

翻 訳

Casum sentit dominus :
ローマ法及び現代ドイツ物権法・債務法に
おける偶発的損害に対する責任*

著者 アンドレーアス・ヴァッケ（ケルン大学法学教授）**

訳者 沢田裕治（山形大学教授）

〔目次〕

I. 序論

II. 使用及び危険の増大による占有者の過失

III. 遅滞中及び不法行為的な占有中の偶発的損害に対する責任

IV. 所有者の危険と利用権の踰越 (*versari in re illicita* [不法を犯した者は、そこより生じる一切の責任を負うべし])

V. 結論

〔訳注〕

〔訳者あとがき〕

* 本稿は『ハインツ・ヒューブナー記念論文集 *Festschrift Heinz Hübner*』（ベルリン／ニューヨーク1984年）669-695所収の私のドイツ語の論文「占有者の過失としての危険の増大化 *Gefahrerhöhung als Besitzerverschulden*」の縮約・改訂英語版である。そしてそれについて私は、さらに個々の点に関して言及する。以下のテキストは、ケープタウン大学とプレトリア大学で1986年4月にゲスト講演として述べられたものである。

** ケルン大学法学教授〔執筆当時の肩書。現在はケルン大学名誉教授〕1987 *J. S. Afr. L.* 318 = 1987 *Journal of South African Law*, 318-331. ⇒ Andreas Wacke, *Estudios de Derecho Romano y moderno en cuatro idiomas*, Madrid, 1996, pp.367-380.

(p. 318) I. 序論

(p. 367)

1 *Casum sentit dominus* [所有者が危険を負担する【訳注1】]の格言(不慮の事故は所有者によって感受される),あるいは換言すれば *res perit domino* (物はその所有者において失われる;その損害は所有者に関わる)は,かつてしばしば批判的に見られたし,また今も見られている。10年前に出版されたクラースンの有用な4巻の『法律用語辞典 *Dictionary of Legal Words and Phrases*』には次のように書いてある。即ち「*res perit domino* という一般的法原則は存在しない。それは単に自明の決まり文句にすぎない⁽¹⁾と。1世紀前にドイツでは,指導的なパンデクテン法学者の著者たるベルンハルト・ヴィントシャイトとハインリッヒ・デルンブルクは,同じく批判的かつ留保的であって,その原則を「維持できない,役に立たない,そしてその一般的な形式では正しくないもの」として特徴づけた⁽²⁾。こうした反対のためにドイツ民法典の起草者は当然にもこの教義を法典に明示的に採用するのを差し控えた。

ほぼ1世紀それより早く公表された1811年のオーストリア一般民法典 *Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch* はその起源を理性法 *Vernunftrecht*, 即ち理性の法又は自然法の時代にもつ。その創造者たちは一般原理を定式化することにほとんど疑念をもたなかった。オーストリア一般民法典第1311条は規定する。即ち「単なる事故はその資産又は人格的統一性が影響を受ける人に帰する」と。スペイン民法典 *Spanish Código Civil* 第1105条は類似の原則をより具体的な言葉遣いで規定する。それは以下のように翻訳することができる。即ち「もし法律又は契約による明示的な別段の定めがない場合,何人も予見し得なかったか,又は予見し得たが

(1) Claassen (1977) 6.

(2) Windscheid-Kipp II *Pandekten* (1906) §264n5; 同様にDernburg-Sokolowski II *Pandekten* (1912) §301n3.

避け得なかった出来事に対して責任を負わない」と。この種の一般的な法を宣言することは、明らかに直接的な実効性をもつ何らかの原則を述べることではない。それにもかかわらず、それらは無用であるようには見えない。それらはむしろ法学教育を促進し、とりわけそれらは諸々の法典の注釈者にそうした諸原理の適用範囲を正確に定義することを余儀なくさせる。ドイツの制定法にはそれに相当する規定が存在しないので、偶発的損害の負担を所有者に帰するのに不可欠な必要条件に対する強調は不十分である。批判者の反対を惹き起こしたのは、常にこれまで我々のラテン語格言の極端な適用であった。というのも、「casum non sentit dominus [所有者が危険を負担しない]」の格言の多数の場合が知られているからである。しかしながらこれらの例外は、その原理そのものを拒否することを正当化しない。それどころかこれらの例外は以下に述べる理由から説明することができる。

2 第一に、casum sentit dominus は、少なくともまず最初に損害を被るのは所有者であるという公理のような事実の法律以前の記述を含む。しかしながら、所有者がこの損害を最終者として引き受けなければ (p. 319) ならないかどうか、又は所有者が第三者に損害賠償を権利主張すること (p. 368) ができるかどうかは別の問題である。彼の損害を第三者に媒介するにはこの効果を認める法規範が必要である。このように見ると、casum sentit dominus は、単に暫定的な意味をもつにすぎず、alterum non laedere [他人を害することなかれ] の原理に先行する。どんな法制度も、原則として、自分の資産が損害を受けたことを見出す人がその損害を負担しなければならないということ、またそれに対する特別な理由が存在する場合にだけ損害賠償に対する権利主張が存在するとの観念に基づいている。

「健全な政策は、損害が降りかかるところにその損害を帰させる。ただし、侵害に対する特別な理由が示される場合はこの限りではない」とオリヴァー・ウェンデル・ハウムズは彼の古典的な『コモン・ロー』にお

いて述べた⁽³⁾。この原則は健全であるように見える。というのも、どんな損害も国民経済学の観点から見られたときに取り戻し難い財産と価値の損害を意味するからである。被害者にとって、救済は以前の状態を回復することを意味するが、しかしこれは有責な人から相当物を取り上げることによってのみ達成される（菓子は食えばなくなる）。したがって損害賠償を求める権利主張は — 社会の視角から見られるとき — 何も得ないだけでなく、それが法規範を定式化する過程であれ、訴訟、判決言渡し及び執行による特定の権利主張の実現であれ、回復の過程それ自体がさらなる出費の原因となる点でむしろ損害に寄与する。そうしたさらなる出費は、それに対する特別な理由が存在する場合にだけ正当化することができる。不法行為法の関心事であるのはこれらの「特別な理由」である。その出発点としては、損害賠償に対する権利主張は、損害が違法かつ有責に惹起された場合にだけ認められるということである。違法な原因や過失 *culpa* が存在しない場合、その損害は偶然的である。それで私はその原則の第二番目の意味に取り組む。それは *casus a nullo praestantur* [偶然事は何人にも責任なし]⁽⁴⁾、即ち単なる偶然は所有者以外の誰にも帰せられない [という意味である]。ウルピアヌスは、例えば引渡されるべき動物の自然死、通常は監督の必要のない奴隷の逃亡、危険な武器で武装してない単純な強盗といった例に言及する。騒擾、火災、氾濫、武装ギャングによる襲撃のような不可抗力 *vis maior* の典型的な事例が加わる。その原則のこの第二の意味によれば、他の誰にも責任のない損害は、もっぱら所有者によって負担されるべき危険の中に属する。所有者はその損害賠償を取ることができない。

しかしながら、このことは偶発的損害が常に所有者に帰することを意

(3) (1881) 50; (1949) 94.

(4) Ulpian *D* 50 17 23 *in fine*.

味しない。第三に、その格言は偶発的損害が他人に帰する諸原則に言及することによって制限されなければならない。例えば、買主は財産権が引渡される前でも危険を負担する、*periculum est emptoris* [買主が危険を負担する]。私はこの点を詳しく述べようとは思わない。他方、私は遅滞中の債務者や窃盗の偶発的損害に対する責任 (*fur semper in mora* [盗人は常に遅滞にあり]) は考察するに値すると思う。さらに、所有者によって与えられる利用権の限界が遵守されないところに危険は移る。私はこの場合を *versari in re illicita* [不法を犯した者は、そこより生じる一切の責任を負うべし] として言及するであろう。「*casus* の原則」を具体化するために、私は最後に占有者が過失による危険の増大で帰責され得る範囲についてより詳しく論じるであろう。この最後の観点が何にも増して中心的に論じられる。

3 しかしながら、その前に、私は古典期ローマ刑事法における *casus* の用語の別の意味について言及すべきである。アクィーリウス法 *lex Aquilia* の領域では、*casus* は何らかの種類の過失、*dolus* (故意) 及びとりわけ *culpa* (過失) の欠如を意味する。何人も偶然の出来事に対して責任を負うと判決され得ない。というのも、アクィーリウス法は、以下のように教えるからである。即ち、*impunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit* [過失も故意もなく不慮の事 (p. 320) 故により損害を生じさせた者は罰せられることはない]⁽⁵⁾。つまり、過 (p. 369) 失も故意もなく損害を生じさせた者は罰せられることはない (近代的な用語では、責任を負うと判決されない)。『学説彙纂』第9巻第2章第52法文第4節 (D 9 2 52 4) 【訳注2】において、共和制期の法学者のアルフェヌス・ウォールスはこれを説明して、ボール・ゲームで負傷した

(5) Gaius *Inst* 3 211.

