

ローマ古典法における反対合意について

五十君, 麻里子
愛媛大学法文学部講師

<https://doi.org/10.15017/2082>

出版情報 : 法政研究. 64 (2), pp.1-70, 1997-10-21. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

ローマ古典法における反対合意について

五十君 麻里子

一 はじめに

(一) 契約と合意

(二) 債権消滅事由

二 反対合意の法的性質（売買における反対合意の検討を中心として）

(一) 従来の諸見解

(1) 反対行為説

(2) 後発的合意約束説

(3) 二概念合流説

(4) 小 括

(二) 売買における反対合意

(1) 関係法史料概観

(2) 法史料の分類と分析

(3) 受領問答契約と反対合意

(4) 反対合意の法的性質に関する試論 (以上本号)

三 反対合意の要件

(一) 従来の見解とその検討

(二) *res integra* に関する試論

(1) 問題の所在

(2) 売買契約における反対合意の要件としての *res integra*

(3) 売買以外の諾成契約における *res integra*

四 おわりに

一 はじめに

ローマ法講学上、反対合意 (*contrarius consensus*)⁽¹⁾ とは、「合意に因って成立する契約」を締結した当事者が、「*res integra*」⁽²⁾ を要件として、当該契約を解消するために為す合意であるとされる。⁽³⁾ 通説は *res integra* を「履行前」

と解すので、合意に因って成立する契約を締結した当事者のいずれもが未だ履行を為していない間は、当事者は、合意に因って、一度締結した契約を解消することができるものと理解される。

しかしここですでにいくつかの疑問が生じる。すなわち、「合意に因って成立する契約」とはいかなるものか、「合意」は直ちに契約を成立させるものではないのか、さらには「res integra」要件とは何か、ここでの「契約の解消」とはいかなるものであったのか、などが問題となり得るのである。

「合意に因って成立する契約」の中に諾成契約（contractus consensu）すなわち売買、賃約、組合、委任の全てが含まれることは疑いない⁵⁾。しかしながら近代以降のローマ法研究者は、これまで、反対合意を論じるにあたって、そのうちの一つに過ぎない売買契約をもつばらその対象としてきた⁶⁾。これには次のような理由があるものと考えられる。まず第一に、法史料に見られる反対合意の事例には売買に関するものが圧倒的に多く見られるということ⁷⁾、第二に、委任や組合を解消する手段としては一方的な解約告知が認められており、合意に因る契約解消の余地がごくわずかなものであったと考えられていたこと、また第三には、委任、組合、さらに賃約に含まれる雇用契約や賃貸借契約のような継続的債権債務関係を創出する契約においては、履行前の契約解消は無意味であると考えられていたことである。これに対して、次のような法史料が存在することも事実である。

史料① 学説彙纂五〇卷一七章三五法文 ウルピアース サビーヌス注解第四八卷⁹⁾

締結されたその方法で、何かを解消することほど自然なことではない。このため、言語債務は言語に因って解消され、単なる合意の債務は反対合意に因って解消される。

本文は、債務の成立と解消には同じ原因を必要とするという対称原則について述べ、その例として言語債務と合意債務を挙げている。具体的には、前者は問答契約 (*stipulatio*) とその反対行為 (*contrarius actus*) である要式免除契約 (*acceptilatio*) について、後者は諾成契約とその反対行為である反対合意について述べたものであると考えられる。

このうち、諾成契約とその反対行為である反対合意について述べる部分で、ウルピアヌスは「合意の債務 (*consensus obligatio*)」という一般的表現を用いており、反対合意の適用範囲を売買契約に限定していない。このような本文の態度と、もっぱら売買事例を扱う他の圧倒的多数の法史料のそれとは、一見矛盾するようにも見える。

本稿は、前出史料①のウルピアヌス本文にしたがい、全ての諾成契約において反対合意が認められたと理解する立場に立って、法史料と現在までの学説を検討する。ただ史料上の制約もあり、本稿においても従来の反対合意学説同様、売買における反対合意を扱う法文を中心に検討せざるを得ない。しかしながら本稿の課題は、売買契約が諾成契約の一つであることを重視し、売買の反対合意を、全ての諾成契約における反対合意の一環として理解することにある。具体的には、まずローマ古典期における契約と合意の関係を概観した後、一般的な債権消滅原因に触れ、二章において売買における反対合意の効果をその法的性質との関連で検討し、さらに三章で反対合意の要件である *res integra* の検討を試みることにしたい。

(一) 契約と合意

今日、少なくとも我が国においては、契約と合意との差異が意識されることは稀である。しかし、広中教授もその古典的著書『契約とその法的保護』⁽¹⁰⁾において述べておられるように、単なる合意は、歴史的・比較法的にみれば、当然には法的保護を受けるに足る契約として承認されるものではない。⁽¹¹⁾ローマ古典期の契約法においても、契約と合意は、それぞれ別個に論じられるものである。⁽¹²⁾

ガイウス法学提要三巻八九法文によると、ローマ古典法の契約には、要物契約 (contractus re)⁽¹³⁾、言語契約 (contractus uerbis)⁽¹⁵⁾、文書契約 (contractus litteris)⁽¹⁶⁾、それに諾成契約の四種が存在した。この際の物・言語・文書・合意は、それぞれの契約の本質を形成するものであって、単なる証明方法やいくつかの要件の内の一つと理解されるべきものではない。諾成契約以外の契約においても、事実上、意思の合致が前提となる場合が多いと推測されるが、契約成立の原因はあくまでも物・言語・文書にあり、合意が当事者を拘束するものではないからである。⁽¹⁷⁾またこれらの契約は一つの閉鎖的な体系をなしており、⁽¹⁸⁾原則として、これら以外のもは「契約」として認められない。

この閉鎖性は合意に因って成立する契約、すなわち諾成契約においても同様である。諾成契約に含まれるのは、売買 (emptio uenditio)、賃約 (locatio conductio)、組合 (societas)、委任 (mandatum) の四契約であり、諾成契約はこの四契約に限られるのである。したがって合意は、合意の内容がこれらの契約類型に合致した場合に限り諾成契約として承認され、訴権を生じる。反対合意に因る解消の対象となる「合意に因って成立した」契約関係は、主に諾成契約に拠って成立した契約関係であったと言える。⁽¹⁹⁾

これに対して、単なる合意は、それ自体としては法的効果を持たず、契約とは全く異なるものとして理解される。契約を成立させる効果を持たない合意は、合意約束または無方式の合意 (pactum) と呼ばれ、原則として、通常の

契約に基づいて発生するような訴権を生じさせる効果は持たず、単に抗弁 (*exceptio*) を付与する効果を持つのみである。すなわち、当事者は、原告として相手方に合意約束の履行を法的に強制することはできないが、相手方が合意約束に反して原契約に基づく訴権を行使し被告となった場合は、合意約束の抗弁 (*exceptio pacti conventi*) または悪意の抗弁 (*exceptio doli*) に拠ってこれに対抗することができるのである。これらの抗弁は、原則として方式書⁽²⁰⁾の特別構成部分として特に記載されることを要する。しかし「抗弁は誠意訴訟に含まれる」⁽²¹⁾ため、誠意訴訟においては、この記載がなくとも例外的に抗弁が考慮されることとなっている。

他方、抗弁のみならず、合意約束の内容実現のための訴権が発生することもある。⁽²²⁾ 誠意行為に引き続いて付加的に為された合意約束は、誠意行為の内容となるため、誠意行為に基づく訴権に拠って法的に強制され得るのである。そのような、誠意行為に付加して為される合意約束は付加的合意約束 (*pactum adiectum*) と呼ばれている。この付加的合意約束と区別するため、原則どおり抗弁付与の効果のみを生じる合意約束は、通常、特に後発的合意約束 (*pactum ex intervallo*) と呼ばれる。

反対合意は、文字どおり合意であり、しかも契約としての地位を得ていたわけではないので、合意約束の一つとして理解され得る。また、反対合意が付加的合意約束として為される事例、具体的には、契約を締結した直後にその契約を直ちにその場で解消する旨合意する、という事例は極めて稀であろう。このことから、反対合意はほとんど常に後発的合意約束であったと思われる。したがって、反対合意は、法による特別な効力を与えられない限り、抗弁を付与する効果を持つのみであると言える。

(二) 債権消滅事由

「法が反対合意に特別な効力を与えていた」と解する余地があるとするれば、それは反対合意が「合意に因って成立する契約」の反対行為⁽²³⁾であるためであろう。

ローマ古法においては、債権は履行に拠って当然に消滅するのではなく、責任解消行為を経て、始めて消滅していた。例えば、拘束行為 (nexum) に拠って発生した責任は「銅と衡による解放 (liberatio per aes et libram)」に拠ってのみ解消され得た、と考えられている。この際の「銅と衡による解放」は、同様に銅と衡に拠って成立する拘束行為の反対行為として観念される。このような法律関係の成立と消滅は同一原因をもって為されるべきである、という考え方は、対称原則として、古来から市民法を広く支配していた。文書契約上の債務が文書による受領の記入という、また問答契約が受領問答契約という、それぞれの反対行為をもって解消されていたのも、対称原則の表われである。⁽²⁴⁾

しかし次第に、責任解消行為という形式よりも、実質的な履行が重視されるようになり、後述するように、遅くとも古典期までには、債権の消滅は弁済 (solutio) の効果を中心としたものとなる。これに伴い、「銅と衡による解放」および受領問答契約は、債務免除の目的に利用されるようになり、要式免除契約となったのである。⁽²⁵⁾ このことは古典期盛期の法学者ガイウスの「受領問答契約はいわば仮装弁済である (acceptilatio autem est veluti imaginaria solutio)」⁽²⁶⁾ という言葉にもよく表れていると言えよう。ガイウスの目から見ると、債権は、弁済とともに受領問答契約を為すことではじめて消滅するのではなく、もはや弁済単独で消滅するのである。また、受領問答契約に拠って債権が消滅するその根拠も、受領問答契約が責任解消行為であることにあるのではなく、これを為したことに因りあ

たかも弁済を為したかのような効果が生じることにあつたと言えよう。ここではすでに、債権の消滅は形式との結合を断ち、弁済との関連で論じられている。

ローマ古典法における債権消滅事由は、その発生とともに当然に債権を消滅させる法律上当然 (*ipso iure*) のものと、訴権を行使された際の抗弁を発生させるに過ぎないものとに大別される。前者は市民法 (*ius civile*) 上の、後者は法務官法上の制度である。⁽²⁷⁾ このうち、市民法上の債権消滅事由としては、前述の種々の反対行為の他に、弁済、代物弁済 (*datio in solutum*)、⁽²⁸⁾ 供託 (*depositio*)、⁽²⁸⁾ 更改 (*novatio*)、⁽²⁸⁾ 争点決定 (*litis contestatio*) がある。⁽²⁸⁾ 他方、法務官法上の債権消滅事由としては相殺 (*compensatio*) および無方式の免除契約 (*pactum de non petendo*) が数えられる。⁽²⁹⁾ このうち無方式の免除契約は、債権者が債務者に対し訴権を行使しない旨を約束する、合意約束の一つである。

反対合意は、前述のように後発的合意約束の一つであるから、無方式の免除契約と同様に、単に抗弁を付与する効力のみを有するようにも思われる。他方、反対合意が諾成契約の反対行為であつたならば、これが法律上当然に契約関係を消滅させる効力を伴う市民法上の制度であつた可能性も否定できない。「銅と衡による解放」は拘束行為の、また受領問答契約は問答契約の、それぞれ反対行為であり、市民法上の効力を有するからである。このため、反対合意の法的性質に関して、普通法学以来、ローマ法研究者の間で争われてきた。⁽³⁰⁾ 本稿でもまず反対合意の法的性質について検討することとする。

二 反対合意の法的性質 (売買における反対合意の検討を中心として)

(一) 従来の諸見解

反対合意の法的性質に関する近時の学説上の争いは、既述のような反対合意に内在する問題に由来すると同時に、これを伝える史料状況に由来するものでもある。法史料は、反対合意を諾成契約の反対行為として叙述する（反対合意Ⅱ反対行為とする）法文と、これを合意約束として叙述する（反対合意Ⅱ後発的合意約束とする）法文との双方を含んでいるからである。反対合意の法的性質の理解とともに、このような史料状況の説明が、ここで紹介を試みる諸見解の主要な課題であったと言えよう。

(1) 反対行為説

反対合意を反対行為の一つとしてとらえ、これを市民法上の独立の契約解消制度として理解する見解を、反対行為説と呼ぶこととする。この説は主にジーバー⁽³¹⁾およびグロッソの研究⁽³²⁾によって主張されている。二人は、反対合意が独立の制度であることを前提に、これが、訴権を発生させる契約そのものを法律上当然に解消する効果を持つとし、抗弁を与える効果を生じるに過ぎない合意約束との差異を強調するのである。また、両者とも、組合契約や委任契約等における反対合意の実務上の有益性に対しては疑問を表明する。しかし他方、反対合意を、諾成契約一般の解消のための独立の制度と解する立場から、当事者がもはや契約を望まず、互いの信義 (*bona fides*) に基づき契約の解除を合意した場合に、この合意の効果を否定する理由は無い、としている。このことを根拠に、反対合意の諾成契約四契約全てへの適用を承認するのである。⁽³³⁾

この内一九二一年のジーバー論文は反対合意に関する法源が混乱している理由を、ユースティニアヌス帝の法典編纂における修正（インテルポラーティオ）に求め、純粹に訴訟上の問題を扱った *exceptio pacti inest bonae fidei iudicio*（合意約束の抗弁は誠意訴訟に含まれる）と、実体法上の問題を扱った *pacta contineri contractui emptioni/stipulationi*（合意約束は締結された「売」買契約・問答契約に含まれる）を、もはや方式書訴訟を解さないビザンツの法学者が混同し *pactum inest bonae fidei iudicio*（合意約束は誠意訴訟に含まれる）と修正してしまったことなどをその例として述べる⁽³⁴⁾。このような分析に基づき、反対合意が形式的には合意約束の形をとっていることを認めながらも、その効果が *pactum inest bonae fidei iudicio*（合意約束は誠意訴訟に含まれる）に拠るものであるとする法文を、古典期の法学を反映したものではない、として排除する。そして反対合意の効果は反対合意の有する諾成契約の反対行為としての性質に由来するものとし、通常の合意約束と反対合意は異なるものと理解するのである⁽³⁵⁾。

このような考え方は、グロッソが、後に紹介するシュトルを批判しジーバーの見解をうけて、一九二七年から次々と発表した論考において、より明確になっている。すなわち、グロッソは合意約束の抗弁と悪意の抗弁の違いを強調し、*exceptio pacti inest bonae fidei iudicio*（合意約束の抗弁は誠意訴訟に含まれる）までもが修正に拠るものとしているからである⁽³⁶⁾。さらに、そのような修正は、ビザンツにおいて、意思尊重と誠意強調の傾向が拡大したことを背景として為されたもの、と説明している⁽³⁷⁾。

(2) 後発的合意約束説

シュトル⁽³⁸⁾やクニューテル⁽³⁹⁾によって主張された、反対合意を単なる後発的合意約束の一つと解する見解を、ここでは後発的合意約束説と呼ぶ。この説においては、反対合意「制度」の存在そのものが否定され、反対合意は売買を解消

する旨の後発的合意約束 *pactum ut abeatur*（離脱される旨の合意約束）に過ぎない、とされる。したがってその効果は抗弁発生にとどまるが、ただ売買訴訟は誠意訴訟の一つなので、方式書に記載がなくとも抗弁の援用が認められる点において、反対合意の効果は法律上当然の効果であると言える、とするのである。⁽⁴⁰⁾

ジーバーを批判する立場から発表された一九二四年のシュトル論文は、要式行為ならばともかく、ローマ古典期において無方式の合意にどれだけの効果が与えられていたかは検討を要する問題であるとし、⁽⁴¹⁾用語と適用領域の二側面から関係法文全てを分析する。⁽⁴²⁾この分析の結果、古典期には売買を解消する *pactum ut abeatur*（離脱される旨の合意約束）が知られていたのみであると考ええる。さらに、全ての諾成契約における反対合意を認める法文や、反対合意が諾成契約を法律上当然に解消するとする法文は後の時代の修正に拠るものであるとする。すなわち、古典期においては訴訟上の効果を生じるに過ぎなかった反対合意を、ビザンツの法律家が市民法上の効果を導く反対行為に結び付けた、と考えるのである。⁽⁴³⁾

反対行為に関しこれまでで最も詳細な検討を加えたのはクニューテルである。その検討結果は、反対行為に関する一般理論を展開する法史料は古典期のものではない疑いが強く、これに根拠を置く反対合意の「法律上当然の」効果はビザンツの産物であるとするなど、⁽⁴⁴⁾多くの点でシュトルのそれに一致する。ただし後出史料⑩学説彙纂一八卷五章三法文（パウルス、告示注解第三三卷）に関するクニューテルの法文解釈は、シュトルの見解とは一線を画すものと言えよう。

クニューテルは、同法文がユーリアヌスとパウルスというローマ古典期の二人の法学者の意見の相違を示すものであると考える。すなわち、反対合意は、一般に古典期には、その効果を誠意訴訟に抗弁が含まれることに負う、法務官法上の合意約束に過ぎなかった。盛期のユーリアヌスの見解の引用部分は、これを反映したものとする。しか

