

家子の組合契約に基づく債権の相殺可否と追認担保について：

D. 16,2,9 (Paul. 32 ad ed.)

菅尾 暁

目次

- 一、はじめに — 問題の所在
- 二、主要法史料の概略
 - 1. 試訳
 - 2. 事案の概略
 - (1) 特有財産
 - (2) 組合契約とその清算
 - 3. 本法文第 1 項の構成
 - (1) 家子が被告であること
 - (2) 理由と条件
 - (3) 異なる見解の存在（‘magis est’）
- 三、若干の考察
 - 1. 家子・奴隷が負う債務の相殺
 - 2. 追認・追認担保
 - (1) 追認
 - (2) 追認担保
- 四、おわりに

一、はじめに — 問題の所在

本稿は、パウルの D. 16,2,9（以下、本法文とする）の検討を通じて、家子が組合契約した場合における、家子に対する他の組合員の債権と組合員に対する家父の債権の相殺¹可否と、それに関する

¹ 本稿では *compensatio* の訳語として「相殺」を用いるが、現代法にお

追認担保の機能を考察するものである。先行研究は序項と第 1 項を切り離して論じているが、両項の内容を比較検討することで、追認担保の重要性がより明らかとなるであろう。また、先行研究は追認担保の意義や必要性を既に指摘しているが、本稿はこれに加えて、組合員が不衡平な立場に置かれることのないように、原告・被告の立場に関係なく、特有財産の範囲を超えて債権回収する可能性をパウルスが認めた、と解する。この理解は、以下で詳述する法文積義から導かれるものである。

相殺は、債務者が債権者に対して反対債権を有する場合に行う差引計算であるが、本稿が対象とする古典期ローマ法における相殺は、誠意訴訟と厳正訴訟で差引計算の方法が異なる²。誠意訴訟では、審判人が、原告の請求と同一原因に基づいて (*ex eadem causa*)³ 生じ

ける相殺とは異なる点があることに留意する必要がある。また、「反対債権」という語は、日本民法において必ずしも受働債権のみを指すわけではなく、どの債権を基準とするかで対象が異なる「中立的概念」とされる(奥田昌道『債権総論〔増補版〕』(悠々社、1992年)569頁注1)が、本稿では、被告の有する債権を反対債権と呼ぶこととする。

² ここでの略述は、原田慶吉『ローマ法〔改訂〕』(有斐閣、1955年)247~248頁; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, Bd. I, 2. Aufl., München 1971〔以下、RPRI〕, S. 644ff.; P. Pichonnaz, *La compensation: Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels*, Fribourg 2001, p. 30 参照。

³ 「同一原因に基づいて (*ex eadem causa*)」についてはガーイウスが言及する(本稿におけるガーイウス『法学提要』のテキストは、P. Krüger/G. Studemund(ed.), *Gai Institutiones ad codicis veronensis apographum studemundianum novis curis auctum*, 5 ed., Berolini 1905 による。試訳中の

た反対債権を、原告の請求から控除して、残額について判決する権限を有した。他方、厳正訴訟では、銀行業者が取引先を訴える場合と破産財団の買主が財団中の債権を取り立てる場合には、反対債権を控除した額を請求しなければならなかった。前者の場合には、控除すべき額より多く請求すると過多請求（plus petitio）になり、原告は敗訴する。マルクス・アウレリウス帝の勅答以後は⁴、厳正訴訟

亀甲括弧内記述は筆者の補足である（以下、他の法史料試訳も同様）。

Gai. 4,61

[.] continetur, ut habita ratione eius, quod inuicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum cum quo actum est condemnare.

ガイウス『法学提要』第 4 巻第 61 法文

「原告が同一原因に基づいて相手方に給付しなければならないものを計算して、残りについては被告に有責判決が下されることが含まれる。」

⁴ ユースティニアヌス帝の法学提要所収の次の法史料は、マルクス・アウレリウス帝の勅答によって厳正訴訟における相殺方法が変更されたことを窺わせる。

Inst. 4,6,30

In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. in quo et illud continetur, ut, si quid inuicem actorem praestare oporteat, eo compensato in reliquum is cum quo actum est condemnari debeat. sed et in strictis iudiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur. sed nostra constitutio eas compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant sive in rem sive personales sive alias quascumque, excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur.

法学提要第 4 巻第 6 章第 30 法文

「誠意訴訟においては、審判人には、原告にいくら返還されるべきか

においては、一般に反対債権を有する被告に悪意の抗弁が許された。本稿で論じる組合訴訟は誠意訴訟に分類されるので、相殺が訴訟の場で審判人によって考慮されることが前提となる。

本法文第 1 項では、組合員が組合契約の相手方たる家子に対して自己の債権を行使する場合に、家子が組合契約に基づき家父に帰属した債権をもって相殺できるかが論じられる。パウルスは、「一つの契約」であることを理由に、そして、家子が追認担保を設定することを条件に、家子が家父の債権をもって相殺することを認める。

パウルスはなぜ、「一つの契約」であるという理由を述べた後で、追認担保が必要であると論じるのか。また、家子が家父の債権を反対債権として相殺の対象とする実際的な意義は何か。本法文序項の検討を踏まえて、これらについて考察したい。

なお、学説彙纂において相殺に関して追認担保が論じられるのは、本法文第 1 項と、不在者の委託事務管理人に関する D. 16,2,21(Paul.

について、善と衡平に従って算定する裁量が認められる。またその場合にも、原告が被告に給付しなければならないものがあるときは、被告はその額を相殺した上で残額について有責判決されなければならない。他方、厳正訴訟においても、神皇マルクス〔・アウレリウス〕の勅答によって、悪意の抗弁が主張されることによって相殺が導かれうる。しかしながら、我々の勅法は、より広範に、明らかな権利による相殺を導入し、対物訴権であれ対人訴権であれその他の訴権であれ、法上当然に減額するものとした。ただ、寄託訴権だけは、相殺の名において対抗することは非常に不相当であると考え、除外した。相殺の見せかけのもと寄託物の返還請求において欺かれることのないようにである。」

1 quaest.)⁵であり、後者では追認担保を必要としない。また、相殺において追認担保を要求する法史料は、管見の限り、学説彙纂中に他にない。このことから、本法文は相殺の可否と追認担保を論じるに適した法史料といえよう。

さて、本法文について先行研究はどのように論じているであろうか。先行研究は、管見の限り概括的に扱うものに留まるが⁶、その中で比較的詳細に論じる 3 つの研究をここでは挙げることにする。

グリュックは、学説彙纂の編別にローマ法源の釈義を行いつつ体系整理を試みる著作の中で、同一当事者間における債権債務について相殺を認めるという原則に対する例外として、人格 (Person) の法的同一性が認められる場合と義務の同一性が認められる場合を示し、本法文の事案を前者の一類型として位置付ける⁷。そして、組合員が家子に対して組合契約に基づいて全額を請求してきたときは、家父と家子の人格の同一性から、家父の債権をもって相殺できるとする⁸。もっとも、「一つの契約」という理由付けや追認担保については特段言及していない。

⁵ 後掲本文「三、2、(2)」参照。

⁶ L. Seuffert, *Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte*, Würzburg 1868; A. Kacprzak, *La <ratihabitione> nel diritto romano classico*, Napoli 2002; M. De Filippi, *Ratihabitione*, Bari 2002 はいずれも本法文について言及していない。他方で、相殺に関して言及するものとして、C. F. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, Bd. 15-1, Erlangen 1813, S. 98; S. Solazzi, *La compensazione nel diritto romano*, 2 ed., Napoli 1950, p. 7/10-12/180; Pichonnaz [前掲注 2], p. 46/65 がある。

⁷ Glück [前掲注 6], S. 93-100.

⁸ Glück [前掲注 6], S. 98.

ソラッツィは、古代ローマの相殺一般を論じる中で、序項については「自然債務」の相殺の脈絡で、そして第 1 項については、一般的には一つの契約に基づく債権債務は同一の当事者に生じるが、家父・家子関係の場合には帰属が異なるので、本法文を家父・家子関係特有の事案と位置付ける⁹。そして家子には家父の債権を行使する権限がないことから、パウルスが追認担保の設定によって相殺を認めているとする¹⁰。

ピションナは、相殺についてローマ法源の解釈から現代法に至るまで歴史的比較法的に論じる中で、序項と第 1 項について別々に言及する。序項については、「自然債務」が相殺の対象となるという法源の具体的事例の一つとして検討し、家父が組合訴権を行使したときに、組合員は特有財産訴権ではなく、家子に対する債権をもって相殺することができるのは、同一原因 (*eadem causa*) という要件を満たすからであるとする¹¹。そして、誠意訴訟における相殺が、同一原因に基づく場合にのみ認められるのであれば、現代法にいう債権の対立は常に満たすことになるが、例外的に問題となる場合が当事者の一方が他権者である場合であるとし、そこに家父・家子関係に関する本法文第 1 項を位置付ける¹²。家父の債権が組合契約に基づいて発生したことを確認し、相殺が認められる根拠として、同一原因であることを挙げる¹³。そして家子は家父から相殺を指示され

⁹ Solazzi〔前掲注 6〕, p. 11.

¹⁰ Solazzi〔前掲注 6〕, p. 10.

¹¹ Pichonnaz〔前掲注 2〕, p. 65.

¹² Pichonnaz〔前掲注 2〕, pp. 45-46.

