

イエーリング『ローマ私法における帰責要素』(4)

—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概念の支配領域
と現実化の形態

- (a) その後のローマ法の「帰責の概念」と倫理的要素
- (b) 「帰責の概念」と主観的不法・客観的不法との関係
- (c) 「帰責の概念」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・後見訴権のもとでの「悪意」
(dolus)

(龍谷法学54巻2号)

- (h) 寄託訴権のもとでの法務官告示における二つの訴権方式 (不法行為訴権と物追求効的な訴権)
- (i) 「組合員のためにする訴権」における同様な思考方法
- (j) 「委任」の場合について
- (k) 「後見」と「信託」について
- (l) 小括
- (m) 要約

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

- 1) 幼児、精神病者、動物の場合
- 2) 緊急行為 (Nothstand) の場合
- 3) 包括承継であれ、特定承継であれ、行為者の相続人に責任が及ばないこと

(以上、本号)

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 (続き)

(h) 寄託訴権のもとでの法務官告示における二つの訴権方式 (不法行為訴権と物追求効的な訴権)

法務官告示は、寄託に関して二つの訴権方式を定立した。一つは、「法律に基づいて作成された方式書」(formula in jus concepta)であり、今一つは「事実に基づいて作成された方式書」(formula in factum concepta)である(Gajus, IV. 47.)。その法務官告示が、端的に家息(Haussohn)を顧慮していたかどうか⁶⁷。そのための固有の動機が何であったか。これについては、議論の余地があるかも知れない。ともあれ、上記二つの方式書のうち前者の方式書(法律問題に関する方式書)は、われわれがここで確認する対比のための忠実な表現を含んでいる。その対比とは、一方で契約に基づく不法行為訴権(Deliktssklage aus dem Contract)、すなわち契約と「悪意」(dolus)とを名指しすることによって成立する不法行為訴権

67 I. 13 de O. et A. (44. 7) によれば、「事実訴権の場合には、家息であっても訴えを提起することができる。」(In factum actiones etiam filiifamilias possunt exercere.) とされる。これについては、I. 9 de O. et A. (44. 7) を参照せよ。

(„deposuisse eamque *dolo malo* redditam non esse”〔試訳：「（原告＝寄託者によって）寄託されたその物を、（被告である）受寄者が悪意で返還することができないときは（裁判官は被告にその物に代わる金額の賠償にかかる有責判決を与える）。』〕と、他方、契約に基づくところの、そのものとしての物追求効的な訴権（die *blos reipersecutorische* Klage）、すなわち「ある物について寄託を受けたことを理由として、（その物が返還されない場合には）、その寄託された物に基づいて、受寄者が当該の物を（寄託者に）与え、そして為すことのすべてに関して（受寄者は有責判決を受ける）——試訳」（„quod … deposuit…quidquid ob eam rem dare facere oportet.“）ということの内容とする訴権との対比のことである。

（i）「組合員のためにする訴権」における同様な思考方法

今しがた「寄託訴権」について論じたことと全く同じことが、「組合員のための訴権」（*actio pro socio*）についても妥当する。なるほど、われわれの（ローマ法上の）法源に従えば、われわれは、直ちにその妥当性を認知する立場にはないのかも知れない。ところが、キケロの喜劇役者ロスキウスのための演説（die Rede Ciceros pro Roscio Comoedo）をみると、より古いローマ法において、その（組合員のための）訴権が最も明瞭な形で把握されていたところの、その態様（Art）を示すための証拠が保持されていることが分かる。すなわち、「組合員のための訴権」は、「窃盗ないし詐欺」への非難（Vorwurf „furti ac frudis”）を含んでいたのである（キケロの c. 9 §.26を参照）。さらにその訴権は、一個の「犯罪」（„*crimen*”）を、「犯罪の高度なもの」（„*magnitude criminis*”）を、あるいは「重大な裁判」（„*judicium grave*”）を、そのうちに内在化していたのである（キケロ §. 25）。つまりは、かのロスキウスに対する請求が根拠づけられていたとするなら、その場合には、「公然たる窃盗」（„*furtum apertum*”）が立証されたことになるだろう（キケロ §. 26）。キケロが彼のカエキーナ（Caeci-

na) のための演説で利用した言い回し、つまりは「組合を通じて詐欺を働くこと (fraudare per societatem)」という、もう一つ別の全く特徴的な言い回しについては、すでに本書で触れたことである (龍谷法学54巻2号所収を参照——訳者)。すなわち、「組合員のための訴権」(actio pro socio) が導入される前の段階では、寄託 (Depositum) の場合と同様に、ここでも、窃盗の不当利得訴権 (condictio furtiva) 及び窃盗訴権 (actio furti) が「組合員のための訴権」の代わりをしていたのである⁶⁸。

(j)「委任」の場合について

委任 (Mandat) も、その発展の歴史において、ことに興味深い洞察をわれわれに与える。ガイウスの著作 (『法学提要』) の真正なものが発見されて以来、われわれは、次のことを知るに至った。すなわち、アクイリア法 (加害訴権に関する法) の第2巻において、悪意ある (間答契約上の) 要約者に関する問題が論じられているところ、そこでは、「契約者を騙して金銭を受領した者」 („qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit”) は、彼が着服した金額の償還を内容とする「名義上の損害に関する訴権」(actio „damni nomine”) の被告となることが記されている⁶⁹。ガイウスの時代の立場から判断すれば、彼は、この「名目上の損害に関する訴権」を、正当に、委任訴権とならべていぶかしいものである、ということを知っていたからである。なぜなら、彼は「しかし、委任訴権が彼にその物を与える力があつたとしても、そのことは、誓約されたものを (彼に) 与えるに必須のものではなかった。」 („sed id caveri non fuit necessarium,

