

瑕疵担保責任の請求期限について

— 問答契約研究の一環として —

一、はじめに

小川 浩三

二〇〇二年一月一日に施行されたドイツ改正債務法は、瑕疵担保責任に基づく請求（完全履行請求、解除請求、損害賠償請求）の期限を、従来の六ヶ月から（BGB旧四七七条）原則二年に延長した（BGB四三八条一項三号）。それでも、債務の消滅時効に関する一般条項（BGB一九五条）が三年と定めていることと対比すると、瑕疵担保責任の請求期限はこの特則となっている。しかし、瑕疵担保責任の根拠を、売買契約に基づく瑕疵のない目的物を給付する売主の義務の不履行と捉える（BGB四三三条一項二文）、すなわち、瑕疵担保責任を債務不履行責任の一環として捉えるとすると、この請求期限の違いは、何らかの説明を必要とする。

周知のように、この請求期限の起算点は、日本民法と違って、危険移転の時期（BGB四三八条）、したがって、一般的には引渡し of の時期と解される。その結果、瑕疵担保責任を追及できる期間は、瑕疵を知ってから一年と定める日本民法と違って確定的である。このことは、債務者である売主にとって、瑕疵担保責任の追求に備えなければならない期間が確定したものであり、たとえば瑕疵担保責任に基づく支払にあてる予備費の計上もこの期間について

行なえばよいということ、意味する。²そして、その期間が債務消滅の一般規定である三年よりも一年短ければ、それだけ売主にとって利益となる。しかし、なぜ売主の瑕疵担保責任だけがこのような保護に値するのだろうか。³逆に、債権者である買主はどうして一年短くなるという不利益を受けなければならないのだろうか。たしかに、瑕疵が危険移転時にあったかどうかの証明は、危険移転から時間が経てば難しくなる。しかし、証明が難しくなると不利益を受けるのは、債権者である買主である。一般の債務の消滅時効の存在理由の一つは、債務者の抗弁事由（債務の不存在、消滅）の証明の困難から債務者を救済することだといわれている。⁴これと対比すれば、瑕疵担保責任では債権者に対して、「君の証明が困難になる、だから君の請求権を消滅させて、君を楽にしてあげよう」ということになる。不治の病に罹って、それにもかかわらず必死に生きようともがき苦しんでいる人に対して、そんなに苦しむことはないといつて安楽死の措置を取ることは、やはり殺人である。

もちろん、日本の瑕疵担保法には以上の議論はそのままでは当てはまらない。請負人の瑕疵担保責任については、引渡しの時点から一年、または五年もしくは一〇年と請求の期限が定められている（民法六三七、六三八条）ので、ドイツ法について述べたことがそのまま当てはまる。しかし、売主の瑕疵担保責任の請求の期限は瑕疵を知ったときから一年（民法五七〇条、五六六条）であるから、買主が瑕疵を知るに至らない限り、論理的には売主の債務が一〇年の時効によって消滅するまでは、請求が可能である。したがって、なぜ売主瑕疵担保責任の請求期限が一般の消滅時効に比して短いのかという説明は、一応求められることはないであろう。しかし、なぜ瑕疵を知ったときから一年以内に請求しなければならぬのかは、説明しなければならぬであろう。不法行為の場合には、損害と加害者を知ったときから三年以内に請求すればよい（民法七二四条）のに、どうして売主瑕疵担保責任の追及は瑕疵を知ったときから一年なのか。不法行為責任と契約責任の違いか。しかし、契約責任では、他にはこのような規定がないではない

か。どうして売主瑕疵担保責任だけが特別扱いされなければならないのか。結局、売主瑕疵担保責任には短期の請求の期限があるということが暗黙の前提となつて、ここでも当然のこととして採用されたのではないだろうか。

ドイツの指導的な民法学者でもあるD・メーデイクスは、「物の瑕疵担保責任の歴史について」と題する一九九九年に刊行された講演において、当時のドイツの瑕疵担保責任法の問題点を四点に整理している。すなわち、① 修補請求権の不存在、② 六ヶ月の短い消滅時効期間、③ 形成権である一般の解除(Rücktritt)とは区別された、請求権としての解除(Wandlung)、④ 損害賠償請求権の特殊性(保証された性状の不存在、悪意の沈黙の場合だけに限定)の四点である。これらの四点は、いずれも二〇〇二年法改正によつて改善を見たのであるが、メーデイクスは、これらの問題点がいずれも状況の変化にもかかわらずローマ法を無批判に受け入れたことにその原因があると、いかにも彼らしくこともなげに切つて捨てている。⁵⁾ローマ法への無批判的盲従は、もちろん盲従する側に問題があるのであるが、しかし常に批判的であることは難しく、コストの面からも過去を踏襲するのがわれわれの習いである。このような過去にはもちろんなんらの責任もないのであるが、これをさしあたり「呪縛」と呼んでよいであろう。ドイツでは、たしかに六ヶ月という短い期間は改善されたが、しかし一般の時効期間とは区別された特別の時効期間が定められているという点で、なお固定観念からは抜け切っていない。これは「呪縛」と呼んでよいであろう。

ローマ法の「呪縛」を解くためには、ローマ法を知るしかない。以下では、最近大きな展開を見た売主瑕疵担保責任に関するローマ法学の研究動向を紹介し、そこから呪縛を解く鍵を探つて見たい。⁶⁾ただし、結論をある意味で先取りすることになるかもしれないが、ローマ法学者にとつては当たり前のことで、しかし一般的には必ずしも知られていないとは限らないことを、あらかじめ指摘しておく。それは、消滅時効のような出訴期間の制限は、古典期(一―三世紀中葉)のローマ法には原則として存在せず、古典期後の帝政後期の産物だということである。⁷⁾そのことだけでも、

すでに古典期に見られた瑕疵担保訴権の期限は異様であり、消滅時効や除斥期間とは別のものではないかという疑問を起こさせるものである。

二、伝統的通説

(1) 瑕疵担保の問答契約の慣用

周知のように現代の瑕疵担保責任は、古代ローマの高級管理官 (*aedilis curulis*) の告示に起源をもつといわれている。とはいえ、この高級管理官の告示以前から、取引においては売買目的物に一定の瑕疵がないこと、一定の性状を有していることについて、問答契約によって保証がなされていたことは、一般的に認められている^⑧。高級管理官の告示（前2世紀、さらには、3世紀にまで遡るといわれている）は、このような慣行的に行なわれてきた問答契約による保証を、奴隷と荷駄獣の売買について義務的にした^⑩。奴隷に関する高級管理官の告示は次のように伝えられている。

(2) 高級管理官の告示

① D.21, 1, 1, 1 (*Ulpianus 1 ad ed. aedil. cur.*) 管理官たちは次のように述べている。

「奴隷を売る者は、何かの病気または瑕疵がそれぞれの奴隷にあるか、誰が逃亡性をもっているか、または浮浪者であるか、または加害行為から〔弁済によって〕自由になっていないかを、買主に伝えるべきである。

そして以上すべてのことを、このような奴隷が売られるときに、公然かつありのままに明言せよ。しかし、奴隷が以上の定めに反して売却された場合、または、奴隷が売却される際に言明されたこと、もしくは諾約されたことに反していた場合には、奴隷に関するこのことが保証されることを要すると主張されるので、われわれは買主およびこれらの事柄が関係する者すべてに、当該奴隷が返却されるために、訴訟を与えることとする。しかし、奴隷が売却および引渡の後に買主またはその家族もしくは執事の行為によって劣化した場合、または、売却の後にその奴隷から何かが生まれ、もしくは「奴隷によって」取得された場合、さらに、その他に売却の際に何か別の物が奴隷に付加された場合、または、この物から何かが果実として買主のもとに到来した場合には、買主がこれらすべてを返還するために。さらに、買主が何らかの付加物を給付していた場合には、それを受け取るために「訴訟を与える」。さらに、この奴隷が死罪を犯していた場合、または、自殺のために何かを企てていた場合、または、猛獣との闘いのために闘技場に送られていた場合には、これらすべてを売却の際に明言せよ。なぜなら、以上すべての原因からわれわれは訴訟を与えるからである。これに加えて、誰かが以上の定めに反して知っていて悪意で売却したと主張される場合には、われわれは訴訟を与えることにする。」⁽¹⁾

この高級管理官の告示は、市場で売却される奴隷について、病気や瑕疵などの一定の典型的な事柄を明言するように義務付けていた。市場で売られる奴隷は、首から札を下げ、そこに奴隷の氏名、出生、年齢、さらには病気や瑕疵が記された。奴隷は裸にされて、よく見てもらうことができるようにしなければならなかった。戦争捕虜のように、奴隷商人が保証を引受けたくない奴隷は、帽子や冠をかぶせられた。「冠をかぶせて売られる(sub corona venire)」とは、

テクニカル・タームで保証なしに売ることを意味した。⁽¹²⁾

実際には表示すべき典型的な病気や瑕疵があったにもかかわらず、これを明言せずに売却した（以上のために反して売却された）場合には、買主は返却訴権 (*actio redhibitoria*) によって、奴隷を返却して売買代金の返還を受けることができた。この場合に、売主が瑕疵や病気を知っていたかどうかは、問題にならない。⁽¹³⁾ また、典型的な瑕疵や病気に限らず、瑕疵や病気がないこと、あるいは、処女であるとか、料理人であるといった一定の性状を有することを売主が明言または諾約した場合には、事実がこれに反していた場合には、同じく買主は返却訴権を行使できた。さらに買主は、奴隷を保持したいと思うときは、実際に支払った価額から、売却時に瑕疵のある奴隷であることによって減額される金額を請求する減額訴権 (*actio quanti minoris*) を行使することもできた。⁽¹⁴⁾ 返却訴権の行使期間は六ヵ月、減額訴権の行使期間は一年である。⁽¹⁵⁾ 行使期間の始まりは、売買目的物の引渡の時でも、瑕疵を発見した時でもなく、買主が瑕疵を発見できる可能性をもった時である。⁽¹⁶⁾

