九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

ローマ諾成売買契約論 : 特に買主危険負担原則について

Reuven Yaron
Emeritus professor, Faculty of Law, Hebrew University

https://doi.org/10.15017/2330

出版情報：法政研究. 70 (2), pp.95-116, 2003-10-20. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

講演

ローマ諾成売買契約論

――特に買主危険負担原則について――

レウヴェン・ヤロン

本稿は、私の心に生き続ける恩師でまた友人であるDavid Daubeと共同で書かれたものである。その内容についてDaubeと議論しえないのは、何とも残念なことである。Daubeは良しとしてくれるであろうか。私に知るすべはない。私の出来ることはこの問題に関心をもつ人々（まずは、Daubeの友人・門下生）に私の見解を示すことのみである。

＊　＊

本稿を許される分量に収めるためには、明確に定めた問題に絞ることが不可欠である。導入部は殆ど電報の如く簡潔にならざるをえない。

他のところでと同様ローマにおいても、売買には先立つものがある。すなわち、物々交換、ある動産と他の動産（例えばロバ一頭とワイン一樽）の交換である。（実際、物々交換は今日まで存続し、おそらくは、極めて僅かなものとなったとしても世の終りまで続くであろう）。その取引に対して有する両当事者の役割は同一である。すなわち「物々交換者達」の間に相違はない。はるか後になって（どの位の年月かは各自の推測に委される）、あるところで、だれか

が、交換目的物の一方（我々の例ではワインまたはロバのどちらか）を、代りのもの――好ましくは少し稀れな（あるいはそう稀れではない）金属――とすることによってその過程を容易にするという考えを思いついた。これが生じた時に、当事者達の間に区別が生れた。すなわち、「真の」目的物を提供する者が「売主」、これに応えその代償に金属を与える者が「買主」となる。

物々交換について論じ去る前に、物々交換のいくつかの特色が初期売買法に引継れていることに注目すべきである。とりわけ留意すべきは、物々交換および初期売買のどちらともにある同時性である。つまり、「売却」「譲渡」の概念は同時の出来事を指し、ひとつで同じものである。同じことがこれ対応する「買入」「取得」についても言える。日常用語ではその場合、この取引を「現金売却」「現金購買」（現実売買 Barkauf）と言う。今日においてさえ、日常的な小売り取引では、同時に起るのが主流である。大部分の事例では、購入と〔所有権〕取得を区分する必要も目的も機会もないのである。

しかしこれは絵面の一部分にすぎない。ほどなく、真性単純な現実売買がその答を与え得ない状況が生じた。本稿が焦点をあてて論ずるのは、両当事者が共に取引を欲しながら、あれやこれやの（主観的ないし客観的）理由から両当事者がすぐにはその実行する用意がなく、長いか短いかいずれにせよ延引期間があるという事例である。〔例えば〕売主の側で、売却企図の目的物が近辺からかあるいは遠方からか未だ輸送の途中にある。また、買主の側で、支払につき困難がある場合、すなわち、売主が信用を与えることに同意せず、また、買主が直ちには他の融資先を見い出し得ないなら、（状況によって）取引全体の延期の合意が望まれあるいは不可避となる。これほどまでに重要でないが、日常の商業ではより頻度が高く面倒なのは、その他の前提条件ないし障碍がある場合である。すなわち、現実売買は売主および買主が同じ場所に同時にいることを要件とする。また、目的物が売主から買主に手渡されねばならない。両当事者が同じ場所にいたとしても、目的物が偶まどこか他所にあると売主から買主に渡せない。これらの場合両当事者が共有する

共通の目的は全く問題がないが、それに効果を付与するに不可欠な法的手段が欠けていることになる。現実売買が上述のさまざまな状況を処理しえないとしたら、どういうこととなろうか？[1]

諾成契約――そのうち売買が最重要――は、ローマの内外取引のこれらの（およびその他の）益々増大の要請に応えて生まれた。かかる意義深い革新がどのように生じたか暗やみに包まれているのは驚きである。我々はその時代（おおよそでも）についてもそれを動かした人物についても何も知らない。ローマ法を教える者並びに研究者は諾成契約について熱を込めて語るのを常とする。実際後で見るように、そうする理由は十分理解しうるものである。契約法序論において、諾成契約は発展過程の極みとして称讃される。すなわち、要物契約に始まり、形式の要素に重点のある型（言語契約[2]、文書契約）を経て、最後のグループの〔諾成契約たる〕四契約に至り、これらは合意のみにもとづきすべての形式的要件を放棄した、と。[3] 四種の諾成契約――すなわち、売買と他の三種（賃約 locatio conductio、組合 societas、委任 mandatum）――の出現は形式に関する要件をすべて外したので、概念としてはたしかに前進であった。たとえそうであるとしても、この進歩が、目を開いて、考究する義務から我々を解放するものではない。[4]

最も重要であり細かな点まで及んだ発展が売買の領域で生じたのに対し、他の三契約は僅かに変化の風を蒙ったに止まった。四契約はすべて、取引の現実的履行に先立つ時点での法的拘束の承認という点で到達点を共有する。売買以外に三種の〔諾成〕契約が存在することを確認したのち、我々は、本稿の目的として、売買のみに焦点を絞ることにする。一連の本質的要素、それは主として、目的物の特定と支払代金の決定であるがそれが一旦合意がなされると、契約は効力を有するものとなり、その違反は相互の〔法的〕請求を発生させる。[5] その際、ここで、新しい考えが新しい救済方法をもたらす。

諾成売買の創出に基礎となる技術は何であったのか。ローマの法学者が選択した方法は――少なくとも後知恵では――驚くほど単純である。取引が本質的に単一体であるという観念を放棄した。取引は今や〔基礎となる契約と所有権

譲渡という〕二つの構成部分に区別され、それぞれお互いが出来るかぎり離れたものと構成された。第一の構成部分は明らかに新しい。すなわち、形式に関し一切の要件なしに最終合意が「拘束力ある」契約として認められ、「完全な」ものと記述され、所有権移転が未だ可能でない上述の事例に対する答えとして提示された。ある種の悩みのない無頓着さで、この新たに創造された契約は債権法でその位置を占め、諾成契約類の頭として指導的役割が与えられた。実際のところ、次のことに考えが及ぶと、この変化が提示される仕方にいくらかの誇張があることになろう。すなわち、この意思の一致はそれまでもずっと存在していたのである。合意なしには〔所有権〕譲渡はありえなかった。しかし、〔この合意は〕つつましく、背景にとどまり殆ど隠れていた〔にすぎない〕。

