

ローマ法源の中の動物

マリア・テレザ・ヒメネス・カンデーラ*

吉原 知 志 (訳)

目 次

1. 概念と用語法
2. 動物という用語の特殊用例
3. ローマ法と近代私法との比較
(補論) 本講演に対する訳者の印象

* 講演者のヒメネス・カンデーラ教授は、古代ローマ法を専攻し、古代史料と現代のスペインやヨーロッパの法制度との関係について多数の研究を公表している。その関心は動物法にも及び、スペインの動物法に関する立法作業にも携わっている。

本稿は、4月14日に京都大学で行われた講演を邦訳したものである。翻訳にあたっては、佐々木健氏（ローマ法専攻）、佐藤遼氏（法哲学専攻）から草稿段階で貴重なコメントをいただいた。両氏には、この場を借りて心より御礼を申しあげたい。無論、最終的な翻訳の判断は訳者によるものであり、翻訳上の誤りについては全面的に訳者である吉原の責任に属する。

ここで4点、翻訳にあたっての凡例を示しておきたい。

1. 脚注は講演原稿に付された脚注をそのまま翻訳して掲げたもの、稿末の訳注は訳者が適宜講演内容の理解のために付したものである。訳注に掲げたローマ法の用語解説は、*Adolf Berger, Encyclopedic dictionary of roman law, 1953* を参照して、本文の理解に必要な限りで作成したものである。
2. 【 】は、講演原稿中斜字で示されたラテン語その他の言語による用語を表す。斜字の用語は初出時に【 】内に訳語と原語を併記し、次回以降は、ラテン語としての用法を強調する場面を除いて、【 】付きの訳語のみを示している。
3. いくつかのローマ法文に付した丸数字は、引用の繰り返しを明示して内容の理解を円滑にするために訳者が付したものである。
4. 文中の下線は講演原稿に対応する。

1. 概念と用語法

古代ローマの史料を調べてみると、動物の法的な扱い方について、従来とは異なった像が浮かび上がる。ローマ人が動物を法や権利の客体に留まるものと見ていたことは、疑いがない——さらに言えば、取引客体として扱うのと同じく、所有権法上の客体と見ていたことも確かである。今日に至るまで、この点で大きな変化はない。もっとも、それでは動物は単に生命のない物質と扱われていただけではないかとも思われるが、そのような懸念についてはすぐに解消することができる。史料を見直せば、ローマ人は、生命のある存在としての特質を尊重して動物を【固有種 *res sui generis*】と考えていた、ということが直ちに明らかになる。生命のない客体と比較してみると、生命のある存在としての動物は、支配対象として制御を及ぼし尽くせる存在でない上、食事を与える必要や、繁殖する能力、自己の意思で移動する可能性といった、単なる物とは異なった特殊な要素をもっている。さらに、動物の中でも生息の仕方に応じた種別がある。そのため、動物を法的に扱う際には、常に、法概念の内に「動物」という事象を取り込む困難がつきまとう。動物を法的なカテゴリーに取り込むことは、それ自体、事柄の本質を見失わせることにもなりかねない。ローマ私法は、正当にも——現代の私法とは異なり——、そうした問題への配慮を見せていた。

現代の法学がローマ法に対して有する不正確な理解は、動物を物として扱う文脈で顔を覗かせる。それは、【事物 *res*】が動物を指す場面で、生命の要素がおよそない客体を意味する【物 *thing*】という、淡泊に過ぎる訳語を充てているところに明瞭に表れている。しかしながら、客体＝死亡した動物、との読み方は、採り得る複数の解釈の内の一つに過ぎない。このことを考慮すれば、「法（権利）の客体」²¹⁾と翻訳する方が、法的カテ

ゴリーを体系化していく上で、まだ優れていると評価できよう。そして、動物を法（権利）の客体と表現することは、生命のない物というカテゴリーの下で扱われていた際の特徴を変更せずに済む。

生命のない物と対比させることで明らかになるこのような概念画定の難しさは、ローマ人にとっては、現代におけるよりもずっと切実なものであった。それは、以下にローマ法源の用語法を見るところから明らかになる。動物はしばしば奴隷と並べて表記される¹。ローマ人は、奴隷を【事物】の序列に位置付けることに違和感をもたなかった。ただし、奴隷はあくまで【権力に服する in potestate】人とされていたのであって、物ではなかった²。

ローマの法学者が【事物】という語を充てていたのは、有体物であることを表すための法技術的な趣旨ではあったが、それでもやや不正確な仕方であったことは認めざるを得ない。したがって、文脈を判断しなければ、誤った解釈に陥ることにもなりかねない。それは何よりも、法的な意味における物としての動物の性質をめぐる近代の議論が、「物」という言葉を法的に用いるか日常語として用いるかという、やや的外れな枠組みに依拠していることに表れている。

動物が生命のある存在であるという自明の事柄は、近代法よりもローマ法においてははっきりと表れている。とはいえ、そこから必然的に動物が特別の保護を受けていたという結論にまで飛躍しようというわけではない³。

ローマ人は、動物を対象とした法的な規律を生成するにあたって、今日

1 この点については、後で詳しく述べる。

2 この点につき、Max Kaser, *Das Römische Privatrecht* I, (1971), p. 113, ガイウス『法学提要』第1巻第9法文を参照。

3 動物保護という観念は、古代には馴染みがない。19世紀になって初めて、公法上の規定が登場する。私法に導入されたのは、——一般的な形としては——オーストリアとドイツの立法によるものが初めてであった。

よりも明晰な眼差しで自然環境を観察しており、動物を法（権利）の客体の中で何ら区別しないでおこうとは考えていなかった。この文脈で強調しておきたいのは、オッコー・ベーレンツ Okko Behrends による【万人共有物 *res communes omnium*】^{訳注2}についての業績の中での著名な主張である⁴。ベーレンツによれば、「【自然法 *ius naturale*】觀念に遍在する自然科学的・記述的なカテゴリーは、人と動物は生物という次元において同じ規範に従うものとしている古典史料の中に見つかるが、それを法理論の基礎にまで取り込んでいたわけではない」——そして私見では、この指摘自体は正しい。

ローマ人が、経験に立脚して概念によって世界を構成しつつ、法制度によってそれを補完していく過程で前提としていた現実主義的なアプローチは、とりわけ動物を法的に扱う方法において明確な形で表れる。そして、それを理解するには、以下のいくつかの側面に分けて見ていくことが有益である。すなわち、

—概念的な区別を行う際用の語法。語用論的なレベルでは、生命のない客体との関連性が問題となる。

—奴隷がしばしば引き合いに出された上で、動物をそれと同等と扱うとする思考法。この発想は、生命のある存在という次元で両者の性質が共通することを根拠としている。

—動物の様々な特質をめぐって絶え間なく続けられた議論。

—動物に対する占有又は所有に関する規律。これは、各種の動物の生息の仕方に関する考察において見られる。それらは、根本に自然的自由の尊重という発想をもつ。

—動物が引き起こした損害に関する規律。

4 Okko Behrends, Die allen Lebewesen gemeinsamen Sachen (*res communes omnium*) nach den Glossatoren und dem klassischen römischen Recht, in: Festschrift für Hermann Lange, (Stuttgart-Berlin-Köln 1992), 3-33, p. 5.

ここで動物に関する古典ローマ法源の用語法を概観しておこう。『学説彙纂』とガイウス Gaius『法学提要』だけでも、動物への直接的な言及は640箇所を超え、さらに、75に及ぶ様々な動物の名称を見つけることができる。【動物 animal / animalia】^{註3}という一般名称（これは、以下で説明するとおり、生命のある存在全般にも適用される）が登場するのは、49回に過ぎない。明らかに、動物の種類ごとの具体名の方が多い。場合によっては、そのような名詞の男性形・女性形、あるいは、動物の成熟段階に応じた特別名称——一般名称は【子 fetus】——までも見つかる。多くの一般的な名称（【鳥 avis】、【魚 piscis】）、さらにその集合名称がこれに加わり、それらは、動物の経済的な役割を示していることもある（【畜群 armentum】、【役畜 iumentum】、【群れ grex】、【馬飼育場 polia】^{註4}、【戦車用四頭立て馬 quadriga】）。その中で特に多いのは、【家畜 pecus】という名称であり、89回の言及がある。野生動物は、一方において、（【雄鹿 cervus】、【猪 aper】のような）狩の対象となる動物という趣旨で【猟獣 fera】と呼ばれ、他方において、（【雄獅子 leo】、【狼 lupus】、【雄熊 ursus】、【豹 panthera】のような）野生の、獐猛・危険な動物という趣旨で【猛獣 bestia】と呼ばれる。

近代市民法と同様、ローマ法は、一定の見地から、法（権利）の客体をグループに分け、様々なカテゴリーに分類している。【事物】に関する最重要のカテゴリーは、疑いなく【手中物 res mancipi】^{註5}であり、動物もこれに属する。しかし、動物全般が【手中物】に属していたわけではなく、農業に欠かせないものに限られていた。ここで重要なのは、動物が奴隷と同じカテゴリーに入れられていた点である。奴隷と動物が同一の規律に服していた例は多数見つかり、例えば、【アクイーリウス法 lex Aquilia】^{註6}第1章、あるいは【高等按察官による物の瑕疵に関する法 lex ediles curules】^{註7}が挙げられる。ただし、そこで言及されているのは動物全般ではなく、ほとんどの例で有益な動物のみである。

史料では、奴隷と動物が並列して記される傾向が強く、奴隷と動物を法的客体のうちで生命のないものから区別しようとしていた例も見出せる。それは、奴隷と動物に共通の表現を用いる場面で見られる。ラテン語の【動物】^{アニマル} という用語もその例として挙げられる。この語は、「生命のある存在」との意味ももっており、ここで問題となるのはこの意味で用いる場面である——元来、この語は奴隷に限らず人一般に適用されるものであった——。【生物 *res animales*】という表現は、【動物】^{アニマル} よりも明確に、対象が法（権利）の客体であることを表している。【自ら動く物 *res se moventes*】という表現にも、それと同様の趣旨が窺える。

文献史料を検討してとりわけ注意を引いたのは、ここまで見てきた概念と対になるとも言える【命を欠くもの *res, quae anima carent*】という概念である。すなわち、この語は、【生き物 *animalia*】、【生物】、【理性には欠ける存在 *res, quae ratione carent*】などの対立概念と言える。既に1958年には、フリッツ・プリングスハイム Fritz Pringsheim⁵が、この【命を欠くもの】という概念について「これまで注意を引いてこなかった」⁶と言及し、注意を促していた。

