

# ドイツにおける債務不履行に基づく損害賠償請求権の要件としての帰責事由概念の展開（1）

半 田 吉 信

## 目次

- 1 はじめに
- 2 ローマ法
- 3 卑俗法
- 4 教会法：罪（Sünde）としての過失
- 5 中世法
- 6 人文主義と現代的慣用
- 7 後期スコラ学および自然法
- 8 自然法の法典編纂
- 9 パンデクテン法学（以上本号）
- 10 ドイツ民法（以下次号）
  - (1) ドイツ民法典起草時の議論
  - (2) 1900年民法典の下での展開
  - (3) 2002年債務法の下での展開
- 11 結びに代えて
  - (1) 比較法的考察
  - (2) 賠償責任論の地平
- 1 はじめに

債務者が履行を遅滞したり、その責めに帰すべき事由により履行が不能になったりすれば、従来の日本民法では、債務者はそれにより債権者

に生じた損害の賠償義務を負うものとされた。これは改正前民法415条の規定するところであった。同条は債務の本旨に従わない履行については債務者のそれに関する帰責事由を明文上の要件とはしていないが、民法起草後の判例は、この場合についても帰責事由を要件とすることを明らかにした<sup>(1)</sup>。これに対して今日では履行が不完全な場合の一つとされている担保責任では、明治民法の起草にあたっては、担保責任に基づく損害賠償請求権が売主、請負人等の無過失責任かどうかにつき議論があり、民法の明文上は過失が要件とされなかった。そのため最もよく議論された売主の瑕疵担保責任（改正前民法570条）についていえば、瑕疵担保に基づく損害賠償請求権も無過失責任であるが、賠償の範囲が信頼損害の範囲に留まるとする考え方が判例、通説となっていた。このようないわゆる法定責任説は昭和30年代以後ハーグ統一売買法草案などの影響を受けて学説上は次第に契約責任説にとって代わられていったが、この立場でも瑕疵による損害賠償責任は無過失責任とされた。ところで瑕疵ある物、サービスの給付を受けた者がそれによって受けた損害の賠償を請求しようとする1904年にドイツのシュタウプが唱えた積極的契約（債権）侵害論がわが国にも導入され、これは日本では不完全履行と呼ばれるのが一般的になったが、このような第三の債務不履行責任は20世紀にはドイツだけでなく、フランスや日本でも広く認められるようになった。そしてこの不完全履行責任あるいは積極的契約侵害による責任は、債務不履行責任を過失責任としているドイツや日本では当然のこととして債務者の悪意、過失を損害賠償責任の要件とすると解された。また日本では昭和50年代頃から担保責任に基づく損害賠償責任もまた、売主、請負人等の悪意、過失を一般的なその責任要件とすべきだとするいわゆる損害賠償責任二分説が唱えられるに至った。そしてこのような考え方は、2001年のドイツ新債務法における担保法制の基本的な立場となっているだけでなく、日本の2016年新債権法の担保責任制度にも影響を及ぼした<sup>(2)</sup>。

この日本の新債権法は、2006年頃から準備され、一定期間の審査や幾度かの国民の声を聴く手続き（パブコメ）を経、また国民各層の鑑定意

見や学者、実務家の論稿などによる批判、検討を重ねて成立したものであり、一般的には高い評価を受けているが、原案（債権法改正の基本方針）の頃から英米の基本的契約法ルールを導入するという特徴を有していた。本稿のテーマである、債務不履行責任ないし契約責任の問題についても同様であり、原案ではそれまでのドイツ法的な債務不履行に基づく損害賠償請求権の要件としてその帰責事由を要求する立場ではなく、英米法的な無過失責任主義を採用すべきことが宣明されていた。その [3. 1. 1. 62 (債務不履行を理由とする損害賠償)] は、債権者は、債務者に対し、債務不履行によって生じた損害の賠償を請求することができる」と規定し、さらに次の条文 [3. 1. 1. 63 (損害賠償の免責事由)] は、契約において債務者が引き受けていなかった事由により債務不履行が生じたときには、債務者は前条の損害賠償責任を負わない（1項）、債務者が [3. 1. 1. 54 (同時履行の抗弁権)] または [3. 1. 1. 55 (不安の抗弁権)] に定められた抗弁権を有しているときには、債務者は前条の損害賠償責任を負わないと規定する。英米法ではブリーチ・オブ・コントラクトの法理が中世以来採用されており、契約違反による損害賠償責任は債務者の悪意、過失を要件としていない。日本のこの原案の定めるルールは、従来の日本のルールである過失責任主義とは異なり、債務者が債務不履行による損害賠償請求をなしうるのは、その事由を債務者が引き受けていた場合である。従って、例えば特定物の売主が目的物を期限までに届けることができなかつた場合、改正前民法では、売主にそれについて帰責事由（過失）があるかどうかの問題とされた。帰責事由の限界も厳密に言えば確定しにくいところもあるが、要するに債務者に期待される履行努力を尽くしたか否かが問われた。これに対して原案では、債務者がその事由を引き受けたかどうかの問題となる<sup>(3)</sup>。取引慣行や黙示の引き受けも考えるとその周辺は必ずしも明確だとはいえないが、契約締結時に債務者がどの程度までのリスクを負担することを合意していたかが決定的になりそうである<sup>(4)</sup>。このような立場はむしろ英米法のルールに近いといえる。この原案に対しては、国民各界から賛否両論が寄せられたが、従来のドイツ法的な基準の支持者が多くみられ<sup>(5)</sup>、

最終的な成案では、債務者がその債務の本旨に従った履行をしないとき又は債務の履行が不能であるときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる、ただし、その債務の不履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでないとして規定された(改正後民法415条1項)<sup>(6)</sup>。これを見ると、改正規定では改正前の民法415条に基本的に同様のルールに戻ったといえそうに思える。両者の相違点は、主に帰責事由の較量要素が増加した点に求めることができるともいえる。しかし起草者の見解はそれとは異なる。すなわち新415条1項は、過失主義を定めたものではなく、原案と同じ立場に立つものである<sup>(7)</sup>。すなわち契約当事者間の合意に際してどのような事由を債務者が引き受けたかに従って債務者の負担する損害賠償義務の範囲、程度が定まるといっているのである<sup>(8)</sup>。新債務法公布後の起草者の解説書を読むと、新415条1項但し書きが従来わが国で採用されてきたドイツ民法的な債務不履行に基づく損害賠償請求権の要件として債務者が履行しなかったことについての帰責事由(故意、過失)を要件とするものではないことが明言されている<sup>(9)</sup>。ドイツの2002年新債務法は、保証責任と伝統的な故意、過失を要件とする損害賠償請求権を併存させる立場をとったが(276条1項)、日本の新債務法はそれをも乗り越えて、一挙に英米法的な無過失責任(保証責任)の立場を採用したわけである。しかし、起草者によるとこのような債務者の損害賠償責任は一定の免責事由の適用を受けることが留保されており、その事由は結果債務の場合結果の実現を妨げた事由の生じるリスクが契約において債務者の負担とされていなかった場合、例えば不可抗力や債権者に圧倒的な帰責性のある場合だとされている<sup>(10)</sup>。改正前の法と改正後の法を比較すると、既述のように法文の上で大きな違いはないように見えるが、実際にはドイツ的な賠償責任法制から英米法的な賠償責任法制へと転換を遂げたものといえる。

しかし筆者はこのような法改正には問題の余地があると考え。第一に英米法では原則的に債務者はこの場合無過失責任を負うが、古くから不可抗力免責の余地が認められている。日本の新債務法はこのような法

制に結果的に帰一するように見える。しかし、この不可抗力免責の法理は日本民法上は明文の規定がない。そうすると結果的に余儀ない事情で給付をなしえなかった債務者を不当に苦しめることになる可能性が出て来る。特に不可抗力免責も契約上合意されていることが必要だということになるとその懸念は一層強まる。第二に、新法の下で債務者がその債務の不履行が契約その他の債務の発生原因および取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由によることを証明した場合、債務者が契約上債務の履行を保証したものでないこと、あるいは債務の履行を保証したことが（不意打ち条項に触れる場合など）債務者に帰しえないことを意味するとすれば、これは約款規制の問題であって、特別にこの箇所に規定する意味がないのではないかが問題になる。そもそも賠償責任を負うような債務を負担したことについて帰責事由（過失）があるという問題を立てうるのであろうか。契約上合意した債務を履行せず、または不完全に履行したこと自体が（そのような状況に陥った債務者の個別的事情を問わないで）債務者の帰責事由だという議論は、（結果債務に限るとしても）厳格責任説そのものであって採用すべき限りではない。第三に、改正前415条は、債務不履行に陥っても帰責事由がなければ賠償責任を負わないというルールを定め、それが他の特別法上の債務不履行の場合（商577条（運送人の責任）、会社355条（取締役の責任）など）にも適用されていたが、改正後415条1項が無過失責任のルールを定めることによりこれらの特別法上の債務不履行にいかなる影響を及ぼすかの問題がまだ十分に解決されていないのではないかという問題もある。

本稿は、これまでわが国の民法が採用してきた過失責任主義のルールがもともとドイツ民法に由来することから、ドイツ民法の過失責任が歴史的にどのようにして生成してきたかを辿る目的で執筆されたものである。従って、新法が起草者のいうように伝統的な過失責任主義への決別を告げるものであれば、実務上はあまり意味を有さないものとなる。しかし既述のように改正後415条1項は、改正前の規定と少なくとも法文上の連続性を有しているし、改正後415条1項の規定は、上記のように

趣旨が不明瞭で論争の余地を残しているように思われる。新法415条1項但し書きの、その債務の不履行が「取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは」という法文が立法者の意思に反して、衡量事情が債務者が契約時に引き受けた諸事情に限られないとすれば、従来の帰責事由に関する議論と大きく異ならないとみる余地もでてくるのではないだろうか。以下には復古主義というのではなく、少なくともこれまでわが国で100年の長きにわたって実務上特に問題とされることなく適用されてきたドイツ法の賠償責任ルールがどのようにして生成したのか、またローマ法以来の賠償責任ルールはどのようなものであったのかを資料にあたって明らかにし、もって過失主義の可否を検討するための素材を提供したい<sup>(11)</sup>。

〈注〉

- (1) 大判大正10・5・27民録27輯963頁、大判大正10・11・22民録27輯1978頁、大判大正14・2・27民集4巻97頁。学説としては、我妻栄・新訂債権総論(昭和42年)100頁、柚木馨・高木多喜男・判例債権法総論[補訂版](昭和46年)88頁以下、前田達明・口述債権総論[第3版](平成5年)134頁-135頁など。しかし学説上はつとに、結果的債務の場合は無過失責任を認めてよいとするもの(川島武宜・債権法総則講義第一(昭和23年)100頁)やドイツ式の帰責事由を要件とする立場からフランス式の帰責性(imputabilité)(外部原因)への転換を説くもの(吉田邦彦「債権の各種—「帰責事由」論の再構成—」星野編・民法講座別巻(1990年)48頁以下。同旨:淡路剛久・債権総論(2002年)146-147頁)などの見解も主張されていた。
- (2) 瑕疵担保責任が契約責任的に理解されるようになってきた経緯と債権法改定前後のそれをめぐる議論については、野沢正充編・瑕疵担保責任と債務不履行責任(2009年)など参照。
- (3) 立法者によればその論拠は、過失責任主義が実際には裁判規範として機能していないことに求められる(内田貴・債権法の新時代「債

債権法改正の基本方針」の概要（2009年）83頁、同・民法改正（ちくま新書）（2011年）137頁以下、潮見佳男・債務不履行の救済法理（平成22年）134頁-135頁参照）。原案のこのような立場に対してつとに弱い立場にある当事者にとって不利な結果になることが指摘されていた（大阪弁護士会・実務家からみた民法改正—債務法改正の基本方針に対する意見書（別冊NBL131号）（2009年）92-93頁、中村博「損害賠償ルールの混乱に憂慮 受け入れがたい過失責任主義の放棄」ビジネス法務2009年8月号79頁、林邦彦「契約責任の現代化 債務不履行に基づく損害賠償責任の免責事由 契約の解除、瑕疵担保責任」自由と正義2009年9月号32頁-33頁、拙著・ドイツ新債務法と民法改正（2009年）338頁以下、高須順一・民法（債権法）改正を問う—改正の必要性とあるべき姿—（2010年）34頁-38頁、山本健司「債務不履行による損害賠償について」ジュリ1423号（2011年）85頁、商事法務編・民法（債権関係）部会資料集第1集〈第1巻〉（2011年）130頁〔西川康一〕、132頁〔大島博〕、児玉隆晴・やさしく、役に立つ改正民法（債権法）（2017年）21頁-23頁）。

- (4) 原案の起草者は、その論拠を契約の拘束力に置いた（民法（債権法）改正検討委員会編・詳解債権法改正の基本方針Ⅱ（2009年）251頁）。
- (5) 加藤雅信・民法（債権法）改正—民法典はどこに行くのか（2011年）18頁以下、同・迫りつつある債権法改正（2015年）138頁以下参照。
- (6) 本条項は、2013年3月に公表された中間試案では、債務不履行による損害賠償の免責事由は、契約による債務不履行の場合は「当該契約の趣旨に照らして債務者の責めに帰することのできない事由によるものであるとき（第10. 1(2)）」、契約以外による債務の不履行が、その債務が生じた原因その他の事情に照らして債務者の責めに帰することのできない事由によるものであるとき（第10. 1(3)）」とされており、不可抗力等の履行障害事由が免責事由であることは明記されていたが、契約による債務不履行とそれ以外の場合とに分

けて規定され、かつ2016年法のような「及び取引上の社会通念に照らして」の文言は入っていなかった。内田教授によると、ここにいう契約の趣旨とは契約書にどのように書かれていたかを基準とするというのではなく、契約の性質、契約をした目的、契約締結に至る経緯を含む総合的な判断に加えて、取引通念まで考慮して定まるものだと解説されるが、同時に契約の中で（暗黙に）行われたリスク分配を考慮して判断するとも述べていて（内田貴・民法改正のいま（中間試案ガイド）（2013年）120頁-121頁）、契約の内容ないし契約書の記載が重要なファクターとなることを否定していないように思われる。この中間試案に対しては、債務不履行の帰責事由との関係が不明確だ、不法行為規範との関係も明らかでない、これまでも合意内容が個別的に検討されてきた等として消極的な見解もまた寄せられた（長坂純「債務不履行による損害賠償」（明治大学）法律論叢86巻2・3号（2013年）80頁、田中教雄「債務不履行における過失責任の原則について」（九州大学）法政研究78巻1号（平成23年）141頁-142頁など）。

- (7) 潮見佳男・民法（債権関係）改正法案の概要（2015年）60頁。渡辺達徳「債務不履行」法時86巻12号（2014年）23頁-25頁参照。
- (8) 履行補助者の行為による債務者の責任も、従来は債務者の過失に準じる事由として説明されていたが、改正法では契約に第三者を使用することが組み込まれているか否かで、すなわち契約解釈によって債務者の責任が判断される（潮見佳男・契約責任の体系（2000年）235頁以下、同・新債権総論 I（2017年）407頁以下、森田宏樹・契約責任の帰責構造（2002年）164-169頁、平野裕之・債権総論（2017年）114頁、中舎寛樹・債権法（債権総論・契約）（2018年）91頁）。
- (9) 潮見・新債権総論 I 379頁。
- (10) 潮見・新債権総論 I 381頁以下。2016年の債権法改正後出版された解説書、教科書も概ねこの立場に従っている：中舎・前掲書27頁-28頁、山本敬三・民法の基礎から学ぶ民法改正（2017年）114頁、潮見他編著・Before/After民法改正（2017年）113頁〔渡辺達徳〕。



(11) ドイツの過失主義がどのようにして生成したのかについてドイツルール大学法学部のヴィンデル (Windel) 教授に適切な資料の提供をお願いしたところ、「ドイツ民法典歴史的、批判的注釈書 (Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. II, 1. Teilbd., 2007)」を紹介していた。以下の本稿の本文の記述の多くは、同書の該当部分を基礎としていることを御了解いただきたい。なおドイツにおける不法行為責任の要件としての過失概念の展開については、潮見教授による詳細な研究がある：潮見・民事過失の帰責構造 (平成7年) 109頁以下。

## 2 ローマ法

### (イ) 厳格責任と過失責任

12表法の時代の古代ローマの社会では刑罰と賠償の違いはまだはっきりしていなかった。不法行為上の請求権は私的な刑罰訴権の枠内で主張することができ、原告が被告により提供された罰金を取得することにより賠償を得られた。紀元前287年以後のアキリア法 (lex Aquilia) が、刑罰訴権と損害賠償訴権を区別した。契約上の責任訴権については、すでに古代バビロニアの法律 (ハンムラビ法典) が、家畜の群れの賃借人または番人 (受託者) が家畜の返還について厳格責任を負担するが、不可抗力の場合は例外となるとした (254条 (悪意のある場合は倍額償還)、263条)<sup>(1)</sup>。かような厳格責任は請負契約の場合にも適用された。ハンムラビ法典には、受託者が過失のある場合にのみ責任を負うという法文もあるが (267条)、これは後代の挿入であり、厳格責任と過失責任が併存していたと推定されている。古代ローマ法でも契約責任は同様な状況にあったと考えられている。外部的な、債務者によって支配されえない出来事または債権者の危険領域に属する事情のみが債務免責的に作用した<sup>(2)</sup>。

シェールマイヤー (Schermaier) によれば、ローマ法源では、厳正法上 (iudicia stricti iuris) 債務者が不履行につき責めを負う、または

債務者側の事実により給付できないという言葉は、債務者の責任が契約上の義務自体に基づくのではなく、その特別の態様に由来することを示す (Paulus D. 45. 1. 91pr.<sup>(3)</sup>)。債務者が故意に行動したという誠意訴訟 (bonae fidei iudicia) の枠内で主張された非難が、この方向でより明らかに示す (Proculus D. 18. 1. 68. 1<sup>(4)</sup> ; Pomponius D. 19. 1. 6. 9<sup>(5)</sup>)。おそらくアキリア訴訟を参考にした過失 (culpa) 概念の導入により (古典期の初めに生じたといわれる)<sup>(6)</sup>、責任標準の説明が柔軟化した。軽過失 (culpa levis) と重過失 (culpa lata) が区別されるだけでなく、当初の責任範囲を一部補充するために事例の特別の関係に従った、債務者の特定の態様が問題とされるようになった。その結果債務者の免責の標識として二つのものが登場する。一方では、債務者が給付障害を妨げることができず、かつ相当な危険を引き受けなかった場合、責任が生じない (Ulpianus D. 13. 6. 5. 7<sup>(7)</sup>)。他方において彼が特定の方法で行為したかどうかが決定的な意味を有する<sup>(8)</sup>。

この固有の客観的責任と主観的責任、すなわち、一方では厳格な、事件 (casus) によってのみ制限を受ける履行責任と他方では注意義務に志向する責任との絡み合いがローマの給付障害法の特徴である。近代ではこのような外見上重なり合うまたは相互に矛盾する標識の調和的解決が試みられた。ハンムラビ法典のようにローマの給付障害法は単一ではない。責任原則の二重化は二つの側面の判断から生じる。債務者の厳格な履行責任は何らかの方式で制限されねばならない。それには事件の概念およびそれに包摂される不可抗力の概念が役立つ。しかし、債務者が具体的な事例で責任を負うか否かは、債権者の利益との考量においてのみ探求される。かような考量の一般化されたモデルとしての受益主義は、例えば以下のような定式が示す。債務者が契約の履行からいかなる利益も得ずまたは明らかに債権者よりも少ない利益しか得ない場合、彼は外部的な、支配しえない出来事によって始めて免責されるのではなく、彼が不履行にもかかわらず、具体的な事例で必要な注意を遵守した場合に既に免責される (Ulpianus D. 13. 6. 5. 2<sup>(9)</sup>, Modestinus Coll. 10. 2<sup>(10)</sup>)。従ってかような場合債務者は給付結果に対してだけでなく、何らかの程

度まで結果のために努力することに対して責任を負う。確かに債権者の利益と債務者の利益との考量は、もっぱら義務を終了させる事件からもまた定式化されうる。債務者に帰責事由がないことは、事件とみられる。しかし、ローマ法源は異なった形象を与える。それは通例債務者に要求される注意の程度を明らかにし、不可抗力による債務者の免責をそれに対置させる<sup>(11)</sup> (Ulpianus D. 50. 17. 23<sup>(12)</sup>)。この二重化は訴訟上もまた条件づけられた可能性がある。債務者が、彼が給付すべき物が滅失したという理由でもはや給付をなしえなかったことを証明しえた場合、訴訟上は債務者がそれでもなお責任を負うかどうかのみが問題になる。厳正法訴訟の場合は、債務者がもはや給付しえないことが債務者の側に帰するかどうか (Modestinus D. 12. 1. 35<sup>(13)</sup> ; Modestinus D. 31. 32. 5<sup>(14)</sup>)、誠意訴訟の場合は、債務者が誠意に反して行為したかどうかが問題になる (Ulpianus D. 26. 7. 5. 7<sup>(15)</sup>)。債務者は多くの事例でこの立証責任を軽減されたが (Ulpianus D. 26. 7. 7pr.<sup>(16)</sup> ; Ulpianus D. 17. 1. 8. 9<sup>(17)</sup>)、時間の経過とともに、決疑論に基づいてその責任を理由づけまたは存続させる債務者の特定の類型的な行為態様が展開した。かような行為態様として、無知 (imperitia)、怠慢 (neglegentia) または注意 (diligentia) の特定の程度の違反が当てはまる<sup>(18)</sup>。

かくして厳格責任、すなわち不可抗力によってのみ制限される責任と過失責任の併存は、訴訟における挙証責任の分担からも、また債権者利益と債務者利益の必要な考量からも結論づけられうる。法律家は、決疑論を我々に伝える場合にも、個々の事例で一般的なルールを追求し、その注意を当初から債務者の免責ではなく、彼が不給付にもかかわらず責任を負う論拠に向けた。それは例えば、早期古典期以来しばしば見られた、債務者が特定の行為を履行 (prästieren) しなければならないという表現である。それと並んで、不法行為法上の過失の形成もまた促進したとみられるギリシャの行為論の影響も過小評価すべきではない<sup>(19)</sup>。キケロー (Cicero) は、引き受けられた義務の不履行のために刑法上の有責判決を受けるおそれのある者に、履行のために尽力したという抗弁を推奨する<sup>(20)</sup>。時折法律家は、債務者の行為が非難されることなしに、

履行が挫折した場合に、不可抗力が存在することを理由づけようとした (Paulus D. 9. 2. 30. 3<sup>(21)</sup>)。しかし、かような機会は、債務者がいずれにしても事件によってのみ免責された場合にのみ見られた。しかし彼が例えば重過失によってのみ責任を負うときは、厳格責任と注意義務に依存する責任の違いが明らかになった<sup>(22)</sup>。

#### (ロ) 責任の標準

契約上の責任の各々の方式のための出発点は、引き受けられた義務の不履行であった。かような不履行が作為または不作為に帰着し、かつかような態様が典型的に意識してなされるがゆえに、かような態様は悪意 (dolus) と分類された。債務の帰責は当初それとは結び付けられず、むしろ不給付が債務者に帰責されることと結びつけられた。誠意訴権に基づき訴えうる義務についての不履行と悪意の同一視は、特別な方法で当てはまった。信義に反した態様として把握される悪意 (dolus malus) は、誠意の反対概念であり、かように不当な債務者の態様はもっぱら悪意と性質づけられた。それに際して悪意は中心的な役割を占めたため、それは騙された者の訴えを、この者がいかなる損害も被らなかった場合ですら理由づけた (Ulpianus D. 19. 1. 13. 14<sup>(23)</sup> ; Pomponius D. 18. 1. 66. 1<sup>(24)</sup>)。逆に債務者に対して意図的な失態の非難がなされないときは、その悪意との関わりは避けられた (Ulpianus D. 19. 2. 13. 4, 8)<sup>(25)</sup>。

しかし、早期にまた、債務者が不履行について責めを負うことを強調しようとする場合、特に厳正法訴権の枠内で過失 (culpa) が論じられた。恐らく不法行為法で通常の区別の印象のもとに、過失は契約責任の枠内で若干の判決において過失あるまたはいずれにせよ懈怠した態様に対する責任という特別の意味を獲得した。債務者の過失について区別なく問題にする場合、過失は給付障害の非難可能性の標識としてのみ悪意に代わった。従って、両概念はもっぱら帰責事由を表しうる。しかし、悪意と過失がともに言及されている法文では (例えば、Ulpianus D. 50. 17. 23 (前出))、悪意責任は意図的な契約違反の場合に単純化されている。この意味の単純化は、再び重過失と悪意を相互に接近させることに導いた (重過失は悪意である (magna culpa dolus est) (Paulus D. 50. 16.

