

イエーリング『ローマ私法における帰責要素』(3)

—R. v. Jhering, Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht, 1867—

ルドルフ・フォン・イエーリング(著)

川 角 由 和(翻訳)

〔目次〕

序 論

第1節 ローマ私法における帰責要素・概説

(以上、龍谷法学53巻4号)

第2節 その展開(1)——より古いローマ法における帰責要素

(以上、龍谷法学54巻1号)

第3節 その展開(2)——より新しいローマ法における帰責観念の支配領域と現実化の形態

(a) その後のローマ法の「帰責の観念」と倫理的要素

(b) 「帰責の観念」と主観的不法・客観的不法との関係

(c) 「帰責の観念」における用語の変遷

(e) ローマ法文の分析に基づく主観的不法と客観的不法との対立

(f) 客観的不法から主観的不法への移行のパターンとその特質

(g) 寄託訴権・委任訴権・信託訴権・後見訴権のもとの「悪意」
(dolus)

(以上、本号)

第4節 帰責要素の内面的形成と発展的形成——帰責がなければ行為についていかなる答責性もないこと、すなわちいかなる損害賠償の義務も負わないこと

1. 不法行為訴権

2. 契約訴権

3. 対物訴権

第5節 帰責の基準

第6節 過責と報復とのバランス

第7節 罰の消滅

第3節 その展開(2)——より新しいローマ法における帰責観念の支配領域と現実化の形態

(a) その後のローマ法の「帰責の観念」と倫理的要素（以下では、便宜上(a)～(g)の見出しを訳者の判断で付する）

われわれは、今や、ローマ法の黄金期（die Blütezeit des römischen Rechts）に目を転じることにしよう。ところで、ローマ法の本来の偉大さとその本当の価値が、あたかも法的な技術や方法のうちに（in der juristischen Technik oder Methode）探求されるべきだなどという考えは——私も長い間それにとらわれてきたのであるが——広範に伝播された謬見（ein verbreiteter Irrthum）にほかならない。かのローマ法こそは、法的諸概念の内容（Inhalt）に対して無関心な態度をとってきたのであり、それら法的諸概念の操作を純然たる形式的な熟練（rein formale Fertigkeit）の対象として仕上げたのである。私は、それほど早くからこのような謬見から身を解放したわけではなかったが²⁹、本書の考察によって必ずや新たな見地を獲得するのではないかと考える。なぜなら、ローマの法学者によってその解決を要するものとされた問題は、純然たる倫理的な性質（rein ethische Art）を帯びていたのであり、しかもその問題の解決は、それ自体、われわれがローマ法学にそのおかげを被っていると賞賛すべき最も不滅の功績の一つ（eins der unvergänglichsten Verdienst）だからである。ローマの市民法の全体を通じてその遂行の所産として生み出されたもの、それこそ帰責の観念（der Gedanke der Schuld）であった。一方で、刑法学者たちのもとでは、長い間、その後のローマ刑法が行為の外面的な要素に対して過責（Verschulden）の要素を重要視してきたこと³⁰、

29 私の『ローマ法の精神』第一巻の第2版18頁以下を参照。

30 とりわけまた、犯罪の未遂（Vesuch des Verbrechens）に関連しても本文で述べたことを敷衍しておくべきであろう。すなわち、ローマ人たちは、やはり一度たりともそのために必要な表現を知ることはなかった。たとえば、Paulus V. 23の文言表現は次のようであった。consilium uniuscujusque non factum

つまり刑法の普遍史における過責の要素に優越的地位をあてがってきたことについてはほぼ疑う余地がない。他方、民法学者たちのもとでは、法学的方法のもつ形式主義（Formalismus der juristischen Methode）が法の倫理的な側面への視点を弱める作用を演じたのであり、よって（刑法における過責の位置づけと）ひけをとらない帰責概念の市民法の領域における大規模の展開にはほとんど考慮が払われないままであった。なるほど、個々の法原則は、それ自体そのうちに帰責の展開を反映しつつ、全体として厳密な形で帰責の展開を記録してきた。まさしくこのような事情のゆえに、私は、以下においてその詳細な考察なしに論述を進めることができるのである。しかしながら、民法学者がこれまでなしえてこなかったものこそ、帰責の観念（に関する法的性質の研究）であり、刑法については早くから形成されてきたように、市民法にとっても、全面的に制御された倫理的原理（allbeherrschendes ethisches Princip）をこそ定立し証明することが要求されるのである。私が、民法学者たちのこのような怠慢を以下の論述によって埋め合わせることを企図する場合、本来なら詳細な論証を付した一冊の書物全体を通じてその対象を考察すべきなのであるから、誰も本書のような短い叙述で（上記の問題が）完璧に取り扱われていると期待することはないであろう。ここでは（問題の）イメージが概括的に、また主要な特徴点に即して忠実に再現されれば、それで十分とすべきであり、またそれ

↘ puniendum est（「（試訊）諮問協議会の構成員は、各人それぞれ未遂行為を罰したことはなかった。」）。そして、I. 14 ad leg. Corn. de sic. (48. 8) は、in malificiis voluntas spectatur non exitus「（試訊）悪行を働く意思はまだ仕上げられたものとはみなされない。」という。以上のことは、その後のローマ刑法の精神を特徴づけるものであった。ここで取り上げなかったその他の論点については、種々な文献の中で、もっぱら Luden Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht, Bd. 1, S. 72 ff. の参照を指示しておこう。とはいえ、責任の帰属（Zurechnung）の問題に関しては、Hepp, Die Zurechnung auf dem Gebiet des Civilrechts 1833, Köstlin, System des deutschen Strafrechts, Bd. I. S. 129 もみよ。

で足りるのである。

われわれは、上記の（問題の）思考を二つの方向において追求してみよう。その一つは、私法の全体を通じた¹外面的で²包括的な（*äussere, extensive*）論述であり、さらにその二は、私法の³概念的で⁴内包的な（*begriffliche, intensive*）形成である。

（b）「帰責の観念」と主観的不法・客観的不法との関係

帰責の理念（die Idee der Schuld）と、それを通じて規定される客観的不法と主観的不法との対立は、法システムの全体に及んでいる。言い換えれば、かの帰責の理念のもとでそれにふさわしい注目を受けない法的関係はなんら存在しないのであり、そのもとで帰責の存在又は不存在がそれに応じて責任の違いを引き出すことのないような法的関係は何一つ存在しないのである。すなわち、⁵帰責の概念こそは、⁶ローマ法の発展した段階のもとでの⁷一般的な責任規準には⁸かならない（*der Schuldbegriff ist der allgemeine Haftungsmaassstab des entwickelten römischen Privatrechts.*）。