【命を欠くもの】という表現は、古典期の文献に4例が見つかるが、そのそれぞれは異なった問題を対象としている。①ガイウス『法学提要』第3巻第217法文、パービニアヌスの学説彙纂第41巻第2章第47法文（『質疑録』第26巻）、そして、ウルピアヌス Ulpianus の2法文、②学説彙纂第2巻第1章第1法文第1項（『告示註解』16巻）及び学説彙纂第39巻第2章第7法文第1項（『告示註解』53巻）である。

とりわけプリングスハイムは、——正当にも——随所にかけられる

5 Fritz Pringsheim, <Res quae anima carent>, in *Labeo* 4 (1958), 259 ss.

6 この文脈に極めて近接する研究として、Arthur Schiller, "Res mobiles, immobiles and se moventes", in *ACI Roma* II (1935), 430ss がある。

インテルポラーティオー

改竄^{訳注8}の疑いから、テキストを守ろうとした。彼にとって中心的位置を占めるテキストは①ガーイウス『法学提要』第3巻第217法文であり、そこでは【アクイーリウス法】の第3章の内容が引かれている。

①Capite tertio de omni cetero damno cavetur. Itaque, si quis servum vel eam quadrupedem, quae pecudum numero est, <vulneraverit sive eam quadrupedem, quae pecudum numero non est>, velut canem, aut feram bestiam, velut ursum leonem, vulneraverit vel occiderit, hoc capite actio constituitur. in ceteris quoque animalibus, item in omnibus rebus, quae anima carent, damnum iniuria datum hac parte vindicatur...

①ガーイウス『法学提要』第3巻第217法文

第3章では、その他のあらゆる損害について規定されている。したがって、ある者が奴隷又は家畜に属する四足獣を〈損傷し、又は家畜に属さない四足獣〉、例えば犬、若しくは雄熊や獅子のような猛獣を損傷し又は殺害したときは、本章により訴権が成立する。その他の生き物においても、命を欠くもの全てにおいても同様に、不法により与えられた損害は本規定により回復請求がなされる……〔以下略〕⁷

これによってプリングスハイムは、【アクイーリウス法】の原文再構成に関する自らの主張を正当化しようとしていた⁸。この問題に関心を集中させていたからこそ、彼は、用語法上の不正確さをあぶり出すことができたのだと言えるだろう。方法論として考えた場合、ここでの【事物】概念

7 ユースティーニアヌス帝『法学提要』第4巻第3章第13法文を参照。

in ceteris omnibus animalibus, item in omnibus rebus, quae anima carent... その他の動物全般についても、命を欠くもの全てと同様に……〔以下略〕

8 この点については、彼自身の論文 *The origin of the «Lex Aquilia»*, in: *Melanges Henri Levy-Bruhl*, (Paris 1959), 233-244 を参照されたい。

の分析に必要なのは、この概念を以下で区別される諸概念との関連性の中に置いて考察することである。この点につきプリングスハイムが明らかにし得たのは、【命を欠くもの】が、奴隷の意味での【ヒト homines】と、【生き物】の両者に対置される、ということに留まる。

プリングスハイムの考察にはそのような限界があったため、次のことを見過ごしてしまう難点も抱えていた。それは、【動物】^{アニマル}という語の意味が一義的に動物に特定されるわけではなく、むしろ“生命のある存在”という広い意味に理解されなければならない、そこには奴隷も含まれる、という事実である。それゆえに、プリングスハイムは、【動物】^{アニマル}という概念が用いられる際には常にその意味を状況に応じて特定する必要に迫られていた。【生物】との表現すら、彼は十分に検討していない。プリングスハイムは、その論文⁹の末尾でようやく、【命を欠くもの】という概念の用いられる趣旨がテキストごとに異なるということに気付くこととなった。①ガーイウス『法学提要』第3巻第217法文は、【アクィーリウス法】第3章の内容を説明するために、【生き物】を、無生物であるただの物体と対置している。その上で、通例に従って動物と奴隷を区別することとした瞬間に、今度は【生き物】が奴隷と動物に分岐する。一般に、【命を欠くもの】という概念が、【生き物】と対になる無生物であるただの物体の意味で用いられる場面はなく、むしろ、その存在意義は対象がそのような無生物であるただの物体ではないことを明らかにする点に限定される。しかしながら、——私見では——そのような言葉が明示的な形で必要とされたという事実は、今後強調していく必要がある。

【動物】^{アニマル}と【生物】というラテン語の意味を検討すると、それぞれに相違に異なった趣旨が込められていることに気付く。

9 前注論文270頁。

ラテン語の【動物】^{アニマル}は、全ての人（【自由人 liberi】及び【奴隷 servi】）と動物を包含するものであって、学説彙纂の冒頭すぐに登場する。すなわち、「生命のある存在」という最広義に用いる例が、③学説彙纂第1巻第1章第1法文第3項及び第4項（『法学提要』第1巻）のウルピアヌスが【自然法】と【万民法 ius gentium】を定義する著名な一節に見出される。

③D 1.1.1.3 (1 inst.): Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censi.

③学説彙纂第1巻第1章第1法文（ウルピアヌス『法学提要』第1巻）第3項

自然法は、自然が生き物全てに教え授けた法である。というのも、それは人類に固有のものではなく、陸海に生まれる生き物全てに、そして鳥にも共通の法だからである。これに由来するのが男女の結合であり、我々はこれを婚姻と呼ぶ。これに由来して子の出生が、さらには教育がある。というのも、我々の知るところでは、その他の生き物も、野獣でさえも、この法に通じていたと見られるからである。

③D 1.1.1.4 (1 inst.): Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur. quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit.¹⁰

③同第4項

万民法は、諸族万人が用いる法である。これが自然法と異なったもので

10 『法学提要』第1巻第2法文首項も参照。

あることは容易に理解でき、なぜなら自然法が生き物全てに共通であるのに対し、万民法は人間相互間でのみ共通するからである。

ただし、こうして登場した【動物】^{アニマル}が、その後に生命のある存在一般を指す最広義の意味で用いられるのは、次の2法文、すなわち、次に示す文脈で奴隷と動物に言及する学説彙纂第28巻第2章第12法文第1項（ウルピアーヌス『サビーヌス註解』第9巻）¹¹と、学説彙纂第50巻第16章第124法文（プロークルス『書簡集』第2巻）¹²のみである。

【動物】^{アニマル}と【生き（もの）(res) animalis】は、奴隷と動物を指し示す語として、次のテキストで用いられている。

奴隷が生命のある存在というカテゴリー——【生き物】——に属するという考え方は、【所有物取戻訴訟 rei vindicatio】^{訳注9}に関するウルピアーヌス法文、学説彙纂第6巻第1章第15法文第3項（ウルピアーヌス『告示

- 11 *Quid tamen, si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpat? et tamen rumpit.*

学説彙纂第28巻第2章第12法文第1項（ウルピアーヌス『サビーヌス註解』第9巻）

しかし、動物（アニマル）が不完全に産まれた場合において、それでも生氣（スピリット）spiritus [=呼吸]を伴っているときは、果たして遺言は破棄することになるか。そのことにかかわらず破棄遺言となる。

- 12 *...alterius generis est, cum ex propositis finibus ita non potest neuter esse, ut possit utrumque esse, veluti cum dicimus omne animal aut facit aut patitur: nullum est enim quod nec faciat nec patiatur: at potest simul et facere et pati.*

学説彙纂第50巻第16章第124法文（プロークルス『書簡集』第2巻）

〔遺言命題の一方が偽である〕別種のものがある。示された限度において双方いずれもが真であることはあり得ないが、双方のいずれかはあり得る、という場合である。例えば、動物（アニマル）は全て、自ら動くか影響を受けるかだ、と我々が言うときがそうである。というのも、自ら動きもせず、影響を受けることもない動物（アニマル）など居ないが、動物（アニマル）が、自ら動くと同時に影響を受けもすることはあり得るからである。

註解」第16巻)から導かれる。

D. 6. 1. 15. 3 (Ulp. 16 ad edict.): Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum plerique aiunt...

学説彙纂第6巻第1章第15法文第3項(ウルピアーヌス『告示註解』第16巻)

奴隷又は何らかの^{アニマル}動物が訴求対象となり、占有者の故意も過失もなく死亡したときは、価額が給付されるべきではないと多くの者が言う……〔以下略〕

ここで【^{アニマル}動物】という語は、「又は」の前に掲げられた奴隷とは区別して動物を指し示す趣旨で用いられているようにも見えるが、そうではなく、“何らかの生命のある存在”(【何らかの aliud ^{アニマル}動物】)を意味するものに過ぎず、この文脈ではたまたま動物に特定できるというだけのことである。奴隷と動物の両者が生命のある存在(【生き物】)というカテゴリーに属していることは、疑いようがない。

もとより、この種の定式化、すなわち、先ず奴隷を挙げ次いでその他の生命のある存在を挙げるというやり方は、多くのテキストに見られる。例えば、以下のものがある。

D 7.9.5.3 (Ulp. 79 ad ed.) Et si habitatio vel operae hominis vel cuius alterius animalis relictæ fuerint, stipulatio locum habebit...

学説彙纂第7巻第9章第5法文第3項(ウルピアーヌス『告示註解』第79巻)

居住、奴隷 homo の労務、又は他の生き物が遺されたときも、問答契約^{351E10}が用いられるものとし……〔以下略〕

D 35. 2. 30 pr. (Maecian. 8 fideic.) In ratione legis Falcidia mortes

servorum ceterorumque animalium

学説彙纂第35巻第2章第30法文首項（マエキアース【信託遺贈録】第8巻）

ファルキディウス法を根拠に、奴隷及びその他の生き物の死体は……〔以下略〕

④D 21.1.48.6 (Pomp. 23 ad Sab.): Non solum de mancipiis sed de omni animali hac actiones competunt, ita ut etiam, si usum fructum in homine emerim, competere debeant.

④学説彙纂第21巻第1章第48法文第6項（ボンボーニウス【サビーヌス註解】第23巻）

奴隷 mancipium のみならず全ての生き物についても、この〔按察官〕訴権が帰属し、奴隷 homo に対する用益権を私が購入したときも、訴権が帰属すべきである。

Gai 2.32 ...ususfructus et hominum et ceterorum animalium constitui possit...