¹³ Pichonnaz〔前掲注 2〕, p. 47.

ていないが、家父の代わりに債権を行使する場面と捉え、委託事務管理人と同様に追認担保の必要性を指摘する¹⁴。

このように、学説彙纂における本法文の位置付けからすると当然ではあるが、先行研究ではいずれも相殺に関する考察の中で本法文を論じている。グリュックは第1項の理由付けと追認担保に言及しないが、ソラツィとピシヨナは本法文を家父・家子関係特有の問題として捉え、追認担保の必要性を指摘する。本稿もその立場は同じくする。しかしながら、関連法史料の中には、先行研究が検討していないものも存在する¹⁵。本稿は、法学者パウルスが、どのような理論立てをして、相殺に際し家子に追認担保を求めるべきと考えたのか、その論理を分析する。したがって、文学作品など非法律文献ではなく、主として学説彙纂所収の法文に分析対象を限る。また、古代ローマで2～3世紀に妥当・通用した法的推論の一類型として、マエキアース／ウルピアースの立論は、パウルスの論理構成と一定程度の親和性・共通性があったものと前提して議論を進める。

本稿では、次の構成を採る。「二、主要法史料の概略」において、本法文の試訳と事案の概略を示す。ここでは、事案に関わる特有財産、組合契約とその清算について概略を示しつつ、本事案の基本的理解を整理した上で、本稿の問題意識に係る問いとパウルスの解答を検討する。次にこれらを前提に、若干の考察を行う（「三、若干の考察」）。本稿では本法文第1項における追認担保という条件を考察の中心に据えるが、関係する問題として家子・奴隷が負う債務

¹⁴ Pichonnaz〔前掲注2〕, p. 47.

¹⁵ 後掲本文「三、2、(2)」で論じる D. 2,8,14(Paul. 2 respons.)や D. 49,17,18,5(Maecian. 1 Fideicommiss.)。

と相殺について検討を加え、その上で、本稿の主題である追認担保について考察する。最後に、本稿のまとめを示す(「四、おわりに」)。

二、主要法史料の概略

本法文は、パウルス¹⁶の『告示註解』第 32 巻から抜粋され、学説彙纂第 16 巻第 2 章「相殺について(De compensationibus)」に所収される法文である。

1. 試訳

D. 16,2,9 (Paulus libro 32 ad edictum)¹⁷

pr.: Si cum filio familias aut seruo contracta sit societas et agat dominus uel pater, solidum per compensationem seruamus, quamuis, si ageremus, dumtaxat de peculio praestaretur.

l: Sed si cum filio familias agatur, an quae patri debeantur filius compensare possit, quaeritur: et magis est admittendum, quia unus contractus est, sed cum condicione, ut caueat patrem suum ratum habiturum, id est non exacturum quod is compensauerit.

学説彙纂第 16 巻第 2 章第 9 法文 (パウルス『告示註解』第 32 巻¹⁸)

序項「家子又は奴隷と組合契約が締結されたところ、主人又は家父

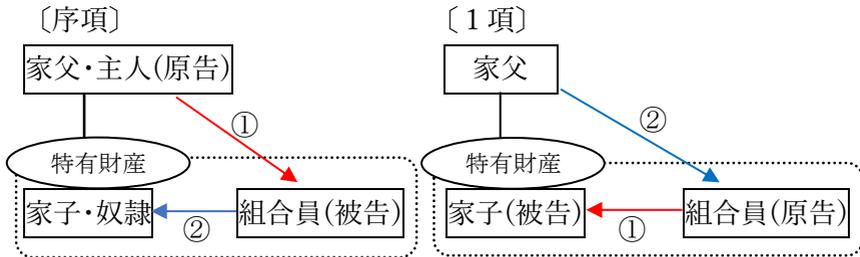
¹⁶ ユリウス・パウルス (Iulius Paulus) は、セプティミウス・セウェルス帝 (在位 193~211 年)、カラカッラ帝 (在位 211~217 年)、アレクサンデル・セウェールス帝 (在位 222~235 年) 期の法学者である。W. Kunkel, Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung, 2 Aufl., Köln/Weimar/Wien 1967 [2001 年リプリント版を使用], S. 244ff.

¹⁷ 本稿における学説彙纂のテキストは、Th. Mommsen, Digesta Iustiniani Augsti. 2 Bde., Berlin 1868/70 を、勅法彙纂のテキストは、P. Krueger, Codex Iustinianus, Berlin 1877 を使用する。

¹⁸ ゲバウエル版 (279 頁注 13) によると、ハロアンダー版は 31 巻とする。

が訴える場合には、我々が訴えるときに特有財産についてのみ責任を負わされるとしても、我々は相殺に関して全額を対象とする。」第 1 項「しかし、家子に対して訴えられるときに、〔我々が〕家父に対して負う債務を、家子は相殺の対象にできるかが問われる。一つの契約であるから、認められるべきであるというのがより正しい。もっとも、家父がそのことにつき追認することを担保する、すなわち、家子が相殺したものを〔家父が我々に対して〕取り立てないことを担保するという条件が付され〔ねばならない。〕」

【関係図】



※点線四角は組合関係を示す。また、①は原告から被告に対する債権、②は相殺に持ち出された反対債権を示す。

2. 事案の概略

本法文では序項と第 1 項で訴訟当事者が異なり、それゆえ 2 つの相殺事案が論じられている。もっとも、事案の大枠は共通する。すなわち、家子・奴隷¹⁹が特有財産を与えられ、

¹⁹ 奴隷は序項にのみ現れ、第 1 項には登場しない。この点については、注 34 相当の本文を参照。

なお、Solazzi〔前掲注 6〕, p. 7 は、奴隷への言及部分は編纂者によ

「我々²⁰」(以下、組合員と表記する)と組合契約を締結して、組合活動を行っていたところ、組合の清算が行われることになり、相殺(序項においては範囲、第 1 項においては可否)が問題となった。

以下では、上記事案の理解に関わる(1)特有財産、(2)組合契約とその清算について概略を示しながら、本事案の理解を補う。

る追加であると考え。その根拠として、「家子又は奴隸 (*filio familias aut servo*)」であるのに対し、その直後で「主人又は家父 (*dominus uel pater*)」というように順番が逆転していること、そして *aut* と *uel* で異なる対比語が用いられていることを挙げる。また、これについて言及するものとして、S. Longo, *Filius familias se obligat?*, Milano 2003, p. 272 n. 15. Solazzi の指摘に否定的なものとして、A. Guarino, *La Società in diritto romano*, Napoli 1988, p. 48 n. 145 がある。

²⁰ 一人称複数形 (*seruamus, ageremus*) であることから、複数の者が家子・奴隸と組合を形成し、さらに、これらの者が家父・主人(序項)あるいは家子(第 1 項)との間で訴訟関係に入ったことが分かる。原告が複数の場合について、M. Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2 Aufl., München 1996〔以下、RZ〕, S. 208 参照。他方で、バシリカ (BS. 24,10,9) は、組合員を単数形で示している。ここでは本来的に複数であったのかもしれないが、単数を意図的に複数形で示す場合がある。本法文には該当しないと思われるが、M. Leumann/J. B. Hofmann/A. Szantyr, *Lateinische Grammatik*, 2 Bd. Syntax und Stilistik, 1965 München, S. 20 は、謙讓して複数形を用いる例 (*Plur. modestiae*) を指摘し、宗教指導者(1 世紀終わり以降)や皇帝が用いる場合(ゴルディアヌス 3 世以降)があるという (*Plur. maiestatis*)。

(1) 特有財産²¹

ローマにおいて権力服従者は財産無能力者とされ、その取得した財産は市民法上、全て権力保持者に帰属した。家父は家子に対して特有財産を与えるのが慣例とされており、また、主人は奴隷に対して特有財産を与えることがあった。家子・奴隷は与えられた特有財産を運用することで一定の経済的独立性を有したとされる。他方で、家父・主人は特有財産を家子・奴隷に与えたことにより、有責判決時の特有財産の範囲で責任を負うとされた。つまり、家子・奴隷の債権者は家父・主人に対して特有財産訴権を行使することができた。

本法文序項で、パウルスは、組合員が自ら有する債権との相殺を行うとき、その対象範囲は全額であると述べる。この相殺の対象範囲は、「我々が訴えるとき (*quamuis ... praestaretur.*)」と対比されている。この後者の場合においては被告が示されていないが、組合員に訴えられた被告が特有財産の範囲で責任を負うのであるから、家父・主人を被告として想定できる。よって、組合員が、家子・奴隷との組合で生じた債権につき、家父・主人に対して特有財産訴権を行使した場合であるといえる²²。このように、序項においては、組

²¹ ここでの略述については、原田〔前掲注 2〕216、282 頁以下; Kaser, RPRI〔前掲注 2〕, S. 260ff./283ff./606f. 参照。

²² 家父が家子と契約した者に対して特有財産の範囲内で責任を負うことについて、次の法文を参照。

D. 15,1,44 (Ulp. 63 ad ed.)

Si quis cum filio familias contraxerit, duos habet debitores, filium in solidum et patrem dumtaxat de peculio.