226など))。しかし、それによって古典期に到達した重過失と軽過失における過失責任の展開は、直ちに近代の過失責任の意味で解釈すべきではない。両標準は規範的な内容を有するが、固定した内容を有さない<sup>(26)</sup>。

クストディア (custodia) 責任は、古い故意責任を補完する。若干の者はそれを担保責任と<sup>(27)</sup>、他の者は類型的な過失責任とする<sup>(28)</sup>。これらの見解の間には、両者がクストディアの中に注意の違反とは独立した責任の形式を認める限りにおいて、違いはない。債務者が物の占有に特別の利益を有し、または彼がその他それから利益を獲得する場合、彼はすべての喪失およびすべての物の毀損に対して責任を負う。彼は、いかなる事情の下でも支配しえなかった事件によってのみ免責される (Gaius D. 13. 6. 18 pr.<sup>(29)</sup>)。従って彼は、普通法で定式化されたように、より低次の事件 (casus minor) に対してもまた責めを負う<sup>(30)</sup>。クストディア責任の負担の場合、ローマの法律家が、当事者が契約から引き出す利益 (utilitas) を契約上の責任の標準とすることが観察されうる。同時にクストディア責任は、債務者の責任が及びうる最大点を刻印するものである。ビザンチン期になって初めてそれは一部が注意 (diligentia) の特別の形式として過失責任に包摂された<sup>(31)</sup>。

様々な契約類型について早期古典期以来特に利益思考により様々な責任の標準が形成されてきた (Ulpianus D. 50. 17. 23 (前出)<sup>(32)</sup>)。しかしより厳格なまたはより緩和された責任を合意することは当事者の自由裁量に委ねられていた (Ulpianus D. 50. 17. 23<sup>(33)</sup>)。偶然な事件の危険を引き受け (Ulpianus D. 2. 14. 7. 15<sup>(34)</sup>)、または合意 (pactum) によって相手方が彼に帰属する契約上の訴権を主張することを排除することもできた (Ulpianus D. 2. 14. 7. 15<sup>(35)</sup>; Paulus D. 2. 14. 27. 3)。悪意に対する責任のみは通説によれば排除されえなかった (Paulus D. 2. 14. 27. 3; Paulus D. 13. 6. 17pr. (使用貸借) など)。かような悪意の責めが負わされないという合意 (pactum ne dolus praestetur) は誠意にも、また善良の風俗 (boni mores) にも反した (Ulpian D. 16. 3. 1. 7)。悪意責任の排除のような定式化において、信義に反した態様としての悪意の意義が明確に表現される。實際上その文言は、誠意訴訟について形成された

実務から生じたといえる (Pomponius D. 19. 1. 6. 9<sup>(36)</sup>)。悪意の責めが負わされないという合意が無効であることは、契約締結時のみに、またはいずれにせよその責任が関与するより前の時期に (当初から (ab initio)) 関わった (Ulpianus D. 50. 17. 23 (前出))<sup>(37)</sup>。

#### (ハ) 過失と注意の要求

ローマの責任体系の法源から生じる形象は、混乱しており、原則や輪郭を認識するのは困難である。その理由は、特に古い責任標識と新しい責任標識とが相並んで伝えられ、ローマの法律家がそれらを概念的に調整する努力をあまりしなかったことにある。疑いもなく古い悪意概念は行為者の内部的側面を問題にした。もちろんそれによって判決は、民法上は (刑法上は異なる (Paulus D. 48. 8. 7<sup>(38)</sup>)) 意識的に不法なことをしようとした行為者ではなく、行為の目的および結果について下された。不法行為法上はこの態様はまず第一に不法 (iniuria) として把握され、契約法上は厳正法訴権の枠内でもっぱら責任があるものとして、誠意訴権の枠内では誠意違反として把握された。誠意の定式は、もちろん怠慢 (neglegentia)、無知 (imperitia) またはクストディア義務違反のような意図的でなくなされた誠意違反を把握するために十分であり、かつ厳正法訴権の場合は、過失概念は、まず第一に債務者が特定の結果について責任を負うという観念のみを表現しえた<sup>(39)</sup>。

しかし個々の事例において裁判官は、いかなる具体的な態様が過失として認められうるかを決定しなければならなかった。従って過失は評価的なものであった (Gaius D. 13. 6. 18pr.<sup>(40)</sup>; Ulpianus D. 30. 47. 5<sup>(41)</sup>)。そのためすでに早期古典期に債務者の注意 (diligentia) または懈怠が問題にされた。そのため古典後期の法律学は、過失を注意の標準で満たそうとしたが (Gaius D. 17. 2. 72<sup>(42)</sup>; Gaius D. 19. 2. 25. 7<sup>(43)</sup>; Ulpianus D. 50. 16. 213. 2<sup>(44)</sup>)、それに際して確たる概念の限界は形成されなかった (Ulpianus D. 50. 16. 213. 2 (前出); Paulus D. 50. 16. 226<sup>(45)</sup>)。勤勉な (良) 家父という観念 (現行イ民1176条) は特別の内容を提示するが、特別の役割は果たさなかった<sup>(46)</sup>。過失責任は内容的にアングロサクソンの合理人 (reasonable man) と一致した標識によっても具体化される。同

様のことは自己のためにするのと同じの注意 (*diligentia quam in suis*) についても当てはまる。その場合もまた固定的な責任標準ではなく、特別に個々の事例で債権者と債務者の間の利益考量に役立つ過失の具体化に関する標識が問題になった。後期古典期および古典期後になって始めてそれとともに一般的な過失概念を制限したといえる。過失の現象形式として無知、すなわち特定の義務の遂行に関する能力の欠缺もまた評価された (Ulpianus D. 19. 2. 9. 5<sup>(47)</sup>)。もちろんしばしば、能力の欠缺にもかかわらず特定の任務につき義務を負う者が悪意により責任を負わねばならないか、それとも過失により責任を負わねばならないかは一義的でない<sup>(48)</sup> (Ulpianus D. 17. 2. 52. 2<sup>(49)</sup> ; Ulpianus D. 19. 2. 13. 5<sup>(50)</sup>)。

かように過失は二つの意義において伝えられた。一つは、原因の惹起または帰責性という意味において用いられる場合であり、他方は、具体的な注意義務違反の意味においてである。それゆえに、すでにプブリウス・ムキウス・スカエウォラ (Publius Mucius Scaevola) は、過失とは予見されなかった場合に、注意深い者が予見することができたであろうことであると定義した (Paulus D. 9. 2. 31<sup>(51)</sup>)。軽過失と重過失の後代の評価もまた客観的な水準に従って決められる。「重過失とは総ての他の者が予見することを予見することができないことである」というパウルの定義が知られている (Paulus D. 50. 16. 223 pr. (前出))。もちろん古典期の過失概念はまだ特別の境界の確かな責任標準を描写していない。過失が何であり、それゆえに何が債務者の責任を理由づけるかは、場合に依じてのみ判断された<sup>(52)</sup>。

## (二) 第三者の行為に基づく責任

ローマ法では第三者の行為による一般的な責任は形成されなかった。その論拠は、明らかに法律行為的な代理の拒否においても示されている、ローマの民法の徹底的に個人的な性質にある。もちろんローマの法律家は、様々な状況において明らかに異なった理由からそして全く異なった前提のもとで第三者についての責任を肯定した。このような責任の最古の形式を権力服従者 (家子および奴隷) の不法行為についての加害責任 (Noxalhaftung) に見出しうる<sup>(53)</sup>。もちろんかような事例では、権力

者が加害者の引渡しを拒もうとした場合にのみその賠償義務が生じた。ユスティニアヌスによって準不法行為とされた (Inst. IV. 5. 2-3<sup>(54)</sup>)、危険責任の構成要件の若干のものもまた第三者の行為に対する責任とはあまり関係はない。建物の居住者は、流出投下物訴権 (actio de dejectis vel effuses) によって、具体的な事例で誰が注ぎ、または投げ捨てたかを問わず、その住居の窓から落下した物について責任を負った。同様に受領物訴権 (actio de receptor) の場合は、その物を船舶、旅館または家畜小屋に持ち込んだ者に、その物が誰によってであるかを問わず、毀損されまたは喪失したときに、船主、主人または厩舎主に対する賠償訴権が帰するかどうかの問題になった<sup>(55)</sup>。

両訴権が第三者の行為による責任を目指すものではなく、これらを取り込んだだけであったにもかかわらず、それらは他の関係でも一般化されたかような責任の二つの重要な基本的思考を包含する。民事上のクストディア責任は、レケプトゥム責任のように、他の理由からであるにせよ、預かっている物に対する無条件の保証責任を知っていた。事実上レケプトゥムは後代クストディア責任の一事例としても理解された。しかし、クストディア責任を負う者は、彼が自らこれを妨げえたか、彼がそれを委託した第三者がこれを妨げえたかを問わず、原則として物の毀損または喪失について責めを負わねばならなかった (Ulpianus D. 19. 2. 41<sup>(56)</sup>)。しかし、流出投下物訴権で示された思考もまた一般化されうる。その家族や奴隷のような彼と一緒に住んでいる者のために家父は、過失責任を超えて責任を負う。實際上若干の法文は、この観点の下でのみ理解されうる (Ulpianus D. 9. 2. 27. 11<sup>(57)</sup> ; Ulpianus D. 19. 2. 11 pr.<sup>(58)</sup>)。いずれにせよこれら両事例群において明らかに第三者の過失による責任が問題になる。それと並んで、文句なしに行為主の補助者責任から出発するように見える個々の意見が伝えられている<sup>(59)</sup> (Gaius D. 19. 2. 25. 7<sup>(60)</sup>)。

すべての法文は、もちろん例えば行為主体が不適切な補助者を用い (Paulus D. 11. 6. 2. 1<sup>(61)</sup> ; Paulus D. 3. 5. 20. 3<sup>(62)</sup>)、または彼が個人的になすべき給付の場合に第三者を用いたという理由で (Ulpianus D. 19.



2. 13. 1 ; Ulpianus D. 17. 2. 23 pr.~1)、彼が自ら有責に行爲したかどうかを問題にする。普通法の学者だけでなく、パンデクテンの学者の注意は、過失原則の支配のもとでこの後世にいう選択上の過失 (culpa in eligendo) に向けられた。これらと先行する判決の重なり合いにより今日に至るまで古典期の法律状態に関して議論が支配した。違いの一部はプロクルス派とサビヌス派の学派の争いから説明される<sup>(63)</sup>。しかしすべての関連する法文が決疑論に基づくこと、そのために債務者の過失の放棄または強調のための立証の要求が決定的な役割を演じたこともまた考慮に入れねばならないであろう<sup>(64)</sup>。

#### (6) 債務者の遅滞

ローセ (Lohsse) によれば、古典期ローマ法では債務者が実現できたであろうにもかかわらず、弁済期にその給付を実現しなかった場合にのみ、遅滞は生じた。これに対して債務者に帰責事由が帰するのでなければならぬかどうか、またどのような方式でそれが帰するのか、さらに督促 (interpellatio) にいかなる機能が帰するのかは問題である<sup>(65)</sup>。帰責事由の問題について法源からは以下のことのみが確実性をもって生じる。債務者遅滞は、履行がなされず、かつこれが債務者に帰される場合にのみ生じる。ローマの法律家の普通の定式によれば弁済されていないのが債務者の責任であること (per debitorem stat, quo minus solvat) が必要であった (Pomponius D. 45. 1. 23<sup>(66)</sup> など)。ローマ法における督促に関するより詳しい規定および帰責事由の問題との関係は、学説上18世紀の初めから数多くの見解が形成された。1908年にジーバー (Siber) が長い間支配的になった見解の基礎を提供した。それによれば債務者の遅滞は帰責事由を前提とするが、督促は遅滞発生 of 独立の要件ではなく、しばしばそれが始めて主観的な遅滞構成要件を基礎づけることによってこの帰責事由の標識になったにすぎないというのである<sup>(67)</sup>。なるほどジーバーは督促の目的を後で帰責事由ではなく、不給付の違法性を確定することに見出し、それゆえに督促を再び客観的遅滞構成要件の一部として整序したが<sup>(68)</sup>、彼は、督促が一般的なものではなく、裁判官の裁量に従ってのみ個々の事例の性質に基づいて必要とさ

れたことに固執した。次の期間は、遅滞発生のために必要な帰責事由がどの程度でなければならないか、すなわち常に単なる過失が問題になるのか、具体的な債務関係の責任標準が目指されるべきなのか、それとも債務者が悪意で行為したのであればならないのかという問題に関する議論によって特徴づけられる。1960年代になって始めて督促の要件が再び法的原則の意味で強制的にはないとしても、一般的なものとして把握され、かつ多数の者によって同時に帰責事由原理が再び問題とされた<sup>(69)</sup>。しかし特に帰責事由原則の問題設定が先鋭化したことおよび督促要件が徐々に法源に述べられた判決基礎のより強い顧慮に服したことが観察されうる<sup>(70)</sup>。

古典法の債務者遅滞が督促または帰責事由を客観的または主観的構成要件として要求したかどうかという問題は、それが法源にそれが知らない概念を定礎させようとするがゆえに、正当には立てられないことから出発しなければならないであろう。特に伝統的なPomponius D. 12. 1. 5<sup>(71)</sup>の引用は支持しえない(ローセ)。同法文は、近代の帰責事由標識の関与がローマ法の帰責の標識のための一瞥をささげざることを特別に明らかに示す<sup>(72)</sup>。債務者が給付しなかったことが彼によるものであるかどうかの問題の手がかりをポンポニウスは、その給付能力および債務者が、彼が給付義務を負っていることを引き出さなければならなかった正原因(iusta causa)に求めている。給付能力の標識は、それが債務者の適時の給付のみを意味するがゆえに、帰責事由と不可抗力を相互に区別することに資したのではなく、国務や戦争捕虜による債務者の不在のような承認された正当化事由(Ulpianus D. 22. 1. 23 pr.<sup>(73)</sup>)に関わった。給付義務の認識に関する言明の場合ポンポニウスは、いつ債権者が彼に給付を期待しうるかが債務者にとって不明確な状況にある事例を念頭に置いている。それによれば正原因とは、督促またはそれから給付時期の認識が生じる他のそれと同視される事情である<sup>(74)</sup>。その場合同時にローマの法律家が客観的徴表と主観的徴表を区別していなかったことが明らかである。遅滞の発生はもっぱら完全には弁済されていないことが債務者によるものであるかどうかによって定められる。督促には給付時期に

関する不明確さに関して給付がなされていないことがいずれにしてもその限りで債務者に帰することを明らかにする任務がある。しかしそれは遅滞の典型的な要件であるにすぎず、強制的な要件ではない。債務者が給付すべきことを引き出しえた正原因は、他の事情のもとでも同じ程度に存在しえた<sup>(75)</sup>。

督促なき遅滞は、まず常に遅滞にあるという法律用語のもとに知られた事例において生じた (Ulpianus D. 13. 1. 8. 1<sup>(76)</sup> ; Papinianus D. 13. 1. 17<sup>(77)</sup>)。窃盗については督促なしにも、被害者が物の即時の返還を期待することを引き出しうる正原因が存在した。それに対して給付時期の合意もまた督促がなくてもよいことに導きうるかどうか問題になる限り、法源の状況は不明確である。ジーバーがその問題を、督促がいずれにせよ独立した遅滞の要件ではないという彼の理論の基礎の上に肯定し、エレファンテ (Elefante) が逆に督促をほとんど例外なく必要だとみなした後で、より注意深い観察方法に逢着した<sup>(78)</sup>。通説的な見解は、ローマの法律家が明らかにケースバイケースに、期限付き債務でなお督促 (interpellatio) が必要とされたかどうかについて決したことから出発する。もっぱらハルケ (Harke) が近時新たに、督促は期限が定められた事例で一般に必要なとされなかったという立場に立つ<sup>(79)</sup>。彼のテーゼは、期限付き債務の場合物の価値の計算のための標準となる時期となるのは契約上合意された給付時期であり、通常問題となる争点決定時ではないという基礎に立脚している (Julianus D. 12. 1. 22<sup>(80)</sup> ; Gaius D. 13. 3. 4<sup>(81)</sup>)。遅滞により生じた債務の永久化 (perpetuatio obligationis)<sup>(82)</sup> が評価の時期のかような前倒しにより特徴づけられたがゆえに、ハルケはこの法文から督促なき遅滞が合意された時期に生じたに違いないと結論する<sup>(83)</sup>。

従って遅滞が生じたか否かの問題は、専ら債務者が給付しなかったことが債務者によるものであるかどうかによって判断され、かつこの枠内で督促には、債務者が、債権者が給付を期待していることを認識していたことを確定するという機能のみが帰属するとすれば、ローマの法律家が人の遅滞 (mora ex persona) と物の遅滞 (mora ex re) の違いによ

りどのような区別を述べたのかもまた明らかになる (Marcianus D. 22. 1. 32 pr.<sup>(84)</sup>)。物に関して生じる遅滞は、帰責事由のない遅滞でも、督促のない遅滞でもなく、債務者が給付しなかったことが債務者によるものであるかどうかを問題にしえたであろうことなしに生じた、典型的でない遅滞の方式を明記した。主な適用事例は、セプティミウス・セヴェルス (Septimius Severus) の判決に遡る未成年者のための遅滞特権であった。これは未成年者のための金銭的価値ある家族世襲財産の場合に直ちに遅滞が生じることを予定した (Ulpianus D. 40. 5. 26. 1<sup>(85)</sup>)。古典期後はこの特権は誠意訴権および未成年者のための遺贈に拡大された (C. 2. 40 (41). 3 (ディオクレティアヌス、マクシミアヌス) (290年))。これに対して督促のみが不要な事例、すなわち特に不法行為の遅滞の事例では、物に関する遅滞は存しなかった。むしろすべてのこれらの事例における遅滞の発生は、給付がなされないことが債務者によるものであることに基づいているがゆえに、通常の人に関する遅滞が問題になった。物の遅滞としても、また遅滞事例としても結局売買目的物の引渡し後の買主の売買代価の利息支払い義務は観念されえない (Ulpianus D. 19. 1. 13. 20<sup>(86)</sup> ; Papinianus Fr. vat. 2<sup>(87)</sup> ; Pauli sententiae 2. 17)。むしろこの利用利息は、買主がさもなければ物の利用と売買代価の利用とを重畳して取得するであろうがゆえに、負担した<sup>(88)</sup>。

与える給付の場合は、給付の弁済期後の提供により債務者遅滞は終了する (purgatio morae) (Paulus D. 45. 1. 91. 3<sup>(89)</sup> など)。もちろんその限りで種類債務の場合に困難が生じた。特定物債務の場合は、債務者によって遅滞の解消のために提供された物が滅失したときは、債務者の免責はすでに訴えの方式から結論された。その間に生じた債務の恒久化 (perpetuatio obligationis) を考慮の外に置くことで満足されえた。それに対して種類債務の場合は、訴えの方式の前提は提供された物の滅失にもかかわらず、依然として履行された。遅滞の解消に、すなわちこれら債務における給付危険の第一回目の移転に、この場合提供された物の後発的な滅失の場合債権者の訴えに対して、債権者が給付を認めたとすれば債務者がすでに免責されたであろうという考慮に基づく悪意の抗弁

を与えることにより到達した (Marcellus D. 46. 3. 72 pr.<sup>(90)</sup>)。債権者が遅滞の解消を避けようとする場合に、彼は債務者の提供を拒否するが、それが可能なのは、彼に受領しない正当な原因 (iusta causa non accipiendi) が味方する場合のみであった (Paulus D. 13. 5. 17<sup>(91)</sup>)。それによって債務に適さない提供が意図されていたわけではない。僅かな日々以上の遅滞が存在する場合に、債務者が支払うべき遅延利息の支払いもまた提供することが債務に適った提供に属した (Scaevola D. 45. 1. 135. 2<sup>(92)</sup>)。債務者の給付が与えること (dare) ではなく、なすこと (facere) に存するときは、提供は遅滞の解消に十分ではなかった。給付の実現が必要であった。遅滞がそれにより解消されたことは、遅滞の終了の特別ルールに基づいて生じたのではなく、債務者が一方的に惹起しえた履行の効果であった<sup>(93)</sup> (Paulus D. 45. 1. 84<sup>(94)</sup> ; Venuleius D. 45. 1. 137. 3<sup>(95)</sup>)。

#### ㄥ まとめ

ヨーロッパの近現代の民法典ないし民法ルールは、遠くローマ法に胚胎している。ローマ法の資料が中世にイタリアのボローニャで偶然に発見され、それが中世以降のローマ法学 (民法学) の展開につながっていったのである。近現代における債務不履行責任論を攻究するにあたってローマ法源をひもとかなければならない。もっともローマ法には、今日ではすでに批判、克服された様々なローマ法固有の制度もまた存在していることに留意すべきである。訴権の体系の存在、厳正法訴権と誠意訴権の区別などがそうである。

債務不履行に基づく損害賠償の要件としての帰責事由の問題についていえば、刑罰訴権と損害賠償請求訴権とが未分化であった古い時代を除けば、ローマ法源の中に債務不履行の効果として厳格責任と過失責任が併存していたこと、および軽過失と重過失が区別されていたことが印象的である。しかもシェールマイヤーによれば、厳格責任と過失責任の区別が、債務者が契約からなんら利益を得ず、または債権者より少ない利益しか得ないときは、過失責任が適用され、このような事情がないときは厳格責任が適用されるというようになされたであろうこと、ローマ法において時間の経過とともに債務者の責任を理由づけまたは存続させる

