

Damnum Iniuria Datum から
Damnum 《CULPA》 Datum へ（その2）
- 近代法典編纂における統一的一般条項形成にむけて -

西 村 隆 誉 志

Damnum Iniuria Datum から
Damnum 《CULPA》 Datum へ（その 2）
— 近代法典編纂における統一的一般条項形成にむけて —

西 村 隆 誉 志

目 次

- 一 まえがき—アクイーリウス法研究—
- 二 アクイーリウス法の成立
 - 1 3個の規定をめぐる史料状況
 - 2 成立時代をめぐる議論
 - 3 違法損害の成立要件 (以上, 愛媛法学会雑誌第50巻第1・2合併号)
 - 4 損害賠償の史的変遷
 - 5 成立過程の若干の問題 (以上, 本号)
- 三 共和政後期の法解釈
 - 1 M. Iunius Brutus
 - 2 Q. Mucius Scaevola
 - 3 P. Alfenus Varus
 - 4 A. Ofilius
 - 5 古法学者 Veteres
- 四 古典期法学と古典法の形成
 - 1 古典初期 (ユーリウス・クラウディウス朝～フラーウィウス朝～五賢帝時代)
序 (1)時期の概要 (2)法学者 (3)法解釈 (a)責任能力 (b)教唆と命令 (c)財産損害と物的財産の範囲 (d)殺害行為と事実訴権 (e)傷害行為とクルパ《Culpa》
(4)小括
 - 2 古典後期 (五賢帝時代～セウエールス朝～軍人皇帝時代)
(1)時期の概要 (2)法学者 (3)法学の傾向 (4)クルパ《Culpa》 (5)事実訴権 (6)損害の変容と相続移転 (7)外国人への適用 (8)訴訟担当政務官の事実訴権等承認付与 (a)学説 (b)訴権適用拡大 (c)史料分析

五 近代法典編纂における統一的一般条項形成－結びにかえて

(1)史料の批判的研究 (2)オランダにおける歴史的影響関係もしくは変容 (3)ドイツ諸領邦における法継受と法学 (4)初期近代法典編纂における過失主義の採用 (5)フランスにおける法学説史 結語

補遺「近代日本民法典編纂以後のドイツ法学の浸透・学問的法継受」

(1)19世紀末・20世紀初頭の時代背景 (2)諸外国語の習得 (3)学校教育制度、教育課程の変遷 (4)高等教育機関の整備 (5)法学活動の転換と法学著作の変容 (6)法理論の精緻化 (7)法典調査会委員の学識

【文献略記表】【史料略記表】【雑誌類略記表】【年譜・人名（生誕－没年）】

二 アクイーリウス法の成立（承前）

4 損害賠償の史的変遷

アクイーリウス法規定の内容から、ここで最後に、賠償がどのような形でおこなわれるかが問題になろう。そこで、責任評価額の算定方法、金銭的損害賠償の原則、および損害賠償と加害者委附との関係について検討する。アクイーリウス法において大きな論点のひとつに、《*Quanti ea res esse*》という文言で表現される評価方法がある。そうして、いつを基準にして何を評価するかという問題は、損害をどう捉えるかに立ち戻る。

(1) 損害にたいする責任は、原告が請求した責任評価額を、金銭で、賠償しなければならぬ¹¹³⁾と考えられた。法文(D. 9, 2, 2, pr.; eod. 27, 5.)は、これに《*aes*》を充てる。

第1章のもとでは、殺害行為発生時から起算してそれより1年前までの期間に、奴隷や家畜が最も高価に評価できた時を基準として、評価額を算定する。死亡時とはしていないのである¹¹⁴⁾

第2章は推測する以外にはないが、主たる債権者と諾約者とのあいだの間答契約は、確定金額の供与を約したばあいが存在するし、給付の内容を変えることによって、特定物の供与や、種類、品質、数量により確定された代替物の供

与、あるいは不確定物の給付を内容とすることもできる¹¹⁵⁾

損害の発生は、詐欺によって債務が免除された時であるから、債権者がたとえのちになってそのことを知ったとしても、詐欺行為の時を基準とするだろう。給付の内容についてはどうか。給付の内容が、確定金額の供与を約したとすれば評価に問題は生じない。《Quanti ea res esse》も実質的には、必要でない。しかしながら、最上級の物の給付、たとえばアフリカの小麦、マントヴァ（現ロンバルディーア地方）の馬、モンテフィアスコネ産（現ラツィオ州，EST！EST！！EST!!!）のブドウ酒の給付を約したときは、その基準時に、原告が最も高価と評価できる金額を、賠償評価額として算定したことであろう¹¹⁶⁾

第3章のもとでは、これをめぐって学説に鋭い対立がある。以下、論点を整理する。

30日の起算日を、どこに定めるか。傷害の行為があった時である。これは問題がない。傷害致死はどうか。アルフェーヌス（D.9, 2, 52. pr.）は、殺害について責任を問われる、とする¹¹⁷⁾これは、共和政後期から古典期にかけては原則であっただろう。傷害について損害を賠償されていたか、あるいは判決債務履行の訴訟を提起していたとしても、なおさらに殺害について訴権を援用できる¹¹⁸⁾古典期には明確にされた、差額について訴追するという原則¹¹⁹⁾が、もともと最初からあったかどうか、これは分からない。

第1章に関連して、古典期、ユーリアーヌス（D.9, 2, 21, 1.）は、傷害を受けて、被害者に注意の欠如はなく、長期間療養したけれど、その負傷によって死亡した、というばあいについて、傷害時より遡って1年間と起算する、という。同じ法文で同時代のケルススは、これに反して、現実に死亡した時から起算すべきものとした。この議論を受けてこの法文の作成者ウルピアーヌスは、ユーリアーヌスの意見を支持する。

もし長患いをして、傷害と死亡のあいだに1年以上の期間があいたとすれば、この最高価格は、少なくとも、傷害時の価格以上は望めないのだから、原告には不合理であったはずである。ユーリアーヌスとウルピアーヌスが考えるように、傷害時を起算日とすれば、傷害から死亡に至るまでの価格の低減は除

かれるだろう¹²⁰⁾

ウルピアーヌスと同時代のパウルス (D. 9, 2, 30, 4.) は、傷が致命傷ではなくて、被害者の不注意 (またはその主人ないし所有者の不注意) から死亡するに至ったときは、加害者を傷害についてしか訴追できない¹²¹⁾とする。

傷害と死亡とのあいだに、万一第三者の介在があったばあい、つまり、第一次損害と第二次損害との因果関係が明瞭でないときは、ユーリアーヌス (D. 9, 2, 51, pr.) は、傷害致死と殺害とをおそらく、ゲーイウス (D. 9, 2, 32, 1.) と同じように、2個の違法な行為があった、とする。そうして、いずれも殺害について責任を負うことになるだろう。ユーリアーヌスの理論構成は、いかなる方法であっても、殺害とは、死亡の原因を与えることだというのが、その基本にある。これに反してケルススの理論構成は、殺害と傷害とを厳密に区別する¹²²⁾