奴隷の事例に言及する⁽⁶⁾。ボールを捕まえようとしている間に、若い奴隷が仲間のプレーヤーによって跳ね飛ばされその脚を骨折した。その法学者は仲間のプレーヤーの責任を否定した。なぜならその権利侵害は過失よりもむしろ不運な状況に関係しているはずだったからである。(ア
クィーリウス法が認めるように) culpa よりもむしろ casu [偶然に] (損害) 事実が認められるので、彼は訴えることができない non posse (lege Aquilia agere), cum casu magis quam culpa videretur (damnum) factum. いずれの側もできるだけ敵がボールを取るのを邪魔するのがゲームのルールであるので、その結果、押しと転倒は避けられない。どのプレーヤーもこのことを経験から知っており、参加する際に、プレーヤーはそうしたリスクを考慮に入れている。そしてそれはゲームで享受される楽しさによって釣り合いがとられる。したがって、もし仲間のプレーヤーがゲームのルールを無視したことが証明され得ない場合、権利侵害はおそらく過失によって惹起されるとは考えられていない。それでローマの不法行為法でも現代不法行為法でも、*casus* と *culpa* は逆であって、2つの全く区別されたカテゴリーである。

他方では、ローマ刑事法では、*casus* はまた過失 (*culpa*) の訴訟事件を含むことができる⁽⁷⁾。というのも、刑法は通常の過失の形式である故意 (*dolus malus* 悪意) を考慮するからである。そしてそれは例えば暗殺と毒殺と戦うためのスラの謀殺法である暗殺者と毒殺者に関するコル

(6) Cf Wacke “Accidents in Sport and Games in Roman and Modern German Law” 1979 *THRHR* 273-287; この詳細なドイツ語版は、Stadion 1977 *Zeitschrift für Geschichte des Sports* etc 4-43 [Unfall bei Sport und Spiel nach römischem und geltendem Recht.] に出版されている。

(7) 詳しくは、see Wacke “Fahrlässige Vergehen im römischen Strafrecht” 1979 *Revue internationale des droits de l’Antiquité* 505-566. Cf also Wacke “Ein Unfall beim ‘Prellen’; Kulturgeschichte eines Volksbrauchs und Rechtsgeschichte der fahrlässigen Tötung” 1980 *Rheinische Museum für Philologie* 68-95.

ネーリウス法 *lex Cornelia de sicariis et veneficis* の前提条件である。故意で行為した人だけが法的な刑罰に服する。故意でないすべての行為は原則として処罰することができず、そうした理由から *casus* として理解された。したがって刑法では *casus* は、過失が結果に寄与したか否かにかかわらず、*dolus* の反対であるにすぎない。後に裁判所の治安判事が重大な過失の異常な事件が悪い実例を — 言い換えれば、一般的な予防手段として — 示すかもしれないので、それを特別審問手続 *extraordinaria cognitio* によって処罰し始めたとき、*culpa* もまた含んだ *casus* のより広い用語が依然として維持された。バエティカというスペイン属州の130年頃のパーティで、若者が兵士のマントの上空に投げ上げられ、キャッチするのに失敗したので、彼は床の上に落ち、その負傷により2,3日後に死亡したとき、総督は有罪の人物を5年間追放したが、それは謀殺の場合よりも厳格でない刑罰であった。皇帝ハドリアヌスはその判断を正当と認め、次のように返事を書き送った。「汝は犯罪の程度に応じて極めて正しく刑罰を決定した。より重大な不法行為についてもまた何事かが故意か偶然の出来事によってなされたかどうかの問題である *refert et in maioribus delictis, consulto aliquid committatur an casu*」⁽⁸⁾。『学説彙纂』第48巻第19章第11法文第2節 (D 48 19 11 2) 【訳注3】において後期古典期の法学者マルキアヌスは偶発事故による不法行為 *casu delinquere* の用語を用い、例として狩猟の参加者が狙った動物の代わりに殺される場合における打撃の錯誤 *aberratio ictus* に言及する。そして放火の事件において、ガイウス：『学説彙纂』第47巻第9章第9法文 (Gaius D 47 9 9) 【訳注4】は、犯人の性質、即ち犯人が故意にかつ予め考慮して *sciens prudensque* で行為したか偶発事故で、即ち過失で *casu, id est negligentia* 行為したかどうかに応じて刑事的効果を区別する。(p. 321)

(8) Ulp *collatio* 1 11.

(p. 370) 後者の事件では、刑罰は再び緩和される。したがって、民事事件に反して、ローマ刑法は *casus* をはつきりと *culpa* から分けなかった。*Casus* は明らかに *dolus* だけとは区別された。刑法における *casus* のより複雑な概念は重過失の領域をカヴァーすることができた。それは必ずしも責任を排除するのではなく、単に故意の欠如とそれによる犯罪的性格の不十分性を意味するにすぎない。故意と非故意の間の二者択一（そしてそれは刑事法問題におけるローマ法学者の思考において非常に支配的であった）は、結果として刑法における過失のカテゴリーの定義の発展を妨げた。ローマ人にとって、過失は故意でなくもたらされた災難の部分にすぎなかった。そしてそれに対して犯人は *dolus* がないにもかかわらず例外的な場合において責任を負うと判決されることができたのであり、それは特別審問手続 *extraordinaria cognitio* の内部で任意に（故意の犯罪に対するよりも厳格でなく）処罰することができた。

Ⅱ．使用及び危険の増大による占有者の過失

1 ドイツ民法典第989条〔占有者は、訴訟係属発生の時より所有者に対し、その責に帰すべき事由による物の毀損、滅失その他、物を返還することができないことによって生じた損害についてその責任を負う〕によれば、所有物返還請求権 *rei vindicatio* 【訳注5】を理由として不当利得返還請求を訴求される占有者は、関係物に対する損害又はその損失が故意の場合、損害賠償義務を負う。この原則は初期古典期のサビーヌス法学派の意見を引照する。（そしてそれはプロクルス学派のより厳格な見解に対立するものであった。プロクルス学派は、否定的な原状回復条項 *neque ea res arbitrio iudicis restituetur* 〔「そしてその財産は、裁判官の判決に従って回復されない」 Ulp. D. 4. 2. 14. 11.〕【訳注6】を文言の限定的な解釈によって理解し、被告が *casus* にもまた責任を負うと主

張した)⁽⁹⁾。しかしながら、現代法における *culpa* に対する占有者の責任を考察する場合、依然として訴訟係属中の物を取り扱う如何なる方法が *culpable* と呼んでよいかに関して疑問が存在する。占有者はその物を使い続けてよいか？ 彼は少なくとも何らかの危険な用法をやめる義務はないのか？ これがドイツ民法典に関する指導的な注釈の観点になったのはごく最近にすぎない。即ち、訴訟係属 *litispence* 後の継続的な使用が物をその状態で維持するのに必要な場合（例えば馬に運動させるように）は *culpa* を意味しない。「その他の場合には、しかしながら、少なくとも物の危険に関係するどのような用法も *culpable* と呼ばれるべきである」⁽¹⁰⁾。

私にとって、これは占有者の過失の最終的な限界であるようには見えない。ローマ法学者でさえ大いに立場が相違している。彼らの結果を予想してみよう。すべての潜在的に危険な用法が *culpable* と呼ぶことができるわけではなく、ただそれが物の性質と意味に反して起きる場合又は普通の予防手段が遵守されない場合にだけであった。その安全のためにすべて可能な用心を遵守しながら訴訟係属後に物を使用することは、たとえその用法が物に対する何らかの危険を含むとしてもそれ自体過失を確証しない。物の性質と目的に従った善意の *bona fide* 占有者の用法に分ち難く結び付いている危険は依然として所有者の負担である (*res perit domino* [物はその所有者において失われる；その損害は所有者に関わる])。被告に危険を転換するには、例えば不履行(遅滞 *mora*) や (窃盗 *furtum* のような) 不法行為的な占有といったさらなる必要条件が満たされなければならない。

経済的要求に応じるこれらの諸原理は、その占有者が争点決定後に

(9) Cf 最近の Kaser 1981 *Savigny-Zeitschrift* (SZ) 126ff.

(10) さしあたり, *Medicus in IV Münchener Kommentar zum BGB* (1986) §989 n 8 *in fine*.

post litis contestationem 訴訟手続の終わる前にそれが出港するのを許すかどうかを決定しなければならなかった船舶の例に関してローマ法学者によって展開された。この論題は繰り返し取り扱われ、法学者たちは異口同音に占有者は計画された航海を中止することを期待されなかったと決定する。航海の通常危険は、被告の負担ではない。過失を確証するに (p. 322) はさらなる状況、即ち船の所有者が維持することを期待される安全基準 (p. 371) の無視が発見されなければならない。この言明はパウルスによって最も明確に述べられている⁽¹¹⁾：

争点決定後の占有者が訴訟係属中の船舶を航海に適した時期（即ち海が開かれているときに⁽¹²⁾）出港させる場合、たとえそれが結果として沈没したとしても、彼がそれを経験の乏しい船乗りに委託したのでない限り、彼に過失があるとは考えられない。

したがって被告は以下の2つの条件の下でのみ過失に対して責任を負うと判決することができるにすぎない。即ち、もし彼が古代には航海が公式に中止された冬の嵐の時期に船舶が航海するのを許した場合⁽¹³⁾、又はそれが、(テキストが示すように) 乗組員が要求される資格を欠く場合であれ、船舶が航海の危険を処理するのに十分な人数で配置されていなかった場合であれ、もし彼が十分な乗組員なしにそれに航海させる場合（選択における過失 *culpa in eligendo* の場合）がそれである。しかし

(11) *D 6 1 16 1 (libro ad edictum)*.