第二の構成部分は「譲渡の態様」に当てられ、所有権法に属する。この部分は、以前は唯一の重要なことであったが、その優位から降り、「単なる」形式となってしまった。これは重要物（手中物 res mancipi）の儀式による引渡、すなわち、新所有者への（握取行為 mancipatio もしくは法廷譲与 in iure cessio による）譲渡から成る。これに対して、それほど重要でない目的物は非公式の手渡し（引渡 traditio）により譲渡される。

この新しい考察方法のもとで、二つ構成部分、基礎となる契約とその最終的帰結すなわち〔所有権〕譲渡は、お互いに区分され、新たな独立の合意に照明をあてることとなった。[6] おそらくは、ここに、握取行為、法廷譲渡の消滅に終局的に至る過程の種子が播かれたのであろう。その過程は、数世紀にわたって続いたのである。カクシテ世界ノ栄光ハ失セリ Sic transit gloria mundi。

最後の基本的疑問。これらすべてはどのようにして生じたのか。ある答は極めて長い期間にわたる漸次の進展を考える。[8] この答ならば個人の名が全く現れないことに関する私を悩ました疑問もまた処理することになろう。このような可能性を私は一切否定しようとするものではないが、それはあまりに単純であるという感じをもつ。私が示唆したいのは、この変化は漸次の発達の割にはあまりに洗練されすぎているということである。むしろ、ある決定的に重要な一歩がな

され、それがのちに重要な変更をもたらし、ローマ売買原理を新しい方向に導いた、というのもありえよう。しかしこれは深入して追い続ける点ではない。

私はここで、比較の道を採って、ローマの達成したことをより正確に評価しようと試みたい。二つの観点を峻別し、区別して考察すべきである。すなわち、一方は、解決を要した問題、他方は、選択され適用された方法。我々は、本稿の冒頭に（恣意的に）一つの問題のみに焦点をあて、それに対してローマ法学者の与えた解答の仕方を見たところである。非常に早い時代に遡る普遍的な同じ問題に、ローマ以外の場所ではどのように処理されたかを見るのが我々の課題である。ローマのやり方は賢明な理論的根拠に基づいていた（我々は既にこれを認め、また、感服さえしたところである）。その独自性は繰返し強調されている。ローマ以外のところ（ローマ人自身も近代の研究者もよく知るところの同時代のギリシャおよびヘレニズムの資料にみられる）、あるいは、以前の時代（当時には大部分知られず、今日でも僅かしか知らない）にあったのは、手付arrabon（略して arrha）[9]という一語に象徴されるもので、これはかすかな軽蔑を込めて「実務」という見出語のもとにたばねられた。

私は理論と実務の相違があることを認める。[10] また――場合によっては――現実（ないし実務）に対し理論的説明を見出すことは満足を与えるであろう。更に、理論は知的努力の熱心さおよび（望むらくは）その成功に基礎を置くという見解を私は進んで受入れるものである。我々が知る限りローマ人が諾成契約を編み出した（つまり、「純粋」ローマ法――我が同学の者のいく人かの心をとらえて離さない観念――の一例を提供する）という歴史的事実を疑いあるいは軽視する意図は私にはない。しかし、古代世界の他の法体系に諾成売買契約がないことにはおそらく、別の簡単な説明が存在する。すなわち、非ローマ世界がそれを必要ないし有用と考えなかった、彼らはそれなしで十分うまく対処した、ということではないであろうか。この方向を示唆するのは、地中海周辺地域のどこにも諾成契約を急いで採用する傾向が見られないことである。ローマの態度が諾成売買契約の登場を印象づけるのは、数世紀に及ぶローマの支配の後比較

的遅い時期のことにすぎない。[11] 非常に低い凡庸な水準で、これらの問題に一次的にかかわる階級である商人達は、原則にではなく、実務問題の実務的解決に関心がある。商人達はこれをよく理解し、それ以上は問わない。

商人達は[12]ローマ人であれ、その異国の先人・同業者等らであれ、また、どの場所であれ、何を期待していたか。[13] おそらくは本稿の目的を超える基本的な問題であるが、この場で言及せずに済ますにはあまりに重要である。それは国外に取引に出掛ける商人達が自らの生命とその持物の安全について感じたに違いない懸念である。これらの問題は実際のところ商人法の規制を超えている。それらは、国家間条約においてのみ取り扱われる。[14]

付加すれば、商人達は二つの主たる要請を共有する。その第一は確実さ、すなわち、売主・買主を相互に拘束する手段、たとえ明言された意図の履行が当初からのちの時点に延ばされていようと、両当事者がその約束を遵守することを保証する方法を見出さねばならない。ローマの答えは、諾成売買である。買主に移転する特定物の決定並びに売主に支払われるべき代価（両当事者に供与される二次的救済策も含む）について合意することによって、契約は直ちに拘束力を持つ。

商人の要請の第二は、その生来的本能的訴訟嫌悪によるものである（「法律家ハ居ラヌガヨシ absit iurisconsultus」はその標語であったであろう。数千年後に劣らず早い時代も同じであった）。すなわち、訴訟がすべては回避しえないものなら、少なくとも最小限に止むべし、と。有効な救済策・手だてを提供（ないし承認）することによってかかる期待に法が応えるのがその方法であり、それについてはのちに細かく検討することになる。

ローマが登場するよりはるか以前に地中海東部世界は発展し成熟していた。ギリシャ人はどのように訴訟の問題に取り組んだか。その解決は手付 arrha の用語で表示される取り決めに集中していた。[15] 手付は予定買主の行う前払いである。その性質、正確な定義に悩む必要はない。この方策に達した者達は自分達の問題に実際的答えを探し（かつ発見し！）たのである。彼らは理論的考察の能力を備えたものでもそれを気にしたものでもない。実際のところ、それは法