第2の問題は、「最近の」《proximis》をめぐって生ずる。すなわち「最近の」という文言は、文体的に言うとは、《quanti ea res esse》をいかなる時制で規定したと考えるかによって、異なってくる。それは、実質的には物の何を評価すべきかの問題であり、結局のところ、第3章においては損害がどのように認識されていたかということに帰着する。学説は、過去の損害賠償と、将来の損害賠償とに分かれる。それに伴って、法規定の再構成において、第3章も第1章と同一の構造をもっていたという見解 (quanti ea res fuit) とふたつの章で異なっていたとする見解 (quanti ea res erit) とに分かれる¹²³⁾ すなわち、現に生じた損害 (damnum emergens) が考慮されたのか、得べかりし利益、もっと正確には、将来にわたって失われた利益 (lucrum cessans) が評価されたのか¹²⁴⁾

奴隷傷害のばあい、主人の損失は、価値の低下が最も大きなものであっただろう。たとえば、売却するばあい、傷害がなければ、より利益が見込めたに違いない。さらに能力の低下が考えられる。たとえば、労役に従事させるばあい、傷害がなければ、より効率よく働かせることができたに違いない。また、傷害の治療には、所有者は治療費用を負担する。その間働くことができなければ、得られたはずであった利益を失うだろう¹²⁵⁾ 家畜もまた、ほぼ同じように解す

ることができる。

これに反して、傷害時を起算日として、遡って30日以内の損害というのは、どのような算定方法をとることになるか。第1章は、死亡したことによって現に失った損失というのは、奴隷や家畜の喪失のこととしただろう。法は最高価格を評価の基準とすることによって、それを現実に被った損失に限定し、得るはずであった利益、失われた利益というものを評価からは除いた¹²⁶⁾

しかしながら、第3章が、このような法構造をもっていた、と言えるだろうか。たしかに、ユースティーニアヌス帝「法学提要」(Inst. Iust. 4, 3, 15.) は、サビーヌスが、第3章にも「最高」《plurimi》価格を必要とすると解したことを伝えている¹²⁷⁾ これを見れば、傷害時から将来の30日以内という算定方法は、不合理である。これは、傷害時から過去の30日が考慮されるしかない。これによれば、評価は、第1章と同一の構造をもつだろう。

しかしながら、傷害によって被った損害、たとえば、奴隷の足を骨折させたばあい、所有者の損害は、過去30日以内に有していた奴隷の最高価格によって、はたして賠償されたのであろうか。そうではない。第3章がもともと対象とした物の範囲からみても、そうではなかっただろう。そうして、たとえ家畜以外の動物や生き物以外の物に範囲が拡大されて、将来の30日という規定が意味をなさなくなったにしても、もともと第3章は、傷害時を起算日としてそののちの30日以内のよろもろの逸失利益が予定されていた¹²⁸⁾ と考えなければならぬ。サビーヌスの見解は、ちょうどアルフェーヌスからラベオーにかけて、生き物以外の物に範囲が拡大されたときに対応する。

しかし少なくとも、ユースティーニアヌス帝の時代には、これに、現実に被った損害と失われた利益を含めたのであろう¹²⁹⁾ フリッツ・シュルツは、この原則は、ユースティーニアヌス帝法典編纂者たちによって確立されたという¹³⁰⁾ ウルピアーヌス (D. 9, 2, 21, 2.) の伝える原則が、古典期のものであるならば、損害には、現実の損害ばかりではなく、加害行為がなければ得るはずであった利益もまた含まれることになる¹³¹⁾

(2) 損害の評価は金銭でおこない、金銭で賠償しなければならない。ここに問題は無い。ただ規定に使われた通貨《aes》については確認しておこう。

古く紀元前1000年ころから、ローマにおける交換手段は、《aes rude》青銅が使われていた¹³²⁾しかしながら、交換がまれであった時代には、貨幣は必要とされず、家畜がその役割を演じていた、と推測される¹³³⁾《aes rude》青銅は、交換に際してその純粋性の検査と重量の測定のために使われる¹³⁴⁾

紀元前5世紀半ば、12表法の時代には、現実売買の方式として、銅と秤ではかって、これを買主から売主に引き渡した¹³⁵⁾のちに、紀元前4世紀後半から、ローマ国家が《aes grave》を鑄造し、さらに前3世紀半ばからは、デーナーリウス銀貨およびセステルティウス黄銅(真鍮)貨がつくられた¹³⁶⁾こうした変遷の結果、アクィーリウス法の成立期の流通貨幣はというと、重青銅貨《aes grave》である。ところで、《aes》が実際の意味をもっていたのは、アクィーリウス法の成立以後どの時代までか。

紀元前1世紀半ば、カエサルの時代には、アウレウス金貨、デーナーリウス銀貨、セステルティウス黄銅貨、および最小単位アス銅貨(大きさは直径で現500円硬貨ほど、他はこれより小さく鑄造された)が流通貨幣であったことが確認できる¹³⁷⁾

西暦2世紀後半ガイウスの時代に《aes》は存在しない。かつてそれが用いられたことは12表法によって知ることができる(Gai. 1, 122.)、とする。ガイウスにおいて、セステルティウスが基本単位であったことは、方式書の文言(Gai. 4, 34; 4, 41; 4, 43; 4, 50; 4, 85; 4, 93.)から分かる。アス貨というのは、古代の、12表法の規定、神聖金による法律訴訟、拿捕による法律訴訟、遺言に関するフリーウス法についての叙述(Gai. 1, 122; 3, 223; 4, 14-16; 4, 23.)にしか現れない¹³⁸⁾

もちろん6世紀ユースティニアヌス帝の時代には《aes》は実際の意味を失っていただろう。そうしてこの用語は、抽象的に「金銭」を意味していただろうと考えられる。そうしてこのことは、ガイウスの記述によって古典期にまで遡ることができる。

(3) アクイーリウス法は、財産的価値をもつ物にたいする損害を賠償するように規定している。原告勝訴にたいして被告は、金銭で損害を賠償しなければならない。そうして被告は、自己の名義で責任を負わなければならない。自由人のばあいはそうであるけれど、加害が、奴隷または動物によっておこなわれたばあい、奴隷の特有財産を除いてはこれらの者に財産はないから、責任の負担はその主人、所有者に移ることになる。加害奴隷または加害動物の所有者は、損害を被った主人または所有者に損害を賠償しなければならない。

しかしながら、損害を賠償すべきこれらの所有者は、選択的に、加害奴隷または加害動物を相手方に委附することができるので、金銭で損害を賠償することから免れる。¹³⁹⁾ というのは、アクイーリウス法訴権は、加害訴権 (Actiones noxales) だからである。ガーイウス (Gai. 4, 75; 4, 76.) は、この原則を確認した¹⁴⁰⁾

