
論 説

シャルル・デュムラン『損害論』(1546)に おける勅法 (C.47.7.1) 解釈 (2・完)

田 中 実

- I はじめに
- II 勅 法
- III デュムランの研究態度
- IV 分 析 1 (2 節から 17 節まで) (以上, 40 卷 3・4 号)
- V 分 析 2 (18 節から 50 節まで)
- VI おわりに (以上, 本号)

V 分 析 2 (18 節から 50 節まで)

次の 18 節で第二の疑義に移る。第一の解答においてはいかなる損害が査定されるか。ここでも通常損害と特別損害の区別ではなく、すべての外在的な損害ということにつきる。勅法の法文は、いかなる形容もすることなく、利害関係が 2 倍額を超過することを無条件に絶対的に禁じている。確定事例について、「この損害はその 2 倍額を決して超えてはならない」(*hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere*) とする勅法の文言「利害関係」(*Quod interest*) に対して、註釈は、「つまり、特別に」(*scilicet, singulariter*) と補って特別損害であると理解していたのであるが、その必要はなく、実際のところ、この *minime* は「決して」という強い否定辞である。デュムランは、勅法の最終的な意図は、冒頭にあるように、無数の疑義をなくすためであるので、さらに「特別損害とは何か」といった論争を引き起こすような立法のさ

れ方がなされたはずもない、と推論する⁷⁶⁾。この法文の他の箇所は利害関係すべてについて述べているのに、この箇所だけ「特別損害」と語を補い異なって解するのは不当である⁷⁷⁾ (18節)。

法文への不当な補いという誤りが一度認められてしまうと、東北東の風が雲を引いてくるが如く (*quemadmodum caecias nubes attrahit*) 多くの誤りが引き出されてくるとして、チーノが「その対立は角があるようなもの」(*obiectioes cornutae*) で解決が難しいとした⁷⁸⁾、法文 D. 19.2.19.1 と D. 19.1.6.4 の解釈がなされる。前者の D. 19.2.19.1 は、瑕疵ある瓶 (*dolium*) の善意の賃貸人は利害関係の責めを負い、毒草が育っていた牧草地の賃貸人は賃料請求権を失うだけとしており、その違いの理由が久しく探究されてきた有名な法文である。後者の D. 19.1.6.4 は、完全な容器 (*vas*) を給付するとの合意がなされていなくとも、失ったものを賠償する義務があるとし、末尾で瓶の賃貸の例を援用している。これにつき、バルトルス、バルトロメオ・ダ・サリチェート (*Bartolomeo da Saliceto, Bartolomaeus di Salyceto, 1330/40?–1412*)、そしてパオロ・ダ・カストロ (*Paolo da Castro, Paulus Castrensis, 1360?–1441*) は瑕疵のある容器の場合は特別だとする⁷⁹⁾。根拠を示さず例外だとするのは、註釈の表現を借りると、「哀れな者たちの避難所」(*refudium miserorum*) である⁸⁰⁾。2倍額に制限する勅法は特別損害を述べており、学説彙纂には通常損害を述べている法文があるというように区別する理解は、瑕疵ある瓶から流れた高価な葡萄酒の損害の場合、瓶の通常の評価額と葡萄酒の評価額とは別ものであるから、法文に適合しない。日本でも著名な葡萄酒の所有者であったことが遺言から知られるロシャータは、完全な容器の保証があったと解説しているが⁸¹⁾、これもまた D. 19.1.6.4 の滑らかなテキスト (*textus rotundus*) に反している。通常損害と特別損害を区別し、勅法の2倍額制限は特別損害について述べていること、そして準則は善意者に対しては減額訴権のみであり例外があるのだ、とするバルトルスに代表される通説がほぼ210年間支配したことに言及した後⁸²⁾、デュムランは様々な区別を程度の差はあれ非難する。そして、その瑕疵ゆえに全く用をなさない場合である D. 19.1.6.4 と単に価値が低くな

る場合である D. 19.1.13 pr. とを区別しているアルチャートとジャック・ルノを、他の論者より真実と衡平に近いが⁸³⁾、容器が「完全ではない」というだけで訴えることができるのでこの区別は十分ではない、とする。だからといって解決の見込みはないと絶望し、すでに見たチーノのように「角があるようなもの」と言うのではなく⁸⁴⁾、デュムランは、この迷宮に入り込んで克服するには、まずこの勅法は「特別損害」についてのみ規定していたと誤った解釈をしたことを承知しなければならない、とする(19節)。そして彼は、この勅法そのものは衡平だけでなく、学説彙纂のその他の諸法文と調和しているとの主張を繰り返す。そして勅法に対して「特別損害」と補って理解したことの弊害が述べられる。この誤りから生じる疑義は、ヒュドラの頭のようなものである。一つの疑義を何とか退治しても、そこから新たな疑義がいくつも生じるのである⁸⁵⁾(20節)。

確定事例とは何かについてはさらに多くの説があり、困惑と解くことのできない迷宮が待っている。すでに自説を述べていたデュムランは、過去の説を12の説に整理し、その紹介は冗長になるがそれを相殺するだけの重要性と有益性があると⁸⁶⁾。これらを見捨てることは何世紀にもわたる論争について確かな判断を下さずに無邪気に自己の説を提示すると見られるかも知れないから、というも過去の説を整理する理由である。第一説は、契約そのものの確かさということから有名契約を想定するものである。しかし確定量や性質を有する無名契約がある。第二説は、方式書に確定のものが含まれている契約であるとする。そうだとすると種類物としての奴隷や馬の契約が不確定となってしまう、勅法の述べる「確定の性質」も無意味になる(21節)。第三説は、確定量は特定物又は確定有体物のことであり、確定性質を持つものとは確定した境界を有するものであるとし、なすことを不確定事例に入れる。アックルシウス、オドフレドゥス(Denari Odofredo, Odofredus, ?-1265)、チーノ、ロシヤーテの説であり、ロシヤーテはこれが裁判所が採用した通説だと⁸⁷⁾、ジャン・フォール(Jean Faure, Johannes Faber, ca. 1275-1340)、インノケンティウス4世(Innocentius IV, ca. 1195?-1254)、ギヨーム・デュムラン(Guillaume

Durand, Gulielmus Durantis, ca.1230–1296) (『訴訟鑑』)も支持する。しかし使用収益させることしか内容としない賃貸借が確定事例に数えられており維持できない(22節)。第四説は、ジャック・ドゥ・ルヴィニ(Jacques de Revigny, Jacobus de Ravanis, ca.1230/40–1296)のものであり、なす債務であっても確定した家屋や壁の建築のように通常の評価額が可能なものが確定事例であり、ローマに行く、法廷に出頭する債務が不確定事例である、と述べる⁸⁸⁾。しかし法文に依拠せず、すべての行為は評価額が確定できるとのベルペルシュの反論がある。といってもそれはそれですべての行為が確定事例になってしまう。デュムランは、第一の解答における確定事例とは何かの問題については、コモンセンスに近く、いかなる損害が査定されるかの問題についても真実に近づいた、とルヴィニを評価する。後者の問題についても、彼は特別損害ではなく外在的な損害すべてだと答えていたのである⁸⁹⁾。

ちなみに、ルヴィニの作品は、すでに述べたように、ベルペルシュの名で出版されていた。デュムランは、典拠を挙げてルヴィニが哲学や聖書の教授でもある司教であったと述べた後、彼の作品がベルペルシュの名でしかも多くの単語を変更して不誠実に公にしたパリの印刷業者・出版者をペテン師であると激しく非難する。そして文体やチーノ、ロシャータによる引用、さらに写本を調査し、作者がルヴィニであることを確認した経緯を語るが、すでに述べたように、『全集』版では削除されてしまっている⁹⁰⁾(23節)。

第五説としてのベルペルシュは、双務契約が確定事例であり、本来的には契約ではない問答契約を不確定としている⁹¹⁾。しかし、あなたが事務を行うのに対して私が100を与えるというように不確定な双務契約もある。いかなる場合が不確定な問答契約かを説明するD.45.1.75 pr.から分かるように、確定した問答契約もある(24節)。第六説は、ニコロ・マタレッリ(Niccolò Matarelli, Nicolaus Matharellus 1240–1314?)⁹²⁾によるもので、債務と訴権、自白、判決に関して確定のものを確定事例であるとする。しかしD.4.8.28にある「利害関係」額とするという仲裁の問答契約は不確定であることに反する。契約締結の際の瑕疵や契約後の遅滞のための責めを不確定事例であるとする

など、勅法の第二の解答の適用事例を増やす結果になり不当である(25節)。このように、中世法学との比較を別にすれば、彼自身は、確定事例に三つの要件を課したものであるものの、主観的にはそれをもっぱら著しく狭める意図は必ずしもなかったようにも思われる⁹³⁾。実際、このことは後の43節や45節の叙述から明らかになる。