原則に対する実務の勝利とはみられるべきでない。〔実務と法原則〕両者の意識的ないし無意識的競争を考えるには、単純に、あまりに時期が早すぎる。

次のいくつかの特徴が重要である。目的物および価格を当事者が合意することが必要である。また、前払いの金額についても合意が必要である。その金額については両当事者は選択の自由を十分に有する。予定買主がその約束の実行に応じなかったときは、与えられた金額は没収される。しかし、自動的に――同一水準において――売主が返却すべき額が定められる。[16] 手付が高額であればあるほど、両当事者各自の拘束は強いものとなる。賭金が高ければ、その離脱の負担も重い。他方、手付が実際には極めて少額、単なるしるしであるなら、両当事者は現実には行動の自由を保持していることとなる。

ローマ法の契約に立戻ると、約束違反の帰結は失望に値する。違反者は実際、相手方に与えた損害を賠償すべきである。しかし、友好的解決がない場合には、この損失は裁判所で確定されねばならぬ（それ自体重荷である）。また、しばしば〔裁判所で〕確定の金額は期待はずれの少額である。このことは、両当事者間に生じた拘束は大抵むしろ限られた効果しかないことを意味する。信義 bona fides の理念ないし理想、売買の領域で重要かつ歓迎すべき革新は、違約により当事者が蒙った現実の損害についての裁判官の査定に影響を与えるものでなかったのであろう。[17]

さらに注記すべき点は契約が本当に〔完全なものに〕達したのかに関する疑い、不確実さである。形式からの自由に対してあまりに多くの注目がなされ、その結果合意の存在そのものが場合により疑わしいこととなる。ここで、ローマの契約は時としてギリシャの手付の助けを借りたのかもしれぬ。これはローマの史料において手付に証明的役割のみ付与されていると現代の学者が述べることによって知らず知らずに強調するところである。[18]

以上が、ギリシャおよびローマの取扱いについての一般的言及である。要約すると、(イ)最大の確実さの供与、(ロ)訴訟の必要の制限、の二つの点においてギリシャの確立した手付はローマの新たな解決に対し優位を占める。手付は当事者

双方の必要と希望によりよく適合した。ローマの諾成契約が提供するより、はっきりした明確かつ公平な解決策を供した。また、訴訟の必要が大幅に限られる。すなわち、買主不履行から生ずる金額はすでに前払いで供与されている（ので請求を要しない）。逆に、売主が支払うべき金額は、〔買主から〕前払いを受領することで既に決まっている。裁判の介入は争いのない金額（受領したものの二倍）を支払わせるためのみ必要となるのが普通である。

ローマの法学者は、売買その他の諾成契約を推進するに熱心であり、当然のことながら手付に対して冷淡である。法学者は手付を支持ないし推進することはなかったが、（すでに見たように）証拠として使うという良い感覚を有していた。手付は、証拠としての意味を超えて頼ることを自ら望んだ者にはそれが許され、利用されうるものであった。また、手付が秀れた特色をもつことはローマ支配の数世紀、長い年月をずっと通じて生き残り、またユースティーニアーヌス帝のもとでの優勢という注目すべき復活をしたことに示されている。手付はちがった形で、さまざまな領域で今日まで存続し続けている。

先に簡潔に触れたひとつの話題、すなわち、法原則対実務について最後に言及したい。この両者が合致することが時々起こる。そうであれば良いことである。両者が反対方向に向くとしても選択の苦しみは決してそれほど負担となるものでない。実務が公平で我々の正義の感覚と矛盾しないかぎり、私は原則よりも実務をたいてい優先したい。本稿のこの部分をヘルモゲニアーヌス学説彙纂一巻五章二法文（書簡集一巻）のある傍論の引用によって閉じたい。ヘルモゲニアーヌスは我々に「すべての法は人間のために立てられたものである」こと――そしてその逆でないこと――を思い起こさせる。これは記憶に留めるに値する言明である。

通説とは異なる私の見解を支持するものを、ローマ法ギリシャ法双方に精通するPringsheimの著作中に[19]見出すと私は考える。彼の著作から簡潔に引用する。[20]

「本来の意味での学問的法思考は第二期のローマ法に限定される。……にも拘らず、ギリシャ法が実生活の要請を満足させえなかったのではない。ローマ人のそれのような法学は活発な法進展、いまある法原則を新たな、かつ複雑な経済状況に適応させるために不可欠な条件ではないことは強く述べねばならない。厳格に学問的な法学、すなわち、ローマ法学のみが法生活を規律しうるという想定は、ひとつではない多くの歴史的過程を理解する邪魔となった。……ギリシャの法的想像力は売買のより進歩的・抽象的理論を生むのに十分なほどには活発でなかった。現実売買の観念は売主、買主に強制可能な義務を生む拘束力ある売買契約という観念にとって代わられることが決してなかった。しかし、創造的精神のこのような欠如は公証人の知慧の豊かさと方策発見の驚くべき技巧によって補われた。法的実生活は最後には悪い結果にならなかった」。

Pringsheim は更なる努力を必要とする多数の問題を列挙する。引き続き次のように述べる。[21]

「これらの実務的考慮が手付金の経済的起源である。両当事者がある何かを危険にさらすのであるから、双方がこの危険に対し同じ保険を与え受け取るのが適切である。予定買主が予定売主に代価の一部を与え、不履行の場合は買主がその手付金を喪失し、売主は二倍額を返却すると合意されたなら、危険は平等である」。

我々の一般的考察はこれで終わる。我々はこの短かな〝千里行〟からローマに戻る。売買というローマの基本的諾成契約のすぐあとに、更に付随的展開が続いた。それらの発展は諾成売買が誘因となり、それなしには生じなかったであろうが、そのいずれも不可避な帰結ではなかった。（下記の第一、第二の）両点は言及に値するが、長くはかからない。最後（第三）については立入った注目を要する。もっとも――直ちに付言すべきは――本当の重要性（というものは実

際は限られたものかもしれない）の故ではなく、学者達の論争が生んだ（光というより）熱のためである。

第一点。他人物の売却。基本的合意と譲渡が必ず結びついている体系内ではこれを想定することは意味がない。何人も自分の所有物でないものを移転しえない。しかし（新たに確立した）〔諾成〕売買契約は他人物売却を可能とすることとなった。

かかる驚くべき革新は、それが可能であるという単なる事実に留ることはありえない。むしろある具体的必要に応えることが期待されたのであろう。ここにBucklandの短い評言がある。[22]

「第三者の所有物の売買を阻止するものはなにもない。それを〔実際に〕実現することは困難かもしれぬが、それは売主の落度である。かかる売買は、事実をすべて知った上で、誠意の中でなされることは明らかである。売主は所有者から取得すること、あるいは買主に譲渡するよう持主を誘うことを意図していたかもしれないのである」。