(12) 地中海は古代には冬の期間中の11月11日から3月10日まで閉じられた (*maria clauduntur*), see Lübtow *Festschrift Kaser* (1976) 336ff; *quoniam tempore hiemis navigation saepe periculosa est semper incerta*: Gratian *Cod Iust* 1 40 6 詳しくは、see Rougé “La navigation hivernale sous l’empire romain” 1952 *Revue des Études Anciennes* 316-325.

(13) See n 12.

ながら、占有者は所有物取戻訴訟 *rei vindicatio* に関係しているにもかかわらず、彼は航海上要求される予防措置に関して通常のように船舶を輸送のために使用し続けるのを禁止されない。それ故、そうした物の継続的使用は過失 *culpa* を構成しない。当然のことながら難破の機会は決して排除され得ないし、しかも航海のために造船されることは船舶の本質である (*naves ad hoc parantur, ut navigent* [船は航海するために特に準備される]) と初期古典期の法学者サビーヌスは言った⁽¹⁴⁾。明らかに、船舶は航海中よりも港の中がより安全である。しかしながら、それらに具体化された資本は、遊ばせておくよりもむしろ働かせるべきである。占有者が何らかの非難を免れるために完全装備の船舶を停泊しているままにするのを期待した場合、彼はその顧客による契約違反に対して責任を負うと判断されるかもしれない；乗組員は、当分の間は雇用されていないにもかかわらず、賃金を支払われなければならないであろう；スケジュールは遵守され得ないであろう；帰りの航海は秋の強風が始まる前に終わらないかもしれない等々。その結果、被告は、[原告の] その権利主張が結局正当でないとは判明するかもしれない、その所有物取戻訴訟 *rei vindicatio* が拒絶される可能性があるにもかかわらず、かなりの損害を被るであろう！

過失だけを理由とする (*casus* を加えて主張しない) 責任⁽¹⁵⁾がこの占有者には適切である。なぜなら、彼はしかしながら、そうした義務が当分の間は不確かであるのに、彼の占有を引き渡す義務があるかもしれないことを考慮しなければならないからである。偶発的損害に対する差し迫った責任の恐れによって、善意の占有者 *bona fide possessor* は適正な司法手続なしに係争物を権利主張者に引き渡すのを強制され得ない。し

(14) *D 7 11 12 1 (fragm Vaticana 72 2)*.

(15) Kaser I *Das Römische Privatrecht* (1971) 505; 1972 *Labeo* 361; 1981 *SZ* 127によって説明されてきたように。

たがってそれは法的紛争が明確化されるのを控える。これは明示的に同じパウルスによって説明されている。即ち、というのも、占有者は、死又はその恐怖から、十分な理由がないのに彼の訴訟事件につき防御しないことを保証すべきでないからである⁽¹⁶⁾、と。善意の買主が、先行する法律手続なしに決定の自由が原状回復に傾斜するのを見ることは、とりわけ善意の買主にとって不利益であろう。なぜなら、ローマ法では、所有者たることを権利主張する第三者に対する任意の原状回復は、彼の売主に対する救済策を排除するからである。というのも、もし彼が法廷の訴訟手続で所有物取戻訴訟 rei vindicatioを失わないとすれば、彼がその (p. 323) 売主に救済策を求めることは不可能だったからだ⁽¹⁷⁾。任意の原状回復は (p. 372) より厳格な責任の手段によって間接的にすら迫られないかもしれず、したがって善意の占有者は単なる運命のいたずらに責任を負うと判決されないかもしれない（というのも、争点の決定以後、占有者は事故に対して責任を負うべきでないからである）⁽¹⁸⁾。その場合、占有者に期待される注意の程度は、誇張されてはならないかもしれない。というのも、これまで述べられてきたように、裁判所の訴訟手続は同じく彼に有利な結論を出すかもしれないからである。

2 ガーイウスは、我々の訴訟事件において争点の決定以後に post litis contestationem 占有者のために過失が存在するとき、事例を付加して肯定的に教授する。即ち、

対物的に訴求される者はまた過失を理由として非難される。例えば、占有者はもし彼が訴訟係属中の奴隷を危険な地域（即ち、強盗による

(16) *praedo: Paulus D 5 3 40 pr* at the end に反して。

(17) C 8 44 3 及びその他のテキスト、cf Wacke “De iustitia et iure” *Festgabe von Lübtow* (1980) 280.

(18) また *Paulus D 6 1 16 pr*.

待ち伏せを予想しなければならない場所) を通って送り出し、その奴隷が殺される場合、又はもし彼が奴隷に剣闘士として闘技場で闘うのを許し、その奴隷が殺される場合、さらにもし彼が逃亡する性向のある奴隷を適切に収監せず、その奴隷が逃亡する場合、最後にもし彼が船舶を不向きな時期に出港させ、それが難破する場合、過失があると判決される¹⁹⁾。

ガイウスは、慎重な人なら彼自身の最高の利益のある場合でも慎むべき典型的な危険増大行為について述べる。故意にそうするとき、占有者はたとえ損害そのものが不可抗力として(待ち伏せや海上での嵐の場合のように) 生じる場合でも偶発的損害に対して責任を負う。

3 したがってまた近代法では、訴訟係属後に占有者は経済的に合理的な限界内で財産を利用することを禁止されないことは全く正しく理解されている。通常の安全な予防措置を遵守しての普通の経済的な目的の範囲内での継続利用は、裁判所手続の制度によって妨害、否中断すらされてはならない。この傾向は、また社会全体の経済的利益を維持するが、言及されたすべての事例から一般的原則として引き出されることになった。訴訟係属後に占有者は所有者に、彼が取得したすべての利得はもとより過失で取得できなかったすべての産出額を支払わなければならなかったのが、占有者は継続利用を妨げられてはならないということがただ首尾一貫する。所有者は収穫果実 *fructus percepti* を得たので、所有者は同時に被告による継続利用に利益をもつ一方、利用しないことは彼に何ら有益でないであろう。利用を許されることなく収穫果実 *fructus percepti* に対して責任を負うことは、他方で、占有者には全く耐え難いであろう。産出物はしかしながら、危険を負担するのが彼である (*cuius*

19) D6 1 36 1 (Gaius libro 7 ad edictam provinciale)

periculum eius et commodum) との単純な理由から所有者に帰属する。これはドイツ民法典第987条【訳注7】の原則であり、それと同じことは再び航海に関連してパピニアヌスによって教えられた。即ち、「訴訟係属中の船舶がある場合、貨物運送の収益もまた所有者に与えられなければならない。なぜなら、占有者は難破の危険を負担する必要がないからである」(*et vectura desiderari potest, quoniam periculum navis possessor petitori praestare non debet*)²⁰。

さらに、経済的な合理性の範囲内での被告の利用はまた原告の仮定的なその物の同一の取り扱い方法に関連して正当化される。おそらく原告もまた船舶を海の危険に耐えさせたであろう。それで彼の法的立場が (p. 324) 明確化されなかった限り、もし仮に原告がその時その物を再占有したな (p. 373) らば、原告がなしたであろうことを被告がなしても被告は不正に振る舞うのではない。これは事務管理 *negotiorum gestio* の場合に関連する視点を満たす。サヴィニーによって確立された一般的意見によれば²¹、訴訟係属後に敗訴する占有者は、あたかも彼が誰か他人の財産の管理者であるかのごとく責任を負わなければならない。それで裁判所の訴訟手続が未決定である間は、占有者は原告の利益又は少なくともその推定される意思に関してその物を取り扱わなければならない。

Ⅲ. 遅滞中及び不法行為的な占有中の偶発的損害に対する責任

1 原則に従い偶発的損害の危険は、対物訴訟 *action in rem* 【訳注8】

²⁰ *D 6 1 62 pr.*

²¹ Savigny *VI System des heutigen römischen Rechts* (1847) 107ff, 120; cf Wilhelm 1983 *Archiv für die civilist. Praxis* 8ff.

の裁判所審理の期間中は所有者が負担する一方、この危険は遅滞中の債務者に転換するということはヨーロッパ法では一般に認められている²²⁾。遅滞中のどのような偶発的な履行不能でも十分である²³⁾のであって、その損害が履行における現実の遅滞によって惹き起こされるか否かは重要ではない。この背後の論点は、もし仮に債務者が遅れずに引き渡していたならば、当該の物が債務者の危険領域を離れていたであろうということである。

ローマ法源²⁴⁾は、またもし仮に債権者がその物を遅れずに再占有していたならば、その物を売却し偶発的損害の負担を買主に課す (*periculum est emptoris* [買主が危険を負担する] の原則のために²⁵⁾) ことができたであろう、また代金は債権者によって保持されたので、債権者はその物の価値を彼の利益のために貯えることができたであろうと論じることによって遅滞中の債務者に偶発的損害の責任を負わせることを正当化する。一般にしかしながら債権者は大抵おそらく彼が実際に売却しようとしていたことを証明するのを期待されなかった。それゆえ、もし仮に債権者が遅れずに占有していたならば、同じ不利益な出来事が債権者に影響を及ぼしたか否かは重要ではなかった。仮定的な損害の原因は遅滞中の債務者の責任を妨げなかった²⁶⁾。最も重要な因果関係は遅滞に関係するとは考えられなかった。これは、債務の主たる目的を金銭の客観的価値で

22) French *Code Civil* §1138, 1302; Austrian *ABGB* §965; Swiss *OR* §103; Italian *Codice Civile* a 1221; Spanish *Código Civil* a 1096 s 3 (また二重売買の事件では), cf 1182, 1744. より古い法源は *Mugdan II Die gesammten Materialien zum BGB* (1899) 35によって言及されている。

23) §287. 2 of the German *BGB*.