しかしながら、その帰責概念が異なった諸関係のうちに妥当性をもつ様式はさまざまである。たとえば不法行為の場合、許されざる行為（*unerlaubte Handlung*）がその請求権の原初的で唯一の根拠（*der ursprüngliche und einzige Grund des Anspruchs*）を形成している。これに対して、その他のあらゆる法的諸関係のもとでは、あらゆる過責（*jede Verschuldung*）とは無関係な事実がその請求権の原初的な根拠を生み出すのである。所有権（*das Eigentum*）がそうであり、契約（*der Contract*）もそうである。とはいえ、もとよりそれらの法的諸関係のもとでも、帰責（*Schuld*）は第二次的な要素として加えられうるし、よって責任を大きなものにしうるのである。そうであってもなお、そこから生ずる請求権は帰責のあらゆる付加がなくても別途その現実化に達しうる。たとえば、債務の不履行をあたかも必然的に一個の主観的不法（*ein subjectives Un-*

recht) を含むなどと考えることは間違っている。このようなことは、すでに述べたように、物権的返還訴権 (reivindicatio) にとっては問題とならないことであった。要するに、かの不法行為の場合には帰責要素 (Schuldmoment) が本質的な (wesentlich) ものであるが、後者の物権的返還訴権の場合には偶発的な (zufällig) ものに過ぎないのである。ここでわれわれが、やや自由にローマ法上の用語を利用するなら、当該請求権が不法行為の性質をもつ場合には、その請求権を第一次的に罰的なものと (als primär pönale) 呼ぶことができよう。しかるに他方、われわれは、物権的返還訴権の場合には、その請求権を、第一次的に物追求効的なものと (als primär reipersectorische) 呼ぶのである。

上記の第二の部類（物権的返還訴権の部類）とのあらゆる対比において、（不法行為の部類における）帰責概念をその責任の規準として全面的に展開することこそ、古典期ローマ法学の偉業に属することであった。このような、責任に属性的な帰責の観念がそのうちに顕現する法概念が、「悪意」(mala fides) であり、「故意」(dolus) であり、「過失及び遅滞」(culpa und mora) である。これら諸概念のうち、最初のものの萌芽がどの程度すでに古代ローマ法に帰せられうるのか、厳密には決定されえないだろう。だが、すでに古代ローマ法のもとで、きわめて貧弱なものであるとはいえ、その原基的形態が生み出されていたであろうことは疑う余地のないことである。そして、かの概念（「悪意」[mala fides]・「故意」[dolus]・「過失」[culpa]）がそれ自体として古典期ローマ法学の時代にその展開のあとを示したことを確認するため、簡単に法源に目を向けてみよう。もとより、その主要な問題については、なお見解の相違が支配していたのであるが³¹。

31 たとえば、l. 40 pr. de her. pet. (5. 3) に関するプロクルス (Proculus) とカッシウス (Cassius) との間の論争となった対象と同じ法源である l. 18 pr. に関するラベオ (Labeo) とオクタウェヌス (Octavenus) との間の論争を挙げておこう。

(c) 「帰責の観念」における用語の変遷

まず、言語上の議論 (das sprachliche Argument) がそれ (帰責観念の展開) を指し示す。すなわち、culpaとdolusという二つの主要な表現は、後代の法学がそれを用いた意味で使用されるに至ったのは比較的最近のことだ、ということである³²。上記において古代ローマ法の精神がわれわれに多くの手掛かりを示したところだが、個々の帰責を比較考量するというイデオロギイは決して古代ローマ法の精神に適合的なものではない。なぜなら、帰責というものがいまだ個別化された取り扱い方へと高まっておらず、およそ抽象的で外見的な同一化の原則を適用することこそ、そもそも古代ローマ法の法観の基本的特質の一つをなすものだからである³³。上記の (帰責に関する) 諸々の概念の (個別的な) 適用がいかにその同一化に抵抗するものであったか。それについて、古代ローマ法は、本質的にその法によって変わることなく維持された厳格法 (jus strictum) の環境のもとで、さらに多様な知識を与える。なるほど、それらの知識のもとで、たとえば「遅滞」(mora) の概念、すなわち債権者の催告 (Interpellation der Gläu-

32 意図的な不法と意図的ではない不法の対比を示すのは、古代ローマ法の場合、prudens (故意の) とimprudens (不注意な) という一対の言葉であり、より新しいローマ法の場合、sciens dolo malo (悪意で知っている) とculpa (過失) という一対の言葉である。このうち、dolusという言葉の技術的な意味がかなり新しい時期のものであることはよく知られている。すなわち、(ローマの) 制定法の言葉において長い間維持されてきた比較的古い言語慣用は、それに代わって、dolus malusとかfraus (いずれも悪意、詐欺) に置き換わった。culpaについてもこのことと同様に指摘できること明らかである。すなわち、アクイリア法 (lex Aquilia) はなお、dolus malusをinjuria (不法侵害) という不確定な表現に置き換えたのであり、フェストゥス (Festus) がそれを加害 (noxia) のもとに包括してのち、それは、彼の論集の中でdolusとしても、またculpaとしても収められることはなかった。すなわち、「(試訳) 加害はそれをなした者に帰せられるものとみなされるし、また過失のための代替物とみなされる」(ponebatur noxia apud poetas et oratores pro culpa.)。このように、言語は、概念の歴史を探るための最も確実な道しるべ (Wegweiser) なのである。

33 私の『ローマ法の精神』第2巻29節 (第2版、101頁以下) を参照。

bigers) によって確定される（債務者のもとでの）物の違法な留置、つまりは（いわば「盗」〔furtum〕に相当する——これはイエーリングによる挿入句〔訳者〕）違法な留置という概念は、少なくともその限りで、不慮の事態（casus）のもとたすリスクを債務者に転化するための、よりもっと古い形態の適用を実現するものであった。しかしながら他方、「遅滞」の主要な作用、すなわちローマ法の最も古い債務方式のもとでの利益給付の義務づけなるものは、確定物（certum）に向けられた債権については問題となる余地のないものであったことも確かである³⁴。同様に、確定物に向けられた債権は、不作為による過失（culpa in non faciendo）に基づく責任を含むものではなかった³⁵。むしろその場合、悪意を要件とするわけでもない。他方、問答契約（die Stipulation）が悪意条項（clausula doli）をその内容に加えなかった場合には、周知のように、キケロの時代から記録されてい

34 I. 38. §. 7 de usur. (22. 1) Gaius II. 280. 窃盗に関する不当利得訴権（condictio furtiva）のもとで果実が（被害者に）給付されること（I. 8 §. 2 de cond. furt. (13. 1)）は、「遅滞」の評価にとって妨げとはならない。すなわち、果実は、あらゆる「遅滞」とは無関係に、そのように給付されるべきものであったからである。なぜなら、そうでなければ、盗人がその果実について新たな窃盗（ein neues furtum）を行うことになるからである。これに関しては、私の『ローマ法の精神』第3巻31頁、179頁、180頁、そしてI. Cod. de cond. ex lege (4. 9) ; I. 15 de usur. (22. 1) ; I. 18 de exc. (44. 1) ; I. 4 §. de R. Cr. (12. 1) ; I. 1 Cod. Theod. de usur. rei jud. (4. 19) などを参照。

35 I. 91 pr. de V. O. (45. 1). 「(試訳) …与えられることを原因として、(それに対する反対給付を) 約束した者は、問答契約に基づき（相手方の供与物を）自己のものとして主張するのであるから、その受領という作為に関していえば、過失によって（受領という）作為をなさない、ということにならないだろうか。それについては、むしろ、肯定的に判断されるべきである。なぜなら、与えられることを原因に（反対給付を）約束した者は、供与されたものについて（それを受領しなければ、反対給付を）履行したものとみなされないからである。」（…cum dari promisit, an culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit non in non faciendo ? quod magis probandum est, quia qui dari promisit, ad dandum non faciendum tenetur.）