し晩期のパウルスに至ってはじめて、この合意を反対行為の原則の下に解し、独立の市民法上の解除契約と理解する道が開かれたと考えるのである。そしてさらに、このようなパウルスの理解が、ビザンツにおける対称原則を前提とした反対合意の体系化に大きな役割を果たした、とする⁽⁴⁵⁾。なおクニユートルは売買以外の諾成契約における反対合意の可能性についても検討しているが、売買との類似性を根拠に賃約の一部に例外を認めるのみで、古典期には原則として反対合意の適用領域は売買に限られていたと考える⁽⁴⁶⁾。

(3) 二概念合流説

クニユートルのモノグラフから間もなく、これを批判する立場を公にしたグアリーノ論文⁽⁴⁷⁾は、反対合意制度の形成過程において、諾成契約の反対行為としての反対合意概念と後発的合意約束としてのそれが合流したことは、明らかであるとする⁽⁴⁸⁾。本稿ではこの見解を二概念合流説と名付けることとする。このような立場からグアリーノは、独立の制度としての反対合意と *pactum ut abeatur* (離脱される旨の合意約束) との法実務上の差異は大きくないとする⁽⁴⁹⁾。また後者についての言及が法史料に無いことの根拠を、ローマにおいては売買が常に将来の給付に向けられていたため、契約を完全に消滅させる場合には独立の制度としての反対合意が、契約の一部変更の場合には無方式の免除契約など *pactum ut abeatur* 以外の合意約束がそれぞれ用いられ、*pactum ut abeatur* の実務上の意義が希薄であったことに求める⁽⁵⁰⁾。また、クニユートル説の根拠法文である史料⑪学説彙纂一八巻五章三法文(パウルス、告示注解第三三卷)を根拠として、古典期あるいはそれ以前にはすでに⁽⁵¹⁾ *pactum ut abeatur* と反対合意が平行して完全に互換可能な形で用いられていたと主張する⁽⁵²⁾。他方、売買契約以外の反対合意に関して、グアリーノは、組合について詳細に検討し一九七一年に独立の論文として⁽⁵³⁾いる。この検討に拠り、反対合意は全ての諾成契約に認められていたとし、その適

用範囲を売買に限定するクニューテルを批判しているのである。⁽⁵⁴⁾

(4) 小 括

これまで、(1)反対合意を諾成契約の反対行為としてとらえ、市民法上当然に契約を解消する効力を持つ独立の制度と理解する反対行為説、(2)訴訟上の効果を持つに過ぎない後発的合意約束の一つと捉える後発的合意約束説、さらに(3)両説の折衷説とも言える二概念合流説を紹介した。このうち、反対行為説と二概念合流説は反対合意の適用範囲を全ての諾成契約とするが、後発的合意約束説は原則として売買に限定する。これらの諸見解は、まずジーバーが史料の検討を通じ当時の一九世紀以来の通説を積極的に主張し、これにシュトルが批判を加え、さらにグロツソ、クニューテル、グアリーノがそれぞれ互いに批判しあつて、相互に関連しつつ展開してきたと言えよう。最終的に学界は、クニューテルの意欲的な研究の成果により、このテーマについて一応の落着を見せているが、かのクニューテル説も決定的な有力説となるには至っていない。⁽⁵⁵⁾

反対合意を反対行為の一つであるかのように表現する法文と、これを合意約束として表わす法文が混在している史料状況において、反対行為説か後発的合意約束説のいずれか一方を主張しようとすれば、採用する見解に反する記述を含む史料の説明が問題となる。そのような場面において、ジーバー、シュトル、グロツソ、クニューテルはいずれも古典期法学とビザンツ法学の差異を強調し、一定の法文については古典期法学を反映するものではないとして排除している。しかしながら、近年のローマ法研究は、インテルポラーティオ研究からの転換を果たし、できる限り史料を古典期のものと考えer方向に進んでいる。⁽⁵⁶⁾この点においては、法史料の混乱をあるがままにとらえ、解釈を試みたグアリーノの見解は評価すべきものと言える。しかしグアリーノ説も、法史料に言及の無い *pactum ut abeat* を前

提に二つの「概念」の存在を主張し、史料⑩学説彙纂一八巻五章三法文（パウルス、告示注解第三三巻）を唯一つの根拠法文として、二概念の合流の時期を古典期、あるいはそれ以前に求めている点においては、史料不足の批判を免れない。

以上の方法論上の問題を離れても、各説にはさらなる問題があるように思われる。特に、反対行為説は全面的に、二概念合流説は二概念の合流前には、反対合意が民法上当然の効力を持つていたと解している点には疑問が残る。すなわち、反対合意の民法上当然の効果とは具体的にいかなるものであったのか、という疑問である。このことに関しては法史料も伝わっておらず、また理論上も説明が困難であろう。

前述のように、「債権の消滅」には、民法上当然のものと、抗弁を付与することによってこれを担保するものがある。両者の違いは、原告として「債権の消滅」を争うことができるか否かという点と、「債権の消滅」が法務官の面前での法廷手続において争われるのか、それとも事実審である審判手続の場で争われるのか、という点の二点にあるものと言えよう。

しかしこのうち、第一の「原告として債権の消滅を争い得るか」という点については、反対合意において問題となる余地はない。反対合意は、要件に拠る制約を受けるため、原則として債務の履行後にはもはや為され得ず、ゆえに、反対合意に因って債権が消滅するときは「既に給付された物」は存在し得ない。したがって給付物返還の必要も生じず、当事者が原告として債権債務の不存在を訴えたとすれば、それは実益を伴わないものとなるからである。反対合意は、一方当事者が反対合意を無視し、原債権に基づいて訴えを提起した場合に限り、その力を発揮するのである。たとえ反対合意の効力が民法上のものであったとしても、反対合意に因る債権消滅を原告として訴えるのは無意味であろう。

第二点目の、反対合意が法務官の面前で争われるか、または審判で争われるかという問題は、被告が反対合意を為した旨を申し立てた場合に、法務官は原告の請求を拒否し（*denegare actionem*）得るかという問題に他ならない。⁽⁵⁷⁾ 一般に、債権が市民法上消滅しているにもかかわらず、その消滅した債権に基づいて原告が訴えを提起した場合、召喚された被告は、法務官の面前で訴権の不存在を主張することができる。そして、その過程で債権の消滅が明確となったならば、法務官は直ちに請求を拒否するものとされる。しかしこの場合でも、事実の確定に未だ争いを残す場合には、訴訟は事実審である審判に付されることとなる。すなわち、債権消滅が市民法上のものであった場合も、原債権に基づく訴権は、法務官によって当然に拒否されるのではなく、事実疑問を残す場合には、審判人によってはじめて否定されるのである。市民法上の債権消滅事由であることに異論のないものとしては弁済、代物弁済、供託、更改、争点決定が挙げられるが、これらの事由はいずれも証明が容易なため、事実争いを残す事例はむしろ稀である。このことから、これらの事由が被告によって主張された場合には、多くの場合、原告の訴えは事実審を待たずに法務官によって拒否されていたであろう。これに対して、反対合意は文字どおり合意に過ぎず、その存在を示すことは非常に困難である。このため、反対合意の存在が争われた場合には、ほとんど常に事実審の判断を要するものと思われる。したがって反対合意に基づいて法務官が請求を拒否する可能性は低く、「反対合意の市民法上の効力」の意味は極めて限定されることとなろう。

以上のような状況で、反対合意が市民法上の効力を有すると解することに、どれほどの意義があるか疑わしい。右記二点について、反対合意における「市民法上当然の効果」は「法務官法上の抗弁付与の効果」に何ら異なるところはないからである。

これに対してクニューテルは、反対合意の効力は抗弁に拠るものであると解し、さらに反対合意が「法律上当然の

効力」を持つと言われるのは、反対合意に因って生じた抗弁が事実審たる審判手続で当然に考慮される意味であると解している。この見解は説得力あるものと思われる。しかしながら、クニユーターの見解は、反対合意を全ての「合意の債務」に認める史料①学説彙纂五〇巻一七章三五法文（ウルピアヌス、サビーヌス注解第四八巻）を始めとする法文を無視し、反対合意は原則として売買のみに認められていたと考える点で、本稿の立場と大きく異なる。本稿においては、売買を諾成契約の一つとしてとらえ、その反対合意を、あくまでも全ての諾成契約に関する反対合意の枠内でとらえようとするからである。反対合意に関する唯一のモノグラフィがクニユーターによつて公にされてから、すでに約三〇年を経た現在、今一度この問題に再検討を加える必要があるように思われる。

(二) 売買における反対合意

(1) 関係法史料概観

ここで、これまで前提としてきた法史料の混乱が実際にはいかなるものであったのか、検討することとしたい。以下に年代をおつて関係法史料を挙げ、その対象とする⁽⁵⁸⁾。

史料② 学説彙纂二巻一四章五八法文⁽⁵⁹⁾ ネラーティウス 備忘録第三巻

全てが手つかずならば、売買から、賃約から、また他の類似の義務から、自らの間で義務を負った者らの合意に因り離脱され得ることに疑いはない。

アリストーの見解は次のようである。私は、私が買いに基づきあなたに給付すべきであったものを給付した。次い

で、あなたが私に代金債務を負っているとき、私とあなたは、私があなたに給付した全ての売物に関してあなたが私に返還給付するとともに、あなたは私に代金を与えないことを、合意した。さらにあなたは「合意どおり」それ（全ての売物）を私に給付した。「このような」場合、あなたの代金債務は消滅する。なぜなら、全て返還は信義にしたがって為されるのであるが、その「信義の」解釈がこのような合意も許すからである、と。

また我々がそれについて義務を負わされたところのもの全てが完全 (integer) な場合にその事務から離れることを合意するか、または私があなたに給付したそのものを完全 (integer) に返還し(原状回復し)、あなたは私にその「事務の (＝原売買契約の)」名において給付しないことを我々が合意するか、ではいかなる相違もない。

「ただし」合意したことを⁽⁶⁰⁾解消する旨の合意は、私が既にあなたに給付したものを反対に私に給付することを、あなたが強制されるようには、作用し得ない。なぜならこの場合には（あなたに返還給付を強制するような効果を持つ合意においては）、前の事務から我々が離脱するよう機能するというよりは、むしろ新しい何らかの義務が我々の間に築かれるからである。

本文は冒頭で、「全てが手つかずの間」という要件が満足される限り当事者は合意に因って売買、賃約、または類似の契約から離脱し得るとして、反対合意の原則を述べる。これに続き、ネラーティウスはアリストーを引用し、売主が目的物の占有を引渡した後、売主と買主の間で、買主が、すでに引渡された物を返還し、代金債務から解放される旨を合意し、実際に返還を為した事例を挙げ、この場合、合意は有効であり買主は解放されるとしている。そしてその理由としてアリストーは信義の解釈がそのような合意を許すため、とし、ネラーティウスはさらに要件を満たす間に契約から離れることと、要件を満たすような状態に戻して契約から離れることとの間に差がないため、とする。

これに付け加えてネラーティウスは、このような合意に基づいて売主が買主にすでに引渡した物の返還を求めることはできないとする。すなわち物の返還を求める合意は新たな義務を成立させる合意に属し、原契約から解放する合意に属するものではないからである。つまり反対合意は契約を解消する効力を持つのみで、返還給付に関して拘束するものではないのである。

ここで、すでに引き渡された目的物の返還を強制することができないのは、反対合意からは訴権が生じず、売主には返還を請求するための訴訟上の手段がないからであろう。

史料③ 学説彙纂四六卷三章八〇法文⁽⁶¹⁾ ポンポーニウス・クイントゥス・ムキウス注解第四卷

何でも契約されたとおりに、解消もされねばならない。物に因ってわれわれが契約したとき、物に因って解消されねばならないように。例えば我々が貸金を与えたとき、金銭のちょうど同額が反対に弁済されなければならぬ。言葉に因って何かを我々が契約したときも、債権債務関係は物または言葉に因って解消されねばならない。言葉に因って「とは」、例えば諾約者に受領問答契約を為すとき、物に因って「とは」、例えば約束した物を弁済するときである。売買や賃約が契約されたときも同様である。つまり単なる合意に因って契約され得るのだから、反対の合意(dissensus)に因ってもまた解消され得るのである。

本法文は、契約締結とその解消が同一態様で為されるべき旨を述べ、要物契約、言語契約、諾成契約の例を挙げる。要物契約たる金銭消費貸借は、金銭の給付に因って成立するのだから、同額の金銭が返還されることに因って消滅する。また、言語契約を締結した場合も、言語に因る受領問答契約かまたは言語契約の履行に因って消滅するのである。

ここでポンポーニウスは諾成契約に触れ、売買や賃約の場合も同様であるとする。これは合意に因って成立した契約は合意に因るかまたは契約の履行に因って消滅することを示すものである。諾成契約が合意に因って消滅することについて、法文の末尾において取り上げ、単なる合意に因って成立した契約は反対の合意に因って解消され得るとしている。この際の「合意」を示す語は本来「不合意」を示すものであるが、ここでは特に「締結した契約との関係で反対の意思を持ち表示すること」を意味しており、反対合意を示すものである。⁽⁶²⁾

史料④ 学説彙纂一八卷一章六法文二項⁽⁶³⁾ ポンポーニウス サビーヌス注解第九卷

契約当初に言明された条件は、その後、別の合意約束に抛り変更され得る。ちょうど双方「当事者から」給付されねばならなかったことが未だ履行されていない場合、買い全体からも離れられ得るように。

本文は付加的合意約束に抛って契約に付した条件が、後発的合意約束に抛って変更され得ることについて述べている。物が事が手つかずであれば、買い全体を解消する反対合意も可能だということが、その論拠となっている。

史料⑤ 学説彙纂一八巻五章一法文⁶⁴ ポンポーニウス サビーヌス注解第一五巻

小ケルススは以下のように考えている。家子が特有財産に属する物を私に売り、さらにその売買から離れるよう合意する場合、父と子と私の「三者」間で合意せねばならない。「これは」もし私が父とのみ合意した場合に、息子が解放され得ず、さらに次のような疑問が生じることのないようにするためである。つまりこのような約束から何も為されないのか、それとも、例えば、もし未成熟子が後見人の助成なしに合意約束した場合、彼（未成熟子）自身はたしかに解放されるが、彼と合意約束した者は解放されないように、はたして私は解放され、息子は債務を負うままなのか、という疑問である。

すなわちアリストーが、一方「当事者のみ」が債務を負い続けるよう合意約束し得る、と言ったのは本当でない。なぜなら一当事者のために、合意約束に抛って買入から離れるよう合意し得ないからである。したがって一方当事者から契約が更新された場合、このような合意約束は無効であると言われている。

しかし「アリストーのように理解するの」ではなく、父が合意約束を為し、相手方が解放されたことで息子もこれに伴い解放されると言われるべきである。

本文は、家子の特有財産⁶⁵に属する物を売却する売買契約解消のための反対合意において、その当事者となるのは誰かを論

じている。売主の父と買主で反対合意を為すと、売主たる家子が解放され得ないこととなり、⁽⁶⁶⁾その結果、反対合意の効力が発生せず、売買契約が存続するのか、それとも買主は売買契約に基づく訴権を引き続き有すが、売主たる家子はこれを失ってしまうのか、いずれかの判断を要す問題となる。後者の場合の買主の立場は、自らは義務を負わず相手方に義務を負わせるのみという、後見人の助成なく売買契約を締結した未成年子の立場に類似するものとされている。

小ケルススは、このような問題を未然に防ぐため、売主たる家子とその父と買主の三者で反対合意を為さねばならぬと考へる。

しかし、実際に父と買主の間で反対合意が締結されたとき、家子の義務をどのようにかと考えるかという問題は残る。これについてアリストーは、買主は解放されるのに対し家子のみが片務的に債務を負い続けるものとしたが、ポンポーニウスは一当事者のための反対合意は無効であるとして、アリストーの見解を否定する。そして自らの見解を述べ、父と買主の反対合意に因って買主が解放されたことに因り、売主も解放されるとするのである。

史料⑥ 学説彙纂一八巻五章二法文⁽⁶⁷⁾ ポンポーニウス サビーヌス注解第二四巻

私がある物をあなたから買い、同じ物を再びあなたからより高くまたはより安く「再度」私が買う場合、我々は、はじめの買いから離れたこととなり（すなわち物事が手つかずである（*re integra*）限りは、我々の合意に因り買いは無効とされ得るのである）以前には何もなかったかのようにならばまた後の買いが成立する。

しかし我々は、代金支払の後に買「った物」が返還された場合、同じ理を用いることはできない。我々は、代金支払の後には、買いがなかったものと為し得ないからである。

反対合意の要件を満たせば反対合意に因って売買契約を解消することができることを根拠として、本法文の前半部分は、当事者が売買代金の増・減額を合意する際には、第一の契約は反対合意に因って解消され、代金増・減額後の新たな売買契約が成立するものとしている。これに対して後半部分においては、代金支払後は反対合意の要件を満たすことができなくなるため、第一の契約を反対合意に因って解消し新たな契約を締結し得ない旨を述べているものと思われる。