第七説はバルトルスの説である。本来のもの又はそれに結びつけられたものに関して量又は性質が確定である(*certain quantitatem vel naturam respectu sui vel adiuncti habent*)事例が確定事例であるとする。この「それに結びつけられたもの」(*adiuncti*)が何かは分かりにくいだが、バルトルスの当該箇所を見ると、例えば売買や賃貸借(賃約)では、本来の給付は(売買の場合)「安全な占有を引き渡す」という不確定なものであるが、当事者が代金や賃料をそれに結びつけることで確定のものとなるとの立論を展開している⁹⁴⁾。従って両当事者がお互い相手の代わりにそれぞれローマ、パリに赴くという問答契約を行っても契約は不確定である⁹⁵⁾。しかし、デュムランに言わせれば、第三説と第四説に対する異論がそのままあてはまる(26節)。フランチェスコ・デ・クルティス(Francesco de Curtis, Franciscus Curtius [senior], ?-1495)はすべての契約は確定事例だとする。彼は審判人の職権で確認され金銭評価がなされることで十分であると考えている。そして債務が先行しない不法行為が不確定事例となる。しかしデュムランによれば、この説では、確定できない私の事務を一般的に管理するためにある者が確定地にいるという契約まで確定事例になってしまう。そもそも作為又は不作為の問答契約を不確定としているD.45.1.75.7や額を定めずに貸し付けることだけについての問答契約を不確定と明言するD.45.1.68など諸法文に抵触し、最も維持できない説である。第九説は量及び性質についてともに確定であることを要求する。第十説は、中程度の奴隷というように性質が確定であれば十分であるが、量だけ確定の場合は確定ではないとする。これらは法の真意に一致せず、言葉遊びのすえ、未解決の問題を残すばかりである(28節)。

第十一説の論者としてデュムランが挙げるのが、バルトルスの通説に従う

としながら、直ちに容易に証明できるものが確定事例だとする独自の説を黙示的に説くアルチャートである⁹⁶⁾。しかしデムランは、これでは容易に確認できない場合には不確定事例となり制限がなくなってしまう、アルチャートは周到にベストを尽くしてはいるものの (*licet diligenter omnem ad hoc lapidem moverit*) この点につき言及していないと非難する。ジャック・ルノ自身は新説を説いたと述べるが、実際にはやたらと饒舌に述べたあげくに (*post multam περισσολογίαν*) バルトルスと通説に戻り、混乱を激しくしただけである、とデムランは酷評する⁹⁷⁾ (29 節)。そして最後に第十二説として彼が挙げるのは、損害の中世法学以来の分類の (前註 11 で指摘し、本稿(1)の末尾に付した) 樹木図とその解説で有名なピエール・レビュッフィ (Pierre Rebuffi, Petrus Rebuffus, 1487?-1557) のものである。彼は損害論に関する浩瀚な『復習講義』⁹⁸⁾を残しており、デムランは他の箇所でも援用してはいるが、不思議なことにここでの扱いは、性質は神が生物に与えたものであり、生きていない物が神によって配置された確定の性質を有することを否定する箇所を扱うのみで、コモンセンスを欠いていると非難するにとどまる⁹⁹⁾。そしてレビュッフィ以後のごく最近の学者たち (*hi novissimi*) は、人文主義的弁証によって (*cultiore dialecto*) 勇敢に書いていたにもかかわらず、確定と不確定事例の新たな説を提示できなかった。他方で、勅法の第一の解答について、註釈以来俗に受け入れられた説を離れ、特別損害だけでなく外在的な損害を算定することがあり、その功績を彼らから奪って自分のものとはしない、とこの学者たちから着想を得たことが明言される。デムランの説を採用すれば、そもそもこれらの中世の議論は無視できたかも知れないが、仮に彼らの議論の土俵に乗ったとしても、とりわけ法源から説明できないことがこのように明確に示されるのである (30 節)。

こうして、確定・不確定の混迷した議論の紹介と批判を終えて、註釈が「特別に」と加えたことからの紛糾の暴露へと移る。「買主が売買から被ったすべての被害」 (*omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxierit*) と述べる D. 19.1.13 pr., 「そのために失ったものさえも」 (*etiam id, quod eo nomine perdi-*

derim)と述べるD.19.1.6.4を念頭に、D.13.4.2.8¹⁰⁰⁾にある、「この〔専門的な意味ではない〕専決訴訟¹⁰¹⁾においては損害が考慮され、しかも法定の利息限度を超えてである」(in hanc arbitriam quod interfuit veniet et quidem ultra legitimum modum usurarum.)との文に対し、註釈は、「損害を2倍額に制限する勅法との矛盾につき、この法文では通常損害のことを述べており制限に服さず、勅法は特別損害が通常損害の2倍額を超えないとしている」と解決している¹⁰²⁾。このことは、勅法の末尾のdupliに対する註釈でも確認され¹⁰³⁾、バルトルスの註解も踏襲している¹⁰⁴⁾。彼らは、この勅法の第一の解答に対立する法文があると、それは通常損害について述べているのだ、と解答するのである。諸法文にこのように解答していることは、デュムランに言わせれば真実を覆い隠し逃れることであり、「捏造されたものを同じ桶で一度に白くする」(hac eadem commentitia fidei dealbant)、つまり不都合な法文は一つの誤った前提で覆い隠してしまうことになる(31節)。特別損害と愛好価格との関係でも見解の一致を見ておらず¹⁰⁵⁾、特別損害の定義さえ紛糾し様々な説がある¹⁰⁶⁾(32節)。

デュムランが援用するジャック・ルノを詳しく見ると、論者たちの例が挙がっており、隣地の例は隣地の泉から水を引かざるをえない必要性からの利益を考えると、当人に固着し他人に移転できないという特別損害の定義から外れてしまう説が紹介されている。ジャック・ルノは、隣地であるという有益性はその都度の新所有者にとっての利害関係が問題とされ、現時点での特別の利害関係を把握すればよく、特別損害の範囲をいたずらに狭くする立場には反対である¹⁰⁷⁾。この例から特別損害を愛好利益と同視する説の意図も分かる。

これに対して、ルヴィニは、物の共通(通常)の評価額や合意代金を超過する利害関係をすべて特別損害であるとしており、この点に関しては、本来の給付を超えた利害関係すべてが特別であると考えるデュムランからすると、正しい見解である(33節)。通説に従うと、数々の疑義が生じる。すでに見たD.19.1.43について、バルトルスは、奴隷解放後の追奪によって保護者権の利

益を失ったことの利害関係につき、売主が善意の場合は2倍額を超えない、つまり特別損害であり、悪意の場合はそうではないとの区別を行うが¹⁰⁸⁾、続く法文、つまりその間に奴隷に教育訓練費用をかけた特別損害を2倍額に限定する内容のD.19.1.44以外に、特別損害の2倍額査定を述べる法文はない。いずれのプロテウスも同じことを行わず、註釈も博士たちも、物を超えるか物の中かの区別、不履行か瑕疵ある物の履行か、契約か不法行為かなど様々な区別に右往左往している (nullus Protheus paria fecerit, adeo in varias distinctiones glossae et doctores sese vertunt, et controvertunt)。デュムランに言わせると、これらの区別の複雑な縫合せを透徹した視点で見ると、役立つない分類や語の補いによる捏造、語の皮相的な理解が見えてくるのである¹⁰⁹⁾ (34節)。

このように様々な説が紹介される中で、具体例で効果の違いが例示される。合意された代金又は賃料を100とし、しばしば商人間では生じる債務不履行の通常損害を200とし、特別損害が200であったとする。註釈やバルドゥス (Baldo degli Ubaldi, Baldus, 1327-1400) の説だと、制限を受けない通常損害として200と特別損害として代金の2倍額を超えない200とで400の請求ができる。2倍額の基準を、代金と通常損害の大きい方とする説もあれば、まずは合意価格それがない場合には通常評価額が基準となるとする説もある。アルチャートによれば、制限を受けない通常損害200があるが、すでにここに代金の単額が含まれており、特別損害の請求は100までとなり、全額は300となる。しかし、そうだとすると、この勅法によって、代金100の家屋売買において不履行による300の損害が立証されたときも、(全体として2倍額までなので) 有責判決は2倍額を超えない200になってしまう。あるいは通常損害については全額、特別損害については2倍額以下と解すると、結局はもとに戻ってしまう。アルチャートは、D.50.16.81に対する註解で、一般的には(原則としては)物の中だけでなく物を超えた我々の利害関係を計算しなければならないが、売買契約についてのみ、特別に物を超えた損害賠償を認めずに物に内在する利害関係だけとしたのがD.19.1.21.3であるとする¹¹⁰⁾。これに対応して (eo quod sint correlativa) D.18.6.20では代金支払の遅滞の場合は

利息だけの給付となるとしているのである(36節)。これは新しい説であるが、その後25年間は慎重に精緻に法文を解説する者は現れなかった。解釈学者は自己の説を説かずに、シーシュポスの岩を永遠に転がし、議論を混乱させてきたのである(37節)。