以上述べたことからすれば、売主が告示に挙げられた典型的な瑕疵について明言せず、しかし実際にはそのような瑕疵があった場合には、買主は返却訴権（六ヵ月以内）または減額訴権（一年以内）を行使することができる。

(3) 問答契約の強制…高級管理官手続との重畳

さらに買主は、売買契約の時またはその後、瑕疵がないことについて保証する問答契約を売主に対して求めることができる。この問答契約によって、求められるのは、返却や減額に限られない損害賠償（「利害関係を有するもの *pondus interest*」）である。⁽¹⁷⁾ 問題は、この問答契約を売主が拒否した場合である。これに関係するのは、以下の法文である。

- ② D. 21, 1, 28 (Gaius I ad ed. aedil. cur.) 売主が管理官の告示に含まれる事柄について問答契約によって保証しない場合には、管理官たちは、売主を相手として二ヶ月以内に返却の訴訟を、あるいは、六ヶ月以内に買主の利害関係を有する金額の訴訟を約束する⁽¹⁸⁾。

ここで、「告示に含まれる事柄について問答契約によって保証しない」というのは、売買の時または以後に買主が売主に保証の問答契約を求めたのに、売主がこれを拒否したと解される。売主が拒否した場合には、買主は二ヶ月以内であれば、返却訴権を行使して、奴隷を返却し、代金の返還を求めることができる。この場合、瑕疵が発見されていないとしても、返却訴権は行使できる。保証を拒否したことによって、瑕疵があるのではないかという推測が働くので、信頼できなくなった買主を契約から解放しようという趣旨である⁽¹⁹⁾。他方で、売主が保証の問答契約を拒絶した場合には、問答契約を行ったものとして擬制される。これによって、瑕疵が発見された場合には、買主はこの擬制された問答契約に基づいて売主に対して損害賠償を請求できる。ただし、実際に問答契約がなされた場合とは違って、擬制された場合には、訴権の行使は六ヶ月の期間に限定される⁽²⁰⁾。また、瑕疵が明らかになった場合は、高級管理官の手続によって、返却訴権および減額訴権も認められる。したがって、問答契約訴権と高級管理官の手続（返却訴権または減額訴権）とが競合することになる⁽²¹⁾。

三、批判説

(1) ジャカブ説

以上見た伝統的通説には、とりわけ以下の点で問題がある。すなわち、瑕疵があった場合に、高級管理官の手續によつて返却訴権と減額訴権が認められるとして、さらに加えて保証のための問答契約が結ばれるのはなぜかの説明に窮することである。仮に、追加的な問答契約の効果が結果的には返却訴権や減額訴権とそれほど変わらないとすれば、なぜあえて問答契約を結ぶ必要があるのか説明できない²²⁾。しかし、逆に問答契約によつて返却訴権や減額訴権以上の効果が得られるとすると、それもまた別の問題を惹き起こす。すなわち、売主と買主は、目的物を評価し、返却訴権や減額訴権の可能性もにらんで、価格を決定する。しかし、事後的に問答契約の締結を強制し、それによつて新たな義務を課すことができる²³⁾とすれば、価格決定時の両当事者の債務負担のバランスが損なわれることになる。

以上の伝統的通説に対する根本的な批判を補強するために、ジャカブはまずローマおよびギリシアにおける取引慣行をさまざまな史料から検討する。すでに通説も認めているように、市場に売り出されるときは、奴隷の性状について表示する札を首からさげられる。こうした情報を得た上で、売買は一般には競売の形をとつて行なわれる。つまり、性状の保証について交渉した上で売買を行なうということが常に行なわれたとはいえない。また、瑕疵担保責任を拒絶して「冠をかぶせて売られる」場合もある。これらの取引慣行からすると、事後的に性状について保証を強制できるといふことは考えられない²⁴⁾。もちろん、当事者は取引において、性状保証の問答契約を通常用いているが、しかし、これと高級管理官によつて命ぜられる問答契約は区別しなければならぬ。このように述べて、ジャカブは高級管理官の命ずる問答契約の検討に入る。

以下のジャカブの行論の理解を容易にするためにあらかじめ結論を先取りすれば、高級管理官の告示はそれ自体問

答契約を義務付けるものではない。告示は売主に売却物の性状についての情報提供義務を課しているだけである。この告示を実行するために、つまり情報提供義務を拘束力あるものとするために、違反に対して訴訟を認めなければならぬ。しかし、高級管理官は告示によって直接に訴権を与えるのではなく、当事者に問答契約を課して、この問答契約に基づいて訴訟を可能にした。したがって、問答契約は買主が瑕疵を発見した後に高級管理官の面前で売主に求めるものである。このようにして、一方での売買契約において常に問答契約が行なわれるわけではないという取引慣行と、他方での高級管理官が命ずる問答契約との間の矛盾を、解消した。以下、ジャカブが論拠とする主要な法文に即して詳しく検討することにする。

(a) 高級管理官による問答契約…法務官による問答契約の亜種

③ D. 45, 1, 5 pr. (Pomponius 26 ad Sab.) 問答契約には、審判人によるもの、法務官によるもの、合意によるもの、法務官と審判人共通のものがある。詳しく言えば、審判人によるものは、審判人の職務のみに由来するものであり、たとえば悪意についての担保問答契約がある。法務官によるものとは、法務官の職務のみに由来するものであり、たとえば未発生損害担保問答契約である。ところで、法務官による問答契約については、これらの問答契約に管理官の問答契約も含まれるということに注意しなければならない。なぜなら、管理官の問答契約も裁判権から出てくるものだからである。合意によるものとは、当事者の合意から生ずるもので、その種類は契約の対象となりうるといえるものほとんど同じだけある。なぜなら、合意による問答契約は、言語による債権債務関係そのものを発生させるためにもなされ、「他の」契約を締結する際にもそれに付属してもなされるからである。共通の問答契約とは、たとえば、被後见人財産保全担保問答契約である。すな

わち、法務官は被後見人の財産の保全について保証されるように命じ、また、審判人も時として、この財産のために他に救済手段がないときに、命ずるからである。同様に、二倍額の担保問答契約も審判人または管理官の告示によるものである。⁽²³⁾

この法文から、明らかになることは、高級管理官による問答契約は、法務官による問答契約に分類され、その亜種であること、法務官の問答契約としては未発生損害担保問答契約があることである。ここから、高級管理官による問答契約と未発生損害担保問答契約の平行な関係が想定される。さらに、法務官による問答契約が法務官の面前でなされなければならなかったように、高級管理官による問答契約も高級管理官の面前でなされなければならなかったであろうと推定される。⁽²⁴⁾

(b) 法務官による問答契約の機能…訴訟の可能・容易化

- ④ D. 46, 5, 1, pr. 3 (Ulpianus 70 ad ed.) 法務官による問答契約には三種類あると解される、すなわち、裁判のためのもの、担保のためのもの、共通のものである。(1) 裁判のためのものとわれわれが言うのは、裁判のために介在させられるもので、たとえば、「被告側に代理人 (procurator) が登場する場合の本人の」承認がなされること問答契約、判決されたものが「代理人によって」弁済されることについての問答契約、および、新築建物の通知に基づく「建築続行禁止を解くための担保」問答契約である。(2) さらに、担保のためのものとは、訴権を模写するものであり、新しい訴権が生ずることを目的として挿入される、たとえば、遺贈物に関する問答契約、後見に関する問答契約、「原告側の訴訟代理人の場合の」本人の承認が得られること

についての問答契約、および、未発生損害の問答契約である。(3) 共通の問答契約は、裁判出頭のためになされるものである。⁽²⁷⁾

担保のための問答契約 (stipulationes cautionales) のうち、遺贈物に関する担保問答契約 (cautio de legatis) は、条件付または期限付きの債権遺贈がなされた場合に、相続人が受遺者に対して遺贈の履行を保証するため行なう問答契約である。後見に関する担保問答契約 (cautio de tutela) は、⁽³⁾ D. 45, 1, 5 pr. の被後見人財産保全担保問答契約 (cautio rem pupilli salvam fore) と同じで、遺言によって任命された後見人は、この担保問答契約を行なうことによって後見事務を行なうことができる。また、法定の後見人または地方都市の政務官によって任命または確認された後見人に対して、統領または法務官がこの問答契約を要求する。本人の承認を得られることについての担保問答契約 (cautio ratam rem haberi) は、原告側に代理人 (procurator) が登場した場合に、本人が訴訟の結果を承認することについて、代理人が被告に対してこの問答契約を行なう。この問答契約が行なわれなければ、代理人の訴訟遂行は認められない。未発生損害担保問答契約は、土地所有者が隣地の建物の崩壊によって損害を被る危険がある場合に、法務官が建物所有者に隣地の所有者に対して将来の損害について担保させる問答契約である。これらの担保問答契約に共通するのは、それが「法務官の保護の」受益者の法的地位を衡平の見地から改善し、この受益者に将来の訴訟を可能または容易にする」という点である。それが「訴権を模写し (instar actionis habere)」て、新しい訴権を作り出す。未発生担保問答契約が属する法務官による担保のための問答契約がこのようなものであるとすると、高級管理官による問答契約もまた、訴訟を目的とするものと想定される。⁽²⁸⁾

(c) 二倍額問答契約との対比：高級管理官による問答契約の締結強制

- ⑤ D. 21, 2, 37 pr. 1 (Ulpianus 32 ad ed.) 別段の合意がない限り、買主に対して売主によって二倍額が諾約されることを要する。しかしその目的は、特にその意図が主張されていない限り、「保証人によって」保証されることではなく、「売主自身によって」諾約されることである。(1) しかし、われわれが諾約されることを要すると述べたのは、次のように受け取るべきであろう。すなわち、すべての物についてこう受け取るのではなく、高価なものについてであり、たとえば、真珠、高価な装飾品、絹の衣服または侮ることでできない他の物が売られる場合である。これに対して、高級管理官の告示によっては、奴隷についても担保問答契約を行なうことが命ぜられる⁽²⁾。