24) *Ulpian D* 6 1 15 3及び30 47 6; cf *Paul D* 5 3 40 pr.

25) ローマ法における買主の危険は、(ドイツ民法典第446条とは異なり) 既に *emptio perfecta* [売買の完成] から、つまり契約が締結された瞬間に意味するものから始まった。

26) *contra* §287. 2 *BGB*.

代替し、目的物における債権者の利益に関係する損害の観念を無視した古風な厳格性の残存する効果である。それゆえ遅滞中の債務者は、もし仮にそれが遅れずに債権者に引き渡されていたならば、たとえそれが同じ運命を被っていたとしても、目的物の価値を支払う義務を負った。例えば、売却された土地が地滑りで消失した²⁷⁾とか、動物や奴隷が死亡したとかの場合がそれである。奴隷の死亡という頻繁な例は、特定の原因が与えられない限り、常に不可抗力 *vis maior* に含まれる自然な出来事と考えられている²⁸⁾。そうした場合に債権者は債務者の遅滞がないとすれば受領したであろう以上のものを受領することは、債務者の遅滞に対する処罰として説明できる。なぜなら彼は厳格責任を課すことによって彼の強情さ (*contumacia*) を差し控え、できるだけ早く引き渡すよう促されていたからである。カーザーによって示されてきた (p. 325) ように²⁹⁾、ローマ法における多くの遅滞の結果は債務者を罰する観念の (p. 374) 結果として説明することができる。

ドイツ民法典の父たちは、あたかも当該の目的物が債権者の利益のために債務者の費用で保証されたかの如く、遅滞中の債務者に危険を負わせるのは衡平に反すると考えた。処罰の概念を緩和することによって、ローマ人とは異なる彼らはその究極的な結果に原状回復の原理を適用し、遅滞中の債務者に損害の最も重要な原因を証明する有利な要件を認めた。その法典の第一草案は同じ事故が債権者の領域にある目的物を襲う場合に対する免責事由を依然として制限した。最終草案における「この事故によって」の文言を削除することによって、出来事のそうした同一性が要求されないことが明らかにされた。

2 関連するドイツ民法典第848条【訳注9】の不法行為の原則は、

27) *D* 30 47 6.

28) Kaser 1980 *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 140 n 230.

29) *Studia* 139ff.

fur semper in mora [盗人は常に遅滞にあり]の法格言の下に知られている。掴んだ瞬間から、盗人は盗品をまず第一に自分自身のものと称するのを許されなかったので、彼は盗品を戻すことに関して常に遅滞にある。トリフォニウスが述べるように：

ある人が最初に所有者の同意なしに財産を取り扱った場合、彼はそれを戻すことに関し常に遅滞にある。なぜなら、彼はそれを取り去るべきでなかったからである⁽³⁰⁾。

彼が不法な占有を継続するとき、彼は所有者の権利を侵害し続ける。それゆえ窃盗 *furtum* は継続的不法行為と見なされた。それを見るこうしたやり方のゆえに、盗人は、価値の減少は彼の利益にならなかった一方、窃盗以降その物品がもった最高額を所有者に支払わなければならなかった。

時期は、財産がかつてもった最高額であったときと考えなければならぬこと、又とりわけそれ以降盗人は価格の下落している財産を放棄することによって釈放されないことが確立している。というのも、盗人は常に遅滞にあると見なされるからである⁽³¹⁾。

ウルピアーヌスによるこのテキストは遅滞に関するアフリカーヌスの注目すべき言葉に一致する。

(30) *D* 13 1 20: 「ある人が最初に所有者の合意を得ることなくその財産を処理した場合、彼はその返還に関して常に遅滞にある。なぜなら、彼はそれを移動してはならなかったからである」。

(31) *D* 13 1 8 1

奴隷が遺贈され、法定相続人が遅滞にある場合、奴隷の生命と彼が被るかもしれない価値の減少は、法定相続人の負担するところとなる。その結果、もし彼が引渡されたときに障害を受けているならば、法定相続人はそれにもかかわらず責任を負うであろう³²⁾。

それで損害賠償額は、所有者の利益に最も有利な時点にしたがって決定された。そして最も重要な因果関係は、それが普通の遅滞中の債務者の場合においてよりも、かかる不法行為的な遅滞にしたがう盗人に対する免責事由に関してはいっそう少なかった。事故の損害賠償に対する盗人の責任と遅滞中の債務者の責任は、権利主張者が物を持つのを両者が不法に妨げるという事実に基づいている³³⁾。それで偶発的損害を所有者か債権者に関係させる一つの要件が満たされていない。つまり、その物が彼の管理下にない。

盗人の厳格責任は、彼を手助けし教唆する者にも適用されなければならない。というのも、彼は共犯者と同等であると見なされているからである³⁴⁾。彼らの各々が（連帯して *in solidum*）損害賠償を完全に支払うべしと判決されるので、略奪品のいかなる部分を窃盗の各関与者が結局保有したかは重要でないに違いない³⁵⁾。

さらに、*fur semper in mora* [盗人は常に遅滞にあり] の法格言は、狭 (p. 326) すぎるので、刑法的意味の窃盗だけに限られるべきではない。1794年の (p. 375) プロイセン一般ラント法 *Prussian Allgemeines Landrecht* において述べられ³⁶⁾、またそれが一般に今日認められているように、犯罪によって物を

32) *D* 30 108 11

33) Cf §848 and 287 *BGB*.

34) Cf §830.2 *BGB*.

35) Cf §840 *BGB*.

36) I 7§242.

掴むすべての手段は、偶発的損害の責任に服すべきである。それは盗品故買、強盗、詐欺、恐喝、不法な目的物の引渡の強制、自動車の不法使用、最後にまた横領である。要するに、その結果が単にそれを占有するだけである物の不法かつ故意の留置は遅滞として十分である。

しかしながら占有の留置がネグリジェンスの結果にとどまる（例えば、ホテル内でのコートの取り違えの）場合、偶発的損害に対する責任は適当ではない³⁷⁾。占有者の意思に影響を及ぼす目的は、占有者が物を戻す彼の義務を知らないときは適用できない。それで偶発的損害に対する不法行為責任は不法行為的な意思を必要とする。

3 全体として、偶発的損害の責任を占有者に課すことは、彼が自発的に又は所有者の同意により占有を取得したかどうかにか依拠する。これは共和制期の法学者のアルフェヌス・ワルスによって極度に啓発的なテキストにおいて非常にハッキリと指摘されていた。そしてそれはしかしながら、今までのところたとえローマ法学者の仲間においてさえ、その適切な評価を得て来なかった。なぜならそれは幾分隠されている（逸失法 *lex fugitiva*）からである。

筏の所有者は、確定期日に彼の債務を返済することができなかった。
それで債権者は自発的にその筏を差し押さえた。川が増水してその筏

37) さしあたり正当な、(残念ながらその意見がまだ一般に受け入れられていない) Wieling 1972 *MDR* 649ff—Meinke 1980 *Juristenzeitung* 677ffは、§848 *BGB* (*fur semper in mora*)が (§251 *BGB*を除いて) 余計であって削除すべきだとの意見であった。彼の見解に対する反対については、私の論文「過失」686ffを見よ。Leges geminaeはBGBの様々な箇所に見出される。例えば、§2229.4; §104.2; §105.2; §1153; §401; §227; §859; §228.2 及び§823 (その最後のものは、今なお支配的な見解に反対してホルンによって正しく述べられた、1960 *Juristenzeitung* 350 353f)。

をむしり取った。それは誰の危険か？ もしその筏が債務者の意思に反して差し押さえられていたならば、それは債権者の危険である。しかしながらもし債務者が同意していたならば、債権者は過失に対してだけ責任を負い、不可抗力に対しては責任を負わない³⁸⁾。

自発的に *sua auctoritate* を強調することは、筏の差押が不法に行なわれたこと、つまり裁判所の権限付与による債務者財産の差押 (*pignus in causa iudicati captum* [判決の原因において徴取された質]) も認められた自救行為も存在しなかったことを明らかにする。債権者は奴隷と従者の助けにより浮動筏を力づくで押し止め、進行を続けるのを妨げたより強い力 *potentior*³⁹⁾ だったかもしれない。その結果はしかし真の意味での危険の増大ではないが、しかし危険な状態を引き伸ばす。というのも、もし仮にその筏が差し押さえられていなかったならば、それはその目的地にずっと以前に到着していたかもしれないからである。豪雨や天候災害によってさえ川が増水し激流に変化する危険はとりわけイタリアの川の場合ありそうになくはない。その常に存在する危険を管理することは、航海者が嵐の強風の力 (*嵐の力 vis venti*) を管理するのを期待されるのと全く同様に筏の所有者に期待される技術の一部である⁴⁰⁾。しかしながら自発的に行為する債権者は、損害の危険を引き受ける。それが管理可能か不可抗力かは重要でない。なぜなら、債務者（即ち所有者）はもはやその筏を彼が自由に処理することができないからである。それ (p. 327) で失われた筏の価値は債権者の権利主張から控除される。しかしながら (p. 376) ら、もし所有者が彼の債権者にその筏を占有しそれを係留するのを許し

38) *D 13 7 30* (Paulus libro v epitomarum Alfeni Vari digestorum).