る訴権、すなわち（法務官法上の）悪意訴権（*actio doli*）³⁶を提起する必要があったのである。

（d）ローマ法史を考察するに必要な態度

このような、法の過ぎ去った文明段階のきわめて不完全な遺物は、その後の法学が、一部はそれと共に、あるいは一部は過去の遺物の残骸と共に築き上げたところの創造に、偉大さ（*die Grossartigkeit*）をあてがう。そして、その偉大さは、（われわれを）ますます明るい光の中へと導き入れるのである。その偉大さを実現するために、いかなる理念の激変が、また、法全体のいかなる全面的な変革が、あるいは、比較的短期間での、いかに強烈で凝集した精神的活動があったことか！ 実際のところ、私は、法の歴史がこのような現象と比較されうる第二の例をなんらかの時代につき指し示すことがあったかどうかを疑う。上記の帰責のイデーの漸次的な生成、成長、そしてその作用のプロセスを個別的に追求するという仕事は、歴史家（*Historiker*）にとっての魅力的でやりがいのある課題に違いあるまい。とはいえ、残念なことに、その課題の刺激が大きければ大きいほど、その解決のための手段は歴史家には用意されていない。なぜなら、このような歴史的な形成物がその最初の兆しを示した最も興味深い時代、すなわちローマ共和制の後半の数百年については、法学文献の必要不可欠な伝承（*die nöhtigen Überlieferungen der juristischen Literatur*）がわれわれには欠けているからである。にもかかわらず、われわれは、その展開がこのような数多くの諸事情のもとで引き出す歴史の行程をほぼ正確な基準で規定するため、その確たる手がかりを意のままにすることができる。

36 1.7 §. 3 de dolo (4. 3). 「(試訳)…たとえば売買に基づく訴えにおいて、悪意訴権を行使しない者は、(にもかかわらず相手方の悪意を主張するためには) 売買における悪意訴権に関する問答契約を要する。」(…in ex empto quidem actione cessat de dolo actio, quoniam est ex empto, in ex stipulate de dolo actio necessaria est.)

さしあたりわれわれは、このような歴史的展開の最終的な帰結（Schlussresultat）に習熟したいものである。そのことを、短い言葉で要約してみよう。その古い段階の構造を保持してきた幾つかのわずかな法関係（Rechtsverhältnisse）を別とすれば、すなわち、そのもとで帰責要素（Schuldmoment）が——そもそもそれに考慮が払われた限りで——特別な請求権としての形態を帯びるところの法関係³⁷を別とすれば、それ以外

37 たとえば、確定物に関する不当利得訴権（*condictio certi*）の法関係がそうである。前注35、36を参照。くわえて、認諾訴権（*actio confessoria*）及び否認訴権（*actio negatoria*）の法関係、さらにたとえば雨水阻止訴権（*actio aquae pluviae arcendae*）を挙げることができよう。なお後者については、I. 14. §. 2, 3 de aq. pluv. (39. 3) と私の『ローマ法の精神』第3巻28頁が参照されるべきである。——以下、訳者注としてイエーリング『ローマ法の精神』該当箇所を訳出し、若干のコメントを付する。イエーリングは次のようにいう。「われわれの今日の理論と実務において、なるほどローマの訴権が、なおその名にふさわしく大きな役割を演じている。とはいえ、ローマの訴権がかつてのローマ法のもとでそうであったものとしてそのまま再生するであろう場合、その訴権は、異議の対象となり、拒否されることになるであろう。今日、たとえば彼から盗まれた荷車（Fuhrwek）を第三占有者（盗人から盗品の譲渡を受けた第三者）に対して、ローマ法が要求していた方法で、返還請求をする者を想起してみよう。この場合、目的物は、馬であれ、馬車であれ、そこにあった個々の物であれ（果ては損害賠償まで）、すべて、特別な物返還訴権（*Reivindikation*）によって（所有者に）返還されることになる。このようなローマ法的な考え方に対して、いかに多くの実務家たちが、ローマ法と同じことを全くわきまえなかった結果として生ずる訴権により保護を与えようとしていることか！それどころか、理論それ自体がそのローマ訴権に関する考察者のもとで、しばしばまさしく非ローマ的に（oft recht unrömisch）誤って記述されてきたことか！たとえば、その理論によれば、役権訴権（*Servitutenklage*）が同時に役権の承認のみならず、損害賠償（*Schadensersatz*）や将来の妨害に備えての担保（*Kaution für zukünftige Störung*）にも向けられる、とされている（たとえば、そのように記す文献として、Puchta Pandekten, § 191 (*actio confessoria*)), § 172 (*actio negatoria*)——イエーリングの注〔訳者〕。ローマの法学者であれば、決してその訴権を上記のように解することを正しいものとは認めないであろう。むしろ、そのような（歪曲された）見解のうちにもっぱらローマ的イデーと現代的イデーの雑種形態（*Bastard*）のみを見出すであろう。」Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Bd. 3, Unveränderter Neudruck der 5. Auflage, Leipzig 1906 (Erste Auflage, 1878), 7

のあらゆる法関係のもとでは上記の最終的な帰結が内面的に完全な形で受容されたのである。言い換えれば、こうである。すなわち、あらゆる形態の不法 (jede Art des Unrechts) は、故意 (Absicht) または過失 (Nachlässigkeit) のうちにその根拠 (Grund) をもちうるのだし、あるいはそのような事情とは無関係にすでに (それ以外の、物返還訴権などの) 訴権が生み出されたり、もしくは生み出されなかったりする。要するに、そのような (故意とか過失とかの) 事情に基づいて生み出される訴権においては、その主観的な帰責要素が顧慮されるわけであり、それにふさわしい法的な報い (Vergeltung) を生ずるのである。だとすると、(第一次的には物返還訴権に向けられる) 諸々の物の追求効的訴権 (die reipersecutorische Klagen) は、同時に第二次的な罰的な機能を行行使するのであり、全体としての不法行為法 (das ganze Deliktsrecht) が、個別の所有関係あるいは個別の契約関係の内部で、(その独自の要件が充足される限りで) 反復的に生ずることになる。そのような形で、窃盗の不当利得訴権 (condictio furtiva) とか、アクイリア法上の加害訴権 (actio legis Aquiliae)、あるいは悪意訴権 (actio de dolo) などが、(結果的には) それぞれ対物訴権 (actio in rem) に還元されたり、対人訴権 (actio in personam) に還元されたりするのである³⁸。——むろん、それらの訴権の効果は、現代の精神 (Geist

ㄨ S. 27.——これは、イエーリングのきわめて健全な法観を示すものである。ローマ法のもとでは、役権訴権、なかんずく否認訴権の古典的形態は他人の役権主張を封じ込めて役権 (その後は所有権そのもの) を保護することを目的としたのであり、かつまたそれにとどまったのである。その法的効果を、ドイツ後期普通法の見解、とりわけプフタやヴィントシャイトが損害賠償にも拡張したことによって、妨害排除請求権の不当な歪曲が始まったとされるのである。この点につき、Eduard Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972, S. 66 ff. 及び拙著、川角由和『物権的妨害排除請求権の史的展開と到達点——ローマ法からドイツ民法へ』(日本評論社、2019年) 112-113頁を参照。

38 周知のように、ローマの法源が大量の形で諸々の例を提供する。さしあたり以下のものを挙げれば足りよう。契約関係のもとでの窃盗について、l. 29 pr. Depos. (16. 3) ; l. 45 pro soc. (17. 2) idemque in omnibus bonae fidei judi-

der Neuzeit)³⁹に合致したモディフィケーションを被ることもあるのであり、たとえば罰から損害賠償へと軽減されたり、その責任が相続人にも及ぶなどとされる⁴⁰。その場合さらに、このような形で併合された不法行為訴権は、当該の関係にかかる個別的な帰責根拠（das individuelle Schuldmoment）をその要件として含むのである。すなわち、まさしく当該の関係に固有な義務の（帰責に基づく）侵害を含むのである。このような過責（Verschuldung）の種類と度合いが被告の責任にどのような影響を行使するのかという問題は、ここでは問う必要がない。それ（過責に基づく被告の責任）に関して肝心であるのは、もっぱら帰責概念の拡張（Erstreckung