学説彙纂第 15 巻第 1 章第 44 法文 (ウルピアーヌス『告示註解』第 63 巻)

合員が特有財産訴権を行使した場合と、家父・主人が組合員に対して請求した場合に相殺される範囲が対比されていることから、特有財産が家子・奴隷に与えられており、その特有財産に基づいて家子・奴隷が組合活動を行っていたと解してよいであろう。

(2) 組合契約とその清算²³

組合は、二人以上の者が共通の方法によって共通の目的を達しようとする人的結合である。組合の当事者としては、家子や奴隷が組合の当事者となることもありえ²⁴、組合員の人数としては二人やそれ以上の当事者が現れる法史料も散見される²⁵。組合の基本形態は、

「ある者が家子と契約したときには、二人の債務者を持つ。〔すなわち〕家子を全額について、家父を特有財産のみについて〔債務者とする〕。」

²³ ここでの略述については、原田 196 頁〔前掲注 2〕以下; Kaser, RPRI〔前掲注 2〕, S. 572ff. 参照。

²⁴ 例えば、学説彙纂第 17 卷第 2 章（「組合訴権 (Pro socio)」）に挙がるものとしては、D. 17,2,18(Pomp. 13 ad Sab.)〔奴隷〕、D. 17,2,58,2(Ulp. 31 ad Sab.)〔家子〕、D. 17,2,58,3(Ulp. 31 ad ed.)〔奴隷〕、D. 17,2,63,2(Ulp. 31 ad ed.)〔家子、奴隷〕、D. 17,2,84(Lab. 6 posteriorum a Iauoleno epitomatorum)〔家子〕がある。

²⁵ 組合員が二人の組合として、D. 17,2,3,2(Paul. 32 ad ed.)、D. 17,2,24(Ulp. 31 ad ed.)、D. 17,2,29,1(Ulp. 30 ad Sab.)、D. 17,2,31(Ulp. 30 ad Sab.)、D. 17,2,38,1(Paul. 6 ad Sab.)、D. 17,2,52,5(Ulp. 31 ad ed.)、D. 17,2,52,13(Ulp. 31 ad ed.)、D. 17,2,62(Pomp. 13 ad Sab.)、D. 17,2,71pr.(Paul. 3 epitomatum Alfeni digest.)など。これに対して、三人以上の組合としては、D. 17,2,52,4(Ulp. 31 ad ed.)、D. 17,2,59pr.(Pomp. 12 ad Sab.)、D. 17,2,63,5(Ulp. 31 ad ed.)、D. 17,2,67pr.(Paul. 32 ad ed.)など。

全財産の組合 (*societas omnium bonorum*) とされ、共和政末より、ある事業の組合 (*societas alicuius negotiationis*) 又は一つの事柄の組合 (*societas unius rei*) が現れたとされる。

本法文では、前述のように、家子・奴隷が特有財産で組合活動を行っているとの理解からすると、ある事業の組合か一つの事柄の組合のいずれかであると考えらるべきであろう。本事案における組合の目的を特定することはできないが、本法文を、同じくパウルス『告示註解』第 32 巻からの抜粋である D. 12,1,16²⁶ (組合員の金銭消費貸借) と D. 16,2,11²⁷ (利息の相殺) の間に配置しているレーネルの

²⁶ D. 12,1,16(Paul. 32 ad ed.)

Si socius propriam pecuniam mutuam dedit, omnimodo creditam pecuniam facit, licet ceteri dissenserint: quod si communem numeravit, non alias creditam efficit, nisi ceteri quoque consentiant, quia suae partis tantum alienationem habuit.

学説彙纂第 12 巻第 1 章第 16 法文 (パウルス『告示註解』第 32 巻)

「組合員が自己の金銭を消費貸借として貸し付けたときは、他の組合員が同意しないときでも、〔その者は〕常に金銭の貸し付けを行う〔ことができる〕。共有の金銭を支払ったときには、他の組合員も同意した場合にのみ、貸し付けは有効である。というのも、自己の持分についてのみ処分権限を持つからである。」

²⁷ D. 16,2,11 の著者名は‘Idem’とされ、ウルピアース法文 D. 16,2,10 に後置されていることから、本法文はウルピアースの手によるものと考えるのが自然であるが、レーネル (後掲注 28) はパウルス法文として再構成する。これは重要な問題ではあるが、本稿ではレーネルの理解として示すに留める。

D. 16,2,11(Ulp. 32 ad ed.)

Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est a diuo Seuero concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse

再構成理解に基づけば²⁸、銀行業者 (argentarius) の組合である可能性がある²⁹。もっとも、そうだとした場合、本法文が焦点を当てるのは組合員間の清算の場面であるから、銀行業者が取引先を訴える場合に反対債権額を控除して請求しなければならないという、相殺における銀行業者に特有の問題は関係しないものとする。それゆえ、組合の目的を特定できないとしても、本稿の考察には影響しない。

組合の終了原因としては、存続期間の満了、組合員の死亡、組合員の頭格喪失、組合員の破産、目的の成就・不成就の確定、組合全財産の消滅、組合員の解散通告、組合訴訟の提起がある³⁰。本法文

praestandas.

学説彙纂第 16 卷第 2 章第 11 法文 (ウルピアース『告示註解』第 32 卷)

「一方が他方に無利息で金銭を負い、他方が利息付きで〔金銭を〕負っている場合は、両方において重なり合う額について利息は支払われるべきではない、と神皇セウエールスによって勅令された。」

²⁸ O. Lenel, Palingenesia, tom. 1, Lepizig 1889, Spal. 1033 Paul. 499.

²⁹ 銀行業者の組合に関する法史料としては、例えば、D. 2,14,25pr.(Paul. 3 ad ed.); D. 2,14,27(Paul. 3 ad ed.); D. 17,2,52,5(Ulp. 31 ad ed.)がある。これらの法史料を検討するものとして、F.-S. Meissel, *Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*, Frankfurt am Main 2004, S. 155ff.がある。

³⁰ D. 17,2,63,10 (Ulp. 31 ad ed.)

Societas soluitur ex personis, ex rebus, ex uoluntate, ex actione. ideoque siue homines siue res siue uoluntas siue actio interierit, distrahi uidetur societas. intereunt autem homines quidem maxima aut media capitis deminutione aut morte: res uero, cum aut nullae relinquuntur aut condicionem mutauerint, neque enim eius rei quae iam nulla sit quisquam socius est neque eius quae consecrata publicatae sit. uoluntate distrahitur societas renuntiatione.

学説彙纂第 17 卷第 2 章第 63 法文第 10 項 (ウルピアース『告示註

では、組合の終了原因と組合訴権の関係は明示されていない。組合の当初の目的を達成した、意見の相違による解散通告が行われたなど³¹、組合関係が終了した後に清算の段階で組合訴権が行使された

解』第 31 卷)

「組合は、人格に基づいて、物に基づいて、意思に基づいて、訴訟に基づいて解消される。したがって、人間であれ、物であれ、意思であれ、訴訟であれ、滅したときには、組合は解消されるとみられる。しかし、むろん人間は最大又は中間の頭格減少によって又は死亡によって、他方で、物は〔組合に〕何も残っていないとき又は条件を変更したときに、滅する。というのは、すでにない物についても、あるいは神に奉納され又は没収された物についても、ある者は組合員ではないからである。組合は意思、すなわち解散通告によって、解消される。」

D. 17,2,65pr.(Paul. 32 ad ed.)

Actione distrahitur, cum aut stipulatione aut iudicio mutata sit causa societatis. Proculus enim ait hoc ipso quod iudicium ideo dictatum est, ut societas distrahatur, renuntiatam societatem, siue totorum bonorum siue unius rei societas coita sit.

学説彙纂第 17 卷第 2 章第 65 法文序項(パウルス『告示註解』第 32 卷)

「問答契約によってあるいは判決によって組合の原因が変更されたときは、〔組合は〕訴訟によって解消される。というのは、組合が解消されるという判決が下されること自体によって、全財産の組合が結成されたのであれ、一つの事柄の組合が結成されたのであれ、組合は解約告知されると、プロクルスは述べるからである。」

組合の終了原因に関して、R. Mehr, *Societas und universitas*, Köln 2008, S. 50; S. Müller-Kabisch, *Die Kündigung bei societas und locatio conductio rei*, Berlin 2011, S. 118ff. 参照。

³¹ 意見の相違による解散通告によって組合が解散することについては、次の法史料を参照。

可能性を否定できないが、序項では家父・主人が、第 1 項では組合員がそれぞれ組合訴権を行使しているので、少なくとも組合訴権の行使によって組合関係が終了しているといえる³²。その組合訴訟に

D. 17,2,65,3(Paul. 32 ad ed.)

Diximus dissensu solui societatem: hoc ita est, si omnes dissentiunt. quid ergo, si unus renuntiet? Cassius scripsit eum qui renuntiauerit societati a se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare. quod utique obseruandum est, si dolo malo renuntiatio facta sit, ueluti si, cum omnium bonorum societatem inissemus, deinde cum obuennisset uni hereditas, propter hoc renuntiauit: ideoque si quidem damnum attulerit hereditas, hoc ad eum qui renuntiauit pertinebit, commodum autem communicare cogetur actione pro socio. quod si quid post renuntiationem adquisierit, non erit communicandum, quia nec dolus admissus est in eo.