39) Cf Wacke “The potentiores: Some relations between Power and Law in the Roman Administration of Justice” 1978 *Irish Jurist* 372-389.

40) Ulpian *D 9 2 29 3*.

たとすれば、これは担保を設定したので、債務者は（彼の債務の返済の後に）抵当権設定契約に基づき損害賠償を訴求することもできた（その筏 ratis が引渡されない non reddita）。けれども損害それ自体のゆえにではなく、もし仮に回避することができたとすれば、適切な注意がなされていたであろうというにすぎない。というのも、自然の諸力に対してもまた予防措置を講じることができるからである（例えば筏を十分に遠く離れた川岸の上に引き上げさえすればよい）。それらの諸力に打ち勝つのに失敗したことは、現代では（我々が既にローマ法源に見出す偶然の出来事 casus fortuitus に対比されるような）混合事項 casus mixtus と呼ばれるのが適当であったのであって、これが *culpa* を意味する。この2番目の場合に、洪水の不可避の危険は債務者たる所有者のもとにある。なぜなら、その筏は彼の同意を得て債権者が自由に取り扱うことができたからである。これらの理由はここではいずれも明示的には述べられていないけれども、共和制期の法学者のアルフェヌスでさえ彼の裁決において偉大な正確さは人目を引く。そしてそれは現代ドイツ法と同じものである⁽⁴¹⁾。

4 要するに、偶発的損害の危険配分は、遅滞中の債務者と不法行為的な占有者に圧力をかけて適法な行為をさせるために意識的に採用されている。他方、訴訟係属後の善意の占有者 bona fide possessor は、自発的な原状回復に対する何らかの圧力を行使しないようにかかる危険を負うことから故意に免除されている。しかしながら、訴訟係属は督促状の代わりとなるので、しばしば不履行を確定するであろう⁽⁴²⁾。だがかかる手続的な不履行は、ローマ法でも現代法でも不可避ではない⁽⁴³⁾。そ

(41) Cf §848 and 992.2 BGB.

(42) Cf §284.1 and 2 BGB.

(43) Cf §291 BGB.

れは、自発的に原状回復するよりもむしろ所有物取戻訴訟 *rei vindicatio* に関係するのに委ねる不誠実な *mala fide* 占有者に適用される。ウルピアーヌス：*Et hic videtur fecisse qui litigare maluit quam restituere* [原状回復をするよりもむしろ法廷に赴くのを好む者は不履行にあると見なされる]⁽⁴⁴⁾は、ユリアーヌス：*Qui sine dolo malo ad idicium provocat, non videtur moram facere* [詐欺的な意思なしに審理に赴く者は支払の不履行にあるとは考えられない]⁽⁴⁵⁾に対立している。

善意の *bona fide* 占有及びそれとともに過失なき遅滞は即ち権利主張者の原状回復に対する権利に関して合理的な疑いがある場合である。それゆえ許される法の錯誤 *error iuris* は不履行の効果（とりわけ偶発的損害に対する責任）を阻止しなければならない。これは現代法で認められているので、それは単に寛容の問題だけでなく司法的・制度的な効果の厳格な要求でもある。我々はこれがこれまでローマ法でも同じであったことを認めてよい⁽⁴⁶⁾。

VI. 所有者の危険と利用権の踰越 (*versari in re illicita* [不法を犯した者は、そこより生じる一切の責任を負うべし])

1 *res perit domino* [物はその所有者において失われる；その損害は所有者に関わる] の原則は、疑いもなくローマ法源の中に、とりわけ担保法の中に見出される。普通引用される主な証拠はディオクレティアーンヌスに由来するテキスト：*Pignus in bonus debitoris permanere ideoque ipsi peire in dubium no venit* [担保が債権者の財産の一部であり続けることは疑いない。それゆえもしそれが破壊されるならば、彼はその損害を

(44) *D* 451 32 2.

(45) *D* 50 17 63. See also Windscheid §277.3; Kaser *Festgabe v Von Lübtow* 298.

(46) とくにポンポーニウスの諸理由に関しては—see end of *D* 12 1 5.

負わなければならない)⁽⁴⁷⁾である。担保の損害又は価値の下落は、債権者の保証を減少させるがしかし彼の人的権利主張を減少させない。担保の事故による価値下落は、価値上昇が彼の利益である限り、債権者の危険である。即ち、*quidquid pignori commode sive incommode fortuito fortuito accissit, id ad debitorem perinet* [担保に関して事故によって生じる利益又は不利益は、債権者が享受し又は被らなければならない]⁽⁴⁸⁾。

スカエウォラによれば、担保に供された革靴は、属州当局によって押収され損害を与えられた（不可抗力 vis maior の場合)⁽⁴⁹⁾。債権者が防ごうとしてできなかった損害は、担保権設定者に対して彼に責めを負わせない。もし仮に債権者が自発的に革靴を差し押さえたならば、それは別であるであろう⁽⁵⁰⁾。一方の配偶者が他方の配偶者によってもたらされた物の損害又は消費の場合にさらなる証拠がある。そしてそこでは契約が無効である場合である。即ち、*si id quod donatum sit perierit vel consumptum sit, eius qui dedit est detrimentum; merito: quia manet res eius qui dedit suamque rem perdit* [もし贈り物が破壊され又は消費されたならば、損害は贈与者が負う。なぜなら、その物は依然として彼の財産であったので、彼は彼自身の物を失ったからである]⁽⁵¹⁾。ここでその責任を所有者に課すことは、他人がその物を占有することに彼が同意を与えたことによって正当化される。

2 ドイツ民法典は、幾つかの場所でだけ明示的に所有者が危険を負うことに言及するにすぎない。例えば、ドイツ民法典第2編第644条第1項【訳注10】によれば、請負人は仕事の引取りがあるまで危険を負担

(47) *Cod* 4 24 9 (cf 293 AD).

(48) *Ulpian D* 20 1 21 2.

(49) *D* 13 7 43 1.

(50) Cf 上で言及した筏の事件。

(51) *Paulus D* 24 1 28 *pr.*

する。注文主が受領遅滞に陥っているときは、危険は注文主に移転する。注文主の提供した材料の偶発的滅失及び偶発的毀損については、請負人はその責めを負わない。また組合が清算になるとき、ドイツ民法典第732条第2文【訳注11】によれば、組合員が組合に利用させた目的物は、これをその組合員に返還しなければならない。組合員は、偶発的に滅失又は毀損した目的物については、賠償を請求することができない。

その他の場合には、原則は民法典で言及された例外から引き出されるにすぎない。もしドイツ民法典の第548条【訳注12】と第602条【訳注13】が契約の範囲内の借地人や賃借人や借主 (tenant or lessee or borrower) の利用による変化と価値下落は彼の危険でないとして述べているならば、それらは当然他方の当事者の危険である。というのも、後者は契約に基づく利用による損害に同意していたからである。

しかし所有者もまた契約によらない利用に関連する事故による損害と損失の危険を負うのか？ 換言すれば、占有者は損害の実際の出来事に過失が関係する場合にだけ責任を負うのか？ ドイツ民法典は、そうした場合における責任の必要条件を一般的に決定していなかったので、法律家の間に意見の相違がある。我々と一緒に、過失がある場合にだけ責任があるとの教義は非常に魅力的であるので、影響力ある教科書の著者（とりわけラーレンツ）⁵²は、契約違反の場合の偶発的損害に対する責任を認められないと考える。ただし、上記で言及された民法典における2つの明示的な場合、つまり不履行的・不法行為的な占有は別である⁵³。

3 ここでもまた国境を越え又は歴史を遡って眼を向けることが有益だと分かる。多くの外国法は、あたかもそれらが債務不履行であるかのよ
うに、その利用権を越え、またその他の重大な契約違反をなす占有者に

52) Larenz II. 1 Schuldrecht (1986) §50 p. 295. 彼に対する反対については、以下注(72)を見よ。

53) §287 and §848 BGB.

厳格責任を課している⁵⁴⁾。その予防的な目的は、占有者にその利用権の限界を遵守し、所有者の意思を尊重するよう誘導することである。その原則は抽象的な危険すら防止することになっているので、故意の契約違反がある場合、占有者は法的に十分でない偶発的損害に対しても責任を負う。利用権の踰越それ自体は少なくともネグリジェンスによらなければならぬ。

その原則は *versari in re illicita* [不法を犯した者は、そこより生じる一切の責任を負うべし] の観念に基づく。そしてそれは正当化されない 事務管理 *negotiorum gestio* の場合にドイツ民法典によって採用されている⁵⁵⁾が、それは他の諸法典と並んでいる⁵⁶⁾。その完全な原則は次のよう (p. 329) に書いてある。即ち、*versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur* (p. 378) *ex delicto* : 違法な領域に侵入する者はすべての結果に対して責任を負うと判決を下される、と。もはや現代刑法では適用できないとはいえ⁵⁷⁾、この原則は偶発的損害の危険を配分するために私法で用いることができる。その概念は古風ではなくカノン法 (そしてそれはローマ法に比べて、より進んでいた) にその起源を有する⁵⁸⁾。しかしそれはここでは、しばしば生じたように、古いローマ法源から創造的の刺激を受けていた⁵⁹⁾。

4 『学説彙纂』における多数の事例によれば、占有者はその利用権

54) 借主に関しては最も明らかである。French *Code Civil* a 1881; Austrian *ABGB*§978 and 979; Swiss *OR* a 306 III; Spanish *Código Civil* a 1744; Italian *Codice Civile* 1805 II; 既にPrussian *ALR* I 21§§251ff—受託者による合意なき使用 : Austlian *ABGB*§965; Swiss *OR* a 474 II.

