

# 「ローマ法学」のルネサンス的対応

——近世私法学における

H・ドノーの損害(態様)論——

西 村 隆 誉 志

## 目 次

1. はじめに——『国法(=市民法)論』における「損害論」の位置
2. 損 傷——人の精神からの
3. 物損傷——人の肉体・物の実質からの
4. 付加的罰の加重——「加えられた損害」
5. 物の喪失——非破壊損害
6. おわりに——ドノーの私法理論と近世私法学

## 1 はじめに——『国法(=市民法)論』における「損害論」の位置

(1) 本稿は、16世紀フランスの体系的法学者、ユーク・ドノー(1527—91)の私法理論を通じて近世私法学の学問的到達点を解明しようとするものである。これにはすでに2つの拙論による前提作業がある<sup>1)</sup>。そこでも指摘したことではあるが、いま本稿は、ドノーの『国法(=市民法)論』における「損害論」の法構成論理を確かめることを第一義の目的とする。これに引き続いて、H・ドノーに関しては、かれの「法論」の構成理論を検討し、次の17世紀私法に接続する筋道を探し出すことを考えている。さらにヨーロッパ近世の法理論については、ドノーの公的活動の中で、アルベリコ・ジェンティーリ(1552—1608)

---

1) 西村隆誉志「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——」(『獨協法学』第23号, 61頁以下, 1986年), 同「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——」(『帝京法学』第16巻第1号, 101頁以下, 1986年)

との学問的交際、ジャーク・キュジャス(1522—1590)とジャン・ボダン(1529/30—1596)の歴史観のちがい〔公法理論と私法理論を含めたそれ〕、フランソワ・オトマン(1524—1590)、バルナベ・ブリッソン(1531—1591)、それに、フーゴー・グローティウス(1583—1645)、ヨハンネス・フート(1647—1713)らとの対比検討を予定しているし、それにまた、フランス法学という視座では、次の世代のジャン・ドマ(1625—1696)の「<sup>ロワ</sup>法論」との学問的比較も考えているから<sup>2)</sup>、近世法史、近世知識社会におけるドノーの位置の確認ということについては急ぐ必要もないので、まだ先に課題を留保しておく。かかる意味において、本稿をも含む作業は16〔—17〕世紀近世フランス普通法学のもつヨーロッパ的伝統への研究の序説に相当するものである。

(2) ドノーの『国法(=市民法)論』は、この主題については、『全<sup>オベラ・オムニア</sup>集』第4分冊第15巻<sup>トムス</sup>第26、27、28章<sup>リベル</sup>をこれに充てているのであるが、われわれの目的からは、まずその損害論が、かれの不法行為法論の中でいかなる位置づけをあたえられたか、ということが最初の問題として取り上げられるべきであろう。そこでまず序論においては、この問題、すなわち、債権債務関係が不法行為から生じるといふその枠内にいかなるものを取り込まれ、そして、損害がその中にどう位置づけられたかという問題を、いくぶん簡素化して確かめておくことにしたい。

ついで本論において、このように位置づけられた損害論がドノーにおいてはなぜ3つの章に分けて詳論される必要があったのか、その必然的な理由を探究することにしよう。先に記すとすれば、これは、損害論の説明論理枠内で、さらに領域論的法構成をドノーがおこなっていることに起因する。したがって、さらに踏み込むと、そのような領域がどのような諸点を規準として識別されて、そのそれぞれにいかなる主題が盛り込まれることになったか、加えて理論

2) さらにこれにつけ加えておくとすれば、15世紀〔ないしそれ以前〕以来のフランス・ルネサンスの連続性を意識して、ジャーク・ドゥ・レヴィニイ、ピエール・ドゥ・ベルベルシュらからの検討がある。なお断っておくと、本稿の目的からここではまだ現代のローマ法学が到達した諸帰結、あるいはさまざまな議論は考慮外だということである。この時代の諸思潮に関し、『渡辺一夫著作集』第3巻、第4巻、第5巻(筑摩書房、1970—71年)は大きな示唆をあたえる。

導出の根拠とされた法源と説明論理とがどのようなものであったのか、こうした事柄を、先にも述べておいたように、まず綿密に確証しておくことが、本稿の主たる課題対象となっている。

この課題の追究からなにがしか有益な帰結が取り出せたならば、扱う事柄は私法理論の微小な一部にすぎないけれど、それは本稿について予定する先の諸主題の、まぎれもない礎えとなろうはずのものである。

(3)(a) ドノー『国法(＝市民法)論』はもともと全28巻からなる膨大な主著であった。著作の体系構成は、本稿主題にかかわる限りでは、大略次のごとくである<sup>3)</sup>。

3) Hugonis Donelli Jurisconsulti et Antecessoris Opera Omnia. Commentariorum De Jure Civili Tomus Primus [—Tom. V] cum Notis Osualdi Hilligeri. Accedunt Summaria, et Castigationes Theologicae.

ドノーは学修後、1550年代のはじめから教育、執筆活動に入ったとみられ、われわれの調査では、パンデクタエの「利息・果実・遅滞」に関する56年の個別論文が最初である。それ以後の蓄積がシピオーネ・ジェンティーリらの関与で最初全28巻にまとめられたのが、Commentariorum Juris 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 1801/34. であったとみられる。これは、生前に刊行が開始されている。その後、De Jure Civiliは、オスワルド・ヒリガーが校閲補訂をし、前篇16巻、後篇12巻として、まずイエーナ版が刊行され(I—II, Jenae 1610? 1611/13), 以後リヨン版(Lugduni 1619 [I], 1620 [II]), アントワープ版(Antwerpiae 1642 [I, II])と続く。この経過のうちにも、ドノーの他の著作の印行をみたが、『全集 Opera Omnia』として、今日われわれが手にしうるのは、Opera Omnia. Commentariorum De Jure Civili cum Notis Osualdi Hilligeri I—XII, Index. であり、これは、ルッカ版(Lucaae 1762/70), マチエラータ版(Maceratae 1800), ローマ版(Romae 1828/33), フィレンツェ版(Florentiae 1840/47)と版を重ねた。

本稿ではローマ版(Romae MDCCCXXVIIIff. Typis Josephi Salviucci.)を使用した。フィレンツェ版(Florentiae Ad Signum Clii MDCCCXLII.)でも第4分冊について確認した。第10分冊に関しては、マチエラータ版(Maceratae MDCCCXXII. Ex Officina Benedicti q. Antonii Cortesi.)を使うことができたが、これについてはフィレンツェ版でも確かめることができた。われわれに関連するところでは大きく補正されているような箇所はみあたらなかった。なお、Tomi I—V. (De Jure Civili Liber I—XXII)の全体構成は、今後の分析に要らぬ予断をあたえるといけな

債権債務関係法は、その第3分冊第12巻より始まり、第15巻の中途まで（第13章まで）契約から生じる債権債務関係 *obligationes ex contractu* が取り扱われている。すでにこの第15巻は、『全集』第4分冊に組み込まれており、第15巻第14章以下の数章は、類契約から生じる債権債務関係 *obligationes quasi ex contractu* に充てられる。そうして、これに引き続きその第24章より、不法行為から生じる債権債務関係、さらにその第43章より、類不法行為から生じる債権債務関係（それぞれ、*ex maleficio*, *quasi ex maleficio* である）が扱われ<sup>4)</sup>、

から、簡単な法領域を示す概念でくくることはしないでおう。Tom. I (Lib. I-V) Tom. II (Lib. VI-IX) Tom. III (Lib. X-XIV) Tom. IV (Lib. XV-XVII) Tom. V (Lib. XVIII-XXII) という分冊の区分は、おそらく便宜的なものだったろうと思われるのである。なお入手の困難を考慮して、ラテン語原文をいわず引用する。西村，前掲（帝京法学16-1）論文，110頁以下も参照されたい。

- 4) 「マレフィキウム」と「デリクトゥム」との微妙な差異，「クリメン」「ペッカトゥム」との異同に関しては、第24章の第2〔節〕でまとめて詳論している（第24章「われわれを私的に義務づけているのはどのような不法行為か，不法行為から発生する債権債務関係について」〔II. マレフィキウムとはなにか，クリメンとはなにか，デリクトゥムとはなにか，マレフィキウムはこれら両者とどんな点でちがっているか〕——各節の目次はO・ヒリガーの付したもの）。その議論を要約すると、次のようである。マレフィキウムとクリメンとは基本的に対立する。すなわち、マレフィキウムは、金銭的に訴が提起される場合であり、これをデリクトゥムとも呼ぶことがあるのに対し、刑事罰のおよび特別審理手続上の場合にはクリメンと呼んできた（ディーゲスタ中の標題 *De privatis delictis, et de extraordinariis criminibus* を参照するよう指示している）。かかる意味で、マレフィキウムはデリクトゥムでありペッカトゥムであるとされるのだが、クリメンとは種と類がちがうほどに異なるともしている。つまり、デリクトゥムというのは「類」であって、このことばの意味するところは、「神の法と同時にわれわれの心にきざみ込まれたかの自然の法に反するところのあらゆる行為または不作為」（*factum id omne aut omissum, quod est contra legem Dei eandemque legem naturae mentibus nostris inscriptam*）である。かの法は永遠なるものを命じており、デリクトゥムとは、なにかをなして、そのことによってわれわれがこの命令からそれるということであって、「神からわれわれの本性に導かれた尊厳性をおかす場合」（*ubi dignitatem a Deo naturae nostrae inditam violamus*）なのである。したがって、これは主として神を相手に、またわれわれ〔人間〕自身すらも相手にいわれることであって、他者を相手にだけでないことが明らかである。ペッカトゥムはこれに類する。しかし、マレフィキウムはもっぱら他者を相手にいわれることばであるから、これはデリクトゥムの「種」なのである。同じように、公の法によって用意された「デリクトゥムの回復のための」（*ad vindictam delicti*）告発を有する「種」がクリメンだとされたのである。（cfr. 4, 15, 24, 2）

これに、未発生損害 *de damno infecto* などを加えて論じることにより、第15巻を閉じている。第4分冊の第16巻に入ると、もはや別主題となるから、要するに、われわれの分析検討の対象は、『国法（＝市民法）論』を収録した『全集』の第4分冊第15巻第24章から第42章までの中に含まれていることになる。

(3)(b) さらにそれは、次のような構成をとっている。

第24章で、ドノーは不法行為から生じる債権債務関係の論述の開始を提示する<sup>5)</sup>。この「第3の類<sup>グヌス</sup>」は、「最大の区分」*divisio summa* にもとづくもので、契約からも類契約からもひじょうにかけ離れた「類」であることを示し、この「類」によって拘束されるのは、「自分の意に反してなにかをおかした者で、しかもそうしようとは少しも意図していない場合」だとして、一般的な述べ方をする<sup>6)</sup>。ここでいわれていることの含意は、不法行為論全体のうちから明らかにされる必要があるだろうから、いましばらくそれは措くことにする。

第25章にすすんで、まず不法行為の一類型、「インユーリア（身体侵害）」が議論されているのであるが、これについては、すでに言及したこと<sup>7)</sup> 以上には分析が済んでいないので、なぜ議論がインユーリアから開始されたか、これを含む第25章と次の第26章がどのような牽連関係でおさまっているかについての詳細は、なお機会があれば論じることにする。

かくして、第26章に至って、ここで初めて「他人の物」に対する不法行為の種類を問うことになる。このカテゴリーのもとで一括された不法行為の類<sup>グネラ</sup>は、2つであるとされる。それらが、「損害<sup>グムヌム</sup>」と「他人のものの奪取<sup>アリエニス・スプトウラグティオ</sup>」なのであった。このそれぞれを章立て構成にのみみてみると、前者については、第26章の

5) H. Doneau, *Opera Omnia*. Tom. IV, De Jure Civili, Lib. XV, Cap. XXIV, [Sec] I, coll. 197—198. (以下、4, 15, 24, 1 のように略記することにし、版によりちがうので、頁数はときに省略することがある。)[「I. 不法行為にもとづく債権債務関係への論の転換」あらゆる債権債務関係が生じる諸原因についての第3の類は、最大の区分においては、不法行為であった [Inst. 3, 13, 2]」(*Tertium genus earum caussarum, ex quibus omnis obligatio nascitur, fuit in divisione summa maleficium.*)

6) Doneau, 4, 15, 24, 1: Quo genere quid deliquerunt inviti et nihil tale cogitantes obligantur.

7) 西村, 前掲(帝京法学16—1)論文, 164頁, 註(23) 参照。

次節以下で論じられ、それは、すでにふれたとおり、次の第27章と第28章にまたがっていて、後者は、第29章から各論的叙述を含みつつ論じられているのである<sup>8)</sup>。ちなみに示しておけば、第30章以下は、窃盗・横領物、強盗・暴力強奪物、占有侵奪・占有訴権、特示命令・占有附与のほか、第42章までに、詐欺、強迫、故（悪）意を入れた構成をとるのである。

われわれの関心からすると、第29章「奪取」が実質的に損害といかなる関係に立っているのかということ、奪取（第29章）以下の各章は、上の法構成という点に限って、奪取とどうかかわっているかという2点である。ここではもっぱら前者につき論じることとし、後者の点は、『国法（＝市民法）論』における損害論の位置を内容的に確認したのち改めて取り上げ、かの一般的な「奪取論」との関連で問題にする、という機会にゆだねることにしよう。

(4)(a) 「損害と奪取」という2つの法カテゴリーは、実際ひとつの事柄から派生し、枝分かれしてきたものである。

それがなんであるかは、すでに述べたように、「他人の物」、または財<sup>パトリモニウム</sup>に対してなんらかの不法行為が惹起するとしたならば、「それはだれによって奪われるのか」、あるいは「いかなる財が減少、縮減されたのか」ということにある。そこで、ここから不法行為の類として、この他人のもののから奪取すること、その財を減少せしめることに存している2つの「ラティオ」に対応するように、2「類」を抽出しうることになる。

ドノーは、紀元後2世紀の法学者パウルの語源論<sup>9)</sup>を基本的には認めつつ、「他人の有する」物にかかわっては、「原因」<sup>カウッサ</sup>のちがいに着目すべきことを指摘した。それが「利得」<sup>ルグラム</sup>ということである。「われわれの利得のため」<sup>ルグラム・ノストロ・カウッサ</sup>に相手になにかをなす場合、正確に言えば、相手方の物に損失をあたえるという不法行

8) たしかに、第29章の第1〔節〕で、論の転換を告げて、「不法に加えられた損害」に関する議論の要約をおこなっている。そしてさらに、同章第3〔節〕では、次章以下への導入のために、簡略な議論をおいているので、第29章の短い記述が前後を分かち位置に据えられたことは明らかである。この後者の課題は、最後の章において（とくに註141）略述することになろう。

9) Paul. D. 39, 2, 3 (47 ad ed.): Damnum et damnatio ab ademtionem et quasi deminutionem patrimonii dicta sunt. 「ダムヌムとダムナティオは、奪取およびあたかも財の縮減のごときに由来していわれてきた。」

為と、「われわれのなんらの利得も原因とせず」他人の物から減少を生ぜしめるといふ不法行為とは識別される必要があるのである。

ところで周知のように、アリストテレスは、「徳論」における正義の問題を論じるにあたって、被害が計量される場合、一方が「利得」、他方が「損害(失)」と呼ばれる、といい、そして、これらはそれぞれ反対的な仕方における「過多」と「過少」にほかならないから、人間の相互交渉における「正」の状態、すなわち「均等」という「中」を回復するために、「匡正」の働きがあるとしてもいた<sup>10)</sup>。

(4)(b) ドノーの考え方をこれに対比することが許されるなら、利得のためにする奪取が、本来の意味における「奪取」であり、損失を相手にあたえることになるのであるが、これと同じ根から派生するもので、これとは異なっており、相手に損失をあたえはするものの、自己の利得のためにするのでない奪取という観念が取り出されるのである。まさしく、このことによって、「損害」は定義されるのである。そうして、前者の不法行為がいくつかのそれに固有な「種」をもっていることも明らかにされ、それには、物奪取すなわち窃盗 *furtum*、強盗 *rapina*、強要 *extorsio*、強迫による不法利得 *conscussio* その他が属している。その帰属の指標が、他人のものの奪取ということと、自己の財に取り込むことなのである<sup>11)</sup>。

これに対し、「損害」とはひとつの不法行為であり、それに固有な不法行為の「種」をもっていない。しかしながら、この不法行為は、どんな態様で生じるかに応じて、無名称なままに二様の形をとって惹起される。ドノーの整序するところによれば、無名称とはいえども、それを識別する具体的な指標があり、一方は、[他人の]物の損傷によるものであり、他方は、それがなく状態、つまり物そのものは害されず、損なわれないままで、なお損害が惹き起

10) 高田三郎訳『アリストテレス ニコマコス倫理学』第5巻4(岩波文庫、上巻)、1132 a. 参照。

11) Doneau, 4, 15, 26, 2; Id., 4, 15, 29, 2 et 3. なおこの峻別が民刑の分離に接続するか否か、考えてみる価値はあると思う。

こされるものである<sup>12)</sup>。そこで前者には、おそらく具体的な行為類型のさまざまなものが属すであろう。しかし、ドノーにとって、かかる行為の類型化は、それじたいとしては必要でなく、若干が例示的に示されるにすぎない<sup>13)</sup>。所有者の立場からすれば、相手方の行為じたいがどうであれ、物の破<sup>インデリトウス</sup>滅<sup>コル</sup>または損<sup>ルプティオ</sup>傷に被害の感情が結びつくのである。

これに対して後者における損害は、自身の手もとから物が離脱し消え失せるような結果をまねいた行為<sup>14)</sup>に結びつけられるのである。ドノーの法構成の意識のもとでは、これらのいずれが本源的なものかをたどる必要はなく、ひとしく対置せられる性質をもっていた。先の具体的な行為の種類挙示が、より古い文献資料から取り出されているとしても、損害という観念の歴史性にかかわってこない。むしろ、ドノーにあっては、古典古代の法曹たちがこの点を正しく認識していなかったとする見方に立って、損害二領域峻別の論理を展開したのである。

## 2 損 傷——人の精神からの

(1) ドノーが二様の態様において「損害」が惹き起こされるとして「損害」の法構成論を展開するからには、すでに析出していたうちのひとつ、すなわち

12) ちなみに、ローマ法学とその継承者はこれらを渾然一体のものとして扱ってきた。本稿の本論「2ないし4」は前者を、また「5」は後者を取り扱おうとするものである。

13) これらは古ローマの12表法に淵源をもつものと実証されている、きわめて古い個別行為の種類である。Doneau, 4, 15, 26, 2: ...ut cum quid alieni interimitur, uritur, frangitur, rumpitur.「たとえば、他人のなにかある物が殺され、焼かれ、折られ、破壊される場合のごとく……。」

14) ドノーがここで実例として挙げるのは、「もしある者が他人の指輪を川に落とした場合」(Si anulum alienum in flumen quis dejecerit)と「もし動物が足枷を解き放ちその結果逃走した場合」(Si animal compendium [compeditum?] solverit, ut fugeret)であるが、後述するとおり、これはドノーがこの態様の損害から抽出した2つの類のうちの一方のみを指示するものとなっている。ここにはおそらく他意はなくより容易に認識しうるところから接近したものだと考えてよい。cfr. Doneau, 4, 15, 26, 2.