5 成立過程の若干の問題

本稿はここで、古代ローマ法における違法な行為から発生した損害賠償の基本的法構造を整理するために、15-16世紀以降アクイーリウス法の成立過程に生じたと指摘されてきたいくつかの問題点について考察する。まず、第2章に関連する問題である。この問題は後代さまざまに推測された経緯がある。つぎに、自由人身分の殺害・傷害との関係についてである。最後に、この法が修正された法律だという問題である。

(1) 参加要約という問答契約の一類型は、どのような必要から生じたのか。ガーイウス (Gai. 3, 110 f.) によれば、要約者が要約する事項について、参加要約人と諾約者とのあいだで、同一の事項について問答契約を締結させて、要約者つまり被相続人の死亡後にその相続人にたいして供与させる効力を生ぜしめた¹⁴¹⁾ 要約者は、その死後に自己の相続人にたいして債務を履行させるという内容の契約を、生前に締結しておくことはできず、そのような死後の問答契約は無効とされたからである¹⁴²⁾ そこで第三者を立て、この参加要約人と諾約

者とのあいだで、要約者と諾約者とのあいだの契約事項と同一の内容について契約を締結させるのである。諾約者は、このような契約において、要約者および参加要約人の双方の債務者となった。

しかしながら、要約者の死後を約する契約内容であれば、要約者の生存中には債務の履行はなくて、その死後に諾約者ははじめて参加要約人に供与しなければならない義務が生じることになるだろう。

問答契約の方式は、特定の方式的文言が確立されていたわけではない。ローマ市民間の問答契約においては《spondere》を用い、《promittere》《fideiubere》などの言葉は使えなかった¹⁴³⁾。参加要約の方式の原型は、つぎのようなものであった¹⁴⁴⁾。

1) Maevius: Titi, decem mihi dari spondes? (マエウィウス (某): ティティウス, あなたはわたしに 10 金を与えると約束するか)

Titius: Spondeo. (ティティウス (某): わたしは約束する)

2) Seius: Titi, eadem decem mihi dari spondes? (セーイウス (某): ティティウス, あなたはわたしに同じ 10 金を与えると約束するか)

Titius: Spondeo. (ティティウス (某): わたしは約束する)

通常の 1) の問答契約は確定金額の供与を約したものであり、給付の内容は変えることができる¹⁴⁵⁾。2) の問答契約が参加要約であり、要約者マエウィウス (当事者) が諾約者ティティウス (他方当事者) との間で約束したと同じ内容で参加要約人セーイウスが介在する。セーイウス (某) は、主たる債権者のためにおこなうのでなければならない¹⁴⁶⁾。

問答契約 1), 2) のそれぞれの問答は間髪を入れずにおこなわれるけれど、1) と 2) とのあいだは、同一の問答契約において 2 人またはそれ以上の者が要約者となるばあい、たとえば, *plures rei stipulandi* のような一体的行為ではなかった¹⁴⁷⁾。

しかしながら、1) の問答契約がティティウスの《Spondeo》によって完全に成立したのち、2) の問答契約は、それにひき続いておこなわれた。参加要約が主たる債権債務関係に付従するのではなく、主たる問答契約に付従すると

いうことは、死後の問答契約と同じ効果を可能とした¹⁴⁸⁾というのは、ガイウス (Gai. 3, 100.) によれば、死後の問答契約は無効だからである。

主たる要約者と参加要約人とのあいだには、承認されたなんらかの契約とか約束というものはなかったが¹⁴⁹⁾問答契約を拘束力があるようにした根拠は、のちの信義《bona fides》の原型である共同体的な相互信頼であった¹⁵⁰⁾ことから、マエウィウスはセーイウスに信頼を寄せて参加要約人として介在させ、セーイウスはその信頼を裏切ることなく、諾約者ティティウスから給付されたもの(確定金額)を引き渡さなければならない。あるいは、ガイウス (Gai. 3, 111; 3, 117; 3, 216.) の時代には、このようなばあい委任訴権 (Actio mandati) によって法的に救済措置がとられたことからすると、ローマ市民間の友誼に厚い関係性が厳粛で実質的な義務を生じることさせたのであろうか。というのは、ローマ人にとって、友人を可能な限り支援することは義務ないし職務であったからである¹⁵¹⁾

すでに述べたように、ウルピアーヌスの法文 (D. 9, 2, 27, 4.) は第2章が使われなくなったとはっきりと言うのであるが、ガイウス (Gai. 3, 216.) の時代には、明らかに委任訴権によって代行され、しかも否認のばあいの2倍額規定が有効であったとすべきであろう¹⁵²⁾また、委任契約は、共和政後期にローマ支配領域が拡大するとともに社会的・経済的生活が変化した結果、一方、戦争のためローマを長く離れている兵士のための財産管理、他方では、遠隔地との取引のために不在となった者のための財産事務管理などにたいして発達したことは当然考えられるだろう¹⁵³⁾

アクィーリウス法第2章は、委任契約発達の時代とは異なり、いまだ取引関係が発達していない閉鎖的農業経済社会において、とくに市民間の友情関係または相互信頼関係にもとづいた行為にたいして、信義違反を規制しようとしたのではないだろうか。そうして、アクィーリウス法が平民会議決として成立し平民層からの諸要求のひとつであったこと¹⁵⁴⁾を考えれば、平民が貴族にたいして参加要約人として介在を頼むばあい、この規定は効果的な意義をもっていたのではないだろうか。こう考える理由のひとつには、12表法の保護者と信

頼を寄せた被保護者とのあいだにある庇護関係の破壊を制裁した規定 (Tab. VIII, 21.) からも想像できるだろう。¹⁵⁵⁾

(2) アクイーリウス法第 1 章は、奴隷および限定された家畜の違法な殺害について規定したものであり、これらの物の違法な傷害については、第 3 章の中で規定された。

一方で 12 表法 (Tab. VIII, 3.) は、奴隷の傷害について罰規定をもっていた。¹⁵⁶⁾ この規定では、奴隷が家内奴隷として家構成員とほぼ同じように扱われた。これは、奴隷の人的側面において優遇されたから¹⁵⁷⁾ なのか、それとも、その主人にとって農業経営上きわめて重要な財産的価値をもっていた奴隷の損傷がとくに重大な事柄だったから¹⁵⁸⁾ 設けられたのか。ところで、12 表法に奴隷の殺害について規定されていない根拠は何か。たしかに、12 表法の規定 (Tab. VIII, 12; VIII, 13; VIII, 14.) から、奴隷が盗をはたらいたばあいの殺害を推測することはできる。しかし、これはここでの問題でない。