55) §678.

56) Australian *ABGB* §1311 (last case) ; Swiss *OR* a 420 III; Prussian *ALR* I 13§249.

57) Cf §18 German *StGB*.

58) Liebs *Lateinische Rechtsregeln* (1986) nr V 16; Kollmann 1914 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 46-106.

59) Cf eg Pomponius *D* 50 17 36: 「汝に帰属しないか、又は関与しないことに干渉することは過失である」。

を踰越したとき、不可抗力 *vis maior* を含む偶発的損害の危険を引き寄せる。最も重要なものにだけ言及してみよう。貸借に関する法源は最も特殊である。誰かが友人との食事に用いるために銀の皿を借りるが、しかしその後それらを持って国外に旅行をする。彼は、たとえそれが強盗と敵の軍隊、難破や海賊行為によるものであっても、どんな損害に対しても責任を負う⁶⁰。ウルピアーヌスによる以下のテキストはとりわけ有益である。誰かが国の自分の荘園まで乗って行くための馬（又は彼と一緒に行く奴隷）を求めるが、しかしその後それと一緒に軍事行動に参加する。彼もまた責任を負う⁶¹。しかしながら、戦場での死は、もし貸主がそうした危険な利用にも同意していたとすれば、貸主の危険である。また建築現場の足場から落ちる奴隷に対する責任は、奴隷を足場の上で雇用する契約上の合意があったか地上でだけであったかに依存する。

危険の配分はしたがって契約（何が意図されたか *quod actum est*）に、より正確には、危険な種類の利用に対する貸主の同意の範囲に依存する。ポンポーニウスもまた実に明瞭である。即ち、特定の騎乗のために馬を貸す者は、もしその馬が非常に虚弱なため合意された距離に耐えず過労となる場合、責任を負わなければならない⁶²。

賃約 *locatio conductio* に関する類似の諸事例が存在する。賃借人は一定の最大重量までロバに荷を積むことができるが、しかしながら彼がそれを超過する場合⁶³。ある人がその契約上の義務を無視して若い奴隷を国外に連れて行くことによって彼を教育し、そしてそこでその奴隷は敵によって捕まえられるか伝染病によって死亡する場合⁶⁴。不動産賃借人

(60) Gai *D* 13 6 18 pr; 44 7 1 4; *Inst* 3 14 2 *in fine*.

(61) *D* 13 6 5 7.

(62) *D* 13 6 23.

(63) Alfenus *D* 19 2 302.

が一定の建物の中で火を点けるのを禁止されている場合。もし彼が合意に違反するならば、彼はどんなさらなる過失とは無関係に火によるどんな破壊に対しても責任を負う。もし彼が無害な火をもつことを許されている場合は、事情は別である⁶⁵。もし不動産賃借人が契約上の約定に反して都市の家の中に干草を保管することを許容するならば、彼は責任を負うので、それに火を点けたのが彼自身の使用人か他人の使用人かは重要ではない⁶⁶。海運業の場合、*versari in re illicita* [不法を犯した者は、そこより生じる一切の責任を負うべし] のさらなる諸事例は、別の船舶に合意されていない船荷を荷積みし後に沈没する場合⁶⁷。船舶の（少なくとも一時的な）押収の結果となる密売品の運送の場合⁶⁸。運送貸付があるにもかかわらず、合意された出港時期を逸し、船舶を危険な冬の嵐に巻き込み難破を惹き起こす場合⁶⁹である。

「仕事引受における過失」（引き受けた過失 *Übernahmeverschulden*）（p. 330）の周知の概念は、これらのような場合に、彼が増大した危険において物（p. 379）を違法に利用することに関連する占有者の「目的物の利用における過失」（利用の過失 *Einsatzverschulden*）とパラレルである。そしてそれはどんなさらなる結果に対しても直ちに彼に責任を負わせる。なぜローマ人が使用窃盗 *furtum usus* について非常に敏感だったかを我々が十分に理解するのは、主として偶発的損害に対する責任の効果のゆえである⁷⁰。そしてもしここで（不可抗力 *vis maior* を含む）事変 *casus* に対する責任が

(64) Ulpian *D* 19 2 13 3.

(65) Ulpian *D* 19 2 11 1 and 9 3; Prier “Tenants Liability for Damage to Landlord’s Property” 1978 *SZ* 232 246ff.

(66) Ulpian and Hermogenian *D* 19 2 11 4 and 12; Frier 249.

(67) Ulpian *D* 19 2 13 1.

(68) *D* 19 2 61 1; Diocl *C* 4 33 4[3].

(69) Scaev. *D* 45 1 122 1.

(70) Cf Gai. 3 196f.

契約違反の結果であるならば、他方では、占有者が特別の約定によってかかる厳格責任を明示的に承認するのを妨げるものは存在しない。それゆえバルドゥスによって創り出された原則、即ち *casus fortuitus in nullo contractu praestatur* [偶然の出来事はいかなる契約においても保証されない] は幾つかの例外に服する⁽⁷¹⁾。

5 ドイツ民法典第603条【訳注14】によれば、借主 (borrower) は約定された以外の方法で関係する物を用いることは許されない。この規則は、(立法者が常にさけるべき) 制裁を伴わない不完全な法律 *lex imperfecta* である。法典は違反の効果について沈黙したままである。より最近の授業では、もはやイエーリングの過失の学説によってさほど強い影響を受けていない。ここでは遅滞中の債務者の厳格責任 (ドイツ民法典の第287条第2文【訳注15】) のアナロジーが引き合いに出される⁽⁷²⁾。これは支持されなければならない。なぜなら、時間と行為における利用の超過は非常に類似しているからである。普通の責任が訴訟係属後に遅滞の場合に厳格責任に変化する限り、利用権の実際の超過はもしその法的本質が故意の遅延と同等であるならば、同じ効果をもたなければならない。

その所有物を自由に処理する所有者の権利は、どんな危険にその物をさらすのを欲するかを決定するのが所有者であることを意味する⁽⁷³⁾。契約に反する危険の過失的な増大、とりわけ損害を防止するために予定されている利用の制限に関する契約上の約定の違反は、占有者が偶発的損害の危険を負う結果にならなければならない。

(71) Liebs nr C6.

(72) Hasse in Münchener Kommentar zum BGB (1980) §602 Nr 3; Reuter in Staudingers Kommentar (1982) §602 Nr 3, §603 Nr 3. 異なる意見だが (彼の主張に反して) 一般的な意見ではない: Larenz.

(73) Cf §903 *BGB*.

V. 結論

1. 要約は簡潔にすることができる。*Casum sentit dominus* [所有者が危険を負担する] は所有者がその物を自由に処理できる限り、又はそれが彼の同意により誰か他人の領域にあって、その当事者がその占有権の限界を遵守するときに適用することができる。物の有責な留置 (遅滞)、財産権の故意の (即ち犯罪的な) 侵害 (*fur semper in mora, etc.* [盗人は常に遅滞にあり] 等)、そして最後に占有者による有責なその利用権の逸脱 (*versari in re illicita* [不法を犯した者は、そこより生じる一切の責任を負うべし]) の場合は、所有者ではなく、その他の占有者が偶発的損害の危険を負担する。

2. それで、ここで取り扱われるローマ法原則は、これまで法典化された大陸ヨーロッパの内部でもその活力を維持してきた。そのうえ我々は難しい責任の諸問題 (とりわけ訴訟係属後の通常の責任と遅滞における厳格責任の区別) における偶然の一致に驚く。そしてその礎石は紀元前のずっと以前にローマ人によって据えられた⁽⁷⁴⁾。ラテン語法格言や「プロカルディカ」【訳注16】は、法典化よりも一層永く続いている。それらは制定法が放棄してしまった永続性の守護者であり続ける (“ils demeurent les gardiens de la pérennité qui a déserté la loi” [「それらは法律を脱した永続性の擁護者であり続けている」])⁽⁷⁵⁾。*Fur semper in mora* [盗人は常に遅滞にあり] が制定法の単調な条文番号よりも我々に一層多くのことを意味する⁽⁷⁶⁾理由は、まさしくラテン語の言い回しとその規範を通 (p. 331) (p. 380)

(74) その意見をパウルスが *D 13 7 30* (上掲 III 3) で報告する共和政期の法学アルフェヌス・ウォルスは、39 BC における *consul suffectus* だった。

(75) Roland-Boyer *Locutions Latines et Adages du Droit Français Contemporain* (1979) préface.

常の法律用語から目立たせ記憶しやすくしているからである。それゆえ、伝統的な法格言準則 *regulae iuris* がより最近のドイツの教科書から徐々に姿を消していることは遺憾な能力の低下を意味するのであって、我々にはもはやラテン語文の引用が存在しない今日の法について語っていると考える人々の誤謬を強化するだけである。

(76) Cf §848 *BGB*.