「他人の物の損傷」によって損害が惹起されるという場合について、ただちに論を進めればよかったはずであった。しかしながら、ドノーの法的構成はこの点で緻密であった。それは、核心的に論じるべき「物の損傷」の通念的な部分に対して、不可欠な前提作業をほどこしているからである。

<sup>ア・ア・ニモ</sup>精神からの損傷がそれである。他人の物というカテゴリーに、他人の所有権のもとにある奴隷がたしかに含まれていたという点はそれほど重要ではなく、ドノーがこれを前置した意図は、むしろ「損傷」という概念が一定の広がりをもつこと、および、その被害救済の仕方に等質性があること、これらの点を明確に示すということにあった。精神からの損傷とは、当該人間の性格が損なわれることであり、そのことにもとづいてなんらかの損害がその所有主<sup>モレウス</sup>に惹き起こされた場合である。所有主はこれに対する所有権<sup>ドミニウム</sup>を根拠にしてある種の訴権をもつことができたのである。

(2) ローマ法学は、墮落せられた奴隷に関して、すでに倍額の訴権を発展させていた。西暦6世紀初頭の文献資料<sup>ディーグス</sup>『学説集』に採録されている、2—3世紀の法学者ウルピアヌスの<sup>アド・エディクトウム</sup>『告示 注解』第23巻に、この訴権を定立した<sup>プラエトル</sup>法務官告示の文言が生形で伝えられている<sup>15)</sup>。同様に、この種のものから生じる債権債務関係とこれに関する迫行主体の倍額訴権は、ユスティニアヌス帝<sup>インスティトゥーティオーネス</sup>の『法学提要』のある箇所においても確認しうるのである<sup>16)</sup>。これらの諸史料を総合すれば、ここで生じる債権債務関係は、発展した形では次のようなものとして認識されていたようである。

「墮落」 corruptus とは、男女いずれであれ奴隷が、ある者によって解き放

15) Ulp. D. 11, 3, 1pr. (23 ad ed.) : Ait praetor : 'Qui servum servam alienum alienam recepissee persuasisseve quid ei dicetur dolo malo, quo eum eam deteriore faceret, in eum quanti ea res erit in duplum iudicium dabo.'

16) Inst. 4, 6, 23 : In duplum agimus veluti furti nec manifesti, damni iniuria ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam casibus : item servi corrupti, quae competit in eum, cuius hortatu consiliove servus alienus fugerit aut contumax adversus dominum factus est aut luxuriose vivere coeperit aut denique quolibet modo deterior factus sit (in qua actione etiam earum rerum, quas fugiendo servus abstulit, aestimatio deducitur) : item ex legato, quod venerabilibus locis relictum est, secundum ea quae supra diximus.

たれ (recepisse) またはそそのかされ (persuasisse) て、たとえば、逃げ出したり、所有主に対し従順でなくなったり、生活がぜいたくになったなどにみられるように、本来備えていたその奴隷の品行性格をより悪くされた場合と捉えられた。この観念は、『パウルス意見録』<sup>パウリ・センテンティアエ</sup>第1巻にもみられるような「凌辱」とは異なっている<sup>17)</sup>。このように、なにかを促し (hortatu) また吹き込んだ (consilio) ことが悪意による (dolo malo) ものと観念されて、この結果生じた損害の回収を求める所有主には、この者を相手方とする倍額訴権が用意されている、とするのが、この法務官告示の趣旨であったのである。

そこで、損害の評価がなにかにかかわっているか、その基礎に据えられるものもとの状態がなんであるか、また倍額訴権の意義や適用範囲の拡がりなどの、法 (告示) 解釈プロセスの問題は先におくとして、ここでは、法定立された「<sup>コルムペレ</sup>墮落」というカテゴリーが、比較的包括的抽象的な「悪化」(deterior factum esse) というカテゴリーで〔少なくともユ帝法に伝えられる限り〕捉えかえされていた、という点に注意したいと思う<sup>18)</sup>。

(3)(a) さて、自己の所有権のもとにある奴隷が他人によって悪化されたとい

17) PS. 1, 13, 5 : Deteriorem seruū facit, qui fugam suaserit et qui furtum, et qui mores eius corpusue corruperit. 6 : Qui ancillam alienam uirginem immaturam corruperit, poena legis Aquiliae tenebitur. cfr. IP. Ad §§. 5, 6. Hae duae secundum legem Aquiliam similem poenam habent, ut cum his, quae animo vel corpore corruperunt, alia similia huiusmodi praesumptores exsolvant. (Die Interpretatio zu den Paulussentenzen, hrsg. von Max Kaser u. Fritz Schwarz, Köln/Graz 1956, S. 13)

18) PS. 1, 13, 5 の捉え方によれば、「コルムペレ」概念が精神的にも (mores) 肉体的にも (corpus) 妥当し、ともに「悪化」でくくられている。これは IP. でも同様である。ただし、ドノーの構成論理を追うこの場では、PS. (IP. をも含めて) という文献史料の位置づけから考えてみなければならないことではある。cfr. Doneau, Opera Omnia. Tom. 1, Commentariorum De Jure Civili, Lib. 1, Cap. XI (Jus civile Romanorum post compositionem Justiniani certis voluminibus contineri. Quibus : et de eorum librorum auctoritate.) これによると、史料としての PS. はまだ認識されていないようなのである。史料校訂がようやく 16 世紀に緒についたばかりだという事情があるからかもしれない。cfr. Fontes Ivris Romani Antejustiniani II, (ed. Johannes Baviere et al. Florentiae 1968) p. 319.; Hans Erich Troje, Humanistische Kommentierungen klassischer Juristenschriften, in: Ius Commune IV Frankfurt/Main 1972, S. 53 ff.

うことを原因として（ドノーによれば、ob corruptelam）、所有主に損失が生じた場合、一定の範囲の損害に限って回収を求める訴を提起しえたのであるが、この訴権は、所有権およびパトリモニウムの性質にてらして、所有権者以外の者に訴追資格は認められていなかった。すなわち、訴権は所有権者のために定立されたものなのであった。このような意味からして、後述のごとく、<sup>アクティオ・レギス・アクワイアエーリウス</sup>法訴権と軌を一にするように<sup>19)</sup>、法（告示）によって定立された本来<sup>アクティオ・ダイレクタ</sup>的直接訴権の性格を備えている。この場合おそらく、「悪意」それじたいの証明は要らなかったと思われる。けだし事柄は、前述のような他人の一定の行為がもとの状態の悪化を惹き起こしたという事実問題にかかっているからである<sup>20)</sup>。

このようにして生じた損失のうち、法がなにを「損害」として認めたかを明らかにすることは、原告側損害評価にかかわって重要である。告示文言によれば、明示された損害は、ただ「この物がどれほどの価値のものであるか」について評価することが許されていた<sup>21)</sup>。ドノーの解釈によれば<sup>22)</sup>、「奴隷が墮落したがゆえに〔その〕所有主に加えられた一切の損害」ということを含意する。倍額は付加罰である。とくに断っているように損なわれてのち、価値が減少し出した奴隷そのものの評価だけをいうのではないのである。そこで、ドノーがこのような意義を見出したとする根拠となったディーゲスタ法文史料<sup>23)</sup>に

19) このことは、Gai. D. 9, 2, 2pr. (7 ad ed. provinc.) および Ulp. D. eod, 11, 6 (18 ad ed.) の2史料から明らかであった。

20) この点、ドノーの論証でないことはやはり断っておきたいと思う。

21) 註15を参照 [quanti ea res erit]。

22) Doneau, 4, 15, 26, 5 : omne damnum, quod propter corru[m]ptelam servi domino contigit.

23) ドノーの援用する史料は次のものである。① Neratius/Ulp. D. 11, 3, 9, 3 (23 ad ed.) : Sed quaestionis est, aestimatio utrum eius dumtaxat fieri debeat, quod servus in corpore vel in animo damni senserit, hoc est quanto vilior servus factus sit, an vero et ceterorum. et Neratius ait tanti condemnandum corruptorem, quanti servus ob id, quod subpertus sit, minoris sit.

② Paul. D. 11, 3, 10 (19 ad ed.) : In hoc iudicium etiam rerum aestimatio venit, quas secum servus abstulit, quia omne damnum duplatur, neque intererit, ad eum perlatae fuerint res an ad alium sive etiam consumptae sint: etenim iustus est eum teneri, qui princeps fuerit delicti, quam eum quaeri, ad quem res perlatae sunt.

戻ってみると、具体的に次のことが判明する。

(3)(b) パウルス文から、不法行為に問われるのは奴隷に逃走を促し吹き込んだ主たる者だという明瞭な準則に立つと、逃亡奴隷がこの際、ついでにもち去った物の評価は、奴隷の手もとにあるにしる他者に渡ったにしる、損害評価に入ってくる。同様に、物を消費した場合もかわりはない。ドノーはここからさらに、墮落せられた奴隷が<sup>ディラビデーレ</sup>濫費してしまった物の評価も加わってくるとするようである<sup>24)</sup>。また、ウルピアヌスが墮落せられた奴隷が現実に<sup>ワイリオル</sup>安価になったことについての評価をするべきなのか、他の事柄なのかという設問をした際に、同じ史料で伝えられた1世紀の法学者ネラーティウスの所説によれば、墮落させた者が有責に問われるのは、奴隷がそそのかされた〔もしくは損害を受けた<sup>25)</sup>〕ことを原因として、価値がどれほど低くなっているかについて、とされたのである。そこで、ドノーは、これを当該奴隷の<sup>オベラ</sup>労働力の価値換算評価と解し、さらに敷衍して、奴隷が<sup>エマネレ</sup>逃走したり怠惰者になったことで所有主が欠くことになった分だとするのである。注意しなければならないことは、肉体的な奴隷損壊に関しては、別の訴権が用意されている、ということである。なお、いかなる名目においても奴隷自身が訴権をもつことはないことを、後述との関連で先に断っておきたいと思う。さらにまた、所有主に訴権が定立され、損害の評価がなされうるのは、所有権にもとづいて奴隷がパトリモニウムの性格のものであるということ、換言すれば、ここではむしろプロプリエタースの法にもとづくものであって、ポテスタースの法にもとづくとはされていない、ということをも確認しておきたい。

(4) ところで、以上のごとく構成された法が適用範囲の拡がりをもつとすれば、それは一定の人および物に対して<sup>ポテスタース</sup>支配的権力を有している「家長」の存在であろうことは、ただちに想起しうることである。その際、これを上の法構成

24) Doneau, 4, 15, 26, 5: ...aestimatio rerum, quas fugiens servus secum abstulit, aut quas dilapidavit corruptus...

25) これは、註23のラテン語原文中の、quod subpertus sit の解釈にかかわる。Vocabularium Iurisprudentiae Romanae [=VIR], Tom. V, Berolini 1939, col. 711, s. v. subperior によれば、ディーゲスタではここにもみ現れることばであり、damnum pati? と解している。

に組み込むとすれば、どのような「損害」をいかなる説明論理で捉えうるかが課題となるのである。

(5) 法は奴隷に関してその所有主に〔告示にもとづく〕直接訴権の援用を認めていた。

もし家息が他人によって、その精神（＝性格品行）から墮落せられたという場合、奴隷の事例と同じように構成しうるのであろうか。また家娘の場合はどうか。家母（妻）、または奴婢、召使、家令・家人、修道士をこの中に組み込める余地はあったか。これは同時に、まずもって家政的社會の規律にかかわってこようが、政治的社會にかかわっても生起する。しかしながら、さしあたりわれわれは、これを「家」共同体に限局して考察してもさしつかえないと思われる。けだし、自律した個人たる「家長」〔なかでも父親〕の「損害」は自身自身と家〔族〕経営の一翼を担う家族員について意識されるのがつねだからである。父としての権力、夫としての権力、そして主人としての権力、このことに依拠して支配権にもとづいて訴権をもちうるかどうか、そう構成できるかどうか、できるとすればその説明論理はどう展開されるのが問題なのである。

奴隷は他人<sup>レス・アリエナ</sup>の物であり、だれかの所有権に服している。しかし、家息は「自由人」であり、父親の所有権のもとになく、いわんやだれのものでもない。また、だれかの所有権に服しているという法関係は、ドノーによれば<sup>26)</sup>、2つの事柄が存しているということ、すなわちひとつには占有する者、もうひとつには所持される者が必要であり、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から、自由人〔たる家息〕が自身を所有することもありえない。けだし、同一の人格にあって、その2つを兼ね備えることは私的ポテスタースの法に関する限りはないからである。

しかしながら、家長は、ちょうど主人としてまた所有主として奴隷や家畜など<sup>ファミリウム</sup>に対して支配権をもつように、父親として家息に対して<sup>ポテスタース</sup>支配的権力をもって

26) これはかの『財産侵害(＝アクィーリウス法)論』で示された論理である。Doneau, Opera Omnia. Tom. X, Commentariorum in Selectos Quosdam Titulos Digestorum vol. 1, Comment. ad Tit. D. Ad Legem Aquiliam, Cap. II, [§.] 4. 西村, 前掲(獨協法学23)論文, 73頁以下参照。

いる。この家<sup>パトリア・ポテスタース</sup>長権について、ドノーの理解するところによれば、ローマ法学は、一定の法関係においては所有権類似の考え方を示してきたという。

「ところでしかし、家長権については、ローマ法において、家息はある程度<sup>クオーダムモ</sup>は父親のもの<sup>フ・エツセ・パトリス</sup>であるとみられる、というように考えられている<sup>27)</sup>」

ドノーが根拠法文とする2つの法源史料<sup>28)</sup>によれば、父親は、家<sup>ドムス</sup>〔族員〕の尊厳と名誉を健全に保つ<sup>ドミヌス</sup>ために、「家の長」として損害が自分自身に加えられたことを証明しようと一般に考えられていた。もっとも、この法文においてポムポニウスの指摘にあるように、この回<sup>ウインディカーレ</sup>収の根拠となりうるのは、古ローマ法におけるクィリーテースの権<sup>ユース</sup>であり、請求の原因を導き出す根拠は<sup>カウツサ</sup>このことによるものであった。したがって、「自身の家息」であって「権力のものとある」場合に限って、〔所有物の〕回収請求はなしえたわけである。

(6) ところでこの財産法上の法論理がここに適用できるかどうかである。まず、例の家息について検討してみよう。

かの告示は、この種の損害が惹き起こされた場合に、損害が回収されることを大前提としていた。ドノーはそれをこう表現している。

「もちろん、われわれのものでない奴隷は、ちょうど所有権<sup>ドミニウム</sup>のもとにあり、かつ所有権者の財<sup>パトリモニウム</sup>産中にある者のように、他人の物である。よって、かかる事情のもとで、奴隷が損傷されたことによってなんらかの損害が加え

27) Doneau, 4, 15, 26, 7, col. 221.: Verumtamen jure Romano propter patriam potestatem sic habetur filiusfamilias, ut quodammodo existimetur esse patris.