ガイウス【法学提要】第2巻第32法文

〔前略〕……奴隷 homo に対してもその他の生き物に対しても用益権を設定し得る……〔以下略〕

また、既に【アクィーリウス法】に関連して前に引用したテキストである①ガイウス【法学提要】第3巻第217法文¹³もこれに当たる。

13 ここで言及されるのは、まず奴隷と四足獣、次いで、他の生命のある存在全般である。

...in ceteris quoque animalibus, item in omnibus rebus, quae anima carent, damnum iniuria datum hac parte vindicatur. (cf. I. 3,23, 3a; 4,3,13)

〔前略〕……その他の生き物においても、命を欠くもの全てにおいても同様に、不法により与えられた損害は本規定により回復請求がされる。

（ユースティニアヌス帝【法学提要】第3巻第23章第3a法文、及び同ノ

なお、【動物】^{アニマル}の意味を一義的に特定できないテキストもいくつか存在する。例えば、以下のものがある。

D 19.1.11.4 (Ulp. 32 ad ed.) Animalium quoque venditor cavere debet, ea sana praestari, et qui iumenta vendidit solet ita promittere 'esse bibere, ut oportet'.

学説彙纂第19巻第1章第11法文第4項（ウルピアースス『告示註解』第32巻）

動物^{アニマル}の売主も、健康なものを給付する旨、担保問答契約を供さねばならず、役畜を売却した者も、「動物の生存に必要な限りで飲み食いをさせる」旨を約束するのが慣わしである。

ここでは、【動物】^{アニマル}というラテン語は、「動物」と訳すことも、「生命のある存在」と訳すことも、どちらも可能であろう¹⁴。

同じことを指摘できるのは、【生き物】を構成要素とする【評価された嫁資 dos aestimata】^{訳注11}の危険負担に関する学説彙纂第23巻第3章第10法文首項（ウルピアースス『サビースス註解』第34巻）、及び【不可抗力 vis maior】に関する学説彙纂第50巻第17章第23法文（ウルピアースス『サビースス註解』第29巻）である。

D. 23.3.10pr. (Ulp. 34 ad Sab.): Plerumque interest viri res non esse

ゝ第4巻第3章第13法文参照。）

14 ここでは、【役畜 iumenta】への言及は、動物の下位分類の一例を挙げたに過ぎないものと見るべきではない。それに対し、売却物の隠れた瑕疵を主題とする箇所では、【役畜】は——奴隷と同様に——生命のある存在の下位分類と見ることもできる。それと同じ内容を表しつつ別の用語で言い換えている例が、④学説彙纂第21巻第1章第48法文第6項（ポンポニウス『サビースス註解』第23巻）に見られる。④D 21.1.48.6 (Pomp. 23 ad Sab.) *Non solum de mancipiis sed de omni animali hac actiones competunt ...mancipium* 奴隷のみならず全ての生き物について、この〔按察官〕訴権が帰属し……〔以下略〕

aestimatas idcirco, ne periculum rerum ad eum pertineat, maxime si animalia in dotem acceperit

学説彙纂第23巻第3章第10法文首項（ウルピアヌス『サビーヌス註解』第34巻）

たいていのところ、夫にとって財が評価を受けていなかったことに利害関係があるのは、財の危険が夫に及ばないことについてであって、特に生き物を嫁資として受領した場合がそうである。

D 50.17.23 (Ulp. 29 ad Sab.): ...animalium vero casus mortisque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.

学説彙纂第50巻第17章第23法文（ウルピアヌス『サビーヌス註解』第29巻）

〔前略〕……しかし、生き物に関して帰責事由なく生じた事変及び死亡、あるいは、監督するのが慣わしとされていたわけではない奴隷の逃亡、強盗、暴動、火災、高水、盗賊による襲撃については、誰も責任を負うことはない。

ここでも【^{アニマル}動物】を、「生命のある存在」と概括的に翻訳することは正当であろう。

以上に対して、【生物 res animales】という表現の意味は、ラテン語の【^{アニマル}動物】だけを使用する場面と比べれば、【一見して prima facie】十分に明確であると思われる。

ウルピアヌスが【生物】を用いるのは、【所有物取戻訴訟】に関する記述、②学説彙纂第6巻第1章第1法文第1項（ウルピアヌス『告示註解』第16巻）においてである。

②D 6.1.1.1 (Ulp. 16 ad ed.): Quae specialis in rem actio locum habet in omnibus rebus mobilibus, tam animalibus quam his quae anima carent, et in his quae solo continentur.

②学説彙纂第6巻第1章第1法文第1項（ウルピアヌス『告示註解』第16巻）

この特別な対物訴権が適用されるのは、動産全般、生物及び命を欠くもの、並びに土地に包含されるものについてである。

ここでも形容詞【生命のある animalis】は、活気ある、生きているとの意味で用いられているが、【動物】^{アニマル}という名詞だけで登場する場面に比べると、【事物res】という名詞に強く結び付けられて意味を構成している。【生物 res animales】は——すなわち、“生命のある客体”¹⁵という意味になるが——、明らかに法（権利）の客体の意味であり、【命を欠くもの】と並んで、【動産】の下位分類として登場する。プリングスハイムによれば、この下位分類は、何ら法実務上の意義を有しない。というのも、【所有物取戻訴訟】は、その客体が動物か、それともその他の物であるか、ということで差異がないからである。ただし、プリングスハイム自身が【生物】という表現で念頭に置いていたのは、動物のみであって奴隷は含まれていない¹⁶。プリングスハイムはこのような下位分類に何らの法実務上の意義は認められないとしていたものの、【生物】との表現から、少なくとも次のことは確認しておく価値がある。すなわち、【所有物取戻訴訟】と

15 「ローマ法大全」のドイツ語新訳は、この理解に依っている。Behrends/Knüttel/Kupisch/Seiler, Corpus Iuris Civilis Bd. II, Digesten 1-10, (Heidelberg 1995).

16 このことは、対象とされた法文テキストへの言及から判明する。すなわち、「ウルピアヌスは【所有物取戻訴訟】の中で【動産】を対象とする場合と【土地に含まれるものres, quae solo continentur】を対象とする場合とを区分した。前者は、【生物】と【命を欠くもの】に分類される。」

いう方法によって、あらゆる生命のある存在が法（権利）の客体として請求の対象となり得たのであって、動物及び奴隷はまさしくそれに当てはまるものとされていた。

なお、上記のことからわかるように、自由人も、一定の状況では【動物^{アニマル}】という語の一般性に絡めとられることがあった。したがって、一層明確な概念整理が必要となる。【我々の法に服する自由人 *liberae personae, quae sunt iuris nostri*】を本訴訟による請求の対象とできるのか否かという問題は、今後の検討課題としたい。

学説彙纂第33巻第7章第12法文第2項（ウルピアヌス『サビーヌス註解』第20巻）では、生ける客体に関するまた別の表現が見られる。そこで展開される議論は、【土地の道具 *instrumentum fundi*】の内容に関するものである。

D 33.7.12.2 (Ulp. 20 ad Sab.): *Alfenus autem, si quosdam ex hominibus aliis legaverit, ceteros, qui in fundo fuerunt, non contineri instrumento ait, quia nihil animalis instrumenti esse opinabatur: quod non verum est: constat enim eos, qui agri gratia ibi sunt instrumento contineri.*

学説彙纂第33巻第7章第12法文第2項（ウルピアヌス『サビーヌス註解』第20巻）

ところで、アルフェーヌスが言うには、ある一群の奴隷 *homo* の中から特定の複数を遺贈したときは、土地に属する他の奴隷は道具 *instrumentum* に含まれず、なぜならいかなる動物も道具に属するとは考えないからである、と。これは正しくない。というのも、農地のためにその場に居る奴隷が道具に含まれることは確立しているからである。

この法文は、【生物】について述べるものではない。単に、“生命のある”ものであれば【土地の道具】を構成することはない、とされているだ

けである。

また別のウルピアーススのテキストは、^{アニマル}【動物】との表現と、【生物】及び【命を欠くもの】との表現を区別して用いている。

D 39.2.7.1 (Ulp. 53 ad edict.) Hoc edictum prospicit damno nondum facto, cum ceterae actiones ad damna, quae contigerunt, sarcienda pertineat, ut in legis Aquiliae actione et aliis. de damno vero facto nihil edicto cavetur: cum enim animalia, quae noxam commiserunt, non ultra nos solent onerare, quam ut noxae ea dedamus, multo magis ea, quae anima carent, ultra nos non deberent onerare, praesertim cum res quidem animales, quae damnum dederint, ipse extent, aedes autem, si ruina sua damnum dederunt, desierit extare.

学説彙纂第39巻第2章第7法文第1項（ウルピアースス『告示註解』第53巻）

この告示は未だ生じていない損害を対象とするものであり、損害に関するその他の訴権は、アクィーリウス法訴権等においてそうであるように、生じた損害に対する補償を内容とする。実際に生じた損害については、告示では全く配慮されていない。なぜなら、損害に加担した^{アニマル}動物は、加害物として委付する以上には我々に負担を負わせない、とすることを慣わしとするからであり、むしろ、命を欠くものは、それ以上に我々に負担を負わせるべきではなく、特に、生物が損害を与えたときは確かに、それ自体が存在し続けているのに対して、家屋は、その倒壊が損害を与えたときには、存在することをやめるからである。

ウルピアーススが論じているのは、生命のある存在によって引き起こされた損害に対する補償のための訴権を【未発生損害担保問答契約 *cautio damni infecti*】^{訳注12}と比較した上で、それらが異なった目的と効果をもっていたということである。

前者は、補償を要する損害が既に生じていた事例でのみ行使される。ただし、損害を引き起こした【動物】^{アニマル}の所有者は、【加害物委付 noxae deditio】^{訳注13}をすることができるため、損害を生じさせた動物の価額を越える責任を負わされることはない。