史料⑦ 学説彙纂一八巻五章五法文序項・一項⁽⁶⁸⁾ ユーリアーヌス 法学大全第一五巻

(序項) 買主が売主にまたは買主に売主が受領問答契約を為した場合に、双方の意思が、事務から離脱される「意思であり」、あたかも彼等の間で、共に相手から何も請求しないよう合意したかのようにみなされる「意思で」あることは明らかにされる。しかしもつと明白に表われているのは、受領問答契約はこの場合、「受領問答契約本来の」性質に因るものではないが、合意の効力に拠り有効であるということである。

(一項) もしことが実現されていないが (re non secuta)、買いは単なる合意に因り解消される。

序項は、売買契約の当事者が受領問答契約を為した場合の効果を論じている。本来、売買契約から問答契約債務は発生せず、したがって問答契約債務を解消する受領問答契約に拠っては、売買債務は解消され得ない。しかしユーリアーヌスは、受領問答契約を為した売買契約の当事者の意思解釈に拠り、⁽⁶⁹⁾ 当該受領問答契約に反対合意の要素があることを認め、売買契約が解消されるものとした。⁽⁷⁰⁾

これに対して一項は、序項の「合意」を受け、買いが「合意」に因って解消される旨の反対合意の原則を述べている。これは、序項において売買契約の解消が認められることの根拠を示したものと言えよう。

史料⑧ 学説彙纂一八巻一章七二法文序項⁽⁷¹⁾ パーピニアヌス 質疑録第一〇巻

後に作られた合意約束で何かを買いから取り除くことを合意したものは、契約に含まれると見られる。だが「何かを買いに」付け加える「後に作られた合意約束」は、「契約に」含まれないものと、我々は信じる。これは「その合意約束が」買いを担保するときに当てはまる。例えば、二倍額の担保が提供されないよう「合意約束した」のか、保証人によって二倍額の担保が提供されるよう「合意約束したのか、では結論が異なるのである」。

しかしこのような事例において買主が訴える場合には、合意約束は有効ではなく、売主が訴えた場合に、同「合意約束」は抗弁の権利として効力を持つであろう。

代金が後に増額または減額されても同じことが言われ得るかというのは、由なく問われたわけではない。なぜなら売買の本質は代金より成るのだから。

パウルスは「これに」注を付していわく、全てが完全 (integer) に保たれていたとき、代金増額または減額についてまた合意する場合、はじめの契約より脱し、新しい買いが割り込んだと見られる、と。

本文は、前半部分で、後発的合意約束には二種類があることについて述べる。一方は、二倍額の担保⁽⁷²⁾の提供を免除するよ
うな、契約より生ずる義務を軽減する内容を持つ後発的合意約束で、契約に含まれるとする。他方は、二倍額の担保問答契約
にも保証人の設定を課すような、原契約上の義務をさらに加重する内容を持つ後発的合意約束で、これは契約に含まれないと
するのである。

これに続けて、パーピニアヌスは「契約に含まれる」ことの意味を説明し、合意約束に基づいて、積極的に訴えることは
できないが、相手方が訴えた場合には、抗弁が付与される旨を述べている。すなわち、一方当事者が、合意約束に拠って相手
方の義務を軽減したにも関わらず、原契約のままの重い義務に基づいて訴権を行使した場合には、相手方は、合意約束に基づ
く抗弁で対抗し得るのである。

さらに、パーピニアヌスは、前半部分で買いの「担保 (adminiculum)」に関する後発的合意約束について述べたので、単
なる担保ではなく、買いの「本質 (substantia)」にあたる代金の増額や減額について言及する必要を表明する。この問題に関
しては、パウルスが後に注を付して、反対合意の要件を満たす間に代金増・減額が合意されたならば、第一の契約は反対合意に
因って解消され、代金増・減額後の新たな契約が成立するものとしている。

買主と売主の間で、何らかのものが当事者の一方から弁済される前に、売買から離脱するよう合意した場合、このために受け入れられた保証人は、契約が解消されたことに因り解放されるであろう。

本法文では、売買契約の当事者が反対合意を為した場合の保証人について論じている。売買債務を保証する保証人は、反対合意に因って売買契約が解消されたことに伴って解放されるとしているのである。この際の保証人の「解放 (liberare)」が具體的にどのようなものなのか、ここでは言及されていない。

史料⑩ 学説彙纂四卷二章二 法文四項⁷⁴ パウルス 告示注解第一一巻

私が入買または賃約から離脱するよう、恐怖に拠って強制された（強迫された）場合、何も行われなかったとして前の債務が存続すると見るべきか、または、「契約が反対合意に因り」失われることで「誠意行為上の債権債務関係が」終了してしまったので、我々はいかなる誠意行為上の債権債務関係に基づいても争い得ないため、受領問答契約に類似していると見るべきか。むしろ受領問答契約の類に近く、したがって法務官訴権が生じる「と考えるべきである」。

本法文は、適法に成立していた売買契約を解消する反対合意が、強迫に拠り為された事例を扱っている。この際、強迫に拠る反対合意の効力を否定し原契約が存続するものと考えるか、反対合意の効力を肯定し、ただ法務官法上の救済の可能性が残るのみと考えるか、問題となる。この二つの結論のうちの後者は、強迫に拠って受領問答契約が為された場合と同様であることが示されている。受領問答契約が為されると、たとえそれが強迫に拠るものであっても、問答契約債務が民法上消滅するため、強迫を受けた者は、法務官法上、その契約当事者としての地位を回復し得るのみなのである。パウルスは、反対合意についても、受領問答契約におけると同様、強迫に拠る場合もその効力を肯定し、法務官法上の訴権が生じるのみとしている。

ここで言う法務官法上の訴権とは強迫故の訴権 (actio quod metus causa) を指すものと思われ⁷⁵。強迫の場合には、他にも、強迫の抗弁または強迫故の原状回復の可能性があるが、本法文においては契約の解消という消極的行為が強迫の対象となつて

いる為、強迫者が訴権を行使する余地は始めからなく、したがって強迫の抗弁は問題とならない。これに対して、強迫ゆえの原状回復の可能性はあったものと考えられ、「何も行われなかったとして、前の債務が存続」する旨の見解がまさに強迫ゆえの原状回復を承認する見解であったと解釈できるが、パウルスはこの見解を採っていない。

史料① 学説彙纂一八卷五章三法文⁽⁷⁶⁾ パウルス 告示注解第三三卷

売買は合意に因つて締結されるように、ことが実現する (res secuta) 前は反対の合意に因つて解消される。

またそれ故に、もし買主が「売主の義務について」保証人を受入れた場合、または売主が「売買代金について」要約した場合に、単なる意思に因り債務が解消されるか、問題とされた。ユリアーヌスは、買主「訴権」に拠つてはたしかに訴えられ得ない、なぜなら誠意訴訟には合意約束の抗弁が含まれるからである、と書いた。しかし抗弁が保証人の役に立つか検討すべきである。私 (パウルス) は、「主」債務者が解放されたことに因り保証人も解放されると考へる。

同様に売主は問答契約訴権に拠つて訴えても、「買主から」抗弁に拠り対抗されなければならない。また同様のことが、もし買主が「売買目的」物を問答契約の目的物とした場合にも、正当である。

本法文は冒頭で、売買は反対合意に因つて解消される旨の原則を示した後、売主が引渡その他の債務について保証人を立てた場合や、両当事者が代金債務に関する問答契約をもつて更改を為し、買主に代金に関する問答契約債務を負わせた場合、債務が単なる意思に因つて解消されるかを検討する。ここでパウルスは、ユリアーヌスの、誠意訴訟には合意約束の抗弁が含まれるとの見解を引用し、さらに主債務者に付与される合意約束の抗弁を保証人も援用し得るか否かが問題であるとする。この点についてパウルスは自らの見解を示し、保証人も売主・買主間の反対合意に因り解放されるとした。加えて、買主が売買代金の支払に関する問答契約債務を負っている場合も、売主が目的物について問答契約債務を負っている場合も、相手方から訴えられたならば抗弁で対抗し得るとしている。

史料⑫ 学説彙纂一八巻五章七法文一項⁽⁷⁷⁾ パウルス 質疑録第五巻

はじめは後見人の助成なく、ついで後見人の助成の下に買入を行う、未成熟子の地位が問題となる場合、売主は「はじめの売買契約に抛り」すでに彼（未成熟子）に「対して」義務を負ったのに対し、未成熟子は拘束されていないため、更新された売りは双方に義務を負わせる効力を持つ。

しかしもし、はじめに後見人の助成が入り、次いで後見人の助成なく買う場合は、後の買いに抛っては何も行われなかったものとなる。

同様に、買いから離脱するよう後見人の助成なく合意約束を為した場合については、問題となり得る。すなわちはじめから後見人の助成なく、つまり「未成熟子」自身は拘束されないように買ったが、しかし彼（未成熟子）が訴えるならば、「既に給付された物の返還まで売買代金を」留めておく権利が「売主に」成立するよう買った場合と、同様か否か「という問題である」。かのことは理由なく言われるのではない。はじめの買いは正しく契約されたのだから、信義に基づいて契約したことは、相手方に不利益をもたらすような合意約束から、かろうじて守られるのである。「特に」正当な（理由ある）錯誤に因って誤った場合にはなおさらである。

本文は、未成熟子を買主とする売買の問題が扱われている。未成熟子の行為能力は不完全であるため、自権者たる未成熟子は後見に付される。この場合、未成熟子が後見人の助成なく法律行為を行った場合は、利益を受けることはできるが不利益を受けることはできない。⁽⁷⁸⁾

したがって、本文の第一の事例では、はじめの売買において、後見人の助成が得られなかったため、買主たる未成熟子は目的物に関する債権を持つが、代金債務は負わないこととなる。故に、助成を伴う後の売買が、売主と買主たる未成熟子の双方を拘束する点で効力を持つものとされているのである。

反対に、第二の事例のように、はじめの売買が後見人の助成を伴うものであり、後の売買にはこれが欠けていた場合には、後の売買からは何らの効果も生じない、とされる。これは後見人の助成を伴ったはじめの売買の効果が存続することを示すものである。

さらにパウルスは、後見人の助成を得て締結した売買契約を、後見人の助成のない反対合意で解消し得るか、という問題を扱う。この問題と、未成熟子が後見人の助成なく売買契約を締結した場合との類似性を問うのである。助成を伴わずに未成熟子が買入を行った場合は、未成熟子の代金債務負担行為は無効であるから、履行後には、未成熟子は代金を返還請求し得る。しかし、未成熟子が目的物を保持したまま代金の返還を請求する場合には、売主は未成熟子に対して對抗することができる。⁽⁷⁹⁾したがって両者の類似性を仮に認めるとすると、助成のない反対合意の効力により未成熟子は売買契約債務から解放され、売主のみが債務を負っているとき、未成熟子が買主訴権を行使したならば売主は売買代金を留め置く権利を取得することになる。しかしながら、反対合意の場合には「物事が手つかずの間」のみ許されるのであるから、留め置くべき「すでに給付された代金」は存在しない。この場合の「代金を留め置く権利」は無意味である。

おそらくこのために、パウルスは別の観点から売主の保護をはかったのであろう。はじめの売買契約は後見人の助成も得、適法に締結されたのだから、その信義の効力は、一方当事者のみに不利益となる合意約束を排除するものとし、この場合の反対合意は無効であるとしているのである。これは、後見人の助成の有無よりも、売買契約や合意約束の双務性に着目した見解であると言えよう。

史料⑬ 学説彙纂二卷一四章七法文六項⁽⁸⁰⁾ ウルピアーヌス 告示注解第四卷

しかしまた、「例えば」買いおよび他の誠意訴訟において、未だことが実現していない (re non secuta) 限り、買いから離脱され得るものと定まっているように、同じ契約に由来する抗弁で後に作られたものは、誠意訴訟に含まれる。

では、もし「合意約束に拠る変更が」全体に関し可能ならば、なぜ部分の変更がその合意約束に拠って為され得な

いのか？ポンポーニウスはこのことを告示注解第六巻において次のように書いている。すなわち、それゆえに、未だことが実現していない (re non secuta) 限り訴権に対しても有効であるように、部分から「離脱するよう」締結するところの合意約束も同じ理によって「認められる」余地があるのである。つまり物事 (res) 全体が解消され得るならば、なぜ契約が更新されたかのように見て、変更が加えられ得ないのか？、と。これは明敏な発言以外の何ものでもない。

さらにポンポーニウスは、合意約束に拠って、ちょうど一部の買「った物」を返還するように、部分について買入から離脱し得る、と『読本 (liber lectionum)』で主張するが、私 (ウルピアーヌス) は「このことにも」反対しない。

しかし買主に二人相続人がおり、売主が一方と買いから離脱するよう合意約束を為したとき、ユーリアーヌスは、合意約束は有効であり部分について買いは解消される、と言う。なぜなら、他の「つまり厳正」契約においても、相続人のうちの一人は、合意約束を締結することに拠り、自らに抗弁を取得し得るはずだからである、と。⁽⁸¹⁾したがって、ユーリアーヌスの意見もポンポーニウスのそれも双方とも正当である。

本文は、冒頭で、合意約束の抗弁が誠意訴訟に含まれる例として反対合意に言及した後、合意約束に拠る契約の一部変更の可否について検討する。ここでウルピアーヌスは、ポンポーニウスの次の様な見解を引用し高く評価する。すなわち、ポンポーニウスは告示注解において、合意約束に拠って生じる抗弁が、原契約に基づく訴権全体を妨げる効果を持つものだから、同様の理論を用いた契約の一部変更も認められる、とし、契約の一部変更を契約の更新と同視する見解を採っているのである。さらに続けて、ウルピアーヌスはポンポーニウスの別の著作を引用するが、これについては異論があるようである。しかしながら、告示注解におけるポンポーニウスの見解が優れていたため、あえて賛成している。

『読本』におけるポンポーニウスの見解は、おそらく、目的物の量を減じることを内容とする契約の一部変更が問題になって

いるものであろう。ポンポーニウスは、かような一部変更を目的物の一部買戻に類似するものと解し、一度買入れられた物の一部が買戻され得るのだから、履行前に目的物の一部については買戻があったと同じ状態、すなわち売主のもとにある状態に止めて、残りの部分についてのみの買戻を為すことが認められる、としたものと思われる。同じポンポーニウス法文である史料⑥学説彙纂一八卷五章二法文（ポンポーニウス、サビーヌス注解第二四卷）は、彼が、代金支払前の買戻は単に合意に因って為され得た、との見解を有していたことを示唆するものである。あるいは、ウルピアーヌスはこの点に関して異論があったのかもしれない。

また、ウルピアーヌスはユリアアーヌスを引用して、当事者に関する契約の一部変更に触れる。ユリアアーヌスは、買主の二人の相続人のうちの一人が合意約束を為せば、厳正契約においてもその者だけが抗弁を取得するのだから、一人の相続人による反対合意は有効であるとしているのである。ウルピアーヌスはこの見解を支持し、ユリアアーヌスの見解もポンポーニウスの見解も双方とも正当であるとしているのである。

前出の史料⁽⁸²⁾① 学説彙纂五〇卷一七章三五法文（ウルピアーヌス、サビーヌス注解第四八卷）

史料⑭ 勅法彙纂四卷四五章一法文⁽⁸³⁾ ゴルディアーヌス帝よりリキニウス・ルフイヌスへ

たしかに物事が手つかずならば（*re integra*）、双方当事者の合意に因り売買から離れられ得る。すなわち、合意に因って契約されたことは、反対意思を「根拠として」用いることに因り解消される。しかし引渡が生じた後は、「反対意思に加えて」はじめと類似「の状態」に戻す行為も「一緒に」売りを差し止めないかぎり、単なる意思は買いを解消しない。

本法文は、まず反対合意の原則を述べ、その根拠として、意思の合致に因って成立した契約は反対の意思に因って解消されるといふ対称原則に触れる。しかし本法文の論点となっているのは、むしろ後半部分の、引渡後の反対合意が許されるか、と

いう問題である。売買物の引渡しに因って反対合意の要件は満たされないととなり、契約は解消され得ないからである。これについてゴルディアース帝は、既に引渡された物を返還する行為と共に反対合意を為す場合に限り、その効力を認め、売買契約が解消されるものとしている。

史料⑮ 勅法彙纂四卷四十五章二法文⁽⁸⁴⁾

ディオクレティアース帝、マクシミアース帝よりアウレリウス・フェーリクスへ(後二九三年)
(序項) さらに、完成された売買も物事が手つかずの間は (re integra)、ただ合意約束と合意のみに因って解消され得ることは、一致している。

(二項) それゆえ手付けの名において、黄金が与えられた場合、あなたはこれを単に合意約束の誠意に従い、取り戻すことができる。

(二項) しかし代金の一部をあなたが支払った場合、代金のうちあなたが与えたとする額ではなく、売主が売却に基づき給付すべきものについて、あなたは訴権を有する。

本文の序項は、反対合意の原則を述べ、要件を満たす間は、売買契約は要式等を要さない合意のみに因って解消され得るとする。これに引き続き一項では、売買契約締結に伴い、付加的合意約束で手付が交付されていた事例を扱う。手付の交付後反対合意に因って契約が解消されたときは、付加的合意約束の効力により、原契約に基づく訴権をもって返還請求できるものと思われる⁽⁸⁵⁾。他方、二項では、手付ではなく、売買代金の一部が既に支払われていた場合の反対合意について論じる。すなわち、売買代金の一部が支払われた場合は、もはや要件を満たさないため、反対合意を為すことはできず、原契約たる売買契約が効力を保持するのである。したがって、当事者は、売買代金の一部支払後は、反対合意を為したとしても、売買契約の履行についての義務を負い続ける。手付が給付されていた場合には、返還についての訴権が発生したのに対し、代金が一部支払われた場合には、売買の履行請求についての訴権が生じるのである。