68 窃盗訴権の適用可能性が、どの程度、古代ローマ法のもとで契約訴権の場合にも行き渡っていたかは、周知のことに属する。たとえば、Gell. XI. 18 §. 13 をみよ。condemnatum quoque colonum fundo, quem conduxerat, vendito. (「その者が、土着者の土地を賃借したにもかかわらず、それを売却したならば、その場合も彼は〔窃盗のゆえをもって〕有責判決を受ける。」——試訳)

69 Gajus III. 215, 216.

cum actio mandati ad eam rem sufficeret”）と言っているからである。そしてガイウスは、その「名目上の損害に関する訴権」の存在の正当性付与を、その訴権が（名目上の損害の賠償を）拒絶する者に対して二倍額の罰をもたらしたこと以外の別の理由で正当化することを承認することは決してなかったのである。その際、ガイウスがその訴権の正当化のために依拠した理由は、その二倍額（の罰）の不完全性に関して一般に思い違いされるところのないほどに明らかなものであった。要するに、かの制定法（アクイリア法）の時代においては、いまだ委任訴権が存在しておらず、ただ窃盗訴権が存在するに過ぎなかったのである。——というのも、受任者（Mandatar）が金銭を自分のために着服したのではなく、もっぱら（委任者との関係で）債務者としての地位に立つ者に債務の免除を行った場合には、その（受託者の主観的な）目的に照らせば、寄託における（受寄者が）悪意であるケースと比べると、（その単なる着服だけでは窃盗の訴権を根拠づけるために）十分なものではなかったからである（イエーリングが古代ローマ法上の寄託に関し、単なる着服を超えた受寄者の悪意に窃盗訴権の根拠を見出したことについて龍谷法学54巻2号所収の拙訳を参照——訳者）。それゆえ、古代ローマ法において委任訴権が知られていなかったことに照らせば、債務者に対する特別な求償訴権の場合には、（その求償請求をなすところの）保証人に関しても、「費用償還請求のための訴権」（actio depensi）を特に要したのである。すでに古代ローマ法に属する今一つ別のケースは、「盗品の持ち込みに関する訴権」（actio furti oblati）であった。そのケースは、その後のローマ法が委任の反対訴権（actio mandati contraria）によって正当に救済を与えるものとなったと考えられるのであるが、それでもなお、その後のローマ法では、（古典期ローマ法のように）いまだ委任それ自体が訴求可能なものではなかったから、それゆえ、ある特別な訴権が付与される必然性があったと考えられるわけである。その訴権を利用することによって、他人（所有者＝寄託者）のために盗まれた物を保管する者は、その物が家宅捜

索の際に彼のもとで発見された場合、それを理由として（彼によって）支払われた三倍額の罰（die dafür gezahlte Strafe des Dreifachen）の償還請求を（盗品を持ち込んだ者に対して）行使しえたのである⁷⁰。これらの特殊な不法行為訴権は、後見の場合と同様に委任の場合にも、その関係（委任訴権とか後見訴権に対応する関係）から由来する一般的な不法行為訴権の先行者（Vorläufer）であった。つまりそこでは、不法行為それ自体のもとでも特殊な不法行為訴権と一般的な不法行為訴権が繰り返されるという現象が顕著なのである（たとえば、一般的なアクイリア訴権は、われわれがもはやいかなる伝承も得ることがない多数の枝分かれをした損害賠償訴権の集合体であった。たとえば、l. 1 pr. de legis Aquiliae (9. 2) では、「アクイリア法は、それまでの不法損害を理由に宣明されたものを集めた立法であり、それは、あるいは十二表法を廃止させたり、あるいは今や参照する必要のないものとなったその他の法を廃止させる効力をもった。——試訳」[Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno injuria lucutae sunt, derogavit, sive XII Tabulis sive alia quae fuit, quas nunc non est necesse.]。同様のことは、悪意訴権についても主張されうる。つまり、それは、特殊な悪意訴権のなかの主要なる訴権として、一般的な悪意訴権とならんで、最近の法のうちになお維持されているものを解き明かすのである。これに関連して私は、たとえば、第一に虚偽の後見人に対する訴権として、l. 7 pr. Quod falso (27. 6) を、第二に悪意ある処分を理由とするものとして、l. 1 pr. de al. jud (4. 7) を、第三に妊娠の偽装（Simulation der Schwangerschaft）に関するものとして、l. 1 §. 1-3 si mulier (25. 6) を、第四に占有の委付ないし差押え（missio in possessionem）に関するものとして、l. 1 pr. §. 9 de reb. aut. (42. 5) を、第五に召集権限（jus vocatio）に関して妨害を受けたことを理由とするものとして、l. 5 §. 1 Ne quis eum (2. 7) を挙げておこう。).

しかしながら、委任（Mandat）がそのものとして訴求可能なものと

70 Gajus III. 187.

なったのちであっても、そのもとでの不法行為訴権の原初的なイデーは、なおしばらくの間、影響を保持したのである。委任訴権（*actio mandati*）は、共和制の最後から2番目の世紀の末期に、その発展のこのような段階のもとにあった。なぜなら、ヘレニウスに関する法学者がわれわれに伝えるところによれば（*Auctor ad Herennium* II. 13, 19）、その伝えられた時代の頃（セクトゥス・ユリウス・カエサルが法務官であった頃、また、M・レビウス・ドゥルスが護民官であった頃）、二人の法務官によって、その一人は相続人に対する委任訴権を拒絶し、他の一人はそれを是認することで意見が分かれたからであり、すなわち、その一方は委任訴権のうちになお不法行為訴権を見出し、他方はすでに契約訴権（*Contractsklage*）を発見していたからである。先に取り上げた、受任者に対する「アクイリア法に基づく訴権」（*die actio legis Aquiliae gegen den Mandatar*）が、その相続人に承継されたことについて、ここで細かく論ずる必要はないであろう。