自由人の殺害と関連づけられるか。ローマでは、「意思をもって」自由人を殺害する行為は、すでに古く王法の時代から国家権力の直接的介入によって制裁されていた¹⁵⁹⁾ という。また、「意思によらない」自由人殺害は 12 表法 (Tab. VIII, 24, a.) において牡羊提供 (arietem subigere) という贖罪が規定された。¹⁶⁰⁾ 「意思によらない」というのは、のちに展開するクルパ《Culpa》とは違って《Imprudens》の意味であって、¹⁶¹⁾ これは《Si telum manu fugit magis quam iecit》という文言で観念されたものであった。キケローは「望まざる者に命中することは、偶然的なこと」だと解している。¹⁶²⁾ 牡羊提供 (arietem subigere) という観念は、意思による殺人がおそらく頭格消滅および死刑の効果をもったのにたいして、罪の観念が神法上のものから人法上のものへ拡張されるにしたがって、神にたいする牡羊供犠から、被害者側にたいする贖罪金ないし罰金供与 (poenam subigere) へと転じたものであろう。¹⁶³⁾

奴隷殺害の規定はなかったのだろうか。12 表法の時代には、奴隷が比較的厚遇されていたことは明らかである。しかし、奴隷は法的に婚姻 (matrimonium)

をなすことができなくて、ただ事実上の婚姻生活つまり同棲 (contubernium) をなしたにすぎなかった¹⁶⁴⁾

したがって、事実上の婚姻生活である以上は事実上の家族でしかない¹⁶⁵⁾ それゆえ、自由人のばあいのように、12表法 (Tab. VIII, 3.) の傷害にもとづく300アスの罰金や殺害にもとづく牡羊という形での贖罪金を受け取るのは、被害者本人もしくは被害者のアグナーティオ親族である、という法理は奴隷のばあいには考えられない。というのは、奴隷には法の認める血族・親族関係は成立しないからである。

しかしながら、奴隷殺害にたいして最も損害を被るのはその事実上の家族ではなく奴隷の主人である。けれども、12表法 (Tab. VIII, 3.) の傷害にもとづく150アスの罰金というのは、奴隷にたいする支配権にもとづいてその主人が損害を賠償されるという原則が、その背後にはたらいていたと考えてよいのだろうか。もし12表法に奴隷殺害の規定があったとしたら、その主人は損害について罰金ないし贖罪金を受け取るという原則がなければならぬ。けれどもこのような規定もまた、12表法に見出すことができないのである。

一方、12表法は、奴隷 (Tab. XII, 2, a.)、家子 (Tab. XII, 2, b.)、家畜動物 (Tab. VIII, 6.) が与えた損害について、それぞれ主人、家父、所有者の責任を追及していた¹⁶⁶⁾ 奴隷または家畜が財産的価値をもつ他人のものに損害を与えたならば¹⁶⁷⁾ 実質的にはおそらくその所有者が、奴隷または家畜の所有者から損害額に相当する物を供与されるか、加害奴隷や加害動物を委附された。加害者側の所有者の選択権は、ガイウス (Gai. 4, 75.) が言うように、古典期には主人または所有者の責任の制限としてはたらいいた¹⁶⁸⁾ としても、12表法の時代においては、加害者にたいする拿捕 《Manus iniectio》を阻止するという意義をもっていた。のちに和解がおこなわれるようになって選択を認めることになった¹⁶⁹⁾ では、奴隷または家畜が他人の奴隷に損害を与えたばあいも同じように解釈できるだろうか。このような事例では、加害者側の奴隷所有者については同様に解されるけれど、問題は、被害を被った奴隷とその主人とのあいだにありそうである。

これにたいしては、加害訴権に関連して、当時最も悪質な不正と考えられていた盗について12表法に定められたところを検討してみよう。夜間盗 (Tab. VIII, 12.) の規定、昼間での武器把持盗 (Tab. VIII, 13.) は盗人を殺害しても許された¹⁷⁰⁾ところで犯人を捕縛したばあいはどうなるだろうか。夜間穀物盗 (Tab. VIII, 9; VIII, 24, b.) は、法にもとづいて死刑または宗教的制裁 (殺害) であった。プリーニウスは、殺人のばあいよりも重い¹⁷¹⁾という。

ゲルリウスによれば、その他の現行盗のばあい、盗人の類によって異なる扱いを受けた。自由人は打たれたのち被害者側に引き渡され、奴隷は打たれたのち殺害された¹⁷²⁾奴隷が盗をはたらいたならば、その主人はおそらく介入する余地を与えられなかったのであろう。というのは、かりに盗物が取り戻されたとしても、この規定の意味するところは、奴隷の責任追及を目的としたものであり、主人の責任を問うたものではないからである。

ではいったい12表法 (Tab. XII, 2, a.) の規定はどのようにはたらくのか。現行盗の規定 (Tab. VIII, 14.) と加害者委附の規定は、どのように関係するのか。奴隷が盗をはたらいたばあい、ガーイウス文 (Gai. 4, 75.) が正しく伝えるとすれば、主人の選択するところによっては、加害奴隷を委附しなくとも、損害を賠償して被害者側を満足させることができる。というのは、加害者委附が絶対的無制約にはたらいたというのでは加害訴権の存在する意味がなくなるからである。ゲルリウスが正しく伝えているとすれば、主人の選択する余地はなく、損害賠償はない。もしあるとすれば、責任負担能力において異なった処遇を受けたとみられる未成熟者より軽くなるだろう。ここに時代の推移がみられると思う。

したがって、加害者委附の意義が時代によって、とくに12表法の盗とアクイーリウス法の違法損害 (Gai. 4, 76.) とのあいだでは違っていたのか¹⁷³⁾それとも、12表法 (Tab. XII, 2, a.) が誤って解されたのか¹⁷⁴⁾のいずれかではないだろうか。

ここではじめに設定した問題に立ち返ってみよう。おそらく奴隷が殺害されたばあい、その事実上の家族ではなく主人 (herus, erus, のち dominus) がなん

らかの贖罪金ないし罰金を受けとったのではないだろうか。というのは奴隷の傷害が法に規定された以上、それより重大な、もはや回復できない殺害という加害行為についての法的判断がなかったとするほど不合理なことはないからである。けれども、責任について金銭的評価が進んでいなかったということから、奴隷殺害が意思によったものと意思によらなかったものとに峻別されて考えられていたわけではなかっただろうし、加害者が、自由人、家父権に服する家子、所有権に服する奴隷や家畜によって区別されていたとは思われない。

つまり自由人の殺害と同じではない。奴隷の殺害は、家内部の関係として処理されたものと考えられ、国家権力はそこに立ち入らなかったであろう¹⁷⁵⁾ 主人の支配権に服する奴隷が不正をはたらいたばあい、戸口調査官 (Censor) の《Regimen morum》という行政措置が加えられたのは例外的なもの¹⁷⁶⁾ であり、もともと家の集権的自立性が保持されたのであるから、自由人殺害とは異なって家相互のあいだの問題となったであろう。したがって、加害者が家子や奴隷のばあいには、家裁判によったか家父の自由な判断によったかは措くとしても、家ないしは家長の裁量権に属したものと思われる。

しかしながら、12表法において奴隷の殺害が規定されていたかどうかという問題とは別であろう。奴隷の傷害の規定があったから奴隷の殺害の規定もあったはずである、というのは当たらない。おそらく規定されなかっただろう。慣行として存在したとは考えられても法に規定するには至らなかったのではないだろうか。