(2) 法史料の分類と分析

これら史料が、反対合意Ⅱ反対行為の観点か、あるいは反対合意Ⅱ後発的合意約束の観点か、いずれの観点から論じられているかに注目しながら分類し、その分類の結果を踏まえ考察を加えることとする。

(1) 反対合意を対称原則に拠って説明する法文は、反対合意が反対行為の一つであることを明白に示していると言えよう。なぜなら反対行為という概念自体が、対称原則の現われだからである。そのような記述を含む史料のグループに属するのは次の四法文の各部分である。

(a) 史料① 学説彙纂五〇巻一七章三五法文（ウルピアヌス、サビーヌス注解第四八巻）

「締結されたその方法で、何かを解消することほど自然なことはない。このため、言語債務は言葉に因って解消され、単なる合意の債務は反対合意に因って解消される。」

(b) 史料③ 学説彙纂四六巻三章八〇法文（ポンポーニウス、クイントゥス・ムキウス注解第四巻）

「何でも契約されたとおりに、解消もされねばならない。……中略……売買や賃約が契約されたときも同様である。つまり単なる合意に因って契約され得るのだから、反対の合意（*dissensus*）に因ってもまた解消され得るのである。」

(c) 史料①① 学説彙纂一八巻五章三法文（パウルス、告示注解第三三巻）の冒頭

「売買は合意に因って締結されるように、ことが実現する（*res secuta*）前は反対の合意に因って解消される。」

(d) 史料⑭ 勅法彙纂四卷四十五章一法文(ゴルディアヌス帝)の前半

「たしかに物事が手つかずならば (re integra)、双方当事者の合意に因り売買から離れられ得る。すなわち、合意に因って契約されたことは、反対意思を「根拠として」用いることに因り解消される。」

(2) 問答契約の反対行為である受領問答契約と反対合意を比較する法文も、反対合意が反対行為の一つであることを前提としているようにも思われる。そのような記述を含むと考えられる史料のグループに属するのは次の二法文の各部分である。

(a) 史料⑩ 学説彙纂四卷二章二一法文四項(パウルス、告示注解第一一卷)

「私が買入または賃約から離脱するよう、恐怖に拠って強制された(強迫された)場合、何も行われなかったとして前の債務が存続すると見るべきか、または…中略…受領問答契約に類似していると見るべきか」

「むしろ受領問答契約の類に近く、したがって法務官訴権が生じる[と考えるべきである]。』」

本史料においては反対合意と受領問答契約が比較され、しかも結論として反対合意と受領問答契約が類似することが示されている。

(b) 史料⑦ 学説彙纂一八卷五章五法文(ユーリアーヌス、法学大全第一五卷) 序項

「買主が売主にまたは買主に売主が受領問答契約を為した場合に」

「受領問答契約はこの場合、「受領問答契約本来の」性質に因るものではないが、合意の効力に拠り有効であるということである」

本法文は、確かに受領問答契約に言及するが、反対合意と受領問答契約の比較よりも、むしろ受領問答契約に合意が含まれている点を問題としているようにも思われる。

しかし、同法文の一項は「もしことが実現されていないければ (re non secuta)」、買いは単なる合意に因り解消される。」としており、序項の根拠を述べると同時に受領問答契約との比較において反対合意の原則を示している。これは少なくとも、ローマの法学者にとつて、反対合意は問答契約の反対行為である受領問答契約から連想され得るものであったことを示すと言えよう。この点において、本史料も反対合意を受領問答契約との関連で論じているものと言えるのである。

(3) 一度締結した売買契約について売買価格の変更を行う場合、第一の売買契約は反対合意に因って解消され、新たな価格での第二の売買契約が成立するとする史料には次の二法文がある。この際の第一の売買契約の解消について、一方の法文(史料⑥)は反対合意 \parallel 反対行為を示しているように思われ、他の法文(史料⑧)は反対合意 \parallel 後発的合意約束を示しているように思われる。

(a) 史料⑥ 学説彙纂一八卷五章二法文(ポンポーニウス、サビーヌス注解第二四卷)

「以前には何もなかったかのように」

反対合意の効力に拠って、はじめから契約が存在しなかったと同じ状態がもたらされるのであれば、その効力は単に抗弁を発生せしめるものではなく、市民法上当然に債権債務関係を遡及的に消滅せしめるものであると言える。かような効力は反対合意 \parallel 反対行為を前提としているようにも見える。

(b) 史料⑧ 学説彙纂一八卷一章七二法文序項(パーピニアヌス、質疑録第一〇卷)

「しかしこのような事例において買主が訴える場合には、合意約束は有効ではなく、売主が訴えた場合に、同「合意約束」は抗弁の権利として効力を持つであろう。」

ここでは、反対合意の効力を抗弁発生に制限していることから、反対合意が後発的合意約束の一つであることを前提としているものであろう。

(4) 反対合意に因って当事者が解放されることを *liberare* という動詞で表現している法文は、反対行為の効果、単に抗弁を発生させる効果ではなく市民法上の効果、すなわち法律上当然の解放であることを示している可能性がある。そのような表現を含む史料のグループに属するのは次の三法文の各部分である。

(a) 史料⑤ 学説彙纂一八卷五章一法文 (ポンポーニウス、サビーヌス注解第一五卷)

「もし私が父とのみ合意した場合に、息子が解放され (*liberari*) 得ず」

「彼 (未成熟子) 自身はたしかに解放されるが (*liberatur*)」

「はたして私は解放され (*liberari*)」

(c) 史料⑨ 学説彙纂四六卷三章九五法文一二項 (パーピニアヌス、質疑録第二八卷)

「このために受け入れられた保証人は、契約が解消されたことに因り解放されるであろう (*liberabitur*)。°」

(b) 史料⑪ 学説彙纂一八卷五章三法文 (パウルス、告示注解第三三卷)

「私 (パウルス) は、「主」債務者が解放された (*liberato*) ことに因り保証人も解放される (*liberari*) と考える。」

クニニューテルは、この史料⑪学説彙纂一八卷五章三法文 (パウルス、告示注解第三三卷) におけるユーリアヌスの引用部分が合意約束の抗弁を論じているのに対し、パウルスは「私は、「主」債務者が解放されたことに因り保証

人も解放される、と考える。」の部分で *liberare* という語を用いていることに注目する。そして彼は、パウルスが市民法上の解放を念頭に置いていたと考え、ユーリアーヌスとパウルスの間には、見解の相違を見出すのである。⁽⁸⁶⁾ またグアリーノも、同法文の同じ文言を根拠とし、反対行為の一つとしての反対合意概念と後発的合意約束としてのそれが合流した時期を古典期に求めている。⁽⁸⁷⁾ つまり全体としてはクニューテルの見解を批判する立場を採るグアリーノも、*liberare* の理解としてはクニューテルと同じ見解を採っているのである。この二人の研究者によると、*liberare* は、抗弁の付与という訴訟における「解放」を表わすのではなく、市民法上当然の「解放」を表わすこととなる。そのような効果を持つ反対合意は、単なる合意約束とは異なる独立の制度であるはずであろう。

しかし、史料⑤は(4)と(5)の両方に分類されるし、また反対合意以外のテーマを扱う法文においても、学説彙纂四六卷一章六〇法文(スカエウオラ、回答録第一卷)⁽⁸⁸⁾の「保証人を、法かあるいは抗弁に拠って解放する(*liberare*)ベキ」という表現のように、抗弁に拠る解放を *liberare* と表現する法史料も存在する。このため、*liberare* は抗弁に拠る訴訟上の「解放」をも表わし得るようにも思われる。このことを考慮すると、*liberare* という語でその効果を表わされる反対合意も、反対合意Ⅱ反対行為を表わすものとは当然には言えず、抗弁を生ずるに過ぎない後発的合意約束であった可能性も残る。

(5) 契約を解消する旨の合意を *pactum* または *pactio* という名詞や *pacisci* という動詞で表わす法文は反対合意Ⅱ後発的合意約束を示している可能性がある。そのような表現を含む史料のグループに属するのは次の四法文の各部分である。

- (a) 史料④ 学説彙纂一八卷一章六法文二項(ポンポーニウス、サビーヌス注解第九卷)

「その後、別の合意約束に拠り (pactione) 変更され得る」

本法文においては *pactio* の内容が条件の変更であることから、ここでの *pactio* は債権債務関係を消滅させる反対合意を示すというよりも、むしろ付加的合意約束を変更する一般の後発的合意約束を示すものと考えられる。しかしその論拠となっている後半部分が反対合意に言及していることは明らかである。

(b) 史料⑤ 学税彙纂一八卷五章一法文 (ポンポーニウス、サビーヌス注解第一五卷)

「私が父とのみ合意した (*pactus sim*) 場合に」

「このような約束から (*ex ea pactione*) 何も為されないのか」

「合意約束し (*pacisci*) 得る」

「合意約束に拠って (*pacto*)」

「このような合意約束は (*pactionem*) 無効である」

「父が合意約束を為し (*paciscente*)」

(c) 史料⑫ 学説彙纂一八卷五章七法文一項 (パウルス、質疑録第五卷)

「買いから離脱するよう後見人の助成無く合意約束を為した (*pactus fuerit*) 場合に」

(d) 史料⑮ 勅法彙纂四卷四五章二法文序項 (ディオクレティアヌス帝、マクシミアヌス帝 後二九三年)

「さらに、完成された売買も物事が手つかずの間は (*re integra*)、ただ合意約束 (*pacto*) と合意のみに因って解消され得ることは、一致している。」

(a) における *pactum/pacisci* が反対合意を指しているかは必ずしも明確ではないが、(b)(c)(d) については明らかであろう。しかしながら、*pactum/pacisci* は、テクニカルな「合意約束」という意味でなく、一般的な用法としての

「合意」や「取り決め」などという意味で用いられる場合もあるため、この文言のみから、これらの法史料が反対合意Ⅱ後発的合意約束を前提としていたものと確言することはできない。

(6) これに対し、反対合意に基づき、原告として訴えることはできない旨を論じる法文は、反対合意に因る訴権の発生を否定する点で、これを単に抗弁を生ずるに過ぎない、後発的合意約束としているものと思われる。そのような記述を含むのは、次の一部分である。

(a) 史料② 学説彙纂二卷一四章五八法文（ネラーティウス、備忘録第三卷）

「ただし」合意したことを解消する旨の合意は、私が既にあなたに給付したものを反対に私に給付することを、あなたが強制されるようには、作用し得ない。」

この部分で反対合意を示すのは「合意したことを解消する旨の合意」であると思われるが、「合意した」という理解には異論の余地もある。しかし直後の「なぜならこの場合には（あなたに返還給付を強制するような効果を持つ合意においては）、前の事務から我々が離脱するよう機能するというよりは、むしろ新しい何らかの義務が我々の間に築かれるからである。」の部分における「前の事務から我々が離脱するよう機能する」合意とは反対合意のことであると考えられるので、これとの対応関係から、ここに挙げた部分が反対合意の効果を扱っていると理解することも許されよう。

(7) 合意に因る契約の解消を論じながら合意約束の抗弁は誠意訴訟に含まれるとする法文が、反対合意を後発的合意約束の一つとして捉えていることは明白であろう。そのような記述を含む史料のグループに属するのは次の三法文の各部分である。

(a) 史料⑪ 学説彙纂一八卷五章三法文（パウルス、告示注解第三三卷）

「ユーリアーヌスは、買主「訴権」に拠つてはたしかに訴えられ得ない、なぜなら誠意訴訟には合意約束の抗弁が含まれるからである、と書いた。」

(b) 史料⑬ 学説彙纂二卷一四章七法文六項（ウルピアヌス、告示注解第四卷）

「しかしまた、「例えば」買いおよび他の誠意訴訟において、未だことが実現していない（*re non secuta*）限り、買いから離脱され得るものと定まっているように、同じ契約に由来する抗弁で後に作られたものは、誠意訴訟に含まれる。」

これまでの分類によれば、(1)反対合意Ⅱ反対行為を示すことが明白な法史料四史料、(2)反対合意Ⅱ反対行為を示している可能性の高い法史料二史料、(3)(4)反対合意Ⅱ反対行為を示すか、反対行為Ⅱ後発的合意約束を示すか不明である法史料五史料、(5)反対合意Ⅱ後発的合意約束を示している可能性の高い法史料四史料、(6)(7)反対合意Ⅱ後発的合意約束を示すことが明白な法史料三史料である。この結果は、反対合意を反対行為の一つとする法文とこれを後発的合意約束の一つとする法文の混在の度合が非常に高いことを示すものである。このことから、仮に、ビザンツの法律家が反対合意Ⅱ反対行為または反対合意Ⅱ後発的合意約束、いずれかの見地から体系的に法文に修正を加えたのだとすると、それは貫徹されなかったものと理解せざるを得ない。他方、今日の多くのローマ法研究者が支持するように、ユースティニアヌス法典編纂時の修正が小規模なものに止まっていたことを想定すると、このような「混乱」の原因は古典期に由来するものと考えざるを得ないであろう。

さらに、(1)や(2)のように反対合意Ⅱ反対行為を示す史料と、(5)や(7)のように反対合意Ⅱ後発的合意約束を示す史料

とのいずれにも、パウルス⁽⁸⁹⁾、ウルピアヌス⁽⁹⁰⁾といった古典期晩期の法学者による著作とともに、ポンポニウスやユーリアヌスの⁽⁹²⁾古典期盛期の法学者の著作の引用が見られる。このことは、反対合意⁽⁹¹⁾ 反対行為という理解と反対合意⁽⁹¹⁾ 後発的合意約束という理解が、古典期盛期から晩期にかけての法律学上の見解の推移を反映するものではないことを示すと言えよう。すなわち、史料に見られる「混乱」は、少なくとも古典期盛期までは遡ることができるものと考えられるのである。また、分類の結果とこれら法学者の著作名にも、何らの相関関係も見られない。

これに対し、分類の結果と史料の扱う内容との関係に、ある傾向があるように思われることは、注目に値しよう。特に(1)と(5)(6)(7)を対比すると、反対合意を反対行為の一つとして示している箇所が反対合意のいわば原則を述べているのに対し、これを合意約束とする箇所は、史料⁽⁹³⁾の勅法彙纂からの法文を除き、具体的な問題を扱う中で合意約束に言及していることが、観察され得るのである。

中でも、(1)(4)(7)のいずれにも該当する史料⁽⁹⁴⁾ 学説彙纂一八巻五章三法文（パウルス、告示注解第三三巻）においては、そのようなふたつの傾向を一法文の中に見ることができると言えよう。

同法文は冒頭で、対称原則に基づき、売買は反対合意に因って解消される旨の原則を示している（「売買は合意に因って締結されるように、ことが実現する（*res secuta*）前は反対の合意に因って解消される」⁽⁹⁴⁾）。これは単に売買における反対合意の原則を示す導入部分に過ぎず、恐らく特に法律問題の生じる余地はなかったであろう。これに対して、「またそれ故に」以降は、より微妙な問題が扱われている。すなわち、売主が引渡その他の債務について保証人を立てた場合や、両当事者が代金債務に関する問答契約を為し、買主に代金に関する問答契約債務を負わせた場合、債務が単なる意思に因って解消されるかを検討するのである⁽⁹⁵⁾（「またそれ故に、もし買主が「売主の義務について」

保証人を受入れた場合、または売主が「売買代金について」要約した場合に、単なる意思に因り債務が解消されるか、問題とされた⁽⁹⁶⁾。ここに至つてパウルスは、ユーリアーヌスの「誠意訴訟には合意約束の抗弁が含まれる」旨の見解を引用し、これを「主」債務者が解放された (reus liberatus) ものとらえて、保証人も売主・買主間の反対合意に因り解放されるとした（「ユーリアーヌスは、買主「訴権」に拠つてはたしかに訴えられ得ない、なぜなら誠意訴訟には合意約束の抗弁が含まれるからである、と書いた。しかし抗弁が保証人の役に立つか検討すべきである。私（パウルス）は、「主」債務者が解放されたことに因り保証人も解放されると考える⁽⁹⁷⁾」）。

パウルスの用いた liberare という動詞の意味については検討が必要であろう。すでに述べたように、クニユートルおよびグアリーノは、これを抗弁が付与されることに因る解放ではなく、市民法上の解放と理解するわけであるが、これは文言上絶対の要請ではないからである⁽⁹⁸⁾。liberare の語そのものから離れ、パウルスがこの語を用いている文脈に着目すると、「しかし抗弁が保証人の役に立つか検討すべきである⁽⁹⁹⁾」という表現で明らかのように、パウルスは、ユーリアーヌスの見解を、抗弁付与の対象を主債務者から保証人にまで拡大する点において修正しているものであり、抗弁付与という効果そのものに修正を付しているのではない。さらに、「同様に売主は問答契約訴権に拠つて訴えても、「買主から」抗弁に拠り対抗されなければならない⁽¹⁰⁰⁾。」という箇所においても、問答契約訴権に対して抗弁に拠つて対抗することを認めているのであつて、問答契約が消滅し訴権が発生しない旨の「市民法上の解放」を主張しているのではない。パウルスはここでも、反対合意の抗弁付与という効果そのものについては争っていないのである。むしろ、パウルスがユーリアーヌスを引用した理由は、冒頭部分の反対合意の原則をより厳密に叙述する点にあつたと思われる。「買主「訴権」に拠つてはたしかに訴えられ得ない、なぜなら誠意訴訟には合意約束の抗弁が含まれるからである⁽¹⁰¹⁾」というユーリアーヌスの見解はパウルスのそれでもあつたと考えられよう。