債務者の特定の類型的な行為態様（無知、怠慢、注意の特定の違反）が展開したことが指摘されうる。またローマ法においてすでに危険の引き受けもまた認められていたこと、しかしながら契約法全体を通じて契約上の義務なる概念は存在していなかったことも特徴として挙げられる。買主危険負担主義との関連において近代法にも伝えられたクストディア責任は、ローマ法上通常の意味での過失責任とは区別されていたが、売主は事件（casus）の場合に免責を主張しえた。

前記のように債務者は偶然的な事件の危険を引き受けることを合意することができたが、逆に合意によって相手方がその有する契約上の訴権を排除することもできた。ただし、債務者が悪意の場合は債務者の責任を免除する合意は無効とされた。このようなルールは近現代の民法学に広く受け入れられている。また現代におけると同様にローマ法でも軽過失と重過失の区別は個別的具体的に判断する以外になかったようであるが、悪意と過失の区別は、ローマ法に固有の議論を伴った（債務者の能力の欠缺にもかかわらず、特定の債務につき義務を負う場合など）。

履行補助者の行為による債務者の責任については、ローマ法では個人主義を標榜するところからあまり発達せず、不法行為（今日の使用責任、土地工作物責任に相当）の分野で、その先蹤に相当する制度（奴隷、家子の行為による第三者に対する責任、流出投下物訴権、レケプトゥム責任など）が見られたにすぎないが、これらの制度の内部でその適用範囲の拡大がみられ、このような傾向は債務者の履行補助者責任の萌芽にもつながっていった（選択上の過失）。

債務者遅滞についてもローマ法は、近現代の民法学との間であまり大きな違いは見いだせない。ローマ法でも（完全な）履行が履行期になってもなされず、かつこれが債務者によるものである場合に履行遅滞が生じたが、督促の要件、債務者の帰責事由要件の有無については必ずしもはっきりしていなかった。なお、ローマの物の遅滞（窃盗や未成年者のための金銭的価値ある家族世襲財産の遺贈の場合に直ちに遅滞が生じるものとされた。これは、古典期後は誠意訴権および未成年者のための遺贈に拡大された）と人の遅滞（通常の場合）との区別は今日伝えられて

いない。

以上のまとめを本稿のテーマとの関係に絞って述べると、シェールマイヤーの指摘に従うならば、締結しようとした契約が両当事者のいずれにとっても同じ利益をもたらす通常の有償、双務契約では、債務者は厳格責任を負うべきことになり、結果的に現在の英米法のルールと同断になるが、現在の英米法ではその契約が債務者に利益をもたらさず、または債権者より少ない利益をもたらすときは、債務者が過失責任を負うとは考えられていないし、イギリスでは契約の中でも特に労働契約の場合は過失責任の原則がとられているといわれる。したがって、ローマ法の厳格責任説と英米のブリーチオブコントラクトの法理は、結果的に同じに帰するところがあるとしても似て非なるものであり、むしろローマ法源は何百年にもわたって展開を遂げてきた、多様な法律家の様々な事例に関するいわば決疑論的な見解、判断の集積であって、理論的に整序することの困難なものだといえるべきであろう。確かに19世紀以降のドイツ民法学のような債務不履行に基づく損害賠償義務は過失責任の原則に服するという法学者の共通理解は生成されていなかったと思われるが、債務不履行による損害賠償責任は無過失責任だというルールが一般に支配していたわけでもない。むしろ多くの点でローマ法のルールが近現代のヨーロッパ民法学ないし民法典の中に残っており、これはヨーロッパの近現代法がローマ法に胚胎することを裏書きする。やはりローマ法的な法的思考の中でドイツの過失責任主義が芽生えたといえるべきであろう。

〈注〉

- (1) 今日に伝えられている法文には、不可抗力免責について明文の定めがあるわけではない。Finet, *Le Code de Hammurapi*, 2. ed., 1983, pp. 124, 127-128. 中田一郎訳・原典訳ハンムラビ法典(1999年) 66頁以下。
- (2) Marcus Porcius Cato, *De agri cultura* (農業論)、144, 6.
- (3) 奴隷の引渡しが問答契約の目的とされた場合において、その奴隷が諾約者の過失で死亡したときは、その占有回復請求 (*vindicatio*)

と同様、諾約者は賠償義務を負い、引渡義務を負わない。

- (4) 土地の売買で売主に悪意がなければ免責されるという語が付加されるのが通例であるときは、その語がなくても売主は免責される。
- (5) 土地の売主が他人の物であることを知りながら売却し、かつ何も保証されないと付言したときは、誠意訴訟による限り、売主は目的物の価値の返還義務を負う。
- (6) コーイング (Coing) は、アリストテレスの修辭学による過失責任の考え方が私法の中に浸透してきたのは概ね紀元3世紀だとする (Coing, *Zum Einfluss der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des röm. Rechts*, SZ (Rom. Abt.), Bd. 69 (1952), S. 51)。
- (7) 馬や機械の使用貸借で借主が物の危険を引き受けた場合およびその不注意により目的物が滅失したときは、その危険は自ら負担する。
- (8) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), *Historisch-kritischer Komm. z. BGB.*, Bd. II/1, S. 1075-1076 [Schermaier].
- (9) 使用貸借では使用借人は故意、過失および総ての危険について責めを負う。寄託ではいかなる利益も受寄者に生じないため、悪意についてのみ責めを負うのが正当である。これに対して売買、賃貸借、嫁資、質、組合では双方が利益を得るため、悪意と過失について責めを負う。
- (10) 寄託の場合寄託者のみの利益が基礎になっているので、受寄者はその故意についてのみ責任を負う。使用貸借では、裁判上の合意のある場合 (*iudicio conventus*)、一方的に利益を受ける借主はその過失について責めに任じる。抵当訴訟や嫁資の訴えでは、双方が利益を受けるため、故意、過失について責めを負う。委任の訴えでは故意についてのみ責めを負う。
- (11) D. 13. 6. 5. 2 ; Coll. 10. 2 ; D. 50. 17. 23については、石本雅男・無過失損害賠償責任原因論第1巻 (1982年) 340頁-341頁、同・第2巻 (1983年) 195頁-196頁注305参照。
- (12) 寄託、容假占有 (*precarium*) では悪意についてのみ、委任、使用貸借などでは悪意と過失について責めを負うが、過失なく生じた



事件は誰も責任を負わない。

- (13) 危険はその過失により毀損した者に帰する。
- (14) 遺贈された特定物が見出されないか、または相続人の悪意によりなくなったことが証明されないときは、その遺言によって追及されえない。
- (15) 息子に後見人を選任したり、信託遺贈をしたりした場合、後見人や受託者が誠意に従って事務を管理しないときは、それによって生じた損害の賠償義務を負う。
- (16) 財産目録を作成していない後見人は悪意であるとみられる。
- (17) 償還請求しうるのに償還請求をしない者は悪意とみられる。
- (18) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1077-1078 [Schermaier].
- (19) アリストテレスの行為論（過失論）については、石本・前掲第2巻83頁以下。そのローマ法への影響については、同第2巻117頁をも参照。
- (20) Cicero, De inventione（独創について）2, 101.
- (21) 刈り取り後の畑の火が隣人の穀物畑に移った場合、行為者が注意を尽くしていれば過失はない。
- (22) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1078-1079 [Schermaier].
- (23) 面積不足の土地の売買で、売主悪意の場合にのみ不足額を目的とする買主訴権が認められる。
- (24) 売却された奴隷が略奪された者であったため、買主が使用できなかった場合、売主が悪意の場合にのみ買主訴権が認められる。
- (25) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1079-1080 [Schermaier].
- (26) Hoffmann, Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte, 1968, S. 8f. ;Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1080 [Schermaier].
- (27) Kaser, Das Röm. Privatr. I Abschnitt, 1955, S. 425-426.

- (28) Mayer-Maly, *Locatio conductio*, 1956, S. 213-214.
- (29) 追いはぎ、海賊、船舶の遭難、放火、やむを得ない奴隷の死亡、逃亡など。
- (30) 船田亨二・ローマ法第3巻(昭和45年)528頁以下、石本・前掲第1巻327頁-328頁(古典期にはクストディア責任は客観的に解され、不可抗力およびそれに準じる事由の場合には免責されたが、古典期後は主観的に、すなわち過失がない場合に免責されるものとされた)。
- (31) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), *Historisch-kritischer Komm. z. BGB.*, Bd. II/1, S. 1080-1081 [Schermaier].
- (32) 石本・前掲第1巻330頁以下参照(古典期においては利益の原則は萌芽として存在していた)。しかし近代のローマ法学者の中には、古典法の反抽象的特色からしてこの利益の原則が確定されたのは古典期後だとする者も多い(石本・前掲第1巻341頁-342頁)。
- (33) 各々の契約について通常より重いまたは軽い責任を合意しえた。
- (34) 寄託の場合に総ての危険を負担するという合意は有効である(ポンポニウス)。
- (35) 寄託により訴ええないという合意も有効である(ポンポニウス)。
- (36) 他人物であることを知りつつ売った者は、免責条項がある場合でも、(買主が)善意である限り、その評価が支払われるべきである。
- (37) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), *Historisch-kritischer Komm. z. BGB.*, Bd. II/1, S. 1081 [Schermaier].
- (38) 刑法上は重過失ある者は、悪意ある者と区別される。
- (39) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), *Historisch-kritischer Komm. z. BGB.*, Bd. II/1, S. 1082 [Schermaier]. 船田・ローマ法第3巻532頁以下参照。
- (40) 物の使用貸借の場合、家父が自己の各々の物について最も注意深く管理するのと同じ注意を用いるべきである。
- (41) 過失はどのようにして評価されるべきか。
- (42) 組合員の業務上の過失は、最も厳密な注意でなく、自己の事務について用いるのと同じ注意の程度で足りる。

- (43) 柱の移転作業に従事する者は、自己の作業について用いられるのと同じ程度の注意で足りる。
- (44) 重過失とは、総ての者が理解する場合に、なにも理解していない、極端な不注意である。
- (45) 重大な不注意が過失であり、重大な過失は故意である。
- (46) 石本・前掲第1巻380頁以下参照。
- (47) 牧牛または駄牛を集める義務を負った者が無知により違反したときは、過失がある。
- (48) Kaser, Röm. Privatr., I. Absch., S. 423; Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1082-1083 [Schermaier].
- (49) 組合員は相互に悪意および過失について義務を負う。組合員が共有物を売却して損害を与えた場合、過失で売却したものと認められる。
- (50) 賃借人の無知で賃貸借の目的物にきずが生じた場合、賃貸借訴権は生じない。賃借人が危険または補修を引き受けていたときはこの限りではない。
- (51) 木こりが誤って人を負傷させた場合（不法行為の事案）に関する。
- (52) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1083 [Schermaier].
- (53) Vgl. Kaser, Röm. Privatr., I. Absch., S. 527f.
- (54) 家父とは別に暮らしている家子の住宅の食堂が倒壊し、または家子が立てかけていた物が倒れて第三者が損害を受けた場合などが挙げられている。
- (55) Kaser, Röm. Privatr., I. Absch., S. 487f.; Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1084 [Schermaier].
- (56) マルケルス (Marcellus) の見解として引用されている。
- (57) 住民の奴隷が別荘を略奪した場合、その住民は賃借人訴権またはアキリア訴権により義務を負うとともに、奴隷を加害者委付として提供しうる。
- (58) 理髪師の奴隷が散髪中に剃刀で客を怪我させた場合、主人に過失

がある場合も奴隷に過失がある場合も、主人はアキリア訴権により義務を負う。

- (59) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1084-1085 [Schermaier].
- (60) 柱の運搬作業でそれを自らなす場合も、作業を行う者による場合も過失がある。
- (61) 土地の測量を頼まれた者がそれを第三者に委託し、その第三者が誤った測量をしたときは、第三者に委託した者は責任を負う。
- (62) 私が私の事務をあなたに委託したが、あなたが第三者に事務を行わせた場合、あなたはあなたのなす範囲ではなく、さらにあなたが注意深く選任すれば損害が発生しなかった範囲ですらも事務管理訴権により責任を負う。
- (63) Knütel, Haftung für Hilfspersonen, SZ (Rom. Abt.), Bd. 100 (1983), S. 437f.
- (64) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1085 [Schermaier].
- (65) ローマ法における履行遅滞については、船田・ローマ法第3巻479頁以下をも参照。
- (66) あなたが私に遺言または問答契約で特定人を引き渡す場合において、その者が死んだときは、あなたが督促を受けたのに引き渡さなかったか、またはそれを死なせた限りにおいて、その奴隷を生きて私に引き渡しえないのがあなたの責任である場合のように、その奴隷の死亡後あなたは私に義務を負う。
- (67) Siber, interpollatio und Mora, SZ (Rom. Abt.), Bd. 29 (1908), S. 48f. 同旨: Heymann, Das Verschulden beim Erfüllungsverzug, 1913, S. 26.
- (68) Siber, Röm. Recht, Bd. II, 1928, S. 254.
- (69) Kaser, Das Röm. Privatr., I. Absch., S. 430など。
- (70) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1323-1325 [Lohsse].

- (71) あなたが私に何かを与えるべき場合にそれが後で滅失する事例について論じる。
- (72) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1325 [Lohsse].
- (73) 公的な原因で突然に出発を余儀なくされ、それを委託できないときは、遅滞に陥ったとみられない。
- (74) Zimmermann, The Law of Obligations, 1996, p. 993 Fn. 66など。
- (75) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1325-1326 [Lohsse]; Zimmermann, op.cit., p. 793.
- (76) 窃盗は常に遅滞をなすものとみなされる。
- (77) 窃盗により生じる遅滞とともに支払い命令が完結したも同然である。
- (78) Elefante, Interpellatio e Mora, Labeo Anno 6 (1960), p. 30 sqq.
- (79) Harke, Mora debitoris und mora creditoris im klassischen röm. Recht, 2005, S. 66f.
- (80) ぶどう酒の消費貸借において方式書により請求がなされた場合、支払額の決定時は物が与えられたときか、争点決定時か、それとも判決確定時か。サビヌス (Sabinus) は、返還時期の定めがあるときはその時、その定めのないときは請求時であると解答した。
- (81) ぶどう酒、油、穀物の引渡し訴訟でいつが給付時の基準となるか。カッシウス (Cassius) は、引渡し時期の定めがあるときはその時、その定めのないときは判決を受けたときだと解答する。
- (82) ローマ法の債務の永久化については、森田修・契約責任の法学的構造 (2006年) 30頁参照。
- (83) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1326-1327 [Lohsse]. す で に Madai, Lehre von der Mora, 1837, S. 146.
- (84) 督促がなされたにもかかわらず支払われなければ、人の遅滞となる。困難なのは物の遅滞であり、それをどのように解すべきかにつき、勅法も学者もはっきりと解答を与えていない (ピウス (Pius) 帝)。

- (85) 信託遺贈上の権利は、権利者が請求しうる日から遅滞に陥るとみられる。
- (86) 引渡日以後は代金の利息もまた支払われる。それが衡平だからである。
- (87) 審判人の裁量による。
- (88) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1327-1328 [Lohsse].
- (89) 奴隷の引渡しにつき遅滞に陥った者は、後で提供することによりその遅滞を正しうる。それが正義と衡平に適うからである。
- (90) 債権者が正当な理由なく受取を拒絶し、その後債務者がその過失なしに給付目的物を失ったときは、一度妨害されて給付しなかったにもかかわらず、悪意の抗弁により防御されうる。
- (91) 弁済期が到来したのに原告が受け取る気もなく、また受け取らない正当な原因もない場合は、原告がその損害を引き受けるのが衡平である。
- (92) セイアがティティウスに、その庭園の買い取りを依頼し、代金全額とその利息を支払ったときに彼に庭園の所有権を移転すべきことを約束した。その後直ちに4月中に依頼者が当初の額を計算し、庭園を受け取ることが合意された。4月になる前に代金と利息の一部が支払われたが、期限が到来し、代金と利息の残額をティティウスがセイアに支払う準備はできたが、セイアは受け取る気もなく、また今日に至るも残額を支払わないのはティティウスの責任ではない。ティティウスはそれにもかかわらずセイアにすべての金額を支払う準備ができている場合、問答契約訴権を行使しうるか。
- (93) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1328-1329 [Lohsse].
- (94) 借家を建設することの問答契約が行われ、それをなしうるであろう期間が経過したときは、争点決定がなされていなければ、諾約者は免責されうる。争点決定がなされていれば、建設される限り諾約者は義務を負う。

- (95) 借家の建設が誓約された場合において、工事は進んでいないが、間隔をあけて工事が続行されうるときは、後で建設されたときに誓約者は責任を免れる。

### 3 卑俗法

#### (イ) 注意義務違反

シェールマイヤーによれば、方式書訴訟の終焉とともに個々の事例で確定される注意の違反を訴えの方式の中に示唆されている責任標識と調和させることはもはや必要ではなくなった。そのため悪意、過失およびクストディアは、過失の、注意に反した行為のための技術的表現と直接の関係に立つことになった (Paul. sent. 2. 4 para. 3<sup>(1)</sup>)。西ローマの卑俗法ではこれはいかなる言及に値する内容上の変更にも導かなかったが、東ローマの伝統は責任—および注意の標準を教会法化し始めた。その刻印を、クストディア責任を一般的な注意義務の一部と述べる試みが与える<sup>(2)</sup>。それによれば、例えば古典期にクストディア責任を負った使用借主および質権者は完全な注意 (exacta diligentia) について責任を負わなければならなかった (Inst. III. 14. 2~4)<sup>(3)</sup>。同時に過失 (culpa) を現行ドイツ法上の過失 (Fahrlässigkeit) に相当する一般的概念としたのだから、かつての結果責任が今や注意の欠缺の一事例、保管上の過失として理解されえた。この場合個々の事例について観察されうるものが、古典期の責任標準のために一括して当てはまる。悪意、過失およびクストディアは実体化され、特定の様態と一致させられ、かつそれにより相互に限界づけられる。その場合総ての三つの標準において義務違反の標準が明確に表面化した<sup>(4)</sup>。これに対して船主、宿主、厩舎の主人は、船舶、宿舎、厩舎の中で行われた詐欺または窃盗についてそれが船舶、宿舎、厩舎内で働いている者の行為による場合は、準不法行為責任を負うものと認められた。これらの者に対する契約上の訴権が認められていないとともに、これらの者が悪い行いをする者を使用したかゆえに過失の責任があるからである (Inst. IV. 5. 3)<sup>(5)</sup>。このような場合、古典法の時代から旅客または荷送り人は、自らそれに関与しまたは不可抗力による

場合の他は、理由の如何にかかわらず目的物の返還を請求することが認められた<sup>(6)</sup>。しかしこの準不法行為のカテゴリーは西ローマの卑俗法では一般に認められていなかったといわれる<sup>(7)</sup>。

悪意の、信義に反する様態が述べられる場合、今やしばしば詐欺 (fraus)、狡猾 (calliditas)、貪欲 (malignitas)、姦計 (machinatio)、不誠実 (perfidia)、怠惰 (desidia) のような倫理的な表現が、悪意の語に代えて、またはそれをより詳しく表現するために用いられた (例えば C. 6. 1. 4. 4 (コンスタンスティヌス帝、317年) ; C. 4. 32. 26. 5 (ユスティニアヌス帝、528年) ; C. 5. 14. 11. 4 (ユスティニアヌス帝、530年))。もちろん後期ビザンチン法学者は、再びかような表現を単純な悪意の概念に置き換えようとした<sup>(8)</sup>。過失概念の実体法化は、様々な怠惰の形式を過失と同置することに導いた<sup>(9)</sup>。しかしそれに際して明らかに、注意概念の段階づけを古典期の法源上知られた重過失、軽過失およびクストディアの標準と異論なく調和させることはできなかった<sup>(10)</sup>。その中でなおビザンチンの注釈学者により注意 (diligentia) が悪意、過失の定式の補完として理解された。それに際して自己の物におけると同一の注意は悪意に、(通常の) 注意は過失に、完全な注意はクストディアに分類された。法源に合った最高の注意はこの分類では余地がなかった<sup>(11)</sup>。

#### (四) 履行遅滞

3世紀頃から観察されうる方式書訴訟の審理訴訟への徐々の接近は、最も重要な帰結として古典期には訴訟の方式から生じた伝統的な束縛の弛緩に導いた。特に誠意訴権と厳正法訴権の間の伝統的な区別およびそれから生じる裁判官の裁量の制限は意味を失った。厳正法上の確定物 (certum) に向けられた訴権での給付義務の客体は、方式書訴訟ではもっと明確に概要が述べられたとしても、それは今や常に裁判官の裁量に服した。以前のように不確定物 (incertum) を目的とする誠意訴訟および厳正法訴訟の場合、收取した果実の返還、遅延利息の支払い、および遅滞中に生じた不能の場合の利益の給付を裁判官が債務者に判決することは、今やすべての訴訟で可能となった。債務の永久化の法的形象はかくしてそれ自体余計なものとなったが、それは依然として用いられた<sup>(12)</sup>。



特に西ローマ帝国で注目すべきものになり、債務者遅滞もまたそれに服した、法のさらなる卑俗化は、後の普通法の展開のためには意味を有さず、ここでは考察しない。それは特に事故責任の代わりに倍額の損害賠償の支払いの出現に導いた<sup>(13)</sup>。それに対して東ローマ帝国では基本的な古典期ローマ法に従った。ユスティニアヌスもまた、伝統的な原則を変えなかった。もちろん期限付き債務の場合に督促が不要であることを初めて法律上定めた (C. 8. 37. 12 (ユスティニアヌス帝、529年))。さらに彼は許容しうる利息の最高額を従来 of 半分に縮めた (dimidia centesima) (1 か月 0.5%) (C. 4. 32. 26. 2 (ユスティニアヌス帝、528年))。そして二倍額 (alterum tantum) の制限の計算に際して未払いの利息だけでなく、すでに支払われた利息もまた顧慮されるべきことを命じた (Nov. 121 ; 138 ; 160)<sup>(14)</sup>。

#### ハ) まとめ

この時期には法律学が債務者の責任を各々の責任発生原因を離れて抽象的、主観的に捉える傾向が生じた。例えば古典期以来認められてきたクストディア責任は法定義務の一部、すなわち完全な注意に対する責任と捉えられた。履行遅滞についてみると、卑俗法では遅滞による金銭債務者の利息支払い義務を倍額とする考え方が生じ、また期限付き債務の場合に督促がなくても債務者が遅滞に陥ることを明示する勅令が現れた (529年)。

#### 〈注〉

- (1) 使用借主、受寄者の保管義務。
- (2) Nörr, Die Fahrlässigkeit im byzantinischen Vertragsrecht, 1960, S. 61f.
- (3) 原田慶吉・法学提要希臘語義解第三卷邦訳 (昭和9年) 51頁-52頁。
- (4) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II / 1, S. 1086 [Schermaier]. 船田・ローマ法第3巻539頁以下、石本・前掲第1巻399頁以下。
- (5) 原田・法学提要希臘語義解第四卷邦訳 (昭和9年) 27頁。

- (6) 石本・前掲第1巻426頁。石本博士は、レケプトゥム責任の場合を含めて、最軽過失 (*culpa levissima*) が認められた事例だと主張される (石本・前掲第1巻446頁-447頁)。
- (7) 石本・前掲第1巻450頁。
- (8) Nörr, a. a. O., S. 95.
- (9) Nörr, a. a. O., S. 35f.
- (10) Nörr, a. a. O., S. 107f.; Hoffmann, Abstufung der Fahrlässigkeit, S. 32f.
- (11) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1086-1087 [Schermaier].
- (12) 卑俗法における債務者遅滞については、船田・ローマ法第3巻483頁-484頁注10参照。
- (13) Levy, Weström. Vulgarrecht. Obligationenrecht, 1956, S. 111f.
- (14) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1329-1330 [Lohsse].