↘ *cis decedum est.*（〔試訳〕概して同様に信義誠実に基づく裁判によって判決が下されるべきである。）他方、契約関係のもとでの不法損害（*damnum injuria datum*）につき、l. 7 §. 1 *Commod.* (13. 6) ; l. 47 §. 1. ; l. 48 *pro soc.* (17. 2), また、物返還訴権（*reivindicatio*）ならびに相続財産返還訴権（*hereditatis petitio*）のもとでの不法損害について、l. 13 *de R. V.* (6. 1) ; l. 36 §. 2 *de her. pet.* (5. 3). さらに契約関係における悪意につき、前注36を参照。これに関しては l. 11 §. 15 *de act. emt.* (19. 1) など、その他おびただしい法文がある。対物訴権（*die in rem actiones*）関する不法損害についても同様。たとえば私は、そのものとしての占有者に対する訴権及び不当利得に基づくすべての請求として、周知の原則、すなわち「悪意は占有に代わるものである」（*dolus pro possessione est*）を指示しておきたい。たとえば、l. 131 *de R. J.* (50. 17) ; l. 27 §. 3 *de R. V.* (6. 1) ; l. 12 l. 24 *de nox. act.* (9. 4) ; l. 67 *pr. i. f. de J. D.* (23. 3) ; l. 18 §. 1. ; l. 64 §. 7 *sol. mat.* (24. 3) ; l. 2 *pr. quor. bon.* (43. 2) ; l. 15 §. 10 *Quod vi* (43. 24) ; l. 2 *pr. de prec.* (43. 26) ; l. 1 §. 23 *de coll.* (37. 6) ; l. 1 §. 13 *Ne quid in flum.* (43. 13). なお、ラベオがその原則をすでに適用している。同様なものとして、l. *pr. de her. pet.* (5. 3) を参照。

39 この点については、のちほどⅦの箇所でも論ずるところをみよ。

40 L. 7. §. 1. *Dep.* (16. 3) …*quamquam enim alias ex dolo defuncti non solemus teneri nisi pro ea parte, quae ad nos pervenit, tamen hic dolus ex contractu reique persecutione descendit ideoque in solidum heres tenetur.*（〔試訳〕とはいえ、むろん、悪意によってなされたことに基づくとはいえ、われわれに帰属するところの持分を除き、（目的物がわれわれによって）取得されるとするのはわれわれの習わしではない。にもかかわらず、このような悪意が、契約に関して行われた場合には、物の追求め効果を生み出すのであり、その効果は、同様にその全体として相続人にも及ぶのである。）

des Schuldbegriffs) にほかならないからである。われわれは、その任務を、端的に、帰責概念の普遍的意義 (Universalität des Schuldbegriffs) を確かめることに限定しよう。帰責概念の普遍的意義は、先に取り上げた (帰責の) 四つの概念に、その基礎を置く。その四つの概念は、若干の例外を別とすれば (下記の記述を参照)、あらゆる訴権のもとで繰り返してくるものである。すなわち、たとえば不誠実 (mala fides) の概念は、もっぱら対物訴権に付属するものであり、遅滞 (mora) はもっぱら対人訴権に付属する。また悪意 (dolus) と過失 (culpa) は対物訴権・対人訴権の両方に共通して問題となる。

(e) ローマ法文の分析に基づく主観的不法と客観的不法との対立

上記の全く周知の事実をあえて証拠によって示すことは、無益なことと言えよう。むしろ、そのためにはローマ法大全 (corpus juris) の全体を引用すれば十分であろう。より有益なことは、帰責概念によって規定された (責任の) 相違がもたらすコントラストを、古代ローマ法及びその後の新たなローマ法の訴権の構造に照らし、具体的な例を挙げつつ観察することであろう。そのために私は、物的返還訴権 (reivindicatio) 及び否認訴権 (actio negatoria)、認諾訴権 (actio confessoria) を選び取りたい。このうち、内面的な首尾一貫性をもって形成されてきた最初の訴権 (レイウィンディカチオ)——これに対して第二の訴権 (アクチオ・ネガトリア) ではそれほどほどのことはなかった⁴¹——が、帰責要素を拡張的なやり方でその内

41 私『ローマ法の精神』第3巻178–185頁を参照。——(以下、訳者の注) イェーリングは、『ローマ法の精神』第3巻178頁以下で権利構成体 (Rechtskörper) の基本的な形成要素 (所有権と契約) 及び両者の結合的形成体 (Kombinationsbildung)、たとえば地上権 (Superfizes) や永代借地権 (Emphyteufte) ・属州地の地役権 (Servituten am Provinzialboden) などを挙げている (183頁)。また、『ローマ法の精神』第2巻231頁では、否認訴権 (アクチオ・ネガトリア) が地役権の保護から相隣的権利 (Nachbarrecht) の保護のため対物訴権へと展開したことが示され、さらに第3巻30頁ではアクチオ・ネガトリアがさ

部に取り込み、その結果、この訴権によれば、（占有者が悪意の場合）占有者の責めに帰するあらゆる作為や不作為に基づいて、その占有の最初の時点からその最後の時点に至るまで責任を問うに至ることがあった⁴²。しかしながら、その一方で、レイウインディカチオも、アクチオ・ネガトリアも、いずれもその原初的な性格を誠実に維持したのであり、よって厳格に客観的不法（das objective Unrecht）の観点にその責任を限定したのである。すなわち、原告の権利と矛盾する状態の排除（Beseitigung des dem Recht des Klägers widersprechenden Zustandes）こそが、その責任の内容であった。それゆえ、たとえば、それによって同時に惹起せられた結果として原告のもとに生じた損害の賠償などは付与されなかったのである（以下、イエーリングの注——この私の見解と異なるところの流布した反対説〔Puchta Pandekten §. 172, 191, Arndts, Pandekten §. 169, 191, Windscheid, Pandekten §. 198, 217〕に対しては、すでに私の『ローマ法の精神』第3巻31頁で批判したところである。よく引用されるローマ法文をみても、〔レイウインディカチオやアクチオ・ネガトリアがそのものとして〕損害賠償に及ぶことなどは語られていない。また、

ゝらに所有権保護（役権保護も含む）の手段へと高まったこと（とはいえその効果は、妨害によって惹起された損害の賠償〔Ersatz des durch die Störung angerichteten Schadens〕に及ぶことはなかったこと）が示されている。Jhering, Geist des römischen Rechts, Teil 2, Unveränderter Neudruck 5. Auflage, 1993, S. 231, Teil 3 (Fn. 37), S. 30 und S. 178 ff, bes. S. 183.