これに対し、【未発生損害担保問答契約】が用いられるのは未だ生じていない損害の事例においてであって、建物という「損害を与える」こともあり得る存在、すなわち、【命を欠いた何らかの物 una res, quae anima caret】の所有者に対して、建物価額を超える責任を負わせることはない。この帰結自体は、【加害訴権 actiones noxales】の場面と同視できる。【担保問答契約 cautio】^{訳注14}が供されない事例でも、同様の帰結を認めることができる。このように区別して論じるのは、ウルピアヌスによれば、【生き物】による損害発生事例においてはその加害物は損害発生以後も存在を続けるのに対して、建物倒壊の場合にはそれによって加害物自体が存在しなくなることによる。このテキストに対するプリングスハイムの解説によれば、まず、【損害に加担した動物】^{アニマル}は、…〔中略〕…加害物として委付する以上には我々に負担を負わせない、とすることを慣わしとする animalia, quae noxam commiserunt...non ultra nos solent onerare, quam ut noxae ea dedamus】という一節は、【動物損害訴権 actio de pauperie】^{訳注15}を参照することを明らかにしたものだという。その上で、プリングスハイムは、ここで奴隷におけるのと同じの原則が記されていることを確認して、肯定的に評価する。とはいえ、彼は、一般的に、【動物】や【生物】という表現が、法（権利）の客体としての生命のある存在全てに、したがって奴隷及び動物にも当てはまることがある、という事情を考慮していない。そのような一般論は、【生き物】については【理性の有無を問わず rationabilia et irrationabilia】と記し、【生物】については【奴隷と同様に ut servi】と記している標準註釈 Glossa^{訳注16}に依拠している。

さらに、ウルピアヌスの法文、学説彙纂第42巻第1章第15法文第2項

(ウルピアーヌス『執政官職務論』第3巻)で【生物】との表現が用いられる際も、それは奴隷と動物を含む意味で用いられている。なお、②学説彙纂第6巻第1章第1法文第1項はこれと異なって、【動産】を、【生物】と【命を欠くもの】とに区分している。学説彙纂第42巻第1章第15法文第2項法文の方では、【動産及び生物 *res mobile et animales*】との表現を用いている。

D 42.1.15.2 (3 off.cons.) In venditione itaque pignorum captorum facienda primo quidem res mobiles et animales pignori capi iubent, mox distrahi: quarum pretium si suffecerit, bene est. si non suffecerit, etiam soli pignora capi iubent et distrahi. quod si nulla moventia sint, a pignoribus soli initium faciunt: sic denique interloqui solent, si moventia non sint, ut soli quoque capiantur.....

学説彙纂第42巻第1章第15法文第2項(ウルピアーヌス『執政官職務論』第3巻)

したがって、差押物売却に際しては先ず動産及び生物が差し押さえられるよう〔命令権保持者は〕命じ、直ちに売却される。その価額が満足を与えるときは、それで十分である。満足を与えないときは、土地も差し押さえられ売却されるよう命じる。これに対して、動産 *moventia* が何ら存在しないときは、土地の差押えから始める。要するに、動産が存在しないときは、土地も差押えの対象となる形で〔命令権保持者は〕判断を示すのが慣わしである……〔以下略〕

ウルピアーヌスがここで言及しているのはカラカラ帝の勅法であり、属州総督に宛てられた、ローマで下された判決の執行に関するものである。この法文で最重要の部分は、まず動産を差し押さえて、その売却を通じて債権の満足に充ててから、その後に不動産を差し押さえるべしと指示する

箇所である。ここでウルピアヌスは、単に【動産】との表現を用いているだけではなく、明らかに、法（権利）の客体として、無生物たる動産と生物とを区別しようとしている。

ここで我々が新たに得た認識は、【動産】と【生物】を単純に連続させて考えることはできないということである。

無生物である物体と【生物】とを区別する用語法の最後の例として、学説彙纂第33巻第10章第2法文（フローレンティヌス『法学提要』第11巻）を挙げる。そこにあるのは、家財道具の定義である。すなわち、**【suppellex: ... id est res moventes non animales 家財道具は……すなわち動産でありながら生物でない】**。このように、上記とは異なった形で、**【生物】と【無生物 res non animales】**の概念に言及されている。

当然ながら、**【動物^{アニマル}】**というラテン語表現で動物だけを指すテキストも多数見つかる。それは、通常は文脈からそのように判断できるのであるが、そのようには直ちに読むことができない例も存在する。そうした例の中で注目されるのは、標準註釈が、**【動物^{アニマル}】**という語につき、専ら動物のみを指す場合と専ら人間を指す場合とで一般的な区別が可能である、としていることである¹⁷。

17 例えば、次の法文がそうである。

⑤D 15.2.3 (Pomp. 4 ad Quint Muc.): *Definitione peculii interdum utendum est etiam, si servus in rerum natura esse desiit et actionem praetor de peculio intra annum dat: nam et tunc et accessionem et decessionem quasi peculii recipiendam (quamquam iam desiit morte servi vel menumissione esse peculium), ut possit ei accedere ut peculio fructibus vel pecorum fetu ancillarumque partibus et decedere veluti sit mortuum animal vel alio quolibet modo perierit*

⑤学説彙纂第15巻第2章第3項（ボンボーニウス『クイントゥス・ムーキウス註解』第4巻）

時として、特有財産^{説注17}の定義は、奴隷が事物の本性によって存在しなく

翻訳に際しては、その語を広狭いずれの意味で取る場合であれ、次のことには留意しなければならない。すなわち、当該法文の論じるところが生命のある存在に及ぶ限り、ローマ私法は、用語法として、動物と無生物であるただの物体を同一視してこなかった、という事実である。この点で、ローマ法は、近代法に対して遅れをとっているということはない。

2. 動物という用語の登場例

動物の特殊性は、財物を産み出し、かつ、生命のある存在としてそれ自体が人間と同様に繁殖する可能性をもつ点にある。牛乳や羊毛のような動物性の産物は、天然果実概念に包摂される。それに加えて、動物の出産という現象は、果実観念の中でも特別の位置を占めており、ここでも【固有種】としての側面が顔を出す。先行研究が既に用語法からわかることとして示しているとおり¹⁸、動物の出産した子は——法的には果実に包摂されるにもかかわらず——頻繁に【果実 fructus】と並べて言及されており、主として純粋に生物学的側面から見た類似性という観点から【女奴隷の子 partus ancillae】と結び付けられている、ということが指摘できる。

この特殊性は、天然果実概念が、原則として田畑や土地から収取される

ゝなり法務官が特有財産に関する訴権を1年以内であれば与える場合にも用いられるべきことがある。というのも、この場合も、言わば特有財産の添加も減少も認められるべきであり（たとえば奴隷の死亡又は手権解放⁷⁵¹により既に特有財産が存在しなくなったとしても）、特有財産について、果実により又は家畜の子及び女奴隷の子により特有財産に添加すること、及び減少することがあり得るのであって、例えば動物（アニマル）が死亡し又は他の何らかの態様で滅失した場合がそうである。

18 *Johanna Filip-Fröschl*, Partus et fetus et fructus. Bemerkungen zur Behandlungen der Tierjungen im römischen Recht, in *Ars boni et aequi*, in: *Festschrift für Wolfgang Waldstein*, (Stuttgart 1993) 99 ss.

果実に限定して用いられることによって説明される。しかし、そのように特殊性ばかりを強調してしまうと、牛乳や羊毛といったその他の動物性の産物が果実概念に包摂されている点にまでも疑念を投げかける余地が生じてしまうが、そこにまで異を唱えるには当たらない。もっとも、動物の【子 fetus】が問題となる場面では、果実としての性格が依然として強調される。【女奴隷の子】を性質決定するという問題に関連してのみ、法律文献は、簡潔にはあるが、動物の出産についても論じている。

史料からは、動物の出産による子は果実に含まれるとする解釈が読み取れる。それは、奴隷の出産した子が用益権者に帰属するか否か、という【古くからの問題 *vetus quaestio*】をめぐる著名なテキストから明らかになる。

D 7.1.68 (Ulp. 17 ad Sab.) *Vetus fuit quaestio an partus ad fructuarium pertineret: sed Bruti sententia optinuit fructuarium in eo lucrum non habere: neque enim in fructu hominis homo esse potest. Hac ratione nec usum fructum in eo fructuarius habebit. quid tamen si fuerit etiam partus usus fructus relictus, an habeat in eo usum fructum? et cum possit partus legari, poterit et usus fructus eius. (1) Fetus tamen pecorum Sabinus et Cassius opinati sunt ad fructuarium pertinere. (2) Plane si gregis vel armenti sit usus fructus legatus, debebit ex adgnatis gregem supplere, id est in locum capitum defunctorum*

学説彙纂第7巻第1章第68法文（ウルピアーヌス『サビーヌス註解』第17巻）

古くからの問題は子 *partus* が用益権者に帰属するか否かというものであった。もっとも、ブルートゥスの見解が支配的であり、それによれば、用益権者はその子に対して利益を有せず、というも人は決して人の果実に含まれないからである、とされる。この根拠から、その子に対する用益

権を用益権者は有しないこととなる。他方で、子の用益権も遺されたときは、子に対する用益権を有するのであろうか。子が遺贈されることは可能であるがゆえに、その用益権も遺贈され得るものとされる。(1)ところで、家畜の子 *fetus* は用益権者に帰属する、とサビーヌス及びカッシウスは考えた。(2)明らかなことに、群れ又は畜群について、その用益権が遺贈されたときは、子孫によって群れを補充するものとし、それが死亡頭数の代わりとなる。

何よりも、この判断は、上述のように定式化されることによって、様々な考察の起爆剤となった。例えばカーザー Kaser は、古代の法学者の中には、この判断を必然的でないと考える者もいたと推測し、この点につき論争があったと主張した。それ以前に既にハイムバッハ Heimbach が、プフタ Puchta の見解に依拠して同様の主張をしていた。プフタは、一般に——動物であれ人間であれ——出産された子を【果実】と解し得るのか否かは自明のことではない、としていた。果実概念が動物の出産にも適用されていたとすれば、【女奴隷の子】にも拡張されていたということであろう。【女奴隷の子】と【家畜の子 *fetus pecorum*】は、対になって登場し類似の扱われ方をするのが一般的である。このことにハイムバッハも着目したのであろう。彼が、用益権者に帰属するのは牛乳及び羊毛だけではなく、【家畜の子】も同様であると判断した際に、特に考慮する必要があるのがまさにこの点である。その必要性は、次の箇所でも明らかである。すなわち、

D 22.1.28 pr. (Gai. 2. rer.cott) In pecudum fructu etiam fetus est sicut lac et pilus et lana: itaque agni et haedi et vituli statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii.¹⁹

19 法学提要第2巻第1章第37法文参照。

学説彙纂第22巻第1章第28法文首項（ガーイウス『日用集』第2巻）

家畜の果実には、牛乳、毛、羊毛と同様に、子も含まれる。したがって、子羊も子山羊も子馬も、直ちに法上完全に善意占有者及び用益権者に属する。

直後の第1項で、改めて【女奴隷の子】が検討されている²⁰。

しかしながら、【子 fetus】の果実としての側面をめぐる見解の対立に言及するものは、以上に留まらない。先行研究が示してきたとおり、動物の子を法的に果実と解することは必然的でない、との考え方に有利な資料は、いくつか認められる。