28) ① Pomponius/Ulp. D. 6, 1, 1, 2 (16 ad ed.): Per hanc autem actionem liberae personae, quae sunt iuris nostri, ut puta liberi qui sunt in potestate, non petuntur: petuntur igitur aut praeiudiciis aut interdictis aut cognitione praetoria, et ita Pomponius libro trigensimo septimo: nisi forte, inquit, adiecta causa quis vindicet: si quis ita petit filium suum vel in potestate ex iure Romano, videtur mihi et Pomponius consentire recte eum egisse: ait enim adiecta causa ex lege Quiritium vindicare posse.

② Paul. D. 11, 3, 14, 1 (19 ad ed.): De filio filiave familias corruptis huic edicto locus non est, quia servi corrupti constituta actio est, qui in patrimonio nostro esset, et pauperiorem se factum esse dominus probare potest dignitate et fama domus integra manente: sed utilis competit officio iudicis aestimanda, quoniam interest nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi.

られた場合には、〔所有〕物にして自己の財産から奪われたものを所有権者が追求するというのは、正当なことである<sup>29)</sup>」

しかしながら、このような法（告示）の趣旨にもかかわらず、家息には所有者は存在しておらず、そしてまた自由人じしんが自己の所有者である、という法論理説明が展開されたこともかつてなかったことである。そこで、家息が損害を受けて、現にそこに不法行為が生じているという事実と、告示の規定文言解釈からは、どうしても救済を構成しえないということの接点に対し、右の告示（法）の意味内容、すなわち法の趣旨・精神にもとづいて準<sup>センテンティア</sup>訴<sup>アクティオ・ウーティリス</sup>権なる訴権が附与されたのであった。その結果、いかなるものが評価されうるかがきわめて重要な要素になってくるのではあるが、ともかくも家息に関しては準訴権があるとされたのである。

(7)(a) ドノーの『財産侵害（＝アクティーリウス法）論』における説明論理では、この準訴権をだれがもつかについて、ひじょうにまわりくどい論旨を展開していた。自由人たる家息は自己の名義<sup>ス・オ・ノミネ</sup>で準訴権をもつが、訴訟主体となりえないので、その父親が息子の人格<sup>ペルソナ</sup>にもとづいて同一の訴権をもつことになるだろう、というようにである<sup>30)</sup>。

『国法（＝市民法）論』における説明も、後述するところ、およびその根拠法文の同一からみて、基本的な論理構成を崩していない。しかし結局、現実には、家息が訴訟主体になりえないことは押し出さずに、評価のむずかしさを考慮<sup>コルパス</sup>して（「けだし、自由人の身体は、評価を受け容れないから<sup>31)</sup>」）、この原因<sup>カウサ</sup>のために父親が蒙って、そして評価が可能な損害に限って、父親に準訴権<sup>ウーティリス</sup>があるとしたのである。

(7)(b) もう少し厳密にこれをみてみると、その説明の手続はこうである。

先に指摘したように、父親がクイーリースの権にもとづいて〔すなわ

29) Doneau, 4, 15, 26, 7, col. 220 : Quippe servus non noster res aliena est, ut qui sit in dominio et patrimonio domini. Ideo si quid hic servo corrupto damni datum est, merito ut rei et patrimonio suo detractum dominus persequitur.

30) 西村, 前掲(獨協法学23)論文, 75頁以下, とくに77頁参照。

31) これは, Gai. D. 9, 3, 7 (6 ad ed. provinc.) 末尾に所在する。本文後掲の原文参照。

ち、これにもとづいて請求原因が父親に存する場合に限り], 家息を回収 することができ、というのが財産法上の (加えて相続法上の) 一般的考え方であった。父親には家息について〔奴隷と〕同じように損傷またはより悪化させた者を相手どって訴権が認められたが、この訴権は、奴隷の場合の本来的直接<sup>アクティオ・ディレクタ</sup>訴権とはちがって、告示 (法) の解釈、つまり、なにがこの告示の趣旨であったかを明らかにして導出されたものであり、かかる意味において、もとから<sup>クワテリリス</sup>準訴権であった。

ついで、ドノーは、損害評価にかかわって、この訴権の性格を次のように分析している<sup>32)</sup>。

奴隷の場合には、損なわれてのちに価値が減少し出した奴隷じたいの評価が可能であった。けだしそれは、市場における交換価値が客観的に計算しうるからである。これに対して、そもそも自由人は、2世紀の法学者ガーイウスの証言 D. 9, 3, 7 (6 ad ed. provinc.) にもみるように、その個体の評価を受け容れないものである。したがって、両訴権にそれぞれ入り込んでくる評価的損害はおのずから異なり、かくして、家息についての準訴権には、家息そのものがどれほど無能力になろうともその個体の評価的差額を算出する手だてがないので、その部分がここに入ってくることはない。しかしながら、その残余の部分については考慮される余地が残されている。

先にドノーは奴隷について、たとえば、逃げ出した際、いっしょにもち去った物や消費した物、また浪費するようになった場合のその物の評価など、約言すると、このような事情のもとで、所有主が欠くこととなった部分であることを立証した<sup>33)</sup>。そこには当然のことだが、労働奴隷として提供していた労働力の価値も入っていた。同様に、家息についてもドノーは、「この原因 (家息が他人によって悪化されたということ) のために、父親として蒙ったもので、かつ評価されうるところの残り一切のもの<sup>34)</sup>」が、損害として組み込まれると考えた。しかるに、具体的にそれをなんと考えればよいか。ドノーがそれを明ら

32) Doneau, 4, 15, 26, 7, coll. 221—222.

33) 前述(3)の(b)をみられたい。

34) Doneau, 4, 15, 26, 7: ...reliquum damnum omne, quod pater ob eam caussam passus est, et potest aestimari.



かにするために援用した根拠法文から検討してみよう。それは、ガーイウスの一法文に存在する。

「なにかある物が落下しまたは流出したということにより、自由人の身体が傷つけられた場合、審判人は支払われた治療費ならびに看護に要したその他の費用を計算し、さらにそのうえに、かれが役に立たなくされたことで、現に欠いてしまい、あるいは将来欠くことになるだろう労働力の〔評価を〕計算に入れる。しかしながら、自由人の身体はいかなる評価をも受け容れないので、傷痕とか変形痕については、一切評価はなされない<sup>35)</sup>」

父親は健全な家〔族〕経営において家息を有効に使っていた。そこには家長としての私的ポテスタースの法がはたらく。しかしながら、損なわれたということゆえに、家息に対して自己の法を<sup>ユース・スクラム</sup>十全に用いることが阻害されたのである。これは損失であり、父親の利害にかかわる評価さるべき損害である。したがって、奴隷の事例で明らかにされたところをも考えあわせると、家息が濫費したり、家長権のもとから不当に離脱した際にもち出した物のほかに、ガーイウスがいうようなものの評価、たとえば家息が<sup>オビフエクス</sup>職人であれば、その労働力の評価といったものが勘案されるのである。その意味で、この評価はそれぞれの個体において個別的に果たされるものであり、審判人（＝裁判官）の<sup>オフイキウム</sup>職務においておこなわれるのであるから、この〔準〕訴権は、定立されているのではなく評価にかかわって<sup>アドミツサ</sup>許容されるという性格をもったのである。

(7)(c) ドノーの説明にはなぜ告示が倍額訴権附与の規定をおいたかを説明した箇所はない。準訴権が本来的直接訴権と同じように倍額になるかどうかに言及したところもない。

さらにまた、先に設題したような、家娘などの<sup>ラーベリ</sup>卑属や少なくとも家長の支配的権力のもとに従っている者たち一般に適用範囲が拡がる可能性があるかどうか

35) Gai. D. 9, 3, 7 (ibidem) : Cum liberi hominis corpus ex eo, quod deiectum effusumve 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.

かも吟味してはいない<sup>36)</sup>。しかし、ただ一箇所で「家<sup>フィリア・フファミリア</sup> 娘」に言及しており<sup>37)</sup>、かつそれは、家息に関して準訴権のあることを導出するコンテクストにおいてであるから、ドノーは、家娘に関しても適用可能性を暗示していたものといえることができる。

### 3 物損傷——人の肉体・物の実質からの

(1) 他人の物の損傷は、前述したとおり、精神<sup>アプ・ア・エモ</sup>からと並んで、いわば通例的な意味で、身体<sup>ア・コルポレ</sup>から損なわれるのであり、先の「他人の物の損傷」の形態を奴隷を含む「人の精神」という共通項をもつと規定するなら、本章で考察するその形態は、人に関しては「肉体」、物に関してはその「実質」ということになる。「コルプス」をさしあたりこう解しておこう。

ところで、いうまでもなく、人一般に関してその身体に傷害が加わったという場合がここで扱われるのではないことを、あらかじめはっきりさせておかねばならない。けだし、自由人一般に対する「軽微な」傷害は、名誉や倫理性、徳などの人格形成権の侵害とともに、別個に救済が発達してきたからである<sup>38)</sup>。本章で扱う法が一定の「人格」へと適用の拡がりを示したことと、先の法領域と本章に固有の法領域とが歴史のプロセスで訴権上の競合問題を生ぜしめたということは<sup>39)</sup>、接近のあり方において、おのずから区別されていなくてはならない。われわれは、本来的な意味の「身体侵害<sup>インユーリア</sup> [人格権侵害]」、および

36) これらの問題群にはユースティッシュなものも、歴史分析的なものも含まれている。現代のローマ法学はこのいずれにも納得しうる一定の答えを要求するところがあるのだが、16世紀の人ドノーが、中世的法学への自戒に立って緻密に練り上げた著作でふれなかったということの意味を、私としては考えたいのである。

37) Doneau, 4, 15, 26, 7, col. 220. の冒頭。De filio autem filiave familias similiter corruptis nulla nominatim constituta patri.

38) すなわち、Actio iniuriarum. cfr. Doneau, 4, 15, 25, spec. [§§.] 2ff.

39) この種の議論に関しては、先の「奴隷墮落訴権」との競合問題も含めて、Ernst Levy, Die Konkurrenz der Aktionen und Personen, I 1918, II—1 1922 Berlin. がもっとも詳しく、なお価値を失っていないが（なお、cfr. Detlef Liebs, Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht, Göttingen 1972.）、このような接近の仕方は今後に期したい。

訴権競合の問題をドノーがどのように構成したかにはここでは言及しないことにして、「物の損傷」の構成理論から取り出しうる限りで、人について考察をすすめていくことにする。

(2) いわゆる「<sup>デム・ム・グ・ネ・トゥム</sup>加えられた損害」は、アクィーリウス法によって<sup>ワインディカレ</sup>回収されるとするローマ法学に端を発した法理論がある。このことが出発点であった<sup>40)</sup>。別に分析したところの、ドノーの『財産侵害論』もこの例にもれないものであり、その詳細な論理構成をいわばベースにして、ここでの構成が、必要最小限枝葉を削り取った形で提示された、とみることができるであろう。それはちょうど、同じ著者が『事実訴権論』を基礎にして、『国法（＝市民法）論』第19巻からの<sup>アクティオ</sup>「訴権論」の一部を構成したのと同様であり、<sup>ユースユーランドゥム</sup>「宣誓誓約論」についてみても同じであった<sup>41)</sup>。

したがって、ドノー『国法（＝市民法）論』における法の論理構成を確かめることとともに、ローマ法学から近世私法論への接続を考えるにあたって、『財産侵害論』とのあいだの「差」を引き出すことも果たしておかなければならない課題である。なおここで、後者における構成理論をくり返す余裕はない<sup>42)</sup>。

(3) 本章で扱われる「損害」の回収は、主要にはアクィーリウス法由来のものだが、その他いくつかがこの場で考えられているということは、前もって明らかにしておいたほうがよいと思われる。いずれもそれは単額についてでなく、倍額などの加重的付加罰によるものであった<sup>43)</sup>。

(4) さて「<sup>ア・コルポレ</sup>身体から」の他人の物の損傷は、法構造の形式的側面において

40) 自然法学、あるいは17世紀フランス法学は必ずしもこのことを出発点に据えなかったといわれる。簡単には、西村「古典期ローマの法思考——アクィーリウス法解釈の展開を素材にして——」(法制史学会『法制史研究』第33号, 1984年), 148頁, 註(2)を参照されたい。

41) Cfr. Doneau, Opera Omnia. Tom. X, Comment. ad Tit Digestorum, De Praescriptis verbis, et in factum actionibus (coll. 1215—1292); De Jurejurando (coll. 623—856). Hans Erich Troje, Die Literatur des gemeinen Rechts unter dem Einfluss des Humanismus, in: Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte II—1 München 1977, S. 766.

42) 西村, 前掲(法制史研究33)論文を参照されたい。

43) 後述「4」を参照。

「精神から」のそれと同様に、「損害」<sup>ダムヌム</sup>を形成することになる。このような損害法領域は、紀元前3世紀のローマの平民会決議（＝法<sup>44)</sup>）以後漸次理論的に形を整えてきたもので、文献史料『学説集』<sup>プレービスキートゥム</sup>中のガーイウス『属州長官告示註解』第7巻やウルピアーヌス『告示註解』第18巻、ユスティニアヌス『法学提要』第4巻などに伝わる諸史料を総合的に考えてみると、ドノーによれば、次のような姿が浮かび上がってくる。

すなわち、この法が規定しているのは、要するところ、「加えられた損害」についてであり、かかる損害は、たとえば、奴隷や他者に帰属している動物が殺害されたとき、あるいは他人の物が焼却、折損、破壊されたときに惹起されるというごとく規定され<sup>45)</sup>、このような損害に関する訴権もこの法において定立された。そこで、この種の損害が惹き起こされた場合には、アクィーリウス法によって回収されるということになる。ここに法の趣旨を導出する手がかりがかくされている。

ところで、法第2章はいつしか不使用となっていたが<sup>46)</sup>、法第1章および

・44) 告示 edictum と同様に、これを法定立の一形態とみることは諸史料に明らかであり、かつドノーも「法論」で説くところである。cfr. Doneau, 1, 1, 8, 7.

45) 「他人の物」という概念について、ドノーにまとまった説明はない。本来的に所有権者に訴権を帰している、という後述するところからすれば、ドミニウムに結びつくものの本来的意味でとっているとも推測しうるが、事柄はそう単純でない。また、「クルパ」がなんであるかという問いに対してみせた接近の方法から推しはかると、「他人の物」概念の意義づけや種類をめぐっての議論じたいは避けたかもしれない。文献史料から抽出しうる数々を挙げることは容易である。西村、前掲（法制史研究33）論文、139頁参照。

46) オスワルド・ヒリガーのこれにつけた註は、法第2章をどう理解するかについて多数学者の見解を教えている。すなわち、「これがなんであったか、どんな事柄について規定したかは、多くの人によって問われている。Cujac. in Par. D. et C. h. t. は、それがわれわれより奪われたなんらかの利益<sup>ノータ</sup>についてであったと考える。Freher. 2. Parerg. 3. はこれを排し、また二、三の他の推論をもしりぞける。かれ自身は、四足獣によって加えられた損害<sup>クティリダース</sup>について規定したものと考え、〔D, 9〕1で述べているところの動物損害と呼ばれるものをその他のどのような損害に関しても同様に十人官法（＝12表法）が規定したものと考え、ついで、アクィーリウス法が同じものにつき制裁した、とするのは信用できるとして、その際、法第1章は家畜または家畜と同列に置かれる奴隷が殺害されたことについてであり、それは〔第〕2〔章〕が事故を起こす家畜についてであることに符合している、と考える。ところで、不使用になっ

第 3 章の文言から、ただ「加えられた損害」ばかりでなく、加えてその損害が「不法に」加えられたものであることを要するものと明示されていた。このことが明示的な形でつけられたことから、定立された訴権名称に関して、統一的なものをもつわけではないが、いずれにしても「インユーリア」という語が付されている<sup>47)</sup>。そして法構造の実質的側面から、「インユーリア」由来の「クルパ（過失）」に関する議論が、評価論や訴権論とともに損害論のための不可欠の柱になったのである。ちなみに、もうひとつの柱となったのは、「アクティオ（訴権）」にかかわる議論であり、ドノーの法構成もまた、細かな点はともかくとして、このことを見過ごすことなく論をすすめている。

以上のような構造を有していたアクィーリウス法から、どのような説明論理と根拠法源の提示でもって、ドノーの法律的構成は果たされたか。これを次にみていくことにする。

てしまったのは、アクィーリウス法が不法に加えられた損害に関する訴権を増大させたからであるが、しかし学者はこれが身体侵害でないこと、したがって、12表法にもとづく<sup>レギス・タイム</sup>法律<sup>インユーリア</sup>的訴権が復されてのちは、この損害に対してこの訴権が頻用されるのをやめてしまったと教えている。しかし、この見解は不当というわけでないが、Arumaeo ex Justin. 17. Th. 12 et disp. Pand. 10. Th. 4. per L. 1. h. t. には不満である。身体侵害が野生動物によって惹き起こされうると十人官が考えたというのはありそうにないことである。L. 5. §. 2. de serr [D. 11, 3, 5, 2] を論拠にして、奴隷が墮落せられたことにつき訴えられたことは左の理論とどのようにして結びつくのか。この題材に関してそのほかについてはわれわれとしては充分にここで議論できないが、それは、註としてのほどよさからは、欠けていることのすべてを補足することも、またあまりにもわずかばかりの註をここでつけることも許されないからである。みよ、Tractat. illius method. ad h. tit. C. in op. posth. P. Theodoric. Disp. crimin. 2. Th. 12. et seqq.]