こうした紹介の後に、デュムランは、註釈や博士たちの判断や裁判所の判決を心にとどめ、バルトルスとバルドゥスの註解でこの勅法を完全に理解したと考えてきたが、22年以上にわたり裁判所実務で研鑽を積んだ後、註釈や通説は誤りだと考えるようになったと告白する¹¹¹⁾。そして絶え間ない省察と、思索を伴う実務、対比と訓練とによって(Tandem iugi meditatione, praxisque cum theoria collatione et exercitatione)、ようやく勅法の法文の正しい理解に達したと自負する。そして、バルドゥスが「実務は消化してゆく知識である」(practica est scientia digestiva)と述べ¹¹²⁾、サリチエートが博士たちや諸法文の真実が実務を通じて光彩を放つとし、ジャン・フォールがInst.2.20.3に対する註解で、「法学が適切かつ頻繁に取引・事件に適用されないならほとんど利益はない」と述べているなど、実務重視の先学の言葉を紹介しつつ¹¹³⁾、自身の目的は、単に裁判所の採用したものを模倣し利益を得るだけの未熟な非専門家から人気を博すことではなく、法あるいは法廷という舞台に奉仕することである(non est iuris scientiam negotiis applicare (ut vult Ioan. Fab.) sed scenae inservire.)と志を述べる¹¹⁴⁾。そして、自身の『利息論』設問17を援用する。ここでは、「利息の問題に時効が適用されるか」の設問の中で、常に利息の規制との緊張関係を孕む定期金(reditum)の買戻権(ius vel facultas redimendi)が時効にかかるかの高等法院(Senatus)の判断を報告した上で自身の説との比較を行っていたのである¹¹⁵⁾。

そして単なる大学の博士や単なる実務家とは違い、真の法学者・法律家の仕事は、「法の理論を慎重に知り、詳細に調べ、同時に取引と実務の事情、多様性、効果を厳密に評価し、そして両者を互いに比較しつつ、何としても法的な衡平と、善き衡平なものを追求し、担保すること」である(38節)。そして、アントワヌ・フュメの説は実質的にはアックルシウスの説であり、

ベランジェ・ドゥ・ポラック (Bérenger de Paulhac) やルヴィニの説にも一致しており、ガブリエル・ガシアン (Gabrielis [Brixianus] Catianus, Gabriel Gatien) の説はバルトルスの通説に一致し、エギネ・バロンの説はアルチャートの判断にすぎず (39 節)、ピエール・ロリオは誤りを増やしているにすぎない、と近時の学者たちを非難する。もともと、他方で、彼らの結論は伝統的で紛糾したものであるが、この勅法について外在的な損害がすべて算定されるという点では共通している、と積極的に評価もしている (40 節)。ルヴィニやチーノなどは、この勅法の文言は十全で極めて明瞭であるのに、その判断は全く不明瞭でこれほど不明瞭な定め方はない、としているが、デュムランに言わせれば、文言も意味も全く明瞭であり、他の法文とも容易に調和している。これまでの学者たちの混乱ぶりは、糸を繻こうとして最初の部分つまり頭 (糸の端) を失って、さらに巻き込んでしまった未熟練の機織りの混乱に似ているとする。そして法文の出発とする最初の名詞は、あくまで「損害の事案」であり、これが確定・不確定とされているのである。つまり契約について確定の契約と不確定の契約と定めているわけではなく、あくまで確定の損害事例について 2 倍額を超えてはならないと禁じているのである (41 節)。

こうして、デュムランは、42 節以下で、この事例にかかる、「確定の量」、「確定の性質」についての彼自身の結論を述べる。

債務の本来の給付とは別に、確定の損害事案として重量・数量・長さが確定しているか、確定した境界が定められ確定した共通評価額を受けるものが確定の性質である。勅法は 2 倍額を述べているので、その前提として、第一に、本来の債務としての給付対象 (res tamquam principaliter debita) が基礎にあり、第二に、利害関係はその単額とは別であるがそれに加わるのであり、単額と関わりがあること、そして単額が含まれる 2 倍額以上ではないことが定められている。事例とは利益・損害 (interesse) の事例のことであり、確定の量又は性質を持つという規定は、確定した量又は性質を持つ対象つまり本来的な債務を持つという意味である (42 節)。つまりすべての損害の事例について述べているのではなく、対象として本来の確定した債務を有している事例

だけを述べているのである。この確定の性質とは、確定の境界を有し、共通に評価ができ2倍額にできる確定した単額の価値を身につけているということである(*certa natura, quam res certos fines habens, taliter ut ... sic gerat vcem simpli certi communiter aestimabilis et duplicabilis.*)。このように確定の性質は事例にかかっているのであり、性質は法的に広く捉えられる。それゆえに、本来の債務の目的は、特定の有体物に限られず、用益権や、確定した農場の引渡し、確定した家屋や壁の建設、確定した労務提供といった境界の定められた行為も単額の評価額を見出すことができ、2倍額にすることができる。これらが確定事例である(43節)。

そして、44節から彼の核心的な主張がまとめられる。従来の研究に屋上屋を架すことを承知で¹¹⁶⁾、以下要約しよう。勅法の第一の解答が適用されるには三つの要件が必要である。第一に、本来の債務(*debitum principale*)が確定的事実であること、つまり共通して(通常価格で)評価され2倍額にされうるもの(*communiter aestimabile et duplicabile efficiens*)であること。第二に、損害の事例が生じていること、つまり外在的な損害が加わっていることである。これは多くの事例では本来の債務と一致することがあるが、あくまでそれは偶発的なことであり(*contingere potest*)、勅法の法文は、本来的な債務とは区別して、本来の債務の単額はそのままにして、外在的に生じる損害を査定しているのである。第三に、そして最も重要であるのにこれまで誰も気づかなかったことで、すべての意図はここに行き着くのであるが(*tota epitasis versatur*)、この外在的な損害の事例、つまりこの損害が生じる根拠である偶発的な事態は(*contingentia ipsa, ex qua oritur et debetur hoc interesse*)、確定した本来の債務とだけ関係を有しており、何か別の特定の目的・対象(*obiectum*)を有しているわけではないことが必要である。別の目的・対象を有しているときは、例えば債務者が特別に危険を引き受けている、又はそれを予見していたときである。この場合はもはや確定した対象を有している事例とは言えない¹¹⁷⁾。この三つの要件がみたされないときは、勅法の次の解答又は他の法が適用されるものとする。つまりデュムランによれば、勅法がすべての損害賠償の事

例を規定しているわけではない。この勅法の事例という単語は、本来の債務と付随的な損害からなると理解できなくはないが、この三つの要件がきちんと区別されることが重要である。損害が発生する事例とは、例えば何か特定の契約からというのではなく、あらゆる契約から生じるのである（44節）。

註釈や博士たちの誤りの原因は、第一に、契約や本来の債務の給付対象と損害の事例とを区別しなかったことにある、と繰り返す。確定の量又は性質が何を指しているのかに注意を向けなかったのである。確定事例とは、確定した本来の債務が存在することだけではなく、その債務に関する損害の事例がその他の目的を有しておらず損害が発生する事例である。第一の解答は、損害額がどんなに高くなろうとも本来の債務又は目的を超えないのが正当であるとしているのである。

損害賠償義務が有効に生じる事例とは、遅滞、過責、違反、追奪、その他の事例である。これらの事例は、確定の量又は性質を有せず、それ自体としては不確定であるが、これらの要素が確定の量又は性質を有する本来の給付に対して密接に結びつくために、確定した資質を獲得するのである¹¹⁸⁾。損害の事例は確定の量又は性質を有している給付対象に加わるが、その他のものに何も関わらないとき、本来的な債務に関連して確定した量又は性質を有すると言われるのである。三つの要件の一つでも欠けていれば第一の解答は適用されない。不確定事例とは、第一に、確定の量又は性質を持つ本来の債務がない場合、第二に、本来の債務はあるが確定の量又は性質を持たない場合、第三に、本来の債務は確定の量又は性質を持つてはいるが、損害の事例がそれだけでなく、他の物の危険の引受けのように、他の不確定な目的・対象を有している場合である。

以上が、この勅法の適用をめぐるデュムランの主張の核心をなしている部分である。最後の部分、つまり勅法の第二の解答が適用される例として、最初のものとしては不法行為、第二のものとして、確定できない本来の債務の不履行、第三のものとしては、本来の債務の目的・対象は確定しているが、それを超えて危険を引き受けた又はそれを超えた危険を予見した事例が想定