特に、添加による物の取得を問題とする際に、厳密に法的な意味での果実概念を当てはめれば十分な場合には、【子 fetus】は、【女奴隷の子】と並び立つ形で、それ自体一個の独立したカテゴリーとして用いられるのが通例である²¹。そのようなテキストで論じられているのは、高等動物の子、

20 *Partus vero ancillae in fructu non est itaque ad dominium proprietatis pertinet: absurdum enim vedebatur hominum in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit.*

学説彙纂第22巻第1章第28法文第1項

しかし、女奴隷の子は果実には含まれず、したがって所有者の有に帰する。というのも、自然は事物のあらゆる果実を人間のために準備したがゆえに、人間が果実に含まれるのは不適切と見られたからである。

21 例えば以下を引用し得る。D 3.5.3.6 (Ulp. 10 ad ed.)... *ut puta partus et fetus et fructus* 例えば子 partus、子 fetus 及び果実のように；D 33.7.3 pr. (Pap. 8 resp.) ...*sed medii temporis augmenta fetuum et partuum*...しかし、中間期における子 fetus 及び子 partus による添加は……；D 33.8.8 (Ulp. 25 ad Sab.)...*ut puta partus ancillarum vel fetus pecorum*...例えば、女奴隷の子、又は家畜の子のように……；D. 15.1.57.2 (Tryph. 8 disput.) *veluti partus ancillarum et fetus pecudum* ……女奴隷の子、及び畜群の子と同様に……；D. 36.4.5.8 (Ulp. 52 ad ed.) *Sed et in partus ancillarum et fetus pecorum, item fructus aequae omni modo legatarius et*

主として、ローマ人にとって重要であった家畜の子である。生物学的な類似性から、奴隷の子と動物の子が同等に扱われていたということ自体は、疑われていない。このことは、【女奴隷の子】及び【子 fetus】の使用取得^{訳注19}に関するテキストが、明らかにあえて曖昧な仕方ですべて記述されている点にも表れる。すなわち、【子 fetus】を、【子 partus】と対比させて、果実としての法的性質から使用取得はおおよそ観念されないとする必然性は、必ずしもなかったということである。

これまで、以上の問題に関する史料の矛盾を解明しようとする試みは、
インテルポラーティオー
 改竄 仮説に依拠するものばかりであった。しかしながら、私見では、法文自体に一定の振れ幅があったということも排除されない。なぜなら、ローマの法学者にとっては、【一見して】、生ける客体を法的に区々に扱うことは、必ずそうしなければならないことは考えられていなかったからである。そのことが明瞭にわかるのは、一方で、【善意の買主 bonae fidei emptor】による子の取得についての主張の中、例えば次のものにおいてである。

D 41.1.48 (Paul. 7 ad Plaut.) pr. Bonae fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit...

学説彙纂第41巻第1章第48法文（パウルス『プラウティウス註解』第7巻）首項

、*fideicommissarius mittentur* さらに、女奴隷の子及び家畜の子についても、果実と同じく、いずれにせよ等しく受遺者及び信託受遺者が占有付与を受ける。：⑤D. 15.2.3 (Pomp. 4 ad Quint. Muc.) ...*ut possit ei accedere ut peculio fructibus vel pecorum fetu ancillarumque partibus et decedere veluti sit mortuum animal vel alio quolibet modo perierit...* 特有財産について、果実により又は家畜の子若しくは女奴隷の子により特有財産に添加すること又は減少することがあり得るのであって、例えば動物が死亡し又は他の何らかの態様で滅失した場合がそうである：D. 4.2.12 pr. (Ulp. 11 ad ed.) *Sed et partus ancillarum et fetus pecorum et fructus restitui et omnem causam oportet.* さらに、女奴隷の子、家畜の子、果実その他の増加分も回復されることを要する。

善意の買主は果実を収取することでその間に他人物に基づいても自己のものとする……〔以下略〕

第2項が子羊に関する記述である。

(2) Et ovium fetus in fructu sunt et ideo ad bonae fidei emptorem pertinent, etiamsi praegnates venierint vel subreptae sint. et sane quoniam lac suum faciat, quamvis plenis uberibus venierint, dubitari non potest: idemque in lana iuris est.

同第2項

羊の子も果実に含まれ、したがって善意の買主に帰属する。たとえば妊娠した羊が売却され、又は盗まれた場合であってもそうである。そしてもちろん、たとえば乳房が張った上で売却されたとしても、乳を自己のものにすることは疑う余地がない。そして同じことは羊毛についても妥当する。

他方で、【家畜の子】との比較を通じてはっきりとわかる、逃亡奴隷の子の使用取得の可否をめぐるテキストのあまりにも明白な混乱は、とりわけ注目に値する。これを知るには、以下の2法文をざっと見ておくことで十分である。

D 41.3.4.19 (Paul. 54 ad ed.) Lana ovium furtivarum si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest, si vero apud bonae fidei emptorem, contra: quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emptoris fit. idem in agnis dicendum si consumpti sint, quod verum est.

学説彙纂第41巻第3章第4法文第19項（パウルス『告示註解』第54巻）

羊毛は、羊が盗まれ、盗の許で刈り取られたときであれば確かに使用取得され得ないのであるが、善意の買主の許では使用取得され得る。果実に含まれるが故に、使用取得される必要はなく、直ちに買主のものとなるからである。同じことは、子羊が処分されたときに言われるべきであり、そ

れは正しい。

D 47.2.48.5-6 (Ulp. 42 ad Sab.) (5) Ancilla si subripiatur praegnas vel apud furem concepit, partus furtivus est, sive apud furem edatur, sive apud bonae fidei possessorem: sed in hoc posteriore casu furti actio cessat. sed si concepit apud bonae fidei possessorem ibique pepererit, eveniet, ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit. idem et in pecudibus servandum est et in fetu eorum, quod in partu.

学説彙纂第47巻第2章第48法文（ウルピアヌス『サビーヌス註解』第42巻）

第5項

女奴隷が妊娠中に盗まれ、又は盗の許で懐胎したときは、子 partus は逃亡者であり、盗の許で出産されたか善意占有者の許でであったかは問わない。しかし、後者の事案においては、盗訴権は適用されない。これに対して、善意占有者の許で懐胎しそこで出産したときは、子が逃亡者となることはなく、使用取得されることさえ可能である。同じことは、羊についてもその子 fetus についても遵守されるべきであって、子 partus についても同様である。

(6) Ex furtivis equis nati statim ad bonae fidei emptorem pertinebunt, merito, quia in fructu numerantur: ad partus ancillae non numeratur in fructu.

同第6項

逃亡した雌馬から生まれたものは直ちに善意の買主に帰属し、これが正当であるのは、果実に数えられるからである。ただ、女奴隷の子 partus については、果実に数えられることはない。

本稿の関心からは、これらのテキストの分析²²に立ち入る必要はない。動物の子が、【固有種】として、明らかに無生物たる果実とは別の形で登

場する点のみ確認すれば十分である。

動物に関係するローマ法源のもう一つの特殊性は、動物の様々な性質について連綿と議論が続けられていたことである。このことから、ローマ人が生命のある存在としての動物の特性に着目していたことが明らかになる。著名な学説彙纂第41巻第1章【物の所有の取得について *de acquirendo rerum dominio*】の法文中、特に検討しなければならないのは、動物の性質、すなわち、【野性 *natura fera*】と【野性でない *non fera*】の区別に言及される箇所であり、これに応じて動物の法的扱いが分かれている。自然環境における動物の活動習性と、これに応じた個々の特性が考慮されることで、動物に対する占有と所有の準則が、当該特性と対応する形で導き出されている。もっとも、動物を生命のある存在と認めていたからといって、ローマ人がこれに支配を及ぼすことを断念していたわけでは決していない。それは次の法文に明瞭な形で表れているとおりである。すなわち、

D 41.1.1 (Gai. 2 rer. cott.) *Quarundam rerum dominium nanciscimur iure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur, quarundam iure civili, id est iure proprio civitatis nostrae. et quia antiquius ius gentium cum ipso genere humano proditum est, opus est, ut de hoc prius referendum sit.*

学説彙纂第41巻第1章第1法文〔首項〕（ガーイウス『日用集』第2巻）

我々がその物の所有を取得する際に、自然の理により全ての人間の間に等しく遵守される万民法によることもあれば、市民法、すなわち我々の都市に固有の法によることもある。そして、万民法は一層古く人類自体とともに発生したがゆえに、適切にも、これが先に言及されるべきである。

(1) *Omnia igitur animalia, quae terra mari caelo capiuntur, id est ferae*

22 詳しくは、*Filip-Fröschl*, *Partus et fetus et fructus*, op. cit. [18], 114ss を見よ。

bestiae et volucres pisces, capientium fiunt:

同第1項

したがって、陸海空で捕獲される動物は全て、つまり野生の獣、鳥、及び魚は、捕獲者に帰する。

とはいえ、動物を客体とする権利を取得するのは、それを完全に自己の支配下に置いた者だけであって、それはガーイウスが次に述べるとおりである。すなわち、

D 41.1.3.2 (Gai. 2 rer. cott.) Quidquid autem eorum ceperimus, eo usque nostrum esse intellegitur, donec nostra custodia coercetur: cum vero evaserit custodiam nostram et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit et rursus occupantis fit:

学説彙纂第41巻第1章第3法文第2項（ガーイウス『日用集』第2巻）

ところで、我々の捕獲した動物が何であれ、我々のものと解されるのは、我々の保管に留められている限りにおいてである。これに対して、我々の保管を脱して自然の自由に戻ったときは、我々のものではなくなり、再び先占者に帰する。

オーストリア法やドイツ法といった近代の立法に至って初めて、——その圧倒的な人間中心主義のうねり下で——動物は物ではない („nicht Sache“) と規定することができたのであるが、その反面、生きている野生動物を土地の従物とみなし、その帰結として捕獲又は死亡までは不動産と見られる、との規律も手の付けられないまま残されていた——今日に至るまで、オーストリア一般民法典295条は後者の規律を明記している²³。同

23 § 295. Gras, Baume, Früchte und alle brauchbaren Dinge, welche die Erde auf ihrer Oberfläche hervorbringt, bleiben so lange ein unbewegliches Vermögen, als sie nicht von Grund und Boden abgesondert worden sind. ♪

じことは家畜にも妥当し、法律上は不動産の一部を構成するとされる²⁴。
同様の規定は、フランス民法典にもあるが²⁵、近時、改正があった²⁶。

ローマ法はこれらと鮮やかな対照をなしており、それは、例えば学説彙纂第41巻第2章第3法文第14項に表れる。すなわち、野生動物が自然的自由の状態にある限り、それが森の中であろうと池の中であろうと、あるいは、我々の土地のまさしくその上にいようと——我々に占有されているとはされず——、さらに言えば、——【自然法上 *iure naturali*】——いかなる人物にも属していない²⁷。

「Selbst die Fische in einem Teiche und das Wild in einem Walde werden erst dann ein bewegliches Gut, wenn der Teich gefischt, und das Wild gefangen oder erlegt worden ist.