買主の下にある売買目的物が第三者によって追奪された場合に備えて、二倍額問答契約(stipulatio duplae)が締結される。この問答契約に基づいて、買主は売買目的物を第三者によって追奪された場合には、代金の二倍額を売主に対して請求することができる。これは、違約罰問答契約(stipulatio poenae)の特殊なケースである。握取行為(mancipatio)の場合には、買主(譲受人)は追奪担保訴権(actio de auctoritate)によって、追奪があれば売主(譲渡人)に二倍額を請求できた。握取行為が手中物(res mancipi)に限定されるのに対して、それ以外の場合に、いわば握取行為の追奪担保訴権を模写する形で、二倍額の担保問答契約が用いられるようになった。もちろん、二倍額問答契約は、この法文にあるように高価な売買目的物について、当事者が任意に締結するものであり、次第にそれが慣行化していった。その結果、売買契約締結時に二倍額問答契約を締結しなかったとしても、事後的に買主は売主に対して買主訴権(actio empti)に基づいて、二倍額問答契約の締結を求めることができるようになったと解されている。その根拠として引用

されのが、本法文である。「二倍額が諾約されることを要する (duplam promitti oportere)」は、誠意訴訟 (iudicium bonae fidei) の方式書にある「誠意により与え為すことを要するものは何であれ (quidquid dare facere oportet)」が具体化したものとして解される。つまり、高価な商品について二倍額の問答契約を締結することが義務付けられるとしても、それは、取引慣行を背景とする「信義誠実 (bona fides)」の原則から導き出されるものと解される⁽²⁰⁾。

これとの対比で言えば、物の瑕疵担保のための高級管理官による問答契約は、「命ぜられる (iubetur)」とこの法文ではいわれている。これは、後に問題とする、告示による一般的命令か、それとも、訴訟の場面における個別的命令かは別にして、高級管理官による命令であり、この命令によって物の瑕疵担保のための問答契約の締結を売主は義務付けられる。同じく問答契約の締結を義務付けられるといっても、このように追奪担保のための問答契約と、物の瑕疵担保のための問答契約とは、異なるのである⁽²¹⁾。

(d) 高級管理官の問答契約と取引慣行としての問答契約

- ⑥ D. 21. 2. 31 (Ulpianus 42 ad Sab.) ある者が要約者に対して次のように誓約する、すなわち、「当該奴隷は」健康であり、盗人ではなく、棺担ぎでない」などと誓約する場合に、問答契約は無効だと解する人々がいる。その理由は、もし奴隷がこの「問答契約により訴える原因となる」状態にあるならば諾約される事柄が不能であり、この状態にないならば、無駄になるからである。しかし私は、この「盗人ではなく、棺担ぎでなく、健康である」という問答契約は有効であることがより正しいと考える。なぜなら、これは、これらの内の何かがあり、これらの内の何かがないことについて利害関係あるものを内包しているからである。さらに、これらの内の何かに「保証される」という語が付加されれば、問答契約はいっそう有効である。そうでなければ

ば、管理官によって公示されている問答契約も無効になるが、これは少なくとも健全な人なら誰も認めないであろう。⁽³³⁾

ここで主として問題になっているのは、当事者が売買契約に関連して任意に締結する「健康である等」という問答契約の効力である。ある人々の説では、このような問答契約は無効であるという。なぜなら、健康でない奴隷について、健康であると問答契約をすることは、不能な事項について義務を負ったことになるから、「不能時に債務なし(impossibitium nulla obligatio)」の原則が働いて無効になるからであり、逆に健康であれば、問答契約は無益だからである。これに対して、ウルピアヌスは、この問答契約の目的は、健康でないとしたら、健康であることについて「利害関係を有するもの(id quod interest)」を目的とすると解釈する。すなわち、「健康である」と諾約したのに健康でない場合には、それによる損害の賠償を買主はこの問答契約に基づいて請求することができる。「保証される(prestari)」という文言が付加される場合があるが、それならばなお意味は明確になり、有効になる。この考え方を正当化する論拠として、さらにウルピアヌスは、同じような内容の高級管理官による問答契約をもち出す。この問答契約の有効性を疑うものは誰もいないであろうが、そうであれば、同様の内容の任意の問答契約もまた有効だ、というのである。ここでジャカブが着目するのは、取引の中で結ばれる任意の瑕疵担保のための問答契約と高級管理官によって命ぜられる担保問答契約が、別のものと考えられ、対比されていることである。任意の問答契約とは別に、固有の意味をもつものとして高級管理官による問答契約があり、それにウルピアヌスが注目している点をジャカブは重視するのである。⁽³⁴⁾

(e) 高級管理官の告示と問答契約：情報提供 (praedicere) 義務と担保問答契約 (cavere)

- ⑦ D. 21, 1, 32 (Gaius 2 ad ed. aed. cur.) したがって、上記のように売主は、病気または瑕疵およびここに含まれている事柄について公表することを命ぜられ、その後に奴隷がこういつた状態にないことを諾約するように指示される。同様に奴隷が他の物の付加物とされる場合も、同じことを公表し諾約するように強制される。このことは、農場に奴隷ステイクスを付加することと特定して付言される場合だけでなく、農場にいる奴隷すべてが一般的に売却に付加される場合にも、認められるべきである。⁽¹²⁾

この法文で、ジャカブが注目するのは、「公表することを命ぜられ (praedicoere iudetur)」と「諾約するように指示される (mi promittat praecipitur)」と述べられ、しかも、その間に「その後」(praeterea) という時間的關係を示す副詞があることである。結論を先取して言えば、ジャカブの本書の表題が、Praedicere et cavere である (注 23 参照) ことから分かるように、この法文の解釈が立論全体のカーディナル・ストーン (隅の首石) である。praedicoere は、病気や瑕疵について売主が公表することである。このことを売主は、「命ぜられ (iudetur)」ている。この場合の「命ぜられ」は、高級管理官が告示によって一般的に命ぜられることを意味する。これに対して、「指示する (praecipere)」は、訴訟の場において、出頭している当事者に個別的に命ぜられるものである。したがって、高級管理官の告示の一般的命令によって、売主は売買契約締結時に売買目的物の病気や瑕疵その他告示で定められた性状について情報提供する義務を負う。しかし、ここではこれらの事柄について担保問答契約を締結する義務を負っていない。「その後」(praeterea)、「訴訟の場面で売主は個別的に命ぜられて担保問答契約を行なう義務を負う。つまり、高級管理官の告示によって義務付けられた瑕疵等についての情報提供と担保問答契約とは機能する場面が異なるのである。もっといえば、告示が命じているのは情

報提供だけであって、担保問答契約はその後に訴訟の場面で個別的に命ぜられるのである。⁽¹⁵⁾

この担保問答契約の締結義務を前提にして、② D. 21. 1. 28 でいわれている「問答契約によって保証しない (non caveat)」は理解される。具体的な訴訟の場で担保問答契約の締結を求められた売主が、その締結を拒絶した場合のことをこの②の法文は述べている。「訴訟を…約束する (iudicium pollicentur)」といているときの「約束する (polliceri)」も、一般的にいっているのではなく、個別的に訴訟を認める場合に使う言葉だと、ジャカブは説明している。⁽¹⁶⁾では、このような担保問答契約は、何のために結ばれるのか。その点を、未発生損害担保問答契約と対比することでジャカブは明らかにする。

(f) 訴訟法的考察…未発生損害担保問答契約

- ⑧ D. 39. 2. 7 pr. (Ulp. 53 ad ed.) 法務官は言う、「未発生損害額が自らの名前で諾約され、他人の名前で保証がなされるよう以下の要領で私が命ずることになる。その〔諾約、保証の〕相手方は、濫訴のために自らがそれを申請しているのではないこと、または、その者の名前で訴えることになる者が申請しようとしていたということ、宣誓しなければならない。私が事案を審査して定める期日まで担保がなされるものとする。担保問答契約をしようとする者が所有者かどうか争いが生ずる場合には、但書〔抗弁〕を付して保証がなされるよう命ずることとする。公の川〔水路〕またはその岸に作られる工作物については、向こう一〇年の保証がなされるよう命ずることとする。このような担保問答契約を受けられない申請者には、そのために担保問答契約がなされるよう申請される当該物件の差押えを、さらに、正当原因があると認められる場合には、占有することも命ずることとする。担保問答契約も行なわず、差押えも占有も受け入れないときは、この者を相

手方とする訴訟を与えることとし、この訴訟の目的は、私の決定または私のものである裁判権を当該事件について有した者の決定によって、担保問答契約がなされていたら給付することを要するとなっていたらう金額を給付することである。私が差押えを命ずる物件のために、差押えをする者によって、未発生損害のために保証がなされなければならないのであるから、保証のなされない者は同時に差押えよと私は命ずることとする⁵⁷⁾。

未発生損害担保問答契約は、土地の工作物に崩壊の危険がある場合に、隣地の所有者が工作物の所有者に対して、損害の発生に備えて結ぶものである。損害が発生した場合に、隣地所有者はこの担保問答契約に基づいて、損害賠償請求することができる。わが国の民法七一七条の起源となるもので、損害賠償請求権が法律上当然に生ずるのではなく、担保問答契約を結ぶことによって認められる点が、いかにもローマ的である。隣地所有者は、法務官のもとに出頭して、工作物所有者に担保問答契約を締結させるように申請する。その場合、隣地所有者は工作物所有者を困らせるためにこのような申請を行なっているのではないということ宣誓する。これに対して、工作物所有者が担保問答契約を拒絶した場合には、法務官は申請者である隣地所有者が当該工作物を差押えて、その管理をするよう命ずることが出来る。さらに、事情によっては、工作物の占有を命ずることもできる。工作物所有者が担保問答契約も行わず、隣地所有者の差押えや占有を容認せず、損害が生じたときは、担保問答契約が締結されたものと擬制して、隣地所有者の損害賠償請求を認める⁵⁸⁾。

ここで、二点が注目される。第一点は、担保問答契約が行なわれることによって始めて訴訟が可能となるということである。損害があるから、訴権が認められるのではなく、担保問答契約によって訴権(問答契約訴権 *actio ex*

stipulatu) が設定される。④ D. 46, 5, 1, 2²⁾ 「新しい訴権を発生させるために」、法務官による担保のための問答契約 (stipulatio cautionalis) が挿入されるといふのは、このような事態を指す。第二点は、工作物所有者が担保問答契約を拒絶した場合、最終的には問答契約の締結が擬制されて、それに基づく訴訟が認められるということである。⁽³⁹⁾