この説明は、かかる取引の本当の背景、その存在理由について殆ど説明しないに等しい。その表面では、売主が事実を隠さない限り、自分の気に入るものは何でも「売却」する自由があるというのは、現実との結びつきがないように見える。この問題は違ったやり方で分析すべきと私は考える。すなわち、非所有売主は、当初から持主と協同して[23]持主のために持主の（影の非公式の）代理人として行動したという可能性がある。[24]

第二点。売却物の引渡義務はなお売主にあるが、かかる引渡の効果は変更を蒙った。売主は買主を所有者とする義務はもはや負わない。Kaser曰く、「物の売主は、所有権の供与ではなく、売主自身あるいは第三者のあらゆる事実的・法律的侵害から解放された占有の譲与（安全な占有が引渡されること vacuam possessionem tradi）に責を負う」。[25]この言い回しは奇妙に思われるが、実際には、重要な問題とはならなかったようである。売買関与者の一人がローマ市民

でない場合の売買を容易にする要請にその起源があるのかもしれぬ。[26] 時代が経過すると、儀式・要式を消滅させる流れにも都合が良い。傍論ではあるが、担保訴権 actio auctoritatis は二倍額問答契約 stipulatio duplae に置換ったが、その実質は殆ど同じであったことを比較に持ち出すことが許されよう。

第三点。数多くの論争が買主危険負担原則の名の下に知られる問題をめぐって闘われた。この原則の適用はすべての事例において時間的に限られている。契約が「完成」した時点から始まり、目的物が（第二点で示した型に応じて）引渡された時点で終了する。[27] 問題は、この中間期に目的物が滅失・毀損した場合に誰が損失を負担するかである。時間をこのように限定した上で、我々は損害が不可抗力により生じた、すなわち目的物が売主、買主のどちらの支配も全く及ばない事情で消滅した事例に専ら関心を集中する。

盛んな論争のあと、売主に有利な原則を核心において古典期のものとする学説が支配的となっている。これは、買主はたとえその代わりに何ら受領せずとも、あるいは、毀損した残りだけを受領するとしても、代価を全額支払うべきということを意味する（これについては異論は今日少なく、私としてもこの問題が再び論争されることを望むものではない）。私を悩ますのは、この原則の擁護者の述べるこの原則の説明である。どの点からみても、これらの説明を不十分であると私は考える。「買主ヨ注意セヨ caveat」格言が働くのかもしれない。私の異論は基本的に消極的なものである。私の目標は〔私の見解の〕理由を明らかとすることである。その努力に私が成功したと仮定しても、私は説明および理解に寄与しうる多くのものを提供しえない、と初めから申し上げる。

Buckland がさまざまな論拠を出している。それらのいくつかの検討に移る。

「残存物」説。Buckland は曰く、「（買主危険負担原則 periculum emptoris は）伝統が残した残存物に過ぎない。この原則は、売買と〔所有権〕移転が同時に生じた時に存し、売買がその性格を変更してもこの規則が残った」。[28] 同じ方向で、Kunkel 曰く、「古典法においては買主の危険負担を現実売買思考の多数の名残りの一つとして容易に理解され

る[29]」。またKaserも曰く、「この規律（すなわち買主危険負担原則）は再び、締結と履行とが同時に生ずる現実売買を通例と見、物の給付が延期された時は、売買目的物は、たとえなお売主の所有権にあるとも、もはやその財産に数えない[30]」。

この立場の発展をHausmaninger/Selbが述べる[31]（が、私は留保を付す）。

「古典法学者は代金危険を原則として買主に帰した。「危険ハ買主ノ負担スルトコロナリ」買主が危険を負担する（しかも、売買契約の時点、すなわち物および価格の合意の時点から）。買主は、物を一切取得せずあるいは毀損した物を受取るのみであるのに拘わらず、また、一次的給付に代わって損害賠償を得ないにも拘わらず、代価を支払わねばならない。この規律の基礎は現実売買であるかのように見られる。すなわち、物が例外的に買主の希望で売主のもとにとどまるときでも、物はもはや売主の財産には算入されない」。

理解および（ないし）正当化が研究の手に及ばないときはいつも歴史が逃げ道として好まれる。この時点で次の点を私は反論しなければならぬ。すなわち、買主危険負担原則periculum emptorisは、古い時代に起源があるやり方でないこと、現実売買理念と何ら関係なく、諾成売買〔の承認〕に引続いて生じた問題に対する答えとして生まれたものである、と。

早い時期から、所有権法の中心地は所有者ないし主人（dominus）で占められている。通常は、所有のすべての利益を享受し、またこれに対応して、生じる危険をすべて負担するのは一人である[32]。所有者はあらゆる損失、最も詳しく述べると、生じたことに責任ある特定の人物――それが不法行為者としてであれ、契約者（さまざまな関係において、しかし、諾成売買はまだ存在しないので含まない）であれ――に帰しえない状況で生じた損失すべてを負担する[33]。

現実売買は〔新旧の〕所有者二人の間の間を置かぬ直接の連続と言いえよう。ここでは空位期interregnum、中間時は存在しない。中間期があるとさまざまな起こりうることを考える必要あるいはその機会があろう。法の他の分野から一例を借りるなら、父の所有であったものにその息子（達）が相続するのに似ている。この考えについて、Honsellの極めて簡潔、的確に表現された叙述を指示しうる。「当初は現実売買しかなく、後になってもそれが原則であった。〔その場合は〕債務と履行は同時に生ずる。憂うべき中間期はそもそも存在しえなかった」[34]。

以前には存在しなかった問題の解決を求めることを必要としたのは、革新、すなわち、法が独立の存在として認めた諾成契約の到来である。このことは「例外的事情」が演じた（可能性のある）役割に関し、ウィーンの同学〔Hausmaninger/Selb〕の示唆に反論することになる。古い時代――すなわち諾成契約〔承認〕以前――には裁判所はただひとつの問題のみを考えればよかった。つまり所有権は移転したか否か。もしそれが否定されるなら、損失は最初の（唯一の）所有者の問題である。肯定されるなら、損失は新しい（唯一の）所有者が蒙る[35]。