#### 4 教会法：罪 (Sünde) としての過失

シェールマイヤーによれば、すでに卑俗法、特にビザンチン法について推測されたこと、すなわちキリスト教の観念がローマの責任秩序の構成および内容に影響したであろうことが中世および近世のローマ法について確実に確定されうる。注釈学派の学者、注解学派の学者、教会法学者 (Kanonisten) および教令学者 (Dekretisten) は、古代の法源をその当時の道徳神学および道徳哲学の背景および概念のもとで理解した。このローマ法のキリスト教的思考による取り込みは、過失論においては三つの平面で観察されうる。それはまず言語および概念の平面で当てはまる。過失 (Verschulden)、より一般的には、責任についての古典的な語である過失 (*culpa*) は、神父の書いたものでは罪と記される。さらなる重要な変更は、古い、特にアリストテレスに遡る行為論に関わる。この場合になお意思が先行する認識の基礎に基づく合理的な決定と理解されたとしても、アウグスティヌス (Augustinus) においては、意思

は認識に先行する。実際意思はその中で一般的に認識と判断を決定する。このその限りで自由な意思は、意識的にもまた正しさの認識に反して自ら決定しうる。意思論的な行為論は、それにより倫理的な帰責論となる。それが行為でなく、行為の背後に存在する意思を決するからである。罪 (Schuld) の概念と意思論とともに、一方では道德神学と、他方では刑法または民法上の責任とがもはやまたはもはや明らかには区別されないという第三の変更として作用した。それゆえに例えば過失 (culpa) としてもはや注意の違反ないしそもそも帰責事由ではなく、神の秩序に違反する行為が理解された<sup>(1)</sup>。

債務 (Schuld) と罪 (Sünde) はすでにヘブライ語において区別されえない。新教の罪 (hamartia) は、SündeともSchuldとも表記される一方で、聖ヒエロニムス (Heilige Hieronimus) は新約聖書のラテン語の翻訳でculpaという語を避ける。むしろ彼は債務 (Schuld) として義務 (debitum)、すなわちなされるべきものを、罪 (Sünde) として不法行為 (delictum) を含む罪 (peccatum) を選ぶ。神父のテルトゥリアン (Tertullian) は、人間の罪を記述するためにより強い不法行為という語を選ぶ。しかし、人間の罪を行為への意思に見るアンブロシウス (Ambrosius) は、すでに過失、義務および罪 (peccatum) を一つにする。アウグスティヌス (Augustinus) は、罪 (Schuld) を罪に落ちた時から腐敗した人間の意思から生じる不信心とする。個々の意欲された行為の中に現れる罪をアウグスティヌスは、現実の過失 (culpa actualis) と呼び、それを明らかに罪あること (reatus) および贖罪の義務 (debitum) と区別する。それゆえにアウグスティヌス以来過失は、慎重な、神の認識された意思に反してなされた決定という全く特定の意味を担っている。贖罪神学 (Busstheologie) では確かに過失、罰および罪あることという概念は衰退したが、その代わりにそれは早期および最盛期スコラ道德哲学の中でより一層明らかに出現した。トマス・アキナーナス (Thomas von Aquin) では、結局罪は意思上の罪であり、その限りでそれは神の意思に反する自由な決定となった<sup>(2)</sup>。

この意思論的な形式で今や新たにローマ法源に持ち込まれた、アリス

トテレスの行為論のさらなる展開は、このすでに過失概念において観察されうる自由な人間の意思に胚胎する罪（債務）概念への展開の基礎となった。アリストテレスにおいては行為の結果から意思に関する判断が生じた。彼においても罪は意思上の罪であるが、その限りで意思は行為の原理である。しかし、その判断の対象は行為目的の慎重な選択である。意思は認識に基づいて行為の目標を選択し、行為を実行する。従って、行為に関する道徳的判断は行為目的自体および行為目的の選択が十分な認識の基礎の上になされたかどうかの問題に関わる<sup>(3)</sup>。決定的な点でアウグスティヌスの意思論はそれとは異なる。そこでは意思は外部世界の認識には関わらない。決定に導く認識は、それ自体として精神的な過程であり、それゆえに意思形成の一部である。トマス・アキーナスではアリストテレスの行為論とアウグスティヌスの意思論は止揚されている（シンテーゼである）。構造に従えば、トマス・アキーナスの帰責論はアリストテレスのそれと大きくは異ならない。認識、決定および行為は、そこでは帰責しうる様態の重要な要素である。もちろん行為はもはやその結果に従って判断されるのではなく、むしろかような行為をもたらした意思を判断することが必要である。それゆえにトマス・アキーナスの帰責論では行為の帰責可能性ではなく、行為意思の非難可能性が前面に現れる。行為ではなく、意思について道徳的な判断が好まれる。従って意思の侵害は罪の減少に導く。行為者が正しさに反してではなく、最高の善（*summum bonum*）、すなわち神の意思に反して決定した限りにおいて、罪（過失）は意思の罪となる<sup>(4)</sup>。

この過失の意思論的見解は、特に教会刑法及びスコラ刑法理論により特徴づけられた。それは一般的な未遂論について、訴訟における立証要件についてのように決定的であった。過失の概念だけでなく、個々の刑法に関して展開した形象およびルールもまた民法上同じ程度に意味を有した。それは例えば、不正な状態に置かれていること（*versari in re illicita*）の理論、免責可能性に関する錯誤の体系的な把握または懈怠の非難可能性について当てはまる。逆にカノン法自体は、特にグラティアヌス（*Gratianus*）および勅令学者は、刑法上の問題の議論及び解決に

際してローマ法源に依拠した。悪意の概念における重なり合いは特別に狭い。この場合中世の法律家は一貫して「すべての姦計、詐欺、陰謀、欺き、騙し、欺罔により相手方を関与させる」というラベオー (Labeo) の定義に依拠した (Ulpianus D. 4. 3. 1. 2)。もちろん詐欺を表す語は、どうして悪意が責任を負わせるのかを明らかにするために、わけても意思 (voluntas) によって置き換えた。さらに、法の錯誤を常に免責させるために、悪意が行為の違法性に拡大されねばならないことを当然なこととした。これもまた、悪意が意思の問題であることを示す<sup>(5)</sup>。

これを要するに中世の初期においては法律学もその時代の人々の精神的理念となり、人々の生活を生涯にわたって支配したキリスト教の影響を強く受けた。そして道徳神学と刑法または民法上の責任とが結びつき、過失は注意の違反ないし帰責事由ではなく、神の秩序に違反する行為と理解された。従ってこの時代は契約の不履行の場合、給付結果の不實現ではなく、債務者の意思的側面が問題とされたが、それは神意に対する違反として非難された。損害賠償金と贖罪金の区別もはっきりしていなかった。

〈注〉

- (1) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1087-1088 [Schermaier]. 船田・ローマ法第3巻542頁-543頁注1参照。
- (2) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1088-1089 [Schermaier].
- (3) Aristoteles, Ethica Nicomachea 1113a, b (アリストテレス全集 (岩波書店) 第15巻 (2014年) 110頁 [神崎繁訳]).
- (4) Thomas von Aquin, Summa Theologiae I - II, qu. 19, art. 9 (トマス・アクィナス・神学大全第2冊 (創文社、1984年) 179頁-182頁 [高田三郎訳]); Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1089-1090 [Schermaier].
- (5) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB.,

Bd. II /1, S. 1090-1091 [Schermaier].

## 5 中世法

### (イ) 教会法

シェールマイヤーによれば、教会法が違法な行為にもつばら罪の観点のもとでのみ関心を持ったがゆえに、債務（罪）の問題は、今日の観点からみると、刑法の視点から判断された。それは、不法行為または契約法上の観点からローマ法源を捉えた個々の勅令において明らかにみられる。事実上損害賠償が問題になる場合でも、教会法学者および民法学者の一部ですら刑法上の言い回しを選んだ。1300年頃になって始めて損害賠償と贖罪金が区別されるようになった。それに特にトマス・アキナーナの損害賠償論が寄与したといえるであろう<sup>(1)</sup>。

教会法学者が偶然に生じた損害事例の非難可能性に関して有した困難は、民法についてもまた意味をもった。道徳神学的な観点から、二つの、ローマ法源上知られた責任標準である悪意と過失が説明され、かつ事件から区別されえた。それと知りながら不法のために決意する者は悪意で行為し、具体的に必要な注意 (*diligentiam debitam*) を怠った者は過失で行為したものである。教会法でも過失として民法学者が最軽過失 (*culpa levissima*) と述べるものも含まれたが、不正な状態に置かれていることという理論の枠内で、それがもつばら不法行為の間接的な結果として表現される場合ですら、単に偶然な出来事に対する責任もまた基礎づけようとした。かような先行する過失 (*culpa praecedens*) による責任に関する法的ないし道徳神学的な基礎づけは困難で、争われていた。フグッチオ (Huguccio) は、それを結局許容されない行為に対する罰と解した。民法学者は、その解決にも、また理由づけにも従わなかった。彼らは、損害が過失の必然的な結果として生じた限りにおいてのみ、先行する過失を考慮した。過失と事件の中間 (*medium*) は彼らによれば存在しえない<sup>(2)</sup>。

### (ロ) 注釈学派、注解学派

注釈学派と注解学派もまた、意思上の義務（罪）としての過失の立場

を離れなかった。それは特に、損害賠償を罰 (poena) と表記し、または賠償義務を罰する (punier/puniri) またはそれに類似した刑罰的性質を表示する概念により表現するしばしばなされた演習において気がつくところである<sup>(3)</sup>。法源の言い方が統一的でないこともまたその通りであるが (例えば、Ulpianus D. 2. 10. 1. 4<sup>(4)</sup>)、いずれにしてもローマの給付障害法はすでに関連する訴えの方式の基礎のうえにすべての刑罰的響きから無縁であった。しかし、個々の責任標準および注意の観念の中で、中世の民法学者は誤ってまさにこの響きを聞いていると思ひ込んだ。偶然の事件について責任を負わないことは、中世の法律家にとって確固たる原則であった。罪を負わないがゆえに、過失なしに行為した者は責任もまた負わない。それゆえに流出投下物訴権による責任は、ある者が有責に物を窓から流下させまたは投下し、あるいは居住者が有責に問題のある者をその住居に滞在させたことによつてのみ説明されうる。契約上偶然な出来事に対する責任を引き受けることが可能であるかすら議論された (Ulpianus D. 2. 14. 7. 15<sup>(5)</sup>)。マルティース・ゴジア (Martinus Gosia) のみが原則的にかような危険引受の有効性を支持した。他の者は、引き受けられた危険が厳格に記された場合にのみ関わりうることを要求し、さらに他の者は、危険に対する責任を自分の落ち度で引き起こされた、特に最軽過失により惹起された出来事に制限した<sup>(6)</sup>。

クストディア責任もまたわかりにくいものであった。それが法源によれば、悪意／過失に対する責任を補完するものであったが、それでもなお事件には及ばないがゆえに、それが過失と事件の間に位置しうる注意の違反、最軽過失としてのみ解釈されえた (アーズ (Azo))。この形象とともにクストディア責任に近い船主 (nautae)、宿屋の主人 (caupones) および厩舎の主人 (stabularius) の責任もまた説明されえた。それは過失を超えるが、事件の限界までしか責任を負わないがゆえに、それは最軽過失について責任を負わなければならなかった<sup>(7)</sup>。レケプトゥム責任が不可抗力のところで終わることは、ウルピアースが述べている (Ulpianus D. 4. 9. 3. 1<sup>(8)</sup>)。新しい形象の導入が、若干の法文が最高の注意 (exactissima diligentia) (Gaius D. 17. 2. 72<sup>(9)</sup>; Inst. III. 14. 2<sup>(10)</sup> など)

または最も注意深い家父 (*diligentissimus pater familias*) (Ulpianus D. 4. 4. 11. 5<sup>(11)</sup>; Gaius D. 13. 6. 18 pr.<sup>(12)</sup>) と述べることにより疑いもなく容易になった。通常の注意を軽過失の非難を避けるために十分だと見たことのために (通常の注意とは何かについても一致があったわけではない)、過失と事件の間に存在する責任標準を最軽過失と表示することになったのである。それにより責任—および注意の標準もまたより明確に対比された。契約にいかなる特別の利益も有しない者が重過失 (*culpa lata*) の責めを負った。彼は、過大な不注意により違反した通常の注意について責めを負った。利益が等分に分割されるときは、各人が軽過失について責めを負った。すなわち通常の (中間または完全な) 注意についてのみ責めを負った。もっぱらまたは主として契約に利益を有する者は、最高の注意について責めを負った。それに相当する注意の違反は最軽過失と表記された<sup>(13)</sup>。

悪意の観念には、一般的な過失概念ほどには意思論的な道徳神学の影響は明確に認められえない。すでにローマ法源は意図的な詐欺または違反を述べていた。もちろん今では行為者がその義務を知り、かつその違反を欲していることがより強く強調される。それゆえに民法でも詐欺よりも多く悪意という語が用いられ、いかなる錯誤が悪意による行為の非難を排除するかが熟慮される。重要な改革は悪意の立証およびその過失との区別に関する。認識と意思は内心の、精神的な過程として神のみぞ知る。人間にとってはそれは外部的事情からのみ推論される。従って推定される悪意 (*dolus praesumptus*) という形象が展開され、それは真正な悪意としばしば並んで述べられた。ペトゥルス・デ・ベラベルティカ (*Petrus de Bellapertica*) のみが、総ての悪意が推定される悪意だと教えた。それにさらなる視点が付加される。すでに若干の法源が悪意と重過失を同視し、またはいずれにせよそれらを同様に扱おうとした。アーゾは、重過失を推定される悪意と表記するためにこの同視を用いた。それは再びベラベルティカを重過失と悪意を内部的にもまた証拠法上も同視することに導いた。かような証拠法上の視点からは全く首尾一貫した境界の曖昧さを中世の法律家の大部分はもちろん拒否した。アクルシウ



ス (Accursius) は迷っていたようである。むしろ重過失は独立の過失の程度であり、Ulpianus D. 16. 3. 32<sup>(14)</sup>に示唆されているより大きな過失 (culpa latior) は推定された悪意であり、また悪意自体はなお最大過失 (culpa latissima) と表記されうるといふバルトルス (Bartolus) の区別に多くが従った。初めは概念対称的な理由から展開した六つの過失の分類はバルトルスによるものであるが、後で法源に沿わないものとして拒否された。サリケトゥス (Salicetus) のみがなおそれを主張し、理由づけた<sup>(15)</sup>。

最軽過失、軽過失、重過失、より大きな過失および最重過失という五つの分類の場合も同様である。それによって同時に過失の範囲がより広い意味において記述された。過失は狭い意味では、今日およびローマ法におけるように注意の違反であり、最軽過失、軽過失および重過失を包含した。過失の型式は、契約上の責任でも、契約外の責任でも分類されたが、契約および利益状況に従って繊細に区別された<sup>(16)</sup>。注意違反と悪意の間の本質的な区別は、過失は錯誤に基づくが、悪意は意思の決定に基づくことであるとされた。それから客観的な過失概念を導くことはできない。むしろすべての過失の基礎になっている怠慢 (neglegentia) もまた意思の瑕疵とされた。それは道徳神学の文脈では罪とされた<sup>(17)</sup>。

Paulus D. 45. 1. 91 pr.<sup>(18)</sup>からすでに注釈学派は、作為における過失 (culpa in faciendo) と不作為における過失 (culpa in omittendo) が区別されうることを導いた。バルドゥス (Baldus) は、その区別を疑わしい場合は何かをする者に何かをしない者よりも大きな過失は非難されえないことによって理由づけた。ヤコブス・ブトゥリガリウス (Jacobus Butrigarius) 以来、作為と不作為の間でその都度責任の段階が区別されるべきだという見解が深化した。それから二つの異なった議論が導かれる。軽過失について責任を負う者は、作為に軽過失が関わるとみられる場合、不作為には重過失に対してのみ責任を負うのでなければならない。しかし軽過失が不作為に対する責任に関わると解されるときは、作為の場合は最軽過失に対してもまた責任を負わなければならないことになろう。バルドゥスは、それによって契約上の責任標準がずれてしまう

という理由で、契約法につき第二の可能性は否定する。重要な制限が最後に自己のためにすると同一の注意という相対的標準のためになされる。この標準は相手方に対して特別に不注意な者を優遇しえないがゆえに、債務者が通常期待されるべき注意（中間の注意）を怠った場合はいつも、自己のためにすると同一の注意に対する違反とみられる。債務者が他人の物に対して自己の物におけるよりも小さい注意しか用いないときは、彼はある説によれば詐欺について、他の説によれば重過失により責任を負った<sup>(19)</sup>。

#### （ハ）第三者の行為による責任

統一化および過失のみが責任を基礎づけるという確信への努力は、中世の法律家を第三者の行為に対する責任の不統一かつばらばらの構成要件を同一の原理に従って解釈するようにさせた。自己の過失がなければ誰も第三者に対して責任を負わない。債務者が履行のために使者（*nuntius*）または召使（*famulus*）を任命し、または奴隷ないし日雇い労働者を用いたときは、彼は、能力のない補助人を選任した場合、まさにそのために責任を負う（*culpa in eligendo*）。法源自体この解釈のために原因を与えた。若干の者は行為主体の誤った選択または一般的に彼の知りうる補助人の無能力を強調したからである（例えば *Paulus D. 3. 5. 20. 3*<sup>(20)</sup>；*Ulpianus D. 13. 6. 10. 1*<sup>(21)</sup>；*Gaius D. 19. 2. 25. 7*（前出））。船主、旅館の主人および厩舎の主人の保証責任もまた、債務者が好ましくない者を用いたとするか、ローマ法が過失のない責任を特別に強調する場合に、それによって最軽過失責任は排除されないと議論するかの違いがあるにせよ、過失責任と解釈された。同じことは、流出投下物責任についてもなされた。この場合もまた居住者は、例えば彼が好ましくない者を選任したがゆえに、先行する過失（*culpa praecedens*）についてのみ責任を負いうる。アーズは、個々の場合に誰が損害を加えたかが不確かであるがゆえに、法源はかような事例で加害責任を認めないと論じた。それとともに少なくとも出発点において主人の責任が加害者の匿名性と関わりうる事が認められた<sup>(22)</sup>。

## (二) 履行遅滞

ローセによれば、法律効果におけるよりもっと強力に、中世の法律家による遅滞の要件の取り扱いに際して今日まで継続している改革の動きがくっきりと浮かび上がる。個々の承認された免責事由のように、督促は古典法によれば債務者における給付の不実現が存在したかどうかの問題の判断のためにのみ意味を有した一方では、注釈学派の議論は、遅滞の客観的要件と主観的要件の間の区別とともに始まった。主観的要件の枠内で彼らは悪意、重過失および軽過失の範疇に助力を求めた。悪意と並んですでにアクルシウスが、彼においてローマ法に従えば債務者の給付義務の認識が生じるのでなければならぬ正原因 (Pomponius D. 12. 1. 5<sup>(23)</sup>) に代わって現れる重過失を列挙した。後代の注釈学派と注解学派は過失の各々の型式で満足した。遅滞の基礎としての帰責事由のこの強調は、中世の法律家の観点からは法源に合致しているように見えただけでなく、利息の義務と同様に最も重要な遅滞の効果である事故に対する責任の正当化のためにほとんど不可欠というべきものであるように見えた。先行過失の理論によってそれは事故に対する責任を「事故は誰に対しても責任を問われない (casus a nullo praestantur)」原則 (Ulpianus D. 50. 17. 23<sup>(24)</sup>) の例外として理由づけられた。遅滞が同様に帰責事由に依存しているとすれば、事故に対する責任もまた直ちにそれに続きえた。遅延利息支払い義務のために過失主義の原則は、すでに損害賠償としての遅延利息が各々の他の損害賠償義務と同様に有責な行為の効果としてのみ理由づけられるがゆえに、要求されるべきであった。過失主義の導入によって中世の法律家は、正原因の概念のもとに、一部はすでに法源上下書きされていた遅滞を排除する免責原因をさらに発展させた。アクルシウスは特に法状況、その義務について不知の債務者およびさらなる個々の事情に関する不確かさに基づく訴訟遂行を指摘したが、注解学派は包括的な免責困難 (difficultas) の理論を理由づけた：困難は債務を消滅させないが、遅滞を免責する<sup>(25)</sup>。それによれば、各々の給付困難は、それが債務者という人における不当な欠陥 (defectus iniustus) に基づかない限り、遅滞の発生を妨げるべきである。後代の

注解学派は、それが債務者の悪意または重過失に帰されるべき場合にのみ、給付困難の免責の効果を排除した<sup>(26)</sup>。

遅滞が帰責事由を前提とすることは、もちろん恐らくゲルマン法および商事実務で一般的な過失なき遅滞の立場<sup>(27)</sup>の影響のもとに異議を申し立てえないではない。法源上過失主義のためにPomponius D. 12. 1. 5 (前出) が実り多いものたりうると信じられた一方で、他方においてVenuleius D. 45. 1. 137. 4<sup>(28)</sup>では個人的な障害が原則として債務者の問題だと述べたことの中に躓きの石が見られた。通説は過失主義に固執し、ヴェヌレイウスの言葉を原始的不能または義務自体の存在と結びつけたが、いずれにせよ遅滞には結びつけなかった。これに対してバルトルス (Bartolus) はヴェヌレイウスが数量 (quantitas) を、またポンポニウスは特定物 (species) を考え、種類物は滅失しえないという命題の指示のもとに、種類債務の場合給付障害は遅滞の発生を避けることができないという考えを主張した<sup>(29)</sup>。しかしバルトルスは、その考えを短期間のみ他の者に納得させたとどまった<sup>(30)</sup>。遅滞が不法行為であり、またはいずれにせよすでに債務者保護の理由から過失を前提とするとする<sup>(31)</sup>、暴利論から出発する教会法学者は、その考えにより挑発されたも同然であった。それゆえにその明らかな矛盾の印象のもとで、その後表明された範囲の広い免責可能性を伴った過失主義に戻っていった<sup>(32)</sup>。このように形成された原理の債務者の視点から最も重要な帰結は、帰責事由のない支払の困難が遅滞には導きえないことの中に存した。この命題もまた教会法によりインスピレーションを得た (X. 3. 23. 3)。債務者に好意的な教会の暴利論によって、不給付は債務者の側の問題であるに違いないというローマ法の原則が、総ての事情のもとで免責されえない給付遅滞のみが遅滞を理由づけうるという明らかに制限的な命題になった<sup>(33)</sup>。