O・ヒリガー（1583—1619 イェーナの教授、<sup>ホーフリヒター</sup>帝国宮廷裁判所判事。cfr. H. E. Troje, op. cit., S. 770 n. 1.）のイェーナ版への註はキュジャスに対するアレクサンダー・スコットの議論と同様に、17世紀前期までの議論の様相を知るのにも、また今後にも期したいネーデルラント法学派の議論（Johannes Voet, Gerard Noodt 等）との比較にも有用であろう。しかしながら、ガーイウスの写本からの確たる証拠により（Gai. Inst. 3, 215-216）、これとは異なる法であることが明白になった。

47) actio de damno iniuria dato, vel de damno iniuria (Ulp. D. 9, 2, 1pr.[18 ad ed.]) あるいは、actio damni iniuriae (Inst. 4, 3pr.; 4, 6, 23 et 26). ここに用いられた「インユーリア」概念は、人格権侵害訴権 actio iniuriarum におけるそれとちがうことについては、本文後述参照。

(5)(a) ところで、いかなる事柄が「過失<sup>グルバ</sup>」なのか、あるいは「過失」の種類にはどのようなものがあるか、という問いかけには、多くの努力にもかかわらず、明らかな答えを見出せないままにきた。過失理論の展開は、なにもこの法領域に固有の問題ではなかったし、現に、ドノーもまた、『国法（＝市民法）論』第4分冊第16巻第7章において、「クルパについて。それはなんであるか、いく様にあるか。そこで、契約においてはどのようなことによって明らかにさるべきか、それはどの程度のものか」という章立てのもとで扱っており、そのほかにも分散して適切な場所で論じている<sup>48)</sup>。しかし、不法行為の法領域での「[不法行為]クルパ」論はここで核心的に論じられていることはたしかである。

過失理論の歴史的営みは、ドノーも指摘するように、たしかに存在した。ドノーによれば、その営為は、定<sup>デフイニティオ</sup>義<sup>エクセムプ lum</sup>の更新と諸事例の積み重ねであった<sup>49)</sup>。『法学提要』や、とりわけ『学説集』収録の文献の中から取り出されるのは、こういうことであった。

法規定文言「インユーリア」から、もっとも古くは、ウルピアーヌスの伝えるところ<sup>50)</sup>、「古人ら」が「法によらずに、つまり、クルパによって」と把握したことに始まる。このことは、「知っている、予見している者が悪意で」（故意に）という場合だけをいうのではなく、ドノーの表現によれば、「未熟さから、あるいは損害を加えることを少なくとも思い浮かべていて」損害を加えた者をも拘束する、と理解されていた<sup>51)</sup>。そうして、ある時期には、次のような一

48) Doneau, 4, 16, 7 : De culpa ; quid sit, et quotuplex : tum quibus in contractibus praestanda sit, et quatenus. [spec. §. 2], Culpa quid sit. Ejus explicata definitio. ほかに Doneau, 3, 13, 11, spec. [§.] 8. cfr. Johann Christian Hasse, Die Culpa des römischen Rechts, 1815 [Bonn 1838, Scientia 1963] Vorrede IV-V.

49) Doneau, 4, 15, 27, 2, col. 224.

50) Ulp. D. 9, 2, 5, 1 (18 ad ed.) : Iniuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum circa iniuriam actionem contumeliam quandam, sed quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est si culpa quis occiderit. …… ドノーは、Inst. 4, 3, 1 の参照をも求めているが、これは、Inst. 4, 3, 2 : Iniuria autem occidere intellegitur, qui nullo iure occidit. itaque qui latronem occidit, non tenetur, utique si aliter periculum effugere non potest. の誤りでであろうと考えられる。

51) Doneau, 4, 15, 27, 2 : ……non solum…, qui dedit sciens prudens dolo malo, sed et qui per imperitiam aut nihil minus cogitans quam damnum dare, si dedit culpa.

個の定<sup>デフイニティオ</sup>義さえも析出されるまでになる。ドノーが, Mucius/Paulus. D 9, 2, 31 (10 ad Sab.) から引き出したのは, 過失とは, 「丹念な者には, ある事情からなんらかの損害が生じるのではないかと予見されえたことが, [現に] 予見されなかったとき」とされ<sup>52)</sup>, その実例を示すごとき根拠法文が『学説集』の中から取り出せるのだともしている。わけでも, Ulp. D. 9, 2, 5, 3.; Paul. D. eod. 6.; Ulp. D. eod. 7pr. [1-8] というひとつのまとまりをもった法源群が, それを格別かつ明白に推論させるともいうのである<sup>53)</sup>。

このようにして, 過失理論はつきつめられて, 要するところ, それはもっとも軽微な過失(「クルパ・レーウィッシマ」)による場合でさえも拘束するもの, と一般に考えられるまでになり, ウルピアヌスの法文が証言しており, 「アクィーリウス法〔の範囲〕には, この最軽過失をも入ってくる<sup>54)</sup>」といわれるようになって, 過失理論の複雑な問題は最終的に解決されたかにみ

52) Doneau, 4, 15, 27, 2 : ....cum quod a diligente provideri potuit, ne quid damni ex re aliqua accideret, non est provisum. cfr. Doneau, 1, 1, 18, 2.

53) potissimum autem ac velut ex professo colliguntur continenter. しかし実際のところ, この史料操作は充分にはよくわからない。古典文献学的修養のちがいが理解を妨げているのであろうか。ドノーに特有のあの史料の裏の読み取り(「推論法」)があるのだろうか。いずれにせよ, 援用された法文の関連部分を掲げておこう。Iulianus/Ulp. D. 9, 2, 5, 3 (18 ad ed.) : Si magister in disciplina vulneraverit servum vel occiderit, an Aquilia teneatur, quasi damnum iniuria dederit? et Iulianus scribit Aquilia teneri eum, qui eluscaverat discipulum in disciplina : multo magis igitur in occiso idem erit dicendum. proponitur autem apud eum species talis : sutor, inquit, puero discenti ingenuo filio familias, parum bene facienti quod demonstraverit, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur. dicit igitur Iulianus iniuriarum quidem actionem non competere, quia non faciendae iniuriae causa percusserit, sed monendi et docendi causa : an ex locato, dubitat, quia levis dumtaxat castigatio concessa est docendi : sed lege Aquilia posse agi non dubito. ; Paul. D. eod. 6 (22 ad ed.) : praeceptoris enim nimia saevitia culpaе adsignatur. ; Ulp. D. eod. 7pr. (ibidem) : Qua actione patrem consecuturum ait, quod minus ex operis filii sui propter vitiatum oculum sit habiturus, et impendia, quae pro eius curatione fecerit. D. eod. 7, 1-8 は省略する。

54) Ulp. D. 9, 2, 44pr. (42 ad Sab.) : In lege Aquilia et levissima culpa venit.

えたのである<sup>55)</sup>。

(5)(b) だがしかしこれは間違っていた、いや理論的につきとめられた点は措いても、そのアプローチの仕方は充分ではなかったのである。ドノーの考え方によれば、先に設定した問題、すなわち、なにが「過失」なのか、どんな種類の「過失」が存在するかという問いかけからは、虚しい答えしか出てこない。ドノーはこういう。

「それを追究するため手短でかつ有益な方法は、もしわれわれが問題を立てるとすると、それは、過失の類<sup>ゲネラ</sup>にはどのようなものがあるか、ということにはない。けだし、これは限りのない仕事に属しており、しかも、日に日に新たな諸行為が生起しうるのであって、それらについて、過失がこれら〔個々の行為〕に帰着するかどうかをたえず問うことになるのであるから、証明が確実さを保つには、はなから無益なことである<sup>56)</sup>」「……すでに述べたとおり、過失の帰着する態様は、限りがなく、不確実である<sup>57)</sup>」

従来のいき方をこのように批判的に処理して、これにかわる接近の仕方を、ドノーは明確な形で提示する。まず、歴史研究において取り出されてくる「過失」は、それじたい認めることのできないものではない。しかしながら、古くからの営みにもあったように、その種類と事例を積み重ねても問題に解決をあたえはしない。すなわち、これまでの問題の立て方は、「叙上の過失はどのよ

55) わが国における、膨大綿密な石本雅男教授の御労作『「無過失損害賠償責任原因論」1, 2巻, 1983年, 法律文化社』はこの「クルパ・レーウィッスィマ」析出への知的探究史とみることもできる。論文の書評に、西村重雄『法制史研究』第27号, 1977年, 325頁, 小菅芳太郎『法制史研究』第30号, 1980年。人文主義的法学の時代の「クルパ・レーウィッスィマ」の議論につき, Doneau, 4, 16, 7. spec. (§§. 15, 16, 17) を参照。そこでは、いわれるように *culpa lata* に対して *levis culpa* et *levissima* が祖上にのぼされている。かかる概念史の出発点に、ドノー自身は、註解学派のバルトルス理論を置くようである (§. 6; cfr. O. Hilliger, nota 10)。これの詳細については、別に機会をもつことにしたい。

56) Doneau, 4, 15, 27, 3, col. 224: *Brevis et compendiaria ad id consequendum via est, si quaeramus, non quae genera culpa sint, quod est infiniti laboris, et ad certitudinem docendi proprie inutile, cum quotidie nova facta emergere possint, de quibus dubites an in his culpa admittatur: .....*

57) Doneau, loc. cit.: *Culpa admittendae modi ut dixi, infiniti et incerti: ....*



うな情況<sup>レ・ス</sup>において存在し、かつ把握されるのか」、ということである<sup>58)</sup>。だが、発想が転換される必要がある。先の文章に続けてドノーはこう指摘している。

「〔それを追究するため手短でかつ有益な方法は〕……過失が〔そこに〕ないというのは、どのような情況<sup>レ・ス</sup>において起こるのか、ということにある<sup>59)</sup>」なるほど、過失があるとされる事情、つまり行為の態様はかぞえ上げれば際限なく、必ずや漏出があるものであり、かりに果たされたとみても、確定しうるものかどうかの規準を欠いている。

「これに反して、過失がしりぞけられる情況<sup>レ・ス</sup>は、確実なもの、限りのあるもの、同時に数も少ない<sup>60)</sup>」

したがって、このような若干の「情況<sup>レ・ス</sup>」に探究の目を向けることが確実さを導き出す近道だと考えた。もしこのことが大いに確実さをもって取り出しえたならば、それにかかる行為は過失のないものとされるので、アクィーリウス法の考慮範囲に入っていないことになる、という推論がここに成り立つのである。

(6) このようなドノーの、いわば「行為論的クルパ論」は、損害をあたえる行為全般に過失を前置するものとなっており、この「情況<sup>レ・ス</sup>」探究の帰結は、ドノー独自の「正当デフェンシオ論」を形成することとなった。この構成理論の展開の筋道をはっきりと示すために、ドノーはあらかじめ次のような「定<sup>デフイーニティオ</sup>義」をあたえて、自らこれを「容易で好都合な」規準とした<sup>61)</sup>。われわれはこれにそって考えをすすめることができるまでに到達した。

「損害をあたえた者が、なぜそれをなしたかにつきなんらかの正当な理由<sup>ユースタ・ラティオ</sup>によって弁明されることのない限り、加えられた損害はすべて、過失<sup>クルパ</sup>によって加えられたとみられること、そして、これによってアクィーリウス法の

58) Doneau, loc. cit. : Illud quaeretur, quibus rebus constet et deprehendatur haec culpa.

59) Doneau, loc. cit. : .....sed quibus rebus fiat, ne sit culpa.

60) Doneau, loc. cit. : at res quibus culpa amovetur, certae et finitae, atque eadem paucae.

61) Doneau, 4, 15, 27, 3, col. 225 : Ad has igitur certitudo praeceptionis transferenda est. Sic ergo facilis et expedita definitio est.

コエルキティオ

加 罰にかかわってくるものとわれわれは考えることにしよう<sup>62)</sup>」

かくして、ドノーが探究し帰結した「正当弁明〔理由〕」(=正 当 因)は、わずかに2種である。この点、『財産侵害論』ではきわめて複雑な導出の仕方をして、解明をむづかしくしていたし、しかも、それを4種も引き出さざるをえなかったのに比べると<sup>63)</sup>、すっきりとしている。残りの2種がどう処理されたかをも含めて、これら2種のものを考えることにしよう。ところで、損害をあたえた現実行為があって、それが上述の「定義」に示される「ただし書き」に相当しなければ、そこに過失が推定されて、過失を取り込んでいるアクィーリウス法が機能し、「加えられた損害」は賠償されるべきものと考えられるとする論旨の運びは、きわめて明確であり、一貫した説明論理である。ここには、過失の種類はほかにもありうるのではないかというごとき類の不安は理論上起こりえない。しかも先の「ただし書き」の内容は、個々に吟味されるより特定されたほうがよいはずである。

(7)(a) 剔出された「正 当 弁 明〔理由〕」のひとつは、「ある者がなにかをなしたが、〔それを〕法によってなした場合<sup>64)</sup>」といういい方で示されるものである。この「ユース因」を『学説集』の諸法源を根拠にして、類を特定的に取り出すという手法は、『財産侵害論』で展開したのと同じであるが、その法がどんな種類に属するか(自然法上のものか市民法上のものか)の検討は、『国法(=市民法)論』では、まったくおこなわれていない。

ドノーの挙げた「類」は、实例は後述のようにいくつか引き出されているものの、ひとつに抽象化されている。そのことは、おのずから法的正当行為(「法によってなした」)の限界を見定めるといふ性格を有するものとさえなっていることを意味する。それが一定の包摂的な意義をもっているか否かを、われわれもまた再検証するために、まず、諸事例をみてみよう。

62) Doneau, loc. cit.: ....ut statuamus omne damnum datum culpa datum videri, eoque pertinere ad coercionem legis Aquiliae, nisi qui damnum dedit justa aliqua ratione defendatur, cur id fecerit.

63) Doneau, 10, 1, 1, 6-10. 西村, 前掲(帝京法学16-1)論文, 136頁以下を参照。

64) Doneau, 4, 15, 27, 3: si quis quod fecit, jure fecit. cfr. Doneau, 10, 1, 1, 10: si fuit in potestate ejus et data opera fecit, verum jure fecit.

Gai. D. 9, 2, 4pr. (7ad ed. provinc.) から「もしある者が<sup>アッグレツソル</sup>襲撃者たる奴隷を殺害した場合<sup>65)</sup>」があり、これは、Ulp. D. 9, 2, 5pr. (18 ad ed.) でも確認されている。また、素材の出所は不明のままだが、おそらく上の事例からの推論と思われる、「もし突進してくる雄牛<sup>タウルス</sup>をある者が殺害した場合<sup>66)</sup>」が存する。さらに Paul. D. 9, 2, 45, 4 (10 ad Sab.), Cassius/Ulp. D. 43, 16, 1, 27 (69 ad ed.) と Florentinus. D. 1, 1, 3 (1 instit.) から同じことがいわれているものに、「力を力で排斥することを、すべての法律、すべての法は許容している<sup>67)</sup>」という状況が、比較的整序された形で示されていた。「もし〔ある者が〕類焼を防ぐために、燃えている隣家をこわし、ばらばらにした場合<sup>68)</sup>」というのも、Celsus/Ulp. D. 9, 2, 49, 1 (9 disput.) と Labeo/Cels./Ulp. D. 47, 9, 3, 7 (56 ad ed.) によって確認される。ガーイウスが「自然理性」<sup>ナートウラーリス・ラティオ</sup>を導入した古くからの著名な事例 (12表法の規定にもとづく)、「もしある者が夜間の窃盗犯を殺害した場合」と「もし昼間に捕えられた者が〔その際〕、武器を用いて自身を防衛する

65) Doneau, 4, 15, 27, 4 : si quis aggressorem servum, .....occiderit. q. v. Gai. D. 9, 2, 4pr. : Itaque si servum tuum latronem insidiantem mihi occidero, securus ero : ..... Ulp. D. eod. 5pr. : Sed et si quemcumque alium ferro se petentem quis occiderit, non videbitur iniuria occidisse. ....

66) Doneau, loc. cit. : si taurum irrudentem occiderit.

67) Doneau, loc. cit. : Vim vi repellere, omnes leges, omnia jura permittunt. q. v. Paul. D. 9, 2, 45, 4 : Si [Qui], cum aliter tueri se non possent, damni culpam dederint, innoxii sunt : vim enim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt. .... Cassius/Ulp. D. 43. 16. 1. 27 : Vim vi repellere licere Cassius scribit idque ius natura comparatur : apparet autem, inquit, ex eo arma armis repellere licere. Florentinus. D. 1, 1, 3 : ut vim atque iniuriam propulsemus : nam iure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse existimetur,.....