12表法は、奴隷について積極的に規定してはいない。奴隷が問題となっているのは、おそらく、ローマ市民ないし自由人の責任追及に関連して、あるいは法的構成の類似という点から、あるいは奴隷所有者の責任追及ということから、説明がなされたのだと思われる¹⁷⁷⁾ 奴隷傷害の規定、物の焼却、現行盗の規定、加害者委附などを総体的にとり上げてみれば、おそらく12表法 (Tab. VIII, 3.) に規定された150アスの罰金は、奴隷の主人が受けとったのではなく被害者本人が受けとったのであろう。つまりここには、主人にたいする損害賠償という観念はまだ入り込んでいないのである。受けとった罰金は、奴隷の特

有財産にくみ込まれたのかもしれない。

かりに 12 表法 (Tab. VIII, 2.) の被害者が奴隷であったとしても、殺害について推測したように考えられるだろう。もしも軽微な加害行為の被害者が奴隷であったとしても、すなわちゲルリウスの伝えているルキウス・ウェラティウスの事例から充分考えられるように、かりに 12 表法 (Tab. VIII, 4.) の被害者が奴隷であったとしても、傷害について推測したところが成り立つであろう¹⁷⁸⁾。というのは、殴打したのち当該のルキウス・ウェラティウスはただちに本人に罰金を支払ったのであって、一見して身なりなどで分別はつくけれど、とくに自由人か奴隷かと誰何したわけではなく、また奴隷の主人を探し出して支払わなくてはならないと考えたわけでもないだろう¹⁷⁹⁾。

そこでアクイーリウス法は、これらの諸問題を解決したものと思われる。ここではまず、主人ないし所有者が損害賠償を受けるという原則に従って、損害賠償の金銭的評価が確立された。アクイーリウス法訴権は罰訴権であるけれども、当初からその罰的性格は他の諸訴権にくらべて稀薄であった¹⁸⁰⁾したがって、加害者委附は損害賠償を填補するものとして機能したことだろう。

ガイウス (Gai. 3, 189.) が言うように、現行盗が法務官告示によって盗品価格の 4 倍額となったときには、加害者委附はアクイーリウス法におけると同様に機能したと思われる¹⁸¹⁾が、12 表法においては、奴隷が盗をはたらいたときには、奴隷の責任を追及するのであって主人には及ばないものであった。

(3) 最後に、ウルピアーヌス (D. 9, 2, 1, pr.) は、アクイーリウス法の成立によって、12 表法以降の違法損害に関する法律はすべて改正された、と述べる¹⁸²⁾

ところで問題なのは、改正された法律は、12 表法だけではないのかどうかである。ウルピアーヌス文は、たしかに複数の法律を示唆しているように思われる。しかも 12 表法以外の法律を示しているようである¹⁸³⁾ しかしながら、このような法律について触れている史料は存在しない。そうして、学説はこのような法律はなかったという見解¹⁸⁴⁾と、あったと考えて、たとえばアラン・ワ

トソンは、生き物以外の物の損害規定というものを推測する¹⁸⁵⁾

けれども、このような問題は詳細に考察するほど実質的な意義をもっていない。しかしひとつ確かなことは、ウルピアーヌス文を仮定的・婉曲的な表現だとする¹⁸⁶⁾のは十分な説得力はなく、むしろウルピアーヌスの記述は実際的な意味をもっていて、紀元前5世紀半ばの12表法から、紀元前3世紀のアクィーリウス法の成立過程で、過渡的な法律が存在したのではないかと思われる¹⁸⁷⁾というのは、アクィーリウス法の規定は比類なきほど原則的で論理的な規定として出現しているからである。

注

- 113) D. 9, 2, 2, pr.; eod. 27, 5. のほか, D. 9, 2, 21, pr.; eod. 51, 2.; eod. 29, 8. を参照。
- 114) 傷害致死が問題となる。D. 9, 2, 21, 1. (Ulp. 18 ad ed.). でウルピアーヌスはユーリアーヌスに従う。ケルススは、これに反対する。おそらく現実に死亡した時点から起算すべきものとしたのであろうが、のちにみるようにこれは不合理とされた。
- 115) 船田。ローマ法第3巻. p 109. なお、成立時は奴隷、家畜が主な対象とされたのであるが、1年という期間は季節による価格変動を考慮したという民法学からの推測(加藤雅之「損害要件の再定位(1)」神戸学院法学 38=3・4, 2009)は成り立たないと思う。
- 116) 注114も参照。しかし推測である。なお、中間評価を伝える法文は見当たらない。
- 117) 「三 共和政後期の法解釈」・アルフェーヌスを参照。Vgl. Kunkel. SZ (45). p 329.; Pugsley. Tijd. (36). p 382.
- 118) D. 9, 2, 47. (Iul. 86 dig.); D. 9, 2, 32, 1. (Gai. 7 ad ed. prov.) ガーイウスは、傷害致死は殺害であるとし、傷害の行為者が同じ当該奴隷を殺害したときは、2個の違法行為が成り立つという。Vgl. Monier. p 59.; D. 9, 2, 46. (Ulp. 50 ad Sab.) で、ウルピアーヌスはユーリアーヌスの見解と同じである。
- 119) D. 9, 2, 47. (Iul. 86 dig.) によれば、傷害の訴訟か殺害の訴訟かによって、最初から殺害の訴訟を提起して取得できたであろう評価額を超えて取得することはできないものとする。
- 120) Schindler. SZ (74). pp 203-204, 208, 223.; Pacchioni. LQR (4). p 180, p 183.; Pugsley. Tijd. (38). p 165.
- 121) Kunkel. SZ (45). p 329.; Daube. Roman Law. p 70.
- 122) Kunkel. SZ (49). p 159.; Schindler. SZ (74). p 203, p 209.; Pacchioni. LQR (4). p 178.; Schulz. History. p 131.; Monier. p 59.; D. 9, 2, 11, 3. (Celsus-Marcellus-Ulp. 18 ad ed.) ケルススの見解について、Schindler. SZ (74). p 203, p 213.
- 123) Schulz. CRL. p 588.; Nicholas. p 218. n. 2.; Bernard. RH⁴ (16). p 451.; Daube. LQR (52).

