

16世紀フランス私法学と 体系法学者ドノーの私法理論 ——損害回収のアクティオをめぐる——

西 村 隆誉志

目 次

1. 序 論
2. 訴権主体論——「所有者」性
3. 損害の原因——事実訴権論
4. 損害評価——認諾単額訴権と否認倍額訴権
5. 「損害論」への展望——総括にかえて

1 序 論

(1) ^{サン}聖バルテルミーの夜の大虐殺がひとりの法学教師の運命をかえた。フランスに生まれ、その学的基礎をフランスで培ったこの法学者は、あの宗教上の争いに際し自らをヨーロッパの各都市に転々とさせた。ほぼ20年のブールジュにおける学問研鑽は、しかしそのことゆえに、フランスを越えた他の各地で確実に根をおろし、開花した。

ユーグ・ドノー [1527年/1591年, Hugues Doneau, ラテン語名, フーゴー・ドネッルス Hugo Donellus] が¹⁾、その当時の普通法学者が押しなべて汎ヨーロッパ的であった以上に汎ヨーロッパ的であったこともそのことに起因す

1) これまでに最も詳しい文献は、おそらく、次のものであろう。A. P. Th. Eyssell, Doneau, Sa vie et ses ouvrages; l'Ecole de Bourges; synthèse du Droit romain au XVI^e siècle; son influence jusqu'à nos jours, Dijon 1860. 残念なことには本稿にとりかかる前にこれを入手しえなかったのも、その伝記、著作（別掲「資料」）とも不備があるかもしれない。なお別掲〔図1〕も参照されたい。

る。ドノーは、ヨーロッパの法学伝統を学問的基礎にすえた、普通法学者であった。ヨーロッパの法学伝統とは、すなわちローマ法にたいするくめどもつきぬ深い愛着である。普通法学とは、かかるローマ法源を学問的素材とした法思想潮流の大きな系統に位置する学であった。当時は、この普通法学の系列に相併立して、他方に「慣習法集成」を主要法源とする慣習法学の胎動があった。この両者をまたぐ法学者には、ドノーとブウルジュで同僚でもあった法学者、キュジャス Cujas (1522/90) がある。

ドノーは、その学問形成の場にブウルジュを選択している。当時ブウルジュは、アルチャート Alciato (1492/1550) が種をまいた法学方法を基礎にフランス人文主義法学の一大センターとなっていた。若きドノーは、かかる学問的雰囲気の中で、その方法を獲得した。ドノーに現れた限りでのその方法をひと言で表現するとすれば、中世的法学の権威性への批判精神であるといえよう。とりわけ、アックルシウス Accursius (1185/ca1263)、アゾー Azo (ca1150/ca1235) の権威を否定する。しかしそれは、古典古代の諸著作への深い洞察にうらづけられたものである。古典古代の法源、とりわけユスティニアヌス帝の編纂物、『ディージェスタ』や『コーデックス』から、国法の体系的把握のためにどのような事物をくみ取りうるか、それが主要なかわり方であった。法源にたいする見方、感じ方、読み取り方が、これらの間では決定的にちがっていた。法源を「書かれたる理性」として、矛盾なき体系性を追究し、整合的理解をすべての法源にたいして求めた一方の仕方について、ドノーの法源の処理は、あくまでもローマ法源の伝える事例を典拠とするヨーロッパ法学の伝統を保持しながらも、しかし、それは自己の体系性への説明論理の展開のために援用されたのである。

法の体系性の追究、法構成の論理、ドノーの私法理論のその一端を、きわめて限られた枠ではあるが、それをひとつの法領域において分析する、本稿が目標とするのは、まず第一義的にそのことにある。その法構成の枠組がどのような思考様式でもって創造されるにいたったのか、そのためにどんな説明の論理が展開されようとしたのか、かかる説明論理自体を導き出し、そして同時にそれをうらづけもする根拠法文がいかに読み込まれて援用されたのか、まずそ

のことに関心をもって分析検討しようとする。それゆえに、本稿がドノーの論理構成の祖述でしかないという批判もありえよう。ここでは現代ローマ法学の異論は指示しないし、あえて私の見解は控えた。ここでのアプローチは、ドノーの原文の、説明論理展開にとって重要な数句のラテン語を私が理解しえた限度で補いを挿入しながら読み取ったことと、これまで私が勉強を進めてきたところを基礎にし²⁾、ドノーが根拠法文として指示する法源に〔指示していない法源をも若干加えて〕立ち入って言及した、ということになる。なお、かかるドノーの私法理論が、当時の普通法学においてどれほどの位置を占めていたと評価しうるか、フランス、ドイツ、ネーデルラント、イングランドにおいてどう受けとめられたのか、また、少なくとも17世紀、18世紀フランス法学への学說的寄与がどうであったかといった問いには答えていない。それは、ここで取り扱った法領域の検討だけでは評価が不可能なことであろう。そのためには、ドノーの『国法＝市民法論』の全構造が知られるべきである。本稿は、上の諸課題をずっと遠くにみすえつつも『国法＝市民法論』の法論にたいする直接的基礎となったところに限って論じたものである。

(2) ここに取りあげた主題にかんしては、ドノーの諸著作のうち次のふたつに注目することができる³⁾。

(α) 『国法＝市民法論』〔^{オペラ・オムニア}全集〕第4分冊第15巻第26章第27章第28章〕

(β) 『アクィーリウス法論』〔『全集』第10分冊第1巻第1章ないし第4章〕

ところでわれわれは、別に⁴⁾、ドノーのこの著作(β)の論旨展開にそくして、アクィーリウス法規定内容の理解と、クルパ論の検討に努めたことがある。

- 2) 西村「成立期アクィーリウス法における損害の性格」(早稲田大学法研論集19, 223頁), 同「ローマ共和政後期におけるアクィーリウス法」(同22, 249頁), 同「アクィーリウス法とそれをめぐる法学説の展開」(久保還暦『西洋法制史料選・古代』, 192頁, 原文巻末59頁以下。ただしこれには紙幅の関係から、パーピニアヌス、パウルス、ウルピアヌスその他の法源は、採録しえなかった), 同「ローマ共和政末期における法律解釈の方法」(早稲田法学会誌33, 169頁), 同「古典期ローマの法思考」(『法制史研究33』, 123頁)。
- 3) Commentariorum De Jure Civili, in: Opera omnia, Tom. 4, Lib. XV, Cap. XXVII—XXVIII, Romae 1828=(α); Commentariorum in selectos quosdam titulos Digestorum volumen Primum, in: Opera omnia, Tom. 10. 第1論文〔Ad Tit. D. ad Legem Aquiliam〕=(β)。

そこで得られた諸帰結を整理してみると、次のようになろうかと思う。

すなわち、法文言において規定された「不法に殺害した」「不法に破壊した」ということが、カウサ析出のプロセスのなかで、「クルパによって殺害した」「クルパによって損傷した」という意味内容へ「解釈がえ」が果たされた。かくして、まず、ドノーの探究は、この「クルパ」の意味内容の検討に向けられた。かかる「クルパ論」へのアプローチに際しては、なにがクルパかという分析論的接近が無益だという示唆と同時に、確定的にクルパ不相当のもの、クルパを排斥するものを抽出する仕方がなにより有用とされて、われわれはそこにいわば「行為論的クルパ論」が展開されたものと考えている。

このようにして、法ならびに訴権の発動的カウサの意義そのものが明確にされることになった。そこで、それに継続して解明されるべき主題が、かかる法を援用し、惹起した損害の回復のために、争訟を起こすとき、だれが追行主体となつて、いかなる訴権で、だれを相手方として、訴えるかという諸問題にあることは明らかである。われわれもまた、この法領域では「損害論」とともに「クルパ」と「アクティオ、とりわけ事実訴権^{イン・ファクトゥム}」が主要論点であると認識し、精力的に「事実訴権論」を追究したことがある⁵⁾。だが、「訴権論^{アクティオ}」をめぐる諸問題がきわめて複雑していることもたしかである。いわゆる「本来的直接訴権」と「その他訴権群」の対比をめぐって存在する「訴権態様＝類型論」的検討もその問題に含まれる。「その他訴権群」なるものが、アクィーリウス法自体とどの程度に密着度を保っているかという点も大きな論点のひとつであった。ここでは問題は、訴権が法自体にどれほどの遠近を示しつつ関連するかということに帰着するはずである。また、たとえば事実訴権、準訴権、範型訴権その他や、本来的直接訴権〔法訴権、法にもとづいた訴権〕のそれぞれが示す態様それ自体はここでの問題にちがいはないが、より広範な法領域との関連で確定されるべきものでもある。ドノーはこの主題のため正面きって訴権論としていたのではない⁶⁾。しかし、その真意はまさにこれにあるので、表題へのサ

4) 「帝京法学」第16巻第1号において、ドノーの「16世紀における位置」「方法」「私法理論一斑」を扱った小論「フランス普通法学のヨーロッパ的伝統——H・ドノーのクルパ論」を発表する予定。あわせて参照していただきたい。

5) 西村，前掲（『法制史研究33』）論文参照。

ブタイトルを「訴権論」としたわけである。

(3) 「訴権論」をめぐる法構成理論のなかで、あらかじめ課題として扱われる諸点を確認しておく。

①訴権が法定のものであった限りでは、それは所有権者のみにおいて定立される。この問題自体、すなわち、法文言「所有権者」^{ドミテス}性の意義の検討が、損害が惹起された物のあり方にそくして理論的に考察される。さらに、問題は、所有権者の所有物に損害が惹起された場合以外に、いかなる救済がとられたかということであり、それは論理的に説明するとどうであるか、ということである〔訴権援用の主体〕。

②この法に拘束されたのは、すでに確定された法定的カウサを通じて、損害が惹起されたという場合であった。しかるに、そのカウサの確定のために考察されるべきであったのは、次の3点、「殺害した」「破壊した<損傷した=悪化した>」および「不法に= culpaによって」であった。そのことによって、加害の行為論レベルでは解明されたはずである。しかしながら、破壊行為による損害惹起にいたるまでの経過のなかで、だれが行為したかの特定が、被害者側の訴提起のために不可欠である。相手方のその行為の態様の差異に対応した訴権態様の理論考察が示されなければならないことになる。そこで問題は、原告にとって、被告のどの行為について法拘束つまり法定の訴権拘束に内包することができ、逆にそうできないで、他の救済が求められうるのか、ということである〔訴権援用の相手方の確定〕。複数人加害者事案は、この関連において検討されるべきものを含んでいた。

③「訴権論」をめぐるのは、右のふたつの側面からの構成理論では不十分であると思われた。けだし、行為の両当事者が損害惹起の両当事者に一致するわけでは必ずしもないという、法理論構成に起因する事情とともに、行為の両当事者が責任の両当事者ではないこともあるという歴史社会の特殊な状況があるからである。さらに、法にしたがった損害の評価に関連して、法定のいわゆ

6) たとえば事実訴権論それ自体の展開のためには、『ディーゲスタ』中の161法文にまたがる諸事例の分析検討とともに、〔ドノーも取り扱っている〕ディーゲスタ^{ムフリカ}朱題「前書訴権と事実訴権」(D. 19, 5)の解明がなにより必要であろう。

る倍額規定が、認諾単額訴権の意義とそれに対応する否認倍額訴権の形をとって「訴権論」にかかわる。そして、本来的直接訴権にかかわる倍額規定が、「その他訴権群」におよびうるかどうかということも問題としてなりたつことになる。

(4) このような「訴権論」をめぐる諸問題を、くり返すことになるが、さしあたり、16世紀のヨーロッパに生きた法学者ドノーの私法理論一斑として関心を払うことになる。ドノーがこの法領域において法的構成にどれほどの努力を傾けたのか、その諸帰結とそれを導出した説明の論理を析出してみよう。近世においてなお論じる価値あるもの、それが本稿の目指すものである。

なるほど、われわれがある学者の社会史総体に少なからぬ関心を抱くべきことは否定しない。しかし、学者は生身の社会に身をおいていると同様に、知識社会をはなれてはいない。その知識社会での学者の「生」は、実際、その著作とそこに展開された「知」を通じてわれわれに伝わる。いずれにしても、そのことが正しく認識するための基礎とならなければならないと思われるのである。

2 訴権主体論——「所有権者」性

(1) ドノーは、『アクティーリウス法論』『全集』第10分冊第1巻第2章]のタイトルを「訴権は〔この〕法によってだれに定立されたか⁷⁾」とする。まず、確認しておくべきことは、ここでの主題が法の定立した訴権主体にあると明示している点である。そこで、逆に法が定立していない訴権は、ここでは本来扱うべきものではなく、また法の明示的に定立していない訴権主体は、かかる関連でのみ説かれうることになる。さらにもうひとつ、訴権は、法が「定立した」ものであり、それとのかかわりにおいて、ある訴権に「資格がある」とされるのであって、それ自体は法規定文言ではないということである。これらは、以下、ドノーの説明論理を追う過程で念頭におくべきことであり、またその意味も明らかになりうることである。

7) Cui Actio lege constituta sit.

そこで、法規定文言にそくしてこれを考察するとすれば、直接に訴権態様から取り扱いえず、まずなによりも法の定立する「所有権者」概念の検討がなされた。ドノーによれば、アクィーリウス法は次のように定立された。

「所有権者にのみ与える責あるものとされよ⁸⁾」

したがって、ドノーが出発点におくのは、法第1章〔ならびに第3章〕にもとづいて⁹⁾明らかなことは、〔訴権が〕「所有権者」にのみ定立されていたということである。その反射として、ここに存在する訴権が法定のものであることが生じる。そこで、この主題のもとでの法構成は、かかる訴権援用の主体という視点から、物の存在態様にそくした理論考察を展開するものとなった。

(2) 右の法文言「所有権者」性から、まずふたつの特殊な状況が検討され、このことばの包摂しうる範囲が確定された。その第1は、ドノーの表現によれば、「もし〔そもそも〕所有権者をもたないところの物が破壊されたという場合¹⁰⁾」であり、第2はこれとは異なって、「もし破壊された物が所有権者を伴っていた場合¹¹⁾」である。第1の事情のもとでは、原則にてらしてアクィーリ

8) Doneau, op. cit. Tom. 10, Vol. 1, Cap. 2, Sec. 1: tantum domino dare damnas esto. (以下引用は、10, 1, 2, 1のように略記する)

9) ここで少々細部にわたるが、前註の規定は、Gai. D. 9, 2, 2pr. からそう読み取られたということを指摘しておく。すなわち、伝存の tantum について、われわれは、そこに同じく伝えられる aes と結びつけること(形容詞中性形)により金銭賠償原則をより明確にするものとして把握した(前掲『西洋法制史料選』, 192頁)。これは通説的見解でもあった。ところで、ドノーは、solī domino competere と同じ含意で domino tantum competere を使っている(副詞無変化, Doneau, op. cit. 10, 1, 2, 7) ことから明らかなように、法規定考察の前提に、アクィーリウス法訴権 actio legis Aquiliae は原則的に「所有権者」以外に向わないことをおく。これには、なおドノーの使用刊本を推定する作業が必要であろうが、われわれの手にする古写本は、tantum aes dare domino… (696 右, 註42) とか tantum dare domino… (320 右, 註41) であって、必ずしも、domino にかからない構造である。しかし、この種の議論は不毛であり、むしろドノーがそのなかで所有権者原則と金銭賠償原則をいかにみていたかに目を向けたほうが実りがある。なお、この法規定は、Ulp. D. 9, 2, 27, 5 から法の第3章の内容が知られることを、前で (Doneau, op. cit. 10, 1, 1, 1) 述べており、かつその法源に明示的に dominus が存することからして、同じく第3章にもとづいて、としてよいことになる。

10) Doneau, op. cit. 10, 1, 2, 2: si ea res rupta sit, quae dominum non habeat.

11) Doneau, op. cit. 10, 1, 2, 4 fin.; si res rupta dominum habuit.

ウス法訴権は存在しないことになろうが、しかし法源にもとづいてはふたつの事例が問題となる。これにたいして、第2の事情のもとでは、法源にてらした1例のみが問題である。それはどんな事例であり、どのような説明論理が可能となるか、まず前者から検討してみよう。

(3) アクィーリウス法訴権は存在しないであろうとみられた事情のもとに、ふたつの例外的説明がなされた。

そのうちの1事例は、相続の熟慮期間中の物にかかわる場合であった。被相続人が死亡して、ただちには相続人が相続財産を承継しないで、相続承認のための一定の熟慮決定期間が設定された場合、この指定相続人が相続を拒絶または承継する意思を示すまでの間は、かかる相続上の個別財産については所有権者のいない状態にある。いわばこのような「無主の物」に損害が加えられたという場合、その期間のうちは原則として訴権主体はなく、その期間が終了して、もし相続人が相続承認していたときが検討されることになる。おそらく、相続拒絶の場合〔意思表示せず期間が経過するとき〕は、被相続人の遺言による相続人指定は失効し、補充指定相続人のもとに移行するか、この限りで遺言相続は効力を発せず、法務官は遺産占有を次順位に回付する¹²⁾。

相続の承認をした場合、この相続人にかんして「アクィーリウス法は所有権者に訴権を定立した」という準則がはたらくのか、そうだとすれば、どのような説明論理でこの者に帰属せしめうるかは問題である。たしかに、相続人は相続承認の行為を通じて相続財産を取得して、その所有権者の地位を獲得する。そこで、古典古代の法学者は次のように論理構成した。そして、ドノーもまたこの法的技術を受けいれているようである。

すなわち、まず、損害回収のための訴権は、損害惹起にもとづいて、その時点で存在したことを前置する。そうして、かかる訴権が相続承認によって〔相続拒絶の場合に言及はない〕、相続〔総〕財産において獲得されていて、この相続財産を通じて相続人において〔相続財産の所有権者たる地位とともに〕獲得される、という論理である。訴権自体が相続財産に取り込まれて、主体論的にみれば暫時的に「物」が訴権主体として存在することになるというのであ

12) Q. v. Scaevola. D. 42, 1, 44.

る。被相続人存命中の損害発生事例ではないので、訴権の能動的相続移転性が問題なのではない。この場合には、熟慮期間中に破壊された当該物それ自体がこの訴権を獲得するとしているというより、むしろ、相続財産の総体がそれを取り込むとしていると思われる¹³⁾。そこで、根拠法文として援用された3個の法文を具体的に正しく読み取ることにしよう。

Celsus/Ulp. D. 9, 2, 13, 2 は、この問題を奴隷の事例を引いて考える。そして、だれも所有者でないという状況にたいしてひとつの見解を示すのである。ケルススは、先に述べたアクィーリウス法の準則を確認して、つづけてケルスス〔カウルピアーヌス?〕は、叙上の説明論理を主張する。

「……そこで、ケルススは、所有者に損害が賠償されることを法は欲したという。したがって、〔ここでは〕所有者とは相続財産〔そのもの〕とみなされるであろう。それゆえに、相続人は相続を承認すれば、訴訟をなすことができるであろう¹⁴⁾」

同じ状況をわれわれは次の法源にも読み取ることができる。しかしながら、そこでの解決は、「物」に所有者たるの地位〔そうではあるが訴権主体ではない〕を引きうけさせるような、いわば彼一流の「巧みなる」法解釈技術¹⁵⁾をとらず、前主たる被相続人がすでに死亡して所有者でなくなっている損害惹起の時点だけにのみ、かの「所有者」性をみてとらない見解となっている。

Pomponius, D. 9, 2, 43. 「あなたが相続承認をする前に、熟慮期間中の物に損害を蒙った場合については、あなたの被相続人たる者の死亡後に〔このことは〕生じたのであるから、あなたがアクィーリウス法訴権をもつ。けれど、アクィーリウス法は、必ずしも、損害が加えられたまさにそのときに〔所有者で〕あった者〔だけ〕を所有者と呼んでいるのではない。というのは、その仕方によっては、ある者の被相続人たる者からこの者に、この訴権が移転^{トランスイレ}することがけっしてできなかったからである¹⁶⁾」

しかしながら、前述のとおり、ここでは訴権の能動的相続移転の問題は生じ

13) 後述83頁および註51参照。

14) 西村、前掲(『西洋法制史料選』法源56), 208頁。

15) ポムポーニウスの法解釈のこの傾向は、よくいわれる事柄に属す。

16) 西村、前掲(『西洋法制史料選』法源102), 219頁。

えないと考えられる。そこで、可能な理論構成は3とおりある。すなわち、
 「〔指定〕^{ヘレス}相続人」か故人たる「被相続人」^{レガタリウス}か、または「相続財産」^{ヘレダイタース}かであり、
 上のケルスス文に展開された論理が、『ディーゲスタ』の別のところから補強
 され、相続財産の「所有者」性が確認された。この根拠法文は、D. 41, 1
 [de acquirendo rerum dominio 物の所有権取得について], 61pr. において、
 ヘルモゲニアヌスの伝えるものである。

「相続財産は、多数の法関係において、所有者としてみなされ、それゆえ
 に、相続財産上の奴隷を通じて所有者に〔獲得される〕ように、相続財産
 においても獲得される¹⁷⁾。……」

ここで説かれる法関係はたしかに財産取得にかかわるものであったが、ドノー
 によれば、そこに訴権の取得継承関係をも読み取れるとするのであり、相続財
 産が「アクィーリウス法訴権の取得関係において暫定的にもせよ」「所有者
 として」存在するというのである¹⁸⁾。

したがって、相続承認をした相続人は、相続熟慮決定期間中に生じた損害に
 ついて、相続財産に留保されていたアクィーリウス法訴権を所有者として援
 用できた。そして、この訴権が本来的直接訴権であることも疑いはない。とこ
 ろで、実際には、さらに検討を要する問題がある。それは、結論そのものは先
 のポムポーニウス文と矛盾しなかったのであるが、「この期間にはだれも所有
 権者でない」としてドノーが判断するところの、このような議論の原因を取り
 除くために、前述のように、ポムポーニウスが損害発生時点に所有者性をあ
 えて求めない解決をしたことの理由、もう少し敷衍すれば、たとえば、Gai.
 Inst. 2, 157 でも言及された家内相続人の所有者性を導出する際の「ある程
 度」論からの推論¹⁹⁾とか、後述するような用益権者などの所有者性への「あ

17) Hereditas in multis partibus iuris pro domino habetur adeoque hereditati quoque ut domino per rerum hereditarium acquiritur... (Hermogenianus. D. 41, 1, 61pr.)