42 たとえば、占有物の毀損を理由とするactio legis Aquiliaeの場合を挙げることができよう。l. 13 de R. V. (6. 1). また、消費（Consumption）のケースにつき、l. 32 Dep. (16. 3). さらに譲渡（Veräußerung）のケースについて、l. 27 §. 3 de R. V. なお、果実に対する責任については、l. 27 §. 2 ibid.をみよ。…ex quo coepit possidere, welche beim m. f. poss. unter Gesichtspunkt des Diebstahls fällt「占有者が悪意である場合には、占有を開始した時点以降〔ex quo coepit possidere〕、その者は、窃盗の観点におけるのと同様に責めを負う」。このことにつき、私の『ローマ法の精神』第3巻180頁注235を参照。——（訳者注）前注37で挙げたイエーリングの第3巻では、191頁に注235が置かれている。そこでは、悪意の占有（malae fidei possessio）をなした者が、窃盗（furtum）をなした者と同じ責任を負うことが記されている。

法文が損害賠償を認める場合であっても、(アクチオ・ネガトリアの効果として)たとえば「暴力もしくは隠秘でなされた行為に基づく特示命令」[*interdictum quod vi aut clam*]と関連づけられるべきところの 1. 5 Cod. de serv. (8. 5) のような訴権を取り上げるわけではない〔その法文で肝心なことは、「不法に建築したこと」 „*injuriose exstruxit*”である。これにつき、1. 1 §. 2 quod vi 43. 24: *injuriā comminisci* 「不法なものを作り上げたこと」を参照〕。さらに、訴訟継続中に妨害を受けた利益については、たとえば、1. 4 §. 2 si serv. (8. 5) をみよ。 *fructuum nomine… si quid intersit servitute no prohiberi, nicht: prohibitum esse*. [(試訳) もし、彼が役権につき禁止されないことに利害関係を有しているならば、彼は、〔訴訟継続中に被った損害の賠償として〕 果実の名において賠償を受けるであろう。ただし禁止されていたのであれば別だが。]——これと、1. 17 §. 2 *ibid* のケースとを対比してみたらよい。その法文では、ローマの法学者はアクチオ・ネガトリアをただ違法な施設の排除のために認めるに過ぎない。これに対して法学者は、損害賠償を根拠にする場合、原告に *cautio damni infecti* 「未発生損害の担保」を指示するのである。すなわち「(試訳) もし未発生 of 損害が将来的に生ずれば損害を賠償する旨の間答契約が締結されていたならば、その間答契約によって、被告の物によって損害が生じたであろう限りで、原告はその保護のため損害の賠償を請求することができるであろう。」 *si damni infecti stipulates esset, possit per eam stipulationem, si quid ex ea re sibi damni datum esset, servare*. ——これこそは、かの訴権 = アクチオ・ネガトリアが損害賠償に向けられることがありえなかったことについての、最も明瞭な証拠として資するものである。〕。

したがって、否認訴権 (アクチオ・ネガトリア) に関しては、被告の帰責の存在とその不存在との間の対立——それは物返還訴権 (レイウィンディカチオ) の場合と比べその最終的結論の大きな差を根拠づけるものだが——は、全く影響力のないものとどまったのである。要するに、(アクチオ・ネガトリアの場合には) 有責者も無責者と同様の責めを負うに過ぎない。この場合に、彼の主観的帰責のゆえに彼に答責性 (Verantwortung) を帰す (龍法 '21) 54-2, 254 (706)

るためには、そして彼に損害賠償を強制するためには、特別な法的手段を必要とする。すなわち、とりわけ「暴力あるいは隠秘でなされたことに基づく特示命令」（*interdictum quod vi aut clam*）もしくは「未発生損害の担保」（*cautio damini infecti*）の要件を必要とする⁴³。後二者の場合、「暴力あるいは隠秘でなされたことに基づく特示命令」の方が、帰責の観点において全く鮮明な刻印を帯びていた。それは、主観的な不法、つまりは「暴力もしくは隠秘でなされた建築物」（*opus vi aut clam factum*）という要件に条件づけられていた（たとえば、l. 1 §. 2 *Quod vi* (43. 24) の「不法なことをしでかした」[*injuriā comminisci*] という要件や、l. 3 pr. *ibid* の「過失で義務の履行をしたことにより」[*facto tuo delinquentis*] という要件を参照——イエーリングの注)。——そして、この場合、有責な行為者には全損害の賠償が義務づけられていたのだが（l. 11 pr. §. 4; l. 15 §. 7, 8, 9; l. 16 §. 1; l. 21 §. 3を参照——イエーリングの注）、しかし無責の承継人（*der unschuldige Nachfolger*）には、ただ違法工作物の収去の忍容のみが義務づけられたに過ぎない⁴⁴。これに対し、「未発生損害の担保」（*cautio damini infecti*）の場合、帰責の要素はやや潜在的（*etwas versteckter*）なままであった（このことについて、私はすでに別の論稿で以下の通り指摘した。イエーリング年報4巻98頁をみよ。——イエーリングの注）。すなわち、人的な答責性なしにはいかなる損害賠償義務も存在しないという原則に従って、ローマ法は、土地の占有者に対し、彼の建物の倒壊（*Einstürzen*）とか越境的な落下（*Hinüberfallen*）とか、あるいはその建物の個々の部分によって惹起された損害の責めを負わせることはなかった。なぜなら、彼にその損害賠償責任を負わせるためには、相手側（被害者）の方で、彼をして、（彼＝土地占有者が）その非難を予見すべきであったという法的な非難をすることができる地位に立

43 事情次第では悪意訴権（*actio doli*）の要件も必要である。たとえば、l. 9 pr. si serv. (8. 5) 及びその他の訴権を参照。

44 l. 7 pr. §. 1; l. 15 §. 6; l. 13 §. 7; l. 14, l. 15 §. 3; l. 16 §. 2 *ibid*.

たしめることが必要であったからである。しかしながら、このような非難は、それが法的に主張される場合には、その相手方（土地占有者）によって強い程度において退けられるものであった（l. 18 §. Dam. Inf. (39. 2) は、次のようにいう。すなわち、「（試訳）彼がこのような物についての過失を示す場合には、それゆえに、その物の（原告への）売却を問答契約によってなすべき地位に置かれるのは当然である」*Venditorem stipulari...oportet, quia hujus quoque rei culpam praestat.*——イェーリングの注）。——なぜなら、（土地占有者の建物によって）差し迫った威嚇を受けている者（der Bedrohte）は、やはりとりわけその場合には、当該危険を阻止すること（der Gefahr vorzubeugen）に関心を寄せるものだからである。その場合、かの「未発生損害の担保」（die cautio damni infecti）こそは、まさしく、あらかじめ過責（Verschulden）の要素を確定するために資するものである。その「未発生損害の担保」は、遅滞（mora）の場合の催告（interpellatio）と同様に、相手方の義務に関する懈怠を適時に申し立てること、つまりは（当該担保に基づいて）必要とされる措置を執るように相手方に催促（Aufforderung）をするか、あるいは相手方がその措置に理解を示そうとしない場合には、あらゆる損害に対して補償をするように彼に催促をすることを、その内容として含む。そして、「未発生損害の担保」は、遅滞の場合の催告と同様に、相手方が（適時に必要な措置を執ることにつき）ためらっている間に生じた不慮のリスクを彼に転嫁する効果をもつ。ただし、このようなリスクの転嫁は、あらかじめ債務関係が存在しないような場合には、特別な約束の方式（Form eines besonderen Vesprechens）が履踐される必要があった。

こうして、われわれの結論は以下になる。すなわち、認諾訴権（actio confessoria）や否認訴権（actio negatoria）のもとでの帰責要素や、その場合の帰責要素と結合された損害賠償請求権は、物追求効的な訴権と並んで独自の不法行為訴権（eigene Deliktsklage）の形式が独立して（selbständig）成立することが必要である、ということを帰結する。それ（龍法 '21）54-2, 256（708）