(g) 高級管理官の問答契約とその擬制

以上の結果を物の瑕疵担保のための問答契約に類推すれば、次のようになる。高級管理官の告示は、売主に売買目的物である奴隷の瑕疵や病気などについて情報提供義務を課す。しかし、告示では、そのような義務を課しているだけで、それを具体化する訴訟上の手段は与えていない。訴訟手段として、高級管理官は問答契約を用いた。すなわち、告示に違反して瑕疵が発見された場合、買主は高級管理官の下に出頭して売主に瑕疵について担保問答契約締結を命ずるよう申請する。これに対して買主が問答契約に応ずれば、この問答契約に基づいて買主は売主に対して、返却または減額を求めて訴訟を提起することができる。これに対して、売主が問答契約を拒絶した場合、問答契約の締結は擬制され、この擬制された問答契約に基づいて買主は返却または減額を請求できる。この場合、つまり、売主が問答契約を拒絶した場合について述べたのが、② D. 21, 1, 28⁴⁰⁾ である。売主が担保問答契約を拒絶した場合、買主は担保問答契約申請から二ヶ月以内に返却を求めて訴訟を提起することができる。また、減額請求のためには、六ヶ月の期間が認められる。⁽⁴⁰⁾

(2) クレーピッシュ説

ジャカブの説は、きわめて好意的に迎えられた。すでに、一九九六年にM・カーザーの『ローマ民事訴訟法』を改訂したK・ハックルは、ハンガリー語版（一九九三年刊行）に付されたドイツ語要約に基づいて、高級管理官の訴訟を描いた⁽⁴¹⁾。また、瑕疵担保法についての著書を物しているW・エルンストは、書評論文において「新たな道を切り開く(Bahnbrechend)」と評価した⁽⁴²⁾。A・ビュルゲは、ジャカブの作品を引いて、契約実務と高級管理官告示との間の相互影響関係に言及している⁽⁴³⁾。

これに対してB・クーピツシユは、ジャカブの著書が伝統的通説の批判のきつかけを作り、議論を活性化した点は評価できるとしても、エルンストと違ってジャカブの説に賛成できないと述べ、新たな自説を展開する⁽⁴⁴⁾。クーピツシユの議論は、単なる批判を超えるものであり、あるいは、クーピツシユの説を呼び起こしたところに、ジャカブの著書の最大の意義があるとも評価できるほどに、重要な内容を含んでいる。以下、ジャカブに対する批判と、クーピツシユのテーゼを紹介する。

(a) ジャカブ批判

クーピツシユは、ジャカブが伝統的通説を批判する点については同意する。しかし、ジャカブのテーゼである、瑕疵発見後に買主が高級管理官に売主の担保問答契約を申請し、この（擬制的なものも含めて）担保問答契約に基づいて返却または減額訴訟を行うということについては反対する。このような高級管理官の担保問答契約は史料上確かめられないこと、特に用語法の分析が恣意的である点を批判する。

たとえば、② D. 21. 1. 28 のガイウス法文についていえば、ここでは売主が担保問答契約を行わない場合に、高級管理官は直接に売主を相手とする返却の訴訟を認めているのであって、ジャカブがいう問答契約訴権を媒介として訴

えるということはどこにも出てこない⁽⁴⁵⁾。さらに、ジャカブは、告示による一般的規定と訴訟の場面における個別的措置とを区別し、この法文における「訴訟を約束する (iudicium polliceri)」もテクニカルな用語として、高級管理官の個別的措置を意味するのだと言う。しかし、たとえば *Vocabularium iurisprudentiae Romanae* で *polliceri* を引いたときに最初に出てくるテキスト (D. 25, 4, 1, 10 in fn.) でも、「ウルピアーヌスが逐語的に引用している告示の中に、「これらの訴権を確かに私が与えるであろうことを、私は約束する (quas utique actiones me daturum polliceor)」という形で出てくる。また「D. 21, 1, 19, 5 (Ulpianus 1 ad ed. aed. cur.) では、「次に管理官たちは述べる『買主およびこの事柄が関係するすべての者に訴訟を与える』と。彼らは買主および権利を包括的に承継する彼の相続人に訴権を約束する (Deinde aiant aediles: 'emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus'. pollicentur emptori actionem et successoribus eius qui in universum ius succedunt)」とある。ここでは「actionem dare」と *actionem polliceri* とは「言い直されているのであるから、同じ意味である。つまり、*polliceri* には、ジャカブのいうような特別なテクニカルな意味はない⁽⁴⁶⁾。最後に、ジャカブが担保問答契約を売主が拒絶した場合に、返却訴訟または減額訴訟について二ヵ月または六ヵ月の期間を付与される⁽⁴⁷⁾と解釈していることを、問題にする。すなわち、買主はすでに瑕疵を発見していて高級管理官の下に出頭してきているのであるから、これ以上どうして期間が必要なのか説明できない、と批判する。ジャカブは、返却訴訟を行使するには、瑕疵ある目的物を返却してその上で代金の返還を求めらるのであるから、返却のための準備期間が必要だ⁽⁴⁸⁾という。仮にこれを認めるとしても、どうして目的物の返却を要しない減額訴訟の行使の場合に、六ヵ月の猶予が認められるのか説明がつかない、と批判する⁽⁴⁸⁾。

(b) 瑕疵担保の多様性：範型として的高级管理官の問答契約

クーピッシュは、伝統的通説もジャカブも問答契約が高級管理官によって強制されると前提にしていることに対して疑問を提起する。以下の法文を引用して、当事者は告示に反することも可能であったと主張する。

⑨ D. 2. 14, 31 (Ulpianus 1 ad ed. aed. cur.) 管理官の告示に反する約定を結ぶことは問題なく許される、売却の取引を行なう際に合意したのであれ、その後合意したのであれ。⁴⁹⁾

売買契約に際して物の瑕疵に対する担保問答契約が常に結ばれたわけではないというのは、ジャカブの伝統的通説に対する批判であった（前記八頁参照）。この段階で高級管理官が問答契約の締結を義務付けることは物理的に不可能だったからである。クーピッシュもこの点までは、ジャカブに同意する。しかし、ジャカブは訴訟のための高級管理官の問答契約は義務的だと主張した。そのために、⑦ D. 21. 1. 32 において、売買契約時に瑕疵等を「公表する」とが命ぜられ、「その後（*praeterea*）」問答契約を行なうことが「指示される」というように、契約締結時と訴訟時を区別した。しかし、*praeterea* をすなおに「その他に」と読めば、瑕疵について公表するよう命ぜられ、その他に、問答契約を締結することが「指示される」。この場合、問答契約を締結するかどうかは当事者の自由であって、問答契約を締結することが望ましいとしても、それは義務的ではない。その意味で、瑕疵についての担保問答契約は強制される義務ではなく、モデルとして高級管理官によって勧められる典型（*Muster*）であり、いわば任意規定である。⁵⁰⁾

焦点の② D. 21. 1. 28 の「問答契約によって保証しない（*non cavet*）」も、ジャカブは伝統的通説と同じように、高級管理官の命令を「拒絶して」問答契約を行なわない、と解した。しかし、高級管理官の告示に反して約定することも問題なく許されるとすれば、高級管理官が問答契約を締結せよと命じたのに、これを拒絶して問答契約を締結しな

かったというよりも、単純に「問答契約を締結しなかった」と読むことができる。売買締結時に物の瑕疵について担保問答契約を締結しない場合の効果について論ずるのが、D. 21, 1, 28 である。この法文を解釈するためにクーピッシュは、『ディゲスタ』編纂から程遠くない六世紀中葉のビザンチンの人ステパノスの、一八三八年に発見された註釈 (Scholion) を「へ」。

- ⑩ Scholion 19, Bas. 18, 6, 2 ある者が、隠れた瑕疵を有している奴隷を売るときは、買主には管理官の訴権、返却訴権、または、瑕疵を知っていたならそれだけ低額で買っていたであろう額のための訴権〔減額訴権〕が認められる。そして、たしかに返却は六カ月の期間内だけ訴えられ、しかし減額は一年の有効期間内訴えられる、管理官告示に含まれている事柄について売主が担保問答契約を確かに行っている場合には、なんとすれば、買主に担保問答契約を行なっていなければ、返却は二カ月間内しか訴えられないからである、ガイウスが D. 21, 1, 28 で述べているように。しかし、これをこのように理解してよいのは、単純に「無条件で」、返還がなされないように、売主が奴隷を売ったのではない場合である。すなわち、単純に、返還がなされないように、売る者を相手としては、管理官の訴権の余地はないからである、パピニアヌスが D. 21, 1, 48, 8 で述べているように¹⁵⁾。

このテキストは、直接には、家子死亡後に特有財産訴権により奴隷の瑕疵を理由とする返却訴権を家父に対して行使する場合には、家子死亡後六カ月以内でなければならずとする D. 15, 2, 2 pr. を説明するためのものである。ここでは、(i) 売買契約締結時に瑕疵について担保問答契約が締結される場合、(ii) 担保問答契約が締結されない場合、

(iii) そもそも瑕疵による返却を認めない条件で売買契約が行なわれる場合、の三通りの場合が考えられている。この三通りの場合は、訴権行使の可否およびその行使期限について差がある。すなわち、(i) の場合には返却が六カ月、減額が一年、(ii) の場合には返却が二カ月、減額が六カ月、(iii) の場合には返却も減額も認められない。そして、D. 21, 1, 28 は (ii) の場合を説くものとして引用されている。現代流の言い方をすれば、担保問答契約を行なうかどうかによって保証期間に差が出てくる。どの保証期間を選ぶか、あるいはそもそも保証をまったく付けないかは、当事者の選択の問題である。現代と同じように、この選択に当たっては売買目的物である奴隷の性質や状態および価額という経済的考慮が決め手になったであろう。クーピッシュは自己の論文の副題を「法の経済分析の一例か」としているが、それはこのようなローマ瑕疵担保法を構想するからである。⁽²⁾