「商業上の必要に対応」説。再びBucklandは記す[36]。「この原則は存続し続け、問題を何ら起こさなかったように見える。これが商業の必要に対応していたというのが公平な推論である」。これはむしろ漠然としており、この「商業上の必要」がどういうものと考えられたかは説明がない。更に、この原則は一方に有利なものであるから、正確には「売主の必要」と言うことになるのであろう[37]。

この論点に関し、危険を所有権の移転から分離しない近代法の傾向を指摘したい[38]。例えば、ドイツ法は、ローマ法と同じく、物の引渡まで所有権の移転を延ばしているが、（ローマとは異り）危険の移転を目的物の引渡の時点まで延ばしている。これとは反対に、フランス法・英法は、その関心を契約時点に集中し、そこに所有権と危険の移転を早めている。両方が「等シキ歩幅ニテ」進む[39]。

ローマ法以外の古い法に戻り、私は、西暦三世紀のタルムード規定を指摘したい。「ラビン　ヨハナンは言った。金

の支払が〔所有権を〕得るというのが法律のきまりである。『〝引くもの〟が〔所有権を〕取得する』となぜいうのか。これは、売主が買主に『あなたの小麦は倉庫で焼けた』と言わないように定められた[40]」。これもまた、危険を所有権の移転から分離したくない、という要望を示している。

「買主危険負担原則は合意によりいつでも排除しうる」説。Buckland は、こうも言う[41]。これは疑いもなく正しい[42]。しかし、この論拠は de Zulueta によって手際よく反論された。de Zulueta はこれを「重要な実際的な緩和策」とするが「この原則を防禦するものでない[43]」という。うわべは公平に見えたとしても、合意によって〔この原則を〕排斥することは、結果として、売主並びに買主危険負担原則に槍を向けるものである。契約締結者達は、ただ単に黙っていたことによってこの原則を受け入れることとなった。これを避けるために積極的選択が要求される。結果として、しばしば、買主（すべての事例で利害関係ある当事者）がその問題を見逃し、気付いたときは手遅れ、であることとなろう[44]。

「売主に対する補償」説。次は、Schulz の述べる説明である。「売主は物を買主に属する物として取り扱う義務を負う。すなわち、売主は物から生ずる果実を買主に負い[45]、過失 culpa ならびに保管 custodia について責任を引受ける。これらすべてに対し売主は補償を受けるに値し、代価の形で受領したものがそれである[46]」。彼の輝かしい結論は「古典法でのこの原則は不当なものでは全くなく、問題の理想的解決である[47]」というものである。このような陶酔に驚かざるをえない。その後の変更について、彼は結びの言葉を述べる。「ユースティーニアーヌス帝法では売主は過失についてのみ責任を負う。その補償はおそらくは売主の引受けた義務と比較して少しばかり多いであろうが、『売主危険負担』というこれと反対の原則は一層悪い[48]」。これは評価の大転換を含んでいることとなる。すなわち、直前に「理想的」と喝采されたことが突然「一層悪い」という（仮定的な）売主危険負担原則という逆の原則と併置することによって、暗黙のうちに「悪い」ものとおとしめられたのである。

この比較には疑問の余地があるが、この比較から不可避な含意によって生じたと見られる基本的結論は承認し得る。

形に現れている買主危険負担原則も、影の、これと反対の売主危険負担原則も共にここで議論している狭い事例にとって悪い解決なのである。本質では双務的関係に立つところをどちらとも一方的な極端な答を考えるからこの二つとも悪いのである。このような厳しい状況では、おそらくは核心にふれないと思われる論拠が売主危険負担原則に（〔現実には〕採られなかった方向に優位を与えるため）持ち出されることとなろう。しかし、その論拠は危険を早い時期に占有者から所有者でも占有者でない者へと説明もなしに移転することを含むものではなかろう。

そうすることを意図したのではないが、この複雑な事情に光を当てたのはSchulzの貢献である。新しい法制度、すなわち〔諾成〕売買契約が創出された。その不可避的な帰結の一つは、中間期間における、準組合の出現であった。これらの日々ないし週々の間、契約の両当事者は、一方（売主）はまだ出ず他方（買主）はまだ入らずのときに、不可抗力つまり、当事者達が惹起したことでもなく防ぎえなかった出来事に起因する損失に直面するかもしれない。このような状況において、生じた損失を分担する何らかの解決を探ることは訳のあることでありまた望まれることであったろう。［しかし］この種のことは何ら生じなかった。それはローマのやり方でなかった。ローマ人が好んだのは明快な決定であったのであろう。ローマ人は我々に買主危険負担原則を与えた。

このような疑念を声に出すのは私一人ではない。David Daube自ら、アバディーン大学教授就任講演（一九五一年四月三〇日）の冒頭に述べる。「生きている現象としての正義は実際上の困難は全く別としても、もっと繊細な区別を嫌う要素を含んでいると思われる」[49]。そして、「白黒の間に濃淡を見ない、正不正の程度を認めない、訴訟当事者間の損益の配分を一切許さない、当事者を勝たせるか負かせるかしかさせない、という根の深い傾向」を注記する。いくつかの例を論じ、その中に、買主に課せられた危険も含むが、「実務的考慮で必要とされるよりはるかに高い程度での『二者択一』という態度に法律は傾く傾向がある」[51]。古い時代の「二者択一」的正義が不適切であることは次の叙述に表われる。「近代の発展は明らかに『二者択一』的傾向に反対であり、実務上可能な範囲においてこの遺物を取り去る傾向

である。[52]」その論文の終わりに、Daubeは注記する。「ロドス海法を範とするローマ法である投荷に関するロドス法は、ある積荷が、船を沈没の危険から守るため投荷されたなら、損害は全員で分担されるべしと規定する[53]」。

追記。本稿を完成したのち、異なる視角から買主危険負担原則の問題を取り扱う著書の近時の刊行を知った。M. Pennitz, Das periculum rei venditae, Ein Beitrag zum "aktionenrechtlichen Denken" im römischen Privatrecht, (Vienna, 2000) その研究視角は副題が示すところである。私はこの印象深い書物を実際に手にして、これにつき言及したい。しかし明らかに、急いでそれをなすことは賢明でも公平でもなかろう。従ってこのままの形で公表することに決した。