〔訳注〕

1. *Casum sentit dominus* の法格言を「所有者が危険を負担する」と訳出する。とりわけ、*casum* の訳語については注意が必要である。その点、「所有者が事故損害を負担する」（E. ドイチュ／H.-J. アーレンス著、浦川道太郎訳『ドイツ不法行為法』p. 2）の訳文は、*casus* [*casum* は *casus* の対格] の含意を的確に捉えている。しかし、不法行為法の領域に限れば「事故損害」でよいが、危険負担の制度との関連が想起されにくい難点があるように思われる。ここでの *casus* が事変、いわゆる天変地異を主として表現する語であることに留意しつつ、「危険」の語を使用したい。なお、〔訳者あとがき〕を参照。
2. 『学説彙纂』第9巻第2章第52法文第4節（D 9 2 52 4）「何人かがボール遊びをしているこの場合を例にとってみよう。彼らの中の一人が若い奴隷がボールを捕まえようとしたとき、彼を押し倒したので、彼は転倒して脚を骨折した。奴隷の所有者は、奴隷を押し倒した人を訴求することができると思うかどうか尋ねられたとき、私はそれは私には純粋に偶発的な侵害であるように思われるので、彼は訴求することができないと回答した」。
3. 『学説彙纂』第48巻第19章第11法文第2節（D 48 19 11 2）「犯罪は、故意によって、衝動によって、事故によって犯される。ギャング団を構成する強盗は故意によって犯罪をなす。酔って衝動によって拳骨や刀剣に訴える者は、衝動によって犯罪をなす。他方、狩りの途中で野獣に投げつけられた槍で人が死んだ場合は事故によってそうする」。
4. 『学説彙纂』第47巻第9章第9法文（ガーイウス）（Gaius D 47 9 9）
「建物又は住居の傍に置かれた積み上げられた穀物の山を焼き払う者は、発見され、鞭で打たれ、もし即ち彼の行為が故意かつ意識的な場合、火刑に処すよう命令される。しかしながらもし彼が偶発的に、即ち過失によってそれをなした場合、その不法行為を賠償しなければな

らない。もし彼的手段が不適當である場合、より軽く処罰されるべきである。「建物」の表現は、あらゆる形態の「建物」を含む。

5. 本翻訳では、*rei vindicatio* の訳語について、請求権概念が成立したドイツ法の場合は、「所有物返還請求権」とし、ローマ法の場合は、「所有物取戻訴訟」と訳し分けた。
6. Ulp. D. 4. 2. 14. 11. 「処罰を受けるよう強制され、没収を申し渡された人の側に悪意や過失なしに、奴隷が失われた場合の法律状態はどうか。この場合、もしその判決を強制する訴訟が提起される時よりも前にその奴隷が死亡するならば、没収の申し渡しは、その財産の価値を含まないであろう。というのも、原告はその違法行為のために3倍の罰金で満足するよう強制されるからである。さらに、もしその奴隷が逃亡したと申し立てられるならば、原告は、その奴隷を追跡し、どんなことがあってもその奴隷を返還することを約束する担保 *cautio* を提供することを強制される。これにもかかわらず、その人に暴力が用いられた人は、奴隷の主人が抗弁によって奴隷を取り戻す結果とともに、逃亡奴隷を取り戻すために係属する対物訴訟又は生産物訴訟その他を継続するであろう。これが没収の申し渡し後の法律状態である。しかしもしその奴隷が、被告の側の悪意や過失なしに判決前に死亡する場合、後者が〔その危険を〕負担するであろう。そしてこのことは布告の以下の文言で規定されている。『またその財産は裁判官の決定に従って回復されない』。それゆえ、もし奴隷が被告の側に悪意や過失なしに逃亡するならば、彼がその奴隷を追跡し回復するという約束が裁判官によって与えられなければならない。また被告の側に過失が存在しなかった場合、彼はもし仮に強迫の行使なかったとすれば、その財産が消失しなかったであろう場合に、暴力を理由とする特示命令 *interdict unde vi* 又は暴力や窃盗に対するそれに基づく法律状態と同様に、依然として〔その危険を〕負担することになる。それゆ

え、時として誰かは、もし仮に彼が暴力に服していなかったとすれば、彼がその奴隷を売ったであろう、死亡した奴隷の値段を回復する」。

7. ドイツ民法典は、2001年に改正されているが、本稿で示されるドイツ民法典の条文は改正前のものである。

ドイツ民法典第987条〔訴訟係属後の用益〕

「占有者は訴訟係属後に収取した収益を所有者に返還しなければならない。

占有者が訴訟係属後に通常の経営法則上収取した得べかりし収益を収取しなかった場合において、占有者はその責めを負うべきときに限り、所有者に対して賠償の義務を負う」。

8. actio in rem. 損害賠償などでなく、物自体の取り戻しを目的する訴訟。

9. ドイツ民法典第848条〔物の侵奪における偶発責任〕

不法行為によって他人から侵奪した物を返還する義務を負う者は、その物の偶発的滅失、その他の事由により生じた偶発的返還不能又は偶発的毀損についても責めに任ずる。ただし、侵奪がなくても、滅失、その他の返還不能又は毀損が発生したであろうときは、この限りでない。

10. ドイツ民法典第2編第644条1項〔危険負担〕

請負人は仕事の引取りがあるまで危険を負担する。注文主が受領遅滞に陥っているときは、危険は注文主に移転する。注文主の提供した材料の偶発的滅失及び偶発的毀損については、請負人はその責めを負わない。

11. ドイツ民法典第732条〔目的物の返還〕

組合員が組合に利用させた目的物は、これをその組合員に返還しなければならない。組合員は、偶発的に滅失又は毀損した目的物については、賠償を請求することができない。

12. ドイツ民法典第548条〔約定の使用による損耗〕

使用賃借人は、約定の使用によって生じた賃借物の変更又は毀損について、その責めを負わない。

13. ドイツ民法典第602条〔物の損耗〕

約定の使用によって生じた物の変更又は毀損については、借主はその責めを負わない。

14. ドイツ民法典第603条〔約定の使用〕

借主は借用物について契約で定めた以外の使用をなすことができない。借主は貸主の許諾を得ないで物の使用を第三者に委ねることができない。

15. ドイツ民法典第287条〔遅滞中の責任〕

債務者は遅滞にある間は総ての過失についてその責めに任ずる。債務者は遅滞中事象によって生じた給付不能についても責めに任ずる。但し適時の給付あるも尚損害が生ずべかりしときはこの限りでない。

16. 「中世ラテン語。本来は、中世における法諺的法規で法源のはっきりしないものを言う。しかし、この語は、註釈学派以降、典拠たるテキストから一般的法規を抽象することを一不適切かつ奇妙な表現だが一示すのに用いられた。Stintzing (-Landsberg) I S. 108によれば、このプロカルディカは、「註を附する connoto」の一種とされている」(F. ヴィーアッカー著／鈴木禄弥訳『近世私法史』p. 69)。

〔訳者あとがき〕

1. 凡例

- (1) ＊アスタリスク及び例えば(1)など丸括弧は原著の注であり、脚注としてページの下部に置いた。
- (2) 〔 〕 亀甲括弧は、訳者の補足的な注であり文中に置いた。
- (3) 訳注は、例えば【訳注1】のように表示し、末尾にまとめて置いた。

- (4) 欄外の 〈 〉 は論文のページ数, () は著書のページ数を示す。
- (5) 原文の強調以外のイタリック (書名, 法典名, 引用など) は, 煩わしさを避け下線等を施さなかった。小見出しはゴシックとした。
- (6) 『学説彙纂』については, Alan Watson, *The Digest of Justinian*, 1985を参照した。

2. 原典について

この邦訳の原典は, Andreas Wacke, ‘Casum sentit dominus: Liability for accidental damages in Roman and modern German law of property and obligation’, 1987, *Journal of South African Law*, 318-331である。後にこの論文は, スペインの出版社から発行されたヴァッケ名誉教授の論文集 Andreas Wacke, *Estudios de Derecho Romano y moderno en cuatro idiomas*, Madrid, 1996, pp. 367-380に収録された。原典は, このように論文と著書の2つがあるが, 基本的には内容的な異同はない。ただし, 論文にあった1か所の誤植 (論文 p. 326の小文字 t) が著書では大文字の T に正しく訂正されている。実は, 訳者はこの論文が著書に収録されている事実を知らず, 2010年2月のヴァッケ名誉教授からの私信で初めて知ることができた。さらに, 本邦訳の原典である英語版テキストの由来については, 本邦訳の冒頭の原著の注が重要である。即ち「本稿は『ハインツ・ヒューブナー記念論文集 *Festschrift Heinz Hübner*』 (ベルリン/ニューヨーク1984年) 669-695所収の私のドイツ語の論文「危険増大化による占有者の有責性 *Gefahrerhöhung als Besitzerverschulden*」の縮約・改訂英語版である。そしてそれについて私は, さらに個々の点に関して言及する。以下のテキストは, ケープタウン大学とプレトリア大学で1986年4月にゲスト講演として述べられたものである」と。要するに, 本論文は, もともとドイツ語で書かれた論文の縮約・改訂英語版である。