（k）「後見」と「信託」について

それらの（不法行為に関する）訴権を（契約訴権へと）移行（*Transmission*）せしめたものこそ、ある訴権の物追求に関する性質（*die reipesequatorische Natur einer Klage*）のための一個の確たる基準であった。われわれは、その基準をわれわれにとってなお現在の意味をもつ二つの関係、すなわち、後見（*Tutel*）と信託ないし担保物の供与（*Fiducia*）のもとで考察してみよう。そうすると、われわれは、その二つの関係のもとでやや独自のもの（*etwas Eigenthümliches*）に出くわすことになる。たとえば後見は、このような関連のもとで近時の法においてもより特別なことが妥当する。すなわち、その（後見に関する）訴権が後見人の相続人には全く及ばなかったというのではなく、むしろその訴権がただ悪意及び過失（*dolus und culpa*）を要件に（後見人の相続人の）責任を問うただけであり、彼のネグリゲンチア、つまりは「軽過失」（*culpa levis*）については（相

続人の) 責任を問うことがなかったということが妥当する⁷¹。そして、信託についても、われわれは、契約訴権への移行に関する通常の諸原則からのズレの発生を認識することになろう。むしろ消極的な移行に関してではなく、積極的な移行に関して、そのように認識することになろう(この点、パウルスの討議録〔Consultatio〕第6巻の8において含まれている彼の「保証に関する見解」〔Sententiae receptae〕の断片〔Fragment〕から引けばこうである。すなわち、「(債務者から債権者に) 供与された質物や担保物を台無しにしたその債権者に対して、債務者の相続人にはなんら訴権は与えられないし、その訴権の〔契約訴権への〕移行について〔上記質物や担保物の所有者であるところの〕遺言者から〔その移行が〕始まったわけでもない。——試訳〕 heredibus debitoris adeversus creditorem qui pignora vel fiducias distraxit, nulla actio datur nihi a testatore ad eos transmissa sit.)。——ともあれ、上記の二つの関係について、次のことから、少なくともかなりのことが判明する。すなわち、これら後見や信託(ないし担保物の供与)に関しては、通常の契約関係とは別の事情が問題となったのであり、そしてわれわれがこれまで発見した法的諸関係のすべてのことに即していえば、われわれが(その諸関係に基づく訴権の) 根拠をもっぱら不法行為の観点(nur in dem Delictsgesichtspunkt)においてだけ受けとめることができるということから、多くのことが明らかになる。たとえば後見に関しては、(後見人に対して) 二倍額の罰を付与する十二表法上の「後見人計算訴権」(actio rationibus distrahendis der XII Tafeln aufs Doppelte)において、同様のことが、われわれにはっきりと証明されている(l. 55 §. 1 de adm. tut. (26. 7) ; l. 1 §. 19 seq.; l. 2 de tut. rat. (27. 3))。

71 l. 4 de mag. conv. (27. 8) …nec heres tutoris *negligentiae nomine* tenetur. (「後見人の軽過失=ネグリゲンチアのゆえをもってしては〔後見人の責任が〕その相続人に義務づけられることはなかった。」——試訳)。 l. 1 Cod. de hered. tut. (5. 54) …ob *neglegentiam* quae non latae culapae comparari possit. (「ネグリゲンチアについて、それを重過失と同等に扱うことはできない。」——試訳)。

この訴権が、後見訴訟（*judicium tutelae*）よりも古いものであるということは、私の見たところでは、受任者に対するアクイリア法上の訴権が委任訴権（*actio mandati*）よりも古いと同様に疑う余地なく明らかなことである。しかも私にとっては、以下のことも同様に疑いの余地はない。すなわち、後見訴権（*actio tutelae*）が、委任訴権や寄託訴権についてこれまで証拠立てられてきたことと同様に、そもそも原初的には後見人の相続人には向けられることがなかったということ、すなわち後見訴権がまだ物追求的（*reipersecutorisch*）なものとしては把握されておらず、単に（債務者の個人責任だけを追及することを許し、その相続人にまでは責任を及ぼさないところの）不法行為訴権（*Delictsklage*）としてのみ把握されていたこと、そしてわれわれは、同様のことを「組合員のための訴権」（*actio pro socio*）や「信託訴権」（*actio fiduciae*）についても承認することができること、要するに上記五つの「破廉恥を生じさせる訴権」（*actiones famosae*、後見訴権、委任訴権、信託訴権、組合訴権、寄託訴権）はことごとく同様のものとみなすことができるということ、それらのことを疑う余地はないものと考ええる。ヘラクレアの法典（*tabula Heracleensis*、つまり709年に発せられた「地方市に関するユリウス法」〔*lex Julia municipalis*〕）が、かの（後見や委任等に関する）訴権を、その法典にはいまだ知られていなかった寄託訴権の例外を伴いつつ、悪意訴権と加害訴権と同列に並べることができた（前注53を参照）ことは、上記で述べた趣旨の如く理解されうるのである。法務官告示における、このような従前の分類と新しい分類との間で、かの（後見や委任等に関する）訴権は、不法行為訴権と契約訴権からの転回（*Umschwung*）のライン上に位置するのである。