18) Doneau, op. cit. 10, 1, 2, 3.

19) Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur. (しかし、たしかにかれらが自権相続人と呼ばれるのは、かれらが家内相続人であり、そして、尊属の存命中にもある程度は所有者とみられているという理由からである)

たかも」論²⁰⁾をさえ、これに際して意識しなかったことの理由までは不明のままだという点である。

(4) 第1の状況、すなわち「[そもそも]所有権者をもたないところの物が破壊された場合」の、もうひとつの事例は、自由人にかかわる場合である。まず、「自由人^{リベリ}」ないし「自由^{リベルタース}」の概念について考えることが必要ではあるが、ドノー自身の理解はここでは示されていないので、さしあたり「リベリ」なる概念に包摂される^{ベルソナ}人格を指示することで満足しよう。ドノーがこれについて念頭におくのは、「家^{パトリア・ボテスタース}長^{プライウス}権」に服している家息〔および、そのアナロジーとしての、家娘〕と家^{パトリア}長^{パテル・ファミリアス}自身に限られていた。この点では、『国法＝市民法論』において、奴隷の精神面からの損傷を論じた際²¹⁾に、そのアナロジーとして導出した自由人事例での傾向と同一であり、その「自由人」概念を後の時代にあったような²²⁾家人、従僕、召使、修道士などにまで広げて構成する意図がなかったことはたしかである。

さて、これらの人格〔「リベル・ホモ」〕が、もし傷つけられ、この自由人の身体部位が破壊されたという場合が論じられる。原則として、その出発点には、たとえば、Gai. D. 9, 3, 7 に説明されたような²³⁾、人に値はつけられないということではなく、人に所有権者は存しないという準則があった。そして、損害にかんして、自由人〔そのもの〕についてはいかなる^{ダムム}「損害」も存在しないことが確定している。したがって、この原則にたいする例外的な法構成がここでは要請されたのである。問題は次のようになる。ある自由人の身体部位が破壊された、これについて民事罰が認められたか、もし認められたとすれば、

20) これについては、後述84頁。

21) Doneau, De jure civili, in: Opera omnia, Tom. 4, Lib. 15, Cap. 26, Sec. 7 et 8.

22) E. g. Johannes Voet, Commentariorum ad Pandectas libri quinquaginta, Venetiis 1787. [フートは17世紀ウスス・モデルヌスの学者] p. 277ff. 参照。

23) Gai. D. 9, 3 [De his, qui effuderint uel deiecerint], 7: Cum liberi hominis corpus ex eo, quod deiectum effusumue quid erit, laesum fuerit, iudex computat mercedes medicis praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt, praeterea operarum, quibus caruit aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est. cicatricium autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem.

だれの名義により、どの程度においてか。その際、それは、アクィーリウス法の想定した損害であるのか。それを議論するにあたっては、家息と家長はわけて考察されるべきであろう。

ドノーが根拠としている Ulp. D. 9, 2, 13pr. はこうである。そこにおいてはまず自由人本人が「^{スオ・ノミネ}自分の名義で」訴権をもつと指摘されており、しかし、ついでかかる訴権態様が非本来的であることの理由が述べられる。

「自由人は、自分の名義でアクィーリウス〔法〕の準訴権をもつ。けだし、〔彼は、〕だれしも自分の身体部位の^{ドミグス}所有権者とはみられないのであるから、直接〔訴権〕をもたないからである。ところで、逃亡した者の名義では、^{フギティウス}所有権者が〔それを〕もつ²⁴⁾」

そこでこれを前記の設問にそくして検討すると、まず、この種の損害の発生、回収をアクィーリウス法のもとで取り扱う用意がされた。ということは、自由人の身体部位の破壊により生じた損害をアクィーリウス法上の損害としてみてとろうとする試みがなされたのである。「アクィーリウス法は損害にのみかわり²⁵⁾」、「損害のないところでは、アクィーリウス訴権は存在しない²⁶⁾」からには、これを「ダムヌム」として処理しようとした意図はたしかであろう。つまり、「確定している」先の原則に例外をつくる試みであった。そして、それには説明が必要であった。なによりもまず、法文言にある「所有権者」性の処理をどうするかである。ウルピアヌスは、おそらく一般的認識として、人が自身の所有権者たる地位にあるという考えのないことを指摘する。ウルピアヌスが言及するのはそれだけであり、訴権態様のちがいを説明するための根拠としてのみそれをおいたにすぎない。けだし、解答を求められている古典古代の法学者にとって、最重要の見解表明は、訴権の存否にあったからであり、訴権存在の根拠説明は二の次だった²⁷⁾。しかしながら、ドノーもいうように、

24) Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo uidetur. fugitiui autem nomine dominus habet. (Ulp. D. 9, 2, 13pr.)

25) Doneau, op. cit. 10, 1, 1, 3, col. 2.

26) Doneau, op. cit. 10, 1, 1, 14, col. 6.

27) 西村, 前掲(早稲田法学会誌33)論文, とくに173頁。

「法は所有権者に訴権が存在することを欲した²⁸⁾」〔前述のケルスス文も同じ意義をもつ〕という命題と、この事案の非所有権者性を整合させる論理はいかにしてありえない。どこまでも所有権者でありえないものを所有権者とみなす論理は成立しえない。ドノーは、このことをあらためて確認するかのような「所有論」を展開して次のようにいう。

「けだし、だれかある者が所有権者〔＝主人〕であり、そして占有者〔である〕ためには、ふたつ〔のこと〕が存在する必要がある。

〔ひとつは〕占有する者、そして〔もうひとつは〕所持される物〔がそれである〕、同様に、主人が存在することと仕える者〔が存在すること〕が必要である²⁹⁾」

そのことから、ドノーは逆推論がなり立つともいう。それは、自分が自分の所有権者であることはないということである。すなわち、上に引いた文で前提されていることは、それぞれ一個独立のふたつの事物であり、したがって、一人格^{ペルソナ}において同時にこのふたつを体现することはできないということになる。そこで、自由人が自身の身体部位について、同時に、所有権者であり、かつ所有物であるということになる法構成論理は、最終的には断念しなければならなかった。

このことをまた、ドノーは主人＝奴隷関係から説明する。自分の身体部位についてこの関係を考えることは、ドノーによれば、「なんとも不条理 absurdissimum」なのである。主人であり、奴隷であるというのは、だれかある者が自分の主人なのであって、その限りで自分は奴隷ということである。この法関係を所有権者と所有物の所有関係でなく、主人と奴隷のいわば主従関係におきかえて推論するのはどのようなメリットがあるのか。おそらく、その「ペルソナ」論に引きつけることに意味があったのであろう。けだし、訴権が「だれの名義で」援用されるかがさしあたりは問題だからである。ドノーがこのペルソ

28) Doneau, op. cit. 10, 1, 2, 4: Lex autem domino actionem esse voluit.

29) Doneau, op. cit. 10, 1, 2, 4: quia ut aliquis sit dominus et possessor, necesse est duo esse: eum qui possidet, et rem, quae habeatur: Item dominum esse, et eum qui serviat.

ナ論の展開に際して、かかわりがあるとして援用する法文と、それをさらに敷衍するものとして、ドノーは引いていないディーゲスタの次の位置におかれた法源〔Hermogenianus. D. 36, 1, 14〕を考えあわせると、次のようである。

この事案は、家長のポテスタースのもとにある限りでは、家^{バチル}息^{フィリウス・フアミリアス}という人格にあり、かつ同時に政務官職の人格にもある者にかんするものである。そしてこれは、Ulp. D. 36, 1 [ad senatus consultum Trebellianum], 13, 4 からも明らかであるとおおり、自身に関連している事件に^{ユース・プープリクム}公法上の決定がはたして可能かどうかというように政務官職務権限にかかわっている。ヘルモゲニアーヌスが、公法関連事項は私的ポテスタースの法にしたがうものでないとしているところからすると、Ulp. D. 36, 1, 13, 5 の趣旨は、自身について私的ポテスタース権限をもつ父親にたいしてさえも〔この場合は、相続承認と償還をめぐるの事例であるから、自分にまったく無関係ではないが、D. 36, 1, 13, 4 におけるように、相続の直接当事者でない状況のもとでは〕公法上の決定をなしうると理解されているのである。ドノーがこの事例を「ここにかかわる」としてあげたのは、おそらく、ふたつの別個の基盤、すなわち「ユース・プープリクム」と「ユース・ポテスターティス」とに立脚しては、同一人に2個の人格はありえても、同一の基盤、たとえば所有関係とか主従関係〔ポテスタース関係ではない〕に立って、「だれしもこれらふたつのものの人格を〔同時に〕維持することはできない³⁰⁾」とするためであっただろう。

さて、「所有権者」からのアプローチはここで頓挫する。それにもかかわらず、自由人の身体部位の破壊による損害は、他に有効な手だてがなく、アクィーリウス法にかかわって処理されることが必要であった。これは、精神からの^{アブ・アニモ}損傷でもないし³¹⁾、また侮辱にかんしての人格権侵害の訴権³²⁾にもふれないからである。そこで、上で述べてきたとおおり、アクィーリウス法が原則とした「所有権者」概念にもはや内包しえないとしたならば、法の要請したところを

30) Doneau, op. cit. 10, 1, 2, 4: nemo harum duarum rerum personam sustinere potest.

31) Doneau, De jure civili, in: Opera omnia, 4, 15, 26, 7

32) Doneau, op. cit. [α] 4, 15, 25.

根拠にして論理構成するほかない。いわば法規定文言の解釈をあきらめて、法の意図、内容に迫ったのである。かくして、法の要請するところとは、損害の回収〔回復請求〕*ruptionis vindicatio* である、ということが析出されてくる。このことと、この法の規定目的であったとして、ドノーがとり出したもの〔*de damno dato persequendo*³³⁾〕とが同じか異なるかの煩瑣な考証は必要がないであろう。

不法行為、とりわけここでは不法損害が忍容されるいわれはない。しかしながら、この損害の回収を求める訴権は、どのようにしても法の定立する本来的直接訴権ではないのである。

「自由人が傷つけられた場合、〔この自由人〕それ自身に直接訴権の資格がないこと、〔しかし〕^{ウティリス}準〔訴権〕の資格があることは明らかであった³⁴⁾」ドノーのこの言説を右のように理解するのは、先のウルピアーヌスの法文が断定的だからである〔「自分の名義で……もつ」〕。そして、訴権にたいして「資格がある」「資格がない」というのは、ドノーの次のような指摘から、純粹にアクィーリウス法構成のうえでのものであることは明らかである。それは、自由人が準訴権をもつ理由を、先の法の要請する損害の回収に求めた直後の指摘に現れている。

「自由人が準〔訴権〕をもつのはどうしてか。けだし、アクィーリウス法が損害を回収するからである。したがって、あるいはある者が自己の物において人と争うのか、それとも〔それが〕^{イン・レ・スワ}自分自身であるという点において〔人と争うの〕^{イン・エオ・クオ・ド・スイト・イアセ}かは、少なくとも法の意味内容に帰着する。すなわち、訴権は、^{センテンティア}法の精神にもとづいて存するのである³⁵⁾」

われわれは、この関連において、自己の所有物を自分のもとに回収する法的手段である *rei vindicatio* の法構造を想起してもよいと思われる。しかしなが

33) Doneau, op. cit. [β] 10, 1, 1, 1.

34) Doneau, op. cit. 10, 1, 2, 4: visum est, libero homine laeso ipsi directam actionem non competere: utilem competere.

35) Doneau, op. cit. 10, 1, 2, 4: Cur habet utilem liber homo? quia lex Aquilia rptionem vindicat. Parum igitur refert ad sententiam legis, utrum quis experiat in re sua an in eo quod sit ipse: est ex mente legis actio.

ら、「損害を回収する」ことが「所有物回復の請求」と親近性をもちうるとしても、アクィーリウス法の基本構造、とりわけ「加えられた損害を追求すること」と同じだというわけではない。けだし、^{ウィンディカティオ}vindicatio の客体は、手でそれを擲取するように、占有をはなれているだけのものであり、その行為は一貫して要式的なものであって、なによりもその始源的な形式における ^{レギス・アクティオ・}legis actio ^{サクラメント}sacramento [神誓形式で供託的な法律訴訟手続] からも明らかなように「対物 in rem」的なものだからである³⁶⁾。

ドノーがかかげた理由づけは、ここでの主題からも明らかであるように、「訴権をもつ」ということにたいしていわれているのであって、それが「準」であることの理由ではない。すなわち、「自分の名義において」もつことがとりだされたその説明論理が主題であったのであるから、そこからただちに「準たる」根拠を求めるのは性急だと思われる。実際、ドノーは『国法＝市民法論』で別に根拠を示していることから³⁷⁾、この点は明らかである。

先にわれわれが示した設題からすれば、ここで最後に検討すべきことは、だれの名義でどの程度においてかということであり、それにかかわって、現実に訴権主体にはだれがなりうるかということであろう。上で確認したとおり、自由人がアクィーリウス〔法〕準訴権をもつのは、本人の名義においてである。つまり、自分が破壊されて損害が発生したということにおいて自分に訴権があるのだから、純粋な法構成のうえからは、家息は家息の名義で、家娘は家娘の名義で、そうして家長は家長本人の名義において訴権をもつとみることになる。しかしながら、現実に、家息や家娘がそれ自身の人格において訴訟主体となって援用しうるというのでは必ずしもない。訴訟手続構造がそれを認めないからである。家外的関係が家権力の担い手たる家長の人格において規律されて

36) rei vindicatio について、たとえば、佐藤＝西村＝谷口共訳『ディオズディ ローマ所有権法の理論』, 1983, 学陽書房, 参照。なお, in rem か in personam かということについて, ドノー『国法＝市民法論』では詳しく論議されている (Doneau, op. cit. 4, 15, 28, 2.)。

37) Doneau, op. cit. 4, 15, 27, 7. その根拠としていわれているのは、一方は「物が財産関係にある」ということであり、他方は、これと異なって「物が財産関係になかった」場合、である。

いた古い社会関係のもとでは、家息や家娘本人が法廷の場に立ち現れることはほとんどない。いずれにしても、家息が傷つけられた場合にその父親に同一の訴権つまり準訴権が存在することになる。ドノーは、2個の根拠法文 Iulianus /Ulp. D. 9, 2, 5, 3 と Ulp. D. eod. 7pr. [7, 1 の指示は誤り] を援用して、このことに注意すべきことをその論述の最後で言及している。約言すれば、家息〔または家娘〕は、父親のポテスタースのもとにあるとはいえ、父親の^{ドミニウム}所有権のもとにおかれたのではないので、家息が家息の名義で資格がある準訴権と同一の訴権を、父親は家息の^{エクス・ベルソナ・フィリイ}人格にもとづいてもつこと³⁸⁾、とされたのである。そして、この訴権で追求される損害にかんしては、もはや訴訟物評価、すなわち損害の評価にかかわる主題にはいることになる。それは、関説したように、Ulp. D. 9, 2, 7pr. や Gai. D. 9, 3, 7 によれば、本来的なるものどちがって、治療費用と逸失の利益とされた。

(5) 法定立の文言「所有権者」よりして、今ひとつ検討すべき事情は、先にも述べたように、「破壊された物が所有権を伴っていた場合」、すなわち、さしあたりその物自体に所有権移転性が内包されていた場合とできるようなもとで生じる、ただひとつの事例である。そこで、訴権が存在することになるといわれた唯一の事例は、次のように、両者のいずれが所有権者たるかという決定にかかわる。『ディーゲスタ』においてはほぼ同じ状況がふたつの塊でそれぞれ別個に示されていた。したがって、古典古代の法学者の見解の相違ということには還元しえないこれらの法源の整合的理解に、他の箇所をも含めて努める必要があったのである。その論証過程で、ドノーによれば、一法文に古写本刊本の誤りが指摘できるのである。この特殊な事案はこうである。

遺贈物とされた物が殺害されまたは傷つけられた場合に、訴権の資格がだれ

38) ただし、この表現はこの箇所には明示されず (Doneau, op. cit. 10, 1, 2, 4), 『国法＝市民法論』(Doneau, op. cit. 4, 15, 27, 7) から補って理解したものである。なお、D. 9, 2, 5, 3 については、西村、前掲(『西洋法制史料選』法源81), 214頁。Ulp. D. 9, 2, 7, 1: Qua actione patrem consecuturum ait, quod minus ex operis filii sui propter uitiatum oculum sit habiturus, et impendia, quae pro eius curatione fecerit. (そして、この訴権によって、父親は眼が損なわれたために自分の息子の労働力から失われることになるはずのもの、およびこの者の治療のために支払われた費用を請求することになろうと〔ユーリアヌスは〕いう。)

にあるのかということである。そこで、考えうるのは、相続人が受遺者かのどちらかであり、その決定に、後述のとおり、受遺者における遺贈存在の認識とその時期、相続人の側での相続の承認拒絶の意思表示の有無、所有権帰属の邂逅的効力などの諸要素が絡むのである。「所有権者」性の一点にしばって検討してみると、ドノーは議論をひかえているが、次のような諸点は確認できるようである。①遺贈物とされた奴隷が相続承認前に殺害される場合には、相続財産を通じて獲得されるアクイーリウス〔法〕訴権は、相続人のもとに留保されること。②相続承認前に右の物が傷つけられた場合には、〔アクイーリウス法〕訴権は、相続財産中に留保され、遺贈物の占有者たる相続人から受遺者に訴権を移転する必要があること。③特殊に、AとBとに遺贈された奴隷が殺害される前、Aが遺贈を回収〔請求〕し、Bは熟慮中であった場合、それが殺害された後になってBが遺贈を拒否したときは、原則上受遺者の遺贈拒否は訴権を相続人のものとするけれども、この場合には遡ってAに所有権の帰属を認めて、訴権を単独の受遺者となったAのものとする。④相続人自身が殺害の当事者であるときは、訴権は受遺者にあること、である³⁹⁾。

さて、ドノーが問題ありとしているのは、遺贈物とされた奴隷が相続承認後に殺害された場合であり、これを伝える一法文〔Iulianus/Ulp. D. 9, 2, 13, 3〕が疑われた。受遺者が「所有権者」性を認められたのは、どのような場合であろうか。ドノーが古写本刊本に疑問の原因があるとしている箇所を空白のままにして、右の根拠法文を引くことにし、やや煩雑な検証になるが、手持ちの若干の古写本を提示して空白をうめるという手続きをとってみよう。

「もし遺贈物とされた奴隷が、相続承認後に殺害された場合、〔……〕、受遺者に^{レギス・アクイーリアエ・アクティオ}アクイーリウス法訴権の資格があること、そして、もし〔受遺者が遺贈^{レプディアウィット}を〕拒否した場合は、相続人に資格があるものというのが妥当である、とユーリアヌスはいう⁴⁰⁾」

39) Q. v. Paul. D. 9, 2, 14; Ulp. D. eod. 15pr.; Marcellus. D. eod. 34 et 36pr.; Ulp. D. eod. 35. を参照。

40) Si seruus legatus post aditam hereditatem sit occisus, competere legis Aquiliae actionem legatario, [……]: quod si *repudiauit*, consequens esse ait Iulianus dicere heredi competere. (D. 9, 2, 13, 3)