注

二つの点を前置きしたい。

数々のローマ法研究者が諾成売買契約を研究し討論・議論等々してきた。私はあれやこれやを読んだが、すべて合せても利用しうるものの僅かにすぎない。仕事の量は極めて大きく、私の残された年月をそれだけに費やすこともありえた。しかし、私はそうする意図をもたず、また、どこか主翼部を突破することを意図もしない。〔もっとも〕別の危険がある。他の学者の考えを意図せずに侵害することとなるもしれない。もしそれが生じた場合には心から詫びる。

第二に、本稿は、修正研究的本文批判を行うことを意図しない。修正研究に対して、現在の時点で顧みれば、あまりに多すぎる努力（および印刷インク）が費やされた。ある法文が早期（つまり共和政期）法、古典法あるいはユースティーニアーヌス帝の法律家の見解を示すという主張は本稿の問題ではとりわけ非生産的であるという考えに従っている。かっての騒論に加わりたい気持ちは全くない。

(1)　これらの問題のいくつかは、相互的問答契約の交換という助けを借りて解決に向けて取組まれるかもしれぬ。しかし、この〔問答契約という〕法制度は、それ自身の規律を有する。すなわち、これもまた、両当事者が同時にいることを要件とする。〔また、〕別の法制度が、厄介な売買法の困難のいくつかの点の軽減に役立ちえたかもしれぬ。しかし代理に関するローマ法は当時遅

れており、またそうあり続けた。売買領域での積極的発展以降も影響を蒙らなかった。とりわけ参看、学説彙纂五〇巻一七章七三法文四項（スカエウォラ、定義論）「合意約束、約款言明、あるいは問答契約によって、ある者が他の者のために約することは出来ない」。参看、特にG. Wesenberg, Verträge zugunsten Dritter (Weimar, 1949) 3; Schulz, Classical Roman Law, 487-90; また参看、R. Yaron, Reichsrecht, Volksrecht and Talmud, RIDA³ 11 (1964) 281, 290-95. Kaser, Das römische Privatrecht I, 260-61は、お手あげであり、曰く「ある者がその法的行動で、その法過程に関与せぬ人物に直接的効果を生じさせ得る、という思考形式は、高度な法的抽象を前提とし、今日のその形では近代にはじめて獲得されたものである」。これはむしろあまりに説得的でありすぎる。同書に対する私の短い書評 Am. J. Leg. Hist 17 (1973) 86 で既に述べたところを参看のこと。

(2) もっとも、そのひとつである嫁資の言明 dotis dictio は、片面的口頭給付約束であった。参看、W. Kunkel, Römisches Recht : auf Grund des Werkes von Paul Jörs, 3rd ed. (Berlin, 1949) 285. 引受は一定の方式を必要としないこともありうる[Paul Jörs および Leopold Wenger により著された原著 P. Jörs, Geschichte und System des römischen Privatrechts, Berlin, 1927 (L. Wenger, Abriss des römischen Zivilprozessrechts を含む）の三版。しかし（一九四九年の）第三版は Wolfgang Kunkel の仕事であり、上記の如く Kunkel の名のみによって引用。同（一九八七年の）改訂第四版は新たな三名の（分担）共同作業である。H. Honsell, Th. Mayer-Maly, W. Selb, Römisches Recht, aufgrund des Werkes von Paul Jörs, Wolfgang Kunkel, Leopold Wenger, 4th ed. (Berlin, 1987)。本稿での同書四版の参照はすべて Honsell 担当箇所（従って Honsell の名でのみ引用）]。

(3) 参看、Schulz, Classical Roman Law, 524「合意はここでも他の契約と同じく要件とされるがそれ以上は一切ない。すなわち、文書、証人、象徴的行為、方式、また、要物契約におけるが如き物の引渡も要件でない」。

(4) 批判的立場ですでに A. Watson, The Origins of Consensual Sale : A Hypothesis, TR 32 (1964) 245.

(5) 売買の事例では買主訴権 actio empti、売主訴権 actio venditi 他の三種の諾成契約ではそれぞれ、賃約訴権 actio locati/conducti、組合訴権 actio pro socio、委任訴権 actio mandati、委任反対訴権 actio mandati contraria.

我々の目的にとっては、これらの発展が〔四契約〕同時になされたのかそれとも――よりありうるのは――まず一分野（おそらくは売買）で始まり、他に及んだかは重要でない。実際、賃約（とりわけ労務の賃約）は、売買と並行したと考えられよう。反対に、組合 societas はその性質自体により複合的関係であり、そのようなものとして、少なくともその当初は、より公式の接近に基礎を置く、より緊密な接触を正当化しよう。

この脈絡では委任 mandatum は奇妙なもので、委任がどのようにして〔諾成契約に〕加えられるに至ったかを疑問とする者もあろう。すでに Walker の一八七九年の著述は委任を他の諾成契約から区別した。彼はとりわけ次のように注記する。「委任は他の三種と異なる。……委任は無償であり、他は有償約因に基づく……。」B. Walker, Selected Titles from the Digest (Cambrid-

ge, 1879) 1; 1 (A. Watson, Contract of Mandate in Roman Law (Oxford 1961) 69 は、引用するが賛成しない)。Schulz の批判はもっと鋭い。「組合をそもそも契約とするのがまともな考えなのかと疑念をもつ者もあろう。しかし組合は比較的遅くなって生じ、ローマ社会生活の慣行と密接に連関していた」Schulz, Classical Roman Law, 525.

(6) 「譲渡態様（ないし〔所有権〕取得態様）」が諾成売買契約と区別されることは、ガーイウス『法学提要』で異なる箇所に記述されることにも表現されている。〔譲渡〕態様は所有権の脈絡（二巻冒頭）、売買は、三巻一三九―一四一節（三巻八八節から始まる債務の章中）。

(7) その詳細につき、Kaser, Das römische Privatrecht 2, 274.

(8) 参看、例えば、Kunkel（注11）226-27. またV. Arangio-Ruiz, La Compravendita in Diritto Romano (Naples 1952, 1954) 45-81; Jolowicz / Nicholas, Historical Introduction 288-91.