（1）小括

われわれは、上記の諸々の法的関係についての考察の帰結を、次のような定式でもって整理しておこう。すなわち、その諸関係のもとでは、その

関係のもつ債務法的な効力の理念 (*Idee der obligatorischen Kraft des Verhältnisses*) を、まずなにより不法行為の観点を通じて仕上げざるをえなかった (*sich erst durch den Gesichtspunkt des Delicts hindurch arbeiten müssen hat*) という定式が、それである。そのことは、ローマの債務法の歴史の散発的な事実ではなく、その内部で法の問題が主観主義的な形態から客観主義的な形態へと展開していった行程そのものを意味する。そして、私がその（不法行為的処理と物追求の処理との）対立を特徴づけたように、そのような対立は、あらゆる法及びあらゆる法領域でしばしば繰り返し現象するところのものであり、それは、学問の歴史において必然的に生起する現象でもあるのである。不法というものがその成り立ちの土台を形成するところで不法を認識することは容易なことである。たとえば、すでに加害者の悪意ある眼差しとか彼の握りしめられた拳そのものに象徴されるところの、彼の加害行為の外形が示されている場合がそうである。その場合、その者に有責判決を下すためには、ひとの単純な倫理感情があれば足りる。しかしながら、客観的不法 (*das objective Unrecht*) に関する認識の場合には、同様の有責判決を下すことは、はるかに困難なことである。なぜなら、その後者（客観的不法）の場合には、何一つ侵害されてはならず、その行為者にはあらゆる意味での帰責が欠けるからである。こうして客観的不法の場合には、有責判決が下される場合であっても、その不法と（行為者の）みずからの権利とが対応することについて確固たる確信をもつだけで決着をみるからである（客観的不法の行為者は、有責判決を受ける場合であっても、みずからの権利領域に立ち戻ればすむことであるのだから——訳者）。その場合に、それに付加される必要があるのは、（客観的不法の）行為者に対抗する（相手方の）権利の内容と範囲について十分な明晰性があるということである。この説明に関しては、幾つかの具体例を挙げる必要があるように思われる。たとえば、所有権の追求 (*die Verfolgung des Eigentums*) が相手方の人格における帰責要素とは無関係であるのと同様に、相続権

（Erbrecht）の追求も同様であるべきなのであり、このような要求は、事実上、ユスティニアヌスによる必然相続権の作出によって（mittels der Umgestaltung des Notherbenrechts durch Justinian）実現されたのである。おそらく、ローマの法学者たちが、すでに上記の（相続人と遺言に関する）ケースでも、ためらうことなく相続人の（遺言内容に対する）異議申し立て（die Querel）を認めていたからであろう。しかるに、その異議申し立ては、それ自体として、上記のような（相続権保護のための物的な）要請に対応したものではなかった。なぜなら、その異議申し立ては、（遺言者の）主観的な不法の観点のもとに構築されたものであるからである。つまりその異議申し立ては、一方の側の義務違反とそれによって惹起された他方の側の侮辱された感情（Kränkung）の観点に基づいて形成されたものだからである。それゆえにこそ、実体的な必然相続権（das materielle Notherbenrecht）というものが、上記で示した幾つかの契約関係のもとで、まずは最初に主観的な不法の観点から捉えられていたものが、ようやくにして客観的な不法の観点から練り上げられていくのと同様な過程を歩んで、その完成を遂げざるをえなかったわけである。ローマ法に基づく遺言のこのような取消しと対をなしつつ、ドイツ法においても（特定の相続人を廃除する旨の遺言に関する）判決の取消しが認められた。たとえば、古いゲルマン的な訴訟では、このような行い（遺言取消しの裁判上の主張）を主観的な不法の観点で把握した。すなわち（当該遺言の効力を認める）判決は、それ自体が非難の対象となった。それは、（その遺言有効の旨の判決に関して）非難する者へ加えられた裁判官による一個の不法そのものであった。つまり、その（遺言によって排除された相続人による）非難は、改めて「その判決を有効として判断を下した者（裁判官）の人格に対する対人的な攻撃」（„ein persönlicher Angriff gegen die Person des Urteilsfinders”）を意味したのであり、その結果、その場合には、二つの争いが同時に生み出されうるのであった⁷²。もし、占有の特示命令（die possessorischen Interdicte）

の根拠が不法行為に見出されるとするサヴィニーの見解が正しいとするなら、その場合、占有もまた（上記の本書の考察に関する）さらなる例証を提示するものとなろう。すなわちそのサヴィニー的な見解は、ローマ法が占有の理念（die Idee des Besitzes）を、その理念と同等な所有権に付与されている客観主義化せられた普遍性（die objectivistische Allgemeinheit）のうちにその理念を承認することをしないで、ただ単にそれを主観的な不法行為の制限せられた形態で把握したに過ぎなかったということを証明するものであろう。ところが、実際には、かの（サヴィニーの）見解は、私の考察視点においては（このような私の判断の理由づけについては、私の年報〔イェーリング年報〕の第9巻の最初の号〔それは目下印刷中であるが〕に収められた論文を参照。——亀甲括弧・引用者、丸括弧・原著）、もっぱらここで展開せられた考えが学問（Wissenschaft）の内部においてもそれを行使するところの力（Macht）に関してのみ、ある一つの事実、つまりはそのために注意深い観察者にとって（適切な）例示が欠けているという一個の事実を示すものにほかならない⁷³。

72 von Bar, Das Beweisurtheil des germanischen Processes, 1866, S. 13.

73 そのことにつき、私は、みずから次のように述べることができよう。すなわち、私によって提起された「契約締結上の過失」（culpa in contrahendo）の理論は、それが主観的な不法についての（不法行為法的に）制約せられた観念をその基礎としたことによって、その場合の（主観的な不法と客観的な不法との）バランスに関する理念それ自体を正当に評価するものではなかった、ということである。言い換えれば、私の「契約締結上の過失」の理論に関する定式は、確かに、もっと客観的な不法によって置き換えられる必要があった。この点、ローマの法学者たちが過失（culpa）を承認する数多くの諸事例についても、同様のことがあてはまる。すなわち、その場合、無理やり（gewaltsam）主観的な不法の形式に押し込められた法的判断の規則を、客観的な種類のものと考えねばならない。必要があるのであって、それによって初めて、進歩した学問（die fortschreitende Wissenschaft）がそのような狭い（主観的な不法の）形式から解放されるに至る根拠を提供するものである。これを、ゲルマン法学から例証するなら、著作権（das Autorrecht）に関する見方の対立にそれが示されている。すなわち、（著作権者の同意なき）複製（Nachdruck）のうちに存する不法行為のもの

ところで、これまで取り上げてきた諸々の例示がわれわれに具体的に示すところと同一の発展過程が、ローマ法の他の諸概念や諸制度のもとでは、いまだ繰り返し生起してはこなかったのではないか、という問題が出てくる。その問題について、私は、たしかに若干の概念や制度については、それが肯定されてよいと考える。しかしながら、その問題に答えるにあたって、歴史的な素材に関するこのような（本書で検証したような）考証を要求するところのものが存在するのであろう。（ただし）それについて、私は、ここではそれに触れないでおくことが適切であると考えます。