68) Doneau, loc. cit. : si incendii arcendi gratia vicinas aedes conflagrantes intercidit, dissipavit. q. v. Celsus/Ulp. D. 9, 2, 49, 1 : .....nisi magna vi cogente fuerit factum, ut Celsus scribit circa eum, qui incendii arcendi gratia vicinas aedes intercidit : nam hic scribit cessare legis Aquiliae actionem : iusto enim metu ductus, ne ad se ignis perveniret, vicinas aedes intercidit : et si pervenit ignis si ante extinetus est, existimat legis Aquiliae actionem cessare. Labeo/Cels./Ulp. D. 47, 9, 3, 7 : ...quemadmodum ergo procedit, quod Labeo scribit, si defendendi mei causa vicini aedificium orto incendio dissipaverim, et meo nomine et familiae iudicium in me dandum? cum enim defendendarum mearum aedium causa fecerim, utique dolo careo. puto igitur non esse verum, quod Labeo scribit. ....

ときに、「この者を」殺害した場合」は、いずれも大声を上げて告げる（証人を求めておく）ことを条件として、これに該当した（Gai. D. 9, 2, 4, 1）<sup>69)</sup>。もうひとつの例は、<sup>ユース・フー・アリアム</sup>公の法の行使でそれじたいなすことが許されているものであり、「もし政務官職にある者が抵抗してくる者に対してなにかを厳しくなして、このためなにかを破壊した場合<sup>70)</sup>」というのが、ウルピアヌスの伝えている2史料〔Pomp./Ulp.D. 4, 2, 3, 1 (11 ad ed.) ; Ulp. D. 47, 10, 13, 1 (57 ad ed.)〕から引き出しうる。この場合、かかる職に就いている者は決して不法にそうしたとは考えられないで、その任に特有の<sup>ユース・ホノリス</sup>顯職法によるもの、つまり法律にもとづく正当行為と考えられたのである。同じウルピアヌスは、別の文献資料〔Ulp. D. 9, 2, 29, 7 (18 ad ed.)〕で、それでもやはり違法な場合がありうることを論証しつつ、叙上の準則を確認している<sup>71)</sup>。

以上に挙示した数個の史料にもとづいて、より抽象的包括的表現によってこの状況を捉えることができれば、それは過失排除因たる法的正当性を有する行為の定義づけにも相当することとなる。ドノーはこういうのである。

「法によってなした、と理解されるのは、〔人が外部的〕力に対して自身を防禦するために、他のやり方では危険を回避しえなかったから、〔人がそう〕した、ということである<sup>72)</sup>」

69) Doneau, loc. cit. : si quis furem nocturnum occiderit, aut occiderit interdiu deprehensum, si se telo defendat. q. v. Gai. D. 9, 2, 4, 1 : Lex duodecim tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit, ut tamen id ipsum cum clamore testificetur ; interdiu autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat, ut tamen aequae cum clamore testificetur.

70) Doneau, loc. cit. : magistratus si quid adversus resistantem fecerit violentius, ac propterea quid ruperit. q. v. Pomponius/Ulp. D. 4, 2, 3, 1 : Sed vim accipimus atrocem et eam, quae adversus bonos mores fiat, non eam quam magistratus recte intulit, scilicet iure licito et in re honoris quem sustinet. .... Ulp. D. 47, 10, 13, 1 : Is, qui iure publico utitur, non videtur iniuriae faciendae causa hoc facere : iuris enim executio non habet iniuriam.

71) Ulp. D. 9, 2, 29, 7 : .....si quid tamen magistratus adversus resistantem violentius fecerit, non tenebitur Aquilia : .....

72) Doneau, 4, 15, 27, 4, col. 225 : Jure fecisse intelligitur, qui adversus vim ad defensionem sui fecit, cum aliter periculum effugere non posset. 西村, 前掲(帝京法学16—1)論文, 140頁以下をも参照されたい。

ドノーはこれ以上のなんらかのことをいっているわけではないが、先の諸事例のほかにも、状況がこの規準に相当すれば、それは「正当な理由」を構成し、なした行為は危険回避行為ゆえに釈明されると推論するはずである。

(7)(b)「正当弁明〔理由〕」のもうひとつは、<sup>カースス</sup>事故事変にかかわって析出された。これについて、ドノーは、大きくまず2つの態様<sup>モドウス</sup>に分かって説明し、そのうちの1態様が、さらに細かく2つの態様で考えられうるとしているので、結局3つの態様で把握されているとみられる<sup>73)</sup>。前例にならって、ここでもまず諸事例を伝える根拠法文からみておこう。

① Mucius/Paul. D. 9, 2, 31 (10 ad Sab.) から推して、「樹木から枝のあるいは屋根から瓦を、自己の私有地に落とした者が〔その場に〕なにか居居わすと知らなかったし、疑いもはさみえなかった場合、そこにひそんでいた奴隷や家畜を殺害しましたは損傷し、あるいは、たまたま通りすがりの者を、殺害するいは損傷した場合<sup>74)</sup>」、というのが導き出された。これは、ドノーによれば、さらに整序できるもので、「もし行為者がこの事故を人間の先見力<sup>フォーム・エイ・プロウイデンティエ</sup>によって(は)予見しえなかった場合」というまでに抽象化される、第1の態様<sup>モドウス</sup>である<sup>75)</sup>。そして、これが正当弁明〔理由〕たりうるのは、第1に「正当なる無知」<sup>ユスタ・イグノランティエ</sup>によること、第2に、私有地でなしたことだという点にあった<sup>76)</sup>。

②(イ) ムーキウス／パウルの同じ史料から、ドノーは、「もし樹木から、または、自宅〔の屋根〕からなにかを公の場に落とした際、この事故が回避さ

73) 『財産侵害論』においては、大きく2つの態様で別個に(「カースス因」と「ラエスス因」に分かって)把握し、それぞれを根拠法文を手がかりに細かく分類して議論していた。その差異の比較のために、西村、前掲(帝京法学16—1)論文、148頁以下を参照されたい。

74) Doneau, 4, 15, 27, 5: qui ramum ex arbore, aut tegulam e tecto in suum locum privatum dejecit, in quo nesciret, nec posset suspicari quemquam esse, et vel hominem, vel pecudem quae illic occultabatur; aut temere praetereuntem occidit, vel laesit.

75) Doneau, loc. cit.: (Uno,) si qui fecit, eum casum praevidere humana providentia non potuit. humana providentia 援用の根拠はわからない。少なくともローマ法源に明示的にはないものであった。

76) この justa ignorantia も根拠として示されるには聞きなれないことばである。cfr. Doneau, 4, 15, 27, 5, col. 226.

れうるよう警告したが、それより前に、自分の都合のためには、どうしても落とす必要があったから〔そうした場合<sup>77)</sup>〕を取り出している。これとほぼ同じ準則をパウルス<sup>78)</sup>の別の一史料が伝えているが、ドノーによれば、これも事故案のこの態様を析出する根拠法文とみなされている。そこで、これが正当弁明〔理由〕となりうるのは、次に述べる態様にもあてはまることであるが、上述のような作業や行為をすることが「自己の権利(=法)」に裏づけられていた〔というように読み解いている〕し、かつ、この者に過失はなかったのであるが、そのことによって過失をまぬかれるとするのではなくて、かかる事例では、むしろ被害者側に過失があるのだから、事故の発生は過失考慮の枠外とする点にある。このことは、次の事変の態様でさらにはっきりとしてくる。

②(ロ) 『学説集』と『法学提要』に伝えられた3個の史料<sup>79)</sup>から、次の事故事案が取り出される。このうち、Ulp. D. 9, 2, 9, 4 (18 ad ed.) がより明確な状況を示しており、ドノーもこの史料にそくして析出しているらしいので、主にこれにてらしてドノーの説明をみていこう。

たとえば、「もし投擲競技で、ある者が槍を投げる権利(=法)を有する者のひとりであるから、標的に向かって矢を放った場合<sup>80)</sup>」がある。ここからひとつの態様として、「公に〔なにかを〕なす権利(=法)がある場所で〔そう〕したし、すべての者がここでは危険に気を配るべきことを知っている場合」が取り出された<sup>81)</sup>。そして、この場合には許された者、許された場所であることが、前者に比してより明白であるから、注意の警告をまったくしないというこ

77) Doneau, 4, 15, 27, 5, col. 225 : si cum aliquid dejiceret ex arbore, vel aedibus suis in locum publicum, cum dejicere necesse haberet pro commodo suo, ante proclamaverit itaut is casus evitari posset.

78) Paul. D. 9, 2, 28, 1 (10 ad Sab.) : Haec tamen actio ex causa danda est, id est si neque denuntiatum est neque scierit aut providere potuerit : et multa huiusmodi deprehenduntur, quibus summovetur petior, si evitare periculum poterit : .....

79) 次に検討する、Ulp. D. 9, 2, 9, 4 のほかに、Paul. D. eod. 10 (22 ad ed.) : nam lus-us quoque noxius in culpa est.; Inst. 4, 3, 4 である。

80) Doneau, loc. cit. col. 226 : si quis in ludo jaculatorio, cum esset ex iis quibus jaculandi jus erat, sagittam ad scopum sit jaculatus : .....

81) Doneau, loc. cit. col. 226 : in quo publice faciendi jus esset, et scirent omnes periculum ibi cavendum esse.

とであっても加害者の落度ではない。史料（ウルピアヌス）によれば、被害者にねらいを定めて放った場合、故意につき責を問われるだろうとされているにすぎないからである<sup>82)</sup>。そこで、前述のとおり、これが正当弁明〔理由〕たりうるのは、まったく明らかに、損害を蒙った側の者、すなわち、危険を予見してそれを回避しえた、また回避すべきだったのに、自らそこに立ち入ることを選んだほうに過失ありとみるべきものと考えられるからである。これが次の諸態様へと接続する。

②(イ) 後の2態様は、正当弁明〔理由〕の根拠導出の目をむしろ損害を受けた者に向けようとする意図があるという点で共通性をもっている。しかしながら、その根拠づけに若干の差がありうるようにも思われる。けだしそれは、行為者の行為を裏打ちする権利性の意味づけの差がそこに現れているというよりも、なすべき警告の必要性、適宜性によるものだからである。前述したとおり、このニュアンスの差は、『財産侵害論』においては、実際類的な区別がなされていたものから構成されたという事実にもとづいている（固有の意味における「カースス因」とその一種であるが、識別が可能な「ラエスス因」）。

ところで、これら二様の状況を、ドノーの「定義」からして行為者にのみ着目してみれば、それは、「もし〔ある者が〕予見することはできたが、それでも〔事故に〕気を配る必要がなかった場合<sup>83)</sup>」と捉えられるとドノーはみており、このようなとき、事故が発生しても、それは過失の考慮範囲の枠外にある、とされたのである。

(7)(c) したがって、これまでにより大きく把握された諸事情を、ドノーがあらかじめあたえていた「定義」にてらして、いま一度「損害をあたえた者」の行為が、「弁明されうる」ような「正当な理由」とはなんであるか、という設題のもとで問い直してみると、「ユースス因」、「カースス因」（「ラエスス因」を実質的に含んでいる）といういい方は便宜的なものにすぎず、むしろ、ひとつは、危険回避行為として法的正当性を有する状況であり、もうひとつは、事故

82) Ulp. D. 9, 2, 9, 4 (18 ad ed.): .....qui tamen data opera in eum iaculatus est, utique Aquilia tenebitur: .....

83) Doneau, loc. cit. col. 225: (Altero,) si cum posset praevidere, curare non debuit.

の発生が明白な状況であり、それは「人間の先見力」からして予見不可能な事柄といったり、予見可能だとしても予防までは必要とされない事柄だ、とするにしても、結局は、要するに「行為者のいかなるへま(クルパ)も事故〔発生〕に先行して存しない」状況をいうことになるのである<sup>84)</sup>。

(8) すでに本章の冒頭で述べておいたように、「他人の物の損傷」について議論の柱となったものに、上の「クルパ」論に並んで、「アクティオ」論がある。ドノーの特殊論文たる『財産侵害論』においては、「正当カウサ論」「必要的デフェンシオ論」を中核に据えた「クルパ」論に続いて、訴権主体の確定に関して「アクティオ」論に論を転換していた。そのあとに、「損害評価」論が法全体の共通性と個別性に分かって、また訴権の罰性格にてらして、続いたのである<sup>85)</sup>。ところが、『国法(＝市民法)論』ではこれが逆転している。これがいかなる意味をもっていたかについては、今後の検討の課題とし、ここでは「アクティオ」論をみる前に、評価の問題を解明することにしよう。

ところで、前述のように過失問題が決着すれば、先の「定義」に従うならば過失によって加えられた損害が成り立つのであるから、最軽過失までもを考慮に入れている、かの法の発動が、この不法行為に対してあるということになる。すなわち、損害惹起行為の行為者から「過失はなかった」ことの立証が得られないときは、過失によるものであり、かくして惹き起こされたのは、まぎれもなく「加えられた損害」と認識され、そこで、このことを規定した法の文言どおり、この名目で定立されている訴権が直接に損害の回収を求めた訴追主体に援用されうる、ということである。この訴訟資格があるのはだれかという訴権問題に直結している議論は先におくことにして、「損害」の回収がどのような範囲で認められているのか、つまり、賠償されるべき損害とは、いかなるものか、なにを規準に評価すべきなのか、というのが、ここで扱う評価問題である。

(9)(a) かの法規定文言は、「この物がどれほどの価値のものであろうか」と

84) ただし、これはわれわれの小括であって、ドノー自身が総括しているのでないことは、断っておくべきだろう。

85) Doneau, 10, 1, 2—4. 西村, 前掲(獨協法学23)論文, 90, 111頁参照。



することによって、この範囲を限定していたから、歴史的にいかなる内容がこれから抽出されうるか、それをドノーがどう把握したかが、われわれの関心となるのである。そして、なおはっきりさせておくべきことは、この文言じたいの理解と、後述するような認諾単額および否認倍額に関する事柄とは、おのずと異なる問題だということである。けだし、前者は単純に損害評価にかかわるものであり、後者は訴権との関連においてその罰性格に関するものだからである。ドノーは分かってこれを論じている。

(9)(b) 客観的に妥当な損害の評価は、一般に次のように把握されている。ドノーは、損害評価算出の仕方に関して錯綜してきた学説を次のように整理している。すなわち評価は、損傷された物のためにある人に生じた損害の一切がいかにどの価値のものであるのか、についてなされたということである<sup>86)</sup>。したがって、ここには、殺害されたり、またはより悪化された物じたいが、損なわれてのちにどれほどの価値のものとなるであろうかに関心があるばかりでなく、そのほかにもこのために別に生じた損失をも評価に取り込むことが許されるのである。「他人の物」にかかわってそれじたいに内在的なものと、現に失ったり、たしかに問題になりうるような、いわば外在的なものとがある、ということになる。後者は、この「他人の物」が置かれていた事情が異なるから、画一的評価になじまない。あらかじめそれに相当するのがなんであるかはいえない性質のものであるし、また、この「他人の物」がとくに考慮されるべき特殊な法関係にあるとしても、そのすべてを析出しておくことはできないことである。

しかるに古典古代の法学者たちの探究の努力は、このおそらく限りのない、物の特殊な個別的存在態様のうちのどのような事情がどの程度に考慮されうるかを抽出することに向けられていたのである。たとえば、Ulp. D. 9, 2, 21, 2 (18 ad ed.); Paul. D. eod. 22 [pr.—1] (22 ad ed.); Ulp. D. eod. 23 [pr.—7] (18 ad ed.)と連続する『学説集』の法源群は、ウルピアヌス文の一定に抽象的な規準導入を引き取った形で、先に述べたそれぞれの存在態様の適合的事例を挙示

86) Doneau, 4, 15, 27, 6 : quanti id damnum omne, quod ob rem corruptam contingit.

するものとなっていた<sup>87)</sup>。たしかにこれらの説明事例は、いかなる事柄が考慮されたかについて、われわれの抱くイメージを豊かにはするが、決して網羅的でないひじょうにカズーイスティッシュなものでしかない。ユスティニアヌス『法学提要』が規定をおいているように<sup>88)</sup>、たとえば指定相続人とされていた場合の承継するはずの相続財産や、一団として有用であった場合の残されたものを含めた喪失価値の評価は、法解釈営為から取り出されたものではあっても、規定文言それじたいの説明となっていないのである。

(10) そこで次に考えなければならないのは、この法が一定の罰を予定していたことである。ドナーによれば、この付加的罰は二様に存在している。そのひとつは明示的にいわれているとおり<sup>89)</sup>、否認する者を相手どって有責判決を求める訴権は、評価額の倍額について認められる、というようにしてであり、これに対して、もうひとつの罰は、たとえ〔自分が損害をあたえた〕と認諾する者に対してさえも付加される、というようにして存在する。このことは多数の史料によって例証されるように<sup>90)</sup>被害者においておこなう評価の時点は損害惹起行為のあったときに求められなかったことに由来している。法に定立された

87) Ulp. D. 9, 2, 21, 2: Sed utrum corpus eius solum aestimamus, quanti fuerit cum occideretur, an potius quanti interfuit nostra non esse occisum? et hoc iure utimur, ut eius quod interest fiat aestimatio. この〔ディーゲスタ中では〕後のパウルス文(引渡約束のある奴隷の利益計算、ひとまとまりで価値をもつ物の場合)とウルピアヌス文(指定相続人たる奴隷、解放条件付きの場合、特殊技能をもった奴隷、詐欺をはたらいていた場合、満一歳に満たない乳児)は、たしかに一部をのぞいて(e. g. D. eod. 27, 5 et 6)、個別的なあり方ごとに吟味がなされている。

88) Inst. 4, 3, 10: si servum tuum heredem ab aliquo institutum ante quis occiderit, quam is iussu tuo adiret. .... si ex pari mularum unam vel ex quadriga equorum unum occiderit, vel ex comoedis unus servus fuerit occisus: .....