は、上記において、たとえば「与えられるべき旨の問答契約」（*stipulatio dandi*）につき論じたことと同様である。他方、物返還訴権（*reivindicatio*）と、その他の対物訴権の場合には、（それら対物訴権が）一個のまとまりとして、帰責要素や損害賠償請求権と（当該訴訟において）結合されたというわけである。

（f）客観的不法から主観的不法への移行のパターンとその特質

われわれが、すでに、まさしく物返還訴権（*reivindicatio*）のもとで解明したように、客観的不法から主観的不法への移行は、その他のかなり多くの訴権でも繰り返し登場するものであると言ってよかろう。しかしながら、その準則（*Regel*）が容易に形成されたというわけではなかった。むしろ私の見解によれば、次のように解すべきものであると思われる。すなわち、たいていの（訴権的な）諸関係においては、それらは、そもそも不法行為（*Delict*）の観点で把握されてきたのであり⁴⁵、それが段々と漸くにして（*erst nach und nach*）物追求効的な請求権のもとでも提起されるようになってきた、と考える。しかも、その場合の不法行為とは、たとえば窃盗のような一般的な不法行為ではなくて、ここで私が表出したいものとしては、全く特定の関係に結びつけられたところの限定された不法行為（*ein localisiertes Delict, das an ein ganz bestimmtes Verhältnis geknüpft*

45 ローマ人たちが、不法行為の概念を単に四つの「私的な不法行為」（*delicta privata*）に限定したわけではなかったことについては、よく知られているところである。たとえば、l. 9 §. 2 de minor (4. 4) の *delinquentibus...vel alias in contractu*（主観的帰責のある違法行為によって…あるいは契約においてはその他のやり方で）とか、l. 49 de O. et A. (44. 7) の *Ex contractibus...licet delictum quoque versetur*.（過失に基づく行為であるとされるにもかかわらず…契約に基づくものとして）とか、あるいは l. 3 pr. Quod vi (43. 24) の *delinquentis*（不法な行為によって）とか、l. 2 de itin. (43. 19) の *superveniente delicto*（後発的な不法行為によって）などの法文を参照せよ。

ist) である⁴⁶。ローマ法に目を向けるなら、このような特別な不法行為 (Specialdelicte) がわれわれの目に数多く映ずる。たとえば、私がここで取り上げるのは、「測量士ないし建築家」に対する訴権 (Klage gegen den mensor)、船主及び旅館主に対する二倍額の訴権 (Klage die nautae et caupones in duplum)⁴⁷、「胎児の名で」あるいは「胎児のために」 (ventris nomine) 善意の占有を騙取した寡婦に対する訴権⁴⁸、害意ある管理を原因とする占有中の (物からの) 放出に対する訴権 (Klage gegen den immissus in possessionem wegen doloser Verwaltung)⁴⁹ などである。これらの特別な不法行為は、その後の数多くの契約訴権 (Contractsklagen) のための原初的で不完全な萌芽形態をなすものであった。なるほど、われわれの今日的な観点からすれば、契約という概念と不法行為という概念は何らかの意味で相互に排他的なもの (etwas Ausschiessendes) である。それゆえ、ある契約関係において不法行為訴権を問題にすることは矛盾したものに見えるかも知れない。しかしながら、このような理解は、まさしく現代的なものであり、古代ローマ法のもとではそうでなかったわけである。したがって、その現代的な理解は、(古代ローマ法のもとでは) たいてい、かの特別な不法行為訴権として取り扱われたものが、その後、完全

46 1. 7 §. 1 Dep. (16. 3) …dolus ex contractu descendit. ([試訳] その者が契約に基づいて詐欺を企図した。)

47 1. 7 Nautae (4. 9).

48 1. un. §. 1-3 Si mulier (25. 6). —(訳者注) nomineは „mit Namen”の意味もあれば、„wegen”の意味もある。本文の場合、いずれも通用すると思われるので訳語を併記した。

49 1. 9 pr. § 8 de reb. auct. (42. 5). Si possessionis causa deterior facta esse dicitur dolo ejus, qui in possessionem missus sit, actio in eum ex dolo datur… cum ex delicto oriatur poenaeque nomine concipiatur. 「(試訳) もし、占有中に放出をするであろう者が、(他人にとって) 不利益となる事実を占有を原因として悪意でなしたものとする判決が下されたとすれば、(占有者の) 悪意に基づいてその者に対する訴権が付与される…その場合、(その者に対しては) 不法行為に基づいて訴権が生ずるであろうし、また (その者は) 罰の名において責めを負わされることになるであろう。」

な形で契約訴権の中に吸収されたという事情のうちに、その根拠をもつのである。ただ、一つの関係においては、すなわち「測量士ないし建築家」（*ensor*）に対する訴権では、その事件事実の始源的な形成が、なおその後のローマ法においても純粹に混じり気なく維持されたのであった。同様のことは、不法行為訴権（*eine Delictsklage*）⁵⁰がある金銭取引関係から（*aus einem Geschäftsverhältniss*）生ずる場合について妥当する⁵¹。そして、その金銭取引関係は、常にこのような（古代ローマ法上の）法的保護の低い段階のもとにとどまるものであったし、決して直接的な訴求可能性へと高められることがなかったものである⁵²。

ところで、その後の時代に至るまで、このような関係のもとで例外的に主張されてきた不完全な債務の展開という立場からみれば、元来、なおかなり多くのその他の債務関係が発生していたのであり、それらは、近代の法において初めて、純粹な債務関係、すなわち不法行為の観点によってもはや条件づけられていない債務関係のランクへと高まったものである。たとえば、後見（*Tutel*）、委任（*Mandat*）、組合（*Societät*）、信託（*Fiducia*）、寄託（*Depositum*）などが、それに属する。それらの債務関係には、ある特別な事情が存在することに注目すべきである。そうすれば、それら

50 この「不法行為訴権」のもとでは、その責任が相続人に及ぶことはなかった。
l. 3 §. *si mensor* (11. 6).

51 l. 4 §. *si mensor* (11. 6) によれば、*initium rei non a circumscriptione, sed a suscepto negotio originem capit*. 「（試訊）訴訟の開始は、詐欺に基づいてではなく、金銭取引の引き受けに基づいて執り行われる」。これに関してローマの法学者は、その訴権が永久的なもの（*perpetua*）であるという帰結を引き出す。

52 l. 1 *pr. ibid.*によれば、*quia non crediderunt veteres inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam benefici loco praeberi*. 「（試訊）なぜなら、先人たちは、このような人の間で小作契約や賃貸借契約が締結されたからではなく、むしろ（相手方の）労働をあたかも特権で得たがごとく与えられているのだと考えたからである。」とされる。ちなみに、l. 1 *ibid.*では、*civiliter obligatus non est*（〔相手方は〕市民法的に義務を負ったのではない）、とある。