われわれが手にしえた古写本刊本から、右空白部を考えてみることにしよう。そこには明らかに2系列の古刊本があることがわかる。

- (a) 「もし奴隷の死後に〔受遺者が〕遺贈を知った場合⁴¹⁾ [si post mortem servi agnovit legatum]」
- (b) 「もし奴隷の死後において万一遺贈を知った場合⁴²⁾ [si modo post mortem servi agnovit legatum]」
- (c) 「もし遺贈を知ったのが、奴隷の死後にでない場合⁴³⁾ [si non post mortem servi agnovit legatum]」

現在もっとも普及しているモムゼン版は、大版二巻本、三巻写真版ともに(c)系列の古写本を採用する。比較して明らかのように、(c)系列刊本、すなわちフィレンチェ版と(a)―(b)系列刊本とでは、受遺者の遺贈存在の認識の時期によって、受遺者の訴権援用が異なるようにみえる。すなわち、(c)系列本〔フィレンチェ版〕によるならば、遺贈物たる奴隷が殺害された以前の時点で自分にその遺贈があったことを受遺者が知りえない限り、訴権に資格がなくなり、相続人に資格があることになる。また、(b)系列本〔リヨン版? ⁴⁴⁾〕は、「non」のかわりに「modo」を入れることによって、これとは異なった帰結を導くことになる。つまり、奴隷殺害の後の時点で知った場合にも、受遺者に訴権援用を認めるというのである。

ここでは、われわれの解釈ではなく、ドノーの説明論理が検討目標である。そこで、ドノーの判定は、結果として、次のようにフィレンチェ版^{レクタイオ}パンデクタエの読み方を疑うものとなった。まず、事実を確認しておこう。この奴隷の遺贈は、相続人の中間的所有権者性を前置しない物権的遺贈であること、したが

41) Corpus Glossatorum iuris civilis, Tom. VII, 1969, 323 左

42) Digestvm Vetvs sev Pandectarvm, Venetiis 1575, 702 左

43) Flor. Pand. モムゼン版 (Digesta Iustiniani. Augusta, 1868/70) 参照。

44) ハロアンダー版 (ニュルンベルク) はすでに存在するが (1529/31年), ドノーは使っていない。ハロアンダー版について, Hans Erich Troje, Graeca leguntur, Die Aneignung des byzantinischen Rechts und die Entstehung eines humanistischen Corpus iuris civilis in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts, Köln/Wien 1971, S. 16f. 27ff. なお, リヨン版とは, Louis Russard (1561年) か, Hugo a Porta/Anton Vincent の手になるもの (1551年) のことである。

って通常、遺言人死亡によって、この物について受遺者の所有権者性が主張されうることになり、そのことは、これを除外した他の相続財産について相続人の所有権者性が存在しうるのと同様である。このことからして、受遺者はこの物の回収請求をなしうる地位にある。しかしながら、この事案は、遺言人死亡の後、相続承認まで指定相続人のための一定の熟慮決定期間をおいた後に、奴隷の殺害が生じた、ということであった。もしこれが遺言人の死亡と相続の承認の間に発生していれば、相続承認前損害惹起の事案であるから、先に検討した^{レス・ヘレディタリア}熟慮期間中の物について確認されたところによると⁴⁵⁾、訴権は相続財産において獲得されて、相続承認の意思表示をした相続人に、この相続財産を通じて獲得される。ただ、この間にすでに遺言開封はすんでいるので、受遺者が自分に遺贈のあったことを知りうる機会はある、この場合訴権は相続人に留保されるにすぎない。しかし、ここで取り扱われたのは、相続承認の後に殺害された場合であるから、少なくとも遺言人死亡後相続承認前の期間にはまだ受遺者が遺贈存在を知っていなかったことが前置されているのである。自己の所有権者性を知っていなければ、回収請求の根拠はない。もちろん、遺贈物とされた物が存在しなくなれば、その所有権を主張しえないのはいうまでもない。

以上のところから、この事案は、①相続承認後奴隷殺害の発生時まで、その存在を知りえた場合と、②奴隷殺害発生後知ることができた場合が議論の原因となっている、というように整理できる。そして、訴権は〔相続人ではなくて〕受遺者に資格があるとされたのは、どの場合かが、刊本の読みによってわかるのである。フィレンチェ本およびモムゼン版は、右の①のケースにのみ受遺者の訴権援用資格を認める。その際、遺贈物とされた奴隷は相続承認をなした相続人の所有権のもとに帰属したのでなく、ただ占有するにすぎないのであるから、受遺者は自身の所有権者性にもとづいて回収請求をなしうるとする。反対に、ドノーもまた依拠していたことが明らかな、(b)系列の刊本〔(a)系列刊本も趣旨は同じ〕は、右の②の場合に受遺者の訴権援用資格を認めているように思われるが、これはどういうことであろうか。もしも奴隷の死亡後にも受遺者が知りえなかった場合を考えてみると、殺害による損害発生があったに

45) 前述68頁参照。

もかわらず、所有権者性を主張する者が存在せず、ただ占有していただけた他の相続財産の所有者たる相続人のもとに訴権が留保されている状態である。不法行為にたいする放置は許されないから、おそらく訴権資格を相続人に認めるのを妥当とした。ここではもちろん、その所有権者性を認めたからではなく、ただ訴権資格があるとしたにすぎないので、受遺者が「奴隷死亡により所有権主張の根拠を失ったにもかかわらず」遺贈されていた事実を知りえたときには、「破壊された物が所有権を伴っていた」として、その所有権者性にもとづいて、決着のついた損害賠償額の請求を求めることまでできるだろう。ドノーは、この点まで捉えているのである。もちろん、まだ訴訟が開始されていない段階であれば、受遺者自ら訴権主体となりうることはいうまでもないのである。ドノーは、こういう。

「われわれは事情をこうみる、つまり、私には、これらの原因は読み取り方^{ムダングエ・レクテイ}の取り違えである、と。受遺者はいつであっても遺贈を知ったときは、遡って所有権者であったものと理解される^{オニス}」⁴⁶⁾

つまり、遺贈をあとあとまで知りえないときは、受遺者が所有権者性にもとづいてなかなすことはありえないわけであって、遺贈を拒否するということがないのである。遺贈の存在を知ったことが所有権者性にもとづく請求の分岐点である。ドノーはこのことを、一法文〔Modestinus. D. 31, 36 de legatis et fideicommissis〕を援用しつつ確認する。ともかくも結局のところ、ドノーの法解釈によれば遺言人死亡後に遺贈存在を認識した時点で、受遺者はまぎれもなく所有権者になるということである。そう解するならば、ユーリアーヌス文はどのように読み取られるべきか。それはこうである。

受遺者は、この奴隷について、遺言人死亡後、遺贈を承認して回収を請求〔所有権を主張〕し、または遺贈を拒否しうる地位にあった。しかし、相続人の相続承認がすむにいたってもなお知りうるチャンスはなかった。だが相続承認がなされたとしても、相続人にこの物についての所有権が帰属するのではな

46) Doneau, op. cit. 10, 1, 2, 6: Rem videamus: hae mihi caussae sunt mutandae lectionis. Legatarius quandocunque legatum agnoverit, retro dominus fuisse intelligitur.

い。奴隷が生存中に、もし受遺者がそれを知ったならば、占有する相続人にたいして所有物回収請求をなすであろう⁴⁷⁾。ところが、ここにこの事例がもち込まれた。奴隷が殺害されるまで受遺者が遺贈を知らなかったのである。そこで、「もし奴隷の死後において万^モ一遺贈を知ったとすれば」〔b〕、受遺者は遺言人死亡の時点に遡って所有権者となりうるのであるから、相続人に留保されていた不法損害についての訴権は「受遺者に資格があり」、受遺者は、遺贈された奴隷の所有権者としてアクィーリウス法訴権を援用しうる訴権主体となる。その際、もしすでに相続人が原告当事者となって係争中であった場合は、別に能動的適格の問題がありえようが、この点は議論されていない。すでに争訟が決着して、相続人に損害賠償額につき権利があり、またはすでにそれが相続人の手にあったときには、真の所有権者に移転する必要も生じる。もちろん、この種の議論もない。

こう考えると、フィレンチェ本が奴隷殺害前に限ったことの根拠はなくなる。ドノーはそうなった理由として「書き損じが明白である」と断定した。「non」ではなく「modo」と読まれるべきである。「ずいぶん前にリヨンで刊行されたことのあった古写本では、そのように読まれている⁴⁸⁾」。フィレンチェ本がなぜ non としたのか。ここでドノーはおもしろい想像をはたかせている。写字生〔僧〕が頭にかぶった尖帽〔の影を写してしまった〕なら、non だったものが modo となることもある、と。しかし、〔写本事情はまったくわからないけれども〕その後一度も古写本をつくってはいないという事実があるのだとする。したがって、そもそもフィレンチェ本は意味の取り違いであり、叙上のように読み取った。しかし、これは、ユーリアーヌス文を伝えたウルピアーヌスにそもそも原因があった⁴⁹⁾。前にあげた D. 9, 2, 13, 3 は、もし奴隷死亡後の法的処理の仕方を叙上のように読み取る場合は、先の①の場合であえて受遺者が知りえたときを断わる必要はないのであり、受遺者に訴権援用の資格

47) E. g. Gai. Inst. 2, 193 et s. 参照。

48) Doneau, op. cit. 10, 1, 2, 6: facile fuit erratum: ex non, fit modo, si apicem super scribas: sic legitur in vetustis, qui jam diu fuerunt impressi Lugduni, sed nihil facit vetustas.

49) Doneau, op. cit. 10, 1, 2, 6: male Ulpianus subjicit: si autem repudiaverit.

があることは自明である。したがって、法文があえて、「もし拒否した〔今日われわれの刊本では, repudiavit〕場合」, 相続人に訴権援用資格があると断わっているのは、受遺者が遺贈を拒否すれば遺贈不成立となり、この物についてまた相続人に所有権が帰属することになるので、これまた自明のことになる。だから、これはそう読み解くのではない。第1に、先の①の場合において、先に遺贈の存在を知り、かつ受領を拒否してその所有権を放棄していたならば、殺害の時点で所有権者は相続人であるか、第2に、①ではまだ知りえず、②の場合ではじめて知り、かつ遺贈物不存在のゆえに受領できなくなった状態で、留保されていた相続人の訴権援用を妥当とするのか、第3に、②の場合においても遺贈の存在を知らずに推移して、不法行為の追求が相続人の手に委ねられたか、考えられるのはこの3とおりでであろう。そこで、第1の場合は当然であり「妥当」とする意味はない。また、実際のところ知りえなければ取得もできず拒否することもありえない⁵⁰⁾ので、「拒否する」という言葉の存在は第3の場合をしりぞける。したがって、ここでは上の第2の場合が考えられていることになる。あるいは、特別に①で知り、熟慮中に殺害発生があり②で拒否した場合というのが考えられるが、知った時点で所有権は遺言人から受遺者に移転しており、遺贈物受領の拒否とは所有権の放棄にすぎない。そのことにより、訴権を受遺者のために留保した相続人が、アクィーリウス法訴権の真の主体として立ち現れてくる⁵¹⁾。

このようにして、ドノーは、「所有権者」性のなかにこれを取り込む形で、アクィーリウス法訴権が受遺者自身に資格がある、とする準則を導いたのである。

(6) 以上において、われわれは、「所有権者」にもとづくふたつの状況、3つのケースを分析検討してきた。すなわち、熟慮期間中の物については、相続承認後まぎれもなく所有権者になる相続人に本来的直接訴権が存在することになるとされたこと、自由人の自身については、「所有権者」性はそこに存しな

50) Q. v. Paul. D. 29, 2, 18: Is potest repudiare, qui et adquirere potest.

51) ところで、フィレンチェ本の分析からもすでに気づくところであるが、訴権が殺害された当該物においてのみ獲得されるとしないで、相続財産総体において獲得され、それを通じて相続人に取得されると考える理由も、実はここにある。

いが、損害の回収という法の意図内容にもとづいて、本人に準訴権が存在するし、家息〔家娘〕については本人がもつと同一の準訴権がその父親に存在することになるということ、そして、相続財産中に遺贈物とされた物があるとき、原則として遺贈の存在の認識により受遺者に本来的直接訴権が存在し、さもないければ相続人にこの訴権の資格があるとされたこと、これらが「所有権者」の検討のなかで導出された結論なのである。

そこからは、自由人の準訴権はともかく、アクィーリウス法訴権は所有権者にのみ資格があるという意味は、正しくは「所有権者」性をいうことができる要件を満たしうる者〔相続の承認、遺贈存在の認識〕にも資格があることになった。そのことから、ドノーが例示しているとおり、たとえば使用貸借における物の借主のように、ただ「これらの者に利害関係がある」というだけの人格には、訴権の資格はない、ということも帰結される。ドノーはその根拠として Iulianus/Ulp. D. 9, 2, 11, 9 をあげて、使用貸借物の所有権者の方に資格があることを確認する⁵²⁾。そして、ドノーはこの点で盗訴権は「利害関係がある」者を訴権主体に含めているとして、Inst. Iust. 4, 1, 13 を援用しつつ⁵³⁾、両訴権のちがいをきわだたせているのである。

(7) しかしながら、法解釈は巧みであり、このことにたいしてのドノーの法構成の説明論理もみごとであったとすべき点がある。それは、この訴権主体論における「所有権者」から除かれるはずの、かの周知の3つの「ペルソナ」の位置づけである。すなわち、善意占有者^{ボナエ・フィデイ・ボツセソル}、用益権者〔使用権者〕^{フルクトウアリウス}、質権者^{ウスアリウス}がそれである。まず、ドノーは、これらの人格は、「これらの者に利害関係がある」場合に例外的に訴権主体性を認められたことを確認したうえで、この3ペルソナにだけ、「格別に」訴権が与えられる理由を探究して、これもまた次のように「所有権者」性に引きつけて説明するのである。

「けだし、善意占有者は、収取さるべき果実について、あたかも所有権者のような地位にあり、実際、〔それを〕自分のものとするからである。用益権

52) 西村、前掲（『西洋法制史料選』法源84）、215頁。

53) Furti autem actio ei competit, cuius interest rem salvam esse, licet dominus non sit: itaque nec domino aliter competit, quam si eius intersit rem non perire.

者は「これと」同じ法によっている⁵⁴⁾」

ところで、質への債権者^{クレディートル}の場合には、やや少しだけ、説明論理導出の仕方が、先のふたつとちがっているようであった。それは、この債権者がどの程度において「利害関係がある」とされたかによっている。債権者がその債権債務関係を損なうことがなければ、それですまされるのか、物の所有者たる質への債務者が、たとえば訴権不行使や支払不能のような事由で、債権者が損なわれない状態になれば、訴権を援用する以外の方途はありえない。したがって、この債権者はこうみられた。

「債権者は、自分のものを追求するために、質^{レス・ビグノリア・オブリガータ}へと義務づけられた物について、ある程度は所有権^{ドミニ・クオ・ド・アム・モド}のような位置にある⁵⁵⁾」

かくして、法規定文言の「所有者」性からすれば、どのようにしても非所有者たることを動かしえない者たちにたいしても、物にたいする「利害関係」の存在から引き出した理由づけ、すなわち所有者的な準地位にあることにもとづいて、格別に訴権に資格がある、とされる。しかしながら、その訴権態様は検討されなければならない。すなわち、所有者ではないこと、また一

54) Doneau, op. cit. 10, 1, 2, 8: Quia bonae fidei possessor in fructibus percipiendis loco domini est, suos enim facit, *L. qui scit*, §1. *D. de usur.* Eodem jure est fructuarius.

ドノーはその根拠を次の法源に求めた。Iulianus. D. 22, 1, 25, 1: In alieno fundo, quem Titius bona fide mercatus fuerat, frumentum seu: an Titius bonae fidei emptor perceptos fructus suos faciat? respondi, quod fructus qui ex fundo percipiuntur intellegi debet propius ea accedere, quae serui operis suis adquirunt, quoniam in percipiendis fructibus magis corporis ius ex quo percipiuntur quam seminis, ex quo oriuntur aspicitur: et ideo nemo umquam dubitauit, quin, si in meo fundo frumentum tuum seuerim, segetes et quod ex messibus collectum fuerit meum fieret. *porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id juris habet, quod dominis praediorum tributum est.* praeterea cum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, qui plus iuris in percipiendis fructibus habent? cum fructuarii quidem non fiant, antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut eius qui uectigalem fundum habet fructus fiunt, simul atque solo separati sunt.

55) Doneau, op. cit. 10, 1, 2, 8: Creditor, ut suum consequatur, domini quodammodo loco est in re pignori obligata.

定条件を満足すれば損害の時点で所有権者でなかったとしても、所有権者となりうる、というのではないこと、その事実からして、ここでの訴権が本来的直接訴権でなかったことは明らかである。それでは、準訴権であろうか。この点で、法源が伝えている訴権態様には不整合があった。

われわれの調査しえた限りでは、次のような状況にある⁵⁶⁾。

- 56) Ulp. D. 4, 3, 7, 4: Si seruū usuarium proprietarius occidit, legis Aquiliae actioni et ad exhibendum accedit, si possidens proprietarius occidit, ideoque cessat de dolo actio. (もし使用権者のもとにある奴隷を所有権者が殺害する場合には、アクィーリウス法訴権が発動し、もし占有物を所有権者が殺害する場合は、提示〔訴権〕も〔発動し〕、それゆえに、悪意訴権は中断する。); Ulp. D. 7, 1, 17, 3: Si quis seruū occiderit, utilem actionem exemplo Aquiliae fructuario dandam numquam dubitauit. (もしある者が奴隷を殺害した場合、用益権者にはアクィーリウス〔法〕を範型として準訴権が与えられることは少しも疑いがない。); Iul./Ulp. D. 9, 2, 11, 10 [これについては、西村、前掲(『西洋法制史料選』法源85), 215頁参照]; Paul. D. eod. 12: Sed et si proprietatis dominus uulnerauerit seruū uel occiderit, in quo usus fructus meus est, danda est mihi ad exemplum legis Aquiliae actio in eum pro portione usus fructus, ut etiam ea pars anni in aestimationem ueniat, qua nondum usus fructus meus fuit. (さらに、用益権が私に帰属する奴隷を、もし〔この者の〕所有権者が損傷または殺害したときは、用益権がまだ私のものとなっていなかった〔用益権設定前の〕1年間をも評価にくみ込むために、用益権の割合に応じて私のために所有権者を相手どってアクィーリウス法範型訴権が与えられるべきである。); Ulp. D. eod. 17: Si dominus seruū suū occiderit, bonae fidei possessori uel ei qui pignori accepit in factum actione tenebitur. (もし所有権者が自己の奴隷を殺害した場合には、善意の占有者または質物として受領していた者にたいしては、事実訴権によって拘束されるであろう。); 最後に、Paul. D. eod. 30, 1: Pignori datus seruus si occisus sit, debitori actio competit. sed an et creditori danda sit utilis, quia potest interesse eius, quod debitor soluendo non sit aut quod litem tempore amisit, quaeritur. sed hic iniquum est et domino et creditori eum teneri. nisi si quis putauerit nullam in ea re debitorem iniuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem, et quod sit amplius consecuturus sit ab eo, uel ab initio in id, quod amplius sit quam in debito, debitori dandam actionem: et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris uel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori, ipsi autem debitori in id quod debitum excedit competit Aquiliae actio. (質として与えられていた奴隷がもし殺害されたときには、訴権は債務者に資格がある。だが債務者が支払不能に陥ったこと、あるいは期限が経過して訴訟をおこなえなくなったことというのは、債権者の利害関係にかかわりうるのであるから、債権者のためには準〔訴権〕が与えられるべきなの

- ① 〔使用権者にたいして〕^{レギス・アクイーリアエ・アクティオ} アクイーリウス法訴権 [Ulp. D. 4, 3, 7, 4]
- ② 〔用益権者にたいして〕^{ウティリス・アクティオ・エクセムプロ・アクイーリアエ} アクイーリウス〔法〕を範型として 準訴権 [Ulp. D. 7, 1, 17, 3]
- ③ 〔用益権者または使用権者にたいして〕^{ウティレ・ユーディキウム} 準 訴 訟 [Iul./Ulp. D. 9, 2, 11, 10]
- ④ 〔用益権者にたいして〕^{アド・エクセムプロム・レギス・アクイーリアエ・アクティオ} アクイーリウス法範型訴権 [Paul. D. 9, 2, 12]
- ⑤ 〔善意占有者または質権者にたいして〕^{イン・ファクトウム・アクティオ} 事 実 訴 権 [Ulp. D. 9, 2, 17]
- ⑥ 〔債権者にたいして〕^{アクイーリアエ・アクティオ} アクイーリウス〔法〕訴権 [Paul. D. 9, 2, 30, 1]

それにもかかわらず、ドノーが、これらのペルソナに「直接でなく準」が与えられる⁵⁷⁾としているのは、純粹論理にもとづくものであった。その理由づけは、先ですでにみたとおりである⁵⁸⁾。『国法＝市民法論』では、右の②③④を根拠として「準」としている⁵⁹⁾。ところで、このペルソナ論では、標題を含めて、^{アクティオ}訴権を扱っているのは、Iulianus/Ulp. D. 9, 2, 11, 10 を根拠として、「用

かどうかが問題とされた。しかしながら、この場合には、この〔殺害した〕者が所有権者にも債権者にも拘束されるのは不公平である。ただし、この事例で、債務者はいかなる侵害をも蒙っていないと考えた場合は除かれる。というのは、この場合には、債権者が支払いを受けたものに関しては債務者〔の債務免除〕に有用なものとなり、〔債務者としては〕債権者が債務額を超えて受領した分を債権者に請求することができるからであり、あるいは債務額を超える分について〔奴隷を殺害した者に支払わせるに〕は、初めから債務者のために訴権が与えられるべきだからである。したがって、債務者の支払不能のためにまたは訴訟をおこなえなくなったことのために、債権者に訴権が与えられるべき場合には、たしかに債権者は債務の限度額に達するまでのものについてアクイーリウス〔法〕訴権を有し、その結果として、これは債務者に役立つことになり、しかも債務者自身のためには債務額を超えるものについてアクイーリウス〔法〕訴権の資格がある、ということになる。) なお、以上の諸法源をめぐる議論状況についてはすでに簡単に言及したことがある。西村、前掲（早稲田法研論集 22）論文，252頁註（6）参照。q. v. Paul. D. 4, 3, 18, 2; Ulp. D. 9, 2, 11, 8.