89) Q. v. Gai. D. 9, 2, 2, 1 (7 ad ed. provinc.): et infra deinde cavetur, ut adversus infitiantem in duplum actio esset.; Ulp. D. eod. 23, 10 (18 ad ed.): Haec actio....., adversus negantem in duplum.; Inst. 4, 6, 26: .....at illae, id est damni iniuriae ex lege Aquilia et interdum depositi, infitiatione duplicantur, .....「否認」とは「損害をあたえた」という原告側主張を否定することであるから、その回収を求める訴訟の争点決定前の反対主張である。これに対して「認諾」とは原告側主張に合意をあたえることであるから、それじたいは黙示であっても争点決定に達しうる。

90) E. g. Iulianus/Celsus/Ulp. D. 9, 2, 21, 1 (18 ad ed.)

「1年」「30日」の意義をはっきりさせるために、ドノーの例にならって、物それじたいの評価に限って単純化してみよう<sup>91)</sup>。

殺害の事例では過去最近1年の間になんらかの理由で、20にまでなり、のちに悪くされて5となった後に殺害されたとすると、判決は、損害惹起行為時の5ではなく過去1年最高価値の20で評決されたし、単に損傷されたという事例でも、30日間だけ遡って、同様に20にまで上っていたとすれば、たとえ損害惹起時に15にさがっていたとしても、最高20で有責判決が下されるということにある。認諾の場合がたとえ単額だとはいえ、このように評価されることじたいに罰が内在していたのである<sup>92)</sup>。

(11) 『国法(=市民法)論』における「アクティオ」論は、同じドノーの『財産侵害論』における「アクティオ」に関する議論とは異なり、「法のカウサ」から出発していない。後者の議論においては、ドノーは、法から析出した諸カウサ、すなわち、法規定から直接取り出すことができ、かつそれが介在することによって訴提起が許されるもの、法に適用機会をあたえるものを前置し、それにそくして議論を展開した。そこでの「クルパ」論がカウサのひとつ「不法に」<sup>インユーリア</sup>の概念内容の確定を出発点としていたと同様に、その「アクティオ」論も正面きった訴権論構成ではなく、かかるカウサではないが法文言であることのたしかな「所有者」<sup>ドミヌス</sup>性の意義の検討をめぐる展開されていた。その限りで、これは、訴権援用の主体と訴権援用の相手方の確定という明確な主題のもとにあって、論じられたものであったといえる<sup>93)</sup>。

ところが、前者における議論には、いわば手続的導入の部分が省かれて、史料からの諸帰結をいかに簡潔で明確な構成論理でもって説明することが可能か、という意図がはっきりと読み取れるのである。後者が前者の準備的著述としうるのもこの由縁である。したがって、おおまかにいえば、後者は、析出と

91) 「物」とはいつでも、ドノーは「他人の物 *res aliena, aliae res*」という以外は、一般的に示しておらず、史料にそくして、奴隷 (*servus*)、家畜 (*quadrupes, quae pecudum numero sit*)、他の動物 (*alia animalia*)、それ以外の物 (*res quaevis tantum*) という種類をとっている。cfr. Doneau, 4, 15, 27, 6.

92) 損害と罰については、対物訴権、対人訴権に関連して後述する(「5」参照)。

93) 西村、前掲(獨協法学23)論文、66頁以下を参照されたい。

いうことに主眼をおいた、いまだ生硬な議論に留まる論文だったのだが、前者は、導出された諸帰結を前提とした、ひじょうに洗練された法構成になっている<sup>94)</sup>、とみることができる。これは「クルパ」論についても同じといえよう。

(12(a) ドノーはこの議論に関連して、訴権の存在態様に「<sup>ダイレクタ・アクティオ</sup>直接訴権」と「<sup>ウーティリス</sup>準訴権」のあることを前置し、それぞれがどんな場合に妥当するのか、その理由はどこにあるかを追究する。

ドノーは第1に、諸史料の分析から摘出した標識として、一方が「もし物が<sup>コムメルキウム</sup>財産関係に入っている場合」、他方がこれと異なって、「もし物が財産関係にならない場合」であるという、『財産侵害論』にはなかった独特の见解を示している<sup>95)</sup>。この着想がどこから引き出されたかはこれまでのところ明らかでない。

本来的な意味での法由来の訴権は、くり返し述べてきたように、所有権者に定立されていた。そこで、「もし物が財産関係に入っている」ものとしたならば、たとえば、「<sup>レス・コムモゲータ</sup>使用貸借として受け入れられた物の借主」とか、「<sup>ビグメス</sup>質として受領している〔占有質〕質権者」は、所有権者と同様に、物に加えられた損害に利害関係をもっている。また「<sup>インテルエツセ</sup>用益権者」とか「使用権者」は〔所有権者の法的地位にあたかも類似しているので<sup>96)</sup>〕、諸史料において、その保護が許されてきた。しかしながら、ドノーによれば、「もし物が財産関係にある場合」であっても、損害が加えられないことに利害関係をもつということにおいて、訴権援用の資格が生じるわけではない。これは、盗訴権の法理とはちがう点である<sup>97)</sup>。したがって、「もし物が財産関係にある」という標識は、「もし物が財産

94) かかる特長を有するこのプロセスをドノーの「法論」全体にもしみることで、捨て去られたものと取り出されたもの、いかなる論理構成でもって析出されたものかがはっきりさせられれば、それは、「ローマ法学」から「近世私法論」へという道筋に対応するという可能性が大いにありうるのである。『財産侵害論』と『国法（＝市民法）論』との比較の意味はここにもあった。

95) Doneau, 4, 15, 27, 7: si res est in commerciis; si res in commerciis non erit.

96) この理由づけの明示は『国法（＝市民法）論』にはなく、『財産侵害論』で展開された。cfr. Doneau, 10, 1, 2, 7-8. 『国法（＝市民法）論』では、後述のように、ただ「<sup>コンテンネレ</sup>包 括」ということで捉えているにすぎない。

97) E. g. Inst. 4, 1, 13 (15): 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.

関係にない」という、後述の標識と対比的に捉えてのみ有効性をもっているであろう。けだしドノーは、直接訴権はそれでもやはり所有者にのみあたえられるであろうとしているからである。そこで、用益権者と使用権者（『国法（＝市民法）論』では、この2人格<sup>ベルツァ</sup>だけをとって、『財産侵害論』とは異なっている。後者では、用益権・使用権者のほか善意占有者、質権債権者の3人格が格別に取り込まれていた）を組み込む説明が必要となってくる。ドノーは先に定式化したところにこれを包摂しようとしている。

「それでもやはり、われわれは、もし物が財産関係に入っている場合、この訴権は所有者にのみあたえられるというのだが、それを、用益権者および使用権者<sup>フルクトアリウス</sup>が含まれるというようにして、[だが]用益権設定物が破壊されまたは殺害された場合は、これらの者にアクィーリウス法の直接訴権ではなく準〔訴権〕があたえられるというように把握する<sup>98)</sup>」

ドノーが根拠法文とするのは3個の法源<sup>99)</sup>であるが、この典拠の援用の仕方からは、〔使用権者や〕用益権者に対しての範型訴権という記述をもこれに相当するとしていることが明らかである。また、善意占有者についてとくに述べていないことも、質権者がこれに含まれないとしているのであろうことも（利害関係に関する説明からみて）はっきりしている。その意味からして、Ulp. D. 9, 2, 17 (18 ad ed.); Paul. D. 9, 2, 30, 1 (22 ad ed.)からは法構成していないし、これらに直接訴権を考えているとも読み取れる、Ulp. D. 4, 3, 7, 4 (11 ad ed.)

98) Doneau, 4,15, 27, 7: Quod tamen domino soli hanc actionem dari dicimus, si res sit in commerciis, sic accipiemus, ut fructuarius et usuarius contineantur, non ut his detur directa actio legis Aquiliae, sed utilis, re fructuaria rupta aut occisa.

99) Iulianus/Ulp. D. 9, 2, 11, 10 (18 ad ed.): An fructuarius vel usuarius legis Aquiliae actionem haberet, Iulianus tractat: et ego puto melius utile iudicium ex hac causa dandum.; Paul. D. eod. 12 (10 ad Sab.): Sed et si proprietatis dominus vulneraverit servum vel 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 veniat, qua nondum usus fructus meus fuit.; Ulp. D. 7, 1, 17, 3 (18 ad Sab.): Si quis servum occiderit, utilem actionem exemplo Aquiliae fructuario danda numquam dubitavi.

をとっていないこともまたたしかである<sup>100)</sup>。かくして、物が「コムメルキウム中にある」というメルクマールは、これとは逆の関係をいっそうはつきりさせる効果をもっている。

(12(b) 「もし物が財産関係<sup>コムメルキウム</sup>にない場合」とされたのは、自由人たる家息および家長自身の場合であった。すなわち、これらの者が傷を負わされた場合は、「加えられた損害」はたしかに存在するのであるが、アクィーリウス法の直接訴権は中断することになる。ただし、「家息」は財産関係にはない、すなわち父の所有権のもとにあるわけではなく、「家長すなわち自由人」もちろん財産関係にない、つまりある者が自身の所有権者ではありえないからである。したがって、これにかえて、[損害を回収するために] いずれの場合にもそれぞれ自身の名義で準訴権をもつものと考えられ(ただし家息は自由人であるから)、かつ父親は、前者の場合には格別に「家息の人格にもとづいて」<sup>エクス・ベルソン・ファイリイ</sup>準訴権をもつものとされた。

ドノーの根拠とする史料は、Ulp. D. 9, 2, 13 pr. (18 ad ed.) および Ulp. D. eod. 7pr. (18 ad ed.) だけ<sup>101)</sup>であるから、当然にその理由づけはかれの説明の論理であるが、『財産侵害論』で詳細に展開した論理説明<sup>102)</sup>は、もはやこの場

100) 『財産侵害論』では、善意占有者も質権者も包摂されていた。善意占有者に言及のないこと、質権者が論理的にみて含まれないこと、その根拠は明確にされていない。ローマ法学はそれらを後の、ドノーが典拠としてとらなかった法源群から理論構成をしていたのである。q. v. Ulp. D. 9, 2, 17 (18 ad ed.) : Si dominus servum suum occiderit, bonae fidei possessori vel ei qui pignori accepit in factum actione tenebitur.; Paul. D. eod. 30, 1 (22 ad ed.) : ..... et ideo in his casibus, in quibus ercreditori danda est actio propter inopiam debitoris vel 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.; Ulp. D. 4, 3, 7, 4 (11 ad ed.) : Si servum usarium proprietarius occidit, legis Aquiliae actioni et ad exhibendum accedit, si possidens proprietarius occidit, ideoque cessat de dolo actio.

101) Ulp. D. 9, 2, 13pr. (18 ad ed.) : Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem : directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur. ....; Ulp. D. eod. 7pr. (18 ad ed.) : Qua actione patrem consecuturum ait, quod minus ex operis filii sui propter vitiatum oculum sit habiturus, et impendia, quae pro eius curatione fecerit.

102) 西村, 前掲(獨協法学23)論文, 75頁以下参照。

では必要のないものとしたのか詳細に展開されていない。しかしながら、前にも述べたように、父親（＝家長）が準訴権をもつとしたのは、その支配的権力にもとづくかどうかは措くとしても、家息がもっているのと同じ準訴権を、父親にいわば「直接に」与えられるものとしたとみてよいと思われる。

このような事例における評価的損害は、前に述べたとき客観的に妥当な評価の一般的把握を受け容れない。ただし、自由人の身体そのもの（「物それじたいの評価」に対応するところのもの）の評価はなしえないとする準則があるからにはほかならない。したがって、「損傷された物（自由人）のためにある人に（自身または父親に）生じた損害の一切がいかにどの価値のものであるのか」と問うならば、この場合には前記のいわば外在的なもののみが考慮されることになる。すなわち、たとえ傷痕や変形痕が身体に残ったという場合でも、この判決では考慮されないで、もっぱら、現に支払われた治療費用および労働力評価が入ってくるだけということになる<sup>103)</sup>。しかし、その趣旨はそれ以外に別に生じた損失の一切ということであるから、必ずしもこれに限るという趣旨のものではなかったと思われる。

(13) 第2に、「直接訴権」と「準訴権」に分かれる事情の標識として、ドノーは、損害惹起行為が「自己の身体によって」なされたか、それとは異なるなんらかの行為がなされたか、によってちがいが出てくるとしている。そして、前者には直接訴権が、後者には準訴権がそれぞれ対応する<sup>104)</sup>、とするのである。そこで、「自己の身体による」というカテゴリーがはたしてどこまでを包摂するかが問題となろう。ドノーの援用する史料（Paul. D. 9, 2, 30, 3 [22 ad ed.]）は、これに内包される具体的手段とかやり方ではなしに、損害をあたえるということがどこまで拡がりを示すかにつき、一定のイメージをあたえているものである。

「この（＝第3の）規定に由来するこの訴権にあっても、故意および過失が罰せられる。それゆえ、もしある者が自己のわら束とか棘の木を焼き払う

103) 前註101に挙げた D. 9, 2, 7pr. のほか Gai. D. 9, 1, 3 (7 ad ed. provinc.) と Gai. D. 9, 3, 7 (6 ad ed. provinc.) をみよ。

104) Doneau, 4, 15, 27, 8, col. 227.

ためにそれに火をつけ、向こうかなたまで火が飛び散りかつ拡がって、他人の耕作地または葡萄畑を損なった場合、われわれは、これがこの者の未熟さ<sup>イムベリティア</sup>または不注意<sup>ネグレゲンティア</sup>によって発生したものかどうかを問うだろう。けだし、もしかれが風の強い日にそれをしたならばかれは過失<sup>クルパ・エ・レラクス</sup>あるとが人だからである（実際、〔損害の〕機会をあたえる者も損害をなしたものとみられる）。火がそれ以上拡がらないよう注意を払っていなかった者も、同じ罪過<sup>クリメン</sup>に問われる。これに対してもしかれがそれに必要とされるあらゆる事柄に対し注意を払っていたか、または突風のためそれ以上に火が燃え拡がった場合には〔かれに〕過失はないのである<sup>105)</sup>」

約言すれば、不可抗力を除き、あらかじめ必要な配慮ができたにもかかわらず、損害が惹起されたという場合に、機会供与行為をもこの概念に含まれるとするのである。この点につきドノーは、この史料を根拠として、法が訴権定立に関して、「不法に殺害した者」「不法に破壊した者」と明示したところを受けて、これを「すなわち損害をあたえた者」といい換え、この「損害をあたえた」<sup>ダムヌム・ダディツセ</sup>というひじょうに重要なカテゴリーを次のように捉えようとしている。

「実際、不法行為をなしたその者は、不法行為をなすことに自ら義務を負った者でもある。『損害をあたえた〔者〕』とは、自身が直接的に殺害<sup>レグチ</sup>または破壊した者ばかりではなく、自己の身体<sup>コルポ</sup>によって、この損害および損傷の〔機会〕<sup>カウツサ</sup>因<sup>カウツサ</sup>をあたえた者をも〔含んでいる〕、と理解される<sup>106)</sup>」

そして、ここで重要なこととしては、損害・損傷<sup>カウツサ</sup>の原因をあたえるということ

105) Paul. D. 9, 2, 30, 3 : In hac quoque actione, quae ex hoc capitulo oritur, dolus et culpa puniuntur : ideoque si quis in stipulam suam vel spinam comburendae eius causa ignem immiserit et ulterius evagatus et progressus ignis alienam segetem vel vineam laeserit, requiramus, num si die ventoso id fecit, culpa reus est (nam et qui occasionem praestat, damnum fecisse videtur) : in eodem crimine est et qui non observavit, ne ignis longius procederet. at si omnia quae oportuit observavit vel subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa.

106) Doneau, loc. cit. : Is enim est qui deliquit, et qui delinquendo se obligavit. Damnum dedisse intelligitur ; non tantum qui ipse recte occidit, aut rupit, sed etiam qui huius damni et corruptionis causam corpore suo dedit.