ユーリアーヌスとパウルスの見解が完全に一致していたか否かについては、いまだ議論の余地もあろう。しかし本文においては、対称原則に則った反対合意Ⅱ反対行為を明確に表現する部分と、反対合意Ⅱ後発的合意約束を示す表現とが結合している。パウルスはこのふたつを矛盾とは考えていなかったものと思われる。

これまで、反対合意Ⅱ反対行為を示すか、または反対合意Ⅱ後発的合意約束を示すか、という観点から諸法文を検討してきた。他方、これらの史料を、反対合意の適用範囲を売買に限定しているか、それとも他の諾成契約にも認められているか、という観点から検討すると、さらに一定の傾向を看取することができる。(1)に含まれる反対合意Ⅱ反対行為を示し反対合意の原則について述べていると思われる法文においては、反対合意の適用範囲が売買以外にまで拡大されている。⁽¹⁰²⁾これに対し、反対合意Ⅱ反対行為を示しながらも具体的な事例を扱う(2)に含まれる法文や、(3)(4)に含まれる反対合意Ⅱ反対行為を示すか反対合意Ⅱ後発的合意約束を示すか不明の法文、⁽¹⁰⁴⁾さらに(5)(6)(7)の反対合意Ⅱ後発的合意約束を示すと思われる法文など、⁽¹⁰⁵⁾具体的事例を論じている法文においては、もっぱら売買が扱われている。この傾向は、法史料が反対合意の原則を論じる際は、その適用範囲を売買を越えるものとし、反対合意の具体的事例を扱う際には、主として売買に限定して論じていることを示すといえよう。

このことは同一法文中にも併存して見られる。例えば次章で詳しく検討する史料②学説彙纂二卷一四章五八法文(ネラーティウス、備忘録第三卷)に顕著である。反対合意の原則を述べる冒頭部分「全てが手つかずならば、売買から、賃約から、また他の類似の義務から、自らの間で義務を負った者らの合意に因り離脱され得ることに疑いはない。⁽¹⁰⁶⁾」においては、反対合意は売買のほかにも賃約や他の類似の義務について認められるとしている。他方、目的物引渡後の反対合意について論じたそれ以下の部分においては、もっぱら売買契約が扱われているのである。(6)に分類

した反対合意Ⅱ後発的合意約束を示すと思われる部分は、この後半部分に関する論及である。一般論としての反対合意への言及の際にはその適用範囲は売買に限定されていないが、個々の事例においては売買の解消が問題となつていくことが窺えよう。

以上の法文の分類・分析の結果に見る限り、反対合意の原則は、反対合意Ⅱ反対行為の観点から述べられ、この際には売買以外の合意に因つて成立する契約においても反対合意が認められている。これに対し、具体的な事例は、反対合意Ⅱ後発的合意約束の観点から扱われ、その事例ももつぱら売買に関するものである、と言えよう。

(3) 受領問答契約と反対合意

前項では、具体的な法文状況に着目して、反対合意Ⅱ反対行為を示す法文と反対合意Ⅱ後発的合意約束を示す法文が混在することを見てきた。本項では、理論上、反対合意Ⅱ反対行為と反対合意Ⅱ後発的合意約束が両立する可能性があるか否かについて検討する。一九世紀以来のローマ法研究者は、反対行為「概念」と後発的合意約束は互いに相いれないことを前提とし、両者のうちいずれか一方のみを正当とする見解を採ってきた¹⁰⁷。このうち、反対行為説は、反対合意という、もつぱら契約解消のみに向けられた法制度が存在したのであって、合意約束や他の法制度が契約解消に用いられていたのではない、と理解する。すなわち、反対合意が、ローマにおいて広く普及していた反対行為概念に由来するものである以上、それそのものとして独立に契約を解消する効果を持っていたのであり、反対合意Ⅱ後発的合意約束の余地はなかった、と考えるのである。

しかし反対合意Ⅱ反対行為という理解と反対合意Ⅱ後発的合意約束という理解とは、理論上、本当に相いれないも

のなのか。また、法史料における併存に見られるように、両者が両立し得るとすれば、その相互関係はいかに理解されるべきであろうか。

契約を解消する点で反対合意と共通する受領問答契約は、反対行為の典型例としてしばしば挙げられる。しかしそのような受領問答契約さえ、その本来の機能を、少なくとも古典期には、債権関係の解消以外のところに持っていた。つまり、受領問答契約は弁済を前提とする行為とされていたのである。⁽¹⁰⁸⁾ 債務者の解放に責任解消行為が必要とされなくなり、履行で足るものとされるようになったのは、恐らく紀元前三世紀頃であろうと言われている。⁽¹⁰⁹⁾ これ以降の受領問答契約は、既に為された弁済を証明する、いわば領収書の役割を果たしていた。⁽¹¹⁰⁾ つまり問答契約「債務」の消滅は、受領問答契約の効果として発生するのではなく、むしろ弁済の効果として発生するのである。このことは、問答契約債務を負う者が「私があなたに約束したものを、あなたは受領し有すか」と問い、債権者が「有す」と答える受領問答契約の要式⁽¹¹¹⁾からもうかがわれる。すなわち、その文言が「免除」ではなく「受領＝保持」を内容としているからである。ただし、受領問答契約は問答契約と同様に無因性を有するため、実際には履行が為されなかった場合であつても、受領問答契約を為すことに因り、履行が為されたのと同様の効果、すなわち債権債務関係の消滅という効果を得ることができる。⁽¹¹²⁾ このため、受領問答契約は、恐らく、実務上債務免除目的に利用されるようになり、ついで反対行為という観点からも根拠を得て、要式免除契約となるに至ったものと考えられよう。⁽¹¹³⁾

さて、このような受領問答契約の歴史的変容を前提とすると、諾成契約が成立したと言われる紀元前二世紀頃⁽¹¹⁴⁾には、すでに、受領問答契約は責任解消行為から証明方法へと変化していたこととなる。そして古典期には、受領問答契約の債権債務関係を解消する効果は、受領問答契約が問答契約の反対行為であることに由来するのではなく、⁽¹¹⁵⁾ 弁済が為されたかのような状況を作り出すという事実⁽¹¹⁶⁾に由来するものと考えられるようになっていた。これはガイウスの「仮

装弁済¹⁶」という言葉も示す通りであろう。

諾成契約の解消手段としての反対合意という考え方が成立するためには、諾成契約の存在が前提となる。しかし諾成契約が成立するまでに、責任解消行為としての反対行為はすでに衰退し、「反対行為」それ自体に由来して「債務からの解放」という効果が発生するとは、もはや考えられなくなっていた。このため、反対合意が諾成契約の反対行為であること自体が、その効果の本質的根拠であったとは考えにくい。むしろ、古典期の受領問答契約におけると同様、何らかの既存の法制度が契約解消目的に利用されていたところ、反対行為概念と結び付き、いわゆる反対合意へと発展したものと推測され得るのである。この可能性が存在する以上、ローマにおいて反対行為概念が広く認められていたことの論理的帰結として、反対合意が独立の制度として存在したとは、必ずしも言えないのである。

(4) 反対合意の法的性質に関する試論

これまでの検討の結果は次のように要約できよう。すなわち、第一に、反対合意Ⅱ反対行為を示す法史料と反対合意Ⅱ後発的合意約束を示す法史料の「混在」は広範に渡ること。第二に、反対合意Ⅱ反対行為と反対合意Ⅱ後発的合意約束は、史料⑪学説彙纂一八卷五章三法文（パウルス、告示注解第三三卷）に見られるように、併存する可能性があること。第三に、反対合意に関する一般論としては、反対合意は反対行為として記述される傾向が強く、他方、具体的事例が論じられる場面では、反対合意は後発的合意約束として言及される傾向が強いこと。第四に、反対合意の適用範囲は、反対合意の原則を述べる場面では売買以外の債権債務関係にまで拡大されるのに対し、具体的事例ではもっぱら売買に限定されていること。第五に反対合意を反対行為の一つと理解するとしても、反対合意を独立の制度と見る必要はないこと。以上、五点である。

これらの検討結果を踏まえ、次のような仮説を立てることが許されるのではないか。まず、「合意に因って成立した契約は反対合意に因って成立する」という対称原則に基づく反対行為としての反対合意は、それそのものとしては何らの効果も伴わない、単なる概念に過ぎなかった。そして、この概念は、全ての諾成契約に妥当する包括的なものであった、と考えられる。ところが、反対行為としての反対合意は、効果を伴わないため、独立の制度としては機能し得ない。そこで具体的に、反対合意は売買においては後発的合意約束の形をとり、その効果も後発的合意約束のそれに規定されていた、と解し得るのである。反対合意 \parallel 反対行為はいわば原質であり、反対合意 \parallel 後発的合意約束は売買契約におけるその発現形であると言えよう。

史料に、反対合意 \parallel 反対行為を示すものと反対合意 \parallel 後発的合意約束を示すものがある以上、一方のみを採用し他を排除することはできない。むしろここでは、両者を古典期には矛盾なく併存していたものと、理解している。この点では、本稿は、反対行為説と後発的合意約束説との中間に位置するグアリーノの二概念合流説と、同じ立場に立つものである。しかしグアリーノ説とは次の二点において見解を異にすると見えよう。すなわち、本稿においては、まず、二概念合流説の、古典期以前には「二概念」に基づく反対合意がそれぞれ独立して存在していたとする主張を受け入れていない点、次に、古典期において「二概念」に基づく反対合意が完全に同一化し互換可能であったとする主張に対し、「二概念」の棲み分けを主張している点である。

第一点については、反対行為概念に基づく反対合意が独立に存在し得たか否かが、特に問題となろう。反対行為説および（古典期以前との限定つきで）二概念合流説はこれを認めるわけである。しかし、反対合意「概念」そのものは古典期以前から存在したとしても、これに基づく反対合意「制度」が他の制度と結び付くことなく独立に存在して

いたとは考えにくい。このことは特に効果の点で明らかであろう。反対合意が仮に合意約束とは別個の独立の制度であったとすると、その効果は抗弁を発生させるものではなく民法上のものということになる。しかしこのような効果を想定することが困難である旨はすでに述べた⁽¹⁷⁾。もちろん、当事者間で「合意に因って契約したのだから、合意に因って解消しよう」と取り決めることはあつたかもしれないが⁽¹⁸⁾、そこからは何ら法的な拘束力は生じない。そのような取り決めを、法史料に見られ、一九世紀以来「反対合意」という名の下で論じられてきた合意と同視してもよいか、疑問であろう。

他方、後発的合意約束概念に基づく反対合意は、効果の点では、独立に存在した可能性を持つと言える。なぜなら、合意約束の抗弁は反対行為概念からは全く独立して付与され得るからである。しかし、後に検討する反対合意の要件は、反対行為としての反対合意に由来するものであるから、⁽¹⁹⁾ 反対行為から分離された反対合意は「物事が手つかずの間」という要件を伴わないこととなる。ならば反対合意としての後発的合意約束と無方式の免除契約は全く同じものとなってしまうであろう。

反対合意と無方式の免除契約の相違は、前者が要件を伴い後者はこれを伴わない点と、前者は契約関係そのものを解消することを目的とするのに対し後者は訴権行使を遮断することを目的とする点にあると言われている⁽²⁰⁾。しかし、後発的合意約束概念に基づく反対合意においては、少なくとも第一の相違点は成立しないこととなってしまう。また第二の相違点に関し、仮に反対合意が要件を伴わないため履行後も認められたとすれば、すでに引渡された目的物の返還についての訴権が必要となる。しかし、反対合意に因ってはこれが成立せず、その効果は当事者に合意約束の抗弁を付与し相手方の訴権行使に対抗させるものに過ぎない。したがって、実質的には無方式の免除契約と何ら異ならないこととなろう。今日に伝わる法史料に見られるような反対合意が成立する以前の「反対合意」を想定するなら

ば、それはベックマンらが主張した、相互の無方式の免除契約のようなものであったであろう。⁽¹²¹⁾しかしそのような要件を伴わない後発的合意約束を「後発的合意約束概念に基づく反対合意」として、古典期の反対合意と同視することは困難であるものと思われる。

このようなことから、反対行為としての反対合意と後発的合意約束としてのそれは、それぞれ独立に存在していたのではない。それらが結合してはじめて、反対合意は、要件と効果を得、成立したものである、と考えられよう。普通法学以来ローマ法研究者の議論の対象となってきた反対合意は、両者の結合の結果であり、さらに、この結合は遅くとも古典期盛期には既に果たされていたと理解され得るのである。⁽¹²²⁾

第二点目について、二概念合流説は「二概念」に基づく反対合意が全く同一で互換可能であったとする。⁽¹²³⁾これに対して、すでに見たように、法史料は、反対合意を反対行為の一つとして記述する場面と、これを後発的合意約束として論じる場面を、明確に使い分けているように思われる。すなわち、反対合意の原則を述べる場合にはその反対行為としての側面を強調し、現実の事例を論じる場合や問題が複雑化した場合には、反対合意の後発的合意約束としての属性を前面に出しているのである。また前者の場合においては、反対合意は、合意に因って成立する契約全ての解消手段として位置付けられているのに対し、後者は、もっぱら売買契約の解消を扱う中で言及される。このことから、対称原則に基づく反対行為としての反対合意は、少なくとも諾成契約に含まれる四契約全ての解消に関わる原則としての概念として理解され得ると思われる。他方、売買契約の解消については特に、この概念が後発的合意約束の形をとって現われていたものと考えられよう。この理解にしたがえば、反対合意Ⅱ反対行為と反対合意Ⅱ後発的合意約束とは互換可能な概念ではなく、むしろ異なるレベルに属するものと言えるのである。

また、このような理解を前提とすると、従来の学説のように、売買契約における反対合意のみを検討し、そこから

得られた反対合意像を他の諾成契約にあてはめ、反対合意の有無を論じることにはできないであろう。反対行為の一つとしての反対合意原則は全ての諾成契約をカヴァーするとしても、その発現形はそれぞれの契約類型により異なる可能性があり、それが必ずしも後発的合意約束に一致するとは限らないからである。

本稿も、売買の反対合意に関する法史料を中心に検討しているため、ここでの検討に拠って得られる反対合意の理解は、全ての諾成契約の反対行為たる原質としての反対合意と、売買のみを対象とした後発的合意約束としてのそれとの理解に止まる。すなわち、賃約・組合・委任を対象とした発現形、具体的な制度としての反対合意については、今後の検討に留保せざるを得ないのである。これら売買以外の諾成契約における反対合意を取り上げるにあたっては、それぞれの契約類型を個別に分析し、売買における反対合意像を投影することなく、反対合意としての機能を果たしている制度を法史料の中に探す作業が必要となろう。

売買における反対合意が後発的合意約束の外観をとっている以上、その効果も後発的合意約束の属性に由来する制限を受ける。次のパウルス断案録からの法文は、後発的合意約束からは訴権は生じないという原則の根拠法文としてしばしば引用されるものである。⁽¹²⁴⁾

史料①⑥ パウルス断案録二卷一四章一法文⁽¹²⁵⁾

利息を給付することについての単なる合意約束が挿入された場合には、何の効果もない。すなわち単なる合意約束からは、ローマ市民の間には何らの訴権も生じないのである。

本法文の前半部分は、利息の給付に関する合意約束の効果について論じ、「何の効果もない」としている。この部分の具体的な意味として、「何らの訴権も抗弁も発生しない」「(主契約に由来する訴権も含め)何らの訴権も発生しない」「(主契約に由来する訴権を除き)何らの新たな訴権も発生しない」の三通りの解釈の可能性がある。この内、第一の可能性については、合意約束から抗弁が生じることは知られているので、排除することができる。しかし、第二と第三の可能性に関しては検討の余地がある。

従来、本法文の後半部分「すなわち単なる合意約束からは、ローマ市民の間には、何らの訴権も生じないのである。」は、「訴権」が生じないと述べているため、主契約に由来する訴権も含め何らの訴権も発生しないことを述べていると理解されてきた。このことから、ここでは主契約に由来する訴権の発生を導く付加的合意約束は問題とされず、後発的合意約束のみが扱われていると考えられ、第三の可能性は排除されてきたのである。⁽¹²⁶⁾しかしながら、本法文の冒頭部分で扱われている利息に関する合意約束が、通常、付加的合意約束として締結されていたことを考慮すると、⁽¹²⁷⁾前半部分はむしろ付加的合意約束について論じているものと考えられる。「何らの効力も生じない」とは「主契約に由来する訴権を除く何らの新たな訴権も生じない」と理解されるべきであろう。

この文脈から見ると、本法文の後半部分は、後発的合意約束のみを問題としていたのではなく、付加的合意約束をも含めた合意約束一般を念頭において記述されたものであると言える。