できよう(45節)。

それでは不法行為が第二の解答に位置づけられるとして、そこで練り上げられた「予見可能性」理論の射程に入るのかがわが国の現行法からの関心の対象となる。不法行為については、154節で論じられているので、少しエクスカーションを行おう。そこでは、第一の解答の適用を認めた註釈¹¹⁹⁾、バルトルス¹²⁰⁾などの通説批判が議論の中心である。そしてデュムランは、最初に通説に反対し、不法行為は悪意ゆえに第一の解答は適用されないと明確に述べた者としてアルチャートを称賛する一方で、彼が悪意による契約責任を第一の解答つまり2倍額の制限に服すると考えているという理由で、彼の主張は脆弱であるとする。さらにアルチャートが今日わが国で理解されている意味での悪意でつまり知って他人物を売る者を不当であるとはしないことにつき、コモンセンスに反するとする(154節)。デュムランは、第一の解答が適用されないこと、そして悪意の場合は、不法行為であれ契約であれ、同じく全額賠償でなければならない、と考える¹²¹⁾。そして「私は、簡潔に、長い議論を省略して、作為であれ不作為であれ、契約や準契約においてさえ悪意が証明されれば、この法文の最初の解答の利益はなくなるとの結論を引き出す」(Breviter longiore disputatione ommissa concludo quod ubicunque dolus malus probatur, sive in faciendo sive in omittendo, etiam in contractibus, vel quasi, cessat beneficium primi responsi huius l.)と明言する。彼は、この制度の目的は不法行為の防止であり、そもそも悪意者が法の利益を得てはならない(per dolum quis indignus redditur et privatur omni legum auxilio et beneficio)、と考える¹²²⁾。デュマも述べているように、デュムランは明言してはいないが、この場合に予見可能性の基準が適用されることはない¹²³⁾。ここでの悪意は広義ではなく、特別な「悪意」として、「何らかの悪を目指すものであり、他人をだまそう、誤らせよう、損害を与えようと向けられ、一所懸命に狡猾なことを働くことである」¹²⁴⁾。そしてこの悪意は、作為にはより容易に明らかになり証明されるにしても不作為を排除してはならない(156節)。

國宗先生も指摘されているように、契約の例で述べられる予見可能性の基

準がここで採用されているかどうかは明言されていないように思われる。逆に、2倍額の制限を受ける確定事例でも予見可能の判断は適用できるとする説明が見られる（*Confirmo secundo per id quod supra dixi nu. 60. etiam primum huius l. responsum quadam analogia casus incertos spectare, ut non excedantur fines verisimiliter praevisi.*）¹²⁵）。しかも過責の場合には「緩和」が必要であると述べられている（*condemnatio pro modo culpae moderanda est.*）ことも重要であり、この緩和の内容を明確にする必要があるだろう。いずれにせよ、不法行為法から罰的な要素を完全に排除し、故意過失を区別せず、まして確定・不確定事例の区別のないわが国の枠組みとは法体制が相当に異なる中での叙述であることは承知しておかなければならない。

叙述の順に戻ろう。確定事例では、本来の確定的な債務があるので、債務者の過責で契約が存在しないことになってしまっても損害賠償の責めを負うとする、すでに論じた D. 19.1.21.2 を挙げる。「この損害は確定の性質を有するので、売買の目的物の価格を超えてはならない。運搬費やより費用をかけて別の食卓机を買うため損害が大きくなることもあるので2倍額の制限は有用なことがある」（*potest esse utile, cum possit pluris mea interesse ob sumptus vehendi et aliam mensam maiore dipendio comparandi*）わけである。D. 19.2.21.4 にあるように、売主が一定額で賃借するという条件で売買契約が締結された場合であって買主が賃貸しないとき、又は第三者に売却しないとの条件で売却したときは、ともに確定事例ではない。損害がないときは目的物の評価額の賠償を請求できない。C. 4.54.9 pr. にある、墓碑の建立又は除去を許さないとの条件で売買がなされた場合も不確定事例の損害賠償である（46節）。

そして第一の要件が欠けている例が挙げられる。寄託や委任について、受寄者や受任者が損害を受けたときの寄託反対訴権や委任反対訴権では、本来の債務の評価額を超えても責めを負う（D. 47.2.62.5 の途中）が、この損害賠償債務の根拠は本来の債務ではなく、無償の受任者の義務が損害とならないようにとの衡平である。直接委任訴権は、費用償還を別にすると、損害自体にしか成立せず、確定事例ではなく、第二の解答が適用されるわけである。金

銭貸付につき違約罰の問答契約を行った場合は確定事例であるが、金銭貸付約束についての問答契約だけなら、問答契約の内容は損害賠償だけであり、不確定事例である(47節)。売主が物を引き渡さない又は引き渡した物が追奪された。いずれの場合も確定事例であり、証明された損害で本来債務の給付対象の2倍額を超過しない賠償が認められる。このルールで、D.21.2.60, D.21.2.67, D.21.2.70の説明が可能である。しかし、危険の黙示の引き受けの場合は、外在的な目的・対象を有することになり、不確定事例である(48節)。

ここで不確定事例の例として挙げられるのが、D.19.1.6.4とD.19.2.19.1である。瓶や容器の製造者が売却又は賃貸した場合、失われた葡萄酒の全額賠償を負う。これは瓶や壺の代金や賃料の数倍になるとしても、明示的に断言したわけでもなくとも、である。これらは確定事例ではない。本来的な債務の対象であった有体物だけでなく、最初から明白に予見されていた危険については、専門の職業を名乗っていたので、黙示的に完全であると断言していることになり、瑕疵があれば十分な過責である。この過責は容器そのものだけでなく、入れられた液体にまで及ぶ。この場合の損害は、本来的な契約債務内容の確定的な容器の評価額ではなく、不確定な危険としての不確定事例となる(49節)。この事例は、製造者だけではなく一般的な売主であるとする者は、ものを知らない者、(例えばアリストテレスのような)法律の勉強に向いていない者、そしてソフィストのように法律の裸の文言だけを求め法律の真意を見極めない者であるとする(50節)。

51節以下の説明はさらに有名な部分である。デュムランのすでによく知られた所説の前提を紹介する本稿の対象は以上である。

VI おわりに

これまで明らかになった彼の解釈をごく簡単にまとめると、本来の給付対象が確定で遅滞や過責ゆえに外在的な利害関係が発生したときは、損害賠償

は勅法の第一の解答にある2倍額の制限に服すのに対して、本来の給付対象が不確定であるとき、又は給付対象が確定であれ不確定であれ、悪意ゆえに外在的な利害関係が発生したときは、この制限に服さない。デュムランは、勅法にある制限の利益を悪意の場合から奪い¹²⁶⁾、悪意の場合は、契約責任であれ不法行為責任であれ、全損害賠償を認める。2倍額の制限を受ける確定事例であっても、受けない不確定事例であっても、過責の場合には責任の緩和が求められているのである。過責の場合の契約責任で練り上げられ、危険引受と並列される予見可能性が過責の不法行為に適用されるかは別の問題である。

債務不履行に基づく損害賠償責任について、『ローマ法大全』の解釈から抽出されこの勅法に適用される彼の言う狭義の外在的な損害の賠償義務は、素朴な債務転形論とは相容れない。しかも、まずは帰責性を問題にしない契約責任の構想とは対極にあり、悪意や過責といった帰責性こそが最初に問題にされるべき要件である¹²⁷⁾。つまりこの要件を欠くものについては、本来の給付義務とそれに含まれるカウサの計算がなされるだけの、広義の損害賠償の枠内にあり、これと峻別すべき狭義の損害賠償の議論からは排除される。これらの中に彼の少なくとも債務不履行責任の構想を見ることができる¹²⁸⁾。このように、デュムランは、確定と不確定事例を分ける勅法の解釈の中で、また故意過失責任を区別しない民事責任とは異なる構想の中で、予見可能性の理論を誕生させたのである。

註

76) ここでも、法文の理解には立法目的に注目すべきであるとして、デュムランは新たに、「ある勅法に基づき、宗族が被相続人の遺産の4分の1を請求するため、宗族と孫との間で疑義が残っているので、朕は、その勅法を朕の勅法彙纂から分けるものとし、テオドシウス法典から勅法彙纂に再録されるのを認めなかった」と冒頭で述べる Inst. 3.1.16 を援用する。

77) この註釈が、法文について詳しく論じたアルチャートにいたるまでの者に対し、分婉できないでいる産気づいた者のような苦しみを与えてきたとする。彼が挙げているのは、ルヴィニ、ジャン・フ (Jean Feu, Johannes Ignaeus, 1477/83/94-1549)、バルトルス、バルドゥス、バルトロメオ・ソチーニ (Bartolomeo Socini, Bartho-

lomaeus Socius, 860 ff. 1436–1507), フィリッポ・デチオ (Filippo Decio, Philippus Decius, 874 ff., 1454–1535/36), フランチェスコ・コルティ (Francesco Corti [Senior], Franciscus Curtius [Senior], 1432?–1495) アルチャート, ジャック・ルノである。