(これを明確に抽出したのはドノーのメリットであろう<sup>107)</sup>) が、任意のなんらかの行為によって惹き起こされた場合のすべてをここに包摂するというものでは決してない、という点が指摘されるべきである。ドノーによれば、このように「損害の機会を供与した」と認識されるべき事柄は、ある者が「自己の身体によって」行為したと結びついてなければならないのであった。逆にいえば、なんらかのことを自己の身体によってなしたという場合に、結果的に損害が惹起したとすれば、それは、損害の原因つまり機会をあたえた行為と認識される、ということなのである。このことをドノーは「法の文言」に帰着させており、拘束されるかどうかもこれにかかっていると明白に述べているが<sup>108)</sup>、この点は史料上追認することはできない。しかしながら、「損害の機会 供与」と「自己の身体による」とをこのようにして結合させた説明論理に注目することのほうが重要である。そのことによって、いかなる状況が直接訴権相当の状況であるか準訴権回附の状況かがはっきりするのである。

すなわち、ドノーによると、前に述べたように、直接訴権は、直接的に「不法に殺害した者」「不法に破壊した者」を相手どって援用されるだけでなく、「自己の身体によって損害の機会〔因〕をあたえた者」をも相手方として定立されていることが、法文言から認められる。しかしながら、同じく損害の機会をあたえたとみえる状況であっても、「自己の身体による」以外のなんらかの行為によった場合、たとえば、「もしある者が他人の家畜を駆り立てて、激しく動かして使った<sup>109)</sup>」という場合に、たとえ家畜自ら墜落などして損傷されたとしても、直接訴権を導出しうる「機会供与」ではない。そこで、かかる場合には、現に損害が生じており、損害は回収されなければならない、かつ損害の原因をまねいたなんらかの行為の直接的行為者は特定できるので、この者を相手方とした訴権は存在しうる、と考えられたのである。これが「自己の身体による」をメルクマールとするアクィーリウス法準訴権の存在態様なのであ

107) 西村、前掲(獨協法学23)論文、95頁以下、とくに99頁においても指摘したように古典古代の法学者も知らなかったわけではないが、明らかな概念としては析出していないものであった。

108) Doneau, loc. cit. col. 228.

109) E. g. Inst. 4, 3, 16.

た、とドノーは考えているのである。

(14) だが、この場合にも物の「実質<sup>コルプス</sup>へ」という要素が必要であること<sup>110)</sup>を、ドノーの『国法(=市民法)論』に「註」を付したオスワルド・ヒリガー(この附註はイエーナ版1610—11年以降)はつけ加えていた。これはドノー理論検証の本筋からは若干はずれるが、今後の課題への材料としてそれにもっとも適当なところで示しておいたほうがよいだろう。ヒリガーの附註は、続けてこう述べる。「……しかしもし〔自己の〕身体によってでも〔物の〕実質に対してでもなくて、しかし別<sup>ノ・グエ</sup>のなんらかの行為によった場合は事実訴権〔が存在する〕。たとえ、古人らのいかなる事例においてもこれらの諸訴権をトゥリボーニアヌスは区別しなかったのであると、バルトロメオ・ファエヨが、〔フロンソワ・コナン』国法論』第7巻第15章への『補註<sup>スツプレメントゥム</sup>』(10)で主張するにしても、『法学提要』[Inst. 4, 3, 16] 末尾で、〔それは〕アクィーリウス法準訴権とは区別されたもの<sup>111)</sup>〔である。〕」

われわれは、後世、かかる訴権態様の理由づけに関して多くの議論のあったことを知っている。しかし、あえてここで取り出して注意を引こうとしたのは、むしろドノーの説明論理に不備があったとみたうえでの附註か、いわずもがなのことをいっているのか、を考えたいと思うのである<sup>112)</sup>。このことは、ドノーの「事実訴権論」に直結するものであるから、あえてここで性急に解答を出すべき事柄ではないと思われる。

110) この要素が本章における出発点であった。たしかにこのことを付記することによって、直接訴権についても準訴権についても、a corpore=in corpus の共通の存在がはっきりとはする。

111) Doneau, 4, 15, 27, coll. 227-228 : [n. 2] Si tamen in corpus. Quod si neque corpore, neque in corpus, sed alio facto, actio in factum ab utili actione L. Aquiliae distincta d. §. ult. in fin. licet Barth. Fajus in Supplemento ad Connan. 7. Com. 15. n. 10. Tribonianum has actiones nullo veterum exemplo distinxisse velit.

112) 少なくとも窺い知れることは、この附註の議論立てからして、訴権態様の差異を識別する標識として、中世的法学はそれを析出しなかったということ、ローマの法学者がそのような確立原則をもたなかったということ、16世紀私法学はそう認識した、ということなのである。

#### 4 付加的罰の加重——「加えられた損害」

(1) 前節冒頭に明記したように、損害の回収は唯一アクィーリウス法由来のものだけとは限らない。ここではそれらをひとくくりにして議論しよう。けれど、それら若干のものは、たしかに「加えられた損害」をひとしく扱っているからである。しかしながら、それらは、アクィーリウス法に由来するもの<sup>マヨール・ボエス</sup>がって、本来的に付加罰が加重されているという共通性をもっている。個別的に定立されたこれらの数は4個であったが、ドノーによれば、かように罰状が増殖される理由に着目して、3つに分けられうる、という。

そのようにして債権債務関係ならびに付加的罰を発生させる不法行為には、古ローマ法以来ローマ法学において発展してきた型が存在していた。すなわち、「もし樹がひそかに伐採された場合」[D. 47, 7, 1—12], 「もし集団化した奴隷によって損害が加えられた場合」[D. 47, 8, 2pr. ff.], 「もし暴動ないしは叛乱のさなかに損害が加えられた場合」[D. 47, 8, 4ff.], 「もし火災、倒壊、難破または船の略奪を機に、損害が加えられた場合」[D. 47, 9, 1, 1—12] がそれであり、後三者は法務官告示から発達したものであった<sup>プラエトル</sup>113)。

(2) ひそかに伐採された樹に関する訴権は、古ローマ期における12表法で、<sup>アクティオ・レガティマ</sup>倍額について定立されていたことが、ラベオーの証言<sup>114)</sup>によって明らかであり、法律的訴権に属するもののひとつであった。そこでこの訴権における損害の名目、「ひそかに伐採された樹」ということについて、個々の構成要素の問題、たとえば、樹のいかなる実質が損なわれた場合を法は捉えているのか、であるとか、<sup>フルティム</sup>ひそかに<sup>カエダレ</sup>伐採することがどのような含意をもつものであったかに

113) Doneau, 4, 15, 27, 9: in arboribus furtim caesis; si damnum datum sit hominibus coactis; si damnum datum sit in turba, seu in tumultu; si quid damni datum sit ex incendio, ruina, naufragio, nave, rate expugnata. これらについて、さらに、O・レーネルの『永久告示録』構成をみたいと思う。cfr. Otto Lenel, Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung, 3. Aufl. 1927 [Scientia 1974], SS. 337-8, SS. 391-7.

114) Q. v. Labeo/Trebatius/Paul. D. 47, 7, 1 (9 ad Sab.): Si furtim arbores caesae sint, et ex lege Aquilia et ex duodecim tabularum dandam actionem Labeo ait: .....

についても説明は必要であるが、しかし、「加えられた損害」に関して訴権が存在することはたしかであり、かつ若干の重い不法行為と同じようにもともと倍加されて定立されていたこともまた明らかである。かかる意味から、訴権が原因とみるところは、アクィーリウス法訴権の原因とするところとまさしく同一なのである。したがって、当然そこに訴権競合という問題が別に生じる<sup>115)</sup>。

ところで、なぜ罰状が増殖するかということが、「損害論」の法構成領域の中にこれらが位置づけられうる理由と並んで、説明されなくてはならない。ドノーによれば、これは後三者とともに一定の状況<sup>ケルタ・キルクムスタンティア</sup>のゆえに加重的であった。すなわち、この事例においては、樹という「物」そのものによるのである。ドノーは、「[そこから] かぞえきれないほどの享受を受けるため、人間の営みはこれ [= 樹木] なしではありえない<sup>レス</sup><sup>116)</sup>」というほどに、人間生活にとって古くから切ってもきれない重要性を樹の役割に認めている。そして、それほどまでに樹が生育するには長年月を必要とするから、いったん伐採してしまうとそこに新たに回復させるのに多くの不都合が生じるともいう。かくして、損なわれた樹という物じたいを理由として、罰状が増殖され、付加罰が倍額に加重されたのである、というのがドノーの説明するところである。

その際、損害の評価は、史料によれば<sup>117)</sup>、一般に「樹が損なわれないことで、所有者にどれほどに利害関係があるかについて」が基礎に置かれ、たとえば残余の樹の価格は差し引いて、評価をおこなうものであったとする<sup>118)</sup>。

(3)(a) <sup>ユース・ブラエトリア</sup>法務官法から発達してきた後三者の事例は、それぞれ次のような理由によって「損害論」の構成枠内に組み込まれ、その罰状が増殖されている。

集団奴隷による不法行為は、ドノーによれば、その損害がなんであれ「害を<sup>モドワ</sup>なす<sup>ス・ノケンダイ</sup>態様」のゆえに加重的となる。それは「恐怖」<sup>テロル</sup>であり、これを鎮めるの

115) Paul. D. eod. 5, 1 (ibidem): Eius actionis eadem causa est, quae est legis Aquiliae. よって競合することになる。前註 114 所引の史料に続く次の部分と比較されたい。sed Trebatius ita utramque dandam, ut iudex in posteriore deducat id quod ex prima consecutus sit et reliquo condemnet.

116) Doneau, 4, 15, 27. 9: [Nam cum] his vita humana ad innumeros usus carere non possit.

117) Paul. D. 47, 7, 8pr. (39 ad ed.)

118) Doneau, loc. cit. col. 228.

に、奴隷が集団化して害をあたえることを放置した者〔所有主〕を相手 として、4 倍額訴権が定立された。ドノーがこの事例にここで言及しているという ことは、これが純粹に「加えられた損害」のレベルで認識可能だとしている ことになり、これが暴力強奪物と同じ告示で定立された (Ulp. D. 47, 8, 2pr. [56 ad ed.]) という歴史的成り立ち<sup>119)</sup>によりも、「損害」と「奪取」という区 別を設けた構成論理に従って、説明を加えているらしく思われるのである。

(3)(b) なんらかの損害が、あるいは世情不安 (トウルバ トウムルトウス 暴動、叛 乱) のただ中で、  
あるいは突然の災禍 (火 インケンディウム 災、倒壊、難 ルイナ ナウフラギウム ビラティカ 海上略奪) に便乗した形で加  
えられた場合に、罰状が加重的になるのは、ドノーによれば、その「時」ゆ  
えに問題とされうるのである。このような状況下にあっては、災難克服の最大  
限の支援をすることが人の廉恥心である。ドノーはいう、「それを果たさず、  
こうした時にさえも、害をなすこと、そして新たな災禍を加えることの機をう  
かがうのは、なんと重い、尊厳に値しない破廉恥であることか」、と<sup>120)</sup>。この  
ように、これらの事例における加重的な付加罰から、本来の「加えられた 損  
害」以外の重<sup>グラウイオル</sup>い罰を読み取ることができるのであり、実際、前者は倍額につ  
いて認められ、後者は4 倍額訴権であった。これらが3つの理由であった。

以上を通じて、この法構成論理の基底にドノーが、自然との対峙において人  
間の生活を守り育て、あるいは人間の精神を和らげ、あるいは人間らしいふる  
まいへといさめる、というように、きわめて「人間的」な感覚で対応したと  
「読み取る」のは、法律論からは感傷的すぎるであろうか。この点は、ドノー  
「法論」の基本的精神の分析をまって答えを出しても少しも遅くはないことであ  
らう。

119) Q. v. Ulp. D. 47, 8, 2pr. : Praetor ait : 'Si cui dolo malo hominibus coactis da-  
mni quid factum esse dicetur sive cuius bona rapta esse dicentur, in eum, qui  
id fecisse dicetur, iudicium dabo. item si servus fecisse dicetur, in dominum  
iudicium noxale dabo.'

120) Doneau, 4, 15, 27, 9, col. 1 [2] 30 : Quo majus et indignus flagitium est id non  
facere, sed etiam ex his temporibus captare nocendi et novas calamitates infl-  
igendi occasionem.

## 5 物の喪失——非破壊損害

(1) <sup>レイ・コルプアディオ</sup>物の損傷によって生じる損害は、これまでわれわれが取り扱ってきた限りでは、すべて現実には物破壊の推移により惹起されたものであった。ドノーの構成によれば、損害論と（本稿では扱う余裕がないが）奪取論が別主題たることを明示した後、導入的部分として、人の精神的損傷を前置した一章を設け、ついで、核心的部分となった物破壊による損害に論を移した別の一章を置いたのである。同じくそこに組み込まれうる損害惹起の型は、補論的部分として、同一章に構成されている。

ところで、前記したとおり、ドノーは第29章以下の奪取論に論を転じる前に、さらにもう一章を立てて、実質は事実訴権関連の議論を展開した。しかしこの章は、事実訴権論だけで構成されているわけではなく、その大半は損害に関係したもうひとつ別の類に充てられているので、後者を除外して論じることはいできない。

(2) さて、他人の物が損傷され、あるいは他人の<sup>パトリモニウム</sup>財が縮減されるという場合のほかにも、損害が惹き起こされる場合がありうるという指摘がある<sup>121)</sup>。ここで議論しようとするのは、かかる損害態様についてであり、すなわち、それは一般に、他人の物が「<sup>インテグラ</sup>損なわれず」かつ「<sup>インコルプツ</sup>損傷されもせず」「<sup>サセラ</sup>害されない」ままにしてなお損害が生じた場合といわれるものである。ここからは2つの<sup>グネツ</sup>類が取り出せる、とドノーはいう。ひとつは、たとえば、もしある者が他人の指輪をその両手からたたき落とそうとして海や川に落としてしまった場合のように、「他人の物になにかあることが生じて、このことによって、たとえ損なわれずともこの物じたいがその所有者のもとからなくなってしまう」場合である<sup>122)</sup>。もうひとつは、たとえば、裁判官（＝審判人）の不当な判決ゆえに訴訟当事者が訴訟物に損害を加えられた場合のごとく、「なにかあることが別の

121) Doneau, 4, 15, 28, 1. 本稿の冒頭で述べたところを参照されたい（「1, (4)(b)」）。

122) Doneau, loc. cit. : [Aut enim] aliquid fit in re aliena, quo ea ipsa res abeat a domino suo quanvis integra. この言説が一定の抽象化包摂化を示していることは、すぐ後の実例の挙示から明らかであろう。

ところで生じ、そのことで、他人の家財産に損害が生じる」場合である<sup>123)</sup>。  
ドノーの整序するところによれば、前者は3つの態様において存在することが  
諸史料から確証しうるものであり、後者は5つの種類<sup>スベキエス</sup>がある。先に後者につき大  
略みておこう。

(3) この5つは共通項として、係争中あるいは将来の訴訟において、損害が  
自己の家財産(=資産)にまでおよぶうることにあつた<sup>124)</sup>。ドノーによれば、  
第1種は、「なんらかの占有している物につき、自分と相争う他人とその争訟  
を怖れて、訴訟変更のために悪意で物を譲渡した、このことを原因として、他  
人に対してもっと不利な条件をつけた者<sup>125)</sup>」(Gai. D. 4, 7, 1pr. [4 ad ed.  
provinc.]) の場合である。その第2種は、「法が命ずるとおり、相手方を法廷  
に召喚し、訴訟召喚状を送付しようとして、召喚書面に自分に支払われるより  
多くの額をまとめて書き込んだ者<sup>126)</sup>」である (Inst. 4, 6, 24)。第3種として、  
「法廷に召喚された者を力で排除した者<sup>127)</sup>」(D. 2, 7 [1—5]) についてであ  
り、これに関連して、第4種は、「法廷に召喚された者が裁判所に出頭しえな  
いよう悪意でなにかをおこなった者」(D. 2, 10 [1—3]) の場合<sup>128)</sup>である。そ  
して最後に、第5種は、「(不当判決により) 訴訟を自己のものとした者<sup>129)</sup>」

123) Doneau, loc. cit.: [Aut] fit alibi aliquid, unde alius in damnum incidit rei familiaris. ここで目指したことも同じである。

124) Doneau, 4, 15, 28, 1; Id., 4, 15, 28, 3.