57) Doneau, op. cit. 10, 1, 2, 7 et 8: his, qui domini non sunt, etiamsi eorum intersit; tres personae excipiuntur, quibus non directa quidem datur, sed utilis, cum illorum intersit.

58) ややうがったみ方をすれば、法源状況をふまえて、逆に「準訴権 actio utilis」と明示的にいっているのではないとも読むことができる。

59) Doneau, op. cit. 4, 15, 27, 7.

益権者が準訴権をもつ」としているところだけであり、これら3ペルソナに格別に与えられる理由を追求したところでさえ、訴権ということに言及がない⁶⁰⁾。これがどういう意味あいをもつかは今のところ私にはわからない。

(8) これまで、われわれは、章節全体にわたって、訴権態様に言及した箇所にはすべて原語を示して明らかにしたつもりである。そこで、それが定立されているのか、資格があるのか、存在するのか、与えられるのかという細部にかんしても、ドノーの用語法に忠実に明示しておく。そのことを認識したうえで、これら「準訴権」「範型訴権」「事実訴権」「本来的直接訴権」の議論に性急に決着をつけることはさけて、のちのちの検討のための整理をしておき、そしてこれを小括としたい。

第1。本節全体の主題は、訴権追行主体の^{コムステレ}法定立論であった。

第2。本来的直接訴権、すなわちアクィーリウス法の訴権に^{コンベチレ}資格があるのは、「所者権者」のみであった。

第3。ふたつの状況、3つのケース分析の結果、ここには、アクィーリウス法の訴権は^{ノン・フォレ}存在しないであろう、というのが準則であった。しかしながら、ここでもケースによっては例外的に、アクィーリウス法は所有権者に訴権を定立したということ、ないしは、法は所有権者に訴権が存することを欲したということから議論された。

第4。その帰結として、①訴権は相続財産を通じて相続人に^{アグイレレ}獲得されること〔この訴権は本来的直接訴権であることが明らかに確証される〕、②受遺者に訴権の資格があるのは遺贈の存在を知ったときであり、この場合には訴権が^{フォレ}存在することになる。ここではただ「訴権」としかいわれていないのであるが、「所有権者」性が認められることから、本来的直接訴権として間違いないであろう。③自由人には、アクィーリウス法の直接訴権の資格はないが、〔アクィーリウス法の〕^{コムベチレ}準〔訴権〕の資格があること、ないし自由人は直接をもたないが、^{ハベレ}準をもつこと、そして、ここでは家息の人格にもとづいて同一の訴権、すなわち準訴権が父親に^{フォレ}存在することになる。ここで「準」とはたしかに準訴権

60) Doneau, op. cit. 10, 1, 2, 8; Cur istis potissimum datur, cum sint alii infiniti, quorum interesse potest?

のことである。そして、この訴権は、法の意図内容にもとづいて存するものであった。

第5。否定的に、ただ利害関係があるだけの者には〔たとえば、使用貸借の借主〕訴権は存在しなかり、という原則をとり出した。

第6。以上のところから、この論旨全体は、訴権の存否、ないし訴権主体の資格の有無がいわれているのであって、訴権態様はその付随的論題とされていたのではないと思われる。その限りで、かの「所有権者」性が認められるとき本来的直接訴権であるとされ、それが認められない自由人の場合に準訴権なのであった。自由人については、「所有権者」性からのアプローチを断念せざるをえなかったのであり、この準訴権への帰結は、法の意味内容、ないしは法の精神からアプローチして得られた結果であった。しかしなお、だからといって、準訴権とすることの根拠自体をそれに見出すのは性急であるということも確認できた。

第7。かくして、最後に、除外された3人格^{ベルソナ}には、「直接」が与えられず、「準」が与えられる^{グットゥル}。そのために、「あたかも」論あるいは「ある程度」論が「所有権者」性に引きつける形で示された。要するに、これらが非所有権者であることにかわりないのである。すでにみたように、自由人の場合も「所有権者」性は結局捨てられた。ドノーの『国法＝市民法論』によれば、この「所有権者」性が「ある程度」論にかんしてみられるのは、父親が家息の名義で準訴権をもつときに、そのポテスタースからして「ある程度は父親のものであるとみつもられる⁶¹⁾」として「精神からの損傷」に言及するところだけであり、この事案についてはそう述べているのでない⁶²⁾。非所有権者であることを確認のうえ、しかしなお「損害の回収」という法の基本趣旨に帰着せしめ、かつ訴権の態様が変わるとしているのである。そうして、この準訴権は資格の有無、存否にかかわって論じられている。

しかるに、これら3ベルソナについては、まずもって「利害関係がある」こ

61) Doneau, op. cit. 4, 15, 26, 7: Verumtamen jure Romano propter patriam potestatem sic habetur filiusfamilias, ut quodammodo existimetur esse patris.

62) Doneau, op. cit. 4, 15, 27, 7.

とが抽出され、それらが類似的「所有権者」性のもとに包括されるという法の構成理論が示されたのである。しかし、議論はそこでとどまっている。そこで、われわれが今後検討すべきものとして、そこから引き出しうる問題はふたつあるように思われる。ひとつは「与えられる」とするときの法的根拠、つまり淵源の探究であり、もうひとつは、除外の社会関係の根拠、すなわち、なぜ3つが「格別に」救済されたかということである。けだし、この種の問題にはドノーの説明がないからである。

3 損害の原因——事実訴権論

(1) すでに先取りしたように、「訴権論」の今ひとつの主題、すなわち、訴権援用の相手方の確定という問題をここでは検討することになる。

ところで、すでにわれわれは、法規定文言の確定をおこなった際に、ある者が「不法に殺害した」すなわち「クルパによって殺害した」ということ、「不法に破壊した」、つまりは「クルパによって損傷した＝より悪くした」ということ、このような「カウサ」を抽出し、かかる行為が損害を惹き起こしたときには、この者が不法損害訴権の他方当事者つまり被告になるとの想定のもとで考察してきた⁶³⁾。しかしながら、破壊諸行為を損害惹起に結びつけるには、なお検討すべき問題がありうるのである。そこで、ここに取りあげる主題を約言するなら、被害者原告がいったいだれを相手方として訴提起をなすのかということ、相手方行為態様にそくせば、この者のいかなる行為をして訴権拘束せしめうるか、ということである。このように主題を捉えることによって、ドノーがいうサブタイトル「だれを相手方として訴権は定立されたか⁶⁴⁾」の意味が明らかになる。

まず、かの法定的カウサからすれば、殺害した者〔qui occidit〕または破壊した者〔qui ruit〕が訴権に拘束されることは疑いない。そして、この訴権が、法定立の本来的直接訴権、すなわちアクイーリウス法訴権であることもま

63) 詳しくは「帝京法学」第16巻第1号参照。

64) In quem constituta actio [sit].

た、疑いがないところである。かかるカテゴリーに内包されることが確定すれば、この者だけが「この法に〔アクィーリウス法に〕拘束される^{テネリ}」、これが準則^{レグラ}なのであった。ところで、その際、「殺害した」という事情は、「破壊した」という状況にくらべて比較的容易に把握しえよう。それゆえに、破壊行為の状況をめぐって大きく議論が展開されることになる。もっとも、だからといって、「破壊した」という概念から「殺害した」をめぐる状況が一義的に明らかになりうるわけでもない。そこには、たとえば、「死亡の原因を与える」という行為類型の析出のように、固有の問題も生じてくる⁶⁵⁾。このような事情を含みながら、ドノー自身は、この「破壊」をめぐって、訴提起の相手方の確定、特定にいたるまでの議論を展開するのである。

ところで、はっきりさせておきたいことは、法定的カウサの内包性の問題ではないという点である。なにかある物があり、そしてこれが破壊されたということ、そのことの意味自体はここで問題とならない。そのような行為の意味するところ、物の形状の変化が問題⁶⁶⁾となっているのではなく、だれが破壊したかということなのである。このように人と物との間に介入した行為に視点を移し、それによって他者に損害を惹起したという結果事実を見通すならば、つまり、アクィーリウス法拘束の発動現実である「〔加えられた〕損害」を捉え、さらに訴権拘束の因であるところの「追求されるべき損害」を観察するとすれば、たんにある人とある物と関係があることの認定ではすまないことになる。そこで、ドノーは、次のような仕方、この事情のもとで、ありうる状況をわけて考えているのである。

「なにが原因で物が破壊されたか〔としてみると〕、その〔機会〕^{カウサ}の^{クワム・オブ・レム}因のもとにだれかある者があるとしても、それでもやはり〔この者は〕破壊しなかった〔こともあれば〕、あるいは逆に〔この者が〕破壊した、ということもありうる⁶⁷⁾」

65) 西村、前掲（早稲田法研論集19）論文、239頁以下。同、前掲（『法制史研究33』）論文、139頁参照。

66) このことについてはすでに論じたことがある。西村、前掲（早稲田法研論集22）論文、とくに、274頁以下。

かかるわけ方に立てば、アクィーリウス法拘束が想定されたところの「破壊した」という行為、すなわち、損害の原因^{カウサ}について、それを与えた者が、「破壊した」この者であるのか、「破壊した」この者でなく別の者であるのか、という峻別が可能となってくる。換言すれば、損害の原因を与えかつ破壊したと考える場合と、損害の原因を与え、しかしこの者は破壊しなかったという場合がありうることになり、その際、本来的法拘束は前者にかかわることになり、後者は、結果としては他者が「破壊した」事例となる。そこで、前者については、複雑な法構成は必要でなく、「破壊した」とみなされる行為態様の確定でたりるはずであり、かくして確定されたところに相当する者のみが本来的訴権拘束の相手方として確定される。この場合の訴権は、間違いなく「アクィーリウス法の訴権」である。ところで、後者については、「損害の原因を与えた」というのがなんであるかを検討する必要があるが、しかし、結局のところ、「破壊した」とみなされるかみなされないかにかかわっており、そうみなされないことが確定すれば、先の法準則にてらして、この者は本来的にアクィーリウス法不拘束となるのである。

そこで、かかる場合にどんな救済策がとられたかが次の問題である。ドノーは、両者の間には大いにちがいがあるとして、後者の事案には「破壊した」と認定されないことを前置し、「この法には拘束されないこと、しかし、^{イン・ファクト}事実^{ウム・アクティオ}訴権に」拘束されるという。ここでいわれている「事実訴権」がどのようにして導出され、いかなる態様のものであるかについては、すぐあとに検討することになる。それより前に、まず、これら両者間にあるという「大なる相違」が考えられるべきである。

(2) 「^{ケルトウム・エースト}確たることは」、とドノーはいう。「^{ワイ・エト・マヌ}力と手がかけられたことによって破壊したところの者が、rupisse [破壊したもの] であること⁶⁷⁾」である。ところで、ドノー自身はこの定義の根拠を指示していないのだが、これの直前

67) Doneau, op. cit. 10, 1, 3, initio: Fieri potest, ut aliquis in caussa sit, quamobrem res rupta sit, et tamen non ruperit: aut contra ruperit.

68) Doneau, op. cit. 10, 1, 3, 2: Certum est eum rupisse, qui vi et manu adhibita rupit.

で述べているところからすると、ウルピアーヌスの言説⁶⁹⁾ではなく、おそらく、Iulianus. D. 9, 2, 51pr. にある、死亡の原因を与えるという行為を確定する表現から示唆をうけていると思われる。そこでは、「力^{ウィ・エト・クワシ・マヌ}といわば手がかけられたことによって」とすることから明らかなように、この行為における手段なりそのやり方が着目されているのである⁷⁰⁾。そこで、ドノーが確実だとする、行為者自身の即物的な意味での「手」のほかに、一般的に「破壊^{グネラリテル}したもの^{ルビツセ}」とみつもられるべきは次のこととされた。

「破壊した、ないし損害を与えたところのそのものが、〔ある者の〕その手または身体から〔直接に〕発したとき⁷¹⁾」

つまり、人に由来する直接的な力と即物的な手によるほかに、直接的な力およびそれに直接由来するなんらかの介在物までがこれに含意されているのである。もちろん、この際、その道具となった介在物が直接結果を招くことが前置される。これにたいして、ドノーは、次のような「定^{デフイニティオ}義」を与えることによって、以下の立論にとって重要な指針となる「損害の原因を与えた caussam damni dedisse」という概念を理解しようとする。

「ほかの力^{アリエナ・ウィ}によって物が破壊された場合ごとに〔みられ〕、なおそのうえ、だれかある者が外部的な力^{ウィ・エクステルナエ}により〔損害の〕端緒と原因を与えた場合⁷²⁾」

この定義の意味するところは、約言すれば、力が行為主体以外の、他のところ〔たとえば他者〕に由来するということである。ドノーによれば、これらの類別のもとに包摂されるディーゲスタ法源は、次のようなふたつの類^{ゲヌス}およびそれ

69) Q. v. Ulp. D. 9, 2, 7, 1: Occisum autem accipere debemus, siue gladio siue etiam fuste uel alio telo uel manibus (si forte strangulauit eum) uel calce petit uel capite uel qualiter qualiter. (ところで、殺害されたというのをわれわれは、あるいは剣にしようと、あるいは棍棒またはその他の武器にさえようと、あるいはまた手にしようと——たとえば扼殺の場合——、あるいは足で蹴ろうと頭突きをくわそうと、その他いかなる仕方でも〔よいと〕理解すべきである。)

70) 西村、前掲(『西洋法制史料選』法源77)、212頁以下。同、前掲(『法制史研究33』)論文、138頁以下、143頁。

71) Doneau, op. cit. 10, 1, 3, 2: rupisse generaliter existimandus est, is a cuius manu vel corpore profectum est id quod rupit, seu damnum dedit.

72) Doneau, op. cit. 10, 1, 3, 3: caussam damni dedisse intelligitur, quoties aliena vi res rupta est, aliquis autem vi externae initium et caussam dedit.

それ種^{クリス・エスト}類にわけて考えられる。

(a) 「ある者がなにかある物を破壊した」類。

(i) もし剣が手からはなれた場合。そして、これを敷衍すれば、ある法文でアルフェーヌスが述べているところと一致する。そこでは、その介在物をそのままに支えうる行為主体の力が前置されなければならない。

Alfenus. D. 9, 2, 52, 2. 「〔分節?〕 けだし、支えていたものを、それがだれ
 がある者に到達してしまうのに、やむなく自^{スワ・ウキルンダテ}発^{スワ・ウキルンダテ}的にはなした場合⁷³⁾」

ドノーが、この典拠によるときにあって「〔この者が〕維持することができたのに」と断わるのは、かの「クルパ論」で示されたところの「未熟さ」「無能^{インベリティア インフイルミタス}さ」を念頭におくからである⁷⁴⁾。根拠法文として、ドノーはもうひとつを援用するが、引用の仕方が不正確であるから、推定するほかはない。おそらく、この法文は、船舶衝突事例を伝えて、船舶所有者の責任の問われ方に言及したものであろう。

Proculus/Ulp. D. 9, 2, 29, 2. 「〔§. si mann tua は誤記?〕そこで、プロクルスはいう、……あるいは〔あなたの〕船をはなつことによって、あるいは〔私の〕船のほうに〔あなたの〕船艀^{トツア}を向けることによって、あなたが自分^{ヘマ}の手で損害を与えたのかどうかということは、少なくとも〔ここには〕かかわらないからである。けだし、これらのいずれのやり方であっても、あなた^{ベル・デ}を通じて損害を蒙るのだから⁷⁵⁾。……」

(ii) もし、ある物を置いて、これが落ちて損害を与えた場合。この場合の「置く」という行為も、行為主体に直接由来したとする説明論理である。そこで、ドノーによって根拠とされた法源は、積み荷落下事例を伝える。Ulp. D. 9, 2, 27, 33 は、荷車の御者が石を下手に荷台に積みあげ、ずり落ちた積み荷がなにかを破損、破壊したという場合を取りあげて、御者の訴権拘束を問うものである⁷⁶⁾。ドノーの理解するところによれば、この場合においても、行為主

73) 西村、前掲(『西洋法制史料選』法源7), 195頁。この箇所のみ原文をとり出しておくと、Alf. D. 9, 2, 52, 2 [3?]: ……nam nihilo minus eum damnum dare, qui quod sustineret mitteret sua voluntate, ut id aliquem feriret.

74) Doneau, op. cit. 10, 1, 1, 11 et 12.

75) 西村、前掲(『西洋法制史料選』法源38), 204頁。

体の行為をとり出して、この直接行為と損害を直接惹き起こした介在物との関係に着目する。そういえるのは、「けだし、石はこの者によって〔直接に〕置かれたから⁷⁷⁾」という理由づけをドノーは示すからである。

い) もし、ある物をつくって、ここに他者が落ち込んで損害を蒙った場合。ドノーはその根拠法文として、Paul. D. 9, 2, 28pr. によりつつ、禁止区域への捕獲網設置事例を引いている⁷⁸⁾。罟設置の習慣のある区域であれば、その行為は拘束されることはないが、右の場合には、「設置する」という行為と実際に損害を惹き起こした介在物たる罟との関係では、直接性があると把握できたのである。

(3) 右の3個の事例は、かかる理由づけがなされる限り、本来的に「損害を与えた」というカテゴリーに内包されうるものである。そこで、次に検討されるべきなのは、前に定義としてあげた、力が他に由来することについての、類^{ゲヌス}および種^{クリス・エスト}類のカテゴリーを用いた説明論理である。

(b) 「だれかある者が損害の原因を与えた」類。

〔b = 第1類〕

ドノー自身の表現によれば、「もし、被害物が自身の力によって自らを滅ぼし、または傷つけるという結果を、ある者が生ぜしめる場合⁷⁹⁾」であり、ひと言でいえば、「損害の機会を与える」者といわれる。ドノーは、この類を導出

76) Si ex plostro lapis ceciderit et quid ruperit uel fregerit, Aquiliae actione plostrarium teneri placet, si male composuit lapides et ideo lapsi sunt. (もし荷車から石が落ちて、なにかを破壊または破損した場合には、荷車の御者が石を不揃いに積みあげて、そのためにずり落ちたときは、この者はアクィーリウス〔法〕訴権によって拘束されると一般にいわれている。)

77) Doneau, op. cit. 10, 1, 3, 2: Lapis enim ab eo positus est.

78) Qui foueas ursorum ceruorum capiendorum causa faciunt, si in itineribus fecerunt eoque aliquid decidit factumque deterius est, lege Aquilia obligati sunt: at si in aliis locis, ubi fieri solent, fecerunt, nihil tenentur. (熊や鹿を捕獲するために罟を仕掛けた者は、もしそれを人の通行するところにつくってだれかがそこへ落ち、そしてその者をより悪くしたならば、アクィーリウス法によって責任を負うことになった。これに反し、それ以外の場所で罟を仕掛ける習慣のあるところにつくった場合には〔先のことが生じても〕なんら責任を問われない。)

79) Doneau, op. cit. 10, 1, 3, 3: Si quis efficiat, ut reus sua vi se interimat aut laedat.