3. 著者の略歴及び業績

本論文の著者のアンドレーアス・ヴァッケの略歴及び業績については、インターネット上で Homepage Andreas Wacke を検索すれば、彼の CV がダウンロードできる。ここでは、それに基づき著者の略歴及び業績を簡単に紹介する。

本論文の著者のアンドレーアス・ヴァッケは、1936年にプレスラウに生まれ、ミュンスター、ハンブルク及びバヴィアで法学を学んだ。ハンブルグで2回の司法国家試験合格し、1962年に同じくハンブルグでマックス・カーザーの指導下で博士号取得し、さらに1971年にテュービンゲンのディーター・メディクスの指導下で大学教授資格取得した。1973年から2001年まで(約20年間)ケルン大学のローマ法、民法及び民事訴訟法の正教授並びにローマ法研究所の名誉所長を務め、現在はケル大学名誉教授である。

彼はローマ法、民法及び民事訴訟法にわたるこれら3つの領域で300以上の業績を公表している碩学である。上記の CV は、彼の業績を次の A～O の14種類に分類する。即ち、A. Monographien, B. ローマ法と法制史, C. 書評：法制史的作品, D. 辞典項目, E. 現行民法及び民事訴訟の論文, F. 現行法に対する評論, G. 学会報告, 祝辞, 弔辞等, H. 法格言解説, I. シリーズ：法律用語, K. 編者, 訳者, 企画編集顧問, L. 主査として指導した博士論文と修士論文, M. 指導した教授資格取得論文, N. 論文集『4つの言語におけるローマ法と現代法の研究 *Estudios de Derecho romano y moderno en cuatro idiomas*』の内容, O. 記念論文集／祝辞, がそれである。ここで B～O に掲げる多数の論文等の紹介は割愛し、A. モノグラフィー Monographien のみを掲げるにとどめる。

A. Monographien

- (1) *Actio rerum amotarum*. Entwendungen unter Ehegatten nach römischem Recht. Forschungen zum Römischen Recht, hrsg. von Kaser, Kunkel,

Wieacker; Böhlau-Verlag Köln-Graz, 17. Abhandlung 1963/64) XVI, 164 Seiten.

- (2) Das Besitzkonstitut als Übergabesurrogat in Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik - Ursprung, Entwicklung und Grenzen des Traditionsprinzips im Mobiliarsachenrecht. Heft 77 der Neuen Kölner Rechtswissenschaftlichen Abhandlungen, Hanstein-Verlag (Köln 1974) VIII, 118 S.
- (3) Estudios de Derecho romano y moderno en cuatro idiomas. Madrid, Fundación Seminario de Derecho romano 'Ursicino Alvarez', 1996, 579 S. (zum Inhalt vgl. unten Abschnitt N).
- (4) *Pecunia in arca*. Università degli Studi di Lecce. Italienische Übersetzung von Nr. B 103 durch Francesca Lamberti. Mit einem Vorwort von ihr und von Francesco Grelle. Arco-Verlag (Lecce 2002) 77 S.
- (5) *Unius poena – metus multorum*. Abhandlungen zum römischen Strafrecht (Antiqua, a cura di Luigi Labruna, 2008), ca. 320 Druckseiten.

4. 本邦訳の意義

最後に、本邦訳の意義を簡単に記しておきたい。本邦訳は、訳者が進めている民法の私的所有法と契約法の比較法制度史的研究の一環をなすものである。即ち、民法は原理的には私的所有法と契約法の2元的法的保護(権利法的保護と責任法的保護)のメカニズムとして捉えることができるが、この原理的構造の歴史具体的な在り様を比較法制度史的に確認していくことが訳者の研究課題である。

ところで、*casum sentit dominus* の法格言は、最近盛んに好んで引用される法原則である。とりわけ、不法行為法の領域においても引用されている例が目につく。例えば、いくつかの教科書を挙げれば、窪田充見『不法行為法』(有斐閣、2007年) p. 2, ドイチュ/アーレンス著、浦川道太郎訳『不法行為法』(日本評論社、2008年) p. 2, 潮見佳男『不法行

為法』（信山社、2005年）p. 456, 同『不法行為法Ⅱ〔第2版〕』（信山社、2011年）pp. 236, 239などがそれである。訳文としては、窪田は「所有者が危険を負担する *casum sentit dominus.*」, ドイチュ著の浦川訳では「所有者が事故損害を負担する *casum sentit dominus.*」, 潮見は「所有者が物の危険を負担する *casus sentit dominus.*」とそれぞれ訳出する。*Casum* を窪田は「危険」, 浦川は「事故損害」, そして潮見は「物の危険」と訳出している点が特徴的であり, とりわけ潮見は *casus* と表記する。この *casus sentit dominus* という表記は, クリンゲンベルク著／瀧澤栄治訳『ローマ債権法』にも見られる。次に, この法格言が登場する場所については, 窪田とドイチュではいずれも不法行為法の著書の冒頭部分で現れるのに対して, 潮見では不法行為法の著書の冒頭部分ではなく, 民法717条の所有者の責任を危殆化責任として説明する際に現れる。しかも, 潮見は, その場合の危殆化責任の帰責根拠としてこの法格言を引用するという極めてユニークな論を展開している。しかし, この法原則(格言)は, 権利法的保護(川村泰啓教授のいわゆる「没」主体的な法的保護)として機能するのであって, 他人に対して与えた損害の責任を負う責任法的保護として機能するのではない。物に対して生じた損害であって, 物が他人に与えた損害ではない。潮見の見解については, その史的・理論的な根拠が今後より詳細に展開されることが期待される。また, 危険負担を「帰責事由に基づかない債務不履行」として説明する野村豊弘『民法法入門〔第5版補訂版〕』（有斐閣アルマ）や危険負担を「広義の債務不履行」に含める大村敦志『基本民法（2）債権各論〔第2版〕』（有斐閣）の説明など, 版を重ねる我が国の代表的な教科書の中には, 危険負担の法制度を権利法的保護ではなく, 責任法的保護として理解する傾向が見られる。

しかし, 以上のように我が国の研究において, 最近ドイツの学説を踏まえてこの法格言について言及するものが増加しつつあるにもかかわらず,

その本格的な深い研究は皆無であるといってよい。その意味で、本論文は今後の研究の出発点をなす極めて重要な論文であって、本論文を訳出する意義もそこにある。

とりわけ、*casum sentit dominus* の法格言が、単純にただ一つの場面で機能するのではなく、以下に示すように、基本的には、いわゆる危険負担の問題を取り扱う点では共通する。その意味では、私のいわゆる責任法的保護が問題となるのではなく、権利法的保護が問題となる。しかしこの権利法的保護の次元にあって、この *casum sentit dominus* の法格言は、ただ一つの場面ではなく四つの異なる場面において危険配分の原理として働くということ、この点をアンドレーアス・ヴァッケが本論文で具体的な事例を通じて詳細に指摘していることが重要である。

- (1) 公理のような事実の記述：少なくともまず最初に損害を被るのは所有者であるという公理のような事実の法律以前の記述。
- (2) *casus a nullo praestantur* [偶然事は何人にも責任なし]、即ち単なる偶然事は所有者以外の誰にも帰せられない。
- (3) この格言の限定 (特殊事例における危険負担)

① *periculum est emptoris* [買主が危険を負担する]

⇒危険負担における所有権者主義。これは、この法原則 (格言) が、純然たる所有 - 「非」所有の規範関係 (私的所有関係) の場で機能するのではなく、契約関係という特殊な規範関係の場で機能する場合である。その意味で、この原則 (格言) を限定する。しかも、ここでは、この法原則 (格言) は、契約関係から私的所有関係への転換点という特殊な場面で機能することに留意しなければならない。

② 有責性又は犯罪性による危険負担

- (i) 遅滞中の債務者の偶発的損害に対する責任 (物の有責な留置における危険負担)
- (ii) 窃盗の偶発的損害に対する責任。 *Fur semper in mora* [盗人は常

に遅滞にあり]（財産権の犯罪的な侵害における危険負担）

- (4) 所有者によって与えられた利用権の限界が遵守されないところに危険は移る。*Versari in re illicita* [不法を犯した者は、そこより生じる一切の責任を負うべし]（占有者による有責な利用権の踰越における危険負担）

このように、*casum sentit dominus* の法格言は、日本でのこの原則の引用におけるごとく、単に(1)と(2)に限られるのではなく、上記の4つの場面で危険配分の原理として機能していることが理解されるのである。

5. 謝辞

今回の邦訳に当っては、著者のアンドレーアス・ヴァック名誉教授から翻訳許可を得ることができた。翻訳許可を快諾された同名誉教授に感謝の意を表したい。

本翻訳については、査読者から幾つか改善点の指摘を頂戴したほか、校正の段階で、山形大学人文学部法経政策学科の小笠原奈菜准教授が翻訳原稿の全体に目を通し有益なコメントを寄せてくださった。お陰で訳稿を改善することができた。同准教授にも謝意を記しておきたい。なお、この4月から東北大学大学院法学研究科に進む気鋭の民法学徒菅沢大輔君の協力を得た。

（2013年1月31日脱稿，2月校正）

[付記]

本翻訳は、平成23年度科学研究費補助金（基盤研究（C）課題番号23530002）の助成による研究成果の一部である。