- p 256-257.; Jolowicz. LQR (38). p 225.; Watson. Obligations. p 235.; Idem. Private Law. p 153.; Pugsley. LQR (85). p 54.; 注 6, 注 7, 本文参照。
- 124) D. 9, 2, 21, 2. (Ulp. 18 ad ed.); Inst. Iust. 4, 3, 10.; Gai. 3, 212.; Vgl. Schulz. CRL. p 589.; Daube. Roman Law. p 68, p 70.; Kaser. Röm. Priv⁷. p 200.; Jolowicz. LQR (38). p 228.; Pugsley. Roman Law. p 96.; Watson. SZ (78). p 396.; Rodger. in Daube Noster. p 289.; Giffard, RH⁴ (12). p 336. ヤーウォレーヌス, ガーイウス, ウルピアーヌスではおそらく加算をす
ると考えられている。つまりガーイウスによれば, 被害物の価格自体と, その加害行為に
よって所有者が被害物の価格を超過する損害を被ったばあいの《quod interest》とが考慮さ
れる。この論点について, 本稿「五」で再度詳述することにする。
- 125) D. 9, 2, 7, pr. (Ulp. 18 ad ed.); eod. 23, 3. (Ulp. eod. lib.) におけるユースティニアヌスの事
例。Vgl. Cardascia. p 57.; Jolowicz. LQR (38). p 228.
- 126) 《plurimi》はそうした意義をもったと思われる。Vgl. Daube. LQR (52). p 257.
- 127) Inst. Iust. 4, 3, 15.: Ac ne plurimi quidem verbum adicitur, sed Sabino recte placuit perinde
habendam aestimationem, ac si etiam hac parte plurimi verbum adiectum fuisset. Vgl. Gai. 3,
218.; D. 9, 2, 29, 8. (Ulp. 18 ad ed.). 第 3 章が plurimi verbum を本来有していなかったこ
とは 3 個の法文から明らかである。そうして, ガーイウスもユースティニアヌス帝「法
学提要」もサビーヌスが plurimi verbum を第 3 章にも付加すべきものと考えた (placuit)
という (recte とするのは Inst. Iust. の判断であろう)。Lenel. Pal. II. p 194-195. Sab. no. 52-
55 (Ulp. 18 ad ed.; Marcell. 21 dig.; Coll. 12, 7, 9.; Inst. Iust. 4, 3, 14-15.; Gai. 3, 218.).
レーネルが再構成した Sab. Index. においては, この点についてガーイウスで分かる以上の
ものはない。Gai. 3, 218. と Inst. Iust. 4, 3, 15. は, いずれも積極的な根拠を示さず, ただ
立法者の意思 (ガーイウス「法学提要」) であること, あるいは第 1 章で規定したことを
もって充分 (ユースティニアヌス帝) であることをその理由とした。さらに, ウルピ
アーヌスは最高価格と解釈することは確定している (et si habent plurimi, sic tamen esse
accipienda constat.) という。サビーヌス以前のラベオー (D. 9, 2, 23, 4.: Ulp. 18. ad ed.)
の見解 (tanti aestimandum, quanti mea intererat fraudes servi per eum commissas detegi.) は,
第 1 章について最高価格が被害物自体の評価だけではなくなっていることを示唆する。Vgl.
Cardascia. pp 59, 62, 65.; Monier. p 57.; Vonglis. p 115.; Pugsley. Tijd. (36). p 377.; Idem.
Roman Law. p 96, p 108.; Daube. LQR (52). p 262.
- 128) Jolowicz. LQR (38). p 220, p 228.; Vonglis. p 25, p 193.
- 129) Inst. Iust. 4, 3, 10.
- 130) Schulz. CRL. p 589. 注 124 参照。
- 131) けれどもその古典性に確証はない。Vgl. Monier. p 58.; Kaser. Röm. Priv⁷. p 200.; Beseler.
SZ (50). p 26, p 29.; Medicus, Id Quod Interest, 1962, p 238 f.
- 132) 鈴木一州. (前注 39 所掲) p 117.
- 133) 船田. ローマ法第 1 巻. 25. 一般に家畜 (pecus) と貨幣財産 (pecunia) とは密接な関係
をもつ。自由人の殺害にたいする贖罪規定 (arietem subigere) における贖罪金としての牡

- 羊の役割, 神聖金による法律訴訟 (legis actio sacramento) における神聖金 sacramentum としての5頭の羊または牛の役割等はこの推測を支えるだろう。原田. p 382-383.; 船田. ローマ法第5巻. p 73. Festus. F. 344.: sacramentum aes significat. (Bruns. Pars posterior. p 34.).
- 134) 船田. ローマ法第1巻. p. 26.
- 135) 握取行為 mancipatio は, 銅と秤による (per aes et libram) 行為である。Tab. VI, 1.; Gai. 1, 119. ガーイウスの時代にはすでに仮装売買となっていたが, 現実売買のころには, 現実に銅片を秤量して代価として譲受人から譲渡人へ手渡されたのであろう。Vgl. Schulz. CRL. p 344-345.; 佐藤. XII Tab. pp 102, 112, 138.
- 136) 船田. ローマ法第1巻. p 26.; 1 denarius = 4 sestertius = 10 as. (B. C. 269 ころの) 換算。
- 137) 船田. ローマ法第1巻. p 247.; 1 aureus = 25 denarius = 100 sestertius = 400 as. 通貨。
- 138) Gai. 1, 122. ガーイウス「法学提要」の使用例によれば, デナーリウス: 3, 146; 3, 147. セーステルティウス: 3, 161; 4, 64; 4, 68; 4, 72 a; 4, 186. etc. アス: 1, 122; 3, 223; 4, 14; 4, 23. けれどもかつては aereis/aes だけが使われ, 12 表法によってこれを知ることができるという。Vgl. Watson. Obligations. p 234. n. 1.; Gradenwitz, Indicem. p 4. s. v. aes.; Bruns. pp 72.: Lex Acilia. 77 (84).; 125: Lex Ursonensis. col. 5, 2.; 129: Lex Urs. col. 3, 25.; 203: SC Macedonianum. 2.; 255: Epist. Vespasiani. 18.; 255: Decretum Commodi. 259: col. 3, 14.; 280: Ordo salutationis. 6. (Leges); 284: Lex vicinorum Furfensium. 12.; 291. 292: Lex metalli Vipascensis. 23, 50.; 298: Lex de villae Magnae colonis. 19.
- 139) 後述注 166, 該当本文参照。
- 140) Vgl. De Visscher. RH⁴ (9). pp 422, 425, 454.; Niederländer. SZ (69). p 217-218.; D. 9, 4, 21, pr. (Ulp. 23 ad ed.); eod. 32. (Callistrat. 2 ed. monitorii.); eod. 33. (Pomp. 14 ad Sab.)
- 141) Gai. 3, 110. et. s.; eod. 3. 117.: adstipulatorem vero fere tunc solum adhibemus, cum ita stipulemur, ut aliquid post mortem nostram detur. Vgl. De Zulueta. p 188.; Reinach. p 113.
- 142) Gai. 3, 100.: post mortem meam dari spondes; pridie quam moriar; heredi meo dari spondes; post mortem tuam dari spondes; pridie quam morieris dari spondes. このいずれも「役に立たない inutilis」ものだとする。heredi meo.....という要約は要約者の死後でなければ確定できないからであり, 当然, 死後に確定する相続人とのあいだに問答契約は成立しない。
- 143) Watson. Private Law. p 118.; Schulz. CRL. p 473.; 佐藤. p 174. Stipulatio は言語によっておこなわれる諾約者 Promissor の一方的債務負担行為である。
- 144) Schulz. CRL. p 491.
- 145) 船田. ローマ法第3巻. p 109.
- 146) Schulz. CRL. p 491.
- 147) Plures rei stipulandi のばあいは1個の stipulatio に新要約者が加わるつぎのような要式をとる。
- Maevius: Decem mihi dari spondes ?
- Seius: Eadem decem mihi dari spondes ?