の債務関係が、あらゆるその他の契約関係と違って、不名誉 (Infamie) を内容とする有責判決を引き出すことが明らかになるであろう。すなわち、それは、不名誉をもたらす不法行為の場合と全く同じ性質をもつことが分かるであろう。法務官告示 (das prätorische Edict) における不名誉の原因を挙げるならば、ことに後者の不法行為に関わる不名誉の原因として、一方で窃盗 (furtum) と、他方で詐欺 (dolus) 及び名誉棄損 (injuria) との間に、その中間に位置づけられるものがあるし、それはヘラクレアの法文においても認められていることである⁵³。このことを通じて招来されるところの、これら両方のカテゴリー (後見、委任等のカテゴリーと不名誉をもたらす不法行為のカテゴリー) との間での類縁性 (Verwandschaft) は、完全に根拠づけられたものとして立証される。上記の (特殊な) 債務関係のもとで肝心な意味をもつ不法行為は、「不誠実による罪」 („*crimen perfidiae*”)⁵⁴ として示されるものである。そしてその「不誠実による罪」は、

53 l. 1 pr. de his qui not. (3. 2) …pro socio, tutelae, mandate, despositi. (社団、後見、委任、寄託によって〔不名誉の有責判決が下される〕)。(この法文では) ユスティニアヌス法においてもはや記述のない信託に関する訴権は省かれている。なお、Tab. Herad. c. 8. qui furtiでは以下のように記されている。condemnatus pactusve est erit, quive judico fiduciae, pro socio, tutelae, mandate injuriarum deve dolo malo condemnatus est erit. 「(試訊) 契約によって有責判決を受ける者もいれば、あるいは、組合、後見、委任に関して不正を働いた者が信託に関する裁判によって、その悪意を根拠に有責判決を受けることもある(であろう)。」この記述では、改めて寄託 (depositum) が省略されている。寄託もこの制定法の時代 (a. u. 709) にはまだ訴求可能ではなかったのだろうか。この点、Cicero de officium III. 26が non semper deposita reddenda 「(試訊) 決して寄託に基づいて裁判がされることはない」というのもそれと合致するだろうか。なお、de nat. deor. III. 30, 74; pro Rosc. Com. c. 6. 16 und pro Caec. c. 3. 7も参照。

54 l. 1 §. 4 Depos. (16. 3) „*crimen perfidiae*”; l. 5 pr. ibid. de fide rupta agitur ((試訊) 誠実に関して違背することがあったとして訴えられる)。l. 55 §. 1 de adm. (26. 7) *per fide agere* (不誠実に振舞うこと)。Cicero de. nat. deor. III. 30, 74: *judicia de fide mala* (不誠実を理由とする裁判)。l. 6 de his qui not. (3. 2) de *perfidia agitur* (不誠実を理由に訴えられる)。l. 6 §. 6 ibid. in deposi-

まさしく上記の諸関係のもとで特別な度合いをもって示される信頼（Vertrauen）をはなはだしく裏切ること（die gröbliche Täuschung）から構成される⁵⁵。さらに、罰（Strafe）としてそれに続くのが、（有責判決を受けた結果としての）不名誉（Infamie）であり、また完全な損害賠償給付の義務づけ、そして「訴訟物に対する宣誓」（juramentum in litem）を原告の権限として（被告に）履行せしめることなど、であった。このような諸関係に関する古代ローマ法上の見解と今日のわれわれの見解との相違は明白である。今日、誰一人として、このような関係に由来する訴権のもとで通常の契約訴権以外のなんらかの別のものを見出そうとするに至る者など存在しない。すなわち、その根拠づけとして、売買や消費貸借などの場合と同様に、契約という事実そのもの（die blosse Thatsache des Contractes）——それは不法行為の要素、つまりは違法な行為態様への非難と関連づける必要のないもの——があれば足りるところの請求権以外の別のものを思いつく者などは存在しない。これに対し、古代ローマ法によれば、上記の後者の観点（つまりは不法行為の要素と訴権を関連づける観点）こそが、その程度において圧倒的な観点であった。そして、そのような不法行為法的な観点こそ、（市民法を補助するための）法務官告示の場合に、その告示が、

↘ to vel in mandato male versatus.（〔試訳〕 寄託もしくは委任において、悪意で任務を遂行した〔ことに基づく裁判〕）。

55 Cicero pro Rosc. com. c. 6 では、次のように言われている。Si qua enim sunt privata judicia summae existimationis et paene dicam *capitis* sunt, tria haec sunt: fiduciae, tutelae, societatis. Aequae enim perfidiosum et nefarium est fidem frangere, quae continet vitam, caet.「〔試訳〕 すなわち、もしそれらの裁判が金銭の評価に関するものであり、そしてそのほとんどが権利能力者（人）に関するものであると私が述べるであろう場合、これにつき三つのものがある。すなわち信託、後見、社団がそれである。この場合、いずれも同様に、信頼を破ることは不誠実であること及び贖罪のであるということにはかならない。（人の）生命活動を妨げるであろう者、また（家畜を）殺すであろう者も同様である。」。また、Cicero pro Caec. c. 3は、delictum…judicium turpe.（法廷を侮辱することは…不法行為である）ともいう。

かの（契約関連的な訴権のもとで）不名誉を理由あるものとするため、特に「悪意」（*dolus*）のモメントに言及することさえ必要ではないとみなした根拠であった⁵⁶。因習的な見解によれば、このことは自明なものとして理解されたのである。

（g）寄託訴権・委任訴権・信託訴権・後見訴権のもとでの「悪意」（*dolus*）

その際、寄託（*Depositum*）の法関係が最も明瞭に際立ってくる。ガイウス（*Gajus*）によれば⁵⁷、受託者（*Depositarius*）について、「もし或る者（「受託者」）がみずから悪意で振舞ったとするなら、その者は、ただその限りでのみ責任を負う。——（試訳）」（*„tantum in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit.“*）とされる（試訳中の括弧内・訳者）。それゆえ、寄託訴権は、測量士（*ensor*）の場合の訴権と同様に「特殊な悪意訴権」（*eine specielle Dolusklage*）なのである。そして、寄託者（*Deponent*）から誓約をさせられた受寄者が（違約した場合）、その者は「決して寄託に基づいて振舞ったことにはならないのであり、その寄託契約をみずからの暴力により締結したものと考えられるであろう。その場合には、悪意で行動したと考える必要はないだろう。——（試訳）」（*„ne depositi agat, vi ipsa id pactus videtur, ne de dolo agat.“*⁵⁸）。それゆえ、未成年者が寄託物を受領したことによって義務を負うかどうかという問題もまた、まずなにより悪意に関する未成年者の帰責可能性に則り決定されるであろう。そして、その次に初めて、そのこと（悪意に関する帰責可能性）によって条件づけられていないところの、利得の額に至るまでの訴え提起の可能性について、考慮されるであろう⁵⁹。受寄者によって毀損せられた物が（寄託者に）引き

56 その場合、「彼の名で有責判決が下された」（*suo nomine damnatus*）という添え書きによって、その相続人は（責任の継承を）免れたのである。

57 *Gajus*, III, 207.