四、まとめ…若干の評価

パソコンの補修のためにどのような保証を付けるか、そのために予めいくら払うかは、われわれが日々経験していることである。そして、実際に不具合が生じたときに、無償で修理してもらえる製品の欠陥に基づくものか、つまり品質保証の範囲内か、それとも使用法が悪いために生じた不具合なのかをめぐる争いもまた、経験した人は少なくないであろう。ローマ法においても、物の瑕疵担保責任の問題は、何よりも問答契約による品質保証の問題であった。奴隷と荷駄獣に関しては、その特別の保護の必用から、高級管理官の告示が出され、問答契約による保証がなくても買主は保護されたが、しかし、問答契約による保証もまた勧められた。このような保護のない売買目的物では、瑕疵担保が必要と考えられた場合には、問答契約が付された。あるいは、逆に品質に自信をもてないものについては、明

示的に瑕疵担保責任が排除された。このような売買のイメージは、クーピッシュのテーゼから浮かび上がってくるが、このイメージは現代のわれわれにとっても違和感のないものである。これに対して、伝統的通説やジャカブの説はあまりにも技巧的であり、そしてその技巧的なものについて合理的な説明が加えられないという難点がある。したがって、クーピッシュのような捉え方をするのがよいと思われる。

ところで、出訴期限は何のためにあるのか。やはり、物が使っているうちに変化することにその原因が求められるであろう。すでに告示(①参照)にも示されているように、買主やその家族や使用人の行為によって劣化することその他の目的物の変化が考慮されていた。購入時に浮浪性がなくても、買主の下で奴隷仲間に誘われて浮浪するようになることもあるであろう。病気はいうまでもない。このような現実の物の変化を考慮すれば、当然売主の保証責任にも時的限界を設けなければならぬ。それは、現代の品質保証期間と変わるものではない。こういう観点から、保証に時的限界を設けるということについては、ジャカブが行なった未発生損害担保問答契約との対比も意味があるであろう。残念ながら、ジャカブは注目しなかったが、未発生損害担保問答契約の場合にも、保証期間について法務官が事案を調査した上で定めた(⑧ D.39, 2, 7, p. 参照)。未発生損害担保問答契約では、具体的危険を考慮して担保問答契約がなされるのであるから、その危険に即して保証期間が定められた。これに対して、おそらく大量の取引である売買では、一律に高級管理官が保証期間を定めたと解される。もつとも、現代人ならば、保証期間を当事者が定めると考えるであろうが、ローマ法においては、問答契約によって負担される義務について当事者が終期を設定することはできなかつた。⁽⁵⁾

このようなローマ法理解を前提にして、現行日本民法を眺めるとき、直ちに浮かんでくる疑問は、なぜ民法五七〇条が五六六条を準用できるのかということである。権利は時間の経過によって、取得時効または消滅時効がなければ、

なんらの変化もない。観念的なものが磨り減るわけではない。これに対して、物は磨耗し、使い方によって滅失・毀損し、生物なら病氣も移り、怪我もする。この根本的な違いにもかかわらず、どうして同じ請求期間の制限に服するのであろうか。

瑕疵を発見してから一年という期間制限もまた、ローマ法の以上の考え方からは理解困難である。歴史的には、さしあたり以下のような仮説が可能である。フランス民法典一六四八条は、瑕疵を理由とする返却訴権の行使は、短期限内に (*Dans un bref délai*) になされねばならないと定めている。この「短期間」は、慣習法に由来するものであり、家畜を前提にすれば十分に理解できることであつた。そしてこの「短期間」は文字通り短期間であつて、一八世紀の法律家ポチエは、引渡から四〇日、あるいは九日、八日という期間を挙げていた。⁵⁴しかし、工業化の進展はこの期間を短すぎると感じさせることになつたであろう。もちろん「短期間」はあいまいな言葉であるから、これを操作することも可能である。しかし、さしあたり、起算点を動かすことがより手っ取り早い。「短期間」をどう評価するかは、事実審判官の専権に属することであり、おそらくは時効とも関連させながら、「瑕疵を知ったときから」「短期間」という解釈にいたつたものと思われる。これが日本に輸入される過程で、今のような形になつたのであろう。もちろん、それが条文を前提にした現実への対応だとしても、そのことによつて期間制限が本来もつていた意味をあいまいにしてしまったことは否めないであろう。それはまた、瑕疵担保責任と品質保証との関係を見えにくくしてしまつた。おそらく日本民法の「現代化」に当たつては、契約実務にある品質保証の任意規定としての機能を果たす瑕疵担保法が望まれるであろう。

最後にジャカブの仕事にもう一度触れなければならない。ローマ瑕疵担保法の研究という観点からは、ジャカブの仕事は、おそらくはクーピッシュの呼び水となつたという評価になるであろう。しかし、ジャカブの仕事が多くのロー

マ法学者を魅了したこともまた事実である。これらのローマ法学者は、ジャカブのテーゼが極めて危うい根拠しかないということを知らなかつたわけではない。それにもかかわらず、なお惹かれたとすれば、それは問答契約の魅力であろう。きわめて限られた法資源の中で、ローマ人たちは問答契約を駆使することによって、さまざまな法的な関係、権利・義務を作り上げることができた。出来上がったローマ法ではなく、絶えず成長するダイナミックなローマ法に関心を有する現代の法学者にとつて、問答契約ほど魅力的なものはない。また、そのまま訴訟に使えるように——「訴権を模写する (habere instar actionis)」——問答契約をフォーミュライズするローマ法学者の卓越した能力には驚嘆するばかりである。貸貸人が使用・収益させる義務を負うというフォーミュラ——無論、抽象的・一般的であることに意味がなくはない——ではなく、貸貸人が所有権を行使して賃借人の使用収益を妨害する場合には違約罰の責任を負うというフォーミュラを作り出せるセンスは、やはり法律家の一つの理想であろう。たとえば、ジャカブの一手間多い高級管理官の訴訟のための担保問答契約という構想をやめて、売買契約時に担保問答契約が求められ、それがなされない場合には、明示的な拒否がない限り、問答契約が擬制され、これに基づいて二カ月の有効期間の返却訴権と六カ月の減額訴権が認められると考えることは、一つの可能な仮説である。もちろん、これは史料上の根拠がなく、空想にしかすぎないが。いずれにせよ、現代のローマ法学者は、自ら、国家法を頼ることができず、自らの作成する契約規範に、たとえその拘束力が弱くても依拠せざるを得ない「新たなプロヴィーナ」の住民であるか、少なくともその隣人である。それゆえに、ローマ法学者の関心が、ますます問答契約へと向かってゆくことは十分理解できることである。その意味で、ジャカブの仕事はたとえ問題が多いにせよ、やはり、尊重すべきものと思われるのである。

【注】

(1) ドイツ債務法改正については、すでに多くの紹介がある。さしあたり、全体を俯瞰する研究として、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（信山社・二〇〇三年）、簡潔な概観として、H.P.ヴェスターマン（拙訳）『ドイツ債務法改革』『ジュリスト』二二四五号（二〇〇三年）一五一頁以下参照。なお、以下の叙述は、二〇〇三年二月に本学法学部で行なわれた、チュービンゲン大学ハルムルーパーター・ヴェスターマン教授の集中講義「ドイツ売買法」に負っているものが少なくない。種々の事情で講義テキストを公開できていないのは残念である。

(2) ヴェスターマン前注一五九頁参照。

(3) D. Medicus, Zur Geschichte der Sachmängelhaftung, in: R. Zimmermann et al. (ed.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg 1999, p. 309 「最近レーネンがBGB [旧] 四七七条を弁証しようとしてもち出した論拠もまた私を説得するものではなかった。彼によると、この規定の消滅時効は、——他の場合とは違って——『請求権の長きに渡る不行使、…および、そこから推論される権利者の利益がほとんどない』ことに基づくものではない。この消滅時効は、売主にとってはリスクの限定であって、それは合意によって定められていたならば、フェアだといわざるをえないものである、というのである。しかし、この考え方には、以下のことが反論となる。すなわち、瑕疵担保法という法的救済手段は、買主が十分な代金を払ったのに価値の劣る商品しか受け取らなかったことから生ずる不利益を埋め合わせようとするものである。この不利益が他の場合に認められる請求期限に比して非常に短い請求期限でよいといえるほど重要でないとうとうしていいのか、私には分らない。」D. Leenen, § 477 BGB: *Verjährung oder Risikoverlagerung*, Berlin-New York 1997 が六ヵ月という特に短い期間を正当化しようとしたことに問題があるとしても、瑕疵担保責任の請求期限が売主の負担するリスクに限界を画するものであること、また当事者の合意によってこの期間が定められたなら、公正なものであろうという見方は、メーデイークスの批判にもかかわらず、重要と思われる。

(4) 星野英一「時効に関する覚書」同『民法論集』第四卷（有斐閣・一九七八年）三〇三頁「時効は、真の権利者の権利を確保し、弁済者の二重弁済を避ける制度と考える」。R. Zimmermann, „…ut sit finis litium“ Grundlinien eines modernen

Verjährungsrechts auf rechtsvergleichender Grundlage, JZ 2000, 854 は、消滅時効の存在理由についてのイングラントのロー・コミッションおよび大陸法学者の議論をそれぞれ三つにまとめて紹介している。ほぼ同じ内容で、筆者なりに要約すれば、①時間の経過と共に債務者の抗弁の証明が困難になること、②債権者の長期間の権利不行使によって債務者に生ずる、もう済んでしまったという期待、③早期の訴訟終結を求める公の利益といったところである。