するために3個の典拠具体例を援用するのであるが、前の「定義」に還元的に立ちもどってみると、いずれも「ほかの力」というのは、被害物自身ないしはその力なのであり、実際、「外部的な力」がその契機を与えまたは促したと考えられる範囲のものである。まず①Inst. Iust. 4, 3, 16 は、訴権類型にふれて、準訴権拘束事例を数例あげている。その第3例では、家畜をあまりにも追い立て、その結果、投げ倒された場合が引かれており⁸⁰⁾、動物は自ら倒れたという理解である。この場合の準訴権については、すぐあとで検討する。次に②Celsus/Ulp. D. 9, 2, 7, 6 は、薬剤と称して毒物を与えた者を例にとり、その結果、それを与えられた者が自ら服用した場合である⁸¹⁾。ケルスス自身は、これを「殺害」と識別されるところの「死亡の原因」供与の事例としてあげていたものである。この第1類の最後に、③Labeo/Ulp. D. 9, 2, 9pr. が引かれているが、それは、助産婦が奴隷女自ら服用するよう「毒物を」与えた、という②の類例であった⁸²⁾。この2例の訴権態様は事 実 訴 権だとされていた。
エグセンプルム
オウキデレ モルティス・カウツサ
イン・フアクトウム・アクティオ

〔b = 第2類〕

ここでもドノー自身の言いまわしに従うと、「もし、外部的な力がなんら加えられず、自然とやむなく自発的に死亡するという結果を、ある者が生ぜしめた場合⁸³⁾」とされている。実際「外部的な力」ははたらいっていないのだが、それでもいわば「損害の機会」を与えたとみられる場合であり、ドノーの援用する3個の根拠事例が示すところからは、そのいずれもなにかに閉じ込めまたは追い込んで、飢えによって死んだという共通項をくり出しうるものであった。しかしながら、それらの訴権態様は、法源の示すところに整合性がなく、Inst. Iust. 4, 3, 16 の準訴権第1例では⁸⁴⁾準訴権であり、Neratius/Ulp. D. 9,

80) ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent: veluti si quis……, aut pecus in tantum exagitaverit, ut praecipitaretur, ……〔西村, 前掲(『法制史研究33』)論文, 130頁〕

81) 西村, 前掲(『西洋法制史料選』法源53), 207頁。

82) 西村, 同(法源19), 198頁以下。

83) Doneau, op. cit. 10, 1, 3, 3: si quis effecerit, ut nulla vi externa adhibita sponte sua naturali extingatur.

84) si quis hominem alienum aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur. (前註80参照)

2, 9, 2 においては事実訴権とされ、さらに, Neratius. D. 9, 2, 53 は「アクィリウス法範型的事実訴権 *ad exemplum legis Aquiliae in factum actio*」だということに⁸⁵⁾, 理解の困難な状況にある。このことについてのドノーの説明論理の検討は、すぐあとでおこなうことにする。

〔b = 第3類〕

「もし、他者〔B〕によって、ある者〔C〕が殺害されまたは傷つけられたという結果を、ある者〔A〕が生じせしめた場合⁸⁶⁾」といい表される類である。Aの「外部的な力」がBのCにたいする「他者の力」^{アリエナ・ウイス}を引き出し結果が発生した、というような典型的な図式がここでは考えられている。しかしその内在的関連を分析すると、次のように3個の種^{グリス・エスト}類のものと考えられる。

(i) AがBを突いた。突かれたBがCを傷つけ、または殺害した。この場合、現実には破壊したBの法拘束はないのであり、Aを相手方とする訴権態様は、法源〔Proculus/Ulp. D. 9, 2, 7, 3〕において^{イン・フアクトウム・アクティオ}⁸⁷⁾, 事 実 訴 権 であるとされている。

(ii) AがCを拘禁していて、BがCを殺害した。この場合、法源〔Ulp. D. 9, 2, 11, 1〕では⁸⁸⁾, Bの行為について改めて言及されないが、本来的な意味において「殺害」であることは疑いなく、それはどうであれAにたいする訴権態様は事 実 訴 権^{イン・フアクトウム・アクティオ}とされた。そして、この事例は、「いわば死亡の原因を与えた」ものとして示されたものである。

(iii) Aが犬〔B〕を怒らせ、その結果Cに咬傷を負わせた。援用された法源〔Proculus/Iulianus/Ulp. D. 9, 2, 11, 5〕では⁸⁹⁾, この犬を捕促していたときといなかったときとにわけて述べられている。ドノーはこの点明らかにしていな

85) 西村, 前掲(『西洋法制史料選』法源47), 206頁。

86) Doneau, op. cit. 10, 1, 3, 3: si quis effecerit, ut ab alio quis occideretur vel laederetur.

87) 西村, 前掲(『西洋法制史料選』法源30), 202頁。

88) Si alius tenuit, alius interemit, is qui tenuit, quasi causam mortis prae-buit, in factum actione tenetur. (もしある者が監禁し、そして別の者が殺害した場合は、監禁した者は、いわば死亡の原因を惹き起こしたものとして、事実訴権に拘束される。)

89) 西村, 前掲(『西洋法制史料選』法源33, 82), 202頁, 215頁。

い。したがって、法文のほうから検討すると、プロクルスがいうのは、いずれであれアクィーリウス〔法〕訴権だとする見解であり、これにたいして、捕捉していた場合のみアクィーリウス〔法〕拘束というのがユーリアヌスの意見であった。そして、捕捉していなかった場合は事実訴権拘束^{イン・ファクトウム・アゲンダム}というのが、この法文全体の趣旨であった。

この事例は、Aのポテスタース、すなわちAは制御できたにもかかわらず損害を惹き起こしたとも読みうるし、また、Aが手からはなったとも解しうる。いずれであれ、古典古代の法学者たちは、訴権を示すに際してその理由説明をおこなう傾向にはない⁹⁰⁾。しかし、われわれはドノーの説明論理を追究している。ドノーはこれをいかに説明しようとしているのか。ドノーは、これを第3類に入れていることからわかるとおり、Aの「怒らせた」という行為の態様がCを傷つけたというところに帰着させている。この節の全体は、後述のごとく事実訴権の構成枠組にかかわっていることからしても⁹¹⁾、法文の伝えている事実訴権の部分に着目しているといえることができる。

〔b = 第4類〕

ドノーのいうところは、こうである。「もし、ある者がなにかある物を破壊した、そしてこれが破壊されたことによって、別のものがやむなく自発的に破壊された場合⁹²⁾」である。この場合、先発の行為はそれ自体「損害を与えた」^{スワ・スボンデ}に相当するが、むしろ、より重大な行為が後発のものにあり、ここに損害の原因があったとされたのである。ドノーの援用する事例はブドウ酒流出の事案である。

Labeo/Ulp. D. 9, 2, 27, 35 は、ブドウ酒のはいった酒樽の破壊とブドウ酒流出の関係を伝えている。すなわち、^{クイ・エトル}桶修理人が樽に穴をあけ、酒がこぼれ出した⁹³⁾。桶修理人は樽については破壊したが、ブドウ酒に「損害を与えた」わけではなかった。しかし、この場合、桶修理人は、ブドウ酒につき、損害の原因

90) 前述72頁、註27参照。

91) Doneau, op. cit. 10, 1, 3, 1

92) Doneau, op. cit. 10, 1, 3, 3: si quis rem aliquam rupit, qua rupta, alia sua sponte rupta est.

93) 西村、前掲（『西洋法制史料選』法源21）、199頁。

を与えたものとされた、とドノーは説明論理を展開する。法源が伝えている訴権態様は、ここでも、^{イン・フアクトゥム・アゲンダム}事実訴訟権である。

(4) 以上、(a)のひとつの類と(b)の4類の検討から、「破壊した」、すなわち「損害を与えた」というカテゴリーに内包されうるものと「損害の原因〔機会〕を与えた」という別のカテゴリーに分類しうるものとが峻別され、その間にどれだけの位相があるかを、ドノーの論理の展開にそくして明らかにした。後者についての総括的定義を、ドノーは、「比較的にあいまいな」とものと自認し、類のカテゴリーを用いて「どの程度まで私が検証しえたか」の説明だとする⁹⁴⁾とおり、それ以上の抽象化は、その他の事実訴権群の検証を必要とするかもしれないし、別の解答が導出される可能性もありうる。にもかかわらず、ドノーの使用した「損害の原因〔機会〕」の概念は、古典古代の法学者があるいは気づいていたのかもしれないが明示的に言及されたことがなく、「行為」に着目しその位相をとくに顧慮したドノーにおいて明瞭な形をとったのであり、この点のみ捉えても、ひじょうに有用なカテゴリーの析出であったとみるべきであろう。かかる識別に対応するように、「損害を与えた」場合の訴権がアクィーリウス法訴権、すなわち本来的訴権であり、「損害の原因を与えた」諸状況については、非本来的訴権、つまり事実訴権だとする断定を引き出すことができたのである。

そこで、次にはかかる事実訴権をめぐる議論が展開されるのである。この問題を考える前提として、これまでの検討の帰結を要約的に整理しておくことにする。

第1に、殺害した者、破壊した者といいうるものだけにアクィーリウス法拘束があり、したがって、アクィーリウス法訴権拘束がある。ドノーは、この準則を『ディーゲスタ』中の Iulianus. D. 9, 2, 51pr. から確証し、かつ Alfenus. D. eod. 52, 2; Proculus/Ulp. D. eod. 29, 2; Paul, D. eod. 28pr.; Ulp. D. eod. 27, 33 に依拠して、この概念の含意する幅を確定した。ひと言でいうとすれば、それは、行為主体の行為の、ないし力の「アブ・エオ ab eo」性であ

94) Doneau, op. cit. 10, 1, 3, 3: Haec definitio obscurior generibus explicatur his, quantum notare potui.

った。

第2に、これとは「大いに違う」行為の存在形態が識別され、アクィーリウス法不拘束であることのたしかなものが、ほぼ10個の法文を根拠に抽出されて、それが上との対比でいえば、他者の力、「アブ・アリリス ab alis」性を標識に類別された。そして、これらはアクィーリウス法訴権でなくて事実訴権拘束であった。このことのための典拠を、ドノーは2個指示している⁹⁵⁾。

第3に、しかしながら、後者の諸事例として法源における訴権態様に目をやると、法文の指示するところに不整合が存在するという事実が確認できる。これを再整理すると、次のこともまたたしかである。すなわち、準訴権として伝えるのは、Inst. Iust. 4, 3, 16 のみであることと、Neratius. D. 9. 2. 53 が指示する「法に典型的な事実訴権」を別にすると、ほかはすべて事実訴権、ないしは「事実^{アギ}にたいして訴が提起される」のいずれかを示している、ということである。かくして、この主題のもとでの最後に論証すべきことは、かかる不整合な状況から、いかなる説明論理でドノーの帰結するところにいたったか、ということを読み解くことにある。

(5) 古典古代の法学者たちは、この状況のもとでは間違っ^て仕事をなした、これがドノーのそれにたいする論証目的であり、結論でもある。これはどんな意味をもつのであろうか。

まず、ドノーは、アクィーリウス法訴権について、その追求の範囲を考察して、それは、事実訴権と比較して広いものだとする。すなわち、前者は罰追求のものであるのにたいし、後者はただ損害追求のものであり、利害関係のあるものだけを追求する点で、前書訴権と同意義をもつ、というのである。ドノーは、その前提とされるべき事柄につき、両訴権間のちがいがどこにあるかを考察して、こういう。

(a) 「前提として、^{アクティオ・エクス・レーグ・アクィーリア}アクィーリウス法にもとづく訴権は、事実訴権〔が追求する〕よりも、より以上のことを幅広く^{ロング}追求する。〔つまり〕アクィーリウス法にもとづく訴権は^{ポエナ}罰を追求する⁹⁶⁾」

95) そのひとつは、Iulianus. D. 9, 2, 51pr. だが、もうひとつ〔L. 7. §. *sed et si D. eod.* と指示される〕の方については確定できなかった〔D. eod. 7, 3 か 7, 6〕

こう述べて、否認者にたいする倍額規定の意味、評価が損害発生時でなく、一定期間を遡った時点での評価額とされたことの趣旨を、そのことにドノーはみるのである。そうして、これにつづけて次のようにいう。

(b)「これに反し、^{イン・ファクトウム・アグティオ}事 実 訴 権^{ダムヌム}は、損害を追求する以外のなにものでもない。〔そのことは〕ことば〔それ自体〕から確証される。実際、なされたことに比定されたところの事実^{イン・ファクトウム・アグティオ}にたいして〔それは〕いわれるのであり、それを超えるものでない^{ダムヌム}97)」

このことは、事実訴権という名称そのものが、事実たること〔factum〕と、なされたこと〔id quod factum est〕の等置性をいっているものと理解される。それゆえに、なされたたびごとに訴権の承認があるという構造の特徴が見出されるのである。この意義での同一性は、かの前書訴権に見出されるものである。この主題について主に採録された『ディーゲスタ』、D. 19, 5 から3個の法文を援用して⁹⁸⁾、ドノーは、上の意味における両訴権の均質性を次の点に求めた。

(c)「前 書 訴 権^{アグティオ・プラエスクリプティオ・ウエルビス}は、利害関係のあるもの〔quod interest〕を〔追求する〕より以上のことをけって追求しない。……ところで、事実訴権は同じことを意味する。そのことからして、同じ名目につき〔それは〕事実訴権と呼ばれる⁹⁹⁾」

以上にあげた(a)から(c)まで、ドノーが、法訴権と事実訴権の根本的なちがいが、事実訴権と前書訴権の基本的な一致を示したところから、明らかに、法源の用法、すなわち事実訴権は、D. 19, 5 の2法文で述べられるところのものにちがいないとの前提から、それを読み取っていることが知られる。このことと、こ

96) Doneau, op. cit. 10, 1, 3, 4: in proposito actio ex L. Aquilia, longe aliud persequitur, quam actio in factum. Ex. L. Aquilia actio poenam persequitur.

97) Doneau, op. cit. 10, 1, 3, 4: At in factum actio nihil, nisi damnum persequitur. Probat ex verbo. Dicitur enim in factum quae comparata est in id quod factum est, non amplius.

98) Q. v. Paul. D. 19, 5, 5, 1; Papinianus. D. eod. 1pr.—2; Celsus. D. eod. 2.

99) Doneau, op. cit. 10, 1, 3, 4: Actio praescriptis verbis nihil aliud persequitur, quam quod interest,……at in factum actio idem valet: unde eodem nomine actio in factum appellatur.

れまで述べてきた「損害の原因を与えた」にたいする事実訴権とはどのような関係にあるのか。

結論を先取りすれば、「損害の原因を与えた」諸状況に拘束的な訴権態様は、ドノーによると、実際のところ、なんらかの仕方では資格があるとされるだけでよいというものであり、訴権の態様がどうであるかは大きく関係してこないとするのである。そこで、ただいふべきこととしては、これはもちろん本来の直接訴権でないということ、ここでいわれる「事実にたいしての訴権」とは、アクィーリス・ニクス・レーガ・アクィーリアアクィーリウス法にもとづく準「訴権」だということ、これである。正確には、こう述べている。

(d)「訴権がなんであるかは、なんらかの方法で資格があるとさえすれば、それほどかかわってはこない¹⁰⁰⁾」

(e)「ところで、直接「訴権」と準訴権は同一のポテスタース〔効力範囲〕をもつ¹⁰¹⁾」

古典古代の法学者たちが誤って仕事をなしている、とドノーがいうとき、これらの諸点のうちどのことが問題であったのであろうか。

損害の原因を与えた者は事実訴権に拘束される、たとえ直接訴権に拘束されなくとも、という理由を与えた点がまさに問題だったのである。直接「訴権」イン・フアクトゥムと事実訴権と準訴権が「三者とも」同一の効力をもつ、ただ「それは」同じことを「三者が」追求する限りで、という3個の訴権に横たわる関連事情があり、そのちがいを述べることに失敗した、とドノーはみたのである。

損害を与えたことと、損害の原因を与えたこととの間に、訴権の名称にちがいはあったにしろ、同一の効力範囲をもったことからすれば、〔前者は法規定文言に、後者は法の意味内容に¹⁰²⁾、それぞれ依拠して〕アクィーリウス法に「もとづいて」いるものであり、そのことゆえに、前者は直接訴権拘束事例であり、後者は、あくまでもアクィーリウス法にもとづく、準訴権拘束事例であ

100) Doneau. op. cit. 10, 1, 3, 3: Nihil autem magnopere refert, quae actio sit, modo aliqua competat.

101) Doneau, op. cit. 10, 1, 3, 3: At directa et utilis actio eandem potestatem habent.

102) このことは別の箇所でも明示的に捉えている。Doneau. op. cit. 10, 1, 4, 11参照。

った、という帰結が導かれるのである。

ところが、他方では、後者の訴権は、諸事実、諸事例ごとにてらして承認されたという特殊な状況があり、そこでこの意味においては、事実¹⁰³に依拠するということから、それは事実訴権とされたのである。しかし、(a)ないし(c)においてみられたように、追求すべきものが、法にもとづく訴権と事実¹⁰³にたいしての訴権では異なっている。前者の事例が法訴権ならば、それにたいしては後者は事実訴権であるけれども、アクィーリウス法にもとづくという意味からすれば、ドノーが理解するところは、前者は本来的直接訴権であり〔これを、*actio legis Aquiliae directa ex verba legis* といえんとすれば〕、後者は法準訴権〔かりに、*actio legis Aquiliae utilis ex sententia legis* としてみよう〕ではなかったか、というものである。それらはこのように同一のものの追求、同一の効力をもつところから、先の(d)の帰結が導出できたのである。そういいうるのは、「けだし、フォルムラにかんする限り事情は同じだから」とドノーはするのである。ここに原文批判のひとつの態度をみることができる。

(6) ドノーは、以上の訴権援用の相手方の問題をしめくくるにあたって、格別にひとつの場合を取りあげて説明している。それは、AがBを使って〔直接にはBが〕破壊したという場合である。これは基本的にBではなくAの法拘束をいうものであるが、このAとBの関係はどのように確定されるであろうか。

この場合からふたつの状況が読みとれる。そのひとつは、このBに相当するのが複数加害者のときであり、たとえば、奴隷B₁, B₂, ……のそれぞれに主人A₁, A₂, ……があった場合がある。いまひとつは、上の事例において、B₁, B₂, ……なる奴隷の主人はただ一人Aであった場合である。以下ではこれらを検討しよう。

(a) まず、これまで述べてきたように、物がわれわれを通じて〔直接に *ab eo*〕破壊された、ということの含意するところは、すでに確定され、「アブ・エオ」性とは、どこまでも直接的物理的な力を前提とするもの¹⁰³のようであった。ところが、さらに「他者^{ベール・アリオス}を通じて」という概念から、これに属す3つの場合を考える必要がある。

103) 前述94頁以下。

(イ) 第1は、^{マンダール}「指図」^{ユーベル}「命令」によるものであり、指図された者、命じられた者でなく、指図した者、命令した者が訴提起の相手方となるとされる場合である。ドノーは、その根拠法文としてふたつ挙示する。そのうちの Ulp. D. 43, 16 [de vi et de vi armata], 1, 12 は、「自分の両手で」 suis manibus なのか「他者を通じて」 per alium かはあまり関係がないとみられた、という理由づけを与えるものである¹⁰⁴⁾が、もうひとつの、Iavolenus. D. 9, 2, 37pr. のくだしている判断は、命じた者の命令権限根拠の正当性にも言及している¹⁰⁵⁾。すなわち、命令者が命令権限をもっていた場合にだけ命令した者の法拘束〔アクィーリウス法訴権拘束〕があり、それをもっていなかったときは、直接実行行為者を相手方とする。この場合、もちろん損害を与えた事例に相当するので、後者の訴提起もたしかにアクィーリウス法訴権によるとみられる。

ドノーによれば、このような命令者の事例はすべての不法行為に共通して起こるものである。

(ロ) 第2は、奴隷たちが有害なもの、加害のおそれのあるものと知っていた所有権者の法拘束である。そうであることを主人が知っていて、かつ奴隷が破壊した場合、または物の管理のために他人にそれをあてた場合がそれである。ドノーの援用する根拠法文は、Proculus/Ulp. D. 9, 2, 27, 11 であり、ここでは「小作人 [colonus]」ならびに「小屋住み農夫 [inquilinus]」の不法損害〔訴権〕拘束の事例が伝えられる¹⁰⁶⁾。

(ハ) 第3に、奴隷が損傷行為をなすのをとどめうるのに、これを認容した所有権者の法拘束であり、主人が知っていてそれを認容したとは、〔主人が〕破壊したとみられるということが、ここではいわれているのである。ドノーの援用する根拠法文は、Ulp. D. 9, 2, 44, 1 と Paul. D. eod. 45pr. であり、ここではこの準則が確定されている¹⁰⁷⁾。

104) Deiecisae autem etiam is uidetur, qui mandauit uel iussit, ut aliquis deiceretur: parui enim referre uisum est, suis manibus quis deiciat an uero per alium: quare et si familia mea ex uoluntate mea deiecerit, ego uideor deiecisae.