- 78) cornutus について, 仏単語 cornu には, 「失っていないものは持っている。ところで角を失ってはいない。だから角を持っている」という詭弁論法の, という含意がある。コンディヤックがユークリッドの詭弁論法の説明で挙げている例である。cf. Cornu, É. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, Tom. I, Paris 1881, p. 815. De Condillac, *Histoire ancienne, Œuvres complètes*, Tom. VII, Paris 1821, p. 466. もっとも印刷刊本で確認できるチーノの箇所は, 《5. ... Et advertendum, quia istae oppositiones multum sunt corruptae, et difficillimum est eas solvere.》と述べられているのみである。Cynus, *Lectura, supra* note 53, fol. 458ra.
- 79) 拙稿「人文主義法学事始め」南山法学 16 卷 1・2 合併号 60–67 頁参照。
- 80) アックルシウスは, C. 3.36.24 に対する註釈において, 理解が難しい問題に「遺言者がそのように書いていたのだ」と補って解釈する態度についてこの表現を用いていた。ちなみに, デュムランも援用しているが, エラスムスの友であり 16 世紀に法的議論で用いられる様々なトポスの便利なリストを作成した最上級裁判所の長官でもあったオランダのニコラース・エヴェラルツ (Nicolaas Everarets, Nicolaus Everardus, 1462–1532) は, 「これこれの事案は特別であるから, 反対が普通法 (正規法) である」とのトポスは頻繁に用いられ有効なものであるとし, 註釈や博士たちが用いている箇所の例を挙げ, この場合には違いの理由 (ratio diversitatis) を述べる必要があることを指摘する。Nicolaus Everardus, *Topicorum seu de locis legalibus*, fol. 83rb–84ra. 《habemus in iure locum a speciali a quo sumptus argumentum est forte frequens et utile: et formatur in hoc modo. Si speciale est in tali vel tali casu ergo in contrarium est ius commune.》
- 81) Albericus de Rosate, *Commentaria secundae ff. digestis veteris partis*, 1585 Venetiis, fol. 147r–147v. もっとも印刷刊本の D. 19.1.6.4 では自己物からの損害かどうかを違いの理由とするヤコポ・ブトリガリオ (Iacopo Butrigario, Jacobus Butrigarius, ca. 1274–1348) の説を述べるのみである。《Sed quare gravius tenetur in locato quam venditio. Respondeo, quia plus gravari debeo quando res mea dat mihi damnum, quam quando tua, ut l. praetor. §. 2. infra de dam. infect. (D. 39.2.7.2) Sed res vendita transit ad te: et ideo res tua tibi damnum dare videtur: hinc est quod rei venditae periculum est emptoris: rei locatae locatoris. Iac. But.》
- 82) バルトルスは, 以下のように説明していた。「瑕疵ある物であることを知らない者は減額の責めを負うのが準則であり, この準則は三つのケースで適用されない。第一は瑕疵ある容器が売られ賃貸されたときである (D. 19.2.19.1) (D. 19.1.6.4)。この場

合、売主は知らなかったにせよ全損害の責めを負う。……同じく盗人であった自己の奴隷の場合は適用されず、ここでのように、知らない者は何も責めを負わない。註釈は正当にも述べている。誰もがその奴隷が盗人であることを知らなければならぬから〔奴隷売買の際の瑕疵についての札が念頭にあると思われる。Aulu-Gelle (R. Marche (tr.)), *Les nuits attiques*, liv. I–VI, 1967 Paris, liv. IV cap. II, p. 193, アウルス・ゲッリウス (大西英文訳) 『アッティカの夜』(京都大学学術出版会) 237 頁参照〕。同じく公租負担の不動産についても適用されない。知らない者は何も責めを負わないから。正当である。属州の不動産であること自体から公租負担であることは知るべきであるから。ところが損害は2倍額を超過できない C. 7.47.1 はこれに抵触する。しかしこの法文では、悪意の評価の責めを負うなら通常損害の2倍額が超過される。解決。当該法文では通常損害の単額が全損害と述べられている。』《5. ... quod regula est quod ignorans rem vitiosam tenetur quanto minoris empturus fuisset, quae regula fallit in rebus casibus. Primo in vase vitioso vendito, vel locato, quo casu tenetur venditor ad totale interesse, licet fuerit ignorans, ut l. sed addes. §. i. lo. (D. 19.2.19.1) et l. tenetur §. si vas. (D. 19.1.6.4) ... Item fallit in servo suo fure, ubi in nullo tenetur ignorans, ut hic. Recto dicit, gl. quia quilibet debet scire servum esse furem. Item fallit in praedio tributario, ubi ignorans non tenetur in aliquo. Recte, quia debet scire praedium esse tributarium eo ipso quod est provinciale. Op. C. de sen. q. pro eo, quod interest. l. 1. (C. 7.47.1) ubi interesse non potest transcendere duplum, sed hic si debetur aestimatio doli, transcenditur duplum interesse communis. Sol. hic totum istud interesse dicitur ipsum simplum in interesse communis.》Bartholus, *Commentaria in secundam ff. veteris partes*, Venetiis 1585, ad D. 19.1.13 pr. col. 117rb–117va.

サリチエートも註釈に従い、そして容器のように知ることが容易であったものについてはより重い制裁となるとの理由を付している。《Solve quod ibi speciale, in aliis regula ponitur. Quaerit gl. sequens cur aliud in saltu vel pascuo, et responsit, ut in ea. Et nota illam rationem, quia quae facilius sciri possunt, si ignorantur, gravius coercentur.》Bartholomaeus a Salyceto, *Commentaria in secundam digesti veteris partem*, Venetiis 1586, ad D. 19.2.19.1. fol. 122rb.

デュムランが援用しているデ・カストロは、印刷刊本によれば、指摘される箇所では特に根拠を挙げていない。通説を非難する者として挙げられるフルゴシオ (Raffaele Fulgosio, Raphaelus Fulgosius, 1367–1427) は《... et hac ratione, profecta non est facienda differentia inter dolium et ceteras res generaliter: ut facit Barto. in sum-mario suo: sed est facienda, inter eas res, in quibus vitium facile potuit ignorari.》と、知られないことが容易であった物であると説明している。Fulgosius, *Commentaria in primam pandectarum partem*, Lugduni 1544, fol. 180rb.

- 83) 事実アルチャートは9章31節で述べている。「なぜなら減額訴権は物が完全に価値がないわけではなく価値が少ない、と立論するのである。それゆえに、物が買われる目的であるその働き(*opera*)からして全く用をなさないという理由のときは、この訴権ではなく契約訴権によって買主の利害関係の額が賠償される。というのも所有者は自己の物につき主としてそのために合意がなされる働きに十分かなっているかどうかを知らなければならなかったからである。」《31. *nam quanti minoris actio rem nihil penitus valere non arguit, sed minoris valere. Unde cum res ratione eius operae ob quam emitur, sit omnino inutilis, non ea actio competit, sed per actionem ex contractu quantum est quod emptoris intersit, resarcitur: quoniam dominus scire debuit rem suam, an satis idonea esset operae cui principaliter conveniret.*》Alciatus, *De eo quod interest, supra* note 64, col. 564.

ジャック・ルノも fol. 100r からこの問題を詳しく挙げ、*inutilis* の観点から追奪(所有権又は使用取得条件)と瑕疵の問題を並列させて次のような結論を述べている。《*mihi videtur distinguendum, utrum agatur, ex contractu ex quo soluet dominium, vel usucapieni conditio transferri, an ex alio, ut distinguit Bar. Primo casu, aut res vendita est omnino propter vitium inutilis quando vendidit ignorans, ut in vase vendito contingit, ideo in dubio venditor integrum praestare debet, et tunc tenetur in omne id quod interest, etiam extra rem. l. tenetur §. sed si vas, loca. et conduc. [sic] ff. (D. 19.1.6.4). Aut non est prorsus inutilis et tunc tenetur quanti minoris, ut in l. Iulianus, in princ. de act. emp. ff. (D. 19.1.13 pr.) Secundo casu similiter distinguendum, aut res ob vitium est omnimodo inutilis, et tunc in omne id quod interest tenetur, aut non penitus inutilis, et eius quod circa rem interest solum ratio haberi debet, ut in l. sed addes. §. primo, loca. ff. (D. 19.2.19.1)*》Renaldus, *Tractatus, supra* note, 44, fol. 102r.