オーストリア一般民法典295条 草、木、果実、及び土地がその地表に生み出す有益な物は全て、地所から分離されない限り、不動産とされる。池の魚、森の中の野獣も、池で漁がなされ、野獣が捕獲され又は射止められたときに初めて、動産となる。

24 § 296 ABGB がそうである。

25 Code Civil: Art.522 - Les animaux que le propriétaire du fonds livre au fermier ou au métayer pour la culture, estimés ou non, sont censés immeubles tant qu'ils demeurent attachés au fonds par l'effet de la convention. Ceux qu'il donne à cheptel a d'autres qu'au fermier ou métayer, sont meubles.

Art. 524 ...Ainsi, sont immeubles par destination, quand ils ont été placés par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds: Les animaux attachés à la culture;

フランス民法典522条 土地所有者が農夫又は小作人に対して農耕のために委ねた動物は、〔金銭的〕評価を受けるかに関わりなく、合意の効果により土地に付着する限りで不動産とされる。所有者が農夫又は小作人以外の者に家畜全体として預託する動物は、動産である。

同524条 〔前略〕……同様に、用途により不動産となるのは、土地の用益及び開墾のために所有者によって託されたときであり、農耕用に付された動物はこれに当たる。……〔後略〕^{註20}

26 Amendement Glavany を参照。^{註21}

27 D. 41, 2, 3, 14-16 (Paul. 54 ad ed.) *Item feras bestias, quas vivariis incluserimus, et pisces, quos in piscinas coiercerimus, a nobis* ✓

捕獲された野生動物も、自由を回復してしまえば、直ちに自然な状態に戻ったものとみなされる。ただし、ローマ人は、野生動物又は馴致動物の占有喪失について厳密な準則を立てていたわけではなく、あらゆる種類の動物及びそれに関連する事案に適合する準則が、たった1つ認められるに過ぎない²⁸。もっとも、この文脈で特に注目すべきは、極めて例外的な動物である蜂の法的取り扱いであり、そこでは、ローマ人が法的に的確な準則を生成するにあたってどれほど自然事象の特性に目を向けていたかを窺

、*possideri. sed eos pisces, qui in stagno sint, aut feras, quae in silvis circumseptis vagantur, a nobis non possideri, quoniam relictæ sint in libertate naturali: alioquin etiam si quis silvam emerit, videri eum omnes feras possidere, quod falsum est. (15) Aves autem possidemus, quas inclusas habemus, aut si quae mansuetæ factæ custodiæ nostræ subiectæ sunt. (16) Quidam recte putant columbas quoque, quae ab aedificiis nostris volant, item apes, quae ex alveis nostris evolant et secundum consuetudinem redeunt, a nobis possideri.*

学説彙纂第41巻第2章第3法文第14項（パウルス『告示註解』第54巻）

同様に、我々が狩猟園に囲い込んでいる野獣や、我々が養魚池に集めている魚は、我々によって占有されていること。しかし、湖水にいる魚、又は垣を巡らせた森を歩き回る野生動物は、自然な自由に留まっているゆえに、我々に占有されてはいないこと。そうではなく、ある者が森を購入したときも、野生動物を全て占有していると見られることがあるが、誤りである。（第15項）ところで、我々が鳥を占有するには、我々がこれを囲い込んでいることもあれば、飼いに慣らして我々の保管に従わせるときもある。（第16項）人によっては、我々の建物から飛ぶ鳩も、同様に、我々の蜂巢から飛び去り習性に従い戻る蜂も、我々に占有されている、と考える者もあり、これは正しい。

28 前掲 D. 41.1.3.2 (Gai. 2 rer.cott.)。

D. 41.1.5pr. (Gai. 2 rer. cott.) *Naturalem autem libertatem recipere intellegitur, cum vel oculos nostros effugerit vel ita sit in conspectu nostro, ut difficilis sit eius persecutio.*

学説彙纂第41巻第1章第5法文首項（ガーイウス『日川集』第2巻）

ところで、自然の自由を回復すると解されるのは、1つには我々の眼を逃れたとき、いま1つには我々の視野に追跡困難な形で存在するときである。

同旨、Johanna Filip-Fröschl, Cervi, qui in silvas ire et redire solent. Anmerkungen zu einem exemplum iuris, in: Iurisprudentia universalis, Festschrift für Theo Mayer-Maly, (Köln-Weimar-Wien 2002) 191ss.

い知ることができる²⁹。

史料からさらに他の例を引用することはできるが、既に我々が見てきたところから十分に、次のことを結論付けることができる。すなわち、ローマ人の法観念の中に、現在考えられている以上に【自然的自由 *libertas naturalis*】³⁰、及び動物の種の多様性に対する畏敬的な眼差しがあったということである。

3. ローマ法と近代私法の比較

最後に、ローマ法について得られた知見を近代私法と比較しつつ、さらに考察を深めてみたい。

近代法では、次のような規律の枠組みが一般的である。すなわち、

動物は、物ではない。動物は特別の法律により保護される。物に関する規定が動物に適用されるのは、別段の規定がない場合である。

動物は、物と表現してはならない——もっとも、法（権利）の客体であることは否定できないのであり、別段の規定が存在する場合を除いて、物を規律するのと同じの規律に服する。近代私法の中で他を措いても特に引用しなければならないのは、オーストリア一般民法典1332a条、及びドイツ民法典251条2項である。当然ながら、公法を通じた動物保護も、私法とは別に存在している。

29 この点について、*Johanna Filip-Fröschl*, *Apis natura fera est*, *Romanistische Anmerkungen zur besonderen Natur der Biene*, in: *Scientia et historia*, Festschrift für Peter Putzer, (Egling an der Paar 2004) Bd. I, 141ff を参照。訳注22

30 自然的自由については、*Johanna Filip-Fröschl*, *Libertas naturalis*, *Überlegungen zur natürlichen Freiheit von Mensch und Tier.*, in *Sudi in onore di Luigi Labruna*, (Napoli 2007) を参照。

もっとも、動物が法（権利）の客体であるのは従前どおりであるから、近代私法は、この点ではローマ法とほとんど差異はない。

ローマ法には次の考察が妥当する。すなわち、動物はそれ自体法の規律対象となる。動物は、法（権利）の客体であると同時に、【固有種】としても扱われていた。動物に適用される規範を起草する際には、生命のある存在である点に配慮されていた。さらに、【アクィーリウス法】は、オーストリア一般民法典1332条やドイツ民法典251条が規定しているように負傷した動物に対して保護を与えていたが³¹、近代法におけるのと同様、そうした保護を受けるのはその所有者の権利の客体であることを經由できる場面に限られていた。

しかしながら、動物を所有する者自身による加害からその動物を保護することを内容とした、動物の公的な保護が存在しなかったことは、近代法と対照的と言える。ただし、古代のものの見方と現代のそれとの偏差は考慮しなければならない。すなわち、動物の保護の程度については、家畜の価値とそれへの依存度が今日よりもはるかに大きかったことが考慮されねばならない。

ブリニウス Plinius は、犬と馬を、人間よりも忠実な存在として描いている³²。

31 ここで強調する価値のある事実は、【アクィーリウス法】第3章では多様な動物が言及の対象となり、その言及が野生動物にまで及んでいたことである。

32 Plin. nat. 8.142: *Ex his quoque animalibus, quae nobiscum degunt, multa sunt cognitu digna: fidelissimumque ante omnia homini canis atque equus. pugnasse adversus latrones canem pro domino*

ブリニウス『博物誌』8.142

我々とともに過ごす動物にも、研究の価値がある。なかんずく、人間にもっとも忠実なイヌとウマについてはそうである。主人を守って山賊と闘ったイヌの話などを聞いている。……〔後略〕^{461E23}

プリニウスは、家畜たる牛を【労働や農耕におけるわれわれの相棒 *socius enim laboris agrique cultura*】と記している³³。コルメッラ Columella も牛を挙げて、農耕における人間の最も有益な補助者と位置付けている³⁴。プリニウスとコルメッラは、ローマ人の父祖にとって、牛の殺害が、それが意図されたものであった場合には、死刑に値するものとされていた前史を伝えている。ウェルギリウス Vergilius も、黄金時代が終焉したのは、作業用牛の殺害によってである、との発想を書き留めている。農事に関する学者の記述からは、有益な動物は、その所有者の利害のみにかかっていたとしても、社会的に良好な扱いを受けていたことがわかる。それゆえ、厳格さで知られる大カトー Cato maior が、家畜の世話は良い投資であると述べている³⁵ことも、この文脈で理解できる。

【農園屋敷での牧畜 *pastio villatica*】の例^{訳注24}では、もうけへの渴望だけでなく、動物の保存に対する欲求も加えられている。しかしながら、プ

33 Plin. nat. 8,180: *optime cum domito iuvenus inbuitur. socium enim laboris agrique culturae habemus hoc animal, tantae apud priores curae, ut sit inter exempla damnatus a populo Romano die dicta, qui concubino procaci rure omassum edisse se negante occiderat bovem; actusque in exilium tamquam colono suo interempto.*

プリニウス【博物誌】8,180

最上の方法は、すでにしつけられたのといっしょに首木をかけることである。このウシという動物は労働や農耕におけるわれわれの相棒であって、われわれの先祖たちによって大いに貶められたものであるから、雄ウシを殺したことで起訴された男の事例がある。その男は、気まぐれな友人が「おれは去勢ウシの胃を食ったことがない」と言ったのでウシを殺した。それで公開裁判で有罪となり、ちょうど作男を殺したかのように追放された。