58 I. 27 §. 3 *de pact.* (2. 14).

59 I. 1 §. 15 *Dep.* (16. 3).

渡されたあとに、なお、後発的な損害賠償請求権が考えられるであろうかという問題については、ローマの法学者は、「物が劣化した状態で返還された場合には、（受寄者は）悪意で返還することをしなかったという判決が下される」（cum res deterior redditur, potest dici *dolo malo* redditam non esse [l. 1 §. 16 Dep. (16. 3)]) という観点に基づいて推論することができる、と考えている。それゆえ、すでになされた悪意に先立って（vor begangenen dolus）、それ自体としての寄託訴権（actio depositi）が問題となる可能性は、いずれにせよ全く否定されることになる⁶⁰。家息（Haussohn）への訴権の付与も、このような見解と関連するのだろうか。この問題は、ここでは棚上げしておいてよいだろう⁶¹。

以上のことを、ひとが法律的に正しく言い表わそうとするなら、その場合、ひとは次のように言うべきことになる。すなわち、（古いローマ法において）寄託はそのものとしていかなる債務も根拠づけることはなかったが、しかし不法行為（*Delict*）を通じた債務の発生可能性だけは根拠づけたのである、と。そして事実上、このような考え方こそ、われわれの法源のうちに代表的なものとして見出されるところのものなのである。たとえ

60 たとえば、l. 13 pr Dep. (16. 3) では、次のように記されている。Si...eum, qui rem depositam petebat, verum purocuratorem non putaret...nihil dolo malo fecit. Postea autem si cognoverit, cum *eo agi poterit*, quoniam nunc incipit dolo malo facere, si reddere eam non vult. 「（試訳）もし、彼（受寄者）が、寄託された物（の返還）を得ようとした者を真正の代理人と思い込んでいたのであれば、彼は、決して悪意で行為したことにはならない。これに対して、その後に彼がその者（不真正の代理人）に対して訴えを提起することができることを知ったのであれば、それ以降、彼は、その物を（受領した不真正の代理人から）取り戻そうと意欲しない限り、悪意で行為することを始めたことになる。」

61 l. 19 Dep. (16. 3) ; l. de Odio et Atia (44. 7). このうち、後者の法文では、その訴権は、二つの不法行為訴権、すなわち「不法侵害訴権」（actio iniuriarum）と「暴力または隠秘な行為に基づく特示命令」（interdictum quod vi aut clam）から構成されるが、さらにまた、これに使用貸借の訴権（actio commodati）が付け加わることもある。

ば、ポンポニウス (Pomponius) が l. 81 §. 1 de solutione [弁済について] (46. 3) で言うように、寄託者の死亡後、その相続人の一人に悪意なしに (ohne dolus)、(寄託されていた) 物を引き渡した受寄者は他の相続人に対する関係で免責されるか、あるいは「(受寄者が) もはや債務を負わない地位に至ることはより正当なことである (verius est, *non incidit in obligationem*)」という趣旨の是正を受ける、と述べる (これと同じような見解は、Cicero pro Caecili c. 3, 7で用いられた言い回しにおいて明らかである。すなわちケクロは、「後見によって、あるいは組合によって、あるいは委任された事務を通じて、あるいは信託によって、利益を詐欺的に奪い取ったであろう者は、果たして敬虔なる者と言えるか。——(試訳)」[*qui per tutelam aut societatem aut rem mandatam aut fuducia rationem fraudaverit quempiam.*] という。つまり、その関係は、もっぱら不法行為のための機会を形成するだけであり、それ自体としてなんら義務づけを行うものではなく、不法行為を生み出すに過ぎないのである。——イェーリングの注)。ともあれ、こうして債務はもはやその発生に至ることはない。このような見解の帰結は、いかなるものであろうか。それは、不法行為がそのあとになって事実上消滅したとしても、なお一旦なされた不法行為の効果が存続した、ということであった⁶²。

ところで、これらのあらゆる (ローマ法史上の) 痕跡からはっきりと浮かび上がってくることだが、寄託訴権 (actio depositi) こそは、原初的にまさしく以上みたごとく特別な不法行為訴権であった。それは、さらに今日

62 l. 1 §. 25 Dep. (16. 3) では、次のように記されている。「(試訳) もし、汝が寄託物を (第三者に) 売却し、その後その物を、(自分にその物が) 寄託されたことを原因として買い戻した場合、たとえその後 (汝の) 悪意なしにその物が消滅したとしても、なお汝は寄託に基づいて拘束を受けるべきである。なぜなら、汝は (寄託物を) 売却したときに、明らかに悪意で行為したからである。」(Si rem depositam vendidisti eamque postea redemisti in causam depositi, etiamsi sine dolo malo postea perierit, teneri te depositi, quia semel dolo fecisti, cum venderes.) この法文と、l. 27 §. 2 de Rei Vindicatio (6. 1) とを参照し、相互に比較してみればよい。

の法における測量士に対する訴権がそうであるのと同様に、当時、被告適格においてその相続人に及ぶものではなかったのである。このような想定は、テオフィルス（Theophilus IV 12 §. 2）の大意に争われているところの例証のもとで、一つの重要な裏づけを見出す。なぜなら、より新しいローマ法にとっては、明らかな見落としが影響しているように思われるのであるが——というのも、（ローマ法のもとでの）パンデクテンは、その I. 1 §. Depositi (16. 3) で、（寄託）訴権の伝承をわずかな言葉で表現する法務官告示の規定を明示的に伝えるからであるが——かの例証こそ、歴史的な関連でより一層高い価値をもつからである。こうして、委任訴権とか信託訴権のもとでの同一の現象、そしてほぼ同程度に至るまで後見訴権についてもみられる同一の現象が繰り返されてきたという上記の論述に鑑みて、そしてまた（以下で述べるところの）事情の示すところのものに鑑みて、テオフィルスの誤解の根拠がそれ自体として彼の論述のうちに求められるべきではなく、それはもっぱら古代の法学者の認識、すなわち上記で示された法務官告示の改革を知るに至らなかったし、また被相続人の悪意を理由とする寄託訴権の非流動的で固定的な性質を（当時の）現行法だと述べたところの認識に求められるべきだという主張は、それほど大胆すぎるものとは思われないであろう。

ともあれ、ローマの法学者の言明によって、われわれは十二表法（12. Tafeln）に基づき二倍額の賠償を求める訴権が寄託（Depositum）を原因として可能であったことを教えられる⁶³。（しかしながら）十二表法は、すでに寄託訴権（actio depositi）を知っていたであろうか。わたくしは、それを疑わしいと考えている。というのも、その際に法学者が、かの十二表法に基づいて定められた二倍額の罰（Strafe）を「非現行の窃盗」（furtum nec manifestum）のもとで把握していたことこそ、大いに考えられ

63 Paulus in der Collat. X, 7 §. 11 (Sent. rec. [回復を求める判決——試訳] II. 11. 12 §. 11).

ることであるからである。すなわち、その二倍額の罰⁶⁴は、「窃盗の不当利得返還訴権」(condictio furtiva)の場合と同様に⁶⁵、寄託の場合の横領(Unterschlagung)のケースにおいても疑いの余地のない適用を見出したのである。もし、かの法律(十二表法)がすでに寄託訴権を二倍額の罰として与えていたとするなら、なにゆえ法務官が寄託訴権に一倍額(simplum)の罰を導入したのか、すなわち寄託者に、従来の法が適用される場合よりも少ないものを付与したのか、理解しがたいことになる。ところが、古代ローマ法においては、受寄者が、もっぱら窃盗(furtum)を根拠としてのみ請求を受けえたということから出発するなら、寄託訴権の導入、すなわち単なる横領を超えて受寄者の責任を悪意責任そのもの、したがって、たとえば悪意の物毀損や悪意の物の放置へと拡張したことが完全に理解可能なものとなるであろう⁶⁶。

(未完)

64 1. 29 Dep. (16. 3).

65 1. 13 Dep. (16. 3).

66 同様の「類推」(Analogie)は、委任(Mandat)において与えられる。すなわち、その場合には、加害訴権に関する法(lex Aquilia)が、窃盗(furtum)と同じく悪意(dolus)によって補充されている。