学説彙纂第 17 卷第 2 章第 65 法文第 3 項 (パウルス『告示註解』第 32 卷)

「意見の相違によって組合は解散されると我々は述べた。このことは、全員の意見が相違するときに、そのようになる。それでは一人が解約告知するときはどうか。組合に解約告知した者は確かに自分の組合員を自分から解放するが、自分を組合員から解放しない、とカッシウスは著述した。いずれにせよこのことは、悪意によって解約告知がなされたときに、遵守されるべきである。例えば、我々が全財産の組合を開始し、その後相続財産が一人に与えられた際に、このために解約告知したときである。したがって、もちろん相続財産が損害をもたらしたときは、これは解約告知した者に帰属するであろうが、利益は組合訴権によって共有するように強制される。ある物を解約告知後に取得したならば、そのことについて悪意がなされなかったのであるから、共有されるべきではない。」

³² 組合存続中の組合訴権 (actio pro socio manente societate: D. 17,2,65,15(Paul. 32 ad ed.)) はおそらく古典期にも認められたが、限定

において、相殺による清算が図られている³³。

3. 本法文第 1 項の構成

本法文第 1 項では、問いと、それに対するパウルの解答が示される。ここでは、(1) 第 1 項の事案において、序項と異なり、被告が家子に限定されていること、(2) パウルの理由付けと条件、(3) パウルとは異なる見解の存在について、検討する。

(1) 家子が被告であること

序項では家父・主人が原告であり、組合員が被告であったが、第 1 項では組合員が原告であり、家子が被告となっている。また、序項では家子と奴隷が並置されていたが、第 1 項では奴隷について言

的である。Kaser, RPRI〔前掲注 2〕, S. 576.

D. 17,2,65,15(Paul. 32 ad ed.)

Nonnumquam necessarium est et manente societate agi pro socio, ueluti cum societas uectigalium causa coita est propterque uarios contractus neutri expediat recedere a societate nec refertur in medium quod ad alterum peruenerit.

学説彙纂第 17 卷第 2 章第 65 法文第 15 項 (パウロス『告示註解』第 32 卷)

「組合存続中であっても組合訴権が行使されなければならない場合がある。例えば、徴税のために組合が結成されたとき、種々の契約故に組合から脱退することが〔組合員の〕いずれにも益とならないとき、〔組合員の〕一方に帰したものが組合財産に算入されないときである。」

³³ 組合訴権の行使によって、誠意訴訟である組合訴訟において清算、すなわち、かつての組合員間で組合関係に基づく相互の債権債務の差引計算が行われる。Kaser, RPRI〔前掲注 2〕, S. 576.

及がなく、家子のみが論じられている。奴隷が訴訟当事者になることができないためであろう³⁴。

組合員は、家子と組合契約を締結したとき、序項の対比事例（「我々が訴えたとき (*quamuis ... praestaretur.*)」) のように特有財産訴権によって家父を訴えることも可能であるし、家子を訴えることも可能である³⁵。たとえ家父が家子から特有財産を取り上げていた

³⁴ Kaser, RPRI〔前掲注 2〕, S. 114; Guarino〔前掲注 19〕, p. 48 n. 145.

³⁵ D. 5,1,57(Ulp. 41 ad Sab.)

Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio: sed mortuo filio post litis contestationem transfertur iudicium in patrem dumtaxat de peculio et quod in rem eius uersum est. certe si quasi procurator alicuius filius familias iudicium acceperit, mortuo eo in eum quem defenderit transactio uel iudicati datur.

学説彙纂第 5 卷第 1 章第 57 法文（ウルピアーヌス『サビヌス註解』第 41 卷）

「契約に基づいても不法行為に基づいても家子に対する訴権が帰属する。しかし、息子が争点決定後に死亡するときは、訴訟は特有財産と父の財産に転用された範囲でのみ父に向けられる。もっとも、家子が他の者の訴訟代理人として訴訟に参加した場合には、家子の死後、〔訴訟は家子が〕 防御した者に承継されるか、又は〔その者に対して〕 判決〔訴権が〕 与えられる。」

D. 44,7,39 (Gai. 3 ad ed. prou.)

Filius familias ex omnibus causis tamquam pater familias obligatur et ob id agi cum eo tamquam cum patre familias potest.

学説彙纂第 44 卷第 7 章第 39 法文（ガーイウス『属州告示註解』第 3 卷）

「家子は、あらゆる場合に家父と同様に義務を負い、そのため、家父に対してなされるように家子に対しても訴えることができる。」

としても、債権者である組合員は依然として家子を訴えることができる³⁶。このように、家子は訴えられ、そして有責判決を下されることもある。他方で、家子に対する財産執行は、家子が自己固有の財産を有する場合のみ、可能であったとされる³⁷。そうであれば、第 1 項において勝訴判決を得たとしても組合員は債権を回収できない可能性があったと考えられる³⁸。それにもかかわらず、家子があえて家父の有する反対債権を持ち出して相殺しようとする動機は何であろうか。思うに、家子は本件組合契約を解消したとしても、今後も様々な契約関係を結びながら経済的な活動を継続することが予想される。そうであれば、組合契約のような信義に基づく契約関係の清算において反対債権を持ち出すことで、家子の今後の取引への悪影響を避けたと考えられるのではないか。また、組合員が判決訴権を行使して、被告である家子が再度敗訴すれば、責任額が倍額にされるという危険も、家子は考慮したかもしれない。

³⁶ D. 15,1,45 (Paul. 61 ad ed.)

Ideo que si pater filio peculium ademisset, nihilo minus creditores cum filio agere possunt.

学説彙纂第 15 卷第 1 章第 45 法文 (パウルス『告示註解』第 61 卷)

「したがって、家父が息子から特有財産を取り上げたときには、それにもかかわらず債権者は息子に対して訴えることができる。」

³⁷ 例えば、Kaser, RPRI〔前掲注 2〕, S. 343/481; Kaser, RZ〔前掲注 20〕, S. 206. この支配的見解を批判的に考察する F. Klinck, Die persönliche Haftung des filius familias, SZ 132 (2015), S. 126ff. は、人的執行の可能性を指摘する。

³⁸ Pichonnaz〔前掲注 2〕, p. 65 n. 284 はまさにこの点を指摘する。

(2) 理由と条件

組合員に対する家父の債権³⁹が相殺の対象となるかという問いに対して、パウルスは肯定する。その理由として「一つの契約 (*unus contractus*)」であることを示し、また、家父が相殺の対象となった債権を組合員に対して行使しないと追認することを、家子が担保することを条件として要求する。理由付けの後に条件が示されているが、モムゼンの校訂に従えば、理由付けが条件を包含するのではなからう⁴⁰。というのも、*quia* 以下を一つの節と捉えて理由付けが条

³⁹ この債権は、他の原因に基づいて家父が組合員たる者に対して有しているものではなく、家子の組合に基づいて家父が有した債権であるとする。というのも、パウルスの挙げる理由が「一つの契約」だからである。

⁴⁰ 各国語訳もそれを反映していると解される。例えば、ワトソン訳 (A. Watson, *The digest of Justinian, Latin text edited by Theodor Mommsen with the aid of Paul Krueger, English translation, vol. 2, Philadelphia 1985*) では、‘And it is better that this be allowed because a single contract has been concluded; but under the condition that ...’、クニューテル訳 (R. Knütel, et al., *Corpus Iuris Civilis Text und Übersetzung, Bd. 3, Heidelberg 1999*) では、‘Und es ist richtiger, dies zuzulassen, weil es ein einziger Vertrag ist, jedoch nur mit der Maßgabe, daß ...’、ジンテニス訳 (C. E. Otto/B. Schilling/C. F. F. Sintenis, *Das corpus iuris civilis in’s Deutsche übersetzt, Bd. 2, Leipzig 1831*) では、‘Und es ist mehr zuzulassen, weil es ein einziger Contract ist, jedoch unter der Bedingung, dass ...’とする。また、ゲバウエル版は‘Et magis est admittendum : quia vnus contractus est : sed cum condicione, vt ...’と表記する。G. E. Heimbach/C. G. E. Heimbach, *Basilicorum Libri LX, tom. 3, Leipzig 1843, p. 45* では、‘Si cum filiofamilias agatur, quod patri debetur, compensat: unus enim contractus est. Cavet autem, patrem non exacturum, quod is

件を包含すると理解すると、追認担保付きの一つの契約であることが相殺を認める理由となってしまふからである。もっとも、条件をこの部分だけ独立して理解すると破格となることから、条件部分を‘magis est admittendum’に掛けて理解すべきである。

ここでパウルスが相殺を認める理由として挙げる「一つの契約」とは何を意味するのであろうか。これは、相殺の対象となる債権である、第1項における「〔我々が〕家父に対して負う債務 (quae patri debeantur)」の理解に関わる。パウルスは、債権と債務の帰属主体が異なるものの、相殺の対象となる債権債務が一つの契約に基づき発生していることから、相殺を認めている。そうであれば、その契約とは組合契約を指すであろう⁴¹。これに対して、第1項における「家父に対して負う債務」が一般的な表現であるがゆえに、組合契約以外に基づいて負う債務も含む表現であると理解する余地があるかもしれない。しかし、前述のように誠意訴訟においては同一原因 (eadem causa) に基づく債権が相殺の対象とされるところ、パウルスが「一つの契約」であることを理由に「家父に対して負う債務」をもって相殺できると述べていることからすると、同じ一つの組合契約に基づく債務を意味すると考えるべきである。そうすると、ここでいう「家父に対して負う債務」は、家子と組合員の組合契約に基づいて発生し、家父が組合員に対して有する債権（組合員が家父

compensaverit.’とし、明らかに理由と条件を分離させている。

⁴¹ Glossa ordinaria (Gothofredus=Fehus 版 Corpus iuris ciuilis, 1627 Lyon [1966 年復刻版を使用]) 注釈 γ [vnus contractus est]において、クヤキウスはパウルスが『告示註解』第32巻で論じている組合契約であると解している。