34 Colum. VI, praef. 7: *laboriosissimus hominis socius*. 人間にとって最も勤勉な仲間。

35 Cato, agr. LXIII, 5: *Nihil est quod magis expediat quam boves bene curare*. 牛を適切に管理すること以上に有益なものは、何もない。

リニウスが伝えるところからは、大きな生態博物館の創設に尽きず、希少な魚、七面鳥、ナイチンゲールといった高価な動物を所有することに対する異常なまでの情熱が感じられる。

これらと対照をなすのは、幾分矛盾の露呈するところではあるが、闘技場における野生動物の多数の殺害である。しかしながら、当時の人間にとって動物から発する威嚇が深刻なものであったことを考慮するならば、ある程度割り引いて考える必要がある。

さらに、野生動物が所有者の有に帰した場合にのみ保護されていたということは依然として明白であり、それは【アクィーリウス法】第3章に規定されているとおりである。

しかし、今や我々が問うべきは、果たして、近代法の網領的規範である、「動物は物ではない」との原則に対する等価物が古代ローマに存在したのか否か、そして、法における生命をもった被造物としての地位を動物についても強調する意図が存在していたのか否か、ということである。ローマ人が動物を法的に扱う際に法理論上等しく妥当していた原則として、前出のウルピアヌスによる有名な自然法の定義〔前掲③D 1.1.1.3-4 (1 inst.)〕を持ち出すことができる。すなわち、「(3)自然法は、自然が生き物全てに教え授けた法である。というのも、それは人類に固有のものではなく、陸海に生まれる生き物全てに、そして鳥にも共通の法だからである。これに由来するのが男女の結合であり、我々はこれを婚姻と呼ぶ。これに由来して子の出生が、さらには教育がある。というのも、我々の知るところでは、その他の生き物も、野獣でさえも、この法に通じていたと見られるからである。(4)万民法は、諸族万人が用いる法である。これが自然法と異なったものであることは容易に理解でき、なぜなら自然法が生き物全てに共通であるのに対し、万民法は人間相互間でのみ共通するからである。」

ローレンス・ヴィンケル Laurens Winkel³⁶の見るところでは、ウルピアヌスの【自然法】観念の中には、動物との【法の共通 *communio iuris*】という逍遙学派的思想が窺える。ヴィンケルは、そこで注目に値するのは、動物に言及していることだけである、と主張する。この主張は、ウルピアヌスの法源学説にこの定義が導入されたことについての説得的な説明に基礎を置いている。しかし彼も、【自然法】が直接的な効力を何ら有さず、法実務上の考慮からはかけ離れた、ローマ法の思弁的な側面が表れたものに過ぎない——これと似たことは、奴隷の問題でも見られる——ことは認めざるを得なかった。

したがって、動物に何らかの形で具体的な権利が与えられていたなどと考える必要はない。生物学的平面で見れば、生命のある存在の間には一定の共通性が見られるのであって、そのことに目を向けさえすれば、動物に特化した規範的要請が、近代法の網領的規範から——私見では——まさしく派生するものとして、少なくともある程度は認められる。動物の特性、とりわけ自然的自由の存在を広範に承認することがそれに当たる。ペーレンツの解釈³⁷に従えば、ここから、【万人共有物】観念の中に動物の確固とした地位があったことを認めることができる。それは、マルキアーヌス Marcianus が我々に示すところでもある。すなわち、

D 1. 8. 2 (Marcian. 3 inst.): Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique acquiruntur. (1) Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens et mare et per hoc litora maris.

36 Laurens Winkel, Einige Bemerkungen über ius naturale und ius gentium, in: *Ars boni et aequi*, FS für Wolfgang Waldstein, (Stuttgart 1993), 443 ss.

37 Die allen Lebewesen gemeinsamen Sachen, op. cit. [4].

学説彙纂第1巻第8章第2法文（マルキアーヌス『法学提要』第3巻）
〔首項〕

自然法による万人共有物もあれば、公法人に属するもの、誰にも属さないもの、多数人に属するものもある。それらは様々な原因に基づいて、各人に取得される。（第1項）そしてなるほど、自然法による万人共有物とは、空気、流水、及び海であり、それゆえに海岸もそうである。

標準註釈の解釈を参照しつつ、ベーレンツは次の結論に至る。すなわち、人間にも動物にも妥当する【自然法】の観念に基づき、マルキアーヌスは物の性質に応じた理論を発展させた。こうして、マルキアーヌスの【万人共有物】観念は、既に註釈学派が示していたとおり、【あらゆる生きているものの共有物 *res communes omnium animalium*】との意味で理解されなければならない。これにより、自然環境と生命の本質ということを出発点として、少なくとも理論的には、動物を正當に位置付けることができたものと言える。それは、今日の、【固有種】たる法（権利）の客体としての動物像を支えるものである。

訳注1 講演原稿の原語は *object of law* であるが、講演全体の趣旨と、イタリア語原稿が *oggetto del diritto* としていた点から、「法」と「権利」を一語で表した *Recht* [ドイツ]、*droit* [フランス]、*diritto* [イタリア]、*ius* [古典ローマ法] といった言葉の趣旨であると判断し、このように訳出した。これらの言葉の二義性については、例えば、市原靖久「権利 *right*—主観的 *ius* とは何か？」竹下賢ほか編『はじめて学ぶ法哲学・法思想』（ミネルヴァ書房、2010年）16頁以下を参照。

訳注2 【万人共有物 *res communes omnium*】自然法により全ての者の共通の財産とされるもので、具体的には、空気、川の水、海、海岸などが挙げられる。それらは、私的権利の対象とはならないとされていた。

訳注3 直訳すれば、「生気・心 [アニムス] あるもの／生き物」となり、そのような広い意味を表す意図で「アニマル」とのルビを振っている。本稿では、他に【生物 *res animales*】、【生き物 *animalia*】という表現が登場するが、これらはいずれも広い意味で用いられるので、便宜的に訳語を充て

たものに過ぎない。用例については、本文で詳しく解説される。

訳注 4 Ulp. D. 21.1.38,14 によれば、馬の群れを含む飼育場全体を指し、馬 1 頭
のみの瑕疵があるだけでは全体の売却を解除し得ない、とされる。

Dig.21.1.38,14 (Ulpianus 2 ad ed. aedil. curul.):

*...nam et si polia venierit, dicemus unum equum qui vitiosus est,
non omnem poliam redhiberi oportere.*

〔前略〕……というのも、馬飼育場が売却されたときは、瑕疵ある 1 頭
の馬が返還されることを要するのであって、馬飼育場全体ではない、と
我々は言う。

訳注 5 【手中物 *res mancipi*】権利の譲渡に *mancipatio* と呼ばれる儀式的行為
を要した物をいう。建物、イタリア本土の土地、奴隷、家畜などが含まれ
る。これらは最古のローマ社会において最も高い価値を有していたもので
あり、農民の財産の主たる構成要素でもあった。

訳注 6 【アクイーリウス法 *lex Aquilia*】紀元前 3 世紀後半に制定された、他の
者の財産上の損害に対する賠償について規律した法律である。

訳注 7 【高等按察官による物の瑕疵に関する法 *lex aediles curules*】高等按察
官 *aediles curules* は紀元前 367 年に創設された貴族政務官職の 1 つであり、
ローマの公序と安全を司り、奴隷や家畜などの市場取引を監督した。*lex*
aediles curules は、高等按察官がこの権限に基づいて制定した、物の瑕疵
に対する責任を規律した法である。

訳注 8 改竄 *interpolatio* は、ユスティニアヌス帝による学説彙纂・法学提要・
勅法彙纂の編纂の過程で古典時代の法に加えられた修正を指す。編纂「委
員が加えた修正がどの程度におよぶかいかなる修正がすでに帝より前に加
えられて委員によって採用されたかの研究は一方で直接に古典時代の法を
知るための資料が極めて僅かなので、著しい困難を伴う」とされる。船田
享二『ローマ法 第 1 巻 [改版]』（岩波書店、1968 年）462 頁以下を参照。

訳注 9 【所有物取戻訴訟 *rei vindicatio*】市民法上の所有権を保護するための訴
権の行使である。所有者は、占有者に対し、この訴権によって所有物の回
復を訴求した。占有者が訴求者の所有権を否認する場合、訴求者は市民法
上の規律に則って当該物の所有権を取得したことを証明しなければならず、
この証明は困難を窮めたとされる。

訳注 10 【問答契約 *stipulatio*】口頭による、儀式的な契約である。定型的な応答
（「○○を与えるものと約すか?」「約す」）によってなされ、これに条件や
制限を付することは許されないものとされた。問答契約は、単純な一定額の
支払から、各種の複雑な形態（例えば、後出の訳注 12 及び訳注 14 を参照）
まで各種の用途で用いられた。問答契約を用いることで、当事者は、原因
関係上の債務の存在を立証することなく債権者が訴求できる利点享受し
得た。

訳注 11 【評価された嫁資 *dos aestimata*】嫁資の構成物を金銭的に評価したその

価額である。嫁資の返還が問題となる場面において、同植物による返還と金銭的な返還との間で合意が成立しなかったときに、当該評価額のみを考慮に入れることとされていた。

訳注12 【未発生損害担保問答契約 *cautio damni infecti*】 差し迫った損害に対して供与される担保である。問答契約が締結されることで、脅かされている物件の所有者と隣接建物の所有者の間に法的関係が生じる。未発生損害担保問答契約の供与が拒絶された後に実際に損害が生じた場合、法務官は、被害物件所有者に、それが供与されていたものと擬制して訴権を付与するものとされていた。

訳注13 【加害物委付 *noxae deditio*】 奴隷や動物がその所有者に答責される過ちを犯した場合に、当該奴隷又は動物の所有権を訴求者に譲り渡すことで、それ以上の賠償を免責されることをいう。

訳注14 【担保問答契約 *cautio*】 既存の債務又は法律により保護されていない義務の履行を担保するものとして債務者に無因的な債務を課す契約を指す。単純な形態 *nuda cautio* は、問答契約によって債権者に問答契約上の債権を供与するものであり、その他の形態としては、質 *pignus*, *hypotheca* や主たる債務者以外の者による保証の形態などが挙げられる。

訳注15 【動物損害訴権 *actio de pauperie*】 所有されている四足獣が与えた損害に対する訴権を指す。当該加害動物の所有者は、損害 *pauperie* を賠償するか、又は当該動物を殺害するか *noxae dedere* しなければならなかった。