- (5) Medicus, op. cit. (not.3), p. 310 et s. 内容を要約すると、①については、ローマの高級管理官(aedilis curulis)の告示は、奴隷や荷駄獣(牛、馬、ロバ等)の身体的瑕疵、および、奴隷特有の性質(逃亡性、浮浪性)を問題にしたもので、これらは修補が不可能なものであった、等。②の短期間の時効期間は、ローマの家畜売買をモデルにしたものであって、家畜売買については BGB 旧規定(四九〇、四九一条)も六週間または一四日間という通常より短い期間制限を行なっていた。③については、ローマ法の瑕疵担保責任の効果は、目的物と引換えの代金返還請求または減額請求という、一定の法律効果を求める訴権だったので、単なる解除ではなかった。④については、ローマ法において損害賠償が認められるのは、ある性状の存在または不存在を問答契約で確認した場合、および悪意の場合であった。それが BGB 旧規定(四六三、四八〇条二項)の根拠となったが、しかしローマ法を根拠に、これ以外の場合は損害賠償責任はないという反対解釈は、民法の過失責任主義の原則を考えると、正当化するのには難しい。

- (6) 簡潔な概観を与えるものとして、M. Kaser/R. Knütel, Römisches Privatrecht, 17. Aufl., München 2003, p. 270 et s.
- (7) M. Kaser, Das römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt, 2. Aufl., München 1975, p. 71; Zimmermann, op. cit. (not. 4), p. 854 spec. not. 8. クヌート・W・ネル(村上淳一訳)『ヨーロッパ法史入門』(東京大学出版会・一九九八年) 四四頁〔帝政後期ローマ専主政の〕全統治体制のこうした強制国家的・福祉国家的性格は、訴訟法にも見られた。形式や期限をきびしく定めた手続が規定されていたのである。当事者の弁論において、細かく定められた期日は失権的效果をもつことが多かった。…」

- (8) Kaser/Knütel, op. cit. (supra not. 6), p. 268; H. Honsell, Von den aeditizischen Rechtsbehelfen zum modernen Sachmängelrecht, in: D. Nörr et al. (ed.), Gedächtnisschrift für Wolfgang Kunkel, Frankfurt am Main 1984, p. 57 「瑕疵担保責任は、少なくとも当初

は明示的に引受けられた保証に対する責任だけであった。そこから、保証が通常行なわれた事案について黙示の保証があると思定されることになるには、さらに一歩踏み出す必要はなかった。この過程は、ローマ法で観察することができるが、さらに他の法秩序においても、たとえば英米法においても観察できる。ここでは、瑕疵担保法は、黙示の保証(implied warranties)という形象から発展してきた。柚木馨「売主瑕疵担保責任の研究」(有斐閣・一九六三年)五頁参照。たとえば Varro, *Res rusticae*, 2.2.5 には羊の群れの売買について、次のような問答契約があったことを伝えている。「買主が「ただけ余に買得されたか」と述べると、売主は「された」と答えて、数を保証する。買主は古来の方式を用いて次のように要約する。「取引の対象であるかの羊たちがまさに健康であるか、すなわち、一頭一頭が耳、目が弱って、腹毛が薄くなっているというのを除いて、まさに健康な羊であること、および、病気の家畜が混じっていないこと、および、正当にもつことが許されること、以上のことがこの通りになされることを汝は誓約するか。」(Cum emptor dixit "tanti sunt mi emptiae?" Et ille respondit "sunt" et expromisit nummos, emptor stipulatur prisca formula sic, "Illaec oves, qua de re agitur, sanas recte esse, uti pecus ovillum, quod recte sanum est extra Iuscum surdam minam, id est ventre glabro, neque de pecore morbosum esse habereque recte licere, haec sic recte fieri spondesne?")」(もつことが許される)問答契約(stipulatio habere licere)は追奪担保も含むと解されるので、このワローの挙げる問答契約では、よく言われているように、瑕疵と追奪について一緒に担保問答契約が結ばれることになる。

握取行為(mancipatio)においては、土地の売買で握取行為時に明言された土地の面積が実際の面積より大きかった場合に、土地の面積に関する訴権(actio de modo agri)が買主に認められた。売買目的物の他の性状についても、同じように握取行為時に明言がなされ、そこから訴権が生じたのかどうか、つまり、十二表法の「舌が明言したように、法となれ(m lingua nuncupavit: ius esto)」の原則が売買目的物の性状についても適用になったのかどうかについては、学説に争いがある。これについては、Honsell, *loc. cit.* 特に注9参照。ちなみに、柚木前掲書一頁以下は、このような担保責任を否定するが、原田慶吉『ローマ法』(有斐閣・一九五五年)一八六頁は肯定する。

(9) 高級管理官については、J. ブライケン(村上淳一・石井紫郎訳)『ローマの共和政』(山川出版社・一九八四年)八九頁、

吉村忠典『古代ローマ帝国の研究』(岩波書店・二〇〇三年)三二二頁参照。

(10) なぜ、奴隷と荷駄獸についてこのように特別に規律されることになったのかについて、Honsell, op. cit.(supra not. 8), p. 57 は次のように述べる。「この相対的に厳格で買主に好意的な規律を説明する理由は、市場において大抵は売主として登場した奴隷商人が、馬詐欺師(Röbäuscher)と呼ばれたドイツ法史上の家畜商人以上の高い評判を得ていたわけではなかった、ということである。『欺く(äuschen)』という語と『取り替える(auschen)』という語とが同じ語源をもつことは偶然ではない。」しかし、奴隷と荷駄獸が共に手中物(res mancipi)であったという、財産としての重要性も理由に入るのではなからうか。

(11) *Autunt aediles: " qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitivae cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia veniunt, palam recte pronuntiant. quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicitur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur: si quid autem post venditionem traditionemque deterius emptoris opera familiae procuratorisve eius factum erit, sive quid ex eo post venditionem natum adquisitum fuerit, et si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emptorem, ut ea omnia restitua. item si quas accessiones ipse praestiterit, ut recipiat, item si quod mancipium capitalem fraudem admisserit, mortis sciendae sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit, ea omnia in venditione pronuntiant: ex his enim causis iudicium dabimus: hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicitur, iudicium dabimus".*

荷駄獸に関する告示は、次のように伝えられている。D. 21, 1, 38 pr. (Ulpianus 2 ad ed. aedil. cural.)「管理官たちは、次のように述べている。『荷駄獸を売る者たちは、何か病気および瑕疵がそれぞれの荷駄獸にあるかを、公然とかつありのままに明言せよ、そして、荷駄獸は、売るための最善の装いを施して、買主に引き渡されよ。何かがこのようになされないならば、装いの回復のため、または、装いを理由として荷駄獸を返却するためには六〇日以内に、しかし、病気または瑕疵のために買わなかったことにするためには六ヵ月以内に、または、売却時に奴隷がより低額であった差額

のためには一年以内に訴訟を与えることとする。つがいの荷駄獣が同時に売られ、一方が返却されなければならない状態にあるときは、両方とも返却されるための訴訟を与えることとする。(Aediles aiunt: " qui iumenta vendunt, palam recte dicunt, quid in quoque eorum morbi vitique sit, utique optime ornata vendendi causa fuerint, ita emptoribus tradentur. si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis iumentisve ornamentorum nomine redhibendis in diebus sexaginta, morbi autem vitivae causa inemptis faciendis in sex mensibus, vel quo minoris cum venient fuerint, in anno iudicium dabimus, quo utrumque redhibeatur.") 荷駄獣の告示では、返却訴訟と減額訴訟がともにあげられていること、また、期間制限が付されていることが、奴隷の告示と異なるところである。もちろん、告示がそのまま伝わって、ここに採録されているかどうかも問題であるが、以上の事情から、荷駄獣の告示は奴隷の告示よりも後だと推測されている。

(12) Honsell, op. cit. (supra not. 8), p. 57.

(13) D. 21, 1, 1, 2 「この告示を出した理由は、売主たちのごまかしを阻止し、誰であれ売主たちによってだまされた買主たちを援助することである。とはいえ、売主が保証せよと管理官たちが命じていることを知らなかったとしても、売主が責めを負わなければならないことを、われわれは知っている。これもまた衡平を失していない。なぜなら、売主はそれを知ることができたからである。さらに、買主がごまかされた理由が、売主が知らなかったためなのか、それとも売主が狡猾だったからかは、買主にとってどうでもよいことだからである。(Causa huius edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium et emptoribus succurratur, quicumque decepti a venditoribus fuerint: dummodo sciamus venditorem, etiamsi ignoravit ea quae aediles praestari iubent, tamen teneri debere. nec est hoc iniquum: potuit enim ea nota habere venditor: neque enim interest emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate.)」

(14) D. 44, 2, 25, 1 (Iulianus 51 dig.) 「買主の権能には、六ヶ月以内に、与えられるものを返却訴権によって訴えるか、それとも売却時に奴隷がより低額であった差額を訴えるかの選択がある。すなわち、後者の訴権〔減額訴権〕は、奴隷にある瑕疵がその瑕疵のために原告が買おうとしなかったであろうという程度であれば、返却〔訴権〕を含む。したがって、

両訴権のどちらか一方で訴えた者が、後に他の訴権で訴えるなら、既判物の抗弁によって退けられるといわれるなら、それは正しい。(Est in potestate emptoris intra sex menses, redhibitoria agere mallet an ea quae datur, quanti minoris homo cum veniet fuerit. nam posterior actio etiam redhibitionem continet, si tale vitium in homine esset, ut eum ob id actor empturus non fuerit: quare vere dicitur eum, qui alterutra eorum egerit, si altera postea agat, rei iudicatae exceptione summoventi.)

(15) D. 21, 1, 19, 6 (Ulpianus 1 ad ed. aedil. curul.) 「と」さて、返却の有効期間は六ヶ月である。しかし、奴隷が返却されるのではなくて、減額が訴えられる場合には、一年間有効である。しかし、返却の期間は、売却の日から始まり、または、何かが明言または諾約されたときは、何かが明言または諾約された日から始まる。(Tempus autem redhibitionis sex menses utiles habet si autem mancipium non redhibeatur, sed quanto minoris agitur, annus utilis est. sed tempus redhibitionis ex die venditionis currit aut, si dictum promissumve quid est, ex eo ex quo dictum promissumve quid est.)