（m）要約

以上考察してきたことを短い言葉で要約するならば、ローマ私法史における帰責要素の拡張的な運動（die extensive Bewegung des Schuld moments in der Geschichte des römischen Privatrechts）が、次の三つの訴権を通じてはっきりと提示される、というに尽きるであろう。

- 1）第一に、帰責要素とか不法行為要素（das Schuld- oder Delictsmoment）が、その訴権の成立のために（外在的に関与することによって）特別な不法行為訴権としての原初的形態（die ursprüngliche Form einer besonderen Delictsklage）を保持してきた訴権類型が存在する。それゆえ、そのような訴権類型では、長期間にわたり、内部的には無縁な（innerlich-fremd）要素（帰責要素など）を存続させてきたのであった。
- 2）第二に、同様に当初は（帰責要素などと）無縁であったが、その後に至って帰責要素を内面的に取り込む訴権類型が生じた。

ㄨ とでその法的関係をもたらすところの主観主義的な見地と、同様の事態を著作権と所有権とを同様に承認することを通じて解決するという客観主義的な見地との対立が、それである。ことに後者の場合、それが、主観的な不法行為による制約された要件から解放されたところに初めて登場する見解にほかならないことに留意することが必要である。

- 3) 第三に、当初は不法行為の観点から構成されていたが、しかしその後は純然たる物追求的請求権の理念 (Idee eines rein reipersecutorischen Anspruches) へと高められた訴権類型も存在する。

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

(本書の) 課題のその二は、私がそれに足を踏み入れざるをえないことにつきほとんど遺憾の意を表したいほど(困難な)領域を包括している。なにしろ、ローマの法学者たちの思考は、他ではほとんど見受けられないくらいに、十分に的確なものであり、不朽のものであるからである。言い換えれば、彼らが登場して活躍する舞台は、もっとも生き生きとした学問的な運動の場であり、それは、実際生活の確実な地盤から出発しながら、さらに哲学的な思索の高みへと引き上げられたところの、もっとも自由で創造的な活動の場であるからである。それゆえ、それは、必然的にそこにより長い間とどまって研究を続けることへといざなう。したがってそれは、素早くそこから飛び立って結論を出そうとするような試みをほとんど不可能なものにするのであり、また、そこから主要に得られる感銘を短い言葉で要約することもほぼ不可能なものにするのである。にもかかわらず、(ローマの法学者たちの言明から) われわれに提示されることのうち大半のことが、(今のわれわれにとって) 周知の性格をもつことに照らせば、それを単に名指しして示すだけでなく、より詳しいことを伝達する必要があるであろう。そのような事情だけが、ここで私があえてこの問題に立ち入ることを可能にする、と考える。そして、私は、それについてそれほど確かなことが言えない個々の論点についてだけ留保することを通じ、つまりなんらかの形でより精確な考察を要するであろう問題点についてだけ留保することを通じ——私にそう言うことが許されるとすれば——(私のもとでの

ローマ法に関する知識の）在庫品の単なる棚卸をすることによって（durch eine blosse Inventur des Vorhandenen）、ここでひしめき合う素材の豊かさをローマ法の精通者（Kenner des römischen Rechts）に意識づけしてもらうことに私の任務を限定したく思う。

その際、私が提起すべきであると考えた論点として、次の三つの観点を取り上げることにした。というのも、それらは、ローマの法学者たちによって形成された理論の中でも特徴的なことであり、意義深いものと確信するからである。その三つの観点とは、こうである。

- 1）第一に、損害（Schaden）そのものではなくて、端的に過責（Verschuldung）が、その行為に対する責任を、したがって損害賠償義務を根拠づけるという命題が厳格に貫徹していたこと。
- 2）第二に、帰責の様々な態様とそれに関する幾つかの学的編成の区別（die Unterscheidung der verschiedenen Arten und Richtungen der Schuld）が図られていたこと。
- 3）第三に、過責と罰との間のバランス（das Gleichgewicht zwischen Verschuldung und Strafe）が重視されていたこと。

以上が、それである。

まず、損害賠償を義務づけるのが、損害ではなく、帰責（Schuld）であるという点から考察しよう。

これは、化学者（Chemiker）が定立する命題、たとえば燃烧しているのは光ではなく、大気中の酸素（Sauerstoff）であるという命題と同様に単純なものである。しかるに、いずれの命題も、それを熟知するためには学問の歴史的な展開を必要とするものであった。いわば、それらの命題は、塔の上に据えつけられた十字架そのもの（das einfache Kreuz auf dem Thurm）と言うべきものである。なぜなら、塔の全体が建設される前に、あらかじめ十字架が組み立てられている必要があるのであり、その後初めて塔の全体が建設されるに至る。そのようにして、その十字架は（塔

の) 建設全体を締めくくる王冠 (Krönung) となり、その頂点 (Höhe) を飾るものとなるのである。

化学という学問では、法学という学問の場合も同様であるが、上記二つの命題のうちの一方を提起することが他方を提起することより困難となるようなことはないであろう (要するに、化学において燃焼しているのは酸素であるという命題が自明であるのと同様に、法学における損害賠償の義務づけの根拠が帰責にあるという命題も自明なことである。——訳者)。いずれの命題も、外面的な見かけから引き離されること (Losreissung von dem äusseren Schein)、すなわち、自然的・感覚的な考察方法の力から自己を解放すること (Selbstbefreiung von der Macht der natürlich-sinnlichen Anschauungsweise)、そして偏見に対して不断の闘いを挑むこと (unausgesetzter Kampf gegen das Vorurtheil) を必要とするものである。なぜなら、未開の人間 (der ungebildete Menschen) にとっては、(酸素が燃えているのではなく) 光こそ燃焼しているのだという観念の方が受け入れやすいからである。言い換えれば、そのような未開の人間の思考形態こそ、損害の付与 (Zufügung des Schadens)、つまりは損害そのものが賠償を義務づけるのだという命題をもたらす粗野な法感情 (der rohe Rechtsgefühl) に基づくものであり、それ以外のなにものも受け入れがたいとする思考形態にはかならないからである。いずれの命題の場合も、まず最初に感覚的な体験こそが真であるという信仰が突き動かされ、打ち破られなければならない。そして、事実に関する判断のために引き合いに出される (表面的な) 考察方法はその判断者としての職から解かれるべきであったのであり、それに代わって「学問による判断」(das Urtheil der Wissenschaft)こそ判断者としての地位を占めるべきであった。