に対して負う債務) である。

このように、パウルスは、家子に対する組合員の債権も組合員に対する家父の債権も組合契約という「一つの契約」に基づいて発生したものであるから、組合員が家子に対して債権を請求する際に、組合員に対する家父の債権を相殺の対象にすることができる、と述べるのである。

(3) 異なる見解の存在 (‘magis est’)

パウルスは、相殺を是認する立場を示すに際して、「より正しい (magis est)」という表現を用いている。この表現は、パウルスとは異なる見解の存在を推測させる⁴²。この異なる見解の参考史料として、パウルスよりも少し時代が下るが、C. 4,31,9 を挙げる。

勅法彙纂第 4 卷第 31 章第 9 法文 (ゴルディアース帝⁴³)

⁴² ‘magis’は、論争がある場合にいずれの見解を良しとするかを表明する際に法学者がしばしば用いる表現である。E. G. Heumann/E. Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9 Aufl., Jena 1926, S. 325 参照。

‘magis est’という表現は学説彙纂中 173 法文 (202 カ所) に現れる。そのうち、パウルス法文は 18 法文である。D. 2,14,21,2(Paul. 3 ad ed.); D. 3,5,22(23)(Paul. 20 ad ed.); D. 4,8,32,8(Paul. 13 ad ed.); D. 5,3,36,4(Paul. 20 ad ed.); D. 6,1,6(Paul. 6 ad ed.); D. 11,3,14,2(Paul. 19 ad ed.); D. 13,5,22(Paul. 6 breu.); D. 16,2,9,1(Paul. 32 ad ed.) [本法文]; D. 19,1,45,1(Paul. 5 quaest.); D. 19,2,45,1(Paul. 22 ad ed.); D. 22,1,38,1(Paul. 6 ad Plaut.); D. 23,3,56,3(Paul. 6 ad Plaut.); D. 29,2,93,1(Paul. 3 sentent.); D. 32,89(Paul. 6 ad leg. Iul. Pap.); D. 43,24,6(Paul. 67 ad ed.); D. 45,1,83,1(Paul. 72 ad ed.); D. 45,3,20pr.(Paul. 15 quaest.); D. 47,2,21,5(Paul. 40 ad Sab.).

⁴³ ゴルディアース 1 世と 2 世は、238 年 1 月初旬に即位し、同月下

「被告にではなく、他の者に対して負う債務に関しては、相殺はなされえない。」⁴⁴

C. 4,31,9 が勅法彙纂に採録される前にどのような脈絡で論じられていたのかは定かではないが、この記述の在り方を前提とすると、ゴルディアヌス帝は、権力服従関係を前提とする場面に限定するのではなく、一般論として示しているように読める。ピションナはこの勅法を特別訴訟手続に関する訴えを対象にしたものと解しているが⁴⁵、本事案において、組合員は被告たる家子に対してではなく、家父に対して債務を負っているのであるから、相殺できないという見解があったとしても不思議ではない。

仮に本法文第 1 項において組合員が家子を訴える場合に相殺が認められなければ、家父が組合員を訴えた場合に相殺が認められる

旬に死亡している。在位期間の長さからすると、ゴルディアヌス 3 世（在位 238～244 年）である可能性が最も高いであろう。T. Honoré, *Emperors and Lawyers*, 2 ed., Oxford 1994, p. 133/188 参照。なお、Pichonnaz〔前掲注 2〕, p. 254 n. 1130 は、いずれの皇帝であるか特定できないが、いずれであっても時代は同じであるとする。

⁴⁴ Gord. C. 4,31,9

Eius, quod non ei debetur qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest.

⁴⁵ Pichonnaz〔前掲注 2〕, p. 254 は、方式書訴訟手続では誠意訴訟の場合に同一原因（*eadem causa*）という要件からすると債権の対立を前提としているので、C. 4,31,9 は方式書訴訟手続における厳正訴訟か、特別訴訟手続に関する訴えが可能とありえるところ、前者であれば‘*compensatio fieri*’ではなく‘*obiicere*’を使っていたはずであるとして、後者であると考えられる。

序項と異なる帰結となる。そうすると、組合員が原告となるか被告となるかで、相殺の可否が分かれるという不衡平な結果が生じたであろう。このような結果を回避するために、第 1 項においてもパウルスは相殺を認めたと考えるのが自然であろうし、それが本法文序項と第 1 項に通底するパウルスの思考ではなかろうか。

三、若干の考察

それでは、パウルスはなぜ追認担保を必要としたのか。まず序項における、家子・奴隷が負う債務の相殺に関して考察を加える。序項の事案において相殺が認められることが第 1 項の理解に接続するからである。その後、家父・家子関係における追認・追認担保について、関連法史料を比較考察する。

1. 家子・奴隷が負う債務の相殺

家子は訴求されうるとしても、固有財産を持たない場合には執行されないとされる。また、奴隷は契約に基づいて市民法上義務を負うことはなく、それゆえ訴求されえない⁴⁶。奴隷が負う債務は「自

⁴⁶ D. 44,7,14(Ulp. 7 disput.)

Serui ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent: ex contractibus autem ciuilitur quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. denique si seruo, qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso soluam, liberor.

学説彙纂第 44 卷第 7 章第 14 法文 (ウルピアーヌス『討論録』第 7 卷)

「奴隷は確かに不法行為に基づいて義務付けられ、解放されたとしても義務付けられたままであるが、契約に基づいては市民法上義務付けられるのではなく、自然上のみ義務付けられるし義務付ける。さらに、私に消費貸借金を与えた奴隷が解放された後に、私が返済するならば、

然債務 (*naturalis obligatio*)」として、市民法上の債務と区別される⁴⁷。
「自然債務」が相殺の対象になることについては、パウルスとほぼ
同じ時期に活躍したウルピアーヌス⁴⁸が D. 16,2,6 において非常に簡
潔な叙述をしている⁴⁹。

学説彙纂第 16 卷第 2 章第 6 法文 (ウルピアーヌス『サビヌス註

〔私は債務から〕免れる。〕

D. 50,17,107 (Gai. 1 ad ed. prou.)

Cum seruo nulla actio est.

学説彙纂第 50 卷第 17 章第 107 法文 (ガーイウス『属州告示註解』第
1 卷)

「奴隷に対しては訴権は存在しない。」

⁴⁷ 原田〔前掲注 2〕158 頁; Kaser, RPRI〔前掲注 2〕, S. 343/480f.参照。

⁴⁸ ドミティウス・ウルピアーヌス (Domitius Ulpianus) は、セプティミ
ウス・セウェルス帝とカラカッラ帝の下で、パウルスと共に近衛都
督パーピニアヌスの補佐官を務め、その後、アレクサンデル・セウ
ェルス帝のもとでは、近衛都督の任にあった。Kunkel〔前掲注 16〕,
S. 245ff..

⁴⁹ Lenel, Palingenesia, tom. 2, Leipzig 1889, Spal. 1128, Ulp. 2738 [De
societate et communione] n. 4 は D. 16,2,9pr.を参照指示する。また、R.
Pesaresi, Studi sull'actio de peculio, 2012 Bari, p. 151 n. 263 は、D. 3,5,3,4
(後掲注 52) の分析に関連して、レーネルによる D. 16,2,6 の配置を支
持しつつ、D. 16,2,9pr.との関係性にも言及する。その他、本法文序項と
の関連を示すものとして、例えば、H. Siber, *Naturalis obligatio*, Leipzig
1925, S. 42; Solazzi〔前掲注 6〕, p. 6; G. E. Longo, *Ricerche sull' <obligatio
naturalis>*, Milano 1962, p. 266 n. 129; Pichonnaz〔前掲注 2〕, p. 63 があ
る。

解』第 30 卷)⁵⁰

「自然に負われているものさえも、相殺の対象になる。」

「相殺の対象になる (uenit in compensationem)」という文言からは、「自然債務」が反対債権として相殺の対象となると理解することになろう。また、レーネルの再構成によると⁵¹、D. 16,2,6 は「組合と共有について (De societate et communionem)」の章の冒頭に置かれ、その後は学説彙纂第 17 巻第 2 章 (組合訴訟 (Pro socio)) 所収の法文が続く。この配置からすると、レーネルは D. 16,2,6 を組合訴訟に関するものと解していたと推測できる。これらを踏まえるならば、ウルピアーヌスは組合訴訟において「自然債務」が反対債権として相殺の対象となると解していたといえよう⁵²。

⁵⁰ D. 16,2,6 (Ulp. 30 ad Sab.)

Etiā quod natura debetur, uenit in compensationem.

⁵¹ Lenel, Palingenesia [前掲注 49] Spal. 1128, Ulp. 2738. なお、レーネルは、ウルピアーヌスの『サピヌス註解』第 30 巻に「売買について (De emptione et venditione)」の章も設けている。

⁵² その他、誠意訴訟において「自然債務」を相殺の対象とする法史料としては、D. 3,5,3,4(Ulp. 10 ad ed.)がある。

D. 3,5,3,4 (Ulp. 10 ad ed.)

Pupillus sane si negotia gesserit, post rescriptum diui Pii etiam conueniri potest in id quod factus est locupletior: agendo autem compensationem eius quod gessit patitur.