Titius : Utrique vestrum dari spondeo.

- Maevius と Seius は Titius にたいしともに 10 金を請求できる。Maevius に支払ったなら Seius にたいする債務は消滅する。Maevius が受領問答契約 (acceptilatio) によって債務を免除すると Seius にたいする債務もなくなる。Maevius が訴追したならば、争点決定 (litis contestatio) の消耗力によって Seius にたいする債務も破られる。これにたいして、参加要約のばあいには、それぞれの stipulatio は独立するから (unitas actus でない) Maevius と Titius のあいだで争点決定に至ったとしても、Seius と Titius のあいだの債権債務関係に影響を及ぼさない。Vgl. Schulz. CRL. p 490, p 493. しかしながら、シュルツのいう更改や参加要約における「方式によらない合意 informal consent; consent, informally expressed」が、どの程度法的効力をもつか、また当事者の意思とどのような関係にあるかまでは分からない。Vgl. Schulz. CRL. p 485, p 493.
- 148) Vgl. Schulz. CRL. p 492. 注 142 も参照。死後の問答契約が無効であっても (主たる債務関係が有効に生じていなくても) 参加要約は有効である。
- 149) 注 147. Watson. Private Law. p 122. n. 2.; Buckland. p 585. n. 4.
- 150) 佐藤. p 175.; Schulz. Principles. p 227-229.
- 151) Schulz. Principles. p 233 f.; Idem. CRL. p 555-556.
- 152) 注 24, 注 25, 注 26; Gai. 3, 216.: nisi...以下の文を参照。
- 153) Vgl. Watson. Obligations. p 147 f.
- 154) 注 31, 注 32 参照。
- 155) Tab. VIII, 21.: Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto. Vgl. Bruns. p 33.; Idem. Pars poster. p 77.; 佐藤. p 178.; 佐藤. XII Tab. p 178. 後述「五」を参照。圧倒的に法源史料不足の中で、これをキュジャスが設定した難題への解答だとなしたい。
- 156) 注 82.
- 157) Vgl. Ehrhardt. SZ (68). p 86-87.
- 158) Vgl. Pugsley. LQR (88). p 543.
- 159) Bruns. p 10. c) ius publi. 12: si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto. Vgl. Festus. P. 221, s. v. parrici<dii>. (Bruns. Pars posterior. p 21); 片岡. p 308, p 321.
- 160) Si telum manu fugit magis quam iecit, aeries subicitur. Vgl. Bruns. p 34.; Kelly. LQR (80). p 75.; Yaron. Tjtd. (34). p 512. n. 10.
- 161) Vgl. Bruns. p 10. c) ius publi. 13: ut si quis imprudens occidisset hominem, pro capite occisi agnatis eius in contione offerret arietem.; Bruns. Pars posterior. p 79. Servius in Vergilium. 4, 43.; 41. Festus. F. 347, 351.
- 162) Cicero. Topica. 17, 64.: iacere telum voluntatis est, ferire quem nolueris fortunae. Vgl. Pro Tullio. 22, 51.: si quis quem imprudens occiderit.
- 163) 吉野. (二). p 70, p 74.
- 164) Vgl. Lévy-Bruhl. 内藤訳. p 217.
- 165) Lévy-Bruhl. 内藤訳. p 217. (7); 原田, 厳格市民法に於ける羅馬家族法の研究 (四),

- 国家 43 卷 2 号 p 112, 43 卷 5 号 p 113.; 船田. ローマ法第 2 卷. p 93, p 98.
- 166) Tab. XII, 2, a.: si servus furtum faxit noxiamve no(x)it.; eod. XII, 2, b.: ex maleficio filiorum familias servorumque, veluti si furtum fecerint aut iniuriam commiserint.; eod. VIII, 6.: si quadrupes pauperiem fecisse dicitur.; Vgl. Gai. 4, 75.; D. 9, 1, 1, pr.; D. 9, 4, 2, 1.; Bruns. p 30, p 39.
- 167) Festus. F. 174.: 〈Noxia〉, ut Ser. Sulpicius Ru 〈fus ait, damnum significat,〉 apud poetas autem et oratores ponitur pro culpa. (Bruns. Pars posterior. p 17.); P. 220: Pauperies damnum dicitur, quod quadrupes facit. Vgl. De Visscher, Vindicta et Noxa. L'action noxale d'iniures. (Études de droit romain, Paris. 1931.); Idem, Les Origines de l'obligation "ex delicto", RH⁴ (7). p 336; Idem. Études. p 111 et suiv., p 285 et s., p 329 et s.; Daube. CLJ (7). pp 26, 30, 48, 51. De Visscher は《Noxia》という言葉が間接的責任に限定されることを示すものは何もなく、違法行為者の主人と違法行為者自身のいずれを相手どって訴追しようとするこの言葉が使われているとする。Noxiam nocere の範囲について、Noxa は他人の財産にたいする損害に限定され、他人の身体にたいする侵害行為は、os frangere と iniuriam facere とに明らかなように Noxa と対立する Poena に属する。したがって、Noxa は損害を被った物あるいは窃取された物の所有者のために生ずる権利であり、身体に侵害を被った者のために生ずる権利は Vindicta と解する。さらに、Paterfamilias の権力に服する者 (Vgl. Tab. VIII, 9. VIII, 14. XII, 2, b.) または動物の加害にたいして、支配権を有する者の責任を規定するといっても、impubes は必ずしも alieni iuris でないとする。Pugsley. LQR (88). p 548 は Tab. VIII, 7. における de pastu pecoris から pauperies との関連をひき出す。Kaser. AJ. p 221-222. は、Noxia という古い犯罪観念が奴隷と家畜の殺害で、のちアクィーリウス法に包摂されたものと同じだとする。Vgl. Kaser. RPR. p 162.
- 168) D. 9, 4, 2, pr. (Ulp. 18 ad ed.): si servus sciente domino occidit in solidum dominum obligat.; D. 9, 2, 44, 1. (Ulp. 42 ad Sab.): quotiens sciente domino servus vulnerat vel occidit, Aquilia dominum teneri.; D. 9, 4, 2, 1. (Ulp. 18 ad ed.): si autem insciente, noxalis est. 《sciente domino》は古典期には奴隷の非行を禁ずることができる者が知ることであると理解されていた。Vgl. D. 9, 4, 4, pr. (Paul. 3 ad ed.); Daube. CLJ (7). p 29.; De Visscher. RH⁴ (7). p 364.; Idem. Études. p 314.; Gaudemet. p 318.; Watson. Persons. p 174, p 175. n. 1.; Pugsley. Roman Law. p 107.
- 169) Kaser. AJ. p 227-228. Vgl. Kaser. RPR. p 163.
- 170) Tab. VIII, 12.: Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto.; eod. VIII, 13.: luci...si se telo defendit, ...endoque plorato. Vgl. Bruns. p 31.; Kelly. LQR (80). p 81, p 82.; Birks. Tijd. (37). p 168.; Gaudemet. p 153.; D. 9, 2, 4, 1. (Gai. 7 ad ed. prov.).
- 171) Plinius. nat. hist. 18, 3, 12.: Frugem quidem aratro quaesitam furtim noctu pavisse ac secuisse. ...gravius quam in homicidio. Vgl. Bruns. p 31, p 34.; 佐藤. XII Tab. p 159, p 185.
- 172) Gellius. Noct. Atti. 11, 18, 8.; Gai. 3, 189.; Vgl. Liebs. SZ (85). p 236.
- 173) おそらく 12 表法の盗は私的復讐に立脚し、家 (Familia) の自律的集権性を前提とした