以上のことは、損害賠償の問題としては、次のことを意味した。すなわち、行為の外面的な原因性ではなく、行為の内面的な原因性、つまりは過責 (Verschuldung)こそが肝心な意義をもつものとされた、ということ

を意味した。それゆえ、素朴な考察方法によれば、外面的にその行為を行った行為者が（損害賠償の）責任を負うことになるのだが、それに対し、ローマの法学者の見解に従えば、その者に行為の帰責（Schuld）が課せられる者こそ、その責任を負うのである。すなわち、（損害を付与するという）外観的な行為そのものではなくして、人の意思に根拠をもつ行為、つまりはその（外観的な）行為の（内面的な）原因をなすものこそが損害賠償責任を義務づけるのである。したがって、結局、行為というものがそれ自体として責任を根拠づけるのではない。そうではなく、ただ、その「行為」が法的非難を呼び起こすため「意思」に（dem Wille）帰責される（anrechnen lässt）場合にだけ、損害賠償責任が根拠づけられうるに過ぎない。このような帰責の要件がなければ、人が惹起した損害も、あたかも電（Hagel）が惹起した損害と同じ観点のもとで捉えられる。すなわち、電が一個の自然現象（ein Naturereigniss——原文ママ）であるからには、それがもたらす不利益な結果は、その結果がふりかかった者によって負担されるべきものであり、相手方の帰責なき損害もそれと同様に把握される必要がある。その不利益結果は、法の言葉で言い直せば、損害というより、むしろ一個の不可抗力による結果（ein *casus*）と言うべきものである。

ところが、無責の者（der Unschuldige）であっても罰の対象となとするローマの古い時代の法の仕組み、ないしその命題は、長い期間にわたって、上記で示した見解と合致することはなかった。なるほど、それら古い法の命題のうち幾つかについては、慣習法の力によって比較的長期間にわたって命脈を保ってきた（たとえば、「盗品の保有者に対する訴権」〔*actio furti concepti*〕がそれであって、ガイウスの第三巻191頁及びパウルスの第二巻31頁などがそれを実用的なものとして論じている。しかし、すでにSeverやAntoninの通達〔l. 8 Cod. ex quib. causis inf. 2. 12〕は、上記の盗訴権に基づいて無責の者に対して言い渡された有責判決を「かなり粗雑な判決」„durior sententia”と規定しているのであり、それゆえにその通達は、無責の者への「不名誉」〔die Infamie〕の罰を排

斥しているのである。)。したがって、完全に変化した環境のもとではめったに突出して登場することのない相当に古い文明段階の遺物が、その後も時代の精神として慣習法の力を獲得したことになる⁷⁴。しかしながら、その全体ないしその大部分においては、すでに古典期の法学者の時代への急激な変化 (Umschwung) が成し遂げられていた。古典期の法学者たち、あるいはその時代の法務官のおかげをこうむって創造されたものすべては、(それ以前とは) まったく異なった別の精神のもとで息づいたものであり、またその起源が最も古い法に還元される幾つかのものについても、たとえば、とりわけ物返還訴権 (reivindicatio) についても、(ローマ古典期の) 時代精神の力 (die Gewalt des Zeitgeistes)こそがあらゆる伝統の力よりもまさって影響を与えたことが立証されるのである。つまりは、われわれが先ほど (ローマ法における) 最上位の法思考として位置づけた法思考こそが、向かうところ敵なしの勝利を得つつ、まったくより新しい法を通じてほぼ行き渡たることに成功したのである。われわれは、そのことについて確信をもつ。それゆえ、かかる最上位の法思考を、次の三つの関係で検証する

74 ユスティニアヌス帝法においては、「現行犯に対する窃盗訴権」(actio furti manifesti) 及び「非現行犯に対する窃盗訴権」(actio furti nec manifesti) の例外を除き、すべての個別の窃盗訴権 (alle speciellen Diebstahlsklagen) は、ことごとく姿を消してしまっている。たとえば、ユスティニアヌス帝法が §. 4 J. de obl. ex del. (4. 1) で述べるように「それらの訴権が適用されるという習わしは消え去ったであろう」(„in desuetudinem abierunt”) と言えるわけである。なお、ユスティニアヌス帝法によれば、次のことが付加される。すなわち「故意に (他人の) 物を盗もうと企てた者、あるいは故意に (他人の) 物を隠匿しようとして企てた者はすべて、その者たちが (現に窃盗に及んでいないとしても)、非現行犯として罰されるべきことは、きわめて明白なことである。——試訳」(cum manifestissimum est, quod omnes qui *scientes* rem furtivam susceperint et celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt.) ということが、それである。この「故意に」(„*scientes*”) という言葉の中に、古い法と新しい法との対立点が示されている。同様に、すでに取り上げた訴訟上の罰 (Processstrafen) もことごとく消滅するに至ったのである。このことについては、後ほど改めて言及することになろう。