- 84) 前註 78 で述べた本来の意味とは異なりより一般的な意味で使用されているようである。
- 85) 特別損害だとした通説の中では、単額とは何かに多数の説が生じた。彼によれば、ピアチェンティーノは、不適切にも合意損害と呼ばれることのある価格(*pretium*)だとし、ベルペルシュは *compensatio* に対応するもの(*illud quod compensationi correspondet*)とした。ブルガルスは通常の評価額であるとし、この説に、D. 13.4.2.8 の *legitium* に対する「特別損害は通常損害の2倍額を超えてはならない」とする註釈、ルヴィニ、イノケンティウス4世、ギヨーム・デュラン(『訴訟鑑』)、ジャン・フォールなど多数が従っており、アックルシウス、バルドゥスは通常損害と合意損害のうち高額のものとし、若干異なるがジャン・フヤアルチャートなどは当事者が評価した価格であると考えた。
- 86) 國宗「デュムラン」(前註7) 47頁。

- 87) ロシャータは確定・不確定の問題を詳細に論じているが、印刷刊本で、裁判所が採用した通説であると明言している部分は不明である。「なすこと」を不確定だとする註釈の根拠を、「与えること」と比べいずれの負担が軽いかの議論に引きつけて説明する箇所、フランチェスコ・アッコルソの周知の興味深いエピソードが報告されている。《in incertis petitur totum. dicit enim gl. quod ratio est, quia facilius est facere, quam dare. multi enim servirent libentius de seipsis, quam de suo, ut ff. de op. lib. l. haec enim operae in fi. et ibi nota in gl. dicit. enim ipse Ia. quod ista ratio nulla est, nisi in avaris. Nam facere gravius est, quam dare, sed forte voluit gl. dicere, quia non semper habet quis ad dandum, sed facere potest cum persona sua, ideo dicit facilius est facere, quam dare, sed secundum veritatem simpliciter, facilius est dare, quam facere. Nam personalia quantumcunque reputantur graviora, quam realia, ut ff. de pe. l. in servorum. et supra de sacros. eccl. l. sancimus. et dicit Cyn. quod cum d. Fr. Acc. iret ad regem Angliae, et legeret ultra montes legem istam, et praefatus d. Ia. fecisset idem praedictas opp. potuit ipse d. Fr. defendere gl. dicens ipse Cy. quod in mudo non erat dignior, neque subtilior ipso d. Ia. potest etiam reprobari rationem glo. quia debere dare, vel facere ex conventionem non potest ascribi, ut onus, vel gravamen unde non debet sequi eius recompensatio. ...》Albericus de Rosate, *Commentaria in secundam codicis partis, supra* note 81, 1585, Bologna 1978, fol. 121rb.

文中のIo.につき、引用した箇所の少し前にはなるほどIo. de Arenaと書かれている。しかし次の23節における批判・非難の中で、1541年にリヨンでヤコボ・ダレーナの註解を詳しく調べたところ、ルヴィニが不当にもヤコボ・ダレーナとして引用されているのが分かる、とデムランは明言している。《23. ...dum ibi per errorem tipographorum citatur passim Iacob. de Arenis, cum deberet citari Iacov. Ravennas, ut ex dictis vetustis libris deprehendi, et nuper clarius apparet ex commentariis Iacob. de Arenis nuper anno sesquimillesimo quadragesimo primo Lugduni excussis, ubi longe minus et aliud habetur.》Molinaeus, *De eo quod interest*, p. 28r.

- 88) 「行為であれ物であれ、共通の評価額を受け入れるものを含んでいる契約が……確定なものを含んでいると言われ、共通の評価額を受け入れえない物又は行為を含んでいる契約が不確定なものを含んでいると言われる。例えば、私があなたに農場を諾約する。農場は共通評価額を受け入れうる物である。同じく、私があなたに本を書くこと又は家屋を建築することを諾約する、これは共通の評価額を受け入れうるものであり、私は、スティクスが裁判に出頭すること又はローマに行くことを諾約する。これらの行為は、共通の、つまり誰にとっても利害関係額は評価できない。利害関係のない者も多いから。」《contractus illi dicuntur continere certum ... in quibus continentur vel facta vel res quae recipiunt communem estimationem illi

contractus continent incertum qui continent rem vel factum quod non potest communem recipere estimationem. Verbi gratia promitto tibi fundum: fundus est res quae potest recipere comunem estimationem. ... Item promitto tibi scribere librum vel facere domum potest recipere communem estimationem promitto Stichum stare in iudicio vel me ire romam: facta ista non possunt estimari communiter scilicet quantum interest cuilibet: quia multi sunt quorum non interest:》Jacobus de Ravanis, *Lectura super codice*, Bologna 1519 fol. 357vb.

- 89) デュムランは自身の執筆時 1546 年から 260 年前にルヴィニを位置づけている。実際に、彼の『勅法彙纂註解』の作成時は 1312–1314 年あたりが想定されている。H. Lange/M. Kirchmann, *Römisches Recht im Mittelalter. Die Kommentatoren*, Bd. II, S. 656.
- 90) この点について復刻出版以前の詳細な研究として H. Kiefner, *Zur gedruckten Codexlectura des Jacques de Revigny*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, deel. 31, 1963, p. 5–37. 彼についての近代の批判的研究のパイオニアとして E. M. Meijers (R. Feenstra et al.), *Études d'histoire du droit, t. III. Le droit romain au moyen age. Première partie. L'enseignement du droit dans trois universités du XIII^e siècle. Histoire des sources*, Leiden, 1959, p. 22ss. 参照。Kiefner の論文はデュムラン『損害論』の内容についても立ち入った言及がなされているが、タイトルからそのことが分からないのが残念である。Meijers は、別の作者名でのこの出版につき、出版者 Pierre Gromors が、同書の多くの箇所而非難されている Jacobus を、Balduini ではなく Revigny と勘違いしたために生じた誤りである、と好意的な推測を行っていたが、Kiefner はこれを否定した。実際、『損害論』第 2 版である 1555 年リヨン版では、デュムランが Poncet Le Peux から確認したこととして、この責任が、Gromors にではなく Pierre Lizet にあることがより具体的に述べられており: 《impulsi tamen a Petro Lyseto, tum dici advocato: ut Poncetus Le perux mihi constanter adfirmavit.》(p. 46), Kiefner は詳細な裏付けを行う (S. 18–26)。いずれにせよ、『全集』版にはこの箇所が削除されてしまっている。ちなみにデュムランの 23 節は、18 世紀の法学者人名事典でも報告されており、ルヴィニの功績が 20 世紀に再発見されなければならなかった事情は興味深い。P. Taisand, *Les vies des plus célèbres jurisconsultes de toutes les nations tant anciens que modernes*, Paris 1737, p. 481. 《lorsque le fils d'Accurse y explique à son retour d'Angleterre la Loi unique de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur, et qu'il fit des objections ausquelles Accurse ne peut répondre: que du Moulin dans son traité de eo quod interest, n. 23 dit que Ravennas a meiu entendu cette Loi que les autres Docteurs, et que ceux qui ont voulu le reprendre à ce sujet se sont lourdement trompés.》ルヴィニについての写本研究文献は多数に上る。Revigny (F. Soetermeer), dans *Dictionnaire historiques*, supra note 2, p. 664b–

665b を見よ。

ルヴィニについて邦語では、大久保泰甫「第一三世紀のオルレアン大学について (二)」名古屋大学法政論集 40 巻 73-87 頁参照。実際、ルヴィニは 16 世紀の法学学習手引書にも次のように紹介されている。《Jaco. de raum provinciae lothoringiae legum professor in theologia magister ac undemensis civitatis in dicta provincia episcopus scripsit super ff. et C. et multa simpliciter tradita a maioribus reduxit ad dialecticum arguendi modum: ut per Cy. in l. quicunque C. de servis fugi. (C. 6.1.4) q. vi.》Jo. Baptista de Sancto Severino, *Tractatus de modo studendi et vita doctorum*, 1510, fol. 3r.

- 91) デュムランはベルペルシュを直接参照してはいなかったのではないかとの疑いにつき、Kiefner, *Codexlectura*, *supra* note 90, S. 12-13.
- 92) Andrea Labardi, *Dizionario Biografico degli Italiani*, Vol. 72, Roma 2008, F. von Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, Bd. V, S. 430-433.
- 93) 國宗「射程」(前註 7)「確定事例に該当する場合を著しく狭める結果をもたらした」(509 頁) かどうかはともかくとして、「不確定事例における賠償制限の基準研究が最重要課題」となったとされているのは鋭い指摘である。
- 94) 《4. ... V. g. in locatione et conductione, in emptione, et venditione, licet enim factum, quod venit in contractu, sit incertum, tamen pretium, seu merces est certa. et ideo tamen videntur illud factum contrahentes aestimare, unde ratione adiuncti, dicuntur continere certum.》Bartolus, *Commentaria in secundae codicis partis*, Venetiis 1585, fol. 71rb.
- 95) 《5. ... Vel etiam si promittatur simpliciter ex utraque parte?, ut promittis pro me ire Romam, ego promitto pro te ire Parisium, quia nullum est adiunctum cuius respectu certificentur, et ideo isti contractus dicuntur in certi.》Bartolus, *Commentaria in secundae codicis partis*, *supra* note 94, fol. 71rb.
- 96) 事実、アルチャート『損害論』は第 2 章でバルトルスとバルドゥスに従う《13. Aiunt illi [Bartolus et Baldus], contractus dici certos, qui certam quantitatem, vel natura, respectu sui vel adiuncti, habent: quam sententiam sequor》と述べるものの、その理由を、利害関係は法の問題ではなく事実の問題であるから《14. nam id quod interest non in iure sed in facto consistere, Iureconsulti dicunt. Solent autem ea facti appellare, quorumvis est dubia, et omnis a probationibus pendet.》として、自説を次のように展開している。「従って利害関係を論じる際に、確実であるか疑義があるかは、与える債務でもなす債務でも、履行される債務に関してである、と理解してはならない。この点でアックルシウスは思い違いをしたのである。ニココロ・マタレリが考えていたことであるが、最初から、利害関係が債務の内容となっているかどうかということから理解してはならないのであって、直ちに立証ができる

かどうかを問わなければならない。ローマへ行く合意についてもさらに金銭が約束されていればまた同じである。バルトルスが明言しているように。《15. Igitur in tractatu eius quod interest, certitudo vel dubietas non est accipienda ratione obligationis, uti fit in obligatione dandi faciendique: et in hoc deceptus est Accursius. nec est accipienda ab eo, quod ab initio in obligationem deducatur id quod interest, vel non deducatur, quod Nicolaus Math. credit: sed id quaerendum est possit protinus probari, vel non possit. Igitur in venditione et locatione, cum de precio conveniatur, clarum est, si conventa non serventur, minus interesse nequaquam posse, quam sit precium: et idcirco cum hic contractus respectu probationis evidens sit, dicitur certus. Idem in pacto eundi Romam, si vicissim promissa sit pecunia, et si qua similia, uti declarat Bartolus.》」 Alciatus, *De eo quod interest, supra* note 64, col. 528.