105) 西村、前掲(『西洋法制史料選』法源42), 205頁。

106) 西村、同(法源26), 201頁参照〔ただし、それは Coll. 12, 7, 9 から採用したものであるので、D. とは若干異なっている。〕

(b) 「他者^{ペル・アリオス}を通じて」の場合に、特殊に生じる状況は、前述のように、その直接実行行為者が複数の者であったという場合である。そもそも複数人が加害当事者であった場合に、不法行為責任はどうあるかということから考察していこう。

Ulp. D. 9, 2, 11, 4 の伝えるところでは、このような複数加害者事案では、^{ウエテレス}先人は一般に全員法拘束としており、法文には理由説明はない¹⁰⁸⁾のであるが、ドノーによれば、これは「^{アラ}全員が」あたかも損害を与えたものとして」理解しうるのである¹⁰⁹⁾。それ以上の言及はない。ところで、古典古代の法曹ユーリアヌスとウルピアヌスは、別のところで、複数当事者事案の「特定」をめぐる問題に2度言及する。そのひとつは、同じくウルピアヌスが伝える法文、Iulianus/Ulp. D. 9, 2, 11, 2 である。

「しかし、もし数人が奴隷を死にいたらしめた場合、^{アラ}あたかも「全員が」殺害したものとして全員が拘束されるかどうかをわれわれはみてみよう。そこでもし「そのうち」だれの突きによって死んだかが明らかである場合には、^{アラ}あたかも「この者が」殺害したものとしてこの者が拘束される¹¹⁰⁾。また、もし「そのことが」明らかでない場合には、ユーリアヌスは、あたかも「全員が」殺害したものとして全員が拘束されるという。そして、もし「そのうちの」ひとりを相手方として訴が提起される場合、他の者たちは責をまぬかれるのではない。けだしアクィーリウス法にもとづいては、ある者が債

107) Ulp. D. 9, 2, 44, 1: Quotiens sciente domino seruus uulnerat uel occidit, Aquilia dominum teneri dubium non est. (奴隷が損傷または殺害する場合に、所有権者が情を知っていたときにはつねに、所有権者がアクィーリウス[法]に拘束されることについては疑問の余地はない。): Paul. D. eod. 45pr.: Scientiam hic pro patientia accipimus, ut qui prohibere potuit teneatur, si non fecerit. (ここでわれわれは、情を知ってという意味を認容だと解している。したがって、禁止しうる者が「禁止」しなかったならば、「この者が」拘束されるであろう。)

108) Si plures trabem deiecerint et hominem oppresserint, aequè ueteribus placet omnes lege Aquilia teneri. (もし数人の者が梁木を倒して、奴隷を押し潰した場合に、同様に、古人たちは一般にその全員がアクィーリウス法によって拘束されると認める。)

109) Doneau, op. cit. 10, 1, 3, 6: omnes teneri, quasi damnum dederint.

110) Accursius によれば、他の者には損傷について [de vulnerato] 拘束がある。

務を履行したということは、〔これは〕^{ポエナ}罰であるから、他者をまぬかれさせるものではないからである¹¹¹⁾」

もうひとつ、上のものと重複法文とみられている、Iulianus. D. 9, 2, 51, 1において、損傷事例での全員法拘束が先人たちの決定であるとされる。

「そしてこのことは、同じように奴隷が数人により損傷されたが、〔そのうち〕だれの突きによって死んだかが明らかでない場合には、全員がアクィーリウス法に拘束されると判断をくだしたところの先人^{アクトリクス・クニテルム}の決定に合致するものである¹¹²⁾」

窃盗についてユーリアーヌスが言っているところは、かかる複数加害者事案を検討するに際して、非常にかかわりをもってくる。それは、ここにあげた文章につづく箇所、複数者の場合の「特定」の問題は解決が困難であるとして述べたところである。

Iulianus. D. 9, 2, 51, 2. 「……数人の者が盗をはたらく目的で他人の梁木を運び去った場合に、そのひとりひとりではそれを運ぶことができないときは、徹底した法理論からすると、実際にはだれひとりそれを運び去ったものとみられなかったから、だれしも拘束されないといわれうるにしても、〔それでもやはり〕全員が盗訴権に拘束されるとみられるのである¹¹³⁾」

このように、以上の4法文から明らかなことは、複数加害者事案においては、万一特定が可能ならば単独の法拘束ということがあるものの、しかしそれは一般にむずかしいことであり、しかも、だれにも不法行為の処罰をしないということは許されないことであるから、特定が一般に可能でないことを前置して、いわば全員がかかわったとみなして全員法拘束だとしていることである。最後の法文は、そうした解決から生じる問題に答えるものとなっていた。

111) Sed si plures seruum percusserint, utrum omnes quasi occiderint teneantur, uideamus. et si quidem apparet cuius ictu perierit, ille quasi occiderit tenetur: quod si non apparet, omnes quasi occiderint teneri Iulianus ait, et si cum uno agatur, ceteri non liberantur: nam ex lege Aquilia quod alius praestitit, alium non releuat, cum sit poena.

112) 西村、前掲（『西洋法制史料選』法源78）、213頁。

113) 西村、同（法源79）、213頁。なお、同、前掲（『法制史研究33』）論文、143頁以下において、前註の法源とともに扱ったことがある。参照されたい。

ドノーは、法文で示されたような、ひとりの弁済によって残余の者の責任がどうなるかということを取り扱っている。そこでは、不法行為から生じる^{オブリ}債権債務関係^{ガティオ}にふれ、なおかつその^{ポエナ}罰性格、この法訴権が罰追求のものであるということに言及しているのである。

まず、全員が不法行為をはたらいた、ということは、上に示された D. 9, 2, 11, 2 の「みなし規定」によって^{コンスタト}確定していると前置する。そこで、次のように、そこから生じる債権債務関係は全員に帰属するかどうかが問われた。ひとりが弁済すれば他の者がまぬかれるということは、債権債務関係は1個であり、このことによってそれが解消されるという理論前提なのである。ところが、不法行為責任、ここでの問題であるアクィーリウス法責任は、そのようには推移しないのである。先の設問にたいして、ドノーの解答するところはこうである。

「[この不法行為から生じる] その^{オブリガティオ}債権債務関係は、全員に帰属している。そして、[そのうちの] ひとりが弁済すると [しても]、その他の者たちは責をまぬかれるのではない。けだし、不法行為の^{ポエナ}罰は、この債権債務関係にかかわっているからである¹¹⁴⁾」

このようにして、この法文ではもちろん自由人の場合が第一義的に考えられているのであるが、次との関連で、直接加害者が複数奴隷であった場合を例にとってみると、たとえば奴隷 B₁, B₂, …… が破壊行為をなしたときには、あたかも全員が損害を与えたものとして、そこから債権債務関係が B₁, B₂, …… それぞれの所有者 A₁, A₂, …… のもとに生じるのであり、そこで、たとえ B₁ の主人 A₁ が [加害者委付を選択せずに] 債務弁済をなしたとしても、罰性格の準則からして、A₁ の債務は消えても、A₂, …… の債権債務関係とそれにもとづく罰は消えないので、依然として責任は残るということになる。これが複数人加害者事案の解決であった。

(c) さて、この状況から派生する問題が最後に論じられる必要がある。それは、上の事例にそくしていえば、B₁, B₂, …… の主人が A だけであるという

114) Doneau, op. cit. 10, 1, 3, 6: omnium sua obligatio est, et uno solvente caeteri non liberantur: quia in hac obligatione poena delicti versatur.

ように、単独所有の場合の複数加害当事者事案の解決である。Aは、加害者委附を選ばないとしたら、債務弁済をなすことについてアクィリウス法に拘束されている、ということはたしかである [Iulianus/Ulp. D. 9, 2, 27, 3]¹¹⁵⁾。ドノーがここで明らかにした問題は、B₁, B₂, …… のひとつひとつにつき、殺害したという名目で拘束されるのか、それとも逆に、せいぜいただ一度だけなのか、という点にある。(b)において論証された第一義的な場合、すなわち自由人の複数加害当事者事案との関連を、ドノーはまず考える。そして、この事案の構成を、ガイウス [Cajus] の窃盗についての解答を推論の根拠として援用することによって確定しようとした。その説明論理のために、まずガイウスのいうところからみてみよう。

ガイウスは、^{フアミリア}奴隷集団の盗について^{プロコンスル}政務官の認めるところが不法損害訴権にも認められるかどうかを考察する。プロコンスルは、罰追求は個別的には、つまり奴隷のひとつひとつにたいして与えられないで、自由人のひとりがかかる場合にうけることになるもので充分としていた。すなわち、この場合にアクィリウス法拘束は、自由人ひとりがなしたならば、という仮定のもとに推移するというのが有力な見解であり、ガイウス自身もこれを正当とする見解なのである。

Gaius. D. 9, 2, 32pr. 「……しかし、同じことが〔そこにも〕認められるべきであると多くの点でみられたし、正当である。盗訴権にかんしては、次のように、1個の不法行為にもとづいて所有権者が奴隷のすべてをなくすことのないように、というのが理由であり、そしてこの理由が不法損害訴権にも^{スイミリタル}類推的に介在するのであるから、その結果、たとえば故意にでなくクルパによって損害が与えられる場合のように、格別に、不法行為のこの原因がより軽微のこともあるので、同様に評価される必要があることになる¹¹⁶⁾」

ドノーは、ガイウスのこの理由づけにまでは言及しないが、所有権者拘束がこの限りで窃盗の場合と異ならないようにとする解決の仕方を受け入れ、その異ならないやり方というのを、ガイウスが「あたかも〔ひとりの〕自由人

115) 西村、前掲 (『西洋法制史料選』法源95), 218頁。

116) 西村、同 (法源111), 221頁以下。

が損害を与えたかのように、同様にして拘束されるもの」と解答していたと読み取ったのである¹¹⁷⁾。したがって、この法文につづく Gai. D. 9, 2, 32, 1 の表現も参考にすれば¹¹⁸⁾、1 個の不法行為から、破壊につき1 個の訴権があることとなり、自由人の複数加害者事案(b)とは異なる法構成と説明の理由づけがあることが知られる。すなわち、約言すれば、ドノーは、(b)で議論された罰性格の基本的準則がこの状況にははたらかないことをいうのである。(b)から推論されるところは、自由人〔の場合〕を範例として、個々の自由人の名義で原則的に拘束されるというように、(c)の場合も、奴隷のひとつひとつを名義としてひとりの所有権者がその全部につき拘束される、こうするのが論理的必然であるがしかし、そのような説明は上に示したように、とってはいないのである。

(7) ドノーは、その「訴権論」のひとつの主題、すなわち、訴提起の相手方論をめぐる、叙上の仕方、法構成を展開した。それは、冒頭において断わったように、法規定文言のカウサ確定作業のなかで展開されたところとは性格がちがうものであった。そこで、その分析のプロセスをより精密に論じていくなかで、いくつか重要な鍵となるべき概念が論理必然的に抽出されたと思われる。それを全体として整理することで小括にかえたい。

第1に、法定立的に「破壊した<損傷した=悪化した」が含意する範囲の確定がなされて、「力と手と」を標識に「アプ・エオ」性へと還元されていったこと。第2に、損害を与えた、ということとは峻別されたところの、損害の原因〔機会〕を与えた、という抽象概念が導出され、「手段 modus」をメルクマールにして「アプ・アリオ」性へと還元せられていったこと。そして、第3に、今直前に論証したところの「ペル・アリオス」の諸事例がこの主題のもとで論じられた意義は、おそらく一見「アプ・アリオ」にみられるけれども、しかし、本質的には「アプ・エオ」性に還元されるべきものだということを論証することにあったと考えられるのである。

以上のことを議論したその過程で、今後の検討のうえにも注意する必要のあ

117) Doneau, op. cit. 10, 1, 3, 7: idest, perinde teneri, quasi liber homo damnum dedisset.

118) 西村、前掲(『西洋法制史料選』法源112), 222頁。

るドノーの重要な見解の表明は、訴権態様にそれぞれの箇所で関説していたことである。その議論帰結を再度くりかえすことはしないが、次のことだけ確認しておく。ドノーの考えによれば、アクィーリウス法にもとづく訴権は、その本来的直接訴権も準訴権も罰追求という点において同じであり、その限りで、それぞれに対応する「損害を与えた」と「損害の原因〔機会〕を与えた」ことは同じ効力範囲をもつということである。そこで、古典古代の法学者が述べる「事実訴権」はその意味において読み取る必要がある。けだし、「アクィーリウス法にもとづく訴権」に對置されるべき「事実訴権」は、ドノーの考えによれば、損害追及に局限されるものだからである¹¹⁹⁾。

この点から、さらにもうひとつ、ドノーが把握したところを特に記しておきたい。それは、以上を析出する過程で、アクィーリウス法にもとづく〔ex lege Aquilia〕というカテゴリーを、法規定文言〔^{ウエルバ}の解釈〕と法の意味内容〔^{センテンティア}の解釈〕の双方から捉えている、という事実である。それは、明示的には、あの「法準訴権」を考えた際にいわれたとおりである。しかし、明示的でない形でも、ドノーは、最後に考えてみた複数加害当事者事案を考察するに際して、そのことをガーイウスの思考にそくして捉えるのである。それを明らかにするために、ドノーが別のところでこのことにふれている箇所を引いておこう。

それは、『国法＝市民法論』で「法解釈」に言及したところに現れている。

「〔法の〕^{センテンティア}意味内容についてはだれもがこれを認めている。しかし、先人がこの場合に理解されたいとした、この意味内容はどこから得られるのか。〔それは〕^{ラティオ・レギス}法の理由から〔である〕。法の原因とか理由とはちがう別の意味内容は、ここでは主張されない。私がすでに述べたとおり、これがまさに法の意味内容であり、法のめざした、そして法が墨守したいとした最高のものそのものである。そこで、別の文言によって同じ意味内容がガーイウスからいわれており、理由が同一であるところにおいては、同じことが判断されなければならない、ということである。……もし数人の奴隷が損害を与えた場合、明らかに同一の理由と、そしてそれにもとづく告示の意味内容とが〔そこにはある〕。そうして、ガーイウスは、これにもとづいて、この種^{スベキエス}にお

119) なお、後述125頁。

いても同じことが規定さるべきものと考えるのである。¹²⁰⁾……」

先に、ドノーが Gai. D. 9, 2, 32pr. を援用した際には、ガーイウスの付した理由づけに言及しなかったとしたわけであるが、それは、さらにもう少し広い視野からこれを観察していたことが、この言説から明らかになってくる。われわれが「損害論」のかなたに、やがて「法論」において考えたいと思う、法の意味内容ないし法解釈についてのドノーの思考様式を捉えるとき、このことは、具体的法素材への洞察という点でひとつの重要な示唆を与えるものとなるはずである。

4 損害評価——認諾単額訴権と否認倍額訴権

(1) 『アクィーリウス法論』の最後で、ドノーは、損害評価と倍額規定をめぐって、法の第1章と第3章の異同を検討するというまとまった主題を取りあげた。

損害評価の問題をめぐっては、アクィーリウス法には構造的に類似の2個の法規定、すなわち法第1章と法第3章が存在することから、ドノーによれば、それぞれ同じところに帰結していく部分と、あくまで異なっていた部分とを明確にして検討していくことが有益とされる。そこでまず、4項にわけてそれぞれの共通項がどのようなものであるかが検討された。それを要約すれば、次のようである。

(a) 評価対象とすべきものについて

アクィーリウス法第1章は、おそらく「[殺害の] この年において、この物が最高どれほどの価値のものであったか」という内容の規定文言をもっていた

120) Doneau, op. cit. 1, 1, 14, 6: Hoc de sententia concedent omnes. Sed unde colligatur haec sententia, quam veteres in his intelligi voluerunt? Ex ratione legis. Nec aliam sententiam hic dicunt, quam causam et rationem legis, quae, ut dixi, vere sententia est legis, illud ipsum summum, quod lex spectavit, quodque lex obtinere voluit. Hinc aliis verbis, eadem sententia dictum a Cajo, ubi eadem ratio sit, consequens esse, ut idem aestimari debeat. ……Eadem plane ratio, eoque et sententia edicti, si plures servi damnum dederint. Ex quo colligit Cajus, idem in hac quoque specie statuendum esse. ……

とされ、その後段に否認の場合の倍額規定を含んでいた。それと同様に、法第3章は、「最近30日の内において、この物がどれほどの価値のもの」であったかという文言によって規定されており、これもまた、否認倍額規定をもっていた¹²¹⁾、とされた。これらの文言から明らかなように、損害の評価は、被害物の価値にかかわっており、訴権は、そのことについて存在し、したがって、有責判決がそのことにつきくだされる、ということである。このことが両章の第1の共通性である。

ところで、「破壊された」または「殺害された」ところのその物の価値というのは、前にも指摘したとおり¹²²⁾、ただだんに物自体の評価額だけを含意するのではない。随所にみられるところのこのことに言及した法源のうちで、とくにドノーが根拠法文として援用するのは、Ulp. D. 9, 2, 21pr. であるが、これによれば、その文言の意味するところは、「加えられた損害の評価」である¹²³⁾。この「加えられた損害」の評価ということが含意するところは、Pedius/Paul. D. 9, 2, 33pr. に明示的に示されるもの¹²⁴⁾でもあり、ドノーは、これを根拠として、これは、「物〔自体〕の評価、プラス物損傷のために失われたる利益の評価¹²⁵⁾」である、とした。

(b) 評価の一般的仕方について

同じく、Pedius/Paul. D. 9, 2, 33pr. にもとづいて、ドノーは、物の評価に際して一般的市場価値を導き出す。その法文はこの基準を規定しており、このように一般的市場価値に物評価の根拠を求めてこれに従うべきだとしたのは、一般に (placet) いわれているところであり、アクィーリウス法の特徴のひとつとなっていた。歴史的にみれば、それはより進化した法発展段階を示すとき

121) 西村、前掲（『西洋法制史料選』），192頁以下，224頁〔解説〕を参照。

122) 前述77頁。

123) Ait lex: 'quanti is homo in eo anno plurimi fuisset'. quae clausula aestimationem habet damni, quod datum est. (法律は「この奴隷が当該年において有していた最高価格につき」という。そして、この条項は加えられた損害の評価を意味している。)

124) 西村、前掲（『西洋法制史料選』法源98），218頁。

125) Doneau. op. cit. 10, 1, 4, 1: idest et rei aestimatio et utilitatis, quae propter corruptionem rei amissa est.

えいわれる。

Pedius/Paul. D. 9, 2, 33pr. 「もし私の奴隷をあなたが殺害した場合に、たとえば、もしある者があなたの私生子^{フィリウス・サトウラーレ}を殺害した場合に、あなたとしてはこれが高価で買いとられたいと思っていたときのよう^{アフエクティオ}に、〔ひとりひとりの〕意向が〔評価されるべき〕ではなく、一般にはどれほどの価値があったかについて評価されるべきであると、私は考える。セクストゥス・ペディウスもまた、物の価値は、個人の意向にも個人の利害にももとづかないで、〔評価を〕一般的におこなうものという^{コンムニテル}126)。……」

ところで、もし自筆証書が破毀された〔判読不能にされた〕という場合、その内容が条件つきであったとき、その評価はどうなるか。すなわち、損害が将来の結果の成否に依拠する特殊な事例がこれである。ドノーによれば、その解決は、Iulianus. D. 9, 2, 42 において「決定されている」のである。それ以上の言及はなされていず、しかも根拠とされたこの法文は、評価にはふれていない。ただ、同じ原因にもとづいて寄託訴権、提示訴権と競合的に、アクィーリウス法訴権の有資格性を指摘するにとどまっている¹²⁷。ドノーの法文からの推論のあり方の一端を示唆するものといえようか。

(c) 評価の個別的仕方について

叙上のように、たしかに評価は一般的市場価値にもとづいておこなわれたのであるが、それでもなお、個別的に評価されるところはある。ドノーは、このことに関連して法の罰性格にも言及している。ところで、^{シングラリア}個別的なものは、次のふたつである、とする。

(i) 「物は、破壊されたその時点でどれほどの価値のものであったかについて評価されるのではなく、それ以前の〔法定の〕期間においてさえもどれほどの価値のものであったかについて、すなわち、一方は〔法第1章にもとづ

126) 前註124参照。この部分だけ原文を引用すると、次のとおりである。Si seruum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, ueluti si filium tuum naturalem quis occiderit quem tu magno emptum uelles, sed quanti omnibus ualeret. Sextus quoque Pedius ait pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi. ……

127) 西村、前掲(『西洋法制史料選』法源76)、212頁。

き] 最近の丸1年間に、他方は〔法第3章にもとづき〕30日間に、どれほどの価値のものであったかについて〔評価される〕¹²⁸⁾]

まず、これからみてみよう。ドノーは、この規定趣旨で、まずもって注意されるべきこととして、法の罰^{ポエナ・レグス}ということを示唆する。ただたんに損害のみを追求するということであれば、評価は、破壊されたその時点での価値に求められることになり、それ以上ではないとするのである。逆にそうでないように規定がおかれたのは、法に罰的な性格が含意されているからである。1年とか30日間という法定の期間〔ただ、このおかれた期間のちがいは両章の異なる部分であり、後述のとおり、そこから問題が生じるのだが〕に現れる差額は、原告の評価額に含まれるべきだとしたところに、法の趣旨がある。ただ、ドノーの事実訴権拘束の見方はここでは明確でない。その説明論理の展開は、別稿を予定している、『国法＝市民法論』〔第4分冊第15巻第28章〕の非破壊損害諸事例の分析結果から引き出すべきであろう。しかし、少なくともここでは、罰性格がない、と述べているのではなく、その性質からして、ただたんに損害のみを追求するということにとどめたのである。このことは、先でも観察したとおりで¹²⁹⁾、それがくり返してここでも指摘されたのである。

個別的なものの、もうひとつはこうである。

(ロ) 「物は、このようにして、認諾する者にたいしては、どれほどの価値のものであるかについて評価されること、否認する者を相手方としては、アクィーリウス法の全章にもとづき倍額の有責判決がある、ということ〔である〕¹³⁰⁾」

同様に、ドノーによれば、(イ)とは別種のもうひとつの法^{アリア・ポエナ・レグス}の罰が、(ロ)の規定趣旨にもみられる。すなわち、認諾の場合が単額であるのにたいして、否認

128) Doneau, op. cit. 10, 1, 4, 4: non aestimatur res quanti tunc fuit, cum rupta est: sed quanti fuit, etiam praeteritis diebus: alias quanti fuit anno toto proximo: alias 30. diebus.