学説彙纂第 3 巻第 5 章第 3 法文第 4 項 (ウルピアーヌス『告示註解』第 10 巻)

「確かに、未成熟者も、〔自身が〕事務を管理した場合には、神皇ピウスの勅令後は、より豊かになったものについては訴えられうる。他方

本法文序項では、家父・主人（原告）と組合員（被告）の訴訟において、組合員の家子・奴隷に対する債権が相殺の対象となっている。組合員は奴隷に対しては訴求することができず、家子に対しては訴求し得るも、固有財産を有さない家子には執行できない。そうであれば、組合員としては、特有財産の範囲に限定されるとしても、家父に対して特有財産訴権を行使するのが、より確実な債権回収の方法であろう。他方で、本法文序項のように、家父・主人が組合員を訴えた場合に、家父・主人は債権額について訴求できるにもかかわらず、組合員は組合契約に基づいて有する債権を特有財産の範囲内でしか相殺できないのであれば、均衡がとれない。主人・家父（原告）と組合員（被告）における衡平の観点から、序項において全額

で、〔未成熟者が〕訴える場合は、その管理した事務に関して相殺〔の対抗〕を受ける。〕

未成熟者が後見人の助成なく契約を締結した場合、未成熟者は権利を有するが義務を負わないとされるが(Kaser, RPRI〔前掲注 2〕, S. 277)、アントニーヌス・ピウス帝の勅答により、後見人の助成なく行われた行為によって利得した未成熟者（被後見人）は利得返還の責任を負うこととなった。このことから、勅令前は事務管理の本人は利得部分について未成熟者に訴求できなかったが、勅令によって変更され、訴求可能となったと解される。それでも依然として、利得部分以外については訴求できなかったところ、未成熟者が本人に対して事務管理反対訴権を行使するときには、被告たる本人は未成熟者に対して有する債権をもって相殺が可能となるとされた。Pichonnaz〔前掲注 2〕, pp. 66-67 参照。

の相殺が認められていたのではなかろうか⁵³。このことは、組合関係の清算という場面を考慮すれば尚更である。そのため、家子・奴隷が負う債務全額を対象として相殺することができる⁵⁴。相殺の範囲という序項の問題は、権力関係(家父・主人と家子・奴隷の関係)が存在しており、特有財産が付与されているという特殊性ゆえに生じているといえよう。

次に、本法文第 1 項では、組合員(原告)と家子(被告)の訴訟において、家父の組合員に対する債権が相殺の対象となっている。組合員に対する家父の債権と家子に対する組合員の債権の相殺を認めた序項の内容を形式的に当てはめれば、相殺が認められて当然のように思えるが、反対債権である組合員に対する債権を有するのは被告である家子ではなく、家父であることから、問いに繋がっている。

2. 追認・追認担保

相殺を認めるために必要とされる追認担保について考察する。ここでは、まず権力服従関係における追認について整理した後、家子の行為と追認担保に関する法史料を比較検討する。

(1) 追認

⁵³ Pichonnaz〔前掲注 2〕, p. 66 は、同じパウルスによる法文 D. 21,1,57(Paul. 5 quaest.)に共通するものとして、被告には義務の履行を迫りながら、他方で責任の制限に隠れて自分の義務を拒むという矛盾した行動を原告がしてはならないという考えが根底にあるとする。

⁵⁴ Pichonnaz〔前掲注 2〕, p. 64 参照。

権力服従者の行為に関して、法務官は一定の場合に権力保持者に責任を負わせた⁵⁵。すなわち、家父・主人が自分の家子・奴隷の行為を追認したときは、その相手方は家父・主人に対して命令訴権で全額につき請求することができた⁵⁶。また、権力服従者が取引の相手方から得た物を権力保持者の利益に転用した場合には、権力保持者による追認の有無に関係なく、相手方に転用物訴権が認められた⁵⁷。さらに、追認しなくても、一定の行為をした場合に、追認とみなされることがある⁵⁸。

⁵⁵ 原田〔前掲注 2〕 216 頁以下; Kaser, RPRI〔前掲注 2〕, S. 607f..

⁵⁶ D. 15,4,1,6 (Ulp. 29 ad ed.)

Si ratum habuerit quis quod seruus eius gesserit uel filius, quod iussu actio in eos datur.

学説彙纂第 15 卷第 4 章第 1 法文第 6 項 (ウルピアーヌス『告示註解』第 29 卷)

「ある者が自分の奴隷又は家子が行ったことを追認したときは、その奴隷・家子に関して〔追認した主人又は家父に対する〕命令訴権が〔相手方に〕付与される。」

⁵⁷ D. 15,3,5,1(Ulp. 29 ad ed.)

Idem ait, siue ratum habeat serui contractum dominus siue non, de in rem uerso esse actionem.

学説彙纂第 15 卷第 3 章第 5 法文第 1 項 (ウルピアーヌス『告示註解』第 29 卷)

「奴隷の所有者が奴隷の契約を追認するにせよ、追認しないにせよ、転用物訴訟があると同人〔ポンポーニウス〕は述べる。」

⁵⁸ 例えば、主人が主債務者に対して委任訴権を行使すると、奴隷による保証・支払いを追認したとみなされる場合 (D. 46,1,66 (Paul. 1 ad Neratium))、家子の消費貸借金を家父が弁済すると追認したとみなさ

しかしながら、相殺との関係で追認が論じられる法史料は、管見の限り、学説彙纂において見出せない。相殺は訴訟時に考慮されるものであるから、追認ではなく、追認担保との関係が問題となると思われる。

(2) 追認担保⁵⁹

法務官は訴訟手続の進行やその目的達成のために、必要に応じて

れる場合 (D. 14,6,7,15(Ulp. 29 ad ed.)) がある。

D. 46,1,66(Paul. 1 ad Neratium)

Si seruus alienus pro Titio fideiussit et soluit, liberatur Titius, si dominus mandati contra eum agere instituit: nam qui mandati agit, ratam habere solutionem uidetur.

学説彙纂第 46 卷第 1 章第 66 法文 (パウルス『ネラーティウス註解』第 1 卷)

「他人の奴隷がティティウスのために保証して弁済したとき、ティティウスは、主人が彼に対して委任訴権で訴えたならば、〔債務から〕解放される。というのも、委任訴権で訴える者は弁済を追認したものとみなされるからである。」

D. 14,6,7,15(Ulp. 29 ad ed.)

Hoc amplius cessabit senatus consultum, si pater soluere coepit quod filius familias mutuum sumpserit, quasi ratum habuerit.

学説彙纂第 14 卷第 6 章第 7 法文第 15 項 (ウルピアーヌス『告示註解』第 29 卷)

「さらにまた、家子が消費貸借として受領したものを家父が弁済し始めた場合にも、追認したものと、〔マケドニアヌム〕元老院議決は適用されるべきではない。」

⁵⁹ この節での略述については、原田〔前掲注 2〕395 頁以下; Kaesr, RZ〔前掲注 20〕, S. 213ff./279ff.; De Filippi〔前掲注 6〕, p. 73ff. 参照。

当事者に担保を強制する。その一種である追認担保問答契約 (*cautio ratam rem dominum habiturum*) は、多くの場合、原告側の訴訟代理人が設定するが⁶⁰、例外的に被告側で設定することもある⁶¹。

他人の名でなされた訴訟は、当然には本人に効果を及ぼさないので、訴訟代理がなされる場面では、担保設定が必要とされた。方式書訴訟手続においては、訴訟代理人として代訟人と委託事務管理人が現れるが、追認担保が関係するのは代訟人ではなく、委託事務管理人である。委託事務管理人が原告のために訴える場合でも、原告

⁶⁰ D. 3,3,33,3(Ulp. 9 ad ed.)

Ait praetor: ‘Cuius nomine quis actionem dari sibi postulabit, is eum uiri boni arbitrato defendat: et ei quo nomine aget id ratum habere eum ad quem ea res pertinet, boni uiri arbitrato satisdet’.

学説彙纂第 3 卷第 3 章第 33 法文第 3 項 (ウルピアース『告示註解』第 9 卷)

「法務官は〔次のように〕述べる。『他人の名で自己に訴権を付与するよう求める者は、誠実なる者の判断に従ってその他人を防御すべし。また、他人の名で訴えようとする者は、当該事件の本人が追認することにつき、善良なる者の判断に従って〔相手方に〕担保を提供すべし。』」

⁶¹ Kaser, RZ〔前掲注 20〕, S. 215 Anm. 51 は、対物訴訟に関する次の法史料を挙げる。

D. 3,3,40,2(Ulp. 9 ad ed.)

Sed et is, qui quasi defensor in rem actione conuenitur, praeter solitam satisfactionem iudicatum solui etiam de rato debet cauere. ...

学説彙纂第 3 卷第 3 章第 40 法文第 2 項 (ウルピアース『告示註解』第 9 卷)

「また、対物訴訟において防御者として訴えられる者は判決履行債務に関する通例の担保以外に、追認に関する担保も設定しなければならない。(略)」

は自己の名で訴訟提起できるので、委託事務管理人は被告に対して、追認担保を設定しなければならなかった⁶²。委託事務管理人に実際に授權されているか疑わしいことがありうるし⁶³、また委託事務管

⁶² D. 3,3,39,1(Ulp. 9 ad ed.)