ことにしよう。それは、第一に不法行為訴権であり、第二に契約訴権であり、第三に対物訴権である。

1. 不法行為訴権

1) 幼児、精神病者、動物の場合

彼がみずから行うことの意味が分からない者は、何一つ責めを負わない。それゆえ、たとえば精神病者（*der Wahnsinnige*）は——別の少なくない法では損害賠償義務が課されている例もあるのだが——ローマ法によれば、免責されている。なぜなら、精神病者の行為は、動物の行為の場合と同様に、（法を含めた）倫理的世界の法則に服するのではなく、もっぱら物体世界の法則（*Gesetz der Körperwelt*）に服するのであり、つまりそれは、岩石による事故の場合と同様に外的自然のもたらす事象（*Vorgang der äussern Natur*）に属するからである（たとえば、*l. 5 §. 2 ad leg. Aq. (9, 2)* では、「四足獣が損害を招いた場合であれ、はたまた屋根瓦が落下した場合であれ、どのような違いがあるであろうか」[*…quemadmodum si quadrupes damnum deriderit aut si tegula ceciderit.*]とされ、また、*l. 61 i. f. adm. (26.7)* では、「人の行為なしに、なんらかの偶然によってもたらされる損害」[*casu aliquo sine facto personae*]について記されている。）。

とはいえ、動物の飼い主に帰責がある場合にその者が損害賠償責任を負うのと同様に、精神病者を保護すべきであった者もまた、同様の要件のもとで損害賠償の責任を負う⁷⁵。同様のことは、子供（*Kinder*）についても妥当する。すなわち、法技術的な意味での幼児（7歳まで）のみならず、しかも、すでに7歳を超えてはいるが（すなわち年長の幼児 [*infantia maiores*]）、なおその行為が違法であるという性質をもつことに関する認識が欠ける子供（実質的に7歳未満の幼児に等しい子供 [*infantiae proximi*]) につい

⁷⁵ *L. 1 §. 14 i. f. de off. praes. (1. 18).*

でも、同じことが妥当する⁷⁶。このような理解が（認識上の）前提となる場合に初めて、ひとは、みずからの行為について責任を負う覚悟をもつに至る。しかしながら、それと同じことが一挙に行われるのではなく、ただ漸次的にその前提を形成するに過ぎないのであり、そしてそれが、すべての諸個人のもとで同じ時点で行われるのではなく、むしろ、ある個人についてはより早く、また別の個人についてはより遅く行われるに過ぎない。要するに、帰責能力の（有無を判断するための）きわどい段階というもの（*ein kritische Studium der Zurechnungsfähigkeit*）が存在するのである。そのことを顧慮したからこそ、ローマの法学者たちは、年長の幼児の答責性（*Verantwortlichkeit der infantia majores*）を抽象的に固定された時点と結びつけることをせず、むしろ彼らは、この問題を裁判官の個別の判断に委ねたのである。

他方、帰責（*Schuld*）という観点は、動物（*Thiere*）そのものに対しては、そのいかなる適用もみななかった⁷⁷。ただ、その（動物の）所有者、あるいは他の者に帰責ありとされる限りにおいて、その者らが責任を負うに過ぎないのである⁷⁸。ちなみに、家畜（*Hausthiere*）に関しては、ローマの法学者は、その家畜が当該の種類の自然な性質に従って（*secundum naturam sui generis*）損害を与えたか、逆にその性質に反して（偶発的に、*contra naturam sui generis*）損害を与えたかという区別を行った。そして、前者であれば、その所有者は家畜を（被害者に）引き渡すべきであり、

76 より詳しく言えば、単に本来的な不法行為の場合だけではなく、すでに成立している法関係における加害行為の場合にも（幼児の損害賠償責任が否定される）。これについては、I. 61 de. adm. (26, 7), 及び I. 60 de R. V. (6, 1) を参照。

77 I. 1 §. 3 si paup. (9. 1) …damnum sine injuria facientis datum, nec enim potest animal injuria fecisse, quod sensu caret. 「不法な加害行為なしに与えられた損害（に対しては誰も責任を負わないのであり）、すなわち判断能力をもたない動物もまた、不法な加害行為をなしうる立場にはなかったもの」というのである。——試訳」。

78 たとえば、前注77の法文と同一箇所、I. 1. §. 4. 8 をみよ。

後者であればその必要はない、と考えた。このような区別が、帰責の概念と一定の確証性をもつ関連のもとに立っていることは明らかである。そして、そのことは、帰責を家畜そのもののうちに認めるか、それともその所有者のうちに認めるかはともかく、なお一般的に承認されることなのである。それゆえにこそ、私は、古代のローマ法がそれ以外の諸々の（当時の古いローマ法に属性的な）諸々の特徴を否定し去って、あるいはその当時の同じ文化水準にあるその他のあらゆる法と全く異なっており⁷⁹、すでに上記で示したような洗練された区別の高みに（zu dieser feinen Unterscheidung）まで至っていたとは決して考えない。それどころか、むしろ私は、かかる区別のうちに、その後の（古典期の）ローマ法によって切り拓かれた法の革新（Neuerung）をこそ、はっきり認識するのである。おそらくその動物を帰責へと組み入れるべき性質上の欠陥（Fehler）の概念が、上記の区別の原初的な動機であったのかどうか。要するに、動物自身が首尾一貫したやり方で責任を負うべきだ、ということになっていたのかどうか。いずれにせよ、これに対して、前注77で取り上げた法文が（古代ローマ法と比べて新しい）その後のローマの法学者の一人であるウルピアヌスに由来する法文であることを肩籠に投げ捨てるような態度は、やはり軽率なことと言えるであろう⁸⁰。なお、次の場合にも損害賠償への義務的拘束は消

79 この点については、Zimmern, System der römischen Noxalklagen, S. 94, 95, ; Hepp, Die Zurechnung auf dem Gebiet des Civilrechts, 1838, S. 103を参照。