125) Doneau, 4, 15, 28, 4: qui in re aliqua, quam possidet, alium sibi adversarium, ejusque controversiam metuens, dolo malo mutandi iudicii caussa rem alienavit, qua ex re durio<sup>エディクトウム</sup>rem conditionem ei constituit. ヒリガーによれば、この種は、将来の訴訟にかかわる告示において定立された (n. 2)。q. v. D. eod. [De alienatione iudicii mutandi causa facta] 7 (Gai. ibidem). 「加えられた損害」に関する不法行為訴訟の定立をいう。

126) Doneau, 4, 15, 28, 5: qui adversarium in ius vocaturus, et libellum actionis editurus, ut jus jubet, complexus est libello conventionis maiorem quantitatem, quam sibi debebatur. 「損害」に関して3倍額訴訟の定立がある。

127) Doneau, 4, 15, 28, 6: qui eum qui in ius vocatus est, vi exemit. ヒリガー註 (nn. 3, 4) 参照。

128) Doneau, 4, 15, 28, 7: in eo, cujus dolo malo factum est, quominus quis in ius vocatus iudicio sistat. ヒリガー註 (n. 5) 参照。

129) Doneau, 4, 15, 28, 8: qui litem suam facit. 裁判官 (= 審判人) の場合である。

(D. 50, 13, 6) である。いずれも「加えられた損害」について訴権が存在するのであるが、それらは個々のに定立された。

(4)(a) 先の前者における3つの態様は、明らかにアクィーリウス法にかかわってこないものである。それがどのような性質のものであるかについて、まず、「損害」が生じたということをここで詳述することにしよう。

第1の態様の具体的根拠事例は、Inst. 4, 3, 16の末尾と Proculus. D. 41, 1, 55 (2 epistul.) に存する箇所から引き出された。すなわち、「ある者が足枷をされた、他人の奴隷またはその他ある動物を解き放ったとき」あるいは「家畜小屋または檻に閉じ込められたものの世話を怠ったとき」である<sup>130)</sup>。そのことによって、所有権者のもとから離れ去ったり、所有権者において喪失されるという事態が生じた場合には、そこに損害が発生している。

次に、第2の態様として、その種<sup>スベキエス</sup>は、Alfenus. D. 19, 5, 23 (3 digest. a Paulo epitom.) および Proc. D. 41, 1, 55 (2 epistul.) の同箇所、さらに Inst. 4, 1, 11 から抽出されたものである<sup>131)</sup>。前述のように、「もしある者が他人から器または指輪をたたき落とそうとして、海や川にこの者が落とした場合」あ

130) Doneau, 4, 15, 28, 2 : *cnm quis servum alienum, vel aliud animal compeditum solvit, aut stabulo vel cavea inclusum custodia liberat. q. v. Inst. 4, 3, 16 : ..... sed si non corpore damnum fuerit datum neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigit, cum non sufficit neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum qui obnoxius fuerit in factum actione teneri : veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret. ; Proculus. D. 41, 1, 55 : ..... sin autem aprum meum ferum in suam naturalem laxitatem dimisisses et eo facto meus esse desisset, actionem mihi in factum dari oportere, veluti responsum est, cum quidam poculum alterius ex nave eiecisset.*

131) Q. v. Alfenus. D. 19, 5, 23 : *Duo secundum Tiberim cum ambularent, alter eorum ei, qui secum ambulabat, rogatus anulum ostendit, ut respiceret : illi excidit anulus et in Tiberim devolutus est. respondit posse agi cum eo in factum actione. ; Inst. 4, 1, 11 : Interdum furti tenetur, qui ipse furtum non fecerit : qualis est, cuius ope et consilio furtum factum est. in quo numero est, qui tibi nummos excussit, ut alius eos raperet, aut obstitit tibi, ut alius rem tuam exciperet, vel oves aut boves tuas fugaverit, ut alius eas exciperet : et hoc veteres scripserunt de eo, qui panno rubro fugavit armentum. sed si quid eorum per lasciviam et non data opera, ut furtum admitteretur, factum est, in factum actio dari debeat. ; Proc. D. 41, 1, 55 については、前註130参照。*



るいは「もしある者が<sup>ベル・ラスクワイアム</sup>気まぐれから所有物を所有権者からたたき落として、他者がそれを強奪してしまった場合」や、「ある人の家畜を逃がして、他者がそれを奪い去ったという場合」、「所有物を連れて行こうとする人を気まぐれから妨害して、そして他者がもち去った場合」のごとく、諸史料にはよく似かよった具体的事例が示唆される。ドノーは、これらをより包括的に捉え、「他人の物がなんらかの外部的（たとえば海、川、強奪者の）力によって所有権者の手もとから取り去られるという事態をある者が生ぜしめた場合<sup>132)</sup>」であるとする<sup>133)</sup>。これらのものには、ローマ法学においては盗<sup>アクティオ・フルティ</sup>訴<sup>ユース</sup>権の思想の枠内で理解されてきたものもある。

さらに、第3の態様は、「ある者が他人の物を自分のものに附着して、離せないようにしたとき<sup>134)</sup>」であり、この場合には、他人のものが優越的にこの行為者に帰属することになって、この物の旧主からは回収できもせず、また提示を求める〔提示〕訴権の援用もかなわないという事態に至るので、そこに損害が生じるのである。すなわち、物については明らかに、ただ接合せしめられただけで害されてはいないのだが、しかし所有権者は、回収する<sup>ユース</sup>権利を奪われてまた分離を要求するような提示訴権もなく、結局のところ所有権者たることを中断されて喪失してしまうことになる。それにもかかわらず、損害は、かかる附着によって、あるいは附着物がこの物において保有されていることによって生じているので、損害の回収を求めることはできた。

132) Doneau, 4, 15, 28, 2: cum quis fecit, ut res aliena auferretur domino externa aliqua vi, puta maris, aut fluminis, aut raptoris.

133) これにかかわって、ヒリガーの附註 (Doneau, 4, 15, 28, 2, col. 1 [2] 32, n. 1) によれば, Sabinus/Ulp. D. 9, 2, 27, 21; Pomponius/Ulp. D. 19, 5, 14, 2 の参照を求めて、次のようにいう。〔D. 19, 5, 14, 2〕2. において、不法損害訴権<sup>ダムニ・インユーリアエ・アクティオ</sup>があたえられることを拒否されているのは、〔D. 9, 2, 27, 21〕21. において、準〔訴権〕があたえられているところを妨げないために、直接〔訴権〕について〔述べていると〕理解せよ。Goed. ad. L. 6. §. 1, de V. S. n. 20. をみよ、そこでは、この事実訴権はアクィーリウス法準〔訴権〕であると判断している。しかしそれは、法の文言にもとづくものでもなく、法の趣旨にもとづくものでもなく、<sup>フラインツ</sup>法務官職権によって、法に欠けているところを補充するという、かの<sup>インドワック</sup>外在的な機会によるものである。C. proceed, N. 2. 参照〕と。かかる補充的な訴権の意味については、本文後述。

134) Doneau, 4, 15, 28, 2: cum rem alienam quis ita adiungit suae, ut cohaereat.

(4)(b) 以上の3態様のいずれにおいても、「加えられた損害」が存在しているのである。しかし、「物の損傷」というカテゴリーのもとにおいて惹起した損害の型とはちがっているがゆえに、本来的にはアクィーリウス法の考慮範囲に入っていないという共通の性格をももちあわせている。そして、その大前提には、不法行為は追及しなければならない、ないし、損害は回収されなくてはならないという準則がある。これをどのように解決し、調和させるか。

この準則は、法の意味内容（＝趣旨、あるいは精神）から析出されるものであった。所有権者のもとからの物の喪失は、先の検証から少なくとも損害は惹き起こされているので、この損害の回収は、法の意味内容にもとづいてなされるべきである。ここで援用する法とは、「加えられた損害」について核心的な地位を占めてきたアクィーリウス法であろう。すなわち、アクィーリウス法の意味内容にとって適合的な訴権の救済が、<sup>フクセトル</sup>法務官によって、アクィーリウス法に欠如していたものを補充する形で考案されていったのであり、文献史料 Pomponius. D. 19, 5, 11 (39 ad Q. Muc.) の証言のとおり、それは法の有用性（効用）の要請するところであった<sup>135)</sup>。

このような補充的な・アクィーリウス法の事実訴権への適用機会は、上に述べてきた諸原因にもとづいて存在するものである。この訴権態様がどのようなものであり、それは本来的直接訴権や準訴権といかなる点で異なるのかという問題は、ヒリガー附註<sup>136)</sup>にもあるように、錯綜していて古くから人を悩ませてきた事柄に属するものであった。

(4)(c) ローマ法学は、いわゆる「<sup>ユース・キークワイレ</sup>市民法」のかたわらに法務官法を発達させたが、これは、法発展の観点からみれば、決して対立的局面をみせているのではなくて、そこに調和的働きをみる必要がある。裁判担当政務官たる法務官がアクィーリウス法適用の現場において考えたのは次のことであっ

135) Q. v. Pomponius. D. 19, 5, 11 : Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. sed et eas actiones, quae legibus proditae sunt, si lex iusta ac necessaria sit, supplet praetor in eo quod legi deest: quod facit in lege Aquilia reddendo actiones in factum accomodatas legi Aquiliae, idque utilitas eius legis exigit.

136) 前註 133 を参照。

た。

「けだし、物が所有権者のも<sup>デベルグレ</sup>とから喪失される場合にもそこに少なくとも<sup>ダムヌム</sup>損害が存在する。そしてその損害は同一の態様のもの〔である〕。では実際、どのようなものがかかわってくるのか、いかなる態様で所有物が所有権者のも<sup>デベルグレ</sup>とから喪失されるのか、〔物が〕損傷されて失われると、損なわれずに失われるとでは同じ程度のものか<sup>137)</sup>」

法務官はその訴訟指揮の実務でこのような場面に出会った、とドノーは考えるようである。そこで、法務官の解決は、この種の損害がアクィーリウス法じたいにはかかわらないということがはっきりしているので、これをアクィーリウス法の思想圏に欠けている事柄だと認識して、これを補充するために、損害の回収を求める〔ないしは、不法行為に対し加罰すること〕という法の意味内容にもとづいて、訴権を提示することにと向かった。先の法文史料 Pomp. D. 19, 5, 11 ならびに Inst. 4, 3, 16 末尾の意義はこう読み取られうるのである。

諸史料に現れる、この種の損害の回収を求める「事 実 訴 権」は、当然に、このような意味において読まれるべきものである。そして、事実訴権があたえられる、ということは、その都度個々的に自由裁量による附与があるということをもはや意味せず、先のごとき<sup>カウツサ</sup>原因にもとづき一定に確認された「補充的な・アクィーリウス法の・事実訴権」への適用機会がそこに存するということを意味した。

この訴権の本質はなにか。ドノーは、その答えを導くために1個の史料(Ulp. D. 44, 7, 25pr. [singul. regul.])を引き合いに出した。

「訴権の類は2〔類〕ある、〔一は〕対物で、それは『ウィンディカーティオ』といわれるものであり、〔他は〕対人で、『コンディクティオ』と呼ばれるものである。対物訴権とは、それを通じて、他者に占有されている自分の物をわれわれが請求するところのもので、つねに、物を占有する者を相手方としている。対人訴権とは、これによって、われわれが自分になにかをお

137) Doneau, 4, 15, 28, 1, col. 1 [2] 30 : Est enim et hic damnum non minus, ubi res deperditur domino. Et damnum ejusdem modi. Quid enim refert, quo modo res sua amittatur domino, corrupta, an integra, si ex aequo amittitur?

こないまたはあたえるように義務づけられた者と訴訟を起こすところのもので、つねに、この者を相手方として適用がある<sup>138)</sup>」

つまりこの訴権の本質は対人であり、所有権者にあたえられるものと限られておらず、かかる債権債務関係に立つあらゆる債権者のために存在しうるものであった、とドノーはみるのである。この債権債務関係は、もともとかかる損害が、なんらの利得もなさないことを原因として惹き起こされた他人の<sup>パトリモニウム</sup>「財」の縮減ということにあるから、「加えられた損害」で、しかも他人の物の喪失の原因をあたえることで惹き起こした「過失<sup>グルバ</sup>によって加えられた損害」にもとづくものなのであった。これは、たしかに不法行為論の損害論に構成される要因を示していたのである。そして、そのことゆえに、ドノーはその損害論を無名称なままに3章構成としたわけである。

## 6 おわりに——ドノーの私法理論と近世私法学

(1) ドノーにおけるローマ法学と近世私法学の架橋の可能性を、われわれはかれの損害論という法構成枠組の中でみてきたと思う。ドノーの理論は確実にローマ法学を基礎に据えていた。少なくともドノーの論理構成にとって、古典古代の諸史料は、説明論理を導出するためのもっとも重い淵源となっていた。しかしながら、ドノーの理論が近世私法理論そのものであるといい切れる保証はまだない。それでも、16世紀近世フランス法学は、ドノーという体系法学者の手によって、ローマ法学から時代には余分なものをそぎ落とし、一定の推論の技法を駆使して「説明の体系」を構想し、かくしてその論理を近世市民法＝国法として装いも新たにわれわれの眼前に姿を現したというひとつの、し

138) Ulp. D. 44, 7, 25pr. : Actionum genera sunt duo, in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae conditio appellatur. in rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus: et semper adversus eum est qui rem possidet. in personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum: et semper adversus eundem locum habet. なお、Inst. 4, 6, 1 における「対物訴権」「対人訴権」の説明をみよ。cfr. Doneau, Opera Omnia. T. V, Libb. 20, 21.

かしおそらく重要な過程を経た。このような事実が改めて確認されたと思われる<sup>139)</sup>。

(2) 細かな論理説明の展開の跡づけをし、そこに引照された数多くの法素材をできる限り指示し、かつそれらの読み取り方を個々の局面で検証してきたので、ドノーの損害(態様)論についてさらに述べる必要はないと思う。もしありうるとすれば、「ローマ法学からドノーの私法理論へ」の、より簡潔な論述だけであろう<sup>140)</sup>。

そこで、この場では今後の直接的な展望を明確にしておくことのみとした。

本稿ならびに2つの前稿において明らかになったと考えられるドノーの私法理論の部分から、かれの私法理論全体の解明へと歩を進めるためには、おそらく、各法領域におけるドノーの緻密な仕事の跡をたどってみること、そしてそれを総合的観点から整理することも必要なことであるだろう。たとえば、ここで積み残してきた諸問題の中では、「損害論」に対置され峻別して構成された「奪取論」が民事刑事類別の論理を見据えながら考察されるべきであろう<sup>141)</sup>

139) さらに広い法領域から判断の材料を集める必要は感じつつも、ドノーの著述はたんにローマ法の概括を目標としたのではなかったと思われる。本文に記した意味合いにおいて、オリヴィエ＝マルタンが *Commentarii juris civilis* を「ローマ法の一種の総合 une sorte de synthèse du droit romain」(Fr. Olivier-Martin, *Histoire du droit français*, 1948 [Paris 1984], p. 431) の述作であるとしているところが理解されるべきだろうと思う。

そもそもドノーの「コメンタリー」の語の意義は、たんに法源への註釈や註解、釈義という枠をはるかに超えたものである。そこでは、ローマの諸法源に理由づけをあたえること以上のものがあり、ドノーは決して「ローマ法」の概括書を著そうとしたのではないと思われ、むしろあえていえば、古人の法体験からなにが抽出されるべきかが問題関心だったのだと考えられるので、それゆえに、彼の主著 *Commentarii de jure civili* は、「ローマ法論」ではなく、ここで用いてきたようにやはり「国法(＝市民法)論」というべきなのである。

140) このことを明確に意識しつつ、1986年7月19日、法制史学会東京部会(第122回)において、「H・ドノーの私法理論と近世私法学——『損害論』の法構成論理」の題目で研究報告させていただいた。

141) 「奪取」論に関してひと言付言する。「他人の財をわれわれの利得のために縮減せしめる」「自己の財に取り込む」という標識のもとに帰属する不法行為は、ドノーによれば(Doneau, 4, 15, 29, 2) 2つの「ラティオ」に類別される。ひとつは「除去」

し、「不法行為クルパ」論に対比されてよい「契約クルパ」論〔これは主として『全集』第4分冊第16巻第7章を対象とすることはすでに述べた〕が検討されなくてはならないであろう。そこに展開されるクルパ三分法がどのような説明論理で導出され、不法行為クルパ論といかなる関係に立つかは是非とも解明する必要を感じている<sup>142)</sup>。さらに、「事実訴権論」に関しては、「事実訴権と前書訴権」にかかわるドノーの他の論稿<sup>143)</sup>が別に検討されなくてはならないと思われる。

(3) しかしながら、それと同時に、いやそれよりもなお、とりわけかれの一般的「法論」を調べる必要があるだろう〔これは『全集』の第1分冊巻頭を飾っている〕。けだし、それは、さらにもっと根源的な問い、すなわち、近世の人ドノーにとって、なぜローマ法源であったか、ということに明確な答えを用意するためなのである。そしてそれは、ドノーの法論理構成がローマ法素材とつかず離れずの関係に立って生成されていったということが、近世という時代の法理論にどのような意義をもつものであるのかを認識するための手がかりとなるものだと考えられるし、それを、「慣習普通法」学をも含めた法学諸潮流の中で、ドノー私法理論じたいと、先の検証の中でかいま見ることのできたその方法、素材の処理とを基軸に据えて確認するという作業は、将来に残される。

と称され、「われわれに帰すべきものを、その意に反して奪い去る」場合である。そして Doneau, 4, 15, 29, 3 によると、この種の「物そのもの」を取り去り、もち去る行為は「ひそかに」なされることもあるし、「あからさまな実力で」おこなわれることもある。窃盗や強盗の類はこれに属する。

これに対しもうひとつは、「悪意による取り込み」<sup>マリタイオーサ・インドクタイオ</sup>と称され、「所有権を奸計を用いて取り込む」場合と考えられた、ということである。

- 142) これを追究したうえで、やがて、Johann Christian Hasse, Die Culpa des römischen Rechts. Eine zivilistische Abhandlung, 1815 [Bonn 1838, Scientia 1963]; Rudolf von Jhering, Das Schuldmoment im römische Privatrecht, Gießen 1867 [参照, 村上淳一『「権利のための闘争」を読む』, 岩波書店, 1983年, 235頁以下]等へと至る道筋が法律論的にならたどれるのではないかと思われる。

- 143) 個別領域特殊論稿としては、Doneau, Comment. ad tit. Digestorum, de praescriptis verbis, et in factum actionibus (in: Opera omnia. Tom. X, coll. 1215-1292)がある。