(9) すぐ後に述べる。

(10) 理論と実務の区別を強調するのは、J.A.C. Thomas, Arra in Sale in Justinian's Law, TR 24 (1956) 253. 彼は、その冒頭において、勅法彙纂四巻二一章一七法文（五二八年）と法学提要三巻二三節序項を「ローマ的原則と東部実務との妥協」と述べる。これは、正しい記述かもしれぬ。しかし、二六一頁に彼は主張する。「実際問題として、手付として多額が与えられたなら、売主は手付を保持することに単純に満足するであろう。しかしそれは実際の帰結であって、法原則の問題でないであろう」。ここで、Thomas は法原則を実務より上のものとしており、私は従いたくない。因みに、良く出来たこの論文は Thomas 追悼文で Peter Stein が指摘するように、長い業績一覧の冒頭にある。P. Stein, J.A.C. Thomas (1923-1982), Iura 32 (1981) 300, 302.

(11) 参看、F. Pringsheim, Gegen die Annahme von 'Vorstufen' des konsensualen Kaufes im hellenistischen Recht, Iura 6 (1955) 18, 29 n.62 は「長い抵抗の後、最後に逃げられないものと観念され、しかし、躊躇しつつ意に染まず進展する、ローマ帝国法の規律の受容」と述べる。

(12) 私は「商人達」という用語により、売主と買主の基本的利害は矛盾しない、という事実を指摘したいのである。つまり、役割は交代しうる。今日の売主は他日の買主なのである。

(13) 私は嘗ってこの質問を講義でして失敗をしたことがある。「勿論、儲けさ」というう まい冗談にからかわれたのである。その声に学生達は爆笑した。私自身はといえば、私もその場では笑ったが後からはこのような隙を作らぬようにした。

(14) 例えば R. Yaron, Foreign Merchants at Ugarit, Israel L. Rev. 4 (1969) 70.

(15) この用語のセム語起源（およびその基本的意味「保証」「質」）は一般に承認されている。しかし、ここでの文脈で考慮するのは直接の影響である。初期オリエント史料への言及は役立つかもしれないが、暫くこれに言及しないで置くこととする。別の機会

を待ちたい。

(16) 売主は「二倍額」を返却すべきである。これは、自分の受領した金額に同額を添えて返却することを意味する。

(17) Watson（注四）247は、一般的に「売買の発生において信義 bona fides の果たした役割について強調されすぎてはならない」と警告する。

(18) 参看、例えば、Buckland, Text-Book of Roman Law 481（「古典法においては証明的目的のみを有していたように見られる……」）A. Watson, The Law of Obligations in the Later Roman Republic (Oxford, 1965) 46（ガイウス三巻一三九節により「手付は古典法において法的機能においては専ら証明的であった」）、Kunkel（注二）190（「ここでは手付は契約締結の単なる裏付けとなった。すなわち、手付の手交は契約が終局的に成立したことを証し、それによって、形式のない合意にはっきり見える表現を与えた……」）、Kaser, Das römische Privatrecht 1, 548 n.21は、学説彙纂一八巻一章三五法文序項（ガーイウス、属州告示注解一〇巻）を「ギリシャ法に対するあてこすりが感じられる」とする。これに対し私は「代価につき約したことをより明白に証明しうるよう」という表現をギリシャ的手付を諾成約束の他の証明よりより重きを置いたものと考える方をむしろ選ぶ。

(19) F. Pringsheim, The Greek Law of Sale (Weimar, 1950). arrha (333-429) の章は「手付の法律学」という項から始まる。

(20) 同上、333-34（注は省略）。

(21) 同上、335（注は省略）。

(22) Buckland, Text-Book of Roman Law, 484（学説彙纂一八巻一章二八法文［ウルピアーヌス、サビーヌス注解四一巻］を引用）。

(23) あるいは評価物売却委託 aestimatum（従って委託売買 Trödelvertrag として知られる）と比較しうるかもしれぬ。参看、Buckland, Text-Book of Roman Law, 522, 523-24; Kaser, Das römische Privatrecht, 1, 581-82.

(24) 前掲（注一）を参看。

(25) Kaser, Das römische Privatrecht, 1, 550（注は略）また同じく Buckland, Text-Book of Roman Law, 488.

(26) 同旨、Kaser, Das römische Privatrecht, 1, 550-51. Buckland, Text-Book of Roman Law, 488-91は異なる見解。

(27) 同旨、Honsell（注二）309「危険負担問題が場合によっては難問となるのは契約締結から引渡までのわずかの短期間においてである」。

(28) W.W. Buckland, A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian, 2nd ed. (Cambridge, 1932) 487. Stein の版ではより明快な表現で言い直されている。「それは、単に生き残ったものにすぎないのかもしれぬ。売却と所有権移転が同時に生ずる時には危険は買主にある。両者が分かれた後にも買主のもとに危険があり続けた」Buckland, Text-Book of Roman Law 487

（注は省略）。Stein の文章を Buckland の言明の改善された正確な表現と考える。

(29) Kunkel（注二）229 n.8.

(30) Kaser, Das römische Privatrecht, 1, 552.

(31) H. Hausmaninger, W. Selb, Römisches Privatrecht, 9th ed. (Vienna, 2001) 237f.　参看 Honsell（注二）の下記注三四。

(32) さまざまな場合に、所有者が複数いることがありうる。

(33) 所有のこの負担面につきよく使用される法格言は「所有者ノモトデ物ハ滅失スルナリ res perit domino」(D. Liebs, Lateinische Rechtsregeln und Rechssprichwörter, 6th ed. (Munich, 1998) 208) および「所有者ガ事変ヲ感ズル casum sentit dominus」（同上 42）である。これらの考えはローマのものかも知れないが、そのラテン語表現は明らかにローマのものではない。

(34) Honsell, 310. Honsell が直後に述べるところはあまり説得的でない。「例外的にそうではなかったとき［＝中間期介在］は、原則として買主が危険を負担する、〔しかし〕買主は物の引渡が変則的に延引すれば掛り合う必要がなかった」（同上頁）。とりわけ疑問なのはこの文章中の「変則的に」の用語である。それは、延引が、非本来のもの、違背を示唆するであろう。しかしここはそれの事例を論ずるのではない。