- 97) Renaldus, *Tractatus, supra* note 44, fol. 153v 以下に見られる, 確定・不確定の冗長な叙述がその例である。
- 98) Petrus Rebuffus, *Utilissima etiam repetitio legis unice, de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur, Repetitiones variae*, 1583 Lugduni である。
- 99) しかし当該箇所は, アリストテレスの動物学他, 人文主義法学者らしく, 6世紀の文法学者カエサレアのプリスキアヌス, そして人文主義時代の文法学者アントニオ・デ・ネブリハを引用する豊かな内容であり, 役権のような魂なき物も性質を持っていることとは抵触しないとする。ここで皇帝が述べているのは神の啓示によるもので, それらは人によって変えることのできない確定性質を持っていないからである。Rebuffus, *supra* note 98, *Utilissima etiam repetitio*, fol. 186b–187a. 《27. ... Per naturam puto intelligendum res animatas, quibus Deus indicit naturam certam, ut cognoscerentur: nam viro certam naturam a muliere distinctam indidit: mulierem certam naturam, videlicet foemininam, dedit. Item equo certam naturam indicit, per quam eum dignoscimus a iumento. Item bovi ... hoc per Aristot. lib. de natura animal. et communi usu loquendi, qui attendi debet. ... Nec obstat quod res inanimatae puta servitutes, et alias res habeant naturam ... quia fateor, sed non certam: a Deo inditam. de qua hic credo Imperatorem loqui; nam Priscia[nus Caesariensis] et alii grammatici dicunt genus non oportere demonstrare in masculino, nec in foemina, cum certam habent naturam. dicit Nebrissensis, foemina masque genus nullo monstrante reponunt. vel per naturam possumus intelligere certitudinem ipsam quae inest rei naturali quadam vi seu origine propria, non facto hominis. ut probatur in l. quod in rerum. §. penul. (D. 30.24.3) ibi, cum nostra destinatione fundorum nomina et domus, non natura constituerentur. ff. de lega. 1. et Imperator hic ista duo posuit verba, ut omne comprehenderent certitudinem, tam a natura provenientem

quam ex dispositione hominis, et sic quoad effectum omnes praedictae opiniones conveniunt.》

引用されている D. 30.24.3 は遺贈者が死亡前に農場や家屋の一部を切り離れた場合に、受遺者はその部分を当該農場として請求できないとし、「こうした名称は自然ではなく我々の指示によって定められるから」と述べている。損害賠償の問題ではデュムランの言うようにコモンセンスに反するかも知れないが、必ずしも法的にナンセンスな議論というわけではない。

- 100) 流布本では D. 13.4.3 であり、デュムランはもはやこの切り方を採用していない。
- 101) 前註 33 を見よ。
- 102) gl. Legitimum ad D. 13.4.2.8 《sic ergo ultra duplum: cum usura ultra duplum non extendatur: ut *supra* de cond. indeb. l. si non sortem. §. fin. (D. 12.6.26.1) ergo est contra: ut C. de sent. quae pro eo. quod interest. l. i. §. i. (C. 7.47.1) Sed certe interesse singulare non debet excedere duplum interesse communis: hic autem solum commune petitur interesse.》
- 103) gl. Dupli ad C. 7.47.1 《Item eidem est contra ff. de act. empt. l. Iul. §. si vero sciens, et §. item qui furem. (D. 19.1.13 pr. in med.) (D. 19.1.13.1) Tu dic quod nullo modo sunt contra. quia dictae duae leges dicunt de communi interesse, quod quantumcunque est totum petitur. hic [sed?] de singulari, et dictum commune si petatur, quia res non traditur, non consideratur extra rem, ut ff. de act. empt. l. si sterilis. §. cum per venditorem (D. 19.1.21.3).》「同じく、D. 19.1.13 pr. in medio 及び D. 19.1.13.1 に反している。反対のものは全くないと述べよ。なぜなら上述の二つの法文は通常損害のことを言っており、それはどんなに多量でも全額請求される。ここでは（しかし）特別損害についてであり、物が引き渡されないがために述べられた通常損害が請求されれば、物を超えては考慮されない。」
- 104) すでに C. 47.7.1 に対する最初の部分で、《1. Prolicitates antiquae circa interesse cessant per hanc legem, in casibus certis venit interesse singulare usque ad duplum interesse communis. D. 19.1.13 pr.》と述べている。Bartolus, *Commentaria in secundae codicis partis, supra* note 94, fol. 71ra.
- 105) 例えばデュムラン『訴訟鑑』が愛好価格と特別損害を同視する者として挙げられている。実際彼は以下のように scilicet として両者を同視している。Gulielmus Durantis, *Speculum iuris*, Basileae 1574, fol. 916b–917a, De fructibus et interesse, §. viso. 《Vel pone tale exemplum: vendidisti mihi fundum, qui fuerat patris mei, et non tradis: certe teneris mihi ad interesse, non solum commune, sed ad quolibet, vel etiam ad singulare, scilicet quantum habeo maiorem affectionem circa fundum habendum.》
- 106) 「同じ学者の中でさえ」として、例えばクルティスを指摘する。硬貨の寄託の場

合、期日返還についての自己の(特別な)利益を宣誓するのでなければ、評価額の確定している硬貨の訴訟物価格宣誓を審判人に申し立てることを禁じるD.12.3.3が基準として用いられることもあれば、愛好価格が用いられることもある。さらに外在的に偶有する有益性を、他の者には移転できないその当人に付着する性質に限定し、自筆で修正した書物や、隣接地、先祖に属していた農場を例として挙げる者もいる。

- 107) Renaldus, *Tractatus, supra* note 44, fol.37v–38v.
- 108) Bartolus, *Commentaria in secundae codicis partis, supra* note 94, fol.120rb.
- 109) これらの法文に Textänderungen を想定することも含め, interesse の内容をいかに整理するかにつき 20 世紀のローマ法学の一つのあり方を示すものとして, Medicus, *Id quod interest, supra* note 10, S.58–94 を参照。
- 110) アルチャートは当該箇所、売買契約の場合に、買主が金銭を与えないとき法定利息だけの有責判決を受けるので、売主が物を引き渡さないときに、より重い制裁が課され得べかりし利益を支払うのは衡平ではなかったとしている。Andrea Alciatus, *Commentaria in tit. de verborum et rerum significatione*, 1558 Basilea, 2004 Frankfurt/M, col.236 《Regulariter autem traditur, lucri quod quis verisimiliter fecisset, rationem habendam, praeterquam si cum alterius iniuria lucrum illud acquireretur. Idem in emptionis contractu servatur, cum enim emptor, si pecuniam non det, in legitimis solum usuris condemnetur, non fuit aequum ut venditor, si rem non tradat, gravior puniretur, cessantisque lucri rationem resolveret.》
- 111) 《At ego cum supra duos et viginti annos huic l. cum apparatu Bart. et Bal. scholastico more studuissem, pulchre mihi videbar materiam hanc totam intelligere, eo quod gloss. et Doctorum definitiones, et decisiones memoriter tenerem, certamque ex eis velut decisionum ideam mente concepissem.》ちなみに『全集』所取のものは22年(duos et viginti annos)ではなく15年(quindecim annos)となっている。Cavalliniが1530年生まれであることに関係があるやも知れないが、いずれにせよ信頼できない。cf. Thireau, *Charles, supra* note 2, p.152, n.254, Thireau, *Avocat, supra* note 17, p.13. 前註8参照。
- 112) 《35. Leges in scholis diglutiuntur, sed in palatio digeruntur, quia practica est scientia digestiva, et ubi theoreticus desinit, practicus incipit ...》D.4.4.38, Baldus, *Commentaria in primam digesti veteris partem*, Venetiis 1599, 2004 Goldbach, ad fol.234rb. cf. Thireau, *Charles, supra* note 2, p.151.
- 113) Johannes Faber, *Commentaria in institutiones*, 1565 Lugduni, 《Unde huiusmodi scientia parum proficit nisi bene et frequenter negotiis applicetur》fol.61vb.
- 114) デュムランの経済的窮迫はよく知られているが、弁護士としての彼のこの態度も原因であるやも知れない。Thireau, *Avocat, supra* note 17, p.11.