一般に合意約束からは何ら新たな訴権は生じないが、主契約に由来する訴権の発生を妨げるものでもない。これは、後発的合意約束に拠って主契約に由来する訴権が成立することを示唆するものと思われる。このことは、具体的には次の法文に見られる事例のような形で表われる。

史料⑰ 学説彙纂一九卷一章一一法文六項⁽²⁸⁾ ウルピアアヌス 告示注解第三二卷

ワインを買った者が、手付の名において一定額を与えた。その後、売買は無効であったと合意した。ユーリアアヌスは、手付が返還されるよう買主「訴権で」訴えられ得る、と言い、買主訴権は買いを解消するにも有効である、と言う。私は次のことを問う。もし指輪が手付の名において与えられ、しかも売買は実現され、代金は計算され、また物も引渡されて、「しかし」指輪は返還されない場合、どの訴権に拠って「指輪の返還を」訴えるべきであろうか。ある目的のために与えられ、この目的（*causa*）が終了したものとして不当利得返還請求されるのか、それともはたして、買主訴権で訴えるべきか。ユーリアアヌスも買主訴権に拠って訴え得ると言うであろう。もちろん、指輪は原因（*causa*）なく売主のもとにあるのだから、不当利得返還も為され得るであろう。

本文は、前半で反対合意に因って売買契約が解消された場合の、後半で履行に因って売買契約が消滅した場合の、手付返還請求の問題を扱っている。ユーリアアヌスは、それぞれの事例について買主訴権に拠る手付返還請求を認めているが、ウルピアアヌスはこれに付け加えて、不当利得返還請求（*condictio*）も可能である旨を述べる。この際の不当利得返還請求訴権は「終了原因故の不当利得返還請求訴権」であったものと思われる⁽²⁹⁾。

本稿においては、前半部分の反対合意に関する記述に注目すべきであろう。まずワインの買主が手付として金員を売主に与えた。この手付に関しては、売買契約締結直後に付加的合意約束として合意されたものと思われ、売買契約の内容となったものと思われる。その後売主と買主は「売買は無効であったと合意」⁽³⁰⁾、すなわち反対合意を為した。仮に、この反対合意から主契約に由来する訴権さえも生じ得なかったとするならば、買主は買主訴権に拠って、付加的合意約束で合意した、手付の返還を求めることはできなかつたであろう。しかしながら、ユーリアアヌスは手付返

還請求に関する買主訴権を認めている。すなわち、反対合意を契機として主契約に由来する訴権が発生しているのである。反対合意に因って、原契約に基づく債権債務関係は解消されるが、原契約に由来する訴権は存続し、当事者は原告としてもこれを行使することができたものと考えられる。

しかし、原契約に由来する訴権の射程範囲には、当然ながら限界がある。史料⑰学説彙纂一九卷一章一一法文六項（ウルピアヌス、告示注解第三二卷）の事例においては、手付に関する付加的合意約束が存在したため、反対合意後の手付返還についても買主訴権が発生した。これに対して、例えば原契約の本旨にしたがった履行の後、債務の履行として給付した物の返還を請求するためには、原契約に基づく訴権は発生しないであろう。原契約に基づく訴権が発生しない場合には、反対合意が合意約束である限り、その効力は抗弁付与に限定されるため、当事者は、原告として相手方を訴えることはできない。このことは、次章で検討する反対合意の要件との関連で問題となろう。

これまで検討してきたように、売買における反対合意は、反対行為概念が後発的合意約束の形をとったものであるから、新たな訴権を発生させる効力は有しない。しかしながら、これによって原契約に由来する訴権の発生が妨げられるものでもない。さらに、反対合意に因って発生する抗弁は誠意訴訟においては常に考慮され、反対合意は、この効力をもって必要かつ十分に売買契約解消の機能を果たしていたものと理解することが許されよう。

(1) *contrarius consensus* という用語は、法史料中二箇所（後出史料①、⑩）に見られるのみであり、同じ内容が様々な用語で表現されているため、ローマにおけるテクニカルタームではなかったものと考えられており、テクニカルタームとしての *contrarius consensus* はむしろ普通法学に由来するものと理解される（Rolf Knütel, *contrarius consensus* (Köln 1968) 「以下、

Knütel, *contrarius consensus*] 2 参照)。したがって、反対合意という用語が、古典期ローマ法学を反映するものか否かに関しては、検討の余地がある。売買以外の諾成契約における同種の制度を考慮すると、むしろ「反対意思」という表現の方が適切かもしれない。しかしながら、この問題の分析・検討には他日を期したい。

なお、ローマ私法に関する一般的記述としては、Max Kaser, *Das römische Privatrecht I*, 2 Aufl. (München 1971) [以下「Kaser RP I」]、その要点をまとめた Max Kaser, *Römisches Privatrecht*, 16 Aufl. (München 1992) の一〇版の邦訳である マックス・カーザー『ローマ私法概説』(創文社、一九七九年)(柴田光蔵訳)がある。また邦語文献では、船田享二『ローマ法』第三卷(債権)(岩波書店、昭和四五年)、原田慶吉『ローマ法』第二四版(有斐閣、平成四年) [以下、原田『ローマ法』] 参照。

(2) 反対合意の要件として、*res integra* とはほとんど同じ意味で *res non secuta* が用いられることもある。*res integra* と *res non secuta* との違いについては、第三章で *res integra* について検討する際に、詳しく分析する。

なお第二章までの記述においては、原則として、*res* (もの、こと)、*integer* (触れられていない、完全な)、*sequor* (追う、続く、実現する) の一般的用法のなから、その文脈に適した表現を用いることとし、テクニカルタームとしての *res integra* の厳密な意味を検討する第三章に備えることとする。

(3) 反対合意の定義としては Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (Philadelphia 1953) 408' Knütel, *contrarius consensus*, 1 参照。

(4) 第三章において述べるように、私見によると *res integra* 要件を満たす期間は「目的・目的物が完全な間」である。この解釈は通説の採る「履行前」という理解を排除するものではなく、むしろこれを取り込むものと言えよう。したがって、私見も、少なくとも「履行前」であれば反対合意が許されたことについて異議を唱えるものではない。

(5) 五頁に後述。

(6) 理論上は全ての諾成契約に反対合意が認められていたとする見解(反対行為説 九頁以下に後述)も、反対合意が実務上の意義を持つのは売買の場合に限定される、と考えており、売買における反対合意のみを分析する点では、売買以外の諾成契約における反対合意を否定する見解(後発的合意約束説 一〇頁以下に後述)とかわりはない。

(7) 一六頁以下および四〇頁以下参照。

(8) 委任の解約告知 (*renuntiatio*) については D. 17, 1, 22, 11 (32 ad ed.); 27, 2 (Gai. 9(10?) ad ed. prou.) 等、組合の解約告知に

のさしは Gai. Inst. III 151; D. 17, 2, 4, 1 (Modest. 3 reg.); D. 17, 2, 63, 10 (Ulp. 31 ad ed.)等々を参照。なお、委任の解約告知に関
 じ、拙稿『Zu Problemen der renuntiatio mandati bei Gaius』, Dieter Nörr / Shigeo Nishimura (Herg.), *Mandatum und
 Verwandtes* (Berlin 1993) 141ff. [以下、拙稿] 参照。
 (9) D, 50, 17, 35 Ulpianus 48 ad Sab.

*Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissoluere, quo colligatum est. ideo verborum obligatio verbis tollitur:
 nudi consensus obligatio contrario consensu dissoluitur.*

Otto Lenel, *Palingenesia Iuris Ciuilis I, II* (Leipzig 1889), [以下、Lenel, Pal.] Ulp. 2955.

本邦文壇のさしは Heinrich Siber, 'contrarius consensus', SZ 42 (1921) 68-102 [以下、Siber] 68' Heinrich Stoll, 'Die formlose
 Vereinbarung der Aufhebung eines Vertragsverhältnisses im römischen Recht', SZ 44 (1924) 1-85 [以下、Stoll] 7f. Giuseppe
 Grosso, 'L'efficacia dei patti nei "bonae fidei iudicia"', *Studi Urbinati*, Annol N. 3-4 (1927) [以下、Grosso 1] 8' Knittel,
contrarius consensus, 15f. 参照。

なお、本稿のさしは、学説彙纂のテキストをよびは Theodor Mommsen / Paul Krueger, *Iustiniani Digestorum seu
 Pandectarum I&II* (Berlin 1868) [以下、Mommsen, ed. mai.] を用いる。また法文の訳出はあたしは、*Corpus Iuris Civilis
 Iustinianei, I&III*, Lugduni, 1627 (Neudruck, Osnabrück, 1965, III 1966) 中の標準注釈 [以下、Glossa ord.] や、春木一郎
 『ユースティニアヌス帝学説彙纂プロータ』(有斐閣、昭和一三年)の邦訳(学説彙纂一巻〜四巻) [以下、春木『プロ
 タ』]、Henri Hulot / Jean-François Berthelot / Pascal-Alexandre Tissot / Alphonse Bérenger Fils, *Corps de Droit Civil
 Romain*, I 1803, II 1804 VII 1805, IX 1807 (Réimpression, Aalen 1979) [以下、Hulot et al., C.D.C.R.] の邦訳、Alan Watson
 (trans. ed.), *The Digest of Justinian*, I, II, IV (Philadelphia 1985) [以下、Watson, Digest] の英訳、Okko Behrends / Rolf
 Knittel / Berthold Kupisch / Hans Hermann Seiler, *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung*, II (Heidelberg 1995) [以
 下、Behrends et al., C.I.C.] (学説彙纂一巻〜一〇巻) の独訳を適宜参照する。

(10) 広中俊雄『契約とその法的保護』(創文社、昭和四九年) [以下、広中] 四頁。

(11) 例えば英法におおしは、considerationの有無によって、法の強制を受ける contract とこれを受けない単なる agreement
 とに明確に区別されている。

(12) 契約を示す contractus の語は、テクニカルタームとしては、共和政末期になってはじめて登場したと言われる。Fritz

Schulz, *Classical Roman Law* (Oxford 1951) 465ff. 広中一四八頁注二四参照。

(13) Gai. Inst. III 89.

Et prius uideamus de his, quae ex contractu nascuntur. harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut uerbis aut litteris aut consensu.

ガイウス法学提要三卷八九法文

さてまず我々は契約から生じるこれら(債務)について検討しよう。しかしこれらの種類は四つである。すなわち債務は物に因りまたは言語に因りまたは文書に因りまたは合意に因りて発生する。

(ガイウス法学提要のテキストは Emil Seckel et Bernhard Kübler, *Jurisprudentiae antequintianae reliquias in usum maxime academicum compositas a Ph. Eduardo Huschke I* (Leipzig 1908) [以下 Seckel et Kübler] に拠った。)

以下、訳文中の()および「」は筆者によるもので前者は注釈を、後者は言葉の上で補った部分を示す。

(14) 消費貸借 (mutuum) / 使用貸借 (commodatum) / 寄託 (depositum) / 質契約 (pignus) を含む。原田『ローマ法』一七七頁以下、Kaser, RP I 530ff. 参照。

(15) 問答契約 (stipulatio) / 嫁資の言明 (dotis datio) / 解放奴隷による主人への宣誓約束 (promissio operarum) を含む。原田『ローマ法』一七三頁以下、Kaser, RP I 538ff. 参照。

(16) 債権者の出納簿 (codex accepti et expesi) に、債務者にならうとする者の同意を得て、その者に支出した旨を記入することによって発生する。原田『ローマ法』一七六頁以下、Kaser, RP I 543ff. 参照。

(17) Carlo Augusto Cannata, 'Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligerungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit', *Collatio Iuris Romani. Etudes Dedicées à Hans Ankum à l'occasion de son 65^e Anniversaire* (Amsterdam 1995) 59ff. [以下 'Cannata, Obligerungsgrund'] 参照。なお同稿の邦語訳として、川島いづみ訳「古典期ローマ法学における市民法上の債務発生原因としての契約」専修大学法学研究所報 No.13 (一九九五年) 一九頁以下がある。

(18) 広中一七三頁。

(19) 諾成契約以外でも、無名契約 (contractus innominatus) や合意約束の解消は反対合意に因りて為され得た可能性がある。しかしながら、無名契約に関しては、これがすでに古典期に存在したか否かについて見解の分かれるところであるし、反対合意の有無にかかわらず、目的が成就されない場合には不当利得返還請求訴権が成立し、契約の解消如何が問題となる余地は限

られる。また、合意約束は通常は債務 (obligatio) を形成しないため、債務を解消する反対合意が問題となる事例もまた例外に止まる。したがって本稿では四種の諾成契約における反対合意を中心に扱うこととする。なお、林信夫「古代ローマにおける『無名契約』について」東北大学法学五三巻(一九九〇年)六号一四五頁以下や、Cannata, *Obligierungsgrund* は古典期に既に無名契約が成立していたと主張する。

(20) 方式書は、判決の基準となるべき規範を示したひな形的文書で、請求原因の表示 (demonstratio) 請求の表示 (intentio)、裁定付与 (adjudicatio) 判決 (condemnatio) の通常構成部分と、抗弁 (exceptio) 前書 (praescriptio) の特別構成部分から成る。原田『ローマ法』三八四頁以下、Max Kaser / Karl Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2 Aufl. (München 1996) 以下、Kaser, RZ] 149ff 参照。

(21) “bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt” (後註⑩ D. 18, 5, 3 (Paul., 33 ad ed.) ⑩ D. 2, 14, 7, 6 (Ulp. 4 ad ed.) 参照)。

(22) この他にも、特別に法務官法に拠って訴権発生の効力を与えられた、現存債務の履行の約束である弁済約束 (constitutum) 一定の結果を保証する引受契約 (receptum) などがある。原田『ローマ法』二一一頁以下、Kaser, RP I 583ff. 参照。

(23) 反対行為に関して、Detlef Liebs, ‘Contrarius actus. Zur Entstehung des römischen Erlaßvertrags’, *Symptotica Franz Wieacker* (Göttingen 1970) 111ff. 以下、Liebs] 参照。

(24) 例えば、Kaser, RP I 40, 230 参照。ただし、Dieter Nörr, ‘Spruchregel und Generalisierung’, *SZ* 89 (1972) 18ff. 頁五九頁において、対称原則は、現実には古くから妥当していたものの、ドグマとしては比較的新しいとする。

(25) 以上に関し原田『ローマ法』二二八頁、Kaser, RP I 634.

(26) *Gai. Inst.* III 169.

(27) 原田『ローマ法』二二七頁、Kaser, RP I 635.

(28) 原田『ローマ法』二二九頁以下、Kaser, RP I 635ff. またこのうち争点決定に関しては Kaser, RZ 285ff. も参照。争点決定をもって訴権消耗が生じ、与え (dare) 為す (facere) 義務は判決を受ける義務 (condemnari oportere) 判決後には判決を履行する義務 (iudicium facere oportere) へと変化するため、更改と同様の効果が生じ、当初の債権は消滅する (*Gai. Inst.* III 180)。なお、争点決定をめぐる問題に関しては、西村重雄「ウラサクの *litis contestatio* 論」(『民商法雑誌』六六卷

- (昭和四十七年) 三三頁一九頁以下、四三頁八四頁以下、五三頁九四頁以下参照。
- (29) 原田『ローマ法』一四七頁以下、Kaser, RP I 642, 644ff.
- (30) K. A. D. Unterholzner, Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung I (Leipzig 1840) 479' Adolf von Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts II (Erlangen 1854) 22ff.' Karl Czychlarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung (Prag 1871) 31ff.' Burkard Wilhelm Leist, Über die Wechselbeziehung zwischen dem Rechtsbegründungs- und dem Rechtsaufhebungsacte (Jena 1876)' August Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht II (Erlangen 1884) 469ff. [以下、Bechmann]
- (31) Siber (編註類(㊦)), 68-102.
- (32) Grosso 1 (編註類(㊦)), 29ff., Giuseppe Grosso, 'L'efficacia dei patti nei "bonae fidei iudicia"', Studi Urbinati, AnnolV N. 1-2 (1928) [以下、Grosso 2] 1ff.' II sistema romano dei contratti, 3 Aufl. (Torino 1963) 106ff.
- (33) Siber, 71, Grosso, 2, 5.
- (34) Siber, 80ff.
- (35) Siber, 72.
- (36) Grosso 1, 32ff.
- (37) Grosso 2, 42.
- (38) Stoll (編註類(㊦)), 1-85.
- (39) Knützel, contrarius consensus (編註類(一))
- (40) Stoll, 35' Rolf Knützel, 'Die Inhärenz der exceptio pacti im bonae fidei iudicium', SZ 84 (1967) 133-161. [以下、Knützel, Inhärenz]
- (41) Stoll, 2.
- (42) Stoll, 6ff. / 25ff.
- (43) Stoll, 77ff.
- (44) Knützel, contrarius consensus, 106.
- (45) Knützel, contrarius consensus, 116f.