129) Doneau, op. cit. 10, 1, 3, 4. 前述101頁。

130) Doneau, op. cit. 10, 1, 4, 4: Deinde hoc singulare in hac condemnatione. Quod res ita aestimatur quanti est, in confitentem: adversus inficentem dupli condemnationis est ex omni capite legis Aquiliae.

にたいしては評価額の二倍に増殖されるということが、この法のいまひとつの罰的な性格を示唆するものとなっているというのである。

ところで、否認に際しての倍額規定については、ふたつの法文がこれを指示している。そのうち、Gai. D. 9, 2, 2, 1 においては、「訴権は倍額にたいして存在する」とし、もうひとつの Ulp. D. eod. 23, 10 では、「この訴権は倍額にたいして資格がある」とする¹³¹⁾。これは同じ含意であろうが、ドノーが「もちろん、否認する者たちを相手どって、その限りで与えられるのがならいである」というのは、有責判決をいうのか、〔否認の〕訴権をいうのか一見して不明瞭になっている。おそらく後者であると思われる。しかしそれを確証するためには、以下において取りあげる、認諾単額訴権と否認倍額訴権がそれぞれに依拠するところのちがいにふれる必要があるだろう。

(d) 認諾単額訴権の意義について

この主題についての、ドノーの説明論理は、非常に読み取りにくく複雑している。したがって、ひとつの準則から論理必然的に導出されるところにまず注目して、そこから認諾単額訴権と否認倍額訴権の存在する意義を明らかにすることが必要である。

事情はこうである。否認は、現に物が破壊された場合にたいしてだけでなく、実際には、物がなんら破壊されてなかった場合にもそれはありうるし、同様に、認諾は、真実の事柄についてもあり、そうして虚偽の事柄についてのこともまたありうる。否認に際し倍額だとするには単額が前置されていること、いい換えれば、叙上のようにして、損害評価が単額についてなされたという事実がなければならない。そして、損害の評価をなしうるためには、現に物破壊がないことにはなしえない。そこで、ひとつには、物破壊がない場合に否認する者に不利益がかからないようにするために、ひとつには、虚偽の認諾をする者に訴が推移するようにはかるために、どのような解決がとられるべきであろうか。

131) Gai. D. 9, 2, 2, 1: et infra deinde cauetur, ut aduersus infitiantem in duplum actio esset; Ulp. D. eod. 23, 10: Haec actio aduersus confitentem competit in simplum, aduersus negantem in duplum.

ドノーによれば、『ディーゲスタ』のひとつづきの根拠法文がこれを次のようにしたのである。

- (イ) 認諾する者を相手方として、訴権は単額にたいして資格があること¹³²⁾
- (ロ) 虚偽の認諾の場合、アクィーリウス〔法訴権〕は中断すること¹³³⁾
- (ハ) この場合に別の者による破壊が現にあったときには、訴は同一物につき二度はないことから、原告に認諾訴権を認めること¹³⁴⁾
- (ニ) 同じくこの場合に現に損傷がないとき、評価はなしえないことから、認諾訴権を認めること¹³⁵⁾

以上のところから、ドノーは、その解決にたいして付せられる理由を考察する。その説明するところを約言すれば、次のようになる¹³⁶⁾。

- ① 訴権は単額にたいして存在するといわれる
- ② 訴権は虚偽の認諾をする者を相手方としては前提しえない
- ③ 訴権なくして訴訟はありえない
- ④ 訴訟がなければ、訴訟の結果〔判決〕もまたない
- ⑤ その結果、有責判決も無責放免もくだせないこととなる

そこで、ドノーは、裁判官が判断をくだすためにでなく、物が評価されるために認諾訴権が与えられたという準則を、Ulp. D. 9, 2, 25, 2 を援用しつつ確認した¹³⁷⁾。

「審判人が指定されるのは、事案を判断するためでなく、もし万が一にも被告が認諾するのを超えてより大に原告が訴訟物を評価する場合に、物を〔正

132) Ulp. D. 9, 2, 23, 10 (前註131参照)

133) Iulianus/Ulp. D. 9, 2, 23, 11 (西村, 前掲〔法源93〕, 217頁参照。)

134) 前註133〔D. 9, 2, 23, 11〕

135) Paul, D. 9, 2, 24: Hoc apertius est circa uulneratum hominem: nam si confessus sit uulnerasse nec sit uulneratus, aestimationem cuius uulneris faciemus? uel ad quod tempus recurramus? (このことは、損傷をうけた奴隷についてはもっと明らかなものとなる。実際、もし傷害したと認諾したけれども、現に損傷をうけていなかったとすれば、いったいどのような損傷について評価をなすことになるのであろうか。また、われわれは、どの時点まで遡って算定することになるのであろうか。)

136) Doneau, op. cit. 10, 1, 4, 5 を参照。

しく単額に〕評価するため、これが理由である¹³⁸⁾」

このようにみるならば、否認の倍額規定というのは、有責判決が現に破壊のあった場合に、倍額にたいして存するというように法定のものであったが、認諾単額の訴権は法定ではなく、評価的な訴権として付与されるものとしてあることになる。

(2) さてこれまででは、法の両章に共通する部分が取り扱われたが、先にも指摘したように、両章に異なるところがあり、それは、評価算定の基準期間であった。その差異から、さらに新たに3つの問題が生じると、ドノーは指摘する。

(イ) 先に数人が奴隷に傷を負わせており、後になって、結局はこれが死亡した状況。ドノーは、これについて、さらに次のような区別^{デステインクティオ}があるとする。

① 致命傷を与えた者を特定できたとき、この場合はその者のみ殺害^{デ・ウルネラト}について、そしてその他の者は損傷^{デ・オウネソ}についてだけ拘束されることになる。この特定に際しては、ひとつの致命傷がそのうちのだれによって加えられたかを確定することが要求されるが、ドノーによれば、医者^{デ・オウネソ}が、たとえば横隔膜^{ディアフラグマ}や脳^{セレブルム}を破壊したように、なにが致命的原因か知っているから可能である。しかしながら、通常の場合、このような特定が不能であることにもとづき、次のような解決策が準備されている。

②—1 ある根拠法文によれば、どの傷も致命的でなく、またはだれが与えたかも確定されない場合には、全員が殺害について拘束されたであろう、とする見解があった¹³⁹⁾。

137) Ulp. D. 9, 2, 25, 2: Notandum, quod in hac actione, quae aduersus confitentem datur, iudex non rei iudicandae, sed aestimandae datur: nam nullae partes sunt iudicandi in confitentes. (注意すべきことは、認諾する者を相手どって与えられる訴権においては、審判人は、事案を判断することにつき指定されるのではなく、評価することにつき指定されるということである。実際、認諾する者に判断がなされるべき部分は、ひとつもない。) 次註と比較されたい。

138) Doneau, op. cit. 10, 1, 4, 5: Iudex non datur rei iudicandae caussa, sed aestimandae, si forte actor pluris litem aestimet, quam reus confiteatur. Haec est ratio.

139) ここでは、Iulianus. D. 9, 2, 51, 1 (既出) と Iulianus/Ulp. D. eod. 11, 2 (既出) が挙示される。西村、前掲(『西洋法制史料選』法源78)、213頁。

②—2 全員が殺害したということはありません、とする見解もあった。とはいへ、②—1の立場から、このような意見にたいして、不法行為の不処罰こそありうるべきでないという反論がなされている¹⁴⁰⁾。

古典古代の法学者たちに存在していたこうした見解の対立は、結論的に、このような場合の殺害についての全員拘束という立場を採用することによって克服された。そこで、ここから法源のうえで相対立するところが現れてくる。これについて、ドノーは、13世紀の註釈学派アックルシウスの法源整合性理解を批判して、自ら見解を整理して、これらは次のように整合しうるのだとするのである。まず、対^{アンティノミヤ}立があるとされた、問題の2法文を取りあげてみよう。

Cels./Marcel./Ulp. D. 9, 2, 11, 3. 「ケルススはこう書く、もしある者が致命傷で負傷させ、別の者が死にいたらしめた場合、他の傷がもとで死亡したのだから、たしかに前者は、あたかも殺害したものとして拘束されず、あたかも〔彼が〕損傷したものとして〔拘束され、そして〕、後者は、あたかも〔彼が〕殺害するものとして拘束される、と。これはマルケルスにも認められており、きわめて妥当なものである¹⁴¹⁾」

Iul. D. 9, 2, 51pr. 「……〔殺害について、両者のいずれをも相手どって、アクィーリウス法により訴が提起されうるかどうか。〕……そこで、もしある者が奴隷に致命傷を与えたとし、そして別の者がこの同じ者を期間^{エクス・インテルウアツロ}をおいたのちに傷つけて、その結果、先の傷がもとで死亡するよりも早くに死にいたることになった場合、これら両者ともアクィーリウス法によって拘束されるものと定められるべきである¹⁴²⁾」

140) Iulianus. D. eod. 51, 2 (既出) と、Celsus/Marcellus/Ulp. D. eod. 11, 3. 西村、前掲(『西洋法制史料選』法源55, 78), 207頁, 213頁以下参照。

141) 前註140参照。原文のみ引くと、Celsus scribit, si alius mortifero uulnere percusserit, alius postea exanimauerit, priorem quidem non teneri quasi occiderit, sed quasi uulnerauerit, quia ex alio uulnere periit, posteriorem teneri, quia occidit. quod et Marcello uidetur et est probabilius.

142) 西村、前掲(『西洋法制史料選』法源77), 212頁以下。なお、同、前掲(『法制史研究33』)論文, 143頁以下も参照。原文は、途中を省略して引用しておこう。……[quaero, an cum utroque de occiso lege Aquilia agi possit.]……igitur si quis seruo mortiferum uulnus inflixerit eundemque alius ex intervallo ita percusse-

たしかに一見これらは矛盾する。ケルスス文もユーリアースス文も、先の負傷が致命的なものであることを明示する。別の者が負傷と死亡の間に介入したこともまた、それぞれの文脈からたしかである。ケルスス文とユーリアースス文のちがいは、おそらく介入の時期とその原因となった事柄の理由づけにある。そこで、アックルシウスは、前者の事例では、「傷が致命的であったかどうか確定しなかった¹⁴³⁾」という〔(イ)の①で検討した〕かの峻別の理由づけで整合的理解をしようとしたようであるが、ドノーによれば、「これは馬鹿げている¹⁴⁴⁾」として、一蹴された。その理由はこうである。

「けだし、〔古典古代の〕法学者〔＝ケルスス〕は、〔致命的であることが〕確定してなかったとすれば、致命的であると断言しえなかったはずだからである¹⁴⁵⁾」

かくして、ドノーの説明論理は、別の整合性^{コンソリアティオ}を求めることになる。それはこうである。後者においては、後の負傷が死期をはやめた（ないしは現に死亡させた）ことが一定期間を間において介在したことによって明らかとなり、先の傷を原因とする場合との峻別を可能にする。しかしながら、前者のほう、つまり D. 9, 2, 11, 3 では、たしかに別々の者が同一の者に傷を負わせているが、後に損傷した者は、その間に間隔をおかず、ドノーによれば、ただちに介在したのではないかと推論されているのである。もしこうであれば、直接死にいたらしめた傷とその行為主体の特定は、おそらく可能であろう。通常であれば死ぬはずがない程度に弱っていたとしても、そのことは関係しない、とされたことは別の法文でも説かれるところであった¹⁴⁶⁾。そして、かかる場合と、倒壊、難破で致命傷を負った者の死亡をはやめたというのとでは異なるのである

rit, ut maturius interficeretur, quam ex priore uulnere moriturus fuerat, statuendum est utrumque eorum lege Aquilia teneri.

143) Doneau, op. cit. 10, 1, 4, 8 : Accursius in *L. ita vulneratus*, rem ita solvit : in *L. item mela*, non constitisse, utrum mortiferum vulnus fuerit : hoc ridiculum est.

144) 前註143参照。

145) Doneau, op. cit. 10, 1, 4, 8 : Nam Jurisconsultus non potuit affirmare esse mortiferum, nisi constaret.

146) Q. v. Labeo/Ulp. D. 9, 2, 7, 5. (西村, 前掲〔法源18〕, 198頁参照。)

147) Q. v. Iulianus/Ulp. D. 9, 2, 15, 1. (同, 前掲〔法源88〕, 216頁参照。)

る¹⁴⁷⁾。

このようにして確定しうる事案なのであるから、この者のみ殺害について拘束されるのであるが、ドノーによれば、D. 9, 2, 11, 3 につけることのできる理由は、こうである。

「けだし、先の傷がもとで奴隷が死亡したのかどうか理解されうるはずがなかった、ということになるからである¹⁴⁸⁾」

これにたいして、D. 9, 2, 51pr. の方でも、たしかに別々の者が同一の者に、いずれも致命傷を負わせているのだが、ドノーの推論するところによれば、先の傷のあとにも、後の傷のあとにも間隔があいて、ただちに死亡した^{スタディム}のではなく、とみられた。Iul. D. 9, 2, 51, 1 において、全員拘束の根拠とされたところの、「だれによって殺害されたか確定しない¹⁴⁹⁾」、ということが、ユーリアーヌスによって断言されているのであるから、D. 9, 2, 51pr. の全員拘束のおかれた状況もここから推測されうるとしたのである。その結果、状況はひとつの傷に特定しえず、また行為主体も確定しえないというものになる。しかも、全員不拘束という不法行為不処罰を帰結する解決は不条理である。ドノーは、これを次のように説明した。

「この場合、なぜ全員が殺害について拘束されるかの理由づけは^{オブティマ・ラティオ}最善のものである。けだし、いずれも致命的な傷であったからむしろ先の傷がもとで死にいたったのか、それとも後の「傷がもと」で死にいたったのか理解されえなかったのだからである¹⁵⁰⁾」

(四) 第2の問題は、同一人が同一の奴隷に複数の傷を負わせ、結局のところ死亡したという状況。これについては、問題は、ひとりが両不法行為〔殺害と^{ダステンゲンエンドウム}損傷〕について拘束されるのかどうかということであり、かかる事案についても、ドノーは区別されるべきものとしている。

148) Doneau, op. cit. 10, 1, 4, 8: quia hoc effecerit, ut non intelligi potuerit, an ex priore vulnere servus morturus esset.

149) non constitisse a quo occisus sit. (D. 9, 2, 51, 1. 前註112参照)

150) Doneau, op. cit. 10, 1, 4, 8: Hic optima ratio est, cur omnes teneantur de occiso: quia non potuit intelligi utrum magis ex priore vulnere an posteriore interfectus fuerit, quia utrumque mortiferum vulnus fuit.

①容易に捉えうるのは、いちどきに複数の傷が加えられ、^{セメル}その時殺害した場合であり、たしかにこの場合は、殺害についてだけその者が拘束されることになったであろう。そこには問題は生じないけれども、ドノーが根拠とした法文は別の状況を示している¹⁵¹⁾。

②殺害についてと、そして損傷についてと、二 ^{ドゥブリエテ}重に拘束されたであろうという場合がある。Gai. D. 9, 2, 32, 1 では、損傷と殺害との間を「ついでその後 postea deinde」と述べられており、右の状況のもとには「けだし、2個の不法行為がある。」しかるに、①の状況のもとでは、「殺害について訴権がひとつ」なのであるから、②の状況のもとでは、別個のそれぞれの不法行為について訴権が1個ずつあるという含意がある。そこで、ドノーは、右に指摘した「ついでその後」なる言いまわしを捉えて、先に示されたような「期間をおいた ex intervallo」というカテゴリーをここで採用して、そのことにより、たとえば先の傷が致命的なものであっても特定しえない状況にあると読み取ったのである¹⁵²⁾。

(イ) 第3は、右の(ロ)の状況のもとで、どの傷も致命的でなく、被害者自身の不注意で死亡したという状況。この状況は原因の確定にかかわる。すなわち、まず、^{モルティフエレ}致命的に傷つけたのでなかったことが存在し、ついで^{ネグリゲンテ}なんらかの不注意で死にいたったことが明らかな場合、ドノーによれば、原因となるべき^{イニティウム}端緒が観察されるべきである。そこで、ドノーは、根拠法文として Paul. D. 9, 2, 30, 4 から¹⁵³⁾推論的に次のようにいう。

「けだし、^{カウツサ・エイウス・モルティス}傷がその死亡の原因でなかったことは本当である¹⁵⁴⁾」

(3) 以上により、ドノーの損害評価をめぐる法の構成論理はおわる。先にあげたサブタイトルにも示されるように、ここではアクィーリウス法訴権にお

151) Gai. D. 9, 2, 32, 1. (既出)

152) Doneau, op. cit. 10, 1, 4, 9 参照。

153) Si uulneratus fuerit seruus non mortifere, negligentia autem perierit, de uulnerato actio erit, non de occiso. (もし奴隷が致命傷にはいたらない損傷をうけたところ、不注意により死亡した場合には、訴権は、殺害についてではなく損傷について存在するだろう。)

154) Doneau, op. cit. 10, 1, 4, 10: Verum est enim vulnus non fuisse caussam ejus mortis.

ける評価問題の本来の部分が示されたにすぎない。有責判決をめぐる、否認倍額と認諾単額の両訴権に言及されたのもその限りにおいてであった。たとえば、自由人事例における、治療費用と逸失利益という評価の仕方に関及されるころはなかった。さらに本来的ではない場合にも一切言及はなかった。これらは、そのそれぞれの適切な場所で言及されている。その意味からすれば、ドノーのこの「損害評価論」は、本来的法準則のみの抽出という、非常に限定された性格をもつものであり、とりわけ、おのおのの訴権態様における諸法効果の異同という点から、なんらかの事柄を導出しうるものではないといえるだろう。

5 「損害論」への展望——総括にかえて

(1) 『アクィーリウス法論』を締めくくるにあたって、ドノーは、その『国法＝市民法論』へと直接接近する主題を展開した。すなわち、彼の「損害態様論」との接続がそれである。「損害論」は、別にその概要を示したことがあるとおり¹⁵⁵⁾、ドノー『国法＝市民法論』のなかで不法行為論の中核的部分を占め、^{スアトウラグティオ}「奪取論」と相並ぶ位置が与えられた。われわれのこれまでの一連の作業は、この「損害論」の法構成において中心的な主題となったものの法源的諸基礎および法構成の説明論理へのアプローチであった。これを逆にみると、この『アクィーリウス法論』で説明された一定の諸帰結が核となって、彼の『国法＝市民法論』の「損害論」がよりすっきりとぜい肉を落として形成されたとみられるのである。その際、あるいはこれと同じ枠組で論じられうるものの取り込み、あるいはこの枠内では論じえないが、これときわめて親縁性をもつ領域の位置づけという仕方で近世における私法構成がなされたのである。

(2) アクィーリウス法は、損害を、物がより悪くされた状況に機能するという場合にだけ限って、その範囲において生起する諸状況を包摂するものとして考えているのであるから、どんなものであれすべての損害が回収されるというように機能するのではなかった。しかしながら、物が害されず損なわれずなお

155) 「帝京法学」第16巻第1号、〔序説〕、別掲図〔2〕を参照されたい。

損害が発生することがある。さらに、古くから、他の法規定において損害が発生した場合にたいする救済が個別に定立されてもいる。かかるその他損害は、とうていアクィーリウス法が固有に包摂する範囲にないものであることは明らかである。そのうち、後者については、先に指摘したとおり、たとえば、「損傷された他人の奴隷に関する訴権」[*actio de servo corrupto*]や「ひそかに伐採された樹木に関する訴権」[*actio de arboribus furtim caesis*]などは、ドノーによって、法体系構成のしかるべき場所に理由をつけて位置づけられた¹⁵⁶⁾。しかしながら、前者のようなその他損害をどう位置づけるかは問題である。

(3) 他人の物にたいする関係としては、物が現実には物理的な形で損傷されたというだけでなく、物が害されず損なわれずに、なお損害が生じる場合がありうる。この種の損害にたいして救済はどうあるのか。これが『アクィーリウス法論』の最後におかれた主題であり、『国法＝市民法論』で3章にわたって論じられている「損害態様論」との架橋をなすものといえる。この場合、アクィーリウス法が機能しないということは、物が悪化されていないこと、すなわち法本来の「カウサ」に相当しないことから明らかである。したがって、この法手段によっては、損害は回収されない。ドノーは、「もしある者が足枷をされたわれわれの動物を解き放った場合」を例にとって考察する。

そこで、問題は、この原因からする損害が、アクィーリウス法訴権にもとづいて [*ex Aquiliae legis actione*] いるのか、それともあくまでこの損害の領域にはアクィーリウス法訴権ははたらかず、なんらかの別の救済があるのかどうか、という点にしばられてくる。ドノーが大きく前提とするのは次のこと〔定義〕^{デフィニツィオ}である。

「どんなものであれ、損害が他者から〔直接に〕われわれのもとにもたらされる場合、国^{ユール・キウイール}法〔＝市民法〕に拘束される¹⁵⁷⁾」

ところで、法源は、アクィーリウス法によって拘束されかつ回収されるよう

156) そのほか倍額、3倍額、4倍額と増殖する重大な罰 (*maiores poenae*) や、裁判ならびに裁判官の行為にかかわって争訟において生じた〔資産、家産にたいする〕損害などが扱われる。

157) Doneau, op. cit. 10, 1, 4, 10: Quaecunque damna sunt nobis ab aliis, jure civili tenentur.