督促は中世の法律家のもとで深く及ぶ変化は経験しなかったが、体系的な新規定を体験した。その点で幅広い注釈学者ならびに注解学者および教会法学者が従ったアーズがすでに、通常の法により理由づけられる遅滞と特別法により理由づけられる遅滞を区別した<sup>(34)</sup>。通常の法では

遅滞は督促、給付の期限または争点決定により理由づけられた。合意された給付時期が督促と同視されることの確定により、「期日は人に代わって異議を申し立てる (dies interpellat pro homine)」という今日一般的に用いられている命題は、それが事物に従ってすでにウルピアヌスに遡るにもかかわらず、注釈学派のもとで始めて一般的に認められた。督促に代わる効力はさらに、当初の疑いの後法律上定められた弁済期日にも認められた。特別法により理由づけられる遅滞として、法源上存在した未成年者のための遅滞の優遇および遅延した解放の事例ならびに盗難の事例で督促が不要とされたことが挙げられる。それによれば中世の法律家の区別は、人に関する遅滞と物に関する遅滞の古典期の区別とは一致しない。特別法上の遅滞は、物に関する遅滞と物における遅滞 (mora in rem) を含むが、窃盗は常に遅滞に陥る (fur semper in mora) という命題は、同時に古典法ではなお通常の人における遅滞 (mora in persona) として整序されるべきであった事例を包含する<sup>(35)</sup>。

遅滞の終了 (purgatio morae) の問題では、中世の法律家は法源から伝えられた原則をあまり変更しないで適用した。従って債務者は、なされるべき給付を利息および果実とともにまたはあまり日の経たないうちにかような利益賠償の顧慮なしにも提供することによって終了させえた<sup>(36)</sup>。

## (6) まとめ

中世の教会法ではトマス・アキーナスなどの神学者により道徳神学の展開、深化が進められ、それは教会法の進展にも反映された。民事責任論の分野についていえば、責任標準としての悪意、過失および事件の区別、過失の具体的に必要な注意の懈怠としての把握の他、先行する過失による責任の有無に関する議論がなされた。

中世におけるローマ法学の再興である注釈学派、注解学派でも、損害賠償と罰および民事責任と刑法上の責任とが必ずしもまだ分化していなかったことがうかがえるが、ローマ法源に忠実に賠償責任の立ち入った要件についての議論も展開した。債務者による危険の引き受け、最軽過失、軽過失、重過失、より大きな過失および最重過失という責任類型の

細分化とその適用基準に関する精緻な理論構成、推定される悪意の概念の議論、作為における過失と不作為における過失の区別などがそれである。それらの注釈-、注解学派の理論は、ローマ法源を素材として展開されたものであるが、かなりの部分はこれら中世の学者の固有の理論的展開である。

中世には履行補助者責任の統一化の試みが法律家によって進められた。債務者が能力のない補助者を選任した場合、彼はそのために責任を負う（選択上の過失）。履行遅滞については、この時代債務者が遅滞責任を負う要件はその重過失を必要とするか、過失で足りるかが議論され、遅滞後生じた事故による危険の債務者負担の原則が承認された。督促の法的意義についても掘り下げた議論がなされ、給付時期の定めがあるときは督促なしに債務者が遅滞に陥ることが（再）確認された。

〈注〉

- (1) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1091-1092 [Schermaier].
- (2) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1092-1093 [Schermaier].
- (3) 石本・前掲第2巻357頁参照。
- (4) 多くの者が悪意でなさしめたときは、総ての者が義務を負う。しかし一人の者が罪をなした場合は、それ以外の者は、何も関与していないときは免責される。
- (5) 受寄者を訴ええないという合意は、ポンポーニウス (Pomponius) によれば、有効な合意である。寄託によりすべての危険を負担するという合意も同様である。
- (6) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1093-1094 [Schermaier].
- (7) 石本・前掲第2巻357頁参照。
- (8) ラベオー (Labeo) によれば、船の難破や海賊の襲撃により物が滅失しても、不利な抗弁が船主に与えられるのではない。宿屋や居

酒屋の主人に不可抗力の抗弁が帰する場合も同様である。

- (9) 組合員は組合に対して過失につき責任を負う。この場合の過失とは最高の注意を尽くすことではなく、組合の事務につき自己の物に対すると同じ注意で十分である。
- (10) 使用貸借の場合、火災、破壊のような偶然の事故により喪失したときは、それにもかかわらず義務を負う。使用貸借のために受け取った者は、保管している物について厳密な注意を尽くすことが命じられ、自己の物に用いるのと同じ注意を用いたのでは不十分である。
- (11) 富裕な資産を相続したが、相続財産が突然になくなった場合（土地が地震により滅失し、貸家が消失し、奴隷が逃亡または死亡するなどの場合）、ユリアヌス（Julianus）によれば、相続人たる未成年者は相続財産の占有を回復する。マルケルス（Marcellus）は、占有回復には躊躇すると述べる。なぜならば未成年者によって富裕な財産が相続により取得されたかどうかは不確かで、かつ占有に関してはどの家父も最も注意深く占有しうるからである。
- (12) 使用貸借の目的物については家父が自己の物に用いる最も慎重な注意と同じ程度の注意が尽くされるべきである。
- (13) Hoffmann, a. a. O., S. 42f. ; Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1094 [Schermaier]. 船田・ローマ法第3巻547頁注10参照。石本博士は、クストディアの変容として最軽過失が紀元3世紀には暗黙に承認されていたのではないかと主張される（石本・前掲第2巻191頁-192頁）。しかしローマ法のその後の卑俗化により最軽過失の確認に到達するためには12世紀の注釈学派、特にアクルシウス（Accursius）に待たなければならなかった（Hoffmann, a. a. O., S. 35. 石本・前掲第2巻192頁）。注釈学派における最軽過失については、石本・前掲第2巻189頁以下。特にその197頁以下にはホフマンの学説（Hoffmann, a. a. O., S. 43f.）が詳述されている。注解学派においてもクストディア責任の根拠を利益の原則に求めるという考え方が失われたわけではないが、現実の法規制の妥当性を追求する過程の中で善意と悪意（バルトル

ス (Bartolus)、さらには行為の困難の程度に応じて客観的に必要とされる注意の程度や自ら合意によって引き受けた注意の程度によって責任の限度を確定するという方向性が出てきたと指摘される (石本・前掲第2巻358頁以下 (委任では委任事項の重要度によって注意義務の程度が定まる (バルトルス))。

- (14) あなたが所有者と考えたティティウスに寄託された奴隷を返還したが、ティティウスが所有者でなかったときは、ケルスス (Celsus) によれば、あなたは寄託訴権により義務を負わない。なぜなら悪意が存しないからである。しかし他人の所有であることを知っていたときは、賠償判決が下される。占有が悪意に基づくからである。
- (15) Hoffmann, a. a. O., S. 58 ; Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1095-1096 [Schermaier].
- (16) Hoffmann, a. a. O., S. 60f.
- (17) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1096 [Schermaier].
- (18) 問答契約の対象となった奴隷が逃亡した場合、占有者の不注意によってなくなったときは、占有者は過失により義務を負う。しかしそれは債権者に受取をさせることに関する過失なのか、それとも (逃亡を) なさないことに関する過失なのか。正当と思われるのは、諾約者は与える義務を負っているのであり、(逃亡を) させない義務を負っているのではないということである。
- (19) Hoffmann, a. a. O., S. 55f. ; Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1096-1097 [Schermaier].
- (20) ルキウス・ティティウスが私の事務をあなたの指示によって管理する場合、正当に管理されていなければ、あなたは私に、あなたが行方をなすようではなく、その不注意な選択によってその者の懈怠により損害が発生した限りにおいて義務を負う。
- (21) 試味売買のような場合使用貸借と同様に扱えるか。私のために与えたときは、私が代価を期待する間、悪意について私に対して責めを負う。彼のために与えたときは、クストディア責任を負う。



- (22) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1097-1098 [Schermaier].
- (23) あなたが私に奴隷を給付すべき場合に奴隷が後で死亡した。それがあなたによって私に引き渡さないためになされたときは、あなたはその損害を賠償すべきである。しかしあなたによってなされたかどうかかわからないときは、あなたによってそれがなされたのか否か、あなたが悪意でなしたのか否かだけでなく、あなたがそれにより賠償する義務を負うと考えられる他の正原因があるかどうかすら検討されるべきである。
- (24) 過失なしに生じた事故による動物の死亡、監視義務のない奴隷の逃亡、略奪、反乱、放火、水害、盗賊の攻撃による損害は誰も責任を負わない。
- (25) Wollschläger, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, 1970, S. 47f.
- (26) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1335-1337 [Lohsse].
- (27) Vgl. Heymann, Das Verschulden beim Erfüllungsverzug, SS. 45f., 81f.
- (28) 100金を与えることを約束した者は直ちに義務を負うのか、それとも反対に金銭を調達しうる限りにおいて遅滞に陥るのか問題になる。自宅にも所持していないし、債権者に履行もしない場合はどうであろうか。これは自然な妨害ではなく、与える能力に関わる。しかし相当なまたは相当でない個人の能力は予期されるものではない。その他ある者がスティックスを与えることを誓約した場合、スティックスがどこにいるのか、それともローマにいるときに、エフェススにいる限り与えることが誓約されるのか。確かにこれもまた与える能力の問題に関わる。金銭およびスティックスにおいては、約束者が現状与えることができない限り、それが相当だからである。一般的に約束者が困難なことを約束した場合不相当といえるのか。約束者は妨害に遭っているのではなく、所有者が売却していない他

の奴隷を与えることを約束した者もまた与えないとはいわれない。

- (29) Vgl. Heymann, a. a. O., S. 97f.
- (30) Heymann, a. a. O., S. 102.
- (31) Zimmermann, The Law of Obligations, p. 794f.
- (32) Heymann, a. a. O., S. 104.
- (33) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1337-1338 [Lohsse].
- (34) Heymann, a. a. O., S. 90f.
- (35) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1338 [Lohsse].
- (36) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1338 [Lohsse].

## 6 人文主義と現代的慣用

### (イ) 債務(罪)の概念

シェールマイヤーによれば、過失概念においてもまたその内容においても、人文主義および現代的慣用 (usus modernus) では中世の見解に比べてあまり異ならなかった。意思上の債務(罪)の考えならびに様々な過失の型の区別は、基本的には自然法の時期に新しい考え方が登場するまで、中世の法律家がそれを定式化したと同様であった。悪意は依然として相手方を騙し、または彼にその他の方法で損害を与えるための、意図的または意思的な行為と理解された。クヤキウス (Cuiacius) (キュジャス (Cujaz)) は、それを短く違反 (delictum) と呼ぶ。狭義の過失もまた引き続いて意思の瑕疵と観念された。通常の注意は個々の場合にいかなる注意が必要であるかのための標準として役立ったが、それからの逸脱は失敗あるいは罪 (peccatum) と理解された。非難は過失者が必要な勤勉または必要な注意を欠いたことの中にあった。それは特に注意の欠落自体が不法 (iniuria) とみなされたことにおいて明らかである。この場合明らかに無知としての懈怠の道徳神学的な解釈は、何を知ることが可能かつ要請されるか (quod potest scire et debet) から生じる。

後期スコラ道徳論が初めてこの見解を克服し、ある者がある関係で行為しなければならないかどうかの問題が、行為の自由ではなく、その違法性と関連するものでなければならないという結論に達した。非宗教的な自然法が、カントの自由倫理の基礎の上にあるいはなおより首尾一貫した意思論に戻る前に、その義務論の枠内で同じ結論に帰着した<sup>(1)</sup>。

#### (ロ) 責任標準

不統一が過失の個々の型式に関して存在した。それに関する議論は、その批判と矛盾がなおライザー (Leyser) とグリュック (Glück) の時代まで議論の原因となったツァジウス (Zasius) が導いた。ツァジウスはバルトルスによって主張された過失の五分類を拒否し、それに対して軽過失と重過失のみの区別を提案した。ツァジウスはそれが法源にないという理由で最重過失を拒否し、またそれが言語上も内容の上でも重過失と区別されえないという理由でより重い過失も拒否した<sup>(2)</sup>。後世の学者の多くもこの点でツァジウスに従った (ドネルス (Donellus)、クヤキウスなど)<sup>(3)</sup>。最軽過失の扱いはより複雑に形成された。ツァジウスはそれを独立した概念としては拒否したが、出現形式としては承認した<sup>(4)</sup>。ドネルスも同様に浮動的であった。言語上および形式論理的な理由からはその観念は原則的に拒否されるべきであるし<sup>(5)</sup>、契約上の利益分担 (功利の原則) もまたそれを要求しないと述べる。危険に際して自己の物の救助を借主の救助に優先させる貸主の場合のみ、最軽過失を適用する。確かにツァジウスおよびドネルスの疑問にかなりの法律家は従ったが、少なくとも過半数の者は重過失、軽過失および最軽過失という三分類を支持した<sup>(6)</sup>。

人文学派が中世の概念形成で遭遇した疑念は、法源への忠誠にかかるその努力から来るものであった。それは特別に、悪意は誠意に対する違反であるが、過失は注意およびクストディアに対する違反だというその定義において明らかであった。それとともに若干の新しい区別と説明が生じる。ドネルス (Donellus) はクストディア義務をその名前で呼び、理論的には保管上の注意 (*diligentia in custodiendo*) と説明した。それに違反するときは、なさなかつたことによる軽過失 (*culpa levis in non*

faciendo) を犯したものである<sup>(7)</sup>。重過失は、両者が評価という理由からしばしば同じ責任結果を生じる場合でも、客観的に悪意と厳格に区別される<sup>(8)</sup>。具体的過失 (culpa in concreto) と抽象的過失 (culpa in abstracto) の区別は、人文学派によって客観的に用意され<sup>(9)</sup>、ドイツの現代的慣用において概念的にもまた把握された<sup>(10)</sup>。前者は自己のためと同一の注意において、また後者は良家父の注意において不可欠の概念である。家父の注意の標準は契約および状況に依存している。ウルピアヌスの法文では (Ulpianus D. 50. 17. 23 (前出)) 普通法の法律家は、特にその体系的な作品の中で列挙された契約を債権者および債務者について当てはまる責任標準に従って整序した。自己のためにすると同一の注意については、同時に抽象的過失と具体的過失の標準を明らかにする二つのルールが適用される<sup>(11)</sup>。自己の事務において彼に託された他人の事務におけるより注意深く行為する者は、彼に軽過失が非難されうる場合、すでに自己の事務における注意に違反している。自己の事務において不注意に行為するにもかかわらず、他人の事務においても不注意に扱う者は、彼が重過失を非難されうる場合、常に責任を負う<sup>(12)</sup>。

刑法上の変わらない効力は、ツァジウス (Zasius) によって最初になされた怠惰の過失 (culpa ignaviae) と策略の過失 (culpa versutiae) における重過失の区別を展開させた。怠惰の過失は粗野なまたはひどい怠慢 (crassa oder supina negligentia)、すなわち伝統的な意味における重過失を意味し、策略の過失は、意図的に期待されかつ必要とされる注意を尽くそうとしない者に対する非難である。この債務 (罪) の形式とともに意識的な過失が近代の刑法理論からはく奪された。しかしその区別は驚くべきものではない<sup>(13)</sup>。むしろトーマス・アキーナスによってなされた故意的無知 (ignorantia affectata) (策略の過失 (culpa versutiae) に相当) と悪い選択上の無知 (ignorantia malae electionis) (怠惰の過失 (culpa ignaviae) に相当) の区別がそれを採用していた。その区別はこの形式において民法上より新しい現代的慣用の時代まで保持されえた<sup>(14)</sup>。

より大きな過失と最重過失の区別が捨て去られたのだから、予見され

た悪意 (*dolus praesumptus*) もまたもはや固有の過失の範疇には数えられなかった。悪意が推定されうるのは一般に証拠評価または証拠輕減の問題以上のものとしてのみ見られた。契約法では、重過失は悪意と同視されうるといふ原則が維持された。従って悪意について責めを負う者は、重大な過失 (*magna culpa*) についても責めを負わねばならなかった。法源に忠実に、悪意でも免責されるという約束は無効である。もちろん当事者が後で一当事者による悪意による行為に罰を加えないことを合意することは誰も許容する。一般的な訴えの放棄では、放棄する当事者が相手方の悪意もまた援用しないことを黙示で合意すると見られたが、法源に従ってその放棄は有効とされた。将来のための悪意の場合でも免責されるという合意 (*pactum ne dolus praestetur pro futuro*) に反対する議論は注目に値する。受益者は、それによって詐欺、不法行為をするように誘われるが、それはいずれにせよモラルに反する。近時に至って始めて有力説が重過失による責任の排除もまた無効だとした<sup>(15)</sup>。

#### ハ) 実務への瞥見

責任標準とその限界については確かに十分に議論されたが、概念のピラミッドは日常の法律問題の多様性にいかなる手引きも提供しなかった。特に現代的慣用の主張者は、研究室で作られた区別が実務上の裁判官の活動にとっていかに不適切であるかを示した。ライザー (Leyser) は、ヴィッテンベルクの法学部が鑑定しなければならなかったある事件を報告する。ある財産管理人が賃借人の負担する利子を徴収せず、またはいずれにせよ適時に徴収しなかったために所有者が損害を受けた。管理人は責任を負うか。すでに管理人と所有者の間の債務関係の分類が困難を提供する。彼がどのような注意義務を負うかの問題についても同様である。同学部は、彼の懈怠を大きな怠慢 (*magna neglegentia*) とし、本来解決すべきその事例の問題を看過した。ライザーの指摘は個別事例ではなかった。すでにティティウス (Titius) が過失の程度の段階は理論的には関心を引くが、実際には意味がないとしていた。ライザーの後数十年してヘフナー (Höpfner) もまた、その長い鑑定人としての実務の中で当事者が過失の段階について議論した事例は一件もないと述べた。

グリュック (Glück) ですら、生ずべき事例で、過失のいかなる程度が本来的に責任をもたらしたかという問題の判断と決定が争われるときにいつも裁判官にとって困難な問題が生じることを認めた<sup>(16)</sup>。

債務者がクストディアについて責任を負わねばならなかった事例で訴訟上立証責任の分担が議論された。法源から引き出しえた原則として、相手方の過失を主張する者がこれもまた立証しなければならないことが生じた。しかしこれにつき必要な注意 (最も完全な注意 (exactissima diligentia)) が誰によっても期待されえないときに、どのようにして相手方の最軽過失を立証すべきなのであろうか。人文学派が時折においてのみ挙証責任の分担について熟考した後で、現代的慣用は、その問題を実証的かつ非論理的に、すなわちクストディアにおいては過失の形式ではなく、契約上課された危険が問題になるというように解決した。クストディアについて責めを負う債務者は、彼が自ら最大限の注意 (exactissima diligentia) を尽くしても損害を回避しえなかったであろうことを立証しなければならないものとされた。かように彼には給付が不可抗力により不能になったことの立証責任が課された<sup>(17)</sup>。

## (二) 第三者の行為に対する責任

人文主義法律学がその権威をスコラの体系化の上に置いた法源は、いづれにせよ準不法行為責任の構成要件の場合に、補助者および家族員についての過失とは無関係な保証義務を喚起した。實際上ドネルス (Donellus) は、船主、旅館の主人および厩舎の主人の責任を即座に契約上の担保引受によって理由づけた。それゆえに、その責任は、自己の行為に関する場合であろうと、あるいはその従者 (ministri) および客人の行為に関する場合であろうと、いかなる懈怠またはその他の過失も前提とするものではない。それはむしろ公共の利益 (publica utilitas) に一致する。同様にドネルスはまた、これらおよび流出投下物訴権における主人の責任を責任者の過失に帰せしめる。この場合は契約上の責任引受はいずれにしても問題とはならない。その他使用者責任の過失原則に固有の性質は、ドネルスにおいてもまたその後の法律家においても批判に耐えうる。特に法源から知られる第三者の行為による責任の構成要

件は、不法行為上の過失を前提としないが、なんらかの過失 (culpa aliqua) であるというツァジウスの定式は広い支持を見出した。それゆえにレケプトゥム責任の場合ですらなお最軽過失が議論された。17世紀になって始めて一般的なレケプトゥム責任の枠内で契約上の担保引受の考えが貫徹されたようであるが、18世紀の末までその問題は議論された。流出投下物訴権の枠内で少なくともその家族、その雇人およびその客人のために責任を負うことが貫徹された<sup>(18)</sup>。

その家族およびその従者の行為に対する家父の責任の場合もまた保守的であった。彼は、選択—または監督の違反の非難がなされうる限りにおいてのみ責任を負った。ローマの加害責任 (Noxalhaftung) は、それが家族員の場合問題とならず、かつ奴隷がほとんどみられなくなったがゆえに、この場合助けにはならなかった。古いドイツ法においても、いずれにせよザクセン法において、加害責任に比較しうる慣行が存在した。それは自由な被用者の行為による未払いの賃金を引き当てとする使用者の責任に転化した。このザクセン法の特別ルールをカルプツォウ (Carpzov) は学識法の議論にもたらした。それによれば、主人はその家族のために一般的に、その従者のためにはいつもその賃金債権の額の範囲内で、しかし選択上の過失の場合は限界なしに責任を負うものとされた。グロティウス (Grotius) もまた、オランダでそれが慣習法として知られていたがゆえに、賃金を引き当てとする責任を取り入れた。博士達の間では通例加害責任の章下に言及されるこの新しいルールが議論されていた。ドイツの現代的慣用では、いずれにせよそれ以外に、従者または従業員が主人の特別の委託を受けてまたは彼に移された活動の枠内で行為した場合に、使用者の無制限の責任を定めるストリイク (Stryk) によってそれが認められた。この責任原因についてもまたドイツの淵源が存在するが、ストリイクによって用いられた議論は、彼が普通法の論拠を求めたことを示している。使用者が、職務または委託が及ぶ限りにおいてのみ責任を負うことを、彼は親方に対する訴権に関するルールから導きえた。使用者の責任が(推測された)選択上の過失によってのみ基礎づけられうるというストリイクの疑念は、普通法の選択

上の過失 (culpa in eligendo) を反映している。その他ストリイクの解決もまた議論がないわけではない。そしてそれは、後の議論にとって過少評価すべきでないが、不法行為にのみ関係した。しかし、いずれにせよポティエ (Pothie) もまた支配人訴権 (actio institoria) の枠内で使用者の責任と代理法との間に橋をかけた<sup>(19)</sup>。

