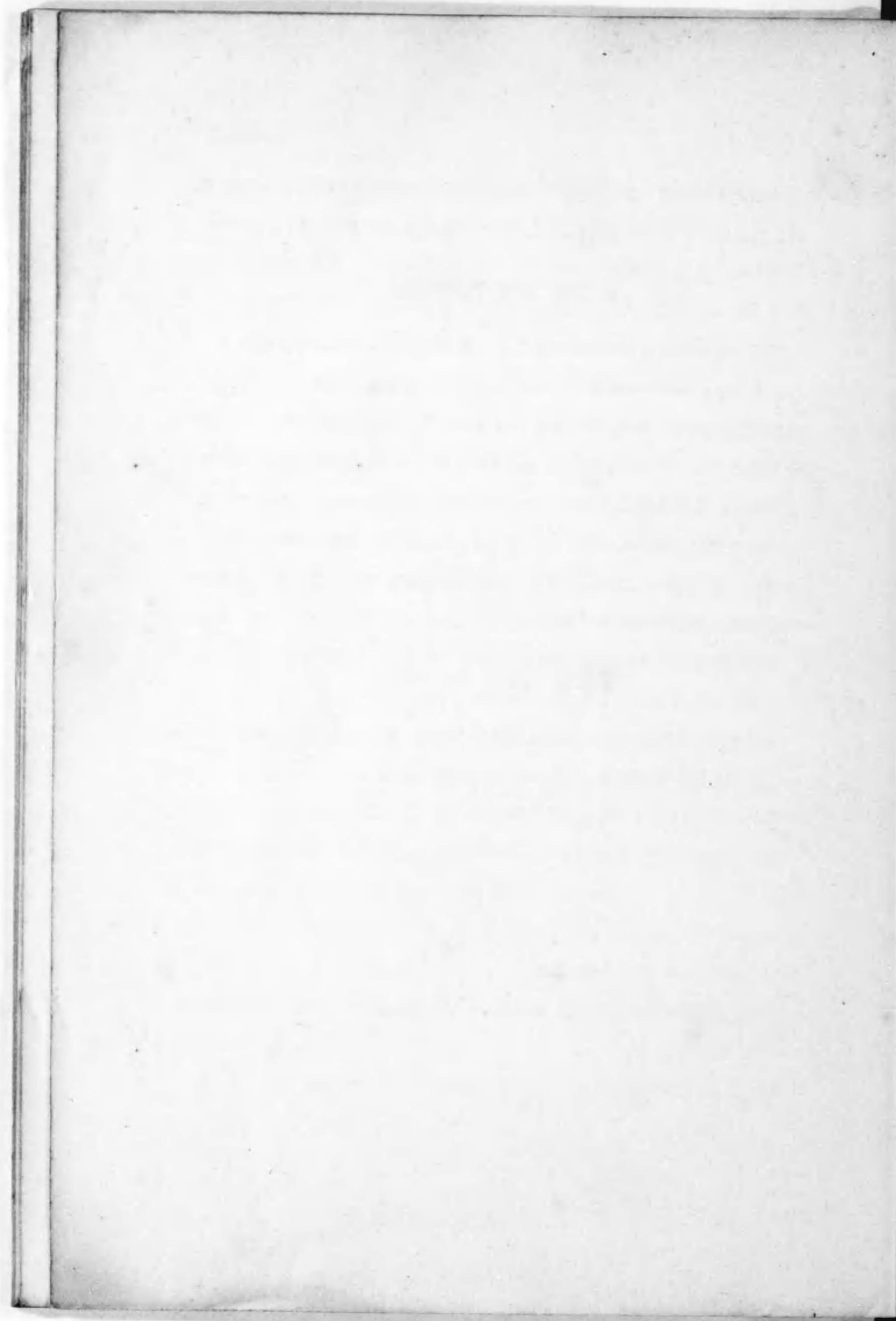
者又は債務者に對する請求權は、其の相互間の内部關係で定まる。訴權讓渡の利益はビザンチン期に保證に倣つて連帯債務にも認められた。

第二節 不可分債權債務

給付が不可分なるが爲めに債權者の一人が全部の請求が出来、債務者の一人も全部の履行を餘儀なくされる多數當事者の債權債務關係である。法源で問題となるは不可分給付の債權債務が數人の相續人間に分割された場合である。dare の給付は原則として可分である。一個の物の所有權の移轉でも觀念的分割方法によつて出来る。唯 servitus の給付は不可分である。facere の給付は原則として不可分である。唯勞務は代替物と同様の取扱を受ける。古典時代には不可分債權債務は連帯債務の取扱を受けた。儒帝法 (itp.) では全額の判決をうけず分割額の判決を受けることとなつてゐる。

第三節 其 の 他

其の他の場合に於ては債權者債務者が多數なるときは分割が原則である。十二表法の規定と稱せらるゝものの示すが如し。



特234

257

昭和十三年十一月十六日印刷
昭和十三年十一月二十日發行
東京市澁谷區代々木山谷町二四六
著者兼 原 田 慶 吉
發行所 東京市神田區錦町三丁目十一
印刷者 精 興 社

終