から、加害者はただちに被害者側の拿捕を受けたと思われる。したがって、最古期には贖罪供与のための身体による自己の人的抵当ではなかった。のちに私的復讐が緩和されて一定の和解が確立すると、加害者委附の意義に変化がもたらされたのであろう。

- 174) けれども、Pugsley. LQR (88). p 543 f. の以下の仮説は、Tab. XII, 2, a. を《si furtum faxit noxiamve noxii, ni sarcit, servus alienusve quadrupesve pecus deditus esto.》と再構成することによって、被告への可罰規定にたいする原告のための補償規定だったとする。古い時代の法「体系」においても一定の基本的諸問題（たとえば、盗、身体侵害、財産損害）が含まれていたと思われる。しかしながら、12表法には盗、身体侵害の規定はあるが、財産損害について責任一般を規定した法文はなく、Tab. VIII, 5. はそうとは考えられない。物の損害については細目規定しかない。これにたいして12表法は、奴隷殺害、動物の殺害や傷害についての規定はない。奴隷傷害と動物による加害だけである。農業経営上不可欠な奴隷や農耕用動物の殺害損傷は、所有者にとって重大事件であったからこのような損害について、とりわけ殺害についてなんらかの規定があったはずである。12表法の歴史ないし伝承に誤りが生じていたとしなければならぬ。Pugsley は以上のように問題設定をするのである。
- 175) 家 (Familia) が直接国家権力と結合する時代に移行しても、その自律性、家権力の集権性は保持された。
- 176) 柴田. p 8-9. 家族生活内の不適切な振る舞い、奢侈、信頼を裏切る行為等々。
- 177) Tab. VIII, 3.; VIII, 14. (cod. 12. cod. 13); VIII, 9. cod. 10.; VIII, 24, b.; XII, 2, a.; XII, 2, b. の規定は奴隷にも関連したと思われる。
- 178) Tab. VIII, 4.: Si iniuriam faxsit, viginti quinque poenae sunt. Vgl. Bruns, p 29.; Birks. Tijd. (37). pp 164, 167, 172, 174: iniuria (m) alteri.; Idem. in Daube Noster. p 40.; Liebs. SZ (85). p 187.: poenas sunt.; Pugsley. LQR (85). p 52.; Gellius. Noct. Atti. 20, 1, 13.
- 179) Birks. Tijd. (37). p 163, p 175 f.; Idem. in Daube Noster. p 40 f.; Pugsley. LQR (85). p 53.; Watson. Obligations. p 248. しかし Gellius. Noct. Atti. の事例の信憑性は疑われている。
- 180) Schulz. CRL. p 589. の言う pure penal action は疑問であろう。Actio Legis Aquiliae は Actio poenalis として、共同不法行為者の責任の重疊的競合、受動的非相続性、加害者委附の容認、物の追求訴権との競合、否認のばあいの2倍額請求等を備えるものではあったが、furtum や iniuria と比較して、罰的性格は希薄であった。
- 181) 盗にたいする不当利得返還請求訴権 *condictio furtiva* が現れて、加害者委附は必要でなくなつた。Vgl. Von Lübtow. p 43.: si servus furtum faxit noxiamve noxii, (dominus pro fure damnnum decedito noxiamve sarcito noxaeve dedito.) という再構成は、加害者委附が損害賠償の填補として機能するものと思われる。
- 182) D. 9, 2, 1, pr. (Ulp. 18. ad ed.): Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit. quas leges nunc referre non est necesse. Vgl. Pugsley. Tijd. (36). p 379.; Daube. LQR (52). p 253, p 266-267.; Cardascia. p 59.; Kaser. Röm. Priv⁷. p 200.; Watson. Private Law. p 153.; Kelly. LQR (80). p

- 80.; 春木. p 141. は *derogavit* について, *Lex posterior derogat priori*. 前法後法準拠の原則を表現したとする。
- 183) 紀元前3世紀以前違法損害について複数の法律があったこと (*omnibus legibus, quae... sunt.*), それは12表法以外であること (*sive.....sive*) を根拠とする。
- 184) Kelly. LQR (80). p 81. Vgl. Pugsley. LQR (85). p 68. n. 86. Kelly は, *sive alia quae fuit* というのは婉曲的表現だという。
- 185) Watson. Private Law. p 153. n. 2. 注 103 も参照。
- 186) 注 184.
- 187) しかし存在を示す根拠はない。コルンカーニウス T. Coruncanus (B. C. 280. Consul. 254. Pont. maxi. 246. Dict.) の著述に求めることもできない。Vgl. Schulz. History. pp 8, 10, 13.; Cicero. de Orat. 3, 33, 133-134.; D. 1, 2, 2, 35. (Pomp. sing. enchiridii.). さらに, 12表法注解者たちの詳細も明らかではない。Vgl. Schulz. History. p 90 f.; Watson. Law Making. p 111 f.; 船田. ローマ法第1巻, p 115. セクストゥス・アエリウス Sextus Aelius の《Tripartita》は, ポムポーニウスの時代にもなお存在し, その2部で, 12表法の解釈をおこなった (Pomp.: D. 1, 2, 2, 38) ようであるから, ウルピアーヌスも参照できたかもしれないのであるが, 推測でしかない。Watson. Law Making. p 113. は, Sextus Aelius 以後の共和政期の法学者たちによっては, 何ひとつ書かれなかったとする。Gellius. Noct. Atti. 3, 2, 12-13. に依拠して, Q・ムーキウス・スカエウォラの時効中断に関する文が12表法に触れているので, ムーキウス・スカエウォラ『市民法論』において, 12表法に関してあるいはアクイーリウス法の形成過程に関して言及が存在しなかったとは言い切れない。Vgl. Lenel. Pal. I. p 757 f.: Q. Mucius. no. 26-27. は箇所不確定のまま, Watson. Law Making. pp 114, 143, 149, 182. は『市民法論』7巻に *Pauperies + Lex Aquilia + Statuliber* が書かれたと推定している。