#### (6) 債務者の遅滞

ローセによれば、遅滞の要件は16世紀から18世紀までに客観的に変更はなかった。特に「困難は債務を消滅させないが、遅滞を免除する」との命題から生じる、広範囲に及ぶ免責可能性と結びついた過失主義が固執された<sup>(20)</sup>。更に特に帰責事由のない債務者の貧困がそれに数えられる。もちろん人文主義者のもとに過失と督促という遅滞の要件を再び緊密な結合にもたらず傾向が観察されえた。過失が中世の法律家によって教会法の影響のもとに遅滞の付加的な要件として展開してきたとすれば、人文主義者はこの要件を法源の遅滞の観念の中に適合させようとした。特にドネルスのもとでそれは明瞭である。古典法によれば人に関する遅滞のもとで債務者による総ての遅滞が理解されるべきであったように、ドネルスは人に関する遅滞の概念を、それが債務者の帰責事由から帰結することによって説明する。それによればドネルスにとって「期日は人に代わって異議を述べる」原則に従って理由づけられる遅滞は、「窃盗は常に遅滞にある」原則に基づく遅滞と同様、通常の人に関する遅滞の事例を示す。中世の法律家以来展開した免責事由を、彼は過大催告、誤った場所での給付に関する督促およびそれに類似したものと一緒に、督促にもかかわらず給付されないことから債務者の過失が帰結されうという原則の例外として把握した。しかしこれらの法源に一致した体系化は、現代的慣用の法律家および自然法学者においては貫徹されなかった。彼らは督促を、ずっと例外構成要件の集合と理解された過失要件と並ぶ特別な遅滞構成要件として扱い、人に関する、すなわち督促によって生じる通常の遅滞と物に関して生じ、遅滞優遇の事例や盗難、さらに特に督促が「期日が人に代わって異議を述べる」原則に従って不要な場合に存在する特別な遅滞を区別する。見解の相違は、ただ一度の裁判外の督促



で十分なのか、それとも債務者は何度もまたは裁判上なさねばならないのかどうかの問題をめぐって展開された<sup>(21)</sup>。有力説は誠意訴訟と厳正法訴訟を区別し、厳正法訴訟の場合にのみ裁判上の督促を要求する<sup>(22)</sup> (Julianus D. 12. 1. 22 (前出) ; Paulus D. 46. 8. 15<sup>(23)</sup>)。フランスでは裁判上の督促が常に必要であるという見解すら貫徹された<sup>(24)</sup>。フランスで「期日は人に代わって異議を述べる」という原則もまた認められていなかったことはこれに適合する。両者はフランス民法典の中にも導入されていた (1139条 (2016年以前)、1146条 (2016年以前))<sup>(25)</sup>。その他の法制では一般に一度の裁判外の督促で十分である<sup>(26)</sup>。

#### ㌷ まとめ

近世の人文主義の時代に入ってもなお教会の権威は絶大であり、人々の生活もキリスト教によって支配されていた。中世の意思上の債務を罪と同視する考え方も維持された。過失は注意からの逸脱と理解されたが、過失の五分類は拒否され、軽過失と重過失 (さらには最軽過失) のみの区別が支持された。またこの時代に抽象的過失と具体的過失の区別が認められた。さらに重過失が悪意と同視されうるという原則も維持された。

人文主義の時代には第三者の行為に対する責任に関する理由づけやその適用要件ないし適用範囲が学者によって議論された (保証責任、担保引受、何らかの過失など)。債務者遅滞の要件は16世紀から18世紀までに客観的変更はなかったが、過失主義が固執された。債務者の貧困もそれに加えられた。ローマ法の物の遅滞は、過失主義の原則の例外として理解された。

#### 〈注〉

- (1) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1098-1099 [Schermaier].
- (2) Hoffmann, a. a. O., S. 68f.
- (3) Hoffmann, a. a. O., SS. 70 Fn. 458, 111-112.
- (4) Hoffmann, a. a. O., S. 83f.
- (5) Hoffmann, a. a. O., S. 85f.

- (6) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1100 [Schermaier].
- (7) Hoffmann, a. a. O., S.80.
- (8) Hoffmann, a. a. O., S. 76.
- (9) Hoffmann, a. a. O., S. 91f.
- (10) Hoffmann, a. a. O., S. 133f.
- (11) Hoffmann, a. a. O., S. 114f.
- (12) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1101-1102 [Schermaier].
- (13) Hoffmann, a. a. O., S. 73.
- (14) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1102 [Schermaier].
- (15) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1102-1103 [Schermaier].
- (16) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1103 [Schermaier].
- (17) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1104 [Schermaier].
- (18) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1104-1105 [Schermaier].
- (19) Schmoeckel u.a.(Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1105-1106 [Schermaier].
- (20) Vgl. Hoffmann, a. a. O., S. 108-110.
- (21) Zimmermann, The Law of Obligations, p. 795f.
- (22) Zimmermann, The Law of Obligations, p. 796.
- (23) ラベオー (Labeo) は、言葉で要求される場合、方式書で要求される場合のように認めなかった。
- (24) Dupin (Hrsg.), Oeures de Pothie, vol. 1, 1824, p. 72.
- (25) しかし2016年のフランス債務法改正では、督促を不要にする行為または契約がそれを予定している場合に、単なる弁済期の到来に

よって弁済遅滞に陥ることが明らかにされた（新1344条）。

- (26) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1344-1345 [Lohsse].

## 7 後期スコラ学および自然法

### (イ) 後期スコラ学

シェールマイヤーによれば、意思に依拠した債務（罪）の概念およびそれとともに解釈されるローマの概念に捉われた普通法の理論に対して、後期スコラ学の神学者は奇妙なことに過失の新たな解釈を提示した。道徳神学的な罪と民法上の過失の対立が、明らかにトマス・アキーナスの理論の基礎の上に自然法的な民法を打ち立てようとする彼らの注意を引いた。罪（債務）(Schuld) は神の法の意図された違背、すなわち罪（Sünde）であるが、それに対して過失（Verschulden）は、それによって相手方が害されるある注意の不作为である。後期スコラ学者がその他の点で中世の法律家のあまり実り多くない概念構成を引き継ぎ、かつ契約法上首尾一貫して功利の原則を実行するにもかかわらず、この洞察は若干の注目すべき結論を示す。例えばモリーナ（Molina）は、契約上の利益考量を達成するために、民法に時折倫理上要求されうるより高い程度の当事者の注意の要求をすることを観察する。レッシウス（Lessius）は、それから契約上の関係外では重過失についてのみ責めを負わなければならないという結論を導く。もちろん彼は重過失を広く把握し、同時代の民法学者はそのもとに軽過失を理解したであろう。同様に、なされるべき賠償がなされる場合にのみ罪が許されるがゆえに、倫理的義務と法律的義務は関連している。それ故に、損害が死に値する罪（peccatum mortale）から生じた場合にのみ賠償が請求されうるとレッシウスは反対に結論した。それが小さな罪（peccatum veniale）から生じたときは、それはいわば偶然に生じたものとみなされ、民法上免責を見出すためには、賠償される必要はないとされた。この場合レッシウスは、ある異本の中で、損害賠償のローマ-普通法上よく知られた学説であるもの、すなわち賠償義務が必要な注意の程度に依存することを暗示する。モリー

ナは、自然の（神の）法と人間の法の隔たりを、軽過失または最軽過失による損害の事例において良心の裁判所（forum conscientiae）における賠償義務を民法上の判断に依存させることにより架橋した<sup>(1)</sup>。

## (ロ) 自然法

グロティウス（Grotius）とプーフェンドルフ（Pufendorf）はこの改革には賛同しない。彼らの過失理論は、彼らの同時代人のものとは本質的に異なるが、その体系的な出発点は斬新である。グロティウスは、統一的な、契約責任と不法行為責任を区別しない損害賠償理論のみを知っている。各々の賠償請求権は、彼が対立し合う行為の一般または特別の人間の義務と理解する過失を前提とする。この過失の社会倫理的概念は、プーフェンドルフにおいては再び、外部的には道徳神学上の過失と区別されない個人倫理的概念に転化する。プーフェンドルフではその場合行為の帰責が問題になる。しかし彼が神学的伝統におけると同様に過失を、知りかつ監督すべきであり、かつその能力がある者の懈怠とみなす場合、その関係から彼にとって神学者のように神に対する義務が問題になるだけでなく、特に同時代人に対する義務が問題になる。従ってグロティウスおよびプーフェンドルフにおいてはその後継者の義務論の中で初めて明確に表現される、義務概念における範型の転換が行われている<sup>(2)</sup>。

トマジウス（Thomasius）およびヴォルフ（Wolff）では過失の理論は特別の役割を有しなかった。ヴォルフは単に、意思の瑕疵として記される悪意と異なり、過失は打ち勝ちうる意識の瑕疵だと記した。この区別および過失と錯誤の同視はアルトジウス（Althusius）に遡りうる。それは私法の世俗化をより明らかに示す。過失は、行為者が神の秩序から流れ出るルールを知ることができ、かつ知らなければならないことから出発するとき、その限りでのみ意思上の義務として記されうる。今や行為の義務は人々の共同生活から生じるのだから、各人が自己の利益において義務に適って行為しようとするを前提とする。従って、過失はある者が、義務を知ることができたにもかかわらず、それを知らなかったことの中でのみ存在しうる。不法行為法でも契約法でも、相当な義務が悪意または過失によってのみ侵犯されうると述べられる。もちろん

プーフェンドルフにより要求され、トマジウスにより繰り返された、彼がそれを過失なしに違反した場合にも貧者に補償すべき帝国の義務が注目に値する<sup>(3)</sup>。

#### Ⅰ) 過失なき責任？

責任法はトマジウス (Thomasius) のもとで歴史的瞬間を迎えた。彼はその博士論文である「不法行為法の幻影 (Larva legis Aquiliae)」において義務の議論を克服し、過失と賠償、非難と責任の明確な区別をすることに成功した。トマジウスはその博士論文の中で他人の権利を侵害した者は誰でも損害を賠償しなければならないという命題を擁護した。加害者の過失またはその帰責能力は問題とならない。契約上の責任についてトマジウスはそれから契約上の請求権と不法行為上の請求権が競合する場合に、不法行為上の請求権が契約上の責任標準に従って算定されるべきことを除いて、いかなる結論も引き出さない。トマジウスは、過失とは無関係な責任法への突出を試みたが、その理由づけにおいては古い、慣習法上の結果責任に回帰するものであった。その中ではまた、過失によらない場合、いかなる標識に従って加害行為が帰責されるのか明らかにされていなかった。それゆえに恐らくその構想にいかなる結論も与えられなかったであろう<sup>(4)</sup>。

#### Ⅱ) 第三者の行為による責任

他の点では道徳神学も自然法も決定的な後退を記録した。両者は、第三者の行為による責任を大幅に排除する。後期スコラ学者は、民事法上の利益考量の枠内では家父が従者および家族員のために、事業者がその被用者のために責任を負わねばならないことを認めた。自然法によれば、良心の法廷 (forum conscientiae) においては、かような他人の過失による責任はもちろん問題にならない。同じ立場に立って、もちろん内心の法廷 (forum internum) を指示することなしにグロティウスは、「過失のない主人はもともと何の義務も負わない」と述べる。従って、加害責任もまたその従者による責任も単に市民法に属した。自然法上の帰責論とは無関係にグロティウスは、その著書「序論 (Inleidinge)」の中でももちろん、第三者の行為による責任が特に被害者に立証上の困難を免れ

させるために命じられていることを理由づける。プーフェンドルフは実証的であることが示される。彼は、第三者による責任が自然法によれば基礎づけられない点でグロティウスに従うが、少なくとも家畜および奴隷における加害責任を支持した<sup>(5)</sup>。

グロティウスは、その市民の行為による国家の、または逆に政府の行為による市民の刑法上の責任について全く異なった形象を示す。もちろんその場合彼にとって民事上の賠償ではなく、刑罰の分与 (*communicatio poenarum*)、すなわち刑罰の移譲が問題になる。それとともに彼は、当該の、スコラ学で導かれた議論の内容におけるように、彼の構想である、第三者による民事責任と刑法上の責任の分離という結論に至る。社会または政府がその行為を知り、かつそれが回避されうる、または行為者が職務または委託によりその任に就いたのであれば、社会または政府が個々人の行為につき責任を負った。逆に人民および個々人もまた政府の違反について責任を負った<sup>(6)</sup>。

#### (6) まとめ

後期スコラ学でも罪(債務)は神の法の意図された違背であり、賠償がなされた場合に罪が許されるから、倫理的義務と法的義務は関連しているというように理解されたが、自然法の時代になると神の世界と人の世界が分けて論じられるようになる(特にグロティウス)。後期スコラ学でも過失の新しい解釈、すなわち過失はそれによって相手方が害されるある注意の不作为であるという考え方が提示されていたが、自然法では過失は神の秩序を知らねばならないのにそれを怠ったことからではなく、人が共同生活上の義務を知ることができるにもかかわらず、それを知らなかったことから導かれると解された。特にトマジウスは、加害者の過失、帰責能力とは無関係に他人の権利を侵害した者は誰でも損害を賠償しなければならないとした。

第三者の行為による責任については、自然法の学者は、他人の過失による責任を否定し、過失のない主人は何の義務も負わないと述べた(グロティウス)。

〈注〉

- (1) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1107-1108 [Schermaier].
- (2) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1108-1109 [Schermaier].
- (3) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1109 [Schermaier].
- (4) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1110 [Schermaier].
- (5) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1110-1111 [Schermaier].
- (6) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1111 [Schermaier].

## 8 自然法の法典編纂

### (イ) 過失責任

自然法の草案は過失を社会倫理的現象と記述したが、それは内容的にローマ-普通法から離れ、または大きくは離れるものではなかった。自然法の法典編纂もまたそれを反映する。バヴァリアのマクシミリアヌス民法典 (Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis) (1756年) の履行障害法は、全く現代的慣用に従って、過失および効用原則に従ったその段階的な適用を繰り返した (IV 1. para. 20)。不法行為法では、それは加害者の過失ある違反の場合に被害者の賠償または補償で満足した (IV 16. para. 1f.)<sup>(1)</sup>。

プロイセン一般ラント法 (ALR) (1794年) の給付障害法も基本的にそれと異ならない。債務者は、彼が契約から期待する利益に従って重過失、軽過失または最軽過失につき責めを負わなければならなかった (I 3. para. 18ff., I 5. para. 277-280)。普通法への追従は個々の点にまで及んだ (I 5. para. 281, 283)。契約および責任基準に従って契約締結前の過失もまた賠償義務を負わせることは、新しくかつ自然法に由来するも

のである ( I 5. para. 284)。契約法でもまた不法行為法でも賠償の範囲は過失の程度に依存した ( I 5. para. 285-291, 6. para. 10-16, 99-111)。いずれにせよプロイセン一般ラント法が、唯一の法典として、監視義務者の財産からいかなる賠償も取得されえず、かつ加害者から賠償により必要な扶養および身分に適った養育のための金銭が引き出されないときは、子供および精神的障害者の固有の責任を命じることが注目に値する ( I 6. para. 41-44)<sup>(2)</sup>。

オーストリア一般民法典 (1811年) は、不履行による損害賠償に関する特別規定を包含していなかった。同法919条は、期待を裏切られた債権者にのみ賠償を指示した (本条は1916年の改正 (第3部分勅令) により改定された)。オーストリア一般民法典は、全く自然法的なやり方で、損害賠償法上の一般条項の枠内で不法行為による賠償請求と共通に不履行による賠償義務の論拠および範囲を規定した (1293条以下)。それによれば加害者は、重過失の場合にすべての満足について、軽過失の場合は本来の損害賠償についてのみ責めを負う (1324条。同旨: ALR I 6. para. 7-12)。それとともにオーストリア一般民法典は、プロイセン一般ラント法典と同様ローマ-普通法の事物に関する利益 (*interesse circa rem*) と事物外の利益 (*interesse extra rem*) の区別を採用した。オーストリア一般民法典は最軽過失をもはや知らない。自己のためにするのと同一の注意の形式における具体的過失 (*culpa in concreto*) も同様に知らない (プロイセン一般ラント法、フランス民法典と異なる点である)<sup>(3)</sup>。

体系的にはフランス民法典 (cc) (1804年) はオーストリア一般民法典よりプロイセン一般ラント法典に似ている。すなわちこの場合もまた契約上の損害賠償請求権と不法行為上の損害賠償請求権は分離して規定されている。まずF民1147条 (2016年改正前) および1148条 (2016年改正前) は、債務者が不履行がその責めに帰すべからざる事由によることを証明しない場合はいつも損害賠償責任を負うと規定した (2016年改正後民法1231-1条参照)。原則として債務者はすべての過失について責めを負う。しかし単なる過失の場合、彼は予見しうる損害のみを賠償すべ



きである(1150条(2016年改正前)(2016年改正後民法1231-3条参照))。悪意の場合、彼は不履行から直ちにかつ直接に生じるすべての損害を賠償しなければならぬ(1151条(2016年改正前))。2016年改正後民法では、義務違反が重過失または詐欺に基づくときは、不履行の直接的および間接的効果のみを包含すると規定されている(1231-4条)。不法行為法は、この、モリナエウス(Molinaeus)によって初めて構想された過失の程度に従った段階づけを採用しなかった。この場合引き続いて、行為だけでなく、過失および不注意もまた損害賠償義務を負わせると具体的に記述する加害者の過失(faute)が前面に現れる(1382条(2016年改正前)、1383条(2016年改正前))。フランス民法が最軽過失を採用したかは議論があった<sup>(4)</sup>。民事責任に関するフ民旧1382条、旧1383条は、2016年10月1日以降は改正まで各々フ民1240条、1241条に移されている。

#### (四) 第三者の行為による責任

四つの法典のいずれも、第三者が義務の履行に際して活動する場合に、責任を負うか、またどのような状況のもとで責任を負うのかに関して特別の規定を包含しない。しかしこれらすべては、それらが多かれ少なかれ明らかにローマ-普通法に志向することによって契約外の関係における第三者の行為による責任を規定する。マクシミリアヌス法典では流出投下物訴権と並んで(IV 16. para. 8)、固有の過失の場合にのみ第三者の行為による責任が規定された。選択上の過失は、マクシミリアヌス法典以外の法典は同様に特別の責任原則として知っており、責任に関わる第三者の範囲がある行為のために用いられる者に拡大された(ALR I 6. para. 601ff, para. 65 および para. 66f.; ABGB para. 1314f.)。事物による行為(fait de choses)に基づく責任もまた規定するフ民旧1384条(2016年10月1日以降は改正までフ民1242条)は、その範囲を最も広く拡大した。もちろんこれもまた責任義務者の自己の過失による責任と理解された。ここに含まれているもの、すなわち子供または精神病者の行為による親等の責任はプロイセン一般ラント法およびオーストリア一般民法典にも特別に規定されている(ALR I 6. para. 57; ABGB 1309条)。それ以外にこれら二つの法典はなお、個々の他の第三者の行為による責

任の構成要件を規定している。例えばプロイセン一般ラント法は、他人にその行為をすることを勧め、またはこれが可能であったにもかかわらず、第三者の行為を妨げなかった者に責任を負担させた (ALR I 6. para. 58f.)。オーストリア一般民法典は、普通法で知られていた流出投下物訴権 (オ民1318条)、据置吊下げ物訴権 (actio de posito vel suspensio) (オ民1319条) ならびに旅館の主人、船主、運送業者の責任 (オ民1316条) を規定した。その場合もまた結局住居所有者、建物所有者または事業者の過失が責任の根拠になるという考えがとられた<sup>(5)</sup>。

#### (ハ) まとめ

近代になってから (18~19世紀) の各国の民法典の編纂作業においては、民事責任は近世以後主流であった悪意、重過失、軽過失 (および最軽過失) の分類に従うものとされ、また債権者または被害者の賠償の範囲は、債務者または加害者の過失の程度によるものとされた。この時代の立法には、債務不履行による損害賠償責任に関する特則を置くものと不法行為と共通に損害賠償法上の損害額の枠内で債務不履行による損害賠償を認めるものがあった。

第三者の行為による債務者 (行為主) の責任については、特別の規定は置かなかったが、ローマ法以降展開してきた流出投下物責任やレケプトム責任、選択上の過失責任、プロイセンで採用された他人に行為をすることを勧めた者の責任、フランスで展開した事物による行為の理論などが個々の立法化されたにとどまる。

#### 〈注〉

- (1) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1111-1112 [Schermaier].
- (2) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1112 [Schermaier].
- (3) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1112-1113 [Schermaier].
- (4) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB.,

Bd. II /1, S. 1113 [Schermaier].

(5) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1113 [Schermaier].