な損害領域の周囲に、アクィーリウス法によっては回収されない損害を若干認めていた。そして、アクィーリウス法によっては回収されない (lege Aquilia non vindicantur) ということの判断は、あるいは法の文言にもとづいても、またあるいはその意味内容にもとづいてもなされうる¹⁵⁸⁾。ドノーによって根拠とされた法文¹⁵⁹⁾は、かかる損害については、事実訴権拘束を伝えている。

ドノーは次のように推論できるとする。すなわち、損害は二重^{ダムム デュプレクス}の構造で把握されることになり、そのひとつが、これまで議論してきた損害領域、すなわち、「われわれの物が損傷される場合¹⁶⁰⁾」である。しかし、もうひとつの領域があって、ドノーの抽出したところによれば、それは、「物が害されずに〔なお〕この物がわれわれのもとからなくなるという結果が生じた場合¹⁶¹⁾」である。ドノーが、この類について考えているのは、先の文言ともてらしてみると、所有権者のもとからの離脱（非破壊）から生じた損害は、事実訴権の機能領域だということである。たとえば、このような場合の一例として、次のものがあげられる。

Sabinus/Ulp. D. 9, 2, 27, 21.「もしある者が私の手から貨幣を叩き落とした場合、サビーヌスは、たとえば、もし〔それが〕川や海または下水溝に落ちた場合のように、だれかある者の手にわたることなく〔結果としては、それを〕喪失したときは、不法損害の訴権が存在するとみられる。ところで、もしだれかある者の手に〔それが〕おちた場合、故意^{オベ・コンシリオ}になされた盗が訴えられるべきこと、そしてこれは古人たちにも一般に認められた。同様に、事実訴権さえも与えられるという¹⁶²⁾」

158) Doneau, op. cit. 10, 1, 4, 11 を参照。

159) ここで挙示されたのは、Inst. Iust. 4, 3, 16〔西村、前掲（『法制史研究33』）論文、130頁以下参照〕のほか、Paul. D. 9, 2, 33, 1: In damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio. (アクィーリウス法にもとづいては拘束されない損害については、事実訴権が与えられる。); Proculus. D. 41, 1 [de adquirendo rerum domino], 55. の後段である。

160) Doneau, op. cit. 10, 1, 4, 11: cum res nostra corrumpitur. cfr. op. cit. 4, 15, 27.

161) Doneau, op. cit. 10, 1, 4, 11: cum re salva effectum est, ut nobis ea res abesset. cfr. op. cit. 4, 15, 28.

162) 西村、前掲（『西洋法制史料選』法源27），201頁。

この法文の検討は、ここではおこなわれない。

(4) 最後に、ドノーは、かかる事実訴権の性格を明らかにするために、訴権態様とそれぞれの解釈の根拠づけを次のように総括する。

まず、「損害論」には、「もしある物が破壊され、そしてだれかある者が破壊した場合 (Si quid ruptum est, et aliquis rupit)」が中核的位置づけを与えられ、叙上のとおり、これは法の文言から推論的に導き出されるものであるから、アクィーリウス法拘束の事例となる。そして、この場合にアクィーリウス法に拘束されるという意味は、^{アクティオ・レギス・アクィーリアエ・ディレクタ}アクィーリウス法本来的直接訴権拘束である、ということである。しかしながら、ドノーの考察によれば、「もし破壊することの原因を与えた場合 (si caussam rumpendi dedit)」という概念が、アクィーリウス法の意味内容から看守され、そして、かかる類にたいしては、その意味内容にもとづいて、各事実にたいして訴権がある。この訴権態様は、この意味では^{アクティオ・イン・ファクトゥム}事実訴権なのであるが、同様の含意において、本来的直接訴権と異なる^{アクティオ・ウティール}準訴権でもある。ドノーによれば、主にこのために根拠として援用されるのは、Neratius. D. 9, 2, 53 であって、その表現するところでは、この類の事案を拘束するのは、「アクィーリウス法を範^{アド・エクセンブルム}型とする事実訴権」だということになる。さらにこれらいずれにも帰属しない第3の損害が、物の非破壊の場合について考察され、損害が生じたという事実にたいする処罰を必要として、それぞれの事実にたいして「もちろん、本来的直接訴権でも、準訴権でもない」訴権が存在することになる。これが事実訴権であり、すなわち、かかる類の事案は、事実訴権拘束であるとされたのである。このようにして、ドノーは損害論の探究から、必然的に訴権態様論へと論じ及んだ。この事実訴権は、Pomponius. D. 19, 5, 11 を根拠法文としていることから明らかなとおり¹⁶³⁾、先の前書訴権と非常に近似的な態様のものである。しかしながら、ドノーはこれを「補充的な、アクィーリウス法の、事実〔ごとくにたいしての〕訴権 [actio in factum legis Aquiliae subsidiaria]」と表現されたようにアクィーリウス法と完全に無縁なものとしたわけではなかった。実際、われわれがみる法源の大部分は、このような親縁性を反映して、かの「アクィーリウス法注解章 [D.

163) 西村、前掲(『法制史研究33』)論文、137頁。

9, 2]」に渾然一体となって採録されていた。ドノーはこの法源状況に峻別の論理を導入したのである。さらに、この法源を根拠に、ドノーは次のようにいう。

「ところで、物が害されない場合には、準〔訴権〕でなく、事実訴権が存在する。われわれはこれを事実ごとに、こう説明する、すなわち、法務官たちの裁判権に由来するものであって、〔この〕法の解釈から論証されたものではない、と¹⁶⁴⁾」

訴権の根拠、すなわち裁判権由来という淵源については、ドノーのいうところと、法文 D. 9, 5, 11 の意味するところは合致する。しかしながら、かかる事例がどのようなプロセスを経て集積されてきたかについては、依然として問題が残っている¹⁶⁵⁾。いずれにせよ、しかしそれを本格的に扱うためには、『国法＝市民法論』の法構成の分析をまたなければならない¹⁶⁶⁾¹⁶⁷⁾。

164) Doneau, op. cit. 10, 1, 4, 11: Rebus autem integris in factum actio est, non utilis. Id sic interpretamur in factum: nata ex jurisdictione praetorum, non ex interpretatione legis effecta.

165) 西村, 前掲(『法制史研究33』)論文, 134頁以下で、仮説的にではあったが、「司法判断と法解釈のかかわり」を論じたことがある。参照されたい。

166) そして、かかる知のヨーロッパ的展開を跡づけるためには、ローマの諸法源から一足とびに現代〔ローマ〕法学者たちの法源の分析的諸帰結にたよるのでは充分ではないという認識をもつにいたる。ドノーと同時代の、またドノー以後の「フランス法学」「ウスス・モデルヌス」「ネーデルラント法学」「自然法学」「ドイツ法学」「法典編纂期」というように、それぞれの時代の社会状況のなかでの「国法」法構成理論が、足早にはなく、ゆったりとたどられるべきであろう。そのようにしたうえで、訴権論をめぐる近代現代の学説史は、一定の標識のもとに位置づけられるはずなのである。

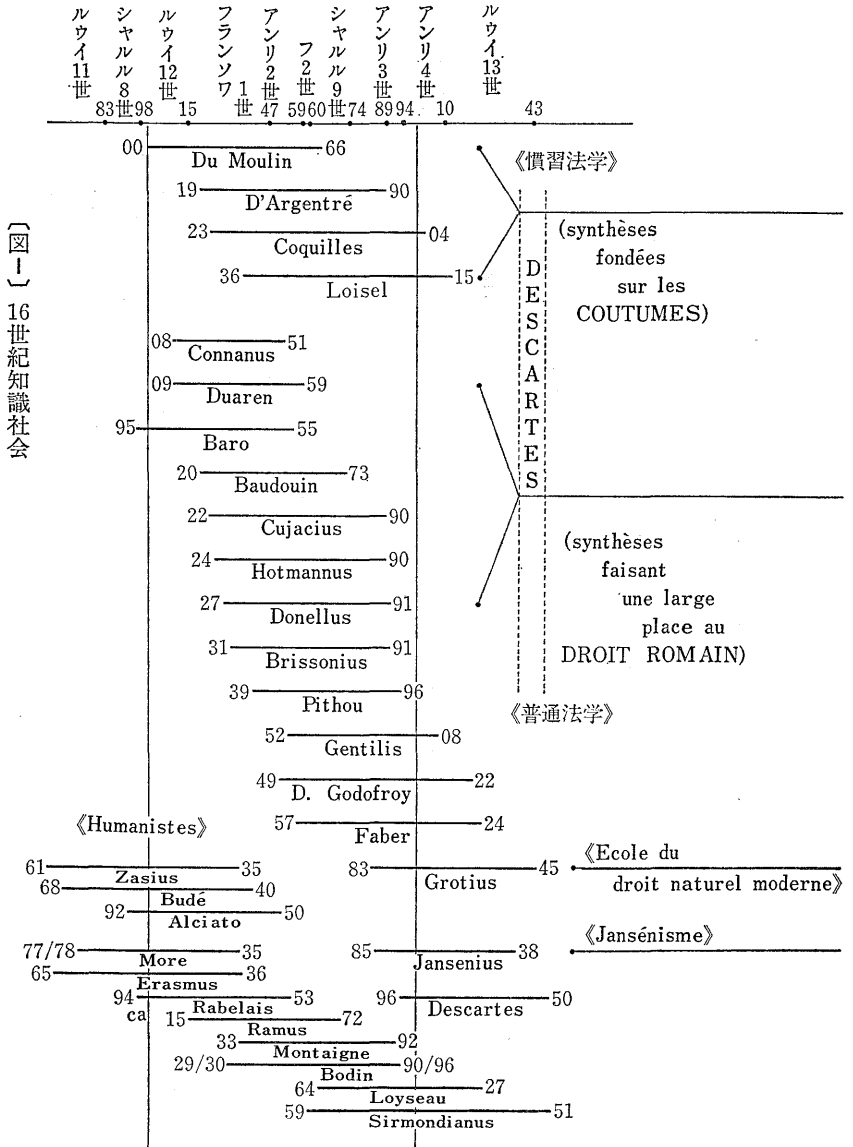
167) 〔資料〕として H・ドノーの主要著作を挙げておく。

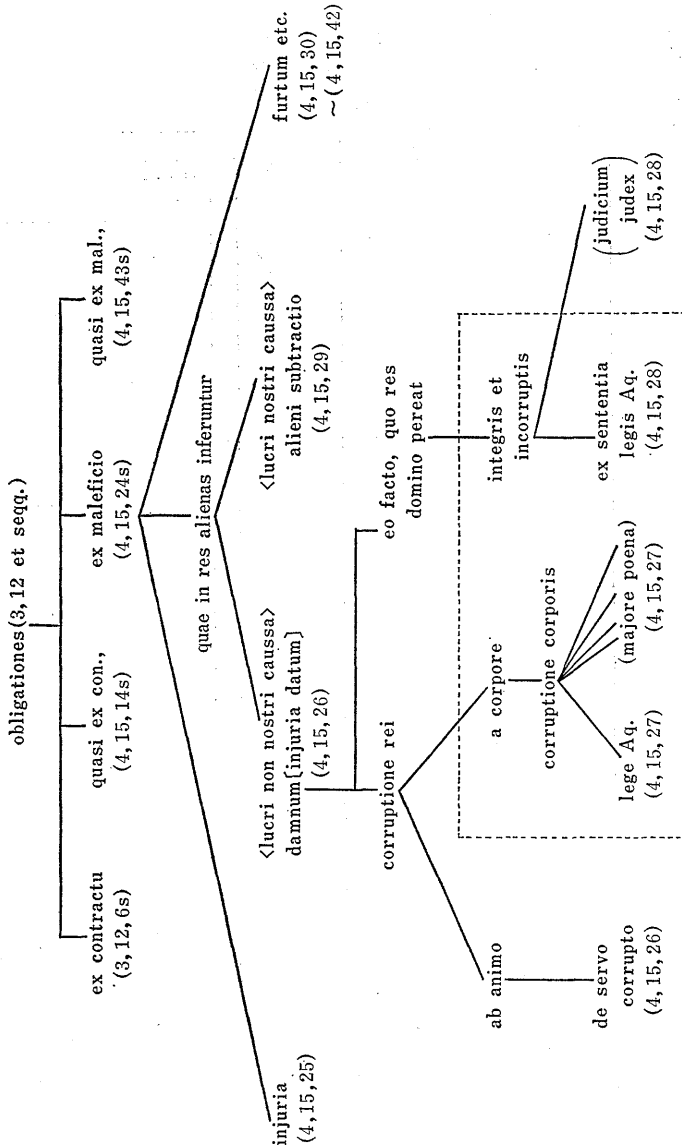
〔資料〕

- (1) In tit. de usuris in Pandectis et sequentem Commentarius, Lugduni 1556
- (2) Tractatus de usuris, fructibus et mora, Parisiis 1556
- (3) De actionibus aedilitiis, Antwerpiae 1584; (cum aliis auctoris Commentariis in libri vicesimi, vicesimi primi, vicesimi secundi Dig. titulos:) Lugduni 1556, 1558; Francofurti 1589, 1599
- (4) In tit. de usuris in Pandectis et sequentem Commentarius, ordine haec capite juris complectens: De usuris et nautico foenore, de fructibus causa, et accessionibus, de mora, nunc recens auctus et recognitus. Eiusdem in tres libros Pandectarum vicesimum, vicesimum primum et vicesimum secundum, Commentarii, Lugduni 1558; Francofurti 1589, 1599
- (5) De pignoribus et hypothecis Commentarius, (cum aliis auctoris Commentariis:) Lugduni 1558; Francofurti 1586, 1589, 1599; (cum Negusantii de Fano, Francisci Balduini, Gabrielis Mudaei Tractatibus ad argumentum:) Coloniae Agrippinae 1569; Venetiis 1570, 1584
- (6) Ad legem Cod. Justiniani de sententiis, quae pro eo quod interest proferuntur, Lutetiae 1561; Heidelbergae 1574; Francofurti 1574, 1579; Altdorfii 1589, (1596?), (1696?); Hanovii 1589, 1596; Lugduni Batavorum 1630
- (7) Ad titulum Digestorum de rebus dubiis Commentarius, Biturigibus 1571; Antwerpiae 1582, 1584
- (8) Commentarii ad tit. Dig. de verborum obligationibus, Francofurti 1572, 1577; (cum auctoris Commentariis absolutissimis in II, III, IV, V, VI, VIII libros Codicis, a Jacobo Schegkio publicatis:) Francofurti 1599/1602, 1622; Heidelbergae 1577
- (9) Commentarii ad titulos Codicis de pactis et transactionibus, Biturigibus 1572; (cum Francisci Hotomani Tractatu ad argumentum:) Parisiis 1573; Coloniae Agrippinae 1574
- (10) Commentarius ad titulum Dig. De praescriptis verbis et in factum actionibus, Heidelbergae 1572, 1573, 1574, 1580; Francofurti 1622
- (11) Commentarii ad aliquas Codicis Justiniani libri secundi, tertii, quarti, septimi, octavi partes, Lugduni Batavorum 1574, 1587; Francofurti 1599, 1620
- (12) Commentarius ad titulum Institutionum de actionibus, Antwerpiae 1581, 1584; Lugduni Batavorum 1584, 1630
- (13) Commentarii ad titulos Digestorum, qui infra scripti sunt: De rebus creditis; si certum petatur et de condictione: de iure iurando; de in litem iurando; de condictione ex lege; de condictione triticaria; de eo quod certo loco dari oportet, Antwerpiae 1582, Francofurti 1626
- (14) Commentarius ad nonnullos titulos Digestorum, Antwerpiae 1583, 1642; Francofurti 1596; Lugduni 1619
- (15) Commentarius ad tit. Dig. de diversis regulis iuris antiqui, Antwerpiae (1583?)

- (16) Tribonianus, sive de veris usucapionum differentiis contra Tribonianum. Antwerpiae (1583?)
- (17) Commentariorum iuris civilis libri viginti octo, in quibus ius civile universum singulari artificio atque doctrina explicatur. Scipio Gentilis recensuit, edidit, posteriores etiam libros supplevit, Liber 1-28, Tomi I-V, Francofurti 1589/96, 1595/97, 1626; Hanoviae 1612; (denuo recensuit atque edidit Joannes Christophorus Koenig et post eiusdem obitum continuavit Carolus Bucher:) Norimbergae 1801/1834
- (18) De evictionibus, Francofurti 1589
- (19) Opera priora: De usuris, de fructibus, de mora, de pignoribus, de aedilicio edicto, de evictionibus et duplae stipulatione, de probationibus, de fide instrumentorum, de testibus. Francofurti 1589
- (20) Tractatus de mora, Hanovii 1600
- (21) Commentarii ad librorum Institutionum Paralipomena, Francofurti 1602
- (22) Commentariorum sive Recitationum ad librum quartum Codicis Justiniani paralipomena, a bibliotheca Hieronimi Reusneri in usum iurisprudentiae studio sorum nunc demum publicata, Cum Praefatione Nicolai Reusneri, Francofurti 1602
- (23) Opuscula postuma, et aliorum quaedam. Ex bibliotheca Scipionis Gentilis, Hanoviae 1604
- (24) Donellus enucleatus, sive Commentarii Hugonis Donelli de iure civili in compendium ita redacti, ut verum nucleum contineant, iurisque artem, quae amplo verborum cortice in illis tecta, apertius exhibeat. Accesserunt plerisque capitibus Notata, quibus seorsim partim quaedam Donello ommissa supplentur, partim aliorum, idem cum illo vel diversum sentientium rationes, pari brevitate excerptae, referuntur et expenduntur. Authore Osvaldo Hilligero, Opus in duas partes divisum, Quarum prior XVI. Libris iuris nostri cognitionem continet: posterior XII. reliquis eius obtinendi rationem complectitur, I-II, (Jenae 1610? 1611/13): Lugduni 1619(I), 1620(II); Antwerpiae 1642(I, II)
- (25) Commentarii absolutissimi ad secundum, tertium, quartum, sextum, octavum librum Codicis Justiniani, tit. quintum lib. XIX Dig. de praescriptis verbis, et tit. primum, lib. XLV. Dig. de verborum obligationibus. Maxima fere ex parte posthumi minima vivo parte nati, a Jacobo Schegkio publicati. I-II, Francofurti (1599/1602), 1622
- (26) Epistola de iure accrescendi, Lugduni Batavorum 1640
- (27) Opera omnia. Commentariorum de iure civili cum notis Osvaldi Hilligeri I-XII. Index, Lucae 1762/1770, Maceratae 1800, Romae 1828/1833, Florentiae 1840/1947 (Tom. I-V Comm. de iure civili, Tom. VI Missellanea, Epistolae, Tom. VII-IX Comm. Cod. Just., Tom. X-XI Comm. in selectos quosdam titulos Dig., Tom. XII Index)

16世紀フランス私法学と体系法学者ドノーの私法理論





〔図 2〕 ドノ一の国法＝市民法論体系