- (46) Knütel, *contrarius consensus*, 121ff.
- (47) Antonio Guarino, 'Per la storia del "contrarius consensus"', *Laqueo* 14 (1968) 271-280. [以下' Guarino, Per la storia]
- (48) Guarino, Per la storia, 271.
- (49) Guarino, Per la storia, 277.
- (50) Guarino, Per la storia, 278.
- (51) Guarino, Per la storia, 278, 230 参照。
- (52) Guarino, Per la storia, 279.
- (53) Antonio Guarino, 'dissensus sociorum', *Studi in onore di Edoardo Volterra* 5 (Milano 1971) 135-149 [以下' Guarino, dissensus sociorum]
- (54) Guarino, Per la storia, 275.
- (55) Knütel のコメントは、その論評の要約として、評者の立場の多様性が窺われる。例えば' Giuseppe Grosso, SDHI 34 (1968) 403ff. 及び Alberto Burdese, *Index* 2 (1971) 341ff. 及び Knütel の区別の立場を採るが' Erich- Hans Kaden, SZ 86 (1969) 523ff. 及び 野村浩一。また 藤村 龍太郎 及び ' Juan Iglesias, *Derecho privado romano*, 8 Aufl. (Barcelona 1983) 534, Alberto Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, 3 Aufl. (Torino 1987) 576f., Heinrich Honsel / Theo Mayer-Maly / Walter Selb, *Römisches Recht*, 4 Aufl. (Berlin 1987) 267 及び 誠意訴訟における抗弁の ipso iure 効果を認める。しかしながら同様に Honsel / Mayer-Maly / Selb 及び Kaser, RP I 643, Pablo Fuenteseca, *Derecho privado romano* (Madrid 1978) 200, D. H. van Zyl, *History and Principles of Roman Private Law* (Johannesburg 1983) 356 と同様に' 反対合意は名称原則の現われである。』 J.A.C. Thomas, *Textbook of Roman Law* (Amsterdam 1976) 348, Herbert Hausmaninger / Walter Selb, *Römisches Privatrecht*, 7 Aufl. (Wien 1994) 397, Mario Talamanca, *Istituzioni di diritto romano* (Milano 1990) 643 及び反対合意に因る契約が締結されなかったと同様の効果が生じるものとしていえる。ちなみに' 近時の反対合意に関する記述 Pietro Cerami, 'Risoluzione del contratto (dir. rom.)', *Enciclopedia del Diritto* XL (1989) 1277ff. 及び 三つの説を並記したうえで' 反対合意の特徴が債権債務関係の *causa* を消滅させる点と *res integra* 要件を伴う点にあると述べるに止まっている。なお' 同稿に 'pactum ut habeatur' であるのは 'pactum ut abeatur' のようにあると思われる。
- (56) Kaser, RP I 192 参照。なお' Knütel 及び "contrarius consensus" 執筆当時は一般的であった方法論に問題があったという

認識の下、pactum 研究の進展を踏まえて、同書の改訂が必要であると考えるよう聞いている。しかし現在までのところ、その反対合意に関する基本的立場に変化は見られない。

(57) 原田『ローマ法』三八五頁以下、Kaser, RZ 240 参照。他に、法廷手続における法務官の役割を論じた邦語文献として船田享二「法務官の訴訟拒絶権」京城帝国大学法文学部京城法学会論集第一冊(刀江書院、昭和三年)一頁以下参照。

(58) ここで検討の対象とする史料は、Stoll が、反対合意を扱っている可能性がある法文として取り上げたものから、ユ帝法学提要からの法文(J. 3, 29, 4)と「合意に因る契約解消」を論じているのか必ずしも明確ならぬ法文(D. 12, 6, 23(Ulp. 43 ad Sab.); D. 20, 6, 10(Paul. 3 quae.))、それと組合せられる反対合意を扱っている可能性もある法文(D. 17, 2, 65, 3(Paul. 32 ad ed.))を除いたものに限る(Stoll, 6f. 参照)。なお同一法学者による法文は Lenel, Pal. の順による。

(59) D. 2, 14, 58 Neratius 3 memb. (Lenel, Pal., Nerat. 15)

Ab emptione uenditione, locatione conductione ceterisque similibus obligationibus quin integris omnibus consensu eorum, qui inter se obligati sint, recedi possit, dubium non est. Aristoni hoc amplius uidebatur, si ea, quae me ex empto praestare tibi oporteret, praestitisses et cum tu mihi pretium deberes, conuenisset mihi tecum, ut rursus praestitis mihi a te in re uendita omnibus, quae ego tibi praestitisses, pretium mihi non dares tuque mihi ea praestitisses: pretium te debere desinere, quia bonae fidei, ad quam omnia haec rediguntur, interpretatio hanc quoque conventionem admittit. nec quicquam interest, utrum integris omnibus, in quae obligati essemus, conueniret, ut ab eo negotio discederetur, an in integrum restitutis his, quae ego tibi praestitisses, consentiremus, ne quid tu mihi eo nomine praestares. illud plane conuentione, quae pertinet ad resoluendum id quod actum est, perfici non potest, ut tu quod iam ego tibi praestiti contra praestare mihi cogaris: quia eo modo non tam hoc agitur, ut a pristino negotio discedamus, quam ut nouae quaedam obligationes inter nos constituantur.

Glossa ord. I 270f. 以下最終行の“constituantur”ははなれた用語(58)の nudum pactum に因つて新たな債権債務関係や constituare に對する語や契くを。なお本法文は D. 1, 17f. Knütel, contrarius consensus, 44f. Reinhold Greiner, Opera Neratii (Karlsruhe 1973) 70ff. Vincenzo Scarano Ussani, ‘Ermeneutica, diritto e “valori” in L. Nerazio Prisco’, Labeo 23 (1977) 146ff., 159f. 参照。

(60) “id quod actum est”の訳として「為したこと」「行ったこと」とする可能性もあるが、この点は Behrends et al., C.I.C., 252

の見解を採用した。これに対し春木『プロータ』二七〇頁以下は“conventionē, quae . . .”を「従前の行為を無効ならしむる目的を以て締結せる約束に依りて」と訳しているが、この際の「行為」が法律行為なのか事実行為なのかは明らかでない。なお Hulot et al., C.D.C.R., I 175 の「行為」と翻訳している。

(15) D. 46, 3, 80 Pomponius 4 Qu. Muc. (Lenel, Pal., Pomp. 239)

Prout quidque contractum est, ita et solui debet: ut, cum re contraxerimus, re solui debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solui debeat. et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solui debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum soluit quod promisit. aequē cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolui potest.

本邦文の「ソル」 Siber, 69' Stoll, 13f' Grosso 1, 8f' Salvatore di Marzo, 'Saggi critici sui Libri di Pomponio ad Quintum Mucium', Labeo 7(1961)218ff., 246' Knütel, *contrarius consensus*, 10' Carlo Augusto Cannata, 'La distinctio re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique', Sein und Werden im Recht. Festgabe für U. von Lübtow (Berlin 1970)431ff. [本邦 Cannata, *distinctio*] 439f' Aldo Schiavone, *Nascita della Giurisprudenza*(Roma 1976)123ff. [本邦 Schiavone]' Werner Flume, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*(Paderborn 1990) [本邦 Flume] 50' Cannata, *Obligierungsgrund*, 59ff. 参照。

(16) Heumann-Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9 Aufl.(1907) (Neudruck, Graz 1958)152 は “dissentire” の「ソル」 “in bezug auf einen geschlossenen Vertrag einen entgegengesetzten Willen fassen und erklären” の「相反を認む」の「相反」を「相違」とし “dissensus” を *contrarius consensus* の「ソル」に「相違」を「対立」とし “dissensus” は “consensu” の語に「相違」を「対立」とし Schiavone, 123ff. の「相違」と「対立」を「相違」とし。

(17) D. 18, 1, 6, 2 Pomponius 9 ad Sab. (Lenel, Pal., Pomp. 541)

Condicio, quae initio contractus dicta est, postea alia pactione immutari potest, sicuti etiam abiri a tota emptione potest, si nondum impleta sunt, quae utrinque praestari debuerunt.

Glossa ord., I 1699 の「ソル」は「買頭の語“condicio”に付られた注釈(16)に、これが pactio を意味する旨を述べる。なお、本邦文に

- 〇三〇 Siber, 93' Stoll, 46f' Grosso 2, 29' Knittel, contrarius consensus, 86f. 参照。
 (35) D. 18, 5, 1 Pomponius 15 ad Sab. (Lenel, Pal., Pomp. 615)

Celsus filius putabat, si vendidisset mihi filius familias rem pecuniarem, etiam, si conveniat ut abeat ab ea venditione, inter patrem et filium et me convenire debere, ne, si cum patre solo pactus sim, filius non possit liberari et quaeratur, utrumne nihil agatur ex ea pactione an vero ego quidem liberer, filius maneat obligatus, sicuti, si pupillus sine tutoris auctoritate paciscatur, ipse quidem liberatur, non etiam qui cum eo pactus est. nam quod Aristo dixit posse ita pacisci, ut unus maneat obligatus, non est verum, quia pro una parte contrahentium abiri pacto ab emptione non possit: et ideo si ab una parte renouatus sit contractus, dicitur non valere eiusmodi pactionem. sed dicendum est patre paciscente et liberato aduersario filium quoque obiter liberari.

三三〇頁の“ex”は三三〇頁の“nam”と同じく Mommsen, ed. mai., I 536 註 Ann. 1 の“ex”を疑わねばならぬ。また Ann. 3 の“nam”や“iam”は三三〇頁の“提案するが”、三三〇頁の“同意を以り明快に示さるるものと言えよう”。なお、本文文三〇三の Siber, 95f. Stoll, 59f. Knittel, contrarius consensus, 93f. 参照。

- (36) 特有財産は、事実上は家子の財産であるが、法的には家父の財産の一部である (原田『ローマ法』二八二頁、Kaser, RP I 344 参照)。また、家子の債権者は、家子に対して訴権を行使するようになり、特有財産の範囲内では家父に対する訴権を取得する (actio de peculio 原田『ローマ法』二一七頁、Kaser, RP I 606 参照)。

- (37) Andreas Wacke, ‘Zur Lehre vom pactum tacitum und zur Aushilfsfunktion der exceptio doli’, SZ 90 (1973) 220ff. 註 1 四七頁の Celsus のこの見解は Proculus の見解 (D. 2, 14, 21, 2 (Paul. 3 ad ed.)) を採用したもののようで、Pomponius はこれを採らなかつた見解である (註 1 三三〇頁)。

- (38) D. 18, 5, 2 Pomponius 24 ad Sab. (Lenel, Pal., Pomp. 712)
 Si quam rem a te emi, eandem rursus a te pluris minorisue emerо, discessimus a priore emptione (potest enim, dum res integra est, conuentione nostra infecta fieri emptio) atque ita consistit posterior emptio, quasi nulla praecesserit. sed non poterimus eadem ratione uti post pretium solutum emptione repetita, cum post pretium solutum infectam emptionem facere non possimus.

Glossa ord., I 1758 の“non possumus”は採らなかつた (註 1) の、nudum pactum とは採らなかつた (註 1) の、

ne (Acc.)。なほ本文中の () を Mommsen, ed. mai, I 256no。本文文にのりて Siber, 92' Stoll, 21ff.' Knütel, contrarius consensus, 77' Plume, 50 参照。

(28) D. 18, 5, 5 pr.-1 Iulianus 15 dig. (Lenel, Pal., Iul. 247)

Cum emptor venditori vel emptori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur id agentis, ut a negotio discedatur et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quicquam peteret, sed ut evidentiis appareat, acceptilatio in hac causa non sua natura, sed potestate conventionis valet.

Emptio nuda conventionione dissoluitur, si res secuta non fuerit.

Glossa ord., I 1759 本文にのりては Mommsen 版と異なり、二行目の“...peteret”を一度文を切つて“Sed ut evidentiis appareat: acceptilatio...”と新たな文を続けしており、文意がヨリ明瞭となつてゐる。本文文にのりて Siber, 71, 73' Stoll, 22, 62' Grosso 1, 14ff.' Vicenzo Arangio-Ruiz, La compravendita in diritto Romano (Napoli 1956) I: 2 Aufl., II 「六」 Arangio, compravendita] II 220f.' Knütel, contrarius consensus, 20f., 32f.' Plume, 47 参照。

(29) 本文文に「合意」を表わす語として用ゐらるる conventio は、他の行為 (この行為は acceptilatio) を解釈した結果として「合意」を示してゐるものと思われ (D. 18, 5, 2 (Pomp. 24 ad. Sab.)' D. 50, 16, 219 (Pap. 2 resp.) 参照)。

(20) Arangio-Ruiz, compravendita, II 220f. のよひに Iulianus の見解を歴史的変遷の一過程ととらえる。すなわち、古典期初期の Labeo は、売買当事者の一方が他方に対して受領問答契約を為した場合、受領問答契約を受けた者のみが一方的に解放されるのであるが、古典期晩期の Paulus は、受領問答契約そのものの効力により、当事者双方ともが解放されるとしており (D. 46, 4, 23 (Lab. 5 pith. a Paul. epit.))、古典期盛期の Iulianus の見解はその中間な位置をとるものである。

(21) D. 18, 1, 72 pr. Papinianus 10 quae. (Lenel, Pal., Pap. 173)

Pacta conuenta, quae postea facta detrahunt aliquid emptioni, contineri contractui videntur: quae vero adiciunt, credimus non inesse. quod locum habet in his, quae admnicula sunt emptionis, veluti ne cautio duplae praestetur aut ut cum fideiussore cautio duplae praestetur. sed quo casu agente emptore non valet pactum, idem vires habebit iure exceptionis agente venditore. an idem dici possit aucto postea vel deminuto pretio, non immerito quaesitum est, quoniam emptionis substantia consistit ex pretio. PAULUS notat: si omnibus integris manentibus de augendo vel deminuendo pretio rursum convenit, recessum a priore contractu et noua emptio intercessisse videtur.

- Glossa ord., I 1725f. 参照。本論文のごとく Siber, 92' Knütel, *contrarius consensus*, 78f.' Knütel, *Inhärenz*, 144 参照。
- (72) このごとき二倍額の担保とは、追奪担保に関するものであると思われるが、追奪担保責任を負うのは売主であるため、これについての合意約束は、買主の責任の軽重を変更するものではなく、売主のそれを変更するものと言えよう。したがって“ueluti (例えば)”以下の部分と“sed quo casu (しかしこのような事例において)”以下の部分とは、必ずしも対応していないように思われる。
- (73) D. 46, 3, 95, 12 Papinianus 28 quae. (Lenel, Pal., Pap. 340)
- Si inter emptorem et venditorem conuenerit, priusquam aliquid ex alterutra parte solueretur, ut ab emptione discedatur, fideiussor eo nomine acceptus soluto contractu liberabitur.
- Glossa ord., III 1201 などのごとく末尾の語“liberabitur”は付された注釈②は、ipso iure の解放と per exceptio の解放の両方の可能性を示唆する。本論文のごとく Stoll, 49' Grosso 1, 12' Knütel, *contrarius consensus*, 28f. 参照。また、反対合意に因る保証人の解放のごとく D. 18, 5, 3 (Paul. 33 ad ed.) 参照。
- (74) D. 4, 2, 21, 4 Paulus 11 ad ed. (Lenel, Pal., Paul. 201)
- Si metu coactus sim ab emptione locatione discedere, uidentum est, an nihil sit acti et antiqua obligatio remaneat, an hoc simile sit acceptilationi, quia nulla ex bonae fidei obligatione possimus niti, cum finita sit dum amittitur: et magis est ut similis species acceptilationis sit, et ideo praetoria actio nascitur.
- 本論文のごとく Grosso 1, 26ff.' Knütel, *contrarius consensus*, 108 参照。
- (75) 原田『ローマ法』1111-1114頁' Kaser, RP I, 244f. 参照。metus とは「恐怖」の意。
- (76) D. 18, 5, 3 Paulus 33 ad ed. (Lenel, Pal., Paul. 512)
- Emptio et uenditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resoluitur, antequam fuerit res secuta: ideoque quaesitum est, si emptor fideiussorem acceperit uel venditor stipulatus fuerit, an nuda uoluntate resoluitur obligatio. Iulianus scripsit ex empto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt: an autem fideiussori utilis sit exceptio, uidentum: et puto liberato reo et fideiussorem liberari. item venditorem ex stipulatu agentem exceptione summoueri oportet, idemque iuris esse, si emptor quoque rem in stipulationem deduxerit.
- Knütel など Guarino の本論文に対する評価のごとくは既に述べたが、以下でも適宜検討する。なお本論文について他に

Siber, 77' Stoll, 10' Grosso 1, 10ff' Knüttel, Inhärenz, 135ff' Flume, 490 参照。

(77) D. 18, 5, 7, 1 Paulus 5 quae. (Lenel, Pal., Paul. 1324)

Si pupilli persona intervenit, qui ante sine tutoris auctoritate, deinde tutore auctore emit, quamvis venditor iam ei obligatus fuit, tamen quia pupillus non tenebatur, renouata uenditio efficit, ut inuicem obligati sint: quod si ante tutoris auctoritas intervenerit, deinde sine tutore auctore emit, nihil actum est posteriore emptione. idem potest quaeri, si sine tutoris auctoritate pactus fuerit, ut discedatur ab emptione: an proinde sit, atque si ab initio sine tutoris auctoritate emisset, ut scilicet ipse non teneatur, sed agente eo retentiones competant. sed nec illud sine ratione dicitur, quoniam initio recte emptio sit contracta, nix bonae fidei conuenire eo pacto stari, quod alteri captiosum sit, et maxime, si iusto errore sit deceptus.