(35) この点につき Peters の論評は曰く「ローマ売買の起源が現実売買であったことはたしかに正しい。ただし契約締結と引渡とが異なる事例の取扱いについて何らの指示を提供しない。この二つのありうる連結点がその中でなお一体となっているときには、現実売買の二つの要素のうち他のひとつ、引渡を危険負担の分かれ目とみなすことはあまり考えられないであろう」F. Peters, Periculum est emptoris, in: H.P. Benöhr et al. (edd.) Iuris Professio. Festgabe für Max Kaser (Vienna, 1986) 223. 彼は論述を更に続ける。「買主は売買の完成の時点以降はいずれにしても経済的観点から物の所有者として理解される。」その理由づけを述べた後、付言する。「買主は売主に対し保全された法的地位という意味での期待権をまだ得ていない、ということは認めざるをえない。売主は他の処分をするのに障碍はない。参照、パウルス、学説彙纂一八巻四章二一法文」同 224. n.26. これは別の方向を示している。

(36) Buckland, Text-Book of Roman Law, 487（注は省略）。

(37) 近時、明示的に O. Cortesi, Die Kaufpreisgefahr. Eine dogmatische Analyse des schweizerischen Rechts aus rechtshistorischer und rechtsvergleichender Sicht unter besonderer Berücksichtigung des Doppelverkaufs (Zurich, 1996). この学位論文に対する詳細な書評 H.-P. Benöhr, SZ 118 (germ. Abt. 2001) 793.

(38) 比較参照。Honsell. 311「近代法制は買主危険負担原則を理解しうる諸理由から受入れないのが圧倒的である」。

(39) ローマ法以降の展開の簡潔な概要につき参看、A. Watson, Legal Transplants (Edinburgh, 1974) 82-87, Arangio-Ruiz（注

八）251は、スイス法をローマ法規則に完全に忠実な、近代の唯一の立法と指摘する。「ローマの制度は……完全にスイス民法典に再現された。実際、この法制は契約からは債権のみを発生させ、危険は契約の時点から買主に移る」。

(40) Babylonian Talmud, Bava Metsi'a 46b（およびその他）。参看、Maimonides, Sale 3, 5.

(41) Buckland, Text-Book of Roman Law, 487.

(42) 参看、法学提要三巻二三章三a節、学説彙纂一八巻一章三五法文四項（ガーイウス、属州告示注解一〇巻）。

(43) F. de Zulueta, The Roman Law of Sale (Oxford, 1945) 35.

(44) ワインの購入については例外である。ワインの劣化が極めて多く生ずるので買主は通常劣化に用心し、適切な例外を約する。参看 de Zulueta（前注）58（試飲売買）、およびこの問題について私の論究 R. Yaron, Sale of Wine, in: D. Daube (ed.), Studies in the Roman Law of Sale (Oxford, 1959) 71-77.

(45) Schulz の、買主に対し負担する果実の論拠は成立しない。なぜなら、売却物すべてが果実を生むものではないからである。果実が期待される事例では代価に算入するのが容易であろう。

(46) Schulz, Classical Roman Law, 533.

(47) 同上。

(48) 同上。

(49) D. Daube, The Scales of Justice, Jur. Rev.63 (1951) 109 (= Collected Studies 1, 447).

(50) 同上。

(51) 同書 110.

(52) 同書 126.、Daube の構想は、二十年を超えてその弟子達の著作二つに採用された。Watson（注三九）87は、仏独スイス法の発展を扱い、次のように記す。「これらの国々の大抵の者は、所有権と危険は共に引渡しの時点で買主に移り、それは、法律家や法廷がいかに反対を唱えどもそうあるべきものであると考えている」。Peter Stein, John Shand は、法律における「二者択一式」規律に批判的である。「売却された物が売主が買主に引渡すべき時以前に偶然に消滅したなら、[法律は買主が代金を支払うことを要求するかしないかである]。しかしながら、無実の両当事者間で偶然の損失を分ける法律はない」P. Stein and J. Shand, Legal Values in Western Society (Edinburgh, 1974) 92.

(53) Daube（注四九）128. バビロン・タルムード Bava Qamma 116b と比較参照。なお、ロドス法とタルムードでは、寄与の評価の仕方が異なることに注意。

不法行為では、損失分配の考えがエシュヌナ法〔＝古バビロニアのエシュヌナを首都とする国の法律集成〕五三章、次いで、聖

書（出エジプト記、二一・三五）、タルムード（Mishnah Bava Qamma 1, 4）一・四）に見える。参看 Daube, Direct and Indirect Causation in Biblical Law, Vetus Testamentum 11 (1961) 246 (= Collected Work 3:) 258-9; R. Yaron, The Laws of Eshnunna, 2nd ed. (Jerusalem, 1988), 291-97.

付記

Reuven Yaron 教授は、一九二四年オーストリアのウィーンに生まれ、一九三八年ドイツによる併合後同地を離れ、翌三九年イスラエル（当時はパレスティナ）に到達、四九年よりイェルサレムのヘブライ大学で法学を学び五四年法学修士、五六年英国オックスフォード大学で博士号取得、五七年よりヘブライ大学法学部講師、六三年員外教授、六八年教授、八九年より名誉教授として現在に至っておられる。この間、法学部長（六七―七一年）国立図書館長（七三―七八年）イスラエル放送協会会長（七八―八四年）を歴任し、また二〇〇〇年、ウィーン大学より名誉学位を授与されている。

中近東（いわゆる楔形文字法）およびヘブライ古代法（特にタルムード法）についても該博な知識を持つ数少ないローマ法研究者として、国際学界において高い評価が与えられている。

著書に Gifts in Contemplation of Death in Jewish and Roman Law, Oxford University Press, 1960, Introduction to the Law of the Aramaic Papyri, Oxford University Press, 1961, The Laws of Eshnunna, Magnes Press (-Brill), 1st ed. 1969, 2nd ed, 1988 などがあり、また、Israel Law Review, 29―1＝2 (1995) 3-8 にそれまでの公刊の業績一覧（論文七四篇を含む）が掲載されている。

二〇〇二年九月京都で開催の「古典学の再構築」国際会議における招待講演のため来日された機会に、福岡にお立寄り頂き九州大学法学部における法政学会研究会での講演が九月二八日実現し、従来の通説に対する鋭い比較法史的考察を含み、参加者に強い感銘を与えた。本稿はそれをもとに作成され本年一月送付をうけたものである。招請・講演の実現にお世話になった関係各位にこの場を借りて謝する。

小生なりに分かりやすい日本語に移すよう努めた（文中の〔　〕は訳者の付加を示す）つもりであるが、なお至らぬ点があるかも知れない。御教示を乞う。

（訳者　西村重雄）

なお、本稿は科学研究費特定領域番号 11164258 の成果の一部である。