## 9 パンデクテン法学

### (イ) 不法から過失へ

シェールマイヤーによれば、パンデクテン法学者は皮相的な哲学への努力から距離を置くことを旗印にしたが、債務論の行為—および意思論的構想を押しよくすることはできなかった。むしろそれは新たに法源を再発見することに務めた。ローマ法に向き合うことから哲学に代わるものを期待した最初の者であるエギッド・フォン・レール (Egid von Löhr) は、首尾一貫した解釈を後期現代的慣用と同じ結論に導いた。悪意は過失と同様行為者の主観的考えについてではなく、行為の違法性について存在する。もちろんレールもまた、法源の解釈に際して意思の要素を放棄することはできなかった。一方では、(重) 過失および悪意は行為者の内心的な心の持ち方に従って区別されるべきである。他方において彼は、精神異常者および未成年者が有責に行為しうることを認めなかった。レールが過失 (culpa) 概念とともに一般的な帰責事由の概念を知っていたことは、その最軽過失の拒否と同様に新しいことではない。損害の責任の論拠を違法性に求め、啓蒙主義の帰責論のように意思上の義務と記述しないことは注目し値する<sup>(1)</sup>。

しかしこの新しい基準は、それが違法な行為の帰責の問題に答えない、実際全く一度もその問題を立てないがゆえに、実り多いものではなかった。1815年にローマの過失に関する実り多い研究を上梓したハッセ (Hasse) がこの欠落を充填した。過失は違法性もまた意味するが、それを超えるものではない、そして帰責事由の側面を含むというのである。それゆえに過失では主観的なものが、不法 (iniuria) では客観的なものが支配する<sup>(2)</sup>。ハッセはこれを明示的にカントの帰責論によって正当化する。確かにカントは引用されていないが、その定式の重要な要素を受け入れている。従って、過失は行為者の中でその行為の倫理的原因とな

るものを意味する<sup>(3)</sup>。意思に基づく債務と理解される義務は、そのために唯一の帰責原因となる。ハッセが確認のために述べるように、刑法上の罪の帰責と不法行為上の帰責は各々固有のものであるが、全体を把握し、明確に思い描こうとする場合、契約法上も少なからず適用のあるものでなければならない<sup>(4)</sup>。

ハッセは、ローマ法源を道徳哲学的に行われている、帰責が過失を前提とするという見解と結びつけることによって、19世紀の過失主義のための理論的な礎石を置いた。この結合もその要素も新しくはないが、ハッセの著書はその立ち入った、当時の社会にとって斬新な法源の分析のために後世の学者にとって模範となる作品となった。特にサヴィニー (Savigny) はその講義の中でハッセをしばしば引用した。主観的過失論は、特に違法性と帰責の区別、すなわち不法と過失の概念の中で再び見出され、かつそれ故に直ちにローマのものと証明される区別の上に打ち立てられる。ハッセはそれを、その法理論の中で意思と義務、過失と違法性を明確に相互に区別したカントから受け継いだ。カントは、再び自然法学者の間で先駆者とされるのかもしれない。カントの法律論が事実上パンデクテン法学者の過失論のための決定的な要であることを、サヴィニーの行為論<sup>(5)</sup>やローマの民法は刑法のように人間の行為の判断の主観的な尺度を用いているに違いないというヘップ (Hepp) の確信が示す。ハッセの法源解釈は、矛盾がないわけではないが、サヴィニー、ゾイフェルト (Seuffert)、ヴェニング・インゲンハイム (Wening-Ingenheim)、ミューレンブルッフ (Mühlenbruch)、プフタ (Puchta)<sup>(6)</sup>、ジンテニス (Sintenis)、ヴィントシャイト (Windscheid)<sup>(7)</sup>とともに通説は彼の (カントの) 立場に従った<sup>(8)</sup>。

従って、イエーリング (Jehring) はその著作「ローマ私法における債務の要素」の中で<sup>(9)</sup>民法上の責任の原因及び限界として意思の要素を証明するために、新しい境地を開いたわけではなく、革新的な理論を展開したのでもなく、新しい議論を行ったのでもなかった。イエーリングの業績のための動機は、メルケル (Merkel) の違法性と過失の同視であり、周知の議論に基づいて過失原理 (Schuldprinzip) をローマ法の

文化的な成果として称揚し、倫理的に重要なものと見せることは、彼にとってメルケルへの回答に委ねられた。イエーリングが不法と過失の分離を基礎づけたという神話を刑法上の文献が理由づけたといえる。もちろんイエーリング自ら若干のローマの法文の中で責任の過失の観点への復帰がなにかわざとらしいことを認めるという中間的な見解もまた聞いておかねばならない。他の関係では彼は、電信機の利用と結びついた危険を過失と呼んだ。従って、イエーリングのエネルギーで語気の強い過失原理の擁護は、むしろ帝国責任法 (Reichshaftpflichtgesetz) 成立 (1871年) の前夜に、かつ危険責任の最初の出発点に関する裁判所の実務により駆り立てられた議論に追従して書かれた序曲としての言葉である。しかし、カントの刻印ある世俗的な道徳哲学およびパンデクテン法学の文字に忠実な立場から成長した意思論が民法上の責任の択一的なモデルに対していかに抵抗したかは注目に値する。近代の理論はなおその呪縛のうちにある<sup>(10)</sup>。

#### (ロ) 悪意と過失

しばしば同時代の理論、すなわち通例不法と過失を区別する立場の主張者は、二つの過失概念、すなわち過失と悪意を包含しかつ一般的に過失または帰責可能性を意味する広義の過失と悪意と並んで過失として現れる狭義の過失を区別した<sup>(11)</sup>。悪意、詐欺的行為については、自己の行為が違法であるという意識が必要とされた。この道徳哲学的および同時代的な刑法上の観念との調和は、直ちにローマ法源からもまた引き出されうる。もちろん若干の著者は、善意の詐欺 (dolus bonus) を想起して、正当な目的が悪意を排除することを認めた<sup>(12)</sup>。意思論的な帰責の擁護者にとって扱いにくいものは過失概念であった。すでにサヴィニーは不確実に、過失によってなされたことは、意思からは導かれないが、絶対的な無意思からも導かれないと定式化した。それゆえにブリントツ (Brinz) は過失を無意思ではないと定義する<sup>(13)</sup>。彼はそれによって多かれ少なかれ懈怠による、それゆえに場合によってはひどい結果から導かれる行為の意識と記そうとする。過失による行為を意思論的に帰責させる同時代の刑法理論は同様な困難を有した。大抵の民法学者は、も

ちろん過失行為の意思論的理由づけを避けた。若干の学者は、過失は良い意思の欠落であるとのみ述べ、または悪意および過失による帰責は債務者における帰責能力を前提とするという指摘で満足した<sup>(14)</sup>。

#### (ハ) 過失の形式

過失を意思論的に理由づける必要は、パンデクテンの学説が悪意と重過失をもはや区別しないことによって少なからず促進されえた。例えばプフタは、明示的に責任にとって実際上行為者が悪意であったのか、重過失があったのかは同じことであると強調し、ヴィントシャイトは、意思の瑕疵は兩事例で同様であるとすら述べた<sup>(15)</sup>。他の者は、その同視を重過失ある行為者がその行為の違法性に関する免責されえない錯誤に陥っていることにより理由づけた<sup>(16)</sup>。従って過失を問題にする場合、それは通常軽過失を意味した。それは普通法ですでにそうであったように、通常かつ普通の場合責めを負うべき過失の形式である。しかし契約上の債務関係の内部で有用性の原理に従って区別された<sup>(17)</sup>。軽過失は、良家父の注意により測られる。特にモムゼン (Mommsen) は、事例を離れていかなる注意の程度が良家父によって期待されうるかを探求しようとした<sup>(18)</sup>。この肉と血がない存在の性質の特徴は、何百年も知られている。バルトルス (Bartolus) 以来、ある者が行為する具体的な状況および任務においてそれは問題とされなかった。従って、誰も稀であるとしても彼に不注意が生じないほど注意深くはないにもかかわらず、異常な能力を有するのではないが、他方で自ら個々の場合に懈怠して行為したのでない有能な者を想定しなければならない。しかしモムゼンにおいては、良家父の形象が相手方の正当な期待により輪郭を有していることが明らかである<sup>(19)</sup>。

普通法の伝統では、自己のためにすると同一の注意を相対的なあるいはまた主観的な注意の標準として理解し、それに対する違反を具体的過失と表記した一方で、良家父の標準に対する違反を抽象的過失とも呼んだ。パンデクテン法学では、重過失または悪意により行為する者は自己のためにすると同一の注意の標準を自己のために要求することはできず、常に責任を負うことが確定していた。しかし自己のためにすると同一の

注意からの各々の過失ある逸脱、すなわち固有の意味の具体的過失が重過失かそれとも軽過失かが議論された。ハッセがドネルス (Donellus) に従って具体的標準に違反することを重過失と非難しようとしたのに対して<sup>(20)</sup>、プフタとモムゼンは、軽過失だという立場を支持し、重過失の事例を、債務者が他人の事務を意図的に自己の事務よりも乏しい注意で管理する場合にのみ認めた<sup>(21)</sup>。ヴィントシャイトを通説の主張者とみる場合、プフタとモムゼンの見解は古い見解に対して貫徹されなかった<sup>(22)</sup>。

ティボー (Thibaut) がドネルスに従って重過失と軽過失のみを区別する立場を支持し<sup>(23)</sup>、その弟子であるレール (Löhr) とハッセがこの見解を拡大した後<sup>(24)</sup>、パンデクテン法学の多数説は最軽過失の拒否の立場を維持した。しばしば重過失と軽過失のみが過失の二つの形式であるとすることで満足された。一般的に最軽過失の重要性に関わる場合には、ローマ法は最高の注意を要求したが、それはいつも注意深くなければならぬことのみを意味すると論じられた。最軽過失は最高の責任を表示し、固有の責任の程度を言っているのではないというのである<sup>(25)</sup>。従って、クストディア義務の違反もまた過失の形式(保管上の過失(culpa in custodiendo))と理解された<sup>(26)</sup>。もちろんクストディアの担保のために他の表現もまた存在した。最も注目すべきなのは、クストディアの中に担保の責任を理由づける形象をみたバロン (Baron) の学説である<sup>(27)</sup>。

注釈学派以来普通法は、自然法とは異なり、作為における過失 (culpa in faciendo) と懈怠における過失 (culpa in omittendo) を区別した。その区別は、作為における過失は不作為における過失よりもより非難に値するというドネルスにより提案された形式に言い表されている。両事例は過失に数えられるが、ローマの法源は不作為による責任を責任の全く特別の控え目な形式とみなし、その場合クストディアまたは注意 (diligentia) と述べた。しかし一度行為した者は、不作為のために責任を負うとしても、最後まで行為をしなければならない。ハッセは、この先行する過失 (culpa praecedens) の理論に似ている考えを、作為上の過失が不法行為法では唯一の責任原因であるのに対して、不作為の過

失は存在する債務関係の枠内でのみ生じうるといように精密化した。この単純な定式は若干の批判があったが<sup>(28)</sup>、貫徹された。有力説はなお、ドネルスの伝統に従って不法行為上の過失と注意もまた区別した<sup>(29)</sup>。それとともにパンデクテン法学は、過失ある不作為を義務違反と記述することにおいて進歩を遂げた。それは明らかに、プフタが不作為における過失のために見出した定式においてみられる。契約関係または公の法律に基づいて行為義務が存在する場合にのみ、不作為が違法となる。その教科書にも彼は、不作為に対する責任が義務違反の場合にのみ観察に現れると簡潔に述べる<sup>(30)</sup>。この場合すでに19世紀に重要であった危険責任の形成と同様に取引義務に関する近代の理論のための理論的基礎が見られる。危険を作出する者は、それから誰かが損害を受けることを妨げなければならない<sup>(31)</sup>。

## (二) 過失の立証

他の者の過失を主張する者がそれもまた挙証しなければならないという普通法の原則は、数多くの証明の軽減を提供するローマ法源に依拠することはできず、またその固有の領域を債権者よりもよく観察しうる契約債務者の責任に適用されうるものでもない。しかし法源探求の努力と同時代の実務の要求の間でパンデクテン法学はいかなる統一的な見解にも到達しなかった。あらゆる考えうる解決が主張された。ティボーは、債務不履行の場合と区別することなく、不法行為でも外部的に不法行為がなされたことが立証されたときや加害者に不可抗力の立証義務があるときは、加害者がその無過失を証明しなければならないが、それ以外の場合は被害者に過失の挙証責任があると議論した<sup>(32)</sup>。他の者はもちろん、被害者が加害者の過失を証明しなければならないという立場を支持した<sup>(33)</sup>。それをめぐる議論は、挙証責任の原則が決疑論において必要となる過失の推定から十分には区別されていないことを示す<sup>(34)</sup>。

契約上の責任の場合も同様な混乱が支配していた。債務者は、給付をせずまたは契約に適った給付をしないときは、その責任を免除する事情、すなわち例えば過失のないこともまた証明しなければならないという見解が通説であった<sup>(35)</sup>。有力説は、もちろん主張された請求権が被告の



重過失を前提とするかどうかを区別しようとした。それを債権者は証明しなければならないが、それが特別の注意の違反に依拠する場合には、債務者はあらゆる必要なことをなしたことを証明しなければならない<sup>(36)</sup>。ティボーは、先述のように不法行為の場合と区別することなく、外部的な出来事により違法な行為（給付の不能）がなされたことが証明されたときまたは加害者（債務者）が不可抗力によることを証明しなければならないときに、被害者（債権者）が、加害者（債務者）が過失により行為したことを証明した場合にのみ行為者（債務者）が責任を負うとした<sup>(37)</sup>。判例も同様に解したように思われる<sup>(38)</sup>。それが硬直した、パンデクテン法律家の頭から生じたルールに従ったことは、認められえない。しばしば一見したところ奇妙な判決が、裁判所が挙証の軽減または証明責任の転換のために動いた事実関係から説明される<sup>(39)</sup>。

#### (ホ) 不法行為と契約の関係

請求権の違反と物権の違反が同じ損害賠償請求権を基礎づけるという自然法の見解（オ民1295条参照）からパンデクテン法学は、明らかに異なった法源の状況のために隔たっていた。しかし客観的にそれから大きく隔たっていなかった。すでにルールは、過失理論が総則に属することを要求した。ティボーは、この場合自然法におけるように行為の理論が損害賠償の基礎としてふさわしいと述べた<sup>(40)</sup>。もう一つ不法行為法と給付障害法を同じように違法に有責な損害と記すことが債務法と物権法の限界を不明確なものにした。サヴィニーは、法律違反に基づく債務のもとに不法行為上の債務を第二の債務発生原因として位置づけることを試みた<sup>(41)</sup>。当初の契約内容の、悪意、過失、遅滞による変容（Modification）との区別を彼は、不法行為が固有の独立した債務を基礎づけることの中にのみ見ることができた<sup>(42)</sup>。それゆえにほとんどすべての体系的または関連するモノグラフィーは、過失論の共通の記述に向かい、かつこの枠内で物権の侵害が問題になるのかそれとも請求権に関するかを区別する。有力説は不法行為上の侵害も契約違反も禁止行為または不法行為とする<sup>(43)</sup>。プフタは、義務の違反を明示的に不法行為の事例と整序する<sup>(44)</sup>。

このような立場では給付障害法と不法行為法はそもそも制度上区別さ

れない。しかし、ローマ法以来のアキリア訴権と契約訴権の競合は問題とされ、19世紀には学説は、ある者が存在する契約の枠内で被害を受けた場合にもアキリア訴権が帰属しえたことに同意した<sup>(45)</sup> (17～18世紀には議論が分かれていた)。しかし、パンデクテンの法学者は、契約上の責任の範疇が不法行為上の訴権にも移転しうるかをも問題とし、19世紀半ばには契約上の責任範疇に不法行為責任への影響を認める学説が有力化した<sup>(46)</sup>。しかしこの立場に属する学者でも例えばファンゲロウ (Vangerow) は、契約法上故意、重過失についてのみ責任を負う場合は、債務者に単純過失があるにすぎない場合不法行為責任を問うるとした<sup>(47)</sup>。ペルニーツェ (Pernice) とジンテニス (Sintenis) は、契約上の責任範疇の不法行為上の訴権への移転を断固として否定した<sup>(48)</sup>。ペルニーツェは、古い学説や同時代の判例<sup>(49)</sup>のように自己の権利を行使するだけの者は賠償義務を負わないという原則ではなく、被害者は契約上の合意に基づいて注意の特定の程度のみを期待するという原則を論じた<sup>(50)</sup>。この議論は明らかに、ペルニーツェが不法行為責任と契約責任の機能をいかに類似したものとしているかを示す。しかし契約上の付随義務違反と不法行為法との類似性は、今日では若干の学者を契約法の責任の緩和をなされるべき給付の交換に制限することに導いている<sup>(51)</sup>。

この問題に類似しているが、議論されなかった問題として、契約によるか不法行為によるかを問わず、その責任を合意により拡大または制限しうるかがある。この問題は契約上の危険合意としての危険負担原則の解釈により予期しえない補完を受けた。これは、すでにローマ法源が種類売買を停止条件つきで締結されたとみなすことにより軽減された。普通法では当初法源にあって、種類物における給付危険は量り分け (引渡) とともに初めて移転すると教えられ、これは売主が偶然の滅失の危険を負担しなければならない事例とみられた (casum praestare)。19世紀には事件のカテゴリーは不能の事例と解され、不能と過失が相互に排除するがゆえに、不能の事例のための責任負担は帰責の問題とすら理解された。この背景のもとでのみ編纂委員会が、債務者が種類債務の給付に関して常に主観的不能 (Unvermögen) について責めを負うと定式化する

ことを決定したことが理解されうる（1900年のド民279条）。いずれにせよ種類売買では債務者の責任の拡大が見られえた<sup>(52)</sup>。

法源に従えば、悪意の場合に免責されるという約定は無効であった。もちろん重過失に対する責任が排除されうるかどうかは争いがあった。それに対して重過失が悪意に比肩しうる (*lata culpa dolo comparabitur*) という命題を語りえたように思われる<sup>(53)</sup>。それゆえに禁止を悪意に制限すべきことを支持する者はごく僅かであった<sup>(54)</sup>。

### (ハ) 第三者の行為による責任

唯一の帰責原因としての意思責任への集中は、現代的慣用において既にみられたように、第三者のための保証義務の基準を法源とは無縁のものと思わしめた。オゴレク (Ogorek) は、ローマの法源が事業者または使用者のその事業または使用人のための一般的な保証義務を認める様々な基準を提供したことを指摘する<sup>(55)</sup>。しかし過失主義の狭められた視野は、かような基準をあまり一般化される余地のない例外として現れしめた。まず第一にそれは選択上 (監督上) の過失による主人の責任および様々な代理法上のかつ準不法行為上の特別構成要件の言及の場合であった<sup>(56)</sup>。すでに代理法において認められていた、主人が、代理人の行為により利益を受けている限り、第三者に対して代理人の総ての行為により責任を負うという例外が、過失主義をとるプフタおよびサヴィニーにより決定的に拒否された<sup>(57)</sup>。いつも第三者に挙証責任の転換が容認された。不首尾に実行した者は、彼が不首尾に選択されたことが認められる<sup>(58)</sup>。従って、主人は、彼が免責されない限り、責任を負った。その他主人は、加害者が委託に適って行為した場合も責任を負った<sup>(59)</sup>。

ウペベローデ (Upbelohde) の論文は<sup>(60)</sup>、動きが取れなくなっていた議論に動きをもたらした。その論文のきっかけとなったのは、ベシオルナー (Beschorner) とゴルトシュミット (Goldschmidt) の間で闘わされた、鉄道会社とその従業員の過失により責めを負うかどうかというその当時議論された問題であった。ウペベローデは、彼が法源の中で営業上の事業者と私的な事業者の責任を区別するとみたことによって両見解を和解させた。この場合仲介者のための責任は生じなかったが、それは、

隠匿されかつ稀にのみ述べられたにもかかわらず、通例であった。ウプベローデの主張は、技術的な成果の危険に関する一般的な配慮およびその産業および交通への投入という背景のもとでのみ評価される。第三者としてその労働者を危険にさせうる方法の投入により利益を上げる事業者は、この危険が実現したときは、損害に対して責めを負うべきである。この経済的視点をウプベローデは行商人の責任において実現されるとみる。法源解釈への批判に従って、彼は特に補助者責任の経済的側面を強調した。すべての個々の有償契約では、保険料としての対価の一部が、補助者の参加の危険を償うことの中にある<sup>(61)</sup>。

ウプベローデの理論は決してショックとしてその専門家世界に影響を与えず、むしろそれは事物に従ってその理由づけにおいて幅広く受け入れられなかった。イェーリングは、彼が自らしなければならぬことを彼に委託した場合に補助者の過失により主人が義務を負うとみた。しかしそれ以外に彼は選任上の過失についてのみ責めを負う<sup>(62)</sup>。ブルカルディ (Burchardi) は、営業上の主人と私的な主人の区別を非難したが、その義務の履行において活動する補助者による主人の一般的責任を法源から理由づける<sup>(63)</sup>。もちろん個人的な過失を強調し、かつ原理として選任上の過失による責任のみを認めようとする者の側の一義的な矛盾もまた存在した。このように新たに例えばヴァイス (Wyss) は、法源上規範化された責任構成要件においては別事例が問題となり、それゆえに他人の過失についての一般的な保証義務は、契約上の関係の枠内でも存在しないことを強調した<sup>(64)</sup>。もちろんヴァイスもまたローマのルールが近代の取引関係にもはや十分ではないことを認めた<sup>(65)</sup>。

プフタは、一般的な補助者責任について全く異なった理由づけを与える。ある者が補助者を参加させる行為をなすときは、彼は黙示に、さもなければ彼を給付から免責するであろう、補助者の責めに帰すべき事由による出来事について責任を負う<sup>(66)</sup>。その補助者による主人の責任を彼が結果を保証すべきことに結び付けるエンデマン (Endemann) の構想も同じ線上にある<sup>(67)</sup>。最後に学説遺纂の中に述べられた補助者責任の事例を過失と不可抗力の間の責任の問題とみたバロン (Baron) も

新しい理論的な試みを行った。若干の関係においてクストディアのために責任を負わなければならないように、主人は、それによって生じた損害が不可抗力の結果でない限り、その補助者の行為についても責任を負わなければならない<sup>(68)</sup>。

すでにウペローデの論文に、その事業からの補助者の責任の危険についての事業者の責任に関する同時代人の議論が重要な刺激を与えたことが示される。当該立法の回り道を超えて補助者責任の拡大がパンデクテン法学者にとって最終的に避けられなかった。いずれせよローマ法の新しい法発展からの乖離が確認されなければならなかった。すでにプロイセンの鉄道事業法(1838年)25条およびプロイセン郵便法(1852年)10条は、レケプトウム責任の先蹤に従って補助者責任のための特別規定なしに過失とは無関係な賠償義務を規定した。レケプトウム責任の一般化は一般ドイツ商法典(ADHGB)(1861年)の運送行為に関する規定の基礎にもなっている。さらに同法典400条は明示的に、運送人はその被用者および彼によって引き受けられた運送の実行に用いる他の者につき責任を負うと規定した。プロイセン商法典草案(1857年)のさらなる規定、例えば代理人および行為補助者についての規定は一般ドイツ商法典には欠けていた。結局帝国責任法(1871年)は、鉄道事業において生じた人的損害についての鉄道事業者の一般的責任とともに事業者の従業員の行為についても法律上の義務(obligatio ex lege)とすることに落ち着いた。それに対して炭鉱事業者は、総ての損害ではなく、代理人、代表者または事業または労働者の指揮または監督のために認められた者が負う損害についてのみ責任を負わねばならなかった(2条)<sup>(69)</sup>。

## (b) 債務者遅滞

### (a) モムゼンの概念に従った帰責事由と督促

ローセによれば、それまでは影の存在を導いたにすぎない不能が19世紀により強く中心に移動したことは遅滞にも影響を及ぼした。中世には債務者の責任の限界は事件と給付困難の範疇によって定めることが試みられた。次いで自然法では不能もまた複数の免責原因の一つと理解された。特にサヴィニーの見解に向けられた、不能は実体法上履行請求権の

損害賠償請求権への移行を理由づけるというモムゼンの考えでは、真正な不能の概念は債務全体の免責という中心概念となった。事件および困難の範疇は完全にそれに吸収され、同時にその限界が新たに確定された。真正なまたは偶然の不能、すなわち給付障害は、債務者に帰責事由がないために、それを克服するには及ばないが、そのために遅滞のためにも事件および困難に代わって現れる。責任制限の概念としての不能概念のこの展開から、事物に従ってではなく、その定式化に従ってのみ新しい、特に立法過程において再三再四強調された、遅滞と不能は同様に扱われるべきである<sup>(70)</sup>、それゆえ債務者は遅滞において給付義務の不能の原則に従って彼を免責させるような給付障害によってのみ免責されうるという見解が生じた。遅滞についての問題が帰責事由に依存することの中に、今日でもなお、遅滞において認められた免責事由の規範の中でこの責任制限が展開したことが表明されている。厳密に受け取るとその限りで帰責事由を目指すには及ばない。債務者が不能の原則に従って給付義務を免れるとすれば、遅滞はすでに貫徹されうる請求権がないために観察には現れない。モムゼン自身もまたそのことを認めたが<sup>(71)</sup>、同様に過失概念への整序から免れることはできなかった。彼はかように一致したマダイの先蹤<sup>(72)</sup>によってインスピレーションを受けて、免責原因を二つの類型に区分した。それは債務者の意識に関わるか、またはそれが給付することができなかったことに起因するというのである<sup>(73)</sup>。