Qui alieno nomine agit quamcumque actionem, id ratum habiturum eum ad quem ea res pertinebit cauere debet. sed interdum licet suo nomine procurator experiat, tamen de rato debet cauere, ut Pomponius libro uicensimo quarto scribit. ut puta iusiurandum procuratori rettulit, iurauit absentem dari oportere: agit hoc iudicio suo nomine propter suum iusiurandum (neque enim haec actio domino competere potuit): sed debet de rato cauere. sed et si procuratori constitutum est et ex ea causa agat: dubitandum non est quin locus sit de rato cautioni, idque Pomponius scribit.

学説彙纂第 3 卷第 3 章第 39 法文第 1 項 (ウルピアースス『告示註解』第 9 卷)

「如何なる訴権であれ他人の名で訴える者は、この訴訟が及ぶ者がこのことを追認するであろうと担保しなければならない。時には委託事務管理人が自己の名で争う場合であっても、ポンポーニウスが第 24 巻で著述するように、追認するであろうと担保しなければならない。例えば、〔被告たる相手方が〕委託事務管理人に反対に宣誓を要求し、〔委託事務管理人が〕不在者〔たる本人〕に与えねばならないことを宣誓した。この訴訟において自身が宣誓をしたがゆえに〔委託事務管理人が〕自己の名で訴える場合であっても（というのも、本人はこの訴権を有することができないからだが）、〔本人がその訴えを〕追認することを担保しなければならない。他方で、〔原告の〕委託事務管理人に弁済約束をして、〔委託事務管理人が〕この原因に基づいて訴えるときは、〔委託事務管理人は本人がこの訴えを〕追認するであろうと担保すべき立場にあることに疑念を抱くべきではない。このことはポンポーニウスが著述することである。」。

⁶³ Pius. C. 2,12(13),1[a. 150]

理人が訴える場合には本人が同じ事案について再度争う危険があるためである⁶⁴。これに対して、委託事務管理人が被告のために立つときは、その訴えによって訴権を消耗するため原告は再び被告を訴えることができない。そこで、本人は相手方に判決履行担保問答契約（*cautio iudicatum solui*）を締結しなければならなかった⁶⁵。

Cautio ratihabitionis tunc exigitur a procuratore, quotiens incertum est, an ei negotium mandatum est.

勅法彙纂第 2 巻第 12(13)章第 1 法文（ピウス帝、150 年）

「〔本人によって〕自分に事務が委託されたかが不確かなときはいつでも、追認担保が委託事務管理人に要求される。」

⁶⁴ Gai. 4,98

Procurator uero si agat, satisdare iubetur ratam rem dominum habiturum; periculum enim est, ne iterum dominus de eadem re experiatur. quod periculum non interuenit, si per cognitorem actum fuerit, quia de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet, quam si ipse egerit.
ガイウス『法学提要』第 4 巻第 98 法文

「他方で、委託事務管理人が訴える場合、本人が訴訟を将来追認することについて担保の設定を命じられる。というのも、本人が同じ事案について再び争う危険があるからである。その危険は、代訟人によって訴えられる場合には生じない。なぜならば、代訟人によって訴えた者〔＝本人〕は、本人自身が訴えた場合と同様に、その事案についてもう一度訴えることはできないからである。」

⁶⁵ Gai. 4,101

Ab eius uero parte cum quo agitur, siquidem alieno nomine aliquis interueniat, omni modo satisdari debet, quia nemo alienae rei sine satisdatione defensor idoneus intellegitur. sed siquidem cum cognitore agatur, dominus satisdare iubetur; si uero cum procuratore, ipse procurator. idem et de tutore et de curatore iuris est.

ガイウス『法学提要』第 4 巻第 101 法文

「これに対して、被告の側で、ある者が他人の名で訴訟を行うときに

家子（嫁資に関する家娘を除く）に関して追認担保が現れる法史料を概観すると、本法文以外に、家子が不在者である家父を防御する場合（D. 2,8,14(Paul. 2 respons.)), コルネリウス法により家子が訴えられる場合（D. 47,10,5,7(Ulp. 56 ad ed.)) と軍営特有財産（D. 49,17,18,5 (Maecian. 1 Fideicommiss.)) に限られる。ただし、D. 47,10,5,7 は家子がコルネリウス法に従って公の犯罪に関して訴えられた事例であるから、ここでの検討では除外する。また、学説彙纂中で本法文以外に相殺に関して追認担保を論じる D. 16,2,21(Paul. 1 quaest.)⁶⁶も併せて検討する。

次のパウルス法文は、不在者である家父のために家子が訴訟防御する事案を伝える。

学説彙纂第 2 巻第 8 章第 14 法文（パウルス『解答録』第 2 巻）⁶⁷
「家子が不在の家父のために防御する場合に、判決履行担保問答契約をしなければならないかを私は問う。パウルスは、不在者を

は、常に担保が設定されなければならない。というのは、担保を設定することなく他人の事件について防御する者は、適当とはみなされないからである。しかし、代訟人に対して訴えられるときには、本人が担保の設定を命じられる。他方で、委託事務管理人に対して〔訴えられるときは〕、委託事務管理人自身が〔担保の設定を命じられる〕。また、後見人と保佐人についても同じ法が当てはまる。」

⁶⁶ 本文「一、はじめに」参照。

⁶⁷ D. 2,8,14(Paul. 2 respons.)

Filius familias defendit absentem patrem: quaero an iudicatum solui satisfacere debeat. Paulus respondit eum qui absentem defendit, etiam si filius uel pater sit, satisfacere petitorio ex forma edicti debere.

防御する者は、家子であろうと家父であろうと、告示の規定に従って請求者に対して担保問答契約をしなければならない、と解答する。」

家子が不在者である家父の訴訟を被告として引き受ける場合に、判決履行担保問答契約の要否が問われている。債権の発生原因は不明であるが、契約に基づく債権であれば、家父の契約に基づき発生した債権債務に関する訴訟であると考えられる。パウルスは、担保問答契約を強制する告示の規定を根拠に、家父も家子も不在者を防御する場合には判決履行担保問答契約を締結しなければならないという。他人のために訴訟上の防御を引き受ける者は担保を提供しなければ防御者と認められないのと同様である⁶⁸。ここで、パウルスは防御者として家父・家子の両方を挙げて解答する。「家子が不在の父のために防御する」場合について問われていることからすれば、家子による担保問答契約の必要性のみを解答すれば足りるところであるが、パウルスは家父が不在の家子のために防御する場合に関しても同様に判断を示している。家父の代わりに家子が訴訟を引き受けた場合には、家子が担保問答契約をしなければならないことが分かる。

同じパウルスによる D. 16,2,21 は、家父・家子関係を論じたものではないが、相殺と追認担保を明示的に関係づけて論じており、不在者の委託事務管理人が訴えられる場合に、追認担保を必要としない旨を述べる。

⁶⁸ 前掲注 65 参照。

学説彙纂第 16 卷第 2 章第 21 法文 (パウルス『質疑録』第 1 卷)⁶⁹
「相互に義務付けられるものは法上当然に相殺されるとあらゆる者の間で認められて以後は、不在者の委託事務管理人が訴えられるときに、追認に関して担保を与える必要はないものとする。というのも、決して相殺するのではなく、始めからより少なく委託事務管理人に対して請求されるからである。」

債務を相互に負う関係において法上当然に相殺されることがあらゆる者の間で認められ⁷⁰、それ以後に不在者の委託事務管理人が

⁶⁹ D. 16,2,21(Paul. 1 quaest.)

Posteaquam placuit inter omnes id quod inuicem debetur ipso iure compensari, si procurator absentis conueniatur, non debet de rato cauere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur.

⁷⁰ ‘Posteaquam ... compensari’の箇所について、インテルポラーティオの指摘が数多くなされている (E. Levy/E. Rabel, Index interpolationi : quae in iustiniani digestis inesse dicuntur, Weimar 1929, tom. 1, Spal. 267; Pichonnaz [前掲注 2], p. 140 n. 643 に詳しく列挙される)。

Pichonnaz [前掲注 2], p. 141 は、‘placuit’について、パウルスの著作より前に出されたマルクス・アウレリウス帝の勅答 (Inst. 4,6,30) によって「定められた」と解する余地があり、この理解に従えば、厳正訴訟に関する一般的な言及である‘inter omnes’は「すべての当事者間」を指し、銀行業者に限定されないと解することになる、という。厳正訴訟において銀行業者に限定されていた反対債権額を控除して訴求するという「法上当然の相殺」が、厳正訴訟一般に拡大されたと解するようである。

‘ipso iure’の理解に関わるため、‘placuit inter omnes’の意味内容を決しがたいが、マルクス・アウレリウス帝の勅答 (Inst. 4,6,30) が誠意訴訟

訴えられたときに⁷¹、相殺に関して追認担保の要否が論じられている。この叙述において相殺という文言が二カ所（*compensari, compensat*）登場するが、両者は意味を異にする。「法上当然に相殺される（*ipso iure compensari*）」は、パウルスの原因付け（*quia* 以下）において言い換えられており、「始めからより少なく（*ab initio minus*）」請求することを指す。すなわち、原告が訴訟提起する時点で反対債権額を控除した額を請求することを意味する。他方で、後者の「相殺する（*compensat*）」は、「始めからより少なく」請求することではないので、訴訟において審判人が差引計算を考慮することを指すと思われる。

不在者の委託事務管理人が相殺に関与しないことからすると⁷²、反対債権額を控除して原告が訴訟提起する場合には、不在者の委託事務管理人には追認担保の提供義務はない、というのは当然である。これに対して、被告が反対債権の存在を示して相殺が考慮される場合（対比で持ち出される「相殺（*compensat*）」の場合）については、D. 16,2,21 の述べるところではないが、委託事務管理者が訴える場合には本人が訴訟提起できるが故に追認担保の設定が必要である

にまで「法上当然の相殺」を認めているわけではないことに基づき、D. 16,2,21 における「法上当然の相殺」が行われる場面として少なくとも誠意訴訟を除外した場面と解する。ここでは各国語訳〔前掲注 40〕に従った訳に留め、今後の検討課題としたい。

⁷¹ Pichonnaz〔前掲注 2〕, p. 141 は、自身の‘*placuit*’に関する理解（前掲注 70 参照）に基づき、不在者の委託事務管理人が厳正訴訟で訴えられた場合を想定する。

⁷² Pichonnaz〔前掲注 2〕, p. 142.