(16) Honsell, op. cit. (supra not. 8), p. 59. D. 21, 1, 55 (Papinianus 12 resp.) 「六ヶ月の有効期間は、その間に訴求することができたということとして、返却訴権に認められているのであるから、逃亡性があるという隠れた瑕疵を知らなかった者は、訴求することができたとは解されないことになる。しかし、だからといって、買主が漫然と知らなかったというのであれば、それは宥恕する必要はないだろう。(Cum sex menses utiles, quibus experiundi potestas fuit, redhibitoriae actioni praestantur, non videbitur potestatem experiundi habuisse, qui vitium fugitivi latens ignoravit: non idcirco tamen dissolutam ignorationem emptoris excusari oportebit.)

(17) Honsell, loc. cit. Idem, Quod interest im bonae fidei iudicium. Studien zum römischen Schadensatzrecht, München 1969, p. 63 et s. ホンゼルが、瑕疵がないことの保証の問答契約が損害賠償を目的とするというとき、その根拠にするのは、次の D. 21, 2, 31 (Ulpianus 42 ad Sab.) である。「ある者が要約者に対して次のように誓約する、すなわち、『当該奴隷は』健康であり、盗人ではなく、棺担ぎでない』などと誓約する場合には、問答契約は無効だと解する人々がいる。その理由は、もし奴隷がこの状態にあるならば諾約される事柄が不能であり、この状態にないならば、無駄になるからである。しかし私は、この『盗人ではなく、棺担ぎでなく、健康である』という問答契約は有効であることがより正しいと考える。なぜなら、

これは、これらの内の何かがあり、これらの内の何かがないことについて利害関係あるものを内包しているからである。さらに、これらの内の何かに『保証される』という語が付加されれば、問答契約はいっそう有効である。そうでなければ、管理官によって提示される問答契約も無効になるが、これは少なくとも健全な人なら誰も認めないであろう。(Si iia quis stipulanti spondeat " sanum esse, furem non esse, vispellionem non esse" et cetera, inutilis stipulatio quibusdam videtur, quia si quis est in hac causa, impossibilis est quod promittitur, si non est, frustra est. sed ego puto verius hanc stipulationem "furem non esse, vispellionem non esse, sanum esse" utilem esse: hoc enim continere, quod interest horum quid esse vel horum quid non esse. sed et si cui horum fuerit adiectum " praestari, multo magis valere stipulationem: alioquin stipulatio quae ab aedibus proponitur inutilis erit, quod utique nemo sanus probabit.)「健康である」という問答契約によって、健康でない奴隷を健康にせよと訴えるのであれば、この問答契約は不能事を目的とするものであるから無効である。他方で、実際に健康であるならば、この問答契約は無意味だということになる。しかし、この問答契約は、「健康であることが保証される」という内容であって、その目指しているのは「利害関係あるもの」、損害賠償である。問題は、「利害関係あるもの」で何を理解するかである。メーデイクースは、「利害関係あるもの (quod interest)」で、売却された奴隷の客観的価値の減少と理解した (Medicus, Id quod interest, Studien zum römischen Schadensrecht, Köln 1962, p.117)。つまり、減額訴権と問答契約訴権 (actio ex stipulatu) とは、同じでは変わらないというわけである。これに対してホンゼルは、奴隷の買主が加害訴訟 (iudicium noxale) で有責判決を受けた事案 (D. 19, 1, 11, 12) を「利害関係あるもの」の例として挙げる。このとき、買主は被害者に支払った損害賠償を支払うか、または、損害賠償額が奴隷の価値を上回るときは、奴隷を被害者に寄付することになる。この場合、買主は買主訴権または問答契約訴権によって、支払った賠償額または奴隷の価値を売主に請求することができる。これが「利害関係あるもの」の例だということである。しかし、同じ事案は高級管理官の手続では、減額訴権または返却訴権によって同じように処理されるであろうから、事後的に問答契約を行なう意味について説得力をもつとは思われない。さらにホンゼルは、逃亡性のある奴隷を売主が知っていて逃亡性がないと誓約したが、この奴隷が逃亡し、かつ、逃亡の際に何かをもち出した事案をあげる (D. 19, 1, 13, 2)。ただしこの法文では買主訴権について

論ずる)。この場合に、買主は奴隷の価値だけでなく、もち出した物についても損害賠償請求できる。しかし、売主が瑕疵を知っていて告げない場合には、高級管理官の手続でも特別に訴訟が認められているのであるから (上記 D. 21. 1. 1, 「末尾参照」)、ここでも事後的に問答契約を結ぶ意味については説得力があるとは思えない。

(18) *Si venditor de his quae edicto aedilium continentur non caveat, pollicentur adversus eum redhibendi iudicium intra duos menses vel quanti emptoris interest intra sex menses.*

(19) *Honsell, Quod interest (supra not. 18), p. 69.* 通説は、買主はこの問答契約を契約締結時にも要求できると解している。たとえば、*M. Kaser, Römisches Privatrecht. Erster Abschnitt, 2. Aufl., München, p. 560 not. 64* 参照。しかし、問答契約がなされなかった場合に、二ヵ月以内に解除されるという解釈は、この問答契約が契約締結時に結ばれるということと矛盾するように思われる。すなわち、契約締結時に保証を求めたのにこれを拒絶したという場合には、解除をしてくらいなら契約を締結しないのが普通であって、契約締結してその後解除するという行動を取ることは不自然だからである。したがって、ホンゼルの説明もどちらかといえば事後の解除を強調することになっている。

(20) *Honsell, Quod interest (supra not. 18), p. 69 et s.* メーディクスは、返却訴権は、保証の問答契約を締結させるための圧力となる手段だと解している。*Medicus, op. cit. (supra not. 18), p. 118 et s.* これに対して、利害関係を求める訴権については、従来次のような説があった。一つは、この利害関係は、物の瑕疵によって買主に生ずる最高額で、したがって一般の損害賠償と変わらないという説である。しかし、この説では、二ヵ月間の返却訴権が説明できないとメーディクスは批判する。後で、十分な損害賠償を取れる可能性があるのに、返却訴権を行使して解除する人は合理的な人ならしめないだろうからである。二つ目の説は、問答契約を締結しないことから生ずる損害賠償請求ということになる。もちろん、この訴権は、瑕疵がまだ発見されていない段階で行使されるのであるから、これがいったいどのように評価されるかは、難しいところである。これに対して、メーディクスは、瑕疵が発見された場合に六ヵ月以内に損害賠償請求できる、というように読む。この説であれば、たしかに返却訴権の意味(問答契約締結の圧力)は失われないが、しかし、損害賠償訴権の意味がやはりなくなってしまう。この損害賠償請求も基本的には、減額請求なのであるから、高級管理

官の手続が認める減額訴権（一年の行使期間）があるのどうしてこんなものが必要なのかという疑問がでるからである。ただし、メーデイクースが問題契約訴権と減額訴権との連結環として損害賠償訴権があると説いているのは、後の議論を考慮すると重要な指摘であると思われる。Medicus, op. cit. (supra not. 18), p. 119. これに対して、ホンゼルは瑕疵が発見された場合の損害賠償を考え、期間制限の意味をそれなりに説明していることになる（説得力は別にしても）。ちなみに、柚木前掲書（注8）一〇頁は、この種の *actio quanti emptoris interest* を減額訴権と解した上で、次のように述べている。「この減額訴権が、後述するかしの生起に基づく減額訴権 (*actio quanti minoris*) と同一のものなりしや否やについては疑いを存するけれども、少なくとも減額訴権の基準において、ここい訴権は担保拒絶によって買主に発生する危殆に基づき、これによる売買品の減価に應ずる減額請求をその内容としたであろうという点に、後述減額訴権との差が存するものと思われる。」ここで、「担保拒絶による…危殆に基づく」「売買品の減価」が何を意味するのか、それをどのようにして評価するのは、メーデイクースが批判したように困難な問題である。

(21) Honsell, op. cit. (supra not. 18), p. 70. 「原告は、いまや問答契約訴権または返却訴権を選択的に行使することができた。後者の法的救済手段を選んだのは、問答契約訴権で得ることができた減額が返却より彼にとつて不利となつた場合であろう。この場合としては、原告が不利な購入をしていた場合があつた。後に見るように、減額の場合には、売買契約で定められた価値と価格との関係は触れないままであつた。」たとえば、買主が高く買ひすぎた場合には、返却訴権では支払った代金を返還請求できるが、問答契約に基づいて減額請求する場合には、瑕疵のある物と瑕疵のない物との評価額の差額が返還されることになる、というのである。

(22) W. Ernst, Neues zur Sachmängelgewährleistung aufgrund des Ädilenedikts, SZ 116 (1999) 208. 「したがって、『通説によれば』買主は二重の保護を享受することになるが、その場合この両方の責任原因——情報提供義務違反に直接に基づく返却もしくは減額可能性、または、強制された問答契約——の一方は本来余分である。」エルンストのこの小論は、ここで紹介するエヴァ・ジャカプの著書の（好意的な）書評でもあり、この著書の内容をテーゼから諸前提へと逆回しすることで、要領よく紹介している。