本来の免責原因ではなく、給付解放原因である債務者の給付能力に関わる免責原因の類型ではすべてのものが不能に関わっている。モムゼンによれば、真正な不能による債務者の給付義務の免責のみが、継続的な不能の場合に債務自体が無効となり、または一時的な不能の場合に債務者に遅滞排除効を有する給付拒絶権が帰属することによって遅滞に対峙しうる<sup>(74)</sup>。後発的な主観的不能も認められるが、生じるのは稀であり、かつ一時的な性質を帯びる<sup>(75)</sup>。モムゼンは、このようにして従来困難とされてきた、給付客体の責めに帰すべからざる事由による給付困難の事例を把握した(給付不能の事例として処理した)<sup>(76)</sup>。もちろんモムゼンは、バルトルスのようにVenuleius D. 45. 1. 137. 4 (前出)を引用して、

種類物自体なお存在するがゆえにまたその限りにおいて、種類債務のためにそれ（給付困難）を度外視し、真正な不能を否定した<sup>(77)</sup>。その結果遅滞についてもまた種類債務の場合は後発的主観的不能が免責事由の領域から排除された。伝統的な挙証責任の分担はこれらすべてにより変わらなかった。債務者がその時まで事件または困難を立証すべきだとすれば、彼が今度は真正な不能および更にまた過失の不存在を立証しなければならなかった<sup>(78)</sup>。

かようにモムゼンにとって本来の遅滞において扱われるべき免責原因としてなお、彼が全く従来の学説と一致して給付義務に関する免責する錯誤、特に訴訟に善意で巻き込まれることの中に見た、債務者の意識に関わる理由のみが残った。もちろんモムゼンは、督促の機能をこの免責原因をできるだけ広く押し戻し<sup>(79)</sup>、給付遅滞の帰責を可能にすることに制限しなかった。むしろ彼は督促に同時に、いつから給付遅滞が法的違反の性質を帯びるかを確定する任務を付与した<sup>(80)</sup>。客観的構成要件における督促のこの意味の移動は、どうして遅滞を過失構成要件から分離して扱うべきなのかに関する理由としてモムゼンに役立った。悪意および過失に基づく責任において法的違反がすでに単なる不履行の中に存在するとしても、給付がなされない場合、法的違反はもっぱら遅滞の中にみられうるのではない。さもなければ債務者は彼が、債権者がすでに給付と関わり合いがあることを認めなかったことを援用しうることになろう<sup>(81)</sup>。免責可能性に関わる理由づけは明らかに、督促の主観的要件からの完全な解放が不可能なことを示す<sup>(82)</sup>。

同時的な過失との結びつきにおける客観的な遅滞構成要件としての督促の分類とともに、モムゼンは普通法について物に関する遅滞と人に関する遅滞の区別に関する百年來の議論もまた終わらせた。すでにマダイは、債務者に不履行がその責任として帰せしめられるのは、督促またはそれに類似した事情（過失（culpa））に基づいて初めて可能になることを指摘していた<sup>(83)</sup>。しかし彼は他の多くの者と同様に、同時に督促なき遅滞としての物に関する遅滞という自然法的理解ともまた結びついたままであった。それゆえにこの場合もまた本来は人に関する遅滞の事例

が問題になるという説明に強いられ、またはマダイの言葉によれば、この物に関する遅滞にも「遅滞は物に関してではなく、人に関して理解されるべきである」というマルキアヌス (Marcianus) の言葉が適用されるべきである<sup>(84)</sup>。いずれにせよその区別には特別の重要性を認めなかったモムゼンは、督促と帰責事由要件の結合とともにそれに本来の意味を取り戻させた。通常遅滞は人に関する遅滞であった。物に関する遅滞は遅滞ではなく、未成年者のための利子の優遇のような個々の債務者に不利な特別な場合における法律効果にのみ関わった<sup>(85)</sup>。これらの特別事例は民法典には採用されなかったため、その区別は結局意味を失った<sup>(86)</sup>。

#### (b) 期日が人に代わって異議を申し立てる原則に関する議論

不給付は督促後に初めて権利の違反になるというモムゼンの見解は、債務の単なる弁済期は債権者が請求をなすだけの効果を有するに過ぎず、債務者が給付しなければならないことを帰結しないという考えの基礎となった。この理解は結果において幅広く貫徹された。それに対してまず、少なくとも固定した給付期間が、債務者がこの期日に直ちに給付しなければならないというように理解されるべきかどうかはペンディングにされた。期日が人に代わって異議を申し立てる原則の効力への疑いは、ドイツではフランスとは異なり、18世紀の末頃差し当たり完全に消滅した。しかし1822年にノイステテル (Neustetel) の議論が、給付時期の契約上の規定もまた常に債務者をいつ債権者が給付を請求しうるかに関して悪意の状況に置きうるが、それは債務者に、この意識が直ちにまたは当初不特定の時期の到来後弁済期になる債務の場合に認められるように、債権者が給付を今や事実上取得しようとするという、遅滞を基礎づける意識を生み出すのにあまり適切なものではないという考慮によって新たに掻き立てられた<sup>(87)</sup>。それに続くそのルールの基礎付けに関する議論では、その擁護者もまた法源 (特に Ulpianus D. 45. 1. 114<sup>(88)</sup>) の小さい証拠力を何度も認めた。それ故に常に給付期日が督促に代わることから出発し<sup>(89)</sup>、その命題をそれとともに少なくとも慣習法上認められたものとして擁護した普通法の実務に立ち返った。確定さ



れた給付期日が常に債務者に給付義務を負わせるかどうかの問題に関する議論の先鋭化は、もちろんしばしばその問題が第一に当事者合意の解釈により解答されるべきであったであろうがために焦点がずれた。そしてそのためにその原則が疑問のある事例についてのみ提供された。近時まで特にヴィントシャイトが強硬にそれを指摘した<sup>(90)</sup>。

### (c) 過失主義に関する議論

種類債務における給付障害が免責理由の範疇から排除されることにおいても、モムゼンの考えは徐々に通説に一致していった。各々の免責事由の存在が遅滞の発生を妨げるという考えが教会法学者の影響のもとに差し当たり貫徹されえた後で、19世紀の初め以来反対説が増加してきた。その議論は遅滞が過失を前提とするかどうかという問題設定の下で開始された。若干の者は、「全部が給付されないことが債務者によるものだ」という問題による遅滞構成要件の書き換えが過失だけでなく、これが債務者の人にも関わり、かつ物の性質には基礎づけられない限りにおいてすべての偶然に生じた障害にも関わることを指摘してそれを否定した。同時に彼らはVenuleius D. 45. 1. 137. 4 (前出)、すなわちすでにバルトルスが「いずれにしても種類債務においては債務者の側の給付障害が遅滞の発生を妨げない」という考えを基礎づけたのと同じ法源を理由づけるために引用した。不可避的にすでにバルトルスもまた巡り合ったものと同じ議論によってそれに反論しなければならなかった。法源はもっぱら原始的主観的不能に関わっており、それゆえこれのみを確実に免責事由の範疇から排除するというのである<sup>(91)</sup>。もちろん客観的に議論が爾後もずっと過失主義それ自体に先鋭化した見出しのもとに続けられたとしても、徐々に相互に歩み寄った。なぜならば一方では、遅滞が過失を前提としないと主張する場合ですら、いつも給付義務に関する免責する錯誤を排除することに固執したからである<sup>(92)</sup>。しかし逆に何十年もの経過の間にモムゼンが形式的に過失主義に固執した事例において、種類に従ってのみ定められる債務者の後発的な責めに帰すべからざる事由による主観的不能にも遅滞が生じるという見解が貫徹された<sup>(93)</sup>。ただヴィントシャイトは最後までなお、債務者が責めに帰すべからざる事由

により生じた支払い不能によってすら免責されうるという見解に固執した<sup>(94)</sup>。

(d) 債権者の下でも給付客体が滅失したであろうという場合

給付されるべき物がその出来事により適時の給付の場合に債権者の手中でも滅失したであろう事例をどのように処理すべきであるかというすでに注釈学派に遡る議論（現行ド民287条参照）ではいかなる一致も獲得されえなかった。若干の者は、すでに注釈学派のヨハンネス（Johannes）が述べたように、債務者はいかなる状況の下でも、給付目的物が適時の給付の場合に債権者のもとでも消滅したであろうことを首尾よく指摘しえないことから出発した。彼らは債務の永久化を援用し、これが遅滞の発生に際し引き渡されるべき物の価値が、さらなる展開を考慮することなく給付内容になることを結果すると主張した。それゆえにすでにその物が債権者のもとでも滅失したであろうかどうかは重要ではないに違いない<sup>(95)</sup>。債務の永久化はそれ自体責任加重の原因ではなく、懈怠した債務者は債権者に利益を給付しなければならないために、法源から事実上、その物が債権者の下でも滅失したであろうときでも、債務者は責任を負うべきであることをもちろんあまり否定しえないという原則の法技術的な実行に関する手段にすぎないから、この議論はあまり効果を持ちえなかった。それゆえに債権者が適時に給付された物を売却しえたであろうというUlpianus D. 30. 47. 6<sup>(96)</sup>において提示された議論に集中し、給付が適時になされたとすればかような売却が事実上なされたであろうことが証明されるべきかどうか、および誰によって証明されるべきかの問題と対峙した。通説はコンティウス（Contius）およびドネルスに従って売買の可能性を正しいものと仮定し、債務者に債権者がその物をいずれにせよ売却しなかったであろうことを証明する権利を与えた<sup>(97)</sup>。

(イ) まとめ

パンデクテンの時代に入ると法律学が神学や哲学から独立して固有の歩みを始める。そして研究の対象としては普通法として現代的慣用の認められたローマ法源が重要性を占めることになった。19世紀前半には債

務者または行為者への帰責がその過失を前提とするという考え方の下に分析、整序する考え方が支配的であった。抽象的軽過失と具体的軽過失の区別はすでになされていたが、パンデクテン法学では悪意と重過失が同置され、また悪意または重過失により行為する者は常に責任を負い、自己のためにすると同一の注意は問題とされなかった。なお最軽過失は通説により否定された。更にこの時代には不作為の過失が債務者の義務違反を前提とするという説明が確立した。

過失の立証責任は、不法行為では通説は被害者に負担させたが、契約責任はこれに対して、通説は債務者が過失のないことを立証すべきだとした。ただし、実務は挙証責任の軽減や証明責任の転換のルールを使って柔軟に対処した。パンデクテン法学でも、不法行為法と給付障害法を同じように違法で有責な損害の賠償が問題になると捉えることによって両者の限界は不明確であった。契約上の責任範囲が不法行為責任に影響を及ぼすかどうかについても議論があった。

第三者の行為についての責任に関しては19世紀後半になると鉄道事業者の従業員の行為により人が損害を受けた事例等に関して議論が展開され、ローマ法源のルールが近代の取引関係にもはや十分ではないことが共通の理解となっていった。それは補助者の責めに帰すべき事由による出来事について債務者が保証責任を負うという考え方につながった。

19世紀になる前にすでに宗教的、倫理的義務とは区別された法的義務が観念されていたが、19世紀半ばにサヴィニーは、契約上の債務関係の性質を論じるときは、義務という語に代えて債務という語を用いた。19世紀後半には債権者は行為への権利を有しないが、債務者が行為をなすことを請求する権利を有するとする説が通説化した。この立場では義務は権利の客体ではない。

19世紀後半にはモムゼンによって不能が債務全体の免責事由だとする考えが主張され、不能法の著しい発達を見た。そして遅滞も不能も給付障害を惹起するところから、遅滞と不能は同視されるべきだという考えが展開された。モムゼンは主観的不能と客観的不能を区別し、いずれも債務免責原因となるとしたが、種類債務については真正な不能も、免責

事由としての遅滞も否定した。モムゼンはさらに、債権者の督促と債務者遅滞に基づく損害賠償の要件としての帰責事由とを結びつける立場をとった。この立場では債務の弁済期が到来しただけでは債務者は遅滞に陥らない。しかし、給付時期の到来が債務の督促に代わるという古くから伝えられた命題もまた普通法、パンデクテン法学を通じて有力に支持された。

〈注〉

- (1) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1114-1115 [Schermaier].
- (2) Hasse, Die Culpa des Röm. Rechts, 2. Aufl., 1838, S. 42.
- (3) Hasse, a. a. O., S. 63.
- (4) Hasse, a. a. O., S. 64.
- (5) v. Savigny, System des heutigen Röm. Rechts, Bd. III, 1840, S. 21f.
- (6) Puchta, Pandekten, 3. Aufl., SS. 373f., 377f.
- (7) Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 8. Aufl., 1900, S. 447f.
- (8) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1116-1117 [Schermaier].
- (9) 本書については北川善太郎・契約責任の研究—構造論—(昭和38年) 23-24頁参照。
- (10) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1117-1118 [Schermaier].
- (11) Puchta, Pandekten, 3. Aufl., S. 374 ; Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Bd. II , 2. Aufl., 1879, S. 248f. ; Baron, Pandekten, 9. Aufl., 1896, S. 141.
- (12) Hasse, a. a. O., S. 73f.
- (13) Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Bd. II , S. 156f. プリンツの過失論については、北川・契約責任の研究—構造論—25頁-26頁参照。
- (14) von Savigny, Das Obligationenrecht Bd. 2, 1853, S. 295 ;

- Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1118-1119 [Schermaier].
- (15) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II , 3. Aufl., 1870, S. 53.
- (16) Mommsen, Lehre von der Mora, 1855, S. 349f.
- (17) Hasse, a. a. O., S. 359f. ; Mommsen, Lehre von der Mora, S. 391f.
- (18) Mommsen, Lehre von der Mora, S. 360f. ; Hoffmann, a. a. O., S. 181f.
- (19) Mommsen, Lehre von der Mora, S. 372 ; Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1120 [Schermaier].
- (20) Hasse, a. a. O., S. 135f.
- (21) Puchta, Pandekten, 3. Aufl., S. 381 ; Mommsen, Lehre von der Mora, S. 377f.
- (22) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1121 [Schermaier].
- (23) Thibaut, System des Pandekten-Rechts, 2. Aufl., Bd. 1, 8. Aufl., 1834, S. 128.
- (24) Hasse, a. a. O., SS. 73f., 96f., 110f.
- (25) Hasse, a. a. O., S. 64f. ; Brinz, Pandekten II , 2. Aufl., S.258.
- (26) Puchta, Vorlesungen über das heutige röm. Recht (Hrsg. von Rudorff), Bd. II , 2. Aufl., 1849, S. 90.
- (27) Baron, Diligentia exactissima, diligentissimus paterfamilias oder die Haftung für custodia, AcP Bd. 52 (1869), S. 94 ; Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1121-1122 [Schermaier].
- (28) Mommsen, Lehre von der Mora, S. 405f.
- (29) Brinz, Pandekten II , 2. Aufl., SS. 251, 256.
- (30) Puchta, Pandekten, 3. Aufl., S. 381.
- (31) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1122-1123 [Schermaier].

- (32) Thibaut, System des Pandekten-Rechts Bd. 1, 8. Aufl., S. 132.
- (33) Puchta, Pandekten, 3. Aufl., S. 383 ; Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 8. Aufl., 1874, S. 424 ; Baron, Pandekten, 9. Aufl., S. 143.
- (34) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1123-1124 [Schermaier].
- (35) Puchta, Pandekten, 3. Aufl., S. 383 ; Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 8. Aufl., S. 424 ; Baron, Pandekten, 9. Aufl., S. 143 ; Dernburg/Biermann, Pandekten II, 7. Aufl., 1903, S. 105.
- (36) Hasse, a. a. O., S. 177f. ; Mommsen, Lehre von der Mora, S. 390.
- (37) Thibaut, System des Pandekten-Rechts, 8. Aufl., S. 132.
- (38) OAG Dresden Urt. v. 4. 12. 1850, SeuffA Bd. 7 (1854), S. 267.
- (39) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1124 [Schermaier].
- (40) Thibaut, System des Pandekten-Rechts, Bd. 1, 8. Aufl., S. 125f.
- (41) von Savigny, Obligationenrecht Bd. 2, S. 293.
- (42) von Savigny, Obligationenrecht Bd. 2, S. 294.
- (43) Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 8. Aufl., S. 446-447 ; Baron, Pandekten, 9. Aufl., S. 139f.
- (44) Puchta, Pandekten, 3. Aufl., S. 377 ; Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1125-1126 [Schermaier].
- (45) Thibaut, System des Pandekten-Rechts, 8. Aufl., S. 151など。
- (46) Hasse, a. a. O., S. 128f. ; Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, Bd. III, 7. Aufl., 1856, S. 612.
- (47) Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, Bd. III, 7. Aufl., S. 612.
- (48) Sintenis, prak. gem. Zivilrecht, Bd. 2, 2. Aufl., 1861, S. 332f.
- (49) ROHG Urt. 2. 11. 1874, ROHGE Bd. 15, S. 83=SeuffA Bd. 31 (1876), S. 183.
- (50) Pernice, Zur Lehre von der Sachbeschädigung nach röm.Rechte, 1867, S. 84.

- (51) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1126-1127 [Schermaier].
- (52) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1127-1128 [Schermaier]. 拙稿「種類債務における危険負担-ドイツ普通法を中心として-」千葉大学法経研究11号（昭和57年）134頁以下。
- (53) Mommsen, Lehre von der Mora, S. 395 ; Dernburg/Biermann, Pandekten II, 7. Aufl., S. 101.
- (54) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1128 [Schermaier].
- (55) Ogorek, Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung im 19. Jahrhundert, 1975, S. 70.
- (56) Puchta, Pandekten, 3. Aufl., S. 395f., 531f.
- (57) Puchta, Pandekten, 3. Aufl., S. 398f.; von Savigny, Obligationenrecht II, S. 31f.
- (58) Hasse, a. a. O., S. 411.
- (59) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1128-1129 [Schermaier].
- (60) Upbelohde, Über die Haftung des Geschäftsherrn aus der Verschuldung der in seinem Geschäfte angestellten Personen bei der Erfüllung übernommenen Verbindlichkeiten, Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 7 (1860), S. 229f.
- (61) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1129-1130 [Schermaier].
- (62) von Jehring, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, JJ Bd. 4 (1861), S. 84-85.
- (63) Burchardi, Über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen bei der Erfüllung von Obligationen, 1861.
- (64) Wyss, Die Haftung für fremde Culpa nach röm. Rechts, 1867,

SS. 6f., 71f.

- (65) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II, S. 1130-1131 [Schermaier].
- (66) Puchta, Vorlesungen über das heutige röm. Recht (Hrsg. v. Rudoff), Bd. 2, 2. Aufl., S. 146f.
- (67) Endemann, Das deutsche Handelsrecht, 2. Aufl., 1868, S. 729.
- (68) Baron, op. cit., AcP Bd. 52 (1869), S. 46f.; ders., Pandekten, 9. Aufl., S.431.
- (69) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1131-1132 [Schermaier].
- (70) Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, 1853, S. 264f.; ders., Lehre von der Mora, S. 61f.; Heymann, a. a. O., SS. 3f., 131f. (不能責任も遅滞責任も帰責事由を要件とする)。モムゼンの履行遅滞論については、北川・契約責任の研究-構造論—17頁-18頁をも参照。
- (71) Mommsen, Lehre von der Mora, S. 70f.
- (72) Madai, a. a. O., S. 70f.
- (73) Mommsen, Lehre von der Mora, S. 56; Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1347-1348 [Lohsse].
- (74) Mommsen, Lehre von der Mora, S. 62.
- (75) Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 27-28.
- (76) Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 32 (物の事実上の処分権がはく奪された場合について論じる)。
- (77) Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 47-48.
- (78) Mommsen, Lehre von der Mora, S. 19-20.
- (79) Mommsen, Lehre von der Mora, SS. 36, 60.
- (80) Mommsen, Lehre von der Mora, S. 35.
- (81) Mommsen, Lehre von der Mora, S. 22.
- (82) Mommsen, Lehre von der Mora, S. 36; Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II /1, S. 1349 [Lohsse].



- (83) Madai, a. a. O., S. 18.
- (84) Madai, a. a. O., S. 86.
- (85) Mommsen, *Lehre von der Mora*, SS. 72f., 119f.
- (86) Schmoeckel u. a. (Hrsg.), *Historisch-kritischer Komm. z. BGB.*, Bd. II /1, S. 1349-1350 [Lohsse].
- (87) Neustetel, *Die Regel : dies interpellat pro homine, ist unrichtig*, *AcP* Bd. 5 (1822), S. 221f.
- (88) 土地の取引で引渡し時期が合意され、その引渡し期日が約束者次第であるときは、遅滞がなされなかったとしたら私が有すべき利益が私によって調査される。
- (89) 例えば、*Königliche OAG Dresden*, *SeuffA* Bd. 1 (1847), Nr. 332.
- (90) Windscheid/Kipp, *Pandekten II*, 9. Aufl., 1906, S. 136 Fn. 4 ; Schmoeckel u. a. (Hrsg.), *Historisch-kritischer Komm. z. BGB.*, Bd. II /1, S. 1350-1351 [Lohsse].
- (91) Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten III*, 7. Aufl., S. 231-232 ; Windscheid/Kipp, *Pandekten II*, 9. Aufl., S. 134 Fn. 9.
- (92) Sintenis, *Civilrecht II*, S. 198f. Fn. 50 ; Puchta, *Pandekten*, 3. Aufl., S. 410f.
- (93) Madai, a. a. O., S. 80 ; Brinz, *Pandekten*, Bd. 2, 2. Aufl., S. 290f.
- (94) Windscheid/Kipp, *Pandekten II*, 9. Aufl., S. 133 ; Baron, *Pandekten*, 9. Aufl., S. 434 ; Schmoeckel u. a. (Hrsg.), *Historisch-kritischer Komm. z. BGB.*, Bd. II /1, S. 1352 [Lohsse].
- (95) Madai, a. a. O., S. 297 ; Zimmermann, *The Law of Obligations*, p. 790.
- (96) 土地が裂け目に落ちて滅失したとき、ラベオーは、いずれにせよ評価(価値)を給付する義務を負わないという。遅滞発生後それが生じたのでなければ、それは正当である。なぜならばそれを受取った遺産相続人が売却しうることになるからである。
- (97) von Savigny, *System des heutigen Röm. Rechts*, Bd. 6, 1847, S. 188-189 ; Mommsen, *Lehre von der Mora*, S. 186f. ; Dernburg/

Biermann, Pandekten Bd. 2, 7. Aufl., S. 115 ; Windscheid/Kipp, Pandekten Bd. 2. Aufl., S. 148 Fn. 14 ; Schmoeckel u. a. (Hrsg.), Historisch-kritischer Komm. z. BGB., Bd. II/1, S. 1353-1354 [Lohsse].