ことからすると⁷³、担保提供義務があると解すべきであろう。

D. 49,17,18,5(Maecian. 1 Fideicommiss.) は、軍営特有財産 (peculium castrense) と追認担保に関して叙述する。軍営特有財産から生じる債権債務は、通常の特有財産と異なり、家父の財産とは区別されて家子に帰属する⁷⁴。この法文は、パウルスではなくマエキアーヌス⁷⁵の叙述であるものの、家父・家子関係における債権帰属主体と追認担保の問題を論じる。

学説彙纂第 49 卷第 17 章第 18 法文第 5 項 (マエキアーヌス『信託遺贈について』第 1 卷)⁷⁶

「しかし、家父は、家子が軍営で取得した特有財産の名目で負ったとされる債務〔＝他人の金銭〕について、特有財産訴権〔行使〕を受けると強制されない。そして〔家父が〕自らの意思で〔訴権行使を〕受けるならば、あらゆる防御者がそうであるように、〔家父も〕担保設定をして、特有財産の範囲ではなく、全額について家子を防御しなければならない。他方で、〔家父は〕家子が

⁷³ 前掲注 62 参照。

⁷⁴ 原田〔前掲注 2〕282～283 頁; Kaser, RPRI〔前掲注 2〕, S. 344.

⁷⁵ ウォルシウス・マエキアーヌス (Volusius Maecianus) は、ハドリアーヌス帝 (在位 117～138 年) とアントニーヌス・ピウス帝 (在位 138～161 年) 期の法学者である。Kunkel〔前掲注 16〕, S. 174ff.

⁷⁶ D. 49,17,18,5 (Maecian. 1 Fideicommiss.)

Sed nec cogendus est pater aes alienum, quod filius peculii nomine, quod in castris adquisiit, fecisse dicetur, de peculio actionem pati: et, si sponte patiat, ut quilibet defensor satisdato filium in solidum, non peculio tenus defendere debet. sed et eius filii nomine non aliter mouere actiones potest, quam si satis dederit eum ratam rem habiturum.

追認するという担保を与えたときのみ、家子の名で訴権を行使できる。」

マエキアーヌスは、前半部分（*Sed nec ... defendere debet.*）で、家父が家子の訴訟を引き受ける場合を論じる。軍営特有財産に関して家子が負う債務について、家父が特有財産訴権によって訴えられても訴訟を引き受けるよう強制されないが、家父が訴訟を引き受ける場合（債務弁済）には追認担保することが必要である。責任の範囲は、特有財産の範囲に限定されず、債務全額が対象となる。これに対して、後半部分（*sed et ... rem habiturum.*）では、家父が家子の訴権を行使する場合（債権回収）を論じる。このとき、家父は追認担保の設定をして、家子の名で訴権を行使することができる。

この後半部分が本法文第1項の理解にとっては有益である。本法文第1項とは債権帰属主体と債権行使者が入れ替わり、追認主体も異なるが、家父・家子のうち債権帰属主体でない者（ここでは家父、本法文第1項では家子）が債権を行使する場合には追認担保を必要とする点において、本法文第1項と同様である。本法文第1項の事案に即していえば、家子が家父の債権を行使することになるので、追認担保なくしては相殺を認めることができないのである。家子が組合契約の当事者であったとしても、その組合契約に基づいて発生する債権は市民法上家父に帰属し、家父の債権を当然には家子が用いることができないからである。

本節の検討をまとめると、次のようになろう。家父・家子のいずれかが他方の名で訴訟を引き受ける場合には、判決履行担保の設定が必要である（D. 2,8,14）。追認担保については、原告が訴訟提起時

に反対債権額を控除する場合と異なり、被告による反対債権の主張をもって相殺を考慮する場合には、追認担保の設定が必要であると考えられる (D. 16,2,21)。そして、家子が軍営特有財産に基づく債権債務を有するとき、家父が家子の名で訴権を行使するには追認担保の設定が必要とされる (D. 49,17,18,5)。これらのことから、本法文第1項のように、家子自身が契約当事者であり、被告として自己の名で訴訟を引き受ける場合には、追認担保の設定を必要とするパウルスPaulusの結論は自ずと導かれるものといえるであろう。

最後に、本法文第1項において、組合員は、家父に対して特有財産訴権を行使せず、家子に対して請求しているが、これがどのような場面で起こり得るかについて付言したい。組合員の債権額が特有財産額よりも小さければ、組合員は、執行できない危険性を冒してまで、固有財産を持たない家子を訴える利益はなく、家父を特有財産訴権で訴えれば足りる。これに対して、組合員の債権額が特有財産額よりも大きい場合には、組合員が家父を訴えても特有財産の範囲に限定されてしまうが、家子を訴えれば、相殺によって実質的に組合員は特有財産を超えて債権を回収できることになる。そうであれば、本事案は組合員の家子に対する債権額が家子の特有財産額よりも大きい場合であると想定するのが妥当であろう⁷⁷。むしろ、これは家子が家父の債権をもって相殺しなければ機能しないので、組合員としては受動的な立場に置かれるが、前述のように (「二、三、

⁷⁷ Pichonnaz [前掲注2], p. 47 は、このほか、家子がすぐに自権者となる可能性を指摘する。この理解は魅力的であるが、事案をかなり限定的に捉えることになる。

(1) 家子が反対債権を主張せざるを得ない事情があったとすれば、一定の意義はあったと考える。

四、おわりに

以上の叙述を整理すると、次のように要約できるであろう。

本稿では、パウルス法文 D. 16,2,9 を通じて、組合員に訴えられた家子が家父の債権をもって相殺するときに追認担保がなぜ必要なのかを中心に考察してきた。

序項では、家父が組合員を訴えたときには、組合員は家子や奴隷に対する債権をもって相殺できた。組合員は訴求し得ない奴隷に対して、そして、訴求しても固有財産を持たないが故に執行できない家子に対して、実質的に回収したに等しい結果を得ることができる。また、相殺は、特有財産の範囲に限定されず、全額について認められた。家父は組合員に対して債権全額を請求できるにもかかわらず、組合員の債権が特有財産の範囲に限定されると、不均衡を生じさせてしまうからであろう。家父が組合員を訴える場合には債権全額が相殺の対象となることで、組合員が実質的に回収できる範囲は特有財産の範囲よりも拡大する可能性がある。組合員が家父に訴えられた場合に家子に対する債権を反対債権として相殺が認められるという受動的な場面に限定されるが、実質的には特有財産の範囲を超えた債権回収が可能となる。

それでは、同じ債権が相殺の対象であるものの、訴える主体が替わった場合、相殺は認められるか。これを論じるのが、組合員が家子を訴える第 1 項である。序項の内容を形式的に当てはめれば、同じ債権債務であるから相殺を認めて当然にも思えるが、パウルスは、家父の債権も組合員の債権（家子の債務）も一つの組合契約から生

じたことを理由に相殺を肯定するものの、家子による追認担保の設定を条件として求める。家子が組合契約の当事者ではあるが、その契約に基づき発生した債権は市民法上、家父に帰属する。家子が締結した組合契約から生じた債権を契約当事者ではない家父が有しているという家父・家子関係の特殊性ゆえに、被告である家子は、相殺しようとする、自己の債権を行使するのではなく、家父の債権を行使することになる。それゆえ、パウルスは追認担保の設定を必要としたと考えられる。

このとき仮に相殺が認められなければ、組合訴訟において、当事者のいずれが訴えを提起するかによって相殺される反対債権額が異なることになる。つまり、同じ組合契約における清算において、家父は組合員に債権額全額を請求できるのに対し、その責任は特有財産の範囲に限定されることになり、組合員は不衡平な立場に置かれる。パウルスが相殺を認めたことでこのような結果を回避することができ、組合員は、原告・被告のいずれになるかに関係なく、特有財産の範囲を超えて債権回収する可能性を得たといえる。

これまでの検討から、本稿は、相殺に関する従来の研究で検討されてきた法史料に、原告・被告という立場に関係なく実質的に債権回収できるという「対称性」、そして相殺によって責任の不均衡を調整するという「均衡性」という新たな視点から光を当てるものといえよう⁷⁸。

⁷⁸ 本稿は、2020-2022 年度科学研究費補助金・基盤研究(C)（課題番号 20K01250）の交付を受けて行った研究成果の一部である。