- (23) E. Jakob, *Prædicere und cavere beim Marktkauf*—*Schmängel im griechischen und römischen Recht*, München 1997, p.152 は次の例を挙げる。ある奴隷が、この奴隷は良い絵描きであるという無方式の言明 (*dictum*) 付きで購入された。買主が数週間後に奴隷がある程度病気がちなことに気が付いた場合、通説によれば、彼は瑕疵の疑いを理由として「健康である (*sanum esse*)」という保証の問答契約を事後的に要求できた。この問答契約がなされなければ、買主は二ヵ月以内に奴隷を返却することができた。たとえ、実際にこの奴隷がすばらしい絵を描いていたとしても。ジャカブは、この解決を不当であり、また、信じられないことだと述べている。具体的な病気が発症し、その病気が売買契約時に告知されていなかった場合には、買主は返却訴権なり、減額訴権を行使することができた。逆に、売買時に体が弱そうに見え、健康が気遣われるのであれば、問答契約により、あるいはそれを用いないで、売主に「健康である」と明言、または諾約させることができた。なぜ、それなのにさらに事後的に問答契約を要求する権利を買主に与える必要があったのか、というのがジャカブが不当に思うことなのであろう。なお、Ernst, *op.cit.*, 209.
- (24) Jakob, *op. cit.* (supra not. 23), p. 224, 306.
- (25) *Stipulationum aliae iudiciales sunt, aliae praetoriae, aliae conventionales, aliae communes praetoriae et iudiciales. iudiciales sunt dumtaxat, quae a mero iudicis officio proficiuntur, veluti de dolo cautor: praetoriae, quae a mero praetoris officio proficiuntur, veluti damni infecti. praetorias autem stipulationes sic audiri oportet, ut in his contineantur etiam aediliciae: nam et hae ab iurisdictione veniunt. conventionales sunt, quae ex conventione reorum fiunt, quarum totidem genera sunt, quot paene dixerim rerum contrahendarum: nam et ob ipsam verborum obligationem fiunt et pendent ex negotio contracto. communes sunt stipulationes veluti rem salvam fore pupilli: nam et praetor iubet rem salvam fore pupillo caveri et interdum iudex, si aliter expediti haec res non potest: item duplae stipulatio venit ab iudice aut ab aedilis edicto.*
- (26) Jakob, *op.cit.* (supra not. 23), p. 226.
- (27) *Praetoriarum stipulationum tres videntur esse species, iudiciales cautionales communes. (1) Iudiciales eas dicimus, quae propter iudicium interponuntur ut ratum fiat, ut iudicatum solvi et ex operis novi nuntiatione. (2) Cautionales sunt autem, quae instar actionis*

habent et, ut sit nova actio, intercedunt, ut de legatis stipulationes et de tutela et ratam rem haberi et damni infecti. (3) Communes sunt stipulationes, quae fiunt iudicio sistendi causa.

(28) Jakab, op. cit. (supra not. 23), p. 227 et s.

(29) Emptori duplam promitti a venditore oportet, nisi aliud conventi: non tamen ut satisfedetur, nisi si specialiter id actum proponatur, sed ut reprimatur. (1) Quod autem diximus duplam promitti oportere, sic erit accipiendum, ut non ex omni re id accipiamus, sed de his rebus, quae pretiosiores essent, si margarita forte aut ornamenta pretiosa vel vestis serica vel quid aliud non contemptibile veniat. per edictum autem curulum etiam de servo cavere venditor iubetur.

(20) ちかみこんの理解は現代のロー民法第11条の一般的に認められる民法第11条の理解である。° Jakab, op. cit. (not. 24), p. 230 not. 40 参照。

(16) Jakab, op. cit. (supra not. 23), p. 229 et s.

(32) 権限外に参照。

(33) Jakab, op. cit. (not. 23), p. 240 et s.

(24) Itaque sicut superior venditor de mortuo vitove et ceteris quae ibi comprehensa sunt praedicere iubetur, et praeterea in his causis non esse mancipium ut promittat praecipitur: ita et cum accedat alii rei homo, eadem et praedicere et promittere compellitur. quod non solum hoc casu intellegendum est, quo nominatim adicitur accessurum fundo hominem Stichum, sed etiam si generaliter omnia mancipia quae in fundo sint accedant venditori.

(35) Jakab, op. cit. (supra not. 23), p. 245 et s.

(36) Jakab, op. cit. (supra not. 23), p. 249 et s.

(37) Praetor ait: " damni infecti suo nomine promitti, alieno satisfdari iubebo ei, qui iuraverit non calumniae causa id se postulare eumve cuius nomine ager postulaturum fuisse, in eam diem, quam causa cognita statuero. si controversia erit, dominus sit nec ne qui cavebit, sub exceptione satisfdari iubebo. de eo opere, quod in flumine publico iripave eius fiet, in annos decem satisfdari iubebo. eum, cui ita non cavebitur, in possessionem eius rei, cuius nomine ut caveatur postulabitur, ire et, cum iusta causa esse videbitur, etiam possidere

iubeo. in eum, qui neque caverit neque in possessione esse neque possidere passus erit, iudicium dabo, ut tantum praester, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo eiusve, cuius de ea re iurisdiclio fuit quae mea est, cautum fuisset. eius rei nomine, in cuius possessionem misero, si ab eo, qui in possessione erit, damni infecti nomine satisfabitur, eum, cui non satisfabitur, simul in possessione esse iubebo”.

(38) 未発生損害担保問答契約については、小菅芳太郎「ルブリア法—名譽法の一問題点—」『北法』十五卷三号（一九六五年）四五九頁以下、特に四六七頁注7参照。

(39) Jakab, op. cit. (supra not. 23), p. 252 et s. なお、ジャカブは、その他に未発生損害担保問答契約について、紀元前一世紀のルブリア法についても詳細に分析している (p. 255 et s.) が、この点の紹介は省略する。

(40) Jakab, op. cit. (supra not. 23), p. 301 et s.

(41) M. Kaser/K. Hackl, Das römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl., München 1996, p. 174 et s.

(42) Ernst, op. cit. (supra not. 23), 208.

(43) A. Bürgel, Römisches Privatrecht: Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung. Eine Einführung, Darmstadt 1999, p. 120.

(44) B. Kupisch, Römische Sachmängelhaftung: Ein Beispiel für die ‘ökonomische Analyse des Rechts’?, Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis (TR) 70 (2002), 21.

(45) Kupisch, op. cit. (supra not. 44), 26.

(46) Kupisch, op. cit. (supra not. 44), 27 et s. クーピッシュは、注 33 および注 36 でジャカブが言語分析をやっているにもかかわらず、文献その他の渉獵が十分でない（たとえは、Heumann/Seckel による）ことを指摘している。ジャカブが「まぎらまな専門仲間によって何度も批判的に読んでもらった」と書いていることが本当なのかという疑念さえ出している。なお、ジャカブのテーゼのもう一つの論拠となる法文⑦ D. 21, 1, 32 についても、praeterea は「一般的には「その後」ではなく「その他に」を意味する (Heumann/Seckel でもこの意味しか挙がっていない) という批判を加えて、それ以上う必要はない」と述べている (p. 34 et s.)。

- (47) Jakob, op. cit. (supra not. 24), p. 304.
- (48) Kupisch, op. cit. (supra not. 44), 29 et s.
- (49) Paucisci contra edictum aedilium omnimodo licet, sive in ipso negotio venditionis gerendo convenisset sive postea.
- (50) Kupisch, op. cit. (supra not. 44), 39 et s.
- (51) Si quis servum vendiderit, qui vitium latens habet, emptori competet actio aedilicia redhibitoria, vel quanti minoris servum emisisset emptor, si vitium cognitum habuisset. Et redhibitoria quidem duntaxat intra sex menses agitur, quanto minoris autem intra annum utilem, si nimirum venditor emptori caverit de his, quae edicto aedilium continentur. etenim si ei non caverit, redhibitoria duntaxat intra duos menses, quanti minoris intra sex menses agitur, ut Gaius dig. 28 dicti. lib. et tit. librorum singularium Antipapiniani [D. 21, 1, 28] dicit. Sed hoc sic accipe, si non simpliciter et ita, ne restituito fieret, venditor servum vendiderit: nam adversus eum, qui simpliciter et ita, ne restituito fiat, vendit, aediliciae actioni non est locus, ut Papinianus dicit dig. 48 eiusdem lib. et tit. [D. 21, 1, 48, 8]. テクストは、クーピッシュがツアハリエ・フォン・リンゲントールのラテン語訳を引用しているものからの孫引きである (p. 45)。なお、最後の D. 21, 1, 48, 8 は、パピニアヌスではなくポンポニーウス『サビーヌス注解』二三巻からの引用で、その内容は、『単純な売却のためには、『返却がなされないように』という条項が用いられている (Simpliarum venditionum causa ne sit redhibito, in usu est)』と云うものである。
- (52) Kupisch, op. cit. (supra not. 44), 44 et s. クーピッシュは *von der* D. 21, 1, 19, 6 (注 16 参照) について、フィレンツェ写本に依拠するモムゼン版のテクストに対して、流布本に依拠して最後の *ex eo ex quo dictum promissumve quid est* の削除を提案する。そうするとこの法文の最後の部分は、「この〔六ヶ月という〕返却の期間が売却の日から経過するのは、何かが明言または諾約されたときである」と読むことができる (p. 46 et s.)。法の経済分析に関していえば、クーピッシュが四一頁注 74 で次のように書いているのは、示唆的である。「レーネンの著書のテーゼ、すなわち、BGB 四七七条〔瑕疵担保について六ヶ月の請求期間を定める旧規定〕の内容は本来の意味の時効ではなく、『時間を区切って危険を分配する』ことだというテーゼは、高級管理官の瑕疵担保法の出訴期限がローマ古典法で大抵の訴権に時効期間がまったく

なかったことと対照を成すという事実を考慮すると、「ローマ法学者の特別の関心を見込むことができる」と述べている。なお、レーネンについては、注 3 参照。

(53) Kaser/Knutel, op. cit. (supra not. 6), p.86.

(54) Pothier, *Traité du contrat de vente*, no. 231: M.Bugnet (ed.), *Oeuvres de Pothier*, tom.3, 2e éd., Paris 1861, p. 93.

(55) 村上淳一「法のヒエラルヒーからヘテラルヒーへ」本誌一一巻二号(二〇〇五年)一頁以下、特に一〇頁以下参照。

【付記】 本稿を九州大学名誉教授原島重義先生に捧げる。本稿は、本来は原島先生の傘寿を祝賀する論文集に寄稿するために書かれたものである。期限に間に合わず、分量が多くなりすぎたために本誌に投稿することにした。しかし、本稿は、同記念論集の編集の任に当たられた九州大学田中教雄教授の督励なしには、およそ存在しえないものである。同教授には、間に合わなかったことの非礼をお詫びするとともに、督励と忍耐に感謝する次第である。原島先生には、十九世紀ドイツの問答契約論を論じた筆者の処女論文(修士論文)について書評の労を取っていただいた。文字通り稚拙な論文に対して、厳しいが、しかし、丁寧な論評をいただいた。

(おがわ こうぞう・本学法学部教授)