80 この点につき、Schrader, Inst. IV. 9. pr. のもとでの法文を参照せよ。その法文においては、動物について、「いわば（動物の）種類というより、むしろ類推（の手法）が不法な加害（と関わりをもつ）——試訳（injuriae quoddam genus vel potius similitudo）という観点が刻印されていることが分かる。なかでも、I. 1 §. 11 si paup. (9. 1) をみると、キケロの年代に属する古代の法学者の一人であるクイントゥス・ムキウス（Quintus Mucius）が、二頭の動物の闘いに関して以下のように帰責の観点を当てはめたことに注目したい。すなわち、「もし、たとえば（二頭のうちの）この動物が（もう一頭の動物から）襲われたがゆえに死んでしまったとしても、（その動物につき）訴権が生じることはないであろう。しかるに、たとえ、この（襲った側の）動物が裁判の場に召喚されるこゝ

滅する。

2) 緊急行為 (Nothstand) の場合

たとえば、船とその貨物を救うため、船から諸々の（他人の）商品を投げ下ろす船長や、彼の帰責なしにそのはしけ (Kahn) に絡んで危険な状態を作出している（他人所有の）網やロープを自衛のために切る漁師⁸¹、あるいは隣人の燃え盛る家から彼自身の家を守るために、隣人の家を取り壊す所有者⁸²を想起してみよう。その場合、彼らはすべて、いかなる意味においても「違法な原因に基づいて与えられた損害」(damnum injuria datum) を招く行為をしたことにはならない。なぜなら彼らは、ただ、彼らがその過責なしに（危機に）直面している状況を回避するためにのみ、やむを得ず、それをなしたに過ぎないからである。その場合、そのことに対する責任は、運命 (das Schicksal) の問題として選り分けられることになる。

要するに、帰責がなければ、いかなる罰もない (Ohne Schuld keine Strafe.)。それこそが、損害賠償義務に関して肝心な意味をもつ。そして、その義務こそ、ローマ人の見解によれば罰の観点に属するものであったのである。

3) 包括承継であれ、特定承継であれ、行為者の相続人に責任が及ばないこと

ゝとはないとしても、その場合は（帰責ある動物の所有者）の責任を追及することと当該訴権の目的は十分に達成されるであろう。——試訳」 („ut si quidem is perisset, qui adgressus erat, cessaret actio, si is, qui *non provocaverat*, comperet actio.”)。したがって、もしひとが、その動物の所有者に（動物の）性質上の欠陥 (Fehler) に関して負担すべき帰責の観点を、鋭敏に、そして自覚的に理解していたならば、その場合には、その動物の占有とは無関係に (unabhängig vom Besitz desselben [= des Thiers])、端的に動物の所有者に責任を負わせることになったはずであるように思われるのである。

81 1. 29 §. 3 ad leg. Aq. (9. 2).

82 1. 49 §. 1 ibid. 1. 7 §. 4 Quod vi (43. 24).

以上と同じことは、（帰責ある行為者が死亡した場合の）包括承継人や特定承継人の責任についても言えることである。周知のように、彼らは、その遺贈者（Erblasser）や権利の前主（Autor）などの不法行為の結果としてなお彼らの手に保持するところのもの、つまりは利得（Bereicherung）についてののみ、責めを負うに過ぎない。したがって、被相続人によって不法なやり方で（つまりは暴力又は隠秘に〔vi aut clam〕）建築された工作物の除去が問題となる場合には、包括承継人はただ受忍（patientia）の責めだけを負う。言い換えれば、彼らは、原告が自己の費用でその工作物を排除するに任せるということを甘受しなければならない⁸³。

カノン法は、相続人（Erben）に関して上記の原則を適用しなかった。それは、私が思うに正当なことである。なぜなら、ローマ法が契約関係（*Contractsverhältnissen*）において被相続人の不法行為につき彼ら（相続人）に責任を負わせたのと同様の理由によって、ひとは彼らを（被相続人によって契約関係以外の局面で行われた）不法行為の場合にも損害賠償へと義務づけうるのであるから、その際に肝心なことは、責めに帰すべき被相続人の帰責そのものであって、相続人の帰責ではないからである（これについて、本書の第7節を参照）。

これまで強調された（帰責Schuldの要件に関する）幾つかの論点をみれば、われわれの（現在の）研究資料のもとですでに言えることであるが、それ

83 1. 16 §. 2 Quod vi (43. 24). 「暴力又は隠秘な形で工作物を作った者は誰でも、彼がその工作物を所有する限り、彼は（原告の除去を）受忍する義務、あるいは（自己の）費用負担で工作物を除去する義務を負わなければならない。また、その工作物を作ったが所有しない者は、費用負担を引き受けるべきであり、他方、みずから作ったわけではないが、工作物を所有する者は、ただ受忍の義務のみを負う。——試訳」（In summa qui vi aut clam fecit, si possidet, patientiam et impensam tollendi operis, qui fecit nec possidet, impensam, qui possidet nec fecit, patientiam tantum debet.）。なお、1. 3 §. 2, 3 de alien. (4. 7) では、「暴力又は隠秘でなされたものに関する特示命令」（interdictum quod vi aut clam）とは別に、さらに「雨水阻止訴権」（actio aquae pluviae arcendae）及び「新築工事禁止告知」（operis novi nuntiatio）が取り上げられている。

ら諸論点が、ローマ法を指導したところの精神 (Geist) を十分に特徴づけていることが分かる。したがって、ただ補足的に述べるなら、ローマ法が、若干の全く特殊な事例においては、(例外的に) 政治的な理由から (言い換えれば、「公共の福祉のために」 *utilitas publicae causa*)、他人の行為につき本来要件となるべき帰責が立証されずとも、(その他人に) 責任を肯定することがあった、ということであろう。たとえば「受領物に関する訴権」 (*actio de recepto*)、「船員や宿屋及び居酒屋の主人に対する窃盗訴権」 (*actio furti gegen nautae, caupones, stabularii*)、あるいは「流出物・投下物に関する訴権」 (*actio de effuses et dejectis*)、さらにその労務者の (不法行為を理由とする) 公共事業請負人に対する訴権 (*Klage gegen die Publikanen für ihr Dienstpersonal*)⁸⁴ などの場合が、そうである。

(未完)

84 l. 1 pr. de publ. (39, 4).