訳注16 標準注釈は、アックルシウス *Accursius* によって1227年に集成された、学説彙纂に関する注釈と解釈である。フランツ・ヴィーアッカー（鈴木祿弥訳）『近世私法史』（創文社、1961年）59頁を参照。

訳注17 【特有財産 *peculium*】 家父によってその息子に与えられた、又は主人によって奴隷に与えられた、当該家父又は主人から独立した財産を指す。特有財産は、形式上は家父又は主人に属するものとされつつ、息子又は奴隷が自由に処分することができ、その取引によって獲得された財産をも含むものとされた。

訳注18 【手権解放 *manumissio*】 奴隷所有者によってその所有奴隷が解放されることを指す。解放された奴隷は自由人となるが、手権解放後も元の所有者の権利が存続し、完全に自由人となるわけではないとされていた。

訳注19 【使用取得 *usucapio*】 他の者に属する物の所有権を法定期間の占有を通じて取得することを指す。市民法上の使用取得は善意 *bona fides* の取引行為を要件としており、所有権取得に必要な様式行為である握取行為が成立しなかった場合にそれを治癒する役割を果たしていた。

訳注20 条文の訳出には、稲本洋之助『フランス民法典——物権・債権関係』（法務大臣官房司法法制調査部、1982年）を適宜参照した。

訳注21 2014年4月15日国民議会で可決された民法改正法（Loi n° 2015-177 du 16 février 2015）を指す。これによって民法第515-14条（「動物は、感覚

を備えた生ける存在である。これを保護する別段の法律がない限り、動物は、物の法の規律に従う。』) が挿入された他、脚注25に掲げた2ヶ条の文言も修正されている。本稿では、講演原稿原文に従い、改正前の条文を掲げている。

訳注22 邦語論文でこの問題を扱うものとして、五十君麻里子「蜜蜂は野性か? ——ローマ法における無主物先占に関する一考察」法政70巻4号783頁(2004年)がある。

訳注23 訳は、中野定雄ほか訳「プリニウスの博物誌」(雄山閣、2012年)を適宜参照した。脚注33のプリニウス『博物誌』の訳も同様。

訳注24 農事家ワッロー Varro の『農業論 de re rustica』の記述を受けて、コルメッラが動物の保存を唱導した経緯を指すと見られる。要するに、講演者のテーマ設定と主張は、ワッロー以来のローマ的伝統にある、という趣旨を伝える記述である。

(補論) 本講演に対する訳者の印象

講演後の質疑は専ら講演内容を確認するものにとどまった。そこで、ここでは質疑の模様に代えて、講演内容の理解を深める素材として現代の民法学を専攻する訳者から見た本講演の印象を記しておきたい。

現代の日本の法体系に、動物の定まった位置付けがあるわけではない。個別の問題ごとに、動物という存在の特殊性をどのように配慮するかが議論されているにとどまる。そうしたトピックを挙げていけば、ペットの法的処遇、野良犬・野良猫をめぐる保健所行政、農水産業における害獣対策、など多方面に及ぶ。これらの多彩な問題に対処する議論を体系的に整理すれば、大まかには次のようになる¹。

まず、動物を権利義務関係の(1)主体的側面から見るアプローチと、(2)客体的側面から見るアプローチとが分けられる。(1)の主体アプローチでは、動物を権利主体として認めていくことができるか否か、認めるとしてその根拠や限界はどのようなものか、を議論する。アニマル・ライツ論と呼ばれる議論がこれに当たる²。(2)の客体アプローチは、動物を所有権の客体と見ることを前提に、例えば損害賠償にペット動物の特別の価値をどう反映させるか³、あるいは逆に、動物所有者による所有権行使にどのような

1 青木人志『日本の動物法〔第2版〕』（東京大学出版会、2016年）17頁以下には、精緻を極めた体系化の試みがある。

2 青木人志「アニマル・ライツ——人間中心主義の克服？」愛敬浩二編『講座人権論の再定位2 人権の主体』238頁（法律文化社、2010年）。近時、アニマル・ライツ論をAI（人工知能）の法主体性をめぐる議論に及ぼしていく興味深い議論動向がある。青木人志「『権利主体性』概念を考える——AIが権利をもつ日は来るのか」法教443号59頁（2017年）、大屋雄裕「外なる他者・内なる他者——動物とAIの権利」論ジュリ22号48頁（2017年）を参照。

3 ペットに関わる損害賠償事案だけ取り上げても様々な種類のものがあることは、渋谷寛「ペットをめぐる法律実務」Law&Practice 11号159頁（2017年）に掲げられた多数の裁判例からも見て取れる。

制約をかけるか、が論じられる⁴。本講演で扱われた内容も、主にこの動物の客体的側面をめぐるものであった。以上の権利義務関係の主体・客体の側面に着目した見方とは別に、(3)公益的観点から動物を公法上の規律対象として見ていくアプローチがある。その一部は、虐待されているペットの扱いに行政機関がどのように介入するかといった問題領域で、(2)客体アプローチで扱われる所有権の制約の問題と重なる。しかし、特定人の所有から離れた野良犬・猫を対象とした保健所行政や自然環境上の動物の保護、あるいは害獣対策などは、所有権の所在を一旦脇に置いて考えることができる⁵。

本講演は、(2)客体アプローチの文脈において、近代法の源流としてのローマ法で、「動物」というカテゴリーが法的思考の異物として排除されていたわけではない、ということを明らかにする。ヨーロッパ法の動向は、本講演でも示されているとおり、物権法中に「動物は物ではない」と明記して、動物の所有客体としての特殊性を明確にするものである⁶。本講演はこの動向に法史的な裏付けを与えるものと言える。このヨーロッパ法の動向を日本でどう受け止めるか、という問題は既に民法学上の論点として浮上しており⁷、本講演の内容は動物の法的地位について具体的な像を

4 吉井啓子「動物の法的地位」吉田克己＝片山直也編『財の多様化と民法学』252頁（商事法務、2014年）。ペットに焦点を当てたものとしては、山田卓生ほか「特集 各国のペット法事情」法時73巻4号4頁（2001年）、青木人志ほか「特集 ペットをめぐる法的現状と課題」ひろば64巻8号4頁（2011年）を参照。ひろばの特集は、保健所行政にも及ぶ。

5 保健所行政の問題については、本庄萌『世界のアニマルシェルターは、犬や猫を生かす場所だった。』（ダイヤモンド社、2017年）の世界各国を比較対象とした実証研究がある。著者の本庄は講演者のヒメネス＝カンデーラ教授が長を務めるバルセロナ自治大学動物法専攻に留学し、指導を受けた経験を有する。

6 ドイツ法、オーストリア法につき、青木人志『動物の比較法文化』（有斐閣、2002年）165、181頁、フランス法につき、吉井啓子「フランス民法典における動物の地位」国学院44巻1号117頁（2006年）参照。

7 吉井・前掲注(4)252頁。

取り結ぶ手助けとなる。

ただし、「動物」と「物」がカテゴリーとして分けられていたという事実の意義については、「動物は物ではない」とする物権法上の規定の意義につき有力な論者が「象徴的意味しかもち得ない」と結論付けていたように⁸、それを指摘するだけで広がりのある議論へとつなげていくことは期待し難いであろう。そこで訳者は、ローマ法源上動物が自然環境と連続的に把握されていた事実（自然的自由 *libertas naturalis*）の方に着目したい。

講演にあるとおり動物がローマ法源で登場する文脈は様々であるが、その共通の基盤として古代人の自然環境に対する明晰な観察眼があったとする冒頭の講演者の主張には頷けるものがある。人間と自然環境は、昔も今も、生活物資を調達するのに尽きない「もちつもたれつ」の複雑な関係にある。それに対して、試みにアニマル・ライツ論のように動物を法主体として扱う議論の方に目を移してみれば、一面では、批判の対象とされている「人間中心主義」の基礎にある「権利主体＝人間」図式を基点として、その延長上に動物を新しい「人間」として位置付けるもののようにも見える。ローマ法源から読み取れる、動物を自然環境と連続的に捉える見方は、人間と動物が共に「生命のある存在」として、自然環境という共通の基盤に依って立つ存在であるという事実を際立たせるものである。そして、この観点から動物と法の関係を捉え直すことも可能であるように思われる。そもそも、人間と自然の協力と緊張の関係が日本社会史を解きほぐす上で欠かせない要素であることには誰しも異存がないだろう⁹。そのような日本ならではの目線から本講演で扱われるローマ法源を読むならば、意外にも、ヨーロッパ法の源流において我々に馴染み深い人間と自然の近接性・連続性が認識されていたという事実気付くことになる。そして、その

8 吉井・前掲注(4)266頁。

9 網野善彦「『自然』と『人間』、二つの聖地が衝突する悲劇——映画『もののけ姫』評」同『歴史と出会う』136頁（洋泉社、2000年）。

ような認識を動物の法的位置付けを改めていく際の手がかりとしていくことは、一つの道筋となり得るように思われる。そこから派生する一つの考え方としては、広い意味での環境法から動物の扱いを眺め、環境行政と動物行政の連続性を探っていく、というものが挙げられる。あるいは、所有権の対象として「動物」という法的カテゴリーがあることを認めた上で、その際の「動物」を客体とした私権の内容に、いわゆる「環境権」論におけるのと類似の公的な関心が内在していることを読み取り、絶対的所有権観念¹⁰からの逸脱を主題とすることも考えられよう¹¹。

もとより、上記の(1)から(3)のアプローチは便宜的な区分に過ぎず、本講演の内容自体、動物の問題を截然と(2)の客体的アプローチの文脈に押し込めることを意図したものではない。この補論における(1)から(3)の区別は、法体系上の位置付けに着目したものに過ぎず、考慮される動物の特性は多彩を極める。動物の「生命のある存在としての特質」は、講演者の最も強調するところでもある。その意味では、(1)の主体性アプローチから動物の権利主体性を考える文脈でも、動物が自然環境の不可欠の構成要素である側面をどのように反映させるかを考えていく必要がある。本講演の紹介が、幾分でもそのような議論の呼び水となることを祈念してやまない。

10 所有権の「私的性質」につき、川島武宜『所有権法の理論【新版】』（岩波書店、1987年）12頁以下参照。

11 私法上の権利に共同体的な関心が伏在し、権利行使の方法（特に権利行使主体の面）に一定の特殊性が見られる現象につき区分所有法を題材に検討したものとして、拙稿「区分所有法における権利行使主体としての『団体』——共同の利益の実現における実体法と訴訟法の交錯」論叢掲載予定。