Glossa ord., I 1760 の「stari」は「stari」の意味を、pactum の効力が発生せず、当事者は「これも解放された」の「stari」(Acc.)。本論文は「stari」Knüttel, contrarius consensus, 95f' Alfons Bürge, Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht (Zürich 1979) 「Bürge」Bürge] 199ff. 参照。

(78) 原田『ローマ法』三二五頁以下、特に三二〇頁参照。

(79) Kaser, RP I 276, Anm. 14 は「未成熟子の相手方は悪意の抗弁に拠って対抗し得る」とする。これは対して Bürge, 199f. が「未成熟子に不当な利得を許さないための retentio という制度が存在したものとす」。

(80) D. 2, 14, 7, 6 Ulpianus 4 ad ed. (Lenel, Pal., Ulp. 242)

Adeo autem bonae fidei iudiciis exceptiones postea factae, quae ex eodem sunt contractu, insunt, ut constet in emptione ceterisque bonae fidei iudiciis re nondum secuta posse abiri ab emptione. si igitur in totum potest, cur non et pars eius pactione mutari potest? et haec ita Pomponius libro sexto ad edictum scribit. quod cum est, etiam ex parte agentis pactio locum habet, ut et ad actionem proficiat nondum re secuta, eadem ratione. nam si potest tota res tolli, cur non et reformari? ut quodammodo quasi renouatus contractus uideatur. quod non insupliliter dici potest. unde illud aequae non reprobato, quod Pomponius libris lectionum probat, posse in parte recedi pacto ab emptione, quasi repetita partis emptione. sed cum duo heredes emptori exstiterunt, uenditor cum altero pactus est, ut ab emptione recederetur: ait Iulianus ualere pactionem et dissolui pro parte emptionem: quoniam et ex alio contractu paciscendo alter ex heredibus adquirere sibi

potuit exceptionem. utrumque itaque recte placet, et quod Iulianus et quod Pomponius.

本文文に対する学説の評価は非常に分かれている。Stollは、本文文を、反対合意を示すテクニカルタームが存在しなかったことを (Stoll, 3) 'pactum ut abeatur' が古典期に既に成立していたことの根拠法文として挙げる (Stoll, 36ff.)。これに対して Siber や Grosso は本文文がはなはだしい修正を受けているものと考ええる (例えば Siber, 90 は "Die ... Unsicherheit artet nun in D. 2, 14, 7, 6, Ulp. 242 zu einem wilden Chaos aus. ..." また Grosso 2, 37 は D. 2, 14, 7, 6 を引用した後 "Che questo passo rechi una forte impronta della mano giustiniana e fuor di dubbio." など)。なお Knütel は、修正の存在を指摘しつつ、契約の一部変更に関する法文として扱っている (Knütel, *contrarius consensus*, 71)。

(85) quoniam 以下の訳については Behrends et al., C.I.C., 229 を参考とした。この部分については "alter" を、二人の相続人のうちの反対合意を為した方ととるか、未だ債務を負っている方ととるかによって、異なる理解の可能性がある。すなわち、前者のように解し「他の契約においても全債務が解消となるわけではなく、合意約束を為した者のみが抗弁を取得するのだから」と理解することも、また、後者のように解し「今だ債務を負い続けている相続人の一人も、合意約束を為せば抗弁を取得することができるとのだから」と理解することも可能なのである。春木『プロータ』二二九頁および Behrends et al., C.I.C., 229 は前者 Watson, *Digest*, I 63f. は後者のように解しているものと思われる。

(82) 三頁の前頁。

(83) C. 4, 45, 1 Imp. Gordianus A. Licinio Rufino.

Re quidem integra ab emptione et venditione utriusque partis consensu recedi potest: etenim quod consensu contractum est, contrariae voluntatis adminiculo dissoluitur. at enim post traditionem interpositam nuda voluntas non resoluit emptionem, si non actus quoque priori similis retro agens venditionem intercesserit.

(発布年不明 但、ゴルティアーヌス三世 在位二二八〜二四三年)

Glossa ord., IV 1023 参照、特に注釈⁽⁸⁾は nudum pactum ではなく現実の行動が売買を解消するので抗弁は存在しないとす。本文文のごとく Stoll, 11ff. Knütel, *contrarius consensus*, 56 参照。

(84) C. 4, 45, 2 Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aurelio Felici. (a. 293)

Perfectam emptionem atque venditionem re integra tantum pacto et consensu posse dissolui constat.

1. Ergo si quidem arrae nomine aurum datum sit, potes hoc solum secundum fidem pacti recuperare.

2. Si nero partem pretii persoluiti, ad ea, quae venditorem oportet ex venditione praestare, magis actionem quam ad pretii quantitatem, quam te dedisse significas, habes.

本論文の(3)とGrosso 1, 29' Knitel, *contrarius consensus*, 40 参照。

(85) 史料① D. 19, 1, 11, 6 (Ulp. 32 ad ed.) 参照。

(86) Knitel, *contrarius consensus*, 116f.

(87) Guarino, *Per la storia*, 279.

(88) D. 46, 1, 60 Scaeuola 1 resp. (Lenel, Pal, Scae. 236)

Ubicunque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat, teneri fideiussorem respondit: cum vero genere nouationis transeat obligatio, fideiussorem aut iure aut exceptione liberandum.

学説彙纂四六卷一章六〇法文 スカエウオラ 解答録第五卷

債務者が債権者から自然「法上」の債務を残して解放される場合は常に、保証人は拘束される、と「スカエウオラは」解答する。ただ、更改の類に拠って債権債務関係が移転されたときは、保証人を、法かあるいは抗弁に拠って解放するべきである。

なお、Lenel, Pal, 292 Ann. 1 は本論文が頭格減少かあるいはウエレイウス元老議決に関する章に属したものである可能性を指摘する。

(89) (1)に分類された⑩ D. 18, 5, 3 (Paul, 33 ad ed.)冒頭、(2)に分類された⑩ D. 4, 2, 21, 4 (Paul, 11 ad ed.)が反対合意＝反対行為を示すのに対し、(5)に分類された⑫ D. 18, 5, 7, 1 (Paul, 5 quae.)は反対合意＝後発的合意約束を示す。

(90) (1)に分類された① D. 50, 17, 35 (Ulp. 48 ad Sab.)が反対合意＝反対行為を示すのに対し、(7)に分類された⑬ D. 2, 14, 7, 6 (Ulp. 4 ad ed.)は反対合意＝後発的合意約束を示す。

(91) (1)に分類された③ D. 46, 3, 80 (Pomp. 4 ad Qu. Muc.)が反対合意＝反対行為を示すのに対し、(5)に分類された④ D. 18, 1, 6, 2 (Pomp. 9 ad Sab.)は反対合意＝後発的合意約束を示す。

(92) (2)に分類された⑦ D. 18, 5, 5, pr. 1 (Iul. 15 dig.)が反対合意＝反対行為を示すのに対し、(7)に分類された⑩ D. 18, 5, 3 (Paul. 33 ad ed.)の Iulianus の引用部分は反対合意＝後発的合意約束を示す。

(93) ⑮ C. 4, 45, 2 pr. (Impp. Diocletian. & Maximian., a. 293)は反対合意の原則を述べているが、反対合意＝合意約束がその前

提となっているように思われる。

- (94) “*Emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta. ...*”
- (95) 保証人は売買契約締結の際に合意を為した当事者ではないため、保証人にまで反対合意の効力が及ぶか否かについては検討を要したものであろう。また、問答契約は単なる意思に因って (*nuda voluntate*) 成立するものではないため、売買契約債務が問答契約債務となった場合には、通常は合意に因って成立した債務を解消するに過ぎない反対合意が、どこまでその効力を拡大することができると問題とされたものと思われる。
- (96) “... *ideoque quaesitum est, si emptor fideiussorem acceperit vel venditor stipulatus fuerit, an nuda voluntate resolvatur obligatio. ...*”
- (97) “... *Iulianus scripsit ex empto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt: an autem fideiussori utilis sit exceptio, videndum: et puto liberato reo et fideiussorem liberari. ...*”
- (98) 注(88)参照。
- (99) “... *an autem fideiussori utilis sit exceptio, videndum: ...*”
- (100) “... *item venditorem ex stipulatu agentem exceptione summoneri oportet, ...*”
- (101) “... *ex empto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt: ...*”
- (102) ③ D. 46, 3, 80 (Pomp. 4 Qu. Muc.)「...売買や賃約が契約されたときも同様である。つまり単なる合意に因って契約され得るのだから、反対の合意 (*dissensus*) に因ってもまた解消され得るのである。」① D. 50, 17, 35 (Ulp. 48 ad Sab.)「...単なる合意の債務は反対合意に因って解消される。」
- これに対して⑭ C. 4, 45, 1 (Imp. Gordian.)および⑮ D. 18, 5, 3 (Paul. 33 ad ed.)は売買にのみ言及している。
- (103) ⑩ D. 4, 2, 21, 4 (Paul. 11 ad ed.)「私が買入または賃約から離脱するよう、恐怖に拠って強制された(強迫された)場合、...」は反対合意の範囲を賃約にまで拡大するが、⑦ D. 18, 5, 5 pr. (Iul. 15 dig.)「買主が売主にまたは買主に売主が受領問答契約を為した場合に...」。
- (104) ⑥ D. 18, 5, 2 (Pomp. 24 ad Sab.)「...すなわち物事が手つかずである (*re integra*) 限りは、我々の合意に因り買いは無効とされ得るのである...」⑧ D. 18, 1, 72 pr. (Pap. 10 quae.)「後に作られた合意約束で何かを買いから取り除くことを合意したものは、契約に含まれると見られる。」⑨ D. 18, 5, 1 (Pomp. 15 ad Sab.)「...その売買から離れるよう合意する場合...」⑥ D. 46,

3, 95, 12 (Pap. 28 quae.)「買主と売主の間で、何らかのものが当事者の一方から弁済される前に、売買から離脱しよう合意した場合…」。

(105) ④ D. 18, 1, 6, 2 (Pomp. 9 ad Sab.)「…ちょうど双方「当事者から」給付されねばならなかったことが未だ履行されていない場合、買い全体からも離れられ得るようだ。」⑤ D. 18, 5, 7, 1 (Paul. 5 quae.)「…買いから離脱するよう後見人の助成なく合意約束を為した場合…」⑥ C. 4, 45, 2 pr. (Impp. Diocletian. & Maximian., a. 293)「さらに、完成された売買も物事が手つかずの間は (re integra) ただ合意約束と合意のみ因って解消され得る」とは「一致している。」⑦ D. 2, 14, 7, 6 (Ulp. 4 ad ed.)「…部分について買入からも離脱し得る…」。「…しかし買主に二人相続人がおり、売主が一方と買いから離脱するよう合意約束を為したとき…」

これに対して⑧ D. 2, 14, 7, 6 (Ulp. 4 ad ed.)の冒頭部分は「しかしまた「例えば」買いおよび他の誠意訴訟において、未だん」とが実現していない (re non secuta) 限り、買いから離脱され得るものと定まっているように、同じ契約に由来する抗弁で後に作られたものは、誠意訴訟に含まれる。…」として反対合意の適用範囲を売買以上に拡大している。

(106) “Ab emptione uenditione, locatione conductione ceterisque similibus obligationibus quin integris omnibus consensu eorum, qui inter se obligati sint, recedi possit, dubium non est. …”

(107) Guarino などの唯一の例外である。

(89) Rolf Knüttel, ‘Zum Prinzip der formalen Korrespondenz im römischen Recht’, SZ 88 (1971) 67-104. [Zur ‘Knüttel, Formale Korrespondenz], 87f.

(60) Kaser, RP I 634 ⅡⅢの Anm. 1 を参照。

(10) D. 46, 4, 19, 1 (Ulp. 2 reg.)参照。また、受領問答契約が実務上領収目的で用いられていたことについて Knüttel, Formale Korrespondenz, 88ff. の 56 の脚注に按じ、Liebs, (前掲 23) 132ff. の疑問を投げかけている。

(11) “quod ego tibi promisi, habesne acceptum ?” - “habeo.”

(12) Kaser, RP I 641.

(13) Knüttel, Formale Korrespondenz, 98f.

(14) Kaser, RP I 546.

(15) Liebs, 136ff. の同じ立場に立つが、その根拠を “acceptatio ferre” という用法の分析から、受領問答契約は文書契約にお

ける受領の記入より発展したという独自の見解に置いている。

- (116) *imaginaria solutio* 注(26)参照。
- (117) 一四頁以下に前述。
- (118) Siber, 71 はこのような取り決めが反対合意に発展したものと考える。
- (119) この問題は *res integra* 要件の存在理由との関係で次章において説明する。
- (120) 例えば Stoll, 35 参照。
- (121) Bechmann, 472.
- (122) 三七頁以下に前述。
- (123) Guarino, *Per la storia*, 279.
- (124) 例えば Kaser, RP I 527 参照。合意約束から訴権が生じない旨を規定する法文としては、他に D. 2, 14, 7, 4 (Ulp. 4 ad ed.)、C. 2, 3, 10 (Imp. Alexander, a. 227) がある。
- (125) P.S. 2, 14, 1.

Si pactum nudum de praestandis usuris interpositum sit, nullius est momenti; ex nudo enim pacto inter ciues Romanos actio non nascitur.

パウルス断案録は Paulus の著作を要約してまとめたものであり、恐らく三世紀末には成立していたであろうと言われているが、卑俗法の影響を強く受け、多大の修正を受けていると言われる (Gerhard Dulckeit / Fritz Schwarz / Wolfgang Waldstein, *Römische Rechtsgeschichte* (ein Studienbuch) 9 Aufl. (München 1995), 294 参照)。しかしながら *pactum* なる *obligatio* ではなく *actio* が生じないことについては、むしろ古典法を反映するものと言われる (Knütel, *contrarius consensus*, 62f.)。本稿では、後発的合意約束から抗弁以外は生じないとする通説的見解にくわすかな変更を加えるよう試みるため、通説的見解の根拠法文である P.S. 2, 14, 1 をあえて取り上げる。なお、テキストは Seckel et Kübler II による。

(126) Kaser, RP I 527 は “Dab ein selbständiges pactum keine *actio* entstehen läßt, wird wiederholt betont. (独立の合意約束が訴権を成立させないということは、繰り返し強調される。)” とするが、この *selbständiges pactum* (独立の合意約束) とは後発的合意約束のことであると思われる。

(127) 消費貸借等の厳正行為に伴い利息を設定する場合には問答契約に拠りこれを定めることを要したが、売買契約等の誠意行

為においては、利息は付加的合意約束に拠って定められることが一般的で、原契約に基づく訴権に拠って請求され得た (Kaser, RP I 497' 原田『ローマ法』一五六頁' D. 2, 14, 7, 5(Ulp. 4 ad ed.)参照)。

(28) D. 19, 1, 11, 6 Ulpianus 32 ad ed. (Lenel, Pal., Ulp. 931)

Is qui una emit arrae nomine certam summam dedit: postea conuenerat, ut emptio irrita fieret. Iulianus ex empto agi posse ait, ut arra restituatur, utilemque esse actionem ex empto etiam ad distrahendam, inquit, emptionem. ego illud quaero: si annulus datus sit arrae nomine et secuta emptione pretioque numerato et tradita re annulus non reddatur, qua actione agendum est, utrum condicatur, quasi ob causam datus sit et causa finita sit, an nero ex empto agendum sit. et Iulianus diceret ex empto agi posse: certe etiam condici poterit, quia iam sine causa apud uenditorem est annulus.

なお、"utilemque esse actionem ex empto etiam ad distrahendam.. emptionem"は、拙訳においては、"utilis esse ad"ととり、「買主訴権は買いを解消するにも有効である」とした。たしかに、準買主訴権が古典期晚期には既に存在したとする見解もある (Kaser, RP I 638) が、手付に関して付加的合意約束が為されていた場合には、その返還は買主訴権に拠って請求され得るので、これを扱う本論文においては、準買主訴権については考慮するまでもないものと判断した。

また、Okko Behrends, 'Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht', SZ 95(1978)187ff. の二〇〇頁以下は、Sabinus派の Iulianus が、本来ならば物の給付と対価の支払に適用されるべき売買訴権を、解釈の結果、手付の返還のために認めた事例として、本論文を挙げている。Behrends はここで、付加的合意約束による買主訴権の発生を考えていなかったようである。また、Flume, 46f. は、本論文を根拠として、たとえ履行後の反対合意が認められていたとしても、すでに引渡された物の返還については不当利得返還請求権が成立し得たはずであると主張している。本論文については他に、Stoll, 53f. Grosso 1, 28' Knützel, *contrarius consensus*, 37f. 参照。

手付返還請求の問題を扱う論文としては、他に史料⑤ C. 4, 45, 2, 1-2(a, 293)がある。

(29) Ulpianus による不当利得返還請求訴権についての言及が、本論文の全体に関わるものなのか、または、後半の売買の履行に拠って債権債務関係が消滅した事例のみに関するものなのかについては、議論の余地があらう。例えば、Fritz Schwarz, *Die Grundlage der conditio im klassischen römischen Recht* (Münster 1952) [ビルド Schwarz] 212ff. Knützel, *contrarius consensus*, 42' Flume, 46f. は前者の理解を採るが、後者のように理解する可能性も必ずしも否定できないと思われるからである。

(130) 原田『ローマ法』二〇六頁下、Kaser, RP I 592ff. 参照。

(131) “... conuenerat, ut emptio irrita fieret. ...”

(未
完)