- 115) 利息問題の理論的な分析において定期金問題が等閑視されることは是としない。e.g. Savelli, *Diritto romano*, *supra* note 9, p.294. デュムランは、買戻権はこの行為の要素 (*natura et substantia*) であり時効は開始も完成もしない、との立場である。この問題につき高等法院は 1517 年 7 月 21 日に、将来については定期金を 12 分の 1 から 15 分の 1 に減額し、買戻権を認める判断を行った (147 節)。国王評議会 (*suprema curia*) は 3 カ月又は 6 カ月以内の買戻しを認め、それ以後の買戻権を認めない判断をしている。1546 年には買戻しを認めない約款付の 15 分の 1 の定期金につき、3 年以内の買戻しを認めた。他方、1533 年 8 月 23 日同法院の担当部は判断を躊躇し、残りの部の助言もあり、12 分の 1 を将来については 15 分の 1 に減額した上で、54 年前の設定を理由に買戻しを認めなかった。デュムランは *vidi* (私は見た) としてこれらの判決を報告している。Molinaeus, *Tractatus contractuum et usurarum*, *supra* note 74, 147 fol.58a, fol.74b–75a. ローマ法及び中世・近世法学における *natura* 及び *substantia* の概念については石川康博『「契約の本性」の法理論』(有斐閣) 51–242 頁 (拙評『法制史研究』61 号 309–314 頁) を見よ。
- 116) 國宗「射程」(前註 7) 509–510 頁をはじめ前註 4 で挙げた文献参照。
- 117) 48 節が引用されているが、そこでも、特定の農場又は奴隷の売買で引き渡されなかった、又は引き渡されたが追奪された場合が確定事例であり、代金の単額を超えて外在的な損害の賠償責任が生じるが、これが第一の解答の 2 倍額の制限を受けるのに対して、危険が予見されていた場合は第一の解答は適用されないことが述べられている。
- 118) 《*casus enim interesse in se, puta, mora, culpa, contraventio, evictio, vel alius eventus, ex quo obligatio ad interesse oritur et committitur, nullam de se habet certam quantitatem vel naturam, cum de se incertus sit, et in incerto consistat.*》cf. Bontems, *Les dommages-intérêts*, *supra* note 4, p.95 《En soi une faute, un retard, une éviction, facteurs générateurs d'un dommage, n'ont pas une quantité ou une nature certaine, mais si ces éléments peuvent directement se plaquer par un lien étroit sur un objet principal ayant une nature ou une quantité certaine, alors ils en acquièrent la coloration et obtiennent une quantité ou une nature certaine.》デュムランは「ティティウスが過去に執政官であったならば」や「メウイウスが生きていれば」との過去又は現在に関する条件付問答契約は、たとえ当事人にとって不確定であっても確定であり、債務は直ちに成立するとする *Inst.* 3.15.6 を挙げ、客観的な確定性に注意を促している。他方で、違約罰を付さない法廷への出頭問答契約の場合は不確定金額請求訴権によるとする *D.* 2.5.3 を挙げ、さらに、その場合に事実や事実関係の証明となり困難である旨を述べる *D.* 46.5.11 とすでに挙げていた *D.* 50.17.24 を援用する。
- 119) 國宗「射程」(前註 7) 514–515 頁。勅法に対してすでに述べた *In omnibus casibus*

に対する註釈は「不法行為」と述べるのみであるが、Contractibusに対する註釈では、「ある種の不法行為及び特示命令についてもまた同じである。D.43.16.1.41? 及びD.43.17.3のように。そして法文が契約又は不法行為に基づいて確定した物が引き渡されると述べているところではそうではない」《Item in maleficiis quibusdam, et interdictis, ut et ff. de vi et vi armat. l. hoc interdicto, i. (D.43.16.1.41?) et ff. uti pos. l. si duo. in fin. (D.43.17.3) et alias ubicunque lex diceret certam rem debere tradi ex contractu, vel delicto》とある。ここでアックルシウスが挙げている不法行為の例は占有訴訟のみである。前者は暴力によって駆逐された者が、駆逐されないことの利害関係の請求が認められることを述べている。後者は占有物自体が値する価額と占有することについての利害関係を区別する興味深い法文である。

- 120) 彼は、違約罰として引き渡すことになっていた物が盗まれた場合に盗訴権でこの違約罰も請求されるとするD.47.2.68.1から2倍額の制限を受けないのでは、との議論に対し、ここでは罰が関わることを述べ、註釈が一般的に「不法行為」としていることを尊重している。Bartolus, *Commentaria in secundae codicis partis, supra* note 94, fol. 72va. 従って盗訴権の場合、その客体の価格が基準となるのである。Dumas, *Les origines, supra* note 4, p. 109. サリチエートはC.6.2.22.pr.の盗みがなされないことの利害関係や、他人の奴隷や四足家畜殺害のアクィリウス法を挙げている。Salyceto, *supra* note 82, fol. 51rb. このようにいずれにせよ有体的な客体ははっきりしている例である。
- 121) 「しかし、この解釈ほど不衡平で馬鹿げたものはない。なぜなら、契約においてであれ不法行為においてであれ、故意のある者が真の損害つまり故意に与えられた2倍額を超えた真の損害の責めを負わないことになり、そしてD.19.1.13.pr.のsi vero sciens節は、類似の法文とともに、この法文によって修正され査定されることになってしまうから。」《Sed hac sententia nihil iniquius, nihil absurdius: sequeretur enim quod sive in contractibus sive in delictis dolosus non tenetur in id quod vere interest, sive ad verum damnum dolo datum, ultra duplum, et sic, quod l. Julianus, in vers. si vero sciens, de act. empt. (D.19.1.13.pr.) cum simil. esset correcta vel taxata per hanc l.》
- 122) デュムランは、追奪による所有物取戻にあって、その間に壁画を作った占有者が妨害目的で撤去することに対し悪意に寛大であってはならないとして、取戻しを認めない立場のD.6.1.38, 履行不能となったことにつき悪意と過責を区別するD.17.2.63.7などを援用する。
- 123) Dumas, *Les origines, supra* note 4, p. 118–119.
- 124) Molinaeus, *De eo quod interest*, p. 109r–v. 《pro dolo in specie vel destinata malitia, scilicet pro machinatione studiosa ad alium circumvenendum, fallendum vel damnificandum adhibita, quomodo definitur in l. 1. §. 1. de do. malo. (D.4.3.1.1)》

バルトルスが悪意を広義に解したこと、デュムランが悪意を狭義に捉えたこと、仏民法 1150 条の悪意 (dol) が狭義の意味で理解されることについて Dumas, *Les origines*, *supra* note 4, p.107, p.119 を見よ。

- 125) 國宗「射程」(前註 7) 514–515 頁参照。Dumas, *Les origines*, *supra* note 4, p. 116. 《Le motif qui explique notre loi entière, c'est la haine des complications venues des questions qui se rattachent aux dommages et intérêts. Il a conduit le législateur, dans les cas certains, à établir une taxation des dommages et intérêts conforme aux prévisions présumées des parties. On observera la même modération, dans les cas incertains, en s'inspirant de l'équité et de l'esprit de la loi.》
- 126) Dumas, *Les origines*, *supra* note 4, p. 118–119.
- 127) さらに遅滞, 違反, 追奪なども類型的に列挙される。ちなみに Bontems, *Les dommages-intérêts*, *supra* note 4, p.60–61 は, デュムランの外在的な損害の析出に対して, 損害を一括して扱う当時の裁判実務を伝えるものとしてジャン・パボン『公証人 II』(Jean Papon, *Trias iudicial du second notaire*, 1575 Lyon) 10 卷「損害及び果実返還について」を挙げている。事実, 《dommages et interest simplement adiugé par sentence, sans dire à raison de quoy c'est, ne se deura entendre de l'instance: ... Aucuns Iuges se sont mescontés sur la dite ordonnance, et pour cuider la suyvre ont arbitré et taxé les dommages et interests tant des troubles, spoliation, que d'exécution réelle à certaine somme, dont, en fait du tout à eux incongnu et incertain, ils ont erré: car ladite ordonnance n'en parle aucunement.》(p.746) と述べられている。債務転形論の展開やドイツの債務法改正におけるモデル草案の「小さな損害賠償」「大きな損害賠償」との区別など, 森田修『契約責任の法学的構造』(有斐閣) 17–115 頁参照。
- 128) さらに, デュムランがローマ法解釈から抽出した枠組みをさらに推し進めて, 所有権概念確立以前の bona fides 違反として整理される契約責任の原理を述べるものとして, 木庭頭『ローマ法案内——現代の法律家のために』(羽鳥書房) 111–113 頁, 同『笑うケースメソッド 現代日本民法の基礎を問う』(勁草書房) 198 頁, 及び同『法存立の歴史的基盤』(東京大学出版会) 814–817 頁を見よ。

(付記) 本稿は, 2016 年度 南山大学パツへ研究奨励金 I-A-2 の研究成果である。